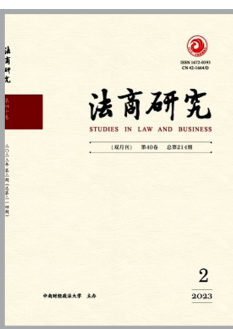




观点新解

詹建红谈检察机关提前介入监察调查的根本目的——在于追求“配合”与“制约”的协调统一



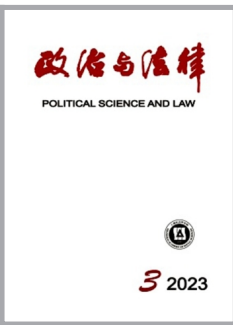
中南财经政法大学法学院詹建红在《法商研究》2023年第2期上发表题为《检察机关提前介入监察调查的制度性思考》的文章中指出：

为了全面从严治党，实现国家治理体系与治理能力现代化的发展目标，我国于2016年11月启动国家监察体制改革。进行国家监察体制改革的目的就在于，通过机构和权力的整合，有效地解决多头监察体系下的资源分散、力量薄弱问题，以提高反腐败的整体效率。我国的监察体制改革不仅是对以往的反腐败体制进行改造，而且是对整个国家的宪制结构进行调整。

从制度渊源看，检察机关的提前介入来源于检察机关对于公安机关侦查活动的提前参与机制，一般是指检察机关在公安机关提请批准逮捕或移送审查起诉之前参与到刑事案件侦查活动中。检察机关提前介入机制的引入对于提高监察调查的工作效率、强化职务犯罪案件的办理质量均有重要的意义，应以监察调查与刑事诉讼程序的有效衔接为前提。作为强化程序衔接的一项重要措施，检察机关提前介入监察调查的根本目的在于追求“配合”与“制约”的协调统一。通过提前介入机制，检察机关得以在调查阶段就相关证据的收集是否合法、手续是否完备等进行指导把关，在协作配合中，可以减少不必要的资源浪费，并降低因取证不力或因收集的证据证明力不足而导致的指控不能成立的风险。检察机关作为国家的专门法律监督机关，理应对监察调查权的行使是否符合法律的规定进行监督。通过提前介入职务犯罪案件的调查程序，检察机关可以通过提出检察建议等形式，及时纠正监察机关工作人员的违法调查行为，并对合法权利受到损害的被调查人提供必要的救济，从而有效防止监察权被滥用。检察机关对监察调查的程序运行和证据质量的提前把关，既可以有效降低其事后指控不成功的风险，也会倒逼监察人员主动厘清取证重点、优化调查方式，进而从整体上提高犯罪控制的效率。

立足于现行的规范性文件文本，检察机关提前介入监察调查存在介入地位的被动性、介入方式的间接性和介入决策的协商性3个特点，在总体上呈现检察机关从配合的结构样态。欲在法治反腐的程序思维下实现“配合”与“制约”两种功能的平衡，应该从以下几个方面进行制度完善：提升检察机关提前介入的程序主导地位；明晰检察机关提前介入的职责范围；细化检察机关提前介入的操作规程。

孙运梁谈财产性利益诈骗中的处分行为——表现为将财产性利益输送给对方的行为



北京航空航天大学法学院孙运梁在《政治与法律》2023年第3期上发表题为《财产性利益诈骗中的处分行为与处分意识：以债的诈骗为中心》的文章中指出：

随着社会经济的快速发展，人们的财产（财富）越来越丰富多样，除了狭义的财物，财产性利益在人们的财富总量中的比重越来越大。相应地，财产犯罪中针对财产性利益的侵害行为也在增长。诈骗罪的设立，是要通过禁止欺骗而保护权利人的财产安全。要成立诈骗罪，需要通过欺骗行为让受骗人（被害人）产生认识错误，并基于认识错误所形成的带有瑕疵的意思，作出将自己的财物或者财产性利益转移给对方的处分行为。正是财产处分所体现出的基于意思的给予这一要素，才将诈骗罪归属于给予（交付）罪，从而与抢劫、抢夺、盗窃等夺取罪相区别。

财产性利益大体上分为两种：一是物权性质的利益，具有支配属性，如担保物权，也包括准物权，如存款债权；二是债权性质的利益，属于请求权的消灭与设立，不具有物权支配属性，如免除债务，取得债权。

在诈骗债权性利益场合，处分行为表现为将财产性利益输送给对方的行为，即放弃某种权利或者承担某种义务。它已经跃出了民法所有权意义上的处分，其内涵和外延要更广泛。只要受骗人（被害人）通过自己的作为、容忍或者不作为（法律或者事实上的行为）有意识地、自愿地、直接地造成了被害人经济意义上财产的减少，就可以说作出了财产处分。处分行为本质上是一种输送利益行为。受骗人同意免除行为人的债务，行为人相应地不用偿还债务，或者受骗人同意承担债务，行为入相应地获得债权，这种利益的减损与利益的获得，即可视为财产的转移占有。

当事人之间权利义务关系的变动要有意识地进行，受骗人放弃财产性权利或者承担财产性义务，也要有意为之，即客观上有处分事实，主观上有处分意识。即使客观上存在处分事实，但主观上没有处分意识时，也不成立诈骗罪。根据受骗人（被害人）对处分对象是否存在认识错误，可以分为两种情形来讨论处分意识的内容：一是对于处分对象本身没有认识错误的情形，二是对于处分对象本身存在认识错误的情形。第一种情形是，受骗人认识到自己在向对方输送财产性利益；只要受骗人认识到可能或事实上给予对方利益就能认定处分意识；处分意识还可能是概括的处分意识。第二种情形是，受骗人对于所输送的财产性利益的价值或者存在，没有完全的、准确的认识，也具备处分意识。

（赵珊珊 整理）

毕业典礼致辞



蒋悟真（华南理工大学法学院（知识产权学院）院长）

囿于文化传统以及思维惯性，我们默认了时间的存在，但却忽略了，时间乃是人为定义的。相对于时间，空间是更为基础且客观的范畴。我们一直在用时间去描述空间的客观变化，用空间的变化来界定时间。例如，地球自转一次是一天，公转一次则是一年。相对论让我们改变了时空观念，认为时空存在纠缠。但随着时间起点的空间，实际上记载了每个个体和人类命运的全部，或许我们更应该珍惜并善待我们所处的空间。

首先是血缘空间——生命起始之地。我们孕

珍惜并善待我们所处的空间

育在母亲的子宫里，那是我们生命开始的血缘空间。血缘空间是需要尊重和传承的。血缘空间记录的是生命诞生的过程，每一秒都是奇迹与幸运。没有人会质疑母爱的伟大，我们都知道十月怀胎之不易以及哺育之艰难。因此，如果强调感恩，首先应当感谢的是我们的父母。但在人类历史的长河中，血缘空间里个体与外部世界的深层次联结却不时被异化。不少父母在孩子成长的过程中不吝宠爱甚至溺爱，将血缘空间中的个体与客观世界脱嵌。血缘空间甚至被扭曲成出身论、人神论，造成了人类历史上无数的悲剧与惨剧。

其次是成长空间——学校。毕业的你，在这个时候，是欣慰还是悲伤？是回忆起求学点滴的快乐？还是感叹光阴流失的遗憾与懊悔？教育的目的从来都不只是传授知识，教育的本质是爱，教育的功能是培育与塑造我们的智慧。你或许可以轻而易举地获取知识，但却未必习得了智慧。作为成长空间的大学，恰是一段培育智慧的旅程，它是激发活力、勇敢向前、自我成长的单向旅途，它是那么短暂却又那么热烈，因为难以重现所以异常珍贵。请珍惜这个旨在追求知识、增长智识的学习与成长空间吧！毕竟，韶华易逝，不可辜负。

再次是生活空间——一种亲缘或地缘。从价值层面看，生活空间强调的是责任。家是生活的

小空间，这个空间是以婚姻为基础的。民法典将婚姻的本质阐述为契约，这意味着我们不能仅享受权利而不承担义务。由婚姻衍生出的亲缘，则体现为一种代际责任，向上要孝敬父母，向下要抚育子女。但这只是以家庭为单元的小空间，向外扩展还有我们的国家。家与国的空间从来都是相连的，这种种缘或者大的亲缘空间，需要承担的更多是一种底线责任、一种社会责任。再向外是我们所处的地球空间，以有限的资源承受了其不能承受之重，人类命运共同体下的我们更要珍重我们共享的这个地球空间。

最后是工作空间——单位或是办公室。工作是实现人生价值的重要途径，而工作空间强调的是敬业。大学里老师认真教书育人本是基本职责，然而在现代社会，认真上好课却变成了一种“良心活”。当职场“摸鱼”成了流行技能，勤勉工作反被视为另类。我们不能不思考，身处改革前沿的时空下，我们这一代人应当交出怎样的历史答卷。迈向工作岗位的你们，要永远记住敬业与法律人的底线！

空间的碰撞无处不在，也可能在同一个空间中你的角色是多元且需要转换的。在当下，空间的互侵有时候很严重。身处工作空间的你，往往由于各种压力而忽视血缘空间的存在，任由工作空间占据甚至垄断了你所有的精力和时间。还有些年轻人不愿意结婚生子，也许他们忘记或漠视

了血缘空间的根本价值是在于传承。因此，当你身处空间的交错而不得不面临空间之间的选择时，希望你们具有空间识别的能力，你们应当是无私且理性地作出选择，均衡好空间的分配不仅是你们自己，更是为了下一代，回应民族复兴之所需。

回首人生，你的血缘空间得到传承，你在学习空间中没有后悔，你的生活空间中肩负着神圣的责任，你的工作空间中盛开敬业的花朵，那么多年以后，你也会坦然面对你的终点空间——那个满载一生努力与荣誉的、象征着永恒归宿的小盒子。在实用主义的影响下，人类似乎已经对理想主义本身丧失了忠信。

当然，我们可能最终将实现在不同的空间穿越，或早或晚。1916年，爱因斯坦基于广义相对论预言了引力波，一百年后人类证实了引力波的存在。也许灵魂就是这样一种引力波、一种暗物质，它将承载你进入另一个新的空间。

总而言之，我们永远无法逃避空间。人类在每个空间应当留存的价值与意义，或许是另一个值得被长久讨论的话题。诗人勃莱克曾言：“把无限放在你的手掌上，永恒在一刹那里收藏。”现实中的你，还是记住那句话：“珍惜并善待我们所处的空间”，去只争朝夕吧！

（文章为作者在华南理工大学法学院（知识产权学院）2023届学生毕业典礼上的致辞节选）

鉴定式案例分析方法研究

《刑法思维与案例讲习》序言

书林臧否

陈璇

近年来，源自德国的“鉴定式案例分析方法”在民法、刑法、行政法领域逐渐兴起。我始终认为，学术研究应当本溯源，以道御术，不能拘泥于某个学者所提出的具体学说，也不应当拘泥于“危险创设”“危险降低”“危险实现”之类令人眼花缭乱的名称本身，而应该剥开具体学说和名称的外壳，仔细看一看它的出现究竟体现出归责原理的何种发展规律——正是这种内在的规律才是真正本质和恒定的东西，才对推进我国刑法理论的发展具有指导意义，也才孕育着中国刑法学产出原创性智慧的契机。

同样的道理，叫不叫“鉴定式分析方法”并不重要，关键在于把握住那些切中法学教育内在规律的“刚需”和“硬通货”。也就是，我们的案例教学究竟要达到怎样的目标？对照这个目标，传统的案例教学方法可能存在哪些缺失？为了满足案例教学的需要、契合法学教育的基本规律，鉴定式案例分析的思维又能给我们带来哪些启示和教益？

传统案例教学采用的方式，其特点大致可以

概括为：论题给定、专项训练，即将每个案例的研究重点集中在一两个问题上。实践中的疑难案件往往杂糅交织着多重问题，只有具备在短时间内全面、准确搜索问题的能力，辨护人才能穷尽一切可能的辩点，公诉人才能找到真正有力的指控方向，法官才能作出公正的判决。

鉴定式案例分析方法最值得借鉴的地方就在于，它所发展出来的从事实分段到罪刑规范的查找再到犯罪成立要件的逐一分析这一整套章法或曰程式，能够最大限度地督促分析者不放过任何一个有探讨空间的问题。

鉴定式案例分析方法的另一个优势在于它的“笨”。任何一个案件，无论它看上去怎样简单，分析者都需要穷尽一切问题和规范；任何一个结论，不论它如何浅显，分析者都必须经过严格的说理和论证，来不得半点敷衍和率率。正是这看似枯燥的一个法条一个法条的涵摄，一个要件一个要件的分析过程，才使我们能够发现那些平常容易被忽略、被遮蔽掉的问题，能够在法律写作中杜绝大而化之、不着边际的毛病，学会结合个案的丝丝细节将论证的每一环节都压实说透。

在德国大学里，法科学生之所以能够较早地养成紧扣法条及判例进行说理的习惯，之所以能够较早地具备娴熟运用法律论证方法从事大篇

幅专业写作的的能力，与各主要部门法学科内高强度的案例分析训练是分不开的。从我本人的教学经验来看，愿意踏踏实实下这种“笨功夫”的学生，恰恰是法学论证和专业写作技能提升得最快、掌握得最扎实的。

我自2013年春季学期开始在中国人民大学法学院为本科生开设了刑法案例分析的选修课。这门课程吸收鉴定式案例分析方法的精髓，同时保留了传统案例教学方法的优良，发展出了“五步骤”的分析框架以及地毯式全面分析与重点问题深入研讨相结合的教学模式。课程的内容是完全中国化的：一方面，所有案例素材均选自本土的典型判例；另一方面，分析模式的具体设计也适应了中国刑法的一系列特色制度，例如，共同犯罪、罪重要素等。

本书是我所撰写的第一部教学用书。与学术专著相比，本书的写作给我带来的压力似乎更大。这让我想起了《宋人轶事汇编》里记载的一桩轶事：“欧公（欧阳修）晚年，尝自谓平生所为文，用思甚苦。其夫人止之曰：‘何自苦如此！尚畏先生嗔耶？’公笑曰：‘不畏先生嗔，却怕后生笑。’”“怕后生笑”，可谓一语中的！

无论哪种形式的教学用书，均旨在为学生提供日常的学习、思考和训练提供一份标准的范本。而范本的建立绝非朝夕之功，不经历反复锤炼、长

期积淀是无法完成的。为此，我作了两方面的努力：

第一，本书的主体内容，无论是案例材料还是分析正文，抑或是方法讲授，都经历了九年课堂教学的持续打磨。其中不少案例多年来反复在使用，每一年的课堂研讨几乎都有新的发现，要么是找到了以前被忽略掉的问题，要么是变换了分析的思路，要么是对疑难点有了新的看法。我真切地感受到，九年讲授刑法案例课的过程，也是我自身分析能力和学生同步提升的过程，“教学相长”诚非虚言。

第二，在本书最后定稿阶段，我专门听取了多名听过课的研究生的修改意见，并请他们对全书进行了分工校对。尽管如此，本书毕竟具有相当的探索性和试验性，它无论在内容还是在形式上都有完善和提高的空间。

正如法学教育不可能也无需毫无遗漏地给学生讲授每一部具体的法律一样，一门刑法案例分课也不可能也无须穷尽刑法学所有的知识点，不可能也无需覆盖司法实务的一切能力训练。学生走出校门后，还需要进一步在工作中学习、磨炼诸如阅卷、取证等实务操作的具体技能。但是，这门课程和本书的意义就在于，帮助学生练就应对一切法律问题所不可或缺的一套基本功、一种底层思维方式。

屈原的“宪令”及其他

史海钩沉

马建红

城市里的人过传统节日，越来越像是虚应故事。比如端午节，虽然照例要调整出三天的假期，不过大家的感受，也就仅仅是过了个小长假而已。不像小时候，小孩子的手腕腕上要系五彩丝线；早上吃粽子的时候要在眉心点一满滴雄黄酒；大人还会叮嘱小孩儿，端午节一整天不许到河边水里玩，不然的话会有“五毒”入侵。正是这些“禁忌”，使得端午节平添了几分神秘性。也使节日更像个“节”。如今可以说是百无禁忌了，却也显得有些无趣起来，除了吃别人包的不太有粽叶味道的粽子外，端午节和平常日子也没啥两样。

端午节照例是要说一下屈原的。屈原成为爱国主义诗人，想必也是晚近的事，因为爱国主义这个词产生的年代并不久远。人们只是笼统地知道屈原不被楚王所用，感叹“举世皆浊而我独清，众人皆醉而我独醒”，在端午节那天投汨罗江而死，至于此事的具体原因，则不太了解。其实，屈原被楚怀王冷落，也和制定法律有关。据太史公在《屈原贾生列传》中记载，屈原因其“博闻强志，

明于治乱，娴于辞令”而深得楚怀王的重用，与之同列的上官大夫则与其“争宠”。“怀王使屈原造为宪令，屈平属草未定。上官大夫见而欲夺之，屈平不与，因谗之曰：‘王使屈平为令，众莫不知，每一令出，平伐其功，曰以为‘非我莫能为’也。’王怒而疏屈平。”这符合历史上这类故事的一般套路：两个大臣在君王面前争宠，奸臣进谗言；这个时候的君王，则无论是昏君还是明君，大多会听信奸臣的话而贬黜忠臣；忠臣无言以对，只得黯然退场。在这样的故事中，君王之所以能够听信谗言，是因为奸佞所言大多为事实，只不过在事实上加个诛心之论，故而使忠臣百口莫辩。比如在这个故事中，“王使屈平为令”是众所周知的事，只是上官加了句“平伐其功，曰以为‘非我莫能为’也”，则戳中了楚怀王的软肋。与君王抢功劳是不能容忍之事，“王怒而疏屈平”也就是自然而然的了。

屈原因不受重用投江而死一事，后人也是众说纷纭。其实，在春秋战国时期那样一个各诸侯国求贤若渴的大背景下，“朝秦暮楚”是人才流动的常态。士为“知己者”死或许见得其所，而屈原为“也”，则戳中了楚怀王的软肋。与君王抢功劳是不能容忍之事，“王怒而疏屈平”也就是自然而然的了。

或许就是另外一种样貌了。可惜，在历史中是没有什么“假如”二字的。

根据《史记》的记载，屈原制定“宪令”，应该是已经完成了“草稿”的。那么，在屈原的这部“宪令”中，规定了哪些内容？它与同时期赵国的《国律》、魏国的《大府之宪》及李悝的《法经》相比，有什么特色？是不是反映了荆楚地域的民情风俗？等等。如果当时没有上官从中作梗，楚怀王顺利地接受了屈原的“宪令”并将其付诸实施的话，我们的法史园地中，又多一份法律遗产也未可知！如今我们除了在端午节凭吊屈原外，只能对着《屈原贾生列传》中的“宪令”二字发呆了。从这个角度来看，屈原的“想不开”，或许不仅仅是因为官场的不得志，而是因为壮志未酬却又无能为力绝望吧。这也益发衬托出楚王的可责与上官的可鄙。

中国在历史上一直是个重视制定成文法的国家，从《秦律》到《大清律例》的积累，形成了一个脉络清晰，体系完备的成文法序列。律典的编纂则在皇权的统筹下，有赖于制定者们的集思广益。假如意见稍有不同，就给对手扣上政治帽子。恐怕参与者都会噤若寒蝉，这样制定出来的法律也将行之不远。在屈原的“故事”中，上官令人不寒而栗之处，就在于他不但不说屈原制定的

“宪令”内容的好坏，而是说“平伐其功，曰以为‘非我莫能为’也”。这样一顶“功高盖主”的帽子，触动了龙须，必然会使楚王怒不可遏。在这种情况下，屈原没被杀头，看来已经是楚王格外开恩了。

行文至此，笔者想起了清末修律时发生在礼教派张之洞与法理派沈家本诸君之间“礼法之争”中的一件事。张之洞本是清末开明的改革名臣，却也是刚毅名教的忠诚卫士。面对法理派“刑律草案”中“刑法内乱罪，不处惟一死刑”的有关条文，张之洞竟然因此而指责法理派在袒护革命党，“欲兴大狱”。幸而被人阻止，他才打消了这一念头。试想，法理派的改革步伐在当时是有些“前卫”，但也绝不至于去袒护革命党，法典编纂者如果依据“法理”立法而被扣上这样的大帽子，确乎是立法者不能承受之重！

端午节吃粽子，据称与人们纪念屈原有关。不过，用粽子叶包米煮饭吃的习俗，最初是否只是汨罗江边老百姓的一种生活习惯？吃粽子是如何成为华夏民族过节的习俗的？或许“宪令”中会有针对此类风习的原则，可惜它已经随汨罗江而去了。

（文章节选自马建红《穿越古今的法律智慧》，北京大学出版社出版）