



天津滨海法学

Tianjin Binhai Law Journal

第五卷

主编 梁津明

中国检察出版社



天津师范大学法学院主办

天津滨海法学

Tianjin Binhai Law Journal

第五卷

主编 梁津明

本卷执行主编 吴占英

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

天津滨海法学. 第5卷/梁津明主编. —北京: 中国检察出版社, 2015. 6

ISBN 978 - 7 - 5102 - 1429 - 5

I. ①天… II. ①梁… III. ①法学 - 文集 IV. ①D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 105360 号

天津滨海法学

第五卷

主编 梁津明 本卷执行主编 吴占英

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区香山南路 111 号 (100144)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

编辑电话: (010) 68682164

发行电话: (010) 68650029

经 销: 新华书店

印 刷: 河北省三河市燕山印刷有限公司

开 本: 720 mm × 960 mm 16 开

印 张: 19.75 印张 插页 4

字 数: 310 千字

版 次: 2015 年 6 月第一版 2015 年 6 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 1429 - 5

定 价: 48.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

编辑委员会

学术顾问 (按姓氏笔画排序)

尹 田	从希斌	张卫平
沈四宝	吴志攀	应松年
赵秉志	徐大同	贾邦俊
韩大元	韩志红	彭炳金

委 员 (按姓氏笔画排序)

孙立文	吴占英	郝 磊
郭庆珠	梁津明	

主 编 梁津明

主 编 助 理 刘东辉 尚海涛

卷首语

阳光明媚，春意盎然。在这个百花盛开的羊年春天里，《天津滨海法学》（第五卷）也如鲜花般精彩绽放了。

本卷主要由本卷特稿、专题策划、各科专论、域外法制、调研报告、学术争鸣、青年法苑、名家演讲、学术人生、书评等栏目组成。所刊论作，既有名家精品，又有新秀新作；既有专题研究，又有各科探究；既有本土调研，又有域外借鉴。总之，这些作品，与“时”俱进，与春同步，百花竞放，竞相争辉。

“本卷特稿”刊载了两位知名教授的大作。杨宗辉教授在其所写《企业刑事法律风险的属性、产生原因与防范对策》一文中提出了如下观点：企业刑事法律风险是指由于法律的不确定性而使企业在经营管理活动中遭受涉嫌犯罪、承担刑事责任的可能性。企业刑事法律风险来源于刑法规定和司法解释的模糊性，其存在的原因源于法律的滞后性、相关“兜底条款”的存在与司法解释的不科学性。企业刑事法律风险属于非系统性风险，企业应该建立和健全刑事法律风险评估机制，刑事立法和刑事司法也应努力减少企业面临的刑事法律风险。冯卫国教授在《论量刑调查制度及其在中国的构建》一文中指出：量刑调查制度是现代量刑制度的重要组成部分，其对促进刑罚个别化和量刑公正的实现意义重大。我国目前正在推行量刑规范化改革，但由于量刑调查制度的欠缺和滞后，影响着改革的效果，亟须在中国构建系统、规范的量刑调查制度，这是保障量刑公正的必由之路。应当从制度名称、调查方法、调查内容、调查报告的法律属性及适用程序等方面，对量刑调查制度加以规范和建构。

“专题策划”聚焦了毒品犯罪问题。近些年来，我国毒品犯罪态势严峻。如何防范与打击毒品犯罪是我们面临的重大课题。詹复亮博士所写《关于我国毒品犯罪刑事政策现代化若干问题的思考》一文重点就

毒品犯罪刑事政策的含义以及政策措施进行了探讨。作者提出:就毒品犯罪刑事政策现代化与传统的毒品犯罪刑事政策而言,后者主要表现为政策观念的落后性、立法的落后性、刑罚的残酷性;前者主要体现为政策观念的现代化、政策主体的现代化、政策实施过程的现代化。要有效遏制毒品犯罪蔓延势头,应当采取源头治理、系统治理、综合治理、依法治理等政策措施。刘夏博士所写《我国毒品犯罪防范体系和国际公约的冲突与协调》一文认为,自20世纪初期起,毒品犯罪就成为了全球关注的严重犯罪之一。而在我国,近年来毒品犯罪的形势也愈发严峻。我们有必要借鉴《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》的先进经验和相关规定,对我国毒品犯罪防范体系加以进一步完善。具体而言,应参照上述公约对贩卖毒品行为进行合理的解释;不宜将吸毒行为规定为犯罪;毒品犯罪并不属于“最严重的罪行”,应逐步废除毒品犯罪的死刑,从而与上述公约和世界主要国家的发展趋势保持一致。谢云欣、胡婷婷检察官所写《新型毒品犯罪相关法律问题研究》一文认为,相比于传统毒品犯罪,新型毒品犯罪有很大的不同,而我国立法与司法实践对于这些区别重视不够,导致了一系列问题,不能完全适应不断变化的毒品犯罪形势。文章重点分析了新型毒品犯罪在我国立法与量刑中存在的问题并提出了可行性建议。

“各科专论”栏目收录了来自实务部门和理论界的论文共11篇,内容涉及贪污贿赂犯罪违法所得的没收程序、《人民检察院组织法》的修改、第三人欺诈行为问题、《老年人权益保障法》相关条文的理解、罪刑法定原则的变迁、左翼与右翼的妥协对法律的影响、资本市场的法律移植、冲突法中意思自治原则的根基、标准化政策与标准化立法的文本分析、我国地方生态文明建设立法及其关系的协调以及接近正义的障碍方面的问题等。这些论文问题意识鲜明、针对性较强,所提解决措施具有较强的建设性。

“域外法制”栏目刊登了龚艳博士所撰《美国仇恨言论规制的司法技艺》一文。文章认为:美国仇恨言论规制的司法技艺除深受其言论自由的传统司法理论影响外,司法实践中也逐渐发展出处理仇恨言论问题所独有的原则和标准。综合而言,美国仇恨言论法律规制的司法技艺包括基础技艺、借用性技艺和特有技艺三种。基础技艺主要是双轨理论和双阶理论;借用性技艺主要是美国法院借用审判诽谤言论、挑衅言论

和煽动违法言论的相关理论；特有技艺主要包括过于广泛原则和过于模糊原则。“洋为中用”，美国仇恨言论规制方面的司法技艺值得我们研究和借鉴。

“调研报告”栏目刊发了温建辉博士的论文《天津市典型非理性犯罪调研报告》。文章指出：典型的非理性犯罪应当是刑法学意义上的非理性犯罪，其也是罪过情感支配犯罪行为非理性犯罪类型。对天津市的调研结果显示，非理性犯罪在犯罪中所占比例不大；非理性犯罪中重大恶性案件不多；四郊、五县、滨海新区及河北区、南开区的非理性犯罪比较严重；邪教组织活动是一个值得警惕的治安隐患。天津市社会治安刑事治理的工作部署应当是加强郊县及河北、南开区的司法力度，重拳打击邪教组织犯罪活动，联防联控，形成法网。

“学术争鸣”一栏登载了许娟教授所写《婚姻关系契约的法经济学分析》一文。许娟教授认为：近年来，《婚姻法》司法解释修改的实质走向是扩张婚内私产。自工业革命以来的性别革命，已令合伙型财产契约取代公益关系势成必然。然而《婚姻法》司法解释不断令婚产契约化，以三代家庭、老人及男权的立场，弱化核心家庭及女性的权利，彻底撕裂女性对家庭温情的合理期待。因此，婚姻关系契约应当是兼顾性别利益的财产契约，性别利益是鉴于女性在婚姻关系契约中的特别负担而给予女性的补偿及保留的利益，传统社会中的性别利益依靠伦理情谊化组织维系，包括婚价、婚书、婚产等婚约形式。现代法治社会应当做到有限私产制，即家庭成员各自保有经济上之独立，同时也对家庭公产尽到各自之责任，不动产各自所有；当事人可在法定婚产制之外订立婚约，婚姻登记机关必须询问当事人是否订立婚约；婚约可以在登记之日选择，也可以在婚后变更。

“青年法苑”栏目刊登了4位青年学者的论文。这几篇论文视角新、立意新。高丽丽所写《刑法立法解释限制论之主张》一文提出了如下观点：刑法立法解释的范围就是在刑法施行中发生歧义时由全国人大常委会所作的解释；刑法立法解释的性质是一种刑法解释。在刑法立法解释的存废之争问题上，应当主张在坚持肯定论的前提下对刑法立法解释加以限制。董维在《不可合理期待烦扰行为的竞争法分析》一文中指出：不可合理期待的烦扰是德国《反不正当竞争法》中出现的概念，其表现形式繁多。如何把握“烦扰”的范围，需要具体理解若干

判断标准。这需从规制不正当竞争行为的视角对不可合理期待的烦扰进行梳理。文章对我国的规制途径提出了一些具体的建议。王艺朴所写《论宋神宗的“新明法科”》一文认为：“新明法科”是王安石任参知政事后所开设的一项选拔法律人才的考试制度，其本质是对之前“明法科”的一次全面升级。这项制度超过了“进士科”，其律学地位一时间也超过了儒学并且对北宋社会、周边少数民族国家以及科举制度产生了深远的影响。霍云肖所写《资本制度改革背景下瑕疵出资的认定与法律规制》一文认为：新修订的公司法并未改变股东的出资义务，传统的瑕疵出资形式依然存在，而这些问题在现有的公司法及其司法解释的框架下仍可以调整；一些新问题也可纳入瑕疵出资予以调整；由于资本监管的放松，使得有些出资瑕疵更容易滋生。文章通过对比中日两国公司法的改革路径，发现日本的一些做法值得我们借鉴。

“名家演讲”栏目刊载的是王轶教授在天津师范大学法学院的演讲稿《民法学方法论纲学科报告》。王轶教授认为：对于民法研究而言，至关重要的是类型化民法研究方法。针对不同类型的民法学问题我们研究思考的方法不一样。民法学界所关注和讨论的问题中首先依照是否与民法规则设计相关的标准可以分成两类。但如果对于民法学界所关注和讨论的问题仅仅做出是否与规则设计有关的区分，这远远不够。对于纯粹民法学问题还可以作出更细致的区分，即纯粹民法学问题至少可以分为：事实判断问题、解释选择问题、价值判断问题。王轶教授的演讲对于开启我们研究的心智不无价值。

“学术人生”栏目刊登了吴占英教授所写《花微逊艳亦为春》一文。文章对英年早逝、“名不见经传”的孟庆华教授的学术品格进行了品评。“花微逊艳亦为春”可谓是对孟庆华教授学术品格的真实写照。读罢全文，读者诸君一定会为失去一位平凡而伟大的真正的学者而惋惜；同时，也应当会对自己对待工作、事业乃至人生的态度有所思考。

“书评”栏目收录了陈长均所写的《刑法学研究的学术史路径》一文。文章认为：陈兴良教授的《刑法的知识转型（学术史）》一书结束了我国刑法学“无史”的历史，开辟了一块刑法学研究的处女地。该书对刑法学“反思”的结论是，“刑法知识的当代转型，是我国刑法学突围的根本之道”。就理论而言，刑法理论的教义学化是我国当前刑法知识转型的必然要求；就实践来说，刑法教义学应成为司法实务者对待

刑法的一种态度。文章认为该书所追求的形式美也颇值得我们学习。

编辑出版这样的集子就好比众人烹制一场盛宴。这期间离不开作者的奉献、编辑的劳作及其他朋友的帮助。感激的话不再多说。Go! Share Together!

目 录

【本卷特稿】

- 企业刑事法律风险的属性、产生原因与防范对策…… 杨宗辉 (1)
论量刑调查制度及其在中国的构建 …………… 冯卫国 (15)

【专题策划】

- 关于我国毒品犯罪刑事政策现代化若干问题的思考
…………… 詹复亮 (27)
我国毒品犯罪防范体系和国际公约的冲突与协调…… 刘 夏 (34)
新型毒品犯罪相关法律问题研究 …………… 谢云欣 胡婷婷 (44)

【各科专论】

- 论贪污贿赂犯罪违法所得没收程序 …………… 詹鹏扬 (50)
浅议《人民检察院组织法》的修改与检察职权的设定
…………… 胡婷婷 谢云欣 (61)
第三人欺诈行为问题研究 …………… 李 艳 (68)
伦理与法律的冲突与契合：对“常回家看看”条款的
理性解读 …………… 王汝洋 (80)
从绝对主义走向相对主义
——试论罪刑法定原则之趋时变迁 …………… 王海军 (93)
左翼与右翼的协商对法律的影响
——读佩里·安德森《思想的谱系——西方思潮
左与右》一书有感 …………… 刘国利 (105)
资本市场法律移植：经验与文本的交织进化 …………… 李安安 (117)
冲突法中意思自治原则的根基 …………… 申婷婷 (135)
标准化政策与标准化立法的文本分析
——兼谈我国标准化政策与立法的完善 …………… 于连超 (147)
论我国地方生态文明建设立法及其关系协调问题…… 李一丁 (158)

接近正义的障碍	郭 辉 (168)
---------------	-----------

【域外法制】

美国仇恨言论规制的司法技艺	龚 艳 (184)
---------------------	-----------

【调研报告】

天津市典型非理性犯罪调研报告	温建辉 (201)
----------------------	-----------

【学术争鸣】

婚姻关系契约的法经济学分析 ——面向《婚姻法》司法解释的争点	许 娟 (212)
---	-----------

【青年法苑】

刑法立法解释限制论之主张	高丽丽 (228)
不可合理期待烦扰行为的竞争法分析	董 维 (240)
论宋神宗的“新明法科”	王艺朴 (256)
资本制度改革背景下瑕疵出资的认定与法律规制	霍云肖 (266)

【名家演讲】

民法学方法论纲学科报告	王 轶 (277)
-------------------	-----------

【学术人生】

花微逊艳亦为春 ——评英年早逝的孟庆华教授的学术品格	吴占英 (285)
-------------------------------------	-----------

【书评】

刑法学研究的学术史路径 ——陈兴良教授《刑法的知识转型 (学术史)》读后感	陈长均 (288)
---	-----------

【附录】

学术动态	(293)
《天津滨海法学》稿约	(298)

CONTENTS

【 Editorial Topic 】

- Risk of Criminal Law: Nature, Causes and Preventing
..... Yang Zonghui (1)
- On the Regime of Penalty Investigation and Its Construction in China
..... Feng Weiguo (15)

【 Special Topic 】

- A Study on Modernization of Criminal Policy of Drug Crime
..... Zhan Fuliang (27)
- Conflicts and Harmonization of Drug Crime in China's Criminal
Law System and International Convention Liu Xia (34)
- Research on Legal Issue of New Types of Drug Crime
..... Xie Yunxin & Hu Tingting (44)

【 Articles 】

- Procedures of Confiscate in Corruption and Bribery
..... Zhan Pengyang (50)
- A Mendments on *Organizational Law of People's Procurator-*
ate and the Establishments of Procurator's Power
..... Hu Tingting & Xie Yunxin (61)
- The Problem of Third Person's Fraudulent Conduct
..... Li Yan (68)
- The Conflict and Conjunction of Morals and Law: Interpre-
tation on the Provision of "Duty of Visitation to Parents"
..... Wang Ruyang (80)
- Absolutism to Relativism: the Evolution of Nulla Poena Sine Lege
..... Wang Haijun (93)
- Impacts on Law of the Consultation of Left Wing and Right
Wing: Thoughts on Reading of *Spectrum: From Right to*
Left in the World of Ideas by Perry Anderson Liu Guoli (105)

Legal Transplantation of Capital Market: Evolution on the Experience and Text	Li An'an (117)
Basics of Autonomy of Will in the Conflict Law	Shen Tingting (135)
Text Analysis on Legislation of Standardization and Policy of Standardization and Talking about the Perfection of Our Standardization Policy and Legislation	Yu Lianchao (147)
A Study on the Legislation about Local Eco - civilization Building and Relationship Coordination	Li Yiding (158)
Obstacles on Approaching Justice	Guo Hui (168)
【 Foreign Laws 】	
Judicial Techniques of Regulating Hate Speeches in the United States	Gong Yan (184)
【 Reports 】	
Inquires on Typical Crimes of Passion in Tianjin	Wen Jianhui (201)
【 Discussion 】	
Economic Analysis on the Law of Marriage Contract; on the Controversial Points of Judicial Interpretation of Chinese Marriage Law	Xu Juan (212)
【 Youth Jurists' Views 】	
The Arguments of Limited Legislative Interpretation of Criminal Law	Gao Lili (228)
Analysis on Unpredictable Disturbance from the Perspective of the Competition Law	Dong Wei (240)
On the New Law Exam of Shenzong of the Song Dynasty	Wang Yipu (256)
The Determination and Regulation on Flaw Contribution in Capital System Reform	Huo Yunxiao (266)
【 Speech 】	
Report on Methodology of Science of Civil Law	Wang Yi (277)

【 Academic Life 】

- The Less Gorgeous Flower still Symbolizes the Spring:
Commenting on the Academic Character of Professor
Meng Qinghua of Untimely Death Wu Zhanying (285)

【 Book Review 】

- The Academic History Route of Study on Science of Criminal Law: Impressions of *Transformation of Knowledge of Criminal Law (Academic History)* by Chen Xingliang
..... Chen Changjun (288)

【 Appendix 】

- Academic News (293)
Notice of Tianjin Binhai Law Journal to Contributors (298)

【本卷特稿】

企业刑事法律风险的属性、 产生原因与防范对策

杨宗辉*

内容摘要：企业刑事法律风险不应包括刑法明确禁止企业实施的犯罪风险，而是指由于法律的不确定性使企业在经营管理活动中遭受涉嫌犯罪、承担刑事责任的可能性，即企业经营行为罪与非罪的模糊性。企业刑事法律风险来源于刑法规定和司法解释的模糊性，其存在的原因源于法律的滞后性、相关“兜底条款”的存在与司法解释的不科学性。企业刑事法律风险属于非系统性风险，企业应该建立和健全刑事法律风险评估机制，刑事立法和刑事司法也应该努力减少企业面临的刑事法律风险。

关键词：企业刑事法律风险 不确定性 兜底条款 风险评估

“原罪”一词原是宗教用语，却经常被人们拿来拷问中国民营企业家，诘问其“第一桶金”的合法来源。事实上，无论是民营企业还是国有企业，无论其处于初创阶段还是处于成长阶段，在涉及企业利益的资金融通、项目竞标、渠道营销和产品质量监管等经营管理环节，都会遭遇各种各样的法律风险，尤其是刑事法律风险，如若不及时消除这类风险，就会给企业的存在和发展带来重大损失。如何使中国企业在发展过程中适应现实的法治条件，有效规避刑事法律风险，学界对此已经展开研究，研究的重点主要集中于企业刑事法律风险的属性、产生原因和防范策略三个方面。但笔者认为，现有的研究中仍存在较多亟待厘清的问题。

* 中南财经政法大学教授、博士生导师，湖北省法学会犯罪学研究会会长。

一、企业刑事法律风险属性辨析

按照我国刑法的规定,企业既可以实施故意犯罪,比如虚开增值税专用发票罪,也可以实施过失犯罪,比如工程重大安全事故罪,但无论是故意犯罪也好,还是过失犯罪也罢,一律纳入企业刑事法律风险概念的范围之中,是不合适的。

比如说,企业为了获得某项重大基础设施建设工程而向项目招标方行贿 1000 万元,该笔款项通过银行转账的方式汇入了项目负责人的银行卡中,那么这种行贿行为对该企业来说绝对不是什么企业刑事法律风险,因为它已经被刑法规定为犯罪行为,且其行为必然会招致刑罚处罚,不再具有不确定性。再比如,企业生产者或者销售者故意在产品中掺杂、掺假,以假充真,以次充好或者以不合格产品冒充合格产品,销售金额 5 万元以上的,这种行为当然也不属于什么企业刑事法律风险,这是确定无疑的生产、销售伪劣产品罪的犯罪行为,其后果不是具有可能性(风险),而是具有必然性。

或许有人会对上述观点提出反驳,认为上述行为虽然在犯罪认定上不存在问题,但上述行为未必会被司法机关发现和查处,那么对于涉事的企业来说,依然属于企业的刑事法律风险。但笔者认为,以企业实施的犯罪行为是否被查处来评定其是否属于企业刑事法律风险欠妥当。

“风险”是一种不确定的危险,从刑法的角度言之,就是企业实施的行为究竟是否构成犯罪存在疑问,这种疑问是“罪与非罪”的疑问,也只有在这种情况下才有探讨企业刑事法律风险的必要,探讨其能不能实施这种行为以及实施了这种行为可能会带来怎样的后果。比如说,企业非法吸收或者变相吸收公众存款,但主要用于正常的生产经营活动,能够及时清退所吸收资金的,能否仍以非法吸收公众存款罪定罪处罚,依法成立的金融机构能否成为非法吸收公众存款罪的主体。又比如,企业未经著作权人许可,仅复制或者仅发行其文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品的,能否构成侵犯著作权罪。再比如,企业为了谋取不正当利益而向国家工作人员提供性贿赂的,能否认定为单位行贿罪,如此等等。如果某种行为是刑法明确禁止的,企业的管理者明知不可为而为之,那就属于故意犯罪行为,根本不是什么企业刑事法律风险的问题。如果认为实施刑法明确禁止的行为也属于企业

刑事法律风险，那么我们不禁要追问，研究企业刑事法律风险的目的是什么，难道是为了探讨如何帮助企业逃避故意犯罪的刑事处罚吗？

从我国刑法现有的规定来看，企业可以成为犯罪主体的罪名有很多，比如刑法分则第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”中的大部分犯罪，其他章节中的诸如资助恐怖活动罪，违规制造、销售枪支罪，强迫劳动罪，出售、非法提供公民个人信息罪，拒不支付劳动报酬罪，走私、贩卖、运输、制造毒品罪等。而当前对企业刑事法律风险研究存在的最大问题就是把凡是企业可以成为犯罪主体的犯罪都纳入企业刑事法律风险研究的范畴，对这些犯罪不加区分，对这些犯罪的构成要件不加分析，眉毛胡子一把抓，什么菜都往筐子里装。这种研究看似全面但很不科学，应当予以纠正。

之所以出现这种现象，或许与研究者采用的方法有关。实际上，当我们认真阅读企业刑事法律风险的研究文章时就会发现，当下对企业刑事法律风险的研究主要还是一种犯罪学进路的研究，而非刑法学的研究，与刑法的犯罪论、刑罚论和刑法各论关系不大。它注重企业犯罪的数据统计，侧重于探讨企业刑事法律风险的产生原因和防治策略，这完全符合犯罪学的知识与理论体系，即研究犯罪现象的产生原因和预防对策。但“主流研究仍以国家或社会本位的‘犯罪预防’为己任，就连许多本应立于企业家本位的刑事风险控制研究也带有浓烈的警示、规训色彩。显然，这种‘严密法网’或‘法制宣传’式的话语并不触及企业家犯罪的生成机理，对改善企业家生存环境，尤其是改善相对劣势的民营企业家的生存环境作用极为有限”^①。

所谓风险，是指“可能发生的危险”。^②我们经常听到“股市有风险，投资需谨慎”的说法，其目的就是提醒投资者股市的收益具有不确定性，损失随时可能发生，因此申报买卖前要三思而后行。同理，所谓企业刑事法律风险，就是指企业在经营管理的过程中涉嫌刑事犯罪、承担刑事责任或承受刑事犯罪侵害的可能性。也有论者从企业刑事法律风险产生原因的角度出发，认为企业刑事法律风险是指“企业的未来

^① 赵军：《民营企业刑事法律风险控制困局透视》，载《法治研究》2013年第3期。

^② 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》，商务印书馆2005年版，第409页。