



DUXUE
SHANGXING
JIANGSU
LÜSHI
YOUXIU
LUNWENJI



江苏省律师协会

笃学尚行

江苏律师优秀论文集(2012)



南京师范大学出版社
NANJING NORMAL UNIVERSITY PRESS

卷之四

卷之四

卷之四

卷之四

卷之四



江苏省律师协会

笃学尚行

江苏律师优秀论文集(2012)



南京师
大出版社

图书在版编目 (C I P) 数据

笃学尚行 : 江苏律师优秀论文集. 2012 / 江苏省律师协会主编. -- 南京 : 南京师范大学出版社, 2013. 11
ISBN 978-7-5651-1611-7

I. ①笃… II. ①江… III. ①法律—中国—文集
IV. ①D920.4-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第272115号

书 名	笃学尚行——江苏律师优秀论文集(2012)
编 者	江苏省律师协会
责任编辑	朱海榕 吕 骏
出版发行	南京师范大学出版社
地 址	江苏省南京市宁海路 122 号(邮编:210097)
电 话	(025)83598919(总编办) 83598412(营销部) 83598297(邮购部)
网 址	http://www.njnup.com
电子信箱	nspzbb@163.com
印 刷	南京大众新科技印刷有限公司
开 本	787 毫米×1092 毫米 1/16
印 张	25.5
字 数	684 千
版 次	2013 年 11 月第 1 版 2013 年 11 月第 1 次印刷
书 号	ISBN 978-7-5651-1611-7
定 价	68.00 元

出 版 人 彭志斌

南京师大版图书若有印装问题请与销售商调换
版权所有 侵犯必究

编委会主任：许同禄

副 主 任：朱飞龙 梁武华

委 员：朱涤非 王克稳 张如宝 陈 扬

姚 彬 孙国祥 汪旭东

主 编：梁武华

副 主 编：李仁尧

执 行 编 辑：黄晖华 徐宏斌

序

党的十八大为我国律师事业的发展进一步指明了方向,赋予了新时期律师工作新的使命和职责。全面贯彻党的十八大精神,以邓小平理论、“三个代表”重要思想、科学发展观为指导,坚定不移沿着中国特色社会主义道路前进,解放思想,开拓创新,凝聚力量,攻坚克难,加强律师队伍建设,提升律师行业形象,发挥律师服务经济社会建设作用,这是司法行政机关、律师协会和广大律师肩负的重任。

实现律师事业又好又快发展,必须始终坚持党的领导,必须始终坚持高举中国特色社会主义伟大旗帜,坚持以科学发展观统领律师工作,牢固树立并自觉践行社会主义法治理念,增强贯彻执行中央决策部署的自觉性和坚定性,确保党的路线方针政策在律师工作中得到贯彻执行。要始终坚持中国特色社会主义法律工作者的本质属性,引导广大律师忠诚履行中国特色社会主义法律工作者的职责使命,切实做到拥护党的领导,拥护社会主义制度,维护宪法和法律尊严,维护当事人合法权益,维护法律正确实施,维护社会公平正义。律师工作要始终围绕中心,服务大局,紧密结合全省经济社会发展的法律服务需求,进一步拓展经济、政治、文化、社会和生态文明建设的服务领域,大力提升法律服务质量和工作水平,在服务“两个率先”建设中建功立业。

为加强全省律师行业发展的理论研究,进一步调动广大律师撰写论文的积极性,江苏省律师协会从2009年开始对全省律师提交的论文进行评比,对优秀论文作者给予表彰并由出版社公开出版发行。《行成于思》、《业精于思》、《博集于思》“三思”系列的出版,得到了全省广大律师的充分肯定。2012年全省律师共提交近500篇论文,经江苏省律师协会评审小组的评审和南京师范大学出版社的编审,共有85篇被评为优秀论文。“三思而后行”,对评出的优秀论文将以《笃学尚行——江苏律师优秀论文集(2012)》继续由南京师范大学出版社公开出版。

“笃学尚行,止于至善”。“笃学”的“笃”是笃实、笃厚的意思,“笃学”出自勤学《论语·泰伯》,强调以求真务实的态度做学问。“尚行”出自《皇极经世书·观物篇》,提倡实际行动,尊崇实践,强调运用知识服务社会。“止于至善”出自《礼记》的《大学》,强调通过不断进取,达到善的最高境界。“笃学尚行,止于至善”是为学之道、为事之道与为人之道的有机结合。希望全省律师以律师行业发展的理论研究为途径,更好地修“为学之道、为事之道、为人之道”,提升素质,提高本领,为江苏律师事业的发展多作贡献。

江苏省司法厅副厅长
江苏省律师协会党委书记

许同群

二〇一三年六月十二日

目 录

序	(1)
---------	-------

刑法及刑事诉讼法

浅议国家机关入罪范围	
江苏锦润律师事务所 邓 军	(1)
不能犯研究	
江苏东恒律师事务所 孙 翔	(7)
“见死不救”的立法适格性考量	
江苏久顺律师事务所 李慧卉	(12)
论犯罪诱因对量刑的影响	
江苏天哲(淮安)律师事务所 谢清波	(16)
在法益保护视角下对我国刑法分则罪刑规范构造模式的追问	
——以数额犯为切入点	
江苏天哲(淮安)律师事务所 谢清波	(26)
论洗钱犯罪	
北京中银律师事务所南京分所 张志华	(33)
试论村委会等基层组织成员受贿案中的主体问题	
江苏振强律师事务所 奚海清	(43)
浅析转化型抢劫中“当场”	
江苏连政律师事务所 丁 浩	(45)
从债权人到阶下囚	
——第三十一件无罪辩护及纪实	
江苏念黎律师事务所 蒋思学	(47)
以单位名义为他人贷款提供担保应该如何定性	
江苏群汇律师事务所 朱 剑	(50)
刑辩律师应积极参加“庭前会议”	
江苏世纪同仁律师事务所 鲁 民	(52)
刑事和解制度之我见	
江苏容大律师事务所 朱 敏 陈艳渤 蒋 旭	(56)

民法及民事诉讼法

试论债权让与是否导致诉讼时效中断	
——基于两处司法解释条文之逻辑分析	
江苏濠阳律师事务所 唐 祎	(60)
论《物权法》与物权行为理论	
江苏西楚律师事务所 钟金仟	(64)

论我国虚拟财产的法律保护

江苏漫修律师事务所 顾晓雯 (68)

房屋承租人优先购买权研究

江苏濠阳律师事务所 殷春花 (75)

住宅小区地下车库权属问题探讨

江苏东恒律师事务所 严利民 (82)

农村宅基地流转法律问题研究

江苏法哲律师事务所 夏加成 傅明新 (95)

论格式条款的解释

江苏维世德律师事务所 高 伦 (100)

合同公平性认定问题初探

——以案例为视角

江苏益邦律师事务所 惠江平 (104)

违约金调整制度法律问题研究

江苏苏合律师事务所 邹杏明 刘秋梅 (109)

浅谈建设工程施工领域“实际施工人”的界定

江苏鑫焱律师事务所 丁 宁 (119)

论公共道路妨碍通行致损责任之司法适用

江苏国瑞律师事务所 姜瑶瑶 (123)

浅议电动自行车的定性及对交通事故司法实践的影响

江苏汇泉律师事务所 王 潇 (126)

简析交通事故误工费赔偿

江苏启星律师事务所 施曦辉 (129)

试论亲权的保护

江苏通成律师事务所 薛 伟 (136)

论夫妻共同债务的认定规则的完善

——解读《婚姻法解释(二)》第24条

江苏颐华(张家港)律师事务所 郭政位 (140)

论储蓄存款合同纠纷的诉讼管辖

北京市大成(南京)律师事务所 朱涤非 (144)

浅议民事案件中的律师取证制度

江苏泰临律师事务所 严李莉 (149)

论民事诉讼中的证明妨碍

江苏梁丰律师事务所 卞伟利 (155)

商法与公司法

我国独立董事薪酬制度探析

江苏简恒律师事务所 田媛媛 朱天翔 (161)

企业合同管理误区探析

江苏名仁律师事务所 胡 康 (169)

房地产企业股权转让的合同设计

上海市建纬(苏州)律师事务所 钱 虹 赵 涛 (173)

巧用增资化解公司并购之难题

上海市锦天城(苏州)律师事务所 周 菡 金 芳..... (176)

我国破产自行和解制度的建构与完善

江苏天旭律师事务所 王祥政..... (180)

公司非破产清算制度的完善与债权人利益保护

江苏公善民律师事务所 刘家胜..... (185)

知识产权

论我国专利权的权利穷竭现状及制度完善

江苏颐华(张家港)律师事务所 钱志伟..... (190)

略论专利间接侵权及主观要件

江苏海滋律师事务所 陶兴亚..... (193)

办理信息网络传播权案件的三个难点

江苏沈锦凤律师事务所 沈锦凤..... (197)

视频网站著作权侵权之归责原则探讨

华东政法大学 李逸竹

江苏广浩律师事务所 姜晓亮..... (201)

计算机字体著作权保护的限制及法律风险防范

北京市大成(南京)律师事务所 刘桥民..... (205)

金融票据、证券保险、涉外实务

民间银行承兑汇票贴现相关问题初探

江苏正气浩然律师事务所 陆柏松 周蕾娜..... (209)

金融创新下私募股权投资的统一立法调控

江苏金伙伴律师事务所 汝东军 戴正才..... (215)

证券交易中虚假陈述的因果关系的认定和举证

江苏董运弟律师事务所 董运弟..... (222)

艺术品投资理财产品的法律风险

江苏亿诚律师事务所 周 亮..... (225)

一票否决

——浅议机动车商业保险合同纠纷中“酒后、无证驾驶,逃逸”等严重违法行为
与保险人明确说明义务之关联

江苏大桥律师事务所 莫 洞..... (229)

保险合同免责条款的效力问题研究

——以一则典型案例为引导

江苏高的律师事务所 张学兵..... (234)

从车损险赔偿现状看保险代位求偿制度

江苏华元民信律师事务所 许 科..... (239)

外国投资者并购境内企业中的担保问题初探

江苏云崖律师事务所 宋政平..... (246)

境外律师事务所在境内设立知识产权代理公司从事法律服务之违法现象分析和对策建议

江苏张林芳律师事务所 毛加俊 曾 博..... (251)

劳动与社会保障

录用通知书撤销的法律责任

江苏名仁律师事务所 胡 康..... (257)

浅析经济危机环境中工资集体协商制度的制定和落实

江苏巨楷律师事务所 茆海宁..... (261)

农民工讨薪的法律难点

江苏石立律师事务所 刘志伟..... (265)

论工伤待遇的基金支付

江苏盛乾律师事务所 林燕燕..... (268)

现行工伤救济程序的不足及改革建议

江苏立泰律师事务所 唐刘念..... (271)

行政法与行政诉讼法

行政法上物权探析

江苏锦润律师事务所 邓 军..... (279)

从廉租房谈保障住房的发展

北京市大成(南京)律师事务所 李 瑞..... (284)

新农村建设中土地整理的法律困局及创新研究

江苏千秋业律师事务所 陈向东..... (288)

行政先予执行制度的探讨

江苏五洲信友律师事务所 毛禹辰..... (293)

律师发展、律所管理

行业管理与律师事务所发展

江苏省律师协会 李仁尧..... (299)

谈律师行业先进文化建设

江苏永衡昭辉律师事务所 武正营

江苏益邦律师事务所 沈定成..... (303)

浅析律师行业的诚信构建

江苏东方之光律师事务所 樊巧云..... (310)

塑造律师行业良好的主流形象

江苏吴越律师事务所 施建民..... (314)

浅论律师在构建和谐社会中的角色定位和作用发挥

江苏苍梧(灌南)律师事务所 李桂成..... (317)

以律师参政议政为契机,谋求中国律师业新蓝图!

北京市惠诚(常州)律师事务所 邢 辉..... (320)

探索和建立律师参与社会管理的机制和途径

江苏世纪天合律师事务所 曹正丰..... (325)

让法律“进村入户”

——结合“四万”工程谈律师服务社会主义新农村建设的途径和作用

江苏义行律师事务所 陈文雷..... (329)

担当与机遇:新农村建设中的律师服务与律师职业发展

江苏漫修律师事务所 董家友

江苏大学文法学院 魏小强..... (332)

试析中小企业法律风险防范中的律师作用

江苏法哲律师事务所 黄少彬..... (337)

律师如何在中小企业发展和成长过程中发挥作用

江苏序阳律师事务所 房玉琛..... (341)

从软件建设入手谈怎样办好律师事务所

江苏金汇人律师事务所 宋 毅..... (344)

律师事务所品牌战略的构想

江苏孙剑良律师事务所 孙剑良..... (347)

浅谈如何成为一名优秀的律所管理者

江苏汇君律师事务所 唐 猛..... (350)

贫困县区律师事业超越发展的问题

江苏法哲律师事务所 成殿军..... (353)

浅议中小型律师事务所管理模式

江苏东大舟律师事务所 徐洪荣..... (356)

本土律师事务所的发展规模与团队合作

江苏法舟律师事务所 姜 辉..... (359)

团队管理

——创新律师事务所内部管理模式

江苏苍梧律师事务所 甲建林 张 军..... (363)

苏北律师事务所的人力资源管理探讨

江苏义行律师事务所 吴丽娜..... (367)

律师事务所人力资源管理

江苏鼓隆律师事务所 岳 松..... (371)

浅论律师事务所及律师执业风险的管理

江苏天辩律师事务所 朱全明..... (375)

律师如何面对执业之初的困境

江苏引航律师事务所 王名海..... (379)

律师修养之我见

江苏阜东律师事务所 汪红新..... (384)

超越自我 破茧成蝶

——浅谈青年律师之培养

江苏省紫东律师事务所 李 侠..... (388)

律师策划

——律师职业生涯的必修课

江苏尚杨律师事务所 徐洪伟..... (392)

附录..... (395)

浅议国家机关人罪范围

江苏锦润律师事务所 邓 军

《刑法》第30条规定：“公司、企业、事业单位、机关、团体实施的危害社会的行为，法律规定为单位犯罪的，应当负刑事责任。”可见机关成为单位犯罪主体有明确的规定，但立法中对机关的含义与范围没有相关的具体规定，司法实务上至今也没有出现过真正追究机关犯罪的情形。理论界对第30条中的“机关”有存废两种意见，本文在肯定机关可以成为单位犯罪主体的前提下，尝试分析机关与国家机关的各自含义，以及哪些国家机关可以纳入刑法制裁。

一、“机关”与“国家机关”的内涵与外延的探讨

（一）从文理解释角度的分析

现实中不少人把生活中的“机关”一词等同于国家机关，笔者认为有必要纠正这个错误观念。“机关”一词汉语词典中解释为：一是机械发动的部分；二是办事单位或机构；三是心机、计谋。^①常用的是其二、三义项。把“机关”理解为办事单位和机构，是取事物机密关键之部位的含义。各级政府是国家机器的机关部位，也就相应地称为机关部门或机关单位了。个人认为机关在日常生活中，在第二种意思的层面上，不是完全等同于国家机关的。如巴金先生在《新生》第一篇中写道：“我们应该有一个言论机关来发表我们对于时局的态度，和我们的政治的、经济的、社会的主张。”显然，这里的机关不是指国家机关，而是一种组织，可见非法律条文中的机关的外延是相当广泛的。

刑法第30条中的机关到底是什么含义，它的使用范围是什么呢？有学者认为，是指从事国家管理或者行使国家权力，以国家预算为独立活动经费的中央和地方各级机关。理论上讲，包括权力机关、行政机关、司法机关、军事机关，并且根据我国宪法第5条第4款的规定，执政党的机关也可以视为国家机关。^②我国宪法对国家机关的概念和范围都已作了相应的规定，这可以从宪法第2条、第3条、第5条、第29条之间的用词逻辑推论出来。宪法直接使用机关一词的只涉及权力机关（依据是第2条第2款：人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和各级人民代表大会）、行政机关、审判机关和检察机关和国家机关这五个词语。其中第5条第4款如此表述：一切国家机关和武装力量，各政党和各社会团体、各企事业单位组织都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为，必须予以追究。这里表述的几个短语在语法上是一个并列结构，可见“武装力量，各政党和各社会团体、各企事业单位组织”应该不是国家机关了，再根据第29条的表述可得知武装力量就是指军队，即军事机关和政党机关似乎不是宪法中的国家机关，我们把这个结论记为结论一。再看看宪法第七章有关国家机构的内容，得知国家机构由以下组织构成：全国人民代表大会、国家主席、国务院、中央军事委员会、地方各

① 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》，商务图书馆1999年修订版，第581页。

② 张明楷等：《刑法新问题探究》，法律出版社2004年版，第29页。

级人民代表大会和地方各级人民政府、民族自治地方的自治机关、人民法院和人民检察院。结合结论一我们就不难发现一个问题,在宪法里,似乎国家机构不完全等于国家机关,前者的范围更广。

(二) 基于目的解释的理解

文理解释有时得出的结论并不符合法律解释的合理性原则,笔者最终认为自己从文理解释角度得出的有关国家机关范围的结论不具有合理性。从目的解释角度看,所谓国家机关,是指为行使国家权力和管理职能,依靠国家财政而独立核算,并根据宪法而设立的机构。人民政协的主要职能是政治协商和民主监督,不直接行使国家权力和管理职能,但军事机关是符合这个条件的,所以国家机关包括国家权力机关、行政机关、审判机关、检察机关、军事机关。

至于《刑法》第30条的“机关”,笔者认为就是上述国家机关,即权力机关、行政机关、审判机关、检察机关、军事机关。至于有人认为执政党的机关也可以视为国家机关,笔者是不敢苟同的,其理由如下:

“政党是一定的阶级或阶层为了取得或影响政治决策权力以实现共同利益而结成的政治组织。”^①现代政治是政党政治的模式。在我国,中国共产党具有绝对的领导地位,表现为:政治领导、组织领导和思想领导。政治领导是制定出既符合中国国情又能代表人民根本利益的路线、方针和政策,并对重大决策问题进行领导,指导决策活动;组织领导是向中央与地方各级机关推荐领导者,并发挥党员模范带头作用,以保证党的路线、方针与政策的落实;思想领导是用马克思主义理论来指导人们的社会实践活动,提高公民的思想觉悟,并使社会接受一定的思想意识形态的活动。可见,党的影响力已经渗入所有的国家机关,其并不是直接参与管理社会事务的,从某种意义上来说它领导着所有的国家机关,所以不适宜划入国家机关的范围。

二、机关能否为单位犯罪主体的争论

1997年刑法对“机关”作为单位犯罪的主体明文作了规定,但争论并未因此而停止,概括起来有否定说、肯定说和限制说三种不同意见,限制说将作为单位犯罪主体的“机关”仅限于地方国家行政机关,但某种角度说,限制说内容也属于肯定说,因而这一问题实际上主要是否定说与肯定说两种意见的对立。

(一) 否定说

否定说认为刑法第30条所规定的“机关”应直接取消,但否定的理由不尽一致,个人归纳如下:

1. 国家机关不具有产生犯罪意思的可能性

国家机关是代表国家行使管理职能的机关,它在活动中体现的是国家意志,这种意志是不能与犯罪意志共存的。国家机关的意志具有两重性。机关犯罪其实质是国家机关中某些领导人为实现本机关政治目的或谋取经济上的不当利益而构成的自然人犯罪。对于这一点,凯尔森指出:“行为和不行为只能是人的行为和不行为,这一点是不能加以否定的。当有人说到法人的行为与不行为时,一定是有关人的行为和不行为。”^②此外,犯罪是反抗现行统治关系严重的行为,而国家机关却是维护现行统治关系的机器,两者是互不相容的。^③

① 张文显:《法理学》,高等教育出版社2003年版,第447页。

② [奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第224—225页。

③ 严纬粤:《浅论对国家机关作为单位犯罪主体的质疑》,载《法制与社会》2007年第7期。

2. 单位犯罪的原因不存在

市场经济条件下的利益驱动是单位犯罪的主要原因。社会机制不健全是单位犯罪的又一重要原因,但目前的市场经济体制已日趋完善,国家也有一系列政策、法令,明令禁止党政机关办公司、搞企业。国家机关之所以会成为刑事被告人,究其原因还是权力寻租和缺乏对应等级的人大有效监督的结果。随着我国政治体制改革深入,国家机关在得到充分的经费保障和同级人大监督到位后,这种犯罪的原因便日渐消亡,再把机关列到单位犯罪主体中没有必要。^①

3. 司法操作上存在不少困难

在我国,行政权实质上大于司法权(最明显不过的是司法机关依赖行政机关的财政拨款,财政上不能独立的法院当然无法与同级行政机关平起平坐),权力机关的地位更是远远高于审判机关和检察机关,在这种情况下,检察机关能轻易起诉行政机关和权力机关吗?审判机关敢审判这些如衣食父母般的机关吗?再者,如果被告人是检察机关和审判机关本身,那么问题又该如何解决?

4. 司法实务中否定国家机关对刑事责任的承担

前些年丹东、烟台、海南的汽车走私案,未追究国家机关的任何刑事责任。2006年7月新疆乌鲁木齐铁路运输中级人民法院受贿案,也未追究法院的刑事责任。鉴于这一规定一直未予实际执行,取消机关犯罪应值得认真考虑。

5. 追究国家机关刑事责任可能产生与立法目的相违背的结果

国家机关运行无非依靠两根“拐杖”:一根是权力主体的自身权威,另一根就是国家强制力的保证。若国家机关被定罪,履行应有的职能时还有权威吗?尤其是当它要求民众有所作为和牺牲时。古语云:“其身不正,虽令不从。”说的就是这个道理。再者,一个自身也被定过罪的法院,公民会对其审判的正义程度有多大的信心呢?正义很大程度依赖法院自身所能代表的正义。

6. 外国刑事立法均未规定国家机关可以成为单位犯罪主体

从与国外的法制情况比较来看,即便是承认法人犯罪的英国和美国,也没有把国家机关作为犯罪主体;在大陆法系国家,除法国规定对地方行政部门及其联合团体在从事可订立公共事业委托协议的活动中实施的犯罪可以追究刑事责任外,其他国家没有明文规定国家机关可以入罪。^②

(二) 肯定说

肯定说认为机关应当规定为单位犯罪主体。但关于肯定之理由,有的人从正面论述,有的则是对否定说的某些观点予以反驳。归纳起来,主要有以下几点:

1. 国家机关有形成犯罪意思的可能性

我们在民法上把机关认定为法人是因为国家机关具有以下特质:依法成立的、拥有一定的财产和承担相应法律责任的能力。可以说是“人格化”了的组织形式,有独立的意志,区别于一般的由自然人临时、自发简单组合的团体形式,如果承认国家机关以外的单位(如公司)可以具有自己的意思能力,那么有何理由认为国家机关不能有自己的意思。诚然,犯罪意思与国家意志水火不容,当国家机关作出与行使行政管理职能的性质相背离的犯罪意思时,此时的国家机关已经沦为犯罪工具,根本就不是国家意志的体现。

^① 王俊:《国家机关能否认定为刑事被告人》,载《人民检察》2006年第11期(上)。

^② 赵秉志:《单位犯罪比较研究》,法律出版社2004年版,第106页。

2. 把司法操作困难作为否定机关成为单位犯罪主体的理由不能成立

因为这实际上混淆了两个不同的概念,即国家机关能否成为单位犯罪主体与如何对其进行审判,这是两个前后相继、性质不同的问题。

3. 追究国家机关的刑事责任,有利于确立公众对法律的信仰

“己所不欲,勿施于人”,国家机关自己对法律不忠诚,何来公众对法律遵守与信仰。忠于法律不是掩饰自己的过错,而是有错即改,接受法律的相关惩罚。威信不总是用光环来维持的,历史上有不少帝王留下“罪己诏”,专制之下的君主尚能如此,为何社会主义民主下的国家机关就不能正视自己的“过错”呢?西方政府向公众认错是很自然的事情,历史有过民众因为政府敢于正视并改正过错而抗法不遵吗?没有。相反,失去威信只是因为政府不能承认自己的错误,不惩罚相关个人和单位。

4. 比较中西方法律制度须深入考虑国情因素

西方诸国市场经济发展早,法律制度健全,国家受制于正当程序,很少有出现国家权力干预经济生活的现象,因此国家机关犯罪的现象极为罕见。反观我国,由于过去长期处于计划经济体制下,如今市场经济体制尚需完善,国家在不同程度上过度干预经济生活的现象还很普遍,加之政府的行政正当程序尚在构建中,这需要很长的过渡期,不是几个行政程序方面的规范立法就能解决的,毕竟“徒法不能以自行”,因此,中国这样规定有国情的需要。

三、限制说的分析与理由

(一) 否定说与肯定说的评价与补充

笔者认为否定说的有些观点是可取的,只是缺乏根本的说服力;肯定说的一些观点也是站得住的,但部分还需商榷。

否定说中认为“单位犯罪的原因不存在”的观点显然是不尊重客观事实的,机关的部门利益是客观存在的,而且该说还犯了一个严重的逻辑错误,把可能是遥远的将来出现的情况(“随着我国政治体制改革的深入,国家机关在得到充分的经费保障和同级人大监督到位后”)作为现在的论据,就好比把“将来会进入共产主义社会,那时社会是按需分配”作为论据,得出“所以我们就应该按需分配”的荒唐结论。

否定说指出了一个棘手的情形:司法机关自身犯罪该如何处理?对此肯定说没有人予以有说服力的回答。这个问题可以通过限制说中的司法机关的豁免权来回答,下文将详细论述。

肯定说强调了国情因素:即外国没有相关规定不能代表中国不需要这样的规定,否定说代表刑法学资深教授马克昌提出了一个尖锐的问题:“肯定说关于法律移植必须符合中国国情的论点无疑是正确的。但西方国家为什么不在刑法中规定国家机关为法人犯罪的主体,肯定说并没有给予有根有据的说明。说西方市场经济发展早,国家机关犯罪现象极为罕见,似乎是他们没有规定国家机关为法人犯罪主体的原因,但这样不过是作者的推断。如果真是这样,那么,为什么西方国家实行市场经济初期,也没有国家机关为法人犯罪的主体呢?”^①笔者试着这么解答马教授提出的问题:众所周知,西方诸国经历了从资本主义市场经济萌芽到完善的过程,资本主义早期走的是自由资本主义路线,这时政府充当的只是守夜人角色,古典经济学家的创始人和集大成者亚当·斯密极力主张国家对经济事务应实行自由放任不干预的政策。^②资产阶级此时要求彻底解除封建束缚,不需要政府过分干预经济,政府并没有太多的机会参与

① 马克昌:《“机关”不宜规定为单位犯罪的主体》,载《现代法学》第29卷2007年第5期。

② [美]马克·斯考森:《现代经济学的历程》,马春文等译,长春出版社2006年版,第33页。

利益分配,当然就很少有机会谋私利了。反观中国,市场经济始终发展不充分,无论是北洋军政府还是蒋介石的大地主大资产阶级政权,乃至实施了长期计划经济的新中国政权,政府都一直在过度地干预经济。改革开放后,政府正在逐步退出本应属于市场可以解决的领域,但这肯定是个较长的过程,而且可能出现反复,所以刑法有必要为经济改革保驾护航。

(二) 国家机关规定为单位犯罪主体的利与弊

首先,谈谈此规定的益处:①肯定了国家机关可能参与社会犯罪的客观事实。如果国家机关个个都是清水衙门,为什么近年来那么多应届毕业生挤着过公务员这座独木桥?公务员薪水和福利都是有一定硬性标准的,并非非常高。为什么同样是国家机关,在报考农业局和地税局上的竞争激烈程度不同呢?为什么不承认国家机关有自己的部门利益呢?为了追求这种利益而膨胀至极的权力不就容易触犯刑法吗?②表明国家维护法律权威的立场和信念。刑事立法将国家机关规定为单位犯罪主体,等于向社会昭示:一切单位都要遵守法律,国家机关也不例外,他们没有豁免犯罪的特权,这显然有利于提高法律的权威。①法治国家就是政府在法律的统治之下,一个国家机关有罪就会得到及时公正的惩罚,将大大提高政府威望,类似于古代商鞅用“千金移木”的方法来取信于民。同时传播了法律面前人人平等的理念,不管谁违犯法,都要为此付出代价。

其次,我们来看看其负面影响:从惩罚犯罪的刑法手段来说,根据刑法的相关规定,单位犯罪除了对主管人员以及直接负责人追究刑事责任外,还要对单位判处罚金。国家机构本身不是营利机构,其活动资金主要来源于国家的拨款,而犯罪的非法所得,按法律规定应予没收,自然不能用于交纳罚金,所以一般只能用财政拨款来缴纳罚金。但罚金必须要上交国库,所以到头来只是国家的钱像从一个人衣服的左口袋到右口袋一样流转了一回,②而且其中还耗费了行政费用。所以最终流失的还是国家财政。这个问题也成了很多学者反对国家机关成为单位犯罪主体的重要理由。笔者是这么考虑的:这个问题有办法避免,一是对于财政拨款本来就不多而且经费匮乏的国家机关,可以考虑没收犯罪所得后,对单位采用定罪免刑的方法。而对于财政拨款比较“宽裕”的国家机关,适当考虑罚金,既起到控制其部门利益的作用,又能使财政回流合理分配,可见刑法第30条规定有一举两得之效果。

总之,上述分析告诉我们:规定国家机关为单位犯罪主体是利远大于弊的。

(三) 采纳限制说的理由与意义

笔者是主张限制说的。限制说观点的也有几种,主要区别在限制的程度,其中主流观点认为国家机关中仅地方行政机关才能构成单位犯罪。比较了机关能否为单位犯罪主体的争论以及分析了国家机关规定为单位犯罪主体的益处与不足后,可以看出:限制国家机关的入罪范围是最佳选择。而且笔者认为国家机关的入罪范围最好是:地方行政机关与除国务院(及国务院办公厅)外的中央行政机关。

1. 排除立法机关的理由

立法机关具有广泛的民意代表性,一是犯罪几率小,加之法不罚众;二是国际上立法机关也是享有刑事豁免权的。立法机关是法律权威的源头,在我国人大代表与会期间也是享受一定豁免权的。主权在民的宪政理念告诉我们要维护立法机关的神圣与权威,所以立法机关不宜纳入单位犯罪之主体。

① 参见王作富:《刑法中的“单位”研究》,载《刑法评论》第2卷,法律出版社2003年版。

② 齐文远主编:《刑法学》,北京大学出版社2007年版,第119页。

2. 排除司法机关的理由

司法机关在我国指检察院和人民法院,一个是法律监督机关,一个是法律审判机关,都维护着法律尊严与实践着法律正义之价值,他们的公信力必须强大,必须得到保护。国际上法院是享有刑事豁免权的,所以有人就认为2006年新疆乌鲁木齐铁路运输中级人民法院因受贿被审是“世界司法史上的一大奇闻”,因为一个“犯罪人”是没有资格对其他人行使审判权的。^①

3. 排除国务院和国务院办公厅的理由

在西方,三权分立经典理论告诉我们法院管不了行政机关(中央级别的),只要中央政府因国家利益的政治事由拒绝。但在中国,个人认为我国最高人民法院与国务院,至少在形式上是平级的,因为一府两院都是对人大负责的。根据古罗马法则“平等者之间无管辖权”,最高院即使判国务院违法了,谁来监督执行判决?国务院不从,谁来强制执行?没有被执行的判决只会让法院自降权威。国务院办公厅是国务院的日常办公机构,是协助国务院主要领导组织会议决定事项的中央政府机构,与国务院关系密切,是其内设机构,可视为一体。故排除国务院,就必然排除了国务院办公厅。

4. 排除军事机关的理由

众所周知,我国的武装力量是由三部分组成:中国人民解放军、中国人民武装警察部队和中国民兵。现行宪法规定中央军事委员会是领导全国武装力量的最高军事机构。值得注意的是,国防部虽隶属国务院,是中央人民政府军事工作部门,负责统一管理全国武装力量的建设工作,但国防部长一般是中央军事委员会的组成成员。民兵和武装警察部队由属于国务院公安部领导下的武装警察部队总部来统帅,可见军事机关和行政机关有些交错的,这里排除的军事机关特指那些不隶属于行政机关的军事机关。排除这类军事机关的理由:一是他们很少涉及社会经济事务,不会受直接利益的诱惑,经济犯罪的可能微乎其微,刑法没有必要对一个极少可能出现的个案进行规定。二是党对军队的绝对领导,中国共产党的中央军事委员会与宪法体制下的中央军事委员会是“两块牌子、一套班子”。^②所以军事机关在很大程度上与政党融合在一起,政党享有的豁免权,军队理应享有。

5. 地方行政机关和国务院组成部门(除办公厅)以及中央直属机关能够作为单位犯罪主体的理由

行政机关由于积极参与社会经济事务管理,直接接触的物质利益多,因此相对其他机关最有可能犯罪。规定地方行政机关可以入罪一方面有利于限制地方自主管理权的滥用,而打击国务院组成部门(除办公厅)和中央直属机关的单位犯罪也有利于维持中央统一领导,保持政令统一;国家机关能入罪受罚在很大程度上也能实现法人之间的法律平等理念;另一方面,此举也能够满足打击现实犯罪的需要,遏制政府腐败,让政府具有良好的公众形象,从而促进整个政治体制的良性循环。

最后希望立法机构能够考虑到刑法第30条有关机关犯罪这部分条款的可操作性,以立法修正案形式采纳限制说。

① 刘仁文:《法院受审该还是不该》,载《观察与思考》2006年第16期。

② 谢庆奎:《当代中国政府与政治》,高等教育出版社2003年版,第99页。