

贵州法学论坛

■ 主编 赵翔 刘鹏

第二届文集

主编 赵翔 刘鹏

贵州法学论坛

第二届文集

贵州人民出版社

责任编辑：廖小安

封面设计：李明跃

技术设计：唐锡璋

图书在版编目（CIP）数据

贵州法学论坛 / 赵翔，刘鹏主编. — 贵阳：贵州人民出版社，2001.8

ISBN 7-221-05591-2

I. 贵... II. ①赵... ②刘... III. 法律 - 研究 - 中国 - 文集 IV. D920.4-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2001)第062223号

贵州法学论坛

赵翔 刘鹏 主编

出版发行 贵州人民出版社

社 址 贵阳市中华北路189号

印 刷 贵州省侗学会印刷厂印制

开 本 851*1168毫米 1/32

印 张 18.5印张

字 数 470千字

印 数 1060册

版次印次 2001年8月第1版 2001年8月第1次印刷

书 号 ISBN 7-221-05591-2 / D·236

定 价 24.00元

贵州法学论坛

著名刑法学家、国际刑法学会副会长、中国法学会副会长、
中国人民大学法学院教授、博士生导师高铭暄先生题字

《贵州法学论坛》委员会名单（以姓氏笔画为序）：

王广尤 吕建军 许 笠 刘 鹏 李清渠
吴大华 吴为民 肖体礼 周春梅

《贵州法学论坛》编审委员会名单（以姓氏笔画为序）：

李 理 李豫贵 张艾清 余贵忠 邹 渊
周如成 周继祥 罗洪洋 谢 伟 蔡先红

主 编：赵 翔 刘 鹏

编 校：李 理 彭剑鸣 安国江 邓万飞 丁红宇
徐原东 刘贵萍 罗兴国 白 薏

序

吴大华^①

正值西部开发方兴未艾之际，又迎来了《贵州法学论坛》（第二届文集）的付梓问世，这一康学之举是我省法学界仁人志士们潜心研炼、协力倡达的又一实鉴。真为可喜可贺！

论坛承蒙贵州民族学院法律系发起与组织，在贵州大学法律系、贵州省政法管理干部学院、贵州公安干部学院、贵州师范大学政经系、贵州工业大学法学系、贵州省法学会、贵阳市法学会、贵州省社科院法学所、贵州财经学院经济法教研室、贵州省商业高等专科学校商法系、贵州省高级人民法院业余大学等省内有关政法院校（系）、法学研究机构及法律实务部门的鼎助协作下，在聚汇法学研究之前沿、介绍我省法学研究之新态、析解法律实务之疑难、驾联省内外学术交流之纽带等方面已载誉八方，取得了众多铭牌炫册的实绩。特别是在本省独特法文化的洞究、研读及播弥方面更是群葩独艳、洗耳罔眼了！

新世纪的钟声已轰然敲响，中国法治之路去向何方？这是目前法学界探寻的重心和矢志从事法律研究的学子们的共同心声。纵观20世纪的全球历史进程，尽管各国的发展道路和发展

^①作者简介：吴大华，中国法学会理事，全国第一、二届“杰出中青年法学家提名奖”获得者，贵州省教育厅副厅长，法学博士，法学教授。

模式异彩纷呈，但是法治的现代化却是众心一律、殊途同归的时代脉冲；它所昭示的法律文明的成长之路虽历难万重，但其对法治精神的弘扬张鼓与普行力推，对法文化的兴盛承习与教化熏陶，对各种人权的细列物化与护卫贯通，都渐益地向康庄方向发展。我们姑且不论其国家政权的内腐性，仅就其可喜的法治绩效而言，在许多方面不失为我们借鉴、学习。

中国的法治之路可谓荆棘密布、坎坷丛生了。仅就近现代而言，曾洗礼过三次历史性巨变，即1911年辛亥革命所引发的第一次法律革命，这是一次从封建专制主义法律秩序向近代民主主义法律秩序的历史性转变；1949年的第二次法律革命，是实现从半殖民地半封建法律秩序向新民主主义法律秩序的历史性更替；1978年伴随改革开放而兴起的第三次法律革命，是从计划经济模式下人治型法律秩序向现代市场经济条件下的法治型法律秩序的根本性变革。“十五大”报告提出“依法治国”方略，十五届四中全会把它写进了“宪法”，这可以说是在第三次法律革命取得一定成绩基础上的又一次大的飞跃。历数这几次法治变革，尽管给中国步履蹒跚的法治之路以巨大的推动力，但由于中国法治之躯深受儒礼宗法的涓滴蕴化、忌讼和息的法意识圈湮、惟命惟上的计划经济的困缚和专制主义、家长制作风经年累月的浸淫，真正要实现法治的伟大目标，可能还举步维艰。中国的法治变革显然是在西学东渐的“洋化”背景下孕育出来的，属于“外发型”的法律革命，它不是根基于中国自己的法律传统与法治现实，而是受外域法律文明的猛烈碰撞而幡然醒悟继以变革从新的。苏力先生说，中国欲走法治之路，则首先必须全面挖掘本土资源。美国法学家博登海默亦认为，任何法律之变革，只有源于自身法文化情性的迫切异化，而不是其他方面的威逼，法律的发展才有内动力。显然，中国的法治现代化只能走“自力”作用下的自为之路而不能重蹈

“他力”反推下的“洋化”之覆。

作为中国法治一隅的贵州法学界，对中国法治之路的深入探讨，对整个神州法文化的繁荣是责无旁贷的。我省法学界各方人士除了潜力研究在西部开发中出现的各种经济、民事、刑事、行政诉讼等领域的法学热点问题，亦要注重对我省本土法资源的大力挖掘，使二者交相辉映，相得益彰。由于特殊的历史背景和地理环境，我省的本土化文化可谓明珠璀璨。在和合发展的法文化理路之中，不仅有“峒款制”法文化、“则溪制”法文化、“议榔”的法习俗、屯军后裔的宗族法传统，等等；而且呈现出“不边不内”、变容渗透的法域关系的错杂现象，以及“融容和合”和多元一体的法域单元的交会姻接。所以，我省各界法学人士，在研究全国法文化共性的同时，要重点突出我省法文化的特殊性，在大力发掘本土资源的基础上深入细致地探求如何充分利用这些特色法资源，来兴盛我省的法治建设，从而走上一条有贵州特色的法治之路。本书营造这样一块法学研究的阵地，旨在团结从事法学教学、科研和司法实务工作的我省乃至全国范围内的各方有志之士来为繁荣我省法学研究贡献绵薄之力。

本书广纳众多莘莘学子之学术敝言，以求达“百花齐放”之盛境。在衷心感谢关心和支持本书的法学前辈和各界友人之余，还望后继者推阵出新，更上一层楼。

是为序。

2001年8月

于贵阳黔灵山下“书痴斋”

目 录

西部开发之刑事法治问题研究·····	吴大华 (1)
调动和发挥司法程序在西部大开发中的作用·····	侯建英 (11)
强化我省区域自治地方的民族立法·····	温卓文 (16)
贵阳市非公有制经济法制环境调研报告·····	贵阳市政法委等 (21)
贵阳市外商投资行政执法环境调研报告·····	贵阳市政法委等 (28)
西部开发与地方法制建设·····	吴利平 (34)
西部大开发与刑事司法保障·····	陈文全 (40)
检察机关在西部开发中的地位与作用·····	卜贵荣 (46)
论贵州在大开发中的环境保护问题·····	王 伟 (52)
西部大开发与环境法制建设·····	杨 军 (58)
西部开发中有关税法的几个问题·····	孙 斌 (64)
西部大开发与民族自治地方立法·····	杨 梅 (69)
借鉴德国经验 加快西部法制建设·····	王卫江 (74)
加强法制建设 促进西部开发·····	王 弦 (79)
论投资法律环境建设的几个问题·····	杨天勇 (85)
加快西部开发法制建设·····	杨东霞 (91)
浅谈西部开发中的法治建设·····	杜 茹 (96)

论保险代理合同的性质与特征·····	钟尉华 (101)
--------------------	-------------

我国保险法中保险人的义务·····	邢 昉 (109)
论欧盟初步裁决制度及其对商事仲裁的影响·····	张艾清 (114)
美国股东委托书管理制度及其启示·····	吴为民 谢 伟 (123)
论跨国公司国际直接投资的法律问题·····	陆 爽 (131)
我国证券交易中存在的问题及其法律对策·····	黄洪俊 (139)
金融资产管理公司处置不良资产的经济法律评价·····	谢 伟 (146)
论股份公司中小股东权益的民事诉讼救济·····	仇小松 (153)
我国强制要约收购制度的立法缺陷及完善·····	严永和 (159)
公司法人格否认浅探·····	陈 恂 (167)
试论破产法应赋予自然人破产能力·····	杨 悦 (173)
创建风险投资体系的法律思考·····	葛继志 (179)
论商誉和商誉权的法律保护·····	胡 刚 (185)
论我国反垄断立法的必要性·····	周 莹 (192)
试析反垄断法的两个问题·····	蔡先红 (198)
从经济法与行政法的区别考量经济法的独立性·····	刘雁翎 (203)
权利担保与二重买卖·····	何其荣 (209)
论合同解除的溯及力·····	贾盛荣 (216)
简析我国《合同法》上之预期违约制度·····	秦小娟 (221)
契约正义与契约自由及其限制·····	汪巧稚 (226)
浅论缔约过失责任·····	陈玉梅 (236)
债权人代位权初探·····	郭玉萍 (241)
诚实信用原则与市场经济·····	项志友 (247)
高度危险作业的损害赔偿责任与责任保险·····	张林鸿 王蜀黔 (254)
制定惩罚性损害赔偿制度的必要性·····	杨 琴 (260)
浅议中小学对未成年学生负有监护职责·····	刘晓明 (266)
关于职务作品几个问题的探讨·····	王 锐 (273)
试论对遗嘱自由的限制·····	夏秀洲 (279)
浅述精神损害赔偿·····	郑 伟 (285)
论精神损害赔偿制度·····	汪旭鹏 (290)

谈夫妻财产制的立法完善·····	刘美希 (298)
浅议“感情确已破裂”·····	廖继红 (307)
民事主体简论·····	张 涵 (311)

青少年智能障碍与违法犯罪·····	吴志刚 (320)
社会转型时期的犯罪特点·····	余贵忠 (327)
再论犯罪的原因·····	毛元学 吴江南 (331)
论间接故意与过于自信过失的区别·····	李 琪 (335)
关于单位犯罪追诉时效的探讨·····	马东君 (342)
论劳动教养制度的完善·····	尹永安 (347)
论罚金刑的作用及存在的问题·····	魏 红 (353)
环境犯罪·····	王俊梅 (359)
论刑法对环境资源的保护·····	韩武卫 (365)

中美撞机事件的国际法问题·····	周毓业 (370)
我国行政复议制度的变革·····	邹 洲 (375)
浅论行政赔偿中的追偿制度·····	董光斗 董 健 (384)
行政复议与行政便民原则·····	王祥珍 (392)
论依法减轻农民负担·····	周相卿 (397)
试析对行政立法的监督控制·····	黄庆华 汤恩婧 (404)
论依法行政·····	穆昌亮 (411)
浅论行政权与依法行政·····	罗英姿 (417)
进一步完善人民代表大会制度·····	廖克林 (421)
浅议公民权利与义务的一致性原则·····	江永强 (428)
加强思想道德建设与法的实现·····	陈 颐 (432)

论确立涉外协议管辖的依据及意义·····	周春梅 (436)
优先主义原则下执行制度的评估与建构·····	李卫国 (443)
对法院民事诉讼行为两个问题的探讨·····	安国江 (450)
有关检察监督几个问题的探讨·····	张祥虎 (455)
刑事司法者回避前所采材料的证据效力·····	彭剑鸣 (461)
论刑事证据的合法性及其完善·····	张 雯 (467)
试论人民法院统一定罪原则·····	付兆丽 (474)
试述刑事诉讼中非法证据的效力·····	田应梅 (480)

我国律师权利行使的环境制约·····	方 初 (485)
侦查阶段律师“会见难”的法律思考·····	王泰清 (490)
司法公正的前提及实现途径·····	刘小平 (494)
对法官的全面规制是保障司法公正的根本·····	张君平 (500)
W T O 与法官素质·····	晁 斌 (506)
法律的局限性与法官造法·····	游建华 (511)
对审判管理体制改革的几点思考·····	周 玮 (519)
民事案件调解中的心理学应用·····	陈玉斌 蔡东兵 (525)

中国传统法律文化中的“礼治”与“法治”·····	罗洪洋 (529)
清朝政府对苗族立法与苗疆习惯法的准用·····	徐晓光 (537)
析中国民法的历史发展过程·····	刘淑芬 (548)
从历史看法制建设与国家盛衰·····	田莉妹 (555)
中国古代对外贸易制度法律制度初探·····	张保成 (563)
耻辱刑与奴隶制肉刑·····	杨鸿雁 (570)

西部开发之刑事法治问题研究

吴大华^①

西部开发是一项宏伟的系统工程。解决西部问题，不仅仅是区域经济发展问题，还包括民族团结问题和政治、社会稳定问题。政治、社会稳定是西部开发顺利进行的前提和保障。因此，本文拟对西部开发中常见犯罪的惩治与防范进行探讨性研究，提出相关刑事对策，以期对西部开发之刑事法治建设有所裨益。

一、西部开发之法治选择与犯罪原因分析

西部开发不只是经济的开发，而是社会的全面互动和协调发展。法律制度是决定和保证经济长期稳定协调发展和社会稳定的基础性力量，是根除观念滞后的关键。

（一）西部开发之法治选择

我们认为，西部开发必须选择法治建设主要是基于以下一些理由：其一，加强法治建设是西部开发顺利进行的重要保障。如同波斯纳之说，经济发展如果离开了法治轨道，就会因一时的表面繁荣而走向崩溃的深渊。^②西部开发作为一项系统工程，不仅要求在经济上取得显著的开发成效，而且在民主政治、法制建

^①作者简介：吴大华，中国人民大学国际刑法研究所特约研究员，贵州省教育厅副厅长，法学教授，法学博士。

^②See Richard A Posner. 《A Economic Approach to Law Studies》，1973，P382.

设、公民素质、民族繁荣和周边关系等诸多方面要求有一个长足的进展。健全完善的法制体系和公正合理的法律程序是西部经济发展的重要保障。其二，加强法治建设是健全和完善我国法制体系的需要。党的十一届三中全会以来，我国已经形成了一个以宪法为核心、以基本法为框架的较为健全的社会主义法律体系。这些法律为我国经济发展和政治稳定起到了重要的保障作用。但毋庸讳言，相当一部分的法律、法规制定时间较早，不能适应经济的迅速发展和社会形势的变化。对此问题，已经引起理论界和实务界的诸多研究与探讨。^①在立法方面，必须使现有法律适应社会经济发展，进行立、改、废，健全固有的法律体系；在司法方面，必须顺应西部省情，公正执法，培植西部的法治意识。

同时，从国内和国外经济发展的比较看来，法治建设是西部经济发展的前提和基础。东部经济的高速发展对西部开发具有深刻启示；改革开放以来，中国东部地区经济的高速发展（甚至可以形容为“腾飞”）不能不归功于两个因素——是优惠的经济政策的引导，一是完备法制的保障。以广东省为例，一系列开发法规为经济的发展营造了良好的法治环境，法治经济取得了显著的成效：地区吸收投资比重由“五五”末的45.6%，迅速上升到“六五”末的52.8%、“七五”末的58.1%和“八五”末的62%。^②西部要发展，必须形成市场观念，建立市场经济体制。市场经济是法治经济，需要完备的法律制度作为保障。借鉴国外开发落后地区的经验，法治建设亦为西部开发所必需。一国在经济发展的过程中必然存在有先有后的不平衡现象。这一点非独中国特有。许多国家在开发落后地区（欠发达地区）的进程中积累了许多有益的经验，其中最为重要的一条是：制定相关法律制

^①西南政法大学主办的《现代法学》开辟专栏，展开对西部开发法制建设的研究。全国政协九届三次会议上，李雅芳同志提出第74号提案，即建议“制定《中华人民共和国西部开发法》”，以规范西部开发。

^②费洪平《中国区域经济发展》，科学出版社1998年版，第355页。

度，为开发提供坚强有力的法治保障。如美国的《麻梭浅滩与田纳西河流域开发法》（1933），联邦德国的《联邦区域规划法》（1965）、《投资补贴法》（1969），英国的《特区法案》（1934）、《工业分布法》（1945），日本的《山村振兴法》和《工业再配置促进法》等。这些法律都先后为该国欠发达地区的开发和发展提供了坚实的保障，达到了立法的初衷。立足于我国西部开发的具体国情，借鉴国外的先进立法经验和立法技术，我们认为，西部开发必须坚持经济发展与法治建设同步进行，甚至需要强调法治先行的地位，以便为西部发展营造良好的社会环境。

（二）西部开发中犯罪原因之分析

西部开发中，影响社会稳定乃至诱发犯罪的诸因素包括：

第一，体制转换导致的社会价值观念、道德体系变迁。西部社会限于地理环境的制约，长期处于贫穷、落后、闭塞的境地。许多地方计划经济体制根深蒂固，人治观念盛行。在向市场经济形态的转换中，城市化进程加快，旧有价值观念、社会道德体系遭到破坏，继起的是一个无序的过渡期。一段时期内，旧的道德规范失律，新道德伦理观念尚未建立。各种思想观念流行，人们多元的价值观念冲突在失范状态下可能导致越轨行为甚至犯罪行为的产生。

第二，人治观念的盛行和腐败的泛滥。西部长期处于计划经济形态控制下，人治观念深入人心，人们在处理事务、解决纠纷时都诉求于政策力量，对法制存在排斥心理。人治观念和非讼心理的形成导致西部法治观念的难以生成。西部腐败现象具有不同于东部的特征，但较东部具有更为严重的危害性。腐败在西部不再是一个表层现象，并且不局限于道德范畴。西部开发中，腐败成为一种体制性腐败。在巨大的利益驱动下，将导致一大批党政干部陷入腐败浊流，借“开发”之机行腐败之实。这一点应引起

党和政府的高度重视。

第三，西部开发中蕴含的巨大商机是激发贪利性违法犯罪滋生的原因之一。改革开放以来，我国采取的是一种“向东倾斜、梯度推进”的非均衡发展战略。^①在“梯度推进”非均衡战略指导下，各类投资向东部倾斜，中西部地区投资逐年减少：“六五”计划时期（1981—1985），东部地区国有单位基本建设投资占全国国有单位基本建设投资比重达47.7%，比“五五”计划时期上升5.5%，“七五”计划时期（1986—1990）进一步上升到52%，八五计划时期进一步上升到55%。1995年，东中西部地区投资比重为55.4%、24.26%、14.42%，东部地区为西部地区的3.84倍。^②西部大开发的方针政策制定后，投资倾斜力度势必加大对这片曾经荒芜的土地的资金注入。开发中蕴含的巨大商机诱惑的不仅仅是“惟利是图”的合法商人，而且许多不良因素势将诱发贪利性违法犯罪的产生。

第四，西部开发涵盖广西、贵州、云南等10省市区。民族杂居和部分地方少数民族聚居是西部地区显著特点之一。民族关系问题是西部地区最敏感的社会政治问题之一。随着东西部发展差距的不断扩大，西部地区群众心理失衡加剧，加之民族风俗民情多样化问题处置不当，旧社会遗留问题的存在和国外敌对势力的煽动，都可能引发新的民族矛盾，带来民族纠纷，产生社会不稳定因素。

^①梯度发展战略在国家宏观调控体系健全、宏观调控机制完善、配套方案兼备的条件下，具有一定的合理性和必要性。在市场经济条件下，宏观调控机制不健全、配套方案不完善，便可能导致“先富已富、后富难富”，东西部差距逐步扩大，区域经济差距达到警戒线的局面：1978年，东中西占全国GDP比重为52%、31%、17%，到1997年则变化为61.46%、23.74%、14.8%。目前，全国近600个贫困县（综合贫困指标）90%以上集中在中西部。参见徐逢贤等著：《跨世界难题——中国经济发展差距》，社会科学文献出版社1999年版，第147～150页；张敦富主编：《区域经济开发研究》，中国轻工业出版社1998年版，第186页。

^②徐逢贤等著《跨世界难题——中国发展差距》，社会科学文献出版社1999年版，第147～150页。

第五，西部大开发过程中，公路、铁路、民航、水利、电力等大批基础设施重大骨干工程项目将上马，农业结构要调整优化，工业要加快调整改组和改造步伐，旅游业等第三产业要大力发展。昔日“孔雀东南飞”，今朝“孔雀西部飞”、“民工家乡回”。庞大的“经商潮”、“民工潮”形成巨大的人口流动，流动人口给社会各方面造成巨大的压力，引发系列危机。如不妥善处置，势将产生违法行为乃至犯罪，危及社会治安。

二、适应开发进程，有力打击各类犯罪

犯罪是社会的肿瘤。西部开发中产生的大量违法犯罪势将严重危害开发的顺利进行。这些违法犯罪主要表现在以下领域：基础设施建设、资金运用、生态环境保护、知识产权保护和国家安全等。为此，我们必须针对开发中常见之不同犯罪，正确而合理地运用刑罚，予以有力惩治。

（一）严厉打击基础设施建设领域的多发犯罪

中国有句俗谚：要想富，先修路。实际上，这反映的是经济发展必须以基础建设为龙头。基础设施是地区经济发展的“瓶颈”，理应成为地方政府投资建设的重点。当前，发生在基础建设的犯罪数不胜数，“豆腐渣”工程倒下的不仅仅是工程本身，还有决定工程上马和招投标的官员。震惊中外的重庆市綦江虹桥垮塌惨案便是一起典型的官员收受贿赂导致工程质量不合格的案件。^①中国刑法典在基础设施建设领域确立的罪名包括：工程重大安全事故罪、教育设施重大安全事故罪、重大责任事故罪、非法转让、倒卖土地权罪、串通投标罪等。围绕这些罪名，可能涉及的还有官员的贪污受贿等腐败行为。对此，中国刑法典专门设立专章即第八章“贪污贿赂罪”加以惩治和防范。

^①《法制日报》1999年4月4日；《中国律师报》1999年4月16日。