

2006年卷

法学论丛

韦以明 梁柯林 蓝晨 主编

FAXUE
LUNCONG



中国人民公安大学出版社

第三版

法學概論

中國政法大學法學院 編



中國政法大學
CHINA UNIVERSITY OF
POLITICAL SCIENCE AND LAW

中國人民大學出版社

法学论丛

(2006 年卷)

主 编	韦以明	梁柯林	蓝 晨
副 主 编	林 辉	罗绍华	
	何 炬	韦 晓	
编辑人员	梁 娟	徐卫华	赵伟胜

中国人民公安大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

法学论丛. 2006 年卷 / 韦以明, 梁柯林, 蓝晨主编. 北京:
中国人民公安大学出版社, 2007. 6

ISBN 978 - 7 - 81109 - 717 - 7

I. 法… II. ①韦…②梁…③蓝… III. 法学—文集
IV. D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 064472 号

法学论丛 (2006 年卷)

FAXUE LUNCONG

韦以明 梁柯林 蓝 晨 主编

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 河北省昌黎县第一印刷厂

版 次: 2007 年 6 月第 1 版

印 次: 2007 年 6 月第 1 次

印 张: 22. 125

开 本: 850 毫米×1168 毫米 1/32

字 数: 575 千字

印 数: 0001 ~ 2500 册

ISBN 978 - 7 - 81109 - 717 - 7/D · 677

定 价: 50.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 侵权必究

E-mail: cpep@public. bta. net. cn

www. phcpps. com. cn

编者序

2006年8月17日至18日，广西壮族自治区刑法学术研讨大会在玉林市成功举行。这是首次由广西壮族自治区区直各政法协（学）会联合主办的一次学术盛会。大会由自治区党委、政法委担任指导协调单位，由广西壮族自治区法学会牵头主办，广西壮族自治区法官协会、广西壮族自治区检察官协会、广西壮族自治区警察学会、广西壮族自治区律师协会、《法治快报》联合主办，由玉林市政法委、师范学院、中级人民法院、中级人民法院、公安局联合承办。

本次大会以科学发展观为指导，配合社会主义法治理念教育，通过敞开式研讨，改变自治区刑法学教学、刑事执法、刑事司法、刑事法律服务等部门封闭式研讨、评比以及研究成果难以共享、重复研究过多的现状，促进自治区刑法研究信息的交流、研究人力资源的共用、研究成果的共享、共性课题的集中攻关、理论共识和学术共同语言的增进，从而带动各部门业务水平的共同提高，最终服务于构建和谐社会和“平安广西”建设。大会的主题为“树立社会主义法治理念，繁荣广西壮族自治区刑法学研究”，具体议题为：（1）法治理念进步与刑法学研究；（2）构建和保障和谐社会的刑法功能研究；（3）商业贿赂犯罪的法律适用问题研究；（4）职务犯罪法律适用问题研究；（5）惩治黑恶势力的刑法问题研究；（6）毒品犯罪的立法、执法、司法研究；（7）刑法修正案问题研究；（8）刑罚问题研究；（9）构建

和谐社会中的刑事政策问题研究; (10) 未成年人犯罪刑法问题研究。广西壮族自治区党委政法委员会副书记刘耀龙在会上强调, 社会主义法治理念是政法工作的指导思想, 也是法学研究工作的指导思想, 应当把开展法学研究的过程看成是深化学习和向全社会宣传普及社会主义法治理念的过程, 刑法学研究要服从和服务于依法治桂、建设“平安广西”的大局。

会议共收到论文 123 篇, 来自自治区政法部门、法学院校、法律服务部门的相关人士 100 多人参加大会。与会人员围绕“树立社会主义法治理念, 繁荣广西壮族自治区刑法学研究”这一主题, 进行了广泛而深入的交流。与会代表分别就刑事立法、刑事政策以及商业贿赂、毒品犯罪等具体问题进行了交流, 百家争鸣、各抒己见, 研讨大会气氛活跃热烈。

会后, 广西壮族自治区法学会组织各主办单位推荐的专家对符合评奖要求的 110 篇论文进行了评比, 共评出一等奖 11 篇, 二等奖 20 篇, 三等奖 30 篇, 并在《法治快报》上刊登获奖名单。本卷论丛即为获奖论文专集。

本论文集的出版, 主要由广西壮族自治区法学会出资, 广西壮族自治区法官协会、广西壮族自治区检察官协会、广西壮族自治区警察学会、广西壮族自治区律师协会亦资助了一定经费。对上述单位的支持与合作, 我们在此谨表由衷的谢忱!

本论文集稿件由广西壮族自治区法学会机关组织编稿, 除了对文体作统一处理外, 还对部分论文在文字和字数上作了修改和调整。对此, 敬请作者予以谅解。由于时间匆忙, 特别是由于我们专业水平有限, 编误现象难免存在, 也敬请作者和读者予以指正。

广西壮族自治区法学会

2007 年 2 月 12 日

目 录

刑法基础理论

- 刑法与构建社会主义和谐社会 莫志强 潘琼琳(1)
- 构建和保障和谐社会的刑法规制功能探析
..... 林树锦 陈永坚(18)
- 构建和保障和谐社会的刑法功能研究
..... 戴红斌 韦琳琳(29)
- 构建和保障和谐社会的刑法功能研究 覃如雕(42)
- 完善刑法在构建社会主义和谐社会中的保障功能
..... 彭本利(55)
- 检察机关对少数民族地区贯彻“宽严相济”
- 刑事政策问题研究 周维昆(64)
- 正确把握刑事政策,促进规范执法 林少平 卢赛环(75)
- 贯彻宽严相济刑事政策是构建社会主义
- 和谐社会的重要途径 林世雄 黄 森(87)
- “疑罪从无”现代司法理念之我见 廖一平(100)
- 论罪刑法定司法化之冲突与抉择 杨扩成 黄 海(113)

刑 法 总 则

- 刑法基本原则的困惑与解读 欧锦雄(127)
- 准确量刑的思考 邹冈谷(142)
- 论对合犯及其罪刑均衡 贾健勇 方跃彪(152)
- 非监禁化:中国和谐社会的刑事政策 杨凤宁(163)
- 论死刑缩减与限制 韦熙宁(175)
- 论我国保安处分的刑法立法建构 蓝 威 彭本利(189)

刑罚适用存在的几个问题成因及对策	苏 微(204)
论我国的罚金制度	张国维(213)
对我国监狱现行假释制度的思考	梁振林(228)
监外执行制度在实践中存在的问题和完善对策	李小坚(237)
浅谈公务员犯罪适用刑罚之轻刑化及其矫正	阮积嵩(247)
探究人性化适用假释与和谐社会构建的统一	杨光明(256)
犯罪故意的认识因素	简永发 廖腾琼(273)
罪刑法定原则质疑	卢 萍(289)
未成年罪犯刑事责任实现研究	陈 博(297)
浅论我国未成年犯的社区矫正及完善	李 蜜(305)
未成年人犯罪非监禁处置制度浅探	王 卡(316)
未成年人犯罪刑事政策研究	彭 俊(334)
未成年人犯罪刑罚问题研究	周化冰(345)
未成年人犯罪刑罚问题研究	杜培荣(354)
论未成年人犯罪与刑罚改革	杨红文(363)
浅议我国未成年人刑事司法制度立法	
构建与完善	韦佩旭 陈国珍(372)

刑 法 分 则

铁路系统商业贿赂案件的特点及其治理对策研究	陆伟南(385)
浅析商业贿赂犯罪的法律适用	王跃辉(393)
商业贿赂犯罪若干问题研究	农中校(402)
关于商业贿赂犯罪立法完善的构想	唐德才(417)
商业贿赂犯罪的法律适用问题探讨	邓昌言 周 猛(427)
斡旋受贿人与被斡旋人职务关系问题研究	覃祖文(435)
论性贿赂的刑事立法	李乐平(448)
浅谈商业贿赂犯罪的特点及预防对策	温百林(460)

从相关负面反馈看巨额财产来源不明罪	
纳入贪污罪的必要	覃启年(467)
贪污罪刑罚的完善	倪业群(477)
职务犯罪司法规制若干问题研究	温 文(489)
挪用公款罪认定中的若干问题	韦志明 李玉蓉(500)
当前私分国有资产犯罪的特点法律适用	
所遇问题及立法建议	刘彩芬(514)
对贪污犯罪定罪处刑若干问题的探讨	钟柳才(526)
惩治黑恶势力的刑法问题研究	莫伟刚(535)
黑社会性质组织犯罪剖析	林 辉(544)
浅论组织、领导、参加黑社会性质组织罪	
.....	蒋材坤 李 武(560)
浅析黑社会性质组织犯罪的成因及对策	韦秀萍(574)
略论重构我国黑社会犯罪刑法规制	覃珠坚(587)
论毒品犯罪的预防与控制	余桂兰 李 波(598)
关于毒品犯罪的几个立法思考	曾祥云(610)
关于毒品数量的法律思考	王卫萍(619)
刑法修正案(五)对信用卡犯罪的完善与不足	
.....	姚忠仁(631)
聚众“打砸抢”立法评析	李连博(646)
试论“不予救助罪”的设立	钟 荣(659)
查办非法采矿案件遇到的问题与探析	梁兴强(668)
贷款诈骗罪的立法完善	卢莹莹(678)
论恶意透支信用卡犯罪的几个法律问题	孙玉仁(690)

刑法基础理论

刑法与构建社会主义和谐社会

莫志强 潘琼琳

一、和谐社会定义

(一) 和谐社会的含义

在中国传统文化中,有关“和谐”的思想非常丰富。从内容看,有用来描述人体内部的健康状态的,有用来描述人体与宇宙间的对应关系的,如孟子的“天人合一”;有用来描述宇宙、自然界的运行规律的,如老子的“万物负阴而抱阳,冲气以为和”;当然,也包括用来描述人与人之间、个人与群体之间、群体与群体之间、不同阶级之间、国与国之间的关系的。从学科角度看,哲学、政治学、文学艺术、社会学、法学、经济学以及自然科学方面都有和谐的影子,可以说,和谐无处不在,无处不要求和谐。在一般意义上,“和”有和睦相处之意;“谐”有协调、融洽的含义。因此,“和谐”也就是和睦协调之意,即“矛盾双方在一定条件下达到统一、协调、调和”。^①本文从法学的角度切

^① 徐晓宗:《试论社会主义和谐社会的理论渊源》,载《达县师范高等专科学校学报》(社会科学版)2006年1月第1期。

人,范围限定在法律可以调整的范围内。这里,和谐是指权利义务得到合理配置以及法律保障权利得以实现、义务得以履行的状态。能达到和谐程度的社会即是和谐社会。

(二) 社会主义和谐社会定义

什么是社会主义和谐社会,胡锦涛同志在省部级主要领导干部提高构建社会主义和谐社会能力专题研讨班上的讲话中已经作出了回答。胡锦涛同志指出:“我们所要建设的社会主义和谐社会,应该是民主法治、公平正义、诚信友爱、充满活力、安定有序、人与自然和谐相处的社会。”^①

对于这一定义的理解,我们认为应该注意以下几点:

(1) 要注意该定义的社会主义前提。不同的社会形态都有其自身的和谐标准,因此就有不同类型的和谐社会,我们要建设的不是封建主义的、资本主义的和谐社会,而是社会主义的和谐社会。胡锦涛同志在讲话中指出,“构建社会主义和谐社会,必须坚持以邓小平理论和‘三个代表’重要思想为指导,坚持社会主义的基本制度,坚持走中国特色社会主义道路……”^②这就是社会主义和谐社会的基本前提。邓小平理论和“三个代表”重要思想是马克思列宁主义、毛泽东思想在新时期的集中体现,是指导我们进行新时期社会主义建设的指导思想,必须坚决地贯彻执行。坚持社会主义制度是保持我们的政权性质不变的必要前提;根据我国的国情,走中国特色社会主义道路,是确保我们的事业成功的必要保证。进行社会主义和谐社会建设,必须坚持社会主义这个前提。

(2) “民主法治、公平正义、安定有序、人与自然和谐相

^① 胡锦涛:《在省部级主要领导干部提高构建社会主义和谐社会能力专题研讨班上的讲话》,载《人民日报》2005年6月27日。

^② 胡锦涛:《在省部级主要领导干部提高构建社会主义和谐社会能力专题研讨班上的讲话》,载《人民日报》2005年6月27日。

处”是对和谐社会基本内涵的描述。提高人民群众的物质文化生活水平、大力发展社会主义的物质文明、精神文明和政治文明是我们的目标。而安定有序是发展的前提,只有“社会组织机制健全,社会管理完善,社会秩序良好,人民群众安居乐业,社会保持安定团结”,才能为发展提供和谐的政治环境。公平正义是安定有序的基础。“正确反映和兼顾不同方面群众的利益,正确处理人民内部矛盾和其他社会矛盾,妥善协调各方面的利益关系”^①是实现公平正义的有效途径,只有妥善处理好各方面的利益关系,才能使人民安居乐业。充分发扬社会主义民主,才能使不同方面的群众利益得到充分的反映,才能找到平衡各方面利益的有效机制,因此,充分发扬社会主义民主是公平正义的必要保障,而法治则是保障民主成果的必要手段。自然资源是制约发展的重要因素,合理地利用自然资源,树立和落实科学发展观,保证可持续发展就成了建设和谐社会必不可少的内容。

(3)“诚信友爱、充满活力”是社会主义和谐社会区别于其他和谐社会的新境界。诚信友爱是中华民族的传统美德,活力是进步与速度的源泉。发扬中华民族的传统美德,同时尊重人民群众的创造精神,通过深化改革、创新体制,调动一切积极因素,激发全社会的创造活力,可以使我们所建设的社会主义和谐社会比以往的任何社会形态都更和谐,充分体现社会主义的优越性。

(三) 和谐的社会价值

和谐是一种对立统一,是矛盾的双方存在的一种状态,通过矛盾双方的对立和斗争,就产生了矛盾的各方力量的均衡,从而形成和谐的局面。根据矛盾论的观点,矛盾无处不在,任何事物自身以及与其他事物之间都处于一定的矛盾状态。和谐并不等于没有矛盾,而是指双方没有不可调和的矛盾,应该说,矛盾双方

^① 胡锦涛:《在省部级主要领导干部提高构建社会主义和谐社会能力专题研讨班上的讲话》,载《人民日报》2005年6月27日。

彼此能够容让对方的程度越高，和谐的程度就越高。要构建和谐社会，就要不断地消除双方的尖锐矛盾，不断将业已存在的矛盾化解。

和谐意味着各方利益得到满足。社会的各个组成部分，无论是个人还是团体，都是以追求一定的利益为目的的，说双方有根本矛盾冲突，那是因为双方在根本利益上有冲突；说双方没有根本冲突，那是因为双方在根本利益上是一致的。各方利益实现的程度越高，社会就越稳定、越和谐；各方利益实现的程度越低，社会就越容易产生矛盾和动荡。要实现社会的和谐，必然需要满足各方的根本利益，并且在一般利益上尽可能地予以满足。

和谐是一种动态的过程，不同的历史时期，和谐有不同的内涵。同时，和谐是社会进步的动力和目标。社会的各个个体都有自己的利益目标，也就有自己的和谐观，历史上各种反对当时统治的斗争都不过是当时的被统治者希望以自己的和谐观来替代统治者的和谐观。社会的各个个体处于不同的环境会有不同的和谐观，当他处在社会的最底层时，能够保证生存就是他最大的愿望，达到这一点他就会认为这个社会是和谐的；而当他处于社会高位时，又会想把自己的利益最大化，这时能够保证他的利益最大化的分配标准才会被他认为是和谐的。因此可以说，人们在按照自己的和谐标准而进行的努力，推动了社会的进步，追求和谐，无论是过去、现在还是将来都是人类不变的目标。这种情况提醒我们两点：其一，我们的国家是人民当家做主的社会主义国家，必须以最广大人民的和谐观作为国家的和谐观。其二，任何社会都不能排除一部分人希望以自己个人的或者小集体的和谐观来替代国家的和谐观，对于这种情况，国家必须予以坚决抵制才能保证最广大人民的利益能够实现。

和谐是一种文明的状态，是管理者的一种容让。从国家政治的角度来看，社会可以分为明显的两个部分：管理者（即行使国家管理权的个人和机构）与被管理者，两者是矛盾的两个方

面。毋庸置疑,管理者在矛盾统一体中居于主要地位、被管理者居于次要地位。在这一矛盾统一体中管理者的“和谐观”即管理者关于社会各成员间的利益分配标准,是国家的和谐观,被管理者整体与管理者之间如果形成矛盾,就一定是管理者所规定的利益分配标准不能满足被管理者的愿望。在社会主义国家里,人民群众是国家的主人,管理者是人民选举出来的,是维护人民利益的代表,因此管理者不应有自己的和谐观(即利益划分标准),而应当是以人民群众整体的和谐观为自己的和谐观。当然,人民群众整体的和谐观是通过由选民选举出的人民代表来反映选民关于利益分配标准的意见,再通过代表参与立法活动将这一分配标准确定下来的途径来确认的。这样就可能出现国家所确认的人民群众的和谐观与人民群众真正的和谐观不一致的情形,从而出现管理者与被管理者之间的矛盾。当这种矛盾出现时,当然应该需要管理者及时调整自己的和谐观,使之与人民群众的整体和谐观达到一致,因此,和谐就表现为管理者的一种容让。

和谐是一种有序的状态,意味着各方认真履行义务和能够实现权利。“和谐的实现过程及其难点,实际上是如何妥善安排处理好国家权力与个人权利两者之间的关系,寻找它们之间的最佳平衡点。国家权力与个人权利并非总是处于一致和谐的状况。在实现宪政的过程中,它们往往存在冲突。”^①通过我们的人民代表大会制度,作为组成社会的个人和单位通过选举自己的代表在人民代表大会上发表自己的意见,表达自己的利益公平观,最后达成一致的意見,再通过人民代表大会制定法律、法规的途径,以法律的形式将这些已经确定的标准固定下来,并在法律中规定为实现这样的利益分配制度,各方所享有的权利和所应承担的义务。当各方认真地履行自己的义务,就能切实地享受法律所规定

① 谭绍木、朱秀春:《论法与和谐社会的构建》,载《南昌航空工业学院学报》(社会科学版)2005年4月第2期。

的各项权利，社会就表现为一种有序的、和谐的状态。因此，从法治的角度看，要实现社会的和谐，就是要找到这样一种有效的机制：它能够保证我们的立法机构所确认的利益分配标准与人民群众整体的利益分配标准是一致的；它能保证我们的立法机关在法律、法规中所设定的各方的权利义务是符合所确定的利益分配标准的；它能保证执法机关的执法行为是能够符合这些法律的。

二、刑法在构建社会主义和谐社会中的应有作用

（一）影响和谐的因素

基于前面的分析，我们认为，社会是以利益维系着的，因此，找到一个科学、合理的利益分配标准并正确、严格地执行它，社会就能和谐。当然，人类数千年的斗争历史已经充分说明，实现这一效果并不容易。我们分析，影响利益分配标准的因素很多，难以一一列举，但从利益分配标准的形成到利益分配的最后实现这一过程来看，可以作如下归类：

1. 国家利益分配标准的选择与确定

人人都有一个关于社会利益怎样分配才算合理标准，应当以谁的标准作为国家的标准，这是影响的因素之一。在不同的社会形态里，执行着不同人的标准：如原始社会执行全部落或者氏族的标准，奴隶社会执行奴隶主阶级的标准，等等，而在我们的社会主义社会，人民是国家的主人，理所当然要执行人民的标准。然而，人民是一个集合概念，它由众多的个体组成，每个个体实际上都有一个不同于其他个体的标准，选择一个与绝大多数人的标准最接近的标准就是解决的办法。这个“绝大多数人”所包含的人数与可能出现矛盾的机会成反比。这个过程在我国是通过人民代表大会来实现的，这中间，代表的产生办法、代表的素质、表决的方式等因素会影响所确定的国家利益分配标准是否科学、合理，从而影响社会是否和谐。

2. 法律对各社会成员利益的具体分配

我国实行依法治国后，对利益分配方案进行确定的方式就是

法律,所谓的利益,这里就体现为法律所规定的权利。各部门法所规定的社会各主体的权利以及为了不影响别人行使权利而规定的义务是否真实、完整地体现了国家的利益分配标准,会影响社会的和谐程度。如果不能真实体现国家的标准,有错误、缺漏或者部门法之间相互冲突,必然会引起社会矛盾。

3. 执法的效果

在立法正确、完善的前提下,执法是否正确也影响社会的和谐程度。违法执法有故意的、过失的两种:故意违法执法,说明该执法者的政治素质不够;过失违法执法,说明该执法者的业务素质不够,不能正确、认真地理解和执行法律。无论是故意的还是过失的违法执法,其结果都会影响执法所应有的效果乃至影响社会的和谐。

4. 守法的效果

在立法科学、合理的情况下,守法者是否依法行使权利、承担义务,是影响社会和谐的重要因素。守法者违法也可分故意和过失两种情况:故意是明知故犯,说明行为人心存侥幸,以为可以逃避法律的制裁,或者是行为人追求利益的心理过于强烈而置法律的规定于不顾;过失则多是因为行为人不知道法律有规定的缘故。解决守法效果的途径,一是要加强法律的宣传教育,二是要给予必要的制裁。

(二) 刑法可以发挥作用的范围

虽然刑法在我国的法律体系中并不承担表达和执行利益分配标准的角色,而是承担保障宪法和其他各部门法得以贯彻实施的角色,但是,由于刑法具有调整对象最广泛、制裁措施最严厉这两个特点,使得刑法在国家利益分配标准的形成和执行过程中有着不可替代的作用。总体而言,“蔑视秩序的最明显、最极端的表现就是犯罪”,^① 刑法打击刑事犯罪,就是维护社会秩序、社

^① 《马克思恩格斯全集》(第2卷),人民出版社1957年版,第416页。

会和谐。具体而言，刑法对维护社会和谐具有以下作用：

1. 保障社会各要素存在和发展的环境

社会由人组成，在此基础上，人组成了家庭、团体、社会组织、机构甚至国家，这就是社会各个层次的要素。法律对这些社会要素规定了其所享有的各项权利和义务，这些权利义务的实现是社会各要素存在和发展的必要条件。在其他法律的制裁手段不能实现有效保障的时候，刑法则担负着保障这些权利义务得以实现的使命，而且是最后的保障手段。

2. 保卫人民民主专政政权和社会主义制度

我国是工人阶级领导的、以工农联盟为基础的人民民主专政的社会主义国家。刑法就是依据以工人阶级为首的广大人民群众意志和利益而制定的，是我国根本利益的集中体现。没有巩固的人民民主专政制度，就没有社会主义，人民的利益就无法保证。但是，国内外敌对势力和敌对分子，总是把攻击的矛头指向我国的人民民主专政制度，他们散布谣言，打着各种旗号，目的都是要推翻这一制度。实践证明，社会主义制度是唯一适合中国发展的社会制度，社会主义制度的巨大优越性，从我国日益提高的综合国力和人民殷实、富裕的生活水平就可以得到证明。邓小平同志指出：“中国搞资本主义不行，必须搞社会主义。如果不搞社会主义，而走资本主义道路，中国的混乱状态就不能结束，贫困落后的状态就不能改变。”^① 虽然我国阶级关系如今已有所改变，阶级斗争不再是我国社会的主要矛盾，危害国家安全和利益的案件在刑事案件中所占的比例也很小了。但是，我们决不能盲目乐观，麻痹大意。应当清醒地认识到：阶级斗争在一定范围内还将长期存在，敌对分子随时会发动攻击；在国际上，西方资本主义国家从来没有放弃敌对和颠覆社会主义中国的立场，在武装侵略失败后，其侵略手段转为“和平演变”，企图运用政治、经济、文化的

^① 《邓小平文选》（第3卷），人民出版社1993年版，第63页。