

检察业务指导

JIANCHAYEWUZHIDAO

最高人民检察院法律政策研究室 编

2003年

2

中国法制出版社

2003年第2辑

检察业务指导

最高人民检察院法律政策研究室 编

中国法制出版社

责任编辑 王淑敏

图书在版编目 (CIP) 数据

检察业务指导/最高人民检察院法律政策研究室编.

- 北京: 中国法制出版社, 2002.9

ISBN-80083-826-9

I. 检… II. 最… III. 检察-业务-指导-中国

IV. D920.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2001) 第 045522 号

检察业务指导 2003 年第 2 辑

JIANCHA YEWU ZHIDAO

编者/最高人民检察院法律政策研究室

经销/新华书店

印刷/北京冠中印刷厂

开本/850×1168 毫米 32

印张/5

字数/109 千

版次/2003 年 4 月第 2 版

2003 年 4 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN-80083-826-9/D·791

(北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031)

定价: 10.00 元 (全套 6 册 定价: 60.00 元)

(如发现印装问题请与本社发行部联系 电话: 66062752)

《检察业务指导》编辑委员会

主 编:戴玉忠

副 主 编:陈国庆 穆红玉

编 委:(以姓氏笔画为序)

王守安	王保权	王建平	王 莉	吴孟栓
张玉梅	张步洪	罗庆东	周苏民	线 杰
韩耀元				

特约编委:

张朝霞	赵屹松	李兴友	刘夏平	苑瑞先
高宗仁	聂晓生	张东军	罗昌平	尹 吉
黄生林	丁芙蓉	林贻影	于 峰	郝广谦
阎河川	廖焱清	丁维群	曾伊山	罗绍华
张远南	郝伟民	冉鄂兰	陆云生	安 南
吕万明	梁晓淮	路晋军	房建忠	杨 波
李文渝	焦甸凉	程相会		

特约编辑:

王昭峰	王济民	党效群	崔 峰	郭庆文
刘树元	张 尧	樊忠诚	吴毓韬	唐有朝
糜方强	杨 勇	滕 忠	刘志成	牟义军
郭献民	李少波	段志凌	周作学	全 莉
李永利	王艳阳	杜树生	孙穆堃	马天山
邢效武	冯耀辉	李宁玉	李玉莲	朱金荣
汪红杰	尚 丽	刘 明		

前 言

为推动法律应用研究和司法解释工作,为各级检察机关、公安机关、审判机关、司法行政部门具体应用法律工作提供权威、准确的指导和研究意见,同时也为学术研究提供有价值的参考,最高人民检察院法律政策研究室编辑了《法律应用研究》丛书。该丛书创办两年来,受到了司法实务部门特别是广大检察干警的普遍欢迎,在法学界也产生了一定影响。为更加突出丛书特点,充分发挥高检研究室负责司法解释的优势,加大对检察工作中具体应用法律问题的指导力度,丛书从今年起更名为《检察业务指导》。

《检察业务指导》立足于司法实践,突出应用性、权威性,主要宗旨是通过对法律应用问题的研究提出适用法律意见,为执法、办案等工作提供指导,同时为制定司法解释提供实践和理论依据。

《检察业务指导》定期编辑出版,每辑根据实际和需要设置“专家论坛”、“立法、司法聚焦”、“法律、司法解释释义”、“刑法应用问题研究”、“刑诉法应用问题研究”、“民事行政法律应用问题研究”、“案例评析”、“立法问题研究”、“资料库”等栏目。

我们热忱欢迎法律专家、学者以及从事立法、司法实务工作的同志为《检察业务指导》撰写有关文章、案例,共同推动法律应用研究和司法解释工作,繁荣法律研究园地。来稿请寄最高人民检察院法律政策研究室《检察业务指导》编辑部(地址:北京北河沿大街147号,邮编:100726),欢迎发送电子邮件:flyy715@sohu.com。来稿请附作者简介,并详细写明通信地址、邮政编码。联系电话:(010)65209121、65209151。来稿采用与否,一律不退,一经采用,即付稿酬。

《检察业务指导》由中国法制出版社定期出版,两月一辑,定价10.00元,全年六辑,定价60.00元。邮购另附15%的邮挂费。

最高人民检察院法律政策研究室

2003年2月

目 录

立法、司法聚焦

社会稳定与刑事政策若干问题

研究 李希慧 杜国强 廖焱清 贾济东 (1)

刑事检察业务工作改革和发展的思考

——我国检察机关在刑事诉讼庭前程序中的

主导地位和作用研究 夏黎阳 (29)

法律、司法解释释义

《全国人大常委会关于〈中华人民共和国刑法〉

第九章渎职罪主体适用问题的解释》

的理解与适用 黄太云 (35)

《最高人民法院关于挪用失业保险基金和

下岗职工基本生活保障资金的行为适用

法律问题的批复》的理解与适用 张玉梅 (41)

《最高人民法院法律政策研究室关于买卖

尚未加盖印章的空白〈边境证〉行为如

何适用法律问题的答复》的理解与适用

..... 杨安瑞 (50)

《最高人民法院研究室关于安定注射液是否

属于刑法第三百五十五条规定的精神药品

的答复》的理解与适用 杨安瑞 (56)

- 《最高人民法院法律政策研究室关于对海事
局工作人员如何适用法律问题的答复》
的理解与适用…………… 张玉梅 (61)

- 《最高人民法院法律政策研究室关于佛教协
会工作人员能否构成受贿罪或公司、企业
人员受贿罪主体问题的答复》
的理解与适用…………… 张玉梅 (66)

刑法应用问题研究

- 操纵证券交易价格罪的司法认定…………… 刘正强 (71)

刑法应用问题研究

- 关于对“不捕”的几个
问题的研究…………… 杨振江 刘福谦 (84)
- 法官谈公诉案件证明责任
减轻问题…………… 赵 军 徐留成 (98)

民事、行政法律应用问题研究

- 民行抗诉效力研究 …………… 傅国云 宋小海 (114)

立法问题研究

- 刑法不应增设吸毒罪
——兼与金雪梅、张玉梅同志商榷 …………… 曾粤兴 (132)

案例评析

- 外国公司常驻代表机构人员能否构成
公司、企业人员受贿罪主体 …………… 张惠明 史洁璐 (140)

* 立法、司法聚焦 *

社会稳定与刑事政策若干问题研究^①

李希慧* 杜国强** 廖焱清*** 贾济东****

一、犯罪、社会稳定与刑事政策的界定

(一) 犯罪的界定

犯罪作为一种社会现象,从不同的角度可以对之做出不同的界定。从犯罪学或社会学的角度来看,犯罪系指危害社会公共生活秩序和利益的反社会行为。从这一意义上讲,精神病人和幼儿的行为也是其研究的对象。而从刑法学的角度来看,犯罪只是违反刑事法律并且依法应当受到刑罚处罚的行为。精神病人和幼儿的行为则被排除在外。^②故犯罪学意义上的犯罪概念的外延比刑法学意义上的犯罪概念的外延要大,它不仅包括刑法上所规定的

^① 本文系《社会稳定与刑事政策》课题的阶段性成果,该课题由湖北省人民检察院靳军检察长、徐汉明副检察长负责,主持人为李希慧教授。

* 武汉大学法学院教授、博士生导师、法学博士。

** 武汉大学法学院博士研究生。

*** 湖北省人民检察院研究室主任。

**** 湖北省人民检察院研究室副主任、武汉大学法学院博士研究生。

^② 参见莫洪宪主编:《犯罪学概论》,中国检察出版社1999年版,第6~8页。

犯罪行为,而且还包括其他法律文件所规定的违法行为,以及人们特别是青少年的不良行为。我们认为,从保障人权的角度出发,应沿用犯罪的刑法学定义,但在谈到对犯罪的预防时不可避免地也要涉及到犯罪学意义上的犯罪概念。

(二) 社会稳定的界定

所谓稳定,从最一般的意义上讲,就是稳固安定,没有变动的意思。但是与这种单纯词义学上的概念不同,我们所说的社会稳定不是指社会生活的稳而不动、静而不变,而是指社会生活的安定、协调、和谐和有序,是通过人们的自觉干预、控制和调节而达到的社会生活的动态平衡。社会稳定主要表现为社会生活的有序性和可控性状态,所谓有序性是指人们社会生活的有组织性和社会关系的协调性;可控性是指现行的社会规范能够有效地组织人们的社会活动,协调人们之间的社会关系,即使人们之间的社会关系上出现了一些不协调、不和谐的情况,也总是能够被有效地限制在一定范围内,不会对社会生活产生毁灭性的影响。这种社会生活的有序性和可控性是什么社会生活得以正常进行的必要前提。当社会处于这种有序性和可控性的状态时,我们就说该社会是稳定的社会,而当社会生活失去这种有序性亦即陷入无序和失控的状态时,则意味着该社会是不稳定的。

以上我们所说的社会稳定是从社会系统的整体结构描述社会状况的总体性概念。但是,社会稳定并不是抽象的,它是一个包含诸多领域和层面的有机系统,并通过各个领域的稳定表现出来,具体表现为政治局势的稳定、经济形势的稳定、思想情绪的稳定和社会秩序的稳定等方面。政治局势的稳定是指社会政治局面的总体态势的有序性和可控性,它意味着政治系统在其运行过程中,能运用内外部各种调节机制,适应环境的变化,并容纳、

调整社会系统内的各种矛盾，使之保持在“秩序”的范围内；经济形势的稳定是指社会经济生活的协调有序性及其发展态势的可控性；思想情绪的稳定是指社会成员对社会现实状况的感情趋向，也就是人们通常所说的“人心”或“民心”。思想情绪的稳定并不意味着所有社会成员都具有一样的思想情绪，这几乎是不可能的，而是指大多数社会成员对社会的现状和未来走向的认可态度。思想情绪的稳定对社会稳定是极为重要的，如果大多数社会成员对社会的现状极端不满，怨声载道，并且看不到光明的前景，社会的稳定就很难实现；社会秩序的稳定则是指在法律、道德和风俗习惯规范指导下人们生活的有序状态，主要表现为社会治安状况良好和社会风气正常两个方面。社会稳定表现在人们日常生活和工作的程序和规范中，就是社会秩序的稳定。对于社会系统的稳定来说，系统内的诸要素和诸方面所处的地位并不是并列、均等的，其中政治局势的稳定处于核心的地位，经济形势的稳定则是整个社会稳定的最终基础，而社会的其他方面均决定于政治、经济这两方面的稳定，但这并不意味着其他方面是可以缺少的，它们相互作用、相互依存，在一定的结构形式中被整合为一个动态发展的社会稳定系统。如果其中有任何一个方面无序扰动，产生“越轨”行为，都会“牵一发而动全身”，影响系统整体的稳定。^①

（三）刑事政策的界定

一般认为，“刑事政策”这一术语最早见于德国古典刑法学

① 参见陶德麟主编：《社会稳定论》，山东人民出版社 1999 年版，第 4～5 页，第 55～85 页。

家费尔巴哈的著作中，继后由亨克和李斯特等学者推而广之。^①关于刑事政策的定义，中外学者众说纷纭，但到目前为止尚未形成统一的认识。如德国著名法学家李斯特将刑事政策定义为“国家和社会据以与犯罪斗争的原则的总和”；法国著名学者安赛尔则认为，“刑事政策是由社会，实际上是由立法者和法官在认定法律所要惩罚的犯罪、保护‘高尚公民’时所作的选择。”^②在此基础上，学者们又提出了“二定义说（即广义说与狭义说）”与“三定义说（即广义说、狭义说与最狭义说）”。为了便于理解，兹依后一观点加以说明：广义的刑事政策系指国家以预防、镇压犯罪为目的所采取的一切措施与方针；狭义的刑事政策是指对犯罪者或对有犯罪危险者，以预防、镇压犯罪为直接目的的国家强制对策；最狭义的刑事政策则是指对各个犯罪者、犯罪的危险者，以特别预防为目的而实行的措置（刑罚、保安处分等）。^③比较而言，广义的刑事政策定义超出了刑事法制的范围，和社会政策等难以区别，“因此，一般刑事政策之书，殆无论及一般社会政策”；^④而最狭义的刑事政策定义又将刑事政策仅限于刑法领域，而且有忽视一般预防之嫌，也为一般刑事政策学者所不取。只有狭义的刑事政策定义克服了前二者的缺陷，故当今西方国家的刑事政策学，大多以此狭义的刑事政策为对象。至于我国刑事政策的概念，学者们之间也存在着不同的认识，我们认为仍以采狭义的刑事政策定义为宜，具体可表述为：所谓刑事政

① 参见张甘妹：《刑事政策》，（台）三民书局1979年版，第1页。

② 参见杨春洗主编：《刑事政策论》，北京大学出版社1994年版，第4页。

③ 参见马克昌主编：《中国刑事政策学》，武汉大学出版社1992年版，第2～3页。

④ 参见张甘妹：《刑事政策》，（台）三民书局1979年版，第3页。

策,是指党和国家为了达到抗制犯罪的目的,根据犯罪的总态势和犯罪人的不同状况而制定的各种刑事对策。

二、犯罪、刑事政策与社会稳定的关系

(一) 社会不稳定因素引发犯罪,犯罪加剧社会的不稳定

无论是基于情感的冲动还是理性的思考,社会稳定性问题往往使人们联想到犯罪,犯罪作为对人类生存与发展具有严重危害性的行为,它与犯罪控制已成为社会发展过程中一个极端引人注目的问题。^①就我国现阶段的社会环境来看,从宏观上讲,社会基本上是稳定的,但也存在着不稳定因素。这是因为,社会稳定是具有相对性的,绝对的社会稳定是不可能的。相对性是指社会稳定的有条件性和暂时性,它包含有两层含义:其一,我们说某一社会是稳定的,一般是就其社会生活的整体态势而言的,但一个整体上稳定的社会往往包含着一些不稳定的因素;其二,我们说某一社会是稳定的,有时是就其特定社会生活中的政治生活的状况而言,但一个社会在政治上稳定并不意味着在其他方面也必然稳定。也就是说,任何社会的不稳定因素都是客观存在的,如果对这些因素估计不足,处理不当,它们就会蔓延滋长,发展到占据主导地位时,稳定就会被破坏,而且稳定因素和不稳定因素还可以在一定条件下互相转化,因而这就有一个调控的问题,也就是保持稳定的问题。^②

当前,中国社会正处在一个前所未有的体制转型时期,也即正由传统社会向现代社会过渡。社会变革的过程实质上是社会的

① 参见康均心:《现代化与犯罪》,载《法学评论》1998年第6期。

② 参见陶德麟主编:《社会稳定论》,山东人民出版社1999年版,第4页、第9~11页。

稳定与不稳定交替的过程,现代化过程产生不稳定性,这已成为共识。^① 剧烈的社会变革给社会带来了多重压力,从而产生了许多不稳定因素,如通货膨胀、企业亏损、流动人口、迷信问题、腐败现象等。这些不稳定因素都直接或间接地激化了社会矛盾,进而引发了犯罪。改革开放以来,犯罪数量明显上升,犯罪的社会危害性也日趋严重且呈现出向有组织化、技术化、智能化发展的趋势。进入 90 年代后,刑事犯罪的上升趋势更加迅猛,犯罪的绝对数量和相对比率都大为增加,特别是严重刑事犯罪更是居高不下,造成社会治安状况的进一步恶化,群众没有安全感,“离家怕人偷,出门怕人抢,女工不敢上夜班”,搞得人心惶惶。1997 年,北京一家调查咨询公司在京、沪、穗等六大城市对 12 万居民进行调查,其中,对于“如今过日子最担心的是什么”问题的回答,选择“安全”一项的达到 56.2%,高居榜首。^② 由此可见,犯罪活动的日益猖獗是造成当今社会治安形势严峻的根本原因,这种现象严重束缚了人们的生产、工作、学习的积极性,阻碍了生产力的发展,并极大地损害了党和政府在人民群众中的威信,从而直接影响到了社会的稳定。

(二) 刑事政策是专为抗制犯罪出现的,犯罪状况直接决定刑事政策的内容

有犯罪就有相应的对策,刑事政策正是国家对犯罪这样一种客观的反社会现象作出的对策性反应。刑事政策和犯罪的逻辑关系表现为:社会上存在犯罪现象,就有与之作斗争的相应的刑事政策,然后才出现相应的刑事法律,刑事政策是刑法的先导,指

^① 参见康均心:《现代化与犯罪》,载《法学评论》1998 年第 6 期。

^② 参见陶德麟主编:《社会稳定论》,山东人民出版社 1999 年版,第 84 页。

导着刑法同犯罪作斗争。不仅如此,在新旧社会制度更替,社会发生重大变革的一段时期内,往往由于旧的刑法被废弃,而新的刑法尚未制定,人们同犯罪作斗争也主要是依靠刑事政策。

但是,刑事政策并非统治阶级的主观臆想,它要受到犯罪状况的制约。可以说,正是人们对犯罪现象研究的深化,才成就了刑事政策学在刑事科学中独立的学科地位及其存在价值。日本学者大谷实在谈到刑事政策和犯罪现象的关系时指出:“现代意义上的刑事政策科学的研究的兴起,是由于在 19 世纪的欧洲,注意到了累犯的增加这一犯罪现象,从而对根据传统的刑法及刑罚论的犯罪预防效果产生了怀疑的结果。少年犯的对策、精神障碍人的犯罪对策等近代的政策及制度的展开,也是对于现实中所发生的具体犯罪现象进行认识的结果。”^①正如治病必须先确诊病症才能进行有效治疗一样,要想医治犯罪这样一种社会的病态,也只有在正确认识和把握犯罪原因、犯罪规律的基础上才能制定出有效的对策,因此,一定时期内犯罪活动的原因、特点及趋向,就最为直接地决定了这一时期刑事政策的内容。具体表现为:一定的刑事政策总是根据犯罪和犯罪人的实际情况制定的;犯罪和犯罪人的情况变化了,刑事政策可能随之而发生变化;一定时期的犯罪活动严重与否,刑事政策的侧重点也会因而不同。^②其次,犯罪作为一种社会现象,是社会、心理和生理诸种因素互相作用的产物,是“社会各种矛盾的综合反映”,由于社会矛盾无法消灭,决定了犯罪也不可能被消灭,这是犯罪存在的

^① 参见〔日〕大谷实著,黎宏译:《刑事政策学》,法律出版社 2000 年版,第 25 页。

^② 参见马克昌主编:《中国刑事政策学》,武汉大学出版社 1992 年版,第 71 ~ 73 页。

客观必然性。这就要求我们在制定刑事政策时，应立足于这一现实，力求将犯罪控制在这个社会所能容忍的限度之内，而不应冀消灭犯罪。同时又由于犯罪是各种社会因素综合作用的产物，单靠严刑峻罚不可能解决犯罪问题，需要将刑法与其他措施并用，实行综合治理，以达到标本兼治的目的。

(三) 刑事政策的终极目标是维护社会稳定，刑事政策要受社会稳定之规律性制约

人类社会自产生以来，社会稳定就一直是人类努力谋求的状态，它既是社会生活得以正常进行的必要条件，也是一个民族和国家走向兴盛的根本前提。在我国现阶段的社会实践中，改革、发展与稳定是社会的三大主题，在改革和发展的推进中实现政治和社会的长期稳定，是我们进行现代化建设所追求的社会环境目标。邓小平同志曾经指出：“中国的问题，压倒一切的是稳定，没有稳定的环境，什么也搞不成，已经取得的成果也会失掉。”^①而犯罪乃社会稳定之大敌，刑事政策正是为抗制犯罪而出现的。“社会稳定是社会在客观条件允许下自觉调控活动的结果，对社会生活的调控总是借助于一定的社会规范（如道德、法律和政策）来进行的，……运用法律和政策进行调控的属于‘硬调控’，即通过运用各种国家强制力量将社会生活和社会关系的变化限制在一定的范围内，以达到保持社会稳定的目的。”^②对于犯罪这种严重危害社会的行为当然应适用“硬调控”。而在犯罪控制系统中，刑事政策起着决定性的作用，它指导着刑事立法、刑事司法、刑事执行等各个方面，共同担负着预防犯罪和控制犯罪的功

^① 参见《邓小平文选》，人民出版社 1993 年版，第 284 页。

^② 参见陶德麟主编：《社会稳定论》，山东人民出版社 1999 年版，第 5 页。

能。反过来，统治阶级之所以针对犯罪采取种种策略，目的就在于维护有利于其统治的社会关系和社会秩序，也就是为了维护社会的稳定。刑事政策就是以国家机关为主体的，以防止犯罪为中心的维持社会秩序的活动的整体。^①故对于刑事政策而言，维护社会稳定是比预防犯罪和控制犯罪更高层次的价值取向，是刑事政策的终极目标。

但是，刑事政策同样要受到社会稳定之规律性的制约。统治阶级制定和实施刑事政策的目的就在于为社会政治、经济发展创造一个安定、有序的环境，因此，国家制定什么样的刑事政策，打击面是宽是窄，刑罚是轻是重，都必须服从于实现这一根本目的的需要。当社会治安状况较好，严重危害社会秩序的犯罪并不突出的情况下，对犯罪行为的打击适当减缓完全是应该的；而当一个社会治安状况较差，严重破坏社会秩序的犯罪猖獗的情况下，运用刑罚武器对犯罪行为给予相对严厉的处罚也在情理之中。同时，由于社会稳定只能是相对的，绝对的社会稳定是不可能的；而犯罪又是社会中的一种正常现象，任何社会都不可能没有犯罪，因而我们对于犯罪在心理承受上应更强些，容忍性也应更大些，只要犯罪活动没有达到不可控制的程度，只要没有严重影响到经济的发展和社会的进步，就应当认为是正常的情况。在抗制犯罪方面，力求将犯罪控制在一定的范围之内，只要控制在这个社会所能容忍的限度之内，刑罚的效益和成本就能为社会接受，社会也就能平稳地向前发展。

综上所述，在犯罪、刑事政策和社会稳定三者之间，犯罪是

^① 参见〔日〕大谷实著，黎宏译：《刑事政策学》，法律出版社2000年版，第4页。