

2011年 甘肃省法学优秀论文选

2011NIAN GANSUSHENG FAXUEYOUXIULUNWENXUAN

下 册

甘肃省法学会 编

 甘肃人民出版社

责任编辑：王建华

封面设计：白 玲

2011 年 甘肃省法学优秀论文选

2011NIAN GANSUSHENG FAXUE YOUXIU LUNWENXUAN

(下册)

甘肃省法学会 编



甘肃人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

2011年甘肃省法学优秀论文选 / 甘肃省法学会编
--兰州:甘肃人民出版社,2012.6
ISBN 978-7-226-04310-3

I. ①2… II. ①甘… III. ①法学—文集 IV.
①D90-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第120851号

责任编辑:王建华

封面设计:白玲

2011年甘肃省法学优秀论文选

甘肃省法学会 编

甘肃人民出版社出版发行

(730030 兰州市读者大道568号)

甘肃光子印务有限责任公司印刷

开本 710毫米×1020毫米 1/16 印张 56.25 字数 980千

2012年6月第1版 2012年6月第1次印刷

印数:1~200册

ISBN 978-7-226-04310-3 定价:120.00元

编 委 会

主 任：马湘贤

编 委：相连生 李功国 杨成喜 傅连宴

主 编：相连生 李功国

序

《2011年甘肃省法学优秀论文选》在省法学会和广大作者的共同努力下和大家见面了。

论文选由三个部分组成：一是2011年优秀论文70篇；二是第六届“中国·西部法治论坛”优秀论文22篇；三是2011年7月陇东革命根据地法制建设研讨会优秀论文28篇，共120篇。

论文选是作者在马克思主义思想和中国特色社会主义理论体系的指导下，紧密联系我国社会主义初级阶段的基本国情与甘肃省情，围绕政法战线“三项重点工作”，深入调查研究取得的具有较高学术价值和应用价值的最新法学科研成果。在理论和创新上突出了以下几点：

第一，论文选题紧密围绕新时期党和国家的中心工作，服务大局。立足于坚持党的领导、人民当家做主、依法治国相统一，努力做好新时期三项重点工作，特别是注重把握社会创新管理，保障与改善民生，维护社会稳定，服务经济、文化建设，执法司法为民等重大社会课题，表现出事业的开拓和时代的敏感性。在写作内容上，相当一部分论文集中在民生、维稳、社会管理、司法为民等领域，提出并阐述了一系列新的见解和主张，很有启示性和理论意义。

第二，部分论文对我省陇东革命根据地法制建设及“马锡五审判方式”进行了回顾和研讨分析。对以南梁政府为中心的陇东革命根据地法制建设和“马锡五审判方式”的形成背景，新民主主义法制的性质及其与社会主义法制的传承联系，革命传统的内容、特点、价值观及其代代相传的现实意义等，进行了比较系统、完整和深刻的发掘和阐释，具有第一手资料的原创性特色和影响力。

第三，基础理论研究和专业理论研究有新的发展。对法律文化和传统法律文化包括中华法系的研究，对部门法学科理论研究特别是民商法、刑法、行政

法、民间法学的研究,对西部开发与生态环境保护的研究,对西部民族宗教问题的研究等,都在原有基础上有新的发展。有的达到了一定的理论高度,受到《人民日报》理论版、《新华月报》理论版及人民网、新华网、高等院校网、中国广播电视中心等主流媒体的重视与肯定,产生了广泛的社会影响。

第四,实践研究基础更加雄厚。此次征集到的200余篇论文中,半数以上论文是紧密结合甘肃省人大、政府、政法委及公、检、法、司各部门的实际工作撰写的。其中以检察系统、法院系统所占比重较大。广大法律工作者尤其是中青年工作者,紧密结合自身的审判、检察、公安、执法、司法等具体业务,调查研究,分析总结经验教训,提出了改进建议和措施。这不仅为繁荣甘肃省法学研究打下了雄厚基础,而且有力地推动了全省“三项重点工作”改革。

论文选是在甘肃省委政法委的领导下,省法学会和全省政法各部门、各大专院校法学院(系)、全省广大法学、法律工作者努力奋斗的成果。我们将再接再厉,传承法律文化,培育后来者,为不断开拓甘肃法学研究新天地,继续坚持“四抓三支撑”的总体工作思路和“中心带动、两翼齐飞、组团发展、整体推进”战略的实现,作出新的贡献!

甘肃省法学会学术委员会 李功国

2011年冬

目 录

第一篇 第二届甘肃法治论坛

略论刑事诉讼监督权的优化配置	徐维忠(3)
加强社会管理创新的认识与实践	张禄永(10)
建设文化强国 发展法律文化	李功国 脱剑锋 李 月(17)
建立完善执法管理体系 全面推进公安机关执法规范化建设	郭庆祥(29)
社会变迁中弱势群体保障的正当性研究 ——以法律权利的理论为视角	华 风 陈 革(37)
浅论公安机关执法规范化常态模式的构建	李韵东(48)
充分发挥法律监督职能 深入推进社会管理创新	田 伟(55)
构建和谐社会的警察权	卢建军(61)
论藏族聚居区刑事和解制度构建 ——以甘南藏族自治州为考察样本	冯新福(73)
突破制度禁区——内部行政行为的可诉性探析	任玉林(82)
捕诉衔接运行机制研究	王 锐(93)
我国建立案例指导制度的必要性分析	张兴斌 戴 璞(101)
有序延伸检察职能 完善涉检维稳工作	赵保民(110)
论中国传统法律文化中的“清官情结”及其现实借鉴意义	杨 伟(117)
公正廉洁执法是政法工作的永恒追求	贾承世(126)
社会矛盾化解视野下的民行检察和解	丁霞敏 万小鹏(133)
市民社会:法治的根基和泉源	吕志祥 董艳云(140)
户籍制度改革的权利价值目标分析研究	李恩崇 陈 革 林素羽(146)
构建和谐社会背景下检察机关的社会管理创新	薛 蕾(156)
论城市房屋征收中的公共利益认定程序 ——兼论《国有土地上房屋征收与补偿条例》中公共利益的规定	

.....	郑天锋(165)
关于加强社会管理创新延伸检察职能的思考	敬庆萍(176)
基层检察机关如何树立“六观”推动检察工作健康科学发展	
.....	席正清(181)
创新社会管理 维护社会稳定	徐向素(186)
基层检察院如何提升检察公信力来构建和谐社会的思考	张春葆(191)
认真履行监狱职能 积极服务和谐社会	
——对监狱机关推进“三项重点工作”的几点思考	姜润基(195)
群体性事件:从控制走向规制	
——社会冲突与社会风险综合分析框架下的再考量	
.....	陈 革(199)
民事与行政交叉案件审理问题研究	任登光 殷君芳(208)
浅谈完善检察机关社会矛盾化解机制之构想	何金旭(220)
对三项重点工作与检察职能契合点的新思考	
——以系统方法论推进检察机关三项重点工作	
.....	肖顺禄 齐 阳(225)
对公安机关社会管理创新的几点思考	李晓卫(235)
公有公共设施致害应纳入国家赔偿	杨 洋(242)
社会环境的变化与警察执法的公信力问题研究	高怀安(251)
立足检察职能的充分发挥 深入推动“三项重点工作”落实	
.....	王志坚(260)
建立健全化解社会矛盾有效机制研究	张 侠(266)
社区矫正的现状、存在问题与对策	李玉霞 张旭升(274)
立足本地实际 突出检察特色 深入推进三项重点工作	
.....	杨雪峰 杜 刚(278)
基层检察机关参与社会管理创新存在的实践困境与破解	
.....	韩荣翠 牛中华(284)
社会矛盾化解背景下公诉理念的定位	康 靖(289)
涉法涉诉信访问题的法律思考	宋军军(295)
强化公诉职能 推进社会矛盾化解	马玉兰(304)
和谐社会语境下的农民工犯罪问题及预防对策	孙 锐(312)

论“检调对接”对维护社会稳定的作用及其完善	于福林(319)
浅议美国的司法能动主义	赵丹绮(326)
推动基层检察机关向前发展的动力在于管理机制的不断改革创新	
——检察管理机制改革初探	慈瑞通(334)
经济学视野下“四禁并举”方针的实证研究	郑永红(341)
基层检察院处理轻伤害案件化解社会矛盾面临的困境及对策	
..... 刘永恩 于爱国(353)	
论法院组织结构的多相性重构或去伪	
——基于司法裁决公正性的探索	李玉奇(361)
完善法律机制 构建和谐社会	巨 卓(370)
寻求社会治安综合治理和谐之道	丁 浩(376)
警察职能及警察权的理论解析	李波阳 何宏斌(383)
检察机关如何参与社会管理创新	邓志宏 曹兴邦(394)
社区服务管理中“依法治理”工作存在的问题及对策研究	
..... 郭淑霞(399)	
关于加强立案、审判、执行工作的相互配合,解决执行难问题的研究	
..... 黄玉杰(405)	
浅议由民间邻里纠纷引发的刑事犯罪	吴丽梅(411)
检察机关开展社区矫正法律监督工作研究	胡鹏程(417)
重视社区矫正立法,推动社会管理创新	
——社区矫正制度的立法思考	马胜良(425)
检察机关推进社会矛盾化解之我见	董 云(430)
加强职务犯罪预防 促进社会管理创新	高金华(437)
突发性群体事件的预防和处置机制研究	张小敏(443)
浅谈民商事裁判文书中证据部分的写作	崔伟新(451)
社会管理创新语境下未成年人社区矫正制度的现实应用	
..... 陈海州(457)	
浅谈如何在履行控申检察职能中提升做好新时期群众工作的能力	
..... 周胜前(465)	
推进三项重点工作的途径和方法	蔡泽臣(470)
检察机关如何在服务保障民生中化解社会矛盾	余睿鹏(476)
浅析社会矛盾纠纷排查调处对策	达永军(483)

房屋买卖合同纠纷之法律适用	孙发强(491)
执法人员廉政建设存在的问题、对策研究	李 卿(500)
论法院、法官司法公正的必然	何正功(509)

第二篇 第六届中国·西部法治论坛

加强公众参与制度建设力度 提升社会管理创新质量	唐晓明 侯小平(521)
发挥法律监督职能 推进社会管理创新	高继明 袁保伟(530)
西部民族地区对我国农村最低生活保障立法之制度影响	马洪雨 康耀坤(536)
完善我国物业管理纠纷解决机制的法律思考	龚昌明 苏 红(543)
重新认识人治	
——回归人治本义的探讨	汪振江 高嘉澍(554)
加强法制化保障 推进社会管理创新	严刘选(561)
农村留守儿童关爱的法治保障	辛增路(566)
诉前司法确认机制的价值分析	张晓霞(572)
城市房屋拆迁中社会矛盾的形成与法治对策研究	陈钰业(581)
关于大调解泛化的法律思考	李 钢(586)
分析收入分配悬殊的社会现实 探讨如何完善法律调控	任映涛(595)
公证如何为企业保驾护航	武丽君(602)
围绕三项重点工作 推进公诉工作科学发展	杨 芳(606)
司法职权配置问题研究	何 毅(613)
论知识产权的适度保护	苏 红 郝辰光(617)
诉讼监督的司法化改革路径	
——以刑事诉讼监督研究为视角	林素羽(624)
对行政公益诉讼若干问题的思考	杨 波 常小锐(633)
私人侦探证据收集在民事领域的证据效力探析	赵 哲(649)
检察工作效果管理机制的构建	金 石(658)
农民工社会管理的法律问题研究	
——以完善农民工社会保障权为视角	张 静(664)

浅议检察机关推进“三项重点工作”的途径和方法

..... 杨胜利 张彩玲(671)

深入推进三项重点工作 积极维护社会和谐稳定

——七里河区检察院完善社会矛盾纠纷调节机制的做法

..... 张成满(677)

第三篇 陇东革命根据地研讨会

陇东地区法制建设的历史与现状

..... 甘肃省庆阳市依法治市办公室(685)

继承和发扬陕甘宁边区司法精神 努力提高政法队伍素质和工作水平

..... 中共甘肃省委政法委员会(689)

对多重文化背景下陇东老区法律传统和“马锡五审判方式”的再认识

..... 刘志坚 李功国 韩雪梅(697)

陇东革命根据地人民调解制度的当代启示

张兴中 万小鹏(707)

能动司法视角下马锡五审判方式的再审视

任尔昕(715)

传统法律文化及陇东革命根据地法律文化之当代蕴意

..... 陆茂林 王元平(728)

陇东革命根据地法律文化与当代司法文明建设

华 风 陈 革(738)

继承陇东革命传统 加强人民调解工作

中共陇南市委政法委(745)

走进调解制度

——从马锡五审判方式看调解制度的价值考量

..... 孙晓勇 李春林(750)

陇东革命根据地法律文化初探

于爱国 刘永恩(759)

继承马锡五审判方式 完善现代审判制度

辛增路(765)

马锡五审判方式在当今民事诉讼中的价值分析

杨建军 张晓霞(770)

传统与借鉴之间:刑事和解的本土考证

——以陇东革命根据地立法与司法为核心

..... 袁保伟 王宏璎(776)

论群众路线在陇东革命根据地法制建设中的贯彻

..... 李恩崇 杨 芳(783)

浅谈陇东革命根据地的司法制度

蒋昱程 常 桢(790)

5

弘扬陇东精神 做好政法工作	定西市法学会(799)
马锡五审判方式中的传统能动司法研究	卫 霞 康健胜(803)
浅谈马锡五审判方式在当代民事审判中的司法价值	戴会霞(808)
法律文化现代化的实践与启蒙	
——陇东根据地法律文化的价值与现实意义探析	陈钰业(815)
论马锡五审判方式的回归	
——从法律文化的视角	毛仲荣(824)
甘肃检察机关开展文化建设的实践与启示	金 石(830)
陇东革命根据地法律文化精神之现实启示	
——对当前社会主义法治建设的借鉴思考	肖顺禄 齐 阳(838)
建立与目标管理机制相适应的检察文化	
——以甘肃省检察机关推行的绩效考评机制为视角	张洪伟(848)
陇东法苑绽奇葩 司法为民永传承	
——对马锡五审判方式的再认识	妙应征 马 坚(852)
陇东革命根据地刑事立法创新研究	范 智(858)
马锡五审判方式对当代司法审判的借鉴意义	丁 宏(867)
薪火传承 红旗高扬	平凉市法学会(873)
借鉴边区分红做法 完善罪犯报酬制度	牟九安(878)

加强职务犯罪预防 促进社会管理创新

高金华

【内容提要】检察机关在服务、保障和推动社会管理及其创新的过程中,要坚持以人为本、执法为民,充分认识参与社会管理创新的重要性和紧迫性,在预防职务犯罪工作中要不断健全体制机制,源头预防,变事后控制为超前控制;以人为本,变监管控制为服务控制;转换模式,变传统控制为创新控制;综合施策,变平面控制为立体控制。

【关键词】加强 预防 促进 创新

加强和创新社会管理,是以胡锦涛同志为总书记的党中央科学判断国内外形势,从党和国家事业发展全局出发作出的一项重大决策部署,关系人民群众福祉与社会和谐稳定,关系党的执政地位巩固和国家长治久安。检察机关作为国家法律监督的专门机构,探寻社会管理创新与法治建设的内在联系,在检察工作中坚持“以人为本、执法为民”,加大职务犯罪预防与反腐倡廉建设力度,推进社会管理创新更是重中之重,是当前需要深入研究和实践的重大课题。

一、科学把握重点难点

管理自古作为一种社会现象而存在,是一切社会科学研究客体。广义上看,社会管理是指在某一社会系统范围内对人们及其共同体的活动进行保障、协调和监督的行动,即管理主体(政府和社会组织)对社会生活、社会结构、社会制度、社会事业和社会观念等各个方面进行组织、协调、服务、监督和控制的过程。

管理科学认为,管理的服务性是管理的本质属性。社会管理创新的本质首先是观念上的变革。现代社会是开放的社会系统,人是社会最基本的要素,人的情感、尊严要求应受到基本的尊重。改革社会管理弊端的实质是政府转型,要求各级政府完善社会管理职能,坚持“以人为本、执政为民”,在社会管理中更多地

运用服务性的手段,建设服务型政府。

一个服务型政府必然是依法行政的政府,依法行政意味着政府权力受到法律的约束,其权力是有限的。有限政府顾名思义,是政府的权力受到约束,政府权力的运行符合法治要求。推进社会管理创新,在于倡导“规则之治”,实现从行政主导向法治主导的转变。几千年社会发展史告诉我们,一个国家最有效的社会管理工具就是法律。良好的社会管理模式是以法律来构建社会管理的基本框架,以法律秩序和法律规范为支持,形成良好的法治环境,社会主体的行动井然有序。因此,社会管理的发展方向应当与社会主义法治国家和法治政府建设相结合,始终将社会管理置于法治化轨道之下,管理主体依法管理、依法行政。

当前,关注民生问题,妥善解决民生问题,是考量各级政府管理水平的重要指标之一。民生问题的实质是民权问题,而民权的实现有赖法律的实施。法律精神在于实现公平正义,法治的根基在于保障社会成员的基本人权,在这里,法治的要义与坚持“以人为本、执政为民”的执政理念不谋而合。由此可见,社会管理创新有赖于政府及其工作人员法理念、法规则意识的养成。有学者指出,“随着社会转型,我国治理社会的模式也从传统的政治导向性的控制模式逐渐向公共导向性的法律模式转变”。公民社会的基本特征就是充分尊重每位公民的权益、需求、意愿与价值。社会管理创新要求从源头上寻找解决社会矛盾纠纷的方法,只有以法治理念为指导,从制度层面而非政策层面,建立一种社会利益均衡机制,才能使每个公民的利益诉求都能得到表达,每个公民的权利都能得到平等保护。

社会管理说到底是对人的管理和服务,涉及广大人民群众切身利益。这就要求检察机关在服务、保障和推动社会管理及其创新的过程中,坚持以人为本、执法为民,把实现好、维护好、发展好最广大人民的根本利益作为出发点和落脚点,针对当前社会领域出现的新情况,突出重点、突破难点,着力解决人民群众最关心、最直接、最现实的利益问题。切实解决人民群众不断增长的各种合理司法诉求。

二、充分认识重要性紧迫性

当前,我国仍处于发展的重要战略机遇期,同时处于社会矛盾凸显期。社会管理面临许多新情况新问题,暴露出社会管理方面存在的漏洞和缺陷。职务犯罪作为最严重的腐败现象,是引发社会问题的最危险因素之一,尤其需要根据其阶段性的特征,调适相应的惩防对策。职务犯罪控制是社会管理创新的重要组成部分,两者相互促进、密切相关。凸显了加强职务犯罪预防和反腐倡廉建设

在促进社会管理创新中的重要性和紧迫性。笔者认为,控制职务犯罪的举措、力度及其成效,事关社会管理创新的成败,亟待运用新的思维、知识和技术进行创造性的探索和研究。

具体来说,一方面,中央关于加强和创新社会管理的一系列决策部署和具体措施的落实需要党员干部特别是领导干部良好的工作作风来保障,需要严明的法纪、严格的监督、严肃的惩戒来保障。反腐倡廉建设的一个重要目标,就是最大限度地解决影响社会和谐稳定的突出问题。职务犯罪及腐败问题与党的宗旨和人民利益背道而驰,是影响社会和谐稳定的主要因素之一。加强反腐倡廉建设,预防职务犯罪,纠正不正之风,坚决惩治腐败,是加强和创新社会管理的必然要求。同时应当看到,不正之风、职务犯罪和腐败问题产生的根源涉及经济、政治、文化、社会各个领域,加强和创新社会管理,是消除滋生不正之风、职务犯罪和腐败问题社会根源的重要途径。因此,检察机关应站在全局和战略高度,深刻认识加强职务犯罪预防和反腐倡廉建设与加强和创新社会管理之间的内在联系,准确把握自身在社会管理格局中的职能定位,以实际行动服务、保障和推动社会管理及其创新。

三、不断健全体制机制

预防职务犯罪要更多地从治本上思考,从制度上创新,通过反腐制度体系建设和社会管理创新,防范职务犯罪的发生发展。服务型政府、有限政府要求严格权力运行的制约和监督,其结果是腐败分子无缝可钻,无机可乘,无从腐败,从而推动反腐倡廉。随着反腐倡廉不断向纵深推进,必然要求体制改革走向用制度约束权力的深水区。究腐败之源,方能求治本之策。党的十七大指出,在坚决惩治腐败的同时,更加注重治本、更加注重预防、更加注重制度建设。标本兼治、惩防并举,从源头上减少腐败犯罪发生,需要检察工作与社会管理创新结合。职务犯罪预防是检察工作参与社会管理创新的主要路径和最佳切入点。当前社会转型时期,渎职侵权等职务犯罪高发,不仅给人民财产带来巨大损失,更腐蚀执政党健康肌体,影响党和政府在人民群众中的威信,成为影响社会和谐稳定的突出问题之一。来自最高人民检察院的统计数字显示,2009年,全国检察机关共查办职务犯罪案件32439件,其中贿赂犯罪案件12897件,涉及41531名政府官员,并且有2760名为处级以上干部。据统计,2010年全国检察机关共立案侦查渎职侵权犯罪案件7349件10227人,案件呈上升趋势。司法实践中,渎职侵权犯罪往往十案九贪,多数滥用职权类渎职犯罪背后隐藏贪污受贿线索,往往昏官、庸官、贪官角色兼而有之。2011年1月至6月,全国检察系统立案

行贿犯罪案件 2067 件和 2369 人,同比分别上升 18.4%和 20.5%,占贿赂案件总人数的 25.1%。据了解,相比以往,现在查办的贿赂案件的涉案金额大,大案、要案数量增加,主要发生在重大工程建设、国有企业、金融和证券等领域。检察机关运用法律利剑对腐败分子惩前毖后,惩处和预防渎职侵权等职务犯罪,对于促进依法行政、公正司法、维护社会和谐稳定意义重大。

四、具体思路及相关措施

(一)源头预防,变事后控制为超前控制

职务犯罪痼疾难治,影响尤烈,现阶段发展的蔓延性、影响的广泛性、整治的艰难性,需要据实审视和调整控制策略。事后性的治标控制加大了惩治成本,无法恢复对社会造成的损害,极易误入恶性循环的怪圈。超前性的预防控制是整治职务犯罪的科学性治本之策,符合对人的本质属性的内在深层揭示,适应我国现时惩治腐败的阶段性特征。在思维观念上,要理清惩防之间的辩证关系,变打击为重为预防为先,把预防摆在职务犯罪控制的首位,高度重视预防的特殊作用。在工作格局上,检察机关要同等重视自侦部门和预防部门,加大对职务犯罪预防部门的投入,提升其职能作用和责任使命,使工作重心逐渐由打击向预防转移,切实加强专业化、法制化、规范化建设。在侦查办案中,要变打防分离为相互统一,侦防结合,以打促防,以防固果,真正做到打防并举,实现惩治和预防的相辅相成。在预防方式上,实行个案预防、类案预防、行业预防和社会预防并举,突出研究职务犯罪的形成根源,重点从体制和机制上加以防范,使预防工作成为控制职务犯罪最有力手段和最有效形式。如检察机关应提出建立定期交流制度,发挥各省市检察机关的联合预防优势;建立健全跨省区工程建设项目预防联动机制,进一步推进行贿档案查询系统建设;拓展合作领域,努力实现检察建议和预防信息等预防资源的交流共享。有了检察机关之间这样的协作机制,等于在犯罪隐患最前端设置“防火墙”,减少职务犯罪发生空间,降低职务犯罪发生率,防患于未然。

(二)以人为本,变监管控制为服务控制

坚持以人为本,服务为先的理念,寓管理于服务之中,实现管理与服务的有机统一,是社会管理创新的根本要求和核心因素,也是检验职务犯罪控制成效的重要标。因此,应将职能型的监管性控权转变为人性化的服务性调控,把社会矛盾化解贯穿于职务犯罪控制始终,有效化解国家权力和公民权益可能导致的冲突,最大限度地降低社会风险。为此,注重办案风险评估,避免由于执法理念不适、办案程序不当、权益保护不周、舆情关注不够、办案安全事故等引发的危