

法治湖北论丛



# 我国刑法对非公有制经济的 平等保护

主 编◎康均心

 长江出版传媒  
© 湖北人民出版社

法 治 湖 北 论 丛



# 我国刑法对非公有制经济的 平等保护

主 编◎康均心  
副主编◎常本勇 王秋隆

 长江出版传媒  
© 湖北人民出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

我国刑法对非公有制经济的平等保护/康均心主编.

武汉:湖北人民出版社,2017.2

ISBN 978-7-216-09153-4

I. 我… II. 康… III. ①刑法—研究—中国 ②中国经济—非公有制经济—法律保护—研究 IV. ①D924.04 ②F121.23

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 040059 号

责任部门:高等教育分社

责任编辑:黄 沙

封面设计:张 弦

责任校对:范承勇

责任印制:王铁兵

---

出版发行:湖北人民出版社

印刷:湖北新华印务有限公司

开本:787 毫米×1092 毫米 1/16

字数:350 千字

版次:2017 年 2 月第 1 版

书号:ISBN 978-7-216-09153-4

地址:武汉市雄楚大道 268 号

邮编:430070

印张:19.25

插页:2

印次:2017 年 2 月第 1 次印刷

定价:60.00 元

---

本社网址:<http://www.hbpp.com.cn>

本社旗舰店:<http://hbrmcbs.tmall.com>

读者服务部电话:027-87679656

投诉举报电话:027-87679757

(图书如出现印装质量问题,由本社负责调换)

## “法治湖北论丛”编委会

主 任 郑少三

副主任 万学斌 李 龙

委 员 (按姓氏笔画排列)

万学斌 王 龙 王 晨 王亚平 王瑞龙

方世荣 冯 果 吕忠梅 刘大洪 齐文远

许承光 李 龙 李 牧 李长健 李仁真

肖伯符 吴汉东 邱 秋 汪习根 陈小君

周叶中 郑少三 赵 钢 胡兴儒 俞 江

姚 莉 姚仁安 秦前红 徐汉明 曹诗权

康均心 彭方明 彭真明 曾令良 温世扬

雷兴虎 熊 伟 熊世忠

总 编 万学斌

副总编 王 龙

# 《我国刑法对非公有制经济的平等保护》

## 编委会

学术顾问 喻 伟 齐文远 姚 莉

主 任 王 龙

副 主 任 尹晔斌 刘 勇 伍金雄

编 委 (按姓氏笔画排列)

|     |     |     |     |     |
|-----|-----|-----|-----|-----|
| 马 微 | 王 冠 | 王晓晓 | 王敏敏 | 权建立 |
| 吕 昊 | 李中秋 | 李志宇 | 李迎春 | 李柱石 |
| 杨建强 | 张元金 | 陈 阳 | 陈 翀 | 陈 璐 |
| 陈惠东 | 周文东 | 周芊妤 | 周桂荣 | 姜汉奎 |
| 徐 翔 | 殷 婕 | 高丽丽 | 程 骋 | 焦俊峰 |
| 谢喜华 | 靳谢兵 | 裴 明 | 薛丰民 |     |

## 前 言

又是一年金秋季，齐聚古城襄法治。2016 年湖北省法学会刑法研究会年会暨“刑法的新发展与法治湖北建设”学术研讨会于 10 月 27—28 日在湖北省襄阳市召开。本届年会由湖北省法学会刑法研究会主办，湖北省襄阳市人民检察院和湖北省襄阳市中级人民法院承办。

自 2012 年党的十八大提出进一步深化司法体制改革，并将体制改革作为本轮司法改革的重心，到 2015 年党的十八届五中全会通过《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十三个五年规划的建议》，我国进入了全面推行依法治国的新时代。伴随着经济全球化、文化多样化以及物联网、互联网的快速发展，世界范围内的各种不稳定因素频繁显现，犯罪率不断攀升，新型犯罪日益凸显其严重危害性，作为所有法律的保障法和社会防范最后一道关口的刑法面临着严峻的挑战。

怀揣法治情怀，不忘初心，立足当下，坚持问题导向，秉承推进理论与实务的高度融合、共享发展的宗旨，刑法研究会始终坚持中国特色社会主义法治理论，把握刑事法律发展的新趋势，以国民关注的问题为切入点，通过各种形式号召和组织会员加强对我国刑事法律及相关问题的理论研究，一如既往地注重推动理论与实务的沟通交流，消解理论与实务的隔阂，夯平理论与实务的鸿沟，充分发挥刑法研究会的沟通桥梁作用，使理论研讨适应新形势和新要求，努力开创湖北省刑法学研究的新局面，真正把研究会建成刑事法律共同体的专业平台。

本届年会主题定为“刑法的新发展与法治湖北建设”，并拟定了四个子题，即“刑法保障功能研究”“互联网金融创新与金融犯罪问题研究”“暴恐犯罪行为的刑法规制”以及“检察、审判改革与刑法适用”。按照年会的惯例在会前进行了论文征集。截至 10 月 20 日，会议共收到投稿论文 160 余篇，经论文集编委会多次研究讨论，最终审议决定编辑收录论文 148 篇，分上下两册印行奉送读者。值得大书一笔的是：一个以最传统和最基础的法学学科为研究对象，且在市场普遍趋利的背景下往往被社会成员弃选的刑法研究会，能得到

众多会员的踊跃投稿，是出乎意料的。这不仅是对刑法研究会的高度信任和憧憬期盼，更是刑法研究会凝聚力日益增强的充分体现。而且投稿的论文主题明确、结构合理、思路清晰、结论适当、见解纷呈，可以说从不同层面展现了湖北作为一个刑法学教学研究、人才培养大省的实力和地位，弘扬了刑法研究会全体会员勤勉务实的研究风范和深刻敏锐的洞察力。研究会会员研究实力的整体提升，正应了古语所云为文的三重境界：从“昨夜西风凋碧树，独上高楼，望尽天涯路”；历“衣带渐宽终不悔，为伊消得人憔悴”；到“众里寻他千百度，蓦然回首，那人却在灯火阑珊处”。此乃湖北刑法之大幸！

根据湖北省法学会的安排，刑法研究会在年会论文中择其要者编辑出版成书，以飨读者。衷心感谢湖北省法学会的关心，感谢湖北省襄阳市人民检察院和襄阳市中级人民法院的支持，感谢湖北人民出版社，正是大家的支持与付出，保证了本书的如期出版。

康均心

2016年10月于武汉

# 目 录

## 第一编 刑法保障功能研究

|                            |                |
|----------------------------|----------------|
| 刑法修订：让社会变得更加有序 .....       | 康均心 ( 3 )      |
| 试论非公企业刑事法律风险种类、成因及防控 ..... | 尹晔斌 ( 18 )     |
| 非公经济职务犯罪风险防控 .....         | 陈重喜 汪 乐 ( 28 ) |
| 非公经济组织的刑事风险防控 .....        | 刘桃荣 顾 超 ( 35 ) |
| 浅谈非公经济组织的刑事风险防控 .....      | 王建中 ( 41 )     |
| 非公经济组织的刑事风险防控探究 .....      | 朱志勇 ( 48 )     |
| 刍议新形势下刑法对非公有制经济的平等保护 ..... | 邓今强 王 佳 ( 56 ) |
| 浅议非公企业人员刑事风险防控 .....       | 孙 峥 ( 63 )     |
| 试论刑法对市场经济主体的平等保护 .....     | 杜 珂 ( 69 )     |
| 民营企业刑事法律风险的防控对策 .....      | 肖云端 ( 77 )     |

## 第二编 互联网金融创新与金融犯罪问题研究

|                       |                    |
|-----------------------|--------------------|
| 论经济犯罪立法模式现代化 .....    | 徐汉明 申 政 李 智 ( 85 ) |
| 浅析互联网金融犯罪的特点与应对 ..... | 吴洪江 姜 琼 ( 95 )     |



互联网金融案件审查起诉的实践与思考

——以 e 租宝系列案件为视角 ..... 陈 杰 厉 红 (103)

试析 P2P 网络借贷平台刑事犯罪 ..... 杨祥兴 王 磊 (110)

互联网金融犯罪及刑事法律防控对策 ..... 徐 翔 (120)

P2P 网络借贷的刑法规制

——以非法集资犯罪为切入点 ..... 袁珊珊 郭泽强 (128)

新形势下我国互联网金融犯罪刑法规制的路径选择、现存问题及完善建议

..... 白纹娜 盛从亮 (137)

大数据时代的信息安全与网络犯罪的对峙及应对

——以公安部公布的网络犯罪十大典型案例为切入点 ..... 孙晓云 (143)

网络犯罪刑事管辖权冲突及应对 ..... 李柱石 (150)

第三编 暴恐犯罪行为的刑法规制

暴恐犯罪之社会治安防控检讨 ..... 董邦俊 张燕波 (161)

暴恐犯罪行为的刑法规制及防控研究 ..... 肖志坚 宋治国 张心愿 (173)

帮助恐怖活动罪的立法解读与反思 ..... 赵 波 (181)

恐怖主义融资的法律规制 ..... 张颖军 刘嘉欣 (190)

风险社会视阈下我国暴恐犯罪的法律规制 ..... 乐 岚 (198)

我国反恐立法刍议 ..... 程 骋 薛丰民 (206)

暴恐犯罪行为的刑法规制

——以反恐刑事立法的发展变迁为视角 ..... 高丽丽 (214)

“独狼”式恐怖主义犯罪的社会控制研究 ..... 周芊妤 (220)

## 第四编 检察、审判改革与刑法适用

### 申诉案件律师代理制度的探索与思考

——以十八大以来若干重大刑事申诉案件为中心分析考察

..... 李向玉 (231)

### 检察机关适用刑法保护与促进非公经济发展的缘由、基本原则与路径选择

..... 权建立 (244)

刑法修改背景下“六型”检察院建设探索 ..... 马 力 李吉明 (254)

试论检察院建设的“六型”要求与刑法适用理念的契合 ..... 吕 昊 (261)

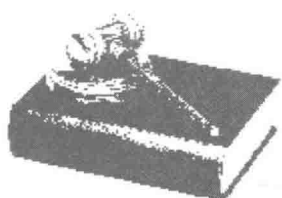
困境与突破：刑事案例指导制度之重塑与规制 ..... 黄金波 朱 敏 (268)

检察机关依法保障和促进非公有制经济发展的路径初探 ..... 李婷婷 (276)

### 量刑的理性与理性的量刑

——试论量刑的失范与规范 ..... 聂志军 (282)

从业禁止若干争议问题研究 ..... 陈惠东 (290)



## 第一编

### 刑法保障功能研究



# 刑法修订：让社会变得更加有序

康均心<sup>※</sup>

## 前 言

在任何一个法治社会里，刑法都是一个非常重要的部门法。它的重要性可以从四个方面来说明。

第一，刑法以限制、剥夺他人的自由、财产、生命为内容，是所有部门法的最后的保障法。

当有些民事、行政法律纠纷问题经过民事、行政司法裁决不了，或者裁决后当事人仍不服，其社会危害性已达到严重程度时，就要确定一个最后解决冲突的保障法，这个责任就是由刑法来承担的。因而，刑法是所有其他部门法的最后的保障法，它以国家的强制力为后盾确保权利义务的落实，体现为国家的一种强制手段，而且是最为严厉的手段。

第二，刑法更能强化社会对法的敬畏之心，重视刑法的领导是依法治国的典范。

一个社会要树立公信力，树立法的权威，要有敬畏之心。敬畏之心是靠制度树立起来的，那么，有哪些制度最能树立这种敬畏之心呢？在一个多元化的社会里，刑法以其强制力来强化社会对法的敬畏之心，因此也更能强化公民对法的敬畏之心。所以，重视刑法的领导是依法治国的典范，因为其体现了法治建设中的一个核心问题。

第三，刑法以保障社会有序为基石，通过对公民及组织的人身和财富的调节，实现社会的公平正义。

---

※ 康均心，中国犯罪学会副会长、湖北省刑法研究会会长，武汉大学教授、博士生导师，中南财经政法大学教授、博士生导师，研究方向为刑法学、犯罪学。本文系作者2016年3月15日在湖北恩施州委“两学一做”主题教育暨法纪专题培训会议上的演讲，根据录音整理。文中有关标题为作者所加。

在我国法治发展史上，刑法曾经被称为小宪法。当然，这并不是说一切要以刑法为中心，强调重刑主义，而是强调刑法作为解决社会矛盾冲突的最后手段，它的这种强制力，一定要让它充分发挥出来，这样才能保证社会的有序。所以，刑法是以保证社会的有序为基石，通过对公民以及社会组织机构的人身和财富的调节，实现社会的公平正义。有的人想不劳而获，通过抢劫、盗窃、非法经营、挪用等方式来获得财富。对不起，非法获取的财富要追缴、归还，而且还要对其进行财产性的剥夺，对其人身自由进行剥夺，有的甚至还被剥夺生命。刑法就是通过对人身自由、人身权、财产的调节，通过对刑罚的分配和实施，最终实现社会的公平正义。

第四，刑法通过确定与模糊的规范动态适应社会发展的需求，体现对称动态之美。

刑法所规定的规范很明确，怎么处理盗窃、抢劫、贪污受贿行为，刑法典写得清清楚楚。比如，《刑法修正案（九）》对贪污受贿特别是受贿犯罪的量刑作了调整，很清楚。同时，刑法又具有一定的模糊性。检察院、法院的同志都知道，《刑法修正案（九）》生效以后，有些贪污贿赂案子的量刑不好办了，都压着，等“两院”关于犯罪数额的司法解释出来。这就说明刑法规范保持了一定程度的模糊性。确保刑法规范具有一定程度的模糊性和弹性，是为了适应社会发展的需要。刑法就是通过这种确定和模糊的规范来适应社会发展的需求，体现出一种规范的对称动态之美。刑法并非面目可憎，它其实从很多方面体现出一种美：文字精练，规范对称，内容工整；罪名、罪状、法定刑，规定得清清楚楚。对称是美学的一个最基本的范畴，刑法在很多问题上体现了这个范畴。所以，讲刑法，学刑法，首先要通过刑法的这种规范的表象，看它的本质。刑法是对社会生活经验的一种总结，它不是面目可憎的。刑法还有它很美的一面，我们平时看到的仅仅是刑法的表象。所以研究一部法律，必须从它的本质、精神着手，这样才能理解它，才能形成一种理念。我们的理念就是通过这种方式慢慢培养起来的。

那么，我国现行刑法，到底是个什么状况呢？

## 一、我国修刑的历程：修法比修路难

我国刑法的发展历程很艰难，修法比修路要难得多。最近十多年来，我国通车的高速公路里程已达 10 多万公里，位居世界前列。我国高速铁路的发展速度更是闻名于世。与这几年高速发展的交通道路相比，修法就没有那么容易了。

### （一）1979 年刑法的诞生历程

我国第一部刑法，从 1954 年开始起草一直到 1963 年基本定型，前后历经十年，由于各种政治运动的干扰一直没有出台。从 1963 年开始，对刑法草案的修订断断续续，直到 1978 年修订宪法以后，才正式提到议事日程上来，最终于 1979 年出台。从起草到颁布前后经历了 25 年。25 年的时间里，社会发生了翻天覆地的变化。所以，我国第一部刑法刚一出台，其中的很多东西，按照当时改革开放的政策精神，就已经不适应社会发展的需要了，因为改革开放的过程中出现了许多新的问题急需法律来规范，但是第一部刑法却没有规范。所以，我国第一部刑法从出台的第一天起，就面临着被修订的历史命运。

我国第一部刑法的出台花了 25 年的时间，这正说明修路比修法要快得多啊！刑法从 1979 年出台，1980 年 1 月 1 日生效，到 1997 年又大修出台，在这 17 年中一直没有停止过修订。

### （二）1997 年刑法的修法历程

1997 年 10 月 1 日，修订后的刑法正式颁布实施。但随后就面临着一个非常重要的问题——香港经济危机。为了解决香港经济危机中套取国家外汇、骗购外汇的问题，我们又开始对 1997 年刑法进行修订。这就拉开了 1997 年之后刑法修订的序幕。从 1997 年 10 月 1 日到 2015 年 11 月 1 日，我国的整个刑法体系，是一部法典（共 452 条）、三个决定、九个修正案。即《中华人民共和国刑法》；1998 年 12 月 29 日《惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》、1999 年 10 月 30 日《取缔邪教组织、防范和惩治邪教活动的决定》、2000 年 12 月 28 日《维护互联网安全的决定》；1999 年 12 月 25 日《刑法修正案》、2001 年 8 月 31 日《刑法修正案（二）》、2001 年 12 月 29 日《刑法修正案（三）》、2002 年 12 月 28 日《刑法修正案（四）》、2005 年 2 月 28 日《刑法修正案（五）》、2006 年 6 月 29 日《刑法修正案（六）》、2009 年 2 月 28 日《刑法修正案（七）》、2011 年 2 月 25 日《刑法修正案（八）》、2015 年 8 月 29 日《刑法修正案（九）》。第一个修正案没有编号，从第二个修正案开始编号，到目前为止一共是九个修正案。在这九个修正案中，平均每个修正案的法条在 50 条左右。由于采取了修正案的模式，没有突破整个法典的法条数，所以，刑法典的法条数到现在为止，还是 452 条。增加的条文，以某某条之一、之二的方式表达，把其变成刑法典的条文，这样有利于保持刑法典的稳定性。否则，就会导致整个司法操作“找法”很困难，引用法条很困难，不利于司法实践。整个刑法典，到目前为止，法条数没有变，但是罪名数由原来的 262

个增加到 471 个。要把这 471 个罪名弄清楚，确实不是件容易的事情，要在司法实践中熟练运用，更不是件容易的事情。所以，司法改革单就专业素质这一点就面临着非常大的挑战。

有人问我：法院一天能办几件案子啊？为什么司法改革要提高他们的待遇啊？为什么要提高他们的职级啊？我说：错啦！法院、检察院进行司法改革的目的是为了提高待遇，扩大权力，而是为了实现公平正义，更重要的是，要在确保公平正义的基础上提高司法效率。湖北省法院系统每年审结的案件大概是多少呢？我曾参加过湖北省司改的有关调研活动，关于法院办理的案件数，有个统计数据，湖北省每年法院系统办理的案件大概是 48 万多件，在司改入额之前，法院系统大概是 8000 多名法官，现在司改入额的是 5000 多名法官。原来的 8000 多名法官，人均每年要办 60 多件案子，每个月办 5 件案子，每个星期要办 1.25 件案子。这看起来并不多，一个星期办一件多一点的案子还办不了吗？肯定办得了。因为这些案件当中还包括庭外和解、调解、独任审判、普通程序审判、执行案件的裁执等。所以，案件量看起来并不大。问题在于，80%的案件在基层，而 80%的审判人员不在基层。所以，法官的工作量就大了。司改确定了员额制，比如说，湖北试点开始确定的按 39%入额，后来又改为按 36%入额，保留 3%的机动。但是，有没有人认真地思考一下，一个法官一年到底办多少案件才是合适的。现在经常评选办案能手，说一年办了 200 件、300 件，甚至 400 件案子。这到底合不合理？科不科学？一年 365 天，真正的有效工作时间不到 200 天，一个法官能够办 400 件案子，那就等于说一天办两三件案子，不说写文书花的时间，仅案卷都不一定有时间看完，这样办下来的案件，质量能够保证吗？所以，我们是不是应该认真思考一下，去做一个真正客观扎实的调研：一个法官一年到底能够办多少真正有质量的案件！这才是司改要做的事情，合理的办案数有助于确保司改体现公平正义。

## 二、我国修刑的变化：增加罪名与降低门槛

### （一）关于大幅增加罪名的问题

这几年修刑的一个显著变化，就是罪名的大幅度增长。不断增长的罪名对于司法实践而言，是个不小的挑战。法院在司改后面临的首要问题就是组建审判团队，而审判团队的成员并不都是刑事口出身的，要让这些法官入额之后，在法院系统内部进行自我流动，组成刑事审判团队，再去办理刑事案件，在一



定的时期内有一个熟悉刑事法律、掌握刑事法律，再到运用刑事法律的过程，这个过程所遇见的困难是可想而知的，即使像我这样天天搞刑事法学教学研究的人，面对新出来的刑法修正案、新出来的刑事司法解释，都需要花大量的时间来学习消化，更何况要求法官们立马提锅上灶去运用呢？可以预见，司法人员的压力是巨大的。

## （二）关于降低入罪门槛的问题

从整个刑事法律的发展趋势来看，入罪的门槛越来越低。尤其是有关社会主义市场经济秩序、有关社会管理秩序、有关保护民生利益方面的罪名，入罪门槛是越来越低。当然，这也是十分有必要的。比如说，生产、销售假药、劣药罪，不能等死了人再去追究，而是应该把它控制在萌芽状态，重在预防。以前的条文都是规定假药吃伤吃死了人之后，才去追究，这有多大意义呢？所以，要把入罪门槛降低。降低入罪门槛会增加公、检、法的工作量，这是司改后我们面临的又一个业务素质方面的挑战。

第一，降低入罪门槛直接导致增加了很多新型罪名。在一个现代社会中，个人信息很重要，但却经常被泄露。在这种情况下，仅靠民事法律手段解决不了问题。你到法院去告有人泄露了你的信息，不仅举证困难，最终裁决的结果可能就是赔个礼道个歉，或者赔钱了事，这不足以对这种行为进行制约。现在我们的个人信息基本上都被买卖、被商品化。大家经常会接到电话，问你要不要贷款，可以无息贷款，不需要担保。这种个人信息被泄露、被买卖的行为，很显然必须要用刑法来规制才有可能在一定程度上得到控制。就像现在 P2P 出现的问题。为什么现在会出现大量的 P2P 跑路的现象？就是因为我們不太重视用刑事法律手段来解决这种经济犯罪的问题。因此，我们必须学会运用法治思维和法治方式处理社会矛盾，必须了解现行刑法的规定，必须掌握怎么利用刑法解决问题，由原来习惯性的行政手段转向用法治手段来解决，这样做也可以推动立法。领导干部一定要认真学习刑法、了解掌握刑法、善于运用刑法。比如说，以往老是很难解决的医闹问题，在医闹入刑后，发生率就明显降低了。

第二，降低入罪门槛的另一个做法就是把一般的违法行为升格为犯罪行为。为什么安全生产过程中的一些事故屡禁不止、屡禁不绝呢？原因就在于我们的法律没有设计针对多头管理的规范。比如危险化学品物品的运输，必须要等危险化学品物品运输上了公路，才归公安交警或交通运输部门管。在此之前，是归企业管还是归安监部门管呢？应该说企业是自我管理，安监部门是监督管理，这个责任是明确的。但是，在《刑法修正案（九）》出台前，刑法并没有