



The Collection of Important Reports Subsidied by
Ministerial-level Projects of China Law Society

中国法学会部级课题 成果要报汇编

2016年

中国法学会 / 编

[刑法与诉讼法卷]

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



The Collection of Important Reports Subsidied by
Ministerial-level Projects of China Law Society

中国法学会部级课题 成果要报汇编

2016年

中国法学会 / 编

[刑法与诉讼法卷]

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

中国法学会部级课题成果要报汇编. 2016 年. 刑法与
诉讼法卷 / 中国法学会编. —北京: 中国法制出版社,
2017. 12

ISBN 978-7-5093-8177-9

I. ①中… II. ①中… III. ①法学—中国—文集 ②刑
法—中国—文集 ③诉讼法—中国—文集 IV.
①D920.0-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 009019 号

策划编辑 舒 丹

责任编辑 朱丹颖 赵 燕

封面设计 杨泽江

中国法学会部级课题成果要报汇编 (2016 年) 刑法与诉讼法卷

ZHONGGUO FAXUEHUI BUJI KETI CHENGGUO YAobao HUIBIAN (2016 NIAN) XINGFA YU SUSONGFAJUAN

编者/中国法学会

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

开本/787 毫米×960 毫米 16

版次/2017 年 12 月第 1 版

印张/20.25 字数/340 千

2017 年 12 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-8177-9

定价: 68.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 010-66033393

值班电话: 010-66066627

传真: 010-66031119

编辑部电话: 010-66066627

邮购部电话: 010-66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)

编委会

顾问：王乐泉

主任：陈冀平

副主任：鲍绍坤 张鸣起 张文显（常务） 王其江 张苏军

委员：（按姓名拼音排序）

卞建林	蔡守秋	陈卫东	陈兴良	陈泽宪	付子堂
公丕祥	韩大元	何勤华	胡建森	黄进	怀效锋
贾宇	李浩	李林	李龙	李明德	李仕春
梁慧星	林嘉	刘春田	马怀德	莫纪宏	沈国明
沈四宝	孙宪忠	王利明	王振民	吴汉东	吴志攀
姚建宗	叶青	应松年	张保生	张庆福	张守文
张卫平	张新宝	赵秉志	赵旭东	郑成良	周叶中
朱孝清	朱勇				

编辑部主任：李仕春

编辑部副主任：李存捧 彭伶 张涛

编辑：曹菲 姚国艳

出版说明

为了加强课题研究成果的应用转化，推进中国法学会新型智库建设，更好地为中央决策和法治中国建设服务，中国法学会建立了课题成果要报制度。凡承担中国法学会部级法学研究课题，应在申请结项鉴定前至少撰写 1 份成果要报，针对当前和今后一个时期我国法治建设中迫切需要解决的重大理论和现实问题，从法学理论和法治实践的角度提出对策建议。

课题成果要报制度实施的效果非常明显，2016 年共收到课题成果要报 228 份，较 2015 年的 192 份增加了 18.75%。部分选题重要且具有较强应用价值的成果要报，推荐作为中国法学会《要报》报送中央有关部门。同时，分“宪法与行政法卷”、“民商经济法与知识产权法卷”、“刑法与诉讼法卷”、“社会法、环境法与国际法卷”和“十八届四中全会专题卷”共五卷，结集出版《中国法学会部级课题成果要报汇编（2016 年）》。

中国法学会

2017 年 12 月

CONTENTS

目录

刑法篇

003	非法经营罪适用问题研究——《刑法》第 225 条第（4）项中兜底的行为方式研究	王安异
008	刑法修正的利益失衡问题及其对策建议	彭辅顺
013	社会管理创新背景下刑法立法改革研究	陈璐
018	儿童被害预防的途径	熊伟
025	社区矫正规范化实证研究	张凯
030	财产罪“罪间界限”问题研究	沈志民
036	“去苏俄化”对当代中国刑事法治的影响	龙长海
040	《国际航空安保公约》新发展下我国刑法之应对	刘晓山
045	文化遗产的刑法保护研究	王良顺
050	立法遏制恐怖主义的网络渗透渠道	张杰
055	反恐国际公约国内刑法转化研究	卢有学
060	制作、传播虚假信息的刑法规制	于志强
067	域外冤假错案追责机制的考察与借鉴	吴高庆
072	中华人民共和国刑事被害人救助法（立法建议稿）	兰跃军
081	受贿罪量刑失衡问题及对策	景景
086	“村官”职务犯罪心理分析	张建军
091	防范与克制对农民工被告人量刑歧视的几点建议	李滇
096	医疗纠纷的刑法规制研究	谢佳君

102	食品风险语境下间接危害行为犯罪化研究	姜 敏
106	民间融资的类型分析及刑法规制研究	谢治东
111	被害人参与型犯罪归责问题研究	马卫军
116	论不同身份者共同犯罪的认定	周啸天
122	未成年人犯罪危险评估——以 YLS/CMI 为工具的实证研究	崔海英
127	污染环境罪的客观归责研究	李冠煜
132	中国式的刑法竞合问题研究	陈洪兵
136	刑满释放人员重新犯罪影响因素检验与预防对策实证研究——基于上海市 9 所监狱累犯群体的抽样调查	李光勇

诉讼法篇

149	诉讼调解与人民调解对接机制研究	凌 斌
152	中国统一社会“调解法”立法研究	张艳丽
157	社会转型期间民间规则民事司法适用研究	陈文华
162	民事初审普通程序判决书说理之基本构造	熊德中
167	关于完善裁判文书网上公开制度的六点建议	刘练军
172	裁判文书上网时标题名称应如何规范	刘练军
177	人民陪审员参审规范化研究	蔡彦敏 罗恬凝
181	重庆市诉讼离婚中妇女婚姻家庭权益法律保障情况实证调查研究	陈 苇
188	重庆市诉讼离婚中儿童权益法律保障实证调查研究	陈 苇
196	医患纠纷解决机制与立法改革	杜志淳
200	建立我国网络庭审直播的长效制度机制	张 悦
206	我国法院电子记录公共访问系统的建立——将庭审记录方式改革与庭审 直播制度相结合	张 悦
210	关于事业单位人事争议司法审判“五个+”的建议	郑文睿
215	关于确立审前非羁押原则 加强人权司法保障的建议	王贞会

220	逮捕条件中社会危险性评估机制研究	杨秀莉
226	我国金融犯罪侦查模式的完善路径	彭智刚
231	新刑事诉讼法下侦查取证行为实证研究	向燕
236	完善捕后羁押必要性审查制度的建议	宋英辉
241	以审判为中心的含义和落实措施	杨宇冠
246	刑事错案防范应在本科教学中凸显程序正义	孙记
250	论我国错案防范中诚实信用原则的引入	孙记
255	司法救助立法研究	梅传强
260	减刑、假释、保外就医案件审理程序研究	俞静尧
266	虚假供述影响因素的实证研究	陈欢
272	非法证据“实质排除难”困境破解实证研究	田力男
276	技术侦查证据采信规则研究	李慧英
281	DNA 鉴定与人权保障——德国法的启示	王涛
285	跨云计算平台数字取证技术及其相关法律问题研究	陈海燕
291	论大数据时代职务犯罪信息情报收集模式的建构	欧阳爱辉
296	未成年人刑事案件社会调查制度实施现状及完善对策	罗海敏
300	改进案件过滤机制 提升刑事司法精度	王禄生
305	刑事错案的防范对策——基于实证的分析视角	吴高庆
310	我国现行减刑、假释审理程序运行中的问题分析	茅仲华
314	减刑、假释案件审理程序的规范化路径	茅仲华

刑法篇



非法经营罪适用问题研究

——《刑法》第225条第(4)项中兜底的行为方式研究

王安异

本研究报告是中南财经政法大学刑事司法学院王安异副教授主持的中国法学会2013年度部级法学研究一般课题《非法经营罪司法适用问题研究》(课题编号CLS〔2013〕C79)的成果精粹。

《刑法》第225条第4项兜底条款经过司法解释的分解、刑法教义学的限缩,仍然留下了规范文本和理论的“死角”,即兜底的行为方式。这种兜底的行为方式,是指除去司法解释中所规定的,依据刑法教义学“比照同类”法则所推定的各种非法经营特定业务,仍应构成非法经营罪的,表现为以非法方式从事经营的行为。该行为是非法经营罪中刑法规定最为模糊的部分。此类行为无疑不容忽视。如2003年5月14日《最高人民法院、最高人民检察院关于办理妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第6条所规定的灾害期间的“哄抬物价、牟取暴利”、2001年3月29日《最高人民法院关于情节严重的传销或者变相传销行为如何定性问题的批复》所规定的“从事传销或者变相传销活动”,都表现为经营方式的非法。在当前党中央“加强反腐倡廉法规制度建设”的条件下,对于那些附庸于权力腐败的各种非法经营行为,如“情妇经济”、“隐形顾问”、“官员亲属违规经营”等,适用该兜底条款就显得十分必要。

一、《刑法》第 225 条第 4 项的刑法适用应遵循兜底规则

通说认为,对非法经营罪的兜底条款,应该适用“比照同类”规则。该观点认为,非法经营罪本质上侵犯了市场准入制度,依据比照同类规则,其兜底条款也就应该是侵犯市场准入制度的行为,从教义学上防止非法经营罪兜底条款的变异,应该将其限定于此。其理由是:“市场准入秩序作为非法经营罪的法益是可以从该罪的罪刑规范中推导出来的”。

这种源自现象学的理性判断根本不可能真正压缩非法经营罪的口径,相反会损害其规范本义。这种作为法益的市场准入制度,是根据《刑法》第 225 条的罪刑规范推导出来的,其作为立法者的意向也是主观的、形式化的,而并非果真如此,尤其在极富功能色彩的非法经营罪中并不能仅凭该现象而作如此推断。例如,买卖“进出口原产地证明”的行为,其法益侵害绝对不能拘泥于威胁进出口配额,而应包括各种威胁结算货款、索赔理赔、进口国通关验收等,蕴含了具体财产利益受损的情况,都可以成立非法经营罪。

从法益侵害的法理来看,对非法经营罪也不应该进行笼统的判断,而应该以现实的危害性为依据,以限定其适用范围。当代刑法理论上,对法益观念主要有规范违反说与法益侵害说的对立,无论是哪种观点,都不能否定犯罪中的现实损坏或威胁。就非法经营罪而言,如果非法经营罪所侵害的仅限于“市场准入制度”等超个人法益,那么其入罪化就缺乏现实的危害性,对于那些明显破坏国计民生、扰乱国家战略大计的非法经营而言,尚且可以理解,但是对于那些超越经营范围、未经许可的非法经营行为而言,以此为入罪的理由,则是值得怀疑的,会使行政违法与刑事犯罪之间界限不明。尤其是对于适用《刑法》第 225 条第 4 项兜底条款而言,若没有出现现实的利益侵害,而进行刑罚的判罚,就缺乏实质的危害性,会威胁法的安全。

在非法经营罪中,作为兜底条款,“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”规定了该罪与其他相关扰乱市场秩序犯罪的最大公约数,即共同语意,该语意不能用来否定其兜底的内容。这些内容都是司法解释对兜底条款所作的扩张,体现了该条款的兜底功能。这些都不能驻足于非法经营的共同语意,不能在“只含同类规则”中流连,更不能只是对共同语意的重复。结合其兜底条款的特征看,对

其解释必须遵循补充法则,即以犯罪的类型性特征来解释该构成要件中留白的部分,以弥补列举事项的不足。本文所讨论的兜底的行为方式,如前述哄抬物价、牟取暴利、传销或者变相传销活动以及官商勾结经营、垄断等,实际上都不能限定于“比照同类”规则。

因此,《刑法》第225条第4项的兜底规则并非“比照同类”规则,而是一种补充法则,体现了该条款的兜底功能。

二、以非法方式从事经营应构成非法经营罪

在该兜底条款中,以非法方式从事经营是一种兜底的行为方式。这种行为方式,是指以非法方式从事经营活动,实施了严重破坏商业伦理,严重威胁了他人财产利益的行为。《刑法》第225条第1项、第2项、第3项所规定的各种非法经营,均有《刑法》的明文规定,其定罪处罚不损害明确性原则;而各司法解释中所规定的非法经营特定业务的行为通常也在法律、行政法规中以刑事罚则为内容,也无损罪刑法定原则。这些并不能概括所有的非法经营罪,如哄抬物价、牟取暴利、传销、官商勾结等,必须要发挥兜底条款的兜底功能,考虑以非法方式从事经营行为,弥补上述漏洞。该兜底的行为方式在补充法则中也是受限制的,并不会导致“口袋化”。

(一) 该兜底行为方式严重违反商业伦理,符合“严重扰乱市场秩序”的特征

在市场经济条件下,自古就有立法处罚严重违反商业伦理的经营行为,而该兜底行为方式具有这一特征。上述《关于办理妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第6条和《关于情节严重的传销或者变相传销行为如何定性问题的批复》所规定的行为都具有严重的反商业伦理性,与古罗马法中囤积居奇、暴利犯罪、美国《谢尔曼法》中的垄断犯罪、德国《卡特尔法》中的垄断犯罪、《刑法》第291条中的暴利罪、“滚雪球式推销(Schneeball system)”式诈骗罪、日本《刑法》中“无限连锁会”等一样,为现代商业所不能接受。我国司法实践中的官商勾结式非法经营,如“情妇经济”、“隐形顾问”等,更具有严重反商业伦理的特征。以丁书苗非法经营案为例,被

告人通过原铁道部部长刘志军干预招标,先后帮助中铁二十局集团有限公司等 23 家公司中标了“新建某某高速铁路土建工程 3 标段”、“新建贵阳至某某铁路站前工程 8 标段”等 57 个铁路工程项目,并以收取“中介费”等名义向这些企业收取费用,个人违法所得达 20 余亿元。法院判决认为,丁书苗违反国家规定,严重扰乱铁路建设工程招投标市场秩序,实施非法经营行为,已构成非法经营罪。该非法经营罪是利用官商勾结所实施的经营行为,本质上是以非法方式所从事的经营,不仅具有极强的腐蚀性,而且破坏市场经济条件下的诚信、公平,滋生潜规则,严重扭曲商业伦理。

(二) 该兜底行为方式严重威胁他人财产利益,使其非法经营行为有实质的危害性

以非法方式从事经营的行为类型,通常在经营的过程中还对他人的财产法益构成现实的侵害或威胁。经济犯罪与财产犯罪具有天然的联系,非法经营罪作为经济犯罪中有典型意义的兜底罪名,也与财产犯罪无法割舍。例如暴利罪,在德国刑法中即为侵犯财产犯罪。再如前述官商勾结的非法经营罪,至少在丁书苗非法经营案中体现了对其他竞争者合法权益的威胁。这种行为本质上属于垄断行为,利用没有完全转型的行政权力或者宏观调控“看得见”的手直接分配资源,同时剥夺其他竞争对手的获利机会,获取超额的垄断利润,使他人遭受损失。

(三) 该兜底行为方式若不以兜底条款论,会出现立法的漏洞

该兜底行为方式虽然具有实质的危害性,但其行为的类型性特征不明显,不能以“比照同类”法则否定其可罚性。针对上述官商勾结控制招投标牟利的行为,我国《刑法》第 223 条串通投标罪是无法适用的,但从实质的危害性看,官商勾结控制招投标的行为比普通串通投标危害更大,更值得惩罚。上述丁书苗的行为不仅危害了铁路建设工程招投标市场秩序,而且腐蚀了铁路建设工程行业,破坏了行政机关及其工作人员的公信力,败坏了官德,并且通过其行为获取了巨额的非法利润,完全具备应受刑法处罚的实质危害性。鉴于串通投标罪并不适于该犯罪行为,因而需要借助非法经营罪的堵截构成要件,发挥其在刑法中的补充作用,以免放纵犯罪。

(四) 对该兜底行为方式适用非法经营罪，不会导致兜底条款的无限扩张

对官商勾结的非法经营行为动用刑罚，并不会使非法经营罪无限扩张。以非法方式从事经营行为，虽然不像非法经营行为类型在刑法中有明文规定，或者在行政法规中附有刑事罚则，具有动用刑罚的形式条件，但其严重的反商业伦理性能够为人所认识，其以实质的危害性和威胁财产法益为内容，也容易计算出可罚的危害性程度，将其处以非法经营罪不会危及群众的法安全感，不会导致刑法的泛道德化，也不会使刑法沦为行政管理的手段。

因此，对《刑法》第225条第4项兜底行为方式的刑法适用，不能拘泥于所谓的“比照同类”规则，而应该遵循兜底规则即补充法则，在其以非法方式从事经营行为严重违反商业伦理、威胁财产法益且无其他罪名可以追究其刑事责任时，应以非法经营罪论。

刑法修正的利益失衡问题及其对策建议

彭辅顺

本研究报告是湖南大学法学院彭辅顺副教授主持的中国法学会 2013 年度部级法学研究自选课题《刑法修正的利益平衡问题研究》(课题编号 CLS [2013] D173) 的成果精粹。

一、刑法修正存在的利益失衡问题

我国至今已颁布的八个刑法修正案总体上符合利益兼顾、保障底限利益、弱者利益补强等利益平衡的基本要求,但也存在着利益失衡问题。

第一,从宏观上看,刑法修正对社会利益的保护过重,对个人利益的保护相对较轻,导致个人与社会之间在刑法保护上的利益失衡。八个刑法修正案修正刑法的目的主要是维护社会秩序,保护社会利益,因而对社会利益的保护条款数是对个人利益保护的条款数的 2 倍多,占二者总数比例的 70%,甚至有的刑法修正就是为了保护社会利益;而专门用来保护个人利益的条款比保护社会利益的条款少得多。此外,刑法分则新增罪名 50 余个,对原来 40 余个罪名的构成要件进行了修改,调整了近 20 个罪名的法定刑。而这些罪名的设置大多以保护社会利益为目的;这些犯罪的法定刑调整,加大了对社会利益的保护力度。总之,刑法的不断修正使社会利益的刑法保护范围和力度不断加大。

第二,从微观上看,刑法修正存在三个方面的利益失衡问题。其一,有的新

罪增设造成了原来非罪与非罪行为之间的利益失衡。例如，醉酒驾驶入罪导致了醉酒驾驶者与吸毒驾驶者之间的利益失衡。本来，醉酒驾驶和吸毒驾驶都未入罪的情况下，这两种非罪行为是不存在利益失衡问题的。但是，《刑法修正案（八）》以后，醉酒驾驶构成危险驾驶罪，而吸毒驾驶不构成犯罪，使原来的利益平衡被打破。同样是驾驶机动车，醉酒本身是不违法的，而吸毒是违法的。按理说，吸毒驾驶比醉酒驾驶更具有刑事责任上的非难可能性。如果说醉酒驾驶要入罪，吸毒驾驶就没有理由不入罪。其二，有的犯罪构成要件的修改打破了原来罪与罪之间定罪上的利益平衡，产生了新的利益失衡。例如，盗窃罪、诈骗罪、抢夺罪同是侵犯财产罪中的个罪，犯罪性质相同，社会危害性基本相同。采用入户的方式实施盗窃、诈骗、抢夺犯罪在实践中也都有发生。但1997年刑法对于未达到数额较大的入户盗窃、入户诈骗、入户抢夺行为都未作为这三种犯罪的入罪要件之一予以规定，可以说符合这三种行为实施者利益平衡的要求。然而，《刑法修正案（八）》单独将未达到数额较大的“入户盗窃”作为盗窃罪入罪的情形之一，而没有将未达到数额较大的入户诈骗、入户抢夺作为诈骗罪、抢夺罪入罪的情形，这使入户盗窃未达到数额较大的可以入罪，而使入户诈骗未达到数额较大的和入户抢夺未达到数额较大的不能入罪，就打破了这三种行为实施者原来的利益平衡，导致了入户盗窃、入户诈骗、入户抢夺行为入罪之间的利益失衡。其三，有的法定刑调整打破了原来罪与罪之间法定刑配置上的利益平衡，产生了新的利益失衡。例如，雇佣童工从事危重劳动罪是《刑法修正案（四）》增设的新罪，立法者将其与强迫职工劳动罪规定到一起，意味着二者具有相近性，都是要保护劳动者的合法权益。但是，由于增设雇佣童工从事危重劳动罪是为了保护未满16周岁的未成年人的合法权益，对象具有特定性，而强迫劳动罪没有这种对象限制。因此，《刑法修正案（四）》对雇佣童工从事危重劳动罪的法定刑配置高于强迫劳动罪是罪刑均衡的要求，实现了二者法定刑配置上的利益平衡。然而，《刑法修正案（八）》将强迫职工劳动罪修改为强迫劳动罪，并对其法定刑作了调整，由原来的一个法定刑幅度变为两个法定刑幅度，将情节严重的强迫劳动行为的法定刑提高到“3年以上10年以下有期徒刑”。而雇佣童工从事危重劳动罪的法定刑没有变化，导致罪行重的，法定刑轻；罪行轻的，法定刑重。罪刑不均衡，打破了原来的利益平衡，导致了新的利益失衡。