

RENMINFAYUANCHUBANSHE

中国高级法官培训中心
全国法院干部业余法律大学

首届学术讨论会论文选

人民法院出版社

中国高级法官培训中心
全国法院干部业余法律大学
首届学术讨论会论文选

首届学术讨论会论文评选委员会编选

人 民 法 院 出 版 社

1990·北京

中国高级法官培训中心
全国法院干部业余法律大学
首届学术讨论会论文选
首届学术讨论会论文评选委员会编选
人民法院出版社出版发行
(北京市东交民巷27号)

东华印刷厂印刷

787×1092毫米 32开 22.375印张 502千字

1990年6月第1版 1990年6月第1次印刷

印数：9001—10000

书号：ISBN 7-80056-079-1/D·620 定价：7.90元

说 明

1989年8月,中国高级法官培训中心和全国法院干部业余法律大学在北京联合举办了新中国法院系统首届学术讨论会,对法院工作在坚持四项基本原则、坚持改革开放的形势下遇到的新情况、新问题从理论上进行了探讨。评选出获优秀奖的论文17篇,获纪念奖的论文80篇。

会后,从参会论文中选出57篇编入论文集。按学科分为刑事法学16篇,民事法学25篇,经济和海商法学11篇,行政法学2篇,其他3篇。获优秀奖的17篇论文中有2篇因已在刊物上发表,论文集只刊登了摘要。

对于收入论文集的一些文章,编者在文字上进行了修改。参会的97篇论文作者的姓名、单位附后。

值此论文集出版发行之际,谨向热情支持和关心首届学术讨论会的广大法院干部和为讨论会付出辛勤劳动的论文评选委员会成员表示深深的谢意!

论文集的出版发行,得到人民法院出版社有关领导及同志的热情关怀和支持,在此深表谢意!

编 者

1989年12月

序

1989年秋天，中国高级法官培训中心和全国法院干部业余法律大学联合举办了法院系统建国四十年以来的首次法学学术讨论会，展示了一批引人注目的科研成果。这本选集是讨论会论文中的精华，虽不是字字珠玑，却是篇篇堪称佳作。

这些论文不是作者在书斋中苦思冥想出来的，而是在司法实践中或紧紧结合司法实践刻苦钻研的结果。大多数论文是作者根据当前司法工作的需要，抓住实践中亟待解决的问题，依据大量的、新鲜的、翔实的资料，进行深入的研究而写成的，其中有些是法学家们很少光顾的课题，可以借鉴的东西不多，不经过悉心钻研就很难写成有水平的文章。有些文章的论题是近几年来法学界议论的“热门”，甚至已有多人钻研过、笔耕过，但作者善于独立思考，能够和敢于提出自己的见解，言之成理，持之有故。可以说，用马克思主义法学理论回答司法实践中的问题，讲究务实，力戒空泛，是本书的最大特色。因此，这本书对当前法学界的理论研究和司法机关的诉讼活动，都有一定的参考、适用价值。

大力提倡司法工作人员加强专业理论学习，大力开展法院系统科研活动，大力培养法院系统理论人才，是新的历史时期社会主义法制建设和法院工作的需要，其重要意义已为越来越多的人所认识。这本论文集的出版，是各级法院几年

↓

来在这方面卓有成效的工作的一个标志。作者大多数是法官和法院其他工作人员，这说明法院系统不乏具有科研能力的人才。可以肯定，还有为数更多的具有潜在科研能力的人需要我们去发现、去组织、去培养，去为他们提供条件。我深信，只要我们坚持不懈地努力工作，今后法院系统的科研力量一定会日趋壮大，一定会有更多更好的论著面世。这对提高执法水平、对健全法制将起到积极的作用。

祝 绍 山
2月16日

加強法學理論研究
不斷提高執法水平

任建新
一九九〇年五月

目 录

刑事法学

试论非刑事法律中刑法规范的几个问题·····	(1)
刑事二审发回重审初探·····	(19)
论单位犯罪·····	(37)
晚近过失犯罪发展趋势研究·····	(50)
试论刑事案件再审中的几个问题·····	(63)
非刑事法律中的刑法规范问题探讨·····	(74)
关于罚金刑适用的几个问题·····	(86)
论强化刑事司法的意义和原则·····	(97)
关于减刑、假释的几个问题·····	(115)
论经济犯罪的内在结构·····	(126)
浅谈企业承包经营中贪污犯罪的构成·····	(142)
谈谈对国家工作人员与其家属共同受贿案件的定罪 量刑·····	(153)
十年来的刑法学研究·····	(165)
单位犯罪的双层犯罪机制与两罚制·····	(183)
对增设缓予起诉制度的探讨·····	(192)
试论证人诉讼采用直接原则的必要性·····	(203)

民事法学

应确立我国民事诉讼依法求实法官确信的证据

制度·····	(213)
论侵权特别法及其适用·····	(233)
论“巡回审理,就地办案”·····	(245)
关于民事诉讼中调解的几个问题·····	(263)
论开庭审理·····	(274)
我国应建立取得时效制度·····	(293)
劳务补偿可成为一种民事责任方式·····	(307)
民间利息之债及其法律适用·····	(317)
试论善意取得·····	(327)
区域所有权及其相关理论初探·····	(337)
试论公平责任·····	(348)
论民间借贷的法律调整·····	(357)
离婚诉讼当事人逆反心理初探·····	(369)
关于精神损害若干问题的探讨·····	(378)
精神损害赔偿问题研究·····	(389)
保护公民肖像权的几个问题·····	(404)
民事案由初探·····	(416)
试论举证责任倒置原则的适用·····	(425)
第三人参加民事诉讼的几个问题·····	(435)
浅析群体诉讼与共同诉讼之异同·····	(444)
排除地方保护主义的干扰,保障法院独立行使 审判权·····	(454)
略论民事诉讼中的举证责任·····	(465)

论破产案件有关诉讼参加人的诉讼地位·····	(479)
论民事诉讼的举证责任·····	(491)
试探进一步完善我国民事诉讼中举证责任的立法 问题·····	(500)

经济法

经济诉讼中反诉的理论与实践·····	(506)
试论联营合同中法律责任的若干问题·····	(517)
法人型联营中的技术投资方如何承担联营债务·····	(532)
论可得利益损失的赔偿·····	(543)
论经济审判中先行给付(摘要)·····	(557)

海商法

浅谈海洋污染案的事实调查、认定及赔偿项目 的确认·····	(563)
论防止海运欺诈·····	(578)
海事人身伤亡损害赔偿几个法律问题的探讨·····	(595)
海运提单批注的法律透视·····	(609)
论我国海商法的船舶优先权制度·····	(622)
海事扣船、变卖及债务清偿初探·····	(636)

行政法学

论行政诉讼的具体行政行为·····	(650)
-------------------	---------

试论行政审判中如何参照行政规章的问题

(摘要) (661)

其 他

树立与商品经济相适应的审判意识..... (666)

审判中地方保护主义的成因及对策..... (674)

论法庭调查..... (683)

附：参会论文获奖名单

试论非刑事法律中 刑法规范的几个问题

丁 荣

非刑事法律中的刑法规范，就是指除刑法典及其他单行刑事法律文件以外的法律、法规中规定的应该追究刑事责任的刑法准则。在我国，非刑事法律包括由全国人大及其常委会制定的非刑事的基本法律和其他法律，以及国务院颁行的行政法规。为了叙述方便，本文只就全国人大及其常委会制定的非刑事法律中的刑法规范进行论述。

一、非刑事法律中刑法规范的重要地位

非刑事法律中的刑法规范在法律范围内，无论从宏观上还是从微观上看，都应该有其一席之地。

法学基础理论认为，法的体系的具体结构是多层次的：它的最基本单位是法律规范；若干个相关的法律规范构成了法律制度；若干个法律制度又以一定的条件和方式结合起来组成法律部门；各个法律部门又构成法的体系的有机整体。在这四个层次中，虽然法律部门是法的体系的中心环节和最

重要的组成部分，而法律规范却是构成法的体系的基础。^①

就法律部门之一的刑法而言，它的具体结构也是多层次的，单独的一项刑事法律构不成刑法部门。具体说来，本文认为应该包括四个方面的内容：

其一，是刑法典，即《中华人民共和国刑法》。这是大树的主干，刑法部门的主体。

其二，是所有单行刑事法律文件。从目前立法机关颁布的单行刑事法律文件看，有三种表现形式：（一）“条例”式，有《中华人民共和国惩治军人违反职责罪暂行条例》；（二）“决定”式，有全国人民代表大会常务委员会《关于死刑案件核准问题的决定》、《关于处理逃跑或者重新犯罪的劳改犯和劳教人员的决定》、《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》和《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》；（三）“补充规定”式，有全国人大常委会《关于惩治走私罪的补充规定》、《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》、《关于惩治泄露国家秘密犯罪的补充规定》和《关于惩治捕杀国家重点保护的珍贵、濒危野生动物犯罪的补充规定》。这一方面可以看成是刑法部门的重要枝干。

其三，是一系列非刑事法律中的刑法规范。据粗略统计，全国人大及其常委会从1979年7月1日颁布《刑法》以后至1988年年底，有42项非刑事法律文件中规定了刑法规范。这些刑法规范既是对《刑法》的必要补充，也是刑法部门的有机组成部分。从与《刑法》的关系上论非刑事法律中的刑法

^① 《法学基础理论教程》，孙国华主编，人民法院出版社1988年8月第1版，第240页。

规范的必要性，可从两个角度进行分析。一是《刑法》自身的必然要求。在《刑法》分则条文中，原来有17个条文是空白罪状，需要参照有关的非刑事法律规定，解决空白罪状规定的罪与非罪以及罪轻罪重的问题。二是实践不断发展对立法进一步提出了保护性要求。改革、开放以来，随着经济的发展，事物的变化，出现了许多超出原来《刑法》规定范围的严重破坏经济秩序、严重危害社会治安的新的犯罪情况，需要法律及时予以调整。除了以单行刑事法律的形式对《刑法》进行补充修改外，通过非刑事法律中的刑法规范形式对《刑法》加以完善也是合乎逻辑的结果。

其四，是最高人民法院、最高人民检察院在具体应用法律过程中，对《刑法》条文作出的所有司法解释。在法学理论界，关于刑法部门包括的范围，通常认为只有上列三个方面的内容，没有将刑法司法解释列入刑法部门的范畴。本文主张，作为刑法部门应该是刑事立法与刑事司法的有机统一，抛开刑事司法单纯以刑事立法划分刑法部门，是不全面的。何况，全国人大常委会在《关于加强法律解释工作的决议》中，对属于审判工作中具体应用法律、法令的问题和属于检察工作中具体应用法律、法令的问题，已经分别授权最高人民法院和最高人民检察院进行解释。因此，“两院”所作的司法解释，也就具有另一层次意义上的普遍约束力。换言之，只要授权的立法机关不加以否定，司法解释就具有“准法律”的效力。所以，把司法解释划入刑法部门是顺理成章的，有其法律依据。司法解释的形式不是单一的，也可划为多种层次，一般常见的是关于办理某种犯罪案件中具体应用法律的若干问题的解答或者答复，此外还有就个别问题

作出的决定、通知、批复等。

即使从某一项非刑事法律本身体系看，其中规定刑法规范也是必要的，并不是“画蛇添足”。我们知道，非刑事法律的条文，基本上都是调整性规范，即规定主体的权利和义务以调整社会关系。而非刑事法律中的刑法规范属于保护性规范“法律责任”的内容之一，当主体者违背调整性规范所规定的义务时，根据情节轻重所应受到的制裁，如果构成犯罪了那就应承担刑事责任，以刑法规范论处。一项法律只有把调整性规范和保护性规范有机地结合起来加以规定，使之共同发挥作用，才能使一项法律严密完整，顺利贯彻执行。否则，没有保护性的法律规范只能是一纸空文而没有实际意义。

二、非刑事法律中的刑法规范的主要特征

由于非刑事法律中的刑法规范不是专门的独立的保护性规范，而是附属在非刑事法律调整性规范中规定的，因而非刑事法律中的刑法规范除具有保护性规范的一般特征外，还具有自身的一些特殊性。归纳起来，基本上有三点：

第一，规范的原则性。

非刑事法律中的刑法规范，通常都是概括性加以规定的，有的点清了罪名，有的叙明了罪状，有的就更加原则化，只规定“构成犯罪的，依法追究刑事责任”。而且不管那种概括性规定，都不明确规定刑罚的内容，其法定刑的确定，是根据罪刑相适应的原则，采用与《刑法》呼应的方式，由司法者去适用《刑法》的相关法条中的法定刑处罚犯罪。这种方法简便、灵活，行之有效，既避免了刑法规范的

重复规定，又有利于保持刑法体制的统一和完整。

第二，适用的援引性。

由于非刑事法律中刑法规范的原则性，在适用时就必然要援引《刑法》的相关条文具体处理。鉴于这一点，在法学基础理论里又把这种刑法规范称为准用性规范。至于准用的表述方式，大体有两种类型。一是笼统式，以“构成犯罪的，依法追究刑事责任”的形式与《刑法》相呼应。二是具体式，或者点出《刑法》规定的具体罪名，或者标明适用《刑法》的具体条文，以与《刑法》相挂勾。进一步分析具体式的援引性刑法规范，又可分为两种情况。其一是单项呼应，常见的表述形式是“依照（或者比照）刑法第×××条追究刑事责任”，还有“以×××罪论处”和“按×××罪追究刑事责任”。其二是多项呼应，表述形式如《土地管理法》第五十四条：“在变更土地的所有权、使用权和解决土地所有权、使用权争议的过程中，行贿、受贿，敲诈勒索，贪污、盗窃国家的和集体的财物，或者煽动群众闹事、阻挠国家建设，构成犯罪的，依照《刑法》有关规定追究刑事责任。”又如《文物保护法》第三十一条：“有下列行为的，依法追究刑事责任”，以下列举了贪污、盗窃国家文物、盗运珍贵文物出口等七种犯罪行为。

第三，相应的补充性。

非刑事法律中的刑法规范，除了与《刑法》密切相呼应外，立法机关还根据实际需要，在非刑事法律的刑法规范中对《刑法》的相关条文进行了必要的补充。这种补充规定的内容是相当广泛的，既有区分罪与非罪界限的，也有明确某一具体犯罪概念的，既有类推增加具体犯罪客体而创制新罪

名的，也有补充扩大某种犯罪主体适用范围的；既有从犯罪客观方面进行补充的，也有从犯罪主观方面进行补充的。如果说，在非刑事法律中规定刑法规范从法律体系、从法律规范的逻辑结构上讲是必要的话，那么从这种刑法规范的内容上、尤其是从其对《刑法》内容的方方面面的补充性上看，就更为必要了。毫无疑问，这对于适应改革、开放形势的发展，进一步从立法上完善刑法体系，从司法上保证有法可依，从而有效地健全社会主义法制，充分地保障社会主义经济建设的顺利进行，都是不可缺少的。为了说明问题，我们不妨举例予以论证。

比如，关于走私罪无论在法学界还是在司法界都是有争论的概念之一。造成争论的原因是《刑法》第一百一十六条对走私罪规定为“违反海关法规，进行走私，情节严重的”行为，显得过于简单。虽然经过空白罪状的“转致”可以按照“海关法规”明确走私罪的内涵和外延，但是空白罪状所指引的主要海关法规——《暂行海关法》却是五十年代初期颁布施行的，有些陈旧了，不能满足现实的需要。适应经济发展的要求，1987年颁布施行了新的《海关法》，其中专条规定了走私罪的概念，对以往的争论作出了结论。过去，对构成走私罪争论较多的问题之一是主观方面的犯罪目的，一般都主张以牟利为目的构成走私罪的必要条件。由高铭喧主编的《刑法学》和由林准主编的《中国刑法讲义》，都十分强调“以获取（或曰攫取）非法利润为目的”这一点。否则，即使“行为人出于故意，但不具有获取非法利润的目的，也不构成走私罪”。现在，根据《海关法》对走私罪概念的规定，我们可以明确“以牟利为目的”或曰“以获取非