
法院系统

定向硕士研究生

毕业论文选

中国高级法官培训中心 编

中国政法大学出版社

法院系统定向硕士研究生

毕业论文选

中国高级法官培训中心 编

中国政法大学出版社

(京) 新登字 185 号

法院系统定向硕士研究生

毕业论文选

中国高级法官培训中心 编

中国政法大学出版社 出版

(北京学院路 41 号 * 100088)

冶金部物勘院华泰公司激光照排

河北省〇五印刷厂 印刷

新华书店 经销

850×1168 毫米 32 开本 8.625 印张 230 千字

1993 年 3 月第 1 版 1993 年 3 月第 1 次印刷

ISBN7-5620-0717-9/D·667

印数：3000 册

定价：5.90 元

编写说明

中国高级法官培训中心自 1988 年 2 月创办以来,已为各级法院定向培养硕士研究生 182 名,他们大都具有较为扎实的理论知识和一定的审判实践经验,现在已经开始在各级法院的审判工作中发挥作用。

为了展示他们的学习研究成果,为从事法律工作的人员提供参考,我们将其中一批较为优秀的论文编辑出版。本书收集的论文范围广泛,不仅有刑法、民法、经济法、行政法,而且还有国际经济法、海商法、法医学等方面的论文共 51 篇,内容丰富、实践性强、信息量大。

由于篇幅所限,我们对每篇论文在忠实于原文、忠实于原作者的指导思想下,进行了高度浓缩和适当删节,力求在有限的篇幅内,反映其文章之精华。在此特做说明。

由于本书所收集的论文范围广、数量多、时间仓猝,更由于参编人员水平所限,所以在编写、编辑过程中难免有遗漏甚或对原文理解偏差之处,请原作者及读者谅解并指正。

中国高级法官培训中心教研室

1993 年 3 月

目 录

刑法司法解释研究·····	(1)
论刑法适用的几个问题·····	(4)
试论罪名数的确定·····	(7)
论当代中国军事刑法的几个理论问题 ·····	(11)
计算机犯罪及其刑法立法探讨 ·····	(15)
论犯罪结果 ·····	(21)
正当防卫的理论基础 ·····	(26)
防卫过当之认定和处罚模式构想 ·····	(29)
刑讯逼供罪的理论与实践 ·····	(32)
论诈骗罪 ·····	(37)
关于完善伪证罪立法的探讨 ·····	(41)
论我国的毒品犯罪 ·····	(45)
徇私枉法罪的理论与实践 ·····	(49)
实验性脑死亡脑外器官(心、肺、肝、肾)的 微观及超微结构变化的动态观察 ·····	(54)
法的价值——构筑刑事诉讼基本原则的基石 ·····	(59)
论刑事附带民事诉讼 ·····	(62)
附带民事诉讼制度 ·····	(70)
对我国刑事二审程序若干问题的探讨 ·····	(74)
美国刑事诉讼中的变诉交易制度 ·····	(78)
略论完善中国企业法人制度的民商法对策 ·····	(97)

建立与完善我国占有制度初探·····	(100)
证券交易及其立法研究·····	(104)
台湾空白票据法律问题研究·····	(108)
竞争法若干问题研究·····	(112)
试论监护·····	(116)
论我国公民个人破产·····	(122)
论人格权及其保护中的法律问题·····	(126)
论隐私权·····	(129)
精神损害赔偿制度的理论与实践研究·····	(133)
论广播电视节目中的著作权与邻接权·····	(138)
论侵权法中的混合过错·····	(140)
共同侵权行为若干问题研究·····	(146)
论法人的侵权行为责任·····	(152)
无过失责任若干问题研究·····	(157)
汽车交通事故民事责任的理论与实践·····	(162)
论产品责任·····	(167)
论违约与侵权法律关系的竞合及其调整·····	(173)
论法定离婚理由·····	(178)
论人民法院调解·····	(183)
诉讼时效期间及其起算问题研究·····	(192)
经济合同争议解决的途径与法律适用·····	(207)
专利侵权及其制裁·····	(211)
我国行政法律规范的效力等级与适用	
冲突问题研究·····	(220)
论行政司法制度·····	(225)
论行政诉讼的特殊性·····	(238)
论人民法院受理行政案件范围·····	(244)

涉外货物买卖合同的违约赔偿责任.....	(250)
提单约款之研究.....	(252)
香港基本法律制度及内地与香港之区际 法律关系.....	(256)
中国法院审理涉外经济纠纷案件的 法律适用问题.....	(259)
论强制性医疗措施司法制度.....	(264)

刑法司法解释研究

本文是一篇较为系统地研究刑法司法解释的硕士论文。全文共分六个部分，约3.8万字。

一、刑法司法解释的概念

关于刑法司法解释的概念有二种代表性的观点：(1)大刑法司法解释说。认为刑法司法解释是指各级司法机关就如何适用刑法所作的解释，包括最高司法解释、地方司法解释和个案中的适用解释。(2)小刑法司法解释说。认为刑法司法解释是指最高人民法院和最高人民检察院在适用刑法时所作的解释。

作者赞同第二种观点，理由有三：(1)根据《人民法院组织法》和《关于加强法律解释工作的决议》规定，我国只有最高人民法院和最高人民检察院享有司法解释权。(2)最高人民法院《关于地方各级人民法院不宜制定司法解释性质文件问题的批复》中明确规定。(3)根据司法界和法学界大多数人约定俗成的观点，刑法司法解释是指“两高”就如何适用刑法问题所作的解释。

二、刑法司法解释的作用

作者认为，刑法司法解释的作用有三：(1)便于司法人员及群众正确地理解刑法规范的确切含义。(2)针对司法实践中出现的新情况、新问题及时作出解释。弥补了刑法规范自身的不足。(3)协调全国的刑事司法工作。

三、刑法司法解释的理论

刑法司法解释历来存有主观解释论和客观解释论的分野：(1)主观解释论认为，法律解释应以立法者的意思为准，故适用法律时，应以立法当时立法者的主观意思予以解释；(2)客观解释论认为，解释法律应以法律之意思为准，故适用法律，应以法律条文当时的客观意思予以解释。作者认为，我国刑法司法解释应坚持主、客观相统一的解释理论，即忠实于立法者立法时的原意，又不囿于立法者

立法时的原意，通过扩张或限制解释赋予少数于时不合的刑法条文以新的含义，使其生命力得以延长。

四、刑法司法解释的基本原则

(1) 合法原则。一是对法律无明文规定的不能作越权解释，二是解释的内容不能与现行法律相违背。(2) 及时与慎重相结合原则。(3) 准确、具体、可操作原则。

五、刑法司法解释的效力

刑法司法解释的效力具有两重性：(1) 刑法司法解释的效力相对于刑法而言具有依附性，刑法有效，刑法司法解释有效；刑法失效，刑法司法解释当然失效。(2) 刑法司法解释效力的相对独立性。

文章还阐述了刑法司法解释的现行生效时间的利弊、刑法司法解释失效的五种情况及解释的溯及力问题。

六、刑法司法解释权

关于刑法司法解释的主体。根据 1955 年全国人大常委会《关于解释法律问题的决议》规定，只有最高人民法院审判委员会有权作刑法司法解释，其他机关作的刑法解释都不是司法解释。1981 年 6 月 10 日《关于加强法律解释工作的决议》颁行后，最高人民检察院也享有司法解释权。

作者分析了多个司法机关及行政机关解释刑法的弊端，建议取消最高人民检察院的司法解释权及严令禁止地方司法机关擅自作刑法司法解释。

关于司法解释的权限。作者认为，司法解释权实质上是法官自由裁量权的延伸，没有法官自由裁量权的存在即无司法解释权的存在。作者主张应合理的限制司法解释权，并处理好两个关系：(1) 客观需要和形式合法的关系。客观需要和形式合法并不矛盾，只要加强对刑法司法解释与刑法立法的协调，兼顾两者是可能的。(2) 刑法司法解释与刑法立法解释的关系。主张加强刑法立法解释工作，改变目前刑法司法解释一条腿走路的局面。

七、刑法司法解释的规范化

刑法司法解释不规范主要表现在：①主体不一，有解释、解答、批复、联合批复、复函、通知、补充通知、公告、通告等。②解释的方式不一。有些是口头解释、电话解释，大部分是书面解释。③文号编排方法混乱。④解释之间相互矛盾。⑤越权解释。⑥起草、审议无章可循。⑦公布方式较为混乱。⑧尚未编纂成册等。其间，针对存在的问题从解释的形式、实体、程序方面着重阐述了实现规范化的要求。

（本文作者：罗堂庆，1991年毕业于武汉大学法学院，获硕士学位。导师马克昌。）

论刑法适用的几个问题

本文从刑法适用的目的出发，着重探讨了应为我国刑法适用设定什么样的目的，在刑法适用过程中如何实现这些目的，以及怎样测评实现目的的程度也即效果，等等。本文共分六个部分，3.5万余字。

一、刑法适用的目的

正如刑法的功能不同于刑罚的功能一样，刑法的目的也不同于刑罚的目的。刑法适用作为人的有组织的目标性活动，有其自己的目的。社会主义刑法适用的目的在具体内容上具有以下三个特征：（1）现实性。因为刑法适用仅仅是整个社会控制系统中的一个子系统，它的功能是有限的。而且，就是如此有限的功能也必须在与社会控制其他子系统相互协调的情况下才能得以充分发挥，因此，不能奢望仅仅通过司法机关运用刑法审理刑事案件的专门活动，就能在短期内实现社会治安形势的根本好转。另外，无法实现的目的往往导致异乎寻常的手段的选用，从而对社会主义法制的严肃性、统一性和权威性造成破坏。（2）多重性。社会主义刑法适用的目的，既不应是单纯的惩罚犯罪，也不能片面地追求经济效益，而必须兼顾社会的政治利益、经济利益和其他利益，谋取一种综合的、多重的社会效益。（3）革命功利性。这主要是为了区别于目光短浅的庸俗功利主义目的观。也即当刑法适用所追求的多种社会效益之间发生矛盾、相互冲突的时候，必须是在首先考虑长远效益的前提下兼顾眼前效益；在首先考虑全面效益的前提下兼顾局部效益；在首先考虑最重要、最急需之社会利益的前提下兼顾社会的其他利益。

总而言之，社会主义国家在设定其各个时期刑法适用目的的时候，都要全面把握国家的需要、恰当估价刑法的功能，深刻认识犯罪的根源以及预防犯罪的长期性、复杂性和艰巨性，既反对片面、狭隘、近视的庸俗功利主义，又要避免刑法适用目的上的幼稚的理想

主义。

二、刑法适用的主体

虽然刑法适用的真正主体是国家,但其实际主体却是司法人员,是由司法人员组成的司法机关以国家的名义并受国家全权委托适用刑法。司法人员做为具体的人,其社会属性使得他们无时不置身在纷繁复杂的社会关系之中,这就使刑法适用成为一个多输入、多输出和多干扰的复杂系统。各种各样的社会因素总是通过影响司法人员的思维方式进而左右刑法适用过程。而在这诸多的社会因素中,最有正面意义的莫过于刑事立法、刑事政策和社会形势这三个因素。正如马克思所说的“人的理性的不可靠性”,我们要通过实行独立审理、法律监督、错案赔偿和定期培训等制度,保证并促使司法人员接受正面因素的引导,排除不良因素的干扰。

三、刑法适用的基本原则

1. 公平执法原则。这是最重要的一项原则,也是对社会不平等的某种补偿。法不患重患不公。但是,另一方面,我们也要看到,在共产主义前期的任何阶级社会中,在不平等的根源——商品经济还存在的情形下,所谓的执法公平只能是相对的和法律形式上的。追求绝对的公平只会使我们的工作误入歧途。

2. 准确执法原则。这一原则就是要求严格依法办事,准确适用刑法,包括准确地进行司法解释和适用法律类推。特别是要处理好刑法、党的刑事政策和社会形势这三者之间的关系。一方面,要坚持以党的刑事政策来指导刑法适用,并在刑法适用过程中审时度势,充分考虑到不同的社会治安形势对定罪量刑的影响;另一方面,又应坚决摒弃用政策代替法律,和借口形势需要,任意曲解法律的做法,坚持以法律为准绳。

3. 协调均衡原则。这一原则是对公平执法原则的一个补充。公平执法原则要求执法不能因当事人(被告人和被害人)的社会地位和家庭出身等等的不同而有所差异;而协调均衡原则要求适用刑法不能因为案件发生的时空条件不同而相差过大。要尽可能地保持刑

法适用的连续性、稳定性和统一性。执法不稳定，不平衡，不仅会导致对个人的不公平，还可能破坏刑法适用与其他社会控制子系统之间的相互协调一致，从而削弱甚至抵消刑法所应有的功能。

4. 人道主义原则。笔者认为，要在刑法中实行革命的人道主义原则，只是立法上限制死刑的适用范围以及不规定肉体刑和羞辱刑是不够的，还必须在刑法适用过程中做到两点：第一，不能单纯地把犯罪分子作为我们实现某种目的的手段，其本身也是我们的目的，需要我们予以教育、改造和挽救；第二，要在切实保护、恢复被害人的合法权益的同时，也注重对犯罪分子之合法权益的保护，把罪犯也当作人看待，关心其前途命运，不能在适用刑法中搞侮辱人格、侵害人身的那一套做法，更不能对偏重或畸重的裁判听之任之。

5. 及时执法原则。在强调这一原则的时候一定要注意。应是在保证办案质量的前提下加快审理节奏。当速度与质量之间发生矛盾的时候，必须是速度服从于质量。

四、刑法适用效果的测评

作者指出，首先要解决的是测评的标准问题。从根本上说，测评刑法适用效果之好坏的标准就是刑法适用的目的。实际效果与预期的目的愈相吻合，效果便愈好；反之，则愈差。只不过为了技术上方便起见，我们这里所谓的标准是将目的加以具体化和指标化了。所以，测评刑法适用效果的标准同样应具有现实性、多重性和革命功利性。它是由一系列能反映刑法适用综合社会效益的评价项目所构成的指标体系。其中，每一个评价项目的选定都必须依据针对性和可操作性这两个原则。

致于测评的方法，无非就是分析的方法。包括统计分析与调查分析相结合的方法，定性分析与定量分析相结合的方法，静态分析与动态分析相结合的方法，等等。

（本文作者：钟民，1991年毕业于中国政法大学研究生院，获法学硕士学位。导师梁华仁。）

试论罪名数的确定

由于我国刑法对罪名采用暗含式规定,致使对于罪名数的理解,不论是理论界还是司法界尚未取得一致的意见。最高人民法院在1981年召开的全国第三次刑事审判工作会议上提出《关于刑法分则中的罪名的意见》(讨论稿),认为刑法分则中有151个罪名。如果再加上军职罪条例的25个罪名,共计176个罪名。(本文且不论及立法机关近年来以补充规定等立法文件新增加的罪名。)在理论界比较有代表性的全国统编教材《刑法学》,共提出192个罪名,两者相差16个罪名。这反映出罪名理论的不成熟。

罪名数首先要由法条表现出来,一法条包含一罪名还是数罪名,在多数法条中容易确定,但是,在有些法条中就不那么容易确定了。如果我们对一法条是一罪名还是数罪名的问题不加解决。那么,不仅无法解决刑法分则整体罪名数的问题,而且会直接影响审判质量。

一、确定罪名数和标准

(一) 客体标准说

这种观点认为:罪名是以犯罪的直接客体不同所确定的,因而罪名数以客体数而定。考察我国刑法分则条文可以发现,尽管每一罪名所反映出的直接客体不同于他罪名的直接客体,但是也有部分条文不尽其然,由此可见,直接客体个数不能成为确定罪名个数的标准。

(二) 行为标准说

行为标准说认为:“要正确分析每一条文所含的罪数就要求弄清每一条文所含的行为数,这是确定罪数的唯一标准。”我们认为,以条文中的犯罪行为数作为罪名个数标准的观点,是有可取之处的,但是,仅以行为数作为罪名数的标准,仍存在其缺陷。同时“行为标准说”绝对排斥客体在罪名数确定上的作用,也会导致其产生错误的结论。另外,“行为标准说”还会遇到另一个问题,即如何确定行

为个数。可见“行为标准说”仅就行为论行为是说不清楚的，是不可取的。

（三）犯罪构成标准说

作者同意以犯罪构成数作为罪名数的标准，因为，要确定罪名数，就应首先考察罪名存在的依据，而罪名存在的依据就在于犯罪构成，每一犯罪构成都有其相应的罪名，因而罪名数的标准应该是犯罪构成数，在刑法分则条文中规定几个犯罪构成就应该有相应的几个罪名，否则，就会发生同罪异名或者同名异罪的情况。犯罪构成是由诸要件组合而成，因而，诸要件都程度不同地制约着犯罪构成的成立。

二、行为并列法条罪名数

详析我国刑法分则条文，除少数宣言性或者补充性条文外，每一条文都分别包含一至数个犯罪行为，或者一至数个犯罪结果，其中多数条文中包含的是一个行为一个对象或者一个结果。对此，可以称之为简单条文，只有一个犯罪构成，其个数很容易分清，因此，对该类条文的罪名数一般并无争议。容易发生争议的是复杂条文，即一条文包含多个行为或者多个对象，因而导致对犯罪构成个数的不同看法，发生罪名个数不一致的问题。对此，应当加以专门研究。

（一）行为并列式

所谓行为并列式，是刑法分则在同一条文中规定了两种以上不同的行为，并且，各行为之间是以并列方式进行排列。从我国刑法看，行为并列式条文占有较大比重，主要可以归纳为以下三种表现形式：①简单排列式，是指把数个犯罪行为简单排列在一条文之中，在数个行为之间以标点符号相隔，不使用任何连接词，例如刑法第一百五十一条的盗窃、诈骗、抢夺公私财物数额较大的，该条文即排列对盗窃、诈骗、抢夺三种罪行。②列举排列式，即把几个行为以列举的方式排列在一个条文之中，与简单排列方式不同的，是在列举的数个行为之间插入了选择性语词，如，刑法第九十六条：“聚众劫狱或者组织越狱的首要分子或者其他罪恶重大的……”，该条将

聚众越狱和组织越狱并列起来，在两个行为之间插入了选择性连接词“或者”，表示只要符合其中一个行为就处以相应法定刑。^③分项并列式，即把数个犯罪行为包含在一个条文中，以“项”的形式并列起来。刑法分则中有第九十七条、第一百条、第一百零二条，共计三个条文。

（二）行为分列式条文中的罪名个数

上述三种类型的行为并列式条文多达44条，我国刑法罪名数不确定的重要原因之一就在于此。分析上述44个条文，从罪名个数研究角度出发，大至可以分为以下两类：（1）可以概括的条文，是指一个条文从外部形式看，是规定了数个行为，但是，从其内容实质上看，各个行为都有相同的罪质，每个行为不过表现为方式不同而已，并不是各具刑法特征的独立行为。^①法律概括。也可称为行为方式列举式条文，即法律条文本身就对数个行为方式进行了概括，赋予数行为以邻近属概念，例如，刑法第一百二十五条的罪状。^②法理概括，即，尽管条文本身未对数个行为加以概括，但是，条文中数个行为有同一犯罪构成的质的同一性，具体表现为，其一、数个行为所侵害的对象或者客体相同，而表现出相同的罪质。其二、数个行为表现为同一概括行为的数种方式。例如，刑法第一百八十条罪状。（2）不能概括的条文是指一个条文中的数个行为，各自均有独特的法律特征，或者侵害直接客体不同，或者行为特征明显不同，无法概括为一个行为，因而，这一类条文包含数个犯罪构成，是多罪名条文。根据条文的内在结构不同，有下列不同表现。^①因犯罪对象或客体不同而不能概括，其中，部分条文表现为一行为侵害多对象的不能概括，这类条文有第九十三条等7条。^②因犯罪行为的法律特征不同而不能概括。在有些法条中尽管只有一个犯罪对象或客体，但是，却有数个行为，而每一行为都具有各自不同的法律特征，无法进行概括，进而，要以条文中的每个行为作为构成要件，成为数个犯罪构成，这样的条文就有数个罪名。

三、对象或者客体并列式法条的罪名数

(一) 对象、客体并列式法条

犯罪对象或者客体并列条文，是指刑法分则的同一条文中规定了两种以上的不同犯罪对象或者客体。主要表现为两种形式：(1) 简单排列式，是指把数个犯罪对象或者客体排列在同一条文中，在数个犯罪对象或者客体间以标点符号相隔、不使用任何连接词，例如，刑法一百零七条等，合计 11 个条文。(2) 列举并列式，是指以列举的方式把数个犯罪对象或者客体排列在一个条文中，在数个犯罪对象或者客体中插入选择连词“或者”。例如，刑法第一百零九条等，共计 13 个条文。

(二) 犯罪对象或者客体并列式条文的罪名数

对象或者客体并列式条文在确定罪名上，有以下两种情况：(1) 多对象一客体条文的罪名个数 所谓多对象一客体条文，是指在同一条文中规定了两个以上犯罪对象，但是侵害的客体却是一个。例如：刑法第一百一十一条。该类条文中的对象个数，一般不影响犯罪构成个数，原因就在于犯罪对象尽管是数个，但是，所反映出来的客体却为一个。(2) 多对象多客体条文的罪名个数 所谓多对象多客体的条文，是指在同一条文中，规定了数个犯罪对象，而每个犯罪对象分别反映出不同的直接客体，例如刑法第一百七十五条。

综上所述，决定罪名数的标准是犯罪构成的个数，其中行为数与客体数则是关键因素，本文试图以此入手，对分则复杂条文深入剖析，力求法条罪名数的规律所在。

(本文作者：世平)