

律 师 公 正 员 论 文 集

6



理性 的 探讨

Lixing de Tantaο

司法部司法行政学院◎编



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



理性 的 探讨

Lixing de Tanta



独角兽工作室

平面设计

上架建议

法律职业·律师公正

ISBN 978-7-5036-7260-6



9 787503 672606 >

定价：45.00元

律 师 公 正 员 论 文 集

6

理性 的 探讨

Lixing de Tanta

司法部司法行政学院◎编



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

理性的探讨:律师公证员论文集.6/司法部司法行政
学院编. —北京:法律出版社,2007.4
ISBN 978-7-5036-7260-6

I. 理… II. 司… III. 法律—研究—中国—文集
IV. D920.4-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 055996 号

©法律出版社·中国

责任编辑/潘洪兴

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京外文印刷厂印刷

编辑统筹/法律应用出版分社
经销/新华书店
责任印制/陶松

开本/A5
版本/2007年5月第1版

印张/21 字数/539千
印次/2007年5月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908
上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456
深圳公司/0755-83072995 苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978-7-5036-7260-6

定价:45.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

经司法部批准,我院于2006年5月16日至6月4日在北京举办了第三十期全国高级律师高级公证员培训班。来自全国24个省、自治区、直辖市和新疆生产建设兵团的94名学员参加了培训。

培训期间,按照部领导的指示,我院精心组织教学计划,开设了社会主义法治理念与荣辱观的几个基本问题、和谐社会与司法体制改革等理论课程,安排了律师法修改专题、律师涉外合同实务、公证员执业管理办法解读、公证业务中的热点问题等专业课程,还就《证券法》修改、《公司法》修改、《民事诉讼法》修改中的热点问题进行了专题研讨,并分别专门举办了律师论坛和公证员论坛,为学员提供了相互交流的机会。培训班邀请了来自政府部门的领导专家、学术界的著名教授为学员授课,特别是邀请到全国十大杰出法官、北京市海淀区人民法院知识产权庭庭长宋鱼水法官与学员交流互动,受到学员的热烈欢迎与普遍好评。此外,为了增强律师、公证员的凝聚力,按照现代世界的培训规律,培训班新增设了拓展训练课程,使律师、公证员们在挑战自我之中熔炼了团队精神,培养了战胜困难的勇气和信心。令人耳目一新的拓展训练,给他们留下了深刻印象。培训班结束时,司法部常组成员、副部长赵大程及部机关有关司局、中华全国律师协会、中国公证员协会的负责同志莅临培训班看望了全体学员并进行了座谈。座谈会结束时,赵大程副部长针对当前及今后一段时期的律师公证工作作了重要讲话。

本论文集是从参训学员提供的论文中,经过反复比较筛选出来的。这些论文既具有一定的理论性,又有较强的实用性,较好地实现了理论与实践的结合;既是学员们长期工作、深入思考的心得体会和经验总结,也是对本期培训班取得的成果的一次检阅。论文的结集出版,相信对于鼓励广大律师、公证员深入思考,努力探索律师、公证工作中的理论与实践问题,形成良好的学习研究氛围,必将起到有力的促进作用。这既是学员们的期盼,也是我们编辑本期论文集的初衷。但由于水平和时间的限制,书中的内容可能还存在一些问题和不足,敬请读者批评指教。

司法部司法行政学院教材编写委员会

二〇〇六年十二月七日

目 录

1. 论共同犯罪中的实行过限
..... 山东华林律师事务所 于学东 / 1
2. 试论非法经营罪 上海市东方剑桥律师事务所 肖万华 / 7
3. 非法持有毒品罪中“明知”的认定
..... 司法行政学院 徐嘉临 / 17
4. 冒用借记卡行为的罪名确定问题
..... 山东滕国律师事务所 郭德胜 / 27
5. 浅议我国贿赂犯罪现状及立法建议
..... 江苏省扬州金宇律师事务所 朱晓涛 / 40
6. 论我国未成年人取保候审之完善
..... 司法行政学院 李袁婕 / 46
7. 知识产权刑法保护的发展与思考
..... 湖北山河律师事务所 聂世堂 / 54
8. 我国经济体制改革的渐进式特征与我国经济
立法的完善 司法行政学院 刘 健 / 59
9. 浅议表见代理构成要件
..... 上海市联诚律师事务所 耿志敏 / 71
10. 论我国的无效婚姻 海南省公证处 李 跃 / 77
11. 我国婚姻法关于无效婚姻制度规定之不足
..... 四川君士达律师事务所 邓 勇 / 84
12. 浅谈夫妻共同债务的认定与清偿
..... 江苏连云港云台山律师事务所 顾召营 / 90

13. 论夫妻约定财产制 重庆市江北区公证处 蒋 丹 / 97
14. 浅析我国遗嘱自由限制制度的缺陷与完善
..... 河南省平顶山市公证处 陈桂玲 / 105
15. 浅论《合同法》中关于违约责任的规定
..... 内蒙古自治区包头市公证处 宫光铁 / 113
16. 论缔约过失责任及其在我国的具体适用
..... 新疆君和信律师事务所 马利平 / 120
17. 论缔约上过失责任
..... 江苏无锡天奕律师事务所 徐钰新 / 133
18. 论改革农村土地征用制度在城市化发展
中的紧迫性 云南省昆明市官渡区公证处 杨志红 / 143
19. 浅析劳动者单方解除权
..... 江苏省南京市兴玄武律师事务所 晏兵克 / 155
20. 宅基地与国有土地使用权的异同分析
..... 内蒙古融兴律师事务所 格日勒图 / 161
21. 商业秘密有条件跳槽未必就侵权
——G 公司诉 S 公司侵犯商业秘密案剖析
..... 江苏淮安和成律师事务所 褚宇新 / 168
22. 论人身损害赔偿应统一赔偿标准
..... 山东省东明县法律援助中心 常思亮 / 177
23. 医疗事故损害赔偿案件的几个问题的探讨
..... 江苏盐城新中一律师事务所 吴 冰 / 183
24. 浅议《保险法》中的代位求偿权
..... 江苏天之权律师事务所 张晶宁 / 192
25. 浅析统一抵押登记制度的必要性
..... 福建省宁德市公证处 宋海红 / 205
26. 浅论最高额保证制度
..... 重庆市新原兴律师事务所 何 平 / 210
27. 动产抵押制度的法律价值考察

.....	山东君义达律师事务所	季 猛 / 216
28. 典权法律问题研究	安徽始信律师事务所	刘 鹰 / 223
29. 论公司分立的若干法律问题		
.....	江苏省南京市马健律师事务所	马 健 / 233
30. 上市公司国有股转让中职工问题的法律		
探讨	江苏南京海浪律师事务所律师	曹 力 / 237
31. 律师参与企业改制的前提及操作实务		
.....	四川博绅律师事务所宜宾分所	邓 健 / 244
32. 依法规范债转股 促进金融体制改革		
.....	江苏南京金坤律师事务所	许应佳 / 249
33. 公司被吊销营业执照后的清算问题		
.....	南京昌禾律师事务所	戴 晨 / 254
34. 新《公司法》中股东派生诉讼制度之评析		
.....	福建厦门远大联盟律师事务所	邓乃文 / 261
35. 浅谈公司法实施的司法保障		
.....	江苏南京兴玄武律师事务所	晏兵克 张媛媛 / 266
36. 律师视野下的辩诉交易		
.....	安徽八公律师事务所	张万标 / 272
37. 庭前口供笔录采信的证据规则		
——兼评四川省《关于规范刑事证据工作的若干意见		
(试行)》第 24 条	北京大学法学院	褚福民 / 287
38. 我国刑事辩护功能弱化的原因探究		
.....	河北政法管理干部学院	姜焕强 / 297
39. 试论扩张解释方法在民事诉讼中的运用		
.....	江苏连云港港人律师事务所	姚建成 / 309
40. 试论民事诉讼审前准备程序之价值		
.....	北京市天时律师事务所	赵 军 / 316
41. 浅谈我国民事诉讼中举证责任的尴尬及其对策		
.....	福建省长乐市公证处	陈碧芳 / 323

42. “执行难”的成因及其法律对策
..... 厦门市思明区公证处 朱碧环 / 334
43. 执行案件中如何处理夫妻财产约定
..... 江苏常州源博律师事务所 匡 鹤 / 352
44. 劳动争议纠纷仲裁案件的管辖问题研究
——建立劳动争议处理程序上“双轨管辖体系”
的可行性 甘肃省中立源律师事务所 陈玉萍 / 361
45. 律师业发展的思考 湖北山河律师事务所 沈 军 / 370
46. 试论律师事务所的文化建设
..... 上海市君悦律师事务所 何志法 / 378
47. 初探律所文化与律所经营
..... 上海嘉华律师事务所 唐文华 / 384
48. 论我国律师执业组织形式与身份定位
..... 浙江省天施律师事务所 应晓东 / 391
49. 论律师思维 江苏南京三法律师事务所 周羽正 / 398
50. 论公证的效力
..... 黑龙江省齐齐哈尔市公证处 郭晓华 / 404
51. 论公证制度与物权立法价值取向之契合
——兼与黄群、黄祎先生商榷
..... 厦门市公证处 詹爱萍 / 410
52. 我国公证诚信制度的现状和完善策略
..... 福建省古田县公证处 邱惠香 / 425
53. 论公证与程序正义
..... 江苏宿迁正四方律师事务所 沈万全 / 435
54. 论公证证明体系
..... 山东省枣庄市公证处 杨爱芳 / 448
55. 建议物权立法中引入公证制度
..... 福建省古田县公证处 陈 峰 / 456
56. 《公证法》实施后可能出现的问题及思考

..... 四川遂宁市公证处	张 刚 / 471
57. 牢固树立诚信意识 不断加强诚信建设	
——诚信是公证生命线浅析	
..... 江苏省泰州市公证处	王卫军 / 478
58. 当前影响公证事业发展的原因与对策	
..... 江苏省徐州市第二公证处	孙 军 / 484
59. 浅析继承公证	江苏省徐州市公证处 徐新芳 / 490
60. 进一步强化金融公证中的强制执行手段	
..... 天津市西青区公证处	刘光利 / 495
61. 浅议公证程序中证据的审查	
..... 新疆兵团司法局公证处	李 英 / 502
62. 浅谈公证在城市房屋拆迁中的法律监督	
作用	吉林省长春市公证处 李雪茹 / 508
63. 对《开奖公证细则》(试行)的理解及实际	
操作	陕西省西安市莲湖区公证处 王 梅 / 513
64. 浅议房产赠与合同公证	
..... 陕西省西安市雁塔区公证处	郑新维 / 520
65. 我所理解的“感情协议”公证	
..... 江苏省宝应县公证处	仇振华 / 527
66. 试论政府采购中公证的特点及必要性	
..... 吉林省延吉市公证处	卢仁忠 / 533
67. 公证机构代办房产抵押登记的理论与实践	
..... 云南省昆明高新技术产业开发区公证处	朱 琴 / 538
68. 浅谈证据保全公证	江苏省扬州市公证处 张 燕 / 543
69. 试述保全证据公证	
..... 江苏省徐州市贾汪区公证处	韩红芳 / 552
70. 浅谈公证执业风险的防范	
..... 南平市第二公证处	翁兴魁 / 558
71. 浅谈继承权公证中的情况核实	

- 重庆市南岸区公证处 刘 鹏 / 565
72. 浅谈公证在拍卖活动中的监督作用
- 四川省公证处 李 勇 / 571
73. 试述继承权公证中的调查取证
- 江苏省镇江市公证处 杨军停 / 579
74. 从公证法的实施看昌都地区公证事业的发展前景
- 西藏昌都地区公证处 梁 鹏 / 588
75. 公证员分配机制的思考
- 江苏省常州市公证处 孙莉萍 / 595
76. 浅谈公证收费标准
- 福建省南平市第二公证处 张群瑛 / 599
77. 建立完善的公证质量体系
- 四川省成都市蜀都公证处 王 泽 / 603
78. 在法治的基础上实现社会公正与和谐
- 论构建社会主义和谐社会进程中的法治
国家建设
- 司法行政学院 严军兴 周 础 笑 宇 / 615
79. 丹麦人和他们的法律传统 司法行政学院 张亚军 / 633
80. 新时期未成年人犯罪的成因及其对策 肖琳琳 / 653

1. 论共同犯罪中的实行过限

山东华林律师事务所 于学东

在司法实践中经常遇到多人共同犯罪的问题,有些是经过预谋,按计划实施的犯罪行为,但是大部分共同犯罪最初只有一个基本的意思联络,并没有详细的关于犯罪目的、实施程度的约定,对于在实施过程中有人自作主张实施了一些过激的行为,其他共同犯罪的人是否应当对这些行为负责任,负什么样的责任,不同的人在不同的案件中往往会有截然不同的认识。这实际上就涉及共同犯罪中的实行过限问题。实行过限问题既是刑法共同犯罪理论研究中的难点,也是司法实践中对各共犯准确定罪量刑时必须予以考虑的关键因素。法官公正判定各行为人对过限行为是否要承担刑事责任以及刑事责任的程度轻重,是罪刑相适应原则的基本要求,也是罪责自负原则的集中体现。

一、案例及问题

[案情简介]被告人张某系某事业单位职工,2003年1月8日是单位开工资的日子,这一天张某不仅拿了当月工资,而且还领到了一笔数额不小的年终奖。高兴之余被告人张某打起了歪主意,与刘某共谋到单位职工宿舍去盗窃。晚上二人在一饭店内仔细商量了实施盗窃的各个环节。1月9日零时30分,二人按约定来到职工宿舍门口,张某负责望风,刘某潜入宿舍行窃。刘某在顺利窃取了职工王某、郝某的现金后,又进入401室盗窃,惊醒了睡觉的

职工肖某。肖某将被告人刘某死死抓住,为了尽快逃脱,刘某遂用匕首朝肖某胸腹部连刺数刀后翻墙逃跑。被告人张某得知肖某因心脏、脾脏、肝脏被刺破,导致失血性休克而死亡后,到公安机关投案自首,当晚,公安人员将被告人刘某抓获归案。

[问题]1. 刘某为了尽快脱身,对他人当场使用暴力,是否转化为抢劫罪?

2. 如果刘某有随身带刀的习惯,对此张某并不知情,那么张某是否是抢劫罪共犯?

3. 如果刘某带刀的目的是作为撬门的工具,这是二人事先策划好的,那么张某是否构成抢劫罪共犯?

4. 如果二人对带刀的目的没有约定,张某是否构成抢劫罪共犯?

被告人刘某实施盗窃行为时,为抗拒抓捕而当场使用暴力,其行为已转化为抢劫罪,对此司法实践中不会产生异议。本案的关键问题是:被告人张某未直接实施暴力行为,是否能够成为转化抢劫的共犯,以抢劫罪定罪处罚?换言之,刘某的行为是否属于共同犯罪中的实行过限行为?笔者认为这关键要看张某是否明知刘某带刀,是否持有放任伤害后果发生的故意心态,因此,在1、2、3这三种情况下,张某应当按盗窃罪定罪量刑,在第4种情况下,张某应当转化为抢劫罪。

类似的案例在司法实践中经常碰到,这就涉及共同犯罪中的实行过限问题。我国刑法对实行过限无明确的规定,本文旨在在我国刑法关于共同犯罪理论的基础上对实行过限的几个问题作一探讨。

二、实行过限与共同犯罪的概念

《刑法》第25条第1款规定,共同犯罪是二人以上共同故意犯罪。笔者认为,在认定共同犯罪时应当特别注意两点。其一,共同犯罪的主客观统一性,共同犯罪人必须具有共同的故意和共同

的行为。其二,共同犯罪的整体性,共同犯罪是二人以上在共同故意支配下实施的一个整体行为,而非个人行为的简单相加。

所谓实行过限又称共同过限,是指实行犯实施了超出共同犯罪故意的行为。一般来说,超出共同犯罪故意的犯罪,由于实行人与其他人缺乏共同犯罪的意思联络,根据我国《刑法》关于主客观相统一的犯罪构成理论,不能按共同犯罪论处。比如两人共同实施盗窃犯罪中,其中一人在另一人不知情的情况下又对同一被害人实施了强奸的行为,就属于实行过限。

司法实践中,正确认定行为人是否属于实行过限,应考察共同犯罪中各被告人主观上是否明知其行为的危害结果而希望或放任该结果的发生,也就是说,是否具有共同的犯罪故意。

三、实行过限的构成要件

笔者认为,实行过限应当具备以下几个构成要件:

1. 必须有二个以上自然人的一个共同行为作为前提。如果没有这个前提共同犯罪就不存在,更无从谈起实行过限的问题。但是,这个共同行为不一定必须具有共同的犯罪故意和犯罪行为。

2. 过限行为必须是独立于共同行为之外的行为。即过限行为与共同犯罪行为必须是两个分别受到刑法评价、在法律上具有独立意义的行为,内含于共同犯罪行为之中或者仅仅表现为共同犯罪行为的具体行为方式的,不得视为过限行为。

3. 过限行为必须是共同犯罪故意之外的行为。即使某一实行犯临时起意实施了超出某一范围的行为,其他共同犯罪人可以预先知悉、了解而未加阻止的,因其主观上系一种认可的态度,故也需承担责任。

4. 共同犯罪行为所造成的过失后果,不存在实行过限。因为该过失后果是从属于共同犯罪行为的,在我国的刑法理论和实践中,均只有量刑上的意义,无定罪上的意义。

四、共同犯罪中实行过限行为责任承担和几种不属于实行过限的特例

一般来说,超出共同犯罪故意的犯罪,不构成共同犯罪,由实施过限行为的被告人对过限行为单独承担后果。因为,我国刑法规定的共同犯罪是共同故意犯罪,即共同犯罪中的各行为人必须存在共同犯罪故意,各行为人存在对自己及其他共犯的行为及其社会危害性的认识的联系性。而对于过限的实行行为及可能产生的危害结果,除了实行者本人主观上存在故意的心态以外,其他人一无所知。由于实行人与其他人缺乏共同犯罪的意思联络,根据我国刑法关于主客观相统一的犯罪构成理论,不能按共同犯罪论处。对各行为人应当按照其个人的犯罪故意和犯罪行为分别定罪量刑。

但在共同犯罪中存在以下几种形式的犯罪,不能认定为实行过限,而应当按照共同犯罪进行处罚。

1. 在所有人都是共同实行犯罪的情况下,如果其他共同犯罪实施者当时在场,却不予制止、袖手旁观,这种情况下应当认定是共同犯罪,而非实行过限,凡参与实施的实行犯都应承担刑事责任。因为他们虽然没有实施行为,但是他们的存在对实行犯实际产生精神支持或鼓励,对被害人形成心理压力或恐惧,说明其在主观上对这种行为处于积极追求或放任的状态。如果其他人当时不在场,但事后对这种行为予以认可,如大加称赞、参与分赃等,也不属于共犯过限,应与该实行犯一起承担责任。因为从主观方面看来这种行为并不违背他们的主观意志。

2. 组织犯是指在犯罪集团或其他共同犯罪中起组织、策划、指挥作用的犯罪分子,他们是共同犯罪故意的肇事者、行为的策划者,是共同犯罪的核心,对整个共同犯罪活动起着支配、制约作用。我国《刑法》第26条第3款、第4款规定了对组织犯的一般处罚原则,即“对组织、领导犯罪集团的首要分子,按照集团所犯的全部罪行处罚”、“对第三款规定以外的主犯,应当按照其所参与的或

者组织指挥的全部犯罪处罚”。组织犯并不具有实行犯的身份,因此,是否亲自实施犯罪不是确定共犯过限的标准,只要实行犯实施的行为是由组织犯所组织、策划的,这种行为就是组织犯主观意志的体现,他们对这种行为应承担刑事责任。

3. 一般来说,集团犯罪的首要分子决定集团犯罪活动的内容和方式,因此,只要实行犯实施的行为是首要分子制定、组织的犯罪计划的组成部分,是为实现整个犯罪计划所必需的,无论行为的性质、危害的范围及程度,都不违背首要分子的主观意志,首要分子都应承担刑事责任,一般不宜从中划定共犯过限;只有在首要分子对所组织的犯罪行为有很明确的要求,特别是命令禁止性要求的情况下,当实行犯的行为明显违背这种要求时才构成实行过限,其刑事责任由实行犯独自承担,首要分子对此不承担刑事责任。

4. 教唆犯是共同犯罪中犯罪意图的制造者、灌输者,同时他们不直接实施犯罪而是假他人之手实现其犯罪意图,在共同犯罪中扮演幕后策划者的角色。教唆犯在共同犯罪中的作用与教唆内容密不可分,其犯罪意图又是通过教唆内容具体体现出来的。在教唆犯比较明确地以某种犯罪为内容进行教唆时,如果被教唆人实施了教唆内容以外的其他性质的行为,这种行为即超出教唆范围,教唆犯对此没有主观故意,属于共犯过限,其刑事责任由被教唆人独自承担;如果被教唆人只是实施了教唆之罪,还要区分两种情况:

第一,在教唆犯只是概括地以某种犯罪为教唆内容,对犯罪的具体目标、程度等没有明确的意思表示时,只要被教唆人实施了该犯罪行为,不论其范围大小、程度轻重,都不违背教唆犯的主观意志,不属于共犯过限,其刑事责任由教唆犯与被教唆人共同承担。

第二,在教唆犯以某种犯罪为教唆内容,且对犯罪的具体目标、程度等都有比较明确的意思表示时,如果被教唆人的行为超出教唆范围,即与教唆犯的意思表示不一致,属于共犯过限,教唆犯对这种行为没有主观故意,其刑事责任由被教唆人独自承担,教唆