



司法疑难解答

4

作者 付英 王丰



经济科学出版社



司法疑难解答

④

责任编辑：刘殿和 张 冉

技术编辑：王世伟

司法疑难解答④

付英 王丰 著

经济科学出版社出版、发行

社址：北京海淀区阜成路甲 28 号 邮编：100036

总编室电话：88191217 咨询电话：88191438

葵花宝典论坛：www.khbd.com.cn

电子邮件：esp@esp.com.cn

中国科学院印刷厂印装

787×1092 32 开 2 印张 42000 字

2004 年 7 月第一版 2004 年 7 月第一次印刷

印数：00001—20000 册

ISBN 7-5058-4300-1/D·176 定价：5.00 元

(图书出现印装问题，本社负责调换)

(版权所有 翻印必究)

前言

《司法疑难解答》是葵花宝典系列丛书之一，是根据司法考试考生、现任检察官、法官、侦查人员及律师的提问所进行的解答，大都已在《人民法院报》、《检察日报》等报刊上登载，一年十二本。

本系列丛书中的提问均具有现实性和代表性，解答皆以法律条文为依据，理论采学术通说，对司法难点、疑点进行了详细阐释，个别争议较大的解答亦经过权威部门的认定；在正确适用相关法律和司法解释、理解法律条文的立法原意，解决部门法之间、新法与旧法之间的冲突等方面，力求准确。作用在于指导读者快捷、有针对性地掌握最新法律、司法解释，提高解决司法现实问题的能力，共享解决司法现实问题的成果。

如果你在使用本丛书的过程中遇有疑难问题，可直接登录葵花宝典论坛（www.khbd.com.cn），或邮至作者付英、王丰的信箱 Followme@vip.163.com。

付 英 王 丰

2004 年 7 月

目录

139. 甲用乙的身份证存钱，乙知道后偷偷将存单挂失并把钱取走，对此应如何定性？	01
140. 如何认定重婚？	04
141. 是犯罪中止还是犯罪预备？	05
142. 被偷来的东西致死，生产者或销售者要担责吗？	08
143. 因超生被开除属于行政诉讼的受案范围吗？	09
144. 规章授权的其他组织，是否具备行政法上的行政主体资格？	10
145. 扰乱法庭秩序罪应由谁立案管辖？	11
146. 消费者故意购买盗版光盘适用《消费者权益保护法》调整吗？	13
147. 合同被确认无效后的财产返还，是双方返还，还是过错方返还？	15
148. 融资租赁合同中的产品质量责任，承租人应向谁主张？	16
149. 如果理解“逾期起诉的，按变更监护关系处理”？	17
150. 扣押他人讨回非法债务构成非法拘禁还是绑架罪？	17
151. 延迟支付租金的诉讼时效如何起算？	18
152. 12岁孩子行为效力的认定	18
153. 该票据责任应如何承担？	18
154. 出于善意的越权代理是否有效？	19
155. 假释考验期间犯罪的计算方法是先并后减，该“并”是	

否包括假释所经过的时间？	19
156. 按 FOB 价格，货交承运人后，就运费问题发生争议，案件当事人是谁？	21
157. 关于商标申请的问题，哪种是正确的？	22
158. 该仲裁协议有效吗？	23
159. 该行为是侵犯名誉权还是诋毁商业信誉？	24
160. 签订履行合同失职被骗罪与国有公司、企业、事业单位人员失职罪有何区别？	25
161. 骗取出口退税罪的主体是一般主体还是特殊主体？	26
162. 该现场笔录能否作为证据？	26
163. 生日宴上发现的珍珠应当归谁？	32
164. 对行政拘留不服提起的诉讼可否由原告住所地法院管辖？	33
165. 当班期间发现有引发火灾的危险，故意不予维修，导致火灾发生构成何罪？	35
166. 顺势踹了一脚构成抢劫罪吗？	36
167. 谎称绑架他人亲属，向他人索要钱财构成何罪？	37
168. 中外合资企业合同争议的仲裁与诉讼应如何适用法律？	41
169. 是过失致人死亡还是故意杀人？	44
170. 医生甲不按规定采集、供应血液致人死亡构成何罪？	47
171. 父亲把钱捐了，母亲能请求撤销吗？	49
172. 妻子收受财物构成受贿罪吗？	52
173. 乘车让人给撞了该找谁赔？	53
174. 公交车与货车相撞造成乘客受伤，应否承担连带责任？乘客可否分别要求公交公司和货车车主全部赔偿？	56

139. 甲用乙的身份证向银行存了30万元。乙知道后偷将存单挂失，后将30万元取走。乙是否构成侵占罪？

答：法无明文规定不为罪，按不当得利处理，不构成侵占罪。

根据《刑法》第270条的规定，侵占罪是指以非法占有为目的，将代为保管的他人财物或者他人的遗忘物、埋藏物非法占为己有，拒不交还，数额较大的行为。

(1) 本罪侵犯的客体是他人财物的所有权。所谓“他人财物”仅限于以下三种情形：

①自己代为保管的他人财物。

★所谓“代为保管”，是指接受他人委托或者根据事实上的管理而成立的对他人财物的持有、管理。行为人与财物所有人、管理人之间是否具有代为保管财物的关系是构成这种形式侵占罪的前提条件。至于这种保管关系是否合法，均不影响本罪的成立。

★所谓“他人”，仅指公民个人，不包括国家或单位。国家、单位之物基于委托或其他原因而由他人代管的，行为人如果非法占为己有，则应构成贪污罪或者职务侵占罪。

②他人的遗忘物，是指出于自己的本意，本应带走却因遗忘而没有带走的财物，如买东西将物品忘在柜台上，打出租车把包忘在车上等。

★遗忘物不同于遗失物，后者是失主丢失的财物，失去对财物的控制时间相对较长，一般不知道丢失的时间和地点，拾捡人一般也不知道也难以找到失主，但拾捡人根据无因管理制度，有代为保管的职责。如果据为己有，则构成不当得利；如果拒不返还，则构成侵占罪。而遗忘物，是指暂时想起来遗忘的时间和地点，回来寻找，而拾捡人

一般也知道遗忘者是谁。

★遗忘物不同于遗弃物，后者是所有人或保管人不再需要而基于自己的意志加以处分而抛弃的财物。

③埋藏物，是指为隐藏而埋于地下的财物。

(2) 本罪在主观方面必须表现为故意，即明知是代为保管的他人财物；或他人的遗忘物、埋藏物，而非法占为己有，过失不构成本罪。

(3) 本罪在客观方面表现为行为人非法占有他人财物、数额较大，拒不退还或拒不交出的行为。

①所谓“占为己有”，是指将他人交为自己保管的财物、遗忘物或者埋藏物当成自己的财物，以所有人自居，擅自加以处分、使用和收益。具体表现为：将财物出售、赠与他人，或出租、消费、充抵债务、设定抵押加以使用，但不能包括故意毁坏这种处分。具有后者这种行为，应以故意毁坏财物罪定罪处罚。

②所谓“拒不交还”，是指依法、依约应当将他人的财物退回而拒不退回。例如：

★财物所有人明确提出交还，并有证据证明属其所有，行为人仍视而不见，明确表示不予归还；

★或虽然表示归还，但事后又擅自处分致使实际无法交还；

★或采用诸如谎称财物被盗、丢失等欺骗手段而拒不归还；

★或携带财物逃离他乡而拒不归还；

★或已经非法处分而拒不追回或者赔偿。

应当注意：行为人如果最终还是交出或者退还了财物，或者是在他人明确提出主张交还前处理了财物事后答应赔偿的，甚至是在他人提出主张后还擅自处分财物但又作了

赔偿的，不应以本罪论处。

(4) 区分侵占罪与不当得利的界限。

不当得利，是指没有合法根据，取得不当利益而造成他人受损害的事实。不当得利的构成要件包括：一方获得利益；他方受到损失；获得利益和受到损失之间有因果关系；没有合法根据。《民法通则》第92条对此作了规定。

不当得利与侵占罪都表现为非法占有他人财物。两者的区别主要表现在以下两个方面：

①行为有主动与被动之分。侵占罪的行为人对于非法占有他人财物这一事实的发生是积极主动促成的；不当得利这一事实的出现，是由于受害人的疏忽、过错造成的，受益人获得不当得利是被动的。

②行为的性质和法律后果不同。侵占财物数额较大是一种犯罪行为，行为人既要被追究刑事责任，也要依法承担民事赔偿责任；而不当得利的行为是一种轻微的民事违法行为，不当得利的受益人只承担返还不应获得利益的民事责任。

(7) 区分侵占罪与盗窃、诈骗、抢夺罪的界限。

这几个罪的主体、客体、主观方面都相同，其区别主要在于以下几个方面：

①犯罪对象不同。侵占罪的对象是行为人事先代为保管的他人财物或者他人的遗忘物或埋藏物；其他三罪的对象，则可以是任何公私财物。

②犯罪故意形成的时间不同。

★侵占罪是行为人侵占物主委托管理的财物，在实施侵占财物的行为时，被侵占之物当时已在他的实际控制之下；其他三罪的行为人在实施非法占有公私财物时，财物并不在其控制之下。

★侵占罪的行为非法占有的故意产生于持有他人财物之后；其他三罪非法占有的故意则产生于持有他人财物之前。

③客观方面不同。侵占罪的行为人在实施侵占行为时被侵害之物已在其实际控制之下，其以种种借口或采取各种手段拒不归还或拒不交还物主；其他三罪的行为人在实施非法占有公私财物的行为时，并未控制财物，只是通过窃取、骗取、抢夺等方法才将他人财物非法转归己有。

140. 事实婚姻构成重婚，这一说法是否正确？从1994年2月1日起被认定为同居关系的是否也构成重婚？

答：刑法上认为，行为人前后两次婚姻都是法定婚（即依法定程序登记）的，当然是典型的重婚罪，如果前一次是法定婚、后一次是事实婚（即双方以夫妻关系相对待，在较长时间内稳定且同居，对外也以夫妻自居，即形成事实上的婚姻关系的），也以重婚论。如果原来是事实婚，后又依法与别人登记结婚的，不构成重婚。原因在于：前一个婚姻没有履行法定程序，因而在法律上是无效的，不受保护。当然同居是不可能构成重婚罪的。

应当注意：刑法和民法对事实婚姻的认定有很大的区别。

（1）刑法保护的是合法的婚姻关系，故对事实婚姻的认定较为宽泛。刑法对事实婚姻的定义是：双方以夫妻关系相对待，在较长时间内稳定且同居，对外也以夫妻自居，但没有依法定程序登记，即形成事实上的婚姻关系。

（2）民法对事实婚姻的认定，多为了财产的分割和继承等，其认定较为严格。民法上对事实婚姻的定义是：没有配偶的男女未办理结婚登记，便以夫妻名义同居生活，

群众也认为是夫妻关系，且双方符合我国法定结婚条件的两性结合。最高人民法院2001年12月24日颁布的《关于适用婚姻法若干问题的解释》第5条对此作了进一步的规定：

①1994年2月1日前，未经结婚登记即以夫妻名义同居，一方起诉“离婚”的，可以认定为事实婚姻。

②1994年2月1日以后同居，且同居时双方均符合结婚实质条件的，一方或双方在起诉离婚时，要先补办结婚登记手续，否则按解除同居关系处理。婚姻登记机关对这类结婚登记申请应予以办理。

141. 我问的是刑法中关于犯罪形态的问题，即“一个人去杀人，因看到‘严打’的标语，就又不敢去了”，这种情况是预备还是中止？因为此种情况与某人去盗窃看屋里亮着灯就返回是一个道理，我认为这两者均不符合犯罪中止的自动性，可有人认为前者是犯罪中止。到底应该是哪种犯罪形态？

答：前者属于犯罪预备阶段的犯罪中止，按中止犯处理；后者是犯罪预备。

(1) 根据《刑法》第24条的规定：“在犯罪过程中，自动放弃犯罪或者自动有效地防止犯罪结果发生的，是犯罪中止。”据此，犯罪中止存在两种情况：一是在犯罪预备阶段或者在犯罪行为还没有实行终了的情况下，自动放弃犯罪；二是在犯罪行为实行终了的情况下，自动有效地防止犯罪结果的发生。

①犯罪中止的成立，必须同时具备以下四个特征：犯罪中止必须发生在犯罪过程中；行为人主观上有中止犯罪的决意；行为人客观上实施了中止犯罪的行为；犯罪中止

必须是有效的。

②在犯罪过程中放弃犯罪，是犯罪中止区别于犯罪既遂的标志。犯罪过程是指从犯罪预备开始到着手实行的整个过程，包括犯罪预备阶段、犯罪实行阶段与犯罪结果发生阶段，不在这些过程之内实施的行为，不属于犯罪中止行为。这是犯罪中止与犯罪预备、犯罪未遂的重要区别。

③犯罪中止的特点在于自觉放弃犯罪，不使犯罪结果发生。如果犯罪行为一旦既遂，实现了犯罪预期的结果，也就不存在中止的问题。因此，犯罪分子只有在实施犯罪预备或者在着手实施犯罪以后，达到既遂以前，自动停止犯罪，中止才能成立。应当注意：

第一，在犯罪既遂以后，再自动弥补犯罪所造成的损失，或者返还原状的，例如：盗窃犯将被盗窃的财物物归原主的行为；抢劫犯将抢劫所得的财物主动退还给受害人等，都不能作为自动中止，而只能作为犯罪后的态度，在量刑时予以适当考虑；也不能把犯罪分子在犯罪未遂后的悔罪表现作为犯罪中止，因为在这种情况下，所有的犯罪过程已经完结，行为人实施的行为是一种事后行为，而不是事中行为，根据刑法规定和刑法理论，犯罪中止只能是事中行为。

第二，当行为人产生了犯意，在付诸实施之前因种种原因而打消了犯罪念头的，这种活动还属于行为人主观心理活动的范畴，尚没有进入犯罪的过程，所以与犯罪中止无关。

(2) 根据《刑法》第22条规定，犯罪预备是指为了犯罪准备工具，制造条件，但由于行为人意志以外的原因而未能着手实行犯罪的情形。其特征如下：

①主观上是为了实行犯罪。从犯罪预备阶段与犯罪实

行阶段的关系来看，这里的“为了犯罪”实际上是指为了实施犯罪的实行行为，包括为了自己实行犯罪与为了他人实行犯罪。

②客观上实施了犯罪预备行为，即为犯罪准备工具、制造条件的行为。

所谓“准备犯罪工具”，是指搜集可供实施犯罪利用的各种物品。

所谓“制造犯罪条件”，是指为保证实施犯罪而进行的其他准备活动。为实施犯罪所事先采取的必要的措施和行为，都属于制造犯罪条件。

③事实上未能着手实行犯罪。犯罪预备是与犯罪实行相对应的概念，在有预谋的犯罪中，行为人总是先实施犯罪预备，后着手实行犯罪，犯罪预备就是行为人正在准备工具或制造条件时，或者已经实施完毕预备行为，但尚未着手实行犯罪之前而被发觉。故凡是构成犯罪预备的犯罪行为，必须是没有进入犯罪实行阶段的行为。

④未能着手实行犯罪是由于行为人意志以外的原因。犯罪行为停留在预备形态一般由以下两种原因引起：

一是行为人能够控制的原因，如行为人能够接着实行犯罪而没有实行，主动地放弃了实施实行行为，以至否定已经实施的预备行为，这种情况属于犯罪中止，即犯罪预备形态的中止，不再属于犯罪预备。本题中所述“一个人去杀人，因看到‘严打’的标语，就又不敢去了”，属该种情形。

二是行为人不能控制的原因（即意志以外的原因），如行为人去盗窃看屋里亮着灯就返回，行为人为了犯盗窃罪而实施了预备行为（前往该屋），由于意志以外的原因（屋里亮着灯）而未能开始着手实施盗窃行为，这是一个典

型的预备行为。

142. 某甲自商场中偷得电壶一个回家，不曾想因电壶质量有问题，泡茶时候电壶漏电致使某甲触电身亡。问：商场或生产者是否需对某甲的身亡负责？

答：商场或生产者应对某甲的身亡承担责任，应具体情况具体分析。

(1) 产品质量责任，是指产品的生产者、销售者违反《产品质量法》规定的义务而应承担的法律后果。本题中的电壶是甲在商场偷得的，说明该电壶已投入流通，生产者当然要承担责任；如果产品存在缺陷是因销售者的过错引起的，则商场应承担责任；如果商场不能指明缺陷产品的生产者，也不能指明缺陷产品的供货者，商场应承担责任。至于该电壶是某甲偷的还是买的，与生产者、销售者承担产品质量责任并无直接关系。相关法律法规如下：

①《产品质量法》第41条第2款规定：“生产者能够证明有下列情形之一的，不承担赔偿责任：

- (一) 未将产品投入流通的；
- (二) 产品投入流通时，引起损害的缺陷尚不存在的；
- (三) 将产品投入流通时的科学技术水平尚不能发现缺陷的存在的。”

②《产品质量法》第42条规定：“由于销售者的过错使产品存在缺陷，造成人身、他人财产损害的，销售者应当承担赔偿责任。

销售者不能指明缺陷产品的生产者也不能指明缺陷产品的供货者的，销售者应当承担赔偿责任。”

③《产品质量法》第43条规定：“因产品存在缺陷造成人身、他人财产损害的，受害人可以向产品的生产者要

求赔偿，也可以向产品的销售者要求赔偿。属于产品的生产者的责任，产品的销售者赔偿的，产品的销售者有权向产品的生产者追偿。属于产品的销售者的责任，产品的生产者赔偿的，产品的生产者有权向产品的销售者追偿。”

(2) 根据《刑法》第146条规定：“生产不符合保障人身、财产安全的国家标准、行业标准的电器、压力容器、易燃易爆产品或者其他不符合保障人身、财产安全的国家标准、行业标准的產品，或者销售明知是以上不符合保障人身、财产安全的国家标准、行业标准的產品，造成严重后果的，处5年以下有期徒刑，并处销售金额50%以上2倍以下罚金；后果特别严重的，处5年以上有期徒刑，并处销售金额50%以上2倍以下罚金。”据此，根据本题中所述情形，生产者应负刑事责任；如果销售者对产品质量是明知的，也应负刑事责任。

143. 甲是某县中学老师，因超生被某县政府或教育局作出开除公职的决定，这是否属于行政诉讼的受案范围？为什么？

答：属于行政诉讼的受案范围。具体分析如下：

《人口与计划生育法》第6条规定：“国务院计划生育行政部门负责全国计划生育工作和与计划生育有关的人口工作。

县级以上地方各级人民政府计划生育行政部门负责本行政区域内的计划生育工作和与计划生育有关的人口工作。

县级以上各级人民政府其他有关部门在各自的职责范围内，负责有关的人口与计划生育工作。”

《人口与计划生育法》第44条规定：“公民、法人或者其他组织认为行政机关在实施计划生育管理过程中侵犯

其合法权益，可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。”

综上所述，本问中的某县政府或教育局的行为属于行政诉讼的受案范围。

应当注意：内部行政行为是指行政机关对行政机关工作人员的奖惩、任免等决定，是行政机关管理其内部事务的行为，不属于行政诉讼的受案范围。行政机关奖惩、任免工作人员通常以内部规定、内部考核结果为依据，这是行政机关综合判断的结果，法院无法判断行政机关的这些决定是否合法与适当。根据有关法律的规定，这类行为的监督权，分别由其上一级行政机关、监察机关、人事机关行使。法院对此不能通过审判程序进行干涉。

对内部行政行为判断标准为：

(1) 内部行政行为所针对的对象必须是公务员，而不是其他人员。

(2) 两者必须具有行政隶属关系。

(3) 决定行为所影响的公务员的权利应限于公务员基于公务员的身份而享有的权利。如果行政机关的行为对象不是公务员或者决定行为规范到了外部事务，影响到了公务员的其他权利，该决定行为就是可诉的具体行政行为而不是内部行政行为。

144. 规章授权的其他组织，是否具备行政法上的行政主体资格，该组织作出具体行政行为，是自己的名义还是授权单位名义？为什么？

答：规章授权行使行政职权的其他组织，在法定授权范围内或者超出法定授权范围作出具体行政行为时，具备行政法上的行政主体资格，该组织应以自己的名义作出具

体行政行为，当事人不服提起诉讼的，应以该组织为被告。

所谓“超出法定授权范围”，应理解为该组织作出的具体行政行为超过了法律、法规或者规章的授权幅度，而非超出授权种类。例如：派出所罚款1000元，超过了《治安管理处罚条例》第33条规定的50元授权限额，则此时派出所是被告，但如果派出所作出行政拘留的决定，则超出了法定的授权种类，则其所属的公安局是被告。

145. 对于扰乱法庭秩序罪，《民诉意见》规定由审理民事案件的审判组织直接受理并予以判决，而根据《六机关规定》，应由公安机关立案管辖。问：到底应由哪个机关立案管辖？

答：扰乱法庭秩序罪，首先应由公安机关立案管辖。相关法律依据如下：

(1) 1997年10月1日施行的《刑法》第309条规定了扰乱法庭秩序罪：“聚众哄闹、冲击法庭，或者殴打司法工作人员，严重扰乱法庭秩序的，处3年以下有期徒刑、拘役、管制或者罚金。”

(2) 1991年4月9日施行的《民事诉讼法》第101条第3款规定：“人民法院对哄闹、冲击法庭、侮辱、诽谤、威胁、殴打审判人员，严重扰乱法庭秩序的人，依法追究刑事责任；情节较轻的，予以罚款、拘留。”

(3) 1992年7月14日施行的《民诉意见》第125条规定：“依照民事诉讼法第101条的规定，应当追究有关人员刑事责任的，由审理该案的审判组织直接予以判决；在判决前，应当允许当事人陈述意见或者委托辩护人辩护。”

(4) 1997年1月1日施行的《刑事诉讼法》第18条