



司法疑难解答



作者 付英 王丰



经济科学出版社



司法疑难解答

③

付英 王仁 著

经济科学出版社

责任编辑：刘殿和 张 冉

技术编辑：王世伟

司法疑难解答③

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 7-5058-4299-4/D·175 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

104. 滥用职权罪的主观罪过形式	01
105. 滥用职权罪、玩忽职守罪、非法拘禁罪的区别	02
106. 公司的合并与分立是否需要与债权人协议	06
107. 重婚罪是继续犯还是状态犯?	09
108. 因拿错药没把人毒死, 是犯罪未遂、中止、预备还是不构成犯罪?	10
109. 可撤销合同在被撤销前, 其效力是未定、无效还是有效?	12
110. 无偿取得适用善意取得的前提条件	12
111. 是犯罪中止还是未遂、是准备条件还是着手实施?	13
112. 关系密切的其他亲属、朋友在精神病人的法定监护人范围内吗?	15
113. 幼儿园老师见死不救构成犯罪吗?	15
114. 无期徒刑、死刑附加剥夺政治权利的刑期应从什么时候开始计算?	17
115. 对省级行政机关的复议决定不服, 向法院起诉的一审案件, 是终审吗?	18
116. 企业法人解散, 应由谁来成立清算组?	19
117. 企业宣告破产, 清算组组成的法律适用	21
118. 伪造假证明是包庇罪还是帮助伪造证据罪?	21
119. 如何计算因意外事件下落不明宣告死亡的期限?	22
120. 环境污染诉讼时效中断后应如何计算?	24

121. 骗取登记的婚姻有效吗？	24
122. 申请宣告失踪与死亡的管辖法院是哪个？	28
123. 如何根据《民法通则》第58条、《合同法》第52条判定合同无效？	28
124. 一方以欺诈、胁迫的手段或乘人之危订立的合同是无效还是可撤销？	30
125. 错把李某当张某杀死了，是直接故意还是间接故意？	31
126. 试用买卖合同如何担责？	32
127. 洗钱罪的违法所得是否包括恐怖活动组织的犯罪所得？	41
128. 曾因贩卖毒品被判刑的人又种植毒品原植物，数量较大，已构成犯罪，但是在收获前又自动铲除的，如何量刑？	41
129. 有关自首的刑法总则条款与分则条款的适用	42
130. 强奸罪的主体是特殊主体还是一般主体？	43
131. 国家机关工作人员在执行职务过程中给他人造成损害的，应通过什么程序来解决？	44
132. 退伙人如何承担责任？	44
133. 约定利息与约定利率是一回事吗？	45
134. 如何理解“物保优于人保”？	45
135. 保证期间过了还要负保证责任吗？	46
136. 刑事诉讼中，当事人是否到庭应由谁来查明？	48
137. 派出所工作人员因职务行为违法造成他人损害的，赔偿义务机关是谁？	49
138. 作证曾听他人讲述其如何杀人的经过，属于直接证据吗？	55

104. 滥用职权罪的主观罪过形式，高阶教程中说是故意，可好多书上都说是过失，到底哪一个正确？

答：关于滥用职权罪的主观罪过形式目前有三种看法：一种是过失；一种是既有过失，也有故意；一种是故意。目前的主流观点采故意一说，具体分析如下。

(1) 滥用职权罪，是指国家工作人员超越法律、法规赋予的职权，擅自处理其无权决定、处理的事项，或者不顾职责的程序和宗旨随心所欲地处理事务，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的行为。本罪的主体是特殊主体，即国家机关工作人员。既然是特殊主体，而非一般主体，其对于“法律、法规赋予的职权”范围及程序、宗旨肯定是明知的，对其行为将会造成危害社会的结果也一定是明知的（只不过可能对结果的大小没有预见到而已），不可能是过失，至少也是放任。

(2) 犯罪故意的种类包括直接故意和间接故意。《刑法》第14条第1款规定了犯罪故意的概念：“明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且希望或者放任这种结果发生，因而构成犯罪的，是故意犯罪。”

对于间接故意，只要求行为人对危害结果发生的可能性有认识，即行为人根据对自己本身的能力、犯罪时间、地点、环境以及对工具、对象等情况的了解，认识到某种危害结果的发生只是具有可能性，而不具有必然性。如果行为人明知自己的行为必然发生危害社会的结果仍决意为之，则超出了间接故意认识因素的范围，应视为直接故意。

另外，间接故意的意志因素是指行为人放任危害结果发生的心理态度。这里的“放任”是指行为人在认识到某

种危害结果可能发生的情况下，虽未积极地追求这种结果发生，但也未采取相应的措施设法避免这种危害结果发生，而是听任危害结果发生；结果发生与否，都不违背行为人的意志。

综上所述，滥用职权罪的主观罪过形式只能是故意。

105. 派出所所长陈某在“追逃”专项斗争中，为得到表彰，在网上通缉了7名仅违反治安管理处罚条例并且已受过治安处罚的人员。虽然陈某通知本派出所人员不要“抓获”这7名人员，但仍有5名人员被外地公安机关“抓获”后关押；关于陈某行为的性质，应如何认定？A. 陈某的行为构成滥用职权罪；B. 陈某的行为构成玩忽职守罪；C. 陈某的行为构成非法拘禁罪；D. 陈某的行为不构成犯罪。

2
答：（1）本题中的派出所所长陈某是国家机关工作人员，其明知对7名人员在网上进行通缉的行为是非法行使了本人职务范围内的权力；对因其行为会使他人遭到无辜关押，必给他人身心造成巨大损害的结果，陈某更应是明知的，只能是故意。故对陈某的行为，应认定为滥用职权罪，其对本派出所人员的通知并不影响其犯罪的构成。相关知识如下：

①根据《刑法》第397条的规定，滥用职权罪是指国家工作人员超越法律、法规赋予的职权，擅自处理其无权决定、处理的事项，或者不顾职责的程序和宗旨随心所欲地处理事务，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的行为。

★本罪在主观方面表现为故意犯罪，即行为人明知自己滥用职权的行为会导致公共财产、国家和人民利益遭受

重大损失的结果，并且希望或者放任这种结果发生。本罪既可以是直接故意，也可以是间接故意。至于行为人是为了自己的利益滥用职权，还是为了他人利益滥用职权，不影响本罪的成立。

★本罪在客观方面表现为滥用职权，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的行为。

★区分本罪与一般的滥用职权行为的界限主要在于：滥用职权的行为是否给公共财产、国家和人民利益造成了重大损失。滥用职权罪属于结果犯，如果行为人虽然有滥用职权的行为，但其行为并没有导致公共财产、国家和人民利益重大损失的结果，则对行为人的行为就不应按犯罪论处。

1999年9月16日最高人民检察院《关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定（试行）》规定：“滥用职权罪是指国家机关工作人员超越职权，违法决定、处理其无权决定、处理的事项，或者违反规定处理公务，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的行为。”

涉嫌下列情形之一的，应予立案：

1. 造成死亡1人以上，或者重伤2人以上，或者轻伤5人以上的；
2. 造成直接经济损失20万元以上的；
3. 造成有关公司、企业等单位停产、严重亏损、破产的；
4. 严重损害国家声誉，或者造成恶劣社会影响的；
5. 其他致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的情形；
6. 徇私舞弊，具有上述情形之一的。”

②应当注意：本题中派出所所长陈某的行为不构成徇

私枉法罪。

根据《刑法》第399条第1款的规定，徇私枉法罪是指司法工作人员徇私枉法、徇情枉法，对明知是无罪的人而使他受追诉，对明知是有罪的人而故意包庇不使他受追诉，或者在刑事审判活动中故意违背事实和法律作枉法裁判的行为。本罪的主体必须是司法工作人员。根据《刑法》第94条的规定及有关司法解释，司法工作人员是指有侦查、检察、审判、监管职责的工作人员，合同制民警、司法机关专业技术人员，也可以成为本罪主体，但司法机关中的财会人员、后勤人员等不能独立成为本罪的主体。

据此，本题中陈某是派出所所长，不负有侦查职责，应属行政机关工作人员，不是徇私枉法罪的主体，故其行为不构成徇私枉法罪。

(2) 本题中陈某的行为不构成玩忽职守罪，因为玩忽职守罪的主观方面是过失，而陈某显然具有故意。

根据《刑法》第397条的规定，玩忽职守罪是指国家机关工作人员严重不负责任，不履行其职责或在应当履行职责时粗心大意，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的行为。

①本罪在主观方面表现为过失，故意不构成本罪，即行为人应当预见自己玩忽职守的行为可能发生使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的危害结果，因为疏忽大意而没有预见，或者已经预见而轻信能够避免。

②本罪在客观方面表现为玩忽职守，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的行为。

★“玩忽职守”是指严重不负责任，不履行职或者不认真履行职责的行为。

不履行，是指国家工作人员不尽职责义务的行为，即对于自己应当履行的，而且也有条件履行的职责，却违背职责而没有去履行。例如：擅离职守，撒手不管，或虽未离职守，但却不尽职责，该管不管，该作不作，听之任之。

“不认真履行”，是指在履行职责的过程中，违反职责规定，马虎草率、粗心大意、敷衍搪塞等。

由于各个不同的机关、单位的国家机关工作人员具有不同的职责，因此，玩忽职守行为有着各种不同的具体表现。

★玩忽职守行为致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的，才成立本罪。

③玩忽职守罪与滥用职权罪的主体要件相同，结果要件相同，并规定在同一款中，不同点在于行为的表现形式与主观要件不同。区别的关键在于行为人主观上是故意还是过失，而要区分故意还是过失，要进一步考察行为人对危害结果的态度。

★滥用职权罪的行为人对危害结果的态度是明知自己滥用职权的行为会导致公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的结果，并且希望或者放任这种结果发生。

★玩忽职守罪是行为人应当预见自己玩忽职守的行为可能发生公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的危害结果，因为疏忽大意而没有预见，或者已经预见而轻信能够避免，致使危害结果发生的行为。

(3) 本题中陈某的通缉行为虽然导致了7名人员被“抓获”后关押，但其既没有直接实施抓捕行为，也没有主动让外地公安机关抓捕这7名人员的行为，故不构成非法拘禁罪。相关知识如下：

根据《刑法》第238条的规定，非法拘禁罪是指以拘押、禁闭或者其他强制方法，非法剥夺他人人身自由权利的行为。本罪在主观方面表现为故意，并以剥夺他人人身自由为目的。

①本罪主体是一般主体。

②本罪侵犯的客体是他人行动自由的权利。行动自由是指公民身体在不受强制约束的条件下，按照自己的意志，在任意的时间、空间自由支配自己的行动。

作为本罪侵犯的对象没有限制，是依法享有人身权利的任何自然人，既可以是守法公民，也可以是犯有错误或有一般违法行为的人，还可以是犯罪嫌疑人。

③本罪在主观方面只能表现为故意，并以剥夺他人人身自由为目的，过失不构成本罪。但不以出卖、勒索财物为目的。行为人的动机如何，并不影响本罪的成立。如果非法剥夺他人人身自由是为了其他犯罪目的，其他犯罪比非法拘禁处罚更重的，应以其他罪论处。

④本罪在客观方面表现为非法拘、押、禁闭他人或者以其他方法剥夺他人人身自由的行为。

106. 我认为《公司法》与《民法通则》、《合同法》关于公司合并与分立的规定是矛盾的。公司的合并与分立，到底是否需要和债权人协议？

答：公司的合并与分立是不需要与债权人协议的，《公司法》与《民法通则》、《合同法》的规定并不矛盾。具体分析如下：

(1) 公司合并有两种形式：①吸收合并（兼并）；②新设合并。

(2) 《公司法》第184条第3款关于公司合并程序的

规定与第 185 条关于公司分立程序的规定完全相同：①签订合并协议→②编制资产负债表及财产清单→③通知债权人，并公告 3 次→④债权人要求公司清偿债务或提供担保→⑤合并完成。

(3) 《公司法》第 184 条第 4 款、第 185 条第 3 款与《合同法》第 90 条规定是相互衔接的。

①根据《合同法》第 90 条规定，当事人订立合同后合并的，由合并后的法人或组织概括承受合同权利义务，这与《公司法》第 184 条第 4 款规定是相一致的。

②当事人订立合同后分立的，分两种情形：

★根据《公司法》第 185 条第 3 款规定，若当事人分立时，分立的组织与债权人达成了债务承担协议，则应按协议执行。例如：甲公司分立为乙、丙两公司，分立时乙、丙与甲的债权人丁达成了协议，由乙负担清偿甲的债务，丙与此债务无关，则应按该协议执行。

★根据《合同法》第 90 条规定，如果当事人分立时，分立的组织与合同对方当事人未达成协议，那么应由分立的组织对合同权利义务享有连带债权，承担连带债务。

由此可见，《合同法》第 90 条与《公司法》第 185 条第 3 款的规定并不矛盾，两者是分别从两个侧面完善了当事人分立后的合同权利义务的承担制度。

(4) 相关条文如下：

①《民法通则》第 44 条规定：“企业法人分立、合并或者有其他重要事项变更，应当向登记机关办理登记并公告。

企业法人分立、合并，它的权利和义务由变更后的法人享有和承担。”

②《合同法》第90条规定：“当事人订立合同后合并的，由合并后的法人或者其他组织行使合同权利，履行合同义务。当事人订立合同后分立的，除债权人和债务人另有约定的以外，由分立的法人或者其他组织对合同的权利和义务享有连带债权，承担连带债务。”

③《公司法》第182条规定：“公司合并或者分立，应当由公司的股东会作出决议。”

④《公司法》第184条规定：“公司合并可以采取吸收合并和新设合并两种形式。

一个公司吸收其他公司为吸收合并，被吸收的公司解散。2个以上公司合并设立1个新的公司为新设合并，合并各方解散。

公司合并，应当由合并各方签订合并协议，并编制资产负债表及财产清单。公司应当自作出合并决议之日起10日内通知债权人，并于30日内在报纸上至少公告3次。债权人自接到通知书之日起30日内，未接到通知书的自第一次公告之日起90日内，有权要求公司清偿债务或者提供相应的担保。不清偿债务或者不提供相应的担保的，公司不得合并。

公司合并时，合并各方的债权、债务，应当由合并后存续的公司或者新设的公司承继。”

⑤《公司法》第185条规定：“公司分立，其财产作相应的分割。

公司分立时，应当编制资产负债表及财产清单。公司应当自作出分立决议之日起10日内通知债权人，并于30日内在报纸上至少公告3次。债权人自接到通知书之日起30日内，未接到通知书的自第一次公告之日起90日内，有权要求公司清偿债务或者提供相应的担保。不清偿债务或

者不提供相应的担保的，公司不得分立。

公司分立前的债务按所达成的协议由分立后的公司承担。”

107. 重婚罪是继续犯还是状态犯，我觉得应是状态犯，这样理解正确吗？

答：重婚罪，是指有配偶而又与他人结婚，或者明知他人有配偶而与之结婚的行为。本罪的主体之一是重婚者，即有配偶而又与他人结婚的人。本罪侵犯的客体是我国一夫一妻制的婚姻法律制度。

(1) 继续犯，是指违法行为着手实施后，在停止之前持续地侵害同一客体的犯罪。其特征之一是：继续犯必须是犯罪行为对客体的侵害和不法状态同时继续。

例如：重婚罪，犯罪虽然既遂，但犯罪行为（有配偶而又与他人结婚，或者明知他人有配偶而与之结婚的行为）并未随着犯罪的既遂而结束，仍然在进行中。只有当不法状态解除（如离婚），犯罪行为才真正结束。故重婚罪是典型的继续犯。

(2) 状态犯（也称即成犯），是指犯罪行为结束后，该行为对客体的侵害虽已结束，但行为所造成的不法状态仍然在持续的情形。例如：甲盗窃乙的电脑，甲取得乙的电脑，则盗窃既遂，盗窃行为也随之结束。这时甲可能还持有乙的电脑，即由盗窃行为形成的不法状态（合法所有人乙的电脑在盗窃犯甲的手中）依然存在，这种不法状态的存在不影响犯罪行为的结束。

而对于继续犯来讲，犯罪既遂以后，犯罪行为并未停止，仍在继续，行为的持续也导致不法状态的持续。

108. 甲、乙夫妻感情不合，妻甲便生杀夫之心。某日，甲从市场购回砒霜一包，计划在丈夫乙吃饭时放入。由于甲疏忽大意把砒霜和白糖放在了一处，吃饭时，误把白糖当做砒霜放入了乙的碗中，当日恰好乙肚子不适，吃过饭后便说肚子疼，甲认为是自己放的药发生了作用，看到丈夫疼痛的样子，甲后悔了，便把乙送往医院抢救，但没有和任何人说自己放药的事，后经医院诊断乙为胃痉挛，甲很奇怪，但没作声。回家后，方才发现自己放错了药，于是便把砒霜偷偷地扔掉。问：甲的行为属于犯罪未遂、犯罪中止、犯罪预备还是根本不构成犯罪呢？

答：本问中甲的行为是犯罪未遂。具体分析如下：

(1) 故意杀人罪是指故意非法剥夺他人生命的行为，本罪在客观方面具体表现为：①剥夺他人生命的行为必须具有非法性；②必须有杀人的行为。

(2) 根据《刑法》第23条第1款的规定，已经着手实行犯罪，由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞的，是犯罪未遂。其特征为：①已经着手实行犯罪；②犯罪未有得逞；③未得逞是由于犯罪分子意志以外的原因。本题中甲的行为符合该特征。

(3) 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。犯罪中止存在于以下两种情况：

①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；

②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。

根据本题题干所给信息：“甲从市场购回砒霜一包，计

划在丈夫乙吃饭时放入”、“由于甲疏忽大意把砒霜和白糖放在了一处，吃饭时，误把白糖当做砒霜放入了乙的碗中”，说明甲已经着手实行了犯罪，其投毒杀人的行为已经实行终了，故排除第①种情况的犯罪中止。

又根据题干所给信息：“甲认为是自己放的药发生了作用，看到丈夫疼痛的样子，甲后悔了，便把乙送往医院抢救，但没有和任何人说自己放药的事”可以看出，甲虽送丈夫到医院抢救，但其明以为乙中了砒霜剧毒，却不告知医院以利医院有针对性地积极施救，说明其并未自动有效地防止犯罪结果的发生，也不属于第②种情况的犯罪中止。

综上所述，甲犯罪未得逞的原因是认识上的错误，其误把白糖当作砒霜而未能致乙死亡，属于手段不能犯的犯罪未遂（即由于犯罪工具或犯罪方法的无效性而造成犯罪不可能得逞）。

（4）应当注意：犯罪中止既可发生在犯罪的预备过程中，也可以发生在犯罪的实行过程中，还可以发生在犯罪实行终了而结果尚未发生的过程中。

①犯罪中止的一个最基本特征就是“自动性”，即行为人出于自己的意志而放弃自认为当时本可以继续实施和完成的犯罪，这是犯罪中止与犯罪预备、犯罪未遂相区别的关键所在。

②犯罪中止的两种形式：

★消极中止：自动放弃犯罪的犯罪中止；

★积极中止：自动有效地防止犯罪结果发生的犯罪中止。行为人仅仅以不作为的方式消极地停止犯罪的继续实施是不够的，还必须采取积极的作为形式来预防和阻止既遂的犯罪结果发生，且这种防止行为必须奏效。

本题中，砒霜属于剧毒物品，如果不告诉医生及时抢