



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



付英 王佳 著

经济科学出版社

责任编辑：刘殿和 陆 森

技术编辑：王世伟

图书在版编目 (CIP) 数据

司法疑难解答. 6 / 付英, 王丰著. —北京: 经济
科学出版社, 2004. 7

(葵花宝典)

ISBN 7-5058-4302-8

I. 司... II. ①付... ②王... III. 法律-中
国-问答 IV. D920.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 059479 号

司法疑难解答⑥

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 7-5058-4302-8/D·178 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

220. 在得知自己患有性病后, 出于报复仍向特定人卖淫, 构成何罪? ————— 01
221. 〈民通意见〉规定共同代理不是连带责任, 而合同法规定的委托代理却是连带责任, 有矛盾吗? ————— 01
222. 将他人停放的汽车刹车装置进行破坏, 企图制造交通事故构成何罪? ————— 02
223. 国企工人采取涂改票据数额、假冒领导签字等手段套取巨额公款, 构成何罪? ————— 04
224. 偷梁换柱后低价买走超市商品构成诈骗罪还是盗窃罪? ——— 05
225. 上诉期间公诉机关又移送被告人立功行为的证据, 一审法院能否自己改变未生效的判决? ————— 09
226. 该通过电视发布的广告是要约还是要约邀请? ————— 11
227. 居委会和村委会是行政主体吗? ————— 12
228. 使用他人盗窃的支票冒充签发支票单位的人员大量骗取的行为构成何罪? ————— 12
229. 婚内致伤构成犯罪的, 受害人提起附带民事诉讼要求赔偿的, 法院应否受理? ————— 15
230. 重新承诺后的诉讼时效期间应如何计算? ————— 17
231. 共同被害人中只有部分人告诉的, 其他被害人可以不参加诉讼吗? ————— 19
232. 可否约定贷款到期不能偿还的, 抵押物的所有权直接归债权人? ————— 19

233. 检察院经侦查发现不构成犯罪的, 应如何处理? ———— 20
234. 属于《刑法》第78条所规定的减刑制度适用范围的有哪些? — 22
235. 哪些类型的民事案件可以合并审理? ———— 24
236. 意外事件与紧急避险产生的原因有何区别? ———— 25
237. 《刑法》第50条法中谈到的重大立功表现与第78条中的重大立功表现是否相同? ———— 27
238. 死者是否享有人身权? ———— 28
239. 用口头、文字的方式散布虚假事实的行为构成诽谤罪还是侮辱罪? 公布真实的事实构成侮辱罪吗? ———— 30
240. 实施聚众行为的首要分子也使用了暴力, 应如何处罚? — 31
241. 拒不执行判决、裁定罪与妨害公务罪的区别是什么? ———— 34
242. 如何正确理解在合同被确认无效后的返还财产? ———— 37
243. 无权处分行为与无权代理行为的区别 ———— 38
244. 非法采集血液罪应如何认定? ———— 39
245. 在民事诉讼过程中指使他人作伪证, 构成犯罪的, 应如何处理? ———— 41
246. 知识产权和工业产权有什么区别? ———— 43
247. 将他人汇编的法律法规盗版或是改变署名, 是否构成侵犯著作权? ———— 44
248. 合伙组织负责人放弃债权的行为是否有效? ———— 45
249. 甲开车逆行迫使骑车人乙为躲避而跌入了修路挖的坑里, 应由谁来担责? ———— 47
250. 代办托运是代理行为吗? ———— 50
251. 买车回家途中翻车受伤, 可要求谁承担何种责任? ———— 51
252. 连带责任保证的诉讼应如何提起? ———— 53
253. 一般保证的诉讼应如何提起? ———— 54
254. 因主观原因未能在举证期限内提供, 但在法庭开庭时向法庭出示的证据, 属于“新的证据”吗? ———— 55
255. “从失踪的次日”应如何理解? 失踪的4年是否包括申请失踪的2年在内? ———— 56
256. 人民检察院可以提出抗诉的情形有哪些? ———— 57

220. 如果某人在得知自己患有性病后，基于报复的目的，向特定的人卖淫，应该构成故意伤害罪还是传播性病罪？

答：如果患有严重性病的人，为伤害他人，以卖淫或嫖娼为手段，意在向他人传染该严重性病的，行为人卖淫嫖娼的一个行为触犯传播性病罪与故意伤害罪两个罪名，应按想像竞合犯从一重罪处罚。

221. 《民通意见》第79条第1款规定：“数个委托代理人共同行使代理权的，如果其中一人或者数人未与其他委托代理人协商，所实施的行为侵害被代理人权益的，由实施行为的委托代理人承担民事责任。”《合同法》第409条规定：“两个以上的受托人共同处理委托事务的，对委托人承担连带责任。”据此，我的理解是《民通意见》规定的共同代理不是连带责任，而《合同法》规定的委托代理却是连带责任，这样一来，这两个条文不是矛盾了吗？

答：这两个条文并不矛盾。对此应这样来理解：对于共同委托，委托人为两人以上，如果委托合同中无特别约定，受托人应对委托人承担连带责任。但如果其中一人或数人未与其他受托人协商，而其所实施的行为损害了委托人的利益，则应由实施该行为的受托人承担相应的民事责任。

应当注意：负连带责任的受托人必须是委托人所委托的共同处理委托事务的人，若委托人分别委托不同受托人处理不同事务，则各受托人就各自处理事务向委托人负责，并不发生负连带责任的问题。

222. 甲系某运输公司司机，因多次进行盗窃犯罪活动而被判处有期徒刑6年。甲刑满释放后，对曾揭发其犯罪行为的同事乙怀恨在心，于某日深夜窜到停车场，将乙停放在此的汽车上的刹车装置进行了破坏，企图制造交通事故，陷害乙。次日晨，乙驾车前往仓库装货途中，使用刹车才发现有问题，幸而路面宽，车辆少，才没有造成事故。请问甲的行为构成犯罪吗？有的人认为是构成破坏交通工具罪，为什么不构成故意杀人罪？我认为是牵连犯，应择一重罪处理。

答：本问中的情形不是牵连犯，而是想像竞合犯，应从一重罪处罚。

(1) 想像竞合犯，也称想像的数罪，是指一个行为触犯了数个罪名的犯罪。即以一个故意或过失，实施了一个行为，侵害了刑法所保护的数个客体，数次符合犯罪构成要件的情况。例如：甲一枪打死乙，重伤丙，即一个开枪行为同时触犯了故意杀人罪与故意伤害罪。想像竞合犯是实质的一罪，即一行为，一罪。

(2) 牵连犯，是指出于一个犯罪目的，实施数个犯罪行为，数行为之间存在手段与目的或者原因与结果的牵连关系，分别触犯数个罪名的犯罪。例如：为诈骗而伪造公文，该诈骗行为构成诈骗罪，其方法行为则构成了伪造公文罪，是牵连犯。

牵连犯的特征是：

① 行为人必须实施了两个以上的危害行为，这是构成牵连犯的前提条件。如果行为人只实施了一个行为，或者实施的数行为有的能够单独成罪，有的不能够单独成罪，就不是牵连犯。

②行为人必须出于一个犯罪目的。行为人实施的数个行为，不论是手段行为还是结果行为，最终都是为实现一个犯罪目的而服务。如果行为人出于不同的目的，实施了数个行为，就不是牵连犯，而是典型的数罪。

③数行为之间有牵连关系。所谓牵连关系，是指行为人实施的数个行为之间具有手段与目的或者原因与结果的关系。即行为人的数个行为分别表现为目的行为或原因行为、手段行为或结果行为，并互相依存形成一个有机的整体。

④实施的数个行为必须触犯不同的罪名。即在目的行为或原因行为触犯一个罪名的情况下，手段行为或结果又触犯了另外不相同的罪名。这是牵连犯的法律特征，也是确定牵连犯的标志。

牵连犯具有两个以上的危害行为，是事实上的关系；牵连犯触犯两个以上的罪名，是法律上的关系。如果行为人的行为只触犯一个罪名，就不是牵连犯。

(3) 区分故意杀人罪与产生被害人死亡结果的危害公共安全罪（如破坏交通工具罪）的界限在于：

故意杀人罪是非法剥夺他人生命的行为；而各种危害公共安全的犯罪，如破坏交通工具罪、放火罪、决水罪、投放危险物质罪、爆炸罪等，也会产生被害人死亡的结果。但前者的行为不具有危害公共安全的性质，其侵犯的客体是特定的某个或某几个人的生命；而危害公共安全罪一章所列各罪，都是用危害公共安全的方法实施，其客体是不特定的多数人的生命财产安全，即公共安全。

在实践中，行为人常常采用一些危害公共安全的方法杀人，在此情况下，形成故意杀人罪与危害公共安全犯罪

的竞合，可以按照想像竞合犯的处断原则，从一重罪处罚。

①如果行为人的行为尚不足以危及公共安全的，则直接以故意杀人罪论处；

②如果行为人将人杀死后又实施放火、爆炸、投放危险物质、破坏交通工具等危害公共安全犯罪的，则应以故意杀人罪和相关的危害公共安全犯罪进行并罚。

223. 某国企工人甲，在办公室负责收发报纸、文件、邮件。其手中有200元机动资金用于购买邮票，随购随报。甲在购买邮票时采取涂改票据数额（如将8元改为80元）或用空白票虚填报销数额，后假冒领导签字等手段，多次从公司财务套取公款5万多元。问：甲构成何罪？

答：甲应构成贪污罪。相关知识如下：

4 (1)《刑法》第382条规定：“国家工作人员利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的，是贪污罪。”

受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产的人员，利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有国有财物的，以贪污论。

与前两款所列人员勾结，伙同贪污的，以共犯论处。”

(2) 最高人民法院《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：

“一、贪污贿赂犯罪案件

(一) 贪污案（第382条、第383条，第183条第2款，第271条第2款，第394条）

贪污罪是指国家工作人员利用职务上的便利，侵吞、

窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的行为。

‘利用职务上的便利’是指利用职务上主管、管理、经手公共财物的权力及方便条件。

受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产的人员，利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有国有财物的，以贪污罪追究其刑事责任。

‘受委托管理、经营国有财产’是指因承包、租赁、聘用等而管理、经营国有财产。

.....”

据此，根据本问题干所给信息“某国企工人甲，在办公室负责收发报纸、文件、邮件。其手中有 200 元机动资金用于购买邮票，随购随报”，应算因聘用而管理国有财产，故可为贪污罪的主体，其行为构成贪污罪。

224. 甲一日在超市购物时，趁超市服务人员不注意，在角落里将一箱饮料内的饮料全部取出，而放入 100 盘共计价值 5000 元的正版影碟。后甲在付款处将这箱饮料送交收银员扫描价格，仅以 35 元的价格买走了这箱“饮料”。问：甲的行为构成盗窃罪还是诈骗罪？

与这个问题相似的问题还有：乙盗窃了丙的存折，为了拿到丙存折里的钱，伪造丙的身份证，去银行挂失，取走了丙存折上的钱。问：乙的行为构成诈骗罪还是盗窃罪？

答：对前一问中甲、后一问中的乙的行为均应认定为诈骗罪。

(1) 根据《刑法》第 264 条的规定，盗窃罪是指以非法占有为目的，秘密窃取公私财物数额较大，或者多次窃

取公私财物的行为。本罪在客观方面表现为行为人具有秘密窃取数额较大的公私财物或者多次秘密窃取公私财物的行为。所谓秘密窃取，是指行为人采取自认为不为财物的所有人、保管人或者经手人发觉的方法，暗中将财物取走的行为。

(2) 根据《刑法》第 266 条的规定，诈骗罪是指以非法占有为目的，使用欺骗的方法，骗取数额较大的公私财物的行为。诈骗罪的基本结构为：行为人以非法占有为目的实施欺诈行为→被害人产生错误认识→被害人基于错误认识处分财产→行为人取得财产→被害人遭受财产上的损害。

本罪在客观方面表现为以虚构事实或者隐瞒真相的欺骗方式，使财物所有人、管理人产生错觉，信以为真，从而“自愿地”交出财物。本问中的甲将装满了影碟的饮料箱交给收银员扫描，实际上是甲在将影碟事实虚构为饮料或者隐瞒了饮料已经被置换成了影碟的事实，从而使收银员错误地认为是一箱饮料而“自愿”地以较低价格交出财产，符合诈骗罪的行为特征。

(3) 区分诈骗罪与盗窃罪的界限。

①被害人有无基于认识错误而作出处分财产的行为，即财物交由行为人控制、脱离物主控制是否获得了物主的同意，是否违背了物主的意志。换言之，区分诈骗还是盗窃，可根据财物脱离被害人时被害人是否知道，或违背被害人的意愿来判断。

②对于行为人在实施犯罪活动中既使用欺骗的手段，又使用窃取的手段的情况下，定罪的关键在于：行为人非法占有财物起主要作用的手段。

★如果起主要作用的手段是欺骗，则应定诈骗罪；

★如果起主要作用的手段是窃取，则应定盗窃罪。

例如：行为人盗窃没有加盖公章、签名的空白支票，然后伪造公章和签名，自填金额，骗领财物，其非法获得财物起主要作用的是欺骗手段，盗窃行为只是为其冒领财物创造必要条件，则应定诈骗罪。

又如：如果行为人盗窃的是信用卡、印鉴齐全的支票，然后假冒他人骗领财物，其非法获得财物起主要作用的是盗窃，欺骗手段在这里降为次要地位，则应以盗窃罪定罪处罚。

结合前一问，甲用饮料箱装影碟，让收银员误认为这是一箱饮料而只收取饮料的价款，其先前的偷换行为在实现获取财产目的中起的不是决定作用，而只是为后来的欺骗创造条件，真正使其获得财产的行为是后面的欺骗行为，故对甲的行为应认定为诈骗罪而不是盗窃罪。

结合后一问，丙的存折必是设有密码的（如果存折没有密码的话，甲凭存折就可以直接取到钱），也就是说，乙只拿着存折是取不到钱的，对其非法占有丙存折上的钱，起主要作用的手段是“伪造丙身份证，去银行挂失”即欺骗，故应定诈骗罪。

（4）应当注意：对于“盗中有骗”、“骗中有盗”的案件，如果单纯从牵连犯的角度来分析，是不好作出定论的。

牵连犯，是指出于一个犯罪目的，实施数个犯罪行为，数行为之间存在手段与目的或者原因与结果的牵连关系，分别触犯数个罪名的犯罪。刑法总则没有明文规定牵连犯的概念与处罚原则，刑法理论一般认为，在刑法没有特别规定的情况下，对牵连犯实行从一重罪处罚的原则，即对

牵连犯应当采用吸收的原则，按照数行为所触犯的罪名中最重的罪论处，即在该罪所规定的法定刑范围内酌情决定执行的刑罚，不实行数罪并罚。但有例外，如果刑法和司法解释明文规定实行并罚的，应当依照法律规定。

①《刑法》第264条规定了盗窃罪：“盗窃公私财物，数额较大或者多次盗窃的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产；有下列情形之一的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产：

（一）盗窃金融机构，数额特别巨大的；

（二）盗窃珍贵文物，情节严重的。”

8 ②《刑法》第266条规定了诈骗罪：“诈骗公私财物，数额较大的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。本法另有规定的，依照规定。”

根据上述条文，大家应注意到，除“盗窃金融机构数额特别巨大与盗窃珍贵文物”以外，盗窃罪与诈骗罪的量刑是一样的，单纯以牵连犯“从一重罪处罚”的原则是不好处理的。

；有关牵连犯的相关知识还有刑法分则对牵连犯表现出的不同态度：

★分则条文对大多数牵连犯的处罚没有做出明文规定。

★分则某些条文规定对牵连犯从一重罪处罚。例如：《刑法》第399条规定，司法工作人员因索取或者收受贿赂而徇私枉法或者枉法裁判的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

★分则某些条文规定对牵连犯从一重罪从重处罚。例如：《刑法》第253条规定了邮政工作人员私拆、隐匿、毁弃邮件而窃取财物的，依照《刑法》第264条关于盗窃罪的规定定罪从重处罚。

★分则某些条文对牵连犯规定了独立的法定刑。例如：《刑法》第321条规定，在运送他人偷越国（边）境中以暴力、威胁方法抗拒检查的，处7年以上有期徒刑，并处罚金。这显然是以一罪论处并提高了法定刑。

★分则某些条文规定对牵连犯实行数罪并罚。例如：《刑法》第157条规定，以暴力、威胁方法抗拒缉私的，以走私罪和妨碍公务罪实行数罪并罚。

225. 问：一审法院宣判后，被告人提出上诉，在上诉期间公诉机关又将被告人有立功行为的证据移送到一审法院，一审法院能否自己改变未生效的判决。《刑事诉讼法》中好象有规定，说在一审后，发现判决有误的，要移交材料，提出意见，但没有明确说发现立功证据之类的问题。

答：问中所提到的类似规定应该是《民诉意见》第163条，该条文规定：“一审宣判后，原审人民法院发现判决有错误，当事人在上诉期内提出上诉的，原审人民法院可以提出原判决有错误的意见，报送第二审人民法院，由第二审人民法院按照第二审程序进行审理；当事人不上诉的，按照审判监督程序处理。”在《刑事诉讼法》中没有

直接就该种情形作出规定的条文。

根据《刑事诉讼法》第184条、《刑诉解释》第236条、第237条可以推导出这样的结论：一审法院宣判后，被告人提出上诉，在上诉期间公诉机关又移送一审法院有关被告人有立功行为的证据，一审法院不能改变自己作出的判决，而应连同上诉状、案卷、其他证据一并移送二审法院。

相关条文如下：

①《刑事诉讼法》第184条规定：“被告人、自诉人、附带民事诉讼的原告人和被告人通过原审人民法院提出上诉的，原审人民法院应当在3日以内将上诉状连同案卷、证据移送上一级人民法院，同时将上诉状副本送交同级人民检察院和对方当事人。”

被告人、自诉人、附带民事诉讼的原告人和被告人直接向第二审人民法院提出上诉的，第二审人民法院应当在3日以内将上诉状交原审人民法院送交同级人民检察院和对方当事人。”

②《刑诉解释》第236条规定：“被告人、自诉人、附带民事诉讼的原告人和被告人通过第一审人民法院提出上诉的，第一审人民法院应当审查上诉是否符合法律规定。符合法律规定的，应当在上诉期满后3日内将上诉状连同案卷、证据移送上一级人民法院，同时将上诉状副本送交同级人民检察院和对方当事人。”

③《刑诉解释》第237条规定：“被告人、自诉人、附带民事诉讼的原告人和被告人直接向第二审人民法院提出上诉的，第二审人民法院应当在收到上诉状后3日以内将上诉状交第一审人民法院。第一审人民法院应当审查上诉

是否符合法律规定。符合法律规定的，应当在接到上诉状后3日以内将上诉状连同案卷、证据移送上一级人民法院，同时将上诉状副本送交同级民检察院和对方当事人。”

226. 甲公司通过电视发布广告，称其有100辆某型号汽车，每辆价格15万元，广告有效期10天。乙公司看到该则广告后于第3天自带金额为300万元的汇票去甲公司买车，但甲公司的车此时已全部售完，无货可供。甲公司的广告属于要约还是要约邀请？

答：甲发布广告的行为构成要约，乙的行为构成承诺，甲应承担违约责任。依据如下：

《合同法》第14条规定：“要约是希望和他人订立合同的意思表示，该意思表示应当符合下列规定：

- (一) 内容具体确定；
- (二) 表明经受要约人承诺，要约人即受该意思表示约束。”

《合同法》第15条第2款：“商业广告的内容符合要约规定的，视为要约。”

在司法实践中，常常以是否包含合同主要条款作为判断一项广告是要约还是要约邀请的主要标准。也就是说，如果广告中包含了合同的主要条款，如提出了名称、价款、型号、性能等内容，可认为是一种要约；如果没有具备合同主要条款，则认为只是要约邀请。但当广告有下列情形之一的，应认定其是要约：

- ①如果广告的内容符合要约规定的，则该广告是要约；
- ②如果广告中注明是要约或者广告中含有广告人希望订立合同的愿望，或者写明相对人只要作出广告中规定的