



司法疑难解答

2

作者 付英 王丰



经济科学出版社



司法疑难解答

②

付英 王丰 著

经济科学出版社

责任编辑：刘殿和
责任校对：董蔚挺
技术编辑：王世伟

司法疑难解答②

付英 王丰 著

经济科学出版社出版、发行 新华书店经销
社址：北京海淀区阜成路甲 28 号 邮编：100036
总编室电话：88191217 发行部电话：88191540

网址：www.esp.com.cn

电子邮件：esp@esp.com.cn

天津新华印刷一厂印装

787×1092 32 开 2 印张 42000 字

2004 年 1 月第一版 2004 年 1 月第一次印刷

印数：00001—20000 册

ISBN 7-5058-3949-7/F·3253 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》上刊登，每月将出版一本。

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，可直接邮至作者付英、王丰的信箱 Followme@vip.163.com。

付 英 王 丰

2004年1月

目录

57. 对国家机关工作人员的合法行为造成的损害可否申请国家赔偿	01
58. 抵押物毁损时抵押权人的权利	02
59. 聚众扰乱公共场所秩序、交通秩序罪中的多个首要分子是否就是主犯	03
60. 可否以侵犯在先权利为由请求撤销注册不当商标	04
61. 有限责任公司设立时的其他股东对非货币出资股东出资不实应承担的责任	05
62. 合伙企业可否成为公司的投资对象	05
63. 买卖合同中风险和孳息转移的界限	06
64. 如何判断个体工商户的债务是个人债务还是家庭债务	09
65. 买卖车辆未办理过户手续, 车辆发生交通事故, 原车主是否应当承担责任	10
66. 夫妻离婚后, 未成年子女侵害他人权益的, 应由谁来承担责任	11
67. 对同居的大学生予以处分, 并将该处分决定以内部文件形式传达到校属有关单位是否构成侵权	12
68. 代办托运, 由于承运人的失误造成货物损失, 谁有权向承运人主张赔偿	12
69. 旅客的伤亡应由谁来承担责任	14
70. 当留置权、抵押权、质权并存时, 实现权利的顺序	14
71. 胜诉权的丧失是否意味着实体权和起诉权也已丧失	15

72. 共同共有人分割共有财产的请求权和优先购买权的理解 —— 15
73. 已成年但无生活来源者的民事责任承担 —— 16
74. 承租人未经出租人同意而转租, 是否属于无权处分 —— 17
75. 保证合同中应列谁为被告 —— 17
76. 对于经济纠纷案件, 实施诉前财产保全的法院是否因此而取得该案的管辖权 —— 18
77. 自行撤诉和驳回起诉能否发生诉讼时效中断的效果 —— 19
78. 不能单独作为认定案件事实的证据有哪些 —— 19
79. 检察院提起抗诉的案件, 法院应否受理 —— 20
80. 行政诉讼第三人是否有权提出管辖权异议 —— 21
81. 行政诉讼中被告无正当理由拒不到庭而需缺席判决的, 其所提供的证据能否作为定案的依据 —— 22
82. 未成年人犯罪的案件不公开审理, 该“未成年”应如何界定 —— 22
83. 不知对方是不满 14 周岁的幼女而与其发生性关系是否构成犯罪 —— 23
84. 一出租车司机在厂区内车速过快, 撞死人构成何罪 —— 23
85. 可否因不知法而认为无犯罪故意 —— 24
86. 共同犯罪的构成 —— 25
87. 绝对确定的单一的死刑有哪些 —— 25
88. 融资租赁中的出卖人是否有权请求变更或撤销合同 —— 26
89. 债权人可否依据其享有的代位权直接请求法院强制执行 —— 31
90. 仲裁机关在仲裁过程中是否一定要适用中国法律 —— 32
91. 能够提起审判监督程序的理由是否必须是实体上的错误 —— 32
92. 如何区分包庇罪与徇私枉法罪 —— 34
93. 对取保候审可否要求国家赔偿 —— 35
94. 赔偿请求人可单独提起行政赔偿诉讼的情形 —— 36
95. 所有权的转移是否等于著作权的转移 —— 39
96. 哪些人可以在选举日回其原选区参加投票以及司法拘留、刑事拘留、行政拘留三者的区别 —— 40
97. 旅客在车上被抢, 损失应由谁来承担 —— 43

98. 外国人、无国籍人的作品的著作权自何时起产生	47
99. 作品创作完成之日是指初稿完成之日还是修改定稿之日	48
100. 诉讼欺诈是否构成诈骗罪	48
101. 盗窃未达数额较大, 但为抗拒逮捕而当场使用暴力是否 应定抢劫罪	51
102. 抢劫杀人应如何定性	52
103. 14 周岁以上不满 16 周岁的人, 实施了故意杀人、故意伤 害致人重伤或死亡、抢劫、强奸等行为的, 应如何定罪	54

57. 甲、乙均为法警，在到某机械厂执行案件的过程中遭遇到该厂职工的暴力抗法，甲拔枪示警，工人丙上前抢夺，结果手枪走火，击中乙，乙在被送往医院的途中不幸死亡。问：乙的亲属可否申请国家赔偿？

答：不可以，因为甲不存在违法执行职务的情况。具体分析如下。

国家赔偿，是指国家机关及其工作人员违法行使职权，侵犯公民、法人和其他组织的合法权益并造成损害，由国家承担责任并对受害者给予赔偿的制度。具有以下几个方面的特征：

(1) 国家赔偿以国家机关及其工作人员违法行使职权为前提。国家赔偿是由于违法行使职权引起的，是一种特殊的侵权责任，侵权的主体必须是行使国家职权的国家机关及其工作人员，以及法律、法规授权的组织或者委托的组织。

(2) 国家机关及其工作人员的行为必须是行使职权的行为。由于国家机关及其工作人员作为法律关系的主体，可以参与不同的法律关系，因而在不同的法律关系中，其行为的性质也不一样。

①在民事法律关系中，国家机关及其工作人员属于民事主体，所发生的行为均为民事行为，而不是代表国家行使职权的行为。此时如果发生侵权，也是一般的民事侵权，应服从民事法律规范的调整，不具有特殊性。

②在行政法律关系中，国家机关及其工作人员是代表国家行使职权，如果侵犯公民、法人和其他组织的合法权益，应由国家承担相应的侵权赔偿责任。因此，引起国家赔偿的行为必须与行使职权有关。

③国家机关及其工作人员的行为必须具有违法性。国家机关可以作出各种行为，有时合法的行为也会给公民、法人和其他组织造成一定的损害。例如：行政征用。这时，国家可以通过行政补偿的方式来补偿给相对人造成的损失。但是，引起国家赔偿的行为必须是违法行为，即必须是违反法律、法规或规章的规定。

④必须已经造成现实的损害。违法侵犯公民、法人和其他组织合法权益的行为必须已经造成现实的损害，如公民、法人和其他组织的财产权的损失或公民人身权受到侵害。对于财产权的损失，必须是直接损失，间接损失国家不予赔偿；对于公民人身权的侵害，国家按照法定的标准予以赔偿。

⑤赔偿责任由国家承担。由于国家机关及其工作人员是代表国家行使职权，其违法行为造成的损害无论是由国家机关集体决定的原因，还是由国家机关工作人员个人过错的原因造成，都应由国家予以赔偿，从国家财政中支付。

2

58. 甲因个人购房向乙借款 15 万元，乙要求甲将其使用了 1 年的桑塔纳轿车进行抵押，双方签订了抵押合同且办理了抵押登记。后甲开车时被违章驾驶的丙将车撞坏，保险公司支付保险金 5 万元。因车受损，乙向甲提出了下述请求。问：其中哪些请求不能成立？A. 请求甲提供新的担保物；B. 请求甲将保险金 5 万元提存；C. 请求甲提前还款；D. 请求甲提供保证人。

答：本问中 ACD 三项的请求不成立，B 项请求成立。理由如下：

最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第 80 条规定：“在抵押物灭失、毁损或

者被征用的情况下，抵押权人可以就该抵押物的保险金、赔偿金或者补偿金优先受偿。抵押物灭失、毁损或者被征用的情况下，抵押权所担保的债权未届清偿期的，抵押权人可以请求人民法院对保险金、赔偿金或补偿金等采取保全措施。”据此，在抵押权所担保的债权未届清偿期的情况下，乙不能请求提前还款，但请求将保险金提存符合上述规定。

根据《担保法》第51条规定：“抵押人的行为足以使抵押物价值减少的，抵押权人有权要求抵押人停止其行为。抵押物价值减少时，抵押权人有权要求抵押人恢复抵押物的价值，或者提供与减少的价值相当的担保。抵押人对抵押物价值减少无过错的，抵押权人只能在抵押人因损害而得到的赔偿范围内要求提供担保。抵押物价值未减少的部分，仍作为债权的担保。”本问中的甲并无过错，故甲不能请求甲提供新的担保物，也不请求甲提供保证人。

59. 问：如果聚众扰乱公共场所秩序、交通秩序罪中的首要分子有多人时，此时的首要分子可以称为主犯吗？

答：聚众扰乱公共场所秩序、交通秩序罪的首要分子有多人时，首要分子也不可称为主犯。理由如下：

（1）主犯，是指组织、领导犯罪集团进行犯罪活动或者在共同犯罪中起主要作用的犯罪分子。

首要分子，是指在犯罪集团或者在聚众犯罪中起组织策划、指挥作用的犯罪分子。

（2）我国刑法规定的聚众犯罪有三种：

①全部具有可罚性的聚众犯罪，即凡是参与聚众犯罪活动的人均可构成犯罪。例如：《刑法》第317条规定的组织越狱罪等。即在犯罪集团中，首要分子一定是主犯，但

主犯不一定是首要分子。

②部分具有可罚性的聚众犯罪，即参与违法犯罪活动中的人中只有首要分子和积极参加者可以构成犯罪的聚众犯罪。例如：《刑法》第 290 条规定的聚众扰乱社会秩序罪等。

③具有个别可罚性的聚众犯罪，即只有首要分子才构成犯罪的聚众犯罪。例如：《刑法》第 291 条规定的聚众扰乱公共场所秩序、交通秩序罪。此时不存在主犯、从犯之分，首要分子自然不可称为主犯。

4 60. 2002 年 1 月，甲厂在保健食品上注册申请的“蛟龙”商标被核准注册。同年 7 月，乙保健品开发公司发现甲厂的商标与自己早已注册的“蛟龙”商标十分近似。问：乙公司可否以侵犯在先权利为由，请求商标评审委员会撤销甲厂注册不当的商标？

答：不能，乙公司应以商标争议为由，请求商标评审委员会撤销甲厂的商标。具体分析如下：

(1) 所谓注册不当商标是指违反商标法的有关规定，或者是以欺骗手段或以其他不正当手段取得注册的商标，以及违反《商标法》第 9 条规定侵犯他人合法在先权利进行注册的商标。

《商标法实施条例》第 29 条规定：“商标法第 41 条第 3 款所称对已经注册的商标有争议，是指在先申请注册的商标注册人认为他人在后申请注册的商标与其在同一种或者类似商品上的注册商标相同或者近似。”

根据《商标法》第 41 条第 3 款规定，对已经注册的商标有争议的，可以自该商标经核准注册之日起 5 年内，向商标评审委员会申请裁定。换言之，对这些注册不当的商

标，其撤销途径只有一种，即向商标评审委员会提出撤销该注册商标的申请。

(2) 所谓“合法的在先权利”，是指自然人的肖像权、姓名权、自然人或法人的著作权、外观设计专利权、商号权、原产地名称权，但不包括在先的商标权。

综上所述，乙公司如果以在先的商标权利对在后注册的商标提出撤销请求的，应通过商标争议程序解决，即以“商标争议”而不是“侵犯在先权利”为由，请求商标评审委员会撤销甲厂注册不当的商标。

61. 问：对《公司法》第 28 条应如何理解？

答：《公司法》第 28 条规定：“有限责任公司成立后，发现作为出资的实物、工业产权、非专利技术、土地使用权的实际价额显著低于公司章程所定价额的，应当由交付该出资的股东补交其差额，公司设立时的其他股东对其承担连带责任。”该条文规定了当非货币出资股东估价不实时，应承担补交差额的责任，公司设立时的其他股东对此承担连带责任，而不是全体股东。即公司成立后，再加入的股东不承担此责任。

62. 甲是一家有限责任公司的法定代表人，由于业务不好，遂与好友乙达成协议，由乙承包经营该公司，并承诺乙与丙签订的一切合同。后乙与丙达成合伙协议，丙因知道甲与乙之间的承包关系，故要求甲在合伙协议上也签了名。问：甲、乙、丙三人的关系成立合伙关系吗？

答：不成立合伙关系。《公司法》第 12 条第 1 款规定：“公司可以向其他有限责任公司和股份有限公司投资，并以该出资额为限对所投资公司承担责任。”据此，公司的投资

对象是其他有限责任公司、股份有限公司，不含合伙企业。
也就是说，本题中的合伙协议是无效的。

63. 关于买卖合同中风险和孳息的转移在一些权威著作中有两种说法，即：一是风险和孳息以标的物的交付为准，即使在所有权保留的情况下也不例外；二是风险和孳息以标的物所有权的归宿为准，还有的依动产与不动产而有所区别。问：究竟应以哪一个为准？

答：买卖合同中风险和孳息转移的界限应以标的物的交付为准，但法律另有规定或当事人另有约定的除外。

首先，风险转移的界限是交付标的物，风险的转移不依标的物的所有权是否转移，或标的物是动产还是不动产而有所不同，除非法律另有规定或当事人另有约定。理由如下：

《合同法》第142条规定：“标的物毁损、灭失的风险，在标的物交付之前由出卖人承担，交付之后由买受人承担，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”

《合同法》第133条规定：“标的物的所有权自标的物交付时起转移，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”

《民法通则》第72条规定：“财产所有权的取得，不得违反法律规定。按照合同或者其他合法方式取得财产的，财产所有权从财产交付时起转移，法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”

上述三个条文确定了标的物风险负担的基本原则是标的物的交付主义，即风险随着交付走。也就是说，交付是标的物风险转移的界限，风险的转移不依标的物的所有权是否转移，或标的物是动产还是不动产而有所不同。其例外

情形须法律另有规定或当事人另有约定。这些例外情形有：

①《合同法》第143条规定的因买受人原因交货迟延：“因买受人的原因致使标的物不能按照约定的期限交付的，买受人应当自违反约定之日起承担标的物毁损、灭失的风险。”

②《合同法》第144条规定的路货买卖：“出卖人出卖交由承运人运输的在途标的物，除当事人另有约定的以外，毁损、灭失的风险自合同成立时起由买受人承担。”

③《合同法》第145条规定的交货地点不明确：“当事人没有约定交付地点或者约定不明确，依照本法第141条第2款第一项的规定标的物需要运输的，出卖人将标的物交付给第一承运人后，标的物毁损、灭失的风险由买受人承担。”

④《合同法》第146条规定的买受人受领迟延：“出卖人按照约定或者依照本法第141条第2款第二项的规定将标的物置于交付地点，买受人违反约定没有收取的，标的物毁损、灭失的风险自违反约定之日起由买受人承担。”

⑤《合同法》第148条规定的出卖人瑕疵履行：“因标的物的质量不符合质量要求，致使不能实现合同目的的，买受人可以拒绝接受标的物或者解除合同。买受人拒绝接受标的物或者解除合同的，标的物毁损、灭失的风险由出卖人承担。”

应当注意：对所有权保留，法律仅有的规定是《合同法》第134条的规定：“当事人可以在买卖合同中约定买受人未履行支付价款或者其他义务的，标的物的所有权属于出卖人。”最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》（试行）第84条规定：“财产已经交付，但当事人约定财产所有权转移附条件的，在所

附条件成就时，财产所有权方为转移。”从上述两个条文来看，法律并未对所有权保留情形下风险的负担有特别的规定。也就是说，在所有权保留的情形下，风险负担的基本原则仍应以交付主义对待。

另外，2003年6月1日施行的《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第11条规定：“对房屋的转移占有，视为房屋的交付使用，但当事人另有约定的除外。房屋毁损、灭失的风险，在交付使用前由出卖人承担，交付使用后由买受人承担；买受人接到出卖人的书面交房通知，无正当理由拒绝接收的，房屋毁损、灭失的风险自书面交房通知确定的交付使用之日起由买受人承担，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”

综上所述，有些学者认为对不动产的风险转移适用交付主义显失公平，但目前法律对不动产的风险转移除上述条文以外尚无特别规定，故认为“不动产即使已交付，但风险仍应由所有权人负担”这一观点目前在法律上没有依据，故对不动产的风险转移仍应以交付主义对待。

其次，根据《合同法》第163条规定，对于标的物转移后，孳息所有权的归属基本原则也采交付主义，与《合同法》第142条所规定的风险负担采交付主义是相对应的。

应当注意：在合同法通过以前，法学界和司法界对孳息的归属权多采所有权人主义，但现在合同法转采交付主义。也就是说，孳息的归属权一般是随所有权的转移而转移，但在买卖合同中，则应依交付而转移。

对孳息归属权采交付主义与所有权人主义的差别，典型地体现在附所有权保留的买卖合同中。在附所有权保留的买卖合同中，出卖人将标的物交付给买受人后仍拥有所

有权，买受人在交清最后一笔货款后始得到标的物的所有权。则在标的物交付后至交清最后一笔款前的这一段时间内，标的物所产生的孳息应归买受人所有，而不是归出卖人（即所有权人）所有。

例如：甲、乙于2002年10月16日签订一房屋买卖合同，次日甲向乙交付了房屋，乙向甲交付房屋价款100万元，同时双方约定2个月后再办理房产登记手续。12月16日，甲、乙双方办理了房产登记手续，在此期间，乙将该房屋租与丙使用，并获租金2万元，这2万元应归乙所有。

64. 甲下岗后决定到批发市场租一门面搞百货批发，其夫乙极力反对。甲遂与乙签了一份合同，约定甲做生意的一切风险自担，双方各用各的钱。乙对甲的生意从来不闻不问，但夫妻二人实际上并未分伙，家中生活消费基本都由甲负责，但两人的收入是各自保管，乙自己有10万元存款。后来甲生意亏本，欠丙3万元货款。问：应如何判断个体工商户的债务属于个人债务还是家庭债务？丙是否有权请求乙偿还甲所欠的债务？

答：《民法通则》第29条规定：“个体工商户、农村承包经营户的债务，个人经营的，以个人财产承担；家庭经营的，以家庭财产承担。”最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》（试行）第42条规定：“以公民个人名义申请登记的个体工商户和个人承包的农村承包经营户，用家庭共有财产投资，或者收益的主要部分供家庭成员享用的，其债务应以家庭共有财产清偿。”据此，判断个体工商户的债务属于个人债务还是家庭债务应从以下两个方面予以考虑：一是投入个体工商户的财产是个人财产还是家庭财产；二是个体工商户经营

中的收益是仅用于经营者个人享用还是用于家庭共同享用。

《婚姻法》第19条第3款规定：“夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有的，夫或妻一方对外所负的债务，第三人知道该约定的，以夫或妻一方所有的财产清偿。”最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释》（一）第18条规定：“婚姻法第19条所称‘第三人知道该约定的’，夫妻一方对此负有举证责任。”据此，夫妻之间对财产的约定对外不能对抗善意第三人，夫或妻欲以关于财产的约定来对抗第三人，须承担举证责任，即其必须举证该第三人明确、清楚地知道夫妻之间的约定。

综上所述，本问中的丙有权请求乙偿还甲所欠的债务，乙应当承担甲的债务。

65. 问：买卖车辆未办理过户手续，车辆发生交通事故，原车主是否应当承担责任？

答：不承担责任。根据《合同法》第142条、《合同法》第133条、《民法通则》第72条的规定，风险转移的界限是交付标的物，风险的转移不依标的物的所有权是否转移，或标的物是动产还是不动产而有所不同，除非法律另有规定或当事人另有约定。本题中所述情形不属于法律另有规定的情形，而当事人对此也无约定。据此，车辆即使未办理过户手续，其风险仍自交付时发生转移。如果发生交通事故，原车主对此不承担责任。相关条文还有：

①2001年12月31日最高人民法院（2001）民一他字第32号规定：“连环购车未办理过户手续，因车辆已交付，原车主既不能支配该车的运营，也不能从该车的运营中获得利益，故原车主不应对对机动车发生交通事故致人损害