



司法疑难解答

5

作者 付英 王丰



经济科学出版社



司法疑难解答



付英 王丰 著

经济科学出版社

责任编辑：刘殿和 陆 森

技术编辑：王世伟

司法疑难解答⑤

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 7-5058-4301-X/D·177 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

175. 定金与损害赔偿可以并存吗？	01
176. 哪些国家侵权行为不适用消除影响、恢复名誉、赔礼道歉的责任方式？	03
177. 被告改变被诉具体行政行为后，法院应如何处理？	05
178. 自家墙被刷广告可要求精神赔偿吗？	06
179. 抢劫后在逃跑过程中，为抗拒抓捕而打伤追赶人的，是否要数罪并罚？转化前盗窃、抢夺、诈骗是理解为犯罪行为还是具体犯罪罪名？	09
180. 对携带凶器抢夺转化为抢劫罪中的“携带凶器”应如何理解？	11
181. 补充侦查的种类到底是两种还是三种？	11
182. 是不是所有国家工作人员的渎职犯罪案件都由人民检察院管辖？	13
183. 因身体受到伤害而产生的侵权损害赔偿请求权的诉讼时效应如何计算？	15
184. 路边树枝把人砸残，由谁承担责任？	16
185. 失踪人的子女、父母及其原所在单位无权申请宣告其死亡吗？	18
186. 不服派出所作出的劳动教养决定，应找谁申请复议？	19
187. 律师可以接受对方当事人办理其他法律事务的委托吗？	20
188. 借款合同既然当事人约定了利息，借款人就要给付利息，怎么能说是单务合同呢？	21

189. 限制行为能力人不具有诉讼行为能力, 可以提起附带民事 诉讼吗? —————	21
190. 以为父母要来共同生活而终止租房合同, 构成重大误解 吗? 不动产适用善意取得制度吗? —————	23
191. 哪种企业承包经营合同属于不平等主体之间的合同? ———	24
192. 保险合同属于要式合同还是非要式合同? —————	25
193. 民工因老板拖欠工资而潜入老板家中拿走与欠资数额相 等的现金, 构成盗窃罪吗? —————	26
194. 互殴时致人重伤, 可以算正当防卫吗? —————	27
195. 人造卫星的发射和回收是否可以穿越任何一个国家的领 空? —————	28
196. 劳动法是否保护事实上的劳动关系? —————	29
197. 我国公民是否可以用不是我国姓氏范围内的字给自己起 名登记在户口本上? 是否可以用英文或其它外国文字起 名登记在户口本上? —————	30
198. 律师事务所和会计师事务所都是法人吗? —————	30
199. 我国现役军人可以同外国人结婚吗? —————	32
200. 把别人存折上的钱借给他人而引发的借款关系、担保关 系有效吗? —————	32
201. 运输合同纠纷的管辖法院包括事故发生地法院吗? ———	33
202. 死者在其财产未分割前, 对财产仍享有所有权吗? 人死 后还享有名誉权、隐私权和保护作品完整权吗? —————	34
203. 物保与人保并存时, 应如何处理? —————	35
204. 物保与人保并存时, 债务应如何清偿? —————	37
205. 民法上说不动产不适用善意取得, 商法上又说第三人可 以善意取得合伙企业的不动产, 是否矛盾? —————	37
206. 胎儿享有继承权吗? —————	39
207. 受遗赠人于知道受赠的期限内未作受赠的意思表示是否 属于行使形成权的行为? —————	39
208. 表见代理是无权代理吗? —————	40
209. 盗割铁路电力线路的行为构成“破坏交通设施罪”或	

“破坏电力设备罪”还是“盗窃罪”？	40
210. 在级别管辖中，中院管辖的第一审民事案件包括“认为应由本院审理的案件”吗？	41
211. 可以把未成年人在幼儿园、学校视为做父母的把监护权委托给了学校吗？	42
212. 凡规定有死刑的条文，是一律把无期徒刑规定为可选择的法定刑吗？	44
213. 该服务商标和商品商标申请可否得到核准？	44
214. 该损失应由谁来承担？	46
215. “历史上的一切法的规定都是明确的、肯定的”这句话正确吗？	47
216. 对此案有管辖权的法院有哪些？	47
217. 开车行驶过程中因要喷嚏导致方向盘失控撞死了人，是意外事件还是交通肇事？	50
218. 16 周岁以上不满 18 周岁的人所立遗嘱到底是否有效？	51
219. 租赁合同中承租人对租赁物的使用权是物权还是债权？	53

175. 问：甲公司与乙公司依法订立一份总货款为 20 万元的购销合同。合同约定违约金为货款总值的 5%。同时，甲公司向乙公司给付定金 5000 元，后乙公司违约，给甲公司造成损失 2 万元。甲公司依法最多可要求乙公司偿付多少？A. 2 万元；B. 3.5 万元；C. 2.5 万元；D. 3 万元

答：本问答案应选 D，具体分析如下：

本问中的违约金为 1 万元，损失 2 万元，定金 5000 元，且定金未超过货款总额的 20% 的限制。

《合同法》第 114 条第 2 款的规定：“约定的违约金低于造成的损失，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。”

《合同法》第 116 条规定：“当事人既约定违约金，又约定定金的，一方违约时，对方可以选择适用违约金或者定金条款。”

上述条文规定了定金、违约金、损害赔偿金并存时的选择适用。

(1) 定金与违约金的适用关系。

由于我国的定金在性质上属违约定金，具有预付违约金的性质，因此它与违约金在目的、性质、功能等方面相同，两者是不可并罚的。《合同法》第 116 条规定了当合同既约定定金，又约定违约金的，可以且也只能由非违约方选择一种对其最有利的责任形式。

应当注意：这条规定是针对同一违约行为同时存在违约金和定金责任的情形。

如果合同中约定的违约金和定金是针对不同的违约行为，且两者在数额上的总和也不太高，在一方同时实施不

同的违约行为形态时，两种责任形式是可以并用的。

(2) 违约金与损害赔偿的适用关系。

一般来说，合同中约定的违约金应视为对损害赔偿金额的预先确定，因而违约金与约定损害赔偿是不可以并存的。

违约金与法定损害赔偿是否并存，牵涉到违约责任的适用是否以发生实际损害为要件以及国家对违约金的干预问题。原则上可以说违约金的运用并不以实际损害发生为前提，不管是否发生了损害，当事人都应支付违约金。根据《合同法》第114条第2款规定：违约金低于损失的，可请求适当增加。据此，虽然违约金的适用不以实际损害发生为要件，但最终违约金金额大小的确定与实际损失额密切相关：法院或仲裁机构对违约金金额的调整是以实际损失额为参照标准的。

对违约金和法定损害赔偿的适用关系可以概括为：

①原则上不并存；②就高不就低；③优先适用违约金责任条款。

据此，如果本题中的甲公司选择适用违约金条款，题中约定的1万元违约金小于损失2万元，甲公司可请求人民法院或仲裁机构增至2万元。除该2万元外，由于非违约方选择违约金责任请求后，并不影响其要求对方返还定金的权利，故甲公司向乙公司给付的定金5000元应予返还。则此种情形下，乙公司应向甲公司偿付总额为2.5万元。

(3) 定金与损害赔偿的适用关系。

定金与损害赔偿金可以并存。定金具有非补偿性的特点，其适用不以实际损害的发生为前提，因而是独立于损害赔偿责任的。但也不能认为它与损害赔偿金毫无关系，

定金与损害赔偿责任的联系表现在定金责任与损害赔偿责任的并用不能超过全部货款的总值。

据此，如果本题中的甲公司选择适用定金条款，甲公司能得到定金双倍返还的 $(5000 \times 2) = 1$ 万元，同时乙还应支付给甲造成的损害赔偿金 2 万。则此种情形下，乙公司应向甲公司偿付总额为 3 万元。

综上所述，本题中对甲公司最有利的选择是适用定金条款，由甲公司向其偿付 3 万元。

应当注意：违约责任形式不包括赔礼道歉、精神损害赔偿等责任形式。强制履行、采取其他补救措施、定金这三种违约责任的运用是不以实际损害发生为要件的，但损害赔偿金则以实际损害发生为适用要件。

176. 问：下列哪些国家侵权行为不适用消除影响、恢复名誉、赔礼道歉的责任方式？A. 公安人员盘问过程中殴打刘某；B. 海关违法扣留张某 5 小时；C. 法院以转移被查封财产为由错误拘留陈某 15 日；D. 镇政府公布本镇有不良嗜好人员名单

答：本问应选 AD。现具体分析如下：

最高人民法院《关于民事、行政诉讼中司法赔偿若干问题的解释》第 13 条规定：“违法采取司法拘留措施的，按照国家赔偿法第 26 条规定予以赔偿。造成受害人名誉权、荣誉权损害的，按照国家赔偿法第 30 条规定，在侵权行为影响的范围内，为受害人消除影响、恢复名誉、赔礼道歉。”

《国家赔偿法》第 30 条规定：“赔偿义务机关对依法确认有本法第 3 条第（一）、（二）项、第 15 条第（一）、（二）、（三）项规定的情形之一，并造成受害人名誉权、荣誉权损害的，应当在侵权行为影响的范围内，为受害人

消除影响，恢复名誉，赔礼道歉。”

《国家赔偿法》第3条规定：“行政机关及其工作人员在行使行政职权时有下列侵犯人身权情形之一的，受害人有取得赔偿的权利：

（一）违法拘留或者违法采取限制公民人身自由的行政强制措施的；

（二）非法拘禁或者以其他方法非法剥夺公民人身自由的；”

《国家赔偿法》第15条规定：“行使侦查、检察、审判、监狱管理职权的机关及其工作人员在行使职权时有下列侵犯人身权情形之一的，受害人有取得赔偿的权利：

（一）对没有犯罪事实或者没有事实证明有犯罪重大嫌疑的人错误拘留的；

（二）对没有犯罪事实的人错误逮捕的；

（三）依照审判监督程序再审改判无罪，原判刑罚已经执行的；”

综上所述，赔偿义务机关对依法确认有以下6种情形之一，并造成受害人名誉权、荣誉权损害的，应当在侵权行为影响的范围内，为受害人消除影响，恢复名誉，赔礼道歉。具体为：

①违法拘留或者违法采取限制公民人身自由的行政强制措施的；

②非法拘禁或者以其他方法非法剥夺公民人身自由的；

③对没有犯罪事实或者没有事实证明有犯罪重大嫌疑的人错误拘留的；

④对没有犯罪事实的人错误逮捕的；

⑤依照审判监督程序再审改判无罪，原判刑罚已经执行的；

⑥违法采取司法拘留措施的。

据此，B项表述属违法采取限制公民人身自由的行政强制措施的情形，C项表述属于违法采取司法拘留措施的情形，故BC两项可适用消除影响、恢复名誉、赔礼道歉的责任方式，依照本问题意，不选；而AD两项表述均不在上述规定之列，故应选。

应当注意：认为C项也不适用消除影响、恢复名誉、赔礼道歉的责任方式，这是错误的，不符合《关于民事、行政诉讼中司法赔偿若干问题的解释》第13条的规定。

177. 问：某市某区公安分局认定赵某有嫖娼行为，对其处以拘留15天，罚款3000元的处罚。赵某不服申请复议，市公安局维持了原处罚决定。赵某提起行政诉讼。在第一审程序中，原处罚机关认定赵某有介绍嫖娼行为，将原处罚决定变更为罚款1000元。赵某对改变后的处罚决定仍不服。下列说法哪些是正确的？A. 法院应继续审理原处罚决定；B. 法院应审理改变后的处罚决定；C. 审理原处罚决定还是改变后的处罚决定由法院决定；D. 原告对原处罚决定不申请撤诉的，法院应当对原处罚决定作出相应判决。

答：根据《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》（以下简称《解释》）第50条的规定，在行政诉讼过程中，不允许被告任意改变被诉具体行政行为。但为了给被告行政机关提供主动纠正错误的机会，行政诉讼法及《解释》允许被告在一定条件下改变被诉具体行政行为，并对因被告改变被诉具体行政行为而引起的程序变化作出了以下相应的规定：

（1）被告只能在一审期间改变被诉具体行政行为，第

二审期间不允许改变被诉具体行政行为。

(2) 被告改变被诉具体行政行为时，应当书面告知人民法院。

(3) 原告起诉被告不作为，在诉讼中被告作出具体行政行为，原告不撤诉的，人民法院应继续审查被告不作为是否合法。

(4) 改变后的具体行政行为的效力及由此产生的结果一定程度上取决于原告的态度。

①如果原告同意被告对被诉具体行政行为的改变，并提出撤诉申请，经人民法院准许，诉讼结束。

②如果原告不同意被告对被诉具体行政行为的改变，不提出撤诉申请，人民法院应当继续对原具体行政行为进行审理，并就原具体行政行为作出裁判。不过，因被告曾对原具体行政行为进行过改变，在判决时法院应注意判决形式：人民法院经审查认为原具体行政行为违法的，应当作出确认其违法的判决，而非撤销判决；认为原具体行政行为合法的，应当判决驳回原告的诉讼请求，而不是作出维持判决。

③如果原告或者第三人对改变后的行为不服提起诉讼的，人民法院应当就改变后的具体行政行为进行审理。

综上所述，本问不够严谨，仅凭本题题干所给信息“赵某对改变后的处罚决定仍不服”，无法准确判断赵某是否撤诉、是否就改变后的具体行政行为提起诉讼，上述这几种情形都有可能出现，故选 ABD 三项更为妥当。

解

178. 问：某广告公司于金某出差时，在金某房屋的院墙上刷写了一条妇女卫生巾广告。金某1个月后来，受到他人耻笑，遂向广告公司交涉。该案应如何处理？A. 广

告公司应恢复原状；B. 广告公司应赔偿其精神损害；C. 广告公司应向金某支付使用院墙1个月的费用；D. 广告公司应为金某恢复名誉。

答：AC两项应选，本问中，未经权利人金某的允许，广告公司使用金某的不动产作妇女卫生巾广告，属于对他人财产所有权中的使用、收益权能的侵犯，权利人可以要求恢复原状，应当支付相应的使用费用。相关知识如下：

财产所有权的内容，又称所有权的权能，是指所有人为利用所有物实现其对所有物的独占利益，在法律规定的范围内可以采取的各种措施和手段，包括：占有权、使用权、收益权、处分权。占有、使用、收益和处分四项权能一起构成所有权的内容。

《民法通则》第106条第2款规定：“公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产，侵害他人财产、人身的应当承担民事责任。”

《民法通则》第134条第1款规定了10种民事责任的形式，主要包括：

①排除性形式，是指把加害于他人的妨害，一概排除的责任承担方式。例如：停止侵害、排除妨害、消除危险等。

②恢复性形式，是指把遭受侵害的财产、人身及其权利，恢复到侵害前原有、应有状态的民事责任承担方式。例如：返还原物、返还同种类物、恢复原状等。

③弥补性形式，是指弥补履行标的中的民事责任承担方式。例如：修理、更换、重作、退货等。

④赔偿性形式，是指对财产、人身造成的损害损失，依法进行赔偿的民事责任承担方式。

应当注意：赔偿损失是民事责任的主要形式。损失分

为财产损失与非财产损失，财产损失又称财产损害，包括直接损失与间接损失，非财产损失也可以用财产来弥补。

BD 两项不选，某广告公司的行为属于侵权行为，但不是侵害他人人身权的行为，而是侵犯财产权的行为，并未涉及侵犯人格权利的内容，本题中的广告公司并未实施侮辱、诽谤等侵犯金某名誉的行为，金某被人耻笑，也未造成什么严重后果，故恢复名誉、赔偿精神损失没有法律依据。

相关知识如下：

(1) 名誉权，是指自然人或法人就其自身特性所表现出来的社会价值而获得社会公正评价的权利。

侵害名誉权的构成要件包括：

- ① 行为人实施了侮辱、诽谤等行为，并指向特定人。
- ② 该行为为第三人所知悉。
- ③ 行为人具有过错。

以侮辱方式侵犯他人名誉，是指以口头、书面或暴力方式，对他人进行人身攻击，贬损他人人格。侮辱就是把那些可能招致贬损他人名誉的信息扩散或传播出去，使别人蒙受耻辱。侮辱时，行为人讲的也许是事实，也可能是虚假的。但不管是否是事实，只要是行为人把有损他人名誉的信息传播出去，为他人所知悉，贬低了他人的形象，就可构成侵犯名誉权。以诽谤方式侵犯他人名誉，是指以隐瞒真相、捏造事实并加以传播的方式诋毁他人名誉，损害他人尊严。其最大特点是无中生有，在有关新闻侵权的司法解释中，强调的是必须主要事实失实。

(2) 2001 年 3 月 10 日施行的最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》（以下简称《解释》）第 1 条规定：“自然人因下列人格权利遭受非法侵害，向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应

当依法予以受理：

- (一) 生命权、健康权、身体权；
- (二) 姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权；
- (三) 人格尊严权、人身自由权。

违反社会公共利益、社会公德侵害他人隐私或者其他人格利益，受害人以侵权为由向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理。”

《解释》第4条规定：“具有人格象征意义的特定纪念物品，因侵权行为而永久性灭失或者毁损，物品所有人以侵权为由，向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理。”

《解释》第8条规定：“因侵权致人精神损害，但未造成严重后果，受害人请求赔偿精神损害的，一般不予支持，人民法院可以根据情形判令侵权人停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉。

因侵权致人精神损害，造成严重后果的，人民法院除判令侵权人承担停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉等民事责任外，可以根据受害人一方的请求判令其赔偿相应的精神损害抚慰金。”

179. 抢劫后在逃跑过程中，为抗拒抓捕而打伤追赶人的，是否要数罪并罚？转化前盗窃、抢夺、诈骗是理解为犯罪行为还是具体犯罪罪名？如：甲（18岁，非惯犯）在公共汽车上盗窃，窃取了乙的5元钱被乙发现，随后甲乙发生纠缠，甲为了摆脱乙，对乙打了几拳，并推倒了乙，遂跳车而逃，甲构成抢劫罪吗？又如：甲入室盗窃，房主乙回房，甲某逃跑时将乙一拳打倒，甲构成抢劫罪吗？

答：（1）关于抢劫后在逃跑过程中为抗拒抓捕而打伤

追赶人，是不能数罪并罚的。因为在抢劫后为了护赃等而当场使用暴力伤害人或杀人的，均应视为抢劫行为的继续，只定抢劫罪一罪。当然，为护赃而当场行凶的，可作为从重处罚的情形。

对于这个问题，应注意与“行为人实施抢劫后，为灭口而故意杀人”的情形区分开来。对于后一种情形，根据2001年5月26日施行的《最高人民法院关于抢劫过程中故意杀人案件如何定罪问题的批复》，应以抢劫罪和故意杀人罪定罪，实行数罪并罚。

(2) 《刑法》第269条规定：“犯盗窃、诈骗、抢夺罪，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的，依照本法第263条（抢劫罪）的规定定罪处罚。”在此应理解为有“盗窃、诈骗、抢夺”行为，而不是已经构成“盗窃罪、抢夺罪、诈骗罪”。

对于问中两个例子的理解应紧扣《最高人民法院研究室关于盗窃未遂行为人为抗拒逮捕而当场使用暴力可否按抢劫罪处罚问题的电话答复》的规定（详见《司法疑难问题解答》问101），根据该答复，行为人实施了盗窃、诈骗、抢夺行为，未达到数额较大，使用暴力或者以暴力相威胁，情节不严重、危害不大的，不认为是犯罪。结合两个例子，单纯从字面上看，似乎情节都算不上严重，危害似乎不算大，不应以犯罪论处。

与对《刑法》第269条规定理解相类似的还有《刑法》17条第2款的规定：“已满14周岁不满16周岁的人，犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒罪的，应当负刑事责任。”《全国人大常委会法工委关于已满14周岁不满16周岁的人承担刑事责任范围问题的答复意见》规定：“刑法第17条