

实例解答

法律 顾问



政法学院《法律顾问》编辑部

法律顾问

实例解答

第二辑

(内部发行)

华东政法学院
《法律顾问》编辑部编印

一九八一年四月

华东政法学院

《法律顾问》丛刊编辑委员会名单

主 任 徐盼秋

副主任 曹漫之

委 员	徐盼秋	曹漫之	张传桢
	严俊超	孔令望	王召棠
	胡文治	郑钟璇	谢友学
	江邈清	苏惠渔	吴会长
	金立琪(女)		

目 录

(一)

说我们“死抱两法不放”这种批评对吗？	(1)
打死抢劫犯，为什么还要负刑事责任？	(3)
在实施某一犯罪行为时，又造成严重扰乱社 会秩序的结果，是否适用数罪并罚？	(4)
流氓斗殴致人重伤是否适用数罪并罚？	(6)
同一罪名，多次作案，是否适用数罪并罚？	(7)
正确适用类推应遵循什么规则？	(9)
发生刑事案件后，怎样保护好现场？	(12)
犯罪分子受到刑事处分，是否还要赔偿经济损失？	(13)
罚金与判令退赔有什么不同？	(14)
是盗窃罪还是破坏电力设备罪？	(15)
为妇女私取避孕环造成死亡的该定何罪？	(16)
是抢劫杀人还是盗窃杀人？	(16)
邮局对邮件内夹带禁邮物品进行检查是否合法？	(18)
能不能私拆劳教人员的邮件？	(19)
陶某某的行为算不算诽谤罪？	(20)
国家干部利用职权捏造事实索取他人财物 的行为应定何罪？	(21)
是盗窃罪还是贪污罪？	(23)
是抢夺罪还是抢劫罪？	(24)
这起案件应不应定强奸？	(25)

这起案件应定强奸预备还是强奸中止，或是

强奸未遂？……………（27）

奸淫幼女，因早泄未成，构成犯罪吗？……………（29）

与刚过十四岁的幼女发生性行为，是作通奸

还是强奸论处？……………（30）

不知其是幼女而发生性行为，是否算奸淫幼女？……（32）

通奸和姘靠不构成犯罪，就无所谓，没啥啥吗？……（33）

这个被告的行为是否构成神汉罪？……………（35）

组织越狱罪与脱逃罪有什么区别？……………（37）

什么叫盗伐？什么叫滥伐？对盗伐、滥伐森

林的违法行为应如何处理？……………（38）

刑事犯罪发生率、犯罪率怎样计算？……………（39）

（二）

什么是青少年法？……………（42）

工读学校是什么性质的？……………（43）

为什么判处青少年罪犯应与成年罪犯有所区别？……（44）

十三岁半的少年打死人为什么就不捕不判？……………（45）

经教育改造变好的青年回家后因家庭影响不好重新

堕落怎么办？……………（47）

青年人陪偷犯罪吗？……………（48）

我儿子没有动手盗窃为什么也被判刑？……………（50）

青少年成帮结伙打架不犯法吗？……………（51）

青工下班后小赌违法吗？……………（52）

有人扬言“要杀人”怎么办？……………（53）

青年在家办舞会，搞得四邻不安，是否应该处理？…（55）

(三)

- 律师该不该辩明被告“有罪”、“罪重”？……………(57)
- 同案未决犯是否可以互为证人？……………(58)
- 被嫌疑人有提供证据的义务吗？……………(60)
- 证明被告人罪轻的证据材料应不当庭宣读、认定？(61)
- 二审时当事人和证人是否应出庭？……………(62)
- “行政拘留”和“刑事拘留”有何区别？……………(63)
- 什么叫收容审查？……………(65)
- 行政拘留能否折抵刑期？……………(66)
- 劳改犯逃跑在外期间，刑期应如何计算？……………(67)
- 怎样办理退回补充侦查或撤回起诉的手续？……………(68)
- 人民法院对于人民检察院决定免于起诉或不起
诉的被告人能否直接进行审判？……………(69)
- 再审同上诉或抗诉案件的审判程序有什么不同？……(70)
- 什么是裁定和裁定书？在诉讼中怎样适用裁定？……(71)
- 附带民事诉讼，该由哪“家”受理？……………(73)
- 为什么要恢复征收民事案件诉讼费？……………(74)
- 经济合同纠纷可不可以直接向法院起诉？……………(76)
- 民事案件撤回起诉的范围如何划分？……………(77)
- 原告的诉状为啥要给被告一份？……………(78)

(四)

- 究竟哪些问题可请法医鉴定？……………(79)
- 为了查明案情，尸体解剖是否必须取得死者
家属的同意？……………(81)

猝死是怎么回事？	(82)
法医为什么注重尸斑检查？	(83)
什么叫绝对致死伤害和相对致死伤害？	(85)
为什么从浮尸的俯卧或仰卧就能辨出男女？	(86)
割破头又吊起来，能是自杀吗？	(86)
应当重视对强奸案被害人的身体检查	(87)
对精神病患者依照法律怎样鉴定？	(89)
精神病是不是一种不应当结婚的疾病？	(90)
精神病人立遗嘱算不算数？	(91)
她是被踢死的吗？	(92)
说她淹死，为什么肚子不大？	(93)

(五)

这是一件重婚案吗？	(96)
配偶下落不明可以另找对象结婚吗？	(97)
不同民族男女可以结婚吗？	(98)
同姓能结婚吗？	(99)
同华侨、港澳同胞结婚要办哪些手 续？	(100)
配偶一方是华侨、港澳同胞，当事人提出离婚，如何 处理？	(101)
我俩要结婚，大队干部不肯开结婚证明怎 么办？ ..	(102)
怎样理解离婚自由？一方要求离婚，另一方坚决 不离，怎 么办？	(103)
丈夫道德败坏，妻子可以要求离 婚吗？	(105)
现役军人的配偶提出离婚，为什么要得到军人 的同意才能判离？	(106)

有了事实上的婚姻关系，另外再谈恋爱可以 吗？ …	(107)
父母在法律上是否有负担子女的结婚费用的 义务？	(109)
离婚后，女方擅自将子女改姓，男方可以拒绝 付抚养费 吗？ ……………	(110)
这算违反离婚 协议吗？ ……………	(111)
非婚生子女的权利有法 律保障吗？ ……………	(112)
继承财产的范围包括哪些？抚恤金和生活补助费是 否可作为遗产 来分？ ……………	(113)
同一顺序法定继承人的继承份额 应根据什么原则 确定？ ……………	(114)
这笔遗产我有权 继承吗？ ……………	(115)
养子女能继承其生父的 遗产吗？ ……………	(116)
前夫子女可以继承其后父遗 产吗？ ……………	(117)
女婿有权继承其岳父母的遗 产吗？ ……………	(118)
不赡养父母的子女有继承 权吗？ ……………	(119)
继母可以要求继子负担赡养 费吗？ ……………	(120)
孙子有赡养祖母的义 务吗？ ……………	(121)
她有权分割这笔存 款吗？ ……………	(123)
我有权分割夫妻的共 同财产吗？ ……………	(124)

(六)

环境保护的纠纷和案件属何部门 受理？ ……………	(126)
什么是排污收费和罚款？它有什么 作用？ ……………	(127)
合同订立以后可以变更或解 除吗？ ……………	(128)
发生火灾，保险公司赔偿些 什么？ ……………	(130)
植树造林是谁种 谁有吗？ ……………	(131)

高价转租公房给别人 违法吗?	(133)
原承租人死亡,同住亲属是否可以继续承租?	(134)
房管部门不修房,承租人是否可以不交租?	(135)
个人合法权益受到单位侵害时怎么办?	(136)
债务是否可因债务人死亡而消失?	(137)
公证是怎么回事?哪些事可以办理公证手续?	(138)
制作法律文书要严肃认真,讲究语法。.....	(139)
关于实施新婚姻法的几个问题——法制委员会副主任武新宇 向新华社记者发表谈话	(142)
最高人民法院:最高人民检察院、司法部、公安部联合发出 通知:对罪犯减刑、假释和又犯罪等案件的管辖和处理 程序提出具体执行办法	(145)
对执行《刑法》中几个问题的解答意见——最高人民检察院 刑事检察厅。.....	(148)
有关职工探亲待遇问题——国家劳动总局负责人答新华社记 者问。.....	(152)

(一)

说我们“死抱两法不放”这种批评对吗？

编辑同志：

我们是法院工作的干部，一年多来在贯彻执行“刑法”和“刑事诉讼法”的过程中，对审理的每一个案件，不仅要求弄清事实经过，而且认真对照法律条文，论罪科刑，做到不枉不纵。可是在审理某些案件时，也遇到一些非难和议论，指责我们是“死扣法律条文”，甚至说什么“你们就是死抱住两法不放。”对这些我们有不同的看法，特别是有的个别领导干部也有这样的批评，更感到思想不通。请问编辑同志，依照法律办事，难道还有什么可以非议的吗？

施发元、舒济源

施发元、舒济源同志：

来信提到的问题，的确是一个很重要的问题。随着我们国家社会主义法制建设的逐步完善，广大司法干部的法制观念也得到了不断提高。去年以来，大家认真学习《刑法》和《刑事诉讼法》，严格依照两法办事，并且通过审判实践，总结经验，从而不断提高运用法律武器，惩罚犯罪、保卫四化建设的自觉性。这是我们司法干部思想的主流。

有些同志由于习惯于过去的老作风，凭经验办事，他们感到对照法律条文办案太麻烦；或者消极地认为法律束缚了自己的手脚。主要一点是不了解随着法制建设的逐步完善，加强社会主义民主和健全社会主义法制的一致性。董必武同志

在党的八大发言中明确指出：“我们国家的法制，是人民意志的表现，所以违反法制，就是违背人民的意愿”。“我们的法律又是在党的领导下，根据各个时期革命斗争的需要，并且综合斗争经验而制定出来的”。因此，加强法制，依法办事，是斗争的需要，人民的意志，那种认为法律麻烦或法律束缚自己手脚的想法和说法显然是不恰当的。

我国社会主义法制原则是“以事实为根据，以法律为准绳。”坚持这一原则，要求我们审理案件时做到事实清楚，依法办事。可是现实生活中的犯罪现象是极其复杂的。同是一帮青年结伙打架，情节轻微，尚未构成犯罪的，按治安管理处罚条例第五条给予行政处罚；情节严重，危害大，构成犯罪的则依刑法一百六十条以聚众斗殴流氓活动治罪。如果我们不对照法律条文，就不能分清两者之间罪与非罪的界限。再如，同是伤害案件，刑法一百三十四条是针对故意伤害规定的，一百三十五条是针对过失伤害而言的，如果不对照条文，分析研究条文，就不能分清故意伤害罪，同过失伤害罪这两条不同罪名的界限。由此可见，严格依法办事，正确适用法律，就要学好法律，用好法律，因此，“扣法律条文”是没有什么过错的。相反，如果不“扣法律条文”，那就不可能做到“有法必依”、“执法必严”的要求了。

至于说“死抱住两法不放”如果是指我们的审判活动必须坚持贯彻执行《刑法》和《刑事诉讼法》，依法办事，那是无可非议的。反之，如果借此批评司法干部，那是极其错误的。我们知道，建国以来法律虚无主义和要人治不要法治的左倾思想在司法界影响是很大的，因为这些思想没有及时得到清理，有些同志习惯于以言代法，不懂得在我国为实现四个现代化的新时期，要以法治国，不加强社会主义法制，就

不能发扬社会主义民主，调动各方面的积极性。江华院长在五届人大三次会议发言中讲过：“严格依法办事，必须坚持人民法院独立进行审判，只服从法律，这是社会主义法制的一项重要原则。”“必须坚决反对任何外来的干涉，反对依言不依法的违法现象。”我们认为这就是最好的回答。

我们再说一句，为了保证安定团结的政治局面，加强社会主义法制，我们学习法律，运用法律，钻研法律，严格依照法律办事，是无可非议的，是应该这样做的。

打死抢劫犯，为什么还要负刑事责任？

编辑同志：

我有一位朋友，一天晚上，在回家的途中，被一个抢劫犯按翻在地，要抢手表，这时我的朋友随即从地上抓起一块砖头砸在该犯头上，因落手过重，把该犯砸死。人民法院确认这是防卫过当，要负刑事责任。我有些想不通，这是，“好人打坏人，打死活该！”为什么还要负刑事责任？

宋 华

宋华同志：

根据我国刑法第十七条规定，为了使公共利益、本人或者他人的人身和其他权利免受正在进行的不法侵害，对实施不法侵害人所采取的必要、正当的防卫行为，称正当防卫，不负刑事责任。必须指出：针对正在进行的不法行为采取防卫，必须具备几个要件：第一，防卫行为必须是为了使公共利益、本人或者他人的人身和其他权利免受不法侵害。第二，防卫行为只能对不法侵害者本人实行，而不能采取加害第三者的办法实行防卫。上述二点，你的那位朋友的行为显然

是符合的。但正当防卫同时还要求防卫行为不能超过必要的限度而造成不应有的损害。你的这位朋友因落手过重，把该犯打死了，这显然是超过了必要的限度。人民法院确认他防卫过当，应负刑事责任，无疑是正确的。你来信说这是“好人打坏人，打死活该”，这种看法是不够全面的。对犯罪分子抢手表激起义愤的心情是可以理解的，但是我们不能凭感情办事。正当防卫超过必要的限度，造成了不应有的损害，已具有社会危害性，同样应负一定的刑事责任。当然，由于这种过当的行为是在防卫过程中产生的，根据我国刑法的规定，在处刑上应当酌情减轻或者免除处罚。我国刑法这样规定，既是为了加强与犯罪作斗争，有利于保护国家和人民的利益，有利于维护社会秩序，维护社会主义法制，同时也是为了防止产生一些过火的行为，特别是防止某些人滥用正当防卫的权利来进行违法、犯罪的活动。

在实施某一犯罪行为时，又造成严重扰乱社会秩序的结果，是否适用数罪并罚？

编辑同志：

我是一个从事司法工作不久的审判人员，最近在我们办案过程中，经常遇到一些流氓活动罪、神汉、巫婆造谣诈骗罪和组织运送他人偷越国（边）境罪等案件，这些犯罪分子虽然实施了一种犯罪行为，触犯了我国刑法分则规定的某一具体犯罪条款，但往往由于作案牵涉面广，情节恶劣，造成了严重扰乱社会秩序的结果，也符合我国刑法第一百五十八条扰乱社会秩序罪所规定的犯罪特征。我们在讨论处理这类案

件时，往往出现二种截然不同的意见。一种意见认为属于一个犯罪行为，应以一罪论；另一种意见则认为，触犯了刑法分则二个具体犯罪条款，应以二罪并罚论处。双方争执不下，至今仍未取得一致。特求教，请解答。

欧 强

欧强同志：

来信询问的问题是当前司法实践部门在“两法”执行过程中碰到的普遍存在的问题之一。我国刑法中关于数罪并罚的规定，是为了加强同社会危害性较大的实施数罪的犯罪分子作斗争。因此，正确分清一罪与数罪是准确有效地适用数罪并罚规定的必要前提。在司法实践中，有些犯罪案件，一罪与数罪的界限是比较明显的，如某农场有一青工，一天深夜在农村偏僻小路上，用暴力抢劫了一位过路老人的财物；隔一天晚上，又到农场附近的麦地里强奸了一位农村姑娘。在这个案件中，该犯罪分子以二个犯罪故意，实施了二个犯罪行为，触犯了我国刑法分则规定的二个犯罪条款。对其适用数罪并罚是不会发生疑问的。可是，实际生活中发生的犯罪条件是异常复杂的，因此，在某些案件中，一罪与数罪的界限往往是不易划清的，这就给正确适用数罪并罚带来了一定的困难。来信询问的情况就是其中一例。在犯罪案件中，有些犯罪分子为了达到一个犯罪目的而实施某一犯罪行为过程中，他所选择的犯罪方法或所造成的犯罪结果又触犯了刑法分则规定的其他条款。这种情况在刑法理论中叫牵连犯。如为了诈骗公私财物而伪造国家企业证件和印章。在这里，诈骗犯所采用的犯罪方法又触犯了我国刑法第一百六十七条规定的伪造证件、印章罪的条款。你来信提到的有些情节严重的流氓活动罪、神汉、巫婆造谣诈骗罪和组织运送他人偷越国（边）

境罪等，其犯罪的结果往往又严重地扰乱了社会秩序，致使工作、生产无法进行，国家和社会遭受严重损失，完全符合我国刑法第一百五十八条的规定。对触犯二个刑法分则具体犯罪条款的牵连犯，因犯罪分子直接追求的只是一个犯罪目的，是围绕一个犯罪目标而实施的犯罪行为。故应按一罪论处为宜。当然对犯罪分子所采用的危害社会的作案方法和所造成的严重结果，我们司法机关在量刑时应当酌情给以从重处罚。

流氓斗殴致人重伤是否适用数罪并罚？

编辑同志：

我庭最近审理一件流氓聚众斗殴致人重伤的案件，检察院指控被告犯了聚众斗殴和故意伤害两罪，我庭讨论意见不一，有认为应按数罪并罚论处；有认为属于牵连犯不作两罪。究竟怎样认定为当？请答。

为民

为民同志：

我国刑法第六十四条至六十六条具体规定了数罪并罚的不同情况和处理原则。

什么是数罪并罚？数罪并罚就是对判决宣告以前，一人犯数罪或者在刑罚执行中服刑的犯罪分子又犯新罪，人民法院对他所犯的数罪，分别定罪量刑，按照一定的原则，决定执行的刑罚。也就是对一人犯数罪的合并处理。你来信讲的被告因流氓斗殴致人重伤，是否适用数罪并罚？我们认为被告出于直接追求一个犯罪目的，而犯罪的方法或结果又触犯其他罪名的，属于牵连犯。流氓聚众斗殴，他们所追求直接

犯罪的目的，就是斗殴，所侵害的犯罪客体，触犯了刑法第一百六十条流氓聚众斗殴罪；斗殴的结果，造成对方重伤，又触犯了刑法第一百三十四条故意伤害罪。也就是说，重伤是斗殴的直接结果，这个结果，也是被告所希望发生的。因此，被告犯罪目的是一个，而其犯罪的结果，触犯了两个罪名。对于这种犯一罪而其方法或结果又触犯了别的罪名的牵连犯，在定罪量刑时，不应按数罪并罚论处，而应就一个最重的罪从重判处为妥。

同一罪名，多次作案，是否适用数罪并罚？

编辑同志：

我们法院在审理刑事案件中，有不少是属于数次实施犯罪行为的案件。对这类犯罪是否适用数罪并罚，大家有不同的看法。通常对数次犯不同种类罪的适用数罪并罚，意见比较统一。而对数次犯同种类罪的是否适用数罪并罚，意见分歧很大。法学报刊上对这一问题的解答也不尽一致，对这种案件，究竟如何处理适当，希望能听听你们的意见。

黄晓毅

黄晓毅同志：

来信询问对数次犯同种类罪的是否适用数罪并罚，这是刑事立法与刑法理论上长期有争议的问题之一。有不少国家的刑事立法中明确规定数罪并罚只适用于“犯有刑法分则不同条文所规定的二个以上的罪行。”我国刑法对此虽然没有作明文规定，但从我国刑法规定的有关内容和司法机关的审判实践来看，对数次犯同种类罪的，通常以一罪从重论处为宜，不需适用数罪并罚。这是因为：

(一)我国刑法分则条款，是采用相对确定法定刑，量刑幅度伸缩范围较大，这就使审判人员能根据犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度，依法选择适当的刑罚。同时对数次犯同种类罪的，可以在法律规定的量刑幅度范围内，酌情予以从重处罚。

(二)我国刑法分则条款中，还制订了不少条款，专门规定了“惯犯”、“常业犯”和“一贯”进行某种犯罪行为的刑事责任，刑法第一五二条专门规定了“惯窃、惯骗”的刑事责任。刑法第一一八条专门规定了“以走私、投机倒把为常业”的刑事责任。刑法第一七一条第二款专门规定了“一贯”或大量制造、贩卖、运输毒品的刑事责任。这些专门条款规定的较重的法定刑，能够有效地惩罚多次犯同种类罪中的“惯犯”、“常业犯”等犯罪分子。当然多次犯同种类罪的犯罪分子并不全是惯犯、常业犯。但惯犯、常业犯一定是属于多次犯同种类罪的人。

(三)我国刑法分则不少条款，还对各种具体犯罪行为中的“情节严重”或“情节特别严重”另行规定了法定刑，以资区别对待。如刑法第一二四条规定：“以营利为目的，伪造车票、船票、邮票、税票、货票的，处二年以下有期徒刑、拘役或者罚金；情节严重的，处二年以上七年以下有期徒刑，可以并处罚金。”可见对“情节严重”另行规定较重的法定刑，对多次犯同种类罪的情节严重的犯罪分子，实际上已经起到数罪并罚的作用。

(四)对数次犯同种类罪以一罪论处，把多次实施同种类罪的犯罪事实，看作一个犯罪不可分割的整体，它有助于全面揭示犯罪的社会危害性，彻底暴露犯罪分子的罪恶全貌，为审判人员正确定罪量刑提供了条件。如刑法第一五一条规