



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



作者 付英 王丰

经济科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

司法疑难解答. 7~8 / 作者付英, 王丰. —北京:
经济科学出版社, 2005. 8
(葵花宝典)
ISBN 7-5058-5159-4

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 (2005) 第 103357 号

责任编辑: 刘殿和
技术编辑: 董永亭

司法疑难解答 (7~8)

作者 付英 王丰

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](http://www.esp.com.cn)

电子邮件: [esp@ esp. com. cn](mailto:esp@esp.com.cn)

化学工业出版社印刷厂印装

787×1092 32 开 6 印张 300000 字

2005 年 8 月第一版 2005 年 8 月第一次印刷

印数: 0001—5000 册

ISBN 7-5058-5159-4/D·180 定价: 30.00 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》主要是根据参加司法考试的考生以及在司法实践第一线的律师、检察官、法官、公安人员的提问所进行的解答，大都已经在《人民法院报》、《检察日报》等刊物上刊登。

随着国家法治的进步，新的法律和司法解释层出不穷，准确应用这些法律条文的能力自然是每一个法律工作者所必备的。有鉴于此，本系列丛书每期都会根据出版之时最新公布的法律法规、两高（高检、高法）司法解释来剖析疑难问题，以案说法，以使读者掌握最新立法动态，提高分析案情的能力。

本系列丛书解答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以及在解决部门法之间、新法与旧法之间的冲突等方面，力求准确，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；内容突出司法实践的实务性、综合性，注重提高读者解决法律综合问题的能力，尤其注重司法实务，其目的在于指导读者快捷、有针对性地掌握最新法律、司法解释，共享解决司法现实问题的成果。

本系列丛书填补了此类图书的国内空白，是司法考试

考生、司法工作人员的必备参考用书，是关注法律人士的有力助手。

如果你在使用本丛书的过程中遇有疑难问题，可登录葵花法律论坛（www.khbd.com.cn），你的问题将会得到及时权威的解答。

付 英 王 丰

二〇〇五年七月

目录

民法篇

■专题 1: 宣告失踪、宣告死亡

257. 申请宣告死亡的最早日期是哪一天? ————— 001
258. 如何理解“判决宣告之日为被宣告人死亡的日期”? ——— 004
259. 妻子起诉要求离婚, 而失踪人所在单位申请宣告失踪人
死亡, 法院应如何处理? ————— 004
260. 死亡宣告撤销后, 原有婚姻关系自行恢复吗? ————— 006
261. 被宣告死亡后与他人结婚的行为构成重婚吗? 对在此期
间挣得的巨额财产, 其原配偶有继承权吗? ————— 008
262. 被宣告死亡后又与他人同居生子, 其财产应由谁来继承? — 011

■专题 2: 运输过程中发生旅客伤亡事故的责任承担

263. 承运人应承担哪些民事责任? 如何理解安全保障义务与
第三人侵权的有关问题? ————— 012
264. 坐正常行驶的车被违章的车撞伤, 应由谁赔? ————— 016
265. 坐车被抢劫砍成重伤, 运输公司无过错, 应找谁赔? ——— 019

■专题 3: 校园伤害事故的赔偿责任

266. 学生上体育课时受伤, 医疗费应由谁来支付? ————— 021
267. 父母离异的小孩在幼儿园打斗致同学受伤, 其父母及幼
儿园应如何分担责任? ————— 022

■专题4：区分直接结合与间接结合

268. 坐好友的车被撞伤，好友与汽车销售商构成共同侵权吗？

是两个过失的直接结合吗？受伤人有哪些救济方式？哪

种方式对其最有利？—— 026

269. 坐出租车被撞伤，应找谁赔？—— 033

270. 为躲避逆行的车跌到修路挖的坑里，车毁人伤，找谁赔？—— 034

■专题5：提供劳务人员人身损害赔偿

271. 义务帮工人在帮工过程中致人损害应如何承担民事责任？—— 037

272. 主动按惯例卸货遭受损害，货主应按雇佣关系进行赔偿吗？—— 041

■专题6：人身损害赔偿标准

273. 民事诉讼中因人身伤害而提起民事诉讼，可以要求哪些赔偿？在什么条件下法院能支持精神抚慰金？—— 047

274. 《人身损害赔偿解释》规定的赔偿标准与以前有何不同？—— 048

275. 根据《人身损害赔偿解释》，人身损害赔偿以一次性赔偿为原则，有哪些例外情形？—— 049

■专题7：见义勇为

276. 因见义勇为遭受人身损害的受害人，应找谁来承担责任？—— 050

■专题8：买卖合同及责任

277. 产品在试用期间被出售人转卖给他人，试用期满后，试用人也要购买该产品，如何处理？—— 052

278. 出卖人交付的标的物与样品相同，但样品有隐蔽瑕疵，买受人对此应如何主张权利？—— 059

商法篇

■专题：合伙企业与个人合伙

279. 合伙企业与合伙型联营企业有什么区别—— 060

280. 合伙企业负责人在诉讼中未经其他合伙人的同意, 放弃合伙企业的债权的行为是否有效? 对于个人合伙, 效力又当如何? ————— 061
281. 如何确定个人合伙的被告? ————— 061
282. 甲对合伙企业有债务, 但对合伙人之一有债权, 则该合伙人能否主动承担该债务来消灭三方之间的债权债务关系? ————— 069
283. 如何理解《合伙企业法》所称的善意取得? ————— 069

经济法篇

■专题 1: 个人所得税的征税范围

284. 对烈属所受的捐赠以及代领的奖金, 应如何交纳个人所得税? ————— 070
285. 恢复利息所得税后, 对红利、股息和股票转让所得是否都应征收个人所得税? ————— 072
286. 购买彩票中奖, 应如何交纳个人所得税? ————— 074
287. 对个人独资企业和合伙企业是收企业所得税还是个人所得税? ————— 075

■专题 2: 产品质量纠纷

288. 一般伤害的诉讼时效是 1 年, 而《产品质量法》中的“因产品存在缺陷造成损害要求赔偿的诉讼时效期间为两年”, 具体应如何适用? ————— 076
289. 因产品质量引发的损害赔偿, 生产者和销售者承担的民事责任是连带责任吗? ————— 077

刑法篇

■专题 1: 案例分析 2005 年 6 月 8 日最高人民法院发布的《关于抢

劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》

290. 被杀的对象又求饶又送钱，行为人拿钱而去，如何认定？—— 078
291. 强奸他人后取走财物，应如何定罪处罚？—— 079
292. 杀人后取走财物，应如何定罪处罚？—— 080
293. 如何判断抢劫罪的法定加重情节？—— 081
294. 在不明知的情况下，抢劫、强奸了自己的妻子，如何认定？—— 082
295. 在同一地点连续对途经此地的多人进行抢劫，属于抢劫罪的加重情节吗？—— 086
296. 如何正确判断转化型抢劫？—— 087
297. 以自己所输赌资作为抢劫对象，构成抢劫罪吗？为不受伤害，将抢劫的人打成重伤，属于正当防卫吗？—— 088
298. “黑吃黑”中有正当防卫吗？—— 089
299. 如何正确判断利用机动车夺取财物，定抢劫罪还是抢夺罪？—— 089
300. 如何认定“携带凶器抢夺”？—— 091
301. 抢劫信用卡并使用的，构成抢劫罪还是信用卡诈骗罪？—— 092
302. 抢劫财物后，又把财物返还给受害人，何罪？—— 093
303. 入户盗窃，被他人发现，又实施伤害、强奸等行为，如何定罪处罚？—— 093
304. 冒充警察以抓嫖为名，胁迫奸淫多名妇女的，如何定罪处罚？—— 095
305. 强行使用假币的，如何定罪处罚？—— 098
306. 如何正确认定绑架罪、拐卖儿童罪、抢劫罪的？—— 099
307. 为要回自己的债权而砍伤他人强行取走财物的，应如何定罪处罚？如果是以限制人身自由逼债务人还债的，又应如何认定？—— 101

308. 如何正确区分绑架罪、抢劫罪、非法拘禁罪、敲诈勒索罪? ————— 103

309. 无业游民寻衅滋事, 可能构成哪些犯罪? ————— 106

310. 如何认定抢走他人汽车后又送回公安局的行为? ————— 107

■专题 2: 交通肇事罪

311. 出租车在厂区肇事可否构成交通肇事罪? ————— 108

312. 驾车时突发心脏病, 导致方向盘失控撞死了人属于意外事件还是交通肇事? ————— 109

313. 单位主管人员、机动车辆所有人或机动车辆承包人指示、强令他人违章驾驶造成重大交通事故, 被指示、强令的人有罪吗? ————— 110

314. 驾驶非机动车辆能否按交通肇事罪处理? ————— 110

315. 如何正确区分交通肇事罪与故意杀人罪、破坏交通工具罪? ————— 112

316. 如何正确对交通肇事罪进行认定? 对交通肇事后逃逸应如何处理? ————— 115

317. 交通肇事罪在何种情况下为结果加重犯? 何种情况形成转化犯? 何种情况下构成并罚? ————— 123

318. 交通肇事罪必须是驾驶交通工具吗? 如果是行人肇事, 造成严重后果, 应如何认定? ————— 124

■专题 3: 故意犯罪形态的判断

319. 如何确定危险犯的既遂与未遂? ————— 124

320. 实施杀人行为后, 拨打 120 叫来救护车把受害人救活, 可以认为构成犯罪中止吗? ————— 127

321. 因恐惧他人有性病而放弃拐卖, 是犯罪中止还是未遂? — 128

322. 绑架后又主动释放的, 构成犯罪中止吗? ————— 130

323. 携工具来到千年古树下或已上树, 准备盗伐时被抓住,

应属犯罪预备还是未遂? ————— 131

■专题4: 主观罪过

324. 甲意图杀死乙, 却将丙杀死, 甲对丙死亡所持的心理态度是直接故意、间接故意还是过失? 对于乙, 甲是否构成杀人未遂? ————— 131

325. 如何理解刑法理论上的对象认识错误? 是意外事件还是故意犯罪? ————— 132

326. 如何区分疏忽大意的过失与过于自信的过失? ————— 133

■专题5: 犯罪主体

327. 单位可以成为盗窃罪的主体吗? ————— 134

328. 问: 如何区分国家工作人员与国家机关工作人员? ————— 136

行政篇

■专题: 国家赔偿

329. 对被告人经审判监督程序改判无罪前的哪些情形, 国家不承担赔偿责任? ————— 137

330. 什么叫赔偿义务机关后置确定原则? 如何理解《国家赔偿法》第19条第1款的规定? ————— 138

331. 一审法院判决有罪, 二审法院发回重审后, 原审法院退回补充侦查, 检察院作出不起诉决定, 赔偿义务机关是谁? ————— 139

332. 公安局错误拘留、检察院错误批捕、一审法院错判, 最后无罪, 赔偿义务机关是谁? ————— 140

333. 被拘留、逮捕后又被决定不起诉的, 应由谁来赔偿? ————— 141

334. 国家赔偿权利人死亡, 如何处理赔偿事宜? ————— 142

335. 土地管理局违法办理抵押登记, 应如何赔偿受到损害的相对人? ————— 143

336. 哪些情形下, 赔偿义务机关拒不确认致害行为违法, 可以直接向法院提起行政赔偿诉讼? ————— 145
337. 警察职务行为致他人死亡, 如何处理赔偿事宜? ————— 150
338. 刑事赔偿的范围如何确定? ————— 152
339. 哪些国家侵权行为可以适用消除影响、恢复名誉、赔礼道歉的责任方式? ————— 154

刑事诉讼篇

340. 刑事案件终审判决和裁定何时发生法律效力? ————— 158
341. 刑事诉讼与民事诉讼回避申请人的范围是否相同? 刑事诉讼的其他诉讼代理人应如何向证人收集材料? ————— 158
342. 被告人对行为性质的辩解影响自首成立吗? ————— 159
343. 检察院在上诉、抗诉期限内应向哪一级法院提起抗诉? 提起抗诉的, 原检察院派员是否出席二审法庭? ————— 160
344. 是否所有国家工作人员的渎职犯罪案件都由人民检察院管辖? ————— 161
345. 可以提起附带民事诉讼的物质损失有哪些? ————— 163

民事诉讼篇

■专题 1: 民事诉讼管辖地的确定

346. 对拆迁补偿安置发生争议, 法院能否以民事案件受理? — 164
347. 银行储蓄卡密码被泄露导致存款被他人骗取引起的储蓄合同纠纷能否作为民事案件受理? ————— 165
348. 人民法院应否受理当事人申请承认外国法院出具的离婚证明书? ————— 165
349. 当事人向两个以上有管辖权的法院申请执行, 应如何处理? ————— 165

350. 承揽合同纠纷的管辖权应如何确定? ————— 166

351. 对环保管理行政部门就环境污染损害赔偿所作出的处理
决定不服的, 可以提起什么性质的诉讼? ————— 169

■专题 2: 共同被告、第三人

352. 一方当事人向对方提出的数个独立诉讼请求, 人民法院
可否将其合并审理? ————— 169

353. 是共同被告还是无独立请求权的第三人? ————— 171

■专题 3: 判决、裁定

354. 对哪几种裁定可以申请再审? ————— 174

355. 驳回起诉与驳回诉讼请求有什么不同? ————— 175

356. 根据民事案件的原告起诉时提供的被告住址无法送达,
应如何处理? ————— 176

357. 提审或再审中发现一审或二审程序违法, 应如何处理? — 176

358. 裁定可以采用口头形式吗? 不予受理的裁定可以采用口
头形式吗? ————— 179

民法篇

■专题 1：宣告失踪、宣告死亡

257. 1995 年 6 月 17 日甲所乘的客轮触礁沉没，生死不明。如果甲的利害关系人申请宣告甲死亡，最早应是哪一天才能向法院提出申请，现有以下四种不同的意见。现问：哪种意见正确？

意见一：最早应在 1997 年 6 月 17 日才能向法院提出申请

意见二：最早应在 1997 年 6 月 18 日才能向法院提出申请

意见三：最早应在 1999 年 6 月 17 日才能向法院提出申请

意见四：最早应在 1999 年 6 月 18 日才能向法院提出申请

答：很多人认为最早应在 1997 年 6 月 17 日才能向法院提出申请。理由是：根据《民法通则》第 23 条的规定，因意外事故下落不明，从事故发生之日起满两年的就可申请宣告该公民死亡，而不是从事故发生之次日起计算满两年才可申请宣告公民死亡。所以，只有意见一是正确的；意见二是从事故发生之次日起计算满两年的时间，不符合本问要求，应予排除。另外，《民法通则》第 154 条规定的“规定按照日、月、年计算期间的，开始的当天不算入，从下一天开始计算。”只是法律关于期间起算点的一般规定，当法律对此问题有特殊规定时（如《民法通则》第 23 条），应以法律的特殊规定为准。

上述观点是错误的，对于本问，正确的答案应是意见

二。具体分析如下：

(1) 1987年1月1日施行的《民法通则》第23条第1款规定：“公民有下列情形之一的，利害关系人可以向人民法院申请宣告他死亡：

(一) 下落不明满4年的；

(二) 因意外事故下落不明，从事故发生之日起满两年的。”

(2) 《民法通则》第154条规定：“民法所称的期间按照公历年、月、日、小时计算。

规定按照小时计算期间的，从规定时开始计算。规定按照日、月、年计算期间的，开始的当天不算入，从下一天开始计算。

期间的最后一天是星期日或者其他法定休假日的，以休假日的次日为期间的最后一天。

期间的最后一天的截止时间为24点。有业务时间的，到停止业务活动的时间截止。”

(3) 1991年4月9日施行的《民事诉讼法》第75条第2款规定：“期间以时、日、月、年计算。期间开始的时和日，不计算在期间内。”

(4) 1992年7月14日施行的《民诉意见》第79条规定：“依照民事诉讼法第75条第2款规定，民事诉讼中以日计算的各种期间均从次日起算。”

(5) 《民法通则》第155条规定：“民法所称的‘以上’、‘以下’、‘以内’、‘届满’，包括本数；所称的‘不满’、‘以外’，不包括本数。”

综上所述，在正常情况下，该自然人下落不明的事实状态需满4年，从该自然人失去音讯之次日起持续时间届满4年。在意外事故的情况下，该自然人下落不明的事实

状态需满两年，即从该自然人失去音讯之次日起持续时间届满两年。

结合本问所给信息，问中的两年期间应至1997年6月17日的“24时”才算满两年，故在6月17日是不可能去提出申请的，最早也只能等到次日即6月18日。所以甲的利害关系人申请宣告甲死亡的最早日期应为1997年6月18日。也就是说，凡条文规定从某一天起算的，第一天不计算在内；条文规定从次日起算的，次日计算在内。

(6) 这里还涉及到一个法律优先适用的问题。

2000年7月1日施行的《立法法》第83条规定：“同一机关制定的法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章，特别规定与一般规定不一致的，适用特别规定；新的规定与旧的规定不一致的，适用新的规定。”

综上所述，如何正确计算期间、当事人最早应在哪一天才能向法院提出申请的问题是一个程序问题。在程序问题上，《民事诉讼法》是特别法，《民法通则》是一般法，当然应当优先适用《民事诉讼法》的规定。

从时间上来看，《民事诉讼法》的施行时间是1991年4月9日，而《民法通则》的施行时间是1987年1月1日，当然更应该优先适用《民事诉讼法》，更何况还有1992年7月14日施行的《民诉意见》第79条的规定。

另外，应当注意：

根据《民事诉讼法》第167条的规定，因意外事故下落不明，有关机关能证明其不可能生存的，不受4年或两年法定期间的限制。

根据《民通意见》第27条的规定，战争期间下落不明的，申请宣告死亡的期间是4年而非两年。

258. 甲于1995年2月1日失踪，其妻乙于1999年7月3日向法院申请宣告甲死亡，法院发出1年公告后于2000年8月4日判决，宣告甲死亡，判决书中称甲于1995年2月1日死亡。现问：依法甲的死亡日期应为哪一日？

答：应为1995年2月1日。宣告死亡是一种法律上的推定，而任何法律上的推定都是可以被反证所推翻的。

(1) 如果已有了确凿的死亡时间，应以自然死亡的时间为准；

(2) 如果没有确凿的自然死亡的时间，则应以宣告死亡的时间为准，即使知道不是被宣告死亡的那一天死的，仍应以宣告死亡的时间为准。

对于“判决宣告之日为被宣告人死亡的日期”，应作如下理解：

①如果宣告死亡的判决书中已经明确地确定其死亡日期的，以该确定为准；

②如果宣告死亡的判决书中没有明确地确定其死亡日期的，以判决本身宣告之日为其死亡的日期。

相关法律依据如下：

《民通意见》36条规定：“被宣告死亡的人，判决宣告之日为其死亡的日期。判决书除发给申请人外，还应当在被宣告死亡的人住所地和人民法院所在地公告。”

被宣告死亡和自然死亡的时间不一致的，被宣告死亡所引起的法律后果仍然有效，但自然死亡前实施的民事法律行为与被宣告死亡引起的法律后果相抵触的，则以其实施的民事法律行为为准。”

259. 1993年5月，甲因受单位行政处分而离家出走，