



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. 9~10 / 作者付英, 王丰. —北京:
经济科学出版社, 2005. 8

(葵花宝典)

ISBN 7-5058-5160-8

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 (2005) 第 103758 号

责任编辑: 刘殿和

技术编辑: 董永亭

司法疑难解答 (9~10)

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 7-5058-5160-8/D·181 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，大都已经发表在《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：继承

468. 胎儿有继承权吗? ————— 001
469. 人死以后, 其继承人还承担他生前的债务吗? ————— 001
470. 16 周岁的人自立遗嘱和抛弃汽车的行为有效吗? ————— 002
471. 美籍华人在上海死亡, 因其遗产发生争议, 我国法院应
适用哪国法律进行审理? ————— 004
472. 法定继承人隐瞒死者遗赠的事实, 现受遗赠人死亡, 受
遗赠人的继承人可否主张对遗赠财产的权利? ————— 005
473. 遗赠人既未表示放弃也未表示接受遗赠, 在知道受遗赠
后两个月内, 且在遗产分割前死亡的, 是否发生转继承
呢? ————— 007
474. 农村土地的承包人在承包期内死亡的, 其继承人可否继
续承包? ————— 010

■专题 2：监护

475. 小孩的父亲已死, 其祖父母起诉请求撤销其母亲监护人的
资格, 法院应如何处理? ————— 011
476. 接受委托监护却因工作忙以致小孩惹祸, 该责任应由谁
来承担? ————— 013

■专题3：担保法

477. 在保证期间届满后，保证人在相关材料上签字或盖章的，是否意味其仍需承担保证责任？—— 015
478. 国有企业以各种不同的资产设定抵押的，效力如何？—— 015
479. 《担保法》与《担保法解释》的规定有矛盾的，应如何适用？—— 017
480. 《民通意见》与《担保法解释》的规定有矛盾，应如何适用？—— 018
481. “普通债权人”是否指的是未设定担保物权的人？—— 019
482. “当事人约定的或登记部门要求的担保期间，对担保物权的存续不具有法律约束力”指的是一种什么样的情况？—— 020
483. 《担保法》第70条的规定是否违反了担保物权的不可分性？—— 020
484. 在权利质权的内容中，有“依法可以转让的债权”一项指的是什么？—— 022
485. 如何理解“债权人的债权未届清偿期，其交付占有的标的物已届清偿期的，不能行使留置权。”—— 024
486. 如何理解“债权人将留置物返还给债务人后，即不可以以其留置权对抗第三人”？何为不当占有人？—— 025

■专题4：货运合同

487. 在单式联运合同履行过程中，因承运人的过错造成货损的，应由谁来担责？单式联运合同与多式联运合同的区别是什么？—— 026
488. 在货运合同中，托运人不履行债务，承运人能否行使留置权？—— 028

■专题5：不动产的所有权及风险的转移

489. 房屋均未办理过户手续，由此引发争议，该房屋到底应

- 归谁所有？如果该房屋被一场大火烧毁，该风险又应由谁来承担？—— 031
490. 如何处理一物二卖？—— 034

■专题 6：合同法的适用

491. 监护责任协议、遗赠扶养协议、联产承包协议、企业承包协议可以适用《合同法》吗？—— 036
492. 电话告知“我企业急需标号为 150 型号的水泥 100 吨，如贵厂有货，请速电话告知，我企业愿派人前往购买”是要约还是要约邀请？—— 040
493. 因绕道加油耽误了时间，又遭遇上班高峰期堵车，导致出租车司机未能按约将乘客送到指定地点，致使乘客遭受的巨大损失应由司机全部赔偿吗？—— 044
494. 幼儿交付财物，发生所有权转移吗？—— 046
495. 既然当事人约定了利息，借款人就要给付利息，为什么说借款合同是单务合同？—— 046
496. 租赁合同中承租人对租赁物的使用权是用益物权还是债权？—— 047
497. 委托合同应如何履行？对不当得利应如何处理？标的物毁损、灭失的风险应由谁来承担？—— 049

■专题 7：动物致人损害的赔偿责任

498. 饲养动物致人损害的几种不同情形下，应由谁来担责？—— 052
499. 鸡飞过院墙，将邻居家小孩的眼睛啄伤，应由谁来担责？—— 056
500. 两人各牵一头牛，一个明知自己的牛性子暴、另一个明知他人的牛性子暴，仍都坚持牵牛过桥，致一斗牛摔死，由谁担责？—— 057

■专题 8：精神损害赔偿

501. 侵权诉讼的判决生效后，单独提起精神损害赔偿诉讼的，

法院应否受理? ————— 058

502. 甲有一当街小院, 红星药业公司在甲外出旅游期间, 在该小院外墙上刷写了一条壮阳药的广告。甲 20 天后回家, 遭到周围邻居们的嘲笑, 甲气愤不已, 找到该公司董事长交涉。现问: 对该案应如何处理? 甲是否可以要求该公司为其恢复名誉, 并赔偿精神损失? ————— 060

503. 金婚活动的惟一——盘录像带被毁, 可否请求精神损害赔偿? ————— 063

商法篇

■专题: 破产

504. 破产程序中, 债权人、债务人在何种情况下不得行使破产抵消权? ————— 065

505. 共益债务包括破产费用吗? 共益债务优先于有担保的破产债权吗? ————— 066

506. 对宣告破产后仍未履行的合同, 应如何处理? ————— 067

507. 清算组因履行清算职责对他人侵权、违约, 应由哪个法院管辖? ————— 069

刑法篇

■专题 1: 挪用公款罪、私分国有资产罪、私分罚没财物罪、巨额财产来源不明罪

508. 挪用公款罪的追诉时效应如何计算? ————— 070

509. 国家机关工作人员与国家工作人员是一回事吗? ————— 071

510. 未在其中牟取个人利益, 而以单位名义挪用资金借贷给其他单位以致血本无归, 应如何定罪处罚? ————— 071

511. 私自挪用特定款物借给好友进行营利活动, 应如何定罪

- 处罚？如何区分挪用公款罪与挪用特定款物罪？—— 077
512. 厂长为了单位利益，经集体研究决定把单位公款借给税务局局长的弟弟做生意，厂长的行为构成挪用公款罪吗？—— 079
513. 开始挪用公款时只是想利用挪用得到一定收益，并非不还，投案以后却表示不想退还，对该行为应如何认定？—— 080
514. 为归还个人欠债，将公司设备入库后，不制作入库单，自行出卖，并将所卖设备款用于归还了自己的欠债，对该行为应认定为贪污罪还是挪用公款罪？—— 082
515. 如何认定巨额财产来源不明罪？—— 083
516. 如何区分挪用公款罪、私分国有资产罪、私分罚没财物罪？—— 084
517. 如何区分介绍贿赂罪与行贿、受贿共犯？—— 086
518. 如何区分私分国有资产罪与贪污罪？—— 089
- 专题 2：徇私枉法罪共犯**
519. 如何区分徇私枉法罪与帮助毁灭、伪造证据罪？司法工作人员徇私枉法，同时又构成受贿罪的，应如何定罪处罚？—— 091
- 专题 3：侵犯公民人身权利、民主权利罪**
520. 与他人争吵推倒受害人，以为其死亡，结果是藏尸行为致人死亡的，如何定罪处罚？—— 094
521. 砍断他人腿后，发现是假腿，应如何定罪处罚？—— 096
522. 如何认定不知对方是幼女而发生性关系的行为？—— 097
523. 如何区分侮辱罪与强制猥亵、侮辱妇女罪？—— 097
524. 诬告他人嫖娼，应如何定性？如何区分诬告陷害罪、报复陷害罪与诽谤罪？—— 099
- 专题 4：拐卖妇女罪与收买被拐卖的妇女罪**
525. 如何看待先收买再拐卖妇女过程中的非法拘禁、强奸？—— 101
526. 拐卖妇女儿童罪中的拐卖行为中有侮辱行为的，侮辱行

为能否被拐卖行为包容？这是一罪还是数罪？—— 103

527. 行为人为收买被拐卖的妇女、儿童，事先与人贩子有约定，可能先付钱但没有参与其他行动，该行为人构成拐卖妇女、儿童罪的共犯吗？—— 103

528. 聚众阻碍解救被拐卖的妇女儿童，对首要分子和其他积极参加分子应如何定罪处罚？—— 105

■专题 5：侵犯财产罪

529. 从债务人家里偷出与自己债权等价的财物，构成犯罪吗？—— 106

530. 如何区分挪用特定款物罪、挪用公款罪、挪用资金罪以及职务侵占罪？—— 107

531. 如何认定强迫他人写欠条，以图欺骗法院作出对自己有利的判决的行为？何为诉讼欺诈？—— 107

532. 如何处理诈骗罪与保险诈骗罪的竞合？—— 109

■专题 6：区分盗窃罪、抢夺罪、诈骗罪的界限

533. 在他人无力制止的情况下，当面拿走他人财物，是盗窃还是抢夺？—— 111

534. 如何认定借他人手机，谎称信号不好而走出门外，乘机带着手机逃走的行为？借他人手机，乘人不备，带着手机逃走，又应如何认定？如何区分盗窃罪、抢夺罪与诈骗罪？—— 115

535. 谎称能把 10 元变成 100 元，将他人的钱“变”来“变”去变走了，应如何定罪处罚？如何区分盗窃罪与诈骗罪？—— 116

536. 将借给他人的财产偷偷拿回，又收受他人赔款的，应如何认定？—— 119

537. 如何认定坐出租车，乘司机下车上厕所，把车开走的行
为？—— 121

538. 如何为他人扛行李出火车站，乘验票之机拿着行李就跑

的行为? ————— 123

■专题 7: 区分盗窃罪与侵占罪的界限

539. 如何认定因紧急避险占有他人摩托车, 后撬开摩托车尾部工具箱, 将箱内财物据为己有的行为? ————— 124

540. 乘车误以为是他人遗忘物而提前下车拿走提包的行为, 构成盗窃罪还是侵占罪? 如何认定到游戏厅玩耍发现一手机, 拿起就跑的行为? ————— 128

■专题 8: 区分盗窃、侵占、职务侵占

541. 如何认定偷卖个体工商户财产的行为? 个体工商户具备刑法意义上的单位资格吗? ————— 131

542. 对国有企业临时工代企业收回货款不上交的行为, 应如何认定? ————— 134

行政篇

■专题 1: 行政诉讼的受案范围

543. 对行政机关协助法院执行的行为可以提起行政诉讼吗? ——— 140

544. 对工伤的认定不服, 可以申请复议或诉讼吗? ————— 140

545. 对医疗事故鉴定结论有异议的, 可以采取哪种救济途径? — 141

546. 行政诉讼法的受案范围只限于“侵犯人身权、财产权”的具体行政行为吗? ————— 142

547. 刑事司法行为属于行政诉讼的受案范围吗? ————— 146

548. 因调查行为引发的争议属于行政诉讼的受案范围吗? 哪些行为属于产生实际影响的行为? ————— 148

549. 因行政检查引发的争议属于行政诉讼的受案范围吗? ——— 149

550. 政府撤销结婚证的行为属于行政诉讼的受案范围吗? ——— 150

551. 对行政处分可以提起行政诉讼吗? ————— 151

552. 公安机关在他国护照上做不承认标记是国家行为还是具

体行政行为? ————— 152

■专题 2: 行政诉讼的管辖

553. 地方性法规设定行政复议前置程序的效力如何? ————— 156

554. 对经过复议的具体行政行为如何确定管辖? 专门法院对
行政案件有管辖权吗? ————— 158

■专题 3: 行政诉讼当事人

555. 行政相对人和行政相关人在诉讼中的法律地位是否相同? — 162

556. 什么情况下, 可以作为原告提起行政诉讼? ————— 162

557. 复议机关不作为, 当事人对原行政行为不服, 应以谁为
被告? ————— 164

558. 如何认识房地产管理部门对商品房预售合同的登记行为
性质? ————— 165

559. 行政相关人如何提起行政诉讼? ————— 167

560. 行政诉讼的第三人有权提出管辖权异议吗? ————— 169

刑事诉讼篇

■专题: 刑事诉讼的管辖

561. 已被判刑的罪犯脱逃后应由哪个法院管辖? ————— 173

562. 侵占香港人的财物, 应由哪个法院管辖? ————— 175

民事诉讼篇

■专题: 民事调解规定

563. 《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》第 13 条
的规定, 意味着签收生效这一规定的终结, 现问: 这种
说法正确吗? ————— 178

民法篇

■专题 1：继承

468. 根据《继承法》第 28 条的规定，遗产分割时应当保留胎儿的继承份额，这是否说明胎儿享有继承权？

答：胎儿没有继承权。具体分析如下：

《民法通则》第 9 条规定：“公民从出生时起到死亡时止，具有民事权利能力，依法享有民事权利，承担民事义务。”据此，自然人的民事权利始于出生，因胎儿尚未出生，故不享有民事权利。而继承权是民事权利之一，故胎儿不享有继承权。但基于胎儿即为婴儿的利益保护，《继承法》第 28 条规定：“遗产分割时，应当保留胎儿的继承份额。胎儿出生时是死体的，保留的份额按照法定继承办理。”

469. “债务人不仅不能针对某一民事主体而永久存在，也不能当然延续到债务人的继承人”这句话的意思是不是说我国民法否定继承人对被继承人的任何债务？

答：我国民法采限定继承的原则，继承人对被继承人的债务仅在继承财产的范围内承担责任。继承人可以放弃继承，从而不承担被继承人的债务。依据是：

《继承法》第 33 条规定：“继承遗产应当清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务，缴纳税款和清偿债务以他的遗产实际价值为限。超过遗产实际价值部分，继承人自愿偿还的不在其限。”

继承人放弃继承的，对被继承人依法应当缴纳的税款和债务可以不负偿还责任。”

470. 甲年满 16 周岁，已工作，月收入 1000 元，现与其兄乙共同生活。现问：

(1) 如果甲自立遗嘱一份，该行为是否有效？

(2) 如果甲将其继承祖父的一辆价值 30 万元的汽车抛弃，该行为是否有效？

答：甲的两个行为均为无效。具体分析如下：

(1) 对于“甲立遗嘱的行为”，我们这样来理解：

①1985 年 10 月 1 日施行的《继承法》第 22 条第 1 款规定：“无行为能力人或者限制行为能力人所立的遗嘱无效。”

1985 年 9 月 11 日施行的《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》（简称《继承意见》）规定：“第六届全国人民代表大会第三次会议通过的《中华人民共和国继承法》，是我国公民处理继承问题的准则，是人民法院正确、及时审理继承案件的依据。人民法院贯彻执行《继承法》，要根据社会主义的法制原则，坚持继承权男女平等，贯彻互相扶助和权利义务相一致的精神，依法保护公民的私有财产的继承权。……”

据此，得出这一结论，《继承法》是特别法，根据该特别法的强制性规定，当事人必须“是完全行为能力人”（即必须年满 18 周岁），否则其所立遗嘱无效。

②1986 年 7 月 1 日施行的《民法通则》第 11 条第 2 款规定：“16 周岁以上不满 18 周岁的公民，以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全民事行为能力人。”

据此，得出一结论，施行时间在后的《民法通则》相对施行时间在前《继承法》是新法。

③2000 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。”

据此，法律冲突适用的规则为：特别法优于一般法与新法优于旧法。结合本问，同时涉及了两个规则的适用。

a. 所谓一般法，是指在一国范围内，对一般的人和事有效的法。

b. 所谓特别法，是指在一国的特定地区、特定期间或对特定事件、特定公民有效的法，如《继承法》。

④从纯抠条文字眼来讲，对于“甲立遗嘱的行为”，应优先适用“特别法优于一般法”的规则，按《继承法》来处理，即对未满18周岁的未成年人所立遗嘱的行为应认定为无效。

⑤从理论上讲，“视为完全民事行为能力人”与“完全民事行为能力人”还是有区别的，不然也不会有1988年12月6日施行的《民通意见》第2条规定：“16周岁以上不满18周岁的公民，能够以自己的劳动取得收入，并能维持当地群众一般生活水平的，可以认定为以自己的劳动收入为主要生活来源的完全民事行为能力人。”该解释是对《民法通则》第11条的补充，其中用的是“可以认定为”的字样，既然是“可以”，也就有“不可以”的情形存在。

立遗嘱，是对自己死后的安排，毫无疑问是重大行为（虽然没有明确的法律依据），应慎重处理，故在这个问题上，不应认定“16周岁以上不满18周岁的公民”为“完全民事行为能力人”。

（2）同理，对于“甲将其继承祖父的一辆价值30万元的汽车抛弃的行为”，因甲毕竟未满18周岁，是未成年人，

其抛弃价值 30 万元汽车的行为属重大行为无疑，可能损害其利益，实践中一般也认为是无效行为。

471. 甲系已取得美国国籍且在纽约有住所的华人，2005 年 6 月回中国探亲期间病故于上海，未留遗嘱。甲在上海遗有 1 栋别墅和 200 万元人民币的存款，在美国纽约遗有 2 套公寓房、5 家商店、6 辆汽车、若干存款。甲在纽约没有亲属，其上海的亲属因继承甲遗产发生争议，诉至上海某人民法院。根据国家私法的规则，对我国法院应适用哪些法律审理这一案件有以下几种意见，现问：哪种意见正确？

意见一：在纽约州的财产适用纽约州法律

意见二：在上海的财产适用中国法律

意见三：遗产中的动产适用纽约州法律

意见四：遗产中的不动产适用不动产所在地法律。

答：意见一、三、四正确，意见二错误。具体分析如下：

我国的法定继承实行区别制，即将遗产区分为动产和不动产，分别适用不同的法律。

1985 年 4 月 10 日通过的《继承法》第 36 条第 1 款规定：“中国公民继承在中华人民共和国境外的遗产或者继承在中华人民共和国境内的外国人的遗产，动产适用被继承人住所地法律，不动产适用不动产所在地法律。”

1986 年《民法通则》第 149 条对上述条文作了进一步的规定：“遗产的法定继承，动产适用被继承人死亡时住所地法律，不动产适用不动产所在地法律。”

结合本问题干所给信息：

(1) 甲是美籍华人，表明主体是外国人，同时作为继