

司法考试疑难问题百问解答（五）PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/479/2021_2022__E5_8F_B8_E6_B3_95_E8_80_83_E8_c36_479972.htm

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76：如何判断个体工商户的债务属于个人债务还是家庭债务？

问77：丙是否有权请求乙偿还甲所欠的债务？

答76：民法通则第二十九条规定：“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：投入个体工商户的财产是个人财产还是家庭财产；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。

答77：婚姻法第十九条第三款规定：“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

) 第十八条规定：“婚姻法第十九条所称‘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，本题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。

问 7 8：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。根据合同法第一百四十二条、第一百三十三条、民法通则第七十二条规定，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。

问 7 9：甲、乙为夫妻，均为白领，有一子丙（8岁）。甲、乙离婚后，丙由乙抚养，与乙共同生活。寒假期间，甲将丙接回共同生活 15 天，其间，丙将丁打伤，丁花去医疗费 1 万元，请问：应由谁来承担赔偿责任？答：应由甲承担赔偿责任。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 158 条规定：“夫妻离婚后，未成年子女侵害他人权益的，同该子女共同生活的一方应当承担民事责任；如果独立承担民事责任确有困难的，可以责令未与该子女共同生活的一方共同承担民事责任。”本题中“甲将丙接回共同生活 15 天”，即丙处于甲的照管之下，视为共同生活。根据题干中“均为白领”，可推知甲、乙均不属“一

方因生活困难，另一方给予适当补偿”的情形。据此，应由甲承担赔偿责任。问80：某大学对严重违反校纪、非法同居的大学生甲、乙予以勒令退学处分，并将处分决定以内部文件形式传达到校属有关单位。师生们对此议论纷纷。请问：对该大学的行为应如何定性？答：该大学的行为是行使教育管理权的正当行为，不构成侵权。原因在于构成侵害名誉权须具备三个要件：一是行为人实施了侮辱、诽谤等行为，并指向特定人；二是该侮辱、诽谤等行为为第三人所知悉；三是行为人具有过错。本题中某大学无侮辱、诽谤的行为，也无过错，故不构成侵权。问81：在多式联运合同中，当所运货物毁损时，收货方应向谁主张赔偿责任，是承运方还是发货方？答：收货方可基于合同的相对性，向发货方提起违约之诉，要求发货方赔偿损失；也可基于财产所有权受损，向承运人提起侵权之诉，要求承运人赔偿损失。问82：甲在乘火车时被从窗外飞进来的石头砸伤，列车员和列车长对此不闻不问。请问：甲的损失应由谁来承担？答：甲的损失应由承运人来承担。依据是：合同法第三百零一条规定：“承运人在运输过程中，应当尽力救助患有急病、分娩、遇险的旅客。”合同法第三百零二条第一款规定：“承运人应当对运输过程中旅客的伤亡承担损害赔偿责任，但伤亡是旅客自身健康原因造成的或者承运人证明伤亡是旅客故意、重大过失造成的除外。”据此，承运人对旅客伤亡承担无过错责任，只有两个免责情形：一是旅客自身健康原因；二是旅客故意、重大过失所造成的，但对此须由承运人承担证明责任。问83：当留置权、抵押权、质权并存时，实现权利的顺序是什么？答：根据最高人民法院《关于适用 中华人民

《中华人民共和国担保法 若干问题的解释》第七十九条的规定，留置权、抵押权、质权并存时实现权利的法定先后顺序：留置权优于 法定登记的抵押权优于 质权优于 非法定登记的抵押权。应当注意：非法定登记的抵押权，即约定的抵押权不得对抗质权。

问 8 4：诉讼时效期间届满，权利人丧失胜诉权，但向法院起诉时，法院仍予以受理。请问：对此应如何理解？答：诉讼时效期间届满，法院就不能再依诉讼程序强制义务人履行债务。也就是说，期间届满以后，权利人丧失了胜诉权，即依公力救济的权利，但实体权和起诉权并不丧失。当事人向人民法院起诉的，只要符合民事诉讼法关于起诉的规定，人民法院就应当立案受理，因为只有受理，才能查明时效期间是否届满，是否存在能够引起诉讼时效中止、中断的法定事由，是否有可以延长时效期间的正当理由等。

问 8 5：“共同共有人享有分割共有财产的请求权”、“共同共有人对于其他共有人出售的共有财产有优先购买权”这两句话正确吗？答：都不正确。理由如下：共同共有主要是基于共同关系而形成的，共同共有人不能像按份共有人那样可以自由转让自己的潜在份额。在共同关系存续期间，各共有人不得请求分割共有物。只有在共同共有关系终止时，方可按照最高人民法院《关于贯彻执行 中华人民共和国民法通则 若干问题的解释》（试行）第 9 0 条规定的对共有财产进行分割。根据最高人民法院《关于贯彻执行 中华人民共和国民法通则 若干问题的解释》（试行）第 9 2 条的规定，共同共有人对于其他共有人出售的共有财产有优先购买权的前提是：出卖的财产与其他原共有人分得的财产属于一个整体或者配套使用。如果未满足这个前提，则不享有优先

购买权。问 8 6：甲已满 18 周岁，在校大学生，无经济来源。（1）如果甲在校期间向乙借款 6 万元，后无力返还，则应由谁来返还该笔款？（2）如果甲在校期间打伤乙，乙为治伤花去医疗费 5 0 0 0 元，则此费用由谁承担？答：（1）应由甲自己承担责任。民法通则第十一条第一款规定：“十八周岁以上的公民是成年人，具有完全民事行为能力，可以独立进行民事活动，是完全民事行为能力人。”据此，本题中的甲是完全民事行为能力人，对其违约的行为，应由其自己承担责任。（2）应由甲的原监护人先行垫付。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 1 6 1 条规定：“侵权行为发生时行为人不满十八周岁，在诉讼时已满十八周岁，并有经济能力的，应当承担民事责任；行为人没有经济能力的，应当由原监护人承担民事责任。行为人致人损害时年满十八周岁的，应当由本人承担民事责任；没有经济收入的，由扶养人垫付；垫付有困难的，也可以判决或者调解延期给付。”据此，对已成年却无生活来源者的行为，由其父母垫付的情况只有一种，即侵权行为。问 8 7：承租人未经出租人同意而转租，是否属于无权处分？答：民法意义上的无权处分，是指非所有权人将他人的财产所有权给处分了。本题中承租人未经出租人同意而转租，处分的是财产使用权而非所有权，不属无权处分。问 8 8：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》第五十三条规定“债权人仅起诉保证人的，除保证合同明确约定保证人承担连带责任的外，人民法院应当通知被保证人作为共同被告参加诉讼”，请问：对此是否可以理解为“对于连带保证合同，保

证人和债务人是不能成为共同诉讼人的”？答：上述理解不对。依据是最高人民法院《关于适用 中华人民共和国担保法 若干问题的解释》第一百二十六条规定：“连带责任保证的债权人可以将债务人或者保证人作为被告提起诉讼，也可以将债务人和保证人作为共同被告提起诉讼。”在保证合同中应列谁为被告，可通过以下例子来理解：甲从乙银行贷一笔款，丙作甲的保证人。贷款期限届满，甲不能归还到期贷款，此时乙银行如何实现自己的债权，取决于其如何提起诉讼。乙银行可以直接以甲和丙为共同被告提起诉讼；也可以直接以甲为被告提起诉讼。但如果乙银行直接以保证人丙为被告提起诉讼，此时是否应追加债务人甲为共同被告，取决于丙承担的是连带保证责任还是一般保证责任：如果丙承担的是连带保证责任，则不必追加甲为共同被告；如果丙承担的是一般保证责任，则应追加甲为共同被告。

问 8 9：最高人民法院《关于在经济审判工作中严格执行 中华人民共和国民事诉讼法 若干规定》第 6 条规定：“人民法院在审理国内经济纠纷案件中，如受诉人民法院对该案件没有管辖权，不能因对非争议标的物或者对争议标的物非主要部分采取诉前财产保全措施而取得该案件的管辖权。”请问，对此是否可以这样理解：对于经济纠纷案件，实施诉前财产保全的法院并不因此取得该案的管辖权（只有在对争议标的物或其非主要部分采取诉前财产保全时才能因此取得），而对于一般的民事案件，则因此而取得管辖权？答：上述理解不对。题中司法解释的第 6 条已被 1 9 9 8 年施行的最高人民法院《关于如何理解民诉意见第三十一条第二款的批复》所否定。根据该批复，利害关系人的合法权益面临紧急情况时，可

以向财产所在地法院申请诉前财产保全；但是，被保全财产所在地的法院与对此案有管辖权的法院可能是同一个法院，也可能不是同一个法院。在财产所在地法院采取诉前财产保全措施后15日内，申请人应当且只能向有管辖权的法院起诉；超过15日不起诉的，法院应当解除财产保全。应当注意：如果有管辖权的法院与采取诉前财产保全措施的法院不同，采取诉前财产保全措施的法院应当将财产保全裁定移送给受案法院，以防止法院利用诉前财产保全措施争管辖。

问90：权利人起诉后又自行撤诉，或因起诉不合法被法院驳回的，可否导致诉讼时效的中断？答：对于权利人起诉后又自行撤诉，或因起诉不合法被法院驳回的，其起诉是否发生中断的效果，法律对此没有明确的规定。目前主流观点认为：起诉已表明权利人行使权利这一事实，即使撤诉也仅是放弃公力救济，其所包含的请求意思并未因撤诉而撤销，故应视为与请求同样地发生中断时效的效果。

问91：下列哪些证据不能单独作为认定案件事实的证据？A．当事人李某的妻子袁某向法院作出的有利于李某的证言；B．原告陈某向法院提交的其采用偷录方法录下的用以证明被告刘某欠其5000元人民币的录音带，该录音带部分关键词的录音听不清楚；C．由未成年人所作出的各类证言；D．原告提出的字迹清晰的合同文书复印件，但该合同文书的原件已丢失，且被告不承认其与原告存在有该合同文书复印件所表述的法律关系。

答：本题中的A B D应选。A D两项应选的依据是，最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第六十九条规定：“下列证据不能单独作为认定案件事实的依据：（一）未成年人所作的与其年龄和智力状况不相当的证言；（

二)与一方当事人或者其代理人有利害关系的证人出具的证言；(三)存有疑点的视听资料；(四)无法与原件、原物核对的复印件、复制品；(五)无正当理由未出庭作证的证人证言。”B项应选的依据是，最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第六十八条规定：“以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得的证据，不能作为认定案件事实的依据。”B项表述中偷录的录音不属于本条规定的情形，是合法证据，但由于听不清楚，存有疑点，故属于第六十九条第(三)项规定的不能单独作为认定案件事实的依据。C项不选的依据是，最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第五十三条第二款规定：“待证事实与其年龄、智力状况或者精神健康状况相适应的无民事行为能力人和限制民事行为能力人，可以作为证人。”据此，对未成年人所作的证言，只要不是与其年龄和智力状况不相当的，就可以单独作为认定案件事实的证据，在这里C项表述因过于绝对，故不选。

问92：甲诉乙货款纠纷一案现已二审终结，但确有错误。请问：如果法院已裁定再审，检察院提起抗诉，法院应否受理？如果检察院提起抗诉后，法院再审维持原判的，检察院再次提出抗诉，法院应否受理？答：在法院已裁定再审后，检察院提起抗诉的，对该抗诉，法院不予受理。依据是《人民检察院民事行政抗诉案件办案规则》第六条。如果检察院提起抗诉后，法院再审维持原判的，检察院再次提出抗诉，法院是否受理，应依据最高人民法院《关于人民检察院提出抗诉按照审判监督程序再审维持原裁判的民事、经济、行政案件，人民检察院再次提出抗诉应否受理问题的批复》规定，具体情况具体分析：“上级人民检察院

对下级人民法院已经发生法律效力民事、经济、行政案件提出抗诉的，无论是同级人民法院再审还是指令下级人民法院再审，凡作出维持原裁判的判决、裁定后，原提出抗诉的人民检察院再次提出抗诉的，人民法院不予受理；原提出抗诉的人民检察院的上级人民检察院提出抗诉的，人民法院应当受理。”

问93：在行政诉讼中，第三人有权提出管辖权异议吗？答：行政诉讼中的第三人无权提出管辖权异议。在行政诉讼中人民法院的“应诉通知”只能是发给被告行政机关，故这里收到通知后提出管辖异议是被告专有的权利。第三人是在本诉已经开始但尚未审结的过程中，依申请或由人民法院通知参加诉讼（而非“应诉”）而参与进来的，其时因本诉已经开始，管辖权已经确定，故无权提出管辖异议。相关依据是最高人民法院《关于第三人能否对管辖权提出异议问题的批复》第一条和第二条。

问94：在行政诉讼中如果行政机关经合法传唤，拒不出庭，法院需要作出缺席判决的，被告提供的证据可否作为定案的依据？答：原则上不可以，但当事人在庭前交换证据中没有争议的证据除外。依据是最高人民法院《关于行政诉讼证据的若干规定》第三十六条。

问95：刑事诉讼法规定未成年人犯罪的案件不公开审理。请问：此处未成年被告人的年龄是指开庭审理时的年龄，还是犯罪时的年龄？答：是指开庭审理时的年龄。依据是最高人民法院《关于审理未成年人刑事案件的若干规定》第十一条规定：“对在开庭审理时不满十六周岁的未成年人刑事案件，一律不公开审理。对在开庭审理时不满十八周岁的未成年人刑事案件，一般也不公开审理。如果有必要公开审理的，必须经过本院院长批准，并且应限制旁听人数和范围”

。”问96：女孩甲，年方13岁，体态高大丰腴，因父母离异无人照管，常流连于舞厅酒吧。一日认识某派出所男干警乙，两人一见钟情，甲自称已满17周岁，正读高中三年级，家庭贫寒，乙遂允诺待甲高中毕业后愿供其读大学。某日，乙带甲到家中玩耍时经不住甲的诱惑与其发生性关系。请问：乙的行为构成犯罪吗？答：乙的行为不构成犯罪。依据是2003年1月24日施行的最高人民法院《关于行为人不明知是不满十四周岁的幼女双方自愿发生性关系是否构成强奸罪问题的批复》规定，即：“行为人明知是不满十四周岁的幼女而与其发生性关系，不论幼女是否自愿，均应依照刑法第二百三十六条第二款的规定，以强奸罪定罪处罚；行为人确实不知对方是不满十四周岁的幼女，双方自愿发生性关系，未造成严重后果，情节显著轻微的，不认为是犯罪。”

问97：一出租车司机在厂区接送客人，由于车速过快，将一人撞死，请问：该司机构成交通肇事罪吗？答：不构成。因为厂区内不属于公共交通管辖的范围，但该司机构成过失致人死亡罪。依据是2000年11月10日公布的最高人民法院《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第八条。

问98：有些书中提到如果行为人由于不知法而不能认识行为的社会危害性质和危害结果则排除故意的成立，但是我曾记得在司法实践中应是不得因不知法就认为其无犯罪故意。请问：对此应如何理解？答：行为人不知法是否就可认定其有无犯罪的故意，对此应具体情况具体分析。刑法上的认识错误有多种情形，一般可分为法律认识错误和事实认识错误。法律认识错误，即违法性错误，是指行为人在有意识地实施某种行为时，对自己的行为在法律

上是否构成犯罪、构成何罪或者应当受到怎样的处罚存在错误的认识，例如：假想的有罪、假想的无罪、对处罚的误解。对此的处理原则是：不免罪责。因为作为公民应当知道法律，不知法律不是一个可接受的辩解理由。事实认识错误，是指行为人主观上对决定其行为性质及刑事责任的有关事实情况的错误理解。其情形之一就是行为人对行为的性质认识错误。这是指行为人对其行为是否具有社会危害性存在错误理解，主要表现为行为违法，但行为人误认为合法，如假想防卫、假想避险等。对于这种情形不能定为故意犯罪，如果行为人有过失，认定为过失犯罪；无过失，则认定为无罪。

问 9 9：甲在境外购买了毒品、乙在境外购买了大量淫秽物品，然后，二人共谋共雇一条走私船回到内地，后被海关查获。请问：甲、乙二人构成共同犯罪吗？答：不构成共同犯罪。本题中的甲、乙两人在主观方面不具有共同的犯罪故意，一个是想走私毒品，一个是想走私淫秽物品；在客观方面，甲购买了毒品，乙购买了淫秽物品。“共谋共雇”只能说明两人事后知道对方是干什么的，一起商量雇船而已，并不能说明一起共谋后再分头去买了毒品、买了淫秽物品，再一起运输回内地。故甲、乙的犯罪行为虽然有一定的联系但却是各不相同的：甲的行为是走私毒品的犯罪行为，构成刑法第三百四十七条规定的走私毒品罪；乙的行为是走私淫秽物品的犯罪行为，构成刑法第一百五十二条规定的走私淫秽物品罪。综上所述，甲、乙两人之间不存在共犯关系，不构成共同犯罪。

问 1 0 0：现行刑法分则条文有哪几种绝对确定的单一的死刑？答：主要有：刑法第一百二十一条规定的劫持航空器而致人重伤、死亡或者使航空器遭受严重破坏的，

处死刑；刑法第二百三十九条第一款规定的犯绑架罪致使被绑架人死亡或者杀害被绑架人的，处死刑，并处没收财产；刑法第二百四十条规定的犯拐卖妇女、儿童罪，属于八种法定加重构成情形之一，情节特别严重的，处死刑，并处没收财产；刑法第三百一十七条第二款规定的犯暴动越狱罪、聚众持械劫狱罪的首要分子或者积极参加者，情节特别严重的，处死刑；刑法第三百八十三条规定的贪污罪、三百八十五条规定的受贿罪，个人贪污、受贿数额达十万元以上，情节特别严重的，处死刑，并处没收财产。应当注意：上述五种立法情形，应当遵循刑法第四十九条的规定：“犯罪的时候不满十八周岁的人和审判的时候怀孕的妇女，不适用死刑。”来源：人民法院报 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com