

司法考试疑难问题百问解答（四）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_479974.htm

问 6 0：1997年

4月5日，某百货公司致函某服装厂，欲订购1000套女式西装，并提供了规格、单价，询问是否同意。同月同日，

该服装厂也致函该百货公司，表示现有1000套女式西装，询问百货公司是否可以接受。双方收信后，均未给对方回

复。4个月后，该服装厂向该百货公司发货，百货公司拒绝收货、付款。请问：本案中百货公司拒绝收货、付款的原因

是什么？答：原因是百货公司与服装厂之间合同关系不成立。本题涉及到交叉要约的问题，所谓交叉要约，是指订约当

事人采取非直接对话的方式，相互不约而同地向对方发出了相同内容的要约。一般认为，从鼓励交易的角度出发，可以

认定双方已经达成了合意。但交叉要约能够成立合同，是以双方意思表示在内容上完全一致且意思表示已经到达了对方

为前提的，不能简单地认为凡交叉要约，合同就告成立。本题中当事人双方仅就标的物的规格、数量等达成一致，而对

标的物的其他实质性问题，如履行期限等未达成一致，不认为该合同成立，在双方之间不存在有效的合同，故百货公司

有权拒绝收货。问 6 1：“对于不需登记且未登记的抵押财产，抵押合同成立在前的应先清偿”这句话对吗？答：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》第七十六条规定：“同一财产向两个以上

债权人抵押的，当事人未办理抵押物登记，实现抵押权时，各抵押权人按照债权比例受偿。”问 6 2：黄某意图杀死

张某，当其得知张某当晚在单位值班室值班时，即放火将值班室烧毁，其结果却是将顶替张某值班的李某烧死。黄某对李某死亡所持的心理态度是什么？答：黄某对李某死亡所持的心理态度是直接故意。原因在于：本题中黄某意图杀死张某却烧死李某的情形，属于刑法理论上的对象认识错误。对象认识错误的情形之一是：误把甲对象当作乙对象加以侵害，而甲对象与乙对象所体现的社会关系是相同的。例如：甲欲杀乙，却因打击错误而将丙给打死，不影响甲构成故意杀人罪的既遂。这种误把体现相同社会关系的甲对象当作乙对象加以侵害的情形，不改变行为人的罪过形式（间接故意、直接故意等）。据此，本题中黄某对张某的行为所持的罪过是直接故意，故其对李某的死亡所持的罪过也是直接故意。

问63：“脱逃罪”、“偷越国（边）境罪”、“非法运输枪支、弹药、爆炸物罪”、“运输毒品罪”，哪些是继续犯，哪些是状态犯？答：（1）继续犯，也称持续犯，是指违法行为着手实施后，在停止之前持续地侵害同一客体的犯罪。非法拘禁罪，是典型的继续犯，如果一旦把被害人拘禁起来，犯罪就既遂了。但是如果行为人不释放被害人，即被害人仍然处在被剥夺自由的不法状态中，实际上非法拘禁的行为仍然在继续之中，也就意味着犯罪虽然既遂，但犯罪行为（非法拘禁）并未随着犯罪的既遂而结束，仍然在进行中。只有当不法状态解除（即释放被害人），犯罪行为（非法拘禁）才真正结束。常见的继续犯有：持有型犯罪。例如：非法持有毒品罪，非法持有枪支、弹药、爆炸物罪，非法持有假币罪、窝赃罪、窝藏毒品毒赃罪等；不作为的犯罪往往具有继续犯的特点。例如：遗弃罪、拒不执行判决、裁定

罪、逃避兵役罪； 其他侵犯人身自由的犯罪。例如：绑架罪、拐卖妇女、儿童罪。（2）状态犯，是指犯罪行为结束后，该行为对客体的侵害虽已结束，但行为所造成的不法状态仍然在持续的情形。状态犯较为常见，例如：盗窃、抢劫、诈骗、抢夺等犯罪都属于状态犯。这类犯罪既遂以后，尽管不法状态存在，但是犯罪行为已经结束，即犯罪既遂，犯罪行为同时结束。例如：甲盗窃乙的电脑，甲取得乙的电脑，则盗窃既遂，盗窃行为也随之结束。这时甲可能还持有乙的电脑，即由盗窃行为形成的不法状态（合法所有人乙的电脑在盗窃犯甲的手中）依然存在，这种不法状态的存在不影响犯罪行为的结束。（3）根据刑法第三百一十六条规定，脱逃罪是指依法被关押的罪犯、被告人、犯罪嫌疑人脱逃的行为。本罪不是继续犯，而是状态犯，脱逃罪的犯罪行为一经实施终了，犯罪即告结束。所谓“脱逃”，是指行为人逃离司法机关的关押场所。行为人既可以从看守所、监狱逃跑，也可以是从其他临时被关押的场所或者在押解犯罪分子的路途中从被押解的交通工具上逃逸。无论脱逃的形式如何，都不影响本罪的成立。行为人逃出关押场所后，只要处于监管人员控制范围内，就应认定为脱逃未遂。行为人只要脱离了监管机关与监管人员的控制范围时，就是脱逃罪的既遂。（4）根据刑法第三百二十二条规定，偷越国（边）境罪是指违反国（边）境管理法规，偷越国（边）境，情节严重的行为，是状态犯，而不是继续犯。（5）刑法第一百二十五条规定，非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪，是指违反国家有关枪支、弹药、爆炸物管理法规，擅自制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸

物的行为。本罪是状态犯，不是继续犯。（6）刑法第三百四十七条规定，走私、运输毒品罪，是指违反毒品管理法规，走私、运输毒品的行为。行为人只要实施了走私、贩卖、运输、制造毒品这四个行为之一，无论数量多少，无论目的与动机如何，都构成本罪。本罪是状态犯，而不是继续犯。

问64：自治旗人大是自治机关吗？自治州的人民法院属于民族自治地方的自治机关吗？答：自治旗是自治县在内蒙古自治区的另一种称呼，自治旗人大是自治机关。自治州的人民法院不是民族自治地方的自治机关。民族自治机关，是指民族自治地方设立的行使同级地方国家机关职权和同时行使自治权的国家机关。宪法第一百一十二条规定：“民族自治地方的自治机关是自治区、自治州、自治县的人民代表大会和人民政府。”据此，对自治机关有两个限制条件：只限于自治区、自治州、自治县，不含民族乡；只限于人民代表大会和人民政府，不含司法机关，人民法院、人民检察院均不是自治机关。

问65：当事人在举证期限内因主观原因未能在举证期限内提供，但在法庭开庭时向法庭出示的证据是否属于民事诉讼法第一百二十五条第一款规定“当事人在法庭上可以提出新的证据”？答：不属于。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第四十一条规定：“《民事诉讼法》第一百二十五条第一款规定的‘新的证据’，是指以下情形：（一）一审程序中的新的证据包括：当事人在一审举证期限届满后新发现的证据；当事人确因客观原因无法在举证期限内提供，经人民法院准许，在延长的期限内仍无法提供的证据；（二）二审程序中的新的证据包括：一审庭审结束后新发现的证据；当事人在一审举证期限届满前申请

人民法院调查取证未获准许，二审法院经审查认为应当准许并依当事人申请调取的证据。”本问中所述的是“因主观原因”而非“因客观原因”，故错误。

问 6 6：一对夫妇，夫为泰国人，妻为英国人。丈夫在中国逝世后，妻子要求中国法院判决丈夫在中国的遗产归其所有。请问：判断妻子对其夫财产的权利是基于夫妻财产关系的权利还是妻子对丈夫的继承权利的问题在国际私法上被称为什么？答：被称为识别。

识别具体包含以下两层含义：对有关的法律事实或问题进行识别。也就是对待决案件所涉及的有关法律事实或问题进行识别或分类，看其属于什么法律范畴，从而确定应援用的冲突规范。例如：法院在适用“合同争议适用当事人双方选择的法律”、“侵权行为赔偿适用侵权行为地法律”等规则时，首先必须对案件的事实情况进行定性和分类，判定该案件的性质究竟属于“合同争议”还是属于“侵权行为赔偿”，以确定与之对应的冲突规范应如何适用。

对冲突规范本身的识别。也就是对冲突规范的范围或对象所使用的法律术语进行解释。例如：对于“动产”和“不动产”概念，在各国法律中有不同的解释，故在具体适用有关冲突规范时，必须对此予以解释。

问 6 7：较大的市的人民政府制定的规章究竟应报那些机关备案？答：较大的市的人民政府制定的规章应报国务院和省、自治区的人大常委会、人民政府以及本级人大常委会备案，依据是地方组织法第六十条第一款、立法法第八十九条。

问 6 8：在剥夺政治权利中的选举权和被选举权是否包括居委会和村委会的选举？答：在剥夺政治权利中的选举权和被选举权包括居委会和村委会的选举。依据如下：城市居民委员会组织法第八条第二款规定：“年

满十八周岁的本居住地区居民，不分民族、种族、性别、职业、家庭出身、宗教信仰、教育程度、财产状况、居住期限，都有选举权和被选举权；但是，依照法律被剥夺政治权利的人除外。” 村民委员会组织法第十二条第一款规定：“年满十八周岁的村民，不分民族、种族、性别、职业、家庭出身、宗教信仰、教育程度、财产状况、居住期限，都有选举权和被选举权；但是，依照法律被剥夺政治权利的人除外。”

问 6 9：甲、乙均为法警，在到某机械厂执行案件的过程中遭遇到该厂职工的暴力抗法，甲拔枪示警，工人丙上前抢夺，结果手枪走火，击中乙，乙在被送往医院的途中不幸死亡。请问：乙的亲属可否申请国家赔偿？答：不可以。因为甲不存在违法执行职务的情况。

问 7 0：请问 1 9 9 8 年试卷二第 5 1 题的答案为什么选 A C D，我认为只有 C 项应选？附题：甲因个人购房向乙借款 1 5 万元，乙要求甲将其使用了 1 年的桑塔纳轿车进行抵押，双方签订了抵押合同且办理了抵押登记。后甲开车与他人相撞，保险公司支付保险金 5 万元。因车受损，乙向甲提出了下述请求，其中哪些请求不能成立？A．请求甲提供新的担保物；B．请求甲将保险金 5 万元提存；C．请求甲提前还款；D．请求甲提供保证人。答：本题中 A C D 三项的请求不成立，B 项请求成立，应选 A C D。理由如下：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》第八十条规定：“在抵押物灭失、毁损或者被征用的情况下，抵押权人可以就该抵押物的保险金、赔偿金或者补偿金优先受偿。抵押物灭失、毁损或者被征用的情况下，抵押权所担保的债权未届清偿期的，抵押权人可以请求人民法院对保险金、赔偿金或补偿

金等采取保全措施。” 据此，在抵押权所担保的债权未届清偿期的情况下，乙不能请求提前还款，但请求将保险金提存符合上述规定。根据担保法第五十一条规定：“抵押人的行为足以使抵押物价值减少的，抵押权人有权要求抵押人停止其行为。抵押物价值减少时，抵押权人有权要求抵押人恢复抵押物的价值，或者提供与减少的价值相当的担保。抵押人对抵押物价值减少无过错的，抵押权人只能在抵押人因损害而得到的赔偿范围内要求提供担保。抵押物价值未减少的部分，仍作为债权的担保。” 本题中 A D 两项的性质相同，要么都不选，要么都选。但甲是否有过错，从题干中看不出来，而本题又是多选题，故应将 A D 两项都选上。问 7 1：如果聚众扰乱公共场所秩序、交通秩序罪中的首要分子有多人时，此时的首要分子可以称为主犯吗？答：聚众扰乱公共场所秩序、交通秩序罪的首要分子有多人时，首要分子也不可称为主犯。理由如下：（1）主犯，是指组织、领导犯罪集团进行犯罪活动或者在共同犯罪中起主要作用的犯罪分子。

（2）我国刑法规定的聚众犯罪有三种：全部具有可罚性的聚众犯罪，即凡是参与聚众犯罪活动的人均可构成犯罪。例如：刑法第三百一十七条规定的组织越狱罪等。即在犯罪集团中，首要分子一定是主犯，但主犯不一定是首要分子。

部分具有可罚性的聚众犯罪，即参与违法犯罪活动中只有首要分子和积极参加者可以构成犯罪的聚众犯罪。例如：刑法第二百九十条规定的聚众扰乱社会秩序罪等。具有个别可罚性的聚众犯罪，即只有首要分子才构成犯罪的聚众犯罪。例如：刑法第二百九十一条规定的聚众扰乱公共场所秩序、交通秩序罪。（3）根据刑法第九十七条规定，首要

分子分为两类：犯罪集团中的首要分子与聚众犯罪中的首要分子。 犯罪集团中的主犯不一定是首要分子，因为在犯罪集团中，除了首要分子是主犯以外，其他起主要作用的犯罪分子也是主犯。 在聚众犯罪构成共同犯罪的情况下，原则上也可以认定其中的首要分子是主犯。但在聚众犯罪并不构成共同犯罪的情况下（如刑法规定只处罚首要分子，而首要分子只有一人时），不存在主犯、从犯之分，其中的首要分子当然无所谓主犯，聚众扰乱公共场所秩序、交通秩序罪正属此种情形。

问 7 2：2002 年 1 月，甲厂在保健食品上注册申请的“矫龙”商标被核准注册。同年 7 月，乙保健品开发公司发现甲厂的商标与自己早已注册的“蛟龙”商标十分近似。请问：乙公司可否以侵犯在先权利为由，请求商标评审委员会撤销甲厂注册不当的商标？答：不能，乙公司应以商标争议为由，请求商标评审委员会撤销甲厂的商标。理由如下：所谓注册不当商标是指违反商标法的有关规定，或者是以欺骗手段或以其他不正当手段取得注册的商标，以及违反商标法第九条规定侵犯他人合法在先权利进行注册的商标。《商标法实施条例》第二十九条规定：“商标法第四十一条第三款所称对已经注册的商标有争议，是指在先申请注册的商标注册人认为他人在后申请注册的商标与其在同一种或者类似商品上的注册商标相同或者近似。”根据商标法第四十一条第三款规定，对已经注册的商标有争议的，可以自该商标经核准注册之日起 5 年内，向商标评审委员会申请裁定。换言之，对这些注册不当的商标，其撤销途径只有一种，即向商标评审委员会提出撤销该注册商标的申请。所谓“合法的在先权利”，是指公民的肖像权、姓名权、公民

或法人的著作权、外观设计专利权、商号权、原产地名称权，但不包括在先的商标权。综上所述，乙公司如果以在先的商标权利对在后注册的商标提出撤销请求的，应通过商标争议程序解决，即以“商标争议”而不是“侵犯在先权利”为由，请求商标评审委员会撤销甲厂注册不当的商标。

问 7 3：请问：对公司法第二十八条应如何理解？答：公司法第二十八条规定：“有限责任公司成立后，发现作为出资的实物、工业产权、非专利技术、土地使用权的实际价额显著低于公司章程所定价额的，应当由交付该出资的股东补交其差额，公司设立时的其他股东对其承担连带责任。”该条文规定了当非货币出资股东估价不实时，应承担补交差额的责任，公司设立时的其他股东对此承担连带责任，而不是全体股东。

问 7 4：甲是一家有限责任公司的法定代表人，由于业务不好，遂与好友乙达成协议，由乙承包经营该公司，并承诺乙与丙签订的一切合同。后乙与丙达成合伙协议，丙因知道甲与乙之间的承包关系，故要求甲在合伙协议上也签了名。请问：甲、乙、丙三人的关系成立合伙关系吗？答：不成立合伙关系。公司法第十二条第一款规定：“公司向其他有限责任公司、股份有限公司投资，并以该出资额为限对所投资公司承担责任。”据此，公司的投资对象是其他有限责任公司、股份有限公司，不含合伙企业。也就是说，本题中的合伙协议是无效的。

问 7 5：关于买卖合同风险和孳息在一些较权威的著作中有两种说法，一些练习中也有两种不同的答案，即：一是风险和孳息以标的物的交付为准，即使在所有权保留的情况下也不例外；二是风险和孳息以标的物所有权的归宿为准，还有的依动产与不动产而有所区别，望能

给予权威、准确的解答为谢！答：风险和孳息转移的界限应以标的物的交付为准，但法律另有规定或当事人另有约定的除外。首先，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。理由如下：

：合同法第一百四十二条规定：“标的物毁损、灭失的风险，在标的物交付之前由出卖人承担，交付之后由买受人承担，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”

合同法第一百三十三条规定：“标的物的所有权自标的物交付时起转移，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”

民法通则第七十二条规定：“财产所有权的取得，不得违反法律规定。按照合同或者其他合法方式取得财产的，财产所有权从财产交付时起转移，法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”

上述三个条文确定了标的物风险负担的基本原则是标的物交付主义，即风险随着交付走。也就是说，交付是标的物风险转移的界限，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。其例外情形须法律另有规定或当事人另有约定。这些例外情形有：

：合同法第一百四十三条规定的因买受人原因交货迟延：“因买受人的原因致使标的物不能按照约定的期限交付的，买受人应当自违反约定之日起承担标的物毁损、灭失的风险。”

：合同法第一百四十四条规定的路货买卖：“出卖人出卖交由承运人运输的在途标的物，除当事人另有约定的以外，毁损、灭失的风险自合同成立时起由买受人承担。”

：合同法第一百四十五条规定的交货地点不明确：“当事人没有约定交付地点或者约定不明确，依照本法第一百四十一条第二款第一

项的规定标的物需要运输的，出卖人将标的物交付给第一承运人后，标的物毁损、灭失的风险由买受人承担。” 合同法第一百四十六条规定的买受人受领迟延：“出卖人按照约定或者依照本法第一百四十一条第二款第二项的规定将标的物置于交付地点，买受人违反约定没有收取的，标的物毁损、灭失的风险自违反约定之日起由买受人承担。” 合同法第一百四十八条规定的出卖人瑕疵履行：“因标的物质量不符合质量要求，致使不能实现合同目的的，买受人可以拒绝接受标的物或者解除合同。买受人拒绝接受标的物或者解除合同的，标的物毁损、灭失的风险由出卖人承担。” 应当注意：对所有权保留，法律仅有的规定是：合同法第一百三十四条规定：“当事人可以在买卖合同中约定买受人未履行支付价款或者其他义务的，标的物的所有权属于出卖人。” 最高人民法院《关于适用 中华人民共和国民法通则 若干问题的意见》（试行）第84条规定：“财产已经交付，但当事人约定财产所有权转移附条件的，在所附条件成就时，财产所有权方为转移。” 从这两个条文来看，法律并未对所有权保留情形下风险的负担有特别的规定。也就是说，在所有权保留的情形下，风险负担的基本原则仍应以交付主义对待。有些学者认为对不动产的风险转移适用交付主义显失公平，但目前法律对不动产的风险转移尚无特别规定，故认为“不动产即使已交付，但风险仍应由所有权人负担”这一观点目前在法律上没有依据，故对不动产的风险转移仍应以交付主义对待。其次，根据合同法第一百六十三条规定，对于标的物转移后，孳息所有权的归属基本原则也采交付主义，与合同法第一百四十二条所规定的风险负担采交付主义是相对

应的。应当注意：在合同法通过以前，法学界和司法界对孳息的归属权多采所有权人主义，但现在合同法转采交付主义。也就是说，孳息的归属权一般是随所有权的转移而转移，但在买卖合同中，则应依交付而转移。对孳息归属权采交付主义与所有权人主义的差别，典型地体现在附所有权保留的买卖合同中。在附所有权保留的买卖合同中，出卖人将标的物交付给买受人后仍拥有所有权，买受人在交清最后一笔货款后始得到标的物的所有权。则在标的物交付后至交清最后一笔款前的这一段期间内，标的物所产生的孳息应归买受人所有，而不是归出卖人（即所有权人）所有。例如：甲、乙于2002年10月16日签订一房屋买卖合同，次日甲向乙交付了房屋，乙向甲交付房屋价款100万元，同时双方约定2个月后再办理房产登记手续。12月16日，甲、乙双方办理了房产登记手续，在此期间，乙将该房屋租与丙使用，并获租金2万元，这2万元应归乙所有。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