

司法考试疑难问题百问解答（三）PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/480/2021_2022__E5_8F_B8_E6_B3_95_E8_80_83_E8_c36_480001.htm 问 4 3：检察机关掌握了某公安局局长甲受贿 2 万元的事实，而甲自己交代受贿 50 万元。请问：这 48 万元属于自首吗？答：交代同种余罪的，不属于自首。理由如下：刑法第六十七条第二款规定了特别自首：“被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯，如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的，以自首论。”最高人民法院《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第二条规定：“根据刑法第六十七条第二款的规定，被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和已宣判的罪犯，如实供述司法机关尚未掌握的罪行，与司法机关已掌握的或者判决确定的罪行属不同种罪行的，以自首论。”最高人民法院《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第四条规定：“被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和已宣判的罪犯，如实供述司法机关尚未掌握的罪行，与司法机关已掌握的或者判决确定的罪行属同种罪行的，可以酌情从轻处罚；如实供述的同种罪行较重的，一般应当从轻处罚。”综上所述，特别自首的“特别”之处在于主体必须是依法被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和已被宣判的罪犯，因其已经处于司法机关的控制之下，故不存在“自动投案”问题。特别自首者向司法机关“如实供述”的罪行必须是司法机关还未掌握的本人其他罪行，且其所供述的罪行在犯罪性质或罪名上与司法机关已经掌握的罪行不同的才算自首。如果其供述的罪行与已被掌握的罪行属同

种性质的，则不属于自首，但此时可以酌情处罚，如果如实供述的同种罪行较重的，一般应当从轻处罚。这是司法解释的特别规定。

问 4 4：大发有限责任公司董事长刘某指使职工张某为公司盗窃了某电力设备厂价值 5 万元的精密仪器，并将之用于本公司生产。请问：“大发公司构成单位犯罪而张某的行为不构成犯罪”这一说法正确吗？答：不正确。最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第一条第一款规定：“根据刑法第二百六十四条的规定，以非法占有为目的，秘密窃取公私财物数额较大或者多次盗窃公私财物的行为，构成盗窃罪。……”由于刑法中并未规定单位可以成为盗窃罪的主体，故本题中的大发公司不构成单位犯罪。刘某和张某构成盗窃罪的共犯。

问 4 5：被判死缓的被告人最少应服刑多少年方可释放？答：十四年。最高人民法院《关于办理减刑、假释案件具体应用法律若干问题的解释》第九条规定：“根据刑法第五十条的规定，死刑缓期执行罪犯在死刑缓期执行期间，如果没有故意犯罪，二年期满后，减为无期徒刑；如果确有重大立功表现，二年期满以后，减为十五年以上二十年以下有期徒刑。对死刑缓期执行罪犯经过一次或几次减刑后，其实际执行的刑期，不得少于十二年（不含死刑缓期执行的二年）。”据此，被判死缓的被告人最少应服刑十四年方可释放。

问 4 6：在商店行窃，对体积很小的财物，行为人将其夹在腋下、放入口袋或藏入怀中时，构成盗窃罪既遂吗？答：构成。盗窃罪既遂与未遂的标准，以财产的所有人、管理人对财物失去控制为标志。至于行为人是否最终达到了非法占有并任意处置该财物的目的，不影响既遂的成立。因此，即使行为人没有控制财

物，但只要被害人丧失了对财物的控制的，也成立盗窃既遂。在认定盗窃罪的既遂与未遂时，必须根据财物性质、形状、体积大小、被害人对财物的占有状态等进行判断：在商店行窃，对体积很小的财物，行为人将其夹在腋下、放入口袋或藏入怀中时，构成盗窃既遂；对体积很大的财物，只有当行为人将该财物搬出商店时才能认定为既遂；盗窃工厂内的财物，如果工厂是任何人可以出入的，则将财物搬出原来的仓库、车间时就是既遂；如果工厂的出入管理相当严格，出大门必须经过检查，则只有将财物搬出大门外才是既遂。

问 4 7：负责维修车间电气设备的电工甲，在当班期间发现电气设备受损，有引起火灾的危险，但因分房问题才和领导吵架，心怀不满，故意不予维修，以致引起火灾，损失重大。请问：甲的行为构成犯罪吗？答：甲的行为构成放火罪。放火行为是指故意引起公私财物燃烧的行为。放火的行为方式，可以是作为，即用各种引火物直接把公私财物点燃；也可以不作为，即故意不履行自己防止火灾发生的义务，放任火灾的发生。本题中的甲故意不履行因其职务而负有的特定的义务，放任火灾的发生，是以不作为方式实施的放火行为，构成放火罪。

问 4 8：甲、乙通奸多年，某日，甲要乙杀死其夫，乙不同意，甲毒打乙，并砸毁其家中物品，扬言如果乙 2 日内不能杀死其夫，就要乙自杀，乙因不忍心杀其夫而自杀身亡。请问：甲构成犯罪吗？答：行为人甲采用了胁迫的方法（如毒打、砸毁其家中物品、扬言等），故意逼迫被害人乙自杀，对乙的死亡结果持放任的态度，故应视甲的行为为间接故意杀人，构成故意杀人罪。

问 4 9：甲和乙平时矛盾较深，甲一日见乙被人砍伤在路边，奄奄一息

，但尚未死亡，甲未采取任何措施而离开，后乙失血过多死亡。请问：对甲的行为应如何定性？是否构成刑法中的不作为犯罪？答：甲的行为不构成刑法中的不作为犯罪，只能说是违反了道德义务。理由如下：构成刑法中的不作为，在客观上必须具备以下条件：首先，行为人负有实施某种积极行为的特定义务，这是构成犯罪的不作为的前提。特定义务是法律上的义务，而不只是普通的、道德上的义务。如果不存在这种特定义务，则根本不可能构成刑法上的不作为。这种义务的来源主要有以下三个方面：法律明文规定的特定义务；职务上或业务上要求履行的义务；行为人的先前行为产生的义务。其次，行为人能够履行特定义务。再次，行为人不履行特定义务。

问50：张某乘坐出租车到达目的地后，故意拿出面值100元的假币给司机钱某，钱某发现是假币，便让张某给10元零钱，张某声称没有零钱，并执意让钱某找零钱。钱某便将假币退还张某，并说：“算了，我也不要出租车钱了。”于是，张某对钱某的头部猛击几拳，还吼道：“你不找钱我就让你死在车里。”钱某只好收下100元假币，找给张某90元人民币。张某使用假币的行为构成使用假币罪吗？张某可否构成敲诈勒索罪或者是强迫交易罪？答：张某使用假币的行为不构成使用假币罪；也不构成敲诈勒索罪和强迫交易罪，而是构成抢劫罪。理由如下：

（1）根据最高人民法院《关于审理伪造货币具体应用法律若干问题的解释》第三条的规定，使用假币罪的定罪起点数额为面额四千元以上。据此，本题中张某使用100元假币的行为不构成使用假币罪。（2）根据刑法第二百六十三条规定，抢劫罪是指以非法占有为目的，以暴力、胁迫或者其

他方法，当场强行劫取公私财物的行为。根据刑法第二百七十四条规定，敲诈勒索罪是指以非法占有为目的，对公私财物的所有人、管理人使用威胁或要挟的方法索取公私财物的行为。两罪的区别主要在于以下几个方面： 实施威胁的时间不同。敲诈勒索罪的威胁内容一般不具有立即付诸实施的性质，而是将来的不利行为，从威胁发生到将威胁内容付诸实施有一定的时间间隔；而抢劫罪中的威胁所使用的暴力侵害则是能够当场付诸实施的，被害人如果拒绝交出财物，就会立即遭到伤害或杀害。 取得财物的时间不尽相同。敲诈勒索罪取得财物的时间既可以是当场，也可以是事后某个时间；而抢劫罪是当场取得财物。 威胁的内容有无暴力性。敲诈勒索罪中的威胁通常不具有人身侵害的暴力性内容??即使具有，也不具有当场性??，常是名誉、隐私等方面的内容；而抢劫罪中的威胁是人身侵害的内容。（3）根据刑法第二百二十六条规定，强迫交易罪是指以暴力、威胁手段强买强卖商品、强迫他人提供服务或者强迫他人接受服务，情节严重的行为。据此，本题中张某拿出100元假币强迫司机钱某接受，但这100元假币是张某用来付出租车费的，而非商品，因而谈不上强买强卖商品；张某并未强迫不愿为其服务的钱某为其开车，更没有硬拉、强迫别人坐其开的出租车，因而谈不上强迫他人为其提供服务或强迫他人接受服务。张某的行为不构成强迫交易罪。综上所述，本题中张某以当场打死钱某相威胁并当场取得财物的行为，构成抢劫罪。

问51：甲、乙双方签订一买卖合同，合同规定在甲方供货后，乙方应立即付款。后乙方在收货后因无款可付，经甲方同意写了一张没有还款日期的欠款条，问此时诉讼时效应如

何计算？答：应从甲收到欠款条的第2天开始重新计算。依据是1994年3月26日最高人民法院批复，该批复规定：“双方当事人原约定，供方交货后，需方立即付款。需方收货后因无款可付，经供方同意写了没有还款日期的欠款条，根据民法通则第一百四十条的规定，对此应认定诉讼时效中断。如果供方在诉讼时效中断后一直未主张权利，诉讼时效期间则应从供方收到需方所写欠款条之日的第二天开始重新计算。”应当注意：在一方履行合同后另一方因无款可付而写下的欠条与借款合同成立时一方写下的没有还款期限的借条，两者的诉讼时效起算是不同的。借款合同成立时一方写下没有还款期限的借条，写下借条的日期是借款合同的成立之日，此时没有任何一方权利受到侵犯，故其诉讼时效的起算应自权利人主张权利时起算；如果权利人主张权利时予以对方宽限期的，期满债务人仍不履行义务时，债权人即应知道其债权被侵害，则诉讼时效从该宽限期届满之日的次日起算。对在一方履行合同后另一方因无款可付而写下的欠条，此时权利人已经知道其权利受到侵犯，则诉讼时效的起算应自写下欠条的次日起算。

问52：甲从乙处购买黄牛一头，作价500元。乙明知该牛有病而告知甲该牛没病，甲认为该牛可能有病，但因价格便宜而愿意购买。在交易过程中，乙对甲说：“如果发生纠纷，你必须在3个月内（自交易之日起算）起诉，否则我概不负责。”甲表示允诺。甲买回该牛后第4个月该牛因病死亡，遂发生纠纷。请问：为什么认为甲与乙之间不构成民事欺诈，而是合同违约？甲与乙之间约定的起诉期限有效吗？答：这是一道往年的真题。

（1）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68条规定：“一方当事人故意告知对方虚假情况，或者故意隐瞒真实情况，诱使对方当事人作出错误意思表示的，可以认定为欺诈行为。”由此可知，欺诈有4个构成要件： 欺诈人须有欺诈的故意； 欺诈人须有欺诈的行为； 受欺诈人因欺诈而陷于错误； 受欺诈人因错误而为意思表示。 本题中的乙既有欺诈的行为也有欺诈的故意，但乙的行为并没有使甲陷入“错误”，甲已判断出该牛可能有病，只是贪图价格便宜而购买了该牛，因此甲与乙之间不构成民事欺诈。 认为乙构成合同违约的理由为：甲、乙之间的纠纷是由于牛的质量而引起的，由于甲、乙之间并未就该牛的质量作进一步约定，根据合同法第一百五十四条、第六十一条、第六十二条的规定，乙交付给甲的牛的质量应符合合同目的的特定标准。即使甲花了500元买了病牛，但牛在交易完成之后短时间内因病死亡，则可以认定乙的履行不能满足该合同目的，因此乙构成合同违约。 应当注意：这道题出得是有问题，其实说乙违约难免有些牵强，但本题是多选题，不得已而为之。毕竟是500元买一头牛，价格悬殊，甲肯定是没有陷入“错误”。这如同我们上街买烟，卖烟的人告诉你这是正宗红塔山，只卖10元一条。其实你心知肚明，这东西肯定是假货，却贪图便宜，心想反正也是抽，买了。（2）民法通则第一百三十五条规定：“向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为二年，法律另有规定的除外。”据此，诉讼时效为强制性规定，当事人不得以约定加以变更，本题中甲、乙约定的3个月的诉讼时效期间无效。 问53：下水道是地上定着物吗？ 答：下水道不是地上定着物。房屋、林木、纪念碑、通讯电

塔、桥梁、牌坊、高架桥等均属于地上定着物。但对于依附于土地，而在性质上已成为土地的一部分的财产，如水井、排水沟、下水道等，应成为土地的一部分，而非定着物。

问 5 4：遗嘱和遗赠的效力到底哪个优先？答：遗嘱和遗赠的效力是相同的，不存在谁优先的问题。理由如下：我国继承法第五条规定：“继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的，按照遗嘱继承或者遗赠办理；有遗赠扶养协议的，按照协议办理。”最高人民法院《关于贯彻执行 中华人民共和国继承法 若干问题的意见》第 6 2 条规定：“遗产已被分割而未清偿债务时，如有法定继承又有遗嘱继承和遗赠的，首先由法定继承人用其所得遗产清偿债务；不足清偿时，剩余的债务由遗嘱继承人和受遗赠人按比例用所得遗产偿还；如果只有遗嘱继承和遗赠的，由遗嘱继承人和受遗赠人按比例用所得遗产偿还。”综上所述，遗嘱和遗赠的效力是相同的。

问 5 5：在审理甲诉乙、丙侵权损害赔偿纠纷一案时，一审法院判决由乙赔偿甲的全部损失，丙承担连带责任。丙不服一审判决，提起上诉。二审法院改判由乙赔偿甲全部损失，丙不承担赔偿责任。对二审诉讼费的承担，我们有不同认识：一种意见是乙在二审中仍然败诉，应由其承担诉讼费；另一种意见认为甲对丙的诉讼在二审中败诉，二审诉讼费应由甲承担。请问哪种意见正确？答：当然应由乙承担。一审案件诉讼费用由败诉人负担，这是我国民事诉讼规定的诉讼费用负担的一般原则。二审法院审理后进行改判的，不仅应按照第一审收取诉讼费用的原则和方法确定当事人对第二审诉讼费用的负担外，而且还应相应地变更第一审人民法院对诉讼费用负担的决定。据此，本题中甲是胜诉方，丙不承

承担赔偿责任，乙为败诉方，故应由乙承担诉讼费用。问56：中国人高某想要得到其具有美国国籍的儿子的赡养权，要求人民法院给予支持。请问：本案应如何适用法律？答：本案应根据我国民法通则的规定来确定准据法，即适用高某儿子的本国法美国法。理由如下：民法通则第一百四十八条规定：“扶养适用与被扶养人有最密切联系的国家的法律。”

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189条规定：“父母子女相互之间的扶养、夫妻相互之间的扶养以及其他有扶养关系的人之间的扶养，应当适用与被扶养人有最密切联系国家的法律。扶养人和被扶养人的国籍、住所以及供养被扶养人的财产所在地，均可视为与被扶养人有最密切的联系。”问57：2002年试卷三第8题是单选题，可我认为AB两项都对，怎么回事？请问在考试中遇到这种情况应如何处理？

附题：甲将房屋一间作抵押向乙借款2万元。抵押期间，知情人丙向甲表示愿以3万元购买甲的房屋，甲也想将抵押的房屋出卖。对此，下列哪一表述是正确的？A．甲有权将该房屋出卖，但须事先告知抵押权人乙；B．甲可以将该房屋出卖，不必征得抵押权人乙的同意；C．甲可以将该房屋卖给丙，但应征得抵押权人乙的同意；D．甲无权将该房屋出卖，因为房屋上已设置了抵押权。答：本题设计有一定问题，如果是多选题的话，AB两项均应选。但既然是单选，考虑到虽然甲可以将该房屋出卖，无需征得抵押权人乙的同意，但必须在此之前履行两个告知义务：通告抵押权人，告知受让人。故最好选A。问58：甲于2000年10月5日向乙发出要约，乙于10月10日向甲发出承诺并于当日

到达，甲于10月15日在合同上签字后再寄给乙，乙于10月20日在合同上盖章，后甲、乙双方又于10月25日签订了合同确认书，在这个案例中，甲、乙之间的合同何时成立？答：甲、乙之间合同成立的时间是10月25日。理由如下：（1）合同法第二十五条规定：“承诺生效时合同成立。”（2）合同法第二十六条规定：“承诺通知到达要约人时生效。承诺不需要通知的，根据交易习惯或者要约的要求作出承诺的行为时生效。”（3）合同法第三十二条规定：“当事人采用合同书形式订立合同的，自双方当事人签字或者盖章时合同成立。”（4）合同法第三十三条规定：“当事人采用信件、数据电文等形式订立合同的，可以在合同成立之前要求签订确认书。签订确认书时合同成立。”

合同法第二十五条、第二十六条规定了承诺到达要约人时合同即告成立，但合同法第三十二条、第三十三条又规定了不同的合同成立时间规则，有可能产生适用上的冲突，这三种情形的适用关系是：若同时存在各条适用情形而三者又不一致的，应以合同法第三十三条为准。若同时存在合同法第二十五条、第三十二条适用情形的，应以合同法第三十二条为准。若只存在合同法第二十五条适用情形，或双方签字盖章的时间与承诺生效的时间一致时，则适用合同法第二十五条。应当注意：合同法第三十二条中的签字与盖章之间是选择关系，即当事人既可以只签字而不盖章，也可以只盖章而不签字，还可以既签字又盖章。双方当事人的签字、盖章行为既可同时同地完成，也可异地完成。在后一种情形下，以最后一方当事人完成签字或盖章时间为合同成立的时间。

问59：一天夜晚，甲开车逆行迫使骑车人乙为躲避甲向右

拐，跌入修路挖的坑里??负责修路的施工单位对该坑未设置保护措施??，造成车毁人伤。对乙的损失应如何承担责任？

答：对乙的损失，甲和施工单位应各自承担责任。理由如下：

：民法通则第一百零六条第二款规定：“公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产，侵害他人财产、人身的，应当承担民事责任。”据此，甲逆行开车有过错，迫使乙跌入坑内车毁人伤，甲应承担责任。民法通则第一百二十五条规定：“在公共场所、道旁或者通道上挖坑、修缮安装地下设施等，没有设置明显标志和采取安全措施造成他人损害的，施工人应当承担民事责任。”据此，施工单位应当承担地面施工致人损害的民事责任。本题属于甲与施工单位共同造成了对乙的损害，但这只是一种偶然结合的相互作用，双方不构成共同侵权，双方不承担连带责任，而是按各自的过错程度承担相应的责任。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