

司考疑难问题解答（6）PDF转换可能丢失图片或格式，建议
阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/482/2021_2022__E5_8F_B8_E8_80_83_E7_96_91_E9_c36_482068.htm

79.问题：甲教唆乙杀人，乙教唆丙去做，丙杀人既遂。在这种情况下，甲、乙该如何定罪？甲、乙、丙是否构成共犯？解答：甲、乙、丙是成立共犯关系的，甲教唆乙杀人，表明甲对他人的死亡持故意的心态，而乙、丙之间属于典型的因教唆而成立的共犯关系，即乙、丙构成故意杀人既遂，而甲对这一故意杀人的后果也应当负故意杀人的刑事责任。需要注意的是，这种情况并不构成间接教唆。间接教唆是指教唆他人去教唆的情况，即如果甲教唆乙，让乙再去教唆丙杀人，则甲为间接教唆。而本题中并未表明，乙教唆丙这一行为是在甲的教唆意图之内。

80.问题：请问吸收犯和包容犯的区别？解答：所谓吸收犯，是指行为人的数个犯罪行为因为一个被另一个所吸收，而失去独立存在的意义，仅以吸收之罪处断的犯罪形态。其核心问题是数行为之间存在吸收关系，这种吸收关系因为数行为之间存在着密切联系，常常处于同一犯罪的过程：前行为可能是后行为发展的必经阶段，后行为可能是前行为发展的自然结果。吸收犯的吸收关系包括：重行为吸收轻行为、主行为吸收从行为、实行行为吸收预备行为；（后面两种不属于吸收犯的典型形态）。典型例子：行为人盗窃枪支后又私藏的；伪造货币后又出售或运输的。处理原则：重罪吸收轻罪。包容犯是一个不科学的概念，不过是某一犯罪构成比较大，能够包容其他一个犯罪构成而已，如绑架罪中的故意杀人行为，组织卖淫罪中的强迫卖淫行为。如果科学的依据

罪数理论，包容犯应该属于想像竞合的范围。 81.问题：交通肇事罪必须是驾驶交通工具吗？比如，一个行人在车辆繁杂的马路上狂奔，不是在人行道，致使多辆汽车相撞，死亡两人，本人也受轻伤，事后经认定，责任全在行人。请问：这个人构成什么罪？ 解答：这个行人的行为可以认定为交通肇事罪。该行人在马路上狂奔的行为符合交通肇事罪要求的客观要件：（1）违反了交通安全管理法规；（2）引发了重大事故。主体上，现行刑法规定交通肇事罪的主体是一般主体。因此，对此行人在车辆繁杂的马路上狂奔的行为可以认定为交通肇事罪。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1条对此有明文规定。 82.问题：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？是一罪还是数罪？ 解答：拐卖妇女儿童的行为中有侮辱行为的，侮辱行为不能被拐卖行为包容，因为此时的侮辱行为不是拐卖行为的自然延伸，侮辱行为和拐卖行为不是牵连犯，也不构成吸收犯。所以成立数罪。 83.问题：刑事附带民事诉讼，任何时候都不能提出精神损害赔偿吗？ 解答：是的。最高人民法院《关于人民法院是否受理刑事案件被害人提起精神损害赔偿民事诉讼问题的批复》规定，对于刑事案件被害人由于被告人的犯罪行为而遭受精神损失提起的附带民事诉讼，或者在该刑事案件审结以后，被害人另行提起精神损害赔偿民事诉讼的，人民法院不予受理。 84.问题：有关行政机关内部的督察队是否可以采取行政处罚措施？例如，有的文化局采取的罚款等措施？ 解答：现在社会上所谓的“督察队”很多，如果你讲的督察队是行政主管机关的一个部门，如果该行政主管机关有行政处罚权

，那么，该督察队就有行政处罚权。文化部门是有罚款权的，所以文化部门内的督察队也有罚款权。

85.问题：具体行政行为作为行政法律行为，行政主体通过行为对外表示其意志，对公民、法人或其他组织权利义务产生实际影响，所谓的实际影响应该怎么理解？解答：实际的影响，就是指使行政相对人承担具体行政行为的法律后果。如环保局对企业下达的责令停产通知书，企业就受到了实际影响。

86.问题：行政相关人和相对人在诉讼中的法律地位是否相同？为什么不同？解答：行政相对人：简称相对人，是指在行政法律关系中，同行政主体相对应的另一方当事人。行政相对人是一个法学概念，不是一个法律概念。

行政对象人与行政相关人：以行政行为的对象是否直接为标准，可把相对人分为行政对象人和行政相关人。行政对象人是指行政行为作出时所直接针对的相对一方，如受行政处罚的当事人。行政相关人是指行政行为作出时除对象人之外与行政行为有直接利害关系的相对一方，比如行政处罚案件中的受害人。行政相对人与行政相关人在行政诉讼中都可以作为原告或者第三人。在行政诉讼中，他们的法律地位是没有差别的。

87.问题：如何理解介绍他人向国家工作人员行贿构成行贿罪而不构成介绍贿赂罪？请说一下行贿罪的帮助犯与介绍贿赂罪的区别。解答：刑法第三百九十二条规定的介绍贿赂罪，是指在行贿人和受贿人之间进行沟通、撮合，促使行贿、受贿得以实现，情节严重的行为。介绍贿赂罪的对象，即受贿方，只能是国家工作人员，如果是向非国家工作人员或者单位介绍贿赂的，则不成立本罪。在介绍贿赂罪中，介绍贿赂人必须处于完全的中立地位，但这在司法实践中很难存在。如果其站在受贿方，

就成立受贿罪的共犯；如果其站在行贿方，就成立行贿罪的共犯，单独的介绍贿赂罪很难成立。即行为人只是与其中的一方有联系，为一方出谋划策，或只代表一方同另一方谈判条件等，则应视为某一方的共犯。也就是说，介绍贿赂罪的主体，是不依赖于行贿或者受贿任何一方的第三者，而行贿或受贿的共犯是依附于行贿或受贿的一方的。

88.问题：甲有一信用卡，某日去提款机取款，将卡忘在提款机里，乙发现该卡后，即用该卡取了1500元钱，问乙构成何罪？解答：因为提款机并无意志而不可能行骗，行为人骗取的是提款机背后的银行，类似的情形还有，行为人从没有处分能力的婴儿、精神病患者那里取得财物的，因谈不上行为人对被害人的欺诈，不成立诈骗而成立盗窃罪。但是根据2003年司法部的答案来看，侵占或者拾得他人信用卡然后在提款机上提款的，定信用卡诈骗罪。

89.问题：甲和乙于2000年3月1日订立汽车试用买卖合同，同日，甲将汽车交付给乙，但未约定试用期间。同年4月1日，甲向乙发函，确定试用期间为3个月，即2000年6月1日到期。但乙于2000年6月1日未向甲做任何表示，并继续使用汽车。问：该合同生效了吗？解答：买卖合同于6月1日生效。合同法第一百七十一条第二款规定：“试用期间届满，买受人对是否购买标的物未作表示的，视为购买。”本题中，双方开始虽然没有约定试用期间，但是后来甲向乙发函确定了试用期间，试用期满后试用人未表态，按照法律规定沉默推定为同意购买。

90.问题：“录音（不包括录像）制作者使用他人已合法录制为录音制品的音乐作品制作录音制品，可不经著作权人许可，但应付酬”中的“使用他人已合法录制为录音制品的音乐作品制作录音制品”与“录

音录像制作者使用他人作品制作录音录像制品，应取得著作权人许可并支付报酬”有什么区别？请举具体例子。 解答：著作权法第三十九条第三款规定的“使用他人已合法录制为录音制品的音乐作品制作录音制品”与第三十九条第一款规定的“使用他人作品制作录音录像制品”是不同的。“使用他人已合法录制为录音制品的音乐作品制作录音制品”中的“音乐作品”范围非常狭窄，只限于已经发表的“已合法录制为录音制品”的音乐作品，不包括他人已经发表的非录音制作的音乐作品，更不包括他人未发表的音乐作品。其实这里侧重保护的是著作权人的获得报酬权，像这种已合法录制为录音制品的音乐作品基本上是出于商业目的，大家可以使用，支付报酬就可以了。而“使用他人作品制作录音录像制品”这个范围相对较大。这里的作品不限于表现为录音制品形式的音乐作品，还包括以其他形式发表的作品以及未发表的作品。比如有人在《音乐天堂》上发表了一支曲子，还没有让录音制作者制作成录音制品，录音录像制作者是不能不经许可就使用的，给钱也不行。这里不仅保护著作权人的获得报酬权，还要保护著作权人决定自己作品的传播媒介的权利。其实，第3款构成了第1款的但书，录音录像制作者使用他人的音乐作品，原则上是要经著作权人许可的，但是录音制作者使用他人已经录制为录音制品的音乐作品制作录音制品的，可以例外的不经著作权人许可。 91.问题：（1）主债务未尽履行期限，债权人可否向次债务人行使代位权？例如：次债务将尽诉讼时效，债务人怠于向次债务人主张债权，并且有可能影响债务人向债权人履行债务的能力，但债务人与债权人间的债务未尽履行期限，债权人可否行使代位权？

怎样具体行使代位权？以谁的名义？（2）诉讼时效中断，只有权利人可以引起，权利人仅指债权人吗？并且对象只能是债务人吗？那么，代位权的行使，会引起主债务和/或次债务诉讼时效中断吗？如果不能，在债权人行使代位权的过程中，主债务和/或次债务诉讼时效届满，次债务人是不是可以此抗辩？

解答：（1）关于代位权行使的条件，最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》规定得很明确：“债权人依照合同法第七十三条的规定提起代位权诉讼，应当符合下列条件：（一）债权人对债务人的债权合法；（二）债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害；（三）债务人的债权已到期；（四）债务人的债权不是专属于债务人自身的债权。”可见，代位权的行使需要满足两个到期：即主债务和次债务均到期，任何一个债务不到期，都不能够行使代位权。就次债务诉讼时效将要届满而主债务履行期限尚未届至的情况来说，虽然可能会损害债权人的利益，但因为不符合法律规定的条件，债权人就是不能行使代位权，这是没有办法的事情。

（2）关于诉讼时效问题，最高人民法院《关于贯彻实施〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第173条规定：“诉讼时效因权利人主张权利或义务人同意履行义务而中断。”而在代位权的情形，合同法第七十三条明确规定“因债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害的，债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人的债权”。可见，代位权人是基于法律的规定取得了这项代为行使债权的权利，尽管他不是次债务人的债权人，但是法律赋予了他提起民事诉讼的权利。这样，代位权的行使，就能引起次债务诉讼时效的中断。

，当然也能引起主债务诉讼时效的中断。既然诉讼时效已经因为起诉而中断，主债务和次债务都不可能在诉讼时效期间届满，次债务人也不能以此来抗辩。当然，如果诉讼时效在债权人起诉之前已经经过了，次债务人无疑可以提出抗辩。

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