

司考难题解答(3) 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_E9_9A_BE_E9_c36_482076.htm 问题25、1985年12月, 14岁的周某在学校上体育课受伤, 学校将周某送到医院治疗并承诺支付医疗费。周某出院后, 医院向学校催收医疗费, 学校认为应由周某父母支付, 周某父母认为应由学校支付。医院因多年催收无果, 于2004年10月向县法院起诉, 要求判令周某父母支付拖欠的医疗费及其利息(这时周某在大学读书)。法院判决由周某父母支付医疗费, 驳回医院要求支付利息的请求。周某父母不服, 提起上诉, 认为医疗费应由学校或周某本人支付。请问周某的医疗费应由谁支付? 解答: 14岁的周某在学校上体育课受伤, 学校将周某送到医院治疗并承诺支付医疗费, 属于一般侵权, 学校应负担过错赔偿责任。最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》)第7条第1款规定:“对未成年人依法负有教育、管理、保护义务的学校、幼儿园或者其他教育机构, 未尽职责范围内的相关义务致使未成年人遭受人身损害, 或者未成年人致他人人身损害的, 应当承担与其过错相应的赔偿责任。”学校体育教师如果没有尽到职责范围内的相关义务, 则学校应当承担相应的民事责任。《解释》第2条第1款规定:“受害人对同一损害的发生或者扩大有故意、过失的, 依照民法通则第一百三十一条的规定, 可以减轻或者免除赔偿义务人的赔偿责任。但侵权人因故意或者重大过失致人损害, 受害人只有一般过失的, 不减轻赔偿义务人的赔偿责任。”最高人民法院《关于贯彻执行 中

《中华人民共和国民法通则 若干问题的意见》（以下简称《民通意见》）第161条第1款规定：“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。”如果周某对自己受伤也有过错的话，则应当由其父母承担相应的民事责任。综上，周某的医疗费应当由学校和周某父母按照过错责任的大小承担。

问题26、催告权是形成权吗？解答：不是。形成权，是指依据一方的意思表示产生、变更或者消灭民事法律关系。催告权，旨在督促权利人及时行使权利，它本身不能直接导致民事法律关系的产生、变更或者消灭。

问题27、股东会作出撤销甲董事长职务，在变更登记之前甲有权主持公司董事会议吗？解答：变更登记是對抗效力，不同于设立登记，后者是生效效力。在公司内部，股东会作出撤销甲董事长职务，甲就不是董事长了，因此甲无权主持公司董事会。但是未经变更登记，甲与善意第三人签订的合同，对公司仍具约束力。

问题28、担保法第五十四条第（二）项规定：“抵押合同自签订之日起生效的，该抵押物已登记的，按本条第（一）项清偿，未登记的，按照合同生效时间的先后顺序清偿，顺序相同的，按照债权比例清偿。抵押物已登记的先于未登记的。”从该规定中可以得出结论：抵押合同自签订之日起生效的，未登记的，应该按照合同生效的时间先后清偿，只有顺序相同时，才按比例清偿。

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》（以下简称《担保法解释》）第76条规定：“同一动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。”从该规定中可以得出结论：抵押合同未登记的，按照债权比例清偿，而并非是担保法第五十四条第（二）项中所规定的按照生效时间先后清偿，顺序相同时，才按比例清偿。我认为法律解释应该是对法律的限制补充或扩大补充，而不是对所解释的法律的相反补充，请专家帮助解疑。解答：担保法第四十三条规定：“当事人以其他财产抵押的，可以自愿办理抵押物登记，抵押合同自签订之日起生效。”“当事人未办理抵押物登记的，不得对抗第三人。当事人办理抵押物登记的，登记部门为抵押人所在地的公证部门。”《担保法解释》第76条根据担保法第四十三条的规定对担保法第五十四条第（二）项的部分内容进行了调整。根据物权的公示、公信原则，当事人未办理抵押物登记（公示），当然没有公信力，所以不得对抗第三人。实现抵押权时，各抵押权人按照债权比例受偿。答题应依据《担保法解释》第76条规定作答。问题29、《民通意见》第111条规定：“被担保的经济合同确认无效后，如果被保证人应当返还财产或者赔偿损失的，除有特殊约定外，保证人仍应承担连带责任。”从此规定中可以得出结论，当主合同无效时，不论保证人有无过错，只要被保证人应当返还财产或者赔偿损失的，保证人也应承担连带责任。而《担保法解释》第8条规定：主合同无效导致担保合同无效，担保人无过错，担保人不承担民事责任。从该规定中可以得出结论，即使被保证人应当返还财产或者赔偿损失的，因担保人无过错，则不承担连带清偿责任。我想咨询，该两条是否如我理解的那样，是冲突条款；如果是冲突条款，遇有上述情况，是否应遵循新法优于旧法，特别法优于普通法的原则，而适用《担保法解释》。解答：

应遵循新法优于旧法、特别法优于普通法的规则，适用《担保法解释》。一是《担保法解释》颁布晚于《民通意见》。二是担保法相对于民法通则而言属于特别法，因此《担保法解释》作为担保法的司法解释相对于《民通意见》而言也属于特别法。另外，《担保法解释》第134条也明确规定：“最高人民法院在担保法施行以前作出的有关担保问题的司法解释，与担保法和本解释相抵触的，不再适用。”希望考生复习时特别注意《民通意见》的失效条文。

问题30、最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第41条第1项规定：“当事人因客观原因无法在举证期限内提供，经人民法院准许，在延长时间内仍无法提供的证据”属于新的证据，而第43条第2款规定：“当事人经法院准许延期举证，但因客观原因无法在准许期间内提供，且不审理该证据可能会导致裁判明显不公的，其提供的证据可视为新证据。”这两者之间是什么关系？后者是对前者的进一步限定吗？解答：此点有争议。一般认为第43条第2款是对第41条的补充。两者都是在一审程序中，都因客观原因而无法在举证期限内举证，并经法院准许延期举证。但是在延期举证中，如果无法提供，注意这里不仅因当事人的客观原因无法提供，即使法院调查收集证据也无法收集，此时则是属于第41条规定的“新的证据”。而如果在延期举证期间内，证据本身是可以提供的，但由于当事人自身的客观原因无法及时获取，因而无法向法院提供。此时并不属于第41条规定的“新的证据”，但是如果这个证据很重要，以至不审理该证据可能会导致裁判明显不公的，则可以将这样的证据视为新的证据。

问题31、故意杀人罪是典型的即成犯，行为终了结果即产生，那么犯罪人有意杀

害被害人并折磨他，割破被害人手指，等待被害人流血过多而亡，那么这种情形该怎么看呢？解答：所谓即成犯，亦称即时犯，是指侵犯一定客体或者引发一定危害结果的危害行为，一经实施终了，即完全具备某种犯罪的构成要件，构成既遂的犯罪形态。换言之，即成犯的危害行为不具有时间持续性的特征，只要该危害行为实施终了或者危害行为实施终了并造成法定的危害结果，就具备某种犯罪的全部构成要件。即成犯基本分为两种类型：一类是只要实施了刑法分则规定的某种危害行为就构成既遂的犯罪。例如，诬告陷害罪、伪证罪等。此类犯罪并非不能引起不法状态(仅指犯罪行为终止之后，客体仍然继续遭受侵犯的状态，下同)或实际危害结果，而是不以产生一定的不法状态或实际危害结果为犯罪构成的要件。另一类是不仅实施了犯罪构成客观要件的行为，而且必须引起法定的不法状态或实际危害结果，才构成既遂的犯罪。例如，故意伤害罪、盗窃罪等刑法分则所规定的多数犯罪，都是此类即成犯。此类即成犯的特点在于，犯罪行为与其可能造成的不法状态不可能同时处于继续状态之中，当犯罪行为业已完成并引起不法状态之后，危害行为不再继续，只是不法状态可能继续存在。注意：即成犯与继续犯的主要区别在于：第一，继续犯必须是在一定的时间内，犯罪行为及其所引起的不法状态同时处于持续状态的犯罪形态；而即成犯的构成，并不要求危害行为必须具有一定时间的持续性。第二，继续犯构成既遂之后，其危害行为及其所引起的不法状态仍可能在一定时间内同时处于持续状态之中；而即成犯达到犯罪既遂之后，其危害行为不再继续，只是危害行为可能引起的不法状态有可能继续存在。第三，继续犯构

成既遂之后，其危害行为可能仍然尚未实施终了；而即成犯必须是危害行为实施终了在前，犯罪构成既遂在后，危害行为实施终了是犯罪构成既遂的必备前提。所以，你给出的案例应当是故意伤害致死，而不是故意杀人。故意杀人的手段是多种多样的，但都要求手段是为了故意致人死亡。其手段必须是足以致人死亡。而你给出的案例很难让人理解为故意杀人，把手指割破是不太可能致人死亡的。

问题32、2004年真题例4：下列案例中哪一项成立犯罪未遂？

A．甲对胡某实施诈骗行为，被胡某识破骗局。但胡某觉得甲穷困潦倒，实在可怜，就为其3000元钱，甲得款后离开现场

B．乙为了杀死刘某，持枪尾随刘某，行至偏僻处时，乙向刘某开了一枪，没有打中；在还可以继续开枪的情况下，乙害怕受刑罚处罚，没有继续开枪

C．丙绑架赵某，并要求其亲属交付100万元。在提出勒索要求后，丙害怕受刑罚处罚，将赵某释放

D．丁抓住妇女李某的手腕，欲绑架李某然后出卖。李为脱身，便假装说：“我有性病，不会有人要。”丁信以为真，于是垂头丧气地离开现场。

D项是犯罪中止还是犯罪既遂？

解答：我们认为D项是犯罪中止。我国刑法第二十四条第一款规定：“在犯罪过程中，自动放弃犯罪或者自动有效地防止犯罪结果发生的，是犯罪中止。”根据这一规定，犯罪中止，是指在犯罪过程中，行为人自动放弃犯罪或者自动有效地防止犯罪结果发生，因而未完成犯罪的一种犯罪停止形态。犯罪中止包括自动放弃犯罪的犯罪中止和自动有效地防止犯罪结果发生的犯罪中止两种。区别犯罪中止与犯罪未遂的根本标志，是看罪犯是否自动放弃犯罪。犯罪未遂与犯罪中止虽同属故意犯罪过程中的停止形态，但犯罪未遂是指已经着手

实行犯罪，由于犯罪分子意志以外的原因而没有完成犯罪的行为状态；犯罪中止是指在犯罪过程中，犯罪分子自动放弃犯罪或者自动有效地防止犯罪结果发生的行为状态。二者相区别的标志表现在：一是时间上，犯罪未遂只能发生于案犯已经着手实行具体犯罪的过程中，而犯罪中止既可以发生在犯罪预备阶段，也可以发生在着手实施犯罪的过程中。二是在未完成的原因上，犯罪未遂是由于罪犯意志以外的因素，被迫中断犯罪或客观不能既遂；而犯罪中止是罪犯自动停止犯罪或采取积极措施有效地防止犯罪结果的发生。是犯罪未遂还是犯罪中止，关键看中断犯罪是被迫还是自动停止。就本案而言，丁主观目的是绑架被害人李某后出卖，在李某说了一句“我有性病，不会有人要”的话之后，丁某随即停止了作案，从而导致犯罪后果未进一步发生。认定丁某的犯罪形态究竟是犯罪中止还是犯罪未遂，关键要看丁某是被迫中断犯罪还是自动停止犯罪。在丁某对李某已经着手实施绑架后，李某实际上是处在丁某的控制之下，李某的一句话，能不能算是意志以外的原因迫使丁某放弃继续作案？李某的这句话，的确是丁某没有想到的，但这时丁某没有外力迫使他放弃犯罪，只要他还想继续绑架李某，他还是可以继续下去的。可能他觉得绑架一个有性病的人划不来，于是放弃了犯罪，这实际上是丁某在主观上放弃了犯罪。而使犯罪结果未发生。从而可以看出丁某放弃犯罪，是由其主观意志所决定的，所以本案应认定为“犯罪中止”。

问题33、刑法第一百七十一条：金融机构工作人员购买假币、以假币换取货币罪的具体表现形式是什么？案1：若商业银行职员在客户取款时，将自己的假币付给取款的用户（用户不知情），而将银

行真币放入自己的腰包，构成该罪，还是侵占最或盗窃罪？

案2：若商业银行职员在客户存款时，将自己的假币存入（用户不知情），而将银行真币放入自己的腰包，构成该罪，还是侵占最或盗窃罪？

案3：若商业银行职员在匝账时，用自己的假币换真币，又构成何罪？

解答：此罪的具体表现形式为：金融机构工作人员购买假币，或者利用职务上的便利以假币换取货币的行为。“利用职务上的便利”既包括利用为客户办理存、取款手续时的便利，也包括在匝账时的便利，以及在工作中的其他职务上的便利。所以，您提出的三个案例，行为人均构成金融机构工作人员以假币换取货币罪。此外，需要指出的是，这里的“假币”既包括假人民币，也包括假外币；“货币”也是既包括人民币，也包括外币。

问题34、14至16周岁的人犯罪只有8种犯罪才承担刑事责任，但是有一些犯罪中有结果加重的情形，如：绑架后杀害人质，拐卖妇女又奸淫被拐卖的妇女的，如果行为人是14至16周岁的人，罪名只能是定绑架罪，贩卖人口罪，那不是就不用承担刑事责任了吗？还是可以比照两高对拐卖妇女儿童犯罪的解释，按数罪并罚？

解答：关于此问题，全国人大常委会法工委《关于已满14周岁不满16周岁的人承担刑事责任范围问题的答复意见》（法工委复字[2002]12号）指出：刑法第十七条第二款规定的8种犯罪，是指具体犯罪行为而不是指具体罪名。对于刑法第十七条规定的“犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡”，是指只要故意实施了杀人、伤害行为并且造成了致人重伤、死亡后果的，都应负刑事责任。而不是指只有犯故意杀人罪、故意伤害罪的，才负刑事责任。所以，对司法实践中出现的已满14周岁不满16周岁的人绑架人质后

杀害被绑架人、拐卖妇女并奸淫被拐卖的妇女行为，依据刑法应以故意杀人罪、强奸罪追究其刑事责任。问题35、刑法中所谓“国有公司、企业、事业单位”指的是100%国家投资的吗？还是只要有国家控股就是国有公司、企业、事业单位？解答：通说认为：“国有公司”指财产完全属于国家所有的公司和国家控股的股份有限公司；“国有企业”是指财产完全属于国家所有的从事生产经营活动的、不具备公司性质经济组织。“国有事业单位”是指国家投资兴办的文化、教育、出版等事业单位。但是最高人民法院《关于在国有资本控股、参股的股份有限公司从事管理工作的人员利用职务便利非法占有如何定罪的问题的批复》（以下简称《批复》）中规定：“在国有资本控股、参股的股份有限公司中从事管理工作的人员，除受国家机关、国有公司、企业、事业单位委派从事公务的以外，不属于国家工作人员。对其利用职务上的便利，将本单位的财务非法占为己有，数额较大的，应当依照刑法第二百七十一条的规定，以职务侵占罪处罚。”似乎间接地把国家控股的股份有限排除在“国有公司”之外了。这与通说存在冲突，两高出版社和法律出版社的教材均持上述通说观点，且均未注意到上述司法解释与通说的矛盾。这个问题有待进一步研究。如果题目直接考到上述《批复》所涉及人员及其行为的定性，那还只能依照《批复》，而不能按照理论上的通说。问题36、某甲因邻居某丁曾经揭发他的犯罪行为，一直对某丁心存不满，决定寻找机会将某丁杀死，但考虑到自己出面行动不便，就找来某乙和某丙，商定自己拿出2万余元请他们将某丁杀死。于是，某乙和某丙携带凶器来到某丁所在的某市郊区。在将要下手实施杀害行

为的时候，某丁苦苦哀求，并且拿出2.5万元给他们。某乙、某丙就答应了，带着钱走了。甲、乙、丙三人的行为性质应该如何认定。A．某甲构成故意杀人罪的未遂 B．某乙和某丙构成故意杀人罪的中止 C．某乙和某丙成立抢劫罪的既遂 D．甲、乙、丙三人成立故意杀人罪共犯

解答：在共同犯罪中，一部分人要想达到中止，其不仅要将自己具体实施的犯罪行为停止下来，而且还要劝阻、说服其他共同犯罪行为人放弃犯罪行为，即必然采取积极的手段或方式消除其行为对其他共犯人所带来或产生的积极影响，甚至有效地防止犯罪结果的发生。在单个人自愿停止犯罪，但对于他人不管不问，如果他人完成了犯罪，那么其也成立犯罪既遂。上述题目中，应该是AD正确。甲、乙、丙三人成立故意杀人罪共犯，因为未达到杀害丁的结果而构成故意杀人未遂。

问题37、交通肇事罪在什么情况下构成结果加重犯？什么情况下构成并罚？什么情况形成转化犯？

解答：对于交通肇事罪一说，犯罪行为人的心理态度是犯罪事实过失。根据刑法第一百三十三条的规定，交通肇事罪不存在结果加重犯。但是，在出现严重情节的情况下，刑法规定了较为重的刑罚，更准确地说，存在情节加重犯，这些情形包括了刑法第一百三十三条规定的两种情节：交通肇事后逃逸或者有其他恶劣情节；因逃逸致人死亡的。“因逃逸致人死亡的情形”能否认为交通肇事罪的结果加重呢？答案是否定的。因为逃逸行为和前述的交通肇事行为并不相同，逃逸行为只不过是交通肇事行为之后需要加重处罚行为人的一个情节，而且要逃逸导致了被害人的死亡。至于并罚的情形，交通肇事构成犯罪以后，又故意将受害人轧死的或者轧伤的，按交通肇事罪和故意杀人（

或者故意伤害)罪数罪并罚。所谓“转化犯”指交通肇事罪的司法解释第6条规定的情形,即《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6条规定:行为人在交通肇事后为逃避法律追究,将被害人带离现场后隐藏或者遗弃,致使被害人无法得到救助而死亡或者严重残疾的,应当分别以故意杀人罪或者故意伤害罪定罪处罚。

问题38:A公司等3家国有企业,拟成立一家股本总额为4亿的H股份有限公司。A公司以厂房、设备、专利技术、土地使用权出资成为第一大股东。H公司成立后A公司减持法人股,购买600万股公众股,并于3个月后卖出,获利1800万元。(1)发起人所持股票自公司成立之日起3年内不得转让是否适用于本题情况,减持与转让有何异同?(2)如果违法转让有什么后果,法律依据是什么?解答:(1)发起人所持股票自公司成立之日起3年内不得转让适用本题。在本题中减持和转让是一个意思。(2)公司法第一百四十七条第一款规定股份有限公司发起人在公司成立之日起三年内不得转让其股份,应当认定其作为一种禁止规定属于强制性规范;从其立法本意分析,该条规定的目的在于加重发起人的责任,维护公司及非发起人股东之利益,因此,其应属效力规范。当事人签订股份转让合同是违法行为,应认定为无效。应适用合同法第五十二条的规定,认定其为“违反法律、法规强制性规定”而无效。

问题39:证券交易所是企业法人还是事业法人,二者的区别?解答:证券交易所是证券市场发展到一定程度的产物,也是集中交易制度下证券市场的组织者和一线监管者。根据我国《证券交易所管理办法》规定,证券交易所是指依法设立的,不以营利为目的,为证券的集中和有组织的

交易提供场所、设施，履行国家有关法律、法规、规章、政策规定的职责，实行自律性管理的会员制事业法人。与证券公司等证券经营机构不同。证券交易所本身并不从事证券买卖业务，只是为证券交易提供场所和各项服务，并履行对证券交易的监管职能。企业法人指经工商行政管理部门核准注册登记，并领取《企业法人营业执照》；事业法人指经政府编制委员会或经主管部门批准成立，并确认为事业法人。其区别如下：（一）获取法人资格的法定程序和开展活动的凭证不同。事业单位法人依据《事业单位登记管理暂行条例》及其他有关法律法规，经事业单位登记管理机关登记或备案，完成获取法人资格的法定程序，开展活动时，需有《事业单位法人证书》作为法人身份的合法凭证；企业法人依据《企业法人登记管理条例》和公司法等有关法律法规，经工商行政管理机关登记注册，完成获取法人资格的法定程序，开展活动时，需有工商行政管理机关颁发的《企业法人营业执照》，作为法人身份的合法凭证。（二）活动领域不同。事业单位法人主要活动在科教文卫等领域，为社会提供公益服务；企业法人主要活动在生产流通领域，为社会创造物质财富。（三）产出不同。事业单位法人的产出，主要是科研成果、书籍报刊等精神产品和教书育人、救死扶伤等公益性服务行为；企业法人的产出，主要是各种物质产品和运输、销售、餐饮等经营性服务行为。

问题40：致人身体残疾，不仅是对身体权中肢体完整性的侵犯，而且还对所残疾部分的器官的正常功能的发挥有严重影响。比如说：双臂被砍下！为什么把这种情况只规定为侵害了他的身体权呢？难道没侵害他的健康权吗？答案是不是把它改成既侵犯了他的健康权也

侵害了他的身体权呢？解答：1．致人身体残疾，不仅是对肢体完整性的侵犯，而且还对所残疾部分的器官的正常功能的发挥有严重影响。所以，致他人身体残疾是既侵犯了身体权，也侵害了健康权。2．身体权是公民享有健康权的物质保证，一般来说，侵害公民的身体权将不可避免地侵害公民的健康权。3．当然，也存在例外的情况。比如，如果仅仅侵害了他人的肢体、器官、组织的完整性，却没有侵害其器官以致身体整体的功能安全，在这种情况下就只是侵害了公民的身体权，而没有侵害公民的健康权。偷剪发辫即为此例。4．在考题中，如果考察到这一知识点，题目的设计一定会比较清楚，会很容易判断所侵犯的客体到底是身体完整，还是身体健康。

问题41：最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）第7条：对未成年人依法负有教育、管理、保护义务的学校、幼儿园或者其他教育机构，未尽职责范围内的相关义务致使未成年人遭受人身损害，或者未成年人致他人人身损害的，应当承担与其过错相应的赔偿责任。第三人侵权致未成年人遭受人身损害的，应当承担赔偿责任。学校、幼儿园等教育机构有过错的，应当承担相应的补充赔偿责任。如何理解这些条款？

解答：1.《解释》第7条第一款的“……应当承担与其过错相应的赔偿责任”，既不能理解为“相应的补充赔偿责任”，也不能理解为“未成年父母承担主要责任，学校承担适当责任”，而是应该理解为“与其过错相应的赔偿责任”。与最高人民法院《关于贯彻执行 中华人民共和国民法通则 若干问题的意见》第160条相比较，该条文虽然仍坚持教育机构承担的是过错责任，但是，赔偿责任范围却由承担

“适当的”赔偿责任到“相应的”赔偿责任，既可能是次要责任也可能是主要责任甚至全部责任，要具体问题具体分析。2.与本条第一款不同的是，第二款规定，在第三人侵权致未成年人遭受人身损害的情况下，除第三人承担赔偿责任之外，有过错的教育机构需承担“相应的补充赔偿责任”，而不再是终局性责任。所以，该教育机构向未成年人承担了补充赔偿责任之后，可以向第三人行使追偿权。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