

司法考试中的疑难点解析 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_E6_B3_95_E8_80_83_E8_c36_482183.htm

问题42：甲原籍是山区茶乡。春节期间，甲回原籍探亲，同事乙委托甲买上等茶叶10斤，并付款1000元。春节期间无茶叶出卖，甲将情况告知乙，乙说你转托一个人在春天3月时再买吧。甲在回城的前一天晚上，丙正好来探望甲，于是甲便委托了丙代乙买10斤茶叶，丙答应了。甲将1000元放在信封里面交付给丙。丙在当晚回家途中，1000元被人所抢。抢劫案未侦破。甲回城后将此事告知乙，为此引起纠纷。乙起诉到法院，法院对乙的哪些请求不予支持？A．要求甲赔偿损失1000元B．请求丙赔偿损失1000元 C．请求甲、丙各赔偿损失500元 D．请求甲、丙各赔偿1000元损失负连带责任。解答：答案是A、B、C、D 根据民法通则第六十八条的规定：对于复代理要求被代理人的同意，本题中，乙同意了甲的转委托，所以转委托的行为成立了，甲不再对复代理人的行为负责，故A、C、D项所表述的乙的请求均不予支持。然而丙被抢劫没有过错，抢劫案尚未侦破，故B项请求不予支持。因为民法通则第六十八条的请求权基础是过错责任，没有过错责任则不承担责任。

问题43：某股份有限公司有董事13人，在一次董事会上，会议决定更换监事。请问这符合公司法规定吗？解答：股份有限公司董事会无权更换监事，参见公司法第一百一十二条关于董事会职权的规定。另，根据公司法第一百零三条之规定，股东代表出任的监事由股东大会更换；根据公司法第一百二十四条之规定，股份有限公司的监事会由股东代表和适当

比例的公司职工代表组成，职工代表由公司职工代表大会更换。

问题44：合伙企业负责人在诉讼中放弃合伙企业的债权，如果未经其他合伙人同意，效力如何？对于个人合伙，效力又如何？

解答：对于合伙协议规定的必须经全体合伙人同意的合伙事务，合伙人是不能擅自做主的，但其作出的越权行为的效力一般来说不能对抗善意第三人。合伙企业负责人未经其他合伙人同意，作出放弃债权的行为，如果该行为的对象是善意第三人，则该行为有效，对于类似的在个人合伙中放弃债权的情形也同样适用。

问题45：某个体包工头与劳动者签订有关工伤赔偿条款，约定2000元包干(无论发生怎样的工伤损害只赔2000元)，该协议是否有效？

解答：如果赔偿协议约定的待遇和工伤待遇等同或高于工伤待遇，协议应当是有效的；如果约定的工伤待遇低于或远低于工伤待遇，劳动者可以依据民法的显失公平原则，请求确认协议无效。

问题46：共益债务是否优先于有担保的破产债权？共益债务从破产财产中优先受偿，如何理解此处的优先受偿的范围？共益债务是否包括了破产费用？

解答：关于破产债权的范围，只有对破产人发生的没有财产担保的债权才是破产债权。我国现行破产法也是这种观点。即破产债权不包括有担保的债权。同时相应地破产财产也不包括设定担保的财产（除非担保价值低于该财产的价值）。而破产费用与共益债务是在破产财产中支付的，所以，共益债务和破产财产都不能够优先于有担保的债权。

破产费用为：人民法院在受理破产案件时收取的案件受理费，以及在破产程序进行中为全体债权人利益和程序进行之必需而支付的各项费用的总称。共益债务则可定义为：在破产程序进行中，为全体债权人利益或为程序

进行之必需而对破产企业产生的一切请求权的统称。根据这些标准，我国破产费用的范围应当包括：（1）破产财团的管理、变卖和分配所需的费用，包括聘任工作人员的费用。具体包括因管理而支付的仓储费、运输费、保险费等，因变卖而支付的鉴定费、评估费、拍卖费等，因分配而支付的公告费、送达邮费等。此外，还有聘任相应工作人员的报酬与费用。（2）有关破产案件的诉讼费用。包括：破产案件本身的受理费和其他诉讼费用；清算组为收取债权或行使撤销权，或为全体债权人利益而对他人提起诉讼、申请仲裁及进行其它法律程序所支付的费用；他人以破产企业或破产财团为被告而提起诉讼时，清算组以破产财团名义应诉所应支付的各项费用。（3）清算组工作人员的报酬或费用，包括破产企业留守人员的报酬及劳动保险费用。无论清算组采取何种方式产生，清算组的工作都应当是有偿的，该有偿支付的报酬和费用是保证破产程序在清算组管理下顺利进行的必要条件，故应列为破产费用。（4）破产程序开始后产生的税款。对于破产企业所欠国家税款的处理，破产法第三十七条规定，应先于破产债权、后于破产费用以及职工工资和劳动保险费用进行分配，并未对其产生于破产程序开始之前，抑或开始之后做出区分。共益债务的范围包括：（1）清算组进行必要的民事活动所产生的债务。（2）清算组选择履行破产宣告时尚未履行的双务合同所生的债务。（3）他人对破产财产无因管理所产生的债务。（4）因破产财团不当得利而产生的债务。（5）清算组的职务侵权行为所产生的债务等。因此，共益债务与破产费用不是一回事，没有谁包括谁的问题。破产费用和共益债务的拨付与清偿比较特殊，优先的顺序是第一

位的。循以下原则进行：（1）优先拨付与清偿原则。即破产费用和共益债务应优先于破产债权得到满足。而且，由于该费用与债务的满足是破产程序顺利进行的前提条件，故即使是享有优先分配权的职工工资和劳动保险费用，以及破产程序开始前所欠国家税款，也只能后于该费用和债务而获取分配。（2）随时拨付和清偿的原则。即破产费用和共益债务应不依破产分配程序、根据破产案件处理需要随时得到满足。不论破产程序进行到哪个阶段，均应随时满足该费用和债务的需求。该原则还要求，在程序进行中，清算组应对破产费用和共益债务进行及时的调查、核实和确认，并及时做出处理。（3）足额支付和清偿原则。即破产费用和共益债务花费和欠负多少，就应全额拨付和清偿，如果不能足额拨付或清偿，破产程序应当即时终结。破产财团不敷拨付破产费用和共益债务时，如果因清算组的过失未及时提请人民法院终结破产程序，而使破产费用和共益债务增加，可对清算组负责人或其成员课以连带负责的义务。

问题47：债权人具有如下情形不得行使破产抵销权：破产人的债务人已经得知破产人停止支付或者有破产申请而取得的债权，不得抵销。破产人的债权人已经得知破产人停止支付或者有破产申请而对破产人所负责的债务，不得抵销。请问对上述问题应如何理解？

解答：针对上述说法，应理解为法律规定禁止抵销的情况有以下几种：1．破产人的债务人在破产宣告后对破产人取得债权的。这是因为这种债权本不属于破产债权，在破产程序中不能由破产财产获得清偿，所以自然更无以抵销方式优先清偿的权利。2．在破产宣告后，破产债权人对破产财产负有债务的。因为破产宣告前的债务是对破产人形成的，

破产宣告后的债务则是对破产财产形成的，两者主体实际上是不同的。破产财产是所有破产债权人的清偿保证，如果允许这种债务抵销，就会在破产债权人之间出现不公平清偿的现象，损害其他破产债权人的利益。3. 破产人的债务人在破产宣告后取得他人的破产债权，也是禁止抵销的。因为这种债权本身虽成立于破产宣告之前，但对债务人来说，其取得却是在破产宣告之后。转手后禁止抵销，原因就在于转手过程中会发生双方通谋侵害其他破产债权人利益的行为。破产债权一般只能获得一定比例的清偿，其名义价值大大低于实际价值。但当它用于抵销债务时，却可获得全额清偿，这就使破产清偿与抵销清偿之间出现了一定的差额。如果允许破产人的债务人用破产宣告后取得的他人破产债权对债务抵销，那么必将出现债务人低价收买破产债权抵销债务、非法谋利的现象。所以，在这种情况下，法律禁止债务抵销。4. 为了更好有效地防止上述非法谋利情况的发生，各国破产法还规定，在已知破产人停止支付或被提出破产申请时，破产债权人对破产人发生的债务，以及破产人的债务人取得的破产债权，也禁止抵销。理由与前面相同，但是，如果债权或债务的发生是基于法定原因(如继承)或得知上述情况前的原因，则不在禁止抵销之列。这是为了在保障其他破产债权人利益的同时，也维护抵销权人的合法权益。

问题48：甲卖房给乙，乙付款后并不入住，双方未办理过户登记。（1）如后甲又高价卖与丙，双方办理过户登记，则甲对乙违约还是侵权？（2）如后甲又低价卖与好友丁，双方办理了过户，丁已知乙的存在，则丁能否取得所有权？

解答：根据我国民法通则第七十二条第二款以及其他民事法律规范的规定，我国

不动产物权的变动，采取登记要件主义，即以登记为物权变动的要件，非经登记不得对抗第三人，而且在当事人之间也不生效。在本题中，甲乙双方并没有办理房屋过户登记手续，因此，乙不能取得房屋的所有权。在甲乙签订房屋买卖合同，而乙未取得房屋所有权之前，甲再次出卖房屋，并且和后者办理过户手续，则后者获得了房屋的所有权。此时乙方已经无法要求甲方继续实际履行了，则只能根据房屋买卖合同要求甲承担违约责任。在一物二卖的情况下，后来的买受人即便知道有前者的买卖关系存在，但是出卖人尚未进行交付或者办理登记过户手续，则出卖人还是有权处分人，则后来的买受人与出卖人进行交易并无不当，因此不存在善意与恶意对所有权变动产生影响的情况。所以本题的答案是：（1

）甲对乙是违约的；（2）丁能够取得房屋所有权。问题49：某人对于合伙企业有债务，但对其中一个合伙人有债权，该合伙人能否主动承担该债务来消灭三方之间的债权债务关系？解答：合伙企业和合伙人个人是两个不同的民事主体，合伙企业与第三人的债权债务和合伙人个人与第三人的债权债务是两个不同的法律关系，不能混淆。民法通则对合伙债务与合伙人个人债务同时存在的处理情况并没有明确规定，通常按照以下原则处理：合伙人的共同财产首先应当用于偿还合伙债务。偿还之后若还有剩余共同财产，应当根据各合伙人享有的份额进行分割，然后再分别用于清偿合伙人的个人债务；所以根据这一原则，合伙人个人的债务不能与合伙企业的债权相抵。问题50：证券法中的“上市公司收购”规定：“在收购行为完成以后，如果被收购公司不再具有公司法规定的条件的，则应当依法改变其企业的形式。”能不能说

明一下此规定的含义。什么情况下会出现“被收购不再具有公司法规定的条件”？解答：由于收购行为，将导致原来的上市公司的股份可能会集中起来，使股东的人数发生变化。如原来的股份有限公司，可能经过收购以后，变为有限责任公司，此时，要根据公司法的有关规定，对公司的形式进行变更登记。

问题51：国家公务员和保姆的工作关系为什么不适用劳动法的调整？解答：我国劳动法使用的范围是订立劳动合同而形成的劳动法律关系的用人单位和劳动者之间。对于国家机关的工作人员实行公务员制度，这种劳动关系有其特殊性，所以由行政法和国家公务员管理条例等法规来调整。家庭保姆属于一般的雇佣关系，不符合我国现行劳动法所定义的劳动关系调整范围，所以只能靠民法等其他法律来调整。

问题52：“外国投资者对其债务不承担无限责任”，有法条依据吗？外资企业一定是法人吗？解答：这句话只针对外资企业的组织形式是有限责任公司的情况。根据外资企业法第八条的规定：“外资企业符合中国法律关于法人的条件的规定的，依法取得中国法人资格。”故外资企业可以为法人，也可以不为法人。另外，请参见该法实施细则第18条的规定，外资企业的组织形式为有限责任公司，经批准也可以为其他责任形式。外资企业为有限责任公司的，外国投资者对企业的责任以其认缴的出资额为限。外资企业为其他责任形式的，外国投资者对企业的责任适用中国法律、法规的规定。

问题53：吊销营业执照的行政处罚行为，是不是行政机关必须依据行政法规才能作出？解答：吊销营业执照的行政行为的依据有法律，行政法规，地方性法规和规章。不仅仅是行政法规。如《北京市产品质量监督管理条例》中就规

定有吊销营业执照。 问题54：最高人民法院《关于行政诉讼证据若干问题的规定》第37条，根据法条规定涉及商业秘密的证据只是在开庭时公开质证，而不是绝对的不公开质证，应该如何理解这句话？ 解答：第37条规定：涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私或者法律规定的其他应当保密的证据，不得在开庭时公开质证。这是说有关这些的证据即使在公开审理的情况下，也不得公开质证。如果是不公开审理的案件，自然也就谈不到公开质证的问题了。 问题55：市政府以污染环境为由对某个企业进行整顿，该企业不服向省政府申请复议，省政府维持了市政府的决定。在这种情况下该企业可以向国务院申请作出最终裁决吗？ 解答：根据行政复议法第十四条规定，申请国务院裁决的条件有二：一是原具体行政行为必须是国务院部门或者省级人民政府的（本问题中原具体行政区域行为是市政府的）；二是经过了原机关（国务院部门或省级人民政府）的复议。 问题56：根据环境保护法第四十一条规定：对环保管理行政部门就环境污染损害赔偿所作出的处理决定可提起民事诉讼。则据此可认为：对行政裁决不服，可以提起民事诉讼，而不是行政诉讼，对否？ 解答：环境保护法第四十一条规定：“造成环境污染危害的，有责任排除危害，并对直接受到损害的单位或者个人赔偿损失。赔偿责任和赔偿金额的纠纷，可以根据当事人的请求，由环境保护行政主管部门或者其他依照法律规定行使环境监督管理权的部门处理，当事人对处理决定不服的，可以向人民法院起诉。当事人也可以直接向人民法院起诉。完全由于不可抗拒的自然灾害，并经及时采取合理措施，仍然不能避免造成环境污染损害的，免于承担责任。很明显，该项条款并

没有指出提起的诉讼性质。环保部门就环境污染损害赔偿所作出的处理决定，在性质上，可能属于行政调解，也可能属于行政裁决。对行政调解不服，当然提起的属于民事诉讼；但如果环保部门赋予其处理决定以强制执行的效力，则属于行政裁决，当事人提起的应是行政诉讼。

问题57：民事诉讼中因交换证据而致举证期间不足30日的情况怎么处理？并且答辩期如何确定？

解答：交换证据的时间可以由当事人协商一致并经人民法院认可，也可以由人民法院指定。人民法院组织当事人交换证据的，交换证据之日举证期限届满。当事人申请延期举证经人民法院准许的，证据交换日相应顺延。证据交换应当在审判人员的主持下进行。人民法院应当在送达案件受理通知书和应诉通知书的同时向当事人送达举证通知书。答辩期间的确定与送达案件受理通知书和应诉通知书的日期的第二天开始起算。与举证期限无关。答辩只是一个对起诉书的答辩意见，而不是举证。

问题58：在民事诉讼中，因人身伤害而提起民事诉讼的话，能要求哪些赔偿？在什么条件下法院能支持精神抚慰金？有没有可依据的法律？

解答：根据最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》有如下规定：受害人遭受人身损害，因就医治疗支出的各项费用以及因误工减少的收入，包括医疗费、误工费、护理费、交通费、住宿费、住院伙食补助费、必要的营养费，赔偿义务人应当予以赔偿。受害人因伤致残的，其因增加生活上需要所支出的必要费用以及因丧失劳动能力导致的收入损失，包括残疾赔偿金、残疾辅助器具费、被扶养人生活费，以及因康复护理、继续治疗实际发生的必要的康复费、护理费、后续治疗费，赔偿义务人也应当予以

赔偿。受害人死亡的，赔偿义务人除应当根据抢救治疗情况赔偿本条第一款规定的相关费用外，还应当赔偿丧葬费、被扶养人生活费、死亡补偿费以及受害人亲属办理丧葬事宜支出的交通费、住宿费和误工损失等其他合理费用。受害人或者死者近亲属遭受精神损害，赔偿权利人向人民法院请求赔偿精神损害抚慰金的，适用最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》予以确定。精神损害抚慰金的请求权，不得让与或者继承。但赔偿义务人已经以书面方式承诺给予金钱赔偿，或者赔偿权利人已经向人民法院起诉的除外。

问题59：当事人向两个以上有管辖权的法院申请执行，哪个法院有管辖权？根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》（以下简称《民诉意见》）第256条是最先接受申请的法院；根据最高人民法院《关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》（以下简称《规定》）第15条是最先立案的法院。两者矛盾，以哪个为准？解答：这二者之间确实存在矛盾，应优先适用《规定》，因为《规定》是1998年颁发的，而《民诉意见》是1992年颁发的，根据“后法优于先法”的原则，应该以《规定》为准。

问题60：关于因新闻报道或其他作品发生的名誉权纠纷，如果是职务行为，应该如何确立被告？解答：根据最高人民法院《关于审理名誉权案件若干问题的解答》第6条的规定，因新闻报道或其他作品发生的名誉权纠纷，应根据原告的起诉确定被告。只诉作者的，列作者为被告；只诉新闻出版单位的，列新闻出版单位为被告；对作者和新闻出版单位都提起诉讼的，将二者均列为被告，但作者与新闻出版单位为隶属关系、作品系作者履行职务所形成的，

只列单位为被告。问题61：（1）民事诉讼中的回避申请人是当事人，而刑事诉讼中的回避申请人可以是当事人及其法定代理人，对吗？（2）最高人民法院《关于执行 中华人民共和国刑事诉讼法 若干问题的解释》第49条是否是说：其他诉讼代理人经法院准许，证人同意，可以向他们收集与本案有关的材料？解答：（1）民事诉讼、刑事诉讼中的回避申请人都既可以是当事人，也可以是其法定代理人；（2）刑事诉讼中辩护律师的调查取证权分为两个方面：一是向一般证人调查的，要经过其同意；二是如果向被害人方调查的，要经过被害人方及其证人和检察院、法院的“双重同意”。民事诉讼中，诉讼代理人有权调查收集一定的证据。刑事诉讼中的诉讼代理人也可以收集调查一定的证据，不过刑事诉讼法并未明确规定。问题62：出席董事会的董事不足法定人数，所做的决议却被公司执行完毕，如何看待其效力？解答：根据保护善意第三人的原则，公司所达成的交易仍有效，因为决议程序只是公司的内部事务；如果第三人明知该程序有瑕疵，则应撤销。决议损害公司利益的，参加决议的董事应对公司承担赔偿责任。63．问题：区公所、街道办事处能否成为复议机关？解答：依据地方人大和地方政府组织法第六十八条的规定，区公所和街道办事处是分别经过设立机关的上一级人民政府批准，作为设立机关的派出机关。区公所和街道办事处因而具备行政主体资格，能够作出一定的具体行政行为，并承担相应的法律后果。如果对它们作出的具体行政行为不服的，依据行政复议法第十五条第一款第（一）项的规定，是向设立该派出机关的人民政府申请行政复议。由此，得出结论：区公所和街道办事处不能成为行政复议机关

，只能做行政复议的被申请人。64．问题：禁止性规范和强制性规范是同一层意思吗？解答：“禁止性规范”与“强制性规范”不是一回事。“强制性规范”除了包括“禁止性规范”外，还有“命令性规范”。禁止性规范的特点在于对规范的内容，当事人不得依其意志自由变更，自由变更的或与禁止性规范相违背的依法无效。命令性规范是要求法律关系主体应当从事一定行为的规范，即规范必须为一定行为的义务性规范。65．问题：行政机关的派出机关和派出机构有什么区别？解答：派出机关是由有权地方人民政府在一定行政区域内设立，代表设立机关管理该行政区域内各项行政事务的行政机构。派出机构是由有权地方人民政府的职能部门在一定行政区域内设立，代表该设立机构管理该行政区域内某一方面行政事务的行政机构。派出机关有三类：第一，是省、自治区人民政府设立的派出机关（行政公署）。设立的主要条件是“在必要的时候”和“经国务院批准”；第二，是县、自治县的人民政府设立的区公所，设立的主要条件是“在必要的时候”和“经省、自治区、直辖市的人民政府批准”；第三，是市辖区、不设区的市的人民政府设立的街道办事处，设立的主要条件是“经上一级人民政府批准”。派出机构，主要是根据部门行政法的规定设立并赋予行政职权。部门行政法根据有关行政领域的具体情况对派出机构的设置和职权作出规定。派出机构在日常生活中则很多，例如派出所、工商所。派出机关和派出机构最大的区别在于，派出机关是独立的行政主体，能够独立承担责任，而派出机构则不是独立的行政主体，不能以自己的名义行使权力，除非它有法律法规的明确授权。66．问题：如何认识自然资源的所有

权的归属问题？解答：要特别注意宪法第九条第一款中几类自然资源所有权人的差别。其中，森林、山岭、草原、荒地、滩涂既可以属于全民所有，也可以属于集体所有，但矿藏、水流只能属于国家所有，即全民所有。另外，水法第三条第二款规定，农业集体经济组织所有的水塘、水库中的水属于集体所有。

67．问题：派出所作出的50元以上的罚款，是授权行政行为还是受委托行为？比如：甲因与人斗殴，被云水区公安派出所作出罚款200元的行政处罚。甲不服，可（ ）

A．向云水区政府申请复议 B．向市公安局申请复议 C．向市政府申请复议 D．向云水区公安分局申请复议

按照标准答案是A D。可派出所只有作出警告和50元以下罚款决定的权利，题中罚款额是200元，应当属于受分局的委托的行政行为，故派出所是以分局的名义作出的处罚，应以分局为被申请人。这样答案就是B C。对吗？

解答：派出所比较特殊，它自身的权利是罚款权，不管罚多少，都是它自身的；它受委托作出的处罚是行政拘留。所以，在派出所罚款200元的情况下，行政主体仍然是派出所。根据行政复议法第十五条第一款第（二）项：“对政府工作部门依法设立的派出机构依照法律、法规或者规章规定，以自己的名义作出的具体行政行为不服的，向设立该派出机构的部门或者该部门的本级地方人民政府申请行政复议。”因为派出所是区公安分局设立的，所以可以向区公安分局申请行政复议。需要注意的是，与县公安局隶属于县人民政府不同，区公安分局直接隶属于市公安局，它并不是区政府的职能部门，所以，不能向区人民政府申请复议。同时，市政府也不是区公安分局对应的同级人民政府，所以不能向市人民政府申请行政复议。 68

· 问题：行政诉讼撤诉后还能复议吗？向法院起诉后撤诉了，但仍在复议期内，这时可以申请复议吗？如对复议不服，还能向法院起诉吗？同时，之前的提起诉讼的行为表明你已经放弃了复议的权利，所以当然也不能再复议了。这种说法对吗？ 解答：这种说法是不正确的。对于可申请行政复议可提起诉讼的案件，当事人有选择的自由。行政复议法第十六条第二款规定的“公民、法人或者其他组织向人民法院提起行政诉讼，人民法院已经受理的，不得申请行政复议”，是指当事人不能既向法院起诉，又申请行政复议。但在当事人撤诉的情形，当事人既然放弃了诉讼的救济渠道，当然可以申请行政复议，之前的起诉行为并不能表明当事人放弃了申请复议的权利。需要注意的，当事人既然撤诉，如果复议的结果是维持原具体行政行为的，当事人也不能再次起诉。只有当复议机关改变了原具体行政行为，当事人对改变后的具体行政行为不服的，才可以提起诉讼。

69. 问题：我想问一下特别行政区基本法的效力范围。有的说是在全国有效，还有的人说只在特区适用。哪种说法对？ 解答：特别行政区基本法在全国范围内有效。首先，特别行政区基本法是全国人大制定的，能够在全国范围内有效。其次，特别行政区基本法中规定了全国人大、全国人大常委会与国务院对特别行政区享有的职权，而这三机关都在内地。再次，特别行政区基本法中规定了特别行政区是我国领土不可分割的部分，专章规定了中央与特别行政区的关系，这些显然要求全国人民和相关机关都要遵守。

70. 问题：有人认为，司法部的规章与江苏省人民政府规章及南京市人民政府规章有同等效力。那是不是说江苏省人民政府与南京市人民政府的规章也有同等效

力吗？解答：不是这样的。司法部与江苏省人民政府规章及南京市人民政府之间不存在领导或监督的问题，大家的规章“井水不犯河水”，各自在自己范围内发布、适用。如果适用中有冲突，由其共同上级机关国务院裁决。而江苏省人民政府与南京市人民政府存在领导、监督关系，前者规章为后者规章的上位法，效力高于后者。

71.问题：某甲举刀欲杀死其仇人某乙，某乙苦苦求饶，并奉上10万元。某甲遂取钱而去。问某甲构成何罪？处于何种停止状态？解答：这个案子的特点是，行为人利用先行犯罪行为造成的被害人不敢反抗的状态，临时起意非法占有其财物。该案中，行为人主动放弃杀人行为，在能够实施杀人的情况下不再杀人，可以成立故意杀人罪的犯罪中止。对于被害人拿出财物而占有的行为，不能认为是被害人的赠送行为，而是一种以钱换命的行为，是在暴力胁迫下放弃财物所有权的行为，并不是真正的放弃所有权，因此，行为人拿走这些财物仍然是对被害人财物所有权的侵犯，只不过是行为人临时产生犯罪故意的，但这并不影响符合抢劫罪的犯罪成立条件，所以，最终可以按照抢劫罪来处理。

72.问题：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，即放火致使值班室烧毁，其结果却是将顶替张某值班的李某烧死。请问：黄某对李某持的态度是直接故意还是间接故意？请说明。解答：应该是直接故意。这里是刑法上的认识错误问题，具体说，是事实的认识错误中的犯罪对象的认识错误。行为人黄某对具体的犯罪对象有错误的认识，但是他认识到犯罪对象是人，主观上具有将人杀死的意志，因此，这里属于犯罪直接故意。

73.问题：盗窃信用卡并使用的，以盗窃罪定罪处罚。那么抢劫信用卡

并使用的，是以抢劫罪定罪处罚，还是以信用卡诈骗罪处罚，还是数罪并罚，抑或择一重罪处罚？解答：抢劫信用卡并使用的，应定信用卡诈骗罪。因为信用卡本身不代表财产利益，所以盗窃信用卡的，必须以划卡消费数额计算盗窃结果。法律规定盗窃信用卡并使用的，定盗窃罪。但法律未对抢劫的情况加以特别规定，应按照一般侵犯财产罪的认定方式认定。如果行为人目的是抢劫信用卡，之后又使用的，可以信用卡诈骗罪和故意伤害罪（故意杀人罪，如果手段行为构成的话）并罚。如果又同时抢劫了其他财物的话，以抢劫罪和信用卡诈骗罪并罚。

74.问题：按照刑法第八十六条第二款的规定精神，假释期间发现漏罪先并后减。这个“减”包括已执行的在押时间，是否也包括减去假释期间的已经过的时间？解答：刑法第八十六条第二款规定：“在假释考验期限内，发现被假释的犯罪分子在判决宣告以前还有其它罪没有判决的，应当撤销假释，依刑法第七十条的规定实行数罪并罚。”即使用先并后减的规则。此时所减的刑期仅为假释适用之前犯罪分子在押执行的时间，而不包括假释考验的期间。如：甲因盗窃于1994年被判有期徒刑8年，执行5年后即1999年被依法假释，假释的第二年即2001年发现其在盗窃罪之前还犯有故意杀人罪，没有判决，该故意杀人罪依法被判15年，则数罪并罚的计算方法是15加8，为15年以上23年以下，然后再减去已执行的5年，得出应为10年以上18年以下。

75.问题：什么是徐行犯？请举例说明。解答：徐行犯指一行为人将一个即时可以完成的犯罪分为数次活动陆续实施，数次活动结合成到一个危害社会的行为，数次行为侵害一个被害主体是一个犯罪。如：某甲欲投毒杀害其妻子乙，本来，可以

一次放入较多毒药致其妻子死亡，但其害怕罪行败露，每次在妻子的食物中放入一点毒药，分数次投放，最终致其妻子死亡，某甲的杀人行为即为徐行犯。又如：想贪污10万，每次拿走500元或1000元，分多次完成。

76.问题：甲在偏僻的乡间小路上运输毒品，乙见状上前实施抢劫，甲用暴力加以反抗致乙死亡，甲的行为是否构成正当防卫，为什么？解答：甲的行为不构成正当防卫，因为正当防卫的前提条件是以保护合法权益不受侵害为目的的，即必须具备合法的防卫意图。而甲致乙死亡的行为是为了保护毒品，毒品显然是不受法律保护的。

77.问题：多少钱是“受贿”？多少钱是“行贿”？解答：关于“受贿”与“行贿”而构成犯罪的数额起点，根据刑法第三百八十五条、第三百八十三条以及最高检察院的有关解释，个人受贿达5000元，原则上即可构成受贿罪，行贿1万元则原则上构成行贿罪。

78.问题：某人携带刀、绳来到古树下，或者已经上了树，准备盗伐时被抓住。请问，这时是预备还是未遂呢？解答：犯罪未遂与预备的区分在于行为人是否着手实施犯罪行为，在上述案件中，应当认为，来到树下仅仅是接近了犯罪对象，还不是犯罪着手，因此，这时候因为意外停止的，属于犯罪预备；已经上树或者捆绑树木或者砍伐树木，则属于犯罪着手，这时候被意外停止的，认为是犯罪未遂。

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