

司法考试疑难问题百问解答（二）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_479821.htm

问 2 6：外地人甲开车经过花江市，因其使用伪造的养路费缴讫证被养路费稽稽所路检人员发现，将该车暂扣于当地的指定存车场内。当晚甲伙同乙、丙、丁等人，携带凶器威胁看车人，并打了看车人两拳，将车抢走。请问该行为是否构成犯罪，构成何罪？

答：甲伙同乙、丙、丁等人，携带凶器将车抢走的行为构成抢劫罪。刑法第九十一条第二款规定：“在国家机关、国有公司、企业、集体企业和人民团体管理、使用或者运输中的私人财产，以公共财产论。”本题中所涉及的汽车虽然为甲所有，但因正处于国家机关的合法扣押之中，属于国家机关管理中的私人财产，应以公共财产论。故甲伙同乙、丙、丁等人，携带凶器将车抢走的行为构成抢劫罪。

问 2 7：专利申请和法人成立登记这两种行为是民事行为还是行政行为？我认为应该是行政行为而非民事行为。民事行为的主体是平等的主体，而专利申请和法人成立登记不是向专门的机关申请的吗？

答：行政行为是指行政主体实施的产生法律效力的行为。行政主体包括行政机关以及法律、法规授权的组织。（

1）专利申请，是申请人向专利行政机关申请的行为，申请行为的主体是申请人而不是行政机关，当然是民事行为；（

2）法人成立登记，工商行政管理机关是核准登记的主体，不是申请登记的主体，申请登记的行为当然也是民事行为，

工商行政管理机关核准登记的行为是行政行为。问 2 8：自然人之间的不定期借款的诉讼时效从何时起开始计算？如甲

于2000年1月1日借给乙1万元，没有约定何时归还，直到2003年1月1日甲向乙要求归还时，乙不归还。那么诉讼时效是从2000年1月1日起算呢，还是从2003年1月1日起算呢？答：民法通则第一百三十七条规定：“诉讼时效期间从知道或者应当知道权利被侵害时起计算。但是，从权利被侵害之日起超过二十年的，人民法院不予保护。有特殊情况的，人民法院可以延长诉讼时效期间。”民法通则第八十八条第二款规定：“合同中有关质量、期限、地点或者价款约定不明确，按照合同有关条款内容不能确定，当事人又不能通过协商达成协议的，适用下列规定：…

…??二??履行期限不明确的，债务人可以随时向债权人履行义务，债权人也可以随时要求债务人履行义务，但应当给对方必要的准备时间。”综上所述，未约定履行期限的债权，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。

问29：某保龄球馆举办有奖活动，特等奖获得者将得到商品房一套。此举使得保龄球馆的娱乐人数剧增。最后，特等奖被该保龄球馆的工作人员甲获得，甲获奖后，即将商品房交还单位，单位奖励他1万元。该保龄球馆的上述行为是否合理及应承担什么责任？答：反不正当竞争法第十三条规定：“经营者不得从事下列有奖销售：（一）采用谎称有奖或者故意让内定人员中奖的欺骗方式进行有奖销售；（二）利用有奖销售的手段推销质次价高的商品；（三）抽奖式的有奖销售，最高奖的金额超过五千元。”反不正当竞争法第二十六条规定：“经营者违反本法第十三条规

定进行有奖销售的，监督检查部门应当责令停止违法行为，可以根据情节处以一万元以上十万元以下的罚款。”本题的关键还是要看保龄球馆是否是故意欺骗，但从你所给的题干中看不出来。

问 3 0：我国法律规定有下列情形之一的，合同无效：A．恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；B．以合法形式掩盖非法目的，例如以赠与的合法形式掩盖非法转移财产的目的，损害债权人利益的合同。请问：（1）上述例子中，如果双方恶意串通，可否依照民法通则第六十一条关于“双方恶意串通，实施民事行为损害国家的、集体的或者第三人的利益的，应当追缴双方取得的财产，收归国家、集体所有或者返还第三人”的规定是追缴双方所得收归国有吗？（2）又如：甲卖房给乙，为了逃税，便和乙约定以赠与的形式转移所有权，这种情况属于 A 还是 B？房子或部分购房款可否收归国有？答：这是一个选择性问題，即如果双方恶意串通，实施民事行为损害的是国家的利益，则双方取得的财产应收归国家；如果损害的是集体的利益，则应收归集体；如果损害的是第三人的利益，则应返还第三人。据此，如果债务人以赠与的合法形式掩盖非法转移财产的目的，损害了债权人的利益，追缴所获利益应返还债权人；如果甲卖房给乙，为了逃税，便和乙约定以赠与的形式以达到逃税目的，则应追缴逃税款归国家，该买卖合同无效，房子或部分购房款应各自归还无效合同的当事人。

问 3 1：在伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪中，买假章、假证自用的，通常不构成犯罪，但是为制假者提供帮助或教唆他人为自己制作假章、假证的，可以共犯论。为倒卖而购买的，实质是买卖行为，应该也构成犯罪，但定什么罪？答

：与该问题相关的条文有：（1）刑法第二百八十条第二款规定了伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪：“伪造公司、企业、事业单位、人民团体的印章的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。”最高人民法院、最高人民检察院《关于办理伪造、贩卖伪造的高等院校学历、学位证明刑事案件如何适用法律问题的解释》中规定：“明知是伪造高等院校印章制作的学历、学位证明而贩卖的，以伪造事业单位印章罪的共犯论处。”（2）刑法第二百二十五条规定了非法经营罪：“违反国家规定，有下列非法经营行为之一，扰乱市场秩序，情节严重的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处违法所得一倍以上五倍以下罚金；情节特别严重的，处五年以上有期徒刑，并处违法所得一倍以上五倍以下罚金或者没收财产：（一）未经许可经营法律、行政法规规定的专营、专卖物品或者其他限制买卖的物品的；（二）买卖进出口许可证、进出口原产地证明以及其他法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件的；（三）未经国家有关主管部门批准，非法经营证券、期货或者保险业务的??1999.12修改??；（四）其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为。”综上所述，本问中的情形与上述条文均套不上，应依“法无明文规定不为罪”，不构成犯罪。问32：以窃取、刺探、收买方法获取国家绝密、机密文件、资料等，而又非法持有并拒不说明来源与用途的，应以非法持有国家绝密、机密文件、资料、物品罪和非法获取国家秘密罪并罚。这句话是否正确？答：刑法第二百八十二条第二款规定了非法持有国家绝密、机密文件、资料、物品罪：“非法持有属于国家绝密、机密的文件、资料或者其他

物品，拒不说明来源与用途的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制。”既然无法知道来源，就无法确定来源的非法性和手段，就只应定“非法持有国家绝密、机密文件、资料、物品罪”，而不应该数罪并罚。这种情况和“持有假币罪”不能查清来源是相同道理。如果行为人说明了是拾到的，而不是刺探、窃取、收买的，则应定非法持有；如果交待了是收买的，就只定非法获取国家秘密罪，不能并罚。

问 3 3：如果甲是某医学院大三学生，放假回家，临时无偿给别人看病，造成被害人伤残、死亡，此种情况无牟利目的，应定何罪？答：应定非法行医罪。刑法第三百三十六条第一款规定了非法行医罪：“未取得医生执业资格的人非法行医，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；严重损害就诊人身体健康的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；造成就诊人死亡的，处十年以上有期徒刑，并处罚金。”本罪是情节犯，只要行为人的行为属“情节严重”，就构成犯罪；本罪在主观方面只能表现为故意（对行医而言），但对于在非法行医中所造成的严重损害就诊人身体健康或造成就诊人死亡的结果，行为人是出于过失；有无牟利目的不是本罪的构成要件。

问 3 4：在强迫交易过程中，使用暴力，致人重伤、死亡的，应数罪并罚还是定别的罪？答：按牵连犯处理，择一重罪处罚：如果致人重伤的，应定故意伤害罪；如果致人死亡的，应定故意杀人罪。

问 3 5：如果行为人在生产的伪劣商品上假冒他人已经注册的商标，应如何处罚？答：（1）刑法第一百四十条规定了生产、销售伪劣产品罪，是指生产者、销售者在产品中掺杂、掺假，以假充真，以次充好或者以不合格产品冒充合格产

品，销售金额较大的行为。区分生产、销售伪劣产品罪与非罪的界限是：本罪是数额犯，即以一定的犯罪数额作为犯罪构成要件。本罪要求销售金额达5万元以上，即销售金额是否达5万元是区分罪与非罪的界限。销售金额不满5万元的，则属一般违法行为，可由有关工商行政管理部门给予行政处罚。

（2）刑法第二百一十三条规定了假冒注册商标罪：“未经注册商标所有人许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。”假冒注册商标罪与生产、销售伪劣商品罪之间常存在着牵连关系，对此应依牵连犯从一重罪论处的原则，应择一罪处罚，而不适用数罪并罚。

（3）应当注意：牵连犯是指出于一个犯罪目的，实施数个犯罪行为，数行为之间存在手段与目的或者原因与结果的牵连关系，分别触犯数个罪名的犯罪。刑法总则没有明文规定牵连犯的概念与处罚原则，刑法理论一般认为，在刑法没有特别规定的情况下，对牵连犯实行从一重罪处罚的原则，即对牵连犯应当采用吸收的原则，按照数行为所触犯的罪名中最重的罪论处，即在该罪所规定的法定刑范围内酌情决定执行的刑罚，不实行数罪并罚。但有例外，如果刑法和司法解释明文规定实行并罚的，应当依照法律规定。刑法分则对牵连犯表现出不同的态度：

分则条文对大多数牵连犯的处罚没有作出明文规定。分则某些条文规定对牵连犯从一重罪处罚。例如：刑法第三百九十九条规定，司法工作人员因索取或者收受贿赂而徇私枉法或者枉法裁判的，依照处罚较重的规定定罪处罚。分则某些条文规定对牵连犯从一重罪处罚。例如：

刑法第二百五十三条规定了邮政工作人员私拆、隐匿、毁弃邮件而窃取财物的，依照刑法第二百六十四条关于盗窃罪的规定定罪从重处罚。分则某些条文对牵连犯规定了独立的法定刑。例如：刑法第三百二十一条规定，在运送他人偷越国（边）境中以暴力、威胁方法抗拒检查的，处七年以上有期徒刑，并处罚金。这显然是以一罪论处并提高了法定刑。

分则某些条文规定对牵连犯实行数罪并罚。例如：刑法第一百五十七条规定，以暴力、威胁方法抗拒缉私的，以走私罪和妨碍公务罪实行数罪并罚。问36：如果行为人先侵犯商业秘密，然后使用该商业秘密制造产品（伪劣），并假冒他人已经注册的商标销售的，在三个犯罪的构成要件都符合的情形下应如何定罪？答：刑法第二百一十九条规定了侵犯商业秘密罪：“有下列侵犯商业秘密行为之一，给商业秘密的权利人造成重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；造成特别严重后果的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金：（一）以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密的；（二）披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密的；（三）违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密的。明知或者应知前款所列行为，获取、使用或者披露他人的商业秘密的，以侵犯商业秘密论。……”据此，如果行为人先侵犯商业秘密，然后使用该商业秘密制造产品（伪劣），并假冒他人已经注册的商标销售的，在三个犯罪的构成要件都符合的情形下仍为牵连犯，应择一重罪处罚。问37：特别程序的判决不可上诉，但是可否申请再审？有无法律依据？答

：不可申请再审。其法律根据是民事诉讼法第一百六十二条规定：“人民法院在依照本简易程序审理案件的过程中，发现本案属于民事权益争议的，应当裁定终结特别程序，并告知利害关系人可以另行起诉。”与本问有关的知识如下：（1）特别程序具有非讼性，如果发现案件本身属于民事权益争议的，例如：当人民法院依特别程序对确认财产无主案件进行审理时，有人提出自己是财产继承人，要求继承财产，在此种情况下，案件的性质就由请求确认某种法律事实转变为财产争议，由非讼案件转变为争讼案件。根据本条规定，对此种情况，人民法院应当及时裁定终结特别程序，并且告知利害关系人可以作为诉讼案件另行起诉。应当注意：利害关系人在特别程序终结后是否另行起诉，由其自己决定，因这是利害关系人的一项诉讼权利，不受法院的限制。利害关系人起诉的，由受诉法院适用简易程序或者普通程序。但是按普通程序或简易程序审理的案件，则不发生变换为特别程序的问题。（2）人民法院适用特别程序审理案件，实行一审终审制，判决书一经送达，即发生法律效力，而且判决生效后，如果发现认定事实或适用法律确有错误，不能适用审判监督程序纠正生效判决，而只能根据有关人员的申请，由原审法院按特别程序的规定，撤销原判决，作出新判决。

问 38：在移送执行中，审判员认为关系国家集体公民重大利益的，可否依职权直接送交执行庭？答：当然可以。移送执行是指人民法院的裁判发生法律效力后，由审理案件的审判组织直接将案件移交执行庭执行的方式。（1）强制执行的开始，以当事人申请为原则，根据执行规定第十九条规定，法律文书生效后，不经当事人申请，人民法院不能主动开始执

行。但这只是开始执行程序的一般原则。鉴于有些法律文书一经作出，必须立即开始执行，有些法律文书涉及国家利益、社会利益和妇女、儿童、老人的生活急需，不能完全由当事人处分，人民法院应当主动进行干预。干预的方法是法律文书生效后，不经当事人申请，人民法院就依职权开始执行。

（2）移送执行只适用于人民法院制作的法律文书。对其他机关制作的由人民法院强制执行的法律文书，不适用移送执行。

（3）需要移送执行的案件有以下几类：

- 人民法院制作的具有给付内容的如赡养费、抚养费、抚育费、抚恤金、医疗费和劳动报酬的生效法律文书。
- 人民法院制作的生效的刑事法律文书中含有财产执行内容的民事判决、裁定、调解书。
- 人民法院制作的财产保全裁定和先予执行的裁定。
- 人民法院制作的对妨碍民事诉讼行为的罚款、拘留决定书。
- 由人民法院制作的涉及国家、集体或者公民重大利益的民事判决书、裁定书。

移送执行应当由审判员填写移送执行书，说明执行的事项和应注意的问题连同生效的法律文书一并移送执行员。对于移送执行的期限，法律未作具体规定。

问39：单位主管人员、机动车辆所有人或机动车辆承包人指示、强令他人违章驾驶造成重大交通事故，被指示、强令的人有罪吗？若有，是什么罪？答：根据最高人民法院《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》第七条规定：“单位主管人员、机动车辆所有人或者机动车辆承包人指使、强令他人违章驾驶造成重大交通事故，具有本解释第二条规定情形之一的，以交通肇事罪定罪处罚。”

与此同时，由于驾驶员是具有行为能力的公民，有辨别是非的能力，也应以此交通肇事罪定罪处罚。

问40：因被勒索而

给予国家工作人员财物，获得不正当利益的，是行贿罪吗？

答：刑法第三百八十九条规定：“为谋取不正当利益，给予国家工作人员以财物的，是行贿罪。在经济往来中，违反国家规定，给予国家工作人员以财物，数额较大的，或者违反国家规定，给予国家工作人员以各种名义的回扣、手续费的，以行贿论处。因被勒索给予国家工作人员以财物，没有获得不正当利益的，不是行贿。”据此，在主动行贿的场合（谋取不正当利益为主观要件），即只要行为人有此目的而给予财物，就可构成行贿罪；在被动行贿的场合（即被勒索而被迫不得不可行贿的），谋取不正当利益是客观要件，即只有行贿者给予了财物并获得了不正当利益的，才构成行贿罪。换言之，因被勒索而给予国家工作人员财物，获得不正当利益的，就构成行贿罪。

问4 1：在民事、行政审判活动中，因工作隶属关系，迫于上级领导的压力而故意违背事实和法律，作出枉法裁判，情节严重的，是否构成犯罪？

答：刑法第三百九十九条第二款规定：“在民事、行政审判活动中故意违背事实和法律作枉法裁判，情节严重的，处五年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处五年以上十年以下有期徒刑。”据此，即使行为人是因工作隶属关系，迫于上级的压力而故意违背事实和法律，在民事、行政审判活动中作出枉法裁判，情节严重的，也构成民事、行政枉法裁判罪，原因在于其是具有民事行为能力的公民，有辨别是非的能力。

问4 2：“对累犯以及实施暴力性犯罪的人，不得宣告缓刑”，这句话为什么是错误的？

答：（1）刑法第七十二条规定：“对于被判处拘役、三年以下有期徒刑的犯罪分子，根据犯罪分子的犯罪情节和悔罪表现，适用缓刑确实不致再

危害社会的，可以宣告缓刑。被宣告缓刑的犯罪分子，如果被判处附加刑，附加刑仍须执行。”刑法第七十四条规定：“对于累犯，不适用缓刑。”据此，适用缓刑的条件是：对象条件：对象为被判处拘役或三年以下有期徒刑的犯罪分子（对所犯何罪无具体规定）；实质条件（根本条件）：根据犯罪分子的犯罪情节和悔罪表现，适用缓刑确实不致再危害社会；禁止性条件：即犯罪分子不得为累犯。也就是说，累犯绝对不能适用缓刑。（2）刑法第二百三十四条规定：“故意伤害他人身体的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制。犯前款罪，致人重伤的，处三年以上十年以下有期徒刑；致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。本法另有规定的，依照规定。”综上所述，如果是故意伤害，被判处三年以下有期徒刑的，可以适用缓刑。应当注意：应将缓刑的适用条件与假释的适用条件区别开来。刑法第八十一条第二款规定：“对累犯以及因杀人、爆炸、抢劫、强奸、绑架等暴力性犯罪被判处十年以上有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子，不得假释。”来源：中国法院网 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