

2005年司法考试试题分析（八）PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/169/2021\\_2022\\_2005\\_E5\\_B9\\_B4\\_E5\\_8F\\_B8\\_c36\\_169818.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/169/2021_2022_2005_E5_B9_B4_E5_8F_B8_c36_169818.htm)

40. 下列哪些案件依法不应公开审理？（试卷二第二题第72题）A．何某强奸案 B．15岁的金某抢劫案 C．白某间谍案 D．当事人冯某提出不公开审判申请，确属涉及商业秘密的案件 [答案] ABCD [详解] 本题主要考查刑事审判中公开审判原则的例外情形。审判公开是刑事审判的一项基本原则，但并非所有的案件都公开进行审判。刑事诉讼法规定了不公开审理的特别情况。刑事诉讼法第一百五十二条规定：人民法院审判第一审案件应当公开进行。但是有关国家秘密或者个人隐私的案件，不公开审理。十四岁以上不满十六岁未成年人犯罪的案件，一律不公开审理。十六岁以上不满十八岁未成年人犯罪的案件，一般也不公开审理。对于不公开审理的案件，应当当庭宣布不公开审理的理由。概括来说，刑事诉讼法确定了三类刑事案件不公开审理：第一类是有关国家秘密的案件，这是为了防止泄露国家秘密。本题中C项白某所犯间谍案属于危害国家安全罪的范畴，涉及国家秘密，应当不公开审理。第二类是有关个人隐私的案件，这是为了防止对社会产生不良影响和保护当事人的需要。A项何某犯强奸罪关系到被害人的名誉，涉及个人隐私，应当不公开审理。第三类是未成年人犯罪的案件，其中以16岁为界。即14岁以上不满16岁的未成年人犯罪的案件，一律不公开审理。16岁以上不满18岁的未成年人犯罪的案件，一般也不公开审理。考生应当注意措辞的微妙区别。B项中金某犯抢劫罪时已满14岁未满16岁，属于一律不公开审理的

范围。根据最高人民法院《关于执行 中华人民共和国刑事诉讼法 若干问题的解释》第一百二十一条第二款规定：对于当事人提出申请的确属涉及商业秘密的案件，法庭应当决定不公开审理。要特别注意这种不公开审理的情况与上述不公开审理的情形不同的是需要当事人提出申请。D项中当事人冯某提出申请又确属涉及商业秘密的案件，应当不公开审理。故也应选。另外提醒考生需注意，刑事诉讼法与民事诉讼对涉及商业秘密的案件是有区别的。综上所述，A、B、C、D四项均应选。

41.李某因犯故意杀人罪被某市中级人民法院一审判处死刑，缓期二年执行。判决后，李某没有上诉，检察机关也没有抗诉。省高级人民法院在复核该案时认为，一审判决认定事实清楚，适用法律正确，但量刑不当，因为李某杀人后先奸尸又碎尸，情节恶劣，应当判处死刑立即执行。省高级人民法院应当如何处理该案？(试卷二第一题第35题)

A．裁定撤销原判，直接改判李某死刑立即执行  
B．裁定撤销原判，发回市中级人民法院重新审判  
C．裁定撤销原判，由省高级人民法院进行第一审，依法判处李某死刑立即执行  
D．裁定维持一审判决

[答案]D [详解]根据刑事诉讼法以及最高人民法院相关司法解释的规定，中级人民法院判处死刑缓期二年执行的第一审案件，被告人不上诉、人民检察院不抗诉的，在上诉、抗诉期满后，报请高级人民法院核准。高级人民法院对于报请核准的死刑缓期二年执行的案件，经审查后，按照下列情形分别处理：(1)同意判处死刑缓期二年执行的，作出予以核准的裁定；(2)如果认为原判事实不清，证据不足，应当裁定发回原中级人民法院重新审判。对于发回中级人民法院重新审判的案件，重新审判所作出的判决

、裁定，被告人可以上诉，检察院可以抗诉；（3）认为原判过重，不同意判处死刑缓期二年执行的，可以直接改判。高级人民法院核准判处死刑缓期二年执行案件，只能作出核准或者不核准的决定，不能加重被告人的刑罚。即高级人民法院对死刑缓期二年执行案件的改判，只能减轻原判刑罚，而不能改判为死刑立即执行，也不得以提高审级方式加重被告人的刑罚。据此，应首先排除选项A与选项C。裁定撤销原判，发回市中级人民法院重新审判适用的情形是省高级人民法院认为原判事实不清，证据不足。本题中，省高级人民法院在复核该案时认为，“一审判决认定事实清楚，适用法律正确，只是量刑不当”，这不能作为裁定撤销原判，发回市中级人民法院重新审判的依据，因此选项B也应被排除。通过以上分析，运用排除法，本题的正确答案应为选项D。考生在复习该知识点时，应将被告人不上诉或者人民检察院不抗诉的处理情形与被告人上诉或者人民检察院抗诉的处理情形对比着进行记忆，这样会记得更扎实一些。即被告人上诉或者人民检察院抗诉的，应按下列情形处理：（1）同意判处死刑缓期二年执行的，作出维持原判的裁定。此裁定立即生效，无需再经过核准程序；（2）原判决认定的事实不清或者证据不足，用裁定撤销原判，发回原审人民法院重新审判；（3）原判决认定事实正确，但适用法律有错误或者量刑不当，不需要判处死刑缓期二年执行的，应当用判决直接改判；认为应当判处死刑立即执行的，应当区别对待。其中，如果属于人民检察院提出抗诉而由高级人民法院按照第二审程序审判，并依法改判死刑的案件，无论该类案件是否属于经过最高人民法院授权高级人民法院核准死刑的范围，都应当报请最

高人民法院核准；如果只有被告人上诉的案件，高级人民法院必须遵从“上诉不加刑”的原则，不得直接改判死刑立即执行。42.下列关于环境损害赔偿纠纷处理的说法，哪些是正确的？（试卷一第二题第74题）A．解决环境损害赔偿纠纷，必须先经过环境保护行政主管部门的调解处理，这是向人民法院起诉之前的必经程序B．对环境保护行政主管部门的调解处理决定不服的，既可以提起行政诉讼，也可以提起民事诉讼C．因环境污染损害赔偿提起诉讼的时效期间为三年D．因环境污染引起的损害赔偿诉讼，对原告提出的侵权事实，被告否认的，由被告负举证责任 [答案]CD [详解]本题考查了环境民事纠纷处理特点。环境纠纷是指环境保护法律关系主体之间就其环境权利和义务而产生的争议。按纠纷的性质不同，可分为环境民事纠纷和环境行政纠纷。本题考查的是环境民事纠纷。根据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。”据此可知对于环境损害赔偿纠纷，当事人有选择权，既可选择由环境保护行政主管部门或其他部门处理，也可以直接向法院提起民事赔偿诉讼。可见环境保护行政主管部门或其他部门的处理不是处理环境民事赔偿纠纷的前置程序。故A项错误。根据行政诉讼法的规定，行政调解行为不是行政诉

讼的受案范围。环境民事赔偿纠纷中的行政处理决定是属于行政调解行为，没有强制执行的效力，对调解处理决定不服的，可以提起民事诉讼，但是不能提起行政诉讼，因为行政调解行为不属于行政诉讼的受案范围。故B项错误。环境民事诉讼与一般民事诉讼相比有三点区别：（一）环境民事诉讼时效为3年，一般的民事诉讼为2年。（二）环境民事诉讼适用举证责任倒置，对原告提出的侵权事实，被告否认的，由被告负举证责任；一般的民事诉讼是“谁主张、谁举证”。（三）因果关系的推定与普通民事诉讼有区别。因此C、D两项正确。

43.某歌厅购买了若干正版卡拉OK光盘后，未经任何人的许可，直接将该光盘用于其经营活动。对该歌厅的行为应如何定性？（试卷三第一题第17题）A．合法使用 B．合理使用 C．法定许可使用 D．侵权行为 [答案]D [详解]本题考查合理使用、法定许可使用和表演权。著作权的合理使用，是指在特定情况下使用他人已经发表的作品，可以不经著作权人许可，不向其支付报酬，但应当指明作者姓名、作品名称，并且不得侵犯著作权人享有的其他权利。法定许可使用，指除作者事先声明不许使用的外，可以不经著作权人许可，但应当按照规定支付报酬，指明作者姓名、作品名称，并且不得侵犯著作权人依法享有的其他权利。而歌厅将光盘用于其经营活动，应当取得著作权人许可，并支付报酬。否则，既不是合理使用，也不是法定许可使用，而是侵权行为，侵犯的是著作权人的表演权，更具体地说是音乐作品著作权人的表演权。表演权，是著作权人的一项财产权，即公开表演作品，以及用各种手段公开播送作品的表演的权利。表演权包括两层含义，一是“现场表演”，也叫“活表演”

，二是“机械表演”，也叫间接表演。“公开表演作品”也就是“现场表演”，指表演者直接或者借助技术设备以表情、声音、动作公开再现作品或演奏作品。“用各种手段公开播送作品的表演”则属于机械表演，它是指借助录音机、录像机等设备将前述表演公开传播。机械表演能够打破时空限制，再现表演，范围比较广泛，如在一些商场、宾馆、歌舞厅，使用录放设备为顾客播放录有表演的录音带、录像带等。题中，歌厅的行为侵犯的权利对象是音乐作品，而不是录音制品。录音录像制作者作为著作邻接权人，所享有的权利要比著作权人少，只是对其制作的录音录像制品，享有许可他人复制、发行、出租、通过信息网络向公众传播并获得报酬的权利，但不享有表演权以及播放权。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](http://www.100test.com)