

2006年全真模拟试卷卷四参考答案与解析 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_2006_E5_B9_B4_E5_85_A8_c36_482189.htm 试卷四参考答案与解析第一部分：简析题。本部分共5题，75分。

一、(本题10分)[参考答案与解析] 1. 《民法通则》第127条规定：“饲养的动物造成他人损害的，动物饲养人或者管理人应当承担民事责任；由于受害人的过错造成损害的，动物饲养人或者管理人不承担民事责任；由于第三人的过错造成损害的，第三人应当承担民事责任。”《民通意见》第148条规定：“教唆、帮助他人实施侵权行为的人，为共同侵权人，应当承担连带民事责任。教唆、帮助无民事行为能力人实施侵权行为的人，为侵权人，应当承担民事责任。教唆、帮助限制民事行为能力人实施侵权行为的人，为共同侵权人，应当承担主要民事责任。”

因此，本题中的侵权行为主体为第三人王东和张林。 2. 参见上题《民通意见》第148条。本题中，王东为限制民事行为能力人，张林根据《民法通则》第11条第2款规定：“16周岁以上不满18周岁的公民，以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全民事行为能力人。”其已经参加工作，有劳动收入，视为完全民事行为能力人。因此，张林教唆王东实施侵权行为，二人为共同侵权人，张林应承担主要责任。《民法通则》第133条规定：“无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，由监护人承担民事责任。监护人尽了监护责任的，可以适当减轻他的民事责任。有财产的无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，从本人财产中支付赔偿费用。不足部分，由监护人适当赔偿，

但单位担任监护人的除外。”王东的侵权行为应由其监护人承担责任。同时，乔老师也存在一定过错，其未及时去医院治疗，引起了死亡的后果。《民法通则》第131条规定：“受害人对于损害的发生也有过错的，可以减轻侵害人的民事责任。”因此，乔老师也应承担部分责任。3.《民通意见》第168条规定：“人身损害赔偿的诉讼时效期间，伤害明显的，从受伤害之日起算；伤害当时未曾发现，后经检查确诊并能证明是由侵害引起的，从伤势确诊之日起算。”本题中，乔老师的伤害当时并未发现，后于11月12日确诊，因此，诉讼时效期间应该从伤势确诊之日起算。4.《民通意见》第161条规定：“侵权行为发生时行为人不满18周岁，在诉讼时已满18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。行为人致人损害时年满18周岁的，应当由本人承担民事责任；没有经济收入的，由扶养人垫付，垫付有困难的，也可以判决或者调解延期给付。”因此，如果王东已退学经商，收入颇丰，则应由其自己承担民事责任。5.《民法通则》第16条规定：“未成年人的父母是未成年人的监护人。未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的，由下列人员中有监护能力的人担任监护人：(一)祖父母、外祖父母；(二)兄、姐；(三)关系密切的其他亲属、朋友愿意承担监护责任，经未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会同意的。对担任监护人有争议的，由未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会在近亲属中指定。对指定不服提起诉讼的，由人民法院裁决。没有第一款、第二款规定的监护人的，由未成年人的父

、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门担任监护人。”《民通意见》第159条规定：“被监护人造成他人损害的有明确的监护人时，由监护人承担民事责任；监护人不明确的，由顺序在前的有监护能力的人承担民事责任。”因此，王东的父母已经死亡，其祖父母、外祖父母属于顺序在前的有监护能力的人，应由他们承担民事责任。

二、(本题10分)[参考答案与解析]

1. 是诺成合同。

2. 应当由甲方承担。《合同法》第311条规定：“承运人对运输过程中货物的毁损、灭失承担损害赔偿责任，但承运人证明货物的毁损、灭失是因不可抗力、货物本身的自然性质或者合理损耗以及托运人、收货人的过错造成的，不承担损害赔偿责任。”本题中乙方能够提供证据证明甲方有过错，乙方因此能够免责。

3. 甲方不能成立留置权。主要理由有二：其一，在货物运输合同中，留置权是属于承运人的，就像承揽合同中，留置权属于承揽人的一样。《合同法》第315条规定：“托运人或者收货人不支付运费、保管费以及其他运输费用的，承运人对相应的运输货物享有留置权，但当事人另有约定的除外。”甲方是托运人，没有留置权。其二，留置，是债权人对合法占有的对方动产的扣留和拍卖。本案的甲方是以侵权的手段占有乙方的汽车，不但不能成立留置权，还要承担侵权责任。本案的甲方是托运人，同时又是收货人。

4. 正确。《合同法》第316条规定：“收货人不明或者收货人无正当理由拒绝受领货物的，依照本法第101条的规定，承运人可以提存货物。”《合同法》第101条规定：“有下列情形之一的，难以履行债务的，债务人可以将标的物提存：(一)债权人无正当理由拒绝受领；(二)债权人下落不明

；(三)债权人死亡未确定继承人或者丧失民事行为能力未确定监护人；(四)法律规定的其他情形。标的物不适于提存或者提存的费用过高的，债务人依法可以拍卖或者变卖标的物，提存所得价款。”死牛不适于提存，乙方变卖属于合法的行为。5. 提存的费用由甲方负担。《合同法》第103条规定：“标的物提存后，毁损、灭失的风险由债权人承担。提存期间，标的物的孳息归债权人所有。提存费用由债权人负担。”本案的30元提存公证费属于提存费用。6. 提存的300元丢失，由提存机关(公证机关)承担责任，因为其有过错，不能依据《合同法》第103条的规定免责。7. 提存合同的性质属于保管合同。

三、(本题10分)[参考答案与解析] 1. 根据国家赔偿法，依照审判监督程序再审改判无罪的，原判刑罚已经执行的，受害人有取得赔偿的权利，作出原生效判决的人民法院为赔偿义务机关，因此，对单某先执行2年的刑期，是根据作出资敌罪判决的人民法院的判决执行的，作出该判决的人民法院为赔偿义务机关。对单某后执行的“2年9个月零25天”刑期，是根据作出资敌罪判决的人民法院一审判决和作出维持一审贪污罪的第二审人民法院的判决执行的，因此，作出这两个错误判决的法院均有赔偿的义务，为共同赔偿义务机关，单某可向其中任一机关请求赔偿，受请求的人民法院应先予赔偿，不得推向另一法院。2. 根据《国家赔偿法》第15条规定，行使侦查职权的机关及其工作人员在行使职权时对没有犯罪事实或没有事实证明有重大犯罪嫌疑的人错误拘留的，受害人有取得赔偿的权利。在我国，国家安全机关承担间谍、特务案件的侦查工作，可以行使侦查、拘留、预审和执行逮捕的职权。国家安全机关在作出拘留决

定时，必须证明被拘留的人有犯罪事实或者犯罪重大嫌疑，否则应对其错误拘留的人进行赔偿。根据《国家赔偿法》第19条第2款，对没有犯罪事实或没有事实证明有重大犯罪嫌疑人错误拘留的，作出拘留决定的机关为赔偿义务机关。同时，该条第4款又规定，再审改判无罪的，作出原生效判决的人民法院为赔偿义务机关。所以，对错误拘留的，如果拘留后未经审判或经审判判决无罪的，作出拘留决定的机关为赔偿义务机关；如果拘留后又被人民法院判决有罪而执行时折抵刑期的，以作出生效判决的人民法院为赔偿义务机关。所以，本案中，作出资敌罪判决的原中级人民法院为拘留决定的赔偿义务机关。每日赔偿金按照国家上年度职工日平均工资计算。

3. 根据国家赔偿法，对没有犯罪事实的人错误逮捕的，受害人有取得赔偿的权利。案中单某经再审改判无罪，即表明单某没有犯罪事实。根据《国家赔偿法》第19条第3款之规定，对没有犯罪事实的人错误逮捕的，作出逮捕决定的机关为赔偿义务机关。同时，该条第4款又规定，再审改判无罪的，作出原生效判决的人民法院为赔偿义务机关。因此，对没有犯罪事实的人错误逮捕的，如果逮捕后未经审判或经审判判决被告人无罪的，作出逮捕决定的机关为赔偿义务机关；如果经审判判决有罪而执行后经再审改判无罪的，以作出生效判决的人民法院为赔偿义务机关。故本案中对单某的错误逮捕，应由作出资敌罪判决的原中级人民法院负责进行赔偿。

4. 根据国家赔偿法，依照再审改判无罪，原判罚金、没收财产已经执行的，受害人有取得赔偿的权利，作出该生效判决的机关为赔偿义务机关。对错误没收财产的，应当返还财产。如果财产已经灭失，应给付相应赔偿金。如果

财产已经拍卖，应给付拍卖所得价款。根据《国家赔偿法》的规定：再审改判无罪的，作出原生效判决的人民法院为赔偿义务机关。该案“没收财产”的生效判决是中级人民法院作出的，所以单某应向中级人民法院请求赔偿。5. 根据国家赔偿法，行使侦查、检察、审判、监狱管理职权的机关及其工作人员以殴打等暴力行为或唆使他人殴打等暴力行为造成公民身体伤害或死亡的，受害人有取得赔偿的权利，该工作人员所在机关为赔偿义务机关。因此，对劳动改造机关工作人员指使服刑犯吴某殴打单某造成的伤害，单某有权请求该劳动改造机关进行赔偿，要求该机关支付医疗费。6. 根据国家赔偿法，对国家机关及其工作人员违法行使职权侵犯公民、法人或其他组织的人身权和财产权造成损害的，国家才予以赔偿。对于国家机关违法行使职权侵犯公民的政治权利、受教育权以及其他社会权利造成损害的，受害人无权请求国家赔偿，这主要从目前我国财力和便于计算进行赔偿的两个角度考虑的。所以单某对剥夺政治权利的附加刑不能提出赔偿请求。

四、(本题12分) [参考答案与解析] 1. 本题的争议是侵权纠纷，《民事诉讼法》第29条：因侵权行为提起的诉讼，由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。依照该条的规定，本案应当由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖，本案的被告所在地有甲地和乙地，这两个法院无疑是有管辖权的。因为是因侵权行为提起的诉讼，除了被告所在地法院有管辖权外，侵权行为地也有管辖权。根据《民诉意见》第28条规定：民事诉讼法第29条规定的侵权行为地，包括侵权行为实施地、侵权结果发生地。在本题中侵权行为实施地是丁地，侵权结果发生地是戊市和己市。因此，依照规

定，丁地、戊市和己市也是有管辖权的。综上，甲地、乙地、丁地、戊地和己地人民法院对于该案有管辖权。

2. 移送管辖是指先立案的人民法院认为自己没有管辖权而将案件移送给有管辖权的法院的民事诉讼行为。《民事诉讼法》第36条：人民法院发现受理的案件不属于本院管辖的，应当移送有管辖权的人民法院，受移送的人民法院应当受理。受移送的人民法院认为受移送的案件依照规定不属于本院管辖的，应当报请上级人民法院指定管辖，不得再自行移送。可见，移送管辖的前提是立案法院认为自己没有管辖权；而且移送管辖是人民法院的职权活动，并不因当事人的请求而进行。所以说，先立案的有管辖权的法院无权根据被告的要求将案件移送给其他的法院。

3. 首先明确丁市文化馆的李荣国只是根据文化馆的指派为磁带的制作提供了劳务，而磁带制作者也对其劳务支付了劳务报酬，他对于磁带并不享有著作权。因此，他与本案没有法律上的利害关系，不会成为被告、原告或第三人。但是依照《民事诉讼法》第70条规定：凡是知道案件情况的单位和个人，都有义务出庭作证。有关单位的负责人应当支持证人作证。证人确有困难不能出庭的，经人民法院许可，可以提交书面证言。不能正确表达意志的人，不能作证。李荣国是知道案件情况的个人，其在必要的时候有义务出庭作证，他的诉讼地位是证人。

4. 《民事诉讼法》第53条规定：当事人一方或者双方为2人以上，其诉讼标的是共同的，或者诉讼标的是同一种类、人民法院认为可以合并审理并经当事人同意的，为共同诉讼。共同诉讼的一方当事人对诉讼标的有共同权利义务的，其中一人的诉讼行为经其他共同诉讼人承认，对其他共同诉讼人发生法律效力；对诉

讼标的没有共同权利义务的，其中一人的诉讼行为对其他共同诉讼人不发生效力。其中，若诉讼标的是共同的，该共同诉讼是必要共同诉讼；若诉讼标的是同一种类的，该共同诉讼是普通共同诉讼。本题中，白云乐队和红土地出版社作为原告，他们的著作权分别受到了侵犯，他们的诉讼标的只是同一种类的，而不是共同的，因此，该诉讼只是普通共同诉讼，两原告是普通共同诉讼的共同原告，他们本来实质就是两个诉讼，因而当然可以分别起诉。

5. 《民事诉讼法》第92条规定：人民法院对于可能因当事人一方的行为或者其他原因，使判决不能执行或者难以执行的案件，可以根据对方当事人的申请，作出财产保全的裁定；当事人没有提出申请的，人民法院在必要时也可以裁定采取财产保全措施。人民法院采取财产保全措施，可以责令申请人提供担保；申请人不提供担保的，驳回申请。人民法院接受申请后，对情况紧急的，必须在48小时内作出裁定；裁定采取财产保全措施的，应当立即开始执行。根据这样的规定，被告在上诉期间有转移、销售带的行为，使判决不能执行或难以执行的，人民法院可以依原告的应用或依职权裁定采取财产保全措施。《民诉意见》第103条规定：对当事人不服一审判决提出上诉的案件，在第二审人民法院接到报送的案件之前，当事人有转移、隐匿、出卖或者毁损财产等行为，必须采取财产保全措施的，由第一审人民法院依当事人申请或依职权采取。第一审人民法院制作的财产保全的裁定，应及时报送第二审人民法院。因此，本案中的情形应当由一审人民法院采取财产保全措施。

6. 依照前引法条的规定和分析，标的是共同的共同诉讼是必要共同诉讼。本题中，两原告虽然起诉要求分别保

护他们的著作权，对于原告，诉讼标的是同一种类的；但是对于被告来说，因为他们是共同侵权行为，每一个原告起诉的诉讼标的都是共同的，因此，本案对于被告是必要共同诉讼。《民诉意见》第177条：必要共同诉讼人中的一人或者部分人提出上诉的，按下列情况处理：(一)该上诉是对与对方当事人之间权利义务分担有意见，不涉及其他共同诉讼人利益的，对方当事人为被上诉人，未上诉的同一方当事人依原审诉讼地位列明；(二)该上诉仅对共同诉讼人之间权利义务分担有意见，不涉及对方当事人利益的，未上诉的同一方当事人为被上诉人，对方当事人依原审诉讼地位列明；(三)该上诉对双方当事人之间以及共同诉讼人之间权利义务承担有意见的，未提出上诉的其他当事人均为被上诉人。题中，必要共同诉讼的一方仅对于共同诉讼人之间权利义务分担有意见，不涉及对方当事人利益，那么未上诉的同一方当事人即北京文化艺术中心为被上诉人，而对方当事人依原审诉讼地位列明即白云乐队和红土地出版社列为原审被告，上诉人为江南音像出版公司。7.《民诉意见》第184条规定：在第二审程序中，原审被告增加独立的诉讼请求或原审被告提出反诉的，第二审人民法院可以根据当事人自愿的原则就新增加的诉讼请求或反诉进行调解，调解不成的，告知当事人另行起诉。依此，二审法院可以根据当事人自愿原则对原审被告的反诉进行调解，调解不成的，告知当事人另行起诉。8.《民事诉讼法》第147条规定：当事人不服地方人民法院第一审判决的，有权在判决书送达之日起15日内向上一级人民法院提起上诉。当事人不服地方人民法院第一审裁定的，有权在裁定书送达之日起10日内向一级人民法院提起上诉。依照

此规定，本案当事人应当在4月30日之前提交上诉状。现当事人已经延误了期限。根据《民事诉讼法》第76条规定：当事人因不可抗拒的事由或者其他正当理由耽误期限的，在障碍消除后的10日内，可以申请顺延期限，是否准许，由人民法院决定。本案当事人没有依法申请顺延期限，因此，人民法院不应受理上诉。《民诉意见》第84条规定：调解书应当直接送达当事人本人，不适用留置送达。当事人本人因故不能签收的，可由其指定的代收人签收。因此，调解书不应适用留置送达。依照《民事诉讼法》第91条规定：调解未达成协议或调解书送达前一方反悔的，人民法院应当及时判决。《民诉意见》第95条规定：当事人一方拒绝签收调解书的，调解书不发生法律效力，人民法院要及时通知对方当事人。本题中原告拒绝签收调解书，人民法院应当及时判决而不是结案了事。

五、(本题12分)[参考答案与解析] 1. 对吕某应以组织卖淫罪定罪处罚。根据《刑法》第358条的规定，组织卖淫罪是指以招募、雇佣、强迫、引诱、容留等手段，纠集、控制多人从事卖淫的行为。吕某的行为属于组织妇女卖淫的行为，应当构成组织卖淫罪。其中，组织卖淫的行为本身包含着引诱、介绍、容留甚至强迫的方法，在刑法意义上这些行为属于组织行为的一部分，而不能单独定罪。

2. 根据《刑法》第358条的第1款第(四)项的规定，在实施组织卖淫犯罪活动中，以强奸的手段迫使被害妇女进行卖淫的，应当作为组织卖淫罪的法定加重处罚情形。所以，吕某强行奸污杜某的行为不应单独定罪，而应当作为组织卖淫罪的加重构成，在10年以上有期徒刑、无期徒刑、死刑的法定刑幅度内量刑。

3. 李某与赵某受吕某聘请，负责保安与协助管理卖淫妇

女的行为属于协助组织卖淫行为，二者应以协助组织卖淫罪定罪处罚。根据《刑法》第358条第3款之规定，协助组织他人卖淫的，构成协助组织卖淫罪。李某被吕某聘请负责保安，赵某被其聘请协助管理卖淫妇女，二人都具有协助吕某组织妇女卖淫的行为，构成协助组织卖淫罪。值得注意的是协助组织卖淫的行为并不作为组织卖淫罪的帮助犯而定组织卖淫罪，因为《刑法》第358条第3款已对该行为规定了独立的法定刑。

4. 卖淫妇女黄某将刚满13周岁的女孩林某引诱来卖淫的行为构成犯罪，应当构成引诱幼女卖淫罪。黄某自己卖淫的行为虽然在刑法上不构成犯罪，但其明知林某为不满14周岁的幼女，而引诱其卖淫的行为却应依法构成犯罪，即应当构成《刑法》第359条规定的引诱幼女卖淫罪。

5. 罗某为吕某通风报信的行为构成犯罪，应当构成包庇罪。根据《刑法》第362条的规定：“旅馆业、饮食服务业、文化娱乐业、出租汽车业等单位的人员，在公安机关查处卖淫、嫖娼活动时，为违法犯罪分子通风报信，情节严重的，依照本法第310条的规定即以包庇罪定罪处罚。”本题中，由于吕某组织十余名妇女(其中还包括幼女)卖淫，时间长达半年之久，可谓案情重大、情节严重，所以罗某为吕某通风报信的行为也可谓情节严重，应当构成犯罪，即包庇罪。这里应注意的是，为卖淫、嫖娼的违法犯罪分子通风报信的行为构成包庇罪是《刑法》第362条的特殊规定，而非《刑法》第310条的规定。

6. 嫖客陈某构成犯罪，应当构成传播性病罪与嫖宿幼女罪。就嫖客陈某的行为而言，首先，其明知自己患有严重性病而又进行嫖娼，构成《刑法》第360条第1款规定的传播性病罪。其次，明知林某是不满14周岁的幼女，而对林某进行

嫖宿，构成《刑法》第360条第2款的嫖宿幼女罪。这里值得注意的是，第360条第1款规定的传播性病罪是行为犯(有的认为是危险犯)，而不是结果犯，即并不要求必须出现造成性病传播的后果才构成犯罪。所以，陈某虽然采取了一定的措施(如每次使用安全套)，但这并不妨碍传播性病罪的构成。7.

吕某的法定量刑情节主要有：一是其构成累犯；二是其本人为该娱乐城的主要负责人。首先，吕某1993年犯投机倒把罪被3年有期徒刑，经过减刑于1995年11月刑满释放，1999年8月开始又实施组织卖淫犯罪行为，根据《刑法》第65条关于累犯的成立条件，其前后两罪都是故意犯罪，而后罪??组织卖淫行为具有法定的加重构成情形即肯定被判处有期徒刑以上的刑罚，所以前后两罪都被或应被判处有期徒刑以上的刑罚。再看时间间隔条件，后罪发生在前罪刑满释放后的第4年，而且前后两罪跨越了1997年10月1日新刑法生效之机：一者发生新刑法实施前，一者发生在新刑法实施后，那么是适用旧《刑法》第61条的“3年”规定，还是适用新《刑法》第65条的“5年”规定则是解答该问题的关键所在，这里应当依据最高人民法院1997年9月25日《关于适用刑法时间效力规定若干问题的解释》第3条之规定：“前罪判处的刑罚已经执行完毕或者赦免，在1997年9月30日以前又犯应当判处有以上刑罚之罪，是否构成累犯，适用修订前的《刑法》第61条的规定；1997年10月1日以后又犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪，是否构成累犯，适用《刑法》第65条的规定。”所以本案此种情形下应当适用新《刑法》第65条的“5年”规定，所以，吕某构成累犯，应当从重处罚；其次，吕某本人为该娱乐城的主要负责人，根据《刑法》第361条第2款的规定，应当从

重处罚。六、(本题10分)[参考答案与解析] 1. 错误。依照《刑事诉讼法》第152条第2款的规定, 14周岁以上不满16周岁的未成年人犯罪的案件, 一律不公开审理。本案被告人胡某只有15周岁, 是未成年人犯罪, 人民法院应严格执行不公开审理的法律规定。《刑事诉讼法》这一规定, 不同于16周岁以上不满18周岁未成年人犯罪的案件一般不公开审理的规定, 后者在一定条件下可以公开审理, 而前者则一律不公开审理, 没有变通的余地。因此, 在审判实践中, 人民法院以任何理由公开审理14周岁以上不满16周岁未成年人犯罪的案件, 都是违法的, 错误的。 2. 错误。依照《刑事诉讼法》及其他法律规定, 本案被害人王某的妻子提出赔偿要求, 只可以用自己的名义提起附带民事诉讼, 成为民事原告人, 对方当事人是被告胡某的监护人。对于附带民事诉讼的处理, 在整个刑事诉讼过程中都应当贯彻着重调解的原则。但是, 本案刑事部分为公诉案件, 被害人王某的妻子和被告人胡某的父亲对定罪量刑进行协商, 人民法院在调解的基础上进行判决是违法的。因此, 人民法院应严格依照法律规定审理此案。 3. 错误。根据《刑事诉讼法》和《民事诉讼法》的有关规定, 附带民事诉讼的原告人, 必须是有诉讼权利能力的人。本案中的被害人王某已经死亡, 导致他的民事权利能力终止, 因此, 任何人包括被害人的妻子都不能以这一被害人的名义提起附带民事诉讼。因而被害人之妻以王某的名义提起附带民事诉讼, 要求赔偿损失是错误的。但是, 被害人之妻作为继承人, 她可以用自己的名义提起附带民事诉讼, 成为民事原告人, 从而成为本案的当事人。 4. 错误。根据《刑事诉讼法》和最高人民法院《关于人民法院审判严重刑事犯

罪案件中具体应用法律的若干问题的答复》(三)的有关规定，人民法院审判第一审刑事案件，必须在被告人到庭的情况下开庭审判。这，被告人有申请回避、请求质证、申请调取新证据的权利。本案被告人胡某在逃，公安机关根据法律规定，对应当逮捕的被告人在逃的，可以发布通缉令，采取有效措施追捕案犯归案。如果被告人在逃，或者被告人有严重疾病无法到庭接受审判，人民法院不应对其缺席审判。

七、法律文书题(本题11分) [参考答案与解析] 本上诉状存在以下几个方面的问题：1. 当事人称谓中没有注明各自在一审中的诉讼地位，正确的写法应是“上诉人(原审被告)”、“被上诉人(原审原告)”。2. 被上诉人遗漏，案情中并未明确交待原审被告仅上诉原审原告冯草一人，因此被上诉人中应将原审原告3人全部列入。3. 在引出上诉请求和上诉理由之前的程式化语言中遗漏一审法院的文书号，正确写法应是“不服石河子市人民法院1997年2月10日(1997)石民初字第X号民事判决”。4. 上诉状中应有“上诉请求”和“上诉理由”，而不应是“诉讼请求”和“诉讼理由”。5. 据案情介绍，于凤莲仅要求改判一审法院对其与蔡显庭收养关系不成立的确认，而非全部判决，因此“请求依法撤销原判”是错误的。6. 上诉状应诉至法院，即“新疆生产建设兵团农八师中级人民法院”，书写“石河子市人民法院”是错误的。7. “具状人：张少芬”错误，应该是“上诉人：于凤莲”。8. 上诉状中日期错误。法律规定对一审民事判决不服提出上诉的期限是15天，案情中交待一审判决于1997年2月10日作出，距离1997年2月27日已达17天，明显超出15日期限。

第二部分：分析题。本部分共1题，25分。八.(本题25分) [参考答案与

解析] 法律推理是指以法律与事实两个已知的判断为前提，运用科学的方法和规则，为法律适用提供正当理由的一种逻辑思维活动。法律推理的特征是：它是法律适用中的一种思维活动；以法律与事实两个已知的判断作为推理的前提；运用多种科学的方法和规则进行；推理的目的是为法律适用结论提供正当的理由。法律推理的方法主要有两大类，即形式推理和辩证推理。前者是指解决法律问题时所运用的演绎方法、归纳方法和类推方法；后者是指当作为推理的前提为两个或两个以上的互相矛盾的法律命题时，借助于辩证思维从中选择出最佳的命题以解决法律问题。辩证推理的特点是：它是面临两个或者两个以上互相矛盾的命题时所进行的选择过程；它的作用主要是为了解决因法律规定的复杂性而引起的疑难问题；它是主观辩证法对法律或者案件客观事实的辩证关系的认识的推理过程，必须是建立在事物的辩证法的客观基础之上；它是经过对具体的矛盾运动的研究而做出的较复杂的推理过程。从案例提供的情况可以看出，甲使用的推理方式是演绎推理，即是一般到特殊的推理，根据一般性的知识推出关于特殊性的知识。他的推理方式是：违反交通规则应当受到法律的制裁；驾驶人闯了红灯，违反了交通规则；所以驾驶人应当受到法律的制裁。乙使用的辩证推理的方法，它是面临两个相互矛盾的命题所进行的选择过程，即违反交通规则应受到法律的制裁，驾驶人违反了交通规则；驾驶人违反交通规则是为了抢救病人，属于特殊情况。对这两个相互矛盾的命题，乙做出的选择是：驾驶人的行为不应受处罚。

第三部分、论述题。本部分共2题，50分。九、(本题25分) [解答提示] 我国宪法和法律明确规定，司法机关依法独立

行使审判权、检察权、侦查权，不受行政机关、团体和个人的干涉。小偷犯了盗窃罪，该如何定罪量刑处罚，应是司法机关根据法律规定作出处理的事。书记、市长为了迎合外商，对案件的处理发表指示，这干预了司法机关依法独立行使职权。外商听到书记、市长要求司法机关严惩这个小偷，可能会心生疑虑：今天他们为了吸引我投资，可以调动行政机关、司法机关全力为我服务；明天我投资进来，假如在生产经营过程中和当地政府发生矛盾，如果诉诸法律，闹到法庭上，到那时司法机关是听法律的，还是听书记、市长的呢？由此不难理解外商的离开了。尽管我国强调依法行政，可我们的一些党政领导还是缺少基本的法律常识、应有的法律观念，甚至在潜意识里把司法机关当成所在地的一个职能部门，随意对司法机关发号施令。有的领导甚至认为，当地的法院、检察院就应当为地方经济服务，保护当地的经济利益。这种现象与建设法治国家的要求不符。据此，可以从政治与法律的分界、法律的程序正义，法律与经济的关系等展开论述。

十、(本题25分) [解答提示] 诉讼过程中，由当事人一方邀请法律专家或学者，通过论证会的形式为案情出具的专家意见书，虽然可能起到一定的正面作用，但其负面影响也是重大的。因此应当减少专家意见书在诉讼中的应用。对此，可从专家意见书的性质、影响及其与司法独立、司法公正的关系等方面进行分析：

- 1、专家意见书的性质。根据我国的法律规定，专家意见书既不是书证和证人证言，亦非鉴定结论，它不属于法律规定的七种证据形式中的一种，也就是说它不能作为证据在诉讼中使用，不具有任何证据效力而只是一种学理解释。
- 2、专家意见书的影响。首先，从当事人的角

度来看，其之所以热忱于专家意见书的原因是对其自身诉讼利益的追求和一定程度上对司法的不信任，其主要目的在于通过这一方式来改变对自己不利局面，其次，从法官的角度来看，专家意见书对法官的自身素质，是一个巨大的考验，它既是一个“诱惑”，也是一个潜在危险，对其采纳与否往往可能直接影响到裁判的结果。

3、专家意见书与司法独立和公正的关系问题。

首先，专家意见书与司法独立的关系问题，关于司法独立的含义，学界见解不一，但其最基本的组成部分至少应包括司法权、法院的独立及法官的独立。具体来说，就是司法权在行使过程中完全自主不受外部因素，特别是政治系统的外来力量干扰。在诉讼过程中司法主体应是中立裁判者，不应受到外来力量的干扰。在专家意见书出现后，一方面专家意见书经过学术权威的论证，同时学术权威本身又有广阔的人际关系网或是直接担任领导职务。另一方面，法官自身素质不高，害怕承担责任，也是专家意见书得以盛行的原因之一，最终往往是直接影响案件的判决，进而侵害了司法独立。

其次，专家意见书与司法公正关系问题。

司法公正以司法独立为先决条件，以维护公民的合法权利为目标。基于专家意见书在诉讼中的巨大作用，才为当事人执著追求。专家意见书作为一当事人聘请专家进行论证的结果，不管权威性和正确如何，都无法回避单方性。而社会地位、财力一般的当事人，更无能力获得专家意见书，必然凸显社会的阶层差距与矛盾，与“法律面前人人平等”的原则相违背。总之，专家意见书在本质上是一种学理解释，但其对司法独立和司法公正构成了重大挑战，容易造成重大的负面影响。因此，应当在诉讼中减少专家意见书的应用。

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