

政法
英杰

国家司法考试教材 司考通

2010年国家司法考试 主观题高分突破 (卷四)

常英◎主编

主编
常英

中国政法大学出版社

政法
英杰

国家司法考试教材 司考通

2010年国家司法考试 主观题高分突破 (卷四)



中国政法大学出版社

2010·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

2010年国家司法考试主观题高分突破卷四 / 常英主编. —北京: 中国政法大学出版社, 2010.4

ISBN 978-7-5620-3642-5

I. 2... II. 常... III. 法律工作者-资格考核-中国-自学参考资料 IV. D92

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第059962号

-
- | | |
|------|---|
| 书 名 | 2010 年国家司法考试主观题高分突破·卷四
2010 NIAN GUOJIA SIFA KAOSHI ZHUGUANTI GAOFEN TUPO JUANSI |
| 出版发行 | 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088 fada.sf@sohu.com
http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010)58908433 (考试图书编辑部) 58908325 (发行部) 58908334 (邮购部) |
| 承 印 | 固安华明印刷厂 |
| 规 格 | 787×1092mm 1/16 |
| 印 张 | 17 |
| 字 数 | 405 千字 |
| 版 本 | 2010 年 4 月第 1 版 2010 年 4 月第 1 次印刷 |
| 书 号 | ISBN 978-7-5620-3642-5/D·3602 |
| 定 价 | 28.00 元 |
-

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

鸣 谢

本套丛书在“莘莘学子”的殷切期盼中终于如期再版！这是考生的一大福音！她篇幅简练、考点明确，是一套考生运用起来得心应手的书籍。这套书凝聚了众多作者、出版者的辛勤汗水！由于他们忘我的付出、不懈的努力，终于使这套丛书得到了广大考生的认可！这里，我们衷心感谢政法英杰校长常英教授的鼎力支持！感谢政法英杰司法考试培训中心名师团队的吴鹏老师、杨艳霞老师、杨帆老师、史飏老师、李奋飞老师、李毅老师、张洋老师、卜开明老师、袁家德老师、王晨老师等的通力合作，正是由于他们的团队精神、团结协作，根据自己多年的司考辅导经验终于精心打造了这样一套对广大学员大有裨益的考试用书。

同时，政法英杰更要感谢出版者和一直支持、信任我们的广大学员，有了他们的反馈，我们才会更加有针对性的编纂教材，使该书更具权威性、精确性、实用性！有了他们，我们才会不断进步，不辜负给予我们每一份力量的学员们。最后，希望广大读者对本书不吝指点、多提宝贵建议！

政法英杰培训中心

2010年4月

目 录

论述题	(1)
一、历年司法考试真题归纳分析	(1)
二、法律人思维的培养	(9)
三、法学理论水平的提高	(14)
四、如何应对理论法学部分的试题	(18)
五、法学理论的背景材料	(21)
六、思考练习与自我检测	(33)
民法、商法案例分析题	(73)
案例 1 民事法律关系与民事行为能力	(73)
案例 2 公司设立过程中的法律责任问题	(74)
案例 3 合伙的入伙退伙与债务承担	(76)
案例 4 未成年人的民事行为能力问题	(77)
案例 5 精神病人的民事行为能力问题	(78)
案例 6 宣告死亡制度	(79)
案例 7 民事行为能力与意思表示瑕疵	(81)
案例 8 意思表示瑕疵	(82)
案例 9 无权代理行为的效力	(83)
案例 10 无权代理与表见代理	(83)
案例 11 代理无效和产品责任问题	(84)
案例 12 诉讼时效届满的效力	(85)
案例 13 共同共有与优先购买权	(86)
案例 14 建筑物区分所有权	(87)
案例 15 无权处分与善意取得	(88)
案例 16 不动产继承与物权变动	(89)
案例 17 所有权的特殊取得方式	(91)
案例 18 抵押、质押和留置	(93)
案例 19 保证责任的范围、方式和期间	(94)
案例 20 保证合同的效力	(95)

案例 21	担保合同无效的责任承担	(96)
案例 22	企业分支机构担保的法律效力	(97)
案例 23	连带责任保证	(98)
案例 24	保证与抵押担保并存时的责任承担	(99)
案例 25	赠与人的义务及瑕疵担保责任	(100)
案例 26	无因管理	(101)
案例 27	侵权行为责任承担	(102)
案例 28	侵权责任承担	(103)
案例 29	共同侵权行为的认定及责任承担	(104)
案例 30	雇员在雇佣活动中受损的责任承担	(106)
案例 31	精神损害赔偿	(106)
案例 32	著作权的主体、权利内容	(108)
案例 33	著作权侵权行为与责任	(110)
案例 34	专利优先权与强制许可	(111)
案例 35	不视为侵犯专利权以及专利无效的法律后果	(112)
案例 36	证据适用的推定规定	(113)
民事诉讼法案例分析题		(117)
案例 1	仲裁协议条款的效力	(117)
案例 2	仲裁的审理与仲裁裁决	(118)
案例 3	民事诉讼管辖	(120)
案例 4	诉与诉讼当事人	(121)
案例 5	共同诉讼	(123)
案例 6	举证期限	(125)
案例 7	举证责任	(126)
案例 8	简易程序	(127)
案例 9	先予执行与管辖权异议	(129)
案例 10	上诉案件审理	(131)
案例 11	上诉的程序	(133)
案例 12	当事人申请再审	(134)
案例 13	再审案件的审理	(135)
案例 14	执行管辖、执行和解	(137)
案例 15	执行异议、执行措施	(139)

刑法案例分析题	(141)
案例1 共同犯罪	(141)
案例2 转化型抢劫罪	(142)
案例3 正当防卫、假想防卫、过失致人重伤罪	(144)
案例4 敲诈勒索罪、盗窃罪	(146)
案例5 自首与立功	(147)
案例6 抢劫罪、犯罪中止、犯罪未遂	(149)
案例7 刑事责任年龄、走私、贩卖、运输毒品罪、故意杀人罪、欺骗他人吸毒罪、 非法持有毒品罪	(151)
案例8 诬告陷害罪、敲诈勒索罪、诈骗罪	(152)
案例9 贪污罪、受贿罪	(153)
案例10 故意杀人罪、帮助毁灭证据罪、工程重大安全事故罪、窝藏罪、诈骗罪、 敲诈勒索罪、犯罪中止、犯罪未遂	(158)
案例11 行贿罪、受贿罪	(159)
案例12 抢劫罪、诈骗罪	(160)
案例13 伪造货币罪、走私假币罪、出售假币罪、购买假币罪、故意伤害罪、挪用 公款罪、贩卖毒品罪、共同犯罪	(162)
案例14 盗窃罪、妨害公务罪、绑架罪、抢劫罪、交通肇事罪、故意伤害罪、以危 险方法危害公共安全罪	(163)
案例15 假释	(165)
案例16 抢劫罪	(166)
案例17 抗税罪	(167)
刑事诉讼法案例分析题	(169)
案例1 诉讼参与人	(169)
案例2 管辖制度	(169)
案例3 回避制度	(171)
案例4 辩护制度	(172)
案例5 证据制度	(174)
案例6 强制措施	(176)
案例7 侦查行为	(177)
案例8 审查起诉	(179)
案例9 一审程序	(180)

案例 10	二审程序	(181)
案例 11	审判监督程序	(183)
案例 12	简易程序	(184)
案例 13	自诉程序、附带民事诉讼	(185)
案例 14	综合考查题	(187)
行政法与行政诉讼法案例分析题		(190)
案例 1	具体行政行为 and 抽象行政行为	(190)
案例 2	行政合理性原则 and 行政合法性原则	(191)
案例 3	行政主体资格	(191)
案例 4	行政机关滥用职权(信赖保护原则)	(192)
案例 5	对行政裁决行为的行政诉讼	(193)
案例 6	行政机关不履行法定职责行为	(194)
案例 7	公务行为的判断	(196)
案例 8	行政处罚的程序和原则	(197)
案例 9	行政处罚的设定权和听证程序的适用	(198)
案例 10	治安管理处罚	(198)
案例 11	行政复议被申请人	(199)
案例 12	行政诉讼受案范围、政府信息公开条例	(200)
案例 13	行政诉讼管辖及参加人	(200)
案例 14	行政诉讼的管辖	(202)
案例 15	行政诉讼参加人、司法审查标准、行政诉讼判决类型	(202)
案例 16	原告申请撤诉、人民法院不予准许、缺席判决	(203)
案例 17	对超越职权行政行为的行政诉讼	(204)
案例 18	国家赔偿义务机关	(205)
案例 19	国家赔偿的范围	(206)
案例 20	申请赔偿期限、国家赔偿范围	(207)
案例 21	被错误拘留、错误逮捕的刑事赔偿	(209)
民事诉讼司法文书		(211)
文书 1	民事起诉状	(211)
文书 2	民事答辩状	(214)
文书 3	代理词	(217)

文书4 民事判决书(一审)	(219)
文书5 民事上诉状	(222)
刑事诉讼司法文书	(227)
文书1 刑事自诉状	(227)
文书2 刑事起诉状	(229)
文书3 辩护词	(233)
文书4 刑事判决书(一审)	(234)
文书5 刑事附带民事起诉状	(241)
文书6 刑事抗诉书	(243)
文书7 刑事上诉状	(246)
行政诉讼司法文书	(249)
文书1 行政起诉状	(249)
文书2 行政答辩状	(252)
文书3 行政上诉状	(254)

论述题

论述题是近年来在全国统一司法考试中出现的一种全新的题目类型，其主要特点是，具有很强的理论性与概括性，深度关注现实社会问题，并且问题极具争议性，缺乏明确和固定的答题范式，等等。正是基于上述这些特点，此类题目出现伊始，便成为考生通过司法考试的一个很难逾越、又不得不面对的难题与阻碍。而帮助考生解决这一难题、克服这一阻碍，也正是本书的直接目的之一。与此同时，本书更为深远的、根本的目的还是在于培养考生（将来可能从事法律职业活动的人）形成法律人的思维（lawyer's thinking），提高考生的法学理论水平以及解决现实法律问题的职业能力（professional ability）。

一、历年司法考试真题归纳分析

（一）2003年~2009年全国统一司法考试卷四部分论述题

1. 2003年司法考试卷四论述题（1道题）

【题目】 某市为加强道路交通管理，规范日益混乱的交通秩序，决定出台一项新举措，由交通管理部门向市民发布通告，凡自行摄录下机动车辆违章行驶、停放的照片、录像资料，送经交通管理部门确认后，被采用并在当地电视台播出的，一律奖励人民币200元至300元。此举使许多市民踊跃参与，积极举报违章车辆，当地的交通秩序一时间明显好转，市民满意。新闻报道后，省内甚至外省不少城市都来取经、学习。但与此同时，也发生了一些意想不到的事：有违章驾车者去往不愿被别人知道的地方，电视台将车辆及背景播出后，引起家庭关系、同事关系紧张，甚至影响了当事人此后的正常生活的；有乘车人以肖像权、名誉权受到侵害为由，把电视台、交管部门告上法庭的；有违章司机被单位开除，认为是交管部门超范围行使权力引起的；有抢拍者被违章车辆故意撞伤后，向交管部门索赔的；甚至有利用偷拍照片向驾车人索要高额“保密费”的；等等。报刊将上述新闻披露后，某市治理交通秩序的举措引起了社会不同看法和较大争议。

问题：请谈谈你对某市治理交通秩序新举措合法性、合理性的认识。（注意：不能仅就此举引发的一些问题、个案谈具体适用法律的意见。）

答题要求：

- （1）运用掌握的法学知识阐释你认为正确的观点和理由。
- （2）说理充分，逻辑严谨，语言流畅，表述准确。
- （3）答题文体不限，字数要求800~1000字。

2. 2004年司法考试卷四论述题（2道题）

【题目一】 甲男与乙女系隔壁邻居。因甲时常聚集三朋四友在家打麻将，有时通宵达旦，喧闹声严重影响了乙家正常的休息。乙多次到甲家说明自己身体不好，神经衰弱，且孩子要学习，希望甲夜晚不要扰民。一次甲家正在玩麻将，乙又敲门表示不满。甲认为乙在朋友面前扫了自己面子，遂出言不逊，辱骂乙神经病。乙亦怒斥甲不务正业，像个赌

徒。双方由此发生争吵，引来邻里数十人，纷纷劝说双方忍让。甲恼羞成怒，上前拉住乙的衣服说：“我是赌徒，你就是妓女”。乙羞愤不已，转身欲走，但被甲拉住。挣扎间致乙衬衣被撕破，上身部分裸露。乙遭此羞辱之后，神经受到严重刺激，神经衰弱加重，不能正常生活、工作，所在外企因此将其辞退。治病、休养、生活无来源，使乙身心、财产俱遭损害。后有朋友告诉乙，此事不能作罢，一定要讨个说法。

作为一名法律职业者，你认为根据我国法律的规定：有哪几种法律途径或方式可供乙选择，以维护其权益。针对本案的实际情况，你认为选择其中哪一种方式处理此事社会效果更好、更具优越性，并请阐明理由。

答题要求：

- (1) 运用掌握的法学和社会知识阐释你的观点和理由。
- (2) 说理充分，逻辑严谨，语言流畅，表达准确。
- (3) 字数不少于 500 字。

【题目二】 某地经工商登记新成立了一家名为“喜悦家庭”的商户。该商户的核准经营范围为娱乐服务，客户只需提供一男一女两张照片或一张合影照片，输入“高科技速配优生自动成像系统”，即可在 2 分钟内生成两人“结婚生子”后孩子 1 岁、10 岁及 20 岁的彩色图像各一份。“喜悦家庭”开业后，不少热恋中的青年男女频频光顾，甚至有已经婚育的父母携子抱女前来“先睹”孩子长到 10 岁、20 岁时的模样。在付出较高费用后，大都欢声笑语地离去。

一些追星族也拿着心中偶像——影星、歌星、球星的照片来到“喜悦家庭”，与自己的倩影一道输入“系统”。看到与大明星“结合”所育“后代”的照片，追星族们甚是满意。更有好事媒体将此事连同多幅某人与明星“结合”的“后代”照片作为新闻报道予以刊登。此举引发了不少议论，或褒或贬，或以为无所谓，且都能从法律上谈出一二三。请谈谈你对此事的看法。

答题要求：

- (1) 运用掌握的法学知识阐释你的观点和理由。
- (2) 说理充分，逻辑严谨，语言流畅，表达准确。
- (3) 字数不少于 500 字。

3. 2005 年司法考试卷四论述题（2 道题）

【题目一】 甲系某大学三年级女生。2003 年 5 月 5 日，甲到国际知名连锁店乙超市购物，付款结账后取回自带的手袋，正要走出超市大门时，被超市保安阻拦。保安怀疑甲携带了未结账的商品，欲将甲带到超市值班经理办公室处理。甲予以否认，争执过程中引来众多顾客围观。后在经理办公室，甲应值班经理要求出示了所买商品及结账单据。值班经理将甲自带的手袋打开检查，并叫来女工作人员对甲进行了全身搜查，均未查出未结账的商品，遂将甲放走。事后，甲在超市被搜身的消息在本校乃至其他高校传开，甲成了备受关注的“新闻人物”，这对甲形成了巨大的精神压力，导致其出现了失眠、头晕等症状，无法继续学业，医生建议其做心理治疗。甲认为乙超市侵害了自己的人格权，遂提起诉讼，请求判决乙超市赔偿精神损害 10 万元。

本案双方的主要事实争议是：乙超市在对甲进行全身搜查时，是否强令甲脱去了内衣。对此，双方均未提出充分的证据。双方的主要法律争议是：超市在每年失窃数额巨大

的情况下,是否有权对顾客进行搜查。乙超市认为自己在超市内已张贴告示,保留对顾客进行搜查的权利。一审法院认为乙超市不能提出没有强令甲脱去内衣进行搜查的证据,故对脱衣搜查的事实予以认定,认为乙超市的搜查行为侵犯了甲的人格权,且侵权情节恶劣,后果较为严重,同时考虑到当地经济发展水平较高,判决被告赔偿精神损害 11 万元。乙超市不服,提出上诉。

二审法院除认为一审判决认定乙超市强令甲脱内衣进行搜查的事实证据不足之外,对一审认定的其他事实予以维持,酌情改判乙超市赔偿甲精神损害 1 万元。甲对二审判决不服,以赔偿太少为由,申请再审,请求将赔偿数额改为 11 万元。

答题要求:

(1) 请就本案一审判决、二审判决和再审申请涉及的法律问题进行简要分析。

(2) 本案发生后社会反响颇大,引发了不少议论,主要涉及精神损害赔偿、法官自由裁量、人格权保护、消费者权益保护、企业安保措施等诸多法律问题,请你任选一个角度简要论述。

【题目二】 英美法系国家实行判例法制度,法官的判决本身具有立法的意义,并对以后处理类似案件具有拘束力。我国主要以成文法律及司法解释作为审判案件的依据,同时最高人民法院也通过公布案例指导审判实践。请围绕“判例、案例与司法解释”谈谈你的看法。

答题要求:

(1) 在分析、比较、评价的基础上,提出观点并运用法学知识阐述理由。

(2) 说理清楚,逻辑严谨,语言流畅,表达准确。

(3) 字数不少于 500 字。

4. 2006 年司法考试卷四论述题 (2 道题)

【题目一】 2002 年 7 月,某港资企业投资 2.7 亿元人民币与内地某市自来水公司签订合作合同,经营该市污水处理。享有规章制定权的该市政府为此还专门制定了《污水处理专营管理办法》,对港方作出一系列承诺,并规定政府承担污水处理费优先支付和差额补足的义务,该办法至合作期结束时废止。

2005 年 2 月市政府以合作项目系国家明令禁止的变相对外融资举债的“固定回报”项目,违反了《国务院办公厅关于妥善处理现有保证外方投资固定回报项目有关问题的通知》的精神,属于应清理、废止、撤销的范围为由,作出《关于废止〈污水处理专营管理办法〉的决定》,但并未将该决定告知合作公司和港方。港方认为市政府的做法不当,理由是:其一,国务院文件明确要求各级政府对涉及固定回报的外商投资项目应“充分协商”、“妥善处理”,市政府事前不做充分论证,事后也不通知对方,违反了文件精神;其二,1998 年 9 月国务院通知中已明令禁止审批新的“固定回报”项目,而污水处理合作项目是 2002 年经过市政府同意、省外经贸厅审批、原国家外经贸部备案后成立的手续齐全、程序合法的项目。

答题要求:

(1) 运用行政法原理对某市政府的上述做法进行评论。

(2) 结合上述事件论述依法治国和公平正义的法治理念。

(3) 观点明确,论证充分,逻辑严谨,文字通顺。

(4) 不少于 600 字。

【题目二】 某民法典第一条规定：“民事活动，法律有规定的，依照法律；法律没有规定的，依照习惯；没有习惯的，依照法理。”请：

- (1) 比较该条规定与刑法中“法无明文规定不为罪”原则的区别及理论基础；
- (2) 从法的渊源的角度分析该条规定的涵义及效力根据；
- (3) 从法律解释与法律推理的角度分析该条规定在法律适用上的价值与条件。

答题要求：

- (1) 在上述 3 个问题中任选其一作答，或者自行选择其他角度作答。
- (2) 在分析、比较、评价的基础上，提出观点并运用法学知识阐述理由。
- (3) 观点明确，论证充分，逻辑严谨，文字通顺。
- (4) 不少于 600 字。

5. 2007 年司法考试卷四论述题（3 道题）

【题目一】 简答我国社会主义法治理念的主要内容，并阐释社会主义法治的核心内容的基本内涵。

答题要求：

- (1) 观点明确，表述完整、准确。
- (2) 不少于 400 字。

【题目二】 素材一：中国古籍《幼学琼林》载：“世人惟不平则鸣，圣人以无讼为贵。”《增广贤文》也载：“好讼之子，多数终凶。”中国古代有“无讼以求”、“息讼止争”的法律传统。

素材二：1997 年 3 月 11 日，时任最高人民法院院长的任建新在第八届全国人民代表大会第五次会议上作最高人民法院工作报告时指出，1996 年全国各级人民法院共审结各类案件五百二十多万件，比上年上升约 16%。2007 年 3 月 13 日，时任最高人民法院院长的肖扬在第十届全国人民代表大会第五次会议上作最高人民法院工作报告时指出，2006 年各级人民法院共办结各类案件八百二十一多万件。

根据所提供的素材，请针对从古代的“无讼”、“厌讼”、“耻讼”观念到当代的诉讼案件数量不断上升的变化，自选角度谈谈自己的看法。

答题要求：

- (1) 观点明确，论证充分，逻辑严谨，文字通顺。
- (2) 不少于 500 字。

【题目三】 据报道，在城市建设中，有的政府部门发出有关土地使用的许可证照后，因法律、法规、规章的修改、废止，或城市规划修改等许可所依据的客观情况发生重大变化，为了公共利益而撤回已生效的许可。也曾有个别地方的政府部门在颁发土地使用证照过程中确有审查不严的问题，为弥补过错过失而以公共利益需要为由收回已生效的许可；或为了以更高价位将土地出让给他人，而以公共利益需要为由收回已生效的许可。

请就上述情况，根据行政法有关原则，谈谈你的看法及建议。

答题要求：

- (1) 观点明确，论证充分，逻辑严谨，文字通顺。
- (2) 不少于 500 字。

6. 2008 年司法考试卷四论述题 (2 道题)

【题目一】 据新华社4月13日电：2006年4月，中共中央提出树立社会主义法治理念。这是以胡锦涛同志为总书记的党中央，从社会主义现代化建设事业全局出发，坚持以马克思主义法学理论为指导，在认真总结我国法治建设实践经验，借鉴世界法治文明成果的基础上，作出的一项重大决策。标志着我们党对建设中国特色社会主义法治国家的规律、中国共产党执政规律有了更加深刻的认识和把握。其基本内涵可以概括为依法治国、执政为民、公平正义、服务大局、党的领导等五个方面。

《法制日报》2008年2月1日报道：2007年岁末，中共中央总书记胡锦涛在同全国政法工作会议代表、全国大法官、大检察官座谈时指出，要始终坚持党的事业至上、人民利益至上、宪法法律至上。这“三个至上”所蕴含的精神，不仅体现了执政党以人为本、执政为民、全心全意为人民服务的基本理念，也体现了社会主义法治理念的深刻内涵，体现了建设社会主义法治国家必须坚持党的领导、人民当家做主、依法治国三者之间的有机统一。

问题：

请根据以上材料，从法与政治和法的作用的角度简答对社会主义法治理念的认识。

答题要求：

(1) 观点正确，表述完整、准确。

(2) 不少于400字。

【题目二】 提示：本题为选答题，请选择其中一问作答。答题时务必在答题纸对应位置上标明“问题1”或“问题2”。两问均作答的，仅对书写在前的答案评阅给分。

案例一：2005年9月15日，B市的家庭主妇张某在家中利用计算机ADSL拨号上网，以E话通的方式，使用视频与多人共同进行“裸聊”被公安机关查获。对于本案，B市S区检察院以聚众淫乱罪向S区法院提起公诉，后又撤回起诉。

案例二：从2006年11月到2007年5月，Z省L县的无业女子方某在网上从事有偿“裸聊”，“裸聊”对象遍及全国22个省、自治区、直辖市，在电脑上查获的聊天记录就有三百多人，网上银行汇款记录一千余次，获利2.4万元。对于本案，Z省L县检察院以传播淫秽物品牟利罪起诉，L县法院以传播淫秽物品牟利罪判处方某有期徒刑6个月，缓刑1年，并处罚金5000元。

关于上述两个网上“裸聊”案，在司法机关处理过程中，对于张某和方某的行为如何定罪存在以下三种意见：第一种意见认为应定传播淫秽物品罪（张某）或者传播淫秽物品牟利罪（方某）；第二种意见认为应定聚众淫乱罪；第三种意见认为“裸聊”不构成犯罪。

问题1：

以上述两个网上“裸聊”案为例，从法理学的角度阐述法律对个人自由干预的正当性及其限度。

问题2：

根据罪刑法定原则，评述上述两个网上“裸聊”案的处理结果。

答题要求：

(1) 在综合分析基础上，提出观点并运用法学知识阐述理由；

(2) 观点明确, 论证充分, 逻辑严谨, 文字通顺;

(3) 不少于 500 字, 不必重复案情。

《刑法》参考条文:

※第 3 条 法律明文规定为犯罪行为的, 依照法律定罪处刑; 法律没有明文规定为犯罪行为的, 不得定罪处刑。

※第 363 条第 1 款 以牟利为目的, 制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品的, 处 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制, 并处罚金; 情节严重的, 处 3 年以上 10 年以下有期徒刑, 并处罚金; 情节特别严重的, 处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑, 并处罚金或者没收财产。

※第 364 条第 1 款 传播淫秽的书刊、影片、音像、图片或者其他淫秽物品, 情节严重的, 处 2 年以下有期徒刑、拘役或者管制。

※第 361 条第 1 款 聚众进行淫乱活动的, 对首要分子或者多次参加的, 处 5 年以下有期徒刑、拘役或者管制。

※第 367 条 本法所称淫秽物品, 是指具体描绘性行为或者露骨宣扬色情的诲淫性的书刊、影片、录像带、录音带、图片及其他淫秽物品。

有关人体生理、医学知识的科学著作不是淫秽物品。

包含有色情内容的有艺术价值的文学、艺术作品不视为淫秽物品。

7. 2009 年司法考试卷四论述题 (2 道题)

【题目一】 1840 年鸦片战争前, 以自然经济为基础的中国农业社会是封闭保守的。鸦片战争后, 中国的封建法律面临挑战。清朝统治者迫于内外压力, 于 20 世纪初下诏修律, 以收回领事裁判权为契机, 法的现代化从制度层面上在中国正式启动。

新中国成立后 60 年来, 伴随着社会主义革命和建设的伟大进程, 中国法的现代化以社会主义的民主法制为建设目标, 历经曲折考验, 取得巨大成就。特别是改革开放 30 年来, 社会主义的法治思想和观念在建设中国特色社会主义的伟大实践中总结凝练开拓创新, 与时俱进地指引中国法治现代化建设不断发展并推向深入, 形成了以“三个至上”重要观点为精神实质和根本原则的社会主义法治理念。

问题:

请结合中国法治现代化发展进程, 简答对社会主义法治理念和“三个至上”重要观点的认识。

答题要求:

1. 观点正确, 表述完整、准确;

2. 不少于 400 字。

【题目二】 潘晓大学毕业不久, 向甲商业银行申领了一张信用卡, 透支额度为 20, 000 元。

潘晓每月收入 4, 000 元, 缴纳房租等必需开销 3, 000 多元。潘晓消费观念前卫, 每月刷卡透支 3, 000 多元, 累计拖欠甲商业银行借款近 60, 000 元。不久, 潘晓又向乙商业银行申领了一张信用卡, 该卡的透支额度达 30, 000 元。

据报道, 甲商业银行近几年累计发行信用卡近 600 万张, 每张信用卡的透支额度从 5, 000 元至 10 万元不等。该银行 2009 年 8 月统计发现, 信用卡持卡人累计透支接近 300

亿元，拖欠期限从一个月到四、五年不等。不少人至少持有两张甚至多张信用卡，因延期还款产生的利息和罚息达到数千元甚至上万元。由于上述现象大量存在，使得一些商业银行的坏账比例居高不下。对此，银行界拟对透支额度大、拖欠时间长的持卡人建立个人信用档案，列入“黑名单”，相关信息各银行共享；拟采取加大罚息比例、限制发放个人贷款、限制发放信用卡、停止信用卡功能等措施制裁信誉不良持卡人；拟建议在设立企业、购买不动产等方面对持卡人进行限制。

另据反映，为数不少的信用卡持卡人则认为，银行信用卡发放泛滥，安全防范功能不强，申领条件设定偏低，合同用语生涩，还款程序设计复杂且不透明，利息负担不尽合理，呼吁国家出台政策进行干预。

问题：

根据上述材料，请从合法性与合理性的角度就银行权益保护与限制、持卡人权利与法律责任、银行和持卡人的利益平衡与社会发展、资本市场风险的法律防范对策，或者其他任一方面阐述你的观点。

答题要求：

1. 应结合相关法律规定，运用部门法知识及法理学知识进行论述；
2. 观点明确，逻辑合理，说理充分，表述清晰；
3. 字数不少于 500 字。

(二) 考点分布情况

2003 年论述题

题目一 考点：行政行为的合法性与合理性原则

2004 年论述题

题目一 考点：权利的救济方式、法律与社会的关系

题目二 考点：权利行使的限度

2005 年论述题

题目一 考点：精神损害赔偿、法官自由裁量、人格权保护、消费者权益保护等

题目二 考点：英美法系与大陆法系在判例、案例与司法解释方面的比较

2006 年论述题

题目一 考点：行政行为的合法性与合理性原则、法治理论

题目二 考点：民法、刑法的适用原则及基本理论、法律规范的正当性或效力基础、法律解释与法律推理

2007 年论述题

题目一 考点：社会主义法治理论

题目二 考点：法律意识与法律观念、传统法律文化与现代法治的关系

题目三 考点：行政许可、行政法基本原则

2008 年论述题

题目一 考点：社会主义法治理念

题目二 考点：权利与自由的关系及罪刑法定原则

2009 年论述题

题目一 考点：当代中国法治现代化发展进程

题目二 考点：诚实信用、禁止权力滥用；法的价值；法与自由的关系；和谐社会

（三）分析与总结

对于往年司法考试真题的回顾与总结，是准备与复习司法考试过程中相当重要的、也是必不可少的环节之一。在对论述题的准备与复习中，这一环节尤为重要。因为在总结与分析往年真题的过程中，不仅可以厘清司法考试论述题的出题方式、答题思路，更重要的是，有助于考生找到具体分析问题、解决问题的路径，为后续的准备与复习奠定基础。下面，仅以2008年全国统一司法考试卷四中的论述题为例，试分析如下：

2008年全国统一司法考试卷四第1题是一道纯粹的法理学题目，题干中直接而明确地要求考生回答“请根据以上材料，从法与政治和法的作用的角度简答对社会主义法治理念的认识”，考点非常清晰、明确，具有很强的政治性和时事性。下面，在结合基本法治理论与多数学者的观点的基础上，提供一个解答本题的思路（或者也可称作“参考答案提纲”），仅供参考：

〔解题思路〕

1. 依法治国：社会主义法治的核心内容。树立依法治国的理念，是在全社会和全体公民，特别是法律职业人员中养成自觉遵守法律、维护法律的权威、严格依法办事的思想意识，使广大人民群众在党的领导下依照宪法和法律规定，通过各种途径和形式管理国家事务、管理经济文化事务、管理社会事务，保证国家各项工作都依法进行，逐步实现社会主义民主的规范化、程序化和法制化。

2. 执法为民：社会主义法治的本质要求。按照邓小平理论和“三个代表”重要思想的本质要求，把实现好、维护好、发展好最广大人民的根本利益，作为司法、执法工作的根本出发点和落脚点，在各项执法、司法活动中切实做到以人为本、执法公正、一心为民。

3. 公平正义：社会主义法治的价值追求。公平正义是指社会成员能够按照法律规定的方式公平的实现权利和义务，并受到法律的保护。我国坚持以维护、实现、发展最广大人民群众的根本利益为宗旨。法律职业人员必须秉公执法、维护公益、摒弃邪恶、弘扬正气、克服私欲、排除私利，坚持合法合理原则、平等对待原则、及时高效原则、程序公正原则，维护社会的公平正义。

4. 服务大局：社会主义法治的重要使命。法律职业人员要围绕党、国家、社会的大局开展司法、执法活动，立足本职，全面正确履行职责，致力于全面推进小康社会进程，努力创造和谐稳定的社会环境和公正高效的法治环境。

5. 党的领导：社会主义法治的根本保证。法律职业人员要自觉地把坚持党的领导、巩固党的执政地位和维护社会主义法治统一起来，把贯彻落实中国共产党的路线方针和严格执法统一起来，把加强和改进党对司法、执法工作的领导与保障司法机关依法独立行使职权统一起来。

另外，在2008年司法考试卷四中，第7题是一道可选择型的论述题目，即有两部分问题。

其中，第一部分问题（〔题目二〕）属于理论法学部分的论述题，涉及法律对自由限制的正当性问题。在回答本题时，建议考生应当掌握以下原则：

●伤害原则