

江 伟 主 编

2005 司法考试 直通车 (卷四)

● 案例分析

● 司法文书

● 专题论述



中国人民公安大学出版社

2005

司法考试直通车
(卷四)

江 伟 主编

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

2005 司法考试直通车. 卷四/江伟主编. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2005.3

ISBN 7-81109-029-5

I. 2... II. 江... 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 (2005) 第 016609 号

2005 司法考试直通车 (卷四)

SIFAKAOSHI ZHITONGCHE JUANSI

江 伟 主编

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京市泰锐印刷厂

版 次: 2005 年 3 月第 1 版

印 次: 2005 年 3 月第 1 次

印 张: 29.5

开 本: 787 毫米×1092 毫米 1/16

字 数: 520 千字

ISBN 7-81109-029-5/D·024

定 价: 46.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 侵权必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

www.jgclub.com.cn

主 编 江 伟 (中国人民大学法学院教授,曾多次
参与律考和司考大纲、指定教材的
撰写以及命题和审题工作)

撰稿人 张慎法 胡 睿 胡子文 朱书龙
刘 汉 李 彤 吴瑞珊 陈 坤

编者的话

司法考试是全国最难的资格考试已成为不争的事实。古人云：“工欲善其事，必先利其器。”在竞争激烈的司法考试中，若能有一套高质量的辅导书，将使我们事半功倍、一矢中的。于是，我们按照这一理想目标编写了《2005 司法考试直通车》丛书。本书具有以下特点：

1. 资深可信。这套丛书在律考和司考的图书市场已连续出版 10 年，可谓独一无二。本书主编江伟教授是著名法学家，曾多次参与律考和司考大纲、指定教材的撰写，并参加命题和审题工作；部分作者自 1996 年以来就受邀进行律考和司考的命题分析。所有作者在撰稿前，首先再次认真研读了近 3 年司法考试各学科知识点和法条的分值分布，把握命题规律，并对今年司考命题趋势进行了预测，增强了内容的针对性，并严格按照考试大纲撰写。

2. 减负提速。司法考试指定教材和法律、法规总计近 3000 万字，蔚为壮观。如果说教材是普通程序的话，那么，《2005 司法考试直通车》丛书便是普通程序的简易化。它突出重点，兼顾全面，浓缩精华，言简意赅。本丛书将各门学科和章节均绘出知识结构图，让考生做到心中有全局，系统掌握全部知识点，不至于在复习时只见树木不见森林。另外，本丛书为考生精心设计了大量的重点考点比较表，节约考生复习时间，让考生在最短的时间里尽快掌握考试内容之精髓。

3. 直通系统。本丛书严格按照司法考试四张试卷的学科和题型分布分四册编写而成，实现了教材与试卷的一一对应，相互直通，同时也实现了法理、法条、真题和自测练习以及单科与综合的五大结合；力求做到节节清、章章清、门门清、卷卷清。

当然，尽管我们主观上追求直通，盼望完美，但在实际中仍可能存在错讹之处，欢迎广大考生批评指正，以利来年修改。

最后祝广大考生朋友考试顺利！

2005 年 1 月 6 日于北京



考试特点与应试指南

司法考试第四卷为综合考查,内容涉及刑事法学(包括刑法、刑事诉讼法)、民事法学(包括民法、民事诉讼法、仲裁法)、商事法学、行政法学(包括行政复议法、行政诉讼法、国家赔偿法);基本题型为案例分析题、法律文书写作和专题论述。在2004年司法考试中,题型设计为简答题和分析题两大类,其中分析题分值高达75分,加强了对分析能力、论述能力甚至文字表达能力的综合考查。这一变化体现出以后司法考试第四卷的命题趋势,应当引起考生的足够重视。

案例分析题在卷四中是以大大小小的案例形式出现的。从前两次司法考试来看,题量在8~10道,每题包含4~7个小问题,每题总分值大约7~12分。而在2004年的司法考试中,题量减少,仅有6道,但是单个题目的分值明显上升,第四题高达20分,其中的第6题也不属传统题型的案例分析,不仅考察基础知识、重点法条,也注重分析论述能力的考查。考核的大多数知识点集中在刑法、民法、行政法、商法及三大诉讼法当中,由于案例多以较长、较复杂的案情内容为特点,所以,回答问题的难度也较大,加上时间较紧张,得分率往往较低,历来被广大考生视为最难的试卷。该卷得分低除了试题本身的难度外,考生的答题方法不当也是个原因。对此,考生应在掌握基础知识的前提下加强解题技巧的培养。对于案例分析题,解答一般应按以下方法进行:

(一)认真阅读案例熟悉案情,把其中的各种法律关系弄清楚。审题过程中一些复杂的人物关系、事件关系可以用简单的图示标出来,以免混淆关系或有所疏漏。

(二)正确理解题意。案例分析题的命题是有明确的具体要求的,考生应根据所问问题摸透题意,有的时候,因为案情复杂,关系交叉,涉及面广,知识点多而散,考生往往没有信心读完整个案件,认为太难而放弃该题。其实,越是案情复杂,提供的信息越多,因而所设置的问题也较容易回答。所以,遇到这种长篇复杂的案例,我们建议考生不妨先不看案例,而将其所问的问题看看,看其到底问什么,然后考生再带着问题去看



案例，就会发现案例并不难，只是干扰的信息多。

(三) 答题切中要点。司法考试中的案例分析题基本都是法律实务题，其答题方式就像制作一份判决书一样：首先为结论正确与否、应怎样处理等；其次为法律依据，即根据哪一法条得出的结论；再次为事实依据，即案例中发生了什么样的事件或行为，导致了什么样的法律结果。当然，回答的内容要根据提问的角度来选择，如果只问了处理结果、法律依据、事实依据中的一种或两种，就没必要将三部分内容全部答上。需要提醒广大考生的是，司法考试中的案例分析题不是理论分析题，考生切忌去做长篇大论的理论分析。

法律文书写作是从事法律职业者必需的能力训练，是卷四中较为简单的一类题型。但是，这一部分的考查形式灵活多样，2003年司法考试中没有直接考法律文书写作，而是以法律文书改错的形式出现，在2004年司法考试中甚至没有出现，但这并不说明法律文书写作不重要。考生只要将辅导资料中的文书写作的格式记熟了，并在平时进行适当的训练，考试时就可以套用了。如果遇到答题时间不够的情况，我们提醒大家一定要把文书的格式框架给写上，这样至少也可得几分。

专题论文是2003年司法考试中出现的一种新题型，到2004年司法考试，出现了两个论述题目，这一题型分值达50分。专题论文着重考查考生的法学理论素养和文字表达水平，是主观试题中难度最大的一种题型，充分反映了司法考试的测试从简单记忆到灵活运用、独创思维的纵深发展。对于专题论文，考生需要的是培养法学思维方式和加强文字表达能力。在面对未经裁剪的生活素材时，如何正确地审题和切入，成为专题论文部分答题成功与否的关键。

通过分析，我们发现，虽然2004年司法考试出现了两个专题论文题目，分值有突破性的提高，但也仅说明了司法考试注重对于创造性能力考查的趋势。与2003年的题目相比，可以看出2003年的题目在命题范围、发散性思维要求、分析能力、论述能力方面的考查更具有代表性、典型性。因此我们将以2003年的题目为典范，为考生提出对应策略。

专题论文所提供的写作素材与案例分析题有很大不同。案例分析题的案情一般是对案件事实的高度概括，事实理解与法律关系的部门法归类是相对容易的。比如，一个案例分析题陈述的是一个拐卖妇女的案件，那么，考生首先便会明确该题主要考查的是刑法学部分的知识，从而开始调动大脑中储存的刑法学知识用于解题。这一步称之为定位。定位在专题论文之中同样十分重要，但难度明显高于案例分析题。因为现实生活中的事

件往往会涉及到诸多部门法的法律关系,当写作素材以生活中的事实的面目出现时,考生往往会在定位时发生迷惘,即无法确定究竟应当用哪一个或哪几个部门法知识或哪些法理学知识来分析该生活事实,抽象出其中的法律关系,从而无法正确地找到立论的切入点。为此,我们提供如下方法供考生解题时参考。

(一) 确定材料中涉及的主要行为主体

以2003年司法考试为例,材料中涉及的主要行为主体为交通管理部门和市民以及新闻媒体。在法律惯常思维中,交通管理部门往往是作为行政主体而出现,因此考生可以在头脑中将主要法律关系初步定位为行政法律关系,尝试用行政法知识去把握材料。这是审题中很关键的一步,只有这样才能初步把握考查角度,抓准解题方向。

(二) 确定材料中涉及的主要法律关系

找到了行为主体不等于明确了法律关系,而法律关系是裁剪生活事实,分清权利义务,明确合法违法,确定责任的核心。因此我们必须在确定行为主体之后,更进一步确定材料中所涉及的法律关系。

法律关系是经过法律规范所调整而形成的人与人之间的权利义务关系。引起法律关系产生、变更、消灭的是法律事实和法律行为,而主要的又是法律行为。因此,确定行为所依据(或违反)的法律规范,是明确法律行为性质进而确定法律关系性质的重要步骤。

从题目中我们可以看出,交通管理局的行为是依其交通管理职权作出的行政行为,其行为依据主要涉及的是其组织法。因此很明显,交通管理局的行为是一个与职权有关的行为,与相对人形成了行政法律关系。

更进一步来看,交通管理局为了加强道路交通管理,向市民发出通告,凡拍摄交通违章的,一律给予奖励。这一行为方式在行政法理论中可以归入行政指导的范畴,从而形成具体的行政指导法律关系。

行政指导,是行政主体在其职权或其所管辖的事务范围内,为适应复杂多变的经济和社会生活需要,基于国家的法律或法律原则,适时灵活地采取非强制手段,在行政相对方的同意或协助下,实现一定行政目的行为。

这一归类使我们解题思路豁然开朗,我们完成了从具体生活事实向抽象法律概念的转化,于是我们便可以根据行政法中关于行政指导的理论知识来审视材料,判断其合法性与合理性方面存在的不足与瑕疵。那么我们



析题便可以转入下一步了。

其次，专题论文考查了考生根据法律关系确定可资援用的理论资源的能力。

法律关系定位是为了确定可资援用的理论资源。因此我们分析第二步就是在既定的法律关系框架内，明晰法学理论知识的基本要点和法律原则在该法律关系中的具体体现，从而以此为依据来审视材料所列事实。

众所周知，行政法的基本原则是合法性与合理性原则，行政指导行为也概莫能外，而且由于多数行政指导行为是在没有具体的法律条文依据的情况下采取的，因而其受合法性与合理性原则的规制更显得重要。具体而言，行政指导的合法性原则包含以下内容：

1. 行政机关在实行政指导时，不得超越其职权和所管辖公务范围。超越职权所实施的行政指导是无效的，并应承担由此引起的法律后果。
2. 行政指导不能优先于法律。行政指导的内容无论合法与否，不得违反法律的规定精神以及法律的一般原则。
3. 行政机关实行政指导时，应始终注意以行政相对方的自愿合作为前提。

行政指导的合理性原则。合理性原则是合法性原则的补充，它要求行政指导不仅应当合法，而且应当合理公正。行政机关实行政指导，必须基于正当的动机和目的，必须是为了社会的公共利益或是为了行政相对方的合法权益。

此外，我们在阅读材料时还可以发现一点，即在行政指导行为中包含着一个不太明显的行政委托法律关系，这在前一阶段的法律关系定性中是很难确定的。即摄录机动车辆违章行驶、停放的照片、录像资料本是行政机关的职权，但在交通管理局的通告中，将这一行政职权委托给公民行使，是以行政指导形式作出的一种委托。因此，我们必须联系行政委托的相关的知识，才能正确地解题。

在我国行政法中，行政委托是指出于行政管理上的需要，某一行政主体委托另一行政主体或其他组织以委托人的名义代行职权或其他事务，其行为效果归属于委托人的法律制度。

行政委托并不强求只能在法律法规明确许可的情况下才能作出（有争议），但在关涉相对人人身权、财产权等合法权益的行政职权，其委托必须有法律的明确许可和依法律程序而作出，不得由行政机关任意委托。

有了以上的法学理论知识的准备，我们转而进入下一步，即用理论标准来分析、评判材料中所述行为。



最后, 专题论文考查考生运用理论知识分析、评论材料与行文的能力。

所有的理论知识确定都是为了评价和指导实践。现在, 我们就联系材料的具体事实, 根据题目要求, 运用理论知识来分析其合法性与合理性。

首先, 根据行政指导的合法性、合理性原则来评价。行政指导的合法性原则, 要求行政指导必须在其职权和所管辖公务范围内作出。联系材料来看, 在公共场所、交通路口拍摄违章车辆是行政机关的职权, 而对于在私人场所的拍摄以及对于当事人的媒体曝光则不是行政机关的职权, 而是侵犯公民人格权、隐私权的行为。因此, 交通管理局在公告中希望公民自行随意拍摄违章车辆并予以奖励的行为, 实际上是滥用职权, 突破了行政权与公民权利的界限, 对公民权利造成了不应有的损害。这是交通管理局违反合法性原则的第一点。

其次, 交通管理局的任意委托违反了合法性原则。对于可能侵犯公民权利的行政行为, 应当由行政机关自行行使, 即使委托也必须有法律的确明确授权, 而不能像交通管理局的通告一样随意委托行使, 而且交通管理局委托事项也超出了其职权范围, 违反合法性原则。

就合理性原则而言, 它是合法性原则的补充。只有当其符合合法性原则时才能有合理性原则的适用空间, 而不是说合理性与合法性并立。因此, 在行政法制中不应出现不合法但合理现象。对于交通管理局的行为, 它可能在短期内对交通秩序的整顿起到良好效用, 看似合理, 但却是以牺牲公民隐私为代价的, 是对公民权利的侵犯与剥夺, 无异于饮鸩止渴之举。

因此, 经过以上分析可以得出我们对本文的基本观点, 即交通管理局的行为违反合法性原则, 侵犯公民权利, 是不合法的。

现在我们要做就是将我们的思维过程用文字表述出来, 即行文。行文是将上述四个逻辑步骤整理成论文形式予以表述。行文的顺序应当与思维顺序有所不同: 首先列出法学理论 (合法性、合理性原则及具体要求); 然后简要概括事实, 抽出其中与分析相关的核心事实和表述; 再结合法学理论知识进行评析; 最后陈述自己的观点, 总结全文。其中第三步是关键, 因此考生应当做到条理清晰, 说理细致, 逻辑严密, 有根有据。若答题时间有富余, 考生在这一部分不妨适当展开, 向考官展示其深厚的理论素养, 在得分上也许会卓有成效。

再有一点需要提醒考生的是: 因为专题论文全凭阅卷者评分, 因此卷面和文笔是考生应当注意的。毕竟卷面清洁、文辞优美的试卷总是能给人



很好的第一印象。

考生复习专题论文这一部分时，要多注意关注身边的事，多尝试用法律人的视角去分析、透视日常生活中的法律现象。同时多通过媒体了解专家学者对这些日常小事的法律评价，并与自己的思考所得相互印证、比较。“厚积才能薄发”。论文写作能力的培养非一朝一夕之功，也没有什么济世良方，唯有依靠平时主动的思维训练和积累，才能在考场上信手拈来，洋洋洒洒。

2005 司法考试直通车 (卷四)

第一编 案例分析

第一章 民法案例	 3
第二章 民事诉讼法案例	 112
第三章 商法案例	 157
第四章 刑法案例	 192
第五章 刑事诉讼法案例	 253
第六章 行政法案例	 308

第二编 司法文书

第一章 律师实用法律文书	
第一节 民事起诉状	 369
第二节 民事反诉状	 371
第三节 民事上诉状	 373
第四节 民事答辩状	 375



第五节	行政起诉状	377
第六节	行政上诉状	379
第七节	刑事自诉状	381
第八节	刑事上诉状	382
第九节	刑事答辩状	384
第十节	刑事申诉状	385
第十一节	民事申诉状	386
第十二节	代理词	387
第十三节	辩护词	387
第十四节	民事撤诉状	388
第十五节	行政撤诉状	389
第十六节	强制执行申请书	389
第十七节	仲裁申请书	390
第十八节	民事再审申请书	391

第二章 人民法院法律文书

第一节	第一审刑事判决书	392
第二节	第一审刑事附带民事判决书	398
第三节	第二审刑事判决书	402
第四节	第二审刑事附带民事判决书	404
第五节	再审刑事判决书	406
第六节	刑事裁定书	409
第七节	第一审民事判决书	413
第八节	第二审民事判决书	414
第九节	第一审行政判决书	416
第十节	第二审行政判决书	418

第三章 人民检察院法律文书

第一节	人民检察院起诉书	420
第二节	不起诉决定书	426
第三节	刑事抗诉书	431
第四节	公诉意见书	433

第五节 人民检察院民事抗诉书	434
----------------------	-----

第三编 专题论述

实例一	439
实例二	440
实例三	442
实例四	443
实例五	445
实例六	447
实例七	448
实例八	450
实例九	452
实例十	453

第一编

案例分析

第一章 民法案例

案例一

无权处分，善意取得，质押，流质条款，无因管理之债

赵某孤身一人，因外出打工，将一祖传古董交由邻居钱某保管。钱某因结婚用钱，情急之下谎称该古董为自己所有，卖给了古董收藏商孙某，得款1万元。孙某因资金周转需要，向李某借款2万元，双方约定将该古董押给李某，如孙某到期不还款，古董归李某所有。在赵某外出打工期间，其住房有倒塌危险，因为此房与钱某的房屋相邻，如该房屋倒塌，有危及钱某房屋之虞。钱某遂请施工队修缮赵某的房屋，并约定，施工费用待赵某回来后由赵某支付。房屋修缮以后，因遇百年不遇的台风而倒塌。年末，赵某回村后因古董和房屋修缮款与钱某发生纠纷。

【问题】

1. 钱某与孙某之间的买卖合同效力如何？为什么？
2. 孙某能否取得该古董的所有权？为什么？
3. 孙某将古董当给李某，形成何种法律关系？
4. 孙某与李某之间约定孙某到期不还款，古董归李某所有，该约定效力如何？为什么？
5. 钱某请施工队加固赵某的房屋，这一事实在钱某和赵某之间形成何种法律关系？
6. 若赵某拒绝向施工队付款，施工队应向谁请求付款？为什么？
7. 赵某对钱某擅自出卖古董之行为，可提出何种之诉？

【答案】

1. 合同的效力未定，因为钱某的行为属无权处分行为，无权处分行为产生的合同效力未定。
2. 孙某能取得古董所有权，因为孙某的行为符合善意取得的条件，孙某因善意取得而取得所有权。
3. 孙某与李某之间形成动产质押法律关系。