



人大司考丛书



2007

国家司法考试

论述题60天90题

主编 张 玲 秦华伦



有效突破论述题**"瓶颈"**
全面提高论述题**得分能力**



 中国人民大学出版社

D926-44

47

:2007

2007

人大司考丛书

国家司法考试论述题 60 天 90 题

主 编 张 玲 秦华伦
副主编 张 昊 张劲晗
组 编 亿则司法研究中心

中国人民大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

国家司法考试论述题 60 天 90 题/张玲, 秦华伦主编

北京: 中国人民大学出版社, 2007

(人大司考丛书)

ISBN 978-7-300-07947-9

I. 国…

II. ①张…②秦…

III. 法律工作者-资格考核-中国-习题

IV. D92-44

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 030764 号

人大司考丛书

国家司法考试论述题 60 天 90 题

主 编 张 玲 秦华伦

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511398 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.lkao.net> (中国 1 考网)

经 销 新华书店

印 刷 中煤涿州制图印刷厂

规 格 185 mm×260 mm 16 开本

版 次 2007 年 4 月第 1 版

印 张 10.25

印 次 2007 年 4 月第 1 次印刷

字 数 240 000

定 价 15.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

前言

最近几年,司法考试的难度逐年增加,一个典型的表现就是第四卷增加了理论性较强的论述题,而且试题数量与分值比例都在不断加大。据权威部门统计,2006年司法考试两道满分为70分的论述题,考生的平均得分只有24分。论述题部分大面积丢分,让很多其他部分作答比较好的考生扼腕痛惜,与咫尺之间的成功失之交臂。

论述题这一题型最先出现于2003年的司法考试中,并一直延续下来。分析近年来司法考试对论述题的考查,主要表现出以下几个特点:

第一,考查全面,方式灵活。从最近几年的情况看,已有法理、行政法、民法、民事诉讼法等法律部门或部门法考查过论述题。论述题的出题范围非常广泛,可以说,任何一个重要的部门法都可能出论述题。从具体的考查方式看,论述题的出题并不拘泥于某一固定模式,考查方式灵活多样,或表现为事件分析型,或表现为法条分析型,或表现为制度比较型。

第二,综合性强。论述题往往涉及某一部门法中的多个相关知识点,甚至横跨数个部门法中的多个知识点,综合性很强;要求考生除掌握好每一独立知识点之外,对每一部门法的内在脉络乃至各个部门法之间的相互联系有着很好的认知,这样才能做到从容、全面解答。

第三,论述性强。与选择题不同,论述题要求大家独立思考作答,考生无法利用选择题中常用的排除法等答题技巧,从而增加了答题难度。与案例题等其他主观题不同,论述题重在“论”,要求考生根据材料和设问提出自己的观点并展开论述,立足于某一法律事件或问题,层层推理论证,并上升到一定的理论高度,从而对现实法律发展起到一定的指导作用,答题要求较高。

针对论述题的上述特点,亿则司法研究中心组织相关专家精心编写了这本《司法考试论述题60天90题》,直击论述题精髓,帮助考生在最后60天有效突破论述题的“瓶颈”。本书主要包括以下几个特点:

第一,预测性强,内容涵盖全面。本书内容分为六大部分,分别是法理、民法、民事诉讼法、行政法、刑法和商法与经济法,将司法考试已经设置过或可能设置论述题的法律部门全部囊括,预测准确(亿则司法研究中心曾成功预测了2006年司法考试论述题第一题)。在具体内容中,根据每一法律部门的特点,介绍该部门论述题的独特之处,并针对这些特点对症下药,详细论证这部分论述题的命题规律和解题技巧,之后安排15道相关论述题进行训练,从而让考生得到全方位的认知和强化。

第二,形式新颖,实用性强。不同于将历年真题或其他训练题改头换面的做法,本书所有试题均为编者以现实社会发生的典型疑难或热点法律纠纷为蓝本,参考司法考试相关信息全新编制的。这样做,一来可增强实战性,新题会带给考生新的启示和新的思考,让考生得到切切实实的锻炼;二来可突出论述题考查的方向性,“细微之处见精神”,本书严格按照最新的司考大纲编写,使考生的复习更加有的放矢。

第三,难度适中,综合性强。从难度方面看,本书所有的论述题都是严格依据历年真题的难度编写的,不求偏求怪,但难度不减。从综合性方面看,本书的考点安排极具引导性,为考生指明各学科中最具论述性、最有考查价值与考查可能的知识点,方便考生把握

重点，增强宏观把握和综合应对能力。论述题参考答案观点明确、结构清晰、论证严密，将理论和实践、论证与案情结合，具有较强的说服力和感染力，为考生提供了较好的参考范本。

第四，注重传授方法，侧重提高能力。本书并不满足于简单的“练习—纠错”模式，而是用大量篇幅介绍解答不同学科论述题的技巧乃至具体步骤，通过命题规律和解题技巧的总结直击精髓，使考生能够尽快掌握解答论述题的关键，并学会加强对论述材料的思考和分析，从而在质的层面上大幅度提高考生解答论述题的能力。

本书使用过程中如有疑问，请登录亿则司法研究中心网站“司考释疑”板块咨询，网址 www.chinayize.com。

编者

2007 年 3 月 1 日

目 录

第一章 法理学	1
第一节 法理论述题考查特点与解题方法	1
第二节 模拟题及参考答案	3
第二章 行政法与行政诉讼法	22
第一节 行政法与行政诉讼法论述题考查特点与解题规律	22
第二节 模拟题及参考答案	26
第三章 商法与经济法	54
第一节 商法与经济法论述题考查特点与解题方法	54
第二节 商法模拟题及参考答案	56
第三节 经济法模拟题及参考答案	68
第四章 民法与合同法	76
第一节 民法与合同法论述题考查特点与解题规律	76
第二节 模拟题及参考答案	81
第五章 民事诉讼法	100
第一节 民事诉讼法论述题考查特点与解题规律	100
第二节 模拟题及参考答案	101
第六章 刑 法	127
第一节 刑法论述题考查特点与解题规律	127
第二节 模拟题及参考答案	128

第一章 法理学

第一节 法理论述题考查特点与解题方法

2006年司法考试试卷最后两道论述题都涉及法理知识的运用,其中,最后一题是纯粹的法理分析,另外一题则是将对法理知识的考查与对行政法基本原则的考查结合起来。2006年法理部分在第四卷中所占的分值大幅提升,这表明司法考试的一个趋势,即越来越注重考查考生对法学基本理论的理解和把握,要求考生不仅“知其然”,更要知其“所以然”。无论是从考试得分的角度,还是从提高自身法律素养的角度,考生对于法理论述题都应多下工夫。

一、近年来法理论述题的考查特点

法理在整个法学中居于基础性的地位,各个部门法的具体原则、规则,追根溯源,都需要在法理领域找到支撑和根据。正是这种基础地位决定了法学理论具有抽象性、高度概括性的特征。法理本身的特点,以及其与其他部门法的关系,决定了近年来法理论述题的考查特点,具体可以归纳如下:

1. 命题的综合性

分析近年来司法考试中涉及的法理论述题,命题的综合性特点非常突出。题目的综合性主要体现在两个方面:一是考查内容的综合性;二是对考生论述方法运用方面的综合性要求。

首先来分析命题内容上的综合。内容上的综合,又可以区分为两种。一种是法理这一学科内部的综合,即一道题目的考查往往涉及两个或者更多的知识点。2006年最后一道论述题,即可从法的原则、法

律渊源、法律解释、法律推理等多个角度出发加以论述,虽然选择其中一个角度即可,但是这种题目设置的综合性仍应引起考生注意。另一种是内容上的综合,体现在法理与其他学科的结合考查上。如前所述,法理的基础性特征,使得它与其他学科的关系十分紧密,因此,相对而言,法理与其他学科的跨学科题目设计比较容易。如民法中对肖像权的考查,同时也可考查到法与自由、法与道德等相关法理知识。又如,2006年第四卷的第一道论述题,就是把依法行政和合理行政的行政法原则与依法治国和法的公平正义价值结合起来考查。依法行政原则和合理行政原则的关系,从根本上对应的是依法治国理念与公平正义理念的关系,后面一对关系的处理直接决定着前面一对关系如何协调、取舍。

其次,命题的综合性体现在命题者要求考生综合运用各种论证方法来论述问题。在近年来的司法考试中,尤为明显的是,要求在运用分析、评价等方法的基础上,运用比较的研究方法来阐述问题、得出结论。具体到题目的设置,既可能涉及法理学科内部一些相关概念的区别与运用(如2006年最后一题,如果从法的渊源角度进行论述,则需要对法律、习惯、法理等法律渊源的效力及适用条件加以对比),又可能涉及不同法域相似法律制度的对比与优劣评价(如2005年的论述题,要求对英美法系的判例制度与中国法院司法解释等审判实践作出比较)。司考命题者希望考生综合运用比较论证等方法,透过表象,认识本质,然后得出结论。

2. 命题的时效性

司法考试的特点决定了司考命题必须动态地跟踪社会对法律的需求,并就一些热点法律问题作出回应。命题的时效性在

司考的四张试卷中均有体现,法理论述题自然也不例外。基于时效性的要求,司考中法理论述题的考查点多集中于法的实施(如依法行政,依法司法等)、法与社会(如法与科技的关系、法与道德的关系)、法的价值(如正义价值、自由价值)等与社会热点密切相关的问题。因此,考生在平时就应该对热点社会问题、热点法律问题多加关注,运用已有的法理知识对其进行分析。

3. 题目设置的开放性

题目设置的开放性,主要体现在 2006 年的最后一题上。一条简短的法律规定,可从多个角度加以论述,可见命题者用心之巧。而且,考生的论述并不限于所给三个角度,还可以自选其他角度作答。这个题目的设计,表明了命题者的用意,即法理论述题更侧重于考查考生的论证方法,考查考生是否能够运用一定的法学理论知识、运用合理的论证方式和恰当的法律语言把需要论述的问题阐述明白。对法学理论本身的考查不是不重要,但其重要性次于对方法的考查。命题者之所以采取开放式的命题方式,就是为了防止由于考生对某一具体知识点不熟悉而限制了对论述方法的运用,以至不能达到考生本来可以达到的论述效果。

二、探析法理论述题的解题方法

1. 关于论述的结构

与其他论述题的解答一样,法理论述一般也遵循三段论的论述结构,即“提出问题”、“分析问题”、“解决问题”。“提出问题”的过程实际上就是确定主题的过程,在提出问题之前先应思考出题者命题的目的是什么,对相关法律现象进行分析研究的意义又何在。之后,应该在段首开宗明义,点出问题所在或者言简意赅地表达自己对相关问题的观点。“分析问题”部分是论述的主体部分,要逐层展开,论证观点,这一点将在论述的方法中详细说明。“解决问题”其实是对前面论述的总结,可以对

相关问题提出具体的建设性意见,也可以与段首呼应重申观点并加以升华,从而起到画龙点睛的作用。所谓三段论是指大体的构思结构,至于具体的段落安排可以根据论述的需要自行调整。

2. 关于论述的方法

法理论述题并不是所给材料和法理理论的简单堆砌,所以,论述时应该注意的一个问题是该如何做到环环相扣,说理充分。关于论述的方法,以下就近几年法理论述的出题模式,分别予以说明。

第一种类型:案例材料+具体提问

这类论述题的特点是材料丰富,需要考生提炼材料的核心内容与相关的法理知识一一对应。对于这类论述,首先可以以简明的语言对材料内容加以概括,并指出题目中的案例涉及哪些法律概念、法学原理,还可以表明自己的态度。如果对案件持肯定态度,指出其意义所在;如果对案件持否定态度,表明其症结所在。这里需要指出的是,一个案件往往涉及多个法理知识点,考生不应求面面俱到,而应采撷一个最容易论述的角度进行深入的论述,即应“求深而不求广”。其次,具体论述,逐层展开。这里又分几点。第一,如前所述,法理知识点具有概括性、抽象性,因此在运用相关的法理术语时应该对其加以简要说明。例如,涉及法的正义价值时,对其内涵是什么、体现在哪些方面、在价值体系中的位阶、与法的其他价值的关系如何等问题,应该根据论述的需要选择性地予以说明。第二,在运用法理知识对相关问题进行分析时,必须结合题目所给的案例材料,以材料证明观点。这里注意,对所给材料的分析,“宜细不宜粗”,要理清清楚案件事实各个阶段有什么样的发展,各方的态度是什么,一审和二审的判决是怎样,哪些可以拿来佐证提出的观点。当然最后选取的材料点必须具有法律意义,这样才有利于论述。第三,论述要讲究层次。一般采取递进的论述方式,由外及内,由表及里。从材料反映的表象出发,对其

发生、发展的原因进行追问并指出追问的意义。最后,表明案例材料带来的启示,根据前面的法理分析,可提出相关问题的解决建议或者再次点题。

第二种类型:事实简述+具体提问

这类论述题的特点是事实陈述非常简单,留给考生发挥的空间相对较大。以2005年的最后一道论述题为例,题目要求将英美法系国家实行的判例法制度与以成文法律及司法解释作为判案依据的我国司法审判实践加以对比。题目只有寥寥几行,设问具体明了,考生不用像在第一种类型题目中那样对材料内容进行归纳。

解答这类问题,论述的方法使用和结构安排可以参照第一种类型的相关说明。需要提醒的是,在论述过程中,不要就事实论事实,反复运用题目中的陈述。考生可以根据题目的不同,选择论述的内容。例如,2005年最后一道论述题,命题者明显要求考生运用比较的论述方法,考生即可就两者作用的相通性、本质的区别性、形成区别的历史原因、是否具有借鉴性、对我国法治建设的意义等方面进行论述。又如,若题目的事实陈述的是一个社会事件,那么考生的论述可以扩展到其他类似事件,总结出它们的共性,共同服务于论点的阐述。

第三种类型:典型法条+开放式提问

这是2006年新出现的一种论述题考查方式。一个法条,可从多重角度论述。如前文所分析的那样,这类题目对于论述方法的考查更甚于对法理知识本身的考查。

对这类试题的解答,应该分这样几步:首先,粗读法律条文,选择熟悉的角度。然后,根据所选的角度,仔细研究法律条文。把法律条文加以归类,看其主要是法律原则的陈述,还是法律规则的陈述,还是表明一个法律概念或者是一个法的技术性规定;看其是法律实体内容的规定,还是法律适用上的规定。如果是法律原则,则可以从其所在法律的性质和精神、该条文的价值取向、在整部法律中的功能等角

度进行论述;如果是法律规则,则可以从法律规则的构成要素、该法律规则的规范内容、体现的立法精神、与其他法律规则的关系等角度进行论述;如果是实体内容的规定,论述可以主要集中在法律实效、法与社会的互动关系上;如果是法律如何适用的规定,论述可以主要集中在条文对司法实践的指导意义上。最后,整理思路,合理地运用比较、分析、评论等方法得出结论。

3. 解答法理论述题特别需要注意的几点

(1) 防止论述过于绝对。

法理的论述相对于其他论述,要更为严谨,在论述的过程中一定注意避免观点的绝对化。以2006年最后一道论述题为例,如果从法律解释和法律推理的角度,分析题目中给出的法律规定在法律适用上的价值与条件,那么该规定的价值无疑就是可以用习惯、法理等弥补成文法的不足,确保法官行使自由裁量权,实现个案正义。这样的观点自然没有错,但是论述的同时必须指出习惯等非法律渊源的适用有严格的条件限制。这样,整个论述才严谨、完整。

(2) 防止语言过于生涩。

法理学科本身具有抽象性的特点,法理论述很可能运用到很多专门术语而使论述的语言显得生涩。适当地加入一些俗语和法律名言,既可以避免论述的生涩,又可以承前启后,使论述的结构更加紧凑,当然这些都需要平时的积累。

第二节 模拟题及参考答案

论述题一

第二次世界大战结束后,在联邦德国曾有这样一个著名的案件:被告原是一位德国军官的妻子。1944年,她为了脱离其丈夫,向纳粹当局密告其丈夫曾发表诋毁

希特勒和政治当局的言论。结果,根据1934年纳粹政权的一项法令,其丈夫被判处死刑。1949年,这位妇女在联邦德国法院被指控犯有1871年《德国刑法典》规定的非法剥夺他人自由的罪行。这位妇女辩解说,她向当局告发其丈夫的行为是依法进行的,她并没有犯罪。她的丈夫是根据当时的法令被判处刑罚的。但联邦德国的法院坚持认为,被告所依据的法令,由于违反了基本的道德原则,因而是无效的。另外,被告并不是心怀正义去告发,而纯粹是出于个人的卑鄙的目的,因此,被告的行为违反了一切正直的人的良知和正义感。最后,法院以这些论点为理由判处被告徒刑。

请谈谈你对此案的看法。

答题要求

1. 本案反映了一个永恒的法学论题:“恶法非法”还是“恶法亦法”。请自行选择任一角度作答;
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。

参考答案

此案中的妻子依照纳粹时期的法律告发丈夫,致使丈夫受到纳粹法律的处罚,战后法庭认为她当时所依照的法律由于违反了基本的道德原则,是无效的,因而她的告发行为没有法律根据,是非法剥夺他人自由的行为,理应受到法律的制裁。可以看出,当时联邦法院坚持的观点就是“恶法非法”,纳粹的法律违反了基本道德,其在本质上是恶的,恶法是无效的,不应被遵守。那位告发丈夫的妻子的辩解理由则是“恶法亦法”,其认为她的行为是依照当时的法律进行,所以她没有犯罪。

笔者认为“恶法非法”。本案中法院的判决是正确的。“恶法亦法”的说法是站不

住脚的,因为其自身存在不可克服的缺陷。

“恶法亦法”是分析实证主义法学派在法与道德关系上的一个著名观点。该学派著名代表人物奥斯丁认为,虽然法的发展深受道德的影响,许多法律规范源自道德,但是法与道德不存在必然联系,在确定法的性质时,绝不能引入道德因素。法只是无限主权者的命令,它的本质是一种以威胁为后盾的强制他人服从的命令。一个法规,不管其在道义上是否邪恶,只要是以适当的方式颁布的,就是有效的,人们就必须服从。法律的存在是一回事,它的优缺点是另一回事。笔者认为分析实证主义法学派的“恶法亦法”的观点,无论从自身的理论体系看,还是从实践看,都存在着不可克服的漏洞和缺陷。

首先,法与道德存在千丝万缕的关系,这一联系是不可割裂的。二者同为社会规范,法的产生、发展都与道德分不开。许多法律规范是根据道德原则或规范制定的。每个社会都会把自己的道德善恶标准输入法律,将正义与否的价值观渗透进法律。法律制度也必须依靠道德基础来获得法的善良性质。在立法和司法活动中,立法者和司法者都会自觉或不自觉地将道德价值判断引入法律。不管是对法条的阐释,还是依据法律对事实的认定,要做到价值无涉都几乎是不可能的。所以,不可能对法作脱离道德的单独评价。

其次,人们遵守法律仅仅是因为国家强制吗?当然不是。人们遵守法律是因为愿意遵守,至少是愿意忍受。人们对法律的信仰是促使人们遵守法律的重要原因。人们之所以信仰法律,是因为它符合了人们所追求的公平正义的价值理念,为人们带来了便利和利益。历史上,有许多国家,其法律中充斥着严刑峻法、恐吓、威慑,但仍然阻挡不了人们的反抗,并最终土崩瓦解。反观现代的许多国家,法律多是以权利为中心,惩罚措施不管从种类还是强度上看都大为减少,但是人们遵守法律的热情却很高,法治运行良好。因此,国家

强制并不是人们遵守法律的唯一原因。这种将法视为强制服从的“命令”的功利哲学是无法正确解释法的本质的。

再次，从实践看，现代法治理念从事实的角度否定了“恶法亦法”的观点。譬如，现代民法中规定的具有很强价值判断色彩的过错责任原则就是例证。现代法治的人权保护功能在不断被强调，个人的基本自由和权利越来越受到立法者的重视。如果法律违背了理性和保障基本权利的要求，一味强调“恶法亦法”，单纯依靠国家强制力迫使人们遵守的话，就违背了现代法治理念。

基于以上分析，笔者认为，我们应坚持“恶法非法”的观点，对法律作必要的价值判断，让它符合人们的理性和一般的道德标准，强调法律的人权保护和对公民自由、权利的维护功能。但是，当我们在内容上否定一个法律的时候，必须同样在法律层面上做出论证和理性的说明，并要尽量尊重现行的法律秩序。现代社会是一个价值多元的社会，如果动辄从自己的价值观出发来否定法律在内容上的正当性，就会损害法治的根基。因此，对于民众来说，应该是对法律“严格遵守，自由批判”，对于法律人来说，要吸收这种批判，从法律秩序内部、从特定法律原则与价值的传统出发对法律进行反思，促进法律发展。



论述题二

有句古老的法谚：迟来的正义非正义。请谈谈你对这句话的理解。

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 600 字。

参考答案

“迟来的正义非正义”，是一句古老的西方法谚。它反映了正义的时效问题，也就是说正义本身具有时效的内涵。迟来的正义，对于渴求正义的人们来说，已经背离了正义的价值目标，失去实际意义，因而不是正义的。

正义是一个古老而又常新的概念。它意味着基本的公正与平等。正义与法律密不可分，法是实现正义的手段，正义是法的价值目标之一。正义和非正义是人们评价法律制度正当与否的两个对立的价值标准。在经验上人们可能很容易体会到什么是公正，什么是不公正，特别是当个人受到歧视性待遇的时候。例如，当一个民工拿不到工资的时候，他深刻地体会到这是不公正的、非正义的。当人们为他讨回公道时，什么是公道、公平、正义，自然是不言而喻的。长期以来，人们认为，非正义来自立法的不平等，司法裁判的不公正。特别是后者，每当新闻媒体中出现冤假错案的报道时，总是能激起人们对办案人员甚至整个司法体制的质疑，一时间，群情激愤。但是，这其实只是非正义的一个方面而已。我们忽视了非正义的另一个方面，那就是迟来的正义。为什么说迟来的正义就是非正义了呢？因为，正义本身有一个基本的特征，那就是时效性。迟来的正义之所以为非正义，不是因为实体结论发生了错误或者造成了实体上的不公正，而是由于实体结论的过迟产生而造成了程序过程上的不公正。这种正义的迟到现象所损害的是司法裁判的及时性。

如上所述，正义是人们对客观事实的一种心理体验，或者说是一种价值判断。当人们面对客观不公正的事实的时候，特别是对于直接遭受非正义对待的人来说，心里会产生深深的被忽视、被贬低、被看轻甚至被侮辱的感觉，往往热切地渴望社会正义的救助。如果这时候法律能够及时纠正这种不正义的现象，社会正义就能得

到彰显,人们也会重新恢复对社会正义的信任;社会秩序得到了恢复,正义的价值也就体现了出来。试想,倘若这时正义没有及时得到伸张,侵害者长期逍遥法外,被害人没有及时得到正义的补偿,社会正义得不到彰显,受害者的无助感会慢慢蚕食其心中对正义的信任和期盼,对社会秩序和法律制度的不信任会油然而生;又或当时过境迁,正义姗姗来迟,非正义造成的心理创伤已无法弥补,此时只能说“亡羊补牢,为时晚矣”!例如,现实中的超期羁押问题、超审限问题,即使后来当事人获得了公正的判决,但其所带来的“平冤昭雪”的喜悦已然无法消除人们内心对社会正义、对我们的法律制度的失望。

因此,我们的司法活动在兼顾公平的时候要讲求效率,尽量避免“拖案”、“悬案”的出现。这也是当前依法治国方略的题中之意。对于司法不作为现象要完善惩罚机制,杜绝司法人员疏于办案、玩忽职守的行为,避免对被害人形成“第二次伤害”;对办案效率高、质量好的司法人员要完善奖励措施,激励广大司法办案人员;对司法不作为的受害者要为其开辟多种救济渠道,保障公民的诉讼权利。我们欣喜地看到,我国司法系统在提高办案效率、保证办案质量方面已经加大了改革力度,相关法规陆续出台,两高也屡屡发文清理超期羁押案件、久拖不决案件。可以说,我们所期待的正义会越来越及时地出现。



论述题三

中央电视台1998年7月11日对十大电影厂提起的电影版权侵权损害赔偿案的法庭审理首次进行现场直播。在此之后,地方新闻媒体,包括报纸、杂志、电视、广播,也很热衷于报道审判活动,特别是各级电视台。一时间“庭审纪实”、“现在开庭”、“法庭直播”等栏目成为公众关注的收视热点,电视直播庭审过程似乎成为法院公开审判、媒体监督司法的一种时尚。

对此,司法界、新闻界及社会大众褒贬不一。有人认为,电视直播揭开了法庭审判的神秘面纱,把司法活动直接置于人民群众的监督之下,有利于遏制司法腐败,促进审判公正,因此应该大力推广这种监督方式。有人则担心,现场直播把庭审过程这样赤裸裸地曝光于公众,会妨碍法官理性判断的形成,侵犯司法独立这一重要原则,从而与公正司法背道而驰。

请谈谈你对这一现象的看法。

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600字以上。

参考答案

透过材料,我们看到的是对于媒体监督与司法独立、司法公正之间互动关系的争论。媒体对司法活动的监督属于法律监督中的社会舆论监督,而媒体监督也是社会舆论监督的主要监督形式和手段。社会舆论监督的监督指向最为广泛,但主要还是指向国家机关、政党、社会组织运用公权力的行为。舆论监督具有涉及面广、影响力强、震动力大、透明度好、反应迅速、易取得轰动效应的特点,最能体现社会监督的广泛性、公开性、民主性、效率性要求。审判公开则是现代诉讼的一项基本原则,是司法民主的重要标志。同时,审判公开也是对公民进行法制宣传与教育的极好形式。审判公开是舆论监督的前提和条件,而审判公开的目的之一便是借助舆论来促进审判公正,制约、监督司法权的正当行使。

但是,媒体监督是一面“双刃剑”。一方面它在促进司法公正、遏制司法腐败方面发挥了积极作用。媒体监督具有广泛性和灵活性的特点,能够让尽可能多的人了解到司法活动的程序,了解案情,让公众

的知情权与监督权落到了实处,而且对公民也是最直接和生动的法制教育。甚至某些案件是在新闻媒体披露,并造成了一定的舆论压力之后,才得到有关部门的重视,得以进入司法程序。从这个意义上讲,对司法机关来说,有了媒体的监督,程序更加透明化,能更有效地从源头上遏制司法腐败现象,提高司法系统的廉洁性。新闻媒体现在已经成为公众手中维权的一把利器,越来越多的被害人告状无门的案件,在媒体介入后得到了一个公正的处理结果。

另一方面它在实现审判公开的同时,又可能对另一重要的法制原则——司法独立构成威胁。司法独立原则要求国家的司法权只能由国家的司法机关统一行使,其他任何组织和个人都无权行使这一权力。审判本身是一个以主观认识客观,以已知探求未知的活动,理性思维与独立判断是法官正确认识案件事实和适用法律的基础。在法官作理性判断与逻辑推理的过程中,应排除任何形式的干涉和影响,当然也包括来自媒体的渲染和影响。司法要独立于个人、行政机关、社会团体,更要独立于新闻媒体。新闻舆论所激起的公众关注,甚至是民情、民愤对于司法机关来说是一种无形的压力,特别是某些媒体对个别案件的案情直接发表意见的做法,可能误导公众,从而引起人们对法律的误解。在审判中,法官很可能会受到这一压力的左右,导致判断上偏离法律,偏向民意。例如,前些年的“张金柱撞人案”,正是因为媒体介入,并广泛报道,激起全国一片“喊杀”声,导致法院最终因“不杀不足以平民愤”,判处张金柱死刑立即执行。事后法学界对该案的定性和判处死刑立即执行提出质疑,并掀起了关于舆论、民意不能左右司法的大讨论。也正是基于此,有学者提出了“舆论杀人”之说。司法独立是司法公正的前提,没有独立的司法何来司法公正?法官在法庭上本来只忠实于法律,但是当他面对着摄像机,直接面对着亿万观众的时候,这样的庭审怎能没有一种“表

演”意味,试想在这样的情景下,他还能做到冷静思考,不偏不倚吗?在西方,为维护法庭的神圣和权威,一般是禁止在庭审过程中录音录像的,更不用说是现场转播了。美国联邦法院系统,迄今为止不许录音录像设备进入法庭,而是以速写画的形式,将庭审情况提供给新闻媒体。

综上所述,直播法庭审判的做法是不妥当的,应当制止。但是,我们并不能在司法活动中完全排斥新闻媒体的参与。在我国的司法改革中,要正确对待媒体监督这把“双刃剑”。一方面,要充分发挥新闻媒体对司法的监督作用,进而体现公民对政府权力的监督和制约,起到促进司法改革、减少司法腐败、实现司法公正的积极作用。另一方面,要避免新闻媒体对司法的不当干涉,维护司法独立的原则和司法的权威。这需要立法、司法、新闻界的共同努力。



论述题四

据媒体报道,四川律师李宗发慎重地向四川省人大提交了一份《四川省父母子女家庭关系规定》即“孝法”的立法草案建议稿。据他调查,关于如何尽孝,我们仅有婚姻法略有涉及。他希望四川省能为“孝”立法,让子女尽“尽孝、奉养”义务,要求国家、社会继续弘扬爱老敬老的传统美德,使父母不受子女暴力等不敬行为的侵犯。李宗发律师还建议,公务员录用应以孝为先,即“招收、聘用、晋升公务员、领导干部,必须审查其尽孝、赡养父母情况,并以此作为衡量审查其品行是否端正的第一前提”。

请谈谈如何理解法律与道德之间的关系?

答题要求

1. 运用法学知识和社会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,

表述准确;

3. 字数不少于 600 字。

参考答案

在中国传统文化中,孝顺是首要的,“百事孝为先”。孝顺一直被认为是中国传统美德。但“孝”属于道德范畴,在我们考虑为“孝”立法的时候,首先要弄清法律与道德之间既相联系又相区别的关系。

道德是社会调整体系中的一种调整形式,它是人们关于善与恶、美与丑、正义与非正义、光荣与耻辱、公正与偏私的感觉、观点、规范和原则的总和。它通过人们的自我评价和他人评价的方式来调整人们的内心意愿和行为,因此,它是靠社会舆论、社会习俗和人们的内心信念来发挥作用的。一定的道德是一定经济基础之上的上层建筑的一部分,它的作用是通过调整人们内心意愿和外部行为,调整一定的利益关系,维护自己赖以存在的社会基础,主要是维护自己的经济基础。道德具有历史性。随着历史发展不断转换,每一个历史时代都有自己的道德善恶标准,对人的行为进行评价和规范。道德还具有继承性。旧道德中进步的优秀因素会被新的道德吸收和消化,体现道德发展的连续性。

道德的这些属性决定了它与法律不可避免的相互联系。它们作为社会规范在功能上相辅相成,共同调整社会关系。首先,法贯穿着道德精神,每个社会都会把道德标准输入法律。许多法律规范是根据道德原则或规范制定的。而道德的许多内容又是从法律中汲取的。其次,法与道德相互制约。道德通过对法的某些规定的公正性和公正程度的评价,促使法的修改、废除、制定,保持法的伦理方向。法则通过立法、执法、司法,促使某些道德规范的完善和道德的发展,制约不道德行为不得越出法律许可的范围。再次,法与道德互为保障,凡是法所禁止和制裁的行为,也是(或应该是)道德所禁止和谴责的行为;凡是法所要求和鼓励的行为,也是(或应该是)

道德所要鼓励和赞扬的行为。可以说,法是道德的政治支柱,道德是法的精神支柱。法与道德这个主题是何法学流派都无法回避的。“法律是最低限度的道德”是现代关于法和道德关系的通常说法。

尽管如此,法律与道德又是相区别的。第一,二者的产生方式不同。法是国家制定或者认可的,道德是人们在社会生产和生活过程中逐步形成的关于善与恶、正义与非正义等的观念和依此评价、指导人们行为的规范。第二,二者的表现形式不同。法一般以国家机关创制的规范性法律文件的形式表现自己,如宪法、法律、行政法规等。道德通常存在于人们的内心和舆论中,或者以文字的形式存在于思想家们的著作中。第三,二者的调整范围不同。一般而言,道德的调整范围比法律的调整范围广。道德调整比法律调整更有高度和深度。第四,二者的内容结构不同。法有明确具体的权利义务,道德内容一般比较概括和原则。第五,二者的实施方式不同。法依国家强制力保证实施,道德则依人们的内心信念和社会舆论等方式加以实施。

基于上述分析,道德原则在某种情况下可以被吸纳进法律当中,例如在封建的父权时代,“孝”都是被规定入法律当中,“子不孝”、“忤逆”都被视为犯罪行为。在现代,“孝”被归于道德范畴,因为在强调人人平等的法律面前,“孝”也就不再被视为一种义务,子女在父母面前不需要无条件的顺从。“不孝”会受到社会舆论的谴责。但是,法律规定了子女对父母应当尽赡养的义务。如果子女的“不孝”行为触犯了法律的这一规定,就会受到法律的制裁。如前所述,道德的要求大多时候高于法律,法律是最低限度的道德,我们不能将道德标准任意纳入到法律当中来。这样会模糊道德与法律的界限,法律也会因此不堪重负,无以为继。今天我们为子女孝顺父母立法,明天我们是否还要为夫妻之间相互忠诚立法呢?因此,我们要清楚地看到道德与法律的区别和联系,把道德的

还给道德,把法律的归于法律。为“孝”立法应当缓行。



论述题五

培根:一次不公的裁判比多次不平的举动为祸尤烈。因为这些不平的举动不过弄脏了水流,而不公的裁判则把水源败坏了。请谈谈你对这句话的理解。

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 600 字。

参考答案

培根的这句话主要是强调司法公正的重要性。司法公正是指司法机关进行司法活动应始终坚持“以事实为根据,以法律为准绳”和“法律面前一律平等”的原则,始终体现公平公正原则,不偏不倚地予以裁判。具体包括程序公正和实体公正。

在日常生活中难免有人为一己之私,做出对他人的“不平的举动”,违反了公平公正原则。但是这并不可怕,因为法律为人们提供了救济的手段,人们可以通过法律手段得到救济,消除这种不公平、不公正的状态或者使对他人做出“不平的举动”的人受到法律的制裁,从而维护社会成员应当共同遵循的公平公正原则。司法活动,目的就是,适用法律,实现法律理论纠纷、伸张正义的功能。这就要求它自身应该是公正公平原则的忠实遵循者,如果司法活动丧失公平公正这一特征,法律权威也就无从谈起,老百姓有冤无处申,法律伸张正义的功能也就不能实现,那么公平公正的价值理念便从根本上被动摇了。正如培根所说的“不公的裁判则把水源败坏了”。因此司法的核心是公正,司法公正是人类自有司法活动以来不懈追求的永恒主题,

是古往今来各国人民渴望实现的共同目标。没有公正,司法就失去了赖以生存之基、安身立命之本。随着法治进程的推进,人们对司法公正越来越关心和渴望,司法不公现象受到广泛的批评。因此如何实现司法公正也成为人们普遍关注的问题。

要实现司法公正必须使实体公正与程序公正完美结合。实体公正是指认定事实和适用法律正确,对当事人的合法权益给予平等保障;程序公正是指坚持公开、公平、公正、民主等原则,采取透明、严格的操作程序处理矛盾,对当事人双方的诉讼权利给予公平维护。司法是否公正要从法律标准和社会标准两个方面来检验。从法律标准上讲,要正确适用法律(实体公正),做到程序上正当和合法(程序公正),就要求法官要忠诚于国家、人民和法律,从广大人民的利益出发,清正廉洁地公平裁决,严格执法(人品正直)。从社会标准上讲,得到民众广泛认可,即客观公正、以法律为依据的民众认可,也是司法公正的最终标准。

目前在我国,司法不公一定程度上存在,使社会对司法机关和司法人员的尊重与信任度大为下降,司法信仰危机普遍存在。造成司法不公的原因多种多样,概括起来有以下几个方面:

第一,司法权的地方保护主义盛行。由于我国的特殊的司法体制,地方法院在人事关系、组织关系、财政经费方面都依附于地方政府,法院无法独立,致使地方保护主义盛行。第二,法院内部管理的行政化。所有法官都是按公务员编制,管理上也是按照公务员模式。法官在从事审判工作的同时,还有可能担任了一定的行政职务,例如法院院长、庭长等。这使得法官之间存在领导与被领导的关系。这也是案件审理中的层层请示现象盛行的原因,在一定程度上影响了司法独立和公正。第三,对司法权的监督不力。要确保司法公正,仅靠司法人员的自律是不够的,必须有完善的监督机制。不受制约和监督的权

力必然导致权力的腐败。第四，司法人员自身的问题。一是司法人员整体司法水平有待提高。二是司法人员程序意识、责任意识不强。三是司法腐败的存在。司法腐败虽是个别现象，但在现实中时有发生，它会直接而明显地导致司法不公。在司法实践中，“关系案、人情案、金钱案”时有发生。

要实现司法公正，我们必须要在依法治国，建设社会主义法治国家这一大背景下，大力推动司法制度改革，消除目前存在的导致司法不公的因素，多管齐下推进司法公正。第一，推动体制改革，消除司法权的地方保护主义色彩，维护司法权的独立、统一。将地方法院的财政经费从地方财政中独立出来，由中央财政统一划拨。法院人事任免，特别是法官的任免应充分尊重上级司法机关的意见。第二，司法机关内部管理体制要逐步淡化行政色彩。这并非一朝一夕之功，要循序渐进，逐步推行，最后实现司法和行政相分离。法官只专注于审判活动，而不再担任任何行政职务。这同时需要法官队伍管理和法官身份等配套制度的实行。第三，建立高素质法官的遴选制度，强化司法素质。尽快建立一种高素质法官遴选制度，有助于法官的素质逐步提高，从而最终实现法官职业化、精英化。除提高学历门槛，实行统一司法考试，建立法官自律、防范、惩戒、监督机制，集中进行综合素质培训等措施外，还应加强道德修养，要求我们的司法人员德才兼备，牢固树立公平、正义的现代司法理念。第四，完善司法的监督机制，促进司法公正。目前我国并不缺乏司法监督的手段，这些监督手段主要有人大的监督、政协的民主监督、纪检的纪律监督、检察院的法律监督、上级法院的审判监督、媒体的舆论监督、广大民众的群众监督，但是各种监督手段并没有充分发挥出它们的优势，有时还会起到负面效应，原因是缺乏有效而规范的引导。因此，有必要针对司法监督专门立法，对各种监督手段加以

协调、引导，推动司法的透明化、民主化。



论述题六

昔韩昭侯醉而寝。典冠者见君之寒也，故加衣于君之上。觉寝而悦。问左右曰：“谁加衣者？”左右对曰：“典冠。”君因兼罪典衣与典冠。其罪典衣，以为失其事也；其罪典冠，以为越其职也。非不恶寒也，以为侵官之害甚于寒。

请结合材料谈谈你对法治的理解。

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 600 字以上。

参考答案

这则故事体现了这样一种法治观：用法律来规控社会，强调法的秩序价值，用法律来制约和合理利用公权力。故事里的典衣、典冠都可以说是公共职务，典衣未加衣于君之上，就是失职；而典冠加衣于君之上就是越权。二者都是公权的不当行使对法律秩序的破坏。

秩序是人类一切活动的必要前提，是社会发所应追求的基本价值，也是法律所要实现的最基本价值。它构成法律调整的出发点，也是法律所要保护和实现的其他价值的基础。法律秩序是由法确立和保护的人与人相互之间有条不紊的状态，是按照体现在法律规范中的统治阶级的意志在实际生活中建立的秩序。在私权、公权领域，法律秩序建立的途径是不同的。在私权领域，法律要维护个人正当权利，约束个人权利的行使不至于侵害他人的权利，因而法律秩序的建立是通过规定公民的权利和义务的方式进行的，这样就有了“法不禁止即为权利”、“法不禁止不违法”。但是在公权领域，根据社会契约论，公共的

权力是法律分配的，法律秩序的建立是通过法律将公权力授予行使者的，法律对权力的范围和大小都作出了规定，因此须遵守“法无明文不得为”的准则。

从公权的角度讲，法治秩序的建立，包括对权力的制约和合理利用两个方面。

一方面，法离开了权力就是一纸空文，法必须以权力为后盾。但是为了民主、法制和法治，社会必须对权力予以必要的限制，而法正是防止权力滥用的最有力的措施。在一个有秩序的社会里，权力的配置是平衡的，是法定的。任何权力的行使超出了法定的位置、内容和作用，都只能是权力的滥用。权力的滥用一会导致权力结构的无序化，二会导致权力控制下的社会无序化。这两种无序化都是对社会秩序的干扰、破坏。法要追求秩序就必须制约权力的滥用。法对权力的制约状况，包括一般的制约状况和特殊的制约状况。一般的制约状况是指法对权力滥用的普遍防止情形，特殊的制约状况是指法对权力滥用的纠正，即迫使被滥用的权力回归本位的情形。法对权力滥用的制约机制也是法对秩序的保障机制之一。法透过对权力滥用的制约实现自己的秩序价值。

另一方面，法律通过对权力的合理利用维护法律秩序的稳定。任何公权力的缺位都是失职，也会导致社会有序状态的破坏。因为整个社会的运转有赖于各个部门的有序运转，而各公共职能部门依照法律管理社会公共事务，应当在其权力范围内履行其职责，否则就是违反法律义务，破坏法律秩序。

论述题七

新华社北京 11 月 29 日电 日前媒体的一则报道引起人们关注：沈阳一些农民工拿着法院下达的判决书，却迟迟拿不到血汗钱。无奈之下，在街头以 550 万的价格出售款额为 650 余万的法院判决书。此事引起社会广泛关注，有人认为这是当

人的权利，有人认为这有损司法尊严。

请运用所学的法学知识就上述现象谈谈你的看法。

答题要求

1. 说理充分，逻辑严谨，语言流畅，表达准确；
2. 字数不少于 600 字。

参考答案

上述现象实质上反映了个人自由的行使与司法权威、法治秩序相冲突的问题。

笔者认为买卖判决书的行为有损司法尊严和法治秩序的建立，应该予以禁止。原因有以下三个方面：

首先，判决书并不是一纸空文，而是双重法律关系的确认，即实体上的债权债务关系的确认和程序上债权人享有向人民法院申请强制执行权的确认。从实体法角度而言，买卖判决书的行为法律是没有禁止的，法无明文禁止即是自由，因而买卖判决书的行为是合理的，保障公民个人自由也是法治所固有的理念原则和价值目标所在。但从程序法上讲，申请执行权则是不可以转让的，因为申请执行权不同于平等主体之间的债权债务关系，它是公民个人与国家审判机关之间的法律关系，不具有私权性，是不可以自由让渡的。申请执行权是具有专属性的，该权利主体必须是判决书业已确定的。允许买卖判决书，将使申请执行权具有了私权属性，那么审判机关所作出的判决对当事人而言将不具有强制约束力，之前的审判活动也就不具有了威严性。司法权威则将受到严重的挑战和削弱。

其次，买卖判决书的行为还会危害国家法治秩序的建立。允许判决书买卖，实际上是默许了诉讼关系的商品化。判决书的自由交易，将会使得审判机关单纯地成了公民维护个人利益的机器，成为个人讨债的工具，其本身应肩负的维护社会正义的使命则不复存在。审判机关是社会正义