

本书首版以来最大一次修订

2007年
国家司法考试
专题讲座系列

历经五届司考洗礼

考生公认经典教材

跟踪命题规律大幅修订

根据最新法律全面更新

购买全套真版赠送名师导读3小时DVD

6

司法制度·论述题22讲

人民法院出版社

·法院版·

wan guo 万国



邹建章等 编著

人民法院出版社
北京万国学校 司法考试强化培训专用教材

国家司法考试专题讲座系列⑥

司法制度·论述题 22 讲

邹建章 马明亮 编著

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

司法制度·论述题 22 讲/邹建章等编著. —北京: 人民法院出版社, 2007. 4

(国家司法考试专题讲座系列)

ISBN 978 - 7 - 80217 - 461 - 0

I. 司… II. 邹… III. ①司法制度 - 法律工作者 - 资格考核 - 中国 - 自学参考资料②法律文书 - 写作 - 中国 - 法律工作者 - 资格考核 - 自学参考资料

IV. D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 037490 号

司法制度·论述题 22 讲

邹建章等 编著

责任编辑 林志农 张承兵 张维炜 沈莹 张彦春 孟晋

李文 张旭 杨小花 韩旭 刘彩云

出版发行 人民法院出版社

地址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)

电话 (010) 85250563 85250572 85250575 (责任编辑)
85250516 (出版部) 85250558 85250559 (发行部)

网址 <http://courtpress.chinacourt.org>

E-mail courtpress@sohu.com

印刷 保定市中华美凯印刷有限公司

经销 新华书店

开本 787 × 1092 毫米 1/16

字数 460 千字

印张 25

版次 2007 年 4 月第 1 版 2007 年 4 月第 1 次印刷

书号 ISBN 978 - 7 - 80217 - 461 - 0

定价 40.00 元

版权所有 侵权必究

法律的命运掌握在法律从业者手中。

—— [美] 约翰·麦·赞恩《法律的故事》

法律必须被信仰，否则形同虚设。

—— [美] 哈罗德·J·伯尔曼《法律与宗教》

本丛书的作者是一群信仰法治（rule of law）的年轻人，但现在对“法治”体受最深的是猖獗的图书盗版市场及其对法治带来的危害。

本丛书的读者是一个特殊的群体，这一群体的每一个人都在为早日成为托起中国法治未来的法律职业群体的一员而努力读书。

珍视职业荣誉，远离盗版，从自我做起！

这是全体作者对全体读者的呼吁！

——作者题记

法的世界肇始于语言。

——大卫·休谟（英国）

法学其实不过是一门法律语言学。

——麦考密克（德国）

要想在与法律有关的职业中取得成功，你必须尽力培养自己掌握语言的能力。

——丹宁（英国）

只有部分法律纠纷的产生源于语言，但所有法律纠纷的解决都必须依赖语言。

语言文字能力对普通人的影响主要局限于生活，而对法律人的影响则是生存。

论述题的语言文字能力不是看书看出来的，也不是听课听出来的，而是不断地开口讲话和动手写作训练出来的。

——邹建章

做法律的传播者

中国的知识分子从来就有一种强烈的社会使命感，他们不甘于扮演“学者”的角色，而总是将学术研究与当下社会紧密地联系起来，依靠自己的知识以各种形式参与到社会活动中去，或参政议政，或对社会问题提出真知灼见，或将满腹经纶化作改变社会的原动力，或传播知识影响社会大众，孜孜不倦。

“板凳要坐十年冷”，学术研究需要静默的思考和孤独的沉潜，但是学术知识的传播却需要读者和听众。如果一味地孤芳自赏，在自办的学术刊物等自留地上自娱自乐，那么，学术能否有真正的进步暂且不论，这种满足于书本来书本去的学术的价值大小，也是值得质疑的。

古今中外，学术的普及化和通俗化工作既是一项重要的学术工作，也是一项极有意义、必不可缺的社会活动。大教育家孔子说“因人施教”，面对不同的读者或者听众，当然要采取不同的表达方式。在大学课堂上面对莘莘学子，应当交代清楚学术观点的来龙去脉；面对学术同行，应当直陈自己的学术见解；面对普通观众，则应当以通俗的方式传播学术知识。实际上，即使在大学课堂上，也有必要区分所面对的是本科生还是研究生，从而区别相应的学术语言表达和知识深度。如果不了解每一个具体的场合下读者或者听众

的接受能力和基本需求，那么到头来只能失去读者和听众。这样的情形我们在大学的课堂、学术报告厅还见的少吗？在西方，不少学术大家都与大众媒体有着良好的合作，如经济学大师、经济学诺贝尔奖得主米尔顿·弗里德曼长期为《纽约时报》等报刊所撰写的专栏，之所以确能为公众释疑解惑且受到读者的喜欢，盖因其能够很好地做到“因人施撰”吧！

易中天教授利用现代新闻传播媒介，挥洒自如地讲述中国的历史知识，让数以千万计的听众能够在轻松、趣味的氛围中，观察历史的细节，体会历史的脉动，触摸历史人物的个性，感受中国历史的厚重积淀，应是学术的普及化和通俗化的成功案例。如果有些学术中人看不到这一点，一味在表达方式、表达对象、表达地点上做文章，希望以此来找到贬抑易中天教授的突破口，从而稍稍排解一下自己心中的郁闷，不能不令人生疑是否出现了“酸葡萄心理”。如是，这，有些令人感到悲哀！诚如乔新生教授所直言：“按照他们的逻辑，在印刷术发明之前，中国古代哲人不应该利用竹筒来表达自己的思想；在报纸出现以后，近代学者不应该在报纸上发表自己的学术主张。这种毫无道理的学术批判除了证明学者缺乏自知之明之外，不可能有其他解释。”^①

是的，在一个多元化的社会，不同的学者在表达自己学术观点或者传播自己的学术知识的时候，都必须自觉地考虑到所面对的各个具体场合下的读者、听众的需求。如果缺乏这种自觉交流的意识，那么，他就不敢面对大众，不敢面对读者、听众率直的拷问，而只能在象牙塔中自我欣赏。遗憾的是，一些学术中人既缺乏这种自觉交流的意识，也不具备这样自觉交流的表达能力，面对那些直接接受公众检验的易中天式的学者，从其口中吐出的种种不公正评价有些显得他们既嫉妒人又自欺欺人。

学术的发展有两个层次：一个是知识的更新；一个是表达方式的改进。“现代网络信息技术的发展，不但改变了我们的信息结构，

^① 乔新生：《“知道分子”何妨知识分子》，载《南方人物周刊》2006年9月1日，第14页。

而且改变了我们的表达方式。在一个信息爆炸的时代，每一个学者都必须寻找属于自己的表达方式。”^① 如果没有看到时代的变化，满足于书本来书本去，既缺乏知识的创新，也没有表达方式的创新，就只能在现代媒体技术面前抱残守缺、固步自封了。比如，有些学者大胆地把现代网络中的精炼语言移植到学术著作与学术演讲中，产生了意想不到的效果。这种跨越时空的语言嫁接方式，除提升学术表达的趣味外，还能激发人们高度的联想，大大丰富学术的内涵和增加语言表达的张力。虽然这种表达方式可能难以在短期内让学术界接受，但也许，其所蕴含的文化价值在更长远的时期里会得到逐步的彰显。

我本人喜读史书，就阅读量计，读史远超过了读法，读司马迁、司马光，读汤因比、墨菲、孔飞力、史景迁，也读钱穆、黄仁宇、许倬云、戴逸，也读高阳、柏杨。也许这些大家的著作的共同点在于重视人物的人性的丰富化，历史事件的叙述的技巧化，表达上文笔的讲究与可读性强。很喜欢柏杨，他给我的影响的确很大。柏杨有一个特点是别人不能及的，那就是在监狱里读历史。柏杨见多识广，经历复杂坎坷，悟性又高，所以他能够读到纸面背后的东西，这一点非常重要。柏杨看历史看得透、看得深，写的东西也就着墨不多却一针见血，读者阅读起来快意无比。柏杨的表达方式更是老少咸宜。一个汉朝将领，柏杨可以说这个人当时任河南省军区司令。就这么一句表达，使读者、观众与历史一下子贴近了，仿佛置身于历史里边，正与历史人物对话。记得十几年前读到这一句话，很是感佩。罗素就说历史要写得有趣味，引起人的阅读兴趣；雅斯贝尔斯说，历史是我们生活中一个活跃的组成部分；科林伍德说历史也是艺术，因为讲故事就是一种艺术。柏杨的表达方法，就是朝这个目标努力的。

就像易中天老师那样，一个历史事件，一个历史人物，讲得和破案小说似的，悬念迭起，屏气凝声，老百姓欢迎，非常有市场，

^① 乔新生：《“知道分子”何妨知识分子》，载《南方人物周刊》2006年9月1日，第14页。

连老太太都被央视的《百家讲坛》迷住了。有人说这是历史快餐化、娱乐化。这样的评论不免刻薄！这样的评论者有些不厚道！实际上，研究的专业化、学术化和普及化、通俗化可以并行不悖，各有各的作用，互相借鉴，互相融合，可以有更大的收获。当代中国学者可以致力于证明自己具有独特的学术观点，扮演知识分子的角色；也可以选择向公众普及已有的学术知识，安心做或者同时兼做“知识的传播者”。做后者的，不必为一些酸溜溜的乃至有些恶毒的只在表达地点、表达方式和观众的层次上做文章的学术批评所困惑、所困扰，欣然面对好了。

以上，是我对2006年一些学术、文化现象的片断式的观察与感慨，有些东拉西扯。实际上我更想说，在我们当下社会，与历史知识相比较，也许法律知识应该更紧要、更迫切地得到通俗化、普及化的传播。法律要得到传播，必须以通俗化的形式进行，这是与其他人文、社科知识部门相比，法律具有无出其右的专业性甚至艰涩性使然。比如刚刚通过的《物权法》中的许多规范，别说家庭老太太，就是许多法律职业中人也得借助于条文释义之类的工具书去理解。而法律惟有通过传播才能获得普及，法律惟有普及才具有其本来的法治意义与制度价值，此乃不争之事实。如果哪一天有哪位法学家能到央视“百家讲坛”、“品民法”一番，且让全国的听众像听易中天老师的“品三国”那样如痴如醉，其于国、于民、于社会、于我们的法治大业，功莫大焉！

真的，法律知识切实地得到通俗化、普及化的传播，是宏大的社会主义民主与法治事业既基本又极重要的一环。说起民主与法治，那就多说几句吧！民主，还有法治，都是我们需要的，但二者的关系需要摆正。民主是要经过训练的，历史已经证明，铺天盖地的全民动员式“大民主”不行；直接、全面的民主也不一定可行。我们应该耐心一些，多关注民主的训练，这要通过法治来训练，法治就是建立起法律的统治，它内涵地包含一种权利与民主的观念。但要严格通过法律来推行民主，需要有一个过程，不可能一蹴而就。何

怀宏先生说：“所以我主张法治，法治应该优先于民主，因为在法律面前人人平等的话，肯定也要走向民主之路。”^①这话说得对。我们的希望就在于通过法治来训练民主的观念、民主的民情、民主的社情、民主的区情、民主的国情来渐次养成民主的习惯，形成民主的传统与民主的文化。在这个过程中，法律知识切实地得到通俗化、普及化的传播，无疑是一项基础性工程。

新年新气象，2007年伊始万国更换了标识，新标识显得更有朝气，也郑重确立了自己的事业宗旨：“法的时代，法的事业”。万国要在法的时代为法的事业做一些点滴之事，最好的路径就是将法律知识切实地得到通俗化、普及化的传播。通俗化、普及化地传播法律知识的舞台就是万国搭在全国各个省、市、区的越来越多的讲台，就是万国数十位年轻的法学教师永远满含激情的演讲，就是包括本丛书在内的数十本具有自主知识产权的法律图书。或者直接说，本丛书就是通俗化、普及化的传播法律知识的使者！噢，写到这里才入正题。从趋势看，本丛书的写作将越来越接近于法学本科教材，但本丛书的任务从来都不在于学术知识的更新与创造，所以通俗化、普及化的传播法律知识的宗旨不能变，所以在学术表达方式上的创新是每一年新版本的必做功课，一年又一年，一年一层楼，为读者提供更加适合他们需要的法律读物。有一本书叫“细节决定成败”，细节特别重要，要满足这一要求，就必须对学术表达方式的创新孜孜以求。

这一要求也适用于万国老师的课堂教学。我知道，万国数十位年轻的法学教师绝大多数有志于学术，有志于以知识回报社会，要做到这一点，就不能把在万国舞台上的演讲与著书仅仅当作谋利的工具。要有学术表达方式的创新之志，要有勇做或兼做法律知识的传播者的荣誉感、责任感，在法的时代以法律知识的传播者的身份参与到法的事业，以这样的眼光来看待这一工作，心里会有一种安

^① 《何怀宏：希望在于坚韧而普通的努力》，载《经济观察报》对何怀宏的访谈（2006年4月17日）。

慰和幸福。这是我们作为知识分子的心灵中所不能或缺的安顿与享受！

何怀宏先生曾在 2006 年元旦发表一文，名为《法治的希望在于坚韧而普通的努力》，这昭示法治之路会很难，但我们只能走这条路！

我们已经上路，以自己的参与方式！

李伟
2006年1月

司法考试中的论述题

——2007年修订版代前言

论述题：论什么与如何论

论什么与如何论，不仅是考生解答论述题时面临的首要问题，也是架构本书体系时首先要解决的问题。

作为试题改革的重要探索，论述题是近年来司法考试改革力度最大、最受考生关注的一种题型。作为一种全新的试题类型，法学界、法律界人士对论述题改革的肯定与赞扬，与考生对论述题解答的困惑与茫然形成鲜明的对比。而这种困惑与茫然的核心，是考生不知道论述题要求论什么与要求如何论。

命题机构没有正面描述过论述题究竟是一种什么题，广大考生当然也就无从知晓论述题究竟是什么题？命题机构对论述题解答要求的表述抽象而笼统，加大了考生的审题难度和答题难度。

司法考试中的论述题与大学期末考试的论述题不同；司法考试中的论述题与考硕、考博的论述题不同。然而仅仅知道这些否定性表述，并不能使我们对论述题的性质认识清晰起来。因为这些否定性表述并没有解决论述题是什么这一性质问题。

我细心搜集了近年来命题机关就论述题命题及改卷问题发表的几乎所有相关信息；搜集了考生解答论述题的大量实战资料。综合这些资料我们得出了一个基本的研究结论：一般来说，论述题是一个给定材料的作文，一个属于议论文体的作文。这里的材料主要是案例材料，而这里的议论文则应当是一个由法律专业概念构成，并体现出法律专业性质的议论文。

这一结论为我们研究论述题的答题要求提供了基础，我们也由此找到了结构本书体系的核心词，那就是“期待”！

由“期待”这一核心概念展开，从宏观到微观；从理念到操作；从理论到事例；从高度到角度；从命题到评卷；从标题到正文；从开头到结尾，本书依次提出了解答论述题应当了解的十大期待。在一一展开论述题十大考查期待的过程中，模糊不清的论述题解答要求逐步清晰成为明确的，可供操作的十项具体要求。

本书目录浓缩了解答论述题的全部核心问题，对于一个优秀的考生而言，

也许在看完本书的目录以后,就已经获得了他想获得的一切,所以研究目录是使用本书最好的方法。

然而论述题毕竟是司法考试中的全新题型,有一些政策问题目前还不是十分明朗。作为国内第一本相对比较系统研究论述题解答套路的参考书,我们的研究还在进行之中,所以笔者对本书的定位是:参考性、操作性、资料性。

本书在2006年的基础上做了进一步的修正。结合2006年的考试情况,增加了民法与论述题专题(马特撰写)、刑法与主观题(韩友谊撰写)一共两讲的内容。司法制度是2006年大纲新增内容,基于专题讲座编排上的考虑,也一并纳入本书。虽然本书在写作和编写过程中以司法考试大纲为依据;虽然我们可能是目前国内讲述论述课程次数最多的授课老师之一;虽然我们还可能国内对论述题研究时间最长、投入精力最多的人之一。然而一个不能忽视的客观情况是:论述题终究是司法考试改革进程中运行时间最短,尚处于探索与发展之中的一种试题类型,所以请大家在阅读参考本书的同时,务必高度关注2007年司法部的考试公告和按照惯例司法部就2007年司法考试相关问题的答记者问。

由于我们能力有限,知识有限,加之时间仓促,所以本书一定有许多错误和不足,欢迎大家批评指正。几乎每一本书的作者在序言的结尾时都会有大致如此的一段话,本书也不能免俗。和有些作者仅仅借此表达谦虚不同的是,我们是更加真诚的。我们将在我们的个人博客上发布关于论述部分和文书部分的最新研究和信息,供大家复习参考(邹建章个人博客地址:<http://www.fafawang.com/blog>)。

邹建章 马明亮 韩友谊 马特 谨识
2007年4月

目

司法考试中的论述题	
——2007年修订版代前言	1

录

司法制度部分

专题	一	司法制度和法律职业道德概述	2
专题	二	审判制度与检察制度	8
专题	三	公证制度	14
专题	四	法官职业道德和职业责任	25
专题	五	检察官职业道德和职业责任	35
专题	六	律师职业道德和职业责任	42

论述题部分

专题	七	论述题的专业期待：法律专业	61
专题	八	论述题的文体期待：议论文体	73
专题	九	论述题的时事期待：法治理念	80
专题	十	论述题的审题期待：寻找主题	87
专题	十一	论述题的开头期待：提出论点	93
专题	十二	论述题的正文期待：逻辑严谨	97
专题	十三	论述题的结尾期待：理论升华	102
专题	十四	论述题的标题期待：简明新颖	106
专题	十五	论述题的理论期待：法理原则	110
专题	十六	论述题的文字期待：法律格言	134
专题	十七	民法与论述题	154
专题	十八	刑法与主观题	161

专题 十九 历年论述题真题解析及参考例文	178
----------------------------	-----

文书写作部分

专题 二十 历年文书试题解析	206
专题 二十一 刑事诉讼法律文书	220
专题 二十二 民事诉讼法律文书	278
附一：命题机构解说论述题命题思路	320
附二：论述题试题选编及解答要点	328
后记	380
关于合作打击盗版的几点声明	382
人民法院出版社法律考试出版暨辅导中心简介	383

国家司法考试

专题讲座

司法制度·论述题 22 讲

司法制度

部分

专 题 一

司法制度和法律职业道德概述

相关法理

2006年以前,这一部分只由法律职业道德组成,考查分数一直徘徊在10分左右。2006年司法考试大纲新增加了司法制度与公证制度,同时,司法制度成为2006年考试的一个重点,占到9分之多。司法制度涉及到司法制度概述、法官制度、检察官制度、律师制度和公证制度等,在2006年试卷一的试题中,第47题考查了审判制度,第48题考查了不公开审理的情形,第49题考查的是律师执业的权利,第87题是关于司法制度与司法权的特征,第89题考查的是审判制度的基本原则,第90题考查的是审判制度和检察制度的内容,考试难度不大,但占的总分较多,共计考了9分。在法律职业道德方面,只考了两道题共计5分,其中试卷一第88题考查的是律师的执业规范和惩罚,第96题考查的是法律从业人员的职业道德和职业责任。同时,由于2006年司法考试大纲将法律援助一章从刑事诉讼法部分转移到司法制度中来,所以今年在试卷一的第50题中考查了我国法律援助制度的基本内容。

虽然司法制度与法律职业道德在司法考试中分量不算很重,但相关的教材和法条内容很少,复习过程中抓住要点,再结合诉讼法的基本常识,投入/产出性价比应该是非常高的。所以,对于这一部分,考生不应忽视。



知识点及实例

一、司法与司法制度的概念

(一) 司法的概念与特征

1. 司法的历史

在中国古代,没有“司法”的概念,司法一词是我国清朝末年从西方引进的。但是,我国历史中一直有司法的活动。

2. 司法的概念

司法的概念,古今中外并不相同。在欧美国家,所谓司法就是审判,相应地,司法权就是审判权,司法机关仅指法院。在我国,司法是指检察院与法院的诉讼活动。

3. 司法的特征

(1) 民主性: 这体现在两个方面: 一是司法机关实行民主集中制的原则;