

法律版

2008^①

国家司法考试应试指导

GUOJIA SIFA KAOSHI YINGSHI ZHIDAO

论述题高分解密

法律考试中心 北京中天培训学校/组编



最新权威修订 连中三年真题

(2005年第八题/2006年第五、六题/2007年第八题)

套路分析 模板训练



2008 年国家司法考试应试指导

论述题高分解密

法律考试中心 北京中天培训学校 组编

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

论述题高分解密/法律考试中心组编. —北京:
法律出版社, 2008. 1
(2008 年国家司法考试应试指导)
ISBN 978 - 7 - 5036 - 8010 - 6

I. 论… II. 法… 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 (2007) 第 188325 号

©法律出版社·中国

责任编辑/赵明霞

装帧设计/曹 铀 胡 欣

出版/法律出版社

编辑统筹/法律考试出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/沙 磊

开本/787 × 1092 毫米 1/16

印张/15.5 字数/371 千

版本/2007 年 12 月第 1 版

印次/2007 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782 西安分公司/029 - 85388843 重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636

北京分公司/010 - 62534456

深圳公司/0755 - 83072995

苏州公司/0512 - 65193110

书号: ISBN 978 - 7 - 5036 - 8010 - 6

定价: 28.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

第四版编写说明

论述题是2003年司法考试的一种新题型,当时仅仅只有一道题目,分值也仅仅为30分,经过2004—2007年四年的变化发展,论述题已经成为司法考试第四卷中一种非常重要的题型。论述题之于司法考试的重要性,可见一斑。

更重要的是,在正在热烈进行的关于司法考试改革的讨论中,主流的意见认为,应当加大主观题的考查力度,因为只有以论述题为代表的主观性试题“才能充分检验考生对法律的理解能力和运用能力,而不是单纯的记忆能力”。果如此,则论述题的研究价值将不仅仅限于最近一两年的司法考试备考工作,对于预测将来司法考试改革的走向,也将发挥十分重要的作用。

同时,论述题与其他司法考试题型有着显著的区别:(1)和一般的客观选择题相比,二者的差异十分明显。不仅考生答题的方式有主观和客观的区别,从考查的内容上看,选择题主要是对法条的考查,而论述题考查的,则是考生的法学理论素养。(2)和法律文书题相比,虽然二者都属于主观性试题,都会对考生的语言组织能力有所强调,但是法律文书主要考查考生对司法文书的格式掌握情况,而论述题则侧重于考查考生对法学基本原理的掌握情况。(3)和案例题相比,从2003—2007年司法考试的走向看,在早期,论述题与案例题有一定的相似之处,都是从一段案例材料中分析其中的法律问题,只不过案例题的分析对象是比较具体的部门法知识,而论述题则是相对宏观的原理性问题。但是,随着司法考试的不断成熟和完善,案例题和论述题之间的分野愈发明显。论述题越来越脱离细微的技术性考查(虽然在限定型论述题中,仍然要求考生从一些技术层面回答相关问题),而是将重心放在考生是否掌握了基础的法学理论知识,以及如何运用掌握的法学理论知识来评述社会生活现象的能力。

作为一直关注司法考试的研究者,我们从2003年开始就意识到,鉴于论述题的重要性和特殊性,应该给予论述题足够的重视,将其单列出来进行辅导。但限于手中的资料匮乏,而且论述题作为一种新题型,还有待积累,故而我们直到2005年方开始正式启动本书——国内第一本以论述题为对象的辅导材料,并结合2003年和2004年司法考试的真题,以及平时在司法考试培训授课中考生常见的问题,出版了《司法考试论述题之高分解密》。

将近四年的时间过去了,作为编写者,我们很高兴看到这本书已经取得了非常优异的成绩。这一成绩不是来自于其颇高的销量——虽然销量本身也是市场认可的体现;而是来自考生的认可和考题的检验:一方面,我们得到不少考生的反馈,认为这本书为其复习论述题理清了思路,提供了武器,最终帮助他们成功地通过了司法考试。另一方面,我们看到,2005年和2006年、2007年的司法考试真题,都没有逃出我们整理的专题的范围,甚至不乏直接猜中题目这样命中靶心的高难度、小概率的情况。可以说,如果考生能够按照我们的复习方法,充分高效地利用本书,论述题取得好成绩就绝不是梦想。

过去的成绩,使我们继续沿着既定的思路,来研究论述题。结合 2004—2007 年司法考试论述题中的变化,我们在原书的基础上,进行了修订,希望这本不厚的小书能够一如既往地帮助参加司法考试的考生顺利地找到复习准备论述题的捷径,并为其最后的解题作答提供参考。

本书分为三编:

第一编,真题寻密。这是本书的精华部分。通过对历年司法考试论述题真题的分析,探寻司法考试论述题的命题思路、复习思路和解题思路。提出解答论述题至关重要的武器——“模式”和“套路”,并围绕这两个武器,从宏观、中观、微观层面梳理了复习解答论述题的思路。

第二编,专题精讲。这是本书的核心部分。从论述题可能命题的法理学及相关法学原理、行政法与行政诉讼法、刑法与刑事诉讼法、民法与民事诉讼法等领域,挑选 22 个专题进行精讲,点出该领域中的基本法学理论,使考生在短时间内快速掌握。在此基础上,为便于考生复习,在每个专题中为考生归纳出 2—3 个套路,针对论述题的命题范围,提炼归纳重要考点,总结答题思路,以便考生背记复习。最后,在每一个专题中,列出一道例题,希望考生能够结合实例,运用答题套路,增加实战能力,提高解题技巧。

第三编,模拟训练。针对司法考试论述题命题范围及特点,精编典型练习,并提供示范例文。为考生提供一个练习提高和整理技巧的平台,为最后的考场决胜奠定基础。

虽然本书的编写者都是多年来活跃在司法考试培训领域的老教师,但是面对论述题这一新题型,我们也在不断地探索寻觅之中。书中难免有不足之处,还望考生给予指正。

编 者
2007 年 12 月

目 录

第一编 真题寻密	(1)
第一章 真题解析	(1)
一、2003 年司法考试第四卷第八题之解析	(1)
二、2004 年司法考试第四卷第七题之解析	(2)
三、2004 年司法考试第四卷第八题之解析	(5)
四、2005 年司法考试第四卷第七题之解析	(6)
五、2005 年司法考试第四卷第八题之解析	(9)
六、2006 年司法考试第四卷第五题之解析	(10)
七、2006 年司法考试第四卷第六题之解析	(12)
八、2007 年司法考试第四卷第七题之解析	(13)
第二章 真题探路	(15)
一、命题思路	(15)
(一) 增设论述题的意义	(15)
(二) 论述题命题的变化规律	(16)
(三) 司法考试论述题的命题范围	(19)
二、阅卷思路	(21)
三、复习思路	(23)
四、答题思路	(28)
第二编 专题精讲	(37)
专题一 法的特征和法的作用	(38)
一、理论详解	(38)
(一) 法的特征	(38)
(二) 法的作用	(39)
二、套路演练	(41)
三、实例剖析	(42)
专题二 法的价值	(44)
一、理论详解	(44)
(一) 法与秩序	(44)
(二) 法与正义	(45)
(三) 法与自由	(46)
二、套路演练	(47)
三、实例剖析	(49)

专题三 法与经济、道德、科技的关系	(50)
一、理论详解	(50)
(一)法与经济	(50)
(二)法与道德	(52)
(三)法与科技	(53)
二、套路演练	(54)
三、实例剖析	(56)
专题四 法治理论	(57)
一、理论详解	(57)
(一)法治的涵义	(58)
(二)法治的要件	(58)
(三)法治与其他	(60)
(四)中国的法治建设	(61)
二、套路演练	(62)
三、实例剖析	(63)
专题五 法律解释	(64)
一、理论详解	(64)
(一)法律解释的概念和特征	(64)
(二)法律解释权限的划分	(64)
(三)法律解释的必要性	(65)
(四)法律解释的原则	(66)
(五)法律解释的方法	(67)
二、套路演练	(68)
三、实例剖析	(69)
专题六 立法	(71)
一、理论详解	(71)
(一)立法的概念和特征	(71)
(二)立法的原则	(72)
(三)立法权限划分体制	(74)
(四)立法的程序	(74)
二、套路演练	(75)
三、实例剖析	(76)
专题七 司法制度	(78)
一、理论详解	(78)
(一)概述	(78)
(二)司法制度的基本理念	(78)
(三)司法改革	(81)
二、套路演练	(83)
三、实例剖析	(83)

专题八 法的执行与适用	(85)
一、理论详解	(85)
(一)法的执行	(85)
(二)法的适用	(85)
二、套路演练	(88)
三、实例剖析	(89)
专题九 法律移植与法律多元	(90)
一、理论详解	(90)
(一)法律移植	(90)
(二)法律多元	(93)
二、套路演练	(94)
三、实例剖析	(95)
专题十 依法行政和行政合理	(97)
一、理论详解	(97)
(一)行政合法	(97)
(二)行政合理	(98)
二、套路演练	(100)
三、实例剖析	(102)
专题十一 行政程序及其价值	(103)
一、理论详解	(103)
(一)行政程序概述	(103)
(二)几种主要的行政程序	(104)
(三)行政程序的价值	(108)
二、套路演练	(108)
三、实例剖析	(109)
专题十二 信赖保护与行政许可	(110)
一、理论详解	(110)
(一)行政许可理论概述	(110)
(二)行政许可的原则	(111)
(三)信赖保护原则	(113)
二、套路演练	(115)
三、实例剖析	(116)
专题十三 罪刑法定原则	(117)
一、理论详解	(117)
(一)罪刑法定原则的基本内涵	(117)
(二)罪刑法定原则蕴涵的内在价值冲突	(117)
(三)罪刑法定原则与司法独立的关系	(119)
(四)罪刑法定原则与类推制度	(119)
(五)罪刑法定原则在我国立法中的体现	(119)
二、套路演练	(121)

三、实例剖析	(122)
专题十四 刑事诉讼中的两大价值	(123)
一、理论详解	(123)
(一)正义、程序公正与实体公正	(123)
(二)刑事诉讼的效率价值	(125)
(三)刑事诉讼公正与效率两大价值之间的关系	(126)
二、套路演练	(128)
三、实例剖析	(129)
专题十五 证据制度	(131)
一、理论详解	(131)
(一)证据	(131)
(二)证明	(133)
二、套路演练	(134)
三、实例剖析	(136)
专题十六 行政行为的基础理论	(137)
一、理论详解	(137)
(一)行政行为的概念	(137)
(二)行政行为的法律特征	(137)
(三)行政行为的成立要件	(138)
(四)行政行为的生效要件	(139)
(五)行政行为的效力内涵	(139)
(六)行政行为的效力时间	(140)
(七)行政行为的内容	(141)
(八)行政行为的分类	(141)
二、套路演练	(142)
三、实例剖析	(143)
专题十七 行政公开、行政效率与听证制度	(144)
一、理论详解	(144)
(一)行政公开原则	(144)
(二)行政效率原则	(147)
(三)听证制度的概述	(147)
二、套路演练	(149)
三、实例剖析	(150)
专题十八 刑事诉讼法与保障人权的关系	(151)
一、理论详解	(151)
(一)刑事诉讼法的目的与价值	(151)
(二)惩罚犯罪与保障人权的关系	(153)
(三)犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利	(154)
(四)死刑复核程序的概念和意义	(155)
二、套路演练	(156)

三、实例剖析	(158)
专题十九 诉讼程序中的职权主义和当事人主义	(159)
一、理论详解	(159)
(一) 民事诉讼中的职权主义和当事人主义	(159)
(二) 刑事诉讼中的职权主义和当事人主义	(161)
(三) 行政诉讼中的职权主义和当事人主义	(163)
二、套路演练	(163)
三、实例剖析	(165)
专题二十 司法制度中程序的价值	(166)
一、理论详解	(166)
(一) 程序价值的概述	(166)
(二) 程序本身的独立价值及意义	(167)
(三) 程序正义与实体正义	(169)
(四) 程序正义在程序法中的具体体现和意义	(169)
二、套路演练	(171)
三、实例剖析	(172)
专题二十一 中西传统法律文化的比较	(174)
一、理论详解	(174)
(一) 中西传统法律文化在思想根源方面的差异	(174)
(二) 中西传统法律文化在立法方面的差异	(176)
(三) 中西传统法律文化在诉讼文化传统方面的差异	(176)
二、套路演练	(178)
三、实例剖析	(179)
专题二十二 其他重要法律概念的比较	(180)
一、理论详解	(180)
(一) 公法与私法的比较	(180)
(二) 实体法与程序法	(183)
(三) 大陆法系与英美法系的比较	(184)
二、套路演练	(186)
三、实例剖析	(187)
第三编 模拟训练	(189)
一、练习题	(189)
二、参考答案	(200)

第一编 真题寻密

对广大司法考试的考生来说,面对市面上各式各样五花八门的模拟练习题,常常有惶惶不知所措的恐慌。事实上,历年真题永远是我们最好的老师。真题由命题老师绞尽脑汁编写,其质量普遍高于一般的模拟题,同时它又反映了命题老师和拼题老师的命题思路,暗含着今后出题的趋势。因此,在复习司法考试的时候,除了要牢牢抓住教材和法条两大法宝以外,也绝对不能忽略真题的重要价值。

论述题作为近几年司法考试刚刚增加的题型,真题的题量并不多。而且,与其他题型不同,论述题带有极强的主观性,以至于司法部在考试结束后公布参考答案的时候,并没有公布论述题的答案。或许有的考生认为,论述题类似于高考的作文,命题范围广,又没有统一的答案,因而对历年真题的研究并没有什么意义。实际上,从2003—2007年五年的试题及一些高分试卷中,我们已经可以摸索出一套关于论述题的规律。本编就将结合这五年的八道真题,提纲挈领地为广大考生指引出一条复习准备以及现场作答司法考试论述题的捷径。

第一章 真题解析

本章主要通过对2003—2007年司法考试试卷论述题的考点和答题思路进行系统的分析,力争让广大考生对论述题这一没有标准答案的考题类型有较为深入的了解。同时,为了让考生对这类题目的答案有一个感性的认识,在题后都登载了几篇优秀的例文,起到参考答案的作用。考生可以通过阅读这些例文,直观地了解论述题的写作规范,从而弥补该类题目

没有标准答案的缺陷。

一、2003年司法考试第四卷第八题之解析

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,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;甚至有的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的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。

【考点】 依法行政与合理行政

【答题思路】

1. 表明观点:该市治理交通秩序的新举措是不合法且不合理的。

2. 从依法行政原则的两个方面要求(即法律优越、法律保留)分析其不合法。

依法行政原则包含了两层含义:一是法律优越,即禁止行政机关违反现行有效的法律;二是法律保留,即行政机关活动应当有明确的法律规定为前提和基础。本题涉及法律保留原则。

(1)从法律优越角度看,该市治理交通秩序新举措明显侵犯了公民的权利,如隐私权、名誉权、荣誉权等,也就是说,该市治理交通秩序新举措违反了现行法律。

(2)从法律保留角度看,交通管理部门行使职权必须有法律依据,不能采取法律没有规定的手段。根据我国现行法律,交通管理部门应当根据《治安管理处罚条例》和国务院制定的有关交通管理条例进行交通管理,而不能另辟蹊径!

3. 从行政合理原则的四个方面的要求分析其不合理。

(1)行政合理原则要求行政决定应当具有一个有正常理智的普通人所能达到的合理和适当,并且能够符合科学公理和社会公德。该市治理交通秩序新举措造成了各方面的矛盾,谈不上科学合理,且这项举措导致了社会公德的沦丧!

(2)行政合理原则要求行政裁量决定符合并体现法律对裁量权限的授权目的,不得以形式合法背离立法的实质要求。该市治理交通秩序新举措似乎实现了管好交通的目的,但实际上违背了法律对于管好交通的最终目的——保持正常的社会秩序,维持社会稳定。

(3)行政合理原则要求行政裁量决定建立于对相关因素的正当考虑之上,不得考虑不相关的因素。行政行为作出时涉及多种因素,行

政机关作出行政决定时,应当全面考虑行为所涉及或者影响到的因素。该市治理交通秩序新举措很明显没有考虑到这一措施可能带来的社会负面影响。

(4)行政合理原则要求行政裁量决定应当符合行政法的正当程序和最一般法律正义的要求。机动车辆违章行驶、停放的证据材料应当由交通管理部门根据法律、法规规定程序收集并使用;制止违反交通管理的行为而采取的措施必须与其违法行为相关,而不能影响到与该违法行为无直接关联的名誉权(因为违章照片、录像资料在当地电视台播出)。

注:2003 年大纲在题型介绍时提到论述题,并且对试卷四的学科及分值分布有明确说明,因此,回答此题以行政法角度为宜。

二、2004 年司法考试第四卷第七题之解析

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,引来邻里十数人,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、财产俱遭伤损。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。

【命题思路】

答题之前,了解、把握本题的命题思路至关重要。

本题属于论述题型,答题应以议论为主。此类题型在 2003 年的司法考试中首次出现,在 2004 年的考试大纲中也有明确提示。区别在于,2004 年的题量由去年的一道增加为两道,单题分值虽比去年有所减少,但此类论述题型的总分值则有所增加(由 30 分增加为 50 分)。这是司法考试进行试题改革,“加大并突出对考生分析能力、应用能力、文字能力及法律思维能力等方面的综合考查”的结果。可见此类题型在司法考试中的分量和重要程度。考生在今后的考试中对此类题型应当予以充分的重视。

通常认为,一个系统学习过法律的人,一般应当具备以下能力:(1)较为全面的法律知识,即掌握现行法律、法规体系,基本法律的内容,明白各种权利义务关系及救济程序;(2)法律思维能力,即依循法律逻辑,有价值取向的思考,合理地论证、解释、适用法律的能力;(3)解决争议能力,即依照法律规定,作出合乎事件情理的分析,处理已发生的争议,协助建立、维护一个公平和谐的社会秩序。此类试题的命题思路,所体现的即是对应试者是否具有上述能力的综合考查。

此类题型与前五道一问一答式的题型有明显区别,被称为“主观题”或“无标准答案型”试题,即没有统一的答案或标准,答题思路具有发散性,考查的重点主要在对事件、案例的分析能力、逻辑思维能力、法律思维能力、论证能力及文字表达能力等方面,考查的是考生的法律理论功底、素养或境界。因此,考生在答此类试题时,不能按前五题的思路,只作具体的、定性式的分析,而应当充分运用法学理论、法律规定甚至是社会知识,作出价值判断,提出自己的观点,并进行论证。而且在论证过程中应当力求

体现自己的法学理论修养、法律思维方式,尽量使用法律概念和法律术语,着重表现自己的逻辑分析能力和文字表达水平。

【考点】 纠纷解决机制之选择

分析社会纠纷的性质,提出相应的解决办法,是法律职业者必须具备的基本能力。作为一名法律职业者,可能经常会面对这样的问题或咨询,如何解答、如何处理,有哪些途径或方式可供选择,其中哪一种方式更适合案情,更有利于维护当事人或咨询者的权益,这一系列问题的解答和阐释,是一名法律职业者的基本功。因此,本题应当说是对司法考试作为一个职业准入考试、突出职业能力考查的命题思路和方向的充分体现。

【答题思路】

考生在答题之前,除了要仔细阅读案例材料外,还应当认真审题,读懂试题所给的设问或答题提示,尤其要仔细分析答题提示中的关键语句。

从本题的设问来看,包括两部分:一是要回答本案的处理有几种法律途径或方式;二是要从中选择出一种你认为最具优越性的方式,并加以论证。因此,考生应当根据本题的提示,分两部分作答。

第一部分:有几种法律途径。关键语句为“根据我国法律规定”。因此考生必须答出我国法律规定的纠纷解决途径或方式。根据我国法律规定,此类纠纷的解决方式可以有以下几种:

1. 刑事自诉附带民事诉讼。从案情来看,甲男的行为已经涉嫌侮辱罪,属于刑事自诉案件。乙女也可向法院提起刑事附带民事诉讼,要求赔偿因侵害行为造成的损失。

2. 民事诉讼。甲男的行为侵害了乙女的名誉权,乙女可通过民事诉讼要求甲男赔礼道歉,赔偿损失,并可请求精神损害赔偿。

3. 治安处罚。乙女可以要求公安机关依据《治安管理处罚条例》对甲男的违法行为进行处罚。

4. 人民调解。这是我国《民事诉讼法》规

定的民事纠纷解决方式之一。

也有人认为,此案的解决或维护权益的途径还可以由当事人自行和解,请求其他社会组织(如妇联、当事人所在单位等)予以协调解决等诸多解决方式。但这些方式都属于当事人自力救济的解决方式,不属于法律规定的解决途径。

第二部分:何种方式处理此事社会效果更好、更具优越性,并阐明理由。关键语句为“社会效果更好、更具优越性”。此部分实际是要求考生根据本题的具体案情,从社会效果更好、更具优越性的角度出发,提出自己认为适合本案纠纷的解决方式,并加以论证。

一般来讲,法律纠纷的解决机制可以分为自力救济(如和解)、社会救济(如调解、仲裁)、公力救济(诉讼)三种基本的方式。就一个具体的法律纠纷来讲,采用何种解决机制和方式,一般由纠纷主体根据自身利益的需要作出选择。针对本案的具体情况,大多会倾向于选择诉讼或调解的方式处理。但究竟哪一种方式更适合本案,社会效果更好,考生在答题时必须结合案情进行比较、分析和论证。无论选择哪一种方式,只要在比较过程中、论证过程中能够充分体现法律知识素养和法律思维的能力,逻辑严谨、说理充分、表达流畅,都可以得到高分。

诉讼是国家公权力解决民事纠纷的典型机制。在法治社会,诉讼方式具有国家强制力和严格的规范性的特点,因而诉讼方式居于纠纷解决机制中的正统地位。但是,诉讼的程序比较复杂、烦琐,时间持久,成本较高。同时,由于诉讼的国家强制力和严格规范性,在很大程度上限制了纠纷主体的意思自治或自主性,有碍于纠纷主体自由意志的体现,往往造成纠纷主体之间在心理上和情感上的冲突,因而,对于民事纠纷,在运用调解方式便能解决问题的情况下,则尽量不选择诉讼的方式。

调解是一种最适合于民事纠纷的解决方式。其优越性在于,利用调解解决民事纠纷可以体现纠纷主体自我解决纠纷的社会整合能力,可以避免因纠纷而引发过大的社会震荡。

同时,相较于诉讼来说,调解的方式更为简捷,不至造成情感上的破裂或矛盾冲突的加剧,对于纠纷的彻底解决和预防更为有利。因而,采用调解的方式有助于加速纠纷解决进程,从而在一定程度上避免时间拖延。

具体到本案,综合事件发生的来龙去脉,邻里关系的实际状况,以及事件过程和纠纷性质,如果从实现最佳社会效果来考虑,采用人民调解的方式来解决纠纷,一般可以认为是社会效果最好,更具优越性的选择。

【例文摘选】

纠纷解决 调解优先

作为一名法律职业者,我认为,乙女可以依照法律的相关规定,通过以下途径维护其权益:

(一)民事诉讼。甲男的行为已侵害了乙女的名誉权,乙女可通过民事诉讼要求甲男赔礼道歉,赔偿损失,并可请求精神损害赔偿。

(二)刑事诉讼。甲男的行为已经涉嫌侮辱罪,属自诉案件。乙女也可向法院提起刑事附带民事诉讼,要求赔偿因侵害行为造成的损失。

(三)人民调解。这是我国《民事诉讼法》规定的民事纠纷解决方式之一。

(四)治安处罚。乙女可以要求公安机关依据《治安管理处罚条例》对甲男的违法行为进行处罚。

本案本质上属于一起民事纠纷,考虑其解决方式的选择,实际是对民事纠纷解决机制的探讨。结合本案的具体情况,笔者认为,选择人民调解的处理方式为最佳之选,具有较大的优越性:

调解,是指第三人(包括组织)依据一定的社会规范,包括习惯、道德、法律等规范,在纠纷主体之间沟通信息,摆事实讲道理,促成纠纷主体相互谅解、妥协,从而达到最终解决纠纷的合意的一种纠纷解决方式。最适合于民事纠纷的解决。

由人民调解委员会调解民事纠纷,是我国民事诉讼法规定的纠纷解决方式之一。相对于

诉讼等纠纷解决机制而言,人民调解具有明显的优越性。它简便快捷,有助于加速纠纷解决进程,节约司法资源和社会成本;它基于平等自愿,有利于纠纷的彻底解决和预防,避免因纠纷而引发更大的社会震荡。

本案中,双方纠纷虽由来已久,但矛盾的激化实属偶然,所造成的损害亦不甚严重,并非是完全不可能调和的矛盾,因而在客观上存在调解的基础和可能。作为“抬头不见低头见”的邻里,考虑到今后的和睦相处,选择调解的方式来处理是本案的最佳选择。当然,本案还可以选择诉讼或治安处罚等方式来处理。但一旦对簿公堂,必然有人承担败诉后果。败诉方道歉也好,赔偿也罢,虽然结案,但隔阂更深,怨恨更甚。胜诉方同样也面临诉讼的尴尬,今后何以共处。所以,不到不得已,最好选择调解的方式,以息纷止讼。

人民调解的优越性还在于,根据《民事诉讼法》的规定,“不愿调解、调解不成或反悔的,可以向人民法院起诉”。所以本案选择调解的方式,成功最好,皆大欢喜;调解不成或反悔,受害人仍然保留了通过诉讼维权的余地。但两种方式社会效果的差异是显而易见的。综上,笔者认为,既然法律为社会成员提供多种理智解决纠纷的途径和方式,作为一个理性的社会成员也应当衡其利弊,选择最佳的途径来解决纠纷。本案以人民调解为先是最佳的处理方式。

三、2004年司法考试第四卷第八题之解析

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此“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、刊登,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。

【命题思路】(参见上题)

【考点】对社会现象、事件的法学概括和评析能力

作为一名法律职业者,其与普通社会成员的区别之处在于,对于社会上发生的事件、现象,应当有自己独特的见解和看法。尤其对于一些涉法事件和现象,应当具备从法学的视角,运用自己的法学理论、法律思维和方法,作出价值判断,提炼出自己的法学观点,并能加以评析和阐释的能力。这是作为一名法律职业者的基本素质和能力要求。司法考试作为法律职业准入考试,通过应试人员对涉法事件、现象的评析和论证来考查其法学理论素养、法律思维能力、论证能力和文字表达水平,是司法考试侧重能力考查的又一重要方向。

本题的命题思路所体现的即是对这一能力、素质的综合考查。本题的答题提示比较简单,只要求考生针对案例事实,“谈谈你对此事的看法”。这一答题要求应当说是相当宽泛的,也极具抽象性和个性化,为考生留出了较为广阔的自由表达思想的空间和施展自己理论概括能力的余地。

【答题思路】

就本题事例材料所涉及的法学问题来讲,可以有多种答题思路 and 方向。分析本题案例材料,可以从法学理论和法律规定的角

度加以评价的领域至少有以下几个方面：“喜悦家庭”的经营行为；工商管理机关的许可行为；追星族与明星照片的组合行为；媒体报道行为；科技进步引发的法律思考等。

从法律规定上讲，本案涉及以下一些相关的部门法：宪法关于人身权的保护；民法关于民事权利的保护，不得侵犯自然人的肖像权、名誉权、姓名权、隐私权等；行政法中工商行政管理与行政许可等；合法登记取得经营权的保护及经营范围等；反不正当竞争法，商业规则与诚实信用等；消费者权益保护法等。

从法学理论上讲，可以进一步探讨：公众的自由娱乐权与明星隐私权的保护问题；新闻报道权与公众人物隐私权保护的冲突问题；公民行使自身权利应当注意的权利滥用问题；科技的发展引发新的法律冲突，如何在立法、执法与司法过程中加以重视并合理解决的问题；社会正义与法的价值问题；法的作用与功能问题；法与道德的关系、调整范围问题；法对自由、权利的保护与法律秩序问题；法治与公民法律意识问题；精神文明建设与社会道德观念更新问题；等等。

考生可以单独选择其中一个范畴进行评析，也可以选择多个领域进行综合性评析，从而引出一个或一系列有相当深度的价值问题、理论问题并加以探讨。考生无论选择哪一种思路，只要观点明确、逻辑严谨、论证充分、表达流畅，都可以很好地完成本题，得到高分。

【例文摘选】

个人自由与社会秩序之平衡

“结婚生子”的娱乐活动，是个性自由的最大化体现，客户可以根据自己的想法实现自己的梦想。但是，此种娱乐方式，在法律上存在着诸多值得探讨的问题，具体而言：

首先，该项行为已经侵害了他人的合法权利。根据《民法通则》的规定，公民享有肖像权。未经许可，不得以营利为目的使用他人的肖像。该项行为，以他人的肖像为衬托，已明显

侵害他人的肖像权。根据宪法，公民在行使自己的权利时，不得侵害国家的、集体的、社会的和他人的合法利益。

其次，该项行为有违反公序良俗之处。公序良俗是指社会的公共秩序和良好风俗。年轻男女自己要看一下自己未来的“孩子”，这未尝不可。但是，如果跟明星或第三人来生“孩子”则未必能被现阶段人民群众的普遍思维及认识水平所接受，有违公序良俗原则。

再次，该项行为存在着侵害他人合法权利和违背善良风俗的可能性，对其不加以限制，则可能引起社会秩序的一定混乱。

其实，个人自由和社会秩序是法需要维护的两种基本价值。不能因为个人自由而偏颇社会秩序，否则会引起社会的混乱，而自由也失去了保护的基础。也不能因为社会秩序而偏颇个人自由，否则窒息了社会活力，社会无从发展。为了社会秩序的需要，可以适当地限制个人自由，但以不逾越此目的为合理限度。结合本案而言，该项服务行为，是个性自由的体现，有其合法与非法之处。为了社会秩序的维护，我们可以对该项自由进行适当限制，肯定其合理之处，否定其不合理之处。但不能全盘否定，否则就逾越了其目的的合理限度。

从该案中，我们也看到，科技给法律带来了挑战。一般而言，科技对法律起着推动作用，但也带来了问题。我们要客观公正地分析其利弊，在法律的框架内，正确地解决问题，不要片面地否定科技。

总之，个人的自由要保护，毕竟“自由是法律的圣经”，但“人生而自由，却无所不在枷锁中”，而良好的社会秩序正是其中的枷锁之一。而我们法律人的责任在于，寻求、建构一种合理的制度，以求达到个性自由和良好社会秩序的平衡。

四、2005年司法考试第四卷第七题之解析

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”,对甲形成了巨大的精神压力,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。

问题:

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。

答题要求:

1. 第一问的分析应以法学理论、现行法律

规定为依据;

2. 第二问的论述应观点明确,论证充分,逻辑严谨,文字通顺。

【参考答案】 前一问:

1. 一审判决数额超出了原告的请求范围,因而是错误的。根据不告不理的原则,法院应该保持其被动性,法院不仅受理案件要受当事人起诉的限制,而且其判决也要受当事人诉讼请求的约束。法院不得未经起诉主动去审理一个案件,也不得超出当事人的诉讼请求的范围去判决,因为这样也会使法院这个裁判者丧失其中立性,从而损害司法的权威。被动性和中立性都是司法权的基本特征,法院应当平等地对待当事人,保持不偏不倚,这样才能实现程序上的公正,从而获得当事人的信任。法院若超出原告诉讼请求的范围判决,无异于站在原告的一边,帮助原告打被告,从而其作出的判决不但被告不服,社会公众也会不服,从而使司法的权威荡然无存(可从“不告不理、法院裁判的消极性、民事诉讼当事人的处分权”等方面进行分析,说明其不当)。

2. 一审法院判决将举证责任归于乙超市,不符合“谁主张,谁举证”的原则。既然甲主张乙超市强令其脱去内衣,应由甲对该事实承担举证责任,而不应当由乙超市承担。本案也不属于举证责任倒置的案件,而且未脱内衣搜查是消极事实,乙超市无法举证。因此,二审法院否定一审对脱内衣搜查的事实认定是正确的。本案应当由甲对脱内衣搜查的事实负举证责任,但由于侵权事实特殊,其证据属于当事人由于客观原因不能搜集的证据。正确的做法是由其申请法院进行调查,或结合本案其他证据和事实进行认定,如果无法认定应当根据举证责任的分配规则进行判决。

3. 甲申请再审的理由是赔偿太少。属于适用法律方面的问题,按照民事诉讼法的规定,适用法律确有错误的才能再审,本案二审否定了原审对脱衣搜身的事实认定,据此在自由裁量权范围内改判,不属于适用法律确有错误,故不应当改判,甲的再审申请不应得到支持。考