



国家司法考试辅导系列

2011年国家司法 考试试卷 四

实例（案例）分析答题 技巧及全真模拟训练

国家司法考试专家组 主编

紧扣考试大纲
浓缩高频考点
预测命题趋势
强化真题训练



西南师范大学出版社
国家一级出版社 全国百佳图书出版单位

2011 年国家司法考试试卷四

——实例（案例）分析答题技巧及全真模拟训练

国家司法考试专家组 主编

西南师范大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

2011 年国家司法考试试卷四——实例(案例)分析答题
技巧及全真模拟训练/国家司法考试专家组主编. —重庆:西南师范大学出版社,2010.9

ISBN 978-7-5621-4900-2

I. ①2… II. ①国… III. ①法律工作者—资格考核
—中国—习题 IV. ①D92-44

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 183200 号

2011 年国家司法考试试卷四
实例(案例)分析答题技巧及全真模拟训练
国家司法考试专家组 主编

责任编辑:钟小族

书籍设计:周娟 钟琛

出版、发行:西南师范大学出版社
(重庆·北碚 邮编:400715
网址:www.xscbs.com)

印 刷:重庆市川渝彩色印务有限责任公司
开 本:787mm×1092mm 1/16
印 张:18.75
字 数:560 千
版 次:2010 年 10 月第 1 版
印 次:2010 年 10 月第 1 次印刷
书 号:ISBN 978-7-5621-4900-2

定 价:38.00 元

把握规律 统筹规划 转变思维 提高能力

(代 序)

2010 年国家司法考试的尘埃刚刚落定,备战来年考试的战鼓又隆隆作响。谁能在号称“中国第一大考”的国家司法考试中脱颖而出?明年深秋时节发榜之日的喜悦到底由谁来品尝?通过对以往历届胜出考生的观察以及对 2005~2010 年真题的透彻分析,本书编写组认为,把握命题规律和考试规律,统筹时间安排、规划复习进度,转变思维方式,提高应试技能是 2011 年每一位考生的必修课。

一、命题的基本规律

司法考试的命题规律是非常明显的。世界上任何一个成熟的考试、一个持续不断的考试,累积若干年后都会呈现出一定的规律性。这种规律的出现,不仅源于成熟的考试会因为考查对象、知识点固定而固定下命题的题型和风格,而且也会使考查的难度稳定下来,更重要的是命题重点会保持稳定。司法考试的规律集中表现为三点:重者恒重,新增必考,综合考查。

重者恒重。即重要的知识点(见本系列的高频考点)永远都是重要的。在司法考试的考查范围中,不同学科之间分量不同;同一学科之内不同知识点之间重要性也不同。准备司法考试,必须分清考点的主次,抓主要矛盾。这一规律在某一年的个别学科上可能会出现一些差异,但若以 3~5 年为阶段,这一规律在每一个学科上都可谓是第一规律。

新增必考。新增加的考点(见本系列的近两年新增考点)一般都会在当年考查,即使当年不考也会在接下来的年份予以考查。因此,对新增考点必须重视。但需要指出的是,新增考点的考查都相对简单,能够明白立法意旨并简单运用即可,甚至,很多时候都是该知识点的简单记忆考查。在这里,新增的考点也是考生成绩提高的增长点。

综合考查。即不同学科之间,或同一学科不同知识点之间的综合运用。这一规律首先体现在多项与不定项选择题上,尤其体现在案例分析上。在此处,本书编写组想提醒考生必须重视案例分析。

二、基本的复习策略

司法考试要求考生掌握的内容太多。据统计,司法考试的内容包括 160 余个法律文件,1 万多个法条。面对如此多的内容,哪些是重要的?考生又应如何取舍?

司法考试不是一种智力游戏,而更像是一场时间竞争。这句话的大致意思是:既然参加司法考试的最低学历起点都是大本,说明大家的学习能力和智慧水平都不存在问题。而现行司法考试的难度一般,所以,原则上不会存在因为某位考生的智力水平低而通不过司法考试的情况,所以通不过者主要原因在于当年投入的有效时间不够充分。以司法考试的复习对象为例,以最精要的辅导教材及必读法律法规,总字数也至少在 500 万字以上,若你不做任何题,将以上内容精读上两遍,共计逾一千万字的阅读量,以每天 8 小时的复习时间,每分钟读 100 字计算,共约

需230天才能完成。众所周知,只复习教材与法条两遍,是很难通过考试的!所以,除了极少数法学基础极好又极聪明的考生外,大多数的考生要通过司法考试,是必须以充足且有效的复习时间为保证的。没有这一保证,任何好的复习方法、技巧都是纸上谈兵。

这就是本书编写组提出必须确立正确的复习策略的背景。司法考试是一个方法的艺术,而不仅仅是一个勤奋问题。实际上,本书编写组刚才算的那笔账是不会发生的,原因在于,司法考试名义上的复习量极大,但其重点又极其突出,若能抓住重点,则能成倍地减少复习负担和复习量,又可收到事半功倍之效。

命题的“重者恒重,变不离宗”意味着不仅要策略性的舍弃,还要合理安排各学科的复习时间。在600分的司法考试中,其考查了14个法学主干学科的内容,但实际上这些学科的地位并不是一样的,其分值分布也远不是平均的。在这14个主干学科中,以民法(90~100分)、刑法(80~85分)、刑事诉讼(65~70分)、民事诉讼及仲裁(65~70分)计,这4门学科大概就占了总分值的50%强。所以如果这四门学科掌握得好,通过司法考试应是掌中之事。因此在复习中,首先,务必以这4门学科为核心,狠下工夫掌握。其次,行政诉讼法(20~25分)、公司法(24分左右)、宪法(15分左右)、合伙企业法(5~8分)、国家赔偿法(8分左右)等几个部门法也很重要。第三,对于法理、国际公法、国际私法、国际经济法、法制史等占12~18分的学科,其内容较为庞杂,且无法条支持,也应投入相当精力复习教材中的重点内容。第四,对于其他的分值分布较少的部门法,应主要掌握其重点法条即可,注意一般不投入过多的复习时间与精力。

考生选取司法考试复习教材时一定要注意,所选取的司法考试辅导,一定要能给考生列出重点,削减复习量。作为考生自己,在复习也务必要注意这一点。漫漫备考路,考生要想通过司法考试途径只有一个,提高复习效率,在庞大的考查对象中抓住重点。

三、统筹安排复习对象

教材、法条、试题是所有考生复习的素材。对三者关系的处理,正是考生复习的最核心、最关键环节。这个关系处理得好,可以事半功倍,可谓号准了司法考试之脉;处理得不好,无的放矢,事倍功半,虽付出了极大的艰苦努力,但仍会功败垂成。

对绝大多数考生而言,复习对象的选择及其比例确实存在着共性。其大致的比例及时间安排应该是:

1. 前期(考前3个月以前)的复习应以法条和教材为主。具体而言,对于法理、法制史、国际公法等无法条支持的学科,当然只能以教材为复习对象。而宪法、行政法、刑法、民法、国际私法等几个学科的前半部分(总则部分)也有一些法学理论需要掌握,所以也需参考教材,但对于其他学科部分,应偏重于以法条为主。现行司法考试的“教材”也好,“辅导用书”也罢,“应试指导”也罢,统统都属注释法学著作。注释法学著作的最大特点即在于它以解释现行立法规定为己任,所以如果考生法学功底较好,直接理解法条没问题,那么对于司法考试范围内的绝大多数学科的复习而言,抛开教材直接复习法条并无什么不妥。

2. 中期(考前1~3个月)应以法条和试题为主要对象,二者的大致时间之比可为5:3,其余时间放在教材的复习上。试题主要指历届真题。对于广大司法考试朋友而言,一定要将作答、理解、消化并能举一反三地运用最近几年的司法考试真题放在战略的高度加以重视和对待。实际上,对于任何考试而言,复习、作答、理解历届真题都是极端重要的。

3. 后期(考前1个月内)应以试题与法条为主。在最后一个半月内,除了法理、法制史、国际公法等极少数学科的复习要使用教材外,其他学科复习的一条“黄金法则”是远远抛开教材,而专

心于自己在前一阶段复习期间发现的不懂的、还未记牢的、易犯错误或易混淆的和不能灵活应用的法条上,当然也要辅之以充分的高质量辅导题,以查漏补缺,加强记忆,并增强实践经验与答题感觉。法条、试题和教材的复习时间宜安排为4:5:1。

总括而言,在教材、法条、试题三大件的关系上,法条是处于核心与灵魂地位的,“司法考试很大程度上就是考法条”。建议考生在复习中也一定要重视法条的复习。

“统筹安排”还意味着考生要科学地处理真题、单元练习题及全真模拟题之间的关系。以上三种题是考生面对的三种主要的试题复习资源。在这三种题中,考生要高度重视对历届真题的作答、理解与举一反三的灵活应用。本系列卷一、卷二和卷三第六部分“全真模拟训练”及卷四第四部分“全真模拟试卷及答案解析”为历年真题精选。这是因为:

其一,由于司法考试这一考试的重点非常突出,历届真题所考查的知识点正是司法考试重要考点的富矿,或者说真题真实地展现了司法考试的重点。

其二,每年司法考试命题的考点与上届或上几届的考点一直存在着较高的重复率,不同年份的真题,考查同一知识点仅仅是改变一下题型或角度而已。所以,相信这些考点在今年的命题中还会相当高程度地再现。

其三,个别试题在上下届命题中甚至会几乎一字不变地再现,对于熟悉真题的考生而言,这些试题简直是天上掉下的馅饼。

其四,司法考试作为律考的承继者,十几年来形成了自己比较稳定的具有个性的命题风格和命题思维方式,尤其是第一次参考的考生尽快地熟悉这种命题风格尤其是命题者的思维方式,是十分关键的。

把握司法考试规律,统筹安排复习时间,真正做到法理、法条、试题三者合一。

四、转变思维 收获成功

现今司法考试的参考者,以高校学生和从事法律事务的人员为主。而司法实务、法学教育、司法考试三者之间其实区别很大,这些区别实质就是三个思维,即实务思维、法学思维和应试思维之间的区别。也就是说,法学专家、实务专家、司法考试专家(指高分获得者),三者之间并不能简单地划等号。为了顺利通过思考,考生必须转换应试的思维方式。如果说掌握司法考试规律是成功的前提,合理安排复习是成功的主体,而转变思维才是思考成功的关键!

“知识能力不等于得分能力”,即使考生已经掌握了相应的法学理论知识,也掌握了本书编写组对现行立法的规定的确切含义,甚至是学富五车,但不等于考生能做对司法考试试卷上的命题,从而将知识能力转换为得分能力。具体到司法考试,造成知识能力与得分能力之间存在有差距的原因有多个,包括:

有些法学专家型的考生一直不适应司法考试命题的思维方式,结果很吃亏。这一现象在已是法官、检察官、律师等实务专家型考生中也相当程度地存在。以部分法官考生为例,他们每碰到司法考试试卷中的案例型试题(包括选择题中以实例形式出现的试题,也包括卷四中的案例分析题),其第一个反应经常是“我曾办过这样的案子,当初是怎么怎么办的”,于是自觉不自觉地依其办案经验选出了答案。殊不知,司法实务的思维习惯与方式和司法考试中的命题及做题思维习惯与方式是有一定区别的。但在长期办案习惯思维的驱动下,自觉不自觉地会凭经验做题。而司法考试命题比较单纯,一般一道题考查一个对应的法条,你只需依这个法条的意思去作答就行了。

在司法考试中,考查纯属背诵记忆性的知识点的命题仍大量存在。这类命题在国际法、国

际私法、宪法、经济法、商法、法理学、法制史等学科中大量存在,其他学科也有出现。这类命题的存在,使得法学专家、实务专家的理论优势与实务经验优势无从发挥,但专门一心一意地背诵记忆重点法条的“司法考试专家”却占尽优势,这里面,仍然是一个思维方式转变的问题。

况且,很大程度上,现行司法考试命题都是在考法条。除了法理学、法制史、国际公法等少数部门法,其余部门法的85%以上,甚至有的部门法100%的命题都是直接考查法条的。如果说律考命题的最大特征就是“因法设题”,即通常命题者在设计每一道题之前,都是先确定了考查的目标—是哪一部法的哪一条或哪几条规定,然后根据所要考查这一条或几条的规定的的内容及其含义,来设计相应的题干与选择题。虽然近几年来历届国家司法考试大纲编写组都在强调,司法考试的考试内容并不限于法条,“国家司法考试的内容包括:理论法学、应用法学、现行法律规定、法律实务和法律职业道德”。但以上被考试的内容绝大多数有对应的法条,所以历来备考司法考试者,每年都有只复习法条而获得成功的。以考查法条为导向的命题的大量存在,客观上便利了无法学背景但有相对充裕的突击时间,记忆力又良好的考生通过司法考试。法学专家的理论功底深厚,虽有更好地理解、识记、应用法条的优势,但终究其理论优势在一定程度上被遏制了。

归根结底,无论考生身份如何,都需要注意,要完成从实务思维或法学思维到应试思维之间的转变。司法考试复习必须掌握应试思维,训练得分能力。这在复习中是压倒一切的,是重中之重。也只有转变思维才能获得成功!

五、本书的最大特色

本书通过对历年国家司法考试详尽而又准确地归纳评析的基础上,试图让广大考生尽早尽快地熟悉国家司法考试的题型、命题风格、考查的重点及难易程度,进而不仅知其然,而且知其所以然,真正将知识转化为自己分析问题、解决问题的工具。

同时本书编写组还想通过对历年真题的分析、对全真模拟题的演练,让考生在有限的时间内更好地掌握解题思路,培养解题技巧,使考生能够通过分析题目的关键点,了解相关内容的意义,学会从命题者的角度分析问题,寻找切入点,培养“题感”。

事实上,司法考试的重点每年差不多(相对于近五年考试的考点而言),但是每年都有相当的变化,所以作为即将走入考场的考生,如何了解每年的细微的变化,如论述题的出现和演进,刑法、行政法考查难度的加大以及“客观题主观化”、“加强对理论深度及综合运用能力的考查”等。而这些司法考试命题侧重点和命题技术的变化仅仅通过语言往往是难以表述清楚的,只有将做不同年份的历年司法考试真题、背诵历年高频考点和备战当年社会法治热点三者结合起来,方能更为直观地感受其变化,更为有效地应对2011年的国家司法考试。

“知识靠学习,技能靠实践,影响力靠口碑”,本书编写者秉承一贯以来“严谨、认真、负责”的理念,组织专家精心策划编写的本套丛书,希望能为在2011年司法考试战场上奋力备战的广大考生助上一臂之力,更希望本书能帮助广大考生用最短的时间取得最大的收获,同时预祝大家顺利通过2011年国家司法考试!

国家司法考试专家组

2010年9月

目 录/Contents

第一部分 案例分析

第一篇 案例分析题的命题规律与应对思路	1
第二篇 历年真题回顾与思路精讲	4
第一节 刑法	4
第二节 刑事诉讼	15
第三节 民商法(上)	24
第四节 民商法(下)	40
第五节 民事诉讼法	48
第六节 行政法和行政诉讼法	61
第三篇 高频考点演练	66

第二部分 论述题

第一篇 论述题的命题规律与应对思路	86
第二篇 历年真题回顾与思路精讲	92
第三篇 高频考点演练与答题规律总结	109
第一节 论述题必备知识点解析与归纳	109
第二节 热点论述题演练	139
第三节 热点论述题演练与解题技巧提示	166
第四节 经典法学格言集萃——提升档次、增加亮点	168

第三部分 文书写作

第一篇 法律文书的命题规律与应对思路	173
第二篇 基础知识储备与历年真题回顾	177

第一节 基础知识储备篇——法律文书九十问	177
第二节 历年真题回顾与思路精讲	186
第三篇 常考法律文书样式举例	191
第一节 民事诉讼法部分常考法律文书的体例与格式	191
第二节 刑事诉讼法部分常考法律文书的体例与格式	205

第四部分 附录

全真模拟试题一	237
全真模拟试题二	242
全真模拟试题三	247
全真模拟试题一答案及解析	252
全真模拟试题二答案及解析	258
全真模拟试题三答案及解析	264
2009 年国家司法考试试卷四	270
2009 年国家司法考试试卷四答案及解析	275
2010 年国家司法考试试卷四	279
2010 年国家司法考试试卷四答案及解析	286

第一部分 案例分析

第一篇 案例分析题的命题规律与应对思路

我们先将 2003 年—2009 年的案例分析题真题归纳为下表^{〔1〕},然后再仔细分析其命题规律:

	2003 年	2004 年	2005 年	2006 年	2007 年	2008 年	2009 年
刑法部分案例分析题		1 题	1 题	1 题 (刑法与刑事诉讼法的综合分析题)	1 题	3 题 (全国卷 2 题,四川卷 1 题)	1 题
刑事诉讼法部分案例分析题		1 题	1 题 (刑事自诉法律文书的写作)	1 题 (刑法与刑事诉讼法的综合分析题)	1 题	2 题 (全国卷 1 题,四川卷 1 题)	1 题
民法部分案例分析题		4 题	1 题	1 题	1 题	2 题 (全国卷 1 题,四川卷 1 题)	1 题
商法部分案例分析题	1 题		1 题	1 题	1 题		
民事诉讼法部分案例分析题		1 题	1 题	1 题	1 题	2 题 (全国卷 1 题,四川卷 1 题)	1 题
行政法和行政诉讼法部分案例分析题			1 题	2 题 (全国卷 1 题,四川卷 1 题)	1 题		

一、如何抓住卷四案例题的命题规律、掌握答题规律?

案例分析题是让很多考生望而生畏的题型,毕竟做选择题比做案例题感觉要好得多。很多人在答题时往往感觉茫无边际,不知从何下手,因而丢分的可能性最大。其实,案例分析题是司法考试中最简单的题型,只要抓住规律,就非常容易作答。

〔1〕 为了使备考更具有针对性、更清晰明了地反映每年各部分的考查力度,故民法和商法在统计时将其单列,而在分析考题特点时民商法放在一起分析;鉴于商法和行政法部分每年考查力度、难度不太一致,故在统计试题时商法和行政法部分都统计到 2003 年,而其他部分,若无特殊说明,则其统计时段为 2004 年—2009 年。

(一) 司法命题的基本规律

司法考试的命题规律是非常明显的。世界上任何一个成熟的考试、一个持续不断的考试,累积若干年后都会呈现出一定的规律性。这种规律的出现,不仅源于成熟的考试会因为考查对象、知识点固定而固定下命题的题型和风格,而且也会使考查的难度稳定下来,更重要的是命题重点会保持稳定。司法考试的规律集中表现为三点:重者恒重、新增必考、综合运用。

重者恒重。即重要的知识点永远都是重要的。在司法考试的考查范围中,不同学科之间分量不同;同一学科之内不同知识点之间重要性也不同。准备司法考试,必须分清考点的主次,抓主要矛盾。这一规律在某一年的个别学科上可能会出现一些差异,但若以 3、5 年为阶段,这一规律在每一个学科上都可谓是第一规律。

新增必考。新增加的考点一般都会在当年考查,即使当年不考也会在接下来的年份予以考查。因此,对新增考点必须重视。但需要指出的是,新增考点的考查都相对简单,能够明白立法意旨并简单运用即可,甚至,很多时候都是该知识点的简单记忆考查。在这里,新增的考点也是考生成绩提高的增长点。

综合运用。它是指不同学科之间,或同一学科不同知识点之间的综合运用。这一规律首先体现在多项与不定项选择题上,尤其体现在案例分析题上。在此处,本书编写组想提醒考生必须重视案例分析。

从本书编写组众多骨干成员多年考前辅导中掌握的情况看,造成案例分析题应试失败的原因主要有如下情况:

首先,考生不能弄清楚案例分析题题干中交待的各法律关系主体之间的关系,找不到分析案情的切入点,读完题目后,大脑即一片混乱。

其次,虽看懂了题目,但不知如何下笔回答题目中所设的提问,深恐一写就错;好不容易下决心提笔作答,但一写就多,眉毛胡子一把抓,不得要领,费力又不讨好。

再次,能够下笔作答各个问题,但很快发现自己的观点前后矛盾,分析题目的思路不统一。于是赶紧涂抹重写,一阵子忙乱下来,卷面上箭头满天飞,卷面效果一塌糊涂,十分难看,从而影响卷面分数。

最后,对题目中所涉及的一个关键性法律问题拿不准,而这一关键性问题又决定着其他问题的作答,心中着急不已,而又束手无策。把过多精力浪费在难题上,临到交卷的最后关头,只好匆忙间作出取舍,草草应付,自然难得高分。

以上作答案例分析题的各种窘相,可能所有的考生都或多或少地遭遇过。造成以上各种情形的原因,固然有相关法律知识点掌握不牢等因素在作怪,但更多的在于应试案例分析题的经验严重不足,作答案例分析题的方法有所不妥。本书编写组认为,通过在考前多做案例分析练习题,巩固已掌握的常考的基本法律制度、澄清有关法律知识的易混淆点,以积累作答案例分析题的经验、掌握基本的做题技巧,培养正确的做题方法、养成分析案例题的正确思路,是非常关键的。而知识、经验和方法正是提高案例分析题得分的重要因素,是三位一体的制胜武器。

这里要强调的是,在平时练习中,一定要亲自动笔写出答案,而非在头脑中形成抽象、模糊的答案后即急于翻看正确答案。许多考生在考场上作答卷四时会陷入眼高手低的窘境,这就是平常不勤于动手写答案,缺乏实际操作能力所致。本书反复强调的作答经验与方法,都是在平时事必躬亲、勤于练笔的实践中培养出来的。

(二) 司法考试中案例分析题的基本特征

第一,就其命题的方法来看,这种题目一般是从法条到案例,而不是像实践中先有案例再找法条,也就是说,比起实践中的案例,这类题目要容易得多。因此,我们可以相信,这类题目涉及的知识点或法规一定是复习过的,只要能明白它究竟是考什么的,就为理清解题思路奠定了很好的基础。

第二,这类题目同实践中的案例相比,还有一个明显的特征,就是考试的科目范围很容易确定,而不像实践中的案例,法律关系复杂,因此,根据这一点,又大大缩小了司法的范围。

第三,案例分析题一般都是考最重要的内容,即最基本的概念或法律规定,只要把概念和法律规定理解透彻,做起题来就会十拿九稳。总之,案例分析题的命题规律就是就重要的内容“因法设题”,所以,考试的时候,我们唯一需要做的工作就是“因题找法”,在此基础上理清案例中所传达出的各种法律关系。

(三)如何应对“因法设题”

由于司法考试的案例分析题一般都是“因法设题”，命题者头脑中先有了所要考查的内容和知识点，由此决定了所适用的法条，然后再去因法条而设计案情和题目。因此我们在做案例分析题时的指导思想就应当是“因题找法”。其基本步骤可以分为：

1. 首先确定本案例分析题考的是哪一个部门法的内容，这是较容易判断的事情。从历年考试的案例分析题来看，无非是以下几个部门法的内容：民法通则、担保法、合同法、专利法、继承法、刑法、刑事诉讼法、民事诉讼法、仲裁法、公司法、国家赔偿法、行政处罚法、国际经济法以及律师法等十几部法律、法规，而交叉考查若干个部门法的案例分析题尚不多见，即使有，也是以一个部门法的考点为主，个别问题兼及其他部门法的个别知识点。

2. 其次确定考查的是哪一个或哪几个法律制度。确定了部门法之后，思考的范围就大大地缩小了。而后可根据问题的设置来确定所考查的具体制度为何，如在民诉法试题中，考查管辖、当事人、诉讼程序往往是家常便饭。从历届试题情况看，案例分析题一般都是考查部门法中最重要的内容，即最基本的概念、法律制度等，只要掌握了一个部门法中最基本的规定，你就会充满信心。

3. 详细分析案情，并不急于书面作答。一般而言，案情叙述中所给出的有法律意义的信息都是有用的，要么正面地提供解答线索，要么反面地提供干扰正确作答的信息，因而不要忽略任何一个有法律意义的信息，一定要对之有足够的法律意识和敏感。如果你的答案并未考虑一个重要的信息，那么就需要回过头来好好检讨一下了。

4. 根据案例分析题命题者“因法设题”的命题思路，去按“因题找法”的思路作答。案例分析题命题的思路一般是从法条到案例，命题者头脑中先有了所要考查的内容和知识点，由此决定了所适用的法条，然后再去因法条而设计案情和题目。据此，考生在作答时一定要养成“因题找法”的思维习惯，即确定了欲考查的内容，而后迅速在脑海中寻找所欲适用的法条。

5. 找到法条后，决定书面答案，并统筹考虑全案各种情况，上下对照，在卷面上写下最终答案。

对于案情比较复杂的合同法、继承法和程序法试题，有必要在草稿纸上列出各种当事人的关系，确定彼此间的权利义务，并对照案情陈述检查一下有无遗漏的信息，以此协助作答，效果会更好。

据统计，在司法考试的四卷中，第四卷的平均分值是最低的，大家一般都认为只要把前三卷的内容掌握扎实了之后，第四卷主观题便迎刃而解。因此，在前期的复习过程中，大家往往注重对客观题的复习，在做模拟题时往往也只做其中的前三卷，第四卷往往弃之不看，但是最后结果却事与愿违，大部分考生都是因为第四卷分值较低，从而与成功失之交臂。

因此，大家在复习时应同样抓紧对主观题的复习。从复习的中期，大家就应该开始对卷四的复习。在卷四中，案例题又占据了其中的一大部分分值。针对案例题，我们主要按照以下步骤来进行解答：首先浏览问题找出题目考查的知识点，然后回忆相关知识点的基础理论，结合案情来进行解答。

“授之以鱼，不如授之以渔。”牢固掌握相关知识点固然重要，但良好的做题方法，准确的分析试题的思路，以及丰富、实用的做题经验则是更为重要的东西。作者希望，通过本书中提供的全真题案例分析题目的实战训练，再加上“解题思路”中的特别指引，广大读者朋友都能掌握一套良好的作答案例分析题目的方法。

二、给考生的备考建议

第一，由于案例分析题综合性较强，难度较大，要求具体应用法律知识解决问题的能力较高，本书宜于在读者朋友复习司考到相当阶段后再用作辅导书。

第二，案例分析题的练习不在于多，而在于精。本书的题目数量在140道左右，考生可量力而行，不宜贪求过多的练习。

第三，考生在作答每一个题目时应坚持独立思考，亲自动手用笔写出答案来，然后再对照“答案”部分，看一看自己成功在何处，错误在何处，不明白的地方可参考“法理详解”部分的解释。最后，应对照“解题思路”检讨一下自己分析题目的思路有无重大偏差，以求下次作答类似题目时不再重蹈覆辙。

第二篇 历年真题回顾与思路精讲

第一节 刑法

一、历年考情分析

刑法部分案例分析题:

	2003 年	2004 年	2005 年	2006 年	2007 年	2008 年	2009 年
刑法部分案例分析题		根据刑法规定与刑法原理对具体案情进行全面分析,结合共犯理论和量刑制度对具体行为从定罪、量刑等角度全面把握,具体体现为辨别、区分抢劫罪、盗窃罪、强制猥亵妇女罪。	结合具体案情、根据共同犯罪理论和数罪并罚制度,辨别、区分金融凭证诈骗罪类相关犯罪,具体为区分伪造企业印章罪、伪造金融凭证罪、金融凭证诈骗罪、贷款诈骗罪、行贿罪、国有公司企业事业单位工作人员失职罪和受贿罪等。	是实体法和程序法整体考查的典型例题,同时是刑法与刑事诉讼法的综合分析:盗窃罪、抢劫罪与拐骗儿童罪、诈骗罪以及特别自首的认定,难度较大。	重点考查了抢劫罪、非法拘禁罪与绑架罪的具休区分;共同犯罪、结果加重犯;自首与立功等知识点。	1. 对共同犯罪行为及犯罪数额的认定、贪污罪与私分国有资产罪的区分;单位犯罪与个人犯罪的辨别;犯罪未遂与既遂的区分; 2. 根据罪刑法定原则,评述两个网上“裸聊”案的处理结果; 3. (四川卷)罪与非罪的区分、正当防卫与紧急避险;法定的一罪与处断的一罪的具体类型区分。	对共同的犯罪行为、事实、情节进行定性并给出处理意见(共同犯罪、自首立功的认定、抢劫罪、信用卡诈骗罪)。

二、历年考题解析

2009 年司法考试第四卷第二题(本题 22 分)

案情: 甲和乙均缺钱。乙得知甲的情妇丙家是信用社代办点,配有保险柜,认为肯定有钱,便提议去

丙家借钱,并说:“如果她不借,也许我们可以偷或者抢她的钱。”甲说:“别瞎整!”乙未再吭声。某晚,甲、乙一起开车前往丙家。乙在车上等,甲进屋向丙借钱,丙说:“家里没钱。”甲在丙家吃饭过夜。乙见甲长时间不出来,只好开车回家。甲一觉醒来,见丙已睡着,便起身试图打开保险柜。丙惊醒大声斥责甲,说道:“快住手,不然我报警了!”甲恼怒之下将丙打死,藏尸地窖。

甲不知密码打不开保险柜,翻箱倒柜只找到了丙的一张储蓄卡及身份证。甲回家后想到乙会开保险柜,即套问乙开柜方法,但未提及杀丙一事。甲将丙的储蓄卡和身份证交乙保管,声称系从丙处所借。两天后甲又到丙家,按照乙的方法打开保险柜,发现柜内并无钱款。乙未与甲商量,通过丙的身份证号码试出储蓄卡密码,到商场刷卡购买了一件价值两万元的皮衣。

案发后,公安机关认为甲有犯罪嫌疑,即对其实施拘传。甲在派出所乘民警应对突发事件无人看管之机逃跑。半年后,得知甲行踪的乙告知甲,公安机关正在对甲进行网上通缉,甲于是到派出所交了自己的罪行。

问题:

请根据《刑法》有关规定,对上述案件中甲、乙的各种行为和相关事实、情节进行分析,分别提出处理意见,并简要说明理由。

答案与解析

1. 关于甲的行为定性

甲在着手盗窃丙的保险柜过程中,因罪行败露而实施杀害丙的行为,甲的犯罪目的是取得财物,根据《刑法》第269条的规定,其杀人行为属于盗窃过程中为“抗拒抓捕”而对被害人使用暴力,应当成立抢劫罪。根据《刑法》第263条的规定,甲的行为属于抢劫致人死亡,成立抢劫罪的结果加重犯,应适用升格的法定刑。

甲的杀人、抢劫行为,都与乙无关,甲乙之间没有共同故意和共同行为,根据《刑法》第25条的规定,不成立共犯;甲将丙的储蓄卡和身份证给乙,不构成盗窃罪的教唆犯。甲两天后回到丙家,打开保险柜试图窃取丙的钱财的行为,属于抢劫罪中取财行为的一部分,不单独构成盗窃罪。

根据最高法院《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第1条的规定,只有在案发后没有受到讯问、未被采取强制措施,自动投案如实供述自己的罪行的,才能成立自首。本案中,甲被公安机关采取强制措施后逃跑再归案的,即便如实供述也不能成立自首。

2. 关于乙的行为定性

乙事先的提议甲并未接受,当时没有达成合意,二人没有共同犯罪故意。甲的抢劫行为属于临时起意,系单独犯罪,不能认为乙的行为构成教唆犯。乙不成立教唆犯,当然就不能对乙的行为适用《刑法》第29条第二款。在甲实施抢劫行为之时,乙已经离开现场,与甲之间没有共犯关系,乙没有帮助故意,也缺乏帮助行为,不成立帮助犯。

甲套问乙打开保险柜的方法,将丙的储蓄卡、身份证交乙保管时,均未告知乙实情,乙缺乏传授犯罪方法罪,掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪的故意。乙去商场购物的行为,根据《刑法》196条的规定,属于冒用他人信用卡,构成信用卡诈骗罪。

主要参考法律规定:《刑法》第25条、第29条、第67条、第196条、第263条、第269条,《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第1条,《最高人民法院关于审理抢劫案件具体应用法律若干问题的解释》

2008年司法考试第四卷第二题(本题22分)

案情:徐某系某市国有黄河商贸公司的经理,顾某系该公司的副经理。2005年,黄河商贸公司进行产权制度改革,将国有公司改制为管理层控股的股份有限公司。其中,徐某、顾某及其他15名干部职工分别占40%、30%、30%股份。在改制过程中,国有资产管理部门委托某资产评估所对黄河商贸公司的资产进

行评估,资产评估所指派周某具体参与评估。在评估时,徐某与顾某明知在公司的应付款账户中有 100 万元系上一年度为少交利润而虚设的,经徐某与顾某以及公司其他领导班子成员商量,决定予以隐瞒,转入改制后的公司,按照股份分配给个人。当周某发现了该 100 万元应付款的问题时,公司领导班子决定以辛苦费的名义,从公司的其他公款中取出 1 万元送给周某。周某收下该款后,出具了隐瞒该 100 万元虚假的应付款的评估报告。随后,国有资产管理部門经研究批准了公司的改制方案。在尚未办理产权过户手续时,徐某等人因被举报而案发。

问题:

1. 徐某与顾某构成贪污罪还是私分国有资产罪?为什么?
2. 徐某与顾某的犯罪数额如何计算?为什么?
3. 徐某与顾某的犯罪属于既遂还是未遂?为什么?
4. 给周某送的 1 万元是单位行贿还是个人行贿?为什么?
5. 周某的行为是否以非国家工作人员受贿罪与提供虚假证明文件罪实行数罪并罚?为什么?
6. 周某是否构成徐某与顾某的共犯?为什么?

答案与解析

1. **答案:** 徐某与顾某构成贪污罪。

解析: 私分国有资产罪,是指国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体,违反国家规定,以单位名义将国有资产集体私分给个人,数额较大的行为。贪污罪,是指国家工作人员,利用职务上的便利,侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的行为。本题中,徐某、顾某及其他 15 位领导所就职的黄河商贸公司系国有企业,因此他们属于国家工作人员。他们所占的股份为 40%、30% 和 30%,也就是说他们决定将 100 万元按照股份分配给个人,实际上就是分配给这 17 个公司领导,即 17 人自己决定将钱分给他们 17 个人,另外他们的这一决定采用隐瞒的方式,并没有让公司的职工知晓,因而不符合私分国有资产的构成要件,故徐某与顾某构成贪污罪。

2. **答案:** 徐某与顾某构成贪污罪的共同犯罪。根据共同犯罪中“部分行为全部责任”的原则,二人应对 100 万负责,而不应仅仅对二人各自所占的份额负责。此外,对周某行贿的 1 万元,是从公司公款中取出的,是二人先行贪污,然后行贿的,因此这 1 万元也应算作徐、顾二人贪污罪的犯罪数额中,所以徐某与顾某的犯罪数额应为 101 万元。

3. **答案:** 本问题中,徐某与顾某的犯罪属于既遂还是未遂要分别认定。贪污罪是否既遂,要看是否已经非法占有公共财物。本题中,因为公司改制尚未完成,所以 100 万元还没有被二人非法占有。而用于行贿的 1 万元,已经从公司公款中支取,构成非法占有公共财物。因此,100 万元部分是贪污罪未遂,而 1 万元是贪污罪既遂。

4. **答案:** 单位行贿与个人行贿的区别在于,是为单位谋取不正当利益还是为个人谋取不正当利益。本题中,贿赂周某的原因是让周某帮其隐瞒 100 万元的应付款问题,以便能够通过公司改制,由徐某、顾某将该笔金额非法占有,属于为个人谋取不正当利益。因此,周某送的 1 万元是个人行贿。

5. **答案:** 周某的行为不应以提供虚假证明文件罪与非国家工作人员受贿罪并罚。

解析: 《刑法》第 229 条规定,承担资产评估、验资、验证、会计、审计、法律服务等职责的中介组织的人员故意提供虚假证明文件,情节严重的,处五年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金。前款规定的人员,索取他人财物或者非法收受他人财物,犯前款罪的,处五年以上十年以下有期徒刑,并处罚金。第一款规定的人员,严重不负责任,出具的证明文件有重大失实,造成严重后果的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金。根据题目的描述,周某的情形构成提供虚假证明文件罪一罪,只不过是加重处罚,无需数罪并罚。

6. **答案:** 本题中,周某虽然不具有国家工作人员身份,但其明知徐某和顾某以非法占有国有资产为目的,而为其提供便利,并且得到 1 万元的“好处费”,所以构成贪污罪的共犯。由于他提供虚假证明文件的

行为同时构成了贪污罪与提供虚假证明文件罪,属于想象竞合犯,应择一重罪处罚。

2008年司法考试第四卷第七题(本题25分)

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。

材料:

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区人民法院提起公诉,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300多人,网上银行汇款记录1000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县人民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(第一款) 以牟利为目的,制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处罚金;情节严重的,处三年以上十年以下有期徒刑,并处罚金;情节特别严重的,处十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(第一款) 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,处二年以下有期徒刑、拘役或者管制。

第301条(第一款) 聚众进行淫乱活动的,对首要分子或者多次参加的,处五年以下有期徒刑、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淫秽性的书刊、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。

参考答案一:

同样“裸聊”,不同结果

随着网络的普及,网上聊天成为很多市民消遣、交友的重要途径,裸聊也成为一时髦的“玩意”。裸

聊侵害了社会善良风俗,有一定社会危害性,关于裸聊是否有罪也成了人们讨论的焦点。笔者认为,在第一个材料中,张某裸聊不应定罪;而第二个材料中的方某则应认定为传播淫秽物品牟利罪。一样的裸聊,不一样的结果,其差别的关键在于刑法中一个重要原则——罪刑法定原则。

罪刑法定原则的经典表述是:“法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚。”其内涵丰富,包括要求罪和刑都要有法律明文规定,禁止溯及既往,禁止有罪类推,禁止处罚不当罚的行为等含义。根据这一原则,司法机关定罪和量刑都必须按照法律规定来判断,而不仅仅是看行为是否具有社会危害性。材料一中张某的裸聊虽然有伤风化,但我国刑法并无规定裸聊构成犯罪的法律条文,也不属于淫秽信息,不能类推适用,因此不应认定为犯罪。材料二中的方某的裸聊则以牟利为目的,传播裸聊照片,完全符合刑法第362条、367条的规定,应认定为方某构成传播淫秽物品牟利罪。

罪刑法定原则是法治主义在刑法中的直接体现,是法治社会与专制社会中刑法的根本分野所在。其反对罪刑擅断和刑事类推,不仅对保护社会安宁有重要作用,对保障人权具有更重大的意义。对于类似裸聊的新生事物,可以通过行政处罚、规范网络秩序等其他手段进行管理,并进一步完善法制。不能一味追求严刑厉法,否则只能得不偿失。

参考答案二:

为了自由,我们应作法律的奴仆

近代以来,法律的最高目标在于保护个人自由,这已经成为法律界的共识。然而,“自由,自由,多少罪恶假汝之名而行”,法律保护自由,但这并非意味着拥有自由就可以任性妄为。近年来,屡屡出现的网络“裸聊”行为就不仅不符合法律的自由意图,而且也严重损害了社会利益,它不再属于自由的范围,相反,却是一种应为法律禁止甚至惩罚的违法行为。

在法学上,关于自由存在两个基本原则,其一是自由平等原则,就是说公民在基本权利的享有上应当平等,不允许歧视和特权;其二是不伤害原则,就是公民在行使自己的权利和自由的时候,不得损害他人的自由,不得损害公共利益和善良风俗。对于“裸聊”的行为,也许有人认为它属于私生活的范畴,属于道德调整的领域,法律不应过多干预。然而,必须承认的现实是,裸聊,尤其是有偿的裸聊行为,不仅败坏了中国作为“礼仪之邦”的良好社会风气,也给国家网络管理及网络媒体的健康发展带来了危害。更为严重的是,由于网络通讯的隐秘性和传播性,裸聊行为还会引发其他的违法活动,比如网络淫秽图片的传播,利用裸体照片进行的欺骗和敲诈等等。这些情况表明,对于网络行为,该允许的应当允许,但如果某些行为超出了自由的限度,伤害了他人的社会,则必须接受法律的规制。

当然,法律对于自由的限制,应以宪法为依据,以正当程序和人权保障为原则。考虑到网络技术的特殊性,对于裸聊等网络违法行为,国家应尽量先通过行政处罚的手段加以约束,只有在该行为具有严重社会危害性的情况下,而且在不挑衅“罪刑法定原则”的情况下,才可以运用刑罚的手段加以惩处。

古罗马思想家西塞罗曾说:“为了自由,我们应作法律的奴仆”,自由是有限度的,公民只有服从法律,才有自由和权利可言,这句话,对于走向法治的中国社会,应当具有积极的启发意义。

解析:真正的自由唯有蕴涵于法律之内,民众才能真正地享有自由。

法的价值上的“自由”意味着法以确认和保障人的免于外在强制、按照自己的意志进行活动的能力为己任,从而使主体和客体达到和谐。自由作为法的最高价值需要法的确认与保障,同时,法律之内的自由意味着必须明确自由的范围,自由必须受到必要与合理的限制。确认和保障自由,就需要在许可和制约之间寻找平衡。

法律对于自由的制衡原则包括:第一,确认每个人的平等自由;第二,明确一般的消极自由不干涉范围;第三,保障(有限干预)积极自由原则;第四,确立公益干涉原则。

本案中,案例(一)属于私密空间内的个人交流行为,并不符合聚众淫乱罪的犯罪构成要件。案例(二)的裸聊行为属于对于自身自由的滥用,损害了公共秩序和公共利益,需要追究其法律责任,限制其“自由”。当然,这种制约和制裁必须严格依法进行,合理做出。