

法律版|<<<<<

2010年国家司法考试应试指导

论述题高分解密



法律考试中心/组编

95%以上论述题、简答题必考考点

连续5年直中司考真题命题要点

2010年第6次全新修订



法律出版社

2010 年国家司法考试应试指导

论述题高分解密

法律考试中心/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, 2009. 11

(2010 年国家司法考试应试指导)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0105 - 0

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(2009)第 203661 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/北京外文印刷厂

责任印制/沙 磊

开本/787 × 1092 毫米 1/16

印张/13 字数/310 千

版本/2009 年 12 月第 1 版

印次/2009 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

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0105 - 0

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)

第六版编写说明

论述题在自 2003 年至 2009 年的司法考试中,一直为试卷四的压轴题型。其之于司法考试的重要性,不言而喻。

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 2006—2009 年司法考试的走向看,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,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,并结合最近几年司法考试的真题,以及平时在司法考试培训授课中考生常见的问题,出版了《论述题高分解密》。

将近五年的时间过去了,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,近年来的司法考试真题,都没有逃出我们整理的专题范围,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。

在重点关注论述题之后,我们的目光又转向了简答题。自从 2007 年司法考试出现简答题以来,简答题连续 3 年成为司法考试第四卷的第一题,分值占到 20 分左右,和一般的案例解析题分值基本相同,其重要性不言而喻。另一方面,简答题可以说是论述题的“小妹妹”,在很大程度上简答题的答题思路和论述题很有几分相似。如果说论述题是一篇法学论文的小缩影的

话,那么简答题就是一篇论文的内容摘要,也就是说,简答题的回答要求语言更加精简,观点更加明确,要求考生能够在短短400个字中提出正确的观点,突出重点,并以简短的话语加以论证。

纵观3年以来的简答题,我们可以发现一条清晰的主线——社会主义法治理念。这一方面体现了法律和政治的紧密关系,另一方面也提醒我们备考时要对时事政治保持高度的敏感。根据这3年来的出题方向和思路,简答题设置的目的就是在于考查未来的司法从业者们的政治敏感和政治觉悟,就是要培养考生们将时事政治和法律联系起来的能力。因此,我们至少可以预测,在未来的司法考试中,政治主题是不会改变的,而社会主义法治理念则是我们目前政治理念的核心提炼,因此,社会主义法治理念很可能在2010年的司法考试中仍是一个重点。

过去的成绩,使我们继续沿着既定的思路,来研究论述题。通过重点分析2006—2009年司法考试论述题的变化,并增加相应的社会热点例题,我们在原书的基础上对论述题进行了修订。同时,在本书的最后又增加了简答题高分解密的得分。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。

本书分为四编:

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20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各领域最有可能考查的理论点。在此基础上,为便于考生复习,在每个专题中为考生归纳出相应套路,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,并结合与法律关系密切的社会热点,我们精编了30道典型练习题,并提供答题思路与参考例文。希望由此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。

第四编,简答题高分解密。鉴于简答题在司法考试中独特的地位和出题特点,本书将其单列为一编。该部分首先从近3年的真题及答案解析出发,分析解答题的真题、命题规律及答题技巧,在此基础上对简答题的核心内容——社会主义法治理念进行理论精解。最后进行一定数量的模拟演练,以使考生在上考场之前通过实践训练,成竹在胸,马到成功。

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,但是面对每年不断变化的论述题及简答题,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

目 录

第一编 真题寻密	(1)
第一章 真题解析	(1)
一、2009 年司法考试第四卷第七题之解析	(1)
二、2008 年司法考试第四卷第七题之解析	(3)
三、2007 年司法考试第四卷第七题之解析	(5)
四、2006 年司法考试第四卷第五题之解析	(6)
五、2006 年司法考试第四卷第六题之解析	(8)
六、2005 年司法考试第四卷第七题之解析	(9)
七、2005 年司法考试第四卷第八题之解析	(11)
第二章 真题探路	(13)
一、命题思路	(13)
(一)增设论述题的意义	(13)
(二)论述题命题的变化规律	(13)
(三)司法考试论述题的命题范围	(17)
二、阅卷思路	(18)
三、复习思路	(19)
四、答题思路	(22)
第二编 专题精讲	(29)
专题一 法的特征和法的作用	(29)
一、理论详解	(29)
(一)法的特征	(29)
(二)法的作用	(31)
二、套路演练	(32)
三、实例剖析	(32)
专题二 法的价值	(34)
一、理论详解	(34)
(一)法与秩序	(34)
(二)法与正义	(35)
(三)法与自由	(35)
二、套路演练	(36)
三、实例剖析	(37)

专题三 法与经济、道德、科技、政治的关系	(37)
一、理论详解	(37)
(一)法与经济	(38)
(二)法与道德	(39)
(三)法与科技	(40)
(四)法与政治	(41)
二、套路演练	(42)
三、实例剖析	(43)
专题四 法治理论	(45)
一、理论详解	(45)
(一)法治的涵义	(45)
(二)法治的要件	(45)
(三)法治与其他	(47)
(四)中国的法治建设与社会主义法治理念	(47)
二、套路演练	(48)
三、实例剖析	(49)
专题五 法律解释	(51)
一、理论详解	(51)
(一)法律解释的概念和特征	(51)
(二)法律解释权限的划分	(51)
(三)法律解释的必要性	(52)
(四)法律解释的原则	(52)
(五)法律解释的方法	(53)
二、套路演练	(54)
三、实例剖析	(55)
专题六 立法	(57)
一、理论详解	(57)
(一)立法的概念和特征	(57)
(二)立法的原则	(57)
(三)立法权限划分体制	(58)
(四)立法的程序	(59)
二、套路演练	(59)
三、实例剖析	(61)
专题七 司法制度	(62)
一、理论详解	(62)
(一)概述	(62)
(二)司法制度的基本理念	(63)
二、套路演练	(65)
三、实例剖析	(65)

专题八 法的执行与适用	(67)
一、理论详解	(67)
(一)法的执行	(67)
(二)法的适用	(67)
二、套路演练	(69)
三、实例剖析	(70)
专题九 依法行政和行政合理	(71)
一、理论详解	(71)
(一)行政合法	(72)
(二)行政合理	(73)
二、套路演练	(75)
三、实例剖析	(76)
专题十 行政程序及其价值	(77)
一、理论详解	(77)
(一)行政程序概述	(77)
(二)几种主要的行政程序	(78)
(三)行政程序的价值	(81)
二、套路演练	(81)
三、实例剖析	(82)
专题十一 信赖保护与行政许可	(83)
一、理论详解	(83)
(一)行政许可理论概述	(83)
(二)行政许可的原则	(84)
(三)信赖保护原则	(85)
二、套路演练	(87)
三、实例剖析	(88)
专题十二 罪刑法定原则	(89)
一、理论详解	(89)
(一)罪刑法定原则的基本内涵	(89)
(二)罪刑法定原则蕴涵的内在价值冲突	(89)
(三)罪刑法定原则与司法独立的关系	(90)
(四)罪刑法定原则与类推制度	(91)
(五)罪刑法定原则在我国立法中的体现	(91)
二、套路演练	(92)
三、实例剖析	(93)
专题十三 刑事诉讼中的两大价值	(94)
一、理论详解	(94)
(一)正义、程序公正与实体公正	(94)
(二)刑事诉讼的效率价值	(95)
(三)刑事诉讼公正与效率两大价值之间的关系	(96)

二、套路演练	(98)
三、实例剖析	(99)
专题十四 证据制度	(100)
一、理论详解	(100)
(一)证据	(100)
(二)证明	(102)
二、套路演练	(103)
三、实例剖析	(104)
专题十五 行政行为的基础理论	(106)
一、理论详解	(106)
(一)行政行为的概念	(106)
(二)行政行为的法律特征	(106)
(三)行政行为的成立要件	(106)
(四)行政行为的生效要件	(107)
(五)行政行为的效力内涵	(108)
(六)行政行为的效力时间	(108)
(七)行政行为的内容	(109)
(八)行政行为的分类	(110)
二、套路演练	(111)
三、实例剖析	(112)
专题十六 行政公开、行政效率与听证制度	(112)
一、理论详解	(112)
(一)行政公开原则	(113)
(二)行政效率原则	(115)
(三)听证制度的概述	(115)
二、套路演练	(117)
三、实例剖析	(118)
专题十七 刑事诉讼法与保障人权的关系	(119)
一、理论详解	(119)
(一)刑事诉讼法的目的与价值	(119)
(二)惩罚犯罪与保障人权的关系	(120)
(三)犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利	(121)
二、套路演练	(123)
三、实例剖析	(124)
专题十八 司法制度中程序的价值	(125)
一、理论详解	(125)
(一)程序价值的概述	(125)
(二)程序本身的独立价值及意义	(126)
(三)程序正义与实体正义	(128)
二、套路演练	(128)

三、实例剖析	(129)
专题十九 中西传统法律文化的比较	(131)
一、理论详解	(131)
(一) 中西传统法律文化在思想根源方面的差异	(131)
(二) 中西传统法律文化在立法方面的差异	(132)
(三) 中西传统法律文化在诉讼文化传统方面的差异	(133)
二、套路演练	(135)
三、实例剖析	(136)
专题二十 其他重要法律概念的比较	(137)
一、理论详解	(137)
(一) 公法与私法的比较	(137)
(二) 实体法与程序法	(139)
(三) 大陆法系与英美法系的比较	(141)
二、套路演练	(143)
三、实例剖析	(144)
第三编 模拟训练	(146)
一、练习题	(146)
二、参考答案	(155)
第四编 简答题高分解密	(181)
一、简答题概述	(181)
(一) 简答题在司法考试中的地位和重要性	(181)
(二) 简答题出题和答题特点	(182)
(三) 简答题考前复习策略	(183)
二、真题解密	(183)
(一) 历年真题及答案分析	(184)
(二) 真题命题规律及答题特点	(189)
三、理论精解	(190)
四、模拟演练	(191)

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以外,也绝对不能忽略真题的重要价值。

论述题与其他题型不同,其带有极强的主观性,以至于司法部在每年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2005—2009年近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相关真题,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2005—2009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例文,以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、2009年司法考试第四卷第七题之解析

材料:潘晓大学毕业不久,向甲商业银行申领了一张信用卡,透支额度为20,000元。潘晓每月收入4,000元,缴纳房租等必需开销3,000多元。潘晓消费观念前卫,每月刷卡透支3,000多元,累计拖欠甲商业银行借款近60,000元。不久,潘晓又向乙商业银行申领了一张信用卡,该卡的透支额度达30,000元。

据报道,甲商业银行近几年累计发行信用卡近600万张,每张信用卡的透支额度从5,000元至10万元不等。该银行2009年8月统计发现,信用卡持卡人累计透支接近300亿元,拖欠期限从一个月到四五年不等。不少人至少持有两张甚至多张信用卡,因延期还款产生的利息和罚息达到数千元甚至上万元。由于上述现象大量存在,使得一些商业银行的坏账比例居高不下。对此,银行界拟对透支额度大、拖欠时间长的持卡人建立个人信用档案,列入“黑名单”,相关信息各银行共享;拟采取加大罚息比例、限制发放个人贷款、限制发放信用卡、停止信用卡功能等措施制裁信誉不良持卡人;拟建议在设立企业、购买不动产等方面对持卡人进行限制。

另据反映,为数不少的信用卡持卡人则认为,银行信用卡发放泛滥,安全防范功能不强,申领条件设定偏低,合同用语生涩,还款程序设计复杂且不透明,利息负担不尽合理,呼吁国家出台政策进行干预。

问题:

根据上述材料,请从合法性与合理性的角度就银行权益保护与限制、持卡人权利与法律责任、银行和持卡人的利益平衡与社会发展、资

本市场风险的法律防范对策,或者其他任一方面阐述你的观点。

答题要求:

1. 应结合相关法律规定,运用部门法知识及法理学知识进行论述;

2. 观点明确,逻辑合理,说理充分,表述清晰;

3. 字数不少于 500 字。

【解题思路与方法分析】:从本题可见,2009 年的论述题具有两大特点:第一,与 2007 年、2008 年双题目或双问题式考法不同,本年回归到传统的一道问题模式,但在问题的回答角度上,仍给了考生较多的选择空间,如可单从银行权益保护与限制上着手,也可从持卡人权利与法律责任方面论述,或考生对银行和持卡人的利益平衡有自己的认识,均可进行论述。实际上,论述题的理论化、自由化(给考生以一定的选择空间)是近年来司法考试论述题所体现出的重要方向,2009 年虽形式有所不同,但仍体现了这种方向。第二,2009 年的论述题与社会热点结合紧密。各大银行抢占信用卡市场,盲目扩大信用卡市场占有率而忽视了其间存在的风险,这是近几年来社会关注较多的现象之一。可见,对社会热点(尤其是与法律相关的争议问题)多加以关注和思考,是考生准备和复习论述题的重要手段。本书将会有对相关社会热点的专门分析与论述,以帮助考生更有针对性地进行复习。

欲答好本题,审题是关键。在所给材料中,第一段介绍信用卡用户超额透支的行为,此乃用户之过错;第二段则介绍银行之滥发信用卡行为以及其最新的认识及应对;第三段,则又从用户角度说明银行在信用卡业务服务中所存在的问题。由此三段,我们可以较为清晰地确定,本题的分析对象是“信用卡透支/滥用问题”。围绕这一主旨,出题人的问题是,从银行权益保护与限制、持卡人权利与法律责任、银行和持卡人的利益平衡与社会发展、资本市场风险的法律防范对策,或者其他任一方面阐述观点。

本题较为开放,考生可从法理学角度的权

利与义务统一进行分析,也可侧重于民法上的诚实信用原则,还可从金融法上,对如何加强对资本市场的风险监管提出自己的看法,因而考生可以选择一个自己最为擅长的方向进行作答。

考生在答题时,应当注意以下三点:第一,前述几个方面是出题人给的答题方向提示,但考生千万不要在短短几百字文章内,将前述问题均面面俱到地加以论述,这样就犯了重点不突出、论点分散的大忌。第二,一定围绕“信用卡透支/滥用”问题进行论述,如考生可将论述扩展至资本市场风险的看法,但绝对不能脱离文章核心问题而泛泛作答,这即犯了“偏题”的错误。第三,考生一定注意,要从法律角度、运用法言法语进行作答。有的考生本身可能即为多张信用卡持卡人,自己在消费过程中积累了一些有关此问题的心得与看法,故一看到本题,有相见恨晚、不吐不快之感,洋洋洒洒数千言,却与法律分析不太有关,则即使文章优美,但考官看不出你在此中的法律思维与法律分析,因而导致浪费了论述题宝贵的分值。

具体而言,考生可以选取银行与持卡人之间的利益平衡作为分析点,首先,分析银行在信用卡业务中的权利义务及风险,如当持卡人在消费之后,违反合同约定,不及时足额偿还欠款时,银行有权采取一定措施,限制相关当事人的某些权益,以保护金融安全。同时,银行作为信用卡格式条款的提供方,应当注意将合同权利义务以明白易懂的方式体现,并秉承公平原则设定双方权利义务。其次,分析持卡人的及时还款义务及获得公平、透明服务等权利,然后分析如何在二者之间进行平衡,如应当秉承诚实信用原则,银行在发行信用卡时,应明确条件,严格把关,全面告知消费者权利义务及法律风险,在合同履行中,应善意提示,便利还款;消费者在申领信用卡时,应客观评估自己的消费能力,理性缔结合同,而在信用卡使用过程中,应按时还款,积极履行自己的义务等。其实,对于论述题而言,只要观点明确、逻辑清楚,同时又具有一定的深度,则获得高分并非难事。

二、2008 年司法考试第四卷第七题之解析

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 1:

以上述两个网上“裸聊”案为例,从法理学的角度阐述法律对个人自由干预的正当性及其限度。

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:

※第三条 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。

※第三百六十三条(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。

※第三百六十四条(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。

※第三百零一条(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。

※第三百六十七条 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诲淫性的书刊、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。

【解题思路与方法分析】 本题的出题方式,延续了 2007 年论述题的出题风格,即可以自己自由选择一道,进行分析和论述。但与 2007 年不同的是,2007 年给了两个完整材料,让考生自由选择;而 2008 年给了一份材料,却设计了两个不同的问题。这种材料上的区别并非最关键,能够给考生一定的选择空间,这才是命题者的意图,考生在复习司法考试时,可以就自己感兴趣的科目,如法学理论等,多下点工夫,以备论述题之需。

问题 1:2008 年此道试题以案例结合法条形式出现和提出问题,要求考生进行论证和阐述,具有理论性试题的特点。这表现了司法考试对考生理论素质和文字论证水平要求的提高。基于这种命题形式的出现,反映出了司法

考试在今后的理论性试题命制过程中,将出现多元化的倾向。对此,今后的考生应当在复习、备考时引起充分的注意,加强对法学理论问题的全面学习和掌握,注意法律规范的法理思考。

考生回答时,应当立足于我们的司法实践和司法制度特点,提出对此案件的观点,并加以比较、论证、阐述。因此,从本题的考点上讲,此题所需要论证的内容是特定的,但在观点上是开放的,考生可以根据自己的分析和理解,结合提供的材料,提出自己不同的、多角度的观点,并加以论证和阐释。

回答问题1时,需要先就法律与自由的关系做一简单阐述。

从哲学上而言,自由是指在没有外在强制的情况下,能够按照自己的意志进行活动的 ability。法的价值上所言之“自由”,即意味着法以确认、保障人的这种行为能力为己任,从而使主体与客体之间能够达到一种和谐的状态。

从价值上而言,法律是自由的保障。马克思曾经指出,法典就是人民自由的圣经。就法的本质来说,它以“自由”为最高的价值目标。法律是用来保卫、维护人民自由的,而不是用来限制、践踏人民自由的;如果法律限制了自由,也就是对人性的一种践踏。不过,少数人为所欲为的自由将损害多数人的自由,有必要划定自由的界限,实现普遍的自由。因此,法律通过划定自由权利的界限,为普遍自由的实现提供前提。法律对个人自由需要进行一定的干预有其正当性。

上述两个案例表明,司法机关对使用视频与多人共同进行“裸聊”的行为、在网上从事有偿“裸聊”的行为认识并不一致。案例一表明,B市S区检察院以聚众淫乱罪向S区法院提起公诉,后又撤回起诉;案例二表明,Z省L县检察院以传播淫秽物品牟利罪起诉,L县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。可见,法律对个人自由干预是非常复杂的问题,需要认真分析、谨慎处理。对“裸聊”行为的法律处理,既要从事合法性角度进行思考,也要从事合理性角度

进行思考。可见,法律对个人自由干预不是无限的而是有限度的。一般而言,法律对个人自由干预有伤害原则、亲缘主义原则、立法伦理主义原则等,英国思想家约翰·穆勒等分别提出并论证了这些原则。伤害原则强调只有当为了防止和控制一个人对他人造成利益损失时,限制一个人的自由才是必要的。亲缘主义原则强调当一个人的行为会严重伤害自己,或者他的行为将使他丧失重大利益时,可以限制他的自由。而立法伦理主义原则强调法律应该对违反道德的行为进行限制。

需要注意的是,法律对个人自由干预应当是谨慎地进行,对所有人的自由的保护也同时是对所有人自由的限制,对个人自由的限制应在法律规定的范围内。私生活的自由、契约自由、参与公共生活的自由、对抗国家权力的滥用的自由、实际参与立法的自由等一般认为不应限制。

鉴于本题属无标准答案型试题,且对于观点的要求是开放的,因此,考生可以根据自己的判断,从有利于论证和表达文字的角度出发,提出自己的见解和观点。如观点简练明确,可以此为标题,使观点更加突出、鲜明。只要论证充分,达到了观点明确、论证充分、逻辑严谨、文字通顺等方面的要求,都能得到较好的分数。

问题2:本题是刑法题,并且提供了相关法条,便于考生使用,减轻考生压力。本题要求考生根据罪刑法定原则,对两个“裸聊”案的处理结果进行评述。

第一个“裸聊”案里,检察机关撤回起诉,不作犯罪处理,这一处理结果是否正确,从罪刑法定原则来分析,关键是看这种非牟利的“裸聊”行为是否在刑法中有明文规定。考生可以结合《刑法》第301条关于聚众淫乱罪的规定,进行具体分析。例如网上聚集三人以上“裸聊”是否属于聚众,“裸聊”是否属于淫乱等。考生可以根据自己对刑法的理解,发表对这些问题的见解。

第二个“裸聊”案,法院以传播淫秽物品牟利罪定罪判刑。在该案中,存在牟利目的,但

“裸聊”视频是否属于淫秽物品,网上传播如何理解,也可以进行论述。

本题的问题是对两个“裸聊”案的处理结果进行评述,因此应当围绕“裸聊”案的处理结果展开分析,以便使论述的主题集中。

论述题是开放性的题目,没有标准答案,考生可以运用法律知识进行充分的论述,只要围绕主题,言之有理,自圆其说,就算成功。

三、2007年司法考试第四卷第七题之解析

提示:本题为选做题,分甲、乙两题。请选择一题作答;答题时请务必标明甲题或乙题;甲、乙两题均作答的,仅对书写在前的进行评阅。

甲题:

素材一:中国古籍《幼学琼林》载:“世人惟不平则鸣,圣人以无讼为贵。”《增广贤文》也载:“好讼之子,多数终凶。”中国古代有“无讼以求”、“息讼止争”的法律传统。

素材二:1997年3月11日,时任最高人民法院院长任建新在第八届全国人民代表大会第五次会议上作最高人民法院工作报告时指出,1996年全国各级人民法院共审结各类案件520多万件,比上年上升约16%。2007年3月13日,最高人民法院院长肖扬在第十届全国人民代表大会第五次会议上作最高人民法院工作报告时指出,2006年各级人民法院共办结各类案件810多万件。

根据所提供的素材,请就从古代的“无讼”、“厌讼”、“耻讼”观念到当代的诉讼案件数量不断上升的变化,自选角度谈谈自己的看法。

答题要求:

1. 观点明确,论证充分,逻辑严谨,文字通顺;

2. 不少于500字。

乙题:

据报道,在城市建设中,有的政府部门发出有关土地使用的许可证照后,因法律、法规、规章的修改、废止,或城市规划修改等许可所依据的客观情况发生重大变化,为了公共利益而撤回已生效的许可。也曾有个别地方的政府部门

在颁发土地使用证照过程中确有审查不严的问题,为弥补过错过失而以公共利益需要为由收回已生效的许可;或为了以更高价位将土地出让给他人,而以公共利益需要为由收回已生效的许可。

请就上述情况,根据行政法有关原则,谈谈你的看法及建议。

答题要求:

1. 观点明确,论证充分,逻辑严谨,文字通顺;

2. 不少于500字。

【解题思路与方法分析】 2007年的论述题有两题,但是考生只需要选择其中一个题目进行回答,这给考生以一定的自由选择、自由发挥的空间,有利于考生扬长避短,结合自己的所学和工作实践发挥自己的优势,考出最好的水平。这一命题趋向值得关注。同时,法理学在司法考试中的重要性进一步得到体现,考生应加强对法学理论问题的全面学习和掌握。

甲题为材料题。这一论述题目兼具理论性和实践性的特点,既考查考生基本的法理基础,也考查考生对中国问题的了解和认识。题目提供了两方面的素材:一为中国古代关于诉讼方面的观念;二为当代中国案件的数量。考生在解答此题时不应忽视对答题要求的阅读和理解:“根据所提供的素材,请就从古代的‘无讼’、‘厌讼’、‘耻讼’观念到当代的诉讼案件数量不断上升的变化,自选角度谈谈自己的看法。”题目明确要求考生围绕古代的“无讼”、“厌讼”、“耻讼”观念到当代的诉讼案件数量不断上升的变化发表自己的看法,主旨明确,这一答题要求即是考生在形式上的答题思路和思考重点,考生回答时不能偏离这一中心。考生应当认真审题,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。

本题回答的角度比较多,主要包括中国法律的现代化、中国法律传统与当代中国的法治建设、法律意识、法律文化、法律发展、司法的地位与功能、当代中国司法的发展和特点、司法与人权保障、司法中的法律价值、法律与社会关

系、法律权利义务观念等,考生可以以材料解读为基础选择一个角度或者结合多个角度提出观点并进行论证。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。考生在观点阐述时应该注意中国社会的特点,有一定的发展眼光,客观地全面地进行分析。

鉴于本题属无标准答案型试题,且对于观点的要求是开放的,答题思路具有发散性,考查的重点主要在对材料的分析能力、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,不能只做具体的、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。因此,考生可以根据自己的判断,从有利于论证和表达文字的角度出发,提出自己的见解和观点。只要论证充分,达到了说理清楚、逻辑严谨、语言流畅、表达准确等方面的要求,都能得到较好的分数。

乙题为材料分析题。考生需要对所给材料进行法理与法条分析,由于题目要求结合行政法的有关原则作答,所以考生答题的内容不能够偏离基本原则的精神。

作答前应当仔细阅读和理解材料内容和答题要求,从材料内容看,前半段正面叙述了行政许可制度关于许可条件变化后行政机关如何处理的规定,后半段则就现实中个别政府部门的违法操作的情况作了介绍。两段文字虽各有主题,但是,答题的思路显然在于对后段文字给出的现象的抨击并提出建议上。试题给出的违法现象主要有:为弥补审查不严的过失而虚设理由收回许可;为了以更高价位将土地另外出让而滥用公共利益理由收回许可。前一现象为了规避赔偿,后一现象则是为谋求不正当利益而

滥用公权。这两类违法行为都是以“公共利益”名目实施的,所以,如何认识公共利益也应该是本题关心的。

再者就是以什么为基准的问题了,题目要求根据行政法的原则展开,因此,考生就需要在公认的行政法原则中寻找与本题相关的原则。《2007年国家司法考试辅导用书》(修订版)第二卷归纳了行政法的基本原则,分别是行政合法性原则、行政合理性原则、程序正当原则、高效便民原则、诚实守信原则、权责统一原则。在这六大原则中,诚实守信原则、合理行政原则可以作为考生回答问题的基准(不排除考生以其他原则为基准作答)。

在题目所给出的条件中,没有交代个别政府部门的管理权限是什么,所以不必从越权行政上考虑。这里出现的行政行为违反的是诚实信用原则和行政合理性原则的要求。诚实信用原则要求行政机关应当保护相对人的信赖利益,合理性原则要求行政机关应当平等对待相对人,在行政活动中应当考虑符合立法目的的相关因素,不得考虑不相关因素等,显然,本题中行政机关的行为不符合上述原则的精神。行政机关滥用“公共利益需要”的理由,在本质上应当属于“滥用权力”的范畴,对此可以提出建议。

本题的作答要求分为两个部分:一是发表看法;二是提出建议。缺少任何一个部分都会影响到考生的得分。就建议部分而言,并不要求考生十分全面地对各个问题均提出详细的建议。

鉴于本题属无标准答案型试题,所以考生可以就如何规范行政许可管理,如何防止行政机关滥用权力,建立“公共利益”评价体系,完善行政程序制度,确保公众参与,实现行政民主化等方面提出建议,也可以就信赖利益保护发表看法和提出建议。虽然观点的要求是开放的,答题思路具有发散性,但是,考生一定要遵守答题要求,围绕行政法原则提出看法和建议。

四、2006年司法考试第四卷第五题之解析
2002年7月,某港资企业投资2.7亿元人

民币与内地某市自来水公司签订合作合同,经营该市污水处理。享有规章制度权的该市政府为此还专门制定了《污水处理专营管理办法》,对港方作出一系列承诺,并规定政府承担污水处理费优先支付和差额补足的义务,该办法至合作期结束时废止。

2005年2月市政府以合作项目系国家明令禁止的变相对外融资举债的“固定回报”项目,违反了《国务院办公厅关于妥善处理现有保证外方投资固定回报项目有关问题的通知》的精神,属于应清理、废止、撤销的范围为由,作出“关于废止《污水处理专营管理办法》的决定”,但并未将该决定告知合作公司和港方。港方认为市政府的做法不当,理由是:其一,国务院文件明确要求,各级政府对涉及固定回报的外商投资项目应“充分协商”、“妥善处理”,市政府事前不做充分论证,事后也不通知对方,违反了文件精神;其二,1998年9月国务院通知中已明令禁止审批新的“固定回报”项目,而污水处理合作项目是2002年经过市政府同意、省外经贸厅审批、原国家外经贸部备案后成立的手续齐全、程序合法的项目。

请:

1. 运用行政法原理对某市政府的上述做法进行评论;

2. 结合上述事件论述依法治国和公平正义的法治理念。

答题要求:

1. 观点明确,论证充分,逻辑严谨,文字通顺;

2. 不少于600字。

【考点】 行政法理论及其运用、依法治国和公平正义的法治理念

【解题思路与方法分析】 与客观试题不同,主观题目的观点是开放性的,并不强求有统一的答案。同时,对同一事件、做法,看问题的角度不同,观点会有差异。但对本题第一问的分析论证应注意以下几个问题:

第一,契合分析的要求。本题第一问虽是评论,要求考生谈自己的看法和见解,但不是漫

无边际的。运用“原理”评论“做法”,就是要有一个总体的限定。这就要求考生指出做法;阐明原理,注意二者的结合。在本题中,某市政府在事件中采取的做法不止一个,而是多个。从事件过程看,市政府对整个事件处理至少有四个方面值得评析:一是在1998年9月国务院通知中已明令禁止审批新的“固定回报”项目的情况下,市政府专门制定了《污水处理专营管理办法》,对港方作出一系列承诺,并规定政府承担污水处理费优先支付和差额补足的义务。这一做法是否合法?又是否符合行政法原理?二是在国务院文件明确要求,各级政府对涉及固定回报的外商投资项目应“充分协商”和“妥善处理”的要求,市政府单方面作出“关于废止《污水处理专营管理办法》的决定”,未将该决定告知合作公司和港方。是否有违正当程序的要求?三是在《国务院办公厅关于妥善处理现有保证外方投资固定回报项目有关问题的通知》下发后,市政府即收回了先前对港方的承诺。在兑现承诺与遵守上级通知之间,如何选择才符合政府的本质要求?四是市政府废止《污水处理专营管理办法》,收回承诺后,对港方由此造成的损失不管不问,是否合适和正当?

第二,要有理论深度。行政法原理不是简单大而化之的合法、合理要求,它包括诸多的细化原理;本题也不是简单信赖保护问题,它涉及政府的身份和定位、政府的信誉以及政府对涉及当事人权益处理的程序和后果考虑等问题。但考生不论选择分析市政府的哪一或哪些做法,不论是以哪一或哪些行政法原理作为切入点,都要避免泛泛而论;力求能挖掘深层问题,展现理论素养。

第三,分析要有内在逻辑性。因为时间有限,考生在做这类题目时,最好能抓住一个主题,有逻辑、有层次地展开分析。如考生围绕政府信誉展开分析,可以先评价市政府在事件处理上的做法,而后分析在政府兑现承诺与遵守上级决定、命令之间存在冲突时,政府信誉在妥善处理这一问题上的价值和意义,最后可以跳出事件本身,简单阐明倡导政府信誉在现代的