

2011^年

法律版

国家司法考试应试指导

论述题高分解密

95%以上论述题、简答题必考考点

法谚集锦 命题专家核心观点集成

连续**6**年直中司考真题命题要点

2011年第7次全新修订



2011 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, 2010. 12

(2011 年国家司法考试应试指导)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1559 - 0

I. ①论… II. ①法… III. ①法律工作者—资格考核
—中国—自学参考资料 IV. ①D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 244293 号

©法律出版社·中国

责任编辑/赵明霞

装帧设计/曹 铀

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/11.25 字数/273 千

版本/2010 年 12 月第 1 版

印次/2010 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 - 1559 - 0

定价:25.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

第七版编写说明

论述题在自 2003 年至 2010 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。

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。并结合真题展开了研究,最终于 2005 年正式出版了本书《论述题高分解密》——国内第一本以论述题为对象的辅导材料。

五年来,本书取得了非常优异的成绩: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。

这一成绩,是因为我们不断地在研究司法考试论述题的命题方向和策略,并随之进行调整。例如,从 2007 年开始,司法考试增设了以考查社会主义法治理念为主线的简答题。我们立即增加了此部分内容,帮助考生能够有效地获得这部分分数。

今年,我们在既有研究的基础上再次进行了调整,删减了考查概率较小的内容,增加了一些与时俱进的知识点,并辅以相关的练习题帮助考生练笔,还添设了素材库,供考生学习掌握。

希望这些变化能够帮助考生顺利地通过 2011 年的司法考试,也欢迎广大读者对本书提出各种批评意见。

编者

2010 年 12 月

补上那块最短的木板(代序)

司法考试,无可争议的天下第一考。

司法考试试卷四,全部由主观题构成,需要考生自行书写全部答案,在三个半小时的时间内,回答6—8道大题,完成共计5千字左右的答卷,是司考中最令考生头疼的一场考试。

司法考试试卷四之论述题,每年两题,内容涉及政治学、社会学、法理学、宪法学、行政法学、刑法学、民法学、刑事诉讼法学、民事诉讼法学、行政诉讼法学;每题考生一般需要写作800—1000字,合计近2000字。根据司法部的要求,论述题旨在“综合地考查考生对法律的理解能力和运用能力,并兼及考生的文字表达能力和综合分析思维”,因而堪称司法考试中最具挑战性的题目。

偏偏论述题又是分值极高的题型,2007年以来,每年的分数固定在45分,占司法考试总分数的7.5%,占试卷四总分值的30%。可以说,这是任何一名考生都不敢也不能轻易放弃的重要内容。

然而,由于论述题无固定的标准答案,覆盖面广,主观性强,灵活性大,困难度深,是考生在准备司法考试时最望而生畏的试题类型。而根据我们对历年阅卷结果的调查,论述题的平均得分率一直处于较低的水平,是考生丢分的大项。换言之,如果将司法考试整体视为一个盛水的木桶,那么论述题这根木板是大多数考生的短板,并导致了其最终的功败垂成。

那么,该怎么补上这块短板呢?

现实中,有些考生不懂、不会甚至根本不去准备论述题,在复习时采取不理不睬的方式去准备,在考场上抱着听天由命的心态去答题;有些考生没有时间和精力去自我学习,只能热衷于听从某些论述题名师的讲授,希冀用一两天的时间来掌握答题技巧;还有些考生甚至病急乱投医,在考试前四处打听押题信息,将命运寄托在“撞大运”一般的赌博上……

亲爱的你,在拿起这本书之前,是不是也带有以上的这些想法呢?

结合多年来对司法考试的研究,我们可以肯定地告诉你,这样的态度,这样的方法是错误的,是无法为你的论述题和司法考试添分的。用这样的方法,你最多能够收获一些心理安慰,却很难真正地实现取长补短。

但是,论述题却绝非无法复习、无法准备的死结。要想补上这块短板,其实只需要把握住两点:第一,掌握论述题命题的基本规律和大体范围;第二,用足够的时间去复习有价值的资料。

听起来似乎简单,然而,这不正是任何应试教育屡试不爽的精髓吗?关键的问题或许是,怎么去掌握论述题规律和范围,又从哪去寻找有价值的资料呢?

任何考试的规律都潜藏于真题之中,它是弥补短板的基本核心。从2003年国家司法考试首次引入论述题这种题型以来,迄今已有近十年的时间,积累了十多道真题。这已经为研究论

论述题的命题规律提供了充分的依据。例如,论述题分为一道 20 分的小论述和一道 25 分的大论述,小论述题的主线将围绕社会主义法治理念,体现法律和政治的紧密关系,要求考生能够将时事政治和法律基础理论相连接,提高政治敏感和政治觉悟;大论述题的主线则是部门法的基本理论,与命题的法学教授的学术观点关联甚密,要求考生能够运用法学理论分析社会现象或疑难案例。此外,作为司法考试的专业研究人员,我们还通过对阅卷工作的调研,了解在阅卷老师在批阅论述题时的一些规律,例如标题的重要性,字数的适当性,模板的有效性,套路的适用性,等等。总之,论述题并非是一匹难以驾驭的野马,恰恰相反,只要通过认真的研究总结,我们完全找寻到它的规律,形成复习和答题的基本纲领,为弥补这一短板找到核心。

专业的辅导材料和充分的练笔是成功的保障,是弥补短板的重要条件。发掘探寻到规律以后,并不意味着短板就此弥补。更为重要的条件是进行有针对性地进行训练,掌握住答题的基本模式和套路,最终在考场上能够从容应对。模板从哪里来?常用的套路从哪里找?命题者核心学术观点究竟是什么?酷似真题的练习题又该如何寻觅?这就需要在专业的研究基础上进行科学的总结和提炼。无疑,你可以亲自来从事这一工作,对所有学科的重点理论加以梳理和把握;你也可以借助其他人的研究成果,例如你正在翻阅的这本《论述题高分解密》。

翻开后面的目录,你可以发现这本书正是在研究真题的基础上总结出了解答论述题至关重要的武器——“模板”和“套路”;并从可能命题的学科领域中提炼出十余个专题进行精讲,而后归纳出 2—3 个“套路”,归纳重要考点,总结答题思路;此外,还收集了解答论述题必须准备的基本素材,例如著名的西方谚语、司法考试命题教授的重要学术观点,以便背记复习;最后,提供几十道模拟真题,以便有针对性地进行练笔训练。

从 2005 年这本书首次出版以来,其后所有司法考试的论述真题都在本书提供的理论和套路的覆盖范围之内;从 2005 年这本书首次出版以来,已经帮助了上万名考生顺利找到司法考试论述题的答题技巧,并最终通过司法考试。

看到这里,你是不是有点动心了呢?

但我们还要再次提醒你,这本书是武功秘籍,是需要你认真阅读充分练习,从而练就论述题答题能力的武功秘籍;是通关宝典,是需要你刻苦钻研亲自尝试,从而最终通过司法考试的通关宝典。因此,如果你是抱着临阵磨枪、押题撞运的心态,本书并不承诺一定有用。

而如果你立志通过 2011 年的司法考试,不畏艰险,勤于学习,那么,这本书将是训练你论述题解题思路的重要工具,是帮助你最终顺利通过司法考试的良师益友。

弥补司法考试的短板,从现在开始!

顺利通过司法考试,从现在开始!

成功,从现在开始!

目 录

第一编 真题寻密	(1)
第一章 真题解析	(1)
一、2010 年司法考试第四卷第七题之解析	(1)
二、2009 年司法考试第四卷第七题之解析	(2)
三、2008 年司法考试第四卷第七题之解析	(4)
四、2007 年司法考试第四卷第七题之解析	(6)
五、2006 年司法考试第四卷第五题之解析	(8)
六、2006 年司法考试第四卷第六题之解析	(9)
第二章 真题探路	(10)
一、命题思路	(10)
(一)增设论述题的意义	(10)
(二)论述题命题的变化规律	(11)
(三)司法考试论述题的命题范围	(14)
二、阅卷思路	(15)
三、复习思路	(17)
四、答题思路	(19)
第二编 专题精讲	(27)
专题一 依法行政和行政合理	(27)
专题二 行政程序及其价值	(33)
专题三 信赖保护与行政许可	(39)
专题四 行政公开、行政效率与听证制度	(45)
专题五 司法制度	(51)
专题六 司法制度中程序的价值	(56)
专题七 法的执行与适用	(61)
专题八 罪刑法定原则	(66)
专题九 法律解释	(71)
专题十 法与经济、道德、科技、政治的关系	(77)
专题十一 法的价值	(84)
专题十二 中西传统法律文化的比较	(88)
专题十三 其他重要法律概念的比较	(94)
第三编 模拟训练	(104)
一、练习题	(104)

二、参考答案 (113)

第四编 简答题高分解密 (137)

一、简答题概述 (137)

 (一)简答题在司法考试中的地位和重要性 (137)

 (二)简答题出题和答题特点 (138)

 (三)简答题考前复习策略 (139)

二、真题解密 (140)

 (一)历年真题及答案分析 (140)

 (二)真题命题规律及答题特点 (146)

三、理论精解 (147)

四、模拟演练 (149)

附录

 素材库之西方法谚检索 (152)

 素材库之法学名家核心观点 (154)

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

本章主要通过对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、2010年司法考试第四卷第七题之解析

材料 近年来,为妥善化解行政争议,促进公民、法人或者其他组织与行政机关相互理解沟通,维护社会和谐稳定,全国各级法院积极探索运用协调、和解方式解决行政争议。2008年,最高人民法院发布《关于行政诉讼撤诉若干问题的规定》,从制度层面对行政诉讼的协调、和解工作机制作出规范,为促进行政争议双方和解,通过原告自愿撤诉实现“案结事了”提供了更大的空间。

近日,最高人民法院《人民法院工作年度报告(2009)》披露,“在2009年审结的行政诉讼案件中,通过加大协调力度,行政相对人与行政机关和解后撤诉的案件达43,280件,占一审行政案件的35.91%。”

总体上看,法院的上述做法取得了较好的社会效果,赢得了公众和社会的认可。但也有人担心,普遍运用协调、和解方式解决行政争议,与行政诉讼法规定的合法性审查原则不完全一致,也与行政诉讼的功能与作用不完全相符。

问题:

请对运用协调、和解方式解决行政争议的做法等问题谈谈你的意见。

答题要求:

1. 观点明确,逻辑严谨,说理充分,层次清晰,文字通畅;
2. 字数不少于500字。

【解题思路与方法分析】 此题的难度并不大,可以从不同的角度展开分析,基本属于一道自由式评论题。一般来说本题有两个分析角度:

第一,行政诉讼的和解与调解、撤诉、合法性审查原则与行政诉讼本质。这一角度关系到行政法重大的理论问题——和解、调解与行政法和行政诉讼制度的契合性。通常认为,和解和调解是解决民事争议的重要方式。然而,行政法的核心原则是合法行政,行政机关行使的国家职权不能随意处分,行政诉讼重在审查和判定行政机关作出的行政行为是否合法,因此包括行政诉讼在内的行政争议解决机制原则上没有和解和调解的空间和可能。然而,随着发展,学术界对和解和调解引入行政争议解决机制出现新的认识。行政争议的解决核心在于解决争议、消除矛盾,违法与合法或对与错的判断固然重要,但不是绝对的。虽然行政机关不得放弃或任意处分自己的权力,但行政机关享有广泛的裁量权力。因此,和解和调解在行政争议解决中并非完全没有空间和可能。而和解与调解的使用在一定意义上可以从根本上消除行政争议,加强双方的沟通与理解,节省司法资源。在观念改变的前提下,一些国家开始有限度地允许和解和调解进入行政争议解决之中。2007年《行政复议法实施条例》明确规定在行政复议中可以进行和解和调解,但附加了限制。而《行政诉讼法》所规定的撤诉制度,在实践中也的确起到了和解的作用。不过,在行政诉讼中运用和解和调解的确与民事诉讼对二者的使用有所不同,客观上须受到更多的限制。从程序上看,我国现行《行政诉讼法》明确规定不允许进行调解,因此在现有制度上双方的和解或法院调解需要通过原告撤诉方式进行,即被告改变被诉具体行政行为,原告申请撤诉,法院审查作出裁定;对行政机关而言,虽然其在一定程度上把握着行政诉讼和解和调解的主动权,但行政机关不能随意改变被诉具体行政行为以达到原告撤诉目的。被告行政机关改变被诉具体行政行为,不违反法律、法规的禁止性规定,不得超越或者放弃职权,不得损害公共利益和他人合法权益;对法院而言,对撤诉的审查,要保证是基于原告的自愿,行政机关改变被诉具体行政行为不是规避法律,也不能损害公共利益

和他人利益,切实实现行政诉讼的根本宗旨是保护公民、法人或者其他组织合法权益的目的。我国包括行政诉讼在内的行政争议解决机制对和解和调解的使用,既要保持开放态度,尝试运用和解和调解化解行政争议,但同时要保持一定的警惕,要克服把和解和调解转化成为“和稀泥”和无原则调处的倾向,更要避免把它们演化成为对原告的压制和对法治放弃的做法,时刻关注和解和调解与行政法制度的兼容性。

第二,司法、执法、法律价值。本题也可以从司法问题的角度展开讨论。可以立足于我们的司法实践和司法制度、执法制度的特点,提出对此现象的观点,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。考生可以从司法的功能、当代中国司法的特点、法律与社会发展、司法与执法比较、法律的价值(公平和效率)、合法性与合理性问题等方面选择作答。回答时必须紧扣“运用协调、和解方式解决行政争议的做法”这一论题。

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。

二、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4000元,缴纳房租等必需开销3000多元。潘晓消费观念前卫,每月刷卡透支3000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5000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,因逾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。

三、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,依照法律定罪处罚;法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处罚。

※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的能力。法的价值上所言的“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,既要从合法性角度进行思考,也要从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,对所有的人的自由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。

四、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,客观地全面地进行讨论和分析。

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。

五、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。享有规章制定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義的法治理念。

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、依法治国和公平正義的法治理念

【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作用。主观分析并无一定的程式,观点也无绝对对错之分,但分析论证一定要主题鲜明、逻辑前后一致、层次清晰。

而对于本题第二问的论述,应注意结合上述事件来论述依法治国和公平公正的法治理念:一是要界定概念、明确含义,说明“依法治国”、“公平公正”、“法治”的基本内容;二是要结合题目所提供的事件,分析、阐述依法治国和公平公正的法治理念,提出考生对此主题的观点。

六、2006年司法考试第四卷第六题之解析

某民法典第一条规定:“民事活动,法律有规定的,依照法律;法律没有规定的,依照习惯;没有习惯的,依照法理。”

请:

1. 比较该条规定与刑法中“法无明文规定不为罪”原则的区别及理论基础;

2. 从法的渊源的角度分析该条规定的涵义及效力根据;

3. 从法律解释与法律推理的角度分析该条规定在法律适用上的价值与条件。

答题要求:

1. 在上述3个问题中任选其一作答,或者自行选择其他角度作答;

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。

【考点】此题的考点在题干中表述得已十分明确,即围绕某民法典第一条规定“民事活动,法律有规定的,依照法律;法律没有规定的,依照习惯;没有习惯的,依照法理”谈谈你的观点和看法。这一论述题目兼具理论性和实践性的特点,即论述此题必须以某民法典第一条规定为基础,或比较该条规定与刑法中“法无明文规定不为罪”原则的区别及理论基础;或从法的渊源的角度分析该条规定的涵义及效力根据;或从法律解释与法律推理的角度分析该条规定在法律适用上的价值与条件,或自行选择其他角度作答。同时还要立足于我国司法实践和司法制度特点,提出考生对此法律规范的观点,并加以比较、论证、阐述。因此,从本题的考点上讲,此题所需要论证的范畴基础是特定的,但在观点上是开放的,考生可以根据自己的分析和理解,提出自己不同的、多角度的观点,并加以论证和阐释。

【常见错误分析】有的人对题目提示的三个方面的问题都进行了回答,这是审题不严导致的错误。

【解题思路与方法分析】2006年此道试题的明显不同在于,试题没有以案例、纯理论的形式出现,而以法条命题的方式,直接提出问题,要求考生进行论证和阐述,具有理论试题的特点。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,同时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、应试时引起充分的注