

总结笼统式案例，应该体现的答题顺序和结构模式，应该是这样的：
答：

(一) 关于共同犯罪部分分析如下：

(I) 甲乙不构成共犯，因为……（如：缺乏主观方面）

(II) 构成共犯

1. 甲乙共同实施了……行为（第 1 个行为），构成……罪，因为……
2. 甲乙共同实施了……行为（第 2 个行为），构成……罪，因为……
3. 总结特殊问题 1：犯罪形态问题（既遂、中止、未遂），如甲构成抢劫罪中止，在外放风的乙构成抢劫罪未遂。对于中止、未遂犯罪，应该从轻、减轻或者免除处罚。

4. 总结特殊问题 2：看有没有法定的从重或从轻量刑情节（自首、立功，重大立功，主犯从犯，结果加重等情况；还有责任年龄、精神状态等）。

(二) 关于甲单独犯罪部分分析如下：

1. 甲实施了……行为（第 1 个行为），构成……罪，因为……
2. 甲实施了……行为（第 2 个行为），构成……罪，因为……
3. 看是否有犯罪未完成形态问题（中止、未遂、既遂）。
4. 看有没有法定的从重或从轻量刑情节（自首、立功，重大立功，主犯从犯，结果加重等情况；还有责任年龄、精神状态等）。
5. 是否有貌似构成犯罪，而实际上不构成犯罪的情形。

(三) 关于乙单独犯罪部分分析如下：（步骤同对甲的分析）

【2015 年卷四第二题】（本题 23 分）

题目（案情）	读题分析
高某（男）与钱某（女）在网上相识，后发展为网恋关系，其间，钱某知晓了高某一些隐情，并以开店缺钱为由，骗取了高某 20 万元现金。	先看看提问，可知本题不需要分析钱某的刑事责任，所以这里没有考点。
见面后，高某对钱某相貌大失所望，相处不久更感到她性格古怪，便决定断绝关系。但钱某百般纠缠，最后竟以公开隐情相要挟，要求高某给予 500 万元补偿费。	同上，表面上有钱某犯罪的考点，但是如果看过提问知道，这里没有考点。
高某假意筹钱，实际打算除掉钱某。	高某产生了杀人想法，但是，还没有进入犯罪预备阶段。
随后，高某找到密友夏某和认识钱某的宗某，共谋将钱某诱骗至湖边小屋，先将其掐昏，然后扔入湖中溺死。事后，高某给夏某、宗某各 20 万元作为酬劳。	1. 犯罪预备；2. 共同犯罪，主犯从犯，从轻从重处罚。

<p>按照事前分工，宗某发微信将钱某诱骗到湖边小屋。但宗某得知钱某到达后害怕出事后被抓，给高某打电话说：“我不想继续参与了。一日网恋十日恩，你也别杀她了。”</p> <p>高某大怒说：“你太不义气啦，算了，别管我了！”宗某又随即打钱某电话，打算让其离开小屋，但钱某手机关机未通。</p>	<p>1.宗某是从犯、帮助犯，从轻处罚；</p> <p>2.宗某该行为未能有效阻止犯罪发生，不成立犯罪中止。</p>
<p>高某、夏某到达小屋后，高某寻机抱住钱某，夏某掐钱某脖子。待钱某不能挣扎后，二人均误以为钱某已昏迷（实际上已经死亡），便准备给钱某身上绑上石块将其扔入湖中溺死。</p>	<p>这是属于“犯罪结果提前实现”，构成故意杀人既遂。</p>
<p>此时，夏某也突然反悔，对高某说：“算了吧，教训她一下就行了。”</p>	<p>不构成犯罪中止。</p>
<p>高某说：“好吧，没你事了，你走吧！”夏某离开后，高某在钱某身上绑石块时，发现钱某已死亡。为了湮灭证据，高某将钱某尸体扔入湖中。</p>	<p>属于事后不可罚行为，不另行处罚。</p>
<p>高某回到小屋时，发现了钱某的 LV 手提包（价值 5 万元），包内有 5000 元现金、身份证和一张储蓄卡，高某将现金据为己有。</p>	<p>观点展示：与 2011 年考点一样，可定侵占罪、盗窃罪两种观点。</p>
<p>三天后，高某将 LV 提包送给前女友尹某，尹某发现提包不是新的，也没有包装，问：“是偷来的还是骗来的？”，高某说：“不要问包从哪里来。我这里还有一张储蓄卡和身份证，身份证上的人很像你，你拿着卡和身份证到银行柜台取钱后，钱全部归你。”</p>	<p>观点展示：1.高某属于冒用他人信用卡行为，构成信用卡诈骗罪；2.授意他人使用盗窃来的信用卡，构成盗窃罪。</p>
<p>尹某虽然不知道全部真相，但能猜到包与卡都可能是高某犯罪所得，但由于爱财还是收下了手提包，并冒充钱某从银行柜台取出了该储蓄卡中的 2 万元。</p>	<p>1.构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪；2.构成信用卡诈骗罪；3.与高某是“承继的共犯”，构成盗窃罪。</p>

问题：

请根据《刑法》相关规定与刑法原理分析高某、夏某、宗某和尹某的刑事责任（要求注重说明理由，并可以同时答出不同观点和理由）。

【给分标准：平时学习刑法，各种理论观点，需要认真对待了。如果要求用不同观点回答，必须从不同角度回答。】

答：

（一）高某的刑事责任

1.高某致钱某死亡的行为有两种定性。

(1)【结论】高某成立故意杀人罪（既遂）。【大前提】在“结果提前实现”（或称“构成要件提前实现”）的案件中，如果行为人已经着手，则构成既遂⁶。如果没有着手，则构成犯罪预备。“着手”判断标准是行为对法益是否造成了现实而紧迫的威胁。【小前提】本案的法益是钱某的生命权（生命法益），高某掐脖子的行为已经对钱某生命产生紧迫危险，故认定为着手，则成立故意杀人罪既遂。

(2)【结论】构成故意杀人未遂与过失致人死亡的想象竞合犯。【大前提】“主观主义刑法理论”主张首先要有主观要件，再去客观要件，如果主观要件（犯罪故意）不存在，则不构成该犯罪。【小前提】首先，高某掐钱某脖子时仅是希望掐晕，没有杀人的故意，因此不能定故意杀人既遂，仅仅由于其过失而导致钱某死亡，属于过失致人死亡；其次，高某等人杀人的故意是在掐晕以后溺死，但是在溺水之前，人已经死了，所以高某构成故意杀人未遂。综合以后认定高某构成故意杀人未遂与过失致人死亡的想象竞合。⁷

2.【结论】高某拿走钱某财物的行为，可以认定为盗窃罪或者侵占罪。

【大前提】将自己占有财物据为己有，构成侵占罪。将他人占有的财物据为己有，构成盗窃罪。【小前提 1】如认为死者仍然占有其财物的，高某不占有该财物，【结论 1】则高某立盗窃罪；【小前提 2】如认为死者不可占有其财物的，那么财物属于遗忘物，则高某可以占有该财物，【结论 2】高某成立侵占罪。【说明：重复上文 2011 年刑法案例题第三问，可见刑法重要考点重复率还是很高的。】

3.将钱某的储蓄卡与身份证交给尹某取款 2 万元的行为性质有两种定性。

(1)【结论】构成盗窃罪。【大前提】根据刑法规定，盗窃并使用他人信用卡的行为以盗窃罪论处。“使用”可以是自己使用，也可以是授意他人使用。【小前提】本案中高某是盗窃信用卡并且授意他人使用，因此构成盗窃罪。

(2)【结论】构成信用卡诈骗罪的教唆犯。【大前提】刑法规定，冒用他人信用卡的行为构成信用卡诈骗罪。【小前提】本案中高某并非盗窃信用卡，而是侵占他人信用卡（拾得遗失物），此时使用该信用卡属于冒用他人信用卡的行为，构成信用卡诈骗罪。又因为高某唆使他人冒用，则构成信用卡诈骗罪

⁶第一问的回答实际上是“新理论”的观点，主张从客观主义入手。第二问是旧理论的观点，是从主观主义入手的。

⁷司法部公布答案虽然语言简练，但是思路不够清晰。司法部答案：（1）虽然构成要件结果提前发生，但掐脖子本身有致人死亡的紧迫危险，能够认定掐脖子时就已经实施杀人行为，故意存在于着手实行时即可，故高某应对钱某的死亡承担故意杀人既遂的刑事责任。（2）高某、夏某掐钱某的脖子时只是想致钱某昏迷，没有认识到掐脖子的行为会导致钱某死亡，亦即缺乏既遂的故意，因而不能对故意杀人既遂负责，只能认定高某的行为是故意杀人未遂与过失致人死亡的想象竞合。

的教唆犯。

【说明：2009 年考过的考点：冒用他人信用卡的行为构成信用卡诈骗罪，盗窃并且使用信用卡的行为属于盗窃罪。这个考点又重新考察了。】

（二）夏某的刑事责任

1. 夏某参与杀人共谋，掐钱某的脖子，构成故意杀人罪既遂（或：夏某成立故意杀人未遂与过失致人死亡的想象竞合，理由与高某相同）。

2. **【结论】**不构成故意杀人的中止。**【大前提】**中止行为应该发生在危害结果出现之前，如果危害结果已经发生，则不可能成立中止。**【小前提】**夏某主动放弃犯罪时，钱某死亡结果已经发生，夏某的行为是钱某死亡的原因（没有出现介入因素），夏某不可能成立犯罪中止。**【注意：不构成某罪、不构成共犯、不构成教唆犯、不构成中止等给分点，容易失落。】**

（三）宗某的刑事责任

【结论】宗某虽采取了一定阻止行为，但是仍然成立故意杀人既遂，属于共同杀人共犯，不成立犯罪中止。

1. **【大前提】**既有犯罪共同故意，又有犯罪共同行为，则构成共犯。**【小前提】**宗某参与共谋，并将钱某诱骗到湖边小屋，**成立故意杀人既遂**。宗某虽然后来没有实行行为，但其前行为与钱某死亡之间具有因果性，**没有脱离共犯关系**。

2. **【大前提】**共同犯罪行为人为人主动放弃犯罪且能有效阻止危害结果发生，才能成立犯罪中止。**【小前提】**

宗某虽然给钱某打过电话，但该中止行为**未能有效防止结果发生**，不能成立犯罪中止。**【犯罪中止的有效性问题的，连续多年考察，且在“任海涛司考”微博 9 月 17 日关键词中。】**

（四）尹某的刑事责任

1. **【结论】**尹某构成**掩饰、隐瞒犯罪所得罪**。**【大前提】**凡是主观上明知是他人犯罪所得（只要知道财物可能是犯罪所得即可），客观上实施了掩饰、隐瞒犯罪所得行为即构成该罪。**【小前提】**本案尹某已经知道财物可能是犯罪所得，且客观上实施了掩饰、隐瞒犯罪所得行为，因此构成该罪。**【2004 年真题，最后一问，“掩饰隐瞒犯罪所得罪”，重复考点。】**

2. 尹某冒充钱某取出 2 万元的行为性质，有两种观点。

（1）**【结论】**构成**信用卡诈骗罪**。**【大前提】**冒用他人信用卡构成信用卡诈骗罪。**【小前提】**本案尹某符合该罪犯罪构成。

（2）**【结论】**构成**盗窃罪（承继共犯）**。**【大前提】**承继的共同犯罪是指，先行行为人已经实施了一部分犯罪行为，在其实行行为尚未全部实行终了的时候，后行为人明知这一犯罪事实而参与进来。**【小前提】**本案高某构成盗窃罪是两个环节，第一行为是盗窃信用卡，第二个行为是“使用”信用卡。尹某没有参与第一个行为，但是参与实施了第二个行为，且明知信用卡可能是高某盗窃而来。故构成承继共犯。

【说明：2009 年考过的考点：冒用他人信用卡的行为构成信用卡诈骗罪，盗窃并且使用信用卡的行为属于盗窃罪。这个考点又重新考察了。】

第四讲 论述题理论及范文

本讲将会对于重要的法理学原理、部门法原则进行讲解，能够涵盖以往卷四第七题中考过的所有真题，同时还增加了许多其他经典案例。这一部分的法学原理非常有用，掌握了之后能够运用自如。许多时候，同一个案例题可以从不同角度进行作答。比如，2009 年卷四第七题就可以从九个不同的角度来作答。请同学们认真学习体会。

【2009 年卷四第七题】：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 20000 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。

解析：可用原理：合法性、合理性；法的局限性、法与道德；和谐社会；诚实信用原则；自由与秩序、自由与法律；加强银行监管。

第一节 法理学原理

一、一般社会主体行为“合法性合理性”原理

用合法性、合理性来解决 2009 年卷四第七题“潘晓”题目【注意：如果主体是行政机关，一定用合法行政、合理行政原则，主体是非行政机关则必须用法理学“合法合理”原则。】

范文 1

（注：《征信业管理条例》是 2013 年 3 月份生效的法律法规，2009 年银行界讨论设立“黑名单”制度时并无法律依据，该主张“合理但不合法”，而 2013 年 3 月份以后则是合理合法的行为。范文就按照是 2009 年的情况来写范文，以便学生熟悉“合理不合法”类型题目的写法。）

【观点】金融界讨论对失信持卡人建立信用档案、设立“黑名单”等措施具有合理性，但是在没有明确法律依据情况下是不合法的。而银行滥发信用卡的行为有不合理之处。

【理论—材料分析】具体而言合法性包括三个方面内容。第一，**主体合法**。即社会主体必须具备法定资格才能从事一定行为。第二，**行为合法**。社会主体的一切行为不能违反我国现行宪法和法律的规定，如果违反法律对该行为的规定，行为将无效。第三，**程序合法**。社会主体在行使权利的过程中，一定要依照法律规定的权限范围和内容去行动，违反了法定程序的行为无效。**结合本案来看**，银行作为一般的金融机构，不是国家机关，没有任何行政管理权力，不能够对其客户的个人隐私、财产处分权等进行强制性干涉，银行界进行干涉属于**主体不合法**。建立“黑名单”制度涉嫌侵犯个人隐私，是**内容不合法**。

再看一下合理性，是指社会主体所进行的行为必须符合社会普通人理解的

“常理”，违背常理的行为即使合法也是不合理的。主要考虑该行为的处理方式是否符合正义、公正、平等、必要等方面的因素。**从本案来讲**，银行在发放银行卡时对客户还款能力不加任何考察，为呆坏账形成埋下隐患是**不合理的**。但是面对如此大面积恶意拖欠行为，采取措施自我保护，**又是合理的**。

【结论】金融界采取的措施具有合理性，但是没有法律根据，所以是“合理不合法”的，为了维护社会金融秩序，应该尽快出台相关法律，使以上措施早日实现“既合法又合理”的状态。（600字）

二、秩序与自由原理

用“秩序与自由”解决 2009 年卷四第七题“潘晓”题目

范文 2

【提出观点】潘晓等人恶意透支信用卡，反映了秩序与自由的冲突问题。

【讲理论】秩序与自由辩证统一，秩序的存在就是要保护合法的自由，而自由是秩序存在的最终目标，违反了基本秩序要求的自由就会被限制。对自由的限制应该遵循以下原则：**第一，伤害主义原则**，任何人的自由不能伤害其他人的合法权利与利益，如果自由伤害了他人或者社会公共利益，那么个人自由就应该被限制。**第二，法律道德主义原则**，任何人的自由不能妨碍社会的基本公共道德，如果一个人的行为自由违反了社会公共道德底线，就必须加以限制。**第三，法律家长主义原则**，任何人的自由不能有意构成对自己的伤害。秩序可以对“自由”加以限制，**但是限制的手段必须符合以下三个原则：必要性原则、适当性原则、均衡性原则。**

【结合题目】从材料中潘晓等人的行为可以看出，个人在行使自由权利的时候往往会出现对秩序的破坏，这时候就需要对自由进行必要限制。使用信用卡消费，是持卡人的基本权利和自由。但是，任何人在行使权利的时候，不能侵害他人或者集体的权利，否则其自由就会受到限制。潘晓等人“恶意透支”行为，**违反了“伤害主义原则”**，侵害了他人和社会利益，必须限制。但是，

银行的限制行为也应该符合必要性、适当性、均衡性原则。

(四)【结论】任何主体在行使个人自由权利时，都不能违背伤害主义原则、法律道德主义原则和法律家长主义原则，如果违背该“三原则”之一，就应该受到限制，但是限制的手段必须合理。(600 字)

【2008 年卷四第七题】：

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：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。

三、法与自由原理

用“法与自由”解决 2008 年卷四第七题“裸聊”题目。

范文 3

【提出观点】对“裸聊”处罚，体现了法对“自由”的限制。

【讲理论】法与自由辩证统一，法与自由的关系如下：首先，自由是法律的本质追求，自由是法追求的最高价值。其次，法律保障自由，法律以立法形式确认自由，通过司法、执法、守法和法律监督来实现自由。最后，法律限制自由有三大原则。第一，伤害主义原则，任何人的自由如果伤害了他人或者社会公共利益，那么个人自由就应该受到法律限制。第二，法律道德主义原则，

如果一个人的行为自由违反了社会公共道德底线，就必须以法律秩序加以限制。**第三，法律家长主义原则**，任何人的自由不能有意构成对自己的伤害。

【结合题目】从案例中可以看出，如果个人行使自由的行为违反了法律限制自由的三个原则中的一个或者几个，就应该受到法律的限制和制裁。**第一个女子的行为没有触犯“法律道德主义”**，因此不应该受到法律的限制，第一个女子与网友私密裸聊，还是在私密空间之中，属于个人隐私行为，没有突破法律道德主义的限制。**而第二个女子的行为触犯了法律道德主义、法律家长主义的原则**，因此应该受到法律的限制，第二个女子并非在私密空间裸聊，而是在公共聊天室发布信息，与陌生人裸聊，这些都违反了法律道德主义。同时该女子以裸聊方式获得陌生人经济利益，违反了法律家长主义原理，因为法律认为该种行为不仅有伤风化，而且是自我伤害、自我贬低的行为。

【结论】任何主体在行使个人自由权利时，都不能违背法律的道德性要求，如果违背法律的容忍程度，即违反了“法律限制自由三原则”，就应该受到法律的限制和制裁。否则，法律不应该过多干涉个人隐私行为和自由。（600 字）

四、法律作用的局限性原理

【男女邻居吵架案案例】：男女邻居隔壁而居，男邻居从下午到凌晨 3 点还在跟人打麻将，女邻居无法入睡，就去敲门。开门后，由于男邻居输钱，二人大吵起来，发生肢体冲突，男邻居无意间把女邻居睡衣撕破，众赌友见状大笑。女邻居回到家中无法入睡，抱着孩子哭泣，造成精神衰弱，连续 15 天没有上班，最后被公司开除，经济陷于困境，准备诉诸法律途径解决。居委会了解到情况，主动进行调解，最终化解了矛盾。

请运用所学法学知识对以上案例进行分析。

范文 4

【提出观点】男女邻居之间的纠纷得到良好解决，体现了法律作用的局限性原理。

【讲理论】法律不是万能的，其作用的发挥具有局限性。首先，从社会的因素来看，法治进程受到社会整体发展水平的制约，同时法律的运行受到其他社会规范、社会政治、经济、文化条件的制约。其次，从人的因素来看，法律仅仅是调整手段之一，许多时候并非首选；法律仅仅调整人的外在行为中的一部分，许多行为法律不能调整。最后，法律自身也存在漏洞与不足，如法律对有的案件没有规定；法律关注共性，会产生个案不正义，必须参照道德等因素予以处理；法律具有滞后性，条文跟不上社会发展，许多问题没有规定；法律是由语言文字写成，语言具有多义性，需要解释才能适用。

【结合题目】男女邻居吵架，影响了邻里之间和睦相处，但是这种纠纷不应该由法律来调整。法律仅仅调整那些重要的社会关系，邻里关系主要是熟人社会之间的关系，也没有非常根本性的原则性冲突，不宜用法律调整。即使勉强用法律调整，也不会取得良好效果。反而不如综合运用道德、习俗、习惯等多种手段调整会取得更好的效果。这也是法律作用的局限性在调整一些法律关系过程中的体现。

【结论】法律是当今社会最重要的调控手段之一，但是许多社会关系不能由法律调整，因为法律的作用是有局限性的。我们应该利用包括道德、习惯、习俗在内的众多社会规范对社会关系进行调整，才能够更好地解决社会纠纷，更好地实现和谐社会的目标。（600 字）

五、法律与道德原理

用“法律与道德”解决“男女邻居吵架”。

范文 5

【提出观点】“男女邻居吵架案”体现了法律和道德的辩证统一关系，主要体现了道德对法律的有益补充功能。

【讲理论】法律与道德既有区别又有联系，二者关系具体表现在：**第一，**

二者具有同源性和同质性，都来源于原始社会的习惯，而且二者具有同质性，都是调整人们行为的规则。第二，法律是传播道德的有效手段，故法的实施对社会道德的形成和普及起了重大作用。第三，道德是法律的有益补充。道德对法有补充作用。有些不宜由法律调整的，或本应由法律调整但因立法的滞后而尚“无法可依”的，道德调整就起了补充作用。第四，道德和法律在某些情况下会相互转化。一些道德，随社会的发展，逐渐凸显出来，被认为对社会是非常重要的并有被经常违反的危险，立法者就有可能将之纳入法律的范畴。

【结合材料】在本案中依据道德处理效果会好一些，如果严格按照法律处理，虽然惩罚了男邻居，但是从此邻居行同陌路、甚至记仇结怨，结果并不好。男女邻居吵架，影响了邻里之间和睦相处，但是这种纠纷不适宜由法律来调整。法律仅仅调整那些重要的社会关系，邻里关系主要是熟人社会之间的关系，也没有非常根本的原则性冲突，不宜用法律调整。即使勉强用法律调整，也不会取得良好效果。如果能够运用道德的方式来调整，既能实现“定纷止争”的目的，又能起到道德教化、促进人际关系和谐发展的效果。

【结论】在现代化法治进程中，不能迷信“法律万能论”，道德是法治建设的有益补充，充分发挥道德在解决社会纠纷中的作用，实现法律与道德相辅相成的作用，是我们通向良好法治的必由之途。（600 字）

六、法与科技原理

【2004 年卷四第八题】

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“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。

用法与科技关系原理解决“喜悦家庭”案例

范文 6

【提出观点】该材料反映了法律与科技的关系问题，科技会影响法律的发展，法律也应该保护科技进步，遏制科技发展引发的负面影响。

【讲理论】科技与法律是辩证统一的关系，二者相互影响。一方面，科技对法律会产生影响。第一，从立法上看，科技发展会促进新的法律部门产生，如科技革命的发生引发了新兴法律部门；第二，从司法上看，事实认定、法律适用、法律推理都会受科技影响。第三，从法律思想方面看，科技进步影响人们思维方式，出现了新的法律思想、新的法律理论。第四，从法律方法论上看，科技进步会引起法学方法论更新。另一方面，法律对于科技也具有多方面影响。首先，法律对科技具有促进作用，法律可以协调、管理科技活动，促进科技、经济发展，保护知识产权；同时法律对科技发展具有抑制作用，法律可以预防和抑制科技活动引发的各种社会问题。

【结合材料】本案中首先体现了科技对法律的影响作用，正是由于科技的发展，促进了新的法律的产生，科技发展要求法律制定相应的规范来对新出现的法律关系进行规制，在本案中是否允许商家进行这种服务、对其他人产生了新的侵权形式，这些问题都会促进新的法律规定或者对原有法律进行解释。同时，科技发展会带来正反两方面影响，对于好的科技成果，法律应予以保护，对于不好的科技成果，应该由法律进行抑制。例如，本案中随着新科技形式产生了新的侵权形式，法律应该予以抑制。

【结论】科技发展越来越快，无疑会推动法律不断进步。法律应该积极发挥其调控作用，促进科技进步为人类社会进步作出贡献，遏制科技引发的不良后果。（630 字）

注 1：本案例还可以用法律与道德、秩序与自由、合法性合理性等原理分析。利用科技手段提供追星族与明星“结合”后代照片，显然违反道德的；秩序应该对这种自由加以限制，因为违反了“伤害主义原则”，这种行为伤害了他人利益，且有违社会公德；这种行为总归是“不合理”的情况很多，一般人依据“常理”总觉得有不好的地方，这就是“不合理”。

注 2：凡是涉及信用卡诈骗、裸聊（利用网络科技）、网络诈骗、电信诈骗、涉及录音录像资料、涉及反腐败利用电子证据、冷冻胚胎、冷冻卵子等方面的案例，都可以用到“法律与科技”的关系原理来进行解答。

七、国家机关行为“合法性合理性”原理

【不好的司法改革】某市中级人民法院院长认为，“审委会”经常开会讨论案件，非常浪费时间，于是进行两项司法改革：第一，凡是已经讨论过的案件，以后再有同类案件，就不再讨论。第二，同类案件依据“遵循先例”的原则，以此前讨论过的同类案件为先例进行判决。评价这个司法改革好不好。

范文 7

【提出观点】某市中院的此两项改革不合法，但是有一定的合理性。

【讲理论】国家机关行为的合法性、合理性是基本的法学理论，我们认识国家机关的行为时，应该准确把握二者的内涵。具体而言合法性包括以下三个方面：第一，主体合法。即国家机关从事职权行为必须具备法定资格才能从事一定行为。《立法法》第八条规定，凡是基本的宪法制度、民法制度、刑罚和犯罪、基本经济法制度、基本的诉讼制度必须由法律规定，其他任何国家机关不得做出规定或者改变。第二，行为合法，国家机关的一切行为不能违反我国现行宪法和法律的规定，如果违反法律对该行为的规定，行为将无效。第三，程序合法，国家机关在行使权力的过程中，一定要依照法律规定的权限范围和

内容去行动，违反了法定程序的行为无效。**合理性**，是指国家机关进行的行为必须符合社会普通人理解的“常理”，违背常理的行为即使合法也是不合理的。遇到具体问题，我们应该考虑该行为的处理方式是否符合正义、公正、平等、必要等方面的因素。理解“合理性”不能从抽象的理论出发，应该结合具体案件情况进行理解。

【结合材料】上述改革不合法体现在三方面：第一，**主体不合法**，“审委会”制度、“遵循先例”制度是涉及最基本的诉讼法制度，应该由诉讼法部门进行规定，法院是司法机关，不能对这些制度进行规定或者改变，没有法定主体资格。第二，**内容不合法**。某市中院的司法改革内容违背了我国现行诉讼法对于基本诉讼制度的规定，因此其改革内容是不合法的。第三，**程序不合法**。我国现行法律还没有对司法改革规定严格的程序，但是由中级人民法院院长根据自己的爱好而进行司法改革，其程序是不合法的。上述两项改革的**合理性体现在两方面**：第一，对于同类案件不重复讨论，有利于提高司法效率、降低司法成本。第二，“类似案件类似处理”，有利于更好地实现司法公正。

【结论】进行司法改革，使我国的司法制度更好得为国家和人民服务，是必然趋势。但是所有的司法改革一定要依法进行。（800 字）

注：本范文看起来不长，实际上已经 800 字了，而考试时候一篇文章一般就写 400 字即可，因此本范文中的第二部分、第三部分还有压缩空间。由此可见，如果对于“四要素”掌握熟练，那么 400 字是很容易写出来的。本文中划下划线的句子是可以不写的。

八、“三个效果统一”原理

用“三个效果统一理论”解决“男女邻居吵架”材料。

范文 8

【提出观点】严格依照法律程序处理“男女邻居吵架”案，不符合“三个效果统一”基本要求。

【讲理论】“三个效果统一”是社会主义法治理论对于“法的实施”环节提出的基本要求，正确认识法律、政治和社会效果三者之间的辩证统一关系是关键。首先，司法和执法工作的基本要求是注重法律效果，所谓法律效果是指法律规范被客观公正准确的运用于具体案件，使人民的意志在个案中得到实现。其次，司法和执法工作要注重社会效果和政治效果。不能为了单纯追求法律效果，不顾社会效果和政治效果。最后，法律、政治和社会效果是辩证统一的整体。法律效果是社会、政治效果的前提，通过法律手段收到良好的社会效果和政治效果是司法和执法工作的重要目的。所以，法律效果，政治效果和社会效果三者之间有其紧密的一致性。

【结合材料】在本案中，如果强行通过公、检、法来依法处理该纠纷，也不困难，要求男邻居承担相应法律责任是可以的，但是这样一来“法律效果”实现的同时，“社会效果”没有实现，因为两户邻居会反目成仇，日常生活中非常不便，可能以后还会因为鸡毛蒜皮的小事情出现新的争议。这样显然不利于彻底化解社会矛盾，不利于和谐社会的构建。

【结论】在司法和执法环节中，要以法律效果为前提和手段，通过法律手段实现良好的社会效果和政治效果是司法和执法的目的。在司法和执法工作中一定要始终坚持“三个效果统一”，而不是单纯强调“法律效果”。（600字）

注：“男女邻居吵架”案还可以用到秩序与自由理论有：

秩序与自由：在自己家里打麻将将是男邻居的自由，但是如果在半夜以后还在自己家里打麻将并且打扰周围邻居休息，这就违反了“秩序限制自由三原则”中的“伤害主义原则”，行使自由的行为已经伤害到他人合法利益，因此应该以秩序来约束其行为。

2011年卷四第七题应该用“三个效果统一”来作答，故附于后：

2007年以来，金融危机给全球经济造成了深刻影响，面对法院执行中被执行人履行能力下降、信用降低、执行和解难度增大等新情况、新问题，最高人民法院在《关于应对国际金融危机做好当前执行工作的若干意见》中指出：“在金融危机冲击下，为企业和市场提供司法服务，积极应对宏观经济环境变化引发的新情况、新问题，为保增长、保民生、保稳定‘三保’方针的贯彻落实提供司法保障，是当前和今后一段时期人民法院工作的重中之重。”

案例一：2007年8月，同升市法院判决张某偿还同升市外经贸有限公司（以下称“外贸公司”）2亿元人民币。近1年时间，张某未按时履行义务，

且下落不明。外贸公司遂向同升市法院申请执行。

同升市法院执行法官李某调查发现，被执行人张某除一些变现难度大且价值不高的财产外，尚持有上市股票 ZX 科技 3000 万股，遂进行了查封。当时股票的市值每股仅 3 元多，如抛售可得 9000 余万元。李法官综合分析市场大势，认为 ZX 科技不仅近期会有送股，而且还有上涨可能，主张股票升值后择机出售。李法官的这一想法得到了同升市法院及其上级法院的一致支持，也取得了外贸公司的同意。

此后 1 年多时间，ZX 科技先后 2 次送股，被查封的股票数量达到了 4000 多万股，股值上涨到 7 元多。李法官请示法院领导后，速与证券公司营业部交涉以当时市场价格强制卖出股票，所得钱款足以支付被执行人张某所欠本金及利息。

案例二：2007 年 6 月，中都市法院陆续受理了湘妃科技发展有限公司（以下称“湘妃公司”）等单位申请执行太平洋娱乐有限公司（以下称“太平洋公司”）10 余起欠款纠纷案，标的约 2000 万元。执行法官张某查明，太平洋公司主业是水族馆，因经营不善已歇业，除剩有 4 年期的水族馆经营使用权外，已无其他可供执行的财产。

张法官经过对水族馆项目前景谨慎评估后，经请示法院领导，决定在经营使用权上想办法，敦促被执行人寻找新的投资合作人，盘活资产。张法官主动找到最大债权人湘妃公司，经细致工作，使其接受水族馆资产及其经营使用权，以抵偿该公司的 1500 余万元债权。同时，湘妃公司另行支付部分款项给法院，由法院分配给其他债权人。经张法官努力，还为太平洋公司找到一家私营企业注入资金，使太平洋公司重新焕发了生机。

此外，一些地方法院在执行中还采取了“债权入股”或“债转股”等灵活执行措施，社会上形象地将此表述为“放水养鱼让鱼活”。但对于执行法官涉入股市、推动企业运作等做法，网上时有质疑，法院内部也不无疑虑。

问题：

1. 从正确把握案件执行的法律效果与社会效果有效统一的角度，评价法院（法官）在案件执行中的上述做法。

2. 结合法理学和民法、商法、民事诉讼法的相关原则，对案件执行中的上述做法进行分析。

答题要求：

1. 运用法理学及部门法知识作答；
2. 观点明确，逻辑严谨，说理充分，层次清晰，文字通畅；
3. 无观点或论述，照搬材料原文的不得分；
4. 请按提问顺序分别作答，总字数不少于 500 字。

【解析】：该题用“三个效果统一”和“合法性和合理性”两个理论作答。

考生应该写两篇小短文，第一篇小短文以“三个效果”统一理论解析此题，法官这样做当然是既关注了法律效果，又关注了社会效果，在司法过程中较好

得实现了“三个效果”的统一。

这一个理论写完，应该重新写一篇短文，运用其他理论来解决该题：

运用**国家机关行为“合法性、合理性”**来回答：从民事诉讼法对“执行”问题的规定，两则案例中的法院都应该及时执行判决，但是如果及时执行的话，对原告双方都没有好处。两个法院（法官）做出的努力，有利于保护双方利益、有利于实现社会效果、有利于实现和谐社会，因此有“合理性”。但是，两个法院（法官）的行为已经超出了法律规定的范围，是缺乏法律依据的。

2010 年卷四第七题可以用国家机关行为合法性合理性原理、三个效果统一原理解答，附录于此。

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 43280 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。

解析：本题可以运用如下理论进行解释：

（1）运用国家机关行为的“合法性合理性”原理解答，法院主持行政诉讼案件原被告双方和解，有利于彻底化解矛盾，是有合理性的。但是，依照现行诉讼法规定，如果行政机关的具体行政行为存在违法，是不能因为和解而撤诉

的。法院不对行政机关具体行政行为进行审查，一味追求和解、和谐，是不合法的，因此上述法院的行为是不合法的，但是有合理性。

(2) 运用“三个效果统一”原理：在行政诉讼中运用协商、和解方式来解决案件纠纷，能够更好地促进法律、社会、政治三个效果的同时实现。

九、公正与效率统一原理

2013 年卷四第七题（本题 25 分）

案情：孙某与钱某合伙经营一家五金店，后因经营理念不合，孙某唆使赵龙、赵虎兄弟寻衅将钱某打伤，钱某花费医疗费 2 万元，营养费 3000 元，交通费 2000 元。钱某委托李律师向甲县人民法院起诉赵家兄弟，要求其赔偿经济损失 2.5 万元，精神损失 5000 元，并提供了医院诊断书、处方、出租车票、发票、目击者周某的书面证言等证据。甲县人民法院适用简易程序审理本案。二被告没有提供证据，庭审中承认将钱某打伤，但对赔偿金额提出异议。甲县人民法院最终支持了钱某的所有主张。

二被告不服，向乙市中院提起上诉，并向该法院承认，二人是受孙某唆使。钱某要求追加孙某为共同被告，赔偿损失，并要求退伙析产。乙市中院经过审查，认定孙某是必须参加诉讼的当事人，遂通知孙某参加调解。后各方达成调解协议，钱某放弃精神损害赔偿，孙某即时向钱某支付赔偿金 1.5 万元，赵家兄弟在 7 日内向钱某支付赔偿金 1 万元，孙某和钱某同意继续合伙经营。乙市中院制作调解书送达各方后结案。

问题：

1. 请结合本案，简要概括钱某的起诉状或法院的一审判决书的结构和内容。（起诉状或一审判决书择一作答；二者均答时，评判排列在先者）
2. 如果乙市中院调解无效，应当如何处理？
3. 如果甲县人民法院重审本案，应当在程序上注意哪些特殊事项？
4. 近年来，随着社会转型的深入，社会管理领域面临许多挑战，通过

人民调解、行政调解、司法调解和民事诉讼等多种渠道化解社会矛盾纠纷成为社会治理的必然选择；同时，司法改革以满足人民群众的司法需求为根本出发点，让有理有据的人打得赢官司，让公平正义通过司法渠道得到彰显。请结合本案和社会发展情况，试述**调解和审判**在转型时期的关系。

答题要求：

1. 根据法律、司法解释规定及民事诉讼法理知识作答；
2. 观点明确，逻辑清晰，说理充分，文字通畅；
3. 请按提问顺序逐一作答，总字数不得少于 600 字。

评分标准：

1. 起诉状：抬头、当事人基本情况、诉求、事实理由、法律依据、落款。
一审判决要有：事实、理由，还要告知当事人“上诉权利”。
2. 如果乙市中院调解无效，应当如何处理？【发回重审】
3. 如果甲县法院重审本案，应当在程序上注意哪些特殊事项？
【注意事项：普通程序、回避、追加当事人】
4. 分析：公正与效率、法理与情理，以及三个效果统一、合法性与合理性都可以解答此题。

角度 1：调解与审判结合体现了司法公正与司法效率的要求

范文 9

【提出观点】在转型时期，应将调解与审判两种方式结合起来，发挥各自长处，达到相互补充、相得益彰的效果。调解与审判在功能上具有互补性，体现了法律公正价值与效率价值的辩证统一关系。

【讲理论】司法公正与司法效率是一对孪生兄弟，密不可分。司法公正是指法官能够“以事实为根据，以法律为准绳”，严格依照实体法和程序法，根据案情与证据客观裁判案件。司法效率是指能以较小的司法资源投入解决案

件，降低时间成本、人力成本，缩短办案时间、提高办案速度是其表现。司法公正是前提，效率是补充。但是，追求效率不能以牺牲司法公正，违背法律为代价。

【分析材料】 本案很好地体现了司法公正与司法效率的关系。二审法院利用调解解决纠纷，节约了司法资源、减少了当事人的诉累与代价，体现了司法效率的要求。但是这种调解是依法进行的，也保证了公正的实现。如果当事人不服调解，不能为了追求效率而由二审法院审理，必须发回原法院重新审理判决。同理，在一审时适用简易程序体现了效率的要求，但是如果在重新审理时，则必须适用普通程序。这些都体现了追求效率不能以牺牲司法公正为代价。

【结论】 在转型时期，需要将调解与审判方式结合起来，以调解促进效率的实现，以判决保证公正的实现。在司法领域坚持“公正优先，兼顾效率”原则，体现在裁判案件中就是“宜调则调，当判则判”，不能为了过分强调调解而“久调不判”。调解与判决的结合能够在社会转型时期更好地体现司法公正的要求。（600 字）

角度 2：调解与审判结合体现了“三个效果统一”的要求

范文 10

【提出观点】 在转型时期，应将调解与审判两种方式结合起来。调解与审判在功能上具有互补性，调解与判决相结合符合“三个效果统一”的要求，判决更多关注案件解决的法律效果，而调解更加着眼于案件处理的社会效果。

【讲理论】 “三个效果统一”是对于“法的实施”环节提出的基本要求。首先，司法和执法工作的基本要求是注重法律效果，所谓法律效果是指法律规范被客观公正准确的运用于具体案件，使人民的意志在个案中得到实现。其次，司法和执法工作要注重社会效果和政治效果。不能为了单纯追求法律效果，不顾社会效果和政治效果。第三，法律、政治和社会效果是辩证统一的整体。法律效果是社会、政治效果的前提，通过法律手段收到良好的社会效果和政治效果是司法和执法工作的重要目的。所以，法律效果、政治效果和社会效果三者之间有其紧密的一致性。

【分析材料】 在一审中，法官根据案件事实与法律判决，可以说该案件