

司法考试之商法历年真题解析(三) PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/250/2021_2022__E5_8F_B8_E6_B3_95_E8_80_83_E8_c36_250888.htm 范文选登4：（仅供参考）现代法治社会一个最基本的命题，就是公共权力的行使应当是有序、正当和合理的，亦即政府行政行为的法治化和规范化。行政处罚直接地干预着人们的生产和生活，因而是影响社会最为强烈的一项行政权力，应当依法慎重行使。目前，有一种比较普遍性的现象，即一些地方的政府执法部门，为追求“执法效果”，热衷于搞些“新花样”，用所谓“执法创新”去代替法律、法规已确定的东西。这种所谓的“创新”，除了制造“新闻轰动效应”从而为少数人的“政绩”抹金之外，对于建立法治社会的理想是极其有害的，应该引起全社会的高度警惕。新闻媒体报道了某市交通管理部门在整治交通秩序过程中“很见效”的一项“创举”：向全体市民发出公告，凡自行录摄下机动车违章行驶、停放的图像，经交通管理部门确认，在电视台播放后，拍摄者即可得到交通管理部门奖励的数百元奖金。据说，某市的这一“招”很灵，由于群众积极“响应”，纷纷去拍去摄，该市交通秩序因此而大为好转。我认为，某市的这一“招”恰恰暴露出了现在许多地方行政执法的大问题：乱。一乱了行政执法主体特定的“规矩”。只有依法具有执法权及依法取得授权或依法被委托者，方能实施行政执法，且该权利同时也是义务，不得随意放弃和转移。这是现代行政的应有之义。行政机关为实现其目的，急功近利，将本应自己行使的权力，天女散花式地“公告”给全体不特定的市民，实际上等于让每一

个愿意的人均成为“便衣警察”。这种随意“送权”的做法，必然让行政执法本身丧失其权威性。二乱了行政执法程序透明正当的“规矩”。执法者应该是阳光下的执法者，公开的才能是公平的，也才是公正的。某市的做法，相当于把执法活动纳入了“地下”，把执法活动神秘化了，执法者不在现场，而又无所不在，就像“特务”，让人觉得这种执法像在挖一个看不见的陷阱。这与现代行政理念是格格不入的。那种把老百姓始终当成小偷一样防着的执法者，是恐怖的执法者。秦朝李斯的“告*法”已被唾弃两千多年了，为什么在追求现代法治社会的今天还有它的阴影？三乱了行政执法应该追求的方向。行政执法的目的是求“治”，而不是“乱”。某市的做法，其实质是将执法活动市场化，试图利用奖金的刺激，激发人们的“正义感”，以达到改善交通秩序的目的。在这里，作为执法核心的证据就像荒山上无主的“果实”，人人都可以去采摘，谁采摘到，都可以拿去卖给“收购者”。我们姑且不论这样的证据的合法性问题，其可能引发的各种社会负面影响，就足以让人担忧的了。这些不是执法者的“执法者”良莠不齐，在“执法”过程中，完全有可能受到伤害，他们的行为也完全有可能害及社会和他人的合法权益，比如有的“执法者”为追求“高价钱”可能与违章者“私了”（这实际上已涉嫌敲诈勒索犯罪了），有的可能为“收集证据”不惜侵犯别人的合法权益，等等。谁对这些可能出现的风险和后果负责？又有谁负得了如此巨大的社会责任！从表面上看，该市的“新举措”确实起到了矫治违章行驶、规范交通秩序的效果，但其所付出的成本，特别是潜在的社会成本，可能会使行政执法走向其自身目的的反面。这

难道是我们需要的“执法效果”吗？行政执法不能破了“规矩”，这个规矩就是法律、法规。只有真正杜绝随意性，增强适法性，明确目的性，依法办事，才能树立起法治政府的形象，也才能促进整个社会法治价值观的形成，使我们的社会真正走进现代法治文明的理想境界。

范文选登5：某市交通管理部门用奖励制度号召市民共同参与交通秩序管理，可能取得短期效果，实则有违社会发展。虽有“过街老鼠人人喊打”的古训，但那是处在社会发展初期的一种道德观念，是人类最初心理上渴望的一种社会安定模式理念。随着社会经济的进步和发展，人类文明意识的提升，人们要求生活环境优美、秩序井然，各项工作规范有序，社会的一切行为均在已设定的法律规范内进行，已成为必然。作为国家的各个机构和各管理部门同样应各司其责，依法办事。该市交通管理部门用奖励制度号召市民共同参与交通秩序管理的举措不合法也不合理。

不合法方面：交通管理部门对道路交通秩序进行管理，是国家法律赋予其的一种行政职权和行政责任，非经法定程序不被取消，交通管理部门自己也不得擅自放弃，更不得随意将国家赋予的行政管理职权交给其他部门和个人去实施。该市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，一经确认采用并在当地电视台播出，即给予200至300元奖励，该行为就是交通管理部门擅自放弃行政职权和行政责任，随意将国家赋予的行政管理职权交给其他部门和个人去实施，违反了国家行政机关行政职权法定原则，与国家管理社会的意志相悖。

不合理方面：社会违法乱纪行为固然犹如“过街老鼠人人喊打”，但如果人人都去打（去管），势必出现以下

负面效应：（1）人人都去打（去管），发挥不了专业对口部门的职能作用，国家设定的社会管理机构形同虚设，法律法规遭到践踏。交通管理部门依法管理交通秩序，既是其享有的行政管理职权，也是其应履行的行政管理义务，法定的职权和义务不履行的“偷懒行为”既损害了国家和社会的共同利益，又浪费了纳税人的税金。（2）人人去打（去管），受利益驱动，必然出现“有利可图则打、无利可图者不打”，甚至为图更大利益而变相打的情形。如“甚至有利用偷拍照片向驾车人索要高额保密费的”，因此剧增了社会不安定因素的产生，显然与人们要求的安稳社会环境背道而驰。（3）如人人都不打（不管），该追究谁的责任？该市交通管理部门向市民发布通告后，若没有人响应，社会交通秩序仍然混乱，问谁负责任。如果该市交通管理部门说“因为市民们不参与不响应所以交通秩序混乱”，岂不笑话。（4）如人人皆有权去打（去管），社会秩序必然一片混乱，国家将陷入无政府状态，民众岂有安定的生活环境。

范文选登6：人类社会的历史，是一部不断追求自由和进步的历史。从人治走向法治，是这种追求的必然结果。人类理想的法治社会的形态是：人权受到广泛尊重，自由得到充分保障，执法公正如山，社会秩序井然。法治与人治的根本区别在于：法治确立法律在社会生活中至高无上的地位，以多数人意志来治理国家，体现了人类对民主政治的追求；而人治则是少数人意志决定国家和人民的命运，最终必然导致失去理性和良知的专制。然而，法律毕竟也是人的意志的体现，只要是意志，就有可能出现不符合理性和良知的地方，那么，以这样的法律来治理国家与人治又有什么根本的区别？所以，建立法

治社会，首要的是建立起具有保障自由、维护正义、稳定秩序等理性价值的法律。然而，建立这样的法律并不是一件轻而易举的事情。社会生活的复杂性，立法方式本身的局限性，立法者价值取向的差异性，就有可能使制订的法律不能体现法的所有价值要求。为了改变这种局面，立法监督就应运而生。法律体现的公众意志越广泛，法的价值要求就体现得越充分，这是为什么下位立法不能与上位立法冲突，上位立法优于下位立法的原因所在。上位立法机构有权改变或撤销下位立法，以达到法律价值取向标准的统一。不仅不同层级的立法者会产生价值冲突，就是立法者本身在制定法律时也会面临价值的两难选择。一部法律能同时体现自由、公正、秩序等价值，这是最好不过的了，然而，事实并非都是如此，自由、公正、秩序之间常常会出现冲突。面对冲突，立法者如何选择？庄子曰：鱼我所欲也，熊掌亦我所欲也，二者不可得兼，舍鱼而取熊掌也。法律的各种价值大小并不是一样的，自由是第一位的，公正次之，秩序再次之，立法者应当按照价值位阶原则作出取舍，不能丢了西瓜捡了芝麻，为维护社会秩序而付出了妨碍自由、损害人权的代价。立法如此，执法也然。亚里士多德在《政治学》一书中指出：“法治应包含两重意义：已成立的法律获得普遍的服从，而大家所服从的法律又应该本身是制订得良好的法律。”良好的法律是法治的基础，没有良法，就不是实质意义上的法治；而法律的遵守和执行是形式意义上的法治，应当体现法治的价值准则，两者相辅相成，不可偏废。执法也应体现维护自由、公正、秩序的法律价值要求，当价值出现抵牾时，要遵循价值位阶原则及个案平衡、比例原则进行选择，把对人的权

利损害减少到最低限度。某市整治交通秩序本来是件好事，然而，因其离立法、执法的要求相去甚远，离法治的价值取向相去甚远，无怪乎要遭到国人如此多的非议了。 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问

www.100test.com