



指南针·司法考试

掀起司法考试的革命

国家司法考试卷四

论述题精讲

(2010版)

王旭著

指南针司法考试命题研究中心 组编

研究出版社

国家司法考试卷四

论述题精讲

(2010 版)

研究出版社

图书在版编目(CIP)数据

国家司法考试卷四精讲 / 王旭主编. — 北京:

研究出版社, 2010. 7

ISBN 978-7-80168-582-7

I. ①国…

II. ①王…

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 128213 号

出版发行 研究出版社

北京 1746 信箱(100017)

电话:010-63097512

网址:www.yjcs.com E-mail:yjcsfxb@126.com

经 销 新华书店

印 刷 北京富博印刷有限公司

版 次 2010 年 7 月第 1 版 2010 年 7 月第 1 次印刷

规 格 787 毫米×1092 毫米 1/16 13 印张

字 数 280 千字

定 价 26.00 元 ISBN 978-7-80168-582-7

前 言

从2003年开始,司法考试第四卷的论述题考查成为司法考试一个新的亮点。从2004年开始,每一年论述题(包含简答题)在卷四150分中占到了45分到55分之多,决定了相当多考生是否能够顺利通过考试,可以说“得论述题得天下”。很多考生,尤其是身处实务工作一线的考生,对于书写裁判文书、解答各种以法律为依据的选择题,都能够得心应手;但对于高度抽象、具有比较深厚理论基础、要求一定水平的语言表达功底的论述题,则备感困难。本书正是笔者在多年从事一线的司法考试论述题讲授过程中通过萃取讲授心得而形成的一部作品。本书最大的特色就在于强调“得分实用性”,并全部使用模版写作法,以帮助考生朋友在解答论述题的时候有直接的指导。全书共分为五个部分,依次为总论部分、模版演练、理论专题、精选题目与范文及论述题常用的法律名言警句。五个部分围绕如何实用、如何得分、如何具有可操作性与模仿性来进行设计,现将这五个部分的基本内容进行一个概要说明。

一、总论部分主要针对命题特点、考查目标、一般答题思路与未来命题趋势来详细剖析论述题。这一部分看似不实用,其实是具有相当大的实用价值的。作为常规考试,司法考试的命题具有很大的稳定性,因此了解它的命题特点,就可以在复习的时候进行更有针对性的专门练习,舍弃一些无关紧要的部分。论述题的主要材料表现在具有一定特点的时事性法律事件材料中,掌握它的基本特点和选材范围,有助于考生平时的训练和阅读更有针对性。考查目标是命题者的心中考虑之处,也是考生需要落实和在考试的时候体现的地方。只有明确考查目标到底有哪些,才能根据这些目标锻炼自己的各方面能力,从而很好的应付考试。未来命题趋势则是我们根据搜集到的各种信息,进行分析后对将来命题的范围、难度、目标与形式的重要预测,应该说未来司法考试论述题不会超出我们预测的基本范围。

二、模版演练部分是本书最有特色,也最体现其实用价值的部分。有过英语考试经验的同学都知道,英语考试中的写作部分,常常需要有模版训练,才能得到很好的分数。其实,作为司法考试中的论述题,同样可以提炼出若干模版,这些模版能够帮助考生起到以不变应万变的绝佳效果。模版演练应该是国内第一个真正的论述题应试方法。本书将针对司法考试的理论涉及范围,具体提出若干形式与套路,考生在熟记这些形式与套路的基础上,将来再辅以具体的材料与内容,就会发现虽然内容千变万化,但都可以在写作上归结为几个基本的模版,因此将来在考试的时候只需要按照模版来实施与加工即可。

三、理论专题部分也是本书重要的实用之处。大家都知道,论述题可考的材料是很多的,

但材料背后体现出来的内容却相对集中,也就是说总是集中在几个理论阵营中,如法理学、宪法学、行政法与行政诉讼法学。同时,并非这几部分中的每一个理论都有可能成为论述题的命题对象,因此为了复习的方便与省力,更为了复习的效率,本书特在此部分提炼和总结出若干理论的若干关键点,考生只需要在理解的基础上熟记这些内容,就可以轻松掌握应付论述题必须具备的理论基础知识与基本背景。

四、精选题目与范文部分是为了帮助考生朋友进行实战演练而设计的部分。这一部分的题目和范文对于市面上已有的材料基本不采用,重新搜集最新的材料与问题,以供考生在经过模版演练和理论学习之后进行实战。

五、论述题常用的法律名言警句部分也是本书的新颖和实用之处。论述题与分析题不一样,对于想要拿高分的考生而言,运用一定的法律名言警句能够锦上添花。这几年法律职业化与专业化的要求越来越高,在逻辑与理性的说理之外援用法律警句能够彰显考生的专业底蕴,表现考生的专业训练,所以能够赢得阅卷老师的好感,从而获得高分。同时对名言警句的分析与学习还能加深考生对这些话语背后的理论的理解与掌握,对于更好的理解论述题的理论背景,有着非常明显的效果。

惟愿此书能成为考生案头复习之良弼,开卷有益,作者则知足也。更多复习问题,请电邮: eyfl@eyou.com 或登录博客: <http://www.falvjia.com/u/13/dndex.html>。

王旭

2010年7月于中国人民大学

考前 72 天指南针精华助考培训计划
(命题关联人面授)

		上课地点	上课时间	授 课 特 点
独家特色班	主观题 点睛班	北 京	8 月 20 日~8 月 22 日	直击主观题命题死穴,精准把握论述、案例考点,快速掌握卷四应试技巧和得分能力。
		上 海	8 月 18 日~8 月 20 日	
		杭 州	8 月 23 日~8 月 25 日	
		广 州	8 月 23 日~8 月 25 日	
	仿真题 集训班	北 京	7 月 24 日~8 月 15 日	考题带动考点,实现“做一题会一套”;精选题库密训,迅速提高得分能力;高仿模拟集训,提前进入备战状态。
高端 王牌班	模考 冲刺班	北 京	8 月 28 日~9 月 5 日 共 9 天	简答论述——“一分钟及格法” + 案例分析——“让技巧给你 20 分” + 全真模考——“最佳备战状态” + 信息通报——续写“押题第一”神话 + 命题精讲——“贴进命题,考什么就讲什么”
		上 海	(精确时间安排参见各分校招生简章)	
		杭 州	推荐指数:★★★★★	
		广 州	推荐理由:	
		哈尔滨	2007 年命中率: 63.5%	
			2008 年命中率: 74.25%	
		石家庄	2009 年命中率: 87.5%	
(58 天计划或 30 天计划)		开课分校	班次设置	上课时间
		北 京	北京精品特训班	7 月 12 日~9 月 5 日
			北京协议精品 2 班	7 月 12 日~8 月 27 日
			大学生协议精品 2 班	7 月 12 日~8 月 27 日
		上 海	华东精品特训班(可签重读协议)	7 月 10 日~9 月 5 日
			大学生精品特训班(三种模式可选择)	7 月 10 日~9 月 5 日
			大学生暑期精品班(可签重读协议)	7 月 12 日~8 月 27 日
			突击特训班	8 月 11 日~9 月 5 日★★★★★(强烈推荐)
		杭 州	杭州精品特训班	7 月 10 日~9 月 5 日
			杭州精品班	7 月 10 日~8 月 27 日
			大学生精品特训班	7 月 10 日~9 月 5 日
			大学生暑期精品班	7 月 10 日~8 月 27 日
			突击特训班	8 月 7 日~9 月 5 日★★★★★(强烈推荐)
		广 州	大学生暑期精品班	7 月 10 日~8 月 27 日
			突击特训班	8 月 7 日~9 月 5 日★★★★★(强烈推荐)
售罄好评班		司考理论加强班 系统强化班 综合提高班 协议保过班		

特别关注

培训计划以各分校招生简章为准。
客服热线:北 京:010-82229798 上 海:021-63530980
杭 州:0571-88213968 广 州:020-37656987
哈 尔 滨:0451-86378162 石 家 庄:0311-86031026

指南针学校联系录

北京总校

地址:北京市海淀区中关村南大街 34 号中关村科技发展大厦 C 座 702 室(中央民族大学东门对面)

电话:010-82228505 82229798 82228778(传真) 13488655145(阮老师)

联系人:阮老师 薄老师 何老师

上海分校

地址:上海市闸北区汉中路 158 号汉中广场 1111 室

电话:021-63530980 63533933 13918060527

联系人:吴老师 张老师 刘老师

广州分校

地址:广州市越秀区先烈中路 100 号省科学院 58 号楼生物科技大厦 715-717 室

电话:020-37656987 13763335998

联系人:张老师 刘老师 郭老师

南京分校

电话:025-83197949 13404159788

联系人:吴老师 索老师

杭州分校

地址:杭州市文三路 235 号立元商务楼 606 室(文三路与教工路路口)

电话:0571-88213968 88213998 13738188215

联系人:梅老师 苗老师 苏老师

哈尔滨分校

地址:南岗区耀景街 20 号(省直机关党校)一栋 130 室

电话:0451-86378162 13766859840

联系人:周老师 辛老师

石家庄分校

地址:石家庄市长征街 75 号长征大厦南楼 513 室

电话:0311-86031026 13582811828

联系人:李老师 薛老师

天津分校

地址:天津师范大学八里台校区实验中心大楼

电话:022-23352479 13902001636 13920906518

联系人:唐老师 朱老师 马老师

河北唐山分校

地址:河北理工大学(北校区)轻工学院 Q 座西楼三层

电话:0315-2794358 15230991112 15230991113

联系人:王老师

山东烟台分校

地址:山东烟台大学第七餐厅 5 楼 505 室

电话:0535-6156685 15266570795

联系人:张老师

山东青岛分校

地址:青岛市山东路小学(吴石路 81 号,山东路家乐福对面加油站后方)

联系电话:0532-85675200 88771198

联系人:吴老师 钟老师 谭老师

山西太原分校

地址:太原市并州南路 116 号嘉怡商务大厦 610 室

(亲贤街与并州南路交叉口社科院南)

电话:0351-2022322 7068353 13623606625

联系人:王老师

河南郑州分校

地址:郑州市二七区大学路 80 号长城康桥华城国际 10 号楼 0521 室

电话:0371-67365019 15981890908

联系人:李老师

河南南阳分校

地址:河南省南阳市新华东路 369 号河南梅溪律师事务所

电话:13037668886

联系人:丁老师

河南开封分校

地址:鼓楼区晋安路西西花园 5 号楼一单元三楼东

电话:15903786000

联系人:崔老师

黑龙江齐齐哈尔分校

地址:齐齐哈尔建华区市广播电视大学 118 室

电话:13704528341

联系人:邢老师

吉林长春分校

地址:长春市卫星路长春大学对面星城国际综合楼 B 座 1046 室

电话:0431 - 88166266 13944877907

联系人:邱老师

辽宁沈阳分校

地址:沈阳市沈河区惠工街 167 号奉天银座 C 座 2015 室

电话:13591454979

联系人:张老师

辽宁大连分校

地址:大连市西岗区沈阳路 133 号大连法苑书店

电话:0411 - 86867017 83031572 13942628932

联系人:李老师

江苏徐州分校

地址:徐州市王陵路 57 号第二职业高中司法考试

电话:0516 - 81818999 13382673377 18952167967

联系人:邓老师

浙江宁波分校

地址:宁波市海曙中山西路 569 弄 3 号(宁波大学教育培训大楼)

电话:0574 - 87130112 15958279638

联系人:殷老师

江西南昌分校

南昌市北京西路 152 号核工宾馆 1118 室

电话:13317003177

联系人:李老师

广东佛山分校

地址:佛山市禅城区汾江中路 121 号东建大厦 13 楼 G 室

电话:0757 - 82231733 13825568333

联系人:邓老师

广西南宁分校

地址:南宁市新阳路 286 号南宁市西乡塘区反贪局二楼

电话:0771 - 8020955/7808302 13978837175

联系人:兰老师

新疆乌鲁木齐分校

地址:乌鲁木齐市人民东路车市巷 51 号农六师宾馆内(红旗路电脑城旁边)

电话:0991 - 2830855 13579960949 18909911207

联系人:程老师

陕西西安分校

地址:陕西省西安市长安区韦郭路盛世商都三楼 C321

电话:13299007759

联系人:杨老师

青海西宁分校

地址:西宁市胜利路 58 号宏业大厦 B 座 2102 室

电话:0971 - 6136562 15003690413

联系人:张老师

内蒙古赤峰分校

地址:内蒙古赤峰市松山区教师进修学校(原松山区党校)

电话: 13654868618

联系人:于老师

周口、漯河、平顶山分校

电话:13910999433

联系人:刘老师 王老师

目 录

第一部分	总论	(1)
第二部分	模版写作法——论述题的形式实用手册	(9)
第三部分	论述题重点理论专题精析	(29)
第四部分	精选习题	(141)
第五部分	论述题常用的法律名言警句:释义、分析与展开	(183)

第一部分 总论

在第一部分,为求知已知彼,我们首先要将论述题的命题规律与写作的基本思路总结出来。

一、命题规律

我们将 2003 年~2009 年的论述题真题归纳为下表,然后再仔细分析其命题规律:

年份	题号	材料	题型	主要考点
2003	卷四第八题	某市交警执法案例	材料分析题	行政法·行政执法的合法性与合理性
2004	卷四第七题	邻里纠纷的案例	材料分析题	法理学·纠纷的社会解决机制
2004	卷四第八题	照片合成的娱乐服务案例	材料分析题	法理学·秩序与自由的价值冲突
2005	卷四第七题	某超市搜身案例	材料分析题	法理学·司法的特征、权利冲突及平衡
2005	卷四第八题	判例、案例与司法解释	理论阐述题	法理学·法系、司法活动的特征
2006	卷四第五题	政府毁约案例	材料分析题	行政法·信赖保护原则、依法行政
2006	卷四第六题	瑞士民法典第一条	理论阐述题	法理学·法律渊源、法律解释与法律推理、公私法划分及比较
2007 年	卷四第一题	社会主义法治理念	简答题	法理学·社会主义法治理念的含义与特征
2007 年	卷四第七题甲题	古今诉讼文化对比	材料型论述题	法理学的法的作用及其局限性
2007 年	卷四第七题乙题	土地许可证的发放及保护	材料型论述题	行政法·合法行政、信赖利益保护、正当程序
2008 年 9 月 全国卷	卷四第一题	三个至上与社会主义法治理念	简答题	社会主义法治理念·根本指导思想
2008 年 9 月 全国卷	卷四第七题	裸聊入罪	材料型论述题	刑法学·罪行法定;法理学·法律解释方法、法的价值冲突及其解决
2008 年 11 月 四川卷	卷四第一题	社会主义法治理念与法律教育	简答题	法理学·法律意识与法律行为,社会主义法治理念
2008 年 11 月 四川卷	卷四第七题	民事诉讼中的法官义务	材料型论述题	法理学·司法的角色与性质
2009 年	卷四第一题	法制发展与社会主义法治理念	简答题	法理学·社会主义法治理念
2009 年	卷四第七题	信用卡的发放与风险规制	材料型论述题	法理学·法的价值冲突及其解决;经济法学·金融产品的风险防范与法律措施

综观这几年的论述题命题,有三大特点是考生要好好把握的,可以说这是应付论述题的基本前提。

第一、理论性。论述题与客观性的选择题以及分析题最大的不同,就是集中对法学基本理论的考查,而不是简单的对法律条文的考查。论述题总是围绕一些基本理论问题来设计得分点和选择材料,然而并不是任何一个法律学科的基本理论都有可能被命题老师青睐的,我们通过对各种信息的搜集与整理,对历年试题的仔细分析以及对各种基本理论的自身判断与分析,认为考生需要对如下学科的重点理论问题有一个深刻和全面的了解:

1. 法理学部分。包括法的价值(包括正义、秩序、效率、自由和利益)、法与其他社会规范(包括道德、习惯)、法律思维(包括法律思维的基本特征、法律解释与法律推理的一般方法)。

2. 宪法学部分。法治国家的基本原则、公民权利与国家权力(和谐社会)、宪法监督、平等权。

3. 行政法学:行政行为的合法性与合理性、行政程序、政府角色。

对于这些基本理论之外的理论性知识,我们可以完全负责任的告诉考生,基本上不会出现在论述题中,其他理论应该是在客观题和分析题之中需要大家掌握的。那么对于以上理论,我们在“重点理论精析部分”会有针对性的从一般原理和应试要求两个方面为大家勾勒出一个基本的轮廓,如果考生能够把它们吃透并牢记在心,那么就不会在答题的时候出现“难为无米之炊”的尴尬情况了。我们可以用一些具体的题目来看看论述题是如何体现这些基本理论的:

【题目1】张某在开车上班途中,发现赵某被汽车撞伤,倒在地上。张某将赵某扶进自己的汽车,闯过六个红灯,将赵某送到医院。后张某由于违反交通管理条例的规定被交通警察罚款200元。

问题:

(1)交通警察对张某罚款200元,体现了哪种法律推理的基本思路与方法?

(2)假如你要为张某的行为辩护,那么应当站在什么样的法律推理思维之上?

这个题目背后体现的就是对法律思维这样一个基本理论的考查,具体说来又是体现了形式法律推理与实质法律推理的考查。

【题目2】湖南省临湘市原副市长余斌受贿案经岳阳市检察院侦查终结交由该市君山区检察院提起公诉后,君山区法院一审判处余斌有期徒刑三年,缓刑五年。君山区检察院提出抗诉后,岳阳市中级人民法院于2005年7月7日作出了维持原判的裁定。据报道,在该案查办过程中,曾有人将余斌说成是一个所谓“爱民、为民”的好官,因为余斌将受贿得来的钱用于“扶贫”了。那么,事实到底是怎样的呢?某报披露了余斌“受贿扶贫”的真相。2004年10月22日,岳阳市君山区人民检察院提起公诉,指控被告余斌犯受贿罪。检方指控,自从2001年4月到2003年上半年,被告余斌在任临湘市教育局局长、临湘市副市长期间,利用职务便利,收受钟希金、王建军、李建利、李建波等人贿赂,先后9次共计人民币22.5万元。针对检察院的指控,余斌提出,他所收受的财物中近15万元已被用于扶贫帮困、社会赞助和公务活动,可不作受贿数额认定。另外,收受钟某现金应为8.5万元而非11.5万元;收受其他人的10万元人民币是接受朋友正常的资助且并未为其谋利,不构成受贿罪。3月10日,岳阳市中级人民法院二审开庭审理该案。双方争论的焦点,仍然在于被告人余斌是否构成受贿及具体受贿金额。就在双方争论未有结果之际,2005年7月7日,岳阳市中级人民法院作出终审裁定,维持一审判决,认定余斌犯有受贿罪。

问题:请你从法律人的角度对这个“受贿扶贫案”发表看法。

从这个案件事实背后,我们可以看到虽然材料比较多,但它考查的基本理论却只有一个:法

律与道德的冲突。法律与道德的冲突又尤其表现在法律道德化和道德法律化两个面。“受贿扶贫”在道德上不一定受到谴责,但在法律上仍然具有违法性的事件,那么是否可以让道德因素进入到司法过程呢?如何看待法律与道德在这个案件中的冲突?这些实际上就是题目要考查的重要理论问题。

第二、现实性。已经考过的题目,无不取自社会生活中的真实事件,而不是直接采取论文考查的方式来直接考查抽象的理论问题。这种思路主要是因为司法考试选拔的是具有实务操作能力的未来法律人,而不需要只会玄思冥想的哲学家,因此是否具有解决现实问题的能力就成为关键一环。因此,它要求考生能够在短时间内不但用理论知识来分析问题,更重要的是要表明自己对某一社会纠纷解决的法律认识与法律对策,具有比较强的解决问题能力。这就启发我们,在复习过程中,保持对社会现实问题的关注是非常重要的,建议考生在紧张的复习之余,多了解社会上热点的法律问题,通过网络、报刊、杂志等各种方式保持对社会现象的敏感关注。这里可以推荐一些比较好的法律网站,方便大家查找时评文章,了解现实问题,如法律思想网、法学时评网、清华法学网、北大法律信息网等等。

论述题选材除了要在材料背后涉及相当基本的理论之外,还非常强调社会生活中现实发生的具有法律意义与法律价值的现实事件作为理论的载体,这就需要考生来分析材料,引申出背后的微言大义——理论。论述题出题角度越来越趋向冷门,根据司法部的命题政策倾向,更注重从现实生活中的真实案例提取案型出题。而现实社会中纠纷最多、影响最广的往往不是合同法、担保法的案例,而是人格权和侵权法的纠纷。可以预料,侵权法和人格权法将会越来越受到命题者的重视。而这两门法还极具有开放性,涉及公序良俗、科技进步、人权保障等问题,这是考生们应当注意的。

社会上的一些关于法律的焦点问题和热点案例,可能成为论述题的原始素材。例如:通过就交警暗中执法,杜宝良交通违章上百次、被罚逾万元的情况出题,来考查依法行政与行政合理性的关系;通过就遗失物拾得人的请求支付报酬与拾金不昧的冲突出题,来考查法律与道德的关系;通过就网络游戏中的“虚拟财产权”案件出题,来考查民法上的物的概念、违约与侵权的关系;通过就网络上的“木子美”和“芙蓉姐姐”等现象出题,来考查网络隐私权的保护和权利不得滥用原则;还有可能考查道路交通安全法所确立的机动车无过错责任与现实中“碰碰”现象的冲突等等。

第三、争议性。司法考试论述题和其他考试论述题最大的不同就在于,它必须要考生解答法律争议。因为司法考试侧重的是未来职业法律人的水平,而法律事业首先是解决纠纷与争议的事业,所以从这个意义上说,司法考试论述题的材料必然是包含有法律争议性的事件,也就是说结论不是那么一目了然的事件。这一方面对于考生来说有一个有利的地方,就是它的答案必然是开放性的,而不是固定和唯一的,从而不至于像前面的选择题和案件分析题那样,结论错就全错,一分没有了,而是允许多角度,多种合理答案与思路。另一方面也向考生提出了更高的要求,那就是结论也许不是最重要的,考生要展现出得到结论的法律思维全过程,论述是否合理、严密、符合逻辑,基本理论运用是否熟练、准确和合适,论述过程就显得更加的重要,而这是对考生综合能力的更大考验,而不像选择题那样,虽然有很大的确定性,但反映不了考生思考的过程,也就不能完全反映真实的能力。对于论述题这个特点,在备考过程中,一方面要求考生要对有争议的法律事件保持足够的敏感;另一方面要自觉训练自己的分析能力。我们同样可以用一些具体的题目来看看这些题目的争议性特征。

【题目3】四川省的李律师日前向该省人大提交了一份《四川省父母家庭关系的规定》(简

称《孝法》)立法草案建议稿。这条新闻引起舆论关注,并引起了激烈的争议。赞同的人认为孝作为儒家思想的核心之一是非常重要的价值,儒家思想能流传数千年之久,一定含有超越宗法、反映人性人情的普世性因素,积极发掘它,能促进民族文化整合,建立民族的自信心,并解决很多现实社会问题。反对的人认为“孝”还是属于“私德”这一范畴,而当公务员或干部掌握公共权力,“私德”好的、天性淳厚的,并不一定是能够掌握好公共权力的公务员,这就与孝子不一定是伟大的科学家一样。

问题:如果你是立法者之一,你将如何对待这份建议稿,请详细论说。

从这个题目中我们就能发现争议性一定是材料型论述题必须的要素,如果材料反映的社会问题没有争议性,则往往无法构成社会纠纷,也就不需要法律对之进行表态和分析了。

二、国家司法考试论述题的考查目标

经过我们对以往题目的研究国家司法考试论述题的考查目标,实际上可以具体化为如下基本能力的考查,而这些能力的培养都不是一朝一夕的,因此考生有必要根据自己的特点与基础,在复习的全过程自觉培养和训练自己的这些能力。

第一,归纳能力:包括对基本事实与主要论点两个方面进行准确归纳的能力。我们知道,论述题的特点是材料中的观点与理论非常间接,考生不是一看就知道问什么,要考什么原理。不少题目中不直接出现要考查的对象,需要考生自己识别、归纳出来。假如归纳得不对,那么演绎就无从谈起。不少考生因为归纳能力比较差,结果面对题目不知所措,要么无法下笔,要么乱写一气。这种归纳又着重体现为对基本事实与主要论点两个方面进行归纳。任何一个带有法律争议的事件,首先都需要对基本事实,也就是所谓的“何人、何事、何因、何争、何法”这几个要素,进行认真的归纳,只有这样才能从法律的角度进行进一步的分析;同时,任何材料都是有观点或论点蕴涵其中的,这些论点包括当事人的、法官的、社会大众的,因此考生还必须透过材料把这些带有法律评价的论点给归纳出来,这样材料就不再是一堆事实性的材料,而具有了法律价值与法律意义,只有经过了这样的归纳,我们才能在下一步展开具体的论述。

第二,分析能力:运用基本理论和观点对具体的事实材料进行分析,并得出理性的结论。归纳出基本事实和材料中的主要观点后,考生就要运用自己所理解和掌握的基本理论对这些材料中的事实和观点进行层层分析,并在最后得出自己的结论。在这个分析能力中,考生要重点训练自己两个能力:一个是有层次感的分析能力。很多考生看完材料,觉得有一肚子话要写,但这个时候要注意你的话是不是在逻辑上有一定的层次,是不是很清晰的表达出来,一个是符合法律思维的分析能力。也就是说你在分析社会事件的时候,一定要带着法律思维来分析,而不能像其他考试那样,运用其他学科和一般经验来分析这些事件。

具体说来要运用法学的基本立场与基本法律规范来对事情进行分析,还是以【题目一】为例子,我们看看如何有层次的进行法律分析:这个案件事实上有两个基本的层次和角度,它们体现了不同的法律观点与立场:

(1)从法律推理的形式推理来看,交警的处罚行为是合理与合法的。法律形式推理就是依据严格的法律三段论逻辑,通过严格的字面解释对法律争议作出的推理。在本案中,大前提是有关违法交通法规的处罚规则,小前提是张某的闯红灯事实,因此结论就非常自然,应该是接受处罚。

(2)从法律推理的实质推理来看,张某的闯红灯行为可以免除责任。所谓法律的实质推理就是不拘泥于简单的法律三段论逻辑推理,而是运用实质性的价值判断,对事实的本质进行追问的方法。在本案件中,张某的行为表面上违法,但由于其是为了保护他人的生命健康权利,而

这一权利在本案件中要重于交通秩序,因此张某的行为具有实质合法性,不应该受到法律制裁。

又比如有这么一个题目:

【题目4】2002年,某省人大制定了一个有关本省未婚女性可以通过试管婴儿的方式生育后代的地方性法规,同时,国务院卫生部向全国医院系统下发了有关禁止通过试管婴儿的方式生育后代的规定。假设该省的某女A要求本省的B医院为其实施通过试管婴儿的方式生育后代的某些医学措施,B医院拒不接受,后A诉至C法院。

问题:C法院的法官D如何对此案作出判决?为什么?

我们可以从如下两个层次紧扣《立法法》和立法民主与立法科学这样的基本原理来进行分析:

(1)合法性考查。根据《立法法》有关规定,当地方性法规与部门规章发生冲突的时候,如果已经进入司法程序,那么法院应该中止审理,上报最高人民法院再报国务院,由国务院决定是适用地方性法规还是规章。因此本案法官应该先中止审理,等候国务院的决定;

(2)合理性考查。立法应该兼顾科学性和民主性。关于本案件中的事情,关系到民众的重要生活质量与生活权利,应该在制定以前广泛进行听证,以确保立法具有民主性。

第三,构筑能力:运用理论,通过分析对具体的现实问题提出有建设性的方案与办法的能力。司法考试的论述题遵循提出问题、分析问题和解决问题的基本结构,因此论述题的最终思路是解决问题、提出可行性建议、针对某一现象(立法或司法或一般性社会冲突)作出有建设性的论述等等。这就要求考生不能空发议论,不能只破不立,根据以往阅卷经验,相当一部分考生文字功底不错,对基本理论也比较熟练,但没有得高分的重要原因就是只有批评或空泛的议论,而没有建设性的解决方案,比如评价某个行政措施不好,那有什么改进建议?有什么替代性措施?这些构筑解决方案的能力的匮乏直接影响了答题的效果。我们可以以具体的题目为例,来看看构筑能力的重要性。

【题目5】2004年12月8日,24岁的詹某与其称为师傅的柳某约定到崇州市南河大桥上游一河堤钓鱼。不知何故,詹某跌进水中,其后赶到河堤旁边的柳某,眼看着詹某在水中挣扎,却没有进行施救。闻声赶到的群众虽然跳入河中进行救助,但詹某最终溺水身亡,后柳某借口回去通知詹某的家属离开现场,实际上却未将此消息告知詹某的父母。当天下午,詹某的父母从他人处得知儿子遇难噩耗。詹某父母詹少林、徐新玉痛失儿子,3月14日,两原告以柳某没有对其子进行施救为由将其告上法庭,要求被告赔偿各种经济损失3万元。崇州市法院经多次开庭后,最终驳回了原告要求被告赔偿经济损失3万元的诉讼请求。

问题:立法和司法应该如何对待“见死不救”的社会问题,请发表评论。

我们经过分析可以认为不宜设立“见死不救罪”,是因为“见死不救”在很大程度上是个道德问题,普通人的“见死不救”,是不构成不作为的违法乃至犯罪的。法律追究责任的对象应被圈定在特定人群范畴内,比如特定公职人员等。从公民的权利和法律的关系看,权利是第一位的,义务是第二位的。设立“见死不救罪”,就是要求公民对一件从法律上讲本来与自己无关的事情履行额外的义务。依照现代法治理念,公民行为只要不侵害他人的合法权益和国家的利益以及公共秩序,就有其天然的存在合理性。但是题目如果答到这里结束,显然在结构上是不完整的,因为你并没有构筑一个最终的方案性命题来说明究竟如何看待或解决这类在自己力所能及的范围内但见死不救的严重社会问题,所以肯定要被扣去一部分分数。对于这个题目来说,我们可以说这是一个系统工程,虽然法律力所不能,但可以通过社会弘扬、政府奖励、公民教育等一系列方式来提高社会民众的道德感与觉悟,最终消除这一社会现象。如此一来,从结构上

说就相对非常完整了,因为已经构筑了一个解决问题的命题或说是方案。

第四,判断能力:运用法律思维对具体事实的法律意义进行准确判断的能力。司法考试的论述题和其他考试的论文考试或论述题(比如公务员考试中的申论)一个最大不同就在于你首先必须运用法律思维在法律意义上给面前的材料或题目进行一个定性,如果在法律上定性错误,对某个事件的法律意义判断不准确,则你的论述过程和最后结论都会有很大的问题。当然,有一部分论述题的答案是开放的,没有一个唯一正确的答案,有一部分论述题直接针对某些理论进行设计,比如05年最后一题,但有一些针对法官裁判的论述题则首先要求你要对法律效果进行判断,否则就无法准确的进行论证。另一方面,即便是那些开放性答案的题目或直接考查理论的题目,重要的法律思维也是渗透在里面的,这样你仍然得对某个现象或某个事情进行法律上的判断。

一般来说法律判断能力在考试中体现为如下具体的能力:

1. 选择法律规范的能力。这个材料中体现的法律事件是属于民法规范的,还是属于行政法规范的或别的法律规范的,这是一个对象的问题,是首先要进行判断的,不同的法律规范预设了不同的法律思维,因此选择法律规范的能力非常重要。

2. 合法还是非法的判断。在题目中反映的社会问题,究竟是合法的还是非法的,比如站在法官的立场进行裁判,究竟要不要追究相关人的责任等等,这些都涉及合法还是非法的判断。

3. 法律思维的一般判断。比如法律与道德要适当的分离,法律重程序胜过重实体,立法活动要具有民主性和科学性等等,这些植根于现代法律文化中的一般思维方式也是我们判断某一个事件的法律意义时所必须考虑的部分。

我们同样可以用一些题目来看看法律判断能力的重要性。比如:

【题目6】哈尔滨市出台文件,为改变衣衫褴褛、拉着破平板车满街吆喝的“破烂王”形象,决定对该市8000名“破烂王”进行“收编”,“破烂王”如果想继续从业,必须购买政府提供的服装、车辆,统一着装、统一编号,而且还要在公安机关备案。对于该市整顿破烂王的行为,赞成和反对皆有之。

问题:请你站在法律人角度对这一现象作出法律上的评价。

显然,这个事件在法律上是可以清楚得出结论的,我们在进行判断的时候必须运用一般的法律思维,来看看政府行为是否具有合法性,而这就必须运用法律规范和一定的法律思维。首先,哈尔滨市要求“破烂王”经过政府的许可才能上岗,这样的行为显然属于一种行政许可。按照《行政许可法》规定,只有法律、行政法规和地方性法规才能设定行政许可。该市政府如果没有明确的法律依据则无法证明其行为的合法性,依法行政最基本的要求在于,行政机关不仅要告诉公众它有权做什么,它更要说明,它行为的合法性来源是什么,只有有了充足的理由,才会有正当的权力。

【题目7】西南某高校学生张某和王某,在入校时即确定恋爱关系。后在暑假的一次郊游中发生性关系,导致王某怀孕。学校在得知此事后认为二人道德败坏,直接给予二人开除学籍的处分。二人不服,准备提起行政诉讼。

问题:请根据有关规定和原理,对该案进行分析。

在这个题目中,有两个判断能力很重要,一是该案中高校与学生之间的关系到底是民事关系还是行政法律关系,从而决定了对法律规范的选择;二是高校的行为在法律上是否具有合法性的问题。就高校与学生的关系界定而言,首先得找到区分民事关系与行政关系的标准。行政关系的特征是必须有行政主体和行政相对人、双方地位不平等、行为的目的是对公共事务进行管理其特征;而民事关系强调双方地位平等、自愿、等价有偿,这些都是两者的区别,但最主要的