

国家司法考试辅导用书

中国法律图书网·中国国家司法考试网鼎力推荐

2007年本书第四部分第十七题直接命中2007年国家司法考试卷四第七题(乙)题



2008年国家司法考试应试指南

论述题与法律文书写作应试手册

LUNSHUTI YU FALU WENSHU XIEZUO



浓缩司考精华 总结命题规律 常考重点揭示 把握答题技巧

■张树义 程 滔/主编

■瑞德思新司法考试研究中心/编审

中国工商出版社

国家司法考试应试指南丛书自出版以来受到广大考生好评。2005年本套丛书的《600分冲刺模拟试卷》第一组卷四中第十二题直接命中2005年国家司法考试论述题第七题。2006年本套丛书的《论述题高分应试手册》第四部分第十三题和第十六题直接命中2006年国家司法考试卷四的第五题和第六题。2007年《600分冲刺模拟试卷》第四组卷四第十二题直接命中2007年国家司法考试卷四第一题。

2008年国家司法考试最新必读法律法规汇编（修订版）

2008年国家司法考试最新必读法律法规汇编（串讲版）

2008年国家司法考试2002—2007年历年试题解析

2008年国家司法考试历年真题分类精析

2008年国家司法考试论述题与法律文书写作应试手册

2008年国家司法考试600分冲刺模拟试卷及答案详解

2008年国家司法考试大纲新增知识点解析及法律法规增补

责任编辑/李富民 封面设计/欣然 策划/李丙强

ISBN 978-7-80215-252-6



9 787802 152526 >

定价：50.00元

2008 年国家司法考试

论述题与法律文书写作应试手册

张树义 程 滔/主 编
王 旭 王朝勇/副主编

瑞德思新司法考试研究中心 / 编审

中国工商出版社

责任编辑 李富民

封面设计 欣然

图书在版编目(CIP)数据

2008年国家司法考试论述题与法律文书写作应试手册/张树义主编. —北京:中国工商出版社, 2008. 7

ISBN 978 - 7 - 80215 - 252 - 6

I. 2… II. 张… III. 法律工作者 - 资格考核 - 中国 - 解题 IV. D922 - 44

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 077833 号

书名/2008 年国家司法考试论述题与法律文书写作应试手册
主编/张树义

出版·发行/中国工商出版社

经销/新华书店

印刷/北京荣玉印刷有限公司

开本/787 毫米/1092 毫米 1/16 印张/25.625 字数/640 千字

版本/2008 年 7 月第 1 版 2008 年 7 月第 1 次印刷

社址/北京市丰台区花乡育芳园东里 23 号(10070)

电话/(010)63730074, 83670785 电子邮箱/zggscbs@263.net

出版声明/版权所有,侵权必究

书号:ISBN 978 - 7 - 80215 - 252 - 6/D · 328

定价:50.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

前 言

国家司法考试应试指南丛书自出版以来受到广大考生好评，2005年本套丛书的《600分冲刺模拟试卷》第一组卷四第十二题直接命中了2005年国家司法考试论述题第七题，2006年本套丛书的《论述题高分应试手册》第四部分的第十三题和第十六题直接命中2006年国家司法考试卷四的第五题和第六题。2007年本套丛书的《600分冲刺模拟试卷》第四组试卷卷四第十二题直接命中2007年国家司法考试第四卷的第一题。2007年本书第四部分第17题直接命中2007年国家司法考试卷四第七题（乙题）。

本书共分两大部分：第一部分，论述题；第二部分，法律文书写作。

国家司法考试是选拔合格法律人的职业资格考试。这几年来在试题结构、题型设计、题目难度等方面都在不断的调整和完善。这其中最引人注目的就是论述题这样一种全新的题型的引入。论述题完全不同于以往的以测试法律规则的知识与应用为目的的客观选择题。论述题则完全是一种开放的结构，不追求某一个确定的法律知识的考察，也不以简单的解决某一个个案纠纷为背景，而是在一个更广阔的社会争议空间里来综合考察考生的法律基础理论、法律思维方式与法律人应有的论证能力等等。也因此，很多考生并不完全适应这种综合性的题型。在历年的考试中，论述题也往往成为考生的一个得分的瓶颈。论述题究竟有没有一定的答题规律？论述题的出题范围与考察对象是不是有一定的确定性？究竟需要在答题的形式、内容和技巧上有哪些关键性的要素，甚至是捷径可以被我们掌握？正是带着这些问题，我们约请著名的国家司法考试专家们，进行了认真的思考和研究，并在掌握大量的一手信息与实际情况的基础上，为广大考生编写了这本手册式的论述题辅导的专著。

本书最大的特色在于实用操作与法律能力训练得到了一种兼顾。由于参加国家司法考试的考生首要目标在于通过考试，所以我们的书首先就具有一种针对考试过关的实用性。通过专家们对这几年来论述题命题和阅卷情况的研究，我们在答题形式上明确提出了“论述题模版写作法”，也就是说不管是什么样的材料，其实都可以归结为不同的答题模式，也就是几种固定的答题思路。在内容上，我们不主张盲目的压题，但的确只有少数知识点和基础理论可能成为司法考试论述题的命题对象，因此我们用专题的形式结合题目将这些内容进行浓缩，保证考生在最短的时间内吃透这些知识，这样在考试的时候就能够灵活运用。

根据《2008年国家司法考试大纲》的有关精神，参照现行有效的人民法院、人民检察院和律师行业的司法文书样本，按照不同的诉讼阶段进行排列组合，第一次将人民法院、人民检察院和律师行业的法律文书汇集在一处。本书每一部分文书都包括三部分内容：①文书的内容与写法；②文书格式；③文书实例。因此，本书不仅为准备参加国家司法考试的人员提供了较为准确的参考资料，而且为广大法官、检察官和执业律师提供了案头必备的工作用书。由于时间紧，难免有疏漏或不当之处，敬请读者指正。

编 者

2008年7月于中国政法大学

2008 年国家司法考试论述题与 法律文书写作应试手册读者信息反馈表

1. 您从何处购买的此书?

●法律书店

●新华书店

●网上书店

●直接邮购

2. 您还需要哪些司法考试类图书?

3. 您对我们有什么要求? 您对本书有什么建议和意见?

4. 请将字迹写清晰、工整以便及时收到我们的服务。

读者姓名		联系电话	
地 址		邮政编码	
购书书店		电子信箱	
书 名			需要那种
《2008 年国家司法考试内参》			电子本 ☐ 印刷本 ☐
备 注			

高质量的《司考内参》 准确的考点预测

购买本书的考生可购买考前司考内参壹份:该司考内参对 2008 年司法考试所考察知识点的预测至少 180 分以上。内容为(1)仿真模拟试卷二套结合司考命题最新动态,侧重对考试必考、常考知识点,由专家命题,并于考前一个月寄出;(2)考前压题一份,预测今年司考考点,进行简要解析,配上相关试题,于考前 7 日内以特快专递发出或以电子邮件发出,望考生来电咨询具体事宜。

地 址:北京市海淀区西土城路 25 号中国政法大学 88 信箱 邮编:100088

联系人:李丙强

电 话:010-88269539 62229301

传 真:010-62261647

网 址:www.chinalawbooks.com.cn

中文域名:中国法律图书.cn

目 录

第一部分 论述题

第一章 论述题	1
提纲挈领篇:论述题的命题规律、2008 年考试预测与写作思路	1
第二章 条分缕析篇:论述题专题精讲与套路总结	10
专题一 法律的基本原则	10
专题二 法律适用与司法制度	27
专题三 法的价值	45
专题四 法与社会	57
专题五 政法系统“大学习、大讨论”重要内容	94
第三章 融会贯通:论述题题目演练与考点提示	104

第二部分 法律文书写作

人民法院主要法律文书格式	147
一审刑事判决书	148
一审刑事附带民事判决书	167
二审刑事判决书	178
再审刑事判决书	186
一审民事判决书	208
二审民事判决书	219
再审民事判决书	225
民事调解书	235
一审行政判决书	238
二审行政判决书	244
人民检察院主要法律文书格式	250
起诉书	251
不起诉决定书	265
公诉意见书	272
刑事抗诉书	277
民事、行政抗诉书	284
律师主要文书格式	289

刑事自诉状·····	290
起诉状·····	295
上诉状·····	313
申诉书·····	324
答辩状·····	331
反诉状·····	343
辩护词·····	347
代理词·····	356
撤诉申请书·····	362
财产保全申请书·····	365
执行申请书·····	367
仲裁申请书·····	369
行政复议申请书·····	372

附录:

1995 年全国律师资格考试试题及参考答案 (文书制作部分)·····	375
1996 年全国律师资格考试试题及参考答案 (文书制作部分)·····	378
1997 年全国律师资格考试试题及参考答案 (文书制作部分)·····	380
1998 年全国律师资格考试试题及参考答案 (文书写作部分)·····	382
1999 年全国律师资格考试试题及参考答案 (文书写作部分)·····	384
1997 年全国法院系统初任审判员、助理审判员 统一考试试题及参考答案(文书写作部分)·····	386
1999 年全国法院系统初任审判员、助理审判员 统一考试试题(文书写作部分)·····	390
1998 年全国检察机关初任检察员、助理检察员 考试试卷三及参考答案(文书写作部分)·····	394
2002 年国家司法资格考试试题及参考答案 (文书写作部分)·····	395
2003 年国家司法资格考试试题及参考答案 (文书写作部分)·····	397
2005 年国家司法资格考试试题及参考答案 (文书写作部分)·····	400

第一部分 论述题

第一章 论述题

提纲挈领篇：论述题的命题规律、 2008 年考试预测与写作思路

从 2003 年开始,司法考试第四卷的论述题考察成为司法考试一个新的亮点。2006 年论述题占到了 75 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”。在 2007 年的考试中,简答题与论述题在题型与考试方式上又进一步推陈出新。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。在这一部分,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——2007 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 年则从社会主义法治理念、法的作用及局限性、政府行为的信赖利益保护与正当程序等角度进行考察。在题型上开创出简答题与论证分析题并举的模式,在考试方式上允许考生加以选择。(三选二)

从以上对历年真题信息的归纳,我们可以总结出如下关于论述题的重要命题规律:

第一、论述题的考点集中在法理学与行政法学以及其他法律学科的基础理论部分。也就是说,理论性往往是论述题第一个命题规律。对理论性的强调既可以从题干的设置看出,也可以从答题要求看出。比如 2005 年、2006 年的题目直接考察基本理论,其他年份的考察对象也是某一个基本理论,而不在乎具体、细节的法律条文的考察。

第二、论述题的材料具有浓郁的现实性与争议性。类似于各类公务员考试中的申论,司法考试论述题考察的重点也在于对现实生活问题的分析与评价,自 2003 年以来,绝大部分的考题都围绕现实生活中某一个具体的有争议的问题而展开,但与其他考试的要求很不一样的地方在于,司法考试的论述题材料中的争议性更多是一种法律争议,也就是说总是围绕执法或司法中的标准与方法来展开,并且要求考生不能站在外部社会观察者的立场,而必须站在一个职业法律人的内部参与立场来用自己独立的法律思维、法律方法解决这些争议。这种考察思路将继续贯彻,以体现司法考试对职业法律人的选拔这一基本追求。

第三、在形式上,论述题基本可区分为具体情境分析型与抽象理论阐述型两种。且后者将越来越重要。具体情境分析型的题目侧重给出一个具体的生活事件作为材料,然后围绕此一材料考生进行专业分析;抽象理论阐述型的题目侧重直接给出一个理论命题,然后要求考生围绕这一命题而进行更深入的阐述与说明。理论阐述型的题目可以预料在今后的考试中会占据越来越重要的位置。

第四、在更具体的考点内容上,论述题的考察重点逐渐转向以司法活动为中心的考察。从 2005 年、2006 年的真题来看,都有一道题是围绕司法活动,围绕法律人的职业思维与法律方法,来考察,这既与近年命题老师的主张与偏好有莫大关系,更体现了司法考试的职业考试性质,因此在这一部分内容上考生要有针对性的准备。

二、2008 年命题基本情况预测

以上是传统意义上的论述题考察特征,那么结合 2008 年的具体情况,我们可以对以上四个判断进一步浓缩:

第一、根据 2008 年的考试大纲及公报对第四卷的定位是“实例(案例)分析”这一提法,今年在题型上应该主要是具体情境的分析题,考生要做好充分的准备。简答题应该不是出题重点。这是从题型上说。

第二、从考察范围看,法理学、宪法学、三大部门法与三大实体法仍然是考试大纲与考试公报圈定的第四卷考察范围。因此,这其中法理学仍然值得大家特别重视与关注。应该至少有一个题目直接考察法理学。同时,宪法与行政法的基本原理与基本原则也仍然是考试热点。这是从考试范围上说。

第三、从 2008 年的实际情况来看,有相当多的具体社会现象或社会问题都非常有可能进入到考试的范围,成为考试的对象或材料。比如 2008 年的灾害与行政法应对;十七大报告关于法治建设与体制改革的基本思路(人民参与政治生活的基本权利的肯定;司法改革的基本目标;行政体制改革的大部门制思路等);年初国务院新闻办发布的“中国法治建设白皮书”;

中国改革开放三十年与法治建设;其他重大社会关注热点,如华南虎事件、责任政府与信息公开等等,都是既有基本理论含量,又有现实可考察性的重要材料,考生对它们要做到理论准备上心中有数。

三、答题的基本要求

论述题虽然在答案上是开放的,但并不意味着答案组织的过程没有任何要求,相反,正因为论述题不考察答案是否绝对的正确与唯一,它将更多的考察任务放在了究竟如何提出一个问题,并分析和解决这个问题的过程中,从而有一些基本的要求,领会这些要求,对于考生有针对性的进行论述题的训练,是很有好处的。

1. 论点正确、鲜明。

论述题的答案虽然是开放的,意味着没有标准、划一的答案,但大体有一个答案的范围,这由题目本身所决定。所以,对于答案来说,不可能完全没有范围,需要在一定的知识里去寻找有力的支持。必须涉及到政府执法或公共政策评价型的题目,往往离不开行政行为的合法性与合理性判别要件或行政法的六大基本原则;涉及到社会成员冲突的事件往往离不开法的价值冲突及其解决思路这样一个大的知识范围。同时,论点还应该鲜明,也就是考生应该集中论证一个核心问题,而不能思维混乱,想到哪写到哪,想到什么观点就论证什么观点。

2. 论据准确、全面、有说服力。

任何论点都需要论据来支撑。在答论述题的时候,同样要举出若干论据来证明自己的论点。这里的论据包括两个方面的内容:理论论据和材料论据。前者是你能够证明自己观点的法学理论,究竟有哪些,是什么;后者是从题目中解读和提炼出来的能够证明你的观点的证据。对于这些论据,应该做到准确、全面和有说服力。所谓准确,就是对于论据的表达要符合法学知识与一般常识,尤其是理论论据的引用,比如2006年的第四卷第七题,最好的理论论据就是信赖利益保护原则,但究竟什么是这一原则的基本内涵,一定要表达准确;所谓全面,就是思维要周全,既要有证明正面观点的论据,也要有证明反面观点的论据,既要有证明核心观点的论据,还要有围绕核心观点延伸出的次要观点的论据;所谓有说服力,就是要求考生运用的论据的确能够说明和证明某一个论点,尤其对于理论论据来说,可以用不同的理论和知识来说明某一个观点,但其中肯定会有“证明力”最强、最贴切的论据,那么考生应该尽量选用这样的论据。

3. 论证过程富有逻辑。

对于论述题来说,论证的逻辑性是最重要的。论证过程对于论点的提出、论据的运用和结论的概括都应该清楚的排列开来,并且彼此要鲜明,要能形成一个完整的逻辑链条,不能存在彼此脱节的现象,比如论点在后面没有论据的支持,论据不能很好的说明已经有的观点,等等。

4. 尽量使用法言法语、运用法律思维

司法考试的论述题不同于公务员考试的申论或其他作文类考试,最大的不同就是它要运用一定的观点和材料来考察大家的法学功底与法律思维。这里的表现在,首先要自觉法学专

门的制度术语与理论用语,而切忌通篇都是大白话,老师在阅卷的时候特别会注意考生的专业性,这将直接影响得分。比如行政法上有一些专门的术语,在答题的时候一定要自觉的运用,能不用口语化的一定不要用口语来表达,而要用专门术语,比如说“过了诉讼时间”就要用“超过起诉期限”来表达,“某具体行政行为对某人有影响”就要用“某人与某行为有法律上的利害关系”来表达。同时,对于观点的选择与论证,一定要站在法律人的思维角度来看问题,比如法与道德的适当分离,法律程序优于法律实体,妥善做出价值判断而不是回避等等。

四、答题的一般思路

司法考试的论述题在本质上属于一种作文,因此具有任何议论文(申论、议论、评价等)必须要具备的一般思路要求,同时,作为司法考试的论述题,有独立的思维与方法,又具有一般的议论文所没有的思路与要求,在本部分,我们首先从一般的层面来讨论要答好论述题在思路上有那些基本的基本要求。

从一般的写作思路与要求来看,我们应该遵循古人所讲的“起、承、转、合”文章之章法或今天所讲的“提出问题(立论)、分析分析(论证)与解决问题(结论)”这样一个基本的思路。

1. 立论

所谓“提出问题”,也就是立论或古人写文章讲究的“起”(“起意”)。不论是材料分析型题还是理论阐述型题,都必须在提出所要论的核心观点与重要论点,以作为全文展开的线索。但根据题型的不同,又可以有不同的要求:

(1) 材料分析型题如何立论?

材料分析型题必须在文章第一段提出两个问题:一个是事实问题,一个是法律理论问题。材料型题目由于是在一个广阔的社会空间中来展示法律问题,所以考生首先要提出与总结出事实争议问题:即究竟在这个材料中存在一个什么实质争议的事实,它的基本情节与争议的焦点是什么。我们可以下面这个题目作为一个分析对象:

例题一:

为了解决刑事量刑工作中人为因素较多造成的量刑失衡问题,近日山东淄博某法院创造性地开发了一套《规范量刑软件管理系统》。法官在审判刑事案件时,只需将被告的犯罪情节输入电脑,并轻点鼠标,电脑就会根据相关法律条文,对该被告进行适当量刑,电脑量刑结果将作为法院判决的重要依据。该院刑事庭庭长王红梅。王红梅接受专访时,带了一台能电脑量刑的电脑来,并当众向大家作了电脑是怎么量刑的演示。她表示,这是一个量刑规范化软件系统。王红梅以一个故意伤害的案子为例,首先进行选择罪名,是故意伤害。接着点击一下犯罪事实,本案被告人将被害人打致轻伤,选择轻伤,然后出现基准刑是6个月,有期徒刑6个月。在本案中,被告人主动赔偿被害人的经济损失80%,这样选择80%,从软件系统出现,因为赔偿了可以浮动基础刑16%,本案还有一个情节,被告人是累犯,刑满释放以后,两年之内又出现犯罪,根据法律规定,应该从重处罚,这样又出现了一个浮动,上浮25%。“在基准刑上浮25%,这样计算出刑期,量化刑是有期徒刑7个月”,王红梅说。

问题:针对这一现象,运用法学基本理论和相关社会知识,对此进行评论。

这是一个给材料、并要围绕材料进行分析的题目。我们可以围绕“争议事实究竟是什么”与“涉及的理论争议是什么”两个方面来提出问题:第一,这是一个涉及到法院审判技术改革

的材料;第二,材料的主要观点是电脑量刑能在公正和效率两方面提升现有的水平。从而将第一段概述为:

据前一段新闻报道,2003年,淄博市法院系统启动了刑事量刑数字化管理制度。法官在审判刑事案件时,只需将被告的犯罪情节输入电脑,并轻点鼠标,电脑就会根据相关法律条文,对该被告进行适当量刑。电脑量刑结果将作为法院判决的重要依据。在这样法律技术革命中,我们分明看到了一个由芯片与金属组成的“正义女神”:她高度的理性,绝对的中立,在她的面前,不管是长为布衣,还是贵为公卿,通过“输入——确认”的技术,都能给出正义的裁决。在电脑裁判中,似乎已经实现了那个古老的判断:人是感情的动物,而法律恰好是免除了一切情欲的理性。

(2) 理论阐发型题如何立论?

理论阐述型题的特点在于并不给出一个具体的社会事实作为材料,考生依据材料来分析问题;而是直接给出抽象的法学命题,需要考生运用基本理论来阐述这个命题的含义、特征、作用、中国语境中的状况等等,应该说这是一种更高层次的题目了,对于考生的理论水平要求很高。那么,在第一段进行立论的时候,这类题的立论有几个关键工作:

第一、基本概念解释。如果这样一个理论型题目中有一些重要的概念,就需要对它们的内涵进行阐发甚至比较;比如2005年考到的“判例、案例与司法解释”,三个概念都需要解释与比较,然后才是评价的工作;

第二、理论背景或理论基础阐述。任何一个理论命题都会依赖一些更为基础的背景或基础,比如2006年考到的“法无明文规定不为最罪”这一命题,其理论基础就在于人权的国家保护与法的安定性原则两个理论基础;

我们以2005年的真题为例,将立论部分概述为第一段的内容:

判例是英美法系国家具有约束力的正式法律渊源。它的效力体现为遵循先例原则,即告戒法院的判决对下级法院处理同类案件有约束力;同一法院的判决对以后的同类案件具有约束力。案例在我国语境中更多指一类具有指导性的案件,而司法解释则是我国成文法体制下具有弥补成文法局限、促进法律发展的重要法律技术手段。三者之间在法律地位、作用上有明显不同,但在功能上可以互相借鉴与促进。

2. 论证

论证,也就是“分析问题”,承接论点而深入展开,这里的展开是有逻辑、有线索、有层次的,并且要做到理论和逻辑的统一。是文章的主体部分。

从逻辑关系上看,无论是材料分析型题还是理论阐述型题,都可以将论证过程总结为这样几种类型:

第一、并列式 也就是在总论点提出后提出并列的几个分论点,然后围绕它们展开论述。这里要注意的是,分论点以两个到三个为合适,太多则文章显得枝蔓也无法都充分论述;

第二、递进式 并列式下几个论点并没有重要与次重要,由浅到深的关系,在分量上是一样的,递进式则强调几个论点之间是逐步深入、由浅入深,重要性是递增的。这也是一种重要的逻辑关系

第三、正反式 正反式的逻辑关系强调围绕总论点设置一个正面的、正确的论点,然后再设置一个反面的、具有危害性与错误性的论点,以此来反证论点的正确。

对于理论型题目来说,论证部分在内容上应该侧重论证理论命题的内容、特征与适用的问题;对于材料分析型题来说,在内容上论证则应该将重点放在对事实中的争议问题进行法律判断与法律分析上面。

3. 结论

结论部分往往是文章总结的地方,十分醒目与重要,应该注意如下几个关键点:

第一、关注问题的实践。理论型的题目要注意对这一理论命题的中国实践作出分析与评价;材料分析题则要注意提出解决某一个具体生活事实问题的对策与措施,并提出具体的方案。

第二、关注观点的全面。在结尾部分需要对各种观点,包括错误的观点有一个全面的总结与梳理,切忌太武断与绝对;

第三、关注立论的呼应。对于立论部分确立起来的论点,在结论部分应该进一步的总结与回应。表明整个文章的结构与思路是完整的。

从立论到结论,我们建议考生分五段或六段来完成,无论是什么题型的考题,这应该成为一个总的套路:

第一步:总结事实与法律争议/解释概念与理论背景(立论)

第二步:展开分析论点,有三种逻辑关系可以选择(论证)

第三步:提出对策性或实践性方案,总结各种论点并呼应立论。(结论)

我们上面举过的题目为例,提供一个全面的文章给大家参考:

例一 材料分析型题(见例题一)

据前一段新闻报道,2003年,淄博市法院系统启动了刑事量刑数字化管理制度。法官在审判刑事案件时,只需将被告的犯罪情节输入电脑,并轻点鼠标,电脑就会根据相关法律条文,对该被告进行适当量刑。电脑量刑结果将作为法院判决的重要依据。在这样法律技术革命中,我们分明看到了一个由芯片与金属组成的“正义女神”:她高度的理性,绝对的中立,在她的面前,不管是长为布衣,还是贵为公卿,通过“输入——确认”的技术,都能给出正义的裁决。在电脑裁判中,似乎已经实现了那个古老的判断:人是感情的动物,而法律恰好是免除了一切情欲的理性。

[第一段:提出论点与概述事实]

那么,法律技术到底何谓?怎样的法律技术才能担当起司法正义的使命?[第二段:过渡,并引出论点]

法律技术,是法官的技术,是法官经过长时间的专业训练之后获得的关于法律理想,制度与知识的系统信息以及运用这些信息的各种能力。法律技术的核心是价值判断,而不是形式逻辑。价值判断实际上是法律人对法律事实的表态,什么是法律应该保护的,什么是法律必须反对的,而更多时候则是什么是法律应该平衡与协调的,这些都是“人”的学问,需要专门的思维训练,需要“世事洞明”的人生历练,甚至需要一种弗兰克所讲的“直觉”。真正的司法正义恰好产生于蒙眼的正义女神和赫拉克勒斯的合作之中,或者说,赫拉克勒斯其实就是正义女神的良心。而一颗良“芯”造就不了伟大的法官。[第三段:正面论述法律判断的核心]

电脑量刑在本质上成功实现了对法律刚性品德的模拟,但也在本质上失落了对法律技术的追求与担当。冰冷的机器只能模拟思维的程序,但无法复写心智,无法面对层出不穷的事实

作出妥帖的反应,无法对有限的条文进行解释与开掘,而只能按照字面意思进行判断。同时,电脑无法说理,更无法说出一些不那么明显,需要开掘的道理,而大幅省略了论证过程的司法裁判本身也就背离了正义。所以,德国法学家考夫曼要说:“只作过一次输入及程序设计的司法电脑裁判,连最坚定的实证主义者也会感到惊惧。”[第四段:反面论述材料中错误观点的危害]

回到我们自己的经验。司法改革已经成为中国社会最大的关注焦点之一。而司法改革的核心就在于实现司法正义。电脑量刑看似与司法改革没有直接联系,因为它缺乏司法改革构想与措施一贯的“宏大叙事”,它似乎无关乎理念更新,佐制更张,它不过是审判手段的更新。但司法理念也好,司法制度也罢,最终的绩效,需要通过具体,微观的技术来落实与体现,没有好的技术运用,就不可能有个案正义的实现。反过来,理念的缺失,制度的紧张又无一不影响技术的运用。之所以引入电脑量刑,一是因为避免“人情因素对司法的干扰”,二是避免“法官对相似案件量刑的不一”,这二者又突显出改革者无奈的心态:当司法独立难以获得制度性保障的情况下不得不“曲线救国”,当法官素质尚不理想的时候,不得不划出一条司法技术的“辅助线”。司法理念,制度与技术之间的微言大义可见一斑。也正是这样一些“不得不”,我们又应该对电脑量刑抱有一种同情的理解,毕竟它是我们时代司法问题,困境与努力的表达。[结论:全面总结与评价,并呼应立论]

例二 理论阐释型题

法律思维是法律人安身立命的重要方面,法律思维与一般的思维有什么不同,法律判断与道德判断有什么区别,这些都是很重要的问题,请发表你的看法。

[参考答案]

法律思维就是法律人在职业活动中运用的特定思维方式、思维工具与思维取向的总称。法律思维的重要性有如下几个方面:[立论:解释概念,提出论述的思路]

法律思维是保证法律活动专业化与职业化的关键。法律活动之所以可以成为一个固定的职业,关键点就是从业者本身有一套不同于其他职业或群体思维的方式,如果没有思维方式的专业化,则这个活动不可能根据一定的规则建立成独立的职业。[并列论证之一]

法律思维是落实法律要求,按照法律的规定正确裁判的关键。不管是成文法还是判例法国家,法律都需要经过运用而变得有效,那么在运用的过程中就是展现法律思维的独特轨迹的过程。如果没有与法律本身的要求相一致的思维方式与思维工具,则不可能按照法律的精神和要求来正确裁判。[并列论证之二]

法律思维还是法学教育、法学研究的前提。法学教育和法学研究归结到一点就是透过知识来学习特定的法律人思维方式。正是这种思维方式的独特性导致了法学知识与法律制度的独立,如此以来才有以传播法学知识为使命,以研究法律制度为核心的法学教育和法学研究的出现。[并列论证之三]

法律思维是抵抗强权和任性的前提。独立的法律思维能够在智识和体制上确保法官审判的独立和正当,如果我们没有独立的法律思维,则法治很容易成为政治强权与意志干扰的对象。[并列论证之四]

总之,法律思维具有非常重要的实践意义,是每一个法律人必须在法律实践之中不断修养与锤炼的基本思维方式,也是确保法律活动成为理性、稳定的活动的关键智力保证。[结论与总结]

我们可以把以上立论、分析与结论的基本结构概括为答题的两大模板:六段写作法

1. 理论阐述型题

第一段:基本概念与基本内容解释。如果这样一个理论型题目中有一些重要的概念,就需要对它们的内涵进行阐发甚至比较;比如2005年考到的“判例、案例与司法解释”,三个概念都需要解释与比较,然后才是评价的工作;

第二段:理论背景或理论基础阐述。任何一个理论命题都会依赖一些更为基础的背景或基础,比如2006年考到的“法无明文规定不为最罪”这一命题,其理论基础就在于人权的国家保护与法的安定性原则两个理论基础;

第三段到第五段:从理论的适用范围与对象,优点与不足,正当性与可行性等方面进行论证,在结构上可分为:

- (1) 并列式 同时提出几个分论点从不同的方面进行论证;
- (2) 递进式 几个论点由具体到抽象,由浅到深,由微观到宏观进行论述;
- (3) 正反式 先说自己主张的正面观点,然后指出与之相对的错误观点有哪些

第六段:情景评价 指出在中国该理论\制度\法律条文的现实意义与可行性。

2. 材料分析型

第一段 概括材料中的法律问题,尤其是带有争议性的法律实质是什么;

第二段 提出自己的根本论点,即对上述争议你的法律看法,要鲜明提出来;

第三段到第五段 按照三种逻辑结构展开你的论点

第六段 (1)总结和呼应第二段提出的论点;(2)全面评价材料中的观点与意见,有优点要肯定,有缺点也要指出;(3)提出对策性意见。

五、复习与解答论述题的要求与技巧

1. 加强各个法律学科的基础理论学习。

论述题不同于选择题,其不追求知识的确定性,而追求知识的批判性、反思性与开放性。因此,它的主要对象是对基础理论的考察。比如重大的法律基本原则,所以考生应该在复习的过程中对于那些基础理论在理解的基础上能够运用,最重要的是形成自己的心得。

2. 关注理论热点与学人文章。

这几年的论述题虽然不是直接考某个学者的观点或著述,但无疑在关注理论热点问题。比如2005年的第八题,就是在关注与回应《最高人民法院第一个五年改革纲要》中的“案件指导制度”,而这一制度在学术界一直是讨论热点;又如2006年第六题,实际上学术界对于法官在司法裁判中的法律方法与法律思维,以及对法律渊源的准确判断,也在近几年成为关注的焦点,因此,关注这些相关文章与著述,理解并体会其中的论点与论证思路,对于快速提高论述题的答题水平有非常好的效果。

3. 关注典型案例与社会争议事件

虽然司法考试论述题不会直接针对当年的某个热点事件或更早几年的热点事件来命题,但关注一些典型案件与争议事件,却可以帮助我们很好的提高分析能力。对于材料分析题来说,困扰考生的一个重要方面就是不知如何从复杂的材料中有效的提炼出有意义的信息,包括涉及到实质争议的事实情节与法律问题,更无从进一步对之进行对策分析。而关注典型案件与社会争议事件则有利于培养考生的“语感”,能够迅速找到题目中有价值的信息,在短时间内作出快速而准确的反应。

4. 在复习后阶段应该动手练笔

考生在复习的时候对于选择题进行了大量的练习,对于论述题则以阅读理论为主。此种方法需要改进。在复习的后阶段,考生需要拿出专门的时间与精力,来动笔练习,这种练习不仅仅是在一定的时间限制内进行,更重要的是要在构思之后完整的将文章写出来。

5. 在考试时候要注意提纲的写作

论述答题的时候建议考生可以先拟订提纲,这样的好处在于首先,可以对整个文章的谋篇布局心中有数,而不至于在具体写作的时候文思太散;其次,实际上可以更仔细的审题。论述题的审题工作非常重要,因为一个题目总是可以选择不同的角度、选择不同的理论来解答,在这个过程中,特别需要选择与斟酌,没有详细审题目的过程,就有离题万里、言不及意的危险,一个详细的提纲能够帮助考生对于理论根据的选择心中有数;最后、提纲还有助于提高语言的准确使用。提纲的作用是帮助清晰思维,只有思路清晰,考生在答题的时候才能用最精练与准确的语词来表达,而这对于考察考生的文字功底的论述题无疑是非常重要的。

6. 论述题的文字首先追求逻辑性与说理性,其次才是追求文采与修辞

法律考试首先要讲究说理与逻辑,这是由法律活动本身的特点决定的。论述题不需要写成美文,不需要有旁征博引,只需要恰当时候的锦上添花。首先是要将道理说通、说透,将结论建立在一个坚固的立论基础之上,有充分的论点来支撑;其次,要讲究论证过程的逻辑与清晰,论点之间的无矛盾、无抵触。