

卷四分析、论述题应试技巧指引

同前三卷的客观题不同,卷四的题目都是主观型试题,除部分的案例分析题之外,这部分试题一般没有统一的答案,主要侧重对考生的综合分析能力、文字表达能力以及法学基本理论素养的考查。很多考生都认为卷四考查的内容都是相关部门法的基本知识,因而没有必要对卷四的分析题进行集中复习。而且卷四相对来讲得分比较容易,但是想得高分又十分困难,所以复习不复习关系不太。其实这是一种十分错误的思想,根据相关调查的数据显示,通过司法考试的考生和未通过司法考试考生的四张试卷成绩相差最大的就是卷四。出现这种现象的原因在于前三卷试题的难度都比较大,部分题目大部分考生都难以得分,而卷四题目的难度相对来说较小,正好可以起到拉开考生之间差距的作用。由此可见,能否在卷四中获得理想的成绩,是能否顺利通过2009年司法考试的关键。下面对近几年来卷四的命题趋势进行一下分析并介绍分析题和论述题的答题技巧。

一、卷四的命题趋势分析

通过对04——08年来的卷四试题的分析,可以看到今年来该卷的试题呈现下列趋势:

1. **重者横重:**从这几年的试题来看,司法考试的论述题和简答题主要集中在对法学基础理论和行政法基本原则的考查,尤其是法的价值冲突,法律规则和法律原则的适用等成为考查的热点,这些知识点都是考生在备考的过程中应该尤为注意的。
2. **简答题继续存在:**司法考试制度确立以来,卷四涉及到的考试题型包括简答题、案例分析题、论述题和法律文书写作题。其中2007年司法考试中,首次出现简答题,2008年继续有简答题,可以预见的是,简答题会成为司法考试的常规考察题型继续存在下去。简答题可以看作是微型的论述题,也要有论点、论据和论证,但是与论述题相区别的是回答这种类型试题的要做到观点明确,言简意赅。
3. **更加侧重对基础理论的考察:**这部分的考查主要体现在论述题中,也是最能体现考生的法学功底之处。近几年来论述题中涉及到的考点主要体现在法理学和行政法的基本原则部分,主要体现在法律的价值冲突和法律原则冲突的处理上。命题者采用这样的命题方式,是为了考查考生的理论修养和将理论知识应用到实践中的能力。
4. **体现现实热点问题:**无论是08年的关于“三个至上”的考查,还是07年关于社会主义法治理念考查和分析当代诉讼案件数量不断上升的变化的试题,都是当年的热点问题,就这提醒考生在备考的过程中,也不能单纯的只记忆发条,要多关注与法学相关的现实生活中的热点问题,并能进行一定的思考,这样在考试中能有的放矢,取得理想的分数。
5. **试题更具有开放性:**这几年的论述题大都不会给出一个固定的观点,在评卷时,这种类型的试题也不会给出标准答案,只是给出一个相应的参考评分标准。比如法学理论的运用、立意观点和文字表达各占多少分。面对这样的试题,考生就要做到观点鲜明、论证有力,能够自圆其说。

另外在案例分析题中也摆脱了之前简析题的模式,出现开放性的要求学生进行全面分析的题目,下文中我们会详细介绍这种分析题的答题技巧。

总体上来讲,司法考试卷四的命题越来越趋向综合能力和理论基础的考查,考生在备考过程中要

尤其注意这两个方面。

二、案例分析题应试技巧

案例分析题是2004年司法考试中新增加的一种题型。与简答题相比,虽然都属于根据法律规定和法律原理对案例进行分析,但二者仍存在着一些重大区别。简答题,往往是给出案情后即设置几道小问题,故属于封闭性出题方式,因为设置了小问题后,答案也就基本确定下来了,考生只需要回答问题即可。但有一年出现的案例分析题,却要求考生“根据刑法规定与刑法原理,对本案进行全面分析”。显然此种出题属于开放性方式,考生只能根据法律规定和法律原理对案件进行全面的分析,这就需要具有非常好的规范分析能力。

1. 案例分析题常见失分点

- (1) 分析出现偏差,基础知识掌握不好。这点只能依靠考生的自身努力和知识的积累。
- (2) 分析不全面。对材料的分析不够全面是分析题最常见的丢分点,这与上述讲到的分析题的开放性有很大的关系。正是因为题目要求考生进行“全面的分析”而没有像简答题一样通过问题来引导,因此,更增加了分析的难度。就此问题,建议考生在落笔之前先在材料中把关键的字眼挑出,然后分析其法律关系,最后结合上下文进行答题。
- (3) 个人观点过多,法律分析不足。分析题与论述题最大的区别在于必须运用你所掌握的知识来解剖案情,而不是对案情进行评论。有的考生在答分析题的时候加入很多主观因素,甚至出现分点论述,把分析题当成了论述题来答,导致丢分。因此,建议考生在答题的时候一定要以事实为依据,以法律为准绳,不要有太多的主观臆断,所表述的内容一定都要有法律依据,基本的答题套路就是:“由于……,依据某某法律,因此……属于(或构成)……”
- (4) 过于口语化,没有法言法语。运用法律的语言来解决案件是一名高素质法律人才必备的能力之一,如果在分析案例的时候无法做到法言法语,甚至没办法做到用书面语答题,其肯定不会得高分。这种现象在非法学的考生中比较常见,因此,考生应当加强这方面的训练,勤加练习和模仿。
- (5) 不区分段落,格式过于单调。这属于卷面上的问题,但却是致命的问题,因为阅卷老师对于黑压压一片的文章是肯定不会逐字逐句地阅读的,就算你写得再好,分析得再准确,也无法引起老师的注意。而且最好是在段落的开头部分由总结性的语言,起到提纲挈领的作用,也可以使阅卷老师一目了然。

2. 案例分析题的复习思路

在复习分析题时,掌握相关知识点是前提,所以建议考生在八月份之后再复习此类型的习题。在复习过程中,所作的每一个题目时应坚持独立思考,亲自动手用笔写出答案来,而后再对照“参考答案”部分,看一看自己成功在何处,错误在何处,不明白的地方可参考答案部分的解释。这里要强调的是,在平时练习中,一定要亲自动笔写出答案,而非在头脑中一形成抽象、模糊的大致答案后即急于翻看正确答案。否则很容易形成眼高手低的毛病,而且如果不亲自动笔书写,也很难暴露自己的问题。

3. 案例分析题的答题技巧

有许多考生在实际考试中面对这种案例分析题缺乏自信,觉得无从下手,答题时往往感到一片茫然,不着边际,最后只能毫无逻辑、信马由缰地乱写,因此低分的结果在所难免。其实,分析题并非如许多考生想象或认为的那样可怕,只要抓住复习与应试的规律,就非常容易作答,甚至成为你最易得分的一种题型。

4. 从应试规律来看,作答分析题可从以下几个方面着手:

- (1) 首先确定本题考的是哪一个部门法的内容,这是较容易判断的事情。
- (2) 其次确定考查的是哪一个或哪几个法律制度。确定了部门法之后,思考的范围就大大地缩小了。如在民法法试题中,考查管辖、当事人、诉讼程序往往是家常便饭。
- (3) 确定了是哪个法律制度后不要直接答题,先回顾该法律制度涉及到的知识点有哪些。这样可以有效地避免遗漏。
- (4) 对照题目中所给出的案情叙述,寻找关键信息,与上述回顾到的知识点一一对应。
- (5) 在对案情进行法律定性、法律后果分析之后,落笔作答。对于考生而言,最困难的地方在于判断案件所反映的各种法律关系、行为的定性、法律后果等,因此,如果能用图表方式、按照时间顺序对复杂的案件情况进行梳理,将是一种非常有效的答题方法。

三、论述题的应试技巧

论述题自2003年“入主”司考以来,一直被认为是考查考生综合法律知识的最重要题型。由于论述题其本身具有综合性强、学科跨度大等特点,在备考的时候考生往往不知道如何下手,从而在复习的时候把论述题摆在与法律文书几乎同等的地位上,也只是利用少量而零碎的时间去关注论述题,或者甚至不复习而完全依靠自身的法学功底和文字功底答题。

其实解答论述题也是有一定的规律可循的,本书希望能使各位考生在最短的时间内掌握这些技巧,用最短的篇幅为考生提供最有用的参考。

1. 论述题的出题特点

要想掌握一种类型题的解题方法,就先要了解这种题目的出题特点。司法考试论述题的出题特点包括两方面含义,一是出题材料的选择,二是出题角度的设置。从历年司法考试论述题真题来看,司法考试论述题的出题有以下特点:

- (1) 司法考试论述题出题的材料有一个重要特点即:在案件背后存在着广泛争议。这种争议又具体包括两种:

第一种是法律实践中所产生的争议和冲突,但这种争议和冲突背后其实又涉及更深层次的争议和冲突。以“某市治理交通秩序的新举措”为例。表面上看,该冲突或者是政府权力与公民权利之间的冲突,或者是公民权利相互之间的冲突;深一层看,其涉及的其实是“自由”与“秩序”之间的价值冲突、不同主体之间“自由”与“自由”的冲突;更深层次的看,其涉及的乃是政府的传统行为模式与法治建设所要求的政府新行为模式之间的“代沟”、法律制度与公民能否尊重法律、能否根据法律而生活之间的“代沟”。

第二种是在法学界之间对某问题产生的争议和冲突。“判例、案例与司法解释”即属于

此。法学界曾经对我国是否应当实行判例制度进行过较大范围的争论,因此,司法考试选择其作为出题材料,不仅是对此种争论的回应,而且也可以考查考生对我国独特的法律文化的了解。这是因为,学界对我国法制建设过程中一些问题的争议,往往是因为我国与其他国家(包括大陆法系国家与英美法系国家)具有不同的法律文化背景,并实行了不同的制度,因此在法律现代化过程中,对是否引进或采取其他国家先进的法律制度或法律理念存在分歧。

由此,我们可以进行如下合理推论,司法考试中的论述题材料应当具有如下特点:

- A. 材料中所反映的问题一般都要存在着一定争议。无争议的问题虽然也可能考到,但其价值显然较小。
- B. 之所以引起争议,往往是存在着价值冲突或法律文化冲突问题。价值上或法律文化上不存在冲突的问题虽然也可能考到,但其价值也显然较小。
- C. 这种价值冲突的问题,往往与我国的法律现代化和法治建设有关系。正是因为要使我们法律现代化和建设法治,而我国传统法律文化的影响却还根深蒂固,故造成了传统与现代之间的反差。当下的一些热点问题,往往与此有关。此外,包括“公法与私法划分”、“私法优位”、“权利本位”、“从身份到契约”、“市民社会与国家的分离”等一系列资本主义国家所提出的理论问题也都应当引起考生重视。

(2) 出题角度的设置

从出题角度上看,司法考试中的论述题主要包括以下几种角度:

- A. 给出一个案例,要求考生谈谈对案例所反映问题的“合法性”与“合理性”的认识;
- B. 给出一个案例,要求考生站在法律职业者的角度,设身处地地替当事人解决法律问题;
- C. 直接以论述题形式进行考查。

2. 常见失分点

- (1) 审题不准。由于论述题考查的是考生的综合知识,因此,需要考生结合考题的材料搜索大脑中所储备的相关知识点。因此考生很容易在对材料理解上产生偏差,而导致审题产生偏差。此时考生最需要做的就是先冷静下来,剖析材料中反映的各种法律关系,找出其中反映中心意思的最重要的一个或几个法律关系进行论述。例如在2004年司法考试的“喜悦家庭”商户照相服务那一题中,涉及的法律关系众多:有工商登记的行政许可关系、商户与顾客的提供照相服务的合同关系、商户和顾客对明星的侵权行为,在法理层面上还可以上升到法与道德或法与科技的关系等。其中最重要的论述点是侵权行为,在论述当中应当将侵权行为作为论述重点并最后上升到法理的高度,但有的考生却认为当年的热点是行政许可法的颁布,因而将行政许可法律关系作为论述的重点,这就明显地偏离主题。
- (2) 论述不集中,论点过于涣散。这是答论述题的大忌。论述题的字数要求在500字以上,而由于时间的原因大部分考生回答一道论述题往往不会超过1000字。在这短短的1000字内能够把一个论点逻辑而缜密地论述充分已属不易。然而有许多考生在答题时很容易忽视这一点,往往想到什么就写什么,不注重语言的前后逻辑性和连贯性,这样的答案

自然得不了高分。

- (3) 论述语言不专业。这是非法学专业考生常常会犯的错误,司法考试作为选拔高层次法律人才的考试,其主观题的回答必须体现其法律专业的特性,不要让阅卷老师觉得这只不过是一篇普通的社评,而不像是一篇法律专业人员写的文章。因此,需要考生拥有一定的法学语言表达能力。
- (4) 论述过于肤浅,理论深度不够。这是很多考生得不了高分的重要原因。经过各个科目的系统复习之后,对于论述题中所出现的具体法律问题,考生大概都可以列举出来。然而这只是论述的第一步,而且往往也不是最重要的得分点。如果要取得高分需要考生实现理论上的升华,而理论上的升华就必须将材料中的问题与理论法学(例如法理和宪法的知识)结合起来,也只有这样,考生的答题质量才可以上升一个档次。同时需要注意的是,由于阅卷老师是大批量地工作,其往往只抓住考生文章的开头和结尾,大概地看一下答题的思路,由此可见理论升华尤为重要。
- (5) 不分段,没句号。这是答题中的细节问题,但却是非常致命的地方,因为阅卷老师是在疲劳和烦躁中看你的卷子,而你的整篇文章从头到尾只有一段话或者只有一个句号,即使再有耐性的老师也不会去仔细在黑压压的文字中寻找你的论点、论据和论证。

3. 基本答题套路

以下为考生总结的答题套路并非十全十美的,可能还有些许的瑕疵和不足,但对于处在迷茫之中而迫切需要掌握答题方法的考生来说,学习以下的套路不失为一种“捷径”。需要说明的是,由于论述题出题形式的灵活性,我们无法总结出一个“万能公式”来供考生填充,即使存在这样的“公式”,我们也觉得这只会限制考生的视野和思路,因此,这里主要是通过“矛盾”分析的方法帮助考生梳理论述题的答题思路:

第一步,找出“矛盾”——材料说了什么?

良好的开端是成功的一半。由于阅卷老师要面对成千上万的试卷,如何在文章的一开始就抓住老师的眼球,对于论述题的答题来说尤为重要。论述题的出题思路就是希望考生就材料中体现出来的问题进行阐述,而这个问题必定体现为辩证法原理上的“矛盾”。一般而言,阅卷老师对于能够一下子抓住材料中的“主要矛盾”的文章都有比较好的印象分。然而如何才能找出材料中的主要矛盾,需要有一定归纳和概括能力。在这里,可以举从2003年以来的所有论述题材料中的“主要矛盾”为例:

2006年真题1:政府承诺与国家政策的矛盾,政府政策改变与行政相对人利益保护之间的矛盾。

2006年真题2:法律干涉个人自由的正当性和法律对个人自由保护的矛盾

2007年真题甲题: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。

2007年真题乙题:根据材料中给出的政府在各种情况下撤回行政许可的情形,结合行政法有关原则,谈谈自己的看法和建议。

2008年真题(二选一)1:以给定材料中的两个网上“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。

2008 年真题（二选一）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。

从上述真题的“矛盾”分析当中我们可以看出，任何一道论述题所给出的材料都有其隐含的矛盾，这需要考生去思考和发掘。当我们发掘出矛盾的双方之后，就需要对矛盾进行描述，这种描述仅仅是介绍性的描述，也就是在卷面上体现出你归纳出来的“矛盾”。这种归纳并不是上述简单 A 与 B 之间的矛盾，而需要结合题目所列的要求，通过对语言进行准确的组织，最合理地向阅卷老师揭示你所认为的材料中的“问题”。例如：08 年卷四的第 7 题，问题 1 是：“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”，根据这一要求并结合给出的材料，可以得出本题的矛盾在于法的基本价值“自由”和“秩序”的矛盾。

第二步，分析“矛盾”——体现了什么原理？该原理含义如何、理论依据何在？

在找到材料中的矛盾之后，接下来就需要对该矛盾中反映出来的法律原理进行分析。前面已经说过，在分析问题的时候一定要上升到理论的高度，因此，此时需要考生在大脑中搜索有关法理和宪法的一些基本概念、范畴和理论以及各大部门法的基本原理和原则，并把这些高度理论化的知识与材料反映的问题结合起来。具体而言，在分析的过程中应当回答下列问题：

首先，这个矛盾中反映出来的问题体现了什么样的法学理论？就以 2006 年真题 2 为例：

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。”在其后的第一个题目中要求：“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”。当看到这个题目，考生首先应当想到抽象出该法条所表现的法学理论，很明显，就是民事活动和审判实践中的法律推理适用的问题。而刑法的“法无明文规定不为罪”即为刑法的基本原则之一的“罪刑法定原则”。将矛盾的两方面所体现出来的法学理论概括出来，就完成了分析矛盾的第一步。

其次，应当对该原理或理论进行定义解释。也就是什么是民事法律的法律推理适用，以及什么是“罪刑法定”原则，这个部分的分析，将充分体现作者的法学功底。大部分考生都没有办法做到教科书般的解释，只依据自己的理解进行表述，但在回答的时候应当要注意使用法律术语，避免口语化的语句。

最后，就该原理与题目所设的语境相结合，对该“矛盾”进行更深层次的理论分析。在这个时候，需要考生通过所学过的法学知识，对矛盾的两个方面进行对比，从而发掘更深层次的理论，这也是最能体现考生理论深度的地方。

综上，对于“矛盾”的分析，我们可以概括为三个层次：“是什么”、“什么事”“为什么”。当考生回答完这三个层次的问题之后，就需要进入矛盾的解决阶段。

第三步，解决“矛盾”——如何解决问题？

在论述题的作答过程中，矛盾的解决往往需要考生对矛盾的双方进行必要的“取舍”，或者在没有办法进行“取舍”的情况下，考生也要通过设定条件的方法进行取舍，这样才有助于问题的解决，才体现论述的价值。

以 2005 年的论述题为例，题目给出的材料中的矛盾是：一方面我国是成文法的国家，而另一方面，最高院又通过发布案例来指导实践。这是一对很典型的矛盾，如何解决这个矛

盾,就需要我们进行取舍,那么取舍的结果无非有三个:(1)我国应当实行判例法,支持最高院的实践;(2)我国不该实行判例法,反对最高院的行为;(3)在某些情况(或某些领域)下,我国可以通过判例来指导司法实践,但在某些情况(或某些领域)下,我国不宜通过判例来指导司法实践。不论考生最终选择哪个角度来论证,只要能自圆其说,都有得高分的可能。但得分的关键在于论据的支撑和论证的条理。在这种情况下,考生最好用分点的方法来论证自己观点,并在结尾进行总结。

以上所总结的答题套路针对不同的情况可能需要读者进行不同的变,一方面并非回答所有的题目都要走这“三步曲”,另一方面这三个步骤也不是截然分开的,在答题的时候考生可以根据自己论证的需要进行融合和变通。

另外,在合理有效的分析的基础上,就要整理好自己的思路,把它表达在试卷上,这里还要注意语言表达的一些技巧。

首先,要注意分段。上文中已经提到不分段造成的严重后果,在这里再次提醒广大考生,一定合理分段,这样会使文章看的条理清晰。

其次,注意文章和段落的结构。文章和段落结构有很多种,但是在司法考试中,我们比较推荐总分的段落和文章结构形式,尤其是最后的理论升华部分一定要把观点写在显眼的位置,这样可以使阅卷老师清楚的看到你文章的主要论点以及各段落的主要论点,容易获得高分。

最后,要做到字迹清晰。考试的最终体现形式是考卷上的文字,所以书写一定要认真,否则之前的努力都会功亏一篑。

4. 论述题常考知识点提示

根据论述题的出题特点,我们可以对列入司法考试大纲的各学科的重要性进行大致的排列:

- (1) 法理学、宪法、行政法最为重要;
- (2) 民法、刑法、经济法次之;
- (3) 三大诉讼法(即民事诉讼法、行政诉讼法和刑事诉讼法)再次之;
- (4) 法制史、国际法、国际私法、国际经济法、法律职业道德、商法最为次要。

根据论述题的出题特点和答题特点,在复习各学科时,应当重点复习的知识点分别为:

- (1) 法理学共四章,包括法的本体、法的运行、法的演进、法与社会。这四章都非常重要,许多论述题的答案都包含在这四章中。在复习过程中,应当注意关注这四章中可能存在理论争议的内容,包括但不限于。
 - A. “法的本体”部分,如法的概念、法的本质、法的价值(尤其是法的价值冲突)、法律规则与法律原则的适用(尤其是适用法律规则审判可能导致结果严重不公因而需要适用法律原则进行审判的情形)、法的渊源(尤其是国家法与民间法发生冲突时的处理)、法的效力、法律关系(注意掌握如何对不同案件中所存在的各种法律关系进行分析)、法律责任(尤其是归责与免责)等。
 - B. “法的运行”部分,如立法(尤其是立法原则)、执法(尤其是法治社会中执法的

基本原则)、司法(尤其是法治社会中司法的基本原则)、法律解释与法律推理(尤其是运用不同法律解释方法可能产生不同结果的情形)等。在复习本部分内容时,尤其应当关注我国现实生活中所出现的存在争议的各种改革措施(如政府评选最差官员、招募讨债高手帮政府讨债、插旗卖广告筹款、监狱设立夫妻同居室、公安局进行命案招标等),并注意根据法学理论知识对各种改革措施进行分析。

- C. “法的演进”部分,如法的传统(尤其是中国法的传统)、法律文化和法律意识等。复习好本部分内容,将使考生更能理解为何现实生活中会存在各种有争议的措施,公民权利的保障为何如此困难,尤其是为何我国虽然已经有了比较完善的法律制度,但却迟迟无法建立令人满意的法律秩序。
- D. “法与社会”部分,如法与科学技术、法与政策、法与道德、法与人权等。复习本部分内容时,应当注意分析下述问题:社会本身是在不断演进、变化的,而法律相对而言往往比较滞后,因此往往会出现一些新问题(如“爱情侦探”等)在法律上难以解决或者在法律上难以给出比较好的解决方法。
- (2) 宪法与行政法的内容中,涉及国家机关的法治建设、公民基本权利的内容最为重要,许多论述题的设置都与这两部分的内容有关。复习本部分内容时,请结合法理学“法的运行”部分进行复习,并应当关注我国现实生活中所出现的存在争议的各种改革措施以及公民权利受到侵犯的各种案例。
- (3) 经济法中,涉及弱势群体的内容最为重要。所谓弱势群体,是指在双方力量对比中明显处于弱势的一方。例如消费者与经营者相比处于弱势,劳动者(包括民工)与用人单位相比处于弱势,被拆迁户与拆迁单位相比处于弱势,被拆迁单位相比处于弱势,因环境污染而受害的居民与污染企业相比处于弱势等。因此,平时应当多关注这些弱势群体的权益保护问题,并请注意复习《消费者权益保护法》、《产品质量法》、《土地管理法》、《环境保护法》等。
- (4) 三大诉讼法中,涉及如何为受害者提供法律上的救济的内容最为重要,因此,应当注意掌握我国法律制度如何为受害者提供一整套法律上的救济途径。此外,目前出现的许多有争议的各种司法改革措施,往往与人们对诉讼法的理解不同有关,因此,在掌握三大诉讼法时,还应当注意掌握三大诉讼法的基本原则等内容。