

司法考试对法理学能力的考察 PDF转换可能丢失图片或格式
，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/388/2021_2022__E5_8F_B8_E6_B3_95_E8_80_83_E8_c36_388589.htm 最近一二年，法理学的考试发生了一个关键的变化：不但仍然保持对于一般法理学知识的考察，而且还加强了对于法理学知识运用方面的考察。简单地说，在识记以外，加强了对于能力的考核，这也相应地增加了法理学在整个考试中所占的分数。那么运用法理学知识的能力体现在哪些方面呢？体现在两个方面：第一，对于一般法律现象的理论解释。法律作为一种社会现象，与人们的生活息息相关。尤其是现代社会，法律已经成为解决社会矛盾和纠纷的最主要的工具。因此法理学的首要任务就是解释这种社会实践，将这种社会实践所具有的意义呈现出来。同时，法理学作为一门关注实践的学科，学习者必须知道法律实践功能发挥的一般方式和基本原理。因此，法律在实践中的运用问题就是其中的关键。第二，恰当地解决疑难案件。虽然法理学表现为对于法律现象的理性解说，但是这个学科绝非不食人间烟火的智力游戏；因为法律本身就是一项实践性的事业，它必然与个案的决定发生某种程度的关联。然而，法理学不能随意取代部门法理论对于个案的解说，只能以部门法理论的穷尽为前提。换言之，只有在部门法无法对个案提供有效的解答时，法理学才能够发挥其功能。显然，这个学科并非为解决简单案件而存在的，只有在穷尽部门法理论之后，法理学的意义与功能才会彰显。面对着疑难案件，法理学不但会为法官的决定提供正当性的说明，而且还会为此类决定本身提供一个可供依赖的解决框架。这是

因为：其一，法官在疑难案件中的判决行为已经不存在法律规范的基础，因此如果法理学不能够为此提供正当性说明，那么法官的行为就是任意的，民众也就丧失了遵守判决的理由。其二，除了提供正当性说明之外，法理学还会为疑难案件总结出解决框架；因为“同样对待每个人”的平等原则的存在，使得其后同种类型的案件将会按照先前的办法得到解决。简言之，法理学并不决定个案中的获胜方；但是，它决定获胜方之所以胜诉的理由。法理学本身就是有关判决理由的学问。就考试而言，法理学知识的能力方面的考察，主要集中于第一个方面，这是因为第二个方面的内容虽然重要，但是难以在考试中体现出来。如果选取某个疑难案件进行考察，那么将很难给出无争议的答案。但是必须注意，此类内容可以通过简化问题的方式进行考察。例如如下试题：“甲生前立下遗嘱，将其财产遗赠给自己的同居人乙。甲去世后，乙诉甲妻要求交付财产。一二审法院均以基于同居关系的遗赠行为违反‘公序良俗’原则为由，认定遗赠行为无效并驳回乙的诉讼请求。请从法律原则、法官自由裁量等方面分析上述案例，并说明的你支持或者反对一二审法院判决的理由。”这道试题就是为了考察考生运用法理学知识解决疑难案件的能力。对于此类问题，必须首先在两个对立的立场中明确自身的位置，因为法律职业者的一个重要的使命，就是要在两个或者多个答案中选择进行选择，不能给当事人以模棱两可的态度。然后，借助相关的法理学知识论证你的立场的有效性或者说说服力。在这个案件中，法律原则就是一个非常关键的知识点。既可以从原则和规则之间的冲突入手，分析“被继承人可以通过立遗嘱的方式处理自己的财产”的规

则与“公序良俗”的原则之间的关系，进而说明你自己的立场；也可以从原则之间冲突时的性质与规则冲突不同的角度入手，说明在“意思自治”原则与“公序良俗”原则冲突时，裁判者如何选择恰当的原则作为判决的依据；必须注意，回答这种类型的考题，基本上包含以下三个步骤：第一，确立自身的立场，切记在矛盾的立场中摇摆不定。第二，运用相应的知识，说明选择相应立场的主要理由，其中的关键就是选择正确的、最具有支持的理论。这个部分是整个考察的重点，因此要想获得高的分数，必须大量掌握法理学的基础知识。第三，必须对对立的立场进行一定程度的批驳。这个批驳主要包括两个方面：其一，说明支持对立立场的主要理由；其二，说明这个理论运用的不恰当性。除了以上类型之外，考试最有可能发生的领域，就是对于某种法律现象的法理学解释这个方面。（陈景辉）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