

焦洪昌：如何应对司法考试中宪法部分主观性试题 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/50/2021\\_2022\\_\\_E7\\_84\\_A6\\_E6\\_B4\\_AA\\_E6\\_98\\_8C\\_EF\\_c36\\_50355.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/50/2021_2022__E7_84_A6_E6_B4_AA_E6_98_8C_EF_c36_50355.htm)

如何应对司法考试中宪法部分主观性试题[焦洪昌] 无论在过去律师资格考试中，还是在国家统一司法考试的辅导中，经常有人问到宪法考试中遇到的问题。有些进行了口头答复，有些采取了网上复函，有些进行了课堂讲解。现在，我将相关问题进行整理，谈谈自己的看法。

一、今年司法考试，宪法部分有什么变化？应该说，近几年来，在综合考试中，宪法部分是变化最小的。大纲几乎没变过，司法部推荐教材也大体保持了原貌，考试题型、分值也基本维持了原来的情形。当然，从今年考试大纲及举例来看，也有一个潜在的变化，即宪法内容出现在了第四张试卷中。这意味着司法考试从重知识、重实践向重基本理论方向转化。这一不经意的变革，无论对命题者，还是对广大考生来说，都会产生一个革命性的位移。它标示着，宪法的基本理论、基本概念将在司法考试中占有一定比例。而主观题的复习与选择题等客观题相较，无疑增加了复习的难度。它不仅要求熟记法条，还要求考生具备法律推理、法律论证、法律逻辑、法律语言的能力，并以此为工具分析，阐释现实法律问题。

二、如何准备主观性试题？自2003年全国统一司法考试出现主观题后，考生如何备考这种题型就成了公共话题。一般而言，命题者将主观题引入司法考试，是其大胆创新的表现。由于只考过一次，故很难总结出规律性的东西。然而，就一般情形观察，司法考试与国家的政治生活、社会的现实情况总有着密切联系，它还没有达到对法律

进行哲学探讨、实证研究、规范分析的地步。可以推论，主观题基本上锁定在以案说法、以事论法的层面。当然，由于社会现象的复杂多样性，它并不截然地分类为宪法问题、行政法问题或法理问题，因此，将法理、宪法、行政法等问题加以综合，就是不可避免的。这就要求考生对当下中国政治、经济、文化和社会生活中的问题，能够用所学的法学基本理论进行观察、分析，提出问题，并能加以解释，培养法律人独有的问题意识。

三、能否举例说明如何回答主观题? 2003年来，河南洛阳中院法官李慧娟审理了一宗“种子案”。该案中，甲公司委托乙公司培育种子，双方约定了数量、质量、价款、交货时间等。乙公司培养完种子后，没有依约将良种卖给甲公司，而是高价卖向市场，给甲公司造成了经济损失。甲公司依法将乙公司告到法院。李慧娟法官作为本案的审判长，在确定乙公司的赔偿基准时，遇到了法律难题，依据河南人大常委会制定的种子条例，乙公司应依国家指导价，赔偿甲公司经济损失7万元；依据全国人大常委会制定的种子法，乙公司依市场自由价，赔偿甲公司经济损失约70万元。最后，李法官以河南人大常委会制定的种子条例与全国人大常委会制定的种子法不一致，下位法自然无效为由，判决乙公司赔偿甲公司经济损失70万元。

问题，你如何评价李慧娟法官的行为? 首先，李慧娟法官的法律推理是正确的。司法机关审判案件的过程实质上包括两个阶段，即查清案件事实的过程和适用法律的过程。法律事实的查清需要依据法定程序，法官根据专业知识，站在中立的立场，亲耳听到、亲眼看到当事人提供的证据，形成内心确信，采信经证据证明的事实。法律的适用需要法官在现实有效的法律规范中，寻找

到适合本案的法律规范。当有唯一的法律规范适用本案时，法官自可不费周折，直接适用相应规范，裁判案件。当有两个以上（包括两个）法律规范适用本案时，法官要对适用的法律规范进行审查，运用法律规范的适用规则，最终确定适用本案中的准据法。本案中，李法官通过搜寻，查到了适用本案的两个法律规范。根据法律推理的规则（下位法与上位法不一致时，适用效力更高的上位法），寻找到了适用本案的有效法律规范，即全国人大常委会的种子法，综观李法官的推理过程，是符合法律规范统一原则的。其次，李慧娟法官的判决宣告是有疑问的。本案的争点在于，作为河南省人大常委会制定的地方性法规种子条例与全国人大常委会制定的国家种子法不一致后，法官是否有权宣告下位法自然无效。按照我国的宪政体制，中国是按照民主集中制为原则建立的人民代表大会制。与西方国家按三权分立原则组建的国家政权不同，中国的国家政权并非在水平方向上划分国家立法权、行政权、司法权，实行三权之间的均质化又互相制衡。中国的行政机关、审判机关、检察机关由人民代表大会产生，向其负责，受其监督。然而，中国的政府两院不能反过来制约国家权力机关。本案中，李慧娟法官在法律推理的基础上，可以直接适用全国人大常委会制定的种子法，却不能宣告地方性法规无效，从而挑战地方国家权力机关的权威。也许有人为李法官辩护，认为她在维护国家法制的统一和尊严，甚至最终会导致违反上位法的地方性法规被撤销或立法机关自行更改，但就实证法而言，它必定与中国当下的人大制度存在抵触。人大制度是一回事，人大制度完善是另一回事。最后，李慧娟法官的正确做法，也许应该停止案件的审

判，将此案逐级报最高法院，由最高法院提请全国人大常委会审查该地方立法是否合法，由最高权力机关处理法规之间的冲突问题。因为我国立法法规定，最高法院有权向全国人大常委会提出法规审查的建议。当然，依据立法法的实体规定，李慧娟法官也可以个人的名义向全国人大常委会提出法规审查的建议，由常委会的相关工作机关决定是否启动审查程序。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](http://www.100test.com)