

钟凯：再谈2006年国家司法考试论述题 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/54/2021_2022__E9_92_9F_E5_87_AF_EF_BC_9A_E5_c36_54133.htm 在过去的一个月里

，2006年国家司法考试的举行是法律界的一件大事。与往年相比，今年试题的出题思路和风格有了一些变化，也许是要为将来阶段性考试改革做一些尝试性的探索，可以看出，今年的题路加大了理论性和法律思维能力的考察，但对于法律学科来说，毕竟客观题考察模式存在难以克服的局限性，让其承担无法胜任的任务弄不好就会画虎不成反类犬，从现在考生反馈的信息看，网络上早已骂成一片。前三卷的题目出得成功与否暂不予评论，由于当前司法考试的命题改革主要集中在第四卷，而第四卷的改革又主要集中在主观题，本文将着重讨论卷四的分数巨无霸最后一道论述题。该题题干如下：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。”请：1．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；2．从法的渊源的角度分析该条规定的涵义及效力根据；3．从法律解释与法律推理的角度分析该条规定在法律适用上的价值与条件。其实，司法考试结束刚一结束，北京万国学校副校长邹建章先生就在其博客上发布了题为《亮点与暗点并存的主观题命题》的评述文章，文章对今年考试最后一道论述题作出了特别评析。邹先生认为：该题不符合司法考试选拔实务性人才的考试性质，因为这是一道纯理论的命题，它更适宜作为硕士或者考博士这样的选拔法学理论人才的考试试题；该题也不符合大纲的要求

，该题给出的素材是一个外国民法的规定，像类似这些的考点，每一个认真严格按照大纲复习的考生都是不可能熟悉的，更不要说答的漂亮了（有特别兴趣和爱好的除外）。针对这些观点，我也曾经写过一篇商榷文章，认为题干表面上看似乎超出了大纲所给出的知识范围，但实际上题干只不过是一个引子，其设问分别给出了三个答题角度，考生可选择任一角度作答，甚至可以自行选择其他角度，这实际上考察的是考生基本法学素养和综合运用法学知识的能力。以第一个角度为例，考生只需运用基本的法理知识并结合外国法制史，如按照公法、私法的基本区分，就能解释该规定与“法无明文规定不为罪”的差别，而古典自然法以及社会契约论的观点均可作为这种差别的理论基础。总而言之，运用基本的法学知识，是可以拼凑一份满意答卷的。对于该题是否符合司法考试性质？我认为，尽管它在一定程度上可以考察考生综合运用法理等知识的能力，但是毕竟这种论述题检测的客体仍然是“知识点”，而不是考察法律思维本身。如此测试，虽有助于提高学生理论程度，加深其概念理解，但其逻辑思考问题、处理问题的能力却难以完全体现。然而，承认这类题目的局限性，却不能否认它在现阶段出现的合理性。一个合格的法学从业者，其具备的基本能力包括：完备的法律知识（现行法律体系、基本法律内容、各种救济程序等）、具备一定的法学人文素养、出色的法律思维和处理实际问题的能力。第三种能力应该是法律人能力的核心，而前两种则为辅助性手段。过往考察重点，均倾向于知识体系检测，以致许多“用功”的考生背背法条、做做真题便通过了考试。这种检测方法，显然忽略了第二、三种能力的考察，其缺陷

一目了然。最近几年司法考试加大了理论考察力度，无非是力图弥补第二种能力考察之缺陷，然对于第三种能力考察却仍未得彻底解决。从某种意义上说，出现纯理论考察试题，尽管不符合司法考试改革的长远趋势，但在目前来讲，却是一个弥补过往缺陷的一个矫正手段，从发展过程来看是一个值得称道的进步。在现实上，也能一定程度缓解法学教育与司法考试脱节的矛盾，促进二者的良性互动。上述观点在我博客上发布后，如我所预料那样，许多质疑的声音纷至沓来。总的来说，这些质疑有一个共同之处，那就是将所谓的法学素养等同于理论研究。其实，提高法学素养与搞理论研究并不是一回事。法学素养只是法律人综合素质的一个基础部分，打个比方说，有人小时候爱读唐诗宋词，这对他将来学中文是很有帮助的，有的人小时候爱问问题，爱动手拆一些小电器，如果他日后选择搞实验物理，那些好习惯就可转化为潜力和素质。在英美等国家，对律师的要求或许与实行统一司法考试制度的大陆法国家不尽相同（但高起点恐怕是共同的，例如美国取得律师资格的前提是，经过后本科阶段的正规法学教育并取得法学学位），那里培养的法律人更加注重实务的运用技巧，而法官与律师的不同评价体系也体现了他们在律师发展路径上与大陆法国家尤其是我国的异同。在美国，律师职业的顶峰往往是被任命为法官，他们的许多法官同时也是大法学家，这说明了法学素养在这些国家的法律人职业发展所起到的重要作用，而且，在我国司法官员整体素质相对较低的情况下，加大司法考试中的理论考察力度无疑更是明智之举。尽管很难说法官们的理论素质提高了，司法公正问题就彻底解决了，但是当法官们少了一些痞

子气，多了一些书生气，至少可以让今天参加考试的“准律师”们日后再也不必担心遭遇他们前辈所经常体会的“秀才遇到兵”的尴尬。当然，仅有法律知识和法学素养的考察，仍不足以满足选拔法律职业人才的需要，法律思维才是法律人所要具备的核心能力。要进一步完善司法考试制度，只有期待日后的阶段性考试改革方能彻底解决。 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