

国家司法考试 No.3

专题讲座 系列

2014 第3版 国家司法考试
**理论法学·行政法学·
司法制度46讲**

第12版

人民法院出版社

连续九年『全国优秀畅销书』光荣传承
十二年修订更新完善 名师团队倾尽心血扛鼎之作
司法公认经典原创教材 百万考生通关不二之选
王 锴 林鸿潮 邱振启 / 编著
众合教育 / 出品

2014 年 版

★★★★★ 十星级优秀畅销书



2014 国家司法考试

理论法学·行政法学 司法制度46讲

第12版

众合教育出品 王 锴 林鸿潮 邱振启



人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

理论法学·行政法学·司法制度 46 讲/王锴、林鸿潮、邱振启编著.

—北京: 人民法院出版社, 2014. 3

(国家司法考试专题讲座)

ISBN 978-7-5109-0900-9

I. ①理… II. ①王… ②林… ③邱… III. 法的理论—中国—法律工作者—
资格考试—自学参考资料②行政法学—中国—法律工作者—资格考试—

自学参考资料③司法制度—中国—法律工作者—资格考核—自学参考资料 IV. ①D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 026180 号

理论法学·行政法学·司法制度 46 讲

王 锴 林鸿潮 邱振启 编著

责任编辑: 林志农 张钧艳 孟 晋 李安尼 朱鹏伟

出版发行: 人民法院出版社

地 址: 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)

电 话: (010) 67550572 (责任编辑) 67550558 (发行部查询)

65223677 (读者服务部)

网 址: <http://www.courtbook.com.cn>

E - mail: courtpress@sohu.com

印 刷: 保定彩虹印刷有限公司

经 销: 新华书店

开 本: 787 × 1092 毫米 1/16

字 数: 752 千字

印 张: 32.5

版 次: 2014 年 3 月第 1 版 2014 年 3 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 978-7-5109-0900-9

定 价: 78.00 元



郑 重 声 明

本书作者对本书享有完整的著作权，禁止任何不法侵犯。未经本书作者许可，任何人不得以任何形式复制、发行、转载、摘编等，否则，作者将通过法律手段追究侵权者的法律责任，并将侵权救济事宜进行到底。有关打击盗版合作事宜及举报事宜请致电：

010-67550621

010-67550537

010-67550554

我们将对提供有效侵权线索者给予奖励！

本书全体作者



作者致读者：

本丛书的读者，是一个特殊群体，已经是或正在努力成为法律职业共同体中的一员，是法治事业的建设者，是法治社会的中坚分子，更是法治理念的信仰者。

职业的光荣与梦想，要求每一个人珍视职业荣誉。尊重知识产权，义不容辞。

勿以恶小而为之。拒绝盗版，从自我做起！

对盗版行为，法院社将严惩到底，绝不姑息！

自2001年以来，人民法院出版社为推出高品质的司法考试图书，从市场调研、选题论证到策划组稿、撰写创作，从编辑加工、版式设计到印刷装订、宣传发行，在每一个环节中，作者、编辑、出版与发行人员都是殚精竭虑、全身心地投入，相继推出了国内司考图书市场享有盛誉的《国家司法考试专题讲座系列》和《真题解读五卷本系列》等十多个系列图书。这些凝结着作者与出版社工作人员的智力和心血、承载着出版社巨大投入的精品图书，本应给著作权人和出版社带来应有的回报，然而，各地不法分子公然将窃印、劣质的盗版图书通过各种渠道疯狂售卖以谋取非法利益，使得著作权人和出版人投入愈大而收益愈薄，智力创新越多而受侵犯愈盛。据市场调查，盗版图书占据司考书的市场份额高达70%~80%，出版社与作者不但蒙受巨大经济损失，最严重的是，考生强烈反映，由于盗版图书印刷质量极差，答案准确率极低而差错率极高，漏印缺页严重，对读者权益造成极大损害，直接影响考生复习备考。

对于上述侵犯知识产权的盗版行为，人民法院出版社将严惩到底，绝不姑息！

2008~2013年间，我社在全国十余省（市）开展大规模打击盗版行动，已有一批盗版书商和侵权网站或被吊销营业执照、没收违法所得，或被查封并赔偿经济损失，多家盗版书商因情节严重，触犯刑法而被求刑。仅山东省一地人民法院出版社就将40余家销售盗版司考书的书店诉至法院。2011年，

我社通过向公安机关举报，查封了河南某地盗印专题讲座系列图书的大型印刷厂和提供非法下载的“九天考资”等一批考资网站，2012年，我社通过淘宝网知识产权保护平台取缔了上千家网络盗版图书经销商的网店，打击了不法侵权行为，保护了著作权人的权益。2013年，我们又联合多家出版社在上海、山东、云南等多地捣毁盗印图书窝点十余家。

2014年，人民法院出版社将继续与全国“扫黄打非”办合作，利用先进的数码防伪和短信举报系统，组织专门的打击盗版团队，在全国范围内委托各地专业调查机构与律师事务所协同工商、公安等行政执法部门联合打击盗版，重点加大对上游盗版图书生产商、非法网售与下载网站和高校盗版图书销售商的打击力度，坚决维护著作权人权益。同时，我们为购买正版《国家司法考试专题讲座系列》和《重点法条解读》的读者提供价值上千元的网络课件和考前模拟金题。

在此，人民法院出版社和本丛书全体作者特郑重声明：

一、本丛书作者对本丛书享有完整的著作权，禁止任何人不法侵犯。未经本丛书作者许可，任何人不得以任何形式复制、转载、摘编。否则，作者将通过法律手段追究侵权者的法律责任。

二、敬请广大读者、考生和社会各界积极举报盗版信息。出版社将对举报人个人信息予以保密，凡向出版社举报重大盗版案件，经执法部门查办属实的，出版社将对举报人予以重奖；也欢迎各地从事打击盗版代理的机构与我们联系，商谈合作打击盗版事宜，我们将有偿委托这些机构从事地区性打击盗版及追偿事宜。

盗版举报方式

○ 短信举报：编辑短信“JB，图书名称，出版社，购买地点”发送至10669588128

○ 人民法院出版社盗版举报电话：010-67550537 67550554

○ 国家版权局反盗版举报中心电话：12390

常识，及其获取的路径^②

常识屡被提及

新年伊始，苏州大学的周永坤教授在微博中转了这样一则案例，文字如下：

甲子因车祸死亡，获赔30万元。某乙声称孩子是他的，求分金，告之法院。法院受理并同意作亲子鉴定，结果真是乙子。法官将10万元判给某乙，20万元判给某甲妻子。某甲一无所获。

微博内有很多评论，周老师自己的评论是：“我发现赞成此判的人中有法律人，只有叹息！”我们在这里谨慎的假设，如果此案是真实的，那么周老师叹息的大概是网上部分人的人伦认知上的常识缺乏，由于多少还涉及到法律专业知识，所以尤其感慨部分法律人的法律常识之严重缺乏。

2013年10月7日，@海波律师的微博披露了一份案例判决部分截图。

“综上，李某的上诉请求理由不能成立，本院不予支持。原审法院认定事实不清，适用法律错误，但处理结果正确，予以维持。”

此判不知是真是假，仅从截图的信息我们无从求证，但截图确实引来吐槽无数，@高杉峻颇费精力地加以集中整理，并制作了认真专业讨论的长微博。虽然专业上涉及《民事诉讼法》第170条第1款第(1)~(2)项如何解释、适用的问题，但这种漠视正当程序的做法还是突破了很多人的常识底线。

如诸君留意一下身边，被指为违反常识的涉法事件，或许真不在少数：

① 为节省篇幅减少页码，本书的第十二版只列第十二版的序言。前十一版的序言，题目分别是：《期待国家统一司法考试的再完善》（2013年，第十一版）；《众合三年：为法治而努力》（2012年，第十版）；《众合为什么：我们的法学教育观（下）》（2011年，第九版）；《众合为什么：我们的法学教育观（上）》（2010年，第八版）；《再认真一些》（2009年，第七版）；《与读者的愉快聊天》（2008年，第六版）；《做法律的传播者》（2007年，第五版）；《激情传道法治信仰》（2006年，第四版）；《投身法学》（2005年，第三版）；《法学教育的责任》（2004年，第二版）；《写一本好书》（2003年，首版）。有兴趣的读者可以到众合教育官网：www.zhongheedu.com的图书频道阅读，也可以联系笔者的新浪微博索取：@民法李建伟，<http://weibo.com/u/1924585171>。

② 本序，本为2010年版本所作，但阴差阳错一直没有发表。今天觉得仍有发表之必要，就如梁文道所言：“我们写时评的人最大的追求希望自己的东西过时，希望自己的东西应该是明年就没有用了，因为你当时写的那种事情已经不存在或者不会发生，你批评的某种不好的东西不会重来。问题是我总觉得怎么有些东西老来啊，老出现啊，让人非常非常地难过了。”笔者在时隔4年多后想得明白了，既然是常识，在常识缺失的当下，自然需要日日讲、年年讲的，这本不奇怪，故稍作修改后，用作2014年版本的序言。作为本书序言发表时有所删节，全版可以到众合教育官网：www.zhongheedu.com的图书频道阅读，也可以联系笔者的新浪微博索取：@民法李建伟，<http://weibo.com/u/1924585171>。



2014

国家司法考试专题讲座系列③
理论法学·行政法学·司法制度46讲

【谤韩案】发生在1976年台湾地区，被告郭寿华撰文认为韩愈“曾在潮州染风流病，以致体力过度消耗”。原告韩思道（韩愈第39代直系血亲）以“孝思忆念”为由提起了“名誉毁损”之诉，最终得到法院支持。^①

此类案，民法学者以为涉及死者人格利益保护期限之专业问题，笔者以为从普通民众视角来看，不如说是一个常识之判断问题。当年“谤韩案”原告胜诉后，被台湾地区的民众普遍指为新“文字狱”。

【“常回家看看”立法案】2013年修订《老年人权益保障法》第17条明确规定：“与老年人分开居住的赡养人，应当经常看望或者问候老年人。”被人们称为“常回家看看”这一条款入法的妥当性，引发了各界广泛的争议式讨论。

老妈老爸之亲情乃最珍贵的感情。立法倡导家庭成员应当满足老年人的精神需求，不得忽视、冷落老年人。立意美好而无可厚非，但作为强制性法律规范之正式入法妥当与否，则属于另外一个问题了。星野英一曾专门解释为何《日本民法典》不将“爱”纳入民法典：假设有了“夫妇应相爱”“父母应爱子女”这样的规定，如果有违反该规定的人，民法会怎么样呢？曾有过因夫妇一方离家出走不回家、另一方起诉要求下达“同居”判决的事件，原告倒是顺利地得到了判决，于是要求强制履行，但是法院没有同意。^② 星野英一对此分析原因认为，强制执行方法有三：一是执行官对人身直接加以强制以实现判决的内容；二是由义务之外的第三人代替实施；三是规定被执行人履行义务的时间，逾期则由法院发出损害赔偿命令。很显然这三种办法都无法适用在本判决的履行上，此等包含性爱即 eros 之爱只能通过自由意思履行。^③ 对照星野先生的这一番分析，不管其立法本意多么美好，“常回家看看”条款之入法妥当性，确实可以再进行商榷。

笔者注意到，为世人所讥的普遍缺失常识的社会现象种种，似乎常与法律沾边。比如十几年前一群小偷嫌犯被集体捆绑，在万人聚集的场合下被公开宣判；或者一些涉嫌违法的未成年人、女性被媒体无遮拦的曝光。这里不仅是传统中国“温良恭俭让”缺位的问题，而是涉及考验着我们的知识结构、道德意识与法律素养的当代文明社会的一些常识：抓了一个嫌疑犯怎么就这么打？一个女人可以被无尊严地如此示众？类似的场合下，不仅普罗大众，就是读书人甚至很优秀的法律人都不免有一个明显倾向——仇恨，缺少宽恕，缺少妥协，缺少“温良恭俭让”，更多是基于或主流的或是某一种处于强势地位的势力的一种对抗，这种高强度的硬性对抗，缺少建设性。

① 参见杨仁寿：《法学方法论》，中国政法大学出版社1999年版，第3~4页。无独有偶，2010年发生“谤孔案”：影片《孔子》因“子见南子”情节引争议，孔健（孔子第75代直系孙）发表致导演及剧组的公开信，称该情节明显不符史实，有损圣人形象，并提出删减有关内容的要求。参见孔健：《“子见南子”感情戏是对孔子大不敬——我致胡玫及〈孔子〉剧组的正式声明》，参见 <http://blog.sina.com.cn/s/blog-609ba6b10100gt7o.html>。

② 日本大审院昭和5年9月30日判决，载《日本大审院民事判例集》第9卷，第926页。

③ 参见〔日〕星野英一：《民法劝学》，张立艳译，北京大学出版社2006年版，第115~118页。



什么是常识

常识一词，吾人常用，且皆知其意，盖指普通的、一般的知识。英文对应的“general (elementary, common) knowledge”或者“common sense”，亦指此意。^①如夏丏尊、叶圣陶先生在《文心》五写道：“诗之外还有词，词原可以不读，如果为求常识起见，想读，也好，就读《白香词谱》吧。”孙中山先生在《建国方略》三谓：“凡欲固结吾国之人心，纠合吾国之民力者，不可不熟习此书。”^②而遍传之于国人，使成为一普通之常识。”都在上述含义上使用之。但现今一提到常识，或许更多指向对学生说“好好学习，考个好成绩，争取上个好大学”，或者如在QQ空间、博客里看到的厨房除油小常识（生活小技巧）之类，或者不知凡几的人写的一些诸如“你应该知道的职场/官场常识10条”之类的东西。对于后者，不知道是我们这个社会所特有的，还是直接叫它“潜规则”好呢？

梁文道说：“‘常识’是我很关心的一个概念，所谓‘常识’，就是一个国家、社会的游戏规则，是大家司空见惯、习以为常的东西。”“从来如此”，常常成为人们判断是非真伪的潜在依据，而且成为难于逾越的智障。在这些场合下，常识之弥足珍贵，是因为在所有的识见中，它是大多数人不明白的困惑时刻或者不敢说的怯懦时刻说出的真相。常识的伟大之处，或许就在于告诉了世人：皇帝没穿衣服。

所以，常识拒绝故作高深、跑题或者掩饰。比如说奶粉里的三聚氰氨，“三鹿事件”之后不少法律、管理、伦理学者聚堆儿大讲企业责任，介绍西方的企业责任怎么个搞法。但问题是，西方企业责任谈的是生产过程中如何不破坏环境、尊重劳工等，从来不讲别在食物里“下毒”这样的话题。换言之，别在食物里“下毒”是做人的责任而不是做企业的责任。这，难道不是一个人的常识吗？

所以，什么叫常识，很多的时候确实简单无比。判处一个杀人嫌犯死刑一定要慎重、要公正，这就是常识。质疑一个农民到城里来为什么要给他一个户口“隔离”，则是一个具备常识后的自然质问。

① 潘恩的《常识》的英文题目即“Common Sense”。相较之下，Common sense更符合本文“常识”之所指。

② 指孙中山先生1917年所著《民权初步》一书。《民权初步》，是《建国方略》三书之一。1917年《民权初步》成书，原名《会议通则》，孙中山为了要实现民权主义，特别重视议事法则，故专作此书。此书乃专研罗伯氏规则（Robert's Rules of Order），并参考美国女权运动者沙德女士（Harriette Lucy Shattuck, 1850~1937）之《议事规则》（Women's Manual of Parliamentary Law）一书，是为“社会建设”。全文共5卷、20章、158节。



“Common Sense”^①，是托马斯·潘恩（Thomas Paine，1737~1809）1776年1月以“一个英国人”的署名而发表的小册子。^②内容确实如书名所言，全是常识。这本薄薄的小册子，甫一问世即被抢购一空。短短3个月内在人口不足300万的北美殖民地销售12万册。小册子深刻揭露了英国的黑暗与压迫本质，提出北美独立之主张：英国属于欧洲，北美属于它自己。在莱克星顿的枪声打响之后的1776年初，该书所具有的震撼人心的作用是今人难以想像的。因为当初人们的君主制观念还根深蒂固，连华盛顿、富兰克林、亚当斯这些独立战争时期著名的政治家都未明确提出北美独立之主张。这促使很多人最终下定决心与英国决裂，可谓一本小册子推动了美国的独立运动。《常识》出版6个月后，第二届大陆会议通过了宣布美国独立的《独立宣言》。如果说，《独立宣言》是历史上首次以政治纲领形式宣布的民主共和国原则，那么，《常识》则是《独立宣言》的精华。今天，小册子依然被列为“改变美国的20本书”中的第一本，也是美国当代青年不可不读的一本经典名著。

潘恩的文字通俗，这是能引起北美殖民地人民共鸣的一个重要因素。很多读政治哲学、政治思想史的人觉得他并不是一个很有原创思想的人，比不上洛克等人，实际上他纯粹是一个集大成者，把当年流行的启蒙运动以来的各种观念，汇聚在这本小书里。在特别浅白的语言里面包含了很独创的东西，只是用很简单的最基础的语言表述来鼓吹独立、鼓吹革命，等于像数学推理一样，先说什么叫公理，然后一步一步推出来，构造出它的语言很浅显又很有力量。他站在政治活动的具体形势面前考量自己的思想，就像安泰俄斯一样，大地母亲给了他不断再生的力量。与象牙塔中的思想不同，潘恩本就是在现实中展开思想，在现实中推动思想，再转而用思想来改造现实，他对政治的见解，成为美国独立后的立国根本，他对革命的认识，在二百年后成为那场革命的历史界说。

2009年，70后学者梁文道也出版了一本与潘恩的同名著作《常识》。^③梁文道承认两本书名的传承关系，他说：“这个名字听起来是一个很狂妄的名字，因为《常识》你会马上想到潘恩那么重要的一本书，这种名字你觉得一方面它好像特别简单，但其实很狂。我的用意有几层：一层就是我真的在向潘恩致敬，我特别佩服那种类型的人物，你说他是不是写了什么很深刻的思想？没有。其实潘恩写的东西是源自于他对启蒙运动的理解，并没有超出前人太多。但是他那种写作方法，西方知识分子有一种小册子写作传统，一直到现在都有的。有些人喜欢

① 中文版见〔美〕潘恩：《常识》，何实译，华夏出版社2004年版。

② 据联合国网站上所载的联合国教科文组织的定义，不超过47页、不少过5页的出版品就叫“小册子”（pamphlet, booklet）。

③ 梁文道：《常识》，广西师范大学出版社2009年版。



写小册子，小册子尽量写得非常简单、非常清楚、非常浅白，去传达一种他们认为大家应该知道的事或者大家应该来关心的东西。这种写作的题材跟这种脉络是我非常认同的，而在这个脉络底下最有名的就是潘恩的《常识》，我取这个名字有点向他致敬。”^①

梁氏《常识》所集，乃其一段时期以来撰写的时评文字结集，涉及政经、民族、教育、新闻与公民道德等社会诸方面，文字风格犀利简洁，一针见血而能命中问题之要害，催人省思，给人启示。《常识》所论情事均不高深，都只是常识至少是现代文明的常识。常识的作用在于解惑。与“常识”相对立的，是“潜规则”。在这个社会上，为我们熟悉的“潜规则”很盛，很多人都知道这是病态的，但还是都照其行事，否则就只有离开这个圈子，而现实又常常逼着许多人不能不参与进来，这就是“反常识”。缺乏“常识”的我们，有时就这样生活在荒谬的“反常识”中。

常识严重稀缺

梁文道在自序中说：“卑之无甚高论，多为常识而已。若觉可怪，是因为此乃一个常识稀缺的时代。”这道出了时代的痛处，常识稀缺之严重，诸君稍稍浏览网上各类开放评论足以知晓。例如，网上的美国，对于很多国人来讲好像并非一个现实国家，而是一个坐标——部分国人做出来的一个坐标：用来界定自己人的身份。每有人骂美国，则有人站出来说你是不是反民主了？反自由了？反人权了？“左残”了；如有人说美国好话，哪怕一件小事比如说美国不错，能选奥巴马当总统，就会有人说你支持帝国主义了，“美奴”了。很奇怪网上变成了这个样子，支持或反对美国的某项政策会上升到你是左还是右，民主还是反民主的状态，完全标签化，很不靠谱，这里不仅仅缺乏具体问题具体分析，实则缺的是常识。

当然，由于每个人的知识结构、成长背景、社会阶层的不同，其所说所写的可能只是他觉得的一些常识，但不一定就是长期生活在这片土地上或者是在这里成长的人都会很认同的常识，不同人之间所认同的常识可能并不一样甚至非常不一样，这就需要有共识。某种意义上常识就是一种共识。但问题是我们当下有一些共享的常识是崩裂、瓦解的，你不知道或者不确信它到底存不存在的。

为什么要有常识

在人们的日常生活交往中，我对你做一个动作或者说一句话，会预判你会有一个回应动作或者话语。如我对你说“今天天气真好啊”，你一定（或曰应该）

^① 参见《专访：梁文道为什么有常识？》，搜狐读书频道，最后访问时间：2014年2月9日。



2014

国家司法考试专题讲座系列③
理论法学·行政法学·司法制度46讲

回答“是的”“是吗”，而不是说“再见”。这些都是常识。一个社会不可能没有常识，因为人们的日常生活大量依赖共享的一些常识，这个常识在最基本的意义上讲必然存在，不可能缺失。所以，缺乏常识者如那位“何不食肉糜”的晋惠帝终会被人们所嘲笑所抛弃。反之，具备常识依照常识行事者，总会得到人们的普遍尊重。此乃历史的规律、社会的常理。但事情的复杂性在于，确有一部分常识，被人们埋在底下了，或者它跟我们另外一些常识是相矛盾的，被摆到一边去了，造成了部分常识的缺失。

梁文道说这个时代是一个常识缺失的时代，其所举的很多例子让我们觉得这是一个可信的判断。透过这些故事，我看到的就是不同生活背景的人的常识的对抗。我们由此需要发问，哪些知识属于常识，社会各阶层的人们存在与否一个共识？答案是肯定的。常识这个词的背后，应该是有底线或者说是有定义的，什么叫常识？借用余英时的一句话：“对人的绝对尊重是我们的常识底线。”回到我们法律人的思维，如实体法上的保护人的尊严自由，与程序法上的正当程序与程序公正，其实在某种意义上就是对人的尊重，对个体的尊重，绝对的尊重，这就是现代社会的常识。在这个问题上，没有所谓的文化差异也不应该有文化差异。胡适说，“万国之上还有人类在”，生命是最重要的，人是最重要的，这就是常识，是我们一切思考的底线。

常识如何获取

常识的传播不是布道，一个人来告诉其他人什么是常识，事实恰恰相反，应该是平等的沟通与交流。如梁氏《常识》提到的简单例子：我们经常看到有些商店挂着牌子“青年文明号”，这是否表示这家商店很文明呢？服务态度优良呢？我们的一个常识是不一定。正如一些商店写着“便民商店”，不一定便民一样。这就是我们日常中获得的常识。但还有一种常识告诉我们，你如果说你自己是什么，你便应该是什么，所以挂着“青年文明号”的商店应该文明服务、“便民商店”应该便民，否则，岂非咄咄怪事？这就是我们常识的断裂性。一方面我们相信一个店挂着个牌子能够证明它的一些文明素质，这是我们都相信应该如此，世间本该如此，但有时我们又知道它不是这样的，这也是常识。这中间是有矛盾的。我们所要做的，就是挖掘这两种常识之间的矛盾，指出里面的空隙与断裂，然后看看有什么问题值得我们慎思。

常识不见得是精英文化，但不排斥精英文化。智慧跟知识是不一样的感觉。父母亲那一辈的人没有上过几年学，但是跟笔者这个经受过完整高等教育链的人讨论某问题时，他们那种带着生活常识的经验话语有时候会让笔者豁然开朗、五体投地。既然是常识，那它可能意味着有时候就是捅破层窗户纸，没有那么高深，似乎也不多深厚。

有个不无意思的现象，就是有些没怎么在体制内读书的人，如韩寒，不乏常



识，但有些读完硕士、博士之后的人却显示出没有常识。苏小和与梁文道对此解释说，或许体制内的学院式教育就是一个体制的学习班，从一开始你就已经用了这个体制里面常见的一些方法，到最后把自己变成了其中的一分子。年纪越大越成为其中一分子，不自觉的；而韩寒们从未进来，反而对一些情事看得清楚。^①这一解释合理与否，可以见仁见智。退一步说，如果这一解释是合适的，那么，就意味着当下我们的常识受众既包括那些不知道的人，也包括那些明知道至少理性层面是有常识而由于种种原因假装不知道的人，当然主要是前者。

回到主题，常识如何获得、共识如何达成？首要的是，讨论知识与交流资讯的场合需要自由与公开，心平气和谈问题，互信尊重讲方案，不要动辄达到高强度的意气之争、道德攻击与人格抹杀，让本来有一定共识的人们陷入无谓的冲突与矛盾，而忘却了本来的目的。只要都在真诚地为真理、为当下的中国思考，差异仅在于大家提出的方案不一样的话，那么彼此间的基本人格尊重是必须的。否则很难谈下去。其次，要有讨论的基本底线。数年前讨论《物权法》，北大有位巩献田教授反对法案，理由是违背了《宪法》。不论其言说多么地没有道理（在笔者看来），但他把《宪法》作为工具而不是将其他比如某种形而上当作论据。换言之，笔者认为其反对《物权法》从财产法意义上、经济学意义上以及发展意义上都有问题，但背后的方法论还是值得尊重。方法论之所以重要，是因为很多场合下观点不重要或者不甚重要，背后的方法才是重要的。如果双方的方法有问题，更多基于观点争来炒去，其实都是一些观点，背后的推理方法与方法机理差不多。尊重，要求我们先有耐心去听一下对方讲的什么，然后再做一个逻辑推理，分析其讲的有无道理，没有道理再驳斥之。虽有不同意见，所持的主张再相互矛盾，但有一个大前提就是大家从不同的纬度出发致力于常识的普及，愿意回归到常识，愿意回归到那个原点，我们就是一个群体，这一点就足够了，有了这一点就可以互称同行。最后，双方都要有全面的资讯，一个人只有有了全面的或相对全面的资讯，至少是二元的三元的而不是单元的资料来源以后，相信都会变成聪明人。网民中聪明者占绝对多数，但遗憾在于很多人接受的资讯过于单一，自觉不自觉地，致使其难以拥有常识。全面的资讯获得，首先要求获取资讯的外部机制要自由、丰富、全面，其次自己的内心重构建设要跟上。当然前者不是件容易的事情，但后者则是自身的省悟了，凭一己之力也可以做得到。陈丹青说过他看书的时候很少有自己的价值判断，一看书就被书给拉进去了，也就是看的时候是不怀疑，但是出来之后会怀疑。这是一种非常好的读书姿态，也是很好的内心重构路径。如果看不懂一本书，要反省自己是不是有问题、是不是能力不够、是不是学养不足，不能一本书没读懂，动辄就说作者什么玩意儿，写的什么东西；也不能因为不喜欢一个人，一上来就骂人家的书狗屎不如，缺乏敬畏与谦虚之心。同一个问题，如三本以上的书全看

① 参见《专访：梁文道为什么有常识？》，搜狐读书频道，最后访问时间：2014年2月9日。



2014

国家司法考试专题讲座系列③
理论法学·行政法学·司法制度46讲

了，相信作为读者主体会有自己的观点，前提是怀敬畏之心读出其好在哪儿、坏在哪儿，如果总带着一个脑袋看不同的书，完全是在找茬，总觉得老子是老大，我的就是对的，其他人都不可靠，看了等于没看，所谓资讯的自由丰富全面的获得，是不可能的。

当下的中国社会，常识的大规模传播依然是必要且极其重要的。作为一名民法学人，笔者一直认为，法律常识尤其是私法（民法）知识的传播对于我们这个民族是至关重要的，因为我们的文化基因太缺乏私法的知识与精神：平等、公平、自由、尊重、信任、自治与责任。^① 20年前，笔者年少轻狂，蛮顽固地认为，应该在全民之中普及民法教育，当局应该为之，就如200多年前拿破仑做的那样。后读星野英一的《民法劝学》，愈加坚定与迫切这一想法。十余年前涉足研究管理学，又看到商店、饭店、街上到处都是明显违反效率的规则与现象，又觉得管理学若干常识的普及对于民族大有必要，当局应该为之，以大大提升全社会的创富进程。在人将人迷惑之际，回望这些，呵呵自嘲一笑，权当作一位少年狂妄之想，谁人曾经不少年呢！但是，今天笔者也不想全盘否定曾经的少年狂想，讲求平等、公平、自治之民法常识，追求效率、理性与合作之管理学常识，对于吾国吾民，难道不是最重要的吗？

可能还要再聊发一次少年狂。所谓穷则独善其身，达则兼济天下，人人皆可如此自我期许，因为这是社会对于每个人的期待。笔者以为，每一位力所能及的人，都负有对常识的获取、体认与传播之责，无论你所处平台之高低，影响人群之大小，影响力之深浅。所幸者，众合同仁构筑了一个属于自己的平台。这一平台，如笔者多年来一遍遍地念叨，就是传播常识的平台。这里的常识不仅是法律知识，不仅是帮助大家更轻松地获取一个证书，而是蕴含着某种激昂上进的意识、精神、情怀与信仰，并透过我们的课堂言说、著述言说的载体来一遍遍地重复，浸润开来。这个平台的魅力就在于，我们的心有多大，这一平台就有多大。常识不仅仅是知识传递，而更要包含公共情怀与人文关怀。众合课堂，可能大家觉得与大学课堂上有些不一样，其中每一位老师的授课言说都会充满或者夹杂着公共情怀、人文关怀，或慷慨，或凝重，或诙谐，或机智，或义正词严，或鞭辟入里。尤受学员欢迎的李红勃、邹建章、罗翔、陈景辉等教授的课堂，充满着原生态的浓厚的公共情怀、人文关怀。很多学员说，是李红勃老师的课让他们真正懂得了什么是法律，什么是人文情怀，什么是法律人的思维。作为法律界传道授业解惑的为人师者，这可能是可以获得的最高评价了，笔者将之理解为一种激励，不仅是对红勃老师个人也是对众合全体教师同仁的。所谓的公共情怀，每个

① 近日官媒公布了24个字的社会主义核心价值观：富强、民主、文明、和谐，自由、平等、公正、法治，爱国、敬业、诚信、友善。官方解读是，前八字乃国家层面的价值目标；中间八字是社会层面的价值取向；后八字乃公民个人层面的价值准则。综观其内容，社会与个人层面的价值观与民法精神基本相合，倡导者向全民正式提出这些价值观，既说明其高度认可这些价值观，也从另一个侧面反映出当前较为稀缺这些价值的某些社会现实。



人都会具备，也可能不具备但应该具备的一种东西。就因为我们生活在这个国家，我们都是这个国家的公民，我们共享着一些东西。有一些公共的机构、一些政策、一些事情，它影响我们每一个人，作为一个集体，我们当然应该关心它、关怀它，这已经是公共情怀了。

当然，我们也会有沮丧的时候。既然是常识，所以无论在我们的著述里还是课堂的演讲里，就意味着“卑之无甚高论”，是一些老生常谈，可能好些年下来我们很沮丧，以前写文章批判的东西、课堂上慷慨激昂的对象，若干年后还是存在，甚至“更昌盛”的存在。我们的批判话语似乎改改主语、变换一下时间地点就可以了。宣讲的明明是常识，不管我们有多么良好的愿望，外部世界有时似乎在以一个顽固的自我逻辑在运行。没关系，涓水浸润心田，滴水终会穿石。只要有信心，持之以恒，终有常识成为共识的一天的到来。终有常识照耀世界、世界环绕常识运行的一天。

结 尾

常识，在所有的识见中最弥足珍贵；常识，是在大多数人不明白的困惑时刻说出的一针见血的真理。常识的对立物，是“潜规则”，是人们的偏见。常识的伟大之处，就在于告诉世人：皇帝没有穿衣。潘恩的《常识》之所以成为影响美国人的醒世恒言，就是因为他充当了《皇帝的新衣》里的那个小孩子，其言说的常识令人蓦然惊醒：喔，原来如此的啊。鲁迅说：“从来如此，便对么？”

符合人类良知的法律制度、知识、意识与精神的常识，及其传播、认同、吸收与践行，在时下的吾国吾民，是最重要最紧迫的情事了。

众合教育的事业，就在这里。

二〇一四年二月十九日晚
东京，南青山寓所



司法考试中的理论法学、行政法学、司法制度

——2014年修订版代前言

理论法学部分

在司法考试的14门科目中,法理、宪法和法制史三门科目属于“小法”(比较公认的“五大法”是民法、刑法、民事诉讼法、刑事诉讼法和行政法)。但是,小法也有小法的优势。首先,小法虽然单个分值小,但加起来并不小。2013年,法理的分值是53分,宪法的分值是19分,法制史的分值是10分,总计82分,接近刑法的分值。其次,小法虽然小,但试题的难度相对低。大家都知道,司法考试的考查目标可以分为识记、理解和应用三个层次,而其中“五大法”主要侧重理解和应用,特征就是喜欢出案例分析,无论是选择题的“小案例”,还是第四卷的“大案例”,都是单凭记住法条无法应付的。但是,作为理论法学的三门科目,考查目标主要是识记和理解。其中,宪法、法制史主要是识记,法理学除了识记,还有一些理解的成分。由此可见,理论法学试题相对于“五大法”试题而言比较容易得分。所以,我们讲,理论法学的分值虽小,却是不容放弃的,这对于“五大法”学得不好的考生尤其如此。换句话说,“五大法”越是学得不好,理论法学这种“小法”就越要学好,否则将很难通过司法考试。

司法考试最忌讳的就是盲目复习。因为司法考试涉及内容非常多、非常广,“不怕你不用心看,就怕你看不完”。从过去多年的经验教训来看,很多考生并不是输在不够勤奋上,而是输在没有方法上。没有方法的复习就是蛮干,就是吃力不讨好。所以,司法考试最讲究“知己知彼”、“对症下药”,把有限的时间花在“刀刃”上。下面,我将从四个方面给各位考生介绍一下理论法学这三门科目在司法考试中的考查规律。

一、分值

分值决定了这门科目的重要性,同时也就决定了我们将要花在这门科目上的时间和精力。所以,司法考试有时就是唯“分数”马首是瞻,而丝毫不管你喜不喜欢这门科目。这就是司法考试的现实性和残酷性。



2014

国家司法考试专题讲座系列③
理论法学·行政法学·司法制度46讲

年份 \ 学科	法理学 (分值)	宪法学 (分值)	法制史 (分值)
2002 年	15	15	
2003 年	12	12	10
2004 年	20	20	12
2005 年	50	21	10
2006 年	58	21	10
2007 年	68	21	10
2008 年	68	23	10
2009 年	48	23	10
2010 年	48	23	10
2011 年	51	23	10
2012 年	49	23	10
2013 年	53	19	10

从 2002~2013 年的分值 (见上表) 来看, 法理学的分值最大, 这主要是法理学除了选择题之外, 还会出现简答题和论述题。简答题自 2007 年开始成为固定考查的题型, 每年卷四的第一道题, 一般在 20~25 分。法理学的论述题则不定时考查。2005~2008 年, 连续四年出了法理学的论述题, 2009~2013 年则连续五年没有出法理学的论述题。一般分值在 20~30 分。

二、题型

题型一方面代表了试题考查的难度, 一般来说, 主观题 (简答题和论述题) 比客观题 (选择题) 要难, 选择题当中, 不定项选择题难度大于多项选择题大于单项选择题。另一方面, 题型也决定了考生复习、练习的方向。考生应当在考前将该科目所有涉及的题型都练习到, 这样才能保证在有限的考试时间内熟练完成大量的试题, 也就是说, 成功属于有准备的人。所以, 考生必须在考前分析该科目所涉及的题型, 确定自己练习和复习的方向。

年份 \ 题型 \ 学科	2002 年					2003 年					2004 年					2005 年				
	单选	多选	不定项	简答	论述	单选	多选	不定项	简答	论述	单选	多选	不定项	简答	论述	单选	多选	不定项	简答	论述
法理学	4	7	4			5	3	4			6	4	3			7	6	3		1
宪法学	4	7	4			3	7	2			8	4	1			7	6	1		
法制史						3	6	1			4	3	1			4	3			
法理学	7	6	2		1	7	6	2	1	1	7	6	2	1	1	6	6	2	1	