

2015 国家司法考试

应试版

理论法学·行政法学 论述题46讲

众合教育 / 编 王 锴 林鸿潮 陈璐琼 / 编著
连续出版十年 十三年修订更新完善
众合教育

专题讲座

法院版·众合版

第13版

2015
年 版
十星级优秀畅销书



人民法院出版社

专题讲座

③

法院版

应试版

人民法院出版社

2015 国家司法考试

理论法学·行政法学 论述题46讲

王 锴 林鸿潮 陈璐琼 编著

图书在版编目 (CIP) 数据

理论法学·行政法学·论述题 46 讲 (应试版)/王锴、林鸿潮、陈璐琼编著;众合教育编.
—北京:人民法院出版社,2015.4

(国家司法考试专题讲座)

ISBN 978-7-5109-1138-5

I. ①理… II. ①王…②众… III. ①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 (2015) 第 001925 号

理论法学·行政法学·论述题 46 讲 (应试版)

王 锴 林鸿潮 陈璐琼 编著 众合教育 编

责任编辑:林志农 朱鹏伟 李安尼 孟 晋 张钧艳

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) 67550522 (责任编辑) 67550558 (发行部查询)
65223677 (读者服务部)

客 服 QQ: 2092078039

网 址: <http://www.courtbook.com.cn>

E - mail: courtpress@sohu.com

印 刷:保定市 中画美凯印刷有限公司

经 销:新华书店

开 本: 787 × 1092 毫米 1/16

字 数: 285 千字

印 张: 28.75

版 次: 2015 年 4 月第 1 版 2015 年 4 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 978-7-5109-1138-5

定 价: 76.00 元

版权所有 侵权必究



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

我们将对提供有效侵权线索者给予奖励！

本书全体作者



《专题讲座系列》 重大改版说明

应广大读者之要求，2015年版国家司法考试专题讲座全面改版，分为（基础版）与（应试版）两大平行系列。

★【基础版】安排在每年的秋季（11月初）出版，读者群定位于：一是基础相对薄弱、需要在冬季提前开始复习的司考考生；二是已经进入司法实务工作的人员，将本书作为进一步系统学习基本理论知识的读物；三是初学者。需要强调的是，[基础版]的定位并未改变，还是主要面对司考考生。

★【应试版】安排在每年的春季（3月初）出版，读者群精准的定位于当年参加司法考试且基础相对较好的考生读者。这部分读者需要内容更加具有应试针对性、精炼性的复习读物。

★【两版本的区别】

1. 知识板块有取舍：[基础版]要比[应试版]多出大小几十个知识板块。

2. 内容深度有区别：在部分知识板块上，[基础版]比[应试版]稍有深度。

3. 举例方面有侧重：[基础版]倾向于多举现实生活中、司法实务中的案例；[应试版]倾向于多举理解司考真题的案例。



★【两版本的联系】

1. 内容取舍各不同：[应试版] 有的，[基础版] 都有；但[基础版] 有的部分内容，[应试版] 没有。因为这些部分的内容多数属于过于浅显、基础，基础好的读者无需该知识铺垫。

2. 读者对象明确：这两个版本都是主要定位于司考考生。

3. 举例特色鲜明：本书的最大特色之一是，但凡遇到稍有理解难度的知识点，就举例演示说明，极大地便利了读者对法律的正确理解，两版本都继续坚持这一特色。

★【使用说明】

建议：最好深秋冬初先拿[基础版] 打牢基础，利用秋冬季节复习先走一步；春季的时候再拿[应试版] 轻装上阵，直击司考命题重点。

2012 年 11 月 18 日，基础版第一次说明

2013 年 11 月 8 日，基础版二次修订说明

2014 年 10 月 28 日，第三次修订说明



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《国家司法考试新航程系列》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！

2008~2014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，2012~2014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。

2015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《重点法条解读及配套练习》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

第十三版序言 | 我们为什么学习法律

在社会演化中，没有什么是不可能的，使其成为不可能的，是思想。

——哈耶克

Only three things cannot be long hidden: the sun, the moon, and the truth

——Lisa See, *China Dolls*, Random House, 2014

一、法治元年

马年岁末开始旅学于加州，在来来回回的交通工具上读完了王跃文的新作《爱历元年》。受小说的书名启发，我觉得从多个层面的历史意义上来说，2014年可谓之为中国“法治元年”。

法治元年，就是意味着全社会呼唤的万象更新的法治建设之始。

关于法治元年的描述，可以有一长串关键词：法治社会、法治政府、法治国家、依法治国、四中全会、宪法日、负面清单、权力清单、责任清单、法无禁止即可，法无授权不可、纠正冤假错案、不动产登记……2014年底，由国家语言资源监测与研究中心、商务印书馆与人民网主办的“汉语盘点2014”揭晓。“法”成为年度字，高居2014年媒体流行语榜首的是“依法治国”。其他许多词汇如“四中全会”“巡视组”“宪法日”“落马”“追逃追赃”等也与法治密切相关。媒体评论说，“年度流行语‘依法治国’‘年度汉字法’和‘年度词汇反腐’，不仅是对中国一年变化的总结，更是对身体力行推动中国法治建设的人们的致敬，是公众对他们工作的肯定、支持与鼓励。推行依法治国并无彼此之分，每个人都该为此尽自己的努力。前行路上，大家也应共渡难关，共迎风雨。”^①在这一年里，冤假错案的纠错也取得标志性突破：福建念斌案，历经8年宣告无罪；内蒙古呼格吉勒图案，再审洗冤；河北聂树斌案，出现重大转机，等等。也有一些案例引来全社会的关注目光：复旦大学黄洋遭投毒案，引发各界的极大反思；无锡冷冻胚胎继承权案二审改判，精彩判词传播一时；“少年不可欺”维权事件，引发网络海啸，等等。案件背后，法治的阳光照到坚实的大地上，让更多普通民众感受到它的温暖，更多法治的种子在人们心中萌芽，法治信仰可能由此开启。

为什么我们要为法治元年的到来而鼓与呼，这是法治的价值决定的。关于法治的定义与价值，在汗牛充栋的文献里可能更像是普洛透斯（Proteus）那张变幻无穷

^① 程赤兵：《法治元年，起步有力、任重道远》，载《法制晚报》2014年12月19日。

的脸。这里，我更愿意与读者分享哈耶克的《通往奴役之路》中关于法治的种种阐释。伏尔泰曾经说，“如果一个人不需要服从任何人而只服从法律，他就是自由的。”^①而哈耶克则进一步说，只有在法治之下，人们才能有真正的自由。为什么法治之下才有自由？这是由自由与法治的含义所决定的。所谓自由，“自由的意义仅仅是指人们的行动只受一般性规则的限制……自由意味着也只能意味着，我们的所作所为并不依赖于任何人或者任何权威机构的批准，只能为同样平等适用于所有人的抽象规则所限制。”^②至于法治的含义，法治从来不是政府以法律来治理社会，而是且首先是政府的行为在法律约束之下。哈耶克在《通往奴役之路》的第六章“计划与法治”中写道：“撇开所有的技术细节不论‘法治’就是指政府在一切行动中均受到事前规定并宣布的规则约束——这种规则使得一切个人有可能确定地预见到当权者（the authority）在特定情况下会如何使用其强制权力，并据此知识来规划自己的个人事务。”^③换言之，法治首先意味着政府本身应像任何公民一样要受预先制定的法律规则尤其是宪法的约束，这才是“The Rule of Law”而不是“rule by law”。

关于当下的改革、民主与法治的关系，需要看清楚民主的价值与意义到底是什么。民主，本质上是实现自由和保障社会安定的一种手段，而不是最终目的。民主也不是现代良序社会的最高目的，且民主也绝不是一贯正确和可靠无疑的，不要把民主奉为神灵，但这绝不是说民主不重要，更不能将民主与法治混为一体。在继往开来的2015年，我们需要更多更细致的改革措施，也需要更多的改革担当者，推进法治、民主与自由进程，让法治像呼吸一样，早日成为人们自然的行为。无论是顶层的设计还是信仰的建立，无一不依赖于改革。改革和法治，也是执政党近两届中央全会的主题，究二者的关系，法治乃凝聚改革共识的粘合剂，是降低改革成本的蓄水池，也是全面深化改革的题中应有之义。但是，我们需要清醒，法治建设的困难在于，法治的过程与目标就是将改革成果与公众分享，这必将触及诸多既得者的利益，阻力极大，困难极多，就是内心支持法治的官员也未必一时间能够适应一切依照宪法和法律来办事的状态，普通民众的遇事求人靠关系的法律虚无主义社会心理也将迎来考验。以福建念斌案为例。在经历了万千坎坷之后，念斌终于在2014年8月22日迎来了福建省高级人民法院的终审无罪判决，但在11月又两次因“犯罪嫌疑人”的身份办理护照遭拒，原因是在于9月平潭县公安局已对其重新立案侦查。这折射出，无罪推定观念的缺失，往小处说会给犯罪嫌疑人带来冤屈，往大处说，则会严重阻滞法治建设的步伐。先不论公安机关的行为善恶，围绕该次立案侦查展开的网上激辩让我们看到，那些不懂无罪推定的人们对朴素正义的诉求固然可以理解，但无论在法律技术层面还是在社会心理层面，无罪推定观念的普及是多么的紧迫。

还有，每当出现诸如当街殴打父母、幼儿或者残害宠物等严重挑战社会道德底限的行为，就有人在网上掀起人肉搜索、处以“极刑”的喧嚣，竟也有习法之人跟

① F. A. Hayek, 1944/2007, *The Road to Serfdom*, Chicago: The University of Chicago Press, PP. 118 ~ 119.

② F. A. Hayek, 1944/2007, *The Road to Serfdom*, Chicago: The University of Chicago Press, P. 115.

③ F. A. Hayek, 1944/2007, *The Road to Serfdom*, Chicago: The University of Chicago Press, P112.

着嚷嚷。这种动辄叫器的网络语言暴力，令人不寒而栗，习法之人的跟从，则令人心忧。这一刻，我们的法律思维哪里去了？还需警惕，语言暴力或者暴力语言，往往就是后来暴力的催生剂。

再比如一个司空见惯的网络现象：但凡有人就某个具体事件批评有政府机关及官员的不作为或者非法作为的，就会有人跳出来指责其立场角度不对，甚而上升到意识形态之争。每次口水大战，都提醒着人们普及一些基本的法律常识、养成一点点法治意识，是多么的紧要与重要。或许，当全社会都真正地开始明白并接受法治的要义首先就是约束政府（Government under law）的时候，开始明白法治就是任何权力都必须居于法律之下、在宪法与法律之上没有一种更高权力的时候，开始明白法治之下民众批评政府及其官员乃是常态的时候，开始明白法治就是保护个人基本权利不被政府及官员随意剥夺限制的时候，上述现象也就不再发生，困惑也就迎刃而解，无谓争议也就消弭无形，法治真的可以降临了。

当然，经过这么多年的法制建设努力，2014年涌现的很多案例也让我们看到了希望，感受到了欣慰。在“少年不可欺”维权事件中^①，我们就看到了全社会法律意识积极的一面。这原本是一桩常见的网络侵权纠纷，不满20岁的少年懂得利用网络为自己维权，一夜之间获得声援如海啸，这映射了我们的知识产权保护困境，也反映了完善著作权保护的民众呼声。

如果要用历史序列的笔法来描述我们当下的处境，应该说正处在走向法治日趋完善的路上。上述所列2014年诸现象，表明我们这样一个公民意识迅速成长、权利诉求越来越普遍的年代，出现一些新问题是正常的。正如我在2014年第十二版序言《常识，及其获取的途径》中所讲的，当下政府的职能不仅是教化子民，更应是在依宪治国的宏愿下立足于依法行政，对自身的执政行为及其理念体系进行制度性的创新，为社会提供优质的公共产品与公共服务，使民众合法权益的保护得到最大程度的落实。如果还是流行“黑头（法律）不如红头（文件），红头不如笔头（批示），笔头不如口头”的权大于法的游戏，就难有法治，因为党政干部对法律没有敬意，民众对法律就难有信仰。

关于法治的未来，可能有积极乐观的，也有消极悲观的，也有冷静旁观的。至于我的立场，倒是愿意积极乐观的。在结束这一大段的冗长议论之前，我要引用石述思在2014年出版的《一个社会的悲伤与勇气》中一句重要的话：谁来安慰我们这个时代的伤痕，请相信我们必将有所改变。

① 2014年11月29日，一句“少年不可欺”的维权宣言，吸引了无数网民目光。一位网名叫做NIKO EDWARDS的19岁少年，图文并茂地阐述了他和团队用气象气球给地球拍照的经历和照片是如何遭到优酷视频盗用，并声称要讨要说法。两日后优酷回应称，他们所拍摄的视频《追气球的熊孩子》存在三点问题：视频标题与NIKO的文章重名，故事脉络与NIKO的经历有类似的地方，其中地球的图片与NIKO发布的照片重合度较高，并表示虽然在法律范畴内尚不能认定为侵权行为，但出于对原创的保护和尊重，公开表示歉意且撤下此视频，承担所有责任。

二、个人价值与尊严

关于法治的话题，司法永远都是一个中心，尤其对于青年法律人而言，无论对于国家法治的关注还是对于自己法律职业生涯前景的关心，都离不开司法改革的话题。在过去的2014年，法治的若干重大进展几乎都与引来全社会关注目光的司法改革举措息息相关：十八届三中全会、四中全会审议通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，全面部署司法体制深化改革方案，中央全面深化改革领导小组第二次会议审议通过的《关于深化司法体制和社会体制改革的意见及贯彻实施分工方案》，明确了司法体制深化改革的目标、原则，制定了各项改革任务的路线图和时间表，第三次会议审议通过的《关于司法体制改革试点若干问题的框架意见》和《上海市司法改革试点工作方案》，确定在沪、粤、吉、鄂、琼青等六省（市）先行试点，提出改革七大政策导向：一是对法官、检察官实行有别于普通公务员的管理制度；二是建立法官、检察官员额制，把高素质人才充实到办案一线；三是完善法官、检察官选任条件和程序，确保队伍政治素质和专业能力；四是完善办案责任制，加大司法公开力度，强化监督制约机制；五是健全与法官、检察官司法责任相适应的职业保障制度；六是推动省以下地方法院、检察院人、财物统一管理；七是完善人民警察警官、警员、警务技术人员分类管理制度；突出法官检察官主体地位。在法院系统，司法改革举措频频：京、粤、沪三地的知识产权法院相继成立；京、沪成立跨行政区划法院；设立环境资源审判庭，回应民众环境资源司法新期待；最高人民法院设立巡回法庭，审理跨行政区域重大行政和民商事案件；取消法院考核排名，尊重司法工作规律，尊重法官主体地位……

司法改革不仅为法律职业人所关注，也与任何一个人——无论是国家级领导人还是一介百姓的个人价值和尊严息息相关。个人价值与尊严，是建立一个自由民主社会的基本出发点，也是依法治国的核心内容。在一个真正的自由、民主、法治社会，每个人都应当享有过上富足生活以及通过个人奋斗和创造精神追求个人幸福的机会。法律的使命和法治的任务，就是建立一个个人尊严和价值得到充分保障的社会，建立一个人人追求幸福生活的机会平等的社会。实行法治，正是人民进入这样一个社会的必由之路。实践中，强有力的法治依赖于法律的公平适用，但更依赖于让民众相信这一点，也即法治信仰，而司法，无论是对于法律的公平适用还是民众的法治信仰培养，都扮演着极为关键的作用。但现实情况是，普通民众很难说对于司法公平抱有很大的信任。对于这种不信任，我们的过去有责任，政府也有责任，但整个法律职业共同体也应当承担责任。为了消除民众的这种不信任，法律人必须努力公正、坚决、有力地执行法律，让法律得到公平的实现。实现法治不仅要求严格执法，更重要的是增强民众对法律的信任，帮助和鼓励民众认识法律制度及其实现对于他们的意义和价值，引导他们理解和支持法治。比如，对于法院而言，由于如医院一般每天开门就与民众直接面对面地打交道，所以只有每一案的法官与民众

保持密切联系，帮助他们更好地了解司法制度的运行，让他们在每一个案件中感受到司法的公正，法院及其审判活动才能逐渐地真正地得到民众的信任和支持。这一原则，当然不仅适用于审判系统，而且也适用于整个法律职业，只有全社会更加了解法律的价值、法治的真谛，了解法律职业中的法官、检察官、律师、公证员、学者等各种角色的各自作用，才能真正赢得民众对法治的信任与支持。在这一过程中，不仅法律人群体，任何珍惜与信奉自由民主社会的人都有责任遵守法律、维护法治，从而捍卫我们所获得的自由与尊严。只有民众认识到，制定法律并不是为了约束或限制人们追求幸福的权利，法律能够得到统一、明确、客观的解释，法律才可以得到公正公平的实施，司法机关才可以确保在法律面前人人平等的实现。总之，法律制定、解释和适用的整个过程真正做到公开透明、公平公正与以人为本，民众才能更相信法治，才会真的感受到司法机关对他们的尊重以及实现社会正义的决心。

我不是一个乌托邦信奉者，也不是一个盲目乐观的人。上段所言只是尽己所能、凭己所思来描述一个未来应然的法治社会模样。法治建设之难，民众信任法治之艰，乃众所周知，我当然了解这一切。但是，理想不可轻言放弃，信念永远不能破灭，每一个心怀法治理想者的努力付出更是不得推辞。维持民众对法律的信任，尤其需要法律职业中的各个组成部分，也即各类法律人之间的相互理解和彼此尊重，每个人都要履行宪法和法律赋予法律人的职责，维护公民的基本权利，保障个人的尊严和价值，努力实现建立一个自由、民主、法治与公正社会的共同目标。虽然各个法律人承担着不同的宪法功能，也会有不同的法律观点，但彼此的根本目标是一致的，这是不得动摇的。由此，我个人特别不能理解尤其最近几年来此起彼伏的发生在多个地方的下列现象：法官驱逐律师，律师贬斥法官，律师不尊重检察官，检察官报复律师，警察作梗律师执业等。各个法律人所付出的努力和取得的成就，都应当得到全社会的肯定和尊重，但首先是要得到其他法律人的充分肯定与尊重。2014年岁尾，力主司法机关应充分尊重律师并一直身先示范的邹碧华法官，在英年早逝之后得到了来自全国范围内不分地域、年龄、法律职业职级的各个法律人尤其是律师们的真诚悼念与尊重，其情其景令人感动，也发人深思。这告诉我们，法律人之间的相互尊重，尤其是拥有司法公权力的法官、检察官、警察对于律师的尊重，在当下是非常可贵的。法律人之间，低估别人的努力或者无端指责他人，只会混淆视听，削弱民众对整个法律职业的信任，到后来不仅全体法律人成为受害者，更糟糕的是法治事业遭受了巨大伤害，这种状态最终会破坏整个法律制度的稳定性。经验告诉我们，民众对法律职业的信心是与其对法律的尊重成正比的，包括法官、检察官、律师、公证员、学者等在内的整个法律职业者必须团结，来自不同背景的所有法律人都应当发挥自己的引领作用，共同提升全社会民众对于法律的信心、法治的信仰，仅仅通过某一部分人的努力是难以影响民众的行为模式和法律信仰的。唯有通过方向一致的共同行为，我们才能够经过艰苦卓绝的数十年（或许更长，也可能稍短）的努力，去创造一个更加美好的法治社会：宪法赋予个人的自由与尊严都能得到保障，宪法赋予个人的权利都能得到实现。

本书的读者也即年青一代法律人所面临的法治时代，套用一句老话，就是机遇

与挑战并存。无论如何，时代赋予了我们千载难逢的大展宏图的历史机遇。在可以预见的年青一代法律人的法律生涯中，对于法治的未来以及人们的信心，需要强调的是，只有我们持之以恒的共同努力，才能把我们的法治理想转化为现实；需要坚信，只要我们持之以恒的共同努力，我们的法治理想一定能够转化为现实。

三、习法之人

曾经有一种广泛的说法，就是按照未来的就职方向而将法学院的学生分为两类：一类是今后要成为法官、检察官、律师等法律职业者的人；另一种是进入政府、公司以及其他事业单位的人。前者被看作是学习法律比较有直接作用的，因为法律本身不仅是他们的谋生手段，在大学里所学的法律学知识也会很快地发挥作用——原封不动地就能用到司法考试中去，在这个意义上这部分人对于学习法律的作用比较清楚；与之相反的那部分人貌似学习的意义就显得比较模糊，或者说比较的没有用。这一分类思维存在于很多法学院的老师中，记得数年前我在任职的法学院迎新会上作为教师代表致辞，与研究生们谈法科学员的职业选择与学习法律的关系时也曾经讲了这一观点，但随着教学经历的丰富与多年思想的过滤，个人想法发生了改变。其实，无论是将来充当法官、检察官、律师等这些狭义法律职业者，还是毕业后不直接从事法律职业者，但凡在法学院潜心钻研过法律的人，无论后来的职业直接用到法律还是不直接用到的，无论他需要经常站到法庭上还是不站到法庭上的，都是这个社会亟需之人，因为我们社会的方方面面都需要大量的习法之人。谈到这个问题，不能不涉及如何评价现在的法学教育规模与质量的话题。对于法学教育规模，存在着两种截然不同的说法：一种认为，将近700所法学院的存在，显得法学教育规模过于泛滥了，此外还存在教学质量参差不齐、学生法律素养良莠不齐、就业一直不理想等问题；另一种则认为，一个大数量的学生群体学习法律，在当下的中国是一件好事，至于教学质量的问题，会在优胜劣汰的竞争过程中得到提高（关键是要有法学院的退出机制）。我个人认为，前一种观点指出的问题点确实是存在的，但是评价一个事物的好坏要看其存在的目的，以及时代的特征，而不仅仅流于抽象的表征。如果我们不将法学教育局限于学院式、精英式，只满足于狭义法律职业需求的教育，而是将其定位于国民法律素质教育的话，或者说能够接受“多一名习法之人对于社会是个积极因子”的立场来看待的话，那么我们可能更易于倾向于上述第二种观点了，哪怕有些法学院的教学质量还未尽人意。事实上，即使是就狭窄的学院式法学教育而言，任何社会的法学院毕业生的职业选择也从不限于狭义的法律职业。就中国而言，如果在当下庞大的公务员队伍里面，习法之人所占比重能够更大的话，我个人认为就是一个积极的事情，起码对于依法行政的顺利推进是一个积极的人力资源支撑。总之，相比于社会的需要，当下的习法之人不是多了，而是太少了。

这样想来，在大学里学习法律的意义，可以说无论今后是否成为狭义的法律职业者，都是完全一样的，而且必须是一样的。那么，究竟为什么在社会的各个方面

都必须有在法学院研习过法律的人，这究竟有一种什么样的社会作用呢？要回答明白这一问题，需要讲清楚法律的作用以及习法之人的社会角色。

在现代社会生活中，法律固然有很多种功用，但就其基本作用，还在于作为诊断和解决纷争的手段。法律既然为解决纷争的手段，肯定为诊断和解决纷争设定了标准，假如没有纷争，就不需要法律。纷争这个东西就是人们的利益与利益的对立，只要利益在，纷争也绝不会消失。所以，凡有人类社会生活的地方，法律总是必须有的，现代社会的典型特征之一就是利益多元化，所以法律愈发重要了。将法律定位于诊断和解决纷争的手段，那么，习法之人无疑就是解决纷争的专家了，其中最典型的是法官、检察官和律师。但是否所有的纷争都需要这三种人出马，倒真的不必然。真正需要烦请这些人出马的，仅是纷争中极少的一部分。其余的大部分都在各自的社会环境中，被用各式适当的方法解决掉了。但是，在社会生活的某一角总会发生的或大或小的纷争，在人们不知如何处理的时候，最重要的解决者是习法之人。

为什么人们欢迎习法之人来诊断、解决纷争呢？这不仅是因为他们与常人相比具备了一定的法律知识，而更重要的是他们养成了特定的法律思维方式。特殊的法律思维方式的系统训练，使得习法之人面对利益与利益对立、争执发生时，能够娴熟地评判双方各自正确与否及其程度，而且这种判断能使当事人和周围的人接受。习法之人也凭借此成为有特殊智慧之人，这样的人被日本著名法学家西原春夫先生称为“真正的社会上的足智多谋者”。他说，“这样的足智多谋者，凡是可能会发生争执的地方，即社会生活的任何部分，都是必须有的”，^①作为胜任纷争裁判者的智慧有多么神奇，他说，“本来人是不能对人的行为作裁定的。因为在两种利益对立时，为了能够正确判断应该支持哪一方或支持到什么程度，哪一方有多少是正确的，必须从根源上对这两种利益进行综合理解，在这样的基础上才能作出判断。这样的事，按理不是人能够做得到的，因为人的知识和理解能力是有限度的。能够做得到这些的，无非是拥有无穷尽知识和理解能力的超人，或者是神、佛。但是，我们不能因为这样的理由就对纷争放任不管、听之任之，否则纷争就会激化，然后引起新的争吵，直到进入战争状态。这就必须有谁来代替神、佛做这个裁判，而能够担当此任的，非法律人莫属，因为法律人是代替神和佛对纷争作评判。”^②

现代社会中的纷争无处不在，上至有关国家前途的重大事情，中至政府机关与公民、法人之间的日常打交道，下至家庭、公司内部的情事，或者朋友之间日常往来带来的对立，要得出正确结论，采用法律思维的思考方法是不可避免的，所以生活到处都需要具备法律思维方式的习法之人。在此意义上，甚至所有的人都来学习法律或者学习一些法律，都不失为一件好事——这也是习法之人在有些时候对于社会的一个情不自禁的妄想。总之，相比于社会需要，习法之人永远不会是太多了，

① [日] 西原春夫：《学习法律学的意义》，载 <http://wenku.baidu.com/view/f75d2802020740be1e9b86.html>，最后访问时间：2014年10月21日。

② [日] 西原春夫：《学习法律学的意义》，载 <http://wenku.baidu.com/view/f75d2802020740be1e9b86.html>，最后访问时间：2014年10月21日。

而只会是太少了。

四、法律人

法律人，是我喜欢使用的一个概念。十多年来，我有幸受邀为千百个年青读者们在书上、笔记本上签名励志，其中最常写的两句话是“有志竟成”；“努力成长为一名卓越的法律人”。相比于被更多使用的“法律职业共同体的一员”“法律职业共同体的组成部分”而言，法律人可能在语言上更符合法治的含义，也更符合维护个人尊严的意思。^①那么，对于年青的习法之人而言，如何努力成长为一名卓越的法律人？

这是一个需要放在时代背景下来讲的问题。也许每一个人都清楚，正在进行的中国法治转型会遭遇到极大的困难，从政治上来说，这是一个政治体制里面的法治生成的困难，还有一个就是普罗大众的包括法律素质在内的人文素质问题。所谓人文素质，个人方面就是真善美的识别与追求，也就是人生的精神价值追求，社会层面就是我们社会主义核心价值观——自由、平等、公正、法治等^②的尊重，这些也是法律素质的核心要素。目前，普通民众与有识之士都认识到民众的人文素质不甚理想的现状影响了法治的建立。那么，如何提高呢？我以为关键词是教育与个人担当。

按照卢梭、杜威他们的说法，教育就是生长。让一个人生长得更好，这就是教育。郑也夫先生说，古典教育是教人生活得有滋味，现代教育是教人工作，创造财富。以上总结得很精辟，但说的都是学校教育，还有一种教育叫作公民教育，学习内容是社会的义务、权利与法律常识，学会处理群己关系，学会融入社会。公民教育的时空不限于学校，也不限于青少年求学时期，而是一个公民一辈子在社会上获得的全部教育。每一个人都有接受公民教育的权利义务，也有为他人提供公民教育的义务。余英时先生说：“我想你们年轻人自己要努力，要自己把自己当人，不要盲目服从上面的权威。我认为每个人要争取自己基本的人权，不要随便被人剥夺了。如果人家给你‘恩赐’，给你点好东西，你就感激涕零，这就不太好了。人就应该量才适性，自己有多少本事，在什么环境，尽量做自己该做的事。但是人不能光为自己着想，我们念中国书，受中国文化影响，不能只管我一家，其他就不管。因为小时候受影响，有社会责任感，但是责任感也不能无限膨胀，膨胀到连家都不顾了。起码的责任是对家里人有承担，这以后才有余力为公家做事，这是很简单的人生道

① 之所以这样说，是受到余英时先生的启发。余先生谈到为何喜欢使用“知识人”而非“知识分子”的概念时说到，“‘知识人’这个名词是我现在提倡的。原来我也用‘知识分子’，那是随俗，但……过去‘分子’用得可太可怕了，分子是右派分子、坏分子，什么都在里头。……所以我不想再用。西方用‘intellectual’，就是知识人，日本人也用‘知识人’。……讲知识人等于中国人讲读书人一样，讲政治人、经济人、文化人都可以，为什么不能用知识人呢？我的意思是人的地位要受到尊重，我要恢复人的尊严。”《时代周报》访谈：《余英时：在这个时代，做一个有尊严的知识人》，载网易网，最后访问时间2014年12月5日。

② 社会主义核心价值观共24字，分为3组，每组8字，其内容为：富强、民主、文明、和谐，自由、平等、公正、法治，爱国、敬业、诚信、友善。

理，只要能做到这一点，中国才能够慢慢走上现代社会，只能求一点一点地变。”^① 诚哉斯言。一个人的根本品德是什么，我认为主要就是四样：一是要诚实，真诚对人，讲自己的真实想法；二是同情心，做人要善良；三是独立思考，真正独立思考的能力可以减少道德堕落，堕落的根本原因是内心无明，就是没有想明白人生的道理；^② 四是做人要有尊严，包括自尊与尊重他人。余英时呼吁天下的读书人要做一个有尊严的知识人，做到博学知服^③。作为法律人，尽力完成自我，同时也知道尊重别人，这是所谓“博学知服”，即做一个有尊严的知识人、有知识的法律人的最好办法。

孟子说：“穷则独善其身，达则兼善天下”，^④ 这话曾激励了一代代读书人。作为一个卓越的法律人，除了个人的成长之外，还应该根据自己的能力而对社会有所担当。法律人的最好社会担当，自然就是卓越地履行自己的法律职业职责，毫无争议。但除此之外，我个人认为还有一个绝大多数法律人均可践行的重要担当，就是尽己所能地普及与启蒙民众的法律知识与意识。遗憾的是，“五四”以来，中国没有建成体系性的启蒙与理性，我们没有这些东西，就没有本钱跟在别人后面去搞什么后现代。作为知识人、法律人，当务之急应当是把启蒙的一些道理包括核心价值观、法治原则的一些原理原原本本地搞清楚，“贯彻到自己的言行，让民众在这个过程中逐渐受到感染与熏陶，进而超出数千年以来形成的思想局限”。^⑤ 关于这个话题，我分别在本书第六版、第十二版的序言中已经谈了很多，不再赘言。只是强调的是，现时我们的法学教育过于依靠大学的力量，今后则要更多地依赖社会教育，也即民间的力量。余英时先生说：“大学当然是靠民间的力量，民间的力量大于政府的力量，才是健康社会。如果一个社会是头重脚轻，政治力量占第一位，就是一个不健康的社会。”^⑥ 这句话也适用于法律教育的今后发展方向。至于如何依赖民间的力量来大力发展社会法律教育，则是另一个宏大话题，限于本序的篇幅，留作下次细谈。

再回到法治。众所周知，无论如何我们也无法等到民众普遍素质提高了再搞法治，其实法治的过程就是最好的全社会公民教育。全社会的公民教育，终究还要落实到每一个人的成长。何勤华校长感奋于2014法治元年的法治成就，向华政师生、校友发表的2015年新年献词《法律人宣言》中提到，希望全体法律人要用自己的青春与生命去践行法治的理想，推进法治的实践。这篇气势恢宏的宣言最后提出了六

① 《时代周报》访谈：《余英时：在这个时代，做一个有尊严的知识人》，载网易网，最后访问时间2014年12月5日。

② 周国平：《中国转型为什么困难重重？》，载 <http://www.djzhj.com>，最后访问时间：2015年1月1日。

③ 熊十力在论及庄子与惠施之间的关系时曾赞叹道：“二人学术不同，卒成知友，博学知服，后人无此懿德也。”

④ 《孟子·尽心上》。

⑤ 参见袁训会对邓晓芒的访谈：《中国的知识分子没有尽到启蒙责任》，载共识网，最后访问时间：2015年2月23日。

⑥ 《时代周报》访谈：《余英时：在这个时代，做一个有尊严的知识人》，载网易网，最后访问时间：2014年12月5日。