

2005 年国家司法考试学习丛书

基典法律教育网 策划



司法考试应考 对策方法新思维

詹昊 编著

责任编辑：王 婕

封面设计：中通世奥图文设计中心

- ★ 集应试技巧、方法之大成
- ★ 冷静、精确分析司考制度
- ★ 帮助考生快速把握应试技能
- ★ 详尽点出各科目重点、热点
- ★ 实证揭示历年试卷出题规律

- ★ 一切以考生为本
- ★ 一切从司考应试出发
- ★ 一切从提高答题技能着眼

ISBN 7-81078-451-X



9 787810 784511 >

ISBN 7-81078-451-X/D·034

定价：29.00 元

2005 年国家司法考试学习丛书

基典法律教育网 策划

司法考试应考对策方法新思维

詹 昊 编著

对外经济贸易大学出版社

(京)新登字 182 号

图书在版编目(CIP)数据

司法考试应考对策方法新思维/詹昊编著. —北京:对外经济贸易大学出版社, 2005
(2005 年国家司法考试学习丛书)

ISBN 7-81078-451-X

I. 司… II. 詹… III. 法律工作者 - 资格考核 - 中国 - 自学参考资料 IV. D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 019062 号

© 2005 年 对外经济贸易大学出版社出版发行

版权所有 翻印必究

司法考试应考对策方法新思维

詹昊 编著

责任编辑:王捷

对外经济贸易大学出版社

北京市朝阳区惠新东街 12 号 邮政编码:100029

网址: <http://www.uibep.com>

北京市山华苑印刷有限责任公司印装 新华书店北京发行所发行

成品尺寸:185mm × 260mm 17.75 印张 431 千字

2005 年 3 月北京第 1 版 2005 年 3 月第 1 次印刷

ISBN 7-81078-451-X/D · 034

印数:0 001 - 5 000 册

定价:29.00 元

2005 年国家司法考试学习丛书

使用指南

本套丛书共计四本，由基典法律教育网组织北京大学、中国人民大学、中国政法大学三校的教师、博士研究生编写而成。四本书内容各自独立，但又互相呼应，是 2005 年司法考试考生备考的系列丛书。书中内容均进行了反复的论证与推敲，力求做到准确、有效、权威、严谨。所选用的法条均为目前的有效法条，对因法条修订而导致的不同结论进行了说明。所采用的法理均为目前的通说，对个别异议也予以了标注，供学员了解。

建议学员将本系列丛书与考试大纲结合起来进行学习、复习。

2005 年国家司法考试学习丛书

1. 《司法考试应考对策方法新思维》
2. 《1999—2004 年司法考试历年真题详解集注》
3. 《司法考试必备法律法规汇编及点评》
4. 《考前自测试题及详解》

1. 《司法考试应考对策方法新思维》

特色：

- ① 在实证研究的基础上讲述司考应试的思维、规律、技巧与方法。
- ② 书中所有规律的总结均以近年来的司考真题作为例证。
- ③ 准确、精炼地归纳出选择题、简答题与论述大题的答题套路。
- ④ 帮助考生迅速把握重点，在短时间内提高司考分数。
- ⑤ 国内首本系统分析司法考试试题与对策的书籍。

2. 《1999—2004 年司法考试历年真题详解集注》

特色：

- ① 每道试题均从 [试题题眼]、[试题解析]、[特别提示]、[答题技巧] 四个方面进行详细解析。
- ② [试题题眼] 准确指出试题的题型（试题记忆题、法理辨析题、法理理解题、法条适用题），同时点明本题所考查的部门法知识点。
- ③ [试题解析] 详细列明依据的法条及具体内容，为考生省却翻书之苦，同时依法条或法理给出解释与推理过程。
- ④ [特别提示] 教会考生举一反三，将关联知识点一网打尽，起到以点带面的作用。
- ⑤ [答题技巧] 帮助考生从应试技巧上吃透题目，指引考生捕捉考官设题的思路。
- ⑥ 凡有异议的题目，本书均指出异议内容并加以评价。
- ⑦ 所有引用法条均系目前有效法条，对因为法条修订而导致前后不一致的答案予以

标注。

⑧ 如在解题思路存在多种可能，本书予以全部解析，供学员进行选择，以求开拓思路、培养作答技巧。

⑨ 所有法理的选用均采用目前的通说，以提高本书的权威性。

3. 《司法考试必备法律法规汇编及点评》

特色：

① 将 2005 年司法考试的必备法律、法规、司法解释、规范性文件进行了准确、全面的搜集，既没有遗漏，又不给考生增添负担。

② 所有文件的选取与舍弃，均进行了反复的论证，并同历年真题进行了对比。

③ 对历年司考、律考真题中出现过的法条均加以特别标注，并指明题号。

④ 对 2005 年新增法规予以特别标注。

⑤ 对近年来新修订的法规中的修订内容予以标注。

⑥ 对每一重要的法律、法规、司法解释、规范性文件给出了 [学习提示]，指导考生的学习、复习方法。

4. 《考前自测试题及详解》

特色：

① 每道试题均依 2004 年真题中的题型、分值比例、科目类别予以设计。

② 对 2005 年新增法规及大纲变动内容进行重点考核。

③ 试题均给出了详细的解答，解答内容依 [试题题眼]、[试题解析]、[特别指示]、[答题技巧] 四个步骤给出。

④ 附注评分标准，供学员自我评价。

⑤ 每一卷的内容最后由各科目的权威专家进行审定。

前言



备战司法考试是否有捷径可走？

怎样才能在短时间内取得司考高分？

司法考试试题内容的选择是否存在一定的规律？

如何在以万计量的众多法条中找出重点？

有效、实用、正确、针对性强的应考思维模式是什么？

在历年司考真题的背后隐伏着怎样的走向与趋势？

十余年律考、司考的演进对我们该如何学习、复习与作答提供了哪些指示？

司法考试是一场涉及面广泛、影响深刻的考试，关于司法考试的话题也是一个为人所津津乐道的大题目。各种版本、各种渠道、各种角度的讲叙，使我们感受到：这不是一个信息匮乏的社会，而是一个信息极大丰富的社会。然而，信息并不代表知识，过多过滥、未加辨择的信息往往给人压迫，甚至带来误导。不对司法考试试题内容进行实证研究，不对司法考试出题思路的演进进行跟踪思索，就很难真正悟透司法考试，更遑论对其规律的把握了。

为什么《最高人民法院关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》这样一个司法解释甫一出台便在当年的司考中被一考再考？司法考试试题的选择与时下司法系统所提倡的“司法为民”口号之间是否存在联系？本书会告诉你司法考试与社会热点间的关系，指导你去正确把握热点问题。

为什么1999年第2卷第45题、1999年第3卷第49题、1999年第3卷第85题、2000年第3卷第64题、2002年第3卷第13题、2003年第3卷第85题、第2004年第3卷第3题中的案情几乎同出一辙：一个辞职（被开除、调离）的业务员（销售经理、供销科长），手中持有空白介绍信（空白合同、无期限的委托书），第三人不知情而与之签订了合同。本书会替你总结近10年来一些反复出现的案例套路，教你用最快的时间分辨出考官所考察的法条与法理。

为什么跨越法律部门的综合型试题越来越多？如何将实体法与程序法融合？本书教你在学习、复习、作答中如何正确运用发散思维，对综合型试题开发出解答套路，做到有备而来。

为什么有的选择题法学博士无法正确选择，而法律圈外人，甚至是小孩倒能答对？在法条记忆失灵时，本书提醒你如何运用常识与情理的价值进行正确判断。

为什么法律规范中的但书被经常考查，为什么并列式、选择式法条容易出现在选择题中？本书教你该怎么取舍法条，如何读懂吃透法条。

为什么说在案例题中有的情节只是干扰项，而有些却是有价值的细节？分析案例时，

本书指引你如何判断有用项与干扰项。

为什么有的考生面对论述大题要么无话可讲，战战兢兢不敢越雷池一步，要么言多必失，整篇文章法味全无？针对2003、2004年新近出现的主观化试题，本书告诉你如何把握客观与主观内容的界限，如何分析刑事、民事案例题与论述大题。

本书正是一本建立在实证研究基础上讲述司法考试应试思维、规律、技巧与方法的书籍。这并不是一本形而上的理论集注，而是对历年真题（尤其是近三年的司考真题）进行微观研究、比照、辨析、论证，在此前提下归纳出司考应试的一般性思维与方法的书籍。书中所有结论的得出，均以近年的实例为佐证。全书共计300多个例题，均是作者精心挑选的历年真题。这些具有代表意义的真题就如一粒粒珍珠，静卧于茫茫题海中，以其闪闪幽光向司考的有心人讲述着什么；而本书所提示的规律、技巧、方法便如一线长索将珍珠连缀起来，形成一条条理分明、逻辑连贯的思维链，向考生明示出司考内在的规律。时下之种种流行的司考书籍，要么以知识点为主线，要么以法条为框架，但全面、准确、专门地对司法考试思维、规律、技巧、方法进行总结的书籍，本书是**第一本**。

爱因斯坦讲：所有一切学习问题不过只是方法问题。如果勤奋也算是一种方法，作者认为在考生立下意向决定参加司考之前，首先必须解决学习、复习、作答的方法问题。而面对司考这样一场内容繁多、体系庞大、题点不断变化的考试，不对其进行一种全局性的把握，不察知其内在的变衍规律，就贸然投入不是明智之举。凡事均有方法与规律，司考也不例外。本书作者将法律知识思维科学进行了有机的结合，从换位思维、逆向思维、还原思维的角度出发，向考生阐释了考官设题的思路，帮助考生“以静制动”，以最有效、准确的学习方式来从容应对司考中的无穷变化。司法考试刚刚走完它的幼稚期，但尚未进入青壮期；它刚褪去稚气，但尚未发育完全。司法考试试图通过一次书面测试挑选出适合从事法律职业的人才。司考的宗旨、目的与考试方法的局限性，决定了司考试题的选择存在着限制。而这种限制与范围，恰恰为我们寻求其中的出题规律，准备应对的有效方法提供了客观前提。

作者认为，备战司考有六种书籍是必要的。一本内容周全并带有重点指示的法规汇编，它是你正确答题的依据。一本司法考试大纲，它使你不至于犯方向路线性错误，告诉你考试的范围。一本详细正确的历届真题集，它使你尽知司考的真实力度与深度，也使你对司考具备了感性认识。一本没有歧义的教材，为你解决研读法条时的困惑并传授你正确的法学原理。一本精心编制而与司考真题难度相当的自测题集，供你在考前查漏补缺、自我评估。再就是本书，它可以在你开始学习上面五种书籍之前先整体感受司法考试的全貌；也可以在你进行了上面五种书籍学习之后，再来验证、升华、总结应对的思维与方法。

法本考生一般对法学体系存在总体上的把握，对法学原理有一定程度的认识，因此面对主观试题，有相对优势；但法律本科教育也使得一些法本考生具有不注重法条记忆，将司考与法学考试混为一谈的缺点。非法本考生在法学体系的学习时间方面弱于法本考生，但一些“先天弱点”反而促使他们认真研究司考，转化为某些思维方式与学习方法的**优势**。司法考试中的试题与司法实践中的实际案例既有联系又有区别，题目中的案情不同于现实生活中的案件事实。有过法律工作经验的考生对一些实践中经常出现的法律问题具有敏感性，但一些在司法岗位工作多年的考生也会犯下“将简单问题复杂化”的错误。此外，由于常年从事单一的法律岗位工作，比如检察院中的刑事起诉部门或法院中的知识产

权审判部门，也会使一些有工作经历的考生知识结构不尽合理。没有法律工作经验的考生不易把握考试中的重点（司考的要求之一就是要考核考生对于法律的具体适用能力），但他们由于没有任何先入为主的成见，反而能迅速把握司法考试本身的规律与答题方法。

笔者认为，面对司法考试这样一种全新的、迥异于考生以往在学习、工作中遇到的考试，不同背景的考生的起点大致相同。每个人都可以根据个人的情况，设计出合适的学习、复习计划，通过努力顺利过关。

要通过司考，一靠认真的投入，二靠正确的方法。而本书作者及其同仁们奉献给大家的，便是这样一本讲述正确应对方法的书籍。它追求的是严谨、有效、权威与准确。

孙子说：兵者，国之大事，生死之地，存亡之道，不可不察。司考也是如此。作为一场决定考生命运、前途、职业的考试，每个考生都有必要对司法考试进行深刻、全面的了解。只有有了全面的、深刻的认识，才能在学习、复习、作答过程中以最佳的方法与最高的效率去与人竞争。

有学者认为：人类在“作茧自缚”地接受法律的约束、规范乃至惩罚的同时，也在享受法律带给我们的权益、安宁、和谐、秩序、尊严、文明等福祉，享受法律带给世俗生活的不乏诗意的秩序与和谐之美，司考也是如此。在本书的引领之下，你会感受到司法考试中“考官因法设题”、“考生依题找法”思路等等一些融汇了法学智慧与思维科学的精深微妙之处。

享受司考，自阅读本书始。

目 录

第一章 常识与情理的价值	(1)
第二章 新趋势下的综合思维	(15)
第三章 细节决定分数	(32)
第四章 黔驴技穷的司考之一——论司法考试的重复特征	(49)
第五章 黔驴技穷的司考之二——论司法考试的重复原因	(65)
第六章 千万别想多了——对于司考试题异议的分析	(113)
第七章 重视并列关系与选择关系	(124)
第八章 法律思维与但书	(141)
第九章 数字化的司考	(150)
第十章 不可忽视的司法解释	(162)
第十一章 与时俱进的司考之一	(169)
第十二章 与时俱进的司考之二	(183)
第十三章 选项间的微妙关系	(204)
第十四章 最有效的选择题解答模式	(218)
第十五章 刑法综合分析题的解题思路	(237)
第十六章 民法案例法律关系分析法	(245)
第十七章 论述题的方向、体例、逻辑、语言	(256)
第十八章 备考计划及其误区	(264)
后记	(272)

第一章

常识与情理的价值

笔者曾将 2002 年司法考试第 1 卷第 50 题作为样题进行测试。

[例] 下列哪些产品的包装不符合《产品质量法》的要求？

- A. 某商场销售的“三星”彩电只有韩文和英文的说明书
- B. 某厂生产的火腿肠没有标明厂址
- C. 某厂生产的香烟上没有标明“吸烟有害身体健康”
- D. 某厂生产的瓶装葡萄酒没有标明酒精度

被测试者计有四人，含一位人民法院法官（法学本科、法学硕士，从事审判工作 5 年）、一位执业律师（法学本科，执业 10 年）、一位法学博士、一位律师助理（法学本科，正在准备司法考试）；前三位为女性，四人均无烟酒嗜好。法官所选答案为 ABD，律师及律师助理选了 ABC，法学博士嗟喟再三，终于圈下 AB。

笔者在此四个选项之上，再行增加一个自设的选项：“E. 散装的果脯上没有标明质量检验合格证明”。结果，四人之中有三人选择了此项。

正确答案应该是 ABCD，而 E 不应入选。这道题并无高深的法理蕴含其中，不过只是一道纯粹的法条记忆题罢了。

《中华人民共和国产品质量法》第 27 条规定：“产品或者其包装上的标识必须真实，并符合下列要求：（一）有产品质量检验合格证明；（二）有中文标明的产品名称、生产厂厂名和厂址；（三）根据产品的特点和使用要求，需要标明产品规格、等级、所含主要成分的名称和含量的，用中文相应予以标明；需要事先让消费者知晓的，应当在外包装上标明，或者预先向消费者提供有关资料；（四）限期使用的产品，应当在显著位置清晰地标明生产日期和安全使用期或者失效日期；（五）使用不当容易造成产品本身损坏或者可能危及人身、财产安全的产品，应当有警示标志或者中文警示说明。裸装的食品和其他根据产品的特点难以附加标识的裸装产品，可以不附加产品标识。”

探究众多法律圈中人纷纷误答的原因，不外乎以下几条：1. 《中华人民共和国产品质量法》是经济法体系中技术性规范较多的法律，不易记忆。2. 律师执业与法官司法过程中很少遇到适用该法条的情况，印象不深。3. “使用不当容易造成产品本身损坏或者可能危及人身、财产安全的产品”标准不易掌握，香烟是否属于该项所规定的产品尚无定论。在美国各州，对于吸烟与致癌之间是否存在因果关系也有不同判例。4. 葡萄酒是否依据其特点与使用要求要标明主要成分的含量呢？食用油、饮用水、乳制品呢？选项 C 不易作出直接判断。5. 《中华人民共和国产品质量法》与《中华人民共和国消费者权益保护法》内容有相似之处，容易混淆。

凭心而论,笔者也认为在法条众多的经济法法规中,要想准确记忆并飞速理解、甄别、断定类似法条的适用确属不易。

笔者的外甥年方12,正是伟大祖国万千小学生中最为正常不过的一员。资质虽属上流,但仅仅为时尚裹胁练过围棋、足球、绘画,并无“谙习律法”的异秉。但当笔者通过长途电话考究他时,该“圈外人士”(且离圈颇远)却毫不犹豫地选择了ABCD。笔者颇为惊诧。

“舅舅,这多简单呀。彩电只有外文说明书,怎么调对比度、调音效呢?如果连火腿肠的厂址也没有,吃坏了肚子,怎么找工厂赔钱?我爸的香烟盒上都有‘吸烟有害身体健康’一行字,连走私的香烟上也有这么一行字,只是那是英文,隔壁的小胖子教我的。别说是葡萄酒,咱们家的白酒、啤酒上全标了度数……”

不死心,笔者又复加了自己出的E选项。

“不选”,圈外小子一口否定,“去商场逛逛,什么时候见过散装果脯上贴一个标签呢?!”

由此,笔者悟出了一个司考答题原则:在对法条的记忆失灵时,有时常识与情理会凸显其价值。

在现实生活中,我们常常会听到一些关于“情理法”的说法,如“法律无外乎人情”、“法有限而情无穷”等等。在普通智识的民众心目中,存在着情理法互相交织而又互相冲突的朴素观念。而从“情理法”这三个字的顺序中,我们又不难发觉,其实人们往往认为情与理尚在法之上、之前。

古代的中国社会,是一个泛道德化的礼法社会。作为道德规范层面的情理大量渗入了法官判案的过程与判词之中。在判定违法行为时,法官多会在“于法无据”之前加上“于情不通”、“于理不合”的理由。只有于情、于理、于法均应如此作为时,该行为才获得了完全的正当性与合理性。此时,情可能会包含若干意义:人之常情,如人的本能等等;民情,如风俗习惯等等;人情世故;具体情节与情况。理则意味着天理、公理、公共道德等等。

笔者在此提倡运用的情理则泛指普通人群的是非标准、普遍感情、风俗习惯。它与纯粹法学所研究的道德以及民法学说中的公序良俗既有联系又有区别。情理的价值在于当考生对于繁琐、细碎、具体的法条记忆失灵时,不妨凭借一个人所具有的正常智识、社会公认的是非标准,将试题内容放置于习惯的视角中进行判断与推理,从而得出合乎一般社会民众想法的答案。

这一考试技巧虽被许多人看来不过是雕虫小技,而其中却隐含着深刻的法理与充分的依据。

1. 首先,情理是存在于社会公众心中朴素、未加雕琢、共有的情绪,而法理则是专业法律人士经过去芜存精、抽象剥离、提炼加工后的理性化思考。情理是一种朴质的情绪,法理则是情绪的提升,法律与法律规则是专业人士进行思考后内涵明确、外延周全的文字规定。

2. 其次,情理的出发点是一般民众心中的是非观、正义感与价值取向,往往带有个体性、局限性、片面性与非逻辑性,而法理则从整个社会的公平、正义出发,其对问题的思考具有全局性与整体性。

3. 再次, 情理的铺排是感情多于理智, 而法理的运用则潜隐着法律逻辑的巨大作用。如一般民众就事论事中也许会不自觉地采用归纳与演绎, 而法学工作者将法理运用于具体案件时则会自觉地采用“三段论”等法律逻辑形式。

情理与法理虽有区别, 但两者的联系也是不容忽视的。情理是基础, 法理是升华; 情理是素材, 法理是结晶。很难想象, 一部有悖常情的法律会得到民众的一体遵循, 一部乖张、怪戾、晦涩的法律能在适用中使得一般人“从法如流”。“司法人性化”、“立法人性化”正体现了法理与世情的融合, 昭示了法律对一般民众的人性关怀, 从而也能收到立法、执法、守法的良好效果。

西谚有云: 一部上佳的法律必是普通人能够读懂的法律。而普通人未经法律专业学习, 何以能读懂煌煌法条? 凭借的就是情理法的统一与联系。这种现象在有些法律部门中尤为突出, 如民法。举凡一部民法, 其立法基础就是世间情理。所以由此就产生了一个颇令人回味的现象: 两三村夫野老、一群市井俗人, 在家长里短中若涉及到民事法律问题, 也能谈得头头是道, 所讲所云同法官裁判文书也会八九不离十。

笔者因之将上述理论推及至司法考试的答题技巧之中, 同时扩大了情理的范畴, 将之归纳为应用情理与常识进行答案推断。

第一要诀: 法律与情理有相通之处, 其基本联结点之一就是公平与正义。如果卷面上表述的某种现象或某种规定有悖于一般人心目中的公平、正义, 有悖于世间常情, 则这种现象或规定往往与法不合。

[例] 2002 年国家司法考试试题 (一) / 第 47 题 / 多选题

某医院给病人高某开的治疗湿疹的药物, 使用后反而加重了病情。经检验, 这批药因在医院库房存放过久已经变质。下列有关该案处理的表述中哪些是正确的?

- A. 对医院应依据《产品质量法》进行处罚
- B. 对医院应依据《药品管理法》进行处罚
- C. 医院应赔偿给高某带来的损失
- D. 药品生产者应承担赔偿责任

本题的正确答案为 BC。在此姑且不论答案 ABC 的正确与否, 有些考生选择了 D 项就的确耐人寻味了。

《中华人民共和国药品管理法》第 48 条规定: “禁止生产 (包括配制, 下同)、销售假药。有下列情形之一的, 为假药: (一) 药品所含成分与国家药品标准规定的成分不符的; (二) 以非药品冒充药品或者以他种药品冒充此种药品的。有下列情形之一的药品, 按假药论处: (一) 国务院药品监督管理部门规定禁止使用的; (二) 依照本法必须批准而未经批准生产、进口, 或者依照本法必须检验而未经检验即销售的; (三) 变质的; (四) 被污染的; (五) 使用依照本法必须取得批准文号而未取得批准文号的原料生产的; (六) 所标明的适应症或者功能主治超出规定范围的。”《产品质量法》第 42 条规定: “由于销售者的过错使产品存在缺陷, 造成人身、他人财产损害的, 销售者应当承担赔偿责任。销售者不能指明缺陷产品的生产者也不能指明缺陷产品的供货者的, 销售者应当承担赔偿责任。”由此可知, D 选项错误。可能大部分考生花费在《中华人民共和国药品管理

法》与《中华人民共和国产品质量法》上的时间并不多（当然，在药监局与质监局工作的考生除外），然而 D 选项只是一个依常理就能排除的选项呀。药厂生产的合乎质量标准的药品因为医院的原因（存放过久）而失效，如果再让药厂承担责任岂不逆情悖理。

【例】2003 年国家司法考试试题（一）/第 74 题/多选题

在我国，下列哪些属于法官职业道德规范所禁止的不当行为？

- A. 受当事人之托探询其他法官承办案件的审理情况
- B. 庭长要求某法官汇报案件的审理期限问题
- C. 与案件无涉的法官将当事人的诉讼理由书转交给承办该案件的法官
- D. 法官告知当事人其案件准备提交审判委员会讨论

本题的正确答案是 ACD。《中华人民共和国法官职业道德基本准则》第 14 条规定：“法官除履行审判职责或者管理职责外，不得探询其他法官承办案件的审理情况和有关信息。法官不得向当事人或者其代理人、辩护人泄露或者提供有关案件的审理情况、承办案件法官的联系方式和其他有关信息；不得为当事人或者其代理人、辩护人联系和介绍承办案件的法官。”一个规定中，三个“不得”，还加上一个“例外”，估计最高人民法院的法官也难以一字不差地精确背诵。但许多考生对此题都能应付自如。A 项讲的是受当事人之托探询其他法官的办案情况，虽是一些律师或“准律师”们日常干的活计，可大家心中也雪亮：这种做法不对！B 项中，庭长要求下面的法官汇报审理期限，领导对下层进行管理，满世界都行得通，对，太对了！尤其在我们这样一个法官职业化建设步履蹒跚的国家。至于 C 项，你不是本案的承办人，又不是合议庭成员，可能只是一个政治处的法官，受托将一位律师哥们的诉讼理由书转给审判庭的法官同事，你在干什么？！笔者估计大多数人都能明白你在“走后门”，再说你对就太不应该了。最后是 D 项，法官告知当事人：“嗨，案子要上审委会了。”后话是什么？“我左右不了了，赶紧去审委会活动去吧。”你说，这行为能对吗？

【例】2004 年国家司法考试试题（一）/第 20 题/单选题

农民贾某从某种子站购买了五种农作物良种，正常耕种后有三种农作物分别减产 30%、40% 和 50%。经鉴定，这三种种子部分属于假良种。对此，下列哪一选项不正确？

- A. 贾某可以向消费者协会投诉
- B. 贾某只能要求种子站退还购良种款
- C. 贾某可以要求种子站赔偿减产损失
- D. 贾某可以向当地工商局举报要求对种子站进行罚款

本题正确答案为 B。《中华人民共和国消费者权益保护法》第 11 条规定：“消费者因购买、使用商品或者接受服务受到人身、财产损害的，享有依法获得赔偿的权利。”因此答案 B 内容不正确。

也许你无法熟读《中华人民共和国消费者权益保护法》、《中华人民共和国产品质量法》或者与一般城市居民生活相去甚远的《中华人民共和国种子法》，但作为一位普通人，你也能明白：假种子撒下地，赔进去一年的光阴、汗水与若干化肥，结果出不了苗；临到末了你找上种子站，他们却告诉你，他们只能退种子款。这太不公平！如果凭此常情

判断, 你就能首先断然地选定那个内容最为荒谬、最有违公平的答案 B。

【例】2002 年国家司法考试试题（一）/第 70 题/多选题

根据《联合国国际货物销售合同公约》的规定, 下列关于逾期承诺的效力的表述, 哪些是正确的?

- A. 如要约人毫不迟延地向受要约人表示接受逾期承诺, 则逾期承诺仍然有效
- B. 对由于邮递延误造成的逾期承诺, 只要要约人毫不迟延地表示接受, 则该逾期承诺仍然有效
- C. 由于邮递延误造成的逾期承诺具有承诺的效力, 除非要约人毫不迟延地通知受要约人其认为要约已失效
- D. 非因邮递原因造成的逾期承诺应当为有效承诺, 除非要约人毫不迟延地表示其认为要约已失效

本题的正确答案为 AC。在此暂时撇开 AB 选项不论, 有经验的考生一眼就能凭直觉感到 CD 两个内容对立的选项中必有一个是正确的选项。(此处涉及到对立排除选择规则, 容笔者在以后的章节“选项间的微妙关系”中再进行详叙。)《联合国国际货物销售合同公约》第 21 条规定:“(1) 逾期接受仍有接受的效力, 如果发价人毫不迟延地用口头或书面将此种意见通知被发价人。(2) 如果载有逾期接受的信件或其他书面文件表明, 它是在传递正常、能及时送达发价人的情况下寄发的, 则该项逾期接受具有接受的效力, 除非发价人毫不迟延地用口头或书面通知被发价人: 他认为他的发价已经失效。”同您一样, 笔者对于所有的国际条约颇为头疼, 那里面充斥了太多的“由于”、“非因”、“假如”、“则”等密集堆砌的连词。但没有办法, 英文中的“if”、“unless”、“because of”、“not...but...”、“also”翻过来也只能如此了。但你大可不用去死记如此晦涩的公约, 须知国际货物销售合同与国内货物销售合同在基本法理上并没有根本的区别, 两者皆脱胎于民法, 这就决定了其具体规定也应遵循在买卖交易中的公平与正义。如 D 选项所述, “非因邮递原因造成的逾期承诺应当为有效承诺”。那么由于受要约人自身原因, 如有意延误, 造成的逾期承诺也应当为有效承诺了。如此一来, 受要约人对于承诺大可快慢自决, 随心所欲, 你说, 可能吗?

【例】2004 年国家司法考试试题（三）/第 14 题/单选题

贾某因装修房屋, 把一批古书交朋友王某代为保管, 王某将古书置于床下。一日, 王某楼上住户家水管被冻裂, 水流至王某家, 致贾某的古书严重受损。对此, 下列说法哪一个是正确的?

- A. 王某具有过失, 应负全部赔偿责任
- B. 王某具有过失, 应给予适当赔偿
- C. 此事对王某而言属不可抗力, 王某不应赔偿
- D. 王某系无偿保管且无重大过失, 不应赔偿

答案为 D。《中华人民共和国合同法》第 374 条规定:“保管期间, 因保管人保管不善造成保管物毁损、灭失的, 保管人应当承担损害赔偿责任, 但保管是无偿的, 保管人证明自己没有重大过失的, 不承担损害赔偿责任。”因此, 本题的正确答案为 D。即使有的

考生对于《中华人民共和国合同法》分则的内容因疏忽而心中无数也无大妨碍。你不妨用一个普通邻居的眼光来对王某的行为作出一二评判。王某收没收钱？没收。楼上水管破裂王某防得了吗？防不了。那不就结了，不赔。

以上例题看过以后，也请你试着用笔者的经验对下列试题进行分析。

【例】2004 年国家司法考试试题（一）/第 29 题/单选题

八角岛是位于乙国近海的本属于甲国的岛屿。40 年前甲国内战时，乙国乘机强占该岛，并将岛上的甲国居民全部驱逐。随后乙国在国内立法中将该岛纳入乙国版图。甲国至今一直主张对该岛的主权，不断抗议乙国的占领行为并要求乙国撤出该岛，但并未采取武力收复该岛的行动。如果这种实际状态持续下去，根据国际法的有关规则，下列判断哪一项是正确的？

- A. 根据实际统治原则，该岛在乙国占领 50 年后，其主权就归属乙国
- B. 根据时效原则，该岛在乙国占领 50 年后，其主权将归属乙国
- C. 根据实际统治和共管原则，乙国占领该岛 50 年后，该岛屿主权属于甲乙国共有
- D. 根据领土主权原则，即使乙国占领该岛 50 年后，该岛屿主权仍然属于甲国

答案为 D。

第二要诀：法律是指导、规范人们行事的行为准则，法律不可能与人们所公认的常识大相径庭。毕竟对大多数人而言，他们并未受到法律的专业训练，“三五”、“四五”普法教育中能受到耳提面命的也只是少数人。为什么“无知”的大多数能在日常生活、工作中不越矩、不违法犯罪呢？我们知道他们赖以行事的准则并非全部来自法条，而是大多源自常识。

常识在此可以认为是社会舆论、道德指向、人生经验、伦理教化的混合，而法律作为人们行为规范的最低限度，通过案例裁判的示范功能与法律条文的指引功能，也逐渐成为了人们赖以行事的常识中的一个部分。当然，人们依常识或说依是非善恶感的直觉行事之时，内心也许并无对法律一体秉遵的自觉，但这种对法的敬畏之心无疑会渗入每个人的自觉之中。笔者在一本名为《英国人（The Xenophobe's Guide to The English）》的小册子中曾读到拘谨的英国人对常识的重视：“常识几乎是英格兰人生活中对每件事情看法的核心。带一把伞以防下雨是常识；不要坐在冰冷的石头上（防患痔疾）是常识；要穿干净内衣以确保即使被车撞倒送进医院也很得体也是常识。”

小文是戏谑的笑谈，但笔者从中却读出了一个有秩序社会对常识（Common Sense）的重视。第二要诀与第一要诀有共通的地方，扬善惩恶、遵纪守法也是常识。笔者在第二要诀中强调的是常识中的社会经验与通行做法。

如果某个题目的假设答案让你觉得有违你的经验，太过偏激乃至荒唐，那么你就要怀疑此种答案的正确性了。

【例】2004 年国家司法考试试题（一）/第 57 题/多选题

下列有关我国公民权利的表述哪些符合宪法的规定？

- A. 公民对于任何国家机关和国家工作人员，有提出批评和建议的权利
- B. 公民对任何国家机关和国家工作人员的违法失职行为，有提出申诉、控告或者检举的权利
- C. 任何国家机关在接到公民提出的申诉、控告或者检举后，都必须查清事实，负责处理
- D. 国家机关和国家工作人员侵犯公民权利造成损失的，受害人有依法请求赔偿的权利

本题正确答案为 ABD。这道题出得颇失水准，笔者认为它几乎不能算是一道法律试题，而是一道文字游戏题。《中华人民共和国宪法》第 41 条规定：“中华人民共和国公民对于任何国家机关和国家工作人员，有提出批评和建议的权利；对于任何国家机关和国家工作人员的违法失职行为，有向有关国家机关提出申诉、控告或者检举的权利，但是不得捏造或者歪曲事实进行诬告陷害。对于公民的申诉、控告或者检举，有关国家机关必须查清事实，负责处理。任何人不得压制和打击报复。由于国家机关和国家工作人员侵犯公民权利而受到损失的人，有依照法律规定取得赔偿的权利。”所以答案是 ABD。C 项答案中因为多了一个“任何”，所以必须排除，而据笔者事后调查，许多考生的答案为 ABCD。对于“任何”的漫不经心、一眼拂过，从而使许多人在这道“文字题”上栽了跟头。（“细节决定分数”一章中对此问题有专门研究。）

其实你只需稍微运用一下你的常识，如果任何国家机关，如统计部门、档案管理部门、后勤部门等，在接到公民的申诉、控告或检举后都必须查清事实，负责处理，那几乎是不可能的。你的社会常识告诉你，除了信访、审计等等有关部门外，让其他所有国家机关去负责对申诉、控告、检举进行调查，结果是荒谬而不合常识的。

【例】2004 年国家司法考试试题（一）/第 48 题/单选题

下列关于法官应当遵守的职业道德准则的表述哪一项是不正确的？

- A. 法官在审判过程中可以用适当方式向双方当事人表明自己对案件审理结果的观点或态度
- B. 法官对与当事人实体权利和诉讼权利有关的措施和裁判应当依法说明理由
- C. 法官不得向上级人民法院就二审案件提出个人的处理建议和意见
- D. 法官不得擅自过问下级人民法院正在审理的案件

本题的正确答案为 A。许多考生均能顺利答对此题。当笔者问及他们时，相当多一部分并不能引据《中华人民共和国法官职业道德基本准则》第 11 条规定：“法官审理案件应当保持中立。法官在宣判前，不得通过言语、表情或者行为流露自己对裁判结果的观点或者态度。法官调解案件应当依法进行，并注意言行审慎，避免当事人和其他诉讼参与人对其公正性产生合理的怀疑。”然而，那个奇妙的常识在你的内心深处隐隐告诉你，A 选项不对。而当你顺从常识的指引时，这道题便成了一道送分题。常识大体会告诉你，无论其方式如何，如果一个法官在审判过程中已向当事人表明了自己对案件审理结果的观点或态度，那双方当事人还喋喋不休争个啥劲？！即使你没有任何的实际出庭经验，无数影视作品（作为经验中的一种）也会告诉你，在审判过程中，法官应是那个坐在高高审判席上不苟言笑，超然得近乎淡漠，言语寡淡听不出倾向的人。而与你的经验不符的 A 项哪