



法院版
众合版

国家司法考试

专题讲座系列 No. 5

行政法 理论法学 论述题 59讲

第八版

众合教育出品

林鸿潮 王 锴 邹建章 编著

本系列在法律书中唯一连续多届荣获【全国优秀畅销书】奖

2010年全系列修订重点
体现大纲要求变化并反映最新命题趋势
删除废止法律文件十余件
删除过时考点百余处
解读新颁及修订重点法律法规司法解释四十余件
增补司考真题及热点实例千余道

2010年全系列改版亮点
囊括众合十大名师——阵容超群
赠送网络视频课程——物超所值
教材推讲互为补充——倍增效果
增编兴背核心法条——便捷速记

十大名师功勋原创之作

连续八年修订完善之功

体例经典独树一帜

攻克司考金牌教材

卓越品质——百万考生口碑见证

久经考验——传承之作无可替代

2010 年

修订

XINGZHENGFA/LILUNFAXUE/LUNSHUTI/59/JIANG

正版每册赠100元(全套七册赠700元)众合名师网络视频课程



人民法院出版社

TOP 法院版 2010
POWERFUL BOOK 十星级优秀畅销书
★★★★★★★★

GUOJIA
SIFA No.5
KAOSHI/ZHUANTI
JIANGZUO/XILIE

行政法 · 理论法学· 论述题 59 讲

众合教育出品

林鸿潮 王 锴 邹建章 编著

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

行政法·理论法学·论述题 59 讲/林鸿潮、王锴、邹建章编著. —北京:人民法院出版社, 2010. 3

(国家司法考试专题讲座系列)

ISBN 978 - 7 - 80217 - 801 - 4

I. ①行… II. ①林…②王…③邹… III. ①行政法 - 中国 - 法律工作者 - 资格考核 - 自学参考资料②法的理论 - 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(2010)第 036545 号

行政法·理论法学·论述题 59 讲

林鸿潮 王 锴 邹建章 编著

责任编辑 林志农 张承兵 张钧艳 孟 晋

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 67550575(责任编辑)
67550516(出版部) 67550558(发行部)

网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 三河市国英印务有限公司

经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16

字 数 827 千字

印 张 38.875

版 次 2010 年 3 月第 1 版 2010 年 3 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 80217 - 801 - 4

定 价 66.00 元

版权所有 侵权必究



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，法院出版社将严惩到底，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年，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。

2009年，我社在全国十余省（市）开展大规模打击盗版行动，通过举报、起诉，已有一批盗版书商或被吊销营业执照、没收违法所得，或被查封并赔偿出版社经济损失，多家盗版书商因情节严重，触犯刑法而被求刑。

2010年，人民法院出版社与全国“扫黄打非”办合作，利用先进的数码防伪系统追踪采集盗版信息，组织专门的打击盗版团队，在全国范围内委托专业调查机构协同行政执法部门联合打击盗版，特别对网络和高校的盗版图书分子加大打击力度，坚决维护著作权人权益。同时，我们为购买《国家司法考试专题讲座系列》和《重点法条解读及配套练习》等正版司考书的读者提供价值100元~150元不等的增值名师网络视频辅导课程，并设置抽奖活动鼓励读者购买正版。

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】

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图书举报电话：010-67550567 67550514

国家版权局反盗版举报中心电话：12390



众合为什么：我的法学教育观

—

作为学生、教师与学者，我本人身在国内外多所法学院近二十载，尤其对于我国法学院的教育模式多有近距离观察，间或有一点点思考。按照我的理解，我国630多所法学院的本科教育更类似于一种经院式的教育，对于其中绝大多数的二三类法学院而言尤其如此，司考培训的主要对象以及本书的读者，多有出身其间者，故下文的探讨多数读者会有兴趣。

按照德国学者雅斯贝尔斯的描述，经院式教育关心的只是传统的“继承”：教师的职责只是照本宣科，他本人并不身临其境地参与到原始的科研工作中去；所有的知识都已经按部就班地被加以系统化；某些作家、某些著作被奉为权威，所有的教学材料都被压缩成了刻板的条条框框；教师仅仅是一个传声筒，其角色特征是非个性化的，随时都可以被另外一个具备相应资质的人取而代之。在这种教育模式之下，“学生者真正感兴趣的只是那些中规中矩、传之久远的东西，他只想知道结果，并且就像歌德笔下的浮士德那样，只想把白纸黑字的结果带回家去。”^①无疑，陈旧教育模式的痕迹在许多方面都有显露，所有这些，与我们心目中的法学教育理念可能有所差距。

雅斯贝尔斯认真地论证，大学是一个由学者与学生组成的、致力于追求真理之事业的共同体。^②大学之所以为大学，使得传授真理成为其义不容辞的责任，人们出于寻求真理的唯一目的而群居于此，不受任何限制地探求真理，并且为真理而真理。因为真理可以经由系统的研究获得，所以科研乃大学的第一要务。因为真理也必须得到传播，所以教学成为第二重要的任务。总之，大学应该“坚守”的精神就是两个：知识的传授、精神的传递。但是，科研和教学都不能从作为一个整体的教育过程里游离出来。在法学，其科学研究和职业教育都具备教育学上的功效，因为它们都不仅是传授事实与知识而已，还会唤起一种意识的培养 and 精神的传递，二者结合起来才能铸就一种充满活力的培养人的教育，法学教育的内涵才会丰富起来。爱因斯坦曾说：“学校应该永远以此为目标：学生离开学

① [德] 卡尔·雅斯贝尔斯：《大学的理念》，邱立波译，上海世纪出版集团2007年版，第79页。

② 同上书，第19页。

校时是一个和谐的人，而不是一个专家。”蔡元培也曾说：“教育者，养成人格之事业也。使仅为灌输知识，练习技能之所用，而不贯之以思想，则是机械之教育，非所以施于人类也。”换言之，上大学是来学做人的，把受教者培养成人，而非充当国家之机器、商业之机器或者工具。要时刻牢记，培养健全人格的人才才是大学教育的最终目的所在。

但与此同时，每一个国家与社会对于其创立的大学又有一种现实的预期，因为大学为公共服务领域内那些需要具备科研能力和学术训练的职业提供了毕业生。于是大学自然又是服务于现实目的的机构。一方面，教育应指导社会而非追逐社会，所以大学应有围墙，和社会保持一定的距离；另一方面，大学还要走出校门参与社会实践。这两个方面并不矛盾。法学从来都是一门入世的学问，法学学者从来就有一种强烈的社会使命感。事实上恢复法学教育的 30 多年来，我们的法学学者除扮演教师与学者的角色外，还将学术研究与当下社会紧密地联系起来，凭借知识与学术以各种形式参与到社会活动中去，或参与立法居民意之巅，或参政议政处庙堂之间，或充当公共知识分子对各类社会问题发表各种见地，或兼职律师穿梭于法庭，或传播法律影响社会大众，孜孜不倦。

二

受题目所限，这里只谈法学教育（或者教学）。

借助求学、讲学、司考培训调研与教学等渠道，十多年来我访问过我国 630 多所法学院的一半以上，余下的按计划会在五年内完成访问。同时，也借助于司法考试培训教学的渠道，差不多我接触过来自这 630 多所法学院的学生，这其间既包括诸如北大、人大的法学院，也包括诸如西藏大学、西藏警官专科学校的法律系，也包括一些独立学院、职业技术学院的法律系。在这个问题上的发言权就来自于此。整体看待我国现时法学教育体系，存在人所共知的很多问题，此处只提及一点：630 多所法学院的法学教育水平一直是、现在的趋势更加是呈现出巨大的质的差异，考虑到法律教育的特质，以及不管出自哪家法学院的学生将来都要一起组成以同质化为要求的法律职业共同体的背景，这种越来越大以至无法弥合的质的差异，不能不提醒有教育责任感的人们的警惕之心。^①

大学教学切忌落入俗套，对于法学院亦是如此。但在很多时候，同样的课程，同样的讲台，教什么以及如何教，也即展现给学生的知识结构，每位教师表现出来的区别似乎过于太大。其实这个知识结构的背后不仅是一个教师的知识储

^① 除去学生个体素质之外的因素，这些法学院在教育软硬件、师资水平与教学水平等方面的差异程度，几乎每一次都超乎了我作为观察者可以接受的震撼。在一些司法考试辅导班上，刚刚听了一天的民法课程，一些来自于二三类法学院的学生就大声的发牢骚或者感叹：“天啊，我这四年大学算是白学了。”这句话的背后，一方面反映了目前本科法学教学与司法考试要求之间存在错位，但更多的反映了普遍的令人心忧的教学水平与质量。

备，更是其精神境界的体现。精神境界如何，对于一位教师以及受其教育的学生而言，是至关重要的一件事。毕竟一个人的成功或者成就最终都要落实到其自身精神世界的扩展与自由，还有人格的自塑上。有谓“星斗其文，赤子其人”，真正成功的教育者总保留着一颗“赤子之心”。任何一项工作包括教师的工作在内，一旦成为职业，就会产生职业性的倦怠感，可能变成“机器”、“油子”、“匠人”。我相信法学界同仁都警惕成为这样的“教书匠”。因为我们很多时候能够意识到，这涉及一个人的精神状态，一个人的生命存在形态、存在方式。一位深受学生欢迎、教学的内容丰富深邃与教学的形式活泼并行不悖的法学教授，总是自主地采用具有个性特征的形式，其教学方法越具有个人特质，越愈发从容自如地保持课堂教学气氛的新鲜与灵活，即使那些暂时离开主题的闲谈也具有他山之石的效果，于受众者而言也能真切享受到无处无时不学问的真趣。

对于 630 多所法学院中的绝大多数而言，以教学为主是不二的选择，这既能集中注意力保障教学水平，同时尽可能避免不同法学院毕业生的法律素养出现大面积的异质。但现在的做法不少是本末倒置、南辕北辙的，比如对二三类法学院的教师定位尤为混乱。本来其本职就是上课教学，评价标准就是他的教学态度、教学水平与教学效果，但由于校院方的定位^①盲从以及对教师的职称导向等因素作用下，普遍形成了“重科研、轻教学”的倾向，其结果是在创造出一大批质量堪比 1958 年“大跃进”时期土窑所炼钢铁的“科研成果”的同时，是课堂教学质量的急剧下降，教师的轻教与学生的厌学一体两面，直接受害的是法科学子的学业，间接堪忧的是目前以及将来法律职业共同体的整体法学素养水准。

令人堪忧的还不仅是课堂上传授知识的质量，更在于法律精神的传递层面。基于法学学科的特性，对于法学教师而言，对法律发展历程与现存形态，对已有的法律规范体系与现实司法活动之间的联系，以及对社会自身作不断的反省、质疑与批判，并提供真正符合法治精神与普世价值、人类共识的精神资源，是一个基本的要求。换言之，法律知识的传授一定离不开法治精神的传递，否则，法律教育的所传所授将是一堆僵死材料堆砌，甚至会传导负面的精神理念。后者，比如一些兼职做律师的教师在课堂上大言不惭、眉色飞舞地大谈庸俗关系学以及阴损但管用的诉讼招术，在善恶辨别能力不强的学生那里居然也获得了掌声，这种贻害无穷的授课令人心忧。

应该说，当下法学院里确有将法律知识的传授与法治精神的传递结合得美轮美奂的教师，他们得到高度评价是理所当然的。但客观地讲，即使在一类法学院里，这样的教师也属少数派。不少学者不屑于，同时也不善于授课。有人将其归结于教师两方面能力的失衡：有的人课上得很好，科研能力却相对要弱一些；有的人研究能力很强，却不善表达云云，由此将教师分成教学型与科研型，所以对

^① 中国的大学有科研型、科研与教学并重型、教学与科研并重型、教学型等不同定位。大学之下的法学院也比照之相应定位。

教师的评价必须有区别而不能简单划一云云。我的看法，问题的表面似乎在于教师的科研与表达方面的能力强弱以及不均衡，深层次的实则在于教师的知识结构与精神境界如何。举例说，一个满腹经纶的法学教授的知识结构不存在问题，但轻教的心态本身足以致其教学效果很差；类似地，满怀激情善于表达的演讲者如果知识匮乏，终将不免空洞无物的瞎扯。

三

法学院的学业传授包括课堂教学、讲座、研讨会、法律诊所以及两人之间的讨论等。其中，讲座在传统法学教育中无可替代，在现今也占有优先的地位。有些杰出学者开设讲座的情形，会让一个人终生铭记在心。但有意思的是，讲座内容如被印刷成书面讲稿，即便是被逐字逐句记录下来的，也往往不过是干瘪乏味的残渣。这样来看，讲座记录，只不过是一场生动讲座的乏味再现；反过来，如果讲座的主题在书籍里面有更好的表述，或者说从这些书籍里面会学得更快一些，那么这场讲座也是不成功的。

如何确定一场讲座的好坏标准呢？说一场讲座好，那它就必须具备一种不可模仿的独特品质，此外还要高度注重与听众的交流。雅斯贝尔斯说：“当讲座真正成为教授日常工作的组成部分的时候，当讲座是被精心准备而同时又从一个独特的角度反映了当代学术生活的时候，它就是有价值的。”^①反之，演讲者浑然不顾听众的反应如何，一味喋喋不休地谈论自己的研究心得与研究进展，或者蹩脚地在年复一年地重复同样一个死板的知识体系，或者词不达意、言不及义地高谈阔论，或者在讲座上无法证明听众是否理解并接受了讲座的内容，其效果恐怕都不理想。

的确，讲座的内容可以印刷品的形式流传，但其间那些有真正价值的东西，在讲座中通过演讲者本人的语调、肢体语言，通过他对思维过程活灵活现的呈现，在不经意间把课题之中“可意会不可言传”的东西表露出来。他的思想，他的严肃，他的问难，他的困惑，所有一切发乎自然，断然没有装腔作势、巧舌如簧、悲歌叹惋、矫揉造作的客套话与天花乱坠的蛊惑，惟此才能引领听众步入到理性思维的最深处，引起心灵的强烈共鸣。除此之外，其情其景在讲座之外无法再现。

课堂授课或者讲座，之区别于学术论文或者专著，实际上是学术的另一种话语体系的表达。学术的发展可以有两个层次，除了知识的更新，还有表达方式的创新。不重视后者，满足于书本里来书本里去，也会抱残守缺、固步自封，影响知识的创新。表达方式的创新，除提升学术表达的趣味外，还能激发人们高度的联想，大大丰富学术的内涵和增加语言表达的张力，其蕴含的文化价值在长远时

期里会逐步显现出来。学术研究需要静默的思考和孤独的沉潜，但学术知识的传播却需要读者和听众。面对不同的读者或者听众，当然要采取不同的表达方式。“在阐明真理的问题上，选择什么样的术语是无关紧要的”。^① 有时候，要实现学术的普及化这样一项重要的工作，通俗化的工作既极有意义又不可或缺。

四

我们法学院的授业解惑者，能否努力把日常的每一节法学课堂都变成一场如上的精彩讲座，或者至少主观上曾经努力将日常的每一节法学课堂都当作一场讲座来对待呢？其实也不很难，在我所在的大学，我看到敬爱的江平先生做到了，尊敬的王人博教授、方流芳教授等学者做到了。但在 630 多所法学院里，确有教师的授课模式，和现时中学语文老师的语文课的“一扫清字词障碍，二分段，三分析段落大意，四归纳中心思想，五列出写作特点”这个五段法的分析模式，可真是难分伯仲，很有一比。在后者，语文老师能将“生动、活泼、完整的文学生命冷静地解剖、支离”。^② 在前者，面对诸如民法上的善意取得这样的生动鲜活的、有独立生命力的、与现实生活联系紧密的法律规则，法学教师都顽强遵循着“一概念，二法律特征，三构成要件，四法律效果，五法律价值（意义）”的五步骤的讲授模式，既成功扼杀了法律的生命，轻易割裂了法律与生活现实的血肉关联，又彻底败坏了法科学生的学习趣味。四年下来法也学了，书也背了，最终法律为何物，法律到底与社会生活有怎样的血肉联系，终究不知所以。我们当中的许多人终生不喜欢语文，不解文学之风骚，大概多数与少年时代一而再、再而三的遭遇到这样的语文老师有关啊。现今进入大学后，还要遭受这样的法学教师的折磨，何其不幸如斯！学生为何厌学？到底找到了根子。

把每一堂课都当作一场如上的讲座来表达，遇到这样的一位教师，可谓这所法学院学生的幸运；每一位教师都是这么做的吗？那是可遇不可求的，直白地说那是不可能的。这是我的观察，也是我对正规法学院的教育（或者教学）现状的一处失望。

悖谬而又十分真实的一个现实是，这一失望却在另外一个借助于商业形式的法律教育场合下得到了很大的消解，甚至有些感动与兴奋。我知道，这一场合在不少正规法学教育机构领导人、学者的眼里可能都不能堪称法律教育，这一场合的授课教师也多少有不务正业之嫌，尽管他们对此法律教育场合的了解并不多。这个场合就是司法考试教育培训的讲台。我承认，还是有不少的司考培训机构及其教师陷于应试教育的泥潭一点儿都不准备自拔，还在满足于给出学员一个 A 或者 B 或者 C 或者 D 的答案而沾沾自喜。但这，不是这个法律教育场合的全部甚至不是主流，如果你去留意倾听这个讲台的部分教师，尤其是部分青年教师

① [德] 卡尔·雅斯贝尔斯：《大学的理念》，邱立波译，上海世纪出版集团 2007 年版，第 90 页。

② 钱理群：《我的教师梦——钱理群教育讲演录》，华东师范大学出版社 2008 年版，第 142 页。

的课堂，你会发现并愿意承认不是如你当初想当然的那样。我要给世人描述的是：一群青年法学学者，面对动辄上千人少则也有数百人的听众，就一门法学学科的经典内容每年都做出从内容到形式的不断创新的持续性演讲，并保证受众听课的实效性、趣味性，还有精神沟通的默契性；兴之所至，一连数小时不喝一口水，一连数日毫无倦怠，我想此时此刻他们可能忘记了为稻粱谋的初衷，也忘记了支撑这个讲台原本的商业之基，把自我沉浸在这一刻只为演讲而演讲的陶醉之中。以本人对在这个特殊的讲台上持续地言之有物的演讲者的多年观察，我可以声称，那些能够持续不断地发表言之有物的演讲的人们似乎表现出一种共通的性格，可谓之为激情——一种非要演讲得精彩绝伦的持续冲动，一种传授法律知识给普罗大众的强烈追求，一种传递法治精神与信仰的偏执执著，一种不博得全体听众掌声响起即为失败的“置之死地而后生”的气概。在这种一场又一场的持续遍布全国数百座城市数以千计的讲演厅、图书馆、教室的讲座中，知识得以传播，法治得以传递，精神得以感染，演讲者与听众在法律上引起共鸣。经由这种激情的演讲，借助这种演讲的激情，在建设社会主义法治社会的时代背景与我国目前法学教育的整体框架下，请原谅我的冒犯，请允许我这样来总结目前司法考试教育培训所扮演的角色与所发挥的功能——

首先，它类似于一场规模宏大的普法活动。每一个“五年计划”，都有相关职能部门负责组织一场大规模的普法教育活动，我无意于评价这场更像是群众运动的普法活动的成效。所谓无意插柳柳成荫，不知相关职能部门可知，司法部所组织的每年一度的国家司法考试，近十年来催生了由各民办法律教育培训机构承办的每年度至少持续大半年的、规模宏大的、持续的、遍布全国每一个角落的、受众面极广的、学习深入又自觉的普法教育活动，寓教于考而又不断超越应试的普法教育。

其次，它是消减数十万法科毕业生法律素养差距的最大讲台。法学院，全国 630 多所，这是一个令人吃惊的数字，其中最好的有一批，最不好的也有一大批，处于二者之间的也是一个很大的数字，后二者的毕业生数量更是一个惊人的数字^①，他们中的多数人毕业后也一样要加入法律职业共同体。我再强调一遍，过分悬殊的法律教育水平差异对这个国家、对这个社会的法治事业无论现在还是长远都是极其不利的。司考教育培训的对象绝大多数正是后二者的毕业生，通过提供多则一年，少则几个月的强度很大的系统教育培训，司考教育培训机构此刻正在扮演着一个大讲台，几乎是在利用这些毕业生进入法律职业共同体之前的最后机会，来大规模消减他们在法律教育水平上的巨大差距。

最后，它是法治精神的接力传递。传道、授业、解惑乃教师的基本职责所

^① 不知者也许会大惊小怪，你能想象，身处广州或者郑州或者武汉的好远的远郊区的一所三本院校（独立学院）的法律系一年招收的本科生会有几百号人，而他们的专职法律教师可能就是十几个人七八杆枪的样子。

系，演讲与论著可以统称为“传道”形式，只是比思想的外壳更加吸引听众与读者的其实是思想本身。与别处的单纯普法活动不同，这群青年教师在这个课堂上讲授的是法律条文，是如何应试司考命题的技巧，但又远不限于此，他们总是不安份地、智慧地借由这些知识载体与形式，不失时机地向听众灌输、传递与宣扬着一种共通的思想——法治精神及其十分具体的内涵，或者谓之为法治信仰。

五

目前，司法考试教育培训基本上由体制外的民办教育机构承担，与大学法学院无关。但过去的很长时间内，很少有民办教育机构组织者、教师对自身被人们定义的商业角色提出反思，以把自己的活动同更广泛的、更庄重的、更深远一些的理想目标联系起来。这当然有民办教育机构自身无法克服的诸多限制，所以他们也就不少有勇气敢于以一种大声宣布应试教育以外的某些价值与目标。但我一直期望情况能够发生一些变化，事实上，我已看到情况正在发生变化。如一些民办教育机构已经意识到在社会上得到更多的正面认可，是一种积极的责任，改变现状需要勇气——把法律教育的扩展看成是有益于国家发展、社会进步、民众福祉的力量源泉，而不单纯是商业牟利的机会。尤其最近一段时间以来，我看到这场普法活动的更多新元素。比如东方法泽、昆明新起点、指南针等学校先后邀请到了梁慧星先生、张新宝教授、高其才教授等与司考辅导绝缘的著名学者，开展面向社会公众的大型法律公益讲座（如“侵权责任法解读”等），受益的听众也开始大大超出司考考生的范畴。或许，被一些人们目为不入流的应试教育组织者们已经开始自己的涅槃与救赎，正在酝酿、发育着一场裂变，正在迅速摆脱以前各种“速成教育”、应试教育，乃至“包教包会”、“包教包过”的形象标签。

我祈愿，如果说运气只垂青那些勇敢者的话，那么在不远的将来，民办法学教育的成功将会越来越惠顾那些建立在社会责任感基础上并施行真正的法律教育的人们。当然，这还取决于他们不仅要去做正确的事，还要长时间地正确做事。

六

人以群分。按钱理群先生的观察，当下这个社会有三种人混得好：第一种人，家里有背景，他可以不好好读书，危险是当背景出了问题，就不行了，最后一切还得靠自己；第二种人，没有道德原则的人，为达目的红黑黄道都干，但对于受过高等法学教育的人，毫无道德原则的什么事都干，于己至少心有不甘吧，何必呢？第三种人，有真本领的人，社会需要，国家需要，单位需要。既没有“好”爸爸又愿意坚守良心道德底线的人，只有一条路——就是要有真本事。按此分类，我相信本书的读者诸君，你们的绝大多数都属于第三种人。中国社会的法治力量一直在成长，全社会的法治意愿一直在增进，这是肯定的。在此时代背景下，本书的读者诸位肯学习法律并有志于进入法律职业共同体作为一员参与法

治,请原谅我的急切,但无论如何我觉得我与诸位是有共同话语的一群人。子云,道不同,不相与谋。后又有言,得天下英才而教之,幸焉。有这一认识,正是在司考辅导班上包括我在内的诸位青年教师愿意坦诚与学员进行无保留的知识传授与无障碍的精神传递的前提。

致读者。我曾多次被师长告诫、现在又拿来多次告诫我的研究生,一个人的生命、生活必须要有目标感,只有大目标、大理想是不行的,要善于把自己的大理想、大目标、大抱负转化为具体的、小的、可操作的、可以实现的目标。即使没有机会实现理想目标,你还有一个可以实现的现实目标。在当下,人掌握自己的命运的能力虽然很小但并非毫无可为。人是可以掌握自己命运的,至少可以在一定程度上在一定小环境里掌握之。正如我喜爱的美国作家梭罗所言:“人类无疑是有力量来有意识地提高自己的生命的质量的,人是可以使自己生活得诗意而又神圣的。”现在,诸位参加司考意欲迈进法律职业门槛,就是一个具体的、可操作的、可以实现的小目标,但同时也要有更大的理想目标。我相信,在你们中间必有一部分人坚定参与到实现中国法治治理的更大理想目标中去,并在其间扮演非常重要乃至关键的角色。于此,更多的人愿意认真读法律书,更多的人汇聚在这样一个场合来聆听一群青年学者的法律讲座,哪怕披着应试的外衣,在我,也愿意以十分的热情去鼓与呼了。

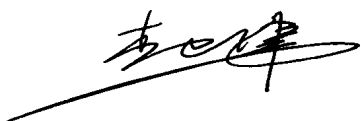
致同仁。法学学者参与法治进程的一个重要路径,就是将法律知识与法治精神切实地得到通俗化、普及化的传播与传递。是的,这是宏大叙事的社会主义民主与法治事业的极重要一环,这对于我们这样的一个国家、这样的社会,这样的国民状况,尤其是基础性的迫切的必要的。通俗化、普及化地传播、传递法律知识与法治精神,形式上要借助永远满含激情的讲演,其背后的支撑则需要有志于学术追求、有志于以知识回报社会的理念。要做到这一点,要有学术表达方式的创新之志,要有勇做法律传播者的职业荣誉感,要有参与这个时代法治事业的历史责任感。以如此的心态定位来从事这一工作,心里会有一份安慰和幸福。这是作为知识分子的心灵中所不能或缺的安顿与托付!

致众合。众合教育的成立,代表法律教育培训界出现新气象、新发展的趋势。众合教育也有自己的阶段性目标和宏大愿景,实现这些目标与这一愿景主要依赖高度认同这一愿景的一群法学教师与员工。众合教育的教师遴选标准包括:具有相当深厚的学术修养,在本学科有一定的学术地位与学术潜力^①,高度认同以法学教育参与法治事业进程的理念;为人正直谦逊,不为五斗米折腰,具有高度的教育使命感和社会责任感并愿意为此投入一定的时间和精力。参与众合教育教学的青年法学学者不会安分于谋些稻粱,最大的安慰也不仅仅在于帮助别人获

① 目前,这个教师团队全都是毕业于著名法学院的法学博士,任职著名法学院的教授、副教授,多人荣获所在大学“最受欢迎十佳教师”称号,多人次在《中国社会科学》、《法学研究》、《中国法学》、《中国学术期刊》等权威刊物发表多篇学术论文,兼具深厚的学术能力和优良的教学业绩。

得一个符号或职业资格证书。他们知道，法学院的经院式教育很难使法科毕业生具备应付司考的智慧和技能，更遑论应付其后复杂的司法实践的挑战。这样来说，司法考试教育培训这一院外的另类法学教育形式，也能够使许多人终生受益：它使从前对法律知之不多的人获取知识并取得职业资格，并激发他们在今后的学习中孜孜探求，在接下来的岁月里给他人提供法律帮助。但除此之外，他们还想努力弄清楚，其间还有无另外的价值与意义？的确，别说单纯的“养成资格之所”、“贩卖知识之所”、“职业培训班”不值得这样去投入时间与精力，就是司考教育培训本身也远非众合教育的事业之限。我相信，此间另外的价值与意义，我们会获得逐渐清晰的认识并愿意去积极践行，努力使我们以更高的价值为理想目标。

钱理群先生在北大的最后一节课上寄语学子：目光向前——要听得见“前面的声音”的呼唤，不停地往前走；同时又目光向下——要立足于中国的大地，沉入民间，更关怀人民的真实生活，自己也做一个真实的普通人。在社会法治事业的路上，以此语寄语本书的读者诸君，更寄语给众合教育的同侪。



二〇一〇年三月十九日，清晨

司法考试中的行政法、理论法学与论述题

——2010年修订版代前言

行政法部分

一、关于教材的一些看法

编写一本教材，是教师的事情；选择一本教材，是考生的事情；而使用一本教材，则是教师与考生共同的事情。对此，我谈一点自己的看法。

（一）编写教材

教材与学术论文不同，与学术专著也不同。一个优秀的学者能够写出好的论文、好的专著，但未必能写出好的教材来。论文和专著是用来表达学术观点、交流学术观点，甚至进行学术交锋的载体。因此，论文和专著所注重的，是其表达的规范；而教材不是，教材是老师用来传授知识、学生用来吸收知识的一种工具，除了它所介绍的那些知识要尽可能科学、准确之外，还应当重视它对这些知识传播的效率，因此教材所注重的是表达的技巧。就一本教材而言，不但要看它是不是讲得对，还要看它是不是既便于教学也便于阅读，看它是不是讲得清楚、讲得直接、讲得好懂，甚至讲得有趣、讲得好玩。一句话，在没有扭曲知识原貌、没有降低知识层次、没有删减知识内容的前提下，越简单的教材就越好！

如何编写一本好的司法考试教材呢？主要有三个标准：

1. 作者本身是一位优秀的教师。只有那些既掌握了知识，又掌握了传播知识的技巧的人，才最有可能编写出合格的教材来。
2. 作者是认真负责的。这是完成任何工作的必备条件。
3. 作者能够不断地改进它。因为这是一本考试教材，一切的教学与书本只有及时跟进才能免于落伍。

（二）选择教材

一本好的教材对考生复习备考的重要性无需赘言，但是市场上教材很多，考生时间有限，如何准确地选择一本尽可能好的（至少是不那么差劲的）教材呢？除了按照一般的选择习惯看出版社、看作者、看装帧之外，最重要的还是看内容。但是恐怕没有人会在把一本书看完之后再决定是否购买它。所以，如何在只浏览有限内容的情况下，判断一本书的优劣呢？可以参考如下几个标准：

1. 看体例。一本好书在体例上要给读者提供方便，一本教材的体例要尽可能符合人们对新事物、新知识循序渐进的认知规律。
2. 看语言。一本好教材的语言不应当是晦涩、拗口的，而应当尽可能做到明白、晓畅、流利，考生可以选择某一段落进行阅读，一本看起来很费劲甚至看

不懂的教材绝不是一本好教材。

3. 做抽样。考生可以选择某一较为重要的知识点,随手翻阅书店中的几本同类教材,比较一下它们对这个问题的不同讲解方法,不难区分其优劣,这种方法即使对于没有什么经验和基础的考生也是适用的。

(三) 教材的使用

对于考生来讲,买到了一本好教材不等于就掌握了一门知识,只有结合正确的使用方法才有可能获得效果。如何使你买到的这本教材尽可能发挥出它的效用呢?谈几点建议供大家参考:

1. 要注意阅读和理解教材的体例与目录。一本书的体例和目录,表现了作者构思、写作该书的基本思路和脉络,也体现了作者所设计的向读者传授知识的方法,只有认真理解、领会了书的写作体例,才能够实现在使用方法上与作者的“对接”。

2. 要区分精读和浏览的不同作用。当考生拿到一本教材之后,我并不建议立即进入精读阶段,而应当在时间允许的情况下先行浏览,浏览的过程尽可不求甚解,但求对书中所涉及的知识点有一个大致印象即可。浏览的目的,在于帮助考生先行树立一本课程的知识体系和概貌,尽管这种概貌当时可能还是十分模糊的,但这一工作绝非浪费时间,必将有助于考生在精读阶段提高效率,加快理解。

3. 要注意处理好书中几个基本元素的关系,就是要注意正文、法条与真题的对照。作为一本司法考试教材,应试才是其考生使用它的终极目的,司法考试是一门以法条为本、以真题为准的考试。因此,教材正文中的绝大多数文字都是对法条的阐发,而真题是检验这些文字是否正确、妥当的标准。对此,考生应分清书中诸元素的不同作用,从而相互配合,达到融会贯通。

二、本书行政法部分的写作风格

关于本书的行政法部分,笔者着重追求如下几种写作风格:

(一) 通俗

在全书的写作中,作者力求使用尽可能通俗易懂、贴近生活的语言,并反复穿插实例,以此剖析与介绍行政法学上众多概念、理论与制度,尽量使它们在读者的面前显得没有那么晦涩艰深。作者从司法考试教学的实践中了解到,行政法这个学科对于许多学习者而言,并不受其青睐。这其中原因是复杂的。这既与行政法学本身的庞杂、琐碎、抽象有关,也与行政法律制度在我国发展的历史与现状脱不了干系。诸如:由于立法时间起步较晚,许多人在面对行政法时倍感陌生;由于立法技术水平不高,许多人在解读行政法律规范时迟迟难得要义;由于法律渊源层次众多,许多人在不同规范的矛盾与冲突面前难辨“真伪”。随着近几年来司法考试中行政法试题向综合化、理论化与实务化方向的迅速发展,使得这个学科在考试中的难度系数似乎超过其他各个学科,这也加深了大家对这门学科的“厌恶感”,行政法似乎越来越成就了一副“可憎面孔”。而行政法作为一个新生的,在国家法治建设进程中又占据着重要地位的法律部门,它在相当一部分法律职业者的心目中处于如此地位,不得不令人倍感遗憾与痛惜。因此,如何使行政法知识以一种更加通俗的、亲切的、熟悉的面孔呈现在读者的面前,从而使大家能够以更加轻

松的、愉悦的心情来了解它、掌握它，就成了作者写作此书的第一追求。

(二) 简明

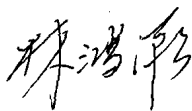
行政法学的知识架构无疑是庞大的，其制度内容无疑是丰富的，其理论体系也无疑是深厚的，用博大精深四字来形容也不为过。而本书的行政法部分仅区区20万字，就不得不在内容上有所剪裁取舍，以求简练得当，重点突出，详略有致。作者在决定本书的写作范围时遵循以下原则：

1. 取传统重点而弃新兴热点。行政合同、行政指导、行政程序法等问题无疑是近年来行政法学界研究与讨论的最大热点，其理论与制度内涵也极为丰富。但对于学习行政法的入门者来说，行政诉讼、行政复议、国家赔偿、行政许可与行政处罚等行政法的传统领域更具根本意义，因此本书仍以绝大部分篇幅介绍了这些内容。

2. 取主流通说而弃学界新说。作为一门新兴学科，行政法学的传统较之其他学科无疑浅薄得多，但在学说观点上也仍然难免有新旧、主次之分。就学术研究而言，凡称其为问题者，无不可以争论，无不可以创新。但本书定位为基础性读物，旨在为法律职业者进入行政法学之门搭桥铺路，在学说之争中就难免偏于保守，一则在书中作者不轻易主张自己的一家之言，二则在传统通说与激进新说产生矛盾时多采通说。

3. 取知识主干而弃枝节微末。对每一理论与制度的介绍，本书均重点描述其主干内容，而舍弃其微末枝节，不求面面俱到；对两相近似的内容，重点介绍其中一者，对另外一者仅介绍其与前者的差异，以避免累赘。

作者对本书的写作，不求对行政法知识本身有丝毫贡献与增进，只求对人们掌握行政法知识的方法有点滴贡献与增进，即感十分满足。



二〇一〇年三月二十八日于北京

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，小法虽然每个都很小，但加起来并不小。2009年，法理的分值是48分，宪法的分值是23分，法制史的分值是10分，总计81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”，都是光凭记住法条无法应付的。但是，作为理