

法律版|<<<<

2009^①年

国家司法考试应试指导

GUOJIA SIFA KAOSHI YINGSHI ZHIDAO

常考问题900例

北京三校名师/组编

辅导名师 准确提炼常考问题

归纳分类 集中突破备考盲区

精讲精析 查缺补漏快速提高

来自大家 服务大家



2009 年国家司法考试应试指导

常考问题 900 例

北京三校名师 组编

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

常考问题 900 例/北京三校名师组编. —北京:法律出版社, 2008. 11

(2009 年国家司法考试应试指导)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9029 - 7

I. 常… II. 北… III. 法律—中国—法律工作者—资格考核—自学参考资料 IV. D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 182014 号

©法律出版社·中国

责任编辑/丁 敏

装帧设计/曹 铀 胡 欣

出版/法律出版社

编辑统筹/法律考试出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/沙 磊

开本/787 × 1092 毫米 1/16

印张/16.5 字数/423 千

版本/2008 年 12 月第 1 版

印次/2008 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782 西安分公司/029 - 85388843 重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636

北京分公司/010 - 62534456 深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9029 - 7

定价:35.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前言

每位准备参加司法考试的考生,无不经历着这样一个过程,看书——做题——看书,在这个过程中实现知识从量变到质变的飞跃,这也是个知识的输入——疑惑——释疑——知识更新的过程,唯有不断的突破和自我锤炼,才能实现知识水平和应试技能的提高,从而完成对司考从茫然到熟悉再到顺利通过这样一个破茧成蝶的过程。

从某种意义上,疑问是深入学习的标志,也是提高的必经过程。如果将书熟读三遍,脑子里仍然没有疑问是可怕的,说明尚没有形成对该学科的基本概念和框架体系。熟读之、深思之、明辨之,方会有所疑问,这是认真学习的态度。大部分人所学习的教材内容、所面对的大纲和真题、所经历的复习过程几乎差不多的,我们在教学实践中解答考生提出的问题时发现,就某一学科考生所提出的问题是相对比较集中的,或大多数归结到某些知识节点上。我们将这样的节点称为“法律逻辑”的连接点,是延伸法律思维、实现知识融会贯通的“任督二脉”。对每一位考生而言,实现考点的融会贯通、活学活用是建立在对一个个疑问的明辨与准确理解基础上,这是每位考生都必然会遇到的问题。

基于复习效率的考虑,我们特别总结了以往在教学过程中考生所提出的疑问,进行归类、提炼和延伸,将解答汇集成册,帮助考生化解在复习过程中所遇到的“拦路虎”,减轻精神疑虑和奔走求教之苦,假借这本书就可以揣摩透大部分自己所遇到的问题;另一方面,提出问题的考生其知识水平高低差异有别,提出的问题自然有典型与偏倚之分,这里选取考生所提出的有思考价值、能促进知识提升的问题,以便激活对相关科目的领悟与兴趣,扫除自己的思考盲区,毕竟别人已经提出的问题,如果是自己尚未曾想到的,从中可以借鉴,可节省思考的苦力与劳烦,提高复习的效率。

从结果上讲,无论是自行埋头苦想,还是求诸老师,或者假借本书,其目的都是为了解惑,帮助考生成就司考之业。司法考试尊崇的是“结果论”,更需要将自己的复习建立在前人的优秀思考智慧的基础上,这便是本书的初衷,使得复习过程中大量思维的痛苦曲线,凝聚在本书之中,为后来者勾画一条清晰的、具指导意义的思考路线,通向最后的成功。

鲁迅先生说过,“人类血战前行的历史,正如煤的形成,刚开始是大量木材,结果只是一小块”。这句话形容司法考试也是很恰切的。这本书就是对先前司考过程中的大量木材所做的凝结,需要考生将之消化,从而为获得司考成功的“煤”积累知识素材。

希望本书能为考生复习并顺利通过司考,提供一臂之力。

编者

目 录

理论法学

一、法理学	(1)
二、宪法	(3)
三、法制史	(6)
四、司法制度和法律职业道德	(6)

刑 法

一、刑法效力	(8)
二、犯罪主体要件	(8)
三、犯罪客观方面要件	(9)
四、犯罪主观方面要件	(9)
五、排除犯罪性的行为	(11)
(一)正当防卫	(11)
(二)紧急避险	(13)
六、共同犯罪	(13)
(一)共同犯罪的成立	(13)
(二)共犯的认定和处罚	(15)
(三)教唆犯的认定和处罚	(15)
七、犯罪停止形态	(16)
(一)犯罪中止	(16)
(二)犯罪未遂	(17)
(三)共同犯罪的停止形态	(18)
八、单位犯罪	(19)
九、罪数形态	(20)
(一)罪数形态的判断标准	(20)
(二)结果加重犯	(20)
(三)想象竞合犯	(21)
(四)牵连犯	(21)
十、刑罚裁量	(22)
(一)累犯	(22)
(二)自首和立功	(22)
(三)数罪并罚	(23)
十一、刑罚执行	(24)

十二、危害公共安全罪	(24)
十三、破坏社会主义市场经济秩序罪	

(一)生产销售伪劣商品罪	(27)
(二)走私罪	(28)
(三)破坏金融管理秩序罪	(28)
(四)其他问题	(29)

十四、侵犯公民人身权利罪	(30)
--------------	--------

(一)故意杀人罪	(30)
(二)故意伤害罪	(31)
(三)强奸罪	(32)
(四)拐卖妇女罪	(33)
(五)其他问题	(34)

十五、侵犯公民财产权罪	(35)
-------------	--------

(一)抢劫罪	(35)
(二)盗窃罪	(36)
(三)诈骗罪	(40)
(四)敲诈勒索罪	(41)

十六、妨害社会管理秩序罪	(42)
--------------	--------

十七、贪污贿赂罪	(43)
(一)贪污罪	(43)
(二)受贿、行贿犯罪	(45)
(三)挪用公款罪	(46)

十八、渎职罪	(47)
--------	--------

刑事诉讼法

一、刑事诉讼基本原则	(48)
二、专门机关和诉讼参与人	(48)
三、管辖	(49)
四、辩护和代理	(50)
五、刑事证据	(51)
六、强制措施	(52)
七、附带民事诉讼	(55)
八、侦查	(56)
九、起诉	(57)

十、一审程序	(58)
十一、二审程序	(61)
十二、死刑复核程序	(64)
十三、审判监督程序	(65)
十四、执行	(66)

行政法与行政诉讼法

一、行政法理论	(68)
(一)行政主体	(68)
(二)行政行为	(70)
二、行政处罚法	(71)
(一)行政处罚的实施主体和实 施依据	(71)
(二)行政处罚的管辖和适用	(72)
(三)行政处罚的决定程序	(73)
(四)行政处罚的执行	(73)
三、行政复议法	(73)
(一)复议申请人、被申请人	(73)
(二)复议机关和复议依据	(74)
(三)复议决定	(75)
四、行政诉讼法	(76)
(一)行政诉讼的受案范围	(76)
(二)行政诉讼的管辖	(77)
(三)行政诉讼参加人	(77)
(四)行政诉讼的起诉与受理	(81)
(五)行政诉讼的审理	(84)
(六)行政诉讼的判决	(85)
(七)行政诉讼的执行	(86)
五、国家赔偿法	(87)
(一)国家赔偿范围	(87)
(二)国家赔偿义务机关	(88)
(三)国家赔偿程序	(89)

民 法

一、民法基本理论	(91)
二、自然人	(92)
(一)民事行为能力	(92)
(二)监护	(92)
(三)宣告死亡	(93)
三、个人合伙	(93)

四、法人	(95)
五、民事法律行为	(96)
六、代理	(98)
七、物权	(101)
(一)物权法基础原理	(101)
(二)所有权	(102)
(三)共有	(104)
(四)善意取得	(105)
(五)遗失物	(105)
八、债法	(106)
(一)概述	(106)
(二)定金	(107)
(三)不当得利	(108)
(四)无因管理	(108)
九、合同法总则	(108)
(一)基本理论	(108)
(二)合同的订立	(109)
(三)合同的效力	(111)
(四)合同的保全与履行	(112)
(五)合同的变更和转让	(115)
(六)合同的权利义务的终止	(115)
(七)违约责任	(117)
十、合同法分则	(119)
(一)买卖合同	(119)
(二)赠与合同	(122)
(三)租赁合同	(123)
(四)融资租赁合同	(124)
(五)委托合同	(124)
(六)借款合同	(125)
(七)运输合同	(125)
十一、人格权	(126)
十二、侵权行为	(127)
十三、担保法	(131)
(一)概述	(131)
(二)担保责任	(132)
(三)保证	(132)
(四)抵押	(133)
(五)质押	(135)
(六)留置权	(136)
十四、期间	(137)
十五、诉讼时效	(137)
十六、继承	(138)

(一)法定继承	(138)	(五)其他问题	(170)
(二)遗嘱继承	(139)	十一、二审程序	(171)
(三)遗赠	(140)	十二、特别程序	(174)
(四)遗产的处理	(140)	十三、审判监督程序	(174)
十七、婚姻家庭	(140)	十四、督促程序	(174)
(一)夫妻财产	(140)	十五、判决、裁定和决定	(174)
(二)非婚生子女	(142)	十六、执行程序	(176)
(三)抚养义务	(142)	十七、涉外民事诉讼程序	(177)
(四)收养关系	(142)	十八、仲裁程序	(178)
十八、知识产权	(143)	(一)仲裁法概述	(178)
(一)著作权	(143)	(二)仲裁协议	(178)
(二)商标权	(145)	(三)仲裁程序	(180)
(三)专利权	(147)	(四)仲裁裁决的撤销与不予执行	(181)

民事诉讼法与仲裁制度

一、民事诉讼基本理论	(150)
二、管辖	(151)
(一)级别管辖	(151)
(二)地域管辖	(151)
(三)裁定管辖	(153)
(四)管辖权异议	(154)
三、回避	(154)
四、当事人	(155)
(一)当事人概述	(155)
(二)原告与被告	(155)
(三)共同诉讼	(157)
(四)第三人	(159)
五、诉讼代理人	(160)
六、民事证据	(160)
(一)证据概述	(160)
(二)证明责任	(162)
(三)证明程序	(162)
七、期间、送达	(164)
八、调解	(164)
九、财产保全和先予执行	(165)
十、普通程序	(166)
(一)普通程序概述	(166)
(二)普通程序的基本阶段	(167)
(三)撤诉和缺席判决	(168)
(四)延期审理、诉讼中止和诉讼终结	(169)

商 法

一、公司法	(184)
(一)综合	(184)
(二)有限责任公司	(188)
(三)国有独资公司	(191)
(四)股份有限公司	(191)
二、合伙企业法	(194)
三、个人独资企业法	(199)
四、外商投资企业法	(200)
(一)中外合资经营企业法	(200)
(二)外资企业法	(201)
(三)中外合作经营企业法	(201)
五、票据法	(202)
(一)综合	(202)
(二)汇票	(203)
(三)票据权利	(206)
(四)票据丧失的补救	(206)
六、保险法	(207)
(一)财产保险	(207)
(二)人身保险	(209)
七、破产法	(212)
八、海商法	(213)

经 济 法

一、房地产法与土地管理法	(215)
--------------------	-------

(一) 房地产法	(215)
(二) 土地管理法	(215)
二、税法	(217)
(一) 个人所得税法	(217)
(二) 税收征收管理法	(218)
三、消费者法	(219)
(一) 消费者权益保护法	(219)
(二) 产品质量法	(220)
四、竞争法	(222)
(一) 反不正当竞争法	(222)
(二) 反垄断法	(224)
五、证券法	(224)
六、劳动法	(226)

国际法

一、导论	(229)
二、国际法的主体	(229)
三、国际法律责任	(231)
四、国际法上的空间划分	(232)
(一) 领土	(232)
(二) 海洋法	(233)
(三) 空间法	(234)
五、国际法上的个人	(235)
六、外交关系与领事关系法	(235)
七、条约法	(236)
八、国际争端的和平解决	(237)
九、战争与武装冲突法	(238)

国际私法

一、国际私法的主体	(239)
-----------------	-------

二、法律冲突、冲突规范和准据法	(239)
三、适用冲突规范的制度	(239)
四、国际民商事法律适用	(239)
(一) 权利能力和行为能力	(239)
(二) 债权	(240)
(三) 商事关系	(240)
(四) 家庭	(240)
(五) 继承	(241)
五、国际民商事争议的解决	(241)
(一) 国际商事仲裁	(241)
(二) 国际民事诉讼	(242)
六、区际法律问题	(242)

国际经济法

一、国际货物买卖	(243)
(一) 国际贸易术语	(243)
(二) 《联合国国际货物销售合同公约》	(243)
二、国际货物运输与保险	(245)
(一) 国际海上货物运输	(245)
(二) 国际货物运输保险	(246)
三、国际贸易支付	(248)
四、对外贸易管理制度	(249)
五、世界贸易组织	(250)
六、国际经济法领域的其他法律制度	(251)
(一) 国际知识产权法	(251)
(二) 国际投资法	(251)
(三) 国际税法	(252)

理论法学

一、法理学

1. 哪里能找到“三个至上”的核心内容？司法考试很喜欢考查政治化的内容，可是教材上又没有相关的论述，请问有没有比较规范化的表述？

【知识点】 三个至上

【解答】 第一，“三个至上”的核心内容。

(1)党的事业至上。党的事业至上是由中国共产党的领导地位和历史使命决定的。中国共产党是中国社会主义事业的领导核心。中国共产党的领导地位是经过革命战争、和平建设、改革开放长期考验形成的，是历史的必然，人民的选择。中国共产党居于执政地位、发挥领导核心作用，归根结底是因为我们党始终代表中国先进生产力的发展要求，代表中国先进文化的前进方向，代表中国最广大人民的根本利益。

(2)人民利益至上。人民利益至上充分体现了我们党以人为本、全心全意为人民服务的根本宗旨。人民利益至上，意味着要始终以人民利益作为评判政法工作的根本标准，政法工作搞得好不好，最终要看人民满意不满意，要看人民的基本权益是否得到切实有效的保护。

(3)宪法法律至上。宪法法律至上是由依法治国的基本方略决定的。任何现代法治都意味着对国家公共权力的限制，对权力滥用的制约；意味着国家机关的立法、行政、司法以及其他公共活动必须服从法治的基本原则。因而，法治的核心是依法治国，依法治国关键是依法治权。强调宪法法律至上，就是强调“法大于权”，否定“权大于法”，实行法治，摒弃人治。

宪法法律至上是由我国人民代表大会根本制度所决定的。在我国，一切权力属于人民，人民行使权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会。宪法和法律是由全国人民

代表大会或其常委会制定的，人民代表大会作为国家最高权力机关，它所制定的宪法和法律在国家生活中理应具有最高的权威。

宪法、法律是党的主张和人民意志相统一的体现，宪法法律是通过法定程序上升为国家意志，表现为法律文本的党的主张和人民意志，是党的事业与人民利益的制度表达。

第二，坚持三个至上的统一，反对片面强调法律至上。

(1)片面强调法律至上在理论上是虚幻的。任何国家的法律都必然受到政治与权力的影响。法律是统治阶级意志的体现。统治阶级的意志通过国家政治活动和国家权力表现出来，因此国家的法律必然要受到政治与权力的影响，需要对统治者的政治权力负责，围绕其服务。

任何国家的法律都必然受到民意的影响：现代法治国家均是民主国家，主权在民是基本的法治原则，因此各国的法律无不体现民意，注重民意，从民意中找到法律制度与法律活动本身的合法性。

(2)片面强调法律至上不符合我国的国情。首先，在领导力量上，中国共产党是我国社会主义事业建设的领导力量，这决定了党的事业必然具有核心与权威的地位，法律活动是执政党在法律领域领导力量的延伸，司法能力也是执政能力的延伸司法是执政党加强与人民群众血肉联系的纽带。其次，在根本制度上，我们是人民民主专政的国家，人民是国家的主人，人民代表大会制度是我国的根本制度，因此片面强调法律至上会冲击和影响对于人民利益根本性的维护。

第三，如何在政法工作中做到“三个至上”？

(1)坚持党的事业至上。①坚持政法工作对执政党执政地位维护的根本政治任务。②接

受党对政法工作的政治领导、思想领导、组织领导。③政法工作不能与党的事业的目标、方针相违背。

(2)坚持人民利益至上。①坚持以实现人民利益为政法工作的出发点与归宿点。②坚持以人民是否满意作为判断政法工作成败得失的根本标准。

(3)坚持宪法法律至上。①遵守宪法法律,反对特权。②增强正确适用法律的能力,维护公平正义。③“三个统一”。

第四,坚持“三个至上”就要坚持政治性、人民性与专业性(法律性)的统一。

(1)政治性:政法工作要维护党的执政地位和社会主义制度毫不动摇。

(2)人民性:坚持以实现人民利益为政法工作的出发点与归宿点;坚持以人民是否满意作为判断政法工作成败得失的根本标准。

(3)专业性:增强司法能力,提高专业素养。

2. 什么是法的价值的冲突原则?

【知识点】 法的价值冲突

【解答】 法的价值冲突的原则主要有位阶原则、个案平衡原则和比例原则三个。价值位阶原则是指在不同位阶的法的价值发生冲突时,在先的价值优于在后的价值。比如“与利益和效率相比,自由是优先的价值原则”说明了法的价值的位阶原则。法官在考虑了各方当事人利益的基础上,找到最佳解决方案,体现了法官对各个法的价值和各方利益的平衡和考量,属于个案平衡原则。为保护某种较为优越的价值必须侵及另一种价值时,采取最优的原则尽量实现“最小损害”或“最小限制”,体现了法的比例原则。国家利益优于个人利益和集体利益,因此也属于法的价值的位阶原则。

3. 什么是法的可诉性?

【知识点】 法的可诉性

【解答】 法的可诉性是指法律具有被任何人(包括公民和法人)在法律规定的机构(尤其是法院和仲裁机构)中通过争议解决程序(特别是诉讼程序)加以运用以维护自身权利的可能性。不同的社会规范,具有不同的实现方式。法律的实现方式不仅表现在以国家暴

力为后盾,更表现在以一种制度化的争议解决机制为权利人提供保障,通过权利人的行动,启动法律与制度的运行,进而凸显法律的功能。所以,判断一种规范是否属于法律,可以从可诉性的角度加以观察。2007年司法考试真题中就考查了法的可诉性含义。

4. 在有法律规则的前提下,还能直接适用法律原则作为裁判的根据吗?

【知识点】 适用法律原则的条件

【解答】 法律原则由于内涵高度抽象,外延宽泛,不像法律规则那样对假定条件和行为模式有具体明确的规定,所以当法律原则直接作为裁判案件的标准发挥作用时,会赋予法官较大的自由裁量权,从而不能完全保证法律的确定性和可预测性。这样,为了将法律原则的不确定性减小到一定程度之内,就需要对法律原则的适用设定严格的条件:

第一,穷尽法律规则,方得适用法律原则。这个条件要求,在有具体的法律规则可供适用时,不得直接适用法律原则。即使出现了法律规则的例外情况,如果没有非常强的理由,法官也不能以一定的原则否定既存的法律规则。只有出现无法律规则可以适用的情形,法律原则才可以作为弥补“规则漏洞”的手段发挥作用。

第二,除非为了实现个案正义,否则不得舍弃法律规则而直接适用法律原则。这个条件要求,如果某个法律规则适用于某个具体案件,没有产生极端的人们不可容忍的不正义的裁判结果,法官就不得轻易舍弃法律规则而直接适用法律原则。

第三,没有更强理由,不得径行适用法律原则。在判断何种规则在何时及何种情况下极端违背正义,其实难度很大,法律原则必须为适用第二个条件规则提出比适用原法律规则更强的理由,否则上面第二个条件规则就难以成立。

5. 关于法律论证中的内部证成和外部证成,下列哪些选项是错误的?

A. 法律论证中的内部证成和外部证成之间的区别表现为,内部证成是针对案件事实问题进行的论证,外部证成是针对法律规范问题进行的论证

B. 无论内部证成还是外部证成都不解决

法律决定的前提是否正确的问题

C. 内部证成主要使用演绎方法,外部证成主要使用归纳方法

D. 无论内部证成还是外部证成都离不开支持性理由和推理规则

【知识点】 内部证成和外部证成

【解答】 A 错误。内部证成:从前提中逻辑地推导出法律结论。外部证成:法律决定所依赖前提的证成,前提本身的合理性。它们的区别不在于事实或者法律规范。B 错误,外部证成要证明前提的正确性。C 错误,演绎和归纳是法律推理的方式,不管是内部还是外部证成都可以用。本题正确选项为 A、B、C。

6. 怎样理解当代中国初步形成的一种“一元多级”的法律解释体制?

【知识点】 法律解释

【解答】 “一元”体现为“法律解释权属于全国人民代表大会常务委员会”。法律有以下情况之一的,由全国人民代表大会常务委员会解释:(1)法律的规定需要进一步明确具体含义的;(2)法律制定后出现新的情况,需要明确适用法律依据的。有权提出法律解释要求的主体是国务院、中央军事委员会、最高人民法院、最高人民检察院和全国人民代表大会各专门委员会以及省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会,注意没有全国人大各专门委员会。“多级”表现为除全国人大常委会的法律解释外还存在其他类型的法定法律解释。我国还存在下列法定解释类型:(1)凡属于法院审判工作中具体应用法律、法令的问题,由最高人民法院进行解释。凡属于检察院检察工作中具体应用法律、法令的问题,由最高人民法院进行解释。最高人民法院和最高人民检察院的解释如果有原则性的分歧,报请全国人民代表大会常务委员会解释或决定。(2)不属于审判和检察工作中的其他法律、法令如何具体应用的问题,由国务院及主管部门进行解释。(3)凡属于地方性法规条文本身需要进一步明确界限或作补充规定的,由制定法规的省、自治区、直辖市人民代表大会常务委员会进行解释或作出规定。凡属于地方性法规如何具体应用的问题,由省、自治区、直辖市人民政府主管部门进

行解释。

7. 如何正确理解社会主义法治理念的内涵?

【知识点】 社会主义法治理念

【解答】 我国社会主义法治理念是先进的法治理念,是真正符合广大人民群众利益和需要的法治理念,其基本内涵可以概括为依法治国、执法为民、公平正义、服务大局、党的领导五个方面。依法治国是社会主义法治的核心内容;执法为民是社会主义法治的本质要求;公平正义是社会主义法治的价值追求;服务大局是社会主义法治的重要使命;党的领导是社会主义法治的根本保证。这五个方面相辅相成,体现了党的领导、人民当家作主和依法治国的有机统一。

8. 禁止性规则和强制性规则是同一层意思吗?

【知识点】 法律规则

【解答】 法律规则根据其内容的不同可以分为授权性规则(包括权利性规则和职权性规则)、义务性规则(命令性规则和禁止性规则)。所谓禁止性规则,就是告知人们不得为什么的规则。法律规则根据对人们限定程度的不同,分为强制性(或称强行性)规则和任意性规则。所谓强制性规则,就是其内容不允许人们随意更改的规则。故“禁止性规则”和“强制性规则”不是一回事。“强制性规则”除了包括“禁止性规则”外,还有“命令性规则”、“职权性规则”。

二、宪法

1. 下列哪些关于备案的说法不正确?

A. 行政法规、部门规章和地方性法规应当报全国人大常委会备案

B. 较大的市人民政府规章应当报国务院、省级人民政府、省级人大常委会和本级人大常委会备案

C. 较大的市的地方性法规,应当由省级人大常委会报国务院、全国人大常委会备案

D. 自治州的自治条例,应当由自治州人大报国务院、全国人大常委会备案

我搞不明白的是为什么 C 项要连续向两

级(省级和国家级)备案呢?而B项甚至是连报三级——本级、省级、国家级。

【知识点】 规范性法律文件的备案

【解答】 答案为AD。至于规范性法律文件的备案制度说得简单点,就是怕它违反上位法。因此,备案的基本规则(当然还存在其他补充性规则)就是“下位法报上位法的制定机关备案”。较大的市人民政府规章的效力低于国务院的行政法规、省级人民政府的规章、省级人大常委会的地方性法规和本级人大常委会的地方性法规,故应向这些机关备案。

备案的补充规则之一就是“报请备案的机关相当于批准机关的文件备案”。较大的市的地方性法规经省级人大常委会批准,故相当于省级人大常委会的地方性法规备案。省级人大的地方性法规的效力低于国务院的行政法规和全国人大常委会的法律,故选项B的说法正确。

2. 自治区的单行条例是自治区的人大还是人大常委会制定?

【知识点】 单行条例

【解答】 民族自治地方的单行条例,与其自治条例一样,都只能由民族自治地方的人民代表大会制定。《宪法》第116条、《立法法》第66条和《民族区域自治法》第19条都规定只能由全国人民代表大会制定。在司法考试中,首要标准为法条。

3. 深圳市人大及其常委会、广东省人大及其常委会都能制定在深圳经济特区适用的经济特区法规和地方性法规,如果发生冲突,怎么办?

【知识点】 经济特区法规与地方性法规

【解答】 根据《立法法》第65条和第81条第2款,深圳市人大及其常委会制定的经济特区法规优先于广东省人大及其常委会和深圳市人大及其常委会制定的地方性法规适用;广东省人大及其常委会制定的经济特区法规优先于其制定的地方性法规适用。根据《立法法》第86条第2款和第88条第7项规定的精神,对经济特区法规有监督权的机关为全国人大常委会,因此,如果深圳市人大及其常委会制定的经济特区法规与广东省人大及其常委会制定的

经济特区法规发生冲突的,应当由全国人大常委会裁决。

4. 法规与规章的区别何在?

【知识点】 法规与规章

【解答】 两者的区别有:(1)制定的主体不同。国务院可以制定行政法规,省、自治区、直辖市的人大或者常委会和较大的市人大或常委会制定地方性法规。国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构可以制定部门规章,省、自治区、直辖市和较大的市的人民政府可以制定地方政府规章。(2)效力等级不同。行政法规的效力高于地方性法规、规章;地方性法规的效力高于本级和下级地方政府规章;省、自治区的人民政府制定的规章的效力高于本行政区内的较大的市的人民政府制定的规章。

5. 请问香港特别行政区行政长官的代理制度是如何规定的?

【知识点】 香港特别行政区行政长官

【解答】 《香港特别行政区基本法》第53条规定:特首出缺,依次由政务司长、财政司长、律政司长代理。在香港一般称为“署理”。澳门与此有点类似。但在内地,国家主席缺位的,由国家副主席继任;国家主席、副主席都缺任的,在补选之前,由全国人大常委会委员长暂时代理。至于人民政府、人民法院、人民检察院的首长以及中央军委主席缺位的,在补选之前,由本级人大常委会从相应的副职领导人员中决定代理人选。

6. 设区的市与较大的市有何关系?

【知识点】 设区的市与较大的市

【解答】 “设区的市”与“不设区的市”、“直辖市”相对。前者就是通常所说的“地级市”,其管“区”管“县”,甚至代管一些“不设区的市”。“不设区的市”就是通常所说的“县级市”。“较大的市”则有不同的含义:《宪法》第30条所说的“较大的市”就是指直辖市之外的“设区的市”,解决的是行政区划问题;《立法法》所称“较大的市”,是指省、自治区的人民政府所在地的市、经济特区所在地的市和经国务院批准的较大的市。

从立法法意义上讲,“设区的市”与“较大

的市”是有关系的,“较大的市”肯定是“设区的市”,但“设区的市”未必是“较大的市”。例如,温州、泉州是“设区的市”,但并非“较大的市”。

7. 下列选项中,有关精神病患者选举权的论述,哪个是不正确的?

A. 根据我国《宪法》规定,年满 18 岁的精神病患者是选举权和被选举权的主体

B. 年满 18 岁的精神病患者不应列入选民名单

C. 根据我国《宪法》规定,年满 18 岁的精神病患者可暂不行使选举权

D. 我国《宪法》规定,年满 18 岁的精神病患者可否行使选举权,须经选举委员会确认

答案是选 A。问:B 项和 D 项本身就存在矛盾,B 项明显是过于绝对了,直接就否定了此类患者的选举权,过于武断,所以,也应是错误的选项,为应选项,当否?

【知识点】 精神病患者选举权

【解答】 选项 A 错误之处在于,精神病患者不是被选举权的主体,其作为选举权的主体是有可能的,也就是需经过选举委员会的确认,因此与 D 项并不矛盾。

8. 《全国人民代表大会组织法》第 16 条规定,有权提出罢免案的主体是三个以上的代表团、十分之一以上的代表;而《全国人民代表大会会议事规则》(以下简称《全国人大议事规则》)第 39 条规定,有权提出罢免案的主体是全国人大主席团、三个以上的代表团、十分之一以上的代表。应以何者为准?

【知识点】 罢免案的主体

【解答】 应当以《全国人大议事规则》的规定为准,有三类主体可以提出罢免案,包括全国人大主席团在内。因为《全国人大议事规则》是全国人大 1989 年制定的,而《全国人民代表大会组织法》则是全国人大 1982 年通过的,根据新法优于旧法的规则(立法法第 83 条),应当以《全国人大议事规则》的规定为准。

9. 全国人大对人大常委会、主席团、国务院、中央军委、最高院、最高检、各专门委员会提出的议案,主席团是不是都必须列入会议议程?还是可以列入大会议程?

【知识点】 全国人大主席团

【解答】 根据《立法法》第 12、13 条以及《全国人民代表大会组织法》第 9、10 条,全国人大常委会、国务院、中央军委、最高院、最高检、各专门委员会提出的议案,主席团都必须列入会议议程。全国人大常委会、国务院、中央军委、最高院、最高检、各专门委员会的地位与一个代表团或者 30 名以上代表的地位是不同的。前者都是权力机关,人大主席团必须把他们的议案列入会议议程。相对而言,一个代表团或者 30 名以上的代表,他们的议案能够被列入大会议程,完全由主席团决定。

10. 我想问一下特别行政区基本法的效力范围。有的人说是在全国有效,而有的人说只在特区适用。谁的对啊?

【知识点】 特别行政区基本法

【解答】 特别行政区基本法在全国范围内有效。首先,特别行政区基本法是全国人大制定的,能够在全国范围内有效。其次,特别行政区基本法中规定了全国人大、全国人大常委会与国务院对特别行政区享有的职权,而这三机关都在内地。其次,特别行政区基本法中规定了特别行政区是我国领土不可分割的部分,专章规定了中央与特别行政区的关系,这些显然要求全国人民和所有机关都遵守。

11. 有人说,司法部的规章与江苏省人民政府规章及南京市人民政府规章有同等效力,那么我想问问,是不是说江苏省人民政府与南京市人民政府的规章也有同等效力呀?

【知识点】 部门规章与政府规章

【解答】 不是这样的。司法部与江苏省人民政府及南京市人民政府之间不存在领导或监督的问题,大家的规章“井水不犯河水”,各自在自己范围内发布、适用;如果适用中有冲突,由其共同上级机关国务院裁决。而江苏省人民政府与南京市人民政府存在领导、监督关系,前者规章为后者规章的上位法,效力高于后者。我们立法法上有个悖论:部门规章效力等于省级政府规章效力;部门规章效力等于较大的市政府规章效力;但是,省级政府规章大于本行政区域内较大的市政府规章。

三、法制史

1. 秦朝时期,赵某和钱某是邻居,但双方关系很差,互相仇视。有一日,赵某到县令处告发钱某,称钱某与自家的同母异父的妹妹孙某通奸(秦律规定,同母异父兄妹通奸,处弃市),要求县令对钱某定罪。经县令调查,赵某告发之事纯属捏造,是赵某为泄私愤而编造的。根据案情,本案如何处理?

A. 赵某积极向官府报告可能存在的犯罪,即使错误,亦不构成犯罪

B. 赵某为泄私愤而诬告钱某,构成诬告罪,但因未造成损失,从轻发落

C. 赵某的行为构成诬告罪,以诬告罪惩处

D. 赵某的行为构成诬告罪,处以弃市的刑罚

为什么答案选D而不选C呢?

【知识点】 秦代的刑罚适用原则

【解答】 首先,根据秦律,故意捏造事实与罪名诬告他人,即构成诬告罪,赵某为泄私愤捏造事实,告发钱某与孙某通奸,构成诬告罪。同时,秦律规定,诬告者实行反坐原则,即以被诬告的人所受的处罚,反过来制裁诬告者。因此,本案中,诬告者赵某应当受到他诬告钱某的通奸罪的处罚,即弃市。故答案为D。

本题容易错选C,注意依照秦律,诬告不是判诬告罪,而是实施“反坐”,即以所诬告的罪来处罚。

2. 如何正确理解“明刑弼教”这一思想?

【知识点】 明刑弼教

【解答】 “明刑弼教”一词,最早见于《尚书·大禹谟》。宋以前论及“明刑弼教”,多将其附于“德主刑辅”之后,其着眼点仍是“大德小刑”和“先教后刑”。宋代以降,在处理德、刑关系上始有突破。朱熹首先对“明刑弼教”作了新的阐释。他提高了礼、刑关系中刑的地位,认为礼法二者对治国同等重要,“不可偏废”。他强调刑与教的实施可“或先或后”,“或缓或急”。经此一说,刑与德的关系不再是“德主刑辅”中的“从属”“主次”关系,德对刑不再有制约作用,而只是刑罚的目的,刑罚也不必拘泥于“先教后刑”的框框,而可以“先刑后教”行

事。这意味着“明刑弼教”的发展轨道进入到一个新的阶段,并对明清两代法律实施的方法,发展方向和发挥的社会作用产生了深刻影响。而经朱熹阐发,朱元璋身体力行于后世的“明刑弼教”思想,则完全是借“弼教”之口实,为推行重典治国政策提供思想理论依据。

四、司法制度和法律职业道德

1. 《刑事诉讼法》第96条规定,犯罪嫌疑人在被侦查机关第一次讯问后或者采取强制措施之日起,可以聘请律师为其提供法律咨询、代理……涉及国家秘密的案件,犯罪嫌疑人聘请律师,应当经侦查机关批准。受委托的律师有权向侦查机关了解犯罪嫌疑人……律师会见在押的犯罪嫌疑人,侦查机关根据案件情况和需要可以派员在场。涉及国家秘密的案件,律师会见在押的犯罪嫌疑人,应当经侦查机关批准。

《律师法》第33条规定,犯罪嫌疑人被侦查机关第一次讯问或者采取强制措施之日起,受委托的律师凭律师执业证书、律师事务所证明和委托书或者法律援助公函,有权会见犯罪嫌疑人、被告人并了解有关案件情况。律师会见犯罪嫌疑人、被告人,不被监听。

问:这两个法条之间有冲突,是不是应该适用《律师法》?当涉及国家秘密的时候,犯罪嫌疑人聘请律师是否应当经侦查机关批准?涉及国家秘密的案件,律师会见在押的犯罪嫌疑人,是否应当经侦查机关批准?

【知识点】 犯罪嫌疑人聘请律师和律师的会见权

【解答】 这两个法条是有冲突,但不是你说的冲突表现。《律师法》和《刑事诉讼法》对涉及国家秘密案件的特殊规定并没有区别。只是《律师法》没有规定而已,因此对涉及国家秘密的案件,聘请律师和律师会见都需要经过批准。新《律师法》对《刑事诉讼法》所作的不同的规定是律师会见不被监听。《刑事诉讼法》规定的是侦查机关可以派员在场,这在实践中其实也就是监听的表现形式。《律师法》明确规定不被监听,也就是明确了侦查人员不应当在场监听。对《刑事诉讼法》和新《律师法》的不同规定,还表现在《律师法》规定律师

调查取证不需要征得证人等同意。这些特殊规定应当按照《律师法》的规定来执行。

2. 邱法官在出席会议期间,参加会议组织的联欢活动,发现会务组安排她与自己正在审理的案件的被告代理律师同桌相邻而坐。此时全体代表已就座,除了给邱法官安排的座位之外已无空位。在这种情况下,邱法官的下列哪一做法最符合法官职业道德规范?

- A. 按号就座,但装作与律师不认识,与其不说一句话
- B. 按号就座,可以与律师寒暄,但是不交谈案件事务
- C. 仅与同桌的人调换座位,但桌号不变
- D. 马上与会务人员联系调换座位,不与律师同坐一桌

师同坐一桌

本题答案选择了D项,为什么不是B项呢?其他选项不近人情,也显得虚假无比,尤其是D项,有点小题大做了吧?

【知识点】 法官职业道德

【解答】《法官职业道德基本准则》第40条规定:“法官应当谨慎出入社交场合,谨慎交友,慎重对待与当事人、律师以及可能影响法官形象的人员的接触和交往,以免给公众造成不公正或者不廉洁的印象,并避免在履行职责时可能产生的困扰和尴尬。”按照此项规定,法官应当尽可能地避免公众的合理怀疑,在日常行为上应当严于律己,所以,D项是最好的处理方式。

刑法

一、刑法效力

1. A 国船舶停靠我国港口,船上 B 国人杀害 C 国人,依我国刑法可由我国管辖。但根据国际法教材中的说法,非船长请求,一般不行使管辖,如何理解?又问:如 A 国船舶在我国领海行使(无害通过权),发生以上事情,如何处理?

【知识点】 刑法上属地原则的例外

【解答】 依照国际惯例,具有一国国籍的船舶或航空器,均视同并确定为国家主权所能管辖的领域,即国际习惯上所称的“浮动领土”。一国对具备该国国籍的船舶、航空器或者悬挂自己国家国旗的船舶、航空器具有延伸性的属地管辖权。因此,我国《刑法》第 6 条第 2 款规定,在中华人民共和国船舶或者航空器内犯罪的,也适用本法(1997 年刑法)。根据我国法律规定及刑法学界的普遍认同,凡挂有中华人民共和国国旗、国徽或者军徽标志的船舶或飞机,即使航行或停泊在本国领域以外,皆属大陆领土的延伸,因而在船舶上和航空器内犯罪,不论是国有的、军用的、民用的或私人的,都应适用我国刑法。

2. 劫持军用航空器在中国领域内迫降,是否适用普遍管辖原则,应如何处理?

【知识点】 刑法上的普遍管辖原则

【解答】 普遍管辖原则主要适用于国际犯罪,表现了国际社会对一些危害人类的犯罪行为的处罚态度。普遍管辖原则在中国的适用是一种补充性的适用,只有其他原则如属地管辖原则、属人管辖原则、保护管辖原则等不能适用时才能够适用。我国对一些国际条约规定的犯罪进行追究的前提条件就是发生在我国领域之内,而且中国缔结或者参与了这些国际条约而负有相应的义务。因为劫持何种航空器在我国领域内飞行和降落,都对我国的公共安全

构成现实的威胁。所以劫持军用航空器在我国迫降的,可视为危害结果发生在中国,适用属地管辖的原则。

二、犯罪主体要件

3. 14~16 周岁的人只有八种犯罪才承担刑事责任,但是有一些犯罪中有结果加重的情形,如:绑架后杀害人质,拐卖妇女时奸淫妇女,如果行为人是 14~16 周岁的人,罪名只能定绑架、拐卖妇女、儿童罪,那不就是不要承担刑事责任了吗?

【知识点】 已满 14 周岁不满 16 周岁的人的刑事责任

【解答】 最高人民法院《关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 5 条规定:“已满十四周岁不满十六周岁的人实施《刑法》第十七条第二款规定以外的行为,如果同时触犯了刑法第十七条第二款规定的,应当依照刑法第十七条第二款的规定确定罪名,定罪处罚。”已满 14 周岁不满 16 周岁的人实施普通的绑架行为或者拐卖妇女儿童行为并不按照犯罪处理,但是如果他在绑架过程中故意杀害被绑架人的或者在拐卖妇女的时候强奸被拐卖妇女的,则触犯了故意杀人罪或者强奸罪,依照故意杀人罪或者强奸罪来定罪量刑。

4. 如果单位的法定代表人本人有意提供虚假证言,应当按照伪证处理;如果是受该单位指使的,应当对双方同时追究责任吗?

【知识点】 单位犯罪主体

【解答】 《刑法》第 30 条规定:“公司、企业、事业单位、机关、团体实施的危害社会的行为,法律规定为单位犯罪的,应当负刑事责任。”因此,只有刑法分则条文明确规定某个具体犯罪的犯罪主体包括单位的时候,才能认为该犯罪可以由单位构成。而《刑法》第 304 条

规定的伪证罪是自然人犯罪,法律没有规定单位可以构成本罪。因此,以证人身份作证的单位法定代表人不论是出于自己的意志提供虚假证言的,还是受其单位的指使提供虚假证言的,都属于自然人犯罪,追究行为人个人的刑事责任,而不能认定为单位构成犯罪,当然也就不能追究单位的刑事责任。

其他的自然人犯罪中也是如此。最高人民法院1999年6月25日《关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》第3条规定:“盗用单位名义实施犯罪,违法所得由实施犯罪的个人私分的,依照刑法有关自然人犯罪的有关规定定罪处罚。”该解释第2条还规定:“公司、企业、事业单位设立后,以实施犯罪为主要活动的,不以单位犯罪论处。”

5. 国有商店、企业的售货员、生产线工人等都算从事公务的人员吗?教材上说:“从事公务的人员是指国家机关、公司、企业、事业单位、人民团体中履行组织、领导、监督、管理等职责的人员。”不太明白。

【知识点】 国家工作人员的认定

【解答】 国家工作人员身份的确定对于一些犯罪的认定非常重要,主要是贪污贿赂罪和渎职罪,另外还有一些对国家工作人员实施从重处理的犯罪,如非法拘禁罪。国家工作人员的特征就是从事国家公务。所谓国家公务就是指应该由国家处理的公共事务。因此,国家公务具有管理的性质,而不是直接的劳动事务(劳务)。国家公务中的管理主要有组织、领导、监督、负责、实施某项社会公共事务,而劳务主要发生在生产、销售、服务等行业或者活动中。进行劳务的人即便是在国有的商业企业里工作也不能认为是刑法上的国家工作人员。

三、犯罪客观方面要件

6. 在因果关系中,存在介入因素的时候,一般判断是否有因果关系的原则是什么?

【知识点】 刑法上因果关系的判断

【解答】 以条件说(公式:没有前者行为就没有后者结果时,前者就是后者的原因)为理论基础,应考虑在介入因素的作用下,先前行为与危害结果之间有无刑法意义上的因果关

系。存在条件关系时,原则上具有因果关系;但在介入独立的行为或事实导致结果发生时,则例外地否定前行为与结果之间的因果关系。

介入因素包括:自然事件、他人行为、被害人自身行为、行为人的第二次行为。

主要考虑:(1)介入因素的性质以及同先行行为之间关系,即介入因素本身的出现是异常还是正常的、介入因素是独立还是从属于先行行为的?如果介入因素的出现是异常的、介入因素本身独立于先行行为,则先行行为与危害结果之间的因果关系被切断而导致不存在刑法意义上的因果关系,反之,则先行行为同危害结果的因果联系并未切断而仍存在刑法意义上的因果关系。(2)介入情况对结果发生作用的大小。

四、犯罪主观方面要件

7. 甲把一人打成重伤,欲救之,乙阻止,致使伤者死亡。乙该定什么罪?

【知识点】 犯罪主观方面的认定

【解答】 我国刑法理论界一般认为,我国刑法中的犯罪故意,是指行为人明知自己的行为会造成危害社会的结果并且希望或者放任这种结果发生的一种心理态度。《刑法》第14条规定:“明知自己的行为会发生危害社会的结果,并且希望或者放任这种结果发生,因而构成犯罪的,是故意犯罪。”从中可以看出,犯罪故意固然是一种心理态度,有一定的社会心理,其核心体现在对危害社会的结果的态度上。我国刑法之所以谴责并否定犯罪故意,并不仅仅在于行为人明知故犯的心理态度,而在于行为人有意造成危害社会结果的主观恶性。犯罪故意不是一般的行为故意,不仅是对行为事实的主观反映,而且要对事实的性质予以评价,也就是要明知结果的危害社会性质。

所以,对上述事实的理解就要从行为人对危害后果的主观态度上入手。在行为表现比较直接、简单的情况下,犯罪的性质在这里主要取决于乙本人的主观心态。如果被害人奄奄一息,即将死亡,乙进行阻止,显然是追求死亡结果的发生,应该是故意杀人罪。如果被害人是否死亡难以确定,乙只是进行阻止,应该是故意