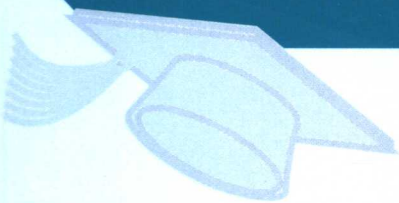




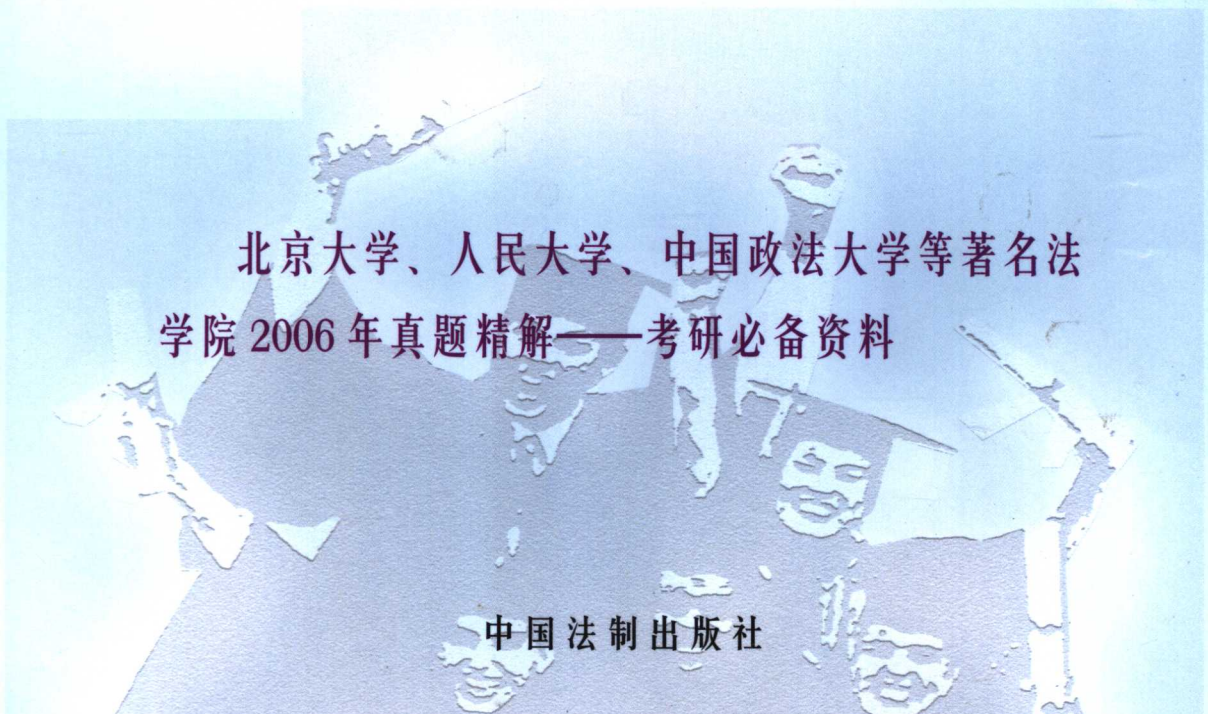
法学硕士考研 复习指南

2006 年增补版



本书编写组

北京大学、人民大学、中国政法大学等著名法
学院 2006 年真题精解——考研必备资料



中国法制出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法学硕士考研复习指南: 2006 年增补版/《法学硕士
考研复习指南》编写组编: —北京: 中国法制出版社,
2006. 8

ISBN 7 - 80226 - 444 - 8

I. 法... II. 法... III. 法学 - 研究生 - 入学考
试 - 自学参考资料 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 096550 号

法学硕士考研复习指南 2006 年增补版

FAXUE SHUOSHI KAOYAN FUXI ZHINAN 2006 NIAN ZENGBUBAN

经销/新华书店

印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/787 × 1092 毫米 16

印张/ 13.25 字数/ 354 千

版次/2006 年 8 月第 1 版

2006 年 8 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7 - 80226 - 444 - 8

定价: 23.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66070041

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66022958

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66078158

编者说明

2004年,中国法制出版社首次出版《法学硕士考研复习指南》。自诞生以来,我们一直贯彻“认真负责、敏锐及时”的宗旨,使丛书成为中国法制出版社的优良品牌,赢得了广大考研朋友的好评和支持。

2004年、2005年出版的丛书分为《宪法与行政法学》、《刑法学》、《民商法学》、《刑事诉讼法学》、《民事诉讼法学》、《经济法学》、《国际法学》7册,每册均由“成功经验借鉴及考试技巧”、“专业热点聚焦”和“历年真题解析”三部分组成,收集了2000年至2005年的真题。为了迅速传递本年度的考题信息,在2006年考研复试刚结束之际,本书编写组及时收集、整理了部分著名法学院的真题(有些学校包括初试和复试题目),以最快的速度推出《法学硕士考研复习指南2006年增补版》。我们秉承“急考生之所急,想考生之所想”的传统,以专业的精神和负责任的态度为考生提供最佳的复习资料。

承担本书编写工作的人员分别是毕业于北京大学法学院、中国人民大学法学院、中国政法大学、武汉大学法学院、清华大学法学院等著名学府的法学硕士、法学博士,都曾以高分考取上述各校,深谙该学校该学科的考研规律和重点。

在此感谢考生朋友多年来的信赖和支持,希望我们的付出能对您有所帮助,同时也敬请读者批评指正!

本书编写组
2006年8月

目 录

第一章 北京 大学

2006 年北京大学法学院研究生入学考试综合(A)卷	(1)
2006 年北京大学法学院研究生入学考试综合(B)卷	(6)
2006 年北京大学宪法方向复试卷	(10)
2006 年北京大学刑事诉讼法方向复试卷	(10)
2006 年北京大学行政法方向复试卷	(12)
2006 年北京大学刑法方向复试卷	(13)
2006 年北京大学国际法方向复试卷	(15)
2006 年北京大学法理学方向复试卷	(17)
2006 年北京大学经济法方向复试卷	(18)
2006 年北京大学民事诉讼法方向复试卷	(20)
2006 年北京大学民法方向复试卷	(20)
2006 年北京大学环境法方向复试卷	(23)

第二章 中国人民 大学

2006 年中国人民大学综合卷	(25)
2006 年中国人民大学宪法学与行政法学专业卷	(30)
2006 年中国人民大学民商法学专业卷	(34)
2006 年中国人民大学经济法学专业卷	(38)
2006 年中国人民大学诉讼法学专业卷	(43)
2006 年中国人民大学国际法学专业卷	(47)
2006 年中国人民大学刑法学专业卷	(52)
2006 年中国人民大学法理学专业卷	(56)

第三章 清华 大学

2006 年清华大学宪法行政法学专业卷	(61)
2006 年清华大学民商法学专业卷(初试)	(65)
2006 年清华大学民商法专业卷(商法)(复试)	(69)
2006 年清华大学国际公法与国际私法专业卷(初试)	(72)
2006 年清华大学国际公法与国际私法专业卷(复试)	(75)
2006 年清华大学刑法学专业卷(初试)	(80)
2006 年清华大学比较法总论卷	(85)
2006 年清华大学法理学专业卷	(90)

第四章 中国政法 大学

2006 年中国政法大学西藏单考各专业卷	(97)
2006 年中国政法大学西藏单考各专业卷	(105)
2006 年中国政法大学法学各专业卷(考试科目:法学理论、宪法学)	(112)
2006 年中国政法大学法学各专业卷(考试科目:刑法学、刑事诉讼 法学、国际私法)	(122)

2006 年中国政法大学法学各专业卷(考试科目:民法学、民事诉讼

法学、国际私法)..... (135)

第五章 武汉大学

2006 年武汉大学法理学专业卷 (150)

2006 年武汉大学宪法学专业卷 (153)

2006 年武汉大学行政法专业卷 (158)

2006 年武汉大学刑事法专业卷 (163)

2006 年武汉大学刑事诉讼法专业卷 (168)

2006 年武汉大学民事诉讼法专业卷 (173)

2006 年武汉大学经济法专业卷 (180)

2006 年武汉大学国际公法专业卷 (184)

2006 年武汉大学国际私法专业卷 (191)

2006 年武汉大学国际经济法专业卷 (195)

2006 年武汉大学综合卷 (197)

第一部分 历年真题解析

第一章 北京大学

2006 年北京大学法学院研究生 入学考试综合 (A) 卷

宪 法

1. 我国宪法上平等权的含义和种类。 (10 分)

【参考答案】

我国宪法第 33 条规定：中华人民共和国公民在法律面前一律平等。从内涵上来讲，公民在法律面前一律平等是指：(1) 公民平等地享有宪法和法律规定的权利，也平等地履行宪法和法律规定的义务。(2) 任何人的合法权益都一律平等地受到保护，对违法行为一律依法予以追究。(3) 在法律面前，不允许任何公民享有法律以外的特权。这一宪法原则既包括司法平等，即公民在适用法律上一律平等，又包括公民在守法上一律平等。

从我国宪法中所包含的平等权的种类来看，主要有：

(1) 民族平等。民族平等是指各民族不分大小一律平等，共同构成中华民族。强调各民族在国家统一的大家庭内的团结与合作，既要反对大汉族主义，也要反对地方民族主义和民族分裂主义，维护中华民族的大团结。民族语言平等，国家尊重和保障各少数民族充分地使用本民族语言进行生产、生活和了解国家事务的自由。

(2) 男女平等。男女平等包括妇女享有与男子平等的政治权利、文化教育权利、劳动权益、财产权益、人身权益和婚姻家庭权益，还包括对妇女权益的特别保护。

(3) 社会平等。社会平等是指国家在机会与社

会条件方面，对公民应当平等对待，设定法律权利和义务应当一视同仁，禁止差别对待。

(4) 经济平等。国家对包括个人在内的各类经济主体，在法律上一视同仁，相同对待，保障其相同的法律权利与义务，不得做出歧视性的区别，从而实现在经济活动中的平等。在我国，非公有制经济与公有制经济，都是社会主义市场经济的组成部分，具有相同的法律地位与性质。

【参考资料】魏定仁、甘超英等：《宪法学》北京大学出版社 2001 年版；魏定仁主编：《宪法学》(自考教材) 北大出版社 2005 年版。

2. 我国全国人民代表大会的职权。(列举 5-8 项) (10 分)

【参考答案】

根据我国宪法规定，全国人民代表大会行使下列职权：

第一，修改宪法并监督宪法的实施。

第二，制定和修改基本法律。

第三，选举、决定和罢免国家机关领导人。

第四，决定国家重大问题。包括审查和批准国民经济和社会发展规划以及计划执行情况的报告；审查和批准国家预算和预算执行情况的报告；批准省、自治区、直辖市的建置；决定特别行政区的设立及制度；决定战争与和平的问题。

第五，最高监督权。全国人大有权改变或撤销全国人大常委会不适当的决定；全国人大常委会、国务院、最高人民法院和最高人民检察院向全国人大负责并报告工作；中央军委主席也要对全国人大负责。

第六，应当由最高国家权力机关行使的其他职权。

【参考资料】魏定仁、甘超英等：《宪法学》北京大学出版社 2001 年版；魏定仁主编：《宪法

行 政 法

3. 论述行政法上的信赖保护原则。(20分)

【参考答案】

我国《行政许可法》第8条之规定开创了信赖保护原则的先河,该条规定:“公民、法人或其他组织依法取得的行政许可受法律保护,行政机关不得擅自改变已经生效的行政许可。行政许可所依据的法律、法规、规章修改或废止,或者准予行政许可所依据的客观情况发生重大变化的,为了公共利益的需要,行政机关可以依法变更或者撤回已经生效的行政许可。由此给公民、法人或者其他组织造成财产损失的,行政机关应当依法给予补偿。”

信赖保护原则要求:(1)政府信息必须全面、准确、真实,唯有如此,相对人才有可能有计划地安排自己的生活,公民的知情权才能够得到实现。(2)非因法定事由并经法定程序,行政机关不得撤销、变更已经生效的行政决定。因国家利益、公共利益或者其他法定事由需要撤回或者变更行政决定的,应当依照法定权限和程序进行,并对行政相对人因此受到的财产损失依法予以补偿。

【参考资料】姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》高等教育出版社2002年版。

4. 我国中级人民法院受理的第一审行政案件。(10分)

【参考答案】

中级人民法院管辖下列第一审行政案件:

1. 确认发明专利权的案件,这类案件有:专利申请案件;宣告专利权无效或维持专利权的案件;强制许可案件;专利纠纷裁决案件。

2. 海关处理的案件。这类案件主要包括海关处理的纳税案件和海关行政处罚案件。

3. 对国务院各部门或者省、自治区、直辖市人民政府所作的具体行政行为提起诉讼的案件。

4. 本辖区内重大、复杂的案件。根据《若干问题的解释》第8条的规定,所谓“重大、复杂的案件”具体情形包括:(1)被告为县级以上人民政府,且基层人民法院不适宜审理的案件;(2)社会影响重大的共同诉讼、集团诉讼案件。集团诉讼是共同诉讼的一种特殊形式,其当事人一方或者双方至少为5人以上;(3)重大涉外或者涉及香港、澳门、台湾地区的行政案件;(4)其他重大、复杂的

案件。

【参考资料】姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》高等教育出版社2002年版。

刑事诉讼法

(编者按:建议北大刑诉考生参照以下参考用书:汪建成著《刑事诉讼法学概论》,北京大学出版社2001年出版;陈光中主编《刑事诉讼法学》,高等教育出版社、北京大学出版社(第二版),(俗称红皮书);陈瑞华著《问题与主义之间——刑事诉讼基本问题研究》,中国人民大学出版社2003年出版;陈瑞华著《程序性制裁理论》,中国法制出版社2005年出版;陈瑞华著《刑事诉讼的前沿问题》,中国人民大学出版社2005年第二版;陈瑞华著《刑事审判原理》,北京大学出版社2003年第二版;潘剑峰著《民事诉讼原理》,北京大学出版社2001年出版;注意收集北京大学汪建成、陈瑞华、潘剑峰、傅郁林、陈永生等老师发表的论文,部分可以在北大法律信息网 <http://article.chinalawinfo.com/article/index.asp> 上找到)

5. 根据我国刑事诉讼法第47条关于证人证言的规定“证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方讯问、质证,听取各方证人的证言并且经过查实以后,才能作为定案的根据。”

(1)何谓证据能力?何谓证明力?结合证人证言谈谈两者之间关系(12分)

(2)根据证人证言的特征,说说证人证言转化为定案依据的条件(8分)

【参考答案】

(1)证据能力是大陆法系证据理论的概念,相当于英美法系证据理论的“可采性”,也就是有无充当证据的资格。某一材料是否在严格的证明中用来证明控辩双方所主张的、并且需要由事实的裁判者加以判断的事实,完全由充当证据的证据能力来决定。司法实践中,一般要求证据能力具有证据的合法性:一是证据必须具有合法的形式;二是证据

必须经法定人员依法定程序收集和提取；三是证据的内容和来源必须合法。对证据“可采性”的判断就是对证据能力的判断，对证据合法性的判断。

证据的证明力表现证据的价值，是证据在认定事实实际上发挥作用的力量，是证据对于待证事实有无证明作用以及证明作用有多大的表现。证明力包含证据的可信性和狭义的证明力两个方面。可信性是撇开证据与待证事实之间的关系，来判断证据本身是否值得相信；狭义证明力则是指证据在同待证事实的关系上，能否证明待证事实以及在多大程度上证明待证事实。

它们之间的联系表现在，一个证据是否具有证据能力和证明力，最终都取决于证据与待证事实之间的关联性。证据能力与证明力的区别在于：证据能力是从形式上解决证据资格问题，证明力则是从实质上解决证据有无价值以及有多大价值的问题。有证据能力的证据不一定有证明力，如被告人的口供虽然出于本人的自愿，但却是虚假的；而没有证据能力的证据可能具有证明力，如运用刑讯的方法获得的真实口供。作为定案根据的证据必须既有证据能力，又有证明力。审判人员在审查判断证据时，应当先审查证据有无证据能力，然后再对确认有证据能力的证据的证明力进行判断，对于没有证据能力的证据，不必考虑其有无证明力。在英美法系陪审团参加的审判程序中，关于证据能力的问题，由职业法官裁定；证明力则由陪审团本着理性和经验自由判断。在大陆法系及我国的参审制下，证据能力与证明力都由法官与陪审员共同审查判断。

(2) 证人证言的特征：

①由知晓案件情况的当事人以外的第三人陈述的内容；

②所陈述的内容必须与案件有关；

③应当就案件有关情况向承办案件的人员陈述。

由此可见，证人证言转化为定案依据的条件：

①法律规定证据必须经过庭审质证，才能作为定案的依据，不等于出庭所作证词才能作为定案的依据。

②该证人证言具有证明能力，即形式合法、收集程序合法。

③该证人证言具有证明力，即能够证明待证事实。

④证人必须出庭，尤其是警察应该出庭，建立警察出庭作证制度。

⑤不存在其他违反证据取得以及效力的情况，不存在刑讯逼供等。

【参考资料】汪建成：《刑事诉讼法学概论》北大出版社2001年版；陈瑞华：《问题与主义之间——刑事诉讼基本问题研究》，中国人民大学出版社2003年版，p368-412页。

6. 被害人在公诉程序，自诉程序和附带民事诉讼程序法律地位的不同。(10分)

【参考答案】

(1) 被害人在公诉程序中的法律地位：

中国刑事诉讼中被害人地位具有特殊性，被害人是当事人，但并非具有独立地位的当事人，不能对刑事诉讼的产生、发展、结果有决定性作用。无独立的起诉权、上诉权，不具备与被告人自我防御权相应的较强的自我救济权。被害人在诉讼中从属于公诉机关，虽然可与公诉人一道行使控诉罪犯的权利，但案件起诉权、撤销公诉和不起诉的权利却在公诉机关，被害人并不享有这些权利。在判决后，被告人不服，可以上诉，可是被害人及其法定代理人如果不服地方各级人民法院第一审判决的，则只能在收到判决书后五日以内，请求人民检察院提出抗诉，而不能直接上诉。因此，在公诉案件中，被害人并非具有独立地位的当事人，尽管他是刑事公诉案件中不可或缺的诉讼主体之一。被害人是遭到罪犯直接侵害、与案件审理结果具有切身利益关系的人，尽管也是了解案件情况的人，也有义务向公安机关、司法机关如实陈述自己所知道的案件，被害人陈述也是刑事诉讼法定证据种类之一，但是被害人并不仅仅限于自然人，也可能是单位、团体、社会组织等等，而且还可能是生理上或精神上有缺陷或者年幼的人。因此，被害人也不是严格意义上的证人。可以说，我国刑事诉讼中公诉案件被害人虽然被冠以“当事人”之称，但是却并无“当事人”之实，而是一种特殊的刑事诉讼主体。司法实践中鲜有把被害人当作当事人对待的。

(2) 被害人在自诉程序中的法律地位：

在自诉案件中被害人除完全享有以上权利（除不服立案决定的救济权、不服不起诉决定向上一级人民检察院的申诉权）外，还享有自诉案件犯罪的追诉权、对起诉后的案件与被告人和解、撤诉的权利、对未生效判决提起上诉的权利，以及申请法院进行财产保全的权利。

(3) 被害人在附带民事诉讼中的法律地位：

在附带民事诉讼当中，被害人可以是完全意义上的当事人。但是，根据最高人民法院《关于刑事

附带民事诉讼范围问题的规定》，提起附带民事诉讼有两种情况：第一，因人身权利受到犯罪侵犯而遭受物质损害的；第二，因财物被犯罪分子毁坏而遭受物质损害的。另外，对于被害人因犯罪行为遭受精神损失而提起附带民事诉讼的，人民法院不予受理。

【参考资料】汪建成：《刑事诉讼法学概论》北大出版社2001年版。

刑 法

7. 案例（30分）

2004年7月30日晚8点左右，肖天明（男，30岁，精神正常）搭乘耿宁出租车到某市郊外偏僻处下车，以钱被风吹走为理由骗耿下车后，趁耿不备，拿砖头猛砸耿的头部，并抢夺车钥匙。耿见状闪躲，只脸部被擦了2厘米左右伤痕。耿见肖弯腰再捡砖头之际，把肖推倒，逃上汽车，并准备倒车逃跑。此时肖拿着砖头，用手遮挡车的灯光，想再寻找耿。耿见状，倒转方向，开车往肖撞去。后肖经过救治。一腿截瘫。耿驾车逃跑。问两人行为如何在刑法上进行评价。

【参考答案】

首先，肖某以暴力方法抢劫他人出租车的行为，符合根据刑法第263条抢劫罪的构成要件，并且在犯罪形态上属于犯罪未遂。虽然理论界有一种观点认为：应以侵犯人身权利作为区分抢劫罪既遂与未遂的标准。但我认为抢劫罪虽然侵犯的是复杂客体，但其属于刑法第五章侵犯财产罪的一个具体罪名，其侵犯的主要客体是财产关系。犯罪分子的主要目的是夺取财物，而侵犯人身权利只是取得财物的犯罪手段，所以是否实际取得财物，是认定抢劫罪既遂与未遂的标准，并且根据刑法规定，对于未遂犯，可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚，一旦其行为暴力手段造成被害人轻伤、重伤或死亡的结果，完全可以不从轻或减轻处罚，因此不会出现罪刑不适应的情况。因此以行为人是否非法占有公私财物作为区分抢劫罪既遂与未遂的标准更为妥当，本案被告肖某虽然猛砸耿的头部，并抢夺车钥匙，但最终并没有非法占有到被害人的出租车，只能认定为抢劫罪未遂。

其次，被害人耿某用车撞肖某的行为是构成正当防卫还是故意伤害罪呢？这一问题的最大的争议

点是耿某是否对正在进行的不法侵害行为实施的正当防卫。正在进行也即不法侵害正处于已经开始并且尚未结束的进行阶段。不法侵害尚未结束指的是不法侵害行为或其导致的危害状态尚在继续中，防卫人可以用防卫手段予以制止或排除。具体来说，其可以是不法侵害行为本身正在进行中，也可以是行为结束而起导致的危险状态尚在继续中，如，抢劫罪犯已打昏物主抢得财物，但尚未离开现场。在本案中，肖某拿着砖头用手遮挡车的灯光寻找耿的行为是抢劫过程的延续，并且砖头的射程和杀伤力，使耿某的人身和出租车财产安全处在正在进行的不法侵害中，因此耿某所实施的用车撞人行为属于正当防卫。但是，如果行为人抢劫到了被害人的财物并要离开，被害人开车紧追。行为人见逃脱不了便扔掉被害人财物，可被害人仍然紧追不舍并加速马力撞伤行为人的，则应当定故意伤害罪。

最后，在被告人肖某被撞伤后，耿某是否构成不纯正不作为的故意伤害罪呢？所谓不作为是指行为人有义务并且能够实行某种行为，消极地不去履行这种义务，并且造成严重的危害后果的行为，其中实施某种行为的特定义务包括法律明文规定的义务、职务上或者业务上要求履行的义务和由行为人先前行为所产生的责任。本案耿某实施正当防卫将肖某撞伤后，肖某无法再行侵害耿某，因肖某所处的位置是郊外偏僻处，又在晚上8点左右，因此耿某成为了肖某唯一的保证人，我们认为其有义务实施拨打急救电话、通知肖某亲属或直接载肖某到医院的行為。

【参考资料】陈兴良：《规范刑法学》中国政法大学出版社2003年版；杨春洗、杨敦先主编：《中国刑法论》北大出版社2001年版。

8. 简述刑法上教唆犯的处罚原则。（10分）

【参考答案】

（1）教唆犯是以劝说、利诱、授意、怂恿、收买、威胁以及其他方法，将自己的犯罪意图灌输给本来没有犯意或者虽有犯意但不坚定的人，使其决意实施自己所劝说、授意的犯罪，以达到犯罪目的的人。

（2）教唆犯成立条件为：客观上实施了教唆他人犯罪的行为；主观上行为人具有教唆他人犯罪的故意。

（3）教唆犯的处罚原则为：

①对于教唆犯应当按照他在共同犯罪中所起的作用处罚。这里指的是被教唆人犯了被教唆的罪的

情况。即被教唆人已经进行犯罪预备,或者已着手实行犯罪而未遂或者已经完成犯罪而既遂。在这种情况下,对教唆犯的处罚是依照教唆犯自身在共同犯罪中所起的作用为准的。一般来说,教唆犯都作为主犯处理,因为教唆犯是犯意的发起者,没有教唆犯的教唆,实行犯就没有犯罪故意,也就不会有犯罪行为的发生。但是,在少数情况下,教唆犯也可以起次要作用,如从犯的教唆即教唆他人帮助别人犯罪,这种情况就应当作为从犯处理。

②教唆不满 18 周岁的人犯罪的,应当从重处罚。这一规定是为了更好地维护青少年的合法权益。同时,因为一些狡猾的犯罪分子,为了隐蔽自己,往往多在幕后,教唆未成年人实施犯罪。他们腐蚀了未成年人的思想,制造了青少年犯罪者,因此应当从重处罚。

③如果被教唆的人没有犯被教唆的罪,对于教唆犯,可以从轻或者减轻处罚。没有犯被教唆的罪可以是以下几种情况:第一,被教唆人根本没有接受教唆犯的教唆。第二,被教唆人当时接受了教唆,但是后来又取消犯意,没有从事任何犯罪活动。第三,被教唆人实际上实施了不是教唆犯教唆的犯罪。这些情况或者是根本没有引起犯意、没有造成危害结果或危害结果与教唆犯的教唆没有因果关系,因此,可以从轻或减轻处罚。

④教唆不满 14 周岁的人或精神病患者犯罪的,对教唆者应当按单独犯论处。对于教唆不满 14 周岁的人犯罪处理上有不同意见:有的认为是按教唆犯处理;有的认为因为 14 周岁的人未达法定的刑事责任年龄,缺乏成为犯罪主体的条件,教唆犯实际上是把其作为犯罪工具来达到自己的犯罪目的,应当按间接正犯处理。

【参考资料】陈兴良:《规范刑法学》中国政法大学出版社 2003 年版;杨春洗、杨敦先主编:《中国刑法论》北大出版社 2001 年版。

国 际 法

9. 国家责任的种类。(15 分)

【参考答案】

国家的国际不法行为一经确定就产生承担相应的国际责任的法律后果。从有关国际条约、国际习惯和国际实践中可以看出,国家责任种类主要有以下几种:

(1) 限制主权。限制主权是指全面或局部限制责任国行使主权的一种责任形式,它是国家责任形

式中最严重的一种。只适用于对他国进行武装侵略,侵犯他国的主权、独立和领土完整,破坏国际和平与安全从而犯下国际罪行的国家。

(2) 恢复原状。国际法上的恢复原状是指将被损害的事物恢复到发生不法行为以前存在的状态。例如归还非法没收或掠夺的财产、历史文物和艺术珍品,恢复被非法移动的边界界标或非法毁坏的边境建筑物,修复被不法行为损坏的外交使团的馆舍等。

(3) 赔偿。国际法上的赔偿是指对受害国的物质损失付给其相应的货币或物质赔偿。这种形式既可以适用于侵略他国,犯了国际罪行的侵略国家,也可以适用于犯有一般国际不法行为、对他国造成物质损失的国家。

(4) 道歉。道歉是指犯有国际不法行为的国家向受害国承认错误,给受害国以精神上的满足的责任形式。

10. 国家的管辖权种类。(15 分)

【参考答案】

国家管辖权是指国家对其领域内的一切人、物和事件以及境外特定的人、物和事件具有的行使管辖的权利。可以分为以下几种:

(1) 属地管辖权。是指国家对其领土及领土内的人、物和发生的事件,按照本国法律进行管辖的权利。其主要以领域作为管辖的对象和范围。领土管辖是国家管辖权中最基本的管辖,在管辖冲突时具有优越权。

(2) 属人管辖权。是指国家有权对具有其国籍的人,无论他们在国内还是在海外,均具有管辖的权利。它主要以国籍作为管辖的标准,国家管辖权在领土外的适用主要是针对具有其国籍的人或其他获得国际的特定物。

(3) 保护性管辖权。是指国家对于严重侵害本国国家或公民利益的行为及行为人进行的管辖,不论行为人的国籍,也不论行为发生在何地。其适用的范围一般是世界各国法律中公认的犯罪行为。

(4) 普遍性管辖权。是指对于国际法规定的违反全人类利益的国际罪行,不论犯罪人的国籍,也不论行为发生在何地,各国普遍有权实行的管辖。

【参考资料】王铁崖主编:《国际法学》法律出版社 1995 年版;端木正:《国际法》(自考教材)北京大学出版社 2000 年版。

2006年北京大学法学院研究生 入学考试综合(B)卷

法 理 学

1. 根据《人民法院报》去年8月份的一篇文章,关于郑州市中原区人民法院实行先例判决制度改革。结合法理学,来分析自己看法。(10分)

如今到河南省郑州市中原区人民法院打官司的当事人,在介入诉讼前可以通过查阅这里汇编成册的大量先例判决案例,了解自己案件类似的判决结果。此间法学界人士认为,中原区人民法院试行的“先例判决”制度,是推进审判制度改革的重大探索,不仅有利于增加法院审判的透明度和权威性,而且有利于促进司法公正和提高审判效率。中原区人民法院试行的“先例判决”制度,是指经过某种程序被确认的先例生效判决对本院今后处理同类案件具有一定的拘束力,其他合议庭或独任审判人员在处理同一类型、案情基本相同的案件时,应当遵循先例作出大体一致的判决。在前期先例判决的制作方面,中原区人民法院审判委员会或专业小组对判例的类型、程序和实体的处理、判例的形式和内容等进行了严格的审核,确认后严格规范先例判决文书,定期汇编成册,予以公布。据悉,中原区人民法院试行“先例判决”制度一年来,收到了令人满意的效果。法官办案更加透明了,法院审判工作效率大大提高了,当事人上诉的少了,案件被改判或发还重审现象基本杜绝。

【参考答案】

先例制度是保证审判机关和检察机关依法独立公正地行使审判权和检察权的重要制度,它是指一种在法院判决基础上形成的、具有一定法律效力和内部联系的非正式意义上的法律渊源体系。

先例制度的必要性:1. 以先例制度补充制定法;2. 通过先例制度实现正义;3. 以具体性和灵活性促进制定法的适用;4. 增加法律的确定性;5. 合理地减少案件数量。

先例制度的功能:1. 先例制度是一个法律体系中具有重要功能的组成部分;2. 先例制度限制法官权力;3. 先例制度解放法官在改进和发展法律方面的作用。

先例制度在中国的特殊重要性:1. 先例制度有

利于司法独立;2. 先例制度有助于中国宪政与法治的发展;3. 先例制度有助于中国法官素质的提高。

建立司法先例制度的困难及其解决方法:1. 来自法律体制与人力资源的疑虑、困难及其解决:(1) 从法律体制角度产生的疑虑及其分析。从法律体制角度所产生的疑虑是指这样一种观点,即认为先例制度与中国宪法规定的统一行使国家权力的人民代表大会制度相矛盾。我们以为,法院在创造性地发展司法先例制度方面的权能是完全可以得到正当性证明的。司法机关具有修改和沿展立法的创造性权力的理由有四点:首先,绝大多数立法无论怎样精细都会有不完善之处。法律的确切含义或正确含义只能由最终适用它的法官来决定;其次,法官具备立法机关所没有的给成文法或法典填充新内容的能力,法官的职责和职业经验经常使得他们具有立法者所无法具有的更大的远见。正因此,立法者所制定的法律经常“比它的作者们更明智”再次,司法判决可以仅仅作为一种学说渊源,对它的接受要取决于它自身的合理性以及法律共同体对它的共识;最后,法官如此行为的权威,来自于国家本身对它自己不可分割的执行机构的有效授权。2. 与法律职业有关的困难及其解决:(1) 司法机关和法律职业在先例制度中的重要性。法律职业是先例制度的人力基础。除了法官之外,律师的作用同样非常重要。(2) 从建立先例制度的角度看中国司法机关和法律职业的社会地位和作用。从建立先例制度看中国司法机关和法律职业的现状,情况远不令人满意,这也是许多法律工作者和法学工作者对先例制度持怀疑甚至反对态度的一个重要原因。中国目前的情况是:软弱的司法独立,相对低下的法官地位和不发达的法律职业。这是发展、建立先例制度的一个实际困难。中国的情况不仅将会改变,而且正在发生改变,法官正随着市场经济的发展逐步从边缘向中心移动,法官和法律职业在一个市场经济的社会中具有重要的作用,这是一个花费时间的、逐渐的演进过程。(3) 法官的专业素质和能力:首先,我们正面临一个悖论性的时刻,既缺乏使法律职业充分发展的法治环境又缺乏实现法治的社会力量——充分发展的法律职业;这是一个古老的“鸡生蛋,还是蛋生鸡”的问题,在书本上和文章中永远得不到解决,解决这个难题的关键是社会生活现实和司法实践。其次,目前基层法官素质和高层法院法官工作方式等问题都是变量。再次,如果不把我们的眼光局限在刑事审判领域,那么让人“耳目一新”的案例并不少见,只是学者们学习、研究得

非常不够。最后，我们不能夸大法官素质对先例制度的重要性。

2. 民主和法治的关系，陪审制度是连接两者的重要点。请谈谈陪审制度如何在民主与法治之间进行互动的。(10分)

【参考答案】

陪审制度是指从普通公民中产生陪审员参加法院对案件审判的制度。从世界范围来看，陪审制度有两种类型，一是英美法系国家的陪审团制，一是大陆法系国家的参审制，我国的陪审制度虽名为陪审制，但与英美国家的陪审制完全不同，从立法和实践看，实际上我国采取的是参审制。

我国采取人民陪审制，也是基于实现司法民主这一陪审制所特有的价值，因为普通民众直接参与审判活动，并被赋予与职业法官同等的权力，一是可以使审判不仅在实质上，从而在形式上也成了“人民的审判”；二是普通民众参与司法权的行使，可以在审判中反映人民的声音，可以促使职业法官更多地考虑社会生活实践，在裁判过程中，也要更多地以一般人的思考方式及一般人所能了解的语言来进行裁判，从而使得司法更贴近社会生活，更能反映民意；三是可以对法官行使司法权的行为形成强有力的制约，从而防止司法专横、保障审判的民主性，并使广大民众对司法的信赖度和认同感得以增强。

陪审制在保障司法公正具有其独特的作用和价值。第一，就实体公正而言，民众参与审判，凭借其大众化认知标准和朴素的心理情感对已有证据和事实判断认定时，此项认定即反映出社会的普遍价值观念，获得了审判的社会基础；而在一些专业性很强的案件纠纷当中，专家型陪审员参审对于查明、认识和判断案件有关事实和公正处理来说，往往能弥补法官在某一方面专业知识的不足，达到职业法官法律知识与陪审员专业知识的优势互补，可以最大限度地实现司法公正。第二，就程序公正而言，陪审制的实行弱化了法官庭前活动，就可以避免从事庭前活动而形成的内心确信和偏见。第三，可以强化司法独立，保障司法公正。陪审员与职业法官相比，其个人利益不受制于其他法官，不求助于法院上级或政府部门，往往可以作出公正独立的裁判，并且，如果裁判意见是由法官与陪审员共同作出的，至少可以减轻法官在作出裁判时所实际承受的来自各方面的压力。

【参考资料】周旺生：《法理学》（北京大学远程教育教材）人民法院出版社2002年版；张文显

主编：《法理学》高等教育出版社2003年第二版。

民 法

3. 表见代理的构成要件和效力。(15分)

【参考答案】

表见代理，是指代理人虽不具有代理权，但因某种表面现象，足以使善意第三人相信代理人对本人有代理权而与代理人为法律行为，由此产生的法律效果依法直接归本人承担的代理。

表见代理的构成要件主要有：(1) 须代理人不具有代理权。是成立表见代理的首要条件；(2) 客观上存在使第三人相信表见代理人有代理权的外表现象。如表见代理人持有被代理人的授权委托书、被代理人的介绍信、合同专用章、盖有印章的空白合同书等；(3) 第三人为善意。指表见代理人以被代理人的名义与第三人为法律行为时，第三人不知道，也不知道表见代理人实际上不具有代理权。

表见代理的效力表现在：表见代理对第三人与被代理人发生有权代理的法律效果。产生代理行为所引起的民事法律关系，第三人有权以表见代理要求被代理人承受其权利义务，被代理人不得以表见代理人无代理权抗辩善意第三人。被代理人因向第三人履行债务或承担责任而遭受损失的，他只能向表见代理人追偿；如果损失是由被代理人与表见代理人双方过错造成的，依过错程度由被代理人与表见代理人分担损失。

4. 担保物权的特征。(15分)

【参考答案】

担保物权作为一种物权，无疑具有物权的法定性、绝对性、支配性、优先性及客体的特定性等特征，但相对于所有权和用益物权来说，担保物权又具有自己独特的性格。如：具有变价受偿性；具有从属性；具有不可分性；具有物上代位性。

其从属性表现为：担保物权的成立应以相应的债权成立为前提，不能脱离债权而单独成立；担保物权应随主债权转让而转让，不能与主债权分离而单独转让；担保物权随主债权的消灭而消灭，主债权不存在，担保物权原则上不能单独存在。

其不可分性表现为：在担保物权一部分消灭时，其余部分仍然担保债权的全部；担保物的价格上涨，债务人无权要求减少担保物，担保物价格下跌，债务人也无提供补充新的担保物的义务；担保物因共有的分割分别属于数人时，其分割的各部分

仍然担保着债权的全部。

其物上代位性是指担保物权的效力及于担保物的代位物。

5. 案例分析 (15 分)

甲公司经过联系,与乙公司达成关于购买进口红松原木的合同,约定价格 1400 元每吨,购买 1000 吨,并商定了其他相关事宜。甲公司按合同在约定日期支付乙公司 140 万元,乙公司也按时发货。但甲公司对待货物进行商品检验时,发现是国产原木,质量要低些,市场价格大约 1200 元每吨。但考虑到国产原木也能进行生产,于是只想要回自己 20 万元差价损失,于是向你进行咨询。你会给他提供什么样的建议?甲公司认为乙是不当得利,你认为呢?并给出理由。

【参考答案】

依照《合同法》第 131 条的规定:买卖合同是出卖人转移标的物的所有权于买受人,买受人支付价款的合同。买卖合同为诺成合同,双方意思表示一致合同即成立,双方应依诚实信用原则全面履行合同。本案中,甲乙公司就购买进口红松原木的合同条款达成一致,合同成立并生效,双方应按合同的约定履行合同。乙公司未按合同的约定交付进口的原木,而是以国产原木代替之,违反了合同的约定,甲善意无重大过失,故乙应承担瑕疵担保责任。由于国产原木仍可进行生产,合同目的仍可实现,故不适用《合同法》第 148 条解除合同的规定,而应适用第 111 条,向乙主张减少价款。甲应将存在瑕疵的情形及时通知乙。

《民法通则》第 92 条:没有合法根据,取得不当利益,造成他人损失的,应当将取得的不当利益返还受损失的人。不当得利的构成要件有:一方受有利益;他方受有损失;两者之间有因果关系;没有合法根据。本案中,乙虽然交付的标的物有瑕疵,但其受有价款是按照合同的约定,又由于合同并未因标的物的瑕疵而解除,仍为有效,所以乙受有价款有法律上的原因,不属于不当得利。

【参考资料】魏振瀛主编:《民法》北京大学出版社 高等教育出版社 2000 年版。

民事诉讼法

6. 普通程序特点。(15 分)

【参考答案】

普通程序是人民法院审理民事案件通常所适用的最基本的程序,它具有下述特点:

(1) 系统性和完整性。与其他诉讼程序相比,普通程序是整个民事诉讼程序中最完备的一种程序,从当事人起诉到人民法院受理并作出最后裁判,全部程序都有具体明确的规定,并作了科学合理的系统安排。普通程序设立了必要的具体制度,如起诉制度、受理制度、庭审制度、裁判制度、诉讼中止和终结制度等。各项具体制度互相联系,并协调一致。

(2) 相对独立性。与简单程序、特别程序相对而言,普通程序是一种独立的诉讼程序,不依赖于简单程序和特别程序而存在。

(3) 是民事诉讼的基础程序。民事诉讼法是将各个诉讼程序中某些共同适用的程序制度,集中在普通程序中加以规定,并以普通程序为基础,其他程序则是分别就各自的特点作出规定。这种立法体例本身具有高度的科学性和经济性,同时它赋予了普通程序以广泛的适用性。

7. 移送管辖与管辖权转移的区别。(15 分)

【参考答案】

管辖权转移和移送管辖都是通过裁定的方式来确定案件的管辖,但两者却有本质的不同,主要体现在以下三个方面:

(1) 性质不同。管辖权转移所转移的是案件的管辖权,而不是案件,但移送管辖所移送的是案件,而不是管辖权。

(2) 作用不同。管辖权转移是对级别管辖的调整,即根据案件审理的实际情况,将级别管辖在上下级法院之间进行调整。但移送管辖却是纠正法院错误行使管辖权的方式,是法院错误受理案件后的一种补救措施。

(3) 程序不同。管辖权转移既可以是因为上级法院决定的单方行为发生转移,又可以是因为下级法院报请上级法院和上级法院同意的双方行为发生的转移。移送管辖只表现为移送法院的单方行为,即移送法院通过裁定将案件移送给它认为有管辖权的法院,而不需要经过受移送法院的同意。

【参考资料】潘剑锋:《民事诉讼原理》北京大学出版社 2001 年版。

经济法

8. 国家在经济法上的主体地位。(15

分)

【参考答案】

一般认为,经济法主体是依据经济法而享有权力或权利,并承担义务的组织体或个体。经济法主体一般可以认为国家、社会中间层和市场主体三种。其中的国家主体,由于其实施宏观调控行为和市场规制行为(即经济法上的调制行为),对社会中间层主体和市场主体进行调控和规制,而居于重要地位。一般来说,国家的主体地位通过国家作为宏观调控主体和市场规制主体表现出来。

国家是宏观调控主体,享有宏观调控权。国家通过对金融、税收和计划等领域方面的调控行为,保障宏观经济的良性运转,促进经济健康发展,保证经济法宗旨的实现。

国家是市场规制主体,享有市场规制权。国家通过对反垄断、反不正当竞争和消费者权益保护等领域进行市场规制行为,排除妨碍市场竞争的障碍,维护市场竞争秩序,促进市场经济在健康合理的框架内发展。

通常情况下,国家对国民经济进行调控和规制,是通过特定的国家机关进行的。但具体国家机关进行调控和规制活动的后果和责任,仍是由国家来承担的。

9. 反垄断法是如何规制经营者集中的。(15分)

【参考答案】

经营者集中是反垄断法规制的重要内容之一。各国对经营者集中一般都从以下几个方面加以规制:

一、对象要件

对象要件是指各国反垄断法所规定的经营者集中的定义。它是对经营者集中进行规制的前提。例如,我国《反垄断法》(草案)规定:“本法所称经营者集中是指:(一)经营者合并;(二)经营者通过收购其他经营者的股份或者资产取得对其他经营者的控制权;(三)经营者通过委托经营、联营等方式形成控制与被控制的关系;(四)经营者直接或间接控制其他经营者的业务或人事。”

二、规模要件

规模要件是指,各国为了减少经营者和规制机关的负担,也为了使规制机关集中精力核查有重大违法嫌疑的个案,而规定的经营者集中受反垄断法规制的最低条件。例如,我国《反垄断法》(草案)规定:“经营者集中有下列情形之一的,应当事先向商务部反垄断主管机构提出申报:(一)参

与集中的经营者在世界范围内的资产或销售额总和超过30亿人民币,至少一个经营者在中国境内的资产或销售额超过15亿人民币,并并购交易额超过5000万元人民币;(二)集中交易额超过2亿元人民币的;(三)参与集中的一方当事人在中国境内的市场占有率已达到20%的;(四)集中将导致参与集中的一方当事人在中国境内市场占有率达到25%的。”

三、法律受理程序

反垄断法一般都对经营者集中的规制规定了一系列程序。我国《反垄断法》(草案)主要规定了申报——审查两大程序。

四、对经营者集中的豁免和禁止

为了实现竞争政策,增强国际竞争力,各国一般都对符合一定条件的经营者集中行为予以豁免。例如,我国《反垄断法》(草案)规定:“经营者集中对国民经济发展和社会公共利益确有重大好处的,商务部反垄断主管机构可以予以许可,并可以在许可时附加限制性条件。”

同样,为了维护竞争秩序,保持竞争状态,各国往往对可能造成重大不利后果的经营者集中在事前即予以禁止。例如,我国《反垄断法》(草案)规定:“经营者集中可能出现下列情形之一的,商务部反垄断主管机构不予许可:(一)排除或者限制市场竞争的;(二)阻碍某一个行业(产业)或区域经济发展的;(三)损害消费者权益的。”

【参考资料】杨紫煊主编:《经济法》北京大学出版社 高等教育出版社2002年版;张守文:《经济法理论重构》人民出版社2004年版。

国际经济法

10. WTO 中的最惠国待遇原则和国民待遇原则。(15分)

【参考答案】

最惠国待遇原则是指缔约方一方现在和将来给予另一个缔约方的贸易优惠和豁免,必须自动地给予所有缔约方。在GATT中,最惠国待遇适用于进出口货物及其有关的关税、规费、征收方法、规章手续、销售和运输以及对进出口货物征收国内税和费用或使用的全部法令、条例等方面。在世贸组织协定中,最惠国待遇扩大到新的协定中,如原产地规则协定、装船前检验协定、与贸易有关的投资措施协定、实施卫生与植物卫生措施协定、服务贸易

总协定和与贸易有关的知识产权协定。

国民待遇原则是指缔约国之间保证给予另一方的自然人、法人和商船在本国境内享有与本国自然人、法人和商船同等的待遇，目的是保证国外产品和服务商与国内产品和服务商处于平等地位。

11. 国际许可合同的含义和种类。(10分)

【参考答案】

国际许可合同是指不同国家或地区的当事人所缔结的一方将其工业产权或专有技术、计算机软件的使用权转让给另一方，由另一方支付使用费的合同。

国际许可合同按合同标的的一般可以分为以下几种：

- (1) 专利技术许可合同。
- (2) 专有技术许可合同。在国际许可贸易中，它通常与专利技术许可合同在一起。
- (3) 商标使用许可合同。
- (4) 计算机软件使用许可合同。
- (5) 独占许可合同。
- (6) 排他许可合同。
- (7) 普通许可合同。
- (8) 分许可合同。
- (9) 交叉许可合同。

【参考资料】余劲松 吴志攀主编：《国际经济法》北京大学出版社 高等教育出版社 2000 年版；王慧：《国际私法》（北京大学远程教育教材）人民法院出版社 2003 年版。

2006 年北京大学宪法 方向复试卷

（编者按：本部分根据考生回忆整理而成）

1. 评价人民法院向人大报告工作的制度。

【参考答案】

虽然法院向人大负责并汇报工作符合我国宪法及其相关组织法的规定，但是，实践中，必然导致责任主体归属不明；从诉讼制度的基本法理来看，将会进一步加剧审判权的行政化。因此法院向人大汇报工作的做法应逐渐予以废止。当然，法院是否应该向人大汇报工作，实质上涉及的是国家整个宪政体制应该如何设置法院与民意机构的关系问题。我们不赞成法院向人大汇报工作，并不是意味着法

院的审判活动可以完全脱离民意机构的监督，而是希望这种人大对法院的监督必须程序化、法治化，不能违背诉讼制度的基本法理和审判独立的基本要求。我们认为，法院在审判案件过程中严格按照人大制定的程序法和实体法的规定进行审理和判决，就是法院对人大负责的最好方式，如果出现个别的办案法官枉法裁判，人大应该会同法律专业人员，通过正当的程序行使弹劾权或者罢免权，并追究其相应的行政责任、民事责任或者刑事责任。

【参考资料】魏定仁、甘超英等：《宪法学》北京大学出版社 2001 年版；魏定仁主编：《宪法学》（自考教材）北大出版社 2005 年版。

2. 评价全国人大常委会的宪法解释权。

【参考答案】

我国现行宪法第 67 条规定，全国人大常委会解释宪法。按照“明示其一，排斥其他”的法律解释原则，宪法授权全国人大常委会最终解释宪法，即排斥了其他国家机构最终解释宪法的权力。该条关于解释宪法权限的规定，其实质是就宪法争议而言，只有全国人大常委会，才享有对宪法进行终极性的、权威性的解释权力。

宪法其他条文没有排除其他国家机关在其行使宪法授予的职责时，为履行其宪法义务而对宪法进行的解释。这在宪法明确规定其他国家机关有义务保障宪法实施的具体规定中得以印证。但其他国家机关在履行其宪法职责范围时，对宪法做出的解释必须从属于并服从于全国人大常委会的解释。

全国人大常委会至今没有针对具体案件，以宪法解释的程序与名义做出解释。这是我国宪法解释制度安排与运作中的一个现状，也反映了宪法规定的宪法解释制度，在实践中存在着需要完善的问题。

【参考资料】魏定仁、甘超英等：《宪法学》北京大学出版社 2001 年版；魏定仁主编：《宪法学》（自考教材）北大出版社 2005 年版。

2006 年北京大学刑事 诉讼法方向复试卷

（编者按：本部分根据考生回忆整理而成。建议北大刑诉考生参照以下参考用书：汪建成著《刑事诉讼法学概论》，北京大学出版社 2001 年出版；陈光中主编《刑事诉讼法学》，高等教育出版社、北京大学出版社（第二版），（俗称红皮书）；陈瑞华著

《问题与主义之间——刑事诉讼基本问题研究》，中国人民大学出版社2003年出版；陈瑞华著《程序性制裁理论》，中国法制出版社2005年出版；陈瑞华著《刑事诉讼的前沿问题》，中国人民大学出版社2005年第二版；陈瑞华著《刑事审判原理》，北京大学出版社2003年第二版；潘剑峰著《民事诉讼原理》，北京大学出版社2001年出版；注意收集北京大学汪建成、陈瑞华、潘剑峰、傅郁林、陈永生等老师发表的论文，部分可以在北大法律信息网 <http://article.chinalawinfo.com/article/index.asp> 上找到)

1. 论权威的司法和司法的权威。

【参考答案】

权威有三种类型（即源于信仰的权威、源于传统的权威、源于理性的权威）。现代社会的司法体现的便是来源于理性的权威。人类运用理性为其在制度和程序方面设置了诸多限制，而恰恰又是这些限制使司法者得以享有崇高地位和得到广泛信任。

作为法律家主要研究对象之一的审判制度，其首要任务就是纠纷的解决。权威对于司法的这一根本目的发挥着重要的作用，它既可以保证纠纷解决的有效性，又可以降低纠纷解决的成本。

立法和司法都是社会控制手段，前者通过提供一般规范发挥作用，后者则是通过解决具体纠纷完成其对社会的影响。它们在各自的领域里都享有权威地位，不存在谁依附于谁的问题。司法的权威来自于司法本身，而不是来自于立法的权威。如果不承认司法的权威，就是不承认司法独立于立法的价值。

司法不仅追求公正，同时也应追求效益。

现代社会司法权威的特点乃是在于其是一种制度性权威而非个人权威；其为人认可的原因是形式公平而非实质的正确；其总是被限制在适度的范围内。

有必要从内部因素和外部因素这两个层面分别建立现代司法权威的保障机制，前者要求：法官要有为公众信服的较高素质；司法要保持自身的稳定性；要通过程序的正当化维护司法权威。后者要求：正确地处理好司法权与其他国家权力的关系以及司法与社会公众的关系。

司法权威在中国缺失的原因：一是司法裁决缺乏终局性的效力；二是民事裁决执行难。我们认为中国传统法律文化对司法权威有负面影响。人们对司法的功能就产生了许多不切实际的期待。最为突出地表现在两个方面：一是过分强调司法的教化功能和实现实质公平的任务；二是让司法越出自己的界限，去承担本应由其他社会机制所应承担的管理社会的任务。当这些期待无法实现时，司法便成为批评的对象。而错误的观念导致的是畸形的制度设计。

就司法权威在中国的复兴学者们提出了建设性方案：（1）确立精英化的法官选任制度。（2）建立独立、统一的司法组织系统。（3）保留中央政法委员会，取消地方各级政法委员会。（4）尽快搁浅人大个案监督的法律草案。（5）规范新闻媒体对司法工作的监督方式。（6）重新检讨和修订再审制度。（7）对各种具体的诉讼程序进行审查，凡是伤害司法权威的程序制度应予废止。（8）禁止将社会效果作为评判办案质量的标准。（9）取消错案追究制度。

【参考资料】汪建成：《刑事诉讼法学概论》北大出版社2001年版。汪建成：“论司法的权威与权威的司法”，载《法学讲论》2001年04期。

2. 论法官在诉讼中是否承担证明责任。

【参考答案】

大陆法系与英美法系在证明责任分配理论上存在着较大的区别。法官究竟有没有证明责任，这确实是一个非常棘手的问题。法官在审判中的责任不是证明案件事实，而在认定一案件事实。因此严格地说，法官没有证明责任。在英美法系国家中，实行的是当事人主义，法院采取不干涉的态度，双方当事人都对自己的主张负有证明责任；控诉方必须对被告人犯罪提出充分证据，使法官和陪审团对被告人有罪问题排出合理怀疑；而法官只负责主持审判和保证审判的公正进行，只对所举出的证据进行判断和认定。法官没有证明责任。在大陆法系国家中，检察官代表政府作为原告向法院提出犯罪分子的控诉，其负有证明被告人有罪的责任；法院的法官有权主动调取证据，传唤被告人、证人等，也并没有承担证明责任。

我国新刑事诉讼法第43条规定：审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序，收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。我们认为法官这种收集证据的职责不属于证明责任，而属于法官认定案件事实职责

的组成部分。法官收集证据是为了认定案件事实，不是为了向别人证明案件事实。一般来说，法官主要根据当事人的举证和证明来认定案件事实。

从性质上看，司法权应定位为司法裁判权，它在程序上具有被动性、亲历性、公开性、集中性和终结性，在组织体系上则具有合法性、裁判者的职业化、民众参与等特征，而司法裁判权不同于行政权的根本特征还在于其独立性。法官不负证明责任的原因也就在于司法权性质的要求。

【参考资料】汪建成：《刑事诉讼法学概论》北大出版社 2001 年版；陈瑞华：《问题与主义之间——刑事诉讼基本问题研究》，中国人民大学出版社 2003 年版，p452。

3. 论推定与证明责任的关系。

【参考答案】

证明责任是有控方证明被告有罪的一种举证责任。

刑事推定的实质，是刑事诉讼中证明责任与证明方式的问题，是部分减轻控方的证明责任和证明难度，并将部分证明义务转移由被告人承担。

有关二者之间关系的争论主要体现在三个方面：第一，推定是不是证明责任存在的前提。第二，推定能不能决定证明责任的分配。第三，推定能不能引起证明责任的转移。

推定与证明责任关系密切，推定的类别不同对证明责任的影响则不同。我国法学界一般把推定区分为法律上的推定与事实上的推定，法律上的推定可以分为推论推定与直接推定两种。法律上的推论推定是指法律规定应当从某一已知事实的存在，作出与之相关的另一未知事实存在（或不存在）的假定，这种推定在各类推定中最具有典型性，而直接推定是一种暂定的真实，即法律不依赖于任何基础事实，便假定某一事实存在的推定，如刑事诉讼中的无罪推定，因此二者的显著区别在于推定是否依据基础事实。

另外还可以结合刑法中的持有型犯罪和巨额财产来源不明罪来分析推定与证明责任的关系。

【参考资料】汪建成：《刑事诉讼法学概论》北大出版社 2001 年版；陈瑞华：《问题与主义之间——刑事诉讼基本问题研究》，中国人民大学出版社 2003 年版，p447-451。

2006 年北京大学行政法 方向复试卷

（编者按：本部分根据考生回忆整理而

成）

1. 案例：

某车管局未经检查就给机动车办理了年检证，后一车因未被检查的毛病给他人造成损失。问：

（1）该案是否提起行政附带民事诉讼？

【参考答案】

不可以提起行政附带民事诉讼。我国行政诉讼法没有明确规定行政附带民事诉讼制度，行政诉讼法的司法解释第 61 条虽然规定被告对平等主体之间民事争议所作的裁决违法，民事争议当事人要求人民法院一并解决相关民事争议的，人民法院可以一并审理。但是凭此不能断定就此确立了行政附带民事诉讼制度，而且本案中的民事争议也并非由行政机关裁决违法所致。

（2）用国家赔偿责任的因果关系理论评析车管部门的行为与损害是否存在因果关系。

【参考答案】

国家赔偿责任的因果关系的学说有以下几种：第一，条件说。此学说认为凡是导致某种结果发生的条件，都是结果的原因。第二，原因说。此学说认为在造成损害结果的诸多条件中，只有一个或几个重要的条件可以作为损害结果的原因。第三，相当因果关系说。此学说认为某种原因仅在现实特定情形中发生某结果，尚不能断定两者之间存在因果关系。而只有在一般情形中，依照普遍的社会观念和正常人的预见，也能发生同样结果的，才能认定有因果关系。由于国家机关行使职权的特殊性，其权力的来源和依法办事的原则均要求其必须以为社会提供优良服务为己任，对自己的违法职务行为导致相对人合法权益的损害，国家都应承担赔偿责任，因此，国家侵权行为的因果关系应适用条件说。本案中车管部门的行为与车主的行为共同造成了他人的损失，与损害之间具有因果关系。

（3）车主承担民事责任后，不足部分能否提出国家赔偿请求？或者国家赔偿与民事赔偿是何关系？互补还是替代？

【参考答案】

车主承担民事责任后不足部分可以提起国家赔偿的请求。国家赔偿与民事赔偿是互补的关系。在确定赔偿责任时，受害人应向民事侵权人请求赔偿，当从民事侵权人那里得不到赔偿或者得不到完全赔偿时，国家才承担赔偿责任。

【参考资料】姜明安主编：《行政法与行政诉讼法》高等教育出版社 2002 年版。