



三公律博考研必读系列



考研新资讯  
扫一扫就知道

# 中国政法大学 法学考研主观题汇编

FAXUE KAOYAN ZHUGUANTI HUIBIAN

刘艳敏◎主编

三公律博法学教育中心◎编



中国政法大学刑事司法学院副教授刘艳敏老师主编，考研必备！



中国政法大学出版社



三公律博考研必读系列

# 中国政法大学 法学考研主观题汇编

FAXUE KAOYAN ZHUGUANTI HUIBIAN

刘艳敏◎主编

三公律博法学教育中心◎编



中国政法大学出版社

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
  2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。

图书在版编目(CIP)数据

中国政法大学法学考研主观题汇编/三公律博法学教育中心编. —北京: 中国政法大学出版社, 2014. 7

ISBN 978-7-5620-5509-9

I. ①中… II. ①三… III. ①法律—研究生—入学考试—习题集 IV. ①D9-44

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第151484号

---

出 版 者 中国政法大学出版社  
地 址 北京市海淀区西土城路25号  
邮寄地址 北京100088信箱8034分箱 邮编100088  
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)  
电 话 010-58908285(总编室) 58908433(编辑部) 58908334(邮购部)  
承 印 固安华明印业有限公司  
开 本 787mm×1092mm 1/16  
印 张 15.5  
字 数 375千字  
版 次 2014年7月第1版  
印 次 2014年7月第1次印刷  
定 价 32.00元

## 前 言

中国政法大学作为中国法学教育的最高学府，一直以来都是万千法学学子向往之地。每年的研究生入学考试中，法大考研也因此如千军万马过独木桥般竞争激烈。在这场没有硝烟的战争中，一题一分的得失都举足轻重，更何况作为考试重头戏的主观题，特别是2011年底法大考研政策突变，主观题在专业课初试中的比重大幅提升，其重要性越发不容忽视。而与此形成鲜明对比的则是因市面上高质量主观题备考资料的严重缺失和后期主观题备考时间紧迫所带给广大考生的迷茫与无奈。作为法大考研的权威专业辅导机构，三公律博敏锐地捕捉到了广大考生的迫切需求，审时度势，第一时间做出编写法大考研主观题的重要决策；经过紧张不懈地努力准备，终于有了今日文稿的付梓成书。

在本书编写体例的选择上，经过深思熟虑，我们最终决定从便利考生备考的角度出发，立足于法大考研最新版核心教材，并以历年真题为突破点进行发散性扩张，努力在囊括核心考点的基础上保证主观题总结的全面性、系统性、简洁性、时效性。细心的读者不难发现，这也正是本书的一大特色。具体表现在以下几个方面：其一，各科目主观题的总结顺序大体与核心教材各章节的编排顺序一致，个别科目根据编写需要加以必要调整，以便于大家从宏观上理顺各科目的知识体系。其二，在题目的选取上，以2005年至2014年法大考研主观题真题（题后用括号注明考题年份、题型）为线索，“顺藤摸瓜”，引申出相关类似考点加以总结；有助于大家触类旁通，对核心教材上的相关考点一网打尽。其三，在参考答案的编排上，采取答题要点的方式，精简文字，并用递进序号和对比符号（即“VS”）等加以标明，一目了然；这对于大家在复习时间万分紧张的后期阶段快速理解、记忆相关考点能够起到重要作用。其四，在参考答案的内容上，主要依托于法大考研最新版核心教材，同时结合历年真题参考答案，并吸收最新修改的相关法律法规的核心内容加以整合，以最大限度地保证准确性、合理性、权威性，使得大家在考前冲刺阶段能够“一卷在手，高枕无忧”！

关于本书的使用，有以下两点需要加以特别说明：第一，这份主观题核心笔记的总结归纳用语相对简练、抽象，因此，建议大家在使用本书之前对核心教材和历年真题有一定的掌握，最好能够精读一遍核心教材并精做一历年真题，这样才能最大限

度地发挥本书的功效，在后期紧张的复习中起到事半功倍的作用；否则，没有一定复习基础直接使用本书可能会在一定程度上存在理解困难，最终影响复习效果。第二，必须强调的是，本书中题目所提供的参考答案仅仅定位于答题要点和思路，如上所述，这是出于方便考生快速理解、记忆考虑，在正式的考试中，则必须使用规范的答题格式，特别是对于分析论述题，应该转换成语通顺连贯、结构清晰的论文格式，而不能仅仅通过条条框框列明答题要点，这一点值得高度注意。以民法部分“共同危险行为与共同侵权行为的异同”一题为例，真正考试时答案应组织如下：“1. 共同危险行为是指数人同时或者相继为危险行为并造成损害结果，实际侵害行为人无法确定的侵权行为。共同侵权行为是指数人基于共同过错而侵害他人的合法权益，依法应当承担连带赔偿责任的侵权行为。2. 两者的相同点：①构成要件。两者都要求侵权行为与损害后果的客观存在。②责任基础。两者都按照过错责任原则归责。③法律效果。两者都要求侵权人承担连带责任。3. 两者的不同点：①行为人是否确定。共同危险行为人具有不确定性，可以是数人中的一人，也可以是多人；共同侵权行为的行为人是确定的。②因果关系的确定。共同危险行为中，只有部分行为与损害结果具有因果关系，但无从确定，行为人可以以其行为与损害结果欠缺因果关系为由主张免责；共同侵权行为与损害结果具有一般意义上的因果关系。③意思联络。共同危险行为的行为人之间无意思联络；共同侵权行为的行为人之间具有意思联络。”

最后，衷心地希望这本书对大家有所帮助，并预祝大家考研顺利、成功！

三公律博法学教育中心  
2014年8月

# 三公律博——法大考研班次设置

## 高端班

|             |        |                 |      |                |
|-------------|--------|-----------------|------|----------------|
| 全脱产精品高辅 1 班 | 限 10 人 | 3 月 20 日 - 复试结束 | 电话咨询 | 专业课 英语 政治 复试保过 |
| 全脱产精品高辅 2 班 | 限 10 人 | 7 月 1 日 - 复试结束  | 电话咨询 | 专业课 英语 政治 复试保过 |
| 全脱产精品高辅 3 班 | 限 10 人 | 10 月 6 日 - 复试结束 | 电话咨询 | 专业课 英语 政治 复试保过 |
| 精品脱产 A 班    | 限 20 人 | 3 月 20 日 - 复试结束 | 电话咨询 | 专业课 英语 政治 复试辅导 |
| 精品脱产 B 班    | 限 20 人 | 7 月 1 日 - 复试结束  | 电话咨询 | 专业课 英语 政治 复试辅导 |
| 精品脱产 C 班    | 限 20 人 | 10 月 6 日 - 复试结束 | 电话咨询 | 专业课 英语 政治 复试辅导 |

## 基本班次

|           |            |            |                 |
|-----------|------------|------------|-----------------|
| 精品初试高辅班   | 包含基本班次全部课程 | 分阶段        | 22680 元（限 10 人） |
| VIP 全程精品班 | 包含基本班次全部课程 | 分阶段        | 9680 元          |
| 基础班       | 7、8 月份     | 28 天       | 4980 元          |
| 真题精讲班     | 7、8 月份     | 24 课时      | 600 元           |
| 提高班       | 10 月、11 月  | 11 天       | 2680 元          |
| 冲刺班       | 考前两周       | 5 天        | 3580 元          |
| 模拟考试班     | 考前两周       | 2 天        | 800 元           |
| 复试班       | 复试分数线公布后   | 12 - 16 课时 | 2000 元          |
| 复试保过班     | 复试分数线公布后   | 电话咨询       | 电话咨询            |

# 法律硕士班次设置

## 高端班

|        |      |            |      |                |
|--------|------|------------|------|----------------|
| 精品脱产1班 | 限30人 | 4月10日-复试结束 | 电话咨询 | 专业课、政治、英语、复试辅导 |
| 精品脱产2班 | 限30人 | 7月1日-复试结束  | 电话咨询 | 专业课、政治、英语、复试辅导 |
| 精品脱产3班 | 限30人 | 9月20日-复试结束 | 电话咨询 | 专业课、政治、英语、复试辅导 |
| 复试保过班  | 限10人 | 复试分数线公布后   | 依据分数 | 中国政法大学复试保过     |

## 基本班次

| 班次     | 开课时间     | 面授学费  | 网络课程学费 | 课时         |
|--------|----------|-------|--------|------------|
| 基础班    | 7、8月份20天 | 3680元 | 3080元  | 共160课时     |
| 提高班    | 10月份10天  | 2180元 | 1980元  | 共80课时      |
| 真题精讲班  | 10月份2天   | 600元  | 400元   | 共16课时      |
| 冲刺班    | 12月份5天   | 1980元 | 1780元  | 共40课时      |
| 主观题技巧班 | 12月份3天   | 800元  | 700元   | 共32课时      |
| 模拟考试班  | 12月份2天   | 600元  | 无      | 考试+讲评      |
| VIP精品班 | 包含以上全部课程 | 6980元 | 5080元  | 328课时+模拟考试 |

# 中国政法大学考研高端班教学体系

三公律博率先在中国政法大学研究生考试辅导界推出高端辅导课程，以权威专业的师资团队和高通过率的辅导品质赢得广大考生的认可，独家全部由中国政法大学在职教授授课，同时，不断探索科学辅导模式，进一步推出“一对一”辅导，依靠高端的教学质量与后勤服务，精心打造十二年旗帜辅导品牌。

## 一、“高端”的目标

协助每位学员顺利通过研究生考试，构筑精彩法律人生！

## 二、“高端”的理念

1. 每位学员都有好的方法，但成功需要有个性化的教学和辅导方式；
2. 每位学员都有潜能通过，但老师就是要帮助学员运用行之有效的方法顺利通过考试；
3. 时间是学习的宝贵资源，提高学习效率是关键，这就要有针对性的教学、强化弱项、弥补不足。

## 三、独特的高端辅导

1. “一对一”是指除正课之外，专门开设辅导课程，有专门的高分研究生辅导老师针对每位学员制定复习计划、选择针对性的方法、及时解决考生面临的各种问题、跟踪督促学习。

2. “一对一”高分在读研究生辅导的学习过程中，能充分享受到个性化、有针对性的辅导，在出现问题的时候有专门的老师给你解决问题，让学员能在最短时间内迅速了解理论知识，高效的掌握考试要点，通过考试。

## 四、选择三公律博的理由

1. 考试难度大，通过率低，很难通过自身复习打破瓶颈。

应对策略：权威名师辅导，精选复习资料，个性复习辅导，高效专业答疑，科学时间管理，合理进度跟踪，特有循环模式。

2. 中国政法大学考研考试的难度逐年上升，不再简单考查理论知识，综合性加大，多考点考查越来越普遍。

应对策略：老师通过五化——“化繁为简、化难为易、化晦涩为直观、化教条为生动、化技巧为智慧”把知识点由点及线到面，形成知识网络，便于记忆和应用，进一步揭示知识点的逻辑脉络，考点举一反三，触类旁通，启迪思维。

3. 没有系统的复习计划。

应对策略：“一对一”的辅导老师针对个人的学习情况来制定复习计划，检查学员执行复习计划的情况，并针对学员的相关情况适当调整，保证学员从知识点内容的了解、熟悉、记忆、理解、运用再到考试的应对自如。

4. 学习总觉得都知道，但一考试就成绩不理想，不知道自己差在哪里？

应对策略：分阶段课程结束后会组织阶段性的测试，以考题的形式考察学员的学习情况，通过对学员做题情况的分析，了解学员的薄弱环节，并针对薄弱环节进行强化辅导。独创“以考助学”的教学方式。

5. 知道自己的薄弱环节但是缺乏有效手段来改进？

应对策略：政法名师通过出题检验以及与学员的平时交流等方式来了解学员的薄弱环节，针对学员的情况加强对该环节的讲解，并在讲解之后再出类似的考题来反复考察，直到学员真正理解、掌握。

6. 在看书做题出了问题，找不到或看不懂答案，即便看懂了，下次遇到同样的试题还是不会？

应对策略：“一对一”的老师来给您解答这类问题，通过细致的讲解，让学员迅速理解此类问题，

同时将学员的问题记录在案，以后的辅导会再次讲解这类问题，确保学员不会再因为类似的题目而失分。

### 五、辅导效果

1. 荟集精品课程：涵盖所有科目的正课，小班授课，全程跟踪辅导，根据个人情况制定个性化辅导计划；

2. 精选复习资料：根据复习需要为学员配备复习书籍与资料，无需再为选择参考资料烦忧；

3. 独享学习平台：专设固定教室，配备专业辅导班主任，全程跟踪，提供最具针对性的复习辅导；

4. 特色循环模式：科学安排时间，严格循环考核，根据水平测试为学员制订个性化的学习进度表；

5. 首席教授辅导：中国政法大学各专业名师团队、新东方考研英语名师亲临授课，押题名师亲临三公律博；

6. 高效辅导答疑：法大的硕士、博士组成高级专业答疑团队为学员答疑解惑；

7. 考前心理辅导：对学员在辅导过程中出现的学习心态等问题及时进行沟通和心理疏导；

8. 全面考试信息：为学员提供有关考试的重点考点信息；

9. 专属过关承诺：与学员签订过关保障协议，真正高品质的服务承诺。

### 六、高辅班课程设置

1. 十一科专业课：法学综合一（法理学，宪法学，国际法，行政法）；法学综合二（民法，刑法，诉讼法）；

2. 公共课，政治，英语；

3. 课后“一对一”精心辅导。

报名及咨询方式：

咨询电话：010-62279713 82095866 18911698979

办公室：北京市海淀区蓟门桥西政法大厦 A 座 208、210 室

（中国政法大学研究生院北门对面）

网址：www.kaoyan.edu.net 电子邮箱：sglb@cupl.edu.cn

QQ：550479914 2424275508 1321643910

## 目 录

|              |     |
|--------------|-----|
| 法理学 .....    | 1   |
| 宪法学 .....    | 29  |
| 国际法 .....    | 54  |
| 国际私法 .....   | 70  |
| 国际经济法 .....  | 85  |
| 行政法学 .....   | 104 |
| 民法学 .....    | 128 |
| 刑法学 .....    | 163 |
| 民事诉讼法学 ..... | 185 |
| 刑事诉讼法学 ..... | 210 |



## 法 理 学

### 1. 法律科目具有哪些特点？(2005，简答)

所谓法律科目指法律这门区别于自然科学、社会科学等科目的学科。法律科目的特点，亦即法学的特点，具体包括以下方面：

(1) 制度关联性。法律是一种制度。法学研究的对象总是指向法律现象或法律问题，故法学的兴衰注定与一国法律制度的发展相关联，所谓法制兴则法学繁荣；法制衰则法学不振。而其他学科（文学、哲学）的发展则不一定以特定制度的存在为前提。

(2) 务实性。法律科目的目标不在于寻求纯粹的知识，它必须面对和关注社会世俗生活，为人们社会生活中的困惑、矛盾、冲突寻求切实的法律解决方案，确立基本原则，或为法律决定做出合理而具有说服力的论证，具有实践性。

(3) 经验理性。法律科目是人的法律经验、知识、智慧、理性的综合体现，法学的论证不仅需要概念和原理的推导，更需要对案件进行利益衡量，判断分析更需要经验和积累。

(4) 职业性。法律科目是一门职业性知识体系，其使用的语言是冷静、刚硬、简洁、合乎逻辑的，是经过法学家们提炼、加工、创造出来的行业语言，与人们日常语言存在一定差别。

(5) 价值取向性。法律科目不同于自然科学，研究的是一种“价值性事实”，即反映人类价值观、价值倾向、价值意义的社会事实。无论在立法、守法还是司法中，人们的行为和行为关系都具有价值评价性。

### 2. 法学思维的特点。(2008，简答)

法学思维是法学研究者在研究法律现象时所持的思考立场、态度、观点、价值和方法，具有以下特点：

(1) 实践性。区别于自然科学，在于它不是“纯思”，不追求“纯粹的知识”，而是“实践的知识”。

(2) 以实在法为起点。法学家的思考不能游离于各个时代的实在法，不能像哲学家一样站在超然之外的立场来批判法律，而应首先是“体系内的批评”，必须依托实在法按照“法学范式”来进行作业。

(3) 问题思维。法学思维总是针对法律问题（如立法问题、执法问题、司法问题、守法问题；法律解释或推理问题）来进行的，而不是简单地运用演绎法将法律作为毋庸置疑的前提条件，通过推理得出结论的过程；法学的首要任务就是解决法律问题。



(4) 论证、说理性思维。法学在为法律问题提出解决方案时，必须为结论提供必要而充分的理由，遵循着“理由优先于结论”的规则。

(5) 评价性思维。法学研究的是一种“价值性事实”，故必牵涉价值评价。其关切的不是“逻辑上必然”的推论，毋宁是一些可以理解且有信服力的思想步骤，其是一种价值导向性思考方式，以“正义公正”为主要价值取向。

### 3. 从哪些角度看，平等是法的价值目标和制约因素？(2005，简答)

所谓平等，从广义上讲就是指社会主体于相同情况下在社会体系、社会生活中处于相同地位，有相同资格、发展机会和待遇。其在立法、执法、守法三个方面构成了法的价值目标和制约因素。

(1) 从立法上看：平等是鉴别立法进步与落后，区分民主与专制立法的显著标志，对所有人平等适用，规定平等原则的立法是民主、进步的立法；反之则是专制、落后的立法。

(2) 从执法上看：平等是促进执法活动公正无私、提高执法质量的必要因素。①执法离不开执法人员的思想文化素质。执法人员有无平等观念直接影响执法效果。②执法效果离不开制度保障，而平等的社会制度的确立将为执法上的平等提供可靠的依据和标准。③执法离不开平等的社会环境，平等制度和原则在社会生活中的实现，会为执法创造良好的社会条件。

(3) 从守法上看：平等是人们自觉遵守法律、反对特权的力量来源。在民主国家，平等是人们自觉守法的内在动力；同时，平等制度、平等环境等也会为人们自觉守法提供外在保障。

### 4. 法与原始社会习惯的区别。(2006，简答)

法与原始社会习惯具有以下不同之处：

(1) 体现的意志：国家意志形式下的统治阶级意志 VS 利益高度融合基础上的氏族全体成员共同意志。

(2) 产生方式：有意识的创造（自觉）、认可 VS 自发形成。

(3) 实施方式：国家强制力 VS 自觉、舆论、首领威望。

(4) 适用原则、范围、对象：属地主义，管辖范围内的所有居民 VS 属人主义，同一氏族或部落之成员。

(5) 存在基础及规定内容：阶级社会之经济基础，区分权利义务 VS 无阶级的原始社会之经济基础，不区分权利义务。

(6) 根本目的：统治阶级利益、统治秩序 VS 氏族利益、平等互助关系。

### 5. 权利与权力的区别。(2012，简答)

(1) 行为主体不同：权利主体一般是公民与法人以及其他社会主体；权力主体则只能是被授予权力的国家机关及其特定的工作人员。

(2) 行为属性不同：首先，权利行为一般是民事行为与社会政治行为；权力行为则一般是立法行为、行政行为、司法行为等属于公务的行为。其次，权利一般体现个人或法人等主体的利益；权力则不体现权力使用者的个人利益，而以国家和社会的公益为目的。

(3) 强制性不同：法律上享有权利的主体可以依法要求相对人为或不为一定的行为，这是一种强制性，但它与权力的强制性不同。权力具有国家的直接强制力；权利则只是以国家强制力为后盾，当权利不能实现或遭到侵犯时，权利人可以请求国家行使权力予以保

护或救济，但权利人不得自行对相对人施以强制力，如不得因为讨债而拘留债务人。因此，权力的强制性是直接的，权利的强制性则是以权力为中介，是间接的。

(4) 法律地位不同：权利可由权利人独自享有，可以是一种有特定相对人的权利（如债权），也可以是有一般相对人的权利（如财产所有权）；在存在与相对应的义务人的双边关系的条件下，双方的法律地位是平等的；另外，权利主体对其享有的某些权利还可以转让。权力则只存在于与具体相对人的关系中，单独的主体无法行使其权力，因权力须以对方的服从为条件，是管理与服从关系；权力是单向的和自上而下的，双边关系是不平等的；权力主体对授予它的权力不得放弃或转让，政府权力对国家也是一种责任（职责），不得怠用和不用，否则就是失职。

(5) 对应关系不同：权利与义务相对应，权力与责任相对应。

#### 6. 权利和义务的关系。(2006, 简答)

权利与义务是法的核心内容和要素，二者的连接方式和结构关系是非常复杂的，可以从以下几个角度来分析。

(1) 结构上：紧密联系，不可分割。没有无权利的义务，也没有无义务的权利，互为存在和发展之前提条件。

(2) 数量上：总量相等。如果把既不享受权利，也不履行义务表示为零，那么权利和义务的关系就可以表示为以零为起点向相反两方向延伸的数轴，权利为正数，义务为负数，正数每扩展一个刻度，负数也一定扩展一个刻度，二者绝对值相等。

(3) 产生、发展上：从浑然一体（原始社会）到分裂对立（阶级社会）再到相对一致（社会主义社会）。

(4) 价值上：代表不同的法律精神。古代倾向义务本位而现代倾向权利本位；法律发展的规律之一即是由义务本位向权利本位演进。

【引申】法律价值体现选择之定位。

(1) 学说观点：①权利本位论；②义务本位论；③权利义务并重论。

(2) 共同点：任何法律都离不开权利义务的规定。

(3) 争议之原因：不同的角度、层面、方法。

- ① 权利本位：从价值层面、法的历史发展趋势。
- ② 义务本位：规范层面、法的起源（义务规范比重大；从禁忌到义务再到权利）。
- ③ 权利义务并重论：从社会对人们的要求和法律实现途径。

(4) 当代中国之选择：权利本位为宜。

- 理由 {
- ① 市场经济模式的确立对法律的要求：设定、保障权利。
  - ② 人权受到国家社会的普遍关注。

#### 7. 法律原则与法律规则的区别。(2007, 简答)

法律原则是为法律规则提供某种基础或本源的综合性的、指导性的原理或价值准则的一种法律规范；法律规则是以一定的逻辑结构形式具体规定人们的法律权利、法律义务及其相应的法律后果的一种法律规范，二者具有以下不同之处：

(1) 性质不同：最佳化命令，笼统模糊地概括性要求 VS 确定性命令，设定明确具体的假定条件、行为模式、法律后果。



(2) 适用范围不同：某一类行为、某一部门法乃至整个法律体系通用的价值准则 VS 只调整某一类型行为。

(3) 初始性特征不同：法律原则只具有初始性特征。（一开始具有可行性，但可被更强的原则推翻）VS 法律规则一般具有确定性特征，例外地具有初始性。（在法律规则存在例外情形时，即便如此，二者的初始性也大不相同。因为每一法律规则的背后都有两个原则在支撑：形式原则和实质原则）

(4) 适用方式不同：“衡量”（原则间之竞争、分量、优先性）VS “涵摄”。（规则的冲突，“全有或全无”；要么规则，要么例外，要么有效要么无效）

8. 法律规则逻辑结构的“新三要素说”的基本成分及原有理论的缺陷。（2010，简答）

(1) 概述：法律规则的逻辑结构，是指法律规则在逻辑意义上是由哪些要素组成的以及它们之间的相互关系。不同学者有不同观点，主要有“两要素说”、“三要素说”、“新三要素说”。

(2) “新三要素说”认为法律规则在逻辑意义上由假定、行为模式、法律后果三个要素构成。

①假定。

A. 又称假定条件。是指法律规则中有关适用该规则的条件和情况的部分。它所解决的是法律规则在什么时间、空间、对什么人适用以及在什么情景下对人们行为有约束力的问题。

B. 假定在内容上主要有两类

|              |                                                                              |
|--------------|------------------------------------------------------------------------------|
| a. 适用条件      | <ul style="list-style-type: none"> <li>时间</li> <li>空间</li> <li>对人</li> </ul> |
| b. 行为主体的行为条件 | <ul style="list-style-type: none"> <li>行为主体的资格构成</li> <li>行为的情景条件</li> </ul> |

C. 立法实践中，假定可能在法律条文中被省略。但不意味着假定不存在，其可以被推导出来

②行为模式

A. 指法律规则中规定人们如何具体行为之方式或范畴的部分，是法律规则的核心部分。

B. 根据行为要求的内容和性质，行为模式可分为三种

|      |          |
|------|----------|
| 可为模式 | → 权利行为模式 |
| 应为模式 | } 义务行为模式 |
| 勿为模式 |          |

C. 行为模式是核心要素。立法实践中往往不能省略。

③法律后果

A. 指法律规则中规定人们在假定条件下作出符合或不符合行为模式所要求的行为时所应承担相应结果的部分，是法律规则对人们具有法律意义行为的态度。

B. 法律后果分为两种

|                |                      |
|----------------|----------------------|
| 肯定性法律后果（合法后果）： | 条文中可以且往往省略。（法不禁止即自由） |
| 否定性法律后果（违法后果）： | 条文中不能省略。（法无规定不得处罚）   |

(3) “新三要素说”是在综合原有“三要素说”和“两要素说”的基础上，克服其

各自缺陷提出的。

- |                                                                                                                      |                                                                                                        |                                                                      |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------|
| { <div style="display: flex; flex-direction: column; align-items: center;"> <div>①三要素说</div> <div>②两要素说</div> </div> | A. 认为法律规则在逻辑意义上由“假定”、“处理”和“制裁”组成<br>B. 将制裁视为唯一法律后果，实质在于将法律视为仅规定义务的规范、扭曲了法律规则的多样性及其所具有的不同社会功能           | A. 认为法律规则在逻辑意义上由“行为模式”和“法律后果”组成<br>B. 主张既有肯定性后果，也有否定性后果。克服了“三要素说”之不足 |
|                                                                                                                      | C. 但认为“假定”不能成为一个独立要素，而包含于行为模式之中，就背离了下列命题：“在逻辑意义上，任何具有一定法律后果的行为模式都是在一定条件下的行为模式；离开特定条件，某一行为便不一定有这样的法律后果” |                                                                      |

【引申】假定、行为模式、法律后果在表述上的省略。

- (1) 假定、行为模式、法律后果在逻辑上均不可或缺，共同构成法律规则之逻辑结构。
- (2) 从语法结构角度观之，三要素在法律条文中均可能省略，即：一个条文可能只表达一个规则的某个要素；一个规则可能由几个条文来表达。
- (3) 从三要素的重要性地位角度而言：假定、肯定性后果可省略；而行为模式、否定性后果不能省略。

## 9. 法的作用的局限性。(2009, 简答)

(1) 法律社会中，法的作用（规范作用、社会作用）不容低估。

- |   |                                     |
|---|-------------------------------------|
| { | ① 最主要的社会调整手段                        |
|   | ② 社会运动发展的稳定剂、平衡器（稳定性、可预测性）          |
|   | ③ 具有其他社会规范所不具有的特点：国家强制性、权威性、公开性、程序性 |

(2) 法律的作用不是万能的，具有一定局限性。

- |   |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |   |                      |                                 |                                       |
|---|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---|----------------------|---------------------------------|---------------------------------------|
| { | ① 法的作用范围不是无限的：部分行为和社会关系不能由法调整，须采用道德、宗教、纪律、政策等来调整                                                                                                                                                                                                                                                                                         |   |                      |                                 |                                       |
|   | ② 法律只是调整其所能调整的社会关系的一种方法：即使是法所调整的领域，仍需其他手段配合                                                                                                                                                                                                                                                                                              |   |                      |                                 |                                       |
|   | ③ 法律与事实之间对应的难题也并非法律所能完全解决：法律适用者在认定和确定事实时不可能将“过去的事情”原原本本地还原为“现在的事实”                                                                                                                                                                                                                                                                       |   |                      |                                 |                                       |
|   | ④ 法律自身的缺陷也影响其发挥作用                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |   |                      |                                 |                                       |
|   | <table border="0"> <tr> <td rowspan="4" style="vertical-align: middle; padding-right: 10px;">           {         </td> <td>A. “立法空白”——→人的理性的有限性</td> </tr> <tr> <td>B. “立法滞后”——→法律的稳定性 VS 社会关系的发展变化</td> </tr> <tr> <td>C. “法的僵硬性”——→法的一般性、抽象性 VS 案件的具体、个别、复杂</td> </tr> <tr> <td>D. “法律语言的模糊性”——→“法概念、解释的不统一、理解分歧”</td> </tr> </table> | { | A. “立法空白”——→人的理性的有限性 | B. “立法滞后”——→法律的稳定性 VS 社会关系的发展变化 | C. “法的僵硬性”——→法的一般性、抽象性 VS 案件的具体、个别、复杂 |
| { | A. “立法空白”——→人的理性的有限性                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |   |                      |                                 |                                       |
|   | B. “立法滞后”——→法律的稳定性 VS 社会关系的发展变化                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |   |                      |                                 |                                       |
|   | C. “法的僵硬性”——→法的一般性、抽象性 VS 案件的具体、个别、复杂                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |   |                      |                                 |                                       |
|   | D. “法律语言的模糊性”——→“法概念、解释的不统一、理解分歧”                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |   |                      |                                 |                                       |

(3) 认识法的作用时，坚持两点论：既反对“法律万能论”，也要反对“法律无用论”。

## 10. 法律责任的免除。(2010, 简答)

(1) 法律责任的免除是指由于出现某种法律上规定的条件或法律上允许的条件, 部分或全部免除行为人的法律责任。公法上的免责条件与私法上的免责条件有所不同; 私法上的免责条件又分为法定的免责事由(法律规定的免责条件)和当事人意定的免责条件(法律允许的免责条件)。

### (2) 私法上的免责条件。

- |                          |                                                                                                    |
|--------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------|
| A. 私法上法定的免责条件            | ①时效免责: a. 指责任人的法律责任超过一定期限就被免除; 权利人不及时行使自己的诉权, 经过一定期间, 其权利主张将不再具有法的效力; b. 旨在: 督促权利的行使; 维护社会关系、秩序之稳定 |
|                          | ②人道主义免责: 指追究法律责任时, 考虑责任主体的财产状况, 出于经济原因而适当减免责任, 以保证责任人及其家庭之必要生活条件                                   |
|                          | ③不可抗力、正当防卫、紧急避险免责: 与前两项不同, 前两项乃在法律责任已产生后之免除, 此三个免责则是法律责任并未产生                                       |
| B. 私法上的意定免责条件 (2011, 简答) | ①自愿协议: 法律允许的范围内, 协商同意                                                                              |
|                          | ②受害人放弃: 受害人不起诉                                                                                     |
|                          | ③有效补救: 责任人在被追究责任前主动采取措施补救; 但严格说是责任的主动实现                                                            |

(3) 公法上的免责条件: 不可抗力、正当防卫、紧急避险、超过时限、自首立功、当事人不诉免责等。

## 11. “从旧兼从轻”原则的内容。(2007, 简答)

(1) 概念: 从旧兼从轻, 指新的法律颁布后, 原则上, 对其生效以前所发生的事件和行为一律不适用, 除非新法处罚轻于旧法; 或者说原则上否认新法的溯及力, 但在新法处罚轻于旧法处罚时肯定新法的溯及力。简言之, “原则上禁止, 例外时允许溯及”。

(2) 当今绝大多数国家采此原则, 具体包括以下内容:

- ①绝对禁止溯及既往: 法律如果给予人们损害或不利益时, 依据法律的种类而言, 如果是刑事法律, 由于罪刑法定原则之存在, 刑法不得有溯及既往的规定
- ②可以溯及既往的情形一: 经过立法者衡量, 有溯及之必要, 则可规定
- ③可以溯及既往的情形二: 法律授以利益时, 则不论何种类别之法, 都可以溯及既往

## 12. 法律推理与法治的联系。(2009, 简答)

(1) 概念。

- ①推理是由一个或几个命题作为出发点(前提), 得到另一个命题(结论)的程序、方法或过程。法律推理即是依据法律规范和案件事实做出司法判决的过程或方法, 它不仅关注推理规则或推理形式, 更要关注推理之前提, 旨在寻求正当性证明
- ②所谓法治, 按哈耶克的观点, 即政府受到事先制定并宣布的规则约束; 在亚里士多德看来, 良法得到普遍遵从乃法治

(2) 法律推理的特点。

- ①寻求正当性证明：理由优先于结论，目的在于说服而非强制
- ②遵循推理规则：即使前提与结论无必然联系，为提高结论的可信度；包括程序规则、逻辑规则；“程序优于实质”
- ③往往以现行实在法与案件为前提

(3) 法律推理与法治关系重大。

- ①法律推理的逻辑推导功能是法治原则的要求：依据法律同等对待是法治的核心之一，而不管是演绎推理还是类比推理，都具此功能，只是方式不同
- ②法律推理的逻辑推导功能，使得社会和当事人对法律问题的预测成为可能，而法治的要义之一即是保证可预测性的实现
- ③法律推理或法律论证为司法实践中的法律问题提供必要而充分的理由：这是法治的基本要求。有利于促进法官、律师角色的独立性
- ④法律推理为立法、司法提供正当性证明，这是法治区别于人治的根本标志

【引申】法律中的逻辑与经验。

(1) 肯定：逻辑推理在法律适用中的价值不可否认。（联系上述 12 中的 (3)，法律推理的逻辑推导功能对法治的价值与功能①、②、③、④）

(2) 批评：严格的法律形式主义及其反思。

- ①严格的法律形式主义要求：a. 人工法律概念体系；b. 法律公理体系；c. 案件与法律规则（规范）的完全对应，从而实现法治之价值
- ②但上述三方面的要求都是达不到的
- ③霍姆斯对法律形式主义的批判：“法律的生命不在于逻辑，而在于经验”

(3) 全面：正确认识法律推理在法律适用中的价值。（不能因严格的法律形式主义而否定法律推理）

- ①法律推理只是法律的形式要件。
- ②法律推理并非只是演绎推理，而是包括类比、归纳、回溯推理等在内的广义法律推理。
- ③法治或规则之治的前提是社会的相对稳定性；在严格遵循逻辑推理可能导致不公正的判决时，法官须个案分析，基于实质正义，作出自己的经验判断。

(4) 总结：法律的生命不是逻辑，而是由逻辑所构造的经验。目的，才是法的创造者。目的是由社会、历史和政治决定的，是不断变化的。

### 13. 法律解释的目标。（2008，简答：法律解释目标主观说的成立理由）

法律解释者在法律解释活动中，要理解和说明的法律文本的意思，这构成法律解释的目标。而对于什么是法律文本的意思，由于理解角度的不同，形成了法律解释目标的两种基本理论：主观说与客观说。

(1) 法律解释目标的主观说。