

kaoyan.com



2012 法律硕士联考 复习指南 ——加强版

主编 陈显伟

- 1 紧扣2012年法律硕士联考考试大纲
- 2 囊括刑法修正案八、诉讼时效规定、新专利法、侵权责任法等最新考点
- 3 适用于后期冲刺复习，重点突出，脉络清晰，便于记忆



北京航空航天大学出版社
BEIHANG UNIVERSITY PRESS

2012 法律硕士联考复习指南

——加强版

主编 陈显伟

北京航空航天大学出版社

内 容 简 介

本书根据最新法律硕士(非法学专业)学位联考考试分析编写而成。将分析中的每个知识点单独列出来形成标题,并标注其需要掌握的程度,比如了解、一般掌握、重点等,重点或者非重点一目了然。最有特色的还是将历年的真题按照知识点而归类,考察的频率形象地说明了该知识点是否重要,是否是考点。该书也可以看成是按知识点排列的真题解析。此外,《刑法修正案八》、新的《专利法》、《侵权责任法》在本书中都有体现。本书能帮助考生在复习前期打基础,了解重点和非重点。本书同时也适合法律硕士(法学)的考生。

图书在版编目(CIP)数据

2012 法律硕士联考复习指南 : 加强版 / 陈显伟主编

. -- 北京 : 北京航空航天大学出版社, 2011. 10

ISBN 978-7-5124-0612-4

I. ①2… II. ①陈… III. ①法律—研究生—入学考试—自学参考资料 IV. ①D9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 205642 号

版权所有,侵权必究。

2012 法律硕士联考复习指南——加强版

主编 陈显伟

责任编辑 陈 芳 罗晓莉

*

北京航空航天大学出版社出版发行

北京市海淀区学院路 37 号(邮编 100191) <http://www.buaapress.com.cn>

发行部电话:(010)82317024 传真:(010)82328026

读者信箱: goodtextbook@126.com 邮购电话:(010)82316936

涿州市新华印刷有限公司印装 各地书店经销

*

开本:787×1092 1/16 印张:20.75 字数:531千字

2011年10月第1版 2011年10月第1次印刷 印数:4000册

ISBN 978-7-5124-0612-4 定价:39.80元

若本书有倒页、脱页、缺页等印装质量问题,请与本社发行部联系调换。联系电话:(010)82317024

前 言

这本书起源于考研网的考研论坛,最后又回归于论坛。第一本初稿写于2005年,是以一个过来人的角度出发,将指南和分析中需要注意的重点、难点做了标记,每个知识点下还列有历年考过的真题,考查的频繁和重要程度一目了然。比较适合用于考生复习中期打基础和复习冲刺,其内容简单介绍如下:

1. 从2007、2008、2009、2010、2011年法律硕士联考真题的主观题入手,说明近几年法律硕士考试的一些变化,强调一些答题中应当注意的问题,以便考生找准主观题复习的方向,掌握答题技巧。

依照《2012年法律硕士联考考试大纲》,对分析中所涉及的重点、难点、新增知识点进行梳理,标出其需要掌握的程度,对每个知识点需要掌握但容易忽视的问题做了提示。这部分是老妖精指南系列资料中的精华部分,但需要说明的是2000—2002年份真题参考价值低的一些在成书时被剔除了。

2. 每个知识点都标注了其需要掌握的程度,了解即平时复习中浏览即可,背诵时可以不看;一般掌握需要细看,但不需要背;重点和考点要背下来,并且每个细小点都需要精确记忆。

此外,为了帮助大家掌握本书中列明的重点和难点,根据加强版中历年试题的分布,精选了1000道最新的选择題,专门编写了《2012法律硕士联考复习指南——1000题》。可在看完加强版后,充分练习以便真正掌握。

Horace
2011年9月26日

目 录

2011 年法律硕士专业课主观题分析	1
2011 年刑法学、民法学主观题	1
2011 年综合课主观题	4
2010 年法律硕士专业课主观题分析	7
2010 年刑法学主观题	7
2010 年民法学主观题	9
2010 年综合课主观题	10
2009 年法律硕士专业课主观题分析	14
2009 年刑法学主观题	14
2009 年民法学主观题	16
2009 年综合课主观题	18
2008 年法律硕士专业课主观题分析	22
2008 年刑法学主观题	22
2008 年民法学主观题	25
2008 年综合课主观题	27
2007 年法律硕士专业课主观题分析	31
2007 年刑法学主观题	31
2007 年民法学主观题	33
2007 年综合课主观题	34

考点、重点、难点及历年真题分类解析	37
刑法学	37
民法学	133
综合课 法理学	206
综合课 宪法学	242
综合课 法制史	286

2011 年法律硕士专业课主观题分析

2011 年刑法学、民法学主观题

三、简答题(第 51~54 小题,每小题 6 分,共 24 分。请将答案写在答题纸指定位置上)

51. 简述犯罪预备的成立条件。

【解析】该知识点为每年必考,三个条件考生基本上都能答全。需要注意的是,三个条件分值不一样,第三个条件为 3 分,主要因为要点明是因为行为人意志以外的原因。

【参考答案】犯罪预备的三个特征是:

- (1) 行为人有为便利实行、完成某种犯罪的主要意图。
- (2) 客观上进行了准备工具、制造条件等的预备活动。
- (3) 犯罪预备行为由于犯罪分子意志以外的原因被阻止在犯罪准备阶段,未能进展到着手实行犯罪。

52. 简述渎职罪的概念和构成要件。

【解析】该题较难,主要因为渎职罪是一个概括性的概念,并不是具体的罪名。复习时候容易忽视,考场上不会总结其四个要件而失分。这种出题方式以往有过一次,这是第二次。

【参考答案】渎职罪是指国家机关工作人员在公务活动中滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊,妨碍国家管理活动,致使公共财产或者国家与人民利益遭受重大损失的行为。

53. 简述诚实信用原则的含义和功能。

【解析】诚实信用原则是民法中的“帝王条款”。但实际上,考生对该题答得不好。主要原因在于考前认为该知识点不会考而忽略。根本上大意而没有记忆。该知识点是经常考查的考点,曾在 2008 年以辨析题的形式考查。我们说过,考过的知识点会变个形式再次考查。

【参考答案】诚实信用原则即民事主体从事民事活动时,应当诚实守信,正当行使民事权利并履行民事义务,不实施欺诈和规避法律的行为,在不损害他人利益和社会利益的前提下追求自己的利益。该原则在现代民法中具有重要的地位,被誉为现代民法的“帝王条款”。该原则的功能在于:

- (1) 指导民事主体进行民事活动。
- (2) 诚实信用原则赋予法官司法裁判的自由裁量权。

54. 简述我国侵权责任法中适用无过错责任原则的主要情形。

【解析】我们在答题时可以依照《侵权责任法》或者《民法通则》进行解答。但由于《侵权责任法》比较新鲜,其内容并不为考生所熟悉,所以依照《民法通则》来解答更方便一些。

【参考答案】适用无过错原则的特殊侵权行为总结:因产品质量不合格造成他人损害、环境污染致人损害、高度危险作业致人损害、饲养动物致人损害、被监护人致人损害。

四、辨析题(第 55~56 小题,每小题 8 分,共 16 分。要求对命题进行判断并着重阐明理由。请将答案写在答题纸指定位置上)

55. 请对“刑法中的不作为就是身体处于静止状态的行为方式”这一说法进行辨析。

【解析】不作为是个不折不扣的重点。2008 年曾以辨析题的形式考查。所以对于刑法来

讲,历年考过的真题需要认真复习,以免其再次考出来。其次对于该题来讲,答题时需要将不作为的概念答出后再围绕该题进行辨析。

【参考答案】不作为是行为人消极地不履行法律义务而危害社会的行为。作为和不作为的区别标准不是行为人的身体动静,而是行为所违反的刑法规范的性质。通过积极的身体动作逃避履行义务的也属于不作为。

56. 有人认为:“保证合同有效成立后,一旦履行期限届满债务人不履行债务,保证人即无条件承担保证责任。”请对这种观点加以辨析。

【解析】该题涉及保证的分类,一般保证和连带责任保证。该知识点是个必考的知识点,每年都会考到。同时,从该题我们也可以看出,辨析题考查的比较灵活,需要考生对民法中的基础制度有很好地理解,答题时才能答好。复习时,在前期要注重对法理的理解,方便后期冲刺时候背诵。如果前期没有打好基础,后期记忆时就困难许多。

【参考答案】这种观点不正确。无论在何种方式的保证中,保证人均享有主债务人享有的一切抗辩权。即使履行期限届满债务人不履行债务,保证人仍可行使主债务人享有的抗辩权。在一般保证中,保证人还享有先诉抗辩权。

五、法条分析题(57~58 小题,每小题 10 分,共 20 分。要求符合立法原意和刑法、民法理论。请将答案写在答题纸指定位置上)

57. 《中华人民共和国刑法》第 384 条第 1 款规定:“国家工作人员利用职务上的便利,挪用公款归个人使用,进行非法活动的,或者挪用公款数额较大、进行营利活动的,或者挪用公款数额较大、超过三个月未还的,是挪用公款罪,处五年以下有期徒刑或者拘役;情节严重的,处五年以上有期徒刑。挪用公款数额巨大不退还的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑。”

请回答以下问题:

- (1) 条文中“国家工作人员”包括哪些人员?
- (2) 条文中“挪用公款归个人使用”包括哪些情形?
- (3) 条文中“不退还”应如何理解?

【解析】挪用公款罪是重点罪名,考查该知识点一点都不奇怪。问题在于平时复习时,考试分析上并没有对该罪进行展开,所以该题如果没有事先看过相关论述,答题会存在困难。考虑到这一点,《背诵版》对考试分析中的重点罪名进行了扩展,方便大家记忆。大家也可以看一下指南中的刑法分则的相关论述。

【参考答案】(1) 犯罪主体是特殊主体,即国家工作人员。和贪污罪不同:不包括受国家机关、国有公司、企事业单位、人民团体、委托管理、经营国有财产的人员。

(2) “归个人使用”是指:①将公款供本人、亲友或者其他自然人使用的;②以个人名义将公款供其他单位使用的;③以单位名义将公款供其他单位使用,谋取个人利益的。

(3) 不退款是指挪用公款后,因客观原因在一审宣判前不能退还的情形。

58. 《中华人民共和国物权法》第 15 条规定:“当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同,除法律另有规定或者合同另有约定外,自合同成立时生效;未办理物权登记的,不影响合同效力。”

根据该条文,分析不动产物权变动合同的生效与不动产物权变动的关系。

【解析】该题较难,考试分析中没有现成的答案。在做这类题时,比较稳妥的方式,是先将二者的概念答出后,再回答二者之间的联系。就该题而言,可以从引起和被引起的角度去

回答。

【参考答案】(1) 不动产物权变动合同的生效与不动产物权变动是不同的。不动产物权变动的生效并不当然导致不动产物权的变动;不动产物权未发生变动,不意味着不动产物权变动合同未生效。

(2) 不动产物权变动合同的生效依据合同法的规定认定。不动产物权变动依据的是物权法。

(3) 是否办理物权登记,不影响不动产物权变动合同生效与否。

六、案例分析题(第 59~60 小题,每小题 15 分,共 30 分。请将答案写在答题纸指定位置上)

59. 事实一:甲、乙、丙为骗取钱财,共同出资设立了一家房地产有限责任公司,以投资房地产为名,吸收社会公众资金,许诺“投资”的年回报率为 100%,先后募集资金总额达 1 000 万元。募集到的资金除用于购买复制淫秽音像制品的生产流水线外,剩余部分被三人挥霍一空。该设备在复制淫秽物品时被司法机关没收。最终,募集到的资金无法归还。

事实二:乙归案后,主动揭发甲曾参与一起抢劫犯罪活动并致被害人死亡。该线索经查证属实。

事实三:丙归案后,主动交代了公安机关没有掌握的其本人曾经编造未曾发生的保险事故,骗取保险公司保险金 8 万元的事实。

请分析:

(1) “事实一”中的行为构成哪些犯罪?为什么?

(2) “事实一”中的犯罪是单位犯罪还是自然人犯罪?为什么?

(3) “事实二”中乙的行为应如何认定?为什么?

(4) “事实三”中丙的行为性质和量刑情节应如何认定?为什么?

【解析】该案例涉及集资诈骗罪、复制淫秽物品牟利罪、自然人犯罪、重大立功、自首等知识点,细节非常多。遗漏很容易,答全很难。集资诈骗罪需要答出非法占有为目的;复制淫秽物品牟利罪需要答出意图牟利;自然人犯罪的原因在于成立有限责任公司的目的就是从事违法犯罪活动;重大立功在于揭发对方所犯的罪行很有可能被判处无期徒刑以上的刑罚。这些细节在第一遍看题时很有可能会有非常直观的判断,但可能在随后的答题中会忘记之前的判断从而导致有些要点没有答出。所以为了防止这种情形发生,建议在做主观题时在草稿纸上将要点全部列出后再进行答题。

【参考答案】(1) “事实一”中的行为构成集资诈骗罪和复制淫秽物品牟利罪。

(2) “事实一”中的犯罪是自然人犯罪,原因在于成立有限责任公司的目的就是从事违法犯罪活动。

(3) “事实二”中乙的行为应认定为重大立功,致人死亡的抢劫罪的犯罪人有可能被判处无期徒刑以上的刑罚。

(4) “事实三”中丙的行为构成保险诈骗罪。成立自首情节。

60. 2007 年 11 月 4 日,甲不慎将皮包遗失,包内装有刚购买的附有发票的相机一部和已经使用半年的笔记本电脑一台。乙拾得该皮包后,将相机卖给了旧货商店;电脑在不久后丢失,被丙拾得。2007 年 12 月 2 日,丁从旧货商店以市价购得此相机。甲于 2007 年 12 月 20 日得知相机下落。

甲丢包后,曾于 2007 年 11 月 8 日在当地报纸上刊登寻物启事,称:若有人将自己遗失的物品归还,酬金 1 000 元。2007 年 12 月 1 日,丙依寻物启事找到甲。

根据上述案情,请回答:

- (1) 甲是否有义务向丙支付寻物启事中许诺的酬金? 请说明理由。
- (2) 如果甲未在寻物启事中许诺酬金,丙是否有权要求甲支付报酬? 请说明理由。
- (3) 甲是否有权要求丁返还相机? 如果有,则要求返还的条件是什么? 请说明理由。

【解析】该题对物权法的理解提出了比较高的要求。首先肯定遗失物,但丁因为购买而善意取得该相机。此外对于物权法的法条不熟悉,不了解遗失物的权利人应该在知道或应当知道受让人之日起 2 年内请求返还遗失物。从这点可以看出,2012 年的考试需要将《物权法》和《侵权责任法》的法条好好看一看。

【参考答案】(1) 悬赏广告,甲有义务。

(2) 丙无权要求。

(3) 2009 年 12 月 20 日之前,甲有权要求丁返还相机。遗失物不适用善意取得制度。

2011 年综合课主观题

三、简答题(第 64~66 小题,每小题 8 分,共 24 分。请将答案写在答题纸指定位置上)

64. 简述法律制定的特征。

【解析】该知识点是法的创制理论中的一个常识问题。而且 2007 年以分析题的形式考过该知识点。

【参考答案】法律制定活动具有如下特征:

(1) 法律制定是国家的一项专门活动。现代国家的职能主要包括立法职能、行政职能、司法职能等,其中立法职能是国家最为重要最为根本的职能,是其他职能的基础和前提。

(2) 法律制定的主体是特定的国家机关,法律制定活动就是行使立法权的具体过程和表现形式。

(3) 法律制定是专门机关依照法定的程序所进行的活动。

(4) 法律制定是特定国家机关运用专门技术的活动。

(5) 法律制定是一项系统性、多层次性的综合性法律创制活动。

(6) 法律制定的目标在于产生具有普遍性、规范性、强制性的法律规范,将统治阶级的意志上升为国家意志。

65. 简述我国现行宪法的修改制度。

【解析】本题涉及我国宪法修改的主体、形式和程序问题。如果总结概括的能力差一些,得分就会少一些。平时动笔少一些,得分又会少一些。考前记忆不够牢靠或者根本就没专门背诵过,得分更会少一些。所以要求在平时复习时要勤动手,考前要抽时间专门背诵。

【参考答案】宪法的修改的机关是全国人民代表大会。宪法的修改由全国人大常委会或者 1/5 以上的全国人大代表提议,并由全国人大以全体代表的 2/3 以上的多数通过。

66. 简述南京国民政府法律制度的主要特点。

【解析】又是一道考查考生总结概括能力的试题。实际上,考生遇到这类问题都处理的不够好,原因在于考场上大脑空白,没有可供答题的素材。说白了,就是没有记住。那更谈不上总结概括了。法制史不管怎么讲,将考试分析中的相关论述记住,大部分的分就可以拿到了。

怕就怕看完了,一合上书就感觉都忘了。这里得出结论:(1)我们要加强法制史的背诵复习;(2)加强自己总结概括的能力。

【参考答案】略。

四、分析题(第 67~69 小题,每小题 10 分,共 30 分。要求结合所学知识分析材料回答问题。请将答案写在答题纸指定位置上)

67. 甲驾车闯红灯,将正常过马路的孕妇乙蹭倒,被公安机关交通管理部门罚款 200 元。乙虽未受伤,但因受惊吓,在送往医院途中,产下一子丙。

请结合上述材料,运用法理学中法律关系的理论回答下列问题:

(1) 上述事件中,甲与公安机关交通管理部门之间、乙与丙之间分别产生了何种性质的法律关系?从主体地位的角度看,这两种法律关系有何区别?

(2) 导致甲与公安机关交通管理部门之间、乙和丙之间的法律关系产生的法律事实各是什么?这两种法律事实有何不同?

【解析】要学会法律关系的判断,这个是学习法律的基础。法律就是规范各种各样的法律关系的,而当使用法律时,首先判断的就是法律关系。其次,要明白法律行为以当事人意志为转移,法律事件与当事人一直无关。该题不难,但都是基础。

【参考答案】(1) 甲与公安机关交通管理部门之间产生了行政法律关系,是隶属型法律关系。乙和丙之间产生了民事法律关系,是平权型法律关系。

(2) 导致甲与公安机关交通管理部门之间法律关系产生的法律事实,是甲闯红灯的违法行为。导致乙和丙之间法律关系产生的法律事实,是丙出生的法律事件。

68. 2009 年 5 月,某省人民政府所在地的市中级人民法院受理了本省与外省两企业之间的经济纠纷。在该案审理之前,审判人员先后接到市人民政府有关领导的多份批示,指出该案涉及本省重大经济利益,要求审判人员公正审理。经审理,法院判决本省当事人一方败诉。事后,省人民代表大会常务委员会明确指出,该判决严重影响本省经济利益,损害了投资环境,要求市人大常委会常务委员会依法行使职权,纠正法院的判决。

请结合我国宪法学的相关知识,分析上述材料并回答下列问题:

(1) 市人民政府有关领导的做法是否合法?请说明理由。

(2) 市人大常委会常务委员会可以采取哪些方式监督市中级人民法院?

【解析】法院的独立审判权之前已经考过多次了,这次又考了。可以看出,该考点非常重要。实际上,如何保持法院的独立性,同时又加强对法院的监督是现实面临的问题。既然现实面临这些问题,学者们就会经常关注,当然出题的概率就非常高了。

【参考答案】(1) 不合法。市政府的领导干涉了法院的独立审判权。

(2) 听取和审议专项工作报告,提出询问和质询,组织特定问题调查委员会,提出撤职案。

69. 《唐律疏议·断狱》“官司出入人罪”条:“诸官司出入人罪者,若入全罪,以全罪论。从徒流入死罪,亦以全罪论。其出罪者各如之。即断罪失于入者,各减三等;失于出者,各减五等。”

请运用中国法制史的基本知识,分析上述文字并回答下列问题:

(1) 何为“入罪”?何为“出罪”?

(2) 唐律关于司法官员“出入人罪”的处罚原则是什么?

(3) 如何评价唐律的该条规定?

【解析】该题不难,根据考试分析中的相关论述回答即可。

【参考答案】略。

五、论述题(第 70 小题,15 分。请将答案写在答题纸指定位置上)

70. 联系我国法治建设的需要,论述法律解释的必要性。

要求:观点明确,说理充分,条理清晰,语言规范、流畅。

【解析】如何联系我国法治建设的需要?很多考生不会思考这样的问题,所以特给出答题的套路,基本上联系客观实际的论述题,可以从立法、司法、守法三个角度去回答。如本题,可以从立法的角度回答法律解释的必要性,比如第一,阐明法律实施中产生的疑义。第二,适应社会发展,赋予法律规定以新含义。第三,解决法条冲突以及司法解释之间的冲突。从这三个角度去回答,理论联系实际就比较全面,也让大家有话可以谈,不会因为答得过少而失分。

【参考答案】略。

2010 年法律硕士专业课主观题分析

2010 年刑法学主观题

三、简答题(第 26~27 小题,每小题 6 分,共 12 分。请将答案写在答题纸指定位置上)

26. 简述防卫过当的成立条件

【解析】防卫过当不算重点,因为以往从未考过大题,只是在 2004 年考过 1 分的选择题。很明显,2010 的出题特点延续了 2009 年的特点,就是考查非重点。

【参考答案】防卫过当,指正当防卫明显超过了必要限度造成重大损害的行为。其成立要件:

- (1) 起因条件:有不法侵害行为发生。
- (2) 时间条件:对正在进行的不法侵害进行防卫。
- (3) 对象条件:必须是针对不法侵害者本人实行。
- (4) 主观条件:防卫的目的必须是为了保护合法权益免受不法侵害。
- (5) 限度条件:防卫明显超过必要限度且造成重大损害。

27. 简述黑社会性质组织的特征

【解析】出题特点也是考查非重点,因为黑社会性质组织从未被考查过。这给我们一点提示:复习时候一定要全面复习,不可有所偏废。另外,黑社会性质组织的定义被《刑法修正案八》进行了修改。

【参考答案】(1) 犯罪行为多样性。

- (2) 犯罪组织严密性。
- (3) 犯罪手段强制性。
- (4) 犯罪活动区域性。
- (5) 社会危害严重性。

四、辨析题(28 小题,8 分。要求对命题进行判断并着重阐明理由。请将答案写在答题纸指定位置上)

28. 实施同样的行为就应当以同样的罪名定罪处罚,对这一说法进行辨析

【解析】辨析题一般是不完全正确的。只有 2009 年打破了常规,考了一个完全正确的论断。对于刑法的辨析题,复习的方法是加深对刑法理论的理解,依靠平时积累来突破,而不能靠死记硬背。

【参考答案】这一说法是不完全准确的。首先,不同的行为主体实施同样的行为,可能有些构成犯罪,有些不构成犯罪,有些构成其他的罪名;其次,行为主体在不同的主观状态下实施同样的行为,可能构成不同的罪名,也可能不构成犯罪;最后,行为主体在实施了其他行为的情况下,比如其他重罪,就有可能以较重的罪名处罚。

五、法条分析题(29 小题,10 分。要求符合立法原意和刑法理论。请将答案写在答题纸指定位置上)

29. 刑法第 26 条第一款规定,组织领导犯罪集团进行犯罪活动的,或者在共同犯罪中起

主要作用的是主犯。

- (1) 试说明犯罪集团的成立要件；
- (2) 主犯和首要分子的区别。

【解析】主犯和首要分子的区别以往考过辨析题，注意首要分子不一定是主犯即可把握答题方向。

【参考答案】(1) 所谓犯罪集团，又称特殊共同犯罪、有组织的共同犯罪，是指三人以上为共同实施犯罪而组成的较为固定的犯罪组织。犯罪集团的成立，必须具有四个方面的条件：①犯罪主体必须是三人以上；②犯罪组织成立的目的在于实施犯罪；③犯罪人所共同建立的组织具有相当的稳定性；④犯罪分子之间相互纠合体现出一定的组织性。

(2) 主犯和首要分子的区别：根据刑法第二十六条第一款规定，组织、领导犯罪集团进行犯罪活动或者在共同犯罪中起主要作用的是主犯。主犯包括两类：一是组织、领导犯罪集团进行犯罪活动的犯罪分子，即犯罪集团中的首要分子；二是其他在共同犯罪中起主要作用的犯罪分子，即除犯罪集团的首要犯罪分子以外的，在共同犯罪中对共同犯罪的形成、实施与完成起决定或重要作用的犯罪分子。这里需要区分的是主犯与首要分子的关系，根据刑法第九十七条规定，首要分子分为两类：一是犯罪集团中的首要分子；二是聚众犯罪中的首要分子。但犯罪集团中的主犯不一定是首要分子，因为在犯罪集团中，除了首要分子是主犯以外，其他起主要作用的犯罪分子也是主犯。在聚众犯罪构成共同犯罪的情况下，原则上也可以认定其中的首要分子是主犯。但在聚众犯罪并不构成共同犯罪的情况下（如刑法规定只处罚首要分子，而首要分子只有一人时），不存在主犯、从犯之分，其中的首要分子当然无所谓主犯。

六、案例分析题(30 小题,15 分。请将答案写在答题纸指定位置上)

30. 人民法院查明成年人高某以下犯罪事实：

事实一：2001 年 7 月 2 日高某在拐卖妇女过程中，将顾某强行奸淫，后又强迫其卖淫，7 月 9 日将顾某出卖。在 7 月 20 日，高某还以出卖为目的偷盗两名婴儿，为防止婴儿哭闹，高某给婴儿喂了安眠药，因剂量不当导致其中一名婴儿死亡，另一名婴儿一直没有卖出去。

事实二：高某听说有人向公安机关举报了自己的上述事实，便带着 10 万元人民币，于 2006 年 9 月 2 日晚找到该县公安局分管刑事侦查工作的副局长任某（任某为高某父亲的战友，与高家关系甚密），请任某帮忙。任某在收到钱款后答应“想办法”，后来任某找了个“理由”让办案人员对该举报材料进行了“技术”处理而没有立案。不久，任某调离了公安机关，高某因“事实”中的行为被司法机关采取强制措施后，主动交代了向任某送钱的事实。

- (1) “事实一”中高某的行为应如何定罪处罚？为什么？
- (2) “事实二”中高某的行为应如何定罪处罚？为什么？
- (3) “事实二”中任某的行为应如何定罪处罚？为什么？

【解析】案例题难度不大，事实一和事实二都非常容易判断，其中事实一的拐卖+强奸的行为，在 2007 年多选题已经考过。注意在拐卖妇女的犯罪过程中，强奸被拐卖妇女的，定拐卖妇女罪即可，参见(07-多-22-B)。

【参考答案】(1) “事实一”中高某的行为构成拐卖妇女、儿童罪。其在拐卖过程中强奸顾某又强迫其卖淫的行为不单独构成强奸罪和强迫卖淫罪，而构成拐卖妇女罪的情节加重犯。高某以出卖为目的偷盗婴儿的行为构成拐卖儿童罪，导致其中一名婴儿死亡的行为构成了拐卖儿童罪的结果加重犯。

(2) “事实二”中高某的行为构成行贿罪。高某为谋取不正当利益,给予国家机关工作人员任某财物,其行为构成行贿罪。高某主动交代向任某送钱的事实构成特别自首,对于其行贿罪可以从轻或者减轻处罚。

(3) “事实二”中任某的行为构成受贿罪。任某利用职务上的便利,非法收受高某的财务,为高某谋取利益,构成受贿罪。

2010 年民法学主观题

九、简答题(53~54 小题,每小题 6 分,共 12 分。请将答案写在答题纸指定位置上)

53. 简述民事法律行为有效条件。

【解析】民事法律行为是必考的知识点,民法出题遵循了“重者恒重”的特点。

【参考答案】(1) 行为人合格。

(2) 行为人意思表示真实。

(3) 行为内容合法。

(4) 行为形式合法。

54. 简述缔约过失责任的适用情形。

【解析】缔约过失责任 2007 年考过主观题,隔了 3 年以后,又重新考出来。所以不要认为考过主观题的知识点就不可能再考。

【参考答案】(1) 假借订立合同,恶意进行磋商。

(2) 故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况。

(3) 泄露或者不正当使用在合同订立过程中知悉的对方商业秘密。

(4) 其他违背诚实信用原则的行为。

十、辨析题(56 小题,8 分。要求对命题进行判断并着重阐明理由。请将答案写在答题纸指定位置上)

56. 我国有:嫁出去的女儿,泼出去的水的说法,请根据婚姻法,继承法中家庭成员之间的权利义务关系的规定对这种说法进行分析。

【解析】在解答民法的辨析题时,可能一时找不到恰当的知识点来解答。这时候需要从民法的整体结构中去考虑,该问题属于民法中的哪一块内容,是涉及物,还是债? 涉及其中的具体什么法律制度? 是否有其他还有可能包含进来的?

【参考答案】这种说法是不科学的。这道题的考查的知识点主要是子女和父母的继承和赡养关系。根据我国民法规定,成年子女对父母有赡养的义务,不能因女儿出嫁而不履行这项义务;同样,女儿作为继承法中第一顺序继承人,与儿子享有同样的继承权不能因为出嫁而剥夺这项权利。

十一、法条分析题(58 小题,10 分。要求符合立法原意和民法理论。请将答案写在答题纸指定位置上)

58. 《中华人民共和国担保法》第六条规定,“本法所称保证,是指保证人和债权人约定,当债务人不履行债务时,保证人按照约定履行债务或者承担责任的行为。”试分析保证的特征,设定条件和效力。

【解析】保证该知识点在 2009 年刚刚考过,2010 年就又考出来了。说明一点,以往考过的主观题知识点,也要适当记忆,不可心存侥幸。

【参考答案】(1) 保证的特征:①保证是第三人提供的担保方式;②保证是保证人以信用作为担保的方式;③保证具有从属性,补充性,相对独立性和明确目的性。

(2) 设定条件:①保证人符合法定条件;②保证人与债权人达成合意且意思表示真实;③需主合同合法有效;④以书面形式订立合同。

(3) 保证的效力:①在保证人与债权人之间,债权人在履行期限届至时,可以要求保证人承担责任,而保证人则享有主债务人享有的一切抗辩权。②在保证人与主债务人之间,保证人在承担责任后,有权向主债务人追偿。

十二、案例分析题(60 小题,15 分。请将答案写在答题纸指定位置上)

60. 甲将一栋楼房出租给乙,租期三年。一年后,甲向丙借款 100 万元,期限为一年,以该楼房作为抵押物并办妥相关抵押登记手续。借款期限届满,甲无力偿还债务,丙遂向法院起诉,要求拍卖该栋楼房以实现抵押权,并主张优先购买权。乙得知后也主张优先购买权,经评估,该栋楼房价值 200 万元。根据上述案情,请回答:

(1) 乙是否享有优先购买权? 请说明理由。

(2) 丙是否享有优先购买权? 请说明理由。

(3) 如果案外人丁愿出价 300 万元,则丁在什么情况下可以购得此房? 请说明理由。

【解析】抵押权是必考知识点,属于重者恒重。

【参考答案】(1) 乙有优先购买权,因为根据我国民法规定出租人出卖出租物,承租人在同等条件下,有优先购买权。

(2) 丙没有优先购买权,因为根据我国法律规定抵押权人有优先受偿权没有优先购买权。

(3) 经抵押权人丙同意可以购得此房,但应当将转让所得的价款向抵押权人丙提前清偿债务或者提存;但丁同意替甲清偿债务以消灭抵押权,虽然没有经丙同意亦可购得此房。

2010 年综合课主观题

三、简答题(64~66 小题,每小题 8 分,共 24 分。请将答案写在答题纸指定位置上)

64. 简述法律规则的逻辑结构。

【解析】法律规则在 2006 年(06-分-67-2)即涉及该知识点,要求不仅要知道法律规则由三要素组成,并要求判断给出的材料中哪些是假定,哪些是行为模式和哪些是法律后果。隔了 4 年后,又考出了主观题。对于主观题,答题时的把握更重要,特别注意,答题时不能缺少任何一个要点。

【参考答案】任何法律规则均有假定(条件)、行为模式和法律后果三个部分组成。

(1) 假定(条件),指法律规则中有关适用该规则的条件和情况的部分,即法律规则在什么时间、空间对什么人适用以及在什么情况下对人的行为有约束力的问题。它包括两个方面:①法律规则的适用条件;②行为主体的行为条件。

(2) 行为模式,指法律规则中规定人们如何具体行为之方式或范型的部分。根据行为要求的内容和性质不同,法律规则中的行为模式分为三种:①可为模式;②应为模式;③勿为模式。

(3) 法律后果,指法律规则中规定的人们在作出符合或不符合行为模式的行为时应承担相应的结果的部分。根据人们对行为模式所作出的实际行为的不同,法律后果分为两种:①合法后果;②违法后果。

65. 我国宪法关于全国人大常委会组成人员的规定及其意义。

【解析】全国人大常委会是必考的知识点,几乎每年都有 1~2 道选择题涉及。

【参考答案】(1) 全国人大常委会是全国人大的常设机关,也是行使国家立法权的机关。它隶属于全国人大,必须服从全国人大的领导和监督,向全国人大负责并报告工作。

(2) 任期制度。全国人大常委会由委员长、副委员长、委员和秘书长组成,委员长和副委员长连任不得超过两届。该处体现出国家机关组成人员的任期限制,对于防止世袭制度,对于提升权力机关的人员更替和良性循环有着积极意义。

(3) 全国人大常委会组成人员实行专职制,不得担任国家行政机关、审判机关和检察机关的职务。此处表现出我国国家机关的民主集中制度和分工制约原则。对于防止权力过分集中;加强权力分工,提高工作效率有着积极作用和意义。

(4) 宪法还规定,全国人大常委会组成人员中应有适当名额的少数民族人员。此规定表现出我国国家机构的充分保障少数民族的利益的设计和安排,既保障形式上平等,也充分考虑少数民族人口数较少的现实国情,要求全国人大常委会组成人员中应有适当名额的少数民族人员。

66. 简述清末领事裁判权制度。

【解析】领事裁判权是个重点,不过 2010 年首次以主观题的形式考查该知识点,以往从未考过主观题。

【参考答案】领事裁判权,是指一国通过其驻外领事等对在另一国领土之内的本国国民按照本国法律行使司法管辖权,属于“治外法权”的一种。外国在华领事裁判权正式确立于 1843 年《中英五口通商章程》及随后签订的《虎门条约》中,并在其后签订的一系列不平等条约中得以扩充。外国在华领事裁判权的主要内容是:中国人与享有领事裁判权国家的侨民间的民事刑事诉讼案件,均依被告主义原则适用法律和实行司法管辖;享有领事裁判权国家的侨民之间在中国发生的诉讼案件,由所属国领事法院或相应机关审理,中国司法官员一律不得过问;不同国家的侨民之间的争讼,一般均适用被告主义原则,由被告一方所属国的领事法院或相应机构审理,中国司法官员亦不得过问;享有领事裁判权国家的侨民与非享有领事裁判权国家的侨民之间的争讼案件,如前者是被告,则适用被告主义原则,如后者是被告,则由中国法院管辖。为了行使领事裁判权,西方列强均在中国设置了司法审判系统。

四、分析题(67~69 小题,每小题 10 分,共 30 分。要求结合所学知识分析材料回答问题。请将答案写在答题纸指定位置上)

67. 某公务员甲因情感纠纷与同事乙发生争执,将乙打伤。事后,甲所在的国家机关对其作出开除公职的处分,并移交司法机关处理。法院认为甲的行为构成犯罪,判处甲有期徒刑 1 年,并赔偿乙的医药费。甲在狱中接受采访时表示今后要痛改前非,重新做人,并希望他人从中吸取教训,不要重蹈覆辙。

请运用法理学知识和理论回答下列问题:

- (1) 上述材料涉及哪几类法律责任?
- (2) 上述材料涉及法律的哪些规范作用?

【解析】法律责任 2003 年曾以主观题的形式考过该知识点,2010 年又考查了该知识点,说明该知识点是必考的重点,今后仍要引起注意。法律的规范作用该知识点颇为重要,是出主观题的地方,2001 年有简答题,2005 年又有分析题涉及,2010 年这又考到了,需要特别注意。