

kaoyan.com



2013 法律硕士联考 复习指南 ——背诵版

主编 陈显伟

- 1 紧扣2013年法律硕士联考考试大纲
- 2 帮你强化记忆：重点 难点 考点
- 3 运用主观题的考试形式，提醒考生注意各类考试问题



北京航空航天大学出版社
BEIHANG UNIVERSITY PRESS

2013 法律硕士联考复习指南

——背诵版

主编 陈显伟

浙江工业大学
图书馆藏书



浙江工业大学图书馆



71917840

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。以主观题的形式,对最新考试分析中规定掌握的知识点进行归类、总结、升华,帮助考生高效、准确地记忆知识点当中的要点。对于比较细致、不太方便以主观题总结的知识点,还以图表的形式细化,特别是法制史的图表,可以很容易地帮助考生记住知识点。《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后期全面细致地记忆分析中的各个知识点,解决记了忘、忘了记的根本问题,让考生不再惧怕主观题。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

2013 法律硕士联考复习指南 : 背诵版 / 陈显伟主编

— 北京 : 北京航空航天大学出版社, 2012. 11

ISBN 978-7-5124-0995-8

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(2012)第 253899 号

版权所有,侵权必究。

2013 法律硕士联考复习指南——背诵版

主 编 陈显伟

责任编辑 郭 佳

*

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: bhpess@263.net 邮购电话:(010)82316936

北京时代华都印刷有限公司印装 各地书店经销

*

开本: 787×1092 1/16 印张: 14.5 字数: 371 千字

2012 年 11 月第 1 版 2012 年 11 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-5124-0995-8 定价: 35.00 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

编写这份背诵版的初衷是,每年选择题所考察的重点基本囊括在加强版中,没必要进行过多的总结,只要平时用心复习,不会存在问题。相反的,主观题难度太大,需要理论联系实际,并依靠逻辑思维组织语言,不缺少要点,才能答好,但是很多考生实际上缺乏有效的应对手段,不是偏题,就是丢失要点。

因此在2007年的时候,我精选了一些答主观题时可以利用的材料而编写了该资料。2007年1月该资料第一次发布,很多人没注意到,但当时注意到的考生受益匪浅。因为一共才总结了四个问题的资料,第四个问题恰恰是2007年最后一道综合课论述题。2009年老妖在综合课基础上对资料进行扩充,将易于考主观题的知识点进行罗列,并给出答题要点,写成这本书。2013年背诵版是第五版。

今年新版有了很大改变,一是将2010~2012三年的非法学和法学主观题引入并做了比较,二是将2004~2012历年考过主观题的地方都做了标注,三是增加了2013年分析中新增的内容,其他部分未做较大的变更。

编写这本资料的目的是:帮助大家最后冲刺时只记忆背诵版即可。使用背诵版时,一定要全面复习,并且特别注意已经考过的知识点,很有可能再考。

Horace

2012年9月20日

目 录

2010~2012 年法律硕士非法学和法学主观题比较及分析	1
2012 年法律硕士(非法学)专业课主观题分析	2
2012 年法律硕士(非法学)综合课主观题分析	6
2011 年法律硕士(非法学)专业课主观题分析	9
2011 年法律硕士(非法学)综合课主观题分析	12
2010 年法律硕士(非法学)专业课主观题分析	14
2010 年法律硕士(非法学)综合课主观题分析	18
2012 年法律硕士(法学)专业课主观题分析	21
2012 年法律硕士(法学)综合课主观题分析	24
2011 年法律硕士(法学)专业课主观题分析	28
2011 年法律硕士(法学)综合课主观题分析	31
2010 年法律硕士(法学)专业课主观题分析	34
2010 年法律硕士(法学)综合课主观题分析	36
刑 法 学	39
第一章 导 论	40
第二章 犯罪概念	42
第三章 犯罪构成	43
第四章 故意犯罪的停止形态	46
第五章 共同犯罪	48
第六章 一罪与数罪	50
第七章 正当防卫与紧急避险	52
第八章 刑罚的概念和种类	53
第九章 量 刑	57
第十章 刑罚执行制度	61
第十一章 刑罚消灭制度	63
第十二章 刑法各论概述	64
第十三章 危害国家安全罪	65
第十四章 危害公共安全罪	65
第十五章 破坏社会主义市场经济秩序罪	67
第十六章 侵犯公民人身权利、民主权利罪	71
第十七章 侵犯财产罪	74
第十八章 妨害社会管理秩序罪	76
第十九章 贪污贿赂罪	80

第二十章 渎职罪	81
民 法 学	83
第一章 导 论	85
第二章 民事法律关系	86
第三章 自然人	87
第四章 法人与其他组织	91
第五章 民事法律行为	93
第六章 代 理	96
第七章 诉讼时效与期间	98
第八章 物权的一般原理	100
第九章 所有权	101
第十章 共 有	103
第十一章 业主的建筑物区分所有权	104
第十二章 相邻关系	105
第十三章 用益物权	105
第十四章 担保物权	107
第十五章 占 有	111
第十六章 债权概述	112
第十七章 合 同	114
第十八章 人身权	124
第十九章 知识产权	126
第二十章 婚姻家庭与继承	129
第二十一章 侵权责任	133
法 理 学	136
第一章 绪 论	152
第二章 法的本质与特征	153
第三章 法的起源与演进	154
第四章 法的作用	155
第五章 法律制定	158
第六章 法律体系	159
第七章 法律要素	160
第八章 法律渊源与法律分类	162
第九章 法律实施	163
第十章 法律解释与法律推理	166
第十一章 法律关系	167
第十二章 法律责任与法律制裁	169
第十三章 法 治	171
第十四章 法与社会	173

宪 法 学	176
第一章 宪法基本理论	177
第二章 宪法的制定、实施和保障	181
第三章 国家的基本制度	183
第四章 公民的基本权利和义务	189
第五章 国家机构	191
立法法重点法条	196
选举法重点法条	197
组织法重点法条	199
第一章 全国人民代表大会会议	199
第二章 全国人民代表大会常务委员会	200
第三章 全国人民代表大会各委员会	201
第四章 全国人民代表大会代表	201
法制史表格	202
古代篇(夏至清末)	202
第一章 法典篇	202
第二章 指导思想和法律原则	206
第三章 刑法篇	209
第四章 民法篇	210
第五章 司法制度篇	211
第六章 经济立法	213
第七章 行政立法	213
第八章 其他零散知识点	214
近 代 篇	216
第一章 宪政制度	216
第二章 刑事立法	218
第三章 民商事立法	219
第四章 土地立法	220
第五章 劳动法和婚姻法-新增	220
第六章 司法制度	221
第七章 其他零散知识点	223

2010~2012 年法律硕士非法学和法学主观题比较及分析

2010~2012 年法律硕士非法学和法学主观题比较

区 别	联 系
1. 非法学专业课主观题分值为 90 分,综合课主观题分值为 69 分,低于法学专业课和综合课主观题的分值 110 分。主观题对于法学得分更为重要。	1. 法学与非法学都有重者恒重的特点,而且法学与非法学的重点有重合,如 2012 年法学简答题:33. 简述民事法律行为的含义和特征,该题在 2005 年、2010 年和 2012 年非法学都以简答题考察过。
2. 非法学联考分析能够解决法学联考的大部分主观题,但是有一部分试题是在考试分析中没有的,比如 2012 年 36. 试论合同的相对性。2011 年 36. 试论情事变更原则。所以对于法学联考,还需要参考各高等院校的教材和专家学者的有关著述。这部分考题对非法学没有参考的价值。	2. 二者的真题对双方来讲都是非常好的参考资料,对于非法学的考生来说,因为法学联考的主观题难度较大一些,非法学考生参考下,能提高自己的法律理论的理解。
3. 法学联考主观题有一个很大的特点,区别在于:非法学联考中一道题所考察的知识点特别广,而且之间联系很紧密;而法学一道题所考察的往往是一个或两个知识点,但深度却比非法学深。	3. 非法学联考以往多次考过的知识点,在法学中会再次出现。因此以往考过的真题,特别是非法学的真题,对法学联考有很好的参考意义。
4. 法学联考的分析论述题比非法学更加联系实际,不仅直接考察法条中的相关规定,还考察考生对这些规定的理解。相应来说,对考生的能力要求更高一些。	4. 非法学和法学对于重点的考察会交替出现,甚至会发生以往非法学考过的原题出现在法学的情形。
5. 法学联考的分析论述题是大头,一共 80 分。其中:35 题一般是结合现实热点,考察法理学的基础理论;36 题一般涉及法治和民主;37 题一般涉及《选举法》内容;38 题一般涉及《宪法》中的公民权利和义务;38 题会考察法制史中的重要法律制度。	5. 对于法学选择题来讲,非法学的考试分析几乎可以解决所有的题。对于法学主观题来讲,非法学的考试分析显得力不从心。但鉴于左边区别栏中的第 5 项判断,这部分努力的方向也是有的,就是联系热点,在看考试分析的基础上,从法理学的立法、执法、守法、如说:从宪法的公民权利,选举法的基本制度;从法制史唐朝等法律原则入手。

2012 年法律硕士(非法学)专业课主观题分析

三、简答题:第 51~54 小题,每小题 6 分,共 24 分。

51. 简述犯罪中止特征。

【参考答案】犯罪中止的三个特征:(1)时间性:在犯罪过程中。所谓犯罪过程,就是从犯罪预备开始到犯罪既遂以前的全过程。这是犯罪中止的时间性条件。(2)自动性:自动放弃犯罪或者自动有效地防止犯罪结果发生。所谓自动放弃犯罪,指犯罪分子在自认为、能够完成犯罪的情况下,由本人自主地决定放弃犯罪。所谓自动有效地防止犯罪结果发生,指在犯罪行为实行终了、犯罪结果尚未发生的特定场合,行为人自动采取积极行动实际有效地阻止了犯罪结果的发生。(3)客观有效性:中止不仅仅是一个良好的愿望,还应当有客观的放弃犯罪或者阻止结果发生的实际行动,并有效地阻止犯罪结果发生。

【考点】犯罪中止。

【答题思路】犯罪中止是重点,以往未考过主观题。记住犯罪中止的定义即可答出犯罪中止的三个特征。

52. 简述利用影响力受贿罪的主体范围。

【参考答案】利用影响力受贿罪的主体是国家工作人员的近亲属或者其他与该国家工作人员关系密切的人,以及离职的国家工作人员或者其近亲属及其他与其关系密切的人,这些主体利用国家工作人员职权地位形成的便利条件,或者离职的国家工作人员原职权、地位形成的便利条件,而为请托人谋取不正当利益。

53. 简述民事法律行为含义和特征。

【参考答案】民事法律行为是民事主体基于其意思表示,旨在发生、变更或终止民事权利和民事义务的合法行为。民事法律行为的特征是当事人有意识地要建立或变更、消灭民事法律关系,并要通过一定的行为将内心的意思表达出来,它是合法行为,是表示行为的一种。但表示行为还包括不合法的表示行为,即无效的和可撤销的民事行为。

【考点】民事法律行为。

【答题思路】2012 年非法学和法学都考到了该知识点。可以看出,非法学和法学考察的重要知识点是有重合的。同样说明一点,非法学的考试分析对于法学联考有很重要的参考意义,但是否全部囊括需要具体考量。

54. 简述留置权的含义和成立要件。

【参考答案】留置权是指合法占有债务人动产的债权人,于债务人不履行债务时,得留置该动产并以其价值优先受偿的权利。其特征是:(1)留置权属于法定担保物权。(2)留置权的标的物限于动产。(3)留置权不具有追及力,留置权人丧失对留置财产的占有即丧失留置权。

【考点】留置权。

【答题思路】留置权是重要的知识点,考前只要背过就可以保证答出成立的三个条件。

【注意】准备法硕的考试,后期最重要的就是记忆。

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。

55. 请对无行为即无犯罪进行辨析。

【参考答案】行为在刑法理论中地位的确定,是近代刑法的最大成就。在此以前,犯罪不是一个实体概念,而是一个虚无缥缈的概念,正是行为使犯罪获得了实体性的存在。孟德斯鸠关于言语与行为的论述是具有经典性意义的:言语并不构成“罪体”,言语只有在与行为连结在一起,在准备犯罪行为、伴随犯罪行为或追从犯罪行为时(总之,参与了行为时)才构成犯罪。孟德斯鸠指出:马尔西斯做梦割断了狄欧尼西乌斯的咽喉。狄欧尼西乌斯因此把他处死,说他如果白天不这样想夜里就不会做这样的梦。这是大暴政,因为即使他曾经这样想,他并没有实际行动。法律的责任只是处罚外部的行动。因此,孟德斯鸠确立了只有行为才能成为罪体的原则。由此,行为成为犯罪的本体,刑事古典学派建立的行为中心论成为刑法理论的通说。尽管此后刑事实证学派力图以犯罪人替代犯罪,以人的危险状态取代行为的危害状态,从而提出了行为人中心论。但在刑法中,犯罪是一种行为这一基本观念始终未能撼动。《刑法》第 3 条规定了罪刑法定原则:“法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处刑;法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处刑。”它的基本内容有:(1)法定化,即犯罪和刑罚必须事先由法律明文规定。这里的法律,指全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律、命令。这里的法律通常是行为当时有效的法律;对于已经废止的法律,根据“从旧兼从轻”原则,即犯罪行为发生之后生效的法律,对其生效前发生的犯罪行为,只有在其处罚轻于犯罪行为发生时生效的法律的场合下才能适用于处理该行为。(2)明确化,即对于什么行为是犯罪以及犯罪所产生的法律后果,都必须作出具体的规定,并用文字表述清楚。根据法定化和明确化的要求,禁止采用习惯法、类推解释、行为后的重法(对被告不利的法律)、不明确的罪状、不确定的刑罚等。(3)合理化,即罪刑法定原则要求合理确定犯罪的范围和惩罚的程度,防止滥施刑罚,禁止采用过分的、残酷的刑罚。从这三点内容即可以看出,我国现行刑法对该法律谚语进行了融合并具体化、明确化:不是刑法所明文规定的行为不是犯罪并且不予以处罚。所以无行为即无犯罪不仅是正确的而且是有实际意义的。

【考点】☆【常考点】罪刑法定原则。

【答题思路】该题争议较大。正确、不正确或者一部分正确的参考答案都有。认为不正确或一部分正确的考生会从不作为、危险行为等方面去辨析,但这里的行为是指犯罪行为。此外,以上的论述部分,在考场上做到引经据典比较困难,但是如果引入刑法的具体规定,并说明罪刑法定原则,则肯定是可以加分的。

56. 有人认为“男女双方一经登记确立婚姻关系,双方一切财物均属于夫妻共同财产”,请运用婚姻法有关夫妻财产制度对此观点加以分析。

【参考答案】该观点不正确。夫妻共同财产制,是指在婚姻关系存续期间,夫妻双方或一方所得的财产,除法律另有规定或夫妻另有约定外,均为夫妻共同所有的制度。由此可以看出,并非一切财物均属于夫妻共同财产,还有一部分为个人所有;根据《婚姻法》及其司法解释的规定,有下列情形之一的,为夫妻一方的财产:其一,一方的婚前财产;其二,一方因身体受到伤害获得的医疗费、残疾人生产补助费等费用;其三,遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产;其四,一方专用的生活用品;其五,其他应当归一方的财产,如军人的伤亡保险金、伤残补助金、医药生活补助费等。

【考点】夫妻共同财产。

【答题思路】在具体辨析时,最好能够举例说明,哪些财产属于夫妻共同财产。比如夫妻一方父母明确赠予的,为个人财产,而不是夫妻共同财产。

五、法条分析题:第 57~58 小题,每小题 10 分,共 20 分。

57. 我国“刑法”第 264 条规定:“盗窃公私财物,数额较大的,或者多次盗窃、入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金;数额巨大或者有其他严重情节的,处三年以上十年以下有期徒刑,并处罚金;数额特别巨大或者有其他特别严重情节的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金或者没收财产。”

请分析:(1)本条中财物的外延如何界定?(2)本条款中,多次盗窃应该如何理解?(3)本条中,携带凶器盗窃应该如何理解?

【参考答案】(1)本条文中的财物,包括①有形物和无形物,后者如电力、煤气、天然气等;②普通财物和违禁品,后者如毒品、赃物等。但不包括某些特殊盗窃犯罪对象的物品,如枪支、弹药、爆炸物、商业秘密等。(2)根据司法解释,多次盗窃是指:“对于一年内入户盗窃或者在公共场所扒窃三次以上的,应当认定为‘多次盗窃’,以盗窃罪定罪处罚。”(3)携带凶器盗窃是指行为人随身携带凶器进行盗窃,但未使用、也未显示凶器的情况。“凶器”是指枪支、爆炸物、管制刀具等可用于实施暴力的器具。

【考点】盗窃罪。

【答题思路】盗窃罪是指以非法占有为目的,盗窃公私财物数额较大的,或者多次盗窃、入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃的行为。在认定盗窃罪时,要注意区分盗窃罪与非罪的界限。区分的标志在于:一是盗窃的数额是否达到较大程度;二是如果没有达到数额较大的程度,是否具有多次盗窃或者入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃的情节。上述两点只要具备其中之一即可。要注意理解“多次盗窃”、“如何盗窃”、“携带凶器盗窃、扒窃”。以上这段内容是引自考试分析,可见法条分析题的出题是按照考试分析的要求来出的。

58. 《中华人民共和国侵权责任法》第 6 条规定:“行为人因过错侵害他人民事权益,应当承担侵权责任。根据法律规定推定行为人有过错,行为人不能证明自己没有过错的,应当承担侵权责任。”

请运用民法原理分析:

(1)本条第一款规定的是何种规则原则?其含义及应用范围是什么?

(2)本条第二款应当如何理解?其适用范围是什么?

【参考答案】(1)过错责任原则,也称过失责任原则,是指以行为人的过错作为归责根据的原则。过错责任原则包含两层含义:一是以行为人的过错作为责任的构成要件,行为人具有故意或者过失才能承担侵权责任;二是以行为人的过错程度作为确定责任形式、责任范围的依据。过错责任原则是侵权行为的一般归责原则,在法律没有特别规定的情况下,都适用过错责任原则。(2)所谓过错推定,是指在某些侵权行为的构成中,法律推定行为人实施该行为时具有过错。行为人可以通过证明自己没有过错来获得免责的效果,故过错推定也被称为过错举证责任的倒置。适用过错责任的情况,需要有法律的明确规定。

【考点】侵权责任的归责原则。

【答题思路】该题的参考答案均援引自考试分析中的内容,可见掌握了考试分析中的内容

完全可以答好非法学联考的法条分析题。

六、案例分析题:第 59~60 小题,每小题 15 分,共 30 分。

59. 甲带领 15 周岁的乙在停车场劫持了宋某,将宋某带到郊外一废弃的厂房内捆绑在床上,甲指使乙将宋某携带的现金以及手机、名贵手表等价值 3 万元的财物搜掠一空,同时甲打电话给宋某的妻子索要 20 万赎金,宋某的妻子答应付款。乙受甲指派,在约定时间和地点拿到了 20 万赎金,甲通过电话确定乙取得赎金后,即将宋某杀害,之后甲将宋某的手机、手表以及 3 万元现金分给了乙,自己驾驶宋某的汽车携带其他财物逃跑。甲、乙被通缉后,乙才得知甲杀害了人质,感到事态严重,即向公安机关供述了以上事实。

根据上述案情,请回答以下问题并分别说明理由:

(1)对甲的行为应如何定罪?(2)对乙的行为应如何定罪?(3)乙具有哪些法定量刑情节?

【参考答案】(1)甲定抢劫罪、绑架罪。本案甲带领乙劫持宋某,并打电话给宋妻索要赎金,符合绑架罪的构成特征,且甲杀害了宋某,对甲应以绑架罪处以死刑,因为绑架并杀害人质的,以绑架罪一罪定罪处罚。甲的行为成立抢劫罪。甲带领乙在停车场劫持宋某后,指使乙搜掠了宋某的财物,成立抢劫罪的间接正犯,因乙不满 16 周岁。(2)乙的行为成立抢劫罪。由于乙犯罪时 15 周岁,属于相对无刑事责任年龄。根据我国《刑法》第 17 条第 2 款的规定:“已满 14 周岁不满 16 周岁的人,犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒罪的,应当负刑事责任。”因此,已满 14 周岁不满 16 周岁是相对负刑事责任年龄阶段。乙只对抢劫罪负刑事责任。(3)乙有自首情节,可以从轻或者减轻处罚。乙因为未满 18 周岁,应当从轻或减轻处罚。因为刑法规定,已满 14 周岁不满 18 周岁的人犯罪,应当从轻或者减轻处罚。乙在共同犯罪中起次要作用,是从犯,应当从轻、减轻处罚或者免除处罚。

【考点】☆【常考点】间接正犯、抢劫罪、绑架罪、自首。

【答题思路】乙是否有立功情形?根据《最高人民法院关于办理减刑、假释案件具体适用法律若干问题的解释》[2012]2 号第 3 条规定,具有下列情形之一的,应当认定为有“立功表现”:(一)阻止他人实施犯罪活动的;(二)检举、揭发监狱内外犯罪活动,或者提供重要的破案线索,经查证属实的;(三)协助司法机关抓捕其他犯罪嫌疑人(包括同案犯)的;(四)在生产、科研中进行技术革新,成绩突出的;(五)在抢险救灾或者排除重大事故中表现突出的;(六)对国家和社会有其他贡献的。乙不属于以上六种情形之一,所以不具有立功的量刑情节。

60. 2007 年 8 月,甲企业通过转让取得一块土地的建设用地使用权,并在该土地上合法建造了一座厂房。2008 年 5 月甲企业向乙银行借款 1 500 万元,同时以该厂房作为抵押物为借款提供担保,双方签订了抵押合同并办理了抵押权登记手续。2008 年 7 月,乙银行认为甲企业用作抵押物的厂房价值不足,于是要求甲企业另行提供担保,甲企业遂委托丙公司作保证人,丙公司与乙银行签订了保证合同。2009 年 1 月,乙银行将 1 500 万的债权转让给丁银行。现 1 500 万元借款已到期,甲企业因经营管理不善无力偿还。

根据上述案情,请回答:(1)甲企业对其建造的厂房是否享有所有权?为什么?(2)丙公司对丁银行的债权是否应承担保证责任?为什么?(3)本案中丁银行应如何通过担保实现自己的债权?为什么?

【参考答案】(1)甲企业对其建造的厂房享有所有权。因为甲企业已经取得相应土地的建

设用地使用权,并在土地上合法建设了房屋,甲企业因合法建造房屋的原始取得方式而取得厂房的所有权。(2)丙公司对丁银行的债权应当承担保证责任。《担保法》第22条规定,保证期间,债权人依法将主债权转让给第三人的,保证人在原保证担保的范围内继续承担保证责任。保证合同另有约定从其约定。(3)丁银行应先就甲企业的厂房的抵押权实现其债权,不足部分再由保证人丙公司清偿。根据《物权法》176条之规定,被担保的债权既有物的担保,又有人的担保的,债务人不履行到期债务,债权人应按约定实现债权;没有约定或约定不明的,债务人自己提供物的担保的,债权人应该先就该物的担保实现债权。

2012 年法律硕士(非法学)综合课主观题分析

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. 简述执法基本原则。

【参考答案】执法的基本原则:依法行政原则;讲求效率原则;合理性原则;正当程序原则。依法行政原则,是指行政机关必须依照法定的权限、法定程序和法治精神进行管理,越权无效。这是现代行政法治国家行政活动的一条最基本的原则。讲求效率原则是指行政机关应当在依法行政的前提下,讲求效率,主动有效地行使其权能,以尽可能低的成本取得最大的行政执法效益。执法的合理性原则是指执法主体在执法活动中,特别是在行使自由裁量权进行行政管理时,必须做到适当、合理、公正,即符合法律的基本精神和目的,具有客观、充分的事实根据和法律依据,与社会生活常理相一致。执法的正当程序是指执法机关在实施行政执法行为的过程中,必须遵循法定的步骤、方式、形式、顺序和时限,目的是使执法行为公平、公开、民主,保障公民、法人和其他组织的合法权益。促进行政权行使的合法性和合理性,提高行政效率。

【考点】执法的原则。

【答题思路】2010年分析题已经考过,2012年又考了出来。可以看出曾经考过主观题的知识点,会换个形式又考出来。

65. 简述我国宪法关于紧急状态的规定。

【参考答案】根据《宪法》第六十七条和第八十九条的规定,有权决定紧急状态的机关分别是全国人大常委会和国务院。其权限划分是:全国人大常委会有权决定全国或者个别省、自治区、直辖市进入紧急状态,国务院有权依照法律规定决定省、自治区、直辖市范围内部分地区进入紧急状态。此外,为了及时作出应急反应,对于全国或者个别省、自治区、直辖市进入紧急状态的决定,国务院依法还应该有提请全国人大常委会作出决定的请求权。

【考点】宪法法条。

【答题思路】简答题形式考查宪法法条的情形比较少。但这个题给我们最大的提示是,《宪法》的法条一定要看熟!

66. 简述南京国民政府时期《中华民国民法》的主要特点。

【参考答案】《中华民国民法》由《民法总则》、债、物、亲属、继承五篇组成,是中国历史上第

一部正式颁行的民法典,包括以下特点:

(1)采用社会本位的立法原则。(2)在具体制度上,将外国民法最新学理、最新立法加以糅合组成本国民法。(3)采取民商合一体例。(4)私有财产注重保护地主阶级利益。(5)婚姻家庭制度有浓厚封建色彩。

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. 2008 年 7 月,某省会城市人大常委会第 S 次会议审议了该市《城市公共交通条例(草案)》(以下简称“草案”),该草案第 N 条规定,“公交车乘客不主动给老弱病残孕让座的,驾驶员售票员有权劝导其让座,对于拒不让座者,可以拒绝其乘坐,市政主管部门还可以处以 50 元罚款”。

在草案讨论过程中,甲认为该规定具有合理性,其根据可以从法律与道德的联系中找到,乙认为该规定不具有合理性,其根据可以从法与道德的区别中找到。

请结合上述材料,从甲、乙观点中选择您较为认同的观点(只能选择其中一种观点),并依据法与道德关系的理论进行分析。

【参考答案】乙的观点有道理。原因在于法律与道德又有显著的区别,法律和道德作为人们的行为准则,都具有一定的约束性和强制性。然而两者约束性、强制性的方式、程度有极大的差别。法律具有较强的约束性,具有国家的强制性,它往往以国家的强制力为坚强后盾,依靠强制手段来加以推行和实施,法律主要是一种外在强制力。道德对人的行为的界定十分模糊,一般只对人提出做或不做一定行为的倾向性要求,没有设定明确的行为模式,它本身所具有的约束性、强制性也没有那样严厉和显著。它的实施、实现也不是依靠国家的强制力,而主要是依靠社会舆论、社会评价的力量,依靠人们的内心信念、内在修养、传统、风俗习惯和社会教育的力量来维持,诉诸人的心理,通过人们的内在的自觉而进行的,道德是一种内在强制力。结合材料来看,乘客不主动给“老弱病残孕”让座,属于道德范畴,是尊老爱幼的传统美德的要求,属于社会价值观念体系,人们的行为只要符合该道德观念、道德价值,就是正当的和合理的。由人们内在的强制力来遵守才合理,而不应由具有国家强制力的法律来调整。

【考点】☆【常考点】法与道德的区别。

【答题思路】甲乙的观点都可以选择,题目要求只能选择其中一种观点来论述,但到底选择哪个观点,关键在于谁的观点更好把握一些。此外,法与道德的区别分析中有六点论述,但具体采取哪一个区别来联系材料,也是需要考生具体考量的。

68. 2009 年底,五位法学教授认为国务院 2001 年施行的《城市房屋拆迁管理条例》(简称《拆迁条例》)与我国宪法法律相抵触,提出进行审查的建议,这一行为引起社会广泛关注,国务院对此高度重视,启动《拆迁条例》的修改程序,召开专家研讨会,公布草案征求民意,于 2011 年 1 月颁布了《国有土地房屋征收与补偿条例》。

请结合我国宪法的规定及答题思路,分析上述材料并回答下列问题:(1)法学教授对《拆迁条例》提出审查建议的宪法和立法依据是什么?(2)针对该审查建议,全国人大常委会可以进行何种处理?(3)国务院在制定《国有土地房屋征收与补偿条例》的过程中,广泛听取民意的宪法和立法依据又是什么?此举反映了立法的何种原则?

【参考答案】(1)《宪法》第 41 条规定:“中华人民共和国公民对于任何国家机关和国家工

作人员,有提出批评和建议的权利;……”《立法法》第90条规定,国务院、中央军事委员会、最高人民法院、最高人民检察院和各省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会认为行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例同宪法或者法律相抵触的,可以向全国人民代表大会常务委员会书面提出进行审查的要求,由常务委员会工作机构分送有关的专门委员会进行审查、提出意见。前款规定以外的其他国家机关和社会团体、企业事业组织以及公民认为行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例同宪法或者法律相抵触的,可以向全国人民代表大会常务委员会书面提出进行审查的建议,由常务委员会工作机构进行研究,必要时,送有关的专门委员会进行审查、提出意见。

(2)《立法法》第88条规定,“(二)全国人民代表大会常务委员会有权撤销同宪法和法律相抵触的行政法规,有权撤销同宪法、法律和行政法规相抵触的地方性法规,有权撤销省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会批准的违背宪法和本法第六十六条第二款规定的自治条例和单行条例;”所以全国人大常委会对《条例》存在的与“与上位法冲突”的问题进行审查。如确认《条例》有关条款确实与宪法、法律相抵触,应依据《立法法》第88条予以撤销,或根据《立法法》第91条,由人大专门委员会向国务院提出书面审查意见,建议国务院对《条例》自行修改。

(3)《立法法》第58条规定,行政法规在起草过程中,应当广泛听取有关机关、组织和公民的意见。听取意见可以采取座谈会、论证会、听证会等多种形式。此举反映了立法活动的民主性原则。立法的民主性原则,是指在立法过程中,要体现和贯彻人民主权思想,集中和反映人民的智慧、利益、要求和愿望,使立法与人民群众相结合,使立法机关与人民群众参与相结合。

【考点】☆【常考点】违宪审查、立法权。

【答题思路】该题综合性很强,而且直接考察《立法法》法条,对于考生的要求较高。如果记不清法条的具体论述,则可通过自己语言复述出来,并不需要完全跟法条一致。再次强调,宪法的复习最重要的是看法条,主要是《宪法》、《立法法》和《选举法》。

69. “大抵事关典礼及风俗教化等事,唐律均较明律为重。盗贼及有关币帛钱粮等事,明律则又较唐律为重”——(清)薛允升《唐明律合编·祭祀》

请运用中国法制史的知识和理论,分析上述材料并回答下列问题:(1)如何理解薛允升的上述观点?(2)为什么明律较唐律会发生这样的变化?

【参考答案】(1)材料反映了明代重其所重,轻其所轻的刑罚适用原则。明律在唐律规定的重罪量刑上加重了处罚。特别对“盗贼”、“乱臣贼子”不仅据律加株,且大量法外用刑,可谓枉株滥罚。轻其所轻,是指明律在对原来相对的重罪都减轻了处罚。如对“事关典礼及风俭教化”一类非直接侵犯君主政权等方面的犯罪,唐律对“凡属父母在,子孙别籍异财者”,列为不孝,判徒刑三年,而明律仅杖八十。这就明显体现出了明律为突出“重其所重”,而对某些危害不大的“轻罪”从轻处罚的意图。(2)明朝在刑法原则上确立“轻其轻罪,重其重罪”是有深刻的历史原因的,一是宋明理学使儒家的纲常礼教已经对人们行为的法外约束力愈来愈大;这种背景下,对有关伦常礼教的犯罪减轻,能集中刑法的打击目标,缓和社会的反抗情绪。二是随着君权的加强和社会矛盾的日益加剧,贼盗大案直接冲击着封建专制统治的基础,加大对此类犯罪的打击力度,也是“重典治国”的体现。

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. 2011 年 3 月全国人大常委会在全国人大会议上宣布中国特色社会主义法律体系已经形成,请结合这一背景,论述我国社会主义法律体系的主要特色与内容。

要求:观点明确,说理充分,条理清晰,语言规范、流畅。

【参考答案】中国特色社会主义法律体系是以宪法为统帅,以法律为主干,以行政法规、地方性法规为重要组成部分,由宪法相关法、民法商法、行政法、经济法、社会法、刑法、诉讼与非诉讼程序法等多个法律部门组成的有机统一整体。中国特色社会主义法律体系具有以下特点:第一,中国特色社会主义法律体系的建构,是中国建设富强民主文明的社会主义国家的政治发展目标。一个规则的社会、秩序的社会、专业化的社会,权利义务明确的社会,个人对自己的未来可计划而且可预测的社会要靠法律、靠法治来实现。第二,法律体系的形成是与中国改革开放、社会发展进步和公民权利要求相同步。第三,法律体系的形成是回应社会的需求,反映人民群众的意愿和要求。我国在多个法律部门都具备民生的视角,目的就是保护民生福祉,使人民生活得更幸福。第四,法律体系是分层次的,包括法律、行政法规、地方性法规,适应我国幅员广大、各地情况存在差异的现实,符合不同层面社会治理的需求,又能维护法制的统一。

【考点】中国社会主义法律体系。

【答题思路】以上内容取自《中国特色社会主义法律体系》白皮书。综合课论述题出题的方向就是与当前的社会热点结合,所以考前可以适当复习下相关的资料。

2011 年法律硕士(非法学)专业课主观题分析

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。

【参考答案】犯罪预备的三个特征是:(1)行为人为便利实行、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。

【考点】犯罪预备。

【答题思路】该知识点是重点,所以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。

52. 简述渎职罪的概念和构成要件。

【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。

【考点】渎职罪。

【答题思路】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。

53. 简述诚实信用原则的含义和功能。

【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。

【考点】诚实信用原则。

【答题思路】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。但该知识点是经常考察的考点,曾在 2008 年以辨析题的形式考察。我们说过,考过的知识点会变个形式再次考察。

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。

【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。

【考点】侵权责任的归责原则。

【答题思路】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。

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。

【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。

【考点】不作为。

【答题思路】不作为是个不折不扣的重点。2008 年曾以辨析题的形式考察。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。

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。

【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。

【考点】一般保证和连带责任保证。

【答题思路】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,每年都会考题涉及。同时,从该题我们也可以看出,辨析题考察的比较灵活,需要考生对民法中的基础制度有个很好的理解,答题时才能答好。我们在复习时,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。

五、法条分析题:第 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