



三校名师
www.sanxiaomingshi.com

2009^年 国家司法考试 2
精品系列



【三校版】 国家司法考试

最高人民法院出版社司考研究中心 策划
北京三校名师学校 编著

疑难考题精析(一)

三校名师精心打造备考精品 高效利用真题复习司考新路径
从历年题海中精选经典真题 透彻解析涵盖重点难点疑点
答案详解含《刑法修正案(七)》及《保险法》修订内容

人民法院出版社



三校名师 司法考试
www.sanxiaomingshi.com

国家司法考试精品系列 ②
Guojia Sifa Kaoshi Jingpin Xilie

国家司法考试 疑难考题 精析

(一)

最高人民法院出版社司考研究中心策划

北京三校名师学校 编著

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

国家司法考试疑难考题精析 / 北京三校名师学校编著. — 北京: 人民法院出版社, 2009.3

(国家司法考试精品系列)

ISBN 978 - 7 - 80217 - 762 - 8

I. 国… II. 北… III. 法律工作者 - 资格考核 - 中国 - 解题 IV. D92 - 44

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 209723 号

国家司法考试疑难考题精析 (一)

北京三校名师学校 编著

责任编辑 林志农 张承兵 孟 晋 丁文严
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)
电 话 (010) 67550563 67550572 (责任编辑)
67550516 (出版部) 67550558 (发行部)
网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>
E - mail courtpress@sohu.com
印 刷 汉印印刷有限责任公司
经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16
字 数 1376 千字
印 张 50.75
版 次 2009 年 3 月第 1 版 2009 年 3 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978 - 7 - 80217 - 762 - 8
定 价 82.00 元 (全三册)

版权所有 侵权必究

前 言

攻坚克难确保拿到关键分

为了帮助参加2009年国家司法考试的考生科学、有效地复习，全面、系统地掌握所学知识，迅速、快捷地抓住考试重点，以便更加轻松地应对司法考试，我们组织了“三校名师”中多年来一直在司法考试辅导和研究第一线的专家、学者精心编写了这套2009年国家司法考试《疑难考题精析》（全三册）。本套书以全新的体例、独特的视角，对历年司法考试真题按学科分门别类，并逐一进行分析讲解。

在具体的体例安排上，本书具有以下特点：

 1. [经典考题] 本套书在每一专题下设若干考点，针对每一考点，从历年试题中选取若干经典考题予以详解。

 2. [常见错误] 此部分明确指出每一考点在命题中的常见错误及易混淆的地方，使考生安全走出“雷区”。

 3. [答案详解] 此部分对本考点进行了详细阐述，并对该知识点在司法考试中可能出现的内容予以重点阐述，既避免了单纯的就题论题，减少重复，拓宽了每一考题的内涵，又可使考生通过该试题对相关知识有更直观的认识，以达到举一反三的目的。

 4. [真题演练] 本部分意在通过历年真题的练习，让考生进一步加深对所学知识的理解。“多做题，做好题”是司考成功者的普遍共识。在浩瀚题海中，真题更显得尤为珍贵。通过对历年真题的演练，考生对司法考试的命题方式、命题规律及试题的难易程度都会有身临其境的感觉，在考试时便能轻松应对。

本书的体例安排是一次大胆的尝试和创新，希望这种创新能有助于2009年的考生备考。在创新和尝试过程中，我们虽然加倍努力，但仍难免有疏漏和不当之处，望见谅，也期待考生的批评和指正。预祝考生在2009年司法考试中取得成功！

目 录 (一)

法 理 学

1. 法的本体	1
考点一 法的本质与特征	1
考点二 法的价值	2
考点三 法律规则与法律原则	3
考点四 法的效力	4
考点五 法的渊源与分类	6
考点六 法律关系	7
真题演练	8
2. 法的运行	11
考点一 执法与守法	11
考点二 法律解释	12
真题演练	13
3. 法的演进	14
考点一 法系	14
考点二 社会主义法治	16
真题演练	17
4. 法与社会	17
考点 法与道德	17
真题演练	18
5. 案例、论述综合	19
考点一 社会主义法治理念	19
考点二 法的渊源	20
真题演练	21

法 制 史

1. 西周至秦汉、魏晋时期的法制	23
考点一 西周的婚姻家庭制度	23
考点二 西周至秦汉、魏晋时期的 重要法典	24

真题演练	25
2. 唐宋明清时期的法律制度	26
考点一 《永徽律疏》	26
考点二 死刑复奏制度	28
考点三 唐朝的司法制度	29
真题演练	31
3. 清末、民国时期的法律	32
考点一 清末修律和司法体制改革	32
考点二 清末预备立宪	33
真题演练	34
4. 普通法系与大陆法系	35
考点一 英美法系	35
考点二 大陆法系	36
真题演练	37

宪 法

1. 宪法基本理论	39
考点 宪法的特征	39
真题演练	40
2. 国家的基本制度	40
考点一 选举组织和程序	40
考点二 特别行政区制度	42
考点三 民族区域自治制度	44
考点四 我国的基本经济制度	44
真题演练	45
3. 公民的基本权利和义务	47
考点一 政治权利和自由	47
考点二 人身自由	49
考点三 其他基本权利	50
真题演练	53
4. 国家机构	54

考点一 全国人大及其常委会 的职权	54
考点二 全国人大代表的权利 和义务	56
考点三 地方各级权力机关的职权	58
考点四 各级人民政府的职权	59
考点五 司法机关工作人员的任免	61
考点六 基层群众自治组织	61
真题演练	62
5. 宪法修正案	64
考点 宪法修正案	64
真题演练	66
经 济 法	
1. 反垄断法	67
考点 垄断行为	67
真题演练	68
2. 反不正当竞争法	69
考点 不正当竞争行为和限制 竞争行为	69
真题演练	71
3. 消费者权益保护法	72
考点一 消费者权利及救济措施	72
考点二 经营者义务及法律责任	73
真题演练	75
4. 产品质量法	75
考点 产品责任	75
真题演练	77
5. 商业银行法	77
考点一 商业银行的业务	77
考点二 商业银行的接管和破产	79
真题演练	80
6. 银行业监督管理法	80
考点 银行业监督管理机构监管职责	80
真题演练	81
7. 证券发行与证券交易	82
考点一 证券发行	82
考点二 证券交易	84

真题演练	85
8. 证券上市	86
考点 证券上市	86
真题演练	88
9. 证券机构	88
考点 证券机构	88
真题演练	89
10. 个人所得税法	90
考点 个人所得税的缴纳	90
真题演练	91
11. 企业所得税法	91
考点 企业所得税的征收	91
真题演练	93
12. 税收征收管理法	93
考点 税收保全与税收强制措施	93
真题演练	94
13. 劳动合同	95
考点一 劳动合同的解除和终止	95
考点二 劳动合同的特别规定	97
真题演练	98
14. 劳动争议	99
考点 劳动争议	99
真题演练	102
15. 劳动法其他问题	102
考点 劳动法其他问题	102
真题演练	103
16. 土地管理法	104
考点一 土地争议的解决方式	104
考点二 农村土地承包	105
考点三 土地使用权	106
真题演练	107
17. 城市房地产管理法	109
考点 房地产交易	109
真题演练	112
18. 环境保护法	112
考点一 环境保护法的基本制度	112
考点二 环境责任和环境纠纷	114
真题演练	114

国际法

1. 国际法导论	117
考点一 条约在国内的适用和地位	117
考点二 国际法的基本原则	118
真题演练	120
2. 国际法主体	121
考点一 联合国的组成机构和工作程序	121
考点二 国家继承	122
考点三 国家豁免权	124
真题演练	125
3. 国际法律责任	126
考点 国家不当行为	126
真题演练	127
4. 国际空间法	128
考点一 领土取得方式及限制	128
考点二 外层空间制度	129
考点三 公海制度	131
真题演练	132
5. 国际法上的个人	133
考点一 国籍制度	133
考点二 引渡和庇护	135
考点三 外交保护	136
真题演练	137
6. 外交关系和领事关系法	139
考点 外交特权与豁免	139
真题演练	142
7. 条约法	143
考点 条约的效力	143
真题演练	144
8. 国际争端的和平解决	145
考点 国际争端的和平解决方式	145
真题演练	146

国际私法

1. 国际私法概述	148
考点 国籍冲突的解决	148
真题演练	149
2. 法律冲突、冲突规范和准据法	149
考点 准据法的确定	149
真题演练	150
3. 适用冲突规范的制度	150
考点 外国法的查明	150
真题演练	153
4. 涉外物权和债权关系的法律适用	155
考点一 侵权的法律适用	155
考点二 涉外合同的法律适用	156
考点三 物权的法律适用	158
真题演练	159
5. 涉外婚姻家庭和继承关系的法律适用	160
考点一 涉外婚姻关系的法律适用	160
考点二 涉外收养关系的法律适用	161
考点三 涉外继承的法律适用	162
真题演练	163
6. 国际民商事争议的解决	164
考点一 国际民事诉讼管辖与法律适用	164
考点二 国际商事仲裁	165
真题演练	167
7. 司法协助	168
考点一 区际司法协助	168
考点二 外国法院判决的承认与执行	169
真题演练	170

国际经济法

1. 国际货物买卖	172
-----------------	-----

考点一 买卖双方的权利义务	172
考点二 要约承诺规则	174
考点三 违约救济	175
考点四 国际贸易术语	176
真题演练	178
2. 国际货物运输	180
考点 提单运输中承运人的责任 与免责	180
真题演练	182
3. 国际货物运输保险	183
考点 保险的种类和承保范围	183
真题演练	184
4. 国际贸易支付	185
考点一 跟单托收	185
考点二 UCP600	186
真题演练	187
5. 对外贸易管理制度	187
考点一 《对外贸易法》的适用 对象	187
考点二 反倾销措施	188
真题演练	191
6. 世界贸易组织	192
考点 WTO 争端解决机制	192
真题演练	193

7. 国际经济法领域的其他

法律制度	193
考点一 国际知识产权保护	193
考点二 国际投资保护与争端 解决	195
真题演练	196

司法制度与法律职业道德

1. 审判制度	198
考点 审判制度的基本原则	198
真题演练	200
2. 律师制度	200
考点 律师的权利与义务	200
真题演练	201
3. 法官、检察官、律师职业道德	202
考点一 法官职业道德的内容和 职业责任	202
考点二 检察官职业道德的内容 和职业责任	205
考点三 律师职业道德的内容和 责任	206
真题演练	210



1

法的本体

考点一 法的本质与特征



[经典考题]

马克思曾说：“社会不是以法律为基础，那是法学家的幻想。相反，法律应该以社会为基础。法律应该是社会共同的，由一定的物质生产方式所产生的利益需要的表现，而不是单个人的恣意横行。”根据这段话所表达的马克思主义法学原理，下列哪一选项是正确的？（2007/1/1）

- A. 强调法律以社会为基础，这是马克思主义法学与其他派别法学的根本区别
- B. 法律在本质上是社会共同体意志的体现
- C. 在任何社会，利益需要实际上都是法律内容的决定性因素
- D. 特定时空下的特定国家的法律都是由一定的社会物质生活条件所决定的



[常见错误]

当代中国马克思主义法学研究，关于法本质的理论，常见错误在于未能准确把握以下三个方面：法律是意志与规律的结合；法律是阶级统治和社会管理的手段；法反映了统治阶级的利益，也符合并体现了正义。本题比较简单，是通过对马克思的论述的理解来考查法律与社会关系的基本原理。通过对一段话的理解来考查理论问题是近年来的出题形式。有的考生认为C项正确，是没有全面理解法律与利益的关系所致，从逻辑上看，法律只是利益需要的表现的一种，只有统治阶级的根本利益才是法律内容的决定因素。



[答案详解]

1. 关于A项，社会法学派也有此观念，马克思主义法学与其他派别法学的根本区别在于法学的阶级性不同，因此A项错误。

2. 马克思主义法学理论认为，（1）法的本质最初表现为法的正式性。法的正式性又称法的官方性、国家性，指法是由国家制定或认可的并由国家强制力保证实施的正式的官方确定的行为规范。无论就形成方式、实施方式或表现形式来看，法都是正式的国家制度的组成部分。法的正式性反映了法的现象的特征，是法的本质表现。法的正式性体现在法总是由公共权力机关按照一定的权限和程序制定或认可的，也体现在法总是依靠正式的权力机制保证实现，还体现在法总是借助于正式的表现形式予以公布。法的正式性表明法律与国家权力存在密切联系，法律直接形成于国家权力，是国家意志的体现。（2）法的本质反映为法的阶级性。法的阶级性是指在阶级对立的社会，法所体现的国家意志实际上是统治阶级的意志。然而，按照马克思主义的观点，由于国家形成于阶级矛盾不可调和的历史时期，因此，它必然反映阶级对立时期的阶级关系。法所体现的国家意志实际上只能是统治阶级的意志，国家意志就是法律化的统治阶级意志，因此B项错误。

3. 利益对法的决定作用表现在利益的分化导致法的产生；利益的发展决定法的发展；

统治阶级的根本利益决定着法的本质。法对利益的反作用表现在：法可以确认并界定利益关系；法可以协调各种利益关系；法可以保障利益的实现；法可以为新的利益的形成和发展提供法律环境，因此 C 项不正确。

4. 法的本质最终体现为法的物质制约性：法的物质制约性是指法的内容受社会存在这个因素制约，其最终也是由一定的社会物质生活条件决定的。马克思主义法律理论分析社会的特点在于：认为法律是社会的组成部分，也是社会关系的反映；社会关系的核心是经济关系，经济关系的中心是生产关系；生产关系是由生产力决定的，而生产力则是不断发展变化的；生产力的不断发展最终导致法律在内的整个社会的发展变化。这就提供了一个将法律置于物质的能动的社会发展过程中加以考查的唯物史观的分析框架。按照这种观点，立法者不是在创造法律，而只是在表述法律，是将社会生活中客观存在的包括生产关系、阶级关系、亲属关系等在内的各种社会关系以及相应的社会规范、社会需要上升为国家的法律，并运用国家权威予以保护。所以，法的本质存在于国家意志、阶级意志与社会存在、社会物质条件之间的对立统一关系之中，因此 D 项正确。

考点二 法的价值



【经典考题】

我国《刑法》第 21 条规定：为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在发生的危险，不得已采取的紧急避险行为，造成损害的，不负刑事责任。紧急避险超过必要限度造成不应有的损害的，应当负刑事责任，但是应当减轻或者免除处罚。该条文中的价值平衡，适用的是下列哪一项原则？（2008/1/3）

- A. 价值位阶原则 B. 个案平衡原则 C. 比例原则 D. 功利原则



【常见错误】

对于法的价值冲突，必须形成相关的平衡价值冲突的规则。在这个方面，可以采纳的原则有：价值位阶原则；个案平衡原则；比例原则。现今司法考试命题已不会再单纯考查每个原则的定义，而是将能否对某一条文所反映的法的价值冲突原则进行判断作为常见错误进行考查。本题就是这种考查方式。这要求考生在掌握这一知识点时，不仅要记忆，更要加强理解。



【答案详解】

法的各种价值之间有时会发生矛盾，从而导致价值之间的相互冲突。由于立法不可能穷尽社会生活的一切形态，在个案中更可能因为特殊情形的存在而使得价值冲突难以避免，因而必须形成相关的平衡价值冲突的规则。在这个方面，可以采纳的原则主要有：

1. 价值位阶原则：这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。一般而言，自由代表了人的最本质的人性需要，它是法的价值的顶端；正义是自由的价值外化，它成为自由之下制约其他价值的法律标准；而秩序则表现为实现自由、正义的社会状态，必须接受自由、正义标准的约束。因而，在以上价值之间发生冲突时，可以按照位阶顺序来确定何者应优先适用。

2. 个案平衡原则：这是指在处于同一位阶上的法的价值之间发生冲突时，必须综合考虑主体之间的特定情形、需求和利益，以使得个案的解决能够适当兼顾双方的利益。

3. 比例原则：价值冲突中的比例原则是指为保护某种较为优越的法价值须侵及另一种法益时，不得逾越此目的所必要的程度。换句话说，即使某种价值的实现必然会以其他价值的损害为代价，也应当使被损害的价值减低到最小限度。

本题中，刑法中关于紧急避险条款的规定，正是比例原则的体现。如果紧急避险保持在必要限度之内，由此造成的损害较之于所要保护的利益为小，则避险人不负刑事责任，但如果超过必要限度造成不应有的损害的，则应负刑事责任，故本题应选C项。

考点三 法律规则与法律原则



[经典考题]

关于法律概念、法律原则、法律规则的理解和表述，下列哪一选项不能成立？（2007/1/3）

- A. 法律规则并不都由法律条文来表述，并非所有的法律条文都规定法律规则
- B. 法律原则最大程度地实现法律的确定性和可预测性
- C. 法律概念是解决法律问题的重要工具，但是法律概念不能单独适用
- D. 法律原则可以克服法律规则的僵硬性缺陷，弥补法律漏洞



[常见错误]

本题的常见错误集中体现在忽视了法律规则与法律原则在内容、适用范围和适用方式上的不同，具体论述见本题解析。

本题是对法律概念、法律原则、法律规则的综合考查，将多个知识点融合在一道题中考查是此考点的出题特点。考生在复习时应注意知识点间的融会贯通。很多考生认为A项是错误的，认为法律规则都必须是用法律条文来表示的。其实，在制定法意义上，法律规则是由法律条文来表述的，但是在习惯法等意义上认识，法律规则并不都由法律条文来表述。



[答案详解]

1. 法律概念是对各种法律现象或法律事实加以描述、概括的概念。法律概念本身不是法律规则或法律原则，而是表述规则和原则之内容的工具。在这个意义上，法律概念不是完全独立的法的要素，而依附于法律规则或法律原则。但有些法律条文专门用来规定法律概念，例如《刑法》中规定的刑法的一些基本概念，如犯罪、故意犯罪、过失犯罪等。因此法律概念是解决法律问题的工具，故C项成立。

2. 法律规则不但存在于成文法渊源中，也存在于非成文法渊源中，成文法渊源是由法律条文来表述，而非成文法渊源中习惯、政策、观念则不一定用法律条文来表述，因此A项成立。

3. 法律原则是为法律规则提供某种基础或本源的综合性的、指导性的价值准则或规范，是法律诉讼、法律程序和法律裁决的确认规范。

法律原则和法律规则同为法律规范，但它们在内容的明确性、适用范围、适用方式和作用上存在明显的区别：

（1）在内容上，法律规则的规定是明确具体的，它着眼于主体行为及各种条件（情况）的共性；其明确具体的目的在于削弱或防止法律适用上的自由裁量。与此相比，法律原则的要求比较笼统、模糊，它不预先设定明确的、具体的假定条件，更没有设定明确的法律后果。它只对行为或裁判设定一些概括性的要求或标准，但并不直接告诉指明应当如何去实现或满足这些要求或标准，故在适用时具有较大的余地供法官选择和灵活应用。

（2）在适用范围上，法律规则由于内容具体明确，它们只适用于某一类型的行为。而法律原则对人的行为及其条件有更大的覆盖面和抽象性，它们是对从社会生活或社会关系中概括出来的某一类行为、某一法律部门甚或全部法律体系均通用的价值准则，具



有宏观的指导性,其适用范围比法律规则宽广。

(3) 在适用方式上,法律规则是以全有或全无的方式应用于个案当中的:如果一条规则所规定的事实是既定的,或者这条规则是有效的,在这种情况下,必须接受该规则所提供的解决办法;如果该规则是无效的,在这种情况下,该规则对裁决不起任何作用。法律原则的适用则不同,它不是以全有或全无的方式应用于个案当中的,因为不同的法律原则具有不同的强度,而且这些不同的甚至冲突的原则都可以共存于一部法律之中。当两个原则在具体的个案中冲突时,法官必须根据案件的具体情况及有关背景在不同原则间做出权衡,强度较高的原则对该案件的裁决具有指导性的作用,但另一原则并不因此无效,也并不因此被排除在法律制度之外,因为在另一个个案中,这两个原则的强度关系可能会改变。当然,在权衡原则的强度时,有些原则自始就是最强的,例如法律平等原则,民法中的诚实信用原则,它们往往被称为“帝王条款”。

(4) 在作用上,法律规则具有比法律原则强度大的显示性特征,即相对于原则,法官更不容易偏离规则做出裁决。因此,可以说,法律规则形成了法律制度中坚硬的部分,没有规则,法律制度就缺乏硬度。但另一方面,法律原则也是法律制度、法律规范中必不可少的部分,它们是法律规则的本源和基础;它们可以协调法律体系中规则之间的矛盾,弥补法律规则的不足与局限,它们甚至可以直接作为法官裁判的法律依据;同时,法律原则通过对法官自由裁量的指导,不仅能保证个案的个别公正,避免僵硬地适用法律规则可能造成的实质不公正,而且使法律制度具有一定的弹性张力,在更大程度上使法律规则保持安定性和稳定性。总之,法律制度在法律原则的支持下,能够比制度的全部规则化具有更强的硬度和适应性,所以 B 项不成立, D 项成立。

考点四 法的效力



[经典考题]

下列关于我国法律效力问题的表述哪些是正确的?(2004/1/54)

- A. 地方性法规的效力高于下级地方政府规章但不高于本级地方政府规章
- B. 地方性法规与部门规章之间对同一事项的规定不一致时,由国务院裁决
- C. 按照我国《立法法》的规定,为了更好地保护公民的权利和利益,某些行政法规的特别规定可以溯及既往
- D. 经济特区法规根据授权对全国人大及其常委会制定的法律作变通规定的,在本经济特区适用经济特区法规的规定



[常见错误]

本题的常见错误主要在于未能准确把握法的效力层次,法的效力层次可以概括为:

(1) 上位法的效力高于下位法;(2) 同一位阶的法律之间,特别法优于一般法,可结合《立法法》的有关内容理解记忆;(3) 新法优于旧法。注意新的一般法与旧的特别法之间的效力层次为旧的特别法优先适用。

本题还涉及到法的溯及力问题,法不溯及既往原则是解决法的溯及力问题的原则,但并不是绝对的,目前通例是从旧兼从轻原则,另外在某些有关民事权利的法律中,也有溯及力。还有就是本题 C 项中所表述的为了更好地保护公民的权利和利益,某些行政法规的特别规定可以溯及既往。对于这些例外,考生应多加注意。



[答案详解]

1. 本题考查的是法的效力等级。根据《立法法》第 80 条第 1 款的规定,地方性法

规的效力高于本级和下级地方政府规章。可知在同一级别上,地方性法规效力高于地方政府规章。原因是地方性法规是由地方人大(权力机关)制定的,而地方政府规章是由地方政府(行政机关)制定的,因此原则上权力机关的立法效力高于行政机关的立法,所以A项说法不正确,不当选。

2. 根据《立法法》第86条第1款第(2)项的规定,地方性法规与部门规章之间对同一事项的规定不一致,不能确定如何适用时,由国务院提出意见,国务院认为应当适用地方性法规的,应当决定在该地方适用地方性法规的规定;认为应当适用部门规章的,应当提请全国人民代表大会常务委员会裁决。对此条要注意是由国务院提出意见,全国人民代表大会常务委员会裁决。原因是因为地方性法规是由地方人大(权力机关)制定的,而国务院是行政机关,无权裁决权力机关立法与行政立法之间的争议,此类争议只有作为我国最高立法机关的常设机关的全国人大常委会才有权裁决,因此B项说法不正确,不当选。

3. 根据《立法法》第84条的规定,法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章不溯及既往,但为了更好地保护公民、法人和其他组织的权利和利益而作的特别规定除外。可知我国法律以不溯及既往为原则,但也存在例外:某些行政法规的特别规定为了更好地保护公民的权利和利益可以溯及既往,因此C项正确,当选。

4. 《立法法》第81条规定:自治条例和单行条例依法对法律、行政法规、地方性法规作变通规定的,在本自治地方适用自治条例和单行条例的规定。经济特区法规根据授权对法律、行政法规、地方性法规作变通规定的,在本经济特区适用经济特区法规的规定。可知民族自治地方和经济特区根据授权可以对全国人大及其常委会制定的法律作变通规定,并在本地区优先适用,因此D项正确,当选。

5. 同时需要注意法的溯及力问题。法的溯及力,也称法溯及既往的效力是指法对其生效以前的事件和行为是否适用。如果适用,就具有溯及力;如果不适用,就没有溯及力。

法是否具有溯及力,不同法律规范之间的情况是不同的。就有关侵权、违约的法律和刑事法律而言,一般以法律不溯及既往为原则。这是因为:法律应当具有普遍性和可预测性,人们根据法律从事一定的行为,并为自己的行为承担责任。如果法律溯及既往,就是以今天的规则要求昨天的行为,就等于要求某人承担自己从未期望过的义务。败诉者将不是因为他违反了他已有的某个义务,而是因为他违反了一个事后才创造出来的新法律所规定的义务而受到惩罚,这是不公正的。但是,法律不溯及既往并非绝对。目前各国采用的通例是从旧兼从轻的原则,即新法原则上不溯及既往,但是新法不认为犯罪或者处刑较轻的,适用新法。我们也可以把这个原则称为有利原则,它同样具有其正当性或合理性基础。我国刑法也采用这一原则。例如,我国《刑法》第12条第1款规定:中华人民共和国成立以后本法施行以前的行为,如果当时的法律不认为是犯罪的,适用当时的法律;如果当时的法律认为是犯罪的,依照本法总则第四章第8节的规定应当追诉的,按照当时的法律追究刑事责任,但是如果本法不认为是犯罪或者处刑较轻的,适用本法。

而在某些有关民事权利的法律中,法律有溯及力。比如,《著作权法》第59条第1款规定:本法规定的著作权人和出版者、表演者、录音录像制作者、广播电台、电视台的权利,在本法施行之日尚未超过本法规定的保护期的,依照本法予以保护。

考点五 法的渊源与分类**【经典考题】**

下列有关法的渊源的表述哪些是不正确的？（1999/1/68）

- A. 法的非正式渊源，是指不能被国内法院适用的法的渊源，如正义标准、理性原则、习惯等
- B. 在我国，宪法、法律、行政法规、地方性法规等主要是根据其所调整的社会关系而作出的分类
- C. 根据“条约必须遵守”的原则，一切国际条约和国际惯例均构成当代我国法的渊源之一
- D. 根据有关法律规定，国家政策可以作为我国法院审理案件时的判决依据

【常见错误】

我国法的渊源主要是以宪法为核心的各种制定法，包括：宪法、法律、行政法规、地方性法规、规章、特别行政区的法律、国际条约和国际惯例。本题的常见错误集中体现在D项，政策和习惯是我国法的渊源之一，属法的非正式渊源，虽未在正式法律中得到明文体现，但依据有关法律规定，也可作为法院审理案件的判决依据。此外应与判例进行区别，我国不采用判例法制度，判例不是法的渊源，只能对法官审理案件提供参考价值，而不能作为定案依据。

【答案详解】

1. 法的正式渊源与非正式渊源是根据是否表现于国家制定的法律文件中的明确条文形式而进行的分类。法的正式渊源是指那些可以从体现于国家制定的规范性文件法律文件中的明确条文形式中得到的渊源，如宪法、法律、法规等，主要为制定法，即不同国家机关根据法定职权和程序制定的各种规范性文件。法的非正式渊源则指那些具有法律意义的准则和观念，这些准则和观念尚未在正式法律中得到权威性的明文体现，如正义标准、理性原则、公共政策、道德信念、社会思潮、习惯等。

2. 由于正式的法的渊源本身是有层次或等级划分的，因而其效力当然具有层次或等级性。同一位阶的法的渊源之间的冲突原则，主要包括：（1）全国性法律优先原则；（2）特别法优先原则；（3）后法优先或新法优先原则；（4）实体法优先原则；（5）国际法优先原则；（6）省、自治区的人民政府制定的规章的效力高于本行政区域内的较大的市的人民政府制定的规章。此外，法律之间对同一事项的新的一般规定与旧的特别规定不一致，不能确定如何适用时，由全国人民代表大会常务委员会裁决。行政法规之间对同一事项的新的一般规定与旧的特别规定不一致，不能确定如何适用时，由国务院裁决。

3. 位阶出现交叉时的法的渊源之间的冲突原则，我国《立法法》主要规定：（1）自治条例和单行条例依法对法律、行政法规、地方性法规作变通规定的，在本自治地方适用自治条例和单行条例的规定。（2）经济特区法规根据授权对法律、行政法规、地方性法规作变通规定的，在本经济特区适用经济特区法规的规定。（3）地方性法规、规章之间不一致时，由有关机关依照下列规定的权限做出裁决：①同一机关制定的新的一般规定与旧的特别规定不一致时，由制定机关裁决。②地方性法规与部门规章之间对同一事项的规定不一致，不能确定如何适用时，由国务院提出意见，国务院认为应当适用地方性法规的，应当决定在该地方适用地方性法规的规定；认为应当适用部门规章的，应当提请

全国人民代表大会常务委员会裁决。③部门规章之间、部门规章与地方政府规章之间对同一事项的规定不一致时，由国务院裁决。④根据授权制定的法规与法律规定不一致，不能确定如何适用时，由全国人民代表大会常务委员会裁决。

4. 法学界一般认为，习惯、政策应视为我国法的非正式渊源。习惯是指人们在长期的生产、生活中的约定俗成所形成的一种行为规范。我国幅员辽阔，历史悠久，各地有许多良好的习惯和传统。各民族特别是少数民族的习惯与现行法律、法规和社会公共利益不相抵触，经国家认可后，就具有法的渊源的意义。政策是国家或政党为完成一定时期任务而规定的活动准则。根据我国《民法通则》中关于民事活动必须遵守法律，法律没有规定的，应当遵守国家政策的规定，政策也是当代中国法的非正式渊源之一，所以选项 D 不符合题意，选项 A 不符合题意。

5. 我国国内法中还规定了国际条约和国际惯例的法律效力，如《民法通则》第 142 条规定：……中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的，适用国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外。中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例。所以，选项 C 符合题意。在我国，宪法、法律、行政法规、地方性法规等主要是根据法的制定机关不同而作出的分类，所以选项 B 是符合题意的。

考点六 法律关系

【经典考题】

孙某的狗曾咬伤过邻居钱某的小孙子，钱某为此一直耿耿于怀。一天，钱某趁孙某不备，将孙某的狗毒死。孙某掌握了钱某投毒的证据之后，起诉到法院，法院判决钱某赔偿孙某 600 元钱。对此，下列哪一选项是正确的？（2008/1/7）

- A. 孙某因对其狗享有所有权而形成的法律关系属于保护性法律关系
- B. 由于孙某起诉而形成的诉讼法律关系属于第二性的法律关系
- C. 因钱某毒死孙某的狗而形成的损害赔偿关系属于纵向的法律关系
- D. 因钱某毒死孙某的狗而形成的损害赔偿关系中，孙某不得放弃自己的权利

【常见错误】

法律关系按照不同的标准可做出不同的分类：（1）按照法律关系产生的依据、执行的职能和实现规范的不同，可分为调整性法律关系和保护性法律关系；（2）按照法律主体在法律关系中的地位不同，可分为纵向法律关系和横向法律关系；（3）按照法律主体的多少及其权利义务是否一致为根据分为单向法律关系、双向法律关系和多向法律关系；（4）按照相关法律关系作用和地位的不同，分为第一性法律关系和第二性法律关系。本题常见错误体现为不能理清这一实际案例中有哪些法律关系，并且不能准确判断某种法律关系按照不同标准可分别归于哪些分类之中。这要求考生要结合实际灵活掌握。

【答案详解】

在法学上，由于根据的标准和认识的角度不同，可以对法律关系作不同的分类。

1. 调整性法律关系和保护性法律关系：调整性法律关系是基于人们的合法行为而产生的、执行法的调整职能的法律关系，它所实现的是法律规范（规则）的行为规则（指示）的内容。调整性法律关系不需要适用法律制裁，法律主体之间即能够依法行使权利、履行义务，如各种依法建立的民事法律关系、行政合同关系等等。保护性法律关系是由

于违法行为而产生的、旨在恢复被破坏的权利和秩序的法律关系，它执行着法的保护职能，所实现的是法律规范（规则）的保护规则（否定性法律后果）的内容，是法的实现的非正常形式。它的典型特征是一方主体（国家）适用法律制裁，另一方主体（通常是违法者）必须接受这种制裁，如刑事法律关系。

2. 纵向（隶属）的法律关系和横向（平权）的法律关系：纵向（隶属）的法律关系是指在不平等的法律主体之间所建立的权力服从关系。其特点为：（1）法律主体处于不平等的地位；（2）法律主体之间的权利与义务具有强制性，既不能随意转让，也不能任意放弃。与此不同，横向法律关系是指平权法律主体之间的权利义务关系。其特点在于，法律主体的地位是平等的，权利和义务的内容具有一定程度的任意性。

3. 单向（单务）法律关系、双向（双边）法律关系和多向（多边）法律关系：单向法律关系是法律关系体系最基本的构成要素。其实，一切法律关系均可分解为单向的权利义务关系。双向（双边）法律关系是指在特定的双方法律主体之间，存在着两个密不可分的单向权利义务关系。多向（多边）法律关系，又称“复合法律关系”或“复杂的法律关系”，是三个或三个以上相关法律关系的复合体，其中既包括单向法律关系，也包括双向法律关系，例如，行政法中的人事调动关系。

4. 第一性法律关系（主法律关系）和第二性法律关系（从法律关系）：第一性法律关系（主法律关系）是人们之间依法建立的不依赖其他法律关系而独立存在的或在多向法律关系中居于支配地位的法律关系。由此而产生的、居于从属地位的法律关系，就是第二性法律关系或从法律关系。一切相关的法律关系均有主次之分，例如，在调整性和保护性法律关系中，调整性法律关系是第一性法律关系（主法律关系），保护性法律关系是第二性法律关系（从法律关系）；在实体和程序法律关系中，实体法律关系是第一性法律关系（主法律关系），程序法律关系是第二性法律关系（从法律关系），等等。

5. 本题中，孙某对其狗享有所有权，因此而形成的法律关系属于调整性法律关系，故 A 项错误。钱某毒死孙某的狗的行为属侵权行为，由此形成的法律关系为保护性法律关系，而由于孙某起诉而形成的诉讼法律关系是由实体法律关系而产生的、居于从属地位的第二性法律关系，故 B 项正确。因钱某毒死孙某的狗形成的损害赔偿关系属于横向的法律关系，孙某当然也可以放弃自己的权利，故 C、D 项说法错误。



真题演练

1. 张某过马路闯红灯，司机李某开车躲闪不及将张某撞伤，法院查明李某没有违章，依据《道路交通安全法》的规定判李某承担 10% 的赔偿责任。关于本案，下列哪一选项是错误的？（2008/1/5）①

- A. 《道路交通安全法》属于正式的法的渊源
- B. 违法行为并非是承担法律责任的唯一根源
- C. 如果李某自愿支付超过 10% 的赔偿金，法院以民事调解书加以确认，则李某不能反悔
- D. 李某所承担的是一种竞合的责任

① D

2. 关于法律原则的适用, 下列哪些选项是错误的? (2008/1/51)①

- A. 案件审判中, 先适用法律原则, 后适用法律规则
- B. 案件审判中, 法律原则都必须无条件地适用
- C. 法律原则的适用可以弥补法律规则的漏洞
- D. 法律原则的适用采取全有或全无的方式

3. 马克思曾说: “社会不是以法律为基础, 那是法学家的幻想。相反, 法律应该以社会为基础。法律应该是社会共同的, 由一定的物质生产方式所产生的利益需要的表现, 而不是单个人的恣意横行。”根据这段话所表达的马克思主义法学原理, 下列哪一选项是正确的? (2007/1/1)②

- A. 强调法律以社会为基础, 这是马克思主义法学与其他派别法学的根本区别
- B. 法律在本质上是社会共同体意志的体现
- C. 在任何社会, 利益需要实际上都是法律内容的决定性因素
- D. 特定时空下的特定国家的法律都是由一定的社会物质生活条件所决定的

4. 关于法律溯及力, 下列哪些选项是正确的? (2007/1/55)③

- A. 刑事法律若具有溯及力可能导致国家权力的滥用和扩张, 也违反正义的原则
- B. 法治社会要求法律具有可预测性和确定性, 而法不溯及既往原则符合这一要求
- C. 在某些现代民事法律中, 为了保障公民权利, 一定程度上承认法律有溯及力
- D. 法不溯及既往原则属于法律责任的归责原则

5. 最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》规定: 各地高级人民法院可根据本地区经济发展状况, 并考虑社会治安状况, 在本解释规定的数额幅度内, 分别确定本地区执行“数额较大”、“数额巨大”、“数额特别巨大”的标准。依据法理学的有关原理, 下列正确的表述是: (2007/1/92)④

- A. 该规定没有体现法的普遍性特征
- B. 该规定违反了法律面前人人平等的原则
- C. 该规定说明法律内容的决定因素是社会经济状况
- D. 该规定说明政治对法律没有影响

6. 汪某和范某是邻居, 某天, 双方因生活琐事发生争吵, 范某怒而挥刀砍向汪某, 致汪某死亡。事后, 范某与汪某的妻子在中间人的主持下, 达成“私了”。后汪某父母得知儿子身亡, 坚决不同意私了, 遂向当地公安部门告发。公安部门立案侦查之后, 移送检察院。最后, 法院判处范某无期徒刑, 同时判决范某向汪某的家属承担民事责任。就本案而言, 下列哪些说法是错误的? (2006/1/51)⑤

- A. 该案件形成多种法律关系
- B. 引起范某与司法机关之间的法律关系的法律事实属于法律事件
- C. 该案件中, 范某与检察院之间不存在法律关系
- D. 范某与汪某的家属之间不形成实体法律关系

7. 法律与利益有着内在的联系。下列关于法律与利益关系的表述, 哪一项是错误的? (2005/1/1)⑥

① ABD ② D ③ ABC ④ C ⑤ BCD ⑥ D