

飞跃版
2009

司法考试

SI FA KAO SHI YI CUO YI HUN KAO DIAN SUI SHEN DU

易错易混考点

随身读

SI FA KAO SHI YI CUO YI HUN KAO DIAN SUI SHEN DU

关键性提示

考点解读

真题链接

相关法条

全面、准确、有效
掌握司法考试易错易混考点

SI FA KAO SHI YI CUO YI HUN KAO DIAN SUI SHEN DU

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

2009 司法考试 易错易混考点随身读

飞跃司考辅导中心/组编

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

2009 司法考试易错易混考点随身读/中国法制出版社

编. —北京: 中国法制出版社, 2009. 1

ISBN 978 - 7 - 5093 - 0957 - 5

I. 2... II. 中... III. 法律工作者 - 资格考核 - 中国 - 自学参考资料 IV. D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 000668 号

2009 司法考试易错易混考点随身读

2009SIFAKAOSHI YICUOYIHUN KAODIAN SUISHENDU

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/880 × 1230 毫米 64

印张/ 8.75 字数/ 420 千

版次/2009 年 2 月第 1 版

2009 年 2 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 0957 - 5

定价: 18.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66066820

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

编辑说明

本书通过对近年国家司法考试试题的梳理，依据最新法律法规，提炼出容易错误混淆的考点，以“关键性提示+考点解读+真题链接+相关法条”的结构编排成随身携带的64开口袋书，帮助考生随时记忆司法考试易错易混的重点内容，提高复习的命中率。

需要说明的是，因篇幅所限，部分真题的答案可从“考点解读”和所附“相关法条”中直接查找到，不再予以展开解释。

2009年2月

目 录

法 理 学

- 易错易混考点：1 法律原则和法律法规..... (1)
- 易错易混考点：2 法的作用 (4)
- 易错易混考点：3 法律责任竞合 (6)
- 易错易混考点：4 法律解释与法律推理 (8)
- 易错易混考点：5 内部证成与外部证成的区分 (11)
- 易错易混考点：6 法与道德 (12)
- 易错易混考点：7 法系和法律体系、法律体系和立法体系 (14)

法 制 史

- 易错易混考点：1 中国封建法制指导原则 (17)
- 易错易混考点：2 西周的婚姻制度 (18)
- 易错易混考点：3 魏晋南北朝时期的法律 (20)
- 易错易混考点：4 “重罪十条”和“十恶” (22)
- 易错易混考点：5 我国古代历代重要法律典籍 (24)
- 易错易混考点：6 我国古代各朝代的诉讼制度 (28)
- 易错易混考点：7 清末修律以及司法机构和审级的变化 (33)
- 易错易混考点：8 清末至民国时期的立宪活动和颁布的各
宪法性文件 (35)
- 易错易混考点：9 罗马法 (38)
- 易错易混考点：10 《法国民法典》与《德国民法典》 (40)
- 易错易混考点：11 普通法和衡平法的关系 (43)

宪 法

- 易错易混考点：1 历次宪法修正案具体的修改内容 (45)
- 易错易混考点：2 公民的权利与义务 (58)

易错易混考点: 3 各级立法的审查主体及权限	(61)
易错易混考点: 4 决定行政区域建置与区域划分的主体	(63)
易错易混考点: 5 一般议案、法律案、宪法修正案、罢免案、质询案的提出主体, 以及各种议案通过的法定人数	(64)
易错易混考点: 6 国家权力机关的人事权	(67)
易错易混考点: 7 直接选举和间接选举	(69)
易错易混考点: 8 基层政权和基层群众性自治组织	(71)

经济 法

易错易混考点: 1 经济法中各类法规的适用范围	(75)
易错易混考点: 2 劳动合同	(79)
易错易混考点: 3 劳动争议仲裁	(85)
易错易混考点: 4 消费者合法权益受损时的求偿对象	(89)
易错易混考点: 5 税收保全和税收强制执行措施	(91)
易错易混考点: 6 建设用地规划许可	(93)

国 际 法

易错易混考点: 1 国际争端解决方式	(95)
易错易混考点: 2 使馆特权与豁免和领馆特权与豁免	(97)
易错易混考点: 3 外交代表的管辖豁免和领事官员的管辖豁免	(100)
易错易混考点: 4 外交保护	(104)
易错易混考点: 5 国际法上的继承	(105)
易错易混考点: 6 比较专属经济区制度与大陆架制度	(107)

国际私法

易错易混考点: 1 反致	(111)
易错易混考点: 2 涉外合同的法律适用	(112)
易错易混考点: 3 侵权之债的法律适用	(116)
易错易混考点: 4 票据关系的法律适用	(118)

易错易混考点: 5 结婚的法律适用	(120)
易错易混考点: 6 离婚的法律适用	(121)
易错易混考点: 7 区际司法协助	(123)

国际经济法

易错易混考点: 1 国际贸易术语	(130)
易错易混考点: 2 国际货物买卖合同	(135)
易错易混考点: 3 调整班轮运输的国际公约	(140)
易错易混考点: 4 托收	(145)
易错易混考点: 5 信用证与《跟单信用证统一惯例 600》 ...	(147)
易错易混考点: 6 《最高人民法院关于审理信用证纠纷案件若干问题的规定》	(150)
易错易混考点: 7 实际海损和部分海损	(153)
易错易混考点: 8 保险的险别	(155)

司法职业道德

易错易混考点: 1 法官与检察官的任职回避	(157)
-----------------------------	-------

刑法

易错易混考点: 1 罪刑法定原则、罪刑相适应原则及平等适用刑法原则	(160)
易错易混考点: 2 刑法的空间效力和时间效力	(162)
易错易混考点: 3 犯罪主体	(165)
易错易混考点: 4 故意犯罪与过失犯罪	(167)
易错易混考点: 5 违法性认识的可能性	(171)
易错易混考点: 6 刑法上的因果关系	(173)
易错易混考点: 7 正当防卫与紧急避险	(177)
易错易混考点: 8 被害人承诺	(181)
易错易混考点: 9 犯罪的预备、未遂、中止、既遂	(183)
易错易混考点: 10 共同犯罪	(187)

易错易混考点: 11 单位犯罪	(194)
易错易混考点: 12 数罪并罚和罪数形态	(196)
易错易混考点: 13 刑罚的种类与具体应用	(201)
易错易混考点: 14 危害公共安全的犯罪	(204)
易错易混考点: 15 破坏社会主义市场经济秩序罪	(208)
易错易混考点: 16 故意杀人罪与故意伤害罪	(212)
易错易混考点: 17 非法拘禁与绑架罪	(215)
易错易混考点: 18 强奸罪与拐卖妇女、儿童罪	(217)
易错易混考点: 19 抢劫罪、抢夺罪与盗窃罪、侵占罪	(220)
易错易混考点: 20 诈骗罪与敲诈勒索罪	(228)
易错易混考点: 21 妨害社会管理秩序罪	(231)
易错易混考点: 22 贪污贿赂犯罪	(235)
易错易混考点: 23 渎职罪	(240)

刑事诉讼法

易错易混考点: 1 职权原则、审判公开原则	(242)
易错易混考点: 2 当事人与其他诉讼参与人	(244)
易错易混考点: 3 回避	(246)
易错易混考点: 4 辩护与代理	(248)
易错易混考点: 5 刑事证据	(252)
易错易混考点: 6 强制措施	(257)
易错易混考点: 7 刑事附带民事诉讼	(263)
易错易混考点: 8 侦查	(267)
易错易混考点: 9 法定不起诉、酌定不起诉与证据不足不 起诉	(271)
易错易混考点: 10 公诉案件的庭前审查与法庭审判	(275)
易错易混考点: 11 延期审理、中止审理与终止审理	(279)
易错易混考点: 12 简易程序与被告人认罪的案件的审判程 序	(282)
易错易混考点: 13 自诉案件	(285)
易错易混考点: 14 上诉与抗诉	(288)
易错易混考点: 15 二审全面审原则与上诉不加刑原则	(291)

易错易混考点: 16 死刑复核程序	(294)
易错易混考点: 17 审判监督程序	(299)
易错易混考点: 18 未成年人刑事案件诉讼程序的特殊 规定	(303)

行政法总论

易错易混考点: 1 行政法规、规章的制定权和制定程序	(307)
易错易混考点: 2 法律规范冲突的适用和立法监督	(312)

行政复议法

易错易混考点: 1 行政复议的范围	(316)
易错易混考点: 2 行政复议中的附带审查	(318)
易错易混考点: 3 行政复议机关	(321)
易错易混考点: 4 行政复议决定的执行	(324)

行政处罚法

易错易混考点: 1 行政处罚的创设权和实施性规定权	(326)
易错易混考点: 2 一事不再罚原则	(329)
易错易混考点: 3 行政处罚的追究时效	(330)
易错易混考点: 4 行政处罚的执行	(331)
易错易混考点: 5 行政处罚的效力	(333)

国家赔偿法

易错易混考点: 1 司法赔偿的义务机关	(335)
易错易混考点: 2 国家赔偿的范围	(338)
易错易混考点: 3 侵权的赔偿程序	(343)
易错易混考点: 4 国家侵权行为特殊责任方式的适用	(344)

行政许可法

易错易混考点: 1 行政处罚与行政许可的比较	(346)
------------------------------	-------

易错易混考点：2 行政许可法的其他特殊规定 (349)

政府信息公开

易错易混考点：1 政府信息公开的范围 (352)

行政强制

易错易混考点：1 行政强制措施与行政强制执行 (355)

行政诉讼法

易错易混考点：1 行政诉讼的受案范围 (357)

易错易混考点：2 行政诉讼的原告资格 (362)

易错易混考点：3 行政诉讼的适格被告 (366)

易错易混考点：4 行政诉讼的管辖 (369)

易错易混考点：5 行政诉讼的法定起诉期限 (372)

易错易混考点：6 行政诉讼一审判决的种类与适用条件 (375)

易错易混考点：7 行政复议与行政诉讼的关系 (380)

易错易混考点：8 行政诉讼证据种类及提供证据的要求 (384)

易错易混考点：9 行政诉讼的举证责任和期限 (387)

民法

易错易混考点：1 意思表示的构成要件 (390)

易错易混考点：2 民法上的孳息 (393)

易错易混考点：3 诉讼时效与除斥期间 (394)

易错易混考点：4 建筑物区分所有权的内容 (396)

易错易混考点：5 共同共有与按份共有 (398)

易错易混考点：6 地役权 (402)

易错易混考点：7 占有的类型 (405)

易错易混考点：8 抵押权、动产质权的生效 (408)

易错易混考点：9 留置权 (411)

易错易混考点: 10 抵押权、质权与留置权的竞合	(414)
易错易混考点: 11 物权变动模式	(418)
易错易混考点: 12 善意取得	(422)
易错易混考点: 13 保证期间的确定	(425)
易错易混考点: 14 优先购买权	(427)
易错易混考点: 15 合同法中“三金”制度	(429)
易错易混考点: 16 同时履行抗辩权、不安抗辩权与先履行 抗辩权	(432)
易错易混考点: 17 产品责任与产品质量瑕疵担保的关系	(435)
易错易混考点: 18 侵权行为中的因果联系	(438)
易错易混考点: 19 共同侵权行为	(440)
易错易混考点: 20 连带共同保证与物权担保的竞合关系	(442)
易错易混考点: 21 侵权之债与合同之债的请求权竞合	(445)
易错易混考点: 22 无因管理	(447)
易错易混考点: 23 不当得利	(450)
易错易混考点: 24 著作权的归属	(452)
易错易混考点: 25 代位继承和转继承	(454)
易错易混考点: 26 离婚时对婚姻存续期间债务的负担	(457)

商 法

易错易混考点: 1 有限责任公司股东的出资形式	(460)
易错易混考点: 2 有限责任公司股东股权的转让	(462)
易错易混考点: 3 公司的减资程序	(465)
易错易混考点: 4 保险利益原则	(467)
易错易混考点: 5 保险人的代位求偿权	(469)
易错易混考点: 6 共同海损	(472)
易错易混考点: 7 承运人的责任	(474)
易错易混考点: 8 特殊的普通合伙	(477)
易错易混考点: 9 有限合伙企业	(478)
易错易混考点: 10 合伙企业中合伙人个人债务的承担	(482)
易错易混考点: 11 票据中追索权的行使	(484)
易错易混考点: 12 破产申请的原因和主体及法院受理的法	

律后果	(487)
易错易混考点: 13 破产债权、取回权和别除权	(489)

民事诉讼法

易错易混考点: 1 诉讼标的与诉的分类	(494)
易错易混考点: 2 一般地域管辖与特殊地域管辖原则的确定	(496)
易错易混考点: 3 当事人的变更和共同诉讼制度	(501)
易错易混考点: 4 民事诉讼的第三人	(504)
易错易混考点: 5 证明责任的承担与证明责任的倒置	(506)
易错易混考点: 6 案件起诉和受理的条件	(509)
易错易混考点: 7 法院调解	(513)
易错易混考点: 8 撤诉和缺席判决	(517)
易错易混考点: 9 延期审理、诉讼中止和诉讼终结	(520)
易错易混考点: 10 简易程序的适用范围	(523)
易错易混考点: 11 再审案件受理范围和审判程序	(527)
易错易混考点: 12 申请执行与执行救济	(534)

仲裁法

易错易混考点: 1 仲裁协议的效力和仲裁协议无效、失效的情形	(538)
易错易混考点: 2 法院对申请撤销仲裁裁决的处理及其法律后果	(542)
易错易混考点: 3 国内仲裁裁决的执行与不予执行的情形及后果	(545)

法 理 学

法律原则和法律法规

【易错易混考点】1

【关键性提示】

注意辨别法律规则的具体分类，能够熟练区分各种法律条文属于何种法律规则；注意二者在内容、适用范围上及适用方式上的区别。

【考点解读】

（一）法律规则的具体分类

1. 根据规则内容的不同分为：

（1）授权性规则：规定人们有权作一定行为或不作一定行为的规则，即规定人们“可为模式”的规则。

（2）义务性规则：在内容上规定人们的法律义务，即有关人们应当作出或不作出某种行为的规则。其又分为：

①命令性规则，指规定人们必须或应当作出某种行为的规则。

②禁止性规则，指规定禁止人们作出一定行为的规则。

2. 根据规则内容的明确性程度不同分为：

（1）确定性规则：内容已明确肯定，无须再援引或参照其他规则来确定其内容的法律规则。

（2）委任性规则：内容尚未确定，而只规定某种概括性指示，由相应国家机关通过相应途径或程序加以确定的法律规则。

（3）准用性规则：内容本身并没有规定人们具体的行为模式，而是可以援引或参照其他相应内容规定的规则。

3. 根据规则对人们行为规定和限定的范围或程度不同分为：

(1) 强行性规则：内容规定具有强制性质，不允许人们随便加以更改的法律规则。

(2) 任意性规则：规定在一定范围内，允许人们自行选择或协商确定为与不为、为的方式以及法律关系的权利义务内容的法律规则。

(二) 法律规则与法律原则的区别

	法律规则	法律原则
概念	采取一定的结构形式具体规定人们的法律权利、法律义务以及相应的法律后果的行为规范。	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。
内容	法律规则的规定明确具体，着眼于主体行为及各种条件的共性；其明确具体的目的是削弱或防止法律适用上的自由裁量权。	着眼点不限于行为及条件的共性，而且关注它们的个别性。法律原则的要求比较笼统模糊，它不预先设定明确具体的假定条件，更没有设定明确的法律后果。因此在适用上具有较大的余地供法官选择和灵活应用。
适用范围	由于具体内容明确，只适用于某一类型的行为。	由于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，具有宏观指导性，其适用范围比法律规则宽广。
适用方式	法律规则以“全有或全无的方式”应用于个案中。	法律原则不是以“全有或全无的方式”应用于个案中。当原则在具体个案中发生冲突时，法官应作出权衡。

（三）法律原则的适用条件

由于法律原则内涵高度抽象、外延宽泛，所以当法律原则直接作为裁判案件的标准发挥作用时，需要对法律原则的适用设定严格的条件：

1. 穷尽法律规则，方得适用法律原则。
2. 除非为了实现个案正义，否则不得舍弃法律规则而直接适用法律原则。
3. 没有更强理由，不得径行适用法律原则。

【真题链接】

1. 关于法律原则的适用，下列哪些选项是错误的？（08/1/51，多选）

- 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

答案解析：ABD。案件审判中，穷尽法律规则，方得适用法律原则。此外，法律原则的适用还有两个严格的条件：除非为了实现个案正义，否则不得舍弃法律规则而直接适用法律原则；没有更强理由，不得径行适用法律原则。法律原则的适用方式不同于法律规则，它不是像后者那样采取“全有或全无”的方式，而是取决于法官根据个案的具体情况及有关背景在不同强度的原则间作出权衡：被认为强度较强的原则对该案件的裁决具有指导性的作用，比其他原则的适用更有分量。但另一原则并不因此而无效，也并不因此被排除在法律制度之外，因为在另一个案中，这两个原则的强度关系可能会改变。故选ABD。

2. 关于法律规则的逻辑结构与法律条文，下列哪些选项是正确的？（08/1/54，多选）

- A. 假定部分在法律条文中不能省略
- B. 行为模式在法律条文中可以省略
- C. 法律后果在法律条文中不能省略
- D. 法律规则三要素在逻辑上缺一不可

答案解析：BD。法律规则由假定条件、行为模式和法律后果三个

部分构成，在逻辑上缺一不可。但是，本题没有区分规范性法律条文与非规范性法律条文。如果是规范性法律条文，假定部分和法律后果可以省略；如果是非规范性法律条文，则三个要素都不存在。故选 BD。

法的作用

【易错易混考点】2

【考点解读】

法的作用泛指法对社会发生的影响。根据法在社会生活中发挥作用的形式和内容，可将法的作用分为法的规范作用和社会作用。

（一）法的规范作用

法作为一种社会规范，具有规范性，规范作用是法作用于社会的特殊形式。法的规范作用又可分为：

1. 指引作用：法对人的行为具有引导作用。

(1) 从对人的行为的引导来看，该引导有两种形式：个别性引导，即通过一个具体的指示形成对具体的人的具体情况指引；规范性引导，即通过一般的规则对同类的人或行为的指引。

(2) 从立法技术上看，法的指引作用又采用两种方式：确定的指引，即通过设置法律义务，要求人们作出或抑制一定行为，明确自己必须从事或不得从事的行为界限；不确定的指引，即通过宣告法律权利，给人们一定的选择范围。

2. 评价作用：法律作为一种行为标准，具有判断、衡量他人行为合法与否的评判作用。

3. 教育作用：通过法的实施使法律对一般人的行为产生影响，其具体表现为示警作用和示范作用。

4. 预测作用：凭借法律的存在可以预先估计到人相互之间会如何行为。

5. 强制作用：法可以通过制裁违法犯罪行为来强制人们遵守法律。

（二）法的社会作用

法的社会作用是从法的本质和目的来看的，社会作用是法规制和

调整社会关系的目的。法的社会作用主要涉及三个领域和两个方向。

1. 三个领域：社会经济生活、政治生活及思想文化领域。
2. 两个方向：政治职能（即阶级统治职能）和社会职能（执行社会公共事务的职能）。

（三）法的作用的局限性

尽管法在社会生活中具有重要作用，但是法律并不是万能的，原因在于：

1. 法律是以社会为基础的，因此，法律不可能超越社会发展需要“创造”或改变社会。
2. 法律是社会规范之一，必然受到其他社会规范以及社会条件和环境的制约。
3. 法律规制和调整社会关系的范围深度有限，它不能调整所有的社会关系，例如情感、友谊等；而且对某一社会关系，法并不是唯一的调整手段，还存在其他调整手段，例如道德、习惯等。
4. 法律自身条件的制约，如语言表达力的局限、滞后性、稳定性和保守性都会制约法的作用的发挥。

【真题链接】

西方法律格言说：“法律不强人所难”。关于这句格言涵义的阐释，下列哪一选项是正确的？（08/1/1，单选）

- A. 凡是人能够做到的，都是法律所要求的
- B. 对人所不知晓的事项，法律不得规定为义务
- C. 根据法律规定，人对不能预见的事项，不承担过错责任
- D. 天灾是人所不能控制的，也不是法律加以调整的事项

答案解析：C。尽管法在社会生活中具有重要作用，但是，法律不是万能的。其中的一个原因就是：法律规制和调整社会关系的范围和深度是有限的，有些社会关系（如人们的情感关系、友谊关系）不适宜由法律来调整。因此，在某些人们活动的领域，法律不应涉足其间。故A项错误。本题从法律的调整范围出发，在考查法的局限性的同时，也间接考查了法律事件，因为B、C、D三项实质上是在考查法律能否调整由法律事件引发的法律关系。法律事件是法律规范规定的、不以当事人的意志为转移而引起法律关系形成、变更或消灭的客观事实。天灾属于法律事件，但却要受到法律的调整。在发生法律事