

2007年国家司法考试教辅系列

〔2007年法院版〕

如何正确、准确地应对司法考试？最好的办法莫过于“从真题中来，到真题中去”，研究真题，把握真题，吃透真题，方有应付司法考试的庖丁之刀。何出此言？因为真题展示着司法考试的命题思路，蕴含着司法考试的重要知识点，昭示着司法考试的命题趋向。所以我们对2002~2006年的真题进行了归类讲解，它不仅对广大考生应试起到导向作用，而且对于提高法律从业人员的理论素养、综合业务水平也具有相当的指导作用。

2007年版国家司法考试

历年真题

LINIAN ZHENTI GUILI JIANGJIE

归类讲解



本书编写组/编著

人民法院出版社

2007 年版国家司法考试历年真题归类讲解

本书编写组 编著

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

2007 年版国家司法考试历年真题归类讲解/
本书编写组编著. - 3 版. - 北京: 人民法院
出版社, 2007.1
(2007 年国家司法考试教辅系列)
ISBN 978-7-80217-091-9

I .2… II .2… 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 (2006) 第 155706 号

2007 年版国家司法考试历年真题归类讲解

本书编写组 编著

责任编辑 林志农 张彦春
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) 85250563 85250575 (责任编辑)
85250516 (出版部) 85250558 85250559 (发行部)
网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>
E-mail courtpress@sohu.com
印 刷 北京人卫印刷厂
经 销 新华书店

开 本 787×1092 毫米 1/16
字 数 1580 千字
印 张 64.875
版 次 2007 年 1 月第 3 版 2007 年 1 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-80217-091-9
定 价 98.00 元

版权所有 侵权必究

前 言

有考试就有应试，这一对矛盾，任何考试都难以避免，司法考试也不例外。因此，司法考试的培训、辅导、参考书等等都应围绕应试而展开。如何正确、准确地应试？最好的方法莫过于“从真题中来，到真题中去”，研究真题，把握真题，吃透真题，方有应付司法考试的庖丁之刀，一鼓作气，游刃有余，笔到题解，笑傲司考。何出此言？真题展示着司法考试的命题思路，蕴涵着司法考试的重要知识点，昭示着司考的命题趋向。所以，我们对2002年司法考试以来的真题进行了归类讲解，以对广大考生应试起到导向作用。

一、司法考试命题的特点

通过分析2002~2006年司法考试试题，我们可以发现司法考试命题的几个特点：

第一，重点突出。这切合了法律从业人员学习法律的实际需要，任何一个法律从业人员不可能也没有必要对每个部门法，乃至每个部门法中的每个问题都有深入的研究，而应具备合理的法律知识结构。司法考试对于重点的考查一直是延续以前的律师资格考试的风格。法律法规与日俱增，列入司法考试大纲范围内的法规总量十分庞大，立法文件近200件之多，还有些并无法条支撑的理论性法律部门，如法理学、法制史、国际法等。每年司法考试约308道试题，要分布在14个部门法之中，分布在万余条法律条文和难以统计的法学理论中，因此考查点很难面面俱到，命题者必须要抓住重点，以最重要的知识来考查考生。而这些知识正是法律从业人员必须具备的知识。我们可以看到，司法考试命题所考查的每个部门法的知识点仍属传统考试命题反复考查的重点，绝大多数命题考查的知识点并不生、冷、偏、僻。从立法文件来看，被考及的数量仍不足60件，符合对一名合格的法律从业人员的实际需要。

第二，理论性加重。这对于提高法律从业人员的理论素养具有了较有影响的指引作用。从这几年的司法考试命题来看，理论性考查明显加强。在选择题部分，这主要体现在两大实体法（刑法和民法）上。刑法考题总体偏重于理论，总则部分理论问题的考题与需要借助刑法学理论才能解答的法条题基本上占据了一半的分值。民法部分出现了没有法条依据，而需要依据比较深厚的法学功底才能得出答案的题。还要注意的是理论题的难度明显增加了。除此之外，在程序法部分也存在这样的需要借助一定的理论基础才能解答的试题。而论述题分值的逐年增加和难度的逐渐加大更是印证着这一趋势。

第三，综合性加强。这是提高法律从业人员综合业务水平的必备要件。2006年试题的一个重大特点是综合性加强。这表现在两个方面：（1）法律中存在针对某个内容（规则）规定的多个法条或者是多个法条之间有一个共同点，而每年司法考试均有数个试题对此进行考查。在程序法部分，这个特点更为明显。（2）实体法与程序法结合，主要是刑法与刑事诉讼法的结合、民法和民事诉讼法的结合。

第四，法条永远重要。对于实际从事法律职业的人员来说，法律条文是最重要的工具，尤其在我国的大陆法系限制法官创造法律的背景下，准确应用法律条文是非常重要的

技能。历年的司法考试命题仍然体现了法条的重要性。除法理学、法制史、国际公法外，其他部门法的考查主要还是集中在对重要法条的考查。虽然理论性加强，但是仍然不敌重点法条的考查力度，而且大多数理论性问题的考查也是以法条为基础的。法条固然重要，但是并不是所有的法条都重要，考生还必须从真题的规律出发，学会从浩如烟海的法条中甄别出重要法条，予以强化记忆。

第五，论述题越来越受重视。论述题是培养法律职业人员的逻辑思维和法学素养的重要题型，体现了国家对于法律职业人员的更高要求。2003年司法考试开始出现论述题，该种题型在以后年度中均得到加强。论述题的考查目的在于要求考生具备扎实的法学理论功底，并运用法学理论分析问题、解决问题，对考生逻辑分析能力、理论研究水平有较高的要求。

二、本书的体例

通过以上分析，应当说司法考试是典型的理论与实践相结合的考试，而这同时也是对考生的基本要求。司法考试具有如此的特点，成为应试的主要依据，也是法律职业培训的重要参考。本书将2002年以来的历年真题依所考知识的不同，分门别类地放在不同的部门法中；而在每一个部门法内部，又依每道试题所考查的主要考点的不同，将这些试题再作分类。对每道试题又作了精心讲解，具体而言包括以下几部分：

【**试题**】将2002~2006年司法考试的试题原文按知识点的不同分类编排。

【**参考答案**】给出各题的参考答案。

【**考点**】列出了本题所考查的知识点。

【**法理详析**】这是本书的重点内容之一。编者针对题目，详细分析本题的命题思路、答题思路和技巧，详细列出本题所考查的法律条文，并画龙点睛地阐明相关的法学理论，对照这些法条和理论，详细分析各个选项，从而得出正确答案。

本书卷四的【**法理详析**】尤具特色。本书强调对案例分析题答案的简约和准确，同时在【**法理详析**】着重分析答题的思路，从现行法律规定和法学理论两方面阐述得出答案的过程，以求考生透彻理解本题设问考查的法律制度及涉及的知识点，起到指点迷津、拨云除雾之功用，望能破解案例分析题的奥秘。

【**相关法理**】这也是本书的重点内容。这是对真题的展开，即列举与本题相关的重点法律条文和法学理论还有哪些，说明这些知识与本题考查的内容有什么关系，预示着明年的命题趋向。

三、本书的使用方法的建议

关于本书的使用方法，我们建议读者朋友可将之当作单元练习题，当您系统学习完一个部门法后，可拿出本书相应部门法的试题做一做，以测试自己的学习水平。做完某一部分的试题后，最好趁热打铁地对照一下答案。

至于如何对答案，我们认为，对于自己作答正确的，也要参考一下题解，看一看自己虽然作对了答案，但解题思路和依据是否正确。对于作错的题目，则要对题解好好总结一下症结之所在。一般而言，你所犯的错误应属于下列情形之一：

1. 已掌握了本题所要考查的知识点，只是由于疏忽大意没有看清题目要求或选择项的陈述。对此，你可放过这一题目，告诉自己下次应注意努力克服这一毛病。

2. 没有复习到本题所要考查的法条。对此，你应拿出法律法规汇编，找到该条款，

好好温习一下，最好在法律法规汇编上作一标记，以提醒自己加深记忆。

3. 已经复习到相关的法条，但是法条内容有点复杂，对其内容记忆不牢靠，特别是对于易混淆的知识点部分。对此，你应注意到这一错误所在，并在相应的条文内容上作一标记，以备提醒自己不再犯同样的错误。

4. 已经记住了相关法条的规定，但对其内容理解上发生了错误认识。对此，应正确理解该条文的含义，并将其正确含义标在条文旁边，以备重新温习。

本书诸位编者教授律考和司法考试辅导班多年，熟悉司法考试的命题规律及相关法理，理解司法考试对于考生的重要意义和考生的心情，可以负责任的说，掌握了真题，就掌握了开启司考之门的金钥匙。

编 者

二〇〇六年岁末

目 录

法理学	(1)
法制史	(47)
宪法	(62)
经济法	(103)
国际法	(174)
国际私法	(203)
国际经济法	(235)
司法制度和法律职业道德	(275)
刑法	(300)
刑事诉讼法	(451)
行政法与行政诉讼法	(576)
合同法	(677)
婚姻继承法	(718)
民法通则	(736)
民事诉讼法	(821)
商法	(916)
知识产权法	(987)
仲裁法	(1011)

法 理 学

客 观 题

一、法的本体

(一) 法的概念

1. 根据马克思主义法学的基本观点, 下列表述哪一项是正确的? (2004 年卷一 1 题, 单选)

- A. 法在本质上是社会成员公共意志的体现
- B. 法既执行政治职能, 也执行社会公共职能
- C. 法最终决定于历史传统、风俗习惯、国家结构、国际环境等条件
- D. 法不受客观规律的影响

【考 点】 法的本质

【法理详析】 法所体现的国家意志实际上是统治阶级的意志, 虽然有一定的公共性, 但统治阶级总是把自己的共同意志和根本利益通过法律加以确认。因此, 从本质上讲, 法体现的是统治阶级的意志, 因此 A 错。法的内容受到一定社会因素制约, 最终决定于一定社会的物质生活条件, 历史传统、风俗习惯、国家结构、国际环境等对法的内容存在一定的影响, 但不是决定因素, 因此选项 C 错误。法最终是由物质生活条件决定的, 具有客观性, 受到客观规律的影响, 因此选项 D 错误。法的作用包括规范作用与社会作用, 法的社会作用包括维护统治阶级的统治和执行社会公共事务两个方向, 因此 B 选项正确。

【相关法理】 本题注重考查了法的本质和法的作用中的若干考点。法的本质表现在三个层次上: 首先, 法的本质表现为法的正式性, 法是由国家制定或认可并由国家强制力保证实施的正式的官方确定的行为规范; 其次, 法的本质反映为法的阶级性, 在阶级社会中, 法所体现的国家意志实际上就是统治阶级的意志; 法的本质最终体现为法的社会性, 最终决定于一定社会的物质生活条件。

根据法在社会生活中发挥作用的形式和内容, 法的作用可以分为规范作用和社会作用。除了前面提及的法的社会作用的两个方面以外, 法的规范作用可以分为指引、评价、教育、预测和强制。

【参考答案】 B

2. 法的指引作用可以分为确定的指引和有选择的指引, 下列哪些表述属于有选择的指引? (2002 年卷一 32 题, 多选)

- A. 宪法规定, 公民的人格尊严不受侵犯
- B. 合同法规定, 当事人协商一致, 可以变更合同
- C. 刑法规定, 故意杀人的, 处死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑
- D. 民法通则规定, 公民对自己的发明或者其他科技成果, 有权申请领取荣誉证书、奖金或者其他奖励

【考 点】 法的指引作用

【法理详析】 法的指引作用表现为：法律作为一种行为规范，为人们提供某种行为模式，指引人们可以这样行为，必须这样行为或不得这样行为，从而对行为者本人的行为产生影响。从另一个角度看，法的指引作用是通过规定人们的权利和义务来实现的。因此，法对人们行为的指引，也相应有两种方式：(1) 确定的指引。它是指人们必须根据法律规范的指示而行为：法律要求人们必须从事一定的行为，而为人们设定积极的义务（作为义务）；法律要求人们不得从事一定的行为，而为人们设定消极义务（不作为义务）。若人们违反这种确定的指引，法律通过设定违法后果（否定式的法律后果）来予以处理，以此来保障确定性指引的实现。(2) 有选择的指引。它的涵义是指：法律规范对人们的行为提供一个可以选择的模式，根据这种指引，人们自行决定这样行为或不这样行为。这是一种按照权利性规则而产生的指引作用。依此，B、C、D 项都是属于有选择的指引，而 A 项属于确定的指引。

【相关法理】 法的作用分为规范作用和社会作用。法的规范作用又分为：指引作用、评价作用、预测作用、强制作用和教育作用。这个分类需要考生予以关注。

【参考答案】 B、C、D

3. 下列有关法的阶级本质的表述中，哪些体现了马克思主义法学关于法的本质学说？（2002 年卷一 81 题，不定项）

- A. 一国的法在整体上是取得胜利并掌握国家政权的阶级意志的体现
- B. 历史上所有的法律仅仅是统治阶级的意志的反映
- C. 法的本质根源于物质的生活关系
- D. 法所体现的统治阶级的意志是统治阶级内部各党派、集团及每个成员意志的相加

【考 点】 法的本质

【法理详析】 马克思主义法学强调，法体现统治阶级的意志，要经历一个复杂的过程，取决于统治阶级与被统治阶级的阶级斗争状况，也取决于统治阶级内部各阶层、集团或个人的矛盾和斗争。法的内容可以反映全社会各阶级、阶层的共同利益，也可能存在统治阶级作一定让步，体现一些被统治阶级的利益。法律是根源于统治阶级所处的社会物质的生活关系的。因此 A、C 是正确的；而 B、D 项是错误的，其中 D 项，法所体现的统治阶级的意志不是统治阶级内部各党派、集团及每个成员意志的相加，而是统治阶级内部各党派、集团及每个成员意志的斗争和调和。

【相关法理】 马克思主义法学认为，法的物质制约性和法的阶级意志性是法的不同层次的本质属性，这两个方面是矛盾的统一体。这是考生需要掌握的基本常识。

【参考答案】 A、C

4. 下列有关法律作用、法律观念等问题的表述哪些是正确的？（2005 年卷一 53 题，多选）

- A. “法典是人民自由的圣经”，这说明法律是自由的保障
- B. “恶法亦法”观点强调法律的权威来自于法律自身，与法律之外的因素无关
- C. “徒法不足以自行”，因此法律不是万能的
- D. “有治人，无治法”，反映了中国古代“以法治国”的法治观

【考 点】 关于法律作用、法律观念等问题的表述

【法理详析】 法的价值上所言的“自由”，意味着法以确认、保障人的这种行为能力

为己任,从而使主体与客体之间能够达到一种和谐的状态。法律虽然是可以承载多种价值的规范综合体,然而其最本质的价值则是“自由”——“法典是人民自由的圣经”。因而,法律必须体现自由、保障自由。所以选项 A 的表述正确,应当入选。

关于法在本质上是否包含道德内涵的问题上,以分析实证主义法学派为代表,否定法与道德存在本质上的必然联系,认为不存在适用于一切时代、民族的永恒不变的正义或道德准则。法学作为科学无力回答正义的标准问题,因而是不是法与是不是正义的法是两个必须分离的问题,道德上的善或正义不是法律存在并有效力的标准,法律规则不会因为违反道德而丧失法的性质和效力,即使那些同道德严重对抗的法也依然是法,即“恶法亦法”。故选项 B 表述正确,应当入选。

“徒善不足以为政,徒法不能以自行。”是孟子的观点,意思是即使法律再完备,如果社会公众无动于衷,则法律仍旧游离于社会肌体之外,难以发挥作用。由此可知,尽管法在社会中具有重要作用,但由于其是以社会为基础的,不可能超出社会发展需要“创造”或改变社会,再加上法律自身条件的限制。因此,法律不是万能的。故选项 C 的表述也是正确的,应当入选。

“有治人,无治法”是荀子的观点,意思是只存在善于治国的人,不存在善于治国的法。其反映的是古代的“人治”的法制观,而非“以法治国”的法治观。因此,选项 D 的说法是错误的,应被排除。

【相关法理】 关于法与道德的联系,考生还应掌握以下两个考点:(1)法与道德在内容上的联系。二者在内容上存在相互渗透的密切联系。一般来说,近代以前的法在内容上与道德的重合程度极高,有时甚至浑然一体。近现代法在确认和体现道德时大多注意二者重合的限度,倾向于只将最低限度的道德要求转化为法律义务,注意明确法与道德的调整界限。(2)法与道德在功能上的联系。一般来说,古代法学家更多强调道德在社会调控中的首要或主要地位,对法的强调也更多在惩治功能上。近现代后,法学家们一般都倾向于强调法律调整的突出作用,法治成为普遍的政治主张。

【参考答案】 A、B、C

(二) 法的价值

1. 法律秩序是人们在社会生活中依法行事而形成的行为有规则和有序的状态。影响法律秩序的因素是多方面的,主要包括下列哪些选项?(2002 年卷一 33 题,多选)

- A. 法制方面的因素
- B. 个人方面的因素
- C. 环境方面的因素
- D. 法律本身的因素

【考 点】 法律秩序

【法理详析】 法律秩序是人们在社会生活中依法行事而形成的行为有规则和有序的状态。A、B、C、D 项都是影响法律秩序的因素。

【相关法理】 对于法律本身的要素,它又包括两个方面:法律内容方面的因素和法律形式方面的因素。这是需要考生掌握的。

【参考答案】 A、B、C、D

2. 在现代法律实践中,当法的价值发生冲突时,通常采取哪些原则?(2003 卷一 31

题多选)

- A. 价值排序原则
- B. 秩序优先原则
- C. 个案平衡原则
- D. 比例原则

【考 点】 平衡价值冲突的原则

【法理详析】 在价值发生冲突时必须形成相关的平衡价值冲突的规则，可以采纳的原则主要有：价值位阶原则，个案平衡原则和比例原则。所谓价值位阶原则，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，也称为价值排序原则。因此 A、C、D 项是正确答案。关键是 B 项需要仔细分析，在现代法律价值体系中，一般而言，自由代表了人的最本质的人性需要；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，因此秩序相对于自由、正义而言，并不是优先的，所以 B 项的“秩序优先原则”不成立。

【相关法理】 自由、秩序、正义等都是法的最基本的价值，法的各种价值之间有时会发生矛盾。从主体而言，法的价值冲突常常出现于三种场合：一是个体之间法律所承认的价值发生冲突；二是共同体之间价值发生冲突；三是个体与共同体之间的价值冲突。

【参考答案】 A、C、D

3. 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 年卷一 1 题，单选)

- A. 法对社会的控制和调整主要通过对利益的调控而实现
- B. 法律是分配利益的重要手段，法律表达利益的过程，同时也是对利益选择的过程
- C. 民法的诚信原则在维护民事活动中当事人利益和社会利益的平衡方面具有积极作用
- D. 离开了法律，利益就无从产生，也无以存在

【考 点】 法律与利益的关系

【法理详析】 法所体现的意志的背后乃是各种利益。所谓利益，就是人们受客观规律制约的，为了满足生存和发展而产生的，对于一定对象的各种客观需求。离开了利益关系，法既无从产生，也无以存在。但由于利益的客观性，即使离开了法律，利益也可以基于满足生存和发展而产生和存在。因此，选项 D 的表述是错误的，应当入选。法对社会的控制和调整主要是通过对利益的调控而实现的。法对利益的调控，具体表现为两种情况：第一，利益表达。法表达利益的过程，同时也是对利益的选择过程。立法者应当坚持利大于弊的选择，追求容小害图大利，消除有利无害、一本万利的幻想性选择。第二，利益平衡。对匮乏社会资源控制的不同导致了利益差别，利益差别构成了利益冲突的基本原因。法律必须对各种利益冲突加以平衡，从而不致使人类社会在无谓的利益纷争中毁灭。法对利益关系的协调、对利益冲突的平衡一般是通过某些基本原则规定和制度设计体现的。比如，民法中的诚信原则，就能够维持民事活动双方及社会三者利益的平衡。基于此，选项 A、B、C 的表述正确，不应入选。

【相关法理】 利益与自由、秩序、正义同属于法的基本价值。自由是法律最本质的

价值，它是评价法律进步与否的标准，体现了人性最深刻的需要。秩序是法的其他价值的基础。诸如自由、平等、效率等法的价值表现，需要以秩序为基础。当然，秩序虽然是法的基础价值，但秩序本身又必须以合乎人性、符合常理作为其目标。现代社会的“秩序”必须接受“正义”的归制。法律对正义的实现通过以下几个途径实现：(1) 正义是法的基本标准；(2) 正义是法的评价体系；(3) 正义极大地推动着法律的进化。

【参考答案】 D

4. 出租车司机甲送孕妇乙去医院，途中乙临产，情形危急。为争取时间，甲将车开至非机动车道掉头，被交警拦截并被告知罚款。经甲解释，交警对甲未予处罚且为其开警车引道，将乙及时送至医院。对此事件，下列哪一项表述是正确的？(2005 年卷一 2 题，单选)

- A. 在此交通违章的处理中，交警主要使用了形式逻辑的推理方法
- B. 警察对违章与否的解释属于“行政解释”
- C. 在此事件的认定中，交警进行了法的价值判断
- D. 此事件所反映出的价值之间没有冲突

【考点】 法律推理、法律解释、法的价值判断

【法理详析】 所谓价值判断，即关于价值的判断，是指某一特定的客体对特定的主体有无价值、有什么价值、有多大价值的判断。将价值问题引入法学领域，不仅是人们对法律认识的深化，更为主要的则是以人作为价值的主体，来对法律制度进行批判性的认识，从而有利于提高法律与人们生存、需要的关联程度。因此，在此事件中，当司机违章和保护孕妇利益发生价值冲突时，交警进行了法的价值判断，故选项 C 表述正确，选项 D 表述错误。行政解释是指国务院及其主管部门对法律的解释，属于正式解释的一种。而执行官员在日常执法过程中所作的法律解释通常被认为是非正式解释，依此，选项 B 的表述是错误的。在此交通违章的处理中，交警主要使用的是辩证推理的方法，即侧重对法律规定和案件事实的实质内容进行价值评价或者在相互冲突的利益间进行选择的推理。故选项 A 的表述是错误的。

【相关法理】 法的价值判断和事实判断，是司法考试的重点。所谓事实判断，在法学上是用来指称对客观存在的法律原则、规则、制度等所进行的客观分析与判断。二者的区别主要表现在判断的取向、维度、方法和真伪的不同。区分价值判断与事实判断，有利于明确认识、评价法律的多维角度，从而拓宽法学研究及法律分析的视野。同时，也有利于协调事实与价值之间的固有张力，从而使得法学研究能寻求事实与价值之间的固有平衡。

【参考答案】 C

(三) 法的要素

1. 下列关于法律原则的表述哪一项是错误的？(2004 年卷一 4 题，单选)

- A. 法律原则不仅着眼于行为及条件的共性，而且关注它们的个别性
- B. 法律原则在适用上容许法官有较大的自由裁量余地
- C. 法律原则是以“全有或全无的方式”应用于个案当中的
- D. 相互冲突的法律原则可以共存于一部法律之中

【考点】 法律原则与法律规则的区别

【法理详析】 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。本题选项主要是将法律原则和法律规则加以比较。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，而法律原则的着眼点不仅限于行为及条件的共性，而且关注他们的个别性，在适用上具有较大的余地供法官选择和灵活应用。因此，A、B 项说法都是正确的。在以“全有或全无的方式”应用于个案当中的是法律规则，而非法律原则。因此选项 C 表述错误而当选。不同的法律原则具有不同的强度，而且这些不同强度的原则甚至冲突的原则都可能存在于一部法律之中。因此 D 项表述正确。

【相关法理】 对于法律原则这个知识点，我们需要把握两个方面：一是法律原则的种类，二是法律原则和法律规则的区别。本题考查的是后者。法律原则依据不同的分类标准可以分为：公理性原则和政策性原则；基本原则和具体原则；实体性原则和程序性原则，请注意分辨。

【参考答案】 C

2. 法律规则是法律的基本构成因素。下列关于法律规则分类的表述哪一项可以成立？（2004 年卷一 5 题，单选）

A. 《律师法》第 14 条规定：“没有取得律师执业证书的人员，不得以律师名义执业，不得为牟取经济利益从事诉讼代理或者辩护业务。”此规定为义务性规则

B. 《中小企业促进法》第 31 条规定：“国家鼓励中小企业与研究机构、大专院校开展技术合作、开发与交流，促进科技成果产业化，积极发展科技型中小企业。”此规定为强行性规则

C. 《宪法》第 40 条规定：“中华人民共和国公民的通信自由和通信秘密受法律的保护。除因国家安全或者追查刑事犯罪的需要，由公安机关或者检察机关依照法律规定的程序对通信进行检查外，任何组织或者个人不得以任何理由侵犯公民的通信自由和通信秘密。”此规定为命令性规则

D. 《医疗事故处理条例》第 62 条规定：“军队医疗机构的医疗事故处理办法，由中国人民解放军卫生主管部门会同国务院卫生行政部门依据本条例制定。”此规定为准用性规则

【考 点】 法律规则的分类

【法理详析】 法律规则依据不同的标准可以做不同的分类：（1）授权性规则和义务性规则——根据规则的内容规定不同：授权性规则是指规定人们有权做一定行为或不做一定行为的规则；义务性规则是指在内容上规定人们的法律义务，也可分为两种：命令性和禁止性规则。所谓命令性规则是指规定人们的积极义务的规则，所谓禁止性规则是指规定人们的消极义务的规则。选项 A 的条文设定了禁止性义务，因而此规定为义务性规则。选项 C 规定了“不得”，属于禁止性规则，而非命令性规则。（2）确定性规则、委任性规则和准用性规则——规则内容的确定性程度不同：确定性规则是指内容已经明确肯定，无须再援引或参照其他规则来确定其内容的法律规则；委任性规则是指内容尚未确定，而只规定某种概括性指示，由相应的国家机关通过相应途径或程序加以确定的法律规则；准用性规则是指内容本身没有规定人们具体的行为模式，而是可以援引或参照其他内容的规定

的规则。选项 D 为委任性规则，而非准用性规则。(3) 强行性规则和任意性规则——对人们行为规定和限定的范围或程度不同：强行性规则是指内容规定具有强制性质，不允许人们随意加以更改的法律规则；任意性规则是指规定在一定范围内允许人们自由选择或协商确定为与不为、为的方式以及法律关系中的权利义务内容的法律规则。选项 B 中的规定包含“鼓励”，为任意性规则，而非强行性规则。

【相关法理】 对于法律规则的知识点需要重点把握两个考点：一是法律规则的逻辑结构，二是法律规则的分类。本题系统考查后者。对于法律规则的逻辑结构，是指法律规则诸要素的逻辑联结方式。“新三要素说”认为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构成。

【参考答案】 A

3. 下列何种表述不属于法的规则？(2003 年卷一 81 题，不定项)

- A. 公民的权利能力一律平等
- B. 民事活动应当自愿、公平、等价有偿、诚实信用
- C. 合同的当事人应当按照合同的约定，全部履行自己的义务
- D. 党必须在宪法和法律范围内活动

【考 点】 法的规则

【法理详析】 法的规则，即法律规则，是指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。法律规则与法律原则的区别比较重要。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。因此，判断一个表述是否是法律规则，要看该表述是否表述了权利或者义务以及法律后果。由此可知，只有 C 项才是法的规则。

【相关法理】 与此相关的法的规则的分类。主要由授权性规则和义务性规则（按照规则的内容规定不同）；确定性规则、委托性规则和准用性规则（按照规则内容的确定性程度不同）；强行性规则和任意性规则（按照规则对人们行为规定和范围或程度不同）。

【参考答案】 A、B、D

4. 法律权利的内容是下列哪些权利要素的统一？(2002 年卷一 84 题，不定项)

- A. 自由权
- B. 生存权
- C. 请求权
- D. 胜诉权

【考 点】 权利的要素

【法理详析】 具体分析一个完整的法律权利的结构，法律权利的内容就是由 A、C、D 项三种要素的统一。B 项不是权利的要素，而是人权的范畴。

【相关法理】 关于权利的本质，学者们的解释很不统一，主要有：自由说、范围说、意思说、利益说、折衷说、法力说、资格说、主张说、可能性说、选择说。考生对此应有所了解。

【参考答案】 A、C、D

5. 下列何种表述符合权利与义务的一般关系？(2003 年卷一 83 题，不定项)

- A. 法律权利和义务相互依存

- B. 权利和义务具有一定的界限区别
- C. 在任何历史时期, 权利总是第一性的, 义务总是第二性的
- D. 权利是义务, 义务也是权利

【考点】 权利与义务

【法理详析】 从结构上看, 两者是紧密联系、不可分割的。权利与义务的存在和发展都必须以另一方的存在和发展为条件, 因此, 法律权利和义务相互依存。A 选项正确。权利与义务当然也是存在一定的界限区别的。B 选项正确, 而 D 项错误。从价值上看, 权利和义务代表了不同的法律精神, 两者在不同国家的法律体系中的地位是有主次之分的。一般而言, 在等级特权社会, 法律制度往往强调以义务为本位, 权利处于次要的地位; 而在民主法治社会, 法律制度较为重视对个人权利的保护。因此, 并不是任何历史时期, 权利总是本位的, 第一性的。因此 C 选项错误。

【相关法理】 权利和义务的相互关系上有四个方面: 结构上的紧密联系; 数量上的总量相等; 产生和发展上经历了一个从浑然一体到分裂对立再到相对一致的过程; 价值上有主次之分。

【参考答案】 A、B

6. 黄某于 2000 年 4 月在某市住宅区购得一套住房, 2001 年 7 月取得房产证。当年 10 月黄某将住房租借给廖某。廖某在装修该房时损坏自来水管, 引起漫水, 将楼下住户陈某的住房浸泡。陈某要求廖某予以赔偿。对此事件, 下列哪一种说法是正确的? (2005 年卷一 3 题, 单选)

- A. 黄某对自己所购买的住房仅有相对权, 故其法律义务也是相对的
- B. 廖某不是住房的所有人, 故对陈某的损失不负法律责任
- C. 此侵权案件首先应依据法律原则来加以处理
- D. 此案件的处理应直接适用法的正式渊源

【考点】 权利与义务、法律责任、法的正式渊源

【法理详析】 根据权利主体相对应的主体范围, 可见将权利义务分为绝对权和相对权, 绝对权对应不特定的义务人, 相对权对应特定的义务人, 黄某对房屋已取得房产证, 取得对房屋的所有权, 所有权是一种绝对权, 所以选项 A 错误。廖某基于租赁关系而取得房屋的使用权, 应对其因侵权行为而造成陈某的损失承担法律责任, 不是房屋的所有权人不能成为免责的理由。故选项 B 的说法是错误的。法的正式渊源是指那些可以从体现于国家制定的规范性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。当代中国法的渊源主要是以宪法为核心的各种制定法, 而法律原则属于法的非正式渊源, 尚未在正式法律上得到权威性的明文规定。因此, 在此侵权案件的处理中, 首先应直接适用法的正式渊源, 而不是依据法律原则予以处理。基于此, 选项 D 的说法是正确的, 选项 C 应排除。

【相关法理】 在法律实践中, 法的渊源最主要的分类为正式渊源与非正式渊源。其分类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。法的非正式渊源是指那些尚未在正式法律中得到权威性的明文体现的具有法律意义的准则和观念。在我国, 国家政策和习惯都是当代中国法的非正式渊源, 判例不具有约束力, 不是法的正式渊源。

【参考答案】 D

7. 《中华人民共和国民法通则》第7条规定：“民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益，破坏国家经济计划，扰乱社会经济秩序。”对这条规定，下列哪些理解不正确？（2005年卷一56题，多选）

- A. 这一条的内容是法律规则
- B. 一切民事案件均可以优先适用这一条文
- C. 这一条的内容所反映的是正义的价值
- D. 在处理民事案件时可以采取“个案平衡原则”适用这一条文

【考点】 法律规则与法律原则的关系

【法理详析】 法律规则是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。而法律原则，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。就本题《民法通则》第7条的规定而言，其规定的内容是法律原则，而非法律规则。从二者的概念来看，在内容上，法律规则的规定是明确具体的，其明确具体的目的是削弱或防止法律适用上的“自由裁量”。与此相比，法律原则作为确认规范，其要求比较笼统、模糊，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，在适用时，具有较大的余地供法官选择和灵活运用。因此，在处理案件时，应优先适用的是法律规则。另外，就该原则的内容而言，其反映的是秩序的价值，而非正义的价值。综上所述，选项A、B、C三项的表述都是错误的，符合题意的要求，应当入选。

由于法律规则的内容具体明确，是以“全有或全无的方式”应用于个案当中的。在适用法律规则时，可能会由于法律规定的滞后或者缺陷而造成合法却不合理的结果。为了实现法律的公平、正义，可以适用法律原则这一指导性规范，以达到个案的平衡。因此，选项D的说法是正确的，不合题意，予以排除。

【相关法理】 法律原则与法律规则的区别是司法考试的重要考点，考生应注意二者在内容上、适用范围上和适用方式上的区别。

【参考答案】 A、B、C

8. 我国《合同法》第41条规定：“对格式条款的理解发生争议的，应当按照通常理解予以解释。对格式条款有两种以上解释的，应当作出不利于提供格式条款一方的解释。格式条款和非格式条款不一致的，应当采用非格式条款。”对该法律条文的下列哪种理解是错误的？（2006年卷一1题，单选）

- A. 该法律条文规定的内容是法律原则
- B. 格式条款本身追求的是法的效率或效益价值，该法律条文规定的内容追求的是法的正义价值
- C. 该法律条文是对法的价值冲突的一种解决
- D. 该法律条文规定了法律解释的方法和遵循的标准

【考点】 法律原则

【法理详析】 法律原则是指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。《合同法》第41条规定的是对格式条款进行解释时必须遵循的具体法律规则，并非法律原则。法律原则和法律规

则的区别有：(1) 在内容上，法律规则的规定是具体明确的，它着眼于主体行为及各种条件（情况）的共性；其目的在于削弱或防止法律适用上的“自由裁量”。与此相反，法律原则的着眼点不仅限于行为及条件的共性，而且关注它们的个性。其要求比较笼统、模糊，不预先设定明确的法律后果，只对行为或裁判设定一些概括性的要求或标准，故在适用时法官具有较大的自由裁量的余地。(2) 在适用范围上，法律规则由于内容具体明确，只适用于某一类型的行为。而法律原则的适用范围则更为广泛。(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，而法律原则因具有不同的“强度”，不同原则之间还可能存在冲突，因此在适用时不是以“全有或全无”的方式予以适用，要求适用者在不同原则间进行比较和权衡。

【相关法理】 该题还涉及到了法的价值问题（法的效率价值和正义价值、法的价值冲突等）和法律解释问题。这些问题都是法理学中的基本问题，也是司考卷一法理部分经常涉及的知识点，有时还以论述题的形式出现在卷四，应予以足够的重视。

【参考答案】 A

9. 20 世纪 90 年代初，传销活动在中国大陆流行时，法律法规对此没有任何具体规定。当时，执法机关和司法机关对这类案件的处理往往依据《民法通则》第 7 条。该条规定：“民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益，破坏国家经济计划，扰乱社会经济秩序。”这说明法律原则具有哪些作用？（2006 年卷一 52 题，多选）

- A. 法律原则具有评价作用
- B. 法律原则具有裁判作用
- C. 法律原则具有预测作用
- D. 法律原则具有强制作用

【考 点】 法律原则的作用

【法理详析】 法律原则是法的要素之一，法所具有的作用，法律原则一般均具有。在本题中，执法机关和司法机关依据《民法通则》第 7 条处理传销案件，体现了法律原则的评价作用（评价他人行为）、裁判作用（作为裁判依据）和强制作用（强制违法犯罪者的行为）。法的预测作用，是指凭借法律存在，可以预先估计到人们相互间会如何行为。法律原则由于其笼统、模糊性，故其预测作用不甚明显。且法预测作用的对象是人相互间的行为，本题也并没有表明该作用。由此知，A、B、D 项是正确的，设有异议。司法部在“中国普法网”上公布的答案将选项 C 也列入其中，值得商榷。

【相关法理】 关于法律原则，除应掌握其作用外，还应注意其和法律规则的区别及其种类。

【参考答案】 A、B、C、D

10. 小丽是陈某的养女，在 22 岁时准备与其结识半年的男朋友结婚。陈某以小丽岁数小、与男朋友认识时间太短等为由，不同意两人结婚，并禁止他们来往。从此，陈某只要发现小丽与男朋友来往，就对她拳脚相加，而且不允许她周末外出。小丽忍无可忍，向当地法院提起诉讼。该法院根据我国《刑法》第 257 条第 1 款的规定（即“以暴力干涉他人婚姻自由的，处二以下有期徒刑或者拘役”），判处陈某拘役 2 个月。根据该案，下列哪些说法是正确的？（2006 年卷一 55 题，多选）

- A. 法院所引用的刑法条款所规定的内容属于任意性法律规则