

2007_年

国家司法考试

新增考点配套模拟测试

法律考试中心/组编



2007 年国家司法考试

新增考点配套模拟测试

法律考试中心 组编

撰稿人(按姓氏拼音排序):

但淑华 郭欣阳 李宏勃
李月峰 李曰龙 冉巨火
熊俊 姚金菊

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

2007 年国家司法考试新增考点配套模拟测试/法律考试
中心组编. —北京:法律出版社,2007.5
ISBN 978-7-5036-7305-4

I. 2… II. 法… III. 法律工作者—资格考核—
中国—习题 IV. D92—44

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 049425 号

©法律出版社·中国

责任编辑/马丽娟

装帧设计/曹 铀 胡 欣

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京北苑印刷有限责任公司

编辑统筹/法律考试出版分社
经销/新华书店
责任印制/沙 磊

开本/787×1092 毫米 1/16
版本/2007 年 4 月第 1 版

印张/18.75 字数/439 千
印次/2007 年 4 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779
咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978-7-5036-7305-4

定价:30.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编写说明

作为国家统一组织的从事特定法律职业的资格考试,国家司法考试的大纲和教材每年都根据现行法律以及社会热点的变动而有所变化,考试难度日益增加。那么,司法考试的命题思路究竟何在?我们认为,基本上有三个标准,即:“实用的”、“常考的”和“新出的”,尤其后两者,是重中之重。司法考试是“一门放弃的艺术”,抓住重点复习,才能事半功倍。

依据 2007 年国家司法考试大纲要求,围绕司法考试命题思路,我们组编出版了《2007 年国家司法考试大纲新旧对照及教材增补辅导》,希望在点明司法考试大纲、教材最新变化的同时,帮助考生破解司法考试的奥秘。为了让考生熟悉新增考点,增强对新增考点的理解和记忆,我们又组织一批司法培训辅导老师编写了本书。

本书设置以下几个栏目:

1.【新增考点说明】

对 2007 年司法考试大纲以及教材新增补的考点进行总体介绍。包括两部分内容:

(1)总结 2007 年司法考试考点新增情况,让考生总览全局,对司法考试的最新变化了然于胸。

(2)总结 2005 年至 2007 年司法考试大纲新增考点,列出大纲新增考点对照表,直观体现近年新增考点,细心的考生可能从中发现点点命题奥秘。

2.【配套模拟测试】

根据 2007 年司法考试大纲和教材增补情况,在每个新增考点下设置配套模拟测试题,提示“新出”内容,让考生在练习中熟悉、理解新增考点。

需要说明的是:各考点标题前序号为所在章和节序号,例如“1-1 法的词源”,表示“法的词源”是司法考试大纲法理学部分第一章第一节中的考点。

3.【法条新旧对照】

在宪法、经济法、刑法、商法等部门法中,附列相关法条新旧对照表,提示法律最新变化,包括新修订和增加的法律法规、司法解释、立法解释等,展现最新立法、司法动态。

对明天最好的准备就是今天做到最好。衷心祝愿阅读本书的考生能够顺利通过司法考试!

本书编写组

2007 年 4 月

目 录

法理学	1
【新增考点说明】	1
【配套模拟测试】	3
1-1 法的词源	3
1-1 法的可诉性	3
1-3 法律规则与法律原则的适用	4
1-4 法的正式渊源与非正式渊源	5
1-4 行政规章	5
1-4 正式的法的渊源的效力原则	6
1-6 法的效力的根据	6
2-4《监督法》与当代中国法律监督制度的发展	7
2-5 当代中国的法律解释体制	8
3-2 法的发展的阶段与特点	9
3-5 社会主义法治理念	9
法制史	11
【新增考点说明】	11
【配套模拟测试】	12
1-2 明刑弼教	12
宪法	13
【新增考点说明】	13
【配套模拟测试】	14
4-1 2004 年修宪载入“国家尊重和保障人权”的重要意义	14
5-2 全国人大常委会的会议制度和工作程序	14
5-6 地方各级人大常委的会议制度	15
【法条新旧对照】	16
1.《宪法》历次修订新旧对照表	16
2.《全国人民代表大会和地方各级人民代表大会选举法》2004 年修订新旧对照表	22
3.《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》2004 年修订新旧对照表	24

经济法	25
【新增考点说明】	25
【配套模拟测试】	27
2-2 有关农产品质量安全的特别规定	27
4-2 律师事务所	28
5-1 消费税的征税对象	29
5-1 企业所得税法	29
4-7 基金份额的申购与赎回	30
4-7 基金的投资和收益分配	32
7-1 土地法和房地产法概述	33
7-2 土地承包经营权	33
7-2 土地纠纷及其解决途径	34
7-3 商品房预售与按揭	35
7-3 房地产权属登记制度	36
7-3 物业管理制度	36
【法条新旧对照】	38
1.《企业所得税法》部分法条新旧对照表	38
2.《银行业监督管理法》2006 年修订新旧对照表	45
3.《审计法》2006 年修订新旧对照表	46
4.《证券法》2005 年修订部分条文新旧对照表	52
5.《个人所得税法》2005 年修订新旧对照表	72
6.《个人所得税法实施条例》2005 年修订新旧对照表	73
7.《土地管理法》2004 年修订新旧对照表	74
8.《拍卖法》2004 年修订新旧对照表	75
国际法	76
【新增考点说明】	76
国际私法	77
【新增考点说明】	77
【配套模拟测试】	79
4-1 识别的概念及其法律意义	79
4-4 公共秩序保留的概念及其法律意义	79
5-2 国有化及其补偿问题	80
5-3 侵权行为地的认定	81
6-2 法院调解	82
6-4 中国关于域外送达文书的规定	82
7-2 内地与澳门特别行政区相互认可和执行民商事判决	83
国际经济法	85
【新增考点说明】	85
【配套模拟测试】	88
2-3 中国加入公约时的保留	88
3-1 其他运输单证	88

4-2 UCP600 号	89
4-2 可撤销的信用证和不可撤销的信用证	89
4-2 银行的责任和免责	90
7-1 有关知识产权国际保护的原则	92
7-1 与贸易有关的知识产权协议	93
7-1 我国对知识产权保护的边境措施	94
7-2 国际直接投资的法律形式	95
7-2 国际合作开发与建设	96
7-2 外国投资的准入与限制	97
7-2 双边投资保护协定	97
7-2 外国投资的鼓励与税收优惠	98
7-2 与贸易有关的投资措施协议	98
7-2 外国投资的征用与国有化	99
7-3 国际贷款协议及条款	100
7-3 国际商业银团贷款及其法律文件	100
7-3 国际项目融资及其法律文件	101
7-4 国际双重征税的解决	101
7-4 国际逃避税的防止	102
7-4 解决国际税收争议的相互协商程序	102
司法制度和法律职业道德	104
【新增考点说明】	104
【配套模拟测试】	108
1-6 社会主义法治理念	108
2-1 审判类型	108
5-3 不予办理公证和终止公证	109
5-3 公证程序的特别规定、公证登记和立卷归档	109
8-3 律师执业机构的行为规范	110
刑法	112
【新增考点说明】	112
【配套模拟测试】	114
1-3 刑法的溯及力	114
2-2 自然人犯罪与单位犯罪	114
16-5 生产、作业责任事故罪	115
16-5 强令违章冒险作业事故罪	115
16-5 重大劳动安全事故罪	116
16-5 重大群众性活动安全事故罪	116
16-5 不报、谎报安全事故罪	116
17-3 提供虚假财会报告、不依法披露信息罪	117
17-3 隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告罪	117
17-3 虚假破产罪	117
17-3 商业受贿罪	118

17-3 商业行贿罪	118
17-3 损害上市公司利益罪	119
17-4 骗取金融机构信用罪	119
17-4 操纵证券、期货市场罪	120
17-4 擅自运用客户资金、财产罪	120
17-4 违规运用资金罪	120
17-4 违法发放贷款罪	121
17-4 吸收客户资金不入账罪	121
17-4 非法出具金融票证罪	122
17-4 洗钱罪	122
18-6 组织乞讨罪	123
20-1 赌博罪	123
20-1 开设赌场罪	124
20-2 窝藏、转移、收购、销售、掩饰、隐瞒赃物罪	125
23-2 枉法仲裁罪	125
【法条新旧对照】	127
《刑法》历次修订对照表	127
刑事诉讼法	144
【新增考点说明】	144
【配套模拟测试】	149
8-2 拘传	149
8-2 取保候审	150
8-2 取保候审与监视居住的关系	151
8-2 刑事拘留的适用情形	152
8-4 逮捕的适用机关	154
9-1 附带民事诉讼的概念和意义	154
9-2 附带民事诉讼当事人	156
9-4 附带民事诉讼的审判	157
10-2 送达的种类和规则	161
16-3 死刑二审案件开庭审理的要求	162
17-2 判处死刑立即执行案件的核准权	163
17-2 判处死刑立即执行案件报请复核的材料及要求	164
20-3 区别对待的起诉政策	164
21-3 刑事司法协助的主体	165
行政法与行政诉讼法	166
【新增考点说明】	166
【配套模拟测试】	168
9-1 行政给付的概念	168
9-1 行政给付的法律结构	169
9-2 物质和资金帮助	169
9-2 公用机构的设置和运行	170

【法条新旧对照】	172
1.《公务员法》与《国家公务员暂行条例》部分条文新旧对照表	172
2.《治安管理处罚法》与《治安管理处罚条例》部分条文新旧对照表	176
民法	180
【新增考点说明】	180
【配套模拟测试】	182
8-3 物权的取得原因	182
8-3 物权的公示	182
8-4 物权的保护	183
9-1 所有权的种类	184
9-2 建筑物区分所有权	185
9-3 善意取得	185
9-3 拾得遗失物	186
10-2 共有	186
11-2 土地承包经营权	187
11-3 建设用地使用权	188
11-4 宅基地使用权	188
11-5 地役权	188
12-2 抵押权	189
12-3 动产质权当事人的权利与义务	192
12-3 权利质权	192
12-4 留置权的效力	193
14-2 缔约过失	193
15-2 加害给付	194
16-2 保证期间	194
23-5 融资租赁物的所有权归属	195
【法条新旧对照】	196
《物权法》与相关法律部分法条对照表	196
商法	199
【新增考点说明】	199
【配套模拟测试】	206
1-1 公司法概述	206
1-2 公司的设立	207
1-2 公司章程的概念、性质和特点	208
1-2 公司的资本	209
1-2 股东的出资	210
1-3 公司的股东	211
1-8 公司的解散与清算	212
1-10 有限责任公司	212
1-11 股份有限公司	213
2-7 特殊的普通合伙企业	214

2-8 有限合伙企业	215
5-1 破产程序的适用范围	217
5-1 破产原因	218
5-1 破产案件的管辖、裁定、公告和跨境破产	219
5-2 破产案件的申请和受理	220
5-2 破产案件受理后的法律效果	221
5-3 管理人	222
5-4 债务人财产	224
5-4 破产费用和共益债务	225
5-5 债权申报	226
5-6 债权人委员会	227
5-7 重整程序	228
5-8 和解程序	229
5-9 破产清算程序	230
5-10《企业破产法》法律责任	232
5-11《企业破产法》特殊规定	233
8-5 船舶租用合同的概念与种类	234
【法条新旧对照】	235
1.《企业破产法》2006 年部分法条新旧对照表	235
2.《合伙企业法》2006 年修订部分法条新旧对照表	238
3.《公司法》2005 年修订新旧对照表	245
4.《公司法》2004 年修订新旧对照表	262
5.《公司登记管理条例》2005 年修订新旧对照表	262
6.《票据法》2004 年修订新旧对照表	273
民事诉讼法	274
【新增考点说明】	274
【配套模拟测试】	276
8-4 证据交换	276
13-1 法院征收诉讼费用的意义	277
13-2 案件受理费和交纳标准	277
13-2 申请费和交纳标准	279
13-2 其他诉讼费用和交纳标准	280
13-3 诉讼费用的交纳和退还	280
13-4 海事案件中的有关诉讼费用的负担	281
13-4 诉讼费用交纳的救济	282
13-5 不交纳诉讼费用的案件	283
13-5 当事人申请诉讼费用免交、减交、缓交的手续与法院的相关决定	283

法 理 学

法理学部分,在2004年司法考试中总分值为20分,2005年和2006年均为23分,分值有加强的趋势。法理学部分基本以选择题的形式出现,在第四卷论述题部分,往往也会涉及法理学理论知识的应用。

【新增考点说明】

与2006年相比,2007年大纲主要新增如下考点:

1. 第一章“法的本体”中:

(1)第一节“法的概念”中,新增考点“法的词源”,包括子考点“汉语中的‘法’及相关概念”和“西文中的‘法’及相关概念”;在考点“法的特征”中,新增考点“可诉性”。

(2)第三节“法的要素”中,新增考点“法律规则与法律原则的适用”。

(3)第四节“法的渊源与分类”中,新大纲将考点“法的渊源的分类”细化为“正式的法的渊源与非正式的法的渊源”;考点“当代中国法的渊源”下,新增子考点“行政法规”;新增考点“正式的法的渊源的效力原则”,包括“不同位阶的法的渊源之间的冲突原则”、“同一位阶的法的渊源之间的冲突原则”、“位阶出现交叉时的法的渊源之间的冲突原则”。

(4)第六节“法的效力”中,新增考点“法的效力的根据”。

2. 第二章“法的运行”中:

(1)第四节“法律监督”中,新增考点“《监督法》与当代中国法律监督制度的发展”。

(2)第五节“法律解释与法律推理”中,新增考点“当代中国的法律解释体制”。

3. 第三章“法的演进”中:

(1)第二节“法的历史发展”改为“法的发展”,新增考点“法的发展的阶段”和“法的发展的特点”。

(2)第五节“法治理论”改为“法治理论与社会主义法治理念”,新增考点“社会主义法治理念”,包括子考点“依法治国、执法为民、公平正义、服务大局、党的领导”、“社会主义法治理念教育”和“社会主义法治理念在当代中国立法、执法和守法制度中的落实”。

附:2005—2007 年大纲新增考点对照表:

年份	章 节	大纲新增考点
2007 年	第一章第一节“法的概念”	法的词源(汉语中的“法”及相关概念 西文中的“法”及相关概念)
		可诉性
	第一章第三节“法的要素”	法律规则与法律原则的适用
	第一章第四节“法的渊源与分类”	正式的法的渊源与非正式的法的渊源
		行政法规
		正式的法的渊源的效力原则(不同位阶的 法的渊源之间的冲突原则 同一位阶的法的 渊源之间的冲突原则 位阶出现交叉时的 法的渊源之间的冲突原则)
	第一章第六节“法的效力”	法的效力的根据
	第二章第四节“法律监督”	《监督法》与当代中国法律监督制度的发展
	第二章第五节“法律解释与 法律推理”	当代中国的法律解释体制
	第三章第二节“法的发展”	法的发展的阶段 法的发展的特点
第三章第五节“法治理论与 社会主义法治理念”	社会主义法治理念(依法治国、执法为民、 公平正义、服务大局、党的领导 社会主 义法治理念教育 社会主义法治理念在当代 中国立法、执法和守法制度中的落实)	
2006 年	第一章第八节“法律责任”	法律责任的竞合
	第二章第五节“法律解释与 法律推理”	法律解释与法律推理在审判活动中的应用
	第四章第一节“法与社会的 一般理论”	法与和谐社会
		法与节约型社会
2005 年	第一章第二节“法的价值”	利益
	第二章第一节“立法”	《立法法》与当代中国立法的发展
	第四章“法与社会”	第一节 法与社会的一般理论 法与社会的一般关系 法的社会基础 法对社会的调整
	第四章第三节“法与政治”	依法执政与政治文明

【配套模拟测试】

1.1 法的词源

【考点提示】从法文化角度讲,不同民族的语言文字中关于法的用词,一定意义上表明了各个民族对法的独特的评价、理解和期待。因此,分析法的词源与含义,有助于我们理解法律现象的历史演变及法律现象中所包含的文化的多样性与共同性。

1. 谈到“法”这个词的词源及其含义,几位法律界人士分别发表了如下看法,你认为哪些说法是正确的?

- A. 甲说,通过考察法的词源,我们可以在一定程度上理解一个民族的法律文化
- B. 乙说,古代中国法、刑、律只是不同时期指称同一现象的不同语词,三者的核心是刑
- C. 丙认为,中国古代法的名称从“刑”到“律”的变化,表明了中国法律的根本性变迁
- D. 丁认为,在欧洲,法与正义有联系,并存在法律二元论的观念

[答案] ABD

【解析】考察法的词源和词义,可以从了解早期人类对法律现象的认识,也可以在一定程度上理解一个民族的法律文化。在古代中国,法与刑、法与律可互训,其含义相通,法、刑、律只是不同时期指称同一现象的不同语词,三者的核心依然是刑,并不表明中国法律的根本性变迁。在欧洲,拉丁语中的法的用词同时含有正义、公平的道德意蕴,另外还存在法律二元论的观念,即把法律分为自然法和实在法并进,且强调实在法必须服从自然法,这构成了西方法律文明发展中的一个鲜明特征。因此答案选 ABD。

2. 关于“法律”一词,下列说法错误的是:

- A. 在法学中,一般意义上的“法律”有时又被简称为“法”
- B. 在我国,狭义上的法律专指由全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律文件

C. 在我国,广义上的法律泛指一切国家机关依照法定权限和程序制定的规范性文件

D. 一般意义上的法律,指国家制定或认可的并以国家强制力保证实施的行为规范的总和

[答案] B

【解析】在法学中,一般意义上的法律,指国家制定或认可的并以国家强制力保证实施的行为规范的总和,这里的“法律”有时又被简称为“法”。在我国,狭义上的法律专指由全国人民代表大会及其常务委员会制定的规范性文件,而广义上的法律泛指一切国家机关依照法定权限和程序制定的规范性文件。注意必须是立法机关制定的规范性文件才属于“法”,而不是一切法律文件。因此答案选 B。

1.1 法的可诉性

【考点提示】法的可诉性是法律的一个重要特点,它使法律和其他社会规范区别开来,对于这个特点,以前的教材均没有体现。因此今年对这个新考点要特别关注。

1. 法的可诉性是现代法律的重要特征,下列哪些观点可以成为支持法律应当具有可诉性的理论支撑?

- A. 法律不具有可诉性就无法启动司法救济,而凡是缺乏司法救济的场合,便无权利可言
- B. 法的可诉性使法律成为有效的规则
- C. 在法律的可诉性存在缺陷的情况下,人们无法求助于诉讼,可能会寻求其他手段解决纠纷,包括以暴易暴
- D. 法的可诉性使国家介入纠纷的解决成为可能

[答案] ABCD

【解析】法的可诉性是指法律具有被任何人在法律规定的机构中通过争议解决程序

加以运用以维护自身权利的可能性。法律具有可诉性,使法律成为有效的规则而不是空洞的口号。由于法的可诉性在现实中表现为司法救济,所以我们说法的可诉性使国家介入纠纷解决成为可能,法律不具有可诉性就无法启动司法救济,而凡是缺乏司法救济的场合,便无权利可言。相反,假如法律欠缺可诉性,则人们无法求助于诉讼,可能会寻求其他手段解决纠纷,包括出现以暴易暴的情形。因此答案选 ABCD。

2. 某国《公司法》第 54 条规定,当董事和经理的行为损害公司的利益时,监事可以要求董事、经理予以纠正。某公司的监事发现公司董事和外人串通损害公司利益,要求该董事纠正但遭到拒绝,该监事向法院起诉却不被受理,法院的理由是该起诉没有法律依据。对于该案件,下列哪些说法是正确的?

- A. 从法的可诉性角度讲,某国《公司法》第 54 条规定存在缺陷
- B. 某国《公司法》第 54 条规定的缺陷可能使公司中的监事无法有效履行其职责
- C. 该事件说明,法的可诉性是一个应然性要求,实践中存在着法无可诉性的情形
- D. 要提高司法实践中法的有效性,就要注意在立法中确立法的可诉性

[答案] ABCD

[解析] 该国《公司法》第 54 条规定,当董事和经理的行为损害公司的利益时,监事可以要求董事、经理予以纠正,但却没有规定在董事、经理对其行为不予纠正后如何寻求司法救济的内容,这显然存在可诉性的缺陷,这种缺陷可能使监事无法有效履行其职责。通过这个案件也可以说明:法的可诉性是一个应然性要求,实践中常常存在着法无可诉性的情形,所以,我们要提高司法实施中法的有效性,就一定要在立法中确立法的可诉性。因此答案选 ABCD。

1. 法律规则与法律原则的适用

【考点提示】法律原则的适用条件是法学中新出现的一个重大考点,理论性比较

强,可考性很高。另外就这个问题还可以出论述题,所以提醒考生务必重视。

1. 蒋某于 1963 年嫁给黄某,婚后夫妻关系较好。因双方未生育,收养一子。1996 年,黄某与比自己小 20 多岁的妇女张某相识后,二人便一直在外租房同居生活。2001 年,黄某患肝癌住院治疗,立下书面遗嘱,将其所得的住房补贴金、公积金、抚恤金和现金 40000 元赠与张某所有。黄某去世后,蒋某与张某因该笔财产归属发生讼争。法院审理后作出判决:遗赠人黄某的遗赠行为违反了民法公序良俗的相关规定,损害了社会公德,属无效行为。对于该审判,下列说法正确的是:

- A. 在本案中,法官是依据法律原则而非法律规则作出裁判的
- B. 在本案中,法官违反了“穷尽法律规则,方得适用法律原则”的司法标准,因此该裁判属于违法裁判
- C. 对于本案法官而言,面临着一个在法律的安定性和合目的性之间取其一的艰难选择
- D. 在这个案件中,法官的裁判体现了一个价值判断和辩证推理的过程

[答案] ACD

[解析] 上述案件是依据法律原则进行司法审判的典型案件,法官舍弃了对我国《继承法》相关规则的适用,直接依据民法公序良俗原则作出裁决。在本案中,到底是依据《继承法》规则来审判还是参照民法原则审判,法官面临着一个追求法律的安定性还是合目的性的艰难选择,在此过程中,法官要进行价值判断,要进行辩证推理而非形式推理。需要说明的是,“穷尽法律规则,方得适用法律原则”是法律原则适用的一个前提条件,但不是绝对的,在特定情况下,法官也可以直接舍弃规则而动用原则,本案即属于这种情况,因此不能说该裁判是违法的。所以答案选 ACD。

2. 在下列哪些案件中,法官可以利用法律原则进行裁判?

- A. 对一起特殊侵权案件,现有法律没有

明文规定

B. 某地发生一起故意伤害致人死亡的犯罪行为,考虑到该案特殊的当事人及其在当地引起的广泛反响,合议庭对是否严格依照法律规则处理出现了争议

C. 涉及宗教或民族问题的民事纠纷

D. 在一起行政案件,现行有效的法律规则由于制定时间较早,适用之后的结果显得过于不公平

[答案]AD

[解析]一般说来,直接利用法律原则进行裁判的情形有两种:其一是无法律规则可以适用,即出现了“规则漏洞”,其二是虽存在相应法律规则,但适用于某个具体案件后产生了人们不可容忍的不正义结果。除此之外,其他的案件只能适用法律规则进行裁判。在上述选项中,A项和D项属于可以利用法律原则进行裁判的案件类型,其他两项都必须严格依照法律规则裁判。

法的正式渊源与非正式渊源

【考点提示】法的渊源是法理学中的一个重要问题,对于司法实践也具有重要价值,对这个考点务必特别关注。

1. 某国《民法》规定:民事问题,有法律依法律,无法律依习惯,无习惯依法理,对该规定,下列说法错误的是:

A. 该规定为法官解决法律漏洞提供了明确指导与具体途径

B. 该规定表明在民事审判中非正式的法渊源也可以作为案件处理的依据

C. 该规定属于关于法的渊源的规定,可适用于所有的法律部门

D. 该规定表明:习惯与法理,虽非国家正式法律,但在司法实践中却不容忽视

[答案]C

[解析]民事问题,有法律依法律,无法律依习惯,无习惯依法理,这是大陆法系国家民法典中一项较普遍的规定,该规定为法官解决法律漏洞提供了明确指导与具体途径,即法官可以在缺乏法律规定的情况下,依据

习惯与法理等非正式的法渊源来处理案件。需要注意,这条规定仅仅是民法中的规定,在刑法中则坚持罪刑法定,不能依据习惯来裁判,所以答案选C。

2. 在当代中国,可以成为法官裁判案件直接依据的正式的法渊源包括下列哪些?

A. 行政法规

B. 地方性法规

C. 县级以上人民政府的规范性文件

D. 国家政策

[答案]AB

[解析]在当代中国,正式的法渊源包括:宪法、法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章等,不包括县级以上人民政府的规范性文件(规章除外)和国家政策。因此答案选AB。

行政规章

【考点提示】行政规章属于我国法的一种正式渊源,作为法理学问题比较简单,不是特别重要。

1. 下列具有制定行政规章的权力的国家机关包括:

A. 北京市人民政府

B. 国家工商总局

C. 设区的市的人民政府

D. 上海市浦东新区人民政府

[答案]AB

[解析]行政规章的制定机关可分为两种:一是国务院的组成部门及直属机构,另一种是省、自治区、直辖市人民政府以及省、自治区人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市和人民政府。因此答案选AB。

2. 根据我国相关法律,行政规章规定的事项范围包括:

A. 执行法律或者国务院的行政法规、决定、命令的事项

B. 为执行法律、行政法规、地方性法规的规定,需要制定的事项

C. 属于本行政区域的具体行政管理事项

D. 制定机关认为属于自己自治范围内

的管理事项

[答案]ABC

[解析]部门行政规章规定的事项应当属于执行法律或者国务院的行政法规、决定、命令的事项;地方政府行政规章可以就下列事项作出规定:为执行法律、行政法规、地方性法规的规定,需要制定的事项;属于本行政区域的具体行政管理事项。因此答案选ABC。

正式的法的渊源的效力原则

【考点提示】正式的法的渊源的效力是司法实践中具有普遍性的问题,我国《立法法》对该问题作出了基本规定。这里务必要准确记忆《立法法》的相关规定。

1. 在司法审判中,当遇到对一个问题而同一位阶的法律有不同规定时,法官可以作为依据的法律适用的原则包括哪些?

- A. 罪刑法定原则
- B. 特别法优先原则
- C. 后法优先或新法优先原则
- D. 国际法优先原则

[答案]BCD

[解析]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。因此答案选BCD。

2. 2003年7月30日,国务院出台了《婚姻登记条例》,该行政法规根据2001年4月28日修订的《婚姻法》的有关规定,没有规定婚姻登记中的强制婚检制度,这被认为是婚姻登记改革的一大进步。但是后来人们发现,在1994年颁布的《中华人民共和国母婴保健法》第12条则要求:“男女双方在结婚登记时,应当持有婚前医学检查证明或者医学鉴定证明。”这说明,两部法律在婚姻登记是否应当进行婚检的问题上发生了冲突。在这个问题尚未解决之际,《黑龙江省母婴保健条

例》以地方法规的形式恢复了强制婚检,这在全国上下引起了广泛争议。对于这个案件,正确的处理方法是:

A. 按照新法优先原则,应适用2001年4月28日修订的《婚姻法》

B. 按照特别法优先原则,应适用1994年颁布的《母婴保健法》

C. 对于《婚姻法》和《母婴保健法》的冲突,应由全国人民代表大会常务委员会裁决

D. 《婚姻法》和《母婴保健法》的冲突解决后,按照上位法优于下位法的原则,再决定《黑龙江省母婴保健条例》是否要改变或者撤销

[答案]CD

[解析]由于《婚姻法》和《母婴保健法》在婚检问题上的不同规定属于新的一般规定与旧的特别规定之间的矛盾,所以不能通过新法优先或特别法优先的一般原则来解决。根据《立法法》有关规定,法律之间对同一事项的新的—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。因此对于《婚姻法》和《母婴保健法》的冲突,应由全国人民代表大会常务委员会裁决。在此基础上,按照上位法优于下位法的原则,再决定《黑龙江省母婴保健条例》是否要改变或者撤销。因此答案选CD。

法的效力的根据

【考点提示】法律何以有效,这是一个严肃的法哲学问题。法理学教材将该内容纳入考核范围,表明其理论深度有加强的趋势。

在20世纪60年代,西方世界曾经遭遇了一场严重的合法化危机,很多人——尤其是年轻人——开始质疑法律对人的约束力,你认为下列哪些说法有助于证明法律对人具有当然的约束力这个命题?

A. 法律保障社会成员的利益满足,因此法律对社会成员具有效力

B. 法律体现了公平、正义,因而人们要服从政府、遵守法律

C. 法律维护社会秩序, 社会要求人们的行为符合法律

D. 民众从小就养成了模仿他人所为的习惯, 包括按照别人的行为守法的习惯

[答案] ABCD

[解析] 法的效力的根据和原因十分复杂, 一般包括法律本身、道德、利益以及经济、伦理、法律、心理、社会方面。首先, 法的效力来自于法律。法律有国家强制力, 法律规定了具体的否定性法律后果, 任何明显的违法行为都会受到国家相应的制裁——罚款、监禁甚至处死; 法律保障社会成员的利益满足, 因此法律具有效力。其次, 法的效力来自于道德。法律与人们的道德观念相一致, 法律建立在社会主流道德基础之上, 法律体现了公平、正义, 因而人们服从政府、遵守法律。再次, 法的效力来自于社会。民众从小就养成了模仿他人所为的习惯, 包括按照别人的行为守法的习惯。法律维护社会秩序, 社会要求人们的行为符合法律。因此答案选 ABCD。

《监督法》与当代中国法律监督制度的发展

【考点提示】2006 年 8 月 27 日, 第十届全国人大常委会第二十三次会议通过了《中华人民共和国各级人民代表大会常务委员会监督法》, 该法成为法理学中继《立法法》之后又一个重要法律文件, 以该法的地位, 应当会成为 2007 年考核的重要考点, 复习时要注意结合法条内容。

1. 根据《各级人民代表大会常务委员会监督法》, 下列哪些监督司法解释的行动是合法的?

A. 最高人民法院作出的《合同法》的有关司法解释应当自公布之日起 30 日内报全国人民代表大会常务委员会批准

B. 北京市西城区人民代表大会常务委员会认为最高人民法院作出的司法解释同法律规定相抵触的, 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

C. 最高人民检察院认为最高人民法院作出的《刑事诉讼法》的有关司法解释同法律规定相抵触的, 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

D. 任何公民认为最高人民法院、最高人民检察院作出的具体应用法律的解释同法律规定相抵触的, 都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。

[答案] C

[解析] 《各级人民代表大会常务委员会监督法》第 31 条: “最高人民法院、最高人民检察院作出的属于审判、检察工作中具体应用法律的解释, 应当自公布之日起三十日内报全国人民代表大会常务委员会备案。” 第 32 条: “国务院、中央军事委员会和省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会认为最高人民法院、最高人民检察院作出的具体应用法律的解释同法律规定相抵触的, 最高人民法院、最高人民检察院之间认为对方作出的具体应用法律的解释同法律规定相抵触的, 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送有关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最高人民法院、最高人民检察院作出的具体应用法律的解释同法律规定相抵触的, 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, 送有关专门委员会进行审查、提出意见。” 因此正确答案选 C。

2. 根据《各级人民代表大会常务委员会监督法》第 39 条的规定: “各级人民代表大会常务委员会对属于其职权范围内的事项, 需要作出决议、决定, 但有关重大事实不清的, 可以组织关于特定问题的调查委员会。” 请问特定问题的调查委员会的组成方式包括哪些?

A. 委员长可以向本级人民代表大会常务委员会提议组织关于特定问题的调查委员会