

2008^年

国家司法考试备考优化方案

Guojia Sifa Kaoshi Beikao Youhua Fang'an

命题角度核心考点串讲

组编 | 法律考试中心



2008 年国家司法考试备考优化方案

命题角度核心考点串讲

法律考试中心/组编

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

命题角度核心考点串讲/法律考试中心组编. —北京:
法律出版社, 2008. 1

(2008 年国家司法考试备考优化方案)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 8097 - 7

I. 命… II. 法… 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(2007)第 206044 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

编辑统筹/法律考试出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/沙 磊

开本/787 × 1092 毫米 1/16

印张/23 字数/798 千

版本/2008 年 1 月第 1 版

印次/2008 年 1 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

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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 - 8097 - 7

定价: 40.00 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

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,考试难度日益增大。但实际上,任何一门考试,都是有规律可循的。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。

一、在阅读本书之前,我们希望考生明确以下学习方法:

1. 领会命题者思路,提高复习效率

(1)抓住高频考点。《国家司法考试大纲》所涉及的一级考点,数量将近2000个,而综观历年考试,经常被考核的考点,大约只有400个。因此,考生在复习的时候,应当懂得“放弃”与“选择”,“煮海为盐”,该放就放,以最少的投入,获得最大的回报。

(2)强化新增考点。高频考点的重要性,已经众所周知。那么,新增补考点的地位呢?

我们以2007年国家司法考试试题为例,对2005~2007年大纲和教材新增和修订的考点作统计,前三卷各卷所涉及考题数目以及分值如下:

	2005 年新增补考点	2006 年新增补考点	2007 年新增补考点	总计
第一卷	共 5 题,计 7 分	共 10 题,计 14 分	共 15 题,计 22 分	43
第二卷	共 6 题,计 10 分	共 6 题,计 10 分	共 7 题,计 11 分	31
第三卷	共 4 题,计 6 分	共 5 题,计 6 分	共 13 题,计 23 分	35

此外,第四卷第1题便是2007年法理学新增考点“社会主义法治理念”,共计20分。

我们再以2006年国家司法考试试题为例,对2005~2006年大纲和教材新增和修订的考点作统计,前三卷各卷所涉及考题数目以及分值如下:

	2005 年新增补考点	2006 年新增补考点	分值总计
第一卷	共 5 题,计 6 分	共 18 题,计 27 分	33
第二卷	共 12 题,计 17 分	共 18 题,计 30 分	47
第三卷	共 12 题,计 19 分	共 8 题,计 11 分	30

可见,2007年司法考试试题中,共有129分涉及过去三年新增补的考点,2006年司法考试试题中,共有110分涉及过去两年新增补的考点。这超过了任何一个学科在司法考试中所占的总分值,新增补考点的重要性,由此可见一斑。

本书通过统计、汇总最近六年的常考考点,为考生总结了208个高频考点,附列了近两年被考查的122个新增补考点,以及2007年大纲和教材考点最新变动。我们希望考生通过阅读本书,达到事半功

倍之效果。

2. 以教材为主,把教材读薄

目前,市面上各种司法考试的辅导书可谓层出不穷,各类辅导班如雨后春笋,这为考生准备考试提供了有力的武器。不过,细心的考生会发现,不同图书对同一个试题的解答可能相异,不同辅导教师对个别考点的观点也可能不同,这给考生造成了很大的困惑。对此,我们的建议是:一方面,有争议的考点往往不是司法考试的重点,千万不要执著于个别问题,而影响对整个考试的复习效率;另一方面,就考试本身而言,对于有争议的问题,要以司法部考试中心编审的大纲和最新教材为主,把大纲和教材读透、读薄,是考试制胜的法宝。

二、本书分为两编,具体体例如下:

1. 第一编历年高频考点:

(1)[特别提示]:很多考生在复习教材和法条时,往往复习多遍后,仍然不会做题,这主要是没有掌握考点的关键内容。结合司法考试培训经验,针对考生容易出错的地方,本栏目对考生容易忽略、出错的要点进行提示,让考生如临课堂,豁然开朗。

(2)[真题串讲]:真题是最好的练习题,既能体现命题者思路,又能让考生接触实战考题,被誉为是最好的复习材料。本栏目精选2002~2007年的部分真题,直击高频考点,帮助考生提高复习效率。

2. 第二编2005~2007年新增考点:根据过去三年大纲和教材变化,列出已经被考查的新增考点。需要说明的是:

(1)本书中所说的“新增考点”,包括大纲和教材的新增、新修订考点。

(2)对于新增考点,[特别提示]中将对对于考点增补情况以及注意事项予以简单说明。

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!

编者

2008年1月

目 录

第一编 历年高频考点

法理学

考点1	法律规则与法律原则	1
考点2	法的渊源	2
考点3	法律关系	3
考点4	法律责任	5
考点5	正式的法的渊源的效力原则	6
考点6	法律解释	7
考点7	法与道德	8

法制史

考点1	先秦法制主要内容	10
考点2	秦汉律的主要内容	11
考点3	唐宋法律制度	12
考点4	清末主要修律内容	14
考点5	清末司法体制的变化	15
考点6	罗马法	16
考点7	普通法与衡平法	18
考点8	《德国民法典》与《法国民法典》	18

宪法

考点1	我国现行宪法的修正	20
考点2	选举制度	21
考点3	特别行政区制度	22
考点4	公民基本权利	23
考点5	人大及其常委会的职权	24
考点6	任免权	25
考点7	专属于国家所有的自然资源	26

经济法

考点1	不正当竞争行为	27
考点2	拍卖程序	28
考点3	招标与中标规则	30
考点4	消费者的权利和经营者的义务及	

录

法律责任	31
考点5 产品缺陷责任	32
考点6 银行业监督管理	33
考点7 证券上市的信息公开制度	34
考点8 个人所得税的减免	35
考点9 税收保全与强制措施	36
考点10 劳动合同的订立和解除	37
考点11 建设用地管理	39
考点12 房地产交易	40
考点13 环境民事责任	42

国际法

考点1 国际法与国内法关系的实践	44
考点2 国际责任的构成	45
考点3 领土	46
考点4 国籍的确定	47
考点5 外交保护、引渡和庇护	47
考点6 外交特权与管辖豁免	48
考点7 条约的效力	50
考点8 国际争端解决方法	51

国际私法

考点1 国籍与住所冲突的解决	52
考点2 民事行为能力的法律适用	52
考点3 物权的法律适用	53
考点4 债权的法律适用	53
考点5 海事关系的法律适用	55
考点6 涉外家庭关系的法律适用	55
考点7 涉外继承的法律适用	56
考点8 外国人的民事诉讼地位	57
考点9 国际民事案件管辖权	58
考点10 国际司法协助	59
考点11 区际司法协助	60

国际经济法

考点1	几种主要的贸易术语	62
考点2	国际货物买卖中双方权利义务的规定	63
考点3	承运人责任	64
考点4	我国海洋货物运输保险的险别	64
考点5	信用证	65
考点6	反倾销措施	67
考点7	反补贴措施	67
考点8	争端解决机制	68
考点9	国际知识产权保护	69
考点10	国际投资争端的解决	70

司法制度和法律职业道德

考点1	法官职业道德	72
考点2	检察官职业道德	73
考点3	律师职业道德	74

刑法

考点1	刑法的基本原则	76
考点2	刑法的适用范围	77
考点3	刑法上的因果关系	78
考点4	作为与不作为	79
考点5	自然人犯罪主体	81
考点6	犯罪故意与过失	82
考点7	正当防卫	82
考点8	犯罪未遂	84
考点9	犯罪中止	85
考点10	共同犯罪的成立条件	86
考点11	共犯人的分类及其刑事责任	87
考点12	主刑	89
考点13	附加刑	90
考点14	累犯	91
考点15	自首与立功	92
考点16	数罪并罚	93
考点17	缓刑制度	93
考点18	假释制度	94
考点19	假币相关的犯罪	95
考点20	信用卡相关犯罪	96
考点21	故意杀人罪	97
考点22	强奸罪	98
考点23	绑架罪	99
考点24	拐卖妇女、儿童类犯罪	100
考点25	抢劫罪与抢夺罪	100
考点26	敲诈勒索罪	102

考点27	盗窃罪	103
考点28	诈骗罪	104
考点29	毒品相关犯罪	105
考点30	贪污罪	106
考点31	挪用公款罪	107
考点32	受贿罪与行贿罪	108

刑事诉讼法

考点1	具有法定情形不予追究刑事责任	110
考点2	地域管辖	111
考点3	回避的决定权	111
考点4	指定辩护与拒绝辩护	113
考点5	辩护人的诉讼权利	114
考点6	非法收集的言词证据的排除规则	115
考点7	刑事证据的法定分类	116
考点8	刑事证据的理论分类	117
考点9	刑事诉讼证明	118
考点10	取保候审	119
考点11	刑事拘留和逮捕	121
考点12	附带民事诉讼	123
考点13	侦查中犯罪嫌疑人的诉讼权利	125
考点14	侦查中的羁押期限	125
考点15	补充侦查	126
考点16	审查起诉	127
考点17	不起诉	128
考点18	自诉案件的处理	131
考点19	简易程序	132
考点20	上诉、抗诉的程序	133
考点21	第二审程序的审判原则	134
考点22	死刑复核程序	135
考点23	审判监督程序	136

行政法与行政诉讼法

考点1	行政立法的效力等级	139
考点2	行政法规与规章的制定程序	140
考点3	行政许可的实施程序	142
考点4	行政处罚的适用	144
考点5	行政复议机关	146
考点6	行政复议与行政诉讼的关系	147
考点7	行政诉讼的受案范围	149
考点8	行政诉讼的管辖	150
考点9	行政诉讼原告的确认	152
考点10	行政诉讼证据	154
考点11	一审行政诉讼判决的形式	156
考点12	行政案件的执行	157
考点13	国家赔偿范围	158

考点 14	行政赔偿程序	161
考点 15	司法赔偿义务机关	163

民法

考点 1	民事权利的类型	166
考点 2	宣告死亡	166
考点 3	个人合伙	167
考点 4	民事法律行为的成立与生效	168
考点 5	无权代理	170
考点 6	诉讼时效	171
考点 7	共有	173
考点 8	抵押权	173
考点 9	质权	175
考点 10	债权人代位权和撤销权	176
考点 11	保证	178
考点 12	债的移转	180
考点 13	合同的效力	181
考点 14	缔约过失责任	184
考点 15	买卖合同	185
考点 16	赠与合同	189
考点 17	租赁合同	190
考点 18	承揽合同与建设工程合同	192
考点 19	不当得利	194
考点 20	无因管理	195
考点 21	著作权的归属	197
考点 22	著作权侵权行为	198
考点 23	专利侵权行为	200
考点 24	商标侵权行为	201
考点 25	离婚时的财产处理和债务清偿	203
考点 26	继承权的接受与放弃	204
考点 27	法定继承人的范围和顺序	205
考点 28	具体人格权	207
考点 29	饲养的动物致人损害的侵权行为	208
考点 30	无/限制民事行为能力人致人损害的侵权行为	210
考点 31	侵权责任与其他民事责任的竞合	211

商法

考点 1	公司转投资的限制	214
考点 2	公司的解散和清算	215
考点 3	有限责任公司的组织机构	216

考点 4	股份有限公司的设立	217
考点 5	股份有限公司的股票发行与转让	218
考点 6	合伙事务的决定和执行	220
考点 7	入伙与退伙	221
考点 8	破产的申请与受理	222
考点 9	破产财产及清偿顺序	223
考点 10	票据的背书及其效力	224
考点 11	汇票的承兑与付款	225
考点 12	汇票的追索权	225
考点 13	保险合同的原则	226
考点 14	人身保险合同的保险金给付	228
考点 15	海上货物运输合同中承运人的责任	228

民事诉讼法

考点 1	地域管辖	230
考点 2	协议管辖与专属管辖	231
考点 3	诉的要素与分类	232
考点 4	当事人的确定	233
考点 5	诉讼代理人	236
考点 6	民事证据的分类	237
考点 7	举证责任的承担	239
考点 8	法院调解	240
考点 9	调解书及调解书的效力	242
考点 10	财产保全和先予执行	243
考点 11	起诉与受理	244
考点 12	撤诉与缺席判决	245
考点 13	延期审理、诉讼中止与诉讼终结	246
考点 14	简易程序的适用	247
考点 15	二审程序和裁判	248
考点 16	审判监督程序的提起	249
考点 17	公示催告程序	250
考点 18	民事裁判	251
考点 19	执行的申请和管辖	252
考点 20	执行中止和终结	254
考点 21	仲裁与民事诉讼的关系	256
考点 22	仲裁协议的效力	257
考点 23	仲裁和解与仲裁调解	258
考点 24	仲裁裁决	258
考点 25	仲裁裁决的撤销和不予执行	259

第二编 2005 ~ 2007 年新增考点

法理学

2007 年新增考点	261
考点 1 法的可诉性	261
考点 2 法律规则与法律原则的适用	261
考点 3 正式的法的渊源的效力原则	262
考点 4 当代中国的法律解释体制	263
考点 5 社会主义法治理念	264
考点 6 法的发展阶段和特点	265
2006 年新增考点	265
考点 1 法律责任的竞合	265
考点 2 法律解释与法律推理在审判活动中 的应用	266
考点 3 法与和谐社会、法与节约型社会	267
2005 年新增考点	267
考点 1 利益	267
考点 2 法与社会的一般理论	268

法制史

2006 年新增考点	270
考点 1 预备立宪	270
2005 年新增考点	270
考点 1 《德国民法典》的制定	270
考点 2 中国宪法的历史发展	271

宪法

2006 年新增考点	273
考点 1 宪法发展的趋势	273
考点 2 地方各级人大的会议制度和 工作程序	273
考点 3 基层政权与基层群众性自治 组织的关系	274
考点 4 宪法的制定	274
考点 5 宪法实施的制度保障	275

经济法

2007 年新增考点	276
考点 1 企业所得税法	276
考点 2 土地承包经营权	276
考点 3 土地纠纷及其解决途径	277
2006 年新增考点	277
考点 1 劳动合同的内容	277

2005 年新增考点	278
考点 1 商业银行的设立与变更	278
考点 2 商业银行的清算	278
考点 3 集体合同	278
考点 4 职业安全卫生法	279

国际法

2006 年新增考点	280
考点 1 非政府间国际组织	280

国际私法

2007 年新增考点	281
考点 1 中国关于域外送达文书的规定	281
考点 2 内地与澳门特别行政区相互认可和 执行民商事判决	281
2006 年新增考点	282
考点 1 中国关于合同法律适用的规定	282

国际经济法

2007 年新增考点	283
考点 1 其他运输单证	283
考点 2 UCP600	283
考点 3 知识产权的国际保护	284
2006 年新增考点	284
考点 1 最高人民法院《关于审理信用证 纠纷案件若干问题的规定》	284
考点 2 贸易救济措施的国内司法审查与 多边审查	285
考点 3 中国入世承担的特殊义务	286
2005 年新增考点	286
考点 1 卖方违反合同时适用于买方的 补救办法	286
考点 2 国际保理	287
考点 3 外贸法律制度	288
考点 4 争端解决机制	288

司法制度和法律职业道德

2006 年新增考点	290
考点 1 司法制度	290
考点 2 审判制度	290
考点 3 检察制度	291

考点4 律师制度	292
考点5 公证制度	292

刑法

2007 年新增考点	294
考点1 骗取贷款、票据承兑、金融票证罪	294
考点2 洗钱罪	294
考点3 开设赌场罪	294
2006 年新增考点	295
考点1 刑法的解释	295
考点2 罪刑法定原则	296
考点3 犯罪构成要件	296
考点4 犯罪的未完成形态	297
考点5 共同犯罪与犯罪构成的关系	297
考点6 单位犯罪	299
考点7 应当从重处罚的情节	299
考点8 自首与立功	300
考点9 故意杀人罪的认定	300
2005 年新增考点	301
考点1 单位犯罪主体	301
考点2 刑法上的认识错误	302
考点3 其他排除犯罪的事由	303
考点4 刑法的修订	304
考点5 区分罪数的标准	305
考点6 信用卡诈骗罪	307
考点7 侵犯商业秘密罪	308

刑事诉讼法

2007 年新增考点	309
考点1 逮捕的适用机关	309
考点2 附带民事诉讼	309
考点3 死刑二审案件开庭审理的要求	310
考点4 死刑复核	310
2006 年新增考点	311
考点1 超期羁押	311
2005 年新增考点	311
考点1 刑事诉讼的理念	311
考点2 回避的适用人员和回避的理由	311
考点3 法律援助制度	312
考点4 立案标准	313
考点5 刑事审判的原则	313
考点6 关于人民陪审员制度的完善	314
考点7 裁定撤销原判,发回重审	315
考点8 死刑缓期二年执行、无期徒刑、 有期徒刑和拘役的执行	316
考点9 未成年人刑事案件诉讼程序	317

行政法与行政诉讼法

2006 年新增考点	319
考点1 公务员	319
考点2 治安管理处罚	321
考点3 行政强制措施	322
考点4 行政监察	323
2005 年新增考点	324
考点1 行政诉讼与刑事诉讼之间的关系	324
考点2 司法解释规定的其他应予受理和 不予受理的案件	325

民法

2007 年新增考点	327
考点1 善意取得制度	327
考点2 物权变动	327
考点3 无权占有	328
2005 年新增考点	330
考点1 建筑物区分所有权	330
考点2 地役权	330
考点3 有名合同与无名合同	331
考点4 违约责任与侵权责任的竞合	332
考点5 离婚的法律后果	333
考点6 夫妻财产关系	334
考点7 雇佣活动或雇佣关系中的 侵权行为	334
考点8 帮工活动中的侵权行为	335
考点9 道路交通事故致人损害的 侵权行为	335
考点10 经营活动或其他社会活动中的 侵权行为	335

商法

2007 年新增考点	337
考点1 公司的解散与清算	337
考点2 股东的出资	337
考点3 有限合伙企业	338
考点4 破产管理人	339
考点5 债务人财产	340
考点6 重整、和解程序	341
2006 年新增考点	341
考点1 公司资本出资制度	341
考点2 股东代表诉讼制度	342
考点3 公司合并与分立的程序	343
考点4 股东对公司的请求解散权	343

考点5 有限责任公司的股权转让	344
考点6 一人有限责任公司	345
考点7 收购本公司股份	346
2005 年新增考点	347
考点1 公司的分类	347
考点2 公司的变更、合并与分立	347
考点3 溢价发行时发行价格的确定	348
考点4 合伙与债务人的关系	348
考点5 中外合资经营企业的设立	349
考点6 保险法	349

民事诉讼法

2007 年新增考点	351
考点1 诉讼费用	351
2006 年新增考点	351
考点1 合议制度的适用范围	351
考点2 公开审判的范围与例外	352
考点3 支付令的概念、内容和效力	352
2005 年新增考点	353
考点1 当事人适格与新型诉讼	353

第一编 历年高频考点

法 理 学

考点 1 法律规则与法律原则

【特别提示】

法律原则和法律规则都是国家规定的指导人们行为的基本准则,但它们是不同的。

(1)内容不同:法律规则明确具体,着眼于主体行为及各种条件的共性;法律原则不具体规定人们的权利义务,不仅限于行为及条件的共性,而且关注它们的个别性。

(2)适用范围不同:法律规则是微观调控,它们只适用于某一类型的行为;法律原则是宏观指导,适用范围广泛。

(3)适用方式:法律规则以“全有或全无”的方式应用于个案中,法律原则的适用则不同。

(4)适用的优先性:通常有规则依规则,无规则适用法律原则。并且,“法律原则不得径行适用,除非旨在实现个案正义”。

【真题串讲】

1.《宪法》第26条第1款规定:“国家保护和改善生活环境和生态环境,防治污染和其他公害。”下列哪一选项是正确的?(2007年试卷一第2题)

- A. 该条文体现了国家政策,是典型的法律规则
- B. 该条文既是法律原则,也体现了国家政策的要求
- C. 该条文是授权性规则,规定了国家机关的职权
- D. 该条文没有直接规定法律后果,但仍符合法律规则的逻辑结构

【答案】 B

【解题思路】 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。其有严格的逻辑结构,法律规则在逻辑意义上是由假定条件、行为模式和法律后果三要素组成。

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。按照法律原则产生的基础不同,可以将法律原则分为公理性原则和政策性原则。公理性原则即由法律原理构成的原则,是由法律上的事理推导出来的、得到社会广泛承认并被奉为法律之准则的法律原则,是严格意义的法律原则,例如,法律平等原则、等价有偿原则。政策性原则是一个国家或民族为了

实现一定时期内的目标或任务,出于一定的政策考量而制定的一些原则,如我国宪法中的“国家实行社会主义市场经济”的原则、婚姻法中的“实行计划生育”的原则。政策性原则具有时代性、民族性。

法律规则与法律原则的区别主要表现在:

(1)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。法律原则对人的行为及其条件有更大的覆盖面和抽象性,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。

(2)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,其明确具体的目的是削弱或防止法律适用上的“自由裁量”。与此相比,法律原则的着眼点不仅限于行为及条件的共性,而且关注它们的个别性。其要求比较笼统、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(即使是有关权利义务的规定也不是具体的),但并不直接说明应当如何去实现或满足这些要求或标准。

通过以上分析,可以看出,题目中的法律条文在内容上比较抽象、笼统,没有明确具体的假定条件,也没有设定明确的法律后果,明显不符合法律规则的逻辑结构。它只是一种宏观性的政策指导,是国家为了实现其保护环境的目标而制定的,具有很强的政策性,因此该条文属于政策性法律原则而不是法律规则。由此可知,选项A与选项D的说法是错误的;选项B是正确的。

选项C主要是考查法律规则的分类(见下述第3题解析),该条文明显是一个义务性规则,而不是授权性规则,故C选项是错误的。

2. 下列关于法律原则的表述哪一项是错误的?(2004年试卷一第4题)

- 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

[答案] C

[解题思路] 在内容上,法律规则着眼于主体行为及各种条件的共性,其规定明确具体,目的在于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,而且关注它们的个别性;它只设定一些概括性的要求或标准,在适用时有较大的余地供法官自由裁量和灵活应用。由此可见,AB项均为正确表述。

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,即如果一条规则所规定的事实是既定的,那么在某一具体个案中,或者该规则是有效因而必须被接受的,或者该规则是无效因而对裁决不起作用的。而法律原则的适用方式则不同,因为不同的法律原则具有不同的“强度”,而且具有不同强度甚至互相冲突的原则都可能共存于一部法律之中。因此在个案中,法官必须根据案件的具体情况及有关背景,在不同强度的原则间作出权衡。被认为较强的原则对该案件的裁决具有指导性的作用,但其他原则并不因此无效而被排除,因为在其他个案中,这些原则间的强度关系可能会改变。由此可见,D项为正确表述,C项错误。

3. 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年试卷一第5题)

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

[答案] A

[解题思路] 按照不同的分类标准,法律规则可以作如下分类:

(1)按照规则内容规定的不同,可分为授权性规则和义务性规则。所谓授权性规则,是指规定人们有权作或不作一定行为的规则,即规定人们“可为模式”的规则;所谓义务性规则,是指在内容上规定人们的法律义

务,即有关人们应当作出或不得作出某种行为的规则。义务性规则又包括命令性规则和禁止性规则两种。命令性规则是指规定人们的积极义务,即人们必须或应当作出某种行为的规则;禁止性规则是指规定人们的消极义务,即禁止人们作出一定行为的规则。

本题A项中,《律师法》规定禁止未取得律师执业证书者从事律师执业活动,C项中,《宪法》规定禁止任何组织或个人非法侵犯公民的通信权利,显然,此两项规定均为义务性规则中的禁止性规则。因此A项正确,C项错误。

(2)按照规则内容确定性程度的不同,可分为确定性规则、委任性规则和准用性规则。所谓确定性规则,是指内容本来已明确肯定,无需再援引或参照其他规则来确定其内容的法律规则;所谓委任性规则,是指内容尚未确定,只规定了某种概括性指示,需再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;所谓准用性规则,是指内容本身没有规定人们具体的行为模式,而可以援引或参照其他相应规定的规则。

本题D项中,《医疗事故处理条例》规定军队医疗事故处理办法由解放军卫生主管部门会同国务院卫生行政部门制定,显然,此规定为委任性规则,而非准用性规则。因此D项不正确。

(3)按照规则对人们行为规定和限定的范围或程度的不同,可分为强行性规则和任意性规则。所谓强行性规则,是指内容规定具有强制性性质,不允许人们随便加以更改的法律规则。义务性规则属于强行性规则。所谓任意性规则,是指规定了在一定范围内,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中的权利义务内容的法律规则。权利性规则中有些属于任意性规则。

本题B项中,《中小企业促进法》规定了国家积极发展科技型中小企业的政策导向,此规定内容确定,但不具有强制性性质,应为任意性规则,而不是强行性规则。因此B项不正确。

考点2 法的渊源

【特别提示】

(1)正式渊源:来源于国家机关,由国家的立法机关或行政机关制定的法律、法规,一般是成文法或制定法,用文字表现出来。

(2)非正式渊源:来源于国家司法机关或者来源于国家机关以外,分为五种,包括判例、习惯、法学家的著作、法理、政策。

【真题串讲】

1. 下列有关成文法和不成文法的表述,哪些不正确?(2005年试卷一第51题)

A. 不成文法大多为习惯法

- B. 判例法尽管以文字表述,但不能视为成文法
C. 不成文法从来就不构成国家的正式法源
D. 中国是实行成文法的国家,没有不成文法

【答案】 CD

【解题思路】 成文法和不成文法的分类,是按照法的创制和表达形式的不同来划分的。成文法是指由特定国家机关制定和公布,以文字形式表现的法,故又称制定法;不成文法是指由国家认可的不具有文字表现形式的法,主要为习惯法。随着法的发展,成文法日益增多,而不成文法则逐渐减少。因此,A项是正确的。

判例法是英美法系的一种法律渊源,也是用文字表述,但不是成文法,主要由判例组成。因此,B项是正确的。

在英美法系的国家,判例法是国家的正式渊源,而判例法即属于不成文法。因此,C项的说法是错误的。

中国属于实行成文法的国家,也有不成文法,如习惯和司法审判参考的各种案例就属于不成文法。因此,D项错误。

2. 下列有关法源的说法哪些不正确?(2005年试卷一第54题)

- A. 大陆法系的主要法源是制定法
B. 英美法系的法源中没有成文宪法
C. 不同国家的法源之间不能进行移植

D. 在法律适用过程中,一般先适用正式法源,然后适用非正式法源

【答案】 BC

【解题思路】 法的渊源一般指法的效力渊源,指一定的国家机关依照法定职权和程序制定或认可的具有不同法的效力和地位的法的不同表现形式,即根据法的效力来源不同,而划分的法的形式,如制定法、判例法、习惯法、法理。大陆法系和英美法系在法的渊源上是不同的。大陆法系主要是成文法,英美法系主要是判例法。因此,A项正确。

在英美法系,尽管以判例法为主,但也有制定法,如美国1787年《宪法》是世界近代史上第一部成文宪法。因此,B项错误。

法的移植是指在鉴别、认同、调适、整合的基础上,引进、吸收、采纳、摄取、同化外国法,使之成为本国法律体系的有机组成部分,为本国所用。可见,法的移植一般是指不同国家之间法律制度的移植,也就是说在不同国家的法源之间是可以进行移植的。因此,C项错误。

法律适用通常是指国家司法机关根据法定职权和法定程序,具体应用法律处理案件的专门活动。在适用法律的先后顺序上,正式法律渊源是第一位的,优先适用,当正式法源不能解决个案问题时,才可以适用非正式的法律渊源。因此,D项是正确的。

考点3 法律关系

【特别提示】

法律事实就是法律规范所规定的,能够引起法律关系产生、变更和消灭的客观情况或现象。法律事实分为以下两种:

(1) 法律事件:不以当事人的意志为转移的法律事实,包括自然事件、社会事件。

(2) 法律行为:以当事人的意志为转移的法律事实,包括合法行为、违法行为。

【真题串讲】

1. 《婚姻法》第33条规定:现役军人的配偶要求离婚,须得军人同意,但军人一方有重大过错的除外。依据法理学的有关原理,下列正确的表述是:(2007年试卷一第91题)

A. 该条中所规定的军人的配偶在离婚方面所承担的义务没有相应的权利存在

B. 现役军人与其配偶之间的权利义务是不一致的

C. 该条所规定的法律义务是一种对人义务或相对义务

D. 该法律条文完整地表达了一个法律规则的构成要素

【答案】 C

【解题思路】 权利和义务是一切法律规范、法律部门,甚至整个法律体系的核心内容。权利和义务是两个互文见义的范畴,二者处于对立统一的关系中。正如马克思所言,“没有无义务的权利,也没有无权利的义务”,权利和义务都不可能孤立的存在和发展,它们一方的存在和发展都必须以另一方的存在和发展为条件。故选项A中“该条中所规定的军人的配偶在离婚方面所承担的义务没有相应的权利存在”是错误的,有义务就必然有权利存在。由此可知,选项A不当选。

权利和义务之间具有不可分割的联系。从产生和发展看,二者经历了一个从浑然一体到分裂对立再到相对一致的过程。在现代社会,权利与义务是一致的,是不可分割的。本题中现役军人的配偶要想离婚,须征得军人的同意,这是其义务;也是军人的权利;但同时,如果军人一方有重大过错,则其配偶可以直接要求离婚,这是其配偶的权利,也是军人的义务。因此,现役军人与其配偶之间的权利义务是一致的。故选项B中的说法是错误的。

权利与义务根据不同的标准,可以有不同的分类。根据相对应的主体范围可以将权利义务分为绝对权利义务和相对权利义务。绝对权利义务,又称“对世权利”和“对世义务”,是对应不特定的法律主体的权利和义务,绝对权利对应不特定的义务人,绝对义务对应不特定的权利人。相对权利义务,又称“对人权利”和“对人

义务”，是对应特定的法律主体的权利和义务，“相对权利”对应特定的义务人，“相对义务”对应特定的权利人。题目中的法条所规定的法律义务是现役军人的配偶的法律义务，这种法律义务对应着特定的权利人，即现役军人。据此，该条所规定的法律义务是一种对人义务或相对义务。故选项 C 是正确的。

选项 D 主要考查法律规则的构成要素。本题中《婚姻法》第 33 条规定：“现役军人的配偶要求离婚”属于假定条件，“须得军人同意，但军人一方有重大过错的除外”属于行为模式，但没有规定现役军人的配偶在符合或不符合行为模式要求时应当承担的后果，即缺少法律后果的规定。由此可知，该法律条文并没有完整地表达一个法律规则的三个构成要素。因此，选项 D 的说法是错误的。

2. 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 年试卷一第 51 题）

- 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

【答案】 BCD

【解题思路】 法律关系是指在法律规范调整社会关系的过程中所形成的人们之间的权利和义务关系。本案中形成多种法律关系，包括范某与司法机关之间的法律关系、范某与汪某家属之间的民事赔偿法律关系等，因此 A 项说法正确。

范某与检察院之间形成一种诉讼法律关系，而不是没有法律关系，C 项说法错误。

范某与汪某家属之间形成的民事赔偿关系是一种实体法律关系，因此 D 项的说法也是错误的。

所谓法律事实，就是法律规范所规定的，能够引起法律关系产生、变更和消灭的客观情况或现象。依是否以人们的意志为转移，可以将法律事实分为法律事件和法律行为。法律事件是由法律规范所规定的，不以当事人的意志为转移而引起法律关系产生、变更和消灭的客观事实。本题中引起范某与司法机关法律关系的法律事实是范某杀死汪某的行为，范某的这种杀人行为是以自己的意志为转移的，属于法律行为而不是法律事件。因此，B 项说法也是错误的。

3. 林某，9 岁，系某小学三年级学生。一天放学回

家路上遇到某公司业务员赵某向其推销一种名为“学习效率机”的低配置电脑，开价 5800 元。林某信其言，用自己积攒的“压岁钱”1000 元交付了定金，并在分期付款合同上签了字。事后林某父母知晓此事，以“行为人对行为内容有重大误解”为由要求赵某撤销合同并退款。对此，下列何种理解是正确的？（2005 年试卷一第 91 题）

- A. 从法律角度看，林某表达的意思都是无效的
- B. 林某不能辨别自己行为的性质，所以不享有人身自由
- C. 林某父母要求撤销合同所持的理由是一种法律事实
- D. 根据行为能力的原理，林某父母所持理由在本案中不成立

【答案】 ACD

【解题思路】 林某父母所持的理由是“行为人对行为内容有重大误解”，如果这种重大误解成立，就会导致本题中的合同成为可变更可撤销合同，从而导致当事人之间的民事法律关系变更或消灭。由此，这种重大误解属于能够引起法律关系产生、变更和消灭的客观情况或现象，属于法律事实。C 项的论述正确。

根据《民法通则》第 12 条第 2 款规定，林某 9 岁，为无民事行为能力人，其表达的意思是无效的。而林某父母所持的理由“行为人对行为内容有重大误解”是不正确的。也就是说，本题中，根据行为能力原理，仅仅是因为林某无行为能力，其行为才无效，父母所持理由不符合法律的规定。D 项的说法是正确的。

从法律的角度看，尽管没有行为能力的人的意思表达是无效的，但是这并不表明他们没有人身自由。因此，A 项是正确的，B 项是错误的。

4. 下列有关法律关系客体的何种表述是错误的？（2005 年试卷一第 92 题）

- A. 所有的法律关系客体均包含着某种利益
- B. 无法律关系客体就无法律关系
- C. 多向（多边）法律关系的客体，可以有主次之分
- D. 在确定法律关系客体的标准时，不涉及法的价值评价

【答案】 D

【解题思路】 法律关系的客体是指法律关系主体之间权利和义务所指向的对象，它是构成法律关系的要素之一。B 项是说法律关系客体对法律关系的存在的必要性，是正确的。

法律关系客体是一定利益的法律形式。任何外在的客体，一旦它承载某种利益价值，就可能会成为法律关系客体。法律关系建立的目的，总是为了保护某种利益，获取某种利益或分配、转移某种利益。所以，实质上，客体所承载的利益本身是法律权利和法律义务联系

的中介。综上,法律关系客体都包含某种利益,A项正确。

既然法律关系客体是—定利益的法律形式,那么在确立某种利益是否为法律所保护时,就会包含对这种利益的价值评价。也就是说,在确定这些利益标准的时候,会注重这种利益是否符合法的价值,是否符合人们对正义、自由、利益和秩序的追求。因此,在确定法律关系客体的标准时,存在法的价值评价,D项错误。

多向法律关系之内的诸单向关系有主次之分,因此,其客体也有主次之分。其中,主要客体决定着次要客体,次要客体补充说明主要客体。它们在多向法律关系中都是不可缺少的构成因素。因此,C项是正确的。

考点4 法律责任

【特别提示】

免责形式:(1)时效免责;(2)不诉免责;(3)协议免责,只在民事方面;(4)自首、立功免责;(5)因履行不能而免责,也叫人道主义免责;(6)补救免责。

【真题串讲】

1. 下列有关法律后果、法律责任、法律制裁和法律条文等问题的表述,哪些可以成立?(2005年试卷—第52题)

- A. 任何法律责任的设定都必定是正义的实现
- B. 法律后果不一定是法律制裁
- C. 承担法律责任即意味着接受法律制裁
- D. 不是每个法律条文都有法律责任的规定

【答案】 BD

【解题思路】 法律责任是指行为人由于违法行为、违约行为或者由于法律规定而应承受的某种不利的法律后果。法律责任是国家对违反法定义务、超越法定权利或滥用权利的违法行为所作出的否定的法律评价,是国家强制责任人作出—定行为或不作出—定行为,是补偿和救济受到侵害或损害的合法利益和合法权利,恢复被破坏的法律关系和法律秩序的手段。

法律责任的设定包含有正义的实现,但是,并不是所有的法律责任的设定都是正义的实现。实证主义法学派认为,“恶法亦法”。那么,“恶法”中法律责任的设定,就不是正义的实现。因此,不能绝对地说法律责任的设定都必定是正义的实现,A项的论述是错误的。

法律制裁是被动承担法律责任,是指由特定国家机关对违法者依其法律责任而实施的强制性惩罚措施。并不是所有的法律责任的实现都需要国家的强制力,如果行为主体主动承担法律责任,就不需要国家强制其履行。因此,主动承担法律责任并不是意味着接受法律制裁,C项的论述是错误的。

法律后果是某种行为或者事实产生之后,所引起的法律意义上的后果。这种后果,可以是积极的,也可以是消极的。当责任人不主动履行法律责任,需要国家强制其履行时,就产生法律制裁;当责任人主动履行法律责任时,就不涉及法律制裁。可见,法律制裁只是法律后果的一种表现形式,因此,B项是正确的。

至于D项,法律条文是法律文件的基本构成单位,分为规范性条文和非规范性条文。规范性条文是直接表达法律规范的条文;非规范性条文是指不直接规定法律规范,而规定某些法律技术内容的条文。非规范性条文没有法律责任的规定,即使是规范性法律条文,也不一定都有法律责任,如规定法律原则的规范性法律条文,就不存在法律责任,因此D项正确。

2. 下列哪些情况会导致法律责任?(2003年试卷—第32题)

- A. 保安员曲某收5元自行车停车费,并不给收据
- B. 姜某向报社写信揭露某纪录片造假,报社没有刊登
- C. 冯某经公共汽车售票员提醒后仍不给抱小孩的乘客让座,小孩被拥挤受伤
- D. 塑胶五金厂要求工人一天至少工作15小时,加班费为每小时1.5元

【答案】 AD

【解题思路】 与道义责任或其他社会责任相比,法律责任有两个特点:第一,承担法律责任的最终依据是法律,即责任法定原则;第二,法律责任具有国家强制性,由国家强制力保证其履行。以引起责任的行为性质为标准,法律责任可分为刑事责任、民事责任、行政责任、违宪责任和国家赔偿责任等。本题A项中,保安员曲某收5元自行车停车费并不给收据,违反了规定的收费标准及收费程序,属于违规滥收费的行为,依法可引起民事或行政法律责任。因此A项为应选项。

B项中,姜某向报社写信揭露某纪录片造假,但报社依法虽然有舆论监督的权利,并没有必须刊登群众来信的义务,因此报社的行为并未违反法律规定,不导致法律责任。

C项中,给抱小孩的乘客让座是社会提倡的公共道德,但并不是一项法定义务。冯某拒不让座的行为虽然不符合社会公德的要求,应当受到道德谴责,但并未违反法律。小孩被拥挤受伤和冯某的行为之间并无直接因果关系,因此不导致法律责任。

D项中,塑胶五金厂要求工人一天至少工作15小时,而加班费仅为每小时1.5元,严重违反了《劳动法》第36条、41条关于劳动者每日工作时间的规定和第44条关于加班报酬标准的规定,属于严重侵犯劳动者权益的违法行为,依法引起民事法律责任,情节、后果严重的还可追究刑事责任。因此D项为应选项。

考点5 正式的法的渊源的效力原则

【特别提示】

1. 不同位阶的法的渊源之间的冲突原则,包括:宪法至上原则、法律高于法规原则、法规高于规章原则、行政法规高于地方性法规原则等。

2. 同一位阶的法的渊源之间的冲突原则,主要包括:全国性法律优先原则;特别法优先原则;后法优先或新法优先原则;实体法优先原则;国际法优先原则;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,依照《立法法》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作出裁决:

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。

【真题精讲】

1. 某地法院在审理案件过程中发现,该省人民代表大会所制定的地方性法规规定与国家某部委制定的规章规定不一致,不能确定如何适用。在此情形下,根据《宪法》和《立法法》,下列哪种处理办法是正确的?(2006年试卷一第3题)

- A. 由国务院决定在该地方适用部门规章
- B. 由全国人民代表大会决定在该地方是适用地方性法规还是适用部门规章
- C. 由最高人民法院通过司法解释加以决定

D. 由国务院决定在该地方适用地方性法规,或者由国务院提请全国人民代表大会常务委员会裁决在该地方适用部门规章

【答案】 D

【解题思路】 根据《立法法》第86条规定,本题中,应由国务院作出在该地方适用地方性法规的决定,因此A项错误。

国务院认为应当适用部门规章的,则须提交全国人民代表大会常务委员会裁决,因此B项错误,D项正确。

C项中最高人民法院作出的司法解释是为了指导具体司法工作、保障执法活动的统一,在适用法律过程中对具体应用法律问题所作的解释。本题涉及的是审判工作和检察工作之外的其他法律如何具体适用的问题,需要依法有权解释的行政机关作出行政解释,而不是司法解释的对象,所以,C项也是错误的。

2. 下列关于我国法律效力问题的表述哪些是正确的?(2004年试卷一第54题)

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《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

【答案】 CD

【解题思路】 关于A项,必须明确,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,原则上权力机关的立法效力高于行政机关的立法,因此即使在同一级别上,地方性法规效力也要高于地方政府规章。《立法法》第80条第1款对此有明确规定,因此A项错误。

关于B项,根据《立法法》第86条第1款第2项规定,“由国务院提出意见”不等于“由国务院裁决”,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项错误。

关于C项,我国法律以不溯及既往为原则,但也存在例外。《立法法》第84条规定:“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。”由此可见,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。因此C项正确。

关于D项,根据《立法法》第81条规定,民族自治地