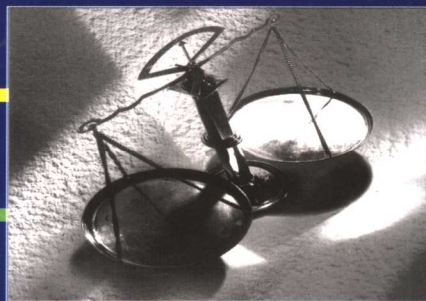


2008^年

国家司法考试

新增考点·法条精讲与模测

法律考试中心/组编



2008.

國家司法考試

新增考点·法条精讲与预测

法律职业资格考试



D9/76
:2008
2008

2008 年国家司法考试

新增考点·法条精讲与模测

法律考试中心/组编

撰稿人(按姓氏拼音排序):

但淑华	郭欣阳	李月峰
李曰龙	刘哲玮	冉巨火
宋 刚	熊 俊	叶晓川
张 红	张 鹏	

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

2008 年国家司法考试新增考点·法条精讲与模测/法律考试
中心组编. —北京:法律出版社,2008. 5
ISBN 978-7-5036-8360-2

I. 2… II. 法… III. 法律—汇编—中国—法律工作者—
资格考核—自学参考资料 IV. D920.9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 044431 号

©法律出版社·中国

责任编辑/马丽娟 张瑞珍

装帧设计/曹 铀

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/北京中科印刷有限公司

责任印制/沙 磊

开本/787×1092 毫米 1/16

印张/15.75 字数/393 千

版本/2008 年 4 月第 1 版

印次/2008 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

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

书号:ISBN 978-7-5036-8360-2

定价:32.00 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 2008 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《2008 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和新增法条,增强对新增考点和新增法条的理解和记忆,我们又组织一批常年参加司法考试辅导和研究的专家学者编写了本书。

本书分为两个部分:

一、新增考点配套模拟测试

本部分设置以下几个栏目:

1.【新增考点说明】:对 2008 年司法考试大纲以及教材新增补的考点进行总体介绍。包括以下两部分内容:

(1)总结 2008 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—2008 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 2008 年司法考试大纲和教材增补情况,在每个新增考点下配套模拟测试题,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:各考点标题前的序号为所在章和节序号,例如“1-1 法的概念的争议”,表示“法的概念的争议”是司法考试大纲法理学部分第一章第一节中的考点。

二、新增法条精讲精练

本部分以新修订和颁布的法律为主线,专门针对新修订和颁布的法律中修改、增加的重要考点,予以详尽深刻的分析,并配有适量的精选试题,从而帮助考生最大限度地掌握此类考点,用最少的时间取得最佳的成绩。

1.新旧法条对照表:针对新修订的《民事诉讼法》和《个人所得税法》这两部法律,本书的

作者专门整理出了新旧法条对照表,从而使考生可以一目了然地了解两部法律的修改之处。

2. 考点精讲:本书并不对新修订和颁布的法律中的所有知识点予以全面介绍,而只是针对新法中的重点和难点进行分析。

3. 精选测试:本书以核心考点为主线,精选了一定数量的模拟题和往年真题,其中的真题完全按照新的法律对答案进行了修正。每道试题都有答案和解题思路,可以使考生在复习完本书的重要考点后再进行强化理解。

4. 历年真题新解:对于历年考查过的新题,因为法律法规的修订,解析甚至答案与当年可能完全不同。本书对于部分法条,精选相关真题,给予最新解析,帮助考生破解法条修订带来的最新变化。

本书可广泛适用于各类考生,能够帮助考生的复习取得事半功倍的效果。由于编写和出版时间紧迫,虽各位作者尽心竭力,但疏漏之处在所难免,敬请批评、指正。

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
2008年5月

目 录

第一部分 新增考点配套模拟测试

法理学	(1)
【新增考点说明】	(1)
【配套模拟测试】	(2)
1-1 法的概念的争议	(2)
1-2 法律规则的含义	(4)
1-4 当代中国法的非正式渊源	(5)
2-3 法适用的一般原理	(7)
2-5 归纳推理、设证推理	(8)
2-5 法律解释的方法与位阶	(9)
法制史	(11)
【考点增删说明】	(11)
宪法	(12)
【新增考点说明】	(12)
【配套模拟测试】	(13)
1-1 宪法与法律的关系	(13)
1-4 宪法在建设社会主义法治国家中的作用	(14)
1-6 宪法规范的分类	(15)
1-7 宪法效力	(16)
4-1 基本权利的效力和限制界限	(16)
4-3 基本义务的概念与特点	(19)
6-2 宪法修改的含义、宪法的解释程序	(20)
经济法	(22)
【新增考点说明】	(22)
【配套模拟测试】	(23)
1-1《反垄断法》的立法目的和基本原则	(23)
1-1 垄断行为	(23)
1-1 反垄断调查机制	(29)
1-1 违反《反垄断法》的法律责任	(30)
6-2《劳动合同法》基础理论	(31)
6-2 劳动合同的解除和终止	(34)

6-2 集体合同	(36)
6-2 劳务派遣	(37)
6-2 非全日制用工	(38)
6-2 违反劳动合同的赔偿责任	(38)
7-2 建设规划管理	(40)
国际法	(42)
【新增考点说明】	(42)
国际私法	(43)
【新增考点说明】	(43)
【配套模拟测试】	(43)
5-2 中国关于物权法律适用的规定	(43)
6-2 仲裁程序中的财产保全和证据保全	(44)
国际经济法	(45)
【新增考点说明】	(45)
【配套模拟测试】	(46)
1-7 我国对外签订税收协定	(46)
司法制度和法律职业道德	(48)
【新增考点说明】	(48)
【配套模拟测试】	(52)
1-2 法律职业的概念和特征	(52)
刑法	(54)
【新增考点说明】	(54)
【配套模拟测试】	(56)
3-5 违法性认识的可能性	(56)
3-5 期待可能性	(58)
4-4 被害人承诺	(59)
4-4 自救行为	(61)
14-3 刑法分则的法条竞合	(61)
16-1 重大责任事故罪与强令违章冒险作业罪	(64)
19-1 非国家工作人员受贿罪与对非国家工作人员行贿罪	(65)
19-2 违规披露、不披露重要信息罪	(66)
20-2 骗取贷款、票据承兑、金融票证罪	(66)
20-2 妨害信用卡管理罪与窃取、收买、非法提供信用卡信息罪	(67)
25-2 组织残疾人、儿童乞讨罪	(67)
28-1 掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪	(68)
37-2 私分国有资产罪	(68)
刑事诉讼法	(69)
【新增考点说明】	(69)
【配套模拟测试】	(72)
1-4 刑事诉讼主体	(72)
1-4 刑事诉讼阶段	(73)

行政法与行政诉讼法	(75)
【新增考点说明】	(75)
【配套模拟测试】	(76)
2-5 行政机关公务员处分	(76)
9-3 政府信息公开制度	(77)
10-3 行政复议法实施条例	(78)
10-5 行政复议指导和监督	(79)
13-1《关于行政案件管辖若干问题的规定》	(80)
16-3《关于行政诉讼撤诉若干问题的规定》	(81)
民法	(83)
【新增考点说明】	(83)
【配套模拟测试】	(84)
8-2 国家所有权、集体所有权、私人所有权与其他所有权	(84)
8-3 业主的建筑物区分所有权	(86)
8-5 所有权的特别取得方法	(87)
商法	(90)
【新增考点说明】	(90)
【配套模拟测试】	(96)
2-1 合伙的类型	(96)
民事诉讼法与仲裁制度	(97)
【新增考点说明】	(97)
【配套模拟测试】	(98)
1-1 被执行人报告财产状况	(98)
1-2 限制出境	(99)
1-3 征信系统记录不履行义务信息	(99)
1-4 媒体公布不履行义务信息	(100)

第二部分 新增法条精讲与配套模拟测试

中华人民共和国集会游行示威法	(102)
【考点精讲】	(105)
【精选测试】	(106)
中华人民共和国各级人民代表大会常务委员会监督法	(108)
【考点精讲】	(113)
【精选测试】	(114)
中华人民共和国反垄断法	(116)
【考点精讲】	(121)
【精选测试】	(127)
中华人民共和国个人所得税法	(130)
【新旧法条对照表】	(133)

【考点精讲】	(133)
【精选测试】	(133)
中华人民共和国劳动合同法	(135)
【考点精讲】	(144)
【精选测试】	(147)
中华人民共和国城乡规划法	(150)
【考点精讲】	(157)
【精选测试】	(158)
最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定	(159)
【考点精讲】	(160)
【精选测试】	(162)
【历年真题新解】	(163)
中华人民共和国律师法	(165)
【考点精讲】	(171)
【精选测试】	(172)
【历年真题新解】	(173)
最高人民法院、最高人民检察院关于办理与盗窃、抢劫、诈骗、抢夺机动车相关刑事案件 件具体应用法律若干问题的解释	(175)
【考点精讲】	(176)
【精选测试】	(177)
行政机关公务员处分条例	(178)
【考点精讲】	(184)
【精选测试】	(185)
中华人民共和国政府信息公开条例	(187)
【考点精讲】	(191)
【精选测试】	(192)
中华人民共和国行政复议法实施条例	(194)
【考点精讲】	(200)
【精选测试】	(202)
最高人民法院关于行政案件管辖若干问题的规定	(204)
【考点精讲】	(205)
【精选测试】	(206)
最高人民法院关于行政诉讼撤诉若干问题的规定	(207)
【考点精讲】	(208)
【精选测试】	(209)
中华人民共和国民事诉讼法	(211)
【新旧条文对照表】	(233)
【考点精讲】	(237)
【精选测试】	(238)
【历年真题新解】	(239)

第一部分 新增考点配套模拟测试

法 理 学

【新增考点说明】

与2007年相比,2008年的法理学新增考点9个,删除考点25个,变更考点26处。新增考点主要有:

- 1. 第一章“法的本体”:
 - (1)第一节“法的概念”中,新增考点“法的概念的争议”。
 - (2)第三节“法律要素”中,新增考点“法律规则的含义”。
 - (3)第四节“法的渊源”中,新增考点“当代中国法的非正式渊源”,包括子考点“判例”、“政策”和“习惯”。
- 2. 第二章“法的运行”:
 - (1)新增“法适用的一般原理”作为第三节,包括考点“法适用的目标”、“法律适用的步骤”和“内部证成与外部证成的区分”。
 - (2)将原第五节“法律解释与法律推理”分解为第四节“法律推理”和第五节“法律解释”,并调整、删减其下考点。新增考点“归纳推理”、“设证推理”和“法律解释方法的位阶”。

附:2005—2008年大纲新增考点对照表

	章 节	大纲新增考点
2008 年	第一章第一节“法的概念”	法的概念的争议
	第一章第三节“法律要素”	法律规则的含义
	第一章第四节“法的渊源”	当代中国法的非正式渊源(判例、政策、习惯)
	第二章第三节“法适用的一般原理”	法适用的目标(可预测性与正当性) 法律适用的步骤(确认事实、寻找法律规范、推导法律决定) 内部证成与外部证成的区分
	第二章第五节“法律解释”	归纳法律推理 设证法律推理 法律解释方法的位阶
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

续表

	章 节	大纲新增考点
2007 年	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
2006 年	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)
	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 法的概念的争议

【考点提示】 法理学的核心问题在于以何种方式来回答“法是什么”的问题,法律思想上千年的发展历史就是围绕着这个问题展开的。历史上,法学家们基于各自不同的立场,提出了各自不同的法的概念,而且这些概念存在着尖锐的对立,以致难以寻找到一个公认的、相对一致的法的概念。作为 2008

年新增的考点,可以说它是一个难点,复习时要注意理论的学习以及和现实的联系,要理解掌握,而不能死记硬背。

1. 回顾西方法发展的历史,我们大致上可以将那些形形色色的法的概念区分出两种基本立场,即实证主义的法的概念和非实证主义或自然法的法的概念。下列关于这两种概念的表述哪些是正确的?

A. 自然法理论否认自身的独立性,进而

认为法必然从属于更为高级的行为标准(现代自然法理论认为主要是指道德),因此违反这个更高标准的法就不再是法了

B. 法律实证主义认为,法是人类社会的产物,是有意识创造出来的行为准则,法与其他的行为准则之间并没有必然的关系。因此,法与某些行为准则的矛盾不能成为否认法之法律属性的标准

C. 法实证主义者以权威性制定和社会实效这两个要素来定义法的概念,二者是相互对立的,即在考虑权威性制定时是不能和社会实效相融合的,反之亦然

D. 非实证主义者以内容的正确性作为法的概念的唯一定义要素,这类法的概念是排除社会实效性要素和权威性制定要素的

[答案]AB

[解析]自然法是对法的本质的研究。法的本质和现象之间存在着决定和被决定的关系,所以,“作为现象的法”与“作为本质的法”之间同样存在着决定与被决定的关系。我们将前者称为实在法,将后者称为自然法。按照自然法的理论,那些违反自然法的实在法是不具有正当性基础的,不应具有法律的效力,甚至根本不应看作是法律,因而也不具有约束人们行为的效果。法律实证主义强调实在法的自足性,认为法就是法,并不受制于法以外的其他更为高级的标准,无论这些标准是“事物的本质”、“神意”,还是“人的理性”。因此,即使实在法与上述标准相违背,也不能成为否定实在法之法律性质的理由,人们依然具有服从这种法律的义务。自然法理论和法律实证主义的区别用一句话来概括就是,自然法理论坚持“恶法非法”,而法律实证主义则认为“恶法亦法”。因此,AB是正确的选项。

法实证主义者以权威性制定(authoritative issuance)和社会实效(social efficacy)这两个要素来定义法的概念,这是正确的。我们可以将法实证主义者的法的概念区分为两大类:以社会实效为首要定义要素的法的概念和以权威性制定为首要定义要素的法的概

念。“首要”意味着一类法的概念的定义要素并不绝对地排除另一类法的概念的定义要素。因此,C选项后半部分的表述是错误的。

非实证主义者以内容的正确性作为法的概念的一个必要的定义要素,而非D选项中表述的是“唯一的”定义因素。这就意味着这类法的概念中不排除社会实效性要素和权威性制定要素。大致上,我们可以将非实证主义的法的概念分为两类:以内容的正确性作为法的概念的唯一定义要素和以内容的正确性与权威性制定和(或)社会实效性要素同时作为法的概念的定义要素。前者是以传统的自然法理论为代表,后者的代表是超越自然法与法实证主义之争的所谓第三条道路的那些法学理论,如阿列克西的理论。因此D选项是错误的。

2. 纵观自然法理论的发展史,可以大体上划分为三个基本阶段。那么下列关于自然法理论的表述中哪些是正确的?

A. 古希腊的哲学自然法理论将法划分为(作为本质的)自然法与(作为现象的)实在法两个层次

B. 中世纪的神学的自然法将上帝的意志或者理性与法的两个层次联系起来,形成多层次的法理论。代表人物奥古斯丁认为,按照效力的等级,法可以被划分为四个层次,即永恒法、自然法、人法和神法

C. 伴随着神之角色的消逝,“自然”一词的内容在近代的自然法观念上发生了极大的变化,人的理性成为自然的核心含义。这种理性的自然法以对人的预设出发点,进而认为人的基本权利是自然法的关键

D. 自然法的含义经历了从“本质”到“神意”再到“人的理性”的演变,但其基本的认识结构并未发生变化,这种认识结构就是自然法的一元论

[答案]AC

[解析]古希腊的哲学家们始终关注世界的本质问题的探讨,他们将对法的认识纳入其对于世界的解释框架之内,根据世界的本质来解释法的本质。他们认为世界由现象

世界和理念世界组成,理念是现象的本质。只有理念中的自然法才是本质上的法律,其他的法律都必须与理念的自然法保持一致。正是在这种思想的指导下,古希腊的自然法理论将法划分为(作为本质的)自然法与(作为现象的)实在法两个层次。因此,选项 A 是正确的。

中世纪的神学家将他们的宗教信仰与古希腊两个层次的法观念结合起来,形成新的自然法观念。在此期间,有两位代表人物,即奥古斯丁和托马斯·阿奎那。其中,奥古斯丁认为按照效力的等级,法可以被划分为三个层次:永恒法、自然法与人法(实在法)。托马斯·阿奎那认为除了上述三个层次之外,还存在着神法(即圣经)这个掌握在教会手中的法。但是,不论是哪种神学自然法理论,都认为上帝是法的最终来源。因此,选项 B 是错误的。

近代的自然法是自然法理论发展的第三阶段,它是一种世俗化的自然法,是以“上帝不存在”为基础的观念。这种“理性自然法”认为人的基本权利是自然法的关键,因此,侵犯人的基本权利的法将会丧失实际上的约束力。这种观念的代表人物主要是资产阶级革命的启蒙思想家,如霍布斯、洛克、孟德斯鸠、卢梭等。因此,选项 C 是正确的。

选项 D 中有关“一元论”的说法是错误的。实际上,自然法的基本认识结构是自然法与实在法的二元论。同时,自然法的基本要求并未发生变化,即实在法必须与自然法保持一致,否则,实在法将会丧失法的性质和效力,人们也就不再具有遵守实在法的义务。因此,选项 D 是错误的。

3. 法律实证主义其实是对于“法实际是什么”的研究,在不同的实证主义者看来,法是不同的实际存在的事物。法律实证主义的三位代表人物在某天偶遇,对此展开了激烈的辩论。

约翰·奥斯丁认为:①法就是由主权者颁布的,服从习惯并保证实施的命令。②那些无法体现为主权者命令的行为准则,就无

法使用“法”这个词汇加以描述。

哈特认为:③命令的约束力并非来自本身,而是来自于规范。④法就是由最高效力的基本规范通过层层授权的方式建立起来的规范体系。

汉斯·凯尔森反对将法律视为命令的观点,他认为:⑤应当将法律界定为由“初级规则”和“次级规则”结合建立起来的规则体系。

下列选项中符合各位学者各自观点的是:

- A. ①② B. ③④
C. ③④⑤ D. ①②⑤

[答案] A

[解析] 题目中提到的三位是法律实证主义的代表人物。其中,约翰·奥斯丁是该学派的创始人。该派的主要代表人物是纯粹法学派的创始人 H. 凯尔森和新分析法学派的创始人 H. L. A. 哈特,他们的学说都是在奥斯丁的法学思想基础上发展起来的。主要的区别是:凯尔森的学说又以康德的不可知论作为思想基础,是比较极端的一派,在形式上与自然法学截然对立;哈特的学说则以现代西方哲学中逻辑实证主义的概念和语言分析法作为特征,比较接近自然法学。“二战”之后,凯尔森的学说已趋动摇,哈特的学说较为流行,从而使分析实证主义法学有重振旗鼓之势。但是,无论是哪种法律实证主义的观点,都认为法是一种实际存在的实物,它并不需要符合外在的、具有更高效力的标准。因此,实在法并不因为与这些标准之间发生矛盾就必然丧失其在法律上的约束力。

题目中,汉斯·凯尔森与哈特的观点表述是错误的。其中③④应为汉斯·凯尔森的观点,而⑤是哈特的观点。因此,选项 A 是正确的。

1-2 法律规则的含义

【考点提示】 法是一个系统,是由许多具有不同内容的规范性文件组成的。任何系统都是由至少两个以上的要素组成的,我国

学界认为,法的要素分为规则、原则、术语三种基本成分。在数量上,规则占绝大多数,无论从法律实务还是司法考试的方面来讲,对于法律规则含义的正确理解是十分重要的。对于这一新增考点,我们要多注意其和相关概念的区别,认真加以辨析。

下列关于法律规则的表述哪些是正确的?

A. 法律规则是对一定的事实状态(事件和行为)赋予明确的法律意义,并确定具体法律后果的准则

B. 法律规则具有明确性,无论是其规定的事实状态还是后果。这是它与原则和概念的重要区别

C. 法律规则具有一般性,它是针对某一类事实作出的规定,适用于某类人,并不是针对特定的人、特定的事作出的规定,而且可以反复多次适用

D. 法律规则具有可预测性,人们可以根据法律规则来预测自己或他人如何行为以及由此所要承受的法律上的后果

[答案]ABCD

[解析]法律规则是法的一个重要的要素,在数量上占绝大多数。但从所处的地位看,原则处于统帅地位,规则和概念都要符合原则的基本精神。要想对法律规则的含义有一个正确的理解,首先要对法律规则、法律规范以及法律作出区分。在法学上,法律规则和法律规范在内涵和外延上是相同的。而法律规则和法律却不是完全等同的词。从广义的法律规则角度出发,二者是大体相等的概念。例如,我们常常说法律是由国家制定或认可的行为规范或规范。从狭义的法律规则角度出发,二者是一种包含关系,即法律规则是法律的组成要素之一,除规则之外,法律还包括原则和术语。

法律规则是对一定的事实状态(事件和行为)赋予明确的法律意义,并确定具体法律后果的准则。也就是说,通过法律规定某种行为和事件,使其不再是事实上的行为和事件,而成为法律上的行为或事件,而且法律

还要明确规定该行为或事件产生的后果。它具有以下三个特性:明确性(确定性)、可预测性、一般性。因此,ABCD都是正确的。

1-4 当代中国法的非正式渊源

【考点提示】有关法的非正式渊源,在2006年司法考试卷四最后一题中有所涉及。某民法典第一条规定:“民事活动,法律有规定的,依照法律;法律没有规定的,依照习惯;没有习惯的,依照法理。”在2008年的大纲中,我国法的非正式渊源作为一个新的考点,主要包括判例、政策和习惯。非正式的法律渊源的存在具有很重要的现实意义。当法律出现漏洞,法官无法寻找到正式法律渊源作为直接的合法性基础的时候,这些非正式的法律渊源就会为法官寻找间接的合法性基础提供支持。这一知识点要求考生对这三种非正式的法律渊源的含义作出明确的认识和掌握。

1. 下列关于法的正式渊源和非正式渊源的说法正确的是:

A. 正式法律渊源是指那些具有明文规定的法律效力并且能够直接作为法官审理案件之依据的规范来源

B. 非正式法律渊源是指那些不具有明文规定的法律效力,但却具有法律意义并可能构成法官审理案件之依据的准则来源

C. 表现为成文法形式的法律渊源,是决定法官审理待决案件的唯一依据

D. 法官必须考虑正式法律渊源;但是对于非正式法律渊源而言,法官可以考虑,也可以不考虑

[答案]ABD

[解析]根据效力的不同,法律渊源可以分为正式法律渊源与非正式法律渊源。正式法律渊源是指那些具有明文规定的法律效力并且能够直接作为法官审理案件之依据的规范来源。正式法律渊源主要为制定法,即不同国家机关根据具体职权和程序制定的各种规范性文件。非正式法律渊源是指那些不具有明文规定的法律效力,但却具有法律意义

并可能构成法官审理案件之依据的准则来源,如正义标准、理性标准、公共政策、习惯等。正是因为非正式法律渊源的存在,所以正式的法律渊源并不是法官审理案件的唯一依据。为了保证法官判决的公正性,基本的正义观念、社会习俗等准则来源都会在一定程度上影响判决过程。但是,这些准则来源显然与成文法不同,其中最为典型的就是这些因素并不能产生法律上的直接约束力。虽然法官无法从这种法律渊源中获得合法性与法律约束力,但是它们可以作为证明判决具备实质合理性的基础。法官的判决必然建立在正式法律渊源之上,而对于非正式法律渊源而言,虽然法官同样需要在判决中予以考虑,但是这种考虑并非必然。因此,选项ABD是正确的。

2. 关于我国的非正式法律渊源,下列说法不正确的是:

A. 在普通法系国家,判例是非正式的法律渊源;而在民法法系国家,判例是正式的法律渊源

B. 在当代中国,所有的习惯都是可以作为补充制定法的渊源的

C. 非正式法律渊源与刑法的基本原则并不矛盾,同样可以适用在刑事法律的领域

D. 《民法通则》第6条明确规定:“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。”由此可见,政策是我国的正式的法律渊源之一

[答案]ABCD

[解析]在普通法系(英美法系)国家,判例法和制定法是法的正式渊源的两种主要形式,而在民法法系(大陆法系)国家,判例是非正式的法律渊源。习惯是人们在长期社会生活中逐步地、自发地形成的特定行为方式。在古代和中世纪,习惯曾是所有国家重要的甚至是唯一的法的渊源,那时的成文法主要是从习惯法演变而来。以后随着社会生活的发展和法律的进步,习惯法的地位逐渐被规范性文件和判例所取代。目前世界上大多数国家都不再把习惯作为主要的法的渊源。而

在当代中国,只有法律承认其有效的习惯,才能作为补充制定法的渊源。由于罪刑法定原则的存在,这些非正式的法律渊源并不能在刑事法律领域适用。党的政策对法律的制定或实施都有指导作用,但在我国,政策并不作为正式的法律渊源加以适用。

3. 下列关于习惯的表述正确的是:

A. 习惯与法律一样,都是人们在社会之中所应当遵循的行为规范。但是,习惯具有自发演化的特征,是在特定社会条件下逐渐形成的

B. 任何人都是处于特定社会之中的个体,因此他们的行为都要受到社会习惯的制约,习惯的这种调整功能甚至无法被法律所取代

C. 作为法律渊源的习惯无法避免法官的任意裁判

D. 习惯只能是以非正式法律渊源的形式出现,这是因为习惯本身存在着某些无法克服的缺陷,即习惯本身的不确定性

[答案]ABD

[解析]选项A的表述是正确的。人们可以依据习惯所表现的行为一致性,对于他人的行为作出正面或者负面的评价,因此,习惯同样是评价其他人行为属性的标准。当面对存在法律漏洞的待决纠纷时,如果法官无法发现与同类案件相关的判例,那么他就可以依据社会现存的习惯作为判决考量的依据。此时,习惯就成为非正式法律渊源。习惯之所以具备这样的资格,是因为:(1)任何人都是身处于特定社会之中的个体,因此他们的行为都要受到社会习惯的制约,这种调整功能甚至无法被法律所取代。因此,法官运用习惯作为判决基础,有时产生的实际效果甚至比适用正式法律渊源更佳;(2)作为法律渊源的习惯可以避免法官的任意裁判,由于法官的任意裁判始终存在恣意的可能性,因此,利用一个客观存在的行为准则作为判决的标准,将会保障判决实现自身的实质合理性。但是,习惯只能以非正式法律渊源的形式出现,这是因为习惯本身所具有的不

确定性,具体表现在:一方面,由于社会始终处于变迁之中,因此某一习惯是否还有效力将是一个问题;另一方面,即使某一习惯得到社会的公认,但是,这个习惯的内容同样还存在不确定之处。

2-3 法适用的一般原理

【考点提示】乍一见到“法适用的一般原理”,考生可能会觉得陌生,其实,法的适用就是指司法,是指国家司法机关依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。司法是法的实施的方式之一,对于实现立法目的、发挥法律的功能具有重要的意义。这一新增考点包括了法适用的目标、法律适用的步骤、内部证成与外部证成的区分三部分,是我们以往极少涉及的知识点,有一定的难度,需要用心体会加以掌握。

1. 法律人适用法律的最直接的目标就是要获得一个合理的法律决定。学生甲和学生乙就法适用的目标展开讨论。学生甲的观点是:①做法律决定的人在做决定的过程中,应该尽可能地避免武断和恣意。②法律人保障其法律决定的正当性与非法律人相同的地方在于:通过运用特定法律人共同体所普遍承认的法学方法,如客观目的解释,保证其法律决定与实质价值或道德的一致性。③法律决定的可预测性的程度越高,人们有效地安排和计划自己的生活的可能性越大。法律决定的正当性程度越高,人们安排和计划自己满意的生活的可能性越大。

学生乙的观点是:①武断性和恣意性的多少并不影响法律决定的可预测性。②如果法律决定不具有正当性或正当性程度非常低,一个社会就不可能是一个和谐的、长治久安的社会,也就是说该社会的秩序最终可能解体。

对上述观点进行分析,下列选项哪些是正确的?

- A. 学生甲的观点①和观点②
- B. 学生甲的观点③和学生乙的观点①
- C. 学生甲的观点②和学生乙的观点②

D. 学生甲的观点①和学生乙的观点②

[答案]D

[解析]法律人适用法律的最直接的目标就是要获得一个合理的法律决定。在法治社会,所谓合理的法律决定就是指法律决定具有可预测性和正当性。法律决定的可预测性是形式法治(the formal rule of law)的要求,它的正当性是实质法治(the substantial rule of law)的要求。

可预测性意味着做法律决定的人在做决定的过程中应该尽可能地避免武断和恣意。因为越少的武断性和恣意性,法律决定就越具有可预测性。由此可以看出,学生甲的观点①是正确的,而学生乙的观点①则是错误的。法律决定的正当性是指按照实质价值或某些道德考量,法律决定是正当的或正确的。这里所谓的实质价值或道德是有一定范围的或受到限制的,主要是指特定法治国家或宪政国家的宪法规定的,一些该国家的公民都承认的、法律和公共权力应该保障与促进的实质价值。学生甲的观点②的错误在于其表述的并非是法律人保障其法律决定的正当性与非法律人相同的地方,而是二者不同的方面。学生甲的观点③与学生乙的观点②则是正确的。因此,本题的正确答案是D。

2. 下列关于法适用的步骤的说法正确的是:

A. 法律人适用法律解决个案纠纷的过程,首先要查明和确认案件事实,作为小前提;其次要选择和确定与上述案件事实相符合的法律规范,作为大前提;最后以整个法律体系的目的为标准,从两个前提中推导出法律决定或法律裁决

B. 法律人适用有效法律规范解决个案纠纷的这三个步骤是各自独立且严格区分的单个行为

C. 当法律人在选择法律规范时,他必须以该国的整个法律体系为基础

D. 法律解释对于法律适用来说是有可有无的,不是必要的

[答案]AC