



三校名师 司法考试

2008年 国家司法考试

历年考题解读

法理学·宪法·法制史·司法制度与法律职业道德 ①

三校名师司法考试命题研究中心 / 组编

- 囊括六年司考试题 全 面
- 直击考点权威解读 精 确
- 分科归类综合点评 透 彻

中国检察出版社





三校名师 司法考试

D92/39
:2008(1)
2008

2008年 国家司法考试

历年考题解读

法理学·宪法·法制史·司法制度与法律职业道德 ①

三校名师司法考试命题研究中心 / 组编

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

历年考题解读/三校名师司法考试命题研究中心组编. —北京:
中国检察出版社, 2007. 4

ISBN 978 - 7 - 80185 - 749 - 1

I. 历… II. 三… 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 043206 号

历年考题解读

法理学·宪法·法制史·司法制度与法律职业道德

三校名师司法考试命题研究中心/组编

出版人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电子邮箱: zgjccbs@vip. sina. com

电 话: (010)68682164(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 河北省三河市燕山印刷有限公司

开 本: 787mm × 1092mm 16 开

印 张: 9.5 印张

字 数: 226 千字

版 次: 2008 年 4 月第二版 2008 年 4 月第二次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 80185 - 749 - 1

总 定 价: 148.00 元 (全套共 8 册)

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

目 录



法理学命题综述	(1)
▶ 考核点一 法的本体	(3)
▶ 考核点二 法的运行	(23)
▶ 考核点三 法的演进	(32)
▶ 考核点四 法与社会	(36)
▶ 考核点五 论述题综合分析	(42)
宪法命题综述	(47)
▶ 考核点一 宪法的基本理论	(48)
▶ 考核点二 国家的基本制度	(54)
▶ 考核点三 公民的基本权利和义务	(65)
▶ 考核点四 国家机构	(70)
▶ 考核点五 宪法修正案	(83)
法制史命题综述	(88)
▶ 考核点一 西周至秦汉、魏晋时期的法制	(89)
▶ 考核点二 唐宋时期的法律制度	(95)
▶ 考核点三 明清时期的法律制度	(99)
▶ 考核点四 清末、民国时期的法律	(100)
▶ 考核点五 罗马法	(103)
▶ 考核点六 英美法系	(106)
▶ 考核点七 大陆法系	(109)
司法制度与法律职业道德命题综述	(113)
▶ 考核点一 司法制度与法律职业道德概述	(114)
▶ 考核点二 审判制度	(116)
▶ 考核点三 律师制度	(119)
▶ 考核点四 公证制度	(121)

▶ 考核点五 法官职业道德	(122)
▶ 考核点六 检察官职业道德	(127)
▶ 考核点七 律师职业道德	(131)
参考答案速查	(140)

法理学命题综述

法理学是法学的主要理论学科,法学的所有分支学科几乎都与法理学存在着程度不同的关联,鉴于此,该部分在司法考试中具有独特的地位。对这部分内容的理解和掌握将有助于我们对其他科目的学习,从过去司法考试的分值分布情况来看,2004年以前平均分在12分左右,2005年以后司法考试题型改革,增加了论述题型因而扩大了总的分值(2005年为23分客观题加25分论述题;2006年为21分客观题加35分论述题;2007年为23分客观题加45分主观题,其中包括一道选作题25分)。

法理学部分的内容比较宽泛,从以往考试的考点分布情况来看,较为侧重的具体知识点包括:法的本质、规则、要素及原则,法与道德、宗教、科技的关系,法的效力等级与法的适用冲突的解决,法治与法制的关系等问题,这些内容几乎每年必考。法的本体和法的运行两大部分内容几乎占到了法理学总分值的70%,近两年法与社会部分的分值增长迅速,也应适当关注。

从考题的设计来看,近年来法理学部分的考题呈现出以下趋势:

1. 注重对基本概念和基本理论的理解性考查

由于法理学没有直接的法条依据,因此与其他法律学科相比,更具有概括性和抽象性,这也决定了其考查的方式多是理论型的,大部分考题都是围绕基本概念来设计的。从近两年的考试来看,单纯考查考生对概念的纯粹记忆方面的内容越来越少,应用型 and 综合性题目越来越多,更加侧重理论与实践相结合,如2007年卷一第53题关于法律关系、法律推理、法律解释的考查,以及2006年卷一第51题关于法律关系的考查,都是在结合实际案例的基础上突出了综合性。考试难度的加大,这就要求我们不仅要注重理论部分学习,还要注意在深度和广度方面对相关知识进行积累和扩充。

2. 更加注重与其他部门法的关系

相比较以前的单纯考查法理学内容,这几年在司法考试中,更突出了法理学作为法学学科的基础性地位,更加注重与其他相关部门法的关系,尤其是与《立法法》相关内容的结合。这类内容几乎年年必考,2006年卷一第56题结合《刑法》相关条文,2005年卷一第4题主要运用了《产品质量法》的相关知识等。而在论述题方面这一特点表现得更加突出,因为无论运用何种部门法来进行论述,最后都要从法理学这部分来找到相应的支撑点。因此,我们在学习各部门法内容时,尤其是针对一些有争议的、还未成型的法律适用问题时,应学会多用法理学的相关知识来总结、归纳和分析。这样,我们在考试中才能融会贯通、应付自如。

3. 尝试新题材

2007年卷四中关于法理部分出现了简答题这种新题型,这与以往司考命题形式大相径庭。但简答题形式比较简单,并且答案更为固定,因此自由发挥的空间较低,难度就不大。应对此类题目的关键在于对考点的预测和记忆熟练程度,像2007年简答题考查的“社会主义法治理念的主要内容和社会主义法治的核心内容”是2007年大纲新增加的内容,也是2007年的

热点问题,所以考生在考前应该有一定的准备,因此对于新题型,应对的方法就是掌握当年的司考动态,从基础的记忆着手。

根据以上命题趋势,大家在复习法理学时应注意把握以下几点:

(1)全面复习,重点掌握。法理学部分重点内容重复率相当高,有些内容几乎是年年必考,只不过是不同的题型或不同的方式出现而已。因此在复习时一定要重点明确,尤其是一些理论上的热点和难点,更应特别注意。

(2)扎实记忆,掌握技巧。对于一些理论性的概念,一定要在理解的基础上记忆,不要死记硬背,要突出这些概念、理论的实用性,这样才能在考试中灵活运用。另外对于一些比较复杂的、易混淆的概念要注意区分,采取比较记忆的方法以弄清相互之间的区别与联系。同时也要摒弃侥幸心理,对任何知识点都要搞懂,不要押题、猜题,以防在考试时被动。

(3)开阔眼界,联系实践。法理学的理论性很强,考生在记忆、理解后要特别注重结合实践,结合社会问题,融合其他部门法的知识,提高和强化对法学基础理论的理解,训练自己依靠法理分析、判断和解决实际问题的能力。

► 考核点一 法的本体

【概说】

法的本体部分是法理学的基础,在司法考试中占有非常重要的位置,每年平均分在 10 分左右,基本上占整个法理学总分值的三分之一,尤其是 2004 年,该部分内容占整个法理学的一半以上,2005 年对该部分的考查题目更是多达 18 分,而 2007 年继续延续了这一势头。这部分内容主要包括法的概念、法的价值、法的要素、法的渊源与分类、法律部门与法律体系、法的效力、法律关系、法律责任等。尤其是法的定义和要素的内容最为关键,可以说每年必考,考生在复习时要特别注意。

【考题】

1. 马克思曾说:“社会不是以法律为基础,那是法学家的幻想。相反,法律应该以社会为基础。法律应该是社会共同的,由一定的物质生产方式所产生的利益需要的表现,而不是单个人的恣意横行。”根据这段话所表达的马克思主义法学原理,下列哪一选项是正确的?(2007 年卷一单选第 1 题)

- A. 强调法律以社会为基础,这是马克思主义法学与其他派别法学的根本区别
- B. 法律在本质上是社会共同体意志的体现
- C. 在任何社会,利益需要实际上都是法律内容的决定性因素
- D. 特定时空下的特定国家的法律都是由一定的社会物质生活条件所决定的

☞ 马克思主义基本理论在法学中的运用

关于 A 项“社会法学派”也有此观念,马克思主义法学与其他派别法学的根本区别在于法学的阶级性不同,因此 A 项错误。

马克思主义法学理论认为,法的本质反映为法的阶级性,即在阶级对立的社会,法所体现的国家意志实际上只能是统治阶级的意志。虽然有时法在一定程度上也反映出被统治阶级和统治阶级同盟者的某些要求和利益,但它们只具有局部意义,只有在保证统治阶级意志和利益得到实现的前提下才有可能被规定在法律中,因此并不能改变法是统治

阶级意志的体现这一根本属性。所谓国家意志其实就是法律化的统治阶级意志,而不是社会成员的公共意志。因此 B 项错误。

利益对法的决定作用表现在利益的分化导致法的产生;利益的发展决定法的发展;统治阶级的根本利益决定着法的本质。法对利益的反作用表现在法可以确认并界定利益关系;法可以协调各种利益关系;法可以保障利益的实现;法可以为新的利益的形成和发展提供法律环境。因此 C 项不正确。

法的本质最终体现为法的物质制约性。法的物质制约性是指法的内容受社会存在这个因素的制约,其最终也是由一定社会物质生活条件决定的。马克思主义法律理论分析社会的特点在于:认为法律是社会的组成部分,也是社会关系的反映;社会关系的核心是经济关系,经济关系的中心是生产关系;生产关系是由生产力决定的,而生产力则是不断发展变化的;生产力的不断发展最终导致包括法律在内的整个社会的发展变化。这就提供了一个将法律置于物质的能动的社会发展过程中加以考查的唯物史观的分析框架。按照这种观点,立法者不是在创造法律,而只是在表述法律,是将社会生活中客观存在的包括生产关系、阶级关系、亲属关系等在内的各种社会关系以及相应的社会规范、社会需要上升为国家的法律,并运用国家权威予以保护。所以,法的本质存在于国家意志、阶级意

志与社会存在、社会物质条件之间的对立统一关系之中。因此D项正确。

2. 我国《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年卷一单选第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

☞ 法律原则和法律规则的区别

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。按照产生基础的不同，法律原则可以分为政策性原则和公理性原则。政策性原则是国家关于必须达到的目的或目标，或实现某一时期、某一方面任务而做出的政治决定，一般来说是关于社会的政治、经济、文化、国防的发展目标战略措施或社会动员等问题。

法律规则是指由国家制定或认可，并由国家强制力保障实施的，以一定的结构形式具体规定人们的法律权利、法律义务以及相应法律后果的行为规则。法律规则具有较为严密的逻辑结构，包括假定（行为发生的时空、各种条件等事实状态的预设）、行为模式（权利和义务规定）和法律后果（含肯定式后果和否定式后果）三部分。

法律规则的分类根据规则内容规定的不同，分为授权性规则与义务性规则。授权性规则是指规定人们可为或不可为一定行为以及要求其他人为或不为一行为的规则。授权性规则可以分为职权性规则和权利性规则。义务性规则是指规定人们应为或勿为一定行为的规则。义务性规则可分为命令性规则和禁止性规则。

判断一个法律条文表述的是法律规则还是法律原则，可以从适用范围上来判断，法律

规则由于内容具体明确，它们只适用于某一类型的行为。而法律原则对人的行为及其条件有更大的覆盖面和抽象性，它们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。本题即是国家对环境保护方面的政策性原则，因此B项正确。

3. 关于法律概念、法律原则、法律规则的理解和表述，下列哪一选项不能成立？（2007年卷一单选第3题）

A. 法律规则并不都由法律条文来表述，并非所有的法律条文都规定法律规则

B. 法律原则最大程度地实现法律的确定制性和可预测性

C. 法律概念是解决法律问题的重要工具，但是法律概念不能单独适用

D. 法律原则可以克服法律规则的僵硬性缺陷，弥补法律漏洞

☞ 法律概念、法律原则、法律规则的联系和区别

法律概念是对各种法律现象或法律事实加以描述、概括的概念。法律概念本身不是法律规则或法律原则，而是表述规则和原则之内容的工具。在这个意义上，法律概念不是完全独立的法的要素，而依附于法律规则或法律原则。但有些法律条文专门用来规定法律概念，例如《刑法》中规定的刑法的一些基本概念，如犯罪、故意犯罪、过失犯罪等。因此法律概念是解决法律问题的工具，因此C项成立。

法律规则不但存在于成文法渊源中，也存在于非成文法渊源中，成文法渊源是由法律条文来表述，而非成文法渊源中习惯、政策、观念则不一定用法律条文来表述，因此A项成立。

法律原则和法律规则同为法律规范，但它们在内容的明确性、适用范围、适用方式和作用上存在明显的区别：

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,但并不直接告诉指明应当如何去实现或满足这些要求或标准,故在适用时具有较大的余地供法官选择和灵活应用。

在适用范围上,法律规则由于内容具体明确,它们只适用于某一类型的行为。而法律原则对人的行为及其条件有更大的覆盖面和抽象性,它们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。

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:如果一条规则所规定的事实是既定的,或者这条规则是有效的,在这种情况下,必须接受该规则所提供的解决办法;或者该规则是无效的,在这种情况下,该规则对裁决不起任何作用。法律原则的适用则不同,它不是以“全有或全无的方式”应用于个案当中的,因为不同的法律原则具有不同的“强度”,而且这些不同的甚至冲突的原则都可以共存于一部法律之中。当两个原则在具体的个案中冲突时,法官必须根据案件的具体情况及有关背景在不同原则间作出权衡,强度较高的原则对该案件的裁决具有指导性的作用,但另一原则并不因此无效,也并不因此被排除在法律制度之外,因为在另一个个案中,这两个原则的强度关系可能会改变。当然,在权衡原则的强度时,有些原则自始就是最强的,例如法律平等原则,民法中的“诚实信用”原则,它们往往被称为“帝王条款”。

在作用上,法律规则具有比法律原则强度大的显示性特征,即相对于原则,法官更不容易偏离规则做出裁决。因此,可以说,法律规则形成了法律制度中坚硬的部分,没有规则,法律制度就缺乏硬度。但另一方面,法律原则也是法律制度、规范中必不可少的部分,它们是法律规则的本源和基础;它们可以协调法律体系中规则之间的矛盾,弥补法律规则的不足与局限,它们甚至可以直接作为法

官裁判的法律依据;同时,法律原则通过对法官“自由裁量”的指导,不仅能保证个案的个别公正,避免僵硬地适用法律规则可能造成的实质不公正,而且使法律制度具有一定的弹性张力,在更大程度上使法律规则保持安定性和稳定性。总之,法律制度在法律原则的支持下,能够比制度的全部规则化具有更强的硬度和适应性。所以B项不成立,D项成立。

4. 2005年8月全国人大常委会对《妇女权益保障法》进行了修正,增加了“禁止对妇女实施性骚扰”的规定,但没有对“性骚扰”予以具体界定。2007年4月,某省人大常委会通过《实施〈中华人民共和国妇女权益保障法〉办法》,规定“禁止以语言、文字、电子信息、肢体等形式对妇女实行骚扰”。关于该《办法》,下列哪一选项可以成立?(2007年卷一单选第5题)

- A. 《办法》对构成“性骚扰”具体行为所作的界定,属于对《妇女权益保障法》的立法解释
- B. 《办法》属于《妇女权益保障法》的下位法,按照法律高于法规的原则其效力较低
- C. 《办法》属于对《妇女权益保障法》的变通或补充规定
- D. 《办法》对“性骚扰”进行了体系解释

☞ 法的效力等级、法律解释

立法解释是指由全国人大常委会所进行的解释,包括对宪法的解释和对法律的解释两部分,而《办法》是省人大常委会通过的,不属于立法解释,主体不符合,因此A项错误。

体系解释是指将被解释的法律条文放在整部法律中乃至整个法律体系中,联系此法条与其他法条的相互关系来解释法律,因此D项错误。

本题中制定《办法》的主体是地方国家权力机关,因此《办法》属于地方性法规,其效力要低于全国人大和全国人大常委会制定的法律,但不属于变通和补充规定,因为变通和补充规定一般是指民族自治条例和单行条例制定的以及经济特区法规制定的,因此B项正确,C项错误。

5. 关于法律语言、法律适用、法律条文

和法律渊源,下列哪一选项不成立?(2007年卷一单选第6题)

- A. 法律语言具有开放性,因此法律没有确定性
- B. 法律适用并不是适用法律条文自身的语词,而是适用法律条文所表达的意义
- C. 法律适用的过程并不是纯粹的逻辑推理过程,而有法律适用者的价值判断
- D. 社会风俗习惯作为非正式的法律渊源,可以支持对法律所作的解释

☞ 法律语言、法律适用、法律条文和法律渊源

法律语言具有模糊性和开放性,尽管法律语言具有开放性,但法律仍有确定性。故A项错误。

法律条文自身的语词适用是将法律条文适用集中在语言上,并不顾虑根据语言解释得出的结果是否公正、合理。因此在适用法律条文上,要适用其表达的意义。例如,“父母有抚养教育子女的义务,子女有赡养扶助父母的义务”这一规定中“子女”是需要作两种不同的理解,因此B项正确。

法律推理是审判活动中的思维活动,同时也是受到法律约束和调整的法律活动,必须遵从一定的规则。在审判活动中进行法律推理时必须受到现行法律的约束,现行法律是法律推理的前提和制约法律推理的条件。但是,我们在审判活动中运用法律推理时,一方面要遵守法律规则;另一方面也在进行价值判断。审判活动中的法律价值判断实际上是在价值、利益、历史、目的四维因素作用下的综合作业,也就是说,宪法规定的原则和理想,利益计算和平衡,历史及当代的目标和目的都对审判活动中的法律推理产生影响。因此C项正确。

至于D项,《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。”可见法官在进行法律解释时也可适用公序良俗来做自由裁量,因此D项正确。

6. 下列哪一选项体现了法律的可诉性特征?(2007年卷一单选第7题)

- A. 下一级的规范性法律文件因与上一

级的规范性法律文件冲突而被宣布无效

- B. 公民和法人可以利用法律维护自己的权利
- C. “一国两制”原则体现在《香港特别行政区基本法》的制定过程中
- D. 道德规范上升为法律规范

☞ 法的可诉性特征

法的可诉性是指法律具有向任何人(包括公民和法人)在法律规定的机构(尤其是法院和仲裁机构)中通过争议解决程序(特别是诉讼程序)加以运用以维护自身权利的可能性。法律的实现方式不仅表现在以国家暴力为后盾,更表现在以一种制度化的争议解决机制为权利人提供保障,通过权利人的行动,启动法律与制度的运行,进而凸显法律的功能。所以,判断一种规范是否属于法律,可以从可诉性的角度加以观察。法律的可诉性一般包括两方面含义:(1)可争讼性,即任何人均可以将法律作为起诉和辩护的根据;(2)可裁判性(可适用性),法律能否用于裁判,并作为法院适用的标准,是判断法律有无生命力、有无存续价值的标志。因此公民和法人可以利用法律维护自己的权利,正是体现了这一特征。因此B项正确。A项属于正式的法律渊源的效力问题,不属于法律的可诉性特征问题,故A项不当选。C项为法律制定原则的问题,也不当选。D项的表述为立法、法律与道德关系方面的问题,因此也不当选。

本题正确答案为B项。

7. 某日,陈某因生活琐事将肖某打伤。当地公安局询问了双方和现场目击者并做了笔录,但未做处理。两年后,该公安局对陈某作出了拘留10日的处罚。陈某申诉,上一级公安局维持了原处罚决定。陈某提起诉讼。法官甲认为该公安局违反了《人民警察法》关于对公民报警案件应当及时查处的规定,因此应当撤销其处罚决定。法官乙认为,如果因公安局的迟延处理而撤销其处罚,就丧失了对陈某的违法行为进行再处理的可能,因此不应当撤销。依据法理学的有关原理,下列哪些选项是正确的?(2007年卷一多选

第 53 题)

- A. 陈某与该公安局之间不存在法律关系
- B. 法官甲的观点说明法律具有程序性的特征
- C. 法官甲的推理属于形式推理
- D. 法官乙的观点属于司法解释

☞ 法律关系、法律推理、法律解释、法律特征

法律关系是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。陈某对肖某的故意伤害行为造成了陈某与公安机关形成行政法律关系,因此 A 项错误。

法官甲在判案中,认为公安局违反了《人民警察法》,是将法律的一般规定运用到特殊案件中,属于演绎推理,是形式推理的一种,因此 C 项正确。

司法解释是指国家最高司法机关的解释,属于正式解释的一种,而在我国,普通法官在日常司法过程中所作的法律解释被认为是非正式解释,因此 D 项错误。

法是一个程序制度化的体系或制度化解决问题的程序,法官甲认为公安局违反了《人民警察法》的有关规定,应当撤销,就是法具有程序性的消极体现,因此 B 项正确,当选。

故本题正确答案为 B、C 项。

8. 关于法律溯及力,下列哪些选项是正确的?(2007 年卷一多选第 55 题)

- A. 刑事法律若具有溯及力可能导致国家权力的滥用和扩张,也违反正义的原则
- B. 法治社会要求法律具有可预测性和确定性,而法不溯及既往原则符合这一要求
- C. 在某些现代民事法律中,为了保障公民权利,一定程度上承认法律有溯及力
- D. 法不溯及既往原则属于法律责任的归责原则

☞ 法律溯及力

法律溯及力,是指法律对其生效以前的事件和行为是否适用。如果适用,就具有溯及力;如果不适用,就没有溯及力。法是否具有溯及力,不同法律规范之间的情况是不同的。就有关侵权、违约的法律和刑事法律而

言,一般以法律不溯及既往为原则。这是由于:法律应当具有普遍性和可预测性,人们根据法律从事一定的行为,并为自己的行为承担责任。如果法律溯及既往,就是以今天的规则要求昨天的行为,就等于要求某人承担自己从未期望过的义务。败诉者将不是因为他违反了他已有的某项义务,而是因为他违反了一个事后才创造出来的新法律所规定的义务而受到惩罚。因此 A、B 项正确。

但是,法律不溯及既往并非绝对。目前各国采用的通例是“从旧兼从轻”的原则,即新法原则上不溯及既往,但是新法不认为是犯罪或者处刑较轻的,适用新法。我们也可以把这个原则称为“有利原则”,它同样具有其正当性或合理性基础。而在某些有关民事权利的法律中,法律有溯及力。比如,《著作权法》第 59 条第 1 款规定:“本法规定的著作权人和出版者、表演者、录音录像制作者、广播电台、电视台的权利,在本法施行之日尚未超过本法规定的保护期的,依照本法予以保护。”因此 C 项正确。

法不溯及既往原则是法律的效力范围问题,而法律责任的归责原则包括责任法定原则、公正原则、效益原则、合理性原则等,因此 D 项不正确。

9. 我国《婚姻法》第 33 条规定:现役军人的配偶要求离婚,须得军人的同意,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 年卷一不定项第 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

☞ 法律权利义务的规定、法律规则的构成要素

权利和义务是相对的,没有无权利的义务,也没有无义务的权利,但是权利和义务都

是有限度的,本题中规定现役军人的配偶离婚的权利需要有军人的同意即是对离婚权利的限制,这是基于对军人权利的保障,但是这种限制也不是绝对无限制地剥夺或取消,而是有适度的平衡,即如果军人有重大过错的除外。因此 A、B 项错误。

按照权利和义务相对应的主体范围的不同,可以把法律权利和法律义务划分为绝对权利义务(对世权利、对世义务)与相对权利义务(对人权利、对人义务),其中对人义务是指义务主体有特定的权利主体与之相对,义务主体应当根据特定权利主体的合法要求做出一定行为,以其给付、协助等行为使特定权利主体的利益得以实现,因此 C 项正确。

法律规则主要由假定、行为模式和法律后果三个要素组成:假定是法律规则中有关适用该规则的条件和范围部分,行为模式是指法律规则中规定人们如何具体行为的方式或方向的部分,即作为或不作为的具体行为模式,法律后果是指法律规则中对遵守规则或违反规则的行为予以肯定或否定评价的部分。本题中现役军人的配偶是假定,要求离婚是行为模式,但本题缺少法律后果,因此 D 项错误。

10.《最高人民法院关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》规定:各地高级人民法院可根据本地区经济发展状况,并考虑社会治安状况,在本解释规定的数额幅度内,分别确定本地区执行“数额较大”、“数额巨大”、“数额特别巨大”的标准。依据法理学的有关原理,下列正确的表述是:(2007 年卷一不定项第 92 题)

- A. 该规定没有体现法的普遍性特征
- B. 该规定违反了“法律面前人人平等”的原则
- C. 该规定说明:法律内容的决定因素是社会经济状况
- D. 该规定说明:政治对法律没有影响

☞ 法的特征、法与社会

法是具有普遍性的社会规范。法的普遍性的含义表现在:(1)在国家权力所及的范围内,法具有普遍效力或约束力。(2)法的

普遍性也要求平等地对待一切人的普遍性,要求法律面前人人平等。(3)近代以来的法律虽然与一定的国家紧密联系,具有民族性、地域性,但是法律的内容始终具有与人类的普遍要求相一致的趋向。因此 A、B 项错误。马克思主义认为,法律作为上层建筑的一部分,是由经济基础决定的,有什么样的经济基础就有什么样的法律。法律的起源、本质、内容、作用和发展变化,都要受到社会经济基础的制约,因此 C 项表述正确。政治与法都属于上层建筑,由于政治在上层建筑中居主导地位,因此法的产生和实现往往与一定的政治活动相关,因此 D 项不正确。

11.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 年卷一单选第 1 题)

- 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

☞ 法律原则、法的价值、法律解释

法律原则是为法律规则提供某种基础或本源的综合性的价值准则或规范,是法律诉讼、法律秩序和法律裁决的确认规范,具有一般性、稳定性等特征。而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。法律规则规定普通的行为模式,具有可重复适用性;法律规则具有微观的指导性;法律规则的可操作性较强,而且确定性较高。本题中,《合同法》第 41 条规定的内容具体、明确,不具有—般性、抽象性,与诚实信用原则等法律原则明显不同。本条文的目的是:

当合同条文出现不同理解时,为其提供具体的解释方法,具有明确的指导性,因此A项的理解有误,符合题目要求。

格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定,并在订立合同时未与对方协商的条款。通常提供格式条款一方总是制定对己方有利的条款,所以该法律条文规定“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”,从而保护非提供方的利益,追求的是法的正义价值,因此B项正确。

这一条文规定了格式条款的理解发生争议时的三种解决方案,为效率和正义两种价值冲突时的解决办法,是价值位阶原则、个案平衡及比例原则的具体化,因此C项正确。

该条文规定了法律解释的方法是“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”,法律解释应遵循的标准是“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”,因此D项正确。

故本题答案为A。

12. 某医院确诊张某为癌症晚期,建议采取放射治疗,张某同意。医院在放射治疗过程中致张某伤残。张某向法院提起诉讼要求医院赔偿。法院经审理后认定,张某的伤残确系医院的医疗行为所致。但法官在归责时发现,该案既可适用《医疗事故处理条例》的过错原则,也可适用《民法通则》第123条的无过错原则。这是一种法律责任竞合现象。对此,下列哪种说法是错误的?(2006年卷一单选第5题)

A. 该法律责任竞合实质上是指两个不同的法律规范可以同时适用于同一案件

B. 法律责任竞合往往是在法律事实的认定过程中发现的

C. 法律责任竞合是法律实践中的一种客观存在,因而各国在立法层面对其作出了相同的规定

D. 法律解释是解决法律责任竞合的一种途径或方法

☞ 法律责任竞合

法律责任的竞合是指由于某种违法行为符合多种法律责任的构成要件,从而导致多种责任的冲突现象。法律责任的竞合可以作广义和狭义的分类:广义的法律责任竞合是指同一行为在不同的法律部门间引发多种责任的产生;狭义的法律责任竞合是指同一行为违反了同一个法律部门中的不同的法律规范从而导致多个法律责任的出现。因此A项正确。

法律责任竞合来自于法律规范竞合。法律规范的抽象规定,从各种不同角度对社会关系加以规范调整,因此引起法律规范竞合,即某种法律事实的出现引起多种法律关系的产生,符合数个法律规范的要件,致使数个法律规范都可适用的现象,因此法律责任竞合往往是在法律事实的认定过程中发现的,所以B项正确。

对法律责任竞合的性质及法律上如何处理,世界上各个国家对法律责任竞合的解决方式是多样的,这与各个国家的立法体制和法律冲突解决机制的不同有关。因此C项不正确。

解决法律责任竞合需要正确理解法律规定,因此要用法律解释解决法律适用的问题,所以D项正确。

13. 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年卷一多选第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

☞ 法律关系、法律事实

法律关系是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。本案中既有刑事问题又有民事问题,法律关系错综复杂。范某与检察院之间因刑事诉讼存在法律关系,范某与汪某的家属因民事赔偿责任也同样存在实体法律关系。因此,A项说法正确,C、D两项表述错误。

法律事实依据是否以人们的意志为转移可以分为法律事件和法律行为。法律事件是指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、变更或消灭的客观现实。本案中,引起范某与司法机关的法律关系的法律事实是汪某的死亡,该事实的发生是由于范某行凶所致,范某具有故意的目的,应属于法律行为,而非法律事件。但如果因为该死亡引起的汪某的继承人的继承问题,则属于法律事件,故B项错误。

14. 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年卷一多选第52题)

- 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

☞ 法律原则的作用

法的要素包括法律规则、法律原则、法律概念三个部分。法的作用作为一种行为标准,具有评价、衡量他人行为合法与否的评判作用,可以分为规范作用和社会作用,规范作用可以分为指引、评价、教育、预测和强制五种。从《民法通则》第7条可以判断、衡量传销活动的合法与否,从而体现了A项的“法

律原则具有评价作用”。

法的规范作用中没有裁判作用,法律原则是否有裁判作用实际上是考查法律原则在法律适用中的作用、功能,即法律原则能否直接作为规范标准用于案件的裁判过程,一般在穷尽法律规则、实现个案正义等条件下应当适用法律原则解决纠纷,故B项“法律原则具有裁判作用”可以成立。

预测作用是指人们根据法律可以预先估计人们的相互间将怎样行为以及行为的后果等,从而对自己的行为作出合理的安排。立法者确立法律原则就是为了弥补法律漏洞,根据《民法通则》第7条,人们自然可以预先估计人们的相互间将怎样行为及行为的后果等,故C项“法律原则具有预测作用”能够成立。

强制作用是指法律可以通过制裁违法犯罪行为来强制人们遵守法律,执法机关和司法机关依据《民法通则》第7条对传销案件进行处理,表现了国家强制力,体现了D项的“法律原则具有强制作用”。

本题正确答案为A、B、C、D项。

15. 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年卷一单选第1题)

- A. 法对社会的控制和调整主要通过利益的调控而实现
- 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

☞ 法律与利益的关系

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,具体表现为利益表达和利益平衡。利益表达的过程同时即是对利益选择的过程;利益平衡是对利益关系的协调,是对利益冲突的解决,一般是通过某些基本原则规定和制度设计实现的。比如民法中的诚信原则,就能够维持民事活动当事人双方及社会第三者利益的平衡。因此,A、B、C项是正确的。法所体现的意志的背后是利益,

离开了利益关系,法无从产生,也无以存在。但是,利益的产生和存在却不以法律的存在为前提。因此,D项是错误的。

16. 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道,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年卷一单选第3题)

- 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

☞ 权利与义务、法律责任、规则与原则、法的正式渊源与非正式渊源

本题是一道综合考查权利、义务、责任和法律适用的题目。相对权利义务是对应特定法律主体的权利和义务。黄某对购买的房屋具有所有权,所有权是对应不特定人的绝对权利,同时他所承担的义务也是绝对义务,因此A项错误。

廖某虽然不是房屋的所有人,但是他的行为是一种侵权行为,应当承担相应的法律责任,因此B项错误。

法律规则是具体规定法律权利、法律义务和行为模式的行为规范,法的正式渊源是国家机关根据法定职权和程序制定的规范性文件。作为法的正式渊源,《民法通则》第117条对侵权行为作了明确规定,在处理侵权案件时,应当首先直接适用这一规则,因此C项错误,D项正确。

17. 郝某的父亲死后,其母季某将郝家住宅独自占用。郝某对此深为不满,拒绝向季某提供生活费。季某将郝某告上法庭。法官审理后判决郝某每月向季某提供生活费300元。对此事件,下列哪一种理解是正确

的?(2005年卷一单选第6题)

- A. 该事件表明,子女对父母只承担法律义务,不享有法律权利
- B. 法官作出判决本身是一个法律事实
- C. 法官的判决在原告之间不形成法律权利与法律义务关系
- D. 子女赡养父母主要是道德问题,法官判决缺乏依据

☞ 权利与义务的关系、法律事实、法律关系

本题实质上是通过对赡养这一简单社会关系对法律关系以及法律关系的内容和变动进行了考查。权利和义务作为法律关系的内容,二者在结构上是紧密联系、不可分割的,没有无权利的义务,也没有无义务的权利。因此,A项说法不正确。

法律事实就是法律所规定的、能够引起法律关系产生、变更和消灭的客观情况和现象,包括法律事件和法律行为。法官作出的判决依据的事实和法律、规范等,并不以当事人的意志为转移,因此这是一个客观事实,属于法律事件,为法律事实之一,所以B项说法正确。

而法官判决郝某每月向季某提供生活费300元,使得原告之间形成了一种除父母与子女之间赡养的权利义务关系之外的新的具体的债权债务关系,即子女有义务向其母亲每月提供300元生活费,母亲有每月获得300元生活费的权利。因此C项说法不正确。

赡养问题虽然更多的是一个道德问题,但是《民法通则》和《婚姻法》都对此作了具体的法律规定,因此,法官的判决是有法律依据的,故D项说法不正确。

18. 下列有关成文法和不成文法的表述,哪些不正确?(2005年卷一多选第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

☞ 法的分类

按照法的创制和表达形式,法可以分为成文法与不成文法,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,又称为制定法;而不成文法是指由国家认可其法律效力,但又不具有成文形式的法,一般指习惯法。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项正确,不当选。

不成文法还包括同制定法相对应的判例法,即由法院通过判决所确定的判例和先例。这些判例和先例对其后的同类案件具有约束力,但它不是以条文(成文)的形式出现的,因此也属于不成文法。因此B项正确,不当选。

在实行判例制度的国家,如美国,不成文法构成了国家的主要的正式法源,因此C项不正确,当选。

中国是实行成文法的国家,但是也存在不成文法,各民族特别是少数民族的习惯与现行法律、法规和社会公共利益不相抵触的,经国家认可部分就成为法的正式渊源。因此D项不正确,当选。

19. 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年卷一多选第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

☞ 法律后果、法律责任、法律制裁、法律条文

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当承受的某种不利的法律后果。承担法律责任的最终依据是法律,法律有良法和恶法之分,只有良法设定的法律责任是正义的实现,因此,A项不成立。

法律制裁是指由特定的国家机关对违法者依其法律责任而实施的强制性制裁。法律后果有合法法律后果和违法法律后果之分,只有违法法律后果才可能产生法律制裁,因

此,B项成立。

法律责任并不等于法律制裁,承担法律责任并不意味着要接受法律的制裁,因此,C项不成立。

法律条文是法律规则的表现形式,法律规则是法律条文的内容,并不是所有的法律条文都直接规定法律规则,也不是每一个条文都完整地表达一个规则或者只表述一个法律规则,因此,有的法律条文可能不规定法律责任,故D项成立。

20. 下列有关法源的说法哪些不正确?(2005年卷一多选第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

☞ 法的渊源、法律移植

法源,就是法的渊源,主要是指法的效力渊源。根据法的效力来源不同,可以划分为:制定法、判例法、习惯法等。在大陆法系,法的主要渊源是制定法,而在英美法系,法的主要渊源是判例法。但是,在英美法系中也存在成文法(制定法)渊源,如美国的宪法,它是世界上第一部成文宪法。因此,A项正确,B项错误。

法的移植反映的是一个国家对于同时代其他国家法律制度的吸收和借鉴,法的移植以被移植的法和接受移植的法之间存在着共同性,受同一规律的支配、互不排斥,可相互吸收为前提,并不受是否属于同一国家的限制。因此,C项错误。

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中得到的渊源;法的非正式渊源就是那些尚未在正式法律文件中得到体现的具有法律意义的准则和观念。因此,在适用时,应当先适用法的正式渊源。故D项正确。

21. 下列有关法对人的效力的表述哪些是正确的?(2005年卷一多选第55题)

- A. 各国法律对作为人权主体的人和作为公民权主体的人在效力规定上是相同的