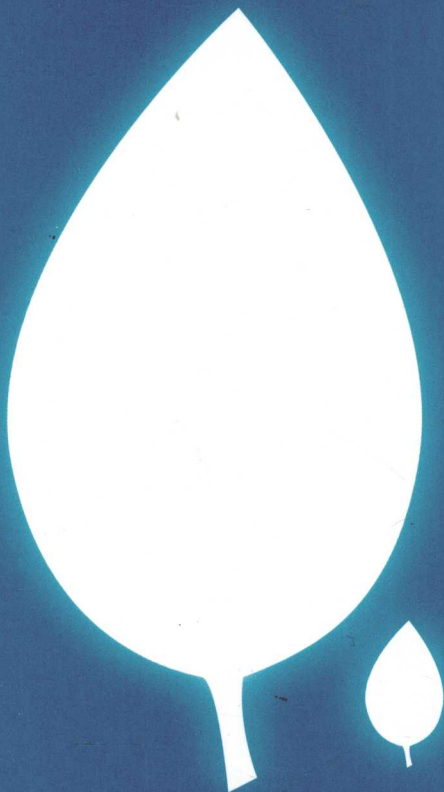




三校名师
www.santiaomingshi.com

2009^年国家司法考试
旗舰系列

1



(专题版)

最高人民法院出版社司法考试研究中心 策划
北京三校名师学校 编辑

国家司法考试历届全真题库

取之根本 悟其奥妙

北京三校名师学校精诚之作 直击历年真题题眼
紧跟司法考试命题改革方向 科学分类专题精讲

④理论法学 · 行政法卷

人民法院出版社

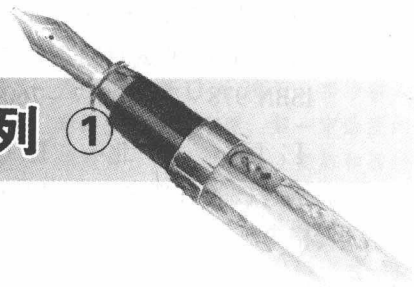


三校名师 司法考试

www.sanxiaomingshi.com



国家司法考试旗舰系列 ①



国家司法考试
历届全真

④ 理论法学·行政法卷

最高人民法院民法院出版社司考研究中心/策划

北京三校名师学校/编著

题库

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

国家司法考试历届全真题库·理论法学·行政法卷/北京
三校名师学校编著. - 北京:人民法院出版社, 2009. 2

(国家司法考试旗舰系列)

ISBN 978 - 7 - 80217 - 760 - 4

I. 国… II. 北… III. ①法的理论 - 中国 - 法律工作者 -
资格考核 - 自学参考资料②行政法 - 中国 - 法律工作者 -
资格考核 - 自学参考资料 IV. D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 211532 号

国家司法考试历届全真题库·理论法学·行政法卷

北京三校名师学校 编著

责任编辑 林志农 张承兵

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)67550563 67550567(责任编辑)
67550516(出版部) 67550558(发行部)

网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 三河市国英印务有限公司

经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16

字 数 2402 千字

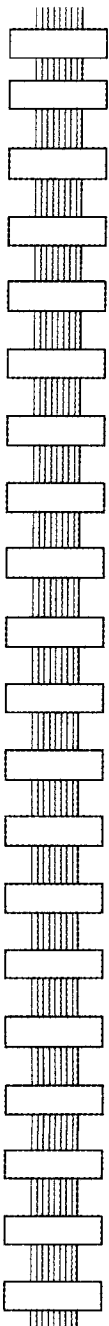
印 张 89.125

版 次 2009 年 2 月第 1 版 2009 年 2 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 80217 - 760 - 4

定 价 132.00 元(全五卷)

版权所有 侵权必究



前言

真题的重要性已被所有参加过司法考试的人验证,“想通过考试必研究历年真题”也成了通过司法考试的金科玉律。其值得如此重视的原因有两点:一是从形式上了解司法考试的出题思路和特点,做到心中有数;二是从内容上摸清司法考试的高频考点和规律,做到有的放矢。

如何才能达到这两个目的呢?本套丛书以全新的理念,以方便考生复习为出发点,以提高真题的利用率和利用价值为原则,确立了以下模式:

1. 本卷为理论法学·行政法卷,包括法理学、宪法、法制史、司法制度和法律职业道德、行政法与行政诉讼法。本卷中把十年真题以36个专题为基础进行整合,通过这种形式让考生迅速从无际的司法考试内容中找出主线,以便全面、深入研习历年试题,此为掌握司考出题思路和特点的有效途径。

2. 每一专题设有[编按],意在助考生迅速了解本专题在司法考试中所处的地位,找出其中重点、难点、疑点与考点所在以及各个具体知识点的命题规律、出题角度与常见错误之所在,此为透彻理解重要内容和规律的点睛指引。

3. 本卷在36个专题下,设置了130个知识群。通过知识群帮考生归纳相近知识点,通过代表性的试题对本知识群所涉及的知识予以详尽解析,而对与它有关的题目给以简要解析,并以备注形式单标答案。这样一方面可避免阅读大量重复的内容,为你节省时间;另一方面通过对十年试题的演练,更有助你亲身体会命题变化态势、发展趋势与预测未来走势。

十年真题 全面汇聚 名师学者 权威解析
革新模式 省时高效 疑难问题 点睛指引

目 录

法 理 学 客观题讲解与演练

- 专题一 法的本体 / 1
- 专题二 法的运行 / 32
- 专题三 法的演进 / 45
- 专题四 法与社会 / 52

法 理 学 主观题解析

- 卷四专题 案例、论述综合解析 / 58
 - 一、2008 年 / 58
 - 二、2007 年 / 59
 - 三、2006 年 / 61
 - 四、2005 年 / 62

宪 法 客观题讲解与演练

- 专题一 宪法的基本理论 / 64
- 专题二 国家的基本制度 / 72
- 专题三 公民的基本权利和义务 / 87
- 专题四 国家机构 / 94
- 专题五 宪法修正案 / 115

法 制 史 客观题讲解与演练

- 专题一 西周至秦汉、魏晋时期的法制 / 119
- 专题二 唐宋明清时期的法律制度 / 125



专题三 清末、民国时期的法律 / 130

专题四 罗马法 / 134

专题五 英美法系和大陆法系 / 137

司法制度与法律职业道德 客观题讲解与演练

专题一 司法制度与法律职业道德概述 / 143

专题二 审判制度 / 146

专题三 律师制度 / 149

专题四 公证制度 / 152

专题五 法官、检察官、律师职业道德 / 154

行政法与行政诉讼法 客观题讲解与演练

专题一 行政法基础理论 / 180

专题二 行政许可 / 196

专题三 行政处罚 / 202

专题四 政府采购 / 213

专题五 行政监察与行政应急 / 215

专题六 行政复议 / 220

专题七 行政诉讼的受案范围 / 235

专题八 行政诉讼的管辖 / 243

专题九 行政诉讼参加人 / 248

专题十 行政诉讼程序 / 259

专题十一 行政诉讼证据 / 263

专题十二 行政诉讼的特殊制度与规则 / 274

专题十三 行政诉讼裁判 / 278

专题十四 行政案件的执行 / 285

专题十五 国家赔偿 / 289

行政法与行政诉讼法 主观题解析**卷四专题 案例、论述综合解析 / 305**

一、2008 年 / 305

二、2007 年 / 307

三、2006 年 / 308

四、2005 年 / 309

五、2003 年 / 311

六、2002 年 / 314

七、2000 年 / 315

八、1999 年 / 316

九、1998 年 / 317

法理学客观题讲解与演练

专题一 法的本体

编按

法的本体部分是法理学的基础，在司法考试中有非常重要的位置，每年平均分值在10分左右，基本上占整个法理学总分值的1/3。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、法的效力、法律部门与法律体系、法律关系、法律责任等。尤其是法的定义和法的要素的内容最为关键，可以说每年必考，考生一定要特别注意。

此外，对这部分的一些难点和易混淆的知识点，例如法律规则和法律原则，我国的法律渊源和国际法的渊源的区别，法的效力在不同部门法上的体现等，考生最好进行归纳总结，以提高应试效率。

本部分的考查越来越重视理论与实践的结合，如对法律关系的考查常常通过一个案例来分析属于何种法律关系。考生不仅要掌握概念、分类等基础理论，还要培养灵活运用能力。

一、法的本质与特征

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？(2007-1-1)①

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

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

① D



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. 下列哪一选项体现了法律的可诉性特征?(2007-1-7)①

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

两方面涵义:(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。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。

3. 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,因此不应撤销。依据法理学的有关原理,下列哪些选项是正确的?(2007-1-53)②

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。

甲法官在判案中,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

① B ② BC

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,这是法具有程序性的消极体现,因此B项也正确。

4. 《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:(2007-1-92)①

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)平等地对待一切人,即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于主导地位,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。

5. 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?(2004-1-1)②

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

☞法的本质是深藏于法的现象背后,难以凭借直观的方法把握的法的内在联系,是人们可感知的法的外部联系的真实本源的一种主观把握和理性抽象。按照马克思主义法学的观点,法是国家意志的体现。由于国家形成于阶级矛盾不可调和的历史时期,它必然反映阶级对立时期的阶级关系,法所体现的国家意志实际上只能是统治阶级的意志,因此,A项是不正确的。

法具有一定的社会性,是受一定的社会因素影响的,但是法最终是由一定社会物质生活条件决定的。法是上层建筑的一部分,而经济基础决定上层建筑,上层建筑是由生产力决定的,因此生产力是最终的决定因素。这正是法的物质制约性,因此C项是不正确的。

法的物质制约性表明了法作为一种社会现象是受客观规律支配的,而法律规范受规律制约的同时又反映了客观规律。因此D项是不正确的。

法的作用包括法的规范作用和法的社会作用,法的社会作用主要涉及三个领域和两个方向。三个领域是经济生活、政治生活和思想文化生活领域,两个方向即政治职能和社会职能,因此,B项是正确的。

解答与法的本体有关的题目时,要注意每个选项的措辞,如A项“法在本质上”,C项“法最终决定于”,考生一定要注意。我国法学采用的是马克思主义法学基本理论的观点,考生在解题时,如果记不清楚法的基本理论的具体内容,也可利用马克思主义哲学的基本知识来解题。

6. 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?

① C ② B



(2002-1-81)①

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

✎马克思主义认为：法律是统治阶级或取得胜利并掌握国家政权的阶级的意志的体现。因此 A 项正确。

法体现的统治阶级意志具有整体性。这主要表现在：法所体现的统治阶级意志不是统治阶级内部的各党派、集团及每个成员的个别意志，也不是这些个别意志的简单相加，而是统治阶级的整体意志、共同意志或根本意志。因此 D 项错误。

在一定情况下，法的内容规定不仅反映统治阶级的意志，而且同时又反映被统治阶级以及统治阶级的同盟阶级的某些要求和愿望。故 B 项中“仅仅”两字表述太狭隘，所以 B 项错误。

马克思主义法学同时指出：不仅统治阶级意志的内容，而且包括法本身，都是由统治阶级所处的社会物质生活条件所决定的。因此 C 项正确。

7. 下列有关法的特征的表述哪些是正确的？(2000-1-43)②

A. 历史上的一切法的规定都是明确、肯定的

B. 法是司法机关办案的主要依据

C. 法律以外的其他社会规范，也可作为司法机关裁判案件的根据

D. 法是以国家政权意志的形式出现的

✎法的特征是：(1) 法是为人们提供行为标准的社会规范。(2) 法以国家政权意志的形式出现，故选 D 项。(3) 法是司法机关办案的主要依据。当然这并不意味着所有可作办案依据的东西都可列入法的范畴。司法机关办案依据并非只有法，其他一些社会规范，如道

德、政策等，有时也可作为司法机关办案依据。据此，可选 B、C 项。(4) 法有普遍性、明确性和肯定性。具体而言，法一般都以明确的、肯定的形式为人们提供行为标准，但这并不是说每个法的条文都以明确的、肯定的形式来规范人们的行为，有的法条是用来说明法的指导思想、基本原则等。据此，A 项的表述是欠妥当的，故不选 A 项。

8. 历史法学派是 19 世纪兴起的一个法学派别，下列哪个选项代表该学派的观点？(1999-1-29)③

A. 法是一种历史现象，是阶级社会的产物

B. 法像语言、风俗、政制一样，是随着民族的成长而成长的

C. 法是由事物的性质产生出来的必然关系

D. 法是在所有的人中确立的，并得到全人类平等遵守的自然理性

✎德国历史法学派创始人卡尔·冯·萨维尼指出，法是民族精神、民族特性和民族共同意识的体现。法随着民族的成长而成长，随着民族的加强而加强，最后随着民族个性的消亡而消亡，故选项 B 是正确的。

9. 原始社会的氏族习惯之所以不能称为“法”，原因在于哪些方面？(1998-1-71)④

A. 它与宗教规范、道德规范浑然一体

B. 它不是由国家制定或认可的

C. 它不是用语言或文字表述

D. 它不是依靠法院、警察、监狱等机关来保证实施的

✎法的特征如前面所述，故选项 B 当选。法的产生经历了法与宗教规范、道德规范浑然一体到法与宗教、道德规范分化，法相对独立发展的过程，这是法产生的规律的一个方面。A 项错在国家产生之初的习惯法与宗教、道德规范并没有明显界限，三者相互渗透、浑然一体。C 项错在国家产生之初的习惯法也不是用语言、文字表述的。D 项依靠法院、警察、监

① AC ② BCD ③ B ④ BD

—— 即使是不成熟的尝试，也胜于胎死腹中的策略 ——

狱等机关来保证实施是法以强制力保证实施的表现形式。

二、法的价值

1. 关于法律与自由,下列哪一选项是正确的?(2008-1-2)①

A. 自由是至上和神圣的,限制自由的法律就不是真正的法律

B. 自由对人至关重要,因此,自由是衡量法律善恶的唯一标准

C. 从实证的角度看,一切法律都是自由的法律

D. 自由是神圣的,也是有限度的,这个限度应由法律来规定

☞从价值上而言,法律是自由的保障,以“自由”为最高的价值目标。自由是神圣的,同时也是有限度的,只有在法律规定的许可范围内才能实现真正的自由,否则,就不可能真正实现自由的价值,故D项正确。

2. 我国《刑法》第二十一条规定,为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在发生的危险,不得已采取的紧急避险行为,造成损害的,不负刑事责任。紧急避险超过必要限度造成不应有的损害的,应当负刑事责任,但是应当减轻或者免除处罚。该条文中的价值平衡,适用的是下列哪一项原则?(2008-1-3)②

- A. 价值位阶原则 B. 个案平衡原则
C. 比例原则 D. 功利原则

☞法的各种价值之间有时会发生矛盾,从而导致价值之间的相互抵牾。由于立法不可能穷尽社会生活的一切形态,在个案中更可能因为特殊情形的存在而使得价值冲突难以避免,因而必须形成相关的平衡价值冲突的规则。在这个方面,可以采纳的原则主要有:

(1) 价值位阶原则。这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。一般而言,自由代表了人的最本质的人性需要,它是法的价值的顶端;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。因而,在以上价值之间发生冲突时,可以按照位阶顺序来予以确定何者应优先适用。

(2) 个案平衡原则。这是指在处于同一位阶上的法的价值之间发生冲突时,必须综合考虑主体之间的特定情形、需求和利益,以使得个案的解决能够适当兼顾双方的利益。

(3) 比例原则。价值冲突中的比例原则,是指为了保护某种较为优越的法价值而须侵及一种法益时,不得逾越此目的所必要的程度。换句话说,即使某种价值的实现必然会以其他价值的损害为代价,也应当使被损害的价值减低至最小限度。

本题中,刑法中关于紧急避险条款的规定,正是比例原则的体现。如果紧急避险保持在必要限度之内,由此造成的损害较之于所要保护的利益为小,则避险人不负刑事责任,但如果超过必要限度造成不应有的损害的,则应负刑事责任。

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?(2005-1-1)③

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

☞法对社会的控制和调整主要是通过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

① D ② C ③ D



三者利益的平衡,因此,A、B、C项正确。

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项错误。

4. 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?(2003-1-31)①

- 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

☞法的价值发生冲突时,有三种解决原则,详见2008年卷一第3题。由于自由、正义的价值高于秩序,三者冲突时,秩序不能优先,所谓秩序优先原则也不能采纳。故本题答案应为A、C、D三项。

三、法的要素

1. 关于法律原则的适用,下列哪些选项是错误的?(2008-1-51)②

- A. 案件审判中,先适用法律原则,后适用法律规则
B. 案件审判中,法律原则都必须无条件地适用
C. 法律原则的适用可以弥补法律规则的漏洞
D. 法律原则的适用采取“全有或全无”的方式

☞现代法理学一般都认为法律原则可以克服法律规则的僵硬性缺陷,弥补法律漏洞,保证个案正义,在一定程度上缓解了规范与事实之间的缝隙,从而能够使法律更好地与社会相协调一致。但为了将法律原则的不确定性减小在一定程度之内,需要对法律原则的适用设定严格的条件:

(1) 穷尽法律规则,方得适用法律原则。这个条件要求,在有具体的法律规则可供适用时,不得直接适用法律原则。即使出现了法律规则的例外情况,如果没有非常强的理由,法官也不能以一定的原则否定既存的法律规则。

(2) 除非为了实现个案正义,否则不得舍弃法律规则而直接适用法律原则。这个条件要

求,如果某个法律规则适用于某个具体案件,没有产生极端的不可容忍的不正义的裁判结果,法官就不得轻易舍弃法律规则而直接适用法律原则。这是因为在法的安定性和合目的性之间,法律首先要保证的是法的安定性。

(3) 没有更强理由,不得径行适用法律原则。基于某一原则所提供的理由,其强度必须强到足以排除支持此规则的形式原则,尤其是确定性和权威性。如果提出比适用该规则分量相当甚至更弱的理由,那么适用法律原则就没有逻辑证明力和说服力。

综上,A、B、D三项表述错误,当选。

2. 青年男女在去结婚登记的路上被迎面驶来的卡车撞伤,未能登记即被送往医院抢救。女方伤势过重成为植物人,男方遂悔婚约。女方父母把男方告到法院,要求男方对女方承担照顾抚养的责任。法院以法无明文规定为由,裁定不予受理。关于本案,下列哪些评论是错误的?(2008-1-53)③

- A. 支持不予受理,因为法官面对的是法律不调整的“法外空间”事项
B. 支持不予受理,因为法官正确运用了类比推理而没有采用设证推理
C. 反对不予受理,因为法官违反了“禁止拒绝裁判原则”
D. 反对不予受理,因为法官没有发挥法律在社会中的创造作用

☞欧洲大陆国家长期以来遵循着一项法律原则,即“禁止拒绝裁判”原则。该原则规定:法院有义务对其管辖范围内的待决案件作出裁判,不论法律清楚与否,也不论法律有无规定;任何情况下,法官都无权拒绝裁判。我国法院承担的职责与欧美国家有诸多相同之处:它依然是提供法律救济的最后的、最终的机构,它没有理由将寻求法律救济者推出大门,所以本题中法院以法无明文规定为由不予受理是不正确的,故A、B项错误,C项正确。

法律具有确定性和相对稳定性,法官只能

- ① ACD ② ABD ③ ABD

通过法律解释或法律原则来处理法律规则没有明确规定的案件,而不能随意创造法律,任意扩大法律在社会生活中的适用范围,故D项错误。

3. 关于法律规则的逻辑结构与法律条文,下列哪些选项是正确的?(2008-1-54)①

- A. 假定部分在法律条文中不能省略
- B. 行为模式在法律条文中可以省略
- C. 法律后果在法律条文中不能省略
- D. 法律规则三要素在逻辑上缺一不可

☞法律规则的新“三要素说”认为,任何法律规则均由假定条件、行为模式和法律后果三个部分构成,三要素在逻辑上缺一不可,故D项正确。但在法律条文中,三要素并不是必须同时具备的,是可以省略的。省略的规则是:如果是规范性法律条文,假定部分和法律后果可以省略;如果是非规范性法律条文,则三个要素都不存在,故B项正确。

4. “现今的很多法律格言都是在古罗马时期形成的,‘法律仅仅适用于将来’就是一例。这一思想后来被古典自然法学派所推崇,并体现在法国人权宣言和美国宪法之中,形成了法不溯及既往原则”。根据此引文以及相关法学知识,下列正确的表述是:(2008-1-91)②

- A. 古罗马时期的法律是用法律格言的形式表现的
- B. “法律仅仅适用于将来”已经成为现代社会的法律效力原则
- C. 只有古典自然法学派强调法不溯及既往的原则
- D. 法不溯及既往仅仅是人权宣言和宪法通行的效力原则

☞古代罗马法主要表现为习惯法、议会制定的法律、元老院决议、长老的告示、皇帝敕令、具有法律解答权的法学家的解答与著述等,故A项错误。

法不溯及既往原则是一项基本的法治原则,是指法对其生效以前的事件和行为不适用。也即“法律仅仅适用于将来”,这是现代社会的法律效力原则,故B项正确。

法不溯及既往原则不仅仅是宪法、人权宣

言的效力原则,更是现代法律通行的原则,在侵权、违约的法律,刑事法律中都适用。所以D项错误。自然法学派与实证法学派都强调法不溯及既往原则,故C项错误。

5. 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?(2007-1-2)③

- 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,或实现某一时期的、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一一定行为的规则。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

① BD ② B ③ B



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。

本题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,是国家为了实现其环境保护的目标而制定的,具有很强的政策性,该条文即是国家对环境保护方面的政策性法律原则,因此,B项正确。

6. 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?(2007-1-3)①

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

① B

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。因此，B项不成立，D项成立。

7. 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：(2007-1-91)①

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

☞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，而是有适度地平衡，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作出一定行为，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。

依前述分析可知，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。

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，应当作出有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？(2006-1-1)②

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，不具有一般性、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，当选。

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，应当作出有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，

① C ② A



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，故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，故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”，故D项正确。

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？(2006-1-52)①

- 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四项。

10. 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？(2005-1-3)②

- 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

☞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。

法律原则与法律规则的适用条件，见1、6题相关解析。因此，法律原则的适用实际上有很大的限制性，一般是法律规则不能解决具体的个案，问题或不能实现个案公正时，才考虑适用法律原则。法的正式渊源是国家机关根据

① ABCD ② D

—— 即使是不成熟的尝试，也胜于胎死腹中的策略 ——