

2011^年

法律版

国家司法考试应试指导

常考问题900例

北京众合培训学校/组编

李建伟/主编

辅导名师 准确提炼常考问题

归纳分类 集中突破备考盲区

精讲精析 查缺补漏快速提高

最新法规 揭示司考考试方向



2011 年国家司法考试应试指导

常考问题 900 例

北京众合培训学校/组编

李建伟/主编

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

常考问题 900 例/北京众合培训学校组编. —北京:法律出版社,2011

(2011 年国家司法考试应试指导)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1694 - 8

I. ①常… II. ①众… III. ①法律工作者—资格考核
—中国—自学参考资料 IV. ①D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 003411 号

©法律出版社·中国

责任编辑/丁 敏

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/17.75 字数/460 千

版本/2011 年 2 月第 1 版

印次/2011 年 2 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 - 5118 - 1694 - 8

定价:35.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

理 论 法 学

一、社会主义法治理念	(1)
二、法理学	(2)
三、法制史	(4)
四、宪法	(5)
五、司法制度和法律职业道德	(7)

经 济 法

一、竞争法	(9)
(一)反垄断法	(9)
(二)反不正当竞争法	(10)
二、消费者法	(12)
(一)消费者权益保护法	(12)
(二)产品质量法	(14)
(三)食品安全法	(15)
三、银行业法	(15)
四、财税法	(16)
(一)个人所得税法	(16)
(二)税收征收管理法	(17)
(三)企业所得税法	(19)
五、劳动法	(19)
六、土地法和房地产法	(22)
(一)土地管理法	(22)
(二)房地产法	(23)
七、环境保护法	(24)

国 际 法

一、导论	(26)
二、国际法的主体	(27)
三、国际法律责任	(29)
(一)领土	(29)
(二)海洋法	(31)

(三)空间法	(32)
五、国际法上的个人	(33)
六、外交关系与领事关系法	(34)
七、条约法	(35)
八、国际争端的和平解决	(36)
九、战争与武装冲突法	(37)

国际私法

一、国际私法的主体	(39)
二、法律冲突、冲突规范和准据法	(39)
三、适用冲突规范的制度	(41)
四、国际民商事法律适用	(42)
(一)权利能力和行为能力	(42)
(二)债权	(42)
(三)商事关系	(43)
(四)家庭	(44)
(五)继承	(44)
五、国际民商事争议的解决	(45)
(一)国际商事仲裁	(45)
(二)国际民事诉讼	(45)
(三)国际司法协助	(46)
六、区际法律问题	(47)

国际经济法

一、国际货物买卖	(49)
(一)国际贸易术语	(49)
(二)《联合国国际货物销售合同 公约》	(49)
二、国际货物运输与保险	(52)
(一)国际海上货物运输	(52)
(二)国际货物运输保险	(54)
三、国际贸易支付	(55)
四、对外贸易管理制度	(57)
五、世界贸易组织	(58)

六、国际经济法领域的其他法律制度 … (58)

 (一) 国际知识产权法 …… (58)

 (二) 国际投资法 …… (59)

 (三) 国际税法 …… (59)

 (四) 国际金融法 …… (60)

刑 法

一、刑法效力 …… (62)

二、犯罪分类 …… (62)

三、犯罪构成 …… (62)

四、犯罪排除事由 …… (65)

 (一) 正当防卫 …… (65)

 (二) 紧急避险 …… (66)

五、犯罪未完成形态 …… (67)

 (一) 犯罪中止 …… (67)

 (二) 犯罪未遂 …… (67)

 (三) 共同犯罪的停止形态 …… (68)

六、共同犯罪 …… (69)

 (一) 共同犯罪的成立 …… (69)

 (二) 共犯的认定和处罚 …… (71)

 (三) 教唆犯的认定和处罚 …… (72)

七、单位犯罪 …… (73)

八、罪数形态 …… (74)

 (一) 罪数形态的判断标准 …… (74)

 (二) 结果加重犯 …… (74)

 (三) 想象竞合犯 …… (75)

 (四) 牵连犯 …… (75)

九、刑罚裁量 …… (76)

 (一) 累犯 …… (76)

 (二) 自首和立功 …… (76)

 (三) 数罪并罚 …… (76)

十、刑罚执行 …… (78)

十一、危害公共安全罪 …… (78)

十二、破坏社会主义市场经济秩序罪

 …………… (81)

 (一) 生产销售伪劣商品罪 …… (81)

 (二) 破坏金融管理秩序罪 …… (82)

 (三) 其他问题 …… (84)

十三、侵犯公民人身权利罪 …… (85)

 (一) 故意杀人罪 …… (85)

 (二) 故意伤害罪 …… (85)

 (三) 强奸罪 …… (86)

 (四) 拐卖妇女罪 …… (87)

 (五) 其他问题 …… (88)

十四、侵犯公民财产权罪 …… (89)

 (一) 抢劫罪 …… (89)

 (二) 盗窃罪 …… (90)

 (三) 诈骗罪 …… (94)

 (四) 敲诈勒索罪 …… (95)

十五、妨害社会管理秩序罪 …… (96)

十六、贪污贿赂罪 …… (97)

 (一) 贪污罪 …… (97)

 (二) 受贿、行贿犯罪 …… (98)

 (三) 挪用公款罪 …… (100)

刑事诉讼法

一、刑事诉讼基本原则 …… (102)

二、专门机关和诉讼参与人 …… (102)

三、管辖 …… (103)

四、辩护和代理 …… (104)

五、刑事证据 …… (105)

六、强制措施 …… (107)

七、附带民事诉讼 …… (109)

八、立案 …… (109)

九、侦查 …… (110)

十、起诉 …… (110)

十一、一审程序 …… (112)

十二、二审程序 …… (117)

十三、死刑复核程序 …… (120)

十四、审判监督程序 …… (122)

十五、执行 …… (123)

行政法与行政诉讼法

一、行政法理论 …… (125)

 (一) 行政主体 …… (125)

 (二) 行政行为 …… (127)

 (三) 政府信息公开 …… (128)

二、行政处罚法 …… (128)

 (一) 行政处罚的实施主体和实

 施依据 …… (128)

 (二) 行政处罚的管辖和适用 …… (129)

(二) 有限责任公司	(211)
(三) 国有独资公司	(214)
(四) 股份有限公司	(215)
二、合伙企业法	(217)
三、个人独资企业法	(222)
四、外商投资企业法	(223)
(一) 中外合资经营企业法	(223)
(二) 外资企业法	(224)
(三) 中外合作经营企业法	(224)
五、企业破产法	(225)
六、票据法	(227)
(一) 综合	(227)
(二) 汇票	(228)
(三) 票据权利	(231)
(四) 票据丧失的补救	(232)
七、证券法	(232)
八、保险法	(234)
(一) 财产保险	(234)
(二) 人身保险	(236)
九、海商法	(238)

民事诉讼法

一、民事诉讼基本理论	(240)
二、管辖	(241)
(一) 级别管辖	(241)
(二) 地域管辖	(241)
(三) 裁定管辖	(244)
(四) 管辖权异议	(245)
三、回避	(245)
四、当事人	(246)

(一) 当事人概述	(246)
(二) 原告与被告	(246)
(三) 共同诉讼	(247)
(四) 第三人	(249)
五、诉讼代理人	(249)
六、民事证据	(249)
(一) 证据概述	(249)
(二) 证明程序	(251)
七、期间、送达	(253)
八、调解	(253)
九、财产保全和先予执行	(254)
十、普通程序	(255)
(一) 普通程序概述	(255)
(二) 普通程序的基本阶段	(257)
(三) 撤诉和缺席判决	(258)
(四) 延期审理、诉讼中止和诉讼 终结	(259)
(五) 其他问题	(260)
十一、二审程序	(261)
十二、特别程序	(263)
十三、审判监督程序	(264)
十四、督促程序	(265)
十五、判决、裁定和决定	(266)
十六、执行程序	(267)
十七、涉外民事诉讼程序	(269)
十八、仲裁程序	(269)
(一) 仲裁法概述	(269)
(二) 仲裁协议	(270)
(三) 仲裁程序	(272)
(四) 仲裁裁决的撤销与不予执 行	(273)

理论法学

一、社会主义法治理念

1. 社会主义法治理念的本质属性是“三个至上”，即“党的事业至上、人民利益至上、宪法法律至上”。有表述说“宪法法律至上”是执政党在思想认识上的一个重大转变，但这个规定在1982年宪法中就已确定，怎么会是这一次的重大转变呢？

【知识点】“宪法法律至上”的理解

【解答】宪法法律至上是人类社会特别是近代社会巨大进步的思想结晶，是对治国规律的宝贵总结，是建设法治国家题中应有之义。“三个至上”的提出，肯定了宪法法律至上这一现代法治文明的合理内核，是中国共产党总结和探索执政规律的重要成果，标志着党在思想认识上完成了领导方式和执政方式的重大转变。宪法法律至上，体现在宪法法律面前一律平等，体现在一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律。坚持宪法法律至上，必须树立宪法法律权威，必须努力维护社会主义法制的统一和尊严，一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。必须树立执法部门的公信力，通过执法者的权威来体现和维护宪法法律权威。

2. 能否帮助归纳一下社会主义法治理念的作用都包括哪些？

【知识点】社会主义法治理念的作用

【解答】概括起来说，社会主义法治理念的作用主要体现在：第一，社会主义法治理念是我国一切立法活动的思想先导；第二，社会主义法治理念是确保我国行政机关及其公职人员严格公正文明执法、实现法律效果与社会效果有机统一的思想基础；第三，社会主义法治理念是确保我国司法坚持正确方向、实现司法公正的思想保障；第四，社会主义法治理念是建设社

会主义法治文化、增强全社会法律意识的价值指引；第五，社会主义法治理念是推动法学研究繁荣和发展的重要保障。

3. 如何理解依法治国的基本内涵？

【知识点】依法治国的基本内涵

【解答】依法治国的基本内涵包括四个方面：

(1) 人民民主是依法治国的政治基础。

(2) 法制完备是法治国家的重要标志。法制完备是指一个国家法律体系的健全、完善、规范、系统、协调和同意。法律制度是法治的基础，完备的法律制度是法治建设的重要先决条件。法制完备是法治国家的重要标志，也是法治建设的首要目标。依法治国，建设社会主义法治国家的基础和前提是完善中国特色社会主义法律体系。法制完备首先是指形式意义上的完备，即法律制度的类别齐全、规范系统、内在统一。实质意义上的完备则指法律制度适应社会发展的需要，满足社会发展的客观要求，同时符合公平正义的价值要求。

(3) 树立宪法法律权威是依法治国的必然要求。树立宪法法律权威，是指宪法和法律在国家和社会生活中享有崇高的威望，得到广泛的认同和普遍的遵守；宪法和法律在调控社会生活方面发挥基础和主导的作用，一切国家权力和其他社会规范只能在宪法和法律的支配下发挥作用。

(4) 权力制约是依法治国的关键环节。依法治国的关键在于依法制权规范约束公权力，防止其滥用和扩张，保障人民权益。没有权力制约，依法治国也就无从谈起。建立健全决策权、执行权、监督权既相互制约又相互协调的权力结构和运行机制，是建设社会主义法治国家的基本要求和特征。权力制约，要求职权由法定、有权必有责、用权受监督、违法受追究。

二、法理学

1. 贾律师在一起未成年人盗窃案件辩护意见中写到:“首先,被告人刘某只是为了满足其上网玩耍的欲望,实施了秘密窃取少量财物的行为,主观恶性不大;其次,本省盗窃罪的追诉限额为800元,而被告所窃财产评估价值仅为1050元,社会危害性较小;再次,被告人刘某仅从这次盗窃中分得200元,收益较少。故被告人刘某的犯罪情节轻微,社会危害性不大,主观恶性小,依法应当减轻或免除处罚。”关于该意见,下列哪些选项是不正确的?

A. 辩护意见既运用了价值判断,也运用了事实判断

B. “被告人刘某的犯罪情节轻微,社会危害性不大,主观恶性小,依法应当减轻或免除处罚”,属于事实判断

C. “本省盗窃罪的追诉限额为800元,而被告人所窃取财产评估价值仅为1050元”,属于价值判断

D. 辩护意见中的“只是”、“仅为”、“仅从”这类词汇,属于法律概念

【知识点】 事实判断和价值判断

【解答】 事实判断是有关事实情形的描述,其中只涉及真假问题,不涉及好坏、对错问题,而价值判断正好相反。因此A对,BC两项给出的结论正好与正确答案相反:B为价值判断、C为事实判断,所以错误。

2. 什么是法的价值的冲突原则?

【知识点】 法的价值冲突

【解答】 法的价值冲突的原则主要有位阶原则、个案平衡原则和比例原则三个。价值位阶原则是指在不同位阶的法的价值发生冲突时,在前的价值优于在后的价值。比如“与利益和效率相比,自由是优先的价值原则”说明了法的价值的位阶原则。法官在考虑了各方当事人利益的基础上,找到最佳解决方案,体现了法官对各个法的价值和各方利益的平衡和考量,属于个案平衡原则。为保护某种较为优越的价值必须侵及另一种价值时,采取最优的原则尽量实现“最小损害”或“最小限制”,体现了法的比例原则。国家利益优于个人利益和集体

利益,因此也属于法的价值的位阶原则。

3. 什么是法的可诉性?

【知识点】 法的可诉性

【解答】 法的可诉性是指法律具有被任何人(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。不同的社会规范,具有不同的实现方式。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。2007年司法考试真题中就考查了法的可诉性含义。

4. 在有法律规则的前提下,还能直接适用法律原则作为裁判的根据吗?

【知识点】 适用法律原则的条件

【解答】 法律原则由于内涵高度抽象,外延宽泛,不像法律规则那样对假定条件和行为模式有具体明确的规定,所以当法律原则直接作为裁判案件的标准发挥作用时,会赋予法官较大的自由裁量权,从而不能完全保证法律的确定性和可预测性。这样,为了将法律原则的不确定性减小到一定程度之内,就需要对法律原则的适用设定严格的条件:第一,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。只有出现无法法律规则可以适用的情形,法律原则才可以作为弥补“规则漏洞”的手段发挥作用。

第二,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,没有产生极端的人们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。

第三,没有更强理由,不得径行适用法律原则。在判断何种规则在何时及何种情况下极端违背正义,其实难度很大,法律原则必须为适用

第二个条件规则提出比适用原法律规则更强的理由,否则上面第二个条件规则就难以成立。

5. 关于法律论证中的内部证成和外部证成,下列哪些选项是错误的?

A. 法律论证中的内部证成和外部证成之间的区别表现为,内部证成是针对案件事实问题进行的论证,外部证成是针对法律规范问题进行的论证

B. 无论内部证成还是外部证成都不解决法律决定的前提是否正确的问题

C. 内部证成主要使用演绎方法,外部证成主要使用归纳方法

D. 无论内部证成还是外部证成都离不开支持性理由和推理规则

【知识点】 内部证成和外部证成

【解答】 如果说法律适用过程是一个证成过程,那么从法律证成的角度看,法律人的法律决定的合理性取决于下列两个方面:一方面,法律决定是按照一定的推理规则从前提中推导出来的;另一方面,推导法律决定所依赖的前提是合理的、正当的。从上述的视角出发,法律证成可分为内部证成和外部证成,即法律决定必须按照一定的推理规则从相关前提中逻辑地推导出来,属于内部证成;对法律决定所依赖的前提的证成属于外部证成。前者关涉的只是从前提到结论之间推论是否是有效的,而推论的有效性或真实依赖于是否符合推理规则或规律。后者关涉的是对内部证成中所使用的前提本身的合理性,即对前提的证立。

内部证成保证了结论是从前提中逻辑地推导出来,它对前提是否是正当的、合理的没有任何的保障。如果法律决定所依赖的前提本身是不正当的、不合理的,那么该法律决定也就是不正当的、不合理的。

因此,就本题而言,内部证成关涉的是从前提到结论之间推论是否是有效的,而推论的有效性或真实是否符合推理规则或规律,外部证成关涉的是对内部证成中所使用的前提本身的合理性,即对前提的证立,所以,A、B项错误,当选。在外部证成的过程中必然会涉及内部证成,也就是说对法律决定所依据的前提的证成本身也是一个推理过程,我们在证成前提的过

程中也必须遵循推理规则。可见,D项正确,不当选。外部证成与内部证成都要使用演绎推理方法,C项错误,当选。

6. 怎样理解当代中国初步形成的一种“一元多级”的法律解释体制?

【知识点】 法律解释体制

【解答】 “一元”体现为“法律解释权属于全国人民代表大会常务委员会”。法律有以下情况之一的,由全国人民代表大会常务委员会解释:(1)法律的规定需要进一步明确具体含义的;(2)法律制定后出现新的情况,需要明确适用法律依据的。有权提出法律解释要求的主体是国务院、中央军事委员会、最高人民法院、最高人民检察院和全国人民代表大会各专门委员会以及省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会。“多级”表现为除全国人大常委会的法律解释外还存在其他类型的法定法律解释。我国还存在下列法定解释类型:(1)凡属于法院审判工作中具体应用法律、法令的问题,由最高人民法院进行解释。凡属于检察院检察工作中具体应用法律、法令的问题,由最高人民法院进行解释。最高人民法院和最高人民检察院的解释如果有原则性的分歧,报请全国人民代表大会常务委员会解释或决定。(2)不属于审判和检察工作中的其他法律、法令如何具体应用的问题,由国务院及主管部门进行解释。(3)凡属于地方性法规条文本身需要进一步明确界限或作补充规定的,由制定法规的省、自治区、直辖市人民代表大会常务委员会进行解释或作出规定。凡属于地方性法规如何具体应用的问题,由省、自治区、直辖市人民政府主管部门进行解释。

7. 禁止性规则和强制性规则是同一层意思吗?

【知识点】 法律规则的分类

【解答】 法律规则根据其内容的不同可以分为授权性规则(包括权利性规则和职权性规则)、义务性规则(命令性规则和禁止性规则)。所谓禁止性规则,就是告知人们不得为什么的规则。法律规则根据对人们限定程度的不同,分为强制性(或称强行性)规则和任意性规则。所谓强制性规则,就是其内容不允许人

们随意更改的规则。故“禁止性规则”不同于“强制性规则”“强制性规则”除了包括“禁止性规则”外,还有“命令性规则”、“职权性规则”。

三、法制史

1. 乾隆五十一年,四川发生一起杀人案:唐达根与宋万田本不相识,因赴集市买苞谷遂结伴同行。途中山洞避雨,宋万田提议二人赌钱。后宋万田得赢,唐达根将钱如数送上。归途,宋万田再次提议赌钱,唐达根得赢。宋万田声称唐达根要骗不肯给钱,唐达根与之争吵进而双方互殴,争斗中唐达根将宋万田打死。依据《大清律例》及《大清律辑注》,你认为唐达根有可能被官府认定犯下列哪些罪行?

A. 唐达根系没有预谋、临时起意将宋万田打死,应定“故杀”

B. 唐达根系恼羞成怒,欲夺赌钱故意将宋万田打死,应定“谋杀”

C. 唐达根系无心之下,斗殴中不期将宋万田打死,应定“斗殴杀”

D. 唐达根系无怨恨杀人动机,“以力共戏”将宋万田打死,应定“戏杀”

【知识点】 清代杀人罪行的认定

【解答】 清代的“谋杀”指有预谋的故意杀人;“故杀”指没有预谋、突然起意的故意杀人;“斗殴杀”就是“斗杀”,指在斗殴中出于激愤失手将人杀死;“戏杀”指“以力共戏”而导致杀人。“谋杀”和“故杀”关键区别在主观方面,“斗杀”和“戏杀”关键区别在客观方面。

首先,唐达根杀宋万田并非预谋杀人,而是突然起意,所以构成“故杀”。其次,唐达根是在斗殴过程中杀的宋万田,唐杀宋时两人并非在嬉戏,所以唐构成“斗殴杀”,不构成“戏杀”。故 AC 正确。

2. 关于古罗马法与近代欧洲大陆法律制度的关系,下列哪一选项是正确的?

A. 在罗马法复兴运动中成长起来的法学家阶层,为近代民法的形成发挥了重要的作用

B. 大陆法系国家民法中的法人制度和民商分立制度发源于古代罗马法时代

C. 近现代法律中的“法律面前人人平等”原则之规定没有受到罗马私法精神的影响

D. 《德国民法典》采用了潘德克顿法学派按照《十二铜表法》阐发的民法体例

【知识点】 古罗马法对近代欧洲大陆法律制度的影响

【解答】 经过罗马法复兴,以研究《国法大全》为突破口和中心,法学蓬勃发展起来,形成了一个世俗的法学家阶层,改变了教会僧侣掌握法律知识的情况。这就为把罗马法运用于实践准备了条件,从而为西欧大陆资产阶级成功借鉴罗马私法进行民事立法储备了专家基础和理论基础,故选项 A 正确。

罗马法中许多原则和制度,也被近代以来的法制所采用,如公民在私法范围内权利平等原则、契约自由原则以及权利主体中的法人制度。故选项 B 中关于法人制度发源于古代罗马法时代的说法正确。所谓民商分立,其基本含义是民法典与商法典自成体系,分别立法,各自调整社会经济关系中的民事关系与商事关系。法国在拿破仑的推动下,于 1800 年开始起草民法典,于 1804 年颁布;但几乎与此同时,在 1801 年也开始了商法典的起草,并于 1807 年颁布了商法典。因此,以法典为标志的民商分立体制正式得以确立。法国民法典可以追溯到罗马私法,但法国商法典的渊源则是中世纪商法。中世纪商法主要是适应地中海沿岸商业贸易发展的需要,在商人的商业交往中产生的各种习惯规则,如汇票规则、海上保险契约、商业契约等,其中以海商方面的规则更为突出;此外,商人还自己组织法庭来处理商事案件。商法是适应商业和贸易的发展在商人之间独立发展起来的。从中世纪商法的形成来看,可以说它与罗马法没有直接的联系。罗马法尽管区分公法和私法,但私法并没有进一步区分为民法和商法。一般认为,民商合一的源流可以追溯到罗马私法,古代商法规范被包容在罗马私法中,所以形成了两法合体、民商不分的情况。据此,选项 B 关于民商分立制度的说法错误。

近代自然法学说和“法律面前人人平等”的口号,是 17、18 世纪新兴资产阶级进行反封建斗争的主要思想武器,而近代自然法学说的思想渊源正是罗马时代的自然法思想及自由人在私法关系上地位平等的原则。据此,选项 C

错误。

在德国民法典的制定过程中,法学家们围绕着民法典的制定展开了激烈的争论。历史法学派一度占据上风。19世纪中后期,围绕民法典的制定,历史法学派内部又出现了日耳曼法学派(认为日耳曼习惯法是德意志民族精神的体现)和潘德克顿法学派(强调罗马法是德国历史上最重要的法律渊源)的争鸣。潘德克顿法学派按照罗马法《学说汇纂》阐发的民法“五编制”体例,为德国民法典所最终采用。据此,《德国民法典》采用《学说汇纂》阐发的民法“五编制”体例,而非《十二铜表法》“诸法合体、私法为主,程序法优于实体法”的十二篇体例,故选项D错误。

四、宪法

1. 下列哪些关于备案的说法不正确?

A. 行政法规、部门规章和地方性法规应当报全国人大常委会备案

B. 较大的市人民政府规章应当报国务院、省级人民政府、省级人大常委会和本级人大常委会备案

C. 较大的市的地方性法规,应当由省级人大常委会报国务院、全国人大常委会备案

D. 自治州的自治条例,应当由自治州人大报国务院、全国人大常委会备案

我搞不明白的是为什么C项要连续向两级(省级和国家级)备案呢?而B项甚至是连报三级——本级、省级、国家级。

【知识点】 规范性法律文件的备案

【解答】 答案为AD。至于规范性法律文件的备案制度说得简单点,就是怕它违反上位法。因此,备案的基本规则(当然还存在其他补充性规则)就是“下位法报上位法的制定机关备案”。较大的市人民政府规章的效力低于国务院的行政法规、省级人民政府的规章、省级人大常委会的地方性法规和本级人大常委会的地方性法规,故应向这些机关备案。

备案的补充规则之一就是“报请备案的机关相当于批准机关的文件备案”。较大的市的地方性法规经省级人大常委会批准,故相当于省级人大常委会的地方性法规备案。省级人大

的地方性法规的效力低于国务院的行政法规和全国人大常委会的法律,故选项B的说法正确。

2. 自治区的单行条例是自治区的人大还是人大常委会制定?

【知识点】 单行条例的制定机关

【解答】 民族自治地方的单行条例,与其自治条例一样,都只能由民族自治地方的人民代表大会制定。《宪法》第116条、《立法法》第66条和《民族区域自治法》第19条都规定只能由全国人民代表大会制定。在司法考试中,首要标准为法条。

3. 深圳市人大及其常委会、广东省人大及其常委会都能制定在深圳经济特区适用的经济特区法规和地方性法规,如果发生冲突,怎么办?

【知识点】 经济特区法规与地方性法规

【解答】 根据《立法法》第65条和第81条第2款,深圳市人大及其常委会制定的经济特区法规优先于广东省人大及其常委会和深圳市人大及其常委会制定的地方性法规适用;广东省人大及其常委会制定的经济特区法规优先于其制定的地方性法规适用。根据《立法法》第86条第2款和第88条第7项规定的精神,对经济特区法规有监督权的机关为全国人大常委会,因此,如果深圳市人大及其常委会制定的经济特区法规与广东省人大及其常委会制定的经济特区法规发生冲突的,应当由全国人大常委会裁决。

4. 法规与规章的区别何在?

【知识点】 法规与规章

【解答】 两者的区别有:(1)制定的主体不同。国务院可以制定行政法规,省、自治区、直辖市的人大或者常委会和较大的市人大或常委会制定地方性法规。国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构可以制定部门规章,省、自治区、直辖市和较大的市的人民政府可以制定地方政府规章。(2)效力等级不同。行政法规的效力高于地方性法规、规章;地方性法规的效力高于本级和下级地方政府规章;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。

5. 请问香港特别行政区行政长官的代理制度是如何规定的?

【知识点】 香港特别行政区行政长官

【解答】 《香港特别行政区基本法》第53条规定:特首出缺,依次由政务司长、财政司长、律政司长代理。在香港一般称为“署理”。澳门与此有点类似。但在内地,国家主席缺位的,由国家副主席继任;国家主席、副主席都缺任的,在补选之前,由全国人大常委会委员长暂时代理。至于人民政府、人民法院、人民检察院的首长以及中央军委主席缺位的,在补选之前,由本级人大常委会从相应的副职领导人员中决定代理人选。

6. 设区的市与较大的市有何关系?

【知识点】 设区的市与较大的市

【解答】 “设区的市”与“不设区的市”、“直辖市”相对。前者就是通常所说的“地级市”,其管“区”管“县”,甚至代管一些“不设区的市”。“不设区的市”就是通常所说的“县级市”。“较大的市”则有不同的含义:《宪法》第30条所说的“较大的市”就是指直辖市之外的“设区的市”,解决的是行政区划问题;《立法法》所称“较大的市”,是指省、自治区的人民政府所在地的市、经济特区所在地的市和经国务院批准的较大的市。

从立法法意义上讲,“设区的市”与“较大的市”是有关联的,“较大的市”肯定是“设区的市”,但“设区的市”未必是“较大的市”。例如,温州、泉州是“设区的市”,但并非“较大的市”。

7. 新修订的《选举法》第2条第1款说,省级、市级人大代表实行间接选举;第8条第1款说,省级、市级人大代表选举由本级人大常委会主持;第37条说,县级以上的地方各级人大代表在选举上一级人大代表时,由各级人大主席团主持。这几条规定是否矛盾?可否举例说明?

【知识点】 直接选举和间接选举

【解答】 不矛盾,第8条说的是选本级人大代表,第37条说的是选上一级人大代表。例如,北京市人大代表的选举,首先由北京市人大常委会发动,在北京这个层面上,我们说由北

京市人大常委会主持,这个主持是总体的;发动之后,由各区县人大代表在开会的时候选,在各区县就由区县人大主席团主持,这个主持是具体的。

8. 《全国人民代表大会组织法》第16条规定,有权提出罢免案的主体是三个以上的代表团、十分之一以上的代表;而《全国人民代表大会会议事规则》(以下简称《全国人大议事规则》)第39条规定,有权提出罢免案的主体是全国人大主席团、三个以上的代表团、十分之一以上的代表。应以何者为准?

【知识点】 罢免案的主体

【解答】 应当以《全国人大议事规则》的规定为准,有三类主体可以提出罢免案,包括全国人大主席团在内。因为《全国人大议事规则》是全国人大1989年制定的,而《全国人民代表大会组织法》则是全国人大1982年通过的,根据新法优于旧法的规则(《立法法》第83条),应当以《全国人大议事规则》的规定为准。

9. 全国人大对人大常委会、主席团、国务院、中央军委、最高院、最高检、各专门委员会提出的议案,主席团是不是都必须列入会议议程?还是可以列入大会议程?

【知识点】 全国人大主席团

【解答】 根据《立法法》第12、13条以及《全国人民代表大会组织法》第9、10条,全国人大常委会、国务院、中央军委、最高院、最高检、各专门委员会提出的议案,主席团都必须列入会议议程。全国人大常务会、国务院、中央军委、最高院、最高检、各专门委员会的地位与一个代表团或者30名以上代表的地位是不同的。前者都是权力机关,人大主席团必须把他们的议案列入会议议程。相对而言,一个代表团或者30名以上的代表,他们的议案是否能够被列入大会议程,完全由主席团决定。

10. 有的人说特别行政区基本法在全国有效,而有的人说只在特区适用。其效力范围是什么?

【知识点】 特别行政区基本法

【解答】 特别行政区基本法在全国范围内有效。首先,特别行政区基本法是全国人大制定的,能够在全国范围内有效。其次,特别

行政区基本法中规定了全国人大、全国人大常委会与国务院对特别行政区享有的职权,而这三机关都在内地。最后,特别行政区基本法中规定了特别行政区是我国领土不可分割的部分,专章规定了中央与特别行政区的关系,这些显然要求全国人民和所有机关都遵守。

11. 有人说,司法部的规章与江苏省人民政府规章及南京市人民政府规章有同等效力,那么是不是说江苏省人民政府与南京市人民政府的规章也有同等效力?

【知识点】 部门规章与政府规章

【解答】 二者不具有同等效力。司法部与江苏省人民政府及南京市人民政府之间不存在领导或监督的问题,大家的规章“井水不犯河水”,各自在自己范围内发布、适用;如果适用中有冲突,由其共同上级机关国务院裁决。而江苏省人民政府与南京市人民政府存在领导、监督关系,前者规章为后者规章的上位法,效力高于后者。我们立法法上有个悖论:部门规章效力等于省级政府规章效力;部门规章效力等于较大的市政府规章效力;但是,省级政府规章大于本行政区域内较大的市政府规章。

五、司法制度和法律职业道德

1. 《刑事诉讼法》第96条规定,犯罪嫌疑人在被侦查机关第一次讯问后或者采取强制措施之日起,可以聘请律师为其提供法律咨询、代理……涉及国家秘密的案件,犯罪嫌疑人聘请律师,应当经侦查机关批准。受委托的律师有权向侦查机关了解犯罪嫌疑人……律师会见在押的犯罪嫌疑人,侦查机关根据案件情况和需要可以派员在场。涉及国家秘密的案件,律师会见在押的犯罪嫌疑人,应当经侦查机关批准。《律师法》第33条规定,犯罪嫌疑人被侦查机关第一次讯问或者采取强制措施之日起,受委托的律师凭律师执业证书、律师事务所证明和委托书或者法律援助公函,有权会见犯罪嫌疑人、被告人并了解有关案件情况。律师会见犯罪嫌疑人、被告人,不被监听。问:这两个法条之间有冲突,是不是应该适用《律师法》?当涉及国家秘密的时候,犯罪嫌疑人聘请律师是否应当经侦查机关批准?涉及国家秘密的案件,

律师会见在押的犯罪嫌疑人,是否应当经侦查机关批准?

【知识点】 犯罪嫌疑人聘请律师和律师的会见权

【解答】 这两个法条是有冲突,但不是你说的冲突表现。《律师法》和《刑事诉讼法》对涉及国家秘密案件的特殊规定并没有区别。只是《律师法》没有规定而已,因此对涉及国家秘密的案件,聘请律师和律师会见都需要经过批准。新《律师法》对《刑事诉讼法》所作的不同的规定是律师会见不被监听。《刑事诉讼法》规定的是侦查机关可以派员在场,这在实践中其实也就是监听的表现形式。《律师法》明确规定不被监听,也就是明确了侦查人员不应当在场监听。对《刑事诉讼法》和新《律师法》的不同规定,还表现在《律师法》规定律师调查取证不需要征得证人等同意。这些特殊规定应当按照《律师法》的规定来执行。

2. 邱法官在出席会议期间,参加会议组织的联欢活动,发现会务组安排她与自己正在审理的案件的被告代理律师同桌相邻而坐。此时全体代表已就座,除了给邱法官安排的座位之外已无空位。在这种情况下,邱法官的下列哪一做法最符合法官职业道德规范?

A. 按号就座,但装作与律师不认识,与其不说一句话

B. 按号就座,可以与律师寒暄,但是不交谈案件事务

C. 仅与同桌的人调换座位,但桌号不变

D. 马上与会务人员联系调换座位,不与律师同桌一桌

【知识点】 法官职业道德

【解答】 《法官职业道德基本准则》第40条规定:“法官应当谨慎出入社交场合,谨慎交友,慎重对待与当事人、律师以及可能影响法官形象的人员的接触和交往,以免给公众造成不公正或者不廉洁的印象,并避免在履行职责时可能产生的困扰和尴尬。”法官应当尽可能地避免公众的合理怀疑,在日常行为上应当严于律己,所以,D项是最好的处理方式。

3. 下列哪一法律职业人员的行为不违背相应职业纪律要求?

A. 金法官向自己审理案件中受尽屈辱的原告推荐社会知名律师为其代理诉讼

B. 闻律师在办理无偿的法律援助案件后,收取受援人交通费

C. 公证员黄某在派发的名片上印有“法学硕士、法学副教授”的头衔

D. 曾律师发起举办了“金融危机下律师业的挑战”研讨会并邀请一些教授、法官、检察官、公证员朋友出席

本题答案选择了D项,为什么C项不选,还有B项法律援助时交通费也不能收吗?这有点过分了吧。

【知识点】 法律职业道德

【解答】 虽然有些情况,可能和大家在现实中看到的不同,本题即是此种情形。但在

做题时一定要摆脱掉平时的惯性思维,坚持依法条来答题。《法律援助条例》第22条规定,办理法律援助案件的人员,应当遵守职业道德和执业纪律,提供法律援助不得收取任何财物。法律援助机构所提供的法律援助完全是无偿的。闻律师收取受援人交通费,同样违反了法律援助的规定,故B项错误。《公证员惩戒规则(试行)》第12条第(5)项规定,在公证员名片上印有曾担任过的行政职务、荣誉职务、专业技术职务或者其他头衔的,对公证员应予以警告处分。C项中,公证员黄某在派发的名片上印有“法学硕士、法学副教授”的头衔,其中“法学副教授”为专业技术职务,因此此种行为违反了相应的职业道德要求,故C项错误。

经 济 法

一、竞争法

(一) 反垄断法

1. 对于国务院反垄断委员会的机构定位和工作职责是什么,是承担反垄断执法工作的机构吗?

【知识点】 反垄断委员会

【解 答】 反垄断委员会应当履行协调反垄断行政执法工作的职责。《反垄断法》第9条规定:“国务院设立反垄断委员会,负责组织、协调、指导反垄断工作,履行下列职责:(一)研究拟订有关竞争政策;(二)组织调查、评估市场总体竞争状况,发布评估报告;(三)制定、发布反垄断指南;(四)协调反垄断行政执法工作;(五)国务院规定的其他职责。国务院反垄断委员会的组成和工作规则由国务院规定。”第10条规定:国务院规定的承担反垄断执法职责的机构(以下统称国务院反垄断执法机构)依照本法规定,负责反垄断执法工作。国务院反垄断执法机构根据工作需要,可以授权省、自治区、直辖市人民政府相应的机构,依照本法规定负责有关反垄断执法工作。

2. 什么情形构成垄断协议,什么情形不构成垄断协议? 房地产公司共同涨价的行为构成垄断协议?

【知识点】 垄断协议

【解 答】 《反垄断法》第13条规定:“禁止具有竞争关系的经营者达成下列垄断协议:(一)固定或者变更商品价格;(二)限制商品的生产数量或者销售数量;(三)分割销售市场或者原材料采购市场;(四)限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品;(五)联合抵制交易;(六)国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议。本法所称垄断协议,是指排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为。”因此房地产公司共同涨价的行为构成垄断协议。

《反垄断法》第14条规定:“禁止经营者与交易相对人达成下列垄断协议:(一)固定向第三人转售商品的价格;(二)限定向第三人转售商品的最低价格;(三)国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议。”

《反垄断法》第15条规定:“经营者能够证明所达成的协议属于下列情形之一的,不适用本法第十三条、第十四条的规定:(一)为改进技术、研究开发新产品的;(二)为提高产品质量、降低成本、增进效率,统一产品规格、标准或者实行专业化分工的;(三)为提高中小经营者经营效率,增强中小经营者竞争力的;(四)为实现节约能源、保护环境、救灾救助等社会公共利益的;(五)因经济不景气,为缓解销售量严重下降或者生产明显过剩的;(六)为保障对外贸易和对外经济合作中的正当利益的;(七)法律和国务院规定的其他情形。属于前款第一项至第五项情形,不适用本法第十三条、第十四条规定的,经营者还应当证明所达成的协议不会严重限制相关市场的竞争,并且能够使消费者分享由此产生的利益。”

3. 什么情况才表明经营者具有市场支配地位,具体法律条文是什么?

【知识点】 市场支配地位

【解 答】 《反垄断法》第19条规定,有下列情形之一的,可以推定经营者具有市场支配地位:(1)一个经营者在相关市场的市场份额达到1/2的;(2)两个经营者在相关市场的市场份额合计达到2/3的;(3)三个经营者在相关市场的市场份额合计达到3/4的。有前款第(2)项、第(3)项规定的情形,其中有的经营者市场份额不足1/10的,不应当推定该经营者具有市场支配地位。被推定具有市场支配地位的经营者,有证据证明不具有市场支配地位的,不应当认定其具有市场支配地位。注意推定具有市场支配地位的最低份额是1/10,两个经营

者的合计份额不足 1/5,不能说明两个经营者的份额都不足 1/10,所以不能笼统地说可否推定其具有市场支配地位。

4. 滥用行政权力排除、限制竞争的行为,是我国《反垄断法》规制的垄断行为之一。关于这种行为,下列哪些选项是正确的?

- A. 实施这种行为的主体,不限于行政机关
- B. 实施这种行为的主体,不包括中央政府部门
- C. 反垄断法对这种行为的规制,限定在商品流通和招投标领域
- D. 反垄断法对这种行为的规制,主要采用行政责任的方式

【知识点】 滥用行政权力排除、限制竞争的行为

【解答】 《反垄断法》第 32 条规定:“行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织不得滥用行政权力,限定或者变相限定单位或者个人经营、购买、使用其指定的经营者提供的商品。”可见,实施排除、限制竞争的行为主体不限于行政机关,故 A 项正确。《反垄断法》第 32 条规定:“行政机关不得滥用行政权力,制定含有排除、限制竞争内容的规定。”可见,排除、限制竞争的行为可以是抽象的立法行为,其主体应该包括中央政府部门, B 项错误。《反垄断法》规定了五种滥用行政权力排除、限制竞争的行为,分别是:妨碍商品流通、妨碍招标投标、限制投资或设立分支机构、强制从事垄断行为、制定垄断性规定, C 项以偏概全,自然错误。《反垄断法》第 51 条第 1 款规定:“行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织滥用行政权力,实施排除、限制竞争行为的,由上级机关责令改正;对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。反垄断执法机构可以向有关上级机关提出依法处理的建议。”行政机关或者其他行政主体违法时承担的责任自然主要是行政责任, D 项正确。

(二)反不正当竞争法

5. 以下行为哪些行为构成不正当竞争?

- A. 甲厂产品发生质量事故,舆论指为乙厂产品,乙厂公开说明事情真相

B. 甲汽车厂不满乙钢铁厂起诉其拖欠货款,散布乙厂产品质量低劣的虚假事实

C. 甲冰箱厂散布乙冰箱厂售后服务差的虚假的事实,虽未指名,但一般人可以推知

D. 甲灯具厂捏造乙灯具厂偷工减料的事实但只告诉给乙厂的几家客户

【知识点】 不正当竞争行为

【解答】 CD。《反不正当竞争法》第 2 条第 2 款规定:本法所称的不正当竞争,是指经营者违反本法规定,损害其他经营者的合法权益,扰乱社会经济秩序的行为。所以,简单来说,该法就是调整“经营者对经营者”关系的法律。但具体到本题,却不能如此简单地来看。我们知道,所谓不正当竞争用通俗的话来讲就是“同行是冤家”。如果不是“同行”,即使经营者之间发生了纠纷我们也不能简单地认为存在不正当竞争关系。如本题所言, A 的错误显而易见,而单就 B 来说,这种行为不构成不正当竞争。作一个通俗的比喻,不正当竞争者之间往往有一种“损人则利己”的关系,如生产商之间、销售商之间等。本题中汽车厂与钢铁厂之间则不存在这种各自业务的“此消则彼长”的关系,故不属于《反不正当竞争法》的调整范围。

6. 下列行为中,哪些属于法律规定的不正当竞争行为?

A. 某地方税务局为扶持少数民族地区、贫困地区,发展本地经济而依税法有关规定采取了一系列减免地方税收的优惠措施

B. 某市近年来连续发生恶性煤气泄漏事故,经查乃因煤气阀门质量低劣所致,该市有银河公司和华为公司两家企业生产的阀门质量合格,市政府限定所有单位一律更换为华为公司产品

C. 某市政府以保障人身、财产安全为由,限制外地生产的面包车在该市销售及行驶

D. 国家行政主管机关针对社会上泛滥的“蚕茧大战”、“棉花大战”,采取相应的措施予以解决的行为

【知识点】 限制竞争行为

【解答】 BC。根据《反不正当竞争法》第 7 条的规定,政府及其所属部门不得滥用行