



三公律博考研必读系列

中国政法大学 法学考研主观题汇编

FAXUE KAOYAN ZHUGUANTI HUIBIAN

三公律博法学教育中心◎编



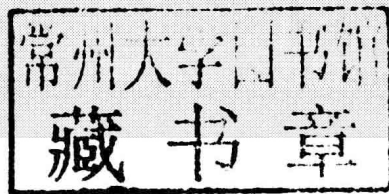
中国政法大学出版社



三公律博考研必读系列

中国政法大学 法学考研主观题汇编

FAXUE KAOYAN ZHUGUANTI HUIBIAN



三公律博法学教育中心◎编

中国政法大学图书馆藏

2012年10月11日



中国政法大学出版社

北京市海淀区西土城路125号

2012·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

中国政法大学法学考研主观题汇编 / 三公律博法学教育中心编. —北京: 中国政法大学出版社, 2012. 8 (三公律博考研必读系列)

ISBN 978-7-5620-4454-3

I. ①中… II. ①三…III. ①法律-研究生-入学考试-习题集 IV. ① D9-44

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第198715号

书 名	中国政法大学法学考研主观题汇编 ZHONGGUOZHENGFADEXUE FAXUEKAOYAN ZHUGUANTI HUIBIAN
出版发行	中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号) 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088 fada.sf@sohu.com http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社) (010) 58908433(编辑部) 58908325(发行部) 58908334(邮购部)
承 印	固安华明印刷厂
规 格	787mm × 1092mm 1/16
印 张	15
字 数	345 千字
版 本	2012 年 9 月第 1 版 2012 年 9 月第 1 次印刷
书 号	ISBN 978-7-5620-4454-3/D · 4414
定 价	30.00 元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

前 言

中国政法大学作为中国法学教育的最高学府，一直以来都是万千法学学子向往的所在；每年的研究生入学考试中，法大考研也因此如千军万马过独木桥般竞争激烈。在这场没有硝烟的战争中，一题一分的得失都举足轻重，更何况作为考试重头戏的主观题，特别是2011年底法大考研政策突变，主观题在专业课初试中的比重大幅提升，其重要性越发不容忽视。而与此形成鲜明对比的则是因市面上高质量主观题备考资料的严重缺失和后期主观题备考时间紧迫所带给广大考生的迷茫与无奈。作为法大考研的权威专业辅导机构，三公律博敏锐地捕捉到了广大考生的迫切需求，审时度势，第一时间做出编写法大考研主观题的重要决策；经过紧张不懈的努力准备，终于有了今日文稿的付梓成书。

在本书编写体例的选择上，经过深思熟虑，我们最终决定从便利考生备考的角度出发，立足于法大考研最新版核心教材，并以历年真题为突破点进行发散性扩张，努力在囊括核心考点的基础上保证主观题总结的全面性、系统性、简洁性、时效性。细心的读者不难发现，这也正是本书的一大特色。具体表现在以下几个方面：其一，各科目主观题的总结顺序大体与核心教材各章节的编排顺序一致，个别科目根据编写需要加以必要调整，以便于大家从宏观上理顺各科目的知识体系。其二，在题目的选取上，以2005年至2012年法大考研主观题真题（题后用括号注明考题年份、题型）为线索，“顺藤摸瓜”，引申出相关类似考点加以总结；有助于大家触类旁通，对核心教材上的相关考点一网打尽。其三，在参考答案的编排上，采取答题要点的方式，精简文字，并用递进序号和对比符号（即“VS”）等加以标明，一目了然；这对于大家在复习时间万分紧张的后期阶段快速理解、记忆相关考点能够起到重要作用。其四，在参考答案的内容上，主要依托于法大考研最新版核心教材，同时结合历年真题参考答案，并吸收最新修改的相关法律法规的核心内容加以整合，以最大限度地保证准确性、合理性、权威性，使得大家在考前冲刺阶段能够“一卷在手，高枕无忧”！

关于本书的使用，有以下两点需要加以特别说明：第一，这份主观题核心笔记的总结归纳用语相对简练、抽象，因此，建议大家在使用本书之前对核心教材和历年真题有一定的掌握，最好能够精读一遍核心教材并精做一遍历年真题，这样才能最大限

度地发挥本书的功效，在后期紧张的复习中起到事半功倍的作用；否则，没有一定复习基础直接使用本书可能会在一定程度上存在理解困难，最终影响复习效果。第二，必须强调的是，本书中题目所提供的参考答案仅仅定位于答题要点和思路，如上所述，这是出于方便考生快速理解、记忆考虑，在正式的考试中，则必须使用规范的答题格式，特别是对于分析论述题，应该转换成用语通顺连贯、结构清晰的论文格式，而不能仅仅通过条条框框列明答题要点，这一点值得高度注意。以民法部分“共同危险行为与共同侵权行为的异同”一题为例，真正考试时答案应组织如下：“1. 共同危险行为是指共同危险行为是指数人同时或者相继为危险行为并造成损害结果，实际侵害行为人无法确定的侵权行为。共同侵权行为是指数人基于共同过错而侵害他人的合法权益，依法应当承担连带赔偿责任的侵权行为。2. 两者的相同点：（1）构成要件。两者都要求侵权行为与损害后果的客观存在。（2）责任基础。两者都按照过错责任原则归责。（3）法律效果。两者都要求侵权人承担连带责任。3. 两者的不同点：（1）行为人是否确定。共同危险行为人具有不确定性，可以是数人中的一人，也可以是多人；共同侵权行为的行为人是确定的。（2）因果关系的确定。共同危险行为中，只有部分行为与损害结果具有因果关系，但无从确定，行为人可以以其行为与损害结果欠缺因果关系为由主张免责；共同侵权行为与损害结果具有一般意义上的因果关系。（3）意思联络。共同危险行为的行为人之间无意思联络；共同侵权行为的行为人之间具有意思联络。”

最后，衷心地希望这本书对大家有所帮助，并预祝大家考研顺利、成功！

三公律博法学教育中心
2012年8月

目 录

法理学	1
宪法学	26
国际法	49
国际私法	65
国际经济法	80
行政法学	99
民法学	123
刑法学	154
民事诉讼法学	177
刑事诉讼法学	198



法 理 学

1. 法律科目具有哪些特点？(05, 简答)

所谓法律科目指法律这门区别于自然科学、社会科学等科目的学科。法律科目的特点，亦即法学的特点，具体包括以下方面：

(1) 制度关联性。法律是一种制度。法学研究的对象总是指向法律现象或法律问题，故法学的兴衰注定与一国法律制度的发展相关联，所谓法制兴则法学繁荣；法制衰则法学不振。而其他学科（文学、哲学）的发展则不一定以特定制度的存在为前提。

(2) 务实性。法律科目的目标不在于寻求纯粹的知识，它必须面对和关注社会世俗生活，为人们社会生活中的困惑、矛盾、冲突寻求切实的法律解决方案，确立基本原则，或为法律决定做出合理而具有说服力的论证，具有实践性。

(3) 经验理性。法律科目是人的法律经验、知识、智慧、理性的综合体现，法学的论证不仅需要概念和原理的推导，更需要对案件进行利益衡量，判断分析更需要经验和积累。

(4) 职业性。法律科目是一门职业性知识体系，其使用的语言是冷静、刚硬、简洁、合乎逻辑的，是经过法学家们提炼、加工、创造出来的行业语言，与人们日常语言存在一定差别。

(5) 价值取向性。法律科目不同于自然科学，研究的是一种“价值性事实”，即反映人类价值观、价值倾向、价值意义的社会事实。无论在立法、守法还是司法中，人们的行为和行为关系都具有价值评价性。

2. 法学思维的特点。(08, 简答)

法学思维是法学研究者在研究法律现象时所持的思考立场、态度、观点、价值和方法，具有以下特点：

(1) 实践性。区别于自然科学，在于它不是“纯思”，不追求“纯粹的知识”，而是“实践的知识”。

(2) 以实在法为起点。法学家的思考不能游离于各个时代的实在法，不能像哲学家一样站在超然之外的立场来批判法律，而应首先是“体系内的批评”，必须依托实在法按照“法学范式”来进行作业。

(3) 问题思维。法学思维总是针对法律问题（如立法问题、执法问题、司法问题、守法问题；法律解释或推理问题）来进行的，而不是简单地运用演绎法将法律作为毋庸置疑的前提条件，通过推理得出结论的过程；法学的首要任务就是解决法律问题。

(4) 论证、说理性思维。法学在为法律问题提出解决方案时，必须为结论提供必要而充分的理由，遵循着‘理由优先于结论’的规则。

(5) 评价性思维。法学研究的是一种“价值性事实”，故必牵涉价值评价。其关切的不是“逻辑上必然”的推论，毋宁是一些可以理解且有信服力的思想步骤，其是一种价值导向性思考方式，以“正义公正”为主要价值取向。

3. 从哪些角度看，平等是法的价值目标和制约因素？(05，简答)

所谓平等，从广义上讲就是指社会主体于相同情况下在社会体系、社会生活中处于相同地位，有相同资格、发展机会和待遇。其在立法、执法、守法三个方面构成了法的价值目标和制约因素。

(1) 从立法上看：平等是鉴别立法进步与落后，区分民主与专制立法的显著标志，对所有人平等适用，规定平等原则的立法是民主、进步的立法；反之则是专制、落后的立法。

(2) 从执法上看：平等是促进执法活动公正无私、提高执法质量的必要因素。①执法离不开执法人员的思想文化素质。执法人员有无平等观念直接影响执法效果。②执法效果离不开制度保障，而平等的社会制度的确立将为执法上的平等提供可靠的依据和标准。③执法离不开平等的社会环境，平等制度和原则在社会生活中的实现，会为执法创造良好的社会条件。

(3) 从守法上看：平等是人们自觉遵守法律、反对特权的力量来源。在民主国家，平等是人们自觉守法的内在动力；同时，平等制度、平等环境等也会为人们自觉守法提供外在保障。

4. 法与原始社会习惯的区别。(06，简答)

法与原始社会习惯具有以下不同之处：

(1) 体现的意志：国家意志形式下的统治阶级意志 VS 利益高度融合基础上的氏族全体成员共同意志。

(2) 产生方式：有意识的创造（自觉）、认可 VS 自发形成。

(3) 实施方式：国家强制力 VS 自觉、舆论、首领威望。

(4) 适用原则、范围、对象：属地主义，管辖范围内的所有居民 VS 属人主义，同一氏族或部落之成员。

(5) 存在基础及规定内容：阶级社会之经济基础，区分权利义务 VS 无阶级的原始社会之经济基础，不区分权利义务。

(6) 根本目的：统治阶级利益、统治秩序 VS 氏族利益、平等互助关系。

5. 权利与权力的区别。(12，简答)

(1) 行为主体不同：权利主体一般是公民与法人以及其他社会主体；权力主体则只能是被授予权力的国家机关及其特定的工作人员。

(2) 行为属性不同：首先，权利行为一般是民事行为与社会政治行为；权力行为则一般是立法行为、行政行为、司法行为等属于公务的行为。其次，权利一般体现个人或法人等主体的利益；权力则不体现权力使用者的个人利益，而以国家和社会的公益为目的。

(3) 强制性不同：法律上享有权利的主体可以依法要求相对人为或不为一定的行为，这是一种强制性，但它与权力的强制性不同。权力具有国家的直接强制力；权利则只是以国家强制力为后盾，当权利不能实现或遭到侵犯时，权利人可以请求国家行使权力予以保

护或救济，但权利人不得自行对相对人施以强制力，如不得因为讨债而拘留债务人。因此，权力的强制性是直接的，权利的强制性则是以权力为中介，是间接的。

(4) 法律地位不同：权利可由权利人独自享有，可以是一种有特定相对人的权利（如债权），也可以是有相对人的权利（如财产所有权）；在存在与相对应的义务人的双边关系的条件下，双方的法律地位是平等的；另外，权利主体对其享有的某些权利还可以转让。权力则只存在于与具体相对人的关系中，单独的主体无法行使其权力，因权力须对方的服从为条件，是管理与服从关系；权力是单向的和自上而下的，双边关系是不平等的；权力主体对授予它的权力不得放弃或转让，政府权力对国家也是一种责任（职责），不得怠用和不用，否则就是失职。

(5) 对应关系不同：权利与义务相对应，权力与责任相对应。

6. 权利和义务的关系。(06, 简答)

权利与义务是法的核心内容和要素，二者的连接方式和结构关系是非常复杂的，可以从以下几个角度来分析。

(1) 结构上：紧密联系，不可分割。没有无权利的义务，也没有无义务的权利，互为存在和发展之前提条件。

(2) 数量上：总量相等。如果把既不享受权利，也不履行义务表示为零，那么权利和义务的关系就可以表示为以零为起点向相反两方向延伸的数轴，权利为正数，义务为负数，正数每扩展一个刻度，负数也一定扩展一个刻度，二者绝对值相等。

(3) 产生、发展上：从浑然一体（原始社会）到分裂对立（阶级社会）再到相对一致（社会主义社会）。

(4) 价值上：代表不同的法律精神。古代倾向义务本位而现代倾向权利本位；法律发展的规律之一即是由义务本位向权利本位演进。

【引申】法律价值体现选择之定位

(1) 学说观点：①权利本位论；②义务本位论；③权利义务并重论

(2) 共同点：任何法律都离不开权利义务的规定

(3) 争议之原因：不同的角度、层面、方法

- ① 权利本位：从价值层面、法的历史发展趋势
- ② 义务本位：规范层面、法的起源（义务规范比重大；从禁忌到义务再到权利）
- ③ 权利义务并重论：从社会对人们的要求和法律实现途径

(4) 当代中国之选择：权利本位为宜

- 理由 {
- ① 市场经济模式的确立对法律的要求：设定、保障权利
 - ② 人权受到国家社会的普遍关注

7. 法律原则与法律规则的区别。(07, 简答)

法律原则是为法律规则提供某种基础或本源的综合性的、指导性的原理或价值准则的一种法律规范；法律规则是以一定的逻辑结构形式具体规定人们的法律权利、法律义务及其相应的法律后果的一种法律规范，二者具有以下不同之处：

(1) 性质不同：最佳化命令，笼统模糊地概括性要求 VS 确定性命令，设定明确具体的假定条件、行为模式、法律后果。

(2) 适用范围不同：某一类行为、某一部门法乃至整个法律体系通用的价值准则 VS 只调整某一类型行为。

(3) 初始性特征不同：法律原则只具有初始性特征（一开始具有可行性，但可被更强的原则推翻） VS 法律规则一般具有确定性特征，例外地具有初始性（在法律规则存在例外情形时，即便如此，二者的初始性也大不相同。因为每一法律规则的背后都有两个原则在支撑：形式原则和实质原则）

(4) 适用方式不同：“衡量”（原则间之竞争、分量、优先性） VS “涵摄”（规则的冲突，“全有或全无”；要么规则，要么例外，要么有效要么无效）

8. 法律规则逻辑结构的“新三要素说”的基本成分及原有理论的缺陷。（10，简答）

(1) 概述：法律规则的逻辑结构，是指法律规则在逻辑意义上是由哪些要素组成的以及它们之间的相互关系。不同学者有不同观点，主要有“两要素说”、“三要素说”、“新三要素说”。

(2) “新三要素说”认为法律规则在逻辑意义上由假定、行为模式、法律后果三个要素构成。

①假定：

A. 又称假定条件。是指法律规则中有关适用该规则的条件和情况的部分。它所解决的是法律规则在什么时间、空间、对什么人适用以及在什么情景下对人们行为有约束力的问题

B. 假定在内容上主要有两类：
a. 适用条件：
 { 时间
 { 空间
 { 对人
b. 行为主体的行为条件 { 行为主体的资格构成
 { 行为的情景条件

C. 立法实践中，假定可能在法律条文中被省略。但不意味着假定不存在，其可以被推导出来

②行为模式：
A. 指法律规则中规定人们如何具体行为之方式或范畴的部分，是法律规则的核心部分

B. 根据行为要求的内容和性质，行为模式可分为三种：
 { 可为模式——权利行为模式
 { 应为模式
 { 勿为模式 } 义务行为模式

C. 行为模式是核心要素。立法实践中往往不能省略

③法律后果：
A. 指法律规则中规定人们在假定条件下作出符合或不符合行为模式所要求的行为时所应承担相应结果的部分，是法律规则对人们具有法律意义行为的态度

B. 法律后果分为两种：
 { 肯定性法律后果（合法后果）：条文中可以且往往省略（法不禁止即自由）
 { 否定性法律后果（违法后果）：条文中不能省略（法无规定不得处罚）

(3) “新三要素说”是在综合原有“三要素说”和“两要素说”的基础上，克服其各自缺陷提出的：

- ①三要素说：
- A. 认为法律规则在逻辑意义上由“假定”、“处理”和“制裁”组成
 - B. 将制裁视为唯一法律后果，实质在于将法律视为仅规定义务的规范、扭曲了法律规则的多样性及其所具有的不同社会功能
- ②两要素说：
- A. 认为法律规则在逻辑意义上由“行为模式”和“法律后果”组成
 - B. 主张既有肯定性后果，也有否定性后果。克服了“三要素说”之不足
 - C. 但认为“假定”不能成为一个独立要素，而包含于行为模式之中，就背离了下列命题：“在逻辑意义上，任何具有一定法律后果的行为模式都是在一定条件下的行为模式；离开特定条件，某一行为便不一定有这样的法律后果”

【引申】假定、行为模式、法律后果在表述上的省略

- (1) 假定、行为模式、法律后果在逻辑上均不可或缺，共同构成法律规则之逻辑结构
- (2) 从语法结构角度观之，三要素在法律条文中均可能省略，即：一个条文可能只表达一个规则的某个要素；一个规则可能由几个条文来表达
- (3) 从三要素的重要性地位角度而言：假定、肯定性后果可省略；而行为模式、否定性后果不能省略

9. 法的作用的局限性。(09, 简答)

(1) 法律社会中，法的作用（规范作用、社会作用）不容低估：

- ① 最主要的社会调整手段
- ② 社会运动发展的稳定剂、平衡器（稳定性、可预测性）
- ③ 具有其他社会规范所不具有的特点：国家强制性、权威性、公开性、程序性

(2) 法律的作用不是万能的，具有一定局限性：

- ① 法的作用范围不是无限的：部分行为和社会关系不能由法调整，须采用道德、宗教、纪律、政策等来调整
- ② 法律只是调整其所能调整的社会关系的一种方法：即使是法所调整的领域，仍需其他手段配合
- ③ 法律与事实之间对应的难题也并非法律所能完全解决：法律适用者在认定和确定事实时不可能将“过去的事情”原原本本地还原为“现在的事实”
- ④ 法律自身的缺陷也影响其发挥作用：
 - A. “立法空白” → 人的理性的有限性
 - B. “立法滞后” → 法律的稳定性 VS 社会关系的发展变化
 - C. “法的僵硬性” → 法的一般性、抽象性 VS 案件的具体、个别、复杂
 - D. “法律语言的模糊性” → “法概念、解释的不统一、理解分歧”

(3) 认识法的作用时，坚持两点论：既反对“法律万能论”，也要反对“法律无用论”。

10. 法律责任的免除。(10, 简答)

(1) 法律责任的免除是指由于出现某种法律上规定的条件或法律上允许的条件，部分或全部免除行为人的法律责任。公法上的免责条件与私法上的免责条件有所不同；私法上的免责条件又分为法定的免责事由（法律规定的免责条件）和当事人意定的免责条件（法律允许的免责条件）。

(2)

- A. 私法上法定的免责条件：
 - ①时效免责：a. 指责任人的法律责任超过一定期限就被免除；权利人不及时行使自己的诉权，经过一定期间，其权利主张将不再具有法的效力
b. 旨在：督促权利的行使；维护社会关系、秩序之稳定
 - ②人道主义免责：指追究法律责任时，考虑责任主体的财产状况，出于经济原因而适当减免责任，以保证责任人及其家庭之必要生活条件
 - ③不可抗力、正当防卫、紧急避险免责：与前两项不同，前两项乃在法律责任已产生后之免除，此三个免责则是法律责任并未产生
- B. 私法上的意定免责条件：(11, 简答)
 - ①自愿协议：法律允许的范围，协商同意
 - ②受害人放弃：受害人不起诉
 - ③有效补救：责任人在被追究责任前主动采取措施补救；但严格说是责任的主动实现

(3) 公法的免责条件：不可抗力、正当防卫、紧急避险、超过时限、自首立功、当事人不诉免责等。

11. “从旧兼从轻”原则的内容(07, 简答)

(1) 概念：从旧兼从轻，指新的法律颁布后，原则上，对其生效以前所发生的事件和行为一律不适用，除非新法处罚轻于旧法；或者说原则上否认新法的溯及力，但在新法处罚轻于旧法处罚时肯定新法的溯及力。简言之，“原则上禁止，例外时允许溯及”。

(2) 当今绝大多数国家采此，具体包括以下内容：

- ①绝对禁止溯及既往：法律如果给予人们损害或不利益时，依据法律的种类而言，如果是刑事法律，由于罪行法定原则之存在，刑法不得有溯及既往的规定
- ②可以溯及既往的情形一：经过立法者衡量，有溯及之必要，则可规定
- ③可以溯及既往的情形二：法律授以利益时，则不论何种类别之法，都可以溯及既往

12. 法律推理与法治的联系。(09, 简答)

(1) 概念：

- ①推理是由一个或几个命题作为出发点（前提），得到另一个命题（结论）的程序、方法或过程。法律推理即是依据法律规范和案件事实做出司法判决的过程或方法，它不仅关注推理规则或推理形式，更要关注推理之前提，旨在寻求正当性证明
- ②所谓法治，按哈耶克的观点，即政府受到事先制定并宣布的规则约束；在亚里士多德看来，良法得到普遍遵从乃法治

(2) 法律推理的特点：

- ①寻求正当性证明：理由优先于结论，目的在于说服而非强制
- ②遵循推理规则：即使前提与结论无必然联系，为提高可信度；包括程序规则、逻辑规则；“程序优于实质”
- ③往往以现行实在法与案件为前提

(3) 法律推理与法治关系重大。

- ①法律推理的逻辑推导功能是法治原则的要求：依据法律同等对待是法治的核心之一，而不管是演绎推理还是类比推理，都具此功能，只是方式不同
- ②法律推理的逻辑推导功能，使得社会和当事人对法律问题的预测成为可能，而法治的要义之一即是保证可预测性的实现
- ③法律推理或法律论证为司法实践中的法律问题提供必要而充分的理由：这是法治的基本要求。有利于促进法官、律师角色的独立性
- ④法律推理为立法、司法提供正当性证明，这是法治区别于人治的根本标志

【引申】法律中的逻辑与经验

(1) 肯定：逻辑推理在法律适用中的价值不可否认。(联系 T12，法律推理的逻辑推导功能对法治的价值与功能①、②、③、④)

(2) 批评：严格的法律形式主义及其反思。

- ①严格的法律形式主义要求：a. 人工法律概念体系；b. 法律公理体系；c. 案件与法律规则（规范）的完全对应，从而实现法治之价值
- ②但上述三方面的要求都是达不到的
- ③霍姆斯对法律形式主义的批判：“法律的生命不在于逻辑，而在于经验”

(3) 全面：正确认识法律推理在法律适用中的价值。(不能因严格的法律形式主义而否定法律推理)

- ①法律推理只是法律的形式要件。
- ②法律推理并非只是演绎推理，而是包括类比、归纳、回溯推理等在内的广义法律推理。
- ③法治或规则之治的前提是社会的相对稳定性；在严格遵循逻辑推理可能导致不公正的判决时，法官须个案分析，基于实质正义，作出自己的经验判断。

(4) 总结：法律的生命不是逻辑，而是由逻辑所构造的经验。目的，才是法的创造者。目的是由社会、历史和政治决定的，是不断变化的。

13. 法律解释的目标。(08，简答：法律解释目标主观说的成立理由)

法律解释者在法律解释活动中，要理解和说明的法律文本的意思，这构成法律解释的目标。而对于什么是法律文本的意思，由于理解角度的不同，形成了法律解释目标的两种基本理论：主观说与客观说。

(1) 法律解释目标的主观说：

①又称法律解释的原意说，认为法律解释的目标应当是探求历史上的立法者事实上的意思，即立法者在制定法律时的意图和目标

②理由：

A. 法律语词中表达的明确的含义就是立法者所要表达的意思。法律解释就应严格地将立法者所要表达的真实原意揭示出来

B. 立法者真实原意的寻找是可能的，可以通过对立法文献的研究去探求

C. 基于对权力分立和制衡原则的坚持，必须回到法律制定者本来意思表达中去。否则法律可能被滥用，三权分立体制会遭破坏

(2) 法律解释目标的客观说：

①又称文本说，认为法律自颁布时起就脱离了原有的立法机关成为一个独立的客观存在物。因此具有了自身的含义。法律解释的目标就是探求这个内在于法律的意志

②理由：

A. 探究立法者单纯的立法意图是不可能的：不同的立法主体、争论、意志妥协的产物，真正独立的立法者不存在

B. 法律一旦被制定出来就不再依附于立法者，而成为一种具有自己品质的客观存在。即使可通过立法文献来辨识一定的立法者意图，它也已不具备立法上的效力，而仅仅是对立法历史过程的一种推测。在法治国家，人们所遵守和追求的乃是客观法律本身，而非主观的立法者意图

C. 由于经验品质的要求，坚持从文本来解释法律，可以很好地使法律适应发展变化的社会生活，实现法律解释补充和创造法律的功能

14. 中国传统律学之特点。

中国传统的“律学”专事注释法律，是成文法的附属物，总体上与成文法同时产生与发展，其与立法解释和司法解释分不开，研究具体的法律原则，阐述法律宗旨、名词术语，解决法条对具体案件的适用问题等。具有以下特点：

- (1) 注重归纳而轻演绎；
- (2) 重考据而轻理性论证；
- (3) 重实用技巧而轻学理阐释；
- (4) 重刑轻民。

15. 简述法学方法论所研究的主要问题。(12, 简答)

(1) 法学方法论是研究法律职业者（或称法律人）认识、判断、处理和解决法律问题的专门方法和技术的理论，或者说，是研究法律人寻求法律问题正确答案的方法和技术的理论。

(2) 法学方法论的主要任务是指导法官和其他法律从业者发现法律，即从有效的法律中获得法，为其所面临的法律问题或纠纷找到裁判的根据。因此，法学方法论所研究的主要问题是法律事实和法律规范的关系问题，主要包括：

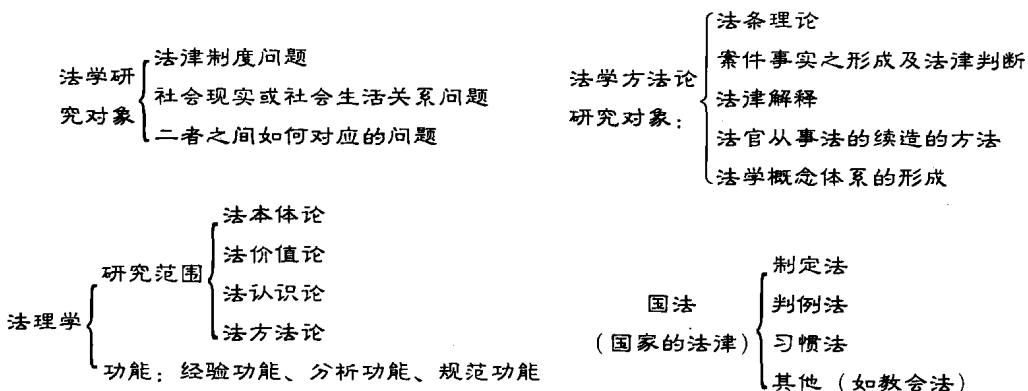
①法律发现：法律人寻找和确定所要适用的法律规定的过程

②法律推理：法律人将形式推理运用于处理案件过程的思维形式

③法律解释：法律人在法律适用过程中对法律的含义所做的进一步说明

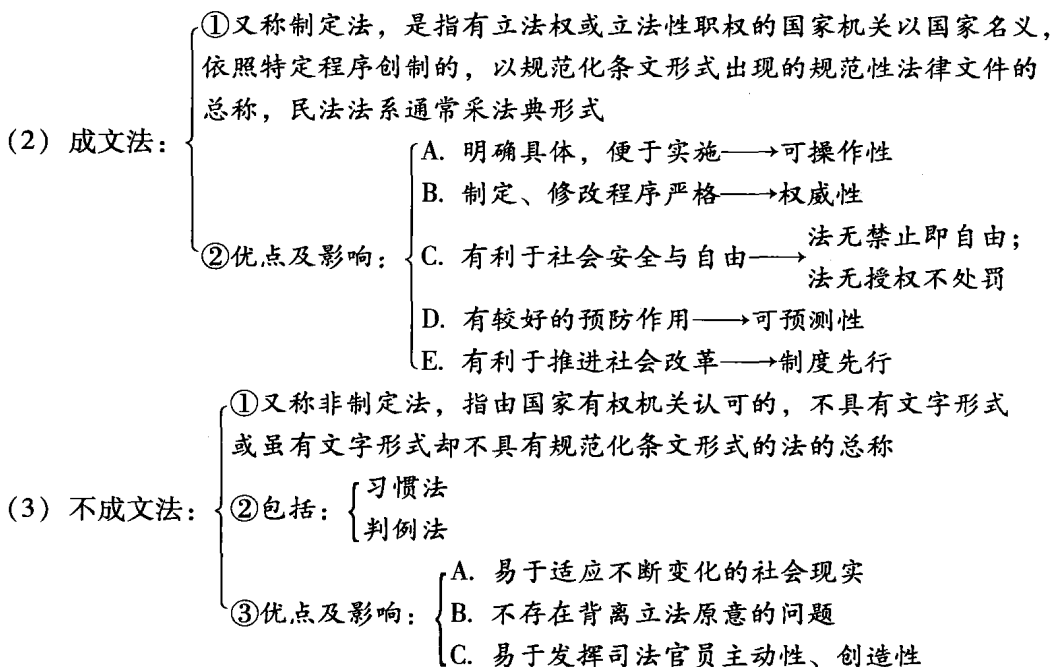
④法律论证：通过提出一定根据和理由来证明某种立法意见、法律表述、法律陈述、法律决定的正确性和正当性

【引申】



16. 成文法与不成文法之比较。

(1) 是法的两种主要形式。划分标准是：法律是否以规范化的条文形式作为其存在状态。



(4) 各有自己产生的历史背景与现实意义，优势互补，二者有融合的趋势。

【引申】不成文法相对于成文法的优点。(11, 简答)

(1) 不成文法易于适应社会现实：社会生活千变万化，成文法的规定往往显得机械，再完备也无法做到无一遗漏，但不成文法则比其易于适应社会生活的各种状况。

(2) 不成文法不存在背离立法原意的问题：成文法用条文表达立法意图，有时会出现不完善与不周密的问题，就更需要法律解释，而这种解释是否体现了立法原意，难以保证。不成文法没有成文法那样的文字表述，就没有这一问题。

(3) 不成文法易于发挥司法官员的创造性：在成文法下，司法官员受律条约束较为严格，

难于根据公平正义的原则实施法律，可能对无法可依的情况无可奈何。但在不成文法下，司法官员的积极性就可能得到更好的发挥，司法官员的创造性可在相当大程度上弥补既有法律的缺陷。

17. 民法法系与普通法法系之比较。

民法法系，又称大陆法系、罗马法系、法典法系，是以罗马法为基础而发展起来的法律的总称。它首先产生于欧陆，以民法为典型，以法典化的成文法为主要形式；普通法法系，又称英美法系、判例法系、海洋法系，是以英国自中世纪以来的法律特别是它的普通法为基础而发展起来的法律的总称。两大法系在法律原则、精神、总的指导思想等方面大体一致，但由于形成的历史传统不同，也存在很大差异：

- (1) 法的渊源：制定法为正式法源 VS 制定法和判例法都是正式法源
- (2) 法典编纂：法典 VS 单行法律
- (3) 适用法律的技术：司法三段论 VS 遵循先例（演绎 VS 归纳）
- (4) 法的分类：公法与私法 + 社会法 VS 普通法与衡平法
- (5) 诉讼制度：纠问式，法官为中心，重实体 VS 抗辩制，法官中立，重程序
- (6) 法哲学：理性主义 VS 经验主义
- (7) 法律教育方式：学院式，以法官为目标，重理论 VS 诊所式，以律师为目标，重实践

18. 当代中国的正式法源。

法律渊源，是指被承认具有法的效力，法的权威性或具有法律意义并作为法官审理案件之依据的规范或准则来源。正式法源是指那些具有明文规定的法律效力并直接作为法官审理案件之依据的规范来源。根据宪法和有关组织法的规定，当代中国的正式法源表现为以宪法为核心的各种制定法为主的形式：

- (1) 宪法：
 - ①根本大法、主要渊源
 - ②制定：全国人大；修改：常委会、1/5 人大代表提议，全国人大 2/3 以上代表通过
 - ③最高效力。全国人大监督实施、全国人大常委会解释并具体监督其实施
- (2) 法律：
 - ①狭义：全国人大及其常委会制定的规范性文件
 - ②分类：
 - A. 基本法：全国人大制定、修改
 - B. 基本法以外的法律：全国人大常委会制定、修改
- (3) 行政法规：
 - ①国务院制定
 - ②部门规章：部委、具有行政职能的直属机构制定
- (4) 地方性法规：
 - ①地方性法规：
 - A. 省、自治区、直辖市人大及其常委会：报全国人大常委会、国务院备案
 - B. 较大市（省府市、国批市、经特市）人大常委会：省、自治区人大常委会批准，由后者报全国人大常委会、国务院备案
 - C. 一般市及县以下：无权
 - ②地方政府规章：
 - A. 省、自治区、直辖市政府：报本级人大常委会、国务院备案
 - B. 较大市政府：报本级人大常委会、国务院 + 省、自治区政府、人大常委会备案

- (5) 民族自治法规：
 - ① 民族自治地方的人民代表大会；自治条例、单行条例
 - A. 自治区条例：全国人大常委会批准
 - B. 自治州、自治县条例：省、自治区人大常委会批准，并报全国人大常委会备案
 - ②
- (6) 经济特区法规：全国人大或全国人大常委会授权、地位相当于法律。
- (7) 特别行政区规范性文件：基本法、基本法所列举的原有法律、立法机关制定的法律。
- (8) 国际条约：我国缔结或参加的。（国际惯例原则上不是，例外经认可可以）

【引申】

(1) 当代中国正式法源采制定法，而不承认判例法的原因

- ① 中国历史上封建王朝法律的影响
- ② 清末修律，以民法法系国家（日、德）为范本
- ③ 20世纪50年代前苏联法律法学的影

(2) 当代中国不采判例法制度的理由

- ① 不适合现代政治制度
- ② 无相关历史传统
- ③ 中国法官、律师缺乏判例方法论经验
- ④ 判例法制度本身的缺点

(3) 当代中国应加强判例作用的理由

- ① 司法实践中可作参考（最高法发布的案例）
- ② 判例法优点：有机成长特征、适应新情况、补充制定法
- ③ 国际趋势如此

19. 正式法源的一般效力原则。

指不同效力层次或位阶的法源竞合或冲突时，确定何种法源优先适用的原则或方法，包括：

(1) 法律位阶的适用顺序：下位法优先于上位法。

- ① 指上下位阶的法律对相同事项的调整并无冲突时，除非缺乏适当的下位法可凭适用，否则应优先适用下位阶法而非上位阶法。
- ② 理由：A. 下位法是上位法的具体化，更明确，可操作性强。B. 若优先适用上位法将使下位法的制定丧失意义。

(2) 法律位阶的冲突规则——上下位法对同一事项的调整发生冲突时。

- ① 不同位阶的法律渊源之间的冲突：上位法优先于下位法
- ② 同一位阶的法律渊源之间的冲突：
 - A. 一般原则（前提是同一机关制定时）
 - 特别法优先于普通法
 - 后法优先于前法
 - 新的一般规定优于旧的一般规定
 - 新的特殊规定优于旧的特殊规定
 - 新的特殊规定优于旧的一般规定