

司法考试射雕手系列



解题错误思辨解

本书的编写，直击解题弱项，

汇集历年考试经典试题，

针对易错误、易混淆的考试难点，

通过思、辨、解三步曲，思考问题、辨析错误、解答疑难，

从正反两方面加强考生对各知识点的理解与掌握，以达触类旁通——

中国宇航出版社

司法考试射雕手系列



解题错误思辨解

策 划 宏元法泰

编 著 郭 兵 李晓芳 张金文

中国宇航出版社

图书在版编目(CIP)数据

解题错误思辨解 / 郭兵等编著. —北京:中国宇航出版社,2003.4

(司法考试射雕手系列)

ISBN 7-80144-538-4

I. 解… II. 郭… III. 法律工作者-资格考核-中国-自学参考资料 IV. D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 109041 号

出版 中国宇航出版社

社址 北京市和平里滨河路 1 号

邮编 100013

经销 新华书店

发行部 (010)68372924 (010)68373451

读者 北京市阜成路 8 号

服务部 (010)68371105 (010)68522384(传真)

邮编 100830

承印 北京时事印刷厂

2003 年 5 月第 1 版

2003 年 5 月第 1 次印刷

787×1092

开本 1/16

印张 10.75

字数 180 千字

定价 24.00 元

本书如有印装质量问题可与发行部调换

前言

本书的编写,直击解题弱项,汇集历年考试经典试题,针对易错误、易混淆的考试难点,通过思、辨、解三步曲,思考问题、辨析错误、解答疑难,从正反两方面加强考生对各知识点的理解与掌握,以达触类旁通——

如何避免在司法考试中失分,是考生最关心、同时也是考生最头痛的问题。根据我们多年的教学辅导经验,失分原因大至有二:一是,一讲题全懂,一做题就晕,此为不能触类旁通、缺乏举一反三;二是,一看题全会,一做题就错,此为不能深层理解、缺欠辨析能力。编写本书的目的就是针对考试中出现各类失分情形,提出相应的应试解决方案。

本书价值之一,取材精当、触类旁通。

我们知道,历年考题是最值得信赖,也是最具有导向性、借鉴性和分析价值的,对历年试题的考查难度大体可分为三类:

1. 直接对知识点的考查。此类考题主要是对该知识点记忆性、理解性的考查,属于一般性考题;
2. 综合性考查。此类考题是对知识体系整体掌握与灵活运用能力的考查,综合性、跨学科考查是今后考试的出题方向;
3. 疑难问题考查。此类考题是针对难理解、易混淆知识点而设计出“干扰项”或“迷惑点”,被考生视为头号敌人,也是历年考试中最大的失分点。

本书的编写就是在历年考题中巧取巧舍,聚焦出最具有代表性、综合考查性最强、最易混淆的133道试题,正反推理,以点带面,以达触类旁通。

本书价值之二,深层理解、辨析疑难。

本书在体例上一反常规的解题模式,从全新的解题角度出发,引导出多向思维方式,深理解、辨对错,以培养考生正确的解题思路,提高应试能力。而所谓通过司法考试的捷径,就是这样把握的:

1. 思考。从多角度提出对该题作答时的几种意见,是考生思维上的第一切入点。本栏目主要训练考生对相关知识的正确解读与驾驭能力,以发现解题的关键所在。
2. 辨析。是对以上几种意见的深层理解,引经据典,陈述各意见的成立理由。各答案之间极易混淆,使考生难辨对错,如不细心研磨,必入歧途。其意在对各种意见涉及的法律关系

剖析的同时,进一步扩展考点,以提高考生的思辨能力,同时又是加深对知识点的理解与巩固。

3. 解惑。本栏目是核心内容,是对易混淆的干扰项、迷惑点的分析与讲解,指出问题关键所在,点出疑难“题眼”。告知正确答案,并扩及至相关考试内容,以求达到融汇贯通。

总体而言,本书力图尝试用一种新颖的思维方式,在解题过程中,帮助您提高发现问题、分析问题和解决问题的能力,从而熟练掌握一些必备的应试技巧。

我们编著本书,虽然不辞辛劳,反复论证,但由于选题难度较大,迷惑性很强,个别谬误也在所难免,真诚希望各位读者不吝赐教,以利来年修订。

在编写本书过程中,作者参考借鉴了一些法学专著和同类书籍,在此一并表示感激。

宏元法泰

2003年4月

目 录

法理学 宪法学

【1】	《刑法》第232条的规定是确定的指引还是有选择的指引？	(1)
【2】	劳动争议仲裁制度属于只能以法律加以规定事项的范畴吗？	(2)
【3】	判断某一行为是否违法的关键因素是什么？	(3)
【4】	任何机关不得以任何形式干预司法活动,对吗？	(5)
【5】	什么是法的遵守？	(6)
【6】	法制方面的因素能否影响法律秩序？	(6)
【7】	全国人大常委会组成人员10人以上联名是否有权提出质询案？	(7)
【8】	人大代表提出的议案至少应当经过哪些程序方可通过？	(8)

民 法 学

【9】	向法院申请宣告死亡的日期如何确定？	(10)
【10】	公司分立时,达成债务分担的协议是否有效？	(11)
【11】	合伙负责人放弃债权的行为是否对合伙企业有效？	(12)
【12】	合伙出资协议是否具有对外效力？	(12)
【13】	合同中附有条件是附条件民事法律行为吗？	(14)
【14】	取他人之物后弃之,是否构成不当得利？	(14)
【15】	卖牛人明知牛有病,仍将牛卖出,是否构成欺诈？	(15)
【16】	在委托代理中,代理人享有代理权的根据是委托合同还是委托授权？	(17)
【17】	代理人在回家路上遭遇委托人货款被抢,是否应予赔偿？	(17)
【18】	无权处分行为一定无效吗？	(18)
【19】	因添附取得财产的所有权如何确定？	(19)
【20】	按份共有人转让其在所出租房屋上的共有份额,承租人是否有优先购买权？	(20)
【21】	权利人是否可随时主张优先购买权？	(21)
【22】	按份共有人是否有权处分自己的份额而不受限制？	(23)
【23】	留置权抵押权是否均应优先于质押权受偿？	(23)
【24】	管理自己的事物可以成立无因管理吗？	(25)
【25】	收取他人主动交付的钱财是否也构成不当得利？	(26)
【26】	善意行为人以营利为目的使用他人肖像,是否构成侵权？	(27)
【27】	婚姻存续期间个人债务可否用夫妻共同财产清偿？	(28)

【28】	搬运工在搬家过程中偷拿物品,搬家公司是否应当承担责任?	(29)
【29】	动物致损的责任应如何承担?	(31)
【30】	在高危作业致损时受害人的过错是否可以减轻致损人的责任?	(32)
【31】	无行为能力人致人损害,其监护人已尽监护责任的是是否可以不承担赔偿责任?	(33)
【32】	在校学生致人损害,若学校有过错是否应适当承担民事责任?	(34)
【33】	二人以上侵权,一定是共同侵权并承担连带责任吗?	(35)
【34】	被继承人的子女先于被继承人死亡的,其晚辈是否就取得代位继承权?	(36)
【35】	一物二卖,先买受入是否可以要求出卖人交付标的物?	(37)
【36】	无权处分人在市场以市价与他人订立买卖合同,该合同是否有效?	(38)
【37】	卖方代办托运,标的物在途中的风险是否应由买受人负担?	(40)
【38】	在试用期间,试用入是否有权处分试用物?	(42)
【39】	合法有效的民事法律行为,是否可被撤销?	(43)
【40】	保管人是否可以根据具体情况而改变保管场所?	(44)
【41】	无权处分他人物品合同一定是效力待定的合同吗?	(45)
【42】	在融资租赁合同中,承租入是否有权向出卖人索赔?	(47)
【43】	债权转让未通知保证人时,保证人是否仍承担保证责任?	(48)
【44】	某中学的小汽车是否可以抵押?	(49)
【45】	抵押标的毁损,抵押权入是否可以请求抵押人提供新的担保物?	(50)
【46】	质权入是否有权取得质物所生孳息的所有权?	(50)
【47】	主合同的当事人未经保证人同意协议变更主合同内容,保证人是否 仍承担保证责任?	(51)
【48】	债权人放弃物的担保的,保证人是否应在放弃范围内免除保证责任?	(53)
【49】	抵押担保入清偿债务后,是否可以向同一债务的保证人追偿?	(54)
【50】	保证人清偿债务后,是否只能向债务人追偿?	(55)
【51】	根据自己的构思编写介绍他人学习方法的材料,该他人是否拥有著作权?	(57)
【52】	寄出地邮局收据上的邮戳日期是否可为专利申请日期?	(58)
【53】	要求专利申请优先权时,在先申请是否应视为撤回?	(59)

刑 法 学

【54】	应该预知其行为的危害结果仍为之,是故意还是过失?	(61)
【55】	欲杀甲却杀死顶替甲值班的乙,其主观方面是间接故意吗?	(62)
【56】	李某意图盗窃保险柜中财物,但未能打开保险柜,李某是能犯未遂还是 不能犯未遂?	(64)
【57】	将抢劫自己的人杀死,是正当防卫吗?	(65)
【58】	共同犯罪入中止其犯罪行为是犯罪中止吗?	(66)
【59】	两人共谋犯罪是否构成共同犯罪?	(68)
【60】	共同犯罪入是否应对其他共犯人在共同犯罪过程中实施的犯罪行为承担责任?	(69)
【61】	监管人员对被监管人员进行殴打致人死亡是结果加重犯吗?	(71)
【62】	窃取国家所有、具有历史价值的档案是想像竞合犯吗?	(72)

【63】	被剥夺政治权利的犯罪分子是否有权参加村民委员会的选举？	(73)
【64】	被判有期徒刑 10 年，假释后第 7 年又犯新罪是否构成累犯？	(74)
【65】	在数罪并罚时，如何确定“数刑中的最高刑期”？	(75)
【66】	结伙盗窃中各共同犯罪人是否应对全部犯罪数额承担责任？	(77)
【67】	甲为境外组织收买国家秘密情报，是否构成为境外收买国家秘密情报罪？	(78)
【68】	警察将佩枪质押给他人是否构成非法出借枪支罪？	(80)
【69】	购买假币后使用的是否应数罪并罚？	(82)
【70】	走私黄金入境，是否构成走私贵重金属罪？	(83)
【71】	在走私过程中将海关缉私人员打成重伤是否构成妨害公务罪？	(85)
【72】	拾到弃婴转手出卖是否构成拐卖儿童罪？	(86)
【73】	甲男当众扒下乙女的裤子是构成强制猥亵、侮辱妇女罪还是构成侮辱罪？	(87)
【74】	诬告他人嫖娼是诬告陷害罪还是诽谤罪？	(88)
【75】	甲尚未卖出被拐骗妇女是构成拐卖妇女罪既遂还是构成拐卖妇女罪未遂？	(89)
【76】	以投毒方法杀人是投放危险物质罪还是故意杀人罪？	(90)
【77】	国家工作人员利用工作关系窃取本单位财物，是构成贪污罪还是构成盗窃罪？	(92)
【78】	抢夺手机后盗打电话是否应数罪并罚？	(93)
【79】	张某故意以 100 元假币支付出租车费，并强迫司机找回零钱是否构成强迫交易罪？	(95)
【80】	以欺骗的方法窃取钱财是否构成诈骗罪？	(96)
【81】	绑架他人并勒索钱财，是构成绑架罪、敲诈勒索罪还是构成抢劫罪？	(97)
【82】	以不作为方法阻碍国家机关工作人员依法执行职务是否构成妨害公务罪？	(99)
【83】	为了防止司法人员的抓捕，将刀具藏于身上是否构成妨害公务罪的犯罪预备？	(100)
【84】	撬开他人工具箱取走财物是否构成盗窃罪？	(102)
诉讼法学与仲裁制度		
【85】	有独立请求权的第三人是本案原告吗？	(104)
【86】	传来证据是否可以作为直接证据？	(105)
【87】	作为案件证据之一的一封信，若其内容与案件无关是否就属于物证？	(106)
【88】	因逼供取得的被告人的供述是否可作为本案的证据材料？	(107)
【89】	在民事诉讼中伪造证据构成犯罪是否应移交刑事审判庭直接受理？	(108)
【90】	判决生效后纠缠审判员、撕毁案卷材料是否构成妨害民事诉讼行为？	(109)
【91】	因港口作业纠纷提起的诉讼是否应由海事法院管辖？	(110)
【92】	仲裁申请超过诉讼时效，仲裁委员会是否应当受理？	(111)

【93】	仲裁过程中双方自行和解,一方反悔后是否可以向人民法院起诉?	(112)
【94】	因涉嫌犯间谍罪被依法取保候审的,是否应由公安机关执行?	(113)
【95】	人民检察院认为犯罪嫌疑人没有犯罪行为不起诉的决定是否应经 检察委员会讨论决定?	(114)
【96】	因犯罪情节轻微,依照刑法不需要判处刑罚而不被起诉,是否属于 法定不起诉?	(115)
【97】	人民检察院没有建议适用简易程序,人民法院可否适用简易程序 审理案件?	(116)
【98】	王某因涉嫌犯受贿罪被公安机关依法执行逮捕后,公安机关是否 应将逮捕的原因和羁押处通知其家人?	(117)
【99】	对部分被告人上诉的案件是否适用上诉不加刑原则?	(118)
 行政法学与行政诉讼法学		
【100】	人民法院审查工商局的决定是否构成行政法律关系?	(120)
【101】	相对人必须遵守和实际履行行政行为规定的义务,这是否属于行政行为 的确定力?	(121)
【102】	行政处罚因欠缺程序要件是构成该行政处罚不成立还是构成该行政 处罚无效?	(122)
【103】	行政行为无效,司法机关是否可以不受时效限制审查该行为?	(123)
【104】	地方性法规是否可以设定吊销许可证的处罚?	(124)
【105】	复议机关只确认原具体行政行为违法,若相对人提起行政诉讼是否可以 复议机关为被告?	(126)
【106】	对工商局的合同鉴证行为是否可以提起行政诉讼?	(127)
【107】	对公安派出所的行政处罚不服而提起行政诉讼,是否应以县公安局作被告?	(128)
【108】	对街道办事处摊派管理费不服提起行政诉讼,是否应以街道办事处 作为被告?	(129)
【109】	对公安局作出的显失公平的行政处罚,人民法院是否可以作出撤销判决?	(131)
【110】	对乡政府土地管理员的行政行为不服是否可以向县政府土地管理局 申请复议?	(132)
【111】	违法使用枪支造成他人损害,是否一定由国家赔偿?	(133)
【112】	对于二审法院发回重审的案件,一审法院重审后判决无罪,此时一审法院 是否仍是赔偿义务机关之一?	(135)
【113】	对公安人员执行职务违法使用武器的行为,赔偿请求人是否可以直接向 人民法院单独提起赔偿诉讼?	(136)
 商法学 经济法学		
【114】	负有数额较大债务的人是否有资格担任有限责任公司的董事?	(138)
【115】	在我国,股份有限公司是否可以发行优先股?	(139)
【116】	以无所有权之房屋作为出资与他人合伙,是否合法?	(141)

【117】	合伙企业的债权人是否可以直接向合伙人之一请求偿还全部债务?	(142)
【118】	个人独资企业是否应依法缴纳企业所得税?	(143)
【119】	中外合资经营企业的解散事由是否包括被撤销的情形?	(144)
【120】	记载有“不得转让”的汇票是否可以转让?	(145)
【121】	当汇票到期被拒付时,持票人是否可向付款人行使追索权?	(147)
【122】	某电器销售公司抵毁某电视机厂的商业信誉,是否构成不正当竞争行为?	(147)
【123】	因销售者的原因,产品造成了他人人身损害,产品的生产者 是否也应承担赔偿责任?	(148)
【124】	对烈属的所得,经批准后可以减征个人所得税?	(150)
【125】	对买卖股票而获取的利益是否应交纳个人所得税?	(151)
【126】	进城务工的农民与其雇主之间因工资支付而发生的争议,是否属于 劳动争议?	(152)
【127】	劳动争议在劳动仲裁前是否必须先行调解?	(153)
【128】	划拨土地使用权是否也可以有偿使用?	(154)

国际法学

【129】	因货舱舱盖不严导致部分货物湿损,承运人是否应赔偿损失?	(156)
【130】	因欲得到美国籍儿子赡养而提起诉讼,是否应适用美国法律?	(157)
【131】	发生在国外的侵权行为,是否一定构成涉外民事关系?	(158)
【132】	我国作为当事国的任何条约的规定,若与国内法的规定冲突时,除我国 缔结该条约时做出保留的条款外,国内法院是否都直接并优先适用这 些国际条约的规定?	(159)

律师制度

【133】	律师私下向委托人收取额外报酬是否属于违反执业纪律的行为?	(161)
-------	------------------------------------	-------

法理学 宪法学

【1】《刑法》第232条的规定是确定的指引还是有选择的指引？

法的指引作用可以分为确定的指引和有选择的指引，下列哪些表述属于有选择的指引？
(2002年多项选择题)

- A. 宪法规定，公民的人格尊严不受侵犯
- B. 合同法规定，当事人协商一致，可以变更合同
- C. 刑法规定，故意杀人的，处死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑
- D. 民法通则规定，公民对自己的发明或者其他科技成果，有权申请领取荣誉证书，奖金或者其他奖励

[思考]

本题考查的是法的指引作用。在本题四个选项中，A、B、D三项依选择指引的概念即可有明确界定，但选项C则有较大迷惑性，不易确定。

[辨析]

意见一：本题答案应为B、C、D。

法的指引作用的表现形式有：确定的指引和有选择的指引，个别指引和规范性指引。

1. 确定的指引，指人们必须根据法律规范的指引而行为，法律通过设定否定性法律后果实现确定的指引，义务性规则代表确定的指引；

2. 有选择的指引，指人们对法律规范所指引的行为、模式有选择余地，法律允许人们自行决定是否这样行为，法律通过规定肯定性的法律后果实现有选择的指引，授权性规则代表有选择的指引；

3. 个别指引，是通过具体指示对具体的人和情况的指引；

4. 规范性指引，是具有概括性的行为规范对同类的人和情况的指引。

本题中A选项属于“义务性规则”，其指引作用属于确定的指引，它告诉人们不得侵犯他人的人格尊严。

B选项属于“授权性规则”，当事人可以自行决定是否变更合同，其指引作用属于有选择的指引。

C选项比较特殊。刑法分则部分的条文，要求人们不得为刑法规定的犯罪行为或不可为刑法规定的犯罪行为，从这个角度看，其指引作用属于确定的指引；但同时，刑法分则部分的条文，也属于裁判规则，它告诉人民法院对于犯罪行为，应当如何判处刑罚，从这个角度，C选项引用的条文，很明显赋予了人民法院裁量权，其指引作用，属于有选择性的指引，人民法院可以根据故意杀人案件的具体情况，在死刑、无期徒刑、十年以上有期徒刑（或者三年以上

有期徒刑)中选择适当的刑罚。因此,C选项具有双重属性,从不同的角度,有不同的认定。但不管怎么说,也是应选项。

D选项属于“授权性规则”,其作用也属于有选择的指引。

意见二:本题答案应为B、D。

如意见一所述,选项B、D当选应无疑义。但选项C属于确定性指引而非选择性指引。

法的指引作用是指法律作为一种行为规范,指引人们可以运作行为、必须运作行为或不得运作行为。法的指引作用的对象是本人的行为。本题C选项所列刑法分则条文明确规定行为人故意杀人的,应负刑事责任。即虽然在刑罚轻重上有所区别,但该条文明确肯定表示行为人不得为这样行为,否则必有严厉制裁。选项C中的表述应为确定的指引。

〔解惑〕

无疑,意见二的观点是正确的,意见一理由貌似充分肯定,但有本质错误,混淆了法的指引作用与强制作用的区别。

根据作用对象的不同,法的规范作用和功能可分为以下几个方面:

1. 指引作用和功能,其作用对象是本人的行为。
2. 评价作用和功能,其作用对象是他人的行为。
3. 预测作用和功能,其作用对象是人们相互的行为。
4. 教育作用和功能,其作用对象是一般人的行为。
5. 强制作用和功能,其作用对象为违法者的行为。

本题选项C表述所针对的行为,主要是故意杀人的行为而非法官的审判行为。而且退一步,该项表述对法官的行为是否能认定为是选择性指引?答案亦是否定的。因为如果行为构成故意杀人罪,法官就须处以刑罚,这一点法官别无选择;如果依行为人的犯罪情节应处死刑,法官就必须处以死刑,这一点法官又是别无选择,所以,无论如何,选项C均不应当选。

最后,须提醒读者的是,“法的作用”每年考试必有涉及,仅2002年司法考试多项选择和不定项选择部分就各有一题,且考点全部指向“法的指引作用”。

【2】劳动争议仲裁制度属于只能以法律加以规定事项的范畴吗?

根据《立法法》的要求,下列哪些事项只能由全国人民代表大会及其常务委员会制定法律加以规定? (2002年多项选择题)

- | | |
|-----------------|------------------|
| A. 劳动争议仲裁制度 | B. 教育制度 |
| C. 对私有企业的财产征收制度 | D. 居民委员会、村民委员会制度 |

〔思考〕

本题考点很明确,就是《立法法》第8条的规定。对其规定的不同理解,导致了不同答案。其中C、D两项是第8条的明文规定,只要准确记忆就不易出错,但A、B两项则不同,须仔细辨别。解答本题后,今后再有与第8条相关内容的考试,取分当应轻松。

[辨析]

意见一：本题答案应为 A、C、D。

《立法法》第 8 条规定：“下列事项只能制定法律：

- (一)国家主权的事项；
- (二)各级人民代表大会、人民政府、人民法院和人民检察院的产生、组织和职权；
- (三)民族区域自治制度、特别行政区制度、基层群众自治制度；
- (四)犯罪和刑罚；
- (五)对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚；
- (六)对非国有财产的征收；
- (七)民事基本制度；
- (八)基本经济制度以及财政、税收、海关、金融和外贸的基本制度；
- (九)诉讼和仲裁制度；
- (十)必须由全国人民代表大会及其常务委员会制定法律的其他事项。”

A 选项“劳动争议仲裁制度”属于立法法第 8 条第(九)项的情形；C 选项“对私有企业的财产征收制度”属于第(六)项的情形；D 选项“居民委员会、村民委员会制度”属于第(三)项的情形。

《教育法》第 82 条规定：“军事学校教育由中央军事委员会根据本法的原则规定。宗教学校教育由国务院另行规定。”故选项 B 错误。

意见二：本题答案应为 C、D。

依上引《立法法》第 8 条规定可知选项 C、D 正确，当选；而选项 B 不当选。但选项 A 当选值得质疑。

实际上劳动争议仲裁不属于上述法条第(九)项所说的诉讼和仲裁制度的范畴，它和民、商事仲裁制度是有很大区别的。第(九)项所指的仲裁制度属民、商事法范畴，而劳动仲裁制度属于经济法的范畴，带有行政色彩。此外，在具体制度的很多方面，二者的区别也是很明显的。如《企业劳动争议处理条例》就是个行政法规，而不是法律。

[解惑]

本题答案应为 C、D，意见二正确。本题的疑难点在意见二中已阐述清楚，此处不再重复。但本题所表达的一个重要信息，需要认真对待：司法考试出题角度越来越深，内容更加细化。如在记忆第 8 条规定的同时，更须注意细节规定，如第(六)项适用条件是“非国有”而非“国有”。

【3】判断某一行为是否违法的关键因素是什么？

从违法行为的构成要素看，判断某一行为是否违法的关键因素是什么？

(2002 年单项选择题)

- A. 该行为在法律上被确认为违法

- B. 该行为有故意或者过失的过错
- C. 该行为由具有责任能力的主体作出
- D. 该行为侵犯了法律所保护的某种社会关系和社会利益

[思考]

A、B、C、D 四个选项都属于违法行为的构成因素,而违法行为构成的关键要素,是指对违法行为构成起决定作用的因素,如果没有这个要素,违法行为就无法构成;而且其他构成要素,很大程度上基于这个构成要素。选项 A 的迷惑性很大。

[辨析]

意见一:本题应选 A 项。

只要一个行为在法律上被确认为违法,那它必定是“违法行为”。基于这个理解,A 项当选。

B、C、D 作为违法行为的构成要素,其本身的界定需要法律,离不开 A 选项的违法性认定。B 选项“该行为有故意或者过失的过错”,事实上,并不是所有的违法行为,均需要这个因素,应当承担无过失责任的行为,在某种意义上也是一种“违法行为”;C 选项“该行为由具有责任能力的主体作出”,事实上,有些违法行为,比如限制行为能力人的侵权行为,也是由无责任能力的主体作出的;至于 D 选项“该行为侵犯了法律所保护的某种社会关系和社会利益”,离不开“法律”的认定。

意见二:本题应选 D 项。

所谓违法行为分为广义违法行为和狭义违法行为。广义的违法行为,是指所有违反法律的行为,即具有社会危害性的、有过错的不合法行为,包括犯罪行为和狭义的违法行为。狭义的违法行为,也称一般侵权行为,是指除犯罪外所有非法侵犯他人或社会合法权利、权益,违反法律规定具有社会危害性的行为。违法行为的特点是:

1. 违法行为以违反法律为前提;
2. 违法行为必须是违反法律规定的行为;
3. 违法行为必须是侵犯法律保护的社会关系的行为,这是判断违法行为的关键因素;
4. 违法行为一般必须有行为人的故意或过失;
5. 违法者必须具有法定责任能力或法定行为能力。

[解惑]

作者认为意见二正确。意见一审题不清。本题是判断一行为是否违法的关键因素是什么,即在法律上确定行为违法的根本原因,而意见一有些因果颠倒,将判断结果理解成判断根据。

在司法考试中失分的因素很多,审题不清、答非所问即是其中之一,本书后面所举例题亦有不少这种情形,本来是送分题,却失分,很可惜。

【4】任何机关不得以任何形式干预司法活动,对吗?

下列哪个选项不符合我国法律规定的“司法机关依法独立行使职权”原则的含义?

(1999年单项选择题)

- A. 司法权不得由一般的行政机关来行使
- B. 司法机关既要独立行使职权,又不得无限度地使用自由裁量权
- C. 任何机关、团体和个人不得以任何形式干预司法活动
- D. 司法机关及其工作人员在独立行使职权时不得违反程序规定

[思考]

司法机关依法独立行使职权是我国宪法确立的重要法律原因之一。本题就是考查对该原则的理解。选项A、D较易确定而被排除,但选项B、C却有很强干扰性,不易确认。

[辨析]

意见一:本题应选B。

根据我国宪法和有关法律,“司法机关依法独立行使职权”原则的基本涵义有三:

1. 司法权的专属性,即并非所有国家机关均有权行使司法权,除国家各级审判机关和检察机关外,其他任何机关、团体和个人都无权行使该项权力。选项A符合此意;
2. 行使职权的独立性,即人民法院、人民检察院依照法律行使自己的职权,不受任何机关、团体和个人以任何形式的干预。选项C符合此意;
3. 行使职权的合法性,司法机关及其工作人员在适用法律时必须严格按照法律规定,正确适用法律,不得滥用职权,枉法裁判,其中包括实体法的正确适用和遵循程序法的程序规定两部分,选项D符合此意。选项B讲的是司法机关独立行使职权与使用自由裁量权的关系,不是该原则的基本涵义。因为该题要求选出不是该原则基本涵义的选项,故答案为B。

意见二:本题应选C。

司法机关依法独立行使职权原则的含义是:

1. 国家司法权由各级国家司法机关统一行使,其他机关、团体和个人无此项权力;
2. 司法机关依法独立行使职权,不受行政机关、社会团体和个人的非法干涉;
3. 司法机关审理案件必须依法办事,正确地适用法律。需要说明的是,这里的司法机关,依照我国宪法和法律的规定,系指各级审判机关和检察机关。

根据上述分析,只有C项符合题意。

[解惑]

意见二正确。《宪法》第126条和第131条从反面规定人民法院和人民检察院行使司法职权时,不受行政机关的干涉,同时《宪法》第3条第3款又从正面明确规定两院行使司法职权时须受人民代表大会的监督。所以题中选项C的表述是错误的。

另外,选项B的表述,应是“司法机关依法独立行使职权”原则的含义之一。因为该原则在强调独立的同时,也强调“依法”二字,而“不得无限度地使用自由裁量权”就是“依法”二字的题中之意,而非意见一所言毫无关系。

本题应给考生这样的启示:司法考试要求很强的严谨性,任何似是而非、不求甚解的记

忆和理解,是考试失分的关键所在。这也是有些考生“一看书就会,一做题就错”的真实原因。

【5】什么是法的遵守?

下列选项中哪些属于遵守我国法律的行为或事项? (2000年多项选择题)

- A. 某市仲裁委员会的仲裁
- B. 某县公安局的治安处罚决定
- C. 习惯法
- D. 《广东省经济特区条例》

[思考]

本题很简单,但考试时却容易出现两个答案,分丢得很可惜,希望能给考生一些启示。

[辨析]

意见一:本题应选 A、B、D。

本题考的是法的遵守的范围。法的遵守,又称守法,有广义、狭义之分。广义的法的遵守,即指法的实施。狭义的守法,专指公民、社会组织和国家机关依照法律行使权利、履行义务的活动。法的遵守的范围应包括宪法、法律、行政法规、地方性法规、行政规章和其他规范性文件以及遵守法的适用结果的判决书、裁定书、决定书等非规范性文件。

选项 C 之所以错误,是因为习惯法并不是我国法的渊源,不能成为我国法的遵守范围。

意见二:本题应选 A、B。

本题考点应为法遵守的行为,而非法遵守的范围。

法的遵守,是指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、全体公民都必须守法,严格依法办事。法的遵守既要求国家机关、社会组织和公民根据法的规定承担和履行义务(职责),更包含国家机关、社会组织和公民依法享有权利、行使权利。法的遵守并不仅仅是消极的、被动的,而是行使权利和履行义务两个方面的结合。由此可见,A、B 两项均属遵守我国法律的行为。至于 C、D 项,则属于法的遵守的对象范围,即由一定的国家机关制定或认可的,一切具有法的效力的文件。故排除 C、D 项。

[解惑]

意见二正确。

看过辨析部分,细心的考生就会发现二意见冲突仅在确认考点上,显然意见一一审错了题,所答非所问了。这样答题,能通过考试可算是奇迹了。再次提醒:考试时一定注意审题,否则再好的功底,也无法通过考试。

【6】法制方面的因素能否影响法律秩序?

法律秩序是人们在社会生活中依法行事而形成的行为有规则和有序的状态。影响法律秩序的因素是多方面的,主要包括下列哪些选项? (2002年多项选择题)

- A. 法制方面的因素
- B. 个人方面的因素
- C. 环境方面的因素
- D. 法律本身的因素

[思考]

本题考查的是影响法律秩序形成的因素。本题四个选项中 B、C、D 的确定应无问题,教

材上都明确表述过。但选项 A 却颇让人挠头,若说法制方面的因素对法律秩序的形成毫无作用,有些不能理解,但教材却偏没有写明。A 选项是答案之一吗?

[辨析]

意见一:本题应选 A、B、C、D。

影响法律秩序形成的因素是多方面的,概括起来,主要有个人、体制、环境、法律本身等四个方面。因此,确定 B、C、D 三个选项属于应选项是没有问题的。

至于 A 选项“法制方面的因素”与“体制方面的因素”是否是一回事,或者说能否大体上相互替代,则值得分析一番。“体制方面的因素,是指有关法律执行、适用、监督机关的组织、结构是否健全、合理、有效。”“法制,是一国法律制度的总称,它包括立法、执法、司法、守法、法律监督的合法性原则、制度、程序和过程。”从上述引文可以看出,体制、法制,这两个概念有差别,但在这里,用“法制方面的因素”替代“体制方面的因素”,不存在问题。所以 A 选项也是当选项。

意见二:本题答案应为 B、C、D。

法律秩序的影响因素主要包括:

1. 体制方面的因素,指有关法律执行、适用、监督机关的组织结构是否健全、合理。
2. 个人方面的因素,即个人的法律意识、理想、道德、文化、纪律观念等综合素质水平。
3. 环境方面的因素,包括有关法律秩序的经济、政治、文化、自然等环境。

4. 法律本身的因素,包括法律内容方面的因素和法律形式方面的因素。法律内容方面的因素,是指法律是否反映社会大多数人的根本利益和共同意志,是否符合社会文明发展趋势;法律规定的权利、义务是否合理,法律内容是否符合社会实际发展水平。法律形式方面的因素主要指立法质量,其基本要求是明确、完整、和谐。

[解惑]

对意见一、二的分歧,本书不想在理论上进行过多探讨。将此题列入本书的目的,也不是解决知识上的问题,而是以此为引子,总结一种应付司法考试的方法。

司法考试的对象是有一定法学基础,但功底并不深厚的大学毕业生。一般而言,考查的目标主要是对知识准确的记忆和一定程度的理解(尤其是法理学部分)。所以,在考试中,考生切忌浮想连篇,乱作分析,如意见一将“体制”与“法制”比较一番。其结果就是浪费时间,容易误导自己。建议此时,头脑简单一些,呆板一些,书上怎么写,就怎么答。

【7】全国人大常委会组成人员 10 人以上联名是否有权提出质询案?

全国人大常委会的职权之一是监督国家机关的工作。根据宪法和法律,下列有关全国人大常委会行使监督权的表述中哪些是正确的? (2002 年多项选择题)

- A. 全国人大常委会组成人员 10 人以上联名有权提出对国务院的质询案
- B. 全国人大常委会组成人员 10 人以上联名无权提出对中央军事委员会的质询案
- C. 全国人大常委会组成人员 10 人以上联名有权提出对最高人民法院的质询案
- D. 全国人大常委会组成人员 10 人以上联名无权提出对国家主席的质询案