



国家司法考试

真题多维开发系列 No. **3**

国家司法考试

疑难真题精析 (一)

2010 年版

GUOJIA/SIFA/KAOSHI
YINAN/ZHENTI/JINGXI

众合教育 / 编 邱振启 / 主编

人民法院出版社

只研习最有价值的高含金量真题!

备考时间有限,数千道历年真题不必一一练习
使用本书开创的高效司考真题复习新路径——

选题标准:甄选历年题海中的高含金量真题

- 体现真题考查角度
- 覆盖部门法核心考点

解析标准:透彻解析涵盖重点、难点和疑点

- 巩固常考考点
- 攻克疑难考点
- 举一反三以点带面

依据《选举法》、《侵权责任法》等最新法律精析

TOP 法院版 2010
十星级优秀畅销书
POWERFUL BOOK ★★★★★★★★★★



国家司法考试

真题多维开发系列 No.

3

国家司法考试

疑难真题精析 (一)

2010 年版

GUOJIA/SIFA/KAOSHI
YINAN/ZHENTI/JINGXI

众合教育 / 编 邱振启 / 主编

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

国家司法考试疑难真题精析/邱振启主编. —北京: 人民法院出版社, 2010. 4

ISBN 978 - 7 - 5109 - 0088 - 4

I. ①国… II. ①邱… III. ①法律工作者 - 资格考核 - 中国 - 解题 IV. ①D92 - 44

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 063687 号

国家司法考试疑难真题精析 (一)

邱振启 主编

责任编辑 林志农 张钧艳 孟 晋 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) 67550572 67550575 (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 保定市中华美凯印刷有限公司
经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16
字 数 1460 千字
印 张 44.625
版 次 2010 年 4 月第 1 版 2010 年 4 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978 - 7 - 5109 - 0088 - 4
定 价 75.00 元 (全三册)

版权所有 侵权必究

如何更好地利用真题

——代前言

作为全国第一考，司考的难度不言而喻，甚至成为有些人难以逾越的屏障。也有很多“牛人”应付司考如闲庭信步，信手拈来。通过私下交流，发现许多“牛人”过司考，可以少看教材（法学基础比较好的），少看法条（基本功比较扎实，在上学时已经熟读这些内容了），但还没听说有不看或少看少做历年真题而通过司法考试的。而从事司法考试辅导以来，感受最深的也是真题对于司法考试复习的重要性。

一、真题的图书种类和使用方法

有关真题的重要性已经有很多人作了描述，此处不再浪费大家时间了。我想说的是如何能更好地利用真题？有时去书店逛逛，看到琳琅满目的司考复习书（其中以真题种类最多），真的让人眼晕，不知该如何选择。我想许多考生朋友都有过此种体会，这些书的优劣何在？对自己到底能有多大帮助？有时心里没底，可能有时要一直到考完试才发现悔之晚矣，只有第二年从头再来！其实所有真题类图书大致有两种形式：一类是分年分卷，严格按照司法考试真题的卷一、卷二、卷三、卷四的形式予以解答、分析，二是按学科分专题逐题予以讲解。对于前者，我想大家最好是在复习完一轮之后，作为检测之用；对于后者，应是在复习知识点的同时予以精研，以便随时巩固所学知识，也不至于使自己在复习中偏离司考的方向。应当说，这两类书对于考生来说都是非常需要的，实践也证明这两类书对于一般考生通过司考几乎是不可或缺的。

但这两类书又是各有弊端的，我们知道司法考试有一个“重者恒重”的规律，大量的考点几乎每一年都会重复出现。而分卷类的真题书需要自己去总结、体会这些考点，即使是专题类的图书也只是直观地从试题的数量来反映某一知识点的重要性。关于每一个考点是如何进行命题的？过去几年都从哪些角度进行了考查？对于这些考查角度和命题方式如何进行把握？均没有给以明确的说明。而这些恰是研习历年真题的关键所在。因此，如何充分体现司法考试命题规律，更高效地利用即真题是我们想为考生做这本书的价值和意义所在。

二、本书的价值

本书对真题的复习方法进行了一大创新，即从历年真题中精选出能够准确涵盖司考重点、难点和疑点的经典真题进行重点辨析。

【经典真题】 本套书在每一专题下设若干考点。针对每一考点，从历年试题中选取1~2道经典真题予以详解。该类试题一般综合性较强，含有一定的理论知识，而该题的考查角度、命题方式，更是体现了司法考试在本知识点上的命题特征。

【常见错误】 该部分主要对知识点的命题角度、出题陷阱以及未来的考查方式进行全方位的分析。作者根据多年经验，指出考生在此部分复习备考时经常出现的错误，使得读者避免重蹈覆辙，安全走出“雷区”。

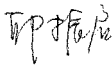
【答案详解】 此部分针对本考点知识在司法考试中可能出现的内容予以重点阐述；既避免了单纯的就题论题，减少重复，拓宽了每一考题的内涵，又让考生通过试题对相关知识有了更直观的认识。

【真题演练】 本部分意在通过历年真题的练习，让考生进一步加深对所学知识的理解。“多做题，做好题”是司考成功者的普遍共识。在浩瀚题海中，真题更显得尤为珍贵。通过历年真题的练习，考生对司法考试的命题方式、命题规律、试题的难易程度都会有身临其境的

感觉，在考试时便能轻松应对。这些真题的考查角度及其所涉及的知识，我们已在前面的“常见错误”及“答案详解”部分予以详细阐述。这样就为考生节省了大量的时间，而对这些练习答案的思考，无疑会使你对本知识点有更深刻的体会，也更容易理解、记忆。

【郑重建议】本书作为真题书较为综合和提高类图书，建议在第一轮或者第二轮复习后使用。有了充分的知识基础作铺垫，再阅读本书，才能真正达到醍醐灌顶之效。

本书的体例安排是一次大胆的尝试和创新，希望这种创新能有助您2010年的备考。在创新和尝试过程中，我们虽然加倍努力，但仍难免有疏漏和不当之处，望见谅，也期待您的批评和指正。预祝您在2010年的司法考试中取得成功！



二〇一〇年五月

目 录

社会主义法治理念

考点 社会主义法治理念	1
-------------------	---

法理学

1. 法的本体	4
考点一 法的本质与特征	4
考点二 法的价值	5
考点三 法律规则与法律原则	6
考点四 法的效力	7
考点五 法的渊源与分类	9
考点六 法律关系	10
2. 法的运行	14
考点一 执法与守法	14
考点二 法律解释	15
3. 法的演进	17
考点 法系	17
4. 法与社会	18
考点 法与道德	18
5. 案例、论述综合	19
考点一 社会主义法治理念	19
考点二 法的渊源	20

法制史

1. 西周至秦汉、魏晋时期的法制	24
考点一 西周的婚姻家庭制度	24
考点二 西周至秦汉、魏晋时期的重要 法典	25
2. 唐宋明清时期的法律制度	27
考点一 《永徽律疏》	27
考点二 死刑复奏制度	29

考点三 唐朝的司法制度	29
3. 清末、民国时期的法律	32
考点一 清末修律和司法体制改革	32
考点二 清末预备立宪	33
4. 普通法系与大陆法系	35
考点一 英美法系	35
考点二 大陆法系	36

宪 法

1. 宪法基本理论	39
考点 宪法的特征	39
2. 国家的基本制度	40
考点一 选举制度的基本原则	40
考点二 选举组织和程序	42
考点二 特别行政区制度	43
考点三 民族区域自治制度	45
考点四 我国的基本经济制度	45
3. 公民的基本权利和义务	47
考点一 政治权利和自由	47
考点二 人身自由	49
考点三 其他基本权利	50
4. 国家机构	53
考点一 全国人大及其常委会的职权	53
考点二 全国人大代表的权利和义务	55
考点三 地方各级权力机关的职权	57
考点四 各级人民政府的职权	58
考点五 司法机关工作人员的任免	59
考点六 基层群众自治组织	60
5. 宪法修正案	62
考点 宪法修正案	62

司法制度与法律职业道德

1. 审判制度	66
---------------	----

考点 审判制度的基本原则	66
2. 律师制度	68
考点 律师的权利与义务	68
3. 法官、检察官、律师职业道德	70
考点一 法官职业道德的内容和职业 责任	70
考点二 检察官职业道德的内容和职业 责任	73
考点三 律师职业道德的内容和责任	73

经济法

1. 反垄断法	80
考点 垄断行为	80
2. 反不正当竞争法	81
考点 不正当竞争行为和限制竞争 行为	81
3. 消费者权益保护法	84
考点一 消费者权利及救济措施	84
考点二 经营者义务及法律责任	85
4. 产品质量法	87
考点一 产品责任	87
考点二 食品安全风险监测制度	89
5. 商业银行法	90
考点一 商业银行的业务	90
考点二 商业银行的接管和破产	91
6. 银行业监督管理法	93
考点 银行业监督管理机构监管职责	93
7. 个人所得税法	95
考点 个人所得税的缴纳	95
8. 企业所得税法	96
考点 企业所得税的征收	96
9. 税收征收管理法	98
考点 税收保全与税收强制措施	98
10. 劳动合同法	100
考点一 劳动合同的解除和终止	100
考点二 劳动合同的特别规定	102
11. 劳动争议	104
考点 劳动争议	104
12. 劳动法其他问题	107

考点 劳动法其他问题	107
13. 土地管理法	108
考点一 土地争议的解决方式	108
考点二 农村土地承包	109
考点三 土地使用权	110
14. 城市房地产管理法	112
考点 房地产交易	112
15. 环境保护法	115
考点一 环境保护法的基本制度	115
考点二 环境责任和环境纠纷	116

国际法

1. 国际法导论	119
考点一 条约在国内的适用和地位	119
考点二 国际法的基本原则	120
2. 国际法主体	122
考点一 联合国的组成机构和工作 程序	122
考点二 国家继承	123
考点三 国家豁免权	124
3. 国际法律责任	126
考点 国家不当行为	126
4. 国际空间法	127
考点一 领土取得方式及限制	127
考点二 外层空间制度	128
考点三 公海制度	130
5. 国际法上的个人	132
考点一 国籍制度	132
考点二 引渡和庇护	133
考点三 外交保护	134
6. 外交关系和领事关系法	136
考点 外交特权与豁免	136
7. 条约法	140
考点 条约的效力	140
8. 国际争端的和平解决	142
考点 国际争端的和平解决方式	142

国际私法

1. 国际私法概述	144
考点 国籍冲突的解决	144
2. 法律冲突、冲突规范和准据法	145
考点 准据法的确定	145
3. 适用冲突规范的制度	146
考点 外国法的查明	146
4. 涉外物权和债权关系的法律适用	149
考点一 侵权的法律适用	149
考点二 涉外合同的法律适用	150
考点三 物权的法律适用	152
5. 涉外婚姻家庭和继承关系的法律适用	154
考点一 涉外婚姻关系的法律适用	154
考点二 涉外收养关系的法律适用	155
考点三 涉外继承的法律适用	156
6. 国际商事争议的解决	158
考点一 国际民事诉讼管辖与法律适用	158
考点二 国际商事仲裁	159
7. 司法协助	162
考点一 区际司法协助	162
考点二 外国法院判决的承认与执行	162

国际经济法

1. 国际货物买卖	165
考点一 买卖双方的权利义务	165
考点二 要约承诺规则	166
考点三 违约救济	168
考点四 国际贸易术语	169
2. 国际货物运输	172
考点 提单运输中承运人的责任与免责	172
3. 国际货物运输保险	175
考点 保险的种类和承保范围	175
4. 国际贸易支付	176
考点一 跟单托收	176
考点二 UCP600	177
5. 对外贸易管理制度	178
考点一 《对外贸易法》的适用对象	178
考点二 反倾销措施	179
6. 世界贸易组织	182
考点 WTO 争端解决机制	182
7. 国际经济法领域的其他法律制度	184
考点一 国际知识产权保护	184
考点二 国际投资保护与争端解决	185

社会主义法治理念

考点 社会主义法治理念

【经典真题】

关于社会主义法治理念的理解,下列哪一选项是正确的?(2009/1/3)

- A. 社会主义法治理念与中国传统法律文化有本质区别,它与后者之间不存在继承关系
- B. 社会主义法治理念主要以马克思主义的剩余价值学说为基础
- C. 社会主义法治理念是建设社会主义法治文化的价值指引
- D. 社会主义法治理念本身属于社会主义法治的制度体系

【常见错误】

社会主义法治理念是2007年新增知识点,在当年即成为出题热点,在主、客观题中都有考查。2008年、2009年的主观题仍然对本考点进行了考查。因此,考生要格外关注。社会主义法治的内容理论性较强,常见错误在于不能准确理解和记忆相关内容。考生在复习这部分时要紧扣教材。

【答案详解】

社会主义法治理念是在建设中国特色社会主义历史进程中形成的法治理念。它以马克思主义法律思想为指导,以新中国民主法治实践为基础,继承和发扬了我国传统法律文化的优秀成果,吸收与借鉴了西方法治文明的合理因素,是科学先进的法治理念。

1. 社会主义法治理念的理论渊源和实践基础:

马克思、恩格斯、列宁的法治思想和中国特色社会主义理论体系中的法治思想,是社会主义法治理念的理论基础。马克思、恩格斯的思想理论体系主要是由马克思主义哲学、政治经济学和科学社会主义三个部分组成。中国特色社会主义法治思想,包括毛泽东思想、邓小平理论、“三个代表”重要思想和科学发展观中的法治思想。

新中国成立近60年来。特别是改革开放30年来,在建设中国特色社会主义的伟大实践中,社会主义法治建设虽然经历了曲折,但是仍然取得了巨大成就。中国共产党领导中国人民进行社会主义法治建设的丰富实践,为社会主义法治理念的不断升华奠定了坚实的实践基础。

2. 社会主义法治理念的本质属性:

“三个至上”即“党的事业至上、人民利益至上、宪法法律至上”的重要观点,是我国社会主义法治的根本原则,也是社会主义法治理念的本质属性。

(1) 党的事业本质上就是人民的事业:

党的事业至上是党的性质决定的,是实现好、维护好、发展好人民利益的根本保证,必须坚定不移地予以坚持。坚持党的事业至上,必须切实增强党的观念;必须旗帜鲜明地同干扰、破坏党的事业,同干扰、破坏中国特色社会主义事业的行为作斗争。

(2) 坚持人民利益至上,实现好、维护好、发展好最广大人民的根本利益:

坚持“人民利益至上”,维护人民权益,这是党全心全意为人民服务的根本宗旨的体现,也是社会主义宪法法律的最高价值,是社会主义法治的目的。最大多数人的根本利益是最紧要和最具有决定性的因素。坚持人民利益至上,必须要深入贯彻落实科学发展观,把实现好、维护好、发展好最广大人民的根本利益作为党和国家一切工作的出发点和落脚点,尊重人民

主体地位,发挥人民首创精神,保障人民各项利益,走共同富裕道路,促进人的全面发展,做到发展为了人民、发展依靠人民、发展成果由人民共享。坚持人民利益至上,必须兼顾不同利益,必须着力解决人民最关心、最直接、最现实的利益问题。

(3) 坚持宪法法律至上,树立和维护宪法法律权威:

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。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。

3. 社会主义法治理念的基本内涵:

社会主义法治理念的基本内涵包括:依法治国、执法为民、公平正义、服务大局和坚持党的领导。依法治国是社会主义法治的核心内容;执法为民是社会主义法治的本质要求;公平正义是社会主义法治的价值追求;服务大局是社会主义法治的重要使命;党的领导是社会主义法治的根本保证。这五个方面相辅相成,体现了党的领导、人民当家做主和依法治国的有机统一。

真题演练

1. 2007年12月26日,中共中央总书记胡锦涛提出“党的事业至上、人民利益至上、宪法法律至上”的重要观点。有关“三个至上”中“宪法法律至上”的理解,下列哪一选项是正确的?(2009/1/1)①

- A. “宪法法律至上”是指宪法和法律在效力上地位相同,都具有最高效力
- B. “宪法法律至上”仅仅强调实现法律效果,是增强全社会法律意识的价值指引
- C. 肯定“宪法法律至上”是执政党在思想认识上的一个重大转变
- D. “宪法法律至上”是我国宪法明确规定的原则,一切国家机关、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

2. 下列哪一选项不属于社会主义法治理念的理论渊源?(2009/1/2)②

- A. 马克思主义的人民主权思想
- B. 马克思主义有关法的本质和作用的思想
- C. 研究社会主义法治理念的方法论
- D. 新中国成立60年来的社会主义法治建设

3. 社会主义法治理念是马克思主义法律观中国化的最新成果。有关这一表述,下列哪一说法是不成立的?(2009/1/4)③

- A. 社会主义法治理念是马克思主义法律观同中国国情和现代化建设实际逐渐结合的产物
- B. 马克思主义法律观的中国化进程从新中国成立以后才开始
- C. 1954年《中华人民共和国宪法》的制定实现了马克思主义法律观中国化的第一次重大创新
- D. 社会主义法治理念的提出,解决了建设什么样的法治国家、如何建设社会主义法治国家的重大问题

4. 社会主义法治理念是中国特色社会主义理论体系的组成部分,这个理论体系包含邓小平理论。20世纪70年代末至90年代初,中共中央领导集体的主要代表邓小平曾创造性地提

出一系列具体的法律思想。判断下列哪一项不是邓小平理论法律思想的重要内容？(2009/1/5)①

A. “有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”的十六字方针

B. 一手抓建设和改革，一手抓法制

C. 用法律措施维护安定团结的政治局面

D. 明确提出“依法治国，建设社会主义法治国家”的基本方略

5. 关于社会主义法治理念，下列哪些选项是正确的？(2007/1/51)②

A. 社会主义法治理念体现了中国共产党领导、人民当家作主和依法治国的有机统一

B. 社会主义法治理念是在总结我国法治建设实践经验、借鉴世界法治文明成果的基础上提出的

C. 社会主义法治理念是真正符合人民利益和需要的法治理念

D. 通过社会主义法治理念教育，切实提高法律职业人员维护社会主义法治的能力

① D ② ABCD



1 法的本体

考点一 法的本质与特征

【经典真题】

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）

- 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



【常见错误】

当代中国马克思主义法学研究，关于法本质的理论，常见错误在于未能准确把握以下三个方面：法律是意志与规律的结合；法律是阶级统治和社会管理的手段；法反映了统治阶级的利益，也符合并体现了正义。本题比较简单，是通过对马克思的论述的理解来考查法律与社会关系的基本原理。通过对一段话的理解来考查理论问题是近年来的出题形式。有的考生认为C项正确，是没有全面理解法律与利益的关系所致，从逻辑上看，法律只是利益需要的表现的一种，只有统治阶级的根本利益才是法律内容的决定因素。



【答案详解】

马克思主义法学理论认为：（1）法的本质最初表现为法的正式性。法的正式性又称法的官方性、国家性，指法是由国家制定或认可的并由国家强制力保证实施的正式的官方确定的行为规范。无论就形成方式、实施方式或表现形式来看，法都是正式的国家制度的组成部分。法的正式性反映了法的现象的特征，是法的本质表现。法的正式性体现在法总是由公共权力机关按照一定的权限和程序制定或认可的，也体现在法总是依靠正式的权力机制保证实现，还体现在法总是借助于正式的表现形式予以公布。法的正式性表明法律与国家权力存在密切联系，法律直接形成于国家权力，是国家意志的体现。（2）法的本质反映为法的阶级性。法的阶级性是指在阶级对立的社会，法所体现的国家意志实际上是统治阶级的意志。然而，按照马克思主义的观点，由于国家形成于阶级矛盾不可调和的历史时期，因此，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，国家意志就是法律化的统治阶级意志。（3）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制约，其最终也是由一定的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。

社会法学派的主要特征是以社会学观点和方法研究法,认为法是一种社会现象,强调法对社会生活中的作用或效果以及各种社会因素对法的影响。它与马克思主义法学根本区别在于法学的阶级性不同。

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。

综上所述,A、B、C项错误,D项正确。

考点二 法的价值

【经典真题】

我国《刑法》第21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)

- A. 价值位阶原则
- B. 个案平衡原则
- C. 比例原则
- D. 功利原则

【常见错误】

对于法的价值冲突,必须形成相关的平衡价值冲突的规则。在这个方面,可以采纳的原则有:价值位阶原则;个案平衡原则;比例原则。现今司法考试命题已不会再单纯考查每个原则的定义,而是将能否对某一条文所反映的法的价值冲突原则进行判断作为常见错误进行考查。本题就是这种考查方式。这要求考生在掌握这一知识点时,不仅要记忆,更要加强理解。

【答案详解】

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冲突。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保护某种较为优越的法价值须侵及另一种法益时,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,故本题应选C项。

考点三 法律规则与法律原则

■ [经典真题]

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)

- 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

■ [常见错误]

本题的常见错误集中体现在忽视了法律规则与法律原则在内容、适用范围和适用方式上的不同。

本题是对法律概念、法律原则、法律规则的综合考查,将多个知识点融合在一道题中考查是此考点的出题特点。考生在复习时应注意知识点间的融会贯通。很多考生认为A项是错误的,认为法律规则都必须是用法律条文来表示的。其实,在制定法意义上,法律规则是由法律条文来表述的,但是在习惯法等意义上认识,法律规则并不都由法律条文来表述。

■ [答案详解]

1. 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,故C项成立。

2. 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。

3. 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、法律程序和法律裁决的确认规范。

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:

(1) 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;其明确具体的目的在于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。

(2) 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。

(3) 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;如果该规则是无效的,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做出权衡,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”。

(4) 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、法律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。

考点四 法的效力

【经典真题】

关于法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章的适用,下列哪些选项符合《立法法》规定?(2009/1/62)

- A 同一机关制定的特别规定与一般规定不一致时,适用特别规定
- B 法律、行政法规、地方性法规原则上不溯及既往
- C 地方性法规与部门规章之间对同一事项的规定不一致不能确定如何适用时,由国务院裁决
- D 根据授权制定的法规与法律规定不一致不能确定如何适用时,由全国人大常委会裁决

【常见错误】

常见错误主要在于未能准确把握法的效力层次,法的效力层次可以概括为:(1)上位法的效力高于下位法;(2)同一位阶的法律之间,特别法优于一般法,可结合《立法法》的有关内容理解记忆;(3)新法优于旧法。注意新的一般法与旧的特别法之间的效力层次为旧的特别法优先适用。

本题还涉及到法的溯及力问题,法不溯及既往原则是解决法的溯及力问题的原则,但不是绝对的,目前通例是从旧兼从轻原则,另外在某些有关民事权利的法律中,也有溯及力。

【答案详解】

我国《立法法》对正式的法的渊源的效力原则进行了基本的规定。

1. 在法学理论中,正式的法的渊源的效力有时也被称为法律效力等级,或法律效力位阶。影响正式的法的渊源的效力的因素主要有:(1)制定主体;(2)适用范围;(3)制定时间。不同位阶的法的渊源之间的冲突原则包括宪法至上原则、法律高于法规原则、法规高于规章原则、行政法规高于地方性法规原则等。

2. 由于正式的法的渊源本身是有层次或等级划分的,因而其效力当然具有层次或等级性。同一位阶的法的渊源之间的冲突原则,主要包括:(1)全国性法律优先原则;(2)特别法优先原则;(3)后法优先或新法优先原则;(4)实体法优先原则;(5)国际法优先原则;(6)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。此外,法律之间对同一事项的新的一般规定与旧的特定规定不一致,不能确定如何适用时,由全国人民代表大会常务委员会裁决。行政法规之间对同一事项的新的一般规定与旧的

特别规定不一致,不能确定如何适用时,由国务院裁决。

3. 位阶出现交叉时的法的渊源之间的冲突原则,我国《立法法》主要规定:(1)自治条例和单行条例依法对法律、行政法规、地方性法规作变通规定的,在本自治地方适用自治条例和单行条例的规定。(2)经济特区法规根据授权对法律、行政法规、地方性法规作变通规定的,在本经济特区适用经济特区法规的规定。(3)地方性法规、规章之间不一致时,由有关机关依照下列规定的权限作出裁决:①同一机关制定的新的一般规定与旧的特别规定不一致时,由制定机关裁决。②地方性法规与部门规章之间对同一事项的规定不一致,不能确定如何适用时,由国务院提出意见,国务院认为应当适用地方性法规的,应当决定在该地方适用地方性法规的规定;认为应当适用部门规章的,应当提请全国人民代表大会常务委员会裁决。③部门规章之间、部门规章与地方政府规章之间对同一事项的规定不一致时,由国务院裁决。④根据授权制定的法规与法律规定不一致,不能确定如何适用时,由全国人民代表大会常务委员会裁决。

本题中,依据《立法法》第83条规定,同一机关制定的法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章,特别规定与一般规定不一致的,适用特别规定;新的规定与旧的规定不一致的,适用新的规定。故A项正确。依据《立法法》第86条第1款第(2)项规定,地方性法规与部门规章之间对同一事项的规定不一致,不能确定如何适用时,由国务院提出意见,国务院认为应当适用地方性法规的,应当决定在该地方适用地方性法规的规定;认为应当适用部门规章的,应当提请全国人民代表大会常务委员会裁决。故C项错误。依据《立法法》第86条第2款规定,根据授权制定的法规与法律规定不一致,不能确定如何适用时,由全国人民代表大会常务委员会裁决。故D项正确。

同时需要注意法的溯及力问题。法的溯及力,也称法溯及既往的效力是指法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。这是因为: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个义务,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,这是不公正的。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。我国刑法也采用这一原则。例如,我国《刑法》第12条第1款规定:中华人民共和国成立以后本法施行以前的行为,如果当时的法律不认为是犯罪的,适用当时的法律;如果当时的法律认为是犯罪的,依照本法总则第4章第8节的规定应当追诉的,按照当时的法律追究刑事责任,但是如果本法不认为是犯罪或者处刑较轻的,适用本法。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。

本题中,依据《立法法》第84条规定,法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章不溯及既往,但为了更好地保护公民、法人和其他组织的权利和利益而作的特别规定除外。故B项正确。

考点五 法的渊源与分类

【经典真题】

下列有关成文法和不成文法的表述，哪些不正确？（2005/1/51）

- 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

【常见错误】

法的分类和法的渊源是两个不同的概念。事实上，法的渊源、法律部门等也是从一定角度对法所作的分类。常见错误在于：（1）不能理清法的各种分类的标准；（2）将法的各种渊源与法的各种分类的概念相混淆。

【答案详解】

根据不同的标准，可以对法作不同的分类。法的一般分类主要有以下几种：

1. 国内法与国际法。按照法的创制与适用主体的不同，法可以分为国内法与国际法。国内法是由特定国家创制并适用于该国主权管辖范围内的法，包括宪法、民法、诉讼法等。国际法是指在国际交往中，由不同的主权国家通过协议制定或公认的适用于国家之间的法。

2. 根本法与普通法。按照法的效力、内容和制定程序的不同，法可以分为根本法与普通法。根本法是宪法的别称，它规定了国家基本的政治制度和社会制度、公民的基本权利和义务、国家机关的设置和职权等内容，在一个国家中占据最高的法律地位。普通法是指宪法以外的其他法，它规定国家的某项制度或调整某一方面的社会关系。在制定和修改程序上，根本法比普通法更为严格。需要注意的是，这里的“普通法”与英美法系中所讲的“普通法”（common law）不是同一个概念。

3. 一般法与特别法。按照法的效力范围的不同，法可以分为一般法与特别法。一般法是指在一国范围内，对一般的人和事有效的法。特别法是指在一国的特定地区、特定期间或对特定事件、特定公民有效的法，如戒严法、兵役法、教师法等。一般情况下，在同一领域，法律适用遵循特别法优于一般法的原则。

4. 实体法与程序法。按照法规定的具体内容不同，法可以分为实体法与程序法。实体法是规定主要权利和义务（或职权和职责）的法，如民法、刑法、行政法等。程序法是指为保障权利和义务的实现而规定的程序的法，如民事诉讼法、刑事诉讼法等。当然，这种划分并不是绝对的，实体法中也可能有一些程序内容。实体法与程序法有着密切的关系，实体法是主要的，一般称为主法；程序法保障实体法的实现，称为辅助法。但这并不意味着程序法不重要，程序法表明决定的形成必须经过法律所设定的步骤，并且向所有参加者开放，当事人有表达意见的机会，并将参加者、实施者的不同意愿和要求组织、整合为一个结果；这是基本的人权保护机制。人们可以通过法律程序对法律现象给予评判，实现形式正义，因而程序法具有独立的价值。

5. 成文法与不成文法。按照法的创制和表达形式的不同，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，故又称制定法。不成文法是指由国家认可的不具有文字表现形式的法。不成文法主要为习惯法。随着法的发展，成文法日益增多，已成为法的主要组成部分，而不成文法则逐渐减少。

法的渊源指法的源泉、来源、源头。在历史上，学者们通常将法的渊源分为历史渊源、本质渊源、思想理论渊源、效力渊源、文件渊源、形式渊源等来加以认识。在我国，对法的渊源的理解，一般指效力意义上的渊源，主要是各种制定法。法律实践中，法的渊源最主要