

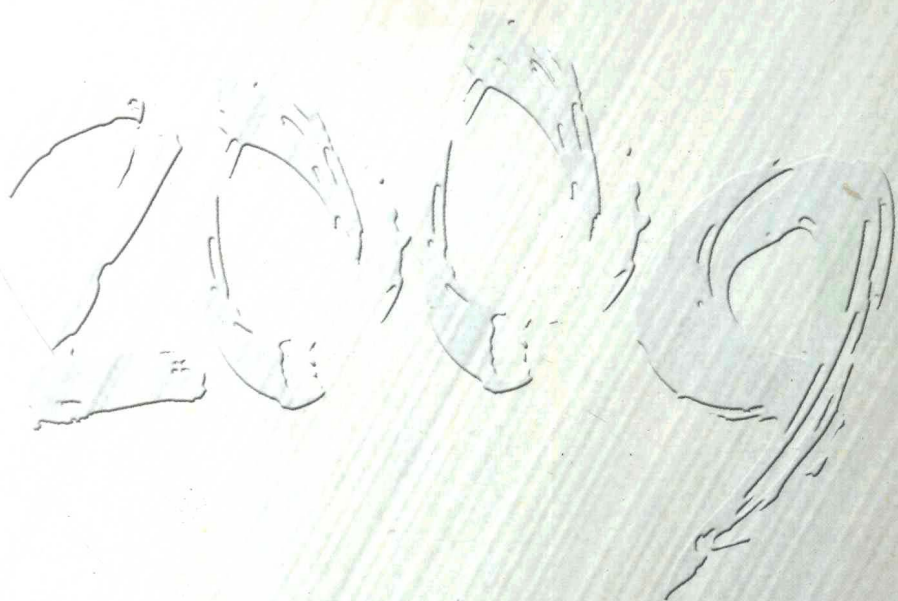
2009

在职法硕

在职攻读法律硕士联考

命题分析及考点解析

在职法律硕士联考辅导用书编写组◎编写



中国人民大学出版社



在职攻读法律硕士联考 命题分析及考点解析

在职法律硕士联考辅导用书编写组 编写

中国人民大学出版社

• 北京 •

图书在版编目 (CIP) 数据

在职攻读法律硕士联考命题分析及考点解析/在职法律硕士联考辅导用书编写组编写. 2 版
北京: 中国人民大学出版社, 2009
ISBN 978-7-300-08257-8

- I. 在...
- II. 在...
- III. 法律-研究生-入学考试-自学参考资料
- IV. D9

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 073928 号

在职攻读法律硕士联考命题分析及考点解析
在职法律硕士联考辅导用书编写组 编写

出版发行	中国人民大学出版社		
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码	100080
电 话	010-62511242 (总编室)		010-62511398 (质管部)
	010-82501766 (邮购部)		010-62514148 (门市部)
	010-62515195 (发行公司)		010-62515275 (盗版举报)
网 址	http://www.crup.com.cn		
	http://www.lkao.com.cn(中国 1 考网)		
经 销	新华书店		
印 刷	北京鑫霸印务有限公司		
规 格	185 mm×260 mm 16 开本	版 次	2008 年 7 月第 1 版 2009 年 6 月第 2 版
印 张	24	印 次	2009 年 6 月第 1 次印刷
字 数	562 000	定 价	43.00 元

前 言

对于考生来说，透彻分析历年考试真题，掌握其所容纳的考点，研究和把握考点中的难点和重点，是考试成败的关键。

为了尽可能帮助考生顺利通过考试，我们特组织专家对在职法律硕士联考的历年真题进行了详细的归类解析，对其中蕴涵的考点和重点、难点进行了梳理和概括。

本书的核心理念是：以考试真题为原点，以解析真题为根本，在拓展相关考点的基础上，充分挖掘重点和难点。本书的结构体例是：列出真题，给出答案并配以精细的解析，在此基础上，详细阐述真题所涉及的知识点。这些知识点，不仅有利于考生巩固复习成果，而且也有利于考生把握命题规律和命题重点。相信考生只要认真研习本书，一定会有较大的收获。

需要说明的是，本书主要是针对性地收集了比较典型的试题，并没有全部罗列以往所有试题。这样做的目的是突出常考点。

衷心祝愿考生顺利通过考试。

编者

2009年5月

目 录

第一部分 法理学	1
一、法学和法理学	1
二、法与法律	1
三、法律渊源	7
四、法律要素	13
五、法律关系	18
六、权利和义务	19
七、法律责任	23
八、法律演进	29
九、法律价值	33
十、法制与法治	35
十一、立法原理	39
十二、司法原理	47
十三、法律职业	49
十四、法律程序	51
十五、法律方法	54
十六、法律与社会	59
第二部分 中国宪法学	67
一、宪法释义	67
二、宪法结构	70
三、宪法的制定、修改和解释	72
四、宪法关系	74
五、宪法的历史发展	75
六、国体(国家性质)和政体(政权组织形式)	77
七、我国的基本经济制度和三个文明建设	83
八、选举制度	85
九、国家结构形式	89
十、公民基本权利和义务的一般原理	95
十一、我国公民的基本权利和义务	100
十二、国家机构概述	104
十三、全国人大及其常委会	105

十四、其他国家机构	112
十五、宪法监督	117
第三部分 中国法制史	126
一、夏商西周法律制度	126
二、春秋战国时期的法律制度	130
三、秦汉时期的法律制度	132
四、三国两晋南北朝法律制度	137
五、隋唐的法律制度	139
六、宋朝法律制度	147
七、元朝法律制度	150
八、明朝法律制度	151
九、清朝法律制度	153
十、清末法律制度	157
十一、中华民国南京临时政府和北洋政府的法律制度	163
十二、中华民国南京国民政府法律制度	165
十三、革命根据地法律制度	168
第四部分 民法学	173
一、导论	173
二、民事法律关系	175
三、自然人	178
四、法人和非法人组织	182
五、民事法律行为	184
六、代理	186
七、时效	189
八、物权法总论	193
九、所有权	196
十、用益物权	202
十一、担保物权	205
十二、债权概述	213
十三、合同	219
十四、人身权	240
十五、知识产权	242
十六、婚姻家庭和继承	248
十七、民事责任	255
第五部分 刑法学	265
一、导论	265
二、犯罪概念	267

三、犯罪构成	268
四、故意犯罪的停止形态	277
五、共同犯罪	282
六、一罪和数罪	285
七、正当防卫和紧急避险	289
八、刑罚的概念和种类	292
九、量刑	297
十、刑罚执行制度	306
十一、刑罚消灭制度	309
十二、刑法各论概述	310
十三、危害国家安全罪	311
十四、危害公共安全罪	311
十五、破坏社会主义市场经济秩序罪	316
十六、侵犯公民人身权利、民主权利罪	327
十七、侵犯财产罪	333
十八、妨害社会管理秩序罪	342
十九、贪污贿赂罪	347
二十、渎职罪	354
附 录	357
附录一 2007 年在职攻读法律硕士全国联考专业综合考试试卷	357
参考答案	365
附录二 2008 年在职攻读法律硕士全国联考专业综合考试试卷	366
参考答案	374

|| 第一部分 ||

法 理 学

一、法学和法理学

本部分内容包括法学释义、法学功能、法学教育、法理学释义、法理学与其他分支学科的关系等内容。考查方式主要是选择题，涉及论述题的可能性不大；命题要点比较分散，重点不突出，一般而言，命题主要是围绕法学词源、功能和法学的分类展开。



试题归类详解

(2004 年单选题) 法学的终极功能是 ()。

- A. 寻找社会规则
- B. 促进社会共识
- C. 树立社会正义
- D. 注重法律意识的培养

【答案】C

【精解】考查要点是法学功能。法学功能可以概括为寻找社会规则的初级功能，促进社会共识的高级功能和树立社会正义的终极功能三个方面，故选 C 项。D 项不属于法学的功能，而是法学教育的特点。



命题精要

1. 关于法学词源

“法学”这一用语最早出现于古罗马时期。有关法律问题的学问，在我国先秦时期被称为“刑名法术之学”或“刑名之学”，现代意义上的“法学”一词，是从日本翻译过来的，并在清末法制改革后得以广泛传播。

2. 关于法学的分类

法学体系包括理论法学、应用法学、法律史学、比较法学和边缘法学五大类。

二、法与法律

本部分内容包括法和法律的语义分析、法律的特征、作用和分类等内容，考查方式包括选择题和论述题，但考查的侧重点不同。就选择题而言，本部分考查要点一般集中在法律思想、法律规范的分类标准及其判定、法律的分类标准上，有时，有关法的规范作用的

具体内容,也是出选择题的依据,而法的社会作用及其法的局限性,一般为论述题的考查方向,在选择题方面考查较少。就论述题而言,主要涉及两道论述题:①试论法律的基本特征。②试从法律作用的角度谈一谈法的作用的局限性。



试题归类详解

1. (2003 年单选题) 根据法的创制方式和表达形式的不同,法可以分为 ()。

- A. 实体法和程序法
- B. 一般法和特别法
- C. 成文法和不成文法
- D. 公法和私法

【答案】 C

【精解】考查要点是法律的分类。法律可以根据不同的标准进行分类。根据法的创制方式和表达形式的不同,或者说,根据法律是否以规范化的条文形式作为其存在状态,可以将法律分为成文法和不成文法,故选 C 项。根据法律规定内容的不同,可以将法律分为实体法和程序法,故排除 A 项。根据法律适用范围的不同,可以将法律分为一般法和特别法,故排除 B 项。D 项属于民法法系的一种分类。

2. (2006 年单选题) 法律所具有的规定人们的行为模式及以此指导人们行为的属性是指 ()。

- A. 法律的普遍性
- B. 法律的规范性
- C. 法律的可诉性
- D. 法律的程序性

【答案】 B

【精解】考查要点是法律的规范性特征。法律作为社会规范,像道德规范、宗教规范一样,具有规范性。所谓法律的规范性,是指法所具有的规定人们的行为模式并以此指引人们行为的性质。可见,这里的规范性是指法律的明确性、标准性、统一性、尺度性等,即法律为人们的行为提供一个标准和尺度。它表现在:法律规范规定了人们的一般行为模式和法律后果,从而为人们的交互行为提供一个模型、标准或方向。法所规定的行为模式包括可为模式(人们可以怎样行为)、勿为模式(人们不得怎样行为)和应为模式(人们应当或必须怎样行为)三种。故选 B 项。法律的普遍性,也称“法律的普遍适用性”、“法律的概括性”,是指法作为一般的行为规范在国家权力管辖范围内具有普遍适用的效力和特性。普遍性强调的是法律效力的普遍适用性,而不是标准、尺度,故排除 A 项。可诉性是现代国家法律的一个重要特征,可诉性表明法律具有可以作为诉讼或者仲裁依据的特征,故排除 C 项。法律是强调程序、规定程序和实行程序的规范。也可以说,法是一个程序制度化的体系或制度化解决问题的程序,它和随意性相对应,故排除 D 项。

3. (2006 年多选题) 下列有关法学思想的表述,正确的说法是 ()。

- A. 自然法学主张法律与道德的分离
- B. 实证主义法学的概念是“实证法”的概念
- C. 社会法学和现实主义法学强调法律的社会效果
- D. 经济分析法学运用价值分析的方法

【答案】 BC

【精解】考查要点是法学思想。自然法学认为,法和道德是不可分离的,强调“没有道德的法律不是法律,法律要体现道德的要求”,坚持从法的内容的正确性上来解释法律。这不同于实证主义法学,因为实证主义法学认为法律与道德是分离的。可见, A 项表述错

误。实证主义法学的概念是“实证法”的概念，具体而言，实证主义法学是从“实际怎样或者实际是什么”的角度来定义法的概念的。可见，B项表述正确。社会法学和现实主义法学特别强调法律的社会效果，并从社会效果的角度来解释法律。可见，C项表述正确。自然法学一般运用价值分析的方法来阐释法，而经济分析法学一般运用经济分析的方法来阐释法。可见，D项表述错误。综上，本题选B、C项。

4. (2006年多选题) 法律的可诉性特征是指()。

- A. 法律可以成为人们起诉的根据
- B. 法律可以成为人们辩护的根据
- C. 法律可以成为法官裁判的根据
- D. 法律可以成为人们行为的准则

【答案】AC

【精解】考查要点是法律的可诉性特征。“可诉性”是现代国家法律的一个重要特征。法律必须是“可诉的”，它是规制人们的外部行为并可以被法院适用于具体程序的社会规则的总和。因此，判断法律是“书本上的法律”还是“行动中的法律”，关键在于考察这些法律是否具有被任何人（特别是公民和法人）在法律规定的机构中（特别是法院和仲裁机构）通过争议解决程序（特别是诉讼程序）加以运用的可能性。“可诉性”在事实上包括两个方面：(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。法律必须是明确的、确定的规范，才能担当起作为人们争讼标准的角色。(2) 可裁判性（可适用性）。法律能否适用于裁判、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。依此，缺乏可裁判性（可适用性）的法律仅仅是一些具有象征意义、宣示意义或叙述意义的法律，其即使不是完全无用的法律或“死的法律”，至少也是不符合法律之形式完整性和功能健全性之要求的法律。我们可以把这样的法律称为“有缺损的、有瑕疵的法律”。它们减损甚至歪曲了法律的本性。可见，法律的可诉性仅体现为法律的可以诉讼性和法律的可以裁判性两个方面，故选A、C项。

5. (2007年单选题) 强调法的理性和价值倾向，主张从“应该怎样或应该是什么”的角度定义法的概念的是()。

- A. 分析主义法学家
- B. 法律实证主义者
- C. 自然法学家
- D. 法社会学家

【答案】C

【精解】考查要点是自然法学家关于法的概念。自然法学家强调法的理性和价值倾向，认为法的概念是“应然法”的概念，从“应当怎样或应该是什么”的角度来定义法。可见，选C项。分析主义法学家首要地是从权威性的制定或者发布来定义法的概念的。可见，不选A项。法律实证主义学者的法的概念不是“应然法”的概念，而是“实然法”的概念，法律实证主义者是从“实际怎样或者实际是什么”的角度来定义法的概念的。可见，不选B项。法社会学家首要地是从社会效果出发来定义法的概念的。可见，不选D项。

6. (2007年单选题) 法律之所以有预测作用除了法律的规范性因素，还因为法律具有()。

- A. 确定性
- B. 程序性
- C. 公正性
- D. 专门性

【答案】A

【精解】考查要点是法律具有预测作用的原因。法律之所以有预测作用，除了法律的规范性因素外，还因为法律具有确定性特征。法律规范的确定性，使人们可以预见到自己

的行为是合法的，还是非法的，在法律上是有效的，还是无效的，是会受到鼓励、奖励、保护，还是会受到撤销、否定或制裁。如果法律是不确定的，人们就无法预见自己的行为及其后果，从而无法作出合理的预期。可见，选A项。法律具有程序性，法律也体现公正的要求，法律应当由国家专门机关制定，但是这些和法律的预测作用没有必然的联系，因此，不选B、C、D项。

7. (2007年单选题) 关于法律的分类，下列表述中能够成立的是()。

- A. 实体法与程序法是按照法律适用范围的不同对法律所作的划分
- B. 普通法与衡平法是11世纪以后就在英格兰出现的一种法律分类
- C. 不成文法包括习惯法和判例法两种
- D. 在社会主义国家，一般不主张公法与私法的划分

【答案】C

【精解】考查要点是法律的分类。实体法和程序法的分类标准是法律规定的内容不同；一般法和特别法的分类的标准是法律适用范围的不同。可见，A项表述错误。普通法和衡平法是普通法法系国家对法的一种分类，普通法专指英国在11世纪“诺曼征服”之后由法官通过判决形式逐渐形成的适用于英格兰全境的一种判例法；而衡平法是指英国在14世纪后通过对普通法的修正和补充而出现的一种判例法。可见，在11世纪“诺曼征服”之后，还没有出现衡平法，因此也就不会立刻出现普通法和衡平法的分类。故B项表述错误。不成文法包括习惯法和判例法两种，可见，C项表述正确。公法和私法是大陆法系国家对法的一种分类，在社会主义国家，也存在公法和私法的划分，只不过在理论上存在是否引进这种分类的争议。可见，D项表述是错误的。

8. (2008年单选题) 法律适用对象是一般的人而不是特定的人，法律可以反复适用而不是仅适用一次，这表明法律具有()。

- A. 规范性
- B. 可诉性
- C. 国家意志性
- D. 利导性

【答案】A

【精解】考查要点是法的规范性特征。法律之所以反复适用，在于其具有规范性，具体而言，从效力上看，法律不是为某个特定的人而制定的，它所适用的对象是不特定的人；它不是仅仅适用一次，可以在其生效期间内反复适用。可见，选A项。法律的可诉性是指法律具有可争讼性和可裁判性；法律的国家意志性是指法律体现的是国家意志；法律的利导性是指法律可以引导人们实现自己的利益。法律的规范性、可诉性、国家意志性和利导性都属于法的特征，但它们所体现的内容是不同的。故排除B、C、D项。



命题精要

1. 法律的概念

本部分考查方式一般为选择题，命题要点一般集中在各法学流派对法的概念的理解和主张上。

(1) 根据不同思想家和法学家对法和道德之间关系的不同理解和主张，可以将对法的概念的争议分为两种立场：自然法，非法实证主义和法实证主义。

(2) 持自然法立场的思想家和法学家主张法或法律与道德是不可分离的，坚持以内容的正确性作为法的概念的核心定义要素。持实证主义法学立场的思想家和法学家主张法或法律与道德是分离的，认为定义法的概念不需要或不应该以内容的正确性作为核心要素，

而应以权威性的制定或发布、社会效果作为法的概念的核心定义要素。

(3) 根据实证主义法学者定义法的概念的核心要素的不同,可以将实证主义法学者的法的概念分为两类:首要的以权威性的制定或发布为定向的法的概念和首要的以社会效果为定向的法的概念。一般来说,社会法学家和现实主义法学学者的法的概念是首要的以社会效果为定向的法的概念,如马克斯·韦伯、卢曼、霍姆斯等人;分析主义法学家的法的概念是首要的以权威性的制定或发布为定向的法概念,如奥斯汀、凯尔森、哈特等人。

(4) 自然法学者的法的概念是“应然法”的概念,是从“应该怎样或应该是什么”的角度定义法的概念。实证主义法学者的法的概念是“实然法”的概念,是从“实际怎样或实际是什么”的角度定义法的概念。

2. 法律的特征

法律的特征包括法律的规范性、国家意志性、国家强制性、普遍性、程序性和可诉性。本部分一般是通过选择题的方式实施考查的,命题方向一般集中在这些特征的内涵或具体表现上。

(1) 法律的规范性。法的规范性与其他社会规范的规范性的区别表现在:法在规范内容上的更大的确定性、法律规范语句的更强的命令性、法律规范裁判标准的权威性和独断性以及法律规范语句的实证性等四个方面。法的规范作用分为指引作用、预测作用、评价作用、强制作用和教育作用。指引作用又包括可选择的指引和确定性的指引。

(2) 法律的国家意志性。从法律与国家意志的关系来看,法律体现国家意志。从国家与法律的关系来看,国家意志是法律存在的前提条件,法律是实现国家意志的重要手段。从法律产生的途径来看,国家制定和认可是法律产生的两种途径。所谓法律的制定,就是国家立法机关按照法定程序创制规范性文件的活动。通过这种方式产生的法,称为制定法或成文法。所谓法律的认可,是指国家通过一定的方式承认其他社会规范(道德、宗教、风俗、习惯等)具有法律效力的活动。法律的认可主要有两种方式:明示认可和默示认可。此外,体现国家意志的法律具有统一性、权威性、普遍性。

(3) 法律的国家强制性。这表现在两个方面:第一,法律不能始终为人们自愿地遵守,需要通过国家强制力保证实施;第二,法律不能自行实施,需要国家专门机关予以运用。国家运用强制力保证法律的实施,也必须依法进行,受法律规范的约束。

(4) 法律的普遍性。法律的普遍性,也称“法律的普遍适用性”、“法律的概括性”,是指法作为一般的行为规范在国家权力管辖范围内具有普遍适用的效力和特性,表现在两个方面:①法律的效力对象的广泛性;②法律的效力的重复性,在同样的情况下,法可以被反复适用。法律的普遍性与规范性密切相关:正因为法具有规范性,它也就同时具有普遍性;法律的规范性是普遍性的前提和基础,法律的普遍性是规范性的发展与延伸。但法律的普遍性不能等同于法律的规范性。

(5) 法律的程序性。法律具有程序性的原因:①法律是强调程序的规范。②法律在本质上要求实现程序化。即法律的规范性、国家意志性、统一性等要求其必须具有程序性。③法律讲求效率、具有权威性的特点要求法律具有程序性。程序的独特性质和功能也为保障法律之效率和权威提供了条件。④建立法治国家要求法律的程序性。法治发展的程度,取决于一个国家法律制度程序化的程度及对法律程序的遵守和服从的程度。

(6) 法律的可诉性。法律的可诉性是指法律被法律关系主体在法律规定的机构中通过

法律程序运用以解决争议的可能性,其包括两个方面:①可争讼性。即任何人都可以将法律作为起诉和辩护的根据。法律必须是明确的、确定的规范,才能担当起作为人们争讼标准的角色。②可裁判性(可适用性)。法律能否用于裁判、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。可诉性是现代国家法律的一个重要特征。

法律之所以为法律,就在于其具有可诉性。与此不同,道德、宗教规范、政策等不具有直接的法律效力,也不具有直接的可诉性。至少在现代国家,当事人不应直接将道德、宗教规范、政策等作为起诉和辩护的有效根据,法院也不得直接将它们视为正式的法律渊源,作为法律裁判的直接依据。

3. 法律的分类

法律的分类属于选择题考查的重点,命题要点一般集中在法律分类的标准上,因此,考生一定要熟记法律分类的标准。

(1) 法律的一般分类。这种分类适用于世界上所有国家。①根据法的创制方式和表达形式的不同,或者说,根据法律是否以规范化的条文形式作为其存在状态,可以将法律分为成文法和不成文法。成文法是指有立法权或立法性职权的国家机关以国家的名义,依照特定程序创制的,以规范化的条文形式存在的规范性法律文件的总称,又称为制定法。不成文法是指由国家有权机关认可的、不具有文字形式或虽有文字形式但不具有规范化条文形式的法律的总称。不成文法包括习惯法和判例法两种。②根据法律效力、内容和制定程序的不同,可以将法律分为根本法和普通法(并非英美法系中的普通法概念——编者注)。在成文宪法的国家,根本法即宪法,普通法即宪法以外的法律。③根据法律规定内容的不同,可以将法律分为实体法和程序法。实体法一般是指规定主体的主要权利和义务(或职权和职责)的法律。程序法一般是指规定保证权利和义务得以实施的程序的法律。④根据法律适用范围的不同,可以将法律分为一般法和特别法。一般法是指针对一般人、一般事、一般时间、在全国普遍适用的法。特别法是指针对特定人、特定事、特定地区,在特定时间有效的法律。⑤根据法律的创制和适用主体的不同,可以将法律分为国内法和国际法。国内法是指由特定国家机关创制并适用于本国主权所及范围内的法律。国际法是由参与国际关系的国家通过协议制定或公认的,适用于国家之间的法律。

(2) 法律的特殊分类。这种分类仅适用于某一类国家或地区。①公法与私法。这是民法法系的一种分类。古罗马法学家乌尔比安首次提出该种分类。一般认为,凡涉及公共权力、公共关系、公共利益和上下服从关系、管理关系、强制关系的法,即为公法,如行政法、刑法、诉讼法;凡涉及个人利益、个人权利、自由选择、平权关系的法即为私法,如民法和商法。②普通法与衡平法。这是普通法法系国家的一种分类。这里的普通法,不同于法律的一般分类中的普通法概念,而是专指英国在11世纪后由法官通过判例形式逐渐形成的适用于全英格兰的一种判例法。衡平法是指英国在14世纪后通过对普通法的修正和补充而形成的一种判例法。

4. 法律的社会作用和法的局限性

本部分一般属于论述题的考查方向,以选择题方式实施考查的可能性不大。

法律的社会作用表现为以下五个方面:(1)维护社会秩序与和平。(2)推进社会变迁。(3)保障社会整合。(4)控制、解决社会纠纷和争端。(5)促进社会价值目标的实现。

法律的局限性表现在以下四个方面:(1)法律作用的范围不是无限的。对于那些不能

由法律来调整的人类行为和社会关系，只能由其他社会控制手段来调整，如道德、宗教、纪律、政策等。(2) 法律只是调整社会关系的手段之一。(3) 法律与事实之间的对应难题也不是法律所能够完全解决的。(4) 法律自身的缺陷也影响其发挥作用。第一，由于人的理性的有限性，任何国家的法律都不可能是一个包罗万象的体系。第二，法律规范的稳定性往往引发法律的滞后性。第三，法律规范的一般性和抽象性与个案的具体情况有矛盾。第四，法律概念存在解释不统一的局面，影响了法律作用的发挥。

总之，在认识法律的作用时，必须注意“两点论”：对法律的作用既不能夸大，也不能忽视；既要认识到法不是无用的，又要认识到法不是万能的；既要反对“法律无用论”，又要防止“法律万能论”。

法律的局限性可以以论述题的形式实施考查，如“通过法律的作用，论述法律的局限性”。

三、法律渊源

本部分内容包括法律渊源的涵义、种类，当代中国的法律渊源和法律效力等内容，考查方式偏重于选择题，考查方向一般集中在法律渊源的内涵，我国法律渊源的体系，广义和狭义的法律效力以及法律效力所遵循的原则上。法律渊源属于在职法律硕士入学考试常考的知识点。



试题归类详解

1. (2003 年论述题) 试论法律渊源的识别。

【答案】(1) 法律渊源的识别是指法官等职业法律群体对什么样的法律性资料具有法律效力的认定。法律性资料可分为两类：一类是由立法机关创制的各种法律文本以及认可的习惯和国际条约等；另一类是通行于社会中的各种正义观念、善良风俗和法理学说等。在法律适用过程中，法官等首先要对各种法律性资料进行识别，以确定其在个案中是否具有法律效力，具有哪一级别的法律效力。

(2) 法律渊源的识别深受法源理论的影响。法源理论主要有两种：一种是国家主义的法源理论，这种理论强调只有国家制定或认可的法律性资料才可被视为法律渊源。另一种是非国家主义的法源理论，这种理论认为，在认定法律性资料的效力时，除了注意国家制定或认可的法律性资料外，还应注意在社会中实际通行的各种规范和理论。

(3) 从法律渊源识别的具体思维方法来看，大陆法系首先考虑是否是国家立法机关制定或认可的法律性资料；而英美法系则一般要经过普通法、衡平法及制定法的三重思维之后才能确定某一规则的法律效力。

(4) 我国的法源理论深受大陆法系的影响，因而制定法被视为第一位的法源，判例至今在理论上仍不被认为是法律性资料。

(5) 我国的法律渊源包括宪法、法律、行政法规、地方性法规、自治条例、特别行政区的规范性法律文件以及国际条约和国际惯例。

(6) 我国法律渊源的识别中考虑的主要因素有：法律制定的主体与程序、法律适用的范围（特别法优于一般法）、法律适用的时间（后法优于前法）。

2. (2005 年单选题) 下列选项中不属于当代中国正式法律渊源的是 ()。

- A. 判决书 B. 地方性法规 C. 自治条例 D. 军事法规

【答案】A

【精解】考查要点是当代中国正式的法律渊源。当代中国的法律渊源分为正式的法律渊源和非正式的法律渊源。正式的法律渊源主要包括宪法、法律、行政法规、军事法规和军事规章、地方性法规、自治条例和单行条例、部门规章和地方政府规章等。除了制定法以外,中国缔结、承认和加入的国际条约和批准的国际协定也是正式的法律渊源。当代中国的非正式法律渊源一般有政策、判例和习惯三种。但要注意,国际惯例也属于当代中国的非正式法律渊源。判决书属于判例的一种表现形式,因而属于非正式法律渊源,故选 A 项。

3. (2006 年单选题) 法律对其生效前的事件和行为是否适用在法学上称为 ()。

- A. 法律的拘束力 B. 法律的溯及力
C. 法律的继承性 D. 法律的对事效力

【答案】B

【精解】考查要点是法律的溯及力。法律的溯及力,即法律溯及既往的效力,是指法律对其生效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。在一般情况下,法律不具有溯及力。故选 B 项。法律的拘束力(约束力)又称为法律效力,而法律效力包括法律对人的效力、对事的效力、法律效力的空间范围、时间范围和等级范围等问题,其中,法律效力的时间范围又包括法律的生效时间、失效时间和法律的溯及力等内容。可见,法律拘束力的外延要大于法律的溯及力,故排除 A 项。法律的继承性是指不同历史类型的法律在相互更替、新法取代旧法时,可以批判吸收旧法中适合新的社会形态的某些因素。法律的继承性不同于法律的溯及力,前者强调的是法律的连续性,后者强调的是法律的效力,二者是不同领域研究的问题。故排除 C 项。法律的对事效力指法律对什么样的行为、事项、社会关系有效力。它和法律对人的效力相对应。法律的对事效力属于法律效力范围的问题,而法律的溯及力仅针对法律的时间效力问题。故排除 D 项。

4. (2006 年多选题) 下列属于我国法律非正式渊源的是 ()。

- A. 政策 B. 判例
C. 习惯 D. 行政规章

【答案】ABC

【精解】考查要点是法律非正式渊源。法律渊源是指法律的效力或约束力的来源。根据法律的来源的不同或者效力的大小,可以把法律渊源分为两类,即正式的法律渊源和非正式的法律渊源。就非正式渊源而言,其对于国家机关、公民和社会组织具有说服力而无约束力。法律的非正式渊源包括正义、公共政策、习惯、客观知识以及权威性学说或法理等。注意:公共政策既包括国家政策,也包括执政党的政策。行政规章属于法律的正式渊源,而不是非正式渊源。故排除 D 项。判例属于法律的正式渊源,这是针对英美法系国家而言,如果具体到我国,判例不能成为我国法律的正式渊源,只能成为法律的非正式渊源。综上概括,本题答案为 A、B、C 项。

5. (2007 年多选题) 不同国家或同一国家在不同时期的法律渊源会有不同的表现,法律渊源的这种多样性表现,其成因是 ()。

- A. 与国家将立法权配置给不同地位的机关行使有关
- B. 与司法独立与否的状态有关
- C. 与国家历史传统有关
- D. 与国家结构形式有关

【答案】ACD

【精解】考查要点是法律渊源多样性的成因。不同国家或同一国家在不同时期的法律渊源会有不同的表现，法律渊源的这种多样性表现，其成因主要有三个：①国家经常会根据社会关系重要性的程度、范围的大小等不同情况将创制调整社会关系的法律的权力分配给不同地位的机构，由此产生的结果便是形成效力等级不同、种类多样的法律渊源。可见，法律渊源的多样性与国家将立法权配置给不同地位的机关行使有关，故选A项。②历史传统对法律渊源多样性的形成具有重要的作用，故选C项。③不同的国家结构形式也是造成法律渊源多样性的原因，故选D项。是否实行司法独立，与法律渊源的成因没有必然联系，故不选B项。

6. (2007年多选题) 当法律渊源出现效力冲突不能确定如何适用时，下列解决方式中错误的是()。

- A. 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，由国务院裁决
- B. 法律之间对同一事项的新的一般规定与旧的特别规定不一致，由全国人大法律委员会裁决
- C. 部门规章与政府规章对同一事项的规定不一致，由国务院相关部、委裁决
- D. 根据授权制定的法规与法律法规不一致，由授权机构裁决

【答案】BCD

【精解】考查要点是法律渊源中效力冲突的解决方式。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。可见，A项表述正确，不能选。法律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，由全国人大常委会裁决。可见，B项表述错误，应选。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。可见，C项表述错误，应选。根据授权制定的法规与法律法规不一致，不能确定如何适用时，由全国人大常委会裁决。可见，D项表述错误，应选。

7. (2007年多选题) 在我国，非规范性法律文件是指()。

- A. 国家权力机关发布的个别性文件
- B. 国家行政机关发布的法律文件
- C. 其他社会组织发布的文件
- D. 司法判决

【答案】AD

【精解】考查要点是非规范性法律文件的含义。非规范性法律文件是与规范性法律文件相对应而言的，它是指国家机关(权力机关、行政机关或司法机关)在适用法的过程中发布的具有法律效力的个别性文件，如司法判决书、调解书、裁定书，行政机关发布的行政命令等。非规范性法律文件不具有规范性法律文件所具有的普遍适用和反复适用的效力，但这种个别性文件能够针对特定的人、事件或场合具有法律效力，它是法律适用的结果。综上分析，选A、D项。不选B项，因为国家行政机关发布的法律文件，如果不是针

对特定的人、事件或场合的话,那么可能就是规范性法律文件,如国务院发布的行政法规,就是规范性法律文件。不选C项,因为其他社会组织发布的文件不具有法律效力,不能被适用,更谈不上属于非规范性法律文件。

8. (2008年多选题) 下列表述有错误的是()。

- A. 行政规章是各级行政管理部门制定的规范性法律文件
- B. 地方性法规的效力一般高于部门规章
- C. 自治区、自治州、自治县的人民代表大会可以制定自治条例和单行条例
- D. 根本法与普通法的分类仅仅适用于不成文宪法的国家

【答案】 ABD

【精解】 考查要点是我国正式的法律渊源及法律的分类。行政规章包括部门规章和地方政府规章。部门规章是国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署、具有行政管理职能的直属机构(如国家质检总局、税务总局等)在各自权限范围内制定和颁布的规范性法律文件。地方政府规章是省、自治区、直辖市、国务院批准较大的市(如大连、青岛、深圳、厦门等)的人民政府制定和颁布的规范性法律文件。可见,并非各级行政管理部门都有权制定地方政府规章。故A项表述错误,应选。在我国法律效力的等级体系中,并没有对地方性法规和部门规章的效力作出等级排序,但对地方性法规的效力高于本级和下级地方政府规章作出了规定。可见,不能认为地方性法规的效力高于部门规章,也不能认定部门规章的效力高于地方性法规。可见,B项表述错误,应选。根据《宪法》第116条的规定,民族自治地方(自治区、自治州、自治县)的人民代表大会(注意:不要记忆成人大常委会)有权依照当地民族的政治、经济和文化的特点,制定自治条例和单行条例。据此,C项表述正确,不选C项。不成文宪法制国家中,宪法的效力和普通法律没有什么区别,因此,根本法与普通法的分类仅仅适用于成文宪法制国家,而不适用于不成文宪法制国家。可见,D项表述错误,应入选。

9. (2008年多选题) 对于行政规章,人民法院在适用时可以“参照”执行,()。

- A. 审查其合法性
- B. 宣布其无效
- C. 在判决书中加以援引
- D. 审查合理性

【答案】 ACD

【精解】 考查要点是对规章的适用审查。我国的司法实践中,正式渊源存在着第一位的法律渊源和第二位的法律渊源之分。宪法、法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例属于正式渊源中的第一位的法律渊源;部门规章和地方政府规章属于第二位的法律渊源。人民法院以第一位的法律渊源作为法律适用的依据,而对于第二位的法律渊源,是“参照”执行。所谓“参照”,就意味着人民法院可以对这些法律渊源进行合法性与合理性的审查,对于合法、适当的规章,人民法院予以参照适用,并在判决书中加以援引。例如,根据《最高人民法院关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》的有关精神,人民法院审理行政案件,依据法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例,参照规章。在参照规章时,应当对规章的规定是否合法有效进行判断,对于合法有效的规章应当适用。可见,人民法院在适用规章时,应当对规章的合法性和合理性进行审查,对于不合法或不适当的规章,人民法院虽然不能宣布其无效,但是不能加以适用。再例如,据《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第62条第2款的规定,人民法院审理行政案件,可以在裁判文书中引用合法有效的规章及其他