

2005 司法考试 专题例解

张能宝◎主编

上册

构建体系
剖析精神
将司法考试的重点、考点彻底
了然在心
成竹于胸

中国社会科学出版社

2005 司法考试 专题例解

张能宝·主编

上册

构建体系
剖析精神
将司法考试的重点、考点，
彻底了然在心
成竹于胸

中国社会科学出版社

图书在版编目(CIP)数据

2005 司法考试专题例解/张能宝主编. —北京:中国社会科学出版社, 2005.5

ISBN 7-5004-5052-4

I. 2… II. 张… 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(2005)第 035041 号

出版策划 任 明
责任编辑 宗 合
责任校对 林福国
封面设计 王 华
技术编辑 张汉林

出版发行 **中国社会科学出版社**

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 邮 编 100720

电 话 010-84029450(邮购)

网 址 <http://www.csspw.cn>

经 销 新华书店

印 刷 北京奥隆印刷厂

装 订 三河鑫鑫装订厂

版 次 2005 年 5 月第 1 版

印 次 2005 年 5 月第 1 次印刷

开 本 787×1092 毫米 1/16

印 张 80.75

插 页 2

字 数 2785 千字

定 价 195.00 元(全二册)

凡购买中国社会科学出版社图书,如有质量问题请与本社发行部联系调换
版权所有 侵权必究

《2005 年司法考试专题例解》

编 委 会

主 编 张能宝

副 主 编 杨艳霞

主要撰稿人 张能宝 杨艳霞 张 玲

刘亚莉 汪丽娟 阮 娜

向 燕 张建英 张思思

梁亚莉 胡卫丽 李 彤

董春华 王 硕 王 淇

前言

司法考试,从小的方面看,只是一个学习法律的过程,往大的方面看,它却担负着培养国家法官、检察官和律师等法治实用人才的重任。近几年来,为了圆满完成这一培养和遴选法律人的使命,司法考试的设计者和命题人对考试本身进行了大胆深入的改革。归纳起来,改革主要体现在三个方面,一是扩大了命题范围,要求全面涵盖法律本科阶段14门主干课的所有重点内容,二是提高了试题的难度,要求有融会贯通、纵横捭阖的辨析解答能力,三是增加了理论联系实际的力度,要求有较强的运用法律知识分析、解决实践法律问题的能力。

这种改革是为了国家与民族的未来大计着想,有助于培养塑造考生心灵中的法治理念和精神,但在一定程度上也不可避免地增加了复习准备司法考试的难度。在这种情况下,如何提高学习效率,增强学习的针对性,在短时间内既强化表象性记忆又对法律知识体系甚至法律的精神有一定理解,就成为每一个参与其中的人需要解决的问题。有位学者说:“学习的成功,三分之一在于强行记忆,三分之二在于方法分析。”为此,如果仅有强行记忆,即使一时间掌握了相关内容,那内容也只是停留于表面,仅仅是肤浅的知识“皮囊”,如果同时加强方法分析,学习过程就有了思想的引领,我们不仅会感知到知识的外部表征,而且将探求到它的内在逻辑体系和精神。

有鉴于此,我们编写了《国家司法考试专题例解》一书,突出学习过程中的方法性分析,首先帮助大家建立法律知识的逻辑体系,然后在精练讲解重点考点时,配之以高效的案例训练,在学中练,在练中学。本书的特点主要有以下几个方面:

第一,构建知识体系,从体系入手突破部门法单个知识点相互分离的壁垒。

系统的功能大于整体之和,法律知识也不例外。如果我们对部门法知识只有支离破碎的认知,我们对它的掌握也必将是支离破碎的,拿着支离破碎的知识去考试,我们的解题能力将捉襟见肘。本书全面涵盖了司法考试14门主干课的所有重点内容,每一部分在讲解时都从体系入手,构建整个部门法的知识体系,构建每一专题的知识体系,甚至构建每一款的知识体系,注重联系,强化对比,明辨区分。通过联系、对比和区分,将杂乱的内容赋予章法,复杂的予以简单化,将法律零零散散的规定使之系统化。引导考生在复习时,从知识的宏观构架入手,从体系入手,首先把握每一部门法、每一专题的体系与精神,将单个知识放在系统中学习,在系统中将单个知识展开学习,做到成竹于胸。

第二,抓住重点,提炼考点,突破疑难点。

司法考试尽管内容庞杂,但它的重点却非常突出鲜明,每年均以“大盘稳定,小幅调整”的模式,抓住传统的重点内容略微进行一定调整的思路设置各部门法分值大小并确定每一部门法内部的试题分布。为此,在掌握了部门法知识体系的基础上,考试成功的关键就在于是否抓住了重点法律知识。为了做到重点一目了然,本书把各部门法知识从浩瀚的理论中加以排查,予以精练提纯,剔除非重点内容,留下重点内容,做到重点突出,考点昭然若揭。在重点内容的讲解中,不求面面俱到,而是以考点为中心进行深度挖掘,抓住重点中的难点和疑点予以彻底突破。

第三,以案说法,以典型实例解法。

理论联系实际力度的加大是近几年司法考试的一大特色,为了在学习过程中培养较强的运用法律知识分析解决实践法律问题的能力,提高学习的针对性和实战性,我们在本书中精心编排了大量的与司法考试同等难度的案例训练。其一,部门法每一专题的内容均以一或两个典型案例问

题引起,问题里包含着这一专题的一个或几个核心知识点,一方面激发大家的阅读兴趣,另一方面发人深省;其二,在每一专题的具体讲解中,针对独立成块的法律知识,设计连环案例,以案说法,以典型实例解法,有效避免知识与实际运用的脱节,加深理解,强化应用。

第四,加强编写结构的创新,更符合法律知识的内在逻辑和学习掌握的规律。

对于有些部门法,我们在编写时对其传统结构进行了较大调整,目的是突出相关法律知识间的联系,形成一个法律知识的有机整体,发挥系统的功能,抑或是为了强化法律知识间的对比与区分,简化管理,方便记忆。与此同时,在具体的编写体例方面我们也有较大创新。一方面,以部门法为单位,将每一部门法的内容分成两大块,首先是部门法知识总体系表,突出部门法内各专题之间的联系,其次是以专题为单位将部门法重点考点知识展开;另一方面,每一具体专题的体例依次又分成 5 个部分,分别是:

- (1)专题的知识体系。着重该专题法律知识的体系;
- (2)引导性问题。着重实际运用方面的启发思考;
- (3)重点、考点、难点综述。着重法律知识方面的启发思考;
- (4)法律知识 with 案例的结合阐释。着重重点、考点与难点的详细论解和训练;
- (5)重要法条链接。着重给讲解以法律依据与印证。

作为一名法律人是神圣的,时代的发展和民族的振兴要求我们将内心的法治追求转化为外在的法治实践,要求我们将崇高的法治理想上升为民众普遍的法治信念,我们重任在肩。让我们勇往而无畏,大步向前!

张能宝

2005 年 4 月 18 日 北京

目 录

上 册

民法的精神和体系	(3)
民法知识总体系(表)	(5)
总论	(6)
专题1 民法的调整对象	(6)
专题2 民法的基本原则	(7)
专题3 民事法律关系	(9)
分论	(45)
专题4 人身权	(45)
专题5 物权总则	(72)
专题6 物权的完全样态——所有权	(77)
专题7 限制物权的表现之一——用益物权	(86)
专题8 限制物权的表现之二——担保物权	(89)
专题9 知识产权	(123)
专题10 债权总则	(155)
专题11 债权的典型表现之一——合同之债	(168)
专题12 债权的典型表现之二——侵权之债	(238)
专题13 债权的典型表现之三——不当得利之债	(258)
专题14 债权的典型表现之四——无因管理之债	(260)
专题15 民事责任	(263)
专题16 诉讼时效	(267)
商法的精神和体系	(271)
商法知识总体系(表)	(273)
市场主体组织及其运行法	(274)
专题1 公司法基本概念	(274)
专题2 有限责任公司法律制度	(278)
专题3 股份有限公司法律制度	(289)
专题4 外国公司的分支机构	(295)
专题5 上市公司基本法律规定	(297)
专题6 公司债券的发行	(299)
专题7 公司的合并与分立	(301)
专题8 公司财务会计制度	(303)
专题9 公司的终止与清算	(305)
专题10 合伙企业法律制度	(307)
专题11 《个人独资企业法》	(314)

专题 12 外商投资企业法	(316)
市场特殊行为法	(325)
专题 13 《票据法》	(325)
专题 14 保险相关法律制度	(336)
市场退出法律制度	(346)
专题 15 企业破产法	(346)
经济法的精神和体系	(353)
经济法的知识体系(表)	(354)
✓专题 1 不正当竞争行为的含义及认定标准	(355)
✓专题 2 限制竞争行为的含义与种类	(359)
专题 3 拍卖主体的权利义务	(361)
专题 4 拍卖规则	(364)
✓专题 5 招标投标法的相关考点	(366)
✓专题 6 消费者的权利与经营者的义务	(369)
✓专题 7 消费争议的解决	(372)
✓专题 8 经营者民事责任的确定	(374)
专题 9 产品、产品标准、产品质量监督	(377)
✓专题 10 产品质量义务和产品质量法律责任	(380)
专题 11 银行业法的考点提炼	(383)
专题 12 证券机构	(389)
专题 13 证券发行法律制度	(393)
专题 14 证券交易法律制度	(395)
专题 15 上市公司收购制度	(401)
专题 16 个人所得税的征、减、免	(404)
✓专题 17 税收征管法	(406)
专题 18 会计法与审计法相关考点提炼	(410)
✓专题 19 劳动法概述	(413)
✓专题 20 用人单位单方解除劳动合同的法律规定	(415)
✓专题 21 劳动者单方解除劳动合同的法律规定	(417)
✓专题 22 工时、工资的相关考点	(419)
✓专题 23 劳动争议的认定与处理	(422)
专题 24 土地所有权、使用权的考点提炼	(424)
专题 25 建设用地的管理	(428)
专题 26 房地产的开发与交易	(430)
专题 27 环境法律制度和环境民事责任	(434)
民事诉讼法的精神和体系	(437)
民事诉讼法知识总体系(表)	(439)
专题 1 民事诉讼法学基本理论	(440)
专题 2 民事诉讼法总论之一:主管与管辖	(451)
专题 3 民事诉讼法总论之二:当事人与诉讼代理人	(464)

专题 4 民事诉讼法总论之三:证据制度	(476)
专题 5 民事诉讼法总论之五:民事诉讼中的保障措施	(486)
专题 6 民事诉讼法总论之六:期间、送达、司法协助	(492)
专题 7 审判程序	(497)
专题 8 执行程序	(530)
仲裁	(544)
专题 1 仲裁制度基本理论	(545)
专题 2 仲裁协议	(547)
专题 3 仲裁程序	(550)
专题 4 仲裁裁决的撤销	(555)
专题 5 仲裁裁决的执行与不予执行	(557)
国际法的精神和体系	(561)
国际私法知识总体系(表)	(563)
专题 1 国际私法概述	(564)
专题 2 国际私法的主体	(566)
专题 3 冲突规范和准据法	(570)
专题 4 有关适用冲突规范的制度	(573)
专题 5 涉外民商事法律关系的法律适用	(577)
专题 6 国际民商事争议的解决	(587)
国际经济法	(596)
国际经济法知识体系(表)	(596)
专题 1 国际货物买卖	(597)
专题 2 国际货物运输	(609)
专题 3 国际货物运输保险	(619)
专题 4 国际贸易支付	(623)
专题 5 政府对外贸易管制	(628)
专题 6 世界贸易组织制度	(632)
专题 7 国际经济法领域的其他制度	(636)
国际公法	(641)
国际公法知识体系(表)	(641)
专题 1 国际法的基本理论	(643)
专题 2 国际法的主体	(647)
专题 3 国际责任	(653)
专题 4 国际法上的空间划分	(656)
专题 5 国际法上的居民	(663)
专题 6 外交和领事关系法	(666)
专题 7 条约法	(669)
专题 8 和平解决国际争端	(672)
专题 9 战争法	(675)

专题 10 海商法	(676)
-----------------	-------

下 册

刑法的精神和体系	(683)
----------------	-------

刑法的知识总体系(表)	(685)
-------------------	-------

专题 1 刑法的基本原则	(686)
--------------------	-------

专题 2 刑法的适用范围	(689)
--------------------	-------

专题 3 犯罪构成	(692)
-----------------	-------

专题 4 正当行为	(713)
-----------------	-------

专题 5 故意犯罪的停止形态	(722)
----------------------	-------

专题 6 共同犯罪	(733)
-----------------	-------

专题 7 一罪与数罪	(744)
------------------	-------

专题 8 刑罚论	(752)
----------------	-------

专题 9 危害公共安全罪	(784)
--------------------	-------

专题 10 破坏社会主义市场经济秩序罪	(797)
---------------------------	-------

专题 11 侵犯公民人身权利、民主权利罪	(830)
----------------------------	-------

专题 12 侵犯财产罪	(847)
-------------------	-------

专题 13 妨害社会管理秩序罪	(860)
-----------------------	-------

专题 14 贪污贿赂罪	(886)
-------------------	-------

专题 15 渎职罪	(903)
-----------------	-------

刑事诉讼法的精神和体系	(911)
-------------------	-------

刑事诉讼法知识总体系(表)	(913)
---------------------	-------

第一部分 基本理论	(914)
-----------------	-------

专题 1 专门机关与诉讼参与人	(914)
-----------------------	-------

专题 2 刑事诉讼的基本原则	(917)
----------------------	-------

专题 3 管辖	(921)
---------------	-------

专题 4 回避	(930)
---------------	-------

专题 5 辩护与代理	(934)
------------------	-------

专题 6 强制措施	(943)
-----------------	-------

专题 7 附带民事诉讼	(954)
-------------------	-------

专题 8 期间、送达	(960)
------------------	-------

第二部分 证据	(963)
---------------	-------

专题 9 证据	(963)
---------------	-------

专题 10 证明	(967)
----------------	-------

专题 11 审前程序	(970)
------------------	-------

专题 12 审判程序	(982)
------------------	-------

专题 13 执行程序	(1013)
------------------	--------

宪法的精神和体系	(1021)
----------------	--------

宪法知识总体系(表)	(1022)
------------------	--------

专题 1 宪法及相关概念	(1023)
专题 2 宪法的历史发展与我国的修宪	(1027)
专题 3 宪政问题:宪政制度下的宪法运行	(1031)
专题 4 公民基本权利与义务	(1034)
专题 5 国家的基本政治、经济、文化制度	(1037)
专题 6 人民代表大会制度与选举制度	(1040)
专题 7 中央国家机构:全国人民代表大会及常委会、国家主席、国务院、中央军委	(1043)
专题 8 司法机关:人民法院与人民检察院	(1047)
专题 9 单一制国家结构形式下的地方国家机构	(1050)
专题 10 基层群众性自治组织:村民委员会与居民委员会	(1052)
专题 11 民族区域自治制度	(1054)
专题 12 特别行政区制度	(1056)
专题 13 国家标志	(1058)
专题 14 反分裂国家法	(1060)

行政法的精神和体系

行政法知识总体系(表)	(1064)
专题 1 行政法基本理论:概念、渊源和基本原则	(1065)
专题 2 行政组织法律制度	(1067)
专题 3 行政行为的基本内容	(1071)
专题 4 抽象行政行为:行政法规、规章和其他规范性文件	(1074)
专题 5 具体行政行为之一——行政许可	(1077)
专题 6 具体行政行为之二——行政合同	(1083)
专题 7 具体行政行为之三——行政处罚	(1086)
专题 8 具体行政行为之四——行政强制执行	(1092)
专题 9 具体行政行为之五——行政应急	(1093)
专题 10 行政复议制度	(1095)

行政诉讼法

专题 1 行政诉讼法的基本原则	(1102)
专题 2 行政诉讼受案范围	(1105)
专题 3 行政诉讼管辖制度	(1112)
专题 4 行政诉讼参加人	(1118)
专题 5 行政诉讼程序	(1127)
专题 6 行政诉讼证据制度	(1138)
专题 7 行政诉讼法律适用制度	(1145)
专题 8 行政诉讼审理中的特殊制度	(1148)
专题 9 行政诉讼的判决与裁定	(1154)
专题 10 行政案件的执行	(1159)
专题 11 国家赔偿制度	(1161)

法理学的精神和体系

法理学知识总体系(表)	(1171)
-------------------	--------

专题 1 法的基本概念之一:法的定义	(1172)
专题 2 法的基本概念之二:法的要素	(1173)
专题 3 法的基本概念之三:法的渊源与分类	(1176)
专题 4 法的基本概念之四:法的效力	(1178)
专题 5 法的基本概念之五:法律体系	(1179)
专题 6 法的基本概念之六:法律关系	(1180)
专题 7 法的基本概念之七:法律责任	(1184)
专题 8 法的起源	(1186)
专题 9 法的历史类型	(1188)
专题 10 法的继承与移植	(1190)
专题 11 法的传统	(1191)
专题 12 法的现代化	(1194)
专题 13 法治	(1195)
专题 14 法的作用	(1197)
专题 15 法的价值	(1199)
专题 16 法的创制(立法)	(1201)
专题 17 法的实施	(1204)
专题 18 法律解释与法律推理	(1208)
专题 19 法与经济	(1210)
专题 20 法与社会之一:法与政治	(1212)
专题 21 法与社会之二:法与其他社会规范	(1215)
专题 22 法与社会之三:法与人权	(1217)
法制史的精神和体系	(1219)
外国法制史的精神和体系	(1220)
两大法系共同的历史渊源	(1221)
专题 1 罗马法	(1221)
两大法系的比较	(1223)
专题 2 英美法系	(1223)
专题 3 大陆法系	(1225)
专题 4 两大法系的综合比较	(1227)
专题 5 各国宪法制度的比较	(1228)
专题 6 各国司法制度的比较	(1230)
专题 7 《法国民法典》与《德国民法典》的比较	(1231)
中国法制史的精神与体系	(1233)
专题 1 中国古代法律思想的源头——西周时期的法律思想	(1234)
专题 2 中国古代的法典及其沿革	(1235)
专题 3 中国古代刑罚适用原则的变化	(1239)
专题 4 中国古代罪名的发展变化	(1241)
专题 5 中国古代的刑罚发展变化	(1242)
专题 6 中国古代的契约、婚姻与继承	(1244)
专题 7 中国古代的诉讼制度	(1246)

专题 8 中国古代司法机关的变化	(1248)
专题 9 中国古代其他法律制度	(1250)
专题 10 清末预备立宪和清末修律	(1252)
专题 11 民国时期的宪法	(1254)
 法律职业道德	(1257)
法律职业道德知识总体系(表)	(1257)
专题 1 法律职业道德概述	(1258)
专题 2 法官职业道德	(1260)
专题 3 检察官职业道德	(1266)
专题 4 律师职业道德	(1268)

上册

民法的精神和体系

民法是一部市民法、私法,其严格与公法相区别的,它的适用对象、调整范围、指导原则等都与公法截然不同。在调整对象方面,民法仅调整平等主体之间的关系,这些关系以人身和财产为内容。在具体的调整过程中,民法以充分尊重主体的意思自治为前提,以始终贯彻诚实信用原则为信念,以公平合理权衡得失为尺度,以全面适当履行权利义务关系为根本。

民法是一部人身与财产法。在平等主体的人身方面,不管是普通的人格权身份权,还是与之相关的婚姻关系、继承关系、监护关系、收养关系等,民法均予调整;在平等主体的财产方面,不论是静态的物权关系,还是动态的债权关系,民法均予规范。民法是一部意思自治法。当事人的意思直接决定着是否参与民事法律关系,以什么样的方式参与,和什么样的人参与,参与的程度如何等,任何人(包括国家、单位、其他组织等)均不得对当事人进行强迫,否则,该种行为要么无效,要么可变更撤销。民法是一部诚实信用法。它不仅要以整个社会的诚实信用为基础,更要仰赖当事人始终以诚实信用的方式参与民事法律关系,不诚实会导致欺诈,不信用会导致违约,这些会造成当事人人力、财力的浪费,与社会发展奉行的经济、效益精神相违背,民法予以反对,并要求不诚实不信用者承担相应的责任。民法是一部公平交易法。不管当事人之间的利益是一致的,还是存在冲突,从共生共存和谐发展的角度出发,民法倡导公平原则,否定乘人之危,规范重大误解,确立公平责任原则,肯定情事变更等,这些都有助于形成公平合理的交易关系。

从内容上看,民法主要表现为三大特点,即以民事法律关系为主线,以民事权利义务为核心,以民事责任为补充。

首先,民法以民事法律关系为主线。

民事法律关系的产生、变更或终止,是民法从书面的静态规定到现实发生法律调节作用的基础,缺少了具体的民事法律关系,民法将成为无源之水无本之木。民事法律关系包括三个方面,一是产生诱因(内容为民事法律事实),它解决的是什么原因导致民事法律关系产生、变更或终止的问题。民事法律关系的产生诱因集中于两种情形,其一是事件,其二是行为。二是构成要素,它解决的是民事法律关系在结构上有哪几个组成部分的问题。民事法律关系的构成要素有三个,其一是主体问题,即民事法律关系由什么样的人参与,它包括自然人、法人和其他组织;其二是客体问题,即民事法律关系所指向的对象,它包括物、行为和智力成果;其三是内容问题,即民事法律关系所包含的具体权利义务关系,它包括民事权利和民事义务两个部分。三是表现形式,它解决的是民事法律关系以什么样的客观上可感知的样态表现出来的问题。民事法律关系的表现形式可以从两个角度理解,其一是静态形式,即口头形式、书面形式和其他形式,其二是动态形式,即民事法律行为和民事事实行为,或曰民事法律行为、可变更民事行为、效力待定民事行为、无效民事行为等。每一个具体的民事法律关系都由这三方面的内容构成,缺一不可,而民法也就是在对诸如此类的一个个具体民事法律关系的调整过程中发挥作用的。

其次,民法以民事权利义务为核心。

民法调整的是平等主体的人身关系和财产关系,这种调整是以设定民事权利和民事义务的方式进行的。民事权利得以维护,民事义务得以履行,民法的功能也就实现了。对于民事权利类型,从大的方面看,它包括人身权、物权、知识产权和债权。这其中人身权又包括人格权、身份权及其他相关权利,物权又包括所有权、用益物权和担保物权等,知识产权(著作权、专利权、商标权)又包括

知识产权人身权和知识产权财产权,债权又包括合同之债、侵权之债、不当得利之债和无因管理之债。人身权、物权、知识产权和债权,每一种都是一个大的系统,各项民事法律制度也正是围绕着它们,以它们为中心展开的。对于民事义务,主要包括法定义务和约定义务两种。没有无权利的义务,也没有无义务的权利,在与民事权利的对应过程中,民事义务要么表现为积极的作为,要么表现为消极的不作为,但不管怎样,只有通过民事义务的履行,民事权利才能真正实现。

第三,民法以民事责任为补充。

民事责任的补充作用是相对于民事权利义务的核心地位而言的,体现为民法对不履行或不适当履行民事义务行为的补救甚至惩罚功能。对于民事责任,在类型上它主要包括财产责任与非财产责任,无限责任与有限责任,按份责任、连带责任与补充赔偿责任,过错责任、无过错责任与公平责任等。与民事责任紧密关联的还有一个重要制度,即诉讼时效问题。“法律不保护权利的睡眠人”,我国民法规定,诉讼时效经过请求权人的胜诉权丧失,而不是实体权利丧失。

民法的精神和体系是一个融会贯通的整体,彼此相对独立,但又相互补充、相互依存。当我们用联系的眼光来看待这个整体时,它会形成一个系统,发挥强大的系统功能,从而推进我们在更高层次上对民法的理解与把握。