

法律版|<<<<

2009^①

国家司法考试应试指导

GUOJIA SIFA KAOSHI YINGSHI ZHIDAO

小学科专题精讲

法律考试中心/组编

- ★ 小分值学科应试指导
- ★ 提炼整合复习精华
- ★ 图表简易辨析引申
- ★ 突破司考得分细节



2009 年国家司法考试应试指导

小学科专题精讲

法理学·法制史·宪法·国际法·国际私法·
国际经济法·司法制度和法律职业道德

法律考试中心/组编

编写人员:王丽君 郝维华 任端平 沈跃冬
王 磊 郭湫君 潘春娟 王峰峰
丁 敏

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

小学科专题精讲/法律考试中心组编. —北京:法律出版社,2008. 11
(2009 年国家司法考试应试指导)
ISBN 978-7-5036-8990-1

I. 小… II. 法… 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(2008)第 173114 号

©法律出版社·中国

责任编辑/丁 敏

装帧设计/曹 铀

出版/法律出版社

编辑统筹/法律考试出版社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/沙 磊

开本/787×1092 毫米 1/16

印张/16.5 字数/441 千

版本/2008 年 10 月第 1 版

印次/2008 年 10 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908
上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-8990-1

定价:35.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编写说明

在司法考试中,学科分大小,复习有轻重。学科不同,所占的分值就不同,复习中投入的时间和精力也就不同。虽然与民法民诉、刑法刑诉、行政法与行政诉讼法等大的学科相比,法理学、法制史、宪法、国际法、国际私法、国际经济法、司法制度和法律职业道德在司法考试中所占分值少,属于小学科,但所占分值也在百分左右,占司法考试总分的 $1/6$;而且它们有一个共同的特点:受法条变动的影响较小,具有一定的稳定性。如何在有限的时间和精力制约下,突破小学科,少丢分,甚至不丢分,也是考生非常关注的问题。

本书不是知识的简单堆砌,而是采用专题的形式,突出重点和难点,并对主要的知识点进行辨析和引申,提醒考生注意知识体系本身的连贯性及不同;在司法考试的测试范围内采用新颖、简洁的编写方式,减少阅读量;而且在每一专题的后面都附有模拟考题和参考答案及解析,帮助考生加强对小学科的理解和记忆。

编写人员皆有教学或司法考试辅导经验,他们从专业的角度对小学科提出新意,采用做表、做图等多种方法和符号整合知识点,为广大考生编出一本简洁易懂、便于记忆和练习的考试用书。

司法考试试卷一除了包括本书的内容外,还有经济法部分,主要有:竞争法、银行业法、证券法、财税法、劳动法、土地法和房地产法、环境保护法等。本部分内容较为庞杂,知识点零散,本书没有收录,建议考生通过研习历年真题和法条的方法予以掌握。

相信通过对本书的研习,可以帮助考生合理分配复习时间,在小学科上拿高分,事半功倍,顺利通过司法考试。关于本书的任何问题,请发邮件至 lawpress@sina.com。

编 者

目 录

法 理 学

专题一 法的本体	(1)
(一)法的概念的争议	(1)
(二)法的本质	(2)
模拟考题	(3)
参考答案及解析	(3)
专题二 法的作用和价值	(4)
(一)法的作用	(4)
(二)法的价值	(4)
模拟考题	(5)
参考答案及解析	(5)
专题三 法的结构:法的要素、法律部门与法律体系	(6)
(一)法的要素	(6)
(二)法律部门	(8)
(三)法律体系	(8)
模拟考题	(9)
参考答案及解析	(10)
专题四 法的渊源与法的效力	(12)
(一)法的渊源	(12)
(二)法的效力	(14)
模拟考题	(14)
参考答案及解析	(15)
专题五 法律关系	(16)
模拟考题	(18)
参考答案及解析	(18)
专题六 违法、法律责任与法律制裁	(19)
(一)违法	(19)
(二)法律责任	(19)
(三)法律责任的归结和免除	(20)
(四)法律制裁	(20)

模拟考题	(20)
参考答案及解析	(21)
专题七 法的运行	(21)
(一)立法	(21)
(二)执法	(22)
(三)司法	(22)
(四)守法	(23)
(五)法律监督	(23)
(六)法适用的目标与步骤	(24)
模拟考题	(24)
参考答案及解析	(25)
专题八 法的演进	(26)
(一)法的起源	(26)
(二)法的历史类型	(27)
(三)法的传统	(27)
(四)法系	(28)
(五)法的继承与法的移植	(28)
(六)法的现代化	(29)
模拟考题	(29)
参考答案及解析	(30)
专题九 法律规范与其他社会规范	(31)
(一)法与道德	(31)
(二)法与政策	(31)
(三)法与宗教	(32)
模拟考题	(33)
参考答案及解析	(33)
专题十 法与其他社会现象	(34)
(一)法与经济	(34)
(二)法与科技	(34)
(三)法与政治	(34)
(四)法与人权	(35)
模拟考题	(36)
参考答案及解析	(36)
专题十一 热点问题	(37)
(一)司法体制与司法改革	(37)
(二)法律职业与法律思维模式	(37)
(三)法律解释和法律推理	(37)
(四)社会主义法治建设	(38)
模拟考题	(39)
参考答案及解析	(39)

法制史

一、中国法制史

专题一 中国法制史中的法律思想——以立法思想为主的重要法制思想	(42)
(一) 西周的法律思想	(42)
(二) “礼”、“刑”关系以及对后世法制思想的长期统治	(43)
(三) 唐律中体现的礼法关系思想	(44)
模拟考题	(44)
参考答案及解析	(45)
专题二 中国法制史中的立法的延续与变迁	(45)
(一) 最早的成文法公布活动:春秋时期	(45)
(二) 最早的封建成文法:战国《法经》	(45)
(三) 魏晋南北朝时期法典的变化(附:法律形式的历史变化简表)	(46)
(四) 唐律:中华法系的完美典范	(48)
(五) 宋刑统	(49)
(六) 明律和明大诰	(50)
(七) 清律	(50)
(八) 清末修律	(51)
(九) 民国立法和宪政的进程	(55)
模拟考题	(56)
参考答案及解析	(57)
专题三 中国封建法律中的罪与罚:罪名与刑罚制度的变化	(57)
(一) 罪名的历史发展	(57)
(二) 刑罚	(59)
(三) 历代的刑罚适用原则	(61)
模拟考题	(63)
参考答案及解析	(63)
专题四 中国法制史中的司法机关和司法制度的变迁	(63)
(一) 西周——清末的司法机构	(63)
(二) 西周——清末的狱讼与审判	(67)
模拟考题	(70)
参考答案及解析	(71)
专题五 中国法制史中的民事法律内容:契约、婚姻和继承	(71)
(一) 契约制度	(71)
(二) 婚姻和家庭规范	(72)
(三) 继承制度	(72)
模拟考题	(73)
参考答案及解析	(73)

二、外国法制史

专题一 古代罗马法	(74)
(一)罗马法的历史发展线索	(74)
(二)罗马法的渊源和分类	(76)
(三)罗马法的内容	(76)
模拟考题	(78)
参考答案及解析	(78)
专题二 近代法律中的英美法系	(78)
(一)英美法系的渊源和分类	(78)
(二)美国宪法	(79)
(三)英美法系的司法组织和司法制度	(79)
(四)英美法系的特点和历史地位	(79)
模拟考题	(79)
参考答案及解析	(80)
专题三 大陆法系	(80)
(一)大陆法系国家的宪法	(80)
(二)大陆法系国家的民法	(81)
(三)大陆法系国家的司法制度	(81)
(四)大陆法系的特点	(82)
模拟考题	(82)
参考答案及解析	(83)

宪 法

专题一 宪法的特征、分类与原则	(84)
(一)宪法的特征	(84)
(二)宪法的分类	(84)
(三)宪法的基本原则	(85)
模拟考题	(85)
参考答案及解析	(86)
专题二 宪法的历史发展	(86)
(一)资本主义国家宪法的产生与发展	(86)
(二)社会主义国家宪法的产生	(86)
(三)中国宪法的历史发展	(87)
模拟考题	(90)
参考答案及解析	(90)
专题三 宪法在社会主义法治国家建设中的作用	(91)
模拟考题	(91)
参考答案及解析	(91)
专题四 宪法的渊源、宪法结构、宪法规范及宪法效力	(91)

模拟考题	(92)
参考答案及解析	(92)
专题五 国家性质	(92)
(一) 国体	(92)
(二) 人民民主专政的实质是无产阶级专政	(93)
(三) 人民民主专政的主要特色	(93)
(四) 经济制度	(93)
(五) 文化制度	(94)
模拟考题	(94)
参考答案及解析	(95)
专题六 选举制度	(95)
(一) 我国选举制度的基本原则	(95)
(二) 我国选举的民主程序	(95)
模拟考题	(96)
参考答案及解析	(97)
专题七 国家结构形式	(98)
(一) 国家结构形式的种类	(98)
(二) 民族区域自治制度	(98)
模拟考题	(98)
参考答案及解析	(99)
专题八 特别行政区制度	(99)
(一) 中央与特别行政区的关系	(99)
(二) 特别行政区的政治体制	(101)
(三) 特别行政区的法律制度	(101)
模拟考题	(101)
参考答案及解析	(101)
专题九 公民的基本权利与义务	(102)
(一) 基本权利限制界限	(102)
(二) 平等权	(102)
(三) 政治权利和自由	(102)
(四) 宗教信仰自由	(102)
(五) 人身自由	(103)
(六) 文化教育方面的权利	(103)
(七) 监督权和获得赔偿权	(103)
模拟考题	(103)
参考答案及解析	(103)
专题十 全国人民代表大会及其常务委员会	(104)
(一) 我国国家机构的组织和活动原则	(104)
(二) 全国人民代表大会和全国人大常委会	(104)
(三) 全国人大各委员会	(106)
(四) 全国人民代表大会代表	(106)

(模拟考题	(106)
(参考答案及解析	(107)
专题十一 国家主席、国务院、中央军事委员会	(108)
(一) 国家主席的性质和地位	(108)
(二) 国务院	(108)
(三) 中央军事委员会	(109)
(四) 最高人民法院和最高人民检察院	(109)
(模拟考题	(109)
(参考答案及解析	(110)
专题十二 地方国家机构	(110)
(一) 行政区域划分	(110)
(二) 地方各级人民代表大会	(111)
(三) 地方各级人大代表的权利	(112)
(四) 全国人大代表与地方人大代表的比较	(112)
(五) 地方各级人民政府	(112)
(六) 基层群众自治组织	(113)
(七) 人民法院和人民检察院	(113)
(模拟考题	(114)
(参考答案及解析	(114)
专题十三 宪法的实施及其保障	(115)
(一) 宪法的解释	(115)
(二) 宪法的修改	(115)
(三) 宪法的实施保障	(115)
(模拟考题	(116)
(参考答案及解析	(116)
专题十四 宪法的实施保障	(116)
(一) 宪法实施保障的体制	(116)
(二) 宪法实施保障的基本方式	(116)
(模拟考题	(116)
(参考答案及解析	(117)
国 际 法	
专题一 国际法的基本原理	(118)
(一) 国际法的渊源	(118)
(二) 国际法与国内法的关系	(118)
(三) 国际法的基本原则	(118)
(模拟考题	(119)
(参考答案及解析	(119)
专题二 国际法的主体	(119)
(一) 国家	(119)

(二) 国际组织	(121)
模拟考题	(122)
参考答案及解析	(122)
专题三 国际法律责任	(122)
(一) 国际责任的构成	(122)
(二) 国际责任的形式	(123)
(三) 国际责任制度的新发展	(123)
模拟考题	(123)
参考答案及解析	(124)
专题四 国际法上的空间划分	(124)
(一) 领土	(124)
(二) 海洋法	(124)
(三) 国际航空法	(125)
(四) 外层空间法	(126)
(五) 国际环境法	(127)
模拟考题	(128)
参考答案及解析	(128)
专题五 国际法上的个人	(129)
(一) 国籍的冲突和解决	(129)
(二) 外国人的法律地位	(129)
(三) 引渡和庇护	(129)
(四) 国际人权法	(130)
模拟考题	(130)
参考答案及解析	(131)
专题六 外交关系法与领事关系法	(131)
(一) 外交关系法	(131)
(二) 领事关系法	(132)
模拟考题	(133)
参考答案及解析	(133)
专题七 条约法	(134)
(一) 条约的特征及其成立的实质要件	(134)
(二) 条约的缔结	(134)
(三) 条约的效力	(134)
(四) 条约的解释和修订	(134)
(五) 条约的终止和暂停施行	(135)
模拟考题	(135)
参考答案及解析	(136)
专题八 国际争端的和平解决	(136)
(一) 国际争端的解决方法	(136)
(二) 政治方法和国际组织解决国际争端	(137)
(三) 国际争端的法律解决方法	(137)

模拟考题	(138)
参考答案及解析	(138)
专题九 战争和武装冲突法	(139)
(一) 战争状态与战时中立	(139)
(二) 对作战手段的限制和对战争受难者的保护	(139)
(三) 战争犯罪	(140)
模拟考题	(140)
参考答案及解析	(140)

国际私法

专题一 国际私法调整对象、规范和渊源	(142)
(一) 国际私法调整的对象	(142)
(二) 国际私法的规范	(142)
(三) 国际私法的渊源	(143)
模拟考题	(144)
参考答案及解析	(144)
专题二 国际私法的主体	(145)
(一) 自然人	(145)
(二) 法人	(147)
(三) 国家	(148)
(四) 外国人的民商事法律地位	(148)
模拟考题	(149)
参考答案及解析	(150)
专题三 法律冲突、冲突规范和准据法	(151)
(一) 法律冲突	(151)
(二) 冲突规范	(152)
(三) 准据法	(153)
模拟考题	(155)
参考答案及解析	(155)
专题四 适用冲突规范的制度	(156)
(一) 识别	(156)
(二) 反致	(157)
(三) 外国法的查明和解释	(158)
(四) 公共秩序保留	(158)
(五) 法律规避	(159)
模拟考题	(160)
参考答案及解析	(160)
专题五 国际民商事法律适用	(161)
(一) 权利能力和行为能力	(161)
(二) 物权	(162)

(三) 债权——合同	(163)
(四) 债权——侵权行为	(165)
(五) 商事关系	(165)
(六) 家庭	(166)
(七) 继承	(166)
模拟考题	(167)
参考答案及解析	(168)
专题六 国际民商事争议的解决	(169)
(一) 国际民商事争议解决的种类	(169)
(二) 国际商事仲裁	(169)
(三) 国际民事诉讼	(172)
模拟考题	(176)
参考答案及解析	(177)
专题七 区际法律问题	(178)
(一) 区际法律冲突	(178)
(二) 区际司法协助	(178)
模拟考题	(179)
参考答案及解析	(179)

国际经济法

专题一 国际货物买卖	(180)
(一) 国际货物买卖概述	(180)
(二) 国际贸易术语	(181)
(三) 《联合国国际货物销售合同公约》(简称“公约”)	(182)
模拟考题	(186)
参考答案及解析	(187)
专题二 国际货物运输与保险	(188)
(一) 国际海上货物运输	(188)
(二) 其他方式的国际货物运输	(192)
(三) 国际货物运输保险	(193)
模拟考题	(194)
参考答案及解析	(195)
专题三 国际贸易支付	(196)
(一) 支付工具——票据	(196)
(二) 国际贸易支付工具	(197)
模拟考题	(202)
参考答案及解析	(203)
专题四 对外贸易管理制度	(204)
(一) 对外贸易管理制度概述	(204)
(二) 贸易救济措施	(206)

(模拟考题	(210)
(参考答案及解析	(211)
专题五 世界贸易组织	(211)
(一)世界贸易组织概述	(211)
(二)世界贸易组织的运行机制	(212)
(三)世界贸易组织基本法律制度	(213)
(四)争端解决机制	(216)
(五)中国在世界贸易组织中的权利义务	(216)
(模拟考题	(217)
(参考答案及解析	(218)
专题六 国际经济法领域的其他法律制度	(219)
(一)国际知识产权法	(219)
(二)国际投资法	(221)
(三)国际金融法	(223)
(四)国际税法	(226)
(模拟考题	(228)
(参考答案及解析	(228)

司法制度和法律职业道德

专题一 司法制度和法律职业道德概述	(230)
(一)法律职业道德与法律职业责任	(230)
(二)加强职业道德建设的必要性和作用——示范、规范、提升、辐射	(230)
(三)法律职业责任	(230)
(模拟考题	(230)
(参考答案及解析	(231)
专题二 审判制度	(231)
中国审判制度的特征	(231)
(模拟考题	(231)
(参考答案及解析	(231)
专题三 检察制度	(231)
中国检察制度的基本原则	(231)
(模拟考题	(231)
(参考答案及解析	(231)
专题四 律师制度	(231)
中国律师执业的基本原则	(231)
(模拟考题	(232)
(参考答案及解析	(232)
专题五 公证制度	(232)
(一)中国公证制度的特征	(232)
(二)中国公证机构的业务范围	(232)

模拟考题	(232)
参考答案及解析	(232)
专题六 法官职业道德	(232)
(一)法官职业道德的法源	(232)
(二)法官职业道德的特征	(233)
(三)法官职业道德的内容	(233)
(四)法官的职业责任	(235)
模拟考题	(235)
参考答案及解析	(235)
专题七 检察官职业道德	(235)
(一)检察官职业道德的法源	(235)
(二)检察官职业道德的内容	(236)
(三)检察官的职业责任	(236)
模拟考题	(237)
参考答案及解析	(237)
专题八 律师职业道德与执业纪律	(237)
(一)律师职业道德的根据和执业前提	(237)
(二)委托代理关系	(238)
(三)律师的保密义务	(238)
(四)律师收费与财物保管规范	(238)
(五)律师的利益冲突	(238)
(六)律师的业务推广	(238)
(七)律师同行之间的行为规范	(239)
(八)律师在执业机构中的行为规范	(240)
(九)律师与行政管理机构的关系	(240)
(十)律师在诉讼和仲裁中的行为规范	(240)
(十一)律师执业机构的行为规范	(240)
(十二)律师的职业责任	(241)
模拟考题	(241)
参考答案及解析	(242)
专题九 公证员职业道德	(242)
(一)公证员的条件	(242)
(二)公证员应遵循的职业道德	(242)
模拟考题	(243)
参考答案及解析	(243)

法 理 学

专题一 法的本体

(一) 法的概念的争议

法的概念是法理学的核心问题之一,是贯穿整个法律思想史的根本问题。法的概念的

种种争论的中心问题,是法与道德之间的关系。人们对于法与道德的关系有着不同的主张,以此作为依据,可以将众多法的概念划分为两种基本立场:实证主义的法的概念、非实证主义或自然法的法的概念。

表 1—1

	具体主张	概念构成要素	概念分类
实证主义的法的概念	(1)法和道德是分离的。在定义法的概念时,不包括道德因素。 (2)在法与道德之间,在法律命令什么与正义要求什么之间,在“实际上是怎样的法”与“应该是怎样的法”之间,不存在概念上的必然联系。 (3)“法是什么”仅仅依赖于“什么已经被制定”和(或)“什么具有社会实效”	(1)核心要素两个:权威性制定和社会实效; (2)这两个定义要素可以在不同方面进行联结,可以从不同方面解释它们,因此,就产生了各种各样的法实证主义的法的概念	(1)以社会实效为首要定义要素(“首要”意味着一类法的概念的要素并不绝对地排除另一类法的概念的要素)的法的概念,主要代表是法社会学和法现实主义; (2)以权威性制定为首要定义要素的法的概念;主要代表是分析主义法学,如奥斯丁、哈特和凯尔森等
自然法的概念	法与道德是相互联结的。法的概念包括道德因素	内容的正确性是法的概念的一个必要的定义要素。但是,也不排除社会实效性要素和权威性制定要素	(1)以内容的正确性作为法的概念的唯一定义要素,其代表是传统的自然法理论。 (2)以内容的正确性与权威性制定和(或)社会实效性要素同时作为法的概念的定义要素,其代表是超越自然法与法实证主义之争的所谓第三条道路的那些法学理论,例如阿列克西

【辨析与引申】

根据马克思主义法学,法的特征即法不同于其他规则的独有之处,主要表现为:

(1)社会规范性。

法是一种社会规范,不同于自然规则,自然规则表现的是自然界的因果规律,与其他社会规范的区别:

表 1—2

不同	法	道德、宗教、习惯
调整机制	权利、义务	道德、宗教是通过规定人们的义务； 习惯是以人们习以为常行为准则，权利、义务界限不明显
调整对象	人的外在行为	道德和宗教不仅包括人的外在行为，还包括人的内心思想与感情

(2) 国家意志性。

法是出自国家的社会规范，由国家这一公共权力机构制定或者认可，反映了国家的意志。这使得法不同于社会自发形成的道德、风俗习惯等行为规范，也不同于特定组织形成的宗教规范、政治规范、职业规范等。

(3) 国家强制性。

法的强制是一种国家强制，是以军队、宪兵、警察、法官、监狱等国家暴力为后盾的强制，使得法不同于其他社会规范。

(4) 普遍性。

在一个国家权力所及的范围内，法具有要求人们一体遵行的普遍效力或约束力。在一国之内，道德、习惯、宗教、党纪等其他社会规范则往往不具有这样的约束力。

(5) 程序性。

为了合理地控制国家强制力的行使，保证法的实现，法是强调程序、规定程序和实现程序的规范，其他社会规范往往不具有像法律那样复杂的程序规定。

【相关知识】

(1) 国家形成法律的两种基本方式：①制定法律。通过制定方式形成的法律又被称为成文法、制定法。②通过国家认可的方式形成法律。

(2) 国家“认可”有两种情况：①国家立法者在制定法律时将已有的不成文的零散的社会规范系统化、条文化，使其上升为法律；②立法者在法律中承认已有的社会规范具有法的效力，但却未将其转化为具体的法律规定，而是交由司法机关灵活掌握，如有关“从习惯”、

“按政策办”等规定。

(二) 法的本质

马克思主义法学揭示了法与国家、法与统治阶级、法与社会之间的内在关联，法的本质就表现在这些关联之中。

【辨析与引申】

法的本质属性可以从以下几个层面来把握：

(1) 法与国家——法的国家性。

作为一种行为规范，法是人们有意识地创造的；但是，它并不是“个人意志”的反映，也不是社会所有成员意志的反映。由于法只有通过一定的国家机关才能得以形成，因而它具有国家性质，反映国家意志，由国家强制力保证实施，具有正式的官方表现形式。

(2) 法与统治阶级——法的阶级性。

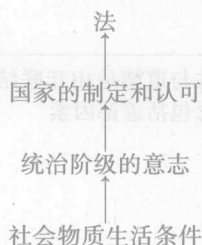
国家机关掌握在统治阶级手中，统治阶级可以通过国家机关将自己的意志上升为法。因此，法是以统治阶级的利益为出发点和归宿的。

(3) 法与社会——法的社会物质制约性。

就统治阶级意志的内容而言，它总是渗透了一定的社会物质生活条件的要求。因此，社会物质生活条件是法的更深层次的本质的，法最终是由一定社会物质生活条件决定的。

(4) 法的本质属性可用以下图表表现出来：

图 1—1



【相关知识】

广义的法律与狭义的法律。

在我国，广义的法律指法律的整体，包括有立法权的国家机关创制的全部规范性文件。

狭义的法律指全国人大及其常委会制定的规范性文件。