

2012^年

国家司法考试辅导用书



第一卷

社会主义法治理念·法理学·法制史

宪法·经济法·国际法·国际私法·国际经济法

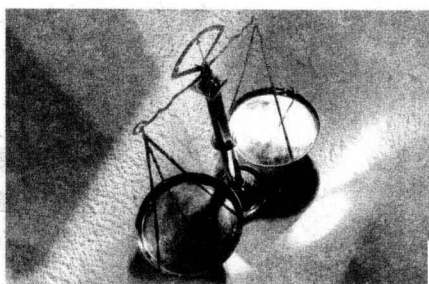
司法制度和法律职业道德

国家司法考试辅导用书编辑委员会



2012^年

国家司法考试辅导用书



第一卷

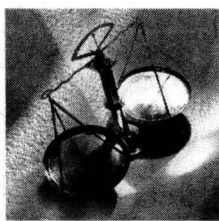
社会主义法治理念·法理学·法制史

宪法·经济法·国际法·国际私法·国际经济法

司法制度和法律职业道德

国家司法考试辅导用书编辑委员会





2011 国家司法考试辅导用书

编辑委员会

主任委员

黄 闽 姜金方

委 员

(按姓氏笔画为序)

马怀德	王卫国	付子堂	刘凯湘	刘茂林	杨伟东
张丽英	张明楷	宋英辉	陈卫东	陈兴良	陈泽宪
李传敢	周光权	姜金方	查庆九	赵晓耕	高其才
唐 力	钱明星	秦晓程	晏福增	黄 进	黄 闽
温世扬	韩大元	舒国滢	葛洪义	潘剑锋	

学科统稿人

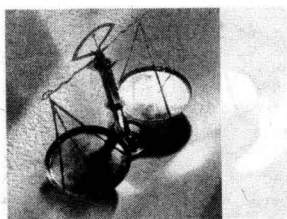
马怀德	王卫国	付子堂	刘凯湘	张丽英	陈卫东
陈泽宪	赵晓耕	高其才	钱明星	秦晓程	黄 进
韩大元	舒国滢	潘剑锋			

专家咨询委员

王保树	江 平	江 伟	许崇德	应松年	杜国兴
张文显	陈光中	陈国庆	胡云腾		

编审办公室

晏福增 刘 晔 桑 磊 王西光



2012 年国家司法考试辅导用书

第一卷各科编写人员

社会主义法治理念

编 著

查庆九

法理学

主 编

舒国滢 葛洪义

撰稿人

葛洪义(第一章第一节,第三章第三、四、五节)

胡玉鸿(第一章第二节)

舒国滢(第一章第三、七节,第二章第三节,第四章第六节)

高其才(第一章第四、五节,第二章第一节,第三章第一、二节)

张 骐(第一章第六、八节,第二章第二、五节)

王夏昊(第二章第四、五节)

付子堂(第四章第一、四、五节)

孙 莉(第四章第二、三节)

2012 年由舒国滢、梁迎修修订

法制史

编 著

赵晓耕

宪 法

主 编

韩大元 刘茂林

撰稿人

韩大元 刘茂林 周叶中

经济法 ▶ 主 编

王卫国

撰稿人

孙 虹 (第一、二章)

管晓峰 (第三章)

刘剑文 (第四章)

金英杰 (第五章)

赵红梅 (第六、七章)

国际法 ▶ 编 著

秦晓程

国际私法 ▶ 主 编

黄 进

撰稿人

黄 进 (第一至四章)

杜志华 (第三章) 与黄进合写

肖永平 (第五章)

郭玉军 (第六章)

宋连斌 (第七章)

国际经济法 ▶ 主 编

张丽英

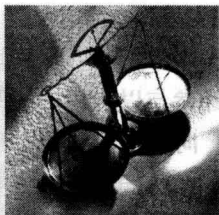
撰稿人

张丽英 (第一至四章、第七章)

韩立余 (第五、六章)

司法制度和法律职业道德 ▶ 编 著

高其才



出版说明

为了适应国家司法考试的需要,应广大应试人员的要求,我们组织编写了《2012 年国家司法考试辅导用书》。

本套辅导用书根据司法部制定颁布的《2012 年国家司法考试大纲》编写,是国家司法考试工作的重要参考资料,可以作为广大应试人员系统复习及应考的必备用书。

2003 年,司法部国家司法考试中心曾组编出版了一套《国家司法考试辅导用书》,得到司法部主管领导、主管机关和社会各界的大力支持,法学界众多专家学者参加编写与修订工作,沿用至 2010 年,为应试人员参考提供了有益帮助。2011 年,我们以 2003 年辅导用书为基础,根据法学理论发展变化、法律法规及司法解释新颁和修改情况,对相关内容和编纂体例等方面进行了重新调整和编辑,取消修订版以新版形式发行。在 2011 年新版基础上,今年又按惯例进行了内容和形式上的修订和补充。

本套用书在撰写时力求反映和体现国家司法考试的特点,在注意学科科学性、系统性的同时,注重法学基本理论、法律实务与考试需求的结合,对应试人员应当掌握的各学科基本理论结合实际进行了系统阐释,有较强的指导性和适用性。在内容和体例编排上,为更加方便应试人员复习考试,本套用书结合备考规律,归纳提炼重要、疑难知识点及易错易混知识点和核心法条,进一步充实完善各学科每章的助考性提示内容和主要法律规定,同时增加了有关重要、疑难知识点的案例(实例)阐释,并将新增或调整较大部分内容在目录中加以标示,以方便应试人员对比复习。

本套用书根据司法考试的试卷内容范围分卷成册,共分 3 册。即:第一卷包括社会主义法治理念、法理学、法制史、宪法、经济法、国际法、国际私法、国际经济法、司法制度和法律职业道德;第二卷包括刑法、刑事诉讼法、行政法与行政诉讼法;第三卷包括民法、商法、民事诉讼法与仲裁制度。《2012 年国家司法考试法律法规汇编》(截止日期为 2012 年 4 月 30 日)作为辅导用书的配套部

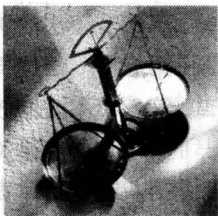
分,与3册辅导用书同时发行。

在本书出版之际,我们向参加2012年新版辅导用书编写工作的专家学者表示衷心的感谢!向参与、曾经参与以上用书编写、审稿及修订工作的法学院校、专家学者表示衷心的感谢!向最高人民法院、最高人民检察院、中华全国律师协会和中国公证协会及有关单位给予的大力支持和帮助,表示衷心的感谢!

由于时间仓促,本书疏漏或不当之处,敬请广大应试人员和读者批评指正。

国家司法考试辅导用书编辑委员会

2012年4月



目 录

社会主义法治理念

第一章 社会主义法治理念的基本理论	第一节 社会主义法治理念的基本概念和本质属性/001
	第二节 社会主义法治理念的理論淵源和實踐基礎/002
	第三节 社会主义法治理念的地位和作用/003
第二章 依法治国	第一节 依法治国理念的基本内涵/005
	第二节 依法治国理念的基本要求/007
第三章 执法为民	第一节 执法为民理念的基本内涵/008
	第二节 执法为民理念的基本要求/009
第四章 公平正义	第一节 公平正义理念的基本内涵/011
	第二节 公平正义理念的基本要求/012
第五章 服务大局	第一节 服务大局理念的基本内涵/014
	第二节 服务大局理念的基本要求/015
第六章 党的领导	第一节 党的领导理念的基本内涵/017
	第二节 党的领导理念的基本要求/019

法 理 学

第一章 法的本体	第一节 法的概念/021
	第二节 法的价值/026
	第三节 法的要素/030

第四节	法的渊源 / 036
第五节	法律部门与法律体系 / 040
第六节	法的效力 / 041
第七节	法律关系 / 043
第八节	法律责任 / 049

第二章 法的运行

第一节	立法 / 052
第二节	法的实施 / 055
第三节	法适用的一般原理 / 059
第四节	法律推理 / 063
第五节	法律解释 / 066

第三章 法的演进

第一节	法的起源 / 070
第二节	法的发展 / 073
第三节	法的传统 / 075
第四节	法的现代化 / 078
第五节	法治理论 / 080

第四章 法与社会

第一节	法与社会的一般理论 / 083
第二节	法与经济 / 085
第三节	法与政治 / 086
第四节	法与道德 / 088
第五节	法与宗教 / 090
第六节	法与人权 / 091

法 制 史

第一章 中国法制史

第一节	西周至秦汉、魏晋时期的法制 / 093
第二节	唐宋至明清时期的法制 / 102
第三节	清末、民国时期的法制 / 114

第二章 外国法制史

第一节	罗马法 / 121
第二节	英美法系 / 125
第三节	大陆法系 / 129

宪 法

第一章 宪法基本理论

第一节	宪法的概念 / 137
第二节	宪法的历史发展 / 143

	第三节	宪法的基本原则 / 146
	第四节	宪法的作用 / 149
	第五节	宪法的渊源与宪法典的结构 / 151
	第六节	宪法规范 / 153
	第七节	宪法效力 / 155
第二章 国家的基本制度(上)	第一节	人民民主专政制度 / 158
	第二节	国家的基本经济制度 / 160
	第三节	国家的基本文化制度 / 163
第三章 国家的基本制度(下)	第一节	人民代表大会制度 / 166
	第二节	选举制度 / 168
	第三节	国家结构形式 / 176
	第四节	民族区域自治制度 / 179
	第五节	特别行政区制度 / 180
	第六节	基层群众性自治制度 / 184
第四章 公民的基本权利与义务	第一节	公民基本权利与义务概述 / 187
	第二节	我国公民的基本权利 / 192
	第三节	我国公民的基本义务 / 200
第五章 国家机构	第一节	国家机构概述 / 204
	第二节	全国人民代表大会 / 206
	第三节	中华人民共和国主席 / 213
	第四节	国务院 / 214
	第五节	中央军事委员会 / 217
	第六节	地方各级人民代表大会和地方政府 / 217
	第七节	人民法院与人民检察院 / 222
第六章 宪法的实施及其保障	第一节	宪法实施概述 / 228
	第二节	宪法的修改 / 229
	第三节	宪法的解释 / 231
	第四节	宪法实施的保障 / 233

经 济 法

第一章 竞争法	第一节 反垄断法 / 237
	第二节 反不正当竞争法 / 251

第二章 消费者法	第一节 消费者权益保护法 / 261
	第二节 产品质量法 / 267
	第三节 食品安全法 / 274

第三章 银行业法	第一节 商业银行法 / 285
	第二节 银行业监督管理法 / 299

第四章 财税法	第一节 税法 / 305
	第二节 审计法 / 322

第五章 劳动法	第一节 劳动法概述 / 325
	第二节 劳动合同法 / 329
	第三节 劳动基准法 / 341
	第四节 劳动争议 / 346

第六章 土地法和房地产法	第一节 土地管理法 / 351
	第二节 城乡规划法 / 361
	第三节 城市房地产管理法 / 363

第七章 环境保护法	第一节 概述 / 371
	第二节 环境保护法的基本制度 / 374
	第三节 环境责任和环境纠纷 / 379

国 际 法

第一章 导论	第一节 国际法的概念和渊源 / 383
	第二节 国际法与国内法的关系 / 389

第二章 国际法的主体与国际法律责任	第一节 国际法主体 / 392
	第二节 国际法律责任的构成和形式 / 404
	第三节 国际责任制度的新发展 / 406

第三章 国际法上的空间划分	第一节 领土 / 408
	第二节 海洋法 / 412

第三节 国际航空法与外层空间法 / 419

第四节 国际环境保护法 / 422

第四章 国际法上的个人

第一节 国籍 / 425

第二节 外国人的法律地位 / 427

第三节 引渡和庇护 / 430

第四节 国际人权法 / 431

第五章 外交关系法与领事关系法

第一节 概述 / 435

第二节 外交关系法 / 436

第三节 领事关系法 / 442

第六章 条约法

第一节 概述 / 446

第二节 条约的缔结 / 448

第三节 条约的效力 / 450

第四节 条约的解释和修订 / 451

第七章 国际争端的和平解决

第一节 国际争端与解决方法 / 455

第二节 国际争端的法律解决方法 / 457

第八章 战争与武装冲突法

第一节 概述 / 462

第二节 对作战手段的限制和对战时平民及战争受难者的保护 / 467

第三节 战争犯罪 / 471

国际私法

第一章 国际私法概述

第一节 国际私法的概念 / 475

第二节 国际私法的范围 / 478

第三节 国际私法的渊源 / 481

第二章 国际私法的主体

第一节 自然人 / 486

第二节 法人 / 490

第三节 国家和国际组织 / 493

第四节 外国人的民商事法律地位 / 497

第三章 法律冲突、冲突规范和准据法

第一节 法律冲突 / 502

第二节 冲突规范 / 507

第三节 准据法 / 510

第四章 适用冲突规范的制度

第一节 定性/517

第二节 反致/518

第三节 外国法的查明和解释/521

第四节 公共秩序保留/525

第五节 法律规避/527

第五章 国际民商事关系的法律适用

第一节 权利能力和行为能力/530

第二节 物权/532

第三节 债权/534

第四节 商事关系/538

第五节 婚姻与家庭/540

第六节 继承/544

第七节 知识产权/546

第六章 国际民商事争议的解决

第一节 国际民商事争议概述/548

第二节 国际商事仲裁/549

第三节 国际民事诉讼/557

第七章 区际法律问题

第一节 区际法律冲突与区际冲突法/569

第二节 区际司法协助/572

国际经济法

第一章 导论

导论/585

第二章 国际货物买卖

第一节 概述/588

第二节 《国际贸易术语解释通则》/591

第三节 《联合国国际货物销售合同公约》/597

第三章 国际货物运输与保险

第一节 国际货物运输/610

第二节 国际货物运输保险/622

第四章 国际贸易支付

第一节 汇付与托收/627

第二节 信用证/631

第五章 对外贸易管理制度

第一节 我国的对外贸易法/641

第二节 贸易救济措施/645

第六章 世界贸易组织

第一节 世界贸易组织概述/653

第七章 国际经济法领域的其他
法律制度

第二节 世界贸易组织的主要法律制度 / 658

第一节 知识产权的国际保护 / 665

第二节 国际投资法 / 674

第三节 国际融资法 / 681

第四节 国际税法 / 685

司法制度和法律职业道德

第一章 司法制度和法律职业
道德概述

第一节 司法和司法制度的概念 / 691

第二节 法律职业道德的概念和特征 / 707

第三节 法律职业道德的基本原则 / 711

第二章 审判制度与法官职业道德

第一节 审判制度概述 / 714

第二节 审判机关 / 717

第三节 法官 / 723

第四节 法官职业道德 / 729

第五节 法官职业责任 / 736

第三章 检察制度与检察官职业道德

第一节 检察制度概述 / 743

第二节 检察机关 / 745

第三节 检察官 / 748

第四节 检察官职业道德 / 754

第五节 检察官职业责任 / 762

第四章 律师制度与律师职业道德

第一节 律师制度概述 / 767

第二节 律师 / 769

第三节 律师事务所 / 779

第四节 律师职业道德★ / 785

第五节 律师执业行为规范★ / 787

第六节 律师职业责任 / 795

第七节 法律援助制度★ / 798

第五章 公证制度与公证员职业道德

第一节 公证制度概述 / 808

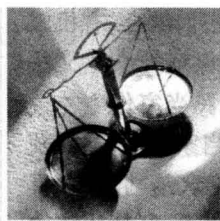
第二节 公证员和公证机构 / 811

第三节 公证程序与公证效力 / 820

第四节 公证员职业道德 / 828

第五节 公证职业责任 / 831

说明：“★”为新增或调整较大部分内容。



社会主义法治理念

第一章

社会主义法治理念的基本理论

第一节 社会主义法治理念的基本概念和本质属性

一、社会主义法治理念的基本概念

法治通常的理解就是法律之治,即通过法律治理国家;同时,法治又指通过法律使权力和权利得到合理配置的社会状态。

法治理念是对法治的核心内容、本质要求、价值追求、重要使命以及根本保证等法治基本问题的集中概括和系统认识,是谋划法治战略的基准,是制定法律的指南,是实施法律的指导,也是理解并遵守法律的参照。各国的法治理念受制并决定于本国的社会性质、政治制度以及经济、文化和其他社会条件,不同国家的法治理念不可能完全相同,社会主义国家与资本主义国家之间在法治理念上更是存在着根本性区别。

我国的社会主义法治理念是中国特色社会主义的系统化的法治意识形态,反映和指引着社会主义法治的性质、功能、目标方向、价值取向和实现途径,是马克思主义法律思想中国化的最新成果,是社会主义法治的精髓和灵魂,是我国社会主义法治事业必须长期遵循的指导思想。

社会主义法治理念的基本内涵,集中概括为“依法治国、执法为民、公平正义、服务大局、党的领导”五个方面。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。社会主义法治理念这五个方面的内涵,有机统一,相辅相成,各自从不同侧面系统地揭示出社会主义法治的主要原理,同时又完整地描绘出社会主义法治的基本图景。

二、社会主义法治理念的本质属性

1. 坚持党的领导、人民当家作主、依法治国三者有机统一,是社会主义法治理念的本质属性。社会主义法治理念要求在法治实践中,坚定不移地把党的领

导、人民当家作主和依法治国密切结合、有机统一起来。坚持党的领导,才能保证社会主义法治的正确方向,依法治国和人民当家作主才会有可靠的政治保证;坚持人民当家作主,党的领导和依法治国才会有坚实的群众基础,才能真正落实执政为民、执法为民的要求;坚持依法治国,党的领导和人民当家作主才具有鲜明的时代内涵,党的领导和人民当家作主的实现也才能有可靠的法律保障。“三者有机统一”贯穿于社会主义法治理念之中,是社会主义法治理念的核心与灵魂。

2. 坚持党的事业至上、人民利益至上、宪法法律至上,是坚持党的领导、人民当家作主、依法治国三者有机统一的必然要求。坚持党的领导、人民当家作主、依法治国三者有机统一的必然要求,在实践层面上进一步体现为坚持党的事业至上、人民利益至上、宪法法律至上。坚持党的事业至上,就是要在法治的具体实践中,坚持党的基本理论、基本路线、基本纲领、基本经验,自觉贯彻党的路线方针政策,加强和维护党的领导,巩固党的执政地位;坚持人民利益至上,就是要在法治的具体实践中,坚持以人为本、执法为民,全面维护、实现和发展广大人民群众的根本利益,把人民群众的满意度作为检验法治实践成效的重要标准;坚持宪法法律至上,就是要把严格遵守宪法法律作为法治实践的基本要求,党要在宪法和法律范围内活动,执法和司法必须严格以宪法和法律为依据,任何组织和个人都不允许有超越宪法和法律规定的特权,在全社会树立宪法和法律的权威,树立执法与司法的公信力,维护社会主义法制的统一和尊严。

第二节 社会主义法治理念的理论渊源和实践基础

一、社会主义法治理念的理论渊源

社会主义法治理念具有丰富的理论渊源,马克思主义法律思想是社会主义法治理念的主要理论源脉,毛泽东思想、中国特色社会主义理论体系是社会主义法治理念的重要理论依据,

中国传统文化、尤其是传统法律思想为社会主义法治理念提供了重要参照,西方资本主义法治思想为社会主义法治理念提供了一定的借鉴。这些理论渊源奠定了社会主义法治理念充分的科学性。

1. 马克思主义法律思想是社会主义法治理念的主要理论源脉。马克思主义法律思想是马克思、恩格斯等革命导师依据辩证唯物主义和历史唯物主义观念,对于法律这一社会现象的系统认识和见解。马克思、恩格斯关于法的本质是统治阶级意志的体现,法是阶级统治的工具,以及法作为上层建筑必须服务于经济基础的思想,正是我国社会主义法治理念中依法治国、服务大局理念的理论渊源;马克思、恩格斯关于人民主权和人民民主思想,以及人权和实现“每个人全面而自由发展”的思想,正是我国社会主义法治理念中执法为民、公平正义理念的理论基础;列宁关于无产阶级专政与社会主义法治的思想,关于执政党的领导地位的思想,也正是我国社会主义法治理念中党的领导理念的重要理论根据。

2. 毛泽东思想、中国特色社会主义理论体系是社会主义法治理念的重要理论依据。毛泽东思想是马克思列宁主义在中国的运用和发展,是被实践证明了的关于中国革命和建设的正确的理论原则和经验总结。中国特色社会主义理论体系,是包括邓小平理论、“三个代表”重要思想以及科学发展观等重大战略思想在内的科学理论体系。毛泽东思想、邓小平理论和“三个代表”重要思想中有关社会主义民主与法治的理论,为社会主义法治理念的形成奠定了坚实的理论基础。科学发展观是同马克思列宁主义、毛泽东思想、邓小平理论和“三个代表”重要思想既一脉相承又与时俱进的科学理论,是我国经济社会发展的重要指导方针,是发展中国特色社会主义必须长期坚持和贯彻的重大战略思想。科学发展观揭示了社会主义法治事业发展的目标、方向和路径,进一步推动和指导了社会主义法治理念的形成和发展。在当代中国,坚持社会主义法治理念是坚持中国特色社会主义理论体系的必然要求。

3. 中国传统文化、尤其是传统法律思想为社会主义法治理念提供了重要参照。社会主义法治理念本着唯物主义历史观,结合当代社会的实际情况,辨别吸收了我国传统文化、尤其是传统法律思想中的一些有益因素,如“民为邦本”的思想,“法尚公平”、“法不阿贵”的思想,“治民无常、唯以法治”的思想,“德主刑辅”、“明德慎罚”的思想,以及我国民间传统中长期流行的“以和为贵”、“无讼是求”等观念,使社会主义法治理念根植于本民族深厚的历史文化土壤,显示出鲜明的文化特色和民族特色。

4. 西方资本主义法治思想为社会主义法治理念提供了一定的借鉴。西方资本主义法治思想是西方国家主流意识形态的重要组成部分。社会主义法治理念对西方资本主义法治理论中的有关法治构建与运作的一般性原理,如人民主权论、基本人权论、权力制约论、法律面前人人平等论、法律强制和权威论等理论,并根据中国国情对这些理论加以理解和诠释;另一方面体现在关注西方法治的现实发展和变化,适当吸收和参考现代西方实用主义法学以及社会法学派等理论流派强调法律的社会利益,突出法律实际运用的社会功效等观点和主张,深化对法治实践与外部社会联系的认识;同时,要正确辨识那些与资本主义国家本质相联系的法治理论与法律思想,坚决摒弃和排拒“三权分立”、绝对化的“司法独立”以及机械教条的“法条主义”等理论与观念。

二、社会主义法治理念的实践基础

社会主义法治理念具有深厚的实践基础,这一基础赋予了社会主义法治理念强大的生命力。

1. 社会主义法治理念建立于对我国社会主义初级阶段基本国情的深刻把握。我国的社会性质、政治制度、经济发展水平、文化传统、自然资源条件、公民受教育程度以及地域特征、人口数量、民族及其分布状况等,构成了我国的基本国情。社会主义法治理念立足我国基本国情,把适应中国基本国情作为理念建构的出发点和

归宿。社会主义法治理念基本内涵的五个方面,都是在充分考虑中国国情的基础上提出和阐发的。

2. 社会主义法治理念建立于对我国社会发展阶段性特征的正确判断。胡锦涛同志在党的十七大报告中,从八个方面深刻阐述了我国社会发展的阶段性特征。社会主义法治理念形成过程中,充分考虑了这些阶段性特征对我国法治的具体影响,把推进法治事业同解决发展阶段中面临的矛盾和问题紧密结合起来,从而使社会主义法治理念更加适应我国社会发展对于法治的实际要求。

3. 社会主义法治理念建立于对我国所处国际地位及国际环境的准确认知。在国际影响越来越大、国际地位不断提升的同时,我国也面临着日趋复杂的国际环境。社会主义法治理念的提出,为我们走中国特色社会主义法治道路创造了理论前提,从根本上保证了我国在法治意识形态领域中的独立性和自主性,保证了我国在法治意识形态领域不受制于人。

4. 社会主义法治理念建立于对我国法治建设经验教训的系统总结。新中国成立以来,特别是改革开放30多年来,我国社会主义法治建设事业取得了重大进步和巨大成就,积累了丰富的经验,也有过不少挫折和教训。社会主义法治理念产生于对这些经验教训的深刻认识和系统总结。社会主义法治理念既体现了党和国家在长期法治实践过程中所形成的对社会主义法治的成熟认识,也反映了广大人民在法治实践过程中所形成的普遍愿望与真实感受。

第三节 社会主义法治理念的 地位和作用

一、社会主义法治理念是马克思主义法律思想中国化的最新成果

社会主义法治理念的形成和提出,是马克思主义法律思想中国化进程中的一个重大突破,凝聚着我们党几代中央领导集体的重大智慧和艰辛探索。

早在新民主主义革命时期,我们党就在革