

2009^年

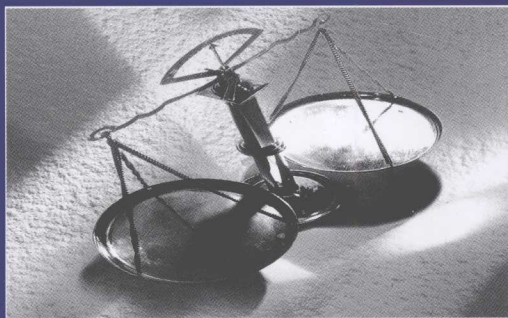
国家司法考试辅导用书

Guojia Sifa Kaoshi Fudao Yongshu

【修订版】

第一卷

国家司法考试辅导用书编辑委员会



国家司法考试辅导用书

(2009 年修订版)

第一卷

国家司法考试辅导用书编辑委员会

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

国家司法考试辅导用书:2009年修订版.第1卷/《国家司法考试辅导用书》编辑委员会组织编写. —北京:法律出版社,2009.4

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9449 - 3

I. 国… II. 国… 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(2009)第 051139 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/宋杰鹏等

装帧设计/曹 铀

出版/法律出版社

编辑统筹/法律考试出版分社

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/52.25 字数/1297 千

版本/2009 年 5 月第 1 版

印次/2009 年 5 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 - 9449 - 3

定价(全 3 册):260.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《国家司法考试辅导用书》

编辑委员会

编辑委员会顾问 | 刘 飏 苏泽林 张常韧

编辑委员会委员 | (按姓氏笔画为序)

丁 露	于 安	马克昌	马怀德	王卫国
王少峰	王保树	江 平	江 伟	刘凯湘
许崇德	张卫平	张文显	张丽英	张明楷
张晓维	陈卫东	陈光中	陈桂明	陈瑞华
应松年	杜国兴	宋建朝	李传敢	周叶中
赵晓耕	贾京平	高宗泽	钱明星	秦晓程
黄 进	温世扬	韩玉胜	舒国滢	曾宪义
葛洪义	潘剑锋			

审 稿 人 | (按姓氏笔画为序)

马克昌	王保树	江 平	江 伟	许崇德
张文显	陈光中	应松年	高宗泽	曾宪义

编审办公室 | 丁 露 贾丽群 袁 江 晏福增 姜海涛
史迎新 何国亮 何 燕 侯晓梅 杨向斌
潘长河 刘 欣

2003—2009 年
《国家司法考试辅导用书》

参加编写人员
(按姓氏笔画为序)

于 安	于 莹	马怀德	王卫国	王少峰	王夏昊
付子堂	乔 欣	孙 虹	孙 莉	宋连斌	宋英辉
刘计划	刘茂林	刘凯湘	刘剑文	刘哲玮	李 哲
李东方	李本森	李荣珍	杨伟东	杜志华	张 骐
张 耕	张卫平	张丽英	张明楷	张晓维	张新娟
陈 宜	陈小君	陈卫东	陈永生	陈兴良	陈桂明
陈瑞华	肖永平	周叶中	金英杰	赵红梅	赵晓耕
胡玉鸿	郝银钟	姚新华	郭 瑜	郭玉军	高其才
高家伟	秦晓程	钱明星	徐胜萍	黄 进	温世扬
韩大元	韩立余	韩玉胜	蒋惠岭	舒国滢	葛洪义
谭世贵	管晓峰	潘剑锋			

2009 年

《国家司法考试辅导用书》

各科编写人员

■社会主义法治理念

编 著:付子堂

■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)

■法制史

编 著:赵晓耕

■宪 法

主 编:周叶中 韩大元 刘茂林

撰稿人:周叶中 韩大元 刘茂林

■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

■刑 法

主 编:陈兴良 张明楷

撰稿人:

张明楷(第一至十五章)

陈兴良(第十六至四十章)

■刑事诉讼法

主 编:陈卫东 宋英辉

撰稿人:

宋英辉(第一、二、七章)

李 哲(第三至六章,第八至十章)

陈卫东(第十一、十二、二十、二十一章)

郝银钟(第十三、十七章)

刘计划(第十四至十六章,第十八至二十一章)

■行政法与行政诉讼法

主 编:马怀德

撰稿人:马怀德 杨伟东

■民 法

主 编:钱明星 温世扬

撰稿人:

姚新华(第一至六章)

钱明星(第七至十二章)

温世扬(第十三至二十四章)

张 耕(第二十五至二十七章,第三十三、三十四章)

陈小君(第二十八至三十二章)

■商 法

主 编:刘凯湘

撰稿人:

刘凯湘(第一至四章,第八章)

王卫国(第五章)

于 莹(第六章)

李东方(第七章)

郭 瑜(第九章)

■民事诉讼法与仲裁制度

主 编:陈桂明 潘剑锋

撰稿人:

陈桂明(第一至四章,第十八至二十章,第二十二章)

张卫平(第五至八章)

潘剑锋(第九至十二章)

徐胜萍(第十三至十六章)

刘哲玮(第十七、二十一章)

乔 欣(第二十三至二十九章)

2009 年修订版说明

根据司法部制定颁布的《2009 年国家司法考试大纲》和法学理论的更新及现行法律法规的变化,我们对《国家司法考试辅导用书(2008 年修订版)》进行了相应调整。包括增加、充实了社会主义法治理念和有关政法工作的重大理论观点、重大指导原则的内容,并单列一编;以及对其他考核知识点范围进行适当增删,对相关章节及内容作了相应修改。

在此,向参与本套用书编写、修订工作的法律实务部门和法学院校的专家学者表示感谢。

由于时间仓促,本书疏漏或不当之处,敬请广大读者批评指正。

国家司法考试辅导用书

编辑委员会

2009 年 4 月

11-11-11

说 明

为了适应国家司法考试的需要,根据广大应试人员的要求,我们编辑出版了这套《国家司法考试辅导用书》(2003年版)。

这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,注重法学基本理论和法律实务的结合,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。在体例编排和内容安排上,为方便应试人员复习考试,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:第一卷包括法理学、法制史、宪法、经济法、国际法、国际私法、国际经济法和法律职业道德;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。另外,还编辑了一本《2003年国家司法考试法律法规汇编》(截止日期为2003年4月30日)。

2003年国家司法考试命题将以本套辅导用书和现行法律法规汇编为依据,应试人员在使用本套用书时应当注意掌握了解与之相关的法律法规和司法解释。

本套用书由司法部国家司法考试中心组织编辑,约请北京大学、清华大学、中国人民大学、中国政法大学、武汉大学、西北政法学院、外交学院、北京汉华律师事务所等院校和单位的知名学者和对司法考试有一定研究的专家担纲撰写。全书初稿完成后由法学界资深学者进行了审定。这些专家、学者都担负着繁重的教学、科研任务,他们对本套用书的出版付出了自己的智慧和辛勤的劳动,在此表示衷心的感谢。

本套用书在编写过程中,得到了最高人民法院、最高人民检察院和中华全国律师协会及前述有关单位的大力支持和帮助,在此一并致以深切的谢意。本书疏漏或不当之处,敬请广大应试人员和读者批评指正。

编 者

2003年4月

国家统一司法考试制度的建立和完善

(代序言)

2001年6月30日,九届全国人大常委会第22次会议审议、通过了《中华人民共和国法官法》和《中华人民共和国检察官法》修正案。两法修正案中最引人注目的是在附则里做出了一条规定:“国家对初任法官、检察官和取得律师资格实行统一的司法考试制度,国务院司法行政部门会同最高人民法院、最高人民检察院共同制定司法考试实施办法,由国务院司法行政部门负责实施。”同年12月29日,全国人大常委会第25次会议审议通过的《中华人民共和国律师法》修正案亦规定,“取得律师资格应当经过国家统一司法考试”。上述三法的修改并通过,标志着国家统一司法考试制度在我国正式确立。

国家统一司法考试制度在我国的确立,立即在国内外引起了广泛关注和强烈反响,一致认为这一制度的确立是近年来我国法制建设的一件大事,是司法改革的一项重大举措,具有里程碑的意义。国家统一司法考试制度作为法律规定的我国法律职业新的统一准入标准,作为保障我国司法公正的一项基础性制度,是国家司法制度的重要内容和基础环节,其确立并实施是我国全面推进依法治国,建设社会主义法治国家的必然要求,不仅为建设我国高素质的司法队伍和律师队伍提供了重要的制度保障,同时对于确保司法公正和效率,对于推进我国司法制度的进一步改革和完善,推进依法治国进程乃至整个社会文明和进步都将产生积极的影响。因此,我认为国家统一司法考试制度的建立是我国法制的进步,社会的进步,意义重大而深远。

修改后的《法官法》、《检察官法》、《律师法》于2002年1月1日起施行,以三法为依据建立的国家统一司法考试制度也随之付诸实施。根据法律关于“由国务院司法行政部门负责实施”的规定和授权,为切实履行法律赋予的职责,司法部迅速组织力量启动了国家统一司法考试制度的组织实施工作,在较短时间内顺利地完成了国家统一司法考试制度的政策研究论证、总体方案设计、基本制度和基本规范建设、机构建设以及筹备首届国家司法考试等一系列工作。

在各方面的大力支持和配合下,经过精心准备,2002年3月30、31日,首届国家司法考试在全国统一举行。全国共有36万多人报名,31万多人参加考试。考试期间,全国共设置了317个考区、418个考点、12860个考场,动用考试工作人员4万余人。根据司法部确定的合格分数线(总分240分,放宽地区235分),约24800多人通过考试,合格率约为7%。考试期间,因考试违纪有500多人分别受到警告、取消单科成绩、取消本次考试成绩和两年内不得参加考试的处罚。截至2002年11月,全国首届国家司法考试合格者的《法律职业资格证书》全部发放完毕,首届国家司法考试组织实施工作顺利结束。

2002年国家司法考试,是我国国家统一司法考试制度建立以后举行的首次考试。从考试之后各方面的反映来看,应该说是顺利的、成功的,社会各界给予了很高评价。我认为其中最值得肯定的有两点:

首先,首届国家司法考试的成功举办,为建立、实施我国国家统一司法考试制度开了一个

好头,标志着我国国家统一司法考试制度已经成功付诸实施。在此之前,我国对于法律职业人员的准入实行的是分别考试制度,法官、检察官和执业律师的选任、选拔由法院系统、检察院系统和司法行政部门分别组织考试,三种考试性质不同,门槛不一,三种资格不通用,三种职业也互不流动,这种选拔法律职业人员的制度存在缺陷。正因如此,国家统一司法考试制度的确立才引起广泛关注和强烈反响,一致公认实行国家统一司法考试是近年来我国司法改革最重要的成果之一。在首届司法考试的设计和实施过程中,司法部紧紧围绕推进司法改革这个重点,严格把握司法考试的职业性、资格性和权威性这一定位,努力实现选拔高素质、精英化法律职业人员这一宗旨,进行制度框架设计:诸如考试的名称表述;考试的性质、目标、效力、方式、方法;考试组织管理体制等。同时,在实施过程中,对于三种考试的整合、对报名学历条件的掌握、对合格分数线和录取名额的划定等,都坚持了高起点和高水准。从考试的结果看,36万考生通过考试的只有2.4万多人,录取率为7%。对此,社会各界是普遍认同的,认为国家司法考试就应该是这样的。同时,也认为首届考试的成功举办,为我国国家统一司法考试制度的实施开好了头,起好了步。

其次,首届司法考试的成功举办,不仅为今后组织实施好考试工作提供了宝贵的经验,也为国家统一司法考试制度的不断健全完善创造了条件、打下了基础。为保证国家司法考试的顺利实施,司法部提出了将国家司法考试办成“最权威、最规范、最严密、最廉洁”的“四最”目标和组织实施工作中做到“组织严密、程序严谨、标准严格、纪律严明”的“四严”要求。为此,从筹备阶段到实施阶段,大力加强了规章制度建设,经过一系列调研论证,两院一部共同制定了《国家司法考试实施办法》,这是组织实施司法考试的基本规范。同时制定出台了一系列与实施办法相配套的规章、规范性文件,涉及报名管理、命题准则、考务组织、评卷工作、违纪行为处理以及法律职业资格证书管理等,使国家司法考试的组织实施工作初步形成了一个较完整的体系。现在看,首届考试以“四严”保“四最”的目标已基本实现。在实践中建立起来的规章制度、成功做法,不仅为今后国家司法考试的实施工作提供了宝贵的经验,也为国家统一司法考试制度的不断健全和完善打下了坚实基础。

虽然首届司法考试的成功举行,得到了社会各方面的一致认可和高度评价,但是作为国家司法考试的实施部门,我们也清醒地认识到,国家统一司法考试制度作为一项制度创新,才刚刚建立,尚处于初创阶段,我们在认识和组织实施考试方面还不够深入、不够系统。在理论研究方面,对于司法考试的整体框架设计还来不及深入研究,缺乏较为成熟的理论支撑。在制度建设方面,对于国家统一司法考试制度的定位与组成,考试的性质、目标、效力,考试的实施与管理等方面还有待于进一步加深认识。在考试模式选择方面,首届司法考试为保证制度的稳定,实现平衡过渡,基本沿袭了原律师资格考试的模式。因此,客观地讲,首届国家司法考试还是一次过渡性、衔接性的考试。为了促进这一制度的进一步健全和完善,司法部在首次考试结束之后,即着手开展了大量扎实有效的工作,进行了深入的调查和研究、论证,包括:广泛听取各方面意见和建议,总结首届考试的经验和不足,考察、收集并研究国外考试制度的相关做法和情况,开展课题研究等。

经过一个阶段的研究,我们取得了初步的成果,提出了我国国家统一考试制度发展设想、阶段目标和实现途径。我们认识到,国家统一司法考试制度是一项与法学教育相衔接的,适应法律职业需要并与法律职业部门录用制度相配套的,选拔、培养、任用合格法律职业人员的制度。从司法考试的这一基本定位出发,我国国家统一司法考试制度的建立,其目的不仅仅是考

试制度本身,或为考试而考试,其最终目标应当是,国家通过一系列有效的制度和措施,选拔、培养、任用一批具有共同法律观念、共同法律意识、共同职业道德和共同专业素养的高素质的司法人员队伍和律师队伍,进而从制度上、根本上提高法律职业人员的整体素质,维护司法公正,保障国家法制的统一和权威。

因此,要实现我国国家统一司法考试的长远目标,还需要一个较长的过程,这就要求我们,必须将我国的国家统一司法考试制度定位于一个制度体系、系统工程上,纳入到国家法律职业者选拔、培养制度体系中来加以考虑,并从国家统一司法考试制度建立的依据入手,深入研究其定位、目标及制度组成,分析司法考试的性质、功能、效力,解决好司法考试与法学教育、法律职业的关系,在比较、借鉴国外相关制度的基础上,完善考试模式,建立与国家统一司法考试制度相衔接的统一的职前培训(研修)制度、选拔录用制度、职业交流制度及考试组织实施机构的调控和管理制度,逐步形成选拔、培养、任用、管理相配套的完善的国家统一司法考试制度体系和实施体系。同时,从实际出发,提出我国国家统一司法考试的发展目标和发展阶段,有计划、有步骤加以健全和完善。在条件成熟时,将国家司法考试的实践经验、成功做法通过立法确认下来,使之规范化、制度化。

具体的设想是,针对我国国家统一司法考试制度目前所处的阶段和我们所具备的条件,司法部将对今后的国家司法考试进行循序渐进的改革和逐步的调整。对于今后的国家司法考试,我们在方案的总体设计上,要以逐步健全和完善国家统一司法考试制度为根本出发点,以制度设计的科学性、合理性为目标,兼顾创新性、稳定性和可操作性;在考试目标上,要注重对应试人员知识和能力的综合考查,突出国家司法考试在选拔优秀法律后备人才方面的需求和权威性;在考试内容上,适应各用人单位对特定法律职业后备人才的特殊要求,进一步强调对应试人员实际工作能力的考查力度,增加以能力考查为目标的考试内容;在考试方式上,适应考试目标和考试内容变化,在条件成熟的前提下,对考试的次数和考试方式进行相应的调整,克服一次考试的弊端和局限性,实行一次考试多个阶段或多次考试;在实施和管理上,继续从推进国家法治建设大局的高度,从推进司法改革的高度,来认识实施国家司法考试的重要意义和深远影响,高度重视,加强领导,维护国家司法考试的权威性、严肃性和公正性。

总之,我们的目标和发展方向是,要通过各方面的努力,建立起既具有中国特色,又为世界所公认的健全的国家统一司法考试制度。

司法部副部长



注:本文系司法部主管国家司法考试工作的刘飏副部长在接受《中国法律》杂志社专访时的谈话,原载于《中国法律》杂志2003年第2期。刘飏副部长在文中不仅对我国国家统一司法考试制度建立和首届国家司法考试实施的过程进行了回顾,同时还提出了今后进一步健全和完善这一制度的目标和发展方向,是对目前我国国家统一司法考试制度一个较为全面的概括。根据本套辅导用书的出版需要并经本人同意,我们将其略做改动,以为序。

目录

Contents

社会主义法治理念

第一章 社会主义法治理念的基本理论	1
第一节 社会主义法治理念的基本概念和特征	1
第二节 社会主义法治理念的理论渊源和实践基础	2
第三节 社会主义法治理念的本质属性	3
第四节 社会主义法治理念的地位和作用	4
第二章 社会主义法治理念的基本内涵	7
第一节 依法治国	7
第二节 执法为民	8
第三节 公平正义	9
第四节 服务大局	10
第五节 党的领导	11
第三章 社会主义法治理念的基本要求	13
第一节 健全完善立法	13
第二节 坚持依法行政	13
第三节 严格公正司法	14
第四节 其他基本要求	14

法理学

第一章 法的本体	16
第一节 法的概念	16
第二节 法的价值	22
第三节 法的要素	25
第四节 法的渊源	30
第五节 法律部门与法律体系	34
第六节 法的效力	35
第七节 法律关系	37
第八节 法律责任	43

第二章 法的运行	46
第一节 立法	46
第二节 法的实施	49
第三节 法适用的一般原理	53
第四节 法律推理	57
第五节 法律解释	60
第三章 法的演进	64
第一节 法的起源	64
第二节 法的发展	67
第三节 法的传统	69
第四节 法的现代化	72
第五节 法治理论	74
第四章 法与社会	77
第一节 法与社会的一般理论	77
第二节 法与经济	79
第三节 法与政治	80
第四节 法与道德	82
第五节 法与宗教	84
第六节 法与人权	85

法制史

第一章 中国法制史	87
第一节 西周至秦汉、魏晋时期的法制	87
第二节 唐宋至明清时期的法制	96
第三节 清末、民国时期的法制	107
第二章 外国法制史	114
第一节 罗马法	114
第二节 英美法系	118
第三节 大陆法系	122

宪法

第一章 宪法基本理论	128
第一节 宪法的概念	128
第二节 宪法的历史发展	135
第三节 宪法的基本原则	138
第四节 宪法的作用	141

第五节 宪法的渊源与宪法典的结构·····	143
第六节 宪法规范·····	146
第七节 宪法效力·····	148
第二章 国家的基本制度(上) ·····	151
第一节 人民民主专政制度·····	151
第二节 国家的基本经济制度·····	153
第三节 国家的基本文化制度·····	156
第三章 国家的基本制度(下) ·····	159
第一节 人民代表大会制度·····	159
第二节 选举制度·····	162
第三节 国家结构形式·····	167
第四节 民族区域自治制度·····	170
第五节 特别行政区制度·····	172
第四章 公民的基本权利与义务 ·····	176
第一节 公民基本权利与义务概述·····	176
第二节 我国公民的基本权利·····	181
第三节 我国公民的基本义务·····	191
第五章 国家机构 ·····	194
第一节 国家机构概述·····	194
第二节 全国人民代表大会及其常务委员会·····	196
第三节 中华人民共和国主席·····	202
第四节 国务院·····	203
第五节 中央军事委员会·····	206
第六节 地方各级人民代表大会和地方各级人民政府·····	207
第七节 人民法院与人民检察院·····	213
第六章 宪法的实施及其保障 ·····	219
第一节 宪法实施概述·····	219
第二节 宪法的修改·····	220
第三节 宪法的解释·····	222
第四节 宪法实施的保障·····	224

经济法

第一章 竞争法 ·····	227
第一节 反垄断法·····	227
第二节 反不正当竞争法·····	241
第二章 消费者法 ·····	251
第一节 消费者权益保护法·····	251
第二节 产品质量法·····	257

第三节 食品安全法	263
第三章 银行业法	277
第一节 商业银行法	277
第二节 银行业监督管理法	292
第四章 财税法	298
第一节 税法	298
第二节 审计法	314
第五章 劳动法	317
第一节 劳动法概述	317
第二节 劳动合同法	321
第三节 劳动基准法	333
第四节 劳动争议	338
第六章 土地法和房地产法	343
第一节 土地管理法	343
第二节 城市房地产管理法	352
第七章 环境保护法	361
第一节 概述	361
第二节 环境保护法的基本制度	364
第三节 环境责任和环境纠纷	368

国际法

第一章 导 论	372
第一节 国际法的渊源	372
第二节 国际法与国内法的关系	378
第二章 国际法律责任	381
第一节 国际法主体	381
第二节 国际法律责任的构成和形式	392
第三节 国际责任制度的新发展	395
第三章 国际法上的空间划分	397
第一节 领土	397
第二节 海洋法	401
第三节 国际航空法与外层空间法	407
第四节 国际环境保护法	410
第四章 国际法上的个人	413
第一节 国籍	413
第二节 外国人的法律地位	415
第三节 引渡和庇护	418