

2007^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

(2007 年修订版)

第一卷

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

国家司法考试辅导用书:2007年修订版/国家司法考试中心
组编. —北京:法律出版社,2007.4
ISBN 978-7-5036-7281-1

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(2007)第 042759 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/赵明霞等

装帧设计/曹 铀

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京北苑印刷有限责任公司

编辑统筹/法律考试出版分社
经销/新华书店
责任印制/沙 磊

开本/787×1092 毫米 1/16
版本/2007 年 4 月第 1 版

印张/142.75 字数/3385 千
印次/2007 年 4 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

苏州公司/0512-65193110

盗版举报电话:全国扫黄打非办公室/010-65212870

法律出版社/010-63939796

书号:ISBN 978-7-5036-7281-1

定价(全 3 册):240.00 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
丁 露	袁 江	晏福增	史迎新	何 燕
杨向斌				

编 审 办 公 室

《国家司法考试辅导用书》

各科编写人员

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)

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、三、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

主 编:赵晓耕

撰稿人:赵晓耕

宪 法

主 编:周叶中 刘茂林

撰稿人:周叶中 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)

李东方(第四章)

刘剑文(第五章)

金英杰(第六章)

赵红梅(第七、八章)

国际法

主 编:秦晓程

撰稿人: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)

韩立余(第五、六章)

张新娟(第七章)

司法制度和法律职业道德

主 编:王少峰 谭世贵 张晓维

撰稿人:

谭世贵(第一章第一至三节,第三至五章,第八章第四节)

李荣珍(第二、九章)

李本森(第一章第四至六节)

蒋惠岭(第六章)

王少峰(第七章)

张晓维(第八章第一至三节)

陈 宜

刑 法

主 编:张明楷 韩玉胜

撰稿人:

张明楷(第一至十二章)

韩玉胜(第十三至二十三章)

刑事诉讼法

主 编:陈卫东 陈瑞华

撰稿人:

陈卫东(第一、十一、十二、二十、二十一章)

陈瑞华(第二、五章)

陈永生(第三、八、九、十、十七章)

郝银钟(第四、六、七、十三章)

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:于 安 马怀德

撰稿人:

于 安(第一至九章)

马怀德(第十章,第十七至二十章)

高家伟(第十一至十三章)

杨伟东(第十四至十六章)

民 法

主 编:钱明星 温世扬

撰稿人:

姚新华(第一至七章)

钱明星(第八至十三章)

温世扬(第十四至二十七章)

张 耕(第二十八至三十一章,第三十七至三十八章)

陈小君(第三十二至三十六章)

商 法

主 编:刘凯湘

撰稿人:

刘凯湘(第一至四章,第七章)

王卫国(第五章)

于 莹(第六章)

郭 瑜(第八章)

民事诉讼法与仲裁制度

主 编:陈桂明 张卫平 潘剑锋

撰稿人:

陈桂明(第一至四章,第十八至二十四章)

张卫平(第五至八章)

潘剑锋(第九至十三章)

徐胜萍(第十四至十七章)

乔 欣(第二十五至三十一章)

2007 年修订版说明

根据司法部制定颁布的《2007 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(2006 年修订版)》进行了适当的调整,增删少量知识点,对相关章节及内容作了修订。在此,向参与本套用书编写、修订工作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。

法律出版社

2007 年 4 月

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理。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 implementation 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,适应各用人部门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

刘飏

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

法 理 学

第一章 法的本体	1
第一节 法的概念	1
第二节 法的价值	6
第三节 法的要素	12
第四节 法的渊源与分类	17
第五节 法律部门与法律体系	23
第六节 法的效力	25
第七节 法律关系	27
第八节 法律责任	34
第二章 法的运行	38
第一节 立法	38
第二节 执法与司法	42
第三节 守法与违法	45
第四节 法律监督	48
第五节 法律解释与法律推理	51
第三章 法的演进	58
第一节 法的起源	58
第二节 法的发展	61
第三节 法的传统	65
第四节 法的现代化	68
第五节 法治理论与社会主义法治理念	70
第四章 法与社会	75
第一节 法与社会的一般理论	75
第二节 法与经济	78
第三节 法与政治	80
第四节 法与道德	84
第五节 法与宗教	86
第六节 法与人权	88

法制史

第一章 中国法制史	91
第一节 西周至秦汉、魏晋时期的法制	91
第二节 唐宋至明清时期的法制	100
第三节 清末、民国时期的法律	112
第二章 外国法制史	118
第一节 罗马法	118
第二节 英美法系	122
第三节 大陆法系	126

宪法

第一章 宪法基本理论	133
第一节 宪法的概念	133
第二节 宪法的历史发展	138
第三节 宪法的基本原则	144
第四节 宪法的作用	147
第五节 宪法的渊源与宪法的结构	149
第六节 宪法规范	151
第七节 宪法关系	152
第八节 宪法与宪政	153
第二章 国家的基本制度(上)	155
第一节 人民民主专政制度	155
第二节 国家的基本经济制度	157
第三节 国家的基本文化制度	160
第三章 国家的基本制度(下)	163
第一节 政权组织形式	163
第二节 选举制度	167
第三节 国家结构形式	170
第四节 民族区域自治制度	172
第五节 特别行政区制度	174
第四章 公民的基本权利与义务	177
第一节 公民基本权利与义务概述	177
第二节 我国公民的基本权利	180
第三节 我国公民的基本义务	187
第四节 我国公民基本权利和义务的主要特点	189
第五章 国家机构	191
第一节 国家机构概述	191
第二节 全国人民代表大会及其常务委员会	193
第三节 中华人民共和国主席	199
第四节 国务院	200
第五节 中央军事委员会	202
第六节 地方各级人民代表大会和地方各级人民政府	203
第七节 人民法院与人民检察院	210

经济法

第六章 宪法的实施及其保障	216
第一节 宪法实施概述	216
第二节 宪法的制定与修改	219
第三节 宪法的解释	221
第四节 宪法的实施保障	223
第七章 竞争法	226
第一节 反不正当竞争法	226
第二节 拍卖法	235
第三节 招标投标法	242
第八章 消费者法	250
第一节 消费者权益保护法	250
第二节 产品质量法	256
第九章 银行业法	268
第一节 商业银行法	268
第二节 银行业监督管理法	283
第十章 证券法	289
第一节 证券法概述	289
第二节 证券发行	291
第三节 证券交易	298
第四节 证券上市	301
第五节 上市公司收购制度	303
第六节 证券机构	304
第七节 证券投资基金法律制度	309
第八节 违反证券法的法律责任	319
第十一章 财税法	325
第一节 税法	325
第二节 会计法	340
第三节 审计法	343
第十二章 劳动法	346
第一节 劳动法概述	346
第二节 劳动合同	349
第三节 集体合同	355
第四节 劳动基准法	357
第五节 劳动争议	362
第十三章 土地法和房地产法	366
第一节 概述	366
第二节 土地管理法	367
第三节 城市房地产管理法	377
第十四章 环境保护法	385
第一节 概述	385

国际法

第二节	环境保护法的基本制度	388
第三节	环境法律责任	392
第四节	环境纠纷的处理程序	394
第一章	导论	396
第一节	国际法的概念	396
第二节	国际法的渊源与编纂	398
第三节	国际法与国内法的关系	400
第四节	国际法基本原则	403
第二章	国际法主体	407
第一节	国际法主体概述	407
第二节	国家	408
第三节	国际组织	415
第三章	国际法律责任	420
第一节	国际责任的构成	420
第二节	国际责任的形式	422
第三节	国际责任制度的新发展	423
第四章	国际法上的空间划分	425
第一节	领土	425
第二节	海洋法	429
第三节	国际航空法	436
第四节	外层空间法	438
第五节	国际环境保护法	440
第五章	国际法上的个人	443
第一节	国籍	443
第二节	外国人的法律地位	445
第三节	引渡和庇护	448
第四节	国际人权法	449
第六章	外交关系法与领事关系法	452
第一节	概述	452
第二节	外交关系法	453
第三节	领事关系法	459
第七章	条约法	463
第一节	概述	463
第二节	条约成立的实质要件	464
第三节	条约的缔结	465
第四节	条约的效力	468
第五节	条约的解释和修订	469
第六节	条约的终止和暂停施行	470
第八章	国际争端的和平解决	473
第一节	国际争端与解决方法	473

国际私法

第二节 政治方法和国际组织解决国际争端	474
第三节 国际争端的法律解决方法	476
第九章 战争与武装冲突法	480
第一节 战争与战争法	480
第二节 战争状态与战时中立	481
第三节 对作战手段的限制和对战时平民及战争受难者的保护	486
第四节 战争犯罪	490
第一章 国际私法概述	493
第一节 国际私法的概念	493
第二节 国际私法的范围	496
第三节 国际私法的渊源	499
第二章 国际私法的主体	504
第一节 自然人	504
第二节 法人	507
第三节 国家	511
第四节 国际组织	513
第五节 外国人的民商事法律地位	515
第三章 法律冲突、冲突规范和准据法	520
第一节 法律冲突	520
第二节 冲突规范	525
第三节 准据法	528
第四章 适用冲突规范的制度	533
第一节 识别	533
第二节 反致	534
第三节 外国法的查明和解释	537
第四节 公共秩序保留	540
第五节 法律规避	542
第五章 国际民商事关系的法律适用	544
第一节 权利能力和行为能力	544
第二节 物权	546
第三节 债权	548
第四节 商事关系	552
第五节 婚姻与家庭	554
第六节 继承	558
第六章 国际民商事争议的解决	561
第一节 国际民商事争议概述	561
第二节 协商和调解	562
第三节 国际商事仲裁	564
第四节 国际民事诉讼	575
第七章 区际法律问题	586