

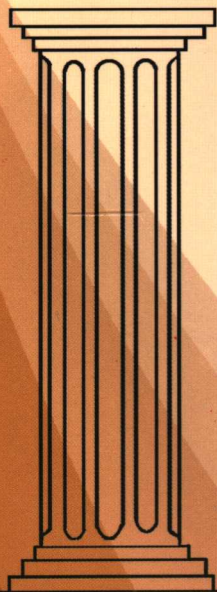


国家司法考试全程辅导教材 2006 版

法理学·宪法学·法制史 行政法学与行政诉讼法学

FALIXUE XIANFAXUE
FAZHISHIXINGZHENGFAFAXUE
YUXINGZHENGXSUSONGFAXUE

总主编 / 徐卫东



- 民法学
- 刑法学
- 商法学与经济法
- 民事诉讼法学
 仲裁制度·刑事诉讼法学
- 法理学·宪法学·法制史
 行政法学与行政诉讼法学
- 国际法学·国际私法学
 国际经济法·法律职业道德
- 案例精解·学科考点分值结构图



中国民主法制出版社

国家司法考试全程辅导教材

法理学·宪法学·法制史 行政法学与行政诉讼法学

(2006 年版)

总 主 编 徐卫东

副总主编 (以姓氏笔划为序)

马新福 韦经建 吕 丽 李韧夫

李洪祥 陈福祥 傅 穹 彭贵才

中国民主法制出版社

图书在版编目(CIP)数据

国家司法考试全程辅导教材:2006年版/徐卫东主编.
北京:中国民主法制出版社,2006.3
ISBN 7-80219-088-6

I. 国... II. 徐... 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(2006)第018539号

书名/国家司法考试全程辅导教材

法理学、宪法学、法制史、行政法学与行政诉讼法学
总主编/徐卫东

出版·发行/中国民主法制出版社

地址/北京市丰台区玉林里7号(100069)

电话/63057714(发行部) 63053367(总编室) 68343365(热销)

传真/63056975 68345702

http:www.npc.gov.cn

E-mail:MZFZ@263.net

经销/新华书店

开本/16开 787毫米×960毫米

印张/33.5 字数/550千字

版本/2006年4月第1版 2006年4月第1次印刷

印刷/长春科技印刷厂

书号/ISBN 7-80219-088-6/D·959

定价/全七册:294.00元

出版声明/版权所有,侵权必究。

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

编委会名单

总主编 徐卫东

副总主编 (以姓氏笔划为序)

马新福 韦经建 吕 丽 李韧夫

李洪祥 陈福祥 傅 穹 彭贵才

法 理 学

本册主编 马新福 本册副主编 颜毅艺

本册撰稿人 (按姓氏笔划排列) 马新福 颜毅艺

宪 法 学

本册主编 彭贵才 本册撰稿人 彭贵才 杨跃跃 刘晓娜

法 制 史

本册主编 吕 丽

本册撰稿人 (按姓氏笔划排列) 吕 丽 陈 娜 张伯晋

罗 超 胡月明 秦 艳 游津波

行政法学与行政诉讼法学

本册主编 彭贵才

本册撰稿人 荆媛媛 王婧益 辛 颖 王淑萍 于文婧 历 丽

刘逸卿 陈红蕾 张 艳 饶文静 孙 波 彭贵才

总主编小传

徐卫东,男,1959年4月生于吉林省长春市,现任教育部法学教学指导委员会委员、中国商法学研究会常务理事、吉林大学法学院院长、教授、经济学博士、博士生导师,著名保险法学专家。

研究方向及讲授课程:保险法学、中国商法总论、公司法、破产法学、罗马法学、英美法学概论。目前指导民商法学、法学理论方向的博士生、硕士生多名。

科研成果:出版著作五部,在《中国社会科学》等核心期刊发表论文30多篇,现在承担国家社科基金项目一项,并承担劳动部、吉林大学社科项目四项。

前 言

国家司法考试是对考生的法学知识理解掌握和运用能力的综合测试。法学是以法为主要研究对象的科学，它既包含法学理论，也联系法律实践，是一门政策性极强、应用范围极广的社会科学。正因为法学的这一特点，才使国家司法考试成为颇具影响、颇有难度的权威性考试，给广大考生带来很大的压力。为了帮助广大考生开阔视野、拓展解题思路，使考生对法律知识既能博闻强记，又能融会贯通，积极有效地应对国家司法考试，我们特组织国内近百名著名的法学专家、学者撰写了这套《国家司法考试全程辅导教材》。

一、主要内容

本套《国家司法考试全程辅导教材》是依据国家司法考试大纲、现行法律法规和司法解释并结合历年司法考试命题的特点、规律和趋势编写的。本套辅导教材包括：《民法学》、《刑法学》、《商法学与经济法学》、《民事诉讼法学与仲裁制度、刑事诉讼法学》、《法理学、宪法学、法制史、行政法学与行政诉讼法学》、《国际法学、国际私法学、国际经济法学、法律职业道德》、《案例精解、学科考点分值结构图》，涵盖了现行国家司法考试大纲中规定的所有法学门类。

本书【知识要点】部分，是把纷繁复杂的法律知识进行梳理，把法律知识要点进行提炼，还收入【相关法条】，并设计【案例分析举要】等，使法律知识、法律法规和案例融为一体。

作为应对司法考试的辅导教材，必须保证法学理论知识体系的系统性、完整性，符合考试要求，适应考试特点；既便于考生理解掌握，又能提高综合运用能力。为此，本书在编写过程中，在内容上力求简明扼要，重点突出；在体例编排方面力求新颖实用，特别突出了理论知识的提纲挈领的作用，便于考生理解和记忆。

本套丛书还特别编写了《案例精解、学科考点分值结构图》，



精选了近 180 个“典型案例”，并对其进行了逐一评析。通过案例讲解和习作，帮助考生提高综合分析和解题能力。学科考点分值结构图，旨在帮助考生了解 2004 年和 2005 年司法考试的命题重点和分值的分布情况，在备考复习时做到心中有数，有的放矢。

二、本书特点

1. 有很高的权威性。教育部法学教学指导委员会委员、吉林大学法学院院长、教授、法学博士生导师徐卫东等几十名著名法学专家、学者亲自撰写和审定稿。诸多名师具有丰富的司法考试辅导经验，深谙司法考试的命题特点，熟悉司法考试的应试技巧。所以在他们辅导的考生中，有很多在司法考试中取得了好成绩，2005 年司法考试通过率高达 32%。

2. 内容最新。它把 2006 年 3 月底之前全国人大常委会颁布的最新法律法规全部囊括其中。

3. 体例设计精当、严谨、新颖，版式设计大方，封面设计高雅。

4. 理论性和科学性强。本书阐述了法学理论知识，精选并评析了典型案例，深入浅出，深浅适度地将法学理论与实践有机地结合在一起。既有助于对法律理论知识的理解，又有助于法律法规在实践中的运用，这种体例，对考生掌握法学知识和应对司法考试无疑都是切合实用和大有裨益的。

5. 实用性强，应用面宽。本书不仅是参加司法考试考生的一套优秀的辅导教材，也是司法工作者、大专院校法律专业的师生学法用法的参考教材，也是社会各界法学爱好者、老百姓维权打官司的参考资料。

本书内容翔实，特色鲜明，语言流畅，简明扼要，知识讲解科学、准确。总之，本书从内容到形式追求卓越品质，整体设计独具匠心。

我们相信本书的出版，会给广大考生以切实的帮助。对广大读者学法用法、提高法律意识，将有较大的帮助作用。

由于时间匆忙，疏漏之处在所难免，望广大读者批评指正。

编 者



目 录

法 理 学

第一章 法的本体	3
第一节 法的概念	3
第二节 法的价值	9
第三节 法的要素	12
第四节 法的渊源与分类	18
第五节 法律部门与法律体系	24
第六节 法的效力	27
第七节 法律关系	30
第八节 法律责任	36
第二章 法的运行	42
第一节 立 法	42
第二节 执法与司法	47
第三节 守法与违法	54
第四节 法律监督	57
第五节 法律解释与法律推理	59
第三章 法的演进	65
第一节 法的起源	65
第二节 法的历史发展	66
第三节 法的传统	71
第四节 法的现代化	76
第五节 法治理论	79
第四章 法与社会	83
第一节 法与社会的一般理论	83
第二节 法与经济	85
第三节 法与政治	86



目 录

第四节 法与道德	90
第五节 法与宗教	93
第六节 法与人权	94

宪 法 学

第一章 宪法基本理论	99
第一节 宪法的概念	99
第二节 宪法的历史发展	101
第三节 宪法的基本原则	105
第四节 宪法的作用	107
第五节 宪法的渊源与宪法的结构	108
第六节 宪法规范	110
第七节 宪法关系	111
第八节 宪法与宪政	112
第二章 国家的基本制度(上)	114
第一节 人民民主专政制度	114
第二节 国家的基本经济制度	116
第三节 国家的基本文化制度	120
第三章 国家的基本制度(下)	123
第一节 政权组织形式	123
第二节 选举制度	124
第三节 国家结构形式	129
第四节 民族区域自治制度	132
第五节 特别行政区制度	134
第四章 公民的基本权利与义务	138
第一节 公民基本权利与义务概述	138
第二节 我国公民的基本权利	140
第三节 我国公民的基本义务	149
第四节 我国公民基本权利和基本义务的主要特点	150
第五章 国家机构	152
第一节 国家机构概述	152
第二节 全国人民代表大会及其常务委员会	154



第三节 中华人民共和国主席	163
第四节 国务院	165
第五节 中央军事委员会	168
第六节 地方国家机构	169
第七节 人民法院与人民检察院	174
第六章 宪法的实施及其保障	177
第一节 宪法实施概述	177
第二节 宪法的解释	178
第三节 宪法的修改	178
第四节 宪法的实施保障	179

法 制 史

第一章 中国法制史	183
第一节 西周至秦汉、魏晋时期的法制	183
第二节 唐宋至明清时期的法制	195
第三节 清末、民国时期的法律	210
第二章 外国法制史	219
第一节 罗马法	219
第二节 英美法系	226
第三节 大陆法系	234

行政法学与行政诉讼法学

第一章 行政法概述	247
第一节 行政法的基本概念	247
第二节 行政法的法律渊源	250
第三节 行政法的基本原则	255
第二章 行政组织与国家公务员	258
第一节 行政组织法概述	258
第二节 中央国家行政机关	259
第三节 地方国家行政机关	265
第四节 实施行政职能的非政府组织	273
第五节 公务员	275



目 录

第六节 行政监察	287
第三章 抽象行政行为	293
第一节 抽象行政行为概述	293
第二节 国务院行政法规	294
第三节 规章和有普遍约束力的决定、命令	298
第四章 具体行政行为	301
第一节 具体行政行为的概念	301
第二节 具体行政行为的成立和效力	304
第三节 具体行政行为的一般合法要件	306
第四节 具体行政行为的类型	307
第五章 行政许可	311
第一节 行政许可概述	311
第二节 行政许可的设定	312
第三节 行政许可的实施机关	315
第四节 行政许可的实施程序	317
第五节 行政许可的费用	323
第六节 监督检查	324
第六章 行政强制执行	327
第一节 行政强制执行的观念和原则	327
第二节 行政强制执行的种类	328
第三节 行政强制执行的程序	329
第七章 行政处罚	331
第一节 行政处罚的概念和原则	331
第二节 行政处罚的种类与设定	336
第三节 行政处罚的实施机关、管辖与适用	339
第四节 行政处罚的程序	346
第八章 行政合同	355
第一节 行政合同概述	355
第二节 行政合同的基本制度	357
第九章 政府采购	359
第一节 政府采购概述	359
第二节 政府采购当事人	361
第三节 政府采购方式和程序	363



第四节	政府采购合同	366
第五节	质疑、投诉和监督检查	367
第十章	行政程序	369
第一节	行政程序概述	369
第二节	行政程序的基本制度	371
第十一章	行政应急	373
第一节	行政应急概述	373
第二节	行政应急措施	374
第三节	行政应急类型	375
第十二章	行政复议	377
第一节	行政复议的概念和原则	377
第二节	行政复议范围	378
第三节	行政复议参加人和行政复议机关	381
第四节	行政复议的申请与受理	386
第五节	行政复议的审理、决定和执行	394
第十三章	行政诉讼概述	399
第一节	行政诉讼的概念和特征	399
第二节	行政诉讼法	401
第三节	行政诉讼的基本原则	403
第十四章	行政诉讼的受案范围	408
第一节	概 述	408
第二节	应予受理的案件	409
第三节	不予受理的案件	414
第十五章	行政诉讼的管辖	419
第一节	行政诉讼管辖概述	419
第二节	级别管辖	419
第三节	地域管辖	421
第四节	裁定管辖	423
第十六章	行政诉讼参加人	426
第一节	概 述	426
第二节	行政诉讼的原告	427
第三节	行政诉讼的被告	431
第四节	行政诉讼的第三人	434



目 录

第五节	共同诉讼人	435
第六节	诉讼代理人	437
第十七章	行政诉讼程序	439
第一节	起诉和受理	439
第二节	行政诉讼的第一审程序	444
第三节	行政诉讼的第二审程序	449
第四节	行政诉讼审判监督程序	451
第十八章	行政诉讼的特殊制度与规则	455
第一节	行政诉讼证据	455
第二节	行政诉讼的法律适用	460
第三节	行政案件审理中的特殊制度	464
第四节	涉外行政诉讼	469
第十九章	行政案件的裁判与执行	471
第一节	行政诉讼的判决、裁定与决定	471
第二节	行政诉讼的执行与非诉行政案件的执行	476
第二十章	国家赔偿法	480
第一节	国家赔偿责任	480
第二节	国家赔偿法	483
第三节	国家赔偿责任的构成要件	485
第二十一章	行政赔偿	491
第一节	行政赔偿概述	491
第二节	行政赔偿范围	494
第三节	行政赔偿请求人和赔偿义务机关	497
第四节	行政赔偿程序	500
第二十二章	司法赔偿	504
第一节	司法赔偿概述	504
第二节	司法赔偿范围	506
第三节	司法赔偿请求人和赔偿义务机关	511
第四节	司法赔偿程序	513
第二十三章	国家赔偿方式、标准和费用	518
第一节	国家赔偿的方式	518
第二节	国家赔偿的计算标准	520
第三节	国家赔偿费用	524



法 理 学

第一章 法的本体

第一节 法的概念

一、法律职业与法的定义

(一) 法律职业的含义

(1) 法律职业是指以专业法律知识为基础的法律工作。(2) 法律职业的基本涵义是：①法律职业与其他需要以专业知识为基础的工作一样，是一种专门的行业和工作。②从事法律职业的人需要拥有专门的法律知识和技能。

(二) 法律方法与法律思维的特征

(1) 法律职业看待和定义法律现象的特定角度和方式就是法律方法和法律思维。(2) 法律方法和法律思维的特点是：①用说理的方式而非简单的暴力解决问题。②必须根据法律来说理及判断和解决法律问题。这是核心。③必须在程序的范围内，通过相应的法律程序确定和解决法律问题。

【案例分析举要】甲男与乙女系隔壁邻居。因甲时常聚集三朋四友在家打麻将，有时通宵达旦，喧闹声严重影响了乙家正常的休息。乙多次到甲家说明自己身体不好，神经衰弱，且孩子要学习，希望甲夜晚不要扰民。一次甲家正在玩麻将，乙又敲门表示不满。甲认为乙在朋友面前扫了自己面子，遂出言不逊，辱骂乙神经病。乙亦怒斥甲不务正业，像个赌徒。双方由此发生争吵，引来邻里数十人，纷纷劝说双方忍让。甲恼羞成怒，上前拉住乙的衣服说：“我是赌徒，你就是妓女。”乙羞愤不已，转身欲走，但被甲拉住。挣扎间致乙衬衣被撕破，上身部分裸露。乙遭此羞辱之后，神经受到严重刺激，神经衰弱加重，不能正常生活、工作，所在外企因此将其辞退。治病、休养、生活无来源，使乙身心、财产俱遭伤损。后有朋友告诉乙，此事不能作罢，一定要讨个说法。

作为一名法律职业者，你认为根据我国法律的规定，有哪几种法律途径或方式可供乙选择，以维护其权益。针对本案的实际情况，你认为选择其中哪一种方式处理此事社会效果更好、更具优越性，并请阐明理由。

答题要求：(1)运用掌握的法学和社会知识阐释你的观点和理由；(2)说理充分，逻辑严谨，语言流畅，表达准确；(3)字数不少于500字。(2004年试卷四第7题，论述题)



〔答案〕乙的权益在两个方面受到甲的违法行为的侵害：第一，相邻权。甲夜晚打麻将的噪音严重影响乙家休息，侵害其正常生活起居及休息。第二，名誉权。甲当众辱骂乙是妓女，并撕破其衣服导致其上身部分裸露，使其身心财产受损，侵犯乙的名誉权。对名誉权的侵害情节严重的构成侮辱罪。

根据我国法律规定，乙可以选择下列法律途径维护其权益：

第一，请求人民调解委员会调解。人民调解委员会依照法律规定，根据自愿原则进行调解。当事人对调解达成的协议应当履行；不愿调解、调解不成或者反悔的，可以向人民法院起诉。第二，向人民法院提起民事诉讼。请求甲停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等。第三，向公安机关报案和控告甲的侮辱行为。公安机关根据其情节决定是否立案提起公诉，或者给予治安处罚。第四，向人民法院提起刑事自诉并附带民事诉讼。要求追究其刑事责任并请求损害赔偿。

本人认为乙采取民事诉讼是更好的方式，更具优越性，理由在于：

1. 人民调解委员会调解有成本低、缓和矛盾、运行灵活等优点，对维护邻里关系的和睦有利，但其调解的达成需要双方配合或妥协，其调解结果没有强制执行效力。本案甲乙矛盾尖锐，不一定能取得预期效果。

2. 向公安机关报案和向人民法院提起刑事诉讼，如果要达到乙的目的都要以甲的行为构成犯罪或者达到一定的社会危害性为前提，而本案可能因为其侵权情节尚不构成犯罪或者社会危害性极其轻微而不给予刑事制裁或治安处罚。

3. 从民事侵权的角度看，本案事实清楚、法律规定明确，乙胜诉的几率大。其结果既能有效制止甲的侵权行为，又能充分补救受害人的损失，也能产生良好的社会效果。我国以往的法律文化注重“以和为贵”、强调“无讼”，对秩序的追求超过了对个人合法权益的保护，这在一定程度上造成了今天法治观念的淡薄以及对权利的漠视。依法治国、建设社会主义法治国家需要通过具体而切实的权利斗争，逐步培育法律至上和权利本位的观念。

二、法的现象与法的本质

对法下定义首先要揭示法的现象，但更重要的是要抓住法的本质。马克思主义法律理论认为，法的现象是指能够经验的、凭借直观的方式可以认识的法的外部联系的总和，是直观的感性对象——法本身；法的本质是深藏于法的现象背后凭借直观方式无法把握的法的内在联系，是对可感知的法的外部联系的真实本源的主观认识和理性抽象。

（一）关于法的本质的主要学说

（1）从法本身来理解法，认为法律产生、发展、变化的根源在于法本身。



如：①规则论：法律是一个逻辑自治的规则体系。②命令论：法律是来自主权者的命令。③判决论或者预测论：法律是对法官的判决的预测。(2)从法的外部解释法，认为法产生于某种精神或者价值。如：①神意论：法律是神的意志。②意志论：法律是自由意志、人性或者理性的体现。③正义论：法律是正义的体现。(3)从法与其他社会现象交互作用解释法。强调法不是一个孤立的现象，而是与经济、政治、道德、传统等其他社会现象有密切联系。

【案例分析举要】

历史法学派是19世纪兴起的一个法学派别，下列哪个选项代表该学派的观点？（1999年试卷一第29题，单选）

- A. 法是一种历史现象，是阶级社会的产物
- B. 法像语言、风俗、政制一样，是随着民族的成长而成长的
- C. 法是由事物的性质产生出来的必然关系
- D. 法是在所有的人中确立的，并得到全人类平等遵守的自然理性

〔答案〕B

【解析】A是马克思主义法学的基本观点。C是法国学者孟德斯鸠的观点。D是古罗马法学家盖尤斯的观点。

（二）马克思主义关于法的本质观点

马克思主义法律理论区别于非马克思主义法律理论之处在于把握了法的现象与法的本质之间的区别和联系，揭示了法的本质的层次性。

1. 法的本质体现为法的正式性

法的正式性又称法的官方性、国家性，指法是由国家制定或认可的并由国家强制力保证实施的正式的官方确定的行为规范。这反映了法的现象特征。法的正式性体现在法总是公共权力机关按照一定的权限和程序制定或认可的；体现在法总是依靠正式的权力机制保证实现；还体现在法一般以官方文件的方式加以公布。法的正式性表明法律与国家权力存在密切联系。法律直接形成于国家权力，是国家意志的体现。

2. 法的本质体现为法的阶级性

即在阶级对立社会，法所体现的国家意志表面上具有一定公共性和中立性，但实际是统治阶级的意志。当然，统治阶级的共同意志并不是统治阶级内部各个成员的意志的简单相加，而是由统治阶级的正式代表以这个阶级的共同的根本利益为基础所集中起来的一般意志。

3. 法的本质最终体现为法的物质制约性

即法的内容受社会存在制约，并最终由一定社会物质生活条件决定。

【案例解析举要】

1. 根据马克思主义法学的基本观点，下列表述哪一项是正确的？（2004

