

国家司法考试专题讲座

——理论法学 54 讲

段庆喜 郑奕彬

季 宏 王小龙 鄢梦萱

编著

人民法院出版社

THE PEOPLE'S COURT PRESS

人民法院出版社
北京万国学校

司法考试强化培训专用教材:(四)

国家司法考试~~考~~题~~讲~~座—— 理论法~~学~~ 54讲

段庆喜 郑奕彬
季 宏 王小龙 鄢梦萱 编著

人 民 法 院 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

国家司法考试专题讲座. 理论法学 54 讲/段庆喜、郑奕彬、季宏、王小龙、
鄢梦萱编著. —北京: 人民法院出版社, 2003. 6

人民法院出版社、北京万国学校司法考试强化培训教材

ISBN 7-80161-568-9

I. 国… II. ①段…②郑…③季…④王…⑤鄢… III. 法学—中国—法律工
作者—资格考核—自学参考资料 IV. D920.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 045784 号

国家司法考试专题讲座——理论法学 54 讲

段庆喜 郑奕彬 季 宏 王小龙 鄢梦萱 编著

责任编辑 林志农

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市朝阳区安慧北里(亚运村)安园甲 9 号(100101)

电 话 (010)65290563(责任编辑) 65290516(出版部)
65290558 65290541 65290543(发行部)

网 址 www. courtpress. com

E - mail courtpress@sohu. com

印 刷 北京人卫印刷厂

经 销 新华书店

开 本 787×1092 毫米 16

字 数 630 千字

印 张 33.5

版 次 2003 年 6 月第 1 版 2003 年 6 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-80161-568-9/D·568

定 价 54.00 元

侵权必究

未经许可, 不得转载、复制或网络传播。

序

写在前面的话

我曾应新浪网之邀，写过一篇短文，题目是“判断司法考试辅导用书的好书标准”（短文附后）。为什么写这篇短文？主要是有感于近年来市面上出现的司法考试辅导书越来越“繁荣昌盛”，选题越来越多样、复杂，着实让考生一头雾水，无从选择。但细翻看其内容，有些书却又不免令人大失所望。原因在于，这些书中的许多作品太多的具有以下共性：挂名主编现象太多；内容重复率太高；内容错误率高的惊人；内容的针对性很差，有些书名为辅导用书，实则与司法考试命题精神差之万里；体例陈旧，主次不分；编写人员的水平参差不齐；书中错字漏字层出不穷，编辑质量不敢恭维……如此等等，不一而足。以为读者负责的眼光看，这些司法考试辅导用书的质量实在难以令人满意！

或许以上现象是众人周知的事实，干嘛非得如此认真地指出呢！这里，我只想表述三方面的愿望：一是对现今司法考试辅导书整体质量状况的隐忧，这是份内之事。二是想提醒广大考生选购辅导书要有基本的警惕之心与判断之技。毕竟，一本好书可助你一臂之力，以圆律师、法官、检察官之梦，但一本不那么好的书也可以轻易地误你一程，拖你至连考不中的泥潭；三是也想给自己及同仁提供一个必要的警示！

感谢人民法院出版社林志农女士。在我将《国家司法考试专题讲座·民法66讲》书稿如释重负交付给她时，是她极力肯定了该书稿的体例与内容，给予我极大鼓舞。但林编辑同时提出，能否将司法考试中的其他学科内容也依此体例编辑成书。这是一个绝妙的好主意，同时又是一项艰巨的智力、体力的任务。因为在我当时看来，

完成这一任务是需要著作者的耐心、毅力、充分体能和卓绝智慧的。无疑，作者的人选是最重要也是最难的问题。环顾四周，也许再也没有比北京万国学校司法考试辅导团队更合适的人选了。这个由中国人民大学、北京大学、中国政法大学等名校各法学学科博士生组成的团体，以对司法考试（律考）命题的独到把握而饮誉京城，在过去的许多工作中，这些同仁总是以严谨的负责精神一次次感动了我，给我留下深刻的印象。

最终呈献给各位读者的这套四部作品，凝聚了各位作者的智慧与心血，更有令人敬佩的责任心。值得说明的是，本套作品也得到了胡锦涛教授、樊学勇教授、徐青森博士等名师的关注与指导，这里的成果也体现了他们的眼光与智慧。

更要郑重指出的是，这套作品的出版，也正实现了我们多年来追逐的一个梦想——如何将司法考试中的法条、法理与实例完美地结合在一起，形成一个无缝接入的契合体，以清楚、精练地展现出司法考试命题对以上三个要素的绝对要求。凡是对司法考试略知一二的人都知道法条、法理与实例在司法考试中的地位与作用，而在复习与应试中，又有许许多多的考生无奈地将法条的把握、法理的理解与实例的解答当作了三张皮，无论如何努力却怎么也不能将三张皮连结起来。从某种意义上讲，将法条、法理、实例完美地结合在一起的司法考试辅导书，是在替考生做了一件功德无量的赞助之举。

而今，我们可以十分欣慰地说，这套作品的内容，是以体现法条、法理与实例的完美结合为始点的，是以体现法条、法理与实例的完美结合为轴心的，是以体现法条、法理与实例的完美结合为终点的。

是为序。



2003年6月

关于本书的几点说明

一、本书作者对本书享有完整的著作权，禁止任何人不法侵犯。未经本书作者许可，任何人不得以任何形式复制、转载、摘编。否则，作者将通过法律手段追究侵权者的法律责任。本丛书作者特别授权北京市大理律师事务所李建玉律师、鲁丹阳律师全权代理侵权诉讼及非诉事宜，并誓诺将侵权救济事宜进行到底。

二、读者在使用本书过程中，如有什么疑惑，或对本书内容有批评、建议意见，欢迎发电子邮件给我们。对于前者，由万国团队负责及时解答；对于后者，我们真诚接受，并承诺在以后的再版中予以订正。发邮件请至：wanguo@wanguoschool.net，并欢迎访问万国学校网站，网址：www.wanguoschool.net

三、如需邮购，请寄书款至：（1）北京市朝阳区安慧北里（亚运村）安园甲9号人民法院出版社发行邮购部收，邮编100101；（2）北京市海淀区北三环西路甲49号万国学校 夏凡收，邮编100086。

司法考试中的理论法学

——代前言

理论法学卷的内容实际上是涵盖了前面三本专题讲座以外的司法考试的内容，在内容上包括法理学、法制史、国际法（国际公法、国际私法、国际经济法）、商法、经济法等内容，至此，国家司法考试专题讲座系列全部完成。

与前三卷的一个显著的不同在于，本书的内容比较繁杂，各个法又有其自身独特的特点，共性不多。但是本书所含内容在司法考试中的地位却是不容忽视的：根据2003年司法考试大纲的要求，本部分的分值将在100分左右，占到1/4的分值。但是本部分在卷四的案例题中只有商法可能出现10分左右的案例题，其他考点内容均将以选择题（包括单项选择题、多项选择题、不定项选择题）的形式出现。这是本部分内容的命题特点。根据这样的命题特点，我们在本书中对本部分的考点内容进行了深刻的分析，以下就各部分的内容作一介绍。

一、法理学

根据2003年司法考试大纲的要求，法理学的分值约在10—12分，与前几年的平均分大体持平。法理学的内容主要在于基本概念和基本原理，内容有些枯燥，而且有些内容比较难以理解，这也是许多考生，尤其是非法律专业的考生感到困惑的地方。法理学在学习法律的过程中是非常重要的，此为一切部门法学之基础，是法律思维养成之根本。学好法理学对于拥有法理念、理解部门法无疑具有极为重要的意义。我们建议任何一个学习法律的人都应当花大力气学好法理学。

但是，现在，我们所要面对的是司法考试。仅就如何应对考试而言，我们认为可能不需要对法理学的深层次的东西作太深入的掌握，我们更需要的是掌握司法考试的重要知识点。基于此认识，我们认为对法理学的畏惧心理完全是没有必要的，与民法、刑法相比，法理学的得分也许更容易。本书所作出的努力的正是为了满足考生准备2003年司法考试的需要，从而指出司法考试的重点和难点。

二、法制史

法制史所研究的对象是法制发生、发展和演变的历史过程，并探究其发生、发展及演变的规律性。历史上和世界各国和各地区在法制方面成功或失败的经验教训，对于当代的法制建设会有一定的借鉴意义。同时，在学习现行法的同时，掌握一定的相关历史知识，可以提供一个作为比较思考的参考内容，可以帮助我们更好地理解现代法律概念及其体系，帮助我们更深入地学习法律的真谛。因此，法制史是作为法学 14 门核心课程之一而存在的。因此司法考试理应对此考查。

根据 2003 年司法考试大纲的要求，我们估计法制史所占分值与法理学、宪法大体持平，占卷一 10 分左右。预计中国法制史占 6~7 分，外国法制史占 3~4 分。从题型看，单项选择题、多项选择题和不定项选择题都会出现。从难度上讲，由于是首次列入司法考试范围，估计难度不会太大，应是着重考查考生的系统识记和一定的理解能力，不会侧重综合考查考生运用法制史知识分析具体问题的能力。

鉴于法制史知识点分散零乱、重点难以把握的特点，我们通过专题形式，将相关知识点罗列在一起，方便大家从整体上记忆；同时，也向大家指明重点。专题中所附例题，大家应特别注意其出题的着眼点（命题的视角）。

三、国际法

（一）体系介绍

广义的国际法是指国际公法、国际私法、国际经济法。国际公法通常也被人们称为的国际法，但从学科角度讲，现在人们也常用国际法作为国际公法、国际私法和国际经济法三法的统称。

国际公法主要围绕主权国家形成各种制度。国家需要土地，土地是千百年来人类最重要的生存资源，于是人类在领土的争夺中形成领土制度；此外，各国并未忘记领土外浩瀚的海洋和头顶上无限的空间，作为各国的妥协，形成了海洋法和空间法；南北极和外层空间因其特殊的生存环境和特殊的位置形成与其他陆、海、空区域不同的制度，即南极、北极法律制度和外层空间法；国家要有居民并要对居民进行管理，于是形成了国际法上的个人制度；国家就像人一样需要交往，互通有无，人在交往中要尊重他人、诚实守信，国家在交往中

也要相互尊重、信守条约，于是发展出外交关系和领事关系法及条约法；国家交往必然带来摩擦、冲突、矛盾，解决矛盾需要程序、需要规则，国际争端解决制度便在无数争端解决过程中逐渐形成；当国家间、民族间矛盾发展到一定程度需要靠暴力（战争）解决时，战争法出现，以约束暴力（战争）对人的过分的、不必要的伤害。

国际私法则深入到人类交往的微观层面，即民间交往。无论是民事的还是商事的，人身性的还是非人身性的，总之，是平等主体之间的交往。必须树立的一个观念是，各个国家在自我发展中形成了不同的习俗、文化，这决定了各国制定的法律不可能相同，于是不同国家的人们相互交往中就会产生遵守什么规则的问题。国际私法最初就是为了解决适用哪国法律调整国际民商事法律关系的问题而产生的。从体系上说，国际私法分为三大部分：总论、分论和程序制度。总论部分主要涉及冲突规范、准据法、识别、反致、外国法查明、公共秩序保留、法律规避等问题，分论则是关于各种具体的民商事关系应适用何国法律的规定，程序部分则主要是国际商事仲裁和国际民事诉讼制度。尽管国际条约和国际商业惯例等国际统一实体法也被视为国际私法的内容，但目前随着国际经济法的发展，这些内容已逐渐并入国际经济法的范围之内，而国际私法则专注于解决法律冲突问题。

国际经济法将调整对象聚焦到经济方面，舍弃了侵权、人身关系等民事方面的内容，如继承、家庭等。它的组成部分包括国际贸易（包括货物贸易、技术贸易、服务贸易）、国际投资、国际金融、国际税收等领域的法律制度，但司法考试一般只专注于考查国际贸易法，对其他部分只简单涉及。对国际贸易法我们要注意到它既有买卖合同的内容，又有使合同得以执行的国际货物运输制度、国际支付制度；既有私法方面的内容，又有公法方面的国际贸易管理制度和世界贸易组织制度。但相比较私法方面的内容我们认为它更为重要，是考试的重点，从往年的试卷一基本上告诉了我们这一点。

（二）地位与特点

从分值上看，国际公法约占卷面分值的8%~10%、国际私法约占卷面分值的10%~12%、国际经济法约占卷面分值的12%~15%，总体上国际法部分大概为30分~40分之间，这在2002年首次司法考试中就得到体现。

从难度上看，“国际三法”都是考选择题，考生只要对教材内容熟悉，对相关知识点有一定理解，就可以较好地应对。

从复习角度看,“国际三法”的复习压力并不太大,这主要基于以下理由:首先,考试范围是有限的,相对于这三门学科的实际容量而言,司法考试大纲给我们圈定了一个相对固定的、有限的范围,将其中很多不适宜作为考试内容的东西作了删减或压缩,这一点从司法考试教材这部分内容相对于其他部分内容的容量就可以看出来。这从总量上决定了复习的工作量不会太大。

其次,“国际三法”部分基本没有记忆法条的压力。考试内容基本都在书上,除国际私法分论涉及法条较多外,其他两科主要是根据国际条约和国际惯例来构建,相关制度多通过理论语言以较为简单明了的方式表达出来,考生只需要掌握制度即可较好地应对考试。

再次,“国际三法”中国际公法考点较为分散,几乎章章有题,但又每章都不是绝对的重点,而国际私法和国际经济法考点则较为集中,复习时要有意识抓重点。这些问题本书都给予一一提示。

四、商法与经济法

(一) 体系介绍

一般认为,本部门法的产生有深刻的社会经济基础。主要体现在现代国家的职能变化与角色演变上。现代国家全面涉入社会经济生活,包括管理、监督和直接参与经济活动,从传统的“夜警国家”、奉行“不干预的政府是最好的政府”之信条的国家,转变为介入各方面社会关系的国家。它承担的社会经济管理者的职能和国家所有权的经济职能日益突出。国家对社会经济管理的深化,范围的扩大,导致将更多的经济关系纳入行政性规范的调整。这种“公”、“私”交融就是其最鲜明的特征。我们可以看到,本部门法往往一方面既涉及到平等主体间的经济利益关系,另一方面也都包含有国家行政权力的内容。

商法主要是以企业法为重心,公司法更是其核心部分。企业法实质上是组织法,组织体的成立、运作、机构组成是其主要的着眼点。商法的其余组成部分,如保险法和票据法,一般和经济法中的证券法、商业银行法统一归入金融法的范围。所谓金融法就是调整在金融活动中发生的社会关系的法律规范的总称。至于经济法的其他组成部分则体系较为庞杂,重心并不突出,主要可以分为消费者法、竞争法、财税法、劳动法、资源法、环境保护法几个主要的领域。无论从知识点还是从考点的分布来看,商法部分都比较集中,要求考生要有一个全面的把握。相比之下,经济法部分则在各单行法中只有个别重要的制

度和规定值得引起重视。

(二) 地位和特点

根据 2003 年司法考试大纲的要求, 商法、经济法在选择题部分的分值约各为 20 分; 另外, 商法有在案例分析题中出现的可能。总体分值难说很低, 但是考虑到它所包含的众多的法规, 这一分值又实在是“寒酸”。《公司法》无疑是本部门法中的“龙头老大”, 多年来这一格局均未改变, 尤其重要的是该法最有可能出现主观题, 在 2002 年司法考试中, 商法的 25 分就包括该法的一道 10 分的案例题。《海商法》相比较前几年的“辉煌”, 这两年颇为“沉寂”。考虑到商法的总分值大约限定在 20 分 (不包括案例), 预计 2003 年本部分的分值将在去年的基础上稍有增加。从题型来看, 除了案例题主要出在企业法中外, 商法、经济法涉及到了司法考试的每一种题型, 单项选择题、多项选择题、不定项选择题, 都有其身影。依此, 我们可以确定本部门法的复习方法和精力投放程度。

我们还应当看到, 商法、经济法是实体规定与程序规定的结合, 理论性不强, 法律关系并不是非常复杂, 在司法考试中得分本应比民法、刑法等注重理论性的部门法容易得多。但是实践表明, 众多考生在司法考试中的成绩很不理想。我们认为这与本部门法的特点有较大的关系。本部门法的一个突出的特点就是规定非常繁杂, 知识点多、杂、散, 而实际上其中很大一部分根本就不会在司法考试中出现。聚集在商法、经济法旗帜下的众多法规彼此之间很难找到多少实质性的联系, 核心考点全被湮没在浩繁的法律条文当中, 没有如实体法那样的整体性和体系性的特点, 这更加大了考生全面掌握本部分知识的难度。因此, 要想在商法、经济法上取得高分, 关键在于必须弄清呈零散状态的各个相对独立的知识点, 要有一双“火眼金睛”, 善于从法条的汪洋大海中“淘金”, 淘出考点。这是本书的目的, 也是我们进行本部分司法考试辅导的重心。考生切忌不分主次, 眉毛胡子一把抓, 也不要贪多求全, 忽视重点。

(三) 法律文件

本书融会贯通了几乎所有的商法、经济法的重要法律文件和其他部门法中有关商法、经济法的重要法律条文。

商法专门部门

以下法律文件全面被阐述和分析:

1. 公司法

2. 合伙企业法
3. 个人独资企业法
4. 中外合资经营企业法
5. 中外合作经营企业法
6. 外资企业法
7. 中外合资经营企业法实施条例
8. 中外合作经营企业法实施细则
9. 外资企业法实施细则
10. 企业破产法（试行）
11. 最高人民法院关于贯彻执行《破产法（试行）》若干问题的意见
12. 票据法
13. 保险法

以下法律文件部分被阐述和分析：

14. 公司登记管理条例
15. 企业法人登记管理条例
16. 民事诉讼法
17. 最高人民法院关于适用《民事诉讼法》若干问题的意见
18. 中外合资经营企业合营各方出资的若干规定
19. 《中外合资经营企业合营各方出资的若干规定》的补充规定
20. 关于审理票据纠纷案件若干问题的规定
21. 海商法

经济法专题部门

以下法律文件全面被阐述和分析：

22. 证券法
23. 个人所得税法
24. 税收征收管理法
25. 劳动法
26. 关于贯彻执行《中华人民共和国劳动法》若干问题的意见
27. 消费者权益保护法
28. 产品质量法
29. 反不正当竞争法

30. 招标投标法

31. 拍卖法

32. 商业银行法

33. 土地管理法

34. 城市房地产管理法

以下法律文件部分被阐述和分析：

35. 证券公司检查办法

36. 税收征收管理法实施细则

37. 外商投资企业和外国企业所得税法

38. 企业所得税暂行条例

39. 会计法

40. 审计法

41. 企业劳动争议处理条例

42. 专利法

43. 土地管理法实施条例

44. 农村土地承包法

45. 贷款通则

46. 民法通则

就本书的全部内容来看，它们在司法考试中具有的共同点在于：内容繁杂，体系性差，分值不高，重点隐化。本部分是在总结往年司法考试（律师资格考试）的命题特点的基础上，根据 2003 年考试大纲的要求，紧密结合教材，挑选了常考的重点、难点内容进行专题分析的，力求指导读者全面掌握其中重点和难点，以期对考生的复习能有所帮助。

最后需要说明的是：首先，鉴于本书所涉部门法的知识体系庞大，所述不可能面面俱到，而是侧重重点、难点问题。因此，考生在时间有保证的情况下，可结合教材来使用本书，以免遗漏零星知识点。其次，本书虽然名为“理论法学”，但这个名称本身并不是最科学的称呼，限于编者智力有限尚不能想出更好的用语，所幸的是名称不是最重要的，不致对读者在司法考试中产生误导，但也请读者谅解。

感谢李建伟博士对本书写作给予的悉心指导，感谢北京万国学校夏凡小姐的协调和帮助，感谢人民法院出版社林志农女士为本书编辑出版付出的创造性

的工作。

限于编著者学识有限，书中错误在所难免，欢迎读者来电来函批评指正。

编著者 谨识

2003 年 6 月于北京

目 录

司法考试中的理论法学

——代前言	(1)
-------	-----

法理学部分

专题 一	法的基本范畴	(2)
专题 二	法的渊源、法律部门、法律体系、法系、法的演进	(17)
专题 三	法的运行	(26)

法制史部分

专题 四	古代立法	(34)
专题 五	古代刑法制度	(44)
专题 六	古代民事制度	(55)
专题 七	古代司法制度	(60)
专题 八	清末、民国时期的法律	(73)
专题 九	外国法制史	(81)

经济法部分

专题 十	不正当竞争行为	(90)
专题 十一	拍卖法	(101)
专题 十二	招标投标法	(112)
专题 十三	消费者法	(125)
专题 十四	商业银行法	(138)
专题 十五	证券法一般	(146)
专题 十六	证券的发行与上市	(158)
专题 十七	税收征收管理	(167)
专题 十八	土地法与房地产法	(175)
专题 十九	劳动合同	(189)
专题 二十	劳动争议	(200)

专题二十一	经济法的“适用范围”	(204)
专题二十二	企业破产法	(212)

国际公法部分

专题二十三	国际法一般	(222)
专题二十四	国家主权	(229)
专题二十五	国际法律责任	(238)
专题二十六	海洋法	(243)
专题二十七	外交关系与领事关系法	(254)
专题二十八	战争法	(261)

国际私法部分

专题二十九	国际私法一般	(266)
专题三十	冲突规范与准据法	(285)
专题三十一	限制外国法适用的制度	(290)
专题三十二	各种涉外民商事法律关系适用法律（以我国 法律规定为主）	(296)

国际经济法部分

专题三十三	《联合国国际货物销售合同公约》	(312)
专题三十四	国际贸易术语	(328)
专题三十五	提单一般	(335)
专题三十六	提单运输中的承运人的义务、责任与免责	(342)
专题三十七	国际海运保险	(350)
专题三十八	国际贸易支付	(359)
专题三十九	我国的贸易救济措施	(371)
专题四十	世界贸易组织法	(376)
专题四十一	国际经济法其他	(384)

商法部分

专题四十二	公司一般	(392)
-------	------------	-------

专题四十三	公司的资本制度·····	(404)
专题四十四	公司的设立·····	(414)
专题四十五	公司的组织机构·····	(424)
专题四十六	公司的高级管理人员·····	(433)
专题四十七	合伙企业一般·····	(440)
专题四十八	合伙企业的事务·····	(451)
专题四十九	个人独资企业·····	(457)
专题五十	外商投资企业法·····	(461)
专题五十一	票据法一般·····	(477)
专题五十二	汇票、本票和支票·····	(486)
专题五十三	保险法一般·····	(497)
专题五十四	财产保险合同与人身保险合同·····	(508)
判断司法考试辅导用书的好书标准·····		(517)
关于本书的几点说明·····		(520)