

<<国家司法考试辅导用书>>

图书基本信息

书名：<<国家司法考试辅导用书>>

13位ISBN编号：9787503683435

10位ISBN编号：7503683430

出版时间：2008-4

出版时间：法律出版社

作者：国家司法考试中心 编

页数：2175

版权说明：本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介，请支持正版图书。

更多资源请访问：<http://www.tushu007.com>

<<国家司法考试辅导用书>>

内容概要

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。

书籍目录

国家司法考试辅导用书第一卷法理学第一章 法的本体第一节 法的概念第二节 法的价值第三节 法的要素第四节 法的渊源第五节 法律部门与法律体系第六节 法的效力第七节 法律关系第八节 法律责任第二章 法的运行第一节 立法第二节 法的实施第三节 法适用的一般原理第四节 法律推理第五节 法律解释第三章 法的演进第一节 法的起源第二节 法的发展第三节 法的传统第四节 法的现代化第五节 法治理论与社会主义法治理念第四章 法与社会第一节 法与社会的一般理论第二节 法与经济第三节 法与政治第四节 法与道德第五节 法与宗教第六节 法与人权法制史第一章 中国法制史第一节 西周至秦汉、魏晋时期的法制第二节 唐宋至明清时期的法制第三节 清末、民国时期的法制第二章 外国法制史第一节 罗马法第二节 英美法系第三节 大陆法系宪法第一章 宪法基本理论第一节 宪法的概念第二节 宪法的历史发展第三节 宪法的基本原则第四节 宪法在建设社会主义法治国家中的作用第五节 宪法的渊源与宪法典的结构第六节 宪法规范第七节 宪法效力第二章 国家的基本制度(上)第一节 人民民主专政制度第二节 国家的基本经济制度第三节 国家的基本文化制度第三章 国家的基本制度(下)第一节 人民代表大会制度第二节 选举制度第三节 国家结构形式第四节 民族区域自治制度第五节 特别行政区制度第四章 公民的基本权利与义务第一节 公民基本权利与义务概述第二节 我国公民的基本权利第三节 我国公民的基本义务第五章 国家机构第一节 国家机构概述第二节 全国人民代表大会及其常务委员会第三节 中华人民共和国主席第四节 国务院第五节 中央军事委员会第六节 地方各级人民代表大会和地方各级人民政府第七节 人民法院与人民检察院第六章 宪法的实施及其保障第一节 宪法实施概述第二节 宪法的修改第三节 宪法的解释第四节 宪法实施的保障经济法第一章 竞争法第一节 反垄断法第二节 反不正当竞争法第二章 消费者法第一节 消费者权益保护法第二节 产品质量法第三章 银行业法第一节 商业银行法第二节 银行业监督管理法第四章 证券法第一节 证券法概述第二节 证券发行第三节 证券交易第四节 证券上市第五节 上市公司收购制度第六节 证券机构第七节 证券投资基金法律制度第八节 违反证券法的法律责任第五章 税法第一节 税法第二节 审计法第六章 劳动法第一节 劳动法概述第二节 劳动合同法第三节 劳动基准法第四节 劳动争议第七章 土地法和房地产法第一节 土地管理法第二节 城市房地产管理法第八章 环境保护法第一节 概述第二节 环境保护法的基本制度第三节 环境责任和环境纠纷国际法第一章 导论第一节 国际法的渊源第二节 国际法与国内法的关系第二章 国际法律责任第一节 国际法主体第二节 国际法律责任的构成和形式第三节 国际责任制度的新发展第三章 国际法上的空间划分第一节 领土第二节 海洋法第三节 国际航空法与外层空间法第四节 国际环境保护法第四章 国际法上的个人第一节 国籍第二节 外国人的法律地位第三节 引渡和庇护第四节 国际人权法第五章 外交关系法与领事关系法,第一节 概述第二节 外交关系法第三节 领事关系法第六章 条约法第一节 概述第二节 条约的缔结第三节 条约的效力第四节 条约的解释和修订第七章 国际争端的和平解决第一节 国际争端与解决方法第二节 国际争端的法律解决方法第八章 战争与武装冲突法第一节 概述第二节 对作战手段的限制和对战时平民及战争受难者的保护第三节 战争犯罪国际私法第一章 国际私法概述第一节 国际私法的概念第二节 国际私法的范围第三节 国际私法的渊源第二章 国际私法的主体第一节 自然人第二节 法人第三节 国家和国际组织第四节 外国人的民商事法律地位第三章 法律冲突、冲突规范和准据法第一节 法律冲突第二节 冲突规范第三节 准据法第四章 适用冲突规范的制度第一节 识别第二节 反致第三节 外国法的查明和解释第四节 公共秩序保留第五节 法律规避第五章 国际民商事关系的法律适用第一节 权利能力和行为能力第二节 物权第三节 债权第四节 商事关系第五节 婚姻与家庭第六节 继承第六章 国际民商事争议的解决第一节 国际民商事争议概述第二节 国际商事仲裁第三节 国际民事诉讼第七章 区际法律问题第一节 区际法律冲突与区际冲突法第二节 区际司法协助国际经济法第一章 导论第二章 国际货物买卖第一节 概述第二节 《国际贸易术语解释通则》第三节 《联合国国际货物销售合同公约》第三章 国际货物运输与保险第一节 国际货物运输第二节 国际货物运输保险第四章 国际贸易支付第一节 汇付与托收第二节 信用证第五章 对外贸易管理制度第一节 我国的对外贸易法第二节 贸易救济措施第六章 世界贸易组织第一节 世界贸易组织概述第二节 世界贸易组织的主要

法律制度第七章 国际经济法领域的其他法律制度第一节 国际技术转让与知识产权的国际保护第二节 国际投资法第三节 国际融资法第四节 国际税法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第二节 法律职业道德的概念和特征第三节 法律职业道德的基本原则第二章 审判制度第一节 审判制度概述第二节 审判机关第三节 法官第四节 审判制度的基本原则第五节 审判工作的主要制度第三章 检察制度第一节 检察制度概述第二节 检察机关第三节 检察官第四节 检察制度的基本原则第五节 检察工作的主要制度第四章 律师制度第一节 律师制度概述第二节 律师执业第三节 律师事务所和律师第四节 法律援助制度第五章 公证制度第一节 公证制度概述第二节 公证机构和公证员第三节 公证程序第四节 公证效力第六章 法官职业道德和职业责任第一节 法官职业道德的概念和主要内容第二节 法官职业责任第七章 检察官职业道德和职业责任第一节 检察官职业道德的概念和主要内容第二节 检察官职业责任第八章 律师职业道德和职业责任第一节 律师职业道德的概念和主要内容第二节 律师执业行为规范第三节 律师职业责任第九章 公证员职业道德和职业责任第一节 公证员职业道德的概念和主要内容第二节 公证职业责任国家司法考试辅导用书第二卷国家司法考试辅导用书第三卷

章节摘录

法理学 第一章 法的本体 第一节 法的概念 一、法的概念的争议 历史上，不同的法学家基于各自的研究视角提出了各种各样的法的概念。

到目前为止，中外的法学家们并没有取得一个大家所一致同意的法的概念。

但是，对于法律人的职业来说，法的概念的研究具有重要的意义。

在法律实务中，法律人所持的法的概念的立场不同，对同一个案件所做的法律决定就不同，而且法律人在一定的时间压力下必须要做决定。

这样，法律人在处理一些案件获得法律决定的过程中必须进行立场选择。

如果法律人没有自己的立场，“将很容易在无意识当中成为权力所有者的工具，成为权力者的法政策目标，甚至罪恶的法政策的工具”。

围绕着法的概念的争论的中心问题是关于法与道德之间的关系。

依据人们在定义法的概念时对法与道德的关系的不同主张，我们大致上可以将那些形形色色的法的概念区分出两种基本立场，即实证主义的法的概念和非实证主义或自然法的法的概念。

所有的实证主义理论都主张，在定义法的概念时，没有道德因素被包括在内，即法和道德是分离的。

具体来说，实证主义认为，在法与道德之间，在法律命令什么与正义要求什么之间，在“实际上是怎样的法”与“应该是怎样的法”之间，不存在概念上的必然联系。

与此相反，所有的非实证主义理论都主张，在定义法的概念时，道德因素被包括在内，即法与道德是相互联结的。

法实证主义者是以下列两个要素定义法的概念的：权威性制定（authoritative issuance）和社会实效（social efficacy）。

有的法实证主义者是以权威制定作为法的概念的定义要素，有的是以社会实效作为定义要素。

但是，更多的法实证主义者是以这两个要素的相互结合来定义法的概念的。

这两个定义要素可以在不同方面进行联结，而且可以从不同方面解释它们，因此，就产生出了各种各样的法实证主义的法的概念。

我们可以将法实证主义者的法的概念区分为两大类：以社会实效为首要定义要素的法的概念，以权威性制定为首要定义要素的法的概念；“首要”意味着一类法的概念的定义要素并不绝对地排除另一类法的概念的定义要素。

以社会实效为首要定义要素的法的概念的主要代表是法社会学和法现实主义。

以权威性制定为首要定义要素的法的概念的主要代表是分析主义法学，如奥斯丁、哈特和凯尔森等。

非实证主义者以内容的正确性作为法的概念的一个必要的定义要素。

这就意味着这类法的概念中不排除社会实效性要素和权威性制定要素。

也就是说非实证主义的法的概念中不仅以内容的正确性作为定义要素，同时可以包括社会实效性要素和权威性制定要素。

因此，非实证主义的法的概念中有三个要素，而且这三个要素可以进行不同的联结与解释。

大致上，我们可以将非实证主义的法的概念分为两类：以内容的正确性作为法的概念的唯一定义要素，以内容的正确性与权威性制定和社会实效性要素同时作为法的概念的定义要素。

前者是以传统的自然法理论为代表，后者的代表是超越自然法与法实证主义之争的所谓第三条道路的那些法学理论，例如阿列克西。

非实证主义与实证主义的法的概念的区分是，前者坚持在定义法的概念时除了权威性制定要素和社会实效性要素，必须要以内容正确性作为定义要素。

而对于实证主义来说，“法是什么”仅仅依赖于“什么已经被制定”和（或）“什么具有社会实效”。

二、马克思主义关于法的本质的基本观点 在马克思主义看来，本质是事物的内在联系，是决定客观事物存在的根据；现象则是事物的外在表现和外部联系，是本质的表现形式。

本质与现象相区别是马克思主义认识论的一个重大问题。

根据这个基本原理，区分法的现象与法的本质也就是法学认识的前提。

<<国家司法考试辅导用书>>

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；法的本质则是深藏于法的现象背后，以致凭借直观的方式无法把握的法的内在联系，是人们对可感知的法的外部联系的真实本源的一种主观把握和理性抽象。

法的现象和法的本质是法学认识的统一对象的不同方面。

在认识法的本质时，必须首先揭示法的现象。

法的现象是具体的、活生生的、无限丰富的。

在具体的社会与历史条件下，在不断的发展运动中，各国各民族创造出了丰富多彩的法的表现形式。

只有深入到法现象领域，揭示法的现象之间的联系，才可能正确认识法的本质。

其次，法学研究又不能仅仅停留在现象阶段（尽管现象本身同样具有研究价值），而是必须揭示法的本质。

抓住了法的本质，就抓住了法的根本。

对“什么是法”这一问题的回答，构成了法的本体论追问，即从现象到本质以揭示法存在之根本理由的追问。

法的本质就是在法的本体论追问过程中呈现出来的，而法的本质的展现过程，则反映了法的本质的层次性。

首先，法的本质表现为法的正式性。

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。

无论就形成方式、实施方式或表现形式来看，法都是正式的国家制度的组成部分。

法的正式性反映了法的现象的特征，是法的本质的表现。

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。

现代世界各国，法律越来越具有严格的形式主义特征。

这种形式主义不仅要求法律要出自国家机关，而且要求法律出自法定的国家机关——通常是经普选产生的立法机关。

而非经法定机关按程序创制的文件，不具有法的效力。

法的正式性还体现在法总是依靠正式的权力机制保证实现。

一般而言，法的实现主要依靠社会成员的自觉遵守，但是，国家强制是不可缺少的。

法的正式性也体现在法总是借助于正式的表现形式予以公布。

人类早期社会曾经历过一定的神秘法时期，但在法的发展历史上，法一般都以官方文件的方式加以公布。

近代以来，法的表现形式日益趋于规范化，包括法律文件的格式、名称、术语、结构都有一定的规格和要求。

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。

其次，法的本质反映为法的阶级性。

法的阶级性是指：在阶级对立的社会，法所体现的国家意志实际上是统治阶级的意志。

法所体现的国家意志，从表面上看，具有一定的公共性、中立性。

这种意志由于形成于与社会相脱离的国家，因而具有统摄全体社会成员的“公共性”优势，任何个人或组织的意志一旦获得国家意志的表现形式，立即具有了由公共权力保证的全体社会成员一体遵循的效力。

然而，按照马克思主义观点，由于国家形成于阶级矛盾不可调和的历史时期，因此，它必然反映阶级对立时期的阶级关系。

法所体现的国家意志实际上只能是统治阶级意志，国家意志就是法律化的统治阶级意志。

统治阶级为什么“自愿”接受法律的约束呢？

由于国家具有公共权力和普遍权力的形式，因此，通过国家意志表现出来的统治阶级意志也就具有高度的统一性和极大的权威性。

它的统一性表现在：在国家权力高度统一的情况下，统治阶级意志可以通过高度统一的法律形式获得集中的体现，并随着法律的实施，起到将全体社会成员的行为纳入统治阶级所能接受的范围的作用；

它的权威性在于：任何法律都是以国家权力为后盾的，任何违法行为都可能受到国家有组织的强力的制裁。

鉴于此，统治阶级总是把自己的共同意志和根本利益通过法律加以确认。

遵守法律，恰恰是对本阶级最大利益的维护。

法的本质最终体现为法的物质制约性。

法的物质制约性是指法的内容受社会存在这个因素的制约，其最终也是由一定社会物质生活条件决定的。

马克思主义法律理论分析社会的特点在于：认为法律是社会的组成部分，也是社会关系的反映；社会关系的核心是经济关系，经济关系的中心是生产关系；生产关系是由生产力决定的，而生产力则是不断发展变化的；生产力的不断发展最终导致包括法律在内的整个社会的发展变化。

这就提供了一个将法律置于物质的能动的社会发展过程中加以考察的唯物史观的分析框架。

按照这种观点，立法者不是在创造法律，而只是在表述法律，是将社会生活中客观存在的包括生产关系、阶级关系、亲属关系等在内的各种社会关系以及相应的社会规范、社会需要上升为国家的法律，并运用国家权威予以保护。

所以，法的本质存在于国家意志、阶级意志与社会存在、社会物质条件之间的对立统一关系之中。

三、法的特征 （一）法是调整人的行为的社会规范 规范的含义大体与标准、尺度、准则、规矩和规则（在我国法律术语中，规则通常指较为具体明确的行为标准，而规范的含义要稍微宽泛一些，包括规则和原则）等相似。

社会规范是指人与人相处的准则。

社会是由人与人的关系构成的，社会规范则是维系人们之间交往行为的基本准则，进而也是维系社会本身存在的制度和价值。

所以，社会规范具有社会性又具有个人性。

法律就是社会规范之一。

作为社会规范，法律不同于技术规范 and 自然法则。

自然法则是自然现象之间的联系，自然现象的存在与人的思维和行动无关，因此它不具有文化的意蕴。

而社会规范则是无数思维着的理性的个人行动的结果。

从这个意义上说，社会规范也是一种文化现象。

至于技术规范，它的调整对象是人与自然的关系，是规定人们如何使用自然的力量和生产工具以有效地利用自然的行为准则。

而社会规范则是调整人与人之间的社会关系的，违反社会规范会招致来自社会的惩罚，而不仅是自然的惩罚。

作为调整行为的社会规范，法律又不同于其他社会规范。

法律是一种以公共权力为后盾的、具有特殊强制性的社会规范。

而习惯、道德、宗教、政策等社会规范则建立在人们的信仰或确信的基础上，大体上通过社会舆论、传统的力量、社团内部的组织力或人们的内心发生作用。

因此，它们不仅是人的行为的准则，而且也是人的意识、观念的基础。

（二）法是由公共权力机构制定或认可的具有特定形式的社会规范 社会规范大体上可以分为两类：一类是在长期的社会演变过程中自发形成的，如道德、习俗、礼仪等。

这类规范内容上也在不断变化和丰富，但这一变化过程总体上是自然的、自发的；另一类社会规范则主要是人为形成的，如宗教规范、政治规范（政策等）、职业规范（纪律等）。

这类规范内容的产生往往是人为的、自觉的。

法律有习惯法和成文法之分，前者是自发形成的，后者是人为的、自觉创制的。

无论如何，法律形成于公共权力机构，这是法律与其他人为形成的社会规范的主要区别之一。

其他人为形成的社会规范或出于某一社会组织，或出于某一宗教团体，或出于某一生产生活单位，都不具有普遍的公共性特征。

而法律则出自于形式上的公共权力机构。

<<国家司法考试辅导用书>>

这种公共权力机构是建立在一定的“合法性”基础上的政权。

法律的形成有两种基本方式：一种是制定法律，即享有国家立法权的机关，按照一定的权限划分，依照法定的程序将掌握政权阶级的意志转化为法律。

通过制定方式形成的法律就是成文法或制定法。

它一般具有系统的条文化的逻辑结构，形式上，类似于自上而下的统治者的命令体系。

另一种是通过国家认可的方式形成法律，这种形成法律的方式是对社会中已有的社会规范（如习惯、道德、宗教教义、政策）赋予法的效力。

国家“认可”有两种情况：一种是国家立法者在制定法律时将已有的不成文的零散的社会规范系统化、条文化，使其上升为法律；另一种是立法者在法律中承认已有的社会规范具有法的效力，但却未将其转化为具体的法律规定，而是交由司法机关灵活掌握，如有关“从习惯”、“按政策办”等规定。

（三）法是具有普遍性的社会规范 法的普遍性具有三层含义：一是普遍有效性，即在国家权力所及的范围内，法具有普遍效力或约束力。

二是近代以来，法的普遍性也表现为普遍平等对待性，即要求平等地对待一切人，要求法律面前人人平等。

三是普遍一致性，即近代以来的法律虽然与一定的国家紧密联系，具有民族性、地域性，但是，法律的内容始终具有与人类的普遍要求相一致的趋向。

这里所讲的“法的普遍性”主要是第一种。

（四）法是以权利义务为内容的社会规范 法是通过设定以权利义务为内容的行为模式的方式，指引人的行为，将人的行为纳入统一的秩序之中，以调节社会关系。

法所规定的权利义务，不仅是对公民而言的，而且也是针对一切社会组织、国家机构的。

法不仅规定义务，而且赋予权利。

法的存在，意味着人们谋求自身利益的行为的正当性，意味着现实的有生命的个人追求现实利益的正当性。

可见，这是法的一个重要特点和价值。

这种调整社会关系的方式，使法进一步与其他社会规范相区别。

从这一点上也可以进一步看出国家法律与自然法则的区别。

法律以权利义务为内容，意味着一定条件具备时，人们可以从事或不从事某种行为，必须做或必须不做某件事。

至于法律的要求对或不对，人们的选择正确与否，就是另外的问题了。

而自然法则则不是人们的选择问题，一定的条件具备，必然出现一定的结果。

（五）法是以国家强制力为后盾，通过法律程序保证实现的社会规范 规范都具有保证自己实现的力量。

不按照自然法则办事，会招致自然界报复。

不按照社会规范行事，也会受到相应的惩罚。

原始人严重违反氏族习惯，会被逐出氏族；社会成员违反公认的道德准则，会受到人们的谴责；教会成员严重违反教规，要被赶出教门；工人违反厂规，要受厂规处分；党员破坏党章，要受党纪制裁。

可见，没有保证手段的社会规范是不存在的。

不同的社会规范，其强制措施的方式、范围、程度、性质是不同的。

法律强制是一种国家强制，是以军队、宪兵、警察、法官、监狱等国家暴力为后盾的强制。

因此，法律就一般情况而言是一种最具有外在强制性的社会规范。

同时，国家暴力还是一种“合法”的暴力。

所谓“合法的”一般意味着是“有根据的”，而且，也意味着国家权力必须合法行使，包括符合实体法尤其是程序法两个方面的要求。

法律的制定和实施都必须遵守法律程序，法律职业者必须在程序范围内思考、处理和解决问题。

法的程序性是法区别于其他社会规范的重要特征。

编辑推荐

《2008年国家司法考试辅导用书》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。

命题评分依据，备考应试指南，编写人员重大调整，考试内容重大变化。

版权说明

本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介，请支持正版图书。

更多资源请访问:<http://www.tushu007.com>