

中南财经政法大学
2010 年招收攻读硕士学位研究生入学考试试题 A 卷
专业名称：法学各专业
科目名称：法学基础 科目代码：605

注：所有试题答案均须写清试题序号做在答题纸上，凡在试题纸上答题，答案一律无效。
本卷共有两个部分（法理学与宪法学），满分共计 150 分，考生应全部作答。

第一部分：法理学（75 分）

一、名词解释（每题 5 分，共 20 分）

1. 法律概念
2. 法学体系
3. 行为能力
4. 普通法系

二、简答题（每题 10 分，共 30 分）

1. 简述法产生的一般规律。
2. 简述法学的性质。
3. 简述司法机关依法独立行使职权的原则。

三、论述题（共计 25 分）

1. 试结合实际，谈谈你对权利本位论的认识。

第二部分：宪法学（75 分）

一、名词解释（每题 4 分，共 16 分）

1. 不成文宪法
2. 事先审查
3. 人民代表大会制度
4. 结社自由

二、简答题（每题 8 分，共 24 分）

1. 简述资本主义宪法的分权原则。
2. 简述宪法监督的内容。
3. 简述我国人大代表直接选举过程中的代表候选人的产生程序。

三、比较题（每题 10 分，共 10 分）

1. 比较单一制与联邦制两种国家结构形式的区别。

四、论述题（每题 25 分，共 25 分）

1. 如何理解我国宪法关于公民平等权的规定？

参考答案：

科目名称：法学基础

科目代码：605

注：所有试题答案均须写清试题序号做在答题纸上，凡在试题纸上答题，答案一律无效。
本卷共有两个部分（法理学与宪法学），满分共计 150 分，考生应全部作答。

第一部分：法理学（75 分）

一、名词解释（每题 5 分，共 20 分）

1. 法律概念

答：法律概念是指各种有关法律的事物、状态、行为进行概括而形成的法律术语。法律概念是认识法律与表达法律的认识之网上的纽结。法律概念有两个来源，①脱胎于日常生活中的概念，由法律人对它的吸纳而成为法律概念；②法律人的创设。由于法律人的创设活动不可能离开日常生活，所以，法律概念实际上都直接或间接地来自日常生活。

2. 法学体系

答：法学体系是指由法学分支学科构成的有机整体。法学体系是以人们对各种法律知识所研究的对象和范围不同作为标准所进行的分类，其基本单位是法学分支学科。它体现对古今中外各国的法律现象进行研究所形成的法律知识状态。其研究的中心问题是解决由法律知识形成的法学分支学科的分类问题，属于理论范畴。

3. 行为能力

答：行为能力是指法律关系主体能够通过自己的行为实际行使权利和履行义务的能力。公民的行为能力是公民的意识能力在法律上的反映。确定公民有无行为能力，其标准有：①能否认识自己行为的性质、意义和后果；②能否控制自己的行为并对自己的行为负责。即公民是否达到一定年龄、神智是否正常，就成为公民享有行为能力的标志。

4. 普通法系

答：英美法系，又称英国法系、普通法系、判例法法系，指以中世纪以来至今的英国普通法为基础的，以及在其法律传统的影响下所形成的各个国家与地区的法律的总称。这一法系的特点是：受罗马法的影响不大，而以判例法为主要的法律形式；虽然也颁布了一些制定法，但通常只是由判例归纳而成，其中的许多概念或原则来自于司法习惯，因而在解释与适用时往往需要借助于判例来进行。

二、简答题（每题 10 分，共 30 分）

1. 简述法产生的一般规律。

答：法的产生经历了一个长期的、渐进的、复杂的历史演变过程。虽然不同的地区由原始社会转变为阶级社会的具体形式各有特点，法形成的过程也有所不同，但法产生存在着一些共同的规律。这些共同规律包括：

(1) 从个别调整到规范性调整、一般规范性调整到法的调整的发展过程。原始社会初期的社会调整往往是个体调整，针对具体人、具体行为所进行的只适用一次的调整。当某些社会关系发展为经常性、较稳定的现象时，个体调整便发展为规范性调整，即统一、反复使用的调整。以后随着社会的发展，社会形成两个利益对立的阶级，统治阶级需要一种特殊的社会规范来维护其利益，迫使社会成员按照统治阶级意志行事，于是法的调整从一般的规范性调整中分离出来，法的调整的主体是政治社会中最具权威的组织。

(2) 法的产生经历了从习惯到习惯法、再由习惯法到制定法的发展过程。原始社会时期的社会规范主要是习惯，随着私有制和阶级的形成，习惯打上阶级的烙印，具有了阶级性，逐渐转变为习惯法。统治阶级有选择地利用原有的习惯，由国家加以确认，使之成为对本阶级有利的社会规范，而赋予法的效力，从而形成了最早的习惯法。随着社会关系的复杂化和文明的发展，国家机关根据一定的程序把体现统治阶级意志和利益的规范加以明确的文字形式表现出来，逐渐产生了制定法。以后，国家适应社会的需要主动地制定新的法律规范，制定法成为法的主要渊源。因此，法的产生过程，是一个由简单到复杂、由不完善到完善、由自发形成到自觉形成的长期发展的过程。

(3) 法的产生经历了法与宗教规范、道德规范的浑然一体到法与宗教规范、道德规范的分化、法的相对独立的发展过程。原始社会的习惯融道德、宗教等社会规范于一体，国家产生之初的习惯法与宗教教范、道德规范

等没有明显的界限，三者相互参透，浑然一体。随着社会的进化、法的发展成熟，法与道德、宗教规范等开始分化，法在调整方式、手段、范围等方面自成一体、相对独立，在社会调整体系中占有独特的地位，发挥特殊的作用。

2. 简述法学的性质。

答：(1) 法学的概念

法学是以法律现象为研究对象的各种科学活动及其认识成果的总称。

(2) 法学的性质

①法学属于社会科学之一种。法律现象是社会运动的特殊形态，研究社会运动特殊形态的学科都属社会科学，所以，法学属于社会科学。

②法学具有政治性。法律现象又是社会政治生活领域的现象，与阶级、阶级斗争和国家权力有紧密联系，因而，法学是社会科学中一门具有政治性的科学，它总是体现着一定阶级、阶层、不同社会集团的世界观、价值观以及其经济的、政治的实际利益需要。

③法学同法一样，是有阶级性的。马克思主义认为，一切法学总是与一定的意识形态相联系，体现着一定的阶级、阶层、集团或群体的世界观和价值观，因而均具有阶级性、政治性。

④法学的研究总是指向法律现象或法律问题的。故此，法学的兴衰注定是与一个国家法律制度的发展相关联，法制兴则法学繁荣；法制衰则法学不振。其他的学问的发展，并不一定以法制和秩序的存在为条件。例如，在一个没有法制和秩序的国度里，却可能会生成有创造力的文学或哲学。

⑤法学是实践性较强的学科，具有务实性。法学必须关注和面向社会的世俗生活，为人们社会生活中的困惑、矛盾和冲突寻找到切实的法律解决方案，确立基本的原则，或为法律的决定作出合理而有说服力的论证。

⑥法学是反映人的经验理性的学问，是人的法律经验、知识、智慧和理性的综合体现。当然，法学也可能会渗透研究者个人的感性的观察和领悟，但它绝不是个人感情的任意宣泄。就其本性而言，法学是与一切展现浪漫趣味和别出心裁的思想方式相抵牾的。

⑦法学是职业性知识体系，它所使用的语言是冷静的、刚硬的、简洁的、合逻辑的，是经过法学家们提炼、加工和创造出的行业语言，与人们“日常语言”存在较大差别。在许多场合，法学的语言对外行人来讲是非常陌生的，如“无因管理”、“不可抗力”等等。

⑧法学是反映研究者的一定的价值立场或价值取向的学问，在法学中很难做到“价值无涉”或进行无立场的研究。

3. 简述司法机关依法独立行使职权的原则。

答：(1) 司法机关依法独立行使职权的原则的概念

司法机关依法独立行使职权的原则也即司法权独立行使原则，是指司法机关在办案过程中，依照法律规定独立行使司法权。司法权独立行使作为现代司法的一项基本原则。许多国家在宪法和法律中都规定了司法权独立行使原则。司法权独立行使受到了国际社会的普遍认可，在一系列的联合国文件或国际公约中，确立了司法权独立行使的国际标准。

(2) 司法机关依法独立行使职权的原则的基本内容

在我国，司法权独立行使不仅是一项宪法原则，也是司法的一项重要原则。我国宪法规定，人民法院、人民检察院依照法律规定独立行使审判权、检察权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。人民法院组织法、人民检察院组织法和三大诉讼法也作了相同的规定。其基本内容是：

①国家的司法权只能由国家的司法机关统一行使，其他任何组织和个人都无权行使此项权力。

②司法机关行使司法权只服从法律，不受其他行政机关、社会团体和个人的干涉。

③司法机关行使司法权时，必须严格依照法律规定，准确地适用法律。

(3) 司法权独立行使原则的监督和制约

坚持司法权独立行使原则，并不意味着司法机关行使司法权可以不受任何监督和约束。司法权如同其他任何权力一样，都要接受监督和制约。否则会导致腐败。对司法权的监督表现在以下几个方面：

①司法权要接受党的领导和监督，这是司法权正确行使的政治保证。

②司法权要接受国家权力机关的监督，司法权由国家权力机关产生，并对国家权力机关负责。因此，国家权力机关有权监督司法权的行使，司法机关也有义务接受国家权力机关的监督。

③司法机关的上、下级之间以及同级之间也存在监督和约束，这种监督和约束是通过司法制度中的一系列制度来体现和实现的。

④司法权也要接受行政机关、企事业单位、社会团体、民主党派和人民群众的监督，还要接受舆论的监督。通过这些种类广泛的监督形式和监督机制，有利于更好地行使司法权，并防止司法权的滥用等司法腐败现象和行为。

三、论述题（共计 25 分）

1. 试结合实际，谈谈你对权利本位论的认识。

答：（1）任何类型的法（法律制度）都是权利和义务的统一，而且有主要与次要、主导与非主导之分。由于各个历史时期的社会经济、文化、政治的性质和结构不同，法律的价值取向不同，权利与义务何者为本位，是历史地变化着的；古代法律总体上是以义务为本位，现代法律是或应当是以权利为本位；在权利本位的法律模式中存在着阶级本质、社会意义的差别。

（2）权利本位论的法律特征

①社会成员皆为法律上平等的权利主体，没有人因为性别、种族、肤色、语言、信仰等特殊情况而被剥夺权利主体的资格，在基本权利的分配上被歧视，或在基本义务的分配上被任意加重。即权利本位意味着法律面前人人平等。

②在权利与义务的关系范围内，权利是目的，义务是手段，法律设定义务的目的在于保障权利的实现；权利是第一性的因素，义务是第二性的因素，权利是义务存在的依据和意义。

③在法律没有明确禁止或强制的情况下，可以做出权利推定，即推定为公民有权利（自由）去作为或不作为。

④权利主体在行使其权利的过程中，只受法律所规定的限制，而确定这种限制的目的又在于保证对其他主体的权利给以应有的同样的承认、尊重和保护，以创造一个尽可能使所有主体的权利都得以实现的自由、公平而且安全的法律秩序。即法律的力量仅限于禁止每一个人损害别人的权利，而不能禁止他行使自己的权利。

⑤人们在享有法律权利、成为权利主体的前提下，应当承担与其权利相适应的法律义务，并在行使权利和履行义务的实践中体现权利与义务的一致性。

（3）确立权利本位的意义

①确立权利本位的观念有利于转变政府的观念，增强政府的服务意识和公仆意识，积极履行保护公民权利的职责。

②确立权利本位的观念是社会文明的象征，现代社会是权利社会，社会的重心应当放在保护和实现公民权利上来。

③确立权利本位的观念有利于权利的保护和实现。权利本位要求权利优于义务，义务本身的设定就是为了实现权利，突出权利的价值才能更好的保护和实现权利。

（4）确立权利本位的要求

①确立和坚持权利本位论，就应当把权利的确认和保护作为我们立法的首要目标，以此推进我国社会主义法制建设。

②确立和坚持权利本位论，就应当把权利的确认和保护作为我们执法的首要目标，以此推进社会主义法治国家建设。公民的权利即意味着政府的义务，既然权利是本位，政府应当注重公民权利的保护。

③权利的本位要求，义务的设定应当是为了更好的实现公民和其他公民的权利，并不能对公民强加过多的义务。

④确立权利本位原则要求加强对公民权利的救济，无救济则无权利，因而只有建立完善的救济制度，才能更好的确保公民权利的实现。

第二部分：宪法学（75 分）

一、名词解释（每题 4 分，共 16 分）

1. 不成文宪法

答：不成文宪法又称“普通法”的宪法，是指有关国家根本问题的宪法规范，散见于普通法律、惯例和传统中的宪法。关于成文宪法和不成文宪法的分类，其分类标准是宪法形式上是否有类似“宪法”等名称，而别于本国其他法律的书面文件。不成文宪法富有弹性，适用性较强，能够被较好地运用以化解宪法争端，并且一般不会出现成文宪法时常面临的宪法危机。

2. 事先审查

答：事先审查又称预防性审查，是指在法律生效之前就对其合宪法性予以审查的一类宪法审查方法。从立法

的准备阶段到规范性法律文件颁布，司法机关都应到场参加，提出建议和意见，纠正违法的立法行为。立法的每一个环节、每一个步骤都在司法机关监督审查的视线内。事先审查可以防患于未然，避免不正当立法的出台，避免造成社会关系的混乱，同时又维护了法的权威性和稳定性。

3. 人民代表大会制度

答：人民代表大会制度是我国的根本政治制度，它是指由人民选举代表组成统一行使国家权力的代表（会议）机关，代表（会议）机关产生同级其他国家机关，并通过宪法和法律赋予有关国家机关职权，代表机关享有监督其他国家机关之权，这些国家机关有对代表（会议）机关负责之义务的政权组织形式。人民代表大会制是许多社会主义国家采用的政权组织形式，代表机关处于整个国家机关相互关系的核心。

4. 结社自由

答：结社自由是指公民依法为一定宗旨组成某种社会组织并进行团体活动的自由。结社的范围主要有协会、学会、联合会、研究会、基金会、联谊会、促进会、商会等社会团体，此外，还有民主党派等政治性结社和各种人民团体。根据《宪法》的规定，我国公民可以自由地组织各种社会公益团体、文艺工作团体、学术研究团体、宗教团体以及其他各种人民群众团体。依法成立的社团，受国家法律的保护。国家保护社会团体依照其登记的章程进行活动，其他任何组织、个人不得非法干涉。

二、简答题（每题 8 分，共 24 分）

1. 简述资本主义宪法的分权原则。

答：资产阶级在制定宪法、建立自己的国家政权过程中，都将近代分权学说予以贯彻，从而形成权力制约原则的具体表现形式——分权原则。分权原则又称分权制衡原则，是指把国家权力分为几个不同的部分，分别由不同的国家机关独立行使，这些国家机关在行使权力的过程中，保持一种互相牵制和互相平衡的关系。

（1）资本主义宪法分权原则的形式

从各资本主义国家宪法的规定看，对分权原则的运用主要有三种基本形式：

①美国式。美国是运用分权制衡原则最典型的资本主义国家，其分权与制衡的关系极为明确、具体。根据美国宪法的规定，立法权属于由参众两院组成的国会，行政权属于美利坚合众国总统，司法权属于联邦法院及其下级法院。同时宪法明确规定了立法权、行政权和司法权三者之间的制衡关系。国会有权要求总统条陈政策以备审议，有权批准总统对外缔结的条约，有权通过弹劾审判案撤换总统；有权建议、批准总统对联邦最高法院法官的任命，有权弹劾审判联邦最高法院法官并撤销其职务，参议院对弹劾案有审判权。总统对国会通过的法案有有限的否决权，副总统兼任参议院议长；总统有特赦权，有提名并任命联邦最高法院法官的权利。联邦最高法院首席法官担任总统弹劾案的审判庭主席；根据宪法惯例，联邦法院、主要是联邦最高法院有权解释宪法、法律，宣布国会通过的法律违宪，等等。实行总统制的现代各国采取的一般都是美国式。

②英国式。英国运用分权原则的特点在于立法权胜过行政权，下议院胜过上议院，立法权是三权的重点，并建立以议会为重心的责任内阁制。英国责任内阁制的基本内容是：内阁由下议院多数党的党魁组织；内阁成员对下议院负连带责任，如果下议院对内阁不信任，不是内阁总辞职，就是内阁解散下议院。日本是君主立宪制国家，它在运用分权原则过程中，具有英国式的特点。

③法国式。法国在运用分权原则过程中，既吸收了总统制的特点，也借鉴了议会制的特点，通过加强总统的权力，削弱议会的权力，从而把分权与制衡的权力重心由立法转移到行政，并建立起半总统半议会制的体制。总统以仲裁人和保证人的地位行使国家权力。总统有权任命政府总理并根据总理的建议任免其他政府成员；总统有权主持内阁会议，签署内阁会议所决定的法令和命令。宪法还规定，总统在法定期限内得要求议会重新审议其最后通过的法案，议会不得拒绝；总统有权就一切涉及公共权力组织的法律草案提交公民复决；总统有权以命令宣布议会特别会议的召开和闭会。

（2）资本主义分权原则的意义及其发展

从资产阶级各国政治实践看，分权原则对于确立和巩固资产阶级民主制度，对国家政权服务于有产阶级也的确起了非常重要的作用。如美国总统尼克松被迫辞职，尽管是资产阶级垄断集团相互倾轧的结果，但不能不说分权原则也是一个重要原因。但随着资本主义国家行政权的日益扩大和立法权的日益削弱，分权原则正在日趋走向衰落。

2. 简述宪法监督的内容。

答：（1）宪法监督的定义和内容

宪法监督是由宪法授权的或宪法惯例认可的机关，以一定方式进行合宪性审查，取缔违宪事件，追究违宪责任，从而保证宪法实施的一种宪法制度。我国宪法监督制度属于立法机关监督体制。宪法监督制度主要包括三个方面的内容，即宪法监督的机关、宪法监督的方式和对违宪的制裁措施。

(2) 我国的宪法监督

①从宪法监督的机关看，我国宪法监督属于代表机关监督体制。宪法监督制度首先产生于美国，其后，凡是实行成文宪法的国家，都相继实行了宪法监督，并日益朝着多样化、专门化和制度化的方向发展，大致形成了三种宪法监督体制。a. 以普通司法机关作为宪法监督机关的宪法监督制度，通常称为司法审查制度；b. 以代表机关（或权力机关）作为宪法的监督机关的宪法监督制度；c. 以专门设立的机关如宪法委员会、宪法法院为宪法监督机关的宪法监督制度。按照现行宪法的规定，我国宪法的监督机关是全国人民代表大会，即我国宪法监督属于代表机关的监督体制。现行宪法在规定我国宪法监督制度时，还有另一个特点，即强调地方各级人民代表大会及其常委会有保证宪法的本行政区实施之职责。由此可见，我国宪法监督形成了以全国人大及其常委会为核心，包括地方各级人民代表大会及其常委会在内的宪法监督机关网络，共同履行着宪法监督的神圣职责。

②从合宪审查的方式上看，我国宪法监督采取事前审和事后审相结合的方法。一般而言，不同的宪法监督体制都有与之相适应的宪法监督方式，大体上可分为两大类，一是事前审，一是事后审。事前审，就是在法律生效之前就对其合宪性予以审查的一类宪法审查方法。法国宪法委员会进行的宪法监督主要是以这种方式进行的。事后审，是在法律业已生效的情况下，因宪法纠纷而对该法律进行审查的一类宪法审查方法。我国宪法监督制度从实际出发，兼采了事前审和事后审两种方式，形成了我国宪法监督方式上的特色。其中事前审表现为对有关地方性法规的备案、批准，我国《立法法》和有关法律对此作了专门规定。事后审表现为全国人大有权撤销全国人大常委会的违宪立法，全国人大常委会有权撤销国务院违反宪法的行政法规、决定和命令以及地方人大及其常委会制定的地方性法规和决议。

③从对违宪的制裁措施上看，我国采取了撤销违宪法律、不批准违宪法案和罢免违宪责任者的职务等措施监督宪法实施。违宪的制裁措施是宪法监督的核心内容，没有制裁措施的宪法监督，不成其为宪法监督；没有切实有效的制裁措施的宪法监督，是不健全的宪法监督制度。具体来说，按照现行宪法和有关法律的规定，我国宪法监督的违宪制裁措施主要包括：

a. 撤销与宪法相冲突的法律和地方性法规，撤销有关机关的违宪决定。这种制裁措施是与事后审方式配套使用的。

b. 不批准违宪法案。这种制度是与事前审查方式相适应的一种违宪制裁措施。凡是以报上级批准作为法律制定必经程序，并影响该法律生效，而不予批准又是因为违反宪法的，“不批准”可视为对违宪法案的一种制裁。

c. 罢免违宪责任者的职务。我国宪法和有关法律对罢免问题做了规定，但对罢免国家领导人的原因未作明确规定，毫无疑问，国家领导人违宪应该是被罢免的一种情况。因此，罢免只有是在因国家领导人违宪的条件下，才能成为一种违宪制裁措施。此外，在我国宪法监督的实践中，还有监督机关责成违宪机关纠正违宪行为的做法。责成纠正也可视为一种违宪制裁措施。

3. 简述我国人大代表直接选举过程中的代表候选人的产生程序。

答：(1) 提名程序。《选举法》第 29 条第 1 款规定：“全国和地方各级人民代表大会的代表候选人，按选区或者选举单位提名产生。”候选人的提出直接关系到代表是否就是人民满意的代表以及代表在国家权力机关中能否反映人民的意志，因此，代表候选人提名是选举程序的重要环节。我国各级人大代表候选人的提名建立在广泛征求意见，反映大多数选民共同意愿的基础上，体现了选举的民主性。《选举法》规定：“各政党、各人民团体，可以联合或者单独推荐代表候选人。选民或者代表，10 人以上联名，也可以推荐代表候选人。推荐者应向选举委员会或者大会主席团介绍候选人的情况。”

(2) 预选程序。根据选举法的规定，由选民直接选举代表的候选人名额，应多于应选代表名额的 1/3 至 1 倍。对于推荐的候选人，由选举委员会或大会主席团根据多数选民或代表的意见，确定正式的代表候选人的名单。对正式候选人不能形成较为一致意见的，进行预选，根据预选时得票多少的顺序，正式确定候选人名单。

(3) 公布程序。正式候选人名单应当在选举日的五日以前公布。正式的代表候选人产生后，选举委员会或人大主席团应当向选民或者代表介绍代表候选人的情况。推荐代表候选人的政党、人民团体和选民、代表可以在选民小组或代表小组会议上介绍所推荐的代表候选人的情况。介绍代表候选人的情况，应该对候选人的情况作全面介绍，包括经历、品德、政治素质、参政和议政能力、文化水平等，使选民和代表能作出符合自己意愿的判断和选择。

三、比较题（每题 10 分，共 10 分）

1. 比较单一制与联邦制两种国家结构形式的区别。

答：单一制是指由若干不具有独立性的地方，包括普通地方、自治地方和特别地方组成的统一主权国家的一种国家结构形式。联邦是由两个或两个以上的国家所组成的统一的联盟国家的一种复合制国家结构形式。单一制和联邦制两种国家结构形式有下列区别：

(1) 从法律制度上看，单一制国家只有一部宪法，有关国家权力的配置和国家机关的设置及相互关系均由该宪法予以规定。联邦制国家有多部宪法，除联邦宪法外，还有成员国或加盟国的宪法。

(2) 从政权组织形式上看，单一制国家除有个别特别地方外，中央和地方均采用相同的政府体制，且一般只有一套政府体制。联邦制国家有多套政府体制。在联邦制国家，除联邦中央政府体制外，各成员国或加盟国还都有具有自己特色的政府体制。在联邦制国家，一般不要求成员国或加盟国与联邦政府体制相一致。

(3) 在权力配置上，单一制国家的地方权力来源于中央的授予，国家权力的重心在中央。在联邦制国家，联邦权力来源于成员国或加盟国的让与，一般由联邦宪法以列举的方式规定，剩余权力属成员国或加盟国。

(4) 在国际关系中，单一制国家只有一个国际法主体，其地方一般不能作为国际法的主体参与国际关系。在国际关系中，有些联邦国家在法律上允许成员国或加盟国作为完全的国际法主体参与国际关系，如前苏联的一些加盟共和国便具有这种资格。

(5) 单一制国家的公民具有统一的国籍。联邦制国家，公民有双重国籍，即公民既是联邦的公民（一般在国际法上使用联邦公民资格），又是成员国或加盟国的公民。

(6) 在单一制国家中地方作为国家的行政区域单位，不具有独立性，没有从国家分离出去的权力。在联邦制中有些联邦制国家，成员国或加盟国在法律上拥有脱离联邦的权力。

四、论述题（每题 25 分，共 25 分）

1. 如何理解我国宪法关于公民平等权的规定？

答：(1) 平等权是指公民在政治、经济和社会一切领域内依法享有同其他公民同等的权利，不因任何外在差别而予以区别对待的一种权利。平等权包括两方面的含义：

①法律面前人人平等，这是平等权的固有含义。

②对弱者给予特别保护，这是平等权的引申含义。

(2) 从宪法理论上讲，平等权上述两个方面的含义具体表现为以下几个方面的要求：

①公民平等地享有宪法和法律规定的权利。凡是宪法和法律规定的公民应享有的权利，每个公民都平等地享有，并在行使权利时受到同样待遇。

②所有公民都平等地履行宪法和法律规定的义务。

③国家机关在适用法律时，对于所有公民的保护或惩罚一视同仁，不得因人而异。

④任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权。

⑤对弱者给予特别的法律保护。我国《宪法》对平等权的规定体现和反映了平等权的要求。

(3) 关于法律面前人人平等——平等权的固有含义

①世界相关规定

“法律面前人人平等”的口号，最初是在资产阶级革命时期提出的。但在资本主义社会内，由于私有制和财产多寡的限制，平等权只是一种形式上的平等，并没有得到很好的实现。最早确定这一原则的社会主义国家宪法是 1918 年的《苏俄宪法》。《世界人权宪章》对法律面前人人平等也从不同角度作了多方面的规定。《世界人权宣言》规定：“法律之前人人平等，并有权享受法律的平等保护”，“不分种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、国籍或社会出身、财产、出生或其他身份等任何区别。”

②我国宪法的规定

现行《宪法》第 33 条规定：“中华人民共和国公民在法律面前一律平等。”《宪法》这一规定既确立了一项重要的法制原则，也确认了公民的平等权。我国现行《宪法》规定的公民平等权，具有重要意义。从理论上讲，平等权是其他权利的基础，离开了平等权，其他任何权利都没有基础；从实践上讲，《宪法》对平等权的规定有利于对公民权利的平等保护，也有利于公民平等地行使自己的权利。

(4) 关于对弱者的特别保护——平等权的引申含义

弱者，是指基于自身的原因和所处的社会条件的限制，不能同其他公民一样平等地享受权利、履行义务的公民。根据我国宪法和法律的规定，我国法律上的弱者主要有妇女、儿童、老人、华侨、归侨、侨眷、残疾人和少数民族的公民。我国历来重视弱者的平等权，宪法和法律规定了许多对弱者进行特别保护的措施。

①关于对妇女的特别保护

《宪法》第 48 条规定：“中华人民共和国妇女在政治的、经济的、文化的、社会的和家庭的生活等各方面

享有同男子平等的权利。国家保护妇女的权利和利益，实行男女同工同酬，培养和选拔妇女干部。”现行宪法在新中国制宪史上首次把保护妇女的权利单列为一条规定，体现了国家对妇女权益的特别保护。我国不仅以根本大法的形式确认了妇女享有同男子平等的权利，而且还通过婚姻法、选举法、继承法，妇女权益保护法等一系列法律，更具体地规定了对妇女权利的保护。

②关于对老人和儿童的特别保护

我国宪法和法律还致力于保护老人、儿童的合法权益。《宪法》第 49 条规定：“婚姻、家庭、母亲和儿童受国家的保护。”“禁止虐待老人、妇女和儿童。”除此之外，国家还通过一系列法律对老人和儿童进行特别保护。

a. 对老人的保护主要表现在：实行退休制度，保证老年人生活保障权的实现；规定子女有赡养父母的义务；老人有获得物质帮助的权利；严禁虐待老人，构成犯罪的依法追究刑事责任。

b. 对儿童的保护主要表现在：规定父母抚养、教育子女的义务；对不满 14 周岁少女犯罪的犯罪分子，从严处罚；少年儿童有受义务教育的权利等。

③关于对华侨、归侨和侨眷的特别保护

我国宪法也专门对华侨、归侨和侨眷合法权益的保护做了规定。《宪法》第 50 条规定：“中华人民共和国保护华侨的正当的权利和利益，保护归侨和侨眷的合法的权利和利益。”根据《中华人民共和国归侨侨眷权益保护法》，华侨、归侨和侨眷享有广泛的权利，包括：有权组织社会团体；接受境外亲友捐赠的物质，用于公益事业的，依法享受减征、免征关税的优惠待遇；归侨学生、归侨子女升学、就业，按照规定予以照顾；国家保护归侨出境定居的权利等。

④关于对残疾人的特别保护

我国历来重视对残疾人权益的保护，关心发展残疾人事业。《宪法》第 45 条第 3 款规定：“国家和社会帮助安排盲、聋、哑和其他有残疾的公民的劳动、生活和教育。”《中华人民共和国残疾人权益保障法》，对残疾人的权益作了专门的规定，具体有以下几个方面：康复权；接受教育的权利；劳动就业的权利；享受文化生活的权利；享受福利的权利。

2007 年中南财经政法大学 825 法学基础理论考研真题及详解

中南财经政法大学

2007 年招收攻读硕士研究生入学考试试题 A 卷

专业：法学理论 科目名称：法学基础理论

方向：法理学、法社会学等 科学代码：825

一、简答题（每小题 10 分，共 40 分）

1. 简述大陆法系与英美法系的区别
2. 简述外发型法制现代化模式的主要特点。
3. 简述我国执法体系与司法体系的内容。
4. 简述权利与义务的含义与分类。

二、论述题（1、2 小题各 25 分，3、4 小各 30 分，共 110 分）

1. 结合我国的法律实践，论述法律责任的归责原则。
2. 试从法与道德的优劣长短出发，谈谈你对法治社会中法与道德两种调整机制结合的必要性以及怎样结合问题的认识。
3. 试结合我国改革的实际，谈谈你对政治文明的有机构成及其与法制国家（或法治社会）关系的认识。
4. 对比各国主要立法体制类型之特点，论述我国的立法体制及其完善思路。

参考答案

中南财经政法大学

2007 年招收攻读硕士研究生入学考试试题 A 卷

专业：法学理论 科目名称：法学基础理论

方向：法理学、法社会学等 科学代码：825

一、简答题（每小题 10 分，共 40 分）

1. 简述大陆法系与英美法系的区别

答：（1）大陆法系与英美法系的定义

①大陆法系，又称罗马—日耳曼法系、民法法系、法典法系等，是指以古罗马法为基础，以 1804 年公布实施的《法国民法典》和 1896 年制定的《德国民法典》为代表的法律，以及在其法律传统的影响下而仿照它们而制定的各国法律体系的总称。

②英美法系，又称英国法系、普通法系、判例法法系，指以中世纪以来至今的英国普通法为基础的，以及在其法律传统的影响下所形成的各个国家与地区的法律的总称。

（2）大陆法系与英美法系的关系

①相同点：大陆法系和英美法系在法的本质上是相同的，在法的历史类型上都属于资本主义法律，其根本指导思想和基本原则也是一致的，都大体上以自由主义作为意识形态。

②区别：由于两大法系是在不同的历史条件下形成的，因而在法律形式或技术上存在着不少差异。

a. 判例地位的差别。在大陆法系，除了行政法院系统外，基本上不存在判例法；而在英美法系，以普通法为基础，判例法是一种重要的法律形式，“遵循前例”是一项重要的司法原则。

b. 制定法编纂观念的差别。大陆法系将基本法律尽量地编纂为统一完美的法典成了立法上的永恒追求，大陆法系国家主要是法典化的国家；而英美法系国家和地区虽然也有制定法，甚至制定法愈来愈多，但判例法仍然是其法律渊源的主体。制定法一般表现为单行法，而不具有法典形式，且往往受到判例法解释的制约。

c. 司法诉讼制度上的差别。大陆法系的传统是实体法；英美法系注重程序法。

d. 法律分类和术语上的差别。大陆法系国家和地区在法律部门的划分上比较明确、统一，而英美法系国家和地区的法律部门缺乏统一的分类，特别是在民事法律方面，没有把整个民法划为一个单独的法律部门。

总之，大陆法系和英美法系存在很多不同之处。导致这些差别的原因，主要是历史传统的不同，而某些重大历史事件起了重大作用，不同的地理环境也是一个重要因素。

2. 简述外发型法制现代化模式的主要特点。

答：外发型现代化模式，是指因一个较先进的法律系统对较落后的法律系统的冲击而导致的进步转变过程。一般而言，外发型法制现代化模式的主要特点是：

(1) 强大的外部因素的冲击成为外发型法制现代化运动的生成动力。尽管在外发型法制现代化的国家，其社会内部存在着一些从传统走向现代的生长因素或条件，但是这一转型过程十分缓慢且困难，商品经济和市民社会的发展较为薄弱。因而外来的法律文化系统的冲击与渗透，就成为外发型法制现代化运动的强大推动力量。

(2) 政治变革运动往往成为外发型法制现代化运动的历史先导，政府发挥着主要的推动作用。由于外发型法制现代化的国家是在外部环境冲击以及外域法律文化的冲击下而走上法制变革道路的，因而往往有着相对确定的时间起点，而这些时间起点通常又与特定的政治变革事件相联系。

(3) 争取法律主权的斗争往往成为外发型法制现代化国家从事法制变革运动的重要目标。在外来法律文化的激荡和冲击下，外发型法制现代化国家内部的各个方面和领域的矛盾都被激发起来，其中之一便是“西方化”与民族化的尖锐矛盾。因此，在外发型法制现代化运动中，民族主义情绪的激荡始终是一个重要的现象。争取法律主权的斗争，往往成为这些国家法制变革的动力和目标之一。

(4) 法律的形式合理性与价值合理性之间的悖离是外发型法制现代化进程的重要表征之一。域外法律文化的冲击，也催发了传统法律精神与现代法律精神的剧烈冲突。传统法律文化根深蒂固，有着顽强的生命力，对域外的法律文化产生排拒的作用。因此，在外发型法制现代化运动中，虽然法典化进程明显加快，法律发展在形式上有了较大进展，但是，法律的形式合理性与法律的价值合理性之间存在着明显的“二律背反”现象。这必然导致外发型法制现代化运动错综复杂，举步维艰。

3. 简述我国执法体系与司法体系的内容。

答：(1) 执法体系，是指由具有不同职权管辖范围的行政机关、社会组织执法而构成的互相分工、相互配合的有机联系的整体。从执法主体的执法权来源的角度，执法体系是由根据法律规定的行政机关的执法、根据法律授权的社会组织的执法以及行政委托的社会组织的执法三类构成的。

① 行政机关的执法是我国执法体系中最重要、最普遍的执法，根据我国宪法和法律的规定，它包括政府的执法和政府工作部门的执法。

② 根据法律的具体授权而行使特定行政职能的社会组织，可以在一定范围内执行法律；法律授权的社会组织的执法主要包括以下几类：一般社会组织、社会团体的执法；企事业单位的执法；基层民众自治组织的执法。

③ 行政委托是指行政机关依法把一定的事务委托另一个机关、工作人员或者其他组织、个人办理的行为；行政机关委托的社会组织有权进行执法，其执法的特点是，行政委托组织并不因为行政委托而取得与行政机关相同的行政主体地位，其必须以委托人的名义从事活动，活动的法律后果由委托人承受。

(2) 司法体系，又称“司法体制”或“司法系统”，是指由国家宪法所规定的享有国家司法权依法处理案件的专门组织机构即司法主体所构成的体系。在当代中国，司法主体由国家宪法和法律所确认。根据我国现行宪法和人民法院组织法及人民检察院组织法的规定，我国现行司法主体有以下种类和层次，它们构成当代中国的司法体系。

① 人民法院是我国司法主体的一大主要系统，它代表国家行使审判权。这一大系统由地方各级人民法院、专门人民法院和最高人民法院组成。地方各级人民法院分为基层人民法院、中级人民法院和高级人民法院三级；专门人民法院是我国人民法院系统的组成部分，它和各级人民法院共同行使国家的审判权；最高人民法院是国家最高审判机关。

② 人民检察院是我国司法主体的另一大主要系统，它代表国家行使检察权和法律监督权。这一大系统由地方各级人民检察院、专门人民检察院和最高人民检察院组成。专门人民检察院有军事检察院、铁路检察院等；最高人民检察院是国家最高检察机关，统一领导全国的检察工作。

4. 简述权利与义务的含义与分类。

答：(1) 法律权利是规定或隐含在法律规范中，实现于法律关系中的，主体以相对自由的作为或不作为的方式获得利益的一种手段。法律义务是设定或隐含在法律规范中、实现于法律关系中的，主体以相对抑制的作为或不作为的方式保障权利主体获得利益的一种约束手段。

(2) 对法律权利和义务，可以从不同的角度、按照不同的标准进行分类。

① 从权利和义务的存在形态可划分为应有权利和义务、习惯权利和义务、法定权利和义务、现实权利和义务。

a. 应有权利是权利的初始形态，它是特定社会的人们基于一定的物质生活条件、政治传统和文化传统而产生出来的权利需要和权利要求，是主体认为或被承认应当享有的权利；

b. 习惯权利是人们在长期的社会生活过程中形成的或从先前的社会承传下来的，表现为群体性、重复性自由行动的一种权利，习惯权利也是法外权利；

c. 法定权利是通过实在法律明确规定或通过立法纲领、法律原则加以宣布的、以规范与观念形态存在的权利；

d. 现实权利，又称实有权利，是指主体实际享有并行使的权利。

②根据权利和义务所体现的社会内容的重要程度，可划分为基本权利和义务与普通权利和义务。

a. 基本权利和义务是人们在国家政治生活、经济生活、文化生活和社会生活中的根本权利和义务，是源于社会关系的本质，与主体的生存、发展、地位直接相关的，人生而应当有之的，不可剥夺、转让、规避、且为社会公认的，是“不证自明的权利和义务”；

b. 普通权利和义务即非基本的权利和义务，是人们在普通经济生活、文化生活和社会生活中的权利和义务，通常由宪法以外的法律或法规规定。

③根据权利和义务对人们的效力范围，可划分为一般权利和义务与特殊权利和义务。

a. 一般权利，又称对世权利，其特点是权利主体无特定的义务人与之相对，而以一般人（社会上的每个人）作为可能的义务人。一般义务，又称对世义务，其特点是无例外地适用于每个人；每个义务主体无特定的权利人与之相对。

b. 特殊权利，又称相对权利、对人权利或特定权利，其特点是权利主体有特定的义务人与之相对，权利主体可以要求义务人作出一定行为或抑制一定行为。特殊义务，又称对人义务或特定义务，其特点是义务主体有特定的权利主体与之相对，义务主体应当根据权利主体的合法要求作出一定行为，以其给付、协助等行为使特定权利主体的利益得以实现。

④根据权利之间、义务之间的因果关系，可划分为第一性权利和义务与第二性权利和义务。

a. 第一性权利，又称原有权利。第一性权利是直接由法律赋予的权利或由法律授权的主体依法通过其积极活动而创立的权利，第一性义务与第一性权利相对，是由法律直接规定的义务或由法律关系主体依法通过积极活动而设定的义务，其内容是不许侵害他人的权利，或适应权利主体的要求而作出一定行为的义务。

b. 第二性权利，又称补救权利或救济权利，补救权利是在原有权利受到侵害时产生的权利。第二性义务与第二性权利相对，其内容是违法行为发生后所应负的责任。

⑤根据权利主体依法实现其意志和利益的方式，可划分为行动权利和消极义务与接受权利和积极义务。

行动权使主体有资格做某事或以某种方式采取行动，接受权使主体有资格接受某事物或被以某种方式对待。与行动权和接受权对应的是消极义务和积极义务。消极义务的内容是不作为，积极义务的内容是作为。

⑥根据权利主体的不同划分为个体权利和义务、集体权利和义务、国家权利和义务、人类权利和义务。

a. 个体权利是自然人依法所享有的政治权利、经济权利、文化权利和社会权利，通常又称公民权利。个体义务是自然人依法承担的义务，其中包括对其他个体的义务，对集体的义务和对国家的义务。

b. 集体权利是社会团体、企事业单位、经济法人等集体所享有的各种权利，集体义务则是它们依法承担的义务。

c. 国家权利是国家作为法律关系的主体以国家或社会的名义所享有的各种权利，国家义务是国家依法承担的义务，保护公民的合法权益。

d. 人类权利是指人类作为一个整体或地球上的所有居民共同享有的权利，人类义务是指人类每个成员、每个群体、各个国家都应承担的义务。

⑦以权利主体为标准，还可以将权利和义务分为私权利和公权利两类。私权利通常是指以满足个人需要为目的的个人权利。公权利则是指以维护公益为目的的公共团体及其责任人在职务上的权利。

二、论述题（1、2 小题各 25 分，3、4 小各 30 分，共 110 分）

1. 结合我国的法律实践，论述法律责任的归责原则。

答：（1）法律责任是由特定法律事实所引起的对损害予以补偿、强制履行或接受惩罚的特殊义务，亦即由于违反第一性义务而引起的第二性义务。归责，即法律责任的归结，是指国家机关或其他社会组织根据法律规定，依照法定程序判断、认定、归结和执行法律责任的活动。

（2）认定和归结法律责任必须遵循一定的原则。归责原则在不同历史时期、不同国家存在差别。法律责任的认定与归结须以合法、公正为指导。根据我国法律的规定，适用法律来认定和归结法律责任一般应遵循以下原则：

①责任法定原则

责任法定原则是法治原则在归责问题上的具体运用，它的基本要求为：作为一种否定性的法律后果，法律责

任应当由法律规范预先规定；违法行为或违约行为发生后，应当按照事先规定的性质、范围、程度、期限、方式追究违法者、违约者或相关人的责任。责任法定原则的基本特点为法定性、合理性和明确性，即事先用成文的法律形式明确地规定法律责任，而且这种规定必须合理。它强调“罪刑法定”和“法不溯及既往”。

a. 责任法定原则否定和摒弃责任擅断、非法责罚等没有法律依据的行为，强调“罪刑法定主义”、“法无明文规定不为罪”、“法无明文规定不处罚”，无法律授权的任何国家机关和社会组织都不能向责任主体认定和归结法律责任，国家机关和社会组织都不能超越权限追究责任主体的法律责任，都无权向责任主体追究法律明文规定以外的责任，向公民、法人实施非法的责罚，任何责任主体都有权拒绝承担法律明文规定以外的责任，并有权在被非法责罚时要求国家赔偿。同时，责任法定原则也不允许法律的类推适用。

b. 责任法定原则还否定和摒弃对行为人不利的溯及既往，强调“法不溯及既往”，国家不能用今天的法律来要求人们昨天的行为，也不能用新法来制裁人们的根据旧法并不违法的先前的行为，不能以法有溯及既往的效力为由而扩大制裁面、加大制裁程度。

②因果联系原则

在认定和归结法律责任时，必须首先考虑因果关系，即引起与被引起关系，具体包括：a. 人的行为与损害结果或危害结果之间的因果联系，即人的某一行为是否引起了特定的物质性或非物质性损害结果或危害结果。b. 人的意志、心理、思想等主观因素与外部行为之间的因果联系，即导致损害结果或危害结果出现的违法行为或违约行为是否是由行为人内心主观意志支配外部客观行为的结果。

③责任与处罚相当原则

责任与处罚相当原则是公平观念在归责问题上的具体体现，其基本含义为法律责任的大小、处罚的轻重应与违法行为或违约行为的轻重相适应，做到“罪责均衡”、“罚当其罪”。责任与处罚相当原则是实现法律目的的需要，通过惩罚违法行为人和违约行为人，发挥法律责任的积极功能，教育违法、违约者和其他社会成员，从而有利于预防违法行为、违约行为的发生。

责任与处罚相当原则的内容具体包括以下几方面：a. 法律责任的性质与违法行为或违约行为的性质相适应。不同性质的违法行为或违约行为表明了不同的社会危害程度，因而决定了法律责任的性质和法律责任的大小，即不能用刑事法律责任来追究民事违法行为。b. 法律责任的种类和轻重与违法行为或违约行为的具体情节相适应。违法行为或违约行为的情节是指反映主客观方面的各种情状或深度，从而影响违法、违约的社会危害程度的各种事实情况。不同的情节反映了不同的社会危害程度，因而在法律责任的归结方面就应有所不同。c. 法律责任的轻重与种类与行为人的主观恶性相适应。行为人的主观方面的故意、过失，以及平时品行、事后态度等因素，对法律责任的具体归结有一定影响。国家机关和其他社会组织在认定和归结法律责任时，都应当兼顾三方面，全面衡量，不应偏废。

④责任自负原则

古代社会个体不独立，但现代社会每个人在法律上均具有独立的地位，因此在归责问题上要求遵循责任自负原则。凡是实施了违法行为或违约行为的人，应当对自己的违法行为或违约行为负责，必须独立承担法律责任；没有法律规定不能让没有违法行为或违约行为的人承担法律责任。当然，责任自负原则也不是绝对的，在某些特殊情况下，为了社会利益保护的需要，会产生责任的转移承担问题。

2. 试从法与道德的优劣长短出发，谈谈你对法治社会中法与道德两种调整机制结合的必要性以及怎样结合问题的认识。

答：法与道德的关系，是法与文化关系中的一项重要具体内容，在运用法律调整社会关系时，必须认真去对待和处理好这两者的关系。二者的关系是认识法与道德的优劣长短的关键。理解法与道德的联系和区别，是促使两者在社会调整中协同发挥作用的前提。

(1) 法与道德的联系

法是道德的政治支柱，道德是法的精神支柱。即法与道德有着十分密切的联系，包括纵的联系和横的联系。

①纵的联系

纵的联系，是指它们和其他社会现象间的共同关系。法和道德都是由社会物质生活条件所决定，都是为经济基础服务的。同时，它们又都受到一定阶级的政治和社会意识形态的直接影响，并为实现一定阶级的政治和社会意识形态服务。由此，法与统治阶级的道德的纵的联系决定着它们的社会阶级本质和服务方向必然是共同的，因而它们的基本原则和主要内容必然是一致的。

②横的联系

横的联系，是指它们之间的相互影响和相互作用。横的联系有三种情况：

a. 互相渗透。法贯穿着道德精神，它的许许多多的规范是根据道德原则或规范制定的。而道德的许多内容

又是从法律中汲取的。

b. 互相制约。道德通过对法的某些规定的公正性和公正程度的评价，促使法的改、废、立，使其符合统治阶级（或人民）的利益，保持法的伦理方向。法则通过立法和司法，促使某些道德规范的完善和道德的发展，制约不道德行为不得越出法律许可的范围。

c. 互相保障。既然法和道德的社会本质和服务方向是一致的，那么，凡是法所禁止和制裁的行为，也是（或应该是）道德所禁止和谴责的行为，凡是法所要求和鼓励的行为，也是（或应该是）道德所要培养和赞扬的行为。从实质上讲，凡是违反法的行为，同时也是或可能是违反道德的行为；凡是违反道德的行为，也是（或可能是）违反法的要求的行为，尽管不一定必须直接追究违反者的法律责任。

（2）法与道德的区别

①表现形式不同。法是以“国家意志”形式出现的，表现在政权机关所制定的宪法、法律、法规、决议、条例、指示等规范性文件中。道德则是以“社会意志”形式出现的，作为“社会意志”，它有多种多样的表现形式，如医务道德、政治道德、商业道德、社会舆论、社会公约等等，其主要的表现形式是社会舆论。

②违反的后果不同。违反法律将承担法律责任，受到法律明确规定的制裁。违反道德者通常受到社会舆论的轻蔑、批评、谴责，如果他是某一组织的成员，还可能同时受到所属组织或群体的处分。道德制裁是由社会直接实施的，而不需要像违反法律那样，经由什么特定的程序，并由特定的机构实施。

③调节人们行为的方式不同。法是通过为人们确定在社会生活中的权利和义务，通过建立法律关系来调节人们之间的关系。而道德则主要是通过为人们指出在社会生活中的义务，在人们中间建立起以义务为纽带的道德关系而调整人们之间的关系。从通过对正当利益的平等保护来调整社会关系的意义上，法律是以权利为本位的，而道德则是以义务为本位的。

④调整的对象不同。法调整的是人们的外部行为，即意志的外在表现。法律不追究那些形式上合乎法律要求，内心并没有接受它的人的法律责任。道德则同时要求人们的外部行为和内在动机都符合道德准则。它给人们提出并要求解决的不仅是举止行动，还包括动机和世界观问题，而且更注重后者。即它要求不仅是行为和结果的善，而更要求行为动机的善。

⑤规范体系的结构不同。法律规范体系，从横向看，是由宪法、行政法、民商法、刑法、诉讼法、等并列的法律部门组成的；从纵向看，是由不同效力层次的规范构成。从纵横交叉看，是由各种法律制度（政治法律制度、经济法律制度、文化法律制度、审判法律制度等）有机地联结在一起的。而道德规范体系则是由个别的道德规范直接组成的，其规范体系有机组合和体系的严密程度，均无法与法律相比。因此，法律有巨大的组织功能，而道德在这方面只能当配角。

（3）法与道德结合的必要性

法出自国家，具有肯定性、普遍性、完整性、国家强制性等特点，即法不仅能够调整个人行为，把单个人的行为纳入一定秩序范围，而且首先具有调整重大社会关系，使社会秩序合法化、固定化的功能；法不仅能够调整社会成员的普通社会关系，而且能够担负巨大的政治组织工作和经济组织工作任务，是实现国家职能，完成国家历史任务的最重要的、经常的、不可缺少的手段。法较之道德必然起着主导作用。在存在着阶级斗争，道德价值体系对立，需要国家和法的社会历史阶段，法不能不居于主导地位。因此，必须大力开展立法工作，完备社会主义法律，加强执法和司法，广泛进行法制宣传教育。在这个意义上，党中央提出“依法治国，建设社会主义法治国家”的方针，是有政治远见的，是符合马克思主义基本原理的。但法不是万能的，保障法律实施的强制手段也不是万能的。社会主义法有其固有的局限和短处，需要由道德辅佐或补充。我们要充分利用法和道德两种调整机制，来促进和谐社会的形成。

3. 试结合我国改革的实际，谈谈你对政治文明的有机构成及其与法制国家（或法治社会）关系的认识。

答：（1）政治文明的有机构成

政治文明是人类政治生活的进步状态，是人类创造的政治成果的总和，是人类政治智慧的结晶。它是由政治意识文明、政治制度文明和政治行为文明构成的有机整体。其中政治意识文明是政治文明的精神支柱，政治制度文明是政治文明的规范要求，政治行为文明是政治文明的外在表现。

①政治意识是社会政治生活中的观念形态。它包括政治意识形态、政治心理、政治思想和政治道德等。政治意识文明就是上述政治意识不同层面的进步状态，包括公平、公正、正义、理性、权利、义务、责任、自由、自主、平等、博爱、民主、法治等一系列的政治理念。“使每个人的生活达到最优”、“使每个人都能获得最大的利益”等进步的理念是政治意识文明的生动体现。

②政治制度是社会政治生活中的制度形态，是人类社会中所形成的适合社会政治发展的组织体系和办事规程。政治制度文明是人类文明成果的重要方面，突出体现在社会组织管理方面的发展进步。如国家代替氏族组织、

选举制代替世袭制、任期制代替终身制、分权制取代集权制、民主制取代专制、法治制取代人治等，都反映出社会政治制度的进步。政治制度文明的精华所在就在于“有衡”，即不同权力之间的相互制衡和不同利益之间的相互均衡，制衡是为了防止权力的滥用，均衡是为了防止无谓的利益冲突。

③政治行为是人们涉及政治生活的各种活动，政治行为具有多样性，包括政治参与活动、政治管理、政治统治和政治斗争等。政治行为文明是指文明的政治行为，其标准是合理、合法、和平、理性、公开、公平、公正等。政治文明行为之精髓是“有序”，而政治行为必须符合一定的程序和规范。当然，这里的“有序”并不是以排斥自由为代价的，秩序因内含自由而不乏活力，自由因遵循秩序而充满生机，这是政治行为文明的最高境界。总之，政治文明属于整个社会文明的范畴，它既是人类文明系统的重要组成部分，也是人类文明发展的重要标志，它在很大程度上反映了整个社会和国家的文明水平。

(2) 政治文明与法治国家的关系

党的十六大报告首次提出了“社会主义政治文明”的概念。社会主义政治文明是以往人类政治文明的新发展。它既继承着人类政治文明的成果，又是对以往人类政治文明的超越。社会主义政治文明是新型的、绝大多数人享受的民主的政治文明，与剥削阶级统治的社会的政治文明有着本质的区别，并且有着它的自身的特点。

①党的领导，人民当家作主和依法治国的统一性既是我国社会主义民主政治的根本特点，也是我国政治文明的根本特点。中国共产党的领导是人民当家作主和依法治国的根本保证。中国共产党的领导是中国特色社会主义政治文明具有决定意义的特点，中国共产党在中国的领导地位是由党的性质决定的，是历史上形成的，是中国人民的必然选择。共产党执政就是领导和支持人民当家作主。

②党对国家的领导是通过宪法和法律来实现的，宪法和法律是党的主张和人民意志相统一的体现，是治理国家的强大武器。党的领导还体现在依法治国的全过程中，即立法、执法和司法。

③人民当家作主是社会主义民主政治的本质要求。也是社会主义政治文明的本质特点。人民在党的领导下当家作主是中国特色社会主义事业的政治优势。人民当家作主是党全心全意为人民服务的宗旨在政治建设的体现。实行依法治国，人民群众是主体。依法治国就是人民治国，依法治国的根本目的也是维护人民当家作主的地位，切实保证人民群众充分行使民主权利。依法治国是党领导人民治理国家的基本方略。依法治国就是广大人民群众在党的领导下，依照宪法和法律规定，通过各种途径和形式管理国家事务，管理经济和文化事业，管理社会事务，保证国家各项工作都依法进行，逐步实现社会主义民主的制度化、法律化。

④坚持依法治国的基本方略是我国社会主义政治文明的显著特点。实行依法治国必须坚持党的领导，必须保证人民群众充分行使民主权利。总之，党的领导、人民当家作主和依法治国统一于建设中国特色社会主义民主政治的伟大实践之中，这是一个有机的整体。

(3) 建设社会主义政治文明

建设社会主义政治文明是一项非常宏伟巨大的系统工程，它涉及到政治观念、政治制度、政治过程等政治领域方方面面的转型和创新。依法治国是建设社会主义政治文明的重要组成部分。建设社会主义政治文明，将推动中国从形式法治到实质法治的根本性转变。一般认为，法治包含两层意义，即形式意义的法治和实质意义的法治。形式意义的法治，强调依法治理，依法而治。若从这个意义考察，则古今中外的一切国家，多多少少都可以说是实行法治的国家。封建君主专制的国家和法西斯独裁国家，未尝不可称为法治国家。这些国家，都利用了法律来进行统治。不过它们的法律，乃系于君主或独裁者一己的意志，被统治的人民无权加以过问而已。实质意义的法治，则不仅仅是依法治理、依法而治，更主要的，它是建立在民主基础之上的法治国家。“法治如不建筑于民主政治之上，则所谓法治云云，定不免成为少数人弄权营私、欺世盗名的工具。惟有在民主政治的保证之下，法治才能成为真正于人民有利的一种制度。也只有在民主政治的保证之下，法治才更求充分彻底的实施。”法治和民主作为现代政治文明的两项核心标志，二者相互依存，不可分割。民主需要法治，因为没有法治，民主就不能巩固；但法治更需要民主，因为没有民主，法治就要落空。建设社会主义政治文明，就是要建立民主与法治相统一的国家，即实质意义的法治国家。全面落实依法治国基本方略，不仅意味着法律制度将得到全面的遵守，而且意味着法律原则、法律精神、法律价值等法的“内核”将得到全面的体现。这正是从形式法治转向实质法治的根本要求。

总之，建设社会主义政治文明的提出，将对依法治国基本方略的全面落实产生重大而深远的影响，将使法治运行的各个方面、各个环节进一步向政治文明的方向发展，即向理性、科学、民主的方向发展。

4. 对比各国主要立法体制类型之特点，论述我国的立法体制及其完善思路。

答：(1) 立法体制及其构成要素

立法体制是一国立法制度最重要的组成部分。立法体制是关于立法权限、立法权运行和立法权载体诸方面的体系和制度所构成的有机整体。其核心是有关立法权限的体系和制度。

①立法权限的体系和制度。包括立法权的归属、性质、种类、构成、范围、限制，各种立法权之间的关系，立法权在国家权力体系中的地位和作用，立法权和其他国家权力的关系等方面的体系和制度。

②立法权的运行体系和制度。包括立法权的运行原则、运行过程、运行方式等方面的体系和制度。其内容除包括通常所说的立法程序的内容外，还包括行使立法权的国家机关在提案前和公布后的所有立法活动中应遵循的法定步骤，以及立法主体或参与立法的其他主体在立法活动中应遵循的步骤。

③立法权的载体体系和制度。主要包括行使立法权的立法主体或机构的建置、组织原则、活动形式等方面的体系和制度，还包括上述国家机关中受命完成立法任务的工作机构和其他不行使立法权但参与立法活动的工作机构的体系和制度。

(2) 立法体制类型

当今世界立法体制，主要有单一的、复合的、制衡的立法体制。

①单一立法体制主要是指立法权由一个国家机关行使的立法体制，包括单一的一级立法体制和单一的两级立法体制。

②立法权由两个或两个以上的国家机关共同行使的立法体制称为复合立法体制。实行这种立法体制的国家一般是单一制国家。由于这些国家的立法权由两个以上的中央国家机关行使，它们的立法体制实际上是复合的一级立法体制。

③制衡立法体制则是建立在立法、行政、司法三权既相互独立又相互制约的原则基础上的立法体制。实行这种体制的国家，立法职能原则上属于议会，但行政机关首脑如作为国家元首的总统，有权对议会的立法活动施以重大影响，甚至直接参与行使立法权。在许多实行制衡立法体制的国家，司法机关也对立法起制衡作用，这些国家的宪法法院或高级法院有权通过审判，宣布议会立法违宪因而无效。

④还存在其他一些特殊的立法体制，这些立法体制都是特殊国情的产物。中国现行立法体制也是特殊的立法体制。

(3) 我国现行的立法体制

中国现行立法体制是特色甚浓的立法体制。从立法权限划分的角度看，它是中央统一领导和一定程度分权的，多级并存、多类结合的立法权限划分体制。最高国家权力机关及其常设机关统一领导，国务院行使相当大的权力，地方行使一定权力，是其突出的特征。

①我国现行立法体制的特点

a. 实行中央统一领导和一定程度分权，一指最重要的国家立法权即立宪权和立法律权属于中央，并在整个立法体制中处于领导地位。国家立法权只能由全国人大及其常委会行使，地方和其他任何方面都没有这个权。行政法规，地方性法规不得同宪法、法律相抵触。虽然自治法规可以有同宪法、法律不完全一致的例外规定，但制定自治法规作为一种自治权必须依照宪法、民族区域自治法和立法法所规定的权限行使，并须经批准或备案。这就确保了国家立法权对自治法规制定权的领导地位。二指国家的整个立法权，由中央和地方多方面的主体行使。这是中国现行立法体制最深刻的进步或变化。

b. 多级（多层次）并存，指全国人大及其常委会制定国家法律，国务院及其所属部门分别制定行政法规和部门规章，一般地方制定地方性法规和地方政府规章。全国人大及其常委会、国务院及其所属部门、一般地方的有关国家权力机关和政府，在立法上以及在它们所立规范性法律文件的效力上有级别之差，这些不同级别的立法和规范性法律文件并存于中国现行立法体制中。

c. 多类结合，指上述立法及其所产生的规范性法律文件，同民族自治地方的立法及其所制定的自治法规，以及经济特区和特别行政区的立法及其所制定的规范性法律文件，在类别上有差别。之所以要在多级的提法之外，又使用“多类”的提法，主要因为自治法规（自治条例、单行条例）和特别行政区的法律既是地方规范性法律文件，又在立法依据、权限范围和表现形式等方面不同于地方性法规和地方政府规章，在立法上把它们划入同等级别未必妥当。

②我国立法体制存在的问题

我国现行立法体制存在的主要问题有：

a. 立法整体较粗糙，为当事人考虑的少，为管理者考虑的多，容易侵犯当事人权力。

b. 立法权限难以划分。

c. 重复立法造成资源浪费。

d. 冲突的国内规范造成“立法打架”。

e. 立法效力似是而非，特别是行政法规和部门规章的效力等级模糊不清。

f. 立法程序不规范，提案的主体比较多，立法审议中辩论环节不充分，还没有形成一部立法程序法来统一规范立法程序。

③完善立法体制的思路

a. 应该充分考虑到我国的立法原则，即遵循实事求是，从实际出发的科学原则；遵循从最大多数人的最大利益出发，立足全局，统筹兼顾原则；遵循法制统一原则；坚持总结实践经验和科学预见、超前立法相结合原则；坚持原则性与灵活性相结合的原则。

b. 减少立法层次，取消市及市以下层次较低的地方立法权限，保留中央和省级的立法权限。

c. 地方立法实行核准制，发现与上位法冲突或于上位法重复的则不予通过。

d. 明确法的渊源的效力。

e. 强化法规、规章的备案审查制度。

f. 完善立法程序。

2006 年中南财经政法大学 416 法学基础理论考研真题及详解

中南财经政法大学
2006 年硕士研究生入学考试试题

专业：法学理论专业
方向：法理学法社会学立法学比较法学
考试科目：法学基础理论
科目代码：416

注：所以试题答案均须写清序号做在答题纸上，凡在试题纸上答题，答案一律无效

一、辨析题(每题 10 分，共 80 分)

1. 习惯与习惯法
2. 法律部门与部门法
3. 公民与法人
4. 法律责任与法律义务
5. 行政赔偿与司法赔偿
6. 立法体制与司法体制
7. 时效免责与不诉免责
8. 法律继承与法律移植

二、简答题(每题 10 分，共 50 分)

1. 简述法律责任本质的“规范责任说”。
2. 简述执法合理性原则。
3. 简述法的自由价值。
4. 简述法律传统向现代转型的内在必然性。
5. 简述法的对象效力的折衷原则。

三、分析论述题

结合实际，论证法律程序之于公民权利的价值或意义。

参考答案

中南财经政法大学
2006 年硕士研究生入学考试试题

专业：法学理论专业
方向：法理学法社会学立法学比较法学
考试科目：法学基础理论
科目代码：416

注：所以试题答案均须写清序号做在答题纸上，凡在试题纸上答题，答案一律无效

一、辨析题(每题 10 分，共 80 分)

1. 习惯与习惯法

答：(1) 习惯是人们在长期共同劳动和生活过程中自发形成的、世代沿袭并变成人们内在需要的行为模式。依习惯行事，是无所谓权利和义务的。有的社会规范(如党章、团章、工会章程等)虽然也规定其成员的某种权利和义务，但在内容、范围和保证实施的方式等方面，与法律上的权利和义务有很大区别。

(2) 习惯法是独立于国家制定法之外，依据某种社会权威和社会组织，具有一定强制性的行为规范的总和。

在现代法律体系中，习惯法的作用大大减弱了，但习惯法仍然在一个国家的法律体系中扮演着不可或缺的角色。

2. 法律部门与部门法

答：“法律部门”又称“部门法”，是指根据一定的标准和原则，按照法律规范自身的不同性质、调整社会关系的不同领域和不同方法等所划分的同类法律规范的总和。法律部门是法律体系的基本组成要素，各个不同的法律部门的有机组合，便成为一国的法律体系。部门法又称部门法律，是指除宪法以外的，在宪法统率之下的，各个具体方面法律的类别。

3. 公民与法人

答：（1）公民与法人

①公民指具有一个国家的国籍，根据该国的法律规范享有权利和承担义务的自然人。公民作为一个法律概念，是和民主政治紧密相连的。

②法人是具有民事权利能力和民事行为能力，依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。即法人是具有民事权利主体资格的社会组织。

（2）公民与法人的区别

①公民的民事权利能力始于出生，终于死亡，而法人的民事权利能力则从法人成立时起发生，至法人撤销或解散时消灭；

②法人不享有与公民的人身不可分离的权利，专属公民的某些权利，如结婚、收养等，法人不可能享有。法人作为社会组织，因其权利能力出自法律拟制，故其民事权利能力受到较大的限制；

③公民的民事权利能力是平等、普遍和一致的，而法人的民事权利能力则因法人各自经营范围的不同而分别受到法律和自己章程的限制，因而各个法人的民事权利能力都有一定的局限性，并且相互间呈现出差异。

4. 法律责任与法律义务

答：（1）法律责任与法律义务

①法律责任是由特定法律事实所引起的对损害予以补偿、强制履行或接受惩罚的特殊义务，亦即由于违反第一性义务而引起的第二性义务。通常把法律责任分成广义法律责任和狭义法律责任两类。广义的法律责任是指一般意义上的法律义务，狭义的法律责任则是由违法行为所引起的不利法律后果。

②法律义务是设定或隐含在法律规范中、实现于法律关系中的，主体以相对抑制的作为或不作为的方式保障权利主体获得利益的一种约束手段。

（2）法律责任与法律义务的关系

法律责任以法律义务的存在为前提。要先有义务，然后才谈得上责任。无义务，即无责任。虽有义务存在，如果义务人能正确履行义务，也不发生责任。即法律责任为违反法律义务的当事人应承担的法律后果。

5. 行政赔偿与司法赔偿

答：（1）行政赔偿与司法赔偿

①行政赔偿，是指国家因行政主体及其工作人员行使职权造成相对人受损害，而给予受害人赔偿的一种责任方式，主要为因违法行政行为侵犯人身权的赔偿、因违法行政行为侵犯财产权的赔偿。此外，因征用土地等合法行政行为而造成相对人损害的行政补救也属于行政赔偿。

②司法赔偿，是指国家因司法机关及其工作人员行使职权造成当事人受损害，而给予受害人赔偿的一种责任方式，包括刑事赔偿和非刑事司法赔偿。由于认定事实、适用法律的错误，致使当事人受到损害的，国家要给予相应的赔偿。

（2）行政赔偿与司法赔偿的关系

行政赔偿与司法赔偿都属于国家赔偿，许多方面是一致的，如赔偿损害的范围、计算标准、赔偿主体等，但两者之间也存在许多区别，表现在：①实施侵权行为的主体不同；②实施侵权行为的时间不同；③追偿的条件不同；④程序不同。

6. 立法体制与司法体制

答：（1）立法体制是一国立法制度最重要的组成部分。立法体制是关于立法权限、立法权运行和立法权载体诸方面的体系和制度所构成的有机整体，其核心是有关立法权限的体系和制度。立法体制由三要素构成：①立法权限的体系和制度；②立法权的运行体系和制度；③立法权的载体体系和制度。

(2) 司法体系又称“司法体制”或“司法系统”，是指由国家宪法所规定的享有国家司法权依法处理案件的专门组织机构即司法主体所构成的体系。不同的国家和不同的政治体制，有不同的司法体系。在西方实行“三权分立”制度的国家，司法体系一般是指法院体系，至于检察机关，则隶属于行政机关。在大陆法系国家，检察机关往往附设于法院，国家不单独设立检察机关；在英美法系国家，检察机关通常由国家单独设立，独立于法院系统。

7. 时效免责与不诉免责

答：(1) 时效免责，是指违法者在其违法行为发生一定期限后不再承担强制性法律责任。时效免责初看起来是不公正的，但实际上它对于保障当事人的合法权利，督促法律关系的主体及时行使权利、结清债务，维护社会秩序的稳定，以及提高法院的工作效率和质量，有着重要的意义。

(2) 不诉免责，是指“告诉才处理”、“不告不理”。在我国，不仅大多数民事违法行为是受害人或有关人告诉才处理，而且有些轻微的刑事违法行为也是不告不理。不告不理意味着当事人不告，国家就不会把法律责任归结于违法者，亦即意味着违法者实际上被免除了法律责任。作为免责形式的“不告诉”必须是出于被害人及其代理人的自由意志。如果“不告诉”之不作为是在某种压力或强制环境下作出的，则不构成免除有责主体的法律责任的条件和依据。

8. 法律继承与法律移植

答：(1) 法律继承，是指不同历史类型的法律制度之间的延续、相继、继受，一般表现为旧法律制度（原有法）对新法律制度（现行法）的影响和新法律制度对旧法律制度的承接和继受。

(2) “法律移植”，即是现成的可用来表征同时代（共时性）的国家间相互引进和吸收法律这种实践的术语。

二、简答题(每题 10 分，共 50 分)

1. 简述法律责任本质的“规范责任说”。

答：(1) 规范责任论认为，法体现了社会的价值观念，是指引和评价人的行为的规范。对符合规范的行为持肯定（赞许）的态度，对违反规范的行为持否定（不赞许）的态度。否定的态度体现在法律责任的认定和归结中，这种责任就是法律规范和更根本的价值准则评价的结果。因此，行为的规范评价是法律责任的本质。相对道义责任论和社会责任论而言，规范责任论更加全面地对法律责任的本质进行揭示，它强调了法律责任与体现一定价值标准的法律规范有直接联系。

(2) 由于法律在评价行为时，不能排除对行为的主观因素和社会环境的考虑。规范责任论从研究法律责任的形式特征入手，有可能把法律评价、主观因素和社会环境三者较好地统一起来，然而，西方非马克思主义法学家所提出的规范责任论，既不能充分地理解社会生活中客观规律性与主观能动性的辩证关系，也不可能充分注意到阶级社会中阶级利益冲突和阶级斗争对法律评价标准的深刻影响。

(3) 法律责任的本质属性，主要体现在以下三个方面：

- ① 法律责任是居于统治地位的阶级或社会集团运用法律标准对行为给予的否定性评价；
- ② 法律责任是自由意志支配下的行为所引起的合乎逻辑的不利法律后果；
- ③ 法律责任也是社会为了维护自身的生存条件而强制性地分配给某些社会成员的一种负担。

2. 简述执法合理性原则。

答：(1) 执法的合理性原则的定义

执法的合理性原则是指执法主体在执法活动中，特别在行使自由裁量权进行行政管理时，必须做到适当、合理、公正，即符合法律的基本精神和目的，具有客观、充分的事实依据和法律依据，与社会生活常理相一致。

(2) 执法的合理性原则的要求

① 执法遵循合理原则还要恰当的处理“合理”与“合法”的关系，在某一法律规范已不适合社会实际情况，但国家又没明令废止时，行政执法机关可根据法律精神，依照法定程序进行一定变通以适应社会需要。

② 执法合理性原则是在合法性原则的层面上，提出了更高的要求——合法公正。

(3) 行政执法的合理性原则

行政执法的合理性原则是指对于行政执法机关可以自由裁量的行为，必须依法恰当、公正地处理。自由裁量的行政执法行为是指法律规范不对执法行为进行详细的规定，而是在一定幅度和范围内给予执法者选择的余地。因此，行政执法机关或人员根据违法者的情节、手段在一定幅度和范围内具体确定时，应当恰当、公正。恰当就是使所受的处理与所实施的违法行为的情节相适应，轻重有度。公正就是处理具有同一违法行为、同样或类似情

节的不同对象时，应当公正，体现法律面前人人平等的社会主义法制原则。

3. 简述法的自由价值。

答：自由是人类及每一个人所追求的重要价值目标之一。在人类所追求的诸种价值目标当中，自由与人的主体性关联最为紧密。即人的主体性由自由来体现，没有自由即没有主体。法律是调整社会活动主体间相互关系的规范体系，要保证主体的地位及活动，就要保证自由。

(1) 法学（或法律）上自由的含义在于：自由是法律上的权利，其边界就是不能从事法律所禁止的行为。

在人类追求自由的过程中，在人类从必然王国向自由王国的发展进程中，自由的享有一直都与社会规则相关，这些规则包括禁忌、习惯、道德、教规、法律等。在法律作为社会管理主要规则的情况下，法律与自由的联系则更紧密，更有特别意义。

(2) 自由需要法律的确认和保障：

- ①自由需要法律排除人们之间的相互强制与侵害；
- ②自由需要法律排除主体自身对自由的滥用；
- ③自由实现的条件需要法律确认和保障；

(3) 法律保障自由的一般方式，主要包括：

- ①以权利义务方式设定自由的范围以及实现方式；
- ②将责任与自由联结；
- ③设置国家权力及正当程序以提供救济。

(4) 对于法律确认和保障自由的原则，其所包含的应当有以下几项，即：每个人自由并存原则、消极自由之保障（非干预）原则、积极自由之保障（有限干预）原则、公益干预原则。

4. 简述法律传统向现代转型的内在必然性。

答：在当代中国，法律演进和法律发展与法制现代化是等值的概念，法制现代化意味着法制从传统到现代的转型。这样一个转型没有改革的推动是绝不可能成功的。

(1) 在历史上，有所作为的政治家和社会活动家不仅十分重视法律的常规性的立、改、废活动，而且十分重视法制改革或“变法”。

①我国战国时期商鞅在秦国进行的法制改革，汉初文、景二帝领导的法制改革，唐初李世民对法制的改革，都富有历史意义地推动了封建法律制度的发展，适应了当时的社会状况和需要，在极大的程度上和广泛的范围内保证了当时的社会稳定和发展。

②在外国历史上，日本的明治维新和英国 19 世纪的司法制度改革都加速了各自国家的法制现代化进程，从而适应了迅速变化的社会结构和社会需要；今天我们要推进法制现代化，同样需要“变法”。

(2) 社会转型，是指社会的基本社会结构、经济结构、政治结构、生活方式等的全面变革。

①从历史事实来看，西方发达国家的社会转型基本上是自然而然地“自然演进”的，而包括中国在内的后发展中国家的社会转型则不能不是由国家或政府主动加以推进的。

②社会转型必然带来各种各样的社会矛盾与社会冲突，这些社会矛盾和社会冲突的实质则是各个社会主体的利益矛盾与利益冲突。作为利益调整的最权威手段和方法，法律必然成为这类社会矛盾和社会冲突的根本性的制度化解决方式，法律也因此而为社会转型提供了有效而权威的保障，同时也成为对社会转型进程的观念与制度引导。

5. 简述法的对象效力的折衷原则。

答：法的对象效力，是指法的适用对象有哪些，对什么样的人和组织有效。各国法的对象效力颇有差异，所实行的原则大体有四种：第一，属人原则；第二，属地原则；第三，保护原则；第四，综合或折衷原则，即以上三种原则的结合而以属地原则为基础的综合原则。

(1) 折衷原则的含义

- ①一国领域内的人和组织，无论是本国的还是外国的，一般适用该国的法；
- ②外国人和组织以适用居住国的法为原则，但有关公民义务、婚姻、家庭、继承、特殊犯罪等，仍适用其本国的法；
- ③依据国际条约和惯例，享有外交特权的人，则适用其本国的法。当今世界绝大多数国家都采用这种原则。

(2) 折衷原则在我国的内容

中国也实行综合原则。这一原则在对中国公民、组织和对外国人、组织以及无国籍人的适用上，各有确定的

内容:

①中国公民、法人和其他组织在中国领域内一律适用中国法;在国外仍受,中国法的保护并履行中国法定义务,同时也遵守所在国的法。当两国法对同一事项规定不一致时,既要维护中国主权,又要尊重他国主权,按国际条约或惯例处理。中国刑法、民法和其他有关规范性法律文件,对中国公民、法人在国外的法的适用问题,有若干规定。

②中国法对外国人和无国籍人的适用,包括两种情况:

a. 在中国领域内的外国人,如果是享有外交特权和豁免权或法有另外规定的,一般不适用中国法。这些人主要包括驻中国的外国使节、来访的国家元首和国家政要,以及这些人的配偶、未成年的子女。其他外国人除法律另有规定的外,一般适用中国法。

b. 在中国领域外的外国人和无国籍人对中国或中国公民、法人以及其他组织犯罪的,按中国刑法规定的最低刑为3年以上有期徒刑的,可适用中国刑法规定,但按犯罪地的法不受处罚的除外。在民事和商事方面,中国法在中国领域外的适用问题,按中国法或国际私法有关冲突规范来办理。

三、分析论述题

结合实际,论证法律程序之于公民权利的价值或意义。

答:(1)法律程序及其特点

法律程序是对法律行为而言的。法律程序通过对法律行为的作用,从而实现对人们的实体权利和义务的分配,影响人们权利和义务的实际享有和承担。法律程序有三个特点:①法律程序是针对特定的行为而作出要求的;②法律程序是由时间要求和空间要求构成的,即法律程序是以法定时间和法定空间方式作为基本要素的;③法律程序具有形式性。

(2)法律程序对法律行为的调整方式有以下五个方面:

①抑制。通过程序的时间、空间要素来克服和防止法律行为的随意性和随机性。

②导向。通过程序的时空要素来指引人们的法律行为按照一定的指向和标准在时间上得以延续,在空间上得以进行。

③缓解。通过法律程序的时空要素来缓解人们原先的行为与心理冲突,消除紧张气氛,为解纷行为提供有条不紊的秩序条件。

④分工。法律程序通过时空要素实现程序角色的分配。

⑤感染。法律程序能使行为主体对程序所造成的某种心理状态的无意识的服从。

(2)法律程序对于公民权利的价值

公民权利的行使和保障与国家密不可分,而法律程序可以规范国家行为,从而充分保障和维护公民权利。

①正当的法律程序是权利平等的前提。法律适用就是对抽象规则与具体行为的认同过程,这个认同过程的高度“同一性”有赖于法律程序的保证。倘若没有统一的步骤和方法,没有时间与空间上的向导,就难以实现“同一性”,因而平等适用法律也就无从谈起。

②正当的法律程序是权力制衡的机制。法治社会的国家权力应当受到法律的严格约束,而法律程序是其中的不可或缺的一种约束机制。正当的程序通过抑制、分工等功能对权力进行制衡。权力的扩张性经常会触动公民权利,约束好权力是公民权利保障的途径之一。

③正当的法律程序是解决纠纷效率的保证。正当合理的法律程序总是能够使纠纷及时、有效、公正、合理地得以解决。

④正当的法律程序是权利实现的手段。首先,法律程序是权利义务实现的合法方式或必要条件;正当的程序能促使权利被实际享受,义务得到切实履行。其次,法律程序通过对权力的约束和控制来保障人权;正当程序是以权力制约和权利本位为特征的,通过权力制约来实现实体权利。此外,法律程序是纠纷的解决的重要途径。正当程序对于权利又是一种有效的重要的补救手段。

⑤正当的法律程序是法律权威的保障。正当程序的意义就在于通过法律执行的各种程序过程使人们体会到法的公正与尊严。只有法律得到了遵守,权利才不至处于风雨飘摇的地位。

2005 年中南财经政法大学 427 法学基础理论考研真题及详解

中南财经政法大学

2005 年招收攻读硕士学位研究生入学考试试题 A 卷

专业：法学理论

考试科目：法学基础理论方向：法理学、法社会学、立法学、比较法学

科目代码：427

注：所有试题答案均须写清试题序号并做在答题纸上，凡在试题纸上答题，答案一律无效。

一、辨析题(每题 8 分，共计 80 分)

1. 法律现象与法律事实
2. 制定法与判例法
3. 法律部门与法律制度
4. 法的执行与法的适用
5. 法律程序与程序法
6. 公法与私法
7. 大陆法系与英美法系
8. 法的历史类型与法系
9. 对世权利与对人权利
10. 法律编纂与法律汇编

二、简述题(每题 10 分，共计 50 分)

1. 试述法律规则逻辑结构的“三要素说”与“二要素说”
2. 试述法律起源的一般规律
3. 试述权利不得滥用原则
4. 试述法律传统及其价值
5. 试述法律关系的意志性属性

三、分析论证题(20 分)

法律为什么必须被信仰?试分析论证。

参考答案

中南财经政法大学

2005 年招收攻读硕士学位研究生入学考试试题 A 卷

专业：法学理论

考试科目：法学基础理论方向：法理学、法社会学、立法学、比较法学

科目代码：427

注：所有试题答案均须写清试题序号并做在答题纸上，凡在试题纸上答题，答案一律无效。

一、辨析题(每题 8 分，共计 80 分)

1. 法律现象与法律事实

答：(1) 法律现象，是指能够经验的、凭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。法律事实，是指法律规范所规定的、能够引起法律关系产生、变更和消灭的客观情况或现象。

(2) 二者的区别在于：①法律现象是个相对独立的范畴，有自己独立的研究领域、研究思路与研究意义；②法律现象是个整体的结构的范畴，法律现象的意义存在于其内部各要素之间的关系，即结构之中；③法律现象

单独的法的要素仍是有意义的，它的意义可以通过与同类要素的对比方式来认识，但不应把法律现象的某一个别要素与法律现象相等同，更不能把法律现象及其要素视为静止不动的。

2. 制定法与判例法

答：(1) 制定法又称成文法，是指有立法权或立法性职权的国家机关制定或认可的以规范化的成文形式出现的规范性法律文件。判例法属于不成文法范畴，但判例法是有文字表现形式的，它是法院通过判决所创制的法，是指一个判决中所含有的法律原则或规则对其他法院（包括本法院）以后的审判具有作为一种前例性的说服力或约束力。

(2) 二者都是法的渊源，主要区别在于：①表现形式不同，判例法它没有一般制定法的规范化成文形式。②立法机构不同，判例法的来源不是专门的立法机构，而是法官对案件的审理结果，它不是立法者创造的，而是司法者创造的。而制定法是由特定的立法机构经过法定程序制定的。

3. 法律部门与法律制度

答：(1) 法律部门，又可称为部门法，是指根据一定的标准和原则，按照法律规范自身的不同性质、调整社会关系的不同领域和不同方法等所划分的同类法律规范的总和。法律部门是法律体系的基本组成要素，各个不同的法律部门的有机组合，便成为一国的法律体系。

(2) 每个法律部门又可以划分为若干个子部门。这些子部门是法律部门的进一步细化和具体化，在法律部门中具有相对的独立性。子部门是由调整包含在法律部门大范围中的一些特殊种类的法律制度和法律规范构成，它同法律部门是一种“种属关系”。法律部门和子部门的构成要素是法律制度及其相应的法律规范。但是，法律制度和法律规范有可能横跨多个法律部门。即同一法律制度可能由几个法律部门中具有相同或相近调整属性的法律规范所组成。

4. 法的执行与法的适用

答：(1) 法的执行，又称执法。广义的执法是指一切执行法律、适用法律的活动，包括国家行政机关、司法机关和法律授权、委托的组织及其公职人员，依照法定职权和程序，贯彻实施法律的活动。狭义的执法仅指国家行政机关和法律授权、委托的组织及其公职人员在行使行政管理权的过程中，依照法定职权和程序，贯彻实施法律的活动，即行政执法。

(2) 法的适用又称司法，司法是指国家司法机关依据法定职权和法定程序，具体应用法律处理案件的专门活动。司法是与立法和行政相对应的概念。司法也是法的实施的一项重要方式，但它不同于立法与执法，有自身的特点：①专属性；②程序性；③专业性；④权威性。

5. 法律程序与程序法

答：(1) 程序就其本体而言是这样一种普遍形态：人们遵循法定的时限和时序并按照法定的方式和关系进行法律行为。在这个意义上，法律程序有以下特点：①法律程序是针对特定的行为而作出要求的；②法律程序是以法定时间和法定空间方式作为基本要素的；③法律程序具有形式性。

(2) 程序法是正确实施实体法的保障，审判活动则是实体法和程序法的综合运用。作为实体法的对称，不能简单地把程序法与诉讼法或者审判法相等同，因为程序法是一个大概念，既包括行政程序法、立法程序法和选举规则、议事规则等非诉讼程序法，也包括行政诉讼法、刑事诉讼法、民事诉讼法等。

6. 公法与私法

答：(1) 公法和私法的划分主要存在于民法法系，是民法法系划分部门法的基础。公法和私法的划分源自古罗马。划分的标准按最先提出公法和私法划分学说的罗马法学家乌尔比安的观点，在于法所保护的利益是国家公益还是私人利益。

(2) 公法以研究公权力、公权力配置、公法关系和公法责任为主要内容。狭义公法是指调配公权力内部或公权力之间的关系的法律规范。广义的公法是指调配公权力之间，以及调节公权力与私权利之间关系的法律规范。私法，相对于公法，一般而言指的是规范私权关系、保护私人利益的法律。公法一般包括宪法、行政法、刑法和程序法。私法在民法法系国家一般划分为民法和商法两大部门。在民法法系，婚姻家庭方面的法也属于民法。

7. 大陆法系与英美法系

答：(1) 大陆法系，又称罗马-日耳曼法系、民法法系、法典法系等，是指以古罗马法为基础，以 1804 年

公布实施的《法国民法典》和 1896 年制定的《德国民法典》为代表的法律，以及在其法律传统的影响下而仿照它们而制定的各国法律体系的总称。英美法系，又称英国法系、普通法系、判例法法系，指以中世纪以来至今的英国普通法为基础的，以及在其法律传统的影响下所形成的各个国家与地区的法律的总称。

(2) 大陆法系和英美法系在法的本质上是相同的，在法的历史类型上都属于资本主义法律，其根本指导思想和基本原则也是一致的，都大体上以自由主义作为意识形态。但是由于两大法系是在形成的历史条件不同，因而在法律形式或技术上存在着差异：①判例地位的差别；②制定法编纂观念的差别；③司法诉讼制度上的差别；④法律分类和术语上的差别。总而言之，大陆法系和英美法系存在很多不同之处。导致这些差别的原因，主要是历史传统的不同，而某些重大历史事件起了重大作用，不同的地理环境也是一个重要因素。

8. 法的历史类型与法系

答：(1) 法的历史类型，是指将人类历史上存在过的以及现实生活中存在着的法，根据其经济基础和阶级本质做出的基本分类。凡是建立在同一经济基础之上，反映同一阶级即同一社会统治集团的整体意志的法，便属于同一个法的历史类型。一定的法的历史类型，是同一定的国家历史类型以及一定的社会形态相适应的。

(2) 法系，就是根据世界上各个国家和地区法律体系的历史传统和外部特征而对其进行的一种分类，通常把形式上具有一定特点的、属于同一历史传统的若干个国家和地区的法律体系划为同一类别。依据不同的划分方法，法系呈现出多种形态。理论界普遍接受的是将资本主义国家法律体系分为大陆法系和英美法系。

9. 对世权利与对人权利

答：根据权利的效力范围，可划分为对世权利与对人权利。

(1) 一般权利，又称“对世权利”，其特点是权利主体无特定的义务人与之相对，而以一般人（社会上的每个人）作为可能的义务人。它的内容是排除他人的侵害，通常要求一般人不得做出一定的行为。国家的安全权、独立权、公民的各项自由权、财产权等均属于此类。

(2) 特殊权利，又称“相对权利”、“对人权利”或“特定权利”，其特点是权利主体有特定的义务人与之相对，权利主体可以要求义务人作出一定行为或抑制一定行为。

10. 法律编纂与法律汇编

答：(1) 法的编纂，又称法律编纂、法典编纂，指立法主体在法的清理和汇编的基础上，将现存同类法或同一部门法加以研究审查，从统一的原则出发，决定它们的存废，对它们加以修改、补充，最终形成集中、统一和系统的法。法的编纂的特点在于：它是一项重要的立法活动，应由有权立法的机关依法定程序进行；其结果是产生新法或法典。

(2) 法的汇编是在法的清理的基础上，按一定顺序将各种法或有关法集中起来，加以系统编排，汇编成册。其特点是：一般不改变法的文字和内容，而是对现存法进行汇集和技术处理或外部加工，是立法的辅助性工作，不产生新法，不是正式的立法活动。法的汇编的主要任务，是将法集中化、系统化。

二、简述题(每题 10 分，共计 50 分)

1. 试述法律规则逻辑结构的“三要素说”与“二要素说”

答：法律规则通常由严密的逻辑结构。对法律规则的逻辑结构的分析，法学界有不同的看法，主要有三要素说和二要素说。

(1) 三要素说是占主导地位的学说，但由于内在的缺陷而在近年逐渐被放弃。

①主要内容：法律规则由假定、处理、制裁三部分构成。假定是法律规则中指出适用这一规则的前提、条件或情况的部分；处理是法律规则中具体要求人们做什么或禁止人们做什么的那一部分；制裁是法律规则中指出行为要承担的法律后果的部分。

②对三要素说的批评：a. 制裁只是法律的否定性结果，而否定性结果只是法律结果中的一种，在逻辑上有以偏概全之嫌；b. 如果将肯定性或奖励性的结果也包括在内，则与中文“制裁”一词的含义相差甚远；c. “处理”一词的含义也与中文“处理”的本义不合。

(2) 二要素说是 20 世纪 90 年代在批评三要素说的基础上兴起的一种新的学说。

二要素说将法律规则的结构分为行为模式、法律后果两部分。行为模式是指法律规则中规定人们可以行为、应该行为、不得行为的行为方式，它可以是课以义务的，也可以是授权的；法律后果是指规则中指示可能的法律结果或法律反应的部分。

2. 试述法律起源的一般规律

答：法的产生经历了一个长期的、渐进的、复杂的历史演变过程。虽然不同的地区由原始社会转变为阶级社会的具体形式各有特点，法形成的过程也有所不同，但法产生存在着一些共同的规律。这些共同规律包括：

(1) 从个别调整到规范性调整、一般规范性调整到法的调整的发展过程。原始社会初期的社会调整往往是个别调整，针对具体人、具体行为所进行的只适用一次的调整。当某些社会关系发展为经常性、较稳定的现象时，个别调整便发展为规范性调整，即统一、反复使用的调整。以后随着社会的发展，社会形成两个利益对立的阶级，统治阶级需要一种特殊的社会规范来维护其利益，迫使社会成员按照统治阶级意志行事，于是法的调整从一般的规范性调整中分离出来，法的调整的主体是政治社会中最具权威的组织。

(2) 法的产生经历了从习惯到习惯法、再由习惯法到制定法的发展过程。原始社会时期的社会规范主要是习惯，随着私有制和阶级的形成，习惯打上阶级的烙印，具有了阶级性，逐渐转变为习惯法。统治阶级有选择地利用原有的习惯，由国家加以确认，使之成为对本阶级有利的社会规范，而赋予法的效力，从而形成了最早的习惯法。随着社会关系的复杂化和社会文明的发展，国家机关根据一定的程序把体现统治阶级意志和利益的规范加以明确的文字形式表现出来，逐渐产生了制定法。以后，国家适应社会的需要主动地制定新的法律规范，制定法成为法的主要渊源。因此，法的产生过程，是一个由简单到复杂、由不完善到完善、由自发形成到自觉形成的长期发展的过程。

(3) 法的产生经历了法与宗教规范、道德规范的浑然一体到法与宗教规范、道德规范的分化、法的相对独立的发展过程。原始社会的习惯融道德、宗教等社会规范于一体，国家产生之初的习惯法与宗教教范、道德规范等没有明显的界限，三者相互参透，浑然一体。随着社会的进化、法的发展成熟，法与道德、宗教规范等开始分化，法在调整方式、手段、范围等方面自成一体、相对独立，在社会调整体系中占有独特的地位，发挥特殊的作用。

3. 试述权利不得滥用原则

答：(1) 权利不得滥用原则的含义及特征

①权利不得滥用原则是指法律关系主体外表上虽然属于行使权利，但实际上是背离权利主旨或超越权利界限的违法行为。

②权利不得滥用原则的特征：a. 权利滥用具有行使权利的表征或与行使的权利有关，这是权利滥用的形式特征；b. 权利滥用是违背权利主旨或超越权利界限的行为，这是权利滥用的实质特征；c. 权利滥用是一种违法行为，这是权利滥用的法律特征，法律对此行为否认或限制其效力即为禁止权利滥用原则。

(2) 权利滥用原则的认定。对权利滥用绝不可进行抽象的认定，只有结合具体案情才能得出正确的结论。在实务中，认定权利滥用可从权利行使的时间、方式、对象、程度、场合等四个方面进行判断。比如，邻居每晚看电视至深夜，而且声响极大，致使他人无法入睡，就是权利行使过度。

(3) 权利滥用的法律后果。针对权利行使的方法不同，对权利滥用的法律后果也应有所区别，具体包括以下几类：①行为无效；②停止滥用；③损害赔偿；④限制权利。对于那些行使权利不及时，应限制其权利；⑤剥夺权利。一般情况下，以承认权利而限制其行使为原则，以权利丧失为例外，但对一些与社会利益有密切关系的权利，在法定期间内可行使，无正当理由而不行使的，可剥夺其权利。

(4) 禁止权利滥用原则的发展趋势。主要有三大发展趋势：①在法律形式上由判例法向成文法规定发展；②在立法例上，由主观主义向客观主义发展，即权利滥用不以行为人主观上有损害他人的目的作为构成要件，只要在客观上有滥用行为即可；③在适用对象上有物权扩及一切权利，该原则原来只是限制所有权的绝对自由行使，但后来扩展到包括物权、债权、知识产权、人身权在内的一切私权。

4. 试述法律传统及其价值

答：法律传统是历史上形成并流传下来的法律信仰、态度、习惯、制度等的统称，具有如下价值：

(1) 沟通作用。人们的沟通依赖于人们共同的认知，法律活动中的沟通依赖于共同的法律认知。

(2) 选择作用。在法律领域的选择包括制度安排方面的基本制度选择，权利义务分配的选择，法律调整机制和调整方式的选择等；在法律实施方面包括程序选择和对实体权利义务及责任安排的选择；在一般法律活动方面包括对法律行为的选择，等等。这些选择，决定于法律理论、法律信仰、关于法律调整规律的认识以及法律知识。正是法律传统中的这些内容，保证了选择的可能性。

(3) 指令作用。是指法律传统驱动和控制法律制度的运作，指导社会活动主体作出符合法律规范的行为。

(4) 整合作用。整合指的是将各种不同的要素或部分调整为一个系统的活动、方法、过程与结果。法律传统的整合作用包括制度层面和意识层面。

(5) 社会化作用。社会化是指一个自然人成为社会人的过程，即在社会文化的背景中学习社会文化、内化社会文化、形成自己社会品质的过程。

5. 试述法律关系的意志性属性

答：法律关系是法所构建或调整的、以权利与义务为内容的社会关系。

(1) 法律关系的意志性

法律关系作为一定社会各项的特殊形式，正在于它体现国家的意志。这是因为，法律关系是根据法律规范有目的、有意识地建立的。所以，法律关系像法律规范一样体现国家的意志。

(2) 法律关系与法律规范的区别

但是，法律关系毕竟不同于法律规范，它是现实的、特定的法律主体所参与的具体社会关系。因此，特定法律关系的意志对法律关系的建立与实现也有一定的作用。有些法律关系的产生，例如多数民事法律关系，不仅要通过法律规范所体现的国家意志，而且要通过法律关系参加者的个人意志表示一致。也有很多法律关系的产生，例如行政法律关系，是不需要个人意志表示的。

(3) 法律关系的意志性属性的内涵

法律关系是一定社会行为的特殊形式，它存在于人类社会之中，而且随人类的发展而发展。它的内涵有：

①法律关系的意志性是法律意志性的反映。法律的存在是法律关系出现的前提，因为法律关系是法律调整的社会关系。

②法律关系的意志性是说明法律以及法律关系的来源，即法律关系是人类活动的结果，是人类主观能动性发挥的体现。

③法律关系的意志性说明法律关系正当性需要论证。法律以及法律关系具有意志性，由其形成的行为规范的正当性有待论证。

三、分析论证题(20分)

法律为什么必须被信仰?试分析论证。

答：“法律必须被信仰，否则它便形同虚设。”这是著名法学家伯尔曼的名言，已在宗教与法律研究领域形成一个命题，引起学者的广泛讨论。

(1) 法律必须被信仰的原因

法律信仰是坚信法律之中蕴藏着人类的最高价值，坚信法律能够、也只有法律才能保护那些人类视为目的的价值，坚信法能够至少是部分地决定社会的前途和人类的命运，坚信法律之于人有如生命般重要。法律信仰应包括两方面：一是法律信服心理，它是法律信仰的内在动力；二是法律拜从行为，它是法律信仰的外在表现。

公民信仰的其实是法律文本背后——自由与秩序、权利与义务调和的理念以及对权力约束的法的精神。作为法律信仰对象的物化形式，法律要具备能够与公民普遍的价值观和世界观相符合的内在品格和精神，才能确保代表法律精神，才能得到信仰。这一内在的品格主要有如下三要素：

①人权性——自由与正义。这是法律成为信仰对象的价值基础。法律必须以人为本，并公正地平衡主体间权利义务关系、自由秩序关系、个体社会性关系。

②利益性——效用。这是法律成为信仰对象的物质基础。法律应具备满足主体需要的现实物质性，其制作、运作必须给社会带来一定的效益，即它能够给主体的行为带来指示，使复杂的社会关系得到梳理并有序地运行。

③救济性——保障。是指法律所具有的保障社会主体的正当权益免受非法侵犯以及侵犯后及时保障权利主体获得最终法律救济的功能。

(2) 相关论证

①法律信仰在法治社会中的地位和作用从古罗马到近代西方法治社会、法治国家的形成，不仅仅是因为他们有一整套的法律制度设计，而且还在于西方人民具有悠久的法律信仰传统，法律信仰和法律制度是形成法治社会的两大支柱，而法律信仰则构成了法治社会的精神支柱和理念基石。不论是西方自下而上还是东方自上而下的法治之路，都离不开法律信仰的支持。我国的法治之路也需要法律信仰的支撑。我国要步入法治化轨道，要建成法治国家，应具备两方面条件：

一方面是要有一套反映社会关系及其发展规律的法律制度体系，这是法治得以实现的前提和基础；另一方面是要有社会公众对法律秩序所内含的伦理价值的信仰，即社会公众对法律忠诚的信仰，这是法治得以实现的关键和法治精神得以形成的关键。一个社会如果没有社会公众对法律的信仰和尊重，那么就是再多再完善的法律制度也无法促成一个国家法治精神的形成，那么要建成法治社会和合理、公正的法治秩序也只能是一种空想。

②我国法律信仰危机现状及原因

由于诸多原因我国社会有相当一部分人缺乏法律信仰，相当一部分人法律信仰淡薄。形成这一现状的原因是多方面的，大致可划分为历史和现实两个层面。

a. 从历史的角度考察，法律信仰作为上层建筑是受其根植的经济基础和政治、文化土壤所决定的。我国传统社会经济基础中缺乏法治信仰产生的土壤。中国古代社会是一个自给自足的自然经济体系占社会主导地位。这一生活方式的本质决定了以血缘亲族关系为基础的宗法关系和人身依附关系。人们是靠人伦来维护自然经济秩序的稳定和血缘氏族内部人际关系的和谐，而不是依靠法律。而且，我国传统政治文化中专制主义思想根深蒂固，缺失法治观念。

b. 法律信仰危机的现实成因。

在体制上，市场经济不完善导致法律信仰的生长缺乏肥沃的土壤，民主政治体制的不健全制约着法律信仰的形成。法律制度环节的欠缺与不完善导致缺乏法律信仰。在主体层面上，存在着：公民对法律的疏远和陌生感，对法律权威的怀疑感，对法律价值的误解。法律工具主义思想的存在，冷却了社会公众中炽热的法律情感。此外，我国当前的法律教育对法律信仰的培养也软弱无力。

③培养法律信仰、推进法治理念基础的建构。

a. 完善和加强外部各项体制，提供法律信仰得以培育的土壤。

第一，完善和加强社会主义市场经济体制。市场经济主要是以利益为取向的交换经济，它要求的不是“重义轻利”的道德观，而是合义合法取“利”的法治观，重效率是市场经济的规律。市场经济的取向必然要求民族精神对公平、竞争等主体精神的认同及由此决定的对法治精神的呼喊，预示着价值取向由道德本位向法治本位转型。

第二，健全政治民主化体制。法治最具价值的思想就是对国家和政府的权力进行限制和制约，并从制度体制上对专制进行彻底否定。进而由此带来政治的民主化和权力的法治化。在我国正确处理党和政府与宪法和法律的关系问题是一个解决法律至上的问题。

第三，建立和完善法律制度。科学公正立法、严肃执法、依法行政、推进司法改革以实现司法公正。

b. 加强主体层面对法律信仰的培养。第一，加强普法和法律教育体制改革，提高公民的法律意识，培养法律信仰。在普法过程中，应加强公民的权利意识。因为权利是法的核心，没有对权利的要求，也产生不了对法的需求和对法律的渴望，权利意识的增强导致对法律的认知与对其价值的认同，有利于公民法律信仰的强度和持续度。第二，应尽快加强和完善现有多层次、多渠道、多样化的法律教育体系，主要贯彻落实到实处。法治社会的有效建立，最为基础，也最为关键的是作为其基础以支撑整个法治大厦的精神层面的意识与观念的确立，因此，在大力开展法治建设的今天，法律信仰的培养是个长期的艰巨的任务，也是保证法治建设顺利进行的亟待解决的任务。