

# 法学硕士研究生入学考试 试题分析

本书编写组



A0970827

法律出版社

## 图书在版编目 (CIP) 数据

法学硕士研究生入学考试试题分析/《法学硕士研究生入学考试试题分析》编写组编. —北京: 法律出版社, 2001. 11

ISBN 7-5036-3593-2

I. 法… II. 法… III. 法律-研究生-入学考试-解题 IV. D9-44

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2001) 第 081638 号

---

出版/法律出版社

总发行/中国法律图书公司

印刷/北京朝阳北苑印刷厂

经销/新华书店

责任印制/陶 松

责任校对/杨昆玲

---

开本/787 × 1092 毫米 1/16

印张/60.75

字数/1660 千

版本/2002 年 5 月第 1 版

2002 年 5 月第 1 次印刷

---

法律出版社地址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层 (100037)

电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn

传真/(010) 88414115

电话/(010) 88414121 (总编室) (010) 88414129 (责任编辑)

---

中国法律图书公司地址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层 (100037)

传真/(010) 88414897

电话/(010) 88414899 88414900

(010) 62534456 (北京分公司) (010) 65120887 (西总布营业部)

(010) 88414933 (科原大厦营业部) (010) 88960092 (八大处营业部)

(021) 62071679 (上海公司)

---

出版声明/版权所有, 侵权必究。

书号: ISBN 7-5036-3593-2/D·3510

定价: 180.00 元

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

# 目 录

## 第一部分 北京大学法学硕士研究生入学考试试题分析

法学理论专业试卷 (1999 年)	(3)
法学理论专业试卷 (2000 年)	(9)
法学理论专业试卷 (2001 年)	(15)
法制史专业试卷 (1999 年)	(20)
法制史专业试卷 (2000 年)	(24)
法制史专业试卷 (2001 年)	(29)
宪法与行政法专业试卷 (1999 年)	(33)
宪法与行政法专业试卷 (2000 年)	(38)
宪法与行政法专业试卷 (2001 年)	(43)
民商法专业试卷 (1999 年)	(48)
民商法专业试卷 (2000 年)	(55)
民商法专业试卷 (2001 年)	(61)
刑法学专业试卷 (1999 年)	(66)
刑法学专业试卷 (2000 年)	(73)
刑法学专业试卷 (2001 年)	(79)
诉讼法专业试卷 (1999 年)	(84)
诉讼法专业试卷 (2000 年)	(90)
诉讼法专业试卷 (2001 年)	(97)
经济法专业试卷 (1999 年)	(104)
经济法专业试卷 (2000 年)	(113)
经济法专业试卷 (2001 年)	(120)
国际法专业试卷 (1999 年)	(128)
国际法专业试卷 (2000 年)	(135)
国际法专业试卷 (2001 年)	(142)
综合试卷 (1999 年)	(155)
综合试卷 (2000 年)	(162)
综合试卷 (2001 年)	(182)

## 第二部分 中国人民大学法学硕士研究生入学考试试题分析

法学理论专业试卷 (1999 年)	(201)
法学理论专业试卷 (2000 年)	(211)
法学理论专业试卷 (2001 年)	(221)
法制史专业试卷 (1999 年)	(230)
法制史专业试卷 (2000 年)	(236)
法制史专业试卷 (2001 年)	(240)
宪法与行政法专业试卷 (1999 年)	(244)
宪法与行政法专业试卷 (2000 年)	(250)
宪法与行政法专业试卷 (2001 年)	(255)
民商法专业试卷 (1999 年)	(259)
民商法专业试卷 (2000 年)	(266)
民商法专业试卷 (2001 年)	(271)
刑法学专业试卷 (1999 年)	(276)
刑法学专业试卷 (2000 年)	(282)
刑法学专业试卷 (2001 年)	(287)
诉讼法专业试卷 (1999 年)	(292)
诉讼法专业试卷 (2000 年)	(299)
诉讼法专业试卷 (2001 年)	(306)
经济法专业试卷 (1999 年)	(313)
经济法专业试卷 (2000 年)	(319)
经济法专业试卷 (2001 年)	(324)
国际法专业试卷 (1999 年)	(329)
国际法专业试卷 (2000 年)	(337)
国际法专业试卷 (2001 年)	(345)
综合试卷 (1999 年)	(351)
综合试卷 (2000 年)	(362)
综合试卷 (2001 年)	(373)

## 第三部分 中国政法大学法学硕士研究生入学考试试题分析

法学理论专业试卷 (1999 年)	(387)
法学理论专业试卷 (2000 年)	(400)
法学理论专业试卷 (2001 年)	(412)
法制史专业试卷 (1999 年)	(422)
法制史专业试卷 (2000 年)	(428)

法制史专业试卷 (2001 年)	(434)
宪法与行政法专业试卷 (1999 年)	(442)
宪法与行政法专业试卷 (2000 年)	(453)
宪法与行政法专业试卷 (2001 年)	(465)
民商法专业试卷 (1999 年)	(475)
民商法专业试卷 (2000 年)	(480)
民商法专业试卷 (2001 年)	(487)
刑法专业试卷 (1999 年)	(494)
刑法专业试卷 (2000 年)	(498)
刑法专业试卷 (2001 年)	(504)
诉讼法专业试卷 (1999 年)	(510)
诉讼法专业试卷 (2000 年)	(520)
诉讼法专业试卷 (2001 年)	(530)
经济法专业试卷 (1999 年)	(542)
经济法专业试卷 (2000 年)	(549)
经济法专业试卷 (2001 年)	(554)
国际法专业试卷 (1999 年)	(561)
国际法专业试卷 (2000 年)	(567)
国际私法专业试卷 (2001 年)	(574)
综合试卷 (1999 年)	(582)
综合试卷 (2000 年)	(605)
综合试卷 (2001 年)	(631)

#### 第四部分 华东政法学院法学硕士研究生入学考试试题分析

法学理论专业试卷 (1999 年)	(651)
法学理论专业试卷 (2000 年)	(662)
法学理论专业试卷 (2001 年)	(669)
法制史专业试卷 (1999 年)	(678)
法制史专业试卷 (2000 年)	(702)
法制史专业试卷 (2001 年)	(716)
宪法与行政法专业试卷 (1999 年)	(725)
宪法与行政法专业试卷 (2000 年)	(736)
宪法与行政法专业试卷 (2001 年)	(747)
民商法专业试卷 (1999 年)	(757)
民商法专业试卷 (2000 年)	(767)
民商法专业试卷 (2001 年)	(778)
刑法专业试卷 (1999 年)	(788)

刑法学专业试卷 (2000 年)	(809)
刑法学专业试卷 (2001 年)	(823)
诉讼法学专业试卷 (1999 年)	(831)
诉讼法学专业试卷 (2000 年)	(842)
诉讼法学专业试卷 (2001 年)	(852)
经济法专业试卷 (1999 年)	(864)
经济法专业试卷 (2000 年)	(875)
经济法专业试卷 (2001 年)	(889)
国际法学专业试卷 (1999 年)	(903)
国际法学专业试卷 (2000 年)	(916)
国际法学专业试卷 (2001 年)	(929)
综合试卷 (1999 年)	(943)
综合试卷 (2000 年)	(949)
综合试卷 (2001 年)	(955)

**第一部分 北京大学法学硕士研究生  
入学考试试题分析**





## 法学理论专业试卷(1999年)

### 一、试论法的规范作用。(22分)

【解答】 法的规范作用是指法作为国家制定的社会规范,具有指引、评价、预测、教育和强制等规范作用。法的规范作用是指法一旦产生、存在就具有的作用,这是一种应然的效果,而不是实际的效果,不关涉其本身品质如何,不关涉其实施效果怎样,只要法作为规范存在,就具有指引、评价、预测、教育和强制等规范作用。具体而言,如下:

#### (一)指引作用

法是通过规定人们在法律上的权利和义务以及违反法律规定应承担的责任来调整人们的行为的。从一定意义上讲,调整就是指引。指引作用的发挥以对法律要求的知晓为前提。法律要求国家以要达到的社会目的为依据作出并加以宣布的指示。因此,通过法律,人们可以知道什么是国家赞成的,可以做的;什么是国家命令或反对的,必须做或不该做的;可以知道国家的发展目标、价值取向和政策导向。指引有两种情况:第一,确定性的指引,即通过规定法律义务,要求人们作出或抑制一定行为;第二,不确定的指引,即通过授予法律权利,给人们创造一种选择的机会。从立法的意图来说,这两种指引所包括的两种法律后果都是促使人们行为时所考虑的因素。但不同的是,就确定的指引来说,法律的目的是鼓励人们从事法律所容许的行为。法作为规范的指引是一种一般指引,即针对群体和同类行为的、复现的指引。这使法的指引比个别调整具有更稳定和更持续的影响和效力。

#### (二)评价作用

法律作为一种行为标准和尺度,具有判断、衡量人们的行为的作用。法律具有判断行为有效或合法与否的作用,通过这种评价,影响人们的价值观念和是非标准,从而达到指引人们行为的

效果。在现实生活中,法并不是评价人们行为的惟一标准,道德规范、宗教规范、风俗习惯和社会团体的章程等也具有对行为的评价作用。但是,法所作出的评价却有着与它们不同的特点。首先,法的评价具有比较突出的客观性。也就是说,什么行为是正当的,什么行为是不正当的,什么行为是可做的,什么行为是不可做的,在法律规范中有明确的规定。因此,法对行为的评价大体上说来是不会因人而异的。当然,在利用法律规范对行为评价时,评价者对规范的理解也可能发生细微的有时甚至是重大的差别。不过,这种差别在其他评价标准中就更为明显和经常。其次,法的评价具有普遍的有效性。在同一个社会,由于人们的道德观念和宗教信仰不同,或者由于接受的风俗和纪律不同,每个人对一定行为所作的评价只有在与该人具有相同标准的那些人中间才是有效的。对法律规范来说则不同,不论人们的主观愿望如何,只要他们的行为进入了法律行为的范畴,法律规范的评价对他们来说就是有效的。如果不想受到法律的制裁,他们的行为必须在客观上与法协调起来。

#### (三)预测作用

预测作用是指根据法律规定,人们可以预先知晓或估计到人们相互间将如何行为,特别是国家机关及其工作人员将如何对待人们的行为,进而根据这种预知来作出行动安排和计划。在社会生活中,每个人的行为都可能对他人的行为产生影响,同时也可能受他人行为的影响。在这种复杂的互动关系中,如果没有一定的公认的规则,去据以预测自己行为和安排的后果,社会生活就会陷入无序状态。法的预测作用正可以减少行动的偶然性和盲目性,提高行动的实际效果。总之,由于法律具有预测作用,人们就可以根据法律来合理地作出安排。

#### (四)教育作用

首先表现为,通过把国家或社会对人们行为的基本要求凝结为固定的行为模式(规则、原则等)而向人们灌输占支配地位的意识形态,使之渗透于或内化在人们的心中,并借助人们的行为进一步广泛传播。由于法律是人们在日常生活、生产、交往中反复实践的东西,人们可以不知不觉地认同法律,被法律同化,并形成习惯。其次,表现为通过法律规范的实施而对本人和一般人今后的行为发生影响。再如,对合法行为的鼓励、保护可以对一般人的行为起到示范和促进作用。法的这种特殊教育作用对于提高公民的法律意识、权利意识、义务观念、责任感、遵守法律和纪律的自觉性,是不可或缺的。

#### (五)强制作用

法的强制作用在于制裁违法行为。通过制裁可以加强法的权威性,保护人们的正当权利,增强人们的安全感。制裁的形式是多种多样的。例如,刑法中的管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑、死刑等;民法中的停止侵害、排除妨碍、消除危险、返还原物、赔偿损失、支付违约金、罚款等;行政法中的警告、罚款、拘留、没收、停止营业等;宪法中的弹劾、罢免等。

**【评述】**法的作用是法的一般原理中的基本问题之一。法的作用可分为法的规范作用和社会作用,而法的规范作用又是法的社会作用的基础。因此,法的规范作用的原理是更为基础的理论。答此题时,应做到条理清晰、论述充分,并稍加发挥。

**【解答参考资料】**沈宗灵主编《法理学》,高等教育出版社。

## 二、试论划分部门法的标准与原则。(22分)

**【解答】**部门法,一称法律部门,即宪法、民法、刑法等,是根据一定标准和原则所划定的同类法律规范的总称。

### (一)划分部门法的标准

自20世纪50年代初以来我国法学著作中关于这一问题的传统观点是:划分部门法的标准主要是法律所调整的不同社会关系,即调整对象;其次是法律调整的方法。

1. 调整对象,或曰不同的社会关系。这里讲的“不同的社会关系”实际上是指社会关系的不同领域。划分部门法时无疑首先应考虑法律所调整的社会关系的不同领域。因为,法律调整的对象是特定的社会关系,即人们相互之间的关系。社会关系涉及经济、政治、文化、宗教、民族、家庭等各个领域。有关自然资源的使用和保护、科学技术的应用和发展以及环境保护等方面的法律,尽管其直接的保护对象并不是某种社会制度或社会关系,而是某种自然现象,但其内容仍在于调整人们在有关这种自然现象方面的相互关系。程序法不同于实体法,但诉讼程序法同样是调整一定的社会关系的,即在实体法所规定的某种权利义务关系受到侵犯时而产生的诉讼活动中所发生的社会关系。

2. 法律调整方法,一般解释为国家在调整社会关系中用以影响这些关系的手段和方式,但其具体含义却颇不明确。一般地说,对法律制裁方法的确定是属于法律调整方法范畴的。例如,刑法调整的范围涉及社会关系的各个主要方面,它之所以成为一个独立的部门法的原因之一在于它是以刑罚作为手段来保障法律调整社会关系的任务。在这里,调整方法实际上是指对违法行为制裁的形式。

确定法律所调整的社会关系的不同主体以及确定这种主体之间权利和义务关系的不同形式也属于法律调整方法。法律所调整的社会关系的主体实质上就是法律关系的主体。法律关系主体之间权利义务关系也有不同形式。例如,有的是民事平等关系,有的是行使国家权力所发生的隶属关系,等等。

总之,划分部门法时,首先应考虑法律所调整的社会关系的不同领域,同时也应考虑法律调整的不同方法,其中包括确定法律制裁的不同方法,法律关系的不同主体以及法律关系主体之间的不同权利义务关系的形式。

### (二)划分部门法的原则

划分部门法是一个非常复杂的问题。在划分部门法时,除了考虑这些客观性质的标准外,还必须考虑其他一些原则。因此,根据同样的划分标准,但却可以由于遵循不同的原则而有不同的划分法。

1. 划分本国部门法,其主要目的是有助于人们了解和掌握本国全部现行法。

2. 在划分部门法时,我们也应考虑到不同社会关系领域的广泛程度和相应法规的多寡。社会关系包括无数领域,但部门法的划分并不意味着调整任何一种社会关系领域的法律都应成为一个独立的部门法。例如,选举法调整社会政治生活中的一个领域,但在我国目前,选举法规的数量还是很有限的,事实上,有关选举的法律规定是分散在许多不同的部门法中的。因此,至少就目前或可预见的将来而论,不必将选举法作为一个独立的部门法,却不妨将它列入宪法这一部门法中的一个附属部门。反过来看,有的社会关系,如通常所说的经济关系领域,其范围极为广泛。我们几乎可以说每一部门法都在不同程度上调整经济关系,因此很难设想可以把凡涉及经济领域的法律都纳入作为部门法之一的民法、商法或经济法之中。

在实行成文宪法的国家中,宪法是国家的根本大法,在本国法律体系或法律渊源中都分别占有主导地位。它不像一般部门法那样仅调整社会关系的一个或几个领域,它调整的是全面的社会关系,即对本国社会关系的各个重要领域都作了原则的规定。严格地说,不能称宪法是部门法,它是一切部门法的基础。

3. 与上述因素密切联系的另一因素是:划分部门法既不应过宽也不应过细,在它们相互之间还应保持适当的平衡。过宽过细或过大过小,都有悖划分部门法的愿意。划分部门法之所以具有重要意义,归根到底就在于通过这种划分,有助于人们了解和掌握本国的全部现行法。为此,在每一独立的部门法之下,不妨再分为不同范畴以及第二层次甚至第三层次。第二层次的法律存在有两种形式:一种是在这一独立的部门法(如宪法)中,除了占主导地位的宪法外,又有几个附属的、较小的或第二层次的部门法;另一种是某一独立的部门法,由几个平行的、较小的或第二层次的部门法组成,其中并没有一个占主导地位的法律。

4. 在划分部门法时,我们应以全部现行法律为基础,同时也应当考虑正在或即将制定的法律。为了保持法律体系的相对稳定性,特别是

我国法制正处在逐步完备的过程中,在划分我国部门法时,虽然应以全部现行法为基础,但也应考虑到正在制定或即将制定的法律,尤其是一些重要的法律。我们现在将劳动法或行政法分别划分为独立的部门法,在考虑它们内部的层次如何划分时,显然也应考虑到很多正在或即将制定的有关法律。

5. 有不少法律,从不同角度出发可以列入不同部门法。在这种情况下,就应考虑这一法律的主导因素而定其归属。例如,著作权法和专利法等,从行政管理角度看,可列入行政法,但些法律的主导因素是保护作者人和发明创造人的知识产权,以列入民法较为可取。

6. 在划分部门法时,应在本国法制实际的基础上,借鉴外国法制和法学的经验,特别是要注意法制和法学的国际化趋向,以便有利于我国对外开放并与国际经济发展接轨。

最后,部门法的划分不是任何人能随意规定的,因而需要认真研究划分的标准和原则。但也应认识到:这是对现实存在的法律所作的划分,这种法律的内容是极为复杂的,人们认识问题的角度和深度是不同的,认识水平和法律本身也都是在不断发展的,因此,这种划分只能是相对的,而不是绝对的。往往可能有几种划分法,其中各有利弊,科学地划分部门法应区别必要的交错和不应有的重复以至混乱,并使逻辑和实用相互兼顾。

**【评述】** 法律体系是法学基础理论(主要是实体法部分)重要的法律概念之一。而一国法律体系是由本国各部门法构成的,具有内在联系的一个整体即部门法体系。所以,部门法成为法学理论中必须掌握的概念。部门法划分标准和原则目前在法学界基本达成共识,所以考生在答题时无须更多发挥,但要注意全面细致,论述充分。

**【解答参考资料】** 沈宗灵主编《法理学》,高等教育出版社。

### 三、试论人权的国内法保护。(26分)

**【解答】** 人权与国内法有着极为紧密的关系。离开法律谈人权就会使人权成为“空中楼阁”,尽管人权首先表现为道德意义上的权利。其实,就人权的实质而言,它是道德权利与法律

权利有机的统一,我们既不能否定前者,也不应否定后者。人权应该也必须得到国内法的确认与保障,才有可能实现。人权与国内法可以这样概括:保护人权是法的重要内容和立法的一个基本原则;法是确认与保障人权实现的有力工具。人权作为法的重要内容主要体现在宪法之中,特别是体现在宪法关于公民基本权利与义务的规定中。人权与宪政的结合,是近代政治的显著特征。人权是宪政的出发点与归宿,宪法是人权实现的最高法律根据与保障。当然,人权作为法的重要内容,也具体体现在其他部门法之中。例如,民法对名誉权、健康权、姓名权等人身权利的保护;刑法对生命权、健康权、人格权以及妇女权利的特殊保护;特别是司法过程中程序法对当事人人权的保护则更为详细与具体。就是说,没有一个部门法不以人权为重要内容。甚至可以说,无论是实体法,还是程序法,无不涉及人权。

#### (一)人权的立法保护

国内法对人权的规定,严格讲是近代史上的事。资产阶级人权立法大致有三个阶段:第一阶段是指在资产阶级夺取政权的初期,其人权立法是强调公民的人身权利、自由权与平等权等个人权利,权利本位是其立法的指导思想。第二阶段是19世纪末至20世纪初,其人权立法的重点放在参政权,具体体现在一些资产阶级国家普选制的建立。同时,人权的司法保护也有了发展。但不管怎样,其资产阶级国家本质,就决定了其人权立法的最终目的是维护资产阶级特权。第三个阶段是20世纪以来,西欧和北欧一些资产阶级国家鼓吹所谓福利国家、强调社会保障。

当代中国的立法中,特别是在宪法中,确认和保障了公民的各种基本权利。近年来还相继颁布一系列法律,对人权实行保护,如《妇女权益保障法》、《未成年人保护法》、《残疾人保护法》以及《行政诉讼法》等。概括起来,我国人权立法有三个基本特点:第一是广泛性,不仅主体广泛而且内容广泛。在我国,享有人权的主体不是哪一个阶级,更不是哪一部分人,而是全体公民;人权的内容不仅包括人身权利,而且还包括政治权利、经济权利、文化权利和其他社会权利;既保障个人人权,又保障集体人权。第二是

公平性。在我国,权利与义务不仅是对应的,而且是平等的,每个公民都平等地享有宪法和法律规定的权利,同时也必须平等地履行宪法和法律规定的义务。第三是真实性。我国已初步建立一个较为完整的人权保障体系,既有法律保障,也有制度保障,更有物质保障,还有社会保障。

保护人权作为立法的基本原则,这是人权作为法的重要内容的必然引申。立法如果不贯彻人权原则或者轻视这个原则,则其所制定的法律必然遭到人民的反对。人权原则首先要求立法以保护人民权利为其首要任务,确认“一切权力属于人民”为国家制度的根本准则和核心内容。很显然,这一要求实际上只有社会主义国家才能真正做到。总之,人权原则要求国家的立法确认和保障国家的独立权、民族的发展权和人民的生存权,确认和保障公民的人身权利、政治权利、经济和文化权利。

法是确认和保障人权实现的有力工具。原因有四:第一,人权在本质上属于国家内部管辖问题,如果得不到法律的确认和保障,人权便无法实现。第二,人权只有得到法律的确认和保障,才能有明确的实现人权的程序和方法。第三,人权的实现必然要求建立保障人权的体制,必然要求有一个实现人权的运行机制;而这种体制与机制,也只有依靠法律的确认和保障,才能得以建立。第四,人权的实现是复杂的,对公民来讲,有一个了解与习惯的过程;对政府来讲,有一个试验与实践的过程。因此,需要通过法律对人权的确认和保障,使人权家喻户晓,并促使政府提高保障人权的自觉性,也引导公民自觉运用法律武器保障人权。

#### (二)人权的司法保障

人权的司法保障在人权保障体系中居重要地位,包括两个方面的内容:一是司法机关通过依法审理侵犯人权的案件保障人权;二是司法机关的执法活动都要有利于人权的保障与实现。

人权的司法保障之所以重要,是因为司法机关借助于国家的强制力,它能及时有力地对侵犯人权行为予以制止,有利于人权的实现。为了保障人权,必须对侵犯人权的行为依法予以法律制裁,对情节严重的,要剥夺其部分人权。保障是目的,剥夺是手段。即使对被剥夺者来讲,除被

判处死刑的外,对其人权还是注重的,即还保留其部分基本人权,如生存权、人格权、申诉权等。

为了使人权的司法保障切实实现,我国有关法律还明确规定了如下基本原则:司法机关依法独立行使职权;以事实为根据,以法律为准绳;公民在适用法律上一律平等;两级终审;公开审判等。这些都有利于在诉讼过程中保障人权,防止冤假错案的发生。人权的司法保护涉及范围很广,体现在诉讼和执行的全过程中。

### (三)人权救济

一般讲,当人权被侵犯时,侵权者必须承担两方面的侵权责任:一是因侵犯人权而受到国家法律应有的制裁;二是对受害人的损害予以补偿。如果侵犯者是个人或某社会组织,国家依据受害者的请求和法定的程序,使受害人得到救济。上面所讲的人权司法保护,实际上也是人权救济的一种。如果侵权来自国家机关或其工作人员的公务活动,那么情况就复杂得多了。被害人可以通过检举、控告、申诉乃至行政诉讼得到应有的补偿。因此,建立与完善国家赔偿制度是人权救济的一个重要内容。

**【评述】**此题是关于人权保护的题目。人权问题是近年来的热点问题。从法律上尤其是从法理上澄清人权的本质、内容及保护等基本理论问题是法学界义不容辞的责任。此题的回答要分四个方面:首先,解析人权与国内法的关系;其次,阐明人权的立法保护;再次,说明人权的司法保护;最后,简述人权的救济方式。考生答题时力求条理清晰、论述充分,全面而深刻才能拿到高分。

**【解答参考资料】**沈宗灵主编《法理学》,高等教育出版社。

## 四、试论司法公正。(30分)

**【解答】**近几年来,司法腐败似乎愈演愈烈,司法公正之呼声日益升高。于是,司法公正之含义,乃至司法公正之对策成为理论界讨论的热点。

虽然理论界莫衷一是,但将司法的核心界定为法官判案却基本上是共识。但何为公正?公正与否本是道德评价,对此并无统一及确定的含

义,可谓“学者言,人人殊”。也许,如普通人所预期的那样,为公正寻求一准确定义本不可能。在此,对公正而言,只有观念上的相同,而并无概念上的一致。因此,寻求司法公正之客观性的努力注定是不会成功的。这不是学者知识的不足与思维的懒惰,而纯粹在于法律与道德紧密却有殊异的关系。下文,笔者将详述这种公正之客观性基础之不可得。

法官依国家法作出判决,这是法官的角色行为。毕竟,法官角色的意义存在于国家的政制结构中。但是作为法官角色行为合法性根据的国家法又是什么呢?

自然法学将之视为一套价值体系。易言之,法官主持诉讼所依据的仅仅是法官个人的道德哲学,它足以保证司法公正。柏拉图便持这种观点,他的理想国最完善的政制是深谙道德智慧的哲学王的统治,而法律的统治只不过是“第二等好的选择”,这与中国儒家的“德治”与“礼治”不乏共通之处。亚里士多德则主张与分配正义相对立的矫正正义适用于诉讼。古典自然法学派继承亚氏政治学的传统,将道德哲学作为他们政治、法律哲学的基础,提出了富有进步性的资产阶级司法原则,尤其是司法公正之原则。这种思维方式在当代似乎业已超越了意识形态的界限而具有普遍的意义。另一方面,道德的力量毕竟是有限的,尽管它是一个社会得以存在和发展的必要条件。就连绞尽脑汁建构正义理论的罗尔斯也不得不承认:“作为公正的正义所惟一要加以考虑的,就是辨识那些包含在一个民主社会的政治制度解释传统中的基本直觉观念。”这多少从侧面说明了以职业道德来约束法官的角色行为的观点只是建立在一个不十分牢靠的基础之上。更不用说,所有被认为是司法腐败和司法专横的判决常会套用司法公正的名目了。

既然公正的基础置于法官的道德哲学是不可靠的,那么置于明确、确定的规则或规范体系是不是可靠的呢?实际上,这正是法律实证主义的观点,即法官严格依法(指制定法)判案,不得越雷池半步。而两次世界大战与二战之后的纽伦堡、东京的残酷的现实,却给了法律实证主义以致命一击。这主要是由于制定法总是不完备的。制定法由于立法者预见能力的有限性、语言的模

糊性、社会的变动性，并不能解决法官所遇到的一切案件，因此制定法神话或曰法典神话也破灭了。

既然明确的法律规则不可靠，那么假使司法公正还是人们心目中神圣的东西的话，司法公正还有没有客观性的基础？事实上，法官凭借丰富的人生阅历和社会经验将“书本中的法”相当成功地转变成了“行动中的法律”。正因此，司法才被看做是公正的象征。无怪乎大法官霍姆斯断言，法律的生命不在于逻辑，而在于经验。社会法学的深刻之处就在于：一方面，他们的角色行为要求他们固守一块阵地；另一面，严峻的社会现实又迫使必须在多少都有些合法性的诸种主张相互竞争的场合以他们特有的方式作出判断。他们必须在夹缝中生存，他们必须在二者之间作一适当的平衡。宪法的多元论基础、法律解释的技巧的发达和判例制为他们提供了一个适当的空间，因而法律成了流动的经验积累。一份公正的判决，逻辑思辨并不重要，价值权衡并非不重要，在社会法学看来，更重要的是事实，因为他们俱在其中。故此，斯通将社会法学归结为事实。正如同法官个人的道德哲学并不能保证司法公正一样，法官的个人经验亦面临着被侵蚀的危险。因为，承认了诉诸法庭的各主张之间是一种合法性的竞争关系之后，就难以兼容法官判决的公正性了。一位学者道破了其中令人尴尬与窘迫的症结所在：不存在一种共识的理论，但问题又必须解决。

法官的道德哲学、法律规则、事实的客观性基础都被一一瓦解了，司法公正似乎失去了准则。但这样说，难免过于悲观。其实，哲学阐释学倒给了我们一些新的启示。在哲学阐释学看来，在法律解释中，理论与文本共同制约着法律解释者，理解的异化不可能保持理解的客观性，但文本的存在也不可能使理解变成任意的理解。哲学阐释学认为，在法律解释中，纯粹的主观与客观都是不存在的，法律解释是一个主观与客观你中有我、我中有你的过程。法律解释如果有客观性，这种客观性就存在于法官的法律实践中。也就是说，司法公正依赖于法官的实践经验。同时，法律的文化解释亦能较好地说明法官的创造性解释并非那么可怕。法律是被创造出来的，而

且，它是在不同的时间、地点和场合，由不同的人群根据不同的想法创造出来的。人在创造他自己的法律的时候，命定地在其中贯注了他们的想像、信仰、好恶、情感和偏见，这样被创造出来的法律固然可以是某种社会需求的产物，但它本身却又是创造性的。着眼于前一方面，不同社会中的不同法律可能被发现履行着同样的功能，甚至分享某些共同的原则。而后一方面我们看到，发自人心的法律表达了特定的文化选择和意向，它从总体上限制着法律的成长，规定着法律的发展方向。

这种强调法律之中的人的创造性甚至是任意的观点很大程度上可能是真实的，它在弘扬人的优越性的同时，也使我们看到千百年来被奉为“公正与善良”的法律的另一面。作为法官，起码应当意识到这一点，惟有如此，他才会懂得：判决的个性化并不总违背司法公正，有时候，它是追求普遍正义并因此忽略个别正义的必要的补充。

与此相应，有哪位法官能认识到“大传统”的文化意义，他必然也会意识到所谓“小传统”的文化意义。他不会认为仅遵照了“小传统”就会合乎逻辑地得出公正的判决，因为他真正理解了法律就是地方性知识；地方在此处不只是指空间、时间、阶级和各种问题，而且也指特色，即把对所发生事件的本地认识与可能发生事件的本地想像联系在一起。于是，展现在他面前的自然便是一个文化世界和知识世界，便是一个“共时态结构中又包含着历时代的不同法律文化的混合时态”。所谓“司法”，不应漠视而应解读作为文本的非正式叙事的存在理由，一件公正的司法判决绝不是知识权势的产品。

为了从所谓的“根本上”推进司法公正，人们更情愿从大批量出台成文法、设置专门机构和增加司法编制等方面来构思制度建设及其更新方案。在制度“乌托邦”之中，仿佛习惯于专横肆虐的法官们便会一改本性变得循规蹈矩、奉公守法、唯唯诺诺和谨慎行事。终究，这是一种乌托邦。相比之下，可以值得依赖的是法官的法律思维方式、教育背景对法官法律解释构成的内在性制约，那么司法公正最后是多种因素促成的结果，而不是单一的客观性基础，而最有力的支持

来自于法律教育所促成的法官职业群体的同质化。

**【评述】** 司法公正是近几年来学界的热点问题,所以成为研究生入学考试题目不足为怪。此题解答可大致分为两种思路:其一为片面地深刻,抓住问题的某一方面作深入探讨和详细论证;其二为全面周到式的论述,面面俱到,宏观

把握,理出大体框架。两种思路不分优劣,关键要文笔流畅,论证有力。

**【解答参考资料】** 贺卫方著《司法的理念和制度》,中国政法大学出版社;《北大法律评论》(第1卷第1辑),法律出版社1998年版;梁治平编《法律的文化解释》,三联书店。

## 法学理论专业试卷(2000年)

### 一、论法治与人治的区别并阐述法治的代价。(30分)

**【解答】** 法治目标在我国政治上的确认,尤其是在宪法性文件中的正式确认是20世纪中国历史上具有里程碑意义的事件。这与学界的推动有很大的关系,尽管从根本上而言,这是我国经济、政治发展的必然结果。法治与人治的关系是法治理论的中心问题,而摒弃理想主义的追求,客观公正地评价法治亦是法治理论的重要课题。

#### (一)人治与法治的区别

1981年以来,多数学者主张应从三个方面对法治进行分析:(1)法律秩序观念在社会中实现的情况;(2)国家受法律约束的状况;(3)现行法的内容科学论证和技术完善的水平。这三条具有参考价值。但法治是具体的、必须同每个国家的具体情况相结合。我们所讲的法治,其核心问题是依法办事。同时,它作为一种治国的思想、方式和体制,又直接涉及政治体制与司法制度。因此实行法治,不仅需要转变观念,而且需要加快政治体制改革的力度和步伐。关于法治,比较一致的看法是,法治是指统治阶级以法对国家权力的限制和制约,以有效地制约和合理运用公共权力,使已经制定的法律获得普遍的服从。

人治也是古老的概念,历来说法不一,但含义大致相同和近似。有的称人治为一人之治,即集国家立法、行政、军事、司法等大权于一人;

有的称人治为专制或独裁。有的则称为贤人政治。

要法治,还是要人治,这是任何政治体制必需解决的课题。法治与人治相比较,两者的差别是巨大的,一般可以概括为三个方面:(1)人治论提倡圣君贤人的道德教化,所以人治与德治紧密相关,有时二者指称完全相同。国家统治者会指使御用文人缔造或抄袭一套完备的道德伦理体系,以德治人。而就审判而言,断案往往更多依据情理、人伦、习惯、风俗,而非依据规则。法治论强调依法治理。不仅普通百姓要依法行事,遵纪守法,即使统治者本身也必须在法律范围内行事,限权是法治应有之意。就审判而言,法官依规则审理,而与道德、政策保持一定距离。(2)人治论主张因人而异,对人的行为作具体指引,往往依命令行事,注重个别正义,而忽视普遍正义。法治强调对事不对人,提倡一般性规则,注重普遍正义,而有时可能会忽视个别正义。(3)人治论推崇个人权威,维护专制体制,其统治正当性的来源往往是英雄或神的光辉;法治论弘扬民主,保障共和国体制。法律权威至上,崇法尚法精神广播,统治正当性的来源是法律。

法治与人治相比较,法治的优越性十分明显,一般可归纳为如下几点:第一,依法律政策优于一人的决策,法律不受人的感情因素的影响而能作出公正的裁决。第二,法治有监督体系,能有力地防止个人专断和腐败。没有制约的权

力,必然导致腐败;绝对权力导致绝对腐败。第三,法治能客观地反映和作用于市场经济。因为市场经济要求主体平等、交换自由与产权明确,要求合法权利得到可靠保障,更要求国家对经济实行宏观调控和微观规范,而这些只有通过实行法治才能全面达到。第四,法治是民主政治的基石,没有民主的制度化,法律化,民主就没有保障、也不能发展。

### (二)法治的代价

形式合理性是法治的本质特征。而形式合理性总要有付出和牺牲,因而“法治在西方也并未被始终看做解决人类社会问题的良策”。法治的代价基本上都属于政治范畴,都同执政者的政治利益与政治权力、政治意志与政治习惯直接相关,所以可称之为政治性代价。

法治代价主要表现为以下几种情形:(1)把法律作为治国的主要方式,因而政治目标实现的手段单一化了,其他手段的运用被限制了,如政策、行政手段的使用范围和程度受到限制,从主要依政策和命令办事向主要依法律办事的转变,是一项复杂而艰巨的工作,其改变的艰难过程本身便是一种代价。(2)法治意味着权力受到法律、权力、权利的制约,因而权力在量和质上都有所缩减和割舍,权力的灵活性和自由度会降低。(3)既然一切服从既定的普遍规则,那么两种需要权衡的利益冲突不可避免,这需要权力行使者作出抉择,为了更大利益放弃较小的利益。因而,也可能“牺牲掉某些个案中的实体正义”。实行法治会造成某些具有社会危害性的行为不受法律的调整,或者受调整的时候因形式合理性的必要性而被忽略。这也要求国家和政府对社会生活的许多方面保持宽容态度,不能任意运用权力来干预,但这不等于说这些行为不存在社会危害性。(5)法治在总体能够提高社会控制效率,但是它不排除在具体情形下,会导致办事效率的下降。

法治为什么具有政治性代价呢?原因主要有如下几方面:(1)法治之法是国家与政府自我约束的工具。而人治则推崇权力的自由行使。这种状态对于权力运用者而言,简便、自由,有针对性,对个案处理来说具有高效率的优点。相反,当根据一般性的普遍法律规则和程序来行使权力

时,权力在很大程度上受到限制;因此国家和政府权力在量上和质上都必然地作相应的割舍。这是法治付出代价的原因之一。(2)法律的稳定性、抽象性与社会的变革性、多样性的矛盾是原因之二。由于法律在内容上具有概括性、一般性、抽象性的特点,而在适用时又必须是相对稳定的。而法律被具体适用的对象总是具体行为或事件,它们是千姿百态,变幻无穷的,因而,当客观情势发生变化时,它就有不适应情势的可能性。(3)法律无法穷尽也不必穷尽一切可能发生或存在的社会现象,因此会存在遗漏。主要原因有立法者预见能力的有限性、语言表达的局限性等。(4)规则语言的模糊性。语言本身有独立存在的生命力,原意与语言之间总有距离。(5)法律是通过法定程序经由大量的人力、物力来执行的,这就引起法律执行的成本问题,即司法与行政资源投入问题。

到目前为止,世界上不存在一种绝对完美的制度。法治也不是。尽管国人对法治寄予崇高的期望,希望它能解决中国所面临的一切痼疾,但理性的法学家却要探讨一种制度的优劣得失。我们应认识到法治的价值,为其实现尽其所能地创造条件,我们也应做好法治实现之后所面临的新问题的心理准备。

**【评述】**法治问题是近几年的理论热点。法治研究文章如汗牛充栋,但认真研究法治的代价的文章却少而又少。一种制度必然有其局限性,认识到这一点是对现实负责的表现,亦是一种诚实的真诚的理论研究的态度。于考生而言,要求其在备考时除阅读教材掌握基本理论之外,也要关注学界热点问题,并做一些认真的思考。答题时则注意,将自己的思考与创见与现有的理论结合在一起。

**【解答参考资料】**沈宗灵主编《法理学》,高等教育出版社;孙笑侠《法治、合理性及其代价》,载《法制与社会发展》1997年第1期。

## 二、试述以立法为中心的法律秩序观及其局限。(30分)

**【解答】**渴望安全、秩序是每一社会中人的本性流露,而以法律来建立某种秩序则成为近代以来最为盛行的思想与实践。然法律二字应仔



细辨之,哈耶克将法律与立法作了郑重的区分。立法指国家制定法本身或国家制定法律的活动,法律指社会生活中真正起作用的具有生命力的规则。哈耶克推崇法律而轻视立法,他认为社会生活中那些活的适法因素才是规制社会,形成社会秩序的根本要素,而立法则是人类理性对秩序的干预和强加,它往往破坏了社会本身固有的秩序。哈耶克持此观点是与自然主义进化观及自由主义政治观相一致的,可以算是一家之言,但鉴于其在理论界的巨大影响及在某种程度上代表着当今主流学说,其意见值得重视,且对我们具有极大的启示意义。

自19世纪以来,以立法为中心的秩序观成为西方社会最为盛行的一种秩序观,这种理论在整个19世纪占据主导地位,而在20世纪亦有相当的影响。总体看来,这种秩序观主张由一群具有高超智慧、敏锐的观察力的法学家制定一部完美无缺的法典,其中包含社会中可能遇到的每一个问题,以此规制社会,形成一种完美的秩序。对于那些法律适用者而言,只需按图索骥,一端输入法律和事实,另一端则输出判决结果,不需任何创造性的因素。如此完美的法典设计方案得到19世纪两个哲学思潮的支持,一为理性主义,二为科学主义。理性主义主张人的理性至高无上,可以预见将来所发生的一切问题,可以发现现存社会中所有的法律问题。科学主义主张主客观两分,主观能够把握客观,客观是实实在在的存在,其运行有自身的客观规律,人类通过理性能完全加以把握和利用。这种以立法为中心的秩序观在19世纪得到备加推崇。其中以法国和德国最为典型。1804年《法国民法典》的制定为法国带来巨大声誉和广泛效仿,拿破仑认为那是他一生最大的功绩。《德国民法典》是欧洲另一部具有里程碑意义的法典,其详尽,其精湛为世人慨叹。此后欧洲其他诸国如奥地利等以及北欧国家瑞典、挪威也纷纷推出自己的法典。即使普通法的典型国家英国也曾掀起一场轰轰烈烈的法律改革运动,尽管其制定法典的目标并未实现,但足可见理性主义与科学主义的巨大影响力。

世界进入20世纪,以立法为中心的秩序观逐渐受到质疑,最先发难的是美国的现实主义法学家们。他们认识到立法者能力及立法的有限,

司法者在法律中占据更重要的地位,他们的创造性解释是法律得以正常运行的关键性因素,恰是他们将社会的变化与法律的稳定作了最为恰当的平衡,在旧的秩序中容纳了新的创新因素的生成,将社会的巨大变革以一种隐蔽的方式吸收和转化,这样社会的变革与法律的固有矛盾便得到很好的化解。19世纪末20世纪初欧洲亦掀起了一场轰轰烈烈的法社会学运动,强调社会生活中的“法”,倡导法官的自由发现,将法官从冰冷的法条中解放出来。

以立法为中心的法律秩序观的局限性是显而易见的。首先其赖以存在的哲学基础理性主义和科学主义已受到很大的质疑。人的理性认识能力是有限的,人无法完整地把握现在,更无法预知所有的未来,如果否认世界上存在神的话。如此,主张人类设计完美法典的理想主义便失去了根基。弗格森说:“国家的建立是偶然的,它是人类行动的结果,而不是人类设计的结果”。在此,“国家”可以被置换为制度、秩序、法律、市场等等。人类无法设计出完美的秩序,因为部分人的理性总是有限的。这并不是否认人类的理性,而人类的理性在秩序的形成中是有意义的,但这种意义却体现在无数人据自己的理性行动而产生的合力对秩序的形成作用。可以说,秩序是在社会生活中形成的,是人们在自身的行为方式变化后相互间的预期和行为方式的磨合;这不是个别人的才智或洞察力所能完成的,而需要时间的鬼斧神工。

其次,这种秩序观忽视了人们并非生活在无功利的真空中,每个人行动的背后都有利益的驱动。立法者同样可能有偏见,有错误,有个人的或集团的私利;他们不可能因为感觉自己在代表着人民的利益就一定导致实际上代表了人民的利益的结果。况且立法的通过同样要经历一个利益的讨价还价的过程。利益与客观之间总存在一定的矛盾或偏差,因此以立法为中心的法律秩序观显然又失去了一个社会学的基础。

实际上,社会本身亦存在自己的秩序,否则一个社会难以长期存在,尽管这种秩序也许同某种理想的秩序有别,但并不应当成为人们否认它是一种秩序的理由,否则人类又会犯以主观规制客观的唯心主义的错误。在中国古代成文法“不