

上海市青年 法学论文选



上海市法学会

一九八五年

上 海 市 青 年
法 学 论 文 选

上 海 市 法 学 会 编

序

我十分高兴地看到《上海市青年法学论文选》这本小册子诞生。这是值得庆贺的事。

作为政法战线上的一名老兵可以感到欣慰的是：在拨乱反正，百废待兴的今天，一大批青年法律工作者正在涌现，政法战线后继有人。他们工作在法学教学、科研、司法实践等领域，一马当先，冲在时代的前面，大胆探索，敏锐思考，勇于提出问题，敢于迎接挑战，无愧于八十年代青年的称号。

在这本小册子里，我们可以从字里行间感受到时代的脉搏，改革的浪潮，它反映出上海市青年法律工作者的精神风貌和学术水平。收集在这里的廿八篇文章，有对法学理论经典专著的论述提出颇有见地的见解；有对各部门法学理论与实际问题展开活跃的讨论；更多的是从不同角度探索法律在社会主义经济改革时期的作用，围绕法律与经济建设、法律与引进外资等问题，提出自己独到的见解，大胆的设置。诚然，在这些新的观点、见解里自有它不成熟的部分。但是，这些正是反映了青年人的特点。这些无疑都是本书的特色。

我真诚地把这本书推荐给读者，希望这朵法学园地初放的鲜花开得健康、繁荣。

我也真诚地期望青年法律工作者不断努力，辛勤耕耘，为祖国的法制建设作出贡献。

徐盼秋

目 录

序.....徐盼秋

〔法 理〕

试探《资本论》中的法律思想.....张乃根（1）

〔行政法〕

试论行政组织的设置原则.....魏海波（17）

〔刑 法〕

试析正确量刑的几个问题.....吴元浩（25）

当前城市流氓犯罪分子的犯罪特点浅析.....徐学伟（32）

当前刑事犯罪分子犯罪手段变化的特点及原因.....肖建国（42）

〔刑事诉讼〕

技术手段在刑事审判中的运用.....孙建伟（48）

运用科技手段侦查经济案件是检察工作的重要环节.....曾 琪（56）

浅析被告人在受审过程中的心理状态.....许闻安（62）

〔经济法〕

增强企业活力与经济法.....吴 泓（69）

试论违反国家或社会公共利益的经济合同
.....成 涛（76）

我国股分公司资金立法问题初探……………赵一平(84)

经济体制改革中的金融立法问题初探

……………俞淑容、张宁(92)

城镇劳动者合作经营中的若干法律问题初探

……………王全弟(99)

有奖活动的法律问题初探……………陈大刚(104)

〔涉外经济法〕

试论我国涉外经济合同法中适用外国法问题

……………林燕萍(111)

个体经济在涉外经济关系中的法律地位初探

……………李泳、陈红军(119)

〔国际法〕

论海商法的对象和适用范围……………魏友宏(126)

附 录

正确处理当前法学研究的几个关系

……………周天平、蒋迅(138)

浅谈维护青年的合法权益……………陶卓杰(147)

浅谈“检察建议”……………章建国(154)

对“经济检察”范围的探讨(摘要)……………徐雪林(159)

“正当法律程序”在美国宪法中演变浅析

(摘要)……………郭惺(162)

试论工会在中外合资经营企业的法律地位

(摘要)……………徐澜波(165)

户籍管理法规必须适应经济发展需要(摘要)

.....	胡银康 (168)
刑法溯及力初探 (摘要)	杜建人 (171)
论法定继承与代位继承 (摘要)	高勇华 (176)
论我国《涉外经济合同法》的原则 (摘要)	徐冬根 (179)
试论高等教育中法律教育应有的地位 (摘要)	程维荣 (182)

试探《资本论》中的法律思想

复旦大学法律系 张乃根

马克思主义法律观有一个形成和发展的过程。早在大学期间，马克思就曾致力于创立自己的法律观，但由于主观唯心主义的固有矛盾，未能如愿。而后，他转向黑格尔的客观唯心主义，并逐步形成具有革命民主主义倾向的法律观。在《莱茵报》工作期间，马克思通过一系列抨击当时德国封建制度的檄文，充分阐述了他的法律思想。但在斗争中，他“第一次遇到要对所谓物质利益发表意见的难事”。这使他看到了自己那种唯心主义的法律观与客观现实之间的冲突，进而促使他去研究经济问题。在克罗茨纳赫研究时期，通过批判黑格尔的法哲学，马克思从唯心主义与民主主义彻底转向唯物主义与共产主义，同时开始形成唯物主义的法律观。他指出法的关系根源于物质的生活关系，为此必须研究政治经济学。随后，马克思在巴黎、布鲁塞尔等地深入地研究政治经济学，与恩格斯共同写作了《德意志意识形态》等著作，完成了第一个伟大发现，并在这基础上科学地、系统地阐述了法的本质问题，从而确立了历史唯物主义的法律观。《共产党宣言》的发表，宣告了马克思主义的诞生，同时标志着马克思主义法律观形成时期的结束。以后，马克思主义法律观进入了一个发展时期。众所周知，从一八五〇年起，马克思倾其毕生精力从事《资本论》的写作。马克思在《资本论》中运用唯物史观的基本原理第一次揭露了资本主义社

会的“经济运动规律”〔1〕。同时淋漓尽致地披露了资产阶级法律的真面貌，论及了许多法学原理，由此丰富和发展了马克思主义法律观。

一、关于法的本质及其有关原理的论述

马克思主义法律观的精髓在于科学地揭示了法的本质。马恩在《共产党宣言》中针对资产阶级意识形态指出：“你们的观念本身是资产阶级的生产关系和所有制关系的产物，正象你们的法不过是被奉为法律的你们这个阶级的意志一样，而这种意识的内容是由你们这个阶级的物质生活条件来决定的”。〔2〕这是马克思主义关于法的本质的经典论述。其基本思想在《德意志意识形态》一书中业已得到全面阐述：（1），法是统治阶级意志的体现，“由他们的共同利益所决定的这种意志的表现，就是法律”。〔3〕（2），法是上升为“国家意志即法律的一般表现形式”〔4〕，换言之，法律是由国家创立并由国家强制力保障执行的行为规范。（3），法所体现的统治阶级意志的内容归根结底是由该阶级的物质生活条件，”即他们的相互制约的生产方式和交往形式”〔5〕所决定的。以上论述深刻说明了法与阶级、法与国家、法与经济基础之间的内在联系，从而同一切形形色色的唯心主义法律观彻底划清了界线。

《资本论》丰富了马克思主义关于法的本质的观点。马克思在“资本主义地租的产生”一章中谈到劳动地租时指出：“很明白，在这种社会生产关系及与其适应的生产方式所借以建立的自然发生的不发达的状态中，传统必然有非常重要的作用。又很明白，在这里，并且到处都一样，社会统治阶级的利益，总是要使现状当作法律成为神圣不可侵犯，并

且要把习惯和传统为它定立的各种限制，用法律固定下来”。〔6〕这就是说，一定社会的统治阶级为了维护其利益，无例外地要将有利于它的现状（以一定的社会生产关系及其适应的生产方式为基础）及其习惯和传统用法律形式予以确定。简言之，法律是一定社会统治阶级利益的体现。《资本论》多次强调了这一思想，认为法律实质上是为统治阶级服务的工具。如在斥责英国资产阶级和大地主阶级利用所谓的“共有地的圈地法案”来剥夺农民土地的强盗行径时指出：“18世纪的进步，在这一点上面显示出来了：法律本身现在也变成劫夺人民土地的工具了”。〔7〕《资本论》还分析了法律与国家之间的关系，指出法律是由一定统治阶级的国家创立的。如在比较封建领主与资本家对剩余劳动的贪欲时说道：“如果每一条都使对剩余劳动的贪欲成为合法的多瑙河各公国的组织法是这种贪欲的积极表现，英国工厂法就是这种贪欲的消极表现”。并特意指明：“这种法律，要由国家——并且恰好就是资本家和地主统治的国家——强迫限制劳动日的办法，来节制资本无限制吮吸劳动力的渴望”。〔8〕在提到14世纪到18世纪中叶英国的劳工法时也指出：“当时资本家“还不能单是依靠经济关系的强制力，并且要依靠国家强力的支持，方才能保证自己的吸收充分剩余劳动的权利”。〔9〕这种以国家强迫或强力为后盾的意志体现便是法律。《资本论》特别注意分析法律与经济法律的关系，如在剖析商品交换关系的实质时指出它只不过是商品所有者之间的权利关系罢了。“这种权利关系，不问是不是依法成立的，总归是在契约的形式上，是一种意志关系，在其中，有经济关系反映出来。这种权利关系或意志关系的内容，也就是由这种经济关系规定”。〔11〕在此，马克思明确告诉我们：一定法权关

系的内容取决于一定的经济关系。至于马克思如何从资本主义经济出发深入分析资本家和工人之间的雇佣劳动法律关系，生动地展示法律关系怎样根源于物质的生活关系，如恩格斯所说，则是贯穿《资本论》全书的一条“红线”。〔11〕毋庸赘述，仅举工资一例略作说明。马克思说：“在资本主义社会的表面上，工人的工资表现为劳动的价格，表现为对一定量劳动支付的一定量的货币”。〔12〕“这种表现形式掩盖了现实关系”，〔13〕即资本家与工人之间的劳动力买卖关系。资本家利用劳动力的特殊使用价值，榨取工人创造的剩余价值，尽可能多地获取剩余价值是资本的本质，而资本本身就体现了一种人与人之间的社会关系，即资本家与工人之间剥削与被剥削的关系。这种关系的基础便是资本主义生产资料所有制。显而易见，造成工资这一资本主义雇佣劳动法律关系的根源在于资本主义生产关系的性质。

《资本论》不仅丰富，而且发展了马克思主义关于法的本质的观点。这突出表现在《资本论》进一步论述了经济基础决定法律这一上层建筑，法律又反作用于经济基础的辩证关系。其一，马克思认为不仅法律的内容，而且法律关系、法律权力、法律观念等等都是由经济关系所决定的。如在分析商品的支付手段时，举例说：“古代世界的阶级斗争主要是以债权人和债务人之间的斗争的形式进行的；在罗马，这种斗争以负债平民的破产，沦为奴隶而告终。在中世纪，这种斗争以负债封建主的破产，他们的政治权力随着它们的经济基础一起丧失而告终”。接着强调：“但是在这里，货币形式——债权人和债务人的关系具有货币关系的形式——所反映的不过是更深刻的经济生活条件的对抗”。〔14〕这就指示我们：在分析一定时期的法律关系时，不要忘记其背后还

有更深刻的经济关系。又如马克思在谈到资本主义地租的特点时指出土地所有者对其法律权力的利用，“完全要取决于各种不是以他们的意志为转移的经济条件”。〔15〕还指出：“法律观念本身不过说明土地所有者可以象每个商品所有者处理他所有的商品一样去处理土地，这种关于土地自由私有权的法律观念则随着一定的经济关系产生而产生。”〔16〕其二，马克思认为生产力与生产关系的矛盾运动是法律产生的最终原因。马克思说：“一种生产方式只要继续维持一个期间，它就会当作习惯和传统固定下来，最后还会当作明文的法律，而成为神圣不可侵犯”。〔17〕从社会基本矛盾运动发展来看，与一定生产力水平相适应的生产关系总有一个形成，发展的过程。当一种新的生产方式相对摆脱单纯的偶然性或任意性而取得社会的固定性和独立性时，就会逐步被人们视为习惯和传统，最后被统治阶级用法律予以确认。按照马克思的观点，“撇开其他一切情况不说，只要现状的基础即作为现状的基础的关系的不断再生产，随着时间的推移，取得了有规则的和有秩序的形式，这种情况就会自然产生”。〔18〕这种撇开其他因素的自然过程说明法律产生的最终原因是生产力与生产关系矛盾运动的结果。其三，马克思认为法律具有反作用。就主观法则与客观法则的关系而言，马克思指出：“一个社会即使已经发现它的运动的自然规律，它还是既不能跳过，也不能用一个法令来废除自然的发展阶段。但是它能够把生育的痛苦缩短并且减轻”。〔19〕人类社会与自然界一样，都有其自身发展的固有法律。这种规律属于客观法则，既不能创造，也不能消灭，只能通过人们的社会实践去认识，利用它。法律是社会统治阶级制定的主观法则。当然，人们不能用主观法则去废除客观法则。但是一旦主观法则正

确反映了客观法则、就能起到促进客观世界发展的巨大作用；反之，必然阻碍其发展。这就是法律的反作用的具体表现。就上层建筑与经济基础的关系而言。《资本论》例举了圈地法，工厂法和银行法等法律说明上层建筑对经济基础的反作用。如马克思多次提到工厂法对促进工业革命，巩固资本主义生产关系的作用，指出：“由小规模分散的劳动过程到大规模社会结合的劳动过程的转化，资本的集中和工厂制度的唯一统治地位，也因工厂法普遍化而普遍化了，加速了”。〔20〕在谈到英国1844年的银行立法时指出这一银行法直接刺激着整个商业界，但结果“这个银行法不但没有防止危机，而宁可说已经把危机加强到这个程度，以致如果不是整个产业界必然崩溃，就是银行法必然崩溃”。〔21〕这进一步证明法律的反作用既有积极性，也有消极性。

综上所述，《资本论》丰富和发展了关于法的本质的论述，尤其是马克思善于从生产力与生产关系、经济基础与上层建筑的矛盾运动中分析法的本质，这对于我们的法学研究具有极为重要的指导意义。

二、关于工厂立法及其有关法学原理的论述

劳动日问题在《资本论》的体系中占着重要的地位。《资本论》的法律思想集中体现在有关劳动日问题的论述中。马克思说过，《资本论》的最终目的是揭露资本主义基本经济规律——剩余价值规律。剩余价值的生产与劳动目的长短休戚相关，而劳动日的长短一开始便同工厂立法（包括14世纪到18世纪中叶的劳工法和19世纪中叶的工厂法）密不可分，工厂立法本身随着资本主义的发展而变化。马克思在《资本论》第一卷初版序中所说：“现在的统治阶级，不管

有没有较高尚的动机，也不得不为自己的切身利益，把一切可以由法律控制的，妨害工人阶级发展的障碍除去。因此，我在本卷中用了很大的篇幅来叙述英国工厂法的历史，内容和结果”。〔22〕从法学理论角度来看，马克思的有关论述主要分析了工厂立法的经济根源，阶级根源以及工厂法与生产力发展的关系。

工厂立法的经济根源在于资本主义生产关系本身。资本主义生产关系的前提条件是劳动力这一特殊商品的卖买。这种特殊的买卖关系既没有定下劳动日的限界，也没有定下剩余劳动的限界。于是资本家主张其买者的权利，要求无条件地利用劳动力的使用价值，尽可能把劳动日延长，以榨取更多的剩余价值；但是，劳动力的使用受到一定的限制，并且工人也主张其卖者的权利，要求按照等价交换的原则，将劳动日限制到一定的标准量。因此“在这里，出现了一个二律背反，权利同权利互相对立。这两种权利，同样为商品交换的法则所承认。在两种平等的权利间，起决定作用的是力量”。〔23〕由于资本主义生产关系的性质所决定，力量对比的重心通常总是在资本家一边。在资本主义发展初期，资本家不仅利用经济关系的强制力，而且依靠国家的支持，制定延长劳动日的强制性法律来保证其压榨剩余价值的权利。从第一个劳工法——英国1349年爱德华三世颁布的工人法规，到18世纪中叶的英法各国的劳工法都以规定延长劳动日为基本内容。18世纪末19世纪初，随着资本主义机器工业的出现，资本冲破了12小时的界限，肆意延长劳动日，而工人一旦从机器的轰隆中清醒过来，也开始进行反抗，于是便产生了以限制延长劳动日为内容的工厂法。当然，“劳动日一经由法律永远禁止延长。资本就毫无疑问会有一种倾向，要用

劳动强度的系统增加来得到补偿，并且要使机器的每一种改良，都成为吸取劳动力的更为有效的手段”。〔24〕资产阶级国家还会制定相应的工厂立法，以确保资本家加强对工人的剥削。由上可知，工厂立法的经济根源确实在于资本主义生产关系本身。这也具体说明了马克思主义的一条法学原理：一定法律的产生必有其经济根源。

工厂立法的阶级根源是无产阶级与资产阶级之间的斗争。马克思说：“在资本主义生产的历史上，劳动日的标准化，会表现为争取限制劳动日的斗争，斗争的一方，是资本家全体，即资本家阶级，另一方是工人全体，即工人阶级”。〔25〕十九世纪中叶十小时标准劳动日的制定，就是工人阶级与资本家阶级数世纪来斗争的结果，从十四世纪一直到十八世纪中叶，资产阶级国家的劳工法通通都是以延长劳动日为基本内容，其原因不仅在于资本对剩余价值的无限贪婪，而且因为当时工人阶级的力量尚未壮大。“个别孤立的劳动者。‘自由’出卖劳动力的劳动者，是没有抵抗地屈服着”。〔26〕十九世纪三十年代以后，随着机器大工业的发展，工人阶级力量日益壮大，开始作为一支独立的政治力量登上了历史舞台，迫使资产阶级制定限制劳动日的工厂法，而资产阶级为其根本利益也不得不忍痛作出一点让步。1833年至1864年英国的工厂立法充分说明了这一点。马克思说：“现代工业标准劳动日的制定，是以1833年的工厂法为嚆矢。〔27〕但这一法律并未规定十小时工作日。十九世纪三十年代以后，英国工人阶级开展了著名的宪章运动，并提出了十小时工作日法案。经过激烈的斗争，英国议会终于通过一法案，制定了1847年新工厂法。但是随着1848年欧洲革命以及英国宪章运动的失败，资产阶级立即进行“公然的叛

乱，不仅反对十小时法律，并且反对1833年以来一切企图在某种程度内限制劳动力“自由”榨取的法律”。〔28〕只是在工人阶级的反击下，资产阶级才被迫通过1850年新的补充工厂法，恢复十小时工作制，到1864年止逐渐在各种工厂里推行。由此可见，资本这个“吸人膏血的东西，‘在还有一块肉，一根筋，一滴血可以让它吸取的时候’，也决不会放手。为了要在这条害人的毒蛇面前‘保卫’自己，工人阶级必须把他们的头聚在一起，作为一个阶级，争取到一个国家法律，一个非常有力的社会保障”。〔29〕这也启示了一条重要的马克思主义法学原理：在资本主义社会里，无产阶级应该而且可能争取保护自己的法律。

《资本论》还阐述了工厂法与生产力发展的辩证关系。马克思认为工厂法是大工业的必然产物。他一再强调：“工厂法的制定，社会对于它的生产过程自发形式最早的一个有意识有计划的反应，我们讲过，是和棉纱、自动机、电报一样，是大工业的必然产物”。〔30〕工厂法最初只是一种特别法规，仅适用于纺织业和织布业，而这些工业是最先依靠水力，蒸汽和机器而发生革命的工业。后来，工厂法逐渐普及化，适用于一切社会生产。工厂法由特别法变为普通法，如马克思所说：“是由大工业历史发展的道路引起的”。〔31〕大工业所以会产生工厂法，因为已经变化的物质生产方式和适应它的已经变化的生产者的社会关系必然要求与之相适应的上层建筑。按照马克思主义的观点，直接决定上层建筑的不是生产力，而是经济基础，但是生产力直接决定生产关系，并通过这一中介对上层建筑起间接的决定作用。大工业必然产生工厂法便是很好的例证。第二次世界大战以后，随着社会大生产的进一步发展，世界各国制定大量经济法规乃

至国际经济法的应运而生也充分说明了这一点。同时，马克思认为工厂法对大工业的发展具有巨大的反作用。他说：

“自发进行的工业革命，由于工厂法在所有使用妇女、少年和儿童的工业部门的推行而被人为地加速了”。〔32〕“如果说工厂法就这样象在温室里那样使工场手工业生产转化为工厂生产所必需的物质要素，成熟起来，那末，它又由于使扩大资本支出成为必要而加速了[小师傅的破产和资本积聚]”。〔33〕这里应该着重指出，马克思在分析机器大工业与工厂法之间关系时还认为，由于机器使未成年人或半成人成为劳动力商品，因此“又从根底上，使劳动者与资本家间那种在形式上确定资本关系的契约发生革命”。〔34〕换言之，工业革命引起了法律关系上的革命。这是一条十分重要的马克思主义法学原理。如果说以机器大生产为标志的第一次工业革命使得资本家与工人之间的雇佣劳动法律发生了革命，那么当今正在兴起的以微电子技术为主要特征的“新工业革命”会对各种法律关系发生甚么影响，不能不说是一个值得我们密切注意和需要深入探讨的重大课题。

总而言之，《资本论》围绕工厂立法问题阐发了一系列法学原理。这不仅有助于我们研究近代资本主义工厂立法史，而且为我们研究现代资本主义国家法律制度和各国经济立法提供了“显微镜”和“望远镜”。

三、关于资产阶级宪法，民法和刑法的论述

整部《资本论》是一座剩余价值理论的“大厦”。资本主义生产的基本特征就是剩余价值的生产。由资本主义经济基础所决定并为之服务的，包括各种法律部门在内的资产阶级法律体系主要就是围绕如何保证剩余价值的生产这一轴心

而转动着。因此，马克思在《资本论》中揭露资本家剥削工人的秘密时必然会涉及到对资产阶级宪法、民法和刑法等法律部门的分析批判。

关于宪法问题。马克思一针见血地戳穿了资产阶级所谓“天赋人权”的假面具，指出：资本家剥削工人的领域“实际是天赋人权的真正乐园”，〔35〕“对劳动力的平均剥削乃是资本的第一种人权”。〔36〕真可谓入木三分。“天赋人权”是资产阶级最重要的宪法原则，在资产阶级各国宪法中占着极其重要的地位。以保障人权为基本内容的英国1679年《人身保护法》被誉为英国宪法的“奠基石”；美国《独立宣言》的理论基础之一就是“天赋人权论”，1791年通过的美国宪法第一次修正案即前十条修正案，通常称为《人权法案》；法国资产阶级大革命后第一个宪法性文件就是著名的《人权宣言》，其第一条便宣布“人们生来并且始终是自由的在权利上是平等的”。然而，在资本主义社会里，“天赋人权”究竟意味着什么呢？马克思在分析劳动力买卖关系时说：“自由！因为一种商品例如劳动力的买者和卖者，都只由他们的自由意志决定。他们是以自由人，权利平等的人的资格订结契约的。契约是最后结果，他们的意志就在那里取得共同的法律表现。平等！因为他们彼此都只以商品所有者的资格发生关系，以等价物交换等价物。所有权！因为他们各人都只处分自己所有的东西”！〔37〕一旦离开了劳动力买卖市场，“原来的货币所有者成了资本家，昂首前行；劳动力所有者成了他的工人，尾随在后。一个笑容满面，雄心勃勃；一个战战兢兢，畏缩不前，象在市场上出卖了自己的皮一样，只有一个前途——让人家去鞣”。〔38〕显然，在资本主义社会里，所谓的“生来自由”，“权利平等”意味着资