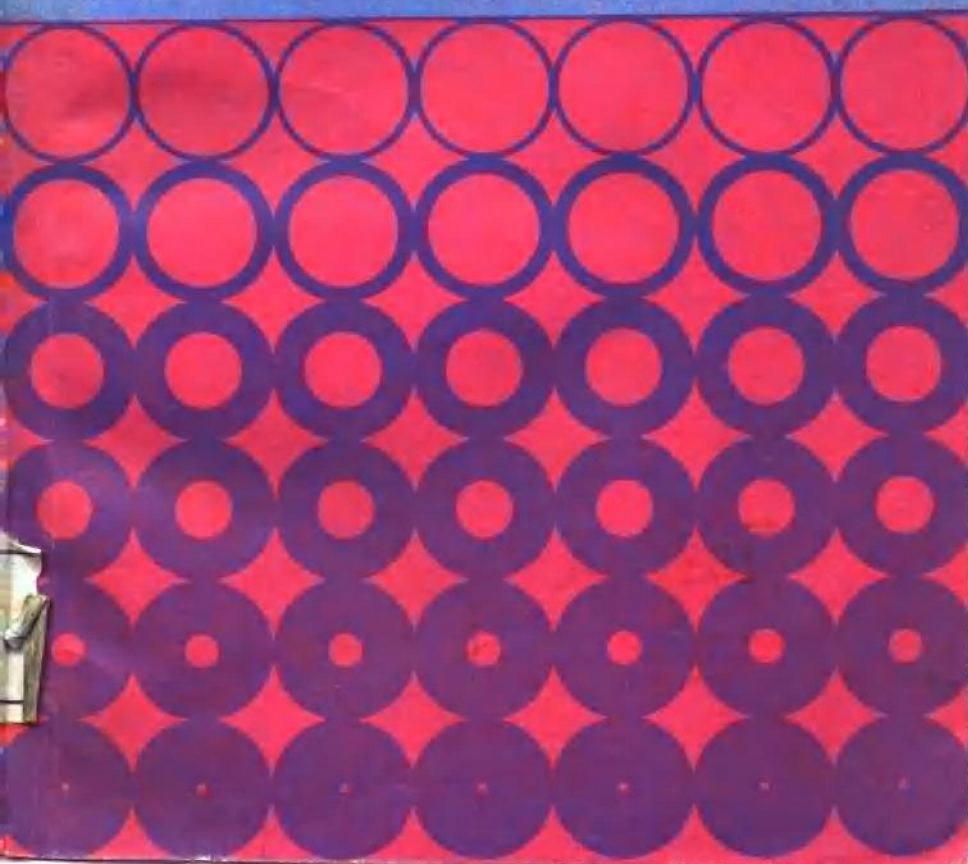


法学论文集

FA XUE LUN WEN JI

华东政法学院科研处编

上海社会科学院出版社



法 学 论 文 集

华东政法学院科研处 编

上海社会科学院出版社

责任编辑 查建国 周 河

封面设计 邹越飞

法学论文集

华东政法学院科研处 编

上海社会科学院出版社出版

(上海淮海中路622弄7号)

新华书店上海发行所发行 上海东方印刷厂印刷

开本 787×1092 1/32 印张 15 字数 300,000

1987年10月第1版 1987年10月第1次印刷

印数 1—1,800

ISBN 7-80515-033-8/D·2

书号 6299·033 定价 3.20 元

编者的话

为了更好地总结华东政法学院教师的科研成果，加强法学理论方面的情况交流，我们选编了这本《华东政法学院论文集》。全书30万字，共选入华东政法学院法律系、经济法系、国际法系、犯罪学系、青少年犯罪研究所等部门的教授、讲师、教师和研究生撰写的有关法学论文50篇。

论文集力求以马克思主义、毛泽东思想为指导，结合我国社会主义法制建设的实际，科学地、准确地探索和反映我国现阶段政治体制改革和经济体制改革以来法学理论界面临的各种问题。论文集集中的文章，有的是国家重点科研项目的成果的归纳，有的是作者多年潜心钻研的结晶，既有用新的方法、从新的角度研究法学传统学科内容，也有一些介绍和探索新学科的新观点和新思想。

由于时间仓促，水平有限，论文集集中的文章难免有缺点、错误，敬请读者批评指正。

目 录

文化传统与法学理论研究·····陈鹏生 蒋集耀(1)	
努力建设具有中国特色的法学新学科	
·····徐永康(14)	
法律文化现代化初探·····蒋 迅(22)	
论原始“法律”	
——兼论法律文化的发生·····刘学灵(32)	
法律的社会控制探讨	
——一种新的趋势和方法论·····林燕华 郑 伟(44)	
关于法的本质的几个问题·····胡士贵(53)	
试论准法律规范·····章人英 王晓青(62)	
国家管理经济职能的特点与法律的任务·····李 洁(71)	
试论判例法对体制改革时期经济关系的	
调整作用·····钱 奕 潘大松(80)	
建设高度的社会主义民主是一个渐进的过程	
·····俞子清(89)	
论我国人大代表当选的条件·····叶陵陵(96)	

浅论《唐律》的“六赃”及其处罚原则

-钱元凯 殷啸虎(108)
- 论《唐律疏议》的“疏议”作用.....王立民(117)
- 浅析官僚政治与官吏贪赃.....吕淑琴(125)
- 论苏区土地立法的重要意义.....程维荣(134)

- 国家赔偿制度初探.....朱思东(142)
- 农业承包合同是新型的特殊合同.....彭万林(151)
- 国营企业租赁经营和承包经营的比较.....祁晓东(162)
- 比例制租金初探.....沈幼伦(169)
- 乡镇企业立法若干问题初探.....唐肖虹(175)
- 私人企业和确认其合法地位问题的探索

-庄木成(185)
- 横向经济联合与经济法.....徐士英 陈乃尉(193)
- 银行贷款保证担保法律关系初探.....董永健(201)
- 论我国技术引进的宏观法律调节.....陈红军(212)
- 当前投资环境的立法思索.....龚津航 龚晓航(221)
- 论解决外商投资企业劳动争议应注意的
法律问题.....曹建明(231)

对美贸易和美国反托拉斯法的司法管辖权

-胡银康(243)
- 《国际双边税收协定》实施中的若干法律问题
.....黄哲英(254)

略论海上货物运输契约的先决条件

——海上货物运输契约法律问题初探

-魏友宏(266)
- 商标立法模式改革思索.....俞 峰(274)
- 法律顾问参与企业经营决策之我见.....周绯彦(283)

论经济犯罪的概念与构成特征.....夏吉先(291)

略论量刑基准线.....史建三(303)

我国刑事类推制度初论.....游 伟(311)

对防卫挑拨的正当防卫问题探讨.....郑有荣(323)

论脱逃罪中的“加处”.....王虎华(331)

论劫机犯罪及其预防.....郑 列(340)

也论法律性是刑事证据的基本特征.....叶 青(349)

我国近期青少年犯罪的上升趋势和对策

——一种综合的青少年犯罪预测方法的探索

.....徐 建(356)

关于社会治安综合治理几个理论问题的探讨

.....肖建国(368)

简析婚姻家庭的性质和作用.....郝素洁(378)

民事代理的范围.....傅鼎生(386)

论法律文书学科定名的规范化

.....江逸清 吴建利(396)

法律语言略谈.....包建栋(407)

试论同异辨析律

——法律逻辑基本规律初探·····	施荣根(416)
论法制新闻与社会新闻·····	朱淳良(424)
诉讼期间的案件可否公开报道的探讨	
·····	张传楨 郁忠民(431)
简评美国法理学的特征及其渊源·····	刘丽君(442)
略论美国的宪法解释制度·····	郭化成 陈 克(451)
当代英国法的渊源与结构·····	高 桐(462)

文化传统与法学理论研究

陈鹏生 蒋集耀

毋庸讳言，中国法学理论研究是落后的。

从表层看，它可以归因于一度“法律虚无主义”的影响和“文革”十年的破坏；也可以归因于片面、教条地沿用苏联三十年代法学理论。但是，应该看到，我们今天的法学理论研究水平仍停留在五十年代从苏联搬进的三十年代法学理论水平上，与苏联目前法学理论研究水平相比，不可同日而语。为什么会出现这种理论僵化的局面？透过表层，其内容是：我们曾引入了苏联的法学理论，他们发展了，我们却停滞了。这不能不使我们联想到科学技术的第二次引进：五十年代我们引进了苏联的先进技术，八十年代我们又不得不引进美国、日本、联邦德国的先进技术。何以使然？因为我们没有注重研究技术理论的形成与发展，没有发掘技术、发展的民族力量。因此，如果我们再不从民族的科学着手，发扬民族进取精神，那么技术的第三次、第四次引进，仍将在所难免。同样，法学理论再不注重自身结构和发展规律的研究，那么，永远无法摆脱落后的状况。

忽视对法学理论的结构、规律、价值及其标准的研究，必然导出另一现象：就是仅将法学作为应用的工具和对实践的注释。就连目前一些呼吁法学理论更新的文章，也是积极倡导重视应用法学或问题法学研究的。这种将法学（作为一门理论的法学而不是法律）仅视作实用性、战斗性的武器，并期冀从为实践服务的交点上找出问题，以此归纳出“新的理论”的观点，本无懈可击，但从忽视理论建设的文化心理层面上衍生出的这种观点，在实践中十分容易落入理论实用化的传统中去。因为从事理论问题研究的主体是人，而人又都是生活在一定的文化环境之中，不但受到其认识的局限性，而且还受到文化传统、思维逻辑方法、思维的精神旨趣的影响，加上实践中不时为了配合政治运动的需要，人们又不得不将理论迁就实践，这样，就使法学理论的发生、发展客观上受到了文化心理的抑制。仅由此看或许是我们为什么一直研究问题、注重实践而又不能更新、发展我们法学理论之原因所在。

然而，摆在人们面前的问题是：为什么阻碍法学理论研究前进的思想方法会如此长久地占据法学理论研究领域？当然，作简单的、低层次的臆断和决定论式的归因，那是轻而易举之事，然而，我们的法学曾付出了那么惨重的代价，它要汲取的是理论上的教训，而不是感情上的教训。因此，从民族文化传统去探索这一原因，更有利于我们深沉地剖析我们理论法学落后之原因，寻找法学理论“起飞”的支点。

传统文化受儒学的浸润，强调人世现实，过于偏重实用，忽视科学抽象思辨，造成古代文化长期满足于经验论的水平，缺乏理论的深入发展，使现代科学、理论的充分开拓受到阻碍，法学理论也长期迂回、停滞。这是我国法学理论研究落后的文化心理的影响。

中国古代哲学宇宙观、本体论是与“天人”关系相统摄。人与宇宙浑然一体，天人不分。而西方近代哲学中，一个重要的内容，便是“我”的自觉。对“我”的认识，便将“我”的世界分为“我”与“非我”。“我”是主观的，“我”之外的客观世界皆是“非我”。于是，在主客观世界之间的鸿沟只有靠“我”去求取知识去认识、去填平。故此，哲学的知识论便成了西方哲学史上的一个重要部分。而中国哲学“天人合一”的宇宙观，未有主客观世界之间的鸿沟，无需追求外在知识去填平，因此，“知识问题不成为中国哲学史上的大问题”^①，这种思维的精神旨趣便是十分注重现实人生，强调的是身心实践。求取知识仅仅是为了人生，通俗地说，便是为了“致用”。这种对知识的态度，认为至理的实践不在现实生活之外，而求在日常生活之中表现至理。中国哲学中的所谓“践形”、“与理为一”便是广大高明而不离乎日用的境界。正如章太炎所说“我国民常性，所察常事日用，所务在工商耕稼，志尽于有生，语绝于无验。”^②这种哲学的认识论，铸成中国哲学的思维趋向便是：人生有异

于禽兽，便是人应有修养，而学术探讨的目的，就是为了提高生活，完善人生。因此，任何知识理论都必须具有明显的实用性和经验性。它与西方哲学史上那种热衷于寻求世界的物质构造和本原，要求“按照自然行事，听自然的话”，^③认为“人们追求智慧是为了求知，并不是为了实用”^④的精神迥然异趣。由此可见，中西文化传统中，学术精神是有差异的，前者“关心的是功利和技巧”，后者“关心的是求知本身”。^⑤这种学术精神的差异性，从古希腊哲学与先秦哲学的比较中可以佐证：古希腊哲学发端于自然哲学，以对自然普遍原理的求索而肇始，孜孜于自然而不倦；先秦哲学则发端于巫史学术，以对社会治理之术的探求为目的，热衷于政治而不厌。所以，中国的学术与伦理政治结合的特点，铸成传统文化学术精神的特点便是：理论实用化、学术政治化。而文化传统中对当今法学理论形态观念上的影响，概此莫属。

理论实用化是指以罗织来自直观的经验、想象以直接满足日常实践和政治统治需要的理论代之以通过概念、判断、推理等抽象思维的形式来把握对象属性和规律的理论研究方法。两者表层异趣在于前者热衷于功利、致用，后者在于完善理论的科学研究。学术政治化就是以理论实用化为前提，认为思想理论是政治秩序的直接基础而将学术仅视作为伦理政治而出现的王权政治理论。这两种倾向的放大，便有宋儒所谓的“半部论语治天下”的狂言。理论实用化与学术政治化的交织、重叠，一方面使学术理论的标准，成了位居“真理性”地位的政治权力；另一方面，政治

权力则又成了学术理论专心于“致用”以博取功名的强力诱惑力。翻开中国史籍，典籍浩瀚，之中不乏惊世箴言，但鲜见自成体系之理论论著，这不能不说与中国学术理论的实用化、政治化有涉。当然，理论实用化从根本目的来看与理论的目的是一致的，但是，由于仅注重眼前的致用，而从长远利益上损害了根本目的，以致于不能使科学形成学科发展；学术政治化亦是如此。诚然，自人类进入阶级社会以来的何任时代，人文科学无不染上阶级的色彩，从西方哲学史上看，象帕拉图、亚里士多德、培根、笛卡尔、卢梭等人的哲学，都有其显明的阶级利益和特点，即使象康德那样典型的学院式哲学，尽管内容深奥、表达晦涩，也毫不例外地刻上了阶级的烙印。但这种赋予阶级色彩的理论并不就是作为主权统治解说的理论。而理论实用化、学术政治化的结合，就使理论形态的发展在意识层面上上升为有意识的、自觉的统治阶级理论。因此，在中国学术理论之间的纷争，时常用政治斗争的方式加以解决，这样，便不能不使理论失去完善、发展的环境而遭窒息。我国先秦虽有较科学的辩者逻辑，但在秦汉以后，却纠缠于伦理政治内容，把价值的标准混入真实的标准之中的正名主义逻辑压倒墨辩为代表的辩者逻辑，使辩者逻辑在二千多年的社会中被湮灭。^⑥可见，学术政治化虽为学术理论带来了独尊的地位，但其“致用”的狭隘功利观，便使学术理论以至自身失去了科学性。

从历史的发展看，这种理论实用化、学术政治化的倾向在先秦诸子中已见端倪，特别是法、墨、儒三家。曹魏时刘

劭说：“建法立制；富国强人(兵)，是谓法家。”^⑦ 章太炎认为，“著书定律为法家。”^⑧ 两说尽管有异，但都道出了法家先秦时，实际上就是社会活动家和政治改革家。而法家“之所以被列为先秦六家，主要是因为它在社会变革中发挥了重要作用”^⑨ 而此后建立的一套治理国家的法、术、势理论，实际上是一种“治术”。由此可见，法家的这种直接实践性的思想较之儒家更为激烈。墨家的哲学本身便是功利主义的，子墨子说，言有三表“有本之者，有原之者，有用之者。于何本之，上本上于古圣王之事。于何事原之，下原察百姓耳目之实。于何用之，发以为刑政，观其中国家百姓人民之利”^⑩ 冯友兰先生认为此“三表”中最重要者乃其第三“国家百姓人民之利”，因此，墨家估定一切价值之标准，凡事物必有所用，言论必可以行，然后为有价值。这种实用思想同样在墨家的法律思想中有所反映，作为墨家法律思想核心内容的“兼爱”，便是建立在“交相利”基础之上的。儒家的理论模式基本上是经验性和直观性的，它强调的是理论应为现实的伦理政治服务。这与儒家由先秦时沟通王与天联系以巫、史、卜视发展而来有关，可以说，从那时起，便孕育了中国学术时不与政治相维系的胎儿，既然学术理论都是围绕“治国”展开的，各种不同学术之间的争议，往往通过政治上表现出来。

春秋战国之际，社会大变动、大改革反映到思想领域便是各阶级、各阶层和社会集团针对社会中出现的问题提出自己的“政治”主张，其时各家著书立说，号称“百家”，但是，由于其思想底蕴的一致性，其结果便是由政治的力量加以

统一、确立。一旦某一学派、学说得到王权的青睐，也就是说成为王权直接使用的工具，那么，其他学派、学说，便因与之相牴牾而遭钳制。秦王朝统一六合，必然要在意识形态方面统一思想理论，于是首先碰到的便是有异于王权统治思想的别家学说。故李斯有言“不燔六艺，不足以尊新王”，于是借用强大的政治力量对儒家的诗、书、礼、乐、易、春秋加以扫荡，便是情理之中事。这是问题的一方面。

问题的另一方面，因中国学术理论实用化的倾向，儒家的诗、书、礼、乐、易、春秋本身，又都有其不同的功能、作用。《乐记》说：“礼以道其志，乐以和其声，政以一其行，刑以防其奸，礼、乐、刑、政，其极一也。”《礼记》又说：“礼节民心，乐和民声，政以行之，刑以防之，礼乐刑政，四达而不悖，则王道备矣。”就是说礼用来教导民心，音乐用来和谐民声，政治用来规范民行，法律用来禁民为非，礼乐刑政的根本目的是一致的，都是为了维护王权。礼、乐、刑、政也罢，《诗》、《书》、《礼》、《乐》、《易》、《春秋》也罢，有如此巨大的实用功能，这一切在初登皇帝之尊位的始皇帝的心理中，不但是一种理论的力量，而且还是对他新生政权虎视眈眈的物质力量，道不同，岂能与之相谋，因此秦始皇的焚书、坑儒，不能仅看作是帝王个人的滥施淫威或一时之性起，之中，其文化心理机制的作用是十分明显的，而理论实用化、学术政治化便是这种心理的直接诱因。无怪乎黑格尔在其《历史哲学》一书中惊叹：“诗、书、易、礼、乐、春秋，这些典籍便是中国历史、风俗和法律的基础”。

在这样的文化传统背景之下，法学理论研究的旨趣自

然不在于理论和学科的完善与发展上。有学者将中国古代科学技术成果作了统计,其中技术成果累计80%、理论成果占13%、实验仅占7%^⑩,尽管作者所举是科学技术方面的例子,但很能说明问题。因为对理论的需求是同价值观念密切相联系的,需要的不同价值观念也不同。在中国对理论需要的程度,也反映了人们对理论的价值观念。一部《唐律疏议》,以其精湛娴熟的立法技巧、简洁清晰的篇目、周密详实的内容为唐以后立法提供了样板,在当时世界法律文化中,其璀璨明亮之处,亦是其他法系所不可及的,并为当时东南亚各国所仿效。但是,一千多年来,娴熟的立法技巧并未形成一个立法体系,更不能使其独立成立法学,这正说明“中国古代应用技术虽然高度发展,取得了辉煌成就,但纯理论知识与科学体系的研究却相当落后”^⑪。

从古代士大夫的心理的剖析中,也可窥见这种理论实用化的积淀。中国传统的诗,不仅具有审美的意境,而且还具有认识实用功能。“诗可以兴,可以观,可以群,可以怨,迩之事父,远之事君,多识于鸟兽草木之名。”^⑫这里的“兴”、“观”、“群”、“怨”除诗的审美功能外,还有事父、事君的实用功能。用现代的观点看,书的主要功能是传播知识的载体,而在中国古代士大夫的心理中,是用以载“道”的,这个“道”指的是一定的人生观、政治理想。因此,汉朝刘向说“书,犹药也……善谈之,能送愚”,把对书的伦理实用功能阐述得淋漓尽致。再从中国哲学史上关于“知”、“行”关系的讨论中,仍可窥见这种理论实用的心理影响。中国古代哲学,对“知”、“行”关系的讨论是十分热烈而又绵延不绝的,从先秦

究、探讨的作用,但是从总体看,与五十年代的那些讨论处于同一层次,有些仅是重复。这些并不是偶然的,而是文化传统在人们观念层次上的影响,其思想底蕴都是一致的,缺乏对理论自身结构完善的兴趣而注重如何为实践所运用。这里需要强调的是马克思主义的理论联系实际与理论实用化倾向是有原则区别的。前者反映了马克思主义认识论的规律和要求,其根本虽不仅在于说明理论来于实践,而且还必须用以指导实践,离开理论的实践是一种盲目的、无目的的实践;而后者恰恰是以理论来源于实践为名,将理论仅仅看作是实践的论证和解说。我们并不赞同证伪主义否认理论的经验来源、否认归纳在认识中的作用,我们认为,理论固然是建立在经验事实基础上,但缺乏高度抽象的自由创造,是不可能建立理论的。我国理论法学研究目前就处于这尴尬的境地之中。

我国法学理论研究要从这境地中走出来,就必须在理论形态上克服理论实用化、学术政治化的心理影响。因为法学理论研究不仅仅是经验上可感知的法律形式的各个组成部分,它是有层次的,应用问题法学也是法学研究的一个层次,但这是最低层次的,它不能替代研究法律形式发生、发展、变化和法学发生、发展变化的规律,也不能替代法的一般理论的研究和法哲学的研究。从某种意义上说,理论法学的研究与应用法学的关系仅“在某种程度上反映了科学知识理论和经验因素之间的关系”,^⑩如果我们一味强调法学的实践性、战斗性,而忽视其理论自身结构、体系的完善,忽视其发展规律的研究,忽视法学研究不同层次的作用,就