

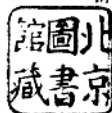
法学硕士

论文选

群众出版社

法学硕士论文选

群众出版社



B604.138

法 学 硕 士 论 文 选

法学文库编辑部编辑

群众出版社出版 新华书店经销

河北零五印刷厂印刷

850×1168毫米 32开本 28 625印张 718千字

1989年2月第1版 1989年2月第1次印刷

印数00001——2125册

ISBN 7-5014-0327-9/D201

(精)

定价：(平) 12.9元

21613

《法学文库》编委会

主编 林向荣

副主编 邱兴隆 张志铭 陈绍方

常务编委 (按姓氏笔画为序)

尹文健 宋北平 杨金国 臧杰斌

编委 (按姓氏笔画为序)

文正邦 史建三 但赟卫 青锋 陈慧谷 唐功远

贾宇 浦志强 夏勇

目 录

中国社会主义法律和政策关系问题新探

.....张志铭 (1)

论立法决策.....夏道虎 (40)

道德与法律的关系: 古代中国人的回答

.....范忠信 (79)

论在中华人民共和国的外国人的宪法

地位.....陈小平 (124)

委托立法及其控制的比较.....陈 克 (162)

西方新闻法制建设的历史经验.....夏 勇 (193)

两宋防治官吏犯赃的法律对策.....江必新 (231)

论我国刑法中精神障碍者的刑事责任.....黄京平 (269)

论刑法中行为人的认识错误及其刑事责任.....青 锋 (314)

论流氓犯罪集团.....贾 宇 (352)

论我国刑法中的类推制度.....王 勇 (389)

论刑罚的心理效应.....徐 平 (428)

量刑公正合理应用论.....史建三 (464)

刑事附带民事诉讼论.....陈卫东 (506)

论国家所有权.....刘春田 (550)

论我国民法的物权体系.....钱明星 (601)

股份有限公司及其立法研究.....郭 锋 (641)

关于全民所有制企业脉赁经营若干法

律问题研究.....刘兆年 (676)

集团诉讼：理论探讨与模式构想·····	张卫平 (716)
论我国票据立法·····	莫志成 (743)
论对外国直接投资的法律保护·····	唐功远 (777)
跨国公司法律问题研究·····	余劲松 (804)
犯罪侦查学中的同一认定理论·····	何家弘 (840)
潜在手印显现方法的比较研究·····	刘 刚 (877)

附 录

全国历届法学硕士论文题目索引

中国社会主义法律和政策 关系问题新探

张 志 铭

绪 论

根据和平建设时期的性质、特点和任务，处理好人民、执政党、国家和法制等现象间的相互关系，建立同完善的社会主义商品经济体制相适应的高度民主的社会主义政治体制，是当代社会主义国家在理论和实践上所面临的一个带有普遍性的综合问题。社会主义法律和政策的关系问题与这一问题（特别是其中的党政关系问题）直接相关，具有普遍存在的意义。

社会主义法律和政策的关系问题也是一个带有中国特色的重要问题。它持续存在于建国以来的政法理论和实践当中，在我国社会特殊的政治、经济、文化和传统历史背景下，曾两次引起广泛的争论，至今在人们的认识上仍存有较大分歧。

因此，认真科学地探讨和认识中国社会主义法律和政策的关系问题，具有重大的理论和现实意义。

建国三十多年来，我国的法制建设取得了很大成就，但也有过严重失误，这种失误的突出表现之一，就是在对我国社会主义法律和政策关系问题的认识和实践上，从五十年代后期开始，由于“左”的思想的影响，逐渐形成了一种只重视政策、轻视法律，甚至用政策取代法律的认识和行为模式。这一模式在之后的

理论和实践中的不断巩固和发展，严重地损害了我国的法制建设，它是形成文革期间认识和实践上的法律虚无主义的根源之一。

党的十一届三中全会以来，由于进行拨乱反正，确立了正确的思想政治路线，使得我国社会主义建设在理论和实践上都发生了极为深刻的变化。这种变化也反映到人们对社会主义法律和政策关系问题的认识上。通过1979~1980年间在法律和政策关系问题上的那场广泛讨论，人们已经否定和批判了长期在我国的政法理论和实践中占主导地位的重政策、轻法律，用政策取代法律的错误模式，并在重新认识社会主义法律和政策的关系上作出了努力。但是，由于当时的客观条件所限，由于在那次讨论之后客观实际的各种重大发展，我认为，以那次讨论为基础所形成的现在这种对法律和政策关系问题认识的总的状况，已经难以令人满意了，它体现不出我国社会主义理论和实践的现有水平。这主要表现在这样两个方面：

第一，我们虽然在总的方面否定了重政策、轻法律，用政策取代法律的错误模式，但是，在思维方式、认识角度和许多具体的提法上，仍然没有能够完全突破该模式的窠臼。我们依然不自觉地受制于非此即彼的思维方式，忽视对法律和政策的结构、特点的研究，以及对两者功能互补的深入分析；仍然习惯于只是单纯地立足于政策，从法律如何保证政策的贯彻执行的角度来认识问题；在一些教材和报刊文章中，不恰当地强调政策的地位和作用，低估法律的意义观点和提法，还时有所见，如，“党的政策是法律的灵魂，法律是实现党的政策的工具”，“政策是法律的内容，法律是政策的形式”，“法律必须服从政策”，“如果政策和法律发生矛盾时，不应依据法律，而要依据政策”，等等；

第二，我们对问题的认识，由于经常是局限于问题本身，而不是从社会主义的政治体制和建设需要的广度和深度来进行，由

于没有结合我国近几年来在政治和经济体制方面所进行的改革实践，反映通过改革实践我们在社会主义建设的理论和实践上所取得的新发展、新成就，由于没有反映我国近几年来在法制建设上所取得的新成就、新发展，还由于没有对建国以来我们在法律和政策关系问题上的认识和实践作出比较系统的回顾和总结，这样，就不可避免地在认识的方法和内容上存在有不够全面、系统、深入、实际等不足。

针对这种状况，本文对中国社会主义法律和政策关系问题的重新探讨，就是试图系统地回顾和总结建国以来在法律和政策关系问题的认识和实践上的经验教训，进一步肃清各种“左”的影响，并结合近几年来所进行的改革实践，以及在改革过程中我们在社会主义建设的理论和实践上所取得的新成就，结合我国法制建设的新成就，深入分析法律和政策的结构、特点和功能，力争在新的广度和高度上作出概括和认识，以适应社会主义建设发展的需要。

一、政策简论

我国一向特别重视政策，强调对政策的分析研究。但是，客观地说来，我们对政策的分析研究，一般是侧重于对政策的注释、论证，目的在于更好地领会和贯彻政策，而不是对政策进行理论上的建设性研究，因此有关政策的认识 and 理论是很薄弱的。另外，政策种类多、内容杂，但缺乏系统整理，表现形式一般比较分散。这些都给我们研究把握政策带来很大困难。尽管如此，我们对中国社会主义法律和政策关系问题的探讨，还是要从对政策现象的认识开始。因为政策现象有其自身的结构、特点，有其自身的作用机制，不先弄清这些，就难以在认识法律和政策的关系时比较恰当地估价政策的地位和作用，而主观任意地抬高或贬低政

策的地位和作用，都是有害的，都不利于我们形成对法律和政策关系问题的正确认识。

（一）政策的含义

政策是一个广泛的范畴，它涉及到政治、经济、文化等社会生活各个领域的各个方面，它是由政党和国家（主要是政府）根据客观形势和特定需要，针对一定社会目标而制定的指导党和国家活动或工作的行动准则。

在古汉语中，与“政策”一词最相类似的是“对策”，它是古代试士文体的一种，指应考者针对主考者就政事或经义中提出的疑难问题，作出对答。“政策”一词是否从“对策”一词演化而来，是中国古已有之，还是舶来之物，在此不拟深究。所要指出的是，作为现代意义上的“政策”概念，它是近代资产阶级革命所建立的政治制度的产物，也就是说，它是同19世纪以来资产阶级革命胜利后所建立的代议制度，以及在竞选和议会斗争中逐渐形成的现代政党制度分不开的。在封建君主专制时代，国王和皇帝高于一切，“朕即国家”，而在现代民主政治中，政党起着主导作用，政府的组成和国家权力的行使大都通过政党来实现。各政党在从事国家政治活动中，确立了明确的政治目标和政治纲领，以此作为行动的指南，这些政治目标和纲领，概括地说，就是政党的政策。政党的政策通过一定方式和途径为政府所接受，贯彻于国家事务之中，就成为国家政策的一部分。

决策科学现在已日益成为一门引人注目的显学，这在某种意义上说明了政策在现代国家和社会管理中所具有的重要意义。科学技术和生产力的迅猛发展，使得政治、经济、文化、军事、外交、生态、人口等社会生活的各个方面的发展变化日新月异，社会关系日趋复杂。国家在管理活动中，面对日益增多的各种新问题，为了使自己的社会在复杂严峻的环境中得以生存和发展，为了达到各种社会目标，就必须制定各种政策，对社会生活和国家活动给予

及时指导。能否及时地制定各种正确有效的政策，关系到事业的成败、社会发展的快慢。因此，制定政策是国家事务中一项非常重要的要工作。

政党在政策制定过程中起着非常重要的作用。因为在现代国家政治生活中，阶级和阶层通常都是由各自的政党来代表和领导的，阶级和阶层的利益及其对国家的要求，只有通过各自政党在国家政治生活中的能动作用才能表现出来。同时，政策的制定同国家的领导和管理是分不开的，政党以外的其他社会组织或团体，一般受政党影响或领导，大多不具有独立控制国家政权，进行国家管理的意图和能力。所以，突出政党（特别是执政党）在政策制定过程中的地位和作用是合理的，符合客观实际的。

此外，就国家机关来说，制定政策（除方针政策）主要是担负国家和社会管理的政府部门的一项职能，国家权力机关通过一定程序和途径监督或制约政府工作，但一般不直接涉足政府的有关政策的制定。

（二）政策的种类和层次

政策可以根据不同的标准，从不同的角度作出不同分类。根据制定政策的主体和政策是否具有国家性质，相对可以把政策分为党的政策、国家政策以及同时具有党和国家意义的政策，这后者是指党制定的具有国家性质的政策以及党和国家联合制定的政策；根据作用时间的长短，可以为长期政策、中期政策和短期政策或临时政策；根据政策适用范围的宽窄，可以分为适用于全国的一般政策和适用于国内特定地区的特殊政策，后者如我国的经济特区方面的政策、香港特别行政区方面的政策等；根据国家机关权力的划分，可以分为中央政策和地方政策。之外，根据政策的不同内容等标准，还可以分为国内政策和国际政策，分为适用于国家和社会生活一切领域的总政策和适用于政治、经济、文化等具体领域或具体环节的基本政策和具体政策，等等。

根据不同标准对政策所作出的每一分类，都是从不同的方面反映了政策的特性，具有不同的研究考察和实际运用价值。如，从政策制定的主体和政策是否具有国家属性来区分和研究政策，可以反映一个国家的政治体制，分析其决策机制的结构和运行轨迹；从时间标准来研究政策，可以揭示政策的稳定与灵活、原则和具体的规律，分清基于客观需要而制定的短期政策或临时政策同出于人为因素的政策不稳、失信于民的现象间的界限，消弥人们的恐变心理，更有效地发挥政策的应变作用；而从政策的适用范围和国家机关的权限划分上来研究政策，则可以进一步说明政策的应变机制，反映政策作用上的普遍和特定意义，这对于我们这样一个地域广阔、情况复杂的国家的管理，对于我国正在实行的经济特区制度和特别行政区制度，以及改革中对地方放权，都具有重要意义。

可见，对中国社会主义法律和政策关系问题的探讨，包含有相当广泛的内容，许多方面都有待于深入展开。本文对法律和政策关系的探讨。只是从一般、概括的意义上来进行，并且主要涉及的是中央一层的法律与政策的关系。

政策虽然是党和国家在不同时期制定的，但从逻辑上说，它同法律一样，是自成体系、互相配套的。根据政策的目标对象所涉及社会关系的广泛程度，它可以区分为总政策、基本政策和具体政策三个层次。总政策是党和国家为实现一定时期的总任务而制定的行动方针，如为了在本世纪末实现四化，建设高度文明、高度民主的社会主义国家，制定的“两个文明”一起抓和加强社会主义民主、健全社会主义法制的总政策；基本政策是党和国家为了实现某一方面的基本任务而制定的行动方针，如为了发展生产力，加快物质文明建设而制定的对内搞活、对外开放的一系列基本经济政策，为了使人口增长同国民经济的发展相适应而制定的计划生育的基本人口政策等；具体政策是党和国家为了解决

一定时期的具体问题而制定的行动措施，如计划生育中的晚婚政策。总政策、基本政策和具体政策在逻辑上应该是层层相因、有机统一的，上一层次的政策是下面层次政策的制定依据，下一层次的政策是上面层次政策的具体落实，目的在于贯彻和执行上面层次的政策。

（三）政策规范的结构和特点

政策主要是用来指导党和国家的活动或工作的，它通过原则上规定应该怎么做、应该做什么、不应该做什么，来为党和国家的活动指明方向。因此政策也是一种社会规范，具有规范的性质。

政策的规范性质产生于政策内部的规范结构。无论总政策、基本政策，还是具体政策，都可以从逻辑上区分为三个构成部分：一是政策的目标或任务；二是为达到目标或完成任务而制定的有关措施；三是违反政策的后果，即违背政策措施，就达不到目标，完不成任务，由此就必须导致各种有害的后果——自然的或社会的惩罚。如违背林业政策，乱砍乱伐、毁林造田、破坏生态平衡，就会导致水土流失、农业欠收、粮食紧张、环境污染、社会动乱、破坏者受罚等一连串的惩罚性后果。现实生活中各种政策的表述方式可以多种多样，但从逻辑上分析，任何一项完整有效的政策通常都应该包括上面这有机联系的三部分内容。我们在认识上不能把政策的目标或任务作为政策的唯一内容，不能把它同政策的措施混为一谈，也不能忽略违反政策的后果在逻辑上的存在。没有政策的目标或任务，其他部分就无从产生，但没有实现目标或任务的政策措施和违背政策的后果，政策目标或任务就会落空，三部分内容缺少了那一部分都会失去政策的规范意义。另外，一项政策的目标或任务往往是综合单一的，但由于实现目标或任务涉及到社会关系的许多方面，有关政策措施就往往是多个的有机统一。

根据政策的规范结构，我们进一步来分析一下政策规范的特点。政策规范较之于法律规范，具有这样一些比较明显的特点：

第一、原则概括。政策目标涉及的往往是综合性的某一类问题，这一类问题如果展开，就必然涉及到各种社会关系。由于这一类问题最新出现或最初引起人们的关注，因此解决这类问题的政策措施或办法一般只能是原则概括的规定，目的在于使实际工作中在处理这类问题所表现出的各个具体方面时有一个方向性的原则指导，它反映了人们对问题初步和基本的认识。如为了加快国家经济建设，党和国家制定了对内搞活、对外开放的政策，这一政策涉及到我国经济和社会生活的各个环节和方面，涉及到随之而来的各种社会关系的调整，相对于这些具体的关系，开放、搞活的政策规定是原则概括的。法律规范一般是对具体的社会关系的调整，这些社会关系是各类问题的各个具体方面或环节，因此法律规范相对说来更为具体明确，反映了对问题认识的深化；

第二、针对性强。政策规定是原则概括的，但由于它直接同有关的社会目标相联系，就具有很强的针对性。如为了解决知识分子长期受轻视和排挤的问题，调动知识分子的积极性，促进科学技术的发展，党和国家制定了知识分子政策，明确指出知识分子的绝大部分是工人阶级的一部分，是革命的依靠力量，对知识分子在政治上要充分信任，工作上要放手使用，生活上要热情关心。法律规定虽然比较具体明确，但它一般并不与某一具体的社会目标直接相关，而是通过对社会关系的调整，形成一种实现各种社会目标或任务都必须的一般的法律秩序，换言之，它是对实现各种社会目标或任务所共同涉及的社会关系的一种抽象，因此它是一般的。如，刑法分则中关于各种罪的规定，就不仅仅是为了某个具体的社会目标而规定的；

第三、指导性强。政策规定在内容上比较原则概括，给依据政策处理问题的实际办事机关或人员很大的自由裁量余地，不象

法律规范那样具体明确和执行中的严格的三段论演绎的要求；在形式上，政策用语灵活，带有号召性，不象法律用语那样规范严格、含义明确；就惩罚措施而言，政策一般也不象法律那样具体明了。所以，政策的规范性强度较弱，指导性较强；

第四、灵活性大。由于政策要求对新发生的紧迫问题作出及时反映，而对新问题的认识一时又不够充分，因此，较之于法律，在制定程序上就比较简单、灵活，在内容上就比较原则概括，需要随着问题的展开和对问题认识的深化，不断加以补充、完备。在经济体制改革中，党和国家提出“摸着石子过河”的原则来制定改革的各项政策，从这种意义上说，是有道理的。

政策规范不同于法律规范的上述特点，决定了政策在国家和社会生活中所具有的特定功能。但要注意，特点并不是优点，优缺点的分析是对客观特征的社会功用的评价。辩证地说，政策的每一特点在社会功用上都包含有利弊两面。如政策规定原则概括，有利于实际工作中的应变，但也容易失之于办事机关或人员的主观任意，往往会因领导人的不同而起变化，甚至可能产生所谓的“土政策”；针对性强有益于解决问题，但也可能因就事论事，没有统筹兼顾而带来偏颇和困难；指导性强同政策面临的新问题及对新问题认识的暂时不足相适应，但也可能导致执行上的不力，等等。因此，政策并不是能够完全自足的，不能以为有了政策就行了。

在法律和政策的关系中，我们对政策的认识，应该主要通过比较政策规范和法律规范的结构、特点来进行，而不是从它们与国家的关系（如是否国家意志、是否具有国家强制力等）来阐述。这不仅是因为这样才更具有建设性，而且还因为在我国宪法和其他许多法律文件中，政策在很多情况下也同样具有国家意志的属性，受国家强制力保障。如，《宪法》第115条规定，各级民族自治机关“根据本地方实际情况贯彻执行国家的法律、政

策”；《民法通则》第6条规定，“民事活动必须遵守法律，法律没有规定的，应当遵守国家政策”；《检察院组织法》第1条第一项规定，检察院“对叛国案，分裂国家案以及严重破坏国家的政策、法律、法令、政令统一实施的重大犯罪案件，行使检察权”；《地方人大和各级人民政府组织法》第6条规定，省、自治区、直辖市人大立法不能同国家宪法、法律、政策、法令、政令抵触；《经济合同法》第4条、第7条规定，订立经济合同，必须遵守国家的法律，必须符合国家政策和计划要求，违反法律和国家政策、计划的合同无效；《工商企业登记管理条例》第17条规定，“工商企业必须按照国家的政策、法令和核定的登记事项从事生产经营”。

（四）政策特性的差异分析

政策规范不同于法律规范的特点，表现在总政策、基本政策和具体政策各个不同的层次上，呈现出一些有规律的变化，具有程度上的差异。这是在理解和运用政策时需要注意的。

首先，从总政策、基本政策到具体政策，是一个政策目标或任务不断分解为具体多样，政策措施不断落实详尽的过程，政策的调整范围相对变窄，概括性降低，针对性加强。为此，对于高一层次的政策，要更多地注意具体落实，更多地注意政策实施中的反馈，防止实行政策的机关和人员的主观任意；对于下一层次的政策，则要注意在具体化过程中向上一层次政策的回归、同上一层次政策的衔接，做好总结整理工作。我们强调知识分子政策那么多年了，为什么至今轻视知识、轻视知识分子的现象还时有所见，原因主要就在于政策不够落实；

其次，从总政策、基本政策到具体政策，是一个问题不断展开，认识曲折前进的过程，反映了客观事物在宏观上表现出的相对稳定静止，微观上的不断发展变化的规律，政策的稳定性降低，灵活性增高。为此，要正确认识政策的稳与变的关系，肯定

政策应有的应变机制，既不能象过去那样，政策朝三暮四、变动不居，完全流于领导人的主观任意，又不能一味强调政策的“长期不变”，盲目迁就人们的恐变心理，使工作上处于被动。这对于我国当前正在进行的经济和政治体制改革，非常重要；

第三，从总政策、基本政策到具体政策，由于政策的目标不断具体，有关的政策措施和违反政策的后果的规定相对明确，政策的规范性强度就越益增强，指导性强度越益减弱。在现实生活中，有的具体政策规定甚至相当具体明确，规范性极强，类似法律规定，这也是造成法律和政策在现实生活中有时难以区分（特别是在有关法律告缺的情况下更是如此）的原因之一。但是，它们毕竟不具备严格的法律规范的形式，不能同法律规范混为一谈。

（五）我国党的政策和国家政策的关系

党的政策和国家政策主要是根据政策制定的主体和政策是否具有国家属性所作的一种划分。党的政策和国家政策的关系问题，实质上也就是执政党和国家的关系问题。考察分析当代许多国家的政治体制和实践，有关执政党的政策和国家政策关系的各种情况，基本上可以归结为重合，并列（或转化）和交叉三种类型。

重合型就是党的政策是国家政策，国家政策也是党的政策，党的政策和国家政策在实际制定中表现为同一过程。其前提就是在政治体制上建立起统一的党和国家机关，并实行党和国家领导职务从上到下的一律兼任。这种类型的典型就是罗马尼亚。他们建立了统一的党和国家机关，实行党的总书记和国家元首的一人兼任，地方各级也实行类似的兼职，罗马尼亚共产党的各级党委书记同时就是相应的国家机关的领导者。他们的理由是，在现实生活中既然党是整个社会的政治领导力量，那么党和国家的职能就必然是密切而广泛地相互交替的，建立统一的党和国家机关及兼职能消除党和国家机构的重叠和工作中的平行重复现象，精简