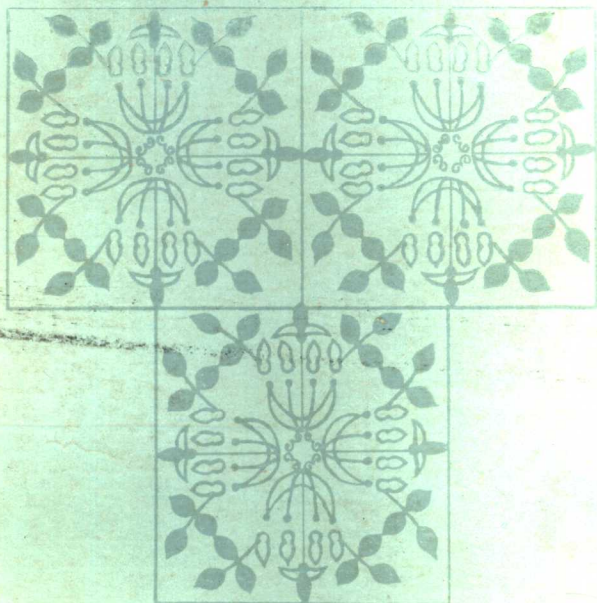


法学论集

北京市法学会首届年会论文集编辑组编



1981

法学杂志社

说 明

一、《法学论集》和《国际法论集》，是北京市法学会首届年会的论文集。前者是一本综合集子，后者是一本专集。这届年会是今年二月举行的。年会前后，我们共收到学术论文六十余篇。年会期间，除个别论文进行大会交流外，其余都在专业组学术交流会上进行了讨论。首届年会开得很好，它是北京市法学会成立以来的一次学术检阅，也是新中国成立以来首都法学界的第一次学术集会。会后出版论文集，完全符合我们学会章程的规定，充分反映了广大会员的意志和要求。

二、北京市法学会成立时间不长，如何开展学会工作是没有经验的，出版年会论文集更系初步尝试。由于这届年会论文涉及面较广，数量较多，加之筹集工作又比较仓促，以致编辑工作困难更大，来不及严格分科编目，突出法律学体系的逻辑性与完整性。从实际出发，我们所取的编辑方针是：择优录用与全面照顾相结合，旨在为会员提供发表科研成果的园地，以体现学会的广泛群众基础，调动会员的学术积极性，更好地推动首都法学界学术活动的深入开展。

三、年会论文集编辑组由肖永清、张希坡、谢邦宇、关怀、赵理海、张子培、高铭喧同志组成。赵理海同志负责《国际法论集》的编辑工作；综合集即《法学论集》则由其他六位同志负责。付印前，所有论文都经过编辑组的同志审阅，并在文字上做

了适当的删削和加工，凡涉及需要斟酌的观点和提法也都和作者本人交换了意见，有的还请作者自己作了必要的修改。在编辑过程中，余叔通、张晋藩同志亦帮助审改了部分稿件，故在此致谢。

四、这两本论集均由《法学杂志》社出版发行。为了更好地在首都和全国法学界开展广泛的学术交流，我们欢迎法学教育、法学研究和政法实际工作部门，以及全国其他单位和法学爱好者选购。凡需要者，可直接向北京阜外车公庄六号《法学杂志》社发行部联系。

五、由于编者受水平所限，缺点错误在所难免，诚恳地欢迎大家批评指正。

北京市法学会首届年会论文集编辑组

一九八一年七月

目 录

论法学的范围和分科	陈守一、沈宗灵(1)
自由·必然·法制	张希坡、金志广(15)
无产阶级国家性质的科学概括	王德祥(24)
——学习《论人民民主专政》一文的体会	
谈谈社会主义民主和资产阶级民主	董成美(35)
“以法治国”的口号值得商榷	康大民、崔敏(42)
略论我国一九七五年的宪法	许崇德、何华辉(49)
试论我国的元首问题	许崇德(62)
论《大明律》与大明律诰的关系	杨一凡(67)
试论贾谊的政治法律思想	杨鹤皋(80)
论罗马法的基本特征	谢邦宇(95)
试论民事诉讼法与民法的关系	江伟、刘家兴(113)
——建议民事诉讼法先于民法颁布施行	
处理继承案件中的几个问题	李群、王叔维、贾致云(120)
新婚姻法是原婚姻法的继续和发展	周道鸾(134)
如何理解与执行新婚姻法关于离婚规定的	
几个问题	李诚、马忠志、吕家琳、刘朝正(151)
谈谈喜新厌旧案件的离婚界限	王洪才(175)
经济法概念上的分歧	张宿海(184)
也谈“经济法是个独立的法律部门”	张庆和(192)
——兼谈民法经济法的划分	
关于国家财经纪律法律性质的初探	沈雯辉(198)
关于经济合同的合法性与有效性的	
初步认识	张庆升、孙泊生(205)
试谈我国的商标和商标法	丁耀堂(210)

劳动报酬是劳动法的调整对象……………陈文渊(216)

环境保护法的几个问题……………文伯屏(222)

社会主义法制的一项重要原则……………张晋清(233)

——浅论“独立审判”

一项治本的法律措施……………力康泰(241)

——谈制定青少年保护法的几个问题

切实保证检察院独立行使检察权……………金默生(260)

论辩护律师同公诉人的法律关系……………胡石友(268)

关于执行“两法”中一些问题的探讨……………周道鸾(272)

家庭与未成年人违法犯罪……………罗 锋(305)

试论我国当前青少年犯罪的特点……………阴家宝(315)

关于在反革命案件中认定反革命目的的

几个问题……………朱国桢(327)

关于如何认定强奸罪的初步探讨……………唐化勇(335)

试论故意杀人罪的构成……………陈建国(347)

论共同犯罪人的分类及其刑事责任……………高铭暄(360)

略论死刑缓刑……………袁作喜、崔庆森(372)

谈谈正当防卫的几个问题……………谢甲林(380)

略述我国审判合议制……………周士敏(388)

关于刑事案件审判程序的几个问题……………张凤桐(398)

谈谈刑事案件二审程序中的

几个问题……………孙常立、周景贵、康永泉、姚玉如(406)

试论我国的刑事审判监督程序……………刘春茂(415)

略论刑事证据的特征……………张子培(424)

试论有关侦查的几个问题……………张振藩(432)

刑事侦查中的假定……………岳茂华、魏平雄(443)

关于我国司法鉴定的几个问题……………徐立根(463)

现场分析……………李少清(476)

论法学的范围和分科

陈 守 一 沈 宗 灵

法学，从世界范围而论，是一门相当古老的学科，但就我国建国以来的实际而论，却还是一门比较新的，且迄今为止基础相当薄弱的学科。就象任何一门新建学科一样，我国法学面前存在着一个尽可能科学地确定这一学科的范围和分科问题。当然，任何科学学科的范围和分科从来不是固定的，而是随着客观需要和学科本身的发展以及本门科学工作者认识水平的提高而不断改变的；同时在这一过程中，总会引起本门以至其他学科工作者之间的争论，一般地说，这种争论反过来又推动了学科本身的发展。

以下本文先论述法学的对内范围，次及法学的对外范围，然后是分科，最后是关于分科问题中的一个重大问题，即我国部门法的划分问题。如果用一个形象化的说法，科学体系就如由许许多多座大楼组成的一个蔚为壮观的建筑群；这许许多多座大楼就是各门学科。法学即其中一座大楼，这座大楼与其他大楼，特别是最近邻的一些大楼的比较和关系，就是法学的对外范围问题；这座大楼内部的结构和它的许多房间，则分别表明了法学的对内范围和分科问题。

（一） 法学的对内范围

社会科学研究各种社会现象及其发展规律。法学是社会科学

之一，它研究的对象是法律这一独特的社会现象。但具体地说，法学研究的范围又是什么呢？在法律思想史中，不同阶级和不同派别的思想家、法学家，由于对法律本身的不同解释，作出了不同的回答。马克思主义认为，法律是阶级社会的产物，是阶级社会上层建筑的一个组成部分，从本质上看，法律是统治阶级意志的体现；从形式上看，法律是以国家意志出现的、普遍性的、强制性的规范。我们在确定法学的范围时就是从对法律的这种科学解释出发的。

我们试图从三个不同但又相互交错的角度来分析法学的对内范围。首先是从横的方面对法律进行解剖，即区分各种类别的法律，来考察法学的对内范围。

从这一角度来看，我们可以说法学的对内范围首先是各种各样的部门法学，如宪法学、选举法学、行政法学、经济法学、劳动法学、民法学、诉讼程序法学，等等。这些部门法学研究的都是国内法，但法学的对内范围还包括与国内法学相对称的国际法学。这里讲的国际法学是从广义上讲的，包括通常所讲的国际公法学、国际私法学、国际经济法学、国际民商法学、国际刑法学，等等。

以上这些部门法不仅有，历史上也有，不仅一个国家有，其他国家一般也有，尽管名称可以有所不同；再有，对各国的法律也可作比较研究，因而法学的对内范围就又包括了法律史学以及外国法和比较法学。这里将外国法和比较法并列，因为比较法一般是指对不同国家的法律进行比较研究。比较法学包括了比较法学家通常所讲的“宏观比较”，即对不同社会制度（如社会主义制度和资本主义制度）或不同法系（如英国法系和大陆法系）的法的比较研究，以及“微观比较”，即对同一社会制度和同一法系的法律进行比较；还包括了对不同社会制度、法系或国家的法律进行总的比较（即比较法总论），以及就某一部门法

或某一特定法律制度进行特殊比较，如比较宪法、比较民法或陪审制、国籍法的比较研究，等等。有的比较法学家还将联邦制国家中联邦法与邦法或各邦法之间的比较也列为比较法学。事实上，我国《唐明律合编》《九朝律考》等书也可列入广义的比较法学。

其次，我们可以从纵的方面对法律进行解剖，即从法律的制定到法律在社会生活中的实现这一角度来看法学的对内范围。

中外历史上都有过所谓注释法学，或可称法律解释学，其特征主要是从文字或逻辑上对法律条文进行阐释。对传播或实施法律来说，这种法学是不可少的。欧洲中世纪以波伦亚学派闻名的注释法学家对传播罗马法起了很大的推动作用。我国历史上马融、郑玄、杜预、张斐以及长孙无忌等人的律学，事实上都可称为注释法学或法律解释学。

法学，作为一门科学，当然要求从文字和逻辑上，对法律条文作出正确的解释，但法学的对内范围不限于也不应归结为这一要求。法学还应研究为什么要制定这种法律，应否制定这种法律，怎样制定法律等问题，也即研究立法的原则、对立法的评价、立法的技术和立法的程序等问题，在法学上通称为立法学。这里讲的法律和立法二词，都是就广义使用的，即除了最高权力机关制定的法律外，还包括宪法以及次于法律的法令、决议、命令等所有法规。

进一步，法学还应着重研究法律制定后在社会中的实施，即如何实施，是否实施，怎样得以保证实施，这种法律在社会上的作用和效果如何，等等，这些问题在法学中称为法律社会学。

以上分别从纵横两个角度来看法学的对内范围。此外，我们也可以从认识论的角度来加以分析。象一般科学一样，法学也可分为理论法学和应用法学两大类。前者研究法律的基本概念、原理和规律；后者主要指各部门法学和国际法学等。之所以称这些

法学是应用法学，并不是说它们没有自己的理论或不是理论。但它们和以上所说的理论法学的确有所不同：它们主要是研究有关法律规范，而这种规范，相对说是比较具体的，与社会实践直接联系的；理论法学则相对地说是比较抽象的，是从应用法学中概括出来又用以指导应用法学的，理论法学与社会实践的关系仿佛是通过法律规范的中介而建立的。

理论法学中最重要的是法学的基础理论，它研究对整个法学都普遍适用的概念、原理和规律。在西方国家，法学的基础理论通称为法律哲学或法理学（英语中Jruisprudence的一种意义）。法律思想史研究的是理论法学，特别是法学基础理论的历史。从形式上看，它和法制史一样，都是法律史学；但从内容上看，它不同于法制史，法制史是应用法学，而法律思想史是理论法学。

综上所述，从横的方面解剖法律来看，法学的对内范围包括部门法学、国际法学、外国法和比较法学以及法律史学。从纵的方面解剖法律来看，法学的对内范围包括法律解释学、立法学和法律社会学；从认识论角度看，法学的对内范围又可分为理论法学和应用法学。以上是从不同角度讲的，因而这些法学相互间必然会有交错以至重叠，在以下法学的分科问题中再作申述。

这里应着重指出的是，以上讲法学的对内范围是从总的意义，就世界范围来说的，不分国家和时期，但如果就一个国家在一定时期的法学而论，它总是以研究本国的现行法律为重点的，在这一点上，古今中外的法学，是不会有例外的。这一点不仅是一个理论问题，而且直接关系到许多实际问题，例如法学研究单位、法学研究规划、培养法学人才、法律院校教学计划、法学书刊出版等等方面的方向、比重等问题。在每个国家中，总有相当数量的法学研究单位和法学研究工作者是以研究国际法学、法律史学、外国法和比较法学为专职的，但就这一国家法学的整体而论，它所研究的重点是本国的现行法律。

(二) 法学的对外范围

以上我们概述了法学的对内范围，现在就来察看一下法学的对外范围问题。

在现代社会中，法学在调整人类行为方面的作用是极为广泛的，以至我们几乎可以说，法学与包括自然科学在内的各门学科都有不同程度的联系。这里我们仅概述法学与最为密切的一些学科的比较和关系。

法学与哲学

哲学是研究整个世界最一般规律的学问，它既不属于自然科学也不属于社会科学，但它又是建立在这两门科学的基础之上，并对这两门科学起指导作用。

我们的法学是以马克思主义的哲学，即辩证唯物论和历史唯物论作为自己的思想基础的，从中吸取世界观和方法论，同时又对马克思主义的哲学提供了丰富的材料。

我国的法学是以马克思主义哲学为思想基础的，但这并不意味着可以将马克思主义关于历史唯物论的基本原理代替法学的基础理论，可以将这二者混为一谈。毛泽东同志在《延安文艺座谈会上的讲话》中曾经讲过，“学习马克思主义，是要我们用辩证唯物论和历史唯物论的观点去观察世界、观察社会、观察文学艺术，并不是要我们在文学艺术作品中写哲学讲义。马克思主义只能包括而不能代替文艺创作中的现实主义，正如它只能包括而不能代替物理科学中的原子论、电子论一样”。毛泽东同志这一段话，对我们正确认识哲学与法学的关系来说，也是有启发的。

在人类历史上，由于自然和社会的知识尚不充分发展，科学尚未明确分开，哲学曾作为“科学的科学”出现，以自己代替一

切科学；特别是一些唯心主义哲学家，力图建立一门包罗万象的体系，将包括法学在内的一切学科都当作这一体系中的一个环节。十九世纪黑格尔的哲学就是这种体系的最后尝试。他的《法哲学》就是他的庞大的唯心主义体系中的一个环节。由于这种历史传统，在西方法学界，即使在法学早已确立为一门独立学科后，还习惯于将法学的基础理论称为“法哲学”。但这一名称一般并不意味它是哲学的一个分支学科或法学与哲学之间的学科。

法学与社会学

社会学的内容相当庞杂，历来缺乏对社会学含义的一致了解，一般地说，它是将人类当作一个整体来研究，以研究各种社会现象、社会生活、社会关系和社会实际问题作为对象的一门综合性学科。由于法学是以法律这一独特的社会现象作为研究对象的，因此，社会学与法学，正如它与政治学、经济学等一样，必然存在着密切的而且交错的关系，其中最突出的是通称为法律社会学这一学科，它是法学和社会学都分别持有的一个分支学科，或者可以说是介乎法学与社会学之间的一个边缘学科。

例如拿青少年犯罪这一问题来说，它是社会学家和法学家都共同关注的一个问题。对前者来说，这是一个涉及很多社会因素的重大社会问题；对后者来说，这虽然不是一个单纯的法律问题，但却直接涉及到法律问题，特别是法律的社会作用和效果问题。因此，在研究青少年犯罪问题上。社会学家和法学家之间的角度有所不同：前者需要综合各种社会因素来研究这一问题；后者着重研究这一问题的法律方面，但又决不能局限于法律方面。

法学与经济学

经济学研究各种经济关系和经济活动，其中包括研究社会生产关系的政治经济学，也包括工业、农业等部门经济学和世界经

济学。

法学与经济学之间的密切关系直接导源于马克思主义唯物史观的一个基本原理：法律所反映的阶级意志，归根结底是由这一阶级的物质生活条件，即社会生产关系决定的，反过来，法律又影响社会生产关系，从而推动或阻碍社会生产力的发展。法学研究法律的各个方面，其中包括法律与经济的关系；经济学研究经济的各个方面，其中包括了经济与法律的相互关系。在社会主义社会中，法律和经济的关系集中体现为按照客观经济规律管理经济提供法律根据。为此，就应制定大量经济法规，要求这些法规充分反映客观经济规律并在管理经济活动中严格地执行这些法规。

法学与政治学

对政治学的研究对象，国内外学者也没有统一的见解，一般地说，它是以国家、政府和政党等现象作为研究对象的学问。在历史上，政治学与法学曾长期结合在一起。例如在亚里士多德的《政治学》——世界上第一本政治学著作中，政治学和法学就是密切结合在一起的。在中国封建社会中，王权占有绝对优势；但在欧洲中世纪，天主教居于统治地位，政治学和法学都从属于教会的神学。在十七、十八世纪资产阶级革命时期，政治学和法学摆脱了神学的桎梏，但在当时资产阶级夺取政权的条件下，政治学和法学是很难分开的，无论洛克的《政府论》、孟德斯鸠的《论法的精神》或卢梭的《社会契约论》，都是兼具政治学和法学两重性质的著作。到十九世纪时，随着资产阶级政权的巩固，特别是近代资产阶级立法的大规模发展，法学作为一门独立学科的地位才得以确立。

我们在解放后，政治学和法学的关系经历了一个曲折的过程：政治学作为一门独立的学科被取消，法学则在不同形式下改

为国家和法律的学说。直到粉碎四人帮后，政治学和法学才都获得了各自作为独立学科的正常地位。

当然，政治学和法学是两门独立的学科，决不意味可以忽视它们之间的密切关系。无论将它们混为一谈或将它们截然割裂，都是不应该的。

法 学 与 伦 理 学

伦理学是研究评价人们行为荣辱、善恶、正义与否的道德规范的学问。正因此，法律规范与道德规范之间、法学与伦理学之间的关系始终是息息相关的，在古代和中世纪，法律规范与道德规范、宗教规范有时是很难分开的，法学也当然与伦理学和神学结合在一起。即使到近现代，法律规范与道德规范、法学与伦理学已明确分开，但法学与伦理学都极为关注法律与道德之间关系的一系列问题。例如，法律与道德是否可分？两者共同与不同是什么？在治理国家中应强调法律的作用还是强调道德的作用？法律与道德之间有什么相互影响？两者如何有效地配合？法律是达到某种道德目的的一个手段，还是道德应服从法律？如果法律义务与道德义务发生矛盾时，应服从哪一个？一个违反道德义务的法律是否还算法律，等等。

法学的对外范围主要是指法学与哲学、社会学、经济学、政治学和伦理学以及其他学科之间的比较和关系问题。除此以外，介乎法学与其他学科之间或法学与其他学科兼有边缘学科，在某种意义上说，也属于法学的对外范围问题。

以上已讲过的法律社会学就是这种边缘学科之一。其他还有例如：法律心理学（尤其是犯罪心理学）、刑事侦查学、证据学、法医学、司法精神病学、司法鉴定学、法律统计学、法律教育学，等等。

在法学的对外范围问题上，法学工作者还应注意近年来科学

发展中的一个新动向，即随着科学技术的急剧发展，兴起了不少新的、综合性学科，其中有些将法学或法律问题也列为它的一个分支学科或组成部分。例如环境科学中包括对环境保护法的 研究；科学学中包括科学法学这一分支学科；我国著名科学家钱学森同志将“法治系统工程”列入系统工程的专业之一，并认为法学就是该专业特有的学科基础。（参见1979年11月10日《光明日报》载钱学森：《大力发展系统工程，尽早建立系统科学的体系》）法学工作者应注意这些动向，因为这里不仅涉及法学的对外范围问题，其中有的还涉及法律的概念等重大理论问题。

（三） 法学的分科

在对法学的对内和对外范围有了概括的认识后，我们就可以进一步研究法学如何划分自己的分支学科，即分科问题。

法学的分科并不等于法律院校的课程设置，因为课程设置中包括了法学学科以外一些课程（非专业课），也不可能包括所有法学的分科；一门课程的内容既可以兼跨几个法学分科，也可以仅是某一分科中的一个专题。但法学的分科与法律院校的课程设置具有密切联系，一般说，课程设置是以法学分科作为基础的。在制定法律院校教学计划、确定课程设置时，不认真研究法学的分科这种做法，未必是适当的。

法学的分科与法学研究工作者的专业范围无疑具有直接的联系，有的研究工作者的专业范围可能是法学某一分科的全部内容，例如法律史学；当然，法律史学的范围可以说是浩如烟海的，一般很难要求一个法学研究工作者将全部法律史学的内容当作自己的专业范围，而只能选择其中一个小的分科。可是也应注意的是，在目前法学的情况下，法学研究工作者的专业范围似不宜分得过细。怎样正确地处理法学分科和法学研究工作者（包括

法学教育工作者)专业范围的问题,是当前和今后培养法学人材的一个重大问题。

法学分科是以法学范围,特别是以它的对内范围为基础的,因此,两者基本上是一致的,但我们以上讲法学对内范围时是从三个不同角度讲的,在某些法学之间会发生交错以至重叠现象,因而应用法学和法律解释学就不必作为一个独立的分科了。

根据以上认识,我们建议将我国法学分为七个分科,每一分科又可分为若干较小的分科:

- | | | |
|-------------------------|--|---------------------------------------|
| (一) 理论法学: | 法学基础理论
现代西方法律哲学
苏联法律理论 | |
| (介乎理论法学
和法律史学之间) | { 中国法律思想史
外国法律思想史 | { (其中又均可
分为通史、专
史、国别史、
断代史等) |
| (二) 法律史学: | { 中国法制史
外国法制史 | |
| (三) 国际法学 | 国际公法学
国际私法学
国际民商法学
国际经济法学
国际刑法学等 | |
| (四) 外国法和
比较法学 | 各国法律制度
比较法总论
比较宪法学、比较刑法学、比较
民法学等 | |
| (五) 立法学和法律社会学 | | |
| (六) 法学与其他学科
之间的边缘学科: | 法律心理学(包括犯罪心理学等) | |

刑事侦察学
证据学
法医学
司法鉴定学
司法精神病学
法律统计学
法律教育学等

（七） 部门法学：

宪法学
行政法和行政诉讼程序法学
民法学
经济法学
劳动法和社会福利法学
自然资源法和环境保护法学
家庭法学
刑法学
司法诉讼程序法学
军事法学。

在以上七个分科中，最后一个分科内容最为广泛，问题最为复杂，其关键是关于我国部门法如何划分，以下试就这一问题作一简述。

（四） 我国部门法的划分问题

我们在上面曾经指出，法学的对内范围，就世界范围来说，可以是不分国家和时期的，但就一个国家在一定时期的法学而论，它总是以研究本国的现行法律为重点的。如果这个论点能成立，那么就可以由此推论出另一个论点：我国法学分科中的部门法学，如宪法学，虽然不能理解为仅限于我国现行宪法，它也涉

及外国宪法、比较宪法和宪法史等，但它主要研究我国现行宪法。由此也可得出结论：我国部门法的划分是部门法学本身如何分科的基础。究竟如何划分我国部门法呢？我们提出以下几点设想。

首先，这种划分应从本国实际出发。在研究这一问题时，应广泛地、认真地研究其他国家在这一方面的经验，但决不能盲目照搬。

所谓划分部门法，就是根据一定标准，将本国全部现行法律分门别类，建立起一个具有内在联系的法律体系（仅指国内法而言）。划分部门法的主要标准是法律所调整的社会关系的不同领域，例如宪法对一国的社会关系作了全面的规定；行政法规定了国家行政机关在其行使职权过程中的社会关系；家庭法则规定了家庭、婚姻领域中的社会关系，等等。

社会关系以及调整这种关系的法律都是在发展变化的，因此部门法的划分也不是固定不变的，而是随着社会关系和立法的重大发展以及人们认识水平的不断提高而改变的。例如，为了四化建设，为了改革国家领导体制以及经济管理体制，我国必须制定大量经济法规，并将大部分调整经济领域的法规统称为经济法，将它作为一个与传统的行政法、民法等并列的部门法，这也是完全可以理解的。

在划分部门法时，除社会关系的不同领域这一标准外，还应考虑到社会关系本身的广泛程度和相应法规的数量。例如，选举法调整社会政治生活中的一个方面。但至少就目前而论，选举法的法规也还有限，就没有必要将选举法列为一个独立的部门法，不如将它作为宪法这一部门法的附属部门。

反过来，有的社会关系，例如通常所讲的经济领域，其范围是极为广泛的。我们几乎可以说每一部门法都在不同方面调整经济领域。因此，很难设想可以把一切调整经济领域的法规都列入