



云南大学100周年校庆纪念文丛



東陸之光

法学院卷

主编 / 陈云东

总主编 / 刘绍怀 何天淳



云南大学出版社
YUNNAN UNIVERSITY PRESS



云南大学80周年校庆纪念文丛



总主编 / 刘绍怀 何天淳

云南大学出版社
YUNNAN UNIVERSITY PRESS



法学院卷

東睦之光

主编 / 陈云东

图书在版编目(CIP)数据

东陆之光. 法学院卷 / 陈云东主编. —昆明: 云南大学出版社, 2013
(云南大学90周年校庆纪念文丛 / 刘绍怀, 何天淳主编)
SBN 978-7-5482-1488-5

I. ①东… II. ①陈… III. ①社会科学—文集 ②自然科学—文集 ③法学—文集 IV. ①Z427 ②D90-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第061281号

责任编辑: 李春艳
责任校对: 石 可
装帧设计: 刘 雨
电脑制作: 周 旸



云南大学90周年校庆纪念文丛

東陸之光

法学院卷

主编 \ 陈云东

出版发行: 云南大学出版社

印 装: 昆明卓林包装印刷有限公司

开 本: 787mm × 1092mm 1/16

印 张: 40.625

字 数: 564千

版 次: 2013年4月第1版

印 次: 2013年4月第1次印刷

书 号: ISBN 978-7-5482-1488-5

定 价: 80.00元

社 址: 昆明市翠湖北路2号云南大学英华园内

邮 编: 650091

电 话: (0871) 65033244 65031071

网 址: <http://www.ynup.com>

E-mail: market@ynup.com

《云南大学90周年校庆纪念文丛》编委会

总 主 编：刘绍怀 何天淳

编委会成员：张昌山 李建宇 武建国 张克勤
王建华 肖 宪 周学斌 林文勋
刘晓江 张 力 丁中涛 张云孙
郝淑美

《东陆之光·法学院卷》编委会

主 编：陈云东

编 委：王启梁 牟 军 张晓辉
张锡盛 杨云鹏 陈云东
陈铁水 郑冬渝 彭 荣
蔡 磊

编辑小组：刘 莹 杜健荣 罗秋琳
者荣娜 黄 瑞

适逢云南大学 90 周年校庆，云南大学师生抚今追昔，本院借此东风，编辑出版此论文集，以表师生纪念之情。

由于受时间、精力和出版条件等所限，本论文集仅收录了本院部分在职和离退休教师的文章，许多教师以及曾经在本院工作过的教师的文章未能收录，在此，深表遗憾和歉意。

当我们翻阅着初步形成的书稿，感慨万千。

这 48 篇论文形成、发表于不同的年代。这些文章不仅凝聚着作者的智识努力，更凝聚着老师们对法学教育的热爱，对云南大学、对法学院和无数学子们深沉的情感。其中，发表时间最早的是已退休的资深法学教授陈治国先生于 1987 年发表的文章，最晚的是近两年才成为法学院大家庭成员的周昌发等几位博士于 2012 年发表的论文。50 位作者中，年龄最大的是 88 岁的离休教授屈野先生，最小的是刚届而立之年的张剑源博士。这些论文时间跨度达 25 年之长，作者年龄跨度更达 58 年，不仅表明法学院的教师始终在法学教育的园地里辛勤耕耘，更表明学术的薪火代代相承，法学教育事业后继有人。

这些发表在国家和社会不同发展时期的文章，反映了我们在法治进程中遇到各种不同的问题，有些问题已经得到厘清或解决，而有的问题尚待进一步的探究和努力。我们深刻地感受到，法治的昌明、法学教育的事业需要每代人持续不断的付出和努力。在这个国家力倡法治、人民渴求法治的时代，我们更深感法学教育事业任重道远。



云南大学成立于1923年，法科教育始于1931年，多有名流任教于法律系。虽受20世纪50年代院系调整的影响，云南大学法学教育中断过20余年，但是于1981年又恢复了法学专业招生，属国内较早恢复法学专业的高校。30余年来，法学院已为社会各界培养了大量的法律专业人才，他们中的大部分人成为各自所在领域的骨干力量，是法治事业的中坚。我们仍将继续传承、发扬前贤对法学教育的执著和无私奉献精神，让一颗颗法治的种子在中国大地上生根、发芽。

值此云南大学华诞90周年之际，我们谨代表法学院在校师生对曾经为本院法学教育付出过青春、汗水，帮助过我们的各界朋友表示深深的感谢；并深深地祝福那些曾经在法学院度过了最美好青春岁月的校友们！

《东陆之光·法学院卷》编委会

2013年4月

第一编 理论法学与民族法学

论清末民初宪政中民族观的变化	方 慧 (3)
近代中国宪政缩影	
——辛亥百年解读云南护国运动	刘婷婷 (17)
明清判牍中的亲属争讼	汪雄涛 (30)
所有制与中国当代宪法	张锡盛 张雅淳 (43)
我国宪法保障人权的特点	徐至善 (61)
民族自治地方在西部大开发中的法律地位	张晓辉 (68)
政府横向权力配置新论	
——从结构功能主义角度的分析	沈寿文 (79)
公正性：法律的本性辨考	冯治良 (104)
依法治国概念的界定	张向前 (120)
法律：一个安排秩序的分类体系	
——基于人类学对分类的研究	王启梁 (127)
法律与社会的共同演化	
——基于卢曼的社会系统理论反思转型时期法律与社会的关系	
.....	杜健荣 (151)
寻求接纳：法律与信任关系的另一种诠释	张剑源 (168)



穿梭于国家与社会之间的人

- 对当事人如何选择解纷程序的法人人类学分析……王鑫 (184)
- 纳西族先民法意识刍议……杨云鹏 (200)
- 论中国法律文化发展的路径
- 从《寻求自然秩序中的和谐》读起……彭荣 (210)
- 布朗族的发展与社会保障……邵芬 (223)

第二编 部门法学

我国外来非法移民成因探析

- 基于云南边境民族地区的考察……罗刚 (237)
- 论刑法中的“武装掩护”……董晓松 (251)
- 当代中国老年人法律地位论……屈野 (261)
- 中国公民的物质帮助权及其保障机制探究……李宾华 (274)
- 劳动法中的工会角色分析……马骊华 (287)
- 论行政法治的新理念……仇永胜 刘艺兵 (296)
- 关于行政诉讼受案范围的思考……苏庆原 (307)
- 低碳专利技术转移之路

——以专利强制许可制度促进低碳专利技术国际转移

- ……马碧玉 (316)
- 民族民间传统文化的知识产权保护……戴琳 (326)
- 夫妻“忠实协议”——一个不应成为问题的法律话题

——兼论最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉

若干问题的解释(三)》(征求意见稿)第4条的设置

- ……杨晋玲 (342)
- 完善我国收养法律制度的两点思索……杜厚琪 冯治良 (359)
- 契约法的社会维度……白纶 (371)
- 浅论物权请求权……杨雪飞 (407)
- 论意大利侵权法中危险活动责任的归责原则与应用……李一娴 (416)

略论民事法律行为及民事行为	陈治国 (428)
中国与越南合同法立法体例之比较	黄积虹 (439)
论票据权利构造	李庭鹏 (450)
我国存款保险制度的构建考量	苏 蓉 (457)
完善国有企业领导体制的立法思考	郑冬渝 (475)
集体建设土地使用权若干问题研讨	钟穗青 (484)
民事恶意诉讼之界定、成因及法律规制	周 麒 谢波 (490)
金融调控协调机制研究	周昌发 (499)
试述浮动抵押运用于农民融资领域的风险控制	徐建平 (513)
论证券监管政策对法律文本的填补	
——基于配额制与 ST 制度的监管实效分析	赵忠龙 (522)
中国资本市场投资者保护的法律制度构建	陈志平 (541)
论“超主权储备货币”的法理基础	陈云东 (548)
论次区域合作执行机制的构建	陈铁水 (560)
中国—东盟自由贸易区投资争端解决机制评析	
——以缔约方与投资者间争端解决为视角	陆以全 (580)
浅析《欧盟宪法条约》的法律性质	周 彧 (593)
高等学校法学刑侦实验室建设模式的研究与探索	
.....	陈 飞 甘建骏 (604)
浅议法律教育	
——以中国法律教育中存在的问题为视点	管士寒 (617)
试论高校“法律基础”课教学的素质教育内涵	李建明 (629)
计算机网络及办公自动化在高校行政管理中的运用随想	
.....	陈 雯 (635)



第一编 理论法学与民族法学

论清末民初宪政中民族观的变化

方 慧^{*}

清末民初的宪政^①运动,是我国近现代史上的重要事件,也是中国法制史研究的重要内容。在此过程中,统治阶级的民族观,也即其对民族和民族问题的基本认识和看法,发生了很大变化。笔者尝试利用民族史和法制史学科综合研究的方法,对从清末变法修律时期到民国初期(南京临时政府时期和北京政府时期)宪政中民族观的演变作一梳理剖析,以求教于大方之家。

一、清末变法修律时期:民族平等思想的开端

1901年以后清政府在内外压力之下的变法修律活动,是中国历史上十分重要的一次法律变革,包括预备立宪、官制改革、删修旧律、制定新式法典等诸多内容。这次变法修律是我国法律由古代向近现代转型的开始,在转型的过程中,充满了传统观念和宪政精神之间的碰撞和斗争,

^{*} 方慧,云南大学法学院教授,博士生导师,主要研究方向为民族法学。

^① 所谓宪政,就是民主的政治。有学者认为:“宪政是国家依据一部充分体现现代文明的宪法进行治理,以实现一系列民主原则与制度为主要内容,以厉行法制为基本保证,以充分实现最广泛的人权为目的的一种政治制度。”(李步云主编:《宪法比较研究》,法律出版社1998年版,第131~132页)也有学者认为,宪政是以宪法为前提,以民主政治为核心,以法治为基石,以保障人权为目的的政治形态或政治过程。(李龙、周叶中:《宪法学基本范畴简论》,载《中国法学》1996年第6期)还有学者指出,宪政的基本价值应包括:人权的保障,权力的合理配置,秩序的严格维护,利益的有效协调。(谢维雁:《从宪法到宪政》,山东人民出版社2004年版,第119页)虽然学者们对宪政的理解和表述不尽相同,但保障人权是宪政运动的核心内容却是一致肯定的。



在如何处理民族问题的看法上，也是如此。

（一）关于化除满汉畛域的讨论

清初，清朝统治者继承儒家传统的君主官僚政体处理民族关系的做法，满族在政治、经济、民事、司法各方面均享有各种特权，处于高人一等的特殊地位，而包括汉族在内的各被统治民族则处于受歧视的不平等地位。由于汉族占全国人口的绝大多数，随着时间的推移，满汉之间各方面不平等导致的矛盾日趋突出和尖锐，清廷如果要稳定政局，在变法修律的过程中就无法回避这个问题。光绪三十三年（1908年）六月二十二日，两江总督端方代奏安徽旌德县廩贡生李鸿才条陈，其中对化除满汉畛域办法提出八条建议。其一，“满汉刑律宜归一致”；其二，“满臣不宜称奴才”；其三，“满汉通婚宜切实实行”；其四，“满汉分缺宜行删除”；其五，“满洲人士宜姓名并列”；其六，“缠足宜垂禁令”；其七，“京营宜改混成旗”；其八，“驻防与征兵办法宜归一律”。条陈并指出：“以上数则，皆为满汉大同起见，虽云补苴之术，实与宪政攸关。”^① 这个条陈引起了清廷最高统治者的重视，硃批：“会议政务处议奏。”^② 并于同年七月初二日颁布《著内外各衙门妥议化除满汉畛域切实办法谕》，其中虽然说清朝成立两百余年，“满汉臣民从无歧视”，但着重指出：“际兹时事多艰，凡我臣民方宜各切忧危，同心挽救，岂可犹存成，自相分扰，不思联为一气，共保安全。”可见化除满汉畛域已成为当时清廷稳定政局的重要举措，所以慈禧命令：“现在满汉畛域应如何全行化除，著内外各衙门各抒所见，将切实办法妥议具奏，即予施行。”^③

化除满汉畛域的意见，切中了清廷实行不平等的民族政策导致矛盾日趋尖锐、危及清廷政局稳定的要害，而李鸿才提出化除满汉畛域的八

① 以上均参见《两江总督端方代奏李鸿才条陈化除满汉畛域办法八条折》，载《清末筹备立宪档案史料》（下），台北文海出版社有限公司1981年版，第915页。

② 《两江总督端方代奏李鸿才条陈化除满汉畛域办法八条折》，载《清末筹备立宪档案史料》（下），台北文海出版社有限公司1981年版，第918页。

③ 以上均参见《著内外各衙门妥议化除满汉畛域切实办法谕》，载《清末筹备立宪档案史料》（下），台北文海出版社有限公司1981年版，第918页。

条建议，着眼点已不是统治者对被统治者的统治策略，而是提出要革除两族各自的一些陋习，以化解两族之间的一些隔阂和消除满汉之间的一些不平等规定。八条之中的“满汉刑律宜归一致”“满汉通婚宜切实行”“满汉分缺宜行删除”“京营宜改混成旗”“驻防与征兵办法宜归一律”，说的都是建议实行满汉在政治、民事、军事、司法诸方面的平等，而建议革除满臣称奴才、满人列名不列姓、汉族缠足等陋习，既涉及统治民族，也涉及被统治民族。因此，这八条建议在一定程度上体现了民族平等的思想，而这个条陈受到清廷最高统治者的如此重视，也说明清朝统治者的民族观在宪政运动中已开始发生变化。

朝廷内外对化除满汉畛域的问题反应强烈，在短短的九个月时间里，清廷收到来自各方面的奏折二十多个，上奏折者有汉族，也有满族；有军政要员，也有一般知识分子；有对此表示赞同的，也有坚决反对的；更多的是就如何化除满汉畛域的具体问题提出自己的意见。修订法律大臣沈家本在光绪三十三年八月初二日上的《旗人犯罪宜照民人一体办理折》谈到，依《大清律例》的规定，旗人犯遣军流徙罪可以受到特别的优待，免发遣，可折为枷号。他认为，这是“两歧之法”，是法权不统一的体现，建议：“嗣后旗人犯遣军流徙各罪，照民人一体同科，实行发配。现行律例折枷各条，概行删除，以昭统一，而化畛域。”^① 沈家本的这个奏折引起朝廷极大关注。九月初三日上谕：“礼教为风化所关，刑律为纪纲所系，满汉沿袭旧俗，如服官守制，以及刑罚轻重，间有参差，殊不足以昭画一。除宗室本有定制外，著礼部暨修订法律大臣定满汉通行礼制刑律，请旨施行。俾率士臣民咸知遵守。用彰画一同风之制。”^②

① 《修订法律大臣沈家本奏旗人犯罪宜照民人一体办理折》，载《清末筹备立宪档案史料》（下），台北文海出版社有限公司1981年版，第940页。又见于沈家本《旗人遣军流徙各罪照民人实行发配折》，载《历代刑法考》（四），中华书局1985年版，第203页；李光灿：《评〈寄簪文存〉》附沈家本原著《寄簪文存·旗人遣军流徙各罪照民人实行发配折》，胡星桥标点，群众出版社1985年版，第196页。三个奏折文字基本相同，标点各异。

② 〔清〕朱寿朋编、张静庐等校点：《光绪朝东华录》（五），中华书局1958年版，第5812页。



后沈家本又上奏，提出满汉一法的具体改革内容：“臣等共同商酌，凡律例之有关罪名者，固因改归一律，即无关罪名而办法不同者，亦应量为变通。除笞杖已改罚金，旗人鞭责业经一体办理外，拟请嗣后旗人犯罪，俱照民人各本律本例科断，概归各级审判厅审理，所有现行律例中旗人折枷各制，并满汉罪名畸轻畸重及办法殊异之处，应删除者删除，应移改者移改，应修改者修改，应修并者修并，共计五十条，开列清单，恭请御览。”这个奏折被清廷采纳。^① 沈家本还上了一个奏折，建议改变旗人不准自由买卖其产业的法律规定，认为“旗民不准交产，亦显分畛域之一端，自应及时变通，未可拘牵旧制”，“拟请嗣后旗人房地，准与民人互相买卖”。^② 由于沈家本时任修订法律大臣，实际负责主持法律的修订工作，所以，他的看法在一定程度上代表了清朝统治集团民族观的变化。

除沈家本外，这一时期的其他一些奏折也体现了清朝统治集团中的一部分人已意识到民族平等应是清朝变法修律中的一项重要内容。例如，暂署黑龙江巡抚程德全就预备立宪问题上三个奏折，其中谈到：“请实行宪政以化满汉界限也……盖立宪政体，向无种族之别，拟请明诏海内，自今后无论满人、汉人，皆一律称为国民，不得仍存满汉名目，先化畛域之名，自足渐消相斫之祸。……尤立宪政体亟当视为先务者也。”^③ 两江总督端方在奏折中列举了他在出洋考察中所见英国、美国处理民族问题的情况后认为：“若英国本为盎格鲁、撒逊两族所共建，而今已合同而化，绝无内讧。美国为欧洲各国殖民尾闾，各种之人麇至杂居，从未闻区种族、分党派、怀私念、忘大计者。盖其立国无论何族人民，皆受制于同一法制之下，权利义务均平齐一，种族虽异，利害不殊。人人乐于

^① [清]朱寿朋编、张静庐等校点：《光绪朝东华录》（五），中华书局1958年版，第5812～5813页。

^② 沈家本：《变通旗民交产旧制折》，载《历代刑法考》（四），中华书局1985年版，第2033页。

^③ 《暂署黑龙江巡抚程德全奏陈预备立宪之方及施行宪政之序办法八条折》，载《清末筹备立宪档案史料》（上），台北文海出版社有限公司1981年版，第257页。

趋公，而以阇墙为大耻，其国力因而安全发达，莫之能御。”^① 这些条陈在化除满汉畛域的问题上已超越了就事论事的考虑，而是站在立宪的层次上看待这个问题，提出用立法的形式规定各民族一律平等。

（二）民族平等思想在制度层面的体现

虽然由于多种原因，在这次如何化除满汉畛域的议论中提出的一些具体建议最后并未能得到实行，但是变法修律中关于民族观的讨论，在制度层面也得到一定的体现。在《资政院议员选举章程》中有《满汉世爵选举资政院议员章程》、《外藩王公世爵选举资政院章程》，后者并特别指出：“本章程所称外藩世爵，是指蒙古、回部、西藏各爵而言。”^② 虽然资政院并无实权，但在法律文件中满汉并列，蒙古族、回族、藏族也有一席之地，在我国的法律文件中尚属第一次。1908年8月27日颁布的我国历史上第一个有“宪法”字样的宪法文件《钦定宪法大纲》附臣民权利义务中规定臣民享有六项权利和三项义务，“臣民”包括清朝国内的各民族在内，^③ 这些规定体现了近代中国宪政运动中统治者民族观的变化：从单纯对被统治民族的统治策略转变到在一定程度上承认各民族在法律上享有平等的权利和承担平等的义务。在《逐年筹备事宜清单》中，第一年要做的事就有：“请旨设立变通旗制处，筹办八旗生计，融化满汉事宜。”^④ 这是这一年在清单中交由军机处办理的唯一一件事，可见重视程度。正如苏钦教授所说：“这次活动也充分表明，中国的宪政之路，从一开始就包括解决国内的民族问题，即各民族的法律地位平等问题，只不过在清末特定的条件下，集中表现为统治阶级满族和主体民族汉族之间

① 《两江总督端方奏均满汉以策治安拟办法四条折》，载《清末筹备立宪档案史料》（下），台北文海出版社有限公司1981年版，第928页。

② 〔清〕孙家鼐编纂：《大清法规大全·宪政部》，北京政学社印行本，1909年，第7~8页。

③ 〔清〕孙家鼐编纂：《大清法规大全·宪政部》，北京政学社印行本，1909年，第1~2页。

④ 夏新华等整理：《近代中国宪政历程：史料荟萃》，中国政法大学出版社2004年版，第132页。



的权利义务不平等问题。”^①虽然清末的变法修律未及实施，清政府便寿终正寝，但从此开始的统治阶级民族观的变化，却并没有停止。

二、南京临时政府时期：各民族共同执政思想的提出

南京临时政府是指1912年1月1日在南京成立的资产阶级民主共和制的中华民国临时政府，孙中山任临时大总统，历时三个多月。南京临时政府颁布了一系列重要法令，开创了资产阶级民主法制建设的先河。这一时期，宪政层面体现的民族观发生了进一步变化。

（一）孙中山民族观的变化

以孙中山为首的革命党人，是以推翻帝制，建立民主共和国为奋斗目标。他们提出的“三民主义”中，民族问题是放在第一位的，他们对民族问题的认识，比起清末预备立宪的改良派来说又前进了一大步。当然，他们对民族的看法也有一个发展的过程。近代革命党人民族观的变化也是宪政运动中民族观由古代向近现代转型的重要表现。革命先行者孙中山先生于1905年建立中国统一的资产阶级政党——中国同盟会，提出了“驱逐鞑虏、恢复中华、建立民国、平均地权”的三民主义。^②“民族主义”在三民主义中是排在第一的，可见孙中山对其的重视。以孙中山先生为代表的近代革命党人的民族观，也有一个逐步发展和成熟的过程。

清末，满族统治者已成为帝国主义和封建主义的代言人，对包括汉族人民在内的各族人民实行专制和压迫，因此，推翻清朝的统治成为“民族主义”的集中体现。虽然孙中山也一再解释说，“我们革命的目的，是为中国谋幸福，因不愿少数满洲人专制，故要民族革命”，“民族主义，并非是遇着不同种族的人，便要排斥他，是不许那不同种族的人来夺我

^① 苏钦：《清末预备立宪活动中“化除满汉畛域”考辨》，载《中国民族法制研究》，中国文史出版社2004年版，第111页。

^② 参见《同盟会宣言》，载《孙中山选集》（上），人民出版社1981年版，第68~70页。