

中山大学法学院 编

学术的律动

中山大学法学院老教授文集



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

中山大学法学院 编

学术的律动

中山大学法学院老教授文集

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

学术的律动——中山大学法学院老教授文集/中山大学法学院编.

—北京:法律出版社,2006

(中山大学法学文丛)

ISBN 7-5036-6270-0

I. 学… II. 中… III. 法学—文集 IV. D90-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第025613号

© 法律出版社·中国

**中山大学
法学文丛**

**学术的律动——中山大学法
学院老教授文集**

中山大学法学院 编

责任编辑 刘彦洋

张琳

装帧设计 于佳

开本 A5

印张 10.125 字数 265 千

版本 2006年4月第1版

印次 2006年4月第1次印刷

出版 法律出版社

编辑 法学学术出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

ISBN 7-5036-6270-0/D·5987

定价:25.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

中山大学法学文丛序言

2005 年适逢中山大学法律学科百年华诞。发端于广东法政学堂的中山大学法科,在一个世纪的风雨历程中,由一所百余人的学堂发展成为享誉中外的法学院。中大法科走过了一百年自强不息、艰苦奋斗的创业史,谱写了一部追求理想,明辨笃行的光辉篇章。

中山大学法律学科诞生于清末救国图强的时代洪流中。清光绪三十一年(公元 1905 年),广东法政学堂与京师法律学堂、北洋法政学堂等第一批官办法律学堂一起揭开了中国法学教育近代化的序幕,专门化的法学教育在近代中国西学东渐的过程中应运而生了。

从辛亥革命探索民主共和道路到五四运动倡导民主科学精神,身处革命前沿的广东法政学堂见证了中国近代社会一系列的转型并且积极投身其中。1912 年,胡汉民改广东法政学堂为广东公立法政专门学校。1923 年,广东省省长廖仲恺改其为广东公立法科大学。1924 年,并入国立广东大学,成

立法科学院。1926年,国立广东大学改名为国立中山大学,原法科学院相应改名为国立中山大学法科学院。1931年,国立中山大学进行改制,原法科改为法学院。1950年,国立中山大学改称中山大学,原法学院也相应改称中山大学法学院。1952年,全国高等学校院系大调整,原中山大学法学院被撤销,组建政法系,后被并入中南政法学院。1979年,经原教育部批准,中山大学复办法律学系。1993年成立中山大学法政学院,后于2001年撤销,并在此基础上复建中山大学法学院。在一个世纪的历史发展中,中山大学法律学科虽数易其名,但其师资力量却不断壮大,学科水平不断提升,为我国民主法制建设培养了大批优秀人才。

在一个世纪的社会变革中,中山大学法科始终关怀中华民族的命运,以推动民主宪政、法制进步为己任;在一个世纪的学术发展中,中山大学法科始终崇尚学术自由,坚持学术良心,献身学术事业,极大地推动了中国法学的进步。一百年来,中山大学法律学科见证了中国民主法制事业的起步与发展,见证了中国法律学术的草创与创新,也见证了中国近现代法学教育的曲折与繁荣。

广东法政学堂创办伊始,就有多名日本教员及知名学者出任法科教授,后来逐渐形成名师大家云集中大法科的壮观场面:时任广东都督的胡汉民开坛讲授行政法;新文化运动的领袖陈独秀主讲社会主义课程;中国共产党创始人之一的李达主讲法理学;“历充国际联盟万国会议中国代表者五次”的梁龙教授被聘为最早的科主任;拥有爱丁堡大学和巴黎大学博士学位,后成为国际法学界泰斗的周鲠生先生出任法科教授;被后人奉为中国民法第一人的史尚宽先生早年也执鞭于此;在当时著书立作且在学界颇有影响的程天固、何思源、何思敬、高廷梓、朱显祯、杨兆龙、曾昭琼等教授也执教中大法科。

改革开放以后,中山大学法律学科进入全新的发展阶段,成为我国第一批恢复重建的法学院。在这一历史巨变时期因大师云集而令人生发“极一时之盛”的感慨,这些大师无论在教学还是在学术研究方面都为我们留下了宝贵的精神财富。端木正教授在负笈巴黎圆满完成学业后,

积极响应新中国的召唤,毅然舍弃国外优越的条件回到祖国怀抱,并在中山大学法律学系复办时出任首任系主任。作为享有盛誉的国际法专家,端木正教授在1985年被全国人大任命为香港特别行政区基本法起草委员会委员,后又被任命为最高人民法院副院长、审判委员会委员。如最高人民法院肖扬院长所指出的:端木正先生为国家和民族的法学教育事业,为社会主义法制事业和法制进程所作出的卓越贡献将永载中国法律史册。

当今世界的经济、科技和信息发展出现了全球化和国际化的趋势,这势必向传统的以国界为空间范畴的法政教育提出挑战。这就需要法学教育实现与国际接轨,博采众长、兼容并包。广州地处我国对外开放的前沿,毗邻港澳,中山大学法律学科也因此地缘优势而更具开放性,更具活力。在法律学科的早期,其教育方针就体现了相当宏阔的国际视野和开放性,以摄取世界各国法律政治经济诸学之精义,研究中国有史以来各种制度之变迁,融会东西古今之文化,理论联系实际作为其历史使命。在新时期的发展中,中山大学法律学科以培养高素质法律人才为己任,致力革新教学方法,大胆引进先进教育理念,充分发挥毗邻港澳的地缘优势,进一步加强同港澳的合作,为中国法治在“一国两制”的背景下顺利发展作出了巨大贡献。

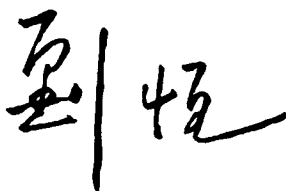
百年基业,来之不易。历史既给了我们馈赠,也给了我们新的使命。新世纪的中山大学法律学科欣逢盛世,处于中华民族经济、政治和法律的历史性转型进程中,也处在全球经济一体化和政治多元化的世界进程中,所有这些都为中山大学法律学科提供了前所未有的机遇和挑战。

在全面建设小康社会和构建社会主义和谐社会的当代中国,加强民主法治、追求公平正义已成为时代的最强音,这既为我们法学教育注入了新的时代内涵,同时也预示着法律学科的光明前景。为了纪念中山大学法律学科百年沧桑与辉煌,为了弘扬中山大学法律人的学术创新精神,为了见证中山大学法学院为推动中国法学事业进步所作的努力,在隆重庆祝中山大学法律学科百年华诞之际,中山大学法学院推出“中山

大学法学文丛”，以此作为中大法科百年华诞的献礼。

另外，组织出版该法学文丛也得到了中山大学“985 工程”项目港澳研究的资助，同时它也是中山大学“211 工程”建设的阶段性成果。中山大学法学文丛的问世昭示着中山大学法学院的盎然生机和中青年学者的迅速成长，中山大学法律人将传承中山大学法学百年的学术薪火，追求中国法律学术和法学教育卓越与创新。

丛书付梓之日，赘言志之。是为序。

院长： 

中山大学法学院

2005 年 11 月 13 日

目 录

【康乐园愚谈】

端木正：参加复办中大法律学系的一些体会 / 1

【理论法学】

端木正：论提高人民代表的素质 / 6

李启欣：古代印度法的渊源及其发展 / 13

林华：略论人权与法权、主权 / 34

江振良 陈国伦：从“贞观之治”看李世民的法律思想 / 46

刘恒焕：《郭偃之法》与《宣子之刑》考 / 51

李启欣：伊斯兰法的渊源及其发展 / 65

陈国伦：试论明初重典的社会意义 / 79

林华：清除资产阶级自由化思潮对法理学的影响 / 87

刘恒焕：中国法律之儒家化“三部曲”说 / 98

李启欣：伊斯兰法在近代印度的演变 / 106

陈国伦：论中国法制史中的批判与继承 / 119

【国际法苑】

端木正：中国第一个国际法学术团体——“公法学会” / 128

唐表明：关于跨国法 / 135

陈致中：论国际法的作用 / 144

温光均：充分发挥国际法院的应有作用 / 157

李斐南：国际法与妇女的地位 / 170

刘恒焕：中国国际法学的开山者——林则徐 / 182

唐表明：当前国际私法研究中的几个理论问题 / 196

陈致中：《联合国宪章》与联合国的五十年 / 206

温光均：国际组织的特权和豁免 / 220

李斐南：联合国维持和平行动的性质和作用 / 232

陈致中：联合国与国际和平的维持 / 241

李斐南：略论国际刑法 / 259

【部门法学】

温光均：《中外合资经营企业法》修正的重要意义 / 268

黎学玲：统一外商投资企业立法的若干思考 / 277

钟永年：浅谈我国刑事诉讼中的回避 / 291

陈国伦：一夫多妻旧婚姻家庭及其析产继承问题 / 296

黎学玲：试论我国经济特区经济立法的基本原则 / 305

【康乐园臆谈】

参加复办中大法律学系的一些体会

端木正

从认识谈起

中山大学法律学系在 1953 年院系调整中停办,从此广东省高等教育中没有了法学。党的十一届三中全会后,拨乱反正,全国法学教育才得以复兴。1979 年 10 月中大奉教育部之命复办法律学系。这是在新时期、新形势之下的新任务。

1980 年初学校领导找我谈,要我参加复办法律学系,负起系行政责任。这是我思想上毫无准备的,犹豫了好几个月,1953 年春被调到历史系,27 年来,我已熟悉世界史的教学,安心法国史的研究。不错,国际法是我学术初恋的对象,从 1937 年进大学读书,直到 1953 年从司法改革运动回校,我都是在法学院度过的;但这一切在饱经世事沧桑之后,

如今只深藏在遥远的回忆之中。难道已届花甲之年还要重操旧业？何况我1979年招收的法国史研究生尚未毕业，已承担的科研任务尚未完成，我怎忍轻易脱离安身立命多年的法国史？

但是，考虑问题总不能只从个人出发，还有客观的形势，不能完全不讲点“大道理”。即使从个人出发，也不能忘记我们自己都是身受多年“无法无天”之苦。从法律虚无主义发展到“无法无天”的统治，在十年动乱期间，人身安全毫无保障，哪能谈得上从事教学和科研？总结建国以来正反两方面的经验，党中央提出的要发展社会主义民主，健全社会主义法制，是实现四个现代化的重要条件，是国家长治久安的保证，没有发达的法学研究，没有大量的法学专业人才，要实现依法治国是不可能的。法学和史学在我国高教事业中是同样重要的，但法学教育是更迫切的任务。

何去何从，举棋不定时我征求过不少亲朋好友的意见，其中一个意见是：法学是“危险的”行业，1957年的记忆犹新。我回顾历次政治运动，结论是史学也不见得比法学“安全”。建国以来，史学界何尝风平浪静过，所谓“文化大革命”就是从批吴晗的《海瑞罢官》掀起黑风恶浪的，古代史不比现代史更“保险”，外国史也不比中国史更“安全”。从1977年到1980年开始出现的安定团结政治局面方使一切学科得到“保险”，不搞政治运动的方针已经兑现，六分之五业务时间的保证已成现实，对法学心有余悸就没有了任何依据。

事在人为，把好进入关

复办法律学系的困难相当多，主要是师资难找和图书资料缺乏。在这两大困难之中，组成师资队伍是首先要解决的，图书资料的建设是靠人来做，教师队伍的水平是决定图书资料的水平的因素之一，另一因素是图书经费的多少，同样的钱不一定会产生同样效果，这要看买书的

人会不会选购,归根结底,还是先要有会用钱的人,否则必然造成浪费。

根据我多年的观察,一个学系或研究单位在创办之初,最容易在人事问题上出现的偏差是“饥不择食”,负责筹建的人唯恐建不起来;当领导的人不愿当“无兵司令”,而喜欢“人多势众”。这是某些单位超编而人浮于事的起因之一,在进人问题上前松后紧,一旦编制已满,该调出的出不去,该调进的进不来。

把好进人关,说来容易做起难。自荐信和推荐信源源而来,不能轻易接收也不应轻率拒绝,要跟学校人事处密切合作,要到学术界和教育界中去了解,要善于分析档案材料。更重要的是要不怕得罪人,不管推荐人的地位和关系,绝不能为了人情面子而迁就,要做到这一点,必须系的领导人同心协力,大家都勇于负责,没有私心杂念,态度鲜明,集体决定。

到我系复办招生后的第四年(1984年7月)三个层次(研究生、四年制本科生、两年制干部专修科和夜大学)共有610个学生,而教师还只有37人,其中32位已在教学第一线,不少同事已开出两门课,还有开出三门课的。这37人还不到我们可以有的编制的一半。我不敢说,我们所选的教师百分之百都看得准,如果有百分之八十没选错,也就甚堪告慰。

团结就是力量

教学任务重,教师队伍小,只有精诚团结,加强业务再学习,才能完成任务。系里同事来自四面八方,没有在历次政治运动中会过面,所以没有旧日恩怨。大家都是为了一个共同目标——振兴法学教育,而“归队”来的。这两点是有利团结的因素。当然,人与人的矛盾是在所难免,但还不致影响全系团结的主要方面。

维护团结的关键是领导层的团结,我受命之初即以自勉。上面说过,校领导提出要我“抓系的工作”,我毫无思想准备。因为在极“左”思

潮盛行时,法律系曾被某些院校列为“保密专业”,被片面地只视为准备掌握“刀把子”的专业,以致“有海外关系”的学生不录取、教师被调出,唯成分论一向被视为当然。听说学校要复办法律学系,我也是拭目以待,不知将派哪位资深的党员当系主任。如今竟然找到一个民盟盟员的头上,实在不能不令我感到突然,思绪万千。

怎样理解这一“事件”呢?这是拨乱反正在学校工作的体现,是统一战线的贯彻,是知识分子政策的落实……而我最惶恐的是怕有负党的信任。个人成败得失不足为念,党、盟的团结合作关系不可不慎重对待。

从党派关系看,我系现有37位教师中有党员、团员、4个民主党派成员(其中最多的是民盟,3人)和较多的无党无派人士。此外,归侨和侨属也有几位。因此系里也有统一战线问题,系党总支的统战委员固然对此负有专责,我作为民盟中大总支委员和系行政全面负责人,也应该主动关心巩固和发展统一战线,也包括应该经常关注少数民族学生和侨属学生。在跟党总支统战委员保持密切联系的情况下,四年来系里的团结基本上是良好的。

团结不是无原则的迁就,只有该表扬、鼓励的就表扬、鼓励,该批评、帮助的就批评、帮助,一切从工作出发,才能做到“团结就是力量”。

党政分工与有职有权

在我到法律系的时候,党政分工的改革已在开始。多年来习惯于党的集中领导,举凡校、系、所、室、组,甚至工会组织各级,负责人全是党员,这对党外人士讲,却也是省心的事。我自己不沾行政工作的边已经二十多年,某个时期还庆幸自己没有卷入被抨击的“教授治校”。如今在新形势下又要过问行政,不免别是一番滋味在心头。

自进大学念书以来,我不曾出过学校的门,先后在四间大学读书或教书,所见系主任可谓多矣。自己也曾短期主持系务,解放前也为系主

任做过助教,老师辈和同辈老友出任系主任者为数不少,也曾闲谈对这一职务的感想:从“无为而治”到“事必躬亲”,各尽其妙。若问其中有无规律可循,我的总印象是:因人而异,因时制宜。

当前是要发展社会主义民主,健全社会主义法制,实现以法治国以促进实现四个现代化的新时期。宪法确定了中国共产党的领导,系党总支作用的改变并不能改变宪法的规定,党政分工仍是在党的领导下实施的。维护党的领导最主要是坚持与党中央在政治上保持一致,贯彻党的方针路线。那种对同级党组织唯唯诺诺,对工作中出现的问题不摇头也不点头,该负责解决的困难不动脑筋,向上级党请示了事,这种态度绝不是拥护党的领导。

在一次座谈会上,我被问到是否有职有权,我认为回答这个问题首先要确定“职”和“权”的范围,而现在我国行政法规尚不完备,每个职务的权、责并不分明,不能笼统说在某个职位上有权或无权,如果硬要说也是于法无据的。有些人把“有权”理解为“说了算数”,我看不能只把家长统治视为有权。凡有职位都应该有相应的权 and 责,不但系主任和系总支书记应该有职有权(职不同权也不同,彼此并不冲突,而且需要合作),我认为还应该尊重副主任,系办公室主任、教研室主任、班主任等的职权,每人都应有职有权。让每位同志各得其所,各安其位,各行其权,各负其责,这个单位才能团结一致,分工合作,比较完善地完成党和人民交予的任务。这是我想,在实际上还不能完全办到,还有待于今后在盟组织的帮助下继续努力。

原载《民盟广东省盟员为四化建设和祖国统一

服务先进代表经验交流会专刊》

(1984年12月出版)

论提高人民代表的素质

端木正

人民代表大会制度是我国的根本制度,它在宪法和法律上的地位如何重要,毋庸再述。本文只就有关提高各级人民代表的素质的一些问题谈些个人的看法,略论利弊得失,并陈改进之策,以求教于读者。因为不提高人民代表的素质,就难以实现宪法和法律赋予人民代表大会的各项职责,就难以发挥人民代表大会制度的优越性。本文所称人民代表或指各个代表的个人,或指人民代表的整体,读者不难自明。

人民代表的素质在逐渐提高

近10年来,我国人民代表的素质已在不断提高。我个人10年来当选各级人民代表的亲身经历,耳闻目睹,感受颇深。1980年5月,我当选区人民代表,第一次走进区人民代表大会会场时,发现

人口处旁边有张桌子上摆着“代书处”的牌子,有两位工作人员坐守。大会设“代书处”,说明人民代表中有文盲或半文盲。1987年6月,我再度当选同一区的人民代表,当我走进大会会场时,那张印象深刻的桌子没有了。我见到负责选举事务的区人大常委会副主任,说出这点观感,他笑了,说现在不需要了。这至少说明人民代表文化素质有所提高。

1983年和1988年我当选省人民代表,也发现在小组讨论时,代表发言的水平比上届有所提高。各地各级人民代表换届选举结果的统计,也表明本届代表中大专程度、高中程度所占比例比上届提高,平均年龄则比上届下降。各地皆然,我就不一一征引。

总之,10年来各级人民代表的素质确有提高,但还远远达不到宪法和法律所要求履行职责的水平,问题在哪里?

选择人民代表的条件

多年来我们听说,组成人民代表大会的代表要考虑三性:广泛性、代表性和先进性。对这三性的法律依据,包括法律解释,则缺乏权威的、科学的界说,据说每届选举有“红头文件”下达,但似乎并未见公布于报纸,广播于电台,或曾经人民代表大会讨论,形成法律或决议。

广泛性似乎指要照顾到各个方面,不能偏重人民中的某一方面,也不应忽略另一方面,也就是要全面照顾。但人民代表是以地域划分产生的,不比政治协商会议是以界别遴选的。某一行政区域的公民究竟分多少界,每界应各占多少百分比,历届选举,经常变动。工、农、兵……各应占多少,隔几年就调整。某一代表候选人属于哪界,很难有固定的标准。我个人当选的经历就是在不同的时候曾分别归属于不同界别,我代表过少数民族,也代表过知识分子,还代表过民主党派。一旦当选,则这三界代表的统计数字又可能把我都计算进去。

代表性似乎指在一定选区内的某一界别里是能代表这一界的。谁

能代表该选区某一界,并不曾由该界内先选举出自己的代表人物,而是由中共和各民主党派、群众团体协商推荐的。近年我在国外各不同场合曾多次介绍我国选举制度,有的国外友人说:“你们人民代表都是共产党选的,不是人民选的”。这就是怀疑我们的代表性。我的回答说:“你们哪个国家的议员、政府首脑不是党选的?英国首相和美国总统都是党内先选出,再交选民投票。只有为数微不足道的所谓独立候选人不是政党提名的。为什么你们各党竞争选出的就算民主,我们各党协商产生的就不民主?”这样答复是否能使听众心服口服,我不敢说,至少可以一笑置之,或许也可以求同存异。

说到先进性,很可能有争论。怎样理解一个人民代表的先进与否?通常即指本人本行业务的先进,例如运动员得过金牌,科学家成为学部委员,以至三八红旗手、特级厨师、全国劳模、名演员、名歌星……各界最受群众欢迎或尊敬的知名度很高的人物。“先进”也不是一成不变的,六七年前农村的一个万元户就会进入县人民代表大会,或许还能当上省人民代表,现在大概差一点儿了。难怪有人议论人民代表大会快成为“群英会”了。

代表条件的商榷

无论从学理或从实践来看,这样依据三性标准选择人民代表似乎都应有改进的余地。

按我国宪法第2条规定的文字与精神,人民代表应能代表人民当家作主,行使国家权力机关的职能。选什么样的代表能完成这项任务,这是决定人民代表是否合适的尺度。所谓广泛性和代表性最好是能体现全体公民在法律上一律平等,有同等的选举权和被选举权,有同等的参与政权的权利。某些外国政治学者所谓的“议会如镜”,即指议会应能如实反映全体国民的面貌。我并不认为这个要求是十分合理的,何况它还