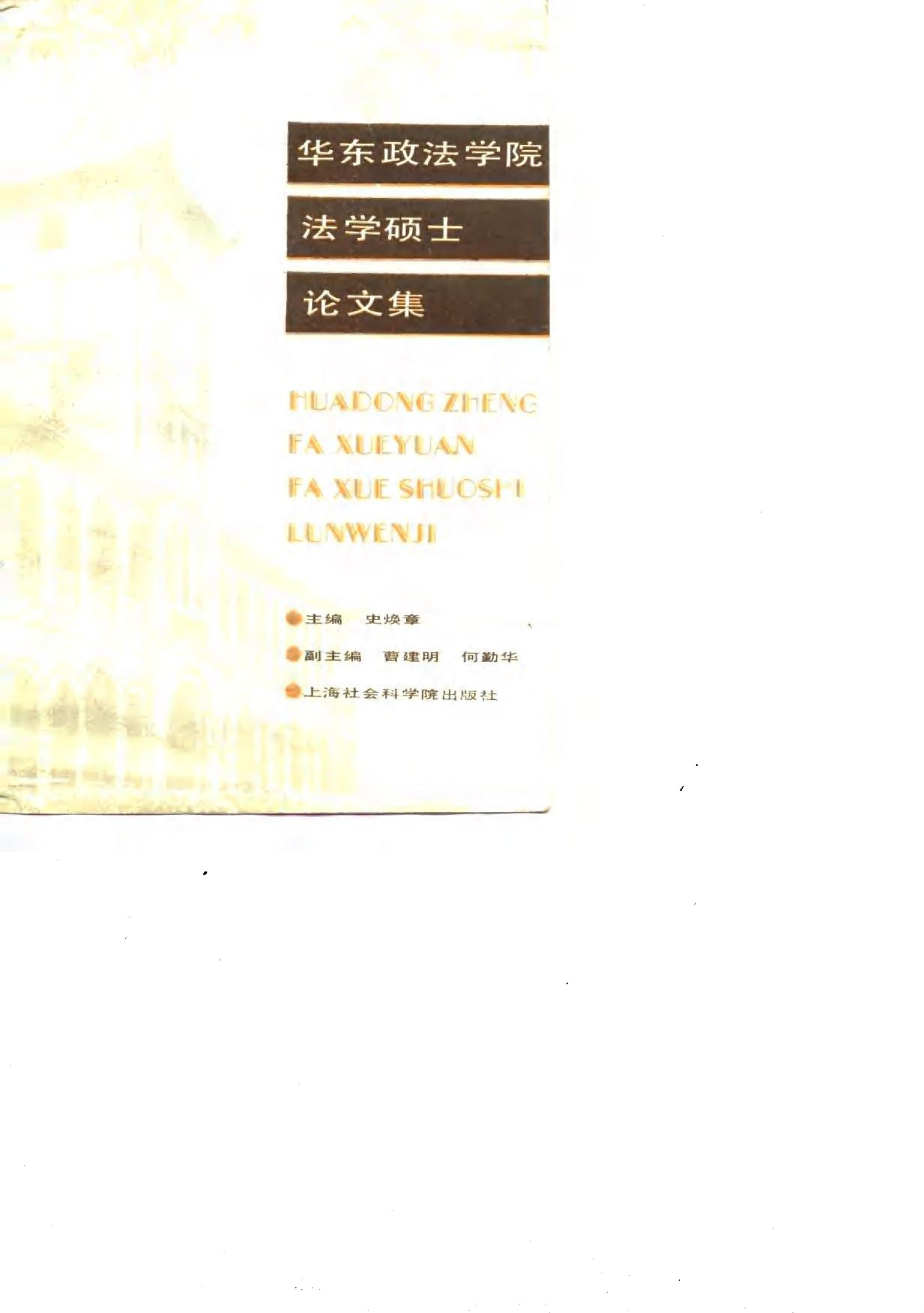




华东政法学院

法学硕士

论文集

HUADONG ZHENG  
FA XUEYUAN  
FA XUE SHUOSHI  
LUNWENJI

● 主编 史焕章

● 副主编 曹建明 何勤华

● 上海社会科学院出版社

# 华东政法学院 法学硕士论文集

史焕章 主 编

曹建明 何勤华 副主编

海社会科学出版社

---

责任编辑 查建国  
封面设计 邹越非

**华东政法学院法学硕士论文集**

史焕章 主编

曹建明 何勤华 副主编

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 无锡市春远印刷厂印刷

开本787×1092 1/32 印张14.375 字数307,000

1988年5月第1版 1988年5月第1次印刷

印数1—1,900

ISBN 7—80515—008—7/D·1

书号: 6299·032 定价: 3.50元

---

## 序 言

经过作者和编者的辛勤努力，在上海社会科学院出版社的大力支持下，《华东政法学院法学硕士论文集》终于和广大读者见面了。收入论文集的共有32篇文章，作者都是84、85、86届毕业的硕士研究生。虽然，他们在专业知识的运用、论文结构的编排和语言文字的表述等方面，尚存有若干不成熟的地方，但作者在撰写论文的过程中，都曾化了相当的时间，查阅有关的中外文献，收集整理各种资料，走访实际部门进行调查研究，征求各地专家学者的意见，从而使他们成了其论文所涉及之领域的专家，在论文中都能提出自己独到的见解，具有各自的特色，也达到了一定的学术水平。其中，有些论文填补了我国法学研究和教学的空白，有些论文的摘要已在有关杂志上发表，有的经修改扩充后成为小册子，已由有关出版社单行出版，也有的受到政府有关部门的重视，被当作决策的重要参考资料。因此，将这些论文的精华部分汇集出版，不仅仅是对这些研究生科研成果的总结检验，也为我国法学研究和法律教育的发展积累了资料，为立法和司法等实际部门提供了理论参考。

当前，我国正处在一个法学理论更新、法律教育改革的重要转变时期。加强研究生教育、加速培养高质量的法学人才，是法学界实现这个转变的重要保证之一。为此，需要我

们做许多工作，包括合理确定研究生的课程体系、加强研究生的政治思想工作、密切导师和研究生的指导关系等等。其中，抓好研究生论文的写作、答辩和编辑出版，是一个基本环节。其重要的意义在于：它提供了一个科研园地，在总结、评价已毕业的研究生的学术成果时，激发在校研究生学习研究的积极性和创造性，从而为研究生的教育培养工作带来了活力。所以，关心、支持并做好这项工作是法学理论研究者 and 法律教育工作者应尽的责任。

将硕士论文汇集成册公开出版，这在我国法学界也属首次，因而是一件开拓性的工作，为此特撰数语，以示庆贺。

华东政法学院院长 史焕章

1987年3月

## 目 录

|         |           |
|---------|-----------|
| 序言····· | 史焕章 ( 1 ) |
|---------|-----------|

### 宪 法

|                    |            |
|--------------------|------------|
| 试论我国人大代表的法律地位····· | 叶陵陵 ( 1 )  |
| 地方权力机关监督职能初探·····  | 张红声 ( 17 ) |
| 论公民政治权利的保障·····    | 胡敏德 ( 31 ) |
| 地方分权之比较·····       | 龚晓航 ( 44 ) |
| 委托立法及其控制的比较研究····· | 陈 克 ( 60 ) |

### 中国法制史

|                        |             |
|------------------------|-------------|
| 论中华法系的解体·····          | 徐永康 ( 70 )  |
| 我国封建社会犯罪预防的探讨·····     | 程维荣 ( 84 )  |
| 析《唐律疏议》中的三种法律协调关系····· | 王立民 ( 98 )  |
| 唐代户籍法规初探·····          | 胡银康 ( 112 ) |
| 唐代监临主守赃罪考·····         | 杨心明 ( 127 ) |
| 北宋前期司法制度系统考察·····      | 殷啸虎 ( 140 ) |
| 明初刑典治吏“重”、“轻”考论·····   | 姜永琳 ( 154 ) |

### 外国法制史

|                       |             |
|-----------------------|-------------|
| 论《德国民法典》·····         | 何勤华 ( 168 ) |
| 法国行政法院初探              |             |
| ——法国行政法院的两重性·····     | 傅东辉 ( 183 ) |
| 论英国衡平法的产生及其早期的发展····· | 高 桐 ( 194 ) |

## 法律文化的冲突与融合

——印度法现代化的实践……………蒋 迅 ( 208 )

## 南北战争前美国最高法院扩大联邦权力的作

用……………任自昌 ( 221 )

## 美国律师制度的起源和基础

——二十世纪前美国律师制度论……………刘小兵 ( 234 )

香港法律渊源的历史发展……………段祺华 ( 247 )

## 刑 法

论刑法中的故意……………赵国强 ( 258 )

过失犯罪的心理状态及其形成原因……………蔡卫平 ( 272 )

教唆犯理论上三个难题之我见……………杨 诚 ( 285 )

论我国刑法中的类推……………王 勇 ( 304 )

浅论盗窃罪中的数额和情节……………张绍谦 ( 318 )

抢劫罪的既遂、未遂新探……………杨新培 ( 333 )

## 国际经济法

### 论我国对中外合资经营企业的鼓励和保护

若干法律问题……………陈治东 ( 346 )

论外国投资者在我国的法律地位……………孙南申 ( 360 )

论我国技术转让立法对限制性条款的处理…王守平 ( 375 )

### 论我国外汇平衡的三层次结构及其外汇管理

法……………黄仲兰 ( 392 )

避免国际双重征税的若干法律问题……………黄哲英 ( 407 )

论国际产品责任的统一法律规范……………曹建明 ( 420 )

论国际投资仲裁中的主权问题……………陈锦亚 ( 437 )

# 试论我国人大代表的法律地位

宪法学专业85届

导师 徐盼秋 孔令望 席祖德

我国是人民民主专政的国家，宪法规定国家的一切权力属于人民。在现阶段，我国还没有条件采取直接民主，即全体人民直接管理国家的形式，而主要通过间接民主的形式，即人民选派自己的代表组成各级国家权力机关——人民代表大会，由它管理国家事务和社会事务、管理经济、文化事业。因此，作为国家权力机关成员的人大代表担负着掌管国家命运的重大使命。

## 一、代表的概念和本质

如果把在政治和社会生活中被人们视作“代表”的人加以归纳，似有以下几类：

第一类，依照委托者意志和立场行事的代理人或代言人。如民事诉讼中的律师、遗嘱的委托执行人等“委托代表”。

第二类，由各党派、各行业、各社会团体推选参加各自的代表大会的典范人物。似可称为“典范代表”。

第三类，由上级任命职务的国家工作人员，依法必须代表国家履行其职责的“国家代表”。



第四类，依法定程序选举产生的国家权力机关（或称立法机关、代议机关）的成员，有些国家称为“议员”，我国称为“人民代表大会代表”。

本文所要探讨的代表，即上述第四类代表。它与其它几类“代表”相比，具有如下法律特征。

第一，从产生方式看，代表（议员）是依宪法和选举法的规定，通过民主选举产生的。而“委托代表”的产生是基于委托者对“委任代表”的委托，以协议、合同、契约等形式加以确定的；“典范代表”则是依据各自所属的行业、党派、社会团体的章程推选产生的；国家工作人员的取得，完全根据指派和任命。

第二，从身份性质看，代表（议员）是国家权力机关成员，具有至高无上的地位，而“委托代表”是委托者个人的代理人；“典范代表”是党派、行业或社会团体的成员；它们均带有一定程度的民间色彩。至于国家工作人员，则是由权力机关派生的其它国家机关成员，不具有代表（议员）那样高的地位。

第三，从职责范围看，代表（议员）在代表机关和原选区或选举单位内享有和履行宪法及有关法律所赋予的特定权利和义务。而“委任代表”的职责只是在委托者授权范围内完成所委托的事项；“典范代表”的职责是在代表会议期间代表其所在党派、行业、团体的利益；而国家工作人员的职责范围是本行政部门的工作事务。

第四，从权利保障看，代表（议员）的活动受国家法律特殊保障，而其它各类代表只是作为公民享有法律的一般保障。即使国家工作人员在执行公务时所受的法律保护的范

也和代表（议员）有很大区别。

第五，从任期看，代表（议员）不是终身职务，它依法具有一定任期，一般与每届代表大会（议会）的任期相同。而其它各类代表均无法定任期。“委任代表”的任期因完成所委托的事务而终止；“典范代表”任期只限于代表大会召开期间；国家工作人员的任期则可随时因职务调动、撤职或离职而结束。

第六，从监督方式看，代表（议员）的工作受法定监督，宪法和有关法律都明文规定选民或原选举单位有权监督代表（议员）。而其它各类代表的监督法律则无规定，从而带有一定程度的任意性。

第七，从身份丧失方式看，除死亡、任期届满、离开本行政区域等自然因素外，代表（议员）身份的丧失采用罢免方式。而“委任代表”身份是因委托协议、契约或合同的失效而丧失；“典范代表”的身份则因大会闭幕而自行消失；国家工作人员由于上级机关对其职务的撤销、调动或离职而丧失身份。

关于代表的理论，从十八世纪末在近代资产阶级国家普遍建立代议制度后，就开始形成几种较有影响的学说。

第一，委托说。认为代表是本选区选民的受托人和代理人，因此他在代议机关中的一切行为与表示都必须服从本选区选民的意志。

第二，代表说。认为由代表组成的代议机关是代表全体国民的，所以代表在代议机关中的行为与表示都不受本选区选民的约束。

第三，利益代表说。这一学说大致分为两类：其一，个

人利益代表说。认为代表是个人利益的代表者。由于一个选区内有无数选民，所以就会有无数的个人利益，因此，议员只能反映选民经过协调而达到基本和谐的整体的个人利益。其二，部门利益代表说。认为代表是某一部门利益的代表者。因为个人总从属于某一部门、某一党派或某一行业，所以人民总是力图保护和增进其所在部门的利益。议员应当是其选民的部门利益的代表者。

第四，意见代表说。认为代表在立法机关的职能是提出意见。大致可分为两类：其一，个人意见代表说。即议员在议会中应原原本本地反映选民的个人意见，而不是代表选民加以任何判断，因为议员是靠选民的选票当选的，理应这样做。其二，党派意见代表说。认为议员是依靠所在党派经济、政治上的支持而得以当选的，因此，在议会中有义务拥护和支持自己的党派，并服从其意志和指挥。

上述资产阶级的代表学说，不仅对资本主义国家的议员产生了深远影响，而且还反映在宪法典上。然而，不论这些学说之间存在多大差异，它们都有一个共同特点，即掩盖了代表的阶级实质。实际上，资产阶级国会议员既不是选民个人利益或部门利益的代表，更不是全体国民的代表或受委托者，而只能是资产阶级的代表。

只有到马克思主义诞生后，才真正科学地揭示了代表的本质。马克思在论及巴黎公社代表时说：“这些代表……其中大多数自然都是工人，或是公认的工人阶级的代表。”恩格斯也指出：“工人阶级为了不致失去刚刚争得的统治，……应当宣布自己的代表和官吏毫无例外地可以随时撤换。”马克思和恩格斯的论述阐明了代表是阶级的代表这一本质属性，

从而在理论上划清了与资产阶级代表学说的界限。以后，列宁和斯大林根据自己的革命实践，进一步发展了无产阶级的代表学说，阐明了社会主义社会时期人民代表的本质属性。

列宁在总结苏维埃政权建设的经验时说，要建立一个“从下到上由全国的工人、雇农和农民代表苏维埃组成的共和国”。苏维埃“代表的主张就代表着无产阶级的意志”。斯大林指出，苏维埃联盟院是“一个不分民族而代表苏联一切劳动者共同利益的最高机关”。可见，列宁和斯大林既坚持了马、恩关于代表具有阶级性的思想，又根据社会主义政权的性质，认为在人民都已当家作主的社会主义社会，由于全体人民的根本利益趋于一致，代表就不能再是工人阶级一个阶级的代表，而是“一切劳动者”的代表。因此，人民代表所代表的人民意志也是统一的，是包括工人、农民、士兵、知识分子等全体人民的共同意志。这就将社会主义代表机关代表的阶级性和人民性有机地统一了起来。应当指出，列宁、斯大林的这一论点与资产阶级的“代表说”有着质的区别。因为二者的前提绝然不同。只有在全体人民都当家作主的社会主义社会，代表才有可能成为全体人民意志和利益的代表者。而在两大阶级对抗的资本主义社会，这只不过是粉饰资产阶级代表的阶级性的谎言而已。

可以认为，代表是依法通过民主选举产生、有一定任期、受选民或原选举单位监督和罢免的国家权力（立法、代议）机关的成员。依法在权力（立法、代议）机关和原选区或选举单位内行使特定权利、承担特定义务，并受国家法律的特殊保障。在资本主义社会，议员是占统治地位的资产阶级在立法机关中的代言人，代表资产阶级的意志和利益。在社会主义社

会，代表则是阶级性和人民性的统一，代表着全体人民的共同意志和利益，是全体人民在国家权力机关中的全权代表者。

## 二、我国人大代表的当选条件

代表当选的条件是公民当选为代表所必须具备的资格。从我国法律的规定和选举实践来看，可分为两种：一种是法定资格，即法律规定的当选条件，也就是被选举权。它又可分为肯定条件和否定条件。肯定条件就是取得被选举权必须具备的资格，否定条件则是取得被选举权时不可具备的资格。另一种是法外资格，即法律上并无规定，但在我国选举实践中已被作为原则适用的条件。

我国宪法和选举法对人大代表的当选条件有明文规定。宪法34条规定：“中华人民共和国年满十八周岁的公民，不分民族、种族、性别、职业、家庭出身、宗教信仰、教育程度、财产状况、居住期限，都有选举权和被选举权；但是依照法律被剥夺政治权利的人除外。”选举法第23条第2款规定：

“无法行使选举权和被选举权的精神病患者，不列入选民名单。”在这些法定资格中，包括肯定条件和否定条件。肯定条件又有国籍资格和年龄资格。

第一，国籍资格，即代表候选人必须是中华人民共和国公民。这是出于保护国家主权的需要，因为人大代表肩负决定和管理国家大事的使命，这是绝不可由它国人承担的。在这点上，世界各国的规定大致相同。有些国家还规定若干附加限制。如美国宪法第1条规定，移民须取得美国国籍七年后才有权被选为众议员。

第二，年龄资格。即代表候选人必须达到18岁的年龄。因为非达一定年龄，人的行为能力是不健全的，不能很好地代表选民的意志。我国和大多数社会主义国家对代表的当选年龄资格都规定得较低，一般在17岁到23岁之间，而且我国、朝鲜等国家公民的被选举权与选举权的年龄资格相一致。大多数资本主义国家都规定了较高的代表当选年龄，一般在23岁到30岁之间，而且都高于享有选举权的年龄资格。对于这个问题，我们过去往往用列宁“通常受这种限制的正是年轻的最觉悟、最坚决的无产阶级阶层”的观点，说明资产阶级以高年龄剥夺一部分劳动群众被选举权的反动性，以及社会主义国家公民被选举权的广泛性。但是，根据我国目前实际情况，笔者认为现在应当客观地看待代表的年龄资格问题。因为要胜任代表这一崇高而艰巨的职务，必须具备丰富的知识和社会经验，以及一定的社会活动能力。而18岁的公民一般是缺乏上述知识、经验和能力的，即使当选也难以很好地完成代表的职责。实际上，在我国选举实践中，也极少有18岁公民当选为代表的情况。因此，低年龄资格虽然扩大了享有被选举权的人的范围，但却易流于形式。所以，笔者认为有必要在我国规定至少高于享有选举权年龄资格的代表当选年龄资格。从国外社会主义国家来看，也有这种先例。如罗马尼亚选举法第4条规定，被选举权的年龄资格是23岁，而选举权的年龄资格是18岁；苏联选举法第2条规定，享有被选举权的年龄为21岁，而享有选举权的年龄则是18岁。还应指出，适当提高代表的当选年龄与代表年轻化也并不矛盾，因为降低代表平均年龄并不等于要降低代表的起点年龄。

根据我国宪法34条和选举法23条的规定，代表当选资格

的否定条件有两项：第一，被剥夺政治权利的人不能当选。第二，精神病患者不能当选。这是因为被剥夺选举权的人往往是反革命分子和严重刑事犯罪分子，而生理有缺陷的精神病患者已丧失了行为能力。当然无法行使代表的权。但是，笔者认为目前法律对否定条件的规定似乎过于简单。如关于设附加剥夺政治权利的刑事犯罪分子是否还享有被选举权的问题，就无明确的法律依据。而有些国家对此就作了具体规定。如朝鲜《议员选举条例》第4条规定，依据司法机关的拘留处分决定或判决、裁定而在押者无被选举权。日本《公职选举法》规定，受拘役以上刑事处分、执行尚未完毕者，或未被免除其刑之执行者（除缓刑者外）无被选举权。

公民具备了上述代表当选的法定资格，说明他已具有被选为人大代表的权利。为了从享有这一权利的我国亿万公民中选出真正称职的代表，各级权力机关制订了一些具体的政策性规定，使选民在选举代表时能有更具体的标准可循。这种政策性规定是对法定资格的补充，似可称为代表当选的法外资格。

第一，政治条件。首先，代表候选人应是各行业成绩显著的优秀人物。如山东省规定要注意推选各行业中懂业务、有理想、有抱负、有作为的先进人物。其次，代表候选人应具有较高的政治素质。如各省市都规定要推选能坚持四项基本原则，拥护党的十一届三中全会以来的方针、政策，在政治上与党中央保持一致的人。再次，代表候选人应是热心社会工作、在群众中享有威望的人。这些政治上的要求是担任人民代表的基本条件。

第二，工作能力条件。人大代表肩负管理国家各项事务

的重任，决定了代表不仅要有优秀的政治品质，还需有实际工作能力。如湖北、黑龙江等省都规定，代表候选人应具备议政能力、能思考国家大事，并有自己见解。还须具有一定社会活动能力。

第三，文化知识条件。为了胜任代表职务，全国和大多数地方人大常委会都规定代表必须具有独立审阅大会文件的文化水平。但是，一个称职的代表不仅需要一定的文化水平，还必须具备一些与行使代表职权有关的专门知识。否则，即使有文化也不能很好地履行代表职责。当然，要求代表在当选前就完全具备这些专门知识也是不现实的。这就牵涉到对代表的专门培训问题，这方面可参考国外一些做法。如美国国会每届都举办新当选议员短期专职培训班，聘请政府、政界等各方面专家主讲，使新议员了解国会工作性质，掌握担任议员所需专门知识。又如苏联各级苏维埃也很注重首次当选代表的专门教育，采取各种培训方式，让代表学习宪法、法律、政治学、经济学、管理学等方面知识，以及开展代表工作的先进经验讨论等。

第四，健康条件。代表工作是一项繁忙的工作，这就需要代表有一定的健康体魄。为此，不少地方人大常委会对代表的健康状况作了规定，如黑龙江、成都等省市规定，要注意选身体好、年富力强、精力充沛的人当代表。目前，世界各国议会都很注意议员的年轻化，这已形成一种世界性趋势。笔者认为，似可规定人大代表当选的最高年龄限度，以确保每位代表都能真正发挥作用。

在适用上述法外资格时，还应注意其统一性。即代表候选人应集诸条件于一身，不能只注重某方面条件而忽视其



它。如有些专家、劳模，都是本行业的行家里手，也符合政治、文化等条件，却不具备政务活动家的素质，选他们当代表，恰恰是用其所短，避其所长。对他们的成绩可以采取其它方式予以鼓励，不应把代表称号作为一种表彰手段或政治荣誉。总之，应当使人大代表的素质与代表肩负的职责相适应。

### 三、我国人大代表的权利和义务

人大代表作为公民，享有宪法规定的公民基本权利。同时，宪法和有关法律还规定，代表具有不同于普通公民的权利，即代表的职权。它是由国家权力机关的职权所派生、由人大代表的特殊身份所决定的。

第一，提出议案权。即人民代表享有在代表大会期间提出立法性议案的权利。这是人大代表反映和表达人民意志的一条重要法律途径。我国五四宪法对代表提案权的规定不甚明确，七五、七八宪法更没作规定。而八二宪法第72条，及重新颁布的全国人大组织法第10条和地方组织法第17条对此作了规定，一个代表团或30名以上代表，有权依照法定程序提出属于全国人大职权范围内的议案。县级以上各级人大代表10人以上联名，县级以上人大代表5人以上联名，可提出属于本级人大职权范围内的议案。这就明确了议案的性质和范围。既然提出议案须经法定程序，可见其具有立法性质，而议案内容只限于全国人大职权范围，不能涉及其它国家机关的职权范围。此外，提出议案还有人数的限制，这并非是限制代表的提案权，而是要求议案必须得到一定数目代表的支持，具有普遍性和重要性，以提高议案的质量。而不符合上述立法、范