

第九辑 总第1361期

朝阳法律评论

《朝阳法律评论》编委会 编

朝阳

CHAOYANG
LAW REVIEW

谢冬慧

民初法治文化建设论纲

毕竞悦

社会力量与代议政治

冯玉军

东亚法律发展的概念与历史阶段综述

董静姝

论凯尔森纯粹法学中的国家理论

颜丽媛

《韩非子》寓言中的法治思想

J.A.G. 格里菲思

论政治宪法



浙江人民出版社

第九辑 总第1361期

朝阳

CHAOYANG
LAW REVIEW

法律评论

《朝阳法律评论》编委会 编

中国人民大学法学院 赠



浙江人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

朝阳法律评论. 第9辑 / 《朝阳法律评论》编委会编. —杭州: 浙江人民出版社, 2014.4

ISBN 978-7-213-06067-0

I. ①朝… II. ①朝… III. ①法学—文集 IV. ①D90-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第085352号

朝阳法律评论第九辑

作 者: 《朝阳法律评论》编委会 编

出版发行: 浙江人民出版社(杭州市体育场路347号 邮编 310006)

市场部电话: (0571)85061682 85176516

责任编辑: 潘玉凤 魏宏岩

责任校对: 朱 妍 陈 春

封面设计: 郭 鹏

电脑制版: 杭州兴邦电子印务有限公司

印 刷: 杭州豪波印务有限公司

开 本: 710mm×1000mm 1/16 印 张: 19.75

字 数: 31.6万 插 页: 2

版 次: 2014年4月第1版 印 次: 2014年4月第1次印刷

书 号: ISBN 978-7-213-06067-0

定 价: 38.00元

如发现印装质量问题,影响阅读,请与市场部联系调换。

《朝阳法律评论》编辑委员会

顾问 吕振万 薛君度 徐 葵

名誉主任 王利明 曾宪义

主 任 孙国华

副主任 关 怀 巫昌祯 熊先觉

委 员 (以姓氏拼音为序)

曹重三 陈国庆 陈天池 陈逸云 程 鹏 戴玉忠
杜焕芳 范 愉 方流芳 符 立 郭鸥一 韩大元
韩延龙 何祖兴(台) 马小红 聂 文(台)
史彤彪 王承斌 信春鹰 姚 辉 庾以泰 张思之
张云秀 赵中孚 朱崇凯 朱景文 朱力宇

《朝阳法律评论》编辑部

主 编 冯玉军

副主编 郑爱青 邵 明

执行主编 李 亮 于 浩

编 辑 (以姓氏拼音为序)

安恒捷 龚云飞 金若山 李德嘉 李广德 李 亮
吕凌锐 骆源远 裴洪辉 任嘉宁 王熠珏 于 浩
张潇月

英文编辑 童寒梅

编 务 李 涛 孙海萍 薛敏慧 吴君毅 于建新

目录

《朝阳法律评论》第九辑(总第 1361 期)

朝阳文萃

谢冬慧 民初法治文化建设论纲 1

论 文

毕竞悦 社会力量与代议政治

——清末民初代议政治夭折之探因 32

承 上 罗小萍 美国行政法中程序性正当程序运作考察 63

王若磊 弱势群体权利保护对策研究 77

朱学磊 比较视野下的行政公益诉讼原告资格

——世界的经验与中国的选择 90

张 伟 农村社区矫正模式研究 111

陈肇新 张 剑 检察机关职务犯罪“侦防一体化”机制研究 123

丁宝同 实体性执行异议程序之比较研究与立法完善 134

包冰锋 论知识产权诉讼中的证明妨碍规则 145

蔡晓东 传统知识知识产权化的理论困境与反思 161

曾扬阳 集资诈骗罪中的非法占有目的研究 175

评 论

- 冯玉军 东亚法律发展的概念与历史阶段综述 189
- 董静姝 论凯尔森纯粹法学中的国家理论 200
- 张洪亮 论洛克的财产权观 211
- 田喜清 反思私法与公法的划分
——以私法公法化为视角 224
- 张家祺 对中华法系“同步性特征”的检讨 238
- 孙国华 李佳明 论董必武法律思想的精神特质 252
- 颜丽媛 《韩非子》寓言中的法治思想 265

译 文

- [英]J.A.G.格里菲思 著 田飞龙 译 安思源 校
论政治宪法 275
- [奥地利]海尔穆特·库齐奥 著 张玉东 译
不作为侵权之基本问题 298

朝阳校友通讯

307

Contents

Chaoyang Law Review(Number 1361)

Chaoyang Select Works

Xie Donghui

Outline of the Construction of Legal Culture during the Early Years
of the Republic of China 1

Articles

Bi Jingyue

Social Forces and Representative Politics:Exploring the Reason
for Frustration of Representative Politics in the Late Qing Dynasty
and the Early Republic Period 32

Cheng Shang Luo Xiaoping

Operation of Procedural Due Process in
American Administrative Law 63

Wang Ruolei

On Strategies to Protect the Rights of Disadvantaged Groups 77

Zhu Xuelei

The Plaintiff Qualification of Administrative Public Welfare Litigation
from a Comparative View:Foreign Experience and China's Choice 90

Zhang Wei

Research on Rural Community Corrections Mode 111

Chen Zhaoxin Zhang Jian

On Investigation and Prevention Integration Mechanism of
Procuratorial Organizations for Job-related Crimes 123

Ding Baotong

Comparative Study and Chinese Legislation Improvement on
Procedures for Substantive Execution Objection 134

Bao Bingfeng

On Spoliation of Evidence System in Intellectual Property Litigation 145

Cai Xiaodong

Reflections on the Dilemma of Traditional Knowledge's
Intellectual Property Protection 161

Zeng Yangyan

Research of the Purpose of Illegal Possession
in Money-raising Frauds 175

Comments

Feng Yujun

On the Concept and Historical Stages of Legal Development
in East Asia 189

Dong Jingshu

On Kelsen's Theory of State in the Pure Theory of Law 200

Zhang Hongliang

On Locke's Concept of Property Rights 211

Tian Xiqing

Reflections on the Division of Private and Public Law: From
the Perspective of the Publication of Private Law 224

Zhang Jiaqi

Review of the Chinese Legal System's
“Synchronization Characteristic” 238

Sun Guohua Li Jiaming

On the Ethos of Dong Biwu's Legal Thoughts 252

Yan Liyuan

Thoughts on Rule by Law in “Han Feizi” Parables 265

Translations

Written by J.A.G. Griffith, translated by Tian Feilong,

Proofread by An Siyuan

The Political Constitution 275

Written by Helmut Koziol, Translated by Zhang Yudong

Liability for Omissions: Basic Questions 298

Chaoyang College Alumni News 307

民初法治文化建设论纲

谢冬慧*

Outline of the Construction of Legal Culture during the Early Years of the Republic of China

Xie Donghui

摘要:民国初年,以孙中山为首的临时政府集体努力进行从制度到理念的法治文化建设。法治文化首先应是制度文化,法律制度及其法律机构成为承载当时法治文化的重要外部载体。法治文化更是法治精神和理念的内涵意蕴,法理念与法精神的综合力量构成了法治文化的强大推动力。从法律体系到法治文化是法治国家的必由之路。现代社会理应是法治社会,实现中国特色社会主义法治国家的目标,更离不开法治文化的建设。

关键词:民国初期 法律制度 法治理念 文化建设

Abstract: During the early years of the Republic of China, the interim government, led by Sun Yat-Sen made an effort to construct a legal culture, from rules to ideas. The legal culture is defined by the legal rules. Legal systems and institutions are important carriers of legal culture. Legal culture connotes the legal spirits and ideas. These spirits and ideas are powerful driving forces for the legal

* 谢冬慧,南京审计学院法学院教授。

culture. Developing a legal system based on these rules is the only way for a law-based country. Modern society relies on a modern legal system. To achieve the goal of a socialist law-governed country with Chinese characteristic, construction of a modern legal culture is of great significance.

Key Words: the Early Years of the Republic of China Legal System Legal Idea Culture Construction

创建文明的中华民国是以孙中山为首的先进革命党人的至高理想,^①辛亥革命恰恰开启了中国社会近现代文明发展的进程。而法治^②文明才是一个国家和社会文明的标志,它又集中体现在法治文化方面,因为文化是文明的表现形式。由此,民国初年的法治文化是这一时期法治文明的集中体现。由于辛亥革命后,传统文化的基本框架分崩离析,“法治更成为实在的制度上的追求”。^③法治文化不仅是一个国家社会制度所体现出来的主要文化内涵,而且还是沉淀在人们心底的法治理念与法治精神。而文化又是历史的,不同时代有不同的法治文化。尽管学界对临时政府存有非议,但是,作为特定历史条件的产物,民初在法制建设、法治观念等方面是有积累的。因此,从法治文

① 对此,孙中山先生曾在1912年1月1日的就职演说中宣称:“临时政府成立以后,当尽文明国应尽之义务,以期享文明国应享之权利……与我友邦益增睦谊,持和平主义,将使中国见重于国际社会,且将使世界渐趋于大同。”详见《孙中山全集》(第二卷),中华书局1986年版,第2页。

② 也即一个国家实行法治的状态和程度所体现的文明。关于法治,英文有 rule of law, rule by law, by the law, government by law, government through law 等,通说认为: rule of law 最能准确表达中文的“法治”。《布莱克法律词典》将法治解释为一项普遍适用的原则,由官方权威认可颁布,通常指准则或逻辑。在《牛津法律大词典》中法治是指权威机构都要服从某些原则,如正义、道德、公平等,它含有对个人的至高无上的价值观念和尊严的尊重。我国的《现代汉语词典》认为,法治包含两层意思:一是先秦时期法家的政治思想,主张以法为准则,统治人民,处理国事;二是指根据法律治理国家。国内最新的法学辞书《法学辞海》认为,法治:(一)“以法治国”的简称,(二)指资产阶级的法治主张。而西方近现代法治的理论源自亚里士多德在《政治学》中对法治的经典解释,即法治应包含两种意义,一是已成立的法律获得普遍的服从,二是大家所服从的法律又应该本身是制定得良好的法律,亚氏的解释现已成为中西方对法治的最好诠释和理解。

③ 周永坤:《中国古代类法治文化及其现代意义》,载《法制现代化研究》(第八卷),南京师范大学出版社2002年版,第114页。

化的角度探讨民国初年的政治文明及社会文明,有其深远的意义。

一、民初法治文化的外部载体:良善的法制与机构

法治文化是社会制度和法律机构等所体现出来的文化内涵,并且法治的要义之一是良法之治,因此良善的法律制度是法治文化首要的外部载体,法治文化随着良善的法律制度的执行和被遵守而广为传播,乃至深入人心。法律制度是法治的外延,这里的法律是国家制定或认可的、由国家强制力保证实施的具有普遍约束力的社会规范,制度则是在特定社会范围内统一的习惯、道德、法律、戒律、规章等的总和。而法律制度的设计及其运作,离不开法律机构的功能,可以说,健全的法律机构是法律良性运行、实现法治的保障。相应地,民国初年的法律制度及其法律机构成为承载当时法治文化的重要外部载体。

(一) 民初法律制度的建构

民国初年,政府极其艰巨的任务首当立法建制,立法建制成为奠定资产阶级共和国政治体制的根本大计。对此,孙中山早有清醒的认识:“民国建立,所有全国民政亟应改革办法,以期整齐,不至蹈满清稗政旧辙。”^①对于初建的中华民国,孙中山认为通过合法途径选拔法制官吏非常必要,只有良善的官吏才能制定良法,且法律对于治理国家的位置之显要。他曾说:“国家除了官吏之外,次重要的是法律。”^②

孙中山及其民国政府从中华民族利益出发,努力改造陈规旧法,重新构建新的法律制度体系,力争追求“良法之治”。根据史料统计,我们发现:从1912年1月1日到4月1日的短短三个月中,孙中山领导南京临时政府拟订和颁布了一系列的法律和政令。这些法律和政令涉及国家政治的各个方面,内容极其广泛,略见下表:

^① 《孙中山全集》(第二卷),中华书局1986年版,第52页。

^② 同上,第41页。

表 1 民初南京临时政府的立法情况概览表^①

类别	序号	立法时间	立法名称	立法程序	主要内容
关于政权机关方面	1	一月	《中华民国临时政府中央行政各部及其权限》	制定	制定临时政府组织法, 编定官制, 规定临时政府的构成形式, 确立资产阶级共和体制。
	2	二月初	《各部官制通则》	咨送参议院议决	
	3	二月底	《文官考试委员官职令》等		
	4	三月十日	《南京府官制》	公布	
	5	三月十一	《中华民国临时约法》	公布	
关于武装力量	6	一月底	《维持治安办法》	议决	制定卫戍条例, 颁发军纪, 整饬军队。
	7	一月十五	《南京卫戍条例》	颁行	
	8	二月初	《维持地方治安临时军纪》	颁行	
关于司法制度方面	9	三月初	《孙中山令内务司法两部通飭所属禁止刑讯文》	大总统令	废止刑讯, 拟订律师法和法官考试令, 修 订 民 刑 法律。
	10	三月中旬	《临时中央裁判所官职令草案》 《律师法草案》	拟就、审定	
	11	三月下旬	《法官考试委员官职令》 《法官考试令》	咨请参议院议决	
关于财政制度方面	12	三月下旬	《金库则例》	咨请参议院议决	划分财政机关权限, 拟订金库制度和会计法, 编具概算书, 实行预算制度。
	13	三月底	《会计法草案》		
	14	三月底	《商业银行则例》		
关于发展实业	15	三月	《商业注册章程》	制订	保护人民营业权利, 鼓励人们兴办实业。

^① 本表只罗列了南京临时政府短短三个月的部分立法情况, 参照了唐上意:《南京临时政府的立法建制》(载《近代史研究》1981年第3期)等文章。其实在临时政府成立前已经紧锣密鼓地开始了立法工作:1911年10月10日, 武昌起义取胜后, 革命党人立即联合资产阶级立宪派人于10月17日颁布《中华民国军政府暂行条例》;10月25日又制定了《中华民国鄂军政府改订暂行条例》;此后纷纷独立的各省在成立军政府的同时, 颁布大量的法律、法令、条例、章程等, 不少军政府颁布了本地方的临时约法, 这些地方约法为中华民国临时约法的制定提供了参照蓝本。

续表

类别	序号	立法时间	立法名称	立法程序	主要内容
关于文化教育	16	二月一日	《普通教育暂行办法》 《普通教育暂行课程之标准》	尚未颁布	废止有碍民国精神的科目,开展社会教育,实行刊行自由。
关于人民权利	17	二月初	《保护人民财产令》	大总统令	根据资产阶级“自由、平等、博爱”和“天赋人权”的原则,发布了一系列命令。
	18	三月份	《禁止买卖人口文》		
	19	三月二日	《革除前清官厅称呼文》		
	20	三月份	《查封房屋等飭咨南京政府知事文》		
	21	三月二日	《内务司法两部通飭所属禁止刑讯文》		
关于废除恶习	22	三月份	《禁烟文》《禁赌文》《剪辫文》 《劝禁缠足文》	大总统令	禁吸鸦片,禁止赌博,一律剪除辫子,废除缠足等社会恶习。

孙中山在临时大总统任期内的三个月时间里,领导制定了如此众多的法律和制度,并严令执行,表明他具有坚定的依法治理新生的中华民国的决心。当然,民初政府所制定的法律法规远不止上表所列内容,据不完全统计,南京临时政府共制定了上百项涉及政治经济、军事文教等多方面的法律法规,特别是行政法规居多,“南京临时政府的行政法规,范围很广泛。按部门分类,大体上可分为军事行政法规、内务警政法规、教育法规、外事法规、财政金融法规、经济管理法规、交通邮电法规、司法行政法规,以及有关地方政权的法规”^①。而同时民刑法、民刑诉讼法等基本法律草案文本也被送往参议院讨论议决,草案的全文刊登在《临时政府公报》上。^②

从表中所列的政策、法令、制度、章程、条例等来看,人民不仅在政治、人格上取得了平等,而且在文化教育上也有了平等的权利,还有司法上的禁止刑讯,等等,可谓是“良法”之体现。

① 张希坡:《南京临时政府司法行政法规考察研究》,载《法学家》2000年第5期。

② 参见《民刑法草案、民刑诉讼法草案咨参议院议决文》,载《南京临时政府公报》(第四十七号)1912年3月24日。

仅在军队法治化管理方面,孙中山在五天之內连下了两道命令^①:一是1912年1月16日发布的《命陆军部严加约束士兵令》,认为:“民国除旧布新,原为救民起见。江宁光复以来,秩序紊乱,至今尚未就理。顷闻城乡内外盗贼充斥,宵小横行,夜则拦路夺物,昼则当街卖赃。……此皆兵士约束不严、警察诘奸不力所致。除令卫戍总督、巡警总监外,为此令仰贵总长速筹防范方法,转饬各军一体加意约束,以靖闾阎而肃军纪。”

二是1月20日发布《命陆军部颁行军令整顿军纪令》,指出“须知纪律严明,训练有素,然后能保军人之名誉,作民国之干成”。^②辛亥革命结束时间不久,很多老百姓还没有从战争痛苦的阴霾中走出来,相当一些人可能将对战争的畏惧心理不自觉地转移到军队和士兵身上,此时士兵的行为直接影响到军队的声誉和形象,因此,严格治理士兵及军队的措施是确保政权稳定,保护人民利益的关键。

辛亥革命军事上的胜利带来了政治上的重大转机,使封建专制政治退出历史舞台,孙中山等革命先贤们通过不懈努力,立法建制并深入实践,使民国初期的法律制度发生了历史性的变化。诚如学者所言:1911年孙中山先生领导的辛亥革命,开创了中国法律文化现代化的历史先河,^③为民初法治文化的形成奠定了外在制度框架的基础。何以见得?不妨以良法的标准^④来审视一番。

第一,良法的核心要素:价值合理性方面。

法学界通常认为民主、平等、自由、人权、秩序等成为良法的核心价值。民主、自由、人权等一直是孙中山等一批又一批近代仁人志士的矢志追求。

① 梁启超认为:中国法律思想往往视法律和命令同为一物。参见季卫东:《法治中国的可能性——兼论对中国文化传统的解读和反思》,载《战略与管理》2001年第5期。

② 《孙中山全集》(第二卷),中华书局1986年版,第24页。

③ 参见公丕祥:《冲突与融合:外域法律文化与中国法制现代化》,载《法律科学》1991年第2期。

④ 关于良法标准问题,武汉大学法学院的李龙教授专门著有《良法论》一书,其中提到良法的基本标准有四个合理性,即价值、规范、体制及程序的合理性。参见李龙:《良法论》,武汉大学出版社2001年版,第71—73页。

孙中山曾撰文列举了清朝专制统治的十一条罪状,^①其中就有对平等、自由、人权的渴求与呐喊。并且,“孙中山一贯认为,中国应当向先进的欧美诸国学习,但是,不能照搬,要结合中国的国情,建立相适应的新秩序,新制度”^②。就民初临时政府来说,所设立的法律与所建立的制度基本体现了上述作为良法的一些价值。具体的法律和制度法令内容也体现了民主、平等价值。对此,学者也做过考证。如《临时政府组织大纲》基本体现了同盟会《军政府宣言》的民主共和精神。^③ 具有宪法效力的《中华民国临时约法》明确规定中华民国之主权属于国民全体,中华民国人民一律平等,享有人身、居住、言论、出版、集会、结社、信仰、财产等自由,享有请愿、选举和被选举等权利。而上表所列的关于人民权利、废除陋俗恶习等方面的规定,均内涵着平等、自由、人权的价值取向。

第二,良法的形式表征:规范合理性方面。

民初法律价值的合理性决定了其在规范方面的合理性。上表所呈现给我们的是南京临时政府在短暂的几十天内,所制定的从宪法到法律、行政法规、条例等一系列形式上较为齐全的规范性文件。并且有《临时约法》、《参议院法》和《参议院议事细则》等明确的立法依据,做到了依法立法。此外,在制定程序上,也形式分明,一般是由法制局编订后,呈临时大总统,由临时大总统再咨请参议院议决。参议院议决后,再咨复临时大总统签署公布,借助于《临时政府公报》向全社会发布。有学者指出,“审视这一时期的立法实践,可以明显看出,各项法规的制定都有相应的立法程序。从立法议案的提出到审核、审议、表决、通过,直到公布,程序均较完备”。因此“严格地说,中国法制

① 它们是:“1. 满洲人的行政措施,都是为了他们的私利,并不是为了被统治者的利益;2. 他们阻碍我们在智力方面和物质方面的发展;3. 他们将我们作为被征服的种族来对待,不给我们平等的权利与特权;4. 他们侵犯我们不可让与的生存权、自由权和财产权;5. 他们自己从事于或纵容官场中的贪污与行贿;6. 他们压制言论自由;7. 他们禁止结社自由;8. 他们不经我们的同意而向我们征收沉重的苛捐杂税;9. 在审讯被指控为犯罪之人时,他们使用最野蛮的酷刑拷打,逼取口供;10. 他们不依照适当的法律程序而剥夺我们的各种权利;11. 他们不能依责保护其管辖范围内所有居民的生命和财产。”参见孙中山:《中国问题的真解决》,载《孙中山全集》(第一卷),中华书局1981年版,第252页。

② 翟国璋:《南京临时政府的政治制度》,宁夏人民出版社1993年版,第7页。

③ 参见史全生:《关于南京临时政府的性质问题》,载《史学月刊》2003年第5期。

的现代化始于1912年南京临时政府的建立”^①。自然,也为民初法治文化的建设创造了良好的外部条件,奠定了坚实的基础。

第三,良法的实体要件:体制合理性方面。

“良好的法律就是要通过国家权力体制的合理性设定,防止国家机关越权行使,滥权行使,来达到保障和实现人和公民的权利和自由。”^②中华民国临时政府的政体属于民主共和制,《临时大总统宣言书》中明确宣告南京临时政府的建国方针为:“尽扫专制之流毒,确定共和,以达革命之宗旨”^③且“南京临时政府不是一般资产阶级革命统一或联合阵线的临时政府,而是一个走出了中世纪的资产阶级现代民主共和政府,一个按照现代资产阶级民主政治理念建立起来的民主共和政治体制”^④。政体的性质决定了法律制度的政治价值取向,民国时期政治体制的主流是民主共和,立法也没有背离这一方向。

(二) 民初法律机构的建置

法律机构是法律的制定及施行机关,它的建置及其工作也承载了丰富的法治文化内涵。一定程度上,它是法治文化建设成功与否的保障因素之一。法律机构也是法治的重要载体,在法治中起着举足轻重的重大作用,是社会法治状态的重要支柱。民国初期的临时政府建置了以下法律机构:

第一,立法机构——参议院。作为临时政府专门的立法机构,其前身是各省都督府代表联合会。根据民主共和体制原则,独立各省代表联合会曾在1911年12月2日通过了《临时政府组织大纲》。有学者将此时参议院的设置分为两个阶段,即“从1912年1月1日至同年4月8日,中华民国南京临时政府时期的参议院,经历了两个阶段。第一阶段是1月1日至同年1月28日,为代理参议院阶段,1月28日至4月8日,为临时参议院阶段;4月21日以后临时参议院迁往北京,不在范围之内”。^⑤参议院的立法权来源于《临时政府组织大纲》与《临时政府组织大纲》的规定。临时参议院有议决临时政府预算、税法、币制、发行公债、暂行法律以及临时大总统交议的有关宣战、媾和、

^① 胡明华:《南京临时政府法制建设的特点及重要意义》,载《南京人口管理干部学院学报》2002年第1期。

^② 李龙:《良法论》,武汉大学出版社2001年版,第72页。

^③ 《孙中山全集》(第二卷),中华书局1986年版,第1—2页。

^④ 史全生:《关于南京临时政府的性质问题》,载《史学月刊》2003年第5期。

^⑤ 翟国璋:《南京临时政府的政治制度》,宁夏人民出版社1993年版,第109页。