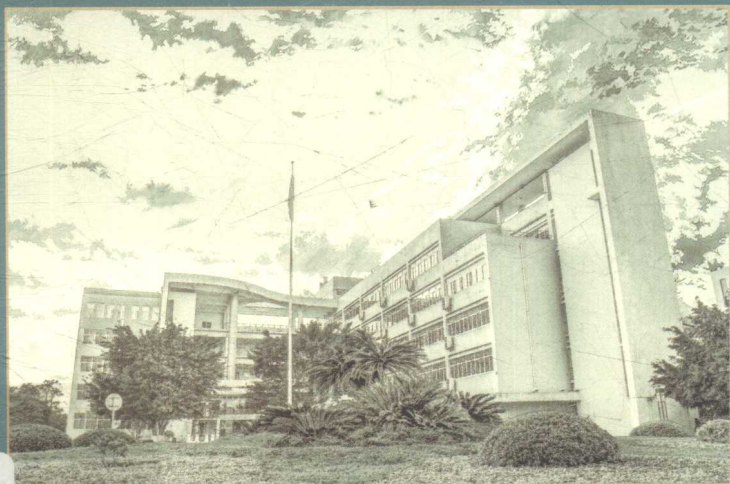




西南法律评论

刘想树 主编

第 1 卷
总第30卷



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



西南法律评论

刘想树 主编

第 1 卷
总第 30 卷

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

西南法律评论. 第1卷: 总第30卷 / 刘想树主编

-- 北京: 法律出版社, 2018(2018.9 重印)

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1962 - 3

I. ①西… II. ①刘… III. ①法学—中国—文集

IV. ①D920.0 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 019859 号

西南法律评论(第1卷 总第30卷)

XI'NAN FALÜ PINGLUN

(DI 1 JUAN ZONG DI 30 JUAN)

刘想树 主编

策划编辑 陈 妮

责任编辑 陈 妮

装帧设计 贾丹丹

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京虎彩文化传播有限公司

责任校对 马 丽

责任印制 吕亚莉

编辑统筹 财经法治出版社

开本 A5

印张 7.75

字数 160 千

版本 2018 年 6 月第 1 版

印次 2018 年 9 月第 2 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/ jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400 - 660 - 6393

第一法律书店/010 - 63939781/9782 西安分公司/029 - 85330678 重庆分公司/023 - 67453036

上海分公司/021 - 62071639/1636 深圳分公司/0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5197 - 1962 - 3

定价: 40.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

学术顾问:(按姓氏笔画排序)

龙宗智	卢代富	田平安	付子堂
孙长永	刘俊	李树	李开国
李昌麒	杨树明	肖唐鏖	汪太贤
张玉敏	张国林	岳彩申	赵万一
赵学清	种明钊	徐静村	唐青阳
梅传强	曹大友	常怡	

主 编:刘想树

副主编:马丙合 谢锦添 莫林 梁凌韬

编辑:(按姓氏笔画排序)

万旭	王群	王金建	朱战威
刘乃梁	孙南翔	孙静蕊	李国梁
李瑞雪	张永强	范卫国	周晓然
庞琳	赵自轩	莫林	徐博嘉
高星阁	谭畅		

编辑助理:(按姓氏笔画排序)

王旺	王瑞寒	方继英	白浩琳
刘璐	许欣	李雪雁	李锦华
宋维志	张玲	陈梦如	邵珠同
赵泽宁	聂勇	高津	黄子强
黄思雪	梁铅	韩战龙	

执行编辑:(按姓氏笔画排序)

王欣勋	肖霄	张晶	胡佩佩
梁凌韬	穆铮		

刊名题字:徐静村



学科动态

法学理论

当前中国法理学研究呈现“三驾马车”并驱之局面：一是为党和国家的法治事业提供理论顶层设计；二是继续深耕法学基础命题；三是及时对不断涌现的前沿问题给予理论回应。党的十九大报告对我国法治事业作了进一步总结、谋划和展望，部署了新的理论和制度创新任务，要求法理学研究对国家监察委员会设置、司法改革等国家重大体制改良提供充分的理论支撑。在法学基础命题领域中，被遗忘权等新兴权利的蓬勃滋长冲击了传统的权利概念边界；网络的发展和民众的成熟促使社会结构调整步伐加快；权力的逐步分散与多元化亦对既有权力概念提出挑战。种种变迁为法学基础研究提出了大量新课题，为范畴革新提供了契机。而“互联网+”、大数据、人工智能等技术前沿对法学理论的影响尤为明显。大量既有学说、范式乃至思维方式已不足以解释这些快速发展甚至瞬息万变的领域，法律与科技的罅隙正逐步扩大，这对当今法理学家提出了更高要求，要求作为基础学科的法理学应更具前瞻意识、变革精神和创新思维。法理研究者须反思当下并展望未来，在全面深化改革与全面依法治国深度融合、协调并进的时代，做出理论跟进并推动实践发展。

——副教授、法学博士 胡兴建

法律史

说到近年来法律史的研究热点，脑海里一下蹦出的词是“民国”，一段常挂嘴边，却并不为人所熟悉的混沌历史。翻阅近期的《法律史评论》，1/3 的文章都谈到“民国”，范围从宏观上的宪治

思想到微观上的具体法律制度,其中不乏让人耳目一新的观点。“民国”有着不可否认的魅力,各类人物粉墨登场,个人色彩浓重,但时势权力崛起下的话语系统往往会掩盖历史全貌。对近代法律史的研究就是要探寻现象下的本质上的勾连,以此一点点地拼凑出百年法律史开端的原始样貌。

谈及近年法律史研究的发展趋势,首先需提及新史料的发现与新问题的提出。睡虎地秦简、张家山汉简等简牍的出土和整理,对秦汉法律史的研究意义重大。同时,明清时期州县的司法档案也开始被关注,如黄岩诉讼档案、巴县档案等,它们详细记载了明清时期州县的司法审判程序,且多为官方所忽略的“户婚田土”等民间细故,弥补了正史中的不足。从这些档案可以了解明清时期民事纠纷处理的全部过程,这也提出了值得深思的问题——中华法系是不是真如“定论”所说的那样“重刑轻民”?怎样解释州县中大量存在的民事诉讼和丰富的民间契约?

其次需提及被运用到法史研究中的田野调查方法。一些学者不畏艰苦,深入少数民族地区和边远山区进行田野调研和考察,运用法人类学的方法对中国古代民间法、习惯法以及国家法律实施状态进行调查研究,这对了解民间习惯、研究国家法与民间法的二元关系有着重要意义。

最后需提及法律史研究日益精细化的趋势。随着资料的不断丰富,学人对某些问题的研究也不再停留在表象和概论上;研究对象也不再是宏观问题,而是一些较细微、易为前人所忽视的问题;现今一篇学术论文往往只论证某一律文甚至某一罪名,对“小题”进行“大做”。

——副教授、法学博士 孙德鹏

宪法与行政法学

近年来,违法信息披露规制手段备受行政机关青睐,被广泛应用于食药安全、医疗卫生、产品质量、安全生产等领域,但学界对该规制手段的属性界定模糊不清,制约了规制效果的发挥,因此,研究违法信息披露规制手段的法律属性显得尤为重要。本书收录的《违法信息披露的属性界定——以法律关系的省思为基础》一文结构合理、论述充分、资料翔实。一方面,很好地总结了目前学界对此问题的研究成果;另一方面,又紧紧抓住违法信息披露有着区别于传统规制手段的特殊内部结构,充分论述其中包含的多种法律关系,对其性质给予了较准确的认定。此外,文章还有一定的创新,其借鉴刑法吸收原则,在行政主体与社会公众关系层面上,认定违法信息披露为事实行为;而在行政主体与相对人关系层面上,违法信息披露为旨在产生规制效果的法律行为。当然,此观点是否正确,有待学界进一步探讨。

——讲师、法学博士 杨尚东

刑法学

目前我国的刑法学理论研究成果丰硕,其研究动向主要表现在以下三个方面:首先,继续探索完善刑法立法的路径。这主要关涉我国刑法立法思路、方法并如何选择最优模式。其次,阶层论和四要件的犯罪论体系之争,仍将是我国刑法学中长期争论的问题。值得一提的是,坚持阶层论的学者不限于理论上的证成,逐步转向阶层体系司法化的研究,主张阶层论不仅在理论逻辑层面上优于四要件理论,而且在司法适用层面上同样优于四要件理

论。在此基础上,刑法学理论进一步研究法秩序同一性原理在刑事司法中的应用,主要体现在刑事违法性判断犯罪成立条件、“行刑(行政法与刑法)交叉”“民行交叉”等跨学科领域方面。最后,关注社会热点问题,推进刑事司法制度的完善。例如,随着人工智能、大数据等科技的迅猛发展,对公民个人信息的保护、网络犯罪的预防以及智能化工具辅助量刑等制度展开研究;在司法体制改革背景下,对刑事速裁、认罪认罚、监察委员会制度展开研究。可以说,刑法学这一古老学科在当前人类发展面前焕发出了新的生命力。

——副教授、法学博士 陈世伟

民法学

民法典的编纂和《中华人民共和国民法总则》的颁布引领着民法学的研究。民法学界除了一如既往地就实务中的争议问题展开分析外,还重点围绕着《中华人民共和国民法总则》的解释论和民法分则的立法展开针对性的研究。本书所刊登的文章即就侵权责任法保护对象、数人侵权责任的分担、用益物权的立法展开的有针对性的探讨。

——副教授、法学博士 徐银波

商法学

《中华人民共和国民法总则》颁布实施后,商法立法如何与民法典编纂相契合,包括商法(商事)通则的可能空间、商事法律制度在民法典分则各编中的安排等问题,无疑是商法学研究的重点。作为调整市场主体组织和行为的基本法律,商法规则的特殊

性客观地存在着,由此引致的商事审判之特殊性亦较凸显。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(四)》的施行解决了公司决议效力、股东知情权、利润分配请求权、优先购买权和股东代表诉讼案件审理中的一系列实体和程序上的法律适用问题。随着市场实践的日益丰富和信息技术的快速发展,互联网金融、共享经济、智能投顾、区块链等新型问题,将突破传统认识并挑战现有规则,而公司内外关系、证券上市交易、保险赔付、企业破产等传统问题,在新时代的背景下依然是值得深入持久探讨的主题。

——副教授、法学博士 赵吟

知识产权法学

大数据时代的到来、人工智能的突飞猛进以及“一带一路”倡议的推进,给知识产权法带来了挑战。知识产权法自身的完善及其与民法的融合正在有条不紊地推进。

自2016年“实施国家大数据战略”被提出后,对数据信息的开放、采集、存管、交易、传输和二次利用所涉及的权利与责任的法律界定问题亟待解决,有关数据公开、安全和产权的法律法规备受期待。在2017年3月人工智能首次被列入政府工作报告后,人工智能对知识产权法律制度带来的挑战日益凸显。对是否可以将人工智能视为作者、发明人以及侵权人的问题热议不断。对《中华人民共和国专利法》第四次修订所着力解决的侵权损害赔偿问题的讨论逐渐趋于理性化与精细化。如何使赔偿额充分体现被侵犯专利的市场价值成为研究中的重中之重。现行专利法对行政保护规定得不够明确且缺乏体系性。知识产权在民法体

系中的地位以及入典的意义近年来被不断讨论。目前多数学者支持知识产权入典,但就具体设计模式尚未达成共识。随着“一带一路”沿线各国高新技术产品和文化创意产品的贸易交流日益频繁,如何在新时代背景下使知识产权与“一带一路”相融合成为重要课题。

——副教授、法学博士 康添雄

民事诉讼法学

实行立案登记制改革,是党的十八届四中全会提出的一项重大改革举措,力图革除立案审查的制度弊端,从源头上解决群众反映强烈的“立案难”问题。自立案登记制实施以来,全国当场立案登记率高达95%,实施效果显著,当事人的诉权得到基本保障,但是由于立案要素规定得不统一,各地法院在实施过程中对审查标准的判断存有差异。本书收录的《民事立案登记制之要素检视》对立案和审理过程涉及的要素进行了分析,在平衡当事人程序权利和诉讼效率的基础上,确立了立案要素应由二元化向一元化发展,即现阶段将部分诉讼要件从起诉条件中剥离,仍保留主管、管辖要素,未来只将起诉要件作为立案要素,排斥诉讼要件。

——副教授、法学博士 毋爱斌

刑事诉讼法学

当前,我国刑事司法改革正以前所未有的深度、广度和日新月异的速度进行。党中央在最高规格的纲领性文件中明确提出,要推进以审判为中心的诉讼制度改革,这是一项关涉司法职权优

化、诉讼结构完善、证据制度调整和诉讼程序重构的重大制度安排。在这一主题的引领下,速裁程序、认罪认罚从宽制度、人民陪审员等制度的改革试点全面展开,司法责任制、省以下司法机关人财物统管、跨区司法机关建设等司法管理体制改革也在探索中同步推进。与此同时,中央司法机关也在不断推出一项项颇具胆识与魄力的改革措施,例如,出台《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》、试点“审判阶段刑事辩护的全覆盖”等制度。面对目不暇接的实践议题,刑事诉讼法学界积极跟进,围绕改革中的重点、难点和争点,厘定制度界限,梳理运行情况,归纳现有问题,总结有效做法,探讨完善路径,展望改革前景,为改革建言献策,形成了丰硕的研究成果。随着改革的不断深化,我国刑事诉讼法的修改势必提上日程,为此,学界需要作充分的理论准备。

——副教授、法学博士 闫召华

经济法学

随着全面建设小康社会的推进和党的十九大的胜利召开,体现国家调控经济的经济法迎来了空前的发展契机。

在经济法基础理论领域,党的十九大报告关于政府和市场关系的新界定实现了经济法政府市场观的“元创新”,也为经济法的基础理论研究提供了新素材。在市场主体法领域,以《中华人民共和国公司法》的注册资本制供给为标志,以“宽进严管”为基本理念的信用监管、市场监管部际联动的具体落实等方面,是经济法研究的新拓展。在市场秩序法领域,以2013年《中华人民共和国消费者权益保护法》的修订和2017年《中华人民共和国反不正

当竞争法》的修订为标志,如何真正提升消费者权益的保护力度、如何实现市场经济公平竞争的法律治理,成为研究热点。在宏观调控法领域,“互联网+”、大数据、人工智能等科技发展深度冲击着现有的国家调控制度体系,数字货币、人工智能、供给侧改革等方面成为研究领域新的增长点。在社会法领域,以党的十九大“七所”理论为核心的实质公平观、保护弱势群体实现精准扶贫的新思维深刻影响了相关制度的研究,而“三权分置”改革、《中华人民共和国农村土地承包法》的修订、劳动者权益保护等相关问题一度炙手可热。

总之,经济法的研究在新时代更加强调以问题为导向的研究范式、本土资源和国外经验的有机结合、规范分析和实证研究相结合的研究路径。作为一个具有现代性的部门法,经济法的回应性品格、实践性品格在未来的研究中必将得以进一步彰显,其中国特色也将得到进一步体现。

——副教授、法学博士 肖顺武

环境与资源保护法学

环境法学的研究紧扣时代脉搏,当前的研究动向主要体现在:第一,围绕党的十九大报告中有关构建“人与自然生命共同体”的精神,根据报告提出的“推进绿色发展”“着力解决突出的环境问题”“加快生态保护力度”“改革生态环境监管体制”四个方面的要求,学者对环境法学研究中的相关领域进行研究,例如,人与自然和谐共生问题、社会主要矛盾转化背景下的环境法治完善、绿色发展法律促进机制、绿色生产/消费法律制度、美丽中国建设促进机制等比较宏观的研究,生态保护红线、永久基本农田、

城镇开发边界三个控制问题的研究,区域污染协同治理/联防联控法律问题、新时代环境标准、农村生态环境保护(专门)立法等诸多微观领域的研究。第二,开展环境法法典化的研究,包括环境法典的必要性、可行性研究,法典的模式,环境法典与民法典的关系;开展环境利益理论的研究,包括公民环境权的保护、司法救济等;开展生态修复与土壤污染管控和修复法律制度的研究;开展国际视野方面的研究,包括气候变化与国际环境合作治理、“一带一路”建设中的环境治理、国土空间开发保护制度等。第三,在理论与实务结合方面的研究,包括民用核能领域的立法,土壤污染防治与修复,放射性污染防治的地方立法以及在周边地区开展环境生态保护、环境公益诉讼、放射性污染防治经验的实地调研与考察等。

——副教授、法学博士 陈廷辉

国际法学

国际法学科传统上划分为国际公法、国际私法、国际经济法。近年来,国际公法的研究主要集中在基础理论、海洋法、领土争端解决机制等领域;国际私法的研究主要关注法律适用、国际民事司法协助、国际商事仲裁等领域;国际经济法的研究除了传统的热点即国际贸易法之外,对国际投资法及国际金融法领域的研究也逐渐升温。在倡议“一带一路”及“建设人类命运共同体”的背景下,在中国积极参与国际事务与提升国际话语权的大环境下,国际法的研究应逐渐成为法学研究的重点和热点。本书所收录的《中国外资国家安全审查制度新探——评〈外国投资法(草案征求意见稿)〉第四章》以商务部于2015年1月19日公布的《中华

人民共和国外国投资法(草案征求意见稿)》中的外资安全审查条款为研究对象,对其创新、不足之处进行分析并提出完善建议,尤其是提出主权投资的国家安全审查问题,具有一定的创新意义和现实意义。阅读该文,有助于我们学习掌握外资国家安全审查制度的最新发展,并思考如何对其进行完善。

——副教授、法学博士 梅傲

目 录

【名家约稿】

朱熹论礼的起源	彭卫民	3
---------------	-----	---

【理论探究】

不真正连带责任立法否定论	汤 敏	19
--------------------	-----	----

论犯罪过失心理的判断标准

——以犯罪故意认识内容的双层结构展开	林育青	43
--------------------------	-----	----

中国外资国家安全审查制度新探

——评《外国投资法(草案征求意见稿)》第四章	何圳申	64
---------------------------------	-----	----

体系解释下的《刑法》第37条理解与适用	贺洪波	83
---------------------------	-----	----

民事立案登记制之要素检视	高继凯	111
--------------------	-----	-----

引诱违约的侵权法规制

——理性立场及其在《民法典》中的制度展开 宫栋良 129

中美反恐立法比较研究 袁玉进 153

【实务探微】

违法信息披露的属性界定

——以法律关系的省思为基础 马有芳 171

会计信息的软法规制

——以不完全契约理论为视角 郑丽萍 194

借卡恶意透支行为的定性研究 付 倩 208

更名启事 226

《西南法律评论》征稿启事 228

CONTENTS

[Famous Manuscripts]

- A Discussion on the Origin of Ritual by Chu Hsi
..... Peng Weimin 3

[Exploration of Theory]

- Negation on Unreal Joint and Several Liability Legislation
..... Tang Min 19

Criteria of Criminal Negligence Psychology

- Research from the Perspective of the Bilayer
Structure of the Content of Awareness in Criminal
Intent Psychology Lin Yuqing 43

A New Analysis of National Security Review System of Foreign Investment in China

- Comments on the Fourth Chapter of Foreign
Investment Law(Draft) He Zhenshen 64

Interpretation and Application of Article 37 of the Criminal

- Law Under the System He Hongbo 83

Analysis on System to Judge Civil Registration Factor

- Gao Jikai 111