



Law Review Vol.29 (1)
Journal of Postgraduates of
Southwest University of Political Science and Law
Chongqing, China

第29卷第1辑

李燕 主编

西南政法大学研究生学报

法论



梁启超与近代中国的精神性宪法观

行业标准在行政诉讼中适用的若干问题研究

大股东违反公开承诺的民事责任

论“专利蟑螂”诉讼及其中国防范

我国刑事卷宗移送方式的变革及其评价

——以科技革新证人出庭

孙德鹏

杨尚东 朱秀芸

李新星

周逸

李滨

陈进科



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



第29卷第1辑

李燕 主编

西南政法大学研究生学报

法论

Law Review Vol.29 (1)
Journal of Postgraduates of
Southwest University of Political Science and Law
Chongqing, China



法律出版社
www.lawpress.com.cn



www.falvm.com.cn

图书在版编目(CIP)数据

法论·第29卷·第1辑/李燕主编. —北京:法律出版社,2016.5

ISBN 978-7-5118-9568-4

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

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第120525号

法论·第29卷·第1辑

李燕主编

策划编辑 陈妮
责任编辑 李娟华
装帧设计 贾丹丹

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2016年6月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

印张 7 字数 180千

印次 2016年6月第1次印刷

编辑统筹 财经出版社

经销 新华书店

责任印制 吕亚莉

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-9568-4

定价:43.00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:(以姓氏笔画为序)

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

主 编:李燕

副主编:钟明亮

编 辑:(以姓氏笔画为序)

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

编辑助理:(以姓氏笔画为序)

王晓雪	王娇	王泽玮	王欣勋
刘庆	孙达	朱禹	许瀛彪
池可田	肖霄	吴华松	陈升杰
张晶	张丞	尚达强	胡佩佩
祖木莱提	唐豪	梁凌韬	韩森旗
满艺	熊玉婷	穆铮	

刊名题字:徐静村



学科评价

经济法学

经济法学是研究经济法及其发展规律的一门新兴学科,经过经济法学人 30 余年的不懈努力,其在学科体系完善、知识架构确立、学术方法探索以及价值理念萃取等方面已取得丰硕学术成果与有目共睹的学术成就。民法学有着数千年历史,我们可以说民法学人是站在几千年先贤的肩膀上思考问题。相对于民法学人而言,经济法学人的学术探索之路则少有巨人臂膀可以依傍,其创业之艰可以想象。我们对经济法学及其学人应有更多理解与尊重。如果说我们对经济法学发展有何期许,我想应该是在规范分析的道路上与传统学科胜利会师,这也是经济法学人应当进一步努力的学术方向。

评价人:吴飞飞(西南政法大学法学博士,经济法专业讲师)

民法学

在党的十八届四中全会通过的《中共中央全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出“编纂民法典”目标的指引下,学界同人从民法典精神、民法典与商法等部门法关系、人格权法应否独立成编等立法体例、民事主体及法律行为等具体制度构造的角度展开讨论,积聚智慧,为编纂民法典提供智力支持。同人亦一如既往地就民事生活、民事司法中出现的新问题、疑难问题,从解释学、立法学的角度展开针对性研究,与时俱进地推进民法学的发展。

评价人:徐银波(西南政法大学法学博士,民商法专业副教授)

民事诉讼法学

西南政法大学民事诉讼法学科为法学类国家级重点学科,是我国最

早享有法学硕士学位和较早享有法学博士学位授予资格的单位之一。1979年开始招收硕士研究生,1993年被国务院学位委员会批准为博士学位点。学科于1987年被评为学校首批校级重点学科,1992年被评为四川省普通高校重点学科,1995年被评为司法部重点学科,2007年被评为国家重点学科。民事诉讼法课程先后被评为“重庆市精品课程”、“国家精品课程”、“国家精品视频公开课”。民事诉讼法教学团队先后被评为“重庆市高等教育市级教学团队”、“国家级教学团队”。当前,民事诉讼法学科正以“国家级重点学科”特色发展为重点,在学科方向、队伍建设、人才培养、科学研究、学术交流和条件建设等方面稳步前行。

评价人:毋爱斌(西南政法大学法学博士,
民事诉讼法专业副教授)

商法学

商法产生于市场经济并直接服务于市场经济,兼具价值理性与技术理性,是现代市场经济的基本法。作为以商事主体和商事行为法律制度为研究对象的一门学科,商法学最贴近市场,其素材来源于市场,其成果运用于市场,旨在以效益为契合点,探索制度与实践的协调之路。在众多法学学科中,商法学以年轻的姿态寻求独立的安然之居,潜心从市场实践中总结升华已获普遍认可的组织形式和行为习惯,并通过不断试错与改良,助力构建符合市场经济客观运行规律的制度体系。无论是公司法、合伙企业法、个人独资企业法等商事组织法,还是证券法、保险法、票据法等商事行为法,均是商法学孜孜不倦研习的对象,更是商法学坚持不懈累积的硕果。为更好地发挥市场在资源配置中的决定性作用,商法学将继续保持实践面向,综合运用各种相关学科的分析方法,多维度地审视现状、完善规则、传承精神。

评价人:赵吟(西南政法大学法学博士,民商法专业讲师)

刑法学

刑法学是以犯罪、刑事责任和刑罚为主要内容的部门法学科,其独特的研究视域与探讨范畴,使其在众多的法学群体中显得与众不同。作为一门历史悠久的学科,刑法学已具有较为深厚的历史积淀与人文传承,加之当下比较刑法学与学术研讨的盛行,刑法学术之间的思想碰撞更是火花四溅,产生了相当丰盛的理论大餐。刑法学如何以问题意识为导向,采用更为有效的多元方法,更加深入地探讨真问题,在“理论—实践”和“实践—理论”之间不停地往返循环,使二者能够更好的守护相望,将是刑法学术研究的最终归宿与使命。

评价人:陈伟(西南政法大学法学博士,刑法专业教授)

刑事诉讼法学

作为国家级重点学科和国内最先招生硕士生的学科,西南政法大学刑事诉讼法学科在长期发展中奠定了深厚的学术积累和优良的治学传统,素以学风踏实、团结协作、特色鲜明,科研、教学、人才培养成果显著而在全中国享有良好声誉。学科下设的诉讼法与司法改革研究中心为重庆市人文社会科学重点研究基地。学科承担的本科核心课程《刑事诉讼法学》先后被评定、立项为“国家级精品课程”和“国家精品资源共享课”,而刑事诉讼法学教学团队也被评为国家级教学团队。目前,在学科带头人、著名刑事诉讼法学家孙长永教授的带领下,学科正以研讨式教学为突破口,积极推进研究生培养模式的改革,着力培养具有扎实理论功底的务实人才和较高研究能力的学术性人才。

评价人:闫召华(西南政法大学法学博士,
刑事诉讼法专业副教授)

知识产权法学

传统市民社会,财产和人身规则享受着智识长时间的宁静浸润,可称其民法时代;现代商业社会,科技对商业模式的根本性改造,直接冲击着财产和市场交易规则,一切处于解构和重造状态,我们称为后民法时代——这样的时代,需要资源涌动的自由!智慧资源已然成为其中的重要交易对象,无论是维护交易安全,还是降低交易成本,都符合增设自由的基本目标。具言之,知识产权理论的深度挖掘、建设性批判、分析工具的选定,法律规则的初步设定、再次修改、适用性评估,均应以之为准。

评价人:康添雄(西南政法大学法学博士,
知识产权法专业副教授)

目 录

【名家约稿】

梁启超与近代中国的精神性宪法观·····	孙德鹏	3
----------------------	-----	---

行业标准在行政诉讼中适用的若干问题研究·····	杨尚东 朱秀芸	22
--------------------------	---------	----

【理论探究】

论我国犯罪构成理论潜在的程序风险		
------------------	--	--

——从刑事实践中无罪推定的异化说起·····	严海杰	35
------------------------	-----	----

决议的效力初探		
---------	--	--

——以类共有为视角·····	许小芳	52
----------------	-----	----

大股东违反公开承诺的民事责任·····	李新星	70
---------------------	-----	----

人民监督员制度的理论困境与完善路径思考·····	李 洁	84
--------------------------	-----	----

商标国际刑事保护的发展趋势·····	王广震	100
--------------------	-----	-----

论“专利蟑螂”诉讼及其中国防范·····	周 逸	116
----------------------	-----	-----

《大明律》英译本的描写性翻译研究	肖 涵 王 建	138
------------------------	---------	-----

【实务探微】

我国刑事卷宗移送方式的变革及其评价	李 滨	157
-------------------------	-----	-----

P2P 网贷侵权案件举证责任倒置问题研究

——基于出借人权利救济的视角	覃林卉	169
----------------------	-----	-----

非现场式出庭

——以科技革新证人出庭	陈进科	184
-------------------	-----	-----

举证困难类型化研究

——兼论与表见证明的关系	张洪润 李珍珠 韩 乾	199
--------------------	-------------	-----

【征稿启事】

CONTENTS

【Famous Manuscripts】

Liang Qi-chao and spiritual conception of Constitution in Modern China	Sun Depeng	3
Effectiveness of the industrial standard in administrative litigation	Yang Shangdong, Zhu Xiuyun	22

【Exploration of Theory】

On the Potential Procedural Risks of the Theory of Constitution of Crime in Our Country —from the Dissimilation of Presumption of Innocence in Criminal Practice	Yan Haijie	35
Analysis on effectiveness of resolution —similar to joint ownership as the angle of view	Xu Xiaofang	52
Large Shareholders' Civil Liability for Violating the Disclosed Promise	Li Xinxing	70
On the Theoretical Difficulty and Readjusting Selection of the People's Supervisor System	Li Jie	84
Development Trend of International Criminal Protection on Trademarks	Wang Guangzhen	100

Litigation of Patent Trolls and Chinese Precaution Zhou Yi 116

Descriptive Translation Studies of the English Version of Great

Ming Code Xiao Han, Wang Jian 138

【Praticing Issue】

Revolution and Evaluation of Criminal Files Delivery in China

..... Li Bin 157

On the Reversal of Onus Probandi in the Tort Suits of P2P Lending

—from the View of the Civil Right Relief of P2P Lender

..... Qin Linhui 169

Off-site Witness

—Technological Innovaftion of Witness System Chen Jinke 184

Research on Classification of Evidence Production Difficulties

—Also on the Relationship with Primary-face Proof

..... Zhang Hongrun, Li Zhenzhu, Han Qian 199

【Contribufors】

【名家约稿】

- 梁启超与近代中国的精神性宪法观 孙德鹏
行业标准在行政诉讼中适用的若干问题研究 杨尚东 朱秀芸

梁启超与近代中国的精神性宪法观

孙德鹏*

陈志让在分析 1912~1915 年失败的共和试验时说:

新建设的政治制度为的是解决国内政权关系问题——总统与内阁、行政与立法司法、中央与地方的政权分配。这些问题应该在宪法内找到答案。但 1915 年以前的三份宪法(《临时约法》、《天坛宪草》、《中华民国约法》)都避而不谈中央与地方权力的划分,那是避免而非忽略。……临时约法所载的是理想,是将来,是应该怎样。它和拉丁美洲的宪法相似,而那时中国的政治现实也和拉丁美洲相似。^①

宪法载明的是应该怎样,而缺乏权威支持的宪法几乎是寸步难行,常常有统治者用武力、财富、威望来破坏宪法。涉及多数人的政治问题常常用“民意”来解决,代表民意者不是人民的组织,而是“功德巍巍”的大领袖。那样的共和国,是柏拉图的“退化的国家”或马基亚维利的“腐败的国家”。^②

自宪法话语传入中国时起,就有意避免那些涉及政治权力的问题,而

* 西南政法大学行政法学院副教授,法学博士。

① 陈志让:“洪宪帝制的一些问题”,载《中华民国初期历史研讨会论文集》(上),台湾地区“中央研究院近代史研究所”1985 年再版,第 16 页。

② 同上。

是着重于将宪法概念理想化,这些理想与诉求同清末流行的达尔文主义、国家主义、法治主义等话语相交融,形成了一种独特的“精神性”宪法观。本文尝试以梁启超戊戌前后的思想立场为视角,为近代中国宪法观念的起源寻找家谱。

一、国体问题

宪法或者说立宪的概念是接近戊戌变法时,或者最早也是在前一两年才出现的,当时的士大夫对于宪法的认识也各不相同。^①

当时世界上的君主制分为三种:第一种是虚君民主制,如英国和北欧诸国,是康有为等所谓的虚君制。虚君之下必须有民选的国会和对国会负责的内阁,由此而组建能“自己管理自己”的政府。但清末的政论家并未视虚君与民主为一体,反而把虚君与共和连在一起。他们大都认为君主和民主是相对的、矛盾的、不能混在一起的。第二种是以日本为代表的立宪君主制。当时很少有人把日本明治时期的君主制看成寡头专政的君主制,对长州、萨摩少数大臣的专政也不甚注意。提倡帝制的人认为中国可以仿行那种君主制,但忽略了中国是一个没有封建传统的国家,没有由封建而演变出来的寡头政治。第三种是中国古已有之的君主制传统。与英国、日本迥然不同,中国的帝制是君主—官吏联合统治的帝制。^② 变法与立宪都脱离不了这样一种君主官吏制,换言之,接纳宪法的土壤正与此种帝制密切相关。

在清末的君主立宪话语中,有一种较为典型的看法认为,“法治国”等同于“立宪国”,即用立宪定义法治,或者说“立宪”与“法治”互释互解。1905年,革命青年汪精卫把“法治国”等同于“立宪政体”,他说:“欲颠覆六千年来之君权专制政治,当建国民主义。国民者何?构成国家之分子

^① [日]小野川秀美著:《晚清政治思想研究》,林明德、黄福庆译,台湾时报文化出版事业有限公司1982年版,第99页。

^② 陈志让:“洪宪帝制的一些问题”,载《中华民国初期历史研讨会论文集》(上),台湾“中央研究院近代史研究所”1985年再版,第10页。

也。以自由平等博爱相结合,本此精神,以为国法。法者,国民之总意也。政府者,国法所委任者也。故曰‘法治国’,故曰‘立宪政体’。由之而政治根本与专制大异。”^①这样的解释一直延续到筹备立宪时期,甚至民国时期。

1906年田桐以“恨海”为名发表《满政府之立宪问题》,他指出:“夫所谓宪者何?法也。所谓立宪者何?立法也。立宪国者何?法治国也。法治国者何?以所立之法,为一国最高之主权之机关。……凡一国主权之管辖者,皆同一阶级,而无不平等者。此立宪之定义也。”^②值得注意的是,这一观点并未涉及所谓的国体问题,当时的很多知识者都认为国体本无优劣之分,如黄远庸所说,善政的根本是威信法律,这是共和与非共和国体的基本要点。^③

梁启超在《异哉所谓国体问题者》的结尾处写道,“吾作此文既成后,得所谓筹安会者寄示杨度氏所著《君宪救国论》,偶一翻阅,见其中有数语云:‘盖立宪者,国家有一定之法制,自元首以及国人,皆不能为法律外之行动,贤者不能逾法律而为善,不肖者亦不能逾法律而为恶。’深叹其于立宪精义,能一语道破”,这也表达了梁氏对于宪法威信的看法。^④在这篇大名鼎鼎的文章中,他反对任意变更国体。作为一个政治学者或者

① 汪精卫:“民族的国民”,载《民报》第2号,第18~19页。

② 载《复报》第1期。转引自《辛亥革命前十年间时论选集》(第2卷上册),三联书店1963年版,第546页。

③ “国家无论共和,无论非共和,要必不可无威信,无法律无论治平之世,或非治平之世,其必不可无威信无法律者亦同”。参见黄远庸:“袁总统此后巡回之径路”,载黄远庸著:《远生遗著》,商务印书馆1984年版,第37页。

④ 梁启超在“宪法之三大精神”一文中集中表达了对一部完善的宪法的渴求:“以吾平昔之所信,总以为国体与政体绝不相蒙。而政象之能否止于至善,其枢机则恒在政体而不在国体。无论在何种国体之下,皆可以从事于政体之选择。国体为简单之具象,政体则为复杂的抽象。故国体只有两极端,凡国必隶于其一(指共和或君主),政体则参伍错综,千差万别;各国虽相仿,而终不能相从同也;而形式标毫厘之异,即精神生千里之殊。善谋国者,外揆时势,内审国情,而求建设一与己国现时最适之政体,所谓不朽之盛业于是乎在矣。若此者,管其枢,植其基,其惟宪法乎!”参见梁启超:“宪法之三精神”,载《饮冰室文集之二十九》,台湾“中华书局”1983年版,第94页。