



第6辑

法

北理法学

BIT Law Journal

主 编 张艳丽 徐昕

执行主编 孟 强

慶



法律出版社

北 理 法 学

(第六辑)

编辑委员会：李寿平 张艳丽 于兆波
郭德忠 杨成铭 曲三强
韩君玲 罗 丽 徐 昕
赵秀梅 彭海青

主 编：张艳丽 徐 昕

本辑执行主编：孟 强

编 辑：林丽华 孙 楠 庠颜鸣
翁宇菲

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

北理法学. 第六辑/张艳丽,徐昕主编. —北京:
法律出版社,2017.5

ISBN 978 - 7 - 5197 - 0729 - 3

I. ①北… II. ①张…②徐… III. ①法学—文集
IV. ①D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 062340 号

北理法学(第六辑)
BEILI FAXUE(DI LIU JI)

张艳丽 徐 昕 主编

策划编辑 周丽君
责任编辑 周丽君
装帧设计 李 瞻

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 北京北苑印刷有限责任公司
责任校对 杨昆玲
责任印制 张建伟

编辑统筹 独立项目策划部
开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 19.5
字数 254 千
版本 2017 年 6 月第 1 版
印次 2017 年 6 月第 1 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 - 0729 - 3

定价:58.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

[学术争鸣]

行政后撤与调解前伸

——基于人民调解的宏观与微观分析 刘坤轮 1

农村集体经营性建设用地入市改革的法律思考

——以试点地区为基础的分析 李 丹 42

城市小商贩治理难题的本质及解决路径

——以小商贩经营的合法化为视角 杨 贝 59

论纠纷解决的合作程序

周建华 69

生命的自决:知情同意权的分化与重构

马 特 80

电影业完片担保制度浅析

李梦佳 97

保荐机构先行赔付与现行法律的冲突及其制度重构

张馨天 117

违约精神损害赔偿问题研究

赵佳丽 131

[法律实务]

走出庭前会议适用的困境

王晓煊 任旋旋 158

股东保护与公司治理的协调

——《〈公司法〉司法解释四》(建议稿)评析 陈 克 168

民事案件的证明责任的分配

张钢成 234

人民法院审判事务职责分工模式实证研究

石东洋 刘新秀 潘 红 249

[法学教育]

新形势下法科青年教师教学观念转变与教学能力提升的反思

彭海青 262

[域外司法]

电影的版权保护:判例研究

[美]史瑞·L. 柏 [美]威廉姆·D. 亨斯利 著 王佳斌 译 269

CONTENTS

Academic Contention

Administrative Retreat and Mediation Front-Macro and Micro Analysis Based on People's Mediation	<i>Liu kunlun</i>	1
Legal Thinking on Free Transfer of Rural Collective Business Constructive Land Reform-Analysis Based on Pilot Regions	<i>Li dan</i>	42
The Essence of City Peddlers Governance Conundrum and the Path of Solutions-From the Perspective of Peddlers Management's Legitimacy	<i>Yang bei</i>	59
The Collaborative Procedure in Dispute Resolution	<i>Zhou jianhua</i>	69
Self-determination of Life: Differentiation and Reconstruction of Informed Consent	<i>Ma te</i>	80
A Brief Analysis on the Completion Guarantee System of the Film Industry	<i>Li mengjia</i>	97
The conflict between the pre payment of the sponsor and the existing law and the reconstruction of the system	<i>Zhang xintian</i>	117
Research on Compensation for Spiritual Damage in Breach of Contract	<i>Zhao jiali</i>	131

Legal Practice

Out of the pre-court meeting the plight of the application	<i>Wang xiaoxuan Ren xuanxuan</i>	158
The Coordination of Stakeholders' Protection with Corporate Governance-A comment on the Proposal to the 4th Amendment to		

the PRC Company Law	<i>Chen ke</i>	168
The Distribution of Burden of Proof in Civil	<i>Zhang gangcheng</i>	234
An Empirical Study on the Division of Labor Practices in the People's Courts	<i>Shi dongyang Liu xinxiu Pan hong</i>	249

Law Education

Reflections on the Transformation of Teaching Ideas and Improvement of Teaching Abilities of Young Law Teachers in the New	<i>Peng haiqing</i>	262
---	---------------------	-----

Extraterritorial Justice

Copyright Protection of Movies: Case Study	<i>Sherri L. Burr, William D. Henslee, trans. by Wang jiabin</i>	269
--	--	-----

行政后撤与调解前伸

——基于人民调解的宏观与微观分析*

刘坤轮**(中国政法大学)

摘要:人民调解制度正在中国复兴,但是,其复兴的合理性却没有得到恰当的总结。文化解释和功能解释在一定程度上能够提供人民调解制度复兴的合理性,但却无法以实践说明人民调解复兴的脉络和未来的走向。本文以人民调解解纷对象的范围为分析对象,结合在河南省大量的调研资料,以社会学意义上的案件类型学为分析工具对人民调解制度展开分析,从而得出人民调解制度契合了当前社

* 本文曾获得评中国法学会第六届青年论坛征文一等奖,本文1.5万字简版以“行政后撤与调解前伸”为题发表在《中国法学》2012年社会管理创新专刊。这里是完整版论文。本文撰写过程中,得到河南省司法厅,中国人民大学法学院朱景文教授、范愉教授、彭小龙副教授、孟涛副教授,中国政法大学于飞教授、北京理工大学法学院孟强副教授的帮助和批评指正,当然本文文责自负。

基金项目:2012年北京市哲学社会科学青年项目“北京市人民调解制度研究”(项目编号:12FXC028)。

** 刘坤轮:法学博士,中国政法大学法学教育研究与评估中心副主任、副教授。

会管理创新的时代需求,未来中国基层社会的管理将会出现一个行政后撤和调解前伸的演进趋势。

关键词:人民调解 行政后撤 调解前伸

一、问题的提出

为什么人民调解会重新复兴?

对这一问题,我们可以从人民调解制度的历史渊源处考量,也可以从人民调解的文化属性^①和功能属性^②方面寻找答案。但是,复兴中的人民调解如何直面当前仍不那么景气的解纷局面?^③这一制度的当代价值如果仅仅是顺应了全球调解的发展趋势,那么,它的独特性又如何能够持续?^④运动式演进的道路上,又如何克服自上而下的政府推动而给这一制度所造成的制度变形?^⑤

这些都是我们需要回答的问题,概括为一句话,人民调解制度复兴的现实合理性究竟可以在实践中的哪些表征处找到支撑。本文所要回答的正是这一问题,即将人民调解纯粹理念和价值的原因剔除在外,以一种客观的实践描述来寻找制度复苏的原因,并由此对当今中国社会转型过程中,尤其是社会管理创新的氛围之中,人民调解所发挥的功能和应当发挥的功能作出描述和预测。

为此,本文将以整个中国社会转型,尤其是农村转型为大背景,以我国人

① 具有代表性的研究如柯恩:“现代化前夕的中国调解”,载强世功编:《调解、法制与现代性:中国调解制度研究》,中国法制出版社2001年版,第95页;梁治平:《清代习惯法:社会与国家》,中国政法大学出版社1996年版。

② 陆思礼:《邓小平之后的中国纠纷解决,再谈“毛泽东和调解”》,傅华伶:《后毛泽东时代中国的人民调解制度》,郭丹青:《中国的纠纷解决》,载强世功编:《调解、法制与现代性:中国调解制度研究》,中国法制出版社2001年版。第264~309页、第310~346页、第375~428页。

③ 根据统计,每个人民调解员每年解决纠纷的数量最高年份也只有1.64件。参见《中国法律发展报告·纠纷解决篇》,未出版。

④ 王福华:《译者序:调解发展的国际潮流与中国机遇》,载[奥]娜嘉·亚历山大编:《全球调解趋势》,王福华等译,中国法制出版社2011年版;范愉:《非诉讼纠纷解决机制研究》,中国人民大学出版社2011年版,第1~10页。

⑤ 主要是指司法化和行政化的表征。司法化和行政化不仅在学界有表征,在实践中也大量出现。学术研究中,司法化倾向曾是《民事诉讼法》制定时期法学界的主流观点,如熊先觉先生提出,人民调解除民间性或群众性之外还具有司法性,或称“司法辅助性”、“群众司法性”,认为“人民调解”是一种司法辅助制度,属于国家司法制度体系的范畴,是一种具有中国特色的司法制度。相关介绍参见范愉:《〈中华人民共和国人民调解法〉评析》,载《法学家》2011年第2期。

民调解解决纠纷的宏观类型为基本分析依据,以对河南省人民调解的调研样本为微观分析材料,以一种社会学意义上的类型学分析框架为分析工具,逐步展开对人民调解制度的意义追究,借此回答社会转型过程中,人民调解的制度复苏对社会管理模式的转变究竟形成何种影响。

二、民间纠纷类型的宏观描述

根据前人关于人民调解历史的梳理,以及对当前人民调解制度复兴的理念、价值以及基本制度的白描,^①我们能够明确的是,人民调解制度所针对的“民间纠纷”,即平等主体之间发生的能够自己处理的纠纷类型,包括但并不局限于民事纠纷。正是因为这个“民间纠纷”的内涵没有被明确地界定,使我们对其进行的深究显得有价值。事实上,对案件类型进行深究在民事诉讼法研究领域偶有所见,^②但在作为非诉讼制度的人民调解制度研究中却几近于无。很大一部分原因在于我国人民调解制度的研究几乎少有例外地被纳入ADR研究的宏大背景之中,这就使人民调解这一纠纷解决制度本身存在的特殊性大打折扣,而一旦这种特殊性没有成功地建立起来,作为与之相对应的知识体系也就无从建构起自己的权利体系。^③

没有从与诉讼的对立中摆脱出来的人民调解制度注定是没有被充分认识的。也就是说,人民调解制度虽然在知识界中总是被强调与行政调解、诉讼调解的差异,但在更大的现实中却是人民调解制度更多的是和行政调解、诉讼调解甚至仲裁捆绑在一起,共同形成与诉讼相对立的纠纷解决体系,其制度意义和制度价值也从这种对立中获得生命力。这种捆绑也常常因为司法理念的变迁使人民调解制度和其他一些专业或非专业的非诉讼纠纷解决制度一起

① 关于人民调解制度的历史演进和基础理论介绍,可参见常怡编:《中国调解制度》,中国政法大学出版社2002年版;洪冬英:《当代中国调解制度变迁研究》,上海人民出版社2011年版。

② 彭小龙:《非职业法官研究:理念、制度与实践》,中国人民大学法学院2009年博士学位论文。关于案件类型与社会因素的一般研究如[美]唐·布莱克:《社会学视野中的司法》,郭星华等译,法律出版社2002年版。

③ 关于知识权力关系的论述,可参见[法]米歇尔·福柯:《权力的眼睛》,上海人民出版社1997年版;[法]米歇尔·福柯:《规训与惩罚》,刘北成、杨远婴译,生活·读书·新知三联书店2007年版。

起伏不定,所谓的“东方一枝花”在新中国司法现代化的进程中很难说摆正了,^①或曾经摆正过自己的位置,它也因此一直游离或偏离了人民调解制度设计的初衷,应对社会转型的能力也因此没有被执行者充分看到或充分凸显出来。

那么,人民调解制度究竟应该发挥什么样的作用呢?本文认为,人民调解制度从来就不是和诉讼对立起来的纠纷解决制度设计,更不能轻易地和行政调解、诉讼调解捆绑起来。这一点,虽然的确都是非诉讼制度,但人民调解显然和其他的诉讼外纠纷解决制度不同,这种不同主要体现在内生性秩序与外生性秩序构建的本质差异。^②这种秩序基点的不同,让我们有必要关注人民调解制度所针对的纠纷类型,究竟是什么样的纠纷可以进入、应该进入人民调解制度的适用范围?这些纠纷在属性上,也就是说,从纠纷的类型学上来看,有什么样的规范性特征?如果规范性特征难以找到,那么,有什么样的社会学特征?这些社会学特征可以得到如何界定才能足以确定人民调解的外延?

(一)宏观的案件类型

对人民调解制度进行类型学分析,本身是非常困难的事情,这种困难既在于从未有研究者进行过这样的意义分析,又在于人民调解内生性秩序构建工具本身的特性所决定。人民调解制度的预防意义可能远大于其解纷功能,因此,做一个信度和效度比较高的社会学分析就显得不那么可能。同时,可以得到的资料统计口径亦并非实际解决纠纷的数量,而是收案数量。尽管各地的纠纷调解成功率大致都在90%^③以上,由此我们似乎能够推断出人民调解各个案件类型的实际数量,但由于基层部门浮夸的强烈动机,这一数据的说服力也要大打折扣。

尽管如此,宏观描述人民调解纠纷的类型仍然是必要的,它不仅能够让我们直观地看到人民调解制度的价值所在,更重要的是,哪怕说服力有限,它仍

① 该判断适用范围严格限定时间期限为“新中国司法现代化过程中”。人民调解制度诞生之初和第一次高峰期间,司法的现代化观念并没有形成,因此,那个时候的人民调解制度并未和诉讼救济对立起来。

② 虽然都是由第三人参与解决,但是,人民调解的第三人基础在于“社区”,也就是所谓的“熟人社会”,所要建构起的秩序对象也是“社区秩序”或“熟人社会”的秩序,因此,它与其他形式的纠纷解决方式在这一点上存在“质的差异”。

③ 相关数据可参见历年的《中国法律年鉴》。

然会给人民调解解纷的对象类型提供一个基本轮廓,这个基本轮廓的变化可以和社会情境各个因素的变化结合起来进行分析,由此可以为人民调解制度未来的秩序建构的伸展提出一定的预测。实际上,这种变化尽管没有白描的统计,立法机关在制定《人民调解法》时却已经用到了这一论据,即人民调解解决的纠纷“从传统的婚姻家庭、邻里关系、小额债务、轻微侵权等常见、多发的矛盾纠纷领域,向土地承包、拆迁安置、环境保护、医患纠纷等社会热点、难点矛盾纠纷领域扩展”。^① 这就说明,实证化的案件分析类型是有意义的,它对于人民调解制度的良性发展,甚至说良性扩展^②都有着说明其合法性的功能。

正是基于这一重要理由,我们首先从全国层面来对人民调解的解纷类型进行统计。鉴于和前文分析基数的一致性以及数据的可得性,我们从1989年开始进行统计,经过整理,我们得出表1。同时,由于2003年之后的统计数据标准发生了变化,婚姻家庭类成为一大整体,房屋、宅基地、债务、生产经营类也没有细致数据,只有百分比,因此,我们将能够用数据表现的尽量用表格形式表现,而不能用数据表现的用比例表现。鉴于我们的主要任务在于描述各类纠纷的发展趋势,这种统计标准的变化对于我们的分析也基本够用。

① 吴爱英:《关于中华人民共和国人民调解法(草案)的说明》,2010年6月22日在第十一届全国人民代表的大会常务委员会第十五次会议上的讲话。

② 人民调解解纷功能的扩展已是不争之实,但当前,这种扩张带有过重的政府推动色彩,边界也很难划定,因此,其合理性常常需要和具体的政策联系在一起。政策的变化决定着人民调解解纷范围的变化,有扩展就随时有可能出现因不健康扩展而引起的萎缩。而人民调解的类型学分析则很有可能为这种扩张提出制度本身的依据,为制度的健康发展提供合理性依据。

表 1 1989~2003 年我国人民调解纠纷类型

单位:件

年份	婚姻	继承	赡养、扶、抚养	家庭/其他	房屋、宅基地	债务	生产经营	邻里	赔偿	其他
1989	1,238,819	270,654	409,235	1,146,960	947,975	418,684	736,105	956,102	526,141	690,355
1990	1,222,214	284,979	445,963	1,167,792	894,349	498,564	751,651	989,827	528,148	625,735
1991	1,333,026	295,794	472,188	723,154	859,857	435,016	744,818	1,074,351	531,927	599,110
1992	1,183,317	280,448	413,476	602,351	721,004	415,558	623,492	946,080	464,736	522,747
1993	1,187,687	295,766	434,085	587,173	687,822	463,727	626,722	947,589	442,967	549,420
1994	1,191,925	296,227	440,621	570,404	659,980	462,539	611,555	899,226	492,325	498,927
1995	1,146,769	311,159	451,490	544,425	641,074	477,318	636,018	883,281	415,886	509,563
1996	1,091,703	305,336	432,931	534,102	591,567	480,662	602,932	838,157	414,518	510,322
1997	1,031,489	308,321	416,127	522,131	556,670	465,281	570,754	800,775	394,960	476,650
1998 ^①	952,317	274,689	388,352	444,176	544,742	453,866	539,614	794,588	386,595	488,255
1999	868,585	270,751	372,193	411,646	538,843	480,341	529,318	764,541	387,208	565,220
2000	871,710	276,601	390,002	412,801	532,656	451,049	495,783	740,161	364,585	495,271
2001	851,919	263,664	349,474	396,352	522,359	440,451	479,220	729,237	353,218	474,801
2002	796,279	258,058	347,491	351,181	482,739	424,325	447,529	694,451	353,371	480,715
2003	752,010	248,858	326,451	329,711	454,171	423,661	426,279	690,547	335,132	505,337

① 《中国法律年鉴 1999》的统计单位变为万元,精确度较之前有所下降。这里的数据采用的是《中国法律年鉴 2000》的数据。

表 2 2004 ~ 2009 年我国人民调解纠纷类型

单位:件

年份	婚姻家庭	房屋、宅基地、债务、生产经营	邻里	损害赔偿	其他
2004	1,140,130	398,759	793,917	340,021	478,318
2005	1,049,969	388,032	836,919	332,514	525,756
2006	1,015,616	386,350	929,423	346,018	509,443
2007	1,005,181	350,105	913,173	406,640	651,529
2008	1,019,226	364,572	993,980	449,054	713,906
2009	1,143,913	364,977	1,241,838	545,094	816,229

表 3 2004 ~ 2009 年我国人民调解纠纷类型比例

单位:%

年份	房屋、宅基地、债务、生产经营	邻里	损害赔偿	其他
2004	9.03	17.99	7.7	10.84
2005	8.65	18.65	7.41	11.72
2006	8.4	20.08	7.48	11
2007	7.30	19.03	8.48	13.58
2008	7.32	19.95	9.01	14.33
2009	6.30	21.42	9.41	14.08

这是 1989 ~ 2009 年,人民调解解决纠纷类型的整个基本情况表,以下我们将在表 1 至表 3 的基础上,分类型地展开对人民调解案件类型的白描。

1. 婚姻家庭类纠纷

婚姻家庭类纠纷是人民调解所针对的传统纠纷,在人民调解的纠纷对象中占据重要地位,其比例常常要高达 30% 以上。因为和社会主体的生活最为贴近,因此,婚姻家庭类纠纷的变化在一定程度上可以折射出我国司法政策的变化。

为了更好地将趋势反映出来,我们首先来看一下这 20 多年中,各类型案件的基本演化趋势。经过整理,得出图 1。

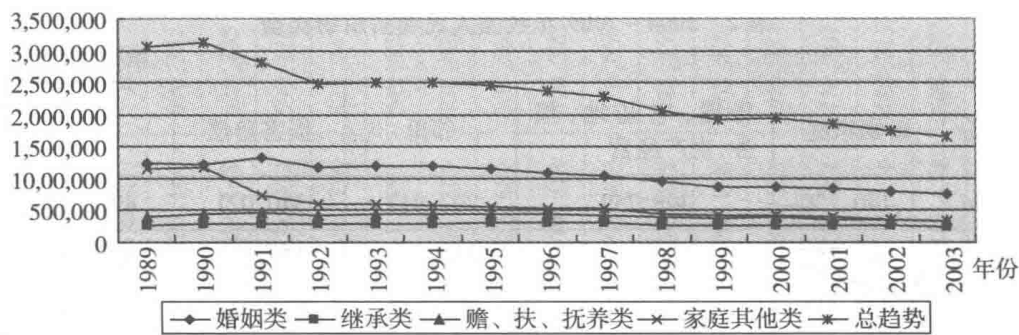


图1 1989~2003年婚姻、继承、赡扶抚养及其他类纠纷变化趋势

为了能够结合整体的趋势进行比较,我们将婚姻家庭类纠纷的趋势图一直连接到2009年,从整个趋势演变上来审视它的纠纷走向。于是,集合表2的数据,我们得到图2。

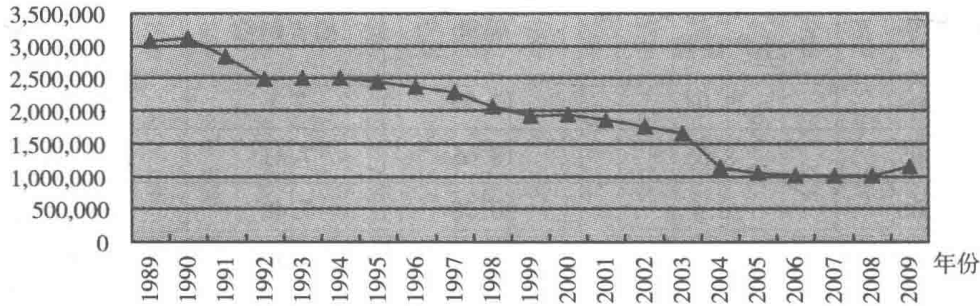


图2 1989~2009年人民调解婚姻家庭类纠纷趋势

从表1和图1、图2的数据图例中,我们可以看到这样的信息,即人民调解所解决的纠纷类型中,婚姻、继承、赡扶抚养及其他类纠纷在数量上呈现下降趋势,这个趋势大致可以分为3个阶段:第一阶段为1990年之前,这个阶段中,婚姻家庭类纠纷数量在人民调解的解纷数量中一直处于上升趋势。第二阶段为1991~2005年,这一阶段从数量上来判断,婚姻家庭类纠纷一直处于下降的趋势。第三阶段为2005年至今,婚姻家庭类纠纷数量开始呈现出小幅度的回升。这3个阶段的趋势也基本符合人民调解人员的发展图景。^①

① 人民调解发展阶段的研究,参见《中国法律发展报告·纠纷解决篇》,未出版。

2. 房屋、宅基地、债务、生产经营类纠纷

此类纠纷也是人民调解所针对的主要纠纷,虽然计划经济时代,此类纠纷比例并不高,但改革开放后,此类纠纷就较为普遍了。在我国基层社会,尤其是在我国农村社会中,此类纠纷和人民群众,尤其是和农村群众的生活距离相当贴近。因此,这里此类纠纷的解决直接关系基层社会的和谐与秩序,而此类纠纷的数量变化,也能很好地反射出农村社会的物质经济生活的变化。

为了更好地将趋势反映出来,我们首先来看一下这 20 多年中,各类型案件的基本演化趋势。根据表 1 中的数据,我们得到关于此类纠纷的如图 3 所示。

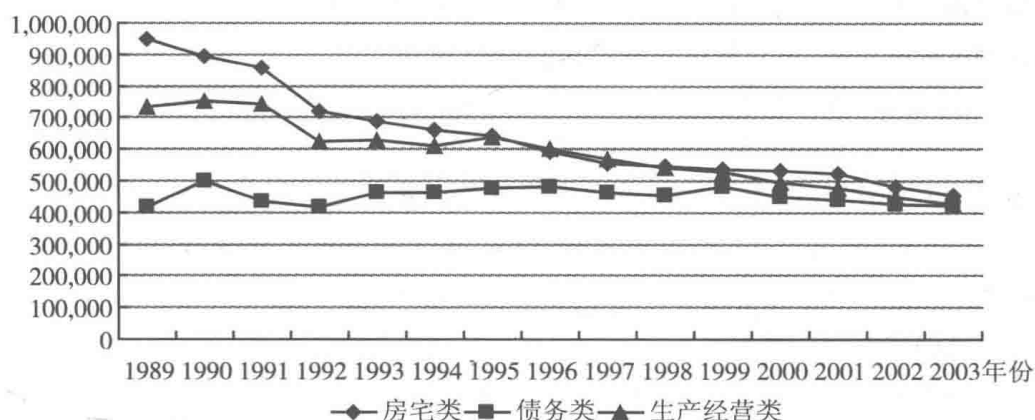


图3 1989~2003年人民调解房屋、宅基地、债务、生产经营类纠纷趋势

鉴于2004年之后统计标准发生变化,我们根据表3中的数据比例,将房屋宅基地类纠纷制作成图4。

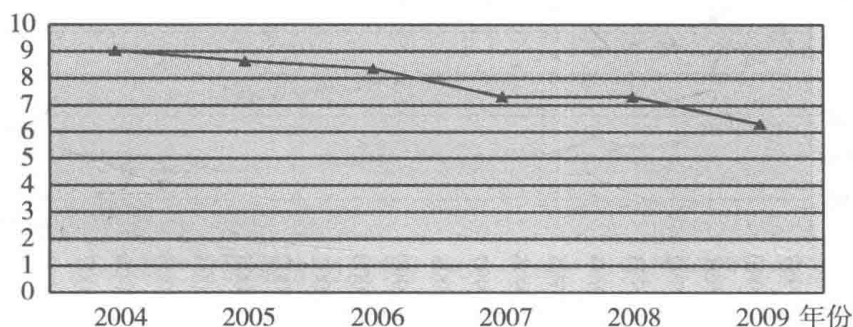


图4 2004~2009年人民调解房屋、宅基地、债务、生产经营类纠纷趋势

图3和图4反映出的信息更为明朗,主要表现为以下3个方面:第一,2003

年之前,房屋、宅基类纠纷数量呈现不断下降的趋势,如果将房屋、宅基地、债务、生产经营类纠纷一起审视,这个趋势要一直持续到2009年。第二,债务类纠纷到1991年之前呈现上升趋势,但1991年到2003年,此类纠纷数量一直呈现下降趋势。第三,生产经营类纠纷整体变化不大,1990年之前有上升,1990~1992年出现略微下降,1992年到2003年,一直呈现稳中有升的表现。

这里有一个统计标准需要我们注意,那就是2004年之后,房屋、宅基地类纠纷与债务、生产经营类纠纷只有一个总的的数据,这种统计方式只持续到2005年。到2006年,民间纠纷调解类型中,债务和生产经营类纠纷就不在统计标准中了,这是值得我们注意的。也就是说,图4关于2004~2009年纠纷发展趋势更多地反映了房屋、宅基地类纠纷,债务和生产经营类纠纷在统计中或者因为比例过低被忽略,或者被吸收到其他类型中去了。

3. 邻里和损害赔偿类纠纷

下面我们看一下邻里纠纷和损害赔偿类纠纷。无论是在农村基层社会,还是在城市社区,此类纠纷都是比较常见的。此类纠纷具有典型的平等主体属性,并且一般而言不涉及公共利益,因此,是人民调解制度指向的重要领地。1989~2009年关于这两类纠纷统计一直延续下来的事实也说明了人民调解工作对这两类纠纷的偏重。

根据表1和表2,我们将邻里纠纷和损害赔偿纠纷发展趋势制作成图5。此外,为了更好地进行我们的描述,我们有必要和纠纷总量结合起来进行,因此,根据图3,我们将2004年之后,邻里类纠纷和损害赔偿类纠纷比例制作成趋势图6。

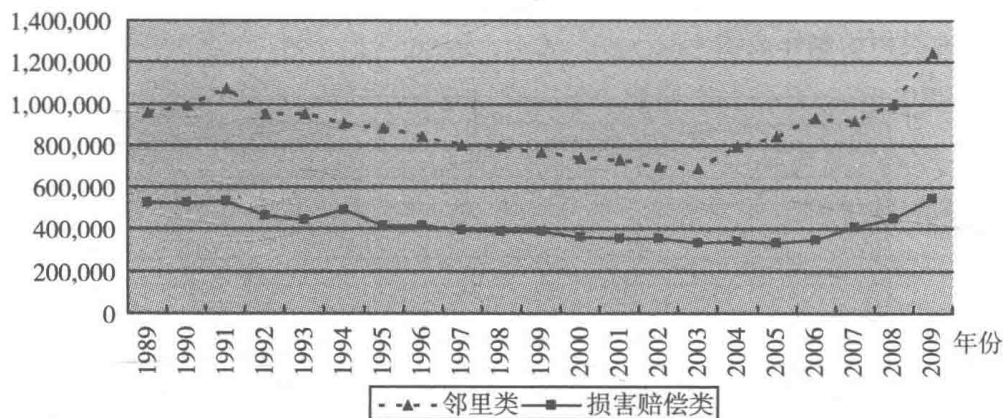


图5 1989~2009年邻里及损害赔偿类纠纷变化趋势