

Jingshi Law Review

京师法律评论

第二卷

组 编 北京师范大学法学院
主 编 赵秉志
本卷执行主编 郭 翔



北京师范大学出版集团
BEIJING NORMAL UNIVERSITY PUBLISHING GROUP
北京师范大学出版社

D9-53/24

:2

2008

Jingshi Law Review

京师法律评论

第二卷

组 编 北京师范大学法学院
主 编 赵秉志
本卷执行主编 郭 翔



北京师范大学出版集团

BEIJING NORMAL UNIVERSITY PUBLISHING GROUP

北京师范大学出版社

图书在版编目(CIP) 数据

京师法律评论·第2卷/北京师范大学法学院编. —北京: 北京师范大学出版社, 2008.4

ISBN 978-7-303-09191-1

I. 京… II. 北… III. 法律—文集 IV. D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 036080 号

出版发行: 北京师范大学出版社 www.bnup.com.cn

北京新街口外大街 19 号

邮政编码: 100875

印 刷: 北京新丰印刷厂

经 销: 全国新华书店

开 本: 155 mm × 235 mm

印 张: 29

字 数: 492 千字

印 数: 1~2 000 册

版 次: 2008 年 4 月第 1 版

印 次: 2008 年 4 月第 1 次印刷

定 价: 46.00 元

责任编辑: 贾慧姝 于青华

装帧设计: 孙 琳

责任校对: 李 菡

责任印制: 马鸿麟

版权所有 侵权必究

反盗版、侵权举报电话: 010-58800697

北京读者服务部电话: 010-58808104

外埠邮购电话: 010-58808083

本书如有印装质量问题, 请与印制管理部联系调换。

印制管理部电话: 010-58800825

编辑委员会

主 任	江 平	高铭暄		
副主任	黄松有	赵秉志		
委 员	刘荣军	张远煌	夏利民	韩赤风
	陈云生	卢建平	黄 风	李希慧
	张智辉	胡云腾		
助 理	熊谔龙	郭 翔		

前 言

在北京师范大学法学院成立两周年前夕,《京师法律评论》第二卷又与读者见面了。

对于一种文字载体的“评论”来说,一年之中只出一卷,似乎与“评论”存在些差距。不过,如果读者能够仔细审阅卷中内容,或许会发现我们的一些新思路,或许会理解我们正在和肯定会去做的努力。

我们欣喜地看到,在过去的一年,中国的法学研究和法律实践又迈上了新的台阶。人权法学、科技法学、社会法学、环境法学、生态法学等新领域法学的发展,各种法律理论的开花、结果,无疑繁荣了中国的法学,也促进了中国法治事业的发展。

在“和谐社会”理念指导下,进一步反思我国的司法制度、诉讼制度,也成为司法及诉讼制度研究者们的重要课题。针对刚性司法缺乏修复社会关系的功能,“和谐司法”的理念越来越受到人们重视,而何以能够“和谐司法”则成为当下学术界十分关心的问题。有的学者在探讨“和谐司法”的内涵,也有的学者在研究如何避免对“和谐司法”的误读,还有的学者在思考防止实践中已经出现的矫枉过正。为及时反映这方面研究的最新成果,《京师法律评论》编辑部专门组织了一批研究“和谐司法”及对诉讼制度影响的论文刊载于本卷中。另外,将“和谐司法”作为本卷的研讨主题,也是北京师范大学法学院的办学宗旨——注重实践法学,在作为其展示学术见解的平台——《京师法律评论》上的体现。

繁荣的法学研究需要法学各学科的全面发展,因此我们也收录了一些各学科中具有创新性和代表性的论文。虽然这些论文所关注的重点不同,有的研究基本理论,也有注重实践问题,有的整理传统制度,有的介绍域外理论,但它们都较好地反映了当前法学研究的现状。在选择论文时,我们并

不拘泥于作者的学术名气,而更为注重论文本身,这一办刊宗旨也使本卷增加了不少学术新秀的代表之作。

此外,本卷还新设了“名家讲坛”“法律书评”和“法律博客”等栏目。因为我们相信,栏目的多样性和新颖性,不仅能够丰富人们研究法学问题的形式,而且能够给严肃的法学研究注入新的活力,激发人们的创造性和创新性。当然,我们也希望通过栏目的更新,能够引入人们对新现象和新问题的关注。

今后,我们仍将坚持“以文会友,以理明友,以诚取义,以心扬德”理念,并真诚期待那些具备相当学术水准的优秀论文能够通过《京师法律评论》与世人见面。

愿我国的法学研究更加繁荣,也希望《京师法律评论》能够为法学研究的繁荣作出自己的贡献。

编辑委员会

2008年3月

目 录

主题研讨:和谐司法与诉讼变革

3	和谐社会与多元化纠纷解决机制之构建	齐树洁
17	论共有物分割之诉	熊跃敏、赵 刚
30	法德民事第三审模式形成略史	林剑锋
42	刑事和解制度的理论反思	黄晓亮
55	诉讼调解三题	郭 翔
67	蒙汉双语司法与程序保障 ——以内蒙古基层司法为视角	刘桂琴
79	法院在建筑物区分所有权人组织建设中的作用	薛 源
89	法和谐社会背景下的民事程序对话价值	黄旭东
113	德日民事诉讼辩论主义变迁对我国的启示	黄晓丰

学术争鸣

129	论征税行为的无因性	张晓婷
141	政府垄断与反垄断法	张江莉
157	论前科消灭的内容、功能与适用范围	彭新林
176	程序保障与判决效力的边界	郝岳华
189	论民事上诉权	宋明志

理论研究

- 205 唐朝主要罪名探析 柴 荣
- 214 论生态主义法律观念下权利共同体范围的拓展
..... 喻名峰、曹兴华
- 225 论非洲区域性人权保护机制的改革与发展
——缺陷、建议和可能性 李晓丽
- 242 战争与司法
——抗战时期国民政府司法行政研究 张 群、张 松

学科专论

- 265 论加重构成犯与犯罪未遂问题 赵秉志
- 280 刑法再修改的几点建议 周道鸾
- 306 抢劫罪的既遂标准新论 王志祥、张志富
- 317 非点源污染控制的法律思考 冷罗生
- 331 胎儿利益的民法保护 陈 科

比较法学

- 347 海牙《扶养义务判决的承认与执行公约》评析 裴 洋
- 366 赔偿与灾难的社会结构 [美]唐纳德·布莱克著
徐昕、田璐译
- 380 法的经济学分析 ... [美]A.米切尔·波林斯盖、史蒂芬·萨威尔著
杨维、彭新林译

名家讲坛

- 407 物权法的若干问题 梁慧星
- 422 司法和谐解读 景汉朝

法律书评

429	不闻君书评二则	不闻君
-----	---------------	-----

法律博客

439	贺卫方博客精选	贺卫方
447	刘桂明博客精选	刘桂明

CONTENT

Topic: Harmonious Judiciary and Litigation Revolution

3	Harmonious Society and Building the Diversify Dispute Resolving Mechanism	Qi Shujie
17	On the Action of Division of Property in Common	Xiong Yuemin Zhao Gang
30	The Brief History of Third-trial System in France and German	Lin Jianfeng
42	Rethinking about Victim-offender Mediation	Huang Xiaoliang
55	Three Topics about Mediation in a Lawsuit	Guo Xiang
67	Mongol and Han Hilingual Judiciary and Procedural Guarantee —On the Angle of the Inner Mongolia Grass-roots Judiciary	Liu Guiqin
79	Court's Role in the Development of the Condominium Association	Xue Yuan
89	The Dialogue Value of the Civil Proceedings in the Background of Harmonious Society	Huang Xudong
113	The Inspiration China Can Get from the Transition of Adversary System in Civil Procedure of Germany and Japan	Huang Xiaofeng

Contending of Learning

- 129 On the Abstract Theory of Tax Act Zhang Xiaoting
- 141 The Monopoly of Government and Antimonopoly Law
..... Zhang Jiangli
- 157 On the Function, Content and Scope of Application for Cleaning
a Criminal Record Peng Xinlin
- 176 Procedural Safeguards and the Border of Judgement Effect
..... Hao Yuehua
- 189 On the Right to Appeal in Civil Procedure Song Mingzhi

Research of Theory

- 205 The Analyses of Main Accusation in Tang Dynasty
..... Chai Rong
- 214 The Development of the Right Community on the Basis of the
Eco-legal Values Yu Mingfeng Cao Xinghua
- 225 The Reformation and Development of the African Regional
Human Rights Protection Mechanism Li Xiaoli
- 242 Review on the Judicature in the War of Resistance Against
Japan (1937-1945) Zhang Qun Zhang Song

Article of Branch

- 265 On Offense with Aggravated Constitution and Attempt
..... Zhao Bingzhi
- 280 Several Advices on the Revision of Criminal Law
..... Zhou Daoluan
- 306 On the Criterion of Accomplishment of the Crime of Robbery
..... Wang Zhixiang Zhang Zhifu
- 317 Legal Thoughts on Non-point Source Pollution Control
..... Leng Luosheng

- | | |
|-----|--|
| 331 | Using Civil Law to Protect the Benefits of Fetus ... Chen Ke |
|-----|--|

Study of Comparative Law

- | | |
|-----|--|
| 347 | Review on the Convention on the Recognition and Enforcement of Decisions Relating to Maintenance Obligations
..... Pei Yang |
| 366 | Compensation and the Social Structure of Misfortune
..... Donald Black |
| 380 | Economic Analysis of Law
..... A. Mitchell Polinsky Steven Shavell |

Famous expert platform

- | | |
|-----|---|
| 407 | Several Topics on Ownership Law Liang Huixing |
| 422 | Understanding and Explaining Harmonious Judiciary
..... Jing Hanchao |

Law Book Review

- | | |
|-----|--|
| 429 | Bu Wenjun's Book Reviews Bu Wenjun |
|-----|--|

Law Blog

- | | |
|-----|--|
| 439 | Choice of He Weifang's Blog He Weifang |
| 447 | Choice of Liu GuiMing's Blog Liu GuiMing |

主题研讨： 和谐司法与诉讼变革

齐树洁^①

和谐社会与多元化纠纷解决机制之构建^②

【内容提要】

法治的理想就是建立一个和谐的社会。面对社会变迁和多元化的利益冲突,传统的诉讼制度日益暴露出其内在的诸多弊端。为适应现代社会纠纷解决的需要,应当在立足我国国情、借鉴外国ADR制度的经验基础上,建立一个包括协商、调解、仲裁、诉讼等方式,彼此协调地共同存在,相辅相成的、满足社会主体的多样需求的程序体系和动态的调整系统,即多元化的纠纷解决机制。

【关键词】

■ 司法改革 ■ 诉讼制度 ■ 多元化 ■ 纠纷解决

改革开放以来,我国经济建设高速发展,个人财富日益增多,社会利益逐渐呈现出多元化的格局。每一个阶层、每一个群体,乃至每一个个人,都在为权利和利益而奋斗。在人们交往和合作的过程中,侵权和纠纷

① 厦门大学法学院教授、博士生导师、法学博士。

② 本文为2007年度国家社会科学基金项目《多元化纠纷解决机制与和谐社会的构建》(批准号:07BFX069)的研究成果。

的发生难以避免。但是，财富的获取、正义的伸张、纠纷的解决，既不能恃强凌弱，也不应以暴抑暴。如何保护合法权益，扶助弱势群体，推动社会公平，构建和谐社会，已成为全社会共同关注的话题。

经济的发展、改革的推进和利益格局的调整，总是伴随着深刻的社会变迁和利益的冲突。在我国，一个无法回避的现实是，在突飞猛进的经济奇迹背后，社会矛盾纠纷发生率和激化率也在急剧地上升，并且呈现出新的特点。不仅群体性、突发性事件数量增多，尖锐和对立的程度加剧，而且纠纷与冲突涉及范围扩大，带有明显的多元性、发散性。^①然而，由于社会的急剧变迁，我国原有的纠纷解决机制应对日益纷繁复杂的社会矛盾，逐渐暴露出其诸多弊端，越来越显得力不从心。一个令人深思的例证是：2003年，我国法院系统普遍开展了“司法为民”的活动^②；而在2004年，最高人民法院办理的人民群众涉诉来信、来访大幅上升，比前一年高达23.6%^③。

在我国，虽然民间调解、“和为贵”具有悠久的历史，但在近20年的法治化进程中，国家把资源重点投放在正式的法律制定和司法机关的建立上，对其他纠纷解决方式的制度建设的投入相对较少。主流媒体鼓励人们通过诉讼解决纠纷，纠纷解决的权力被集中到司法机关，人民调解制度急剧萎缩。由于忽视了非诉讼纠纷解决机制的建设，诉讼案件急剧增加，最终导致司法机关不堪重负。这些年来虽然开展了轰轰烈烈的审判方式改革，但由于没有一并考虑诉讼外纠纷解决机制的建设，未能从根本上解决问题。为此，有必要构建多元化的纠纷解决机制，并使诉讼外纠纷解决方式与诉讼方式之间相互衔接与协调。

在宪政制度越来越完备的当代社会，纠纷的解决与解决方式的选择，涉及公共资源的配置以及公民利用司法的权利问题，因此它具有宪法上的意义。^④为了缓解司法的危机，保障民众实现接近正义（access to justice）的权利，各国都在诉讼制度之外寻求纠纷解决的方法，建立一种多元化的纠纷解决机制已是大势所趋。

一、法治与和谐社会的关系

法治的理想就是建立一个和谐的社会。社会和谐是法治所追求的秩序

① 参见沈恒斌著：《多元化纠纷解决机制原理与实务》，3页，厦门，厦门大学出版社，2005。

② 参见高法负责人：《法院将推出二十三项司法为民新举措》，载《人民日报》，2003-08-26。

③ 参见肖扬：《最高人民法院工作报告》，载《最高人民法院公报》，2005（4）。

④ 参见齐树洁著：《民事司法改革研究》，5页，厦门，厦门大学出版社，2006。

与目标,这种和谐是有序、稳定和合理的,同时充满了差异、分歧、矛盾、活力和发展的契机。

法律、法治与社会和谐的关系,本质上是法与秩序的关系。法律本身意味着规范和秩序,以建立、维护和发展法治秩序为宗旨。“和谐”是对法治秩序的一种质的规定和描述,其基本要求是:(1)和谐意味着公平与正义。法治秩序应当以内部的和谐为基础,而不是建立在强权与压制之上的。无论是政治问题、利益之争,还是不同群体、阶层之间的争议与冲突,都可以通过民主的程序和协商最终达到求同存异的一致和公正。(2)和谐意味着有序和高效。为此,需要建立一套良好的运行机制,包括执法与守法的机制与社会环境。(3)和谐意味着共存与发展。法治社会的和谐应该是充满活力的,允许差异和多样性的存在,而不会扼杀发展的契机和个性的自由。尊重少数人及弱势群体的利益和特殊需求,提倡宽容和共荣。(4)和谐意味着协调的能力。法治社会应能有效解决其内部发生的纠纷、矛盾和冲突。为此,必须通过合理的机制使纠纷与冲突能够通过协商对话、调解、协调、仲裁和司法程序等多元化纠纷解决方式得到及时妥善的解决和处理,使社会通过纠纷的解决回归和谐。

在我国社会转型期,利益的多元化显得尤其明显,并导致了各种社会矛盾和纠纷的激增甚至激化。为有效应对这种多元化的利益冲突,需要有一种多元化的思路。首先应当意识到,无论是公平、效率和利益本身都是多元化的,有关社会公平和效益的标准并不是绝对的和唯一的。为了构建和谐社会,不能采取单一化的思路,只追求一种片面的公正,而应尽可能地使多种相互冲突的利益最大限度地达到相对公平与协调。社会公平是实现社会和谐的前提,我们不仅要求制定相对公正的法律,也需要在纠纷解决时兼顾不同群体的特殊利益,更好地进行协调,而不是简单地作出非此即彼的判断。为此,需要有一种具有更大包容性和灵活性的纠纷解决机制。

随着我国经济体制改革的进一步深化,经济交往日渐频繁,社会关系也趋于复杂,市场主体数量的迅猛增加,使得民商事纠纷的大幅度增长成为必然的趋势。而我国的司法资源却非常有限,无法满足民众日益增长的诉讼需求。值得注意的是,改革开放以来,我国痛定思痛,开始推崇法治理念,最终提出了“依法治国,建设社会主义法治国家”的治国方略,并将其写入了国家根本大法。但是,由于缺乏法治的经验和传统,社会各界在高呼民主与法制的同时,也助长了对诉讼机制的迷信和诉讼万能思潮的泛滥。一时间,“为权利而斗争”“上法庭讨说法”成为一种社会时尚,漠视诉讼外纠纷解决制度、由国家高度垄断纠纷解决权成为社会的主流意