

Post-doctorial Papers,
Institute of Law, Chinese Academy of Social Sciences
Vol.9

中国社会科学院 法学博士后论丛

第九卷

中国社会科学院
法学博士后流动站主编



中国社会科学出版社

CHINESE ACADEMY OF SOCIAL SCIENCES
INSTITUTE OF LEGAL STUDIES, CHINESE ACADEMY OF SOCIAL SCIENCES
2017

中国社会科学 法学博士论坛

2017

【中国社会科学网】

【法学博士论坛】



中国社会科学出版社

Post-doctorial Papers,
Institute of Law, Chinese Academy of Social Sciences
Vol.9

中国社会科学院 法学博士后论丛

第九卷

中国社会科学院
法学博士后流动站主编



中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

中国社会科学院 [法学博士后论丛]·第九卷 / 中国社会科学院
法学博士后流动站主编. —北京: 中国社会科学出版社, 2014. 10
ISBN 978-7-5161-4928-7

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 223800 号

出 版 人 赵剑英
责任编辑 任 明
特约编辑 乔继堂
责任校对 韩海超
责任印制 何 艳

出 版 **中国社会科学出版社**
社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 (邮编 100720)
网 址 <http://www.csspw.cn>
中文域名: 中国社科网 010-64070619
发 行 部 010-84083685
门 市 部 010-84029450
经 销 新华书店及其他书店

印刷装订 北京市兴怀印刷厂
版 次 2014 年 10 月第 1 版
印 次 2014 年 10 月第 1 次印刷

开 本 710×1000 1/16
印 张 41
插 页 2
字 数 754 千字
定 价 78.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社联系调换
电话: 010-64009791
版权所有 侵权必究

中国社会科学院 [法学博士后论丛]

编辑委员会

主任 李 林

委员 (以姓氏笔画为序排名)

王敏远	冯 军	刘仁文	刘作翔	许传玺
孙佑海	孙宪忠	李 林	李明德	邹海林
沈 涓	宋北平	张广兴	陈泽宪	陈 甦
周汉华	赵建文	莫纪宏	梁慧星	游劝荣
熊秋红	冀祥德			

编辑和出版说明

为了集中反映中国社会科学院法学研究所博士后研究人员的工作成果，展现博士后研究人员的学术风采和水平，优化学术资源，我们决定编辑出版《中国社会科学院法学博士后论丛》，并成立中国社会科学院法学博士后论丛编辑委员会。

作为一套系列性丛书，本论丛计划从2003年起，在已出站博士后的研究报告中，精选出符合论丛出版质量要求的研究报告，编辑出版至若干卷。本论丛的编辑规范，执行的是由北京图书馆学位论文收藏中心和全国博士后管委会办公室1994年9月联合下发的《博士后研究报告编写规则》。此《规则》为目前中国博士后研究报告编写规则的国家标准。

本论丛所发表的博士后研究报告，是每位博士后研究人员在其博士后研究报告的基础上，重新编写的一篇约5万字篇幅的能够反映博士后研究报告概貌、理论预设、主题思想、创新点、理论贡献等精华内容的报告。因此，它不是简单地对原研究报告的浓缩，而是在原研究报告基础上的再创造成果。

《博士后论丛》是每位博士后研究人员在中国社会科学院法学研究所从事博士后研究工作期间学术生活经历的一段值得记忆的历史记载，是每位博士后研究人员学术水平和实力的展示，也是中国社会科学院法学研究所博士后学术水平整体实力的展示。

我们出版本论丛，也是希望得到社会各界对中国社会科学院法

学研究所博士后研究工作的检验。我们热切地希望来自各方面的批评、评论和建议。

中国社会科学院法学博士后流动站

2003 年 12 月

／ 目 录 ／

- | | |
|-----|----------------------|
| 1 | 通过调解的社会控制 |
| | ——中国调解制度研究/孟 涛 |
| 69 | 医疗纠纷处理的法社会学分析/张自合 |
| 129 | 唐格辑佚/陈灵海 |
| 209 | 春秋三传所见中国早期的礼/朱 腾 |
| 269 | 榜文中所见宋代地方法制形式论考/徐燕斌 |
| 327 | 药品数据保护研究/梁志文 |
| 401 | 云计算相关著作权问题研究/肖冬梅 |
| 461 | 无居民海岛使用权的理论探讨/马得懿 |
| 521 | 海牙国际私法条约在中国四法域适用问题研究 |
| | ——以中国区际冲突法的完善为 |
| | 视角/张美榕 |
| 591 | 检察官客观义务论/韩 旭 |

/CONTENTS/

1	Social Control through Mediation ——Research on Mediation System of China
69	A Study on the Issues of Medical Malpractice: An Analysis from the Perspective of Legal Sociology
129	A Compilation of the Scattering Ge of Tang Dynasty
209	The Rtie of China in Early Time according to the Hermeneu- tics of the Spring and Autumn
269	Research On the Local Legal Form in Song Dynasty From the Perspective of Bangwen
327	On Drug Data Protection
401	Cloud computing research related copyright problem
461	On Theoretical Discussion of Usufructin Uninhabited Islands
521	Study on the Application of Hague Conventions in China Four Legal Regions ——On the Perspective of the Perfection of Chinese Regional Conflict of Laws
591	On Procurators' Obligation of Objectiveness

· 中国社会科学院 [法学博士后论丛] ·

通过调解的社会控制

——中国调解制度研究

Social Control through Mediation

——Research on Mediation System of China

博士后姓名 孟 涛

流 动 站 中国社会科学院法学研究所

研 究 方 向 宪法与行政法

博士毕业学校、导师 中国人民大学 朱景文

博 士 后 合 作 导 师 李 林

研究工作起始时间 2010 年 8 月

研究工作期满时间 2012 年 8 月

作者简介

孟涛（1984— ），男，安徽蒙城人，2001—2005 年，西南政法大学法学学士；2005—2007 年，中国人民大学法学理论硕士，师从朱景文教授，毕业论文为《论社会转型时期的法治建设与财政改革》；2007—2010 年，中国人民大学法学理论博士，师从朱景文教授，毕业论文为《非常状态下的法律——中国非常法律制度研究》。2010—2012 年，中国社会科学院法学研究所宪法与行政法博士后研究人员，师从李林研究员，博士后出站报告题目为《通过调解的社会控制——中国调解制度研究》。2012 年 9 月至今，在中国人民大学法学院任教，曾在《中国社会科学》、《法学研究》、《现代法学》、*Social Science in China* 等学术期刊发表学术论文数篇，专著《中国非常法律研究》一部，合著《中国法律发展报告 2010：中国立法 60 年》、《中国法律发展报告 2011：走向多元化的法律实施》、《中国法律发展报告 2012：中国法律工作者的职业化》等多部。目前主要研究方向为：法治理论、非常法律、法哲学与法律社会学。

通过调解的社会控制

——中国调解制度研究

孟 涛

内容摘要：中西法学界对于中国调解制度的研究，主要采取法学和纠纷解决两种方式。本报告提出并验证了中国调解的两大理论命题：一、中国调解制度的发达程度，由自上而下的社会控制所决定；国家通过调解控制社会的意志和投入力度越强，调解越发达。二、调解本身所依附的权力主体承担的社会控制职责和能力越强，该调解制度就越发达；反之就越弱。中国调解区别于西方以当事人自治为基础的利益基础型、转化型和叙事型三种调解制度。西方调解制度植根于现代性思想和各种反现代性思想。中国调解则基于人民内部矛盾理论，方式遵照群众路线理论，强调对于调解者的控制，其方法论主要是一种控制术。与法律的社会控制相比，调解的社会控制体系严重残缺，控制范围比较狭隘，控制方式更为灵活、特别倚重说服教育；调解者的控制成本太高；具有维护稳定的特殊优势。长远来看，中国应该致力于通过法律的社会控制实现长治久安。调解的社会控制更具应急性。

关键词：调解 纠纷解决 社会控制 说服教育

在法律的语境下，中国的调解是最富争议、最具特色的制度。调解属于现代社会之前的传统纠纷解决方式，历史非常悠久^①。新中国的调解制度渊源于

^① 中国古代西周官府设有“调人”一职，“掌司万民之难而谐和之”（《周礼·地官·调人》）。秦汉时期，县以下的乡、亭、里设有夫，承担“职听讼”和“收赋税”两项职责，“职听讼”即包括调解民间纠纷。唐代沿袭秦汉制度，乡里民间纠纷、讼事先由坊正、村正、里正调解；如果不成，再上诉到县衙。调解在明代被正式入律，《大明律》规定：“凡民间应有词讼，许耆老、里长准受于本亭剖理。”清代县乡以下基层组织实行保甲制，设排头、甲头、保正，负责治安、户籍、课税和调解民间

建国之前的中国共产党革命根据地时期^①，在迄今几十年的发展历程中跌宕起伏、变化曲折。21世纪以来，尤其是最近几年，调解制度在中国开始了新一轮的大规模复兴，不仅传统的三大调解制度——人民调解、行政调解和诉讼调解——全面得以强化，一个联合所有调解制度的“大调解”运动也在全国部分地区如火如荼地展开。这些新出现的事物连同以往的调解制度，带来了许多理论问题：调解制度不同于法律制度，其法律规范依据很少，运行方式和组织体制都很特殊，能否再沿用法学研究方法对调解进行理论分析？如何把握中国调解制度的根本特性？调解制度基于什么理论基础？如何分析、评价新兴调解方式产生的影响和效果？目前，新一轮的调解运动在中国方兴未艾，各种创新措施还在不断涌现，本文将在回答上述问题的基础上展示中国调解制度的发展情况。

调解现象在中国长期广泛存在，但是理论方面的研究却发展较晚。早期针对调解进行理论研究的，主要是司法行政部门和法院的有关研究者^②。早期的研究侧重于调解实践方法和经验的总结、提炼和应用，未上升到调解的科学规律、本质等更深的理论层次。中国法学界对于调解的研究基本上集中在诉讼法学界和法理学、法史学界，所采取的方法主要有四种：历史研究方法、法学规范研究方法、法律社会学的实证研究、法律文化的解释学研究。历史研究着手探索调解的历史渊源和流变^③。法学的规范研究是主要的研究方式；多数学者采取这种方式，将调解视为一种法律制度来研究。法律社会学的实证研究立足于调解的实践，从中归纳总结调解的各种形态、揭示调解的实际运作方式、所发挥的实际功能，等等^④。法律文化的解释学研究基于哲学和文化的角度进行

纠纷。中华民国时期专门颁行了《区乡镇坊调解委员会规程》，规定了调解委员会的组织、权限和工作方法。具体介绍参见江伟、杨荣新主编《人民调解学概论》，法律出版社1990年版，第23页。

① 张希坡、韩延龙主编：《中国革命法制史》，中国社会科学出版社2007年版，第441—452页。

② 参见司法部人民调解司编《人民调解（第一辑）》，法律出版社1983年版。“调解学”的概念，是由司法行政部门提出的。1986年，司法部和在中国法学会在北京联合召开新中国成立以来第一次人民调解理论研讨会，打破了调解实践在理论领域“沉默”的现象，正式启动了中国“调解学”的理论研究。参见江伟、杨荣新主编《人民调解学概论》，法律出版社1990年版，第36页。

③ 例如，韩延龙：《我国人民调解工作的三十年》，《法学研究》1981年第2期；韩延龙：《人民调解制度的形成和发展》，《中国法学》1987年第3期；曾宪义：《关于中国传统调解制度的若干问题研究》，《中国法学》2009年第4期。

④ 参见刘广安、李存捧《民间调解与权利保护》，载夏勇主编《走向权利的时代：中国公民权利发展研究》，中国政法大学出版社1995年版，第198—229页；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；范愉《纠纷解决的理论与实践》，清华大学出版社2007年版。

研究,将调解视为一种文化的产物,对其意义进行解释^①。

现代西方的调解运动始于20世纪70年代的美国。1976年,美国最高法院组织了著名的庞德会议,大力提倡ADR运动,调解从此在西方有了蓬勃发展^②。有关权威学者将西方的调解理论概括为四种观点:一、满足(Satisfaction)观点^③:调解被视为一种满足人类需求、减少痛苦的有力工具,能够创造双赢的结局;相对于对抗制审判,调解能够促进纠纷主体之间的合作,弥补难以“接近正义”的缺陷。二、社会正义(Social Justice)观点^④:在社会中,分散的个人往往更易于遭受剥削,而调解能够援引社会力量、提供外在援助,减少这类剥削,创造更多的社会正义;调解还可以使得个人思考对方的处境,增加对于对方的理解,为建立未来的合作提供了机会;调解还能减少个人对于政府机构的依赖,培养其自助能力,促使其参与共同体生活。三、转化(Transformation)理论^⑤:调解能够转化冲突本身的性质,改善双方的关系,锻炼个人的自我决断能力,强化自我意识——包括自尊、自我依靠和自信;同时,调解还能使个人更充分地了解他人、尊重他人、认可他人,建立更为紧密的人类共同体。四、压制(Oppression)理论^⑥:调解被视为一种增强国家对于个人、强者对于弱者的控制能力的危险工具;调解看似增加了人们接近正义的机会,事实上扩大了国家对于以前不曾介入的私人行为的控制;同时,由于调解本身是保密的,因此会掩饰强者对于弱者的支配;调解的保密性会回避公共利益和公共监督,加剧强者对于弱势群体的分化和征服。

中国的调解制度是最受西方法学界关注的中国法律制度,西方学界对于中国的调解制度进行了很多研究,有的学者还对中国的调解予以极高的评价,认为它是世界上最成功的调解制度之一^⑦。西方学者对于中国调解制度的研究,基本上采取社会学分析和文化阐释的方法。关于中国调解制度的本质和特征问

① 例如,陈弘毅:《调解、诉讼与公正——对现代自由社会和儒家传统的反思》,《现代法学》2001年第3期;胡旭晟、夏新华:《中国调解传统研究——一种文化的透视》,《河南省政法管理干部学院学报》2000年第4期。

② See Dorothy J. Della Noce, *Mediation Theory and Policy: The Legacy of the Pound Conference*. 17 Ohio St. J. on Disp. Resol. 545. 2002. Herb Ross, *Mediation in the federal courts began in '70s*. 31 AK Bar Rag 30. January-March, 2007.

③ Robert A. Baruch Bush & Joseph P. Folger, *The Promise of Mediation: The Transformative Approach to Conflict*, San Francisco: Jossey-Bass Publishers. 2005. at 9 - 11.

④ Ibid., at 11 - 13.

⑤ Ibid., at 13 - 15.

⑥ Ibid., at 15 - 18.

⑦ Kevin C. Clark, *The Philosophical Underpinning and General Workings of Chinese Mediation Systems: What Lessons Can American Mediators Learn?* 2 Pepp. Disp. Resol. L. J. 117 (2002). at 118.

题,西方学者敏锐地意识到了中国调解存在的种种不同于西方的特殊性,有些学者甚至否认中国的调解被翻译为西方的 mediation^①。美国著名的中国法学者柯恩(Jerome A. Cohen)教授发现,中国和苏联同为社会主义国家,但是苏联的法律制度偏好裁决,而中国的法律制度极度偏好调解。为了解释这种差异现象,柯恩从儒家思想传统和清朝的法律实践入手,寻找新中国调解制度的渊源。另一位著名的中国法学者陆思礼(Stanley B. Lubman)对于柯恩教授的研究提出了批评,重新提出了新的解释理论。陆思礼认为新中国的调解制度并不是传统调解的延续,而是共产党独创的特色制度。美籍华裔著名历史学家黄宗智教授的研究也指出:法庭调解很大程度上是现代—当代中国司法制度的创新,而不是清朝的遗产^②。在毛泽东时代,伴随着党政控制的扩张,民间调解急剧收缩,法庭调解、行政调解变得非常普遍^③。日本学者高见泽磨认为调解是中国纠纷解决的轴心,而“说理一心服”是中国纠纷解决方式的基本特征,之所以出现这种特征,是由司法者与当事人双方力量不足、纠纷形态本身、认识纠纷的方式三者共同决定的^④。

综合以上回顾可见,对于中国的调解制度研究,中国学界和西方学界存在较为明显的差异:中国学界的研究范式主要是法学的规范研究、基于西方纠纷解决理论开展的法律社会学研究、实践对策研究,理论内容多借自西方,主观评断的内容多于客观描述解释的内容;而西方学界的研究却几乎是清一色的立足于中国的特色理论传统和实践事例,极少利用自己的 ADR 理论分析、评价中国的调解制度。不过,中国法学界和西方法学界对于中国调解制度的研究,存在一个共同点:都是基于法学的研究立场和纠纷解决的研究立场。法学的研究立场沿袭了规范研究的路径,在权利保障、公平正义等法律价值的引导下将调解制度视为一种法律制度进行研究,更为关注调解制度的“规范化”。但是,本报告所提出的上述问题:调解制度的理论基础是什么、中国调解制度的根本性质是什么、近年来新兴调解方式产生什么影响和效果等问题,尚未得到完整系统的研究。在当前对于调解制度的研究中,我们还需要深入探索调解背

① 黄宗智:《离婚法实践——当代中国法庭调解制度的起源、虚构和现实》,《经验与理论:中国社会、经济与法律的实践历史研究》,中国人民大学出版社 2007 年版,第 272 页;[美]郭丹青:《中国的纠纷解决》,王晴译,载强世功主编《调解、法制与现代性:中国调解制度研究》,中国法制出版社 2005 年版,第 376 页。

② 黄宗智:《中国法庭调解的过去和现在》,载于《经验与理论:中国社会、经济与法律的实践历史研究》,中国人民大学出版社 2007 年版,第 355 页。

③ 同上书,第 351 页。

④ [日]高见泽磨:《现代中国的纠纷与法》,何勤华、李秀清、曲阳译,法律出版社 2003 年版,第 1 页。

后的哲学思想和政治理念根基、突出强调调解的功能影响。

本报告将结合法律、法规、规章、司法解释、各种内部文件等的规范性内容,尽可能搜集各种可能得到的数据,全面展示中国三大调解制度以及近年来兴起的“大调解”制度的发展面貌,在规范分析和实证分析的基础上探索中国调解制度的基本特性。理论上,调解的本质特性在于“自愿”或“当事人自治”。这一根本特性为中西方学界所公认,而且规定在众多调解法规中^①。本报告认为:这一对于调解本质特性的界定,属于西方语境的产物;中国调解制度的主要本质特性,是社会控制。本报告将提出如下理论假设命题:

命题一:中国调解制度的发达程度,由自上而下的社会控制所决定;国家通过调解控制社会的意志和投入力度越强,调解越发达。

命题二:调解本身所依附的权力主体承担的社会控制职责和能力越强,该调解制度就越发达;反之就越弱。

“社会控制”是社会学的基本概念之一。美国社会学的创始人之一爱德华·罗斯(Edward A. Ross),于1896年在《美国社会学杂志》上发表的论文中首次提出了“社会控制”的概念。1901年,罗斯出版了世界上第一部系统研究社会控制的专著,开创了“社会控制”理论研究的先河^②。社会控制包括外在控制和内在控制,外在控制是外部因素对于人的行为的控制,内在控制则是社会化的结果,是个人自觉接受规则的指引和控制、按其行事^③。社会控制理论直面人类社会的根本问题,后来逐渐发展成为一种根本性的、广泛而抽象的理论体系;在经历了最初的社会学阶段以后,很快就上升到了控制论和社会哲学阶段^④。如今,社会控制泛指所有将个人行为纳入社会体系的调节、规范、遵从等现象^⑤。社会控制要求当事人尊重社会共同体、尊重社会价值观、与他人保持和谐团结而不是发生纠纷,在一定程度上处于个人“自治”的对立面。此外,社会控制还要求个人遵从社会规范行事,在一定程度上也处于个人“自愿”行为的对立面。本文下面将展示中国调解制度的社会控制面向。

① 参见范愉、史长青、邱星美《调解制度与调解人行为规范——比较与借鉴》,清华大学出版社2010年版;〔澳〕娜嘉·亚历山大主编《全球调解趋势》,王福华等译,中国法制出版社2011年;〔日〕棚濑孝熊《法制化社会的调解模式》,载《纠纷的解决与审判制度》,王亚新译,中国政法大学出版社2004年版,第50页。

② 〔美〕E. A. 罗斯:《社会控制》,秦志勇、毛永政译,华夏出版社1989年版。

③ 穆怀忠:《社会控制概念和结构分析》,《社会学研究》1988年第3期。

④ 杨桂华:《社会控制理论的三大历史阶段》,《北京社会科学》1998年第3期。

⑤ 参见〔美〕詹姆斯·克里斯《社会控制》,纳雪沙译,电子工业出版社2012年版,序言、第1—34页;〔英〕马丁·因尼斯《解读社会控制——越轨行为、犯罪与社会秩序》,陈天本译,中国人民公安大学出版社2009年版,第1—62页。