

Jingshi Law Review

京师法律评论

第六卷

主 编 赵秉志



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

Jingshi Law Review

京师法律评论

第六卷

主 编 赵秉志

浙江工业大学
图书馆藏书



浙江工业大学图书馆



71859577



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.第六卷/赵秉志主编. —北京:北京师范大学出版社, 2012.4

ISBN 978-7-303-14223-1

I. ①京… II. ①赵… III. ①法律—文集
IV. ①D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 039316 号

营销中心电话 010-58802181 58805532
北师大出版社高等教育分社网 <http://gaojiao.bnup.com.cn>
电子邮箱 beishida168@126.com

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:北京联兴盛业印刷股份有限公司

经销:全国新华书店

开本: 155 mm × 235 mm

印张: 29.25

字数: 515 千字

版次: 2012 年 4 月第 1 版

印次: 2012 年 4 月第 1 次印刷

定价: 60.00 元

策划编辑: 李洪波

责任编辑: 李洪波

美术编辑: 毛佳

装帧设计: 毛佳

责任校对: 李茵

责任印制: 李啸

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

学术顾问

江 平 高铭暄

主 任

赵秉志

委 员

(按姓氏音序排列)

柴 荣 陈云生 韩赤风 黄 风

冷罗生 李希慧 刘荣军 卢建平

宋英辉 王志祥 吴宗宪 夏利民

熊跃敏 徐胜萍 薛 虹 张桂红

张远煌

主 编

赵秉志

本卷执行主编

梁迎修

前言

在北京师范大学法学院成立六周年之际,《京师法律评论》第六卷如期同大家见面了。本卷延续了以往的风格,强调对国内现实法治问题的研究,同时关注域外法学的最新进展,在此基础上致力于推进法学研究与实践的结合。

本卷的主题研讨围绕着“社会管理创新与中国法治发展”而展开。在当下中国社会的转型中,由于社会阶层分化、人口流动加速以及利益诉求多元等诸多因素的作用,使得现有的社会管理理念思路、体制机制、法律政策等方面日益显现出不适应之处,解决社会管理领域存在的问题十分紧迫。在此背景之下,党和政府提出加强和创新社会管理,期望以此激发社会活力,促进社会和谐稳定,为实现建设小康社会的伟大目标凝聚力量和提供保障。而在加强和创新社会管理过程中,法治无疑担当着不可替代的重要角色。不但社会管理的理念更新需要契合法治的价值精神,而且社会管理的体制改革必须在法治框架之内展开。与此同时,我们也应意识到社会管理体制变革现实对法治发展所产生的重大影响。未来中国的法治战略将会发生重大转变,由以经济发展为主导的法治建设阶段进入到以社会发展为主导的法治建设阶段。由此不难发现,社会管理创新的现实需求与法治发展这一法学经典命题有着紧密的内在关联,这也使得探讨社会管理创新与中国法治发展这一主题有着非同寻常的理论意义和现实价值。中国的社会转型离不开法治的保障,有关中国社会管理创新的学术讨论,也注定不能出现法学家的缺席。正是基于此种考虑,本卷选择了“社会管理创新与中国法治发展”作为研讨主题。此次选取的十余篇论文围绕社会矛盾化解的法治之道、互联网治理、协调经济发展的社会管理法治路径、未成年犯社区矫正、业主大会法人治理制度、相对集中行政处罚权制度等问题进行深入探讨,其中既有高屋建瓴的宏观理论分析,又不乏精彩细致的微观经验研究,拓展了学界对

此问题的思考。

《京师法律评论》在倡导关注社会实践的法学研究的同时,也厚爱探讨基础理论的文章。本卷“理论研究”栏目中收录的多篇论文,探讨了蒙元社会转型期农事政策的法律化趋势,法制现代化评价标准,司法为民的历史与逻辑以及中国传统法律文化中的宪政文化等法学中的基础理论问题,颇值得读者关注。

“学科专论”部分的文章涉及刑法学、商法学、知识产权法学、民事诉讼法学、刑事诉讼法学、经济法学、国际法学、法律教育等多个学科领域,这些文章分别对我国民事执行检查监督制度的功能定位与制度建构、学位论文的交存和著作权保护的冲突与平衡、信托财产的特性、刑事软性治理、互联网市场规范中的竞争机制、中国法学教育理念转变、死刑执行程序的立法完善、国际法上自足制度、体育纠纷的可调解性等问题进行了深入分析,其中不乏给人以启迪的新观点。

在法律全球化的时代,对境外法律实践和法学研究的关注愈发必要,职是之故,此次“比较法学”栏目收录了多篇相关文章,分别对韩国《绿色增长基本法》的立法经验、日本有关低于成本倾销行为与内部交叉补贴问题的司法实践,以及日本裁判员制度实施现状等问题进行了深入剖析,为我国相关领域法律制度的完善提供了有益的经验借鉴。

“判例研究”栏目收录的是一篇评析广州市中级人民法院(2008)穗中法民三终字第119号判决的文章。广州中院的这份判决对社会关注的关键词搜索服务构成侵权的,搜索引擎服务商应否承担侵权责任的问题给出明确的答案,引起了法学界的热烈讨论。这篇文章对判决涉及的核心法律问题进行了深入细致的分析讨论。以最高人民法院2010年11月出台《关于案例指导工作的规定》为标志,中国特色案例指导制度初步确立;而2011年第一批4个指导性案例的发布,则意味着该制度已经正式运行。可以预见,法学界对于代表性案例的关注程度会越来越高,因此编委会热切期盼学界同仁将来能够多投案例评析类的文章。

最后,我们衷心感谢所有向《京师法律评论》第六卷赐稿的作者、北京师范大学出版社的各位编辑和社会各界朋友;我们将会加倍地努力,使《京师法律评论》得到更多人的关注和喜欢。

编委会

2012年3月

目 录

主题研讨：社会管理创新与中国法治发展

- | | | |
|-----|--|---------|
| 3 | 当前社会矛盾化解的法治之道 | 马怀德 |
| 9 | 政府服务属性的法理分析 | 柴 荣 |
| 19 | 乡村社会解决纠纷传统机制的弱化与法治保障的加强
..... 孙 平 黄 贵 | |
| 35 | 协调经济发展的社会管理法治路径及其建构
——以国民经济和社会发展规划为视角 | 袁达松 |
| 48 | 国际民事诉讼管辖权积极冲突的解决途径
——以我国的司法实践为中心 | 刘懿彤 |
| 61 | 我国行政复议委员会的缘起与实践 | 唐 璨 |
| 72 | 互联网治理：熟人社会、自治精神与秩序重构 | 夏 扬 |
| 84 | 未成年犯社区矫正机构之完善 | 廖 明 |
| 97 | 行政和解：证券监管者执法模式创新 | 肖 松 |
| 106 | 业主大会法人治理制度的完善 | 薛 源 |
| 114 | 相对集中行政处罚权制度的问题与对策 | 廖 丹 钟 颖 |

理论研究

- | | | |
|-----|-------------------------|-----|
| 127 | 蒙元社会转型期农事政策的法律化趋势 | 吴海航 |
|-----|-------------------------|-----|

142	法制现代化评价标准 ——基于西方法学史的梳理	梁迎修
156	司法为民的历史与逻辑 ——在社会系统论的视角下	赵春燕
167	“在朝”的黑格尔和“在野”的马克思 ——读《黑格尔法哲学批判》	孟庆友
182	“风水腐败”的法社会学审视与思考	庞克道
195	对我国宪法文本的现代解释	陈 征
207	论国际关系民主化与建立世界联盟的构想 ——以康德的“永久和平论”为出发点 ...	郭 殊 张 宁
218	中国传统法律文化中的宪政文化 ——以“礼治”价值为视角	朱绍明
225	中国政府权力制约机制现状、原因及完善探析 ——基于对中央与地方公务员 相关调查数据的分析	邓 勇

学科专论

239	中国民事执行检察监督的功能定位与制度构建	熊跃敏 周 杨
251	论学位论文的交存和著作权保护的冲突与平衡 ——“硕博士诉万方公司案”引发的思考	张小勇
266	论信托财产的特性	宋 刚 李 程
277	揭开刑法的软性面纱：兼及通过软法的刑事治理	孙道萃
290	互联网市场规范中的竞争问题	张江莉
302	中国法学教育理念之转变 ——以诊所法律教育为样本	孟 军
311	死刑执行程序的理论基础与立法完善	杨 雄
320	国际法上的自足制度简论	廖诗评 付凉洁

- 331 体育纠纷的可调解性探析 裴 洋 李越阳

比较法学

- 347 韩国《绿色增长基本法》及其对我国的启示
..... 冷罗生 毛亚红
- 362 低于成本倾销行为与内部交叉补贴问题
——以大和运输株式会社诉日本邮政公社案为素材
..... 赵英军
- 374 日本裁判员制度实施现状评析 段 蔚 周振杰
- 389 全球世界中的法律秩序
——多头的国家、国际和私人规范体系的发展
..... [德]乌尔里希·锡伯著 卢建平 王晓雪译
- 424 安全产品的认定原则及其对缺陷判定的重要性
..... [意]埃莱娜·贝利莎莉奥著 胡俊宏译
- 431 欧洲立法中产品安全与健康保护的密切联系
..... [意]罗伯特·卡雷奥著 雷 佳译

判例研究

- 443 关键词搜索服务构成侵权的，搜索引擎服务商应承担侵权责任
——广州市中级人民法院（2008）穗中法民三终字
第 119 号判决评析 张德双

CONTENT

Topic: Social Management System Innovation and the Development of Rule of Law in China

3	Legal Mechanism for Resolving Social Conflicts Ma Huaide
18	Jurisprudential Analysis of Government Service Attribute Chai Rong
34	Weakening of the Traditional Mechanisms of Dispute Settlement in Rural Community and its Reinforcement of Legal Protection Sun Ping Huang Gui
47	The Rule-of-law Path and its Construction of Coordinated between Economic Development and Social Management: in Perspective of the Economic and Social Development for Five-year Plan Yuan Dasong
60	Genuine Conflict in the International Civil Jurisdiction: Solutions and Methods Liu Yitong
71	Administrative Review Committee: Origin and Practices Tang Can
83	Internet Governance: Society of Acquaintance, Autonomy Spirit and Reconstruction of Orders Xia Yang
96	Study on the Perfection of Juvenile Offenders' Community Correctional Agency Liao Ming
105	Administrative Settlement: Securities Regulators Enforcement Model Innovation Xiao Song
113	Improvement on Governance of Condominium Association Xue Yuan
123	Problems and Solutions on the System of Relatively Centralized Administrative Punishment Liao Dan Zhong Ying

Research of Theory

- 141 The Institutional Tendency of Agricultural Policy in the Social Transition Period of Yuan Dynasty ... Wu Haihang
- 155 The Evaluation Criterion of Legal Modernization: an Analysis Based on the History of Western Legal Thought
..... Liang Yingxiu
- 166 The History and the Logic of the Judicial System Based on People's Interest: Under the Perspective of the Theory of Social System Zhao Chunyan
- 181 Hegel was in Official and Marx was out of Official: after Reading Critique of Hegel's Philosophy of Right
..... Meng Qingyou
- 194 Survey and Thinking of the Law Sociology on Fen Shui Corruption Pang Kedao
- 206 On the Modern Interpretation of our Constitutional Text
..... Chen Zheng
- 217 The Democratization of International Relations and the Conception of World Alliance: Kant's Theory of "Permanent Peace Theory" as the Starting Point
..... Guo Shu Zhang Ning
- 224 Constitutional Culture in Chinese Traditional Legal Culture: in Perspective of the Ceremony Value
..... Zhu Shaoming
- 236 An Analysis of the Status Quo, Cause and Improvement of Restrictive Mechanism for Government Power: Based on the Analysis of Survey Data about the Central and Local Civil Servants Deng Yong

Article of Branch

- 250 The Functional Positioning and Systematic Construction of Prosecutorial Supervision of Civil Execution
..... Xiong Yuemin Zhou Yang
- 265 The Conflict and Balance between the Deposit of Dissertation and Copyright Protection: Considerations Caused by "Masters and Doctors v. Wanfang Company" Cases
..... Zhang Xiaoyong
- 276 The Characters of the Trust Property ... Song Gang Li Cheng

289	Reveal the Veil of Soft Criminal Law: and Public Criminal Governance through Soft Law	Sun Daocui
301	Competition Rule on Internet Market	Zhang Jiangli
310	Transformation of the Chinese Legal Science Education Idea: Taking the Clinic Legal Education as the Sample	Meng Jun
319	Legislative Perfection and Theoretical Foundation on the Execution of Procedures for Death Penalty	Yang Xiong
330	The Self-contained Regime in International Law	Liao Shiping Fu Liangjie
344	Classification of Sports Disputes Suitable for Mediation	Pei Yang Li Yueyang

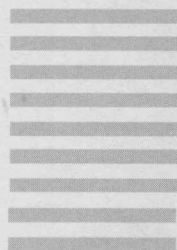
Study on Comparative Law

361	Framework Act on Green Growth of South Korea and its Implications for China ...	Leng Luosheng Mao Yahong
373	The Predatory Dumping and Cross-subsidization: Based on the Case of Yamato Transportation v. Japan Post	Zhao Yingjun
388	A Comment on Japanese Jury System and its Implementation	Duan Wei Zhou Zhenjie
423	Legal Order in a Global World: the Development of a Fragmented System of National, International and Private Norms	Ulrich Sieber
430	Safe Product, Assessment Criteria and Relevance on Defectiveness Judgment	Elena Bellisario
439	The Close Linkage between Product Safety and Health Protection in European Legislations	Roberto Carleo

Analysis of Case

451	Tort Liability from Key Words Searching Service by Search Engine Service Provider: Analyzing on the Judgment NO.119 by the Intermediate People's Court of Guangzhou City	Zhang Deshuang
-----	--	----------------

主题研讨：
社会管理创新与
中国法治发展



马怀德*

当前社会矛盾化解的法治之道**

一、当前社会矛盾的总体形势和特点

当前,我们国家社会矛盾总体形势是高位运行,相当复杂、比较严峻。无论是从法院受理案件的数量和信访部门受理信访案件的数量,还是从刑事案件发案的数量,都可以说明这一点。法院受理案件的数量2010年达到1100多万件,信访部门受理案件的数量达到1370多万件,2008年刑事案件发案数是1978年的4.1倍。北京市一年通过各种方式化解处置的各类纠纷大概是300万起,仅信访案件就占到8%,也就是23.8万件,诉讼案件达到42万件。同时,社会矛盾的复杂程度和解决难度也相当大,据称某市80多人上访次数达到8000多次。

我国当前的社会矛盾具有以下几个特点。第一,矛盾的参与主体日益多元化,矛盾涉及的领域日益广泛。社会矛盾的参与主体呈现出多元化特征,从农民、工人、教师,到复转军人、外商、企业主和基层干部,几乎涉及社会各类主体。社会矛盾涉及的领域,基本上覆盖了社会管理的方方面面。包括农村的土地征用、城市的房屋拆迁、国企改革、军队转业干部要求解决待遇、农村民办教师要求转公办、环境保护引发的纠纷,以及劳动纠纷、医患纠纷、企业协解人员对政府的诉求等,涉及的领域日益宽广。第二,社会矛盾的表达方式也日益极端化、暴力化、有组织化。因违法征地拆迁引发的各类群体性事件往往都伴有自杀、自焚,以命抗争的各类极端事件。第三,当前社会矛盾往往通过网络表达,表现为无形抗争,

* 中国政法大学副校长,教授,博士生导师,法学博士,中国法学会行政法学研究会副会长。

** 本文系马怀德教授于2011年12月25日在北京师范大学举办的第六期中国法学青年论坛“社会管理创新与中国法治发展”上的主旨演讲。

新兴媒体在社会矛盾的产生发展和扩大方面扮演着非常重要的角色。第四,社会矛盾解决的难度日益加大,而现有的解决渠道不够畅通。尽管法律上的纠纷解决渠道有人民调解、司法调解、诉讼、仲裁、行政裁决以及信访等,但真正发生作用的主要是信访这种途径。公众把解决纠纷的希望寄托在领导个人身上,出现了“信访不信法、信上不信下”等现象。

二、社会矛盾的成因分析

为什么当前社会矛盾数量急剧增多、形势如此严峻?为什么具有以上特点?我们有必要分析社会矛盾的成因。社会矛盾的成因本身比较复杂,除了经济转轨、社会转型,以及人们的价值观多样、多元、多变等原因之外,一个非常重要的原因就是公权力行使不规范,履行职责不到位,这是导致今天社会矛盾发生和激化的一个非常重要的原因。公权力行使不规范,履行职责不到位又可以具体细化为以下几方面。

一是政策和法律制度本身存在缺陷。比如,现在农村集体土地的征收和城市房屋拆迁的征收,补偿的标准差别很大。由于土地性质不一样,一条马路之隔,马路的东面就是集体土地,马路的西面就是城市国有土地,两块土地上的拆迁补偿标准可能有天壤之别,这就是政策问题。再比如,最近讨论的非户籍人口能不能在常住地参加高考的问题,也属于政策问题。随着城市化进程加快,城市的流动人口的数量大规模增加。北京2000万人口中,流动人口占到了760多万。像在深圳、东莞、佛山、广州这些城市,甚至出现了户籍人和非户籍的倒挂。流动人口子女不能在常住地参加高考的政策,必然导致大量的社会矛盾。

二是政府决策不当。很多重大的群体性事件,往往是由政府错误的行政决策所导致。由于行政决策缺乏应有的程序规范,违背民意、不讲科学、长官意志的错误决策成为引发社会矛盾的重要导火索。

三是执法不规范,法律难以实施。近年来发生的很多群体性事件,追根溯源都是由于基层的执法人员暴力执法、不文明执法、不规范执法、不严格执法导致的。尤其随着问责制开始实施,出现了相当多数的不作为,这种不作为也可以归类为执法不规范的行为。

四是解决纠纷的渠道不畅。除了诉讼、复议、裁决、调解几大类之外,目前最主要的解决纠纷的方式还是信访。所以出现了“信访不信法”现象,而且信访的规模日益增加,即使是在全国做了大量的工作,如大接访、带案下访、包案处理,甚至是通过各种刚性维稳的方式处理了之后,数量依然是在高位运行。这说明现有的救济渠道不是很畅通,尤其是司法作为最终解决纠纷机制的社会共识还没有形成。有问题都找党委政府,所

以党委政府在化解社会矛盾方面站在了第一线，成了处理社会矛盾的主渠道，无形中加剧了人治，损害了法治。

最终结论是，社会矛盾是经济社会发展到一定程度的必然产物，而且将随着经济社会的发展转型，社会矛盾在一定时间内只会增加，不会减少。预防化解社会矛盾，必须回到法治轨道，设法从源头治理，采取多元的纠纷解决机制依法处理，而不是简单地用各种行政的维稳方式来解决。因为以人治为主要特征的行政方式不可能彻底解决纠纷，而且有可能是矛盾越解决越多，“越维越不稳”。

三、化解社会矛盾的法治之道

如何化解社会矛盾，我提出以下三条建议。

第一条建议，化解社会矛盾应当强化源头治理，通过公正的立法和制度、规范的决策和严格的执法，切实从源头上减少社会矛盾。首先，要制定更加公正的制度和法律，通过公平公正的政策来解决这些问题和矛盾。比如农民工问题、城市的二元结构问题都要靠出台更加公平的政策和法律制度来解决，也只有符合公平正义要求的政策和法律，才能从源头减少各类社会矛盾。

其次，决策规范化。国务院要求加强行政决策程序建设，健全重大行政决策规则，推进行政决策的科学化、民主化、法治化。要把公众参与、专家论证、风险评估、合法性审查和集体讨论决定作为重大决策的必经程序。凡是有关经济社会发展和人民群众切身利益的重大政策、重大项目等决策事项，都要进行合法性、合理性、可行性和可控性评估，重点是进行社会稳定、环境、经济等方面的风险评估，从而实现行政决策的科学化、民主化和法治化。

最后，严格公正执法。执法规范化就是需要建立一套比较完备的执法程序约束和规范各类执法行为，确保法律得以严格实施。虽然我们有了行政处罚法、行政许可法、行政强制法等单行法律，但是从执法程序上来讲依然有缺失，需要制定统一的行政程序法来弥补各类程序的漏洞和缺陷，规范行政执法行为，尤其要解决行政不作为问题。正是由于缺少统一的执法程序，加之基层政府和执法机关不作为，不积极去化解处置本来并不严重的问题和纠纷，最后很容易引发更大更激烈的社会矛盾。所以要不断完善执法体制机制，解决行政执法不规范、不透明、不作为这些问题，特别是要在执法过程中注重程序性的完善。现在的行政信访案件中，有百分之六七十的案件，都是由于行政执法中的程序瑕疵导致的，实体处理没有太大问题，但是程序问题导致了这些信访案件长期得不到解决，目前重复信