

湘江

XIANGJIANG

LAW

REVIEW

法治湖南建设与区域社会治理

2011协同创新中心

主编◎程波

法律评论

第十四卷

- 关于人民调解社会治理功能的思考
- 中国裁判文书说理问题研究的成果、问题与方向
- 略论古希腊罗马自然法思想
- 中国法学的『近代预兆』与『挫折』
- 语境主义视阈下法院文化建设的司法取向及路径探求
- 何文燕教授访谈录

湘潭大学出版社

湘江

法律评论

主编◎程波

第十四卷

图书在版编目(CIP)数据

湘江法律评论. 第14卷 / 程波主编. —湘潭: 湘潭大学出版社, 2016.12

ISBN 978-7-5687-0086-3

I. ①湘… II. ①程… III. ①法律—文集 IV. ①D9-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第325025号

湘江法律评论 第14卷

XIANGJIANG FALV PINGLUN DI 14 JUAN

程波 主编

责任编辑: 黄琼

装帧设计: 刘扬

出版发行: 湘潭大学出版社

社址: 湖南省湘潭市 湘潭大学出版大楼

电话(传真): 0731-58298960 邮编: 411105

网 址: <http://press.xtu.edu.cn>

印刷: 长沙鸿和印务有限公司

经销: 湖南省新华书店

开本: 787×1092 1/16

印张: 21

字数: 373千字

版次: 2016年12月第1版

印次: 2016年12月第1次印刷

书号: ISBN 978-7-5687-0086-3

定 价: 48.00元

(版权所有 严禁翻印)

《湘江法律评论》编委会

主 编：程 波

编委会委员（按姓氏笔画排列）：

王太平 王国征 朱伟东 刘 丽 刘海鸥 杜雄柏 李 蓉
李伯超 肖冬梅 吴 勇 吴建雄 张义清 张立平 张全民
陈红梅 欧爱民 胡肖华 洪永红 倪洪涛 郭树理 黄明儒
曹艳芝 彭熙海 程 波 蔡高强 廖永安

编 辑 部（按姓氏笔画排列）：

王 霞 邓春梅 尹华容 刘军平 张永江 周青山
周晓晨 穆远征

英文编辑：覃斌武

编 务：周青山 覃斌武

卷首语

本卷共刊载了二十五篇文章。在这些文章中，除了“法意人生”栏目中的三篇法学家访谈录和“共犯前沿问题探讨”栏目中的五篇论文及一篇译文外，其余文章分为四个主题栏目，分别涉及纠纷调解、体育法、法学专论，以及法律实务。

“纠纷调解”和“法律实务”为本卷的一贯栏目，这两个栏目共有四篇文章。邓春梅和朱玲玉的《关于人民调解社会治理功能的思考》一文，对人民调解的提炼与归纳，以及对社会治理功能的思考，读者不妨可以将其视为进入纠纷调解的捷径。陈建华的《中国裁判文书说理问题研究的成果、问题与方向——以2014—2015年主要研究成果为分析对象》一文，揭示了纠纷解决制度与论证说理的互补关系。田源和王华栋的《语境主义视阈下法院文化建设的司法取向及路径探求——以S省A市法院文化建设情况为分析样本》以及曾志燕《申请承认和执行外国法院民商事裁判案件审理思路研究》两篇文章，则从法律实务的角度，分析了司法裁判的路径和方法。

一直以来，本卷的“体育法”栏目反映了当今世界法学界体育法学的兴盛。曾琰媚的《多元视角下体育法（Lex Sportiva）内涵之探讨——评〈什么是体育法〉》，成为描述国际社会体育法学兴盛的重要组成部分。凯瑟琳·安·鲁安和布瑞恩·T·叶合著的《美国职业体育赛事转播的法律规制》一文，通过分析体育赛事转播案例的判决，阐明了法律规制该如何具体操作的问题。

自然法的基本前提是人类有一个普遍的、永恒正义理想，幸赖于此，法才未与暴力混同。在本卷的“法学专论”栏目中，谷春德的《略论古希腊罗马自然法思想》和刘振宇的《自然法理论经典命题的衰落》，既肯定自然法巨大的影响和作用，又指出自然法理论的多样性共同造就了其理论的兴

衰。程波的《中国法学的“近代预兆”与“挫折”——以吴经熊生活实态为视角》一文，所着眼于吴经熊思想的先进性与生活实态的落后性之间的矛盾分析，或许是一个认识中国近代法理学形成发展的新视角。宋银桂的《关于“德”“法”辩证与依法治国》一文，则是作者新近着力甚多的领域，在其背后或明或暗地总是阐述着“法是什么”“德是什么”这些问题。谢冬慧的《宗教管理的制度变迁及其实践：民国的考析》和法略莉的《罗马帝国晚期异教与基督教之间的宽容与压迫——以德丘斯皇帝的宗教政策为中心》两篇文章，则分别从中华民国和罗马帝国晚期等特定的社会背景，考察宗教管理的制度理论与政策运行实践的距离。覃斌武的《评美国传闻证据规则宽松化现象——以誓证书、声明书传闻的采纳为分析起点》，杨淼鑫的《日本反恐怖主义立法述评》，莫静的《城镇化背景下农村宅基地成员权属性的消褪与立法保护》以及蔡高强、陈露的《论毛泽东外交理论与实践的国际法思想》四篇文章，则是这些作者在各自研究领域所发表的比较重要的、能够体现作者思想主线的文章，值得关注。

“共犯前沿问题探讨”栏目所收录的六篇论文，精练地归纳了“承继共犯”“独立预备罪中共同正犯关系脱离的认定与处罚”“间接正犯概念”“帮助犯因果关系”“帮助信息网络犯罪活动罪”“一级谋杀与共犯”等理论的基本内涵，许多原则理论已然超越了刑法领域，而成为法哲学理论的重要组成部分。

《湘江法律评论》自1997年出版以来，至今已有二十年。正是在这二十年里，湘潭大学法学院的法学教育渐渐走向隆盛，其中少不了耕耘法学讲坛的目前已退休的教师群体的贡献，为了彰显他们对湘潭大学法学院的辛勤付出，本卷编辑部特别组织青年教师和研究生对他们进行专访。本卷“法意人生”栏目首推《何文燕教授访谈录》。考虑到与这一栏目主题的契合度，本卷又分别收录了两篇法学家的采访稿件，即《勿忘初心 终怀感念——文文正邦教授荣获“中国宪法学发展特殊贡献奖”之专访》和《访波斯纳》两篇文章，在此感谢采访者、原作者及译者的慷慨授权。最后，仍要感谢“法治湖南建设与区域社会治理”2011协同创新中心提供的出版经费对本卷的出版资助。

《湘江法律评论》主编 程波

2016年12月20日

目录

湘江法律评论（第十四卷）

纠纷调解

- 邓春梅 朱玲玉 关于人民调解社会治理功能的思考 1
- 陈建华 中国裁判文书说理问题研究的成果、问题与方向
——以 2014—2015 年主要研究成果为分析对象 10

体育法

- 曾琰媚 多元视角下体育法（Lex Sportiva）内涵之探讨
——评《什么是体育法》 22
- 凯瑟琳·安·鲁安 布瑞恩·T·叶 著 周青山 刘丹江 译
美国职业体育赛事转播的法律规制 33

法学专论

- 谷春德 略论古希腊罗马自然法思想 45
- 刘振宇 自然法理论经典命题的衰落 53
- 程波 中国法学的“近代预兆”与“挫折”
——以吴经熊生活实态为视角 75
- 宋银桂 “德”“法”辨证与依法治国 94
- 法略莉 著 赵毅 译 罗马帝国晚期异教与基督教之间的宽容与压迫
——以德丘斯皇帝的宗教政策为中心 100
- 谢冬慧 宗教管理的制度变迁及其实践：民国的考析 113

- 杨森鑫 日本反恐怖主义立法述评 134
- 覃斌武 评美国传闻证据规则宽松化现象
——以誓证书、声明书传闻的采纳为分析起点 145
- 莫 静 城镇化背景下农村宅基地成员权属性的消褪与立法保护 160
- 蔡高强 陈 露 论毛泽东外交理论与实践的国际法思想 172

共犯前沿问题探讨

- 程 红 吴荣富 论承继共犯的范围
——对日本最高裁判所平成24年11月6日判决的思考 184
- 王 奎 周 阳 独立预备罪中共同正犯关系脱离的认定与处罚 197
- 张永江 成 波 论间接正犯概念之消解 209
- 段湘湘 帮助犯因果关系刍议 220
- 王 杰 张 勇 帮助信息网络犯罪活动罪若干问题探究 235
- Robert Sullivan 著 曾 丹 译 黄明儒 校
一级谋杀与共犯
——正犯与共犯罪责均衡的情况 247

法律实务

- 田 源 王华栋 语境主义视阈下法院文化建设的司法取向及路径探求
——以S省A市法院文化建设情况为分析样本 266
- 曾志燕 申请承认和执行外国法院民商事裁判案件审理思路研究 278

法意人生

- 何文燕 何文燕教授访谈录 286
- 廖丽环 马有芳 罗睿宁 勿忘初心 终怀感念
——文正邦教授荣获“中国宪法学发展特殊贡献奖”之专访 291
- 拉丽莎·麦克法夸尔 著 王笑红 译 访波斯纳 297

《湘江法律评论》征稿启事 315

《湘江法律评论》行文体例与注释规范 316

Contents
湘江法律评论 (第十四卷)

Disputes Mediation

Deng Chunmei Zhu Lingyu

On Social Governance Functions of People' s Mediation 1

Chen Jianhua

Study on China Reasoning Problems Referee Instruments Achievements,
Problems and Direction 10

Sports Law

Zeng Yanmei

Discussion on the Connotation of Lex Sportiva in the Multivariate Perspective 22

Kathleen Ann Ruane Brian T. Yeh

Selected Laws Governing the Broadcast of Professional Sporting Events 33

Special Legal Column

Gu Chunde

On the Natural Law Thoughts of Ancient Greek and Roma 45

Liu Zhenyu

The Fall of Classic Issue of Natural Law 53

Cheng Bo

The Modern Foreshadow and Frustration of Chinese Laws 75

Song Yingui

Dialectical Consideration on Ethics and Laws and the Rule of Law 94

Lole Fargnoli

Tolerance and Repression between Paganism and Christianity in the Roman Empire of the Late Antique 100

Xie Donghui

The Development and Practice of the Management of Religions in the Republic of China 113

Yang Miaoxin

Review of Japan's anti-terrorism legislation 134

Qin Binwu

On Flexibility in Application of US Hearsay Rule 145

Mo Jing

Legal Analysis on the Membership of the Usufruct in Rural Housing Land in the Process of Urbanization 160

Cai Gaoqiang Chen Lu

The Diplomatic Theory and Practice of Mao Zedong in International Law 172

Frontier Issues of Conspiracy Crime

Cheng Hong Wu Rongfu

On the Scope of Adoptive Conspiracy of Crime 184

Wang Kui Zhou Yang

The Finding of Conspirator's Cease of Crime Preparation and Punishment 197

Zhang Yongjiang Cheng Bo

Falling of the Concept of Indirect Criminal 209

Duan Xiangxiang

On the Causation of Accessory Crime 220

Wang Jie Zhang Yong

Several Issues on Accessory Crime of Information and Internet 235

Robert Sullivan

First Degree Murder and Conspiracy—Principal and Conspirator's equal Liability 247

Legal Practice

Tian Yuan Wang Huadong

Legal Perspectives and Methods of Court Cultural Construction under Textualism 266

Zeng Zhiyan

Trial on Application of Enforcing Foreign Courts' Judgment 278

Law and Life

He Wenyan

Interview with Professor He Wenyan 286

Liao Lihuan Ma Youfang Luo Ruining

Don't Forget to Early Heart, Ending With Appreciation 291

Larissa MacFarquhar

Interview of Judge Posner 297

Contribution 315

Citation Rules 316

关于人民调解社会治理功能的思考*

邓春梅 朱玲玉**

摘要:自二十世纪八九十年代始,治理理论在全世界范围内盛行,其内涵得到不断丰富与发展。社会治理视阈下的人民调解制度作为我国法律规定的一项制度,在承担“纠纷解决”这一基本功能之外,在司法实践中还承担着纠纷预防、风险控制、人际融合、法治宣传、道德教谕、行政管理等社会治理功能。人民调解此类社会治理功能在给基层法治建设带来一定积极意义的同时,也使基层法治建设面临诸多困境。

关键词:人民调解 社会治理 法治建设

Abstract: Since the nineties of the 20th century, the governance theory has prevailed worldwide, in the meantime, its connotation has continually developing and enlarging. The people's mediation system which as a regime of chinese laws stipulating in the horizon of social governance takes the social function of dispute resolution, besides, in the prevention and risk control of dispute, dispute neutralization and interpersonal fusion, propaganda of the rule by law and moral enlightenment, public administration and service people in justice practice, it plays an important role. This social function of the people's mediation system play a posi-

* **基金项目:** 本文是湖南省社科基金项目“社会治理创新视域下的人民调解研究”(14JD58)的阶段成果。

** **作者简介:** 邓春梅(1979—),女,湖南邵阳人,博士,湘潭大学法学院副教授,“法治湖南建设与区域社会治理”协同创新中心研究人员;朱玲玉(1990—),女,山东临沂人,湘潭大学法学院硕士研究生。

tive part in the basic construction of the rule by law, at the same time, it also takes dilemma of the basic construction of the rule by law.

Key Words: the People's Mediation System; Social Governance; Construction of the Rule by Law

基层人民调解制度虽然继承了我国民间调解的一些优良传统,但同时也成为统治者进行社会治理的一种制度手段。当前,我国基层人民调解承担着矛盾化解、纠纷预防、风险控制、法治宣传等一系列具体职能,发挥着人际融合、秩序稳定、道德教谕等多重治理功能。“功能主义理论认为,通过对特定社会现象的功能研究,人们可以更加系统、全面地加深对作为功能主体的社会现象的外在环境,内在结构,及其存在、发展、变化规律等问题的认识。”^①有感于此,本文拟梳理基层人民调解治理功能的具体意涵,进而反思其于基层法治建设的积极意义与消极影响。

—

何谓社会治理?简单而言,社会治理即为了公共利益最大化,由政府主导,社会组织参与,创造性管理社会事务的过程。社会治理强调主体的多元性,其目的在于实现社会利益最大化。正如全球治理委员会的经典解释所言:

“治理是各种公共的或私人的个人和机构管理其共同事务的诸多方式的总和。它是使相互冲突的或不同的利益得以调和并且采取联合行动的持续的过程。它既包括有权迫使人们服从的正式制度和规则,也包括各种人们统一或意外符合其利益的正式的制度安排,它有四个方面的特征:1. 治理不是一套规则,也不是一种活动,而是一个过程;2. 治理过程的基础不是控制,而是协调;3. 治理既涉及公共部门,又包括私人部门;4. 治理不是一种正式的制度,而是持续的互动。”^②

^① 张爱球:《论现代社会中的诉讼功能》,南京师范大学2004年博士学位论文,第14页。

^② The Commission on Global Governance, *Our Global Neighborhood, The Report of the Commission on Global Governance* (《我们的全球之家》), England: Oxford University Press, 1995, pp. 2-3.

关于人民调解社会治理功能的思考

我国人民调解制度不同于美国的ADR制度,虽然两者的出现都显示出强大的纠纷解决能力,但我国人民调解制度设立的原因并不是“为了解决‘诉讼爆炸’现象,而是为了规避‘法制的后遗症’,即让各级政府焦头烂额的缠讼、累讼和上访,还有法院的‘执行危机’”^①,这就决定了我国调解员在调解过程中发挥着完全不同的治理功能。相比西方,其更加强调整主动介入调解、发现调解事态,将矛盾化解消融在基层。防止民转刑案件的多少,成为衡量一个人民调解员调解绩效的标尺。调解员在维护一方基层稳定,排查矛盾纠纷,防止纠纷转化方面具有显著作用,在一定程度上承担了“政府维稳员的角色”。此外,近几年各地人民调解委员会所大力倡导实践的矛盾纠纷排查调处月报制度和矛盾纠纷排查台账制度在一定程度上实现了对矛盾纠纷的预防和控制,加强了对基层民间社情的了解掌握,将矛盾纠纷排查消解在萌芽状态,实现了人民调解制度对纠纷的预防和对风险的调控,真正成为维护社会稳定的“第一道防线”。

“截至2011年,全国共有人民调解组织810926个,共调解纠纷案件8935341件,调解成功8661072件,调解成功率96.9%。涉案金额40851600.74元,防止民转刑案件86089件”^②,显示出了其强大的纠纷解决与基层治理作用。根据《人民调解法》的规定,人民调解是指人民调解委员会通过说服、疏导等方法,促使当事人在平等协商基础上自愿达成调解协议,解决民间纠纷的活动。化解纠纷是调解最主要的目的。调解和审判是两种解决纠纷的方式,调解相对于审判而言,可以做到真正的案结事了,相对于审判注重对法律事实的认定和判断,调解更注重对于法律关系的修复和人际关系的缓和。

人民调解既能解决纠纷,又能够维持当事人的和睦关系。通过人民调解,案件双方当事人更有利于维系双方和谐的关系,有助于人际关系的恢复,调解因此被称为双赢的解决办法(Win-win solution)^③。人民调解在调解民众纠纷的同时也承载了一定的法治宣传与道德教谕的社会治理功能。我国存在着国家与社会的二元分化,现代国家的法律制度在“送法下乡”的

① 徐昕:《调解:中国与世界》,中国政法大学出版社2013年版,第290页。

② 司法部基层工作指导司:《2011年基层工作统计分析》,法律出版社2012年版,第54页。

③ 张敏,赵元勤:《对英美ADR实践的法哲学思考》,载《法治论丛》2003年第11期,第55-58页。

过程中,在乡土社会中遭遇到了冷遇,因为乡土社会是讲人情,而不讲法律的熟人社会。^①乡土中国成为国家法律制度影响力孱弱的边缘地带。虽然在调解的过程中还会继承以前的民间调解和宗族调解,以儒家伦理道德和宗族规约、公共道德为标准。然而在依据这些标准的同时,更多地是以现行的法律制度为主导标准,此时的人民调解制度恰好为中国的法律制度充当了一种媒介作用。调解员本身就要求具备一定的法律知识,各地司法局每年也都会对其组织定期的法律知识培训,这在一定程度上提升了调解员的法律素养。同时,实践中很多调解员也意识到知法懂法的重要性,往往会利用自己的空闲时间自学法律知识和进行普法宣传,有些调解员甚至还自掏腰包、自己创新普法宣传的新形式。^②调解员调解纠纷的过程就是向当事人和周围群众进行法律、法规宣传的过程,同时也是确立新道德风尚的过程,这里的人民调解也是送法下乡的一种手段。社会转型期间,我国乡土社会原有的价值观念已经遭到破坏,新的价值观念和道德标准尚未确立,通过调解制度可以加快重新确立乡土中国已经分崩离析的价值观念与道德体系。

根据《人民调解法》和《人民调解工作规定》,人民调解制度具有四层组织体系:农村村民委员会、城市(社区)居民委员会设立的人民调解委员会;乡镇、街道设立的人民调解委员会;企业事业单位根据需要设立的人民调解委员会;根据需要设立的区域性、行业性的人民调解委员会。所设立的人民调解委员会受所在区域的司法行政部门的指导,即受司法所的指导。司法所作为司法局在基层的派出机关,承担着指导管理人民调解工作、协助基层政府处理社会矛盾纠纷等9项行政管理职能。^③一般来说,“人民调解

① 费孝通:《乡土中国》,江苏文艺出版社2011年版,第5-11页。

② 如《人民调解》杂志在2015年第3期介绍的调解员王铜远用山歌形式进行普法宣传;2010年第6期介绍的调解员刘春茹用漫画的形式进行普法宣传。

③ 2009年4月27日司法部印发的[2009]07号《司法部关于进一步加强乡镇司法所建设的意见》规定:司法所是县(市、区)司法局的派出机构,负责指导管理和组织本辖区的司法行政各项业务工作,主要承担九项职能:(1)指导管理人民调解工作,参与调解疑难、复杂民间纠纷;(2)承担社区矫正日常工作,组织开展对非监禁服刑人员的管理、教育和帮助;(3)指导管理基层法律服务工作;(4)协调有关部门和单位开展对刑释解教人员的安置帮教工作;(5)组织开展法制宣传教育工作;(6)组织开展基层依法治理工作,为乡镇人民政府(街道办事处)依法行政、依法管理提供法律意见和建议;(7)协助基层政府处理社会矛盾纠纷;(8)参与社会治安综合治理工作;(9)完成上级司法行政机关和乡镇人民政府(街道办事处)交办的维护社会稳定的有关工作。

关于人民调解社会治理功能的思考

占据司法所工作量的 30% ~ 50% 不等, 为司法所实际承担工作中耗时最多的。”^①

当下中国社会正处于转型时期, 随着经济的发展, 信息的畅通, 人口的流动, 现今的民间纠纷也呈现出不同的特点。由于医闹等社会群体事件以及自杀事件的增多, 民间纠纷呈现出陌生性、突发性、群体性和专业性的趋势。相比诉讼和仲裁, 人民调解的自愿性、协商性、和解性, 对化解双方的矛盾, 消弭当事人之间的对立情绪, 解决民众忧愁具有不可比拟的优势。尤其是行业性、专业性调解委员会的建立, 乡镇人民调解委员会开展的公调对接、检调对接、诉调对接等措施, 极大地实现了调解过程的专业化、调解的类型化, 形成矛盾纠纷双层处理机制, 极大地满足了民众的诉求, 解决了民众的纠纷。人民调解具有“一不误工, 二不花钱, 三不伤感情”的特点, 在面对双方之间的矛盾时, 使当事人在公正、平等的前提下互助互谅, 消除双方的隔阂, 促使当事人的诉求得到履行, 达到为民解忧的社会效果。

二

人民调解制度的发展完整地诠释了理论是实践的产物。新时期的我国人民调解制度是我国法律制度的首创, 作为一种继承传统调解制度应付诉讼爆炸的解纷手段, 缓解了诉讼压力, 促进了纠纷解决机制的多元化, 促进了法治建设的发展。“经过考察研究发现人民调解制度作为一种独特的权力技术被纳入到新的权力机器或‘配置’中, 成为共产党治理社会的重要工具, 导致了法律的治理化, 创设了法律的新传统。”^② “在这种‘法律治理化’的背景下, 我们法律的整体上的治理风格导致了调解成为法治与治理之间的最佳过渡地带。”^③

调解制度号称“东方之花”, 然而我国的调解制度却经历了波浪式的发展, “从原来极度重视, 到受到质疑、淡化, 再到当下重新重视, 强调尽量用调解解决纠纷。”^④ 人民调解能够化解多数民事纠纷, 有效地防止矛盾纠

^① 张勤, 彭文浩:《比较视野下的多元纠纷解决理论与实践》, 中国政法大学出版社 2013 年版, 第 212 页。

^② 强世功:《调解、法制与现代性》, 中国法制出版社 2001 年版, 第 209 页。

^③ 强世功:《法制与治理——国家转型中的法律》, 中国政法大学出版社 2003 年版, 第 261 页。

^④ 徐昕:《纠纷解决与社会和谐》, 法律出版社 2006 年版, 第 17 页。

纷的激化和民转刑案件的发生,有利于社会的和谐、友善。同时人民调解作为一种分担诉讼压力的纠纷解决机制,在基层承担着重要的社会治理功能,对我国的法治建设具有重大意义。

人民调解以其强大的纠纷解决功能,为基层法治建设提供了良好的制度发展环境。调解具有强大的维稳能力,尤其是在处理基层社会琐碎民事纠纷方面发挥着不可比拟的作用。基层法治建设离不开良好的外部环境,而良好外部环境的形成则在很大程度上依赖于矛盾纠纷的减少和社会环境的稳定。其中调解的防止矛盾转化、将纠纷化解在基层的功能则能很好地契合法治建设的要求。人民调解的案件以邻里纠纷和婚姻家庭纠纷为主,这种纠纷的特点是多发性、复杂性和难处理。俗语有云:清官难断家务事。法律有时候在面对基层日常纠纷时,也显得力不从心,人民调解制度刚好弥补了这一漏洞,减轻了法院的审判压力。通过说服教育的方式,对社会存在的大量琐碎民事纠纷进行处理,可以在一定范围内消解各方的矛盾情绪,让纠纷主体得到信服,防止上访事件的发生,为法治建设提供良好的制度保障,实现社会效果和法律效果的统一。

人民调解作为多元化纠纷解决机制的一种,在创制法律规范过程中发挥着重要的作用。“调解制度和法律试行制度之间存在某种联系,把调解和法制的中间项的自治秩序的基本原理提炼出来,并使之体系化成为一个理论模型,可以开拓出一条新的思路。”^① 法律试行是指,法律制定出来以后为了检验其社会效果,需要先将制定出来的法律实行一段时间,发现其存在的问题,加以修改,然后再正式颁发。在法律试行的过程中事先也存在着将违反法律规定的情况纳入法律之中的情况,而调解制度的使用在客观上允许双方当事人不按法律规定办事,当事人双方的合意是调解协议达成的必然条件。这里的法律试行制度和调解制度的共通之处在于承认违反性特区(规避法律的暂定空间)。^② 调解过程中形成的行为规范和程序规则,经过立法者的筛选,就有可能成为新的法律规范。

^① 季卫东:《调解制度的法律发展机制——从中国法制化的矛盾情境谈起》,载《民商法杂志》1990年第102期。

^② 转引自强世功:《调解、法制与现代性:中国调解制度研究》,中国法治出版社2001年版,第6页。