

# 中国商事调解立法模式选择及其展开

赵毅宇

(中国人民大学法学院 北京 100872)

**内容提要:**立法模式选择是我国商事调解立法实质建构的首要问题,只有立法模式确定,才能进行法律文本结构的设计和具体条文的起草。《国际商事调解示范法》影响下的国外商事调解立法模式,以及我国商事调解立法模式的主要观点,可以类型化为统一型商事调解立法模式、渗透型商事调解立法模式与分散型商事调解立法模式。统一型商事调解立法模式更符合突破现有调解法律框架束缚的立法目的,满足非诉讼纠纷解决法体系融贯性的需求,在立法技术上也具有制定与实施的双重可行性。在统一型商事调解立法模式下,商事调解法的制定方法包括从主观主义与客观主义的辩证关系上界定“商事调解”概念,构建“总则—分则”的结构体系,在规范内容上形成组织性规范与程序性规范、授权性规范与义务性规范、社会自治性规范与司法利用性规范、公益性规范与市场性规范、国内性规范与涉外性规范五种对偶关系。

**关键词:**商事调解 立法模式 统一型立法 商事调解法 《新加坡调解公约》

党的二十大报告强调,“加强重点领域、新兴领域、涉外领域立法,统筹推进国内法治和涉外法治”。<sup>①</sup>商事调解立法既受到《国际商事调解和调解所产生的国际和解协议示范法》与《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》(以下简称《新加坡调解公约》)的影响,也契合《中华人民共和国国民经济和社会发展第十四个五年规划和2035年远景目标纲要》中“一带一路”、粤港澳大湾区、自由贸易区网络、一流营商环境等国家重点规划,因而属于加强立法中重

**作者简介:**赵毅宇(1993—),男,汉族,湖南衡阳人,中国人民大学法学院讲师。

本文为国家社科基金重大项目“深化司法体制综合配套改革研究”(20ZDA033)、中国博士后科学基金面上资助项目(2021M693475)的阶段性成果。

<sup>①</sup> 习近平:《高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗——在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告》(2022年10月16日),人民出版社2022年版,第41页。

点领域与涉外领域的范畴。

为什么中国需要商事调解立法?在正当性论证上,商事调解主体的“公益性—市场性”双重属性与商事纠纷的特殊性原理,说明了商事调整对象与人民调解相比具有特殊性;立法和改革的辩证关系在全面依法治国背景下体现为凡属重大改革都要于法有据,这就要求商事调解改革应先以立法方式进行。商事调解立法的必要性主要体现在:我国自清末民初以来长期的商事调解实践为立法提供了稳定的调整对象,国际商事调解发展带来外生压力与国家重点发展规划产生内生动力,商事调解的组织类型、收费规则、协议效力等合法性难题必须依赖立法解决。商事调解在法律上的可规制性,商事调解立法制定的文本基础,商事调解立法实施的推进机理,共同决定了商事调解立法具有可行性。因此,商事调解立法在理论上可以证成,现在也是必需的,在当下中国行得通。

事实上,自二十一世纪初期开始,我国学者就已认识到国际与国内商事调解的发展趋势,并开始呼唤商事调解立法的到来,这一方面的研究成果集中出现在2002年《国际商事调解示范法》出台阶段、人民调解立法征求意见阶段、《民事诉讼法》修改征求意见阶段、“一带一路”建设纵深发展阶段,以及《新加坡调解公约》公布与签署阶段。<sup>②</sup>近年来,全国人大代表已提交多份商事调解立法议案,<sup>③</sup>商务部、司法部、中国国际贸易促进委员会等亦正在组织筹备商事调解立法工作,<sup>④</sup>可以看出,推进商事调解立法已在官方与学术界得到重视与认可。然而,面对国内商事调解与涉外商事调解均无“法”<sup>⑤</sup>可依的局面,现有研究仍停留在中国商事调解是否需要立法的前端性问题上,或在提出“构建商事调解立法”的观点后戛然而止,相关学术进程亟待向如何实现立法的实质建构上发展。而这首先需要破解的是商事调解立法模式选择难题,只有立法模式确定,才能进行法律文本结构的设计和具体条文的起草。

立法模式的内涵有广义和狭义之分。广义的立法模式是一个由国家创制法律的惯常套路、基本体制和运作程式等要素所构成的整体,<sup>⑥</sup>涉及立法主体、立法权、立法程序等。狭义的立法模式是指立法最终体现出来的外部表现形式,属于法的外部结构技术,<sup>⑦</sup>如存在法典形式

② 参见赵爱玲、高潮:《中国贸促会法律部部长杨华中:商事调解是解决商事纠纷有效途径》,载《中国对外贸易》2007年第11期,第65-66页;张维:《立法助力商事调解摆脱困境》,载《法制日报》2012年1月2日第3版;祁壮:《“一带一路”建设中的国际商事调解和解问题研究》,载《中州学刊》2017年第11期,第61-66页;孙南翔:《〈新加坡调解公约〉在中国的批准与实施》,载《法学研究》2021年第2期,第156-173页。

③ 参见郭娜:《解决跨国商业纠纷:人大代表丁光宏建议加快制定〈商事调解法〉》, <http://www.spesc.sh.cn/n1939/n4514/n8249/n8250/u1ai212916.html>, 访问日期:2022年12月10日;张苏军:《积极推动商事调解立法》, [https://mp.weixin.qq.com/s/Rsiq1HmSBiNVUXrm\\_4F4fQ](https://mp.weixin.qq.com/s/Rsiq1HmSBiNVUXrm_4F4fQ), 访问日期:2022年12月10日。

④ 参见司法部:《司法部关于政协十三届全国委员会第三次会议第3546号提案答复的函》, [http://www.moj.gov.cn/government\\_public/content/2020-12/31/143\\_3263748.html](http://www.moj.gov.cn/government_public/content/2020-12/31/143_3263748.html), 访问日期:2022年12月10日。

⑤ 这里的法是狭义的法律,指全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会制定颁布的规范性文件。

⑥ 参见江国华:《立法模式及其类型化研究》,载刘茂林主编:《公法评论》(第4卷),北京大学出版社2007年版,第94页。

⑦ 参见曹海晶:《中外立法制度比较》,商务印书馆2016年版,第342页。

或单行法形式、制定法形式或判例法形式等。本文聚焦于狭义的立法模式,先系统性地梳理商事调解立法的“理想类型”,进而通过多重因素的综合考量抉择出适合中国实际情况的最优立法模式,并进一步探讨该模式下的法律制定方法,以期在认识论与方法论上为商事调解立法提供坚实的理论支撑和具体方案。

一、商事调解立法模式的理想类型

2002 年,联合国国际贸易法委员会(以下简称“联合国贸法会”)出台《国际商事调解示范法》。2018 年,《国际商事调解示范法》更名为《国际商事调解和调解所产生的国际和解协议示范法》,其内容包括总则、国际商事调解、国际和解协议三部分。<sup>⑧</sup> 在该示范法的影响下,全球现有 33 个国家,共在 46 个法域以示范法为基础形成各自的国内立法,联合国贸法会将这些立法划分为六种立法模式,如表 1 所示。<sup>⑨</sup> 在我国,商事调解立法问题仍处于理论研究阶段,存在多种模式的观点争鸣。对此,我们可以采用马克斯·韦伯“理想类型”的分析方法,撷取商事调解独立性与立法表现形态关系这个代表商事调解立法模式本质的内容,作为对上述法律文本和学术观点进行分析的框架,进而将商事调解立法模式分为统一型、渗透型与分散型三种“理性类型”,以便确定各类模式的差异性或同一性,也有利于从因果性上进行模式选择的说明。<sup>⑩</sup>

表 1 国外商事调解立法模式

| 模式名称      | 立法的国家(地区)  |
|-----------|--|
| 调解示范法模式   | 美国:哥伦比亚地区、佐治亚州、夏威夷、爱达荷州、伊利诺伊州、爱荷华州、内布拉斯加州、新泽西州、俄亥俄州、南达科他州、犹他州、佛蒙特州、华盛顿   |
| 商事调解示范法模式 | 加拿大:新斯科舍、安大略   |
| 调解法模式     | 法国、黑山、瑞士   |
| 法律修正模式    | 阿尔巴尼亚  |
| 法律协调化模式   | 贝宁、布基纳法索、喀麦隆、中非、乍得、科摩罗、刚果、科特迪瓦、刚果民主共和国、赤道几内亚、加蓬、几内亚、几内亚比绍、马里、尼日尔、塞内加尔、多哥 |
| 其他立法模式    | 比利时、不丹、克罗地亚、洪都拉斯、匈牙利、卢森堡、马来西亚、尼加拉瓜、斯洛文尼亚、北马其顿                            |

⑧ UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation with Guide to Enactment and Use (2018), [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/22-01363\\_mediation\\_guide\\_e\\_ebook\\_rev.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/22-01363_mediation_guide_e_ebook_rev.pdf), 访问日期:2022 年 12 月 10 日。

⑨ 表 1 由笔者制作,模式名称由笔者概括,表中内容来自 United Nations Commission On International Trade Law. Status: UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation (2018) (amending the Model Law on International Commercial Conciliation, 2002), [https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial\\_conciliation/status](https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_conciliation/status), 访问日期:2022 年 12 月 10 日。

⑩ 参见[德]马克斯·韦伯:《社会科学方法论》,杨富斌译,华夏出版社 1999 年版,第 140-141 页。

### (一)统一型商事调解立法模式

统一型商事调解立法模式是国家制定一部专门的法律或法典来规制商事调解,以追求调整和保护的统一性和协调性。从域外商事调解立法模式来看,调解示范法模式、商事调解示范法模式、法律协调化模式属于统一型立法模式。它们之间的区别是,前两种为示范法,适用于联邦制国家;后者是协调法,适用于地区性组织及其成员国。

其一,调解示范法模式,是指国家(地区)受《国际商事调解示范法》及其依据的原则影响制定调解示范法。采用此模式的是美国统一州法委员会于2001年通过(2003年修订)的《统一调解法》,以及美国部分州据此颁布的调解法。美国统一州法委员会等组织以起草示范法并推荐给各州参考的方法,创造了一个多元但相对统一的国内法体系。<sup>①</sup> 美国《统一调解法》包括名称、定义、适用范围、特权规则、禁止调解员报告、保密、调解员对利益冲突和背景资料的披露、国际商事调解等内容。<sup>②</sup> 其中,第2条第6款规定,当事人是指个人、公司、商业信托、地产商、信托、合伙、有限责任公司、协会、合资企业、政府、政府分支机构、上市公司或其他法律或商业实体。可见,美国《统一调解法》虽未在法律名称中使用“商事”一词,但规定的仍是商事主体之间的调解。从第2条第7款对程序的定义来看,美国《统一调解法》适用于司法、行政、仲裁或其他裁判过程。而《国际商事调解示范法》明确表示不适用于法官或者仲裁员在司法程序或者仲裁程序过程中试图促进和解的情形。

其二,商事调解示范法模式,是指国家(地区)受《国际商事调解示范法》及其依据的原则影响制定商事调解示范法。采用此模式的是加拿大统一法律会议于2005年通过的《统一(国际)商事调解法》及新斯科舍省与安大略省颁布的《商事调解法》。以安大略省《商事调解法》为例,其主要条款包括:目的、适用、定义、调解程序的开始、选任调解员、披露信息、调解员的权利义务、保密、证据在其他程序中的可采性、调解员担任仲裁员、和解协议的执行等。<sup>③</sup> 其中,第2条规定本法适用于商事纠纷的调解,但排除法官或仲裁员在诉讼或仲裁中为解决当事人的商事纠纷而采取的行动。与美国《统一调解法》相比,安大略省《商事调解法》在法律名称与适用范围上与《国际商事调解示范法》更为接近。

其三,法律协调化模式。法律的协调化是指各国按照所约定的目的,自行修正或消除本国法律规定中与此目的不符的规则,从而使各国法律制度在整体上保持一致和协调。<sup>④</sup> 非洲商法协调组织(OHADA)受《国际商事调解示范法》影响,于2017年通过《调解统一法》,贝宁、布基

<sup>①</sup> 胡萧力:《示范性立法的逻辑与实践展开——以我国地方行政程序立法为样本的分析》,载《行政法学研究》2018年第1期,第83-84页。

<sup>②</sup> Uniform Mediation Act, by the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, [https://1.next.westlaw.com/Document/I8d1730c990c311d98a3ea7c6cd685f86/View/FullText.html](https://1.next.westlaw.com/Document/I8d1730c990c311d98a3ea7c6cd685f86/View/FullText.html?originationContext=typeAhead&transitionType=Default&contextData=(sc.Default)) originationContext = typeAhead&transitionType = Default&contextData = (sc.Default), 访问日期:2022年12月10日。

<sup>③</sup> Commercial Mediation Act, 2010, SO 2010, c 16, Sch 3. <https://canlii.ca/t/kxb7>, 访问日期:2022年12月10日。

<sup>④</sup> 朱伟东:《非洲商法协调组织》,社会科学文献出版社2018年版,第7页。

纳法索、喀麦隆等17个非洲国家已适用该法案。《调解统一法》共设三章,分别为定义与范围、调解程序、过渡条款和最终条款。<sup>⑮</sup> 根据该法第2条的规定,排除了适用于法官或仲裁员在诉讼或仲裁程序中试图促成当事人直接友好解决争议的情况。

我国学界也提出应制定一部独立的商事调解法,这是适用于单一制国家的统一型商事调解立法模式。在2012年《民事诉讼法》修改前期,中国国际贸易促进委员会(以下简称“中国贸促会”)调解中心建议将司法确认的适用范围扩大至经依法设立的调解组织达成的调解协议,唐厚志还进一步提出,我国应制定一部专门的商事调解法帮助商事调解摆脱困境。<sup>⑯</sup> 近年来,在《新加坡调解公约》背景下,制定独立商事调解法的观点日益增多。有学者立足《新加坡调解公约》下我国商事调解制度面临的困境,提出在维持现有的法院调解、人民调解和专门性调解制度的同时,应制定一部统一适用于国际、国内商事调解的法律。<sup>⑰</sup> 商务部条约法律司杨秉勋也提出,我国应利用签署和批准公约的历史契机,推动出台我国的《商事调解法》。<sup>⑱</sup>

分析可见,统一型商事调解立法模式的基本特点可概括为三项:一是高度权威性。统一型商事调解立法在联邦制国家或区域性组织之间通常以示范法的形式出现,客观上起到了统一与协调各州立法或参与国国内法的作用;在单一制国家,将具有更高的法律效力位阶,避免纷繁复杂的地方立法在实施过程中可能造成的混乱,防止法律秩序失范。二是内容系统性。统一型商事调解立法将覆盖商事调解可被规范的全部要素,由此形成全新的、体系化的法律,可有效避免商事调解在不同法律中存在内容上的重叠与冲突。三是立法难度较大。统一型商事调解立法需要有成熟的立法理论与立法技术予以支撑。正因如此,相比其他立法模式而言,域外的统一型商事调解立法更充分地吸收了《国际商事调解示范法》的立法资源。

## (二)渗透型商事调解立法模式

渗透型商事调解立法模式是不专门制定单行的法律或法典,而是将商事调解规范渗透到其他法律中,对现有法律进行改良,表现形式主要是单独的法律章节、法律条文和附带性规定。在上述域外商事调解立法中,渗透型商事调解立法模式包括调解法模式、法律修正模式与其他立法模式。

其一,调解法模式,是指国家(地区)受《国际商事调解示范法》及其依据的原则影响制定调解法。以黑山《调解法》为例,该法包括基本规定、调解员任免、调解程序、家事纠纷的特殊调解程序、过渡和最终条款等内容。<sup>⑲</sup> 其中,第1条的内容为:本法规定的调解程序规则适用于家事

<sup>⑮</sup> ACTE UNIFORME RELATIF A LA MEDIATION, <https://www.ohada.com/uploads/actualite/3857/Acte-Uniforme-sur-la-Mediation.pdf>, 访问日期:2022年12月10日。

<sup>⑯</sup> 张维:《立法助力商事调解摆脱困境》,载《法制日报》2012年1月2日第3版。

<sup>⑰</sup> 唐琼琼:《〈新加坡调解公约〉背景下我国商事调解制度的完善》,载《上海大学学报(社会科学版)》2019年第4期,第124页。

<sup>⑱</sup> 杨秉勋:《〈新加坡调解公约〉与我国调解制度的新发展》,载《人民调解》2020年第1期,第36页。

<sup>⑲</sup> See Mickovic, Dejan, and Katerina Kockovska, "Mediation in family disputes in the republic of macedonia", *Iustinianus Primus Law Review*, Vol. 3, No. 2, 2012, pp. 1-13.

纠纷、商事纠纷和其他自然人、法人的财产纠纷,以及法院正在审理的劳动诉讼案件。可见,商事纠纷只是黑山《调解法》调整范围中的一部分,且设专章将家事纠纷的调解程序作为特别规定。

其二,法律修正模式,是指国家(地区)根据《国际商事调解示范法》修正国内之前的相关立法。阿尔巴尼亚对立法的修正是“激进”的,自1999年至2011年,共通过三项法律,并废除了之前的法律。<sup>②</sup>阿尔巴尼亚于1999年通过第一部调解法,该法主要用于民事索赔,其影响非常有限。<sup>③</sup>2003年,阿尔巴尼亚又出台一部新的调解法,为调解提供具体的制度规范,并扩大调解的适用范围,但仍未充分满足欧盟的要求。在《国际商事调解示范法》的影响下,阿尔巴尼亚于2011年再次修改调解法,调解被定义为一种独立的庭外措施,用于处理家庭、民事、劳工和商事等领域的纠纷。

其三,其他立法模式,联合国贸法会未对其进行明确介绍,而是将比利时、不丹等国家的商事调解立法归于此类。例如,《不丹争议解决法》的内容包括不丹替代性争端解决中心、仲裁的一般规定、仲裁庭的组成、裁决、协商解决等。<sup>④</sup>该法律不仅含有调解的内容,还重点规定了仲裁规则。可以看出,其他立法模式的立法文件与《国际商事调解示范法》的区别较大,只是这些立法中借鉴了《国际商事调解示范法》的部分规定。

在我国,属于渗透型商事调解立法模式的观点有两种。第一,将商事调解规范纳入综合性调解法中。进入21世纪后,受世界ADR发展潮流的影响,制定调解法或人民调解法被提上日程。此期,有学者提出制定一部综合性《调解法》,其调整对象必须涵盖目前存在的各种调解。<sup>⑤</sup>虽然《人民调解法》经全国人大常委会审议通过,但关于构建综合性调解法的呼声仍不绝于耳。如有学者认为,综合性调解法的调整对象应包括人民调解、行政调解、行业调解、商事调解四种类型。<sup>⑥</sup>第二,对现行法律进行修改,将商事调解规范渗透其中。一是修改《人民调解法》,如中国贸促会法律部原部长杨华中提出,《人民调解法》仅规定人民调解具有狭隘性,可以在此部法里充分吸纳商事调解的内容,或在其中设商事调解专章。<sup>⑦</sup>二是修改《仲裁法》,有学者提出,将商事调解立法融入即将进行的《仲裁法》修改中,甚至可以制定一部新的“仲裁与调解法”。<sup>⑧</sup>

可以看出,渗透型商事调解立法与统一型商事调解立法相比,存在以下特征:一是规范融

② Besnik Serekja, “Penal Mediation in the Framework of Juvenile Delinquency in Albania: Education or Re-education”, academic journal of interdisciplinary studies, Vol. 3, No. 4, 2014, p. 273.

③ Klodiana Rafti and Fleura Shkempi, “THE IMPLEMENTATION OF FAMILY MEDIATION IN ITALY AND ALBANIA: A COMPARISON STUDY”, Proceedings of ADVED 2016 2nd International Conference on Advances in Education and Social Sciences 10 – 12 October 2016 – Istanbul, Turkey.

④ Alternative Dispute Resolution Act of Bhutan 2013, <https://www.nab.gov.bt>, 访问日期:2022年6月1日。

⑤ 杨荣馨:《构建和谐呼唤调解法》,载《法制日报》2005年3月4日第3版。

⑥ 廖永安:《中国调解的理念创新与机制重塑》,中国人民大学出版社2019年版,第338–341页。

⑦ 赵爱玲、高潮:《中国贸促会法律部部长杨华中:商事调解是解决商事纠纷有效途径》,载《中国对外贸易》2007年第11期,第65页。

⑧ 段明:《〈新加坡调解公约〉与中国商事调解的立法选择》,载《商事仲裁与调解》2021年第2期,第25页。

合充分。渗透型商事调解立法可以将商事调解规范与其他法律规范紧密联系,如将商事调解规范与家事调解、人民调解、民商事仲裁等不同规范相互融合,实现不同纠纷解决机制之间有效联动。二是立法效果有限。渗透型商事调解立法的主要做法是对现行法律进行改良,无法打破原有法律的体系框架,难以从根本上解决法律滞后性与实践超前性之间的矛盾,被学者称为一种“暂时性的规制手段”。<sup>②7</sup>三是立法成本较低。渗透型商事调解立法通常不需要启动全新的或专门的立法程序,可避免耗费大量立法资源。

### (三)分散型商事调解立法模式

分散型立法模式以分类化和差异化为导向,通过单行的法律规范对商事调解的不同内容分别作出规定。在联合国贸法会划分的六种商事调解立法模式中,未出现典型的分散型立法。从我国学界的观点来看,如有学者认为,应强调区分国际与国内商事调解、传统商事调解与新型消费和专门性调解,根据需要设计各种公益性与市场化并行的专门性制度。<sup>②8</sup>实践中,最高人民法院与地方立法机关主要承担了商事调解分散型立法的工作。最高人民法院针对不同类型的商事纠纷出台的司法解释<sup>②9</sup>主要有:《关于全面推进保险纠纷诉讼与调解对接机制建设的意见》《关于全面推进证券期货纠纷多元化解机制建设的意见》《关于发挥商会调解优势推进民营经济领域纠纷多元化解机制建设的意见》等。地方性的法律法规对商事调解也作了不同规定。就商事调解组织类型而言,《山东省多元化解纠纷促进条例》规定,鼓励有条件的商会、行业协会、民办非企业单位、民事商事仲裁机构等设立商事调解组织。《上海市关于规范本市调解组织发展的规定》规定,调解组织可以设立为民办非企业单位(社会服务机构)、公司等组织形式。

从理论上,分散式立法适合于立法时机不成熟或法律需精细化发展两种情形。分散型商事调解立法模式的特点在于:一是针对性较强。虽然分散型商事调解立法欠缺系统性,但其注重对商事调解中不同纠纷类型和地域实践差异进行富有类型特点和区域特点的立法活动,符合法律精细化发展的需求。二是立法难度偏低。分散型商事调解立法能有效回避统一型立法所需复杂的立法程序和立法技术,立法阻力较弱,可以及时填补法律空白,规则解释与修改程序也更加灵活。三是权威性缺乏。在立法时机欠成熟时,分散型商事调解立法通常以政策性文件的形式呈现,与法律相比缺乏权威性。部分分散型商事调解立法带有“实验”性质,其立法目的之一是为统一型立法积蓄经验。

## 二、中国商事调解立法模式选择的因果性解释

马克斯·韦伯认为,“理想类型”要确保意义上的妥当与因果上的妥当,需要进行阐释性理

<sup>②7</sup> 陈书全、王开元:《共享单车地方立法研究——以立法模式选择为视角》,载《中国海洋大学学报(社会科学版)》2018年第3期,第106页。

<sup>②8</sup> 范愉:《商事调解的过去、现在和未来》,载《商事仲裁与调解》2020年第1期,第140页。

<sup>②9</sup> 本文所指的司法解释是广义的,包括狭义的司法解释、司法解释性文件等。

解(interpretive understanding)与因果性解释(causal understanding)。<sup>③</sup>因果性解释指向具体的因果关系问题,属于“客观可能性”的范畴,可确保社会学知识的客观性。<sup>④</sup>立法更像是法律实用主义观念的具体反射,是社会需求而不是法律理论决定了对立法的选择。<sup>⑤</sup>中国商事调解立法如何在统一型立法模式、渗透型立法模式与分散型立法模式中选择,必须对因果性进行分析,其关键在于是否契合本国的实际,这需从立法目的、法律体系与技术评估等方面予以综合考察。

### (一)立法目的:突破现有调解法律框架的束缚

立法目的是立法预期结果的反映,也充分体现了需要通过立法所解决的问题。当前,我国立法工作的一个重要趋势是“问题导向型立法”,即直接面向具有现代性、复杂性、交叉性与整合性的实践问题,强调在解决具体问题时综合运用多种手段。<sup>⑥</sup>美国学者W.理查德·斯科特即认为:“一部法律产生的动力来源于以下规律:社会行为和社会关系的产生带来需要解决的社会问题,这些问题是新的,且重复和持续性出现。”<sup>⑦</sup>商事调解立法是典型的“问题导向型立法”,其面对的实践问题是:商事调解无论从组织形式,还是运作方式上都已经超出人民调解所能涵盖的制度范畴,因而无法在我国现行以《人民调解法》为主的调解法律框架下有效发展。一是商事调解不具有独立的法律地位。虽然一些行政法规、司法解释与地方立法在一定程度上对商事调解进行了规定,但商事调解在法律层面仍然处于空缺状态。在实践中,商事调解为寻求合法性地位,往往被称为“专业性、行业性人民调解”。二是商事调解组织发展层面的冲突。商事调解组织生存于难以成立、无主管机关支持的逼仄空间。特别是营利性商事调解组织、商事调解收费等规定,将与《人民调解法》中调解组织应具有公益性、不收取费用的规定相冲突。三是商事调解协议效力层面的冲突。《新加坡调解公约》规定国际商事调解协议直接具有强制执行效力,而我国的调解法律规范未区分国内与国际商事调解协议,商事调解协议也不具有强制执行效力。

无论从组织形式,还是运作方式上看,商事调解都已经超出现有调解法律所能涵盖的制度范畴,我国亟待通过商事调解立法促进、规范与保障我国商事调解的发展。渗透型立法模式是对现行法律的改良。在《人民调解法》《仲裁法》中规定商事调解制度,将局限于公益性商事调解、仲裁中的调解、仲裁与调解相结合等制度,难以打破原有法律框架,不能从根本上解决立法滞后所带来的一系列问题。从2021年《中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)》看,《仲裁法》的修订并未考虑纳入商事调解的相关内容。分散型立法在结构上处于分散状态,单项立

<sup>③</sup> See WEBER M. Economy and society: an outline of interpretive sociology, Berkeley: University of California Press, 1978:4.

<sup>④</sup> 参见俞凌云、林杰:《“理想类型”与比较教育研究方法论》,载《比较教育研究》2022年第1期,第61页。

<sup>⑤</sup> 参见[美]本杰明·卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆1997年版,第72-73页。

<sup>⑥</sup> 参见尹亚军:《“问题导向式立法”:一个经济法立法趋势》,载《法制与社会发展》2017年第1期,第68页。

<sup>⑦</sup> [美]W.理查德·斯科特:《制度与组织——思想观念与物质利益》,姚伟、王黎芳译,中国人民大学出版社2010年版,第113-114页。



法的时机、条件、目标、任务等各不相同,难免出现规则“逸出”的现象。这恐怕会陷入伯尔曼批评的那样,法律被看作只是由共同的“技术”联结起来的“一盘大杂烩”。<sup>⑤</sup> 所以,进行统一型商事调解立法,规范商事调解的全部构成要素,形成全新的、具有体系性与独立性的法律,才能使商事调解摆脱以《人民调解法》为主的调解法律框架的“阴影”与“束缚”。

## (二) 法律体系:非诉讼程序法体系融贯性的需求

法律体系是国家所有法律规范依照一定的原则和要求分类为不同法律部门而形成的有机联系的统一整体。<sup>⑥</sup> 中国特色社会主义法律体系由宪法及宪法相关法、民法商法、行政法、经济法、社会法、刑法、诉讼与非诉讼程序法组成,商事调解立法则属于非诉讼程序法的范畴。具有一贯性和统一性是任何体系的必要特征,融贯性对法律体系具有重要意义。<sup>⑦</sup> 具体而言,法律体系融贯性蕴含形式要求与实质要求。<sup>⑧</sup>

形式上的逻辑一致性或连贯性,即在法律体系中不能存在有明显冲突的法律规范,应满足形式正义的要求。<sup>⑨</sup> 我国主要的非诉讼程序法及其法律结构如下:《公证法》分为总则、公证机构、公证员、公证程序、公证效力、法律责任、附则等章;《人民调解法》分为总则、人民调解委员会、人民调解员、调解程序、调解协议、附则等章;《仲裁法》分为总则、仲裁委员会和仲裁协会、仲裁协议、仲裁程序、申请撤销裁决、执行、涉外仲裁的特别规定、附则等章。可见,当公证、人民调解、仲裁等作为一种新的制度需要通过立法予以规制时,我国采用的均为统一型立法模式。这些非诉讼程序法不是单纯的“程序法”,而是将组织法规范和程序法规范融为一体的综合法,呈现“组织—程序”的结构,即先规定非诉讼纠纷解决组织及其人员,再规定纠纷解决程序。英国学者约瑟夫·拉兹在论述法律体系结构内部关系的“个别化原则”时指出,被个别化原则所个别化的法律不应该严重偏离。<sup>⑩</sup> 基于法律体系融贯性的要求,商事调解立法也应采用统一型立法模式,通过设置商事调解总则规范、组织规范、程序规范等来满足“组织—程序”结构的立法需求。

理念或实质价值间无根本冲突,即所有的法律规范都必然是以体系化的方式被连接在一起的,所有的法律规范都可以,也必须被放入整个法律体系中加以理解。<sup>⑪</sup> 任何法律体系都可

<sup>⑤</sup> 参见[美]伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第44页。

<sup>⑥</sup> 参见张志铭:《转型中国的法律体系建构》,载《中国法学》2009年第2期,第141页。

<sup>⑦</sup> See Robert Alexy, Aleksander Peczenik, “The Concept of Coherence and Its Significance for Diskursive Rationality”, Ratio Juris, Vol. 3, No. 1, 1990, p. 144.

<sup>⑧</sup> See Claus - Wilhelm Canaris, Systemsdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, Berlin, 1969, S. 12 f.

<sup>⑨</sup> See Stephen Pethick, “Solving the Impossible: the Puzzle of Coherence, Consistency and Law”, Northern Ireland Legal Quarterly, Vol. 59, No. 4, 2008, p. 399.

<sup>⑩</sup> [英]约瑟夫·拉兹:《法律体系的概念》,吴玉章译,商务印书馆2018年版,第177页。

<sup>⑪</sup> 参见雷磊:《融贯性与法律体系的建构——兼论当代中国法律体系的融贯化》,载《法学家》2012年第2期,第6页。

以划分出不同层次的子体系,这些子体系是同类法律规范构成的单位。<sup>②</sup>非诉讼程序法可以分为专门性非诉讼程序法与综合性非诉讼程序法。专门性非诉讼程序法单独规定某一种非诉讼纠纷解决机制,包括《公证法》《人民调解法》《仲裁法》等。综合性非诉讼程序法包括《劳动争议调解仲裁法》《农村土地承包经营纠纷调解仲裁法》等,其“综合性”体现在两个方面:同时规范多种非诉讼纠纷解决机制,如同时规范调解与仲裁;与其他法律部门发生交叉,既可视作非诉讼程序法,也可被划归为社会法、经济法等。将商事调解立法置于非诉讼程序法体系中予以审视,商事调解是一种单一的非诉讼纠纷解决机制,也未涉及其他法律部门,应将商事调解立法定位为专门性非诉讼程序法。而统一型立法更具备系统性,是专门针对某一制度进行规制的立法模式,契合专门性非诉讼程序法的立法要求。

### (三)技术评估:立法制定与实施的双重可行性

立法技术的评估和分析,应当包括法的制定与实施两个部分。<sup>③</sup>在渗透型立法模式中,主张将商事调解规则纳入综合性调解法的可操作性不强。第一,综合性的调解法不可能事无巨细地对每一种调解制度或程序都作出具体明确的规定,因此只能成为一种基本框架和原则性的法律。<sup>④</sup>正如马克斯·韦伯所言,一味强调遵循法律科学阐述的“原理”和只有在法学家想象里才有的“公理”,失望就是不可避免的。<sup>⑤</sup>第二,在行政调解、行业调解等发展还很不成熟的情况下,寄希望于通过制定综合性调解法一揽子解决所有问题,显然存在诸多难以突破的实践障碍。第三,综合性调解法可能会与其他实体法或程序法有所重复、交叉甚至冲突,在立法技术方面存在较大难度。然而,进行统一型商事调解立法在立法制定与立法实施层面均具有可行性。

首先,统一型商事调解立法制定的可行性。其一,已有各项政策、法律法规提供的制度基础。中共中央办公厅、国务院办公厅印发的规范性文件规定,具备条件、在国际上享有良好声誉的国内调解机构开展商事调解,支持有条件的律师事务所参与商事调解,商事调解协议书可经司法确认获得强制执行力。<sup>⑥</sup>最高人民法院、司法部等部门制定或联合发布的规范性文件从实施主体、程序衔接、协议效力等层面认可与倡导了商事调解。<sup>⑦</sup>多元化纠纷解决地方立法对

② 舒国滢:《法哲学沉思录》,广西师范大学出版社2021年版,第255页。

③ 参见徐向华主编:《立法学教程》,北京大学出版社2017年版,第288页。

④ 范愉:《有关调解法制定的若干问题(上)》,载《中国司法》2005年第10期,第73页。

⑤ 参见[德]马克斯·韦伯:《论经济与社会中的法律》,张乃根译,中国大百科全书出版社1998年版,第308页。

⑥ 参见《关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见》《关于加快推进公共法律服务体系建设的意见》等。

⑦ 参见《最高人民法院关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》《最高人民法院关于人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》《最高人民法院关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》《最高人民法院、中华全国归国华侨联合会关于在部分地区开展涉侨纠纷多元化解试点工作的意见》《全国工商联、司法部关于推进商会人民调解工作的意见》等。

商事调解的组织类型、案件范围、收费规则等进行了较为具体的规定。<sup>④⑧</sup>其二,已有我国《人民调解法》制定的技术经验。司法部经过几年的调研、论证,几易其稿,起草了《人民调解法(草案送审稿)》。国务院法制办在广泛征求意见的基础上,会同司法部反复研究修改,形成《人民调解法(草案)》。经过向社会各界征求意见与多次修改,全国人大常委会审议通过了《人民调解法》。该法作为统一型立法,其制定经验将为统一型商事调解立法提供丰富养料。其三,已有国际示范法与外国立法作为参考样本。世界各国的商事调解立法主要受《国际商事调解示范法》影响,也多为统一型立法模式。这些立法在适用范围、组织构建、程序设置等方面为我国提供了重要的参考样本。

其次,统一型商事调解立法实施的可行性。不同于民间法、习惯法、行动中的法等具有较强的自动执行性,国家立法的有效执行需要具备多种因素。第一,从阻力消解角度看,我国政治体制决定了“自上而下”推行统一型商事调解立法的可行性。按当下中国一些政治精英和学者的阐释,中国已形成较为独特的“执政党主导的国家治理模式”,具有“举国体制”的动员力与高效率。<sup>④⑨</sup>有中央党政部门发布统一的标准和规定,将使统一型商事调解立法实施的完整性、效率性与落实性更强。第二,从法律执行主体角度看,较为充足的商事调解员储备为统一型商事调解立法的实施提供了人才保障。目前,国内知名调解组织已经开展多期商事调解员培训,全国许多高等院校也在开设调解课程,培育了一大批合格的商事调解员。最高人民法院与司法部联合发布《关于开展律师调解试点工作的意见》,有大量律师正扮演着商事调解员的角色。<sup>⑤⑩</sup>第三,从执法成本角度看,商事调解的市场化发展将使统一型商事调解立法走向自动实施的新场景。当商事调解组织提供的服务日益优化,纠纷当事人对商事调解的偏好程度增强,商事调解的需求量将随之增多。

综上所述,我国宜采用统一型商事调解立法模式,即以联合国《国际商事调解示范法》为蓝本,充分研究和参考有关国家行之有效的商事调解立法,并在总结和梳理我国商事调解实践经验的基础上,制定独立的商事调解法。

### 三、统一型立法模式下的商事调解法制定方法

在选择统一型立法模式后,随之而来的问题是,如何在该模式下进行商事调解法的制定。

#### (一) 界定“商事调解”概念

商事调解的内涵与外延涉及法律的调整范围,围绕商事调解概念展开的基本逻辑主线也是法律内在结构体系性的重要体现,对实现法律周延性与协调性具有重要意义。然而,现有法

<sup>④⑧</sup> 参见《厦门经济特区多元化纠纷解决机制促进条例》《山东省多元化解纠纷促进条例》《黑龙江省社会矛盾纠纷多元化解条例》《福建省多元化解纠纷条例》《安徽省矛盾纠纷多元化解促进条例》《武汉市多元化解纠纷促进条例》《上海市促进多元化解矛盾纠纷条例》《深圳经济特区矛盾纠纷多元化解条例》等。

<sup>④⑨</sup> 何平立、沈瑞英:《对中国模式的挑战:“纵向民主”与中产阶层发育问题》,载《社会科学研究》2010年第4期,第69页。

<sup>⑤⑩</sup> 参见赵毅宇、廖永安:《我国律师调解制度中的角色冲突及其化解路径》,载《湘潭大学学报(哲学社会科学版)》2019年第4期,第91-98页。

律规范通常对商事调解概念置之不理,各类教科书往往也浅尝辄止,专著或论文中的各类学说观点更是莫衷一是。法律概念的形成以事实类型化为预备阶段,同时还需要实质性的评价观点以及形式性的概念范畴方能得以展开。<sup>⑤1</sup>

基于商法存在商法客观主义与商法主观主义这一线索,<sup>⑤2</sup>通过梳理相关规范性法律文件与学说观点,可以发现商事调解概念也存在主观主义与客观主义两种模式,且客观主义模式为当前的主流观点或多数意见。商事调解客观主义重视商事调解行为的基础性作用,强调针对商事纠纷的调解行为所具有的特殊性,是基于纠纷类型的一元定义。如有学者旗帜鲜明地指出:“商事调解就是按照纠纷类型进行的一种分类,是指为解决传统商事纠纷——商事主体之间有关商事活动的争议——而设立的专门性调解。”<sup>⑤3</sup>商事调解主观主义重视调解主体的基础性作用,是基于商事调解组织对商事调解进行的概念界定。有学者即将商事调解定义为:“依法成立的商事调解组织对当事人申请的民商事纠纷进行调解的活动。”<sup>⑤4</sup>理解商事调解概念的困难之处在于它交织着主观主义与客观主义。在统一型商事调解立法的语境下界定商事调解概念,应把握商事调解客观主义与主观主义的辩证关系,即商事调解概念应坚持“重点论”与“两点论”相统一。

以主观主义商事调解为“重点论”,即以商事调解组织为基础定义商事调解。根据主持主体的不同,可分为司法调解、行政调解与民间调解三类。<sup>⑤5</sup>在统一型商事调解立法模式下,商事调解应与法院调解、行政调解,以及民间调解中的人民调解等类型进行区分,其内含着由独立的商事调解组织进行的调解活动。商事调解组织的性质应为民间性,而非司法性与行政性。也就是说,只有民间性商事调解组织进行的调解活动才能作为商事调解法的调整范围。民间性商事调解组织应以法人和非法人组织分类中最具有法律意义的根本差异即“是否营利”作为分类标准,分为非营利性商事调解组织与营利性商事调解组织。非营利性商事调解组织包括事业单位型、社会团体型、社会服务机构型等;营利性商事调解组织涵盖公司型、合伙企业型、个人独资企业型等。

“两点论”要求在突出商事调解主体基础性作用的同时,也要兼顾商事调解行为的制约作用。商事调解行为的范围是体现制约作用的首要因素,进而需要解决两个问题:商事纠纷的范围如何确定?商事调解组织对非商事纠纷进行调解的,是否能认定为商事调解?首先,商事纠纷的范围可参照《国际商事调解示范法》的规定。该示范法规定“商事”一词应作广义解释,涵盖由一切商业性质关系而发生的事项,无论这种关系是否属于合同关系。其次,商事调解组织

⑤1 参见毋国平:《法律概念的形成思维》,载《北方法学》2017年第5期,第124-138页。

⑤2 商法客观主义的内涵在于重视商行为的基础性作用,以商行为解释商事主体的范围,强调商事主体资格对商行为的依存;商法主观主义重视商主体概念的基础性作用,以商主体概念解释商行为的范围,强调商行为对商事主体资格的依存。

⑤3 范愉:《商事调解的过去、现在和未来》,载《商事仲裁与调解》2020年第1期,第127页。

⑤4 廖永安主编:《调解学教程》,中国人民大学出版社2019年版,第140页。

⑤5 参见范愉:《非诉纠纷解决机制研究》,中国人民大学出版社2000年版,第376-383页。

对部分民事纠纷进行调解的行为属于商事调解法的调整范围。该命题可以“附属商行理论”作为理论基础。附属商行为原本是民事行为,由于这些民事行为依附于商人或者其他商行为,因此法律认可其商事性。<sup>⑤</sup>正如学者指出的:“行为的性质或标的虽然是民事性质的,但只要它们由商人在商事经营活动中所实施,则它们可以成为商行为。”<sup>⑥</sup>将商事实体法中的“附属商行为理论”映射到商事调解行为中,依附性商事调解行为属于依附于商事调解组织的商事调解,即当事人自愿选择商事调解组织对其民事纠纷进行调解的,也属于商事调解法调整的范畴。综上所述,商事调解立法所调整的商事调解,是指当事人自愿通过依法设立的商事调解组织的协调、引导,在平等协商的基础上自愿达成调解协议,解决商事纠纷的活动。

(二)构建“总则—分则”的结构体系

法律结构是指法律应当具备的各个组成部分及法律条文之间,从形式到内容应当按照其内在规律要求,做出科学合理的排列、组合和联结的方式。<sup>⑦</sup>体系方法的本质在于对内在关联或者亲和性进行认识和描述,<sup>⑧</sup>法律结构的体系性则主要取决于总则对分则的涵摄性以及分则之间的协调性。古今中外发达的成文法国家,在法律结构上多采用总分形式,我国现有相对成熟的成文法体例,如《民法典》《刑法》《人民调解法》,皆采用总则、分则形式展开。在没有过往经验参照的情况下,商事调解法宜借鉴现有相对成熟的立法体例,先明确法律名称,再构建总则、分则的结构形式,如表2所示。

表2 商事调解法的结构体系

|         |   |
|---------|---|
| 法律名称    | 《中华人民共和国商事调解法》                              |
| 总则部分    | 第一章 总则                                      |
| 分则部分组织法 | 第二章 商事调解组织<br>第三章 商事调解员                     |
| 分则部分程序法 | 第四章 商事调解程序<br>第五章 商事调解协议<br>第六章 涉外商事调解的特别规定 |
| 附则部分    | 第七章 附则                                      |

法律名称应反映法律调整内容、法律效力范围与法律效力等级三个基本要素。其一,统一型商事调解立法的调整内容是全要素的商事调解,是指当事人自愿通过依法设立的商事调解组织的协调、引导,在平等协商的基础上自愿达成调解协议,解决商事纠纷的活动。其二,商事

⑤ 参见刘朗泉:《中国商事法》,商务印书馆2011年版,第41-44页。  
⑥ 张民安:《商法总则制度研究》,法律出版社2007年版,第305页。  
⑦ 李培传:《论立法》,中国法制出版社2004年版,第282页。  
⑧ [德]萨维尼:《当代罗马法体系I》,朱虎译,中国法制出版社2010年版,第14页。

调解法的效力范围为全国,应在法律名称上冠以“中华人民共和国”。其三,商事调解法的法律效力等级应为全国人大及其常务委员会制定的法律,因而使用“法”,不使用“条例”等。据此,统一型商事调解立法的法律名称应为《中华人民共和国商事调解法》,简称《商事调解法》。

在法教义学的体系化思维中,总则是从各类规范中“提取公因式”<sup>⑩</sup>的结果。总则规范不直接规定被调整的法律关系主体的具体行为模式,而是在法律调整中执行某些专门职能,这些规范在立法学理论中也被称为“专门化规范”。<sup>⑪</sup>商事调解法的总则可主要分为三个部分:原则性规范、定义性规范和业务性规范。原则性规范在形式上不具备法律规范所必需的假定、处理、制裁的结构要素,其功能在于确定商事调解法的指导思想、目的、任务或者基本价值取向。定义性规范的功能是确定和解释商事调解等具有普遍意义的概念或术语的特定含义。业务性规范是专门规定商事调解法效力范围的规范,包括时间效力、空间效力、对人的效力与对事的效力。

分则是法的整体中与总则相对应的部分,使总则中的立法目的、根据、法的原则等内容得以具体化。在分则的设计上,商事调解法应由组织法与程序法构成,即包括实体法与程序法两个方面。在实体法方面,商法主要包括组织法和行为法两部分,商事组织法是解决主体地位的规范,商事行为法是划分行为合法与违法界限的规范。商事调解属于“商事救济法学”的组成部分,<sup>⑫</sup>因而商事调解法的分则可以参照商法的设置。在程序法方面,商事调解法属于非诉讼程序法体系的范畴,我国的非诉讼程序法均为将组织法和程序法融为一体的综合法。为实现法律体系的融贯性,商事调解法分则的制定也应采取“组织—程序”的结构体系。组织法部分可以分为商事调解组织、商事调解员两章;程序法部分可以分为商事调解程序、商事调解协议与涉外商事调解的特别规定三章。此外,商事调解法还应规定附则部分,具体包括授权司法部制定实施细则的规定、宣告有关法律规范失效或者废止的规定、实施时间的规定等。

### (三)形成“二相对偶”的规范内容

系统在某一时刻所处的状态称为“相”,其所处的虚、实状态分别是“虚相”和“实相”,二相之间呈现对偶关系。<sup>⑬</sup>物质世界与精神世界的任一系统都是存在对偶关系的系统,同时,一个系统的对偶相并非唯一,系统可以从多个角度得到它的多种对偶关系。<sup>⑭</sup>在统一型立法模式下,商事调解法作为一个系统,其规范内容至少存在以下几种对偶关系。

其一,组织性规范与程序性规范的对偶关系。商事调解法属于综合法,应包含组织规范与程序规范。组织是一个物质的、具体的、有指向的,由一定结构组成的有机体的集合,在这个集合中存在着自身的运行系统和调控机制。<sup>⑮</sup>商事调解组织规范应涉及商事调解组织的性质、类

⑩ [德]茨威格特、克茨:《比较法总论》(上),潘汉典等译,中国法制出版社2017年版,第273页。

⑪ 参见朱力宇、叶传星主编:《立法学》,中国人民大学出版社2015年版,第253-256页。

⑫ 商事救济法学以商事权利人的权利救济为中心,主要探讨商事自力救济、商事调解、仲裁、诉讼等商事程序问题。参见官欣荣主编:《新编商法原理》,中国检察出版社2009年版,第17页。

⑬ 参见范如国:《“全球风险社会”治理:复杂性范式与中国参与》,载《中国社会科学》2017年第2期,第74页。

⑭ 参见徐飞、高隆昌:《二象对偶空间与管理学二象论》,科学出版社2005年版,第84页。

⑮ 参见邓向荣:《资源配置机制与企业组织演化的理论研究》,中国财政经济出版社2006年版,第6-7页。

型、成立条件、内部机构、管理规则、收费规则、登记机关、主管机关、调解员的选任与管理等内容。商事调解是调解现代化转型的产物,商事调解程序应按照以一定顺序、方式和手续进行。商事调解程序规范应涵盖商事调解的普通程序、衔接程序、涉外程序、调解协议效力等内容。

其二,授权性规范与义务性规范的对偶关系。授权性规范是允许主体做出某种行为的法律规则,它规定主体享有做出或者不做出某种行为的自由。义务性规范是规定义务主体必须做出某种积极行为,以满足权利人利益的规则。比较而言,《仲裁法》的立法内容多采用义务性或准入性规范,严格规制仲裁机构、仲裁员与仲裁程序。商事调解法应主要采用授权性的法律规范,如鼓励成立非营利性与营利性商事调解组织、赋予商事调解协议执行效力,但也需要义务性规范,如商事调解组织成立应符合法定的成立要件,商事调解需要遵循法定的程序。

其三,社会自治性规范与司法利用性规范的对偶关系。商事调解法很难简单划归为公法、社会法或者私法等任何一个领域。民间商事调解组织在纠纷当事人自愿申请调解的基础上解决纠纷,即具有社会自治性。但商事调解法也不能忽视国家与社会之间的良性互动,应调整与司法机关衔接的活动和程序,如与审判程序衔接(委托委派商事调解)、与司法确认程序衔接(商事调解协议司法确认),以及与执行程序的衔接(涉外商事调解协议执行),由此体现出司法利用性。这些商事调解与司法程序的衔接规则都可归属于国家与社会之间良性互动的“第三领域”。<sup>⑥</sup>

其四,公益性规范与市场性规范的对偶关系。商事调解作为物品或服务的供给方式由商事调解组织的性质决定。非营利性商事调解组织具有公益性,其供给的商事调解属于公共物品;营利性商事调解组织具有私益性,其供给的商事调解属于私人物品。一方面,商事调解法规定非营利性组织开展商事调解工作,这些组织虽然向当事人收取一定的调解费用,但不能将收益转化为私人财产,其开展的商事调解仍具有公益性。另一方面,商事调解法鼓励营利性组织提供商事调解服务,依靠市场机制形成均衡价格,实行完全的市场化。随着社会的发展,公益性与市场性的商事调解的利用率,会呈现此消彼长的动态过程。决定这一变化的因素,既包括社会纠纷解决的需要、各种社会权力之间的博弈和竞争、国家的资源配置,也包括社会公众和当事人的选择。

其五,国内性规范与涉外性规范的对偶关系。商事调解中各方当事人的住所地或经营地不在同一国家和地区,以及商事关系中相当一部分义务履行地所在国家和地区或者与争议事项关系最密切的国家和地区,不是当事人住所地所在国家和地区的,为涉外商事调解。由于涉外因素的存在,涉外商事调解的部分规范应与国内商事调解规范存在区别,实行国内商事调解与涉外商事调解“双轨制”。即商事调解法应设置“涉外商事调解程序”专章,涉外商事调解程序有特别规定的适用特别规定,没有特别规定的,适用国内商事调解的一般规定。涉外商事调解规范应重点规定涉外商事调解协议执行机制,包括执行法院的级别管辖与地域管辖规则,涉

<sup>⑥</sup> 参见[美]黄宗智:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,上海书店出版社2007年版,第91-111页。

外商事调解协议执行中的申请、审查、执行、保障等程序规则。涉外商事调解规范中的特殊规范还应包括:关于当事人在非执行程序中援用调解协议以证明相关争议已经得到解决的规则、个人调解规则、调解中的语言与调解员资格规则等。

## The Choice and Implementation of Legislative Models for Commercial Mediation in China

Zhao Yiyu

**Abstract:** The choice of legislative mode is the primary issue of the substantive construction of China's commercial mediation legislation. Only when the legislative mode is determined can we design the structure of the legal text and draft specific provisions. The legislative models of foreign commercial mediation under the influence of the "Model Law of International Commercial Mediation" and the main viewpoints of China's commercial mediation legislative models can be classified into unified legislative models, embedded legislative models and decentralized legislative models. The unified commercial mediation legislative model is more in line with the legislative purpose of breaking through the shackles of the existing mediation legal framework, meeting the needs of the integration of the non-litigation dispute resolution law system, and also has the dual feasibility of formulation and implementation in legislative technology. Under the unified legislative model, the formulation method of the commercial mediation law includes defining the concept of commercial mediation from the dialectical relationship between subjectivism and objectivism, constructing a structural system combining general principles and specific provisions, and forming five dual relationships in the normative content: organization and procedure, authorization and obligation, social autonomy and judicial utilization, public welfare and market, domestic and foreign.

**Keywords:** commercial mediation; legislative model; unified legislation; commercial mediation law; Singapore Mediation Convention

(责任编辑:杨志航)