

中国商事调解立法理由的体系化展开

赵毅宇

(中国人民大学 法学院,北京 100872)

摘要:商事调解立法在启动前,必须进行体系化的立法理由论证。在正当性论证上,公共物品的供给方式理论、商事纠纷的特殊性原理、立法和改革的辩证关系,说明了商事调解作为立法调整对象与人民调解相比具有特殊性,以及商事调解制度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:商事调解实践为立法提供稳定的调整对象,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,商事调解的合法性难题必须依靠立法解决。商事调解法律规制的逻辑进路、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。

关键词:商事调解;立法理由;正当性;必要性;可行性

中图分类号:D997.4 **文献标志码:**A **文章编号:**2096-028X(2023)02-0049-11

Systematic Development of Legislative Reasons for Commercial Mediation in China

ZHAO Yiyu

(School of Law, Renmin University of China, Beijing 100872, China)

Abstract: Before the commencement of commercial mediation legislation, a systematic justification for legislation must be conducted. In terms of justification, the theory of the supply mode of public goods, the particularity principle of commercial disputes, and the dialectical relationship between legislation and reform, all show that commercial mediation, as the object of legislative adjustment, has its particularity compared with people's mediation, and that the reform of commercial mediation should be carried out in a legislative way first. The necessity of commercial mediation legislation is mainly reflected in the fact that commercial mediation practice provides a stable adjustment object for legislation adjustment, the external pressure brought by the development of international commercial mediation, the endogenous power generated by the national key development plan, and the legitimacy problem of commercial mediation must be solved by legislation. The logical approach to legal regulation of commercial mediation, the text basis of commercial mediation legislation, and the promotion mechanism of commercial mediation legislation determine the feasibility of commercial mediation legislation.

Key words: commercial mediation; legislative reasons; justifiability; necessity; feasibility

党的二十大报告指出:“在社会基层坚持和发展新时代‘枫桥经验’,完善正确处理新形势下人民内部矛盾机制,……”^①而调解作为处理人民内部矛盾的重要机制,在现代化转型的过程中呈现出多种多样却

缺乏法律依据,政府推动力强但市场化缓慢,队伍庞大而职业化较弱等窘境。^②这些问题最为集中地反映在商事调解上。近年来,全国人大代表提出了多份商事调解立法的议案,^③商务部、司法部也正在筹备商事

收稿日期:2023-05-16

基金项目:2020年度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)

作者简介:赵毅宇,男,中国人民大学法学院讲师,中国人民大学未来法治研究院研究人员。

^① 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》,载《人民日报》2022年10月26日,第1版。

^② 参见廖永安等:《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1页。

^③ 参见丁光宏:《加快制定〈商事调解法〉》,载中国民主同盟上海市委员会网站2020年5月20日, <https://www.minmengsh.gov.cn/shmm/n28/n127/u1ai11849.html>;张苏军:《积极推动商事调解立法》,载微信公众号“多元化纠纷解决机制”2021年1月18日, https://mp.weixin.qq.com/s/Rsiq1HmSBiNVUXrm_4F4fQ。

调解立法工作。^①可以看出,通过立法的方式擘画商事调解发展蓝图的理念已在官方层面得到重视。在社会资源总体有限的背景下,立法必然涉及各方利益的重新调整,因此,在启动前始终面临着立法理由论证问题。也只有将行动诉诸“理由”概念,才能较完整地理解其内容、评估其重要性。^②

现有关于商事调解立法理由的研究,大多数是基于回应《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》(简称《新加坡调解公约》)的冲击展开的。^③但《新加坡调解公约》仅针对国际商事调解协议的承认与执行议题,^④未涉及国内商事调解规范,因而商事调解立法理由仍未得到体系化的证成。这也导致了商事调解立法实质建构型的研究和实践畏手畏脚,迟迟未曾深入。从立法学视角看,无论理论研究还是立法实践已形成不成文惯例:是否启动立法,要看立法的正当性、必要性和可行性。^⑤笔者从这三个层面出发,围绕以下问题,体系化地论证商事调解立法理由:商事调解立法在理论上能否证成?商事调解立法现在是必需的吗?商事调解立法在当下中国行得通吗?

一、商事调解立法的理论证成

正当性(legitimacy)概念极为复杂,^⑥就其类型而言,有哲学意义上的正当性、社会学意义上的正当性和法教义学意义上的正当性。综合多种对正当性概念的解说,正当性是在理性和经验两个维度上寻求最高的合法性:在理性层面,要求符合某种规范或客观标准;在经验层面,要求体现公众主观意志的表达。^⑦当前,中国的调解法律框架以《中华人民共和国民事诉讼法》(简称《人民调解法》)为主,商事调解立法的正当性论证应聚焦在:商事调解作为立法调整对象与人民调解相比具有特殊性,以及商事调解制度改革先以立法方式进行。其中,商事调解特

殊性论证又可以分为两个层面:在商事调解主体层面,重点论证商事调解主体具备公益性与市场性的双重属性;在商事调解行为层面,重点论证商事纠纷特殊性对调解行为的影响。由此,可以发展出商事调解立法正当性论证的“主体—行为—立法”三维理论框架。

(一)商事调解主体:公共物品的供给方式理论

根据《人民调解法》的规定,人民调解的主体是人民调解委员会,其调解民间纠纷,不收取任何费用,具有公益性。商事调解的主体是商事调解组织,商事调解组织在具备公益性的同时,是否还具备市场性,是商事调解主体区别于人民调解主体的关键要素,也是论证商事调解立法正当性不可回避的问题。公共物品理论为此提供了重要的理论依据。

公共物品是公共选择学派、当代政治经济学派在分析公共财政问题过程中提出的概念。始于马歇尔的新古典经济学为私人物品的生产与消费提供了全面详细的理论解释,而对于现实生活中大量存在的公共物品却很少涉及,因而对公共物品问题的专门研究构成了对主流经济学的发展和完善。对公共物品问题的研究经历了从“客观属性”到“供给方式”的发展与演变。^⑧前者从物品本身的客观技术特性,即消费的非竞争性和非排他性入手来研究公共物品。如萨缪尔森通过消费的竞争性与消费的非竞争性定义私人消费品与公共消费品。^⑨后者采用宪法经济学(constitutional economics)方法,认为“公共”与“私人”只是供给方式不同,无关于物品本身属性。如马摩罗提出,物品是由市场还是由政府来提供是由全体消费者进行决策的结果,政府和市场有各自不同的分工,分别提供公共物品和私人物品,二者处于平等的地位。^⑩根据该理论,商事调解组

① 参见《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》,载中华人民共和国司法部网站2020年12月31日,http://www.moj.gov.cn/pub/sfbgw/zwxgk/fdzgkkr/fdzgkkrjyta/202012/t20201231_208302.html。

② 参见谢世民主编:《理由转向:规范性之哲学研究》,台大出版中心2015年版,第1页。

③ 参见温先涛:《〈新加坡公约〉与中国商事调解——与〈纽约公约〉〈选择法院协议公约〉相比较》,载《中国法律评论》2019年第1期,第198-208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;熊浩:《语境论视野下的〈新加坡调解公约〉与中国商事调解立法:以调解模式为中心》,载《法学家》2022年第6期,第17-30页。

④ Timothy Schnabel, *The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements*, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Vol. 19:1, p. 1 (2019).

⑤ 参见于兆波:《立法必要性可行性的理论基础与我国立法完善——以英国立法为视角》,载《法学杂志》2014年第11期,第55页。

⑥ “legitimacy”常被译作“合法性”,但“合法性”在中西语境中含义不同。西方语汇里的“法”具有理性、权利、公平、正义的“自然法”之义,而在中国语境中的“法”基本上就是指立法意义上之实定法。因此,“legitimacy”一词如果不拘泥于直译,“正当性”不失为一个好的译法。参见刘杨:《正当性与合法性概念辨析》,载《法制与社会发展》2008年第3期,第13页。

⑦ 参见刘杨:《正当性与合法性概念辨析》,载《法制与社会发展》2008年第3期,第15页。

⑧ 参见臧旭恒、曲创:《从客观属性到宪政决策——论“公共物品”概念的发展与演变》,载《山东大学学报(人文社会科学版)》2002年第2期,第37页。

⑨ Paul A. Samuelson, *Diagrammatic Exposition of a Theory of Public Expenditure*, *Review of Economics and Statistics*, Vol. 21:350, p. 350 (1955).

⑩ Elisabetta Marmolo, *A Constitutional Theory of Public Goods*, *Journal of Economic Behavior & Organization*, Vol. 38:27, p. 37 (1999).

组织的性质决定了商事调解作为物品的供给方式。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。非营利性商事调解组织进行商事调解的正当性原理是公共法律服务市场化原理。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。营利性商事调解组织进行商事调解的正当性原理是商事调解作为私人服务具有的市场性原理。

首先是公共物品供给型的商事调解。在全球福利时代,民事诉讼作为纠纷解决中的重要方式,属于“社会救助环节”,具有明显的公共物品(或称公共服务)属性。^① 调解作为一种重要且普遍的纠纷解决方式,同样如此。大陆法系国家的调解大多以法院为中心展开,调解被当作由法院依职权提供的公共物品,内嵌于诉讼程序之中。^② 当前,中国提供作为公共物品的调解主要是人民调解与法院调解,而商事调解作为调解的一种类型也应具有公共物品属性。如美国仲裁协会调解中心、英国有效争议解决中心、新加坡调解中心、香港和解中心等域外知名的商事调解组织均属于非营利性组织。国内被纳入最高人民法院“一站式”国际商事纠纷多元化解机制的调解机构——中国国际贸易促进委员会调解中心、上海经贸商事调解中心同样具有非营利性。伴随着全球化和市场化的发展,公共服务市场化的理念开始得到有效运用,中国也在不断地探索适合国情的公共服务市场化方式。公共物品供给型商事调解的市场化是公共服务市场化的重要表现形式,其可以通过政府与社会的合作,利用竞争机制、价格机制、供求机制与约束机制,调动社会资源参与商事调解服务的供给。商事调解市场化的具体表现为:政府对商事调解服务的决策监督与供给执行分开进行;政府对商事调解服务进行市场化采购,同时催生市场主体的多元化和市场竞争;享受商事调解服务的居民具有选择的权利和选择的机会,同时应承担缴费义务。^③

其次是私人物品供给型的商事调解。随着社会经济的发展,部分公共物品会出现向私人物品转化的现象。^④ 在英美法系,纠纷解决领域面向公民和

私人领域开放的理念促成了调解的多样化,形成“调解总动员”的“市场模式”。^⑤ 其主要特征有:私人调解组织承担了国家应当担当的角色,调解制度在一定程度上脱离了公共领域,调解费用的市场化机制等。由私人物品演变到公共物品,再发展到更高层次的私人物品,是各国经济发展的普遍规律。影响商事调解由公共物品发展到私人物品的原因主要有:其一,当作为公共物品的商事调解的使用超过其最大承载量时,商事调解就具有私人物品的性质;其二,随着人们收入的不断提高,对商事调解的数量和质量要求越来越高,过去不属于生活必需品的商事调解已经逐步地变为生活必需品,这种物品更具有私人物品的性质;其三,物品公共性的特质在某种程度上是由物品本身的生产技术水平决定的,在线纠纷解决机制的较快发展将使商事调解向私人物品转变。

总体看来,公益性与市场性是商事调解的两种基本形态,二者相互依存、相互转化。商事调解立法的作用体现在:一方面,由商事调解法规定非营利性组织开展商事调解工作,这些非营利性组织虽然可以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;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,重点关注服务质量,实行完全的市场化。

(二) 商事调解行为:商事纠纷的特殊性原理

人民调解行为主要针对民间纠纷,而针对商事纠纷的商事调解行为是否具有特殊性,是商事调解立法正当性论证的重点问题。实质上,“民商合一”与“民商分立”的争议只是法典编撰在体例上的安排问题,无论采取哪一种体例,均不影响商法的独立性。^⑥ 商法的独立性决定了商事纠纷的特殊性,该特殊性主要体现在以下方面:一是纠纷当事人的商事性。纠纷当事人通常是商事主体,从事以营利为目的的行为,承担商事法律关系项下的权利义务,各当事人之间因具备平等协商的能力而具有实质平等性。二是纠纷行为的营利性。商事法律关系所保护的价值取向是利益,营利性是商事行为的基本特点。

① 参见王福华:《民事诉讼的社会化》,载《中国法学》2018年第1期,第33页。

② 参见王福华:《现代调解制度若干问题研究》,载《当代法学》2009年第6期,第131页。

③ 参见国务院发展研究中心和世界银行联合课题组:《中国:推进高效、包容、可持续的城镇化》,载《管理世界》2014年第4期,第5-41页;鄢圣文:《非基本公共服务市场化供给研究》,中国经济出版社2015年版,第32页;刘阳:《市场化转型中的地方公共服务立法——以广东为例》,载《华南师范大学学报(社会科学版)》2018年第3期,第159-166页。

④ 参见杨仕兵:《公共物品供给法律制度研究》,中国检察出版社2009年版,第19页。

⑤ 参见王福华:《现代调解制度若干问题研究》,载《当代法学》2009年第6期,第132页。

⑥ 参见刘凯湘:《剪不断,理还乱:民法典制定中民法与商法关系的再思考》,载《环球法律评论》2016年第6期,第107页。

商事主体在以营利为目的的活动中采取的对抗行为,其行为主张和行为手段往往也具有营利性。^①三是纠纷内容的专业性。从纠纷原理上看,商事纠纷的内容是商行为中发生的利益关系。随着市场经济发展带来的专业化分工的加剧,专业技术性强已成为商事纠纷内容的重要特征。基于商事纠纷特殊性原理,商事调解作为商事纠纷的解决方式也具有特殊性。

纠纷当事人的商事性决定当事人在纠纷解决过程中的自主性与参与程度较高、对意思自治的需求更强。调解员应尽量减少对当事人意思自治的干预,在商事调解程序的启动与调解协议的达成上充分尊重当事人的意思自治。而且,作为商事主体平等协商产生的商事调解协议,理应遵循商法的外观主义,具备较人民调解协议更强的法律效力。^②若能充分保障当事人的合意,通过设置合理的调解组织设立条件与调解员资质要求,并对调解进行充分的程序保障,则可以逐步通过立法赋予商事调解协议更强的执行效力。这也与《新加坡调解公约》直接赋予国际商事调解协议执行效力的理念相符。

商事纠纷行为的营利性决定商事纠纷解决的最终目标与“秋菊讨说法”似的情感满足不同,其更倾向于追求利益与效率。麦考利在《企业中的非契约关系的初步研究》中认为,根据对美国企业活动的经验材料的分析,企业在发生合同纠纷时很少诉诸诉讼解决,而是选择谈判、调解等方式,因为他们认为保持其长久建立起来的相互信任与合作关系,比一场官司的胜负更为重要。^③ 麦克尼尔的《新社会契约论》进一步将社会学的方法导入契约法的研究中,认为契约不过是有关规划将来交换的过程的当事人之间的各种关系。^④ 麦克尼尔将契约分为个别性契约和关系性契约,他认为一次性的个别性契约在现代社会并不普遍,契约行为实际上应理解为从个别性交易到关系性交易的有阶段的连锁,契约的履行与纠纷的处理都以保护长期性关系为原则。^⑤ 麦克尼尔建立的关系性契约理论把纠纷解决过程纳入实体法的视野,对在商事纠纷解决中利用和发展调解

产生了深远影响。这些理论资源直指商事纠纷解决的特殊性,将直接成为商事调解立法的重要理论依据。

商事纠纷内容的专业性决定商事调解员的发展应以专业化与职业化为主要方向。在中国,调解员依据《人民调解法》的规定发展,大多呈现兼职化和非专业化的特点,商事调解员的角色无法找到相应法律依据。这也导致中国大部分商事调解组织缺少关于商事调解员名册、商事调解员任职条件、商事调解员培训机制、商事调解员行为规范的规定。因此,为推动商事调解的高效发展,确保商事调解员有明确的聘任和培训途径,保证他们客观、独立、公正地从事商事调解工作,中国商事调解立法对商事调解员的任职条件、资格认证、培训规则、行为准则等专业化与职业化的管理问题进行明确规定具有正当性。

(三) 商事调解立法:立法和改革的辩证关系

中国商事调解制度在法律地位、主体范围、收费规则、协议效力等方面已存在诸多理论与实践问题,相关改革势在必行。而关于商事调解制度改革是否先以立法方式进行的理论探讨,将落脚于立法和改革的辩证关系上。按照辩证唯物主义的观点,立法的特点是“定”,改革的特点是“变”,二者的关系呈现对立统一性,且在中国改革开放以来的实践中不断发展变化。^⑥

其一,经验主义立法阶段的特征是立法确定改革成果。改革开放初期,中国基本处于无法可依的状态,而由具有极高政治权威性与灵活性的党的决策引领改革。法律所确定的改革成果是经实践检验成功的改革决策,立法在客观上便表现出对改革决策的被动迎合。例如,彭真提出:“经过社会实践有了经验,有多少经验,我们就立多少法。”^⑦当前,学界对经验主义立法有鲜明的评判观点,如蔡定剑教授指出:“经验立法导致人大立法权旁落,立法滞后,立法不能适应经济和社会发展的需要。”^⑧

其二,工具主义立法阶段的特征是立法服务于

① 参见中国国际贸易促进委员会/中国国际商会调解中心主持编写:《商事纠纷调解实务》,清华大学出版社2013年版,第7页。

② 参见黄忠顺:《商事调解与民事调解的区分原理及其实现路径——基于2012~2013年中国商事调解研究文献的分析》,载《北京仲裁》2014年第3期,第63页。

③ Stewart Macaulay, *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, *American Sociological Review*, Vol. 28:55, p. 55(1963).

④ 参见[美]麦克尼尔:《新社会契约论》,雷喜宁、潘勤译,中国政法大学出版社1994年版,第4页。

⑤ 参见[美]麦克尼尔:《新社会契约论》,雷喜宁、潘勤译,中国政法大学出版社1994年版,第60页。

⑥ 参见刘松山:《当代中国处理立法与改革关系的策略》,载《法学》2014年第1期,第75页。

⑦ 彭真:《论新时期的社会主义民主与法制建设》,中央文献出版社1989年版,第267页。

⑧ 蔡定剑:《20年人大立法的发展及历史性转变》,载《国家行政学院学报》2000年第5期,第76页。

改革。法律工具主义强调在社会系统中,法律只是实现一定社会目标的工具和手段。20世纪90年代后,中国“无法可依”的局面有所改变,立法已不局限于对改革成果的确证,而是转向注重满足改革和社会的需要,成为保障国家机器运转的工具。学界对工具主义立法的批判也不绝于耳,如谢辉教授认为:“法律工具主义不论在社会导向、理论的周延性、还是在实践的回应等诸方面均存在着严重的问题,它不但不利于健全中国法制,实现法制的现代化——法治,而且极大地阻碍法制的健全和法制现代化的进程。”^①

其三,法治主义立法阶段的特征是充分发挥立法的引领作用。无论是经验主义立法还是工具主义立法,对改革与立法关系的解读均为先改革后立法。先改革后立法虽是当时环境的必然选择,但也存在诸多弊端:一是让改革者在没有法律保障的情况下忧心忡忡;二是让改革处于无序状态,增加下一步改革的难度;三是损害法律权威,不利于法治国家的建立。^②在中国特色社会主义法律体系已经形成的背景下,习近平总书记顺应时势,提出“凡属重大改革都要于法有据”的重要论断,^③深刻阐释了当前任务是在法治框架内进行改革创新,强调将立法行为设置在行政行为、政治行为和社会行为之前。

商事调解制度改革也应充分发挥立法的引领作用。第一是实现由“经验主义立法”转变为“理性建构主义立法”或者“超前立法”。我们应当充分认识到法律具备“超前性”的特点,找准商事调解改革需要通过立法才能实施的关键点,抓紧制定新的法律。第二是以法治主义引导工具主义。立法不仅仅是对实践的被动回应,更要对社会现实和改革进程进行主动谋划、前瞻规划和全面推进。在深化商事调解制度改革的进程中,立法不仅仅是对实践经验的总结,更要通过立法进行顶层设计、引领改革进程、推动科学发展。第三是由国家改革主导的立法格局转变为国家、市场、社会和法律之间相互影响的格局。学界对中国法治改革认识的主流观点是一种由国家“自上而下”推进的建构式改革。但除了国家之外,还需要将市场、社会与法律体系视为当代中国法律

变迁的变量,即形成法律变迁的结构性制约。^④就商事调解制度改革而言,商事调解立法应充分关注国家、市场、社会和法律体系之间直接和间接的关系。

二、商事调解立法的实践因应

立法必要性所包含的内容十分丰富,中国学者对于立法必要性具体内容的探讨存在不同观点。但总体而言,立法必要性论证的核心内容是明确的,主要包括三个递进的层次:立法对象基本稳定,立法需求具有客观性与紧迫性,以及立法对象依其性质决定了它必须依赖于立法调整。

(一)商事调解实践为立法提供稳定的调整对象

有别于决定、政策等措施,稳定性是法的重要属性,而法的稳定性又有赖于调整对象的稳定性。对在过渡与转型时期的事物进行立法,试图通过人为的外来稳定性固化事物的内在稳定性,将无法使立法达到应有的效果。^⑤正如理查德·斯科特所言:“一部法律产生的动力来源于以下规律:一个社会行为和社会关系的产生带来了某些需要解决的社会问题,这些社会问题是新的问题,并且重复和持续性出现。通过对这些行为和社会关系以及其所带来的社会问题的识别与定性,一旦既有制度或者是法律无法解决时,就需要制定新的法律或者增补修改旧有的法律。”^⑥因而,立法的必要性分析首先是证明调整对象业已存在,且这种存在处于持续稳定的状态。通过考察中国商事调解的实践可知,商事调解作为立法调整对象已经稳定并且将长期存在。自近代以来,商事调解的发展主要经历了三个阶段。

其一,清末民初,商事调解应运而生。中国自然经济在资本主义商品经济的冲击下变得支离破碎,中国被迫卷入世界贸易市场。为了应对经济结构的转变,近代工商业逐步发展,商事纠纷随之迭起。在此境遇下,商事调解开始产生,并取得显著成效。近代商事调解以商会为主体,并将商事习惯及惯例作为解决纠纷的主要依据,在近代商事纠纷解决中发挥着重要作用。1902年,中国第一个民间商会——

^① 谢辉:《法律工具主义评析》,载《中国法学》1994年第1期,第55页。

^② 参见胡健:《立法与改革关系的一次深刻变革》,载《人大研究》2014年第4期,第33-34页。

^③ 参见《把抓落实作为推进改革工作的重点 真抓实干蹄疾步稳务求实效》,载《人民日报》2014年3月1日,第1版。

^④ 参见程金华、李学尧:《法律变迁的结构性制约——国家、市场与社会互动中的中国律师职业》,载《中国社会科学》2012年第7期,第101-102页。

^⑤ 参见于兆波:《立法必要性可行性的理论基础与我国立法完善——以英国立法为视角》,载《法学杂志》2014年第11期,第56页。

^⑥ [美]W. 理查德·斯科特:《制度与组织——思想观念与物质利益》(第3版),姚伟、王黎芳译,中国人民大学出版社2010年版,第113-114页。

上海商业会议公所成立,其章程中关于商事调解的规定为商事调解机制的形成奠定了基础。^①

其二,改革开放初期,商事调解主要以涉外商事调解的形式存在。这一阶段主要是由中国国际贸易促进委员会调解中心进行商事调解实践。1987年,由外交部、原对外经济贸易部(现商务部)和中国国际贸易促进委员会报国务院批准设立的涉外商事调解机构——中国国际贸易促进委员会调解中心(原名北京调解中心,自2000年起启用现名)成立,是以调解方式解决中外当事人商事、海事等争议的常设机构。经过30余年的发展,其已在全国各省、市、自治区及一些重要城市设立52家分会调解中心,在国际上建立18个联合调解机制,形成了庞大的商事调解网络。^②

其三,21世纪以来,商事调解的发展逐步呈现多元化。随着中国市场经济改革的进一步加深,国内商事纠纷的数量日益增多、国际化程度日益提高,推动商事调解的发展已经成为司法改革认同的主流话语。^③一是商事调解发展场域的全面化。“一带一路”建设、粤港澳大湾区建设、中国—东盟自由贸易区建设、自由贸易区建设中的纠纷解决场域,均强调建立商事调解机制。二是商事调解组织类型的多元化。中国出现了由商会设立的商事调解组织、各行业协会设立的商事调解组织、仲裁机构内设的商事调解组织、民办非企业性质的商事调解组织、社会团体性质的商事调解组织,以及市场主体性质的商事调解组织等。三是商事调解适用范围的扩大化。商事调解涉及合同、公司、保险、证券、期货、票据、破产、保险、海事等众多民商事领域。

(二) 商事调解立法的外生压力与内生动力

立法需求是国家和社会对于法律规则、法治秩序的需求。一般而言,中国立法需求的根本依据是实现社会主义现代化和中华民族伟大复兴的总任务,核心内容是满足人民群众美好生活需求,价值追求是建设良法善治的法治中国。从商事调解的特殊性上看,其立法需求主要来源于国际商事调解发展带来的外生压力,以及国家重点发展规划产生的内生动力。

在外生压力层面,中国商事调解立法受到国际商事调解发展的强力推动。在经济全球化发展的背景下,世界各地经济相互依存度日益提高,建立更完善的法律框架以便利国际贸易和投资的重要性得到各国广泛承认。联合国国际贸易法委员会即扮演着拟订商法领域立法和非立法文书的重要角色,已颁布《国际商事调解和调解所产生的国际和解协议示范法》(简称《国际商事调解示范法》)与《新加坡调解公约》。一方面,中国未根据《国际商事调解示范法》进行商事调解立法,但全球有46个法域以《国际商事调解示范法》为基础或在其影响下形成了相关立法。^④另一方面,中国虽然签署了《新加坡调解公约》,但仍未建立国际商事调解协议执行机制。国内立法的滞后将制约中国商事调解事业的发展和商事调解组织的国际竞争力,进而影响中国在国际纠纷解决中的话语权。特别是当前单边主义盛行,有些国家滥用权力对国际贸易进行限制,上述两项文件带来的外生压力正在倒逼中国商事调解立法的进程。

在内生动力层面,中国商事调解立法契合国家重点发展规划的迫切需求。《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》(简称《“十四五”规划》),是中国开启全面建设社会主义现代化国家新征程的宏伟蓝图。商事调解立法契合其中多项发展规划的需求。

其一,“一带一路”高质量发展需要商事调解立法。《“十四五”规划》第四十一章为“推动共建‘一带一路’高质量发展”。其中强调,强化法律服务保障,有效防范化解各类风险。“一带一路”是指“丝绸之路经济带”和“21世纪海上丝绸之路”。随着“一带一路”建设的深入推进,沿线各参与方难免因商事交易、经济贸易、投资行为等频发纠纷,若缺乏科学有效的商事纠纷解决机制,参与方的商业交往将受到阻碍。为积极回应“一带一路”参与方对于商事纠纷解决的迫切需要,中共中央办公厅、国务院办公厅于2018年发布了《关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见》,并提出积极培育并完善诉讼、仲裁、调解有机衔接的争端解决服务

^① 参见上海市工商业联合会、复旦大学历史系编:《上海总商会组织史资料汇编(上)》,上海古籍出版社2004年版,第50页。

^② 参见中国国际贸易促进委员会/中国国际商会调解中心:《中心简介》,载中国国际贸易促进委员会/中国国际商会调解中心网站2019年3月5日, <https://adr.ccpit.org/articles/25>。

^③ 参加杨力:《多元化纠纷解决机制中的商事调解及改革空间》,载《人民法院报》2016年7月10日,第2版。

^④ United Nations Commission on International Trade Law, Status: UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation (2018), United Nations, https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_conciliation/status.

保障机制。相较于“宝塔型”的国内秩序,“一带一路”贯穿欧亚大陆,属于“平面型”的国际秩序。^①各参与方的政治形态、经济状态、宗教文化、民族特征、法律体系与商业规则等方面均有不同,“柔性”的商事调解相较于“刚性”的诉讼制度在商事纠纷解决上更具优势。中国亟待通过商事调解立法促进、规范与保障商事调解的发展,切实满足中外当事人多元化纠纷解决的需求。

其二,积极稳妥推进粤港澳大湾区建设需要商事调解立法。《“十四五”规划》第三十一章第三节为“积极稳妥推进粤港澳大湾区建设”,其中重点突出深化粤港澳合作。粤港澳大湾区建设中数量巨大的商事交往将不可避免地产生众多商事纠纷。然而,粤港澳大湾区纠纷解决机制建设面临的现状是,在“一国两制”的基本国策下,香港特别行政区、澳门特别行政区和广东省分属不同的法域,三者 in 实体法与程序法上均存在较大差异。因此,基于粤港澳大湾区法域多元化的现状,其纠纷解决机制的发展方向必定是多元化的。2019年,中共中央、国务院出台的《粤港澳大湾区发展规划纲要》也提出了“推动建立共商、共建、共享的多元化纠纷解决机制”“为粤港澳经济贸易提供仲裁及调解服务”等倡议。因此,粤港澳大湾区在市场主导型纠纷解决需求与法域多元化现状之间存在的内在张力,为中国进行商事调解立法提供了重要契机。

其三,构建高标准自由贸易区网络需要商事调解立法。《“十四五”规划》第四十二章第二节为“构建高标准自由贸易区网络”。其中指出,实施自由贸易区提升战略,构建面向全球的高标准自由贸易区网络。“自由贸易区”有两个本质上存在差异的理解:一个是 Free Trade Area(简称 FTA),另一个是 Free Trade Zone(简称 FTZ)。FTA 源于 WTO 有关“自由贸易区”的规定,最早出现在 1947 年的《关税与贸易总协定》。该协定第 24 条第 8 款(b)项对关税同盟和自由贸易区的概念作了专门的解释:自由贸易区应理解为在两个或两个以上独立关税主体之间,就贸易自由化取消关税和其他贸易限制。其特点是由两个或多个经济体组成集团,集团成员相互

之间取消关税和其他贸易限制,但又各自独立保留自己的对外贸易政策。中国—东盟自由贸易区是典型的 FTA。FTZ 源于世界海关组织有关“自由区”的规定,海关合作理事会通过的《关于简化和协调海关业务制度的国际公约》中指出:“FTZ 是缔约方境内的一部分,进入这部分任何货物,就进口关税而言,通常视为关境之外。”其是一个关境内的小块区域,是单个主权国家(地区)实施的行为,一般需要进行围网隔离,且对境外入区货物的关税实施免税或保税,而不是降低关税。目前在许多国家境内单独建立的自由港、自由贸易区都属于这种类型。从 2013 年至 2019 年,中国已批准设立的自由贸易区共 18 个。^②不论是 FTA 还是 FTZ 的发展与提升,都将促进贸易自由化、投资自由化与金融自由化,同时也不可避免地带来大量的商事纠纷,这对中国商事调解制度建设与商事调解立法提出了迫切需求。

其四,构建一流营商环境需要商事调解立法。《“十四五”规划》第二十二章第二节为“构建一流营商环境”。其中表示,中国应深化简政放权、放管结合、优化服务改革,全面实行政府权责清单制度,持续优化市场化法治化国际化营商环境。根据经济学理论,“在良好的商业制度环境中,政策更稳定、政府更有效率、财产更有安全保障、纠纷解决机制更公正有效,企业家生产性活动的相对报酬将会提高。”^③国务院发布的《优化营商环境条例》也提出了完善多元化纠纷解决机制,为市场主体提供高效、便捷的纠纷解决途径。因此,为改善中国法治化的营商环境,商事调解立法显得尤为重要。

其五,健全社会矛盾综合治理机制需要商事调解立法。《“十四五”规划》第五十五章第一节“健全社会矛盾综合治理机制”规定,健全矛盾纠纷多元化解机制,充分发挥调解、仲裁、行政裁决、行政复议、诉讼等防范化解社会矛盾的作用。当前,诉讼率的上升在世界许多地区都有体现,这种事态发展引起了人们越来越大的担忧,即将来是否可以维持司法系统的质量水平以及维护诉诸司法的原则。^④中国社会矛盾纠纷的数量持续“井喷”式增长,人民法院

^① 参见黄进、宋连斌:《国际民事争议解决机制的几个重要问题》,载《政法论坛》2009年第4期,第4页。

^② 包括中国(上海)自由贸易试验区、中国(广东)自由贸易试验区、中国(天津)自由贸易试验区、中国(福建)自由贸易试验区、中国(辽宁)自由贸易试验区、中国(浙江)自由贸易试验区、中国(河南)自由贸易试验区、中国(湖北)自由贸易试验区、中国(重庆)自由贸易试验区、中国(四川)自由贸易试验区、中国(陕西)自由贸易试验区、中国(海南)自由贸易试验区、中国(山东)自由贸易试验区、中国(江苏)自由贸易试验区、中国(广西)自由贸易试验区、中国(河北)自由贸易试验区、中国(云南)自由贸易试验区、中国(黑龙江)自由贸易试验区。

^③ 魏下海、董志强、张永璟:《营商制度环境为何如此重要?——来自民营企业“内治外攘”的经验证据》,载《经济科学》2015年第2期,第115页。

^④ William Davis & Helga Turku, *Access to Justice and Alternative Dispute Resolution*, Journal of Dispute Resolution, Vol. 2011:47, p. 48-50(2011).

受理案件数量至2021年已达到3351.6万件,且呈现逐年攀升的态势。这一“诉讼爆炸”的现象与美国在20世纪末面临的“诉讼超级大国的恐慌”类似。^①民事诉讼不能满足社会纠纷解决需求已成为一个普遍现象,该现象超越了国家和文化的边界,无论是在大陆法系还是英美法系国家均有出现。商事调解是社会矛盾综合治理机制中的关键手段,为了在“诉讼爆炸”的社会背景下缓解法院诉讼压力、充分满足民众“接近正义”的需求,商事调解立法的必要性将日渐凸显。

(三) 商事调解的合法性难题依赖立法调整

立法的必要性针对的不仅是紧迫性的问题,更是立法可解决的问题,且该问题是因立法缺失而造成。^②中国现有法律分别对诉讼调解、人民调解、仲裁调解等调解制度进行了明确规定,但商事调解仍然处于立法空缺状态。实践中出现的一些具有创新性的商事调解制度改革,属于中央事权与法律规制的范围,其不可避免地会对《中华人民共和国民事诉讼法》《人民调解法》等法律所规定的诉讼制度、调解制度产生冲击。通过类型化分析,可以将商事调解发展过程中合法性不足的问题归纳为以下两种情形。

首先是缺少法律明文规定的情形。一是缺少对商事调解概念的法律规定。商事调解立法以商事调解为调整对象,明确商事调解的概念至关重要。然而,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存在主观主义与客观主义两种类型。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。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。如何进行类型选择,是商事调解立法需要优先解决的问题。二是缺少对商事调解组织的法律规定。从实践中看,商事调解组织类型具有多样性。而依据何种分类标准对多样化的调解组织进行分类管理与规定,是亟待商事调解立法解决的问题。三是缺少对商事调解程序

的法律规定。商事调解启动程序、商事调解主体程序、商事调解结束程序,以及商事调解与仲裁、诉讼的衔接程序等,均需商事调解立法进行规定。

其次是与现有法律相冲突的情形。一是商事调解收费的冲突。如上海经贸商事调解中心有按小时与按争议标的额计费的两种收费方式,^③而依据《人民调解法》第4条的规定,人民调解不收取任何费用。二是成立营利性商事调解组织的冲突。实践中,中国已出现青岛和记调解服务有限公司、鞍山市铁东东民调解服务有限公司等数十个有限责任公司性质的商事调解组织。但严格依照《人民调解法》的规定,调解组织应属于非营利性组织。三是调解示范条款效力的冲突。调解示范条款规定在纠纷产生之前事先约定纠纷需经调解机构调解,调解不成后才能进行仲裁程序或诉讼程序。如粤港澳商事调解联盟发布了示范争议解决条款:“凡因本合同引起的或与本合同有关的任何争议,应提交粤港澳商事调解联盟,由各方当事人在联盟成员机构中共同选择的一家,或在各方当事人未选择时由联盟秘书处,或在各方当事人未选择时由联盟秘书处适当指定的一家进行调解。”^④但法律仅规定了仲裁协议对当事人、仲裁机构和法院产生的约束力,仍将调解示范条款视为一种不具有法律强制性的约定。四是商事调解协议执行效力的冲突。中国签署的《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,这也与中国法律规定的调解协议不具有强制执行效力相冲突。

三、商事调解立法的实现路径

所谓立法可行性,是指立法在其适用范围内行得通,在实践中可以使用。^⑤也有学者将可行性称为操作性,是指规范方案能够在社会上得到具体实施或实现。^⑥立法可行性如同立法必要性一样,其概念的边缘是模糊的,但中心含义却是清晰的,主要包含立法调整对象的可规制性,立法制定的可行性,以及立法实施的可行性。

(一) 商事调解法律规制的逻辑进路

在现代社会中,虽然法的作用范围十分广泛,但

^① 参见[英]阿德里安·A.S.朱克曼主编:《危机中的民事司法——民事诉讼程序的比较视角》,傅郁林等译,中国政法大学出版社2005年版,第65-112页。

^② 参见张婷:《立法理由说明的民主功能与制度建构》,载《环球法律评论》2019年第4期,第145页。

^③ 参见上海经贸商事调解中心:《上海经贸商事调解中心收费办法(试行)》,载上海经贸商事调解中心网站,http://www.semc.org.cn/page111?article_id=77&menu_id=52。

^④ 参见粤港澳仲裁调解联盟:《粤港澳商事调解联盟示范争议解决条款》,载粤港澳仲裁调解联盟网站,<https://www.ghmma.com/intro/8.html>。

^⑤ 参见于兆波:《立法必要性可行性的理论基础与我国立法完善——以英国立法为视角》,载《法学杂志》2014年第11期,第57页。

^⑥ 参见汪全胜:《立法效益研究:以当代中国立法为视角》,中国法制出版社2003年版,第138页。

并非任何问题运用立法调整都是可行的。立法之可能必须依赖于立法对象的可规制性,即能通过行为模式、法律后果、权利义务责任等要素对具有稳定性的社会关系进行规制。因此,探究商事调解立法的可行性,首先需要考虑商事调解是否具有法律上的可规制性。中国的商事调解实践已成为一个稳定的社会现象,并且产生了一系列问题,如商事调解概念、商事调解组织类型、商事调解协议效力等。这些问题能够通过商事调解总则规范、商事调解组织规范与商事调解程序规范的设计予以解决。

总则是从各类规范中“提取公因式”^①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,但也不同于一般的宣传性号召,其不是只适用于个别场合的规定,而是对法律具有实际指导意义并具有普遍法律效力的内容,在法律调整中执行着某些专门职能。这些规范在立法学理论中也被称为“专门化规范”。^②商事调解立法的总则可主要分为三个部分:原则性法条、定义性法条和业务性法条。原则性法条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立法的指导思想、目的、任务或者基本价值取向。定义性法条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。业务性法条是专门规定商事调解法效力范围的规范,包括明确时间效力、空间效力、对人的效力与对事的效力等。

商事调解组织规范与商事调解程序规范可以共同构成商事调解立法的分则。首先,商事调解组织规范应涉及商事调解组织的性质、类型、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。例如,商事调解立法可以规定,根据是否具有营利性,商事调解组织可以分为非营利性商事调解组织与营利性商事调解组织。其次,自调解现代化转型以来,调解制度化成为普遍而突出的现象,调解程序也因此受到重视。商事调解是调解现代化转型的产物,商事调解应以一定顺序、方式和手续进行。商事调解程序规范应涵盖商事调解普通程序、商事调解衔接程序、涉外商事

调解程序、商事调解协议效力等内容。譬如,商事调解立法可以规定,涉外商事调解协议需要中华人民共和国人民法院执行的,可以由当事人向被执行人住所地或者被执行的财产所在地的中级人民法院申请执行。

(二) 商事调解立法制定的文本基础

在商事调解立法外部模式的选择上,国际示范法与外国法将提供参考样本。外部模式是立法最终体现出来的外部表现形式,如法典形式或单行法形式等。《国际商事调解示范法》影响下的国外商事调解立法模式,以及中国商事调解立法模式的主要观点,可以类型化为统一型立法模式、嵌入型立法模式与分散型立法模式。^③《国际商事调解示范法》属于统一型商事调解立法,追求调整和保护的统一性和协调性,其内容包括总则、国际商事调解、国际和解协议三部分。^④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。加拿大《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》,是典型的统一型商事调解立法。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。^⑤其他立法在名称中虽未明确出现“商事”一词,但从立法内容看却是针对商事调解进行的统一型立法,如美国《统一调解法》、非洲商法协调组织《调解统一法》等。其中,美国《统一调解法》的内容包括: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。^⑥中国可以将《国际商事调解示范法》作为蓝本,充分研究和参考有关国家行之有效的商事调解立法,并在总结和梳理中国商事调解实践经验的基础上,制定统一型商事调解立法。

在商事调解立法内部结构的设计上,《人民调解法》将提供技术经验。根据全国人大常委会和国务

① 参见[德]茨威格特、[德]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。

② 参见朱力宇、叶传星:《立法学》,中国人民大学出版社2015年版,第253-256页。

③ 参见赵毅宇:《中国商事调解立法模式选择及其展开》,载《法学杂志》2023年第3期,第159-163页。

④ United Nations Commission on International Trade Law, *UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation with Guide to Enactment and Use (2018)*, United Nations, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/22-01363_mediation_guide_e_ebook_rev.pdf.

⑤ *Commercial Mediation Act*, 2010, CanLII(25 October 2010), <https://canlii.ca/t/kxb7>.

⑥ National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, *Uniform Mediation Act*, Vniversitat (10 December 2003), <https://www.uv.es/medarb/observatorio/leyes-mediacion/eeuu/usa-uniform-mediation-act-2001.pdf>.

院立法工作计划,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,形成了《人民调解法(草案)》。经过向社会各界征求意见与多次修改,十一届全国人大常委会第十六次会议审议通过了《人民调解法》。从内部结构看,《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。由此可见,《人民调解法》虽然属于非诉讼程序法,但该法实质上是一部典型的综合法,即有关人民调解的组织规范与程序规范的集合。中国商事调解立法也可以借鉴组织与程序相结合的模式,构建“总则—分则”的内部结构形式,将内部结构具体分为总则、商事调解组织、商事调解员、商事调解程序、商事调解协议、涉外商事调解的特别规定、附则等。

在商事调解立法具体规则的制定上,各项政策、法律法规将提供制度资源。一是中央发布的政策性文件。中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《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》等规定了由具备条件、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。二是最高人民法院、司法部、全国工商联等部门制定或联合发布的规范性文件。如最高人民法院印发的《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》规定,经商事调解组织调解达成的具有民事合同性质的协议,经调解组织和调解员签字盖章后,当事人可以申请有管辖权的人民法院确认其效力。《全国工商联、司法部关于推进商会人民调解工作的意见》规定,要坚持依法调解,注重运用商事调解规则、惯例,不断增强商会人民调解的权威性和公信力。三是多元化纠纷解决机制地方立法。例如,《山东省多元化解纠纷促进条例》第44条第2款规定:“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。”《上海市司法局关于规范本市调解组织发展的规定》第3条(民事主体资格)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。调解组织以自己名义从事法律活动,依法承担法律责任。”这些政策、法律法

规中,存在许多具备“授权法”特点的制度设计。其中商事调解组织基本类型、商事调解衔接程序、调解员和当事人权利义务,以及商事调解协议效力等规则,对中国商事调解立法均有较强的参考意义。

(三) 商事调解立法实施的推进机理

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。商事调解立法实施层面的可行性主要体现在以下三个方面。

从阻力消解角度看,中国的政治体制决定了“自上而下”推行商事调解立法的切实性。中国政治体制最突出的特点是中国共产党领导下的“议行合一”,即人民代表大会与“一府两院”合一。^①约翰·奈斯比特与多丽丝·奈斯比在《中国大趋势》中指出:“中国政府自上而下的指令与中国人民自下而上的参与,正在形成一种新的政治模式,我们称之为‘纵向民主’。”^②中国已形成了“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。^③正是基于中国政治体制的这一特点,由中央党政部门发布统一的标准和规定,自上而下地推行商事调解法,将使商事调解法实施的完整性、效率性与落实性更高。

从法律执行主体角度看,较为充足的商事调解员储备为商事调解立法的实施提供了人才保障。目前,中国国际贸易促进委员会调解中心、上海经贸商事调解中心、北京多元调解发展促进会等商事调解组织已经开展了多期商事调解员培训,培训了一大批合格的商事调解员。许多高等院校也在开设调解课程与开展调解培训,如中国人民大学法学院设立国际商事争端预防与解决专业方向,湘潭大学法学院设立“调解谈判方向班”。2017年9月,《最高人民法院、司法部关于开展律师调解试点工作的意见》通过在11个省市试点的方式推动律师调解制度的实施。2019年1月,《最高人民法院、司法部关于扩大律师调解试点工作的通知》提出,力争每个县级行政区域到2019年底都有律师调解工作室。因此,有大量律师正扮演着商事调解员的角色。^④这些商事调解员的出现将为商事调解立法的实施提供人才保障。

① 参见刘绍春:《当代中西政治体制比较的启示》,载《社科纵横》2006年第9期,第16页。

② [美]约翰·奈斯比特、[奥]多丽丝·奈斯比:《中国大趋势:新社会的八大支柱》,冯凯译,中华工商联合出版社2009年版,第39页。

③ 参见何平立、沈瑞英:《对中国模式的挑战:“纵向民主”与中产阶级发育问题》,载《社会科学研究》2010年第4期,第69页。

④ 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。

从执法成本角度看,商事调解的市场化发展将使商事调解立法走向自动实施的新场景。发挥市场主导作用是商事调解与人民调解、法院调解、行政调解等相比最关键的差别,商事调解立法应着重建构结构完善的商事调解市场。在微观经济学中,任何商品的价格都是由商品的需求和供给这两个因素共同决定的。^①若将商事调解服务看作一种商品,商事调解市场的完善可以从供给与需求这两个基本要素入手。首先,在供给层面,商事调解市场化发展要求商事调解组织提供专业的商事调解服务。商事调解服务专业化的保障主要源于调解员专业化与职业化,使“职业调解主义”取代“传统的精英调解主义”。商事调解服务专业化还要求有合理的价格。商事调解收费应该由市场决定,置于优胜劣汰的自由市场竞争中。但收费标准应合理与确定,既能让商事调解主体在“有利可图”的状态下参与,又能使当事人觉得“物有所值”。确定的调解收费标准应提请当地价格主管部门核准后再向社会公开。其次,在需求层面,商事调解市场化发展要求培育当事人主动选择商事调解服务的意愿与偏好。当消费者对某种商品的偏好程度增强时,该商品的需求量就会增强。培育这种意愿与偏好的方式主要包括:开展关于商事调解的宣传工作,由“一站式”纠纷解决服务平台、法院等机构引导当事人选择商事调解,鼓励企业签订商事调解启动协议或商事调解示范条款,等等。

四、结语:迈向商事调解立法的实质建构

“在制造一系列教条式的基本原理或者规则方面,任何一种尝试与立法在同一水平上进行竞争的努力,都将是一种无益的运动。”^②通过分析公共物品的供给方式理论、商事纠纷特殊性原理、立法和改革辩证关系等,可以论证商事调解立法的理论正当性。商事调解立法调整对象基本稳定,商事调解立法需求具有客观性与紧迫性,商事调解的合法性难

题必须依赖立法解决,这三个递进式命题说明商事调解立法具有必要性。商事调解法律规制的逻辑进路、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。由此可以说,商事调解立法理由论证基本完成。在此基础上,商事调解立法的研究进路是分析实质建构型问题,包括立法语境下的商事调解概念、商事调解立法的外部模式、商事调解立法的内部结构,以及商事调解立法的规范内容等。

总体而言,基于对商事调解立法理由的体系化分析,商事调解立法的实质建构应体现以下特征:一是在适用范围上,体现国内性与涉外性相结合。涉外商事调解的部分规范与国内商事调解规范存在区别,商事调解立法应实行国内商事调解与涉外商事调解“双轨制”。二是在功能定位上,体现社会自治与司法利用相结合。商事调解立法应规范民间商事调解组织在当事人自愿的基础上解决纠纷,也需调整司法机关的相关活动,如规定商事调解与审判程序、执行程序的衔接。三是在价值取向上,体现公益性与市场性相结合。商事调解立法应规定非营利性商事调解组织开展公益性商事调解,也允许营利性商事调解组织提供市场化的商事调解服务。四是在法律结构上,体现组织性与程序性相结合。商事调解立法应形成“组织—程序”的结构体系。其中,组织法部分应涉及商事调解组织的性质、类型、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。程序法部分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。五是在规范设计上,体现授权性与义务性相结合。商事调解立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。

^① 参见高鸿业:《西方经济学》(第6版),中国人民大学出版社2014年版,第12页。

^② [德]卢曼:《法律自我复制及其限制》,韩旭译,载《北大法律评论》编委会编:《北大法律评论》(第2卷·第2辑),法律出版社2000年版,第469页。