

商事调解概念的主观主义重构

赵毅宇

(中国人民大学法学院,北京 100872)

摘要:我国国内商事调解与涉外商事调解均面临无法可依的难题,亟待通过商事调解立法予以解决,其前提是将商事调解的概念加以厘清。理解商事调解的概念一般而言存在两种进路:基于纠纷类型定义的客观主义进路与基于调解主体定义的主观主义进路,现有实践中以客观主义进路为主。客观主义进路下的商事调解概念存在三大困境:无法解决人民调解泛化的问题;与民商合一立法体例相抵触;破坏非诉讼程序法体系的融贯性。应建构基于主观主义的商事调解概念,即以商事调解组织为基础定义商事调解,通过组织性质的民间化、组织类型的双轨化、内外部机制的规范化等方式予以实现。商事调解概念也必须兼顾主观主义与客观主义的平衡,即注意商事调解行为在范围、方法、程序等方面对商事调解概念的辅助性制约。

关键词:商事调解;概念重构;商事调解立法;主观主义;客观主义

中图分类号:D915.14 **文献标志码:**A **文章编号:**1000-2154(2023)04-0089-12

DOI:10.14134/j.cnki.cn33-1336/f.2023.04.006

Subjectivism Reconstruction of the Concept of Commercial Mediation

ZHAO Yiyu

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

Abstract: Both domestic commercial mediation and foreign-related commercial mediation are faced with problems that have no legal basis, which need to be solved by commercial mediation legislation. The premise is to clear up the concept of commercial mediation. There are two approaches to understand the concept of commercial mediation; the objectivism approach based on the definition of dispute type and the subjectivism approach based on the definition of mediation subject. The objectivism approach is mainly used in the existing practice. There are three dilemmas in the concept of commercial mediation under the objectivism approach; it cannot solve the problem of generalization of people's mediation, conflicts with the legislative style of civil and commercial integration, and destroys the coherence of the non-procedural law system. The concept of commercial mediation based on subjectivism should be constructed, that is, commercial mediation should be defined on the basis of commercial mediation organizations, and it should be realized through the privatization of organizational nature, the dual track of organizational types, and the standardization of internal and external mechanisms. The concept of commercial mediation must also take into account the balance between subjectivism and objectivism, that is, pay attention to the auxiliary constraints of commercial mediation on the concept of commercial mediation in terms of scope, methods, and procedures and so on.

Key words: commercial mediation; conceptual reconstruction; commercial mediation legislation; subjectivism; objectivism

一、问题的提出

习近平总书记在党的二十大报告中强调,“加强重点领域、新兴领域、涉外领域立法,统筹推进国内法

收稿日期:2022-10-20

基金项目:国家社会科学基金项目“中国式现代化视域下的诉源治理体系创新研究”(22VRC029)

作者简介:赵毅宇,男,讲师,法学博士,主要从事法理学和民商事纠纷解决研究。

治和涉外法治”^[1]。这些领域都是全面建设社会主义现代化国家的重要方面,涉及国家改革发展稳定进入深水区、面对新问题能否有规范支撑,能否有治理工具^[2]。中国已于2019年正式签署加入《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》),该公约的核心是经由商事调解达成的国际商事和解协议具有跨国执行力。但我国面临着国内商事调解与涉外商事调解均无法可依的双重障碍,亟待通过立法的方式擘画商事调解的发展蓝图,统筹推进国内法治和涉外法治。

经过研究发现,我国商事调解立法的步伐正倍道兼行。学者们竞相在宏观层面为立法出谋划策,刘敬东等主张我国应通过“两步走”的方式进行商事调解专门立法^[3];蔡伟认为可以通过先制定行业规范等软法的路径为以后的商事调解立法提供基础^[4];周建华提出商事调解立法体系应采取“三步走”递进式构建方案^[5];熊浩强调建构与中国语境相契合、与《新加坡调解公约》要求相融通的商事调解立法^[6]。全国人大代表也提出了商事调解立法议案,^①商务部、司法部等亦正在筹备组织立法工作,^②似乎“商事调解法”将诞生于不久的将来。但吊诡的是,商事调解作为立法的调整对象,其概念仍然模糊不清。相关法律法规通常对商事调解概念置之不理,各类教科书也往往浅尝辄止,专著或论文中的学说观点更是莫衷一是。

从法理学层面思考这一问题的原因,一个可能的解释是冯·德尔·普佛尔滕指出的“法理论上的规范主义”,即在工具主义的法律理解框架内,法律要素的多样性被或明或暗地简化为标准、规则和原则,概念被排除在外,或至少被忽视^[7]。从20世纪上半叶开始,法学受语言哲学影响,形成了语言法哲学,强调澄清法律概念、术语语义的重要性。语言法哲学在研究方法上,主张运用语言分析方法重新思考和解答法学问题,认为法律概念没有确定的意义,依其被使用的语境不同,有着多重意义,只有弄清这些概念被使用的具体语境,才能确定其意义^{[8]81-100}。据此,本文将根据语言法哲学方法,在梳理总结现有商事调解概念模式的基础上,确认或选择出契合商事调解立法语境的商事调解概念,而不是抽象地、武断地对商事调解直接下定义。这将有助于明确商事调解立法的调整对象,指引商事调解立法中基本架构与具体规范的设计,发挥法律概念提高立法科学化程度的功能。

二、两种商事调解概念:客观主义与主观主义

在我国,商事调解作为一种未为任何法律所表述的事实存在,故而直接界定其概念实非易事。为了解我国对商事调解概念的认知现状,可从两种路径展开。其一,考察法律之外的规范性法律文件中是否存在商事调解概念,如果存在,其具体含义如何;^③其二,梳理学说观点中的商事调解概念,因为对法律的理解离不开法律所追求的意图,法官、立法者和法学家的解释可以为充分理解这些意图提供有价值的线索。

主观与客观本是一对哲学范畴,即关于客观世界与主观世界关系的两种不同观点,客观主义强调社会以及个体由客观的结构所决定,主观主义相信人的主体性及自由意志的作用。受这一对哲学范畴的影响,对商法的理解存在商法客观主义与商法主观主义。基于这一线索,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。

^①参见郭娜:《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〉》,载上海人大网, <http://www.spesc.sh.cn/n1939/n4514/n8249/n8250/u1ai212916.html>,最后访问日期:2022年10月1日;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”, https://mp.weixin.qq.com/s/Rsiq1HmSbiNVUXrm_4F4fQ,最后访问日期:2022年10月1日。

^②参见司法部:《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》,载中华人民共和国司法部网, http://www.moj.gov.cn/government_public/content/2020-12/31/143_3263748.html,最后访问日期:2022年10月1日。

^③笔者以“商事调解”为关键词,以“中央法律规范”为检索范围,在“北大法宝”数据库中进行检索,检索时间为2019年9月26日,得到检索结果38部,排除《最高人民法院关于对广东省高级人民法院就东莞市浩庆纸业有限公司等申请不予执行仲裁裁决一案请示的复函》《中国证券业协会关于举办地方协会调解工作负责人商事调解高级培训班的通知》等8部不具有统一指导性的规范,得到有效结果30部,其中行政法规与部门规章共10部、司法解释17部、政策文件类2部、团体规定类1部。

(一) 客观主义商事调解概念:基于纠纷类型的一元定义

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。譬如,1807年通过的《法国商法典》第1条对商人明确进行定义:“从事商行为并以其作为经常性职业者,为商人。”^[9]参照商法客观主义,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。笔者对我国客观主义商事调解概念的学术整理如下。

表1 采用客观主义商事调解概念的规范性法律文件

类型	名称
行政法规类	《国务院关于印发中国(广东)自由贸易试验区总体方案的通知》(国发[2015]18号);《国务院关于印发中国(辽宁)自由贸易试验区总体方案的通知》(国发[2017]15号);《国务院关于印发中国(重庆)自由贸易试验区总体方案的通知》(国发[2017]19号);《国务院关于印发中国(四川)自由贸易试验区总体方案的通知》(国发[2017]20号);《国务院关于印发6个新设自由贸易试验区总体方案的通知》(国发[2019]16号)
部门规章类	《关于对慈善捐赠领域相关主体实施守信联合激励和失信联合惩戒的合作备忘录》(发改财金[2018]331号);《关于对交通运输工程建设领域守信典型企业实施联合激励的合作备忘录》(发改财金[2018]377号);《关于对安全生产领域守信生产经营单位及其有关人员开展联合激励的合作备忘录》(发改财金[2018]2219号)
司法解释类	《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》(法释[2018]11号);《最高人民法院关于为海南全面深化改革开放提供司法服务和保障的意见》(法发[2018]16号);《最高人民法院关于确定首批纳入“一站式”国际商事纠纷多元化解决机制的国际商事仲裁及调解机构的通知》(法办[2018]212号);《最高人民法院国际商事法庭程序规则(试行)》(法办发[2018]13号)(以下简称《商事法庭规则》)
政策文件类	中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见》(以下简称《国际商事争端解决意见》);中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于加快推进公共法律服务体系建设的意见》(以下简称《公共法律服务意见》)
团体规定类	《全国工商联、司法部关于推进商会人民调解工作的意见》

注:每类中的规范性法律文件按照公布时间先后排序。

首先是规范性法律文件中的客观主义商事调解(详见表1)。一是行政法规类与部门规章类。适用商事调解的行政法规共5部,均是国务院印发的关于中国各自由贸易试验区总体方案的规定。这些行政法规对商事调解的规定基本一致,即“建立健全国际仲裁、商事调解机制”。此处的商事调解与“国际”一词连接,即指与国际商事仲裁对应的国际商事调解。从使用商事调解的3个部门规章看,商事调解是由司法部、中国国际贸易促进委员会实施的,给予守信主体促进其外贸投资的措施。二是司法解释类。^①有4部司法解释将商事调解与“国际”一词连接,组成国际商事调解。如《商事法庭规则》规定,“当事人同意由国际商事调解机构进行审前调解的,可以在最高人民法院公布的国际商事调解机构名单中共同选择调解机构”。三是政策文件类与团体规定类。《公共法律服务意见》将商事调解看作专业性行业性的人民调解。《国际商事争端解决意见》对商事调解的使用也与“国际”一词连接。在唯一的一部团体规定中,商事调解被看作人民调解的一种方式。综上,客观主义商事调解在规范性法律文件中主要有两种表现形式:一是与“国际”连用,与国际商事仲裁一样,被看作一种针对商事纠纷的解纷机制;二是被看作人民调解的一部分,主要是针对商事纠纷进行的专业性、行业性人民调解。

其次是学说观点中的客观主义商事调解。我国多数学者对商事调解概念的探讨是以“对商事纠纷进行调解”为前提展开的。例如,范愉旗帜鲜明地指出:“商事调解就是按照纠纷类型进行的一种分类,是指

^①本文所指司法解释均是广义的,包括狭义的司法解释、司法解释性质文件、最高人民法院和最高人民检察院的工作文件等。

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。”^[10]周建华也认为,商事调解中解决的纠纷产生于商事关系中,因而具有自身的专属性和特殊性^[5]。在此前提下,再根据调解主体的不同,又分为“广义论”与“狭义论”两种观点。“广义论”认为商事调解既包括作为一个独立程序的机构调解或临时调解,也包括其他程序中的调解。譬如中国国际贸易促进委员会调解中心认为,商事调解是指在商事活动中,当事人之间发生争议后,自愿选择当事人之外的第三方作为调解员解决纠纷,具体包含法院的商事调解、国际仲裁机构的商事调解、商会商事调解等^[11]。黄忠顺也提出将商事调解分别纳入诉讼调解、仲裁调解、民间调解的范畴^[12]。“狭义论”认为商事调解仅指针对商事纠纷独立程序的机构调解或临时调解。如齐树洁等参照《商事调解示范法》的规定,将商事调解概念表述为:“针对由于商业性质的各种关系而发生的事项,当事人请求一名或多名调解人协助他们设法友好解决其由于合同引起的与合同关系或其他法律关系有关的纠纷的过程,不包含法官或仲裁员在司法程序或仲裁程序中促成和解的案件。”^[13]温先涛则根据《新加坡调解公约》的规定,认为商事调解是解决商事争议的机制,但应排除当事人在法院诉讼、仲裁或判决执行过程中的调解^[14]。

(二) 主观主义商事调解概念:基于调解主体的一元定义

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。《德国商法典》采主观主义,以商人观念为其立法基础。对于同一行为,商人为之,适用商法;非商人为之,则适用民法或其他法令^[15]。依照商法主观主义原理,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。具体而言,我国主观主义商事调解概念主要体现在以下方面。

表2 采主观主义商事调解概念的规范性法律文件

类型	名称
司法解释类	《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》(法发[2009]45号)
	《最高人民法院关于扩大诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制改革试点总体方案》(法发[2012]116号)
	《最高人民法院关于全面深化人民法院改革的意见——人民法院第四个五年改革纲要》(法发[2015]3号);《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》(法发[2015]9号)
	《最高人民法院2016年人民法院工作要点》(法发[2016]4号);《最高人民法院关于人民法院特邀调解的规定》(法释[2016]14号)(以下简称《特邀调解规定》);《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》(法发[2016]14号);《最高人民法院关于进一步推进案件繁简分流优化司法资源配置的若干意见》(法发[2016]21号)
	《最高人民法院、司法部关于开展律师调解试点工作的意见》(司发通[2017]105号)
	《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》(法[2018]69号);《最高人民法院关于进一步深化家事审判方式和工作机制改革的意见(试行)》(法发[2018]12号)(以下简称《家事审判改革意见》);最高人民法院司法改革领导小组《人民法院司法改革案例选编(五)》(法改组发[2018]3号)
	《最高人民法院、全国工商联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》(法[2019]11号)
部门规章类	《国家发展改革委关于前海深港现代服务业合作区总体发展规划》(发改地区[2010]2415号);《国家知识产权局办公室关于确定首批能力建设知识产权仲裁调解机构并启动相关工作的通知》(国知办函协字[2018]436号)

注:每类中的规范性法律文件按照公布时间先后排序,司法解释类规范性法律文件按公布年份分栏。

首先是规范性法律文件中的主观主义商事调解(详见表2)。虽然“商事调解”从词语构成的角度看,并没有明确提供调解主体的信息,但在上述司法解释中,商事调解通常与司法调解、人民调解、行政调解等以

调解主体分类的调解类型并列。如《特邀调解规定》指出,“特邀调解是指人民法院吸纳符合条件的人民调解、行政调解、商事调解、行业调解等调解组织或者个人成为特邀调解组织或者特邀调解员……”尤其是,《家事审判改革意见》规定了商事调解组织可进行家事案件的调解工作。可以看出,该司法解释中的商事调解是基于调解主体的一元定义,不对纠纷类型进行限制。此外,在2个部门规章中,不论是国家知识产权局将“上海经贸商事调解中心”纳入知识产权仲裁调解机构名单,还是明确规定“引进民间商事调解机构”,均体现了商事调解组织的民间性。

其次是学说观点中的主观主义商事调解。与客观主义商事调解不同的是,少数学者基于调解主体的特殊性定义商事调解。具有代表性的是,廖永安在《调解学教程》中将商事调解定义为:“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”^[16]。从该定义中看,商事调解涉及的纠纷类型不局限于商事纠纷,还可以囊括民事纠纷。该书也进一步将商事调解的调解主体限定为商事调解组织,即具备条件的商会、民办非企业单位、商事仲裁机构等。

三、客观主义商事调解的概念困境

语境原则(The Context Principle)是语言法哲学中具有普遍意义的方法论原则,对商事调解概念研究具有指导意义。日常语言学派的代表人物维特根斯坦认为语境原则,是指语言在具体使用中其含义是不断变化的,一个词的意义就是它在语言中的使用^[17]。哈特从日常语言分析哲学中寻找灵感,将语境原则作为论述法律与语言关系的重要原则。他在早期著作《法理学中的定义与理论》中,批评了孤立地考察法律语词的做法,认为几乎每一个法律、法学的词语都没有确定的、一成不变的意义,而是依其被使用的语境具有多重意义。之后,哈特在《法律的概念》中把语境原则进一步深化,放弃了定义“法律”的方式,转而在“法律”一词使用的具体语境中对其进行描述。

作为主流观点的客观主义商事调解概念看似是一种“标准用法”,但在语境原则下,客观主义与主观主义实际上是各自有其适用的语境。商事调解概念的用法应是开放的,不应建立在被界说之物所包括的全部事例都会具有定义所指出的共同特征的设想上,不禁止用语扩展到只具有正规情况的部分特征^{[8]17}。我们应抛弃传统“教条主义”的定义方式,不要抽象地回答“什么是商事调解”,而应通过弄清商事调解概念使用的语境予以阐释。倘若我们把客观主义商事调解概念置于商事调解立法语境下,一团疑惑便随之产生。借鉴哈特对“强制性命令模式”提出异议的分析框架,可以发现客观主义商事调解概念与商事调解立法的问题导向、调整范围与法律体系等存在相悖之处。

(一) 无法解决人民调解泛化问题

当前,我国的立法工作主要存在“法典编撰型立法”与“问题导向型立法”两种路径。后者直接面向实践议题,强调在解决具体问题综合运用多种手段,在现代性、复杂性、交叉性的问题上为现代立法所普遍采用^[18]。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: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。”^[19]论题学法学(Topics and Law)是问题导向型立法的重要理论依据,其要求法学的概念和命题只能被赋予与问题保持关联的含义,任何其他种类的含义都应当被避免^[20]。

商事调解立法具有明显的现代性、复杂性与交叉性,是典型的“问题导向型立法”,其面对的实践问题是:“人民调解泛化”问题严重,商事调解无法在我国现行以《人民调解法》为主的调解法律框架下有效发展。《人民调解法》实施以来,主管部门似乎并不满足于《人民调解法》仅在坚持宪法定位的道路上行进,而将工作重点较多地转向“扩张”的道路,不适当地强调人民调解的唯一合法性。例如主管部门基于部门利益,曾在《民事诉讼法》修改中坚持只有人民调解协议才可进行司法确认,反对其他民间性和行政调解适用该制度^[21]。这一做法可以从“立法部门主义”中找到理论解释。这种用人民调解统合所有民间调解类型,造成其他民间调解制度存在“语言混乱”和“结构混乱”,难以有效发展的的问题,即“人民调解泛化”^[22]。

商事调解具有专业化、职业化与市场化等特征,无论是从组织形式还是运作方式上看,都已经超出了

人民调解所能涵盖的制度范畴。“人民调解泛化”对商事调解发展的阻碍主要表现为:其一,中央和国家政策中强调的“大调解”“三调联动”是“人民调解、行政调解和司法调解相结合”,在顶层设计层面忽视了商事调解的重要作用;其二,商事调解不具有独立的法律地位,商事调解为了寻求合法性,往往被称为“专业性、行业性人民调解”;其三,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,其受理的案件大多来源于法院的委派,当事人自主申请的占比较少,市场化与开放性严重不足;其四,《人民调解法》的制度框架与商事调解的诸多制度存在冲突,如人民调解的公益性与商事调解收费制度存在冲突。我国亟待商事调解立法解决上述阻碍,以此促进、规范与保障我国商事调解的发展。“在法律概念的构成上,必须考虑到拟借助于该法律概念达到之目的,或实现的价值。”^[23]¹¹³客观主义商事调解仅仅强调商事纠纷调解与民事纠纷调解的区分,其在立法中所体现的问题导向是,解决未区分商事调解与民事调解而导致的调解方式同质化,未凸显商事调解实施主体的特殊性,无法使商事调解摆脱人民调解的“束缚”,从而难以解决“人民调解泛化”问题。

(二) 与民商合一立法体例相抵触

在民商合一的立法体例下,我国法律上和审判实践中未出现“商事纠纷”的概念^[24]。正如卡尔卡诺所言,商法主要体现在超国家层面上^[25]。我国在加入关于商事纠纷解决的国际条约时,不得不对商事纠纷的定义进行明确回应。我国于1986年正式加入《承认及执行外国仲裁裁决公约》,并作出了“商事”保留,即规定我国只承认和执行属于契约和非契约性商事法律关系争议的仲裁裁决。《最高人民法院关于执行我国加入的〈承认及执行外国仲裁裁决公约〉的通知》第2条对“商事”一词作出了解释,规定契约性和非契约性商事法律关系具体是指由于合同、侵权或者根据有关法律规定而产生的经济上的权利义务关系。可以看出,我国对商事纠纷采用了相对广义的界定方式,不限于狭义的、传统意义上的商事纠纷。

这一“广义论”可在“商法民法化”与“民法商法化”中找到理论依据。“商法民法化”理论认为,古代的商法产生于贸易频繁的地中海沿岸,独立的商人阶层为实现特权,需要适应商业需求的独立商事规则,但随着经济与社会的发展,商法较之于民法个性小于共性,作为商法独立基础的独立商人阶层已不复存在,独立的商事审判观念、程序和规则也被统一于民事审判观念、程序和规则之中^[26]。“民法商法化”理论认为现代社会更加强调商事活动对社会经济的促进作用,民法日益融合了商法的一些价值,如效率价值、对信赖利益的保护等,民法产生了商事化的趋势^[27]。因此,不论是“商法民法化”还是“民法商法化”均体现了在当代社会中民法与商法的融合趋势。犹如学者的形象描述:民法与商法的关系,恰如冰河的关系,商法为冰川上的雪,虽不断有新雪落下,但降落后便逐渐与作为冰川的民法相融合,为民法所吸收^[28]。

民商事实体法问题终将映射到纠纷解决问题上。由于受民商合一立法体例与民商融合趋势这一形式因素与实质因素的双重影响,在每个人都可能参与市场交易的现代社会,从实体规则上判断某一法律规则究竟应属于民事规则还是商事规则存在困难,这就导致商事调解法的调整范围无法严格局限为狭义的商事纠纷。因此,基于纠纷类型定义的客观主义商事调解概念将与商事调解法的调整范围存在不适应性。

(三) 破坏非诉讼程序法体系的融贯性

我国对法律体系的主流讨论围绕“法律规范体系模式”展开,认为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^[29]。中国特色社会主义法律体系由宪法及宪法相关法、民商法、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。正如阿列克西和佩策尼克所言:“如果某个规范体系或价值体系比任何其他相竞争的体系更融贯,那么就有初步的理由认为它是正确的。”^[30]一般认为,法律体系融贯性的要求蕴含形式要求与实质要求两个方面。

其一,形式上的逻辑一致性或连贯性,是融贯性的必要但非充分条件,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^[31]。我国主要的非诉讼程序法律规范及其法律结构如下:《公证法》分为总则、公证机构、公证员、公证程序、公证效力、法律责任和附则;《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、调解协议和附则;《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和附则;《劳动争议调解仲裁法》分为总则、调解、仲裁(一般规定、申请和受理、开庭和裁决)和附则;《农村土地承包经营纠纷调解仲裁法》分为总则、调解、仲裁(仲裁委员会和仲裁员、申请和受理、仲裁庭的组成、开庭和裁决)和附则。显而易见,非诉讼程序法非单纯的“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,且呈现“组织—程序”结构,即先规定组织及其人员,再规定纠纷解决程序。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,或者没有过硬理由就背离通常的法律概念^[32]。因此,基于法律体系融贯性的考量,商事调解法也需要契合“组织—程序”结构。而基于客观主义商事调解概念的商事调解立法,将先规定商事调解行为,这将损害我国非诉讼程序法体系在形式上的融贯性。

其二,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^[33]。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,主要包括公证类、调解类与仲裁类法律。综合性非诉讼程序法的“综合性”体现在两方面:一是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;二是与其他法律部门发生交叉,如《劳动争议调解仲裁法》《农村土地承包经营纠纷调解仲裁法》既可视作非诉讼程序法,也可分别划归到社会法、经济法。不难看出,专门性非诉讼程序法的体系化方式是按照纠纷解决主体分类的,分为调整公证主体、调解主体、仲裁主体的法律;综合性非诉讼程序法的体系化方式是以纠纷类型分类的,目前存在规范劳动争议、土地承包经营纠纷的法律。将商事调解置于非诉讼程序法体系中,商事调解法是单独规定调解制度的专门性非诉讼程序法,不属于综合性非诉讼程序法。商事调解立法需要契合以纠纷解决主体分类的体系化方式,才能与其他专门性非诉讼程序法形成融贯性。因此,基于纠纷类型定义的客观主义商事调解概念与商事调解立法语境相悖,商事调解概念需要进行主观主义转向。

四、迈向基于主观主义的商事调解概念

“没有一个法律概念在教条上是完全不变的,并且在其功能上也因而一直可以公式化地应用于所有之法律事务。”^{[23]108}概念嬗变的哲学原理是矛盾发展的不平衡性,该原理要求“重点论”和“两点论”相统一。其中,重点论是指在分析矛盾和事物时,应分清主要和次要,把握和抓住主要矛盾和矛盾的主要方面;两点论是指在认识和分析事物时,忌带片面性,在强调某一方面的重要性时,不要忘记还有制约着它的另一方面。上文论述了将商事调解简单地等同于“商事纠纷调解”的客观主义模式与立法语境相悖,根据客观主义与主观主义的对立性,也论证了主观主义商事调解概念与商事调解立法语境更具有适切性。因此,商事调解概念应以主观主义为“重点论”,即以商事调解组织为基础定义商事调解,可从商事调解组织的性质、类型、内外部机制等方面进行规范,实现商事调解概念的主观主义转向。同时,商事调解概念的“两点论”是,在强调商事调解主观主义,突出商事调解主体的基础性作用时,也需兼顾商事调解客观主义,体现商事调解行为对商事调解的辅助性制约。

(一) 从国家性到民间性的组织性质

“国家与社会”是一种理解现代性条件下社会构成及变革的基本视角,形成了三个基本观点:首先,预设了“国家”和“社会”两个基本范畴;其次,把二者的关系想象为一个既对立又相互依赖,在力量上此消彼长的互动模式;最后,现代性的表现之一就是独立、自主,公民自我组织、自我管理的社会领域的成熟^[34]。在“国家与社会”视角下,我国调解体制呈现从“国进民退”到“民进国退”的发展路径^[35]。“国进民退”体现在传统宗法社会趋于解体,乡村“克里斯玛权威”随着国家现代化建设逐步“除魅”,国家调解全面进入原先由“家法”和自治组织调整的领域。但随着社会经济发展水平的提升,人民日益增长的多元解纷需求与解纷资源发展不平衡不充分的矛盾日益凸显,国家垄断纠纷解决的路径已难以为继,应大力发展民间调解,走调解“国退民进”的道路。

经考察,我国商事调解的发展同样契合上述路径。清末民初,为了应对经济结构的转变,近代工商业发

展,商事纠纷随之迭起,商事调解应运而生,民间商会成为商事调解的主体^[36]。而当前主流的客观主义商事调解即是“国进民退”的表征,即主持商事调解的主体呈现多样化,可以是人民法院、部分行政机关、人民调解委员会等,国家司法机关和准司法机关、行政机关和准行政机关成了商事纠纷解决领域的权威承担者。

事实上,调解根据主持主体的不同分为三类:一是司法调解,主要是指在法院审判人员及司法辅助人员的主持下进行的调解;二是行政调解,主要是指国家的行政机关或准行政机关所设或者附设的调解;三是民间调解,主要包括财团法人或基金形式运作的专门机构,以及自发成立的民间团体或社团法人机构,也包含受国家指导和资助的准行政性组织,例如我国的人民调解委员会,还涉及以各种形式存在于民间社区的松散的调解组织^[37]。以主观主义为重点论的商事调解概念强调将商事调解与法院调解、行政调解,以及民间调解中的人民调解等调解类型进行区分,内含着由独立的民间性商事调解组织进行的调解活动,是民间调解中一种独立的调解类型。因此,商事调解组织的性质应为民间性,而非司法性与行政性。商事调解立法采主观主义为重点论的商事调解概念,将促进与保障商事调解中的“民进国退”。但社会的良性运行离不开民间法与国家法的共同作用^[38],这种“民进国退”不能忽视国家与社会间的良性互动。根据黄宗智提出的“第三领域”理论^[39],我国法院委托、委派商事组织进行调解都可归属于国家与社会之间良性互动的“第三领域”。

(二) 营利与非营利双轨化的组织类型

全国性的法律规范未明确规定商事调解组织的类型,但从目前出台的数个多元化纠纷解决机制地方立法看,^①商事调解组织的类型包含商会、商事仲裁机构、专业机构、行业协会与民办非企业单位五种类型。由上海市司法局、民政局与财政局联合发布的《关于规范本市调解组织发展的规定》第3条规定,调解组织可以设立为民办非企业单位、公司等组织形式。可见,已有地方性规范已进一步允许成立公司型的调解组织。商事调解组织在实践中的具体类型,可以在“天眼查”数据库中窥见。笔者以“商事调解”为关键词在该数据库中进行检索,得到有效检索结果137个。^②一是事业单位型商事调解组织,共23个,包括中国国际贸易促进委员会及其分会下设的商事调解组织17个,以及各地仲裁委员会下设的商事调解组织5个。二是社会组织型商事调解组织,共56个,包括民办非企业单位47个、社会团体9个。三是企业型商事调解组织,共58个,包括有限责任公司36个、股份有限公司2个、合伙企业9个、个人所有制企业5个、个体工商户6个。由此可见,仅有部分地方法律规范规定了商事调解组织类型,且规定不一,实践中商事调解组织类型的多样性程度更是超出了地方性法律规范的规定。因此,需要明确分类标准,划定商事调解组织的类型与范围。

正如卢曼所言:“在制造一系列教条式的基本原理或者判决规则方面,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。”^[40]从现有的民商法理论积淀来看,营利性目的一直是得到普遍认可的商主体的本质特征,也是许多法域民法典法人分类的标准之一^[41]。我国《民法典》总则编第76条、第87条,也是以“是否营利”为分类标准,将法人分为营利法人与非营利法人。我国现行立法对非法人组织的管理,也是采取“是否营利”的区分标准。营利性非法人组织与非营利性非法人组织在设立登记机关、登记程序、税收管理等方面也都存在类似“营利——非营利”法人的区分管理^[42]。在我国法人与非法人组织中,营利与否决定了法人与非法人组织完全不同的权利能力和行为能力,由此也决定组织在各种法律关系中的地位 and 基本的权利义务与责任。因此,对商事调解组织的分类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——“是否营利”作为分类标准。参考《民法典》总则编第三章“法人”与第四章“非法人组织”的相关规定,以“是否具有营利性”为分类标准,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,具体类型如表3所示。

^①参见《厦门经济特区多元化纠纷解决机制促进条例》第54条,《山东省多元化解纠纷促进条例》第44条,《福建省多元化解纠纷条例》第25条,《黑龙江省社会矛盾纠纷多元化解条例》第18条,《安徽省多元化解纠纷促进条例》第20条,《武汉市多元化解纠纷促进条例》第17条。

^②检索日期为2020年3月7日,有效检索结果是经剔除重复项、无关项,并补充相关项后的数据结果。

表3 商事调解组织分类

级别	具体类型			
一级	非营利性商事调解组织		营利性商事调解组织	
二级	法人型非营利性商事调解组织	非法人组织型非营利性商事调解组织	法人型营利性商事调解组织	非法人组织型营利性商事调解组织
三级	1. 事业单位型商事调解组织	不具有法人资格的专业服务机构型商事调解组织	1. 有限责任公司型商事调解组织	1. 个人独资企业型商事调解组织
	2. 社会团体型商事调解组织		2. 股份有限公司型商事调解组织	2. 合伙企业型商事调解组织
	3. 社会服务机构型商事调解组织		3. 其他企业法人型商事调解组织	—

当前,我国非营利性商事调解组织不论是在数量上,还是在发展水平上,均高于营利性商事调解组织,商事调解仍主要作为公共产品存在。然而,随着当事人对商事调解专业化、个性化、便利性等质量要求越来越高,商事调解将逐步发展成以私人物品为主要形态,即商事调解组织以营利为核心目标,依靠市场机制形成均衡价格,主要关注服务的质量。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已促成了调解的多样化,形成所谓的“调解总动员”的“市场模式”^[43]。

(三) 完备化与规范化的组织内外部机制

“组织的内部机制是组织管理最基本的一种模式,从管理模式的演变来看也是社会组织发展初期最普遍采用的方式。”^[44]商事调解组织的内部机制,是指组织生存和发展的内在机能及其运行方式,主要包括内部机构与运行规范。在我国的法律规范中,几乎没有关于商事调解组织内部机制的规定。就实践情况而言,除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等代表性的商事调解组织外,具有完整的内部机构、科学的调解规则与收费规定的商事调解组织并不多见。因此,商事调解立法可对如下内容进行规范。一是商事调解组织的内部机构。营利性与非营利性商事调解组织的内部机构不同,非营利性商事调解组织内部机构的规定应符合《社会组织登记管理条例(草案征求意见稿)》第三章“组织机构”的规定,社会团体的内部机构包括会员大会或者会员代表大会、理事会;社会服务机构的内部机构包括理事会与监事或监事会。营利性商事调解组织内部机构应符合《公司法》《合伙企业法》《个人独资企业法》《个体工商户条例》等法律法规的相关规定。^①二是商事调解组织的运行规范。此类规范主要是指商事调解组织的调解规则与收费规则等。调解规则应以《联合国国际贸易法委员会调解规则》为主要基准,包含总则、调解程序与其他一般性规定等;收费规则应涉及收费内容、收费标准等。三是商事调解组织中的调解员管理。其内容主要涉及调解员名册规范、调解员任职条件与资格认证规范、调解员行为准则等。这些管理规则的设计原则可以参考司法人员管理中的三个原则:原则性与灵活性相统一、当前与长远相统一、借鉴域外经验与结合中国实际相统一^[45]。

政府对商事调解组织的管理是一种外部机制,政府可使商事调解组织能够在一套系统、全面的正式制度的规制下不断发展壮大。目前,我国商事调解组织外部管理机制存在的问题较为突出。其一,缺乏商事调解组织成立条件的法律规定,难以保障组织的公信力乃至长效运作。其二,未明确商事调解组织的登记机关与业务主管机关,相关机关对于商事调解组织申请登记和申请作为主管机关的请求往往相互推诿。据此,商事调解立法可对以下内容进行规范。一是商事调解组织成立的法定条件。类比《仲裁法》《律师法》《公证法》对仲裁委员会、律师事务所、公证机构设立条件的规定,^②商事调解组织的设立条件应包含以下要素:规范的名称,适格的发起人,完善的组织机构,章程、调解规则等文件,固定的住所,有一定数量工作

^①参见《公司法》第36条、第44条、第50条、第51条、第98条、第108条、第113条、第117条,《合伙企业法》第26条,《个人独资企业法》第19条,《个体工商户条例》第21条等。

^②参见《律师法》第14条,《仲裁法》第11条,《公证法》第8条。

人员,必要的注册资金等。二是商事调解组织的登记管理机关及其职责。民政部门是非营利性商事调解组织的登记管理机关,市场监督管理局为营利性商事调解组织的登记管理机关。登记管理机关的主要管理职责包括:负责商事调解组织的设立、变更、注销登记以及章程核准,对商事调解组织进行监督检查等。三是商事调解组织的主管机关及其职责。主管机关的规定主要适用非营利性商事调解组织。根据行业分类,商事调解服务属于法律服务类,非营利性商事调解组织的主管单位应为司法行政部门。主管单位职责可以分为审查批准商事调解组织的成立,管理商事调解组织及其调解员,建立和落实纠纷解决工作的责任制度与过错追究制度。

(四) 兼顾客观主义的辅助性制约

第一,在行为范围上,明确商事纠纷范围与附属性商事调解的制约性。在客观主义作为辅助性制约因素的商事调解概念下,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:一是商事纠纷的范围如何确定,二是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。

商事调解行为指向的商事纠纷的范围,可参照我国加入的《新加坡调解公约》以及《国际商事调解示范法》的规定。《新加坡调解公约》第1条第1款指出,公约适用于当事人为解决商事争议而以书面形式订立的协议。随后,第2款采用列举“除外情形”的方式确定商事纠纷的范围,即排除:解决一方当事人(消费者)为个人、家庭或家居目的进行交易产生的纠纷;与家庭法、继承法或就业法有关的纠纷。公约排除上述纠纷类型的理由是:这些纠纷不同于商事纠纷,在实体上足够敏感,会让当事人担心谈判实力不平等,以及避免同其他公约或规定产生重叠等^[46]。这种做法间接界定了“商事”与“非商事”的客观标准,如同马克斯·韦伯将“家计”与“营利”作为经济行动的基本类型。从公约起草工作组的会议文件看,公约未对商事纠纷进行正面定义,是出于以下原因:首先,工作组认同在明确文书应当适用于“商事”和解协议的同时,不对救济或合同义务的性质作出任何限制;其次,《国际商事调解示范法》(2002年)中脚注2以示例清单的形式载有“商事”一词的定义,^①但公约这种文书中不宜放入脚注。根据该脚注的规定,对“商事”一词应作广义解释,涵盖由于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。这也充分体现了民商事条约具有更大的包容性^[47]。

商事调解组织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“附属商行为理论”作为理论基础。将“适用范围”作为商行为类型的建构方法,商行为分为绝对商行为、相对商行为与附属商行为^[48]。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。正如学者指出:“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实施,则它们可以成为商行为。”^[49]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。从比较法视野观之,譬如受《国际商事调解示范法》影响而制定的黑山《调解法》中就将家事纠纷的调解作为特别程序加以规定^[50]。

第二,在行为方法上,以辅助型调解为主要方法。莱昂纳德在理论上建构了一组调解方法的理想类型:根据调解员介入调解过程的策略特征与行为方式,将调解分为评估型调解和辅助型调解^[51]。评估型调解,是指调解员运用自身的知识与经验对案件进行评估,向当事人提出正式或非正式建议。辅助型调解,是指调解员主要承担程序建构与沟通协助的功能,不就调解结果向当事人建言。在商事调解实践中,评估型与辅助型并非对立或互斥,而是两者存在不同程度的交织:一方面,辅助型调解具有重视当事人自治、追求潜在共同利益等特点,与商事纠纷解决具有天然的契合性,商事调解应以辅助型调解为主要方法;另一方面,两种调解方法也相互联结、相互渗透。特别是中国语境下的纠纷解决认知携带着明显的权威信赖与社会依赖,评估型调解仍将发挥重要作用^[6]。

^①2018年,UNCITRAL将《国际商事调解示范法》作了修正,并更名为《国际商事调解和调解所产生的国际和解协议示范法》。此次修正只是将对“商事”的规定从注释2变更为注释1,并未对其中的内容进行修改。

第三,在行为程序上,注重不同程序的规范性。商事调解是调解现代化转型的产物,商事调解行为应按照以一定顺序、方式和手续进行。商事调解立法对商事调解程序的规定,应涉及以下内容:一是商事调解普通程序,可根据《商事调解示范法》与商事调解实践的通行做法进行设计,主要包含启动程序、准备程序、主体程序与终结程序;二是商事调解衔接程序,涉及法院委派委托商事调解组织调解、商事调解与仲裁相结合等;三是涉外商事调解程序,包括涉外商事调解协议执行机制,在非执行程序中援用涉外商事调解协议,涉外商事调解中的个人调解规则,等等。

五、结语:概念指引商事调解立法的中国前瞻

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。本文要做的努力是在立法语境下解剖和分析商事调解概念,把握商事调解客观主义与主观主义的辩证关系。分析得出的结论为:商事调解概念应坚持“重点论”与“两点论”相统一,“重点论”是指以商事调解组织为基础定义商事调解,可以通过规定商事调解组织的性质、类型、内外部机制等,实现商事调解概念的主观主义转向;“两点论”是指在突出商事调解主体基础性作用的同时,也要注意商事调解行为的制约作用,应通过规制商事调解行为的范围、方法与程序等,体现客观主义的辅助性制约。

在探究立法语境对商事调解概念的塑造时,还应落脚到商事调解概念对中国商事调解立法的指引作用,具体表现为五种结合性。一是“组织法”与“程序法”相结合的法律结构。商事调解法属于综合法,应形成包括总则、组织法、程序法、附则在内的法律结构。二是“社会自治”与“司法利用”相结合的立法功能。商事调解法既应授权民间组织在当事人自愿的基础上解决纠纷,也需调整司法机关及其解纷活动,如商事调解与审判程序、执行程序的衔接。三是“公益性”与“市场性”相结合的价值取向。商事调解法既应规定非营利性组织开展公益性商事调解,也允许营利性组织提供商事调解服务,实行市场化运作。四是“授权性”与“义务性”相结合的法律规则。商事调解法应主要采用授权性的法律规则,如鼓励成立非营利性与营利性商事调解组织,但也需要部分义务性规则,如需要遵循的法定程序。五是“国内性”与“涉外性”相结合的制度设计。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”。一言以蔽之,只有商事调解法内部的逻辑、规则以及价值取向等均与商事调解概念协调一致,依照统一标准得到整合,才能形成在康德看来一个“完整的知识系统”。

参考文献:

- [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(2022年10月16日)[M]. 北京:人民出版社,2022:41.
- [2] 王旭. 在法治轨道上全面建设社会主义现代化国家[J]. 暨南学报(哲学社会科学版),2022(12):8-15.
- [3] 刘敬东,孙巍,傅攀峰,等. 批准《新加坡调解公约》对我国的挑战及应对研究[J]. 商事仲裁与调解,2020(1):45-60.
- [4] 蔡伟. 从《新加坡调解公约》看我国商事调解的改革[J]. 安徽大学学报(哲学社会科学版),2021(2):114-122.
- [5] 周建华. 商事调解立法体系的递进式构建研究[J]. 北京理工大学学报(社会科学版),2022(5):161-168.
- [6] 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[J]. 法学家,2022(6):17-30.
- [7] DIETMAR V D P. Über begriffe im recht[J]. Archiv für Rechts und Sozialphilosophie/Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy,2012,98(4):439-456.
- [8] 哈特. 法律的概念[M]. 张文显,郑成良,杜景义,等,译. 北京:中国大百科全书出版社,1996.
- [9] 聂卫锋. 法典化与《法国商法典》的最新发展[J]. 国家检察官学院学报,2013(2):158-176.
- [10] 范愉. 商事调解的过去、现在和未来[J]. 商事仲裁与调解,2020(1):126-141.
- [11] 中国国际贸易促进委员会/中国国际商会调解中心. 中国商事调解理论与实务[M]. 北京:中国民主法制出版社,2002:5-6.
- [12] 黄忠顺. 论商事调解的市场化[J]. 人大法律评论,2020(1):93-134.
- [13] 齐树洁,李叶丹. 商事调解的域外发展及其借鉴意义[J]. 中国海商法年刊,2011(2):97-103.
- [14] 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[J]. 中国法律评论,2019(1):

- 198-208.
- [15] 范健. 德国商法[M]. 北京:中国大百科全书出版社,1993:15-19.
- [16] 廖永安. 调解学教程[M]. 北京:中国人民大学出版社,2019:140.
- [17] 维特根斯坦. 哲学研究[M]. 李步楼,译. 北京:商务印书馆,1996:96.
- [18] 尹亚军. “问题导向式立法”:一个经济法立法趋势[J]. 法制与社会发展,2017(1):68-80.
- [19] 理查德·斯科特. 制度与组织——思想观念与物质利益[M]. 姚伟,王黎芳,译. 北京:中国人民大学出版社,2010:113-114.
- [20] 特奥多尔·菲韦格. 论题学与法学——论法学的基础研究[M]. 舒国滢,译. 北京:法律出版社,2012:104-105.
- [21] 范愉,李泽. 人民调解的中国道路——范愉教授学术访谈[J]. 上海政法学院学报,2018(4):1-9.
- [22] 廖永安,王聪. 人民调解泛化现象的反思与社会调解体系的重塑[J]. 财经法学,2019(5):67-80.
- [23] 黄茂荣. 法学方法与现代民法[M]. 北京:法律出版社,2007.
- [24] 刘岚. 民事案件规定详解——最高人民法院研究室负责人就《民事案件案由规定》答记者问[N]. 人民法院报,2008-03-04(8).
- [25] 卡尔卡诺. 商法史[M]. 贾婉婷,译. 北京:商务印书馆,2017:11.
- [26] 赵万一. 论民法的商法化与商法的民法化——兼谈我国民法典编纂的基本理念和思路[J]. 法学论坛,2005(4):28-33.
- [27] 王利明. 民商合一体例下我国民法典总则的制定[J]. 法商研究,2015(4):3-9.
- [28] 张谷. 商法,这只寄居蟹——兼论商法的独立性及其特点[J]. 清华法治论衡,2005(2):1-51.
- [29] 张志铭. 转型中国的法律体系建构[J]. 中国法学,2009(2):140-158.
- [30] AIEXY R, PECZENIK A. The concept of coherence and its significance for diskursive rationality[J]. Ratio Juris, 1990, 3(1): 130-147.
- [31] PETHICK S. Solving the impossible; the puzzle of coherence, consistency and law[J]. Northern Ireland Legal Quarterly, 2008, 59(4):395-410.
- [32] 约瑟夫·拉兹. 法律体系的概念[M]. 吴玉章,译. 北京:商务印书馆,2018:177.
- [33] 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[J]. 法学家,2012(2):1-16.
- [34] 肖瑛. 从“国家与社会”到“制度与生活”:中国社会变迁研究的视角转换[J]. 中国社会科学,2014(9):88-104.
- [35] 王福华. 中国调解体制转型的若干维度[J]. 法学论坛,2010(6):31-37.
- [36] 李华武. 商会与审判机构:清末民初商事纠纷调解关系考[J]. 江西社会科学,2016(1):110-117.
- [37] 范愉. 非诉纠纷解决机制研究[M]. 北京:中国人民大学出版社,2000:376-383.
- [38] 董侨乔. 民间纠纷中的多元规则及其冲突——对一起拆迁补偿家族纠纷的个案分析[J]. 安徽师范大学学报(人文社会科学版),2022(1):108-115.
- [39] 黄宗智. 清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践[M]. 上海:上海书店出版社,2007:91-111.
- [40] 卢曼,韩旭. 法律的自我复制及其限制[J]. 北大法律评论,1999(2):446-469.
- [41] 汪青松. 民法总则民商主体界分的制度缺陷与完善思路[J]. 浙江工商大学学报,2019(5):30-39.
- [42] 蒋大兴. 《民法总则》的商法意义——以法人类型区分及规范构造为中心[J]. 比较法研究,2017(4):53-74.
- [43] 王福华. 现代调解制度若干问题研究[J]. 当代法学,2009(6):130-139.
- [44] 胡仙芝,余茜,陈雷,等. 社会组织化发展与公共管理改革[M]. 北京:群言出版社,2010:50.
- [45] 卞建林,王天保. 司法人员分类管理再思考[J]. 内蒙古社会科学,2021(6):78-87.
- [46] 蒂莫西·施纳贝尔,王徽. 《新加坡调解公约》:跨境承认和执行调解而产生的和解协议的制度基础[J]. 国际法研究,2020(6):105-126.
- [47] 车丕照,张普. 条约在涉外民商事案件中的适用——以当事人约定适用为前提[J]. 河南师范大学学报(哲学社会科学版),2021(6):44-51.
- [48] 刘朗泉. 中国商事法[M]. 北京:商务印书馆,2011:41-44.
- [49] 张民安. 商法总则制度研究[M]. 北京:法律出版社,2007:305.
- [50] MICKOVIC D, KOCKOVSKA K. Mediation in family disputes in the republic of macedonia [J]. Iustinianus Primus Law Review, 2012, 3(2):1-13.
- [51] RISKIN L L. Understanding mediators' orientations, strategies, and techniques; a grid for the perplexed [J]. Harvard Negotiation Law Review, 1996, 1(7):7-52.

