



商事调解的权衡与沟通方式

杨 力 教授

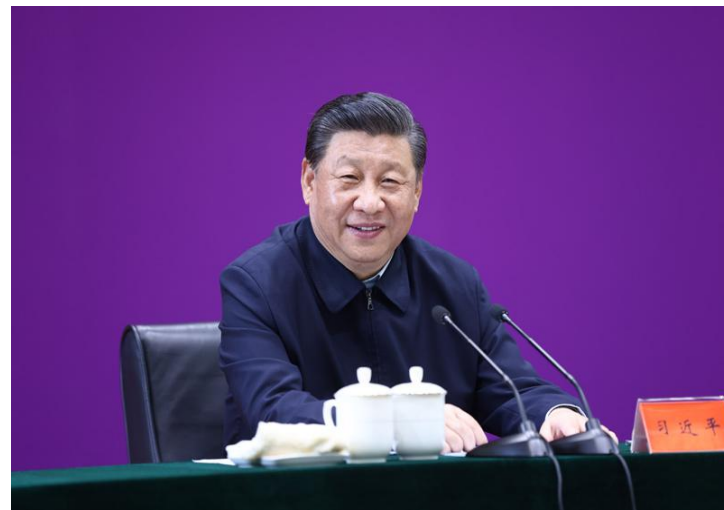
上海交通大学“人民法院矛盾纠纷源头治理”研究基地

法治中国

抓前端、治未病

“加强矛盾纠纷源头预防、前端化解、关口把控，完善预防性法律制度，从源头上减少诉讼增量”

- 源头一体化解决
- 诉前一站式解决
- 诉讼一次性解决



源头一体化解决：止于未发

• 科学立法

权力清单、法律不是万能、规则融贯、多数人意见

• 体制改革

条与条：大部制、职权配置

条与块：条权属地化

块与块：新枫桥经验、城镇化、主体功能区、区域一体化

民法典亮点

离婚冷静期、人肉搜索、
人体基因研发、机关企业
学校防止性骚扰、业主双
过半、婚前隐瞒重大疾病
可撤销婚姻、5年以上土地
经营权登记、遗赠扶养协
议、取消最后公证遗嘱效
力、禁止高利贷、继承人
宽恕、遗产管理人、高空
抛物物业尽安全责任

诉前一站式解决：化于萌芽

• 营商环境

沪（55%）、京（45%）

评估一般标准情景，不评估特殊政策功能区

评估法律制定，不评估法律实施

• 平台融合

公服体系（首选率不高）、诉服体系（挺到一线）

对商事调解的偏见：“买保险时，选择最高免赔额”

开办企业	程序、时间、成本、最低实缴资本
办理建筑许可证	程序、时间、成本、建筑质量控制
获得电力供应	程序、时间、获得电力连接的成本、供电可靠性与电费透明度
登记财产	程序、时间、成本、土地管理质量
获得信贷	法律权力、信贷信息、征信、信用登记
保护少数投资者	信息披露范围、执行官责任范围、股东诉讼便利、股东权利、所有权和管理范围、公司透明度
纳税	时间、税费、税费占利润比、报税后程序
跨境贸易	进出口业务时间、成本
执行合同	时间、成本、司法程序质量=法院结构和诉讼程序（国际商事法庭、简易程序、审前程序、案件分配、女性证词）、案管（法庭关键程序节点、休庭或诉讼延期次数、法院绩效评估、庭前会议、电子案管）、法院自动化（诉讼电子化、诉讼费用支付电子化、判决书公布电子化）、替代性纠纷解决（仲裁、调解）
破产	时间、成本、破产债务追偿、破产框架力度（铁路运输法院集中管辖）

诉讼一决性解决：案结事了

- 服务支撑

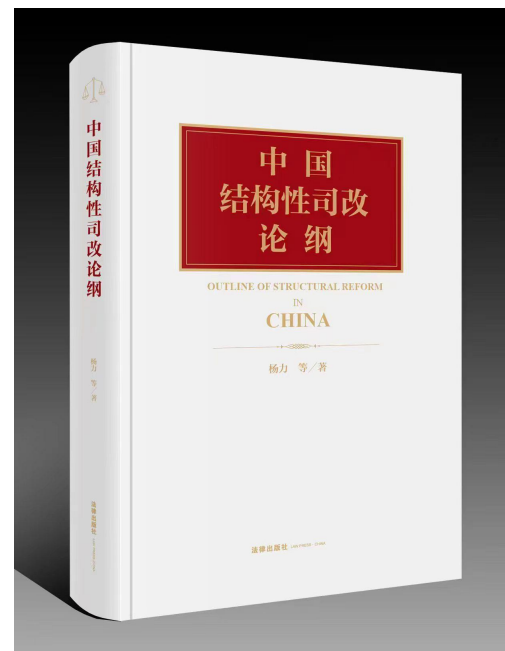
裁判指引、示范诉讼、最高法院与部委“总对总”、
人民法院在线调解平台

- 分类推动

繁简分流、诉非对接、诉调对接、委派调解、委托调解、要素审判

- 强力保障

司法确认、特邀调解组织和调解员、绩效考评、以案定补、自动履行正向激励（移除失信、保全豁免）、涉诉信访源头治理（类案指引、执行威慑、数据分析和反馈）



商事调解的权衡

法律思维

- 事实认定：法律真实优先

比如，时效、除斥、因果、举证

表见、代持、善意、不动产登记



- 法律适用：形式推理优先

比如，不同形式的遗嘱效力、建筑物区分所有权、VC/PE 的对赌协议



占便宜
特定单品去库存
为新品铺垫
可提高单价

- 决策方式：程序公正优先

比如，行政程序瑕疵、切蛋糕



事实认定困难

- 片面追求法律事实

比如，医患举证责任

- 倾斜性的认定拟制

比如：

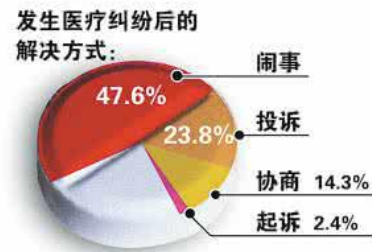
有利于债权人

建筑施工欠薪两个解释

建设工程价款优先权

格式条款

金融产品卖方适当性义务



法律适用困难

- 法律出现空白

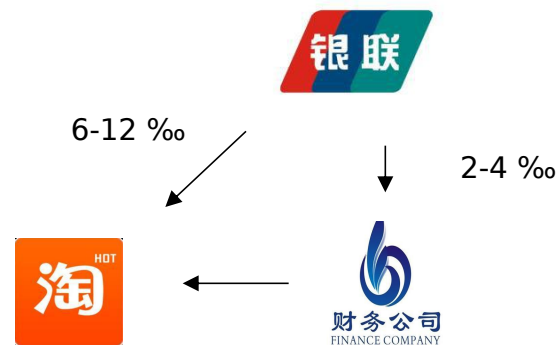
比如，财务公司

- 类案不同判

比如，消法49条

- 法律适用出现不合理

比如，东京审判、德国告密者案件、方林富案



决策方式困难

- 非暴力不合作

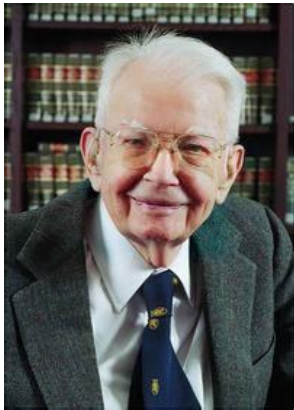
比如，形式上的集体决策末位表态

- 程序与权利透支

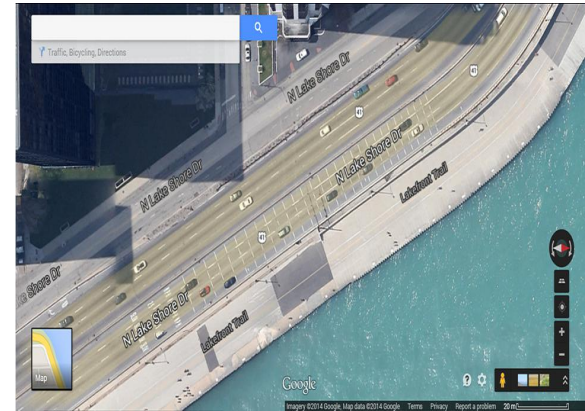
比如，成田机场



商事调解的思路：合法、合理



交叉思维



痛点思维



精准思维

商事调解的沟通

最大公约数

情·理·法

五名洞穴探险人不幸遇到塌方，受困山洞，等待外部的救援。十多日后，他们通过携带的无线电与外界取得联络，得知尚需数日才能获救水尽粮绝；为了生存，大家约定通过投骰子吃掉一人，牺牲一个以救活其余四人。威特摩尔是这一方案的提议人，不过投骰子之前又收回了意见，其它四人却执意坚持，结果恰好是威特摩尔被选中，在受困的第23天威特摩尔被同伴杀掉吃了。在受困的第32天，剩下四人被救，随后他们以故意杀人罪被起诉，而根据《刑法典》规定：“任何故意剥夺他人生命的人都必须被判处死刑。”

分歧

富勒的五种判决

法律道德分开

法官忠于职责

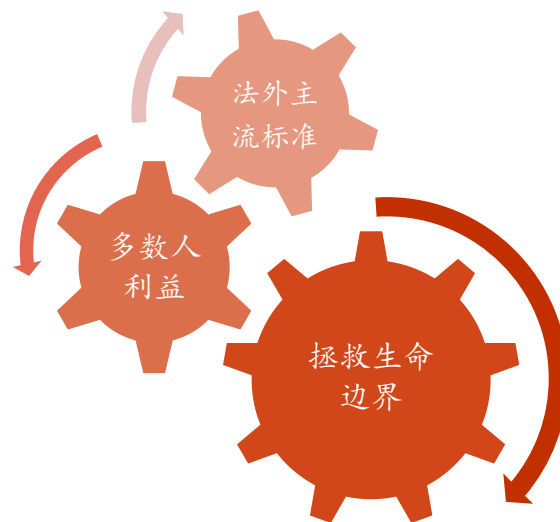
立法目的解释

运用常识判案

拒绝作出裁判

有罪

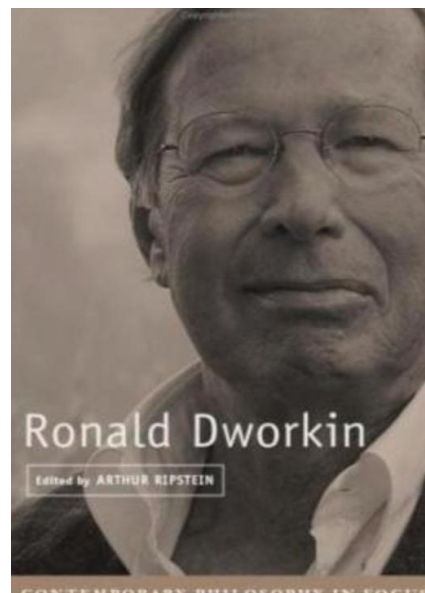
无罪



法外标准替代

埃尔默案

1882年，埃尔默因担忧祖父续弦而改变留给他大笔遗产的遗嘱，就毒死了祖父。埃尔默因杀人罪被处以监禁，可埃尔默能否享有继承其祖父遗产的权利，却争议不休。



分歧

遗嘱仍应执行

纽约州法律未规定杀死被继承人，会让遗嘱失效
继承人被监禁后又被剥夺继续权，有违“罪刑法定”
法官无权以自己的道德代替法律

遗嘱不再执行

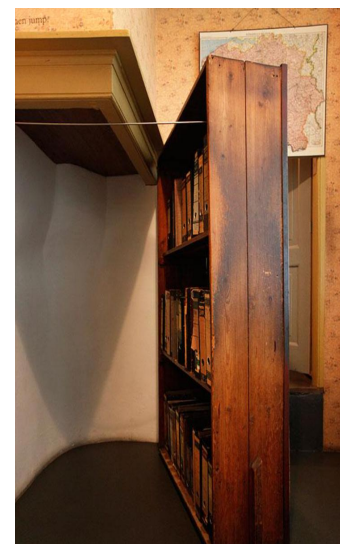
立法者不会让继承人杀死了被继承人，仍可获遗产
任何人不能从其自身的过错中受益
法官有义务通过判决实现最为接近正义的法律



给彼此一个承诺和保证，这不是利益衡量能达到的

法外标准适用“三要件”

- 适用法律明显的不公正
- 法外判断权威原则支持
- 结果具有示范指导意义

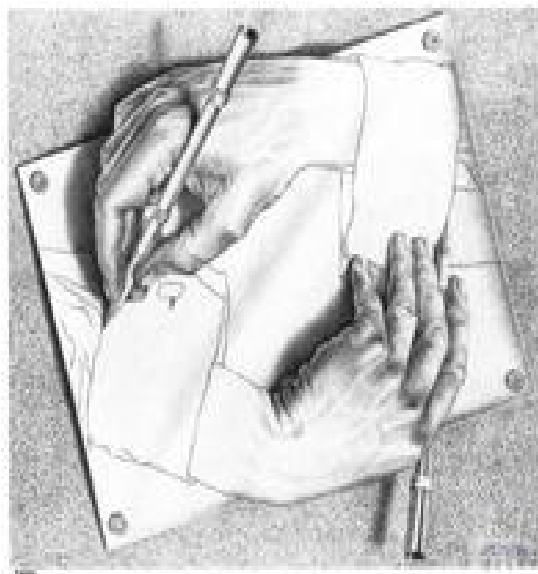


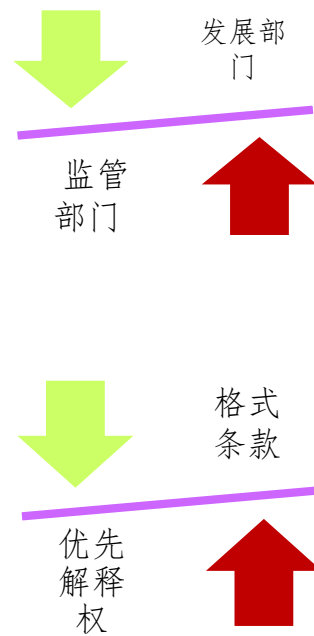
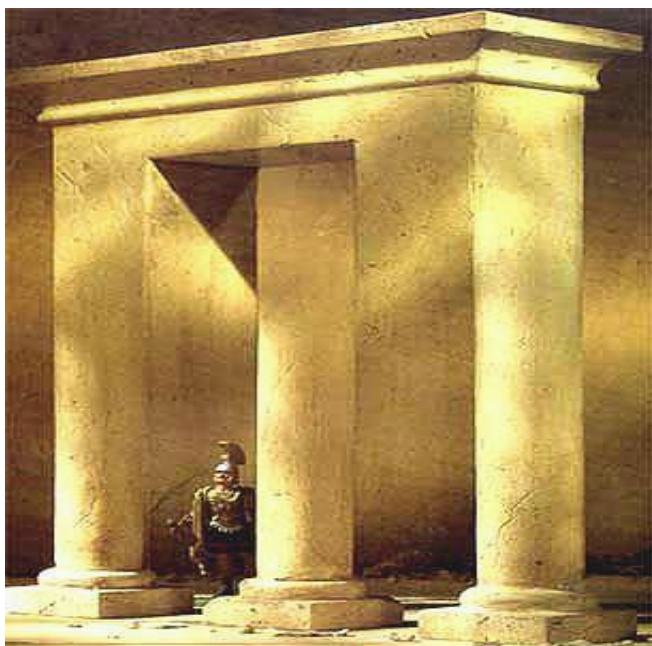
阿姆斯特丹“安妮之家”

法律上的悖论

悖论

就是从真的前提，
经过有效的推理，
但是得到与前提不
融贯的结论





法律解释

限缩

比如，子女与父母的赡养义务、父母对子女的抚养义务

扩张

比如，买卖国家机关证件罪，证件既指真的也指假的

目的

比如，德国法的狩猎

历史

比如，LPR

情境

比如，民法典



自由裁量

- 轻以重、重以轻

比如，非法持有枪支

- 学理、原则、规则

比如，外观利益、利益衡量、漏洞填补

- 情境中的选项

比如，针对权利瑕疵担保，若在签订合同时，出卖人隐瞒权利瑕疵，显然构成欺诈。依据民法典的规定，买受人可以在诉讼时作出选择：

- (1) 当买受人认为撤销权未过除斥期间，合同自始无效对其更有利时，其可以选择行使撤销权；
- (2) 当其认为让出卖人承担权利瑕疵担保责任对其更有利时，其可以选择解除合同，请求出卖人承担赔偿责任；
- (3) 当然其也可以选择履行合同，请求出卖人承担赔偿责任。

