



商事调解是诉讼外解决商事纠纷的主要途径之一。在我国建立多元化纠纷解决机制的背景下，商事调解具备了实质解纷和促成合作的巨大作用。本书是专为法学院校的学生和实务工作者撰写的以调解方式化解商事纠纷的专业书籍，既适合普通高等院校学生作为教材进行阅读和学习，也可以作为实务工作者的参考用书。

商事调解原理与实务

SHANGSHI TIAOJIE YUANLI YU SHIWU

主 编 朱 楠

副主编 柴小雪



上海交通大学出版社
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY PRESS



商事调解原理与实务

SHANGSHI TIAOJIE YUANLI YU SHIWU

主 编 朱 楠

副主编 柴小雪



上海交通大学出版社
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY PRESS

内容简介

商事调解是诉讼外解决商事纠纷的主要途径之一,在我国建立多元化纠纷解决机制的背景下,商事调解具备了实质解纷和促成合作的巨大作用。本书是专为法学院校的学生和实务工作者撰写的以调解方式化解商事纠纷的专业书籍。本书分为上、中、下三编,上编为商事调解基本原理,第一章至第六章;中编为商事调解的程序和技巧,第七章至第十章;下编为相关领域商事调解,第十章至第十四章。本书每章均设有本章概要、学习重点、章节内容、理论思考、案例分析示范和案例分析实训。

图书在版编目(CIP)数据

商事调解原理与实务/朱楠主编. —上海:上海交通大学出版社,2014

ISBN 978-7-313-11868-4

I. ①商… II. ①朱… III. ①经济纠纷—调解(诉讼法)—中国—教材

IV. ①D925.114

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 178123 号

商事调解原理与实务

主 编:朱楠

出版发行:上海交通大学出版社

邮政编码:200030

出 版 人:韩建民

印 制:浙江云广印业股份有限公司

开 本:787mm×960mm 1/16

字 数:304千字

版 次:2014年8月第1版

书 号:ISBN 978-7-313-11868-4/D

定 价:36.00元

地 址:上海市番禺路951号

电 话:021-64071208

经 销:全国新华书店

印 张:19

印 次:2014年8月第1次印刷

版权所有 侵权必究

告读者:如发现本书有印装质量问题请与印刷厂质量科联系

联系电话:0573-86577317

编写说明

商事纠纷日趋多样化,纠纷解决的途径在传统的诉讼之外已然出现了调解、仲裁。调解是一种以当事人合意为基础的纠纷解决方式,当事人在程序进行和实体形成方面都具有极大的自治性和控制权。商事调解即面向商事领域纠纷的调解,是商事纠纷多元化解体系中的重要分支。商事调解具备了实质解纷和促成合作的效果,符合商人逐利的特点,因而具有蓬勃之势。本书基于商事调解的特点、功能和价值对商事调解的基本原理予以分析,更进一步详细介绍了商事调解的程序和技巧,在此基础上还对不同领域的商事调解作了针对性的阐释。本书在进行编写时从法律教学以及应用型人才培养的实际出发,主要特点是:一是保证了整个教材体系的系统性。使学生通过《商事调解原理与实务》的学习对商事调解的基本原理和有关实例、案例有一个全面了解。二是保证整个教材体系的结构性。就是在一个原理和案例的表述中,包括基本原理、案例事实、案例调解过程以及该案例所引申出的商事调解的理论或实务问题,这些层次使每一个案例都形成了比较完整的知识结构。三是保证了整个教材体系的逻辑性。从商事调解原理的介绍开始,讲述有关商事调解的基本知识,接下来则是具体的流程和调解技巧等应用性较强的内容,最后教材选择了纠纷多发的领域作为进一步介绍了针对不同纠纷如何进行调解。本书兼具理论性和实务性,既适合院校学生作为本领域的教材进行阅读和学习,也可以作为实务工作者的工作参考。本书在编写的过程中参考了目前国内已有的相关教材和研究成果,获益颇多,感谢学者们和实务工作人员在商事调解这一领域作出的贡献。

目 录

第一章 商事调解概述	1
第一节 商事纠纷与商事调解	1
一、纠纷	1
二、商事和商事纠纷	2
三、商事调解	5
第二节 商事调解的功效和价值	7
一、商事调解的功效	7
二、商事调解的价值	8
第三节 商事调解的法律依据	9
一、我国商事调解法律依据	9
二、国际商事调解法律依据	10
第四节 商事调解的类别	11
一、按调解主体进行区分	11
二、按调解功能进行区分	17
第二章 商事调解的基本原则	22
第一节 当事人自愿原则	22
一、民法自愿原则	22
二、商事调解当事人自愿原则	23
第二节 独立、中立原则	24
第三节 合法原则	25

第四节 利益均衡原则	26
第五节 保密原则	27
第六节 合作双赢原则	28
第三章 商事调解的历史和实践	31
第一节 商事调解的历史	31
一、我国商事调解的历史	31
二、我国主要的商事调解机构	36
三、国外 ADR 和商事调解的兴起	38
第二节 商事调解的域外实践	39
一、美国的商事调解	39
二、加拿大的商事调解	40
三、英国的商事调解	41
四、法国的商事调解	42
五、欧盟民商事调解指令	43
六、国外主要商事调解机构	43
第四章 商事调解员	49
第一节 商事调解员的担任	49
一、商事调解员的资格认定	49
二、商事调解员的分类	51
三、仲裁员担任调解员	52
四、法官担任调解员	55
第二节 商事调解员的基本规范	56
一、商事调解员的行为规范	56
二、商事调解员的主要权利	59
三、商事调解员的主要义务	60
四、商事调解员的责任	60
第三节 商事调解员的素质和基本技能	61
一、商事调解员的素质	61

二、商事调解员的基本技能	62
第四节 商事调解员的培训	64
一、我国商事调解员的培训	64
二、国外商事调解员的培训	66
 第五章 商事调解当事人	69
第一节 商事调解当事人概述	69
一、调解当事人的概念	69
二、调解当事人的特征	70
三、调解当事人的种类	70
第二节 调解当事人的权利和义务	72
一、商事调解当事人的权利	72
二、商事调解当事人的义务	73
第三节 商事调解中当事人的举证	74
一、商事调解证据种类	74
二、商事调解证据规则	75
三、商事调解证据采集和固定	76
第四节 代理律师在商事调解中的作用	76
一、我国代理律师参与调解的现状	76
二、代理律师对调解的促进	77
三、代理律师参与调解的制度构建	78
 第六章 法院的商事调解	83
第一节 法院商事调解概论	83
一、法院商事调解的含义和特点	83
二、法院商事调解的优势	85
三、法院商事调解的原则	86
第二节 诉讼和解和法院调解	88
一、诉讼和解的概念和特征	88
二、诉讼和解和法院调解的区别	89

三、国外诉讼和解制度	90
第三节 法院商事调解的新发展	92
一、法院商事调解和审判的关系	92
二、法院附设调解	93
第四节 早期中立评估	96
一、早期中立评估的由来和概念	96
二、早期中立评估的具体应用	97
 第七章 民间商事调解的程序	104
第一节 调解程序的启动	105
一、调解协议	105
二、单方调解申请	106
三、形式审查	107
四、可调解性	108
第二节 确定调解员	109
一、调解员的确定方式	109
二、调解员的人数	110
三、调解员的更换	111
第三节 调解程序的进行	111
一、调解阶段概述	111
二、准备阶段	112
三、开场阶段	113
四、中间阶段	114
五、最后阶段	115
第四节 调解程序的终止	116
一、达成和解协议	116
二、调解不成	117
三、特殊的终止情形	117
第五节 调解中的保密	118
一、保密的合理性	118

二、保密规则	120
三、保密信息及其证据效力	121
第八章 商事调解的法律效力	126
第一节 商事调解协议的法律效力	126
一、调解协议的合同性质	126
二、调解协议的合同约束力	127
三、调解协议在程序上的效力	128
第二节 商事和解协议	129
一、和解协议的概念和特征	129
二、和解协议的法律效力	130
三、和解协议的执行力	131
四、中国商事调解协议的司法确认程序	132
第三节 和解协议中的仲裁条款	134
一、和解协议中的仲裁条款	134
二、和解—仲裁的法律效力	135
第四节 商事调解和诉讼的衔接	136
一、委派调解	137
二、委托调解	137
三、邀请调解	138
第九章 商事调解的方法和技巧	142
第一节 调解的不同模式	142
一、辅助型调解	142
二、评估型调解	143
三、转化型调解	144
第二节 商事调解各阶段的技巧	145
一、调解开始阶段	145
二、调解中间阶段	150
三、调解最后阶段	156

第三节 商事调解的评估和效果汇报	159
一、自我评估	159
二、积极跟踪	160
第十章 在线商事调解	166
第一节 在线商事调解概述	166
一、在线调解的萌芽和发展	166
二、ODR 的主要特征	168
三、在线商事调解的优势和劣势	169
第二节 在线商事调解主要组织	171
一、在线监察办公室	171
二、贸易广场	171
三、欧洲消费者争议解决网络	172
四、欧盟电子消费者解决项目	172
五、萨博塞特在线争议解决机制	173
六、克力克塞特在线协商机制	174
七、萨博裁判庭	175
八、美国仲裁协会在线争议解决项目	175
第三节 我国目前主要的在线商事调解	176
第十一章 知识产权纠纷调解	181
第一节 知识产权纠纷概述	181
一、知识产权和知识产权纠纷	181
二、知识产权纠纷的类型	182
三、知识产权纠纷的特点	182
第二节 知识产权纠纷调解	183
一、知识产权纠纷调解概述	183
二、知识产权纠纷调解的优势	184
三、知识产权纠纷调解的适用空间	185
四、知识产权纠纷调解实践	186

五、知识产权纠纷调解发展的国际动向	188
第三节 著作权纠纷调解实践	190
一、上海版权纠纷调解中心	190
二、中国互联网协会调解中心	191
第四节 专利权纠纷调解实践	192
一、专利纠纷基本概况	192
二、专利纠纷调解实例	193
第五节 商标纠纷调解实践	196
一、商标纠纷调解概况	196
二、商标纠纷调解实践	197
三、商标纠纷行业协会调解实践	202
第十二章 海事纠纷调解	207
第一节 海事纠纷概述	207
一、海事和海事纠纷	207
二、海事纠纷的种类	208
三、海事纠纷的特点	209
第二节 海事纠纷调解	210
一、法院调解	210
二、海事行政调解	210
三、海事仲裁中的调解	211
四、法院委托、联动调解	212
第三节 海事纠纷调解实践	213
一、海事侵权纠纷调解实践	213
二、海事合同纠纷调解实践	217
三、其他海事纠纷调解实践	219
第十三章 公司纠纷调解	222
第一节 公司纠纷概述	222
一、公司纠纷	222

二、公司纠纷的概念和类型	223
三、公司纠纷的特点	224
第二节 公司纠纷调解	224
一、公司纠纷诉讼对调解的影响	224
二、公司纠纷调解的原则	226
三、公司纠纷调解的优势	228
第三节 公司纠纷调解实践	229
一、合资纠纷调解实践	229
二、股东纠纷调解	232
三、公司解散纠纷调解实践	233
 第十四章 金融纠纷调解	237
第一节 金融纠纷概述	238
一、金融和金融纠纷	238
二、金融纠纷的成因和特点	239
第二节 金融纠纷调解	241
一、金融纠纷调解概述	241
二、金融纠纷调解的类型	241
第三节 金融纠纷调解的域外实践	247
一、美国金融专业调解制度	247
二、英国金融专业调解制度	248
三、德国金融专业调解制度	249
四、新加坡金融业调解中心	249
第四节 证券纠纷调解及实践	250
一、证券纠纷及其类别	250
二、证券纠纷的特点	252
三、证券纠纷调解	253
四、我国证券纠纷调解实践	254
第五节 保险纠纷调解实践	255
一、保险纠纷的概念和成因	255

二、保险纠纷类别	256
三、保险纠纷调解实践	257
附录	262
联合国国际贸易法委员会国际商事调解示范法	262
联合国国际贸易法委员会调解规则	267
中国国际贸易促进委员会/中国国际商会调解中心调解规则(2012)	271
上海经贸商事调解中心调解规则	277
世界知识产权组织调解规则	283

第一章

商事调解概述

本章概要：

商事活动中会产生不同的利益冲突，这就导致了商事纠纷的出现，商事纠纷有其自身的特性，现代商业社会的高效要求商事纠纷的解决也应是具有效率性的，商事调解应运而生。商事调解追求合作双赢，是商业社会自治的重要表现，是商人作为理性“经济人”的追求。商事调解可以由法院开展，也可以由仲裁机构、民间机构进行，其中，民间机构调解商事纠纷是未来商事调解的主要发展方向。我国商事调解的实践活动始于民国初期，后随着“大调解”的开展和西方商事调解的影响而勃发，成为“东方经验”中不可或缺的一环。

学习重点：

商事纠纷的特点，商事调解的含义和特点，商事调解的目标，我国商事调解的法律依据，商事调解的类别

第一节 商事纠纷与商事调解

一、纠纷

有人的地方就有纠纷。人与人之所以产生纠纷往往是因为利益分歧。范愉教授将纠纷界定为“特定主体间基于利益冲突而产生的一种双边或多边的对抗

行为”。^① 人类社会,纠纷的存在是客观的,也是无法消灭的。纠纷是对秩序和平衡的破坏,也是社会和法律发展的契机。^②

纠纷产生的根源在于人与人之间的利益冲突。无论是马克思主义理论还是西方经济学,都揭示出利益关系是人类社会的本质关系。马克思曾经指出:“人们奋斗所争取的一切,都同他们的利益有关”。经济活动是人类一切活动的基础,经济人从事经济活动的最终目标是实现自身利益的最大化,因此,人们在社会经济活动中所形成的所有关系,其实都反映了经济人之间的利益关系。由于追求自利与资源稀缺之间的矛盾决定了社会成员之间的利益是相互冲突、此消彼长的,因此,在此基础上形成的经济人之间的利益关系必然是相互对立的。冲突是一种斗争,这种斗争发生在不相容的需要、愿望、想法、利益之间,而且是在冲突各方无法同时获得满足的时候。利益冲突是不同的利益主体基于利益矛盾而产生的利益纠纷和利益争夺。解决利益冲突就是化解纠纷,化解纠纷是通过一系列规则、行为与程序,恢复或重建社会秩序。^③ 其中,调解自然是化解纠纷的方式之一。

二、商事和商事纠纷

(一) 商事

产生商事纠纷的利益分歧性尤为突出。所谓“商事”,含义非常广泛,随着社会经济的不断发展变化,其内涵外延也在不断丰富。起初,商事标的仅为动产和有形财产,到现在包括相当部分的不动产、无形财产、有价证券、票据、知识产权等;起初,商事行为仅包括买卖、代理、票据、保险、运输、海上等领域,到现在还包括如信托、证券、知识产权贸易、融资租赁等领域;起初,商事主体以自然人和拟制商人为主,现在还包括非法人组织。《联合国国际商事调解示范法》使用指南中指出对“商事”一词应作广义解释,以涵盖由于商业性质的所有各种关系而发生的事项,无论这种关系是否属于合同关系。商业性质的关系包括但不限于下

^① 范愉、李浩:《纠纷解决——理论、制度与技能》,清华大学出版社2010年版,第11页。

^② 刘友华:《知识产权纠纷非诉讼解决机制研究——以调解为考察中心》,中国政法大学出版社2011年版,第29页。

^③ 刘友华:《知识产权纠纷非诉讼解决机制研究——以调解为考察中心》,中国政法大学出版社2011年版,第29页。

述交易:供应或交换货物或服务的任何贸易交易;分销协议;商业代表或代理;保理;租赁;工程建设;咨询;工程;许可证交易;投资;融资;银行;保险;开发协议或特许权;合营企业和其他形式的工业或商业合作;航空、海路、铁路或公路客货运载。有观点认为,凡以营利为目的,从事媒介交易之行为,皆称为商。可以说“商事”是一个随时代流动的词汇,难以通过完全列举的方式得到准确概念,只能抓住“营利”、“交换”这类特征在生活实践中灵活把握。其中“营利”应当是持续、独立、公开地从事经营活动,偶尔从事营利性活动的人不是商事主体的营利活动。“交换”是在支付对价的基础上提供商品或服务的有偿活动。这样来理解“商事”事实上就将一些民事纠纷也涵盖其中,而我国民商合一的立法体例——即以民法典为基本法,以一系列商事单行法为特别法——恰能较好地兼容民商事之间的关系。

(二) 商事纠纷及其特点

商事纠纷是平等主体的商品生产者、经营者之间在从事以营利为目的的商事行为过程中发生的纠纷。随着我国改革开放的深入和市场经济的不断发展,各种商事活动日益增多,商事活动的种类愈加多样,在商事活动中产生的纠纷、冲突和矛盾也随之增多。和以往的民事纠纷相比,商事纠纷具有如下特点:

(1) 商事主体具有特殊性。商主体是指依照法律规定参与商事法律关系,能够以自己的名义从事商行为,享受权利和承担义务的人。有的国家称其为商人,是一种特殊的法律人格体。商主体具有不同于民事主体的法律特征。首先,从本质上说,商主体是一种法律拟制的主体,它所享有的权利能力和行为能力具有特殊性。这种特殊性从能力的形成上说,商主体的形成一般须经过国家的特别授权程序,即需要具备法定条件即经过办理合理登记的手续。其次,商主体是从事以营利为目的的营业活动的主体。商主体能力的存在与其所实施的营业活动密切相连。商主体都是具有理性的经济人,是以获取利益最大化为目标。最后,商主体是商事法律关系中的当事人,即在商法上享有权利并承担义务。

(2) 商事纠纷内容专业性强。商事纠纷产生于商主体之间的商事活动中,与普通民事活动相比商事活动更具有专业性,涉及众多的商业习惯、交易习惯、产品属性、技术工艺等具体内容,涵盖了如知识产权客体认定、金融品种区分、交易流程厘清等专业活动。非专业人士很难全面掌握,所以解决其纠纷的主体也

需要具有相应的知识。

(3) 商事纠纷涉及的法律关系复杂多变,常常是法律问题与社会问题相交织,当事人个体权益与社会公共权益相交织。法律关系越多,责任主体就越多。每一个经营者都同时与众多其他经营者存在业务往来。单个纠纷可能影响多个商主体的经营活动。纠纷的解决有牵一发动全身的效果。

(4) 商事活动的自治性突出。商品经济的规律性产生了对专门调整商事活动的法律规范的特殊需求,这种需求经历了商事习惯、商事习惯法和成文法的表达过程。商法规则自产生伊始,就带有明显的商人自主精神和自治法特点。在商事纠纷产生后,以既有的商事习惯和商事规则自主解决纠纷往往成为商人的主动选择。

(三) 商事纠纷的分类

(1) 按照商事纠纷是否具有涉外性,可将商事纠纷分为国内商事纠纷和涉外商事纠纷。涉外商事纠纷包括:第一,商事主体涉外。即当事人是具有不同国籍的自然人、法人。第二,商事活动中的标的物涉外。即法律关系主体之间的权利义务共同指向的对象、标的物位于外国。第三,法律关系的内容涉外。即法律关系据以产生、变更、消灭的法律事实发生在外国。如商事合同在外国签订、履行。无涉外因素的商事纠纷为国内商事纠纷。以调解的方式来看待商事纠纷的涉外性,这种区分的意义实际不大。涉外商事纠纷虽然在上述三个方面不同于国内商事纠纷,但这种区别仅在审判实践中有实际意义,但在调解中,解决涉外商事纠纷需要考虑的涉外因素则会转变为外国当事人文化、背景、传统习俗、价值观等的考量。适当尊重外国当事人的商事习惯会有利于解决纠纷。

(2) 按照商事具体内容的不同可以大体将商事纠纷分为合同纠纷,与公司有关的纠纷,与合伙企业有关的纠纷,证券纠纷,期货纠纷,保险纠纷,票据纠纷,知识产权纠纷。如要细分,则合同纠纷下还会包括买卖、抵押、储蓄、加工承揽、运输、仓储、承包、建设工程合同等纠纷。期货纠纷包括期货经纪、透支交易、强行平仓等纠纷。与公司有关的纠纷则包括股东资格确认、出资纠纷、股东知情权纠纷、公司设立纠纷、合并纠纷、分立纠纷等。对此有实践指导意义的分类可以参考最高人民法院自2000年10月发布的《民事案件案由规定(试行)》至2008年4月1日正式施行的《民事案件案由规定》中,关于商事纠纷类案由的分布和变化。在案由分类中,商事纠纷被细分为100多种类型。