

试论调解在解决中非民商事争议中的地位*

洪流

内容提要 中国与非洲传统友谊源远流长，双方有着深远的经济合作和商业往来。与此同时，双方在密切的合作交往中不可避免地会出现民商事争议。当下，解决跨境民商事争议的方式通常包括诉讼、仲裁和调解三种。基于中非调解传统文化的共通性和历史延续性，在目前中非民商事争议解决中，调解可作为仲裁、诉讼等争议解决方式的前置程序，或采用“诉讼-调解”或“仲裁-调解”相结合的方式，以期发挥调解具有的更具灵活性和自治性、维持双方长远友好合作关系之独特作用。为更好地发挥调解在解决中非民商事争议中的作用，中非当事人可事先签订“调解前置”条款，或在诉讼或仲裁程序中尽量推动当事人通过调解方式解决争议。此外，我们还可以考虑成立中非调解委员会，为调解中非民商事争端提供更专业的平台。

关键词 中非合作 争议解决 调解 仲裁 诉讼 中非调解委员会

作者简介 洪流，湖南大学法学院博士研究生（长沙 410100）。

非洲既是“一带一路”倡议的历史和自然延伸，也是重要参与方。自2000年中非合作论坛设立以来，中非关系得到全面快速发展。然而，随着双边贸易和其他商业交流的日益增加，中非之间的摩擦和冲突也相应增多。这些纠纷包括民事纠纷、贸易纠纷、投资纠纷和劳工纠纷等，为论述的方便，本文将它们都概括称为民商事纠纷。一般而言，解决民商事纠纷的途径主要有诉讼、仲裁和调解三种。就中非民商事争议而言，最重要的在于事先的预防和事后的和平方式解决，而在上述三种途径中，调解可以更有效地达到这一目的。而且，调解还可以作为诉讼或仲裁的一种前置程序进行选择；无法

* 本文系国家社科基金课题“非洲国家限制外国人就业法与中资企业的应对”（16BFX193）的阶段成果。

通过调解解决争议时，再考虑通过诉讼或仲裁解决争议；即使在诉讼或仲裁程序中，仍可尽量推动当事人通过调解方式解决争议。

诉讼、仲裁与调解在解决中非民商事争议中的比较

民商事纠纷的常用解决方式有诉讼、仲裁和调解三种。其中，诉讼指的是国家审判机关依照法律规定，依法解决法律纠纷的国家司法行为；仲裁则指的是争议双方将纠纷交给国家审判机关以外的第三方来进行裁决；而调解则一般理解为在第三方的说服撮合下，争议双方自愿对纠纷的解决达成一致意见。这三种方式在纠纷的解决上有着不同的特点，例如诉讼的判决拥有较高的权威性，在国内纠纷中执行力较强；仲裁则兼具独立性、专业性、国际性等特点；而调解更是一种以双方自愿达成协议为目的的友好解决方式。如果将三者放在中非国际民商事纠纷语境下时，各自又有着不同的优势和劣势。通过比较我们会发现，调解具有更高的灵活性和自治性，而且更有利于维持双方长远的合作关系。因此，当纠纷发生时，可以考虑将调解作为争议解决的前置程序，或是在诉讼、仲裁时积极与调解相结合，尽可能让双方解决纠纷的同时，还能保证今后良好的合作关系，以实现双方利益的最大化。

（一）程序熟悉度

国际民商事纠纷中，由于当事人来自不同的国家，诉讼制度、纠纷观念等文化因素方面存在的差异是不可避免的。这些差异性一定程度上对纠纷的顺利解决造成一定的影响，使得原本在解决国内纠纷时并不存在的问题，在国际纠纷中却凸显出来。

国际诉讼中当事人所属的国家之间，不仅具体的民商事实体法规定不同，诉讼程序也不尽相同。尤其当双方国家的司法制度属于不同的法系，这种因差异性给当事人带来的陌生感更为明显，甚至会导致庭审的公正性的减弱。在涉外民商事交往中，如果当事人任何一方想通过诉讼解决商业纠纷，就必须在某个国家的法院起诉。对于中非争议中的当事人来说，无论是到中国还是到非洲某个国家的法院进行诉讼，都会存在一方当事人不熟悉另一方当事人所在国家的法律环境的情况。例如，中国属于大陆法系国家，当中国当事人到一个普通法国家（如乌干达）进行诉讼时，就会面对完全不同的诉讼程序。即便争议各方来自同样法系的国家，由于各国有着不同的文化和语言特点，

也容易导致对特定的法律定义或概念存在不同的理解。^① 如果到第三国去诉讼, 双方当事人就可能都不熟悉该第三国的诉讼法, 会耗费双方更多的精力和时间去了解第三国的法律程序。这些文化和诉讼制度方面的差异性大大增加了国际民商事诉讼程序顺利进行的难度。

这种制度上的差异容易导致法庭上出现偏见与不公平现象。当涉及中方当事人的案件在非洲某国的法院进行审理时, 中方当事人可能会担心公正性问题, 反之亦然。由于地域保护主义的影响, 当地法院可能倾向于支持本国当事人的诉求, 并或多或少地对外国当事人存在偏见。即使不出现这种情况, 由于当地法官可以毫无障碍地与本国当事人进行沟通, 且本国当事人更熟悉本国法院和本地诉讼程序, 这也会在无形中给外国当事人带来不利影响。如果当事人到第三国诉讼, 从理论上讲可以克服偏见与不公平, 但由于双方对该第三国不熟悉, 又会存在上文所提到的双方均需耗费精力了解第三国的法律规定和程序的问题。

调解则可在一定程度上弥补这一缺憾。一方面, 由于调解不是由国家审判机关主持的国家诉讼形式, 因此不存在大陆法系和英、美法系之间的司法制度差异。换言之, 调解的国别性特点较弱, 纠纷解决过程具有普适性的特点。另一方面, 当事人对调解者的决定有发言权, 可以减少当事人对程序的陌生感。调解中, 双方当事人往往会优先选择共同信任或熟知的人作为调解员, 或各自确定调解员后由他们从中协调以寻求解决方案。这种便利性和参与度都让争议当事人不容易对整个程序产生陌生感, 自己选定的调解员裁决纠纷, 大大增加了当事人对调解结果的认可度。

(二) 当事人意思自治程度

纠纷解决中的当事人意思自治指在纠纷解决过程中, 当事人可以自行决定适用的法律或其他规范、解决程序或手段、解决地点等事项的权利。在三种方式中, 当事人自治程度最低的为诉讼, 最高的为调解, 仲裁则居中。

与国内诉讼相比, 国际民商事诉讼中的当事人享有一定的意思自治权, 主要表现为当事人之间可以通过协议确定所适用的准据法以及管辖法院。但是, 诉讼制度是国家司法权的体现, 因此即便当事人拥有意思自治权, 它也

^① Catherine A. Rogers, "Context and International Structure in Attorney Regulation: Constructing an Enforcement Regime for International Arbitration", *Stanford Journal of International Law*, No. 39, 2003, p. 2.

受到一定的限制。例如,很多国家都规定,当事人选择的法律和管辖法院必须与争议有一定的联系。此外,在国际民商事诉讼中,根据“法院地法支配程序事项”的原则,国际民商事诉讼程序必须严格按照法院所在地的法律规定进行,这会导致程序上的僵化。其直接后果就是国际诉讼中法院程序复杂且耗时较长。涉外民商事案件在进行正式庭审之前,首先要解决案件域外送达问题。即便案件被成功送达对方当事人,为了充分证明自己诉讼请求的合理性,当事人还要收集大量的证据用以支持诉求,这就需要进行域外取证。在没有相应国际机制或没有签订双边民商事司法协助条约的情况下,无论是域外送达还是域外取证,都将是一个漫长而复杂的过程。此外,在涉外合同的当事人没有对管辖法院和所适用的法律进行约定或者约定得十分含糊的情况下,仍然需要受理案件的法院来确定管辖法院和准据法的问题。因此,诉讼过程可能十分漫长。即使在当事人约定有管辖法院和准据法的情况下,法院还需要确定当事人的此种约定是否有效,这也会增加诉讼的时间。

由于诉讼存在这些缺陷,仲裁作为更灵活的非诉讼纠纷解决方式成为解决国际纠纷的主要手段,因为当事人在仲裁中可以享有在法院诉讼中不能享有的自由。^①但仲裁有着与诉讼相似的不足之处,即“类诉化”特点明显。尽管仲裁的主要特征是当事人拥有的自主权和程序具有一定的灵活性,但当事各方和仲裁员必须遵守所有强制性规定。如果双方当事人争议发生前已签订仲裁协议或仲裁条款,仍有可能存在争议发生后其中一方并不想进行仲裁的情况。然而,只要对方提请仲裁,另一方则无法拒绝仲裁。而且,仲裁程序一旦启动,它的整个纠纷解决过程实际上与诉讼相似,仲裁员必须在双方当事人之前审理案件并严格遵守所适用的法律,最终做出裁决。^②可见,仲裁确实相较于诉讼而言具有一定灵活性,因为它可以由当事方决定仲裁庭的组成、仲裁员的选择、仲裁地点、仲裁语言甚至仲裁的程序规则。但是,这并不意味着整个过程均具有自治性或灵活性,它一定程度上还保留了诉讼所具备的规则性强和程序性强的特点,呈现出“类诉讼”的特性。很明显,这种“类诉讼”程序无形中延长了仲裁时间,再加上现在仲裁费用越来越高,这都在很大程度上增加了纠纷解决的成本。

^① 朱伟东:《中国与非洲民商事法律纠纷及其解决》,载《西亚非洲》2012年第3期,第84页。

^② Alan Redfern, Martin Hunters and Nigel Blackaby, *Constantine Partasides, Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4th ed, Sweet & Maxwell, 2004, p. 261.

三者比较之下，调解中当事人完全的意思自治具有高度的灵活性，是一项完全自愿的解决方案，可就多种纠纷进行调解。首先，调解程序的启动和终止都充分尊重当时的意思自治。只要当事人认为通过调解来解决纠纷是恰当的，任意一方就可以请求采取调解方式；只要当事人认为不宜再继续，也可以随时提出终止调解。其次，调解中对于适用规则的选择也可以更加灵活。在调解过程中，除法律外，调解员和当事各方还可以根据具体情况适用商业习惯、社会习俗、道德准则等。再次，可供调解员选择的手段比较丰富。调解员所扮演的特殊角色在不同的法律文化和价值取向中可能会有所不同，给他下一个通用和准确的定义是非常困难的。但是可以确定的一点是，调解员的职责是说服各方相互理解并相互妥协，而不是作为审判法官或仲裁员来裁决案件。他不能将自己的决定强加于当事各方，而是提出一些双方容易接受的建议供其选择，最终决定权依然属于纠纷当事人。^① 为了使当事各方最终达成一致意见，调解员可以与案件当事人一起讨论争议或单独与某一方当事人私下会面。通过私人会谈，调解员可以更清楚地了解当事人的诉求和底线。而一般情况下，仲裁员是不得私下与某方当事人见面，以确保仲裁员的中立性。^② 法官更不能私下会见当事人。相反，由于调解员并不是最终的决定者，而仅是纠纷解决的“助手”，他只是帮助各方达成共识。私人会见恰恰更有利于这一目的的实现，因为有时纠纷双方均在场的情况不一定有利于调解者全面了解信息。最后，调解的方式应用十分广泛。除了可以独立进行调解外，还可以与仲裁和诉讼结合起来使用。诉讼和仲裁相互排除，如果选择了诉讼，意味着排斥使用仲裁方式；反之亦然。这就是“或裁或审原则”。当然，使用诉讼或仲裁方式并不必然排斥调解。相反，在诉讼或仲裁的各阶段都可以结合使用调解方式。

（三）处理结果的执行力度

诉讼是各国最权威的官方纠纷解决机制。根据司法终审原则，法院的终审判决具有最终的确定力，易于强制执行。但这是相对于一国当事人在本国解决纠纷而言。诉讼在解决涉外商事纠纷时，则存在明显的不足。在实践

^① Claire Baylis, “Statutory Mediators and Conciliators: Towards a Principled Approach”, *New Zealand Universities Law Review*, No. 20, 2002, p. 108.

^② Eliseo Castineria, “Arbitration and ADR vs. Litigation in ADR”, in Manju Manglani ed., *Asia: Solution for Business*, Asia Law & Practice in Association, 2005, p. 16.

中,大量民商事判决的承认和执行需要依赖双边条约和互惠关系实现,但是各国签订的双边民商事司法协助条约的数量有限。再加上各国对互惠关系的认定标准不一,导致判决的跨国承认和执行面临许多障碍,执行难也就在所难免。例如,湘潭市中级人民法院就曾以双方不存在司法协助条约也不存在互惠关系为由,拒绝承认和执行乍得恩贾梅纳商事法庭作出的一份判决。^①当然,涉外民商事判决也可以依据国际条约来承认与执行,如2005年的《海牙法院选择协议和判决承认与执行公约》以及2019年7月通过的《海牙民商事判决承认与执行公约》。但目前这些国际公约的成员数量较少,在国际民商事判决承认和执行中的作用有限。

相反,仲裁在国际民商事纠纷中具有较强的执行力。通过仲裁程序作出的仲裁裁决具有终局性,仲裁裁决债权人向法院提出执行申请后,若不存在不予执行的情形,则可被法院强制执行。虽然在国际仲裁中常会出现外国仲裁裁决被拒绝承认与执行的问题,但是联合国1958年通过了《承认与执行外国仲裁裁决公约》(简称《纽约公约》),对法院拒绝承认执行外国仲裁裁决进行了限制,它为世界范围内仲裁裁决的承认与执行提供了有效的法律依据,从而很大程度上解决了仲裁裁决域外执行的难题。目前,《纽约公约》已有161名成员国,其中包括中国以及南非、埃及、乌干达、尼日利亚等37个非洲国家在内。总之,《纽约公约》极大地简化和优化了外国仲裁裁决的承认与执行过程,增强了仲裁裁决的执行力。因此,有学者主张在中非民商事纠纷中应当高度重视和鼓励仲裁程序的运用。^②

和诉讼与仲裁相比,调解的处理结果在跨境承认和执行方面现在还面临许多挑战,这主要是因为对于调解协议的执行国际上还不存在相应的公约机制。不过,很多国家都已意识到调解在解决涉外民商事纠纷中的作用,国际社会也在共同努力推动调解协议的跨国执行。例如,联合国国际贸易法委员会历经四年研究制定了《新加坡调解公约》,并于2018年12月在联合国大会表决通过,2019年8月7日在新加坡签署。该公约旨在解决国际商事调解达

^① 董斌申请承认与执行外国法院民事判决纠纷案,湘潭市中级人民法院(2014)潭中民三初字第181号民事裁定书,载湘潭市中级人民法院官网:<https://www.tianyancha.com/lawsuit/d244fc3dd1b7418596561818fb08ab40?jsid=SEM-NEW360-PP-YR-080001>,2018-12-20。

^② 参见朱伟东:《中国与非洲民商事法律纠纷及其解决》,载《西亚非洲》2012年第3期,第89页。

成的调解协议的跨境执行问题，它规定在国际商业纠纷中，申请执行调解协议的一方如果直接诉诸缔约国一方的法院，该法院必须根据本国的程序规则以及公约规定的条件执行调解协议。目前，世界上已有 46 个国家和地区签署了该公约，其中包括中国以及乌干达、贝宁、刚果（金）、刚果（布）、毛里求斯等 7 个非洲国家。^①毫无疑问，《新加坡调解公约》可以更有效地解决调解协议难以执行的问题，完善了国际调解机制，为今后中非之间调解协议的顺利执行提供了有效的国际法依据。另外，考虑到调解与诉讼、仲裁程序之间不存在互斥性，调解协议执行力弱的缺点，也可以通过与诉讼或仲裁相结合的方式予以弥补。在诉讼或仲裁程序中，可以促成双方当事人通过调解方式解决争议，将调解的处理结果以法院判决或仲裁裁决的形式作出，这样就可以利用法院判决和仲裁裁决的执行途径来执行调解的处理结果。

（四）维持友好关系程度

诉讼具有明显的对抗性，原被告双方为了赢得诉讼，会在庭前费劲心力收集一切有利于诉求实现的证据，庭审过程中更会不遗余力地据理力争，尽可能地实现自身利益的最大化。这种“绝不妥协”的态势极容易使双方原本就出现的裂缝关系，升级甚至陷入剑拔弩张的状态。判决作出后，双方常会出现反目成仇的情形，很难再有后续的合作。国际商事仲裁中当事各方的关系虽然不如诉讼紧张，但最终还是有赢家和输家，具有“类诉讼”的特点。

无论是诉讼还是仲裁，二者均属于对抗性的诉讼方式。很多中国人和非洲人受传统观念的影响，存在一定的“厌讼”观念。这种对抗性的诉讼方式在中非文化中存在障碍，因为中国和非洲国家的当事人更喜欢友好地解决方案（后文详述）。在仲裁方面，近年来中国以及越来越多的非洲国家意识到仲裁的重要性，制定了仲裁法并设立了相应的仲裁机构。例如，中国早在 1994 年就制定了《仲裁法》，并设立了中国国际经济贸易仲裁委员会、北京仲裁委员会等大量仲裁机构。在非洲，尼日利亚、肯尼亚、津巴布韦、乌干达和赞比亚等国家近年来根据《联合国贸易法委员会仲裁示范法》制定了本国的仲裁法，^②并在亚非法律协商组织以及本国商业部门的推动下，设立了开罗地区

^① 《新加坡调解公约》网站：<https://www.singaporeconvention.org/official-signatories.html>, 2019-12-02。

^② Gwenna Seznec, “The Role of the African State in International Commercial Arbitration”, *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*, No. 8, 2004, p. 215.

国际商事仲裁中心、拉各斯地区国际商事仲裁中心、南部非洲仲裁基金、基加利国际商事仲裁中心、毛里求斯国际商事仲裁中心等一批具有现代化设施的仲裁机构。然而，由于受中国传统文化的影响，中国的仲裁常常与调解相结合，并非纯粹的仲裁模式；并且，采用现代化仲裁立法的非洲国家以及现代化的非洲仲裁机构还不是很多，有经验的非洲仲裁员仍然稀缺。

实践证明，中国和非洲国家利用仲裁来解决纠纷的热情并非十分高，这可以从中非国家在国际投资争端解决中心（ICSID，以下简称“争端解决中心”）的参与度上体现出来。尽管中国与许多非洲国家都是该中心的成员，但是二者的参与度并不高。根据争端解决中心的2019年案件数据报告显示，2018年没有涉及中国的案件注册；而涉及撒哈拉以南非洲国家的新注册案件仅6例，占该年新注册案件的11%。就总数来说，争端解决中心从成立之初至2018年底共注册了706个案件，其中涉及中国的案件仅占0.5%；撒哈拉以南非洲国家的涉案数百分比也仅为15%。这直接导致了中国国籍或者撒哈拉以南非洲国家国籍的裁判人员（包括仲裁员、调解员和特别委员会成员）所占比例相应较小，其中中国仅14人，占比为0.6%；撒哈拉以南非洲国家则为50人，占比为2%。而来自西欧国家和北美国家的裁判人员所占比例则分别高达47%和20%。这也无怪乎争端解决中心被人戏称是“西方发达国家的俱乐部”。

值得注意的是，争端解决中心并不是只能运用仲裁解决纠纷，它同时也提供了调解程序供当事人选择。而在为数不多的调解案件中，90%以上的案件涉及非洲国家，这也反映出具有悠久调解文化历史的非洲国家更倾向于借助调解来解决投资争议。^① 争议解决后，双方仍可以维系良好的业务关系，继续进行商业合作和交易。与之相反，如果采用诉讼和仲裁等对抗性手段，即便争议得以解决，也容易破坏双方良好的商业关系，使他们失去曾经的业务伙伴和潜在的商业机会。^②

综上所述，在诉讼、仲裁和调解三种解决方式中，当事人可以优先考虑通过调解解决纠纷，这样既可以让当事人灵活解决问题，还能维持日后的友好关系。

^① 朱伟东：《外国投资者与非洲国家之间的投资争议分析——基于解决投资争端国际中心相关案例的考察》，载《西亚非洲》2016年第3期，第147页。

^② Linda C. Reif, “Conciliation as a Mechanism for the Resolution of International Economic and Business Disputes”, *Fordham International Law Journal*, No. 14, 1990, p. 635.

中国和非洲的调解文化

作为古老的文明发源地，中国和非洲国家都有着各自的传统和习俗。尽管它们在地理位置上相距甚远，但是中国文明和非洲文明存在一些相似甚至相同的价值观和文化，比如二者均有尊重祖先的传统，并且都认为亲属关系是生活中最重要的社会单位等等。^① 这种观念导致双方都推崇和谐与宽容的理念，并且强调集体主义。正是由于中国和非洲民众都关注亲属关系和社区利益而非个人得失，^② 这使得调解文化孕育而生，并且在社会生活中发挥着重要作用。和平解决争端无疑是保持家族或社区和谐的最佳方式。因此，将“和谐共处”作为基本的社会目标是双方一个十分重要的相似点，它构成了以调解解决中非经济纠纷的文化基础。

（一）中国的调解文化

与诉讼等对抗性的争议解决方式相比，中国人更倾向于采取调解等协商一致的方式去解决日常生活甚至国家事务中的纠纷和冲突。调解的典型范式发源于古代中国“和为贵”的民间调解方式^③。中国人始终相信“和气生财”，并试图和谐地解决争端，尽力避免采用对抗性争议解决方式，以保持商业关系。

中国特有的自然与文化环境孕育出了一系列富有中国特色的哲学思想和传统观念，这些思想观念又反过来影响着人们解决纠纷的方式。例如，儒家思想是中国重要的传统思想，其核心观念是追求自然与人类之间以及人与人之间的和谐相处。和谐意味着他们在日常生活中需避免争吵，因为冲突让人感到焦虑，它破坏了和平，打破了人们平静的生活。例如，孔子提出了“和为贵”的价值取向，强调“君子和而不同，小人同而不和”；同样，孟子也提出“天时不如地利，地利不如人和”。儒家认为，为了保持和谐，人与人之间最理想的关系应该是友好互惠；人们不应该把自己的想法强加于他人，而应

^① T. Olawale Elias, *The Nature of African Law*, Manchester University Press, 1956, p. 253.

^② Keba M' Baye, "The African Conception of Law", *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. I, Springer Press, 1992, pp. 139 - 141.

^③ 邓春梅：《调解现代化运动：一种范式转换》，载《湘潭大学学报》（哲学社会科学版）2017年第2期，第29页。

该让他人自愿接受。儒家主张“己所不欲，勿施于人”。除儒学外，还有其他中国传统文化思想影响中国人的冲突解决观念。例如，道家亦强调人际和谐，避免冲突，实现社会安定、太平，如主张“圣人之道，为而不争”，提倡无为而治。^① 如果每一个人都不过于计较得失，那么争议就会很容易得以解决。由此，中国传统文化中包含着有关人与自然和谐、人与人和谐以及国家民族关系和谐等丰富的思想内容。这些思想虽有其时代局限性，但仍有其合理内核，并延续至今。

在这些哲学观念的影响下，中国人便拥有了“厌讼”观念。毫无疑问，对抗性的纠纷解决机制与中国传统的和谐理念相悖。因此，与现代的法治理念相反，在传统的中国，诉讼实际上才是“小众”的争议解决方案，是一种替代性的纠纷解决机制，是解决纠纷的最后手段；^② 调解反倒因为其非对抗性的特点，成为众多中国人争议解决的重要方式。

（二）非洲的调解文化

与中国人一样，非洲人高度重视宽容，把谦虚和善于妥协视为个人高尚品质的表现。例如，布隆迪的父母会在睡前故事中教育孩子们应该宽容地与他人和平相处。^③ 在索马里，许多谚语揭示着与中国人非常相似的“和谐”理念，例如“刻薄引发战争，宽容带来财富”“一口气吞下无花果是明智之举”等等。^④ 尼日利亚人则常说“当法官宣布结果时，真正的冲突才开始”，这也反映出与中国传统观念相类似的厌讼思想。^⑤ 上述谚语表明，人们对宽容的品格表示赞赏，并倡导人们容忍别人的错误。“一个人的权利对另一个人来说可能是错的”，^⑥ 更是贴切揭示了“调解艺术”的哲学与智慧。

正是对宽容品质的追求，使得调解成为非洲人的理想纠纷解决方式。在

① 荆世群：《论道家自然无为的健康观》，载《湘潭大学学报》（哲学社会科学版）2010年第4期，第143页。

② S. Breckenridge Thomas, “International Arbitration: A Historical Perspective and Practice Guide Connecting Four Emerging World Cultures: China, Mexico, Nigeria and Saudi Arabia”, *American Review of International Arbitration*, No. 17, 2006, p. 192.

③ Josephine Ntahobari and Basilissa Ndayiziga, “The Role of Burundian Women in the Peaceful Settlement of Conflicts”, <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001332/133274e.pdf>, 2019-08-11.

④ Josephine Ntahobari and Basilissa Ndayiziga, *op. cit.*

⑤ Ernest E. Uwazie, “Alternative Dispute Resolution in Africa: Preventing Conflict and Enhancing Stability”, http://africacenter.org/wp-content/uploads/2011/11/AfricaBriefFinal_16.pdf, 2019-10-10.

⑥ Josephine Ntahobari and Basilissa Ndayiziga, *op. cit.*

非洲传统观念中，争议解决的理想模式是争议各方“在大树下协商”，并在社会共识的基础上解决争议，人们称之为“树下调解”。^① 只有当各方达成共识时，人们才认为争议得到了彻底解决。^② 在这个过程中，人们专注于重建个人与个人或者族群与族群之间的关系，维护整个团体的和谐。为了达到这一和谐目的，当事各方或其代表通常会带来礼物或屠宰牲畜，以表达他们彼此的诚意。^③

具体来说，例如在加纳，阿坎人称调解为“Dwanetia”，也称之为“在家解决”，并且与中国大多数情况一样，人们可以选择品格正直、经验丰富、享有地位和声誉的人作为调解人。^④ 埃塞俄比亚人则选择长老（Shimangele）作为调解人来调解民事纠纷，^⑤ 并且还建立了多个传统道德团体用以调解各类纠纷，甚至刑事案件也在其列。^⑥ 非洲人的传统观念之所以看重宽容的品质和注重调解的运用，主要是因为非洲传统文化同样强调整个社会的集体利益，而不是个人。“每个人都是兄弟的守护者”这一思想深深植根于非洲人的心中。人们认为单纯地坚持个人主张而忽视整个社区的利益是本末倒置而毫无意义。^⑦ 在这种观念下，非洲人同样不喜欢诉讼形式，因为诉讼虽然可以解决争议，但在“解决”的同时也意味着双方将来不可能再成为朋友。例如，南苏丹丁卡人非常注重建立人与人和睦相处的社会秩序，其文化中有一个非常重要的概念叫作“Ceing”，包含“道德”“文化”“生活方式”等多种含义，其中最重要的一个含义就是“共同生活”。^⑧ 丁卡人认为，为了实现人们之间的和睦，人们必须团结而友善。当冲突发生时，强迫任何一方都是不友善的行

① Richard C. Crook, “Alternative Dispute Resolution and the Magistrate’s Courts in Ghana: A Case of Practical Hybridity”, Africa Power and Politics Program Working Paper, 2012, p. 19.

② Bobby K. Y. Wong, “Traditional Chinese Philosophy and Dispute Resolution”, *Hong Kong Law Journal*, No. 30, 2000, pp. 304 – 305.

③ Kwaku Osei – Hwedie and Morena J. Rankopo, *Indigenous Conflict Resolution in Africa: The Case of Ghana and Botswana*, Institute for Peace Science English Research Report of Hiroshima University, 2012, p. 35.

④ Ibid., p. 41.

⑤ Ernest E. Uwazie, *op. cit.*

⑥ Aberra Jembere, *Introduction to the Legal History of Ethiopia (1434 – 1974)*, Transaction Publishers, 2000, p. 51.

⑦ Andrew Chuckwuemerie, “The Internationalization of African Customary Arbitration Law”, *African Journal of International and Comparative Law*, Vol. 14, No. 2, 2006, p. 147.

⑧ Francis Mading Deng, *Tradition and Modernization: a Challenge for Law among the Dinka of the Sudan*, Yale University Press, 1971, p. 24.

为，只有双方在自愿的基础上达成协议，才能维护社区的团结。^① 调解恰恰与这种理念相契合，因此就成为丁卡人最常见的纠纷解决方式。可见，与中国传统文化一样，友好的争议解决机制更符合非洲妥协和宽恕的价值观念，对促进社会和平以及保障社会秩序起到至关重要的作用。

综上，从传统文化角度看，中非民众在看待冲突及冲突解决问题时具有相似的态度，即双方更倾向于依靠道德力量，更愿意通过调解去解决争议。首先，中国人和非洲人注重“调解”人际关系，除了与“天人合一”的宇宙观、注重以“中和”方式解决矛盾的辩证法有关，还与农耕文明和自然经济特性以及以血缘为纽带而形成的宗法社会结构密切相关。中国和大多数非洲国家传统上均以农业经济为主，而农业的发展一直深受自然环境和气候的影响。在社会生产力低下的时代，人们驾驭自然界的能力较弱，因此人们必须相互扶持、相互依靠，并形成一個以血缘关系为纽带的共同体，以面对恶劣的自然条件和时刻可能因为气候灾害而导致的饥馑状况。

其次，由于自然资源和个人能力有限，人们在共同的生活当中必定不能满足其所有的需求，为应对面临共同的挑战，个人必须牺牲自己一定的利益以融入集体之中，从而满足自己基本的生存需要，甚至可以得到集体的精神慰藉。^② 可见，集体主义是中国与非洲国家共有的传统价值观念，这要求人们在日常生活中应当以集体利益为重，而适当放弃个人利益的追求。由此，中国和非洲传统文化都重视集体主义，强调人与人相处的共性，尽可能地避免纠纷和争议，对冲突持消极态度。^③ 冲突一旦发生，中非民众更倾向于采用调解等友好的方式加以解决。具体的权利义务分配并不是最重要的问题，能够让社区和人际关系得以恢复才是化解纠纷的关键。这就决定了在通常情况下，中国和非洲国家民众大多不会优先选择诉讼等对抗性较强的纠纷解决方式来处理争议，因为这类程序中，法官或其他裁决者会严格依据法律明确双方的责任，并督促对方履行法律义务。

再次，在冲突调解观及方法方面，中国人和非洲人受各自传统文化的影响

^① Francis Mading Deng, *op. cit.*, pp. 25-27.

^② 秦文：《比较法视野下的中非调解制度研究——以传统法律为视角》，载《探索与争鸣》2011年第4期，第116页。

^③ Stringer Donna M. and Lusardo Lonnie, “Bridging Cultural Gaps in Mediation”, *Dispute Resolution Journal*, No. 56, 2001, p. 31.

响,认为对抗性的争议解决方式将破坏共同体的和谐,会使因争议而变得糟糕的双方关系陷入更糟的局面。^①因此,争议双方基于未来关系可持续发展的考虑,更看重调解这一方式的独特优势。而且,中国人和非洲人都希望避免直接冲突,不愿意面对面地处理纠纷,而是更倾向于让调解人作为中间人代表他们的利益与对方沟通,从中斡旋。至于调解人的选择,虽然陌生人理论上来说比熟人更能保证中立性或独立性,^②但中国人和非洲人通常希望选择自己熟悉或信任的人当调解员,例如族长、长辈等都是人们优先选择的调解员,至于专业技能方面并非首要考虑的因素。

由此,通过调解友好地处理纠纷的方式与中国的“和谐”文化以及非洲崇尚宽容的传统理念相契合,更为重要的是,调解不会损害争议双方的友好关系。调解的目的不是决定赢家或输家,而是创造一种双赢的局面,并试图通过“和平”方法恢复双方关系。^③调解员则尽量保证争议方之间温暖而友好的调解氛围,避免发生直接的正面冲突。调解的目标是让争议双方相互谅解并达成协议,以维持他们的商业关系和确保未来潜在的业务关系。^④

当代中国和非洲的调解机制

中国和非洲国家涉及调解的传统思想并没有随着时间的流逝和殖民者的侵入而成为历史。相反,它在中非现代社会中依然起着重要作用。调解作为中非民众解决纠纷的方式之一,也逐渐被规范化、专业化和制度化。

(一) 现代中国的调解制度和实践

中华人民共和国成立以来,中国的政治制度和经济发展水平不断得到推进与优化,在此过程中,追求和谐的传统理念依然植根于中国人的思想观念中。调解作为古老而传统的纠纷解决手段仍然被保留下来,并被广泛运用于人们的日常生活中。随着经济的发展和社交圈的扩大,调解员的“候选人”也不再限于长辈、族长、村委会主任等,朋友、领导、商业伙伴、执法

^① Keba M' Baye, *op. cit.*, pp. 143, 147.

^② 周建华:《法国的调解:比较与借鉴》,载《学习与探索》2012年第1期,第95页。

^③ Catherine A. Rogers, *op. cit.*, p. 3.

^④ Carlos de Vera, “Arbitrating Harmony: ‘Med - Arb’ and the Confluence of Culture and Rule of Law in the Resolution of International Commercial Disputes in China”, *Columbia Journal of Asian Law*, No. 18, 2004, p. 154.

人员等等都可能成为调解员。此外，中国作为现代化法治国家，也对调解进行了诸多立法，将调解逐渐规范化和制度化。除了普遍适用的私人调解，还有调解委员会调解、法院调解、仲裁调解等多种形式的调解主体。

1982年通过的《中华人民共和国宪法》首次确定了人民调解委员会制度。人民调解委员会是在村民委员会或居民委员会的基础上建立的。如果有必要，企业也可以成立调解委员会。通过人民调解委员会达成的调解协议可以由法院确认和强制执行。1991年《中华人民共和国民事诉讼法》专门规定了调解程序，使得调解更加制度化。在诉讼过程中，法官可以根据当事人的要求或法官认为有必要时，对案件进行调解。实践中，法官被鼓励运用调解解决纠纷，调解率也是法官考核的一项重要指标。因此很多案件即便以诉讼的形式诉诸法院，但最终依然由调解结案。

除了在诉讼中采用调解外，中国仲裁程序也将调解结合进来。《中华人民共和国仲裁法》规定，仲裁过程中仲裁员可以随时调解纠纷，并且仲裁员可以在同一案件中同时担任调解员。这与欧美传统的仲裁观念不同。按照欧美国家的传统观念，如果将调解员与仲裁员相结合容易导致不公正和偏见。^①但是在中国，人们则认为仲裁员同时担任调解员更为便捷和有效。因为在仲裁过程中，如果发现双方还有缓和矛盾的余地，仲裁员可以适时转变为调解员进行调解，撮合双方达成合意；如果调解时事态发生变化，双方陷入僵局，调解员又可以直接对案件进行仲裁。这种身份的灵活互换，既可以最大限度地抓住和解的机会、维护双方的关系，又能够高效地解决纠纷，节约新任调解员或仲裁员重新了解案情的时间。

2018年6月，最高人民法院通过《关于设立国际商事法庭若干问题的规定》并成立国际商事法庭。该法庭可以进行调解，而且“国际商事法庭作出的调解书，经双方当事人认可后，具有与判决同等的法律效力”^②。从此，中国将调解正式纳入国际商事纠纷解决方式之一，其调解书具有执行力，大大提高了调解书的权威性。

（二）现代非洲国家的调解制度和实践

无独有偶，非洲国家的传统观念也依然影响着当代社会。尽管非洲本土

^① M. Scott Donahey, "Seeking Harmony", *Arbitration*, No. 61, 1995, p. 281.

^② 《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》第15条，载最高人民法院官网：<https://www.chinacourt.org/article/detail/2018/06/id/3374461.shtml>, 2019-09-19.

文化不可避免地受到了西方文化的冲击，但是包括推崇宽容和集体主义在内的传统观念依然得以保留。殖民者通过发布命令或法令来消除当地人的宗教信仰和生活习惯其实并不容易，想要彻底改变或磨灭一种文化观念尤其难以实现。因为文化观念形成于人们的日常生活中，并影响着人们思考问题和解决问题的方式；同时，一次次思考和解决问题的过程又反过来潜移默化地强化人们对这一观念的认同。^① 此外，英国对其殖民地实施了“间接统治”，允许非洲人根据本土习俗去管理当地人，这其中就包括争议解决的方式。^② 比如，在尼日利亚，英国殖民保留了尼日利亚人的“本土法院”，允许其根据习俗规则通过调解解决纠纷。^③

非洲国家独立后，许多国家依然保持着习惯法与制定法共存的状态。它们一方面继承了欧洲移植的法律制度，另一方面保留了传统的法律观念，其中传统的和谐文化对当代非洲的影响广泛而深远。例如，利比里亚一项调查显示，全国只有3%的争议案件被诉诸法院，40%以上的案件则通过非正式的争议解决机制得以处理。^④ 可见，尽管绝大多数非洲国家经历了殖民时代，但许多非洲人尚未从根本上改变他们的思想意识和生活方式，习惯法仍然影响着当地人的生活和工作。非洲大陆普遍使用习惯法，一些国家还保留或建立了习惯法法院，这与其他大陆相比是独一无二的。^⑤ 多数非洲人在日常生活中继续使用传统的友好的纠纷解决办法，甚至法院也支持根据传统惯例进行调解的方式来处理案件，遵循着过去的传统。许多非洲人认为，真正的正义是恢复双方的和谐关系，而不是严格适用某些法律。^⑥ 非洲法官们也清楚，只有当双方对调解意见均感到满意时，判决内容才能顺利执行。例如，博茨瓦纳的法官们不仅试图解决争议中的法律问题，还努力促进争议各方之间的友情，维护并改善双方关系。^⑦ 于是，法官通常更愿意采取调解方式解决纠纷，并尽

① Werner Menski, *Comparative Law in a Global Context – The Legal System of Asia and Africa*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2006, p. 444.

② 洪永红、夏新华等：《非洲法导论》，湖南人民出版社，2000年版，第213~215页。

③ Chukwuemeka Ebo, “Indigenous Law and Justice: Some Major Concept and Practices”, in *African Law and Legal Theory*, Gordon R. Woodman and A. O. Obilade ed., New York University Press, 1995, p. 139.

④ Ernest E. Uwazie, *op. cit.*

⑤ 洪永红、夏新华等：前引书，第7页。

⑥ Werner Menski and Morena J. Rankopo, *op. cit.*, p. 438.

⑦ Kwaku Osei – Hwedie and Morena J. Rankopo, *op. cit.*, p. 35.

力使双方对最终决定感到满意。法官在审理案件时更多地考虑争议各方的未来关系，而不仅仅局限于法律权利和法律义务。因此，为了使诉讼满足当地人民的需要，与欧美国家不同，许多非洲国家的法官在处理部分案件时，常常与调解员工作相配合，共同发挥独特的作用。

加纳就是将调解合并到诉讼中的一个很好的例子。在加纳，纠纷当事人可以选择司法法院或本地传统法院解决纠纷。如果他们选择后者，部落或家族的首领将成为相应级别的“法官”。^①一般而言，加纳人更喜欢本地传统法庭来处理他们的争端，因为“法官”这种模式下作出的决议是最终让争议双方都满意的结果，而不是得到一张可能面临“执行难”问题的强制性判决书。

除了本地传统法院或“在家”解决的私下调解之外，加纳的“和谐文化”也体现在法院的审判过程中。1958年加纳独立后，作为地方最低级别的首长法院已经被国家司法法院的地方一审法院所取代。^②然而，“在家调解”的习俗仍然发挥着重要作用，人们依然习惯于通过调解来解决纠纷。为了使民众能够方便、和平地解决冲突，2005年以来，加纳地方法院开始实施一项“法院替代性纠纷解决政策”的项目。^③该项目由司法部设立国家调解员，并且辅之以10名区域性调解员，用以在全国范围内完善非诉讼纠纷解决机制。根据加纳法院替代性纠纷解决政策，地方法院参与调解的调解员主要由65岁以下的法官或者前法院官员、前政府官员、退休教授等人员担任，根据当事人的意愿确定调解员的任命。调解员在调解过程中会利用道德原则、风俗习惯甚至《圣经》故事来劝说双方。这样做的目的只有一个，那就是缓解当事人之间的紧张气氛，使他们可以相互理解，心平气和地寻求解决方案。如果当事人之间仍然关系紧张，调解员则与一方或分别与双方进行私下讨论来找出解决办法。达成调解协议后，双方当事人也不用担心达成的协议是否具有法律效力，因为一旦他们确认对协议没有任何疑问，实施调解的法院将批准该调解协议成为最终判决。如果其中一方不遵守协议的义务，另一方可以要求法院强制执行。

除了加纳，其他众多非洲国家当政者也意识到调解的价值和重要性，并开始着手重振这些本土文化。坦桑尼亚已经在达累斯萨拉姆、阿鲁沙和姆万

^① Kwaku Osei - Hwedie and Morena J. Rankopo, *op. cit.*, p. 38.

^② Richard C. Crook, *op. cit.*, p. 21.

^③ *Ibid.*, p. 22.

扎3个地区开展了一项调解试点项目。^① 该项目要求法院法官和治安法官在案件进入审判程序之前，必须先对纠纷进行调解。换句话说，法律强制要求在正式启动诉讼程序之前，当事人必须先对案件进行调解，即确立“调解前置”程序。南非的《劳动关系法》也规定当事人在提起劳资诉讼之前，必须先将此类争议进行调解，这使得南非大多数的劳资纠纷都是通过调解的方式解决的。^② 此外，南非2010年修订的《公司治理准则》第84条还规定，“一般考虑到当事人的利益以及保持或强化商业关系的时候，调解是最有效的解决方式”。^③ 而在尼日利亚，设立于阿布贾的调解培训中心自成立以来一直服务于全国的调解事务，并将替代性争议解决方法与诉讼程序相结合，这种组合被称为“多门法院”。^④ 人们有包括调解在内的各种不同方式去解决纠纷，而不是只采用诉讼手段。这种方式受到各方青睐，尤其是在商业类纠纷的案件中更是如此，因为这种友好的解决方案很好地使争议双方保留了未来再次合作的可能性。“多门法院”也由于其灵活性和多样性，为尼日利亚的商业发展搭建了良好的纠纷解决平台，不断吸引着外国资本流入尼日利亚。^⑤

由此可见，中国与许多非洲国家不但都有着“与人为善”的文化理念和推崇调解纠纷的文化传统，更为可贵的是，这种文化传统还一直传承至今。随着民族自觉和民族自信的日益加强，这种文化传统也得到了中非国家当政者的更多重视，并被不断挖掘与弘扬。中国和非洲在调解文化上的共识，为相互间的民商事纠纷的调解解决奠定了现实可能性。

调解在解决中非争议中的具体运用

综上所述，调解是友好解决争议的典型方法，我们应当鼓励中非双方当事人在商业合作合同中选择调解解决争议方式。在民商事往来中，如果双方

^① George B. Liundi, “Tanzania”, *Arbitration in Africa*, Eugene Cotran and Austin Amisshah ed., Kluwer Law International, 1996, p. 86.

^② 许林波：《南非多元化纠纷解决机制微探》，载《人民日报》2006年8月26日。

^③ 同上文。

^④ Caroline S. Rupp, “Conference Report – Administration of Justice in Africa – Effectiveness, Acceptance and Assistance: Impressions from the Joint Conference of the Protestant Academy Loccum and the African Law Association”, *German Law Journal*, No. 9, 2008, p. 850.

^⑤ Ibid.

存在纠纷,应当先行进行调解,将调解作为解决纠纷的前置程序。由此,当纠纷发生时,双方必须先采用调解的方式解决纠纷;调解失败后,才可进入诉讼或仲裁程序。目前,许多中非双边投资保护条约中有关投资争端解决的条款规定,调解程序是中非通过仲裁或诉讼解决投资争议的前置程序,这表明了中非双方在实践中对调解方式的认可和接受。

(一) 利用现有机构进行调解

在非洲,中国当事人可以通过当地相关机构进行调解,或是充分利用非洲的区域性组织规定进行调解。例如,南部非洲国家的律师事务所、仲裁机构、会计公司、商业团体等建立了“非洲选择性纠纷解决中心”。该中心在莫桑比克首都马普托、毛里求斯首都路易港以及南非的比勒陀利亚、约翰内斯堡和开普敦等地设有纠纷解决场所。中心制定了详细的《调解规则》,因此中非当事人可以根据需要在上述场所对纠纷进行调解。如果纠纷发生在法语非洲国家,中非当事人则可以选择通过非洲商法协调组织(OHADA)的《调解统一法》来调解案件。非洲商法协调组织是一个致力于非洲商法统一化的地区性组织,它参照联合国国际贸易法委员会2002年《调解示范法》制定了《调解统一法》,并于2017年11月23日通过。因此,中国当事人在非洲商法协调组织成员国内发生的民商事纠纷,可以利用《调解统一法》来调解纠纷。由于《调解统一法》中的“当事人”包括自然人和法人以及公共机构或国家,因此除了自然人、公司之间的纠纷,中国投资者还可以通过该法与投资东道国之间进行调解,解决投资纠纷。^①

中国当事人除了可以利用非洲当地的调解机构或区域性组织通过调解方式解决纠纷外,还可利用中国侨办在非洲各地设立的“海外华侨华人互助中心”(以下简称“华助中心”)来调解解决纠纷。2014年以来,中国侨办在安哥拉、坦桑尼亚、尼日利亚、南非、博茨瓦纳、肯尼亚等非洲国家设立了华助中心,帮助调解华人华侨与当地人之间的纠纷。目前,非洲各地的华助中心在调解解决中非之间的民商事纠纷方面取得比较好的效果。例如,安哥拉是非洲最早成立华助中心的国家,仅2014年(即成立的当年)通过调解共处理劳资纠纷75起,处理因死亡赔偿纠纷5起。^②2017年12月,中国公民与坦

^① 参见朱伟东:《非洲商法协调组织》,社会科学文献出版社,2018年版,第66页。

^② 《安哥拉中国总商会2014年度十大焦点新闻》,载安哥拉广德国际集团网站:<http://www.gdig.biz/readnews.php?nid=18&bs=b>,2015-03-11。

桑尼亚一家公司发生纠纷,经当地华助中心多方协调,双方很快签署了“案件处理/调解协议书”。在2017年12月至2019年11月间,该中心受理了中国公民与当地入涉及股权、劳资、借款等方面20多起重大经济纠纷,其中大多数通过调解最终圆满解决了问题。^①

就发生在中国的中非民商事纠纷而言,浙江义乌曾在涉外调解方面做过有益的尝试。2013年5月,浙江省义乌市成立了“涉外纠纷人民调解委员会”,聘请了在义乌经商的外籍商人担任调解员,首创了“以外调外”的新模式。^②一些学者对此进行了调研,认为该涉外纠纷人民调解委员会“把矛盾纠纷化解在基层,获得了纠纷当事人的一致认可,极大提高了调解成功率,为维护市场的和谐稳定、节约一国司法资源发挥了积极作用。”^③根据报道,截至2018年10月,义乌市涉外纠纷人民调解委员会已成功调解涉外纠纷530余起,调解成功率达95%,涉案金额8399.68万元。^④在义乌涉外纠纷人民调解委员会的调解员队伍中,很多调解员由来自非洲国家的商人担任,其中一些来自非洲国家的调解员已成为该调解委员会中解决纠纷的能手。例如,来自塞内加尔的商人苏拉现在是该委员会有名的“老娘舅”,他已成功处理了很多涉外纠纷,其中很多发生在中非双方当事人之间;来自苏丹的艾哈迈德虽然担任该委员会调解员时间不长,但作为中国苏丹商会会长的他已成功调解解决了多起纠纷,帮助义乌的中方商人追回了很多欠款。义乌涉外纠纷人民调解委员会独创的“以外调外”模式在解决涉外纠纷中具有独特优势,它可以克服语言障碍,有利于增强当事人的信任,使之在和谐的氛围中促进纠纷的顺利解决。考虑到该委员会中还有很多调解员来自埃及、马里等非洲国家,因此,如果当地的中国商人和非洲商人发生纠纷时,就可考虑选择该委员会通过调解解决纠纷。

(二) 设立“中非调解委员会”

中非双方在处理民商事纠纷中,除了一方面鼓励中非当事人事先确定调解为纠纷解决的前置程序,另一方面还可以考虑成立中非调解委员会,为调

^① 参见达累斯萨拉姆华助中心网站: <http://www.tshzzx.cn>, 2019-12-02。

^② 浙江省义乌市司法局:《“老外不见外”——浙江省义乌市涉外纠纷人民调解委员会开创“以外调外”新模式》,载《人民调解》2015年第10期,第32~33页。

^③ 吴卡、张洛萌:《涉外商事纠纷调解新模式探寻——以义乌市涉外纠纷人民调解委员会为例》,载《浙江师范大学学报》(社会科学版)2017年第2期,第64页。

^④ [Http://gz.people.com.cn/n2/2018/1108/c222152-32257470.html](http://gz.people.com.cn/n2/2018/1108/c222152-32257470.html), 2019-12-02。

解中非之间民商事纠纷提供更专业的平台。一般而言,无论仲裁裁决、司法判决还是调解协议,除非有国际协议或公约确保相关国家之间的强制执行,否则地方法院很难承认域外争议解决决定。基于这一事实,中非调解委员会可以提供一个常规和正式的救济渠道,以确保调解决议可以无障碍地实施,从而及时有效地解决中国和非洲国家之间产生的商业冲突。具体来说,可以在中国或非洲某一国设立中非调解委员会总部,然后在非洲各国设立分会。该委员会是中非两国政府主导和监督的非营利组织,制定并颁布专门的中非联合调解规则以确保有法可依,从而解决缺乏细化或有效程序规则的问题。此外,调解员可由中非双方的商会和法律或商务方面的德高望重的专家学者担任,以解决调解员法律素质不高或水平不高问题。为了实现公平和公正的目标,中非调解委员会应当设有调解员人才库,成员国从国内选拔合适的国际商法人才充实人才库,作为具体案件的调解员候选人。当事人将争议提交到委员会时,可以各自在人才库中选取合适的本国人员作为该案件的调解员,这有利于当事双方理解彼此的观点、态度和法律规定。这是因为,一方面调解员熟悉自己国家的文化传统和法律法规,另一方面这些调解员也是国际商法专家,能够熟练地处理各类国际商事案件。虽然调解员是由当事人自己选出的,但调解员并不是全权代表当事人处理案件,而是帮助当事人在相互理解的基础上达成共识。换言之,各方选择的调解员扮演着“中间人”的角色,是跨越当事人之间文化差异的最佳桥梁。

为使中非调解委员会在实践运用中充分体现其效能,委员会调解规则设立时,需解决好以下两方面问题:

第一,确保调解协议的执行效力。我们在认可调解的优越性同时,也不能忽视传统调解所存在的弊端。传统的私人调解模式虽然便利,但是最大的问题就是调解协议的强制执行力弱。在一些国家,调解协议被视为双方之间的合同。只有当缔约方以对方违约的名义提起诉讼,法官依照一般民事诉讼程序进行审理后,才能通过司法判决执行该调解协议。这样看来,调解的重要弊端之一似乎是调解协议不能被强制执行。但是,调解的核心或基本特征并不在于它是否可以被强制执行。

判断一项程序是否属于调解,首先要考虑的是争议的解决是否有第三方作为中间人从中协调,这是调解与双边协商的主要区别。其次,根据解决纠纷过程中的友好性和灵活性程度,将调解与仲裁程序相区别。我们不应将不

可执行性视为识别调解的标准，只要纠纷解决过程足够友好且灵活，并且各方的最终共识是在调解员的帮助下进行的，那就是调解。应当说，调解的根本特征或者优势在于当事人高度的自愿性和调解员在解决纠纷过程中高度的灵活性。相反，不可执行性并不是调解的必然特征，只是调解普遍存在的一种表象而不是其本质。因此，只要有足够的立法规范来确定调解协议的可执行性，同时配备有效的制度确保调解协议在实践中得到执行，那么调解协议就可以具有强制力效果。

非洲商法协调组织在这一问题上的做法值得借鉴。《调解统一法》第16条第三至第五款规定，成员国国内有管辖权的法院也可应当事人的共同请求或应一方当事人的请求，对和解协议给予承认和执行，且法院不得修改和解协议的条款，而只能审核和解协议的真实性，并在收到当事人请求后的15天内作出是否承认和执行和解协议的裁定。因此，为了提高调解的权威性和确保调解协议的可执行性，未来的《中非调解委员会规则》必须明确规定，一旦调解成功，中非调解委员会作出的调解协议在本国境内具有法律效力和执行力，可以像法院判决书一样被强制执行。这意味着，作为中非调解委员会的成员，中非相关国家有义务保证调解协议的执行。除此之外，中非之间也可以通过双边协议或公约规定确保调解协议的执行力。例如，中国与一些非洲国家签署加入了《新加坡调解公约》，就为中非之间调解协议的顺利执行提供了有效的国际法依据，从而可以有效地解决调解协议难以执行的问题。

此外，将纠纷提交给中非调解委员会进行调解的当事人需清楚，调解协议是双方达成的共识，必须严格遵守。双方在自愿基础上正式签署调解协议之前，当事人均可改变纠纷解决的方式或者更改自己的诉求。换句话说，调解结果一般不会出现当事人对调解协议内容不同意的情况。因为如果有异议，当事人完全可以选择不在调解协议上签字，调解协议也就不能发生法律效力。除非有证据证明调解是基于欺诈作出的，否则不得撤回。如果调解是基于欺诈进行的，被欺骗方可以要求中非调解委员会撤销该结果。如果第三方认为调解协议违背了他们的利益，完全可以向中非调解委员会提出质疑。当然，调解员也有义务审查调解协议的具体内容，并确保不会违反有关国家的强制性规定、法律的基本原则和社会公共利益。

第二，认可调解与仲裁的结合。当然，当事人经过调解努力后可能依然难以达成合意或形成调解协议，双方无法再继续友善地进行沟通。这时候调

解即宣告失败，当事人可以选择由其他机构进行仲裁或诉讼，抑或选择由中非调解委员会进行仲裁。如果当事人选择由委员会进行仲裁，那么双方直接由调解程序进入仲裁程序，并且原则上由本案调解员担当裁判员对案件进行仲裁。对于当事人来说，这是调解失败后最节约成本和时间的的方式，因为调解员在之前的调解程序中已经充分了解了案件情况和当事人的诉求。一旦进入仲裁程序后，裁判员可以更快地作出仲裁决定，节约了由其他裁判员再次审查案件的时间。当然，当事人也有选择由委员会其他人员担任裁判员的权利，但需要提出书面申请，否则将默认同意由调解员直接担任裁判员。

一些学者认为调解程序应当与仲裁程序相区别，不能完全混同。裁判员的任务是无偏见地寻求真相，并且在不考虑双方关系的情况下严格地适用法律。而调解员在同一案件中无法公平地胜任仲裁员的角色，因为调解员在仲裁程序之前出于调解的需要，可能与当事人单独进行过会面并在对方不在场的情况下掌握了一些信息。在这种情况下，缺席方并不知道调解员已经获取了哪些信息内容，也就丧失了当面对质的辩护机会。调解员或裁判员做出仲裁决议时，很难忽视之前调解期间当事人私下向他们披露的此类信息。^① 这可能会影响调解员或裁判员的判断，并违反正当程序。此外，如果调解员或裁判员向其他人披露信息又会违反被披露方的利益。这无疑会导致对调解员或裁判员乃至中非调解委员会的信任危机。

然而，上述反对理由并不能成立。首先，当事人对调解员双重角色的担忧是不必要的。调解中有一个最重要的原则是当事人意思自治。当事人在将调解与仲裁予以结合的问题上具有自主决定权，这也是一切程序的先决条件。在进入仲裁程序前，当事人应当充分考虑调解过程中告知调解员的信息是否可以向对方披露。如果信息不能披露给对方当事人，他们也应当充分权衡，是否相信调解员在仲裁过程中不会将其泄露给对方。如果对此有任何顾忌，当事人完全可以提出由其他人担任裁判员。当然，当事人也需考虑到，由他人担当裁判员可能会消耗更多的时间。因为裁判员需要重新了解案情，纠纷解决程序会被延长。但无论是哪种选择，当事人都有完全的自主决定权。即便最初没有提出由其他人担任裁判员的申请，如果一方或者双方当事人因任何原因担心程序的公正问题，都可以提出中止程序。

^① Carlos de Vera, *op. cit.*, p. 158.

其次，即使上面提到的担忧事实确实存在，我们也不应该把它归咎于调解与仲裁程序相结合的方式本身。在调解中，调解员的职责是找到双方当事人的底线，帮助他们相互理解并协助他们达成共识，而不是直接进行决定；在仲裁中，仲裁员应审查当事各方所代表的事实和证据，适用相关法律或原则并做出仲裁裁决。调解员或仲裁员应该清楚这两个过程中的任务和角色是不同的。当对已经调解失败的争议进行仲裁时，他们不应该将之前向他们披露的机密信息作为证据，并在此基础上对争议进行裁决。因为该信息没有经过对方的质证，也没有给对方提供辩护的条件。如果有调解员/仲裁员不遵守此规范的发生，也是调解员或仲裁员个人的职业操守问题。如果每个调解员或仲裁员都能坚持遵守法律道德和职业操守，那么调解与仲裁的结合并不会违反正当程序。

结 语

中国和大多数非洲国家都有历史悠久的和谐文化，认为人们应该保持友好关系，社会关系应该稳定而和谐。因此，中非双方都有邀请第三方来调解日常冲突和纠纷的传统，也更理解调解的艺术。在众多中国人和非洲人看来，尽管诉讼可能会带来法律上的“正确”，但同时也会打破了曾经的友好关系。至今，调解仍然是中国人和非洲人在日常生活中现代解决纠纷的重要手段之一。此外，中国与非洲国家在各个领域建立了长期友好关系。他们在政治上互相帮助，经济上共同发展，文化和教育方面相互学习。中国和非洲国家人民是亲密的兄弟和伙伴，从民间到官方层面都有坚实的友谊基础。这使得双方都希望永远保持友好关系，并为构建中非命运共同体而努力。

调解作为一项友好的争议解决方式，可作为仲裁、诉讼等争议解决方式的前置程序，或采用“诉讼-调解”或“仲裁-调解”相结合的方式。除了鼓励中非当事人之间事先约定优先采用调解的方式解决纠纷，通过选择双方的调解结构或区域性组织调解解决纠纷，中非双方政府还可以考虑成立中非调解委员会，从而可以更专业地根据双方文化、传统和现状，为中非之间的民商事纠纷量身定制调解方案。

正如一句非洲谚语所说，“冲突是强大的，但对话更强大”。中非过去类似的历史经历和目前共同的发展任务，是深化中非友谊、促进双方合作和实

现相互支持的基础。毫无疑问，这种长期累积建立起来的友好关系是双方在争议纠纷解决时，能够通过调解实现双赢、维系合作的坚实基础。

On the Role of Mediation in the Settlement of China – Africa Civil and Commercial Disputes

Hong Liu

Abstract: China and Africa have enjoyed a long history of traditional friendship and profound economic cooperation. At the same time, civil and commercial disputes inevitably occur in the close cooperation between the two sides. Currently, there are three ways to resolve international civil and commercial disputes: litigation, arbitration and mediation. In consideration of the similar amicable settlement tradition that continues today in both China and Africa, mediation can be used as a prepositional procedure of arbitration, litigation and other dispute resolution, or the combination of “litigation – mediation” or the “arbitration – mediation” can be adopted, in order to give full play to the unique role of mediation in maintaining long – term friendly and cooperative relations between China and Africa with more flexibility and autonomy. Hence, the two parties from China and Africa should be encouraged to sign the terms of mediation as a preliminary procedure, or resolve disputes through mediation in litigation or arbitration proceedings. In addition, a China – Africa Mediation Committee should be set up in future to provide a more professional platform for mediating the civil and commercial disputes between China and Africa.

Key Words: China – Africa Cooperation; Dispute Resolution; Mediation; Arbitration; Litigation; China – Africa Mediation Committee

(责任编辑:詹世明 责任校对:樊小红)