

中国与非洲民商事法律纠纷及其解决*

朱伟东

内容提要 目前中国与非洲之间民商事法律纠纷主要有合同纠纷、信用证或保函纠纷、劳资纠纷、海事纠纷和侵权纠纷等类型。这些纠纷大都发生在非洲国家，且主要是在非洲国家法院或仲裁机构解决的。由于非洲国家在涉外民商事诉讼解决机制方面存在的一些不足，中非双方通过仲裁方式解决争议具有诸多好处。在现阶段通过仲裁方式解决争议时，中国企业应该特别注意几个现实问题。中非双方政府和民间机构在今后应分阶段逐步构建并完善具有中非特色的民商事纠纷解决机制。

关键词 中非关系 民商事纠纷 仲裁

作者简介 朱伟东，湘潭大学非洲法律与社会研究中心副主任、韩国首尔国立大学法学院客座研究员（湘潭 411105）。

近年来，随着中非双边经贸关系的发展，中非民商事往来日益频繁，中非民商事法律纠纷开始大量产生。这些法律纠纷如不能得到快速、合理、有效的解决，将影响中非经贸关系的进一步发展。本文拟对中非双边经贸纠纷中的民商事法律纠纷的类型、特点进行探讨，并在此基础上就如何构建中非特色的民商事纠纷解决机制提出相关建议。

中非双边经贸中民商事法律纠纷的类型

从笔者所收集的判决、提供过咨询的案例及笔者所设计的“中国企业非

* 本文是笔者主持的国家社会科学基金课题“非洲涉外民商事纠纷的多元化解决机制”（08CFX055）的阶段成果之一。

洲创业法律问题调查问卷”的反馈信息来看,目前中非双边经贸中的民商事法律纠纷主要有以下类型:

(一) 合同纠纷

在笔者所收集的30多个案例中,有6件是因合同履行引起。从调查问卷反馈的情况来看,中国企业在非洲遇到的纠纷也主要是合同纠纷。在合同纠纷中,买卖合同纠纷和投资合同纠纷占据多数。在投资合同纠纷中,大部分为建筑合同纠纷。例如,埃及开罗地区国际商事仲裁中心在2009年和2010年上半年所受理的89个案件中,货物买卖纠纷案件和建筑合同案件数量为整个受理案件数量的33%。在这89个案件中,涉及中国的案件数量为受理案件总数的11%,仅次于涉及德国案件的数量(12%)。^①此外,中国企业在利比亚承建的工程承包项目今后如何进行,这一问题可能会引发大量纠纷。国内的企业和一些学者也在积极探讨如何应对今后的工程合同纠纷。^②

(二) 信用证与保函纠纷

在中非当事人之间的货物买卖合同中,有许多约定了信用证付款方式。而在中非工程承包合同中,非洲国家发包方往往要求中国承包方提供银行出具的预付款保函和履约保函。因此,此类纠纷在中非经贸往来中时有发生。例如,2001年江苏省高级人民法院审理的南非莱利银行诉江苏淮阴市对外贸易公司案就涉及信用证承兑纠纷。^③当中国企业撤回在利比亚的工作人员并中止在利比亚的工程项目后,利比亚撒哈拉银行和利比亚共和国银行曾向中国工商银行、中国进出口银行、中国建设银行提出11笔保函延期要求,涉及中土、中水电、葛洲坝、北京建工、北京宏福等7家企业的8个工程项目。^④

(三) 劳资争议

严格来讲,劳资争议并不是真正意义上的民商事法律纠纷。但由于劳资争议是中非经贸往来中数量较多的一类纠纷,此处专门提及,以便引起关注。在南部非洲法院做出的涉及中方当事人的判决中,有9个判决是有关劳资争议的,其中仅在莱索托法院受理的案件就有6件,其他3件分别是由津巴布

① CRCICA Annual Report (2009-2010)。感谢该中心执行主任穆罕默德博士(Mohamed Abdel Raouf)为笔者提供了这份报告。

② 朱伟东:《中方在利比亚投资损失该如何追回》,载《法制日报》2011年4月5日;朱伟东:《利比亚中企如何拒绝赔偿》,载《法制日报》2011年4月26日。

③ 最高人民法院中国应用法学研究所编:《人民法院案例选》,2001年第4辑,第112~115页。

④ 卢铮:《利比亚有关银行提出保函延期要求》,载《中国证券报》2011年4月6日。

韦、马拉维和博茨瓦纳法院做出的。一些非洲国家虽然经济发展水平较低，但却制定了比较复杂、详细的劳动法律制度。许多劳资争议是因中国企业未能遵守所在非洲国家的劳动法律制度引起的，但也有些劳资争议是因当地雇员自身原因引起的。^①

(四) 海事纠纷

非洲部分国家如南非、埃及、尼日利亚在世界海运交通中占据非常重要的地理位置，它们的一些港口成为各国船舶的经常汇集地，如南非的德班港和开普敦港、尼日利亚的拉各斯港、埃及的亚历山大港等。中国的一些远洋船舶经常在这些港口停留或经这些港口再驶往其他地方，由此产生了大量的海事纠纷，如1992年中国大河航运公司所属“巨鹰轮”南非被扣案^② 1999年8月26日海南洋浦国信船务有限公司所属“恒裕轮”南非德班港被扣案^③ 以及2002年3月12日广州远洋运输公司所属的“乐从轮”南非被扣案^④等。

(五) 侵权纠纷

在南部非洲法院做出的、涉及中方当事人的判决中，侵权纠纷案件有4宗，在其管判的总案例中也占有相当大的比例。这4宗案件涉及人身伤害^⑤ 名誉侵权^⑥ 商标侵权^⑦ 和不正当竞争侵权^⑧，分别由塞舌尔最高法院、南非高等法院、乌干达高等法院和莱索托高等法院做出。

(六) 婚姻家庭纠纷

随着中非民商事往来的发展，中国人和非洲人之间的婚姻大量增加，涉及中非当事人的婚姻家庭纠纷开始大量出现。例如，在笔者所收集的案例中，

① 朱伟东：《中国企业在非洲：该守法的守法，该维权的维权》，载《法制日报》，2011年4月19日。

② Great River Shipping v. Sunnyface Marine 1992 (4) SA 313 (C)。该案对于确立南非不方便原则发挥了决定性作用。有关本案的介绍，参见朱伟东：《南非海事诉讼中的不方便法院原则》，载《西非非洲》2004年第3期，第65页。

③ <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=9896>, 2011-06-25.

④ International Marine Transport SA v. MV “Le Cong”, case No. 080/05, the Supreme Court of South Africa.

⑤ Mrs Yuping Lee v. Mr Wu YaoZheng, Civil Side No. 54 Of 2002, in the Supreme Court of Seychelles.

⑥ Dong Cheng v. Chinese Express SA (Pty) Ltd et Others, case No. 17/06/2008, in the High Court of South Africa (Transvaal Provincial Division) .

⑦ Societe Bic Trading Company Ltd v. Wenbara Trading Company Ltd et Others, HCT-00-CS-0704-2006, in the High Court of Uganda (Commercial Court Division) .

⑧ Mamathe Hanyane v. Zhaifeng Jiang et Others, CIV/APN/29/98, in the High Court of Lesotho.

一宗是由南非法院做出的、涉及南非妈妈和中国爸爸有关孩子监护权的纠纷案件,^①另一宗则是由莱索托法院受理的一对来自中国台湾地区的夫妇离婚案件,^②还有一宗是由中国法院审理的、涉及对位于莱索托的离婚财产的分割问题。^③

此外,还有涉及遗产继承和财产分割的案件,如津巴布韦高等法院审理的王玉普等诉兰巧德等案、^④莱索托高等法院审理的董平华等诉张昭太案,^⑤等等。可见,中非民商事案件的类型十分广泛。

中非双边经贸中民商事法律纠纷的特点

通过对所掌握的案例以及调查问卷反馈信息进行分析,可以发现,目前中非双边经贸中的民商事法律纠纷具有以下几个特点:

(一) 案件主要发生在非洲国家,且大多经非洲国家法院或仲裁机构裁判

在中非双边经贸往来中,大部分非洲国家是中国产品的进口国和中国投资的输入国,买卖合同或建筑合同的履行地基本上也在非洲国家内。因此,争议大都发生在非洲国家内,当事人经常在非洲国家法院或仲裁机构提起诉讼或仲裁。

另外,许多非洲国家的投资法明确规定,对于外国投资者和东道国发生的投资争议必须首先在东道国法院或东道国仲裁机构内解决。例如,安哥拉《私人投资法》和《石油活动法》就规定,对于投资争议,可通过仲裁方式解决,但仲裁须在安哥拉进行,并适用安哥拉法律。^⑥利比亚法律也规定,对于外国投资者与利比亚政府签订的建筑合同或石油特许合同,在发生争议时,

^① Elize Lin v. The Director; The Department of International Relations and Co-operation, case No. 3207/2010, in the High Court of South Africa (Eastern Cape, Port Elizabeth), 关于该案的评述,参见朱伟东:《南非妈妈和中国爸爸的夺子之战》,载《法制日报》2011年4月12日。

^② Weng Hsin-tui v. Weng Yeh Liya, CIV/t/351/99, in the High Court of Lesotho. 关于该案的评述,参见朱伟东:《从华人夫妇莱索托离婚看“外域法”》,载《法制日报》2011年4月26日。

^③ “钱林超与张晓明离婚纠纷案”,福建省厦门市思明区人民法院民事判决书,(2001)思民再字第72号。

^④ Wang Yupu et Others v. P. Ranchod N. O. et Others, HC 2309/05, in the High Court of Zimbabwe.

^⑤ Dong Pinghua, Dong Jinhua v. Zhang Zhaotai, CIV/APN/189/99, in the High Court of Lesotho.

^⑥ Oladiran Ajayi, Patricia Rosario, “Investments in Sub Saharan Africa: The Role of International Arbitration in Dispute Settlement”, http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=oladiran_ajayi, 2011-10-12.

一般应在利比亚法院解决。^①

有一个数据能够很好地说明上述特点：在2004年至2010年上半年期间，埃及共请求中国代为送达民商事司法文书26宗，而同期中国请求埃及送达民商事司法文书的仅有5宗。^②

（二）案件涉及地域广泛，涉及不同类型当事人

中国已与45个非洲国家签订了双边贸易协定，对非投资已分布在非洲49个国家。^③对非洲投资主体多元化，既有国有大中型企业，也有民营企业和个人经营者，投资领域涉及采矿、金融、制造业、建筑、旅游及农林牧渔业。投资方式十分灵活，既有独资、合资等传统方式，也有参股、并购及与第三国合资开发资源等其他新型方式。这种情况导致中非经贸法律纠纷涉及的地域广泛，涉及的当事人类型多样。例如，笔者所收集的南部非洲国家法院的判决来自南部非洲所有不同国家。从案件的当事人来看，既有普通的自然人，也有中国民营企业或国有企业在当地设立的独资或控股企业，还有一些中国国有企业直接是以自己的名义在非洲国家法院起诉或应诉的。^④

（三）中非双方缺乏有效的双边或多边民商事司法协助机制

虽然中非双边经贸法律纠纷大量出现，但中国仅同摩洛哥、埃及、和突尼斯3个国家签订有双边民商事司法协助条约。另外，一些非洲国家在执行上述条约机制时，措施不力，渠道不畅，导致涉外民商事案件的审理费时较长。例如，在上述埃及请求中国代为送达的26宗司法文书中，中国法院受托后有效送达14宗，未能送达12宗，送达成功率仅为52.84%，而且平均每宗司法文书送达耗时达72.7天。而中国请求埃及代为送达的5宗司法文书中，均无送达回证返回。^⑤

^① Mahmud R. Mukhtar, et others, *Libya: A Guide to Commercial Law, Banking Law and Accounting*, GMB Publishing, 2008, p. 93.

^② 沈红雨：《中非民商事司法协助制度的实践及相关问题研究》，载《第二届中非合作论坛——法律论坛论文集》，2010年，第83~89页。

^③ 参见中华人民共和国国务院新闻办公室：《中国与非洲的经贸合作白皮书》（2010年）。

^④ Roosevelt Kgosi v. China Civil Engineering, in the Industrial Court of Botswana, case No. IC. 500/2004; China Henan Internal Economic and Technical Cooperation v. Mwange Contractors Limited (SCZ Judgment No. 7 of 2002), [2002] ZMSC 8 (24) January (2002); China Henan International Cooperation Group v. Regasira (Civil Reference No. 22 of 2005) [2006] TZCA 43 (21 March 2006) .

^⑤ 沈红雨：前引文，第85页。

对于涉外案件,为进行有效的司法管理,国际司法合作也必不可缺。^①在国际民商事领域的司法合作方面,我国目前已加入《海牙域外送达公约》和《海牙域外取证公约》,但非洲国家中只有埃及、博茨瓦纳、马拉维和塞舌尔加入了《海牙域外送达公约》,只有南非和塞舌尔2个国家加入了《海牙域外取证公约》。因此,通过多边公约机制进行中非涉外民商事案件审判活动的协作的范围有限。

(四) 双方当事人因不了解对方法律,导致争议拖延

非洲是世界法律的“万花筒”,世界上的一些主要法系都曾在非洲大陆粉墨登场。^②对于许多中国人而言,非洲各国法律复杂多样,难以理解。而许多非洲人对中国法律同样缺乏了解。^③因此,当出现法律争议时,双方就会因不了解对方法律而感到无所适从,从而导致争议久拖不决,影响双方的进一步合作。^④

从上述分析可以看出,中非民商事纠纷所存在的一个显著特征是不平衡性,即大部分案件发生在非洲地区,只有少部分案件发生在中国。这种情况表明,中国当事人必须了解非洲国家的涉外民商事纠纷解决制度,只有这样,当与非方当事人发生争议时,才能更好地维护自己的合法权益,才能促进中非民商事往来的长期健康发展。

非洲涉外民商事纠纷的解决机制

涉外民商事纠纷主要有两种解决方式:诉讼解决方式和非诉解决方式。诉讼解决方式是通过在国内法院提起诉讼解决争端的一种方式,而非诉解决

^① 理查德·奥潘著;朱伟东译:《非洲国际私法:历史、现状与未来》,载《民商法论丛》2009年第43卷,第245页。

^② 关于非洲法律的介绍,参见洪永红、夏新华等著:《非洲法导论》,湖南人民出版社,2000年版。

^③ 虽然中非贸易、投资有迅猛的发展,但中非之间的法律交流却未引起应有的重视, See Weidong ZHU, “China - African Trade & Investment and the Exchange of Law”, in *Harmonization of Business Law in Africa and Its Advantage for Chinese Investment in Africa*, Tipografia Macau Hung Heng Limitada, 2008, pp. 99 - 113.

^④ *China State Construction Engineering Corporation (Southern Africa) (Pty) Ltd v. Pro Joinery Close Corporation*, in the High Court of Namibia, case No. A 230/2007. 关于该案的评述,参见朱伟东:《从一张错误传票看纳米比亚法院规则》,载《法制日报》2011年8月16日。

方式是指当事人通过谈判、协商、调停、调解或仲裁解决争端的一种方式。

(一) 诉讼解决机制

涉外民商事纠纷的诉讼解决主要涉及管辖权、法律适用、文书的域外送达、域外调查取证、以及判决的承认和执行等几类法律制度。非洲各国法律制度差异巨大,但从立法和司法实践来看,非洲涉外民商事纠纷的诉讼解决机制还存在以下几个问题:

一是缺乏系统性立法。在非洲大陆 50 多个国家中,只有突尼斯在 1998 年制定了内容全面的《国际私法法典》,对管辖权、法律适用及外国判决的承认和执行做了详细的规定。^①其他非洲国家都只是在单行立法中对涉外民商事纠纷解决机制中的某一问题做出规定。

二是立法规定比较陈旧或者缺乏可操作性。非洲国家有关涉外民商事纠纷解决的法律规定基本上是从原宗主国的法律制度中移植而来,有些法律规定已不能适应现实的需要。有些国家的法律规定因技术上的原因,在实践中缺乏可操作性。例如,南非 1988 年制定的《外国民事判决执行法》规定,该法仅适用于南非政府公报中指定的国家的法院作出的判决的承认和执行,但截至目前,南非政府公报中指定的国家仅有纳米比亚一国。

三是有些非洲国家的有关涉外民商事纠纷诉讼解决的法律规则没有考虑国际上的发展趋势,不利于涉外民商事案件的诉讼解决。例如,许多非洲国家规定,当事人可以协议选择在与案件没有任何联系的国家的法院提起诉讼;而在南非的管辖权规则规定,如果诉因没有发生在南非,即使两个外地人协议选择南非法院审理他们的争议,南非法院也不会受理。^②

此外,许多领域问题的解决还存在极大的不确定性。一位学者通过对 13 个英语非洲国家在 1997 ~ 2007 年做出的近 300 个涉外民商事案件的判决进行分析后认为,非洲国家在这方面还有许多问题法律尚无定论,或还有待立法或判例做进一步的发展。^③这些问题包括侵权和合同的法律适用、对涉及网络

^① 关于该法内容,参见栗烟涛、杜涛译:《突尼斯国际私法典》,载《中国国际私法与比较法年刊》2000 年第 3 卷,第 394 ~ 399 页。

^② C F Forsyth, *Private International Law: The Modern Roman - Dutch Law Including the Jurisdiction of the Supreme Courts*, Juta & Co Ltd, 3rd edition, 2003, p. 204.

^③ 理查德·奥潘著;朱伟东、梁潇译:《非洲国际私法过去 10 年(1997 - 2007)实证分析(第一部分)》,载《湘江法律评论》2011 年第 10 辑,第 119 页。

案件的管辖以及信托和知识产权所涉及的国际私法问题。^①

涉外民商事案件的审理不但需要制定和完善国内立法和相关规则，还需要各个国家通过多边或双边机制进行司法合作。然而，非洲国家参与国际民商事诉讼领域的多边或双边机制的情况却不尽人意。海牙国际私法会议是世界上专门致力于推动各个国家在国际民商事诉讼程序中进行合作的一个重要的常设性政府间国际组织，可在该组织的65个成员国中，来自非洲的成员国只有3个，即南非、摩洛哥和埃及。在《海牙域外送达公约》的55个成员国中仅有4个来自非洲。《海牙域外取证公约》的43个成员国中，非洲成员国只有2个。非洲国家在海牙国际私法会议中的参与明显不足。^②

（二）非诉解决机制

对于许多非洲国家而言，仲裁、调解等非诉解决方式并非西方国家的舶来品。^③作为一种争端解决方式，仲裁在非洲具有悠久的历史。^④非洲国家独立后，基本上保留了原有的仲裁法律制度，或根据前宗主国仲裁立法的发展对本国仲裁法做了相应修改。

上世纪90年代以来，非洲国家为吸引外资、扩大国际贸易、增强投资者和商人在该地区进行投资贸易的信心，纷纷根据国际上较为先进的仲裁立法特别是联合国国际贸易法委员会在1985年制定的《国际商事仲裁示范法》（以下简称《示范法》）为模本制定新的仲裁法。截至目前，已有10个非洲国家采纳了《示范法》。^⑤有人认为，这些国家在对仲裁实践进行现代化并减少法院对仲裁的干预方面取得了不同程度的成功。^⑥

还有一些具有相同传统或语言背景的非洲国家通过制定条约或统一法的

① 理查德·奥潘著；朱伟东译：《非洲国际私法：历史、现状与未来》，载《民商法论丛》2009年第43卷，第247页。

② 关于非洲国家参与海牙国际私法会议的情况，See Richard F. Opong, "The Hague Conference and the Development of Private International Law in Africa: A Plea for Cooperation", *Yearbook of Private International Law*, Vol. 8, 2006.

③ Eugene Contran and Austin Amisshah, *Arbitration in Africa*, Kluwer Law International 1996, p. 4.

④ 例如，在尼日利亚，甚至在有记载的历史以前，据了解某些团体或个人就已经选择或指定仲裁员来解决他们之间的争端。参见朱伟东：《尼日利亚习惯法仲裁初探》，载《民间法》2003年第2卷，第444~461页。

⑤ 这10个国家分别是埃及（1996）、肯尼亚（1995）、马达加斯加（1998）、毛里求斯（2008）、尼日利亚（1990）、卢旺达（2008）、突尼斯（1993）、乌干达（2000）、赞比亚（2000）、津巴布韦（1996）。其中毛里求斯和卢旺达采纳了2006年修订过的《示范法》。

⑥ Oladiran Ajayi and Patricia Rosario, op. cit.

形式对仲裁作出规定。例如，早在1987年4月，7个非洲阿拉伯国家^①和7个亚洲阿拉伯国家在约旦首都安曼签署了《阿拉伯商事仲裁公约》，对该地区的国际商事进行调整并对阿拉伯国家的仲裁立法进行统一。1993年10月，14个非洲国家在毛里求斯签署了《非洲商法协调条约》，根据该条约成立了非洲商法协调组织（OHADA）。^② 该组织的成员国主要是具有大陆法传统的法语非洲国家。该组织为成员国创设了两套仲裁法体制：一套是根据《非洲商法协调条约》进行的仲裁，一套是根据《仲裁统一法》进行的仲裁。^③

在国际投资行为中，外国投资者一般不愿将自身和东道国之间的投资争端提交到东道国的法院进行解决，因为担心东道国法院会受到来自本国政府的干预，而不能作出公正的判决。非洲国家的实际情况会加剧外国投资者的这种担心。因此，他们更青睐通过中立的仲裁机构来解决此类争端。为消除外国投资者的忧虑，大部分非洲国家都加入了1965年《解决国家与他国国民间投资争端的华盛顿公约》（以下简称《华盛顿公约》）。当外国投资者和《华盛顿公约》的非洲成员国发生争端后，就可将争端提交给根据该公约设立的“解决投资争端国际中心”（ICSID）通过仲裁解决。^④ 此外，为确保一般国际商事仲裁裁决得到顺利执行，已有30个非洲国家批准了1958年的《关于外国判决承认与执行的纽约公约》（以下简称《纽约公约》），为仲裁裁决的承认和执行铺平了道路。

非洲国家在对国内仲裁法律环境进行完善时，还积极在国内设立仲裁机构，以保障当事人能够方便、快捷地通过这些仲裁机构解决争端。目前，基本上每个非洲国家都设有仲裁机构或仲裁中心，如苏丹的喀土穆仲裁中心、津巴布韦的哈拉雷商事仲裁中心、突尼斯的仲裁和调解中心等。有的国家还

① 这7个非洲阿拉伯国家是突尼斯、阿尔及利亚、吉布提、苏丹、利比亚、摩洛哥和毛里塔尼亚。苏丹和突尼斯后来加入了该公约。

② 该组成目前已有16个成员国，刚果民主共和国已完成加入该组织的程序，即将成为第17个成员国。关于该组织的详细介绍，参见鲍里斯等著；朱伟东译：《非洲商法：OHADA与统一化进程》，英国GMB出版公司，2008年版；朱伟东：《非洲商法协调组织述评》，载《西亚非洲》，2009年第1期；Weidong ZHU, “OHADA: As a Base for Chinese Further Investment in Africa”, *Recueil Penant*, Vol. 129, No. 869, 2009.

③ 对非洲商法协调组织仲裁法律制度的详细介绍，参见朱伟东、冯琳：《OHADA仲裁法律制度述评》，载《仲裁与法律》2008年第110辑。

④ 已有45个非洲国家签署了该公约，其中埃塞俄比亚、几内亚比绍、纳米比亚、圣多美和普林西比仅签署而没有批准该公约，其他41个非洲国家已成为“解决投资争端国际中心”的缔约国。

设有多个仲裁机构，如南非有南非仲裁基金和仲裁员协会，塞内加尔有达喀尔农工商商会仲裁中心和达喀尔仲裁（或称调停中心）两个仲裁机构。^①

为促进非洲地区国际商事仲裁的发展，鼓励当事人通过仲裁解决投资贸易争端，亚非法律协商组织通过与埃及和尼日利亚政府签署协议，分别在两国设立了开罗地区国际商事仲裁中心和拉各斯地区国际商事仲裁中心。亚非法律协商组织还与肯尼亚在 2007 年达成协议，拟在该国首都内罗毕设立一个地区仲裁中心，以满足东部和南部非洲解决商事争议的需要。根据肯尼亚官方消息，该中心很快就可运行。^② 从这些地区仲裁中心每年受理的案件的数目看，在非洲进行投资贸易的当事人非常乐意利用这些地区仲裁中心及其设施来解决争端。^③

此外，非洲还存在其他一些地区仲裁中心，如上文提到的《阿拉伯商事仲裁公约》的成员国内就在摩洛哥首都拉巴特设立了一个地区仲裁中心，专门受理依据该公约提请仲裁的案件。《非洲商法协调条约》也明确规定，鼓励通过仲裁方式解决合同争议。为此，根据该条约成立了司法与仲裁共同法院，它既是一个司法法院，还是一个地区性常设仲裁机构。如果当事人在非洲商法协调组织某一成员国内有住所或惯常居所，或合同大部分义务将在一个或多个成员国内履行，当事人都可将争议提交给司法与仲裁共同法院通过仲裁方式解决。^④

从上述对非洲涉外民商事纠纷的诉讼和非诉解决机制的简单介绍可以看出，非洲有关涉外民商事纠纷的诉讼解决机制还存在立法不完善、缺乏系统性、某些领域还有不确定性等问题。而对于仲裁、调解等涉外民商事案件的非诉解决机制，非洲国家大都按照国际上的先进立法制定了本国的仲裁法，并设立了设备完善的仲裁机构。另外，非洲地区的许多仲裁机构的仲裁规则

① See T. Sutherland and G. Seznec, "Alternative Dispute Resolution Services in West Africa: A Guide for Investors", sponsored by the Commercial Law Development Program United States Department of Commerce 2003; Emilia Onyema, "Regional Approaches to Enforcement: Enforcement of Arbitral Awards in Sub-Saharan Africa", paper presented at the Inaugural Conference of Alumni & Friends of the School of International Arbitration (AFSLA) London, 3 December, 2008.

② Report on the AALCO's Regional Arbitration Centre at the 49th annual session of the Asian - African Legal Consultative Organization held in Dar es Salaam, United Republic of Tanzania on 5 - 8 August, 2010, see: <http://www.aalco.int/content/49thannualsession>, 2011 - 11 - 12.

③ Oladiran Ajayi and Patricia Rosario, op. cit.

④ 参见《非洲商法协调条约》第 21 条。

都允许当事人选择适用世界上其他著名国际商事仲裁机构的仲裁规则。这样,就可避免当事人因不了解非洲地区仲裁机构的仲裁规则而产生疑虑。所以,相对于诉讼解决机制,当事人可能会更乐于通过仲裁方式解决争议。

中非民商事法律纠纷解决机制的构建

中非双方高层及司法、法学界人士也已意识到妥善解决双方投资贸易争端对保障中非双边投资贸易健康发展的意义。例如,在2000年以来共4届中非合作论坛上所通过的合作纲领或行动计划,都明确提及要妥善解决投资贸易分歧和摩擦。2009年11月在埃及召开的第四届中非合作论坛部长级会议上所通过的《沙姆沙伊赫行动计划(2010-2012)》还决定举办“中非合作论坛——法律论坛”,以探讨双方共同关心的经贸法律问题。在为落实《沙姆沙伊赫行动计划》而于2009年12月在开罗举办的首届中非法律合作论坛上,与会法律人士就中非贸易投资争端解决机制进行了探讨。2010年9月,在北京召开的第二届法律论坛专门将中非经贸合作法律制度作为一个主要议题进行讨论。

现阶段,中非之间的经贸纠纷主要体现为平等主体的自然人、法人之间的民商事纠纷,并且此类纠纷大多发生在非洲国家。当然,随着非洲国家的公民、企业不断进入中国,在中国发生的中非经贸纠纷也将日益增多。要解决此类纠纷必须考虑中非双方的法律文化传统、法律观念、以及中非双方交往的友好历史和深厚友谊,构建一套双方都能接受的、体现中非特色的经贸纠纷解决机制。

同西方国家的纠纷解决观念不同,在中国和非洲国家的法律文化传统中,解决纠纷不是为了判断双方当事人谁对谁错,而是为了协调双方当事人之间的关系,使双方继续保持友好关系,从而维持整个集体的和谐。因此,长久以来,在中非各自的纠纷解决机制中,调解、仲裁等非诉方式一直受到推崇,并且为双方人民所接受,这是构建中非经贸纠纷解决机制应当考虑的一个重要因素。基于此,笔者建议,中非民商事纠纷的解决应采用以“仲裁为主、诉讼为辅”的方式。

(一) 仲裁在解决中非民商事纠纷中的独特优势

在发生中非投资贸易争端时,中方当事人往往不愿或不敢到非洲国家的

法院提起有关诉讼。人们普遍认为,非洲国家的法院存在贪污腐败现象严重、法院效率低下、法院判决难以执行等现象。^①此外,由于非洲国家法律制度的多样化,很多人不了解非洲国家法院的诉讼制度,这也是造成人们不敢在非洲国家法院提起诉讼的原因。许多中国企业在非洲面临纠纷时,要么由于不敢通过诉讼方式解决争端而不得不放弃在非洲的市场或经营活动,或者通过其他不正当的途径解决此类争端。从长远来看,这两种解决方式都不可取,不利于中非贸易投资的健康发展。

针对商人和投资者对非洲司法体制存在的上述担心,通过仲裁方式解决此类争端不失为一种最佳选择。与法院诉讼相比,仲裁具有明显的相对性优势。^②考虑到非洲的特殊情况,利用仲裁解决争端不失为一种明智之举。^③仲裁相对于诉讼的优势表现在以下几点:

1. 仲裁解决争端一般更为快捷。^④

非洲国家法院往往受案数量多,而司法人员的人数及专业水平有限,案件审理会拖延很长时间。在国际贸易争端中,考虑到市场的波动、某些商品的易腐性质等因素,当事人一般都希望快速解决争端。

2. 仲裁裁决比法院判决更容易得到承认和执行。^⑤

非洲各国在承认和执行外国判决时,一般要求存在有互惠执行判决的双边条约。由于国际上存在《纽约公约》,使得仲裁裁决承认和执行则变得更为容易和方便。中国目前只和摩洛哥、突尼斯和埃及等几个非洲国家签订了民商事司法协助条约,通过双边条约执行非洲国家法院做出的判决还有很大限制。但如果争端是通过仲裁解决的,仲裁裁决就会容易得到执行。

3. 当事人在仲裁中可以享有在法院诉讼中不能享有的自由。

根据相关规定,民商事案件中的当事人可以自由选择仲裁员、仲裁程序、仲裁地点、仲裁的期限等。考虑到非洲的实际情况,仲裁的这种优势对于当

^① Matthew Coleman, "Africa: Arbitration Nation", http://www.bilaterals.org/article.php3?id_article=6328&lang=en, 2011-06-12; S. Azadon Tiewul, Francis A. Tsegah, "Arbitration and the Settlement of Commercial Disputes: A Selective Survey of African Practice", *Int'l & Comp. L. Q.*, Vol. 24, 1975, p. 393.

^② S. Azadon Tiewul, Francis A. Tsegah, *op. cit.*

^③ Amazu A. Asouzu, *International Commercial Arbitration and African States: Practice, Participation and Institutional Development*, Cambridge University Press, 2001, p. 50.

^④ Tiewul and Tsegah, *op. cit.*, pp. 395-396.

^⑤ S. Azadon Tiewul, *op. cit.*, p. 46.

事人来说具有极大的吸引力。如果中方企业不信任非洲国家的仲裁机构或仲裁员，他就可选择其他国家或地区的仲裁机构或仲裁员，也可选择在一个中立国家或地区进行仲裁。

此外，通过仲裁方式解决争端不至于破坏双方之间的感情，有利于保持双方之间的商业合作关系。对于中方当事人而言，如果不想因此失去和对方继续合作的机会，仲裁这种非诉讼方式无疑是最佳选择。

（二）中非双方鼓励通过仲裁方式解决争端

中非双方现在都十分重视通过仲裁方式解决经贸纠纷。许多非洲国家为了增强投资者的信心，都制定了新的仲裁法，或对旧的仲裁法进行修订。同时，还成立了许多仲裁机构，为通过仲裁方式解决争端创造良好的环境。中国也正在考虑对1994年《仲裁法》进行修订，为在中国进行仲裁提供更为有利的法律保障。中非双方政府在《沙姆沙伊赫行动计划（2010-2012）》更是明确提出，“在解决中非企业合同纠纷时，鼓励利用各国和地区性的仲裁机构。”这是中非双方政府首次明确提出鼓励企业利用仲裁方式解决争端。可见，中非双方高层对通过仲裁方式解决争端的认可与重视。

中非双方之间签订的双边投资保护协定也通过条约形式正式承认仲裁在解决中非投资争端中的地位和作用。截至目前，中国已同非洲国家签订了32个关于促进和保护投资的双边协定。^①这些协定都明确规定，缔约国双方因协定的解释或适用所产生的争议，应首先通过外交途径协商解决；如不能解决，则可通过双方设立的专设仲裁庭进行解决。对于投资者与东道国政府之间就投资所产生的争议，应首先通过友好协商方式解决；如不能解决，则争议可提交给东道国法院、或专设仲裁庭、或提交“解决投资争端国际中心”通过仲裁解决。考虑到上文提到的非洲国家法院的实际情况，当中国投资者与非洲国家投资东道国政府发生争端时，可能会更愿意采用仲裁方式解决。

中非法律界和企业界的人士也在研究和实践中认识到仲裁是解决中非贸易投资争端的最佳选择。例如，2006年11月5日，在北京举行的中非合作论

^① 其中有16个双边投资保护协定已生效，这16个生效的双边投资保护协定是同下列非洲国家签订的：加纳、埃及、摩洛哥、毛里求斯、津巴布韦、阿尔及利亚、加蓬、尼日利亚、苏丹、南非、佛得角、埃塞俄比亚、突尼斯、赤道几内亚、马达加斯加、马里。16个尚未生效的双边投资保护协定是同下列非洲国家签订的：赞比亚、喀麦隆、刚果（金）、刚果（布）、博茨瓦纳、塞拉利昂、莫桑比克、肯尼亚、科特迪瓦、吉布提、贝宁、乌干达、纳米比亚、几内亚、塞舌尔、乍得。参见中华人民共和国商务部网站：<http://tfs.mofcom.gov.cn/column/2010.shtml>，2010-06-09。

坛第二届中非企业家大会闭幕式上,由中国贸促会会长万季飞同非洲工商会联盟主席麦斯里签署的合作协议明确规定,鼓励中国和非洲企业通过仲裁等非诉讼手段解决投资贸易争端。^①在首届和第二届中非法律合作论坛上,与会法律界人士也认为应充分发挥仲裁在解决中非贸易投资争端中的作用。^②

(三) 通过仲裁方式解决中非民商事纠纷应注意的现实问题

通过上述分析,可以看出,仲裁无疑是目前解决中非投资贸易争端的最佳方式。如果能够充分有效地利用这一争端解决方式,可以减少中国投资者或商人开展对非投资或贸易时所存在的顾虑,增强他们在非洲进行投资和贸易的信心。中国政府相关部门应采取积极措施,鼓励中方企业在同非洲国家的合作伙伴发生争端时采用仲裁解决方式。中国政府应采用各种途径向企业宣传仲裁在解决中非投资贸易争端中的优势,通过举办讲座、论坛等形式介绍非洲国家的仲裁法律制度和仲裁环境。例如,美国商务部就非常注意向国内企业介绍非洲国家的仲裁环境,就此专门收集了一些非洲国家的仲裁立法和仲裁机构的信息并编订成册,供美国投资者参考。

作为中非投资贸易的主体,中国企业在选择仲裁解决同非洲国家的投资贸易伙伴的争端时,应注意以下几点:

1. 了解相关非洲国家的仲裁法律制度。

虽然许多非洲国家根据《示范法》制定了本国仲裁法,但不同国家的仲裁法律制度之间仍存在一些差异。只有了解相关国家的仲裁法律制度,才不会造成所签订的仲裁协议或仲裁条款因违反有关国家仲裁法的规定而无效,从而使利用仲裁方式解决争端的期望落空。例如,安哥拉《私人投资法》规定,投资争端可通过仲裁方式解决,但仲裁必须安哥拉进行,并适用安哥拉的法律。^③如果当事人在仲裁协议或仲裁条款中选择在其他国家仲裁或适用其他国家的法律,该仲裁协议或仲裁条款就会被安哥拉法院认定为无效。

① 裴光江等:《中国-非洲联合工商会正式成立,中非签署19亿美元合作协议》,载《人民日报》2006年11月6日。

② 如朱伟东:《仲裁是解决中非贸易投资争端的最佳选择》;张要波:《友好、务实、高效的纠纷解决机制》;穆罕默德·拉奥乌夫:《仲裁:一种解决中非经济争端的手段——埃及的经验》;刘敬东:《中非经贸合作纠纷解决机制研究》;迪威诺·萨比诺:《论非洲仲裁法庭的建立》等,以上论文载《第二届中非合作论坛——法律论坛论文集》,2010年。

③ Oladiran Ajayi and Patricia Rosario, op. cit.

2. 选择在常设仲裁机构仲裁。

之所以建议当事人选择在常设仲裁机构进行仲裁，是因为常设仲裁机构有自己的管理机构，有完备的仲裁程序规则，有利于仲裁的顺利进行。国际上有一些比较著名的仲裁机构，如巴黎国际商会仲裁院、伦敦仲裁院等。不过，对于发生在非洲国家的投资贸易争端，考虑到交通费用等因素，非洲国家的当事人一般不愿将争端提交给这些仲裁院进行仲裁。在这种情况下，中方当事人可与非洲国家当事人谈判，将争端提交给这些常设仲裁机构，但规定仲裁在非洲国家进行。当然，中方当事人也可与非洲国家当事人约定，将争端提交给非洲地区的常设仲裁机构，如开罗地区国际商事仲裁中心、拉各斯地区国际商事仲裁中心，或南非仲裁基金等。这样，既可以节省一定的费用，也有利于争端得到快速、公正解决。

3. 选择在法院对仲裁干预较少的非洲国家内进行仲裁。

如果法院对仲裁干预过多，不但影响仲裁的顺利进行，也会在某种情况下导致争端不能通过仲裁解决。所以，中方当事人如果决定在非洲进行仲裁，就应选择向法院对仲裁干预较少的非洲国家，特别是那些采纳了《示范法》的非洲国家内进行。非洲有一些国家的法院对仲裁干预较多，如南非《仲裁法》（1965年）就规定，如果仲裁协议的一方当事人能够提出“充分理由”，法院就可撤销仲裁协议；南非法院如果确信有“充分理由”不应将争议提交仲裁，它就可中止仲裁程序。^①

4. 选择在《纽约公约》成员国的非洲国家内进行仲裁。

《纽约公约》是世界上最成功的有关外国仲裁裁决承认和执行的公约，目前有144个成员国。中方企业选择在非洲国家进行仲裁时，应尽量选择在加入《纽约公约》的非洲国家内进行。这样，当仲裁裁决需要在其他国家申请承认和执行时，不会遇到太大障碍。

（四）完善中非民商事纠纷仲裁解决机制的步骤

首先，中非双方应扩大民商事司法合作，中国政府相关部门应积极推动同非洲国家相关部门进行谈判、协商，以签订更多的双边民商事司法协助条约，为中非民商事纠纷的解决提供便利条件。中国应首先考虑同南非、尼日利亚等与中国有密切经贸关系和频繁民商事往来的非洲国家签订双边民商事

^① 朱伟东：《南非商事仲裁法律制度述评》，载《仲裁与法律》2004年第92辑，第60-62页；

司法协助条约，为判决和仲裁裁决的相互承认和执行铺平道路。

其次，中非双方可从各自国家的法律、法学界选拔精通本国法律与国际经贸法律和惯例的人员，组成中非经贸纠纷协调小组，为双方国民到对方投资、经商提供法律咨询，并在出现纠纷时，为他们提供法律帮助。在条件成熟时，中非双方可考虑建立中非法律信息中心，这样，双方当事人能够容易了解对方法律的内容，有利于纠纷的顺利解决，或避免纠纷的发生。

再次，中非可在各自国家的仲裁机构中设立中非经贸仲裁小组，吸收来自对方国家的法律专家作为仲裁员，为中非经贸纠纷提供仲裁服务。^①例如，中方可在中国国际经济贸易仲裁委员会内设立中非经贸仲裁小组，该小组仲裁员由来自非洲国家和中国的法律专家组成；非方可在埃及开罗地区国际商事仲裁中心、尼日利亚拉各斯地区国际商事仲裁中心、肯尼亚内罗毕地区国际商事仲裁中心、南部非洲仲裁协会设立中非经贸仲裁小组，该小组仲裁员同样由来自非洲国家和中国的法律专家组成。

最后，在条件成熟时，考虑设立中非联合仲裁中心，该中心在中国设立一个办事处，在北部非洲、西部非洲、东部非洲、南部非洲和中部非洲国家可分别设立5个办事处。该中心仲裁员由来自非洲国家和中国的法律专家组成，专门为中非经贸纠纷提供仲裁服务。

结 语

中非经贸中的民商事纠纷日益增多，但中国国内鲜有学者关注这一问题。法律在促进国际贸易和投资中会发挥重要作用，这一观点几乎没有人会否认。国外已有学者关注这一问题，并已开展相关的研究工作。为促进中非经贸关系的健康发展，中非双方必须重视法律在双边经贸关系中的地位，并在进行

^① 目前在中国和非洲国家的仲裁机构中，来自对方国家的仲裁员很少或没有，这可能会对中非经贸纠纷中的当事人是否选择通过仲裁方式解决争端会产生一定的影响。例如，根据中国国际经济贸易仲裁委员会2011年5月公布的仲裁员名册，在近300名外籍仲裁员中，仅有3名来自非洲国家，且都来自埃及。而非洲国家或地区的仲裁机构基本上没有来自中国的仲裁员，例如，虽然开罗地区国际商事仲裁中心受理过许多涉及中方当事人的案件，但该中心还没有来自中国的仲裁员。考虑到中非民商事纠纷大量发生在非洲地区并在该地区的仲裁机构解决，非洲地区的仲裁机构应考虑吸收一些中国仲裁员。2011年11月13~22日笔者作为中国法学会赴非考察代表团成员之一到尼日利亚和南非进行了考察。在同尼日利亚拉各斯地区国际商事仲裁中心进行会谈时，代表团提出了上述建议，该中心表示完全赞同，并考虑在今后吸收来自中国的仲裁员。

实证研究后，结合中非双方的法律文化传统，为中非民商事纠纷的解决寻找一条可行之路。笔者通过分析认为，仲裁是解决中非民商事纠纷的最佳选择，中非双方政府和民间应积极构建并完善具有中非特色的民商事纠纷的仲裁解决之道。

The Civil and Commercial Disputes Arising from the China – African Business Relations and Their Settlements

Zhu Weidong

Abstract: Currently, the civil and commercial disputes arising from the China – African business relations are mainly the contractual disputes, letter of credit or guarantee disputes, labor disputes, marine disputes and delictual disputes. These disputes often occur in African countries and are often settled in African courts or arbitral institutions. It is not a satisfactory choice to settle such disputes in African courts due to the defects in the legal system and inefficiency in legal practice. The author suggests that the parties should settle their disputes through arbitration taking into account the fact that many African countries have comparably sound arbitral facilities, and arbitration is encouraged from both sides either at the governmental level or at the non – governmental level. The Chinese parties must pay attention to several practical problems when making resort to arbitration in Africa. In the long run, the governments and the non – governmental institutions such as the business councils from both sides should put more efforts in constructing and improving the civil and commercial dispute settlement mechanism with the China – African characteristics.

Key Words: China – African Relations; Civil and Commercial Disputes; Arbitration

(责任编辑：詹世明 责任校对：樊小红)