

王 钢 © 著

国际商事调解技巧研究

*Mediation Techniques: A Cross-culture View for
International Commercial Mediators*



中国民主法制出版社
全国百佳图书出版单位

王 钢◎著

国际商事调解技巧研究

*Mediation Techniques: A Cross-culture View for
International Commercial Mediators*

中国民主法制出版社

全国百佳图书出版单位

2014·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

国际商事调解技巧研究/王钢著. —北京: 中国民主法制出版社, 2014. 2

ISBN 978-7-5162-0289-0

I. ①国… II. ①王… III. ①国际商事仲裁—研究
IV. ①D997. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 020252 号

图书出品人: 肖启明

出版统筹: 赵卜慧

责任编辑: 庞从容 唐仲江

责任校对: 姚丽娅

书名/国际商事调解技巧研究

作者/王 钢 著

出版·发行/中国民主法制出版社

地址/北京市丰台区玉林里 7 号 (100069)

电话/ (010) 63292534 63057714 (发行部) 63055259 (总编室)

传真/ (010) 63056975 63292520

http: //www. npcpub. com

E-mail: flxs2011@163. com

经销/新华书店

开本/16 开 710 毫米 × 1000 毫米

印张/19. 25 字数/289 千字

版本/2014 年 2 月第 1 版 2014 年 2 月第 1 次印刷

印刷/北京画中画印刷有限公司

书号/ISBN 978-7-5162-0289-0

定价/42. 00 元

出版声明/版权所有, 侵权必究。

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

西谚“有社会就有法律”，真是内有乾坤。社会中的人，必然需要秩序，而秩序的维护与建构，就少不了争议解决机制。调解，正是其中最古老的方法之一，虽然不同地区、不同行业，对调解的接受程度有所区别。在国际民商事交往中，30年前，调解还不被普遍认同。但随着调解在国内和国际民商事实践中越来越多地用于替代诉讼，情况完全改变了。1980年、2002年联合国大会分别通过了《联合国国际贸易法委员会调解规则》《联合国国际贸易法委员会国际商事调解示范法》，正是这一趋向的表征。原本调解较为冷僻的英美，现在不仅调解实务发达，据说洛杉矶地区一个优秀的调解员每小时收费可达5000美元—10000美元，而且关于调解的研究也先着一鞭，俨然已成跨学科的显学。在国内，仲裁与调解相结合经过几代中国仲裁人的努力，已渐为国际社会认识，并不被视为当然违反正当程序。把调解称为中国经验，甚至东方经验、东方之花，或许有浮夸之嫌，但国外开始重视东方的调解文化，却是不争的事实。在学界，虽然反对调解的声音不大，但教学和研究确实乏善可陈。在法律院系，专门开设调解课的，全国估计寥若晨星，而依现有的一些教材，怎么进行课堂教学，识者也难免作杞人之忧。

正是这样看起来很熟络很热络却又田园荒芜的领域，值得深入探索。本书作者王钢博士在武汉大学国际法研究所攻读博士学位期间，以其敏锐，立志致力于研究国际商事调解技巧，不能不说是一个上佳选择。为此，他还特意参加了北京仲裁委员会与美国 Pepperdine 大学联合举办的调解培训，初步领略了调解理论与实务的魅力，视角不再流连于从书本到书本。

也许是路径依赖的缘故，从前学院派研究调解，更多地倾向于详论调解的理念，而如何促成当事人化解分歧达成和解，则显得办法不多。其实今天，要不要调解已不是问题，如何调解才是问题之所在。理念不走向规则，与没有理念几无区别。基于此一价值观，本书不作小儿辩日之态，直陈调解的具

体技术。窃以为，这是本书的第一个优点。如反对调解的一种观点认为，调解就是让步就是牺牲正义，一定是有一方放弃了自己的合法权益。本书并不纠缠于此，而是着重分析了调解中的利益发现之道。调解人带领当事人协同呈现与争议相关的所有明显和潜在的利益，将蛋糕做大，各方当事人因而能分到更大一块蛋糕，这当然已经超越了“零和游戏”的局限，做到了双赢，从而也使调解与现代法治协调起来。

法律人研究法律制度，可以如同螺蛳壳里做道场，丝毫不逾规越制，但未免失之拘泥。过去研究调解，较看重的是其法律制度，必然落入从法律角度看法律的套路。本书不落窠臼，运用了跨学科的研究方法。事实上，实际争议的当事人，他们能否达成和解，也绝不仅仅取决于法律规定。本书运用了心理学、社会学、经济学方法，分析了调解中的各种干扰因素，调解人、当事人及其他可能的参与人对之予以排除，和解之路才有可能出现。

本书是王钢博士公开出版的第一本专著，虽然系在其博士学位论文的基础上修改而成，但肯定还有诸多稚嫩之处。那些不足，也应当是其提升空间。另一方面，博士论文当然要受制于学科及博士点设置的专业方向，但一旦进入自由研究阶段，则大可不必仅限于研究国际商事调解技巧，完全可视情况汇通商事调解与民事调解、国内调解与国际调解，乃至整个争议解决机制。博而不失其专，融会贯通，触类旁通，方有学术创新之可能。

本书付梓之际，作者谬邀我数语以资共勉。不长的几句话，居然从珞珈山写到大肚山，最后完稿之地，窗外远处是军都山。这真是难得的时空体验。作者因毕业离开了母校，我因工作之故离开了母校。然而好在，我们还一同前行。作者攻读博士学位期间，我有幸见证其进步，于是乎，对其未来我也就多了一份期盼。我想，他一定还会不断地给我们惊喜。

宋连斌

谨序于北京昌平

二〇一四年元旦

目录

CONTENTS

1 引 言

第一章 调解员处理国际商事调解文化差异的技巧

- 11 第一节 文化差异略论
- 12 一、关于文化的定义
- 13 二、文化差异的基本形态
- 23 第二节 文化差异在国际商事调解中的表现及影响
- 24 一、文化差异与法律信念
- 26 二、文化差异与调解中不同的“面子观”
- 27 三、文化差异与不同的调解模式
- 32 四、文化差异与当事人对调解员的选择和期望
- 34 五、文化差异与调解中的礼仪及风俗习惯
- 35 第三节 国际商事调解员处理文化差异的技巧
- 35 一、调解员应努力摆脱自身文化定势
- 35 二、调解员应预先了解各方当事人不同的文化背景
- 36 三、调解员应在不同文化中寻找共同点
- 36 四、调解员应注意对调解中细节问题的处理

第二章 调解员对调解心理和情感的掌控技巧

- 43 第一节 有关调解心理的基本理论
- 43 一、调解心理简介
- 45 二、当事人调解心理的特点
- 49 三、文化差异对调解心理的影响
- 51 第二节 调解中当事人不同的心理倾向及调解员的应对策略
- 52 一、当事人过于自信
- 56 二、当事人的猜忌心理
- 59 三、当事人的心理预期
- 61 四、当事人的心理互动
- 62 五、影响当事人心理的调解员因素
- 64 第三节 调解的心理学方法
- 64 一、影响当事人认识的方法
- 66 二、对当事人不同个性的调解策略
- 67 三、调解情境要素的运用
- 68 第四节 调解员对调解参与者情感的调适
- 68 一、对情感的基本分类
- 69 二、调解员的情感
- 72 三、当事人的情感
- 80 四、调解员应具备的心理素质
- 82 五、调解员如何处理自己内心的偏见

第三章 调解骗术和调解员促进诚信参与的技巧

- 89 第一节 调解骗术
- 89 一、有关“欺骗”的一般认识
- 92 二、调解中的骗术
- 95 三、调解骗术规制规则的设置原则
- 98 四、观察身体语言，揭穿调解骗术
- 102 第二节 调解诚信
- 102 一、诚信理念为古今中外所推崇
- 103 二、坚持调解诚信要求的必要性
- 105 三、调解诚信的含义
- 108 四、诚信对基本调解价值的挑战
- 112 五、调解员促使当事人诚信参与调解的技巧

第四章 调解员的沟通技巧

- 119 第一节 沟通的基本内涵及沟通障碍
- 119 一、表达
- 121 二、聆听
- 122 三、有效沟通的障碍
- 123 第二节 调解员的语言技巧
- 124 一、调解语言的一般要求
- 126 二、几种常见的语言技巧
- 127 三、典型的调解用语举例
- 132 四、调解员的无声语言
- 134 第三节 调解员的聆听技巧
- 135 一、积极聆听概念的引入
- 139 二、调解员积极聆听的方式
- 141 三、调解员积极聆听的具体步骤
- 146 四、积极聆听过程中调解员需要克服的心理障碍

第五章 调解员促成和解的技巧

- 153 第一节 调解员应避免的干扰因素
- 153 一、来自当事人的干扰因素
- 157 二、来自调解员自身的干扰因素
- 160 三、来自代理律师的干扰因素
- 162 第二节 调解员关于调解类型的选择
- 162 一、来自调解领域的争论
- 163 二、辅助型和评价型调解之争
- 169 三、调解员对于辅助型技巧和评价型技巧的综合运用
- 172 第三节 调解员促成和解的技巧
- 172 一、三种基本的调解能力
- 180 二、具体的调解技巧

第六章	调解员对于主要调解规则的运用
193	第一节 调解保密
193	一、引子
195	二、调解员的对外保密义务
198	三、调解员的对内保密义务
203	四、调解员保密义务的例外
207	第二节 调解中立
207	一、中立：理论与实践的双重困惑
210	二、关于调解员中立的探讨
213	三、调解员保持中立的技巧
216	第三节 调解公正
216	一、调解公正的含义
219	二、调解员实现调解公正的技巧
222	第四节 调解中的当事人实力失衡及其矫正
223	一、传统上对于当事人力量失衡与调解结果关系的探讨
225	二、调解员对当事人力量失衡实施矫正的可能性
227	三、调解员对当事人力量失衡的矫正方法
231	总 结
234	参考文献
246	附 录
292	后 记

引言

争议伴随着人类社会的产生而产生。^① 解决争议的方法和方式有很多。人们可以通过暴力来解决他们之间的争议，也可以通过更为和平的方式，如谈判、调解、仲裁或诉讼等方式解决争议。^② 调解作为一种有效的争议解决模式，其历史可谓源远流长。现在能够看到的关于调解的较早记述是关于中国春秋战国时期发生的一次调解实例的探讨。当时的诸侯国之间时常发生战争，而火光冲天的战争之下，则是“白骨露于野，千里无鸡鸣”的凄惨景象，战争必然会导致生灵涂炭、民不聊生，这是亘古不变的事实和血的法则。有一次在两个诸侯国之间不知是何原因引发争端，正值两国剑拔弩张、战争行将爆发之际，一位很有名望的士绅挺身而出，他将自己的数千精兵陈于行将交战的两个诸侯国之间，然后主动出面斡旋。他设法召集了一次由两国代表参加的联合会议，借此对双方进行说服。并且声称为了阻止战争的爆发从而使生灵免受屠戮，如果有哪国敢于率先发动战争，他便会带领自己的部队加入另一方阵营，并对战争发动者进行无情的打击。由于他可能的加入，使得任何一方都不再有完胜的把握，从而也不敢轻易开战。最终，一场看似不可避免的战争被成功地制止了。更重要的是，该有识之士通过自己的主动介入，终于使得黎民百姓免遭涂炭之苦。^③

历史的尘烟已经散去，但是这段历史佳话却可能为后世留下许多思考。从调解角度而言，上述中国古代的这次调解实践与现代意义上的调解存在着很大的不同。关于现代调解的定义，一般认为，调解是中立第三方应双方当

① See Neil Bartlett, *The Dispute*, Oberon Books, 1999, p. 2.

② 某些文化背景下的人们还习惯于选择回避或曰忍让的方式，以求息事宁人，这其实也是传统上国人常常采用的应对纷争的方法。

③ See Bruce E. Barnes, *Culture, Conflict, and Mediation in the Asian Pacific*, University Press of America, 2006, p. 12. 一说为我国春秋末期、战国初年墨翟的故事，见《墨子·公输》。

事人的邀请,协助当事人谈判的一种争议解决方式。^①一般而言,现代调解制度有三个基本要素:第一,调解的自愿性,即作为独立第三方的调解员只能是应双方当事人的邀请或曰指定来协助双方解决争议,如果未经指定或邀请,第三方不得主动介入争议解决过程。^②第二,调解员的中立性,即该第三方应该始终保持中立的立场,而不应存在任何偏私。^③第三,调解员的辅助性,这就意味着该第三方对争议解决的结果没有建议权,即调解这种争议解决模式应当以当事人的意思为主导,除非当事人请求调解员给出建议,否则调解员无权就争议的解决结果发表意见。^④通过简单的对比可以发现,发生在春秋时期的那次调解明显缺乏现代调解最主要的特质,即当事人主导和第三方中立。该调解人出面调停,并非出于争端双方的邀请而是自己主动介入争议的解决。虽然上述调解实例是一次公法意义上的调解,但是就国际争端解决的法律方法而言,现代国际法并不否认“当事方意思自治”这一基本法律原则。^⑤并且,该调解人是带着自己对争议的看法和既定立场介入争议的(“为百姓计而平息纷争”),他一再表明自己可能会随时打破中立的立场,而与另一方一道抗击战争的发动者。虽然事实上他自始至终都不曾真正偏向任何一方,但是这种威慑方法在现代调解,尤其是在国际商事调解中是不允许的。虽然并不否认此种做法的确有效,但这种威胁断然不符合现代调解的基本精神。

上述“案例”只是发生在遥远古代的一次调解雏形,其精神内核与现代调解,尤其是与国际民商事调解自然存在很大差异。当然,这其中也必须考虑到文化因素的影响,在中国古代的文化背景下,人们可能并不会将这种出于公心的主动干预看作是对“私事”的无理干涉。并且,即使在现代中国社会,尤其是在乡村生活中,依然保留着这种调解人主动介入纠纷的调解模式的痕迹。然而,随着现代法治观念的普及和人们自主意识的增强,这

① See Stephen B. Goldberg, *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation and Other Processes*, 4th ed., Aspen Publishers, 2002, p. 111. 文中所指调解,如无特别说明,仅限于自愿性民商事调解程序,而不包括强制调解程序,下同。

② See Boulle L., *Mediation: Principles, Process, Practice*, Butterworths, 1996, p. 11.

③ 中立并不意味着调解员不对调解中的力量失衡进行矫正,而且即使调解员对力量失衡进行矫正,也仍然是站在促成和解的立场上,而非站在弱势方的立场上。See Bernard Mayer, *Beyond Neutrality: Confronting the Crisis in Conflict Resolution*, Jossey-Bass Publishers, 2004, p. 17.

④ See James A. Wall, Jr., John B. Stark, Rhett L. Standifer, *Mediation: A Current Review and Theory Development*, 45 (3) *The Journal of Conflict Resolution*, 2001, p. 375.

⑤ 参阅1945年《联合国宪章》第六章。

种主动介入的干预模式，在现代调解中已越来越少见。随着时代的变迁，调解这种古老的争议解决模式也在努力作出相应的调整与变革，以期跟上时代的步伐。

对于前述案例的思考可能还会有很多不同的角度和结果，但是有一个问题可能会使人产生兴趣，并为之思考良久，即在上述调解中，该中立者究竟运用了何种说服技巧来使两位不可一世的君王罢兵。当然，个中详情自然已无从考察。但是，可以想见，该“调解员”所拥有的为数不少的兵甲自然发挥了相当的震慑作用。转念一想，如果他当时没有那支可以在双方之间形成制衡的武装，那他又该运用何种说服技巧来劝说两位君王化干戈为玉帛呢？这就需要高超的说服技巧，也就是调解技巧。事实上，相对于国际公法调解而言，国际民商事调解可能会对调解员的调解技巧提出更高要求。须知，在上面的古代调解案例中，中立者所拥有的数千精兵，的确起到了不可小视的乃至决定性的震慑作用。而在现代调解体系中，尤其是在自愿调解模式下，调解员并不具有任何有形乃至无形的强制手段和权威，来强迫当事人接受调解员自己认为适当的建议或方案。此时，调解技巧自然会显得尤为重要。

此外，可能会有人问：同样作为国际民商事争议的解决方式，为什么不是诉讼或仲裁，而偏偏是调解对中立者的技巧提出了如此高的要求？原因其实很简单，因为诉讼和仲裁都以“自上而下”的裁判方式解决争议，这两种方法都具有很强的不可逆性和约束力，当事人一旦诉诸审判或仲裁，就要在很大程度上受到后续程序的约束，而不能随意退出相关程序。虽然诉讼中原告可以撤诉、仲裁申请人可以撤回仲裁申请，但是撤诉或撤回仲裁申请也都会受到严格的限制。^① 此外，当事人在诉讼和仲裁中，虽然可以表达自己对于争议的意见，但是争议解决的结果却在很大程度上取决于法官或仲裁员的裁判。当事人必须接受法官或仲裁员的判决或裁决，而不论当事人是否认为裁判的结果能使自己心悦诚服。^② 相比之下，调解机制却没有赋予调解员这种超

① 对于撤诉问题各国民事诉讼法都有类似规定，如2012年修订的《中华人民共和国民事诉讼法》第145条；1997年修订的《美国联邦民事诉讼规则》第41条；等等。关于仲裁申请的撤回，有关国际、国内仲裁法亦有相关规定，如1985年的《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》第32条；1999年的《瑞典仲裁法》第28条；等等。

② 虽然当事人可以借助有限的上诉程序表达自己的诉求，但是此种方式仍然仰赖于法官对案件的判断，而非当事人的个人观点。

越于当事人之上的权力，调解员必须介入程序，参与其中，而非高高在上地发号施令。调解员只能用协调的方法引导和促使当事人作出妥协、达成和解。^① 而要完成这一重任，调解员却没有任何可以依凭的强制手段，只能运用调解技巧和策略来完成自己的使命。这一切可以通过对国际商事调解特点的分析一望而知。

（一）当事人意思自治

当事人意思自治，即调解的自愿性原则，是国际商事调解最根本的原则之一，也是整个调解制度的合法性基础。调解过程是以当事人自愿为前提的，调解进程中的任何一步都以当事人的意愿为主导。没有当事人的调解意愿及其合意，调解员便不会被指定，调解程序便也无从开始。当事人对调解程序的选择及其对实体权利的处分，都体现了“当事人意思自治”这一基本原则。并且，调解的自愿性应该贯穿调解程序的始终。自愿性原则还应当包括当事人中止或终止调解程序的自愿。在调解进行的任何阶段，当事人得随时以书面方式声明退出调解程序，而无须给出任何解释或理由，这已为很多国际、国内调解立法及调解规则所肯定。^②

总之，调解程序的开始、进行以及结束，都完全仰赖于当事人的自由意志。同时，对于调解员而言，又没有任何可以依凭的调解规则可以对当事人的此类行为进行约束。调解员只有依靠其适当的调解方法和技巧，将当事人留在调解桌旁，使其继续参与调解程序，这样才能保证调解程序的正常进行，而非不可预测地终止。在调解过程中，很多时候当事人虽然参与到调解程序中来，但是可能对调解的前景并不抱有很大信心，或者即使当事人具有争议解决的积极性但却可能不得其法，此时就需要调解员以适当的方法对当事人进行引导。在这些情况下，调解员的技巧就显得尤为重要。一言以蔽之，在调解过程中，调解程序的任何进展，都首先仰赖于当事人的自愿，同时也在很大程度上依靠调解员娴熟而有效的调解技巧的引导和推动。

^① See David Spencer, Michael Brogan, *Mediation Law and Practice*, Cambridge University Press, 2006, p. 434.

^② See Model Law on International Commercial Conciliation of the United Nations Commission on International Trade Law, 2002, Article 11. Also see the Arbitration and Conciliation Act, Indian, 1996, Article 76. And see UNCITRAL Conciliation Rules, 1980, Article 15.

（二）调解的私密性

私密性是调解的固有属性之一。比起诉讼程序的公开性而言，调解的保密性满足了一些当事人不愿意将私人事务和信息公之于众的私密性需求，从而有效地避免了因公开审判将私隐外扬而可能陷入的窘境和伤害。国际商事调解是一种具有高度私密性的争议解决方式，很多当事人之所以将调解作为解决争议的首选方式，其中一个很重要的考虑就是调解具有很好的保密功能。^① 调解的整个过程都应该是严格保密的，而保密的责任则在很大程度上落在了调解员肩上。作为一项基本原则，调解员不得将与调解有关的任何信息透露给调解之外的第三人。违反这一义务，调解员将可能遭到信任危机甚至有被当事人起诉的危险。^② 同时，更重要的是，调解的私密性还对调解员提出了对内保密要求，即对于一方当事人透露给调解员的信息，未经披露方允许，调解员无权将相关信息透露给另一方当事人。相对于对外保密而言，对内保密规则虽然看似简单，但是具体实施起来却非常复杂和困难。如果调解员要做到对外保密，只需守口如瓶即可，但是要做到对内保密就会显得非常困难。^③ 因为调解是以当事人之间的有效沟通为前提的，这种沟通既包括当事人之间面对面的直接沟通，也包括当事人在背靠背程序中的间接沟通，后一种模式自然是以调解员作为沟通的媒介和信息处理的中枢。事实上，对内保密规则对调解过程中的沟通形成了非常大的障碍，从某种程度上讲，调解的对内保密规则将调解员推向了一种两难境地：如果调解员未经允许将一方透露的信息告知另一方当事人就会违背他对前者的承诺，如果不透露则很难实现有效的沟通。其间，调解员的沟通技巧就会显得尤为重要，一方面要保守秘密，另一方面还要实现有效沟通，这的确是对调解员沟通技巧的一种挑战。如果无法进行有效沟通，当事人之间的分歧就不可能被发现，调解员也更无法从中分析当事人的利益分歧和可能的共同点。可以说，整个过程中，调解员对调解技巧的主动运用大大超越了自己对调解规则的静态遵守。^④

① See Lela P. Love, John W. Cooley, The Intersection of Evaluation by Mediators and Informed Consent: Warning the Unwary, 21 *Ohio St J on Dispute Resolution*, 2005, p. 45.

② See Michael Moffitt, Suing Mediators, 83 *Boston University Law Review*, 2003, p. 149.

③ See Zimmerman, A. L. Moffitt, M. Weissman, G. A. Rubin, Mediator Accountability: Ethical & Legal Standards of the Profession, 28 *American Journal of Trial Advocacy*, 2004, p. 48.

④ See Arthur H. Aiken, Mediator Liability: A New Role for Fiduciary Duties? 53 *University Cincinnati Law Review*, 1984, p. 733.

（三）调解员的中立性

一直以来，中立在调解机制中都是一个非常重要的概念，在有关调解的各种各样的定义中，中立一词被引用的频率相当之高，很多定义都将调解员表述为“在当事人争议之中的‘中立’干预者”^①。

然而，虽然从调解的基本概念中可以清晰地得出有关中立性的认识，即作为第三方的调解员，其中立性是其主持调解所必须具备的一个重要条件和基本立场，严守中立是调解员的一项基本职业要求。但是，时至今日也很难对调解员中立作出明确的界定。这就会为调解实践制造很多障碍。正是因为对于调解员中立的内涵和外延尚未形成统一认识，将很容易导致不同的调解员在各自的调解实践中执行不同的中立标准，而调解员大多会认为自己的行为是符合中立要求的。更重要的是，当事人对于调解员中立的认识往往可能与调解员自己的观点不一致，这样一来自然会导致当事人和调解员之间的冲突，从而引发当事人对调解员的猜忌和批评。众所周知，基于调解的当事人主导性，一旦当事人对于调解员的做法形成非中立的评价，调解程序就可能被随时叫停。此种情况下，调解成功的希望将微乎其微。

在整个调解过程中，调解员需要时刻注意其调解行为和语言的中立性，更重要的是，调解员必须设法使当事人感受到调解员的行为是中立的。这就要求调解员在处理很多问题的時候，必须保持清醒的头脑和具备高超的技巧。比如调解员不应随便对某一当事人的观点作出评论，不轻易向某一方当事人提出建议，等等。甚至在背靠背调解中，当调解员转述某方当事人的观点时，也需要注意方式和方法问题，否则将可能被认为是在偏向某一方。总之，在调解过程中，调解员对于很多问题的处理，哪怕是细枝末节的问题，都可能引起当事人关于调解员中立性的怀疑和非议。此时的调解员真可谓“战战兢兢，如临深渊，如履薄冰”。调解员要想使自己在如此重压之下仍然游刃有余地主持调解，就必须借重高超的调解技巧。

与此相关的还有调解的公正性问题。如果说中立性是对调解员主持调解过程的程序性要求的话，那么调解公正则似乎更多的是对调解结果的实质正义提出的要求。但是无论如何，只要当事人感受到自己遭受到不公正的待遇时，他们就会对调解程序失去信心，也使绝不可能在和解协议上签字。这就

^① Boule L., *Mediation: Principles, Process, Practice*, Butterworths, 1996, p. 18.

要求调解员也必须巧妙地处理好公正性这一问题。并且,由于目前各国关于调解中达成的和解协议的效力问题尚未形成统一立法和实践,对于和解协议的执行问题,仍然在很大程度上依赖于当事人的自觉履行。调解员应该在调解中充分考虑和解协议的执行问题,尽量保证调解过程和结果的公正性,使当事人真正做到心悦诚服,从而为当事人日后自动履行和解协议做好铺垫。^①

与诉讼、仲裁等争议解决机制不同,调解是以当事人意思自治为基础的一种非裁判性和非约束性的争议解决模式。国际商事调解程序可能会面临来自各方面因素的影响,从文化差异到当事人心理、情绪等因素,这些都可能使调解程序面临“突然死亡”的危险。^②调解员要想实现调解成功,就必须做好以下工作:处理好调解中的文化差异问题,以尽可能消除文化差异给调解交流可能带来的障碍;以自己的专业素养和卓越表现赢得当事人的信任,从而为调解的顺利进行打下坚实基础;敏锐地洞察当事人的内心世界及其变化,并安抚其情绪,努力引导当事人形成一种积极的心理状态和情绪,以使其理智地参与调解;促请当事人诚信地参与调解,以实现有效的沟通与交流,从而为调解员分析当事人利益分歧和寻找可能的和解空间创造条件;面对当事人可能随时退出调解的威胁,调解员应处理好中立、公正及保密等一系列问题,以使当事人自愿将调解进行下去;积极运用创造性思维,寻求能保证双方当事人利益最大化的解决方案,从而引导当事人达成和解协议。

总体而言,调解机制中虽然存在必要的规则,比如调解员中立、公正及保密,但是仅仅达到这些规则的静态要求并不意味着一定能实现成功调解。调解员应该在遵守调解基本规则的前提下,最大限度地运用其调解技巧和策略,才能在调解中营造良好的气氛和沟通环境,从而也才有可能推动当事人实现和解。在某种程度上,调解员对于调解规则的遵守只能满足其职业行为的最基本规范,而对调解技巧的运用则是调解实践对调解员职业艺术提出的更高要求。调解规则是静态的,当面对千变万化的调解实践时,调解员就需要主动运用调解技巧对各种问题进行恰当处理。唯其如此,调解才可能取得成功。

^① See Joshua D. Rosenberg, H. Jay Folberg, *Alternative Dispute Resolution: An Empirical Analysis*, 46 *Stan. L. Rev.*, 1994, p. 1487.

^② See John Lande, *How Will Lawyering and Mediation Practices Transform Each Other?* 24 *Fla. St. U. L. Rev.*, 1997, p. 859.

