



仲裁研究

ARBITRATION STUDY

第十八辑

广州仲裁委员会 主办



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



仲裁研究

ARBITRATION STUDY

第十八辑

广州仲裁委员会 主办

图书在版编目(CIP)数据

仲裁研究. 第18辑/广州仲裁委员会主办. —北京:法律出版社, 2009. 3

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9343 - 4

I. 仲… II. 广… III. 仲裁—文集 IV. D915. 704 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 031354 号

©法律出版社·中国

责任编辑/薛 晗

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/法律应用出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/880 × 1230 毫米 1/16

印张/6.75 字数/146 千

版本/2009 年 4 月第 1 版

印次/2009 年 4 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782 西安分公司/029 - 85388843 重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636 北京分公司/010 - 62534456 深圳公司/0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5036 - 9343 - 4

定价: 13.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

仲裁研究(第十八辑)

学术顾问委员会(以姓氏笔画为序):

卢云华 朱 勇 刘想树 齐树洁 苏泽群

杨良宜 杨树明 吴汉东 赵 钢 徐 杰

主 编:陈忠谦

副 主 编:李立之 朱用开 王小莉 李为松

责任编辑:钟晓东 张小建 张春霞 吴晓辉 朱应铭

编辑部地址:中国广州市沿江中路 298 号江湾大酒店 C 座 12 楼

邮 编:510100

电 话:(020)83283950 83283650 83283527 83282223 83282240

传 真:(020)83283773

网址:www.ccarb.org

E-mail: gzzcw@126.com

广州仲裁委员会简介

广州仲裁委员会成立于1995年8月29日,是《中华人民共和国仲裁法》颁布实施后广州地区组建的唯一的民商事仲裁机构。本会自组建以来,秉承为当事人提供优质、高效服务的宗旨,锐意改革,立志创新,实现了跨越式发展。受案数量逐年增加:2007年,广州仲裁委员会共受理各类民商事纠纷案件4020件,比2006年增长5%;案件总标的额62亿元,比2006年增长20%;全年审结案件3939件,年结案率达到98%。位居全国仲裁机构前列。

本会现拥有一支600多人的仲裁员队伍,荟萃内地和港台地区法律、经济及其他领域的著名专家、学者、资深律师、退休法官、会计师等。本会现有工作人员70余名,其中博士研究生3人,硕士研究生29人,90%以上人员拥有本科以上学历,有25人通过了律师资格考试或国家司法考试。

为适应现代化办案需要,本会努力提高现代化办公手段,在全国仲裁机构中率先实现“无纸化”和“网络化”办公,最大限度降低仲裁成本,提高仲裁效率;本会拥有近3000平方米的办公场所和仲裁庭室,仲裁庭室宽敞、肃静,配备有电脑、大屏幕显示仪和先进的录音、录像设备,可适应英语等多语种交流,为当事人省却了语言交流方面的不便。

借助仲裁自身优势,顺应社会发展需求,本会适时而变,在证券期货、消费、金融、旅游、科技、医疗、体育、电子商务等领域积极探索运用仲裁方式解决纠纷,制定专业领域的特别仲裁规则,有针对性地培育专家仲裁员,不断提高仲裁效率和仲裁质量。

本会现设有案件受理部、办公室、仲裁秘书部、国际仲裁部、发展部五个部门,并正在积极筹备成立研究所,专门从事仲裁理论与实务研究。

本会地址:广州市沿江中路298号江湾大酒店C座12—14楼

邮编:510100

案件受理咨询电话:(020)83287919 83288547 83283771(传真)

仲裁秘书部电话:(020)83287761(传真)

网址:www.gzac.org

欢迎登录中国商事仲裁网

中国商事仲裁网(永久性网址为:www.ccarb.org)正式创办于2005年。其宗旨在于传播仲裁知识,发布仲裁动态,推进仲裁研究,交流仲裁信息,并力图成为国内信息量最大、覆盖面最广且独具特色的专业化网站。作为广州仲裁委2005年的重点建设项目之一,其将与广州仲裁网以及《仲裁研究》一道,为中国仲裁的二次创业提供智力与舆论支持。

2007年11月,网站进行了改版升级,优化了栏目设置,增设了“商界法律新闻”、“在线仲裁”、“案例数据库”、“民商法律问题热点聚焦”等内容。改版后的网站内容更加丰富:既有全国同行业最新信息的及时发布,又有本委相关动态的完整记录;既有针对一般民众的、深入浅出的仲裁基本知识介绍,又有面向专业人士、较高层次的理论探讨。同时,还包含相关法律法规、国际公约,仲裁示范文本等实用信息、网上咨询等互动版块,等等。可谓是寻常百姓、律师、学生、仲裁专业人员等各阶层人士,了解仲裁、研究仲裁的良师益友。

网站自2005年8月28日运行以来,它的点击率逐步上升,受到仲裁同仁、专家学者及关心热爱仲裁人士的好评。可以预期,随着广州仲裁委的进一步发展,中国商事仲裁网的建设势必跨上一个新台阶。在此,热切盼望各兄弟仲裁机构、教学研究单位、律师事务所以及关心仲裁事业的各界同仁提出宝贵意见,并来信来稿反映仲裁相关信息,为仲裁事业的继续发展壮大而共同努力。

如您有仲裁方面的问题需要咨询,或有其他意见、建议和投稿,请来信或拨打网站事务咨询电话:

电话:(020)83283950 联系人:钟部长

E-mail: ccarb@126.com

目 录

专 论

仲裁机构市场化问题探析	陈忠谦/ 1
-------------------	--------

探索与争鸣

评《到境外上市公司章程必备条款》关于争议解决的规定	刘 轶/ 9
《纽约公约》通过五十周年之年再论公约中文文本	樊林波/ 15
论缺员仲裁	邱冬梅/ 22
论国际商事仲裁庭管辖权自治原则	周 江/ 27
仲裁程序中的证据认证规则初探	齐 玢/ 37

国际商事仲裁

浅析瑞士国际仲裁中的排除协议	陈 静/ 46
第三方参与正在进行的国际仲裁(下)	
——对目前现状的考察	托马斯·贝维拉奎 何远展译/ 53
被撤销之国际商事仲裁裁决及其承认与执行	张文亮/ 60

仲裁实务

试论合同解除后违约责任条款的效力	王小莉/ 68
浅谈合同效力认定的几个问题	郝 飞/ 73

知识产权专题研讨

运用知识产权战略提升企业自主创新能力	张丽荣/ 84
--------------------------	---------

CONTENTS

Analysis of Being Market-oriented in Arbitration Agency	Chen Zhongqian/ 1
A Critical Assessment for the Dispute Settlement Clause in the Articles of Association of Companies Listed outside the PRC Mainland-Prerequisite Clauses	Liu Yi/ 9
On Chinese Version of New York Convention on its Fifty' s Anniversary	Fan Linbo/ 15
On Arbitration	Qiu Dongmei / 22
On the Principle of Competence-competence	Zhou Jiang/ 27
To Discuss the Rules of Confirming the Evidence in Arbitration Procedure	Qi Ding/ 37
On the Exclusion Agreement in the Legislation of Swiss International Arbitration	Chen Jing/ 46
Other Participation of Third Parties in Ongoing International Arbitrations; A Survey of the Current State of Play	He Yuanzhan/ 53
On the Recognition and Enforcement of the Thomas Bevilacqua Annulled International Civil and Commercial Arbitration	Zhang Wenliang/ 60
The Discussion on the Legal Validity of the Item of Liability for Violating when Contract is Terminated	Wang Xiaoli/ 68
To Analyze some Issues about Affirming the Effect of the Contract	Hao Fei/ 73
Promote the Self-innovation Ability of Enterprise by Intellectual Property Strategy	Zhang Lirong/ 84

专 论

仲裁机构市场化问题探析

陈忠谦*

内容提要 新型仲裁机构在我国建立和发展已经有十几年时间;但仲裁法律制度在社会主义市场经济中的作用还没有得到充分发挥,仲裁机构还不能很好地适应市场经济的要求。笔者认为,仲裁机构必须在实际工作中将仲裁法律制度与市场经济融入一起,了解市场经济的动向、规律和需求,树立市场化的观念,抓好案件质量和效率、建立公信力,做到理论研究与办案实践相结合,用市场化的手段来推广仲裁,坚持学习钻研精神,走国际化的发展之路。

关键词 仲裁机构 市场化

1994年《中华人民共和国仲裁法》颁布后,我国先后已成立了200余家仲裁机构,这些机构在调处民商事纠纷案件、促进社会和谐和经济发展方面发挥了重要的作用。但我们也应该清醒地看到,当前仲裁法律制度在社会主义市场经济中的作用还没有得到充分发挥,仲裁机构还不能很好地适应市场经济的要求,仲裁还未能成为解决商事纠纷的主要手段。因此,如何大力推进仲裁法律制度,是仲裁机构面临的主要问题。国务院法制办卢云华司长在长沙会议上提出:“发展我国的仲裁事业,推行仲裁法律制度是根本,融入市场经济是关键,是当前和今后相当一段时间内全国仲裁工作的基本方针,这是全国仲裁界实践的结果,认识的深化,也是先进经验的深刻揭示。”笔者认为,这一讲话准确定性了仲裁发展的本质。仲裁机构只有在实际工作中将仲裁法律制度与市场经济融入一起,了解市场经济的动向、规律和需求,树立市场化的观念,才能使我国的仲裁得到全面的发展。为此,笔者将广州仲裁委员会在近几年融入市场、深化发展方面的一些心得和体会做一总结,以求教于同仁,共谋发展。

一、仲裁机构市场化是社会主义市场经济的要求

现今社会,市场经济不断发展,市场主体越来越活跃,交易的类型越来越多样化,包括交易主体、交易方式等方面都出现了革新性的变化,这些变化导致在商品交易过程中出现纠纷的频率相比传统的交易过程来说越来越大,交易的风险有所提高。在这种风险不断提高的交易环境中,市场经济的发展必然对于高效、公平、合理的纠纷解决方式存在急切的需求。仲裁是市场经济内部一种纠纷解决机制,因其所具有的尊重当事人意思自治、一裁终局、程序便捷、成本低廉、方式灵活、信守商业秘密等一系列符合市场经济规则和要求的特点,受到了市场经济国家的广泛重视和认同。因为,仲裁能够最大限度地保护和促进市场的依法竞争,最大限度地减轻和防止因经济纠纷而给市场竞争带来的负面作用;它是市场经济体制自我完善、自我解决纠纷的机制,对市场经

* 广州仲裁委员会主任、中国政法大学法学博士。

济的依法运行起着很好的润滑作用。

我国的仲裁法律制度是为了适应社会主义市场经济体制,为了保障社会主义市场经济又好又快健康发展;也是我国社会主义法制的重要组成部分。应该说,社会主义市场经济的发展需要仲裁;同样,仲裁机构要获得发展,也必须在市场经济的发展中寻找机会,融入到市场经济中,服务于经济建设的大局。因此,仲裁机构在工作中要紧紧围绕政府的工作重点和经济部署,及时跟进国家的支柱产业和重点工程建设项目,通过提供优质高效的仲裁法律服务,准确把握经济主体的根本利益所在,找准解决矛盾的切入点,参照商业惯例和游戏规则,优选解决方案,平和处理纠纷;从而发挥仲裁工作为市场经济建设保驾护航的作用,推动经济、社会的科学、和谐发展。

二、仲裁机构要树立市场化的观念

仲裁机构的市场化,就是要建立市场观念,符合市场的规律,从市场的角度来谋划仲裁机构的发展,用市场的方式方法来推进仲裁工作,使我们的仲裁工作融入市场经济,服务于市场经济。当前发展我国仲裁事业,推行仲裁法律制度是根本,融入市场经济是关键。^① 仲裁机构的市场化发展之路也是仲裁事业发展的必然之路,其理由是明确的:

(1)现代仲裁制度本身源于市场,是市场主体需求催生的产物。从现代仲裁制度的起源来看,商人们为了适应商品贸易的发展和脱离封建及宗教势力的支配,自发组织了一些具有类似裁判权的机构,以仲裁的方式由商人自己解决商人之间的纠纷,现代仲裁制度才得以产生。可见,现代仲裁制度源于市场,是市场主体需求催生的产物。

(2)仲裁机构从本质上讲就是市场主体,必须融入市场经济。商事仲裁机构就是为市场主体解决纠纷提供便利的一个服务机构。在商事仲裁活动中,仲裁机构向当事人提供法律服务,当事人向仲裁机构支付仲裁费,双方的关系就相当于商品交易关系。当然,由于仲裁服务标的的特殊性体现为处理争议,所以这种服务在具有商品性的同时,又具有了公益性;这就决定了仲裁机构不能单纯以追求赢利为目的。从这个意义上讲,为当事人提供解决纠纷服务的仲裁机构无疑也是一个参与法律服务市场的市场主体。因此,仲裁机构必须树立牢固的市场观念,融入市场经济,服务于市场经济,才能求得生存与发展。

(3)仲裁制度特点决定了仲裁机构必须按市场规律办事。仲裁制度区别于诉讼制度的最大特点就在于,仲裁程序的启动必须以书面的仲裁协议(条款)为前提,也就是说,只有当事人双方都自愿将纠纷提交仲裁机构仲裁,仲裁程序才能启动。仲裁的这一特点,使其具有了商品的性质,像一般的商品一样,是否被选择完全取决于服务对象的喜好;这就要求仲裁机构绝不能坐、等、要、靠,绝不能有任何的衙门作风,而必须按市场规律办事,优化服务质量、提高仲裁效率,增强竞争优势,以最优的仲裁团队、最好的仲裁产品、最强的公信力使仲裁主体了解仲裁、相信仲裁、选择仲裁。

市场是仲裁制度的载体,仲裁只有融入市场经济,才能求得生存和发展。要体现仲裁的本质特征,最重要的就是要做到仲裁机构的市场化,具体而言仲裁机构应当做到:

(1)要密切关注经济发展的方针和产业政策,围绕国家经济发展大局开展仲裁工作。

(2)要积极、主动、深入地研究市场经济规律,掌握经济纠纷的特点,探索有效解决各类经济

^① 卢云华:《中国仲裁十年》,百家出版社2006年版,第4页。

纠纷的新模式。

(3) 要了解和研究市场主体, 捕捉市场主体的实际需要, 围绕市场主体提供高质量的纠纷处理服务。

(4) 仲裁工作人员要强化服务意识, 充分尊重当事人的意思自治, 满足当事人的合理需求, 为当事人提供细致、周到的仲裁服务。要为当事人提供良好出庭参加仲裁的环境, 要建立当事人休息室、来访接待室, 为当事人提供案件信息查询服务, 要通过网络建设为当事人提供便捷服务, 要在案件审结后跟踪案件的实际执行情况, 了解当事人对仲裁裁决的意见和建议, 要根据当事人反馈的信息不断改进和完善仲裁工作机制。

(5) 仲裁理念、仲裁制度和机构的宣传推广工作都应当按照市场方式来推进, 要围绕市场主体的需求和社会公益需求这两个中心, 来做好宣传推介工作。

三、要实现仲裁的专业化发展

仲裁机构要实现市场化的发展, 就必然要求仲裁专业化、精细化。市场经济日益发达, 交易规则日益复杂, 社会分工越来越细; 社会分工的专业化导致了社会纠纷的专业化, 必然要求仲裁机构实现专业化发展。但目前, 我国仲裁机构的仲裁专业化程度还不高, 主要表现在: 第一, 仲裁受案的类型专业化不明显。仲裁机构受理的案件主要以买卖、租赁、居间、承揽、建设工程、股权转让、诉讼代理、涉外、借款、物业管理等纠纷类型为主, 其中除建设工程、股权转让、诉讼代理、涉外具有较强的专业性外, 其他类型大多属于普通的民商事纠纷。诸如金融、知识产权、海商海事等专业化程度较高的案件还不多。第二, 未形成专业化的仲裁员队伍。仲裁员是裁决案件的主体, 其专业化程度直接影响到仲裁机构的专业化程度。但目前国内大部分仲裁机构还未能对所聘仲裁员进行系统、专业的划分和管理, 未形成各专业的仲裁员名册, 也未对仲裁员进行相应专业的培训和选用, 因此在仲裁员专业化上做得还不够。第三, 还未形成专业化的办案秘书队伍。由于专业化意识不强, 在分配案件及办理案件的过程基本上未按照专业和领域进行划分, 办案秘书各种类型的案件都办, 办案秘书的专业化发展受到一定制约, 不利于形成专业化的办案秘书队伍。第四, 未制定各专业领域的专门仲裁规则。仲裁规则是仲裁活动的基本程序性规范。我国大部分仲裁机构的仲裁规则基本停留在对普通、简易、涉外程序的规定上, 很少对专业性案件的处理做出专章规定。即使部分机构在金融、证券、消费等领域做了一些尝试, 但也存在不成熟、不完善的问题。不能按照专业领域纠纷的特点制定和形成专门的仲裁规则, 在一定程度也影响了仲裁的专业化发展。

市场化必然要求仲裁机构走专业化的发展之路, 仲裁机构应当有自己的专业定位和发展方向, 要走专业化发展之路: 第一, 要加大在专业化领域的仲裁推广。要将主要推广精力投放到金融、海商海事、证券、涉外、知识产权等专业化领域, 促进仲裁受案的专业化。第二, 仲裁机构作为组织者、管理者、服务者, 将相关专业领域的专家和法律界专家组织起来, 以仲裁的方式在诸多专业领域为当事人提供优质而高效的法律服务。第三, 要积极扩大专业仲裁员队伍, 在此基础上, 按照仲裁员专业, 设立专业仲裁员名册。第四, 要有意识地形成专业化的办案人员队伍, 包括仲裁员队伍和办案秘书队伍。要根据仲裁员的执业经历、专业特长确定合理的专业方向, 建立起各个专业领域的专家仲裁员名册。要根据办案秘书的特点, 确定相适应的办案方向; 在分配案件的过程中, 逐步突出专业化分工, 逐步形成各专业领域的专门办案秘书队伍。第五, 要加强专业型

仲裁员的仲裁业务培训。在本领域有影响力的专家固然对该领域的专业知识有着深厚的造诣,然而却缺乏相关仲裁背景知识,因此有必要对这些专家进行必要仲裁业务培训,以使仲裁法律知识与专业知识相结合更好地为当事人服务。第六,组织专家学者、实务工作者展开对仲裁规则的研究;针对专业领域纠纷的特点,制定适应各专业领域实际需要的专门规则。对于已经制定的金融规则、证券等专业规则,要顺应发展需要适时进行修改,以做到与时俱进,保持鲜活性。

四、提高仲裁质量和办案效率,建立仲裁的公信力

市场化注定仲裁机构要靠自己的产品(办案质量和效率)来吸引当事人,要靠自己的公信力来提升机构的影响力,以使自己在市场竞争中生存和发展。因此,我国的仲裁机构应当始终把提高案件质量和办案效率作为所有工作的重中之重来抓。在提高案件质量方面,应当抓好以下几项工作:(1)要提高仲裁员及仲裁工作人员的能力。对仲裁员要严格甄选,在符合仲裁法规定的条件上,要高标准严要求,确保仲裁员都是精英、专家。同时,要加强对仲裁员的初任培训和长期培训,不断提升仲裁员的仲裁工作水平。对仲裁工作人员也要加强培训、教育,不断提升处理个案的能力以及理论研究能力。(2)要重点加强庭审笔录的质量。开庭是案件审理的关键步骤,而庭审笔录是对开庭活动的记载。它必须客观、全面地反映庭审的实际情况,才能够为裁决提供依据。因此,要提高案件质量,就应当抓好庭审笔录的质量。庭审笔录务必将核对当事人身份、庭审调查、举证和质证、辩论、调解、最后陈述等所有法定程序做完整记载,并准确、全面地反映当事人的真实意思表示。(3)要突出抓好裁决书的制作质量。裁决书质量是仲裁质量的外在表现形式,仲裁活动的成果最终归结于仲裁裁决书这一产品,因此裁决书的质量对仲裁形象至关重要。一份好的裁决书应当做到程序完整、裁决正确、合法合理、说理清晰、逻辑严密、通俗易懂。(4)要充分发挥专家咨询委员会的智囊团作用。应当经常组织专家咨询会议,对于重大、疑难案件提请专家出具专家意见,确保案件裁决的公平与合理。(5)要建立裁决书共享机制。应当建立仲裁机构内部的裁决书共享机制,使大家可以相互学习、共同探讨,尤其对同类案件的裁决结果、法理依据、推理过程可以借荐和参考,确保裁决的统一性和裁决书质量的不断提高。在提高办案效率方面,应当抓好以下几项工作:(1)要完善《仲裁规则》及相关仲裁程序规定。在法律不禁止的范围内尽量地简化程序,减少当事人人为拖延案件进度的漏洞,消除影响仲裁效率提高的不利因素。(2)仲裁机构要通过各种途径加强审限管理。对受理案件后的组庭、庭前准备、开庭、合议、制作裁决书等每个环节进行量化管理,加强仲裁员及办案秘书的责任观念和效率意识。(3)加大案件督办力度。要建立案件进度日报、周报、月报制度,加强案件进度通报和监管,确保公正及时结案。

五、要走理论与实际相结合的发展之路

仲裁机构作为市场化的法律服务机构,法律理论的深度以及法律服务的水平直接决定仲裁机构的层次和影响力。一个只停留在简单处理个案的仲裁机构是不可能在激烈的市场竞争中脱颖而出,求得发展的。仲裁机构必须在处理大量个案的过程中,积累经验,总结、提炼、形成理论成果,加深仲裁机构理论上的厚度,才能真正树立权威,提升影响力。同时用丰富的理论来指导实践,做到理论与办案实务有机结合,才能相互促进。但是,应当看到,我国仲裁机构在仲裁理论研究方面还存在不足:(1)对仲裁理论研究的重要性认识不足。大部分仲裁机构对理论研究

不重视,停留在简单办案的层面,没有建立专门理论研究机构、配备专门的研究人员,更没有形成理论研究成果。(2)国内仲裁理论研究平台不多。国内专门从事仲裁理论研究的平台较少。除了广州、北京、中国国际贸易仲裁委员会、武汉等主要仲裁机构建立专门的网站和理论研究刊物外,大部分仲裁机构都没有建立理论研究平台。国内的主要高校、研究机构在仲裁理论研究这一块也比较薄弱。(3)即使对在理论研究方面做了部分工作的仲裁机构而言,也存在理论与办案实践未有机结合的现象。该现象主要体现为主要负责研究的人员办案很少,对仲裁办案过程中的具体实际问题的研究比较少,直接以解决办案过程中具体问题的文章还比较少;办案人员研究精神不够,满足于处理个案,解决具体的纠纷,而没有对案件进行深加工,通过对案件的研究,提炼出规律性、典型性的问题,也没有对这些问题进行宏观、深入地研究,并形成研究成果的意识,因此一线办案人员出研究成果较少。

没有丰富的仲裁实践,就很难形成科学的仲裁理念和系统的仲裁理论,就不可能有完善的仲裁制度,最终影响和制约仲裁实践的发展。因此,我们应当重视仲裁理论与实践的结合,努力推动理论与实践相互促进,做到以下几方面工作:(1)要充分重视仲裁理论研究的重要性,要对仲裁机构积累的实践经验进行深加工,使之上升到理论高度,从而更好地指导实践。(2)要以理论的先行研究来及时化解经济纠纷中出现的疑难问题。(3)要使仲裁工作人员(包括办案人员和研究人员)都成为仲裁理论研究的专家和仲裁实践的能手。一线办案人员在时间允许的情况下,要撰写相关的实务经验报告,然后在报告的基础上形成学术论文;仲裁理论研究人员要定期办理案件,与仲裁实务密切联系,在实务中发现问题,然后研究实务的问题,找出解决的办法。通过上述措施,解决理论与实务相脱节的问题,从而在理论与实务的有机结合中实现仲裁的持续和良性发展。

六、要用市场化的手段来推广仲裁

当前,我国仲裁事业的主要矛盾是先进的仲裁制度与相对滞后的社会仲裁意识及初始的仲裁工作水平之间的矛盾。^② 社会仲裁意识薄弱,而仲裁制度本身又具有封闭性(必须以仲裁协议为前提),这就注定了仲裁机构必须不断加强对仲裁制度的宣传和推广,提高公众对仲裁的认知度和认可度,才可能求得仲裁的生存和发展。仲裁的最大特点是尊重当事人意思自治,这就注定了仲裁的推广模式不能靠行政推动、不能靠强制规定,而只能用市场化的手段来促进仲裁的推广。

我们必须认识到在我国推广仲裁有其先天的困难:(1)中国传统思想向来主张以和为贵,忌讳在谈生意、做交易时先行讨论发生纠纷怎么办的问题。因此,市场主体在签订合同时就确定纠纷解决机制的可能性较小。而在纠纷发生后,双方再行协商签订仲裁协议的难度就更大。这一困难源于中国传统文化特质与仲裁制度设计上的矛盾。(2)裁判者身份与市场营销模式的冲突。仲裁机构作为市场主体,其对仲裁的宣传和推广,或多或少要运用市场营销的方式,要做好仲裁营销,就必须贴近、理解、服务于市场主体。然而,仲裁机构在仲裁案件过程中又充当着裁判者、中间人的身份,此时它必须处在公正、客观、独立的角度审理和裁判案件。裁判者身份与市场营销方式的冲突,增大了仲裁宣传推广的困难。(3)人们形成了比较牢固的“有纠纷找法院”的观

^② 卢云华:《中国仲裁十年》,百家出版社2006年版,第5页。

念。公众对仲裁不了解,不懂得在发生纠纷前后选择仲裁方式来解决纠纷。对仲裁的特点不了解,甚至产生曲解,如认为仲裁裁决没有用,最终还得法院说了算,“打仲裁”不如“打诉讼”;认为“一裁终局”不但不是优势,反而容易导致不公无法得到救济;甚至不少领导干部,行业、协会的负责人,也存在不了解仲裁法和中国仲裁法律制度的问题,把民商事仲裁与劳动仲裁、行政仲裁混淆,不习惯用仲裁的方法解决行业纠纷。

正是由于仲裁的推广面临着诸多先天的困难,所以我们更应该在推广方法和技巧上多下工夫,做足工夫,才能推动仲裁制度的发展。为此要做到以下几项工作:(1)要扩大推广领域。要从传统的经济领域如房地产、建设工程、物业管理等扩张到金融、知识产权、海商海事、电子商务等新经济领域,要从仅仅立足于本地推广和宣传发展到向外地、外省、外国推广,从内资经济案件向外资经济案件发展。(2)要充分利用报刊、网站等现代化的传媒方式,加强对仲裁制度和机构的推广。(3)通过举办大量的法律知识讲座、义务法律咨询等方式,扩大社会对仲裁的认知度。仲裁机构应当充分利用专家资源,在仲裁员和仲裁工作人员中选拔优秀人员组成讲师团,到企业、协会、政府机构、学校、街道针对受众关注的法律问题开展法律知识讲座和咨询活动,以提高公众的法律意识,建立起对仲裁制度和机构的信任,逐步培养起“有纠纷找仲裁”的观念。(4)通过加强与行业协会、商会等机构的沟通和联系,宣传推广仲裁制度。行业协会、商会是由企业自行组建的组织,其在本行业具有一定的影响力和号召力,仲裁机构可以通过与行业协会、商会合作,引导企业了解和选择仲裁。(5)要充分发挥仲裁员点对点的宣传推广作用。仲裁员有律师、教授、公务员、各类专业人士,都是法律及相关行业的精英分子,他们在日常工作中将会接触到大量的市场主体。应当发挥仲裁员直接面对终端对象的宣传作用,随时向客户、企业、服务对象等宣传推介仲裁制度。(6)要强调宣传工作的专业性、目的性和持久性。要坚持宣传为推广仲裁服务的宗旨,加强对推广工作的策划,充分准备,注重推广的技巧和针对性。在各个领域和行业做仲裁推广工作前,要把相关领域和行业的特点研究清楚,抓住行业与仲裁的结合点,做足功课,做好准备,有的放矢地开展推广工作,提高推广工作的效率和效果。要始终把推广的实际效果,把受众是否真实了解、认识、认可了仲裁制度当做推广活动的主要目的。同时,在每次推广活动之后,要及时跟踪,要适应仲裁推广的持久性特点。

七、要坚持学习和钻研精神

市场化就是要求仲裁机构要顺应市场的变化和发展,把握市场脉搏,要做到这一点,仲裁机构必须要有不断学习的精神。应该清醒地认识到,我国的仲裁机构与斯德哥尔摩商事仲裁院、伦敦国际仲裁院、美国仲裁协会等国际知名仲裁中心相比,在学习意识的强化、学习内容的更新、学习效果提高、学习型人才的储备等方面还存在较大差距,要实现我国仲裁事业的专业化、规模化、国际化的目标仍是任重而道远。因此不断地学习与更新知识已成为我国仲裁发展的关键所在:(1)要树立终身学习的理念。人类历史发展能够保持永远进步、历久弥新,得力于人类持续不断的学习愿望和学习能力。21世纪,社会快速变迁,科技高速发展,终身学习的能力关系到个人的潜能和未来生涯的发展,我们必须学会将生活和学习融为一体,使学习成为日常生活的一部分,成为发展过程中的必然需要。(2)要通过廉政学习,坚守高度的“善良之心”和“公正之心”。同时,要学习和掌握国家的大政方针和发展战略,了解经济热点和发展趋势,增强对社会矛盾的敏感度,树立稳定意识和大局意识,这样才能使我们的仲裁工作贴合政治经济生活实际,真正服

务于市场经济的发展需要,真正服务于人民群众的根本利益。(3)要在我国五千年的传统文化汲取养分。我国五千年的历史积淀,形成了其具有鲜明特色的民族文化。中国的文化博大精深、源远流长,是一笔取之不尽的精神财富,仲裁人应该认真学习、深刻体会、充分利用,不断提高文化修养、增强文化底蕴,使我们的仲裁文化与中国文化的根本要求相适应。(4)要不断学习掌握仲裁法律知识。“工欲善其事,必先利其器”,只有全面掌握了系统的法律知识、仲裁规则和熟练的办案技巧,才能真正为当事人提供高度理智性的法律服务;我们还应加强对仲裁业务的理论学习和研究,对仲裁案件进行深加工,把零碎的办案经验转化为具有指导意义的理论成果。(5)要在工作中学习。工作和学习是紧密结合、相互促进的两个方面。在仲裁案件的审理过程中,我们必须勤于学习,善于学习,向代理律师学习,向当事人学习,向周围同事学习,通过办案的过程,加深对相关法律和仲裁规则的理解,掌握更多的工作技巧和实践经验。

八、要放眼全球,走国际化的发展之路

市场化与行政化的最大的区别在于是否有地域限制。行政化有严格的行政区域限制,而市场化没有地域和级别的限制。根据仲裁法的规定,仲裁机构没有地域和级别限制,仲裁机构可以受理外地、外省甚至世界各地的民商事纠纷案件。这就给了仲裁机构无限广阔的发展空间。而且我国已加入 WTO,中国经济与世界经济的一体化进程大大加强,客观上也为我国仲裁机构的国际化发展提供了条件。因此,我国仲裁机构应当充分利用无地域限制的优势,放眼全球,走国际化的发展之路:(1)要抛掉狭隘的地域仲裁观念,树立国际化发展思路。要打破地域羁绊,放眼世界,将仲裁业务从地区拓展到全国,从全国发展到世界。(2)要培养一支熟悉涉外仲裁业务的专家型仲裁员队伍。一方面仲裁机构之间可以通过互通有无的方法,实现现有涉外仲裁员资源的共享;另一方面,可以实施“走出去”的战略,通过国外考察、网上宣传等方式,聘任一批具有丰富涉外仲裁经验的仲裁员。(3)要培训一支能够开展涉外业务的办案秘书队伍。要吸收外语能力较强的专门人才进入秘书队伍,并不断加强对办案秘书的外语口语和写作的训练,打造一支能够适应涉外仲裁业务的秘书队伍。(4)更要将有限的涉外案件办成高质量的精品案件,从而产生示范效益,吸引更多的涉外当事人选择仲裁作为解决他们纠纷的方式。(5)要根据各地外资企业资本构成的不同特点,积极拓展涉外仲裁业务。

总之,仲裁作为一种特殊的民商事纠纷解决机制,在社会主义市场经济发展过程中要获得发展,就必须自觉适应社会主义市场经济的要求,不断提高服务水平以及专业化程度,同时还应当顾及社会经济整体效应,牢固树立大局观,以科学发展观作为指导思想,注重仲裁的整体社会效果,公平、公正、高效地解决当事人之间的纠纷。此外,还应当坚持不断创新,不断开拓工作思路,加强对经济活动中出现的新经济纠纷的研究,充分发挥仲裁在促进经济和谐、有序发展方面的积极作用。

Analysis of Being Market-oriented in Arbitration Agency

By Chen Zhongqian

Abstract: New type of arbitration agency has set up and developed for over ten years in our country. But the effect of the arbitration legal system has not elaborated adequately, and the arbitration

agency still not adapt to the desire of market economy. The author consider that arbitration agency must put the arbitration legal system into market economy in practice, know the movement, the rule and the desire of market economy, set up concepts of Market-oriented, arbitrate fairly and well, put theory into practice .

Key words: arbitration agency, being market-oriented

(责任编辑:朱应铭)

探索与争鸣

评《到境外上市公司章程必备条款》 关于争议解决的规定*

刘 轶**

内容提要 作为规范境内企业到境外上市的主要法律文件,《到境外上市公司章程必备条款》强制性地要求涉及香港境外上市公司的跨境证券合同争议和侵权争议均应通过仲裁方式解决,并适用中华人民共和国法律。上述规定超越了国务院证券监督管理机构的立法权限,违背了仲裁自愿原则和仲裁机构地位平等原则,与《公司法》的有关规定相抵触,也与该条款的立法本意相悖。为了平等地保护境内外投资者的合法权益,确保境外上市公司章程的合法性;应当适时修正上述关于争议解决的条款,对跨境证券争议的解决方式以及解决跨境证券侵权争议的准据法等问题不作规定,允许境外上市公司的股东自主选择争议的解决方式,并尊重当事人对解决跨境证券合同争议准据法的意思自治。

关键词 境外上市 公司章程 争议解决 准据法

《到境外上市公司章程必备条款》(以下简称《必备条款》)是依据《国务院关于股份有限公司境外募集股份及上市的特别规定》(以下简称《特别规定》),^①由原国务院证券委员会和原国家经济体制改革委员会共同制定,并于1994年8月27日公布施行的。目前,《特别规定》和《必备条款》是规范境内企业到境外发行股票和在境外上市活动的主要法律文件。十多年来,《必备条款》在规范境外上市公司的组织和行为,完善公司治理结构,提高公司管理水平,维护境内外投资者的合法权益等方面,发挥了重要的作用。^②然而,随着境内企业境外上市法律和实践的发展,由于有关主管部门要求境外上市公司在公司章程中必须载明《必备条款》所要求的内容,《必备条款》的一些缺陷和不足也逐渐暴露出来,值得学界和监管机构关注。^③本文以《必备条款》中的争议解决条款为研究对象,分析了有关规定在立法和实践中存在的问题,并提出了一些立法建议。

* 本文系教育部人文社会科学重点研究基地2005年度重大研究项目。

** 南开大学应用经济学博士后科研流动站博士后,武汉大学法学博士。

① 《特别规定》是根据《公司法》(1993年)第85条和第155条的规定,由国务院制定并于1994年8月4日发布施行的。

② 本文所称境外上市公司,是指依照《公司法》在境内成立,发行了境外上市外资股(H股)并在境外正规证券交易场所上市的股份有限公司。截至2008年8月底,境外上市公司共有153家。其中,单独在香港交易所上市的有135家,单独在新加坡交易所上市的有3家,在香港交易所和纽约交易所同时上市的有10家,在香港交易所和伦敦交易所同时上市的有4家,在香港交易所、伦敦交易所和纽约交易所同时上市的有1家。另外,已经有55家境外上市公司发行了人民币普通股(A股)或者人民币特种股(B股)并在上海或者深圳证券交易所上市。人民币普通股和人民币特种股都属于内资股。

③ 《关于执行〈到境外上市公司章程必备条款〉的通知》(证委发[1994]21号)强调:“到境外上市的股份有限公司,应当在其公司章程中载明《必备条款》所要求的内容,并不得擅自修改或者删除《必备条款》的内容。”可以认为,这是《必备条款》对境外上市公司章程具有强制约束力的法律依据。