



仲裁研究

ARBITRATION STUDY

第三十六辑

广州仲裁委员会 主办

ARBITRATION STUDY



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

014060038

D915.704
02
V36



仲裁研究(第三十六辑)

学术顾问委员会(以姓氏笔画为序):

吴汉东

杨良宜

主

副主

本期执行编辑 徐朝霞

责任编辑

仲裁研究

ARBITRATION STUDY

编辑部地址: 中国广州 第三十六辑 号江湾大酒店 C 座 14 楼

邮 编: 510100

电 话: (020) 83283773

传 真: (020) 83283773

网址: www.ccarb.org

E-mail: gzzcw@126.com

广州仲裁委员会 主办



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



北航

C1747580

D915.704

02

V36

图书在版编目(CIP)数据

仲裁研究. 第36辑 / 广州仲裁委员会主办. —北京:
法律出版社, 2014. 8
ISBN 978 - 7 - 5118 - 6729 - 2

I. ①仲… II. ①广… III. ①仲裁—文集 IV.
①D915.704 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 186196 号

©法律出版社·中国

责任编辑/程 岳

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京北苑印刷有限责任公司

编辑统筹/法律应用出版分社
经销/新华书店
责任印制/翟国磊

开本/880 毫米×1230 毫米 1/16
版本/2014 年 8 月第 1 版

印张/8.25 字数/173 千
印次/2014 年 8 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
网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779
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 - 5118 - 6729 - 2

定价:20.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

广州仲裁委员会简介

仲裁研究(第三十六辑)

学术顾问委员会(以姓氏笔画为序):

吴汉东 齐树洁 刘想树 葛洪义

杨良宜 杨树明 顾功耘 宋连斌

主 编:陈忠谦

副 主 编:王小莉 李立之

本期执行编辑:徐朝霞

责任编辑:钟晓东 冯国鸿 余蕊桢 叶 峰 吴婷 叶洁云

编辑部地址:中国广州市沿江中路298号江湾大酒店C座14楼

邮 编:510100

电 话:(020)83282109

传 真:(020)83283773

网址:www.ccarb.org

E-mail:gzzcw@126.com

本会地址:广州市沿江中路298号江湾大酒店C座12-14楼/A座6楼、8楼

邮编:510100

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

办公室电话:(020)83287761(传真)

网址:www.gzac.org www.ccarb.org

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,2013年,广州仲裁委员会共受理各类民商事纠纷案件5031件,案件总标的额102亿元,位居全国仲裁机构前列。

本会现拥有一支1000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80余名,绝大多数工作人员通过了律师资格考试或国家司法考试。所有办案秘书都是从社会公开招聘,层层选拔,择优录用。现有的办案秘书多数是从国内知名高等院校毕业和海外留学归来的硕士研究生,他们具有良好的专业知识水平,有着认真负责的敬业精神,广受社会各界赞誉。

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;本会拥有一万多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,有针对性的培育专家仲裁员,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、发展部五个职能部门,并根据发展需要,先后成立了东莞分会、中山分会和南沙国际仲裁中心。2008年,本会还与广东省社会科学院合作,成立了广州仲裁研究院,专门从事仲裁理论与实务研究。2011年7月,本会还分别成立了金融仲裁院、知识产权仲裁院,采取全新的探索模式,为当事人提供专业、优质、高效的仲裁服务。

本会地址:广州市沿江中路298号江湾大酒店C座12-14楼/A座6楼、8楼

邮编:510100

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

办公室电话:(020)83287761(传真)

网址:www.gzac.org www.ccarb.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。作为广州仲裁委员会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。

网站创建后,根据仲裁发展需要进行了多次改版升级,优化了栏目设置,现网站设有“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”等栏目,网站内容既有全国同行业最新信息的及时发布,又有本会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,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:

E-mail:ccarb@126.com

Tel:020-83282775

联系人:丁鸿

时代与仲裁

土耳其商事仲裁的国际化进程

商事仲裁与投资仲裁,当今两者差异几何?

Karl-Heinz Böckstiegel 著 傅翠峰 译 102

目 录

国际商事仲裁

国际商事仲裁实践新趋势与发展探讨	陈忠谦/ 1
美国仲裁协会《可选择性上诉仲裁程序规则》	朱伟东/ 10
瑕疵的适度宽容与多元补救	
——关于国际商事仲裁瑕疵协议有效性的思考	陈建华/ 17

探索与研究

企业如何运用仲裁维护其合法权益	王小莉/ 25
申请撤销仲裁裁决:现状·问题·建言	宋连斌 颜杰雄/ 32
重新仲裁的性质及其制度价值	王 哲/ 54

仲裁实务

建设工程合同效力问题所引发的思考(下)	钟晓东/ 64
通过公证委托进行存量房交易的法律风险及防范	冯国鸿/ 71
论合同中仲裁条款的拟订	
——以房地产按揭合同为例	宁教铭/ 76
对我国医事仲裁费用来源问题的探讨	马文建/ 89

时代与仲裁

土耳其商事仲裁的国际化进程	周 园/ 94
商事仲裁与投资仲裁:当今两者差异几何?	
..... Karl-Heinz Böckstiegel 著 傅攀峰 译/ 102	

CONTENTS

International Commercial Arbitration

- New Trends and Development Exploring of International Commercial Arbitration Practice
..... Chen Zhongqian/ 1
- American Arbitration Association' Optional Rules of Arbitration Procedure of the Appeal
..... Zhu Weidong/ 10
- Defects of Moderate Tolerance and Remedy
—Thinking about the Effectiveness of the Defects International Commercial Arbitration
Agreement Chen Jianhua/ 17

Exploration and Research

- How to Use Arbitration to Safeguard Enterprise's Legitimate Rights
..... Wang Xiaoli/ 25
- An Empirical Study on Application for Vacating Arbitral Awards; Status Quo & Solutions
..... Song Lianbin & Yan Jiexiong/ 32
- The Nature and Institutional Value of Re-arbitration Wang Zhe/ 54

Arbitration Practice

- Construction Contract Validity Problems' Reflections Zhong Xiaodong/ 64
- Entrust Notarial of Housing Stock Trading Legal Risk and Protection Feng Guohong/ 71
- On the Provisions of Arbitration in Contract
—Take the Real Estate Mortgage Contract As the Example Ning Jiaoming/ 76
- Probing to Source of Our Country Medical Arbitration Fees Ma Wenjian/ 89

Era and Arbitration

- The Internationalization of Turkish Arbitration Zhou Yuan/ 94
- Commercial and Investment Arbitration: How Different are they Today?
..... Karl-Heinz Böckstiegel/ 102

国际商事仲裁

国际商事仲裁实践新趋势与发展探讨

陈忠谦*

内容提要 2008 年国际金融危机后,国际经济格局发生了新的变化,并引发了国际经济规则的调整;中国的经济同时取得了举世瞩目的成就,成为世界第二大经济体。在这样的背景下,笔者认为,国际商事仲裁实践将会出现新的发展趋势,也要求有相应的发展对策。

关键词 国际商事仲裁实践 趋势 对策

在国际经济贸易中,国际商事仲裁凭借其对当事人意思自治的充分尊重和多年来形成的公信力,成为解决国际商事纠纷的重要机制。世界经济一体化的不断加强,国际贸易和国际投资的迅速发展,世界市场的全面形成,为中国国际商事仲裁的改革和发展提供了丰沃的土壤。因应加入 WTO 的需要,中国于 1994 年颁布了《中华人民共和国仲裁法》,建立了现代意义上的商事仲裁制度。由此,中国内地的商事仲裁事业经历了从无到有、从小到大的辉煌历程;中国国际商事仲裁事业也伴随着国内经济的腾飞,取得了飞速的发展。在经济全球化和中国已加入 WTO 的背景下,中国国际商事仲裁的实践出现了新的发展趋势。

一、中国经济的腾飞和持续发展,影响国际商事仲裁的趋势

(一)十八届三中全会确立的全面深化改革的方略将影响国际商仲裁的发展

中国于 2013 年 11 月召开了十八届三中全会,确立了全面深化改革的方略,有人形象地称中国改革开放的升级版或 2.0 版。在改革开放 1.0 版时代,中国经济呈现出如下特征:(1)经济增长方式以粗放型为主。利用中国的人口红利和低成本优势,依靠土地、自然资源等生产要素的大量投入和扩张实现经济的增长。(2)改革开放以吸引资金、技术、管理经验为主,着重于发展加工制造业,引入了大量的三资企业。(3)对外来投资缺乏选择。为达到单纯的经济增长目标,对于外来投资饥不择食,不作选择,不顾生态环境以及不可再生资源的可持续利用。(4)对外来投资实行超国民待遇。不仅使国家税收大量流失,还造成本地企业与外来投资者的不平等竞争。(5)贸易谈判中缺乏话语权,完全按外国规则行事,使中方处于不利境地。(6)对外开放逐步推进,由加工业到服务业。

如果说改革开放 1.0 版的侧重点在于采取优惠政策吸引外资,引进技术、管理经验的话,2.0 版则明确了对内对外开放相互促进、引进来和走出去更好结合。十八届三中全会确立的目标非常清晰地表明,世界经济中应有中国的声音,应有中国的元素。正是在这样的背景下,中国于 2013 年建立了中国(上海)自由贸易试验区。在贸易方面,上海自贸区强调与国际贸易和投资规

* 广州仲裁委员会主任、法学博士。

则的接轨,通过“准入前国民待遇和负面清单管理”模式,使自贸区成为物流集散中心,大进大出,加工贸易比较发达,对周边地区形成强大的辐射作用,带动区域经济的发展;在金融方面,上海自贸区能够实现利率市场、汇率自由汇兑、金融业对外开放、金融产品的创新以及离岸金融业务的开放式区域。最新的信息表明,中国还将建立两个自由贸易试验区:一个是天津自贸区,另一个是粤港澳自贸区。与上海自贸区侧重于金融改革试点不同,粤港澳自贸区属于区域性自贸区,更多侧重于对外,着眼于广东省与香港、澳门两地的经济联系,更侧重于珠三角地区经济整合,是三大发达地区强强联合,优势互补。我国自由贸易区在建设、开放过程中取得的经验,很快就可以在全国迅速推开。如国内最新修改了《公司法》,就是借鉴上海自贸区的经验,实行新的企业注册登记制度。在改革开放的2.0版时代,中国的经济发展会呈现如下特征:(1)从资金、技术的引进到参与规则的制定,中国参与世界经济的机会越来越多。中国如今是世界第二大经济体和世界最大货物贸易国,且经济发展速度和潜力还非常大。在此情况下,不能仅仅只是学习者和遵循者,而是要更加积极地参与全球的治理,参与规则的制定。中国企业不仅要作规则的遵守者,更要参与规则的制定,作规则的制定者。这在2009年在哥本哈根召开的联合国气候会议上已经初露端倪,在该次会议中,中国强有力地表达了自己的声音。将来中国还要更多地参与规则本身的讨论,很可能是新的趋势。(2)对外来投资将会作出科学合理的选择,将会向环保、低碳、节能产业方向发展。(3)劳动密集型产业将逐步转向资本密集型、知识密集型、智能型产业。(4)中国制造将逐步转向中国创造,发展现代农业、现代工业、现代服务业。(5)由局部开放向全方位开放推进。

与大的经济发展环境与发展模式相适应,在改革开放1.0版时代,常见的涉外经济纠纷类型主要为来料加工、来件装配、来样加工和中小型补偿贸易纠纷、进出口贸易纠纷、三资企业合作、经营、承包合同纠纷。中国的国际商事仲裁也是围绕着这些纠纷展开,处理纠纷的依据,除依据我国法律规定必须适用我国的法律的情形外,大多数情形下都按合同的约定、国际商事规则、惯例进行。而这些合同和交易规则、惯例,大都体现了外方当事人的意思。伴随着我国经济发展模式的转变,经济纠纷类型也将发生相应的变化,传统类型经济纠纷存在的同时,将会出现更多的知识产权纠纷、技术交易纠纷、投资纠纷、金融及其衍生品纠纷、其他现代服务业纠纷等新型纠纷。伴随着中国企业参与规则制订的增多,纠纷处理依据的规则也将发生转变。一方面,合同将会更多的体现中国企业、当事人的意志;另一方面,国际商事规则也将体现中国企业的声音,向有利于中国企业方向发展。这都会对国际商事仲裁的实践产生影响。

(二)中国企业的走出去战略,将会影响国际商事仲裁的发展

中国的改革开放,取得了举世瞩目的成就。据世贸组织秘书处初步统计数据,2013年中国已经成为世界第一货物贸易大国。随着中国改革开放的持续发展,中国企业逐步发展壮大。最新的数据表明,中国实有企业已经突破了1400多万家。如果说过去30年,中国的对外开放政策是让世界投资中国;今天,我们可以看到,十八届三中全会将成为一个重大的推动力,来推动中国的企业走出去投资世界。有人形象地说,在30多年前,中国的改革开放实际上是要使中国国际化、全球化,特别是经济全球化;而今天或者说今后,实际上是中国在投资世界的过程之中,将使世界中国化,使得中国的企业更加有机会投资世界。统计显示,2013年,中国境内投资者共对全球154

个国家和地区的境外企业直接投资。^① 截止到 2013 年年底,中国境外直接投资累计超过 6300 亿美元,从收购资源到收购技术,从央企到民企,中国企业“走出去”的步伐进一步加快,并已成为世界第三大对外投资国。^②

中国的海外贸易额在增加,中国企业在对外贸易中不可避免地要产生更多的争议。但中国国内仲裁机构在争议中的身影却并不多见。相反,国际仲裁机构涉及中国当事人的仲裁案件数量则在增加之中。近十年来,中国企业国外仲裁之路走得十分艰辛。由于中外商事仲裁所追求的价值观、仲裁理念不同,中外仲裁法、仲裁规则规定的差异,中外法律传统、文化传统乃至中外籍仲裁员思维方式的差异,使得中国企业国外仲裁案件大多是折戟沉沙、十案九败,最终以高额或巨额美元赔偿外方当事人的惨败局面告终,某些中资企业甚至因高额或巨额赔偿费而倒闭。

为何中国企业会放弃中国仲裁机构而选择国外仲裁?究其原因,与我们的经济主体在谈判中居于劣势地位相关。如果说,在中国本土企业力量弱小的时候,经济活动的话语权掌握在对方手中;而随着中国企业的成长及走出去,中国企业在经济活动中的话语权将大大增强。以国际贸易纠纷的处理来说,从合同语言习惯、文本到法律的选择适用,再到纠纷解决机构的选择,仲裁庭审语言的选择等,都会逐渐体现出中国企业的意志。这势必会影响到国际商事仲裁实践的发展。

(三)中国思维、文化将影响国际商事仲裁的发展

对于普世价值的核心理念,如法律面前一律平等、契约自由、法治精神等内容,国际商事仲裁实践无疑是要坚守和发扬的。但在强调这些内容与理念的同时,大家都不能回避一个事实,即法律从制定到遵守再到适用,均是由活生生的人来完成的。这些人的理想、信念和法律认识,均无时无刻地影响到其思维和行为,影响到法律的制定、遵守、执行和裁判。理念的背后是文化,是几千年文化的积淀。思维方式、文化的影响是潜在的、无形的,但又是客观存在的,无形的力量甚至大于有形的力量和影响。

在国际商事仲裁实践中,思维方式、文化对仲裁的影响无处不在。以仲裁中调解制度来说明这个问题。在仲裁中开展调解工作,对于中国人来说,是理所当然的事情,不具有程序上的任何不适当性。而对于英美法系国家的人来说,则是不可思议的。中国仲裁实践将调解的做法写进了仲裁规则,而且逐渐地为一些东西方的仲裁专家、学者认同和称赞,被誉为“东方经验”。中国 1994 年在制定仲裁法时,写进了仲裁中可以调解的条文。^③ 有些外国仲裁机构也将调解吸收进入其规则,如印度,于 1996 年 8 月 16 日颁布的第 26 号法令,制定 1996 年印度《仲裁和调解法》用于规范有关仲裁和调解。调解来源于中国古代“和为贵”、“中庸”的儒家思想,其所以能为仲裁吸收,实质是因为这种文化适合市场主体的利益需求。正如许多贸易纠纷是因文化差异、语言以及商业习惯的不同引起一样,不同的人生观和价值观,文化差异、语言差异及不同文化中的宗教和政治等因素都将影响仲裁的过程和结果。随着世界经济的全球化进程的加快,随着中国经济话语权的加强,中国思维文化对国际商事仲裁实践的影响将更加凸显。这种影响主要体现在以下三个方面:

① 贸促会:中国企业对外投资还有很大增长空间, <http://business.sohu.com/20140416/n398350488.shtml>, 最后访问时间:2014 年 4 月 20 日。

② 参见“我国境外投资超 6300 亿美元 成世界第三大对外投资国”, http://finance.ifeng.com/a/20140424/12189220_0.shtml, 最后访问时间:2014 年 4 月 24 日。

③ 参见《中华人民共和国仲裁法》第 51 条、第 52 条。

1. 办案中要做到法、理、情的统一。人们常说,“法不容情”。一般认为,法、理、情三者很难兼顾。其实“法”、“理”、“情”具有内在的统一性。立法以情理为基础,“法”是客观的、稳定的标准,是“理”的升华,它本来就是人类历史传统中“情”和“理”的积淀。只要“理”是真理,“情”是健康的真情,不仅不会和法律冲突,而且通过以情感人、以理服人,使法律的施行更加顺畅有效。以法喻人、以理服人、以情动人;理生于情,理寓于情,理以节情,理以化情,以情为基础,以理为指导。法治的最高境界就是情、理、法的和谐相融。

2. 办案中要懂得阴阳平衡,相生相克之理。事物的发展并非全部是对错分明,世界上任何事物的整体内部都存在阴阳相生相克的关系,阴阳相生相克平衡万物发展,阴阳相生相克极不平衡万物毁灭,从事物的发展规律来讲没有不变的东西,只是有量变和质变的区别而已。阴阳相生相克平衡,事物的整体才能稳定和谐发展。阴阳互生也相克,阳盛阴衰阳克阴,阴盛阳衰阴克阳,相克极端就灭亡。在仲裁法律关系中,双方当事人也是相生相克的关系。双方共同依约履行合同,实现合同目的,是相生关系;双方相互监督,避免违约行为出现,是相克关系。如一方违约,另一方追偿过度,走向极端就会导致两败俱伤。这在建设工程案件中常会见到,如施工方逾期完工,建设方如果严格按照合同约定追究施工方逾期完工违约金,则在目前施工方利润本来就不大的社会背景下,施工方出于成本利润的平衡考虑,会停止施工,这反而会给建设方造成更大的损失。阴阳平衡相生阴阳都发展,阴阳平衡相克才能稳定发展。

3. 要坚持中庸和谐的办案理念。商事纠纷是一种“君子之争”,要求当事人在仲裁过程中诚信合作,平心静气讨论,平等对等协商,理性理智解决问题。仲裁要营造和谐气氛,在处理案件过程中摒弃过时的陈旧的对抗的惯性思维模式,以人为本,仲裁模式要更加人性化,贯彻“和为贵”、“别得理不饶人”、“退一步海阔天空”、“多换位思考”等传统文化理念,致力于修复和弥补当事人之间的裂痕与分歧,注重调解,使当事人心平气和、心服口服,友好的化解纠纷,共同面对未来。

二、美国主导的新国际经济新秩序规则,影响国际商事仲裁的趋势

2008年爆发了众所周知的国际金融危机,这次危机对世界经济的格局产生了重大影响。据统计,1990年美国的GDP占世界的26%,2001年达到峰值,占32%,此后直线下降,到2011年美国GDP占全球比重下降到21.6%。与美国比重下降对应的,是中国在世界GDP比重的上升。2001年中国的GDP占世界的比重不到4%,2001年中国加入WTO以来,中国先后超越意大利、法国、英国。2008年中国超越德国,成为世界第三大经济体。2010年中国超越日本,成为世界第二大经济体。2011年发布的《新兴经济体蓝皮书》预测,到2020年,中国经济总量有可能超越美国居世界第一。为确保美国世界第一的经济地位,金融危机后,美国从官方到学者,提出了重构世界经济秩序的规划。美国试图通过泛太平洋战略经济伙伴关系协议(TPP)^④、跨大西洋贸易与

^④ TPP成员国包括美国、智利、秘鲁、越南、新加坡、新西兰、马来西亚、文莱、澳大利亚、日本等12个国家。以往大多数自贸区协议主要限于降低商品关税,促进服务贸易,很少涉及劳工和环境保护。而TPP不仅将规定取消或降低商品关税,还将涵盖安全标准、竞争政策、技术贸易壁垒、食品安全、知识产权、政府采购以及绿色增长和劳工保护等,标准之高和覆盖领域之广远超一般自贸区协议。现在看来,TPP无疑已经成为美国重新塑造亚太经贸格局、强化经济控制能力的新工具。如按目前的发展趋势,它或将改变亚太地区现有经贸格局,深刻影响后危机时代的全球经贸关系和区域经济合作,并将对区域内其他形式的多边贸易体系构成冲击。

投资伙伴关系协定(TTIP)^⑤等排他性的区域贸易协议,重构危机后的国际经济秩序。两个自贸区谋求建立更广泛的市场开放,取消绝大部分货物的关税和非关税壁垒,改善服务业市场准入条件,实现贸易和投资的自由化,形成商品、服务和资本、技术、人员等生产要素自由流动的“大区”。两个自贸区也就是要打造高标准的自由贸易协定(FTA),其内容比自由贸易协定(FTA)更为广泛,自由化程度也更高,这个协定将使多边贸易规则靠边站,一定程度上也架空了多边贸易规则(WTO)。世界经济贸易规则的变化,势必会对经济贸易的流向产生重大影响,有专家认为,两项谈判对中国乃至全球的影响“举足轻重”,有可能架空世贸组织、亚太经合组织、打乱“10+X”为主的亚洲区域合作进程,会给中国参与国际竞争设置障碍,中国有可能被驱赶到新的国际贸易体系的边缘,将面临着“二次入世”的危险。中国企业未来在参与国际竞争的过程中将面临对新的限制,参与国际投资活动将受到阻碍,国际竞争力将被削弱。随着两大自贸区的建立,由于“贸易扩大”和“贸易转移”效应,将明显增加和刺激美欧的贸易和出口,而处于两大自贸区以外的国家贸易和出口相应会明显下降。中国要高度重视美国主导的自贸区对WTO的边缘化。可以设想,中国作为世界第二大经济体,在国内社会、政治保持稳定的情况下,经济将会持续向前发展。因此,不管是泛太平洋战略经济伙伴关系协议(TPP),还是跨大西洋贸易与投资伙伴关系协定(TTIP),其作用的发挥都离不开中国的参与。但是,中国自身也要加快改革开放的进程,更加积极主动地参与制定新一轮国际经济特别是贸易投资规则,双边、多边加快构建中国版本的自贸区网络。

以美国为主导的全球规则变局,在导致经济格局发生变化的同时,不可避免地会影响到纠纷的发生和解决,解决纠纷依据的规则将逐步向TPP规则及TTIP规则靠拢,这将会对国际商事仲裁的发展产生深刻的影响。

三、新技术、新材料、新能源的发展,将影响国际商事仲裁的趋势

21世纪是信息化、网络化的时代。随着信息化社会的日渐成熟,网络已经成为日常商事交往的一个重要平台,尤其是各种网上交易更是蓬勃发展。美国著名的高科技市场研究机构Forrester Research报告称,全球电子商务交易额连年攀升,至2009年年底,全球电子商务交易额则达到161357亿美元,2010年,全球电子商务交易额达到194697亿美元。我国的互联网用户、手机用户及电子商务市场交易呈连年增长态势,截至2013年6月底,我国网民规模达到5.91亿,互联网普及率为44.1%;我国手机用户总数在2013年也首次超过10亿。2013年,中国电子商务市场交易规模达10.2万亿元,其中B2B电子商务市场交易额达8.2万亿元,网络零售超过1.8万亿元,中国已超越美国成为世界第一大网络零售国。

新一代互联网产业来势更为迅猛,新兴业态层出不穷,超出预期、超出想象,正悄然颠覆着传

^⑤ TTIP是指美国和欧盟双方通过削减关税、消除双方贸易壁垒等来发展经济、应对金融危机的贸易协定。该协定的谈判在2013年6月启动。谈判一旦达成协议,意味着欧美自贸区成形。这将一举成为世界上最发达和规模最大的自由贸易区,对欧美经济乃至全球贸易格局和规则的演变无疑都将产生重大影响。美欧高调推进TTIP,并非仅仅因为经济因素,重掌国际贸易,主导全球贸易“话语权”,才是其背后的真正动因。发展中国家的崛起,特别是新兴市场国家经济力量的快速提升,打破了原有的全球经贸、财富聚集的格局。随着经济实力的提升,发展中国家在国际舞台上的影响力和话语权不断增加,使得欧美通过主导全球多边规则获得更多经贸利益的企图化为泡影,这也成为多哈回合谈判久拖不决直至搁浅的最重要的原因之一。同时,发展中国家在全球自贸协定热潮中表现积极,长此以往,美欧等国在国际贸易规则制定中的领导地位会逐步丧失。因此,形成新一轮没有新兴市场国家参加的全球规则谈判,重塑全球的新贸易规则,重新掌握国际贸易领导权,抑制发展中国家日益上升的影响力,成为欧美两大经济体的共同目标。

统的组织体系和商业模式。在互联网条件下,交易双方的文件材料从表现方式到传递,均以电子化的方式体现和保存。互联网的迅速普及,对社会的结构、政治形态、交往方式、管理模式、经济运行、教育模式等诸多方面产生了重要影响。它从根本上改变了人们获取信息的方式,也大大改变了人们的交流模式,当人们通过网络实现发送电子邮件、视频聊天、电子购物、虚拟旅游、交互式娱乐,或漫游于电子图书馆、远程教育等一系列网络应用平台时,人们的生活观念、消费观念、教育观念等都会发生相应的变化。但笔者注意到,在互联网这么大的平台上,却看不到法律人的身影,法律人对互联网经济的发展参与明显不足。经济基础决定上层建筑,仲裁法律制度作为上层建筑的一个部分,必须适应经济发展的需要,服务于互联网经济,而不是相反。互联网技术的发展对于国际商事仲裁制度的重要影响,主要体现在三个方面:1. 互联网的出现为国际商事仲裁提供了更为广阔的宣传、推广、教育平台;2. 随着互联网及电子商务的发展,电子商务纠纷成为一种全新的纠纷类型,它为仲裁这一争议解决方式提供了新的空间也提出了新的挑战;3. 随着网络技术的发展,网上仲裁成为可能,互联网造就了一种全新的仲裁途径。

与此同时,以美国为代表的创新模式在转型,创新体现在社会经济、生产生活的方方面面。来自美国麻省 MIT 的创新实验室和跨学科交叉领域,如电子墙、移动照明、功能玩具、第六感界面、数字话剧、纳米传感器、无线电力传输、智能手表等创新层出不穷。美国的风投行业也在转型,借助互联网的优势,开始在更大范围和自由度内筹集资金,创业企业的发起人可以通过互联网平台发布项目,向全球的投资者募集资金。仲裁作为法律服务方式,必须适应这些创新,为经济服务。可以预想,这些新型的经济模式随着时间的推移,都将对国际商事仲裁的发展产生影响。

四、仲裁机构的发展呈现出新的特点

(一) 常设机构仲裁在国际商事仲裁中将发挥更大的作用

根据是否在常设的专门仲裁机构进行仲裁,仲裁可以划分为机构仲裁和临时仲裁。就世界范围内的国际商事仲裁实践而言,常设仲裁机构日趋受到人们的青睐。常设仲裁机构之所以在解决国际商事争议,特别是争议标的金额较大的案件中发挥着积极的作用,主要在于这些机构自身所具有的优势。首先,各仲裁机构一般都有自己的仲裁规则和建议当事人采纳的标准仲裁条款,这样就使当事人不必为如何使仲裁条款起草得更为全面具体而绞尽脑汁。其次,仲裁机构对仲裁员素质和他们所具有的资格、能力和水平的保障,确保国际商事争议切实得到独立、公正的解决。再次,常设机构设有专门的办事机构,这些办事机构位仲裁的进行都提供了不同程度的便利条件。最后,最重要的是仲裁公信力的构建,需要经过长期不懈的努力,常设机构拥有专门的工作团队,有利于打造仲裁公信力。

(二) 各主要仲裁机构所适用的仲裁规则的统一化趋势

尽管各常设仲裁机构均有自己的仲裁规则,这些仲裁规则在一些细节上存在这样或那样的区别,但就其所规范的主要内容而言,都是大同小异。其中主要包括:仲裁庭组成、包括仲裁员的指定方式及对仲裁员的异议及其处理、仲裁庭的管辖权限、仲裁地点及仲裁所使用的语文、仲裁申请书、答辩状及其他书状、证据的提出、仲裁审理方式、仲裁裁决的作出及其应当适用的法律等。其中,由联合国贸易法委员会在 1985 年主持制定的《国际商事仲裁示范法》,在协调和统一各国仲裁立法,各仲裁机构仲裁规则方面,发挥了重要的作用。《国际商事仲裁示范法》开创了仲裁法国际统一的现实途径,已被 40 多个国家或者地区采纳为本国或者本地区的法律。另外还有

一些国家,如英国也依据示范法修改了本国仲裁法。《示范法》的广泛采用推动了国际商事仲裁立法的趋同。除此之外,联合国贸法会于1976年制定、2010年修订的仲裁规则,也发挥了同样重要的作用。

(三) 仲裁机构由传统欧洲型向亚太型转变

综观以前国际商事仲裁机构,大多数在欧洲。如国际商会仲裁院 ICCA 总部在巴黎,斯德哥尔摩仲裁院 SCCA 总部在瑞典,伦敦国际仲裁院 LCA 总部在伦敦,世界知识产权组织仲裁中心 WIPOAC 总部设在瑞士日内瓦。随着亚太地区经济的迅速发展,亚太地区国际商事仲裁也异常活跃。亚太地区各国先后设立自己的国际商事仲裁机构,如新加坡国际商事仲裁中心,新西兰仲裁调解机构,澳大利亚国际商事仲裁中心,日本商事仲裁协会等。世界上主要国际商事仲裁机构都在亚太地区设立办公室,如国际商会仲裁院在香港设立了香港分处,新加坡国际仲裁中心也多次到大陆来宣传推广业务。

五、发展对策

(一) 推进仲裁机构自身改革,按照建立现代法律服务机构的要求,完善治理结构

1. 仲裁机构要去行政化

我国《仲裁法》第14条规定:“仲裁委员会独立于行政机关,与行政机关没有隶属关系。”仲裁机构独立于行政部门,是一个为市场交易主体提供特殊法律服务的社会组织,具有独立性和专业性的显著特点。但在我国,尚有部分仲裁机构在机构设置运作、人员管理和财务管理上并未完全实现独立性。从长远来看,仲裁事业的持续发展依赖于仲裁机构的独立性,取决于仲裁服务的质量和效率。这就要求理顺各仲裁机构与政府的关系,实现仲裁机构的去行政化。广州仲裁委员会在这方面已走在全国仲裁机构的前列。广州仲裁委实行独立的法人治理结构,不隶属政府的任何部门,人、财、物上实现了完全独立。下一步,仲裁委将进一步实行机构改革,尝试建立法定机构运行模式。

2. 仲裁工作体制社会化,实行三权分立的法人治理结构

广州仲裁委员会在仲裁工作体制社会化方面,引入国际商事仲裁的先进制度,在相关专业仲裁院中实行理事会、监委会、仲裁庭三权分立,相互制衡的法人治理结构。其中,理事会为决策机构,监委会为监督管理机构,仲裁庭为案件审理机构。仲裁庭依法独立审理案件,除依法接受司法监督外,不受任何机构或者个人的干预。

3. 突出仲裁的专业优势,为社会提供更加专业的服务

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。依据市场经济规则,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。为提供更加专业的仲裁法律服务,广州仲裁委员会近年来先后建立了广州金融仲裁院、广州知识产权仲裁院,并制定了专门的仲裁规则、建立了专业的仲裁员名册。除此之外,还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刻的造诣,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。

4. 放眼国际市场,走国际化发展道路

仲裁机构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。为发展好国际商事仲裁,广州仲裁委员会在办理大量涉外案件的基础上,于2012年在南沙成立了国际仲裁中心。南沙国际仲裁中心是由广州仲裁委员会、香港地区、澳门地区的仲裁机构及法律专家共同组建设立的非营利性的国际商事仲裁平台。南沙国际仲裁中心提供粤、港、澳三地的仲裁规则及《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》供当事人自主选择适用;当事人还可自主选择适用的仲裁语言,香港、澳门的仲裁员及选择不同的开庭地点来处理仲裁事务,仲裁中心提供的多样化选择更尊重当事人的意思自治。

5. 三种仲裁庭审模式并行,满足不同当事人的仲裁审理需求

目前国际上,学界共识的法系包括:大陆法系、英美法系及社会主义法系。与之相对应的则是三种不同的审判模式。其中,大陆法系审判模式特点为:第一,重视实体法,除轻微的案件可以由一人独任审判外,一般都采用合议制。第二,采用审问或者讯问制,法官通过讯问当事人,根据所查明的事实作出判决。在开庭审理的过程中,法官居于主要的地位,发言需要经过法官的许可,有关证据在当事人不在场的情况下可以提出。开庭审判是以准备好的案卷材料为线索进行,法官审理案件首先考虑的是成文法典是如何规定的。第三,法院判决书一般比较简明扼要,判决书的推理方式一般是大前提、小前提、结论。法官在作出判决时,首先应当考虑的是成文的法典是如何规定的。

英美法系审判模式特点为:第一,重视有关审判、诉讼程序、证据、判决执行等程序法的规定,除高级上诉法院采取合议制外,一般采取独任制。第二,在开庭审理时主要采用辩论制或对质制,法官只是中立的裁判者。证据必须在当事人在场的情况下提出,否则无效。第三,除一般证人(事实证人)外,专家证人在诉讼中作用明显,有一套完整的专家证人制度。第四,法院判决书一般都很长,多的可达到几百页,判决书的推理方式是从以往案例和有关制定法中归纳出的一般原则,然后得出适于本案的结论。

以我国为代表的社会主义法系审判模式特点为:第一,以事实为依据,以法律为准绳。第二,给予当事人辩论权利,庭审方式以当事人对抗性为主,法院依职权主持、指挥为辅。第三,当事人举证与法院依职权收集证据并存,当事人举证为主,法院收集调查证据为辅。

在国际商事仲裁实践中,各仲裁机构受所处法系文化的影响,其仲裁庭审模式与本国诉讼审判模式相比,具有高度的相似性。而这三种模式则分别在澳门地区、台湾地区、香港地区和内地得到了不同的体现。对三种不同仲裁庭审模式的掌握和熟练运用,在全球经济一体化背景下,对于一个仲裁机构来说具有特别的意义,其可以满足不同国家或地区当事人对其所熟悉的仲裁审理模式的需求,消除其对陌生仲裁审理模式的不信任感,降低其参与仲裁的成本。南沙国际仲裁中心具有天然的优势,其融合了两岸四地的仲裁法律专家,这些专家对三大法系的审理模式与法律有着深入地了解并能够熟练运用。目前,中心也正在发挥这些专家优势,致力于能够在中心同时使用这三种不同的审理模式,为不同法域的当事人提供不同的服务。中心还力求能够在对三种审理模式进行梳理总结的基础上,融合不同模式的优点,为当事人提供更加优质、高效的仲裁服务。

(二) 扩大新技术在仲裁中的运用,积极推动网上仲裁

如前所述,互联网已对人们的生活产生了很大影响,作为为经济活动提供法律服务的仲裁制度,应是主动来适应经济活动,而不是相反。以电子商务为例,电子商务的下单、支付均在网络上完成,相关的通信数据也保存在网络中,在双方主要经济活动均已在网络上完成的情况下,作为

处理纠纷的司法仲裁服务,如采用传统方式进行,不仅增加了当事人的成本,与电子商务的高效便捷相背离,也不符合经济发展的规律,面临着被淘汰的可能性。生产关系要适应生产力,制度要适应新产业的新需求。正是适应互联网的发展趋势,中国于2013年新修订实施的《民事诉讼法》不仅将电子数据作为证据,还进一步认可了在线审理方式,并对法院采用传真、电子邮件等方式送达作出了规定。这些都给国际商事仲裁的发展带来了启示。从现实世界走向虚拟世界是人类社会的一大飞跃,从常规仲裁到网上仲裁则是仲裁争议解决方式的一大飞跃,随着网络技术的日新月异以及网络的进一步普及,网上仲裁必将成为一种重要的、替代性的争议解决方式。因此,仲裁机构应当积极加强对网上仲裁的研究和投入,力争实现和普及网上仲裁模式。在目前条件下,应尽可能地在送达、证据、庭审模式上实现突破。

(三) 加强仲裁文化建设,兼容并蓄,提升服务能力与水平,打造国际商事仲裁公信力

仲裁文化是指与仲裁有关的理念、规范、规则、制度和行为方式的总和。在国际商事仲裁中,不仅要注重对中国传统文化的继承和发扬,对于其他国家和地区的优秀仲裁文化,尤其是国际商事仲裁实践中证明具有共性的仲裁理念、价值观念、思维方式、运作模式等,仲裁机构都应予以吸引和发扬。如我国传统文化中的互谅互让、以和为贵、追求和谐的和合文化,国际商事仲裁实践中的意思自治、公道正派、独立公正、公平合理、高效勤勉自律等,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,使我们的仲裁实践能够与国际经济发展的根本要求相适应,从根本上促进中国国际商事仲裁事业的持续发展。

仲裁机构还应注重提高服务意识与能力,提升仲裁的公信力。仲裁制度的先天契约性决定了仲裁只有具备过硬的办案质量和效率,形成公信力,树立起品牌和口碑,才能获得长远发展。因此,仲裁机构要紧紧围绕建设社会公信力这个中心开展工作,包括仲裁机构软硬件建设、机构管理、案件管理制度建设、仲裁队伍建设、仲裁服务和仲裁形象建设、精神面貌和作风素质建设等,要把仲裁服务品牌建设和社会公信力建设紧密结合起来,努力构筑社会对仲裁事业的专业信赖和品质信赖。

New Trends and Development Exploring of International Commercial Arbitration Practice

By Chen Zhongqian

Abstract: After the international financial crisis in 2008, new changes have taken place in international economic pattern, and causing the adjustment of international economic rules; China's economy has made remarkable achievements at the same time, to become the world's second-largest economy. In this context, the author believes that there will be a new development trend of international commercial arbitration practice, which also requires a corresponding development countermeasures.

Key words: The Trend of International Commercial Arbitration Practice Trend Countermeasure

(责任编辑:徐朝霞)