



仲裁研究

ARBITRATION STUDY

第四十辑

中国广州仲裁委员会 主办



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



仲裁研究

ARBITRATION STUDY

第四十辑

中国广州仲裁委员会 主办



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

仲裁研究. 第40辑 / 广州仲裁委员会主办. —北京:
法律出版社, 2016. 7

ISBN 978-7-5118-9843-2

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(2016)第189893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/三河市龙大印装有限公司

编辑统筹/法律应用出版分社
经销/新华书店
责任印制/胡晓雅

开本/880毫米×1230毫米 1/16
版本/2016年7月第1版

印张/7.75 字数/177千
印次/2016年7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 978-7-5118-9843-2

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)

仲裁研究(第四十辑)

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 李非涪

本期执行编辑:陈泓漪

英文编辑:叶 峰

责任编辑:林才来 冯国鸿 叶 峰 莫海恩 李卓平 马 婷

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

中国广州仲裁委员会简介

中国广州仲裁委员会(原名广州仲裁委员会)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,2015年,中国广州仲裁委员会共受理各类民商事纠纷案件10631件,案件总标的额316亿元,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90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、仲裁发展部、网络仲裁部六个职能部门,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,成立了中国广州仲裁研究院,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。作为中国广州仲裁委员会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,随着中国广州仲裁委的进一步发展,中国商事仲裁网的建设势必迈上一个新台阶。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: gzzcw@126.com

Tel: (020)83283906

联系人:冯国鸿

目 录

探索与研究

商事仲裁在粤发展研究	陈忠谦/ 1
公司治理视野下股权代持之若干法律问题(下)	王小莉/ 15
“一裁终局”下仲裁裁决的司法救济途径	董少谋/ 21
我国医疗纠纷仲裁制度的可行性及实践探讨	曹 翔/ 30

仲裁实务

试析仲裁中的事实认定	
——与诉讼相比较	熊晓彪/ 40
论涉外仲裁协议效力的审查	
——从最高人民法院的典型复函入手	吴 艳/ 50
论我国股东派生诉讼制度的完善	
——评《公司法》第 151 条	马 宁/ 59

国际商事

NAFTA“公平公正待遇”条款中的投资者合理期待原则分析	杨 陶/ 69
国际商事仲裁协议的解释问题:域外实践与中国视角	张 建/ 78
已撤销仲裁裁决在“更加优惠权利条款”下的承认与执行	陈 辉/ 87
国际商事仲裁对公共政策的维护	
——对国际商事仲裁解决反垄断争议的思考	娄卫阳/ 98

探索与研究

商事仲裁在粤发展研究

陈忠谦*

内容提要 近年来,无论是数量还是质量,商事仲裁在广东的发展均得到较大的提升,社会仲裁意识逐渐得到增强,法律制度和相应配套不断完善。但是在我国仲裁法规未得到修改的情况下,广东地区仲裁机构多样化的性质和不完善的体制限制着发展,各仲裁机构的发展存在不平衡,国际化、专业化有待加强等。今后,促进机构改革、推动自贸区法律服务、抓住“互联网+”建设,并最终推动仲裁文化建设将成为广东商事仲裁发展方向。

关键词 商事仲裁 广东仲裁 网络仲裁 国际化 专业化 仲裁文化

1995年,《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》)正式实施。这对仲裁界而言,犹如一阵春雷,为我国长期摸索的仲裁人送来了现代仲裁制度,为中国的仲裁机构正了名。新法实施后,广东各地陆续组建仲裁机构,先后成立了13家仲裁机构。新组建的仲裁机构破旧去腐,戮力革新,经过20年的努力,取得了长足发展,完成规范化建设,进行了服务领域的开拓和制度的创新,仲裁方式不断得到普及,社会仲裁意识得到增强。这为及时解决民商事纠纷、维护公平正义,促进市场经济建设发挥了积极作用。

一、广东商事仲裁近年发展情况

得益于经济持续健康快速发展和改革开放的深入推进,广东的仲裁工作近年展现出了良好的发展势头和厚实的发展潜力。仲裁机构规模、软硬件设施建设、服务水平均有了质的提升,为商事仲裁的长足发展提供了有力的保障。

1. 案件数量、质量保持良好发展态势

作为解决商事纠纷的一种重要形式,仲裁因其高效、灵活的特点,一直为商事主体所青睐。近年来,广东商事仲裁公正、公平、高效解决纠纷,案件受理数量、标的额逐年增加,和解与调解结案数稳步上升,撤销、不予执行保持较低水平,涉外案件位居全国前列。详见表一:

* 中国广州仲裁委员会主任,法学博士。

表一:2011年至2014年广东受理仲裁案件数量及标的额

年份 (单位:年)	受理案件 (单位:件)	同比增长	占全国比例	标的额 (单位:亿元)	同比增长	占全国比例
2011	7405	3.70%	8%	127	4.10%	8.7%
2012	8382	13.19%	8.7%	139.6	9.92%	10.6%
2013	8369	-0.15%	8%	190	36.10%	11.5%
2014	10437	24.71%	9%	385.7	50.74%	14.4%

(数据来源:国务院法制办公室)

从表一可知,自2011年至2014年,广东地区受理仲裁案件数量总体呈上升趋势,案件标的额增长趋势明显。尤其是2014年,同比增幅较大,这可能与商事经济的发展、矛盾纠纷发生率的上升、仲裁意识的提高有关。标的额的增幅大于受理案件数量增幅,可见,单个案件的标的额也越来越大。在全省平稳发展的趋势之中,有些仲裁委员会发展势头尤为突出,如中国广州仲裁委员会受理的案件量从2010年的4593件增加到了2014年的5926件,增加了1333件,增幅达29%;标的额从2010年的70.5亿元增加到了2014年的187.3亿元,总标的额增加了116.8亿元,增幅为165.7%。^①广东地区的仲裁业已经迈入高速发展阶段。

表二:2012年至2014年和解与调解结案数

年份(单位:年)	全省调解结案数(单位:件)	占受案数比例	全国调解和解案件数	占全国比例
2012	3261	38.90%	57832	5.6%
2013	3347	39.99%	60112	5.57%
2014	3308	31.69%	74200	4.46%

(数据来源:国务院法制办公室)

仲裁解决的是商事案件,双方所产生的纠纷实际上隐藏着继续合作的可能性,而且双方在纠纷解决上更趋于理性,因此调解与和解更有利于平息诉争,有利于实现法律效果和社会效果的平衡,促进矛盾的化解,社会的稳定。从表二可见,调解案件数处于较稳定状态,占受案数比例均在30%以上,调解率相对较高。但相对于受案数的增长,增势稍弱,今后的工作必须进一步发挥调解的作用。

表三:2011年至2014年撤销、不予执行数

年份(单位:年)	全省撤销、不予执行数	占全省受案数比例	全国撤销、不予执行数	占全国撤销、不予执行比例
2012	27	0.32%	226	11.95%
2013	17	0.20%	218	7.80%
2014	44	0.42%	309	14.24%

(数据来源:国务院法制办公室)

仲裁与诉讼其中一个主要的区别在于裁判标准。根据我国《民事诉讼法》的规定,人民法院

^① 数据来源:国务院办公厅。

审理民事案件,必须以事实为根据,以法律为准绳。而根据我国《仲裁法》的规定,仲裁应当根据事实,符合法律规定,公平合理地解决纠纷。再者,国际仲裁中也存在多数依据交易惯例进行裁判的做法。所以,我国《民事诉讼法》更多地规定人民法院从仲裁程序上监督仲裁裁决。

撤销和不予执行的数量实际上说明了一个仲裁机构处理案件的质量问题。表三显示,广东地区仲裁案件撤销与不予执行的比例非常低,说明了广东仲裁在办案质量上得到提升,当事人尊重仲裁、自动履行仲裁的意识增强。加上司法机关依法监督,避免过多干预独立仲裁权,使仲裁案件数量高速增长的情况下保持撤销与不予执行的低比率。

表四:2012年至2014年涉外案件数

年 份	涉案案件数量 (单位:件)	同比增长	占受案数量	全国涉外案件	占全国比例
2012	893	36.13%	10.65%	1521	58.71%
2013	863	-3.56%	10.31%	1596	54%
2014	915	6.02%	8.77%	1785	51.2%

(数据来源:国务院法制办公室)

从表四可知,2012年至2014年期间,广东受理的涉外仲裁案件数量总体上呈上升趋势,并占全国受理仲裁涉外案件的50%以上,是全国受理涉外仲裁案件最多的省份。这些数据说明广东仲裁机构重视与国际接轨、开放程度大,同时能够得到境外当事人的认可和信任。随着国际贸易的发展、商事交往的频繁以及广州南沙自贸区的设立,广东仲裁机构在处理涉外纠纷中的作用将进一步得到明显提升。

总体而言,广东商事仲裁呈现平稳发展局面,案件数量稳定增加,案件受理标的额增长较为迅速,调解、和解结案数较高,为社会和谐作出一定贡献,撤销、不予执行案件数量保持较低比率,办案质量提高,涉外案件数占全国比例较大,国际仲裁认可度较高。随着经济的发展,社会上商事主体对于仲裁认同度有所提高,更多在合同中约定了仲裁条款,在纠纷发生以后提交仲裁机构解决。

2. 社会仲裁意识得到增强

《仲裁法》颁布二十多年来,真正国际意义上的商事仲裁在广东从无到有、从小到大,仲裁意识从弱到强,走过了不平凡的艰苦路程,如今取得了令人瞩目的进步。仲裁机构经历了面对面发传单、挂横幅的方式宣传,到通过不断交流走访开拓仲裁市场,再到全方位提高办案质量、办案效率,多方式、多元化宣传推广仲裁的局面,人们从不认识仲裁,不了解仲裁制度,不敢约定仲裁,到现在清楚仲裁、需要仲裁,到对仲裁提出更高要求的程度,商事仲裁意识在广东得到明显增强。随着广东地区国内外商业合作与交易逐渐频繁,商事仲裁逐步成为解决纠纷的一种常见方式。

从案件受理情况来看,广东仲裁受案量从2011年的7405件增长到2014年的10437件,增幅达到41%,标的额从2011年的127亿元增长到2014年的386亿元,增幅达到204%,两者都呈现出飞速增长的趋势,而仲裁不仅在经济较发达的珠三角地区明显快速发展,受案量、标的额增幅分别达到43.98%、205.26%,在经济相对欠发达的东西两翼和山区五市也发展较快,虽然受案量

相较于2011年而言有所下降,但是标的额增幅达到了35%。^② 这些数字证明,曾经被认为披着神秘面纱的仲裁已经逐步被大众所认识和青睐。人们在经济交往中愿意把仲裁条款写进合同,选择仲裁。人们需要仲裁,并对仲裁逐步提出更高要求。当事人在仲裁程序中聘请律师提供服务的情况较为普遍,有了律师的参与,仲裁程序能够把握得更严谨,案件处理的质量更高。而当事人在参加仲裁过程中,往往能够更自由地表达,越来越强调意思自治,对效率要求越来越高,双方非对抗性较为明显,并因此更加注重证据的收集,要求程序更加简捷、方便、经济、和谐地进行。可见,人们对仲裁制度有了较为深入的了解,并积极运用到实践中,依据制度提出合理诉求,体现了人们仲裁意识得到了强化,对仲裁权利、义务的认识更加深入。同时,人们仲裁意识的提高,也体现在人们不仅更愿意选择仲裁解决纠纷,而且更加认同商事仲裁,自动履行仲裁的结果,积极融入仲裁制度,参与、推动仲裁制度的变革。总而言之,仲裁意识经过二十年的实践,从无到有,从弱到强,从低层次到高层次的方向健康发展。

3. 仲裁法规配套逐步完善

一直以来,广东走在中国改革开放的前沿。对内以信息化带动工业化,对外形成全方位、多层次、宽领域的对外开放新格局,进出口贸易连续18年居全国首位,成为中国经济发展最快、对外经济贸易最发达、最具市场活力和投资吸引力的地区之一。^③ 以经济大发展为依托,我国已建立起了一个多层次法律规范组成的仲裁法律体系,并得到逐步完善。

第一层为我国缔结或者参加的国际条约。我国缔结或参加的国际条约,包括1987年加入的《承认及执行外国仲裁裁决公约》、1993年加入的《解决国家与他国国民之间投资争议公约》等。因仲裁是国际化的纠纷解决方式,我国缔结和加入的国际条约为经济交往和商事交易提供调解和仲裁的便利,为仲裁裁决的承认和执行提供便利,使我国涉外仲裁制度开始与国际接轨,更为广东“引进来”和“走出去”提供了替代性纠纷解决机制的环境,极大地便利、促进了广东外向型经济的发展。

第二层为与仲裁有关的国内立法。立法机关制定的与仲裁有关的国内立法,包括1995年9月1日实施的《仲裁法》,2010年的《涉外民事关系法律适用法》、2013年新修订的《民事诉讼法》等。《仲裁法》是我国成立以来首次颁布的专门调整仲裁法律关系的法律,是调整仲裁法律关系的核心,标志着现代仲裁制度的确立。^④ 该法充分考虑了建立社会主义市场经济的要求,借鉴了国外仲裁制度的经验,特别是《承认及执行外国仲裁裁决公约》及《国际商事示范法》,体现了积极容纳国际通行做法的特点,为广东在外向型经济发展过程中利用仲裁解决纠纷机制提供了最基本的制度保障。在社会主义法律体系形成之前,《涉外民事关系法律适用法》适时出台,当中关于仲裁协议的法律适用问题,明确首先适用当事人协议选择的法律,并以适用仲裁地或仲裁机构所在地的法律为补充,使得当事人意思自治的原则得到充分体现,再一次与国际通行做法相接轨。2013年新修订的《民事诉讼法》第26章以专章的方式对涉外仲裁作了规定,保留了原先立法中的可行之处,及时剔除不合理成分,为广东改革开放的深入和对外经济贸易的迅速发展送来了及时雨般的制度支持。

^② 国务院法制办公室公布。

^③ 载广东省人民政府网, <http://www.gd.gov.cn/tzgd/tzhj/0200606120019.htm>, 最后访问日期:2015年7月31日。

^④ 侯登华:《从仲裁协议形式的变化看仲裁制度理念的变迁》,载中国法律信息网,最后访问日期:2006年8月。

第三层为司法解释。在司法解释层面,主要包括“仲裁法司法解释”、“民事诉讼法司法解释”、“与港澳台有关执行的承认和执行的司法解释”等。《仲裁法》因规定过于原则化而广为诟病,“仲裁法司法解释”的出台,一定程度上填补了《仲裁法》的不足,其中关于仲裁协议的书面方式的扩大解释为仲裁事业的发展提供了有力的支持。而值得一提的是2015年的“民事诉讼法司法解释”就关于仲裁法律关系的调整,新增13条,修订6条,使仲裁这种纠纷解决机制向更广、更深层次发展。这及时的修补为仲裁事业发展扫除了障碍。

第四层为行政法规。行政法规中的《对外合作开采石油资源条例》《关于鼓励台湾同胞投资的规定》等对涉外纠纷的解决均有所涉及,为涉外商事争议的解决提供了仲裁方式。而其他涉及实体内容的行政法规也为仲裁实践的裁判提供了强有力的参照依据。

另外,作为改革开放的窗口,广东与香港、澳门、台湾地区在经济往来中,有丝丝缕缕的联系,而与执行相关的《内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》《关于内地与澳门特别行政区相互认可和执行仲裁裁决的安排》等是两地司法协助领域的重要成果,为涉外经济纠纷的解决开通了直达车。

总而言之,以1995年9月1日实施的《仲裁法》为核心,以《民事诉讼法》以及中国参加订立或批准的条约、公约为基础,以与时俱进的相关司法解释为补充建立的仲裁制度,紧跟经济发展步伐、实践需要,结合本土特点,成功借鉴了国外有益的经验 and 国际上的通行做法,广东仲裁逐步实现与国际接轨,贯彻当事人意思自治原则,逐步在规则中充分体现仲裁独立原则,对国际仲裁作出特别规定,使仲裁事业融入国际仲裁市场,为广东外向型经济发展提供了配套的仲裁制度,为逐步走向国际的广东经济保驾护航。

二、商事仲裁在粤发展存在的问题

经过二十多年的努力,商事仲裁在广东得到较大发展,但是也存在诸如地区发展不平衡、仲裁机构性质不统一、体制不完善、国际化及专业化程度有待加强、创新能力不足等问题。

1. 各地仲裁发展不平衡

近年来,广东经济总体上呈快速持续健康型发展,但区域经济发展不平衡仍相当明显。珠江三角洲地区呈现出工业化、城市化、信息化和国际化互动共进的良好格局,与港、澳地区经济关系更加紧密,辐射能力进一步增强,成为中国最具活力、经济增长最快地区之一。东西两翼与山区虽然也出现加快发展的良好势头,但是经济总量、产业发展等方面均无法与珠三角地区同日而语。相应地,仲裁事业的发展也呈现出明显的区域性。

目前,广东14个仲裁机构中,珠三角地区9市有8个,占了72.7%;东翼4市有2个,西翼3市1个,山区5市3个,三地区12市占27.3%。仲裁机构分布较为集中,主要分布在珠三角地区,仲裁服务无法在东西两翼和山区五市扩展。在这些仲裁机构中,业务发展很不平衡,沿海发达地区和省会城市的仲裁机构业务量较大且呈现稳定的增长趋势,2014年,广东各仲裁机构中,仅有中国广州仲裁委员会与深圳仲裁委员会受案量超过500件,分别为5926件、2313件,合计占广东全省受案总量的79%,其余仲裁委员会均低于全国平均受案量463件。珠三角地区仲裁服务涵盖商品交易、资本和产权交易、货币信贷、保险、证券期货、房地产、建筑、科技、知识产权、国际经济贸易等市场领域。但其他地区的发展就较为缓慢,且涉及范围较窄,业务较为传统,主要停留在买卖、民间借贷等一些较为常见的纠纷。个别仲裁机构受案量极少,在运行上完全依赖政府支

持。上述分析的仲裁在广东各地发展不平衡的情况,不利于仲裁行业的发展以及仲裁文化的传播。

2. 多样化的机构性质

根据国际示范法的规定以及国际惯例,仲裁机构的民间性质毋庸置疑。它是仲裁机构独立、公正的保障,是仲裁排除行政干预、地方保护主义弊端,提高公信力的制度基础。我国《仲裁法》折中于特定的历史情况,立法规定由人民政府组织有关部门和商会统一组建仲裁机构,这虽然符合时代的要求,但时至今日,《仲裁法》已颁布二十年,历史条件和经济环境均已发生巨变,《仲裁法》修改修订也提上了议程。早在2010年4月1日,财政部、国家发展改革委员会就已发布《关于调整仲裁收费管理政策有关问题的通知》,将部分仲裁机构的仲裁收费转为经营服务性收费,并依法纳税,实行企业化管理。这说明仲裁机构性质的改革势在必行,而且逐步凸显民间性。然而,中国仲裁协会至今尚未成立,也没有法律规章确定统一的仲裁机构体制。各地仲裁机构只能在法定条件下先尝先试,从而形成了多样化的仲裁机构性质。

实践中,广东省的仲裁机构目前主要有如下三种性质形态:第一,法定机构。这是仲裁机构改革的新兴模式。仲裁机构经过政府、人大专门批准和立法,明确职责范围、运作模式等制度,无论在机构运作上还是案件处理上均具有较强的独立性。第二,普通事业单位。现在大多数仲裁机构保持着与行政机关相对的独立性,虽然在案件处理上实现了高度独立,但在财政上依然实行“收支两条线”管理制度,人员配置上部分依然受到行政监督和管理。第三,隶属于政府机关。该模式的仲裁机构一般隶属于市政府司法局的法制办公室,相关负责人员也有行政官员兼职,行政化色彩较为明显。

仲裁本质上是一种无地域限制的国际化纠纷解决方式。且不论上述三种模式的利弊,但多样化机构性质并存的状态,势必会造成仲裁机构在管理上混乱的局面,而且还难以在国际建立起对广东仲裁乃至中国仲裁的信任,更无法与国际接轨,影响仲裁公信力的塑造。

3. 仲裁机制不完善

我国《仲裁法》第10条规定了仲裁机构设立的条件、组建的主体、登记的行政部门,第11条规定了设立组建的条件,其他条款也对机构人员、仲裁员资格等方面进行了规定,已经架设起仲裁机构机制的基本框架。但我国现行的仲裁制度属于二十年前的“舶来品”,尽管在逐步尝试改革,但依然受制于当时历史条件的枷锁。在国际商事和社会经济日新月异发展的今天,原有的体制框架已经无法继续指引和规范仲裁机构乃至仲裁行业的发展,仲裁机构长期未接受市场检验的特性以及依赖行政扶持的特性磨灭了仲裁原本的专业和高效。而且仲裁机构运行过程中主体资格的变更、消灭,设立分支机构或办事处的条件和程序等缺乏法律的规定,不仅导致仲裁机构“遍地开花”,甚至有的仲裁机构通过外包、串通等手段,利用仲裁的准司法性侵害第三人财产权益,损害仲裁行业的公信力。

在仲裁程序上,因旧体制的束缚和法律法规的缺失,不少必需的制度无法被采用。例如,临时仲裁、仲裁第三人等在现实案件的处理上有一定的必要性,但是并没有载于本国的仲裁制度中。即使广东仲裁机构中有少数已经将国际仲裁的相关程序载入自身的仲裁规则,但在实际运用过程中也因没有本国法律的指引而发生不少问题,甚至面临被当事人作为撤销或不予执行事由的尴尬。

4. 国际化、专业化程度有待加强

中国仲裁制度随着市场经济的发展,经历了一个从无到有,不断修补,再到持续发展的过程。

因积极融入世界经济的缘故,中国仲裁制度兼收并蓄,吸收融合了国际通行做法,建立起以当事人意思自治为基石,以独立仲裁、一裁终局为原则的框架。基本架构的建立使中国仲裁制度与国际上的仲裁制度发展方向趋于一致。然而,不能否认的是,现代意义上的仲裁制度作为“舶来品”存在先天性不足的特点,制度的国际化和专业化程度受到了一定的限制。广东仲裁事业的发展也囿于现行制度的制约,尚未走出“瓶颈”。

仲裁随着经济的全球化而国际化,而国际化则意味着共同规则^⑤并辅以仲裁机构运作的国际化。在规则方面,广东未突破宏观法律规定的桎梏,现行规则与国际通行仲裁规则尚存在一定的差距,主要体现在意思自治适用范围较窄、仲裁模式较为单一、对实践新情况反应较慢、自由裁量权较少等方面。对于联合国国际贸易法委员会以及国际主流仲裁机构的最新成果、理论界一直探讨并最为关注的临时措施、合并仲裁、开放名册、友好仲裁等未能吸收或者有所体现但未能完善。例如,定位于存在两个或两个以上相互关联的仲裁程序时,“一揽子”解决所有争议的合并仲裁,在不违背当事人意思自治原则的前提下,突破“仲裁无第三人制度”的限制,增加利害关系人进入仲裁程序。此制度的创新,一则在程序上有利于解决纠纷涉及第三人时的举证难题,二则可在降低成本的基础上避免矛盾裁决的产生,为涉及多个主体的纠纷提供更为高效的争议解决途径,使仲裁庭更加全面、更快捷地查明事实,作出判断。制度的优越性使不少国家、地区在实践中逐步确立合并仲裁制度,如英国的《仲裁法》、香港地区的《仲裁条例》。2014年《上海国际经济贸易仲裁委员会(上海国际仲裁中心)中国(上海)自由贸易试验区仲裁规则》也借自由贸易区设立的东风大胆吸收了该制度。日前,广东的南沙、横琴岛等也挂牌成立了自由贸易试验区,大量的涉外商事交易和经济往来必定产生,广东仲裁应当借此契机,大胆创新,把仲裁进一步推向国际化。与规则上的不足相对应的,在仲裁机构运作方面,未能最大限度地尊重当事人意思自治,具体体现在当事人就仲裁规则、仲裁庭的组成、语言与仲裁地等作出约定时,仲裁机构缺少必要的机制及技术支持;国际仲裁与国内仲裁未能很好地结合,例如,人民法院对不予执行涉外仲裁裁决以及拒绝承认和执行外国仲裁裁决时建立逐层报告制度等。

仲裁的专业化一般体现在两个方面,即仲裁机构专业化和仲裁员知识结构专业化。^⑥ 仲裁机构的专业化,主要就是指业务方面的专业化。例如,闻名世界的伦敦海事仲裁,就是走海事领域专业仲裁之路,其业务范围集中在船舶和船舶活动以及航海贸易有关的一系列海事争议。一般而言,仲裁专业化定位,应面向市场,遵循市场经济发展规律来确定发展方向,比如建设工程、房地产、知识产权、金融、证券、电子商务等。与专业性仲裁机构相对应的是综合性常设仲裁机构。广东仲裁机构主要为综合性常设仲裁机构,如中国广州仲裁委员会、深圳仲裁委员会、珠海仲裁委员会等。近年来,中国广州仲裁委员会紧跟时代步伐为使业务更臻于专业,成立了国际仲裁院、金融仲裁院、知识产权仲裁院、南沙国际仲裁中心,在仲裁专业化方面进行了积极的探索。但是总体上广东的仲裁机构专业化是不足的,主要体现为大部分仲裁机构未能及时应对市场变化,仍固守大而全的机构仲裁方式,处理的纠纷传统而单一,主要为买卖、租赁、建设工程、借款合同纠纷,仍有较大的、潜在的专业性市场待开发。而目前仲裁机构专业化的内在动力也存在不足,

⑤ 宋连斌:《中国仲裁的国际化、本土化与民间化——基于2004年〈北京仲裁委员会仲裁规则〉的个案研究》,载《暨南学报》(哲学社会科学版)2006年第6期。

⑥ 陈忠谦:《仲裁专业化问题初探》,载《仲裁研究》2004年第1期。

亟待外在因素撞击式激发破釜沉舟的改革创新。仲裁员知识结构专业化,作为仲裁的一大优势,早在1995年施行的《仲裁法》就对仲裁员的任职资格作出严格规定,但当时的视角主要落在法律的专业化方面。而今,仲裁纠纷不仅仅停留在法律层面,已然涉及复杂贸易模式、金融产品、技术问题等方面,尤其随着市场经济日益发达,互联网时代下各种宏观背景中夹杂着微观技术,纷繁复杂、技术性极强的专业化法律纠纷层出不穷,仅靠原有的法律知识和生活经验已经很难应对市场的需要。这就需要相关领域的专家对涉及该领域的专业问题作出权威解释和判断,再辅之以相关法律规定,才能公平合理地解决当事人之间的纠纷。目前,广东总体上仲裁员知识结构的专门化方面尚未及时跟上市场发展的潮流,亟待新时代、新背景下迸发新生力量,以面对精细化的社会分工。总之,试图仅靠通用法律的仲裁员、大而全的仲裁机构来走向国际化、专业化,从长远来看是不现实的,专业化的仲裁机构和专家型的仲裁员才最具有生命力,才是可持续性的发展,才能在市场经济服务之中取得再一次跨越式发展。

5. 创新能力不足

虽然广东处于改革开放的前沿地带,广东仲裁也逐步探索和致力于摆脱行政化色彩,但是我国仲裁在制度上起源于行政,依赖于行政,从而广东仲裁在总体上对经济和社会环境的变化缺乏一定的敏感性。仲裁与诉讼一样,宗旨在于定分止争,但仲裁有区别于诉讼的灵活和优势,就是在尊重当事人意思自治的基础上,创造、展开适应社会和经济环境变化的解决纠纷方式。如果仲裁不充分利用这种优势,失去对经济发展和社会环境变化的应对,仲裁有可能逐步被当事人所弃用。

在互联网经济到来之际,诸如网络购物、网络贷款的大量零星细碎化的纠纷即将产生,甚至是井喷式增长。因网络的虚拟性和无地域性,实际上普通的民众是难以通过正式的诉讼渠道去解决这些纠纷。而且因为争议标的的不大,不少人也抱着息事宁人、买个教训的心态,放弃追究相应的责任。这不利于网络交易和网络经营的健康发展。广州、深圳地区的信息化程度较高,在电子商务方面更是走到了全国的前列。由于电子商务涉及确认交易发起人身份、传送数据真实性的判断、未经授权的信息披露、网络保密制度等高度专业化问题,电子商务纠纷对仲裁机构的规则以及仅仅具备一般网络知识的仲裁员提出了挑战,陈旧的程序与综合式的仲裁员在面对新领域方面的案件时所显露出来的缺陷逐渐暴露,难以满足仲裁事业的长足发展。虽然中国广州仲裁委员会率先于全国仲裁机构中提出并实践互联网仲裁,但广东的其他仲裁机构,甚至法律界甚少能够及时察觉这样环境的改变,极少人去主动观察、思考、研究、创造、设想,呈现出在仲裁程序和制度设置上安于现状,在仲裁业务范围的开拓中消极待命。

三、广东商事仲裁的展望

社会转型,广东以“金融+科技”双轮驱动,打造经济发展双引擎,将会为社会发展、仲裁发展带来一个新契机。市场经济发展,对外贸易和对外经济合作加速,国际国内市场逐步融合,经济纠纷、涉外因素大量出现,这都为仲裁法律制度的改革与发展提供了源源不断的动力。而在互联网时代,广东以改革开放的前沿优势,毗邻港澳地区的地理优势,科技发展的技术人才优势,力争创新,实现仲裁在新时代的背景下华丽转型。

(一) 完善机构改革和规范仲裁管理

仲裁机构多样化而不合理的性质与不灵活的体制限制了仲裁机构的发展。在经济大发展的

背景下,仲裁机构改革成为必然。

现行的《仲裁法》并未对仲裁机构的性质做定论。不少人呼吁,应当参照外国仲裁机构的做法,回归民间性组织,改革为纯粹民间性组织,^⑦但这种做法存在一些问题。比如怎么管理,如何监督到位,仲裁机构管理人员的身份、职权如何有效约束、社会认可度等。也有人呼吁,为使管理更加有效率,应类似行政机构设置,^⑧这实际上是一种倒退,难以体现仲裁的自治性、契约性。综合各种因素,仲裁机构应该是一种独特的法定机构,它具备独立的法人地位,但区别于行政机关,不是具有行政级别的政府部门,管理人员脱离政府官员兼任,不是纯粹的民间性质组织,由《仲裁法》赋予独立仲裁权,由政府 and 商会组建,在保证仲裁机构独立性的前提下建立治理结构和利益均衡机制。原则上,在内部管理方面赋予仲裁机构以集体管理的实权,扩大工作人员民主管理的权限,完善仲裁机构管理人员的选聘制度,并建立符合市场要求的内外部监督机制,如加强审计监督,以更好地符合市场对于此类纠纷解决服务的要求,淡化行政化色彩。以此为基础,各仲裁机构在制定规则时要突出仲裁的程序优势和特点。非行政性的仲裁机构将更加适应市场经济的发展,将更加灵活、高效,更加注重推动当事人意思自治,将意思自治原则贯彻到每个程序中。例如,对于庭审过程,可依据当事人意思自治原则,一步步引导当事人;对于双方确认的事实,对于相关证据,一次性予以确认,不再单独进行证据开示、质证,以此提高庭审速度;对于答辩期、举证期限等可以根据实际情况适当放宽,可由当事人双方自由约定等。

实质上,即使法律赋予仲裁机构以仲裁权力,但如果没有当事人选择,仲裁机构就没有权力去处理他们的纠纷。可见,仲裁真正的权力来源是当事人的选择。因此,最重要的检验和监督是市场。在制度改革和规范管理上,需要将仲裁机构更加市场化,建立优胜劣汰的竞争机制,自然淘汰那些在政府扶持下发展十余年仍不能维持自行运转的仲裁机构,由市场来分配仲裁资源。对于不遵守法律法规的仲裁机构,理应由仲裁协会或相应行政管理部门给予相应处分,包括注销登记。

(二)加强自贸区仲裁法律服务

2015年4月,中国(广东)自由贸易实验区正式挂牌,标志着中国(广东)自由贸易实验区的正式成立。自贸区的成立是新形势、大发展背景下的新举措,将为“一路一带”国家战略的开展、改革的全面深入、管理模式创新、贸易和投资的促进、开发的扩大提供新契机和不竭的动力。而“国际化、市场化、法治化营商环境”目标的提出,则为法制环境的建设提出更高要求。自贸实验区法制环境的建设将是一项复杂、系统的渐进式工程,涵盖立法、司法、执法和仲裁等各个环节制度。自贸区贸易和投资便利化政策的大力推行,在大幅提升区内国际投资、贸易交易量的同时,必将催生大量各类国内和涉外商事纠纷。由此,建设良好的国际商事争议解决机制是自贸区法治环境建设的题中之义,建立国际化、专业化的仲裁机构将变得迫切。

提高仲裁的国际化程度,意味着需要在仲裁机构管理机制、仲裁规则内容以及仲裁庭权力等诸多方面实现与国际通行做法的接轨。^⑨在仲裁机构管理国际化方面,强化仲裁机构的独立性,明确其不以营利为目的、独立自主经营的法律地位。在仲裁规则适用方面,尊重当事人意思自治

⑦ 吕勇:《入世十年与中国仲裁机构改革》,载《仲裁研究》2011年第4期。

⑧ 王小莉:《关于修改〈仲裁法〉的若干意见》,载《仲裁研究》2015年第1期。

⑨ 廉高波、刘雪红:《论国际化趋向国际商事仲裁中心的构建》,载《西安电子科技大学学报》(社会科学版)2014年第6期。

原则是国际商事仲裁制度的核心。目前,很多国际知名仲裁机构为扩大自身业务和影响力,都积极尝试在不违反本国强行法的情况下由当事人选择适用国际组织或其他仲裁机构的仲裁规定。如中国广州仲裁委员会的仲裁规则尊重当事人就仲裁程序事项或者仲裁适用的规则的约定。^⑩国际仲裁实践的发展,创造了一系列新颖而有效的成果,例如,《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》及国际主流仲裁机构规则《斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁规则》等的规定的临时措施、友好仲裁等,《中国(上海)自由贸易实验区仲裁规则》在吸收借鉴前述规则的基础上完善了临时措施、引入仲裁院开发名册制度,新增了案件合并及案外人加入仲裁程序制度,确立了仲裁调解员制度,强化了仲裁证据制度,纳入了友好仲裁制度,增设了小额争议程序等。广东仲裁的发展,外可借鉴《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》等,内可参考《中国(上海)自由贸易实验区仲裁规则》,顺应仲裁立法和实践的潮流,与国际接轨。

广东的仲裁制度不仅应借鉴实践中的最新成果,结合广东仲裁特点,仍应继续创新,在仲裁语言和仲裁地点等内容上力争符合国际商事仲裁的特点。在仲裁使用的语言上,考虑当事人及其代理人多元化的国际背景,打破中国内地仲裁结果长期以来以中文为默示语言的传统做法,允许当事人对仲裁程序适用的语言进行约定,未约定的情况下,由仲裁庭根据仲裁协议或争议所涉合同适用的语言以及案件其他情形决定仲裁语言,并提供相应的技术和规则支持。

在仲裁员方面,自贸区仲裁法制的国际化客观上对仲裁员的专业化和国际化水平提出了更高要求,要求肩负自贸区仲裁案件审理责任的仲裁员不仅要熟悉国内法,更要熟知国际公约和国际贸易惯例。合格的仲裁员应当具备深厚的法学功底、与争议领域相关的专业知识、熟练的语言沟通能力,更关键的是富有国际仲裁实践经验。目前,广东仲裁机构的仲裁员的素质与前述要求有一定的差距。因此,优化名册中的仲裁员结构,一定程度上提高境外仲裁员的比例,同时实行开放式名册,允许当事人选择虽在名册之外,但是拥有丰富实践经验的国际仲裁员组成仲裁庭。有意识地提供境内外仲裁员交流与合作的机会,促进仲裁员执业能力的提高。同时鼓励仲裁机构成立专业型的仲裁院,以推动仲裁机构的专业化和仲裁员的专业化。根据《中国(广东)自由贸易实验区总体方案》的功能划分,广州南沙新区将重点发展航运物流、特色金融、国际贸易等。中国广州仲裁委员会早在2011年12月19日,就联合香港地区与澳门地区的仲裁机构及法律专家在南沙共同组建设立国际商事仲裁平台即南沙国际仲裁中心,并建立了国际航运仲裁院,积极探索,为建设形成高标准贸易、投资仲裁制度添砖加瓦。

当然,仲裁制度的发展不能仅靠移植先进制度,更应当注重传统的传承和与本土司法环境的协调,使得相关仲裁制度的设计更加合理、可操作性更强、更能符合并满足仲裁当事人的需求。为广东自贸区提供更为专业、便捷、高效的仲裁法律服务,并最终推动《仲裁法》的修订以及商事仲裁制度的国际化发展。作为21世纪海上丝绸之路重要纽带和新一轮改革开放的先行地、桥头堡,定位于依托港澳地区、服务内地、面向世界的中国(广东)自贸区,必将对构建法制环境规范提出更高要求,必将走向国际化、市场化、法治化。仲裁,作为法治化中的一环,天然具有国际化、专业化的特点,将在时代新机遇中攫取新动力,成为促进法治化的一把利刃。

^⑩ 《中国广州仲裁委员会仲裁规则》第4条第2项规定:“当事人约定将争议提交本会或者分会仲裁的,视为同意按照本规则进行仲裁。当事人就仲裁程序事项或者仲裁使用的规则另有约定的,从其约定,但该约定无法实施或者与仲裁地法律法规强制性规定相抵触的除外。当事人约定适用其他仲裁规则的,由本会或者分会履行相应的管理职责。”