

法治湖北论丛



商事仲裁与商事思维

主 编◎冯 果

 长江出版传媒
© 湖北人民出版社

法 治 湖 北 论 丛



商事仲裁与商事思维

主 编◎冯 果
副主编◎李新天 李安安

 长江出版传媒
© 湖北人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

商事仲裁与商事思维/冯果主编.

武汉:湖北人民出版社,2016.5

ISBN 978-7-216-08941-8

I. 商… II. 冯… III. 国际商事仲裁—研究 IV. D997.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 118254 号

责任部门:高等教育分社

责任编辑:黄 沙

封面设计:张 弦

责任校对:范承勇

责任印制:王铁兵

出版发行:湖北人民出版社

印刷:湖北新华印务有限公司

开本:787 毫米×1092 毫米 1/16

字数:338 千字

版次:2016 年 6 月第 1 版

书号:ISBN 978-7-216-08941-8

地址:武汉市雄楚大道 268 号

邮编:430070

印张:18.5

插页:2

印次:2016 年 6 月第 1 次印刷

定价:60.00 元

本社网址:<http://www.hbpp.com.cn>

本社旗舰店:<http://hbrcbs.tmall.com>

读者服务部电话:027-87679656

投诉举报电话:027-87679757

(图书如出现印装质量问题,由本社负责调换)

“法治湖北论丛”编委会

主 任 郑少三

副主任 万学斌 李 龙

委 员 (按姓氏笔画排列)

万学斌 王 龙 王 晨 王亚平 王瑞龙

方世荣 冯 果 吕忠梅 刘大洪 齐文远

许承光 李 龙 李 牧 李长健 李仁真

肖伯符 吴汉东 邱 秋 汪习根 陈小君

周叶中 郑少三 赵 钢 胡兴儒 俞 江

姚 莉 姚仁安 秦前红 徐汉明 曹诗权

康均心 彭方明 彭真明 曾令良 温世扬

雷兴虎 熊 伟 熊世忠

总 编 万学斌

副总编 王 龙

《商事仲裁与商事思维》

编委会

主 编 冯 果

副主编 李新天 李安安

编 委 (按姓氏笔画排列)

王全刚	王瑞龙	冯 果	刘建勤	李安安
李克武	李新天	李群星	余 磊	张 杰
张里安	张卓立	罗 昆	钟 莉	徐少林
彭真明	雷兴虎	翟中鞠	樊启荣	

建立与“互联网+”时代相适应的 多元化商事纠纷解决机制

(代序)

冯 果^①

信息技术与社会经济的交汇融合引发了大数据的迅猛发展，社会经济已经步入高度信息化、智能化的大数据时代。互联网生活、互联网制造、互联网贸易、互联网金融正在取代传统的经济生活运行方式，并在深度影响和改变着商事交易习惯，商事交易正在朝着更加便捷、高效的方向发展。互联网技术的迅猛发展，以及商事交易平台的蜂拥出现，不仅为传统的一对一交易模式向一对多甚至多对多的集中交易模式提供了技术上的可能和便利，而且随着众多互联网信息及中介服务平台的出现，商事法律关系的主体更为多样化、权利义务关系更为复合化，交易过程更为智能化或电子化。这一切都使得传统的以司法为中心的商事纠纷解决机制显得捉襟见肘，迫切需要建立与“互联网+”时代相适应的商事纠纷解决机制。

一、互联网技术不仅带来了商事交易结构的改变，也对商事纠纷的解决提出了新的挑战

互联网技术与社会经济的融合，不仅改变着人们的生活和消费方式，也深刻影响和改变着传统的商事交易模式和交易结构，使得现代商事活动呈现出了

^① 冯果，武汉大学法学院副院长、教授、博士生导师，兼任武汉大学资本市场法治研究中心主任、中国证券法学研究会副会长、湖北省商法学研究会会长。

新的特点，为商事纠纷的解决增加了新的难题。

（一）交易结构的复杂化、法律关系复合化带来了法律关系定性上的新难题

借助于互联网技术和网络支付平台，现代商事交易更为便捷化，但互联网信息与支付平台的出现，也将原本较为简单的交易关系转化为更多主体参与的多方法律关系。随着交易主体的增加、交易环节的增多，交易关系也更为复杂。以电子购物为例，网上购物与线下交易相融合，改变了传统的线下交易所反映出的由买卖双方组成的简单买卖关系，整个交易分解为网上签约、电子支付、第三方送货等多个环节，交易主体也由单纯的买卖双方，增加了网络服务平台、第三方支付机构以及物流公司，从而以买卖关系为衍生出居间服务、委托结算、运输服务等多方法律关系。而在特殊的互联网交易中，网络信息或交易平台更是担负着多重角色，互联网金融中的网络信贷平台往往就融信息中介、委托借贷、资金保管和交易监管等多重角色于一体，其与有关交易主体之间的法律关系也呈现出多重性的特点。这种交易模式的改变必然带来法律定性上的困难，从而为商事纠纷的解决提出了新的难题，带来了新的挑战。

（二）交易流程的电子化、数据化加大了证据认定难度

电子商务将传统的交易流程电子化、数据化，大量减少了人力、物力，降低了交易成本，但也增加了证据认定的困难。如目前绝大多数的 P2P 平台采取的是与第三方支付机构合作的方式来进行资金交易，无法提供银行结算的凭证，只能以第三方支付机构提供的交易流水作为证明，而第三方交易流水能否作为结算凭证，在司法实践中还存在很大争议。同样，当乘客通过滴滴打车软件搭乘专车时，因“专车”司机无法提供发票，如果“专车”司机与乘客发生纠纷，如何提供有效凭证，便成为不得不关注的问题。

（三）交易模式更为集中化而交易结构则趋于分散化

互联网具有开放性和全球性的特点，突破了时间和空间上的限制，尤其是互联网中介平台所具有的强大的信息汇聚和交易撮合功能，使原本分散的、一次性的交易可以转换为集中的、可重复与复制的交易，从而使一对多等集中交易模式成为可能，但随着更多商品或服务供应商的网上链接及众多网络消费者的加入，信息流动速度进一步加快，交易信息呈平行化之态势，交易结构则更

加分散化。商事交易呈现出的交易主体大众化、信息交流平行化、交易规模小额化的交易特征，需要寻求与其特点相符的新的商事纠纷解决机制。

二、以司法为主导的商事纠纷解决机制在“互联网+”时代呈现出越来越多的局限性

在我国，司法一直成为主导纠纷解决的主要渠道。然而，在“互联网+”时代，司法在解决与互联网有关的商事纠纷方面却显得捉襟见肘，其局限性越来越明显。

首先，司法资源的有限性。司法是一种有限资源。众所周知，诉讼当事人纠纷的无限性与司法资源的有限性，形成了法院内部力量配置与审判任务之间的尖锐矛盾，司法资源的合理与有效运用成为当前司法改革必须考虑的问题。这就要求不同案件应该适用不同的纠纷解决机制，以适当缓解法院的压力。而与互联网有关的商事纠纷所呈现出的争议小额化、诉求大众化的特点决定了解决这类纠纷的最理想的机制并非司法机制。

其次，司法的谦抑与保守性。司法具有谦抑与保守的特性，面对互联网金融等这类新兴事物，全国各基层法院均呈现均采取了相对谨慎和保守的态度，习惯于用传统的法律定性来解读互联网金融，而没有根据互联网自身的特点来理解和解释法律，如在上海某P2P诉沈某借款合同纠纷一案，以网站平台注册的用户名、密码登录操作的借款行为，当事人是否能够因他人（前妻）冒用账户名和密码，而适用《合同法》第五十二条第一项及第五十四条第二款主张撤销？对此，就存在着不同的看法，而法院则倾向于较为直接适用。但必须看到，由于P2P交易具有特殊性，申请借款行为是通过网络进行的，当事人通过网络点击确认的方式签订电子合同，不应赋予网络平台过重的审查义务和注意标准，因此，我们就不能采取传统合同法的解释规则，以适应网络经济的发展需要。^①

最后，司法体制的非灵活性。在司法实践中，案由的确定是规范司法活动的重要环节，为此，最高法对案由的确定标准有硬性的规定，不允许基层法院随意突破，但机械的案由认定，加之不甚合理的司法考评机制，导致实践中经

^① 吴景丽：《P2P网贷关键司法诉讼问题》，载《人民法院报》2015年1月28日。

常出现“一案两立”的不合理现象，徒增增加诉累，也导致司法裁判规则难以统一。如前所述，在与互联网有关的商事交易结构中，通常存在多重法律关系，交易结构呈现出复杂化的特点，但一项纠纷通常会融合多方主体和多重法律关系，纠纷的解决需要对多项基于不同性质的请求权一并加以审理，然而现有的司法规制却难以满足这一合理需求。以上述 P2P 借贷案例中的借款人为例，借款人除与投资人形成借贷关系，除需按月向投资人支付本息外，需要支付的费用还包括向 P2P 平台支付服务费与平台管理费。在上述诉讼案件中，受理法院就没有同意将所有的法律关系或请求权在同一个诉讼程序中解决；相反，该案在立案过程中被分为基于借款债权债务关系导致的借款合同纠纷与基于服务费债权债务关系导致的服务合同纠纷案两案分立，其结果必然导致诉累，更不利于纠纷的彻底解决。

司法在解决与互联网有关的商事纠纷方面所表现出的上述局限性，充分表明我们必须改变纠纷解决思路，构建与互联网经济相适应的多元化的纠纷解决机制。

三、仲裁应成为解决与互联网有关的商事纠纷最为理想的纠纷解决机制

多元化的商事纠纷解决机制就是要摒弃以司法为核心的单一纠纷解决思路，建构一个满足商事主体多种需求的多元化的纠纷解决方式以及解决纠纷的程序体系和动态调整系统，其核心是以一种综合的视角去探究诉讼与非诉讼、法律与其他社会控制、国家司法权与社会自治、公力救济与社会以及私力救济之间的关系，在制度和实践层面实现司法程序与非诉讼程序之间协调互动。

在多元化纠纷解决机制当中，仲裁作为重要的纠纷解决方式，具有灵活便捷、充分尊重当事人意思自治的特点，在给予当事人充分自治权的同时，又具有独立性、专业性等优点，可以弥补诉讼机制的结构和功能缺陷，因此，它已经成为解决商事纠纷的一种非常重要的途径和方式，而互联网信息与技术平台的出现不仅是仲裁能够成为而且也应该成为解决该类纠纷的最为理想的解决机制。主要理由如下：

首先，互联网平台最为信息的提供与交易的促成者，同时往往也是交易规则的制定者，其有条件事先与各方约定争端解决机制。

其次，仲裁地点具有地缘优势。互联网平台不仅可以选争端解决方式而且可以选定争议解决机构。该仲裁地通常使平台具有地缘优势。同一仲裁机构经过长期、多次办理同类争议案件所形成的惯例对该机构的仲裁员具有引导作用及约束力和影响力，使裁判尺度较为明确，有利于争议快速、有效解决。

再次，仲裁的灵活性可以使多重权利一并主张。与司法相比，仲裁具有灵活性的特点，可以根据现实经济的发展，作出灵活而不失公正的裁决，而当事人又可在通过约定仲裁的争端解决方式在仲裁条款中约定将相关事项一并仲裁，从而有效避免“一案两立”现象的发生，达到彻底解决纠纷的目的。

此外，一裁终局的程序更能满足与互联网有关的商事纠纷快捷的要求。与互联网有关的商事纠纷多数具有小额和主体分散的特点，更加需要适用简易和快速的纠纷解决通道，而仲裁纠纷解决机制所具有的一裁终局的特点可以避免上诉和再审等繁琐的程序，能够较好地满足该类纠纷对快速解决问题的需求，可以尽快做到案结事了。

最后，仲裁程序能够满足当事人，特别是网商信息保密的需要。在互联网时代，对于互联网企业，特别是互联网融资平台大多不愿意将自己的不良账款或其商业信息公之于众。仲裁原则上不公开，但《民事诉讼法》第一百四十三条却规定民事审判公开审理的原则，而阳光司法成为司法改革的一项重要目标，司法文书公开也已经在全国范围内普遍推开。这虽有助于司法公正，但同时也会给一些当事人带来困扰。这就为仲裁机制提供了进一步发展的空间。

当然，仲裁事业的发展也要求仲裁机构主动拥抱“互联网+”时代的到来，充分利用仲裁机制灵活、成本低以及尊重当事人选择权等优势，着力研究和解决网络证据认定等问题，进一步提升网上办公和服务能力，使仲裁真正成为我国互联网调试纠纷的主要渠道，为中国的“互联网+”行动注入新的活力。

目 录

第一编 商事裁判基础问题

论我国商事调解的专业化发展

——以商事调解员培训制度为视角 何可人 陈 喆 (3)

商事纠纷的特殊性与仲裁规则的完善 陈 未 (19)

仲裁条款独立性再认识

——在合同效力规则中的解读 温长庆 (28)

我国临时仲裁制度的阙如与构建 郭婧凯 (46)

集团仲裁比较研究 李韶华 (54)

论我国自贸区商事争端解决机制的构建

——以临时仲裁制度在上海自贸区的引入为视角 曹晓路 (77)

第二编 公司法上裁判问题

论公司法改革中商法思维的引入和运用 薛 波 (91)

试论公司僵局的仲裁破解 阎维博 (116)

公司僵局下我国公司司法解散制度的审查 杨 静 (130)

论认缴资本制下股东出资加速到期 左永格 (143)

商事思维下开禁和限制股票折价发行的正当性 宁 园 (153)

第三编 知识产权与金融法上裁判问题

我国的知识产权仲裁制度探究 胡亚青 (167)

论自贸区知识产权争议的多元化解决

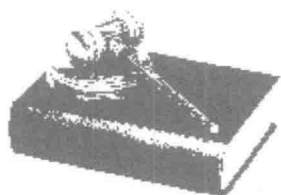
——以自贸区知识产权仲裁机制的完善为视角 王 然 (178)

论责任保险仲裁条款效力之特殊问题

——以效力之不同对象为界分	张晓萌	(186)
群体性证券欺诈纠纷的仲裁机制分析	姜琳	(194)
保险合同纠纷 ADR 解决机制之建构	臧俊恒	(208)
金融消费者仲裁机制探究	孙臻	(217)
论我国金融仲裁机制的制度促进	张天真	(226)

第四编 网络背景下商事仲裁问题

论仲裁“三原则”在网上仲裁中的适用	田丽娜	(241)
CISG 视域下网上仲裁的现实困扰及进路分析	熊奎	(251)
新经常态下网络贷款纠纷解决机制的反思与重构		
——以网上仲裁为突破口	黄伟娜	(262)
“互联网+”背景下电子商务纠纷解决的新路径		
——基于内生 ODR 和外生 ODR 的比较分析		
.....	张阳 杨博闻	(273)



第一编

商事裁判基础问题

论我国商事调解的专业化发展

——以商事调解员培训制度为视角

何可人 陈 喆^①

一、完善我国商事调解员培训制度的背景及意义

（一）商事调解员培训制度是我国多元化纠纷解决机制改革的重要内容

在过去的 20 年中，多元化纠纷解决机制受到全球法律界的普遍重视。其中，调解作为替代性纠纷解决机制（Alternative Dispute Resolution，简称 ADR）的重要一环，其影响力已经渗透到民事，特别是商事纠纷解决的各个方面。^②

近年来，多元化纠纷解决机制在我国也日益受到重视，这为商事调解的发展提供了契机。2009 年 7 月，最高人民法院公布了《关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》，鼓励行政调处、人民调解、商事调解、行业调解作为非诉讼解决机制参与 ADR 的构建和完善。^③ 2010 年 6 月，最高人民法院又颁布了《关于进一步贯彻“调解优先、调判结合”工作原则的若干意见》；2011 年 4 月，中央社会治安综合治理委员会牵头、中央 16 个部委共同核发了《关于深入推进矛盾纠纷大调解工作的指导意见》，这两个文件都一再强调“调解优先、调判结合”，突出调解作为解决社会矛盾的独特作用，要求把调解作为处理案件的首要选择，要求法院审判和社会组织的调解紧密结合，有

① 何可人，武汉大学法学院 2014 级民商法硕士研究生；陈喆，北京金台（武汉）律师事务所副主任律师、高级合伙人。

② 参见齐树洁、李叶丹《商事调解的域外发展及其借鉴意义》，载《中国海商法年刊》2011 年第 2 期。

③ 参见厦门大学法学院“清泉涌厦”课题组、游钰、杨晓宁《关于商事调解制度的调研报告——以晋江市陈埭镇为样本》，载《司法改革论评论》2013 年第 2 期。

机地形成维护社会稳定的链条,为我国政治经济的发展和人民生活营造一个稳定和谐的环境。^① 2015年4月,最高人民法院召开的“眉山会议”将这项工作又推向了一个新高度。^② 在此次会议上,周强院长提出,各级人民法院要按照“国家制定发展战略、司法发挥保障作用、推动国家立法进程”新“三步走”战略,加快推进中国多元化纠纷解决机制改革的进程,在全社会树立“国家主导、司法推动、社会参与、多元并举、法治保障”的现代纠纷解决理念。^③

如上所述,随着我国多元化纠纷解决机制改革的日益深入,各类纠纷解决途径正在日益制度化、正规化。其中,调解凭借其高效、便捷、利于当事人获得双赢的优点,逐渐成为当事人在诉讼外首选的重要纠纷解决方式。在商事纠纷解决方面,相比诉讼程序的僵化性,商事调解更加灵活和高效;同时,由于商事调解员对行业规则和民间规则十分熟悉,商事调解也显得更富柔性和亲和性,因而日益受到当事人的青睐。^④ 值得注意的是,当事人选择商事调解最为重要的原因之一就是商事调解员作为解纷主体的公信力,这一公信力主要来源于商事调解员专业的调解技能和规范的职业道德^⑤,而这些都需要以商事调解员培训制度为核心的一系列机制作为保障。

(二) 商事调解员培训制度符合我国解决商事纠纷的现实需要

商事纠纷是平等的商事主体在商事活动中所发生的纠纷。^⑥ 与普通民事纠纷相比,商事纠纷有其自身特点,商事纠纷的解决要求也不同于一般的民事纠纷。一方面,商事纠纷的解决要求高效、灵活。商事活动以营利为目的,强调高效率、低成本,与之相对应,商事纠纷的解决机制也应注重效率、节约成本,并提高纠纷解决结果的稳定性和确定性。^⑦ 另一方面,商事纠纷的解决具有较强的专业性。首先,商事纠纷的主体具有专业性,即商事纠纷的主体是精明而极富行业经验的商人,他们以各自利益最大化为目标,对于自己的责、权、利有着更深刻的认识和坚持。^⑧ 其次,商事纠纷处理的根据具有专业性。

① 参见吴俊《中国商事调解年度观察》,载《北京仲裁》2013年第1期;徐强《深圳商事调解呈现新格局——商事调解合作推广会议侧记》,载《深圳特区报》2011年6月13日第A06版。

② 参见蒋丽萍《调解员职业道德的内涵与规范》,载《人民法院报》2015年5月15日第005版。

③ 参见龙飞《打造多元化纠纷解决机制的“升级版”》,载《人民法院报》2015年4月24日第005版。

④ 参见厦门大学法学院“清泉涌厦”课题组、游钰、杨晓宁《关于商事调解制度的调研报告——以晋江市陈埭镇为样本》,载《司法改革评论》2013年第2期。

⑤ 参见蒋丽萍《调解员职业道德的内涵与规范》,载《人民法院报》2015年5月15日第005版。

⑥ 参见余冬爱《民商区分原则下的商事审判理念探析》,载《人民法院报》2011年3月30日。

⑦ 参见杜承秀《中国涉东盟商贸纠纷解决的理念与路径》,载《创新》2014年第3期。

⑧ 参见王芳《调解中心如何和平解决商事纠纷》,载《国际商报》2014年3月28日第A06版。

商事纠纷的处理首先要依据商法规范,商法规范具体规定了商事行为中的行为方式、行为环节、行为规则等,操作性和技术性较强;^①除商法规范外,商事纠纷的解决还需要借助于大量的商事交易规则与惯例,这些规则和惯例多是在长期的商事交往中形成,也体现出极强的行业性、地域性和专业性。综上所述,商事纠纷的解决对参与者的专业水平要求较高,商事纠纷解决者须熟悉商事领域的专业规则,具有相关的知识背景。^②

作为商事调解的主导者,商事调解员需要依靠自己的知识、经验和专业技能来化解商事纠纷,其行为直接关系到调解的成败,因而商事调解员必须具备能够满足当事人合理期望的能力才可以主持调解。^③作为商事调解员,首先应当具备一般调解员的基本素质。就调解员的素质而言,不同于法官在诉讼中所进行的事实认定与法律适用,调解员在调解中不仅要事实和法律问题加以分析,还要有效地促成沟通与合作。^④因此,调解员不仅要具有相关的法律知识、沟通谈判能力,还要对当事人的心理有相当的洞察力,这对其知识、专业技能及人格魅力等都有很高的要求。除具备一般调解员的基本素质以外,商事调解员还需具备丰富的商业理念和经验,熟悉商事规范和规则。商事调解不同于一般的家事调解,面对精明的商人,商事调解员与他们的每一次接触与沟通都要展示出自己应有的专业素养和中立地位^⑤,从双方的商业利益角度出发,为他们谋求各自的长远利益,以促进调解成功。

综上所述,商事活动和商事纠纷都具有极强的专业性、技术性,这就要求包括商事调解在内的商事纠纷解决机制必须具备处理技术性和专业性问题的能力。^⑥通过建立商事调解员的培训制度,促使商事调解员在理论、技能和经验层面得到反复历练,从而提升其专业化、职业化程度,将有利于应对和解决我国数量日益增长且专业化不断增强的商事纠纷。

(三) 商事调解员培训制度是我国商事调解专业化发展的重要环节

在“眉山会议”上,周强院长提出,在全面深化多元化纠纷解决机制改革,对多元化纠纷解决机制进行“升级换代”的过程中,其中一项重要的工

① 参见范健主编《商法》,北京大学出版社、高等教育出版社2000年版,第4—6页。

② 参见俞秋玮、贺幸《商事裁判理念对审判实践影响之探析》,载《法律适用》2013年第9期。

③ 参见中国国际贸易促进委员会、中国国际商会调解中心主持编写《商事纠纷调解实务》,清华大学出版社2013年版,第82页。

④ 参见方俊《俄罗斯调解制度新发展述评》,载《司法改革论评》2014年第1期。

⑤ 参见王芳《调解中心如何和平解决商事纠纷》,载《国际商报》2014年3月28日第A06版。

⑥ 参见吴俊《中国商事调解制度研究综述(1996—2011)》,载《北京仲裁》2012年第3期。