

# 我国自贸区临时仲裁制度创新研究

张圣翠, 傅志军

(上海财经大学 法学院, 上海 200433)

**摘要:** 临时仲裁在境外长期是民商事争议解决的重要手段并为一些国家或地区带来了重要的外汇收入, 该种仲裁在国际海事纠纷解决中运用得尤为普遍, 我国最高人民法院2016年底发布的承认自贸区临时仲裁的司法意见无疑是新中国仲裁法制发展史上的一项重大进步。然而, 该司法意见中的三个术语表述不仅非常模糊而且对临时仲裁其他事项也无任何规定, 为此, 我国人大常委会应授权地方直辖市、省或自治区级人大或其常委会进一步对涉自贸区临时仲裁的仲裁地、仲裁员、仲裁规则及临时仲裁庭发布保全措施和临时仲裁裁决撤销等事项作出细化的创新规定。其中的创新模式应是按境外惯例采用与机构仲裁制度混合规定的模式, 且不宜完全参照《示范法》模式, 而应在博采境外仲裁制定法特别是非常有仲裁吸引力的国家或地区规定之众长的基础上创新出更优的规范。

**关键词:** 中国自贸区; 临时仲裁; 仲裁地; 仲裁员; 仲裁规则

**中图分类号:** DF75      **文献标识码:** A      **文章编号:** 1009-0150(2019)02-0140-13

## 一、前言

### (一)问题的由来

2013年9月29日, 我国内地首个区域性自由贸易试验区——中国(上海)自由贸易试验区(以下简称“自贸区”)正式成立。2015年4月21日, 广东、天津、福建自贸区统一揭牌, 2016年8月31日, 国务院又批准在辽宁、浙江、河南、湖北、重庆、四川和陕西设立7个自贸区。2018年10月16日, 中国(海南全岛)自由贸易试验区批准设立, 从而形成了“1+3+7+1”的格局。目前, 这12个自贸区都在努力地进行升级扩容工作,<sup>①</sup>同时, 还有其他一些省份也在积极地准备着自贸区的申报。<sup>②</sup>

我国内地设立自贸区是继经济特区后国家“新常态”下深化改革与扩大开放的一项重大战略, 旨在通过各自自贸区的“国家试验田”不断探索既能够促进当地经济发展又可在全国范围内

收稿日期: 2018-12-12

基金项目: 国家社会科学基金项目(17FFX021); 上海市哲学社会科学基金项目(2017BFX012)。

作者简介: 张圣翠(1965—), 女, 安徽合肥人, 上海财经大学法学院教授、博士生导师;  
傅志军(1974—), 男, 安徽合肥人, 上海财经大学法学院博士研究生。

① 参见王文博、何欣荣、吴茂辉:《自贸区升级扩容方案加速出台 更大改革自主权可期》, <https://finance.qq.com/a/20190129/000068.htm>。同时参见赵斌宇:《“1+3+7+1”雁阵引领开放新格局》, [http://cn.chinagate.cn/news/2018-11/21/content\\_74186466.htm](http://cn.chinagate.cn/news/2018-11/21/content_74186466.htm), 2019年1月30日最后访问。

② 参见范佳:《青岛再提“积极申报自贸区” 有这些优势》, [http://district.ce.cn/newarea/roll/201901/23/t20190123\\_31337327.shtml](http://district.ce.cn/newarea/roll/201901/23/t20190123_31337327.shtml)。同时参见定军、刘洁:《多地加快申报自贸区》, [http://news.163.com/14/1211/01/AD57FV6S00014AED\\_mobile.html](http://news.163.com/14/1211/01/AD57FV6S00014AED_mobile.html), 2019年1月30日最后访问。

推广和复制的相关制度创新,从而建立一套与国际接轨的新制度体系,以加快经济结构调整与升级,提高国家整体竞争力,实现可持续发展。从实际经济效果来看,我国内地的自贸区在吸引外资等方面已取得了令人瞩目的成效。<sup>①</sup>

然而,截至目前,我国内地自贸区的各项法律制度并非全部尽如人意地达到了完善的地步,创新的必要性和迫切性在某些领域十分突出,临时仲裁制度即位列其中。

不通过仲裁机构的临时仲裁是仲裁的最初形态,在当今国际争议和众多国家或地区内部争议解决中仍发挥着重要作用,这种仲裁在海事纠纷解决中应用得尤为普遍,甚至被称为是首选的方式。<sup>②</sup>一些学者考证后认为,对于先前有丰富仲裁经历的当事人及其律师或各方都很诚信的当事人而言,他们偏好且适合采用临时仲裁以省去时间成本和仲裁机构服务管理等。<sup>③</sup>另一些学者给出的统计数字显示:贸易商45%的有意愿选择临时仲裁。<sup>④</sup>正是由于有如此多的优势,又如此受欢迎,不少仲裁强国或强区的临时仲裁活动很常见,一些境外的仲裁协会的公告中也公布这种裁决。<sup>⑤</sup>

## (二)临时仲裁与我国的关联性

1958年《纽约公约》对临时仲裁和机构仲裁都是认可的<sup>⑥</sup>,我国作为其缔约国在1987年加入该公约时,并没有对临时仲裁作出保留,这样就有义务承认和执行该公约所涵盖的临时仲裁协议和临时仲裁裁决。我国当然可以将这种临时仲裁协议和裁决涉及的仲裁地限于国外,同时为了满足国际商事交易当事人的需求,在1995年10月20日发布的一项<sup>⑦</sup>通知中,最高人民法院明确:涉外案件的当事人选择在境外进行临时仲裁或非常设仲裁机构仲裁的,原则上应当承认该仲裁条款效力的临时仲裁裁决可以在我国得到承认和执行。其后,根据最高人民法院2009年发布的一项通知<sup>⑧</sup>和2015年发布的《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第545条等,在符合国际协议等规定的条件下,我国内地的人民法院应承认和执行在中国港澳台或中国领域外的临时仲裁庭作出的仲裁裁决。有学者认为,这是我国内地有条件地肯定了临时仲裁或绝对否认临时仲裁的立场进行了“软化”的表现。<sup>⑨</sup>我们认为,仅对境外进行的临时仲裁而言,这些观点是正确的。但是,截至到以下专门探讨的2016年底最高人民法院发布的“34号《意见》”<sup>⑩</sup>,

<sup>①</sup>参见王利辉、刘志红:《上海自贸区对地区经济的影响效应研究——基于“反事实”思维视角》,《国际贸易问题》2017年第2期。

<sup>②</sup>参见李晓郭:《中国海事仲裁应引入临时仲裁制度——以上海国际航运中心的建设为视角》,《河北科技大学学报(社会科学版)》2011年第1期。

<sup>③</sup>参见陆炯:《对临时仲裁制度的法律思考》,《仲裁研究》,2005年第1期。同时参见赖震平:《我国商事仲裁制度的阙如》,《河北法学》2015年第2期。

<sup>④</sup>晏玲菊:《国际商事仲裁制度的经济学分析》,上海三联书店2016年版,第85-86页。

<sup>⑤</sup>See Girsberger and Vosser, *International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives*[M](Third Edition), Kluwer Law International, 2016: 393.

<sup>⑥</sup>该公约的全名为《承认及执行外国仲裁裁决公约》。体现该种认可的为该公约的第1条第2款规定,即:“仲裁裁决”一词不仅指专案选派之仲裁员所作裁决,亦指当事人提请仲裁之常设仲裁机关所作裁决。参见刘冰:《构建〈海峡两岸仲裁中心仲裁规则〉临时仲裁制度研究——以〈横琴自由贸易试验区临时仲裁规则〉为借鉴》,《海峡法学》2018年第1期。

<sup>⑦</sup>该答复的全名为《关于福建省生产资料总公司与金鸽航运有限公司国际海运纠纷一案中提单仲裁条款效力问题的复函》(法函〔1995〕135号)。

<sup>⑧</sup>该通知的全名为《关于香港仲裁裁决在内地执行的有关问题的通知》。

<sup>⑨</sup>参见张建:《构建中国自贸区临时仲裁规则的法律思考——以〈横琴自由贸易试验区临时仲裁规则〉为中心》,《南海法学》2017年第2期。

<sup>⑩</sup>该意见全名为《关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》(法发〔2016〕34号),发布于2016年12月30日,其全文可下载于<http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-34502.html>,2018年2月26日最后访问。

我国对在内地任何地方进行的机构仲裁以外的临时仲裁根本没有承认过。

以上34号《意见》的第9条一改我国《仲裁法》的立场,承认在我国境内自贸试验区内注册的外商独资企业与任何地点的其他企业之间可以约定域外临时仲裁,同时,在商定好内地特定地点按照特定仲裁规则的情况下,允许在自贸试验区内注册的内外资企业相互之间约定由特定人员举行的临时仲裁。很明显,该34号《意见》已创新性地承认了临时仲裁,并导致了自贸区已出现了临时仲裁活动的报道。<sup>①</sup>但是,从国际高标准的情况来看,完善的临时仲裁制度包含着很多内容,如该制度的目的、临时仲裁案件的通讯规则、保密性规则、临时仲裁争议司法审查的受理法院及审查标准、选择仲裁员资格与僵局时解决规则、临时仲裁员法律责任规则、仲裁临时措施规则、临时仲裁正当程序规则等,上述34号《意见》却不仅本身使用的“特定地点”、“特定仲裁规则”、“特定人员”表述非常模糊,而且对前述事项方面也无任何规定。由此出现了自贸区的临时仲裁并未得到大量使用的局面,并对将来的一些临时仲裁新型纠纷没有提供解决的法律依据。

### (三)相关研究的梳理与本文的框架

针对自贸区临时仲裁的法律问题,我国仲裁学界发表了一些新成果。如翟宣任<sup>②</sup>以我国海事中运用伦敦仲裁条款的商品买卖高达70%—80%且运用临时仲裁制度、34号《意见》、其他自贸区出台临时仲裁规则等占比大部分的篇幅论证了该种仲裁在上海自贸区构建的合理性,并用较少文字阐述该种仲裁制度在适用主体、临时仲裁庭组成及其自由裁量权、仲裁启动程序等方面的构建内容。张贤达<sup>③</sup>在探讨我国设立临时仲裁的理论及历史障碍之克服的基础上,分析了自贸区引入临时仲裁所具备的条件和意义,并进一步提出了该种临时仲裁可以借鉴香港的经验委托仲裁机构以有效地破解临时仲裁的僵局、确立任意性的司法任命仲裁员规则等建议。王端的<sup>④</sup>大部分内容与之实质相似,只是在一些地方换了一些词语表示并提出了放宽仲裁员资格认定等少量的新主张。此外,这些成果在内容方面仍存在着偏向保守不符合自贸区“先行先试”精神等缺陷。同时,以上文献中尽管有3篇提到了34号《意见》<sup>⑤</sup>,但都没有给予重点论述。很明显,我国在自贸区临时仲裁法律问题方面的现有研究可谓非常薄弱,特别针对34号《意见》的更详细更有操作性的高水平研究成果仍然不足。

有鉴于此,本文首先探讨以上三种“特定”表述及其他临时仲裁涉及事项方面的制度创新。就34号《意见》中三个“特定”的论述而言,与至今已发表的其他文献相比,本文最为详尽和最具操作性。同时,在涉及保全措施的事项上本文的论据最为详实,并且新发现了意大利和阿根廷等都已赋予了临时仲裁庭发布保全措施的权力。此外,本文也更有力度地论证了涉自贸区临时仲裁裁决撤销制度的创新。最后,本文在以上论述的基础上探讨我国自贸区临时仲裁制度的创新途径与模式,该种探讨都是以前其他同选题的论文很少涉及的,这对我国出台好的自贸区临时仲裁制度具有至关重要的作用。

<sup>①</sup>参见张维:《首例跨自贸区临时仲裁案例落地》, [http://www.legaldaily.com.cn/Finance\\_and\\_Economics/content/2018-04/23/content\\_7527508.htm](http://www.legaldaily.com.cn/Finance_and_Economics/content/2018-04/23/content_7527508.htm)。

<sup>②</sup>翟宣任:《上海自贸区临时仲裁构建社会理性分析》,《黑龙江工业学院学报》2018年第1期。

<sup>③</sup>张贤达:《我国自贸区临时仲裁制度的构建》,《国家检察官学院学报》2017年第3期。

<sup>④</sup>王端:《论我国设立临时仲裁的困境与突围——以上海自贸区之探索为视角》,《安徽商贸职业技术学院学报》2018年第1期。

<sup>⑤</sup>这3篇文章分别是前注释中的张建论文(该文的副标题即表明其重点不是探讨34号《意见》)、张振安的《非机构仲裁(临时仲裁)在我国的有限适用》(载《中国远洋海运》2018年第5期)、赵凯东的《营商环境下我国自贸区临时仲裁探析》(载《黑龙江省政法管理干部学院学报》2018年第6期)。

## 二、34号《意见》中涉及三个“特定”方面的创新规定

### (一)34号《意见》中“特定地点”认定规则的细化

34号《意见》中“特定地点”应是指“仲裁地”。对仲裁而言，“仲裁地”是一个非常重要的概念。实践中一个仲裁案件的审理可能要开庭或听审多次且可能分别在不同的国家或地区进行，从而可能导致多个“开庭地”或“听审地”。但是，在现代很多的国家或地区，法律上的“仲裁地”只有一个，该“仲裁地”不仅决定着影响仲裁裁决执行的“国籍”或“地籍”，而且决定着强行的仲裁协议效力与仲裁程序法律规则、当事人未选择时的仲裁员任命及责任豁免与任意性的仲裁程序法律规则、仲裁裁决效力与撤销规则的适用等。<sup>①</sup>我国2011年4月1日开始实施的《涉外民事关系法律适用法》第18条也规定：在当事人没有协议选择的情况下，仲裁地法为仲裁协议的可适用法之一。

在境外的绝大多数国家或地区，当事人有协议选择“仲裁地”的自由，并且当事人协议选定了“仲裁地”之后，仲裁案件的审理依然可以在仲裁地之外举行。然而，并非所有民商事关系的当事人事先都约定了“仲裁地”，也未见境外任何国家或地区当代的制定法或判例法以当事人未约定“仲裁地”为由确定仲裁协议无效；相反，在立法较正常运转的国家或地区，一般都有制定法规则宣誓了与如1985年版《示范法》和2006年版《示范法》第20条一样的关于确定“仲裁地”的内容，<sup>②</sup>如德国1998年《民事诉讼法典》第1 043条、瑞典1999年《仲裁法》第22条、柬埔寨2006年《商事仲裁法》第28条、奥地利2006年《民事诉讼法典》第595条、中国台湾2009年修订的《仲裁法》第20条、荷兰2015年《民事诉讼法典》第1 037条等。

我国大陆的《仲裁法》不仅对其适用范围没有规定，而且对仲裁地也无明确的认定，这与上述国际通行做法相比是严重脱节的<sup>③</sup>。上述的《涉外民事关系法律适用法》对“仲裁地”本身的确定同样没有规定。从34号《意见》未将“特定地点”限于自贸区的规定来看，基于统一的民商事活动市场之实情，内地自贸区内外的任何地点只要被所有当事人特别约定，该任何地点应认为即能满足该“特定地点”要求。关键是当事人没有特别约定或者仅笼统约定仲裁地为“中国”<sup>④</sup>的情况下，34号《意见》对“特定地点”的可否依法认定及如何认定一个“仲裁地”的问题未直接给出答案。我们认为，34号《意见》的初衷是引入和支持临时仲裁，为此，只要当事人有真实的临时仲裁意愿，就应当通过借鉴境外的上述细化规则授权仲裁庭认定一个“特定地点”或“仲裁地”。

### (二)34号《意见》中“特定仲裁规则”的明确

仲裁规则是在仲裁活动中规范仲裁活动进行的具体程序以及此程序中相应的仲裁法律关系的规则。完整的仲裁规则合理地调整着仲裁程序参与各方之间的权利和义务，有利于保证仲裁程序高效有序进行及完成，其主要内容包括：仲裁管辖，仲裁机构；仲裁机构和/或仲裁庭与当事人相互间的权利义务；仲裁的申请、答辩和反请求程序；仲裁庭的组成；仲裁的审理和裁

<sup>①</sup>参见何智勇：《论国际商事仲裁中的仲裁地》，《经济研究导刊》，2015年第2期。同时参见赵秀文：《国外仲裁机构裁决不等于外国仲裁裁决》，《法学》2006年第9期。

<sup>②</sup>该内容是：当事人可以自由地约定仲裁地，未达成此种约定的，由仲裁庭考虑到案件的情况包括当事人的便利确定仲裁地；尽管有前款的规定，除非当事人另有约定，仲裁庭可以在其认为适当的任何地点进行磋商，听取证人、专家或当事人的意见，或者检查货物、其他财产或文件。

<sup>③</sup>参见吕炳斌：《论外国仲裁机构到我国境内仲裁的问题——兼析我国加入〈纽约公约〉时的保留》，《法治研究》2010年第10期。

<sup>④</sup>参见牟笛：《域外仲裁、临时仲裁及域外机构——简评最高院涉自贸区仲裁的新举措》，<http://www.sjzcc.gov.cn/html/ziliao/lilun/2017/0116/3098.html>，2017年10月16日最后访问。

决程序；<sup>①</sup>仲裁语言、翻译、送达、仲裁费用等。<sup>②</sup>

特定机构仲裁一般都有该特定机构已制定的仲裁规则可适用或可选择适用，仲裁临时仲裁当事人很少特别仔细地制定未来临时仲裁的特别规则，但是对于不想制定详细仲裁规则的当事人而言，联合国贸发会1976年制定并于2010年修订的仲裁规则很适合他们选择为其临时仲裁的仲裁规则<sup>③</sup>。我国上海市第二中级人民法院曾承认依照该规则在境外作出的临时仲裁裁决，<sup>④</sup>2013年浙江省宁波市中级人民法院报请浙江省高级人民法院、最高人民法院审查后还认定：常设仲裁机构在我国内地可以依照该规则进行仲裁。<sup>⑤</sup>34号《意见》出台以后，珠海市仲裁委在我国内地率先发布了一项临时仲裁规则。<sup>⑥</sup>还有报道称，中国互联网仲裁联盟也于2017年9月19日发布了临时仲裁规则。<sup>⑦</sup>

符合条件的当事人协议选择了上述列举的临时仲裁规则肯定达到了34号《意见》中的“特定仲裁规则”要求，问题是，在所选的仲裁机构不允许其他仲裁机构或临时仲裁选择其规则<sup>⑧</sup>、当事人协议未选择任何仲裁规则的情况下，有关的立法机关或人民法院应采取何种态度？对此，境外的经验也可用作解决此问题之鉴。在前一种情况下，可将当事人的选择解释为意图选择机构仲裁。在后一种情况下，如在临时仲裁比较多的中国香港，当事人没有选择用哪个规则时，仲裁程序就由仲裁庭根据立法机关制定的《仲裁条例》来决定。<sup>⑨</sup>可见，当事人协议没有选择“特定仲裁规则”时，临时仲裁依然可以依据创新的法制能顺利进行设计。

当然，我国内地涉自贸区相应的立法不应仅局限于中国香港的《仲裁条例》（具体最直接相关的为其中第46条第3款（c）项），实际上，1985年版和2006年版的联合国《示范法》第19条、2015年荷兰《民事程序法典》第1036条、2011年法国《民事程序法典》第1464条、葡萄牙2011年《自愿仲裁法》第30条等都有极大的参考价值。<sup>⑩</sup>

### （三）34号《意见》中“特定人员”确定规则的创新

在仲裁频繁进行的境外有句谚语为：“仲裁的好坏取决于仲裁员”（Arbitration is only as good as the arbitrator）。<sup>⑪</sup>该谚语恰如其分地概括了仲裁员对仲裁及仲裁纠纷当事人利益的至关重要性，同时很明显，《意见》中“特定人员”即是指如此重要的仲裁员。当事人选定了符合我国《仲裁法》第13条中“三八两高”要求的某一具体人士作为临时仲裁员肯定与该34号《意见》的字面相吻合。上述《横琴自由贸易试验区临时仲裁规则》第20条实际上就规定了“三八两高”的条件

①参见王小莉：《以仲裁的视角看律师素养的形成》，《仲裁研究》2014年第4期。

②参见百度“仲裁规则”的词条解释，<https://baike.baidu.com/item/仲裁规则/3705347?Fr>，2017年10月11日最后访问。

③参见马占军：《商事仲裁规则适用性法律问题研究》，《河南社会科学》2011年第2期。

④参见张娅娅：《非内国仲裁理论对仲裁地选择的影响研究》，《仲裁研究》2008年第4期。

⑤参见胡曙炜、赵江涛：《常设仲裁机构亦可适用UNCITRAL仲裁规则》，《人民司法》2014年第18期。

⑥即自2017年4月15日起施行的名为《横琴自由贸易试验区临时仲裁规则》，它可下载于<http://www.hengqin.gov.cn/hengqin/xxgk/201703/b11759a55bcb484f9016294a9b53edcd.shtml>，2018年10月11日最后访问。

⑦参见蔡敏婕：《中国互联网仲裁联盟发布临时仲裁规则》，[http://www.dzwww.com/xinwen/guoneixinwen/201709/t20170920\\_16447006.htm](http://www.dzwww.com/xinwen/guoneixinwen/201709/t20170920_16447006.htm)，2018年1月12日最后访问。

⑧参见宋建立：《“选择仲裁规则等于选择仲裁机构”原则——以2012年版国际商会仲裁规则为例》，《法律适用》2012年第12期。同时参见吴晓燕：《国际商事仲裁规则变化趋势》，《商业时代》2014年8期。

⑨参见陆炯：《对临时仲裁制度的法律思考》，《仲裁研究》2005年第1期。

⑩我国对所列国家或地区相关规定借鉴后的具体立法表述详见张圣翠：《仲裁程序争议司法审查制度比较与借鉴》，《上海财经大学学报》2017年第2期。

⑪See Leaua and Baias (eds.), *Arbitration in Romania: A Practitioner's Guide*, 2016, p121-123 & n212.

要求。

然而,当事人所选意图作为仲裁员的具体人员不符合前述的“三八两高”要求、未协议选定任何特定人员作仲裁员或者仅表示委托某机构选择仲裁员时,涉自贸区之间的临时仲裁协议是否创新地给予法律上约束力的问题很值得我们思考。

在境外,少部分国家或地区的仲裁制定法曾经规定仲裁协议或某些仲裁协议必须包含指明仲裁员或规定任命仲裁员的机制,如法国1981年的《民事程序法典》第1443条第2款等。但是,当今绝大多数国家或地区的仲裁制定法都没有此种规定,法国2011年的《民事程序法典》第1444条也变通了以上规范,即仲裁协议对仲裁员等没有约定或当事人之间协议不能执行时,按照该法典的第1451-1454条由有关仲裁机构或法院决定仲裁员人选。<sup>①</sup>

另外,除含有存在故意犯罪记录之类的禁业规则之外,境外世界上也无任何国家或地区有如我国内地“三八两高”般的仲裁员资格条件,他们一般只要求仲裁员具有行为能力即可,如瑞典1999年《仲裁法》第7条、苏格兰2010年《仲裁法》的规则4、法国2011年《民事程序法典》第1450条、葡萄牙2011年《自愿仲裁法》第9条、荷兰2015年《民事程序法典》第1023条等。少数国家或地区确实还规定了其他消极条件,如意大利2008年《民事程序法典》第812条宣布公共官员和提供公共服务职能的人不可以充任仲裁员等。同时从国内视野来看,只有我国台湾地区2009年修订的《仲裁法》第6条对仲裁员作出了数项肯定性的其他资格要求,且表面上看并没有我国大陆如此高的条件。

再从该条在我国大陆的实施效果看,表面上“公道正派”要求和其他高条件并不能保证只有高素质或较丰富知识者才能获得仲裁员的资格,如某案中有副教授头衔的某仲裁员就出现了被某仲裁机构除名的以下严重不“公道正派”行为:单方接受一方当事人的律师宴请并谈论案情<sup>②</sup>。一些学者的实践调查也表明:有相当一部分依照以上的现行规定获得仲裁员资格者私下承认实际担任仲裁员时较为偏向于任命他或她的当事人。<sup>③</sup>又如像广州中山市前市长的李启红<sup>④</sup>那样,只有小学文化却能担任经济管理干部数年且尚未被发现犯罪者,离开公务员岗位后就不可能视为符合第(五)项的“具有同等专业水平的”要求而具有仲裁员资格。同样,在仲裁委员会做了电话接线员工作能否视为“仲裁工作”,就不可能被解释为符合该条中的第(一)项关于“仲裁工作”的性质要求。

此外,如果符合现行第13条其他各项要求的人士因种种原因无暇或无机会担任仲裁员,其他具有民事行为能力者即使很有声望却仍然感到争取符合该条第(一)项和第(五)项中条件的太困难,则会不利于我国仲裁业的推广。我国已有学者证明了这种情况的存在。<sup>⑤</sup>境外学者的研究成果却表明:除具有行为能力、平等待遇及独立性与公正性等要求外,无他限地允许当事人选任其意选的仲裁员非常有助于推动当事人选择仲裁<sup>⑥</sup>。我国现行《仲裁法》中的这种规定还非常歧视地只针对中国大陆人士,对包括港澳台在内的境外人员到我国大陆来做仲裁员

<sup>①</sup>该法典的英译本可下载于[http://www.iaiparis.com/pdf/FRENCH\\_LAW\\_ON\\_ARBITRATION.pdf](http://www.iaiparis.com/pdf/FRENCH_LAW_ON_ARBITRATION.pdf), 2017年10月16日最后访问。

<sup>②</sup>参见萧凯:《从富士乐仲裁案看仲裁员的操守与责任》,《法学》2006年第10期。

<sup>③</sup>参见袁发强、刘弦、邓伟龙、王美文:《中国仲裁机构往何处去——国内部分仲裁机构运行情况调研报告》,《北京仲裁》2010年第1期。

<sup>④</sup>参见张凯凡:《女市长被控内幕交易获利1983万》,《新闻晨报》(上海),2011年4月7日A9版。

<sup>⑤</sup>参见陈运来:《我国农业保险仲裁的现实缺位及立法对策》,《中央财经大学学报》2010年第2期。

<sup>⑥</sup>See Gomez-Acebo, Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2016: 40-41.

却没有这种限制性要求。<sup>①</sup>同时,境外仲裁业的发展情况也显示,即使法律规定具有民事行为能力者可以担任仲裁员,担任仲裁员的概率并不是在具有民事行为能力的自然人中平均分摊,而是高度集中于那些具有很高声望的优秀人士。<sup>②</sup>

最后,经大量搜索也未能发现其他国家或地区因只要求仲裁员具有行为能力而出现了比我国严重得多的腐败、不公正、更低水平裁决之类情况的报道,我国现代社会通讯手段已十分发达和便捷,从而能使素质差的仲裁员的低水平仲裁行为迅速曝光以警醒其他当事人,我们应相信:像其他国家或地区正常人那样,我国普通理智的当事人一般会选择尽可能好的仲裁员、仲裁法或其他法律中合适的强制性规则与任意性规则,能正常地发挥保护功能等。

综上并鉴于《最高人民法院关于现职法官不得担任仲裁员的通知》(法〔2004〕129号)等法律规则,我国创新后的涉自贸区仲裁员任职资格及无约定或约定不明是仲裁员的选定规则,其主要内容应当如下:(1)任何拥有行为能力的自然人可以担任仲裁员,但是曾被法院判处有期徒刑一年以上者、破产宣告尚未复权者、其他法律与法规明确规定不得担任仲裁员的人员除外。(2)当事人可以约定由特定机构指定的仲裁员<sup>③</sup>。(3)在当事人未约定、约定不明或约定不能执行的情况下,由仲裁地人民法院代为选定;人民法院认为适当时,可指定仲裁机构代为履行选定仲裁员的职责;当事人未选定仲裁地或所选仲裁地含混时,由×××市×××区中级人民法院行使代为选定职责;人民法院指定仲裁员时应当适当考虑当事人对仲裁员任何资格的约定、争议的标的及性质,确保指定独立和公正的仲裁员的因素,以及适合解决该争议的仲裁员所应具备的知识、资质、经验和技能;对于人民法院根据代为指定仲裁员的裁定,当事人不得上诉。

前文已指出,选择临时仲裁的当事人常常对很多仲裁事项没有约定或约定不清。在当事人之间的临时仲裁协议没有约定或约定不可行的情况下,现代不少国家或地区的仲裁法制一般都提供任意性的司法任命仲裁员规则协助解决这一问题。这种任意性规则的基本内容是:如果对选择仲裁庭成员的方法没有协议或协议的方法不起作用,经一方当事人的请求,作为司法机关的法院指定临时仲裁员解决当事人之间的纠纷。该规则被赋予任意法性质的原因在于应当尊重当事人的意思自治,《纽约公约》等有关缔约国都接受了此义务。<sup>④</sup>

我国允许涉自贸区的临时仲裁后,难免会出现同样问题,同时境外的仲裁界也没有证据证明法院或仲裁机构不能认定好的临时仲裁员,因此也必须引入任意性的司法任命仲裁员规则。从国外学者的研究情况来看,该规则主要涉及两方面的内容:一是能够提请司法任命仲裁员的情形;二是任命决定的终局性。笔者建议立法者参考大多数国家的做法,在出现以下情况时,允许临时仲裁的当事人请求司法指定或司法任命仲裁员:(1)当事人约定由人民法院任命仲裁员;(2)当事人没有任命仲裁员;(3)当事人选择的任命机构不愿意或不能任命仲裁员;(4)当事人约定的任命机构非常拖延任命仲裁员行动;(5)当事人约定的仲裁员不愿意或不能提供服务;(6)当事人没有约定对独任或首席仲裁员的任命机制<sup>⑤</sup>。为了避免临时仲裁的过分延误,我

<sup>①</sup>See Weixia Gu, *Piercing the Veil of Arbitration Reform in China: Promises, Pitfalls, Patterns, Prognoses, and Prospects*, *American Journal of Comparative Law*, Winter 2017: 813.

<sup>②</sup>参见陈建:《论仲裁员在市场经济中的定位》,对外经济贸易大学2007年博士学位论文,第8-9页。

<sup>③</sup>伦敦国际仲裁院等机构在合适的情况下愿意为临时仲裁当事人指定仲裁员,参见丁夏的《仲裁员制度的比较与反思》(载《法学论坛》2015年第2期)及伦敦国际仲裁院2014年生效的仲裁规则第7条第1款([http://www.lcia.org/Dispute\\_Resolution\\_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx#Article7](http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx#Article7), 2018年6月2日最后访问)。

<sup>④</sup>See Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2009: 1417-1419.

<sup>⑤</sup>See Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2009: 1425-1430.

国涉自贸区临时仲裁的立法者也应效仿大多数国家的规定,对于人民法院的司法指定仲裁员决定,不允许当事人提出上诉。

### 三、其他事关临时仲裁制度的创新

除了前述各种创新以外,我国关于涉自贸区临时仲裁庭人数、临时仲裁员法律责任、临时仲裁裁决的拒绝承认与执行等事项规范方面的完善也是相当重要的,对此我们将另行撰文予以分析阐述,这里只进一步探讨临时仲裁庭发布保全措施与临时仲裁裁决撤销事项方面的制度创新问题。

#### (一)临时仲裁庭发布保全措施制度的创新

仲裁保全措施在中外学者的论著中有“临时保护措施”(interim measures of protection)、“中间措施”(interim measures)、“临时救济措施”(provisional relief)和“临时保全措施”(conservatory measures)等多种称谓,<sup>①</sup>是指在一项争议作出最后仲裁裁决书之前的任何时候要求一方当事人实施某种行为或不行为的临时性措施。对于申请方当事人而言,发布且得到实施的仲裁保全措施具有防止对方当事人恶意转移财产、毁灭证据或避免对方当事人基于其他行为或不行为使最终的仲裁裁决无意义的积极功能。<sup>②</sup>然而,对于被申请人当事人来说,在不必要或不应当的情况下,仲裁保全措施的发布且得到实施将严重地损害其利益。因此,保全措施制度是否合适对当事人是否应选择仲裁同样是至关重要的。

就境外情况而言,历史上确实有很多国家或地区的仲裁制定法已明确宣布:仲裁庭无权发布任何保全措施,这表明,法院是在仲裁前和仲裁过程中专享发布与仲裁协议标的的有关保全措施的唯一主体。然而,这些国家或地区目前都已否定了上述立场,在保留法院仍为仲裁保全措施发布主体的同时,在现行仲裁制定法中明确宣布仲裁庭也是有权力发布保全措施的主体。<sup>③</sup>我国有学者称,在国际实践中意大利、阿根廷等少数几个国家的国内法院被赋予了排他性的仲裁临时措施发布权。<sup>④</sup>其实,这种情况都已被改变。就意大利而言,早在其2006年修订的《民事诉讼法典》第818条就通过加注“除非法律另有规定”的方式对仲裁庭发布保全措施权力作出了网开一面的处理。<sup>⑤</sup>阿根廷2015年新的联邦《民商法典》第1655条也赋予了仲裁庭发布保全措施的权力,其即将出台的《国际仲裁法》更有希望包含同样的规定。<sup>⑥</sup>据此我们认为,当今世界上已很难找到境外有些权重地位的国家或地区不赋予仲裁庭发布保全措施的权力。

一些境外学者指出:一经组建,仲裁庭往往更适合发布保全措施,因为对争议实体的当然

<sup>①</sup>参见杜新丽的《国际商事仲裁理论与实践专题研究》,中国政法大学出版社2009版,第144页。See also Sam Luttrell & G.A. Moens, *The Arbitration Rules of the Australian Centre for International Commercial Arbitration: Distinctive Features*, *Arbitration* 2009, 75(4): 520-531.

<sup>②</sup>See Peter J.W. Sherwin & Douglas C. Rennie, *Interim Relief under International Arbitration Rules and Guidelines: A Comparative Analysis*, *American Review of International Arbitration*, 2009, p229. See also Dana Renée Bucy, *The Future of Interim Relief in International Commercial Arbitration under the Amended UNCITRAL Model Law*, *American University International Law Review*, 2010: 582-584.

<sup>③</sup>参见张圣翠:《论我国仲裁保全措施制度的重构》,《上海财经大学学报》2016年第2期。

<sup>④</sup>参见袁发强:《自贸区仲裁规则的冷静思考》,《上海财经大学学报》2015年第2期。

<sup>⑤</sup>可参见由Piero Bernardini教授翻译意大利2006年《民事诉讼法典》仲裁法部分的英译文本, [http://www.camera-arbitrale.it/Documenti/dlgs\\_2feb2006\\_eng.pdf](http://www.camera-arbitrale.it/Documenti/dlgs_2feb2006_eng.pdf), 2017年5月5日最后访问。

<sup>⑥</sup>See Florencia Villaggi, *Recent Developments in the Arbitration Legislation in Argentina*, *Journal of International Arbitration*, Volume 35, Issue 2, 2018: 225-252.

审查权使其更容易评估实体上成功的可能性及保全措施对当事人和仲裁程序的影响;仲裁庭同样能够更好地识别当事人何时滥用了保全措施的请求和带有策略上的目的;在多数情况下可以避免向法院提出请求所导致不必要的拖延与成本;允许仲裁庭发布保全措施的另一个好处是促进当事人选择仲裁作为争议解决手段的自由。<sup>①</sup>我国大陆学者研究后也发现:法院主导型的财产保全制度不利于仲裁制度高效便捷地解决当事人之间的民商事纠纷;对仲裁财产安全性保障最重要的并不在于财产保全一定应当由法院作出,而在于申请财产保全是否提供了足额的担保以保证错误的财产保全对被申请人的救济。<sup>②</sup>可见,无论是从本身先行先试的发展策略需要,还是基于中外学者已论证的法理,我国自贸区创新性立法都应当赋予仲裁庭发布临时保全措施的权力。

## (二)临时仲裁裁决撤销制度的创新

通过法院对包括临时仲裁裁决在内的所有仲裁裁决的撤销纠纷实行管辖是国家行使司法主权的一种重要手段,且在合理的情况下有利于间接地实现本国或本地的贸易和法律规则对国际或区际贸易与投资的深远影响。<sup>③</sup>这种撤销事项方面的制度包含是否允许撤销、撤销的依据、撤销的理由等。

对于仲裁地在本国但根本无涉于本国任何当事人的国际仲裁案件,比利时等国历史上曾强行地禁止或放弃撤销管辖权,导致了绝大多数境外的当事人因无撤销裁决这种品质控制规则而恐惧地不选择该国为仲裁地,从而使其成为世界仲裁中心之一的目标完全落空以至于不得不改弦易辙,<sup>④</sup>所以我国不赋予涉自贸区临时仲裁裁决的撤销请求权不仅会损害司法主权、很多案件中本国当事人的利益,而且还有违当事人的正当期望。据此的关键问题是:我国法院以何种依据行使撤销涉自贸区的临时仲裁裁决的管辖权?

根据现代各国家或地区的制定法,其法院一般只对以本国或境内为仲裁地的国内或境内、涉外或国际仲裁裁决行使撤销管辖权,<sup>⑤</sup>换句话说,“仲裁地”是当代境外主流的仲裁裁决撤销的依据。然而,我国涉自贸区的临时仲裁裁决却很复杂,主要会有以下几种情形:(1)一些非自贸区的境外法人或自然人可能为纯境外的纠纷协议约定了自贸区为仲裁地;(2)另一些临时仲裁裁决的境内当事人全部未在自贸区注册,相互间的纠纷完全无涉外或涉自贸区因素却共同选择了自贸区为仲裁地;(3)还有一些临时仲裁裁决按以上的34号《意见》并无须且实际也未以自贸区为仲裁地。

对于上述第(1)种情形,按国际惯例,由作为仲裁地的自贸区所在地中级人民法院行使裁决的撤销管辖权肯定是合适的并有前述的诸多好处。关于上述第(2)种情形中的当事人目前未选自贸区未仲裁地的,其仲裁裁决肯定因无协议通过仲裁机构作出而无效,从已有的纯国内当事人选境外仲裁的裁决得不到承认和执行的诸多判例<sup>⑥</sup>来看,这种规避《仲裁法》而选择以自

<sup>①</sup>See Dana Renée Bucy, *The Future of Interim Relief in International Commercial Arbitration under the Amended UNCITRAL Model Law*, *American University International Law Review*, 2010: 587-589.

<sup>②</sup>参见汪祖兴:《中国仲裁的境遇及改革要略》,法律出版社2010年版,第20-21页。

<sup>③</sup>参见孙伟:《中国参与国际商事仲裁规则》,《中国律师》2017年第2期。同时参见陈力:《ICC国际仲裁院在我国作成仲裁裁决的承认与执行》,《法商研究》2010年第6期。

<sup>④</sup>See Georgios Petrochilos, *Procedural Law in International Arbitration*, *Oxford Private International Law Series*, 2004, p87. See also Martina Prpic, *Setting Aside Recourse and Enforcement of Awards Annulled in the Country of their Origin*, *Croatian Arbitration Yearbook*, 2003: 16-17.

<sup>⑤</sup>参见张庆元、陆薇:《国际商事仲裁中的国籍问题》,《仲裁研究》2010年第2期。

<sup>⑥</sup>参见张建:《非涉外纠纷约定境外仲裁的条款效力问题探微》,《北京邮电大学学报》2016年第1期。

贸区为仲裁地的临时仲裁裁决同样不应受承认和执行。不过,对该种临时仲裁裁决,为了避免获得有利裁决的另一方当事人到处申请承认与执行而很不经济,我国也应赋予有关当事人的撤销请求权。我们认为,自贸区所在地中级人民法院也是有水平审查这样规避《仲裁法》适用的撤销纠纷的,因为该种规避审查与其他种类的法律规避审查没有区别。就上述第(3)种情形来说,根据区际仲裁制度的理念,非自贸区的仲裁地所在的中级人民法院同样应能给予合适的撤销救济。退一步而言,即使该地中级人民法院没有按34号《意见》正确地对涉自贸区的临时仲裁裁决撤销纠纷作出正确的决定,在现代通讯很发达的情况下很快即会传出消息而能被上一级人民法院及时地纠正。

#### 四、自贸区临时仲裁制度的创新途径与模式

##### (一)创新途径

这里“途径”是指通过什么部门将创新的临时仲裁制度公布出来。我国《立法法》第8条第10项规定,仲裁制度应由全国人大常委会立法制定。从该规定无除外的内容来看,作为仲裁制度一部分的临时仲裁制度理所当然属于全国人大常委会的立法权限范畴。

颁行20余年问题太多的现行《仲裁法》,在2018年9月7日已经被全国人大常委会列为“需要抓紧工作、条件成熟时提请审议的法律草案”的二类立法项目<sup>①</sup>。然而,由于反对者众多,修改的《仲裁法》包含允许临时仲裁,特别是允许境内非涉外临时仲裁规范的前景十分堪忧。同时我国各地的自贸区本身也不是一个独立的法治区域,废改立法任务繁重的全国人大常委会肯定不能为非独立法治区域的各自自贸区<sup>②</sup>单独制定一个包含上述诸多内容、名头为“临时仲裁条例”之类的规范性文件。

目前,各自贸区很多具体创新制度是由全国人大常委会授权制定的,为此该常委会已发布了如《关于授权国务院在中国(上海)自由贸易试验区暂时调整有关法律规定的行政审批的决定》和《全国人大常委会关于授权国务院在中国(广东)自由贸易试验区、中国(天津)自由贸易试验区、中国(福建)自由贸易试验区以及中国(上海)自由贸易试验区扩展区域暂时调整有关法律规定的行政审批的决定》等。<sup>③</sup>我国《立法法》第9条也为这种授权提供了依据,即对于属于其立法权限范围内的事项尚未制定法律的,全国人大常委会有权作出决定授权国务院可以根据实际需要先制定行政法规。然而,对于具体应划入民商事争议解决程序领域的临时仲裁制度,只擅长行政法规的国务院或地方政府等行政部门肯定不适合被授权予以制定。同时,对于上述那么多的规则,也肯定不适合由最高人民法院从司法审查角度去表示意见或做出司法解释,因为这些规则绝大多数情况下供当事人不进行司法审查时适用。无疑,最适合的创新途径是通过地方上的立法机构,更具体地说,基于临时仲裁制度本身的重要性只能由直辖市、省或自治区级别的人大或其常委会予以创新制定。

实际上,直辖市、省或自治区级别的人大或其常委会已颁行了多部针对自贸区的创新立法,如《中国(上海)自由贸易试验区条例》《中国(天津)自由贸易试验区条例》《中国(广东)自

<sup>①</sup>参见乔思伟:《十三届全国人大常委会立法规划公布》, [http://www.mlr.gov.cn/xwdt/jrxw/201809/t20180910\\_2187940.htm](http://www.mlr.gov.cn/xwdt/jrxw/201809/t20180910_2187940.htm), 2018年10月28日最后访问。

<sup>②</sup>刘松山:《论自贸区不具有独立的法治意义及几个相关法律问题》,《政治与法律》2014年第2期。

<sup>③</sup>《关于授权国务院在中国(上海)自由贸易试验区暂时调整有关法律规定的行政审批的决定》等, [http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2014-12/29/content\\_1891931.htm](http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2014-12/29/content_1891931.htm), 2018年1月22日最后访问。

由贸易试验区条例》《中国(天津)自由贸易试验区条例》等。<sup>①</sup>这些地方性创新规则的依据在学界有些争论,笔者赞同一些学者的观点,建议根据《立法法》第74条由全国人大及其常委会按照各自的职权作出扩张解释,将自贸区视为新时期的经济特区,暂停《仲裁法》一些条款对涉自贸区临时仲裁活动的适用,同时授权直辖市、省或自治区级别的人大或其常委会制定涉自贸区临时仲裁纠纷的规则。<sup>②</sup>

此外,直辖市、省或自治区级别的人大或其常委会也可以在未经授权的情况下主动地制定出涉自贸区临时仲裁方面的详细规则,然后根据《立法法》第98条报全国人大常委会和国务院备案。在目前鼓励自贸区先行先试的大背景下,只要所创新的临时仲裁规则没有违背我国的根本利益,全国人大常委会应不会按照《立法法》第97条等予以撤销。

## (二)创新模式

创新模式包含着临时仲裁制度是否要与机构仲裁制度分开制定及具体内容方面的体例选择等。从现有的中英文研究成果及官方文件来看,临时仲裁制度与机构仲裁制度分开制定的模式在境外是不存在的,在此背景下我国直辖市、省或自治区级别的人大或其常委会单独制定一份仅适用于涉自贸区临时仲裁问题的单独立法文件显然一种立法模式方面的创新。不过,我们不赞同如此创新,原因在于:直辖市、省或自治区级别的人大或其常委会的立法资源也很宝贵,单独立法很不经济;我国《仲裁法》中的一些机构仲裁规则也有很大的缺陷,这些规则适用于涉自贸区机构仲裁问题时也有很大的负面作用;临时仲裁与机构仲裁规则分开制定的模式在境外很怪异,不属于使用者友好型的熟知模式。为此我们认为,按境外惯例采用与机构仲裁制度混合规定的模式才是最佳的选择,这也与建立一套与国际接轨的新制度体系、提高国家整体竞争力和实现可持续发展的大目标契合。<sup>③</sup>

就涉自贸区临时仲裁制度具体内容的体例选择问题而言,有联合国国际法委员会《国际商事仲裁示范法》(1985年制定且于2006年修订,以下简称《示范法》<sup>④</sup>)和非《示范法》模式可供参考。

境外一些学者对上述《示范法》给予了很高程度的肯定,认为其体现出很多国家或地区的经验和权威学者的意见,反映了重要的国际实践与技巧。<sup>⑤</sup>我国也有不少学者很赞同《示范法》中的多款项内容<sup>⑥</sup>,并建议我国应加以借鉴或直接采纳,其理由是:有众多国家或地区以其为蓝本制定或修改了仲裁法;是否采纳反应了立法先进与落后、开放与封闭的重要指标,反映国际社会主流的看法和普遍的实践。<sup>⑦</sup>

我们认为,以上的一些观点是正确的,另一些看法却言过其实。实际上,法国、瑞典、瑞士、美国联邦层面及英国的英格兰和威尔士等很多仲裁强国或强区并未选择《示范法》模式。英国

<sup>①</sup>[http://www.tj.gov.cn/tj/tztj/tzcc/201610/t20161013\\_3563773.html](http://www.tj.gov.cn/tj/tztj/tzcc/201610/t20161013_3563773.html), 2018年2月26日最后访问。同时参见李敏:《关于上海自贸区条例的若干法律思考》,《行政与法》2016年第1期。

<sup>②</sup>参见袁杜娟:《上海自贸区仲裁纠纷解决机制的探索与创新》,《法学》2014年第9期。同时参见李猛:《中国自贸区授权立法问题研究》,《甘肃政法学院学报》2017年第2期。

<sup>③</sup>殷华工、高维和:《自由贸易试验区产生了“制度红利”效应吗》,《财经研究》2017年第2期。

<sup>④</sup>该《示范法》的内容详见<http://www.docin.com/p-866361347.html>, 2018年9月6日最后访问。

<sup>⑤</sup>See Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2014: 138.

<sup>⑥</sup>参见朱克鹏、笪恺:《联合国〈国际商事仲裁示范法〉评述》,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》1996年第5期。同时参见殷华工、高维和:《自由贸易试验区产生了“制度红利”效应吗?》,《财经研究》2017年第2期。

<sup>⑦</sup>参见赵秀文:《〈国际商事仲裁示范法〉对临时性保全措施条款的修订》,《时代法学》2009年第3期。同时参见赵健:《联合国〈国际商事仲裁示范法〉2006年修订条款的评述——兼论对我国仲裁立法与实践的影响》, <https://max.book118.com/html/2016/0308/37139469.shtm>, 2018年3月28日最后访问。

的苏格兰对国际仲裁原先采用了《示范法》模式,在2010年制定新法时却抛弃了该模式,对国际和国内仲裁统一转而部分采用英格兰和威尔士的1996年《仲裁法》加部分自创的模式(最突出的特征是在该新法的后部集中附列了整套仲裁规则),原因在于该国的立法者发现:德国、澳大利亚、丹麦、挪威等采用《示范法》模式并未能大份额地吸引到仲裁当事人或标的量;奥地利、爱尔兰、百慕大、新加坡和中国香港等《示范法》模式的国家或地区仲裁吸引力优势则归功于中立地位、强大的美国仲裁协会的进驻、金融业发达和背靠世界第二大经济体等因素;《示范法》本身很不完整,很多采用《示范法》模式的国家或地区做了大幅度的增删改。<sup>①</sup>

以上的情况及我们前面的论证都表明,我国涉自贸区的临时仲裁立法制度不宜唯以《示范法》为据,而应在博采境外仲裁制定法特别是非常有仲裁吸引力的国家或地区好规定之众长的基础上创新出优势规范。

## 五、结 语

临时仲裁在境外从很久之前到现在且到可预见的将来都是一种重要的争议解决手段,在我国内地却长期不能推行,说明了其阻力之强大与顽固。我国人民法院现在也普遍面临着案多人少的巨大诉讼压力,我国最高人民法院发布司法意见允许内地涉自贸区纠纷按一定的条件提交临时仲裁无疑是一项重大进步。然而,该意见涉及临时仲裁的立场仍十分模糊,需要全国人大授权由直辖市、省或自治区级别的人大或其常委会予以细化创新制定。

从境外的经验和教训来看,该种创新制定应不限于只参考联合国《示范法》,而要借鉴英格兰、法国、瑞典、苏格兰等非《示范法》模式的国家或地区仲裁制定法中好的更合理规定。在临时仲裁员资格方面应按国际惯例创新地允许有行为能力者任职仲裁员,在当事人未约定的情况下规定人民法院可以协助指定仲裁员。在不违反强行规则的情况下应允许当事人有约定临时仲裁规则的自由,当事人无约定时,应由仲裁庭确定临时仲裁规则。

此外,我国涉自贸区临时仲裁创新规则还应包括赋予临时仲裁庭发布保全措施的权力以使得一些环节更有效率。另外,临时仲裁地的人民法院应对涉自贸区临时仲裁裁决的撤销救济有司法审查的管辖权,从而确保涉自贸区临时仲裁的品质和吸引力。

### 主要参考文献:

- [1] 樊莹. 仲裁在中国:法律与文化分析[M]. 北京:法律出版社,2017.
- [2] 江伟,肖建国. 仲裁法[M]. 北京:中国人民大学出版社,2016.
- [3] 宋连斌,林荟,陈希佳. 中国商事仲裁年度观察2017[A]. 林志炜. 中国商事争议解决年度观察-2017[C]. 北京:中国法制出版社,2017.
- [4] 汪祖兴,郑夏. 自治与干预:国际商事仲裁当事人合意问题研究[M]. 北京:法律出版社,2016.
- [5] 徐伟功. 国际商事仲裁理论与实务[M]. 武汉:华中科技大学出版社,2017.
- [6] 于湛旻. 国际商事仲裁司法化问题研究[M]. 北京:法律出版社,2017.
- [7] 张圣翠. 中国仲裁法制改革研究[M]. 北京:北京大学出版社,2018.
- [8] 朱科. 中国国际商事仲裁司法审查制度完善研究[M]. 北京:法律出版社,2018.
- [9] Arroyo M. Arbitration in Switzerland: The practitioner's guide[M]. The Netherlands: Kluwer Law International, 2018.
- [10] Bermann G A. Recognition and enforcement of foreign arbitral awards[M]. Cham, Switzerland: Springer, 2017.

<sup>①</sup>See Hew R. Dundas, The Arbitration(Scotland)Act 2010: A Great Collaborative Success and an Innovative Model for Other Jurisdictions to Follow, Indian Journal of Arbitration Law, Volume V, Issue 1, 2016: 81-106.

- [11] Girsberger D, Voser N. International arbitration: Comparative and Swiss perspectives[M]. Hague: Kluwer Law International, 2016.
- [12] Lin Y F. Judicial review of arbitration: Law and practice in China[M]. Hague: Kluwer Law International, 2018.

## A Study on the Innovative Legal System for Ad Hoc Arbitration in China's Free Trade Zones

Zhang Shengcui, Fu Zhijun

(School of Law, Shanghai University of Finance & Economics, Shanghai 200433, China)

**Summary:** Ad hoc arbitration is one of the most important means to resolve civil and commercial disputes and bring considerable amount of foreign exchange income in many oversea jurisdictions. Mainland China's Supreme Court issued a judicial opinion to give a limited admission of ad hoc arbitral awards concerning Pilot Free Trade Zones (PFTZ). That opinion has been undoubtedly an important progress in the history since the Communist Party took control of China. However, that opinion not only uses three vague terms named as a specific place, specific persons and specific arbitration rules, but also keep silent on other issues concerning ad hoc arbitration. As far as the seat of arbitration, China should allow the parties to select freely in accordance with international practice and authorize the ad hoc arbitral tribunal to make the decision in the absence of a choice by the parties. As for the issue of the ad hoc arbitration rules, the innovative provisions of our country can be as follows: under the premise of not violating the mandatory rules of law, the parties are allowed to independently formulate or choose appropriate arbitration rules for them; if the parties do not make or choose, the arbitral tribunal shall determine the appropriate arbitration procedure on the same premise. In terms of "arbitrators" norms, the corresponding innovations should be that, with the exception of a few serious offenders and specific categories of persons, all those with civil capacity are eligible to act as ad hoc arbitrators; at the same time, if the parties do not have a specific choice, it is stipulated that according to the default rules, the people's court appoints arbitrators according to certain standards. The interim arbitration measures of protection have different significance for the claimants & the respondents, and the relevant innovations should include: to give the ad hoc arbitration tribunal the power to issue interim measures of protection. In addition, with regard to the system of setting aside ad hoc arbitral awards, innovative measures should base the jurisdiction of people's courts upon the arbitral seat whether or not that seat involving the ad hoc arbitration is located within PFTZ. Finally, in order to make ad hoc arbitration go smoothly, China's Standing Committee of National Congress should empower province-level congresses or their standing committees to create further innovative provisions on the seat of arbitration, arbitrators, arbitral rules, judicial review of arbitral awards related to the above-mentioned type of arbitration.

**Key words:** Pilot Free Trade Zones; ad hoc arbitration; seat of arbitration; arbitrators; arbitration rules

(责任编辑: 倪建文)