

doi:10.16060/j.cnki.issn2095-8072.2018.06.007

中国建设自由贸易港临时仲裁制度问题研究^{*}

何悦涵

(大连海事大学法学院, 辽宁 大连 116026)

摘 要:党的十九大报告助推中国自由贸易港建设的大潮奔涌而来,昭示其在深化自由贸易港法律制度变革领域的历史使命。临时仲裁制度即在这种特殊背景下呼之欲出,契合灵活性、多样化、自主性和便利性的自由贸易港争端解决诉求。临时仲裁系舶来品,但在国外已盛行百年,其为中国自贸试验区提供了有益借鉴。由此,《横琴自由贸易试验区临时仲裁规则》率先予以移植并取得了初步成果,为自由贸易港的引入提供了实践经验参照;《关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见》也为如何保障其顺利运行提供了方向参考。尽管如此,临时仲裁制度引入自由贸易港仍面临诸多挑战:立法形式如何选择才得以契合自由贸易港“特殊经济功能区”的地位,仲裁与司法机构的介入尺度若出现纰漏将削弱临时仲裁高效便捷的优势,高素质临时仲裁员亦存在缺口等。对此提出相关建议,包括参考自贸试验区立法形式在自由贸易港内以特殊立法授权实现临时制度的“有法可依”,将仲裁与司法机构定位为服务者,并通过免签、追责等机制保证临时仲裁员数量与质量,藉此填补自由贸易港多元化争端解决机制的罅隙。

关键词: 自由贸易港; 临时仲裁; 自贸试验区; 机构仲裁

中图分类号: D996.1/DF961 **文献标识码:** A **文章编号:** 2095—8072(2018)06—0059—13

一、问题的提出

中国自由贸易港建设发端于党的十九大报告所提出的“赋予自由贸易试验区更大改革自主权,探索建设自由贸易港”,实践于《中共中央国务院关于支持海南全面深化改革开放的指导意见》(以下简称《指导意见》)有关“探索建设中国特色自由贸易港”的具体要求,并在《中国(海南)自由贸易试验区总体方案》(以下简称《总体方案》)中得到进一步落实)。剖析十九大报告与《指导意见》以及《总体方案》关于建设自由贸易港宏观目标下的多样化内容,当抽丝剥茧,关注自由贸易港法律制度这一保障港内经贸活动正常运行的“最后一道屏障”,并将研究重心倾侧于对其改革之上。自由贸易港法律制度的改革存在不同角度并衍生出不同路径,这其中以仲裁制度作切入点最佳,因其具有的当事人意思自治以及灵活高效等特征更加契合自由贸易港“开放水平最高的特殊经济功能区”^①的定位以及港区内争端当事人对争端解决的诉求。仲裁制度包含机构仲裁和临时仲裁两种基本形式,彼此相辅相成、相得益彰,尽管前者被赋予双方当事人的合意和相对独立的常设仲裁机构,加之储备专业丰富的

^{*} 基金项目: 本文受2018年研究阐释党的十九大精神国家社科基金专项立项课题“建设中国自由贸易港的法律保障与政策推进研究”(18VSI076)资助。

^① 汪洋: 推动形成全面开放新格局[N]. 人民日报[2017-11-10].

仲裁员,以及成熟的仲裁规则,代表着当今世界最主流的仲裁方式,而后者则游离于任何仲裁机构。但因其具有灵活多变的特点,由当事人双方自行创设仲裁程序,对于标的较小、结案时间紧迫的国际民商事案件仍具无可比拟的优势,此种优势尤以自由贸易港最为需要。中国自由贸易港所涉纠纷因其特殊的定位具有跨国性强,程序便捷,不拘泥于形式,注重公平合理等特征。引入此种仲裁,可以更好地服务和保障自由贸易港建设大局。

令人瞩目的是,临时仲裁已被植入自贸试验区。2017年1月发布的《最高人民法院关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》(以下简称《司法保障意见》)以单独条款承认临时仲裁的形式成为中国自贸试验区临时仲裁制度建立的“敲门砖”;同年4月,横琴自贸试验区正式施行的《横琴自由贸易试验区临时仲裁规则》(以下简称《横琴临时仲裁规则》)成为中国首部临时仲裁规则;2018年1月23日,中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见》(以下简称《“一带一路”意见》),明确提出以共商共建共享为原则,一方面引导国内成熟仲裁机构开展国际商事仲裁,并注重培养国内专业仲裁人才,并辅以法院在证据与财产保全、仲裁裁决执行的司法保障;另一方面也积极引入国外专业法律专家的进驻与合作。^①2018年4月3日,中国首例跨自贸试验区临时仲裁案例试验正式落地,分别注册于上海与广东自贸试验区的当事方公司仅耗时一天便就结果达成合意。上述变化无疑为临时仲裁进入自由贸易港赐予前所未有的良机。作为自贸区的升级版——自由贸易港能否借此契机,以上述尝试为基础加以创新?中国自由贸易港引入临时仲裁制度应然性体现在何处?引入该制度时又将面临何种挑战?这些挑战又当如何化解?这些问题将于本文重点阐释。

二、中国建设自由贸易港临时仲裁制度之应然性

对于中国自由贸易港建设临时仲裁制度的应然性分析应以两方面为切入点:其一,临时仲裁制度自身具有何种普适性优势,使其得以与机构仲裁在仲裁领域近乎“平分秋色”,乃至其在西方国家能先于机构仲裁出现;^②其二,上述优势又契合了中国对于自由贸易港建设的何种诉求?换言之,自由贸易港的独特地位和特征与临时仲裁的优势是如何高度契合,以至于建设中国自由贸易港必当考虑引入临时仲裁制度?基于以上两方面综合分析得出的结论将共同构成中国建设自由贸易港临时仲裁制度之动因。

(一) 临时仲裁制度之所长

1. 实现意思自治最大化

根据定义与分类,临时仲裁包含两种类型:其一为当事人实现完全的意思自治,

^① 关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见[EB/OL]. 中国政府官网[2018-06-27]. http://www.gov.cn/xinwen/2018-06/27/content_5301657.htm.

^② Tietie Zhang, “Enforceability of Ad Hoc Arbitration Agreements in China: China’s Incomplete Ad Hoc Arbitration System”, *Cornell Int’l L.J.* 2013, 46(2): 361.

只依双方协议组成仲裁庭进行争端处理；其二是一定程度上与常设仲裁机构发生交集，此种交集仅为当事人参考来自机构的特定仲裁规则或授权仲裁庭自选程序，而不是仲裁机构的实质干预。^①当事人能够对仲裁员、仲裁地、仲裁程序以及规则等进行自由选择而不必考虑既有规则，换言之，只要双方当事人能够对临时仲裁的运行方式达成协议即可，当事人的自主选择权被置于首位，其程序推进重点取决于仲裁庭与各方当事人的密切合作。^②在这种情况下，仲裁庭得出的结果更易为双方当事人接受与执行，实现争端在实质意义上的解决。同时，临时仲裁还得以消除仲裁的“过度组织化”影响。^③仲裁庭的权力实质上来自于当事人让渡，然而机构仲裁在实践发展中形成的过于组织化、冗杂化弊病却反而制约当事人的争端解决，权力让渡没有实现权利保护，这并不符合当事人对仲裁的诉求。临时仲裁通过将自主权收归当事人的方式避免“过度组织化”的影响，能够实现仲裁这一争端解决方式在意思自治价值方面的最大化。

2. 实现经济效益最大化

追求经济效益最大化是当事人的终极目标，这种目标同样适用于国际商事争端解决方面，临时仲裁机制能够最大程度保证当事人的这一追求在争端解决领域的实现。如前所述，上海自贸试验区的首例跨自贸试验区临时仲裁案例仅用时一天；纽约与伦敦也发生过争议发生当天、成立仲裁庭、开庭审理并于翌日早晨做出裁决的案例。^④这些实践与临时仲裁免除仲裁机构繁冗程序干预密不可分。仲裁时间的大幅压缩为当事双方节约了时间成本，并且如前所述临时仲裁具有的高度自主性使当事双方鲜有因裁定时间缩短而质疑仲裁结果的情况。同时，临时仲裁免除机构干预也可为当事人节省相关机构管理以及行政服务费等，其费用成本主要用于支付双方认可的权威仲裁员，舍弃仲裁机构的中间费用将使得当事人在支付更少费用的同时获得来自仲裁员更积极的服务，一举两得。如此一来，当事人使用临时仲裁手段解决争端的时间与费用成本均被人为压缩，最终通过争端解决环节成本的降低实现总体经济效益的最大化目标。

（二）中国自由贸易港契合构建临时仲裁制度之条件

如前所述，临时仲裁制度在意思自治与经济效益最大化两方面具有机构仲裁不可比拟的优势，而上述优势尤为契合中国正探索建设的自由贸易港中国际商事争端当事人对于纠纷解决的诉求。具体而言，中国自由贸易港将因其“全球开放水平最高特殊经济功能区”的定位而大量吸引成熟外资企业以及专业仲裁人员进驻，同时也将面临大规模、多样化国际商事争端的产生，基于这两种情况，拥有较为宽松法律制度环境而具备引入条件的中国自由贸易港能够并且应当引入临时仲裁制度。

① 杨良宜. 国际商务仲裁[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1997: 136.

② Nigel Blackaby, Constantine Paptasides, Alan Redfern and Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, 2009: 53.

③ 刘晓红. 国际商事仲裁专题研究[M]. 北京: 法律出版社, 2009: 175.

④ Philip Yang, *On Shipping Practice*, Dalian Maritime University Press, 1995: 565.

高度开放意味着外资企业与国际人才的引入,而临时仲裁制度的建立正急需伴随这类企业与人员所带来的实践经验与其营造出的诚信环境。根据《指导意见》的要求,建设自由贸易港应当积极吸引外商投资,并支持外商全面参与自由贸易港建设,因而中国自由贸易港将带来大量国际知名外资企业的进驻。由于中国自由贸易港建设仍属于“探索建立”的阶段,而其又可称为自贸试验区的“升级版”,故而对自由贸易港的分析可以既有自贸试验区情况为参考。上海自贸试验区截至2017年底累计新注册企业4.9万户,内资企业近4万户,外资企业8700多户;^①广东自贸试验区2017年全年新设外商投资企业数量共计4081户,^②而这其中不乏经营与发展经验丰富的知名外资企业。自贸试验区尚且如此,自由贸易港凭借更高层次的开放与更为宽松的准入制度将吸引更多外资企业的进驻。大量企业的进驻势必会带来争端数量的上升,与此同时这些底蕴深厚的公司对自身商业信誉的维护和长期国际贸易商事往来中积累的临时仲裁“实战”经验^③又将为自由贸易港临时仲裁制度的环境建立起到助推作用。

此外,根据《全面深化中国(上海)自由贸易试验区改革开放方案》对自由贸易港提出的“一线放开”要求,以及《指导意见》进一步提出的在投融资、财政税务、金融创新等方面探索更加灵活的政策体系、监管模式和管理体制目标,中国自由贸易港势必面临数量更大、类型更复杂多样的新型国际商事争端,其所带来的溢出效应将与自由贸易港有限的法院司法资源产生不对等局面,而机构仲裁的准司法化倾向又严重制约其本应承担的区别于司法手段的多样化纠纷解决功能,在此情形下,中国自由贸易港建设临时仲裁制度更显其必要性与紧迫性。

三、中国建设自由贸易港临时仲裁之制度性挑战

中国自由贸易港具有得天独厚的区位与政策优势,以及相较于其他区域更强烈的对于临时仲裁制度的需求,因而在中国建设自由贸易港临时仲裁制度具有其应然性。然而,临时仲裁制度终归于中国为新生事物,即使在自贸试验区已经先行试水并初见成效,其在自由贸易港的制度构建以及具体运行仍将面临诸多制约因素。在众多可预见的问题中,立法形式的选择、司法及仲裁机构对临时仲裁的干预程度以及权威仲裁员的缺口等问题尤为突出。

(一) 立法形式的选择

选择合适的立法形式是保障中国自由贸易港临时仲裁制度平稳落地的法律前提,而何种立法形式才符合中国自由贸易港的特殊地位值得分析与研判。纵观其他国家或地区对于临时仲裁制度的相关立法,立法层级较高是其显著的共同特征,对临时仲裁制度的法律规制较常体现于一个国家或地区的基本立法之中;反观中国自贸试验区,

① 上海自贸试验区挂牌四年来经济运行情况[EB/OL].中国(上海)自由贸易试验区网站[2017-12-26]. <http://www.china-shftz.gov.cn/NewsDetail.aspx?NID=b5d19316-e279-4026-b5da-851ea94cd9e0&Type=44&navType=1>.

② 自贸试验区外商投资企业数量(2017年12月)[EB/OL].中国(广东)自由贸易试验区[2017-12-26]. <http://www.china-gdftz.gov.cn/>.

③ 赖震平.我国商事仲裁制度的阙如——以临时仲裁在上海自贸区的试构建为视角[J].河北法学,2015(2):160-163.

有关临时仲裁的立法则表现为《司法保障意见》下突破《仲裁法》的特殊规定,在此规定下临时仲裁得以在自贸试验区率先“解禁”。无论上述何种立法形式都不必然完全契合临时仲裁制度于中国自由贸易港的构建要求,但通过对其在不同立法形式下运行情况的分析能够为中国自由贸易港临时仲裁立法形式的选择提供参考。

香港特区作为与内地临近的自由贸易港,是中国探索建设自由贸易港的重要参考对象。在香港,仲裁的协议、运行、监督等受2011年6月1日生效的《香港仲裁条例》规制。该条例虽未提出“临时仲裁”的明确概念,但其以散见于不同条款的形式规定了当事人拥有确定仲裁员人数、选择仲裁程序的自由,也规定《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》(以下简称《仲裁示范法》)在香港具有法律效力,^①继而《仲裁示范法》所赋予的当事人授权第三人(包括机构)就具体事项作出决定的自由^②也对香港仲裁具有约束力。通过前述条款,《香港仲裁条例》对临时仲裁作为仲裁制度重要组成部分之一的地位给予了肯定,而该条例被用以统一香港本地及国际仲裁的法定制度,故概言之香港临时仲裁制度的法律规制文件层级较高,也符合国际的主流趋势。

而同为亚洲重要自由贸易港的新加坡也应当成为中国于自由贸易港构建临时仲裁制度的参考之一。新加坡与中国香港类似,旧时二者同属英国的殖民地,因而新加坡与香港的法律均受到英国法思想与具体规则的影响。新加坡有关仲裁的法律分为主要分管国内仲裁的《仲裁法》与分管国际仲裁的《国际仲裁法》两种,该两部法律均在其第二条明确仲裁庭不但指确定的仲裁机构,还应当包括独任或一组仲裁员,^③并且赋予《仲裁示范法》有关当事人对第三方的授权条款以法律效力。通过这种方式,新加坡亦如香港一般未明确提出临时仲裁的概念,但以前述条款承认了临时仲裁在新加坡的合法地位。

中国自由贸易港临时仲裁制度虽还未通过立法固定,但存在既有自贸试验区“渐进式”立法实践以供其参考。最高人民法院发布的《司法保障意见》首次提出在中国自贸试验区建立临时仲裁制度,同年4月《横琴临时仲裁规则》发布实施,其中对临时仲裁的定义、适用范围以及原则等予以固定,用以指导横琴自贸试验区临时仲裁的具体实践,为临时仲裁制度至少在横琴自贸试验区这一特定区域的运行提供了中国式规则的选择。值得注意的是,中国《仲裁法》仍未对临时仲裁这一形式进行“解禁”,自贸试验区只是在《立法法》第13条^④的授权下采取“特殊情况,具体分析”的手段对临时仲裁制度进行法律规制,这是考虑到过于依赖国家层面立法会阻滞自贸试验区制度创新与改革发展的进程,无形中增加自贸试验区法律制度实施适用的成本而选择的结果,^⑤这种方式的背景与中国自由贸易港建设有相似之处。

① Article 4, 23(1)(2), 47(1) of Hong Kong Arbitration Ordinance.

② Article 2(d) of UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration.

③ Article 2(1) of Singapore Arbitration Act, Article 2(1) of Singapore International Arbitration Act.

④ 《中华人民共和国立法法》第13条规定,全国人民代表大会及其常务委员会可以根据改革发展的需要,决定就行政管理等领域的特定事项授权在一定期限内在部分地方暂时调整或者暂时停止适用法律的部分规定。

⑤ 李猛. 中国自贸区法律制度的构造及其完善[J]. 上海对外经贸大学学报, 2017(2):46.

作为开放程度高、商事往来繁杂的中国自由贸易港，当以通过仲裁制度与机构的构建成为亚洲国际仲裁中心试点为目标，而这一目标的实现无法作为脱离仲裁重要组成部分之一的临时仲裁制度的构建。其立法模式是效仿目前处于亚洲国际仲裁骨干之位的自由贸易港——香港与新加坡的形式，采取“上位法统一规制临时仲裁”的国际通行模式；亦或承接作为自由贸易港发展基础的自贸试验区的立法形式；再或是否存在其他适宜的选择？这是中国建设自由贸易港临时仲裁制度在立法形式方面应当抉择的重要内容，就目前情势而言，第二种方式较为妥帖。

（二）司法与仲裁机构对临时仲裁的干预尺度问题

选择在中国自由贸易港建设临时仲裁制度一方面是满足当事人对临时仲裁日益强烈的需求，另一方面也是由于自由贸易港较之其他区域（包括自贸试验区）具有更加开放的环境与宽松的政策。然而，《仲裁法》至今尚未对临时仲裁“解禁”，虽然自贸试验区已逐步承认临时仲裁作为与机构仲裁并列方式之一的地位，相携而来的必然是作为自贸试验区“升级版”的自由贸易港对临时仲裁制度的承认与引入，但自《司法保障意见》首次提出自贸试验区引入该制度不过两年，临时仲裁之于中国在今后一段时间内仍属新兴事物，中国自由贸易港临时仲裁制度的构建不会一蹴而就。同时，临时仲裁的优势在于其灵活高效，但这也使得其在某些情况下很难被监管。^①因而，有必要通过司法与仲裁机构的适当介入辅助与引导临时仲裁制度在中国自由贸易港的建立，以适应自由贸易港内“临时仲裁制度及观念与政策开放背景不同步”的现状，毕竟我国商事仲裁制度的发展离不开司法对仲裁的支持。^②由此便需对一个重要问题进行分析：自由贸易港临时仲裁制度构建过程中，司法与仲裁机构的干预究竟应该维持在何种尺度才既能实现临时仲裁优势最大化，又能充分发挥机构的协助与监督作用以满足其在自由贸易港引入背景下的“循序渐进”要求？中国自由贸易港可以国际通行经验以及国内自贸试验区实践为参考。

《香港仲裁条例》将香港国际仲裁中心（Hong Kong International Arbitration Commission, HKIAC）确定为临时仲裁的辅助机构，并赋予其两项职能：其一，HKIAC要为未能就仲裁员、机构达成协议，或其指定机构未能履行职能的当事人指定仲裁员或公断人；其二，HKIAC可在当事人无协议情况下决定临时仲裁庭人数为一人或三人。^③同时HKIAC还为选择临时仲裁的当事人提供示范性仲裁条款、有关仲裁的香港法律与信息、为仲裁员或当事人提供房间、翻译等。^④与此同时，《香港仲裁条例》也为法院对临时仲裁的监督进行了规定：法院只有在条例明文规定时才可对仲裁进行干预，具体包括当事人可就回避申请被驳回的结果、某些情形下裁决的撤销

① Wei Jen Chen, "Separate but Equal in Arbitration? — An Analysis on Ad Hoc Arbitration of Taiwan and East Asia", *Contemporary Asia Arbitration Journal*, 2012, 5(1): 107-132.

② 袁杜娟. 上海自贸试验区仲裁纠纷解决机制的探索与创新[J]. 法学, 2014(9): 33.

③ Article 24(2)(b), 24(3) of Hong Kong Arbitration Ordinance.

④ Michael J. Moser, Teresa Y. W. Cheng, *Hong Kong Arbitration: A User's Guide*, Kluwer Law Intl., 2004.

向法院请求决定；法院可就仲裁员的委任终止争议、仲裁庭以初步问题确定管辖权的结果争议做出决定，也可在仲裁庭或当事人的请求下协助取证等。^①香港司法机构对临时仲裁的监督与干预尺度通过第5条“法院干预的限度”得以明确展示，由早期从实体到程序大范围的干预，缩减至现在的以辅助仲裁庭并给予当事人必要帮助为主，同时坚持在保留仲裁裁决撤销权的情况下，以撤销情况的一一罗列方式避免过分干预。概括而言，香港仲裁与司法机构对临时仲裁的辅助与监督都控制在一个较为合理的限度内，既可达到当事人的意思自治最大化，又使临时仲裁的运行不至“失控”。

新加坡《国际仲裁法》也规定将“指定机构”新加坡国际仲裁中心（Singapore International Arbitration Center, SIAC）作为临时仲裁的辅助机构，并赋予其在当事各方于限期内未明确指定第三名仲裁员情况下的人员指定权利；^②同时，SIAC还应当根据当事方或仲裁庭的要求提供设施、膳宿以及翻译等帮助。^③而法院作为司法机构，对临时仲裁的干预同样需要在《国际仲裁法》的明确规定下进行，其权利主要集中于仲裁裁决的承认与执行问题，包括根据仲裁协议当事人的申请签发传票令，以强制在新加坡境内的证人到仲裁庭作证；在发生舞弊等情况下撤销仲裁裁决等。^④相较于中国香港，新加坡的临时仲裁制度对司法与仲裁机构的干预规定较为严格，其并未如前者般对法院的仲裁辅助作用作过多要求，也并没有明确提出“法院的干预限度”等条款，其监督尺度更倾向于维持在保证仲裁裁决的执行问题上，对仲裁过程本身干预较小。概言之，新加坡的临时仲裁制度同样能够在司法与仲裁机构的有限辅助与监督下最大程度实现当事人对仲裁全过程的把握。

《横琴临时仲裁规则》也对机构干预进行了规定：仲裁机构应在当事人的申请下提供保全协助，在仲裁员的选定发生某些特定纰漏时由珠海仲裁委员会或由其授权的珠海国际仲裁院作为指定仲裁员的机构，珠海仲裁委员会可对仲裁庭之决定予以确认，并且在当事人无协议的情况下，其可申请仲裁机构就仲裁员报酬、案件费用、回避申请等事项进行决定；同时，法院作为司法机构对于临时仲裁应在尊重当事人意思自治的基础上实行监督，并对仲裁协议的异议做出裁定、受理当事人保全申请。^⑤

《横琴临时仲裁规则》一定程度上借鉴了《英国仲裁条例》与新加坡《国际仲裁法》的内容，仲裁机构并未完全孤立临时仲裁，而是为其提供相应的人员与技术支持；法院则保证仲裁协议的认定以及执行等权利仍为其所有。机构干预程度被维持在能够平衡临时仲裁意思自治最大化优势与机构监督之间，这是由横琴作为中国特色自由贸易试验区的性质所决定的：一方面，自贸试验区国际化程度较高，其对临时仲裁制度要求倾向于成熟国家规定的当事人最大程度意思自治，机构的过分干预不利于这一优势的实现；另一方面，横琴自贸试验区作为并未承认临时仲裁地位的中国“试验田”，

① Article 3(2), 13(4)(5)(6) of Hong Kong Arbitration Ordinance.

② Article 2, 8, 9A of Singapore International Arbitration Act.

③ Article 5 of Arbitration Rules of Singapore International Arbitration Center.

④ Article 8, 13, 24 of Singapore International Arbitration Act.

⑤ 《横琴自由贸易试验区临时仲裁规则》第3条、第8条、第9条、第13条、第17（2）条、第20条和第21条。

其对于机构干预的规定必然不会过于激进, 现有法律对机构仲裁与司法干预的强烈依赖性使得横琴自贸试验区在临时仲裁规则的设定上依然保留了机构的干预, 以使得该规则能够在中国的大环境下顺利落地。

而对于中国自由贸易港临时仲裁制度构建中机构的干预程度问题, 应当在参考以中国香港、新加坡为代表的国际通行做法基础上, 分析作为我国引入临时仲裁“排头兵”的横琴自贸试验区具体规则, 结合自由贸易港的政策与仲裁环境优势, 形成更有针对性的机构介入规则, 保证仲裁与司法机构的介入以提供帮助和保障裁决承认与执行等方面为主。

(三) 高素质临时仲裁员的供求矛盾

临时仲裁与机构仲裁的差异, 可以“量体裁衣”与“购买成衣”做比喻,^①临时仲裁更加倚重仲裁员的能力, 因而对高素质临时仲裁员的需求也愈加强烈。中国自由贸易港将在自贸试验区基础上实施更高层次的开放, 其“先头部队”海南自由贸易港已发布招商时间表, 并着重强调对标国际最高标准, 引入国际知名企业。^②开放意味着高水准企业的纷至沓来, 亦将导致商事争端的大量涌现, 而前者对争端解决的要求将高于现有中国其他地区的实际需求与水平。这其中, 临时仲裁作为灵活高效的争端解决方式将被当事人普遍使用, 随之而来的即为对高素质临时仲裁员的大量需求。然而就中国现有仲裁员综合素质与监管机制而言, 满足中国自由贸易港争端当事人高标准要求的临时仲裁员数量将出现一定程度的缺口, 而监管的疏漏将加速这一缺口的扩张。

根据中国国际经济贸易仲裁委员会 (China International Economic and Trade Arbitration Commission, CIETAC) 的统计, 2017年通过仲裁员换届, 新聘仲裁员1438人, 其中增聘外籍仲裁员408人, 主要是“一带一路”沿线国家和地区的知名人士以及国际商事仲裁理事会 (ICCA) 成员, 外籍仲裁员由原来41个国家和地区增加至65个, 外籍仲裁员47人共128人次参与审理案件71件; 仲裁员业务领域包含合同法约420人, 公司法约370人, 国际贸易法约170人; 仲裁员工作语言可为中文的约500人, 可为英语的约630人, 可为法语的约70人, 用英文、中英文作为仲裁语言的案件57件。^③而上海国际经济贸易仲裁委员会 (Shanghai International Arbitration Center, SHIAC) 2018年起新施行的仲裁员名册中仲裁员共计968名, 其中外籍及港澳台仲裁员为362名, 占37.40%, 仲裁员的主要专长领域也多集中于合同法、公司法、国际贸易法等。^④

就统计数据来看, 外籍仲裁员所占比重基本维持在总数的1/3, 这对于中国总体仲裁情况而言比例较为合理, 但对于涉外性极强的中国自由贸易港而言国际仲裁员的数量稍显不足; 仲裁员能够以英语作为工作语言的占总数近一半, 国际化程度有待提

① Gerald Aksen, Ad Hoc Versus Institutional Arbitration: Arbitration of International Commercial Disputes, ICC International Court of Arbitration Bulletin, 1997: A-3-A-4.

② 2018海南自由贸易试验区 (港) 百日大招商启动[EB/OL]. 人民网[2018-05-20]. <http://hi.people.com.cn/n2/2018/0520/c231190-31601793.html>.

③ 贸仲委2017年业务工作总结和2018年业务工作计划[EB/OL]. 中国国际经济贸易仲裁委员会官网. <http://www.cietac.org/index.php?m=Article&a=show&id=15193>; 仲裁员名册[EB/OL]. 中国国际经济贸易仲裁委员会官网. <http://www.cietac.org/Uploads/201705/59074e909a6a7.pdf>.

④ Panel of Arbitrators. SHIAC [2018-05-01]. http://www.shiac.org/upload_files/file/2018/201805041409_58_0093.pdf.

升;仲裁员专长领域较为集中,多以公司法、合同法等方面为主,其他例如知识产权、金融等领域比例较小,分布比例存在不均衡现象。《横琴临时仲裁规则》也明确规定,若当事人将指定仲裁员的权利赋予珠海仲裁委员会,其仲裁员应当在该委员会的仲裁员名册中选择,^①这种要求无形中为中国自由贸易港仲裁员的构成与素质提出了更高要求。基于自由贸易港商事争端当事人多元化、国际化的特征,其更倾向于选择与其价值观、法律传统等相类似的外籍专家作为临时仲裁的仲裁员,即使考虑到地域性因素而选择中国籍临时仲裁员,知名国际企业对仲裁员执业能力的要求也将远高于现有国内水平。基于此,可预想到的是自由贸易港高素质临时仲裁员的供求矛盾将成为临时仲裁制度于港内顺利构建与运行的一大制约因素,引入国外专业人才与培养国内优秀仲裁员甚为重要。

四、中国建设自由贸易港临时仲裁制度之因应

如前所述,中国建设自由贸易港临时仲裁制度将面临诸多挑战,其中尤为突出的立法形式选择、机构干预尺度以及高素质临时仲裁员供需矛盾等问题都应当根据自由贸易港特殊的经济地位与政策环境有针对性地提出应对之策。相较于货物流通开放度较高的自贸试验区而言,自由贸易港在人员流动、信息流通以及最为重要的法律法规变革领域高自由度的特点使得其临时仲裁制度的构建与运行具有得天独厚的优势。

(一) 以“渐进式”立法助推自由贸易港临时仲裁制度建设

以中国香港、新加坡为代表的国际通行立法形式如若直接套用至中国自由贸易港临时仲裁制度的建设中,则意味着需要对《仲裁法》第16条关于“仲裁协议必须选定仲裁委员会”的内容进行修改。然而对于中国自由贸易港而言,“大刀阔斧式”的法律修改并不符合其特殊经济功能区的角色定位,趋向于自贸试验区实践的“渐进式”立法更有助于临时仲裁制度在自由贸易港的顺利推进。毕竟《“一带一路”意见》对于通过多元化商事纠纷解决机制的构建推进中国民事诉讼法、仲裁法等法律的改革冠以“探索”二字,而十九大报告对建设自由贸易港手段也以“探索”二字为前提,这种探索不仅指代通关、金融等经贸领域,也可指代以临时仲裁制度为代表的自由贸易港法律体系的构建。

“渐进式”立法实际上是符合国家对于自由贸易港建设的总体方向的。在为中国首个自由贸易港——海南提供建设与发展方向的《指导意见》中,针对自由贸易港有别于其他地区的独特地位与特征,中国提出给予海南充分的改革自主权,在现有上位法与海南自由贸易港实际情况发生冲突的情况下,可申请经人大或国务院授权后于自由贸易港内对法律法规进行调整适用。相应地,有关海南自由贸易港内的临时仲裁制度立法也应当遵循《指导意见》的要求,以特殊授权的形式使临时仲裁在自由贸易港的构建“于法有据”。

^① 《横琴自由贸易试验区临时仲裁规则》第21(3)条。

《指导意见》所体现的“特殊情况，特殊授权”理念是海南自由贸易港顺利引入临时仲裁制度保障，而在海南之后将会有更多自由贸易港以不同的角色分工进入实际建设日程。中国自由贸易港区是相对于自贸试验区的升级版，较之后者其开放程度高，辐射面窄。如若将自由贸易港统一视为一种新型经济特区，结合自贸试验区实践以及《指导意见》的规定，以《司法保障意见》为模本，制定与之相衔接的《最高人民法院关于为自由贸易港建设提供司法保障的意见》，允许自由贸易港经授权后积极地就临时仲裁制定满足自身需求的规定，也可消极地暂停某些法律在自由贸易港的施行，使相关立法不但可适用于海南自由贸易港，更可普遍适用于今后陆续建立的其他自由贸易港之中，将更利于临时仲裁制度在嗣后中国自由贸易港中的构建。同时，以自由贸易港法律的特别适用敦促各自由贸易港出台满足其自身经济定位的临时仲裁规则，并参考《仲裁示范法》的有关条款对规则进行细化。以临时仲裁制度引入自由贸易港的契机倒逼中国《仲裁法》改革，甚至使其出台如新加坡一般制定专门的《国际仲裁法》，这种想法具有一定理论意义，但在目前中国仲裁大环境下实践价值较小，可操作性不强，应将其作为临时仲裁制度在自由贸易港运行良好且中国其他地区条件已成熟情况下的下一步改革方向。通过上述方式，以立法保障自由贸易港临时仲裁制度的正常运行，也真正发挥自由贸易港作为“一带一路”“排头兵”的作用，为后者的争端解决机制构建提供经验参考。

（二）机构介入与临时仲裁自由裁量权平衡度的掌控

自由贸易港临时仲裁制度构建在中国的语境下应当更加注重与仲裁及司法机构的联系，这是由多重因素共同导致的结果：其一，中国长久以来的法律文化与传统注重争端解决中权威、中立第三方的作用，^①而这种第三方多以仲裁及司法机构的形式出现；其二，《仲裁法》颁布至今仍未承认临时仲裁制度作为仲裁重要组成部分之一的地位，临时仲裁于中国除自贸试验区与自由贸易港外实质上于法无据；其三，自贸试验区虽已承认临时仲裁并有少数案例进行支撑，但毕竟制度构建与理念成熟须经时间与实践，就目前环境而言临时仲裁制度根基尚浅。基于以上三种原因，自由贸易港临时仲裁制度的构建更加需要仲裁与司法机构的介入才能实现顺畅运行。然而，毕竟自由贸易港的仲裁环境较之其他地区更加国际化，机构的介入应保持适当的限度，在保证临时仲裁庭自由裁量权充分行使的前提下，改变以往机构仲裁中仲裁机构的“管理者”角色，使其成为临时仲裁的“辅助者”，同时引导司法机构协助临时仲裁庭仲裁以及发挥“最后一道防线”作用。

具体而言，自由贸易港仲裁机构的介入应当保证临时仲裁庭对争端的管辖权，尊重临时仲裁庭的自由裁量权，因为这种裁量权是当事人选择临时仲裁解决争端的重要考量因素之一。自由贸易港仲裁机构不应对程序性事项进行干预，但可为临时仲裁当事人提供辅助类服务，例如提供仲裁场地、配套法律法规文本以及协议范本等。更为重要的

^① Thomas J. Stipanowich, "Commercial Arbitration and Settlement: The Influence of Culture and Legal Tradition", New Gateway to Resolve International Disputes: The Dynamic Interplay between Mix Mode Dispute Resolutions, Beijing, China [2018-03-08].

是,其能够为只知选择临时仲裁却对仲裁规则、仲裁员等情况不甚了解的当事人提供完备的仲裁规则以及权威仲裁员的选择余地,使自由贸易港临时仲裁在仲裁机构的助力下真正发挥其灵活高效与当事人意思自治最大化的优势。同时,由于自由贸易港争议种类多样且复杂,当临时仲裁无法满足当事人需求或出现其他事项时便需要完成临时仲裁与机构仲裁的对接。对此,中国自由贸易港可以中国互联网仲裁联盟制定的《临时仲裁与机构仲裁对接规则》为参考,制定相应《自由贸易港临时仲裁与机构仲裁对接规则》,将临时仲裁转换为机构仲裁的情况、时间、程序等进行事先规定,同时当事人需要制作仲裁机构裁决书的,应根据自由贸易港地理等情况指定确定的仲裁机构。

另一方面,法院作为司法机构对自由贸易港临时仲裁的干预也需进行约束,这种约束应以法院较之临时仲裁庭管辖权的“让步”为准则。换言之,在不违背法律的前提下,只有当临时仲裁当事人因不可调和的矛盾而求助法院时,后者才具有管辖权。根据《“一带一路”意见》,中国法院应为财产、证据的保全以及仲裁裁决的执行提供司法支持,这与新加坡的模式较为相似,而与其对接的中国自由贸易港也应秉承此种模式,当事人因仲裁协议效力的认定、财产保全等事项产生争议时,可申请自由贸易港法院协助或作出相应裁定;当事人通过临时仲裁方式形成的仲裁裁决通过自由贸易港法院获得法律拘束力等。毕竟在中国自由贸易港临时仲裁制度的背景下,受西方理念熏陶、惯于遵守西方法律的当事人将占较大比例,而以美国、欧洲为首的西方发达国家或地区对于临时仲裁与司法机构介入的关系问题往往秉持限制后者干预权的原则,因而中国自由贸易港临时仲裁制度也应在考量中国法律传统的基础上适当与国际接轨。

(三) 高素质临时仲裁员的引入与监督

《“一带一路”意见》重视争端解决国际化人才的引入与培养,其设立的法律人才库对于专家的工作语言、领域以及国籍等都有较高要求,其中专业仲裁员尤为重要。中国自由贸易港作为为“一带一路”提供示范作用的经济功能区,其临时仲裁制度构建过程中最为关键的一环当属仲裁员。无论立法如何完备,制度体系的构建如何有序,如若无法为当事人提供具有基石作用的高素质临时仲裁员,则中国自由贸易港临时仲裁制度只能成为“空中楼阁”。自由贸易港不同于自贸试验区,后者的开放多指货物流通方面的开放,而前者的开放包含了货物流通、人员往来、货币流通以及法律文本与制度的重新构建,因而其为高素质临时仲裁员的自由往来提供了可能。作为较之自贸试验区更处于开放前沿的自由贸易港,其对仲裁员的需求量将随着发展成熟国际企业的进驻而不断攀升;而临时仲裁制度又由于削弱了仲裁机构的作用而更加仰赖于临时仲裁员的个人素质,因此在中国自由贸易港建设临时仲裁制度亟待高素质临时仲裁员队伍的建设。具体而言应从以下两方面入手:

1. 仲裁员的组成与素养

一方面,国际仲裁员的引入能够使中国自由贸易港临时仲裁人员组成结构得到优化。据统计,HKIAC的仲裁员共655人,其中香港仲裁员为73人,外籍仲裁员所占比

例为89%；SIAC的仲裁员共424人，新加坡籍为130人，所占比例为69%；^①而如前文数据显示，中国较为代表性的CIETAC外籍仲裁员所占比例仅为28%。外籍仲裁员在中国已经初具规模，但较之中国香港与新加坡等国际化自由贸易港，中国国际化程度极高的自由贸易港对外籍仲裁员自然“供不应求”。为此，高素质外籍仲裁员的引入极为必要，比例虽无法达到香港与新加坡，但至少应维持在50~60%。中国自由贸易港高开放度的大环境为高水准外籍临时仲裁员的引入提供了其他地区无法比拟的优势，最为突出的便是入境门槛的降低。以海南自由贸易港为例，意欲将发展重心侧重旅游业的海南自由贸易港于今年5月施行59国人员入境旅游免签政策。^②虽然目前免签政策仅限于入境旅游领域，但海南自由贸易港可以此政策为基点，在其后的政策推进中逐步放宽对临时仲裁员这类高水准专业外籍服务人才的入境限制。同时，这种政策的放宽不应局限于海南这一特定区域，在嗣后即将确立的其他自由贸易港亦可在考量每一港区地理位置、侧重开放领域等因素的基础上，有针对性地施行与之相类似的免签政策，以期为中国自由贸易港临时仲裁实践提供更多经验丰富、执业素质高的外籍临时仲裁员。

另一方面，HKIAC无论仲裁员国籍为何，能够以英语作为工作语言的仲裁员比例达到97%，^③这也是香港能够成为亚洲国际仲裁中心之一的重要原因；而CIETAC这个比例仅为44%，差距极为悬殊。中国自由贸易港能够主动运用临时仲裁方式解决的当事人涉外可能性极高，因此对语言要求比较突出，能够熟练使用英语将是自由贸易港当事人对仲裁员的一大诉求。故而自由贸易港仲裁员无论是通过引入外籍仲裁员，抑或培养并吸纳相对英语水平较高的国内年轻仲裁员都应将这一数字提到高至少60~70%，同时还需要针对性地为自由贸易港配备诸如法语、日语等方面人才（例如大连如若建立自由贸易港，则需要配备更多精通日语、韩语的仲裁人员）。同时，不同自由贸易港所需仲裁员专业领域也各有倾向，以海南自由贸易港为例，其服务贸易必然更为兴盛，因此海南自由贸易港仲裁员的专业领域应当向国际贸易法（尤其是服务贸易）有所侧重，其他自由贸易港亦然。

2. 仲裁员的监督与追责

临时仲裁员的引入必然伴随着监督。中国自由贸易港开放程度虽高，却也并非法外之地。无论外籍亦或中国临时仲裁员都应当恪守职业道德进行执业活动。基于此，可适当赋予自由贸易港内特定商会或仲裁机构以监督权限，当临时仲裁员发生一般性职业规范的违反行为时，可给予行业内的处罚；而临时仲裁员如若在裁定过程中存在欺诈、受贿等严重影响仲裁活动的行为，则应由自由贸易港内法院就临时仲裁员的行为进行民事审判，责令其就其行为所导致的当事人损失给予民事赔偿。

① Panel and List of Arbitrators. HKIAC [2018-09-10]. <http://www.hkiac.org/zh-hans/arbitration/arbitrators/panel-and-list-of-arbitrators>; SIAC Panel. SIAC[2018-09-10]. <http://www.siac.org.sg/our-arbitrators/siac-panel#ip>.

② “扩大范围、延长时间、放宽人数”——海南省实施59国人员入境旅游免签政策解读[EB/OL]. 新华网[2018-04-18]. http://www.xinhuanet.com/politics/2018-04/18/c_1122704383.htm.

③ Panel and List of Arbitrators. HKIAC[2018-09-10]. <http://www.hkiac.org/zh-hans/arbitration/arbitrators/panel-and-list-of-arbitrators>.

五、结语

中国自由贸易港临时仲裁制度的构建顺应了十九大报告对于“探索建设自由贸易港”要求,为自由贸易港商事争端当事人提供了一种为其所熟知的争端解决方式,也契合了《“一带一路”意见》对于构建争端解决机制的目标。临时仲裁能够满足当事人的意思自治诉求与经济效益最大化追求,这一点在中国自由贸易港高层次、多领域开放的语境下与现实需求尤为契合。应当注意到的是,中国自由贸易港临时仲裁制度的构建面临诸多挑战,这种挑战集中体现在有关该制度的立法形式选择、机构干预程度以及高素质临时仲裁员的缺口问题上。不惧挑战,迎难而上,这是自由贸易港建设应当遵循原则。在立法形式上,当以自贸试验区为参考,在自由贸易港临时仲裁制度构建过程中坚持“渐进式”立法,以适应其“改革试验田”的角色定位;仲裁与司法机构的介入应当转换思路,由过去“管理者”身份向“服务者”身份转变;而面对高素质临时仲裁员供求矛盾,采取引入与监督双管齐下的方式更能为自由贸易港提供数量充足且质量稳定的高素质临时仲裁员。参考其他国际自由贸易港的成熟经验,结合中国既有自贸试验区的具体实践,建设符合自由贸易港特殊定位与需求的临时仲裁制度是中国建设自由贸易港在仲裁制度构建与完善方面的题中应有之义。

【作者简介】何悦涵:大连海事大学博士研究生。研究方向:国际法。

Establishment of Ad Hoc Arbitration System of the Free Trade Ports in China

HE Yue-han

(Dalian Maritime University, Dalian 116026, Liaoning, China)

Abstract: The report delivered at the 19th National Congress of the Communist Party of China promotes the establishing of the free trade ports in China, which declares the importance of the reform of the legal system. The ad hoc arbitration system, which tallies with the appeals of flexibility, diversity, autonomy and convenience of the settlement of disputes, appears in this context. The ad hoc arbitration is an exotic concept with a long history abroad providing a reference for the pilot free trade zones. According to this, the Ad Hoc Arbitration Rules of Hengqin Pilot Free Trade Zone takes the lead of introducing the ad hoc arbitration and provides the reference for the free ports. Also, the Opinions on Establishing the "One Belt, One Road" International Business Dispute Settlement Mechanism and Institution provided the reference to how to keep it running smoothly. Even so, there will be quite a few challenges. Firstly, the legislative forms are supposed to be adapted to the definition of the free trade ports as the "special economic function districts". Secondly, it will affect the ad hoc arbitration system if the arbitral institutions and judicial organs go beyond the limit. Thirdly, there may be a lack of the high-quality arbitrators. As a result, a special legislative mandate as the pilot free trade zones is appropriate for the free trade ports. Also, we can make the institutions and organs "servants" and set up the Visa-free and supervisory mechanism to ensure that the dispute settlement mechanism runs smoothly.

Keywords: free trade ports; ad hoc arbitration; pilot free trade zones; institutional arbitration

(责任编辑:黄志瑾)