

自貿區臨時仲裁制度下的“三特定”問題

張 泳*

一、引言

“一帶一路”戰略的提出，體現了中國頂層設計的國際視野，是國際合作以及全球治理新模式的積極探索。隨着亞洲基礎設施投資銀行開業運營、絲路基金、中國－歐亞經濟合作基金等順利組建，以及中國與沿綫國家一大批重大項目的加快推進，“一帶一路”正在向落地生根、持久發展的階段邁進。“一帶一路”沿綫涉及六十多個國家和地區，政治體制、歷史文化各有不同，法律體系更存在較大差異，對經濟合作和涉外投資帶來新的風險，也為法律服務業的發展，帶來了新的機遇。面對如此龐大且涉及多方面的經貿合作發展，爭議的出現在所難免，暢通和建立爭議(糾紛)解決的方式就顯得尤為重要。仲裁作為當前國際社會中的多數區域投資貿易協定中最重要、最普遍的爭端解決方式，以其天然具備的優勢，相較於其他手段，能使得爭端解決的結果更具有可預見性和穩定性，能夠為爭端各方的權利、義務提供更加可靠的保障，因而積極推動國際仲裁，促進以仲裁作為爭端(糾紛)解決的主要方式，為“一帶一路”的平穩建設及快速發展提供強有力的法律保障。而自貿區戰略的實施與擴展，也為中國商事仲裁制度的創新提供了絕佳的契機。

《關於為自由貿易試驗區建設提供司法保障的意見》(法發[2016]34 號，以下簡稱“《意見》”)為自貿區臨時仲裁的引入提供了合法性基礎，同時首部臨時仲裁規則的制訂更是為臨時仲裁的落地創造了可能。但目前這些文件卻沒有對臨時仲裁中最基本也是最重要的“三特定”問題給出具體明確的答案，這將嚴重阻滯臨時仲裁在自貿區的實踐開展工作。本文圍繞三特定問題，結合對《橫琴自由貿易試驗區臨時仲裁規則》(以下簡稱“《規則》”)、《意見》的解讀及相關的域外經驗給出了自己的思考，試圖能為實踐提供一定的參考。

二、自貿區構建臨時仲裁制度的意義

(一) 中國自貿區臨時仲裁制度合法化進程

在臨時仲裁與機構仲裁的立法選擇上，中國僅肯定了機構仲裁的合法性，立法對臨時仲裁的合法性既沒有肯定也沒有明確地否定。¹ 但是，根據《仲裁法》第 16 條第 2 款，仲裁協議應當具有下列內容：請求仲裁的意思表示、仲裁事項、選定的仲裁委員會。因此，多數觀點認為在中國立法未作明確

* 澳門大學法學院碩士研究生

肯定的情形下，國內糾紛約定臨時仲裁將因欠缺合法性而被認定無效。

2016年12月30日，《意見》的出台明確了臨時仲裁在自貿區一定條件下的合法性。其中第9條第3款稱：“在自貿試驗區內註冊的企業相互之間約定在內地特定地點、按照特定仲裁規則、由特定人員對有關爭議進行仲裁的，可以認定該仲裁協議有效。人民法院認為該仲裁協議無效的，應報請上一級法院進行審查。上級法院同意下級法院意見的，應將其審查意見層報最高人民法院，待最高人民法院答覆後作出裁定。”由此，《意見》出台為中國自貿區臨時仲裁制度的建立提供了合法性的基礎。

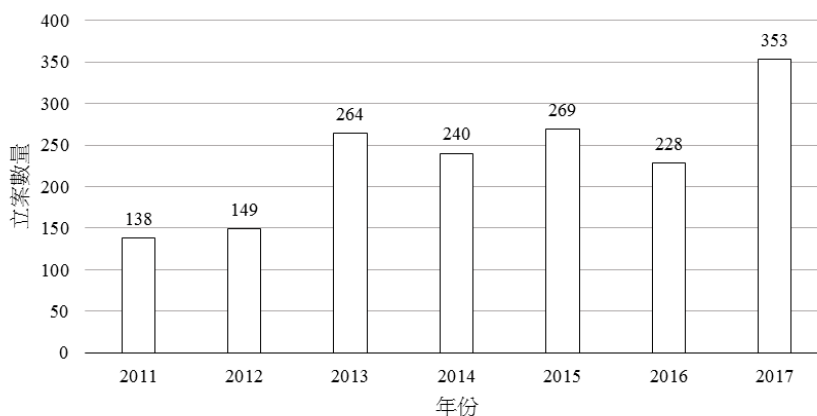
(二) 中國首部臨時仲裁規則

雖然最高人民法院對臨時仲裁進行了“鬆綁”，但《意見》中要求有效的臨時仲裁協議應包括選定了特定仲裁規則，而由於目前中國內地各仲裁機構均沒有可運用於臨時仲裁的仲裁規則，當事人只能約定境外或域外的仲裁規則方能開展臨時仲裁，這使得在現行法律框架下，臨時仲裁無法有效“落地”。基於此，2017年3月23日，橫琴新區管委會和珠海仲裁委員會在橫琴自貿片區正式發佈《橫琴自由貿易試驗區臨時仲裁規則》，該規則已於2017年4月正式生效實施。作為中國的首部臨時仲裁規則，其頒佈對中國臨時仲裁的切實展開具有里程碑式的意義。²“該《規則》的問世，為中國引入臨時仲裁的實踐並強化其可操作性提供了良好的礎本，並為其他自貿區仲裁規則的更新及未來仲裁立法的修訂提供了重要的參照。充分尊重當事人的意思自治，賦予仲裁庭以充分的仲裁權，是國際商事仲裁發展的必然趨勢，也是中國自貿區仲裁制度改革的應有之義。”³

(三) 臨時仲裁規則頒佈後的實踐反映

該規則是橫琴自貿片區營造國際化法治化營商環境的重要創新成果，在國內及境外仲裁與法律業界產生了巨大反響。另外，珠海市仲裁委員會的立案數量本就呈現逐年攀升的趨勢，自2017年3月23日正式發佈《橫琴自由貿易試驗區臨時仲裁規則》以來，當年的立案數量更是創下了歷史新高(如下圖所示)。“2017年共受理案件353宗，較2016年的228宗增長了54.8%，創珠海市仲裁委成立以來案件受理量歷史新高，取得重大突破。”⁴從臨時仲裁在中國的發展前景來看，雖然其受案量在短時期內未必能超越機構仲裁，但二者並存發展不失為中國仲裁國際化的必然趨勢。

圖1 年度立案對比圖



三、現階段自貿區臨時仲裁制度存在的問題

(一) 對《意見》的解讀

對《意見》第9條第3款進一步剖析可以看出，該款包括兩句，前一句對自貿區開展臨時仲裁限定了四項必須滿足的前提條件：

1. 當事人要件：仲裁當事人，即仲裁協議的訂立主體必須是在自貿區內註冊的企業，至於其資本來源、股份構成、股東國籍則是不在考慮範圍內；
2. 仲裁地要件：所約定的仲裁地點須為內地特定地點，其明確了仲裁地須為中國大陸境內，但是否只能在自貿區之內，抑或可以約定非自貿區但在中國境內的其他地點，並不明確；
3. 仲裁規則要件：當事人之間須約定按特定仲裁規則仲裁，但該規則是否只能是中國境內仲裁機構發佈的仲裁規則，抑或包括境外仲裁機構或《聯合國國際貿易法委員會仲裁規則》(以下簡稱《UNCITRAL 仲裁規則》)，亦不甚明確；
4. 仲裁員要件：有權被指定為仲裁員組成臨時仲裁庭的，須為特定人員，但該特定人員是否只能是境內仲裁機構的在冊仲裁員，抑或凡是符合《仲裁法》所規定的仲裁員資格的人員均可被指定，也有待進一步明確。

簡單地看，這四項要件，除了第一項關於當事人主體的要求比較清晰外，其他三項均為概括性、抽象化表述，因此後三項被仲裁界通稱為有關自貿區臨時仲裁的“三特定”要件。不過，由於仲裁規則中通常可以對仲裁地的確定標準及仲裁員的指定程序進行明確，所以，“三特定”要件的問題可以簡化為一項關鍵問題，即通過制定及適用專門的自貿區臨時仲裁規則，仲裁員及仲裁地問題亦可迎刃而解。“最高人民法院出台《意見》為自貿區打開臨時仲裁提供了合法性基礎，“三特定”要件的模糊化也是促使中國境內仲裁機構制定臨時仲裁規則的直接動因。”⁵

(二) 對《規則》的解讀

首先，參看《規則》的第一章第2條第1款，臨時仲裁是指國務院批准設立的自由貿易試驗區內註冊的企業根據其相互之間的約定，在內地特定地點、按照本臨時仲裁規則、由特定人員組成仲裁庭並以仲裁庭名義對仲裁協議項下的爭議進行的仲裁。顯然，用“內地特定地點”來表達“特定的仲裁地”的意思會太過於模糊。

其次，對於“三特定”中的仲裁規則究竟指代何種規則，有仲裁實務人士專門作了分析，其認為《意見》中所稱的“特定仲裁規則”是指當事人所選定的、符合臨時仲裁程序特點及規律的專門化制度設計，例如《UNCITRAL 仲裁規則》《倫敦海事仲裁員協會仲裁規則》(以下簡稱“《倫敦仲裁規則》”)等，而不包括境內外仲裁機構自己制定的用於該機構管理仲裁程序的仲裁規則。完全由仲裁機構管理及控制仲裁程序、借助仲裁秘書溝通當事人與仲裁員、安排開庭時間、發送仲裁通知，並由仲裁機構核閱裁決的仲裁是典型的機構仲裁，就不是臨時仲裁了。⁶將“特定仲裁規則”理解為仲裁機構為機構仲裁而制定的仲裁規則，違背最高人民法院有限開放臨時仲裁的本意，甚至可能使臨時仲裁被縮水成為了一張“空頭支票”。所以，《規則》也沒有指明“特定仲裁規則”的含義。

而對於“仲裁員”的確定方式，《規則》第三章第21條第1款，申請人和被申請人應當在被申請人收到仲裁通知後15日內選定仲裁員，當事人約定指定仲裁員機構的，該機構也應在此期限內完成

仲裁員的指定。本條款試圖用“指定仲裁員機構”來界定產生仲裁員的具體機構，但是可以看出，一方面，這種界定方式縮小了當事人的選擇空間；另一方面，“指定仲裁員機構”這一含糊的表達方式，顯然也沒有準確地表達出具體哪一個機構的意思。

由以上的分析可以看出，作為中國的首部臨時仲裁規則——《橫琴自由貿易試驗區臨時仲裁規則》，卻沒有具體明確“三特定”的問題，這勢必會造成實踐工作開展的困擾。

四、域外經驗及相關建議

（一）三個特定之“特定人員”

在許多施行臨時仲裁的國家，臨時仲裁的仲裁員指定機關可以是仲裁地的法院、某一仲裁機構、某一行業協會，甚至某一個人。⁷ 由於臨時仲裁在中國尚屬新鮮事務，《仲裁法》中尚未對如何協助當事人指定仲裁員並協助臨時仲裁推進開展的事宜作出規定。為穩妥起見，建議在施行的初期，還是選擇“特定地點”的仲裁機構，也就是當事人選定的某一特定自貿區內的仲裁機構來完成代指定仲裁員的工作。有以下兩個方面的原因：(1) 仲裁機構具有豐富指定仲裁員的經驗，能夠選擇最適合特定案件的仲裁員，順利完成仲裁程序。(2) 仲裁機構對於現行《仲裁法》非常熟悉，能夠保證選定的仲裁員符合仲裁地法律的要求，不會指定出不適格的仲裁員。而中國的法院還沒有指定仲裁員的經驗，對於特定地區特定領域的仲裁員並不熟悉。因此，筆者認為自貿區的仲裁機構比自貿區的法院作為初期的代指定機構是更加穩妥的做法。當然，當事人也可以選擇域外仲裁機構來代指定仲裁員，不過這樣的選擇往往意味着高昂的仲裁費用和潛在的試錯成本。

當臨時仲裁有了一定的發展後，當事人也可以完全自由約定他們所信賴和熟悉的仲裁員。當然，臨時仲裁在中國發展到了一定階段時，各行業協會也會是非常適宜的代指定人選機構。

（二）三個特定之“特定地點”

“特定地點”就是指的中國的自由貿易區。今天，中國已經在上海、廣東、天津、福建、遼寧、浙江、河南、湖北、重慶、四川和陝西等省市設立了 11 個自貿試驗區。由於“特定地點”將直接影響臨時仲裁中法院的司法審查，臨時措施等管轄問題，所以當看到這 10 個自貿區有的是省一級，有的是市一級，如果臨時仲裁約定的“特定地點”不能明確到某一個城市的自貿區，就有可能帶來管轄權上的混亂。

而中國自貿區覆蓋的城市和片區眾多，在未來選擇臨時仲裁的“特定地點”時，對起草仲裁協議的各地律師也提出了不小的挑戰。《仲裁法》對仲裁活動司法協助和監督的最小行政區域為某一城市的“區”。為免爭議，在起草臨時仲裁條款的“特定地點”時，最好細化到一省自貿區內某一城市的具體“區”內。

（三）三個特定之“特定仲裁規則”

“特定仲裁規則”一定不是中國國內仲裁機構的仲裁規則，不然最高院沒有必要浪費筆墨重點強調“特定”二字，這也不符合最高院放開臨時仲裁的本意。有學者參考了《UNCITRAL 示範法》

《UNCITRAL 仲裁規則》《倫敦仲裁規則》等國際文件，擬定了《中國臨時仲裁示範仲裁規則》，這些研究，對於臨時仲裁在自貿區的落地大有裨益。但就目前而言，全球範圍看，適用於臨時仲裁的仲裁規則主要是《UNCITRAL 示範法》和《倫敦仲裁規則》等，其中，《UNCITRAL 示範法》創設了一套既可以為普通法系使用，又可以為大陸法系接受的臨時仲裁規則。⁸

五、結語

因此，“特定地點”最好細化到一省自貿區內某一城市的具體“區”內；在選擇“特定仲裁規則”上，應排除境內外仲裁機構自己制定的用於該機構管理仲裁程序的仲裁規則；在“特定人員”的選任上，可由當事人選定的某一特定自貿區內的仲裁機構來完成代指定仲裁員的工作。另外，由於篇幅有限，本文僅圍繞“三特定”問題，結合對《規則》、《意見》的解讀及相關的域外經驗給出了自己的思考，但臨時仲裁制度在中國自由貿易區的建立還有許多需要解決的問題，比如，如何確定臨時仲裁的國籍和屬性？如何確定負責審查臨時仲裁協議及執行臨時仲裁裁決的管轄法院？如何確定臨時仲裁協議的有效性及其效力？臨時仲裁的司法監督問題？臨時仲裁的費用問題？對這些問題，尚待實踐給出答案。

[本文為 2018 年“中國仲裁公信力”評估項目作品。並在中國政法大學仲裁研究院、中國仲裁法學研究會東北亞仲裁研究專業委員會、黑龍江省社會科學界聯合會及哈爾濱仲裁委員會聯合組織舉辦的 2018 年民商事優秀論文徵集評選活動中，獲得紀念獎。]

註釋：

- ¹ 黃進、宋連斌、徐前權：《仲裁法學》，北京：中國政法大學出版社，2008 年，第 25-28 頁。
- ² 張超漢、丁同民：《我國建立自由貿易試驗區臨時仲裁制度的意義及路徑》，載於《中州學刊》，2017 年第 8 期，第 15 頁。
- ³ 毛海波：《自由貿易試驗區框架下國際商事仲裁臨時措施制度研究》，載於《仲裁研究》，2014 年第 3 期，第 23 頁。
- ⁴ 珠海市仲裁委員會：《2017 年度工作報告》，第 2 頁。
- ⁵ 張建：《構建中國自貿區臨時仲裁規則的法律思考——以〈橫琴自由貿易試驗區臨時仲裁規則〉為中心》，載於《南海法學》，2017 年第 2 期，第 79-80 頁。
- ⁶ 在 2018 年“中國仲裁公信力”評估項目中擔任調研員期間，取自某位珠海國際仲裁院資深仲裁員的訪談筆錄。
- ⁷ 比如，英國《1996 年仲裁法》第 18 條規定，當事人可以自行決定在指定仲裁員的程序沒有得到遵守時實施

補救措施，如未作規定，則仲裁雙方當事人在通知對方後，可向法院求助，法院指令仲裁庭按已有仲裁員組成或直接指定仲裁員；又如，根據香港《仲裁條例》第 12 條，香港國際仲裁中心(HKIAC)可以制定相關的任命規則以保證仲裁的順利開展。

⁸ J.-F. Poudret and S. Besson: *Comparative Law of International Arbitration*. London: Sweet & Maxwell, 2007.