

临时仲裁制度在我国引入的研究

王凌霄

华东政法大学国际法学院，上海

收稿日期：2023年10月25日；录用日期：2023年12月28日；发布日期：2024年1月5日

摘要

临时仲裁是与机构仲裁相对应的一种仲裁形式。只要某仲裁协议中未指定某仲裁机构管辖并接受其程序上的管理，便归入临时仲裁的范畴。临时仲裁在内地的引入具备了必要性条件和可行性条件。临时仲裁有着其固有的法律优势和无可替代的市场价值。自贸区政策呈现出在一定范围内承认临时仲裁的倾向。新发布的《仲裁法》意见稿明确提出了“专设仲裁庭仲裁”的概念，虽然在特别规定中仍存在一些模糊或者空白之处，但仍然为临时仲裁的引入提供了有力的支撑。同时，国内的法律水平和法治氛围已经达到了建立临时仲裁制度的外部要求。

关键词

临时仲裁，机构仲裁，《仲裁法》

Study on the Introduction of Ad Hoc Arbitration System in China

Lingxiao Wang

School of International Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Oct. 25th, 2023; accepted: Dec. 28th, 2023; published: Jan. 5th, 2024

Abstract

Ad hoc arbitration is a form of arbitration that corresponds to institutional arbitration. As long as an arbitration agreement does not designate an arbitral institution as having jurisdiction and accepting its procedural administration, it is categorized as ad hoc arbitration. The introduction of ad hoc arbitration in the mainland is both necessary and feasible. Ad hoc arbitration has its inherent legal advantages and irreplaceable market value. The FTZ policy shows a tendency to recognize ad hoc arbitration to a certain extent. The newly released opinion draft of the “Arbitration

Law” clearly puts forward the concept of “arbitration by an ad hoc arbitral tribunal”, which, although there are still some ambiguities or gaps in the special provisions, still provides strong support for the introduction of ad hoc arbitration. At the same time, the domestic legal level and the atmosphere of the rule of law have met the external requirements for the establishment of ad hoc arbitration system.

Keywords

Ad Hoc Arbitration, Institutional Arbitration, “Arbitration Law”

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 问题的产生

仲裁是一种普遍流行的争议解决机制，为当事人提供了另一种除诉讼以外的解决纠纷的选择。在机构仲裁出现以前，临时仲裁一直是唯一的商事仲裁形式，并形成了稳定的立法传统和仲裁实践^[1]。在商事活动快速发展的当下，临时仲裁仍然是欧美仲裁制度中的主体形式，展现出了长久的生命力。其中，《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》(UNCITRAL Arbitration Rules, UNCITRAL 规则)是最为详尽的仲裁程序，极大地便利了临时仲裁。多数较为知名的仲裁机构或是将 UNCITRAL 规则归入自己的仲裁条例中，或是支持当事人直接将其写进仲裁协议。因此，由于临时仲裁在境外的长期实践和完备规则的存在，其制度构建较少成为国外学者的研究对象。

然而，临时仲裁制度在内地一直没有被引入。如何有效建立临时仲裁制度是我国仲裁法学界一直以来关注的焦点问题。在新一轮改革开放的背景下，中国先后设立了 18 个自由贸易试验区(以下简称“自贸区”)，以加快构建开放型经济新体制，推动形成全面开放新格局。同时，通过自贸区设立的契机，创新已有争端解决机制的呼声也越来越高。最高人民法院于 2016 年 12 月 30 日印发了《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“34 号《意见》”)，明确了将在自贸区构建更加国际化、法治化、便利化的纠纷解决机制。其“三特定原则”也被认为是临时仲裁制度在我国部分开放的标志。2017 年 3 月 23 日，《横琴自由贸易试验区临时仲裁规则》(以下简称“《横琴规则》”)正式颁布，成为我国首部为临时仲裁制定的仲裁规则。司法部于 2021 年 7 月 30 日发布了《中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)》(以下简称“《仲裁法》意见稿”)，其中有多处修订体现出立法上正式承认临时仲裁制度的倾向。

以上法律和规定为临时仲裁制度在我国的构建依然奠定了基调。临时仲裁制度的引入将成为法治建设适应经济贸易环境变化的重大举措，为涉外商业合作提供更加创新和多元的争议解决机制，提高我国在全球法律市场的核心竞争力，从而加快我国全面深化改革的进度。临时仲裁制度在中国完整、有效的建立，将是我国司法体制改革的一个重要里程碑。

2. 临时仲裁概述

仲裁最早出现在古希腊和古罗马时期，也就是仲裁制度最古老的形式——私人仲裁。直到 19 世纪的英国，机构仲裁才从传统商事仲裁中分化出来。相对地，临时仲裁继承了私人仲裁的主要特点和形式，一直持续至今^[2]。

2.1. 临时仲裁的范围界定

临时仲裁是根据双方当事人的仲裁协议，在争议发生后由双方当事人推荐的仲裁员临时组成的，负责审理当事人之间的有关争议，并在审理终结作出裁决后即行解散的仲裁[3]。但临时仲裁的范围，即它与机构仲裁的本质区别，在学界尚未盖棺定论。在欧美仲裁法中，两者甚至并无清晰界限。但由于内地只存在机构仲裁这一唯一的仲裁形式的情况，那么临时仲裁，作为一种全新的与其相对应的制度在被建立，其范围界定的明确就显得尤其重要，是引入的前提和基础。

较早有学者认为两者的区别在于：机构仲裁由一个常设的仲裁机构来管理仲裁程序，通常是按自己的仲裁规则进行管理；临时仲裁则不由任何已设立的仲裁机构进行程序上的管理，而是由当事人起草临时程序或参照某一特定仲裁规则或授权仲裁庭自选程序[4]。有学者补充强调，临时仲裁协议区别于机构仲裁协议的根本特征应当是对常设仲裁机构的回避[5]。以上形成的学界通说将二者的核心区别概括为，是将争议提交特定的常设性仲裁机构进行管理还是直接由临时仲裁庭进行管理。但实践中，常常存在一份仲裁协议指定了某仲裁机构，但该机构只在有需要时提供有限的辅助服务的情形，包括提供仲裁员名册与仲裁规则供当事人选定的信息服务、提供庭审地点、翻译、打印等行政服务。而关于仲裁审理的所有事项和仲裁程序进行的每一个环节，该仲裁机构并不干预，全权由当事人自行商讨决定。此类仲裁实践实际上难以称之为机构仲裁。所以，对临时仲裁的界定，单凭是否将争议提交给一个特定的常设性仲裁机构管理来判别，容易产生界限混乱的问题。

有学者的观点是，应判断当事人是否在仲裁协议中约定将争议提交仲裁机构管辖并且愿意接受该仲裁机构程序上的管理[6]。笔者也持以上看法，即只有仲裁协议中同时满足“提交仲裁机构管辖”和“接受程序上的管理”这两个条件才称为机构仲裁。一旦它只约定由某个仲裁机构管辖而未接受其程序上的管理，或者只接受其程序上的管理而不由其管辖，则该仲裁应当纳入临时仲裁的范畴。此处“程序上的管理”要进行具体解释：(1) 不是只要有仲裁机构介入就构成了程序上的管理。部分仲裁机构明确不管理仲裁程序，仅是对仲裁员的任命发生影响，那么即使仲裁协议约定由该机构进行仲裁，也不会导致真正意义上的机构仲裁，其实质为临时仲裁[7]。(2) 也不是约定了某个具体仲裁机构的规则就认为是在提交该仲裁机构管辖。最典型的，如仲裁协议约定适用 UNCITRAL 规则，则没有任何机构被此规则指定。

根据国外学界的研究，仲裁的管理形式可分为“全面管理型仲裁”和“半管理型仲裁”。全面管理型仲裁中，仲裁机构会严格按照其仲裁管理程序深度管理案件，尤其表现为在仲裁裁决书中加盖公章和以机构的名义发出等。我国境内仲裁机构无不制定一套自己的仲裁规则，一旦对某项争议拥有管辖权后，便严格依照这套仲裁规则进行管理，均属于全面管理型仲裁。在半管理型仲裁中，仲裁机构对在整个仲裁过程中仅仅起到辅助的作用，也显著体现在仲裁裁决只需仲裁员本人签署，无须机构认可方可签发等。实际上，国际化的仲裁制度发展并不需要以仲裁机构为核心。如，香港仲裁中心(Hong Kong International Arbitration Centre, HKIAC)就较好地保留“轻微管理”的特色。从仲裁管辖权到裁决做出的过程中，始终贯彻“仲裁庭是仲裁程序的主人”和“最大限度尊重当事人意思自治”的原则，由机构处理程序的技术细节，而让当事人成为争议实体问题的主人，HKIAC 只在必要的时候为仲裁庭和当事人提供服务[8]。总之，只要非属全面管理型仲裁，其本质均为临时仲裁。

2.2. 临时仲裁的实践现状

国外的现代仲裁法体系相对发达。要指出的是，英、美等国有两种性质的仲裁活动——强制性仲裁和私人仲裁。不论是机构仲裁还是临时仲裁，都同属私人仲裁的范畴。也即通过协议进入仲裁的程序。国外研究将其同归为一种合同行为[9]。即区别于司法权论，仲裁契约论认为仲裁庭的权力来源于当事人

的意思自治，商事仲裁活动均源于并应当遵循于当事人之间的仲裁协议。在实践中，临时仲裁和机构仲裁呈现出长期共存、共同发展的态势。亚洲地区以香港和新加坡为代表。《香港仲裁条例》用于统一香港本地及国际仲裁的法规制度；新加坡则是通过区分国内仲裁和国际仲裁，分别适用不同法律。两者均未对临时仲裁和机构仲裁作出区分。以香港为例，1985 年之前并不存在机构仲裁的实践；即便是 1985 年 HKIAC 成立以来，临时仲裁案件的数量仍旧远远大于机构仲裁[10]。

反观我国，在建立仲裁制度初期，考虑到国内仲裁起步晚、仲裁实践积累不足的现实情况，基于维护司法秩序稳定、便于对仲裁活动进行管理的考量，确立了我国只设立机构仲裁，而不设立临时仲裁的立法思路。但是由于市场需求，虽然我国临时仲裁相关的立法滞后，我国的临时仲裁仍然在有限的范围内和特定的场景下有一定的发展。特别是在 1986 年加入《承认及执行外国仲裁裁决公约》之后，我国有义务按照公约规定承认和执行外国临时仲裁裁决。这使得我国不论在民间还是司法层面，都存在一定的临时仲裁实践。

典型的有：1) 浙江省嘉兴市中级人民法院在上海佳船机械设备进出口有限公司、美克斯海洋工程设备股份有限公司申请承认与执行法院判决、仲裁裁决案件中，承认临时在英国伦敦所做的临时仲裁裁决在中华人民共和国领域内具有法律效力。2) 上海海事法院在中原租船有限公司申请认可和执行香港仲裁裁决案件中，对于仲裁地在香港的临时仲裁裁决，法院予以承认与执行。3) 广东省佛山市中级人民法院在中苑生态科技(深圳)有限公司、佛山市宏方冠华表面处理材料有限公司、佛山农村商业银行股份有限公司城南支行国内非涉外仲裁裁决执行审查一案中，就广州仲裁委根据中国互联网仲裁联盟出台的《临时仲裁与机构仲裁对接规则》作出的调解书，驳回当事人不予执行该仲裁调解的申请。

3. 临时仲裁制度的引入

关于临时仲裁的引入的论述，主要围绕其理论障碍和制度价值展开。其中，多数学者对临时仲裁的引入持积极的态度，而少数认为应当暂缓引入临时仲裁。临时仲裁制度的引入本质上是一种法律移植。关于法律移植的理论在于：社会发展与法律演进的不平衡和市场经济的客观规律决定了法律移植的必要性；同时，应当兼顾国外法与本国法之间的同构性和兼容性，将外来法律本土化。通过上述法理基础，决定是否引入临时仲裁的判断应从两个方面入手——引入临时仲裁的必要性和可行性。

3.1. 引入临时仲裁的必要性

3.1.1. 临时仲裁的优势

将两种仲裁形式相比较，不少学者的观点是：临时仲裁有方便、灵活、费用低、效率高等优势，但裁决的进程和质量实际上难以保证；机构仲裁享有公开的机构规则、专业的管理和司法部门的尊重，缺点是费用高、程序死板、时间长、效率低[11]。部分学者则并不完全赞同，认为两者在费用、公正性和效率上孰优孰劣有待商榷。

实际上，临时仲裁的核心在于它充分地尊重当事人的意思自治，意思自治本身又是一把双刃剑。假设当事人双方都有着积极合作的目的，按部就班地完成仲裁庭的组成、裁决的执行，那么不论裁决质量高低，都是双方认可的结果。同时，跳过了仲裁机构庞大的管理运营成本和不够灵活的规则程序，临时仲裁的优势将得到充分体现。但如果有任何一方不愿配合，甚至是随意制造麻烦的情形下，拖延进度所造成的损失很容易超过交付机构仲裁的费用。这样一来，公正性和效率也无从谈起。机构仲裁的最大特点在于其极强的可预见性。机构仲裁在程序管理、仲裁员选定上严格按照规则公开进行。因此仲裁裁决的质量有一定的保证，也便于承认和执行，不容易有风险。但是，这种冗杂的组织化无法满足所有纠纷，特别是在海事领域中当事人的需求。

根据伦敦玛丽女王大学《2021 年国际仲裁调查》结果, 5 大最受欢迎的仲裁地分别是伦敦、香港、新加坡、巴黎和日内瓦。对于 90% 的国际商事受访者, 国际仲裁是首选解决跨界争端的方法, 不论是独立仲裁(31%)或与替代性纠纷解决方式(调解、谈判等)相结合(59%), 而诉讼的选择意愿仅占 6%。受访者特别重视临时仲裁提供的程序灵活性, 认为与机构仲裁相比, 临时仲裁增强了当事人的自主权。仅以伦敦为例, 作为接收临时仲裁案件代表的伦敦海事仲裁员协会, 其受案量是伦敦国际仲裁院的六倍以上。

仲裁是商品经济发展的产物, 最终目的是实现经济效益的最大化。意思自治作为双方当事人合作意愿的法律表达, 是一种独立自主处分自己行为的权利。这种私权需要政治制度的确认, 不可随意剥夺。从立法者的角度看, 最重要的是给当事人自由选择所有可能的选项。单从商事仲裁历史发展的进程看, 临时仲裁是较早的仲裁形式, 机构仲裁仅为弥补临时仲裁的随意性分化而来。中国是近代商品经济启蒙较晚, 仲裁制度无法自生的国家。因此在计划经济时期, 我国基于国情的考虑, 一反其他国家仲裁发展的规律, 为避免临时仲裁带来不确定性的影响而跳过临时仲裁, 直接引入机构仲裁的决定是合情合理的。这是在可行性层面的考虑。但在引入的必要性上, 应当重点判断临时仲裁是否能够弥补当前仲裁制度的空缺, 或者说机构仲裁能否完全取代临时仲裁在商事争议解决中的地位。实践证明, 当下临时仲裁在全世界仲裁案件中的数量依旧庞大, 经久未衰。特别是在建筑工程纠纷和海事领域, 绝大部分仲裁发达的国家和地区仍以临时仲裁的形式为主要争议解决方式。仅就当前国际商事发展的阶段来讲, 其地位不可撼动。因此, 临时仲裁的引入是必要的。

3.1.2. 临时仲裁的价值

(1) 对仲裁事业发展的价值

一方面, 机构仲裁难以弥补临时仲裁缺位带来的后果。机构仲裁在我国具有一定的行政化色彩, 其对于仲裁管理的权限和职责范围与国际上其他仲裁机构有限适度的管理运行特点, 呈现出较大的区别[12]。这种过度的行政化容易被境外当事人规避, 造成法律市场的流失。同时, 仲裁机构之间容易产生恶性竞争而投入不必要的支出, 会提高当事人争议解决的成本。机构与仲裁员之间二点分配关系容易影响仲裁员的工作心态和案件质量。临时仲裁的引入能够通过加强争议解决领域的竞争, 改变仲裁机构弊端突出的局面, 间接促进机构仲裁和法院诉讼裁判质量的提高, 有助于仲裁事业整体的良性发展。

另一方面, 改革开放带来的庞大争端数量, 与当前有限的司法资源并不对等。长期以来, 我国的司法制度放弃了临时仲裁这种具有相当大占比的争议解决方式。如上述, 临时仲裁案件的数量和其能够带来的市场价值是非常可观的, 这一制度的缺位导致争端当事人选择了非内地仲裁机构, 使很大一部分本该在国内仲裁的案件流失。这与仲裁行业本身以市场为导向的性质相悖, 也制约了我国涉外法律服务业的发展。因此, 临时仲裁制度的引入具有紧迫性。

(2) 对法治环境建设的价值

随着国际民商事交往的推进, 我国当事人对临时仲裁这一常见的争端解决方式已然并不陌生。但由于该临时仲裁规则在国内的缺失, 我国当事人对其性质、适用策略并不清楚, 且不得不遵循仲裁协议在相对更利于对方当事人的外国进行仲裁, 导致在国际商事仲裁中处于被动地位。而一旦中国当事人败诉形成了惯性, 将极大地打击对外投资的积极性, 不利于“走出去”战略。

同时, 临时仲裁作为一种充分体现当事人意思自治的纠纷解决方式, 如果得到合适的引入和较好的实施, 提高商事主体的契约精神, 完善社会诚信基础。引入临时仲裁制度是建设国际相衔接的纠纷解决机制、建立国际化的制度体系的重要组成部分, 有利于提升我国纠纷解决和法律市场的国际竞争力和公信力。高效便捷的纠纷解决机制也有利于促进科学民主的法制理念, 吸引外资引入, 形成法治化、国际化、便利化的营商环境和公平、统一、高效的市场环境。

3.2. 临时仲裁在中国的可行性

3.2.1. 临时仲裁制度的体系兼容性

(1) 对仲裁事业发展的价值

在目前的仲裁立法体系中,临时仲裁制度很难构建。现行《仲裁法》对临时仲裁进行了体系上的否定。34号《意见》虽然有在自贸区放开临时仲裁的倾向,但就其与现行《仲裁法》的冲突并未作出回应。同时,对于临时仲裁的核心制度,仅仅依靠模糊的“三特定”原则,无法完整建立起来。《横琴规则》作为我国第一部为临时仲裁制定的仲裁规则,相比于国际上已臻完美的UNCITRAL规则,存在诸多空白和漏洞。

上述问题的解决,形成了两种意见:一是变通或暂停现行《仲裁法》对自贸区仲裁的规制,在自贸区制定较为完整的临时仲裁规则,作为制度创新的先行试验;二是通过对现行《仲裁法》进行修改,直接解除立法对临时仲裁的否定,再制定境内统一的临时仲裁专门规则。而《仲裁法》意见稿发布之后,第二种途径已有望落地。意见稿在第七章“涉外仲裁的特别规定”中,专章明确了涉外商事仲裁案件中临时仲裁的合法性。《仲裁法》意见稿将涉外仲裁作为中国仲裁与国际仲裁连接的桥梁,允许在涉外案件中适用专设仲裁庭仲裁,使其成为国内法治与涉外法治双向互动的中间地带^[13],是符合国情的科学合理的决策。

(2) 《仲裁法》意见稿的解读

《仲裁法》意见稿第91条规定了临时仲裁的主体、仲裁程序的约定适用、仲裁程序的开始、仲裁地的确定。它提出:“具有涉外因素的商事纠纷的当事人可以约定仲裁机构仲裁,也可以直接约定由专设仲裁庭仲裁。”其突出点在于,此处直接使用了“专设仲裁庭仲裁”的语言,在法条上确立了类临时仲裁的概念,反映了中国对机构仲裁和临时仲裁的二分法的认识;同时,又没有使用“临时仲裁”这一通用称呼,体现了中国特色。

第92条是对支持临时仲裁的外部框架的规定。它涉及不能迅速组成仲裁庭或仲裁庭成员因潜在的利益冲突而面临质疑,从而无法担任仲裁员的情况。在这两种情况下,当事人可以约定一个仲裁机构作为指定机构,或对异议作出决定。否则,仲裁地法院或一方当事人所在地法院或与争议有最密切联系的法院可以指定一个仲裁机构来提供协助。很明显,第92条不仅规定了仲裁员的回避和指定,也明确了法院和仲裁机构之间的责任分工。仲裁机构首先是仲裁员的直接指定机构,除非当事人无法就承担这一职责的仲裁机构达成一致,否则法院不会介入;当法院介入时,不会直接指定仲裁员,也不会就针对仲裁员的质疑作出决定,而是指定一个仲裁机构来处理。与原先仲裁机构抵触法院的模式不同,这样的安排让临时仲裁和机构仲裁被置于一种合作而非竞争的模式,在一定程度上消除了允许临时仲裁实践的将会遇到的阻碍,而同时也保留了中国根深蒂固的机构仲裁传统。但是,第92条存在两个问题。一是是否允许当事人约定由仲裁机构以外的组织或协会来协助仲裁,而非约定一个仲裁机构。意见稿只允许仲裁机构承担这一角色,并未提及其他专业组织或协会为仲裁程序提供协助的可能性。这种情形在一个成熟的仲裁市场,特别是涉及小额索赔的纠纷,并非是不会出现的。且当事人选择专设仲裁庭仲裁这一方式,本就可能带有回避中国仲裁机构的目的。其二,仲裁法修订草案没有规定仲裁地法院、一方当事人所在地法院和与争议有最密切联系的法院中,哪个法院享有优先权。存在当事人所在地法院、合同签订地、合同履行地等法院竞相充当间接指定机构,或者双方当事人分别向不同的法院申请指定而无法处理的问题。更遑论,仲裁机构和法院的各项工作均应备案或者审批,包括此指定仲裁员的行为。那么一是违背当事人可能规避中国行政化机构管理的初衷,而来仲裁的效率经过重重设定将有一定的降低,特别是申请的法院不清的情况下,容易造成仲裁程序停滞。

第93条规定了仲裁裁决的作出及生效、裁决的备案,要求仲裁庭将其仲裁裁决书提交给法院备案。司法部在《关于〈中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)〉的说明》中表示,“为加强对临时仲裁的

监督”专门规定裁决书及其送达记录要在法院备案。但是，临时仲裁的根本目的在于最大限度地保障当事人意思自治。立法要从制定仲裁规则、选定仲裁员、决定仲裁程序等各个方面充分保障意思自治。临时仲裁的核心问题在于平衡临时仲裁的内部灵活性与我国仲裁制度的外部监管需求。也有学者提出，《仲裁法》已经规定了法院控制仲裁裁决的程序，如果这一规定的目的是为了加强对临时性仲裁行为的监督，又是否存在有建立这种监督机制必要性^[14]。意思自治是有边界的，专设仲裁庭仲裁虽以意思自治为主要原则，但仍应当充分尊重仲裁地的管理要求。实践中，如果不对专设仲裁庭仲裁进行有效的监督，当事人甚至是专设仲裁庭存在无视仲裁地法对可仲裁性和公共政策规定的可能性。且目前，通过虚假仲裁恶意转移财产、逃避债务属多发现象。专设仲裁庭仲裁仅仅需要当事人和仲裁员的签名，而无需其他任何条件即可生效，更为当事人间接伤害案外第三方的权益提供了便利。因此，为了保障临时仲裁的正常运行与裁决质量，意见稿对意思自治的适当限制与临时仲裁的必要监督具有一定的积极意义。仲裁庭的权力备案这一行为本身带有审查的性质，可以确保双方协议组成的仲裁庭避免。但是，法院在备案过程中如何进行监督、具有何种审查权，仍应当作明确规定。

除了对上述特别规定的分析，此次《仲裁法》意见稿也有部分不明的规定，同时也是实践中无法回避的问题。例如未选定仲裁程序后仲裁的进程问题、仲裁记录和证据材料的留存和保管问题、文书的送达问题以及仲裁中产生贿赂的可能性。这些一般由机构仲裁规则系统罗列的程序或行政性问题，在专设仲裁庭仲裁中往往是缺位的。如果一味地由当事人自定或者全权由仲裁庭决定，又将分别导致故意拖延仲裁程序或者腐败专断的情况存在。这些都是此次涉外仲裁专章亟待解决的问题。

(3) 临时仲裁规则的制定

此外，我国现有仲裁机构规则中并无专门为临时仲裁配套的规则。相比于仲裁法律规定，仲裁规则对于仲裁活动管控更加直接且详尽。国内临时仲裁规则的缺位，将制约原本对临时仲裁并不熟悉的当事人选择此种争议解决方式的意愿。因此，除了《仲裁法》的修订以及《仲裁法》意见稿内容的增补，为选择在中国进行临时仲裁的当事人制定一部切实可行的临时仲裁规则，也是落实建立临时仲裁制度内极为重要的组成。从国际高标准的情况来看，完善的临时仲裁规则包含着很多内容，如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。综合多位学者的制度建议，现有规则在仲裁员制度和仲裁庭的地位两项内容尚需明确。

① 仲裁员制度

仲裁员的要求中，公正性和独立性是核心。但这两项抽象的要求在法治不成熟的环境内难以控制，会产生大量事后救济，造成司法资源的浪费。我国仲裁法对仲裁员资格的规定本质上是一种事前预防。通过对仲裁员提出职业资格、工作年限的要求，在一定程度上为案件裁决的公正性作出预期的保证。但在临时仲裁制度中，当事人需要享有合理自由地选择仲裁员的机会。应该开放仲裁员引入，放宽仲裁员资格。仲裁法应只对仲裁员的公正性和独立性作出最低限度的规定，在经济快速的要求下着眼事中事后救济。譬如，在仲裁机构半管理模式下，首先可以进行备案管理；其次，明确仲裁员的选定程序、撤销程序，完善仲裁员法律责任制度和利益冲突规则；最后，优化仲裁员操守规范，加强内部自律。

② 仲裁庭的地位

其一，明确仲裁庭是仲裁程序的核心。赋予临时仲裁庭对仲裁程序问题审查和决定的权限，特别是仲裁庭的自裁管辖权——仲裁庭有权直接对临时仲裁协议的存否、效力和管辖权异议等问题作出决定。

其二，明确仲裁机构、法院、行业协会对临时仲裁的协助权限。仲裁机构可进行辅助性事项的协助，包括协助确定仲裁庭人数、指认仲裁员、确定仲裁地点等。法院干预事项在《香港仲裁条例》中较为详

尽,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;当事人通过临时仲裁方式形成的仲裁裁决通过法院获得法律拘束力并保障执行。

总之,要使临时仲裁完美融入我国仲裁立法体系,仍需更多的研究和打磨。既须与国际上运作成熟的临时仲裁的制度架构和设计理念接轨,又须考虑中国商事当事人的现实需求以及中国本土商事仲裁的传统,形成有中国特色的仲裁制度。

3.2.2. 临时仲裁制度的外部适配性

除了要消除法律体系内部的障碍,临时仲裁制度也应当与政治、经济等外部条件相适应。如前述,临时仲裁制度对法治环境有着很高的要求。持暂缓观点的学者所主张的理论依据也集中于此方面:国家没有体现出对临时仲裁信任态度;市场经济秩序相对混乱,在缺乏诚实信用的情况下,当事人对临时仲裁的公正性没有信心;而我国目前仲裁员自身素质还亟待提高,人们难以选择像常设仲裁机构拥有的足具社会公信力的仲裁员;临时仲裁的进行几乎完全取决于当事人的合意,缺失诚信和契约精神,仲裁将无法进行等等。

但首先,在贸易更加开放的新时代,当事人的受教育水平和诚实信用度快速提高,对仲裁裁决的质量有自我意识和考量,更加有司法解决作为兜底。临时仲裁制度对于国内外企业来说并不陌生。其次,仲裁本身就是一种行政性到民间性的改革创新,临时仲裁的初衷更是摆脱行政控制,所以最初政府意图控制经济活动,基于循序渐进的考虑选择了更容易控制的机构仲裁。但不论是机构仲裁还是临时仲裁,其目的都是为提高生产力保驾护航。只要临时仲裁达到了能够促进经济发展的条件,就是应当认可并支持的。在形成法治化、国际化、便利化的营商环境,加快形成公平、统一、高效的市场环境的潮流下,以上顾虑均一定程度上或已经消除。最后,当前仲裁事业发展已趋成熟。通过为临时仲裁落户提供必要的法律条件,如进一步明确仲裁员法律责任、司法对于临时仲裁的协助等,这些问题将不会对临时仲裁的引入造成实质影响。

参考文献

- [1] 黄进,宋连斌,徐前权.仲裁法学[M].北京:中国政法大学出版社,2008:3.
- [2] 李双元,谢石松.国际民事诉讼法概论[M].武汉:武汉大学出版社,2001:501.
- [3] 张斌生.仲裁法新论(第3版)[M].厦门:厦门大学出版社,2008:177.
- [4] 谭兵.中国仲裁制度研究[M].北京:法律出版社,1995:67.
- [5] 李建忠.临时仲裁的中国尝试:制度困境与现实路径——以中国自贸试验区为视角[J].法治研究,2020(2):31-43.
- [6] 刘晓红,周祺.我国建立临时仲裁的利弊分析和时机选择[J].南京社会科学,2012(9):95-102.
- [7] 康明.临时仲裁及其在我国的现状和发展前景[J].国际商法论丛,2001,3(1):679.
- [8] 杨玲.仲裁机构法律功能批判——以国际商事仲裁为分析视角[J].法律科学,2016(2):175-181.
- [9] Blanke, G. (2008) Institutional versus Ad Hoc Arbitration: A European Perspective. *ERA Forum*, 9, 275-282. <https://doi.org/10.1007/s12027-008-0055-6>
- [10] 李剑强.香港仲裁机构的临时仲裁及其启示[J].北京仲裁,2006(3):82-95.
- [11] 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,2015,33(2):156-165.
- [12] 李虎.试论仲裁机构管理和仲裁庭独立裁决的有机结合[J].商事仲裁与调解,2020(1):28.
- [13] 刘晓红,冯硕.对《仲裁法》修订的“三点”思考——以《仲裁法(修订)(征求意见稿)》为参照[J].上海政法学院学报,2021,36(5):54-66.
- [14] 张心泉,张圣翠.论我国临时仲裁制度的构建[J].华东政法大学学报,2010(4):149-156.