

法律实证研究视角下的仲裁法修订：共识与差异

毛晓飞*

摘要：适逢《中华人民共和国仲裁法》酝酿重大修改，中国社会科学院国际法研究所、北京市法学会立法学研究会与中国仲裁法学研究会于2020年6月联合推出首份《仲裁专家意见调查问卷》，有效回收国内仲裁专家回复102份和国际仲裁专家回复6份。调查结果显示，在多个修法焦点议题上已形成显著的专家倾向性意见（超过三分之二的绝对多数），包括引入仲裁地概念、确立仲裁自裁管辖权等弥补现行法律不足的规定，同时亦在网上开庭与电子送达等“前瞻性”立法方面形成专家共识。值得注意的是，在纠纷可仲裁性以及临时仲裁合法化等问题上，国内专家意见与国外专家分歧显著，这表明立法需要在仲裁法律制度的国际化与本土适应性上作出适度平衡与合理安排。比照2021年7月30日司法部公布的《仲裁法（修订）（征求意见稿）》，多数条文修改与问卷调查反映的专家共识契合，但在电子仲裁协议、仲裁员任职资格以及仲裁员责任豁免等方面仍存差异。

关键词：仲裁法 《仲裁法（修订）（征求意见稿）》 仲裁地 临时仲裁“双轨制” 电子仲裁协议 仲裁员责任豁免

一 引言

现行《仲裁法》自1995年正式实施以来，为中国商事仲裁脱离计划经济体制下的行政仲裁，逐步发展为以当事人意思自治为根本原则的现代商事仲裁体系提供了坚实的制度基石。不可否认的是，该法带有渐进式改革路径下法律转轨的痕迹，在某些具体规定上显现出与仲裁纠纷解决现实的脱节，与国际通行的仲裁法律制度亦缺乏良好的衔接与融合。^① 2018年9月7日，第十三届全国人大常委会将《仲裁法》修订列入二类立法规划。^② 2021年7月30日，司法部公布第一份《仲裁法（修订）（征求意见稿）》（以下简称《征求意见稿》），进一步加快修法

* 中国社会科学院国际法研究所副研究员。本文为中国社会科学院“一带一路”法律风险防范与法律机制构建调研项目部分阶段性研究成果。《仲裁专家意见调查问卷》可在搜狐网获得，https://www.sohu.com/a/412660191_99915945。除另行说明，本文所用网络文献的最后访问时间均为2021年10月1日。

① 参见宋连斌、赵健：《关于修改1994年中国〈仲裁法〉若干问题的探讨》，载《国际经济法论丛》第4卷，法律出版社2001年版，第597—605页。

② 《仲裁法》修订曾于2006年被列入全国人大立法规划，参见全国人大常委会法制工作委员会：《十届全国人大及其常委会五年立法工作简述》，中国人大网，<http://www.npc.gov.cn/npc/c238/200803/d7ca5b4634fb4db98d5f8186dc827912.shtml>。2009年和2017年作细微立法修改，未有实质性修订。

步伐。^①

早在该法通过不久，学界便开始关注修法问题。陈安在1995年指出，《仲裁法》对内国仲裁监督与涉外仲裁监督实施“分轨制”，既不符合中国现实国情，亦与各国仲裁立法通例不一，应作修改。^②1996年，冯军提出，有关仲裁协议效力及管辖权的规定可能导致在认定“约定不明确”仲裁协议时产生截然不同的司法裁判结果。^③2000年，宋连斌与赵健首次系统地阐述对《仲裁法》的修改意见。^④其后，黄进与宋连斌共同推出《仲裁法（建议修改稿）》，包括十章共九十二条，以专家建议方式积极推动修法。^⑤尽管最终无果，却引发学界后续的深入细化研究，包括从仲裁协议、仲裁程序、仲裁司法审查制度等多个方面进行分析，相关论述可谓汗牛充栋。^⑥

尽管仲裁立法研究层出不穷，但迄今为止在方法论上较少突破，^⑦以社会调查问卷为基础的立法实证研究暂付阙如，^⑧而此方法在我国中央与地方的诸多立法活动中已得到广泛运用。为此，中国社会科学院国际法研究所、北京市法学会立法学研究会与中国仲裁法学研究会共同推出《仲裁专家意见调查问卷》（以下简称《调查问卷》），向通过“滚雪球抽样”方法选出的国内仲裁专家、国际仲裁专家^⑨以及最终面向公众发放问卷，汇集法律修改意见，以填补仲裁立法研究之不足。

二 问卷调查的基本情况

问卷调查的方法与步骤，包括调查问卷的设计、抽样样本、问卷发放与回收等过程是否规范与合理，直接影响问卷统计与分析结果的可信度及立法效用。^⑩

（一）样本选取与样本量

本次问卷调查的目的是收集国内与国际仲裁专家对仲裁法修订相关问题的意见。如何选取仲裁专家和确定被调查对象成为问卷调查的关键。仲裁专家是对仲裁理论与仲裁实践有丰富知识与经验的专业人士，可以是仲裁机构工作人员、律师、学者、法官等不同职业群体中参与仲裁活动的人。对此没有政府或者行业团体的专门认定，这使得调查者面临总体单位与抽样框难以界定的情况。采用随机抽样法不具备条件，而定额抽样或判断抽样存在调查者主观因素对仲裁专家选取

① 《司法部关于〈中华人民共和国仲裁法（修订）（征求意见稿）〉公开征求意见的通知》，司法部网站，http://www.moj.gov.cn/pub/sfbgw/zlk/202107/t20210730_432965.html。

② 参见陈安：《中国涉外仲裁监督机制评析》，载《中国社会科学》1995年第4期，第19—30页。此文引发有关学术争鸣，参见肖永平：《内国、涉外仲裁监督机制之我见》，载《中国社会科学》1998年第2期，第94—97页。

③ 参见冯军：《论我国〈仲裁法〉中有关仲裁协议的法律问题》，载《法学》1996年第1期，第23—25页。

④ 参见宋连斌、赵健：《关于修改1994年中国〈仲裁法〉若干问题的探讨》，载《仲裁与法律》2000年第6期，第3—14页。

⑤ 参见宋连斌、黄进：《中华人民共和国仲裁法（建议修改稿）》，载《法学评论》2003年第4期，第91—98页。

⑥ 例如，参见王红松：《〈仲裁法〉存在的问题与修改建议》，载《北京仲裁》2004年第2期，第20—27页；陈小君：《也谈仲裁法的修订》，载《商事仲裁》2006年第1卷，第104—110页；余先予、叶明：《关于仲裁法修改的几个问题》，载《商事仲裁》第1卷，第93—103页等。

⑦ 目前引入社会调查方法的重要论述是陈福勇博士对中国仲裁机构的实证研究，参见陈福勇：《未竟的转型：中国仲裁机构现状与发展趋势实证研究》，法律出版社2010年版。

⑧ 参见宋连斌：《理念走向规则：仲裁法修订应注意的几个问题》，载《北京仲裁》2004年第2期，第8页。

⑨ 本文中接受问卷调查的国际仲裁专家也包括国际仲裁机构。

⑩ 参见〔美〕艾尔·巴比：《社会研究方法（第十一版）》，邱泽奇译，华夏出版社2018年第2版，第244—283页。

深度干预的问题,也难得出令人信服的专家样本。为此,调查者采用专家推选专家的“滚雪球抽样”方法。滚雪球抽样(亦称“裙带抽样”或“推荐抽样”)以少量具有所需特征的人为最初调查对象,依靠他们提供认识的合格调查对象,再由这些人提供第三批调查对象,依次类推,样本如同滚雪球般由小变大。该方法是一种在稀疏总体中确定受访者的抽样方法,符合本次问卷调查的现实情况,尤为重要,它降低了调查者自身对专家遴选的主观干预。^①调查者注意到,滚雪球抽样可能会遗漏一些国内仲裁专家,因此本轮专家推选仅对此次调查有效。调查者以我国著名争端解决专家张月姣为第一位推选专家进行首轮推荐,依次推荐最多至第五层,剔除重复推荐,最终获得国内仲裁专家 144 名。国际仲裁专家和机构的选取不采用滚雪球抽样法,而由调查者根据专家的国际知名度及其参与中国内地仲裁活动的活跃度自行挑选 8 名。由此,国际仲裁专家意见仅作参考,不纳入量化分析范围。

(二) 问卷的设计、发放与回收

《调查问卷》由调查单位联合制作,并于 2020 年 3 月 29 日^②和 2020 年 4 月 5 日^③召开专家论证会,修改问卷问题。2020 年 6 月 1 日,通过问卷星(企业版)对国内仲裁专家定向发放问卷 129 份,^④向国际仲裁专家和机构发放《调查问卷(英文版)》8 份。截至 2020 年 8 月 31 日,共回收样本 102 份,回收率 79%。截至 2020 年 11 月 2 日,回收国际专家和机构问卷 6 份,回收率 75%。^⑤2020 年 8 月 11 日,《调查问卷》(社会版)通过中国法学网和法制网向社会公众发放。^⑥截至 2020 年 9 月 11 日,共回收样本 120 份,但由于调查者对填写专家的身份及职业背景等因素无法进行样本核对,因此不计入问卷统计分析范畴。

三 调查问卷结果分析

(一) 一般规定

1. 引入仲裁地的规定

仲裁地是国际仲裁法律制度中的基础概念,对于仲裁协议的效力、准据法的适用、仲裁裁决的籍属以及仲裁的司法管辖权等事项具有决定性意义。^⑦我国现行《仲裁法》没有仲裁地的规

① 参见邓力:《统计学原理(第3版)》,清华大学出版社2020年版,第123—124页。

② 《〈仲裁专家意见调查问卷〉论证会成功举办》,中国法学网, http://iolaw.ccssn.cn/xshy/202003/t20200331_5108247.shtml。

③ 《〈仲裁专家意见调查问卷〉论证会再次成功举办》,中国法学网, http://iolaw.ccssn.cn/xshy/202004/t20200406_5110182.shtml。

④ 在被推选出的144名国内仲裁专家中,有15名专家调查者在穷尽可用方式之后无法获得向其发送问卷的可靠联系方式。

⑤ 回复问卷的国际仲裁专家和机构分别是(按英文名字首字母顺序):国际商事仲裁理事会前主席加布里埃尔·考夫曼-科勒(Gabrielle Kaufmann-Kohler),伦敦海事仲裁员协会前主席郎仁彦(Ian Gaunt),斯德哥尔摩商会仲裁院(SCC)前主席叶南德(Johan Gernandt),国际商事仲裁理事会主席露西·瑞德(Lucy Reed),阿联酋迪拜国际金融中心前首席大法官黄锡义(Michael Hwang),联合国国际贸易法委员会秘书处(UNCITRAL Secretariat)。

⑥ 《〈仲裁专家意见调查问卷〉(社会版)发布》,搜狐网, https://www.sohu.com/a/412660191_99915945。

⑦ 参见赵秀文:《论法律意义上的仲裁地点及其确定》,载《时代法学》2005年第1期,第13—20页;高晓力:《司法应依仲裁地而非仲裁机构所在地确定仲裁裁决籍属》,载《人民司法(案例)》2017年第20期,第68—74页。

定,《调查问卷》第1题征求专家意见修法可否增加相关条款,比如规定:“当事人可以约定仲裁地;没有约定的,由仲裁机构或仲裁庭决定,或增加类似条款?”有91.18%的受访国内专家表示赞同,仅有8.82%的专家表示反对,6位国际仲裁专家中有4人表示赞同。^①

引入仲裁地概念已成为一种显著的专家共识,其意义不仅在于弥补现有立法不足,而且可以有效缓解我国法院在仲裁司法审查案件中遇到的适用“仲裁机构所在地标准”与“仲裁地标准”的两难困境。早在2004年伟贸国际(香港)有限公司申请执行ICC仲裁裁决案中,^②法院尽管以《民事诉讼法》的“仲裁机构所在地”标准承认并执行国际商会国际仲裁院(以下简称ICC)在香港的仲裁裁决,显示司法支持仲裁的态度,但在对仲裁地的理解以及《纽约公约》的适用方面引发学界争论。^③2011年《涉外民事关系法律适用法》引入仲裁地概念,但该法规定仍以仲裁地和仲裁机构所在地为两个并行连结点。在司法实践中,最高人民法院不断地通过司法解释强化仲裁地在认定涉外仲裁协议与裁决效力中的作用,^④但由于存在立法缺陷,法院仍不得不时常面对当事人就此提出的异议。在2020年布兰特伍德工业有限公司、广东阅安龙机械成套设备工程有限公司申请承认与执行法院判决、仲裁裁决案中,ICC以广州为仲裁地的裁决到底是中国籍还是法国籍裁决再次成为争论焦点,广州市中级人民法院认定外国仲裁机构在中国内地作出的仲裁裁决为“中国涉外仲裁裁决”,适用仲裁地标准。^⑤

《征求意见稿》第27条引入仲裁地规定,与专家主流意见相符,其中第3款将仲裁地与仲裁活动地点如合议地、开庭地加以区分,使概念更加明晰。不过,与国际通行做法有所差异的是,依照第27条第1款第2句规定,当事人对仲裁地没有约定或约定不明确的,以管理案件的仲裁机构所在地为仲裁地,而国际通行做法是由仲裁庭来决定。譬如,《示范法》第20条规定,当事人未约定仲裁的地点,由仲裁庭考虑到案件的情况,包括当事人的便利,确定仲裁地点。《征求意见稿》作出这样的特殊安排可能是考虑,对于无涉外因素的国内仲裁,起草者并不希望像在“涉外仲裁的特殊规定”中那样明确“专设仲裁庭仲裁”(又称“临时仲裁”)的合法性,而是延续国内仲裁的机构仲裁体制,故而将仲裁机构所在地确定为仲裁地,没有仲裁庭发挥自由裁量的空间。

① 问题1的建议保留了两种可能性,却未明确在何种情况下由仲裁机构来决定,在何种情况下由仲裁庭决定。因此,露西·瑞德认为,两种选择在乐观情况下可能产生仲裁程序拖延,而糟糕的情形是形成僵局,最好规定由仲裁庭决定,由此给出否定回答。联合国贸法会秘书处看来基于类似考虑也勾选“No”,认为只要规定当事人意思自治原则即可,其余可交由当事人选定的仲裁规则来决定。可见,他们的意见并非否定引入仲裁地规定,而是对问题1本身给出的选项表示不同意见。

② 伟贸国际(香港)有限公司申请执行ICC仲裁裁决案,最高人民法院(2004)民四他字第6号。其他相关案例参见厦门维歌木制品有限公司与台湾富源企业有限公司购销合同纠纷管辖权异议案,最高人民法院法函[1996]第78号;诺和诺德股份有限公司与海南际中医药科技开发公司经销协议纠纷案,最高人民法院法经[1996]第449号;德国旭普林国际有限责任公司申请承认和执行国外仲裁裁决案,江苏省无锡市中级人民法院(2004)锡民三仲字第1号裁定书。

③ 有学者认为可以将外国仲裁机构的裁决视为《纽约公约》项下的“非国内仲裁裁决”,此类裁决就包括在执行地法院所在国领土范围内作出但又适用外国法的裁决,参见赵秀文:《论ICC国际仲裁院裁决在我国的承认与执行》,载《法学》2005年第6期,第71页。但也有学者认为,由于外国仲裁机构在中国境内作出的仲裁裁决并非是在“另一缔约国领土内”作出的仲裁裁决,看来又无法适用《纽约公约》。“非国内仲裁裁决”的观点也被认为可能并不符合国际司法领域里传统的行为应当适用行为地法规则,参见池漫郊:《国际仲裁体制的若干问题及完善》,法律出版社2014年版,第269—271页。

④ 2009年《最高人民法院关于香港仲裁裁决在内地执行的有关问题的通知》首次明确以仲裁地来确认仲裁裁决的国籍,规定当事人向人民法院申请执行在香港特别行政区作出的临时仲裁裁决、国际商会仲裁院等国外仲裁机构在香港特别行政区作出的仲裁裁决的,人民法院应当按照《关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》的规定进行审查。

⑤ 广东省广州市中级人民法院(2015)穗中法民四初字第62号民事裁定书。

2. 可仲裁性问题

某个纠纷是否具有法律意义上的可仲裁性直接影响仲裁法的适用范围。对于修法是否可以修改现行《仲裁法》第2条,增加规定明确投资纠纷、PPP合同纠纷等其他有关合同或财产权益纠纷的可仲裁性,受访国内专家意见分歧较大。有53.92%的受访国内专家回答“是”;46.08%回答“否”。从受访国内专家职业群体的交叉分析来看(见图1),这种分歧普遍存在于仲裁机构工作人员、企业法务、教学科研人员 and 仲裁律师群体中,职业因素影响并不显著。相对而言,教学科研人员赞同修改的比例较高,而在反对修改的受访专家中,仲裁律师的比例较高。受访国际仲裁专家的倾向性意见是应当对《仲裁法》第2条进行修改。^①如联合国贸法会秘书处认为,扩大可仲裁性范围可为当事人提供更多机会,以其选择的方式解决纠纷。黄锡义表示,现在第2款的规定未将普通法项下的可仲裁情形包括在内,普通法的做法是承认所有争议都具有可仲裁性,除非法律明确规定不可仲裁。

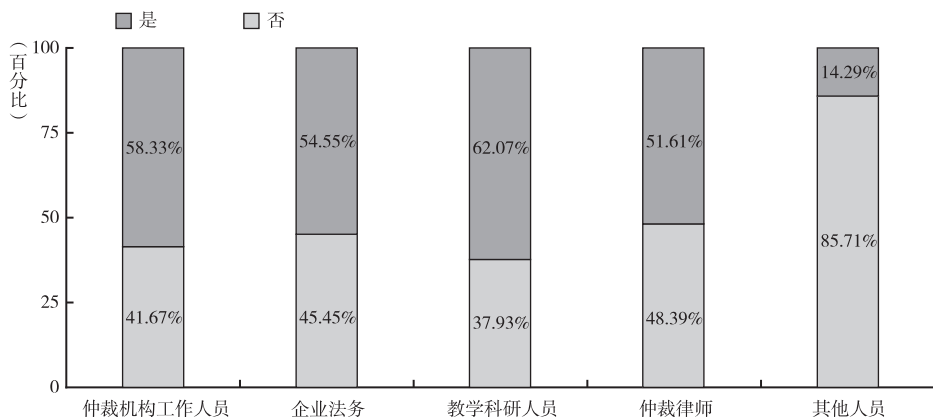


图1

目前《征求意见稿》第2条第1款删去现行《仲裁法》第2条“平等主体”的规定,从而为投资仲裁、体育仲裁等涉及非平等主体之间的仲裁纠纷解决提供了法律依据。此外,将现有第3条第2项规定的“依法”应当由行政机关处理的行政争议,改为“法律规定”应当由行政机关处理的行政争议,并增加“其他法律有特别规定的,从其规定”,以明确只有全国人大制定的法律才可否定特定类型纠纷的可仲裁性,避免《仲裁法》的适用范围受到低位阶行政规范的限制。不过,目前的修订并未对《调查问卷》题2所涉及的且在仲裁理论与实践中存在较大意见分歧的PPP合同可仲裁性问题给出指引。2014年第一次修正、2017年第二次修正的《行政诉讼法》第12条第1款第11项将“解除政府特许经营协议”纳入行政诉讼的受案范围。2015年4月22日,最高人民法院公布《关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》,其中第11条第1款对“行政协议”进行界定,第2款第1项将“政府特许经营协议”纳入行政协议范畴,结果不仅未能澄清PPP合同纠纷是否可以仲裁方式解决,反而使之更具争议性。^②各地法院的司

① 只有邝仁彦表示反对,认为《调查问卷》第2题中额外增加的表述并未给法律规定(《仲裁法》第2条)中的广泛定义增添实质性内容,而且就现有规定而言,如何确定“平等主体的(……)其他组织”中的“平等”存在疑问。从这一问答来看,邝仁彦实际上是赞同对《仲裁法》适用范围的宽泛表述。

② 该司法解释已被2017年11月13日通过的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》(法释〔2018〕1号)废止。法释〔2018〕1号虽然不再界定行政协议,但第68条第1款第6项仍将“请求解决行政协议争议”列入行政诉讼范畴。

法裁判尺度并不统一。例如，在 2015 年深圳市合泰水务技术有限公司与深圳市水务局合同纠纷上诉案中，特许经营合同被当地法院认定为行政合同，而非民事合同，因此相关纠纷应通过行政诉讼程序解决。^① 而在 2017 年巴中市人民政府诉四川巴万高速公路有限公司申请确认仲裁协议效力案中，北京市第二中级人民法院认为，案涉特许经营协议具有政府向社会公众提供公共设施的目的，同时又具有签约双方获取一定经济利益的目的，且协议体现了签约双方当事人平等、等价协商一致的合意，属于民商事合同性质，具有可仲裁性。^② 最高人民法院 2019 年 11 月 27 日公布《关于审理行政协议案件若干问题的规定》，其第 1 条规定：“行政机关为了实现行政管理或者公共服务目标，与公民、法人或者其他组织协商订立的具有行政法上权利义务内容的协议，属于行政诉讼法第十二条第一款第十一项规定的行政协议。”第 2 条明确人民法院应当受理的行政协议类型，包括“（五）符合本规定第一条规定的政府与社会资本合作协议”。与此同时，该司法解释第 26 条规定：“行政协议约定仲裁条款的，人民法院应当确认该条款无效，但法律、行政法规或者我国缔结、参加的国际条约另有规定的除外。”可见，司法解释为行政协议中当事人约定有效仲裁条款留下立法空间，但《征求意见稿》第 2 条的修改仍未明确，这可能为日后法律的理解与适用留下任意性与不确定性的风险。

3. 仲裁机构的设立

在现行《仲裁法》框架下，中国内地已设立 270 多家仲裁机构，^③ 但仲裁机构的发展状况与管理水平参差不齐，仍具有不同程度的行政色彩。^④ 如何规范仲裁机构的设立，使之有助于整体提高我国仲裁的公信力与竞争力，成为修法的重要议题之一。^⑤ 《调查问卷》第 3—5 题就国内仲裁机构、境外仲裁机构以及涉外仲裁机构的设立分别询问专家意见。

（1）第 3 题是：“现行《仲裁法》第 10 条第 1 款的规定，仲裁委员会可以在直辖市和省、自治区人民政府所在地的市设立，也可以根据需要在其他设区的市设立，不按行政区划层层设立。修法时，是否应当增加规定：‘其他行政区域的人民政府、非营利性公益专业团体，根据需要，经国务院批准后，可设立仲裁机构’或增加类似条款？”有 41.18% 的受访国内专家回答“是”，58.82% 的专家回答“否”，意见分歧较大。从图 2 受访国内专家职业群体的交叉分析来看，分歧存在于各类群体，相对而言，仲裁机构工作人员反对修改的比例较高。

赞成者与反对者的主要分歧在于，前者认为扩大仲裁委员会的设立主体有利于“去行政地域化”，可提升仲裁机构的民间性与独立性；反对者则担心，这可能导致各地“一窝蜂”地组建仲裁机构，造成地方财政与社会资源的浪费。综合来看，受访国内专家的基本共识是，修法不应继续增加内地仲裁机构的数量，因为数多不意味质优，仲裁机构公信力提高的关键在于其仲裁服务能力水平的提升，让仲裁案件管理更加公正、高效。^⑥ 因此，修法的着力点应在于确立以提高仲裁质量为导向的仲裁机构设立制度。

① 深圳市中级人民法院（2015）深中法商终字第 1697 号民事裁定书。

② 北京市第二中级人民法院（2017）京 02 民特 272 号民事裁定书。

③ 《关于〈中华人民共和国仲裁法（修订）（征求意见稿）〉的说明》，司法部网站，http://www.moj.gov.cn/pub/sfbgw/zlk/202107/t20210730_432965.html。

④ 参见陈福勇：《我国仲裁机构现状实证分析》，载《法学研究》2009 年第 2 期，第 81—97 页。

⑤ 参见王小莉：《关于修改〈仲裁法〉的若干意见》，载《仲裁研究》2015 年第 38 辑，第 12—15 页。

⑥ 更多相关论述参见王红松：《仲裁行政化的危害及应对之策》，载《北京仲裁》2007 年第 62 辑，第 16—17 页；刘丹冰：《试论中国商事仲裁法律制度演进中的政府作用与修正》，载《广东社会科学》2014 年第 1 期，第 229—238 页。

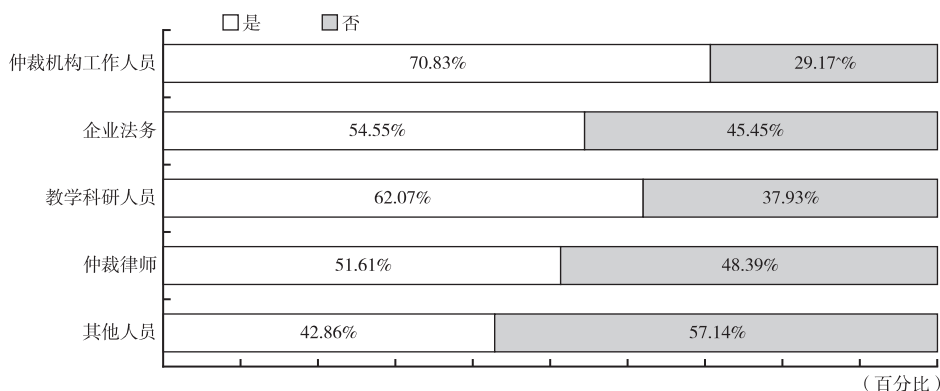


图2

但从《征求意见稿》第11条的规定来看，基本保留现有规定，只在三个方面进行局部修改：其一将“仲裁委员会”改为“仲裁机构”；其二将仲裁机构的登记规定放入第12条的仲裁机构设立规定；其三增加“其他确有需要设立仲裁机构的，由国务院司法行政部门批准后，参照前款规定组建”。由此可见，现有国内仲裁机构设立的基本格局未有改变，仲裁机构的数量不变或增加的可能性更大，因为《征求意见稿》授权国务院司法行政部门可以批准其他确有需要设立的仲裁机构。此外，第12条第4款规定“仲裁机构登记管理办法由国务院制定”，但“管理”二字语焉不详，未明确是仲裁机构登记方面的管理，还是与登记并行的仲裁机构管理。若为后者，可能增加司法行政机关对仲裁机构运营及案件管理的过度干预风险。与此同时，《征求意见稿》第14条对仲裁机构独立于行政机关的规定未有改进。加之，第96条第2款规定，收取仲裁费用的办法由国务院价格主管部门会同国务院司法行政部门制定，此种行政干预的收费方式与仲裁改革实行经营性收费的发展方向亦背道而驰。

(2) 对于允许合格的境外仲裁机构经批准后在中国境内设立分支机构，有72.55%的受访国内专家表示赞成，27.45%的国内专家认为条件不成熟。主流意见认为，随着我国国际贸易和投资量的飞速增长，国际商事纠纷日益增多，引入境外仲裁机构有助于提升内地仲裁市场的竞争性与国际化。^① 国际专家也普遍表示赞同，邝仁彦特别提及，不应当只允许常设的境外仲裁机构设立分支机构，而是也可以让类似伦敦海事仲裁员协会(LMAA)这样管理临时仲裁案件较多的组织在中国内地设立分支机构。

《征求意见稿》第12条第3款增加“外国仲裁机构在中华人民共和国领域内设立业务机构、办理涉外仲裁业务的，由省、自治区、直辖市的司法行政部门登记，报国务院司法行政部门备案”的规定。这一修改符合专家共识，但在条款细节安排上作出“办理涉外仲裁业务”的限定，显得画蛇添足。事实上，境外仲裁机构进入中国内地开展仲裁业务基本以涉外业务为主，对国内仲裁案件市场产生实质性冲击的可能性很小，加以限定反而让境外仲裁机构对我国政府开放仲裁市场的意愿产生怀疑。况且，从当前上海和北京在自贸区范围内引入境外仲裁机构的实际情况来看，^②

① 相关专门论述参见李庆明：《境外仲裁机构在中国内地仲裁的法律问题研究》，载《环球法律评论》2016年第3期，第181—192页；姚宏敏：《境外仲裁机构在中国内地仲裁的法律问题研究》，华东政法大学2020年博士学位论文。

② 上海市司法局：《境外仲裁机构在中国（上海）自由贸易试验区临港新片区设立业务机构管理办法》，沪司规〔2019〕5号，2019年10月21日。北京市司法局：《境外仲裁机构在中国（北京）自由贸易试验区设立业务机构登记管理办法》，京司发〔2020〕91号，2020年12月28日。

未出现蜂拥而至的情况，反而进入者寥寥。^① 在法律用语方面，《征求意见稿》使用“外国仲裁机构”，而非“境外仲裁机构”，可能使我国香港与澳门特别行政区的仲裁机构被排除在外，似与当下引进政策的本意与走向不符。另外，境外仲裁机构在内地设立业务机构是否属于《仲裁法》项下的“仲裁机构”应予澄清。依照《征求意见稿》第13条的规定，仲裁机构“包括仲裁委员会和其他开展仲裁业务的专门组织”。这看似将境外仲裁机构的业务机构纳入法律调整范围，但实际上现有仲裁机构组织的相关规定与境外仲裁机构的实际运行情况脱节，如《征求意见稿》第15条要求仲裁机构应当“有聘任的仲裁员”，但实际类似ICC、SCC的境外仲裁机构并无“聘任的”仲裁员，且无仲裁员名册。再者，《征求意见稿》第8章“附则”第95条规定“仲裁规则应当依照本法制定”，这是否意味着，境外仲裁机构在内地的业务机构需符合《仲裁法》规定的仲裁规则才可进行案件管理。

(3) 就是否保留现行《仲裁法》第66条规定的“涉外仲裁委员会可以由中国国际商会组织设立”的规定，只有23.53%的受访国内专家认为需要，76.47%的专家认为可以删除。该规定在1996年6月8日国务院办公厅《关于贯彻实施〈仲裁法〉需要明确的几个问题的通知》^② 以及1997年3月26日最高人民法院《关于实施〈仲裁法〉几个问题的通知》颁布后，随着中国越来越多的“非涉外”仲裁委员会能够管理涉外仲裁案件，早已失去存在的现实意义。《征求意见稿》彻底删除该规定，将中国国际商会设立组建的仲裁机构统一纳入第12条机构设立登记范围，由国务院司法行政部门登记。

4. 中国仲裁协会的规定

仲裁协会在中国长期处于空缺状态，也不存在依照《仲裁法》第15条第3款制定的仲裁规则；同样中国国际商会也未曾制定涉外仲裁规则（第73条）。^③ 问卷第6题就修法是否保留此类条款询问专家意见。84.31%的受访国内专家认为无必要，^④ 理由是仲裁协会历经多年而未能设立，而各仲裁机构按照自己制定的仲裁规则在实践中取得了积极效果，立法上没有必要追求“大一统”的仲裁规则。《征求意见稿》第19条对中国仲裁行业协会的规定与专家共识基本一致，明确中国仲裁协会是仲裁行业的自律性组织，是社会团体法人。^⑤ 从第20条协会履行职责内容来看，已删除“制定仲裁规则”，代之以“依照本法制定示范仲裁规则，供仲裁机构和当事人选择适用”。但同时存在的问题是，协会职责规定过于细化，相关内容完全可由协会章程规定，不必占用立法资源。况且，协会会员组成过于机构化，除仲裁机构以外，“与仲裁有关的教学科研机构、社会团体可以申请成为中国仲裁协会的会员”，排除了个人会员的可能性。

5. 仲裁与调解是否统一立法

现行《仲裁法》第51条和第52条对仲裁调解作出规定，此外无专门的商事调解规定。^⑥ 2020年9月，中国签署以承认与执行跨境调解协议为核心内容的《新加坡调解公约》（尚待批

① 在本文写作期间，公开报道中只见WIPO（世界知识产权组织）在上海设立WIPO仲裁与调解上海中心。

② 国办发〔1996〕22号。

③ 《海峡两岸仲裁中心仲裁规则》经由中国贸促会（中国国际商会）核准，而非制定。

④ 从国际仲裁专家的回答来看，对此问题的理解多有歧义，无法形成有参考价值的综合意见。

⑤ 参见刘晓红、冯硕：《深化中国仲裁制度改革的立法完善——写在〈中华人民共和国仲裁法（修订）（征求意见稿）〉出台之际》，载《上海法治报》2021年8月25日，第B06版。

⑥ 参见范愉：《商事调解的过去、现在和未来》，载《商事仲裁与调解》2020年第1期，第133—140页；穆子砺：《论中国商事调解制度之构建》，对外经济贸易大学2006年博士学位论文。

准),学界就此提出是否应在公约批准前解决国内商事调解立法缺失的问题。^①《调查问卷》第7题涉及是否可以仲裁法修订为契机,将商事仲裁与商事调解统一立法。有37.25%的受访国内专家回答“是”;有62.75%回答“否”。国际仲裁专家对此问题回答不完全一致。加布里埃尔·考夫曼-科勒、露西·瑞德和叶南德回答“是”;联合国贸法会秘书处认为两者都可;邝仁彦对此未发表意见。黄锡义倾向于反对,认为商事调解应当有专门的法律规定,以确保《新加坡调解公约》项下国家执行国际调解协议的义务得到履行。

综合来看,多数专家意见认为不宜统一立法,核心顾虑在于,商事仲裁与商事调解之间尽管存在共性与衔接,但在纠纷解决的基本理念、路径、方法、程序规则,以及仲裁员和调解员与当事人在纠纷解决程序中承担的角色与职责等诸多方面存在显著差异。诚然,中国作为《新加坡调解公约》的首批缔约国,^②应尽早考虑依照公约完善本国商事调解制度,但在仲裁法修订时增加商事调解立法,恐怕会进一步增加立法难度,因为立法者不仅要解决仲裁法修订中的难点与争议点,同时还要斟酌商事调解立法的诸多问题,反而拖延仲裁法修订进程。当然,毋庸讳言的是《仲裁法》第51条和第52条对仲裁调解的规定过于笼统,修法需考虑进一步细化。《征求意见稿》在原有规定基础上对仲调结合的程序作出详细规定,但对于在仲裁调解程序中如何解决仲裁员与调解员身份转换时可能产生的利益冲突问题,^③未有涉及。^④

(二) 仲裁协议与仲裁管辖权

1. “选定的仲裁委员会”与临时仲裁的合法化

根据现行《仲裁法》第16条的规定,当事人的仲裁协议,除有“(1)请求仲裁的意思表示”和“(2)仲裁事项”以外,还必须包含“(3)选定的仲裁委员会”,这一法定要件一直被解读为我国《仲裁法》不允许临时仲裁的重要依据。^⑤而在仲裁实践中,也屡有发生当事人订立的仲裁协议因遗漏、错误或约定仲裁委员会不明等情况而被视为无效。^⑥从问卷调查结果来看,有52.94%的国内专家赞成保留第3项规定,47.06%的专家赞成删除,分歧较大。从图3受访国内专家职业群体的交叉分析来看,仲裁机构工作人员与企业法务赞成保留的比例较高,教学科研人员与仲裁律师更多支持删除。

① 参见刘敬东:《新加坡调解公约:批准与实施机制研究》,中国社会科学出版社2021年版;温先涛:《〈新加坡公约〉与中国商事调解——与〈纽约公约〉〈选择法院协议公约〉相比较》,载《中国法律评论》2019年第1期,第198—209页。

② 首批签约的有中国、美国、印度、韩国等46个国家,截至2020年4月底签署国已达52个,其中新加坡、斐济、卡塔尔等国家已批准公约。

③ 参见樊莹:《仲裁在中国:法律与文化分析》,法律出版社2017年版,第148—180页;张建:《仲裁中的调解与和解问题刍议——兼议现行〈仲裁法〉相关条款的修订方向》,载《南都学坛(人文社会科学学报)》2017年第1期,第88页。

④ 澳门特别行政区在2019年修订《仲裁法》时注意到这一问题,在第55条关于“调停”的规定中要求“如调停程序终止时仍未就争议的解决达成协议,仲裁员应披露对程序属于重要的保密资料”(第4款),以减少在“仲裁-调解-仲裁”(Arb-Med-Arb)的过程中,当调解员“换帽子”重新成为仲裁员时因掌握重要保密信息而未披露导致的利益冲突及程序不公正问题。第6款规定,当事人不得以仲裁员根据规定行使调停权而否定仲裁员的公正性与独立性。

⑤ 参见高菲、徐国建:《中国临时仲裁事务指南》,法律出版社2017年版,第10—47页。

⑥ 参见刘晓红:《国际商事仲裁协议的法理与实证》,商务印书馆2005年版,第84—89页。相关案例如爱尔建材(天津)有限公司与德国玛莎(集团)股份有限公司、玛莎(天津)建材机械有限公司买卖合同纠纷案,最高人民法院[2004]民四他字第50号复函;盘锦辽河油田凯特石油设备有限公司与渤海装备辽河重工有限公司承揽合同纠纷上诉案,最高人民法院(2017)最高法民辖终255号民事裁定书。

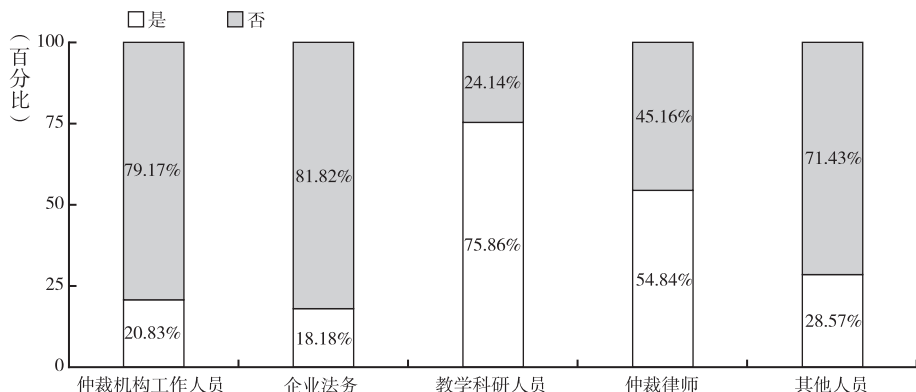


图 3

一些专家也提出折中方案，譬如，对纯粹的国内仲裁可以保留选定仲裁委员会的要求，但对于涉外仲裁则不要求，以使中国的涉外仲裁法律制度更加国际化。或者，在保留第 16 条第 3 项的基础上将“选定的仲裁委员会”改为“选定的仲裁员、仲裁委员会或仲裁机构”。国际仲裁专家普遍赞成删除“选定的仲裁委员会”。露西·瑞德指出，保留这一规定将否定临时仲裁协议的合法性，譬如，当事人仅约定适用《联合国贸法会商事仲裁规则》的协议将被视为无效。

《征求意见稿》选择了折中方案，即在涉外仲裁中允许当事人可以直接约定临时仲裁（第 91 条），而国内仲裁仍为机构仲裁，形成“双轨制”。表面看来，《征求意见稿》第 21 条对仲裁协议的生效要件作出修订，删除现行法律中的“约定仲裁事项”和“选定的仲裁委员会”，仅要求当事人有“请求仲裁的意思表示”，但进一步在第 27 条仲裁地规定以及第 35 条仲裁申请与受理规定中都要求有仲裁机构受理国内仲裁案件，没有给临时仲裁留下空间。这意味着，国内仲裁协议须依当事人约定或依法律规定可确定仲裁机构才被视为有效，但就仲裁协议“仲裁机构约定不明与没有约定时”的判定规则而言，其中“由最先立案的仲裁机构受理”的规定（《征求意见稿》第 35 条第 3 款、第 4 款）仍需斟酌，可能导致实践中仲裁机构无序争抢案件的不良情况。^①当然，第 21 条本身的修改对于减少仲裁协议效力的争议以及在促进当事人选择仲裁解决争议方面有着十分积极的意义，不失为一种值得肯定的修订。^②

2. 电子仲裁协议

在互联网技术和电子商务日新月异的背景下，网上签订电子仲裁协议的情形日益增多，^③与之相伴的是仲裁司法实践中不断出现的电子仲裁条款效力认定问题。^④针对修法是否可以对电子仲裁协议作出专门规定，有 73.53% 的受访国内仲裁专家表示赞成，有 26.47% 的专家表示反对。《征求意见稿》目前在这方面没有作出特别规定。诚然，电子仲裁协议作为电子合同的一种形

① 参见傅攀峰：《〈仲裁法（修订）（征求意见稿）〉与法国仲裁法的几点比较》，中国法学网，http://iolaw.csn.cn/bwsf/202108/t20210816_5353703.shtml。

② 参见张昊旻、李嵘辉、郝英男、蒋蒙蒙：《〈中华人民共和国仲裁法（修订）（征求意见稿）〉部分修订亮点简析》，北大法宝，<https://www.pkulaw.com/lawfirmarticles/02b471898019f9caa66d1e2407049b55bdfb.html>。

③ 参见李虎：《在线仲裁初探》，载《国际经济论丛》2002 年第 5 卷，第 585—590 页；陶景洲：《略论网上仲裁》，载《法学》2000 年第 12 期，第 57 页；郭玉军、肖芳：《网上仲裁的现状与未来》，载《法学评论》2003 年第 2 期，第 30—42 页。

④ 参见许文韬：《网络用户服务格式协议中仲裁条款的效力》，载《人民法治》2019 年第 10 期，第 44—49 页。

式,可以适用已有的《电子签名法》《仲裁法》以及《消费者权益保护法》等相关法律法规,但是大多数受访专家认同,电子商务已在日常生活中十分普遍,尤其是商家与消费者在线上交易中签订的买卖或服务合同大多为电子格式合同,其中所包含仲裁条款的效力应受到有效约束。如果合同相对人未接受电子格式合同,则合同中的仲裁条款不具有法律效力;如果合同相对人接受电子格式合同,也应具体分析当事人是否有机会阅读并选择载于合同中的仲裁条款。为了保护电子格式合同中合同相对人的合法权益,让电子商务中的仲裁解决争议更具可预期性与可靠性,使仲裁立法具有前瞻性,应当考虑在《仲裁法》中予以特别规定。^①

3. 仲裁自裁管辖权

“仲裁自裁管辖”是现代商事仲裁的重要原则之一,其核心要义是仲裁庭有权决定自己对纠纷的管辖权,亦称“管辖权/管辖权”(competence-competence)原则。^②而根据中国《仲裁法》第20条的规定,仲裁庭对案涉纠纷无自裁管辖权,需由仲裁委员会或法院来决定管辖权,最终法院权力优于仲裁委员会。那么,此番修法是否应当确立自裁管辖权原则呢?高达92.16%的受访国内专家回答“是”,受访国际仲裁专家也普遍表示赞同。

《征求意见稿》第28条的修改与专家共识相符,明确主要由仲裁庭而不是仲裁机构对仲裁协议效力以及管辖权异议作出决定(第1款),仲裁机构只在仲裁庭组成前可以根据表面证据决定仲裁程序是否继续进行(第2款)。此外,第28条第3款、第4款确立法院在管辖权异议决定方面的司法监督职能。如果当事人对仲裁庭或仲裁机构的管辖权决定有异议,可向法院提出司法审查,但不能就纠纷管辖权本身提请法院裁决。同时,法院审查期间可继续仲裁程序,以不影响仲裁效率。不过,现有修订在细节上仍可商榷,尤其是第28条第4款设置两级司法管辖,这可能会导致法院审查时间过长,以及仲裁庭裁决与法院裁定之间的潜在冲突。即便规定法院在一个月作出复议决定的期限,但仍有可能发生在司法审查期间仲裁庭作出仲裁裁决,而最终司法审查的结果却否定仲裁管辖权,导致一种尴尬局面。

(三) 仲裁员与仲裁庭

1. 仲裁员的指定与更换

仲裁制度与诉讼制度的一个重要差别在于,仲裁当事人可以自行指定仲裁员及其更换事项。然而,在我国以机构仲裁为核心的现行体制下,当事人在多大程度上享有相应的决定权取决于机构的仲裁规则。《调查问卷》第11题针对修法是否应当明确当事人的相关权利征求专家意见。有72.55%的受访国内专家认为应当立法明确,与国际仲裁专家的意见高度一致。联合国贸法会秘书处认为这样做有利于加强仲裁程序中的当事人意思自治。在中国内地的仲裁实践中,仲裁机构的仲裁规则已明确当事人指定仲裁员的权利,但未明确更换仲裁员的权利,仲裁员的更换主要由仲裁机构来决定。如《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则(2015版)》第33条规定,仲裁委员会主任有权决定更换仲裁员,仲裁员也可以主动更换。又如,《北京仲裁委员会仲裁规则(2019版)》第23条规定,仲裁委员会主任可以决定,或者当事人要求一致可以更换仲裁员。反

^① 参见刘晓红:《国际商事仲裁协议的法理与实证》,商务印书馆2005年版,第345—361页。

^② A. Redfern and Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration* (London: Sweet & Maxwell, 2nd edn, 1991), p. 213; Steven Walt, “Decision by Division: The Contractarian Structure of Commercial Arbitration”, (1999) 51 *Rutgers L. Rev.* 369, p. 370.

观联合国《示范法》第14条第1款的规定：“仲裁员无履行职责的法律行为能力或事实行为能力或者由于其他原因未能毫无不过分迟延地行事的，其若辞职或者当事人约定其委任终止的，其委任即告终止。但对上述任何原因仍有争议的，任何一方当事人可以请求第6条规定的法院或其他机构就是否终止委任作出决定，该决定不得上诉。”这意味着，《示范法》将更换仲裁员的权利更多地赋予当事人。此次《征求意见稿》的修改加强了当事人的相关法定权利，与专家共识相符。根据第53条的规定，如果出现仲裁员应当回避的事项，当事人也有权提出回避申请。

2. 仲裁员名册与仲裁员任职资格

尽管现行《仲裁法》第13条并未明确仲裁员名册的强制性，但由于不少仲裁机构会要求当事人从其提供的名册中选择仲裁员，实际效果几乎等同于强制性名册制度。^①此外，第13条对仲裁任职资格规定的“正面清单”具体而严格，体现出我国商事仲裁发展初期立法者对仲裁员采取形式上严格准入的立场。^②

《调查问卷》第12题、第13题就修法是否应当允许当事人在名册之外选择仲裁员，以及仲裁员任职资格规定可否采取“原则+负面清单”方式征求专家意见。71.57%的受访国内专家赞同立法明确名册的推荐性质，62.75%的受访国内专家赞成仲裁员的资格规定应更加灵活。国际仲裁专家与国内专家的主流意见基本一致。^③加布里埃尔·考夫曼-科勒进一步建议可参考《国际律师协会关于国际仲裁中的利益冲突指南》中的“红色清单”规定。^④联合国贸法会秘书处认为，立法可以要求仲裁员公平与独立，但“负面清单”应如何具体规定不清楚。如果法律规定，不通过中国国家司法考试的人不得担任仲裁员将影响当事人的意思自治，问题较大。

《征求意见稿》第18条明确名册的推荐性质。但是，在仲裁员任职资格规定方面，《征求意见稿》采取“正面清单”（第1款）与“负面清单”（第2款）相结合的方式。其中，“正面清单”内容与现行规定基本一致，“负面清单”规定三种不得担任仲裁员的情形，包括：（一）无民事行为能力或者限制民事行为能力的；（二）受过刑事处罚的，但过失犯罪的除外；（三）根据法律规定，有不能担任仲裁员的其他情形的。从国际通行做法来看，仲裁立法一般不对仲裁员的任职资格进行规范，即便有，只作原则性规定。^⑤参考国内外仲裁专家的主流意见，可以考虑在下一步草案修改中放宽仲裁员任职资格的形式要件，更多发挥市场竞争在仲裁员任职与行为规范中的积极作用，同时让负面清单规定更具可操作性，譬如，能够对实践中存在的公职人员兼任仲裁员参与仲裁案件并领取兼职报酬的法律冲突问题提供指引。^⑥

3. 仲裁员的责任豁免

仲裁是一种准司法行为，仲裁员如同法官一样独立、公正地裁决纠纷。德沃金将法官喻为法律帝国的“王侯”，^⑦仲裁员也是仲裁帝国的“国王”。法官在审判过程中享有责任豁免，不

① 参见马永双、赵金龙：《仲裁员制度的现状与改进》，载《河北法学》2005年第8期，第106—107页。

② 参见马占军：《我国商事仲裁员任职资格制度的修改与完善》，载《河北法学》2015年第3期，第122页。

③ 叶南德尽管选择了“No”，但从回答理由来看，他认为“在瑞典，我们可以自由选择任何人成为仲裁员，我们认为相关规则的实践是好的”，因而实际是在否认对仲裁员任职资格的限制。

④ 《国际律师协会关于国际仲裁中的利益冲突指南》（国际律师协会2004年5月22日通过，2014年修订）。

⑤ 参见宋连斌：《理念走向规则：仲裁法修订应注意的几个问题》，载《北京仲裁》2004年第2期，第5—6页。

⑥ 《王其江委员：立法应解决公务员兼职仲裁员能否领报酬》，中国网，http://t.m.china.com.cn/convert/c_lu7JiPbq.html。

⑦ 参见〔美〕德沃金：《法律帝国》，李常青译，中国大百科全书出版社1996年版，第361页。

会仅仅因裁决错误而承担法律责任，仲裁员是否可以享有类似豁免权却没有体现在现行《仲裁法》规定之中。^①《调查问卷》第 14 题涉及修法是否应增加仲裁员职务行为（故意行为、违法行为除外）责任豁免的规定。85.29% 的受访国内专家认为应当增加，国际仲裁专家也均表示赞同。

然而，《征求意见稿》没有规定仲裁员的责任豁免，反而保留《仲裁法》第 38 条对仲裁员法律责任的规定。如前所述，从仲裁员角色的本质出发，除非存在故意或违法行为，不应当为其正常履职行为承担法律责任，因为仲裁员是仲裁纠纷的裁判者，类似于法官，以自由心证作独立、公正之裁决。^②一些国家通过仲裁立法明确仲裁员责任豁免原则，如英国《仲裁法》第 29 条规定：“（1）仲裁员不对其在履行或试图履行其职权过程中的任何作为或不作为承担责任，除非该作为或不作为表明其违反了诚信原则。（2）本条第 1 款之规定如同适用于仲裁员本人一样适用于其雇员或代理人。（3）本条不影响因仲裁员辞职而产生的责任（除外情况见第 25 条）。”《新加坡国际仲裁法》第 25 条和第 25A 条以及《香港仲裁条例》第 104 条及第 105 条也作类似规定。此番修订应当在仲裁员法律责任与责任豁免规定上作出更加均衡的安排，顺应国内外仲裁专家共识，与国际通行规则一致。

（四）仲裁程序与仲裁裁决

1. 仲裁临时保全措施

仲裁临时保全措施是仲裁程序顺利推进与裁决有效执行的必要保障，缺乏此种措施可能导致当事人得到的裁决书只是“一纸空文”。^③依据我国现行《仲裁法》与《民事诉讼法》的规定，当事人只能向管辖法院提出临时保全申请，排除仲裁庭的相应权力。^④《调查问卷》第 15 题涉及修法是否应在保留法院此项权力的同时，赋予仲裁庭对临时保全措施的决定权，并由法院对仲裁庭的决定进行适当的审查并强制执行。有 87.25% 的受访国内专家表示赞同，国际专家也均表示同意。加布里埃尔·考夫曼-科勒特别指出，让法院和仲裁庭都享有决定仲裁临时措施的权力非常重要，当仲裁庭作出临时措施令后，法院不应再对该决定进行实质性审查，而应仅考虑该命令是否与法院作出保全措施命令的形式一致。

《征求意见稿》第四章将“临时措施”单独列为一节作详细规定，不仅包括已有的财产保全、证据保全、行为保全，还增加“仲裁庭认为有必要的其他短期措施”，且覆盖仲裁程序“全流程”（第 43 条、第 44 条）。当事人可以选择向法院或仲裁庭提出临时措施申请，进而取代现行法律框架下法院对临时措施的唯一决定权，契合调查结果反映的专家共识。《征求意见稿》第 49 条引入紧急仲裁员制度，接近香港和新加坡的仲裁立法经验。不过仍需指出，紧急仲裁员制

① 参见范铭超：《仲裁员责任法律制度研究——兼及我国仲裁员责任法律制度的反思与构建》，华东政法大学 2012 年博士学位论文；邓瑞平、易艳：《商事仲裁责任制度简论》，载《重庆大学学报（社会科学版）》2005 年第 1 期，第 115—122 页。

② 参见田有赫：《国内仲裁法律适用》，法律出版社 2018 年版，第 274—277 页。

③ Michael Ostrove, Claudia T. Salomon and Bette Shifman (eds.), *Choice of Venue in International Arbitration* (Oxford University Press, 2014), pp. 7 - 8; Tijana Kojovic, “Court Enforcement of Arbitral Decisions on Provisional Relief: How Final is Provincial?”, (2001) 18 (5) *Journal of International Arbitration* 511, p. 513.

④ 参见张圣翠：《论我国仲裁保全措施制度的重构》，载《上海财经大学学报（哲学社会科学版）》2016 年第 2 期，第 104—115 页。

度在很多国家均无立法规定，包括《示范法》也未规定，它是通过仲裁机构实践发展起来的规则。因此，《调查问卷》在设计时征求专家意见后未将此内容纳入调查范围。此外，第48条对当事人向仲裁庭申请“其他临时措施”作出规定，其中第3款明确“临时措施决定需要人民法院提供协助的，当事人可以向人民法院申请协助执行，人民法院认为可以协助的，依照相关法律规定执行”，但此处又没有写明是“其他”临时措施，似乎表明该款可以适用于第四章规定的所有临时措施。若采用语义解释，当事人可以就仲裁庭作出的任何临时措施向法院申请协助执行，但若依照体系解释，也可以解读为仅适用于其他临时措施。

2. 仲裁程序的决定权

我国《仲裁法》没有明确当事人可以自由约定仲裁程序，以及在没有约定情形下由仲裁庭决定程序规则（包括证据规定）的基本原则。^① 反观《示范法》第19条规定，当事人可以自由约定仲裁庭进行仲裁时所应当遵循的程序。未达成此种约定的，仲裁庭可以在不违反强制性法律规定的情况下，按照仲裁庭认为适当的方式进行仲裁。授予仲裁庭的权力包括对任何证据的可采性、相关性、实质性和重要性的决定权。对于修法是否可以借鉴《示范法》的规定，有79.41%的受访国内专家回答“是”，国际仲裁专家无一例外表示赞成。黄锡义认为，第19条是《示范法》最重要条款之一，体现出国际仲裁中的一个基本原则，即除非当事人就特定的一个或一套程序规定作出约定，否则仲裁庭就是“自己程序的主人”（master of its own procedure），而不必遵从法院程序，且不能在仲裁司法审查中受到挑战，除非仲裁庭的程序命令被视为对一方当事人不公平。也就是说，除非违反《示范法》第18条的规定，否则仲裁庭在仲裁程序中拥有绝对的自由裁量权。

《征求意见稿》第30条分别用第1款和第2款吸纳《示范法》第19条的规定，其中第1款明确当事人决定仲裁程序的权利，第2款规定在当事人没有约定或约定不明确的情况下，仲裁庭决定仲裁程序的权力，不论何种情况都以不违反仲裁法强制性规定为前提。目前的修改基本符合专家共识，与国际通行规则进一步接轨，但存在的问题也显而易见，就是何为仲裁法“强制性规定”模糊不清。《征求意见稿》中多处程序性规定的表述具有强制性特点，可能导致在法律解释与适用过程中，当事人的意思自治与仲裁庭的自由裁量权受到限制，同时可能影响仲裁机构自行制定程序规则的权力。以仲裁程序中的组庭为例。《征求意见稿》第50条规定，仲裁庭可以由三名仲裁员或者一名仲裁员组成。由三名仲裁员组成的，设首席仲裁员。这样的规定似乎要求仲裁庭只能是三名仲裁员组成的“三人庭”，或者一名仲裁员组成的“独任仲裁庭”，可能否定当事人通过合同约定或选择特定仲裁机构规则自行决定仲裁庭组成人数的权利。然而，在仲裁实践中存在多种组庭情形，譬如，根据伦敦海事仲裁员协会（LMAA）《2017年仲裁规则》第8（a）（ii）条的规定，当事人指定的两名仲裁员可以在任何实质开庭之前的任何时间指定第三名仲裁员，或者在他们不能就任何仲裁事项达成一致时立刻指定第三名仲裁员。在第三名仲裁员被指定之前或者第三名仲裁员的席位出现空缺时，如果两名原始仲裁员就任何仲裁事项达成一致，则他们有权就该仲裁事项作出决定、命令和裁决。在适用该规则的大量仲裁案件中，很多时候都

① 对于现行《仲裁法》关于仲裁程序规定的批评主要集中于相关规定过于僵化，具有强制性而未能赋予仲裁庭和仲裁机构更大的自由裁量权，参见张烨：《论防止仲裁的诉讼化》，对外经济贸易大学2007年博士学位论文；丁颖：《论仲裁的诉讼化及对策》，载《社会科学》2006年第6期，第122页。

由两名仲裁员组成仲裁庭审理,可以大大提高仲裁效率并节省当事人费用。笔者建议,应当增加“除非当事人另有约定”的表述,以明确该条款具有任择性。

3. 法院协助仲裁庭调查取证

仲裁的民间性使得仲裁庭在调查取证方面存在一定局限,因此需要一定程度的法院协助,^①而目前《仲裁法》和《民事诉讼法》均未提供相应的法律依据,现有的不利推定原则以及临时证据保全措施并不能完全弥补这一不足。^②《示范法》第27条规定:“仲裁庭或一方当事人在仲裁庭的同意之下,可以请求本国国内的管辖法院协助取证。”对于修法是否可以借鉴这一规定,有88.24%的受访国内专家认为可以,有11.76%的专家表示反对。国际仲裁专家的一致意见是采纳《示范法》的规定。

《征求意见稿》第61条在现行《仲裁法》第43条基础之上增加仲裁庭认为“必要时可以请求人民法院协助”的规定,符合专家的主流意见。若是考虑《仲裁法》与《民事诉讼法》的有效衔接,提升法院处理仲裁案件调查取证申请的规范性与可预期性,避免与法院自审案件的差异化对待,可在现有规定基础上加以细化。事实上,对《示范法》进行符合本国国情的“适度改造”在采纳《示范法》的国家并不鲜见。1998年《德国民事诉讼法》第1050条规定,仲裁庭或仲裁庭同意之下的当事人可以要求法院协助那些仲裁庭没有权力实施的取证或其他法官职权行为,除非法院认为请求不可接受,法院将依据其取证规则或其他法官职权行为规则执行该请求。仲裁员有权参与任何司法取证并且进行询问。可见,德国立法者在《示范法》第27条规定基础上进一步明确,法院协助仲裁调查取证要依据“法院的取证规则或其他法官职权行为规则”执行该请求,为法院协助提供与诉讼程序对等的仲裁强制取证提供了法律依据。在德国,法院提供的协助包括:强制那些拒绝出庭或作证的证人(包括专家证人)提供证言,协助执行证人、专家以及当事人的宣誓,命令不配合的证人承担因拒绝出庭或作证产生的费用及罚金,命令当事人或第三人提交在其控制之下的任何仲裁当事人提及的文件或记录等。^③

4. 仲裁网络审理与电子送达

中国到2019年已有31家仲裁委员会运用线上仲裁方式处理案件205544件,占全国仲裁机构所有仲裁案件总数的42.21%,几乎占据半壁江山。^④由于缺乏明晰的制度框架,这种“大跃进式”的增长也带来相关程序公正性、当事人权利保障以及网络裁决可执行性等诸多方面的隐忧。^⑤2020年突如其来的新冠肺炎疫情为线上仲裁,尤其是远程视频开庭,带来巨大发展空间,

① 参见 Michael Ostrove, Claudia T. Salomon and Bette Shifman (eds.), *Choice of Venue in International Arbitration* (Oxford University Press, 2014), pp. 8-10; 于喜富:《国际商事仲裁的司法监督与协助》,知识产权出版社2006年版,第331—338页。

② 参见赵健:《国际商事仲裁的司法监督》,法律出版社2000年版,第125—128页;汪祖兴:《民事诉讼证据规则与仲裁证据规则的差异性解读》,载《广东社会科学》2005年第4期,第169页;孙巍:《中国商事仲裁法律与实务》,北京大学出版社2011年版,第169—170页。

③ 参见崔起凡:《论国际商事仲裁中取证的法院协助——兼论我国相关制度的缺失与构建》,载《国际商法论丛》第11卷,法律出版社2013年版,第169—191页。

④ 《司法部公共法律服务管理局一级巡视员姜晶在2020年12月23日〈中国仲裁司法审查年度报告(2019年度)〉在京发布会上的讲话》,新浪网, https://k.sina.com.cn/article_1496814565_v593793e502000xetc.html。

⑤ 《最高人民法院关于仲裁机构“先予仲裁”裁决或者调解书立案、执行等法律适用问题的批复》于2018年5月28日由最高人民法院审判委员会第1740次会议通过,自2018年6月12日起施行。

传统开庭因受疫情防控措施所限而无法进行，国内的一些仲裁机构也纷纷出台相关规则或指引。^①《调查问卷》分别就网络庭审与电子送达立法征求专家意见。结果显示，有 80.39% 的受访国内专家同意增加网络开庭的规定，有 88.24% 的专家认为需要对电子送达进行规范。国际仲裁专家与国内专家的多数意见一致。露西·瑞德认为，如果可能，应当对网上开庭进行仲裁立法，并建议只作原则性规定，具体可交由仲裁机构、仲裁庭及当事人来决定。黄锡义就国际仲裁中的电子送达问题指出，根据目前大多数仲裁机构的规则，如《ICC 仲裁规则（2017）》第 35 条、《SIAC 仲裁规则（2018）》第 32 条和第 33 条、《HKIAC 仲裁规则（2016）》第 35.6 条，最终裁决书必须有仲裁员亲笔签字。由于新冠肺炎疫情的影响，在国际仲裁案件中让仲裁员在裁决书上签字成为一个难题，由权威机构明确允许电子送达正当其时，将成为下一轮仲裁机构规则修订的一个重要内容。《征求意见稿》增加网络仲裁程序与电子送达的相关规定，其中第 30 条第 3 款明确“仲裁程序可以通过网络方式进行”，第 34 条第 3 款规定在当事人没有约定的情况下，可以采用“电子邮件、即时通讯工具等信息系统可记载的方式送达”。

四 结语

本次问卷调查发现，对于不少仲裁法修订的重大问题存在显著的专家共识，包括引入仲裁地概念、允许境外仲裁机构在中国内地设立分支机构、取消涉外仲裁委员会的特殊规定、商事仲裁与商事调解分别立法、规范电子仲裁协议、确立仲裁自裁管辖权、明确仲裁员名册的推荐性质、确定仲裁员的责任豁免制度、允许法院协助仲裁调查取证，以及规范网上开庭和电子送达，等等。专家意见分歧集中于：（1）国内仲裁机构的设置，（2）纠纷可仲裁性问题以及（3）是否引入临时仲裁。且在后两个问题上，国内受访专家的认知与国际受访专家又有所不同。

就《调查问卷》涉及内容而言，《征求意见稿》的相应修改在很大程度上与国内外专家的主流意见基本一致。然而，在电子仲裁协议、仲裁员任职资格以及仲裁员责任规定方面，目前《征求意见稿》与专家共识存在一定差距。多数专家认为可以通过修法对电子仲裁协议进行特别规定，减少与仲裁条款效力相关的纠纷。对于仲裁员任职资格规定，专家意见是从形式主义走向实质主义，适度放宽“正面清单”中的严格形式要件，同时使“负面清单”规定更具可操作性。对于仲裁员的责任豁免，则需要弥补现行立法缺失，与国际通行做法接轨，提升国际仲裁员参与中国内地仲裁活动的信心与意愿。

综合来看，专家们普遍期待：（1）通过修法可使《仲裁法》进一步强化当事人意思自治原则，尽量减少行政干预仲裁；（2）修法应更多借鉴《示范法》，增加国际社会对新《仲裁法》的认知度与接纳度；（3）修法应使《仲裁法》更具前瞻性与现代性，使传统的仲裁纠纷解决更加符合数字经济时代网络化、信息化的商业交易模式与线上解纷新格局，在推进网络仲裁的同时保障其程序正当性与当事人的合法权益。鉴于《调查问卷》内容有限，其他有关仲裁法修订的一些重要问题未纳入其中，故而无法相应收集专家意见，有待未来仲裁立法的实证研究补足。

^① 2020 年 4 月 28 日，中国国际经济贸易仲裁委员会正式发布《关于新冠肺炎疫情期间积极稳妥推进仲裁程序指引（试行）》的通告。2020 年 5 月 9 日，北京仲裁委员会也发布《关于网上开庭的工作指引（试行）》。

Revision of Arbitration Law from the Perspective of Empirical Legal Research: Consensus and Differences

Mao Xiaofei

Abstract: At a time when the *Arbitration Law of the People's Republic of China* undergoes major amendments, the Institute of International Law of the Chinese Academy of Social Sciences, the Legislative Studies Society of the Beijing Law Society, and China Academy of Arbitration Law jointly launched the first “Survey of Arbitration Experts’ Opinions” in June 2020, with 102 responses from domestic arbitration experts, and 6 responses from international arbitration experts. The survey shows that a significant expert consensus (over two-thirds absolute majority) has emerged on several key issues for legislative amendments, including the introduction of the concept of the seat of arbitration and the establishment of competence-competence principle, as well as forward-looking legislation such as online hearings and electronic services. It is noteworthy that the majority opinion of domestic experts differs significantly from that of foreign experts on the scope of arbitration and the legalization of *ad hoc* arbitration, indicating that the legislative work needs to strike a proper balance between the internationalization and indigenization of the Chinese arbitral system with reasonable arrangements. Compared with the *Arbitration Law of the People's Republic of China (Draft for Comments)* published by the Ministry of Justice on July 30, 2021, most of the amendments are in line with the consensus of the experts reflected in the questionnaire, but there are still differences in the electronic arbitration agreement, the qualifications of arbitrators, and the arbitral immunity.

Keywords: Arbitration Law, *Arbitration Law (Draft for Comments)*, Seat of Arbitration, “Double-track System” of *ad hoc* Arbitration, Electronic Arbitration Agreement, Doctrine of Arbitral Immunity

(责任编辑: 李庆明)