
内部交流刊物

法律资讯汇编

(2016 年第四期)

上海王岩律师事务所

2016 年 4 月

目 录

论国际买卖合同中的机会利益损失	1
最高人民法院关于首先查封法院与优先债权执行法院处分查封财产有关问题的批复.....	7
最高人民法院关于修改《中华人民共和国民事诉讼法法庭规则》的决定.....	10
以自贸区制度创新为契机 推动中国仲裁与国际接轨.....	20

论国际买卖合同中的机会利益损失

机会利益损失是缔约过失和合同违约损害之一种，是受损害方因相对人之缔约过失或违约行为而受到的实际损失。其保护有法理和公共政策的正当理由。英美法系和大陆法系国家基于不同的法律渊源和立法模式对于机会利益损失的救济采取了承认和限制的手段。本文通过介绍美国法、德国法和国际公约，探讨机会利益保护的正当性，必要性和旨在维护合同关系平衡的必要限制，提出我国立法和司法实践的相应建议。

引言

美国经济学家萨缪尔森和诺德豪斯在其合著的《经济学》一书中提出：“决策具有机会成本，因为在一个稀缺的世界中选择一个东西意味着需要放弃其他的一些东西？机会成本指的是错过了的物品或劳务的价值？”所谓有得必有失，机会成本（Opportunity Cost）即指一个选择的成本必须包括被放弃而价值最高的选择。美国经济学家 Milton Friedman 的著作《There's no such thing as a free lunch》的核心便是名言“世上没有免费的午餐。”在经济学的视野中，任何决策的第一个基础假设是：“个人”（individual）是所有经济分析的基本单位，而“个人”会理性地作决定、作选择、作取舍。而第二个基础假设是：每个人都会在有局限的情况下极大化自己的利益。所以，客观上，任何的选择必然包含这个选择之外的成本，而人的理性在主观上必然指向成本效益最大化的选择。

机会成本，作为一种客观事实，不仅仅在经济学领域中，实则存在于人类社会的一切活动之中。投射在法学领域中，这种机会成本便是机会利益。在合同法领域中，合同双方形成合意的实则便是一种使自己利益最大化的选择。正如法谚所说：“单纯合意即形成债”。以买卖合同为例，双方就交易相对人、标的、价格、数量等合同要素形成全面合意的基础理由，应当且事实上是这些条件是自己能够作出的最优选择。之所以谓之“选择”，是因为其他选项的存在，而这个选择的成本（依普通法系的对价说，即合同一方向另一方付出之利益）必然包括放弃其他选择的成本。在合同得到全面履行的情况下，履行利益的现实实现是这种利益最大化的选择（成本效益比，Cost/Benefit Ratio）的实然结果。而在相反的情况下，如合同未得到全面履行，那么这个选择的成本成为损失；如合同未得到全面履行俱归责于合同相对方，那么这个选择的成本便是违约之债。

一、因缔约过失或违约而受有损害之机会利益：比较法之探讨

（一）英美法

传承普通法系的衣钵，美国《合同法》的基石是约因理论。其源于英国的令状（writ）制度，无对价之允诺无法律上的强制力（enforceability）。其传统核心内容是“获益—受损”。该理论认为：一个有约束力的约因是当事人一方所得之权利、利益、利润，抑或另一方当事人因自愿作为对价之不作为、不利益、损失或责任。

随着自由市场经济的发展，契约种类的增加，“获益——受损理论”日渐受到挑战。美国法学家霍姆斯提出：所谓约因的本质不过是根据合意的内容，作为该约定的动机和诱因而赋予其约因或被接受之。反过来，作为引起提供约因的一般的动机和诱因而约定，其根本在于，在习惯上彼此对他方而言处于互为诱因的关系。”他指出：“在我看来，在当事人之间交易的相同的东西不是对价，这个问题在人们头脑中不是充分肯定的……在许多情况下，一个允诺可能导致某种不利益，但却没有提供对价……不利益可能只不过是履行允诺的一个前提条件。”他的观点被作为美国《合同法》重述起草人之一的威灵斯顿（Williston）写入了该书第75节的约因定义：“相对于约定的约因指(a)约定以外的行为；(b)不作为；(c)法律关系的设定、变更、解除，以及(d)相对约定，与该约定相交易(bargained for)，交换地给予之物。”

由此，“获益——受损”理论发展到了“互惠约因理论”。依据互惠约因理论，单纯的约定仅此并不足以产生法的约束力，还需要交换性的交易外观。这不仅适用于契约的成立阶段，也适用于处于所有阶段的约定。这就意味着：如果存在约因，就要赔偿全部的期待利益；如果没有约因的存在，则不对受害人赔偿。这样将损害赔偿责任就限制在一个狭窄的范围内，于此范围，责任才是绝对而无条件的。

历史的挑战总是如此：在现实中，允诺者作出的允诺得到的往往不是严格意义上的对价支持，而是允诺本身使得接受允诺者因为信赖该允诺而产生费用或者其他利益损害（即不利益）。此等情形下，如严格遵循传统对价理论，因无对价，导致被依赖之允诺无约束力，从而使信赖方产生“不利益”却无法让允诺得到强制执行，明显有失公平。作为传统的衡平法救济，从严格约因主义到霍姆斯的互惠约因理论的沿革之后，出现了允诺禁反言原则（Doctrine of Promissory Estoppel），在1898年的Ricketts v. Scothorn的判例中，美国著名法官卡多佐确定了“禁止反言”的规则，使无约因但明显有信赖利益受损的当事人得到救济。信赖利益由此浮出水面。

归功于美国自由主义法学家科宾 (Corbin) 的信赖学说, 《合同法重述二》第 90 条第一项规定: “若允诺人应可合理地预期其允诺会引致受诺人采取某种确定性的, 实质性的行为或克制, 而且该允诺也确实使该行为或克制发生, 则该允诺应当有约束力, 因违反允诺而准许的救济可以限制在维护公正所需的范围内。”

作为同样渊源的英国法判例, 英国的允诺禁反言原则是由丹宁勋爵在高树案(High Trees Case)中得以确立。

作为违约损害利益的革命性的理论, 1936 年美国学者富勒 (Fuller) 和他的学生小威廉 R. 帕迪尤(Per-due)发表了《合约违约赔偿金中的信赖利益》一文, 提出将期待利益 (Expectation Interest)、信赖利益 (Reliance Interest) 和无偿得利 (Restitution Interest) 作为违约赔偿的依据理论。

该文开宗明义提出: “实际上原告所遭受的损失 (对期待的剥夺) 并非一个自然的数据(a datum of nature), 而是对一种常规秩序 (a normative order) 的反映……因而, 当法律根据被许诺之履行的价值判定损害赔偿时, 它并非单纯地计算一个总量, 而是在寻求一种目的, 无论这种目的可能会是如何模糊地被隐含着”。

在“判予合同损害赔偿所追求的目的”的章节中, 该文对合同损害之利益作了如下分类: 返还利益(Restitution Interest)、信赖利益(Reliance Interest)、期待利益 (Expectation Interest)。在实用主义滥觞的美国, 富勒作为一位对德国法深有研究的学者, 为了实现“使非违约方的经济利益处在一种合同没有被违反的时候应处的状态”, 就违约损害之利益作出了颇为周延的分析。其中, 他将信赖利益损害分为受诺人被“造成的损失” (damnum emergens) 和“妨碍的收益” (lucrum cessans), 而后者毫无疑问指的是机会利益之损失。

美国《合同法重述二》也确定了相同的原则: 救济不是基于合同的价值而是基于原告成功机会的价值。该法规定: “如果违法是取决于偶然事件的允诺, 不能确定如果不发生违约该事件能否出现, 受害方可以根据违约时候该附条件权利的价值获得救济。”对该条的注释指出: 如果允诺取决于偶然事件的发生, 在偶然事件发生之前的违约使我们不能确定如果不发生违约该事件是否出现。此时假设事件未实现而让违约方赔偿未必公平, 但基于损害的不确定规则拒绝赔偿, 这对于受害人也是不公平的。

在 R.E. Davis Chemical Corp. v. Disonics, Inc 的判例中, 机会利益损害的赔偿得到了第七上诉法院的支持。

原告 R.E.戴维斯化学公司与被告 Disonics 签约购买一台医疗诊断设备，原告向被告支付了 30 万美元的定金。但原告拒绝继续履行合同，随后起诉收回其定金。被告提出反诉：原告的违约导致了被告失去了销售同型号的机器给其他人的机会，即如果合同得到履行的话，被告应可销售 2 台机器，据此被告主张其作为“销量损失之卖方”，依据《统一商法典》（UCC）第 2—708 条（2），有权请偿 2 台设备合同的利润损失。第七上诉法院认为：被告证明其有能力生产 2 台同型号设备，如本合同得到履行的话，它将从 2 台设备上获利。毫无疑问，《统一商法典》允许卖方追偿期待利益，即合同得益履行时的期待利润。本案中，表面看来，以同样的价格，被告将应交付给原告的设备以相同价格转让给第三人，似乎并未由此受有损害。但是，被告得有权基于 UCC 第 2—708 条（2）请偿。该条规定：一个卖家如拥有可知的和确定数量的客户，且能够出售同样设备给别的客户，且享有利润的话，那么他是适格的“销量损失卖方”，因而有权在本案中主张机会利益损失，从而享有 2 台设备之利润。

美国判例和法律提供的救济反映了衡平法的那些重要原则：有约必守，违约得赔偿，有损害得赔偿。“合同必须得到全面履行”的原则，折射在违约救济的原则上，是赔偿守约方的所有损失，包括可见的（返还利益和信赖利益中的“造成的损失”）利益，可推断的利益（期待利益和信赖利益中的“妨碍的收益”）。其中，“妨碍的收益”，即机会利益，其渊源之一即判例法上的“销量损失之卖方”，实为违约赔偿责任的一个极大的创新。

（二）德国法

罗马法对于合同损害赔偿的原则采取的是“赔偿全部利益”的原则，此等赔偿既包括债权人因债务人不履行而遭受的损失，也包括若债务人如约履行，债权人可获得的利益。

承继罗马法的德国《合同法》，传统上不同于普通法系的“约因”即“对价”原则，合同的基础是“合意”，故合同的成立是否有对价，在所不论。大陆法系将契约利益分为履行利益、信赖利益和完全性利益（维持利益）。履行利益是指法律行为（尤其是合同）有效成立，但因债务不履行而发生的损失，又称为积极利益或积极的合同利益；信赖利益是信赖法律行为有效而该行为无效或可撤销时所蒙受的损害，也称为消极利益或消极的合同利益；完全性利益是指违反保护义务，侵害相对人身体健康或所有权，受害人于健康或所有权所受的一切损害。在这种情形下也可认为构成缔约上的过失时，应由加害人赔偿此类损害，而此可能远逾履行合同所生的利益，却并不发生以履行利益为界限的问题。

但在合同违约责任的问题上，由于严格的合同形式主义和“意思一致”的要求，导致了违约赔偿责任的僵硬，德国法尽管有信赖利益保护之说，但其限于缔约过失之赔偿并将请偿金额限定为履行利益之上限。事实上在合同成立后履行利益（期待利益）和机会利益同时受到损害的情况下，德国学理和民法典并未涉及。

二、违约损害中机会利益赔偿的构成要件

（一）违约事实的存在

违约形态如下：1、迟延履行；2、不完全履行：量的不完全履行和质的不完全履行；3、拒绝履行。

上述违约都可能导致机会利益损失，而非仅仅拒绝履行才构成机会利益的丧失。例如，在圣诞树之国际货物买卖合同中，如卖方迟延交货也将导致买方错过圣诞节的销售时机而导致其机会利益的丧失。

（二）机会利益丧失事实的存在

就法律事实而言，即使不存在有否过错，也并非所有违约导致机会利益丧失，遑论机会利益之金钱损害。例如，卖方拒绝履行合同后，买方以低于原合同价购买了替代货物（且此差价足以补偿履行合同之支出），如果此买方并非流通或生产型买方，则不存在机会利益之损失。

机会利益应客观存在，尽管确定过程的盖然性标准之适用概莫例外。当然，对于机会利益丧失的确定如采取过高的标准则不利于对受害人的救济。

美国联邦第三巡回法院就合同损害赔偿的机会利益之损失的确定性标准为：1、如机会利益丧失之事实被基本确定，机会利益之金钱价值则留待法官裁量；2、如因被告之原因导致损害后果的举证困难，该被告无权主张证据（即机会利益丧失之事实证明——笔者注）的不确定性；3、机会利益之金钱价值确定之困难不能使受害人丧失救济权利；4、原告无需提出求偿之确切金额和计算依据；5、如原告出示其受损害之最优证据，应被视为充分证据；6、原告应得到相当于其所失合同机会的利润之赔偿。

上述标准从举证责任分配，证据的确定性等角度为机会利益丧失之请偿设定了宽松但实用和合理的标准。

（三）违约和机会利益丧失有因果关系

同前文缔约过失责任和利益损失关系中谈及，违约和机会利益丧失有因果关系方得求偿。我国台湾学者史尚宽将因果关系概括为：“以行为时存在而可为条件之通常情事或特别情事中，于行为时吾人智识经验一般可得而知及为行为人所知情事为基础，而且其情事对于其结果，为不可缺少之条件，一般的有发生同种结果之可能者，其条件与其结果，为有相当因果关系。”

三、机会利益保护和我国《合同法》

我国《合同法》第42条和第112条、113条分别规定了缔约过失责任和违约责任，但就机会利益而言，我国法律并无明文规定。

而在司法实践中，最高人民法院《关于审理〈房地产管理法〉实施前房地产开发经营案件若干问题的解答》第47条规定：“预售商品房因预售方的过错造成合同无效的，应根据房地产市场价格变化和预购方交付房款等情况，由预售方承担返还财产、赔偿损失的责任。房屋未建成或未交付的，参照签订合同时的房价和法院裁判、调解时的房价之间的差价，确定预购方的损失数额。”房屋未建成或未交付，即卖方的不履行合同的情形。这个规定实际上是对法院裁判和调解时的市场房价水平的估算来确定并未存在（但是由可能存在的）的交易的房屋的价值，来判定买方因信赖卖方履行合同义务而放弃的其他的购房机会损失的价值。这个规定堪称中国法律保护机会利益的范例。

保护机会利益可以增进对合同，尤其是作为市场经济社会最为普遍的买卖合同的合理信赖和期望，以预防违约，救济受损害方。中国的诚信问题日益严重，实因契约意识极为薄弱，违约成本太低而受损害方得到的救济太少，如果从学理和立法上再拒绝当事人的正当利益保护，拒绝合乎法理地提升违约人的成本乃至施以制裁，那么无疑合同终将如西山落日，图有虚名而已。

王利明教授提出：“对信赖利益予以保护是为了弥补期待利益的保护不足所设定的，加入将信赖利益的赔偿仅限定在履行利益范围，则必然使得对信赖利益的保护失去意义……不能充分地保护善意信赖人的利益，就不能有效地维护信用关系，保障诚实信用原则的实现。”此言善哉。合同无国界，我国《合同法》应借鉴英美法系和大陆法系已经相当周延的理论，尽快细化合同关系中不同受损害利益的规定，实现旨在维护社会公平，市场效率和当事人利益平衡的合同法目标。

最高人民法院关于首先查封法院与优先债权执行 法院处分查封财产有关问题的批复

中华人民共和国最高人民法院公告

《最高人民法院关于首先查封法院与优先债权执行法院处分查封财产有关问题的批复》已于2015年12月16日由最高人民法院审判委员会第1672次会议通过，现予公布，自2016年4月14日起施行。

最高人民法院

2016年4月12日

福建省高级人民法院：

你院《关于解决法院首封处分权与债权人行使优先受偿债权冲突问题的请示》（闽高法〔2015〕261号）收悉。经研究，批复如下：

一、执行过程中，应当由首先查封、扣押、冻结（以下简称查封）法院负责处分查封财产。但已进入其他法院执行程序的债权对查封财产有顺位在先的担保物权、优先权（该债权以下简称优先债权），自首先查封之日起已超过60日，且首先查封法院就该查封财产尚未发布拍卖公告或者进入变卖程序的，优先债权执行法院可以要求将该查封财产移送执行。

二、优先债权执行法院要求首先查封法院将查封财产移送执行的，应当出具商请移送执行函，并附确认优先债权的生效法律文书及案件情况说明。

首先查封法院应当在收到优先债权执行法院商请移送执行函之日起15日内出具移送执行函，将查封财产移送优先债权执行法院执行，并告知当事人。

移送执行函应当载明将查封财产移送执行及首先查封债权的相关情况等内容。

三、财产移送执行后，优先债权执行法院在处分或继续查封该财产时，可以持首先查封法院移送执行函办理相关手续。

优先债权执行法院对移送的财产变价后，应当按照法律规定的清偿顺序分配，并将相关情况告知首先查封法院。

首先查封债权尚未经生效法律文书确认的，应当按照首先查封债权的清偿顺位，预留相应份额。

四、首先查封法院与优先债权执行法院就移送查封财产发生争议的，可以逐级报请双方共同的上级法院指定该财产的执行法院。

共同的上级法院根据首先查封债权所处的诉讼阶段、查封财产的种类及所在地、各债权数额与查封财产价值之间的关系等案件具体情况，认为由首先查封法院执行更为妥当的，也可以决定由首先查封法院继续执行，但应当督促其在指定期限内处分查封财产。

此复。

附件：1.××××人民法院商请移送执行函

2.××××人民法院移送执行函

附件 1

××××人民法院

商请移送执行函

(××××)……号

××××人民法院：

……（写明当事人姓名或名称和案由）一案的……（写明生效法律文书名称）已经发生法律效力。由于……〔写明本案债权人依法享有顺位在先的担保物权（优先权）和首先查封法院没有及时对查封财产进行处理的情况，以及商请移送执行的理由〕。根据《最高人民法院关于首先查封法院与优先债权执行法院处分查封财产有关问题的批复》之规定，请你院在收到本函之日起 15 日内向我院出具移送执行函，将……（写明具体查封财产）移送我院执行。

附件：1.据以执行的生效法律文书

2.有关案件情况说明〔内容包括本案债权人依法享有顺位

在先的担保物权（优先权）的具体情况、案件执行情

况、执行员姓名及联系电话、申请执行人地址及联系

电话等]

3.其他必要的案件材料

××××年××月××日

(院印)

本院地址：邮编：

联系人：联系电话：

附件 2

××××人民法院

移送执行函

(××××)号

××××人民法院：

你院(××××)号商请移送执行函收悉。本院于××××年××月××日对.....(写明具体查封财产, 以下简称查封财产) 予以查封(或者扣押、冻结), 鉴于你院(××××)号执行案件债权人对该查封财产享有顺位在先的担保物权(优先权), 现根据《最高人民法院关于首先查封法院与优先债权执行法院处分查封财产有关问题的批复》之规定及你院的来函要求, 将上述查封财产移送你院执行, 对该财产的续封、解封和变价、分配等后续工作, 交与你院办理, 我院不再负责。请你院在后续执行程序中, 对我院执行案件债权人××作为首先查封债权人所享有的各项权利依法予以保护, 并将执行结果及时告知我院。

附件：1.据以执行的生效法律文书

2.有关案件情况的材料和说明(内容包括查封财产的

查封、调查、异议、评估、处置和剩余债权数额等

案件执行情况, 执行员姓名及联系电话、申请执行

人地址及联系电话等)

3.其他必要的案件材料

××××年××月××日

(院印)

本院地址：邮编：

联系人：联系电话：

最高人民法院关于修改《中华人民共和国民事诉讼法法庭规则》的 决定

最高人民法院关于修改《中华人民共和国民事诉讼法法庭规则》的决定已于2015年12月21日由最高人民法院审判委员会第1673次会议通过，现予公布，自2016年5月1日起施行。

最高人民法院

2016年4月13日

法释〔2016〕7号

最高人民法院关于修改

《中华人民共和国民事诉讼法法庭规则》的决定

(2015年12月21日最高人民法院审判委员会第1673次会议通过，自2016年5月1日起施行)

为了维护法庭安全，规范庭审秩序，保障诉讼参与人诉讼权利，方便公众旁听，促进司法公正，彰显司法权威，根据《中华人民共和国民事诉讼法组织法》《中华人民共和国民事诉讼法》《中华人民共和国刑事诉讼法》《中华人民共和国民事诉讼法》《中华人

民共和国行政诉讼法》等有关法律规定，结合审判实际，现决定对《中华人民共和国民事诉讼法》作如下修改：

一、将第一条修改为：“为了维护法庭安全和秩序，保障庭审活动正常进行，保障诉讼参与人依法行使诉讼权利，方便公众旁听，促进司法公正，彰显司法权威，根据《中华人民共和国民事诉讼法》《中华人民共和国刑事诉讼法》《中华人民共和国民事诉讼法》《中华人民共和国民事诉讼法》等有关法律规定，制定本规则。”

二、删除第二条，将相关内容调整到第十七条、第二十一条。

三、将第三条改为第二条，修改为：“法庭是人民法院代表国家依法审判各类案件的专门场所。

“法庭正面上方应当悬挂国徽。”

四、将第四条改为第十二条，修改为：“出庭履行职务的人员，按照职业着装规定着装。但是，具有下列情形之一的，着正装：

“（一）没有职业着装规定；

“（二）侦查人员出庭作证；

“（三）所在单位系案件当事人。

“非履行职务的出庭人员及旁听人员，应当文明着装。”

五、将第五条改为第十五条，修改为：“审判人员进入法庭以及审判长或独任审判员宣告判决、裁定、决定时，全体人员应当起立。”

六、将第六条改为第十六条，修改为：“人民法院开庭审判案件应当严格按照法律规定的诉讼程序进行。

“审判人员在庭审活动中应当平等对待诉讼各方。”

七、将第七条、第九条、第十条合并，改为第十七条，修改为：“全体人员在庭审活动中应当服从审判长或独任审判员的指挥，尊重司法礼仪，遵守法庭纪律，不得实施下列行为：

“（一）鼓掌、喧哗；

“（二）吸烟、进食；

“（三）拨打或接听电话；

“（四）对庭审活动进行录音、录像、拍照或使用移动通信工具等传播庭审活动；

“（五）其他危害法庭安全或妨害法庭秩序的行为。

“检察人员、诉讼参与人发言或提问，应当经审判长或独任审判员许可。

“旁听人员不得进入审判活动区，不得随意站立、走动，不得发言和提问。

“媒体记者经许可实施第一款第四项规定的行为，应当在指定的时间及区域进行，不得影响或干扰庭审活动。”

八、将第八条改为第九条，第一款修改为：“公开的庭审活动，公民可以旁听。”

第二款改为第三款，修改为：“下列人员不得旁听：

“（一）证人、鉴定人以及准备出庭提出意见的有专门知识的人；

“（二）未获得人民法院批准的未成年人；

“（三）拒绝接受安全检查的人；

“（四）醉酒的人、精神病人或其他精神状态异常的人；

“（五）其他有可能危害法庭安全或妨害法庭秩序的人。”

增加三款，分别作为第二款、第四款、第五款。

第二款：“旁听席位不能满足需要时，人民法院可以根据申请的先后顺序或者通过抽签、摇号等方式发放旁听证，但应当优先安排当事人的近亲属或其他与案件有利害关系的人旁听。”

第四款：“依法有可能封存犯罪记录的公开庭审活动，任何单位或个人不得组织人员旁听。”

第五款：“依法不公开的庭审活动，除法律另有规定外，任何人不得旁听。”

九、将第十一条改为第十九条，修改为：“审判长或独任审判员对违反法庭纪律的人员应当予以警告；对不听警告的，予以训诫；对训诫无效的，责令其退出法庭；对拒不退出法庭的，指令司法警察将其强行带出法庭。”

增加一款，作为第二款：“行为人违反本规则第十七条第一款第四项规定的，人民法院可以暂扣其使用的设备及存储介质，删除相关内容。”

十、将第十二条改为第二十条，修改为：“行为人实施下列行为之一，危及法庭安全或扰乱法庭秩序的，根据相关法律规定，予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究其刑事责任：

“（一）非法携带枪支、弹药、管制刀具或者爆炸性、易燃性、放射性、毒害性、腐蚀性物品以及传染病病原体进入法庭；

“（二）哄闹、冲击法庭；

“（三）侮辱、诽谤、威胁、殴打司法工作人员或诉讼参与人；

“（四）毁坏法庭设施，抢夺、损毁诉讼文书、证据；

“（五）其他危害法庭安全或扰乱法庭秩序的行为。”

十一、将第十三条改为第二十一条，修改为：“司法警察依照审判长或独任审判员的指令维持法庭秩序。”

增加二款，分别作为第二款、第三款。

第二款：“出现危及法庭内人员人身安全或者严重扰乱法庭秩序等紧急情况时，司法警察可以直接采取必要的处置措施。”

第三款：“人民法院依法对违反法庭纪律的人采取的扣押物品、强行带出法庭以及罚款、拘留等强制措施，由司法警察执行。”

十二、将第十四条改为第二十六条，修改为：“外国人、无国籍人旁听庭审活动，外国媒体记者报道庭审活动，应当遵守本规则。”

十三、将第十五条改为第二十七条，修改为：“本规则自2016年5月1日起施行；最高人民法院此前发布的司法解释及规范性文件与本规则不一致的，以本规则为准。”

十四、增加十五条分别作为第三条、第四条、第五条、第六条、第七条、第八条、第十条、第十一条、第十三条、第十四条、第十八条、第二十二、第二十三条、第二十四条、第二十五条：

“第三条法庭分设审判活动区和旁听区，两区以栏杆等进行隔离。

“审理未成年人案件的法庭应当根据未成年人身心发展特点设置区域和席位。

“有新闻媒体旁听或报道庭审活动时，旁听区可以设置专门的媒体记者席。

“第四条刑事法庭可以配置同步视频作证室，供依法应当保护或其他确有保护必要的证人、鉴定人、被害人在庭审作证时使用。

“第五条法庭应当设置残疾人无障碍设施；根据需要配备合议庭会议室，检察人员、律师及其他诉讼参与人休息室，被告人羁押室等附属场所。

“第六条进入法庭的人员应当出示有效身份证件，并接受人身及携带物品的安全检查。

“持有效工作证件和出庭通知履行职务的检察人员、律师可以通过专门通道进入法庭。需要安全检查的，人民法院对检察人员和律师平等对待。

“第七条除经人民法院许可，需要在法庭上出示的证据外，下列物品不得携带进入法庭：

“（一）枪支、弹药、管制刀具以及其他具有杀伤力的器具；

“（二）易燃易爆物、疑似爆炸物；

“（三）放射性、毒害性、腐蚀性、强气味的物质以及传染病病原体；

“（四）液体及胶状、粉末状物品；

“（五）标语、条幅、传单；

“（六）其他可能危害法庭安全或妨害法庭秩序的物品。

“第八条人民法院应当通过官方网站、电子显示屏、公告栏等向公众公开各法庭的编号、具体位置以及旁听席位数量等信息。

“第十条人民法院应当对庭审活动进行全程录像或录音。

“第十一条依法公开进行的庭审活动，具有下列情形之一的，人民法院可以通过电视、互联网或其他公共媒体进行图文、音频、视频直播或录播：

“（一）公众关注度较高；

“（二）社会影响较大；

“（三）法治宣传教育意义较强。

“第十三条刑事在押被告人或上诉人出庭受审时，着正装或便装，不着监管机构的识别服。

“人民法院在庭审活动中不得对被告人或上诉人使用戒具，但认为其人身危险性大，可能危害法庭安全的除外。

“第十四条庭审活动开始前，书记员应当宣布本规则第十七条规定的法庭纪律。

“第十八条审判长或独任审判员主持庭审活动时，依照规定使用法槌。

“第二十二条人民检察院认为审判人员违反本规则的，可以在庭审活动结束后向人民法院提出处理建议。

“诉讼参与人、旁听人员认为审判人员、书记员、司法警察违反本规则的，可以在庭审活动结束后向人民法院反映。

“第二十三条检察人员违反本规则的，人民法院可以向人民检察院通报情况并提出处理建议。

“第二十四条律师违反本规则的，人民法院可以向司法行政机关及律师协会通报情况并提出处理建议。

“第二十五条人民法院进行案件听证、国家赔偿案件质证、网络视频远程审理以及在法院以外的场所巡回审判等，参照适用本规则。”

根据本决定，将《中华人民共和国人民法院法庭规则》作相应修改并对条文顺序作相应调整后，重新公布。

中华人民共和国人民法院法庭规则

(1993年11月26日最高人民法院审判委员会第617次会议通过,根据2015年12月21日最高人民法院审判委员会第1673次会议通过的《最高人民法院关于修改〈中华人民共和国人民法院法庭规则〉的决定》修正)

第一条为了维护法庭安全和秩序,保障庭审活动正常进行,保障诉讼参与人依法行使诉讼权利,方便公众旁听,促进司法公正,彰显司法权威,根据《中华人民共和国人民法院组织法》《中华人民共和国刑事诉讼法》《中华人民共和国民事诉讼法》《中华人民共和国行政诉讼法》等有关法律规定,制定本规则。

第二条法庭是人民法院代表国家依法审判各类案件的专门场所。

法庭正面上方应当悬挂国徽。

第三条法庭分设审判活动区和旁听区,两区以栏杆等进行隔离。

审理未成年人案件的法庭应当根据未成年人身心发展特点设置区域和席位。

有新闻媒体旁听或报道庭审活动时,旁听区可以设置专门的媒体记者席。

第四条刑事法庭可以配置同步视频作证室,供依法应当保护或其他确有保护必要的证人、鉴定人、被害人在庭审作证时使用。

第五条法庭应当设置残疾人无障碍设施;根据需要配备合议庭会议室,检察人员、律师及其他诉讼参与人休息室,被告人羁押室等附属场所。

第六条进入法庭的人员应当出示有效身份证件,并接受人身及携带物品的安全检查。

持有效工作证件和出庭通知履行职务的检察人员、律师可以通过专门通道进入法庭。需要安全检查的,人民法院对检察人员和律师平等对待。

第七条除经人民法院许可,需要在法庭上出示的证据外,下列物品不得携带进入法庭:

(一)枪支、弹药、管制刀具以及其他具有杀伤力的器具;

- (二) 易燃易爆物、疑似爆炸物；
- (三) 放射性、毒害性、腐蚀性、强气味的物质以及传染病病原体；
- (四) 液体及胶状、粉末状物品；
- (五) 标语、条幅、传单；
- (六) 其他可能危害法庭安全或妨害法庭秩序的物品。

第八条人民法院应当通过官方网站、电子显示屏、公告栏等向公众公开各法庭的编号、具体位置以及旁听席位数量等信息。

第九条公开的庭审活动，公民可以旁听。

旁听席位不能满足需要时，人民法院可以根据申请的先后顺序或者通过抽签、摇号等方式发放旁听证，但应当优先安排当事人的近亲属或其他与案件有利害关系的人旁听。

下列人员不得旁听：

- (一) 证人、鉴定人以及准备出庭提出意见的有专门知识的人；
- (二) 未获得人民法院批准的未成年人；
- (三) 拒绝接受安全检查的人；
- (四) 醉酒的人、精神病人或其他精神状态异常的人；
- (五) 其他有可能危害法庭安全或妨害法庭秩序的人。

依法有可能封存犯罪记录的公开庭审活动，任何单位或个人不得组织人员旁听。

依法不公开的庭审活动，除法律另有规定外，任何人不得旁听。

第十条人民法院应当对庭审活动进行全程录像或录音。

第十一条依法公开进行的庭审活动，具有下列情形之一的，人民法院可以通过电视、互联网或其他公共媒体进行图文、音频、视频直播或录播：

- (一) 公众关注度较高；

(二) 社会影响较大；

(三) 法治宣传教育意义较强。

第十二条出庭履行职务的人员，按照职业着装规定着装。但是，具有下列情形之一的，着正装：

(一) 没有职业着装规定；

(二) 侦查人员出庭作证；

(三) 所在单位系案件当事人。

非履行职务的出庭人员及旁听人员，应当文明着装。

第十三条刑事在押被告人或上诉人出庭受审时，着正装或便装，不着监管机构的识别服。

人民法院在庭审活动中不得对被告人或上诉人使用戒具，但认为其人身危险性大，可能危害法庭安全的除外。

第十四条庭审活动开始前，书记员应当宣布本规则第十七条规定的法庭纪律。

第十五条审判人员进入法庭以及审判长或独任审判员宣告判决、裁定、决定时，全体人员应当起立。

第十六条人民法院开庭审判案件应当严格按照法律规定的诉讼程序进行。

审判人员在庭审活动中应当平等对待诉讼各方。

第十七条全体人员在庭审活动中应当服从审判长或独任审判员的指挥，尊重司法礼仪，遵守法庭纪律，不得实施下列行为：

(一) 鼓掌、喧哗；

(二) 吸烟、进食；

(三) 拨打或接听电话；

(四) 对庭审活动进行录音、录像、拍照或使用移动通信工具等传播庭审活动；

(五) 其他危害法庭安全或妨害法庭秩序的行为。

检察人员、诉讼参与人发言或提问，应当经审判长或独任审判员许可。

旁听人员不得进入审判活动区，不得随意站立、走动，不得发言和提问。

媒体记者经许可实施第一款第四项规定的行为，应当在指定的时间及区域进行，不得影响或干扰庭审活动。

第十八条审判长或独任审判员主持庭审活动时，依照规定使用法槌。

第十九条审判长或独任审判员对违反法庭纪律的人员应当予以警告；对不听警告的，予以训诫；对训诫无效的，责令其退出法庭；对拒不退出法庭的，指令司法警察将其强行带出法庭。

行为人违反本规则第十七条第一款第四项规定的，人民法院可以暂扣其使用的设备及存储介质，删除相关内容。

第二十条行为人实施下列行为之一，危及法庭安全或扰乱法庭秩序的，根据相关法律规定，予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究其刑事责任：

(一) 非法携带枪支、弹药、管制刀具或者爆炸性、易燃性、放射性、毒害性、腐蚀性物品以及传染病病原体进入法庭；

(二) 哄闹、冲击法庭；

(三) 侮辱、诽谤、威胁、殴打司法工作人员或诉讼参与人；

(四) 毁坏法庭设施，抢夺、损毁诉讼文书、证据；

(五) 其他危害法庭安全或扰乱法庭秩序的行为。

第二十一条司法警察依照审判长或独任审判员的指令维持法庭秩序。

出现危及法庭内人员人身安全或者严重扰乱法庭秩序等紧急情况时，司法警察可以直接采取必要的处置措施。

人民法院依法对违反法庭纪律的人采取的扣押物品、强行带出法庭以及罚款、拘留等强制措施，由司法警察执行。

第二十二条人民检察院认为审判人员违反本规则的，可以在庭审活动结束后向人民法院提出处理建议。

诉讼参与人、旁听人员认为审判人员、书记员、司法警察违反本规则的，可以在庭审活动结束后向人民法院反映。

第二十三条检察人员违反本规则的，人民法院可以向人民检察院通报情况并提出处理建议。

第二十四条律师违反本规则的，人民法院可以向司法行政机关及律师协会通报情况并提出处理建议。

第二十五条人民法院进行案件听证、国家赔偿案件质证、网络视频远程审理以及在法院以外的场所巡回审判等，参照适用本规则。

第二十六条外国人、无国籍人旁听庭审活动，外国媒体记者报道庭审活动，应当遵守本规则。

第二十七条本规则自2016年5月1日起施行；最高人民法院此前发布的司法解释及规范性文件与本规则不一致的，以本规则为准。

以自贸区制度创新为契机 推动中国仲裁与国际接轨

自从2013年9月国务院批准了《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》后，上海自贸区的改革如火如荼，进行了包括仲裁在内的很多制度创新，例如设立了中国（上海）自由贸易试验区仲裁院，并制定了《中国（上海）自由贸易试验区仲裁规则》。今年，国务院又批准了《中国（广东）自由贸易试验区总体方案》等自贸区方案，自贸区的范围不断扩大。4月份国务院批准的《进一步深化中国（上海）自由贸易试验区改革开放方案》，对于自贸区的改革和创新提出进一步的要求，并对于仲裁制度创新更是作出了具体的规定。自贸区的改革创新，关键是制度创新，其中仲裁制度创新是自贸区创新的一个重要组成部分。我们一定要利用这一契机，推动仲裁走向国际化，与国际接轨，使中国的仲裁事业更上一个层次。

一、关于自贸区和中国仲裁制度创新的依据

（一）《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》为自贸区仲裁指明了发展方向

国务院在批复《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》的通知中指出：“建立中国（上海）自由贸易试验区，是党中央、国务院作出的重大决策，是深入贯彻党的十八大精神，在新形势下推进改革开放的重大举措，对加快政府职能转变、积极探索管理模式创新、促进贸易和投资便利化，为全面深化改革和扩大开放探索新途径、积累新经验，具有重要意义。”“要扩大服务业开放、推进金融领域开放创新，建设具有国际水准的投资贸易便利、监管高效便捷、法制环境规范的自由贸易试验区，使之成为推进改革和提高开放型经济水平的“试验田”。

在批复《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》中，国务院也指出：“紧紧围绕国家战略，进一步解放思想，坚持先行先试，以开放促改革、促发展，率先建立符合国际化和法治化要求的跨境投资和贸易规则体系，使试验区成为我国进一步融入经济全球化的重要载体”；“着力培育国际化和法治化的营商环境”；“力争建设成为具有国际水准的投资贸易便利、货币兑换自由、监管高效便捷、法制环境规范的自由贸易试验区”。这为自贸区指明了方向，就是解放思想，先行先试，扩大开放，改革创新，与国际接轨。这也是自贸区仲裁制度改革的方向。

（二）国务院批准的《进一步深化中国（上海）自由贸易试验区改革开放方案》，进一步指出制度创新是核心，并且提出了自贸区仲裁制度改革和创新的具体方案

国务院提出的自贸区仲裁制度改革和创新的具体方案和通知中指出：“扩展区域后的自贸试验区要当好改革开放排头兵、创新发展先行者，继续以制度创新为核心，……在构建开放型经济新体制、探索区域经济合作新模式、建设法治化营商环境等方面，率先挖掘改革潜力，破解改革难题。”并明确了自贸区仲裁制度改革和创新的具体方案，即“进一步对接国际商事争议解决规则，优化自贸试验区仲裁规则，支持国际知名商事争议解决机构入驻，提高商事纠纷仲裁国际化程度。探索建立全国性的自贸试验区仲裁法律服务联盟和亚太仲裁机构交流合作机制，加快打造面向全球的亚太仲裁中心。”这个方案虽然是针对上海的批复，但精神应当对所有的自贸区都适用。

（三）十八届四中全会《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》对中国仲裁制度的改革指明了方向

《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》指出：“全面推进依法治国，总目标是建设中国特色社会主义法治体系，建设社会主义法治国家”，并且提出“完善仲裁制度，提高仲裁公信力”，既指出了仲裁目前存在

的问题，就是仲裁制度不完善，仲裁公信力还不够高，又指明了改革的方向，就是对仲裁制度要进行改革，要完善仲裁制度，同时要采取措施提高仲裁公信力。

（四）《中华人民共和国仲裁法》

《中华人民共和国仲裁法》是1994年制定的，在中国确立了现代商事仲裁的基本制度，奠定了中国仲裁制度的基础。在1994年之前，商事仲裁由工商局设立的经济合同仲裁委员会管理，不是一裁终局，仲裁机构、仲裁员等均带有强烈的行政化的色彩。《仲裁法》通过之后，从1995年开始，我国根据《仲裁法》设立了230多家仲裁委员会，目前每年受理十几万件的民商事案件，为解决纠纷起到了非常重大的作用。现在很多观点认为：虽然《仲裁法》在中国仲裁事业的发展中起了很大的作用，但到今天，《仲裁法》的很多规定已经不能适合现代仲裁和国际仲裁的发展，因此《仲裁法》已经成为仲裁进一步改革的障碍，一个重要的任务是修改《仲裁法》。我们不否认《仲裁法》制定了已经二十年了，很多具体的制度需要修改。但是，我们绝对不能把《仲裁法》看成是改革的障碍，而且在改革的过程中，《仲裁法》规定的基本原则还是我们改革应当遵守的准则，尤其是第一条规定的立法原则，即“为保证公正、及时地仲裁经济纠纷，保护当事人的合法权益，保障社会主义市场经济健康发展”，在今天仍然是仲裁制度设计和《仲裁法》修改的立足点。

二、自贸区仲裁制度创新的具体内容

自贸区制度创新涉及到很多内容，具体到仲裁制度，可以从以下几个角度进行考虑：

（一）仲裁管理体制的创新

目前中国的仲裁管理体制是多元化的，各级政府机构和相应的政府部门承担着不同的职能。一是政府的法制部门，国务院的法制部门承担着对于全国仲裁工作进行指导的任务。每年的全国仲裁工作座谈会由国务院法制部门组织召开，仲裁的工作情况由法制部门负责总结。各省级政府法制部门承担着对于本地仲裁工作进行指导的任务，直辖市和设区的市的法制部门承担着组建本地仲裁机构的工作（与商会一起）；二是省级司法行政部门。省级司法行政部门承担着本地仲裁机构的登记工作；三是全国人民代表大会及常委会，以及其下属的法律委员会和法制工作委员会，负责《仲裁法》的修改和解释；四是人民法院，按照《仲裁法》和《民事诉讼法》的有关规定，负责对仲裁的监督，包括

仲裁的财产保全和证据保全、仲裁裁决的执行和不予执行、仲裁协议效力的认定、仲裁裁决的撤销等；五是中国国际商会，承担着涉外仲裁委员会的组建工作，目前涉外仲裁委员会主要指中国国际经济贸易仲裁委员会，及中国海事仲裁委员会。

仲裁委员会应该属于民间机构。无论怎样，在仲裁委员会组建以后，在法律上未规定仲裁委员会需要向其他机构报告工作。仲裁委员会最主要的任务是案件管理。《仲裁法》第十四条规定：“仲裁委员会独立于行政机关，与行政机关没有隶属关系，仲裁委员会之间也没有隶属关系。”疑惑的一个问题在于，省级司法行政部门的登记是什么性质。目前没有看到不登记的情况，能否考虑把登记一起交给政府法制部门。这样，政府法制部门的任务就是组建仲裁机构，并同时负责登记。登记之后，仲裁委员会自己独立运行。同时，可以考虑改变涉外仲裁委员会和普通仲裁委员会的划分。现在各个仲裁委员会均可审理涉外案件，《仲裁法》的规定是考虑到历史的情况，而且《仲裁法》施行后中国国际商会并未成立新的涉外仲裁机构。基于各种考量，涉外仲裁可以保留，但是否继续保留涉外仲裁委员会的特别规定可以考虑。自贸区的知识产权和市场秩序的管理体制正在变革，可以考虑在仲裁管理体制上也考虑放手让市场去决定，让仲裁机构独立自主发展。

（二）仲裁文化的创新

以法院和审判为中心的司法文化应该是公正、权威、注重程序、严肃；相应地，仲裁机构和仲裁庭的文化应该体现意思自治、方便灵活、以解决问题为导向的特点。法院和法官强调判决的普适性，仲裁裁决强调解决商事纠纷。青岛仲裁委员会的亲仲裁就具有非常鲜明的特点。现在经常讨论的仲裁诉讼化问题其实就反映了仲裁文化存在的问题。现实中，仲裁员更像是法官，仲裁机构像法院，开庭程序诉讼程序特征明显，甚至裁决书的格式和文风也与判决书很相似。我们当然不能把仲裁诉讼化的所有问题都归结到仲裁文化上，但用法院和法官工作的方式和经验来处理案件是很多仲裁机构、仲裁员和仲裁庭做的事情。其实，仲裁庭和法院相距得很远，虽然有时候看起来很像，但两者最大的区别是意思自治。法院的权力来源于法律的规定，仲裁庭的权力来源于当事人的约定。当事方要服从法院的管理，仲裁庭在很多方面受制于当事人的意思。由此展开，仲裁庭与法院在权力来源、仲裁员的指定、合并仲裁的限制、程序的约定、收费和报酬、仲裁员的责任等有太多的区别，由此延伸出仲裁文化和司法文化的重大不同之处：法官审理案件是行使司法权力，仲裁庭审理案件是接受当事方共同的委托；法官强调当事方遵守法律和纪律，仲裁庭强调当事方与仲裁庭的合作；法院强调管理，仲裁庭强调服务。

现在存在的问题是，有些仲裁机构及仲裁机构的主要负责人，还从行政管理的方式来考虑问题，在案件办理和仲裁员的聘任指定上参照诉讼模式，就无法体现出仲裁的优势。当事方感觉到，除了强调仲裁一裁终局之外，好像没看到仲裁相对于诉讼有明显的优势或特点。既然如此，还不如找法院。法院一审错了还可以上诉，仲裁一旦有问题连上诉的机会都没有。

在自贸区仲裁中，可以考虑给当事人更多的权利、更多的机会，让当事人觉得可以更大程度上参与仲裁，体现更多的主动性，有更大的发言权。具体措施可以包括：

1、放宽当事人在名册外指定的仲裁员的条件，只要被指定的人没有不良记录、有一定的专业水平就可以了。至于是否必须达到仲裁法规定的仲裁员的条件，目前有争议。笔者认为可以比《仲裁法》规定的仲裁员条件有一定的放宽，因为这是一次性的，至于名册仲裁员还是应该按照《仲裁法》的规定来办。

2、当事方有更大的指定仲裁员的权利。现在的国内仲裁规则只是简单地规定双方无法就首席或独任仲裁员无法达成一致，由仲裁委员会指定。虽然仲裁机构也给当事方推荐首席或独任仲裁员的表格，甚至有推荐名单，但在实践中用得很少。可以考虑增加首席或独任指定仲裁员的方式，一是可由双方指定的仲裁员共同推举首席仲裁员；二是提供可供选择的首席或独任仲裁员名单后，当事人推选三至五人作为首席或独任仲裁员候选人，重复者则为首席或独任仲裁员，如果一方不推荐，视为同意对方的人选（缺席审理除外）。

3、增加程序令，仲裁庭与当事人共同决定程序环节的期限，共同决定本案争议的问题焦点和举证的种类和期限，协商费用问题等等。

4、无论是在发生纠纷前还是在发生纠纷后，根据案件情况，赋予当事人对仲裁规则一定的修订的权利。只有在当事人包括律师，认为在仲裁中有更大发言权的时候，选择仲裁的积极性才会更高，对仲裁裁决才更愿意自动履行。

（三）仲裁种类的创新，增加临时仲裁和行业仲裁

目前，我们只有机构仲裁，没有临时仲裁。专业性的仲裁委员会只有中国海事仲裁委员会一家。关于临时仲裁的必要性和可行性，很多文章都有论述。主要的观点为：临时仲裁先于机构仲裁存在，目前还在广泛应用；我国法院承认境外的临时仲裁裁决，不承认境内的临时仲裁裁决，感觉内外有别，不合适；临时仲裁可作为机构仲裁的补充存在。但基本上认为，由于《仲裁法》的限制，因此在《仲裁法》修改前，临时仲裁在境内不合法。

对于临时仲裁在境内是否合法，以及《仲裁法》是否否定临时仲裁，笔者认为可以讨论。首先，《仲裁法》是全国人大常委会通过的规范境内仲裁活动的法律，必须遵守；其次，《仲裁法》规定了机构仲裁，从来没有说过不得进行临时仲裁。鉴于《仲裁法》对于机构仲裁的规则做了规定，因此机构仲裁应当按照《仲裁法》来执行。《仲裁法》没有规定临时仲裁，但不能得出不允许在境内进行临时仲裁的结论；再次，即使法院不赋予临时仲裁裁决的强制执行效力，但不排除当事人自愿履行，也不排除该临时仲裁裁决在境外得到执行。有文章认为，外国法院可以临时仲裁裁决违反中国法而不予执行。但这方面没有先例，得出这个结论也只是猜测。当然，临时仲裁的当事人应该预见在《仲裁法》未规定的情况下，临时仲裁裁决的效力和执行存在风险，但不能因此认定临时仲裁一定非法或无效。

我国的很多仲裁机构内部都设立了专业的仲裁分支机构，如上海仲裁委的金融、知识产权和国际航运三大仲裁院，贸仲的粮食争议和域名争议解决中心，上海贸仲的国际航空仲裁院等等。这些仲裁院都是在仲裁委员会内部设立的，不独立于仲裁委员会。很多这样的机构是仲裁委员会与相关行业协会等联合设立的，以仲裁委员会管理为主。另外，还可以考虑鼓励建立更多的行业仲裁院，如证券、金融、不动产等，在这一点上，自贸区可以先行先试，如建立大型商品交易所仲裁机构，如石油、期货、矿业等专业的仲裁机构。这些仲裁机构可以由现行的仲裁委员会设立，也可以由交易所或行业协会单独或联合设立。

（四）仲裁具体制度的创新

关于仲裁具体制度的创新，目前上海自贸区仲裁院走在了前列，自贸区仲裁规则有很多突破或创新，如在名册外指定仲裁员的规定、小额争议、临时措施、紧急仲裁员制度、合并仲裁、仲裁第三人、友好仲裁等等规定。贸仲去年修改的仲裁规则也对很多问题进行了修改，增加了很多新的内容，并制定了证据指引。这些新内容在很大程度上都对我国原来的仲裁制度有了一定程度的突破。这些突破非常地有意义，有些规定还走在了国际的前列。

除仲裁制度外，我国仲裁机构应完善仲裁操作性的规程，这应当成为下一步改革的重点。如建立程序令制度、细化证据指引、制订利益冲突规范等，把制度上改革的内容通过操作规则落到实处，防止出现规则基本与国际接轨、开庭和裁决与原来相似的情况。

（五）关于仲裁协会和中国《仲裁法》的修改

《仲裁法》第十五条规定了可以成立仲裁协会，并且赋予了仲裁协会很重要的职责，如制定仲裁规则、对仲裁委员会和仲裁员进行监督等。当时对仲裁协会的作用和任务不太清楚，规定了仲裁协会的很多职能，但仲裁协会一直没有成立，这些职能部分由主管部门行使，部分由仲裁委员会自己行使。从二十多年的经验来看，在政府的支持下，仲裁机构已经形成了“百花齐放、百家争鸣”的局面，230多家仲裁委员会发展上各有千秋。成立仲裁协会有其积极意义，如统一协调全国仲裁委员会的相关事宜，开展对外宣传，推动仲裁改革等等。在成立仲裁协会前，一定要先理清清楚仲裁委员会的职能，防止仲裁协会成立但不能正常运转的局面。

关于《仲裁法》的修改，在上次《民事诉讼法》修改的时候就讨论过这个问题，当时认为时机还不成熟。现在来看，建议先在自贸区内对仲裁的创新做一些尝试，然后再开始修改《仲裁法》。如果现在提出修改《仲裁法》，哪些内容应该修改、哪些应该规定、哪些应该创新？估计还是有很多的争议。

三、自贸区仲裁制度创新的效应——促进竞争，促进创新，提高仲裁公信力

鉴于《仲裁法》全面修订的时机尚不成熟，在《仲裁法》没有修改的情况下，通过自贸区的仲裁制度改革和创新，为将来的仲裁改革积累经验，也是一个非常好的方式。在自贸区的仲裁制度创新中，仲裁机构是核心，仲裁庭是重中之重，当事方和律师也要积极参与，政府要大力支持，形成境内外机构、人员同台竞争，互相促进的局面。

（一）巩固仲裁为服务的观念

原来谈到仲裁，都是向司法上靠，归结为准司法。现在，我们要更多地提倡仲裁是服务的观念。《仲裁法》规定由商会参与仲裁机构组建和仲裁不实行地域管辖的原则，已经确定了仲裁不是管理，仲裁机构不是行政机关，是国家解决争议体系的一个有机组成部分，属于民间性质。很多仲裁机构积极宣传仲裁，强调服务，聘请世界各地的仲裁员充实自己，积极与国际仲裁规则接轨，如上海仲裁委提出“独立、公正、高效、服务”的概念，青岛仲裁委的亲民特色等。很多仲裁委的委员、理事甚至理事长（如深圳国际仲裁院）由体制外的人担任，更加强了仲裁机构民间化和服务化的倾向。只有突出服务和自治，才能把仲裁庭与法院区分开，才能体现仲裁的特色。

（二）促进境内外仲裁员和境内外律师的竞争

仲裁庭与法院一个显著的不同点是，对于仲裁员和仲裁代理人律师的背景不做限制，这是与法院完全不同的。外籍的仲裁员和外籍的律师完全可以在本国仲裁机构中担任仲裁员和出庭作为代理人，鼓励境内外的仲裁员和律师展开竞争。谁公正、谁有效率，我就选谁做仲裁员；谁能帮我争取到最大利益，我就选谁做律师。中外仲裁员和中外律师互相学习、互相促进、共同成长，推动自贸区仲裁制度、仲裁规则、仲裁文化进一步与国际接轨，以解决全球化背景下的商业纠纷。如果都是自己玩，人家就不来了。原来很多的跨国争议选择境外仲裁机构，以后随着中国仲裁的进步和中国企业议价能力的增强，将来更多的纠纷会在境内解决。

（三）机构仲裁和临时仲裁的竞争

毫无疑问，机构仲裁的影响力无论现在还是将来，会远远大于临时仲裁。但不可否认，机构仲裁起源于临时仲裁。而且，在很多领域，临时仲裁的数量还很大。但由于仲裁不公开，所以无法统计临时仲裁的数量，据杨良宜老师讲，其每年受理的案件中，临时仲裁的数量约三分之二。香港国际仲裁中心受理的案件中，每年代为管理的临时仲裁的案件也有几十件。而大量的临时仲裁案件没经过机构就解决了。因此，说不定临时仲裁的数量远远超过机构仲裁的数量（中国大陆基本没有临时仲裁）。现在有一个说法是要培养独立仲裁员，而独立仲裁员不是靠机构培养出来的，而是靠自己长期的声望积累起来的。大陆的仲裁机构一般65岁以上就不聘请做仲裁员了，德高望重的专家不会超过70岁，仅靠机构仲裁怎么培养一批独立仲裁员呢？而一批德高望重、经验丰富的仲裁员是仲裁事业大力发展和建立国际仲裁中心的一个必要条件。而且，临时仲裁比较灵活，可以根据情况创造出很多行之有效的规则。这些临时仲裁员同时也担任着机构仲裁员，这样两者可以互通，既互相竞争又互相促进。

（四）大陆仲裁机构和境外仲裁机构的竞争

本次国务院深化自贸区方案的亮点是引进世界知名仲裁机构入驻上海自贸区。原来基于仲裁准司法的性质，僵化地理解《仲裁法》的规定，认为只有按照《仲裁法》设立或组建的仲裁委员会才能在境内从事仲裁活动，认为境外仲裁机构不得在境内进行仲裁活动。实际上，上海在这方面走在了前列。早在2012年11月，上海市就和设在瑞士的国际体育仲裁院合作，设立了国际体育仲裁院上海听证中心。国际体育仲裁院处理的纠纷主要有两类，一类是纯体育纠纷，如竞赛名次、分数、兴奋剂、禁赛等发生的纠纷；另一类是与体育有关的商业纠纷，如体育经纪纠纷、转会纠纷等。据上海体育局人士介绍：截至目前，国际体育仲裁院上海听证中心至少处理了4起案件。本来，上海听证中心

的设立是为了适应上海举办国际大型体育比赛的需要而设立的，但在设立后就变成了常驻机构，这个经验可以借鉴。

根据公开报道，上海市积极支持香港国际仲裁中心入住上海自贸区。至于以什么样的方式入驻，是分支机构还是代表机构，业务范围是什么，很多问题尚不确定。但只要境外仲裁机构进来，不管以什么形式，总是需要开展与仲裁相关的业务，否则入驻自贸区也就没有了意义。自贸区引进境外知名仲裁机构的目的是要学习，同时引入一个竞争机制。这个学习不是让别人手把手地教，而是通过积极地参与来学习，通过仲裁实践学习仲裁。如果不让这些机构在境内开展仲裁活动，学习的目的就不能达到。

四、仲裁制度创新需要达到的效果

自贸区仲裁制度创新是我国深化改革战略重要的组成部分，是“建立符合国际化和法治化要求的跨境投资和贸易规则体系，使试验区成为我国进一步融入经济全球化的重要载体”的一个重要环节，是“着力培育国际化和法治化营商环境”的一个必要的步骤。

通过自贸区仲裁制度的创新，期望达到如下的效果：

一是接轨国际，促进仲裁事业发展。原来的纠纷多在一国的个人或企业之间，境内的法院基本上可以满足需要；现在更多是在跨国企业之间，或有域外因素，基于文化、信任、法律冲突等原因，当事方更愿意把纠纷交给国际商事仲裁机构来解决。我们一定要通过改革，尤其是仲裁制度、仲裁机构组成、仲裁员的背景、法院对仲裁的支持和监督等看得着的部分，让国际商事纠纷当事方把纠纷交到自贸区或者境内的仲裁机构解决。通过公正而且有效率地解决纠纷，树立良好的口碑，再吸引更多的案源。

二是试验多层次争议解决机制，做仲裁改革创新试验田。自贸区不仅要推动仲裁机制的创新，而且要借仲裁创新推动司法、仲裁、调解等多元化争议解决机制的建立。商业纠纷的解决既追求公正，也追求效率，有时候效率比公正更重要。建立有效的多元化的纠纷解决机制，公司和个人的财产权利才能得到有效的保障。现在上海自贸区推行的仲裁和调解的联动机制、调解和司法的联动机制，以及法院对仲裁保全和执行的支持，都是在多元化争议解决机制进程中的重要一步。

三是建设亚太争议的解决中心。现在国务院提出上海要建立为亚太仲裁中心。亚太仲裁中心就不仅局限于中国了，不仅要与新加坡、韩国、日本、马来西亚、澳大利亚等国家的仲裁机构竞争，而且在一定程度上还要与国际商会仲裁院、斯德哥尔摩商会仲裁院、伦敦国际仲裁院等机构竞争。我们首先要学习，其次要创新。学习和创新的前提是放开束缚仲裁发展的机制和障碍，让仲裁机构、仲裁庭、仲裁员以及仲裁当事方和代理人充分发挥积极性和主动性。这一点也只有在自贸区才能做到。

四是营造国际化和法治化的营商环境。这是检验自贸区仲裁机制改革和创新是否成功、是否有成效的一个检验标准。但是，这是一个长期的过程，没有经过一定的时间，不可能知道改革是否成功，现在一定要给自贸区仲裁一个较大的空间。考虑到仲裁的民间性质和仲裁意思自治的特点，《仲裁法》没有设“法律责任”这一章，这是与其他法律非常不同的地方。这个不是立法者的遗漏，而是故意为之。国家在立法时就考虑到了这个因素，为仲裁制度的创新留下了巨大的改革空间。借《仲裁法》为仲裁改革设立禁区是不对的，以《仲裁法》为由反对仲裁改革和创新更是对《仲裁法》的严重误读。