

论我国仲裁保全措施制度的重构

张圣翠

(上海财经大学 法学院,上海 200433)

摘要:我国现行的仲裁保全措施制度存在着未赋予仲裁庭发布保全措施的权力及人民法院予以执行的明确规范、没有赋予当事人申请仲裁后直接向人民法院寻求保全措施救济权等缺陷,其弥补的最好方法应是主要通过修订《仲裁法》的方式予以重构,以便于使用者适用。在仲裁庭发布的保全措施类型方面应以非单边为限,并对证据保全以外的保全措施要以紧急性等为条件。我国还应当建构人民法院执行仲裁庭发布的临时措施规范,并完善人民法院本身为该种措施发布主体的规则。

关键词:仲裁;保全措施;仲裁庭;法院

中图分类号:DF75 **文献标识码:**A **文章编号:**1009-0150(2016)02-0104-12

仲裁保全措施在中外学者论著中有“临时措施”(interim measures)等多种称谓,是指在一项争议作出最后仲裁裁决书之前的任何时候要求一方当事人实施某种行为或不行为的临时性措施。^①为与我国《民事诉讼法》及《海事特别程序法》中的用语一致,下文将一直使用“保全措施”这一概念。仲裁保全措施对申请方当事人而言,具有防止对方当事人恶意转移财产、毁灭证据或避免对方当事人基于其他行为或不行为使最终的仲裁裁决无意义的积极功能。^②但是,仲裁保全措施的法律制度应当适当,否则,不仅使恶意的当事人滥用保全措施的申请权,导致对方当事人成本增加和仲裁或司法资源的浪费,而且会使所有当事人缺乏可预见性,同时还会导致一国境内的仲裁庭或法院不一致的决断,^③由此也会影响民商事交易的顺利进行和经济的正常发展。

学界公认我国关于仲裁保全措施的法制规范存在严重的缺陷,本文在探讨该制度诸种缺陷和重构方式的基础上,通过广泛参考境外制定法或判例法、仲裁实践和中外学者成果并结合我国国情等手段探讨其重构方法。

一、我国仲裁保全措施法制的缺陷及改革方式

我国规定仲裁保全措施的现行规范主要体现于《仲裁法》、《海事诉讼特别程序法》、《民事诉讼法》和相关的司法解释之中。

我国《仲裁法》第28条、第46条和第48条都是涉及仲裁保全措施的规范,其基本内容是:一方

收稿日期:2015-12-16

作者简介:张圣翠(1965—),女,安徽合肥人,上海财经大学法学院教授,博士生导师。

① Sam Luttrell, G.A. Moens, The Arbitration Rules of the Australian Centre for International Commercial Arbitration, Arbitration 2009, 75(4), pp.520—531.

② Dana Renée Bucy, The Future of Interim Relief in International Commercial Arbitration under the Amended UNCITRAL Model Law, American University International Law Review, 2010, pp.582—584.

③ 杜开林:《仲裁证据保全评析》,《中国对外贸易》2003年第2期。

当事人因另一方当事人的行为或者其他原因可能使裁决不能执行或者难以执行的,可以提出财产保全的申请,仲裁委员会应当将当事人的申请依照民事诉讼法的有关规定提交人民法院,当事人的申请有错误的,应当赔偿被申请人因财产保全所遭受的损失;在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下,当事人可以提出证据保全申请,仲裁委员会应当将当事人的申请提交证据所在地的基层人民法院;涉外仲裁的当事人申请证据保全的,涉外仲裁委员会应当将当事人的申请提交证据所在地的中级人民法院。可见,对于财产保全这一保全措施而言,我国《仲裁法》既规定了申请条件,又未与仲裁标的挂钩,从而具有一定的操作性和支持仲裁的作用。同时,对错误申请该种措施的行为规定赔偿责任会有助于促进当事人慎重地考虑是否提出有关申请,从而避免社会资源的浪费。然而,学者们的共识是该法关于仲裁保全措施的规范存在着以下两大缺陷:没有赋予仲裁庭发布保全措施的权力;没有明确规定当事人在提请仲裁前有权向人民法院寻求临时保全措施的救济。其中后一缺陷导致了实践中各地人民法院对仲裁前的保全申请自行决定是否受理^①。

我们同意上述看法,同时认为该法的仲裁保全措施规范的缺陷还包括:关于保全措施的条文放在仲裁程序章之下且分散而不方便当事人快速查阅掌握关于该措施规范的全貌;没有赋予当事人申请仲裁后直接向人民法院寻求保全措施救济权;对法院协助仲裁发布保全措施的类型规定得过于稀少;由上述缺陷伴随的缺乏仲裁庭发布保全措施的执行或拒绝执行规范;未规定寻求保全措施申请人提供担保义务;未明确承认仲裁协议与向人民法院寻求保全措施不冲突的原则;使用了“涉外仲裁委员会”之类的过时的用语等。

我国《海事诉讼特别程序法》也作出了与海事仲裁临时保全措施有关的规定。如该法第14条、第16条、第18条第2款和第19条规定:海事请求保全不受当事人之间关于该海事请求的诉讼管辖协议或者仲裁协议的约束;海事法院受理海事请求保全申请,可以责令海事请求人提供担保,海事请求人不提供的,驳回其申请;海事请求人在法定的期间内未按照仲裁协议申请仲裁的,海事法院应当及时解除保全或者返还担保。此外,该法整个第三章的内容表明,与海事仲裁有关的保全措施不仅包括金钱担保、船舶或货物扣押与拍卖、其他财产与证据保全,而且包含责令被请求人作为或者不作为的海事强制令。可见,该法较《仲裁法》的三大进步是:允许当事人仲裁前向海事法院请求保全,且明确承认仲裁协议与向海事法院寻求保全措施不冲突的原则;规定了更多类型的保全措施;赋予海事法院要求申请人提供担保的权力。但是,该法也有明显的局限性。首先,它仅适用于海事纠纷。其次,该法同样也未赋予仲裁庭发布保全措施的决定权。再次,该法中的一些条文内容对海事仲裁的使用者而言也是不合适的,如该法仅在第13条规定了起诉前海事保全申请的受理法院,对仲裁前海事保全申请的受理法院只字不提。

在仲裁学界和仲裁实务界的努力下,2012年最新修正的《民事诉讼法》关于仲裁保全措施的规范有了很大的改进,其第81条第2款、第101—105条及第272条等较多条文直接或明显可适用于仲裁保全措施有关问题的解决,即:因情况紧急,在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下,利害关系人可以在申请仲裁前向证据所在地、被申请人住所地或者对案件有管辖权的人民法院申请保全证据;因情况紧急、不立即申请保全将会使其合法权益受到难以弥补损害的利害关系人,可以在申请仲裁前向被保全财产所在地、被申请人住所地或者对案件有管辖权的人民法院申请采取保全措施,该申请人应当提供担保,否则,(人民法院应)裁定驳回申请;人民法院接受申请后,对情况紧急的必须在四十八小时内作出裁定,裁定采取保全措施的应当立即开始执行;申请人在人民法院采取保全措施后三十日内不依法申请仲裁的,人民法院应当解除保全;保全限于请求的范围,或者与

^① 王小莉:《英国仲裁制度研究》(下),《仲裁研究》2007年第4期。

本案有关的财物;财产保全采取查封、扣押、冻结或者法律规定的其他方法;人民法院保全财产后,应当立即通知被保全财产的人,财产已被查封、冻结的,不得重复查封、冻结;财产纠纷案件,被申请人提供担保的,人民法院应当裁定解除保全;申请有错误的,申请人应当赔偿被申请人因保全所遭受的损失;涉外仲裁当事人申请财产保全的,涉外仲裁机构应当将当事人的申请提交被申请人住所地或者财产所在地的中级人民法院裁定。此外,该法第100条规定:对于可能因当事人一方的行为或者其他原因,使判决难以执行或者造成当事人其他损害的案件,人民法院根据对方当事人的申请可以裁定对其财产进行保全、责令其作出一定行为或者禁止其作出一定行为,在当事人没有提出申请的情况下人民法院在必要时也可以裁定采取保全措施,人民法院采取保全措施,可以责令申请人提供担保,申请人不提供担保的,裁定驳回申请。在我们看来,该条中的“造成当事人其他损害”的有可能(却不一定)会使人民法院今后解释成包括“使仲裁裁决难以执行”的情况,同时,由于该法的第101条规定了其适用范围为以上提到的“仲裁前”及该第100条并未附加“在诉讼或仲裁中”等条件,而可以理解为在仲裁程序进行过程中,当事人可根据该条向人民法院申请证据保全以外的财产保全、作出一定行为或者禁止其作出一定行为等三种保全措施。

可见,2012年修正的《民事诉讼法》消除了前述《仲裁法》保全措施规范两大缺陷中的后一缺陷,并规定了保全措施的类别等。然而,该最新修正的规范依然存在着下列缺陷:未赋予仲裁庭发布保全措施的权力以及未规定仲裁庭发布这种措施的条件等;没有以明确的文字表明当事人可以在仲裁开始后直接向人民法院申请保全措施,从而使某些人民法院可能会仍根据现行的《仲裁法》要求当事人必须通过仲裁机构向人民法院申请保全措施;未考虑到其他情况变化(如当事人和解等)导致保全措施应终止或解除的问题;没有规定(当事人在法定时间内申请仲裁的情况下)保全措施应持续的时间;仍然使用“涉外仲裁机构”这一在我国早已过时的用语。

为了弥补以上法律中的一些缺陷,最高人民法院陆续发布了一些司法解释。如在“关于洪胜有限公司申请解除仲裁财产保全一案的请示报告”的答复(民四他字[2004]第25号)中,最高人民法院的民四庭解释称:仲裁程序中人民法院作出的财产保全裁定的效力应维持到生效的仲裁裁决执行时止;人民法院在作出撤销仲裁裁决裁定的同时,亦应解除财产保全。

但是,最高人民法院的上述司法解释不仅权威性不及基本的仲裁制定法,而且仅起到了很微小的添补作用,对以上法律中的根本性缺陷毫无影响。同时,其中的一些规定或解释本身也很不合适,如上述前一解释,完全没有考虑到仲裁程序中出现了前述的当事人和解之类的新情况而使保全措施不再有维持必要等因素。

对于我国法律、法规中的上述缺陷,有学者建议分别修改《民事诉讼法》和《仲裁法》方式予以完善。^①笔者认为,更好的办法应是主要通过修订《仲裁法》,专列一章集中规定的方式使仲裁保全措施的规范更加完善和合理化。

境外的仲裁制定法的经验表明,即使将仲裁问题仍保留在《民事程序法典》(如德国和奥地利等)或其他法律文件之中(如瑞士的《联邦国际私法法规》等),其中的仲裁保全措施规范一般都集中在专门的仲裁篇章下。包括属于大陆法系的日本、西班牙、丹麦、挪威、瑞典、台湾、澳门等都已采用了专门的仲裁制定法,其仲裁保全措施规范或其后的更新完善也全部或最主要地在专门的仲裁制定法中完成。就我国目前的情况而言,《民事诉讼法》因刚刚修正而短期内不可能再作改动,同时,包括仲裁庭发布的保全措施及其条件、人民法院基于协助仲裁之目的执行仲裁庭发布的保全措施等都属于一项重要的仲裁法律制度,其清晰应然的表达需要数个法律条文,若在未来将之主要放在

^① 王小莉:《英国仲裁制度研究》(下),《仲裁研究》2007年第4期。

《民事诉讼法》中与人民法院作为仲裁保全措施发布主体等问题一并规定不仅与国际流行模式相克,而且存在以下的弊端:既会淡化两种发布主体及条件等的区别又增加了立法技巧上的难度,同时,如此处理使得仲裁保全措施制度与其他主要的仲裁法律制度分散在不同法律文件中的结果会不便于当事人、仲裁庭熟悉仲裁法制的主要框架,从而不利于该法制的适当遵守。因此,按照境外通行做法,主要通过修订《仲裁法》的方式才是上佳的策略。

从境外的情况来看,联合国1985年版《示范法》和2006年之前出台的很多国家或地区的现行仲裁法一般仅有一两个条文规定仲裁保全措施问题,且一般与仲裁庭的管辖权规则合并为单独的一章或一部分。但是,在主要总结很多国家和地区判例法的2006年版《示范法》关于仲裁保全措施的规则就用了11个条文,并单独列为一章,即第4A章。其后,新西兰、爱尔兰、澳大利亚、中国香港都效法了这种多条文专章或专门部分详细规定的方式。下文中将会进一步论证,我国可以借鉴国内外仲裁法学界中不存在争议的这些仲裁保全措施规则中的大部分内容且宜采用7、8个条款予以表述,从而足以形成我国修订《仲裁法》中单独的一章。

二、我国关于仲裁庭发布保全措施规范的合理构建

(一)赋予仲裁庭发布的保全措施权力

如前所述,我国目前的法制没有赋予仲裁庭发布的保全措施权力属于一种严重的缺陷,这不仅与体现国际惯例的境外普遍性规定不一致,而且也不符合仲裁的自身特性。

就境外情况而言,历史上确实有很多国家或地区的仲裁制定法以明确宣布仲裁庭无权发布任何保全措施的方式表明,法院是在仲裁前和仲裁过程中专享发布与仲裁协议标的的有关保全措施的唯一主体。这些国家或地区当时如此规范的理由是:从公共政策方面来看,属于民间性质的仲裁庭没有强制权力执行其发布的保全措施命令,由具有公权力的国家法院专门行使保全措施的决定权也解决了其执行仲裁庭命令所面临的困难性;同时,仲裁协议为当事人意思自治的产物,仅能授权仲裁庭处理双方间争议,而不能授权仲裁庭影响第三人权利,但是如强制令之类的保全措施往往为第三人设定义务,这有失公平。^①

然而,众多国家或地区目前都已否定了上述立场,在保留法院仍为仲裁临时救济措施发布主体的同时,在现行仲裁制定法中明确宣布仲裁庭也是有权力发布保全措施的主体,如瑞士1987年《联邦国际私法法规》第183条、俄罗斯1993年《国际仲裁法》第17条、英国1996年《仲裁法》第38条第3—4款和第39条第1款、印度1996年《仲裁与调解法》第17条、瑞典1999年《仲裁法》第25条第4款、比利时1998年《司法法典》第1696条、德国1998年《民事程序法典》第1041条第1款、澳门1998年《涉外商事仲裁法规》第17条、瑞典1999年《仲裁法》第25条第4款、韩国1999年《仲裁法》第18条、美国2000年修订的《统一仲裁法》第8条b项、新加坡2002年《仲裁法》第28条和2009年《国际仲裁法》第12条、日本2003年《仲裁法》第24条第1款、挪威2004年《仲裁法》第19条、阿富汗2005年《商事仲裁法》第29条、丹麦2005年《仲裁法》第17条、马来西亚2005年《仲裁法》第19条第1款、奥地利2005年《民事程序法典》第593条第1款、波兰2005年《民事程序法典》第1181条、新西兰2007年修订的《仲裁法》表1第17A条、加拿大2009年《仲裁法》第18条、爱尔兰2010年《仲裁法》第19条和表1第17条、澳大利亚2010年《国际仲裁法》表2第17条、香港2010年《仲裁条例》第35条、法国2011年《民事程序法典》第1468条等。连学者们常引用为未授予仲裁庭发布保全措施权力典型的意大利,也在2006年修订的《民事程序法典》第818条通过加注

^① 王艳阳:《国际商事仲裁中的临时保护措施制度》,《西南政法大学学报》2004年第4期。

“除非法律另有规定”的方式对仲裁庭发布保全措施权力作出了网开一面的处理。

可见,我国目前的法制没有赋予仲裁庭发布的保全措施权力与体现国际惯例的境外普遍性规定是严重不一致的。同时,这种制度也与仲裁的自身特性不相称。一些学者指出:一经组建,仲裁庭往往就处于更好位置发布保全措施,因为对争议实体的当然审查权使其更容易评估实体上成功的可能性及保全措施对当事人和仲裁程序的影响;仲裁庭同样能够更好地识别当事人何时滥用了保全措施的请求和带有策略上的目的;在多数情况下可以避免向法院提出请求所导致的不必要的拖延与成本。此外,允许仲裁庭发布保全措施的另一个好处是促进当事人选择仲裁作为争议解决手段的自由。^①

如前所述,我国目前的法律规定是人民法院享有发布仲裁保全措施的专属权,且在仲裁进行过程中,人民法院仍可能根据《仲裁法》要求当事人必须通过仲裁机构向法院申请保全措施。这种制度一方面陡然增加了仲裁机构这一环节,在某些情况下可能导致人民法院采取的保全措施延误,同时也因未赋予仲裁机构或仲裁庭的审查控制权,从而可能导致人民法院负担的加重和仲裁对人民法院的依赖;另一方面在国际仲裁的情况下,人民法院发布的保全措施在境外很可能存在难得多的执行障碍。^② 境外权威学者还指出,《纽约公约》第2条暗示缔约国有义务承认授予仲裁庭发布保全措施权力的国际仲裁协议,至少一些美国法院已默示地接受了这种观点^③。因此,在当事人有仲裁协议明示或暗示规定仲裁庭有权发布保全措施的情况下,如我国目前这种一概不允许仲裁庭发布保全措施的制度可能涉嫌违反我国已参加的《纽约公约》第2条下的义务。

可见,无论是从国际义务角度还是基于法理,我国修订的《仲裁法》都应当赋予仲裁庭发布临时保全措施的权力。

(二)适当列举仲裁庭可发布保全措施的类型

从是否通知所针对当事人和听取被申请人意见的角度,保全措施可以被分成单边保全措施和非单边保全措施两种类型。

单边保全措施是指在未通知所针对当事人和听取其意见之前就决定发布的保全措施。2006年版《示范法》将仲裁庭发布的该种措施称为“初步命令”,并在其第17B条—第17G条中规定:当事人没有相反约定时仲裁庭有权根据规定的条件命令做出该种措施,但是该命令无强制执行效力。在某些情况下,单边保全措施可有效地防止一些当事人恶意转移财产、毁灭证据等不适当的行为。^④ 但是,一些学者指出,授权仲裁庭发布单边保全措施的权力会存在以下弊端:与仲裁的合法性及仲裁员作为中立裁判者的职责基础相矛盾,且因违背通知和给予当事人陈述机会这一核心的仲裁程序强行原则而在《纽约公约》下成为没有约束力的理由;没有执行权力的仲裁庭所发布的单边保全措施通常是无效和没有实际意义的^⑤。为此,只有新西兰、爱尔兰、香港等少数境外仲裁制定法效法2006年版《示范法》授权仲裁庭发布单边保全措施权力的同时,否定该种发布令具有强制性。采用了该版《示范法》中其他主要或所有保全措施规则的毛里求斯、迪拜、卢旺达等都未引入该种单边保全措施规则。同样属于2006年版《示范法》模式的澳大利亚2010年《国际仲裁法》第

^① Dana Renée Bucy, The Future of Interim Relief in International Commercial Arbitration under the Amended UNCITRAL Model Law, American University International Law Review, 2010, pp.587—589.

^② 汪祖兴:《效率本位与本位回归》,《中国法学》2005年第4期。

^③ Gary B. Born, International Commercial Arbitration. Kluwer Law International, 2014, p.2031.

^④ Peter J.W. Sherwin & Douglas C. Rennie, Interim Relief under International Arbitration Rules and Guidelines, American Review of International Arbitration, 2009, pp.329—330.

^⑤ Charles Falconer & Amal Bouchenaki, Protective Measures in International Arbitration, Business Law International, September, 2010, p.190.

18B条明确宣布前者中的单边保全措施规则没有效力。特别是,连联合国国际贸易法委员会的2010年《仲裁规则》最终都放弃了该种单边保全措施的规定。

鉴于单边保全措施在仲裁理论界存在严重分歧、境外仅有很少国家或地区的仲裁制定法,因此,我国下一次修订的《仲裁法》不应当含有仲裁庭发布单边保全措施的规则。

对于仲裁庭决定前通知和听取了被申请人意见的非单边保全措施(下文中的“保全措施”除另有特别指明外都是指这种措施)类型或范围,境外的仲裁制定法的规定并不一致,总体上可分为四种模式:第一种模式只笼统规定仲裁庭具有发布保全措施的权力,对其可发布的保全措施进一步的分类不做特别界定。除前述的2006年前出台的绝大多数境外仲裁制定法外,柬埔寨、亚美尼亚和塞尔维亚等在2006年制定的仲裁法也采取了这种方法。第二种模式则是如美国2000年修订的《统一仲裁法》第8条第2款第1项,明确规定仲裁庭可发布的保全措施范围与法院可发布的保全措施范围一样广泛。第三种模式是在宣布仲裁庭有权发布保全措施的同时,采用否定排除的方法列举了仲裁庭不得发布的保全措施类型。如比利时1998年《司法法典》第1696条第1款规定,仲裁庭不可以发布临时扣押命令。

最后一种模式则使用肯定列举的方法宣示仲裁庭可采取的保全措施类型。以较早采用这种模式的加拿大1991年《仲裁法》第18条为例,其列举的类型是:对仲裁标的或引起仲裁纠纷的财产或文件的扣押、保全或检查。该法的2009年修订本也没有改变这种列举的类型。英国1996年《仲裁法》也采用了这种模式。其后几年内只有新加坡、马来西亚等少数国家或地区采用此模式。其中新加坡2002年《仲裁法》第28条第2款除了增加一项“文件的发现和质询”以外,其他列举的事项与英国的上述范围实质上相同。新加坡2009年《国际仲裁法》中以“仲裁庭的权力”为标题的第12条第2款在全部列入该国上述2002年《仲裁法》第28条第2款所有列举的措施基础上,还列举了仲裁庭拥有确保当事人分散财产的行为不导致仲裁程序中做出的裁决无效、任何临时禁令或其他保全措施的权力。与前两国相比,马来西亚2005年《仲裁法》第19条第1款列举的类型要少一些,仅为以下4项:费用担保,文件的发现和质询,宣示提供证据,作为争议标的的任何财产的保全、临时保管或出售。

为了扭转仲裁地在很多国家或地区的仲裁庭因无清晰的规定而不愿意发布保全措施的局面,^①2006年版的《示范法》也采取了第四种明确列举的模式。该法第17条第2款在文字上仅仅显示列举的是仲裁庭采用保全措施的目的,即:(a)在争议得以裁定之前维持现状或恢复原状;(b)采取行动防止目前或即将对仲裁程序发生的危害或损害,或不采取可能造成这种危害或损害的行动;(c)提供一种保全资产以执行后继裁决的手段;(d)保全对解决争议可能具有相关性和重要性的证据。但是,该法第17A条规定表明以上描述实为仲裁庭可采用的保全措施类型。以2006年版《示范法》为蓝本的新西兰2007年《仲裁法》表1第17条采用定义的方式更清楚地指出以上列举事项是四种保全措施的类型,并添加了另一种“费用担保”。毛里求斯和爱尔兰的仲裁制定法效法了2006年版《示范法》的以上文字表述,但列举的种类与新西兰相同。卢旺达、澳大利亚和中国香港等的新制定法与2006年版《示范法》文字表述和范围实质一致。

此外,很值得关注的是阿富汗2005年《商事仲裁法》第29条第1款和迪拜2008年《仲裁法》第24条第1款第2项。前者既采用了1985年版《示范法》第17条的概括规定,又使用“包括”一词作出了几项列举。后者则在作出与2006年版《示范法》相同的列举之前添加了“包括”一词。无疑这两国法律中的以上“包括”用语有“包括但不限于”之意,从而表明法定的列举为非穷尽性列举。

^① Gary B. Born, International Commercial Arbitration. Kluwer Law International, 2009, p.1975.

2010年《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》第26条第2款所列仲裁庭可采取的保全措施类型虽然与《示范法》第17条相同,却也多了一个“例如且不限于”(for example and without limitation)”短语,以明确地表明其为非穷尽性列举。^①中国香港2010年《仲裁条例》第61条第2款通过规定法院对该法列举以外的仲裁庭发布的保全措施不予承认和执行的方式表明所罗列的种类是穷尽的。

从境内外的研究成果来看,仲裁庭可发布的保全措施主要可归为两类:其一为避免或减少损失或者不利局面的措施,通常在争议最终解决前服务于维持现状的功能,其内容可以是命令保全与争议标的有关的证据、销售易腐货物或确保仲裁程序期间披露的信息保密等要求一方当事人继续履行或不得为某些行为,在功能上类似于法院禁令;其二是指令扣押或阻止财产转移等便于仲裁裁决执行的措施等。^②有学者认为,第二类措施包括指令当事人为纠纷解决费用成本提供担保。但是,另一些学者指出,该种费用成本担保的指令非常不具有普遍性,仅为仲裁地在英国新加坡、新西兰等一些普通法国家或地区的仲裁庭发布并为其所在地仲裁制定法所承认。其他国家或地区的法院已判决其所采纳的《示范法》第17条并未授权仲裁庭作出费用成本担保的指令,并以法院基于不宜过度干预仲裁之理由拒绝当事人提出费用成本担保的保全措施申请,以这些国家为仲裁地的仲裁庭常指出为费用成本担保指令会不适当地干预当事人陈述案情的机会。^③可见,2006年版《示范法》第17条列举的四种保全措施对有较深大陆法系基础的我国而言已足够全面和合适,我国修订的《仲裁法》应当吸收,且在措辞方面应如我国香港等仲裁制定法结合执行规则表明其列举的穷尽性以避免实践分歧。

总之,境内外学者的论述成果及有关制定法都表明,如2006年版《示范法》第17条列举的四种保全措施涵盖的范围广泛,被公认为仲裁庭和法院都适合发布的保全措施。我国如能在近年内完成《仲裁法》的修订且只列举这四种保全措施完全能算得上很先进的了。我国最新修订的《民事诉讼法》第80条和第100条实际上已承认这四种保全措施,只是该法将证据保全和财产保全以外的两种保全措施采用了“作出一定行为”、“禁止其作出一定行为”的不同文字指称。毫无疑问,它们完全能够对等于《示范法》中上述的“维持现状或恢复原状”、“采取”“或不采取”“行动”之类文字所要表达的保全措施类型。因此,我国修订的《仲裁法》对仲裁庭可发布保全措施类型的文字表述应当与现行的《民事诉讼法》一致。

(三)合理地规定仲裁庭发布保全措施的条件

从境外的情况来看,对仲裁庭发布保全措施规定的一个共同条件是:不存在当事人禁止仲裁庭发布保全措施的约定。其中瑞士1987年《联邦国际私法法规》和瑞典1999年《仲裁法》就仅规定此一项条件。但是,尽管英国1996年《仲裁法》第38条第2款对该条其后几款列举保全措施作出了文字表述同上的条件规定,该条第1款和第39条第1款的措辞则表明:仲裁庭发布其他类型保全措施的权力应当以当事人有明示约定为前提条件。

此外,法国2011年《民事程序法典》第1468条在赋予仲裁庭此项权力时却未附加“当事人不存在相反约定”之类的条件。该法典很多条文中都有“除非当事人有相反约定”的表达,如第1464条第1款及第4款、第1486条第2款等。由于以上第1468条的规定较新,关于该条未附加前述条件的规定是否意味着法国不允许当事人协议排除仲裁庭发布保全措施权力的学术观点或判例难觅。

另一方面,1985年版《示范法》第17条的规定还包含了必须针对“争议标的”和具有“必要性”

^① Jeff Waincymer, The New UNCITRAL Arbitration Rules[J], *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*, 2010, p.242.

^② 宋秋婵:《论商事仲裁临时措施裁定权归属中法院与仲裁庭的“伙伴关系”》,《仲裁研究》2010年第4期。

^③ Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2009, pp.2004—2006.

两个条件。俄罗斯、印度、德国、澳门、克罗地亚、日本、挪威、丹麦、阿富汗、波兰、柬埔寨、塞尔维亚、亚美尼亚等的仲裁制定法都含有这两个条件。不过,奥地利2005年《民事诉讼法典》第593条第1款除了含有这两个条件外,还规定了以下的附加条件:“不发布保全措施会导致索赔的执行落空或大受阻碍或者将发生不可修复的损失。”相反,美国2000年修订的《统一仲裁法》第8条第2款第1项却仅提及了“必要性”这一条件。新加坡、马来西亚、文莱、澳大利亚南威尔士等的仲裁制定法则仅就部分类型的保全措施规定了必须针对“争议标的”的条件。

然而,2006年版《示范法》第17条去除了其1985年版同条中的上述关于针对“争议标的”和具有“必要性”的两项条件,但是,其添加的第17A条第1款却规定,对上文中提及的前一条款下列举的前三种保全措施,申请当事人必须向仲裁庭证明符合以下两项条件:不下令采取这种措施可能造成损害,且这种损害无法通过判给损害赔偿金充分补偿及远远大于准予采取这种措施可能对其所针对的当事人造成的损害;根据索赔请求所依据的案情,请求方当事人有相当的可能性胜诉。该条第2款对上文中提及的前一条款下列举的最后一种保全措施规定这两项条件仅在仲裁庭认为适当的情况下适用。目前,新西兰、毛里求斯、卢旺达、文莱、爱尔兰、澳大利亚、中国香港等对所列举的与2006年版《示范法》第17条相同类型的保全措施规定了同样的条件。但是,美国佛罗里达2010年《国际仲裁法》第19条对其第18条列举的与2006年版《示范法》第17条相同类型的保全措施统一适用后者第17A条第2款的条件。

我国修订的《仲裁法》在确定仲裁庭发布保全措施条件时,当然不能缺少境外众多国家或地区共同要求的“当事人没有明示相反约定”之类的限制,这也是对仲裁意思自治原则的尊重。对于其他条件,我们则应当进一步分析。基于可执行性考虑的境外仲裁庭的通常实践是要求证据保全以外的保全措施同时满足以下条件:“紧急性”、“不采取保全措施将造成不可修复性损害”、“对所针对当事人造成较小的损害”、“获得有利裁决的较大可能性”、“具有表面管辖权”和“通知和听取所针对当事人陈述”。^①为此,个别学者指责2006年版《示范法》第17A条过度强调与非金钱救济不同的经济损害的不可修复性,对不同的救济规定了单一的标准,在效果上具有威胁适应具体案件需求的国际标准未来发展的破坏性副作用。^②我们同意另一些学者的看法^③,明确列举条件能够向仲裁庭作出是否发布保全措施的决定时提供有效的指南,同时我们认为,2006年版《示范法》第17A条第1款第1项中“裁决—不能适当补偿的损害”的文字表达确实明显地暗含了“紧急性”这一条件。但是,对我国今后可能由参差不齐的成员组成的仲裁庭而言,还是挑明此项条件更好,因此,我国修订的《仲裁法》关于上述前三种保全措施条件的规定应当是:在2006年版《示范法》第17A条第1款第1项的基础上添加了“情况紧急”和“以至于”这样的用语以明确表明应当具备该条件和与“一损害”必不可少的因果关系。对于境内外学者都没有争议且被以上数个国家或地区吸收的2006年版《示范法》第17A条第1款第2项规定的内容,我国修订的《仲裁法》无疑要予以吸收。

2006年版《示范法》列举的第四种保全措施实际上属于证据保全范畴,学者们普遍地认为只要仲裁庭认为合适就可以发布这种保全措施而无需遵循其他条件,^④因此,该版《示范法》第17A条第2款等境外的制定法规定是适当的,我国修订的《仲裁法》可以予以吸收。

^① Alan Tsang, Transnational Rules on Interim Measures in International Courts and Arbitrations, *International Arbitration Law Review*, 2011, p.41.

^② Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2009, pp.1979—1980.

^③ James E. Castello, Unveiling the 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, *Dispute Resolution Journal*, May—October, 2010, p.149.

^④ Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2009, p.1985 & pp.2006—2008.

对于“具有表面管辖权”和“通知和听取所针对当事人陈述”等条件,我国修订的《仲裁法》也可以借鉴2006年版《示范法》(第17L-1条)的表达方式,通过下文论及的仲裁庭发布保全措施的承认与执行规则予以宣示。

(四)妥善规定仲裁庭发布保全措施的其他规则

首先,我国修订的《仲裁法》应当包含授予仲裁庭就其发布的保全措施要求申请的当事人提供担保的权力。这种规定对防止仲裁纠纷的当事人滥用保全措施请求权以至于损害所针对当事人的正当利益是非常必要的,因此,这种担保规则普遍地存在于1985年版与2006年版《示范法》及德国、日本、挪威、奥地利、丹麦、马来西亚、柬埔寨、阿富汗、波兰、亚美尼亚、文莱、澳大利亚、美国佛罗里达和中国香港等仲裁制定法之中。另一些国家或地区的仲裁制定法中即使无这种明确规定,仲裁庭也被认为具有此种权力。^①我们认为,在如此多的境外仲裁制定法明确规定的情况下,我国修订的《仲裁法》包含了此种规则既不麻烦,也促使一些当事人有所顾忌并提高所有仲裁庭行使此种权力的意识。

其次,我国修订的《仲裁法》应当包含费用与损害赔偿规则,其内容是:仲裁庭之后裁定根据情形本不应当准予采取保全措施时,请求保全措施的一方当事人应当就该措施对其所针对的当事人造成的任何费用和损害承担赔偿责任。该种规定与提供担保规则具有相似的防止当事人滥用保全措施请求权的功能。同时,我国现行《仲裁法》第28条第2款对通过仲裁机构向法院提出财产保全的当事人已规定了申请错误的损害赔偿责任。我国修订的《仲裁法》在将仲裁期间更多类型的保全措施的发布权并存地交给仲裁庭的同时,当然应当向这些保全措施所针对的当事人提供相同的赔偿因申请错误导致损害的保障。

此外,我国修订的《仲裁法》还应当包括关于仲裁庭发布保全措施的决定更改、中止或终结的规则。有人曾担心其中的更改规则被仲裁庭运用后会导致法院的重复执行,从而加重后者的负担,但是实践中这种情况会很少发生,同时强制执行仲裁庭发布保全措施制度存在的本身也会提高当事人自愿服从仲裁庭保全措施决定的比例,从而既促进了仲裁程序的效率,又实质性地减少了法院的案件量。^②我们认为,后一种看法是正确的。由于仲裁庭在继续深入审案过程中,难免会发现原先发布的保全措施决定不适当,为此只有赋予其更改、中止或终结的权力才是适当的。不过,我国修订的《仲裁法》该如何取舍有关内容的问题很值得进一步的思考。2006年版《示范法》第17D条规定的相应内容是:在任何一方当事人提出申请时或在非常情况下并事先通知各方当事人后,仲裁庭可修改、中止或终结其已准予采取的保全措施。其后的新西兰、迪拜、文莱、澳大利亚、美国佛罗里达、我国香港等都基本上照搬了2006年版《示范法》第17D条的以上内容。然而,按照上述仲裁庭保全措施决定在法院强制执行的条件要求,该版《示范法》第17D条的上述“非常情况下”仅“先通知各方当事人”就可以无需听取当事人陈述的规定,显然会在实践中产生按此规则作出的仲裁庭决定不能得到法院的强制执行问题。可见,我国修订的《仲裁法》是不宜采纳2006年版《示范法》第17D条规则的,而是可以采用如挪威、波兰和法国等的制定法,仅简单地宣示仲裁庭可以更改、中止或终结保全措施即可。

最后,修订的《仲裁法》可以包括2006年版《示范法》第17F条第1款中的规则^③。该规则不仅没有任何学者予以批评,而且便于仲裁庭考虑是否作出上述保全措施更改、中止或终结的决定,且已为新西兰、文莱、澳大利亚、佛罗里达、中国香港等境外仲裁制定法所采纳。

^{①②} Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2009, p.2015, p.2023.

^③ 该规则的具体内容是:仲裁庭可以要求任何当事人迅速披露在请求或者准予采取保全措施时所依据的情形所发生的任何重大变化。

三、我国规范人民法院与仲裁保全措施关系制度的重构

从境外成熟的仲裁法制经验来看,规范法院与仲裁保全措施关系的制度包括以下两个方面的规则:法院强制执行仲裁庭发布的保全措施,法院本身应当事人的申请基于协助仲裁之目的发布保全措施。我国规范人民法院与仲裁保全措施关系制度的重构也应当包含这两个方面的内容。

(一) 人民法院强制执行仲裁庭发布保全措施规范的构建

仲裁庭在一般情况下缺乏强制执行其决定保全措施的权力,当事人不自愿履行这种决定的情况也时有发生,^①因此,我国修订的《仲裁法》在作出赋予仲裁庭发布保全措施权力的规定之后,还必须提供关于人民法院承认和强制执行该种保全措施的规则,否则,前者的规定便毫无意义。

美国、俄罗斯、瑞典、澳门、日本、挪威、塞尔维亚、柬埔寨、法国等很多境外的仲裁制定法对该问题无规定。然而,以上情况并不意味着这些国家或地区没有承认与执行仲裁庭发布保全措施决定的司法实践。实际上,美国等一些国家或地区的法院已将仲裁庭的保全措施决定视为“终局”裁决予以执行。不过,美国的另一些法院却以“不具有终局性为由”拒绝执行仲裁庭的保全措施决定,美国境外也有些法院和学者认为该种决定不能按照《纽约公约》执行。^②可见,在制定法没有规定的情况下,仲裁庭发布保全措施的可执行性是很不确定的。

自20世纪80年代中期起,逐步有国家或地区的仲裁法对此问题作出规定,如英国《仲裁法》1996年第42条第1款、德国1998年《民事诉讼法典》第1041条第2款、新加坡2002年《仲裁法》第28条第4款及2009年《国际仲裁法》第12条第6款、奥地利2005年《民事诉讼法典》第593条第3款、波兰2005年《民事诉讼法典》第1181条第3款、新西兰2007年修订的《仲裁法》表1第17L—M条、迪拜2008年《仲裁法》第24条第2款、加拿大2009年《仲裁法》第18条第2款、澳大利亚2010年《国际仲裁法》表2第17H—I条、澳大利亚南威尔士2010年《商事仲裁法》第17H—I条、美国佛罗里达2010年《国际仲裁法》第26—27条、我国香港2010年《仲裁条例》第43—44条及第61条等,都在最终裁决执行规范之外规定了执行制度。

总体来看,上述2005年前颁布的仲裁制定法中的仲裁庭发布的保全措施执行规则都较笼统,^③不过,奥地利2005年《民事诉讼法典》第593条第3—4款规定的内容较详细。其后由于2006年版《示范法》的出台,详细规定的境外仲裁制定法迅速地增多。

就2006年版《示范法》而言,关于仲裁庭发布的保全措施执行规则体现于其第17H条和第17I条,由请求执行与准许请求和不得出现拒绝执行条件的规则所构成。^④到目前为止,完全采纳或接

^① 鲍冠艺、黄伟:《论仲裁庭下达临时措施的执行》,《仲裁研究》2008年第4期。

^② Peter J.W. Sherwin, Douglas C. Rennie, Interim Relief under International Arbitration Rules and Guidelines, American Review of International Arbitration, 2009, pp. 325—326.

^③ 如瑞士1987年《联邦国际私法法规》第183条规定:“除非有相反的协议,仲裁庭可应一方当事人的申请,采取临时措施或保全措施。如果有关的一方当事人不自愿服从这些措施,仲裁庭可请求有管辖权的法官予以协助,法官适用自己的法律。”

^④ 其中前一种规则的具体内容为:正在寻求或已经获得对某一项保全措施的承认或执行的当事人,应当将该保全措施的任何终结、中止或修改迅速通知法院;仲裁庭发出的保全措施应当被确认为具有约束力,并且除非仲裁庭另有规定,应当在遵从不存在拒绝承认与执行的法定理由的各项规定的前提下,经向有管辖权的法院提出申请予以执行;执行地法院如果认为适当,在仲裁庭尚未就担保作出决定的情况下,或者这种决定对于保护第三方的权利必要时,也可以命令申请人提供适当担保。该版《示范法》中后一种规则的具体内容则是,存在下列情况的为拒绝执行仲裁庭发布保全措施的条件:存在着该法第36条第(1)款(a)项所规定的前四项理由之一;存在着同款(b)项所规定的二项理由之一;未遵守仲裁庭关于与仲裁庭发出的保全措施有关的提供担保的决定的;该保全措施已被仲裁庭终结或中止,或被已获此项权限的仲裁发生地国法院或依据本国法律准予采取保全措施的国家的法院所终结或中止的;保全措施不符合法律赋予法院的权力,除非法院决定对保全措施作必要的重新拟订,使之为了执行该保全措施的目的而适应自己的权力和程序,但并不修改保全措施的实质内容的。

近完全采纳 2006 年版《示范法》以上执行规则的境外制定法包括新西兰 2007 年《仲裁法》(表 1 第 17L—M 条)、毛里求斯 2008 年《国际仲裁法》(第 18 条)、澳大利亚 2010 年《国际仲裁法》(表 2 第 17H—I 条)、澳大利亚南威尔士 2010 年《商事仲裁法》(第 17H—I 条)、佛罗里达《国际仲裁法》(第 26 条)等。在我们所参考的十多本中英文著作及数十篇中英文论文中,没有任何作者对 2006 年版《示范法》中的上述承认与执行规则提出异议,相反却发现其中的一些英文论著的学者予以肯定,赞扬该种规则对仲裁庭保全措施决定的可执行性带来了高度的确定性。^①同时,从以上国家或地区已效法的情况来看,我国修订的《仲裁法》也可以毫不犹豫地予以吸收。此外,我国还可借鉴香港 2010 年《仲裁条例》第 61 条规则,规定任何当事人不得对人民法院根据本规则做出的裁定提起上诉以提高效率。

(二) 人民法院发布仲裁保全措施规范的完善

我国人民法院发布仲裁保全措施规范的完善,首先可以通过修订的《仲裁法》宣布人民法院发布保全措施与仲裁协议不相冲突。据一些学者考证,一些国家或地区的法院以存在仲裁协议为由拒绝发布保全措施的局面实际上是与其中仲裁制定法中没有此项宣示规则直接有关的。^②可见,为了避免我国人民法院今后做出曾在这些国家或地区出现的不合理的司法决定,我国修订的《仲裁法》应当添补这样的宣示规则。

此外,我国在修订的《仲裁法》中还应当明确规定人民法院在仲裁庭组建之前和组建之后都有发布保全措施的权力。学者们的研究成果表明,仲裁纠纷中的财产、证据等可能在第三人的掌管之下,仲裁庭发布的保全措施却由于仲裁本身的合意性而不能针对这种第三人,同时,仲裁庭的成立往往需要数日甚至数月时间,而需要发布措施规范的紧急情况可能出现在此之前,因此在仲裁庭的成立和开始仲裁程序之前,法院必须要拥有发布保全措施的权力,并且在仲裁庭的成立和开始仲裁程序之后,法院至少要拥有发布针对第三人的保全措施权力,才能便于仲裁程序的进行或最终的仲裁裁决得到有效执行。^③

从境外的仲裁制定法情况来看,2006 年版《示范法》第 17J 条、澳大利亚南威尔士 2010 年《商事仲裁法》第 17J 条等并没有明确地宣示其法院在仲裁庭组建之前和组建之后都有发布保全措施的权力。但是,这些境外的仲裁制定法涉及有关法院发布保全措施的规定中也没有必须在仲裁程序期间等明示或暗示限制。因此,有关法院根据这些仲裁制定法拥有仲裁前和仲裁程序期间发布保全措施的权力是毫无疑问的。

我国的情况则很不相同。前文已指出,现行《仲裁法》第 28 条、第 46 条和第 68 条虽然规定了人民法院具有发布保全措施的权力,但是这些条款中关于由仲裁机构向人民法院提交当事人保全措施申请的表述被认为未明确解决仲裁前人民法院是否具有发布保全措施权力的问题,由此也导致实践中各地人民法院对仲裁前的保全措施申请自行决定是否受理,从而出现了国家法制的不一、在当事人之间造成人为的“不公平”或者“挑选法院”的局面。^④《民事诉讼法》的最新修正虽然解决了仲裁前人民法院可发布保全措施的问题,但是尚未明确仲裁后当事人是否可以直接请求人民法院发布该种措施。为此,我们认为,基于人民法院在仲裁前后拥有发布保全措施权力的必要

^① Daniel E. Vieleville, The Venezuela Court's Denial of Interim Relief in Aid of Arbitration Out of (Misplaced) Deference to the Arbitration Tribunal, IBA Arbitration News, September, 2010, pp.65—66.

^② Gary B. Bern, International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2009, p.2019.

^③ Dana Renée Bucy, The Future of Interim Relief in International Commercial Arbitration under the Amended UNCITRAL Model Law, American University International Law Review, 2010, p.559.

^④ 王小莉:《英国仲裁制度研究》(下),《仲裁研究》2007年第4期。

性和合理性、内地一些理论者或实践者机械理解法律字面意思的习惯,我国修订的《仲裁法》当然要在去除通过仲裁机构这一浪费时间和物力的不必要环节的基础上,效法印度1996年《仲裁与调解法》第9条、马来西亚2005年《仲裁法》第11条、新西兰2007年《仲裁法》表1第9条第1款、香港2010年《仲裁条例》第45条第2款、2011年的加利福尼亚《民事程序法典》第1297.93条等规定,明确宣布当事人在截止于最终仲裁裁决作出的仲裁庭组建之前和仲裁期间都有权直接向人民法院申请发布保全措施。

另一方面,根据仲裁庭一般处于更好位置决定是否发布保全措施的前述理由,我国修订的《仲裁法》还应当借鉴香港特别行政区2010年《仲裁条例》第45条等,规定在仲裁庭组建之后人民法院只要认为所寻求的保全措施属于仲裁程序标的且由仲裁庭处理更为适当时,就可以裁定驳回该保全措施的申请(以便建议当事人请求仲裁庭决定)。

四、结 语

申请者可以利用仲裁保全措施防止一些当事人恶意逃避债务、毁灭证据等。然而,只有科学合理的仲裁保全措施法律制度才能同时防止申请者滥用保全措施的申请权、避免被采取保全措施的当事人合法权益遭到损害及仲裁或司法成本的增加。我国关于仲裁保全措施的法制规范存在着未赋予仲裁庭发布保全措施的权力及人民法院予以执行的明确规范,其弥补的最好方法应是主要通过修订《仲裁法》方式予以重构。在重构相关规则的具体内容时不应仅仅局限于参考联合国2006年《示范法》中的对应规定,而应同时广泛甄别借鉴境外制定法或判例法的可行规定。

Reconstruction of China's Law on Interim Measures for Arbitration

Zhang Shengcui

(School of Law, Shanghai University of Finance and Economics, Shanghai 200433, China)

Abstract: China's law on interim measures for arbitration has lots of flaws such as prohibiting arbitral tribunals from issuing this type of orders, no express provisions for the people's courts to enforce those tribunal-ordered provisional remedies, and no explicit rules for parties to seek directly conservatory measures from the people's courts. The best method for overcoming the flaws abovementioned is to revise the Arbitration Act to facilitate the users to apply. In the forthcoming revised Arbitration Act, in terms of the types of interim measures issued by arbitral tribunals, China should not allow preliminary orders and shall enact certain conditions like "urgency" for those interim measures other than evidential matters. China should also construct the norms of people's courts' enforcement of interim measures issued by arbitral tribunals and improve the rules for the peoples' courts as the subject issuing conservatory measures.

Key words: arbitration; protective measure; arbitral tribunal; judicial court

(责任编辑:海 林)