

中国商事仲裁的临时措施制度及其完善

刘淑贤

上海大学法学院，上海

收稿日期：2024年10月3日；录用日期：2024年11月2日；发布日期：2024年11月12日

摘要

近年来中国在商事仲裁领域呈现繁荣发展的趋势，但许多亟待完善的问题也随之出现。《仲裁法修改征求意见稿》体现了许多我国商事仲裁领域的热点问题，其中临时措施制度属于改动较大的部分。文章从我国商事仲裁临时措施领域出发，通过分析我国在商事仲裁领域的现存问题，提出对中国商事仲裁临时措施制度的完善建议。

关键词

商事仲裁，临时措施，域外执行，保全措施

The Temporary Measures System for Commercial Arbitration in China and Its Improvement

Shuxian Liu

School of Law, Shanghai University, Shanghai

Received: Oct. 3rd, 2024; accepted: Nov. 2nd, 2024; published: Nov. 12th, 2024

Abstract

In recent years, China has seen a trend of prosperous development in commercial arbitration, but many problems that need to be improved have also emerged. The draft amendment to the Arbitration Law reflects many hot issues in China's commercial arbitration field, and the temporary measures system is one of the parts that have undergone significant changes. This paper starts from the field of temporary measures in commercial arbitration in China and, by analyzing the existing problems in China's commercial arbitration field, comparing international practices and combining China's recent development status, it puts forward suggestions for the improvement of China's

文章引用：刘淑贤. 中国商事仲裁的临时措施制度及其完善[J]. 争议解决, 2024, 10(11): 109-113.

DOI: 10.12677/ds.2024.1011441

commercial arbitration temporary measures system.

Keywords

Commercial Arbitration, Temporary Measures, Execution System, Preservation Measures

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. 引言

国际经济交往具有跨界性，且涉及财产通常数额较大，这就决定了其具有相当的风险性；当交易双方出现纠纷时，纠纷解决往往不像解决一国之中的纠纷那样简单，再加之如今财产转移手段多样且高效，即使纠纷得以通过诉讼或者仲裁的方式加以解决，也未必在最后能够得到实际的执行。因此，国际经济交往需要由某一有权主体来决定临时措施，通过对可能无法执行的一方财产进行直接的干预，来保障最后决定的执行。仲裁作为解决商事争议的一种主流手段，临时措施制度亦是备受关注，各个国家以及各大仲裁机构普遍重视仲裁临时措施的制度构建以及执行问题。中国在仲裁临时措施的方面目前较落后于国际水平，在临时措施的种类、发布以及执行等方面尚有不足。笔者拟通过对我国商事仲裁临时措施制度进行梳理，分析其存在的问题，并就我国在此领域的最新发展为基础和方向，从而完善我国商事仲裁临时措施制度。

2. 商事仲裁临时措施制度的概述

由于《纽约公约》等国际组织文件并未对临时措施作出直接界定，它是随着国际实践而逐渐发展起来的，因此各个国家的临时措施制度、概念甚至称谓都有较大差异。一方面，各国对“临时措施”的叫法各有不同，例如除了较为常见的“临时措施”的叫法以外，英国称其为“玛瑞瓦禁令”，此外也有“中间措施”、“临时裁决”等称谓，而我国内地对其称为“保全”。另一方面，各国对临时措施的概念界定也有差异。例如在2006年《贸易法委员会国际商事仲裁示范法》中对其通过列举和定义的方式进行了界定，临时措施是以某种形式发布的一种短期的措施，发生在仲裁庭对争议最终裁定前，内容为要求当事一方采取某种行为¹；并列出了四种临时措施的形式，包括维持现有或恢复原状、行为保全、保全资产和保全证据四种措施。也有学者认为，临时措施是出于保障程序的进行或者最终裁决的执行，通过当事人请求由有关主体发布的一种临时性的紧急措施[1]。但事实上，国际社会对仲裁临时措施的定义在其总体目的、本质等方面基本是相同的，临时措施的目的主要是为了保障最终裁定能够得到执行。综上所述，笔者认为，临时措施是指在仲裁程序中或在仲裁程序开始前，根据当事人请求，由有权主体(通常为法院或者仲裁庭)发布的临时性的紧急措施，其目的是为了使得将来的最终裁判能够得到执行或保障仲裁程序的顺利进行。

临时措施对于商事仲裁的进行和裁决的最终执行具有重大意义。这体现在一方面，以针对财产为对象的临时措施为例，通过冻结、查封等临时性保全手段，在仲裁裁决未得到充分执行时，可以减轻胜诉方损失；同时也可以以此产生一定威慑效果，加速仲裁程序的进行和完成；另一方面，以证据保全为例，

¹ 《贸易法委员会国际商事仲裁示范法》第17条(2)：“临时措施是以裁决书为形式的或另一种形式的任何短……或(d)保全对解决争议可能具有相关性和重要性的证据”。

其可以防止被申请人在仲裁程序中毁灭、篡改证据，从而同样起到了保障仲裁程序进行的作用。

由于本文意在对中国商事仲裁临时措施制度的完善提出建议，因此需对我国仲裁临时措施制度进行梳理和分析，从而发现其存在的问题。

中国内地将临时措施一般称为“保全”，内地的保全规定主要体现在《仲裁法》《民事诉讼法》《海事诉讼特别程序法》(以下简称《海诉法》)中。我国在临时措施方面的规定较为单薄和欠缺，在许多程序细节上依赖于诉讼法的规定进行，制度的模糊性使得仲裁临时措施在实践当中的适用也受到一定阻碍。

我国商事仲裁势必且已经在国际化的进程当中了，如需真正与国际商事仲裁水平对接，则就临时措施方面我国商事仲裁尚有诸多问题有待改善。

3. 我国商事仲裁临时措施制度存在的问题

(一) 临时措施种类难以满足当今国际仲裁需求

我国商事仲裁临时措施种类有所欠缺，难以与国际仲裁水平接轨。

第一，我国商事仲裁临时措施种类缺少行为保全。尽管《仲裁法修改征求意见稿》中规定了临时措施的种类包括行为保全、财产保全和证据保全，在之前《民事诉讼法》于2012年修改并纳入了行为保全，但是现行《仲裁法》中均未对行为保全作出规定。行为保全是指当事人申请有权机关作出的责令被申请人作出一定行为或者禁止作出一定行为，这一保全类型在知识产权案件中尤其重要，因为行为保全制度标志着知识产权保护的强化^[2]。而由于行为保全作为《示范法》所明确的四项临时措施种类之一，因此许多国家都将其纳入法律体系，未能明确这一类型的我国，就很有可能面临没有相应依据来执行域外仲裁机构所作出的行为保全裁定，这会使得仲裁当事人遭受极大的损失，也使得我国商事仲裁缺乏相应的竞争力。第二，除了行为保全之外，其他国家还有相当多种类的临时措施，尽管我国自然不应当一股脑将一切种类临时措施都纳入，但我国仍需考虑补充一些主流且有利于我国发展的临时措施种类，顺应国际商事仲裁局势的变化。

(二) 临时措施的发布制度有待完善

1、临时措施的发布权主体单一

根据《仲裁法》和《民事诉讼法》，我国仅法院有权发布仲裁临时措施，当事人向仲裁庭提出申请的，仲裁庭无权做出临时措施裁定，仅能依法将申请转交给法院，即仲裁庭在临时措施制度环节中仅是一个转交申请而没有决定权的角色。然而，在其他国家或组织的法律文件中，通常都赋予了仲裁庭以发布临时措施的权力，采用“双轨制”发布权模式，有些“仲裁友好”国家立法甚至采用了仲裁临时措施决定以仲裁庭决定为主，法院支持为辅的模式。有学者认为，仲裁庭在判断当事人是否出于恶意例如拖延程序等目的而申请临时措施上更为准确^[3]，因此笔者认为，仲裁庭仅充当转交申请地位的“单轨制”模式下，难以发挥仲裁优势，满足当事人需求。总而言之，我国目前的“单轨制”发布权模式已稍显落后于国际仲裁发展水平，这是我国仲裁临时措施有待完善的问题之一。

2、发布临时措施的审查标准不明确

我国商事仲裁临时措施发布条件，即审查标准目前尚待完善。

这体现在依据现行法来看，我国对临时措施审查的标准并不明确。通常域外立法来说，对于临时措施的审查、发布都有详细且独特的判断标准或者原则。例如《示范法》中给予了两项标准，一是以申请人所提交的证据为依据，认为其可能胜诉，二是不发布临时措施比发布临时措施所造成的当事人的损害更大²，甚至在我国知识产权领域对于行为保全制度也存在过“胜诉可能性”、“请求保护的知识产权效力是否稳定”等标准，这些判断标准划定了仲裁庭自由裁量权的范围，也给予当事人一定的心理预期水

² 《贸易法委员会国际商事仲裁示范法》第17A条(1)。

平，是临时措施所必不可少的一项制度。而我国仅在《民事诉讼法》中提到情况紧急、不立即申请将使损害难以弥补等字眼³，这仅是对临时措施的定义，而非临时措施的审查标准；此外实践当中，我国通常以提供担保“代替”审查标准，即由于审查标准几乎不存在，当事人基本只需提供一定担保就很有可能使申请通过，尽管临时措施是出于对申请人权益的保护目的，但审查标准的不明确或者宽松很有可能造成申请人滥用其权利的情形，损害被申请人合法权益。因此可以得出，我国目前的商事仲裁临时措施发布条件尚待完善。

（三）境外临时措施在中国可执行性较低

内地与中国香港、中国澳门间的《保全安排》分别于2019年、2022年生效，《保全安排》使得符合要求的仲裁地为香港或澳门的仲裁案件可以依安排向内地法院申请临时措施，一定程度上改变了内地之外区域临时措施的可执行性。但是在此之前，由于内地未与其他区域就临时措施的执行达成有关的司法互助协议或互惠协议，因此在海事仲裁领域外，几乎没有域外临时措施能够在中国得到执行，也几乎没有域外仲裁案件向中国申请临时措施并成功的案例。

临时措施的域外执行一直以来都是国际商事仲裁的一项争议性话题。第一，《纽约公约》未对临时措施作出规定。尽管在第三条规定了裁决的执行，但其中对“裁决”这一名词并未明确其是否包括临时措施裁决^[4]，国际通常也认为其仅指最终裁决而不包括临时措施裁定，也有部分国家通过将这一裁决界定为包括临时措施，从而使得域外临时措施在其他国家得到承认和执行。尽管这种做法对我国而言可能过于激进，但显然我国也需要在一定程度上开案对域外仲裁临时措施的承认和执行途径，避免目前向我国寻求临时措施救济几乎不存在任何途径这一情形。

尽管将临时措施的承认和执行控制在我国法院权力内可能会使得在内地仲裁比起其他域外仲裁更有优势，因为内地仲裁具有保全内地财产的法律依据，但是长远来看，内地仲裁规则会落后于国际水平，也会阻碍内地与域外的经济交往进程，进一步阻碍内地的国际贸易发展。

4. 我国商事仲裁临时措施制度的完善建议

（一）补充我国仲裁临时措施种类

笔者认为我国应当从如下几个方面考虑来完善我国仲裁临时措施。

第一，纳入行为保全已经是必然之势。我国在未来的《仲裁法》中很有可能会实现这点，这对知识产权类仲裁案件具有重大意义。第二，《仲裁法修改征求意见稿》当中同时纳入了“仲裁庭认为有必要的其他临时措施”，笔者认为对于这点还需斟酌。一方面，仅增加行为保全就对接国际而言，也许确实并不充分，我国香港另有规定强制令，其他国家也有更多其他临时措施种类，甚至不设限制，部分临时措施可能对争议的解决具有重大意义。

因此，笔者认为，我国在未来的《仲裁法》修改中，第一，应当纳入行为保全；第二，应当有限制地继而拓宽种类，可以通过参考其他国际做法，有选择地纳入少量国际主流临时措施种类，或者也可如《征求意见稿》中设置兜底条款，但必须限制临时措施的种类，例如将对象限于财产、行为、证据的措施。

（二）完善我国仲裁临时措施发布制度

1、完善发布主体制度，采用“双轨制”发布权模式

尽管各个国家在临时措施法发布权力分配上有所不同，但“双轨制”已是国际主流发布权模式。我国《仲裁法修改征求意见稿》中赋予了仲裁庭在当事人提起仲裁后决定临时措施的权力，并对紧急仲裁员根据执行地法作出临时措施决定的权力也进行了明确，可以看出我国已呈现向“双轨制”发布权模式靠近的趋势。

³ 《民事诉讼法》第104条。

2、完善发布审查标准

国际社会对仲裁临时措施的审查标准多有规定，在《示范法》后更是有更多国家效之。由于国际经济交往涉及财产数量往往巨大，同时临时措施事关被申请人的重要权益，对仲裁程序甚至仲裁结果也有直接或间接的影响，因此我国临时措施申请的审查标准亟待完善。

(三) 以双边或多边条约的形式探索与域外的临时措施衔接制度

国际社会已有部分国家通过判例或者立法的形式确立了对域外临时措施的可执行性；此外，我国内地与我国香港、澳门间的《保全安排》也体现了我国已开始注意法域外临时措施的可执行问题；并且，我国《仲裁法修改征求意见稿》中规定了对于在域外执行临时措施的，当事人可以根据执行地法院法向域外法院申请执行，这是一项单向的域外临时措施执行规则，也反映了一定程度上的进步发展性。根据以上实践，笔者认为我国应当积极探索与域外的临时措施衔接制度。

第一，我国应当考虑对域外法院和仲裁庭作出的临时措施决定在一定情形下予以承认和执行，填补这方面的法律空白。第二，在对域外临时措施进行承认和执行时，可以参考《纽约公约》中有关承认和执行域外仲裁裁决的规定来制定在临时措施方面的承认与拒绝的标准^[5]。有学者认为临时措施在我国的执行应当遵循形式审的原则^[6]，我国可以适当参考这一做法。第三，由于承认临时措施裁决涉及当事人权益重大，更事关国家主权问题，因此笔者认为可以通过签订双边或多边条约的形式来构建这一衔接机制，并将承认与执行的国家或地区圈定在可控范围之内，达到互利共赢的结果。

5. 结语

国际商事仲裁已成为如今国际商事争议解决的一个主要途径，一个国家的商事仲裁制度发展水平也体现了一个国家制度的完备水平。临时措施作为商事仲裁其中的一个重要组成部分，各个国家都通过立法、判例等各种途径来完善临时措施制度，而我国也应当紧随国际社会发展进程，及时更新我国临时措施制度，来提高我国的商事仲裁发展水平。

我国就商事仲裁临时措施制度的规定较为欠缺，存在措施种类较少、发布制度较落后于国际水平、域外临时措施可执行性低的问题。通过对《示范法》、英国 1996 年《仲裁法》、我国香港仲裁法等国际立法和实践进行梳理，看到国际商事仲裁临时措施制度的趋势所在；同时对我国的最新发展成果进行研究，分析我国的制度趋势，从而提出对我国仲裁临时措施制度的完善建议，包括补充我国仲裁临时措施种类、完善我国仲裁临时措施发布制度、以双边或多边条约的形式探索与域外的临时措施衔接制度等途径，提高我国商事仲裁方面的竞争力，最终促进我国总体水平的发展。

我国仲裁法一直存在较多依赖诉讼法的问题，在此次《仲裁法修改征求意见稿》当中，也应当看到商事仲裁如今的国际地位，重视我国商事仲裁水平的发展，在我国国情基础上借鉴国际社会做法，提高仲裁在我国中的地位；同时也注意司法机关的审查尺度，平衡好诉讼和仲裁的地位。

参考文献

- [1] 任明艳. 国际商事仲裁中临时性保全措施研究[M]. 上海: 上海交通大学出版社, 2010: 16.
- [2] 陈明涛, 郭洁. 知识产权行为保全是否会继续沦为“花瓶”制度? [J]. 中国律师, 2019(2): 3.
- [3] Mistelis, L.A. (2003) Comparative International Commercial Arbitration. Kluwer Law International Press, Hague, 2003.
- [4] 孙一丹. 内地与香港间仲裁临时措施的司法协助研究[D]: [硕士学位论文]. 苏州: 苏州大学, 2020.
- [5] 牛晨旭. 国际商事仲裁临时措施的发布与域外执行法律问题研究[D]: [硕士学位论文]. 沈阳: 沈阳师范大学, 2023.
- [6] 李彦龙. 论境外仲裁临时措施在中国承认与执行的法律困境与完善方向[J]. 上海法学研究, 2019(17): 76.