

淺談中國涉外仲裁保全制度

何志遠*

一、概論

仲裁是解決民事糾紛、商事糾紛的一種有效方法。20 世紀 20 年代，為了適應國際商事仲裁實踐的需要，緩和各國仲裁立法的衝突，國際社會開始了統一各國仲裁法的國際仲裁立法工作¹。目前，世界各國和國際社會日趨重視仲裁在解決各種社會糾紛和協調社會經濟關係方面所發揮的重要作用。

在中國方面，現代意義上的仲裁制度是按國內仲裁制度和涉外仲裁制度兩種情況分別建立的。涉外仲裁由中國最大的非政府商會即中國國際貿易促進會（中國國際商會）組建，中國國際貿易促進會分別於 1956 年和 1959 年設立了中國國際經濟貿易仲裁委員會（其前身為對外貿易仲裁委員會）和中國海事仲裁委員會，這兩個涉外仲裁機構按國際慣例設立和運行，取得了長足的發展。

中國的涉外商事仲裁事宜主要是受到《中華人民共和國仲裁法》²（以下簡稱為《仲裁法》）及中國國際經濟貿易仲裁委員會和中國海事仲裁委員會所制定的仲裁規則規範。《仲裁法》由八章八十個條文組成，全文約一萬字³，明確規定了仲裁的基本原則、仲裁

* 保安司司長辦公室技術顧問，澳門大學葡文法律碩士研究生。

1 1923 年國際聯盟主持在日內瓦簽訂了關於承認仲裁條款的《仲裁條款議定書》；1927 年締結了第一個關於執行外國仲裁裁決的公約；1958 年在聯合國主持下，於紐約訂立了《承認及執行外國仲裁裁決公約》，中國於 1987 年 4 月加入該公約。此外，為指導各國的仲裁立法，1985 年 6 月 21 日，聯合國通過了《國際商事仲裁示範法》。

2 於 1994 年 8 月 31 日第八屆全國人民代表大會常務委員會第 9 次會議通過，1995 年 9 月 1 日起施行。

3 《仲裁法》是中國仲裁的基本法。

機構、仲裁協議、仲裁程序、仲裁監督等一系列重要問題；中國《仲裁法》的基本原則為下列幾項：

1、當事人進行原則。尊重當事人意願的原則，是仲裁制度的基礎。這一原則主要內容包括：a) 當事人自願協商決定是否將糾紛提交仲裁及提交哪一個仲裁委員會仲裁；b) 仲裁庭的組成方式和仲裁員由當事人直接或間接選定；c) 當事人可以在仲裁中自願和解及調解；d) 當事人可以協議在裁決書中不寫明爭議事實和裁決理由。此外，在《仲裁法》關於仲裁程序的規定中，尊重當事人意願的原則亦得以體現。

2、公平合理原則。《仲裁法》在第 7 條中對此作了明確規定。此外，《仲裁法》中關於證據的提供、收集、對專門問題的鑒定、證據的質證、證據保全、當事人辯論、當事人陳述最後意見等方面的規定，都是上述原則的具體體現。

3、獨立仲裁原則。《仲裁法》第 8 條明確規定仲裁依法獨立進行，不受行政機關、社會團體和個人的干涉。為了保證該原則得以落實，《仲裁法》第 14 條中進一步規定：“仲裁委員會獨立於行政機關，與行政機關沒有隸屬關係，仲裁委員會之間也沒有隸屬關係。”

4、一裁終局的原則。仲裁實行一裁終局的原則，是世界各國仲裁實踐中的普遍做法和仲裁立法中的普遍規定。《仲裁法》第 9 條規定：“仲裁實行一裁終局的制度。裁決作出後，當事人就同一糾紛再申請仲裁或者向人民法院起訴的，仲裁委員會或者人民法院不予受理。”為此，《仲裁法》第 57 條和第 62 條進一步明確：裁決書自作出之日起發生法律效力。當事人應當履行裁決。一方當事人不履行的，另一方當事人可以依照民事訴訟法的有關規定向人民法院申請執行。受申請的人民法院應當執行。

在國際商事仲裁制度中，為了確保仲裁裁決的執行和避免不利影響、損失或損害，在最後裁決作出之前，法院或國際商事仲裁機構應仲裁案件當事人申請，就有關當事人的財產作出臨時性強制保全措施。因此，保全措施是當事人在涉外仲裁過程中經常求助的一種確保裁決得以執行以及保全有關案件重要證據的主要手段。若保

全措施的設置不當和不便，將會直接對被申請人造成巨大損失和不公平，而且亦會影響人們對國際仲裁的信心。

本文從比較法角度，對外國的涉外仲裁保全制度的立法經驗及有關發展趨勢進行研究，以期對中國這方面的制度的立法與司法實踐有所裨益。

二、外國涉外仲裁保全制度的主要特點

（一）仲裁保全措施的概念和性質

保全措施在國外有各種不同的稱法，一般有 Interim Measures（中間措施）；Conservatory Measures、Mareva Injunction（Freezing Order）、Medidas provisórias ou conservatórias（保全措施）；Interlocutory Injunctions（臨時禁令）；Provisional Remedies 或 Provisional Relief（臨時救濟）等等。

中國的仲裁保全分為財產保全和證據保全：仲裁財產保全是指出裁庭作出最後裁決之前，為了防止當事人隱匿、轉移、變賣財產，或保存爭議標的物的價值，保證將來產生法律效力的仲裁裁決得以完全執行，而對有關當事人的財產所採取的一種臨時強制措施；仲裁證據保全則指在仲裁庭的仲裁審理程序終結前，對於那些可能滅失或以後難以取得的證據所採取的一種臨時強制措施。然而，保全措施在國際上缺乏法定定義，有的學者認為，基本上在仲裁沒有作出最後裁決之前，一切所作的都可以視為中間措施，例如，法院向與仲裁有關的第三人發出作證令狀、責令當事人繼續履行發生爭議的合同、指定糾紛財產的管理人、發佈將某些資訊實行保密的措施以及其他臨時強制措施等都屬於臨時保全措施。

（二）命令採取保全措施的權限

雖然各國基本上均認為，採取任何強制性行為的權力專屬於法院，但是，在命令採取保全措施的權限事宜上，世界各國的立法和司法實踐大致上有三種做法：

- 1、仲裁庭的專屬權限。若干國家認為仲裁協議具有排除法院

管轄權的效力，故命令採取保全措施的權限專屬於仲裁庭⁴。這一主張的根據主要有四點：(1) 仲裁具有排除法院管轄權的效力；(2) 國際商事仲裁的發展趨勢是擴大仲裁庭的權力；(3) 向法院申請財產保全意味？逃避、放棄仲裁協議項下的仲裁；(4) 有些國家的法律規定本國法院對在外國進行的仲裁不得發佈財產保全令。

美國法院在 1974 年對 McCreary 案的判決中就確立了這樣的觀點：按照《承認及執行外國仲裁裁決公約》的規定，凡是存在有效的仲裁協議，美國的法院就不得作出採取臨時措施的裁定；仲裁當事人向法院申請臨時措施，是試圖逃避約定的以仲裁解決爭議的方法。然而，這個判例已經受到美國學術界的批評。目前將這種權力排他性地賦予仲裁庭或仲裁機構的國家是極少數的。

2、法院的專屬權限。鑑於保全措施是一種強制性措施，故仲裁機構或仲裁庭均無權作出保全措施，此權力只能由法院行使。1994 年《意大利民事訴訟法典》第 818 條明確規定：仲裁庭不可以發佈扣押財產令或其他臨時措施。在一個實際的案件中，意大利的法官明確指出，除非有法律的明確規定，否則當事人以協議的形式干擾司法行為是不被允許的。在奧地利，根據其 1983 年《民事訴訟法典》第 588 條、第 589 條的規定，無論仲裁協議是否將作出保全措施的權力賦予仲裁庭，仲裁庭都無權裁定保全措施，而奧地利法院則有權對仲裁協議項下的事項作出臨時救濟措施。此外，1998

4 本人對該主張有所保留，理由如下：一．仲裁保全是一種強制性措施，作為民間性的仲裁機構或仲裁庭並未獲賦予公權力以採取強制措施；二．如果仲裁庭作出保全令後當事人不履行，則仍需求助於有關法院強制執行；如果求助的是非仲裁地國法院，則該國法院往往會以仲裁庭作出的財產保全令沒有約束力、不符合《承認及執行外國仲裁裁決公約》為由，拒絕承認和執行該項決定；三．在保全問題上法院的作用無疑是對仲裁的支持與協助，因而不能以弱化法院的監督與審查作用、仲裁排除法院管轄權、擴大仲裁庭在法院審查與監督中的相對權力為由，反對法院主管保全事宜；四．向法院申請保全並不意味？放棄仲裁協議項下仲裁的權利與義務，因為國際商事仲裁中法院的保全管轄權是一種有限的管轄權，即法院僅僅是發佈財產保全裁定，而不是審理實質爭議事項。英國法院在 1982 年以前以 Mareva 禁令從屬於實質性爭議事項為由主張，除非英國法院對實質爭議事項有管轄權，否則，英國法院不發佈 Mareva 禁令。所以，只要英國法院應允申請人的財產保全申請，就說明英國法院對該案實質爭議事項有管轄權。但 1982 年後英國已改變這一主張，符合了大多數國家的做法。

年 10 月 1 日之前的德國、希臘以及中國⁵等也持類似觀點。

3、法院和仲裁庭均有權發佈保全措施。這是一種普遍接受的原則⁶，仲裁庭和法院在一定條件下都有權發佈仲裁保全措施，這被稱為並存的權力（concurrent powers of the arbitrators and of the courts）。法院與仲裁庭的權力分工又有以下幾種模式：

（1）申請仲裁保全的一方可以直接選擇向法院或仲裁庭申請發佈保全決定，此種方式即聯合國仲裁示範法中的自由選擇模式，該法第 9 條規定：“在仲裁程序進行前或進行期間內，當事人一方請求法院採取臨時保護措施和法院准予採取這種措施，均與仲裁協議不相抵觸。”第 17 條又規定：“除非當事方另有協議，仲裁庭經當事一方請求，可以命令當事任何一方就爭議的標的採取仲裁庭可能認為有必要的任何臨時性保全措施。仲裁庭可以要求當事任何一方提供有關此種措施的適當擔保。”採用此基本模式的國家或地區有德國、香港、澳大利亞、澳門、新西蘭等國。

（2）當雙方當事人沒有約定的情況下，則由法院來行使作出財產保全的權利，即只有在仲裁當事人有明確約定的情況下，仲裁員才有權發佈臨時保全措施。例如根據瑞典舊的仲裁法（1999 年 4 月 1 日新仲裁法生效前），只有當事人有明確約定的情況下，仲裁員才有權作出臨時救濟措施而且該措施的執行不得針對瑞典當事人一方或針對位於瑞典的財產。

5 在中國，有關措施不是直接向法院提請，而是向仲裁委員會提出申請，再由委員會提交有權限的法院。不過須強調的是，仲裁委員會只會將請求傳送，而不會就是否准予採取上述措施發表任何意見。

6 若該權力被排他性地授予法院，這是不符合世界仲裁儘可能減少法院干預的發展趨勢；由仲裁庭作出仲裁臨時保全措施，因仲裁庭更熟悉案情，可能會更快、更公平地作出裁定而且更容易在審理中及時發現裁定錯誤並直接作出糾正；另一方面，如果該權力專屬於仲裁庭或仲裁機構，那麼在仲裁庭組成前或者仲裁機構受理當事人的仲裁案件前以及保全措施應針對不受仲裁協議約束的第三人發出時，當事人實際上就無法通過仲裁庭實現其尋求仲裁保全救濟的權利。

7 十一月二十三日第 55/98/M 號法令《涉外商事仲裁法》第 9 條規定：“在仲裁程序開始之前或之後向法院請求採取臨時措施或保全措施，以及由法院准予採取該等措施，均與仲裁協議無抵觸。”而第 17 條規定：“仲裁庭得應一方當事人之請求，命令任一方當事人就爭議標的採取仲裁庭認為有必要之臨時措施或保全措施；但當事人另有協議者，不在此限。仲裁庭得要求任一方當事人提供與該等措施有關之適當擔保。”

(3) 法院作出仲裁保全措施的權力受到法定條件的限制，即法院只有在符合法律規定的條件時才有權作出決定，否則此權力只能由仲裁庭行使。以英國 1996 年仲裁法為例，該法第 44 條規定：除非當事人另有約定，法院有權就財產保全發出命令；如果案情緊急，法院可以在一方當事人的申請下或者可能成為仲裁申請人的一方申請下，在必要時，採取財產保全（第 3 款）；但若案情並不緊急，法院只有經一方當事人的申請（經通知對方當事人和仲裁庭）並得到仲裁庭的准許，或其他當事人的同意，方可採取保全措施；且在任何情況下，如果當事人已經授權予仲裁庭、或者其他仲裁機構或者其他機構或者個人此項權力，則法院無權或不能行使此項權利；即使法院作出了保全的命令，該命令也將全部或部分失效。又如國際投資爭議解決中心的仲裁規則規定，法院作出臨時性措施須以當事人有明確約定為條件。

（三）國際仲裁中臨時保全措施的執行

法院執行仲裁庭作出的保全措施的方式和條件均應由各國訴訟法或仲裁法規定，可是，在一般情況下，各國的法律僅規定了法院協助執行仲裁裁決的義務和條件，即使《聯合國國際商事仲裁示範法》也未對執行仲裁庭頒佈的仲裁臨時保全措施問題作出規定。這就給執行仲裁庭頒佈的仲裁保全措施無論在理論上還是在實踐中都帶來了不明朗因素和爭議。因此，如果法律僅賦予仲裁庭作出仲裁保全措施的權力，而未對法院執行仲裁庭頒佈的仲裁保全措施作出規定的話，仲裁庭頒佈仲裁保全措施的權力就可能形同虛設。

在德國新的仲裁法（1998 年 1 月生效）生效前，德國學者一直為仲裁庭作出的臨時措施是否可以同仲裁裁決一樣得到法院執行的問題而發生爭論。針對這一問題，德國新的仲裁法不僅與聯合國仲裁示範法第 17 條一致，承認仲裁庭有權宣佈臨時措施，而且還超出了示範法的範圍，在第 1062 章第 1 條第 3 款明確規定當事人有權向法院申請強制執行仲裁庭宣佈的臨時措施；更在第 2 條中明確賦予了法院執行仲裁地在外國的仲裁庭發佈的仲裁保全措施的權力。

三、中國涉外仲裁的保全制度的現存問題

《中華人民共和國民事訴訟法》(以下簡稱為《民事訴訟法》)和 1995 年生效的《仲裁法》是中國處理涉外仲裁保全問題的主要法律依據。在實際操作層面上,該兩條法律已不能配合世界仲裁保全制度的發展趨勢,故有修訂的必要,主要體現在以下方面:

(一) 申請保全的時間及相關問題

在財產保全方面,世界大多數國家的仲裁立法都規定了仲裁前財產保全⁸。從財產保全的目的來看,仲裁前財產保全實有存在的必要,因為自提起仲裁到仲裁庭組成直至仲裁庭作出決定為止,要經過較長的一段時間,而這段時間無疑會給被申請人規避財產保全提供可乘之機。因此,財產保全應不僅局限於仲裁開始後至最終裁決作出前這段時間。

按照《民事訴訟法》第 4 編“涉外民事訴訟程序的特別規定”的第 258 條規定:“當事人申請採取財產保全的,中華人民共和國的涉外仲裁機構應當將當事人的申請,提交被申請人住所地或者財產所在地的中級人民法院裁定”。關於涉外仲裁中的證據保全,《仲裁法》第 68 條規定:“涉外仲裁的當事人申請證據保全的,涉外仲裁委員會應當將當事人的申請提交證據所在地的中級人民法院”。可見中國相關法律並未對仲裁前財產保全和證據保全作出規範,亦未作出限制。因此,如果仲裁委員會在受理申請人的仲裁申請前就將申請人提出的保全申請轉交法院似乎缺乏依據。

《民事訴訟法》並無仲裁前財產保全的有關規定,僅有訴前財產保全的規定¹⁰。中國理論界所爭議的問題是,《民事訴訟法》中有關在起訴前批准保全措施的規定(第 93 條)是否適用於涉外商事仲裁。有學者認為可類推適用,但也有學者認為不可適用,因此當

8 指當事人在進行仲裁前有理由恐防他人對其權利造成嚴重且難以彌補之侵害,得向有權機關(法院或仲裁機構)聲請採取具體適當之保存或預行措施,以確保受威脅之權利得以實現。

9 中國《仲裁法》第 28 條只規範國內仲裁財產保全的問題,關於涉外仲裁財產保全,中國《仲裁法》則未有提及。

10 《民事訴訟法》第 93 條明確規定了當事人訴前申請財產保全的權利,但該法對訴前證據保全卻未有任何提及。

爭議可提交仲裁時，法院不可在起訴前准予保全措施，但是在實踐中有人將二者混同，在立法或司法解釋中應將二者區分開來，否則易產生相關法條的衝突。如《民事訴訟法》第 252 條規定：“ 人民法院裁定准許訴前財產保全後，申請人應當在 30 日內提起訴訟。逾期不起訴的，人民法院應當解除財產保全。” 如果將該法條中的“ 訴前財產保全” 等同為“ 仲裁前財產保全”，則將推導出涉外商事仲裁當事人一旦被准許仲裁前財產保全申請的，該當事人就必須于 30 日內提起訴訟，而放棄仲裁，否則人民法院會解除財產保全措施；另一方面，《民事訴訟法》第 257 條和《仲裁法》第 5 條均明確規定，當事人在合同中訂有仲裁條款或者事後達成書面仲裁協定的，不得向人民法院起訴，這樣，《民事訴訟法》第 252 條與第 257 條直接產生衝突，因為該條規定“ 涉外經貿、運輸、海事中發生的糾紛，當事人在合同中訂有仲裁條款的或事後達成書面仲裁協定的，當事人不得向人民法院起訴”，《仲裁法》第 5 條也有相同規定。

由此得知，現行做法很難滿足當事人在仲裁機構受理案件前“ 因情況緊急，不立即申請財產保全申請，將會使其合法權益受到難以彌補的損害” 情況的需要，因此，在修訂仲裁法時應明確規定，無論是國內仲裁還是涉外仲裁，當事人均可以在提起仲裁前直接向有關法院申請保全措施。

另一方面，值得強調的是，在中國海事仲裁領域方面，已設立了仲裁前保全制度，1999 年 12 月 25 日通過了《中華人民共和國海事訴訟特別程序法》，並已於 2000 年 7 月 1 日起開始實施。根據該法第 13 條、第 14 條以及第 28 條的規定，當事人在起訴前申請海事請求保全，應當向被保全的財產所在地海事法院提出；海事請求保全不受當事人之間關於該海事請求的訴訟管轄協定或者仲裁協定的約束；海事請求保全扣押船舶的期限為三十日，海事請求人在三十日內提起訴訟或者申請仲裁以及在訴訟或者仲裁過程中申請扣押船舶的，扣押船舶不受前款規定期限的限制。關於仲裁前海事證據保全，根據該法第 63 條、第 64 條的規定，當事人在起訴前申請海事證據保全，應當向被保全的證據所在地海事法院提出，且海

事證據保全不受當事人之間仲裁協議的約束；第 72 條規定海事證據保全後，有關海事糾紛未進入訴訟或者仲裁程序的，當事人就該海事請求，可以向採取證據保全的海事法院或者其他有管轄權的海事法院提起訴訟，但當事人之間訂有訴訟管轄協定或者仲裁協定的除外。按照上述法律規定，受仲裁協議約束的當事人有權在進行仲裁程序前向有管轄權的法院提出海事保全申請，而且此申請不會影響此後仲裁協議的有效性。

（二）保全措施權限專屬於法院所衍生的問題

根據中國現行法律規定，仲裁財產及證據保全的申請必須經仲裁委員會轉交、提請中國法院作出裁定，因此，仲裁庭本身無作出保全措施的權力。該制度具有以下明顯缺陷：1、仲裁機構沒有審查保全措施的權力，除了增加不必要的環節外，而且尚耽誤了當事人直接向法院提出仲裁前的保全申請；2、仲裁庭沒有作出仲裁保全措施的權力，實際上剝奪了當事人自由選擇由仲裁庭作出保全裁定的權利，與國際商事仲裁的發展趨勢相違背；3、目前在國際上正謀求國家之間相互承認和執行仲裁庭作出的（無論在國內或國外）保全措施以及法院對外國仲裁協助頒佈的臨時保全措施，越來越多的國家將會在國內法或者以參加國際公約的形式對承認和執行仲裁地在外國的仲裁庭作出的保全措施，以及法院協助仲裁地在外國的仲裁庭作出保全措施的問題作出確認。如果中國不允許仲裁庭作出保全措施，也就使選擇在中國涉外仲裁機構仲裁的當事人無法實際享受到本可以獲得的國際間在此問題上提供的協助和便利。因此，中國仲裁法應該允許涉外仲裁中的當事人既可以向仲裁庭申請頒佈保全措施，也可以直接向有關法院申請保全措施。

（三）關於財產保全之標的物

《民事訴訟法》把財產保全的對象限於“與本案相關的財產”，這種不明確限定極容易引起爭議。從理論上看，申請保全的目的是為了保障裁決的執行，因此凡是能夠成為執行標的屬於被申請人的任何財產都可以成為財產保全的物件，而不管財物的具體形式，因此，財產保全的對象無論在訴訟或仲裁中都應該明確規定為“凡是能夠成為執行標的的被申請人的一切財產，都可以成為財產

保全的對象”。

四、結論

綜上所述，為確保涉外仲裁保全制度除能夠便利執行及減少或避免不利影響、損失或損害，有必要加強國際交流與合作，透過借助外國的成功立法經驗，從而克服仲裁保全制度操作過程中所遇到的困難，並致力於消除制度中現有的障礙和不便因素。

據了解，聯合國國際貿易法委員會工作組現正修訂及補充原仲裁示範法中有關保全措施的規定，他的出台肯定促進世界各國仲裁保全制度的變革和完善，而且對規範各國仲裁保全制度起示範作用，尤其在構築及完善中國涉外仲裁保全制度方面擔當重要的角色。

參考文獻

1. 郭玉軍：《國際貸款中的判決前扣押財產》，載《法學評論》，1994年第3期。
2. 笄愷：《論國際商事仲裁中的財產保全》，載《法學評論》，1995年第4期。
3. 沈達明：《仲裁庭和保全程序》，載《仲裁與法律通訊》，1995年第2期。
4. 韓健：《仲裁協議中關於仲裁機構的約定》，載《仲裁與法律通訊》，1997年第2期。
5. 李玉泉主編《國際民事訴訟與國際商事仲裁》，武漢大學出版社，1994年4月第一版。
6. 華玉剛／張貴橋：《論我國涉外商事仲裁中財產保全的幾個法律問題》，1998年。
7. 解常晴：《國際仲裁中的臨時保全制度及其發展前景》，2002年。
8. 《法域縱橫》總第六期，法律翻譯辦公室，1999年。