



仲裁临时保全措施的决定权归属探析(上)

——以法院和仲裁庭决定权并存模式为前提

□赵丹

临时保全措施，指的是为了保障仲裁裁决的有效执行，仲裁机构或法院针对被申请一方的财产、证据或行为所采取的临时性救济措施。

关于仲裁临时保全措施决定权归属的研究，不在少数。尤其是在 2006 年国际商事仲裁《示范法》（以下简称《示范法》）对临时保全措施制度进行了全面修订后，国内外更是兴起了研究临时保全措施决定权的热潮。一些国家和地区纷纷根据《示范法》中的相关规定对本国的仲裁临时保全措施立法和制度设置进行了修改完善，同时我国的法院独享决定权模式也受到了学界越来越多的关注。

目前，学界公认我国关于仲裁临时措施的法制规范存在严重的缺陷，改变法院独享模式，采纳法院和仲裁庭并存决定权的模式已经成为了共识，相关研究和论证十分充分。但是，在此并存模式之下，法院和仲裁庭的决定权孰为优先、还是归于当事人选择的具体分配路径研究不足，也缺乏对于配套制度设置的充分探讨。本文旨在以法院和仲裁庭决定权并存的模式为前提，梳理当前法院独享模式的立法与制度问题，总结域内探索和域外经验，以此为基础，在相关考量因素的指导下具体探索选择何种路径并辅以何种具体配套制度安排，以期为我国仲裁保全措施决定权重构提供有益的思路。

仲裁临时保全措施决定权归属问题辨析

仲裁临时保全措施决定权归属发展现状

立法上：法院独享决定权

域内探索：仍有限制

如前所述，我国的仲裁临时保全措施制度中广受诟病的就是临时保全措施的决定权只归于人民法院的做法。根据《仲裁法》第 28 条的规定，仲裁申请人在仲裁程序中，如果需要申请临时保全措施时，只能通过仲裁机构交由人民法院审查决定。尽管 2012 年的新民事诉讼法修订，弥补了过去没有规定仲裁前临时保全措施的缺陷，但是仍未赋予仲裁庭对于临时保全措施的决定权。

法院独享决定权的模式，弊端明显。首先，就决定权的权源而言，仲裁庭的权力来自于当事人仲裁协议的授予。当事人以仲裁协议的形式授予仲裁庭以解决双方争议的权力，那么为确保仲裁裁决得以执行的这种程序事项决定权自然也应当赋予仲裁庭。当然，这并不否认法院也应享有决定权，其权

力来自法律授予。但是排除了仲裁庭的法院独享模式，显然被认为在一定程度上违背了仲裁协议的授权；其次，就仲裁本身的价值取向而言，仲裁程序追求的是独立、效率、经济以及所解决商事纠纷的保密性。仲裁庭本应有权决定的程序事项被交到法院，由法院审查决定，一方面法院重新了解相关争议审核是否需要采取保全措施的过程降低了效率，且审查和决定结果直接影响到仲裁庭的独立自主；另一方面，法院的参与，也使得为了保密性而选择仲裁解决争议的当事人，不得不接受保密性受到一定突破的事实；最后，就仲裁发展的国际形势而言，仲裁庭没有临时保全措施决定权，在一定程度上违背当事人的意思自治，同时也是违背了《示范法》引领下的法院和仲裁庭并存权力的国际潮流。

目前仲裁的现行法律规范主要是《仲裁法》、《民事诉讼法》以及《海事诉讼特别程序法》及其相关的司法解释。关于仲裁临时保全措施的规定中，这些法律、司法解释仍然限定为只有法院有权决定是否采取临时措施。

2014 年上海国际仲裁中心颁布《中国（上海）自由贸易试验区仲裁规则》（以下简称《自贸区仲裁规则》）。作为中国首部自贸区的仲裁规则，该规则在临时保全措施等诸多方面，都做出了有益探索。其将“临时措施”单列一章进行详细规定，除增加仲裁前保全措施和紧急仲裁庭制度外，在第 20 条中明确仲裁委可将申请人提交的临时措施申请书提交仲裁庭做出决定，从而突破了法院独自享有决定权的限制。随后，上海二中院颁布《上海市第二中级人民法院关于对适用〈中国（上海）自由贸易试验区仲裁规则〉仲裁案件司法审查工作的若干意见》，对于该做法给予了认可和司法支

持。不过，尽管该规则授予了仲裁庭对保全措施的决定权，但该授予并不彻底，而是把该决定权限定在临时措施执行地所在国家 / 地区的有关法律的范围之内。可以这样认为，仲裁庭是否有权做出临时性保全措施的裁定，归根结底取决于仲裁协议的法律适用。

此外，中国国际经济贸易仲裁委员会 2015 年实施的 CIETAC 仲裁规则修订版第 23 条以及海事仲裁委员会 2015 年修订版的仲裁规则中，也有类似规定，授予仲裁庭决定临时措施的权力。但同样都有一前提，即依据所适用的法律或者当事人约定。这样一来，如果适用的是我国法律，从《民事诉讼法》、《仲裁法》规定来看，仲裁庭无权作出临时措施的裁定。

当然，这些都是有益的探索，但在决定权归属分配方面，仍然有诸多限制，改变并不彻底，可以在借鉴相关经验的基础上进一步探讨具体的决定权分配方案。

实践中：产生了许多问题

实践操作离不开法律指导。正是因为立法上选取了法院独享决定权的模式，才使得立法指导下的仲裁实践中就临时保全措施方面产生了许多问题。

其一，临时保全措施的具体条件和审查标准较为笼统，实践中主要靠法院自由裁量。由于法院对案件的实体情况并不了解，因此通常都会要求当事人提供担保，尤其是在仲裁财产保全中。这种过度要求担保的做法，在一定程度上加重了确实有正当保全需求的申请人一方的负担，而且也增加了仲裁成本。缺乏明确规定的申请保全措施的条件，也影响到了保全措施的运用效果，降低了当事人运用仲裁保全程序的意愿。

其二，保全措施持续时间如何、变更和解除临时保全措施的具体规定不够明确。比如，“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”。一方面容易造成实践中保全措施持续时间过长，不能够及时解除保全，降低了仲裁的效率，另一方面也会影响到申请人和被申请人的财产利益，一旦发生保全错误，会直接扩大被申请人的财产损失，也使得申请人提供

的担保长期在法院留存，造成其损失。

其三，在国际商事仲裁中，我国的法院独享决定权模式不同于国外立法和国际仲裁规则，直接影响到各国当事人适用中国国际仲裁机构进行仲裁的意愿，一定程度上阻碍了我国的仲裁事业发展。不同于国际趋势的仲裁临时保全措施决定权之规定，也导致了实践中的仲裁裁决的域外承认与执行多有阻碍。

其四，实践中对于仲裁中错误保全的认定与救济不统一。如同诉讼财产保全致损纠纷的处理，法院在认定仲裁财产保全措施错误时是否需考虑申请人的主观过错，还是仅依据仲裁结果与请求有差距而认定保全错误？不同法院在实践中操作不同。不考虑主观过错的认定方法实际上不合理地加重了申请人的责任，阻碍了保全制度预设目的的实现。

综上，我国仲裁临时保全措施决定权立法采法院独享模式，立法上不符合国际仲裁发展趋势，实践中出现诸多适用问题，需要借鉴国内外相关经验进行改善，以减轻法院压力，充分发挥仲裁的功能。

域外经验：三种模型

临时保全措施的决定权之域外比较研究比较充分，大多数研究都是根据不同立法模式将其分为三种，包括法院独享决定权、仲裁庭独享决定权以及法院和仲裁庭并存权力。而并存模式下，又可以根据两者不同的主导等，区分为三种：当事人选择型、法院主导型和仲裁庭主导型。具体如下：

1.当事人选择型

这种立法模式允许仲裁当事人选择法院或者仲裁庭之一直接提起临时保全措施申请。接受当事人申请的一方对保全措施申请进行审查并做出决定。这种更为尊重当事人意思自治的方式也是《示范法》目前所采取的。根据示范法第 9 条、第 17 条的相关规定，包括仲裁前和仲裁进行中，当事人请求法院采取以及法院准予采取相关临时措施，都不与仲裁协议抵触。当事人也可以通过协议方式排除或限制仲裁庭的权力。德国、澳大利亚和新西兰等国都有类似规定。

2.法院主导型

原则上由法院审查和决定临时保全措施。除非当事人在仲裁协议中明确约定由仲裁庭决定保全或明确禁止法院决定临时措施。因此，在仲裁庭组成之前，法院是临时保全的唯一选择，且约定不明、涉及第三人等情况下，由仲裁庭决定就存在障碍。目前，这种模式较少见。

3.仲裁庭主导型

这种模式比较常见。即当事人应首先向仲裁庭寻求临时保全，只有在仲裁庭无权或无法有效进行临时保全救济时，才可向法院申请。典型可见于 2000 年的《美国统一仲裁法》第 8 条 (b) (2) 的表述，“仲裁程序当事人仅得于情况紧急，仲裁人不及或不能进行临时保全救济措施时，得声请法院采取临时保全救济措施”。也就是说仲裁庭的决定权优先，只有在紧急情况下法院才有决定权。该模式较大程度地保证了仲裁的独立，减少了法院对仲裁程序的干预。

（作者单位：长宁区人民法院）