

仲裁临时保全措施的决定权归属探析(下)

——以法院和仲裁庭决定权并存模式为前提

□赵丹

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 2006 年国际商事仲裁《示范法》对临时保全措施制度进行了全面修订后，国内外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的路径选择

(一)考量因素

在选择合适的决定权分配路径时，首先要明确选择模式应从哪几方面进行衡量。

1.法理层面：考量当事人利益保护与平衡

在法理层面上考量合适的临时保全措施决定权分配路径，首先是要考虑对申请人的权益保护，其次是要平衡仲裁双方的利益关系。如果仲裁前或者仲裁中出现了可能导致仲裁裁决难以执行的当事人的财产转移、证据销毁等行为，此时需要考虑方便申请人利用该程序救济。但同时也不应过度倾斜，还应注意平衡仲裁双方的利益。如果对当事人申请不加以必要限制，必然会成为其滥用权利的缺口，从而给被申请人的合法权益造成侵害。

2.立法层面：考量法院与仲裁庭的关系

当今国际仲裁的趋势是尽量减少法院对仲裁的干预、赋予仲裁庭更大的权限，体现仲裁自治精神以支持仲裁制度的发展。两者的关系逐渐由竞争转为合作，法院对仲裁庭由以往的不信任正向监督与支持的方向转变。因此，临时措施决定权分配路径应当考虑法院减少干预、支持和协助仲裁庭的立法理念指导。从两者决定权的权源来看，案件的仲裁权源于双方当事人授权，而仲裁庭的民事保全裁定权是本案仲裁权的自然延伸。因此，仲裁庭应有权决定和发布临时保全措施；而法院对临时保全的决定权则是来自法律的授权。两者可以并存，但有不同地位和各自的作用范围。

3.制度层面：考量程序衔接和域外执行问题

首先，需要考虑由谁负责保全措施的具体执行。“保全程序首先包括当事人的申请、法院的裁判及当事人的异议这些确定保全的程序，其次才是保全裁判的执行。”因此，决定与执行临时措施，是仲裁临时保全措施的两个不同阶段，故行使决定权与执行权的主体可以是分开的，两个阶段的衔接需要恰当处置，否则会影响到仲裁的效率；其次，需要考虑出现应当变更或解除临时保全措施时的应对处理。在采取临时措施后，还可能出现被申请人异议、应当变更或解除相关措施的情况，应对处理得当才能保障仲裁程序的顺利进行；最后，还应考量到该措施的域外执行问题。国际商事仲裁中，适用不同法域的法律，意味着遵循不同仲裁规则下对临时措施的决定与执行规定，则产生了对域外仲裁庭所做的保全决定是否承认与执行等问题。保持与国际商事仲裁发展

趋势一致的决定权模式，比较容易取得域外国家的承认与执行。

(二)路径设置

在考量了上述因素后，仲裁庭享有决定权无须多做论证，而在仲裁庭与法院并存模式前提下，仲裁庭主导模式应是比较适合我国的分配路径。在我国原有的法院过于强势、过度干涉仲裁的现实下，当事人据此思维自由选择决定主体，还是难以摆脱法院的过度把控，仲裁独立性仍旧难以实现。鉴于此，有必要通过立法上明确规定，给予仲裁庭主导地位。

1.确立仲裁庭优先，法院辅助决定的模式

一般，仲裁程序中，申请人有申请临时保全措施需求的，应当直接向仲裁庭提交申请。在被保全标的物或欲采取的保全措施涉及当事人以外的第三人等特殊情况时，则应当直接向法院提交申请。这是因为仲裁庭的决定权源于当事人的仲裁协议授权，而仲裁协议约束的仅是当事人双方，不应涉及当事人以外的第三人。

2.确立可采取的措施包括财产保全、证据保全和行为保全

增加仲裁庭可采取行为保全的规定。财产和证据保全明显是不能满足保护申请人一方权益需求的，增加了行为保全规定后，仲裁庭可采取的保全措施类型更加全面，更有利于实现该制度的预设功能。

3.增加仲裁前临时保全措施，由法院享有决定权

仲裁请求被受理后，仲裁庭尚未成立之前，对于当事人的保全申请，应当由法院决定。这也是国际通行做法。因为如果等到仲裁庭成立之后再行决定，势必会导致延误恰当的保全时机，使保全的目的落空。而仲裁机构作为管理机构，不具有纠纷解决功能，并不适宜审查并处理涉及案件实体的问题。此时由法院决定最为恰当，且有无临时仲裁，并不否认法院仲裁前财产保全的决定权。法院只需形式上审查仲裁协议、保全必要性及是否提供担保等，即可做出决定。

4.仲裁庭与法院决定，法院负责执行

在保全措施的执行层面上，需要考虑的是国家的强制力保证实施。仲裁庭作为民间的纠纷解决机构，虽具有司法性，但不具备公权力，且采取保全的裁定应由法院协助执行。既符合决定和执行分两阶段的法理，也因为有强制力的保障可以实现当事人的权益。这一层面上，并不存在原则分歧。

选择合适的决定权分配路径后，还应当从其他配套制度入手，整体完善在仲裁庭主导模式下的临时保全措施制度。

(一)事前预防

1.完善仲裁临时保全措施担保制度，引入保险担保机制

仲裁庭享有临时措施决定权，也就意味着其享有要求申请人提供担保的权力。

目前，关于是否要求担保、担保的数额和具体类型等方面没有明确规定，担保要求也不同，导致实践的混乱。相较于司法统一的担保标准而言，仲裁庭具有一定弱势，易使当事人产生仲裁随意的印象，损害仲裁权威性。

因此，一旦明确了仲裁庭决定权主导的立法模式，有必要建立统一的仲裁担保要求，从要求担保的情形、提供担保的数额比例、可接受的担保财产类型等方面统一规定，使仲裁庭有明确法律依据、有统一的适用标准，从而充分发挥出仲裁担保的功能。

以往法院在审查裁定民事诉讼财产保全中，出现了过度要求担保的问题。值得关注的是，目前民事诉讼财产保全领域中出现一种创新的保险担保机制，即申请人通过购买保全责任险，将保险公司出具的保函提交法院作为担保，法院即裁定采取保全措施。此种机制费率低廉、程序简单、易于审查操作，偿付能力更有保障。

在仲裁程序担保中，完全可以借鉴民事诉讼的相关规定，规定相同的担保财产类型，担保数额方面则可以适当降低标准，以体现仲裁的经济性。此外，建议同样引入保险担保机制，仲裁庭审查容易，经济且高效，偿付有保障，对当事人双方都有益。

2.细化和明确临时保全措施申请的审查标准

目前，不少立法和仲裁规则都对仲裁庭采取临时保全措施的规定较为笼统，常常仅以“必要”或“合适”这类较为宽泛的字眼作为仲裁庭行事的标准。明确和统一的审查标准是有益且必要的。一方面可以在一定程度上控制对保全申请权的滥用；另一方面还可以降低错误保全的发生率，同时也减轻仲裁庭审查的操作困难。

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

结语>>>

我国的临时保全措施决定权由法院独享的模式在仲裁学界备受诟病已久，顺应国际仲裁的发展趋势进行改革已是势在必行。

《自贸区仲裁规则》对于临时保全措施决定权分配已经

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”等。

因此，借鉴域外经验、基于临时保全措施的目的，可以将审查标准明确为以下几点：

首先，申请要满足必要性和紧急性。申请人需提供证据证明其利益存在现实的危险或正在遭受侵害，比如被申请人有正在转移相关财产、试图销毁证据等行为。当然担保可在一定程度上替代必要性说明，但是申请人在无力提供担保的情形下，仲裁庭应该根据案件实际做出决定。

其次，案件的胜诉可能性较大。申请人应当对其诉讼风险进行预估，合理谨慎的提出申请，而仲裁庭也应注重审查根据既有证据材料及对案情的掌握下，申请人是否具有较大胜诉可能。

最后，还应衡量所采取保全措施给被申请人造成的损害。要对双方利益进行平衡，不能为了保护申请人的较小权益而给被申请人造成不可弥补的巨大损害。

(二)事中调整

1.完善被申请人异议制度

仲裁庭不应当仅仅听取申请人一方的意见，还应当给予被申请人适当的抗辩权利，允许被申请人就其相关临时保全措施陈述意见，以平衡对双方的保护。给予临时措施相对方合理抗辩权实际上在世界各先进仲裁机构的仲裁规则中已不为鲜见。2014 年的《自贸区仲裁规则》第 23 条就给予了被采取保全措施的当事人一方以合理的救济，允许其在合理期间内提出异议。

此外，对于被申请人提出异议的情况下，仲裁庭认为有必要的可以通知申请人一方，由申请人决定是否要求继续保全措施。

被申请人异议制度的设立体现的是仲裁程序解决纠纷的程序正义之要求。如果没有给予被申请人异议权利，或者没有要求申请人提供必要证据，那么将来发生保全错误的情形后，给被申请人造成的损失仲裁庭难辞其咎。相反，如同民事诉讼实务中法院认定保全是否错误时需要考虑申请人的主观状态，而在被申请人据合理理由提出异议，且仲裁庭通知了申请人并向其充分解释了继续保全可能造成的风险的，那么在构成保全错误的损害赔偿任上，申请人负有主观过错。

2.根据实际情况，及时变更或解除临时保全措施

仲裁庭决定采取临时保全措施之后，应当根据实际情况的变

化，及时变更或解除保全措施。

随着对案件了解加深与审理进度的推进，仲裁庭有可能发现之前采取的保全措施决定不当。此时及时变更或解除相关的保全措施，可以控制被申请人遭受的损失继续扩大，因而是必要的。

其次，如果情况发生了变化，已不具备采取临时保全措施的必要性和紧急性，此时的保全也就不再有必要。比如，被申请人提供了相当于申请人请求数额价值的反担保，那么申请人的相关利益可以确保实现，没必要再继续采取保全；抑或是双方达成和解，已无保全之必要。

(三)事后救济：错误

保全的认定与救济

在法院独享决定权模式下，仲裁中是否采取临时保全措施由法院决定，发生错误保全后，一般而言法院承担损害赔偿责任的的情况极少。被申请人认为保全错误的，可以向法院提起因申请诉讼财产保全错误的损害赔偿责任的纠纷诉讼。

据此，仲裁庭遵循规定，决定是否采取保全措施的行为，一般也不应承担错误保全的责任。由于保全是否错误引发的争议，并不适合当事人约定由仲裁机构进行仲裁裁决。因为，在采取该保全措施决定与执行的过程中，负责决定的可以是仲裁庭和法院，负责执行的则是法院。若由仲裁庭再行仲裁，可能会有自己做自己的裁判的矛盾。即使约定的是不同仲裁机构，也可能因为牵涉到法院的执行行为而无权做出判断。所以，以向法院提起诉讼的形式作为被申请人的救济是可行且必要的。

目前法院在司法实务中认定保全错误尚存在不少问题，遑论法院认定仲裁前和仲裁中的临时保全错误了。尤其是认定保全错误的标准上，立法缺乏具体明确的规定，实践做法不一。有的法院会根据申请人前诉纠纷中的诉讼请求是否得到法院支持来直接判断保全申请是否错误，而有的法院则会考虑主观过错。

当然，根据最高院在相关判例中体现出的指导思想，在认定财产保全是否错误时，应当考虑申请人的主观过错，视其是否尽到了合理谨慎的注意义务。因此，认定仲裁中的临时保全措施是否错误同样也应考虑申请人的主观形态，是否存在故意或重大过失，是否尽到了合理谨慎的注意义务。毕竟，要求申请人对仲裁结果的预测同仲裁裁决一致是不现实和不公平的。

时保全措施，特殊情况下法院决定之外，完善的临时保全措施决定权分配路径尚需要包括仲裁担保、被申请人异议、变更与解除临时保全措施、错误保全的救济等制度辅助实施。

(作者单位：长宁区人民法院)