



仲裁研究

ARBITRATION STUDY

第1辑

广州仲裁委员会 主办



法律出版社
LAW PRESS-CHINA



仲裁研究

ARBITRATION STUDY

第11卷

（2005年12月）

第11卷第4期



仲裁研究

ARBITRATION STUDY

第1辑

广州仲裁委员会 主办



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

仲裁研究. 第1辑/广州仲裁委员会主办.—北京:法律出版社,
2004.9

ISBN 7-5036-5120-2

I.仲… II.广… III.仲裁—文集 IV.D915.704-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 091922 号

©法律出版社·中国

责任编辑/伍远超

装帧设计/于佳

出版/法律出版社

编辑/法律应用出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶松

开本/880×1230 1/16

印张/6.75 字数/152千

版本/2004年9月第1版

印次/2004年9月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法律应用出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/yingyong@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939643

传真/010-63939650

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.chinalawbook.com

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636

中法图苏州公司/0512-65293270

中法图深圳公司/0755-83072995

中法图重庆公司/023-65382816/2908

书号:ISBN 7-5036-5120-2/D·4838

定价:13.00元

仲裁研究(总第1辑)

学术顾问委员会(以姓氏笔画为序):

卢云华 朱 勇 吴汉东 苏泽群 杨良宜 赵 钢 徐 杰

主 编:陈忠谦

副 主 编:朱用开 王小莉 李为松

责任编辑:马占军 邹世发 罗洁琪 张小建 赵 庆

编辑部地址:中国广州市沿江中路 298 号广信江湾大酒店 C 座 14 楼

邮 编:510100

电 话:(020)83283925 83282220 83283897

传 真:(020)83283905

E-mail:gzzcw@126.com

广州仲裁委员会简介

广州仲裁委员会成立于1995年8月29日,是《中华人民共和国仲裁法》颁布实施后广州地区组建的惟一的民商事仲裁机构。本会自组建以来,秉承为当事人提供优质、高效服务的宗旨,锐意改革,立志创新,实现了跨越式发展。受案数量逐年增加,2003年广州仲裁委员会共受理各类民商事合同纠纷案件2682件,比2002年增长120%;争议标的金额35.0329亿元,比2002年增长52%;全年结案2411件,结案率达到90%以上,位居全国仲裁机构前列。

本会现拥有一支400多人的仲裁员队伍,荟萃内地和港台地区法律、经济及其他领域的著名专家、学者、资深律师、退休法官、会计师等。本会现有工作人员50余名,其中博士研究生3人,硕士研究生22人,85%以上人员拥有本科以上学历,有25人通过了律师资格考试或国家司法考试。

为适应现代化办案需要,本会努力提高现代化办公手段,在全国仲裁机构中率先实现“无纸化”和“网络化”办公,最大限度降低仲裁成本,提高仲裁效率;本会拥有近3000平方米的办公场所和仲裁庭室,仲裁庭室宽敞、肃静,配备有电脑、大屏幕显示仪和先进的录音、录像设备,可适应英语等多语种交流,为当事人省却了语言交流方面的不便。

借助仲裁自身优势,顺应社会发展需求,本会适时而变,在证券期货、消费、金融、旅游、科技、医疗、体育、电子商务等领域积极探索运用仲裁方式解决纠纷,制定专业领域的特别仲裁规则,有针对性地培育专家仲裁员,不断提高仲裁效率和仲裁质量。

本会现设有案件受理部、秘书人事部、经济技术合同部、房地产合同部、民事财产权益部五个部门,并正在积极筹备成立研究所,专门从事仲裁理论与实务研究。

本会地址:广州市沿江中路298号江湾大酒店C座12~14楼

邮编:510100

案件受理咨询电话:(020)83287919 83288547 83283771(传真)

秘书人事部电话:(020)83287761(传真)

网址:www.gzac.org

序 言

改革开放以来,随着我国市场经济体制的不断完善和社会经济的发展,我国仲裁事业也不断发展壮大。尤其是素有中国“南大门”之称的广州,目前已成为全国仲裁发展最有活力的城市之一。《仲裁法》颁布实施以来,作为我国仲裁法律制度的七个试点机构之一,广州仲裁委员会一直致力于《仲裁法》的贯彻实施,通过不断推广仲裁法律制度、完善自身建设、拓展仲裁业务,九年来受案数量和案件争议标的额一直位居全国仲裁机构前三名,有效地发挥了仲裁制度息讼止纷的积极作用。

我国现代仲裁制度是在由计划经济向市场经济转型的特定社会背景下被直接植入的,此前并没有系统完善的理论基础和制度基础做准备。相对于仲裁实践,我国仲裁理论的发展明显滞后,一方面从事仲裁法学研究的学者少之又少,另一方面也缺乏全国性的、有影响的学术阵地,缺乏仲裁学术交流的平台。这与《仲裁法》在我国法律体系中的地位是极不相称的,理论研究的滞后已影响到我国仲裁立法与仲裁实践的进一步发展。特别是入世后,现行仲裁制度存在的一些问题也逐渐暴露出来。比如,我国《仲裁法》规定的仲裁程序过于刚性而缺乏灵活性,在仲裁机构的设置及归口管理、仲裁员队伍建设、仲裁裁决的质量、仲裁裁决的执行、仲裁机构与人民法院的关系等方面也存在很多亟待解决的问题,仲裁领域尚有许多理论问题和实务问题需要深入研究。有鉴于此,广州仲裁委员会创办了一份全国公开发行的学术丛书《仲裁研究》。该丛书旨在架起理论与实践相结合的桥梁,为实际工作者提供传播信息、交流经验的平台,为理论工作者开辟仲裁理论研究探索的窗口。

我衷心希望《仲裁研究》能够成为繁荣仲裁法学理论研究,推动仲裁制度进一步完善的学术园地。

广州市人民政府副市长 苏泽群

2004年8月

主 编 寄 语

在过去的十年里,中国仲裁事业不断发展、不断壮大,取得了令人瞩目的成就。一晃我在广州仲裁委员会工作已十年有余,期间充满了喜悦、艰辛和挑战。作为一个亲身参与中国仲裁事业艰难发展历程的仲裁人,我非常渴望创办一份属于全体仲裁人的学术丛书。因为中国仲裁事业的发展历程表明:仲裁制度的完善、仲裁理论的繁荣是仲裁事业发展的关键因素和必要条件。没有完善的仲裁制度,就不可能有仲裁事业的进一步发展,而没有科学的仲裁理念和系统的仲裁理论,就不可能有完善的仲裁制度。随着中国仲裁事业的进一步发展,仲裁理论与仲裁制度构建已远远不能满足仲裁实践的需要,加强仲裁理论研究无疑是当今促进中国仲裁发展的重大举措,这是我们创办这套丛书的宗旨所在。

具体到广州仲裁委员会,经过近十年的不断开拓与发展,应该说我们取得了不小的成绩,积累了丰富的经验,但同时在仲裁实践中也碰到了许多新情况、新问题。因此,一方面亟须对已有的仲裁实践经验进行深加工,使之上升到理论高度,从而更好地指导仲裁实践;另一方面也需要以理论的先行研究来化解经济纠纷中出现的问题、疑惑。经过长期筹备,广州仲裁委员会在人员配备、业务水平以及工作环境、配套设施等方面都为开展仲裁理论研究提供了条件。

截至2004年5月,我国民商事仲裁机构已达到180家之多,然而鲜有面向全国的理论学术读物,这与各地仲裁机构加强仲裁信息传达、增进仲裁经验交流、深化仲裁理论探讨的迫切需要是极不相称的。因此,全国各地仲裁机构需要有一个纵向指导、横向交流的渠道,愿本丛书的诞生能为广大仲裁工作者架起一座沟通的桥梁。基于以上考虑,广州仲裁委员会不揣冒昧,力图创办一套立足广州,面向全国,与国际接轨,旨在宣传政策、传递信息、探索理论、学习业务、交流经验的学术丛书——《仲裁研究》。

承蒙社会各界的关心与支持,《仲裁研究》第1辑问世了。本辑所刊发的文章内容丰富、来源广泛,充分展现了各位专家、学者、资深仲裁员、律师扎实的学术功底和严谨的治学风范。当然,由于本丛书尚处于创办初期,在选题、编辑以及文章内容方面难免存在一些不足之处,敬请学术界和仲裁界的各位专家学者、同仁们提出宝贵意见,以使本丛书最大可能地成为各地仲裁机构交流信息与经验的平台,成为国内外学者探讨和研究仲裁理论的园地,为谱写中国仲裁事业的新篇章作出应有的贡献。

广州仲裁委员会主任 陈忠谦

2004年8月于广州

目 录

专 论

谈内地与香港仲裁的发展与协作 杨良宜/1

探索与争鸣

仲裁财产保全决定机构之辩证与重构 乔 欣 段 莉/4

试论国内仲裁司法监督的范围 王允武 马 志/11

比较与借鉴

论内地与澳门仲裁裁决的相互承认与执行 袁古洁 庞 静/20

试评中国内地与港澳台仲裁员责任制度 詹礼愿/31

仲裁实务

大豆合同与 FOSFA 仲裁 王则左/38

试析中小城市仲裁发展工作的思路和措施 张富有/43

域外仲裁

约定对仲裁协议进行司法审查:规避联邦仲裁法将削弱仲裁生命力
..... [美]Julie E. Patalano 著 罗洁琪 译/47

博、硕士论文选登

国际商事仲裁协议法律适用若干问题探析
——从仲裁条款的独立性角度出发 寇 丽/57

广州仲裁论坛

仲裁专业化问题初探 陈忠谦/66

论仲裁机构的管理文化 王小莉/72

尊重当事人意思自治 鼓励和支持仲裁发展

——解读最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干
问题的解释(征求意见稿)》 广州仲裁委员会研究所(筹备)/78

专 论

谈内地与香港仲裁的发展与协作

杨良宜*

随着经济与贸易的发展,商事纠纷也不断增加。寻求一种公平快速而且费用低廉的纠纷解决方法早已成为各国商界和政府的首要任务。商事纠纷的解决方式通常有四种:协商、调解、仲裁和诉讼,其中仲裁具有很多独特优势。

首先,在解决国际纠纷方面,仲裁给人以中立的形象。如要将跨国商业纠纷诉诸法院,通常是向被告人或原告人居住地的法院提出诉讼,难免有偏颇之嫌。然而仲裁更能体现公平、公正的原则,因为仲裁不但可以为双方当事人提供中立的仲裁员小组,而且可以根据双方协定选定在第三者国家进行仲裁。

其次,仲裁裁决具有终极性和仲裁程序具有保密性。仲裁的“一裁终局”的特性可为商家避免反复的上诉程序,而仲裁程序的保密性可以保护商家的商业秘密和维护其企业形象。

再次,仲裁的裁决在全世界范围内具有强制执行性。1958年的《纽约公约》规定,各缔约国必须承认和执行其他缔约国作出的裁决,而该公约适用的国家超过140个。这是十分重要的优点,鉴于今天“国际化”的环境。

此外,仲裁还有其他优点,包括仲裁程序富有弹性、仲裁员具备专业知识、仲裁程序较为快捷,等等。

因此,仲裁条款已经成为商业合同里面的一个必不可少的内容。一般来说,在选择仲裁地点时,合同各方都愿意选择自己国家的某地或与自己国家有特殊友好关系的国家的某地作为仲裁地。这样做一方面可以为自己带来便利和降低开支费用;另一方面因为对仲裁地的仲裁制度有所了解,从而对仲裁程序比较容易地把握、控制和能对仲裁结果作出合理预测。

香港作为中华人民共和国的特别行政区,中文和英文同为官方语言,同时她拥有方便的地理位置,拥有良好的交通和通讯服务设施。内地商界人士在选择内地区域以外的地方作为仲裁地的时候,从仲裁支出的费用,以及香港特殊的地利,文化传统和政治等各方面因素考虑,他们往往会选择香港。香港既是中国内地企业走向世界的大门,也是世界各国商人进入中国内地市场的跳板。由于香港在“一国两制”下原有的法律制度不变,继续沿用英国的仲裁制度,而外国商贸人士对英国的仲裁制度较为熟悉,所以,外国商贸人士在与我国的经贸交往中,估计也会愿意选择香港为经贸纠纷的仲裁地。而且,香港是商业、金融、海运和建筑等专业知识的世界中心,她汇集了众多富有经验的专业人士以支持争议的解决。会计师、建筑师、银行家、工程师、保险专家、律师及数以千计的其他专家均可为特别的争议提供协助。

关于仲裁裁决在内地与香港的相互执行方面,按照《基本法》第2条规定,香港拥有独立的司

* 香港国际仲裁中心主席,国际著名海商法专家、仲裁员。

法权和终审权,但毕竟香港、内地都属于同一个国家。这样,意味着在内地和香港之间形成了一个“司法屏障”。然而,在香港仲裁的案件中,有相当的部分是需要在内地执行的。香港回归前,执行的法律依据是英国在1975年9月24日加入的《纽约公约》,1977年4月21日将《纽约公约》延伸适用于香港。而《纽约公约》也于1987年4月22日在中华人民共和国正式生效,香港作出需要在内地执行的案件申请时,依照《纽约公约》在国内申请执行。在香港回归之后,《纽约公约》的国际公约不再适用,须以其他协议补充。1999年6月24日,中华人民共和国最高人民法院和香港特别行政区律政司签署了《关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》,从法律的层面上,解决了香港作出仲裁裁决在国内执行的法律依据。

现在,香港已发展成为亚太地区甚至世界范围一个重要的国际商事仲裁中心。

香港回归七年多以来,内地与香港间的经济融合度和依存度不断提高,两地经贸合作日益频繁。《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排》(CEPA)更是内地与香港的经贸合作迈向新阶段的里程碑。在仲裁业务方面,两地也存在广阔的合作空间,部分内地仲裁机构对处理涉外仲裁及国内仲裁的经验丰富,而香港国际仲裁中心在这方面也拥有着良好的国际专业经验,而且重点与内地有不同之处,例如接近英美的一套,非机构仲裁等等。如果两地能够加强合作和联系,必然能够取得双赢的效果。

然而,要使两地的仲裁得到更充分的合作,客观上还需要作出很多的协调和努力。根据当前两地的法律体制和人文环境等因素,在此提出以下几点建议:

首先,创造良好和宽松的法律环境促进仲裁业务的发展。在香港进行仲裁具有较大的灵活性,而且香港的法院对仲裁抱着支持的态度并坚持对仲裁程序采取不干预的态度。在依据香港的法律进行仲裁时,双方当事人可以委任任何国家的仲裁员与聘请任何国家的律师为代表进行仲裁,此举对促进香港的仲裁业务发展使香港成为国际性仲裁中心起了重要作用。同时,这也为国内律师与其他人士去参与香港仲裁创造了良好条件。相对而言,在内地委任外籍仲裁员或者聘请外籍律师参与仲裁仍然受到很多的限制,这样无疑对仲裁造成客观障碍。新加坡为进一步促进其仲裁业务的发展,于2004年6月修改其国内法律,允许外籍律师参与国内仲裁。内地也可以借鉴此举,为国内的仲裁发展创造一个更宽松的法律环境。

其次,应该进一步加强两地仲裁机构和法律部门之间的信息、人员培训、相互了解国际业务等方面的合作与交流。尤其需要加强两地律师的交流和合作,CEPA落实了内地认可香港律师的资格,但是要培养出一群熟悉两地仲裁规则和法律的专业人才,还需要更详细地落实一些可行的方案。例如,可以相互提供法律教育方面的交流项目和法律工作的实习和就业机会。因为,毕竟内地和香港是属于不同的法系,双方人员在思维习惯和办案方式上都有着很大的区别。这是深层次的法律文化,除了通过阅读书本去学习体会这一重要途径之外,还需要在具体的环境中进行深入的实践和总结,才能真正地熟悉对方的法律并且可以在实践中运用。确实,不能“知此知彼”是无法真正落实参与彼此之间的仲裁业务。而且由于香港的做法比较接近国际的惯例,有很多值得内地借鉴的经验,所以内地和香港的交流合作有利于实现彼此间更远大的共同的目标——最终全面、完善地掌握国际上的仲裁业务。

而且内地和香港关于仲裁业务的合作不应停留于人员培训和会议交流的层面,而应该向更高层次和更具实质性的方向发展。早在两年半之前,内地和香港已经在仲裁业务以外的其他争议解决服务方面已经展开了合作。由香港国际仲裁中心(Hong Kong International Arbitration

Centre)和中国国际经济贸易仲裁委员会(China International Economic and Trade Arbitration Commission)联合设立亚洲域名争议解决中心(Asian Domain Name Dispute Resolution Centre)于2001年12月2日获得互联网域名称和数码分配公司(ICANN)的授权,从而成为世界上第四家、亚洲第一家通用顶级域名争议解决服务提供者。亚洲域名争议解决中心在香港国际仲裁中心和中国国际经济贸易仲裁委员会的充分合作下,为亚洲地区,甚至全世界各国提供快速、公正和费用低廉的域名争议解决服务。这种合作模式可为后来内地与香港的仲裁业务进行实质性的合作和发展所借鉴。

最后,在内地和香港的仲裁交流与合作方面,广州具有天然的优势,因此,可以在更广的范围内和更深的层次上穗港双方进行合作。地理位置上,广州与香港相邻,交通非常便利;在人文方面,广州和香港比较相似,具有天然的亲近感;历史上,广东和香港有着历史悠久的密切频繁的商贸联系;现实生活中,香港和广东互相进行大量的投资合作,两者关系密不可分,唇齿相依。密切的经济联系让两者相互带动,同时也引致了纷繁复杂的经济纠纷。合作的优势、现实的需要,再加上仲裁对于解决经济纠纷独特的优势,令采用仲裁方式解决穗港的经济纠纷成为务实的、必要的选择。公正、及时地解决了穗港之间繁多的经济纠纷,才能为两者的经济合作提供良好、健康的法律环境。至于如何进行穗港仲裁合作方面,除了采用前文所述的建议之外,还要充分利用双方在合作方面的优势。双方可以通过直接的互访进行交流,互相提供人员培训和就具体办案经验进行交流。由于仲裁遵循着尊重当事人意思自治的原则,因此,在解决纠纷方面仲裁采用了比诉讼更加务实的态度。这样的情况也决定了穗港之间仲裁实践经验的交流(甚至在有必要的时候用协议的形式把交流成果固定下来)是非常有利于双方的仲裁事业的。

上述几点是笔者对于促进内地和香港仲裁合作的思路,抽象的思路需要双方的诚意和努力将之实现。如果内地与香港共同建立一个联合的仲裁机构或体系,互相学习,互相推介,互相支持,必定可以协调和促进两地仲裁业务的发展,让大中国逐步成为世界的仲裁中心。

(责任编辑 罗洁琪)

探索与争鸣

仲裁财产保全决定机构之辩证与重构

乔欣* 段莉**

内容提要 财产保全作为一种法律上的强制性措施在任何国家通常都极受重视,其决定机关更是学界关注的焦点。我国仲裁财产保全只能由人民法院决定的做法目前在理论与实践均面临尴尬,亟待解决与完善。本文通过对法院、仲裁庭和仲裁委员会决定仲裁财产保全的法律分析,结合国外相关制度的操作,提出了重构我国仲裁财产保全决定主体的设想,以期契合仲裁理论与实践的发展。

关键词 仲裁财产保全 决定机构 法院 仲裁庭 仲裁委员会

决定与实施仲裁财产保全措施的机构是指在仲裁庭作出最终裁决之前,为了防止有关当事人的财产被隐匿、转移、变卖或者为了保存争议标的物之价值,保证将来发生法律效力仲裁裁决得到切实执行,经当事人申请,对特定财产采取临时性强制措施的有关机关。主体机构的确定是整个仲裁财产保全程序运作的前提与基石,也是目前学界争论的热点。根据我国现行法律规定,仲裁财产保全决定、实施权专属于人民法院,仲裁委员会是向人民法院传递和转交当事人申请的“中介组织”,仲裁庭无权参与保全程序。仲裁财产保全应由法院决定并实施,在学界已取得一致共识,但仲裁立法的制度本意在于实现对纷争双方当事人合法权益及时、有效的保障,这种临时强制措施的主体排除仲裁委员会和仲裁庭两种仲裁机构而仅限于人民法院的设计是否合理,是否符合仲裁立法初衷?制度层面上的财产保全决定机构若存在瑕疵,势必会直接影响仲裁财产保全的程序运作,导致仲裁裁决无法得到有效执行,并潜在威胁着仲裁制度存在的根基。本文基于我国仲裁财产保全的现状,拟通过对人民法院、仲裁委员会、仲裁庭作为仲裁财产保全决定主体资格的法律分析,结合国外相关制度的具体操作,探索适合我国的仲裁财产保全决定主体的思路,冀对立法提供切实可行的建议。

一、我国仲裁财产保全决定机构面临的困惑

我国的仲裁程序中仅能由人民法院决定财产保全措施的做法在学界引起很大争议。尽管人民法院对仲裁财产保全的介入在一定程度上突出了人民法院对仲裁工作的支持,符合我国的国情,不仅为仲裁裁决得以顺利执行提供了可靠的法律保障,也增强了当事人选择仲裁方式解决争议的信心。^①但仲裁的独立性在于其自成体系,除执行外,不必另寻外界力量帮助即能实现自

* 中国政法大学民商经济法学院民诉研究所副教授,法学博士。

** 中国政法大学2002级民诉专业硕士研究生。

① 吴宪明、李乾贵主编:《中国仲裁法学》,东南大学出版社1996年版,第221页。

身目的。在仲裁财产保全制度设计中,人民法院对仲裁财产保全的决定,实践中往往加剧仲裁对司法的依赖;财产保全运作一般需要从实体方面对案件进行初步审查,法院处理保全申请,仅能收到仲裁委员会转来的当事人保全申请书,其对案件完全不了解,倘若要求仲裁委员会提供相应证据,一来于法无据,二来也存在人民法院对实体问题进行审查之嫌,人民法院对仲裁财产保全的决定往往处于两难之间。仲裁庭无权决定财产保全,当事人求助于人民法院又不能直接申请,通过仲裁委员会这个中间环节转交和传递也极易导致不必要的延误。经济分析法学初期倡导者之一科思曾说过:权利在未经法律界定或者界定不明的情况下,交易无法进行,相关行为效益最差。仲裁委员会无权直接裁决仲裁财产保全却只能转请法院决定,从经济性的角度审视,法律资源配置不符合经济的精神,静态规定的不足易导致动态运作难以正常进行,很可能会否定和削弱仲裁体系效能。^②

诉讼程序的构建必须有足够的理论支撑,仲裁程序进行中,人民法院与仲裁机构究竟何者更适合作出财产保全决定,而仲裁机构中的仲裁庭和仲裁委员会权力又应如何界定,诸多保全中所出现的问题亟待我们进行更理性的思索。研究程序主体资格,必须对主体运作的相关法律意义予以澄清,从根本上真正帮助程序的自省与梳理,探索适合实践具有可操作性的程序运作机制与理念。

二、人民法院决定保全措施的法律意义

学界对于人民法院决定与实施保全措施的主体资格一直存在激烈争议。一种观点认为,仲裁协议仅剥夺了人民法院对实体事项的管辖权,但并未排除其对保全措施的管辖。另一种观点与之相反,认为当事人约定交付仲裁,意在排除人民法院的管辖,故它不仅排除法院对案件实体问题的介入,也排除了法院为主体采取保全措施,法院介入管辖,违反了仲裁协议。笔者认为,仲裁协议并不能约束人民法院对仲裁财产保全的决定,当事人之间在订有仲裁协议的情况下,确实排除了人民法院对仲裁案件的管辖权,但仲裁管辖的授权,不仅是仲裁协议约定,更来源于一国法律之允许,国家法律允许当事人将争议提交仲裁,实际上是让渡了一部分管辖权,作为一种弥补,人民法院也可以依法对该部分实施监督与协助。纠纷的救济,关系到被破坏的法律关系的恢复,潜在影响着整个社会的稳定,仲裁作为一国国内司法外纠纷解决方式,不能规避法院这种公权力对它的支持与监督,而仲裁财产保全作为一种较严厉的处分当事人权益的临时强制措施更不能完全拒绝法院的介入。另外,财产保全为解决争议过程中一个组成部分,就实质而言,应当属于程序法上的问题,实体审理中,仲裁机构与法院界线明晰,但在程序处理上,二者权力很难真正泾渭分明。就像仲裁协议并不能隔断人民法院对仲裁的监督与支持,在财产保全这种程序性问题上也不是仅因协议的存在而拒绝人民法院的介入。至于人民法院究竟是以监督还是协助的身份介入,因目前仲裁发展趋势为弱化法院的监督和审查,强化支持和协助功能,人民法院作为仲裁财产保全的决定机关在理论上更倾向于其支持性。著名国际仲裁专家伯格博士对此评价:“就司法对仲裁的干预而言,《纽约公约》所排除的只是当事人约定将争议提交仲裁解决时法院对仲裁实体问题的干预,而并不排除有管辖权的司法机关通过准许采用扣押的方式来支持仲裁。”对此,笔者认为深究人民法院介入的性质不具有研究的实证价值,其一,人民法院对仲裁财产保

^② 吴新明、郭锡昆:“瑕疵与补正:我国仲裁程序之架构略论”,载《仲裁与法律》2003年第5期,第65~67页。

全的决定权,来源于体现一国国家政策法律的授权,公权力进入仲裁不仅可以支持仲裁程序顺利运作,对于财产保全这种较严厉的处置当事人权益的强制措施也可起到潜在的监督作用,不能机械地认定。其二,不论其究竟是监督还是支持,只要这种决定权通过合理的程序在适当范围内采取,在国家允许的条件下进行,即不是对仲裁协议的违背。《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》第26条第3款规定:“当事人中任何一方向司法机关要求采取临时措施不得被认为与仲裁协议的规定有抵触或认为是对该协议的摒弃。”^③《国际商事仲裁示范法》第9条也规定:“仲裁程序进行前或进行期间,当事人一方请示法院采取临时保护措施和法院准许采取这种措施,均与仲裁协议不相抵触。”^④

理论上对法院究竟能否介入仲裁财产保全虽有争议,但实践中法院对保全措施的决定权却取得戏剧般的一致共识。目前世界范围内对财产保全的决定主体可分两种模式:其一是以奥地利、丹麦、芬兰、希腊、泰国、日本、新西兰、意大利、摩洛哥、巴西、土耳其、新加坡等国家为代表,由法院决定财产保全的“公权力决定制度”;其二是美国、卢森堡、瑞典、德国、保加利亚、墨西哥、荷兰、西班牙、澳大利亚、比利时、加拿大、英格兰、法国、瑞士等国家和香港地区所采取的仲裁庭和法院均可作出财产保全决定的“并存权力制度”(Concurrent Authority)。两种模式虽存在诸多差异,但肯定法院对保全决定权的主体地位却是共同的。

值得注意的是,虽然法院与仲裁机构在理论上或许都能成为一般情况下仲裁财产保全机关,但某些特定环境中,法院的决定作用更应受到重视。比如作出的财产保全牵涉第三方,因仲裁机构的权力来源于仲裁协议的授权,该第三方与仲裁机构没有任何约定或授权,仲裁机构无法对超出当事人授权的范围实施保全,法院的介入理所难免。

另外,在国际商事仲裁中,很大一部分争议不是提交常设仲裁机构解决,而是由当事人约定的临时仲裁庭仲裁,临时机构的组建会因对方当事人恶意阻挠耽误很多时间,即使争议由常设仲裁机构处理,争议发生后,从一方当事人提出仲裁请求到仲裁庭的组成也需要一定时间,另一方当事人任意处分财产的威胁或争议物易腐烂变质的性质都需要保全的快速与及时。仲裁庭尚未建立,法院先行处理也是合适的选择。根据《国际商事仲裁示范法》第9条的规定,无论是在仲裁程序前还是在仲裁程序进行过程中,任何一方当事人均可请求法院采取临时措施,如符合条件,法院应予准许。以《示范法》为蓝本进行仲裁立法的国家大都作出了同样的规定,如德国、加拿大、埃及等国。按照1996年《英国仲裁法》第99条的规定,如果情况紧急,当事人可在仲裁前直接向法院申请实施保全措施。^⑤

我国人民法院决定仲裁财产保全所出现的种种疑惑从本质上来看并非是对法院这一主体的质疑,其只是对禁止仲裁庭在一定范围内决定仲裁财产保全措施而将所有权力赋予法院的现行做法提出意见,强调仲裁庭决定权存在的必要性并非否定法院在此程序中的作用,法院的决定权不仅在理论上,而且在实践中都是具有存在价值的。

③ <http://www.pca-cpa.org/PDF/CH-UNCITRAL.pdf>.

④ www.cietac-sz.org.cn/xgfg/sff1.htm-7k.

⑤ 刘琳著:《英国商事仲裁法律制度发展史》,1990年硕士论文。

三、仲裁机构决定保全措施的法律意义

(一)仲裁庭决定保全措施的法律意义

既然法律已经让渡了部分管辖权,允许当事人将特定的争议提交仲裁解决,那么,仲裁庭理应有权就仲裁协议项下的争议发布其所认为适当的保全措施。《示范法》第17条规定:“除非当事人各方另有约定,仲裁庭经一方当事人请求,可以命令任何一方当事人就争议的标的采取仲裁庭可能认为有必要的任何临时性保全措施。”《示范法》作为体现现代国际商事仲裁基本精神和趋向的国际条约,成为许多仲裁机构制定和修改仲裁规则的蓝本。国际商会国际仲裁院1998年《仲裁规则》第23条,世界知识产权组织仲裁与调解中心1996年《仲裁规则》第46条,伦敦国际仲裁院1998年《仲裁规则》第25条,美国仲裁协会1997年《国际仲裁规则》第21条,《韩国商事仲裁院商事仲裁规则》第40条纷纷肯定了仲裁庭在保全中的权力。不仅仲裁规则中有此规定,在世界各国仲裁立法的财产保全决定机构模式中,采用第二种并存权力模式的国家也支持仲裁庭可决定财产保全举措,韩国、德国等在立法中甚至还确认了法院对仲裁的“配合”地位。^⑥而采用第一种模式的国家,虽然将保全措施决定权赋予法院,具体操作中也在某些条件下不禁止仲裁庭作出保全裁定。如1992年《芬兰仲裁法》第5条第2款规定,法院对仲裁财产保全享有专属权,而其仲裁庭仍可以经双方当事人同意,以临时裁决的形式对此作出裁定。^⑦

如同上述法院决定仲裁财产保全法律意义中所分析的那样,保全决定的程序性因素导致法院与仲裁庭职能区分不可能像实体问题一样明晰,在仲裁财产保全决定机关之领域,仲裁庭与法院的权力划分界限模糊。随着仲裁事业的兴盛发展,自20世纪90年代以来,越来越多的国际和国内立法文件中出现赋权当事人有权选择由谁来决定并实施保全措施的趋势。当事人若有约定,则从其约定;当事人未有约定的,则适用法律的规定。因为法院的决定权一般在立法中不存在异议,因此,这种仲裁财产保全决定机构发展的新趋势,在一定程度上正是仲裁庭财产保全裁决决定权受到重视的表现。1996年的《英国仲裁法》第44条规定:除非当事人另有约定,法院有权就财产保全发出命令(第1、2款);如果案情紧急,法院可以在当事人或者在可能成为当事人的申请下,在必要时,采取财产保全(第3款);但若案情不紧急,法院只有经一方当事人的申请(经通知对方当事人和仲裁庭)并得到仲裁庭的准许,或其他当事人的同意后方可采取保全措施(第4款);该条第5、6款进一步明确,若当事人已授权仲裁庭或者仲裁员此项权力,即使法院作出了保全,该命令也将全部或部分地失效。与之对比,在新仲裁法颁布前,仲裁员不享有决定财产保全的权力,即使有仲裁协议双方当事人特别授权,仲裁庭可以采取的惟一办法也只能是在当事人提供担保的前提下,作出仅能间接产生财产保全效力的中间裁决(interim award)。

仲裁庭财产保全决定权的命运不同于法院,法院在仲裁程序中的财产保全决定权虽然受到理论界的诟病,却在实践中得到各国立法的一致默许。仲裁庭的财产保全决定权理论上似乎批诘不如法院激烈,在实践中也受到承认,但在各国操作中所得到的认可却远不如法院广泛。究其原因,主要立足点在于财产保全是一个较严格的临时强制措施,仲裁庭自身的民间性决定其不宜行使这种强制性权力,但仅因法院为公权力机构能更好地维护社会利益而否认仲裁庭对财产保

⑥ 张斌生主编:《仲裁法新论》,厦门大学出版社2002年版,第239页。

⑦ The ICC International Court of Arbitration Bulletin. Vol. 9/NO. 1. May 1998, p. 59.

全的决定权未免有失偏颇。仲裁制度实际是对“自力救济”的否定之否定,^⑧ 仲裁权是以社会公权力为后盾的一种契约授权,仲裁裁决在尊重当事人意思自治基础上也不能与法律禁止性规定相违背,其并非纯粹的民间纠纷解决机制。事实上,仲裁财产保全措施仅能由法院具体执行,在仲裁规则规定和当事人约定仲裁庭可采取特定的临时措施的情况下,仲裁庭即使能作出保全裁定,此项命令能否获得执行,关键取决于仲裁协议的适用法律(*lex arbitri*)。为了自己的裁决能有效执行,仲裁庭作出财产保全决定必定经过谨慎考虑并在尽量契合执行地法律的范围内作出。以仲裁庭不是公权力机构而排除其对保全的决定权是对仲裁制度的曲解。

(二)对仲裁委员会决定保全措施的法律质疑

仲裁委员会能否作为财产保全的决定机构学界争论颇大,焦点在于仲裁程序启动前决定权究竟由法院行使还是由仲裁委员会行使。笔者认为,在仲裁前保全决定主体的资格上,法院与仲裁委员会都各有其利弊,但权衡价值取舍,法院决定保全举措似乎更符合程序设计之初衷。

对法院在仲裁前保全决定权的批诘主要是法院对当事人提交的仲裁协议效力确定问题上,法院若不审查协议是否有效,进行的财产保全有可能因协议瑕疵,无法仲裁或仲裁无效而归于无意义。而法院若审查协议效力,则又有可能步入耗费诉讼时间、过早介入仲裁、缺乏相关证据的怪圈。当事人申请财产保全,是希望仲裁程序顺利进行,与确认仲裁协议有效的程序目的与规定完全不同,仲裁程序中对协议有效性的质疑通常是一方当事人否认仲裁程序合法性的救济,若仅因当事人申请仲裁财产保全而得出了协议无效的结果,不仅侵犯了当事人的权利,还违背了程序的基本精神。我国目前司法资源稀缺,诉讼爆炸现象严重,为减少诉讼负担,使法院有能力应对一些复杂的程序,诉讼外纠纷解决方式仲裁程序运作的独立性与完整性应予强调。另一方面,我国法律未规定临时仲裁,实践中也就不可能出现无相应仲裁机关处理的情形,既然仲裁庭在组成前无法进行保全程序,仲裁委员会的作用即应予重视。

虽然法院决定仲裁前财产保全有其不足之处,但这些问题并不足以导致法院决定权的丧失,在对协议的审查上,为提高诉讼效率和避免审查面临的程序悖论,法院大可不必严格确认仲裁协议的有效性,只要当事人提交形式上表征有效之仲裁协议、证明有保全必要并提供相应担保时,法院即可作出裁定,即使仲裁协议无效,因当事人可以通过另行补充达成有效协议重新仲裁或向法院起诉进行救济,若保全理由存在,仍需要财产保全,当事人可以申请延长保全期限或变更仲裁保全名义为诉讼保全,而当事人若放弃争议,可通过双方和解确定是否由申请方赔偿被保全方的损失,没有达成和解协议则由法院裁决即可。至于无临时仲裁,并不否认法院仲裁前财产保全的决定权。

反之,由仲裁委员会决定仲裁前财产保全则面临着诸多的难题,较之法院更难克服。首先,从国际仲裁实践来看,国外仲裁机构仲裁规则与立法例均规定有权决定仲裁财产保全的机构限于法院和仲裁庭,而仲裁前只能由法院决定财产保全。我国法律规定仲裁委员会有保全决定权,既不符合国际发展趋势,也容易使我国裁决无法得到他国的承认,影响我国仲裁发展前景。其次,我国仲裁委员会作为由人民政府组织有关部门和商会统一组建的社会团体法人,虽不具备行政色彩,但这种事务机构不宜作出财产保全的仲裁中间裁决。再次,若仲裁前财产保全由仲裁委员会决定,那么涉及第三方的仲裁前财产保全的决定机构无法合理解决。协议对仲裁庭授权的

^⑧ 陈桂明:《仲裁法论》,中国政法大学出版社1993年版,第3页。