



仲裁研究

ARBITRATION STUDY

第十七辑

广州仲裁委员会 主办



法律出版社
LAW PRESS CHINA



仲裁研究

ARBITRATION STUDY

第十七辑

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17辑/广州仲裁委员会主编. —北京:法律出版社, 2008. 12

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9001 - 3

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(2008)第 178001 号

©法律出版社·中国

责任编辑/薛 晗

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/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/世纪千禧印刷(北京)有限公司

责任印制/陶 松

开本/880×1230 毫米 1/16

印张/7.25 字数/156 千

版本/2008 年 12 月第 1 版

印次/2008 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9001 - 3

定价:13.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

仲裁研究(第十七辑)

学术顾问委员会(以姓氏笔画为序):

卢云华 朱 勇 齐树洁 刘想树 吴汉东
苏泽群 杨良宜 杨树明 赵 钢 徐 杰

主 编:陈忠谦

副 主 编:李立之 朱用开 王小莉 李为松

责任编辑:钟晓东 张小建 朱应铭 张春霞 吴晓辉

编辑部地址:中国广州市沿江中路 298 号江湾大酒店 C 座 12 楼

邮 编:510100

电 话:(020)83283950 83283650 83282223 83282240

传 真:(020)83283773

网址:www.ccarb.org

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《仲裁法》颁布实施后广州地区组建的唯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,2007年,广州仲裁委员会共受理各类民商事纠纷案件4020件,比2006年增长5%,案件总标的额62亿元,比2006年增长20%,全年审结案件3939件,年结案率达到98%,位居全国仲裁机构前列。

本会现拥有一支六百多人的仲裁员队伍,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。本会现有工作人员七十余名,其中博士研究生3人,硕士研究生29人,90%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;本会拥有近三千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、办公室、仲裁秘书部、国际仲裁部、发展部五个部门,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)

仲裁秘书部电话:(020)83287761(传真)

网址:www.gzac.org

广州仲裁委员会中山分会简介

经广东省人民政府法制办公室批准,在中山市人民政府和有关部门的支持下,广州仲裁委员会于2006年9月22日在中山市成立了“广州仲裁委员会中山分会”。广州仲裁委员会中山分会是继广州仲裁委员会东莞分会成立之后,广州仲裁委员会在珠三角地区成立的第二个分会,是广州仲裁委员会进行“二次创业”的又一个重要举措。

近年来,中山市经济发展迅速,成为广东经济最活跃的地区之一,各类经济纠纷随之增多,中山的各种经济活动主体对快捷解决经济纠纷的仲裁途径有迫切的需求,广州仲裁委员会中山分会的成立为中山及周边地区的民众及企业提供了解决民商纠纷的新渠道,为中山经济的持续快速发展提供了适应国际潮流的仲裁法律服务。

仲裁委员会是以仲裁的方式,独立、公正、高效地解决平等主体的自然人、法人和其他组织之间发生的合同纠纷及其他财产权益纠纷的常设仲裁机构。广州仲裁委员会及其分会适用统一的仲裁规则,解决民商事纠纷不受地域和级别的限制。

精英的仲裁员队伍为我会独立公正地裁决案件提供有力的保障。广州仲裁委员会自1995年成立至今,已建立了一支由国内外及香港、台湾地区法律、经济领域的著名专家、学者、高级律师、退休法官、会计师组成的五百多人的仲裁员队伍,其中包括中山地区聘请的四十多位仲裁员。我会仲裁员具有较高的专业水平和丰富的办案经验,十多年以来,以独立、公正的办案作风处理了大量的民商事纠纷案件,受到社会的广泛赞誉。新成立的广州仲裁委员会中山分会与总会使用统一的仲裁员名册,当事人可从仲裁员名册中选定仲裁员审理案件。为了保证仲裁案件审理的顺利开展,提高仲裁工作效率,广州仲裁委员会中山分会还配备有一支专职的仲裁秘书队伍,他们熟悉仲裁程序,熟练掌握办案技能,拥有过硬的法律知识,能够为仲裁庭和当事人提供专业的仲裁程序服务。

在基础建设上,中山分会引进了智能的办公自动化管理系统、案件管理系统及其他先进的硬件设备,使仲裁立案到结案全过程、办公室行政管理各方面均实现了计算机控制和管理。先进的软、硬件设备进一步保障了我们为公民、法人和其他组织提供高效、高质量的仲裁法律服务。

当事人在经济往来中如果需要通过仲裁方式解决合同纠纷,保护自己的合法权益,应在签订合同时写明仲裁条款,广州仲裁委员会中山分会示范仲裁条款如下:

因本合同引起的或与本合同有关的任何争议,由当事人协商解决,协商不成的,提请广州仲裁委员会中山分会按照该会的仲裁规则进行仲裁。仲裁裁决是终局的,对双方均具有约束力。

广州仲裁委员会中山分会的联系方式:

地址:中山市东区兴中道东方商贸大厦303单元

邮编:538400

案件受理咨询电话:0760-8162168

传真:0760-8162165

欢迎登录中国商事仲裁网

中国商事仲裁网(永久性网址为:www.ccarb.org)正式创办于2005年,其宗旨在于传播仲裁知识,发布仲裁动态,推进仲裁研究,交流仲裁信息,并力图成为国内信息量最大,覆盖面最广,且独具特色的专业化网站。作为广州仲裁委2005年的重点建设项目之一,其将与广州仲裁网以及《仲裁研究》一道,为中国仲裁的二次创业提供智力与舆论支持。

2007年11月,网站进行了改版升级,优化了栏目设置,增设了“商界法律新闻”、“在线仲裁”、“案例数据库”、“民商法律问题热聚焦”等内容,改版后的网站内容更加丰富,既有全国同行业最新信息的及时发布,又有本委相关动态的完整记录;既有针对一般民众的、深入浅出的仲裁基本知识介绍,又有面向专业人士、较高层次的理论探讨。同时,还包含相关法律法规、国际公约,仲裁示范文本等实用信息,网上咨询等互动板块,等等。可谓是寻常百姓、律师、学生、仲裁专业人员等各阶层人士,了解仲裁、研究仲裁的良师益友。

网站自2005年8月28日运行以来,它的点击率逐步上升,受到仲裁同仁、专家学者及关心热爱仲裁人士的好评。可以预期,随着广州仲裁委的进一步发展,中国商事仲裁网的建设势必跨上一个新台阶。在此,热切盼望各兄弟仲裁机构、教学研究单位、律师事务所以及关心仲裁事业的各界同仁提出宝贵意见,并来信来稿反映仲裁相关信息,为仲裁事业的继续发展壮大而共同努力。

如您有仲裁方面的问题需要咨询,或有其他意见、建议和投稿,请来信或拨打网站事务咨询电话:

E-mail: ccarb@126.com

Tel: 020-83283950

联系人:钟部长

目 录

探索与争鸣

司法权的中国特色限制

——以我国商事仲裁中临时措施决定权与执行权的归属为视角

..... 王显荣/ 1

从“效率至上”到“契约自由”

——基于合并仲裁评当代仲裁价值取向之变迁..... 池漫郊/ 9

论仲裁庭下达临时措施的执行

——兼析《示范法》临时措施执行规则..... 鲍冠艺/ 黄 伟/ 19

非内国仲裁理论对仲裁地选择的影响研究..... 张姩姩/ 29

仲裁实务

仲裁调解书有关法律问题辨析..... 王小莉/ 37

完善仲裁调解制度,发挥仲裁调解效能..... 秦兰英/ 43

论仲裁中鉴定程序的启动..... 吕群蓉/ 47

仲裁专业化

以金融仲裁的方式解决金融纠纷之浅析..... 朱希嘉/ 55

在线仲裁研究

在线仲裁可行性研究..... 王 栋/ 61

国际商事仲裁

友好仲裁在国际经济争端解决机制中的运用(下)..... 王吉文/ 66

第三方参与正在进行的国际仲裁(上)

——对目前现状的考察..... 托马斯·贝维拉奎 何远展译/ 71

国际商事仲裁缺员仲裁庭裁决的效力

——以马绍尔群岛第一投资公司申请承认与执行伦敦海事仲裁

裁决案为例的分析..... 陈延忠/ 85

英国法院对仲裁裁决的司法监督..... 余蕊桢/ 93

探索与争鸣

司法权的中国特色限制

——以我国商事仲裁中临时措施决定权与执行权的归属为视角

王显荣*

内容提要 在各项国家权力中,司法权应该说是最弱的。但随着法律在现代社会各个领域中的地位不断上升,以及法律对司法权界限规定的不明确,司法权也呈现出一定程度上的膨胀现象。例如,我国改过去仲裁庭发布商事仲裁中类似临时措施的做法为法院发布与执行该类措施,司法权在此进一步膨胀,既不能满足仲裁实践的需要,也与国际发展趋势背道而驰,因此,必须对司法权予以限制,明确临时措施的定义,赋予仲裁庭发布临时措施的权力,并在国内仲裁中赋予仲裁庭执行除针对第三人外的临时措施的权力,同时规定境外仲裁机构所做出的临时措施可依法向中级人民法院申请执行,方能充分发挥仲裁分流诉讼的功能,并使 CIETAC 真正迈向国际化。

关键词 司法权 限制 商事仲裁 临时措施

随着我国社会主义市场经济体制的建立和发展,社会转型导致了社会结构的急剧变化,各类社会矛盾和纠纷的数量急剧上升,人民法院受理案件呈现出“诉讼爆炸”的态势,法院法官虽已超负荷进行裁判工作,但毕竟诉讼的承载能力有限,仍有许多纠纷得不到及时解决,并且社会转型催生的种种矛盾并非都能用诉讼方法解决,或者说诉讼并非最好的解决途径,这就促使人们不得不去思考如何让其他的纠纷解决方式尤其是仲裁给诉讼分流,替代诉讼解决一部分的社会矛盾纠纷问题。然而我国现行商事仲裁中的类似临时措施的制度在实践中产生了许多亟须克服的困难,极大地影响了仲裁分流功能的发挥。

一、我国商事仲裁立法和规则有关临时措施的规定及在仲裁实践中面临的困境

在 1982 年《民事诉讼法(试行)》颁布之前,按照《中国对外贸易仲裁委员会的仲裁程序暂行规则》(1956 年)(以下简称《暂行程序》)第 15 条的规定,仲裁委员会可依一方当事人申请,对同当事人有关的物资、产权等可以规定临时办法,以保全当事人的权利。可见,在该《暂行程序》的情况下,仲裁机构有就仲裁协议项下的事项作出采取类似临时措施的决定权。然而,我国 1982 年《民事诉讼法(试行)》第 194 条、1991 年《民事诉讼法》第 258 条、2007 年《民事诉讼法》第 256 条、最高人民法院《关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)》第 11 条和《仲裁法》第 28 条、第 46 条、第 68 条的规定及中国国际贸易促进委员会/中国国际商会(CIETAC)2005 年规则第 17 条、第 18 条,都明确规定包括证据保全与财产保全在内的类似临时措施的决定权在法院而不

* 法学硕士,广东省珠海市中级人民法院助理审判员。

在仲裁机构。^①

可见,我国司法权已经在仲裁临时措施之中进一步膨胀,其结果是法院为唯一拥有发布临时措施权力的机构,仲裁委员会只能履行提交申请的义务,仅起到一个传递和转交的作用,并且国内仲裁机构在向人民法院提交当事人财产保全申请前是否应当对采取保全措施予以审查,还是简单发函移交财产保全申请,法律上并无明确规定。这给仲裁实践带来不必要的延误,不利于提高仲裁效率。从以下的仲裁证据保全案案情内容以及法院在裁定证据保全过程中存在的分歧意见可以看出这方面存在的显著问题。^② 英瑞开曼有限公司(以下简称英瑞公司)和如皋市玻璃纤维厂(以下简称玻纤厂)签订协议成立合资企业南通泰慕士服装有限公司(以下简称泰慕士公司),英瑞公司根据协议约定不断增资与扩股,在合资企业控股大股。因出资问题,英瑞公司依据仲裁条款以玻纤厂出资不实为由向中国国际经济贸易仲裁委员会(以下简称贸仲会)申请合资争议仲裁。贸仲会予以受理。玻纤厂收到仲裁申请书后,于2001年8月30日向贸仲会提出证据保全申请,要求对合资企业泰慕士公司2001年6月之前的所有账册凭证进行证据保全。贸仲会收到玻纤厂的证据保全申请,根据《仲裁法》第68条的规定,于2001年9月6日将玻纤厂的证据保全申请提交给证据所在地中级人民法院——江苏省南通市中级人民法院,同时表明“是否采取措施由南通市中级人民法院根据仲裁法的有关规定予以裁定”。因本案涉及仲裁机构与法院在仲裁证据保全审查权分配以及可否对案外第三人所持有的证据采取保全措施等法律问题,南通市中级人民法院合议庭存在不同意见。第一种意见认为:根据《仲裁法》第46条、第68条的规定,法院拥有仲裁证据保全审查权和裁决权。第二种意见认为:因本案涉及对不受仲裁协议约束的第三人所持有的证据进行保全,而对第三人持有的证据保全缺乏法律依据,又贸仲会对当事人的仲裁证据保全申请未作任何评论,且对欲保全的仲裁证据使用未作表态,因此建议驳回仲裁证据保全申请。第三种意见认为:法院不能单纯以司法的眼光进行审查所申请保全的证据应该用于仲裁,因为仲裁与司法从逻辑上讲,仲裁对仲裁案件的审理全过程有驾驭和控制条件,而法院仅限于事后监督或审查。贸仲会应对仲裁证据保全申请所涉及仲裁证据的关联性和重要性进行必要审查,并附上有效意见书供法院在裁定是否进行仲裁证据保全时参考。后来南通市中级人民法院经审查并向江苏省高级人民法院请示后于2002年2月6日作出裁定,同意对泰慕士公司2001年6月之前的财务账册、凭证进行证据保全。虽然法院最终裁定进行证据保全,但从时间上看已拖延了四个多月。从本案的仲裁证据保全的过程可以看出,由于我国立法规定仲裁当事人只能向法院寻求临时措施救济,这样仲裁程序必须等到法院对当事人的申请作出裁定后方能进行,且立法的简单性规定,导致人民法院在针对个案发布临时措施时缺乏法定指引,极易引起仲裁程序的延误。如果在这段时间内,另一方当事人利用其优势地位转移财产或者证据等,尤其是在标的物为易腐烂货物的情况下,如果易腐烂货物得不到及时处理,将造成不应有的损失,无论对双方当事人还是社会都不利。另外,其弊端还在于剥夺了当事人选择由仲裁庭发布临时措施的自由权,强迫当事人向法院寻求救济,忽略了当事人既然选择仲裁解决纠纷。试想如果本案当事人选择其他仲裁程序规则在CIETAC进行仲裁,当事人又选择了北京或上海或广州作为仲裁地

^① 实际上我国仲裁法对临时措施制度基本没有涉及,仲裁法中与临时措施制度最为接近的内容是其第28条的规定,故称之为类似临时措施。

^② 杜开林:“对一起仲裁证据保全案的评析——兼论现行仲裁证据保全法律规定的不足”,载《法律适用》2003年第5期,第59~62页。

或者当事人并未就仲裁地进行选择,那么仲裁地必然是中国。如果当事人所选择的仲裁规则允许仲裁庭发布临时措施,但根据我国《仲裁法》,仲裁庭无权发布临时措施,在这种情况下,CIETAC 只有否定该当事人对仲裁规则的自由选择权,然后根据《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》进行仲裁,因为《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第4条第2款规定“凡当事人同意将争议提交仲裁委员会仲裁的,均视为同意按照本规则进行仲裁。当事人约定适用其他仲裁规则,或约定对本规则有关内容进行变更的,从其约定,但其约定无法实施或与仲裁地强制性法律规定相抵触者除外”。结果使当事人希望按照自己选择的仲裁规则进行仲裁并从仲裁庭获得临时救济的希望落空。而目前国际仲裁界正在谋求国家间相互承认和执行仲裁庭作出的(无论在国内或国外)保全措施以及法院对外国仲裁协助颁布临时保全措施,越来越多的国家将会在国内法或者以参加国际公约的形式,对承认和执行仲裁地在外国的仲裁庭作出的保全措施以及法院协助仲裁地在外国的仲裁庭作出保全措施的问题作出确认。如果我国法律根本不允许仲裁庭作出保全措施,也就使选择在我国涉外仲裁机构仲裁的当事人无法实际享受到本可以获得的国际间在此问题上提供的协助和便利,而临时措施救济在国际商事仲裁中的重要性就可能迫使当事人放弃选择 CIETAC 仲裁。因此,我国现行法律框架下的商事仲裁临时措施法律制度的上述不合理之处,在仲裁实践中产生了许多亟须克服的困难,亟待借鉴国际经验予以解决与完善。

此外,虽然我国法律没有明确当事人是否可以在仲裁庭组建之前提出有关临时措施的申请,但根据我国《仲裁法》的规定,当事人不能直接向法院提交临时措施申请,必须通过仲裁机构转交,可见当事人只能在仲裁庭组建之后申请临时措施,容易导致另一方当事人有意在仲裁员的选择或其他问题上故做文章拖延时间,且利用这一时机转移、隐匿或变卖其财产,从而使该临时措施失去其意义。

二、境内外商事仲裁中临时措施决定权归属的三种模式

(一)法院专属权

法律规定,只有法院才有权发布临时措施,无论是在仲裁程序启动之前还是之后,也无无论是在仲裁庭组建之前还是之后。如意大利《诉讼法典》第818条的规定:“仲裁庭不得发布关于扣押财产或其他临时性措施的决定。”此外还有芬兰、巴西、希腊、阿根廷、前捷克斯洛伐克、丹麦、芬兰、匈牙利、伊拉克、科威特、利比亚、墨西哥、挪威、罗马尼亚、西班牙、前南斯拉夫、新加坡、泰国、我国台湾地区、我国内地属此种模式。主张该模式的理由在于商事仲裁临时措施是强制性措施,需要由国家强制力保障的机构进行发布,该临时措施才具有有效性。

(二)仲裁庭专属权

这一主张的根据主要有四点:从仲裁协议具有排除法院管辖权的效力出发,认为按照《纽约公约》,凡是存在有效的仲裁协议,法院就不得作出临时措施裁定;国际上商事仲裁的发展趋势是扩大仲裁庭的权力;向法院申请财产保全意味着逃避、放弃仲裁协议项下的仲裁;有些国家的法律规定本国法院对在国外进行的仲裁不得发布财产保全令。此种模式规定仲裁庭决定临时保全措施的绝对排他性权力,但批评者认为:首先,在保全措施针对第三人的情况下,因为仲裁协议的效力范围问题,仲裁庭无法对第三人发布临时保全措施;其次,在仲裁庭组成以前,当事人不能申请临时保全措施。美国法院在1974年对 McCreary 案的判决中采取了这一立场,即依据纽约公

约,法院不得作出采取临时措施的裁定。目前在美国仍然有一些州的法院遵循这一先例。

(三) 仲裁庭和法院并存权力

该模式已被世界大多数国家所采纳,两者间权力划分的做法主要体现为法院应该支持仲裁以及法院应该谦抑的理念,具体到不同国家又有以下两种不同的模式:

1. 自由选择模式

采取该模式的典型国家是德国。在该模式下,申请仲裁保全的一方可以自由选择向法院或仲裁庭申请临时措施保护。向法院申请没有任何限制,申请人无须取得仲裁员的同意。自由选择模式旨在为当事人提供最大限度的自治权。联合国国际贸易法委员会1985年《国际商事仲裁示范法》(以下简称《示范法》)第17条规定“除非当事各方另有协议,仲裁庭经当事一方请求,可以命令当事任何一方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。仲裁庭可以要求当事任何一方提供有关此种措施的适当的担保”。^③1987年瑞士《联邦国际私法》第183条采纳了联合国仲裁《示范法》授予仲裁庭发布临时措施的非强制权。1998年德国《民法典》第10篇也采纳了联合国仲裁《示范法》,第1041条第1款采纳了联合国仲裁《示范法》第17条的规定并在措辞上作了少许改动。仲裁员只有在一方当事人申请时才可以决定是否发布临时措施,而且仲裁庭对是否发布临时措施享有自由裁量权,并有权要求申请人提供相关担保。当事人也可以根据第1033条向法院申请临时措施救济,且不被视为对仲裁协议的违反。但与仲裁庭发布临时措施不同,法院只有在满足先决条件的前提下才可以发布临时措施。根据德国《仲裁法》,即使仲裁地位于德国之外或仲裁地尚未确定,均可以向德国法院申请临时措施。只要发布临时措施的先决条件得到了满足,法院就必须发布临时措施。第1041条第2款允许法院执行仲裁庭发布的临时措施。对于跨界执行的问题,第1062条第2款允许法院执行位于德国之外仲裁庭发布的临时措施。除德国外,瑞典1929年国内仲裁法规定法院享发布临时措施的专有权,1929年涉外仲裁法规定仲裁庭享发布此类临时措施的专有权。1999年仲裁法取代了两部1929年仲裁法,新法典第25条第4段规定除非当事人另有约定,应一方当事人请求,仲裁庭可以要求另一方当事人在程序进行中采取特定行为为索赔提供担保。香港的仲裁立法同样遵循了示范法的自由选择模式。香港1990年采纳了《示范法》,1997年6月27日经修订后的香港仲裁条例生效。新条例改变了以往仲裁条例的结构,不仅第IIA部分调整国际仲裁,第IA部分中也包含适用于国际仲裁的规定,其中2GB规定了由仲裁庭发布临时措施的权力。2GG(1)规定“由仲裁庭在仲裁程序中

^③ 自1999年5月至6月,联合国国际贸易法委员会在维也纳召开的第三十二届会议上决定研究讨论临时保全措施的可执行性问题以来,历经6年的研究、讨论,最终在2006年完成了对《国际商事仲裁示范法》第17条“仲裁庭命令采取临时措施的权力”的修改。《示范法》第17条中“承认与执行”是本次修改的核心内容:(1)仲裁庭决定采取的临时措施应承认具有约束力。除非仲裁庭另有规定,该措施无论在哪一国作出,经向有管辖权的法院提出申请,即应予以执行,但须服从第17条之十的规定。(2)申请或已经获得承认或执行临时措施的当事人,应将该临时措施的终止、中止或修改情形立即通知法院。(3)如果受理承认或执行申请的国家的法院认为适当,在仲裁庭尚未就担保作出决定的情况下,或者这种决定对于保护第三方的权利必要时,可以命令请求方当事人提供适当担保。

据此,仲裁庭决定采取的临时措施具有法律约束力,除非仲裁庭另有规定,本国法院或者外国法院经当事人申请,均应当予以执行。修订后的《示范法》第17条突出了仲裁庭作出的临时措施的执行性问题,并赋予了仲裁庭作出的临时措施决定具有强制执行和域外执行的效力,可以由法院包括外国法院强制执行。

尽管该《示范法》对临时措施的强制执行问题作出了明确规定,但因其本身的效力不能达到公约的普遍约束力的高度,现阶段因各国就国际商事仲裁临时措施的强制执行问题还未达成统一意见,同时因临时措施的临时性也无法将临时措施的强制执行纳入《纽约公约》的适用范围,而只能依靠各国国内法进行调整。

或就仲裁程序所作出或发出的裁决、命令或指示,可就具有相同效力的法院判决、命令或指示般以相同的方式强制执行,但只有在得到法院或法官的许可下方可如此强制执行。如法院或法官给予该许可,则可按该裁决、命令或指示作出简易判决……则指出无论裁决是在香港作出还是在香港以外地方作出,均可向香港法院申请执行”。这解决了仲裁庭发布的临时措施的强制执行的问题及在一定程度上解决了仲裁庭发布的临时措施的跨界执行的问题。澳门第29/96/M号法令第24条第1款规定在设立仲裁庭之前或之后,当事人向司法法院申请采取保全措施与仲裁协议并无抵触,也不被视为对仲裁的放弃。韩国《商事仲裁院商事仲裁规则》第40条也有此方面的规定。

2. 法院辅助模式

法院辅助模式以英国为典型。英国《1996年仲裁法》同时适用于国内与国际仲裁。根据该法,临时措施一般应由仲裁庭发布,只有在仲裁员没有权力或无法采取有效行动时,法院才介入。仲裁法第38条主要规定仲裁庭可行使的一般权力。第39条主要规定当事人可自由约定仲裁庭是否有权临时裁定其有权在最终裁决中给予的任何救济,但仲裁庭取得此项权力必须基于当事人的双方协议。第66(1)条允许当事人向法院申请执行仲裁庭发布的临时措施。当事人也可以根据第42条向法院申请执行,第42条规定“除非当事人另有约定,法院可以发出命令要求当事人遵守仲裁庭作出的强制性命令。但申请必须由仲裁庭(经通知各方当事人后提出)或由一方当事人经仲裁庭准许后(且通知其他当事人)提出,如果当事人已约定法院根据本条具有此种权力,可直接向法院提出此项申请。法院在作出执行命令时需确认申请方对被申请人不遵守仲裁庭裁定的行为已用尽其可以利用之仲裁程序”。法院辅助模式的基本特点是将发布临时措施的权力尽可能地赋予仲裁庭行使,根据第44条的规定,法院仅在“紧急”情况下才可以经仲裁程序的当事人或拟提起仲裁的当事人申请,且在法院认为确有必要时作出证据保全或财产保全命令,如果情况并不紧急,法院仅可在一方当事人(经通知另一方当事人)申请且得到仲裁庭的准许或其他当事人的书面同意后方可作出上述裁定。而且无论何种情况,法院仅可在仲裁庭或当事人授予此项权力的仲裁机构、其他机构或个人无权或暂时不能有效行使此权力的情况下,方可行使此项权力。但必须注意的是,Mareva禁令和Anton Piller命令只能由法院发布,即使仲裁庭还未成立,当事人也可以直接向法院申请发布以上两种临时禁令。荷兰《民事诉讼法》第1051条规定,如果双方当事人同意,仲裁庭有权签发临时措施,但不能针对第三人提出,并且为了强制义务方遵守该措施,法律还授予仲裁庭采取强制执行的权力。哥伦比亚1989年《仲裁法》第2279条规定仲裁庭在发布该类措施上享有广泛的权力,必要时甚至无须法院的帮助即可自己予以执行。此外还有阿尔及利亚、比利时、智利、厄瓜多尔、埃及、法国、印度尼西亚、马来西亚、伊朗、爱尔兰、以色列、巴拿马、波兰、南非、日本、奥地利、韩国、叙利亚、美国和委内瑞拉等国家采此类模式。

为了扩大仲裁协议授权仲裁庭签发临时措施的权力,国际上绝大多数著名的仲裁规则都授权仲裁庭享有签发临时措施的权力。^④

^④ 联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)1976年《仲裁规则》第26条、联合国国际贸易法委员会2006年《国际商事仲裁示范法》第17条、国际商会(ICC)1998年《仲裁规则》第23条、美国仲裁协会(AAA)2000年《仲裁规则》第21条、世界知识产权组织(WIPO)仲裁与调解中心1996年仲裁规则第46条、伦敦国际仲裁院(LCIA)1998年仲裁规则第25条、斯德哥尔摩仲裁院(SCC)2007年仲裁规则第32条、吉隆坡仲裁中心(UNCITRAL)规则第26条、海湾国家仲裁程序规则第160条、新加坡国际仲裁中心新修订的仲裁规则第56条。

三、我国仲裁中临时措施所处困境之破题——司法权的中国特色限制

通过上述对境内外仲裁中临时措施的比较分析,我们不难发现,国外商事仲裁理论和实践都倾向于授予仲裁庭发布临时措施的权力,多数国家主张以双方当事人的合意为排他性依据,且在诸多有关解决仲裁庭发布临时措施所存在问题的办法中,荷兰模式是切实可行的,因为它遵循了仲裁自身的逻辑。^⑤ 反观我国现行仲裁立法及规则,司法权对仲裁干预过多过滥,从而导致仲裁分流诉讼案件的功能未能充分发挥,当然这不仅仅是立法技术层面的问题,还涉及国家立法者对市民社会与政治国家相互关系中谁为本位的认识问题,即“市民社会高于国家还是国家高于市民社会”。黑格尔基于唯心主义,认为由于独立的个人之间具有外在的、工具性的契约与利益关联,缺乏内在的、自然的关联,所以它必然导致外部秩序的混乱和人的内在精神的异化,是个人私利的战场,是一切人反对一切人的战场。市民社会对私利的无尽追求,必然导致了道德沦丧和社会混乱,只有具有“客观精神”的国家才能实现对这种社会异化状态的拯救。从而黑格尔得出结论:国家高于市民社会。其理论的根本症结在于忽视了市民社会自身的力量,不能从市民社会本身寻找克服其缺陷的根据和力量。^⑥ 马克思批判了这种颠倒关系,他认为:正是市民社会的成员组成了国家,作为市民社会一分子的活生生的“个人”才是政治国家的自然基础。同样,市民社会成员的物质生产活动才是政治国家的全部活动和全部历史的真正发源地和舞台。市民社会的经济基础促成了国家、市民社会的目的和任务呼唤着国家。所以马克思最后得出了与黑格尔相反的结论:不是国家高于市民社会,而是市民社会高于国家。葛兰西、哈贝马斯更是第一次发掘出市民社会中的“公共领域”,深刻地指出“由独立个人、大量的独立社团、中间组织通过自主的理性讨论、文化批判而形成的公共舆论、公共理性”才是克服市民社会缺陷的终极力量,才是国家权力合理性的根本来源。我国的一切权力属于人民,人民通过人民代表大会制度将部分权力赋予国家,但人民仍然保留了相当的自治能力。如许多纠纷解决的权利,尤其是因私权利冲突所生纠纷,其解决权仍然保留在广大市民手中。作为一种主要的社会自治的纠纷解决机制的仲裁制度正是“以远不如普通法院那么正规的方式运行,而以一种相对廉价的方式,并且在更接近潜在的运用法律者的地方提供‘公众司法’……”^⑦ 所以,它与司法权不是“从属”关系,而是平行关系,共同作为社会纠纷解决机制的组成部分,尤其是在我国,二者这种平行关系表现得更为明显。^⑧ 既然仲裁权和司法权不是从属关系,按照权力分立的理论,正如法院不能代替行政机关作出行政行为一样,司法权也无权对仲裁权“代替或者包揽”,法院也就无权代替仲裁庭发布临时措施。由仲裁庭发布临时措施既是对当事人意思自治的尊重,更是为了肃清司法权对仲裁权的“代替或者包揽”,防止仲裁诉讼化。这也是各国仲裁法普遍排除法院代替仲裁庭发布临时措施的深层次原因。

⑤ 王显荣、刘永明:“‘经济全球化’下国际商事仲裁领域临时保全措施的发展趋势”,载《河北法学》2003年第2期,第120页。

⑥ [德]黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1982年版,第197页以下。

⑦ 范愉:《非诉讼纠纷解决机制研究》,中国人民大学出版社2000年版,第343页。

⑧ 2003年5月9日,财政部、国家发改委、监察部、审计署等四部委以“财综[2003]29号”文,下发了“关于加强中央部门和单位行政事业性收费等收入‘收支两条线’管理的通知”。该文件规定:“中央部门和单位所属事业单位,社会团体和其他组织代行政府职能强制实施具有垄断性质的仲裁、认证、检验、鉴定收费……不得作为经营性服务性收费管理。”即仲裁机构为代行政府职能的其他组织。

并且根据保全程序中的审执分立理论,^⑨保全裁定程序(即临时措施裁定程序)与保全执行程序分立后,就把原来笼罩在保全制度上的强制性色彩予以分解、剥离,从中离析出不具有强制性色彩的保全裁定程序,使民间仲裁机构足以胜任该程序的运作。主张法院专有权以及主张仲裁庭只有有限的临时措施作出权的局限性均在于以仲裁机构为民间机构,无强制性权力为前提,混淆了保全裁定(命令)与保全执行的关系,误将保全执行程序所应当具备的强制性权力基础张冠李戴到保全裁定程序上面。实际上,仲裁庭作出临时措施的权力与它作出本案仲裁裁决的权限一样,不需要以任何强制性权力为前提,并且该临时措施的裁定和仲裁裁决均可以作为法院强制执行的依据。^⑩因为,仲裁机构作为民间解决纠纷的机构,在法律没有授权之前尽管没有采取强制措施的权力,但是享有作出据以采取强制措施的裁定这一执行依据的权力是不容置疑的,否则,我们就无法合理地解释为什么仲裁庭作出的仲裁裁决具有强制执行的效力,何以成为法院实施强制执行行为的依据。所以从本质上看,临时措施裁定与仲裁裁决具有执行力,可以成为执行依据这一层面上,并没有多大的区别,甚至在一定意义上说,仲裁庭临时措施作出权派生于本案仲裁裁决权。临时措施裁定与仲裁裁决的差异仅仅在于保全裁定是临时性救济裁定,而仲裁裁决则是解决本案实体权利义务的争议所作出的终局裁决。二者之间的共通性大于差异性。

因此,应在结合本国国情的基础上接轨国际潮流,对我国司法权的膨胀予以适度限制,修订现行仲裁法和 CIETA 仲裁规则有关临时措施的规定,选择仲裁庭与法院并存权力制,明确规定:“临时措施是指为使双方之间的民事法律关系更加稳固或确保裁决的执行,且与双方当事人之间争议解决办法无关的临时性、紧急性的措施;当事人可以约定授权仲裁庭依当事人一方申请发布临时措施,仲裁庭据此取得在仲裁裁决执行书中设定惩罚性赔偿来保证该临时措施得到遵守的权力,同时仲裁庭在发布临时措施之前应要求提起申请的当事人一方提供有关该措施的适当的担保,但在仲裁庭未成立前的临时措施只能由法院发布。”

尽管采取仲裁庭发布模式的大多数西方国家仍然采用由法院执行临时措施的方式,但我国不同于上述三权分立的国家,我国“一切国家权力归全国人民代表大会,国务院的行政权和人民法院的司法权、人民检察院的检察权,均来自全国人民代表大会的授权”。鉴于我国全国人大常委会已通过新《证券法》赋予证监会冻结、查封涉案财产或者重要证据等准司法权,同理,通过修改《仲裁法》,中国特色地赋予代行政府职能的“国内仲裁机构在国内商事仲裁中可对被申请的当事人就临时措施予以强制执行的权力,但针对第三人的临时措施只能由法院强制执行”。这意味司法机关出让一部分管辖权,凸显了政治国家对市民社会某种程度的妥协。而在国际仲裁中,鉴于司法主权因素,不宜采仲裁庭执行临时措施,CIETAC 规则修改为“由法院依申请发出强制令要求当事人遵守仲裁庭发布的临时措施。但申请必须由仲裁庭(经通知各方当事人后提出)或由一方

^⑨ 完整的民事保全程序包括两个层次的结构:保全命令程序与保全执行程序。保全命令程序也称保全审判程序,是指保全程序执行依据的取得程序;保全执行程序是指保全裁定作出后,法院以保全裁定书为执行依据实施控制性执行行为的程序。在德、日等大陆法系国家,保全审判程序与保全执行程序分别遵循不同的程序原理,采用不同的制度设置,并且由不同的机构践行这两种程序。在我国法院内部,作出保全裁定的机构与执行保全裁定的机构通常是不同的:诉前财产保全由立案庭作出保全裁定,由执行局(庭)实施;诉讼财产保全由审判庭作出保全裁定,由执行局(庭)负责执行该裁定。同理,应当承认仲裁庭或仲裁机构作出保全裁定的权力。肖建国:“民事保全程度中的审执分立”,载《人民法院报》2005年1月5日《理论与实践周刊》第一期B版。

^⑩ 双方当事人授予仲裁庭作出临时措施的协议与仲裁协议的性质一样,均具有私法性质,双方当事人不可能授予仲裁庭超过自己本身处分的权力,所以他们不可能将合同变成可执行的文件,他们也就不能授予仲裁庭发布可执行的裁定和裁决,临时措施裁定与仲裁裁决的可执行性需要国家通过仲裁法律本身而非当事人的仲裁协议来授予。

当事人经仲裁庭准许后(且通知其他当事人)提出,如果当事人已约定法院根据本条具有此种权力,可直接向法院提出此项申请。法院在作出执行命令时需确认申请方对被申请人不遵守仲裁庭裁定的行为已用尽其可以利用之仲裁程序”。关于跨界执行问题,“如果仲裁地不在中华人民共和国大陆境内,则反对申请的一方当事人的登记注册地或惯常居所地,或该方当事人的财产所在地或争议财产所在地或临时措施涉及的财产所在地的地区中级人民法院有权执行。如无此类地点,则由最高人民法院指定中级人民法院执行”。

Chinese limitation on Judicial power

By Wang Xianrong

Contract: With the integration of global economy and the rising disputes of international trade and investment, commercial arbitration has achieved rapid development in recent years. However, due to the fact that there are no uniform legal regulations concerning the issuance and enforcement of interim measures, interim measures have met a lot of problems in Chinese commercial arbitration practice, which directly affects the function of commercial arbitration. On the basis of comparing and analyzing different interim measure approaches in relevant arbitration rules and arbitration laws, this article draw the conclusion that the problems of interim measures in China should be perfected by absorbing international experience to promote the healthy development of international commercial arbitration in China, and also put forward some concrete suggestions.

Key Words: Judicial Power, Limitation, Commercial Arbitration, Interim Measures

(责任编辑:吴晓辉)

从“效率至上”到“契约自由”

——基于合并仲裁评当代仲裁价值取向之变迁

池漫郊*

内容提要 晚近以来,合并仲裁越来越频繁出现。合并仲裁给仲裁体制带来的最大的法理危机,便是其引发了当代仲裁的两个主要价值取向与内在特征——追求争端解决效率与尊重当事人意思自治之间的冲突与矛盾。通过对合并仲裁的必要性、实现途径以及法理缺陷等相关问题进行细致研究,且结合晚近国际层面关于合并仲裁立法与实践可以看出,尽管合并仲裁有助于提高争端解决效率,但国际仲裁界似乎更强调对当事人意思自治的尊重。

关键词 合并仲裁 价值取向 效率 意思自治

一、问题的提出

在国际商事领域,仲裁已经被广泛认同为解决争端的一种有效方式。长期以来,理论界与实务界莫不认为仲裁具有尊重当事人的意思自治、私密性强、方式灵活、节约高效等诸多特点。但晚近以来,随着国际商事交易的日益复杂化,仲裁本身也体现出复杂化的倾向。随着越来越多的交易已经突破了“双方交易”的情形(即交易仅涉及两个当事人),取而代之的则是“多方交易”的兴起,尤其是国际货物买卖、建筑、海运等行业更是如此。

在“多方交易”的情况下,争议大多表现为两种基本类型:“连锁型争议”(chain disputes)与“并列型争议”(parallel disputes)。“连锁型争议”一般是指多个当事人为了进行一笔复杂的交易(特别是在国际货物销售领域),顺次与下一个当事人签订合同而产生的争议(比如为了完成一项货物买卖,A与B、B与C、C与D分别都签订了合同);而“并列型争议”是指同一个当事人为了完成一笔复杂的交易(特别是在国际海运、国际建筑等行业),同时与多个其他当事人分别签订多份合同而导致的争议(比如为了进行完成一项建筑工程,A分别与B、C、D签订了合同,以处理该工程的各个方面)。

无论在上述何种争议中,都可能导致多个当事人彼此之间分别要求仲裁以解决争端的情形。一般说来,多方争议可通过两种方法加以解决:其一,“分别仲裁”(separate arbitration),即允许多个当事人依据彼此间仲裁协议各自组成仲裁庭,在相互独立的仲裁程序中解决争议,裁决仅在仲裁协议的当事人之间生效。其二,“合并仲裁”(consolidated arbitration),即通过“一揽子”的方式,在同一个仲裁程序中解决所有当事人之间的争议,而裁决亦同时对于所有相关当事人生效。

晚近以来,伴随着争议与仲裁程序的复杂化,理论与实践层面对于仲裁体制的效率追求也日

* 厦门大学法学院国际法教研室、厦门大学国际经济法研究所助理教授、硕士研究生导师,法学博士。