

仲裁临时保全措施及法院本位主义：法制变革上的建议

黄凯绅*

目次

- 一、概说
- 二、规范建制上的可能安排
 - (一) 法院独占制
 - (二) 仲裁庭单轨制
 - (三) 法院及仲裁庭双轨并行制
 - (四) 结论：双轨并行制的当代趋势
- 三、法院独占制于中国仲裁法制中的破口
 - (一) 现行法中法院独占制的破口？
 - (二) 2017年北京仲裁委员会之紧急仲裁
- (三) 结论：“双轨并行制”的契机
- 四、改采仲裁庭及法院双轨并行制的契机
 - (一) 现况：法院本位主义
 - (二) 不一致的“法院本位主义”
 - (三) 调整为双轨并行制的理由
- 五、修法建议
 - (一) 管辖权的分配
 - (二) 临时保全措施的执行
- 六、结论

摘要 关于仲裁临时保全措施的规范模式，衡诸比较法例可知，根据其审批主体的差异，可分为“法院独占制”“仲裁庭单轨制”与“法院及仲裁庭双轨并行制”。现行中国仲裁法制，由于仅人民法院得以处理相关临时措施的审批，显然采取的是由法院独占的规范模式。严格言之，不论是国内或是涉外仲裁案件，仲裁机构并无审批保全措施的权限。然而，中国国内仲裁机构制定的仲裁规则，例如北京仲裁委员会现行之《仲裁规则》，其实已经在“执行地于境外”的情形，做出规范上的尝试性突破，赋予仲裁庭审批该类保全措施的权限，实践上亦已有境外法域执行由内地仲裁庭批给的保全措施。以此为契机，笔者认为现行法关于仲裁保全措施的规定稍嫌过于法院本位主义，似可考虑调整为目前多数友善仲裁法例所采取的“双轨并行制”，允许当事人根据其需求而向法院或仲裁庭提交申请。建制上，本文分别就审批保全措施的管辖权分配及其执行，提出调整现行仲裁法及民事诉讼法相关规定的立法建议。

关键词 临时措施 保全措施 法院本位主义 仲裁法改革

一、概 说

根据现行《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》)第 28 条、第 46 条、第 68 条及《中华人

* 英国牛津大学社会暨文化人类学系博士研究生。

民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)第 272 条的规定,中国商务仲裁法制并未允许仲裁庭径自处理临时保全措施的审批。即便当事人向仲裁庭提出,应由仲裁委员会将申请转提交至具有管辖权的法院;当事人仍只能依其案件争议属于内国或涉外仲裁,而分别向基层或中级人民法院提交申请。相较于当前允许仲裁庭做出临时保全措施的比较法例,现行法显然采取的是由国家法院单轨处理保全措施审批的立法模式。

建制上,关于临时保全措施审批的管辖权分配,主要有由法院或仲裁庭单轨处理的独占制及由二者双轨并行等三种立法模式。关于此权限的分配,实际上涉及的是,仲裁法制在政策上如何在“法院本位”及“促进仲裁制度自主性”之间取得制度上的平衡点。某程度而言,也是仲裁政策上如何划定法院与仲裁庭间相互关系的制度体现。现行法采取的法院独占模式,即为落实法院单轨监督、介入仲裁机制的立法模式;如果使仲裁庭具备审批保全措施的权限,则是在政策上偏向于友善仲裁的一端。

本文所欲探讨的问题是,就临时保全措施审批采取法院独占制的现行仲裁法,是否应调整为仲裁庭及法院双轨并行制?如为肯定,其改弦易辙的实质理由为何?又是否能在当前仲裁法体系中寻得政策上的支持?更重要的是,如何提出修正建议并且落实于具体规定当中?

本文架构。为回答前述问题,笔者首先就比较法例的观点,扼要说明及分析临时保全措施审批在建制上的可能规范模式。其次,透过分析中国仲裁法制的相关规定,以及仲裁机构的实践现况,探讨是否存在着法院独占制的破口,而能在当前实践上得到支持。第三,论证采取仲裁庭及法院双轨并行制的实质理由为何。最后则是提出相关规定的立法建议。

二、规范建制上的可能安排

制度设计上,关于临时保全措施的建制,依据有权受理、审理及批给措施的主体,可约略归纳为三种主要模式:法院独占制、仲裁庭单轨制及法院、仲裁庭并行双轨制(以下或称为“双轨并行制”)。基于相异的历史脉络、政策考虑及实务文化,分别被不同的国家法律系统,在特定的仲裁发展背景及政经条件下,采纳、调整或扬弃。笔者欲于本节说明的是:这些制度在规范建制上的具体内涵为何?彼此之间存有哪些差异?其被不同法例所采纳或摒弃的理由为何?彼此之间制度上的优劣又是如何?

(一) 法院独占制

如果该商务仲裁法制或实务仅由国家法院处理临时保全措施的审批,而不允许或禁止仲裁员或仲裁庭处理临时措施,或否定其批给该措施之效力者,即属法院独占制。在此制度下,仲裁庭专责仲裁案件的审理及批给,如纷争当事人有保全的需求而欲申请临时措施,仅能向具有管辖权的国家法院提出,或向仲裁庭提出并由之或其所属仲裁机构向管辖法院转提交。在法院独占制下,只有国家法院得以实质受理、审理及批给由商事仲裁纷争引发之临时保全措施,职司主纷争解决之仲裁庭,无从干涉。

法院独占制乃奠基于“强制力加诸私人间纷争时之国家排他、专属性”的基本命题。鉴于临时保全措施的批给必然对他方权益造成影响,仲裁庭性质上又仅是以纷争当事人合意为基础的民间、私人组织,本质上并非国家之机关、手足,基此立论,并不具备实施临时保全措施的权力。透过仲裁程序赋予民事纷争解决强制力,已是国家机关享有排他、专属裁决私人纷争的例外,不应在允许仲裁庭听判纷争外,扩及于批给临时措施。

当代比较法例上,法院独占制并不多见。1969 年版本的瑞士《联邦仲裁协约》(the Swiss

Inter-Cantonal Concordat on Arbitration of 27 March 1969)为采取法院独占制的前例。^{〔1〕}该协议第26条第1项规定,唯有政府设立的司法当局具有做出临时措施的管辖权;同条第2项规定,仲裁庭如果做出临时措施,该措施仅具有推荐或建议效力。鉴于仲裁庭乃是基于纷争当事人合意之仲裁协议所构成的裁决组织,而非该条规定之“政府设立的司法当局”,故不具备受理、批给临时措施的权限。然而,基于尊重当事人意思自主及友善仲裁的修正理由,前述规定已被2008年瑞士《民事诉讼法》(the Swiss Code of Civil Procedure of 19 December 2008)第374条以及瑞士1987年《国际私法规则》(the Private International Law Statute of 18 December 1987)第183条取代,分别就内国及国际仲裁案件赋予仲裁庭做出临时措施的权限。

从瑞士的演进可知,法院独占制乃是较为保守、敌视仲裁制度的规范模式,在当代比较法例中,多为商务仲裁相对上较不盛行或发展较为缓慢的国家所采纳,例如:意大利、西班牙及阿根廷等。^{〔2〕}意大利《民事诉讼法》第818条即明文规定,除法律另有规定,仲裁员不得批给保全或其他临时性措施。阿根廷《民商事程序法》第753条亦禁止仲裁员批给具有执行力的措施,此类措施只能由法院审批。

(二) 仲裁庭单轨制

相较于法院独占制,仲裁庭单轨制属于建制上系谱的另一极端。如该商事仲裁法律或实务仅认仲裁庭具有作成临时措施的权限,而排除国家法院在仲裁争议中受理、批给临时措施者,即属笔者于本文所称之仲裁庭单轨制。在此制度下,相对于法院,仲裁庭具有特别的、排他的纷争解决专属权限,当事人不仅不得将争议提交一般法院解决,亦不能向法院提出与该争端相关之临时措施申请;如其径自向法院提交申请,法院应以无管辖权或审判权为由驳回之。

建制逻辑上,仲裁庭单轨制可再分为严格及一般的类型。严格仲裁庭单轨制指的是,只要双方当事人就相关争议订有提交仲裁解决之协议,纵然仲裁申请尚未提交,或已提交但仲裁庭尚未组成,一般法院仍然不具有做出临时措施的权限;一般仲裁庭单轨制则是指,如果纷争当事人尚未提交仲裁,或已提交但尚未组成仲裁庭,则不排除一般法院受理、批给临时措施的权限,此时如当事人认有保全或定暂时状态以保障其权益的必要,可径自向法院提交申请,毋需待至仲裁庭成立,若仲裁庭已经组成,当事人得选择向仲裁庭或法院提出申请。

相对于前述法院单轨制着重于国家公权力于纷争解决的垄断特质,仲裁庭单轨制重视的是当事人约定交付仲裁解决争议的意思决定及对于商务仲裁制度的尊重。类同于仲裁契约妨诉效力的思路,既然当事人已经合意选择仲裁程序解决相关争议,即应贯彻其意思决定及维持仲裁制度相对于一般法院于解决商务争议之特别地位。不论是主要争议的终局解决或由之所衍生的旁枝问题,均应透过仲裁制度处理,故当事人在仲裁协议的拘束下,除不能就该争议向法院提出诉讼外,亦不得就保全或定暂时状态救济向仲裁制度外之机关提交临时救济之申请。

赋予仲裁庭如此特殊地位的仲裁庭单轨制,曾经一度成为美国早期部分法院实务的重要见解,但目前已非主流意见。^{〔3〕}美国联邦第三巡回上诉法院于1974年的 *McCreary Tire & Rubber Co. v. CEAT, SpA* 案中,^{〔4〕}主要围绕在《纽约公约》(the New York Convention)第2条第3项关

〔1〕 See M. Arroyo, *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide* (Kluwer Law International, 2013), p.18.

〔2〕 See also G. Born, *International Arbitration: Cases and Materials* (2d ed., Kluwer Law International, 2015), pp.872 - 877.

〔3〕 Id. 904 - 906.

〔4〕 501 F.2d 1032 (3d Cir. 1974).

于“缔约成员国负有命当事人根据仲裁协议而将争议提交仲裁”的义务应如何进行论述。例如：仲裁程序尚未开启，由法院处理仲裁争议衍生的临时保全措施问题，是否与当事人所约定之仲裁条款间有所冲突？是否违反该条款命当事人将相关争议提交仲裁的规定？法院以原审法院命 CEAT 给付金额的临时措施已违反当事人间的仲裁协议且抵触《纽约公约》相关规定等理由，认为不应由法院做出此类的暂时救济措施。^{〔5〕}

虽然 *McCreary* 案在美国受到不少法院的支持，但亦有法院采取不同的看法，认为法院能否审批仲裁案件的临时措施一事，并不在《纽约公约》第 2 条第 3 项的适用射程范围内，而采取支持法院做出措施的见解，例如：加州北区联邦地区法院 1977 年的 *Carolina Power & Light Co. v. Uranex* 案。^{〔6〕}

当前比较法例中，仲裁庭单轨制其实并不多见。自现代型国家建立以来，国家法院作为纷争解决的基础建制，一直是审批临时措施的主要机构，其具有处理此类保全措施之管辖权一事，本无太大争议。观察不同仲裁法制中临时措施的发展可知，^{〔7〕}饶富实务争议的毋宁是“仲裁庭作为当事人合意而组成的纷争解决机制，除受理、听审及裁决仲裁争端外，是否应如同国家法院般具有做出临时措施之权”，而未必是据此延伸至论辩“国家法院是否因而失其在仲裁争议中处理临时措施的权限”。

然而，其最令人担忧的缺陷则是当事人权益保障上的可能漏缺。采取严格的仲裁庭单轨模式，由于当事人间之仲裁协议被解释为具有完全排除法院受理临时措施权限之效力，倘有证据、财产保全的必要，但当事人尚未就争议提交仲裁，或已提交仲裁但仲裁庭尚未组成，若又无紧急仲裁员之相类设计，将无任何机构可以受理临时措施，当事人权益保障即出现空窗阶段。

这也是为何当代仲裁法制鲜少采纳仲裁庭单轨制，而容由法院及仲裁庭各自具有受理、批给临时措施权限的原因之一。事实上，商务仲裁作为“诉讼外纷争解决机制”的一环，其与国家法院间之关系应当处于相辅相成的协调、合作关系，而不是权限上的零和竞争。全然排除国家法院处理仲裁争议临时措施的权限，恐过于极端，除挑战“法院作为国家常设性机构，而仲裁庭作为私人暂时性争端解决机构”的基本建制原理之外，对于当事人的权益保障也构成不必要的障碍。

从法律实践的现实层面来看，不论是在国际或内国仲裁的层次，仲裁庭单轨制一直缺乏比较法例的支持。不管是具有跨国性质的《纽约公约》或极具参考价值的《示范法》，或是以内国实践为主的仲裁法制，若非采取向来常见的法院独占制，就是近年来在仲裁实务发达国家渐趋普遍的双轨并行制。这些法例所关注的核心议题之一是“仲裁制度的运作能够或应该在法院的阴影下，获得多少程度的独立性”，以及“如何调和法院的辅助角色，而不过度涉入、干预仲裁机制”。因此，关于临时措施的部分，规制重点在于是否应允许仲裁庭处理及批给临时措施的权力，以及如何规范其权限范围、审理标准及其与法院的相对关系，而不在于是否全然排除法院处理临时仲裁的权力。毕竟，多数法例对于“现代型国家借由法院专司纷争解决之基本建制原则”并无太大分歧，有争议者仅在于法院及仲裁庭之间处理临时措施的权限范围及行使顺序等对应关系的协调而已。

（三）法院及仲裁庭双轨并行制

法院及仲裁庭双轨并行制乃法院独占制及仲裁庭单轨制之间的中间形态。一方面，其保留法

〔5〕 See G. Born, *supra* note [2], at 905; *Id.* at 1038.

〔6〕 See also G. Born, *supra* note [2], at 909 - 910.

〔7〕 *Id.* at 873 - 874; J. Fry, “Interim Measures of Protection: Recent Developments and the Way Ahead”, 6 *International Arbitration Law Review* 153 (2003).

院处理临时措施的权限,法院不因当事人约定仲裁协议而受到排除;另一方面,其允许仲裁庭径自受理及批给临时措施,当事人无须另向法院提交申请。就临时措施的处理,法院与仲裁庭具有竞合或平行的关系,当事人原则上得依其考虑、权衡后,在仲裁庭尚未组成前,单独向法院提交申请,而于仲裁庭成立后,在管辖法院及仲裁庭间择一为之。

较之于前述的法院独占制及仲裁庭单轨制,双轨并行制是当代比较法制上较受欢迎的规范模式。^{〔8〕} 其中最具代表性的法例为联合国国际贸易法委员会制定颁布的《国际商事仲裁示范法》(下简称为“示范法”)。“示范法”于第9条即就仲裁协议及法院临时措施间的关系做出关于“兼容性”的厘清,指明“在仲裁程序开始前或进行期间,一方当事人请求法院采取临时保全措施和法院准予采取这种措施,并不与仲裁协议相抵触”,确认国家法院在仲裁程序中的角色不因仲裁协议的存在而受到排除;此外,该法除在第17条至第17I条详定仲裁庭采取临时措施的权力外,亦于第17J条确认“法院在发布与仲裁程序有关之临时措施方面的权力与法院在法院诉讼程序方面的权力相同”,而该条的增修理由亦明言是为了清楚确立“仲裁协议的存在并不影响管辖法院批给临时措施的权力”。^{〔9〕} 综合观察《示范法》第9条、第17条“仲裁庭下令采取临时措施的权力”及第17J条“法院下令采取的临时措施”后可知,《示范法》采取的规范模式即为“法院、仲裁庭双轨并行制”^{〔10〕}。

诸多以《示范法》为基础或参考的仲裁法体例,具体细节或有出入,但就权限的分配部分则均采用“双轨并行制”。例如:我国香港地区《仲裁条例》、德国1998年《仲裁法》(即德国《民事诉讼法》第10编)、奥地利2013年增修之《仲裁法》(即其《民事诉讼法》第4章)、英国1996年《仲裁法》等。

以香港地区《仲裁条例》为例,其第35条采纳《示范法》第17条规定:“除非当事人另有约定,仲裁庭经一方当事人请求,可以准予采取临时措施”;第45条第2项清楚载明,不论仲裁程序是否在香港进行,“原讼法庭”均得应任何一方之申请而批给临时措施。

德国仲裁法制也有类似规范。其《民事诉讼法》第1041条第1项前段规定,“除非当事人另有约定,仲裁庭经一方当事人请求,得就争议事项决定其认为必要之临时保全措施”;针对法院是否具有处理临时措施的权限,同法第1033条已载明,“于仲裁程序开始前或进行中,法院根据当事人请求而就仲裁争议批给临时措施,并不抵触仲裁协议”。综观之,除清楚地采取“双轨并行制”外,德国民诉法为避免引发被定性为“仲裁庭单轨制”的误解,透过落实《示范法》第9条的方式,订立专条(即德国《民事诉讼法》第1033条)指明“法院处理临时措施的权限,不因当事人间之仲裁协议而受到限制”,故仲裁庭成立前,当事人得向法院提交临时措施之申请;如仲裁庭已成立,当事人原则上得从法院或仲裁庭中择一为之。

《英国1996年仲裁法》(the English Arbitration Act 1996)及相关实务见解则是采取仲裁庭具有优先处理权限的双轨制(简称“仲裁庭优先型双轨制”)。根据该法第44条第3项及第4项规定,

〔8〕 在法院以外赋予仲裁庭处理临时措施的权限,已是近年来商务仲裁发展的趋势。See G. Born, *supra* note [2], at 873-874; J. Fry, *supra* note [7], at 153.关于详细的比较法例引介,中文部分可参见高文杰:《中国仲裁保全和临时措施制度的立法缺位和建议》,载《北京仲裁》2017年第100辑,第21~41页。

〔9〕 联合国国际贸易法委员会(2008):《第二部分,贸易法委员会秘书处关于2006年修正的1985年〈国际商事仲裁示范法〉的解释说明》,段落30。

〔10〕 关于“模范法”临时措施的其他细节讨论,可参见:T. Kennedy-Grant, “Interim Measures under the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: The Impact of the 2006 Amendments”, 10 (1) *Asian International Arbitration Journal* 17-46 (2014); S. Menon & E. Chao, “Reforming the Model Law Provisions on Interim Measures of Protection”, 2(1) *Asian International Arbitration Journal* 1-31 (2006)。

如属紧急情况(urgency),经当事人提交申请后,法院倘认有保全证据或财产的必要时,得批给临时措施;如非属紧急情况,唯该临时措施的申请已经仲裁庭许可或得到另一造当事人之书面同意时,法院方能处理该措施之申请。同条第5项则是进一步对法院行使临时措施的权限做出限制,即只有在仲裁庭、其他受当事人授予权限的相类组织或人员,缺乏权力批给临时措施或是无法有效地行使该权限时,法院方有适用前述两项规定以判断是否及如何批给临时措施的权限。^{〔11〕}

其实,从英国仲裁法就临时措施的行使进行细部的要件规范可知,双轨并行制的可能缺点在于其实务运作上过于复杂且可能造成法院及仲裁庭间的冲突。例如:当事人倘就相同争议事项分别向法院及仲裁庭提出临时措施的申请,应如何处理?法院及仲裁庭均具有审理的权限,或者只有其中一方具有优先的权力?如法院或仲裁庭其中一方率先他方做出判断,将对彼此产生什么样的效力,而就仲裁程序的进行有何影响?如法院及仲裁庭就临时措施做出相异的判断,应以何者为主?从这几个争议问题不难看出,双轨并行制的实务操作远比单纯仅做权限划分来得复杂,必须仰赖更多的配套规范或实务解释以避免及化解法院及仲裁庭间的可能矛盾。

然而,双轨并行制的主要优点是,该制除能落实“维持仲裁庭的独立及自主性”及“避免法院过度干预仲裁制度”的当代仲裁法基本原则外,又能保留国家法院扮演辅助仲裁运作角色的法律政策,乃是对于法院本位主义的修正。某程度而言,双轨并行制在运作上保持足够的弹性空间,在“效率”及“当事人实体权益保障”的两大命题中,提供了一个“制度上的平衡点”。立足于当事人使用仲裁制度是为了解决纷争而非遂行其他讼外目的之前提上,“双轨并行制”一方面允许当事人在仲裁庭提交临时措施,使相关争议得以在仲裁庭解决,无须至法院另开程序;另一方面,在仲裁庭尚未组成之前,当事人无须待至仲裁庭组成,可径自向法院提交申请,如此一来,当事人如有保全证据、财产或定暂时状态等临时措施的需求,则无权益保障的空窗。

(四) 结论：双轨并行制的当代趋势

从法院单轨制为基础,扩充至赋予仲裁庭处理临时措施的权限,乃是近代商务仲裁法制及实践的发展趋势。^{〔12〕}以本节前述的瑞士为例,其原仅允许法院及相类之国家司法单位拥有处理临时措施的管辖权,后分别于1987年及2008年,为增修之《国际私法规则》第183条及《民事诉讼法》第374条所取代,分别在法院之外,提供仲裁庭受理及批给临时措施的依据。就当代比较法制的接纳程度而言,允许法院及仲裁庭分别在一定条件下就仲裁争议为受理、审理及批给临时措施的“双轨并行制”,虽然不同国家之间就细节部分有所出入,但大体而言,较之于“法院独占制”更受青睐。

相对于“法院独占制”,由本节前述分析可知,仲裁庭及法院之“并行双轨制”具有兼顾效率及当事人权益保障的优点。一方面,法院在仲裁庭无法或不宜做出临时措施时,得以处理当事人临时措施之申请;另一方面,当事人亦得选择将与案件争议相关的保全程序,在同一个仲裁程序中一并展开,而无须另就此类临时措施至法院另开一道程序,避免耗时且增加仲裁程序进行的不稳定因素。诚然,同时给予法院及仲裁庭并行处理的安排方式,在当事人刻意操作的情况下,可能出现多方尝试性申请的滥用状况,且运作逻辑上亦难以排除法院及仲裁庭间出现冲突或矛盾的结果。但是,透过一定的配套规定规制之,显然利多于弊,且有助于促进友善仲裁环境的养成,应无太强烈的反对理由。

〔11〕 有称之为“仅在仲裁庭无法作为时的管辖权”(jurisdiction only where the tribunal is unable to act)。E.g. Parker, “Court-Ordered Interim Relief in Support of ‘Foreign’ Arbitrations in Hong Kong, Singapore and England”, 3 Asian Dispute Review 82-85 (2007).

〔12〕 See e.g., G. Born, supra note [2], at 873-874.

三、法院独占制于中国仲裁法现制中的破口

中国仲裁法现制采取的立法模式应为“法院独占制”。现行法关于商务仲裁程序中临时保全措施审批的相关规定,散见于《仲裁法》及《民事诉讼法》,并根据仲裁争议为国内或涉外仲裁案件,而异其规定内容。国内仲裁案件的主要规范基础在于《仲裁法》第28条及第46条:前者处理财产保全;后者则是规范证据保全。在涉外仲裁案件,《仲裁法》第68条规制证据保全,而《民事诉讼法》第272条则是为其他类型的保全措施提供规范依据。根据这些规定,依其案件类型及保全措施的形态,当事人只能分别向基层或中级人民法院提交相关申请,仲裁庭并无审理此类措施的权限;即便当事人向仲裁庭提交,也只能由仲裁庭所属的仲裁委员会协助当事人转交至具有管辖权的法院。据此以言,虽然法条并无任何规定明文“禁止”仲裁庭审批临时措施,但一般咸认,中国仲裁法现制就临时保全措施的审批采取的是“法院独占制”^{〔13〕}。

然而,笔者于本节中所欲关注的议题及论点是:现行法院独占制所规范的临时保全措施类型,似仅处理到执行地在境内的情形,如果执行地是在境外,严格言之,并不在现行法规制的射程范围内。实践上,部分仲裁机构的仲裁规则已经出现承认仲裁庭批给“境外为执行地的临时措施”之相关规定,且在跨境实践上亦得到支持。此类具有前瞻性的规则,其于仲裁地之适法性基础必须建立在“执行地于境外的临时保全措施属于现行法未规制事项,且得由当事人透过仲裁协议选定仲裁机构及其规则解决纠纷”的合意上。如果说这类情形属于当前法院独占制的规范破口,不如将之视为在现行法基础上,思考改制为仲裁庭及法院双轨并行制的契机。

(一) 现行法中法院独占制的破口?

根据前述相关规定的内容可知,现制下,仲裁庭并无处理临时保全措施审批的权限,当事人只能依其案件类型,分别向基层或中级人民法院提交申请。然而,细究其关于管辖权分配的规定可知,唯有当保全措施他方住所地、财产及证据所在地在中国境内时,法院才具有管辖权,亦即其执行地必须是在境内,如果执行地是在境外,在规范面的层次,即出现仲裁地无任何机关就此类措施审批具有管辖权的情形。如此的规范模式固然符合向来国际民事程序法尊重执行地法的相关规范原则,但是在涉外仲裁案件的情形,由于经常出现仲裁地与执行地分属不同法域的状况,如此现状未必符合于当代仲裁法制重视跨境执行的制度特质。在现制下,当仲裁争议的当事人欲申请以境外为执行地的临时保全措施时,除径自向执行地法院提交相关申请外,在以中国为仲裁地且其采取“法院独占制”的前提下,即存在当事人能否向仲裁庭提出保全措施申请的疑义。亦即,“执行地在境外的保全措施审批”,可能属于现行仲裁法制中“规范不明”或“尚未规制”的案型。此问题意识的实益在于,如果现行法对于此案件类型的处理尚未有明文的规范立场,在目前仲裁实践上,有无透过当事人的合意方式,例如透过协议选定承认仲裁庭审批权限的仲裁规则等方式,使仲裁庭取得审批临时保全措施的合法性依据?

事实上,就此类保全措施形态,部分仲裁机构已经透过以“保全行为的执行地是否在境内”为基准而做出实践上的尝试。以北京仲裁委员会(以下简称为“北仲”)2015年版的《仲裁规则》为例(以下简称为《北仲规则》),该规则第62条第1项及第63条关于仲裁庭得处理临时保全措施及紧

〔13〕 例如,王艳阳:《国际商事仲裁中的临时保护措施制度——兼论我国相关制度的不足》,载《西南政法大学学报》2004年第4期,第89页;北京仲裁委员会·北京国际仲裁中心:《〈仲裁规则〉释义》,2015年,第105~106页。

急仲裁员的规定,即以此拓展出仲裁庭得以做出临时措施的空间。诚如其规则释义说明所指出,在国内法院无管辖权或执行地不在境内的情形,现行《民事诉讼法》及《仲裁法》的相关规定可能有所不足,该规则因此分别提供当事人得在仲裁庭组成前向紧急仲裁员提交申请,或于仲裁庭组成后对之提出的明文依据。

此规定的亮点在于,某程度而言,允许仲裁庭或紧急仲裁员就涉外仲裁案件做出临时保全措施,乃是对现行《民事诉讼法》第 272 条及《仲裁法》第 68 条构成立法政策上的尝试性挑战。严格言之,现行法关于临时保全措施的规范,除管辖法院的层级有所差异外,在国内与涉外仲裁案件之间,并无太大不同。如果将内国仲裁的临时保全措施审批规定解释为法院独占制,涉外仲裁案件的部分亦应为相同的解释方为合理。《北仲规则》允许仲裁庭及紧急仲裁员此类法院外机关做出保全措施,极有可能因此被指摘违反仲裁地法的强制性规定,例如“仲裁地法不允许法院以外的机关批给临时保全措施”等理由,而在适法性上遭到挑剔。

如果要为该仲裁规则临时保全措施条款的合法性及有效性找到依据,显然需要另谋解套的出路。《北仲规则》第 62 条及第 63 条此类条款的合法性及有效性必须建立在以下择一有效成立的前提:一是“现行法虽已经规制该案型,但相关规定并非强制性规定,而以当事人自主合意为基础所选定的机构仲裁规则,具有优先适用的效力”;二是“现行法尚未规制此案型,仲裁庭能否审批此类型的保全措施,取决于当事人选定的机构仲裁规则是否提供相关的规范基础”。前者肯认现行法就此已经有所规范,其实是比较符合现行体例目的性的解释方向,但其认为管辖权分配不属于仲裁地法的强制性规定事项,由于此涉及重要基本法律政策的决定,如果要将之解为纷争当事人可以透过合意方式改变管辖权的分配,恐不易在理论及实践上获得支持。后者,从现行仲裁法相关体例观察,认为“执行地在境外而仲裁地在国内的临时保全措施审批”属于未规制事项的解释方式,确实稍有牵强之嫌,^[14]但从法律概念、逻辑推演的角度,于不增修、更动现行条文的情况下,这种理解利于仲裁庭获得审批临时保全措施权限的政策方向的落实,且较为简便及符合文义。

笔者认为,将“仲裁临时保全措施执行地在境外”解释为尚未受到规制的规范议题,应是在理论上及实践上较为可行的方向。从理论的观点言之,如果系争事项不属于现行仲裁法制的规制事项,且无《仲裁法》第 3 条及第 17 条等牵涉可仲裁性及协议无效之情事,又无侵害公共利益者,当事人原则上得透过双方合意自主约定仲裁事宜。规制仲裁双方当事人程序上权利义务的机关仲裁规则,也是争端双方得以选定的事项之一。中国内国仲裁实践上,由于尚未允许“事实上仲裁或临时仲裁(*ad hoc* arbitration)”,尚无当事人单独另外选定仲裁规则的空间,而是透过选定仲裁机关的方式,将该机关的仲裁规则涵盖至仲裁协议的合意射程范围之内。换言之,机关仲裁规则虽名为“规则”,但其性质与一般国家法律有别,机关仲裁规则必须建立在当事人的合意选定仲裁机构及其仲裁规则的基础之上,^[15]方具有约束仲裁当事人的效力。因此,在“仲裁临时保全措施执行地在境外乃尚未受到规制的案型”的前提下,《北仲规则》于国际仲裁案件赋予仲裁庭及紧急仲裁员审批临时保全措施的规定,理论上即可轻易地理解为“当事人就仲裁地法未规范之事项以双方合意的方式约定由仲裁庭或紧急仲裁员审批临时措施”从而取得其合法性及有效性的依据。

[14] 目前主流意见多认为,中国现行仲裁法制下,审批临时措施的权限专属于法院,仲裁庭并无批给的权力,例如: G. Born, *supra* note [2], at 872; 前注[13],《〈仲裁规则〉释义》,第 105 页。

[15] 北京仲裁委员会 / 北京国际仲裁中心建议的示范条款,即是以同时约定仲裁机构及仲裁规则的方式,其条款内容如下: 因本合同引起的或与本合同有关的任何争议,均提请北京仲裁委员会 / 北京国际仲裁中心按照其仲裁规则进行仲裁。仲裁裁决是终局的,对双方均有约束力。

允许仲裁庭审批执行地在境外的保全措施,实践上并无太大的可行性障碍。以《北仲规则》第62条及第63条为例,由仲裁庭或紧急仲裁员审批以境外为执行地之临时保全措施,一方面不影响现行法之内国法院管辖权分配,另一方面在境外执行时也无显著的实现风险。首先,在以中国内地为临时措施执行地的情形,由于现行《仲裁法》第28条、第46条、第68条及《民事诉讼法》第272条已经将管辖权专属于基层及中级人民法院,当此类案型在适用《北仲规则》第62条及第63条的规定时,确实对于现制的管辖权分配形成挑战,几无可能在实践上获得落实。然而,如果“执行地是在境外”,基层及中级人民法院就之本无管辖权限,赋予仲裁庭或紧急仲裁员审批临时措施,对于当前法院的管辖权分配并无影响,且仲裁庭及紧急仲裁员也是独立操作措施的批给,无须仲裁地法院的协助,故并不会造成管辖冲突或额外增加法院负担。

其次,仲裁庭或紧急仲裁员批给的临时保全措施,其境外执行并无显著的外加风险。如果肯定批给此类临时措施在以中国法为仲裁地法时的有效性,所另考虑者仅为其在境外执行时,有何仲裁地法因素所引发的额外障碍,而对其承认或执行有所影响。观察比较法例可知,此时涉及的议题是“境外临时措施的承认与执行”的问题,触及的议题包含:“执行地法是否允许他国仲裁庭审批临时保全措施”,“如果允许,其承认与执行的主体、方式及条件为何”及“如果允许,其拒绝承认与执行的理由及标准又是如何”等。诚如《北仲规则》第62条释义指出,仲裁庭根据该条规定做出之临时措施,如果保全执行地法律允许仲裁庭做出临时措施,或相关法律赋予执行地法院执行仲裁庭做出之保全措施者,即可在当地得到执行。^[16]

通常,除保全措施本身的合法性之外,执行地法院考虑的因素及标准多围绕在该境外临时措施的执行是否违反当地法律或抵触其公共利益或政策,从国际仲裁理论推演,实体审查至多与承认及执行外国仲裁裁决相似,鲜少采取更为严格的标准及要件。通常而言,基于保全措施的隐蔽及紧急性质,法院并不适合进行过度的实质审理,以香港法例609章《仲裁条例》为例,其第61条第1项及第2项即规定,如该措施属于可在香港地区由仲裁庭做出的类型或种类,法院即得批给强制执行的许可。再以“示范法”为例,其第17H条及第17I条载明,除非有类如该法第36条部分之事由,例如协议无效、程序权保障存有重大瑕疵、仲裁地或执行地不得仲裁事项、违反仲裁协议及违反公共政策等情事,当事人得向管辖法院提交申请并强制执行,不论系争临时措施是否在境内作成。

由此可知,根据《北仲规则》第62条及第63条,由仲裁庭或紧急仲裁员发出以境外为执行地之临时保全措施,在境外申请许可及强制执行时,其可能面临的检验至多等同于申请承认及执行仲裁裁决,并无明显的额外法律风险。退一步讲,境外执行地法院或许会以作为仲裁地的中国仲裁法制并不允许仲裁庭做出临时措施或不承认紧急仲裁员制度为由,指摘措施本身属于仲裁地不得审批或违反公共政策,而拒绝承认及执行该临时措施,但承笔者前述的说明可知,如此的论证乃是建立在“不论执行地在境内或境外,现行仲裁法已经做出规制且仅允许法院审批临时措施”的前提之上;但是,此见解并不全然符合现行规定在概念及逻辑上的解读,当执行地属于较为友善商务仲裁的法域,该见解不见得会受到支持。

总结而言,从体例上观察,如同诸多仲裁专家所指出,中国仲裁法制就临时措施的审批,采取的是由法院独自处理而与仲裁庭无涉的“法院独占制”。然而,细究推敲现行《仲裁法》第28条、第46条、第68条、《民事诉讼法》第272条及《北仲规则》第62条、第63条规定的概念操作及相互间的逻辑关系可知,在“临时措施的执行地于境内”的情形,现行法中由基层或中级人民法院管辖该措施审批的规定固然明确,但是“执行地如果是在境外”,则是现制中的灰色地带。此案型究竟是“已经

[16] 参见前注[13],《〈仲裁规则〉释义》,第106页。

落入现行法的射程范围内，法院及仲裁庭均无管辖权，且法院独占制的原则属于具公益性之强制性规定，当事人无法就管辖权分配另为协议，“虽属于已受规范事项，但不排除当事人透过合意的方式选定仲裁机构及其仲裁规则，适用有别于现行法管辖权规定之规则”或“根本属于现行法未规制事项，得由当事人在一定范围内透过合意方式形成一定的规范空间”，并不清楚。

就仲裁地的立场而言，既然执行地是在境外，而当事人也已经透过仲裁协议合意的方式予以背书，如当真有何顾虑或隐忧，也是执行地所要费心的，仲裁地实无必要越俎代庖，自我设限地排除仲裁庭审批临时措施在建制上的可能性。出于仲裁理论的一致性及实践的可行性的考虑，将此案型解释为“可由当事人合意形成规范空间的待规制事项”，是较为可采的途径。经由笔者前述以《北仲规则》相关规定为例的分析可知，一方面，仲裁作为一个私法上定纷止争的制度，在不违反公共政策或利益的前提下，就临时保全措施审批等此类事项，由当事人自主合意形成尚未受规制的规范空间，肯认仲裁庭批给临时措施的权限，并无理论争议；另一方面，实践上，允许仲裁庭或紧急仲裁员审批临时保全措施，不但对于内国法院管辖权分配不生影响，其在境外执行时也无明显实现上的法律障碍。

透过前述概念、论理上的推演可知，就仲裁庭是否得以审批临时措施一事，衡诸现行《民法》及《仲裁法》的规定，看似山重水复，但将《北仲规则》这类在仲裁政策及实践上具有前瞻、试验性的规范纳入分析后，实则柳暗花明。笔者于此总结以下的初步结论：第一，临时措施执行地在境外的案型，乃现行仲裁法制尚未规制的范畴，肯认仲裁庭或紧急仲裁员得以审批之，亦无侵害仲裁地之公共利益或违反其公共政策，应可定性为“纷争当事人得透过合意形成的事项”；第二，现制类如《北仲规则》允许仲裁庭审批境外执行地临时措施的机构仲裁规则，其合法性及有效性基础来自当事人约定由该仲裁机构及适用其规则之仲裁协议，乃是前述结论的具体体现。

然而，虽然“由仲裁庭或此类机关发出以境外为执行地之临时措施”能在前述的分析得到周全，但是其事实上的实践情况如何，则有待进一步考察。值得审究的议题有：仲裁庭是否曾经根据此类的仲裁规则审批以境外为执行地之临时保全措施？如有，仲裁庭或此类机关是否有衡量仲裁地法对其做出临时措施的可能障碍？又或仅需考虑执行地对之发出临时措施是否设有条件？更具意义的是，是否已有先例承认及执行由中国内国仲裁庭或紧急仲裁员所批给的临时措施？如有，这些执行地法院的应对及态度又是如何？

（二）2017年北京仲裁委员会之紧急仲裁

北京仲裁委员会曾于2017年受理一件以香港为执行地的紧急仲裁员及临时保全措施申请。委员会根据《北仲规则》第62条及第63条，由该会主任指定紧急仲裁员处理该临时措施之审批。本案除经各方于电话会议就本案之事实及法律问题做出陈述及答辩外，紧急仲裁员针对“主请求的胜诉可能性”“情况是否急迫”及“申请的临时措施是否具合理性及可执行性”等议题进行调查核实，旋即就申请人临时措施的申请做出部分许可、部分驳回的决定。申请人将该决定提交至香港地区高等法院请求许可强制执行，该法院根据香港《仲裁条例》第22B条及第45条规定，准予执行。

此为北京仲裁委员会首度根据《北仲规则》2015年新增的第62条及第63条规定，指定紧急仲裁员审批境外执行地^[17]临时措施的标杆案件，也是中国仲裁法现制下对于由“仲裁庭或此类机关（例如：紧急仲裁员）”做出此类临时措施，在合法性及可执行性的实践测试。

关于该临时措施的合法性问题，紧急仲裁员及被申请人均未对“以中国内地作为仲裁地时，究竟能否根据该《北仲规则》由紧急仲裁员审批临时保全措施的申请”或“《北仲规则》第62条及第

[17] 根据《北仲规则》第八章国际商事仲裁的特别规定第60条第2项，“涉及香港特别行政区、澳门特别行政区及台湾地区的案件，参照适用本章规定”，香港应为“境外执行地”。

63条规定本身的合法性”提出质疑。紧急仲裁员认为的核心争议在于“临时措施的审查标准”，包含：1. 申请人之仲裁请求是否有合理的胜诉可能；2. 当前情况是否紧迫，对申请人可能造成难以弥补的损害，且其损害显著超出临时措施对被申请人带来的风险；3. 申请人的临时措施请求是否具有合理性及可执行性。至于该措施的审批于仲裁地是否适法或其所依据的《北仲规则》相关规定应如何定位，并不见于紧急仲裁员决定书。被申请人的代理人于答辩意见书中，同样未对系争临时措施申请及审批提出合法性的质疑。

临时措施的适法性问题，本案紧急仲裁员着重的是“该临时措施在执行地有无执行性的疑虑”，亦即申请人提交申请的临时措施内容是否属于香港仲裁法例所承认的措施项目。紧急仲裁员于决定书中表示，香港法例609章《仲裁条例》第22B条第2项规定，申请许可执行于香港境外发出的紧急临时措施者，如果能释明该紧急仲裁员批给的临时措施属于该款之列举项目，即得许可执行该申请，而申请人要求被申请人“揭露其一般性财产的信息”，并非该条款所认可的措施内容，难以在香港法院得到许可执行，故不予支持。除此之外，像是“限制处置资产”，由于属于该法例所认可的措施，紧急仲裁员即予以支持。

身为执行地法院的香港地区高等法院在其批给的许可执行令中，亦仅简短称其系基于香港《仲裁条例》第22B条的规定而发出该执行命令，并未论及“该由紧急仲裁员批给的临时措施，是否因为其仲裁地法（即中国内地）就仲裁相关临时措施的审批实行法院独占制，而有适法性的疑虑”，亦无指摘“作为该紧急临时措施主要法律基础的《北仲规则》第62条及第63条，在中国仲裁法现制下，恐有合法性风险的问题”等类似的问题。

归纳言之，虽然中国仲裁法制就境外执行地临时措施审批的规范尚有争议，而前述在香港地区的实践案例中，亦难以窥知执行地法院对此的实质意见为何，但就结果来说，能够确定的是：如果保全执行地法院允许境外仲裁庭做出临时措施，且该措施符合执行地法的规定，例如本案所涉及的香港《仲裁条例》第22B条，类如《北仲规则》第62条及第63条的机构规则及据此所审批出的临时保全措施，即很有可能在合法性及执行性上获得支持。

（三）结论：“双轨并行制”的契机

虽然论者多认为中国仲裁法现制关于保全措施的审批采取的是“法院独占制”，仲裁庭至多只能协助当事人将其申请提交至法院，但进一步解析后可知，现行法对于“执行地在境外的临时措施”案型，规范现况其实不明，这对于允许仲裁庭做出此类临时措施的仲裁规则（例如《北仲规则》），恐引发其在适法性上的疑虑。将此案型解为“尚未受规制事项且当事人得透过合意选定仲裁规则的方式，约定由仲裁庭做出临时措施”，不仅一致于仲裁理论，且实践上亦不见有何显著外加的执行风险。此外，从实践上观察，以前述北京仲裁委员会的案件为例，在境外执行地申请许可执行时，也未见当事人及执行地法院争执“中国内地紧急仲裁员是否有权发出临时措施”或“该措施所依据的机构仲裁规则是否适法”，执行地法院通常仅关注该境外批给的措施是否符合执行地法的相关规定，至于仲裁地法是否对相关措施的审批设有限制或系争措施是否合乎于仲裁地法，未必是考虑的重点。^{〔18〕}

〔18〕 部分仲裁机构采取类似的观点，以上海国际经济贸易委员会（上海国际仲裁中心）为例，其《中国（上海）自由贸易试验区仲裁规则》关于临时措施的批给即是以“措施执行地所在国家/地区有关法律的规定”为基准，具体规定可参见该规则第三章。相似的见解，赵秀文：《论国际商事仲裁中临时性保全措施的发布与实施（上）》，载《河南省政法管理干部学院学报》2002年第3期，第54页。其清楚指出：“仲裁庭能否做出临时性保全措施的决定，我认为应当适用仲裁应当适用的规则和仲裁程序所适用的法律。在规则与法律这两者之间，仲裁规则更为重要。如果仲裁规则允许仲裁庭做出此项决定，即便仲裁地法不允许仲裁庭做出此项措施的决定，也无关大局。这是由于在国际商事仲裁中，仲裁庭在仲裁地做出的临时性措施的决定，不一定由仲裁地法院执行。”

诚然,某境外仲裁庭所审批的保全措施是否得以在境外执行地受到执行,牵涉的因素繁多,即便是在同一执行地提交申请执行,也可能出现不一致的情形。虽然香港地区高等法院在本案中许可执行由北京仲裁委员会之紧急仲裁员所发出的临时保全措施,但此并不必然保证日后类似案件均能在同一法域中获得支持。此外,从国际民商事程序原则来看,由于不同国家和地区基于其异质的政经条件及法律政策,“香港作为执行地,而许可执行由中国内地仲裁机构所发出的临时保全措施”一事,也未必能对其他国家和地区有显著的指标意义。本文透过北京仲裁委员会的紧急临时措施案件所欲表述的是,在“仲裁地法”对于仲裁庭能否发出以境外为执行地之临时措施尚有规范争议下,具有实际案例支持,至于执行地法域自身在通案上的规范性考虑,例如“执行地法如何规制境外机关批给的临时措施”或“执行地法院在不同个案上应如何处理”等议题,则属于不同层次的问题,彼此之间并无必然的联系。

由本节的分析可知,在中国现行仲裁法制下,除“临时措施执行地是在境外”的案型外,临时保全措施审批乃是专属于法院的管辖事项,仲裁庭无权为之,即便当事人对之提出申请,实践上也只能由其仲裁机构转提交予管辖法院。与其将临时措施执行地在境外的案型评价为当前法院独占临时措施审批管辖权的“规范破口”,不如借此在制度上进一步全面性反思及检讨:中国仲裁法制应否在法政策上采取更为支持仲裁制度自主运作的制度设计,而由当前的“法院独占制”改为“法院及仲裁庭双轨并行制”,使当事人原则上得依其需求,在不违反其仲裁协议及公共利益等前提下,提交申请于其认为适宜的机关。

四、改采仲裁庭及法院双轨并行制的契机

近来不断有相关论述指出,随着经济的高度成长及多面向发展,中国现行仲裁法制似乎过于单薄且存有诸多尚待调整之处。^[19]尤其是在法律政策的选择及落实层次,似乎在“法院本位主义”及“维持仲裁运作独立性”之间,摇摆不定,导致当前仲裁法制在规制“法院及仲裁庭间的相互关系”上,在同一法律体系中的不同规定之间,出现许多不一致的政策选择。举例而言,在临时保全措施审批的情形,现行法采取的是带有浓厚“法院本位主义”色彩的法院独占制,但是在仲裁庭的组成出现困难时,却是委诸仲裁机构径自协助组庭,法院并无扮演任何介入或辅助性角色,其落实的显然是以维护仲裁制度独立性为主的法律政策。在如此的矛盾现状下,值得进一步思考的议题是:国家法院究竟应该在仲裁程序中扮演什么样的角色?法院与仲裁庭之间应该处于如何的互动关系,应如何在制度上调和“法院本位主义”及“维持仲裁制度自主性”,这两个处于紧张关系的立法政策?中国仲裁法在此议题上的政策选择现况如何?在临时保全措施审批的情形,目前的“法院本位主义”政策是否值得落实?如果应改采“双轨并行制”,其实质理由又是如何?

本节的核心论点是:就临时保全措施的审批,现行法仅允许法院处理相关措施的审批乃是“法院本位主义”政策的落实,但综观整部《仲裁法》在规制法院及仲裁庭相互关系的相关规范可知,现行法在“法院本位主义”与“维持仲裁制度独立性”立法政策间的选择,其实并不一致,也使“法院本

[19] J. Ribeiro & S. Teh, “The Time for a New Arbitration Law in China: Comparing the Arbitration Law in China with the UNCITRAL Model Law”, 34(3) *Journal of International Arbitration* 486 (2017); P. Thorp, “The PRC Arbitration Law: Problems and Prospects for Amendment”, 24(6) *Journal of International Arbitration* 612 - 613 (2007); L. Song, J. Zhao, et al., “Approaches to the Revision of the 1994 Arbitration Act of the People’s Republic of China”, 22(2) *Journal of International Arbitration* 169 - 188 (2003).

位主义”在同一法体系中获得价值上的选择空间。从促进仲裁独立解决纷争的观点,“法院本位主义”并不是一个值得追求的仲裁法政策,但完全排除法院的介入或辅助空间,却也可能导致当事人权益保障不够周延的后果。“法院及仲裁庭双轨并行”的折中模式,应属较为可采。

(一) 现况: 法院本位主义

仲裁制度作为一种诉讼外的“替代纷争解决机制(alternative dispute resolution)”,法律政策上的核心规范性议题之一是“决定国家法院在仲裁程序中所应扮演的角色”。通常涉及如何在“维持仲裁制度独立运作”“法院应促进仲裁机制解决纷争”及“法院捍卫法治原则”等三大基本原则中,根据法政策的考虑,划定出仲裁庭及国家法院之间应有的相互关系。不同比较法例关于此相互关系在界定上多存有差异,此现象通常是前述基础原则在落实程度上“孰轻孰重”的体现,而轻重之间的选择,其反映的毋宁是在“仲裁制度自主性及国家法院本位主义”两者之间,如何定其法政策上妥适的制度平衡点。

在促进仲裁制度自主运作定纷争的前提下,一旦纷争当事人透过仲裁协议约定以仲裁解决争议,应认为仲裁庭即扮演纷争主要解决者的角色,而国家法院应谦抑或被动地协助纷争在仲裁程序能获得解决及监督仲裁适法性相关争议,若无必要,不宜过度主动干涉仲裁制度而破坏其独立性。诚如部分论者所指出,仲裁庭与法院间应属于“伙伴关系(partnership)”^[20]。二者之间,相辅相成。毕竟,仲裁制度虽然有当事人自主约定循之解决争议的合意作为坚实的法理基础,也多有完善的法律规范及实践措施足以支持其独立运作,但作为私法纷争解决机制的一环,为确保其能有效且终局地定纷争,例如:仲裁协议的有效性、仲裁程序的进行及其裁决执行等事项,仲裁机制亦仰赖国家法院透过合理的方式适时地介入,或促进仲裁程序顺利进行,或为案件在法律机制中画下句点。

如何分配仲裁庭及法院在审批临时措施上的权限,乃是二者间应如何保持相互关系的具体落实,从比较法的视野,也是判断特定法制在“仲裁庭独立性”及“国家法院本位主义”间价值选择的重要指针之一。如果认为仲裁庭是纷争解决的主角,而法院仅被动地辅助及监督仲裁程序的进行及其结果,则在临时措施的权限分配及进行程序上,应当使仲裁庭作为主要的审批机关,法院仅司协助审批仲裁庭无权限、客观不能或不适宜做出临时措施,或在许可执行的环节,监督仲裁庭批给临时措施的适法性。尤其是针对不涉及第三人的保全措施类型,国家法院不宜成为临时措施的主要审批机关,否则即难以避免过度影响仲裁制度独立运作的结果。

由此观之,关于临时措施的审批,在仲裁庭及法院相互关系的划定上,中国现行仲裁法制显然比较倾向于国家法院本位主义的建制模式。根据《仲裁法》第28条、第46条、第68条及《民事诉讼法》第272条的规定,如果执行地是在境内,仅人民法院得以审批仲裁相关临时措施的权限,仲裁庭则无权为之,即便当事人向仲裁庭提出申请,实践上也只能另由仲裁机构转向管辖法院提交。在规范层面上,法院扮演的已经不是单纯的辅助、监督仲裁角色,而是临时措施审批的唯一主体。如果临时措施管辖权分配的设计能够评价为判断仲裁法制友善程度的指标之一,现行法在“仲裁制度自主性”及“法院本位主义”的轻重之间,做出的是“以法院为本位”的法政策决定。

(二) 不一致的“法院本位主义”

然而,进一步细究现行法涉及仲裁庭及法院相互关系的规定后可知,中国仲裁法是否在政策上对于“法院本位主义”确实做出选择,其实不甚明确。事实上,诸多仲裁程序运作中可能发生的

[20] See N. Blackaby, J. M. Hunter, C. Partasides & A. Redfern, *Redfern and Hunter on International Arbitration* (6th ed., Oxford University Press, 2015), p.416.

争议事项,现行《仲裁法》在“仲裁协议效力的认定”“仲裁庭的组成出现障碍”及“仲裁员回避与否出现争议”时,并未一律规定交由法院处理,而是或由仲裁庭及法院一起受理,或仲裁机构专责,或仲裁庭单轨处理。首先,当仲裁协议的效力出现争议时,从理论的观点,本应当由法院对之进行审查,作为程序进行相关主体的仲裁机构,恐有潜在的利益冲突而未必适宜做出决定。^[21]然而,《仲裁法》第20条却规定,^[22]除非当事人间在请求对象上出现差异,例如一方向法院请求裁定而另一方向仲裁委员会为之的情形,或当事人均向法院请求裁定,否则仲裁委员会是可以在当事人请求下,判断仲裁协议的效力争议。

其次,关于仲裁庭的组成,如果当事人未合意选定仲裁员的方式,或是其合意方式无法顺利选出仲裁员时,比较法例上,通常会允许法院在一定的限制条件下介入以协助仲裁庭的组成,即便在法理上如此的安排方式恐有侵蚀当事人仲裁协议的风险。^[23]相较之下,现行法的对应制度即显得格外尊重仲裁机制运作的自主性。根据《仲裁法》第32条的规定,^[24]法院并无此类权限得以协助组庭,而是委诸由仲裁委员会主任为之。如此的建制方式,并无任何法院本位主义的色彩,甚至是比《示范法》第11条、美国《联邦仲裁法》第5条等此类较为友善仲裁的法例更加注重仲裁制度的独立性。

最后,关于仲裁员的回避问题,如果当事人对于仲裁庭或特定仲裁员在独立性或公正性上有所质疑时,不少比较法例采取由仲裁庭及法院依不同的先后行使条件处理退却仲裁员与否的回避争议,例如:《示范法》第12条及第13条、瑞士《国际私法规则》第180条、法国《民事诉讼法》第1456条。^[25]然而,根据中国《仲裁法》第36条的规定,法院在此争议的处理几无扮演任何的角色,而是委由仲裁委员会主任决定,或是在其担任仲裁员有利益冲突时,由委员会集体决定该仲裁员是否应予回避。如此的规范模式,在结果论上,也与美国当前主流实务见解相同,^[26]采取的均是排除国家法院在仲裁员资格及公正性等回避争议上过度介入的模式。

归纳言之,在“仲裁协议效力的认定”“仲裁庭的组成出现困难”及“退却仲裁员的回避争议”事项上,现行《仲裁法》关于仲裁庭及法院间相互关系的划定,其实是偏向于维持、尊重仲裁制度自主运作的规范模式,并无强烈的法院本位主义色彩。尤其是在“仲裁庭组成出现问题”及“退却仲裁员”的部分,有别于诸多比较法例上引进法院协助或涉入的模式,现行法乃是由仲裁机关全权处理,法院不加干预。从前述分析可以确立的是,“法院本位主义”并不是现行法在仲裁法律政策上的唯一选择,毋宁是与“促进仲裁制度自主运作”并立,勾勒出当前现行仲裁法制的特殊样貌。

对照这些规定,现行仲裁法制就临时措施的审批采取“法院独占制”其实显得十分突兀。不论是前述列举的争议事项,或是临时措施审批的规范模式,建制上显然具有多样的政策选择时,只有在“仲裁协议效力出现争议”的部分采取较为折中的附条件的双轨机制,而在“仲裁庭组成”“仲裁

[21] See also G. Born, *supra* note [2], at 218 - 287 (“Competence-Competence”).

[22] 《仲裁法》第20条第1项:当事人对仲裁协议的效力有异议的,可以请求仲裁委员会做出决定或者请求人民法院做出裁定。一方请求仲裁委员会做出决定,另一方请求人民法院做出裁定的,由人民法院裁定。

[23] See G. Born, *supra* note [2], at 702 - 709; N. Blackaby, J. M. Hunter, C. Partasides & A. Redfern, *supra* note [19], at 243 - 244.

[24] 《仲裁法》第32条:当事人没有在仲裁规则规定的期限内约定仲裁庭的组成方式或者选定仲裁员的,由仲裁委员会主任指定。

[25] See also G. Born, *supra* note [2], at 758 - 776.

[26] See e.g., *Larry's United Super Inc. v. Werries*, 253 F.3d 1083, 1085 (8th Cir. 2001); see also *id.* at 769.

员回避”及“临时措施的审批”的事项上,却是在法政策上做出分别完全落实“仲裁庭独立性”及“法院本位主义”的极端选择。站在立法者的角度,相对于就“仲裁庭组成”及“仲裁员回避”的处理采取友善仲裁的模式,其明显在规制“临时措施审批的管辖权”一事,做出不同政策决定的差别处理。

费解的是,从仲裁法理论解析之,“仲裁庭组成”“仲裁员回避”及“临时措施的审批”等事项之间究竟有何重大差异,而必须做出如此的不同处理,其实并不清楚。不论是仲裁庭组成或仲裁员回避,都是对于程序能否开展或顺利进行具有关键性影响的事项,而现行法采取的仲裁机关单轨模式,其实是建立在“仲裁机构具有足够专业度及公正性而能胜任处理相关争议”的信赖基础上。相对于此,审批临时措施虽同样可能对程序的推进等层面带来重大影响,但毋宁只是“临时性”或“暂时性”的非终局措施,现行法对于仲裁机构却采取不信赖仲裁庭及仲裁机构的立场,而只允许法院处理临时措施的审批。然而,不论是“仲裁庭组成”“仲裁员回避”,或是“临时措施的审批”,都是以促成仲裁程序能顺利进行为目标的具体规定,且对于审理这些事项的专业度及公正性要求,并无轩轻,在审批主体上做出截然不同的决定,其实缺乏强烈的支持理由。

综上,关于“仲裁庭及法院间相互关系”的政策落实上,现行仲裁法在“仲裁制度独立性原则”及“法院本位主义”间,摇摆不定,且轻重选择之间似缺乏明确的区别理由。如果现制关于“临时保全措施审批”的相关规范可被评价为当前仲裁法采取“法院本位主义”的重要依据,从前述的分析可知,其实现行仲裁法制中,还是存有替代的选择。由此延伸的议题是,“法院本位主义”是否是一个值得追求的法律政策?具体而言,即便肯认现行仲裁法在法律政策的落实上采取多元主义的立场,但“法院本位主义”是否是一个值得追求的政策方向?当前临时措施的审批采取“法院独占制”的模式,是否具有坚实的法理依据支持?又或者应在“仲裁制度独立性”及“法院本位主义”间定出不同的建制上平衡点,而改采“双轨并行制”?

(三) 调整为双轨并行制的理由

商务仲裁制度的主要机能之一在于,不论是裁决者的胜任条件或是程序进行的方式,在专业度、当事人意思自主尊重及效率性方面,提供一个有别于一般法院诉讼的纷争解决机制。笔者于本部分所欲指出的是,“法院本位主义”并不是值得落实的仲裁法律政策,但是在贯彻“维持仲裁机制自主性”的规范命题之际,亦不应完全排除法院在适当情形“辅助及监督”仲裁程序运作的角色。在“临时措施审批”的情形,从理论及实践的观点解析之,现行仲裁法制仅由法院单轨处理临时保全措施,并不是最适合恰当的规范模式,而宜调整为“仲裁庭及法院双轨并行制”,使当事人得根据其案件性质的需求,或在仲裁庭或法院其中一方不宜或无法审批临时措施时,向另一方提交申请。

1. 法院本位主义不是值得追求的法律政策

“法院本位主义”的缺陷之一在于,其侵蚀商务仲裁作为“替代性纷争解决机制”的建制本质。相对于法院诉讼制度,商务仲裁并非从属程序,且选择之间亦不具有优先顺位的规范关系,而毋宁是法院的“替代性”机制,在建制上具有平行、择一的适用关系。商务仲裁的替代性本质,乃是建立在其与法院诉讼间类如专业性、效率、当事人意思自主及保密性等优点上,^[27]使当事人能够将一些不愿或不适合由普通法院处理的商务案件在仲裁制度解决。如果缺乏这些制度差异,不免令人质疑是否尚有在一般法院外另设仲裁机制的必要性。

法院本位主义会削弱仲裁制度基础的主因在于,前述仲裁机制的优点乃是以其能维持其自主运作而不受外部机关(例如:国家法院)的干预为前提之一,而以法院为纷争解决主导者的本位主义,由于让法院在不同程序环节涉入其中,很有可能抹灭或减损仲裁在解决纷争上的制度优势。

[27] See G. Born, *supra* note [2], at 99-114.

以专业度为例，在高度争议或极具专业门槛的商务纠纷中，整体而言，来自商务社群的仲裁员会比来自传统司法系统的审判员更具专业能力解决此类争议。如果法院在仲裁运作程序中扮演过重的角色，可能发生外行领导内行的情形。

事实上，过于强调法院角色的仲裁立法模式也会对于仲裁运作的公正性带来负面影响。众所周知，不论是在内国或国际仲裁的领域，国家法院经常透过类如“许可及执行仲裁裁决”及“撤销仲裁之诉”，担纲终局把关仲裁结果的任务。在这样的规范架构下，从仲裁庭及当事人的角度，法院对于系争个案的看法，其实具有左右整个仲裁成果的效果。如果在仲裁程序进行过程中，并无太多法院得以直接或间接表示其意见的机制，尚不至于影响仲裁运作的公正性；但是，如果制度设计令法院于仲裁运作过程的角色过重时，当事人乃至仲裁庭将很有可能受到法院意见的影响，而对于正在进行的仲裁案件产生预审的效果，构成对仲裁程序公正性的威胁。

2. 临时保全措施审批采取法院独占制的问题

作为“法院本位主义”政策的落实规定，现行中国仲裁法就临时措施采取“法院独占制”的规范模式，暴露出诸多在制度上的具体缺失及不合理之处。相较于一般法院，就专业度考虑，仲裁庭通常较适合处理与仲裁案件相关的临时措施审批。仲裁庭作为案件争议的进行主体，较之于只是短暂性审理临时措施批给的法院，通常在案件事实的接近度及熟悉度方面，具有较高的掌握程度，而能够做出较能反映出当事人权利义务关系的判断。由于临时保全措施的审批具有浓厚的“假设性”及“预断性”色彩，经常要求判断主体做出像是“是否有胜诉可能”“若不批给是否对申请人带来难以弥补的损害”或“是否为关键性证据”等此类涉及对案件未来发展的预测，如果要做出正确的判断，判断主体多必须仰赖其对于现时案件争议发展状况的了解程度。对于正在仲裁程序进行的争议事项，法院是更为遥远的判断主体，而作为争议程序进行主角的仲裁庭，在前述审批标准的判断上，其实是最为适切的审理机关。

从效率上考虑，“法院独占制”恐增加不少程序成本。^[28] 程序法的基本原则之一是，同一纷争事实，尽量在单一程序中解决，而不宜在程序上进行非必要的分割，除避免发生类如预审或判断矛盾的情形外，另一个目的则在于降低不必要的程序成本支出，故由同一仲裁争议所衍生的保全问题，宜应由职司解决系争案件主体的仲裁庭在单一仲裁程序内处理。然而，在“法院独占制”中，虽然主要争议的程序是在仲裁机制内解决，但是临时措施审批的部分却是被切割至仲裁程序外的法院处理，导致争议必须在不同程序中进行。由此可能增加的程序成本包括：一方面，仲裁庭可能必须等待法院的审批结果才能将案件继续推进；另一方面，法院处理此类的临时性任务，在熟悉案件的过程中，恐需耗费较多的时间及劳力。

从法律体系一致性的观点，法院独占制在建制上具有轻重失衡的瑕疵。从结果上来说，仲裁裁决及临时保全措施都会对当事人的权益产生影响，但前者的性质具有“终局性”，后者则仅具有“暂时性”的效力。从理论一致性的角度，如果仲裁庭可以做出裁决，也应该能处理临时性的保全措施审批才是。对照可知，采取“法院独占制”，实际上会导致“仲裁庭能做出具有终局性的裁决，但不能处理暂时性临时措施审批”的结果。在法政策的判断及落实上，二者之间显然有轻重失衡的情形。

虽然法院独占制具有前述缺点，但并不应当得出“排除法院审批临时措施”的极端结论。仲

[28] See also J. Ribeiro & S. Teh, “The Time for a New Arbitration Law in China: Comparing the Arbitration Law in China with the UNCITRAL Model Law”, 34 (3) Journal of International Arbitration 486 (2017).

裁制度作为基于当事人合意基础所开展的争议解决机制,毕竟不具有国家公权力的全面支撑,在诸多情况下尚需仰赖法院协助以促进仲裁程序的顺利进行。举例而言,仲裁庭能够审批当事人保全措施申请的基本前提是仲裁庭已经组成,在尚未提交仲裁申请,或已提交但仲裁庭尚未组成,或该临时措施的对象乃是仲裁协议以外的第三人时,如果当事人此际有保全方面的需求,排除法院受理审批的权限,将出现当事人权益保障的空窗期。建制上,就临时措施审批的事项,似乎不宜全面采纳由仲裁庭单轨处理的模式,应仍保留法院在所述情形介入或协助的空间。

3. 折中的双轨制比较妥当

由于法院或仲裁庭单轨处理临时措施审批存有前述的缺失,着重法院及仲裁庭间相辅相成关系的“双轨并行制”或为建制上较为妥当的折中模式。双轨并行的模式能克服法院本位主义的诸多缺陷。首先,由于法院并不是审批临时措施的唯一主体,当事人得选择向专业度较高且对案件事实更有掌握的仲裁庭提交其申请。^[29]此外,因为仲裁庭也可以受理保全措施的审批,正在进行仲裁程序的当事人无须再就类如保全之临时事项至法院另外开启程序,避免发生单一争议被切割至不同程序的后果。

再者,从仲裁法理论的观点言之,“双轨并行制”更尊重当事人自主意思的程序处分权。众所周知,仲裁机制建立在当事人合意的仲裁协议之上,亦即基于其自身利害关系等因素的考虑,选择透过仲裁程序处理纷争。一般合理情形下,既然当事人合意将争议提交给仲裁处理,其期待解决的争议范围,即不只局限于类如裁决的终局事项,由争议衍生的相关中间程序事项,亦应涵盖在合意的范围之内,如能在法院之外允许仲裁庭作为审理临时措施的主体,更符合当事人的真意。

或有认为,中国仲裁机构数量庞大、素质不一,而临时措施对于当事人的权益又具有实质性的影响,恐不宜赋予仲裁庭审批临时措施的权限,以免引发类如违法作成措施或泛滥批给的不当后果。然而,如此的批评理由同样也适用在仲裁裁决的批给,如果现行法选择信赖仲裁庭做出裁决的能力,似无坚强的理由反对仲裁庭得以做出仅具有暂时效力的保全措施。毕竟,不论是仲裁裁决或是仲裁庭做出的保全措施,在当事人拒不履行时,法院均是最后许可执行的把关机关,纵然个案上可能出现前述不当批给保全措施的情形,现制上并非全无解决之道。

最后,双轨并行制能够弥补仲裁庭单轨制的缺失。如前述,仲裁庭单轨制的运作前提在于,程序上仲裁庭必须已经组成且实体上该保全措施的对象为仲裁协议的当事人。如果在制度上全面性排除法院审批临时措施的权限,在仲裁庭尚未组成时,如无类似紧急仲裁员的配套制度,此时当事人即无从提交保全措施的申请;如果该措施的拘束对象是仲裁协议以外的第三人,由于仲裁庭乃是基于双方合意基础所成立的纷争解决机关,原则上不得以仲裁协议以外的当事人作为临时措施批给的拘束对象,如果禁止法院处理此类案件,将导致当事人权益保障出现空窗状态。由于“双轨并行制”仍然容许当事人向法院提出保全措施的申请,倘若当事人在仲裁庭组成前,或欲申请以第三人为对象的保全措施,其仍然得向法院提交相关申请,不因仲裁庭尚未组成或无权限做出措施而受到影响。

五、修法建议

根据前述的说明,可总结如下的结论:第一,考察不同仲裁比较法例可知,仲裁地法同时赋予

[29] 有认为,从临时措施审批的公平性考虑,仲裁庭较能妥当地考虑案件的相关因素。Id. at 486; L. Cio, “Interim Measures of Protection in the Context of Arbitration in China”, 8(3) International Arbitration Law Review 106 (2005).

仲裁庭及法院处理临时措施审批的权限，乃是当前的主要立法趋势。第二，在临时措施执行地于境外的情形，应属现行法尚未规制的案型，部分仲裁机构规则已在实践上提供仲裁庭或紧急仲裁员审理临时措施的规范基础，宜将其适法、有效性解释为建立在当事人选定仲裁机构及其规则解决争议的合意基础上。第三，过于着重法院介入仲裁程序运作的法院本位主义，从理论及实践面解析，并不是一个值得追求的法律政策；反之，建立在法院及仲裁庭相辅相成互动关系上的双轨并行制，能够同时克服法院独占制及仲裁庭单轨制的缺陷，是较为值得落实的方向。

基于上述分析，笔者建议的修法重点如下：第一，现行仲裁法制关于临时措施的审批，应由法院独占制调整为法院、仲裁庭双轨并行模式，但为避免发生预审或矛盾判断的结果，应以仲裁庭作为优先受理的机关，法院仅在仲裁庭无法或不宜做出临时措施时，担纲辅助角色。第二，现行仲裁法应就“执行地在境外之临时措施审批”提供清楚的规范基础，使仲裁庭发出以境外为执行地的临时措施，在以中国为仲裁地法的情形具备法律依据，且考虑其实效性，其审核标准及类型应采取较为概括的规范模式，使仲裁庭具有足够空间考虑执行地相关法律，而据以作成措施。第三，允许仲裁庭做出临时措施后，如其执行地在中国境内者，应增订法院许可及承认措施执行之明文规范。

从立法逻辑的角度，在规制临时保全措施制度时必须考虑如下的议题：管辖权的分配、管辖权的竞合、审批的标准、涉外仲裁的特殊性及临时保全措施的执行；亦即，涉及现行法承认的临时措施由谁处理、如何审批、谁来执行及如何执行等规范问题。以下将分为管辖权及临时保全措施的许可执行，结合前述确立的修法方向进一步提出具体的条文修正建议。

（一）管辖权的分配

根据《仲裁法》第 28 条、第 46 条、第 68 条及《民事诉讼法》第 272 条的规定，现行仲裁法制主要承认的临时保全措施类型为“财产保全”及“证据保全”，并依其为“国内仲裁”或“涉外仲裁”，分别将管辖权分配予基层人民法院或中级人民法院。如果当事人在提交仲裁申请时同时向仲裁机构提交申请，或在仲裁程序中向仲裁庭为之，前述条文另针对此类情形要求仲裁委员会依据《民事诉讼法》的相关规定，将当事人的申请提交至具有管辖权的法院。

在规制临时保全措施管辖权的事项上，主要涉及的是应如何决定管辖权的分配及在肯认不同机关具有管辖权的前提下，如何处理管辖权竞合等议题。如果要将现制从“法院独占制”调整为“仲裁庭、法院双轨并行制”，首先必须重新处理管辖权分配的规范。在临时措施仅牵涉双方当事人情形，不论是仲裁庭或法院均应有权受理临时措施申请的审批，故应将当事人原只能向法院提出申请的规定调整为其得分别向仲裁庭或法院提交申请的模式；如果该措施是向仲裁协议外的第三人为之，鉴于仲裁制度乃是建立在当事人合意基础上的纷争解决机制，仲裁庭是否有权批给以第三人为保全对象的临时措施，恐有理论上的争议，暂宜仍保留由法院处理此类保全措施的审批，故应在“双轨并行制”外另设特别条项进行规制。

采取仲裁庭、法院双轨并行制后，由于存在一个以上的机关得以受理保全措施审批的申请，二者之间处于管辖竞合的关系，从程序法的观点，建制上必须进一步决定当事人能否分别向不同机构提出申请，或只得向仲裁庭为之等问题。由于双轨并行制模式的目标乃在于落实“维持仲裁制度独立性”及“法院辅助原则”等法律政策，宜由仲裁庭具有优先的管辖权，而法院仅在仲裁庭尚未成立时方具有受理保全措施审批的权限。然而，为避免发生仲裁庭不谙保全制度的运作方式，或实践上发生不便或不宜做出类此措施的情形，折中暂时采取允许当事人得择一向仲裁庭或法院提交申请的模式，不失为另一可行的方式。

（二）临时保全措施的执行

由于仲裁庭并没有以强制执行其所批给临时保全措施的权限，通常必须仰赖当事人自觉履行

相关措施的内容,如当事人拒不履行,则需要法院协助执行此类的临时保全措施。从比较法体例上观察,早期大多数的仲裁地法并未特别明文规范如何处理仲裁庭发出临时措施的执行问题,通常置于类如《仲裁法》第62条此类关于仲裁裁决执行的解释范围内,而循相同模式处理。然而,如此的规范模式,具有相当程度的不稳定性,并不被普遍认为是一个良好的立法方式。有鉴于此,诸如2006年版的《示范法》第17H条、英国1996年《仲裁法》第44条第2项、德国《民事诉讼法》第1041条第2项及香港法例609章《仲裁条例》第61条等相关立法,均针对临时措施的执行问题另为明文规范。

从规范体例的角度,现行《仲裁法》第62条关于仲裁裁决执行的规定,应是新增“临时保全措施执行”的合适规范基础。立法技术上,仲裁庭做出的临时措施,得以“准用”仲裁裁决执行的方式,在他方当事人不遵守保全措施要求时,当事人得依照《民事诉讼法》有关规定向管辖法院申请许可强制执行,同时保留法院斟酌裁决及临时措施在性质上的差异而定其准用范围的空间。

此外,仲裁庭批给临时保全措施之后,可能发生诸多情形导致执行该保全措施不具备实效或难以执行的情形,此时应赋予法院自行修改、变更、终止或重新作成临时措施的权限,而不受制于原措施的拘束力。为避免出现类如“法院是否受仲裁庭临时措施效力所拘束”等争议,宜透过明文立法的方式清楚指出法院得径自变通处理,以求相关争议出现时,在实践上运作的稳定性可得以维持。

此外,仲裁庭做出保全措施后,亦可能发生基于一方当事人之申请,或仲裁庭认为必要而对原措施做出修正、变更、终止或重新作成的情形。此时,如果原临时措施已经提交至法院申请许可执行,倘未能实时通知系属的执行法院,如法院许可执行原措施,恐在实效上及后续处理新措施上产生困扰,宜要求仲裁庭或其所属的仲裁委员会通知法院,故建议修正第62条时增列第3项明文规范仲裁庭及仲裁委员会的通知义务。应补充说明的是,在此情形,原申请执行的当事人,可另根据同条第1项再次向人民法院申请执行,此与仲裁庭及仲裁委员会通知义务间,不相抵触。

六、结 论

近年来,中国商务仲裁蓬勃发展,不仅案件量庞大,争议类型亦有渐趋专业化及集中化的现象,已经成为中国现代化经济体系中不可或缺的一环。对于当前仲裁相关法制是否足以应付如此的发展趋势,已经出现为数不少的讨论。本文的核心论点是,与诸多友善仲裁比较法例多允许仲裁庭审理临时措施审批的现状相类,中国仲裁法制或应考虑由过于法院本位主义的“法院独占制”,进一步调整为着重于促进仲裁独立性的“仲裁庭及法院双轨并行制”,使仲裁庭亦能独立对临时措施进行审批。

严格言之,本文论证的射程范围,仅止于“法院独占的现制下如何周全承认仲裁庭或紧急仲裁员作成临时保全措施的仲裁规则”及“现行法关于临时保全措施的管辖权分配”,尚未触及其他类如“临时措施的类型”及“审批措施的标准”等具有联动性的议题。举例而言,“临时措施的类型”是否仅以保全措施为限?如否,除保全措施外,尚应承认哪些形态的临时措施?又例如,临时保全措施的审批标准为何?是否采取与《民事诉讼法》相同标准即可,抑或应针对仲裁制度的特殊性另为规范?法院在审核是否许可执行仲裁庭发出的保全措施时,又应采取如何的标准?凡此问题,均待日后进一步研究。

在中国商务仲裁机构实践经验的迅速积累过程中,可以发现当前《仲裁法》在规范层面的疏漏及不足。仲裁机构所拟定的仲裁规则经常具有极高的前瞻性,时常在《仲裁法》的法律框架内,对

于诸多应规范事项形成试验性质的测试。以本文所分析的《北仲规则》为例，就临时保全措施的审批一事，即便现行法在体例上明显采纳的是“法院独占制”，该机构规则仍能关注到相关规定在“执行地在境外”案型上规范的不足，而从保障当事人权益的立场，提供仲裁庭及紧急仲裁员做出保全措施的规范基础，并且在理论及实践上均获得支持。

法律政策的变革，有赖于具体条文的精准落实。在规范面的层次，临时保全措施的审批改为“仲裁庭及法院双轨并行制”涉及修正现行法关于保全措施管辖权的规定、新增管辖竞合的配套规范及执行等。建议修正增订的具体条文为《仲裁法》第 28 条、第 46 条、第 62 条、第 68 条及《民事诉讼法》第 272 条。在新法修订后的规定下，当执行地在境内时，法院及仲裁庭均得受理临时保全措施的审批，当事人得择一向法院或仲裁庭提出申请；当执行地在境外时，国内法院并不具备受理审批的权限，当事人只能向仲裁庭提交申请，取得批给后至执行地法院提交许可执行，亦可径自至执行地法院提交相关申请，自不待言。不论是内国或涉外仲裁案件，如果保全措施是以仲裁协议以外第三人为执行对象，为避免发生仲裁庭是否能对仲裁协议外当事人做出措施的理论争议，当事人应直接向管辖法院提交保全措施的申请，而不应向仲裁庭为之。

持平而论，如果《示范法》的落实程度可被评价为仲裁地法相关规定是否进步或开放的指标，诚如诸多论者所指出的，现行中国《仲裁法》不只规范过于单薄，且似乎与先进比较法例间的落差过大。现行法临时保全措施审批采取“法院独占制”就是一个有别于多数进步法例的例子。从本文的分析可知，不论是在法律政策的选择，或是在具体实践上的层次，“法院独占制”均不是最佳的选项，如能进一步赋予仲裁庭审批保全措施的权限，毋宁是中国仲裁法逐渐往高水平仲裁法制靠拢的重要指标，也是中国仲裁制度与国际仲裁社群接轨不可或缺的建制环节。

Abstract National arbitration laws on the issue of provisional measures vary from one jurisdiction to another. Some exclusively reserve the authority over making these measures to either local courts or arbitrators. Others allow both of them to grant provisional relief. The Chinese arbitration law, which only allows the court to issue the conservatory measure, is a regulative model, by definition, that excludes the authority of arbitrators to make any interim remedies. However, some Chinese institutional arbitration rules, like that of the BAC, have attempted to overcome this limitation by authorizing arbitrators to issue conservatory measures in foreign-related cases. In light of this, I argue that a legislative reform that permits arbitrators, alongside national courts, to grant provisional relief is needed. Articles 28, 46, 62, and 68 of the Arbitration Law of the People's Republic of China, and Article 272 of the Civil Procedure Law, should be further modified respectively.

Keywords Interim Measure, Conservatory Measure, Court-Parochialism, Arbitration Reform

(责任编辑：赵秀举)