

上海自贸区仲裁临时措施制度的思考*

Review on Interim Measure of International Commercial Arbitration in SFTZ

马光** · 田甜***

MA GUANG · TIAN TIAN

目次

- I. 国际商事仲裁临时措施概述
- II. 国际商事仲裁临时措施的发布
- III. 国际商事仲裁临时措施的执行
- IV. 上海自贸区仲裁规则中临时措施的构建
- V. 结语

국문초록

낮은 원가, 판정의 단심제, 비밀유지 등 장점에 힘입어 국제상사중재는 국제 무역과 투자분쟁을 해결함에 있어 주요한 수단으로 되고 있다. 하지만, 중재의 강제력이 약하기에 중재의 진행을 어떻게 보장할지는 중요한 문제로 되며 따라서 잠정조치는 중재에 있어 중요한 문제로 대두되고 있다. 「상해자유무역지역 중재규칙」에는 잠정조치제도를 도입하였는데 이는 국제상사중재의 관행에 부합되고 제도혁신과 자유무역지역의 발전을 추진하는데 있어 중요한 의미를 가진다. 하지만, 반면에 자유무역지역의 중재규칙은 아직 보완해야 할 부분이 많

논문접수일 : 2017. 03. 03.

심사완료일 : 2017. 04. 19.

게재확정일 : 2017. 04. 19.

* 本文系“中央高校基本科研业务费专项资金资助”研究成果。

** 浙江大学光华法学院副教授，中国律师。

*** 浙江大学光华法学院研究生。

은데 규칙의 결여와 애매모호함으로 인하여 향후 실무에서 많은 어려움에 직면하게 될 것이다. 예를 들면, 중재기관이 조치에 대한 결정권이 충분하지 못하고, 이중담보 및 긴급중재기관의 부실 등이다. 때문에, 향후 국제경험을 배우는 한편 자유무역지역의 실천과 결부하여 규칙에 대해 보완해야 한다. 본 논문에서는 먼저 국제상사중재에서 잠정조치제도의 함의, 성격, 유형과 역할에 대해 소개하고, 다음 잠정조치의 공포와 집행에 있어 잠정조치제도를 소개하였으며 자유무역지역의 관련 규칙을 외국의 제도와 비교하였다. 마지막으로, 상해자유무역지역 중재규칙 중 잠정조치제도의 구축, 즉 잠정조치제도의 도입으로부터 관련제도의 구축에 대해 논의하였는데, 예를 들면, 잠정조치범위의 확장, 긴급중재기관제도의 도입 및 중재 전 잠정조치제도의 허가 등이다. 또한 자유무역지역의 잠정조치제도의 규칙을 도입함에 있어 많은 어려움과 도전에 직면하게 되는데 예를 들면 중재기관의 잠정결정권이 실현 가능한지, 담보와 관련된 많은 규정의 애매모호 및 긴급중재기관의 연결문제가 있다.

주제어 : 상해자유무역지역, 중재규칙, 잠정조치, 보전, 집행, 어려움

在全球化的推动下，各国各地区之间贸易和投资稳步增长，随之而来的各种纠纷也在所难免，基于中立性、低成本、一裁终局以及保密性强等等优势，国际商事仲裁成为解决国际贸易投资纠纷的主要手段。当然相比于其他纠纷解决方式，仲裁有其自身的缺陷，一方面仲裁缺乏支持仲裁程序以及结果的强制权力，这使得仲裁裁决的实现常常依赖于第三人的配合；另一方面，也就是本文将要专门探讨的问题即临时措施，无可置疑在仲裁过程中临时措施起着非常重要的作用，比如保存证据、查封金融账户以及及时处理易腐烂货物物品都需要临时措施，可以说临时措施对于保障仲裁有效进行有不可替代的作用。我国相继出台《中国（上海）自由贸易试验区仲裁规则》以及《关于适用〈中国（上海）自由贸易试验区仲裁规则〉的仲裁案件司法审查和执行若干意见》对于临时措施进行了较为详细的规定，但是仍然存在一些不合理之处，如何借鉴国际经验，通过临时措施制度解决商事仲裁所面临的诸多困境，已成为非常重要的研究课题。

I. 国际商事仲裁临时措施概述

1. 临时措施的含义与性质

在仲裁程序中，仲裁庭或者法院在规定情形下或其认为确有必要的情形下，可以决定采取证据保全、财产保全和其他用以在仲裁程序结束之前维持现状的裁定，这类裁定被认为是临时措施。临时措施的表述在不同地区、国家或者组织中不尽相同。国际商会设立的国际仲裁院在其2012年1月1日开始施行的《国际商会仲裁规则》的英文版本、1998年1月1日开始施行的《伦敦国际仲裁院仲裁规则》的英文版称其为临时措施或保全措施（interim or conservatory measure）¹⁾；联合国国际贸易法委员会2006修订的《示范法》与美国仲裁委员会《仲裁规则》文本中，将临时措施称为“临时性保全措施”（Interim Measures of Protection）²⁾。我国《民事诉讼法》与《仲裁法》对仲裁中的临时措施也作了如证据保全和财产保全的规定，有学者将其称作“中间措施”、“临时保全措施”或“临时保护措施”。

尽管对于临时措施的称谓有所不同，但是在性质特点上却有相同之处：其一，临时应急性，即临时措施仅仅是具有临时性起到应急作用的措施，不具有终局性，如《示范法》第17条第2款规定，任何临时措施的实质都是在最终裁决作出之前的暂时性措施；其二，情况紧急的必要性，即在情况紧急时，如果不及时采取措施可能对当事人造成巨大损害，方考虑采取临时措施；其三，有权机关需要在仲裁裁决作出前决定采取临时措施，这也是因为临时措施制度设置之初目的在于保障仲裁的顺利有效进行；最后，关于临时措施的可强制执行性。一般而言，如果法院决定临时措施，其裁定天然具有强制执行性，但是仲裁机构作为一般民间组织其决定的强制执行性备受争议。

1) Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce 2012, article 28[Z]. THE LCIA RULES 2011, article 25[Z].

2) UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 2006, article 9[Z]. International Arbitration Rules of the American Arbitration Association, article 10[Z].

2. 临时措施的类型与作用

如同临时措施定义差异，由于法律传统的差异等原因，临时措施的类型也没有统一的规定。根据联合国国际贸易法委员会仲裁工作组在2000年第32届会议上提交的《秘书长报告》，临时措施可以被分为三大类：一是旨在便于仲裁程序进行的措施，包括针对当事人掌控的证据进行取证，要求当事人不得变动相关证据，要求当事人和其他仲裁参与者保守仲裁相关秘密；二是避免灭失或损害以及在争议解决前保持某种现状的措施，例如，要求合同双方在仲裁期间继续履行合同，在争议解决之前禁止当事人实施特定行为，采取必要的安全措施以减少当事人损失或指定财产管理人，采取必要行动以避免当事人丧失权利，以及决定与清理被污染场所有关的命令；三是便于以后执行仲裁裁决的措施，包括为保证裁决得以执行而查封的诸如有形财产、银行账户等资产，禁止将争议标的物境外转移，要求将争议所涉金额存于一共同账户或将争议所涉财产存放于第三方，要求当事人为仲裁费用提供保证金或者担保，或者为当事人的全部或部分索赔金额提供保证金。³⁾而2006年版的《示范法》将临时措施分为四种类型，即维持现状类、防止损害或影响仲裁程序类、财产保全类与证据保全类。因此就目前立法来看，国际商事仲裁临时措施就内容而言大致可以分为三大类型即证据保全类、财产保全类与维持现状类。首先，证据保全类。证据被认为是用于证明案件真实情况的客观事实，在国际商事仲裁中，一方由于处于证据优势地位，往往不会积极配合，这时就需要有权机关发布临时措施予以救济，这种类型的临时措施多种多样。比如录音、录像、拍照、扣押、制作笔录、鉴定、勘验等都是常见的证据保全措施。⁴⁾除此之外，基于证据在仲裁中所起的重要作用，《示范法》以及许多国家的仲裁法都规定了当事人可以申请法院或者仲裁庭进行证据保全。例如，《示范法》第17条第一款第四项规定，仲裁庭根据一方当事人的申请，可以保全对解决纠纷具有相关性和重要性的证据。⁵⁾但是同时也设置有限制，即在法院不

3) 联合国国际贸易法委员会仲裁工作组，商事纠纷的解决——可就解决商事纠纷的某些问题制定的统一规则：调解、临时保护措施、仲裁协议的书面形式的秘书长报告[R]，A/CN.9/WG.II/WP.108.

4) 杜新丽，国际商事仲裁理论与实践专题研究[M]，中国政法大学出版社，2009：146.

5) UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 2006, article 17(1)[Z].

准许的情况下，禁止当事人和仲裁庭自行取证。为此，《示范法》第27条规定，仲裁庭可以向有管辖权的国家的法院要求协助取证，法院可在其权限内按照法定程序协助仲裁庭取证。⁶⁾其次，财产保全类。在国际商事仲裁中，财产保全是指根据当事人的请求，法院或者仲裁庭在最终裁决作出前，就提交仲裁交易的财产作出临时性强制措施，以防止当事人隐匿、转移、变卖有关财产，导致仲裁裁决作出后无法得到有效执行。⁷⁾具体措施包括查封、扣押相关财产，限制或者禁止当事人转移财产，以及指定第三人保管财产等。⁸⁾最后，维持现状类。即在争议解决之前，双方依据最初约定或者合同规定继续履行。为了防止仲裁过程中由于当事人一方的肆意行动造成另一方的损失，许多仲裁规则以及国内法都规定了有权机关可以命令采取维持现状的措施。例如，1996年《英国仲裁法》第44条第5条规定，为了仲裁的顺利进行，法院有权作出临时禁令的决定。⁹⁾

临时措施在国际商事仲裁中发挥着重要作用，对纠纷的最终解决意义重大，甚至可以说是必要步骤。归纳而言，具体体现在以下环节：首先，通过临时措施使得证据能够更加充分全面还原客观真实，以此保障仲裁的顺利进行；其次，通过临时措施防止当事人隐匿、转移财产，保障仲裁的有效进行以及最终裁决的有效执行；最后，通过临时措施维持现状，防止当事人利用仲裁拖延时间造成另一方当事人的极大损害，充分发挥仲裁作为解决纠纷的积极作用的同时保护当事人双方的合法权益。

II. 国际商事仲裁临时措施的发布

1. 临时措施发布的主体

关于临时措施的发布主体在世界范围内并没有统一规定，纵观各国仲裁规则，

6) UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 2006, art 27[Z].

7) 乔欣, 比较商事仲裁[M], 法律出版社, 2004: 339.

8) 赵秀文, 国际商事仲裁法[M], 中国人民大学出版社, 2004: 213.

9) Arbitration Act 1996, art 44(5)[Z].

大致可以分为三种模式：法院专属、仲裁庭专属以及并存模式。

首先，法院专属模式。在制定仲裁相关法律时，立法者认为如果当事人直接向仲裁庭申请决定临时措施，将会面临仲裁庭的组成所耗时间过长，决定采取的临时措施执行困难等实践问题；但是如果由国家司法机关来决定采取临时措施，不仅可以有效保证仲裁的顺利进行，同时也可以起到对仲裁的监督作用。¹⁰⁾由于临时措施在一定程度上具有强制执行力并且其实施对双方当事人权益有较大影响甚至对最终的仲裁裁决结果产生影响，所以许多国家均将临时措施的发布权归属于法院专属。意大利《民事诉讼法典》第818条规定，仲裁庭无权决定关于扣押财产或者其他类型的临时性措施。奥地利《民事诉讼法典》也规定，只有法院才是决定临时措施的主体；无论仲裁协议是否赋予仲裁庭临时措施决定权，仲裁庭都无权裁定临时措施。此外，爱尔兰、阿根廷等国的国内仲裁法以及相关仲裁机构的仲裁规则也有类似的规定。我国《仲裁法》第68条规定，在涉外仲裁中，当事人如申请证据保全，则需由涉外仲裁委员会将该当事人的申请提交当地中级人民法院。由此可见我国仲裁临时措施的发布也是属于法院专属模式。法院专属的模式，在保障临时措施的执行强制性方面有重要意义。但是这种模式的弊端也是显而易见的，比如效率低下，由于在需要采取临时措施の場合往往是情况紧急之时，所以法院的介入使得临时措施的高效性无法充分发挥；此外，法院专属使得司法权的过分介入，影响了当事人的意思自治。

其次，仲裁庭专属模式。即仲裁庭具有发布仲裁中临时措施的专属权力，法院无权干涉，这也被认为是20世纪中期后由于国际商事仲裁在国际贸易中比重不断增加的产物。部分国家采用这种模式，例如韩国《商事仲裁院仲裁规则》规定，在不损害双方当事人的利益以及不影响争议结果的情况下，仲裁庭依据当事人的请求，可以决定采取必要的保全措施以保护争议所涉财产。虽然仲裁庭专属模式契合了仲裁的当事人意思自治精神，并且省时高效，但是无论在理论上还是实践中反对之声仍然不断。其中最大的问题就是仲裁庭决定缺乏强制性，无法真正运用临时措施保障当事人的权益并且过分赋予仲裁庭权力容易导致不公正裁决的发生。

10) 赵相林, 国际民商事争议解决的理论与实践[M], 中国政法大学出版社, 2009: 308.

最后，并存模式。即在国际商事仲裁中，法院和仲裁庭均有权力发布临时措施。但是具体形式上仍然有所差异：其一，当事人选择型，即当事人可以自主选择向法院还是仲裁庭申请临时措施，由当事人申请的机关做出最后决定，最具代表性的即《示范法》，根据《示范法》第9条和第17条规定，在仲裁程序进行前和进行期间内，当事人一方请求法院采取临时保全措施和法院准予采取这种措施，都不得与仲裁协议相抵触；除非当事人各方另有协议，仲裁庭经当事人一方请求，可以命令当事人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。¹¹⁾此外德国、新西兰、澳大利亚以及中国澳门等国家或地区亦采取此种方式。其二，法院辅助型，即除非在紧急情况下，法院采取临时措施须经当事人双方的同意，否则临时措施决定权属于仲裁庭。英国仲裁法以及《国际商会仲裁规则》采此种规定。其三，仲裁庭辅助型，即在双方没有明确约定时，由法院享有临时措施决定权。总之这种模式下，既体现了仲裁庭的高效灵活以及自治性也融合了法院作为国家强制力的保障力，其中法院辅助型为大多数国家所采纳的方式。

2. 临时措施发布的条件

与诉讼中的临时措施一样，仲裁中的临时措施由于其一定的强制力以及“未裁先决”性，可能会给当事人的权益带来一定的威胁性，所以对于临时措施的申请以及发布条件应当有所明确的规定。目前来看较为详细规定临时措施发布条件的是《国际商事仲裁示范法》，在《示范法》第17A条规定，申请提出采取临时性措施，必须提供证据证明：

1. 如果不采取该措施可能造成的损失无法通过判付损害赔偿金得以充分补偿，且这种损失远远大于采取该措施可能对其针对的当事人所造成的损害。
2. 申请人在本仲裁案件实体问题上有胜诉的合理可能，但对这种可能的判定不得影响仲裁庭此后作出任何裁定的自由裁量权。¹²⁾

实践中，仲裁庭在决定是否采取临时措施时，会进行审慎、周密的考量，其考

11) UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 2006, art 9, art 17[Z].

12) UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 2006, art 17A[Z].

察主要表现在以下几个方面，第一，不采取措施是否会造成严重或无法弥补的损害；第二，申请方能提供初步证据表明在实体裁决上有优势，并且若采取措施，不会导致对实体问题的先行裁判；第三，情况紧急；第四，仲裁庭具有管辖权。¹³⁾

3. 上海自贸区关于临时措施发布的规定

《上海自贸区仲裁规则》在第三章共7条专门详细的规定了临时措施的制度及其实施程序，这也是我国首次对临时措施进行专章详细规定。在临时措施的发布主体以及条件方面，《仲裁规则》有详细规定。根据临时措施作出的主体不同，可分为由法院作出的临时措施决定，由仲裁庭作出的临时措施决定，以及由紧急仲裁庭作出的临时措施决定。

就发布条件而言，临时措施可以分为仲裁前的临时措施以及仲裁中的临时措施。仲裁前当事人提出申请临时措施的，应该满足三项条件：其一，存在仲裁协议；其二，提交符合规定的临时措施申请书；其三，申请提出符合执行地所在国家或地区的法定期限。仲裁中提出申请临时措施的，应该满足条件：其一，向仲裁委员会提交符合规定的临时措施申请书；其二，委员会依据执行地有关法律法规将申请提交有管辖权的法院或者仲裁庭。除此之外，对于临时措施决定发布也有具体规定，首先，形式方面，应当依照执行地国家或地区有关法律规定的形式以书面作出并且说明理由，紧急仲裁庭或仲裁庭作出的临时措施决定，应当署名并加盖仲裁委员会印章。其次，担保方面，仲裁机构在决定临时措施前可以自行依据具体情况决定是否要求申请人提供担保。最后，期限方面，《仲裁规则》规定紧急仲裁庭应在组成之日起20日内作出，仲裁庭应在收到临时措施申请之日起20日内作出，当事人提供担保的，紧急仲裁庭或仲裁庭应在当事人提供担保之日起10日内作出。

13) 黄云, 论我国国际商事仲裁临时措施的发布[], 法制与经济, 2015: 29-32.

III. 国际商事仲裁临时措施的执行

1. 临时措施在仲裁地的执行

由法院决定采取的临时措施，由于法院自身的强制力，可以依据国内相关立法强制实施。但是一般而言，仲裁庭的命令并没有强制执行力，所以在多数情况下，如果当事人拒绝履行临时措施则由法院协助仲裁庭进行。纵观各国的相关规定，主要有两种方式。一种方式是将仲裁庭的决定视为裁决，采用此种做法的国家主要有荷兰、美国以及比利时。另一种方式是法院协助仲裁庭由仲裁庭作出决定的临时措施，采取这种方式的国家主要是瑞士和德国。

2. 临时措施在非仲裁地的执行

临时措施在非仲裁地国的执行是指在国际商事仲裁中，仲裁地所属国的法院或者仲裁庭应一方当事人的申请决定采取临时措施，而该措施需要在仲裁地所属国以外的国家或者地区执行。¹⁴⁾在国际商事仲裁中，当事人双方出于对裁决结果公正性考虑，常常选择将与合同无涉的其他地区作为仲裁地，因此常常产生仲裁地与临时措施执行地相分离的情况。为解决这种情况国际上主要有三种规定方式。其一，各国国内法规定，一般而言，各国国内法会规定本国仲裁庭作出的临时措施本国法院有协助执行的义务，但是对于是否应当执行外国法院或仲裁庭的临时措施裁决却少有规定。近年来一些国家开始尝试通过国内立法的方式，确定国内法院可以执行外国临时措施决定，例如，新加坡《国际仲裁法》第12条第7款规定，法院与仲裁庭在协助采取临时措施上具有相同的权力，而此种权力不局限于新加坡境内进行的裁决。根据《德国仲裁法》第1062条的规定，法院有权执行国内仲裁机构以及国外仲裁机构作出的临时措施。其二，《示范法》的规定，由于法律文化传统等等差异，很多国家对于非仲裁地执行临时措施的问题上缺乏具体

14) 周丽霞，论国际商事仲裁临时措施的域外执行[J]，河北法学，2011：122-126.

明确的规定，由此联合国贸易法委员会在2006年修订的《示范法》对此进行了专门的规定，《示范法》第17条H款规定，仲裁庭决定采取的临时措施应被确认为具有约束力，除仲裁庭另有规定，该临时措施无论在哪一国作出，均应按照相关规定，向有管辖权的法院提出予以执行。¹⁵⁾除此之外，为了保证该条的确实落实，《示范法》同时规定法院拒绝非仲裁地国临时措施的情形，并且规定受理承认与执行的法院不应当进行实质性审查，避免法院回避执行。其三，国际条约的规定，根据《纽约公约》第1条第1款和第2款的规定，因自然人或法人之间的争执而引起的仲裁裁决，在一个国家的领土内做出，而在另一个国家请求承认和执行时，适用本公约；且公约所指仲裁裁决不仅包括由为每一案件选定的仲裁员所做出的裁决，而且也包括由常设仲裁机构经当事人的提请而做出的裁决。¹⁶⁾依据《示范法》以及普遍观点，临时措施并不同于《纽约公约》中的“裁决”，即临时措施并不是公约中所指的外国仲裁裁决，并不具有终局性，因此并不能适用公约的规定。

3. 上海自贸区关于临时措施执行的规定

《上海自贸区仲裁规则》第三章总共七条较为详细的规定了有关自贸区仲裁中有关临时措施制度的规定，当然也涉及临时措施的执行有关问题。就临时措施在仲裁地的执行而言，我国是由法院执行，仲裁庭并没有强制的执行权。另一方面，就临时措施在非仲裁地的执行，我国目前出台的《上海自贸区仲裁规则》以及紧随其后的《若干意见》均没有明确规定。笔者认为，随着自贸区的发展以及国际贸易的进一步繁荣，必然产生更多的跨国商事仲裁纠纷，临时措施的执行标的物也存在跨境的可能性，为了充分发挥临时措施的积极作用，应当及时明确仲裁裁决在非仲裁地的执行问题。当然在上海自贸区的有关仲裁规则中对于临时措施的执行问题也有所涉及：首先，明确规定了临时措施决定的变更，根据临时措施的第23条第1项的规定申请的相对方对临时措施有异议的在收到决定后三日内有权利向委员会提出异议，在第2项及第3项规定了临时措施变更的主体、时限以

15) UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 2006, art 17H[Z].

16) the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, art 1(1)(2)[Z].

及类型，在第4项规定了临时措施变更的形式要件，第5项规定了申请人在接到变更决定后应当在五日内通知有管辖权的法院，避免其错误执行。其次，法院的指导意见积极促进临时措施制度的执行。上海市第二中级人民法院于2014年5月发布了《关于适用〈中国（上海）自由贸易试验区仲裁规则〉仲裁案件司法审查和执行的若干意见》。其中第6条和第14条即是针对申请仲裁保全的立案审查及保全措施的执行问题给出了具体的司法支持。其中第6条规定“当事人提出仲裁前或仲裁程序中保全申请的，应当立即受理。情况紧急、符合法律规定的保全条件的，应当在24小时内作出裁定并移交执行。”；第14条规定“保全裁定作出后，一般应当在48小时内启动保全工作。当事人申请继续保全或解除保全，如情况紧急的，当事人可先行向上海市第二中级人民法院提出，并及时通过仲裁机构转交有关文件”。

总之，上海自贸区仲裁规则等相关规定旨在通过细节上的规则设置积极推动临时措施的执行，但是笔者认为明晰临时措施在仲裁地执行的主管机关以及非仲裁地临时措施的执行更是解决执行难问题的关键所在，如果不明晰上述两问题，容易导致实践中临时措施执行的不力，难以发挥临时措施的保护功能。

IV. 上海自贸区仲裁规则中临时措施的构建

1. 临时措施制度的引入

根据上述分析可知国际立法以及影响较大的国际商事仲裁机构的仲裁规则均规定了仲裁的临时措施。但是相比于国际社会对于临时措施普遍的认可，中国并没有在法律层面对于临时措施有涉及。长久以来我国在《民事诉讼法》以及《仲裁法》中与之相类似的概念只有“财产保全与证据保全”。但是与国际通行的仲裁中的临时措施相比我国国内法上的“财产保全与证据保全”有很大的不同，首先，我国《仲裁法》《民事诉讼法》规定的类似的保全措施的决定权仅属于法院，而有本文上部分描述可知国外对于临时措施的决定权主体规定具有多样性有不同模式，究其原因一方面是由于我国仲裁机构的民间性决定其缺乏强制性权力，另一方面是由于我国仲裁机构在程序上的权力缺失。但是无论是从效率还是商事仲裁

的特征上考虑，在一定程度赋予仲裁机构某些程序问题上的决定权都是有益的。其次，就保全措施的救济来看，我国缺少对于保全申请人提交担保的明确要求，由于临时措施的发布具有一定的风险，在某种意义上是对事态的可能性做出的预防，稍有不慎可能会对当事另一方造成严重损害，因此规定申请人在申请临时措施时必须提供一定担保否则不予受理，对于保护被申请人以及防止申请人滥用权利都是必要的。最后，就临时措施的相关配套制度及保障来看，我国缺少有助于真正落实临时措施目的的制度如紧急仲裁庭，临时措施的目的在于尽快的保全证据或者维持一定状态为了保护申请人的合法权益免遭损失，但是实际操作过程中，单就仲裁庭的组建就需要花费较长的一段时间，当事人在组庭前临时性救济需求往往难以从仲裁规则中得到满足，因此建立紧急仲裁庭对于快捷、高效解决当事人救济需求方面有重要意义；此外我国仍然缺乏对临时措施执行的司法保障，由于仲裁机构的民间性质，即使依据某些国家或者仲裁机构的规则仲裁庭具有临时措施的决定权，但是具体的措施的实施仍然有赖于法院的辅助，换句话说临时措施的决定权在仲裁机构但是执行权仍归属于法院，也就意味着仲裁庭享有的临时措施决定权并不是完满的，但是就目前我国商事仲裁执行情况来看，与之相配套的司法制度仍然处于空白状态。

中国（上海）自由贸易区的成立，不仅为经济发展助力，也成为了促进我国仲裁制度改革的推进力，本着与国际接轨的精神，在仲裁的众多方面予以革新，临时措施的相关规制也是亮点之一。临时措施制度的引入，更契合了自贸区商事纠纷解决便利化的需求，自贸区建立后随着贸易投资便利化、利率市场化与货币自由兑换等创新措施的推行，新型贸易和投资形态，以及花样繁多的金融产品和交易工具将应运而生，种种新型的纠纷亦会层出不穷，仲裁凭借其便捷性以及充分尊重当事人意思自治的特性会广受当事人青睐，因此完善仲裁的具体制度规则有助于解决多种多样的纠纷。

2. 相关周延制度的完善

根据本文前两部分的介绍，在明确仲裁庭的临时措施决定权之外，自贸区仲裁规则结合我国商事仲裁实践并借鉴国际社会临时措施制度的经验，对临时措施制

度进行了专章规定，目的在于更好的保护仲裁双方的权益。

首先，临时措施范围的扩张。分析《上海自贸区仲裁规则》可知在吸收原有的证据保全和财产保全的基础上，还引入了新《民事诉讼法》有关行为保全的内容，并且灵活设置“法律规定的其他措施”，将其他措施亦涵盖在内。如此开放式的规则有助于弥补我国目前立法上的缺陷。“因为就临时救济措施而言除了财产保全和证据保全之外，诸如法院向与仲裁有关的第三人发出作证令状责令当事人继续履行发生争议的合同，指定纠纷财产的管理人，发布将某些信息实行保密的措施及其他临时性的强制措施等，也都属于临时救济措施”。¹⁷⁾

其次，紧急仲裁庭制度的引入。紧急仲裁庭制度也称为紧急仲裁员制度，即为当事人在紧急情况下提供紧急临时性救济的措施。从国际社会相关仲裁规则发展来看，紧急仲裁庭制度已经广泛存在。2009年《美国仲裁协会仲裁规则》最早确立了紧急仲裁庭制度，2010年《瑞士斯德哥尔摩仲裁员仲裁规则》引入“应急仲裁员”制度，随后，新加坡国际仲裁协会、日本商事仲裁协会以及香港仲裁中心等仲裁机构均开始设置“紧急仲裁员”制度。由此可见，紧急仲裁庭制度的引入，有助于更好的保护仲裁当事人的权益，尤其有利于促进临时措施在仲裁庭组成前的一段时间内发挥救济作用。

最后，仲裁前临时救济措施的准许。依据我国《仲裁法》以及《民事诉讼法》相关规定，仲裁前的临时救济只能向仲裁机构而非法院提出，但是就目前国际社会种种立法或实践而言，为了更好的保护当事人权益，很多国家承认了当事人在仲裁前可以直接向法院申请临时救济。《上海自贸区仲裁规则》中也结合我国立法情况与国际通行做法做出了相对折中明确规定，规定临时措施申请人在提起仲裁前可以根据临时措施执行地所在国家地区的有关法律的规定，直接向具有管辖权的法院提出临时措施申请，也可以请求仲裁委员会协助其向具有管辖权的法院提出临时措施申请。

3. 规则面临的挑战与困境

虽然无论是从纠纷解决的便利化角度还是顺应国际仲裁发展趋势角度考虑，

17) 解常晴，国际仲裁中的临时保全制度及其发展前景[]，仲裁与法律，2002(3)：5-27.

《上海自贸区仲裁规则》都是积极正面的，但是另一方面还有许多没有解决或者说将来可能面临的问题。

首先，仲裁庭临时决定权是否能真正实现。《上海自贸区仲裁规则》并没有对于法院和仲裁庭对临时措施最终决定权有明确规定，随后上海市第二中级人民法院出台的《若干意见》中关于仲裁庭决定临时措施的补充规定，没有明确放弃法院审查临时措施的权力，而仅仅是加快了审查的速度和期限。如此一来，容易造成临时措施发布的决定实质上受来自法院和仲裁庭双重审查的局面，或者说仲裁庭享有的决定权仅仅具有表面意义，继而影响临时措施制度的决定，从而降低仲裁效率。

其次，担保相关的诸多规定模糊。依据《民事诉讼法》以及《若干意见》法院在必要时有权向申请人收取一定的担保，而依据《上海自贸区仲裁规则》仲裁机构有权收取担保，如此一来，可能造成双重担保的问题，或者说基于仲裁庭并不具有临时措施的执行权，在面临双重担保时当事人可能更倾向于向法院缴纳担保，仲裁庭担保规定名存实亡。如果面临域外执行，执行地法院并不一定会认可仅向自贸区仲裁庭缴纳担保，这样便引发仲裁的更多纠纷。此外，担保条件的不完善，其一，时限的不加以区分，在《民事诉讼法》中对于法院采取保全措施，紧急情况下，必须在48小时内决定，但是《上海自贸区仲裁规则》对于仲裁庭采取保全等并区分紧急与否，如此容易造成由于临时措施不及时造成当事人权益受损的情况发生；其二，对于申请人附加过多义务，规则中规定申请人对于执行地法院管辖权以及相关法律有查明义务，如此规定在一定程度上可以减少错误决定但是另一方面加重当事人责任并且有悖于仲裁高效便捷的目的。

最后，紧急仲裁庭的衔接问题。我国《民事诉讼法》以及《仲裁法》并没有规定“紧急仲裁庭”，这就可能出现法院于紧急仲裁庭两套审查系统的问题即双重审查。在《若干意见》中也没有对紧急仲裁庭做出明确的规定，“这意味着存在法院与紧急仲裁庭两套审查系统，可能产生裁判上的混乱，并增加时间成本和费用成本”。¹⁸⁾再者，根据《上海自贸区仲裁规则》规定紧急仲裁庭在仲裁庭组建完成后解散，并移交所有材料，但是很有可能在紧急仲裁庭审理临时措施过程中，仲裁庭组建完毕，如此如果将材料移交，临时措施的审核又重新开始，不利于及时

18) 芮安牟, 迈向有竞争力和符合成本效益的争议解决制度[], 陈宛宁、张然译, 北京仲裁, 2013(4): 119.

为申请人提供保护。此外，无论《上海自贸区仲裁规则》还是《若干意见》都没有对紧急仲裁庭是否有管辖权的自裁权利，但是管辖权的存在是审核决定临时措施的前提。如此种种规则的模糊导致在具体实践操作中紧急仲裁庭与仲裁庭的衔接不畅，对紧急仲裁庭功能的发挥有不利影响。

V. 结语

临时措施制度在自贸区的构建意义重大，通过完善自贸区商事仲裁规则，使得纠纷解决更加便捷，优化外商投资环境，以进一步吸引外商投资。但是纵观《上海自贸区仲裁规则》发现，在引入创新性规则制度时略显粗糙，对国际上先进经验的简单模仿并不足以解决我国商事仲裁实践中面临的诸多困境，正如本文在第四部分分析可知，上海自贸区仲裁规则下的临时措施制度仍然面临着许多挑战甚至困境。笔者认为自贸区应当发挥好自身的优势，积极探索学习国际先进规范的同时结合自身工作中的实践经验，尽快制定有关附则对临时措施中仲裁庭的决定权实施、担保规则以及紧急仲裁庭等周延制度进行补充完善，真正成为我国仲裁的“试验田”，为今后我国《民事诉讼法》以及《仲裁法》创新提供更多可以复制、推广的经验。

主要参考文献

- 杜新丽，国际商事仲裁理论与实践专题研究[M]，中国政法大学出版社，2009：146。
乔欣，比较商事仲裁[M]，法律出版社，2004：339。
赵秀文，国际商事仲裁法[M]，中国人民大学出版社，2004：213。
赵相林，国际民商事争议解决的理论与实践[M]，中国政法大学出版社，2009：308。
黄云，论我国国际商事仲裁临时措施的发布[J]，法制与经济，2015：29-32。
周丽霞，论国际商事仲裁临时措施的域外执行[J]，河北法学，2011：122-126。
解常晴，国际仲裁中的临时保全制度及其发展前景[J]，仲裁与法律，2002(3)：5-27。

芮安牟, 迈向有竞争力和符合成本效益的争议解决制度[J], 陈宛宁、张然译, 北京仲裁, 2013(4): 119.

联合国国际贸易法委员会仲裁工作组, 商事纠纷的解决——可就解决商事纠纷的某些问题制定的统一规则: 调解、临时保护措施、仲裁协议的书面形式的秘书长报告[R], A/CN.9/WG.II/WP.108.

Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce 2012, art 28[Z].

THE LCIA RULES 2011, art 25[Z].

UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 2006, art 9, art 17(1), art 17A, art 17H, art 27[Z].

International Arbitration Rules of the American Arbitration Association, art 10[Z].

Arbitration Act 1996, art 44(5)[Z].

the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, art 1(1)(2)[Z].

[Abstract]

Review on Interim Measure of International Commercial Arbitration in SFTZ

MA GUANG · TIAN TIAN

*Associate Professor, Zhejiang University Law School/Graduate Student,
Zhejiang University Law School.*

With the low cost, the finality and high security, International commercial arbitration has become the main means to solve international trade and

investment disputes. However, due to the weak coercion of arbitration, thinking about how to guarantee the conduct of arbitration has become an important issue which affect the validity of arbitration, thus, the interim measures become the irreplaceable key of international commercial arbitration. <The Arbitration Rules of The China (Shanghai) Free Trade Area> set rules about interim measures, which is in line with international practice. In the promotion of institutional innovation and boosting the development of the free trade area is of great significance, but thinking the arbitration rules of the free trade area slightly, due to the lack of regulations and fuzziness, we may face many difficulties in the future, such as ineffective enforcement of decision making, double security and the “nullity” of the emergency tribunal. Therefore, it is necessary to conscientiously learn international experience in the future, combining with the work practices of the FTA, creating a rules based international arbitration system. The article first introduced the meaning, character, type and function of the system of interim measures in international commercial arbitration, and then introduced the system from both the issue and enforces of the interim measures. Also, comparing the rules of interim measures in SFTZ and other areas. Finally, the article discussed the practice of the interim measures in SFTZ, that is, from the introduction of the system to the construction of the relevant extension system, such as the extension of the interim measures, the introduction of the emergency arbitration tribunal system and the permission. In addition, it can not be neglected that many difficulties and challenges will be faced in the construction of FTA arbitration rules, such as implementation of the tribunal’s power of decision, the vagueness of the security and the connection between the emergency tribunal and other institutions.

Key words : Shanghai Free Trade Zone(SFTZ) ; arbitration rules; interim measures; security; execution; difficulty