

国际商事仲裁程序上的保全措施

Theory of Interim Measures of Protection in International Commercial Arbitration Procedure

李永申*
LI, Yong-shen

목 차

- 一. 国际商事仲裁程序上保全措施概述
- 二. 韩国仲裁程序上的保全措施
- 三. 临时保全措施的承认与执行
- 四. 结论

국문초록

경제세계화추세의 계속발전에 따라 상사분쟁도 끊임없이 증가해지고 있다. 국제상사중재는 법원에 의한 분쟁해결보다 신속성, 기밀성, 전문성, 당사자자치 및 국제적 성격의 이점에 따른 유용한 방법으로 널리 활용되고 있다. 중재절차에 있어서 보전조치는 분쟁과 관련 있는 재산이나 증거를 현상태로 유지하도록 하여 중재판정의 최종적인 집행을 가능하게 함으로써 중재제도의 효율성을 제고시키는 중요하고 본질적인 제도이다. 한국 국내입법에 보전조치의 결정권자와 시기에 대한 규정이 두고 있지만 보전조치의 집행에 대해 명확하게 규정하지 않는다. 보전조치는 국제상사중재절차에 있는 중요성에서 보아 한국은 국내입법에서 보전조치에 대한 규정을 개선할 필요가 있

논문접수일 : 2014.03.28

심사완료일 : 2014.04.30

게재확정일 : 2014.05.13

* 中国社会科学院法学所博士后

다고 생각한다.

주제어 : 국제상사분쟁, 국제상사중재, 중재절차, 보전조치, 집행

一、国际商事仲裁程序上保全措施概述

(一) 保全措施的必要性

国际商事仲裁临时保全措施,目前国际上并无统一的定义。根据联合国国际贸易法委员会第二工作组报告中的说明,可将临时保全措施表述为:在国际商事仲裁最终裁决作出以前,为保证顺利作出和执行仲裁裁决,由法院或者仲裁机构根据仲裁案件一方当事人的申请,就对方当事人的财产或持有的证据或正在从事的行为等采取的临时性强制措施。¹⁾从此表述中我们可以得出,国际商事仲裁中保全措施的作用大致体现在以下几点:²⁾第一,保证仲裁程序的顺利进行。在仲裁程序进行过程中,一方当事人可能会为了逃避将来对其不利的裁决,采取隐匿证据、拖延提交文件等行为,从而导致仲裁程序被拖延乃至最后裁决难以得到执行。通过采取保全措施使得证据不至于毁损灭失,强制持有证据的当事人或者第三人出示证据,从而保证仲裁程序的顺利进行。

第二,确保仲裁裁决能得到有效执行。在实践中,可通过采取财产保全措施如查封、扣押、冻结当事人的财产,防止当事人隐匿、转移或者变卖财产,或者要求当事人一方对费用提供担保等等,以确保仲裁裁决的有效执行。当事人提起仲裁申请到作出裁决期间,如果一方当事人出于规避承担败诉后的赔偿责任的意图,如此长的时间足以使其有充分的时间以各种方式变卖、转移其资产,最终导致仲裁庭作出裁决后,胜诉方无法通过执行程序满足其债权。为了防止胜诉后的债权落空,则需要发布临时性保全措施。

1) 赵千喜:“国际商事仲裁中临时措施的适用问题”,载《仲裁与法律》2005年第97辑,第12页。

2) 任明艳:《国际商事仲裁中临时性保全措施研究》,上海交通大学出版社2010版,第37~38页。

第三，通过采取保全措施，避免标的物的灭失和损坏。在一些标的物是已腐烂的或现货物品的合同中，如果双方当事人产生争议，在争议解决之前必须采取相应的措施先行处理这些易腐货物或者采取特殊的保护措施。

从对上述保全措施的作用分析可以得出，从争议双方当事人申请仲裁开始到裁决作出为止需要一定的时间，有时候仲裁裁决作出后即将执行，却没有执行对象或者事情发生变化，这样仲裁裁决就变成一纸空文。具体地说，一些当事人预料到仲裁庭可能作出对自己不利的裁决，在最后裁决作出之前把可能成为执行标的物的财产转移，或者为避免仲裁裁决的执行将所有权转移给第三方。另外，对腐烂、变质严重的物品放置不管，如果市场价格暴落并没有及时处理，会产生不可恢复的损失。因此，为了保护当事人的地位以及维持等待仲裁裁决结果期间标的物的状态，允许采取临时保全措施是很有必要性的。³⁾

（二）保全措施的形式

各国准许发布保全措施的机构是不同的，有的只准许法院，有的只准许仲裁庭，还有的两者都准许。并且各国对于仲裁庭或法院发布临时性保全措施的形式也是五花八门，大体来讲，有指令或命令、裁决、建议和决定等形式。⁴⁾

“指令”或者“命令”是仲裁庭在发布临时性保全措施的时候可采用的基本形式之一。2000年《比利时仲裁和调解中心仲裁规则》第17条第1款规定，在不损害《比利时司法法典》第1679条第2款的情况下，每一方当事人均可请求仲裁庭作出有关临时或保全措施的指令，包括仲裁费用的保证或担保。

“裁决”也是最常见的形式。有的立法明确规定仲裁庭在发布临时性保全措施的时候“应当”或者“可以”采取裁决或者临时裁决的方式。如《UNCITRAL仲裁规则》第26条第2款规定：“此等临时措施得以临时性裁决的方式为之。仲裁庭有权要求为此种措施的费用提供担保。”《美国仲裁协会国际仲裁规则》第21条第2款规定：“此种临时措施可以采用中间裁决的形式，仲裁庭可要求为此种措施的费用提供担

3) [韩] 睦荣竣：《商事仲裁法论》，博英社2001年版，第156页。

4) 任明艳：《国际商事仲裁中临时性保全措施研究》，上海交通大学出版社2010年版，第98～99页。

保。”

也有立法中根据实际情况有选择地采用“命令”或者“裁决”。根据《国际商会仲裁规则》第23条第1款，“除非当事人另有约定，案卷移交仲裁庭后，经当事人请求，仲裁庭可以采取认为适当的临时措施或者保全措施。仲裁庭可以在命令采取该等措施之前，要求提出请求的当事人提供适当的担保。任何该等措施应采用命令的形式，并说明所依据的理由，或者仲裁庭认为合适，采用裁决的形式。”

“建议”这一种特殊的形式主要为ICSID仲裁规则所采纳。根据1965年《关于解决国家与其他国民间投资争端的公约》第47条规定：“除非双方另有约定，仲裁庭如果认为情况需要，必须建议采取任何临时措施，以维护任何一方各自的利益。”有根据《ICSID仲裁规则》第39条，“(1)在程序中的任何时间，一方当事人可请求仲裁庭建议的措施以及需要采取这些措施的情况。(2)仲裁庭应对按照第(1)款提出的请求优先考虑。(3)仲裁庭也可以主动建议临时措施或建议请求所述以外的其他措施。”

另外，“决定”也是保全措施的一种形式。2000年《波兰商会仲裁院规则》第34条规定：“经任一方当事人请求，仲裁庭可就请求或证据提供中间救济。中间救济应以说明理由的决定的形式做出。仲裁庭可就提供该等救济要求申请方提供担保。”

(三) 保全措施的种类

与仲裁程序相关联的保全措施有两种类型，一种是法院采取的措施，另一种是仲裁庭采取的措施。为了区别这两种保全措施，法院的保全措施一般上使用“保全措施”或者“保全处分”等词语，仲裁庭的保全措施一般上使用“暂定措施”、“临时处理”、“中间措施”、“临时命令 (Provisional Orders)”、“中间裁决 (Interim Awards)”或者“中间保护措施 (Interim Measures of Protection)”等多个词语表现形式。然而，《示范法》中两者全部都用“Interim Measures of Protection”。在《韩国仲裁法》中，法院的保全措施称作“保全处理”，仲裁庭的保全措施称作“临时处理”。

法院的保全措施是指仲裁程序开始前或者进行中，法院依当事人的申请对人或物的标的决定采取一定的临时保护措施。仲裁庭的保全措施是指仲裁庭对在仲裁程序进行中当事人所拥有的争议标的决定采取的保存或者扣留。两者的不同之处

有以下几点：

第一，仲裁庭对争议标的有限制而法院没有。因此，仲裁庭不能对其采取保全措施的只有通过法院进行。第二，仲裁庭只限于对争议当事人采取措施，法院则没有此限制。所以，针对争议当事人以外人员的措施还需要法院的介入。第三，仲裁庭的保全措施决定权受当事人协议的制约，法院的保全措施即使依据当事人的协议也不能被排除。第四，仲裁庭的保全措施不具有执行力（强制力），需要法院的协助予以执行。法院的保全措施自身就具有执行力。⁵⁾

二、韩国仲裁程序上的保全措施

（一）临时保全措施的立法

在韩国，与仲裁程序上的保全措施有关的现行法规有2010年3月31日修订的《韩国仲裁法》和2011年修订的《韩国国际仲裁规则》。

在《韩国仲裁法》中规定，仲裁协议的当事人在仲裁程序开始前或者进行中都可以向法院申请保全措施。⁶⁾ 另外，在《韩国仲裁法》中还规定了仲裁庭的保全措施，① 除非当事人之间另有约定，经一方当事人的申请，仲裁庭可以决定对争议标的物以决定的形式采取认为必要的保全措施。此时，仲裁庭也可以决定要求被保全人提供一定金额的保证金。② 仲裁庭可以要求申请保全措施的一方当事人提供适当的担保。⁷⁾

在《韩国国际仲裁规则》中第28条第1款规定，“当事人没有其他协议的情况下，仲裁庭一经收到一方当事人的申请就可以决定采取认为适当的保全及临时措施。并且仲裁庭可以要求提供适当的担保。这些措施采用记载有仲裁庭认为适当的理由的命令或者裁决等形式。”除此之外，韩国仲裁规则中也规定法院可以采取保全

5) [韩] 尹晋基：仲裁程序上有关保全措施的中韩法制比较，载《企业法研究》2006年第20卷第3号，第349页。

6) 《韩国仲裁法》第10条。

7) 《韩国仲裁法》第18条第1、2款。

措施。根据《韩国国际仲裁规则》第28条第2款规定，在仲裁庭收到相关申请材料之前或者适当的情况下，即使在收到申请材料后，当事人也可以向管辖法院申请保全措施。并且，即使当事人一方向法院提出此类措施的申请或者提出执行仲裁庭采取的措施的申请，也不被看作是违反仲裁协议或者权利的放弃。但是，必须及时把此类申请和法院对此采取的措施通知秘书处，秘书处再通知仲裁庭。

从上述规定可以看出，《韩国仲裁法》的规定有以下两种特征：第一，明确了临时措施的形式。临时措施是以“决定”而不是裁决的形式作出的。第二，明确了担保的性质。第18条第1款后半段和该条第2款分别对有关被保全人提供的担保和有关因失误致使被保全人遭受的损害赔偿担保作了区分。

(二) 发布临时性保全措施的权力分配

1. 临时保全措施发布决定权归属的模式

仲裁保全措施的实施在法律上是一种强制性措施，因此，在任何国家实施仲裁保全措施的权力都专属于法院。但是作出仲裁保全措施裁定的权力则不同，除极个别国家将权力排他地赋予法院外，大多数国家或者排他地赋予仲裁庭行使，或者赋予法院和仲裁庭共同行使。其中，第一种模式强调保全措施是一种强制性措施，仲裁机构或者仲裁庭无权发布该措施，法院是发布此措施的唯一主体。例如，1994年《意大利民事诉讼法典》第818条明确规定：“仲裁庭本身不得扣押财产，也不得采用其他临时保护措施。”1983年的《奥地利民法典》则更加明确指出，仲裁协议项下有权发布临时措施的主体为法院。

第二种模式是仲裁庭的固有权利，其根据主要有以下几点：仲裁具有排除法院管辖权的效力；国际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。例如韩国最高法院1986年修订的《商事仲裁院仲裁规则》第40条即规定：“在任何一方当事人提出申请的基础上，仲裁庭可以在不损害双方当事人利益，不影响争议结果的前提下决定采取必要的保全措施以保护项下的财产。”

第三种模式主张在一定条件下，法院和仲裁庭都有权发布临时保全措施。许多

国家的法律授权仲裁庭可以作出临时保全措施的命令，只要保全的标的物为一方当事人所持有和控制；当保全的标的物为第三人所持有和控制时，仲裁庭因其权限问题，需要得到法院的协助与支持，以保证仲裁裁决的顺利进行。

通过对上述三种模式的分析可以得知，第一种模式与当前国际商事仲裁的发展趋势以及法院对仲裁的适度司法监督是格格不入的。强调法院是发布临时保全措施的唯一主体，会造成法院对仲裁庭的实质性干预，并且会降低仲裁的效率，违背当事人选择仲裁作为争议解决方式的初衷。第二种模式中，由仲裁庭单独发布临时保全措施，固然完全符合了仲裁的特点，但在实践中这种模式还有不足之处。首先，在仲裁庭组成之前，当事人不能申请临时保全措施；这一点很重要，但经常在产生危机之前被忽略。在仲裁庭的组成的一段时间里，重要的证据或财产可能消失。对此，尚未存在的仲裁庭显然无能为力。其次，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。⁸⁾

鉴于前两种模式存在着难以调和的缺陷，仲裁庭与法院并存权力模式已逐渐得到多数国家的认可。与仲裁庭排他形式模式相比较，法院专属权力模式会导致法院过分干预和管制仲裁、仲裁庭排他形式模式忽略了对仲裁庭必要协助的弊端，所以仲裁庭与法院并存权力模式更具合理性，亦符合国际商事仲裁的实际需要。国际商事仲裁的发展趋势是扩大仲裁庭的权利，而法院对仲裁的监督以支持与协助的方式为主导，权利并存模式充分体现了仲裁庭与法院的合作关系，使得仲裁程序在法院的协助下得以顺利进行，对提高仲裁解决争议的效率具有重要意义。⁹⁾

2. 韩国发布临时保全措施的权力分配

根据上述（一）中立法的规定不难看出，韩国采取的便是第三种模式，法院和仲裁庭都可以作出采取临时性保全措施的决定。

8) 张敏：“论国际商事仲裁中的临时保全措施”，载《河南司法警官职业学院学报》2011年第9卷第2期，第71页；朱玉璋：“国际商事仲裁中临时保全措施的决定与执行”，载《安徽教育学院学报》2006年第24卷第4期，第57页。

9) 杜新丽：《国际商事仲裁理论与实践专题研究》，中国政法大学出版社2009年版，第157页。

1) 法院的保全措施

法院决定与仲裁程序相关的保全措施有两种情况。一种情况是当事人直接向法院申请保全措施。另一种是当事人向仲裁庭申请保全措施，仲裁庭将该申请移交给法院让法院来决定。《韩国仲裁法》第10条和《韩国国际仲裁规则》第28条第2款都对法院保全措施作了规定。从这些规定不难看出，韩国让当事人直接向法院申请保全措施。

2) 仲裁庭的保全措施

依据前述内容，《韩国仲裁法》和《韩国国际仲裁规则》都有仲裁庭保全措施的相关规定。值得注意的是，依据《韩国仲裁法》仲裁庭作出的保全措施不是以裁决而是以“决定”的形式作出的，而依据《韩国国际仲裁规则》仲裁庭可以选择命令或者裁决形式作出保全措施。在《韩国仲裁法》中临时措施不是与案件有关的问题而是程序问题的决定。因此，临时措施与可仲裁争议的一部分相关的中间裁决或者部分裁决不同。关于仲裁庭保全措施的范围，在第18条1款中限定为“与争议标的相关的”，比如，可以对与争议标的相关的禁止处理假处分和占有转移禁止假处分等采取保全措施。¹⁰⁾

三、临时保全措施的承认与执行

(一) 承认与执行保全措施的意义

临时性保全措施的承认与执行是指国际商事仲裁中仲裁庭或者法院发布的临时性保全措施，在仲裁地或者仲裁地以外的其他国家承认其效力并且予以强制执行。临时性保全措施的承认和执行在国际商事仲裁中有着重要意义。首先，由于临时保全措施具有临时性和紧迫性的特点，它的有效执行能够及时保障证据、财产等维持原装，从而保障以后仲裁裁决的执行。其次，临时性保全措施的有效执行直接关系到

10) [韩] 石光现：“修订仲裁法的几个问题点——以国际商事仲裁为中心”，载《仲裁》2000年第298号，第23页。

仲裁当事人的利益和仲裁裁决的效力。在国际商事仲裁中，可预见性也是其追求的目标，如果仲裁的可预见性不能实现的话，也就意味着当事人的权利保护得不到保障，从而使得当事人丧失对仲裁的信任和信心。在某种意义上，临时性保全措施同仲裁裁决同样重要甚至更为重要，因为某些类型的临时性保全措施（如保障仲裁裁决执行的临时措施）的有效执行将直接关系到仲裁裁决的效力。

（二）承认与执行保全措施的途径

由于在国际商事仲裁中当事人选择的仲裁地点往往是与争议的事实和当事人的财产没有任何联系的地点，因此仲裁庭发布的临时性保全措施往往需要在其他国家或地区得到承认和执行，这就涉及到临时性保全措施的域外承认和执行问题。目前，国际上主要通过以下三种途径尝试解决临时保全措施的承认与执行问题：¹¹⁾

第一，国内法途径。具体来说，就是通过一国国内法对临时保全措施域外执行的条件、方式、程序等问题加以规范。目前采用此种做法的有德国、澳大利亚和中国香港。《德国民事诉讼法》第1041条明确规定了法院执行仲裁庭发布的临时保全措施，并且第1062条进一步详细规定了有权执行仲裁庭发布的临时保全措施的法院，一般情况下仲裁庭发布的临时性临时保全措施由仲裁协议中指定的地区高等法院或无此指定时仲裁地的地区高等法院执行，在仲裁地不在德国境内的时候，则可以由被申请人的住所地、营业所所在地、惯常住所地或者该方财产所在地或者临时措施涉及的财产所在地的高等法院，在无上述任何联系的时候，则由柏林地区高等法院执行。同样，2000年《香港仲裁条例》也对此作出相应的规定。该条例第2GG条规定：“由仲裁庭在仲裁程序中就仲裁程序所作出或发出的裁决、命令或指示，可犹如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，而且上述法院对仲裁庭所作出或发出的裁决、命令或指示的执行适用于在香港或香港以外地方仲裁庭作出或发出的裁决、命令及指示。”此种做法以本国的实践为基础，通过对国内法的修订，从而完善法院在棱斯保全措施域外执行

11) 张敏：“论国际商事仲裁中的临时保全措施”，载《河南司法警官职业学院学报》2011年第9卷第2期，第72页。

方面的规定，虽然在短期内无法解决各国在此问题的差异，但是对于本国来说至少已经做到了有法可依。

第二，国际法途径。该途径主要适用《纽约公约》。许多学者都认为，《纽约公约》本身并没有限定仲裁裁决的范围，而临时保全措施在英美国家又多以裁决的形式出现，因此有关临时保全措施的域外执行可以直接适用《纽约公约》的规定。此种观点尤其存在合理之处，但是临时保全措施实施毕竟不同于解决当事人实体争议的最终裁决。此外，《纽约公约》的设计初衷是解决最终裁决的域外承认和执行，其中很多条款是无法直接适用在临时裁决上的。

第三，示范法途径。该途径是通过制定示范法的模式从而解决各国有关此问题的差异。《示范法》的立法目的是为各国国内立法提供参照，然后借助各国的单边途径接受示范法并采取了相似的立法后，临时保全措施的域外执行问题也就相应地得以解决。2006年修订后《示范法》的第17条第9款对国际商事仲裁中仲裁庭发布的临时保全措施的承认和执行作出了具体的规定。其内容如下：

(1) 由仲裁庭发出的临时措施应被确认为具有约束力，并且，除非仲裁庭另有规定，应在遵守第17条之九各项规定的前提下，在向有管辖权的法院提出申请后加以执行，而不论该措施是在哪一国发出的。

(2) 正在寻求或已经获得对某一项临时措施的承认或执行的当事人，应将该临时措施的任何终结、中止或修改迅速通知法院。

(3) 受理寻求承认或执行的国家的法院如果认为情况适当，在仲裁庭尚未就担任作出决定的情况下，或者在这种决定对于保护第三方的权利是必要的情况下，可以命令请求方当事人提供适当担保。

从上述内容不难看出，第17条第9款首先赋予仲裁庭发布的临时性保全措施以法律约束，并且明确规定了法院负有义务执行仲裁庭发布的临时性保全措施，而且法院执行的临时措施既包括在法院所在国境内发布的临时措施，也包括在法院所在国境外发布的临时措施。

(三) 韩国的立法现状

《韩国仲裁法》并没有对仲裁庭采取的保全措施的执行作出明确规定。但是，根

据《韩国仲裁法》，能成为法院执行判决的只有仲裁裁决，¹²⁾ 作为仲裁庭的保全措施的“决定”是不能成为法院的执行判决的。并且韩国的相关立法中又没有保全措施强制执行的规定，这样保全措施的效力就很难得到保障，会导致仲裁裁决不能顺利执行。

四、结论

如上所述，韩国的法院和仲裁庭都可以作出采取临时性保全措施的决定，并且在相关规定中也体现出了临时措施作出的时间。但是，在这些相关规定中却没有明确规定临时保全措施的承认和执行问题。鉴于临时保全措施具有临时性和紧迫性的特点，它的有效执行能够及时保障证据、财产等维持原状，从而保障以后仲裁裁决的执行。并且，临时性保全措施的有效执行直接关系到仲裁当事人的利益和仲裁裁决的效力。所以，在经济全球化大发展的今天，对临时保全措施的承认和执行作出规定是非常有必要的。韩国对此，可以借鉴国际立法以及其他国家先进立法经验，尤其可以借鉴《示范法》中的相关规定，对临时措施的承认和执行作出明确规定。

参考文献

- 杜新丽：《国际商事仲裁理论与实践专题研究》，中国政法大学出版社2009年版。
睦荣竣 [韩]：《商事仲裁法论》，博英社2001年版。
任明艳：《国际商事仲裁中临时性保全措施研究》，上海交通大学出版社2010版。
石光现 [韩]：“修订仲裁法的几个问题点 以国际商事仲裁为中心”，载《仲裁》2000年第298号。
尹晋基 [韩]：仲裁程序上有关保全措施的中韩法制比较，载《企业法研究》

12) 《韩国仲裁法》第37条。

2006年第20卷第3号。

张敏：“论国际商事仲裁中的临时保全措施”，载《河南司法警官职业学院学报》
2011年第9卷第2期。

赵千喜：“国际商事仲裁中临时措施的适用问题”，载《仲裁与法律》2005年第
9辑。

朱玉璋：“国际商事仲裁中临时保全措施的决定与执行”，载《安徽教育学院学报》
2006年第24卷第4期。

[Abstract]

Theory of Interim Measures of Protection in International Commercial Arbitration Procedure

LI, Yong-shen

Post Doctor, Law Institute of Chinese Academy of Social Sciences

With the deep development of economic globalization, as international commercial disputes become increasing, international commercial arbitration with its convenience has become an important way to solve the international commercial disputes. Interim measures of protection have the great significance to guarantee the smooth of the international commercial arbitration proceedings and effective implementation of decisions. As though there are some provisions on subject and time of releasing interim measures of protection in domestic legislation of South Korea, the domestic legislation of South Korea didn't make clear provisions on enforcement of interim measures of protection. In view of the importance of interim measures in international commercial arbitration, it is necessary for South Korean to perfect the provisions on the

interim measures in domestic legislation.

Key words : international commercial disputes, international commercial arbitration, interim measures, enforcement, arbitration proceedings