



论中国国际商事仲裁临时措施 制度的优化路径

黄非也*

摘要：中国现行仲裁立法对国际商事仲裁临时措施制度的规定已落后于涉外仲裁与司法实践，主要表现在5个方面：立法形式严谨性有待提升，仅法院有权发布临时措施的“单轨制”发布权模式较为滞后，关于临时措施种类的规定不一致，发布临时措施的实质审查标准欠缺，临时措施错误救济机制尚未健全。2021年7月，司法部发布的《中华人民共和国仲裁法（修订）（征求意见稿）》对仲裁临时措施制度作出了实质性修订，一定程度上改善了上述5个方面问题，但仍存在较大不足。通过有选择地借鉴英国《1996年仲裁法》、德国《民事诉讼法典》与联合国国际贸易法委员会《国际商事仲裁示范法》关于临时措施的规定，中国国际商事仲裁临时措施制度可从5个方面进行优化：提升临时措施立法的形式严谨性，赋予仲裁庭临时措施发布权并明确仲裁庭与法院发布权的优先原则，限定临时措施的种类，增加发布临时措施的实质审查标准，补充临时措施错误的归责与救济规定。

关键词：临时措施 仲裁法征求意见稿 英国1996年仲裁法 德国民事诉讼法典 国际商事仲裁示范法

一 问题的提出

在国际商事仲裁领域，临时措施（Interim Measure）是指一方当事人在国际商事仲裁程序进行前或者进行期间，为了保障仲裁程序的进行、争议事实的查明或者裁决的执行，请求法院或者仲裁庭采取与争议标的相关的临时性、紧急性措施，以避免相关当事人转移财产、继续侵权、毁灭证据等情形发生。2017年《中华人民共和国仲裁法》（下文简称《仲裁法》）与2023年修正的《中华人民共和国民事诉讼法》（下文简称《民事诉讼法》）虽未使用“临时措施”一词，但通过“财产保全”“行为保全”与“证据保全”的有关规定构建了临时措施制度。^①目前国内有关研究成果已呼吁从不同方面改善现有的临时措施立法，包括临时措施的发布权应从国家法院的

* 黄非也，武汉大学国际法研究所博士研究生。本文所有网络资源的最后访问时间均为2023年12月22日。

① 本文将《仲裁法》与《民事诉讼法》所有关于仲裁程序的规定统称为“中国现行仲裁立法”，并评析其中关于临时措施的规定，这些规定包括《仲裁法》第28条、第46条、第68条；《民事诉讼法》第84条、第103—108条、第111条、第157条、第289条、第297—300条、第302条、第303条。

专属权力向仲裁庭与法院共享权力的方向演进，应适当借鉴2006年联合国国际贸易法委员会《国际商事仲裁示范法》（下文简称《示范法》），赋予仲裁庭发布临时措施的权力，完善临时措施的发布条件，引入临时措施强制执行规定。^①不过，现有的研究成果在一定程度上欠缺对临时措施制度的整体考量，也未能很好结合域外立法经验与中国民商事法律体系特征对临时措施制度进行优化。司法部2021年7月公布的《中华人民共和国仲裁法（修订）（征求意见稿）》（下文简称《仲裁法征求意见稿》）第4章第3节对现行临时措施立法进行了实质性修订，但总体来看该修订有优点也有不足。鉴此情形，本文首先阐述中国国际商事仲裁临时措施制度存在的主要问题，其次介绍国际商事仲裁临时措施制度的域外立法经验，最后提出中国国际商事仲裁临时措施制度的优化建议。

二 中国国际商事仲裁临时措施制度存在的主要问题

《仲裁法》自1995年正式实施以来，为中国商事仲裁脱离计划经济体制下的行政仲裁，逐步发展为以当事人意思自治为根本原则的现代商事仲裁体系提供了坚实的制度基石。^②仲裁制度的产生和发展与经济发展水平有着密切联系，而涉外仲裁立法的发展更深受一国开放程度的影响。^③中国目前的经济发展水平和开放程度较以往已不可同日而语，但国际商事仲裁中的临时措施制度仍滞留在早先的历史时期。中国临时措施立法的滞后性主要体现在5个维度，分别是临时措施的术语表述与体例维度、临时措施的发布权维度、临时措施的种类维度、临时措施的发布条件维度、临时措施错误的救济维度。

（一）临时措施立法的形式严谨性有待提升

中国现行仲裁临时措施立法在形式上欠缺一定的严谨性，主要表现在以下3个方面。

第一，《仲裁法》与《民事诉讼法》临时措施条款的一些术语使用不够准确。首先，中国现行仲裁立法没有使用“临时措施”这一术语，而“临时性”是该制度的显著特征，况且现代临时措施的功能已不再局限于保全，^④以“保全措施”指代“临时措施”的滞后性较大。其次，现行仲裁立法涉外仲裁临时措施条款多处使用了“人民法院”这一术语，^⑤使得这些规定无法包含

① 例如杜玉琼、林福辰：《“一带一路”背景下我国国际商事仲裁临时措施制度的立法及完善》，载《西南民族大学学报（人文社科版）》2018年第10期，第94—97页；何秋竺：《论国际商事仲裁临时行为保全制度的构建》，载《湖北社会科学》2010年第9期，第155—158页；何平：《比较法视野下行为保全制度之检讨》，载《中国石油大学学报（社会科学版）》2016年第1期，第42—46页；胡荻：《论国际商事仲裁中仲裁庭的临时保全措施决定权》，载《南昌大学学报（人文社会科学版）》2013年第4期，第102—110页；李晶：《国际商事仲裁中临时措施在中国的新发展——以民事诉讼法修改和仲裁规则修订为视角》，载《西北大学学报（哲学社会科学版）》2014年第6期，第22—28页。

② 参见毛晓飞：《法律实证研究视角下的仲裁法修订：共识与差异》，载《国际法研究》2021年第6期，第110—126页。

③ 参见刘晓红、冯硕：《改革开放40年来中国涉外仲裁法律制度发展的历程、理念与方向》，载《国际法研究》2019年第6期，第103—126页。

④ 例如《示范法》（2006年）第17条第2款a项中规定的“维持现状”或“恢复原状”的临时措施。

⑤ 例如《仲裁法》第68条规定：“涉外仲裁的当事人申请证据保全的，涉外仲裁委员会应当将当事人的申请提交证据所在地的中级人民法院。”《民事诉讼法》第289条规定：“当事人申请采取保全的，中华人民共和国的涉外仲裁机构应当将当事人的申请，提交被申请人住所地或者财产所在地的中级人民法院裁定。”

条款所指的“法院”可能为外国法院的情形，导致相关条款适用的局限性较大。

第二，《仲裁法》与《民事诉讼法》一些临时措施条款在表述上存在语义模糊、标准不明的问题。例如，《仲裁法》第28条第3款规定：“申请有错误的，申请人应当赔偿被申请人因财产保全所遭受的损失。”依此款表述既无法从语义上判断“申请有错误”的具体定义与适用标准，也难以确定“申请人应当赔偿……损失”的范围。又如《民事诉讼法》第103条第1款规定的“可能因当事人一方的行为或者其他原因”的表述，^①该条款所指的“行为”是否包括合法行为，“其他原因”又指的是哪些原因，亦无从知晓。

第三，《仲裁法》与《民事诉讼法》有关临时措施的规定较为分散。首先，《仲裁法》临时措施条款分散在第28条、第46条、第68条，《民事诉讼法》分散在第6章、第9章、第12章、第26章、第27章。其次，《仲裁法》对涉外仲裁临时措施的规定仅在第7章第68条提及证据保全，而对财产保全则须依据该章第65条的指引，适用《仲裁法》第28条第2款的规定：“当事人申请财产保全的，仲裁委员会应当将当事人的申请依照民事诉讼法的有关规定提交人民法院”，即依照《民事诉讼法》第289条、第297—300条、第302条、第303条的规定。可见，涉外仲裁程序临时措施的适用，需时常查看两部法律文本的诸多章节，临时措施立法体例的整合度较低。

（二）临时措施制度采用滞后的“单轨制”发布权模式

《仲裁法》与《民事诉讼法》都规定仅法院有权发布临时措施的“单轨制”发布权模式。然而，交由法院裁定是否发布仲裁案件中的临时措施，意味着法院必须再次审查案件事实、证据等材料，势必延长临时措施申请至执行的时间，有违临时措施的及时性和仲裁程序的便捷性，降低了国际商事仲裁的自治性。无论是《示范法》还是域外仲裁立法，都或多或少地赋予仲裁庭决定临时措施的权力。^②相比于发布主体仅为法院或仅为仲裁庭的“单轨制”模式，大多数国家仲裁立法倾向于引入法院与仲裁庭共同享有临时措施发布权的“双轨制”模式。^③中国仲裁立法在临时措施发布权上所坚持的法院“单轨制”模式已对仲裁实践产生了消极影响。

典型的案件莫过于2001年中国国际经济贸易仲裁委员会（下文简称贸仲）受理的英瑞开曼有限公司（下文简称英瑞公司）对江苏省如皋市玻璃纤维厂（下文简称玻纤厂）仲裁案。玻纤厂于2001年8月申请了证据保全，由于南通市中级人民法院合议庭对此存在分歧，经请示上级法院，南通市中级人民法院于2002年2月才作出证据保全裁定。^④这一过程历时半年之久，英瑞公司在此期间有充分的时间伪造、毁灭证据，负面地影响申请人依靠终局裁决获得赔偿的机会。^⑤出现上述现象的原因在于中国仲裁立法没有赋予仲裁庭临时措施的发布权。因为从根本上

① 《民事诉讼法》第103条第1款规定：“人民法院对于可能因当事人一方的行为或者其他原因，使判决难以执行或者造成当事人其他损害的案件，根据对方当事人的申请，可以裁定对其财产进行保全、责令其作出一定行为或者禁止其作出一定行为；当事人没有提出申请的，人民法院在必要时也可以裁定采取保全措施。”

② 参见刘晓红、冯硕：《改革开放40年来中国涉外仲裁法律制度发展的历程、理念与方向》，第120页。

③ See Gary B. Born, *International Arbitration: Case and Materials* (Kluwer Law International, 2nd edn, 2015), pp. 873—874; 另见高文杰：《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2期，第30页。

④ 参见杜开林：《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—60页。

⑤ See A. A. S. Zuckerman, “Interlocutory Remedies in Quest of Procedural Fairness”, (1993) 56 *The Modern Law Review* 325, p. 327.

看，仲裁庭是争议案件的直接裁判者，比法院更加了解案件的实际情况，而法院对案情不甚了解，由其发布临时保全措施相对费时，^①可能给予被申请人逃避法律责任的机会。

值得注意的是，在1982年《中华人民共和国民事诉讼法（试行）》[下文简称《民事诉讼法（试行）》]颁布之前，中国对外贸易仲裁委员会于1956年通过的《中国国际贸易促进委员会对外贸易仲裁委员会仲裁程序暂行规则》第15条规定，仲裁委员会主席依一方当事人的声请，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。也就是说，在历史上中国仲裁委员会主席有权发布仲裁临时措施，这是中国仲裁规则对法院作为仲裁临时措施唯一发布主体的“单轨制”模式的一次突破。然而，自从《民事诉讼法（试行）》颁布以后，贸仲修订了其仲裁规则，转而规定只有法院有权发布临时措施。^②这使得原本更为现代化的仲裁规则被迫退步到滞后状态。

（三）临时措施种类的立法规定不一致

《仲裁法》与《民事诉讼法》对临时措施种类的规定不相一致。《仲裁法》仅规定了财产保全和证据保全两种临时措施，没有规定行为保全。实践中，遇到须暂时使一方当事人作出一定行为或禁止其作出一定行为，如暂停持续侵权行为，以保护另一方当事人的权益或保障仲裁程序顺利进行的情况时，适用《仲裁法》仅有的两种临时措施显得“捉襟见肘”。而《民事诉讼法》在2012年修正时增加了行为保全条款，《仲裁法》在2017年修订时却未能及时跟进，影响了中国民商事法律制度的一致性。

根据《仲裁法》第28条、第46条与第68条，在仲裁程序中申请、适用财产保全和证据保全时，仲裁委员会应当将当事人的申请提交法院，由法院依照《民事诉讼法》的有关规定发布临时措施，但《民事诉讼法》的有关规定却与《仲裁法》上述规定不协调。例如，《民事诉讼法》第84条仅规定“当事人可以在诉讼过程中向人民法院申请保全证据”，并未提及是否可以在仲裁程序中申请。这些不协调的原因可能在于中国仲裁庭没有临时措施的发布权。在仲裁程序中，临时措施的适用只能依赖《民事诉讼法》赋予法院在民事诉讼程序中的相关权力以实现，为避免重复立法，《仲裁法》关于发布临时措施的规定也只能依照《民事诉讼法》适用，因此难免产生不协调之处。

（四）临时措施发布条件的实质审查标准欠缺

临时措施的发布条件包括形式审查标准和实质审查标准。形式审查标准，例如，审查财产保全申请人提供的申请书和相关证据材料是否符合要求、^③审查申请人是否提供了相应的担保；实质审查标准，例如，审查是否存在可以适用临时措施的情形、审查临时措施的发布是否具备必要性。^④当前来看，中国临时措施立法存在实质审查标准欠缺问题。

总体而言，中国现行仲裁立法对可以适用临时措施的情形的规定过于简化和概括。《仲裁

① 参见任明艳：《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186页。

② 1988年《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第13条规定：“仲裁委员会可以根据当事人的申请和中国法律的规定，提请被诉人财产所在地或者仲裁机构所在地的中国法院作出关于保全措施的裁定。”

③ 参见2020年《最高人民法院关于人民法院办理财产保全案件若干问题的规定》第1条。

④ 参见占善刚：《民事保全的必要性及其司法审查》，载《法学》2023年第10期，第143—155页。

法》第28条与第46条仅粗略规定申请人可以申请财产保全、证据保全的情形。同样,《民事诉讼法》第84条与第103条也概括性规定了申请人可以申请、法院可以主动发布临时措施的情形。除此之外,《仲裁法》与《民事诉讼法》均未规定任何其他的临时措施发布条件。立法的简略性和概括性导致上述条款的可操作性较差,实质审查标准的欠缺更使得法院难以直接依据上述条款判断申请人申请临时措施的“情形”是否在事实上属于可以适用临时措施的“情形”。最高人民法院发布的相关司法解释仅提及在知识产权纠纷案件(包括诉讼、仲裁案件)中适用行为保全、在诉讼程序中适用证据保全的一些实质审查标准,^①未涉及在其他类型的仲裁案件中适用行为保全、证据保全的情形。对于国际商事仲裁财产保全来讲,不仅司法解释未明确规定财产保全的实质审查标准,^②在中国法院已经作出的裁定书中也欠缺仲裁财产保全符合实质审查标准的说理及相关法律条款的援引。^③以上问题一方面反映了立法与实践的不协调,另一方面还使得发布临时措施的法律门槛变低,容易导致当事人滥用仲裁权利。例如,在实践中,因财产保全容易获得准许,以财产保全迫使对方当事人和解甚至通过恶意保全损害他人合法权益的现象频频出现。^④

除此之外,欠缺发布临时措施的实质审查标准还会导致法院在责任承担上的不确定性。由于临时措施可能导致当事人权益遭受损害,法院在行使发布权时应受制于更加明确的发布条件,使其得以明知在形式与实质方面已授权与未授权的事项,确定权限范围。立法欠缺对实质审查标准的明确规定意味着,司法将欠缺对申请保全的权利是否具有必要性的具体判断,^⑤要么会使法院的自由裁量权难以约束,^⑥可能导致临时措施被滥用;要么可能使法院过度审查,拖延发布期间;要么可能使法院更倾向于适用申请人提供担保的条款,以避免发布临时措施的风险与责任,导致在当前司法实践中法院在审查时注重形式审查而忽视实质审查,甚至以审查担保全面代替实质审查的趋势不断显现。^⑦

① 参见2018年《最高人民法院关于审查知识产权纠纷行为保全案件适用法律若干问题的规定》第7条第1—4项;2020年《最高人民法院关于知识产权民事诉讼证据的若干规定》第11条第3—4项。

② 2020年《最高人民法院关于人民法院办理财产保全案件若干问题的规定》仅在第9条解释了法院可以不要求申请人提供担保的具体情形,在第23条解释了申请人应当及时申请解除保全的具体情形;2022年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第540条也未具体解释法院在审查、发布涉外仲裁案件中的临时措施时所应遵循的任何实质审查标准。

③ 法院在相关裁定书中一般以“申请人的申请符合相关法律规定”作为认定仲裁财产保全符合发布条件的依据,均未进行演绎说理。后续所列该裁定所依照的“相关法律规定”中,除担保条款外,也均未出现其他有关仲裁财产保全发布条件的规定。参见联创博远集团有限公司与北京中言房地产开发有限公司非诉财产保全案,辽宁省沈阳市中级人民法院(2022)辽01财保12号民事裁定书;陕西紫兆装备股份有限公司、延安昌平石油工程技术服务有限公司仲裁程序中的财产保全非诉财产保全案,陕西省延安市中级人民法院(2021)陕06财保34号民事裁定书;采埃孚股份公司(ZF Friedrichshafen AG)与北京宝沃汽车股份有限公司仲裁程序财产保全案,上海市第一中级人民法院(2021)沪01财保3号民事裁定书;动量新加坡有限公司(DOTC UNITED PTE. LTD.)与亿动广告传媒有限公司(MADHOUSE CO. LIMITED)仲裁程序财产保全案,上海市第一中级人民法院(2021)沪01财保2号民事裁定书;传媒控股有限公司(MEDIA HOLDINGS LIMITED)与西藏远思达咨询服务有限公司等仲裁程序财产保全案,上海市第一中级人民法院(2021)沪01财保1号民事裁定书。

④ 参见张弓、张璇:《财产保全审查机制的纠偏与完善》,载《人民司法》2022年第13期,第69页。

⑤ 参见占善刚:《民事保全的必要性及其司法审查》,第143—155页。

⑥ 例如,对诉前担保数额,“情况特殊的,人民法院可以酌情处理”;对诉中是否应提供担保及担保数额,法院“应当根据案件的具体情况决定”。这些条款赋予了法院在临时措施担保上较大的自由裁量权,且未明确规定相应的权力约束。参见2022年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第152条。

⑦ 参见张弓、张璇:《财产保全审查机制的纠偏与完善》,第70页。

（五）临时措施错误的救济机制有待补充

对临时措施错误的救济一般包括在损害发生前提供担保、在损害发生后提供赔偿、允许当事人提出异议。具体而言，“申请错误救济”主要针对被申请人权益所遭受的可归因于“申请错误”的损害；“发布错误救济”可分两种情况：如果申请人未提供担保，则应赔偿被申请人遭受的损害，反之若申请人提供的担保金已用于清偿，则应赔偿申请人遭受的损害。

在“申请错误救济”方面，首先，中国现行仲裁立法仅规定了“法院可以责令申请人提供担保”的救济方式。但“可以责令”意味着存在允许申请人不提供担保的情况，^①此种情况下出现“申请错误”的归责与救济缺乏明确规定。其次，《仲裁法》第28条第3款和《民事诉讼法》第108条规定，“申请有错误的”，申请人应当赔偿被申请人因保全所遭受的损失，但因该规定对归责原则的表述过于模糊，在司法实践中，以财产保全为例，法院对“申请有错误”采取了扩大解释，认为申请财产保全错误的赔偿责任属于一般侵权责任，^②适用过错归责原则。^③若认定侵权责任成立，应当审查申请人申请保全之行为是否满足侵权责任的构成要件。^④

然而，对“申请错误”适用一般侵权责任的过错归责原则值得商榷。首先，适用过错归责原则意味着须以申请人主观存在故意或重大过失为要件，若其主观仅存在一般过失，但导致被申请人权益遭受重大损害的，按照目前的立法规定与裁判思路，申请人对该损害不承担赔偿责任，造成实际发生的损害结果无法归责于仲裁任何一方的合法行为，申请人的权益也无以救济的不合理情形，未能在责任承担方面给予申请人以有效制约。^⑤其次，适用过错归责原则还意味着被申请人须承担举证责任。保全措施的申请、发布与执行不经过被申请人同意，还会在短期内对被申请人的财产或行为产生直接、强制的控制。因申请材料、信息、证据都处在申请人的掌控之下，被申请人承担“申请有错误”的举证责任本就较为困难，特别是被申请人还须证明申请人

① 例如，2020年《最高人民法院关于人民法院办理财产保全案件若干问题的规定》第1条第2款第5项所规定的申请书应当载明的事项中，包括了“不需要提供担保的理由”。

② 《中华人民共和国民法典》第1165条第1款规定：“行为人因过错侵害他人民事权益造成损害的，应当承担侵权责任。”

③ 参见中国平安财产保险股份有限公司、焦作亿祥房地产开发有限公司等因申请诉中财产保全损害责任纠纷案，最高人民法院（2021）最高法民申7152号民事裁定书；贵阳荣达房地产开发有限公司、曾贵龙等因申请诉中财产保全损害责任纠纷案，最高人民法院（2021）最高法民终620号民事判决书；营口洲盛置业有限公司、浙江诸安建设集团有限公司因申请诉中财产保全损害责任纠纷案，最高人民法院（2021）最高法民终848号民事判决书；阳光财产保险股份有限公司湖南省分公司、湖南北山建设集团股份有限公司因申请诉中财产保全损害责任纠纷案，最高人民法院（2021）最高法民申6111号民事裁定书。

④ 构成要件为：主观上有过错，客观上实施了侵权行为、造成了损害后果，侵权行为与损害后果之间存在因果关系。对于财产保全“申请有错误”而言，在主观方面，若申请人没有尽到合理、谨慎的一般注意义务，或存在故意或重大过失，例如明知所提供的材料、信息、证据虚假，仍申请保全措施的，即为有过错；在客观方面，若申请人的保全措施申请不合理，例如明知存在类案败诉的情况下仍滥用其申请权，或对保全措施的标的、方式、范围选择明显不当，即为实施了侵权行为。参见王雪、刘文思等因申请财产保全损害责任纠纷案，广东省江门市江海区人民法院（2023）粤0704民初3090号民事判决书；厦门君创投资有限公司等非与执行审查案，北京市高级人民法院（2022）京执复109号执行裁定书；吴清如、陈深海等因申请诉前财产保全损害责任纠纷案，福建省莆田市城厢区人民法院（2021）闽0302民初4483号民事判决书。

⑤ 参见汪军、施啸波：《民事诉讼“非必要财产保全”问题研究》，载《法律适用》2023年第9期，第107—119页。

存在主观故意或重大过失，无疑加大了维权难度。^① 比较而言，申请人在申请时只须证明被申请人“可能”使裁决不能或者难以执行，^② 前后不同的证明标准导致平等当事人之间维权的平等。

在“发布错误救济”方面，中国立法与相关司法解释仅考虑了法院在诉讼程序中发布临时措施错误的情形以及对应的国家赔偿的救济，^③ 均未明确提及适用于仲裁程序。中国仲裁立法应及时完善仲裁程序临时措施“发布错误救济”的规定，特别是在此次《仲裁法》修订后，一旦赋予仲裁庭临时措施的发布权，则更须进一步规定仲裁庭发布临时措施的条件及“发布错误”的救济，填补立法空白，使得仲裁庭在发布临时措施时有法可依、有标准可循，得以有效降低仲裁庭临时措施发布错误的风险与损害。在国内仲裁机构的仲裁规则中，已出现仲裁委员会及其工作人员、仲裁员等的责任限制条款，如2024年《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》（下文简称《贸仲仲裁规则》）第86条规定的仲裁员等的民事责任绝对豁免制度。^④ 中国仲裁立法若不明确规定仲裁庭行使发布权的限制条件与归责条款，则很可能导致仲裁庭发布权的滥用，仲裁庭“发布错误”导致的损害也更无处救济。

“权力制约”与“权责一致”原则是分析仲裁庭“发布错误救济”的依据。中国现行仲裁立法欠缺对临时措施发布条件的明确规定，是导致立法对临时措施错误救济不全面的原因之一。发布权的行使应有明确的授权与限制（涉及发布条件），因发布主体滥用发布权所导致的损害（涉及归责原则），发布主体应承担相应的责任（涉及发布错误救济）。不应忽视对临时措施发布条件的立法，一味地通过责令申请人提供担保的方式将临时措施错误的风险与损害责任全部潜在地转移给申请人承担。是否应当采取临时措施，一是涉及对复杂法律问题的专业研判，法律不应期待申请人具备该能力；^⑤ 二是申请人会尽可能地穷尽法律手段保护自身权益，法律也应鼓励申请人积极维护自身合法利益。增加发布条件的规定，施加“发布错误”的责任，补充“发布错误”

① 参见海峡石化工贸有限公司、新疆投资发展（集团）有限责任公司因申请诉中财产保全损害责任纠纷案，最高人民法院（2021）最高法民申5558号民事裁定书。在该裁定书所载的再审申请人（海峡公司）的主要事实和理由中，海峡公司认为一审法院根据《中华人民共和国侵权责任法》第6条的规定认为“申请保全错误须以申请人主观存在过错为要件”，显然是加大了海峡公司维权的难度；二审法院不仅未厘清《中华人民共和国民事诉讼法》第105条与《中华人民共和国侵权责任法》第6条关于过错侵权责任规定及第7条关于无过错侵权责任规定的衔接问题，还认定新投公司申请海峡公司采取保全措施不存在过错，缺乏法律依据。最高人民法院最终认为上述法律的适用不存在问题，再审被申请人（新投公司）申请保全财产的行为不存在过错，驳回海峡公司的再审申请。

② 《仲裁法》第28条第1款规定：“一方当事人因另一方当事人的行为或者其他原因，可能使裁决不能执行或者难以执行的，可以申请财产保全。”

③ 参见2012年《中华人民共和国国家赔偿法》第38条；1996年《最高人民法院关于人民法院执行〈中华人民共和国国家赔偿法〉几个问题的解释》第2条；2016年《最高人民法院关于审理民事、行政诉讼中司法赔偿案件适用法律若干问题的解释》第1条、第3条、第18条、第19条。

④ 2024年《贸仲仲裁规则》第86条规定：“仲裁委员会及其工作人员、仲裁员、紧急仲裁员和仲裁程序中仲裁庭聘请的相关人员，不就其根据本规则进行的任何与仲裁有关的行为包括任何过失、作为和不作为，向任何人承担任何民事责任，且不负有作证义务，除非仲裁所适用的法律另有规定。”

⑤ 司法实践中，由于当事人的法律知识、对案件事实的举证证明能力、对法律关系的分析判断能力各不相同，通常达不到司法裁判所要求的专业水平，当事人对诉争事实和权利义务的判断未必与人民法院的裁判结果一致。因此，对当事人申请保全所应尽到的注意义务不应过于苛责。如果仅以申请人的诉讼请求是否得到支持作为申请保全是否错误的依据，必然会对善意当事人依法通过诉讼保全程序维护自己权利造成妨碍，影响诉讼保全制度功能的发挥。参见贵阳荣达房地产开发有限公司、曾贵龙等因申请诉中财产保全损害责任纠纷案，最高人民法院（2021）最高法民终620号民事判决书；管前根、沈水凤因申请诉中财产保全损害责任纠纷案，最高人民法院（2021）最高法民申1944号民事裁定书。

的救济,可能使发布主体特别是仲裁庭在申请人申请临时措施时尽早给予建议与支持,有利于申请人正确行使权利,从而全面地保护各方当事人的权益。

三 国际商事仲裁临时措施立法的域外经验

他山之石,可以攻玉。探寻中国国际商事仲裁临时措施制度的优化路径,可借鉴国际商事仲裁临时措施立法的域外经验。本文主要比较普通法系国家的英国与大陆法系国家的德国仲裁立法以及《示范法》有关临时措施的规定,并从以下5个方面具体阐述三者对临时措施规定的异同。

(一) 临时措施立法形式之严谨性不同

英国《1996年仲裁法》是英国现行有效的仲裁立法。2023年9月,英格兰和威尔士法律委员会发布了《1996年仲裁法评述:最终报告和草案》(下文简称《最终报告》)。^①结合英国《1996年仲裁法》与《最终报告》来看,^②在术语方面,英国仲裁立法未使用“临时措施”一词,其表达临时措施的术语多样,如使用“保全”“禁令”“救济”“临时裁决”等。在体例方面,英国《1996年仲裁法》没有对临时措施制度进行专章专节规定,而是将主要的临时措施条款按照发布主体的不同分别载于第38—39条(仲裁庭)与第44条(法院),次要条款则分散于第48条和第72条中,可见其临时措施立法体例的形式整合度较低。

德国没有制定仲裁程序的单行立法,而是在德国《民事诉讼法典》(下文简称ZPO)第10编“仲裁程序”中予以规定。该编相对独立,自成体系,德国学术界通常称其为“仲裁法”。^③由于德国国内诉讼或仲裁程序临时措施的规定也适用于国际诉讼或仲裁程序,该编第2章第1033条“仲裁协议和临时司法措施”及第4章第1041条“临时法律保护措施”的规定同样适用于国际商事仲裁中的临时措施。但是,上述2个条款没有规定临时措施的种类、发布条件等事项,原因在于ZPO第8编第5章“扣押与临时禁令”第916—945b条对除证据保全外的临时措施作出了细致规定,对于证据保全则适用ZPO第2编第1章第12节“独立证据程序”第485—494a条的规定。相较于英国仲裁立法,ZPO临时措施制度在术语使用上更为一致、确定,并在此前的官方英文作准本中,选择了“临时措施”作为术语统称。在体例上,因临时措施规定须与ZPO其他编、章、节的条款协调一致,不能再对制度整体进行专章专节的重复立法,所以导致ZPO临时措施规定较为分散,制度缺少形式上的整合性和独立性。

与英国、德国的临时措施立法相比,《示范法》直接使用了“临时措施”的统称,术语上更为简洁、统一。在体例上,2006年《示范法》将原先的1985年《示范法》第17条扩展为第4A

① 《最终报告》包含法律委员会对改革英国《1996年仲裁法》的建议、理由、结论和法规草案,目前已提交英国政府决定是否实施一些或任何建议及将草案提交英国议会。See United Kingdom, Law Commission, “Review of the Arbitration Act 1996”, <https://lawcom.gov.uk/project/review-of-the-arbitration-act-1996/>; United Kingdom, Law Commission, “Review of the Arbitration Act 1996 – Summary of final report”, Next Steps, art. 1. 15.

② 《最终报告》中的草案对英国《1996年仲裁法》中的临时措施制度无根本性变动,主要的修改有2点:一是明确了依据英国《1996年仲裁法》第44条所发布的法院命令(court orders)可以针对仲裁第三方以及对应的救济方式;二是加强了法院对紧急仲裁员(emergency arbitrator)行使权力的支持。本文暂不讨论第二点对紧急仲裁员制度的修改。

③ 参见韩赤风:《德国仲裁临时措施制度及其借鉴》,载《商事仲裁与调解》2021年第3期,第33—45页。

章,对临时措施和初步命令进行了专章专节的规定。《示范法》临时措施条款共12条,包括第9条、第17条、第17A-17J条,相较于1985年《示范法》多出10条,规定更加详尽。^①可以看出,《示范法》临时措施制度所使用的术语更为简洁、一致,立法体例的整合性与独立性更强,临时措施制度在整部法中权重较大,立法形式更具严谨性。

(二)“双轨制”发布权优先原则有所差异

在临时措施的发布权维度上,英国《1996年仲裁法》第38条规定,“对仲裁庭享有的与仲裁目的或仲裁程序有关的权力,都可交由当事人自由合意”,此条赋予仲裁庭临时措施的发布权。第44条规定,“在发布临时措施时,法院在仲裁程序中具有与其在诉讼程序中相同的权力”,此条赋予法院发布仲裁临时措施的权力,确立了发布权的“双轨制”模式。第44条还规定了“双轨制”发布权的优先原则。首先,法院的发布权可以由当事人合意排除,并且只有在仲裁庭或其他权力主体无权或无法及时行使权力时,法院才可享有发布权。一旦仲裁庭或其他权力主体此后发布了相关临时措施,法院的措施将全部或部分失去效力。其次,对于非紧急案件,法院必须在一方当事人的申请获得仲裁庭允许与各方当事人书面同意后,才可采取相应措施。最后,只有在紧急案件的特定情况下,法院才可依申请越过仲裁庭发布临时措施。可见,英国仲裁立法在协调发布权冲突时确立了仲裁庭优先原则,此时法院几乎将权力完全让位于仲裁庭,仅发挥协助、补充的作用。

德国ZPO第1041条第1款规定,除非合意排除,仲裁庭享有发布临时措施的权力。ZPO第1033条规定,仲裁协议不排除法院享有的、可依申请对仲裁程序标的发布临时措施的权力,确立了德国临时措施制度的“双轨制”发布权模式。与英国《1996年仲裁法》截然相反的是,在发布权优先原则上,ZPO第1041条规定,法院依申请执行仲裁庭发布的临时措施必须以当事人未向法院申请临时措施为前提。如果法院认为对临时措施的执行有必要,可主动依职权重新发布该临时措施,或依申请撤销、修改仲裁庭发布的临时措施。并且根据第1033条,法院在仲裁程序开始前后可发布临时措施。由此看来,德国采用了法院优先的“双轨制”发布权模式。发生权力冲突时,仲裁庭的发布权几乎完全让位于法院,并且从发布到执行临时措施的整个过程基本都会受到法院职权的监督与调整。司法干预仲裁的倾向在临时措施制度上体现较为明显。

《示范法》同样采用了发布权的“双轨制”模式,其第9条规定了在仲裁程序开始前或进行期间,法院依申请发布临时措施与仲裁协议不抵触,第17条第1款规定,除非当事人另有约定,仲裁庭依申请可准予采取临时措施,分别赋予法院和仲裁庭临时措施的发布权。对于发布权优先原则,《示范法》未作出明确规定。在发布权的内容上,《示范法》第17D条赋予了仲裁庭依申请或在非常情况下自行修改、中止或终结临时措施或初步命令的权力,较于英国仲裁立法,仲裁庭的权力缩小——此权力只可在“非常情况”下行使,较于德国ZPO的规定,仲裁庭的权力扩大,甚至与德国法院的权力相当。从整体来看,《示范法》更多关注仲裁庭的发布权,对法院在仲裁程序中的临时措施发布权仅在第17J条中作了概括性说明,即应与法院在诉讼程序中的权力相同,并应在考虑国际仲裁具体特征的情况下,根据法院自己的程序行使。

^① 其中第17条关于仲裁庭命令采取临时性措施的权力的规定,是修改最大的条文。参见赵秀文:《〈国际商事仲裁示范法〉对临时性保全措施条款的修订》,载《时代法学》2009年第3期,第3—8页。

(三) 对临时措施种类的规定差异较大

在临时措施种类的维度上,英国《1996年仲裁法》主要呈现3个特点。一是关于临时措施种类的自由裁量权,立法对仲裁庭和法院有明确区分。依据英国《1996年仲裁法》第38条和第48条,如有当事人合意,仲裁庭可对临时措施的种类或适用方式等进行自由裁量,立法基本不作限制,充分尊重仲裁的自治性。^①对于法院的规定则有所不同,依据第44条法院仅可就法条列举的事项发布临时措施,且措施的种类或适用方式等都已规定明确,法院仅可选择适用。二是法院在适用临时措施时,相对仲裁庭具有更大的权限,有权发布一些仲裁庭无权发布的临时措施种类:首先,《最终报告》的建议第8条与草案第9条明确了法院可针对仲裁第三方发布英国《1996年仲裁法》第44条规定的临时措施;其次,在证据类措施中,法院可依据第44条直接传唤证人进行取证;最后,在财产类措施上,法院除可发布与仲裁庭基本相同的措施外,还可依据第44条授权任何人进入仲裁一方所有或控制的任何场所,如发布搜查令。^②三是立法规定了财产类、证据类和行为类的临时措施,没有规定限制当事人人身自由的临时措施。

德国ZPO规定的临时措施的种类较英国仲裁立法另有不同。ZPO以临时措施针对的标的为分类,规定了“扣押”“临时禁令”以及“证据保全”3种临时措施。^③第一,“扣押”的目的是保证根据金钱债权或根据可转换为金钱债权的请求权,对动产或不动产进行强制执行。^④从扣押的法定发布条件来看,^⑤扣押的对象既可以是财产,也可以是自然人。为了辅助财产类措施实现其目的,德国法院可在极特定的情况下发布对债务人的拘押令。相较于英国仲裁立法,对人的拘押是ZPO在财产类临时措施上的最大差异。第二,“临时禁令”一般是针对财产以外的物、行为、权利等发布的临时措施,^⑥对扣押的规定经必要修正后适用于临时禁令。^⑦ZPO规定了适用临时禁令的两种情形:一是临时禁令的一般情形,保全临时禁令;^⑧二是临时禁令的特殊情形,规定暂时状态的临时禁令。^⑨相较于保全临时禁令倾向于“维持现状”,规定暂时状态的临时禁

① 英国《1996年仲裁法》第38条列举了除非当事人合意排除,仲裁庭默认有权发布的临时措施种类。所列举的种类多样且不拘形式,例如在财产类措施中,仲裁庭可以针对与仲裁程序相关的、当事人所有的或存在任何问题的任何财产发布指令,除了一些常规保全措施,如拍照、保存、扣押等,还可发布对财产进行取样、观察、实验等可能具有一定破坏性的措施。

② 搜查令案件先例参见 *Anton Piller KG v. Manufacturing Processes Limited and Others*, [1976] Ch 55.

③ Siehe Deutscher Bundestag, “ZPO”, Buch 8, Abschnitt 5 Arrest und einstweilige Verfügung, § 916 – 945b; Buch 2, Abschnitt 1 Verfahren vor den Landgerichten, § 485 – 494a.

④ Siehe Deutscher Bundestag, “ZPO”, Buch 8, Abschnitt 5, § 916 Arrestanspruch. (1).

⑤ Siehe Deutscher Bundestag, “ZPO”, Buch 8, Abschnitt 5, § 917 Arrestgrund bei dinglichem Arrest; § 918 Arrestgrund bei persönlichem Arrest.

⑥ 有时也可以针对财产。主流理论并不支持将“金钱请求”和“非金钱请求”予以严格区分。有时发布主体发布的“临时支付”或其他种类的“临时履行”措施并不能通过“扣押”措施达到目的,一般认为此种情形可通过发布“临时禁令”予以处理。参见张文亮:《国际民事诉讼中的临时措施研究》,武汉大学2015年博士学位论文,第53页。

⑦ Siehe Deutscher Bundestag, “ZPO”, Buch 8, Abschnitt 5, § 936 Anwendung der Arrestvorschriften.

⑧ 指当存在现状(status quo)的改变可能阻碍一方当事人的权利实现或可能会使权利实现变得显著困难的担忧时,可以适用的临时禁令。Siehe Deutscher Bundestag, “ZPO”, Buch 8, Abschnitt 5, § 935 Einstweilige Verfügung bezüglich Streitgegenstand.

⑨ 指对于有争议的法律关系,特别是长期存续的法律关系,为避免重大损害、或为防止急迫的强暴行为,或其他理由,有必要规定一种暂时状态时,可以适用的临时禁令。Siehe Deutscher Bundestag, “ZPO”, Buch 8, Abschnitt 5, § 940 Einstweilige Verfügung zur Regelung eines einstweiligen Zustandes.

令则是对主请求暂时的“预判断”和“预执行”，是对临时禁令一般情形的突破。第三，ZPO 的证据保全即为防止证据损坏、灭失或被隐匿而进行的取证活动或对被申请人的行为进行的限制。^①从整体来看，德国临时措施制度倾向于运用公权便利实现制度的功能与目的，同时注重对公权的限制，表现在德国 ZPO 赋予发布主体在临时措施种类上的较小的自由裁量权，例如 ZPO 仅允许法院在发布“临时禁令”时对具体适用方式进行自由裁量。^②

在临时措施的种类上，《示范法》第 17 条采用了穷举法，除列举了行为保全、财产保全、证据保全 3 种临时措施，还规定了维持现状或恢复原状的措施，类似于德国法上的“规定暂时状态的临时禁令”，认可了此种措施的广泛性和实用性。考虑到《示范法》的宗旨与目的，通过例举有限的临时措施种类，以简洁的条款规定 4 种措施的含义，更利于其发挥总结、建议与示范作用，也利于各国与各法域进行适度解释和吸收。

（四）发布临时措施的实质审查标准存有共性

英国仲裁立法对临时措施发布条件的规定较少。除须依当事人申请外，法院发布临时措施时的诸多限制上文已详述。依据英国《1996 年仲裁法》第 38 条，对仲裁庭发布临时措施的限制分 2 种情况：其一，只要当事人没有合意排除，仲裁庭即享有除“临时裁决”外的临时措施的发布权；其二，“临时裁决”的发布条件则相较严格，首先，仲裁庭只可在终局裁决的权力范围内行使临时裁决发布权；其次，仲裁庭默认无权发布临时裁决，发布权须来自当事人的自由合意。由于英国属于普通法系国家，临时措施的发布同样受制于司法判例。例如，在发布搜查令时，英国法院须审查是否符合以下条件：第一，有极其确凿的初步证据显示申请人权利被侵犯；第二，申请人实际遭受或将会遭受的损害非常严重；第三，申请人有明确证据表明被申请人持有或很可能持有案件关键的文件资料；^③第四，有初步证据显示上述文件资料有被销毁、隐藏的危险，或无法信任被申请人会保全证据，或被申请人过去的行为在本质上显示出其有销毁、隐藏证据的倾向。^④以上发布条件包含诸多的实质审查标准，例如损害须达到“非常严重”的程度体现了损害比例原则。这些标准虽未规定于英国仲裁立法，但在司法实践中，法院应依“遵循先例”原则予以适用。

德国 ZPO 对临时措施发布条件的规定更为明确和严格。例如，发布“扣押”措施须同时满足以下 3 项标准。一是债权人具有实体法上的、应在主诉中实现的并可通过扣押得以保全的请求权，且该请求权必须以支付特定金钱款项为内容或可以转换为金钱债权。^⑤二是须符合发布扣押令的法定理由，^⑥其中，因对自然人发布拘押令的法定理由要求相对较高，产生对人效力，其在

① Siehe Deutscher Bundestag, “ZPO”, Buch 2, Abschnitt 1, § 485 Zulässigkeit. (1).

② 临时禁令的具体适用方式交由法院为实现临时禁令的预期目的而自行决定，包括但不限于暂时剥夺财产，要求对方当事人采取行动或禁止采取行动。Siehe Deutscher Bundestag, “ZPO”, Buch 8, Abschnitt 5, § 938 Inhalt der einstweiligen Verfügung. (1).

③ See *Anton Piller KG v. Manufacturing Processes Limited and others*, [1976] Ch 55.

④ See *Yousif v. Salama*, (1980) 1 WLR 1540.

⑤ Siehe Deutscher Bundestag, “ZPO”, Buch 8, Abschnitt 5, § 920 Arrestgesuch. (1). 参见蒋玮、常亮芳：《德国法上的假扣押与假处分》，中国法院网，<https://www.chinacourt.org/article/detail/2022/10/id/6955068.shtml>。

⑥ 对财产发布扣押令的法定理由是，如不实施扣押，则存在判决即无法执行或者难以执行的“担忧”，这样的担忧可以是基于债务人的不当行为，如隐瞒财产或者缔结虚假交易；对自然人发布拘押令的法定理由是，为阻止债务人隐藏可以执行的财产标的，在采取低于限制人身自由的临时措施无法实现该目的时，可以拘押债务人。Siehe Deutscher Bundestag, “ZPO”, Buch 8, Abschnitt 5, § 917 Arrestgrund bei dinglichem Arrest; § 918 Arrestgrund bei persönlichem Arrest.

实践中很少适用。^① 三是申请“扣押”措施的主张和理由须使发布主体信赖,^② 包括申请人应借助初步证据证明其有实体案件胜诉的可能性,^③ 倘若无法达到信赖的证明标准,如果申请人提供担保,发布主体也可发布“扣押”措施。^④ ZPO明确规定了包括“案件胜诉的可能性”等实质审查标准在内的临时措施发布条件,具有实践可操作性。另外,临时措施的发布还应遵循“言辞辩论原则”,以对发布权进行严格约束,但也存在变通,例如法院在紧急情况下发布临时禁令或在驳回临时禁令申请时,可不进行当事人言辞辩论听审程序。^⑤

《示范法》17A条第1款明确规定了仲裁庭发布临时措施的2项实质审查标准:一是临时措施的发布须遵循损害比例原则,^⑥ 二是申请人须具有案件胜诉的可能性。^⑦ 第一项标准首先揭示了发布临时措施可能对当事人的权益造成损害(新损害);其次明确了发布应具备必要性,即须证明不发布临时措施可能造成的损害(原损害)无法通过损害赔偿金予以充分补偿;最后表明了以上2种损害的比例标准:须证明原损害应远远(substantially)大于新损害。若仅证明了新损害小于原损害,即使此时发布某种临时措施仍可保护申请人的一部分权益,该情形下也不应发布临时措施,可见条件较为严格。第二项标准要求申请人必须证明其相当(reasonable)有可能获胜,仲裁庭才可发布临时措施。该条款使用了“相当”二字,即可能性至少应大于50%。反言之,若审查发现申请人很大可能败诉或案件具有争议性,则都不应发布临时措施。对胜诉可能性大小的要求体现了立法对证明标准的宽严程度。例如,英国采取的是“优势证据”原则,德国则采取的是“非常高度盖然性”标准,一个高标准的证明度可以提高其裁判在外观和实质上的正当性与合法性。^⑧ 《示范法》与德国ZPO都规定了较为严格的临时措施发布条件,两者也与英国司法判例相似,都明确了相关发布主体的实质审查标准,有利于发布权的行使,避免发布权被滥用。

(五) ZPO对临时措施错误的救济规定更为健全

英国仲裁立法按发布主体的不同对临时措施错误的救济作出区分规定:若发布主体为法院,当事人可通过上诉程序救济。但英国《1996年仲裁法》第44条第7款规定,针对法院发布的临时措施的任何上诉,都应当获得法院的许可。《最终报告》草案第9条修改了该款规定,明确了仲裁第三对方对法院发布的临时措施的上诉不需法院的许可,但仍存在仲裁当事人提出上诉,法院不予许可的情形,可能导致其权益难以得到救济。发布主体为仲裁庭时,英国《1996年仲裁法》第48条“救济”规定,当事人可自由合意确定仲裁庭在救济方面可行使的权力。但是,第39条关于临时裁

① 参见沈达明:《比较民事诉讼法初论》,中国法制出版社2002年版,第189页。

② Siehe Deutscher Bundestag, “ZPO”, Buch 8, Abschnitt 5, § 920 Arrestgesuch. (2).

③ 具体而言,申请人应借助初步证据证明其申请理由的合法性以及发布主体支持其主张的合理性,即证明存在自身权利遭受侵害的担忧和案件获胜的可能性。此处的实体标准低于仲裁程序中的证明标准,申请人无须充分、完整地证明主请求的存在。

④ Siehe Deutscher Bundestag, “ZPO”, Buch 8, Abschnitt 5, § 921 Entscheidung über das Arrestgesuch.

⑤ Siehe Deutscher Bundestag, “ZPO”, Buch 8, Abschnitt 5, § 937 Zuständiges Gericht. (2).

⑥ 指申请人须使仲裁庭信赖——不下令采取临时措施可能造成的损害,无法通过判给损害赔偿金而充分补偿,而且远远大于准予采取这种措施而可能对其所针对的当事人造成的损害。

⑦ 指申请人须使仲裁庭信赖——根据主请求所依据的案情,申请人相当有可能获胜。获胜可能性审查不得影响此后任何裁定的自由裁量权。

⑧ 参见柴永旺:《民事诉讼中的疏明标准适用之新进展——以德国、瑞士的实践为中心》,载《西部法学评论》2021年第1期,第74—89页。

决发布权的规定却存在争议。一是第 39 条“名不副实”，^① 其标题使用了“裁决”之术语，但条款却实际表明了“命令”的含义，^② 而两者分别对应全然不同的救济程序——若认定此处仲裁庭发布的是“裁决”，则可依据第 67—69 条针对“裁决”的救济规定，向法院提出异议或上诉；若认定为“命令”，则只得依据第 48 条寻求仲裁庭的救济。二是第 39 条第 1 款阐明临时裁决实为一种临时“救济”命令，此处的“救济”（relief）与第 48 条中的“救济”（remedies）是否相同存在争议，但此争议可能更多涉及术语维度的严谨性。^③ 法律委员会最终认为，上述 2 点争议已非最初预计的微小的术语一致性问题，因而不建议为了形式上的简洁而修改规定，避免牵一发而动全身。可见在临时措施错误救济的维度上，英国仲裁立法不够协调一致、缜密严谨。

相比英国《1996 年仲裁法》，德国 ZPO 在救济临时措施错误上的规定更为严谨、详尽。首先，ZPO 第 1041 条规定，仲裁庭可要求任何一方当事人对临时措施提供合理的担保。该规定的优势在于，允许被申请人提供担保以避免临时措施的实际执行，^④ 不仅可以避免临时措施错误可能造成的损害，而且可以降低发布主体所承担的风险。但 ZPO 第 921 条规定，不论“扣押”措施的申请是否达到使发布主体信赖的证明标准，发布主体都可要求申请人提供“扣押”措施的担保。依此规定，一是容易导致发布主体的权力滥用，二是由于其使得“须提供初步证据”的发布条件可被“提供担保”替代，在实践中法院较少适用该“担保”条款，原因可能是提供担保会部分地构成对临时措施的拒绝。^⑤ 其次，ZPO 第 945 条和第 1041 条规定若发布的临时措施被证明是自始不当的，申请方有义务赔偿被申请人因措施执行或为避免措施执行而提供担保所遭受的损害。可见，依据该“赔偿”条款和上述的“担保”条款，在临时措施发布前后，各方当事人的权益都得以全面保护。最后，ZPO 规定被申请人享有对“扣押”措施提出异议的权利、通过提交“扣押”措施所针对的钱款以避免措施执行的权利、在情势变更时提出撤销“扣押”措施的权利，还规定了在发布驱逐令之前应当听取相关当事人的意见、应传唤相关当事人参加适时举行的取证听证以保护其权利。可见，ZPO 对临时措施错误的救济更为健全，从某种角度体现了“不允许有错误而无救济”的衡平法原则。临时措施制度虽起源于普通法系的英国，但大陆法系的德国通过在立法上制定健全的救济机制，在吸收临时措施制度的同时保持了自身的法律体系特征。但不足之处在于 ZPO 对临时措施错误的救济均针对“申请错误”，没有涉及针对“发布错误”的救济。

《示范法》规定了 3 种临时措施错误的救济。首先是第 17E 条规定的较为常规的临时措施的担保；^⑥ 其次是第 17F 条施加了当事人披露的义务，仲裁庭可以要求任何当事人迅速披露在请求或者准予采取临时措施时，依据的情形所发生的任何重大变化；最后是第 17G 条规定了与 ZPO

① 该条标题为“临时裁决（awards）发布权”，共有 4 款规定，第 1—3 款中均使用了“命令”（orders）的术语，且第 4 款第 2 项载明了本款第 1 项的规定，不影响仲裁庭依据第 47 条所享有的与裁决有关的权力。

② 《最终报告》的有些顾问认为此处无改革必要，而有些认为第 39 条应同时适用于裁决和命令。See United Kingdom, Law Commission, “Review of the Arbitration Act 1996: Final Report and Bill”, Consultees’ Views, art. 11. 70.

③ 《最终报告》的顾问中有一些认为此处没有需要处理的问题，有一些认为两者之间可能终究会有差别。支持改革者的主要理由是为了术语一致性，以避免因已知的语言差异所导致的争议。See United Kingdom, Law Commission, “Review of the Arbitration Act 1996: Final Report and Bill”, Consultees’ Views, art. 11. 72.

④ Siehe Deutscher Bundestag, “ZPO”, Buch 8, Abschnitt 5, § 923 Abwendungsbefugnis; Siehe Deutscher Bundestag, “ZPO”, Buch 10, Abschnitt 9, § 1063 Allgemeine Vorschriften. (3).

⑤ See Jens Grunert, “Interlocutory Remedies in England and Germany: A comparative perspective”, (1996) 15 *Civil Justice Quarterly* 18, p. 34.

⑥ 仲裁庭可要求申请人提供与临时措施或初步命令有关的适当的担保。

相似的针对“申请错误”的损害赔偿 responsibility, 如果仲裁庭之后裁定不应当发布临时措施或初步命令, 被申请人承担的费用与损害应由申请人予以赔偿。《示范法》对临时措施错误的救济较英国仲裁立法更清晰和简洁, 且较之于 ZPO 增加了施加当事人披露义务的规定。但以上所有救济机制都将损害风险与赔偿责任交由申请人承受, 申请人本处于弱势地位, 即将遭受重大损害, 急需临时措施的救济却又可能难以提供充分担保。缺少针对“发布错误”的救济, 可能导致申请人申请临时措施时犹豫不决, 贬损临时措施的及时性。总体而言, 唯有德国 ZPO 规定被申请人享有提供担保以避免临时措施执行的权利, 间接减轻了申请人的上述负担。

通过上述 5 个维度的论述可以看出, 英国临时措施立法更重视仲裁庭所代表的私权自治, 尽量排除法院所代表的公权干预; 德国仲裁立法更注重运用公权便利, 强调司法对仲裁程序的介入和监督, 同时重视权力的约束与损害的救济; 《示范法》则具有很好的示范性和总结性, 并且具有一定的引领性, 突出体现临时措施制度的前沿发展, 如施加当事人披露的义务、引入初步命令制度等。

四 中国国际商事仲裁临时措施制度的优化建议

本文将《仲裁法征求意见稿》规定的临时措施制度作为切入点, 在借鉴域外先进立法经验的同时, 结合中国民商事法律体系特征与仲裁实践, 探讨具体的制度优化方案。中国国际商事仲裁临时措施制度的优化, 既不能停留于中国现行仲裁立法滞后的现状, 也不能脱离中国民商事法律体系特征, 既不宜一味模仿照搬他国或国际通行立法, 也不宜迟滞于国际通行立法的整体发展趋势。

表 1 《仲裁法征求意见稿》临时措施制度规定汇总表

临时措施种类	发布主体	发布权内容	发布条件	救济机制
财产保全 行为保全	提起仲裁前: 人民法院 提起仲裁后仲裁庭组成前: 人民法院、紧急仲裁员 仲裁庭组成后: 人民法院、仲裁庭	决定权	申请人因其他当事人的行为或者其他原因, 可能使裁决不能执行、难以执行或者给申请人造成其他损害而提出申请	申请人提供担保 或提供赔偿
证据保全			申请人因证据可能灭失或者以后难以取得而提出申请	
其他临时措施	仲裁庭	决定权、修改权、中止权、解除权	当事人的申请; 仲裁庭综合判断采取临时措施的必要性与可行性	

(一) 提升《仲裁法征求意见稿》临时措施立法的形式严谨性

比较而言, 《仲裁法征求意见稿》与《示范法》相似, 首次从形式上正式采用“临时措施”的术语, 统称 3 种保全措施, 并将 3 种保全措施一并在第 4 章“仲裁程序”中设置专节予以规定, 体例方面更为集中、整合。值得注意的是, 《仲裁法征求意见稿》也认可《仲裁法》与《民事诉讼法》未使用的“行为保全”的术语。然而, 《仲裁法征求意见稿》在一些条款表述上, 仍存在语义不清、标准不明等情况。例如, 第 47 条第 3 款所规定的“当事人因申请错误造成损害的”, 未具体地阐明何为“申请错误”, 也未适当列举“申请错误”的具体情形, 亦未能明确“申请错误”的归责原

则。对此，可以通过列举“申请错误”的一般情形并加以兜底条款的方式提高该条款表述的明确性。

除此之外，《仲裁法征求意见稿》第4章第3节所有提及法院的临时措施条款都使用“人民法院”一词，该术语的使用有待商榷。因为在一些涉外仲裁案件中，有权发布临时措施裁定的外国法院不能被称为或很难解释为“人民法院”，这种情况导致申请人的临时措施申请难以得到外国法院支持的困境。^①在此前的仲裁实践中，曾出现因仲裁规则使用了“人民法院”术语而导致该困境的案例。例如，2001年由贸仲受理的中国某公司与美国某公司履行影碟机购销合同一案，^②根据2000年《贸仲仲裁规则》第23条，当事人申请财产保全，仲裁委员会应当将当事人的申请提交被申请人住所地或其财产所在地的人民法院作出裁定。美国加利福尼亚中区联邦法院以该案被申请人住所地的美国法院不属于“人民法院”为由，认定对此案没有管辖权，并最终拒绝了中国公司对美国公司进行财产保全的申请。《仲裁法征求意见稿》第46条与2000年《贸仲仲裁规则》第23条相似，^③同样可能导致相关临时措施申请受到限制的困境。为避免该问题，2024年《贸仲仲裁规则》第23条第1款规定，当事人申请保全措施的，仲裁委员会应当将当事人的保全措施申请转交当事人指明的有管辖权的法院。此处以“有管辖权的法院”用语替代“人民法院”，解决了上述实践中的困境。因此，《仲裁法征求意见稿》也可将特定条款中的“人民法院”术语替换为“有管辖权的法院”，以避免可能出现的问题。

（二）《仲裁法征求意见稿》应增加临时措施发布权优先原则的规定

在某种程度上，中国临时措施发布权的法院“单轨制”乃是较为保守的规范模式，^④《仲裁法征求意见稿》第46条、第49条赋予仲裁庭发布临时措施的权力是中国仲裁立法的一大突破，但却未能进一步明确“双轨制”模式下的发布权优先原则。若借鉴英国仲裁立法“仲裁庭优先”模式，实际上是赋予了作为民间自治纠纷解决机制的仲裁庭僭越国家公权力机关的权力，欠缺司法监督也容易导致仲裁庭行使发布权的任意性，有损害中国现行法律权威之嫌。若借鉴德国仲裁立法的“法院优先”模式，则有司法过度干预仲裁意思自治、降低仲裁效率之嫌。结合中国商事立法禁止权利滥用与司法支持仲裁的要求，在发布权优先原则上可作折中规定：赋予仲裁庭临时措施的发布权，若申请人先后向法院和仲裁庭申请临时措施，以在先提交的发布主体为准，若同时申请，则以法院为准；法院在不影响仲裁程序进行的情况下，可在任何时候经任何一方当事人申请或主动依职权，审查仲裁庭发布的临时措施，如果法院认为对临时措施的执行有必要，可提出建议或修改、撤销、重新发布临时措施。

临时措施发布权的“折中”模式允许当事人自主选择临时措施的发布主体。当发布主体为仲裁庭时，法院不必对临时措施的发布进行审查，有助于提高仲裁程序效率。法院的审查也不得影响仲裁程序的进行，避免了司法过度干预仲裁。只有在仲裁庭可能出现发布权滥用的情形下，法院才会依申请

① 《仲裁法征求意见稿》第7章“涉外仲裁的特别规定”没有针对涉外仲裁临时措施的规定，涉外仲裁临时措施根据该章第88条适用《仲裁法征求意见稿》其他有关规定，即第4章第3节的规定。《仲裁法征求意见稿》第88条规定：“具有涉外因素的纠纷的仲裁，适用本章规定。本章没有规定的，适用本法其他有关规定。”

② See *China National Metal Products Import/Export Company v. Apex Digital, Inc.*, 155 F. Supp. 2d 1174 (C. D. Cal. 2001).

③ 《仲裁法征求意见稿》第46条第2款规定：“当事人提起仲裁后申请保全措施的，可以直接向被保全财产所在地、证据所在地、行为履行地、被申请人所在地或者仲裁地的人民法院提出。”

④ 参见黄凯坤：《仲裁临时保全措施及法院本位主义：法制变革上的建议》，载《交大法学》2019年第3期，第142—161页。

或依职权及时予以调整,在保证仲裁自治性的同时满足权力监督的需要。中国仲裁临时措施制度有必要采用发布权的“折中”模式,以对目前长期坚持的发布权“单轨制”模式进行有效对接和过渡。

(三) 删除《仲裁法征求意见稿》中“仲裁庭认为有必要的其他的短期措施”

《仲裁法征求意见稿》第43条增加了临时措施制度目的规定,^①同时规定了法院可以发布财产保全、行为保全、证据保全以及每种措施的适用情形,弥补了中国现行仲裁立法的欠缺。不过,该条规定仲裁庭不仅可发布以上临时措施,还可发布“仲裁庭认为有必要的其他的短期措施”,类似于英国仲裁立法,该兜底条款相当于对仲裁庭发布的临时措施种类不设限制。从根本上看,该规定试图赋予仲裁庭充分的自由裁量权,发挥临时措施个案适用的救济功能,但实则较为生硬地移植了衡平法的立法理念,不符合中国的法律体系特征与仲裁实践。其一,若仲裁庭发布了限制当事人人身自由的临时措施,则占有了专属于特定国家机关的处分公民人身权利的公权力,显然构成权力错位。其二,根据第48条规定,当事人可以向人民法院申请协助执行仲裁庭发布的“其他临时措施”,造成法院执行自身无权发布也可能从未发布过的临时措施,不具合理性。其三,《仲裁法征求意见稿》未对仲裁庭因此条款享有的自由裁量权设定任何限制,很可能造成仲裁庭的权力滥用。仲裁当事人也有可能根据第43条的规定请求仲裁庭发布上述不合理的临时措施,构成当事人的权利滥用。依据“权力制约”与“禁止权利滥用”原则,建议将“仲裁庭认为有必要的其他的短期措施”规定予以删除。

比较而言,《仲裁法征求意见稿》与《示范法》相似,只规定了申请每种措施的目的或适用情形,没有规定措施具体的适用方式,实践可操作性不强。因此可适当参考英国仲裁立法,在财产保全规定下增加“可对相关财产采取查封、扣押、冻结”等具体适用方式的列明。在行为保全中,不宜列举限制人身自由的临时措施,鉴于德国仲裁立法的经验,此类措施过于严格,实践性不强,可能造成的损害难以符合比例原则,故应予以排除。可适当考虑列举类似德国仲裁立法“规定暂时状态的临时禁令”的行为保全适用方式,并规定其特殊的适用情形。

(四) 填补《仲裁法征求意见稿》临时措施实质审查标准的空白

发布条件是对临时措施发布权的限制,实质审查标准是发布条件的必要组成。首先,对于发布主体而言,从某种意义上来说,发布条件越详尽,形式与实质审查标准越多,责任清单就越清晰,发布主体承担的风险就越小,发布权的行使反而越“自由”。但《仲裁法征求意见稿》只规定了“依当事人申请”的形式审查标准,没有提及任何法院或仲裁庭在发布临时措施时所应满足的实质审查标准,因此须填补该立法空白。其次,有研究表明,国际商事仲裁临时措施制度实践中,时常出现仲裁庭发布临时措施的标准低于法院标准的不合理情形,^②中国仲裁立法赋予仲裁庭临时措施发布权的利弊也尚未得到实践的论证,根据“权力制约”与“禁止权利滥用”原则,仲裁庭的临时措施发布条件相对于法院而言,应当更高,并可在实质审查标准的规定中有所

① 《仲裁法征求意见稿》第43条第1款规定:“当事人在仲裁程序进行前或者进行期间,为了保障仲裁程序的进行、查明争议事实或者裁决执行,可以请求人民法院或者仲裁庭采取与争议标的相关的临时性、紧急性措施。”第2款规定:“临时措施包括财产保全、证据保全、行为保全和仲裁庭认为有必要的其他短期措施。”

② See Stephen Benz, “Strengthening Interim Measures in International Arbitration”, (2018) 50 (1) *Georgetown Journal of International Law* 143, p. 164.

体现。最后,《仲裁法征求意见稿》规定,申请人可在存有“遭受损害的风险”或“证据灭失的可能”的情形下申请临时措施,^①但对提及的“风险”或“可能”是否须具有紧急性,未有明确表述,^②因此也可在实质审查标准中予以明确规定。

最高人民法院通过司法解释和指导性案例,设定了法院发布特定临时措施所应遵循的实质审查标准,例如,知识产权民事诉讼程序适用证据保全的必要性标准、^③知识产权纠纷案件适用行为保全的损害比例原则;^④又如,最高人民法院指导性案例217号对侵害实用新型专利权纠纷案件适用行为保全的必要性标准与损害比例原则的裁判理由的说理。^⑤这些实质审查标准虽较为特定、零散,法律效力也有所不同,但都为仲裁临时措施实质审查标准的立法提供了方案,也为制度应如何与实践协调衔接提供了参考,但不足之处在于均未讨论申请人胜诉可能性标准,因此,在《仲裁法征求意见稿》中可增加以下规定。

其一,增加初步证据标准。《仲裁法征求意见稿》可规定,申请人申请时必须提交真实的初步证据,证明临时措施的发布具有必要性,即证明其权益存在紧急的、显著的损害风险,如不及时发布临时措施,此损害将难以弥补。证明须达到发布主体信赖的程度。

其二,增加案件胜诉可能性标准。《仲裁法征求意见稿》可规定,发布主体须审查申请人的案件胜诉可能性,在申请人很有可能获胜时才能发布临时措施。胜诉可能性审查不得影响此后对案件实质性问题的判断。其中对“可能性”大小的判断标准可交由司法解释确定,或交由发布主体根据案件事实自由裁量。

其三,增加损害比例原则。《仲裁法征求意见稿》可规定,仅允许在发布临时措施可能导致的损害小于不发布临时措施可能导致的损害的情况下,才可发布临时措施。其中对“小于”的量化或判断标准,同样可交由司法解释确定或交由发布主体自由裁量。

其四,适当提高仲裁庭发布临时措施的实质审查标准。^⑥在仲裁庭审查是否应当发布临时措施时,其所依据的初步证据须具备更强的证明力,申请人案件胜诉可能性须更大,在损害比例原则上,可借鉴《示范法》的规定,适用“远远小于”的判断标准。

(五) 健全《仲裁法征求意见稿》临时措施错误的救济机制

《仲裁法征求意见稿》未健全“临时措施错误”的救济机制,具体表现在申请人的“申请错

① 参见《仲裁法征求意见稿》第43—45条。

② 《仲裁法征求意见稿》在第43条关于临时措施目的的条款中,使用了“紧急性措施”的表述,但未能明确表达是临时措施的发布或执行具有“紧急性”,还是临时措施所针对的情形具有“紧急性”。在第47条、第48条中规定了相关权力主体在“发布”“执行”临时措施时必须“及时”,根据体系解释,“紧急性”似乎应采取第一种理解。在第44条、第45条关于每种临时措施的发布情形的规定中,也未提及“遭受损害的风险”或“证据灭失的可能”须具有紧急性。

③ 2020年《最高人民法院关于知识产权民事诉讼证据的若干规定》第11条第3项规定:“人民法院对于当事人或者利害关系人的证据保全申请,应当结合下列因素进行审查:……(3)证据灭失或者以后难以取得的可能性及其对证明待证事实的影响;……”

④ 2018年《最高人民法院关于审查知识产权纠纷行为保全案件适用法律若干问题的规定》第7条规定:“人民法院审查行为保全申请,应当综合考量下列因素:……(3)不采取行为保全措施对申请人造成的损害是否超过采取行为保全措施对被申请人造成的损害;……”

⑤ 参见最高人民法院:《指导性案例217号:慈溪市博某塑料制品有限公司诉永康市联某工贸有限公司、浙江天某网络科技有限公司等侵害实用新型专利权纠纷案》,中华人民共和国最高人民法院网, <https://www.court.gov.cn/shenpan/xiangqing/421132.html>。

⑥ See Stephen Benz, “Strengthening Interim Measures in International Arbitration”, p. 164.

误”与发布主体的“发布错误”的归责原则和救济方式的规定不完善。

对于申请人的“申请错误”，《仲裁法征求意见稿》第47条仅规定通过申请人提供担保或赔偿的方式予以救济，^①方式有待补充。对此，可与《民事诉讼法》的相关规定保持一致，^②允许临时措施的被申请人通过提供担保的方式避免临时措施的实际执行，并且规定被申请人享有提出异议的权利。同时，可借鉴德国仲裁立法，规定发布主体可根据临时措施异议启动言辞辩论听审程序，或修改、中止、撤销、重新发布临时措施。异议的提出不影响临时措施的发布与执行。在归责原则上，其一，可考虑对“申请错误”适用“过错推定原则”并予以立法确认：申请人不能证明自己对于临时措施“申请错误”没有过错的，应当承担“申请错误救济”的责任，^③以涵盖因申请人的一般过失导致损害的情况。并且，因申请材料或证据等由申请人控制，“过错推定原则”的举证责任倒置不仅利于发布主体的证据审查，提高程序效率，还可以实现申请人与被申请人之间的利益平衡，^④避免申请人滥用申请权利。其二，可规定比例原则，对同一临时措施，既有“申请错误”又有“发布错误”的，发布主体与申请人应各自承担对应比例的部分责任。

值得注意的是，在司法实践中，判断申请人在事实上是否存在过错的核心在于，判断申请人在申请时是否尽到一般的注意义务。仲裁程序的各方当事人对事实认定和法律适用存有不同的理解较为常见，仲裁裁决没有支持申请人的仲裁请求并非申请人在申请临时措施时能够预见，若申请人在申请临时措施时尽到了注意义务，即使案件败诉，申请人的申请也并不当然构成“申请错误”。^⑤反之亦然，如在财产保全中，若申请人未能尽到普通人通常的注意义务，即使形式上其申请保全的数额与仲裁请求标的数额相当甚至小于标的数额，一旦最终裁定所确认的实际保全数额远小于申请保全的数额，仍构成“申请错误”。^⑥

对于发布主体的“发布错误”，《仲裁法征求意见稿》未能明确法院在发布仲裁临时措施上的责任与救济，可考虑增加“适用民事诉讼程序中法院裁定错误的救济规定”的条款。在仲裁庭“发布错误”的归责与救济上，《仲裁法征求意见稿》第57条仅规定仲裁员对其在仲裁程序中的违法、不当行为“应当依法承担法律责任”，^⑦意味着并未认可一些仲裁规则中出现的仲裁

① 《仲裁法征求意见稿》第47条规定：“当事人向人民法院提出保全措施申请的，人民法院应当依照相关法律规定及时作出保全措施”；“当事人向仲裁庭申请保全措施的，仲裁庭应当及时作出决定，并要求当事人提供担保”；“当事人因申请错误造成损害的，应当赔偿其他当事人因此所遭受的损失”。其中的“相关法律规定”，参见《民事诉讼法》第103条（人民法院采取保全措施，可以责令申请人提供担保，申请人不提供担保的，裁定驳回申请），与《民事诉讼法》第104条（申请人应当提供担保，不提供担保的，裁定驳回申请）。

② 《民事诉讼法》第107条规定：“财产纠纷案件，被申请人提供担保的，人民法院应当裁定解除保全。”第111条规定：“当事人对保全或者先予执行的裁定不服的，可以申请复议一次。复议期间不停止裁定的执行。”

③ 《中华人民共和国民法典》第1165条第2款规定：“依照法律规定推定行为人有过错，其不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任。”

④ 参见汪军、施啸波：《民事诉讼“非必要财产保全”问题研究》，载《法律适用》2023年第9期，第107—119页。

⑤ 参见广东扬山联合精密铸造股份有限公司、青岛天汇铸造机械有限公司等财产保险合同纠纷案，山东省青岛市中级人民法院（2022）鲁02民终9385号民事判决书。

⑥ 参见北京正鹏房地产开发有限公司等因申请诉前财产保全损害责任纠纷案，北京市第三中级人民法院（2015）三中民终字第12215号民事判决书。

⑦ 《仲裁法征求意见稿》第57条规定：“仲裁员有本法第53条第4项规定的情形，情节严重的，或者有本法第77条第6项规定的情形的，应当依法承担法律责任，仲裁机构应当将其除名。”第53条第4项规定：“私自会见当事人、代理人，或者接受当事人、代理人的请客送礼的。”第77条第6项规定：“仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿，徇私舞弊，枉法裁决行为的。”

员民事责任绝对豁免原则。^① 但第 57 条规定的不足之处在于，一是条款提及的“法律责任”是否包含民事责任模糊不清，二是与该条相关的《仲裁法征求意见稿》第 77 条第 6 项使用了“枉法裁决”的表述，未能涵盖仲裁员“枉法裁定”临时措施的情形。《仲裁法征求意见稿》其他条款也未对仲裁庭“发布错误”的救济予以规定。

英国《1996 年仲裁法》第 29 条规定仲裁员及其雇员或代理人不对履行仲裁职责的行为承担任何民事责任（违反诚实信用原则的除外），旨在强调仲裁员的“准法官”的特殊身份，赋予其仲裁责任豁免权。^② 仲裁员等主体的民事责任绝对豁免虽有利于仲裁员行使职权，但其本质上并非法官，若不施加民事责任，难以从根本上消除仲裁员违法或不当行为的内在因素，也不能从根本上对当事人所受的损失进行补偿。^③ 因此，《仲裁法征求意见稿》可施加仲裁员在临时措施发布权上的民事责任有限豁免：当“发布错误”可部分或全部归责于仲裁员特定的违法或不当行为时，仲裁员应承担相应的民事赔偿责任。这些行为可以包括：（1）仲裁员在发布临时措施时的行为构成犯罪，导致当事人的权益遭受损害的；（2）仲裁员恶意发布本不应当发布的临时措施或选择临时措施的种类不当，导致当事人的权益遭受损害的；（3）仲裁员恶意不及时发布临时措施，导致当事人的权益遭受损害的。

同理，《仲裁法征求意见稿》可增加有关仲裁庭“发布错误”的归责与救济规定：对仲裁庭的“发布错误”可适用“过错归责原则”，即仲裁庭对其“符合发布条件却未发布临时措施”或“不符合发布条件但仍发布临时措施”的行为存在故意或重大过失，所导致的损害可由仲裁机构承担相应的民事赔偿责任。其中“符合发布条件”的情形不再赘述，“不符合发布条件”的情形可以包括：（1）不存在原损害风险或原损害风险不具有紧急性，即使申请人提供担保的；（2）仲裁庭误认为临时措施申请符合损害比例原则，实际新损害并未远远小于原损害的；（3）初步证据真实无误，但不足以达到使仲裁庭信赖的；（4）审查案件胜诉可能性时，仲裁庭误认为申请人有相当大概率获胜的；（5）临时措施种类选择错误，不能实现发布临时措施的目的，未能避免原损害并造成了新损害的。

五 结论

《仲裁法征求意见稿》第 4 章第 3 节的规定一定程度上表明了中国仲裁临时措施制度的优化方向，但其有优点也有不足。笔者认为，可在借鉴英国、德国仲裁立法以及《示范法》的先进立法经验的基础上，从 5 个维度对《仲裁法征求意见稿》规定的临时措施制度进行系统性优化。

第一，提升《仲裁法征求意见稿》临时措施立法的形式严谨性，对“申请有错误”等的模糊表述加以释明或例举，调整特定条款中某些“人民法院”术语的不准确使用。

第二，《仲裁法征求意见稿》采用了发布权的“双轨制”模式，但未能进一步协调法院与仲裁庭发布权的冲突。对此，可综合借鉴英国、德国仲裁立法对发布权优先原则的规定，确立中国

^① 参见 2024 年《贸仲仲裁规则》第 86 条；See International Chamber of Commerce, “2021 Arbitration Rules”, art. 41. Limitation of Liability.

^② 参见黄志勇：《试论仲裁员的民事赔偿责任》，载《求索》2004 年第 12 期，第 92—94 页。

^③ 参见黄志勇：《试论仲裁员的民事赔偿责任》，第 92—94 页。

法院与仲裁庭发布权冲突的“折中”模式。

第三，删除《仲裁法征求意见稿》中“仲裁庭发布其认为有必要的其他的短期措施”的规定，避免造成法院与仲裁庭的权力错位和法院执行该“短期措施”时的不合理性。

第四，在《仲裁法征求意见稿》中适当增加“初步证据标准”“申请人案件胜诉可能性标准”“损害比例原则”的临时措施实质审查标准，相对于法院而言提高对仲裁庭发布临时措施的限制。

第五，应健全《仲裁法征求意见稿》临时措施错误的救济机制。在针对“申请错误”的救济上可考虑适用“过错推定原则”加以“比例原则”来确定申请人的损害赔偿赔偿责任。在针对“发布错误”的救济上，发布主体为法院时，可考虑明确适用民事诉讼程序的相关规定，发布主体为仲裁庭时，可分别规定对仲裁员和仲裁庭适用“民事责任有限豁免原则”和“过错归责原则”，并对相关违法、不当行为或具体情形予以列明。

On the Legislative Optimization Path of the International Commercial Arbitration Interim Measures System in China

Huang Feiye

Abstract: The current arbitration legislations in China regulating the interim measures system of international commercial arbitration have fallen behind the foreign-related arbitration and judicial practice, which are mainly manifested in 5 aspects such as the strictness of the legislative form is to be improved, the “single-track system” of the issuing power mode, in which only the court has the exclusive power to issue interim measures, is relatively lagging, the provisions on the types of interim measures are inconsistent, the substantive examination standards for the issuing conditions are lacking, and the remedy mechanism for the wrongfulness of interim measures is incomplete. In July 2021, the Ministry of Justice promulgated *Arbitration Law of the People's Republic of China (Amended) (Draft for Comments)*, which has made a substantive amendment to the arbitration interim measures system, and has improved, to some extent, the shortcomings in 5 aspects above, but in which there are still some significant problems remaining. By selectively drawing on the provisions of UK *Arbitration Act 1996*, *Code of Civil Procedure of Germany*, and *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration* regarding the system of interim measures, the international commercial arbitration interim measures system in China may be optimized in 5 aspects: improving the strictness of the legislative form of the interim measures system, granting the arbitral tribunal the power to issue interim measures and determining the priority principle of the issuing powers of the arbitral tribunal and the court, limiting the types of interim measures, adding the substantive examination standards of interim measures, completing the provisions on the liability fixation and remedy mechanism for the wrongfulness of interim measures.

Keywords: Interim Measures, Arbitration Law of the People's Republic of China (Amended) (Draft for Comments), UK Arbitration Act 1996, ZPO, Model Law on International Commercial Arbitration

(责任编辑:李庆明)