

国际商事仲裁中紧急仲裁员决定的可执行性分析

丁杨红

海南大学, 海口 570228

摘要 : 国际商事仲裁中紧急仲裁员的决定可否执行是国际商事仲裁作为争议解决途径所需解决的法律问题之一。紧急仲裁员决定的是临时措施的采取, 在各大国际商事仲裁机构的规则中, 临时措施的定义不一, 但临时措施的显性特征之一为其实施的紧急性。产生于实践需求的措施采取紧急特性促进了仲裁权公断程序的产生, 然而, 由于其由双方明示选择的程序启动模式不符合临时措施的紧急性特征, 国际商事仲裁中紧急仲裁制度便由其演化而来。然而, 由于演进而来的紧急仲裁程序是在争议双方默示下适用, 紧急仲裁员决定的法律形式存在争议。本文对国际商事仲裁中紧急仲裁员决定的法律形式和性质争议进行分析, 寻找其执行的理论突破口。

关键词 : 国际商事仲裁; 紧急仲裁员决定; 临时措施

Analysis of Enforceability of Emergency Arbitrator's Decision in International Commercial Arbitration

Ding Yanghong

Hainan University, Haikou, Hainan 570228

Abstract : Whether the emergency arbitrator's decision can be enforced in international commercial arbitration is one of the legal issues that international commercial arbitration needs to solve as a dispute resolution approach. What an emergency arbitrator decides is the adoption of interim measures. In the rules of major international commercial arbitration institutions, the definition of interim measures varies, but one of the dominant characteristics of interim measures is the urgency of their implementation. The urgent character of measures arising from practical needs promotes the emergence of arbitration proceedings. However, the emergency arbitration system in international commercial arbitration evolved from the mode of initiation of proceedings explicitly chosen by both parties, which does not conform to the urgent character of interim measures. However, since the evolved emergency arbitration procedure is applied under the implication of the parties to the dispute, the legal form of the decision of the emergency arbitrator is disputed. This paper analyzes the legal form and nature disputes of the decision of the emergency arbitrator in international commercial arbitration, looking for the theoretical breakthrough of its enforcement.

Keywords : international commercial arbitration; emergency arbitrator decision; interim measure

一、国际商事仲裁中紧急仲裁制度的基本内涵

国际商事仲裁中, 紧急仲裁员决定下的措施具有“临时”“保全”以及“紧急”的特性, 并且最为显像的特征为其决定所必带的紧急性。在临时措施的紧急性要求下, 临时措施的采取需在较短时间内做出, 但仲裁庭的组成却往往耗费良久。《SCC 仲裁规则》第2条仲裁参与方的行为准则规定整个仲裁程序中, SCC 仲裁院、仲裁庭和当事人均应以高效、快捷的方式行事, 并以此行事准则在诸多仲裁机构中脱颖而出成为国际上最重要的、经常被选用的仲裁院之一。^[1] 然而, 即使在把高效解决仲裁中的相关问题作为 SCC 追求的主要目标之一的前提下, 《SCC 仲裁规则》第17条关于仲裁员的指定规定由独任仲裁员组成的仲裁庭最短也需耗费为10天时间, 若仲裁庭人数较多, 则组成耗费时间更久, SCC 高效程序规定组成仲裁庭的时间也并不满足紧急的需求。从仲裁庭组成时间长短来看, 紧急仲裁员制度的诞生是争议纠纷解

决顺利进行所必备的仲裁程序设定。ICC 正常的仲裁庭组成时间在30天以上, 但是若按照 ICC 仲裁规则内含的紧急仲裁制度规定, 紧急仲裁员的成立通常为2天, 紧急仲裁员确定之后, 紧急仲裁决定需要在15日内作出。SCC 仲裁规则下的紧急仲裁员同样体现了 SCC 高效程序的特点, 争议中任何一方当事人需要临时措施的救济, 则其可以申请一个应急仲裁员, SCC 会尽可能在收到申请后的24小时内任命一个应急仲裁员, 并且该应急仲裁员会在5天内作出快速决定。

我国《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》(2015) 版规定的紧急仲裁制度时间与 ICC 紧急仲裁制度时间类似, 争议一方当事人提交申请书及预付费用之后, 紧急仲裁员可在一天内成立, 并在15日内作出紧急仲裁决定。虽然该仲裁规则规定的时间不比 SCC 快速, 但比起法院采取临时保全措施冗长的流程, 紧急仲裁制度耗费时间较短, 使得争议双方当事人应付紧急救济的需求得到了回应。除此之外, 临时保全措施在正式的仲裁庭组成

之前被作出，其后的仲裁庭组成便不必因为为加紧处理争议中的紧急事项而快速推进失去选定专业的仲裁员以解决案件纠纷的初衷，仲裁裁决程序也可因为证据的保全而能使争议双方当事人之间的法律纠纷得到更为公正地解决，仲裁裁决的执行也有执行的终局意义。然而，尽管紧急仲裁制度存在于国际商事仲裁中，其适用率并不高。根据 SIAC 在其官网上公布的2010—2020年数据，当事人申请适用紧急仲裁员制度的案件占比约为2%；2020年，HKIAC 适用紧急仲裁员制度的案件占比约为4.4%；^[2] 紧急仲裁制度的适用仍旧存在障碍，本文将对紧急仲裁制度进行剖析，寻求紧急仲裁员决定的可执行性。

二、启动模式下的紧急仲裁员决定法律形式争议

在紧急仲裁员制度建立之前，仲裁纠纷解决方式中因紧急救济的需求而产生的与临时保全措施类似的救济措施发布程序为仲裁前公断程序（Pre-Arbitral Referee Procedure），后被应用到国际商事仲裁中并于1990年被 ICC（International Chamber of Commerce）所提出，旨在使国际商事仲裁中的双方当事人能够在仲裁庭成立之前，能够寻求公断人采取一定的临时措施保全证据或者财产以保证后续的仲裁能够顺利进行。仲裁前公断程序的启动是由双方当事人明确约定，遵循了国际商事仲裁中完全意义上的合意。同时，由于 ICC 仲裁前公断程序需要双方的完全意义上的意思一致，并未提供对国际商事仲裁中单方当事人临时救济的法律效果，因此该程序在实践中鲜少被争议当事人应用。但是尽管实践中 ICC 仲裁前公断程序被应用的动力不足，其制度模式的创设仍旧为紧急仲裁员制度的建立提供了理论和实践经验。1999年美国仲裁协会（American Arbitration Association）在其在该协会指定的仲裁规则中明文规定了紧急保全措施，其设置仍旧带有仲裁前公断程序的影子。该仲裁规则规定紧急仲裁程序的启动亦须国际商事争议中双方当事人的一致同意，适用模式为“选择加入”模式，并未摒弃双方在紧急仲裁制度的启动需争议双方当事人达成书面协议约定的要求，其创设理论突破价值大于实践应用价值。其后，由于“选择加入”模式并不满足紧急情况下单方为保障仲裁程序顺利进行的需求，紧急制度的启动模式进行了进一步的改进。

2006年，美国国际仲裁协会（AAA）下属的国际争议解决中心（ICDR，The International Center for Dispute Resolution）以“选择退出”模式替代了“选择加入”模式，在其仲裁规则第39条第9款中规定了紧急仲裁员制度。无需在仲裁协议或者其他书面协议中特别约定紧急仲裁员制度的适用的“选择退出”默示模式满足了紧急仲裁制度中紧急的要求，为未就紧急仲裁制度的适用作出书面约定的任一争议当事人提供了救济选项，紧急仲裁程序的使用率随之而呈现出上升趋势，紧急仲裁制度的实践价值初步具备。^[3] 在 ICDR 对紧急仲裁制度启动模式的开辟下，国际商事领域的各大仲裁机构也逐渐引进紧急仲裁制度。但虽然紧急仲裁制度的引入涉及到多个国家仲裁机构，例如澳大利亚国际商事中心（ACICA）、上海国际仲裁中心（SHIAC）以及中国香港国际

仲裁中心（HKIAC）等，紧急仲裁制度的适用也并不全为“选择退出”模式，众多国际商事机构仍旧对其能否在双方当事人未明确一致同意的情况下适用持观望态度，在其所属的仲裁规则中对于紧急仲裁程序的启动模式未进行特别明文规定。仅特别明确的是紧急仲裁制度能被各个国际仲裁机构纳入其制定的仲裁规则的重要原因在于紧急仲裁制度的启动模式从双方明示选择适用调整为双方明示排除，满足了争议一方在紧急情况下提请启动紧急仲裁制度实施临时措施的实践需求。例如，UNCITRAL Arbitration Rules(2021) 第26条规定，仲裁庭可应一方当事人的请求，准予采取临时措施。

但国际商事仲裁的法律灵魂为双方当事人的意思自治，单方紧急情况需求下临时措施的采取使一些学者认为该措施的发布挑战了双方当事人共同意思自治的建立起的自治秩序，国际商事仲裁正在与意思自治原则渐行渐远。^[4] 而从紧急仲裁员在制定临时措施时的行为定义来看，紧急仲裁员所作出的临时措施的法律属性是否如同正式仲裁庭中仲裁员所作出的裁决具有可执行性还存在争议。临时措施除了以裁决的形式发布外，一般还可以以命令或裁令（order）、指令（direction）、决定（decision）、建议（recommendation）、请求（request）、提议（proposal）或其他形式发布。^[5] 但在对紧急仲裁员决定形式进行定义时，与仲裁员作出的裁决相并临的多为裁令（order），《ICDR 仲裁规则》（国际争议解决中心制定）第24条将紧急仲裁员作出的临时措施的法律形式为临时裁令或裁决（order or award），《SCC 仲裁规则（2023）》亦在第37条第3款中将其定义为裁令或裁决（order or award），但《ICC 仲裁规则》（2012）虽然亦在其第28条第1款中规定，紧急仲裁员作出的临时措施的法律形式可以为裁令或裁决，但在其后的第29条第2款中规定紧急仲裁员所做出的临时措施决定法律形式应当为裁令，而如果紧急仲裁做出紧急决定的法律形式为裁决，则国际商会仲裁院需根据其下的仲裁规则第33条对该裁决进行审查，紧急仲裁员所作出的紧急决定并不被当然视为与正式组成的仲裁庭中仲裁员作出的裁决一致。

三、国际商事仲裁中紧急仲裁员决定的法律性质探讨

紧急仲裁员的契约性与司法性之争本质上是仲裁制度双重属性的延伸，其核心在于如何界定紧急仲裁员决定的法律属性。契约性是指紧急仲裁员决定是当事人意思自治的延伸，紧急仲裁员权限基于当事人的仲裁协议或机构规则约定，其启动需当事人主动申请。紧急仲裁权本质是当事人对临时救济管辖权的预先让渡，而非独立司法授权。司法性是指紧急仲裁员决定是准公权效力的渗透，在未寻找紧急仲裁员决定的可执行性理论之前，部分法域通过立法赋予紧急仲裁员决定以司法强制力。如新加坡《国际仲裁法》第12(6)条规定，紧急仲裁员作出的临时措施可直接申请法院执行，这种国家公权力的背书突破了传统仲裁的契约封闭性。契约性抑或司法性，紧急仲裁员决定的法律属性值得进一步探究。溯源紧急仲裁制度的启动模式，其前身仲裁前公断程序为争议双方的契约选择。在 Societe Nationale des Petroles du

Congo and Republic of Congo v.TEP Congo 案中，巴黎上诉法院认为由于公断员作出的决定效力来自于争议双方共同的书面协议，因此，该决断本质上是契约性质，而非司法性质。^[6]同时，仲裁前公断裁决的决定是合同性质的并且该种正当的合同性质可以扩展到紧急仲裁程序上。基于此，大多数法国评论者主张公断人由于获得了争议双方的合同授权，因而拥有所决断事项的管辖权，所作出的决断与仲裁裁决一致具有可执行性。^[7]

然而，有学者认为，紧急仲裁程序为争议双方默许适用，该“选择退出”条款属于国际商事仲裁机构在其仲裁规则中为商事争议双方设置的格式条款，仲裁前公断程序和紧急仲裁制度在启动方式上存在本质区别。此外，仲裁前公断程序的“选择进入机制”因无法满足紧急仲裁制度的紧急性要求而被淘汰，仅在“选择退出机制”下，紧急仲裁制度才有被广泛启动的前提，紧急仲裁员决定的契约性也因此受限。此外，国际商事仲裁程序启动的本质为争议双方在所签订的将争议提交国际仲裁机构解决的仲裁协议或条款中达成的合意，且该合意会形成仲裁机构对争议事项管辖权的排他性法律效力，当事人不得再就同一争议事项向法院提起诉讼。而《新加坡国际仲裁法》（2016年版）第30条第3款规定，在仲裁前或者仲裁庭组成之后出现的例外情形下，当事人可向司法机关申请临时救济，仲裁规则对此并不排斥。根据此项条款，临时救济措施在仲裁中并不在争议双方当事人合意排除司法管辖权的范围之内。且在国际商事仲裁中，由于局限于争议双方的意思自治下的权利共献，临时措施的范围有限，发布临时措施存在法院或国际仲裁机构两种途径，与国际商事仲裁协议下排除法院管辖的法律效力矛盾。^[8]

与此同时，争议双方当事人的合意除了会形成纠纷解决途径的唯一化之外，也会导致仲裁庭对第三人并无管辖权。但在国际商事仲裁中，临时措施难免涉及对第三人作出法律义务上的要求。紧急仲裁员相较仲裁员地位的不明晰、规范紧急仲裁制度的规则并未排除当事人向法院申请临时救济的可能性以及临时措施可能涉及争议双方之外的第三人都表明紧急仲裁员作出的临时保全措施决定存在着契约难以替代的司法属性。紧急仲裁员的契约性也未得到完全的规则明示确定，虽然紧急仲裁制度的引入涉及

到多个国家仲裁机构，例如澳大利亚国际商事中心（ACICA）、瑞士商会仲裁院（SCAI）、伦敦国际仲裁院（LCIA）、上海国际仲裁中心（SHIAC）以及中国香港国际仲裁中心（HKIAC）等，紧急仲裁制度的适用也并不全为“选择退出”模式。虽然“选择退出”模式下扩大了紧急仲裁制度实践影响力，国际商事机构仍旧对其能否在双方当事人未明确一致同意的情况下适用持观望态度，在其所属的仲裁规则中对于紧急仲裁程序的启动模式未进行特别明文规定。而在紧急仲裁程序启动模式的变动以及仲裁规则对该模式的含糊态度下，紧急仲裁员决定的性质也在契约性与司法性之间摇摆。紧急仲裁员的决定还需在仲裁程序之外的规则中加以特殊规定以确保其执行性，《仲裁法修订征求意见稿》也应当对此作出回应，结束紧急仲裁员程序在法律层面上的不确定性。^[9]

四、结论

国际商事仲裁中紧急仲裁制度有其产生的必要性，在对紧急仲裁制度进行分析时，紧急仲裁程序的启动引起了紧急仲裁员决定的法律形式争议，在对紧急仲裁员决定探讨的分析时，可知紧急仲裁制度的前身仲裁前公断程序因不融于仲裁程序而呈现出完全的契约性，而紧急仲裁程序又由其演变而来，因此学者认为紧急仲裁程序延续了仲裁前公断程序的程序特征，致使紧急仲裁员决定的可执行性陷入契约性争论中。^[10]然而紧急仲裁程序得以被各大国际仲裁机构纳入其仲裁规则中的关键点在于将仲裁前公断程序的“选择进入”模式更换为“选择退出”模式，其并未接收仲裁前公断程序的契约启动模式而以格式条款的形式默认双方自动进入紧急仲裁程序，紧急仲裁员决定的可执行性并不是由于其契约性的拥有。紧急仲裁员决定还由于存在针对第三人颁布临时措施的可能性、司法和仲裁共同颁布模式而存在一定的司法性。紧急仲裁程序的设定还需国际仲裁机构在其仲裁规则中完善对紧急仲裁员决定的法律形式规定，寻找紧急仲裁员决定的执行理论以消除紧急仲裁员决定的摇摆法律属性引发的紧急仲裁员决定的可执行性争议。

参考文献

- [1] 付俊伟主编.《“一带一路”国际商事仲裁指引》[M].北京:社会科学文献出版社2020年版,第47页.
- [2] 黄志鹏.论我国紧急仲裁员临时措施之执行[J].商事仲裁与调解,2022,(01):71-83.
- [3] Raja Bose and Ian Meredith. Emergency Arbitration Procedures: A Comparative Analysis. *International Arbitration Law Review*, 2012(5):186-187.
- [4] 林一.国际商事仲裁意思自治原则论纲[D].上海:华东政法大学博士学位论文,2015.
- [5] 邹晓乔.国际商事仲裁中的临时措施域外执行研究[D].武汉:武汉大学博士学位论文,2016.
- [6] 林强.紧急仲裁员裁判执行机制问题研究[J].《北京仲裁》2016(4):159-179.
- [7] Paraguacuto-Mah é o D, Lecuyer-Thieffry C, 任昊.紧急仲裁员程序研究——法国视角[J].《中山大学青年法律评论》2020(5):186-194.
- [8] 许偲.我国国际商事仲裁临时措施制度的改进路径[J].海峡法学,2022,24(02):112-120.
- [9] 尹通.紧急仲裁员程序在中国:实践与反思[J].北京仲裁,2023,(04):84-105.
- [10] 徐清霞.国际仲裁中的紧急仲裁员制度研究——以紧急仲裁员制度的最新发展为背景[D].北京:对外经济贸易大学,2018.