

紧急仲裁员制度的特征研究

——以ICC《关于紧急仲裁员程序的报告》为对象

陆 飞, 缪旭光

上海市金石(南通)律师事务所, 江苏 南通

收稿日期: 2023年8月29日; 录用日期: 2023年9月12日; 发布日期: 2023年11月14日

摘 要

国际紧急仲裁员制度的建立旨在满足国际争端解决领域的紧迫需求, 其在解决国际争端中发挥着不可或缺的作用。然而, 这一制度也面临着一系列挑战, 包括紧急仲裁员缺乏相关实质性的指引、适用范围存在限制、裁决跨国执行困难等。本文以2012~2018年的六年间80起申请了ICC紧急仲裁员程序的案例数据为样本, 研究紧急仲裁员制度在这六年中的实践情况和自身制度的特征以及存在的问题, 并提出相应的改善建议。

关键词

紧急仲裁员, 国际商会, 临时性保全措施

A Study on the Characteristics of the Emergency Arbitrator System

—Taking ICC’s “Report on the Emergency Arbitrator Proceedings” as an Object

Fei Lu, Xuguang Miao

Shanghai K-Insight (Nantong) Law Firm, Nantong Jiangsu

Received: Aug. 29th, 2023; accepted: Sep. 12th, 2023; published: Nov. 14th, 2023

Abstract

The establishment of the international emergency arbitrator system aims to meet the urgent needs in the field of international dispute settlement, which plays an indispensable role in international

dispute settlement. However, the system also faces a series of challenges, including the lack of relevant substantive guidance for emergency arbitrators, limitations in the scope of application and difficulties in cross-border enforcement of awards. Based on the data of 80 cases using the ICC emergency arbitrator proceedings during the six years from 2012 to 2018, this paper studies the practice of the emergency arbitrator system in these six years, the characteristics of its own system and the existing problems, and puts forward the corresponding improvement suggestion.

Keywords

Emergency Arbitrator, International Chamber of Commerce, Interim Measures of Protection

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

紧急仲裁员制度发源于仲裁前公断人程序,“应当事人的申请,提供有效的庭前救济措施就是紧急仲裁员制度产生的最终目的,追溯其发展源头,古罗马时期的仲裁前公断人程序被认为是该制度的最初萌芽”[1];但该制度又与仲裁中的临时性保全措施有所区别,下文将先行以 ICC 仲裁规则来介绍二者的概念与区别。

2. ICC 仲裁规则中临时性保全措施与紧急仲裁员的概念与对比

2.1. 国际商会规则中临时性保全措施的内容与特点

在国际商事仲裁规则里,临时性保全措施(Interim Measures of Protection)意在避免仲裁过程中,某一方当事人利用其本身所具备的优势地位或者信息的不对称性,销毁或者转移财产或者相关证据,从而导致仲裁庭的裁决无法合理地做出,亦或者仲裁裁决做出后也无法实际执行。

在 ICC 仲裁规则 2012 版第 28 条第 1 款中规定了保全与临时措施:“除非当事人另有约定,案卷移交仲裁庭后,经当事人申请,仲裁庭可以判令实施其认为适当的临时措施或保全措施”。

需要注意的是,在 ICC 的仲裁规则 2012 版第 28 条中规定的临时性保全措施一般情况下都是在仲裁庭成立之后,由仲裁庭以仲裁令的方式作出,此处的临时性保全措施作出的时间节点与下面我们将探讨的紧急仲裁员制度将有所不同。通过分析 ICC 的仲裁规则 2012 版第 28 条的规定,可以看出,在 ICC 仲裁规则中的临时性保全措施具有以下特点:1) 临时性保全措施的采取时间节点在仲裁庭成立之后和案件最终的仲裁裁决之前;2) 临时性保全措施是暂时性的应急措施。

2.2. 国际商会规则中紧急仲裁员的内容与特点

在国际商会仲裁规则中紧急仲裁员制度(Emergency Arbitrator)是指在特别紧急的情况下,以至于这个紧急的情况已经来不及等待仲裁庭成立就需要采取相应的措施来保证当事人的合法利益不受损害,由当事人申请并由一位紧急仲裁员在较短时间内作出相应的临时而紧急的保全措施。

ICC 仲裁规则中第 29 条规定了紧急仲裁员制度,规定“乙方当事人等待不急组成仲裁庭而需要采取紧急措施,可以根据附件五中规定的紧急仲裁员规则,申请采取该紧急仲裁员规则”。在此值得注意的是,本处 ICC 仲裁规则的规定与第 28 条规定最大的区别在于紧急仲裁员制度的时间节点在

仲裁庭成立之前, 更加明确地说是 在秘书处将案卷移交仲裁庭之前收到当事人的紧急仲裁员救济申请即可。

通过分析 ICC 的仲裁规则 2012 版第 29 条的规定, 可以看出, 在 ICC 仲裁规则中的紧急仲裁员制度具有以下特点: 1) 申请紧急仲裁员制度的时间节点在仲裁庭成立之前, 当事人面临的情形更加紧急, 已经不能等待仲裁庭成立; 2) 相比较临时保全措施, 紧急仲裁员裁定中认定的任何问题、事宜或争议等, 都对之后成立的仲裁庭不具备约束力; 3) 紧急仲裁员裁定作出时限较短。

2.3. 临时性保全措施与紧急仲裁员制度的区别

1) 申请的时间节点不同

两者区分最为明显的地方就是当事人申请的时间节点不同, 申请临时性保全措施时间节点在仲裁庭成立之后和案件最终的仲裁裁决之前, 而申请紧急仲裁员制度的时间节点在仲裁庭成立之前。

2) 对仲裁庭的效力不同

因为临时性保全措施是仲裁庭本身所作出的, 仲裁庭对此不存在不予认可的问题; 而 ICC 仲裁规则下, 采用的是当事人明示排除适用模式, 明确表示紧急仲裁员应该以裁令的方式作出, 并且所作裁令对后续组成的仲裁庭并无约束力^[2]。紧急仲裁员裁定中认定的任何问题、事宜或争议等, 都对之后成立的仲裁庭不具备约束力, 仲裁庭在成立之后可以对紧急仲裁员作出的全部裁令予以修改、终止或者撤销。

3) 适用的紧急程度不同

临时性保全措施需在紧急情况下作出, 如不采取可能会危及到当事人的合法利益; 而适用紧急仲裁员制度是在比临时性保全措施更加紧急的情况下, 当事人才会申请, 这种情况紧急到以至于当事人已经无法等待仲裁庭成立, 必须立即申请。

3. 紧急仲裁员的实证分析——以 2019 年 ICC 报告为分析对象

在 2019 年 4 月, ICC 出版了《关于紧急仲裁员程序的报告》(以下简称报告)¹, 报告回顾了 2012~2018 年六年间 80 起使用了 ICC 紧急仲裁员程序的案例, 下面本文将 以该报告的案例数据为样本, 结合数据挖掘分析法解析紧急仲裁员制度在过去六年中在 实践中展现出的独有特征。

3.1. 紧急仲裁员程序推进快

80 起申请紧急仲裁员救济案件中, 在 24 小时内被秘书处核准并推进紧急仲裁员这一程序的有 78 起, 通过率高达 97.5%; 最终作出裁决案件有 70 件, 裁决率高到 87.5%; 在作出裁决的 70 起案件中, 47% 的案件是在 15 天内作出裁决, 46% 的案件在 16 至 19 天内作出裁决, 剩下 7% 的案件在 20 至 30 天之间作出裁决。

对比诉讼案件的审判程序时间, 可以发现, 在最慢不到 30 天的时间里, 紧急仲裁员程序就从申请核准到作出了裁决, 程序反应的迅捷性确实是商业仲裁的优势之一。

3.2. 救济成功率不高

根据报告显示, 最终只有 29% 的申请能被给予救济。80 起紧急仲裁员申请案件中, 总共产生了 69 起裁决令, 其中 19 项裁决令驳回了紧急仲裁员申请, 其驳回的理由是全部或部分基于采取的紧急措施涉及违反管辖权或不具备可受理性; 在 59 起考虑案件实质内容的裁决令中, 紧急仲裁员完全驳回了 36 起救济申请; 紧急仲裁员全部或者部分同意了 23 起救济申请, 但只在 8 起案例中同意了所有紧急救济请求。

¹ICC Arbitration and ADR Commission, Report on Emergency Arbitrator Proceedings, available at: <https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2019/03/icc-arbitration-adr-commission-report-on-emergency-arbitrator-proceedings.pdf>, 2023-09-07.

尽管报告认为这一结果并不令人惊讶, 毕竟就临时救济本质而言, 它本来就只能在特殊的情况下适用, 但是相较于向各国法院系统申请临时救济的成功率而言, ICC 紧急仲裁员程序的申请成功率毫无疑问并不占优势。

3.3. 救济种类分析

在报告中提到的 51 起案件中, 申请的是在仲裁庭组成之前维持现状的命令, 在大多数情况下, 这类申请因为是为了保证获得最终裁决之需要而获得了支持。其他被寻求的救济包括恢复个人在公司中的职位, 从董事会或任命中免除某些个人, 召开股东会议, 通过董事会决议以及参加董事会会议(有的紧急仲裁员程序申请寻求多种形式的救济)。有 1 起案件, 当事人申请紧急仲裁员发出一项初步禁令, 维持分销协议的效力来保持现状。另有 23 起案件寻求的是实际履行系争合同。

此外, 有 10 起申请是寻求某种宣告形式的救济, 8 起是寻求临时付款, 7 起是寻求将资金转入托管账户, 6 起是寻求禁诉令。

3.4. 涉案金额广泛

在 ICC 报告中提到, 在这 80 起案件中的争议金额从大约 25 万美元到 200 亿美元不等, 平均每个案子的争议金额在 1.9 亿美元左右。

通过上面的这些数字我们可以看到, 紧急仲裁员诉讼程序不限于标的额高的案件, 即使是某些标的额小的案件, 当事人也愿意支付额外的费用来进行紧急仲裁员程序。当然这固然有当事人因为情况紧急需要采取保全措施来维护自身合法利益免受损失, 但我们也应该看到在这一阶段中的案件当事人为此付出的决心是非常坚定的。

3.5. 管辖权异议比例高

在 ICC 的紧急仲裁员制度中, 一旦仲裁院院长依据程序指定了紧急仲裁员, 则一般认为司法管辖权, 包括举证责任的分配等相关问题都在紧急仲裁员的自由裁量权范围之内。但需要注意的是, 对于管辖权的异议, 很多时候会涉及影响到对仲裁可受理性和适用性的争议。

许多情况下管辖权异议是在预审阶段或者双方早期的沟通交流阶段, 如果双方对此争议能够取得一致意见则此争议将获得解决, 如双方不能就此争议达成一致意见, 在后期的仲裁程序中, 管辖权问题将会是后期书面意见和辩论的争议焦点。

在 ICC 本次公布的报告中, 80 个申请紧急仲裁员制度的案件中, 有 33 个案件存在司法管辖权异议, 管辖权异议的比例达到了 41.25%, 可以看出这个比例已经是相当高的了。

3.6. 紧急仲裁员裁令执行难

因为被《纽约公约》所承认与执行的仲裁裁决是“最终裁决”, 但是紧急仲裁员做出的却大多是临时裁决; 而待仲裁庭成立之后, 临时裁决亦有可能被推翻, 故而临时裁决难以得到普遍的承认与执行。

在这个报告中所调查的各国(地区)法律中, 只有中国香港、新加坡明确规定了紧急仲裁员的决定的可执行性²。目前关于各国法院是否有权强制执行紧急仲裁员所作决定的判例甚少, 一些人认为紧急仲裁员所作决定不具备《纽约公约》要求的终局性。尤其是决定只具有命令的地位, 在正式的仲裁庭组成之后, 仲裁庭就可重新审视此命令并予以推翻。

因此, 考虑到目前通过紧急仲裁程序获得的决定的可执行性, 如若存在过于激烈的争议纠纷或有理由怀疑被申请人不会自愿遵守命令时, 不宜使用该程序。

² 《中国香港特别行政区仲裁条例》第 22B(1)条、《新加坡国际仲裁法》第 12(6)条。

4. 紧急仲裁员制度存在的问题

4.1. 实质指引缺乏导致裁决不确定性

紧急仲裁员程序规定,“一方当事人需要不待组成仲裁庭而采取紧急临时或保全措施的”,可采取该等措施(ICC 仲裁规则第 29 条)。因此,依据 ICC 仲裁规则,紧急仲裁员得作出临时紧急命令的主要条件是在所寻求的救济是“紧急”的且“不待仲裁庭组成”的。《国际商会紧急仲裁员命令清单》是向紧急仲裁员们发布的指引,它进一步规定,在确定这些标准时,紧急仲裁员应考虑该程序申请的可受理性/管辖权。除此之外,没有关于紧急性、可受理性和管辖权问题的实质性指引可供紧急仲裁员参考。因此,正如报告明确承认的那样,紧急仲裁员程序的裁决“非常不统一”。

4.2. 司法机关对紧急仲裁裁决的排斥

各国的司法机关是都是争议解决的最后一道救济途径,因此司法机关倾向于对于受理的争议在经过特定程序后都能够有确定的解决结论。即使司法机关将部分裁决权力让渡给了仲裁,但对于仲裁机关的裁决结果,司法机关也认定为必须是确定性、终局性,从而方可解决争议,具备可执行性。

而正如上文所述紧急仲裁员做出的多为临时裁决,仲裁庭成立之后,临时裁决亦有可能被推翻,因此司法机关出于稳定性和可执行性的角度出发,其对紧急仲裁员做出临时裁决天然具有一种排斥性。因为哪怕紧急仲裁员做出的临时裁决最终被仲裁庭认可,但如果对方当事人不认可临时裁决,主动履行,那么在当事人申请司法机关强制执行临时裁决的这一时刻,临时裁决的效力是不确定的,司法机关对于效力不确定的裁决是排斥采取强制执行措施的。

4.3. 适用范围上存在限制

从 ICC 报告统计的 80 起案件来看,当事人在发生跨国商事争议后,出于对于保护自身合法权益的紧迫性,当事人其实是很愿意采用紧急仲裁员制度的。但从该 80 起案件亦可以看出,紧急仲裁员制度存在适用范围上的限制:一是,紧急仲裁员制度通常适用于合同争端,特别是在商业领域。它们不适用于所有类型的争端,如刑事案件或公共国际法争端。二是,紧急仲裁员制度主要适用于具有紧急性质的争端。这通常包括需要立即采取措施以防止不可逆转的损害或损失的情况。如果争端没有明显的紧急性,紧急仲裁员制度可能不适用。

因此,并不是所有类型的紧急问题都适合通过紧急仲裁员解决。某些争端可能需要更多的时间和程序来进行调查和裁决,而紧急仲裁员可能无法满足这些需求。所以紧急仲裁员制度具有一定的适用范围限制,并不适用于所有类型的争端。

5. 紧急仲裁员制度的改善建议

5.1. 明确制度指引并提供相应培训

国际仲裁机构可以发布明确的指南和准则,以规范紧急仲裁员的行为和决策。这些准则可以包括处理紧急情况的最佳实践案例、时间要求、决定的可上诉性等,形成具备共同行为准则的制度指引。

仲裁员就是作出临时措施的“自然法官”[3],因此为仲裁员提供专门培训,来帮助紧急仲裁员更好地理解紧急情况下的案件处理方式;以及建立包含具有不同专业知识和经验的紧急仲裁员的数据库,以便仲裁机构可以更好地匹配仲裁员与特定类型的紧急案件。

5.2. 确保仲裁裁决得到有效执行

可以这么说,紧急临时措施的执行就是适用紧急仲裁员程序的延伸,一个紧急仲裁员的决定没有执

行力, 那么该制度的存在、程序的引入与适用将失去意义。对此, 关键就是要保证紧急仲裁员命令的可执行性[4]。

首先需要确保紧急仲裁员的仲裁裁决符合国际公约和国内法律的要求, 以便容易在国际范围内执行。同时, 扩大支持和参与国际执行公约, 如纽约公约, 以确保仲裁裁决在签署国家之间得到更容易的执行。

另外, 各仲裁机构也应当在裁决执行过程中提供协助, 包括向执行法院提供相关文件和信息, 以便当事人更好地与执行法院进行沟通, 从而更有利于当事人申请执行。

此外, 也可以尝试利用区块链和智能合约等新技术, 提高仲裁裁决的可追踪性和执行效率。因为区块链技术本质上属于数字技术, 由哈希算法、数字签名、共识算法、智能合约、点对点网络组成[5], 一种分布式的可靠安全数据库(账本) [6], 有分布式存储、难以篡改、可追溯性、可自动执行等技术特性, 对于跨国商业合同发生争议后的提高紧急仲裁员裁定的执行有着较大作用, 可以规避跨国法院系统执行困难的作用。

这些措施有助于加强紧急仲裁制度中仲裁裁决的执行机制和效率, 确保它们得到有效执行, 从而增强了仲裁的可行性和吸引力。各方在仲裁过程中也应合作, 遵守国际仲裁规则, 以提高执行的顺利程度。

5.3. 在合同中明确紧急的定义, 确保紧急仲裁员制度得以适用

在合同中明确定义什么情况被视为紧急非常重要, 这可以帮助避免滥用紧急仲裁程序, 并确保其适用于真正紧急的情况。明确定义紧急情况可能包括支付违约、知识产权侵权等, 如此才能进入紧急仲裁员程序。

同时, 也建议明确紧急仲裁的程序规则, 以确保合同中包含了紧急仲裁的详细程序规则, 包括仲裁员的选择、案件审理时间表、证据提交等, 这将有助于确保争议能够迅速高效地解决。

同时, 合同可以包含滥用紧急仲裁程序的防范措施, 以防止当事人滥用该程序来拖延正常仲裁程序, 可以在合同中明确包括费用分摊、滥用投诉的后果等条款内容。

6. 综论

紧急仲裁员制度是一种有助于解决紧急性较高的争议的仲裁程序, 能为当事人在面临国际商业纠纷时提供快速的法律解决方案。通过引入紧急仲裁员程序, 在仲裁庭未组建前, 赋予紧急仲裁员同仲裁庭同等的临时措施发布权, 能够很好地保障当事人的财产安全以及精神状况, 实现仲裁庭共享法院临时救济权优势的延续[7]。但制度也存在一些挑战和限制, 包括缺乏统一的实质指引、跨国执行困难、适用范围有限等问题。

但在国际化交流仍然是未来世界发展不可或缺的情形下, 我们相信国际仲裁机构将会进一步交流与发展, 必然也会带来紧急仲裁员制度的更新与指引的确定; 当事人通过审慎的合同选择, 明确程序规则, 以及在合同中明确定义何种情况下可以使用紧急仲裁, 紧急仲裁员制度将会进一步发挥其价值, 成为跨国商业活动中更加便捷有力的法律解决工具。

参考文献

- [1] 任明艳. 国际商事仲裁中仲裁员发布临时性保全措施问题[J]. 北京仲裁, 2007(1): 82-94.
- [2] Baigel, B. (2014) The Emergency Arbitrator Procedure under the 2012 ICC Rules: A Juridical Analysis. *Journal of International Arbitration*, 31, 1-18. <https://doi.org/10.54648/JOIA2014001>
- [3] Berger, K.P. (1999) Set-Off in International Economic Arbitration. *Arbitration International*, 15, 53-84. <https://doi.org/10.1093/arbitration/15.1.53>
- [4] 何定宇. 紧急仲裁制度下临时措施的可执行性研究[J]. 法学研究, 2017(6): 125-126.

- [5] 张亮, 李楚翘. 区块链经济研究进展[J]. 经济学动态, 2019(4): 112-124.
- [6] 孙国茂. 区块链技术的本质特征及其金融领域应用研究[J]. 理论学刊, 2017(2): 58-67.
- [7] Born, G.B. (2006) *International Commercial Arbitration: Commentary and Materials*. *Kluwer Law International*, **49**, 52-58.