

大灣區商事仲裁保全司法協助機制： 問題與建議

吳學艇*

摘要 大灣區商事仲裁作為非訴訟糾紛解決機制的重要組成，既是實踐“一國兩制”的重要平臺，又是大灣區融合發展的法律支撐。商事仲裁的發展離不開司法輔助、司法保障和司法促進，隨著大灣區建設的深入推進，商事仲裁跨境實踐產生了加大司法支持力度的緊迫需求。對照之下，現行仲裁保全互助的制度框架存在整體化設計不足、精細化程度不高的缺陷，實踐中還存在一些亟需打通的阻滯環節，協調機制滯後于大灣區跨境仲裁的發展需要。本文從制度和實踐層面，分析了現行仲裁保全司法協助機制在適用條件、保全措施範圍、保全程序等方面存在的問題，提出了解決方案。

關鍵詞 大灣區 商事仲裁 保全 司法協助

大灣區商事仲裁作為非訴訟糾紛解決機制的重要組成，既是實踐“一國兩制”的重要平臺，又是大灣區融合發展的法律支撐。商事仲裁的發展離不開司法輔助、司法保障和司法促進，最高人民法院與香港和澳門分別簽署了有關仲裁司法保全的安排，在司法支持、促進和保障跨境商事仲裁方面邁出了關鍵性步伐。但隨著大灣區建設的深入推進，商事仲裁跨境實踐產生了加大司法支持力度的緊迫需求。對照之下，現行仲裁保全互助的制度框架還存在整體化設計不足、精細化程度不高的缺陷，實踐中還存在一些阻滯環節，不利於促進大灣區跨境仲裁的協調發展，有必要從制度和實踐層面梳理、查找問題並提出解決方案。

一、大灣區商事仲裁保全跨境司法協助的實踐

商事仲裁是以意思自治為基礎的解決糾紛的私力程序，但卻具有公力效力，是一種“可以產

* 吳學艇，法學博士，珠海國際仲裁院黨組副書記、副院長，廣東省法學會金融法學研究會副會長，珠海市法學會副會長。

生公共後果的私人程序”^[1]，正因為其“半公半私”的屬性^[2]，以法院司法權為代表的公權力介入成為各國商事仲裁制度的組成部分。司法權的介入通常為監督和協助兩種方式，隨著國際商事仲裁制度的發展，“法院的監督和干預明顯減弱，法院更強調對國際商事仲裁的支持與協助”^[3]。保全機制是司法支持和協助仲裁的一項重要措施，是民事訴訟制度和仲裁法律制度的重要組成。商事仲裁基於其民間性特徵，具備法律適用選擇性大、程序運行靈活度高、規則慣例國際性強等特點，在推進大灣區制度對接、規則銜接方面具有獨特的優勢和作用，通過跨境仲裁保全制度的建立和完善，能強化仲裁服務大灣區發展的特有功能。

（一）大灣區商事仲裁跨境保全司法協助的制度需求

保全制度在商事仲裁中起輔助性的作用，但這種作用十分重要，有時候甚至是影響當事人決定提起仲裁的關鍵性因素。日本學者認為：“在涉外案件中，構建適時且有實效的保全措施的必要性，要比國內案件還要大得多”^[4]。從廣東省珠海市的數據來看，有約三分之一的商事仲裁當事人申請了保全^[5]，有數據顯示，大灣區內一些城市商事仲裁保全的平均標的和適用的比例略高於民事訴訟案件^[6]。

儘管國際商法具有一定的超越國家法律體系的自治性^[7]，可是“就世界範圍來看，商法在許多方面還存在著相當程度的差異”^[8]。在商事仲裁領域，《承認和執行外國仲裁裁決公約》《國際商事仲裁示範法》等國際條約或推廣性文件在統一商事仲裁法律制度上發揮了巨大的作用，但不同的國家或者不同的法域根據自身的法制傳統和法律框架，又作了不盡相同的商事仲裁制度安排。涉及到商事仲裁保全制度，國際上並無統一的或者相對統一的定義或概念，“民事保全措施是一項從名稱開始就存在差異的救濟措施”^[9]。《國際商事仲裁示範法》將民事保全措施稱為臨時措施，但“無論是我國還是他國的民事訴訟法典，乃至歐盟規範和國際協定均未能對臨時措施作出確切定義”^[10]。大灣區地處三個法律體系的交匯點，在商事仲裁保全制度方面體現出巨大差異，根據《香港仲裁條例》第45條的規定，與保全相對應的概念是臨時措施，根據《澳門仲裁法》，由法院命令採取的防範措施稱為保全措施，由仲裁庭命令採取的防範措施稱為“臨時措施”，但最高人民法院與香港和澳門分別簽署的兩個安排則統稱為保全（為方便論述，本文保全、臨時措施的表述指同一概念），制度的差異給商事仲裁的跨境發展帶來障礙，為此，在大灣區發展戰略的框架之

[1] 艾倫·雷德芬、馬丁·亨特等：《國際商事仲裁法律與實踐》，林一飛、宋連斌譯，北京大學出版社2005年版，第12、147頁。

[2] 法國學者認為：“仲裁的全部合理性，植根於這一制度的雙重性：從起源上來說，它具有協議性；從目的上來說，它具有司法性”。參見洛伊克·卡迪耶：《法國民事司法法》，楊藝寧譯，中國政法大學出版社2010年版，第686頁。

[3] 于喜富：《國際商事仲裁的司法監督與協助——兼論中國的立法與司法實踐》，知識產權出版社2006年版，第54頁。

[4] 本間靖規、中野俊一郎、酒井一：《國際民事訴訟法》，柴裕紅譯，商務印書館2020年版，第152、153頁。

[5] 以珠海國際仲裁院2023年數據為例，保全案件數占該院受理案件總數的32%。

[6] 筆者在大灣區某市某城區法院瞭解到，2023年該院全年共收保全案件6762件，占民事初審案件總數的30%，保全總標的159億，保全平均標的235萬，其中仲裁保全案件290件，保全標的7.7億，保全平均標的266萬。

[7] 有學者認為：“自治性是國際商法（商人法）的一個首要的和顯著的特徵”，而國際商事仲裁在其中扮演著“主要支柱”的角色。參見向前：《國際商法自治性研究》，法律出版社2011年版，第57、162頁。

[8] 勒內·達維：《英國法與法國法：一種實質性比較》，潘華仿、高鴻鈞、賀衛方譯，清華大學出版社2002年版，第163頁。

[9] 張文亮：《國際民事訴訟中的臨時措施研究》，博士學位論文，武漢大學法學院2015年，第8頁。

[10] 周翠：《中外民事臨時救濟制度比較研究》，清華大學出版社2014年版，第1頁。

下，有必要就商事仲裁保全的司法互助作出適當的制度安排。

需要注意的是，內地與港澳有關司法協助的安排均在國家法律制度層面予以推進，內地與港澳協助仲裁保全安排也由最高人民法院與港澳分別簽訂，但從大灣區的發展定位來看，建設“內地與港澳深度合作示範區”是大灣區建設的目標和使命，把堅持“一國”原則和尊重“兩制”差異有機結合起來，堅守“一國”之本，善用“兩制”之利，是大灣區建設必須秉持的基本原則，可以說，大灣區是“一國兩制”實踐最為重要的區域。從2022年的統計數據來看，全國辦理涉香港的仲裁案件1228件，涉澳門的仲裁案件199件^[11]，其中廣東省仲裁機構辦理的涉香港案件達626件，占全國總數的51%，辦理的涉澳門案件達180件，占全國總數的90%，廣東涉港澳案件又集中在廣州、深圳、珠海三地仲裁機構。數據表明，大灣區是內地與港澳協助仲裁保全的重要實踐場所，其制度需求和法律實踐中的問題均具有典型性和代表性。考慮到相關制度的完善、創新只能在國家法律制度的層面統籌，其結果也不僅僅針對大灣區，通常還會輻射到全國範圍，大灣區的廣東區域在法域概念上附屬於內地，因此，本文在論及仲裁保全司法協助時，“內地與港澳”的表述與“大灣區”的表述具有同等意義。

此外，《關於內地與香港特別行政區相互執行仲裁裁決的補充安排》規定，“有關法院在受理執行仲裁裁決申請之前或者之後，可以依申請並按照執行地法律規定採取保全或者強制措施”。

《關於內地與澳門特別行政區相互認可和執行仲裁裁決的安排》第十一條規定，“法院在受理認可和執行仲裁裁決申請之前或者之後，可以依當事人的申請，按照法院地法律規定，對被申請人的財產採取保全措施”。這些規定都涉及到了保全，可以視為是保全互助機制在執行階段的延伸，鑒於這一機制是在執行程序中體現，本文所探討的保全互助的共通性問題也可運用於這一環節，因此不再對其單獨分析和討論。

（二）大灣區商事仲裁跨境司法保全的實踐

2019年4月，最高人民法院和香港特別行政區政府律政司簽署《關於內地與香港特別行政區法院就仲裁程序相互協助保全的安排》（以下簡稱《香港仲裁保全安排》）；2022年2月最高人民法院和澳門特別行政區政府行政法務司簽署《關於內地與澳門特別行政區就仲裁程序相互協助保全的安排》（以下簡稱《澳門仲裁保全安排》）。

根據《香港仲裁保全安排》，香港律政司公佈了7家合資格申請保全措施的機構及常設辦事處名單^[12]。《香港仲裁保全安排》自生效以來，截止2023年10月，香港的仲裁機構已經處理了超過100件安排項下的保全申請，包括財產保全、證據保全和行為保全。仲裁保全申請覆蓋內地27個城市35家中級人民法院，其中獲得批准的財產保全申請所涉財產價值達157億元人民幣^[13]。向內地人民法院申請仲裁保全的香港仲裁案件，主要來自於香港國際仲裁中心，據相關資料顯示，

[11] 中國國際經濟貿易仲裁委員會主編：《中國國際商事仲裁年度報告（2022-2023）》，法律出版社2023年版，第8-9頁。

[12] 香港律政司公佈合資格申請保全措施的機構及常設辦事處名單包括：香港國際仲裁中心、香港海事仲裁協會、華南（香港）國際仲裁院、一邦國際網上仲調中心、亞非法協香港區域仲裁中心、中國國際經濟貿易仲裁委員會香港仲裁中心、國際商會國際仲裁院亞洲事務辦公室。參見https://www.doj.gov.hk/tc/community_engagement/press/20230331_pr1.html，最後訪問日期：2024年5月2日。

[13] 李兆娣：“2023年香港仲裁週‘兩地保全安排四週年：回顧與展望’研討會在香港舉辦”，法治日報-法治網，http://www.legaldaily.com.cn/Arbitration/content/2023-10/18/content_8915029.html，最後訪問日期：2023年12月13日。根據香港國際仲裁中心官方網站發佈的最新數據，自《安排》於2019年10月頒行至2023年底，HKIAC共處理105例保全申請，其中99項為財產保全，2項為證據保全，4項為行為保全，並獲悉內地法院裁定准許保全金額達158億人民幣。參見HKIAC發佈2023年數據：HKIAC官網，<https://www.hkiac.org/zh-hans/node/3307>，最後訪問日期：2024年5月2日。

截止 2023 年 7 月，貿仲香港仲裁中心只處理了 1 宗安排項下的保全申請^[14]。

截至 2022 年底，香港國際仲裁中心 (HKIAC) 獲悉內地法院發佈了 58 項裁定。在這 58 項裁定中，有 54 項批准了申請人提供擔保的財產保全申請，有 4 項被駁回^[15]。目前筆者尚未收集到內地仲裁案件當事人向香港法院請求協助保全的案件數量、獲支持或者被駁回的情形等數據。

因《澳門仲裁保全安排》實施的時間不長，且澳門商事仲裁機構所辦案件數量還很少，目前尚無澳門仲裁機構所辦案件的當事人向內地法院請求協助保全的情形，據瞭解，也還沒有內地當事人基於《澳門仲裁保全安排》請求澳門法院協助保全的案例。

以上數據表明，大灣區跨境協助仲裁保全所涉保全財產價值巨大，涉及的保全法院數量眾多，兩個安排為打通內地與港澳因仲裁制度差異而形成的阻滯發揮了重要作用。

二、現行仲裁保全司法協助機制在適用條件上的衝突

《香港仲裁保全安排》於 2019 年 10 月生效，《澳門仲裁保全安排》於 2022 年 3 月生效，目前，香港和澳門之間尚無相互協助仲裁保全的制度安排。兩個安排雖然有很高的相似度，但又體現出一定的獨立性和差異性，其中在適用條件上作了不同規定。立足大灣區仲裁實踐的視角，適用條件上的差異在應用時存在一些問題，會折損兩個安排的實際效果，不足以為大灣區建立司法保障仲裁協作機制提供充分支撐。

根據《香港仲裁保全安排》規定，在香港，以香港特別行政區為仲裁地，並且由香港特別行政區政府向最高人民法院提供並經雙方確認的仲裁機構或者常設辦事處辦理的仲裁案件，當事人可以依據安排尋求內地法院協助保全。在內地，所有仲裁機構均能依據該安排向香港法院尋求協助保全。簡單說，在香港，適格的當事人以仲裁地和特定仲裁機構兩個要素確定；在內地，只以內地仲裁機構一個要素確定。

根據《澳門仲裁保全安排》規定，安排項下的案件，在澳門是指按照澳門特別行政區仲裁法規向澳門特別行政區仲裁機構提起民商事仲裁程序的案件。在內地是指依據《中華人民共和國仲裁法》向內地仲裁機構提起民商事仲裁程序的案件。簡單說，在澳門，適格的當事人以澳門仲裁法和澳門仲裁機構兩個要素確定；在內地，以內地仲裁法和內地仲裁機構兩個要素確定。

由此兩個安排共涉及到保全法院地^[16]、仲裁地、香港仲裁機構、澳門仲裁法律、澳門仲裁機構、內地仲裁法律、內地仲裁機構等連接點。安排的出台針對的是單線的內地與香港或者內地與澳門的案件關聯性，但當上述連接點在三個法域發生混合時，會出現兩個安排不能覆蓋或產生衝突的情形，下面分別考察分析：

(一) 內地與香港協助機制適用條件的問題

1. 仲裁地在內地，仲裁機構在香港，保全財產在內地的情形

因仲裁地不在香港，不具備適用條件，這種情形無法適用安排。既然仲裁地在內地，能否直

[14] 參見“貿仲香港仲裁中心首次依據《保全安排》向內地人民法院轉遞財產保全申請”，貿仲上海分會，https://mp.weixin.qq.com/s/?__biz=MzUyMzQyNTQ2OA==&mid=2247489572&idx=5&sn=46622b259b003dfc04d407f3a0069a19&chksm=fa3d9bf7cd4a12e12952595596f1a42ed89377b44290f81d2ed1f98b5e18545e04bbe24351bd&scene=27，最後訪問日期：2023年12月13日。

[15] 參見HKIAC官網，<https://www.hkiac.org/zh-hans/about-us/statistics>，最後訪問日期：2023年12月13日。

[16] 保全法院是指基於保全財產所在地、保全行為實施地、保全證據所在地等因素而擁有管轄權的法院，為方便分析，本文以保全財產所在地舉例。

接向內地人民法院申請保全呢？依據內地《仲裁法》和《民事訴訟法》的相關規定，內地人民法院只能受理內地仲裁機構轉遞的仲裁保全申請，因此，人民法院沒有受理前述保全申請的依據^[17]。境外仲裁機構以內地為仲裁地開展的仲裁活動受什麼法律規制，內地法律並無明確規定。《全國法院涉外商事海事審判工作座談會會議紀要》第100條指出：“境外仲裁機構以我國內地為仲裁地作出的仲裁裁決，應當視為我國內地的涉外仲裁裁決。當事人向仲裁地中級人民法院申請撤銷仲裁裁決的，人民法院應當根據仲裁法第七十條的規定進行審查；當事人申請執行的，根據民事訴訟法第二百八十一條的規定進行審查”，但這一意見只涉及仲裁裁決的定性，並未明示仲裁活動也視為內地的涉外仲裁活動，從而得到相應的司法支持。因此這種情形已經形成制度空白，成為跨境仲裁的阻礙因素。

2. 仲裁地在澳門，保全財產在內地，仲裁機構在香港的情形

這種情形無法依據安排的規定向內地法院申請保全，因為既不符合《香港仲裁保全安排》中仲裁地為香港的要件，也不符合《澳門仲裁保全安排》中澳門仲裁機構的要件，同樣形成制度空白，是推進大灣區法治協調需要解決的問題。

概言之，只要保全法院地在內地，兩個安排的適用條件就不能交叉混合，否則就無法援引兩個安排予以保全支持。

(二) 內地與澳門協助機制適用條件的問題

1. 保全財產在內地，仲裁地在內地，仲裁機構在澳門的情形

這種情形下，若要適用《澳門仲裁保全安排》，必須具備該仲裁活動是依澳門仲裁法規開展的前提條件。通常理解，澳門仲裁機構的仲裁規則是在澳門仲裁法的框架下制定，當然是具備這一前提的，似乎無需證明。但對照法律規定會發現這種理解存在問題，《澳門仲裁法》第三條規定《澳門仲裁法》的強行性規範只適用於仲裁地在澳門的情形（即便當事人選擇了仲裁程序適用澳門仲裁法，仍然不能實現適用《澳門仲裁法》的實際效果，比如，指定仲裁員環節，如果仲裁地不在澳門，澳門法院無法介入指定仲裁員的活動中），因此，不以澳門為仲裁地的仲裁不符合“按照澳門仲裁法規……提起仲裁程序”的要件，不能適用《澳門仲裁保全安排》。需要指出，這種情形下的仲裁活動，也不能由內地仲裁法予以調整，因為內地《仲裁法》規定其適用範圍只及於內地仲裁機構開展的仲裁活動^[18]。實際上這種情形已經形成了仲裁法律適用範圍的消極衝突，即內地和澳門的仲裁法都不能適用。

2. 保全財產在澳門，仲裁地在內地，仲裁機構在澳門的情形

這種情形下的保全申請不能通過《澳門仲裁保全安排》獲得澳門法院支持，因為不具備內地仲裁法加內地仲裁機構的適用要件。但《澳門仲裁保全安排》第十條規定：本安排不減損內地和澳門特別行政區的仲裁機構、仲裁庭、仲裁員、當事人依據對方法律享有的權利。根據《澳門仲裁法》第十五條第四款的規定，不論仲裁地是否為澳門特別行政區，澳門法院均有管轄權命令採取與仲裁程序有關的保全措施，因此當事人可以通過該規定向澳門法院提出保全申請。

儘管《澳門仲裁保全安排》也要求當事人“證明權利受威脅以及解釋恐防受侵害的理由”，似乎與澳門民訴法的要求一致，但考慮到安排的初衷是要簡化程序，放寬要求，方便協助保全的司法

[17] 內地《仲裁法》第68條規定：涉外仲裁的當事人申請證據保全的，涉外仲裁委員會應當將當事人的申請提交證據所在地的中級人民法院。內地《民事訴訟法》第289條規定：當事人申請採取保全的，中華人民共和國的涉外仲裁機構應當將當事人的申請，提交被申請人住所地或者財產所在地的中級人民法院裁定。

[18] 在內地《仲裁法》的修改討論中，已經關注到了這一問題，在官方公佈的徵求意見稿中，已增加了仲裁地的連接因素。

程序的推進，因此不能使用安排還是會給跨境仲裁的當事人帶來不便利。

3. 仲裁地在香港，保全財產在內地，仲裁機構在澳門的情形

這種情形在尋求保全協助時存在障礙。如前所述，澳門仲裁機構的《仲裁規則》是依據澳門仲裁法律法規制定的，表面上看似似乎可以視為符合《澳門仲裁保全安排》的適用要件，但由於《香港仲裁條例》中的強行性規範適用於仲裁地在香港的仲裁，而《澳門仲裁法》中的強行性規範不適用於仲裁地在澳門以外的仲裁（即便當事人特別約定，也不能實現適用強行法的實際效果），因此適用《澳門仲裁保全安排》是有瑕疵的。儘管仲裁地在香港，但不符合《香港仲裁保全安排》的機構要件，也不能適用《香港仲裁保全安排》，導致兩個安排都不能用，留下了制度空白。

即便放寬解釋，將使用澳門仲裁機構的仲裁規則視為符合“按照澳門特別行政區仲裁法規”要件而適用《澳門仲裁保全安排》，由於仲裁程序適用《香港仲裁條例》的強行性規定，仲裁庭的組成是否正確、仲裁協議是否有效等問題受香港法院管轄，其作出的決定會影響到保全申請的正當性和合理性。

4. 仲裁地在澳門，仲裁機構在內地，保全財產在澳門的情形

這種情形不涉及安排適用問題，可依據澳門法律直接向澳門法院申請保全。但《澳門仲裁法》第三條規定了該法律適用於仲裁地在澳門特別行政區的仲裁，若無當事人的特別約定，內地仲裁機構的仲裁程序應受《澳門仲裁法》管轄，在仲裁依據內地仲裁機構的仲裁規則展開的情形下，以《澳門仲裁法》為參照，仲裁規則天然存在瑕疵，會出現仲裁法（強行法）和仲裁規則分離的情形，如果當事人以程序瑕疵為由提出抗辯，就會給保全的成功帶來一定障礙。

三、不同法域保全措施種類的差異對仲裁保全司法協助的影響

香港法屬普通法體系，澳門法屬歐洲大陸法體系，內地法律體系有自身傳統和特點，明顯區別於兩大法系，三個法域保全和臨時措施的種類差別較大，給跨境仲裁中當事人尋求保全司法協助帶來困難。

（一）香港法中強制令和臨時措施的種類

《香港仲裁保全安排》第一條規定，可向香港特區法院申請的保全包括“強制令以及其他臨時措施”，“以在爭議得以裁決之前維持現狀或者恢復原狀、採取行動防止目前或者即將對仲裁程序發生的危害或者損害，或者不採取可能造成這種危害或者損害的行動、保全資產或者保全對解決爭議可能具有相關性和重要性的證據”。從文義上看，後一句是對“強制令以及其他臨時措施”的目的性解釋，不能視為具體保全措施的列舉，最高人民法院專家在解讀安排時，進一步描述了在香港法院的保全範圍主要包括：要求當事人維持現狀或恢復原狀；採取行動防止目前或即將對仲裁程序發生的危害或損害，或不採取可能造成這種危害或損害的行動；提供保全資產；保全對解決爭議具有相關性和重要性的證據；頒發強制令以禁制當事人移走或以其他方式處理資產、防止損壞或侵入行為；頒佈命令指定財產接管人^[19]，雖然列舉進一步細化了，但仍然不足以明晰具體的保全措施種類，具體保全措施的種類還得從《香港仲裁條例》和《高等法院條例》（含《高等法院規則》）中去尋找依據。

[19] 姜啟波、周加海、司艷麗、劉琨：《〈最高人民法院關於內地與香港特別行政區法院就仲裁程序相互協助保全的安排〉的理解與適用》，載《人民法院報》2019年9月26日第3版。

普通法系的民事保全被稱為臨時救濟措施，以種類繁多為特色^[20]，香港地區沿襲了這一傳統。《香港仲裁條例》第 45 條規定了高等法院原訟庭擁有的採取臨時措施的權力，並通過援引第 35 條明確了臨時措施的具體種類；第 60 條規定了原訟庭就仲裁程序所具有的特別權力，這些權力包含了採取保全證據在內的相關措施。

《香港仲裁條例》第 35 條援用聯合國貿法會《國際商事仲裁示範法》的規定，列舉了四種類型的臨時措施，即：“(a) 在爭議得以裁定之前維持現狀或恢復原狀；(b) 採取行動防止目前或即將對仲裁程序發生的危害或損害，或不採取可能造成這種危害或損害的行動；(c) 提供一種保全資產以執行後繼裁決的手段；或 (d) 保全對解決爭議可能具有相關性和重要性的證據”^[21]，在援引《國際商事仲裁示範法》規定之外該條又補充解釋了臨時措施包括強制令，但對於強制令的概念、範圍，《香港仲裁條例》沒有做進一步的說明。香港《高等法院條例》正文部分共有二十處提到強制令，也未就強制令做出定義或解釋，包括強制令在內的臨時措施只能從具體規定中予以梳理。

香港《高等法院條例》與保全或臨時措施有關的規定主要有：原訟法庭施加押記令（第 20 條）、就債項作扣押（第 21 條）、禁止債務人離開香港（第 21B 條）、扣押債務人財產或其他貨物（21C）、對因欠交租金而藉訴訟沒收租賃權的濟助（第 21F 條）、禁制任何人擔當其無權擔當的職位的強制令（第 21J 條）、委任財產或土地權益接管人的強制令（第 21L 條第一、五項）、禁制轉移資產的強制令（第 21L 條第三項）、消除威脅的強制令（第 21L 條第四項）、對無理纏擾的法律程序的限制（第 27 條），此外，《高等法院條例》第 42 條規定的“原訟法庭的權力擴及命令披露文件、檢查財產等”，包含有原訟庭以命令的形式扣押文件、財產的內容。《高等法院規則》第 29 號命令中，規定了非正審強制令、財產的暫時保存、中期付款等內容，包括：標的物的扣留及保存、命令抽取樣本、出售易毀消的財產、儘早進行審訊、受留置權等規限的非土地財產的討回、對財產進行檢查、中期付款等；第 30 號命令規定了接管人的相關內容；第 43 號命令規定了帳目及查訊的相關內容。

上述高等法院條例和規則中涉及到的強制令及中間措施在司法機構的《實務指示》中進一步具體化，如《實務指示 11.1》詳細規定了“單方面、中期及非正審的濟助”的內容及程序，《實務指示 11.2》詳細規定了“資產凍結令 (Mareva Injunctions) 及容許查察令 (Anton Piller Orders)”的內容及程序。

根據《高等法院規則》第 43 號命令的規定，如果訴訟請求項包含要求作出帳目或者訴訟請求項涉及製備帳目的內容，則當事人可在令狀送達後請求法官作出相同內容的命令。從訴訟程序的階段看，這一請求仍處於非正審程序中，理論上說仍屬於一種中間措施，但《香港仲裁條例》第 60 條明確規定，如果當事人所請求的某種措施同時也是仲裁程序的標的，則法官可以拒絕該請求。

尚無充足的理由說明上述列舉的措施都能為《香港仲裁保全安排》所覆蓋，但有些措施已經得到判例的支持，如“頒佈命令指定財產接管人”措施。香港《高等法院條例》第 21L 條的標題為“強制令及接管人”，字面無法判斷該措施是否屬於強制令範疇，但最高法專家在解讀《香港仲裁保全安排》時將“頒佈命令指定財產接管人”列入香港保全措施的範圍^[22]，這一解讀以香港判例為依據。資料顯示：“2017 年，在中國國際經濟貿易仲裁委員會仲裁一起股權糾紛案件的過程中，當事人向香港特區法院申請委任臨時接管人並頒佈禁制令以禁止被申請人轉讓股權，香港特區法院

[20] 賀萬忠：《民事保全措施的國際私法協助問題研究》，世界知識出版社2022年版，第34頁。

[21] 《國際商事仲裁示範法》第17條。

[22] 姜啟波、周加海、司艷麗、劉琨：《〈最高人民法院關於內地與香港特別行政區法院就仲裁程序相互協助保全的安排〉的理解與適用》，載《人民法院報》2019年9月26日第3版。

作出 HCMP962/2017 號命令予以批准”^[23]。

有一些措施是否納入《香港仲裁保全安排》項下仍然存疑，例如中期付款措施。香港《高等法院規則》在 29 號命令中將“非正審強制令、財產的暫時保存、中期付款”並列，字面上和邏輯上均難以判斷中期付款能否被“強制令和臨時措施”覆蓋。香港《高等法院規則》第 73 號命令第 4 條規定，申請與任何在香港以外地方進行的仲裁程序有關的臨時措施時，應適用第 29 號命令中的相關規定，其中明確排除了儘早進行審訊（第 5 條）、受留置權等規限的非土地財產的討回（第 6 條）兩項措施，同時也未提及第 29 號命令中的中期付款措施可以適用。從這一規定來看，中期付款不在可適用的措施當中。高等法院原訟庭在 HKK 訴 N 案中，認為法院沒有命令中間付款的管轄權，但是根據《仲裁條例》第 35 條的規定，法院有權命令向法院付款^[24]，這樣的處理和解讀似乎是支持了半個中期付款請求。因此，在適用《香港仲裁保全安排》時，《香港仲裁條例》《高等法院條例》《高等法院規則》所提及的具有保全功效的措施是否都能得到香港法院的支持，只能以相應判例的出現方能最終確定。

通常認為，保全措施分為實體權利保護型和程序權利保障型兩大類，內地民事訴訟中的財產保全和行為保全對應第一類，證據保全對應第二類。香港民事訴訟中二者的劃分不十分清晰，根據《香港仲裁條例》第 60 條的規定，“原訟法庭可應任何一方的申請，就已在或將會在香港或香港以外地方展開的任何仲裁程序，作出命令：(a) 指示由仲裁庭、仲裁程序的一方或專家檢查、拍攝、保存、保管、扣留或出售任何有關財產；或 (b) 指示從任何有關財產檢走樣本，或對任何有關財產進行觀察或試驗”，這些權力中有一部分可以歸入上述第二類保全措施。然而《香港仲裁條例》第 45 條又明確了臨時措施不包括第 60 條所指的命令，是否意味著這些保全證據的措施不能得到法院支持呢？結論是否定的，也就是說不能將這些措施排除在保全措施範圍之外，因為《香港仲裁條例》第 35 條有“保全對解決爭議可能具有相關性和重要性的證據”的概括性規定，結合《高等法院條例》和《高等法院規則》的規定來看，類似保全證據的規定都在強制令和其他中間措施的覆蓋範圍。雖然規制法院權限的第 45 條和第 60 條的內容有所交叉，但並不構成衝突，這一問題在針對仲裁庭權限的第 35 條和第 56 條的規定中同樣存在。參考原香港高等法院原訟庭法官芮安牟的解釋，第 56 條（適用於仲裁庭）和第 60 條（適用於法院）是針對程序性事項的權力，仲裁庭或法官不能發佈禁制令，但交叉重疊部分則可借用第 35 條（適用於仲裁庭）和第 45 條（適用於法院）的規定，以禁制令的方式說明當事人實現濟助^[25]。

（二）澳門法中臨時措施的種類

《澳門仲裁保全安排》界定了保全的定義，即所稱的保全，“在澳門特別行政區包括為確保受威脅的權利得以實現而採取的保存或者預行措施”。而對“保存或者預行措施”的種類則無具體描述，需要借助澳門法律的規定予以確定。

《澳門仲裁法》第十五條沿用聯合國貿法會《國際商事仲裁示範法》的表述，規定“在仲裁程序開始前或進行期間，一方當事人向法院聲請採取保全措施，以及由法院命令採取該等措施，並不與仲裁協議相抵觸”。但未明確規定保全措施的種類，第三十六條規定了與《國際商事仲裁示範法》的表述相一致的仲裁庭可採取的臨時措施種類，但沒有明確規定法院採取保全措施種類是否與此相同。

[23] 同前注。

[24] See Samuel Wong & CK Kwong JP, “Hong Kong Arbitration Judgments and Commentaries”, Published by Hong Kong Institute of Arbitrators, 2023, p.135.

[25] 芮安牟：《淺談香港仲裁法》，陳星楠譯，法律出版社2014年版，第48、49頁。

澳門《民事訴訟法典》第三編將保全分為普通保全和特定保全兩種類型分別予以規定。其中，普通保全是指任何人有理由恐防他人對其權利造成嚴重且難以彌補之侵害，而特殊保全措施又不能適用時，為確保受威脅之權利得以實現，得聲請採取具體適當之保存或預行措施。普通保全措施的範圍規定得十分概括，澳門學者說：“基本上可以想到的方法都可以用，但須為事實上及法律上可能且不違背善良風俗”，“比如斷水斷電，不允許穿申請公司制服遊行示威”^[26]等。除此之外，澳門《民事訴訟法典》第三百二十六條規定了法院有權命令採取“非為所具體聲請採取之措施”。

特定保全措施則採取列舉方式，包括佔有之臨時返還、法人決議之中止執行、臨時扶養、裁定給予臨時彌補、假扣押、新工程之禁制、製作清單等七種。

佔有之臨時返還措施在侵權行為存在的情形下適用，具體規定為“遇有暴力侵奪之情況，佔有人得請求獲臨時返還其佔有；為此，須陳述構成佔有、侵奪及暴力之事實”^[27]。法人決議之中止執行適用於法人侵犯其成員權益的情形，即社團、合夥或公司作出違法或違反章程或成立文件的決議。臨時扶養適用於扶養給付的訴訟中。裁定給予臨時彌補是附屬於以死亡或身體受侵害為依據提起損害賠償訴訟中的一項措施。假扣押是對債務人相應財產臨時扣押用以擔保相應債權的措施。新工程之禁制在基於新工程、新工作或新勞務對他人造成損失或有造成損失的威脅時適用。製作清單是附屬於訴訟的一項措施，在有合理理由恐防文件遺失，或財產被隱藏或被浪費時適用。

對商事仲裁而言，上述七種措施中除假扣押、製作清單兩項措施外，其他措施主要涉及侵權行為和婚姻家庭法中的義務行為，不具有典型意義，一般情況下，甚至不具有真實的仲裁應用場景。因此，商事仲裁所尋求的保全措施屬於普通保全措施和特定保全中的部分措施。

（三）內地保全措施的範圍

內地的保全措施包括財產保全、行為保全和證據保全。內地《民事訴訟法》規定的財產保全措施是指查封、扣押、凍結或者法律規定的其他方法，但類似指定財產接管人的措施找不到可對應的法律規定，司法實踐中也沒有支持這種保全申請的先例。行為保全籠統規定為責令其作出一定行為或者禁止其作出一定行為。證據保全的範圍或種類沒有明確的法律規定，原則性地規定了“證據保全的其他程序，參照適用本法第九章保全的有關規定”。在商事仲裁實踐中，財產保全是常用到的保全措施，行為保全和證據保全的使用則較少^[28]。

內地《民事訴訟法》中規定了先予執行制度，類似於香港的中間付款措施和澳門的裁定給予臨時彌補措施，雖然先予執行與保全規定在同一章，但由於存在制度設計邏輯上的差異，是否能將先予執行歸入到保全措施中並無定論^[29]，在無明文規定的情況下，實踐中難以將先予執行納入兩個安排項下。

從內地仲裁制度來看，仲裁庭及當事人並無申請法院調取證據的權利，對涉及第三方的證據檢查、拍攝、觀察、試驗、扣留以及出售財產等程序性工作，如果不符合“證據可能滅失或者以後難以取得”的條件（仲裁前保全還必須具備情況緊急的條件），仲裁庭和當事人不能得到法院協

[26] 邱庭彪：《澳門民事訴訟法概論——宣告之訴》，社會科學文獻出版社、當代世界出版分社2019年版，第302、303頁。

[27] 《澳門民事訴訟法典》第338條。

[28] 筆者向相關部門瞭解到，廣東省法院系統2023年非訴保全總計40835件，其中財產保全40785件，行為保全12件，證據保全38件；珠海國際仲裁院2023年的仲裁保全案件共有442件，其中只有一件證據保全案件，沒有行為保全案件。

[29] 賀萬忠認為：由於不存在能為各國所普遍接受的民事保全措施的概念，在一些國家立法中所存在的與我國先予執行相類似的臨時支付令是否屬於民事保全措施，也存在爭議。賀萬忠：《民事保全措施的國際私法協助問題研究》，世界知識出版社2022年版，第73頁。

助^[30]。因此，對內地跨境仲裁案件而言，將上述措施納入保全協助機制的範圍，擴大了內地仲裁庭獲得司法支持的範圍，有助於增強大灣區仲裁有效解決跨境爭議的能力。

另一個實踐中的問題是香港民事訴訟中常用到的禁訴令（包括禁止仲裁令）能否納入內地行為保全的範圍。禁訴令制度起源於英國^[31]，理論上說，禁訴令在內地可歸入行為保全範疇，在香港可歸入強制令範圍（香港《高等法院條例》第27條）。從有關民事訴訟的案例來看，內地法院已有在知識產權和海事案件中適用禁訴令的嘗試，其中，有關知識產權的禁訴令適用的法律根據是《民事訴訟法》關於行為保全的有關規定，海事領域中禁訴令的依據是內地《海事訴訟特別程序法》中的海事強制令制度^[32]，至於境外司法機構的禁訴令，則多持不予承認的態度^[33]。那麼仲裁案件中的禁訴令能否納入兩個安排項下呢？若香港仲裁當事人通過《香港仲裁保全安排》向內地法院申請禁訴令，是否會得到支持呢？目前尚無審判案例可供參考。結合仲裁法和民事訴訟法的相關規定和慣常的司法態度來看，除知識產權領域和海事領域外，其他領域案件的禁訴令不應納入保全範圍，不能通過保全協助來解決。由於禁訴令涉及到仲裁協議效力和管轄權問題，如果符合請求人民法院確認仲裁協議效力和仲裁管轄權的相關規定，可通過提起訴訟來解決。事實上，香港的仲裁當事人如果通過香港法院取得禁訴令，同樣不能在內地人民法院得到執行，根據《關於內地與香港法院相互認可和執行民商事案件判決的安排》的規定，確認仲裁協議效力的裁定、保全裁定、禁訴令、臨時濟助命令均不在此《安排》的執行範圍內，並不能通過該安排得以執行。但內地仲裁案件的當事人意圖向香港法院尋求獲得禁訴令時，並不為《香港仲裁保全安排》所禁止，也不會被香港的民事訴訟制度所排斥。

（四）兩個安排中保全措施種類存在的問題

因為顧及到三個法域的獨立性，兩個保全安排並未對保全措施種類做統一規定。但大灣區商事仲裁實踐對通過司法協助消除制度阻隔的需求是緊迫的，兩個保全安排在保全措施的種類規定上還未能完全因應實踐中的困難。

內地民事訴訟中的保全種類的規定較為籠統、粗疏，很多措施能否使用只有在個案中提出具體申請時才能知道。作為普通法體系的香港民事訴訟制度，成文法系統不發達，雖然涉及程序問題時還是有成文法的規定，但從香港有關保全措施的規定來看，涉及條文多，規定較為零散，相關概念不夠明晰，不熟悉普通法體系的當事人在尋求仲裁程序中的保全協助時，會有較大的困惑和不便。澳門法律規定的保全措施範圍較為寬泛，但到底哪些措施能用，主要也取決於實踐中對於個案的司法判斷。由於三個法域基於不同的訴訟理念和採用不同的判斷尺度，會形成保全措施範圍上的不對等。此外，對指定財產接管人、禁訴令、中間付款、先予執行、裁定臨時彌補以及其他針對人或行為的保全措施，三地法律規定差異較大，仲裁當事人缺乏預判的基礎，增加跨境仲裁獲取司法幫助的實際困難。

[30] 內地仲裁制度的改革中，上海、廈門等地注意到了法院協助仲裁取證的問題，在地方性條例或者內部工作規範中規定了人民法院依據仲裁當事人的申請出具調查令的取證機制。

[31] 香港的禁訴令措施來源於英國，脫歐前，依照歐盟關於民商事管轄權法律規定即1968年《布魯塞爾公約》和《布魯塞爾條例》的規定以及歐盟法院的解釋，歐盟成員國法院不得作出禁訴令，限制在另一個歐盟成員國法院進行的訴訟。脫歐後，英國將不受此限制。參見《脫歐後，英國法院做出禁訴令是否不再受限？》，<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1719995455834622777&wfr=spider&for=pc>，最後訪問日期：2024年1月2日。

[32] 張衛平：《我國禁訴令的建構與實施》，載《中國法律評論》2022年第2期，第177、178頁。

[33] 2017年7月21日，武漢海事法院針對香港特別行政區高等法院（以下簡稱“香港高等法院”）出具了一份海事強制令，責令被申請人向香港高等法院申請撤回此前為其出具的禁訴令，這是內地司法機構針對境外禁訴令的首次回應，在這之前，內地司法機構對境外禁訴令多採取不予理睬的做法。

四、不同法域保全程序的差異對仲裁保全司法協助的影響

保全措施的應用需要一整套程序性規範及慣例予以支持，三個法域基於不同的司法習慣和制度體系，在形成各自特色的同時也產生了巨大的差異，一定程度阻滯了大灣區一體化發展目標下跨境仲裁保全的開展。

（一）關於仲裁前保全

內地與港澳的民事訴訟制度均支持仲裁前的保全，而兩個保全安排也都兼容仲裁前保全制度。但實際操作中，仲裁前的保內在內地法院很難得到實現，對於訴前（包括仲裁前）財產保全和證據保全，法院通常會以非情況緊急為由拒絕當事人的請求；對於訴前（包括仲裁前）行為保全，“申請難不僅是當事人的主觀感受，而且是切實存在於我國司法實踐中的現象和問題”^[34]，因此，內地仲裁前保全制度雖有民訴法的規定和兩個保全安排的再次強化，仍需司法政策的改變才能真實實現。實踐中，內地仲裁機構為了彌補當事人仲裁前保全的手段不足，會在立案後暫緩送達立案通知書至被申請人，為仲裁申請人留出一定時間辦理保全事宜，但這一做法與仲裁法的規定有所衝突。相比仲裁前保內在內地只具備理論上的可能性，香港和澳門地區仲裁前保全獲得批准的實際可能性更大。

此外，兩個安排項下的仲裁前保全同樣涉及到要素交叉的問題。如果獲取保全後，仲裁未按某一安排要求的時間和地點提起，但在另外兩個法域提起，那麼已經獲得的保全措施是否有效？比如，當事人在內地獲得保全協助時，依據的是將在香港申請仲裁的事由，但最終卻在澳門申請仲裁，或者直接就在內地申請仲裁，此時，該保全措施是否繼續有效？香港的現行機制解決了這一問題，香港《實務指示》要求，申請人在申請臨時措施時，需要承諾“如無法庭許可，原告人不會在任何其他司法管轄區向被告展開法律程序，也不會把因本司法管轄區之法庭命令所取得的資料作為在其他司法管轄區展開民事或刑事法律程序之用”^[35]。但對這一問題，兩個安排均未明確規定，形成了制度空白，並且由於兩個安排之間的聯繫尚未打通，涉及同時跨越粵港澳三地的保全措施，也不能通過兩個安排予以解決。

（二）關於保全必要性審查

從法律規定上看，三地對保全是否具有必要性均給法院（法官）留下審理和判斷的空間，但內地的做法通常是以擔保代替必要性審查^[36]。需要指出，《香港仲裁保全安排》和《澳門仲裁保全安排》均規定，當事人應提供包括如下內容的文件：“請求所依據的事實、理由和相關證據，包括關於情況緊急，如不立即保全將會使申請人合法權益受到難以彌補的損害或者將使仲裁裁決難以執行的說明等”，但這一要求僅僅是與內地現行法律規定的匹配，並不能理解為內地法院會因此而改變以擔保代替必要性審查的現狀。比較而言，仲裁程序開始後的財產保全申請，在內地較易獲得批准，但同時也存在當事人濫用保全制度的風險，尤其實踐中允許使用第三方出具的保函，更是賦予了當事人“以小博大”的手段。

仲裁保全申請在香港和澳門地區則需要經歷法官的審查判斷才有可能獲批，難度增加。

[34] 任重：《我國訴前行為保全申請的實踐難題：成因與出路》，載《環球法律評論》2016年第4期，第95頁。

[35] 參見香港《實務指示11.2》中“禁止處置在香港的資產”附表2“原告人對法庭的承諾”第8條的規定。

[36] 有學者指出：“在我國的民事保全訴訟程序尤其是財產保全中，保全的必要性這一保全訴訟程序獨有的實體要件基本上未得到法院應有的審查”。占善剛：《民事保全的必要性及其司法審查》，載《法學》2023年第10期，第145頁。

《香港仲裁條例》第四十五條規定了法院採取臨時措施必須以“該仲裁程序能引起一項可根據本條例或任何其他條例在香港強制執行的仲裁裁決（不論是臨時裁決或最終裁決）”為前提，第三十六條規定仲裁庭採取臨時措施的條件包括兩點：一是“不下令採取這種措施可能造成損害，這種損害無法通過判給損害賠償金而充分補償，而且遠遠大於准予採取這種措施而可能對其所針對的當事人造成的損害”；二是“根據索賠請求所依據的案情，請求方當事人相當有可能勝訴”，雖然第四十五條關於“法院下令採取臨時措施”部分並沒有援引上述第三十六條內容，但援引了第三十五條臨時措施種類的內容，可以認為該三十六條起碼具有參考意義。《香港仲裁保全安排》第七條要求當事人向香港法院提供的文件應當載明“被申請人就申請作出或者可能作出的回應以及說法”，“可能會導致法庭不批准所尋求的保全，或者不在單方面申請的情況下批准該保全的事實”，其用途就是供法官做必要性審查時參考。

實行普通法的國家及地區，其民事訴訟中臨時措施的處理原則和機制經歷了理論和實踐的演化過程，從而形成一套行之有效的機制和體系。有學者指出，在決定是否發佈臨時禁制令時，法官通常會考慮相關因素：一是存在一個有待審理的嚴肅問題，也就是說，“原告提起的訴並非瑣碎無聊或無理取鬧”；二是公正平衡，包括損害賠償能否補救以及對雙方權利和利益的適當平衡等；三是原告是否可能會勝訴。^[37] 這些因素的考量體現出了當今普通法地區保全適用的一般原則，香港高等法院原訟庭前法官芮安牟就香港民事訴訟中的臨時濟助問題也做了相類似的描述^[38]。

根據澳門《民事訴訟法典》的規定，法官在採取保全措施前需進行必要性審查，但澳門《民事訴訟法典》和《澳門仲裁法》都沒有直接規定法院拒絕採取保全措施的具體條件。《澳門仲裁法》只是在第四十五條和第七十一條中規定了法院拒絕認可和執行仲裁庭採取的臨時措施的條件，該條件與《紐約公約》第五條的要求完全一致，意味著在確認和執行臨時措施時採用了嚴格的審查標準。理論上說，澳門法院並不能直接依據《澳門仲裁法》的上述規定去審查是否批准保全措施。但從澳門《民事訴訟法典》第三百三十條第一款“法院須于命令採取保全措施前聽取聲請所針對之人陳述”的規定來看，如果保全措施針對的當事人以《澳門仲裁法》第四十五條所涉事項為由提出了抗辯，法院可以據此決定是否採取保全措施，此時《澳門仲裁法》第四十五條規定的條件從法定變為酌定。

內地與港澳在保全條件中所使用標準的差異造成獲取仲裁保全司法協助的難易程度不一，不利於公平和便利地推進跨境仲裁。

（三）關於仲裁庭採取的臨時措施

仲裁庭採取的臨時措施本質上也是一種保全機制，對保障仲裁程序的推進和仲裁裁決的執行發揮著舉足輕重的作用，在國際商事仲裁中運用廣泛。這些措施通常包括三種類型，其一為證據保全；其二為維持現狀；其三為確保終局裁決有效執行的措施^[39]。大多數國家或地區的法律均允許仲裁庭做出臨時措施的決定或發佈相關的命令，聯合國貿法會的《國際商事仲裁示範法》第十七條對此做了相應的規定。香港和澳門地區的仲裁法律採納了國際通行的做法，允許仲裁庭發佈臨時措施。內地《仲裁法》沒有賦予仲裁庭採取臨時措施的權力，內地主要仲裁機構在仲裁規則中加入臨時措施內容時，均附加上類似“符合仲裁程序所適用的法律”的前提條件。

儘管《國際商事仲裁示範法》第十七條的規定代表了法院和仲裁庭均有權採取臨時措施的一般趨勢，但二者的關係卻有不同的制度規定和實踐做法。在英國，法院行使這一權力通常在仲裁庭無

[37] 周翠：《中外民事臨時救濟制度比較研究》，清華大學出版社2014年版，第113、114頁。

[38] 芮安牟：《淺談新民事司法訴訟》，陳星楠譯，三聯書店（香港）有限公司2012年版，第57頁。

[39] 杜新麗：《國際商事仲裁理論與實踐專題研究》，中國政法大學出版社，2009年版，第143、146頁。

力行使該權力的情形下才有正當性，此外，如瑞士、美國俄亥俄州的法律均持相同立場^[40]，考慮到香港適用普通法的司法習慣，英國的做法會對香港法院在實踐中的態度產生影響。

如果仲裁庭已經做出某一臨時措施決定，則法院對仲裁程序的支持不再是重複保全，而是通過確認等方式賦予仲裁庭的臨時措施以強制執行的效力。在香港，“仲裁庭就仲裁程序而作出的命令或指示，不論是在香港或香港以外地方作出的，均可猶如具有同等效力的原訟法庭命令或指示般，以同樣方式強制執行，但只有在原訟法庭許可下，方可如此強制執行”^[41]。仲裁庭關於採取臨時措施的命令在香港法院許可後所產生的效力是否及於內地呢？答案是否定的，《關於內地與香港法院相互認可和執行民商事案件判決的安排》明確規定了判決的範圍“在香港特別行政區包括判決、命令、判令、訟費評定證明書，不包括禁訴令、臨時濟助命令”。

法院對外國仲裁的支持範圍各國立法始終存在著較大的差異，大多數國家立法明確規定法院僅對本國仲裁所作出的中間措施予以協助^[42]。我國香港和澳門地區的仲裁法律持支持境外仲裁中臨時措施的態度，是國際上少有的單方面支持外國（外地）仲裁臨時措施的立法模式，但在具體機制上港澳又有差異。《國際商事仲裁示範法》支持外國仲裁中的臨時措施，其承認和執行的機制與《承認和執行外國仲裁裁決公約》（《紐約公約》）的規定在核心內容上基本一致，因此有學者認為，按照《示範法》的態度，“仲裁庭就臨時性措施作出的裁決，可以作為《紐約公約》項下的裁決加以承認與執行”^[43]。國際商事仲裁實踐中，有案例顯示，一份關於臨時措施的決定或裁決，如果符合“由仲裁員作出”、“以終局方式解決或部分解決爭議”以及“具有約束力”三個要件，是可以成為《紐約公約》項下的裁決加以執行的^[44]。儘管如此，在是否將中間裁決納入《紐約公約》項下的問題上，“絕大多數國家還是將中間裁決與仲裁裁決區別對待”^[45]，在澳大利亞昆士蘭州的一個案件中，法院的解釋比較具有代表性，法院認為，仲裁庭發佈的禁令從本質上具有臨時性和程序性，不能構成《紐約公約》意義上的仲裁裁決^[46]。作為立法體例，採用《國際商事仲裁示範法》相關規定的國內法，通常也屬單方給與的支持仲裁措施，而非履行條約義務，香港和澳門地區的立法體例即是如此。澳門採用《國際商事仲裁示範法》的模式，將“確認和執行在澳門特別行政區以外作出的仲裁裁決”的相關規定准用於確認和執行仲裁臨時措施的部分。香港則採用另一模式，不區分仲裁是本地仲裁還是香港外的仲裁，統一規定了香港法院執行或拒絕執行臨時措施的程序。

在內地與港澳有關認可和執行仲裁裁決的安排中並不包括臨時措施。兩個保全安排將三地的保全請求全部納入直接向法院申請的渠道，一定程度避開了因法律制度差異而產生的衝突，但港澳仲裁庭作出的臨時措施得不到內地的司法支持，相反卻能得到《國際商事仲裁示範法》影響下的國家或地區的司法支持，不符合大灣區對標國際規則和慣例的發展要求。此外，比較之下，認可和執行一般並不涉及過多的實質性審查^[47]，直接審批則需全面審查，兩個保全安排並未達到區際司法協

[40] 艾倫·雷德芬、馬丁·亨特：《國際商事仲裁法律與實踐》，林一飛、宋連斌譯，北京大學出版社2005年版，第359、360頁。

[41] 《香港仲裁條例》第六十一條。

[42] 杜新麗：《國際商事仲裁理論與實踐專題研究》，中國政法大學出版社2009年版，第167頁。

[43] 趙秀文：《國際商事仲裁現代化研究》，法律出版社2010年版，第237頁。

[44] 中國國際仲裁30人編著：《1958年〈承認和執行外國仲裁裁決公約〉（〈紐約公約〉）理解與適用》，法律出版社2020年版，第10-13頁。

[45] 杜新麗：《國際商事仲裁理論與實踐專題研究》，中國政法大學出版社2009年版，第171頁。

[46] 同前注。第173頁。

[47] 如《澳門仲裁法》第45條第3款規定：“收到確認或執行請求的法院不得在裁決中重新審查臨時措施的理由。”

助應更為簡單和便利的效果。

(四) 關於臨時仲裁中的保全

臨時仲裁是機構仲裁的對稱，指雙方當事人不經過常設仲裁機構，直接推選仲裁員臨時組成仲裁庭進行的仲裁，二者以是否由機構管理仲裁案件為分水嶺。當代具有代表性的商事仲裁立法大都兼容臨時仲裁和機構仲裁兩種形態。雖然臨時仲裁並非仲裁實踐中的主流形態，但“即使在目前常設仲裁機構遍佈世界各地的情況下，仍有相當數量的爭議被交付臨時仲裁解決”^[48]。從《國際商事仲裁示範法》到《紐約公約》，其所稱的仲裁都包含臨時仲裁，我國香港和澳門地區的仲裁法律制度與國際接軌，均支持臨時仲裁。但內地沒有臨時仲裁制度，內地《仲裁法》只適用於機構仲裁，不適用於臨時仲裁。由於《香港仲裁保全安排》和《澳門仲裁保全安排》均以機構仲裁為適用要件，因此臨時仲裁的情形不在兩個安排的適用範圍內。

香港和澳門的民事訴訟制度在保全問題上對仲裁的支持是較為全面和典型的^[49]，對於臨時仲裁中仲裁庭採取的臨時措施，其法律機制不與機構仲裁相區分，甚至也不區分本地仲裁與外地仲裁，一概予以支持^[50]。雖然內地《仲裁法》不適用於臨時仲裁情形，但依據最高人民法院2016年發佈的《關於為自由貿易試驗區建設提供司法保障的意見》，允許自由貿易試驗區當事人有條件地使用臨時仲裁方式解決爭議^[51]，2023年上海市人大常委會通過的《上海市推進國際商事仲裁中心建設條例》第二十條規定：“本市按照國家部署，探索在具有涉外因素的商事、海事領域，可以約定在上海、按照特定仲裁規則、由特定人員進行臨時仲裁”，2024年7月1日施行的《海南自由貿易港國際商事仲裁發展若干規定》也規定了臨時仲裁的內容，廣東省人大常委會2024年9月26日通過的《關於加強法律服務工作促進粵港澳大灣區建設的決定》提出“鼓勵粵港澳大灣區內地九市仲裁機構參考國際通行規則制定並公開發佈臨時仲裁規則供當事人約定適用”，因此，內地已經有開展臨時仲裁的制度空間^[52]。依據香港和澳門的仲裁制度，內地臨時仲裁的仲裁庭作出的臨時仲裁措施，可以在香港、澳門得到認可和執行，而港澳臨時仲裁的保全措施既不能依據“保全安排”得以實現，又不能依據“認可和執行安排”得以執行，在制度銜接上留下“硬傷”。

(五) 關於保全可否依當事人單方申請而適用

香港民事訴訟制度中的強制令及臨時措施包括通知對方當事人和不通知對方當事人兩種情形。作為基本要求，在對任何人下禁令或命令前一定要聽他的申辯，除非當事人能證明不通知對方當事人具有必要性或者提供擔保。而有一些強制令及臨時措施則不需要通知對方當事人，如瑪瑞瓦禁令和安東皮勒令^[53]。

[48] 沈偉、陳治東：《商事仲裁法——國際視野和中國實踐》，上海交通大學出版社，2020年版，第10頁。

[49] 以澳門法為例，其基於仲裁的保全和基於訴訟的保全有區別，基於仲裁的保全不要求以國際法上的義務為前提，但根據《澳門民事訴訟法》第328條的規定，基於訴訟的保全則須以“依據適用於澳門之國際協約或屬司法協助領域之協議之規定”為前提。

[50] 《香港仲裁條例》第21條規定了法院採取臨時保全措施的權限。第5條規定了該21條適用於仲裁地不在香港的情形。《澳門仲裁法》第15條規定了不論仲裁地是否為澳門特別行政區，法院均有管轄權命令採取與仲裁程序有關的保全措施。

[51] 依據該《意見》，珠海仲裁委員會會同橫琴自貿區管委會於2017年3月18日出臺了國內第一部臨時仲裁規則——《橫琴自由貿易試驗區臨時仲裁規則》。參見：珠海國際仲裁院官網，<https://www.zcia.pro/list/32.html>，最後訪問日期：2024年11月13日。

[52] 內地《仲裁法》的修訂過程中已關注到增設臨時仲裁機制的問題，在提交全國人大常委會審議的《中華人民共和國仲裁法（修訂草案）》中，臨時仲裁被表述為專設仲裁庭仲裁，適用於涉外仲裁。參見澎湃新聞網，https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_29326848，最後訪問日期：2024年11月13日。

[53] 楊良宜、楊大明：《禁令》，中國政法大學出版社2000年版，第18、235頁。

《澳門民事訴訟法典》第三百三十條第一款規定“法院須于命令採取保全措施前聽取聲請所針對之人陳述，但聽取其陳述可能嚴重妨礙該措施達致其目的或產生其效力者除外”，可見採取措施前聽取對方當事人陳述是原則，不驚動對方僅依當事人申請而作出保全則是例外。

根據內地《民事訴訟法》的相關規定，申請保全無需通知對方當事人，僅依一方當事人的申請即可啟動，實踐中在絕大多數情況下，法院會要求申請方提供擔保，以此作為平衡被採取保全措施的一方當事人利益的手段。

保全前是否通知對方當事人以便聽取其申辯，三個法域的做法不相一致，依單方行動啟動保全，香港和澳門都要求須以較高的證明標準證明必要性，確保保全措施不會被濫用。在實行普通法的地區，除了規定嚴苛的條件外^[54]，還實行嚴格的針對當事人及律師的追責制^[55]。內地不僅以單方申請為唯一形態，而且實踐中又以擔保替代必要性審查，體現出司法政策的取捨上偏向於保護申請人一方的訴求。觀念和司法政策的差異，增加了跨境仲裁中獲取保全支持的不確定因素。

五、完善大灣區協助仲裁保全機制的構想

在大灣區推進不同法域規則、機制的銜接，是國家戰略層面的部署和安排，《橫琴粵澳深度合作區建設總體方案》《全面深化前海深港現代服務業合作區改革開放方案》《廣州南沙深化面向世界的粵港澳全面合作總體方案》均明確要求，要充分發揮“一國兩制”制度優勢，探索不同法系、跨境法律規則銜接，通過完善多元化糾紛解決機制，打造規則銜接機制對接高地。基於此，針對大灣區跨境仲裁保全司法協助機制在實踐中存在的困難和障礙，提出如下解決方案。

（一）建立灣區協調一致仲裁保全協助機制的的基本思路

大灣區是實行一國兩制三法域的特殊區域，面臨著協調法律衝突的實踐需求，在商事仲裁保全司法協助方面，應明確協調發展的總體思路，發揮先行先試作用。

1. 協助機制整體化設計

在大灣區戰略背景下謀劃和推進仲裁保全的相互協助機制，應將大灣區的三個法域作為一個整體對待。現有的兩個安排分別針對香港與內地、澳門與內地的協作，但沒有考慮作為整體的香港、澳門與內地之間的統一協調，以至於出現要素混雜時，兩個安排無力解決的情形。在作整體化的制度設計時，既要考慮獨立性和差異性，也要提煉和發展共同性。大灣區仲裁保全的司法協調不光是區域發展層面的協作，更是推進我國區際司法協作的重要內容，只有上升到推進法治體系建設的高度，才能真正實現這一機制的整體性、戰略性和制度性，發揮這一機制應有的作用。

2. 增加便利性和確定性

大灣區仲裁保全司法協助本質上是區際司法協助，面對的是大灣區“單一制國家內的中央法制區與地方法制區的法律衝突”^[56]，雖然存在多元法系的交叉，但不存在根本性問題的衝突和對立，與國際司法協助相比較，協作中的制約因素較少，可協商的範圍更大，所面對的困難在程度上更低。因此，建立統一的商事仲裁保全司法協助機制，應更多將目光聚焦在便利性和確定性方面，應對照國際標準和現實需求，最大限度消除法域差異給仲裁當事人帶來的不便，讓大灣區民商事主

[54] 主要是申請方必須對“所有重要資料和事實”作出稱述，同時“對原告不利”以及“被告會有的抗辯”也必須陳述。楊良宜、楊大明著《禁令》，中國政法大學出版社2000年版，第348、350頁。

[55] 楊良宜、楊大明在《禁令》一書中介紹，全面與坦率陳述責任也在律師頭上，如果出錯會導致被追責，以至於律師會謹慎作出決定。參見楊良宜、楊大明：《禁令》，中國政法大學出版社2000年版，第353-356頁。

[56] 章尚錦、杜煥芳：《國際私法》，中國人民大學出版社2019年版，第356頁。

體在經貿往來、社會融合過程中更有條件對法律介入作合理預判。

3. 借鑒國際社會處理類似問題的經驗

一是充分參考聯合國貿法會《國際商事仲裁示範法》的相關規定。正如該《示範法》在序言中所說，其作用在於“為公平而有效地解決國際商業關係中出現的糾紛建立一個統一的法律基礎”，建議“所有國家鑒於統一仲裁程序法的需要和國際商業仲裁實際執行的具體需要，對國際商業仲裁示範法給予適當的考慮”。該《示範法》第17J條還規定“法院發佈與仲裁程序有關的臨時措施的權力應當與法院在法院訴訟程序方面的權力相同，不論仲裁程序的進行地是否在本國境內”。鑒於《國際商事仲裁示範法》廣泛的影響力，司法支持仲裁的理念已被大多數國家或地區所接受，大灣區可以《示範法》為參照，搭建符合國際通行規則和實踐需要的仲裁保全司法協助機制。

二是借鑒歐盟處理民商事案件保全措施管轄權的做法。《布魯塞爾關於民商事案件管轄權及判決執行的公約》第二十四條規定，“即使按本公約規定，某一締約國法院對案件的實質性問題有管轄權，亦得向另一締約國法院申請該國法律所允許的臨時措施或保護措施”^[57]。這一規定明確了歐盟範圍內一國法院對他國法院管轄的民商事案件，可以在自身無管轄權的情況下提供保全。關於在歐盟範圍內提供跨國保全的規定，還出現在歐盟《知識產權指令》和《歐洲帳戶保全令程序條例》中^[58]。有學者認為，引起國際民事管轄權衝突的因素包括主權因素、法律因素、利益因素^[59]，按照這一觀點，歐盟內部存在主權、利益等複雜因素，尚且可以就保全管轄權問題達成一致，大灣區需要考慮的僅僅是法律因素，更有理由制定靈便高效、協調一致的仲裁保全司法協助機制。

4. 吸收轉化內地法律框架下跨境仲裁保全的制度創新

根據內地《海事訴訟特別程序法》及司法解釋的相關規定，申請海事請求保全、海事強制令、海事證據保全的臨時措施適用於境外展開或即將展開的仲裁程序。上述規定是域外仲裁保全司法協助的重要突破，開啟了與國際接軌的司法支持仲裁的新路徑。對這些國際司法協助的創新性措施，大灣區仲裁保全協助機制應予吸收和轉化。

(二) 建立灣區仲裁保全司法協助機制的重點內容

1. 明確保全措施種類

目前兩個安排對保全措施範圍或種類採取了分別表述的辦法，將內地與港澳的保全措施以三種定義予以圈定。這種做法使得本就存在文字語意和措施種類不一的法域差異問題更為凸顯，給實踐運用造成障礙。參考歐盟做法，可以統一定義為保全及臨時措施，臨時措施的範圍以聯合國貿法會《國際商事仲裁示範法》17條的表述為基本規定，增加保全法院地法律允許的其他措施作為兜底規定。為確保司法政策的統一，可以作原則性統一要求，規定保全措施所針對的人應在保全法院地有住所（或居所），或者保全所針對的物在保全法院地，或者保全所針對的行為在保全法院所在法域執行。至於先予執行、中間支付、禁訴令等容易產生法律衝突的具體措施，規定在符合原則要求的條件下，按照保全地的法律處理。

2. 統一適用條件

如前所述，兩個安排由於使用了不同的確定適用範圍的條件，使得三個法域多因素交叉時的情形不能得到有效調整。其實，就仲裁保全而言，只需仲裁地和仲裁機構所在地兩個因素就可以滿足制度設計。可以規定前述兩個因素都在大灣區，即可在大灣區的任一法域請求司法保全協助，由保

[57] 歐盟《布魯塞爾條例》第35條作了相同的規定。

[58] 賀萬忠：《民事保全措施的國際私法協助問題研究》，世界知識出版社2022年版，第95-98頁。

[59] 丁小巍、王吉文：《國際民事訴訟管轄權協調問題研究》，中國人民公安大學出版社2022年版，第42-45頁。

全法院識別後按本法域仲裁保全或非本法域仲裁保全予以處理。如果要突破大灣區的範圍，上升到內地與港澳的協助層面，同樣只需以仲裁地和仲裁機構所在地為確定適用範圍的條件。

3. 明確保全措施的域外性和附屬性

仲裁保全的協助從屬於在境外已開展或即將開展的仲裁程序，因此，理念上說，不應喧賓奪主。制定協助機制時，可參照《香港仲裁條例》的規定，在決定予以協助之前，首先考慮是否會干擾到仲裁程序的自行推進，其次考慮是否干擾到仲裁所屬法域的司法支持，由此實現司法對仲裁支持的效果最大化。

4. 將臨時仲裁中的保全納入協助機制範圍

《紐約公約》項下的仲裁裁決涵蓋了臨時仲裁，香港澳門的仲裁制度均兼容臨時仲裁，紐約公約成員國中只有極少數國家的國內法不支持臨時仲裁，內地《仲裁法》是其中之一，但如前所述實踐中已有突破。內地《海事訴訟特別程序法》沒有排除境外臨時仲裁程序中的海事保全請求，最高人民法院出台的司法意見和上海市人大出台的地方立法文件均有條件地支持臨時仲裁，正在修訂的仲裁法也在考慮有條件地吸收臨時仲裁制度。基於此，可以將臨時仲裁的保全納入協助機制，其中，可以要求臨時仲裁由指定的仲裁機構代為轉交申請，但仲裁前保全可由當事人自行提交申請。

5. 明確公共利益保護的適用原則

社會公共利益的保護是解決法律協作問題的安全閥，是維護本地法治秩序的最後手段，在三個法域中均有相應規定^[60]，在法律協作的實踐中也有體現和運用。兩個安排雖然並未明確可以以違反公共政策為由拒絕予以保全協助，但按照各自的法律原則和慣例，均可運用公共政策標準判斷是否予以保全。在大灣區仲裁保全司法協助中，有必要將保護社會公共利益作為能否採取保全措施的兜底性條款。但由於公共政策的考量因素具有較大的彈性和靈活性，應明確規定公共利益的考量只作為例外情形使用，並且應有充分的說理作為支撐，避免僅以違反本地法律規定或司法習慣為由拒絕協助。

6. 增加規定仲裁庭所作臨時措施的執行

程序法的拘束力通常只及於境內，一般而言法院作出的保全措施不產生法域外的承認和執行效果。所以現行的兩個安排沒有採用認可和執行港澳法院或仲裁機構所作臨時措施的方法，而是採用由當事人直接申請，或由仲裁機構轉送的路徑。考慮到港澳仲裁法律制度均支持域外仲裁庭所作臨時措施的認可和執行，以及直接處理案件爭議的仲裁庭更有條件判斷臨時措施申請的合理與否，仲裁保全的協作機制應該包含港澳仲裁庭所作臨時措施的認可與執行。由於港澳仲裁法律均規定了緊急仲裁員制度，緊急仲裁庭作出的臨時措施決定等同於正式仲裁庭作出的臨時措施決定，同樣應當予以協助執行。當然，依據現行法律，內地仲裁機構無採取臨時措施的權力（仲裁法的修改已關注到這一問題，在《仲裁法修訂草案》中，仲裁庭已被賦予了採取臨時措施的權力），只能由當事人直接向境外法院申請保全。

7. 統一保全的程序性要求

對影響當事人重要權利的程序，如保全措施所針對的當事人的救濟途徑、違反禁令的法律後果等，允許各方依各自的法律規定推進行相關程序；對不影響當事人重要權益的仲裁程序，應盡可能統一規定。一是針對仲裁前保全統一規定30日的提起仲裁期限，超過期限未提起仲裁的，保全措施失效。二是仲裁中的保全統一規定由機構轉交保全申請，屬臨時仲裁的由指定的仲裁機構轉交，實踐中由仲裁機構出具證明再由當事人一併提交的做法應予允許。三是採用依單方申請即可予以保全

[60] 三個法域所使用的公共秩序、公共利益、公共政策等表述基本都是同一語義，概念上沒太大差別。

的機制^[61]，對港澳不適宜依單方申請採取保全的措施，採用具體列舉的辦法作為例外。四是統一規定申請人提供擔保和法院必要性審查並重的保全控制機制，既兼顧不同法域的法律規定和訴訟慣例，又儘量縮小獲取保全難易程度的差異。

（三）建立灣區協調一致仲裁保全協助機制的實踐路徑

建立完善大灣區仲裁保全協助機制的實踐路徑包括宏觀層面、區域層面和司法層面三個維度，宏觀層面協調三個法域涉及根本性問題的法律衝突，區域層面協調具體機制，司法層面協調司法政策。

1. 宏觀層面

在宏觀層面將兩個安排合併，統一出台內地與港澳就仲裁程序相互協助保全的安排。在商事仲裁領域，由於受《紐約公約》和《國際商事仲裁示範法》的影響，三個法域有關仲裁法律制度的差異並不顯著，尤其是香港和澳門的仲裁法律制度均以《國際商事仲裁示範法》為基本框架，沒有實質性差別。近年來，最高人民法院通過一系列司法解釋和司法意見，不斷推動內地仲裁制度與國際接軌，仲裁機制與國際通行規則的差距不斷縮小。因此，完全可以將兩個安排合併為一個安排，增大內地司法支持仲裁的力度和範圍，提升商事仲裁保全司法協助的確定性和便利度，推動跨境商事仲裁的發展。

2. 區域層面

利用大灣區協調機制，就保全協助機制所涉及的法律問題予以協商和協調。早在2017年，國家發展和改革委員會、廣東省人民政府、香港特別行政區政府、澳門特別行政區政府就共同簽署《深化粵港澳合作推進大灣區建設框架協議》，開啟了聯席會議機制。2019年9月香港特區政府律政司、廣東省司法廳及澳門特區政府行政法務司在香港召開粵港澳大灣區法律部門首次聯席會議，達成建立聯席會議機制的共識，迄今已召開五次聯席會議，商討和協調了一系列法律問題。除此之外，大灣區還有涉及具體領域或板塊的其他多種協調機制。借助上述這些機制可就仲裁保全司法協助涉及的法律問題深入商討，讓保全協助機制更加精細和便利。除了法律制度層面的協調外，應當在統一的仲裁保全司法協助安排出台後，利用大灣區協調機制，出台仲裁保全司法協助指引，明確各法域的具體要求，方便當事人使用跨境保全措施推進仲裁程序。

3. 司法層面

通過司法政策增加確定性和可操作性。最高人民法院分別出台了支持和保障橫琴、前海、南沙建設的司法意見，推出了許多支持大灣區建設的措施；最高人民法院與澳門特別行政區簽署了《關於進一步加強司法法律交流合作的會談紀要》，會談紀要對內地與澳門共同推進司法法律規則銜接、機制對接，建立完善跨境商事多元化糾紛解決機制作出了規劃和規定；廣東省高級人民法院出台了《關於粵港澳大灣區內地人民法院審理涉港澳商事糾紛司法規則銜接的指引》^[62]，這些方式對統一司法政策和法律見解發揮著重要的作用，對解決仲裁保全司法協助實踐中的問題無疑同樣有效。因此可以利用出台司法政策、司法解釋、司法判例等方式，進一步規範仲裁保全司法協助的程序，解決具體操作中的問題，推動大灣區跨境仲裁的發展。

[61] 《歐洲帳戶保全令程序條例》前言第(15)條規定了不讓被採取保全措施的當事人知曉而採取保全措施是基本形態。

[62] 該《指引》第6條規定：“內地法院審理涉港澳商事案件，可以按照符合香港特別行政區、澳門特別行政區法律或者慣例的方式向香港特別行政區、澳門特別行政區當事人送交訴訟文書”，這一條可運用于仲裁保全的司法協助實踐中。

Abstract: As an efficient ADR method for handling disputes, commercial arbitration in the Greater Bay Area acts not only an important platform for the practice of “one country, two systems”, but also a legal support for the integrated development of the Greater Bay Area. The development of commercial arbitration can’t be separated from the strong support of judicial assistance, judicial protection and judicial promotion, and the further construction of the Greater Bay Area also urgently asks for more judicial support in the cross-border practice of commercial arbitration. In contrast, the current institutional framework for mutual assistance in preservation in arbitration suffers from deficiencies of insufficient holistic design and lack of refinement, and its coordination mechanism lags behind the development needs of cross-border arbitration in the Greater Bay Area, with some obstacles urgently requiring to be cleared up in practice. This paper analyzes the problems of the current judicial assistance mechanism in providing preservative measures in arbitration proceedings in terms of applicable conditions, scope of preservation measures, and preservation procedures, and proposes corresponding solutions from institutional and practical perspectives.

Key words: Greater Bay Area; Commercial Arbitration; Preservation; Judicial Assistance

(責任編輯：勾健穎)