

葡萄牙仲裁制度最新发展之评析

齐树洁 谢广汉*

摘要:葡萄牙新仲裁法于2012年3月14日起施行。新法适应社会的发展和仲裁实践的需要,充分尊重当事人意思自治,放宽仲裁协议的有效条件,扩大仲裁庭采取临时措施及下达初步命令的权力,维护裁决的效力,限制当事人对仲裁裁决提起上诉的权利。这些体现国际商事仲裁制度发展趋势的新规定,值得研究和借鉴。

关键词:葡萄牙 仲裁制度 仲裁协议 临时措施

2011年11月4日,葡萄牙国会通过了新的《葡萄牙自愿仲裁法》(Nova Lei da Arbitragem Voluntária, NLAV, 即2011年第63/2011号法律,以下简称“葡萄牙新仲裁法”)。同年11月29日,葡萄牙总统阿尼巴尔·卡瓦科·席尔瓦下令颁布该法律。2012年3月14日,新仲裁法正式施行。与此同时,旧仲裁法即1986年《葡萄牙自愿仲裁法》(LAV, 即1986年第31/86号法律),除了第1条第1款继续保留用以解决有关劳动合同争议事宜外,其余条文连同《葡萄牙行政程序法》第181条第2款及第186条、《葡萄牙民事诉讼法典》第1097条等一并被废止。

一、葡萄牙新仲裁法的立法背景

从立法体例看,世界各国关于仲裁制度的立法主要有两种体例:一种是在民事诉讼法典中规定仲裁制度,将仲裁作为民事诉讼法典其中的一部分加以规定,此种立法体例可称为综合性民事程序法典体例;另一种是制定独立的仲裁法,专门规范仲裁问题,称为独立法规体例。葡萄牙是采取独立法规体例的国家之一,但在拥有独立的仲裁法之前,葡萄牙仲裁制度由民事诉讼法典所规

范,自1986年第31/86号法律生效后,才由综合性民事程序法典体例转为独立法规体例。

1961年《葡萄牙民事诉讼法典》颁布之前,葡萄牙国内并没有任何有关仲裁方面的法律和法规,但这不代表葡萄牙人不重视或不愿意推广仲裁。葡萄牙人于1554年进入南美洲的巴西经商或传教,将那里的咖啡豆及木材等产品输往欧洲。在与欧洲各国通商的过程中难免出现贸易纠纷,但当事人很少诉诸法院,大部分纠纷都是通过协商或由商会组织等中间机构裁决的方式解决的。1822年巴西独立。由于葡萄牙人早已把仲裁的概念引入巴西并予以实践,加上巴西国民也了解仲裁的优点,因此1824年颁布第一部巴西宪法时,仲裁制度就顺理成章地被列入其法律框架,但正式规范仲裁的法律条文直至1916年才出现于《巴西民事诉讼法典》中。

如上所述,仲裁制度很早就当时的葡萄牙殖民地——巴西出现和实践了,而在葡萄牙本国,仲裁的出现却比巴西晚很多。仲裁制度在葡萄牙的发展历程与该国消费者权益的保护密不可分。自1981年8月22日之第29/81号法律《消费者保护法》颁布后,葡萄牙政府开始大力推动消费仲裁制度。有关自愿仲裁的法律规定最初是通过1984

* 作者简介:齐树洁,厦门大学法学院教授、博士生导师,法学博士;谢广汉,厦门大学法学院民商法专业民事程序法方向博士研究生。

年7月17日之第243/84号法令而被引入葡萄牙的法律体系中的。1986年之前,葡萄牙并没有独立的仲裁法规,仲裁制度规定于《葡萄牙民事诉讼法典》中,全部内容只有16条。直至1986年8月29日,国会才颁布第31/86号法律《葡萄牙自愿仲裁法》(LAV),同时废除了《葡萄牙民事诉讼法典》第四卷第一篇“关于自愿仲裁的仲裁庭”的有关规定。

商事仲裁在葡萄牙出现后的最初几年,规范仲裁的法律框架是由1961年《民事诉讼法典》第1511条至第1524条所规定的。葡萄牙共和国宪法于1976年4月2日颁布并于1976年4月25日生效后,仲裁制度获得了宪法的支持,其发展亦开始加速。经过多年的实践,仲裁已经逐渐被商界所接受,成为一种有效的非诉讼纠纷解决方式。然而,有法律学者关注到当时有关仲裁的法律规定与1976年宪法的原则之间的不一致性。1976年宪法规定了法院的分类,但并没有把仲裁法院(仲裁庭)列入其中。宪法规定,除宪法内列明的各类法院外,不得设立其他类别的法院。据此,仲裁庭的设立属于违宪行为。在法律学者的倡议下,葡萄牙国会于1982年修改了宪法,在第212条(法院的分类)中加入了仲裁法院,使仲裁庭的设立合法化,同时确认仲裁裁决的有效性和可执行性,解决了葡萄牙法律学者所担心的法律框架内部矛盾的问题。自此,在葡萄牙,仲裁被立法确认为一种用来解决争端的替代手段。

1984年,葡萄牙议会通过了一部专为仲裁而设之法律——1984年7月17日之第243/84号法令。然而,问题并没有得到解决,其原因是这部法律的所有条款并非都是可执行的,仍有一些执行范围的问题有待关注。此外,仲裁制度与1961年《民事诉讼法典》第1511条至第1524条的规定存在不一致性。尽管政府努力构建仲裁作为解决争端之替代手段的法律框架,但仍有待在这方面作出相应规定以解决上述问题。政府因此决定重新评估形势。1986年8月29日,国会同时废止了1961年《民事诉讼法典》第1511条至第1524条和第243/84号法令,并颁布了第31/86号法律——1986年之《葡萄牙自愿仲裁法》,从而在葡

萄牙确立了国内和国际商事仲裁目前的法律框架之基础。1986年12月27日,国会还通过了第425/86号法律,建立了规范机构仲裁的法律制度。此后,1986年《葡萄牙自愿仲裁法》开始适用于仲裁法庭、法院和遍布全国的31个仲裁中心。

葡萄牙商事仲裁自此由1986年《葡萄牙自愿仲裁法》所规范。1986年《葡萄牙自愿仲裁法》的颁布标志着葡萄牙法律体系的一大进步,通过该法律,葡萄牙的自愿仲裁制度开始走向现代化及国际化。不过,由于葡萄牙本土在一定程度上仍缺乏仲裁文化,因此仲裁制度的推广存在种种困难。

1986年《葡萄牙自愿仲裁法》十分尊重当事人意思自治原则,具体表现如下:首先,仲裁庭是基于意思自治原则设立及运作的;其次,意思自治原则的最低限度是法院不得干预仲裁;最后,仲裁裁决的效力不应受到任何国家机关的干预。尽管如此,该法律颁布25年后,很多方面已经落后于社会的发展和实践的需要。经过25年的实践,熟悉该法律的仲裁员、当事人的律师及法官们均认为以下几个问题应当予以进一步明确:(1)有关争议的可仲裁性问题;(2)仲裁应遵守的程序规则;(3)仲裁庭缺员的情形下裁决的有效性。

在过去25年中,葡萄牙仅于2003年3月8日通过的第38/2003号法令(行政诉讼改革)就争议标的之确定对1986年《葡萄牙自愿仲裁法》作了细微的修改,但其他条款则保持不变。因此,葡萄牙仲裁界一致期待在维护现有原则的前提下,对1986年《葡萄牙自愿仲裁法》进行较深入的改革。1986年《葡萄牙自愿仲裁法》的修订问题(尤其是有关确定国际商事仲裁地位的问题)在葡萄牙引起了广泛争议。经过不断的咨询和民意调查后,在政府的主动邀请下,葡萄牙仲裁协会于2010年初向政府提交了一份新仲裁法草案。经过修改后,有关法律草案的最后文本于2010年5月12日正式完成并提交部长会议审批,同时在学术界及法律界进行广泛的咨询。2011年9月15日,该文本获得葡萄牙部长会议通过并于2011年9月22日呈交国会审议。为遵守由葡萄牙政府与“Troika”所签署的“谅解备忘录”,葡萄牙国

“Troika”是指由欧洲委员会、欧洲央行和国际货币基金组织所组成的三方委员会,其组成目的是拯救欧洲的金融危机,特别是监督希腊、爱尔兰和葡萄牙三个接受财政援助的欧洲国家如期完成救助计划所要求的改革目标。

葡萄牙政府为了解决国内的财政危机,与“Troika”签署了一份“谅解备忘录”,并因此而获得“Troika”三方组织的贷款。救助计划要求葡萄牙作出经济及财政方面的改革,其中包括规定葡萄牙必须于2011年9月底前完成一部新仲裁法的草案并于2011年底由国会通过并颁布。

会于 2011 年 11 月 4 日迅速通过了由葡萄牙仲裁协会所起草的新仲裁法草案,完成了第 63/2011 号法律的立法程序。

二、葡萄牙新仲裁法的重要修订

葡萄牙新仲裁法旨在为自愿仲裁建立一项最接近国际仲裁标准的法律制度。与旧法相比,新仲裁法增加了 22 条。新法共有 62 条,分为如下 12 章:仲裁协议、仲裁员和仲裁庭、仲裁庭的管辖权、保全措施和初步命令、仲裁程序、仲裁裁决和仲裁的终止、仲裁裁决的抗辩、仲裁裁决的强制执行、国际仲裁、外国仲裁裁决的承认和执行、具有管辖权的国家法院以及最后规定。对比旧法的条文规定,新仲裁法在很多方面都出现较大的变动。新的仲裁法在起草过程中充分考虑到时代的变迁和现代科技发展的日新月异,摈弃了旧法中一些不完善和明显落后的条文,并以较先进和清晰的条文和做法取而代之。立法者充分参考了联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)《国际商事仲裁示范法》(以下简称《示范法》)的各项规定,从而使新仲裁法基本上符合现代国际仲裁实践和时代发展的需求。对比旧法,新法中比较重要的修订有以下五点:

1. 仲裁庭除可对主要争议事宜作出裁决外,也有权下令采取临时措施及下达初步命令。

2. 新仲裁法规定了抗辩的可能性,其条件是仲裁事项必须为仲裁协议所涵盖。此外,只要仲裁双方当事人达成协议,在一定条件下容许第三人参与仲裁程序。

3. 新仲裁法延长了作出仲裁裁决的期间,由旧仲裁法的 6 个月延长至 12 个月。尽管延长仲裁裁决期间可能有损仲裁便捷的特点,但亦同时减轻了仲裁庭的压力,让仲裁庭有更充分的取证时间和邀请专家作证,增加仲裁裁决的准确度及可信性。

4. 体现裁决不可上诉的趋势。葡萄牙新仲裁法第 39 条第 4 款规定:“只有当双方当事人在仲裁协议中已明确约定上诉的可能性及裁决并非依据衡平法或通过友好仲裁作出的,方可就仲裁裁决向有管辖权的国家法院提出上诉。”比较旧仲裁法原则上允许向上诉法院提起上诉的规

定,新仲裁法已逐步倾向于采取一裁终局的原则。新规定既保障当事人获得司法救济的权利,也有利于维护仲裁程序的效率。

5. 由仲裁庭更正及澄清终局裁决的可能性,包括当裁决被提起撤销之诉时可请求对裁决作出修正。

从总体上看,新法比旧法的规定更为详细、更为完整,但亦因此对仲裁程序的要求更加严格。例如在仲裁员的资格要求方面,规定仲裁员必须是独立自主和公正无私的。新仲裁法亦较接近《示范法》的框架,有利于葡萄牙商事仲裁事业的发展。因此,尽管有人质疑新仲裁法设立的目的是为了把国家法院的案件转移至仲裁市场,但该法仍然受到法律界特别是仲裁界的欢迎,因为无可否认,新仲裁法的确比旧法更加先进和完善。除此之外,新仲裁法更充分地体现了当事人意思自治,明确规定当事人可以自行选择仲裁机构及相关仲裁规则,可以通过协议确定仲裁庭的组成方式、仲裁地点、仲裁程序使用语言、仲裁的法律适用以及仲裁裁决的作出方式等。

三、仲裁协议

(一) 仲裁协议的形式要件

仲裁协议(arbitration agreement)又称仲裁契约、仲裁合同,是确定商事仲裁管辖权的必要条件之一,被视为商事仲裁制度的基石。仲裁协议是指当事人自愿将他们之间将来可能发生或已经发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷提交仲裁解决的共同意思表示。该协议可以通过以下任何一种形式作出:(1)以仲裁协议方式作出,约定以现存之争议为标的;(2)以仲裁条款方式作出,约定以某一特定法律关系可能产生之争议为标的。

19 世纪初叶,许多国家都只允许将现有争议提交仲裁,而不允许当事人将未来可能发生的争议交付仲裁解决。时至今日,大多数国家都已转变其原先的立场和态度。葡萄牙新仲裁法第 1 条第 3 款明确规定:“仲裁协议的标的可以是当前的争议,也可以是产生于一定的法律的、合同的或非合同关系的将来的争议。”即明确允许当事人把将来可能发生的争议交付仲裁解决。此

张斌生主编:《仲裁法新论》,厦门大学出版社 2010 年版,第 65 页。

外,新法第1条第2款还规定,即使一项仲裁协议的有关争议不涉及财产性质利益,亦可视为有效,只要当事人有权就该争议的权利进行交易。

就仲裁协议的形式要件而言,旧《葡萄牙自愿仲裁法》虽然也明确规定仲裁协议必须以书面形式订立,不承认口头仲裁协议和默示仲裁协议,但在书面形式方面则采取较宽松的要求,规定如果在双方当事人签署的文件中或在信件、电传、电报或其他有书面证据的电信方式中直接包含了仲裁协议或者这些文件所参照的文件中包含了仲裁协议,那么该仲裁协议即被认为是以书面形式订立的。但与《示范法》对仲裁协议的书面形式的相关规定相比,旧法仍有其不足之处。《示范法》不仅将仲裁协议的范围扩展到“提供协议记录的其他电讯手段”中所订立的仲裁协议,即包括传真、电子数据交换等先进科技通讯手段,而且对默示仲裁协议予以肯定;在申诉状和答辩状的交换中当事一方声称有协议而当事他方不否认即为书面协议。为适应现代科技社会的需要,葡萄牙新仲裁法在仲裁协议书面形式方面采纳了更为宽松的标准。新法第2条第1款至第3款规定:“仲裁协议须以书面形式订立。如果在双方当事人签署的文件、信件往来、电报、电传或其他具有书面证据的电信方式包括电子通讯媒体中包含有仲裁协议,那么该仲裁协议即被认为是以书面形式订立的。仲裁协议的书面形式要件被视为已获得满足,如果它是以电子、光学或其他方式作出的,只要该方式能提供可靠性、可理解性和保存性的保证即可。”

新法对仲裁协议的书面形式作了更清晰的说明,基本上满足了现代先进通讯科技的要求,符合国际商事仲裁的通常规定。

(二) 仲裁协议独立性原则

仲裁条款的独立性是指仲裁条款作为主合同的一项条款,尽管它与其他条款一起构成主合同的整体部分,但其仍然可以与主合同的其他条款分离,独立于它所依附的主合同而存在。即仲裁条款不因主合同的无效、终止或被撤销而无效,也不因主合同的变更而受到影响。因此,主合同的无效、变更或者终止不影响仲裁庭基于依附于主合同的仲裁条款所取得的管辖权。即使主合同发生无效、终止、变更等情况,当事人仍具有将

所有争议继续提交仲裁解决的义务。

葡萄牙新仲裁法对于仲裁协议独立性原则的适用范围的有关规定并不十分细致,仅在第18条第2款及第3款中规定:“载于一个合同中的仲裁条款被视为一项独立于该合同其他条款的协议。若仲裁庭裁定合同无效,仅此并不导致仲裁条款无效。”在文字表述方面,葡萄牙新仲裁法采取精简的方式,仅规定即使合同被确认为无效,仲裁协议独立性原则仍适用,并没有像中国《仲裁法》那样详细列明适用范围,包括合同变更、解除、终止等情况。有学者认为葡萄牙新仲裁法的这种表述方式限制了仲裁协议独立性原则的适用范围,当合同出现变更、解除、终止等情况时,仲裁协议是否继续有效就存在疑问。笔者认为葡萄牙新仲裁法的这种表述方式不仅没有将仲裁协议独立性原则的适用范围局限在合同无效的单一情况下,相反,它的适用范围可以说是几乎没有限制的。理由如下:(1)由于无效合同是相对于有效合同而言的,合同一旦被确认为无效,即不具有法律效力,不受法律保护。同时,无效合同自始无效,即自合同成立时起不具有法律的约束力,以后也不能转化为有效合同;无论当事人未履行或者已经履行完毕,都不能改变合同无效的状态。无效合同具有不履行性,当事人订立无效合同后,不得依据合同约定的权利和义务履行,也不承担因不履行合同约定的权利和义务的违约责任。仲裁协议在合同无效的情况下仍然有效,显然它是完全独立于合同的。(2)合同未成立、成立后未生效以及被撤销的,在法律后果上与合同的无效是一样的,都会使合同自成立时起无效即自始无效。既然合同的无效并不影响依附于合同中的仲裁条款的效力,则合同未成立、成立后未生效以及被撤销三种情形下,依附于合同的仲裁条款仍具有独立性,不影响仲裁条款的效力。(3)合同变更基本上不会导致合同无效,即合同仍然生效,合同既然有效就更不会影响仲裁条款的效力了,除非合同当事人双方合意变更合同条款时,亦同时合意变更独立生效的仲裁条款。(4)解除及终止合同可以使合同失效,但在此之前合同是有效的,由于仲裁条款的独立性,再加上是在合同生效时被当事人合意设置,因此不影响其效力。由此可见,葡萄牙新仲裁法的仲裁协议独立

马占军:《中国内地与澳门地区商事仲裁法律制度比较研究》,广东人民出版社2007年版,第92页。

性原则适用范围事实上比中国《仲裁法》更为广泛。

1986年《葡萄牙自愿仲裁法》在有关仲裁协议独立性原则方面的条文中设置了具有抵触性的例外规定：“如果没有仲裁协议将达不成合同的，该合同的无效可导致仲裁协议无效。”这条规定出现了逻辑错误瑕疵，因为既然仲裁协议独立于合同，就不可能出现没有仲裁协议将达不成合同的情况。为此，葡萄牙新仲裁法删除了这一例外规定，并在其第18条第2款明确表明仲裁协议独立于实体合同而存在，不受实体合同的任何法律变更之影响而失效。

四、仲裁庭的组成和自裁管辖权原则

(一) 仲裁庭的组成

仲裁庭的组成方式指确定仲裁员的程序和仲裁庭的组成过程。行使仲裁权的仲裁庭是由仲裁员组成的，仲裁庭组成人员的人数亦决定了仲裁庭的组成方式，仲裁庭的组成方式对于仲裁程序的进行以及仲裁裁决的质量均具有重要影响。按组成仲裁庭的仲裁员人数来区分，仲裁庭可分为独任仲裁庭与合议仲裁庭两类。独任仲裁庭是指由单独一名仲裁员组成的仲裁庭，即由一名仲裁员组成仲裁庭对争议案件进行审理并作出裁决。合议仲裁庭是指由3名或3名以上仲裁员组成的仲裁庭，即以集体合议的方式对争议案件进行审理并作出裁决。就仲裁庭组成人数问题，世界各国仲裁法立法大多参照《示范法》第10条第1款的明确规定：“当事人可以自由决定仲裁员的人数。”葡萄牙新仲裁法第8条第1款及第2款规定：“仲裁庭可以由独任仲裁员或奇数的多名仲裁员组成；如果双方当事人没有就仲裁员的人数作出协定，则仲裁庭应由3位仲裁员组成。”此外，第10条第1款规定：“双方当事人可以在仲裁协议或后来签署的书面文件中任命组成仲裁庭的一名或多名仲裁员，或确定选择仲裁员的方式，特别是委任一名第三方选出全数或部分仲裁员。”新仲裁法比较倾向于仲裁庭由3位仲裁员组成，即合议仲裁庭。然而，基于尊重当事人意思自治的原则，新法允许当事人自由约定仲裁庭的组成方式，但强调必须由双方当事人以书面方

式在他们所签署的仲裁协议中或在后来签署的书面文件中确定，否则仲裁庭应由3名仲裁员组成。

就如何选定首席仲裁员及独任仲裁员事宜，葡萄牙新仲裁法第10条第3款规定：“如果由3名或更多的仲裁员组成仲裁庭，每一方当事人均须任命同等数目的仲裁员，按此方式获任命的仲裁员应选出另一名仲裁员出任首席仲裁员。”由此可见，首席仲裁员并非从双方当事人所任命的仲裁员中选出，也不是由双方当事人协议选出的，而是由双方当事人所任命的仲裁员承担挑选的责任，共同选出他们以外的另一名仲裁员担任首席仲裁员。这种任命方式的好处是该名获任命的首席仲裁员的认同性比较强，在仲裁程序中由他主持作出的裁决或决定较易获得双方所任命的仲裁员的支持，从而使仲裁程序的进行更为顺畅。

为保证仲裁程序不会因仲裁员或首席仲裁员的任命问题而受到影响或拖延，葡萄牙新仲裁法第10条第2款规定：“如果仲裁庭应由独任仲裁员组成，而当事人之间又没有就该任命达成协议，在任何一方当事人的要求下，该仲裁员应由国家法院选出。”该法第10条第4款更进一步规定：“除非有相反规定，否则从收到另一方当事人发出相关要求之日起计算，在30日内一方当事人不履行责任任命仲裁员，或者从最后一位仲裁员获任命之日起计算，由双方当事人所任命的仲裁员在30日内无法就首席仲裁员的选任达成协议，则在任何一方当事人的要求下，尚未被任命的仲裁员将由具有管辖权的国家法院选出。”

在国际商事仲裁方面，葡萄牙新仲裁法规定：当由具有管辖权的国家法院任命独任仲裁员或一名第三方仲裁员时，为求公正，法院必须考虑尽可能任命一名与双方当事人不同国籍的仲裁员。

(二) 仲裁庭自裁管辖权原则

仲裁管辖权(jurisdiction of arbitration)是指仲裁机构或者仲裁庭对某一商事争议从事审理活动，对该案进行仲裁的法律权限。管辖权的确定在商事仲裁中有十分重要的现实意义，它是仲裁机构或仲裁庭有权对特定的商事法律争议进行审理并作出具有法律约束力的裁决的依据。“仲

刘晓红：《国际商事仲裁协议的法理与实证》，商务印书馆2006年版，第92页。

裁庭缺乏管辖权”是法院拒绝承认和执行仲裁裁决的重要理由之一,因此,管辖权问题是仲裁程序开始前就必须解决的问题。

仲裁庭自裁管辖权原则(doctrine of self-competence of arbitration court)既是各国仲裁立法与实践中的一个重要的理论问题,也是具有实践意义的现实问题。早在20世纪50年代,仲裁庭自裁管辖权原则的概念就已经在欧洲大陆出现。1955年《国际商会调解和仲裁规则》第13条第4款规定:“除非双方另有规定,仲裁员不由于有人主张契约无效或者不存在而丧失权力。如果他认定仲裁条款是有效的,即使契约无效或者不存在,仍然继续有权决定当事人的各自权利,并且作出有关他们的要求和抗辩的决定。”

葡萄牙新仲裁法第18条不仅对仲裁庭自裁管辖权原则作出了明确的规定,对仲裁协议效力提出异议的问题亦有十分清晰的规定:“仲裁庭可以对自己的管辖权作出裁决。为了这个目的,可以对仲裁协议或包含仲裁协议的合同的存在、效力或有效性,或对上述协议的适用性作出审查。仲裁庭无管辖权的抗辩只能在就争议的实质问题提出答辩之前提出,或者与答辩一起提出。仲裁庭可以通过中间裁决或在就争议的实质问题作出的裁决中裁定本身是否具有管辖权。”葡萄牙新仲裁法十分重视仲裁庭自裁管辖权原则,但仲裁庭对自身的管辖权作出的裁决不是终局性的,法院在法定条件下仍有权对仲裁庭就自身的管辖权作出的裁决进行司法复审。根据该仲裁法第18条第9款的规定,对于仲裁庭作出声称其本身具有管辖权的中间裁决,在双方当事人获通知后的30日内,可根据第46条第3款及第59条的规定,向具有管辖权的法院提出抗辩。

五、临时措施及初步命令

(一) 仲裁保全措施

仲裁保全措施是国际商事仲裁程序中一项不可或缺的临时性措施,旨在防止在仲裁程序进

行中,当事人利用其所处的优势地位,转移或销毁证据或财产,致使仲裁裁决不能合理地作出,或者即使作出后也难以执行。仲裁保全措施在国际商事仲裁实践中有各种不同的称法,例如,临时措施(interim measures)、临时性保全措施(interim measures of protection)、保全措施与临时措施(conservatory and interim measures)、临时禁令(interlocutory injunctions)、临时救济(interlocutory relief)、临时性保全措施。

立法者往往以“仲裁机构是一个民间组织,不具有国家赋予的可以采取强制措施的权利”作为理由,在仲裁立法中剥夺仲裁庭作出临时措施的权力,1986年《葡萄牙自愿仲裁法》就是一个例子。该法律并没有就仲裁临时措施作出任何规定,而将此空白留给仲裁机构在其规则内自由发挥。例如,葡萄牙工商业总会仲裁中心就授予仲裁庭发布适当的临时措施的权力,该中心于2008年7月29日通过的《仲裁规则》第4条规定:“一、除非当事各方另有明显相反的协议,本规则授予仲裁庭发布适当的临时措施的权力。二、仲裁庭可以要求任何一方当事人向特定人士提供有关临时措施的适当的担保。”该规定明显是参照《示范法》作出的,它将发布临时措施的权力授予仲裁庭。其实经过多年的仲裁实践,葡萄牙仲裁界早已发觉1986年《葡萄牙自愿仲裁法》这方面的不足,因此葡萄牙新仲裁法在立法的过程中特别关注这方面的问题,并为此在新法中增设一章,详尽地规范了保全措施和初步命令的颁布和实施以及向法院申请强制执行的规定。

根据葡萄牙新仲裁法第20条第1款及第2款的规定,仲裁庭可以根据当事人的请求,并在听取对方当事人的陈述后,就有关的争议标的颁布其认为必要的保全措施,包括命令一方当事人在争议未解决前,保持或恢复此前的情况;实施行为,以防止或避免实施可能对有关仲裁程序造成损害的行为;确保财产保全以便随后的裁决得以执行;保全可能对解决争议具有相关性和重要性的证据等临时性措施。为使仲裁庭颁行上述保全措施,有关申请应符合以下条件:(1)有申请人

Gotanda, An Efficient Method for Determining Jurisdiction in International Arbitration, 40 Columbia J. Transnat'l L 11, 2011, p.15.

赵秀文主编:《国际商事仲裁法》,中国人民大学出版社2007年版,第111页。

同注,第162页。

杨荣新主编:《仲裁法理论与适用》,中国经济出版社1998年版,第205页。

所声称的权利存在真实可能性,并能够充分显示其担心损害的理由成立;(2)因申请保全而对被申请人所产生的损害未明显超过申请人意图避免的损害。

(二) 初步命令

就采取临时措施的事宜,《示范法》第17条规定:“除非当事各方另有协议,仲裁庭经当事人一方请求,可以命令当事人任何一方就争议的标的采取仲裁庭认为有必要的任何临时性保全措施。仲裁庭可以要求当事人任何一方提供有关此种措施的适当的担保。”由于临时性保全措施是一种强制性措施,权力来自当事人合意的仲裁庭或仲裁机构缺乏采取强制措施的公权力,如果由仲裁庭发布的仲裁保全措施得不到有关法院的支持强制执行,仲裁庭颁布仲裁保全措施的权力就等于形同虚设。

为了确保保全措施的顺利执行,葡萄牙新仲裁法设立了初步命令和向法院申请确认和强制执行的相关规定。该法第22条第1款规定:“除非有不同意向的协议,否则任何一方当事人均可要求仲裁庭颁布一项保全措施,并可在同一时间,在没有进行听证的情况下,要求向另一方当事人下达初步命令,以便申请保全措施的目的不会受到损害。”初步命令的有效期为20日,由仲裁庭发出之日起计算。葡萄牙新仲裁法第22条第2款赋予仲裁庭决定是否下达初步命令的权力,仲裁庭只要认为向被申请人预先披露保全措施的申请会产生损害该措施目的之风险,即可下达初步命令。初步命令下达后,仲裁庭仍可根据被申请人所呈交的抗辩,对初步命令作出修改。上述做法显然是参考了《示范法》的相关规定。仲裁庭所采取的保全措施及所下达的初步命令对当事人具有约束力,可由国家法院强制执行。新法并没有排除法院的监督和支持。当事人亦有权向法院请求强制执行由仲裁庭所颁布的保全措施,包括由外国的仲裁庭作出的保全措施决定。

同注,第283页。

① 同注,第414页。

② Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis & Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, p.628.

③ Aron Broches, *Recourse Against the Award; Enforcement of the Award*, Report VII, UNCITRAL's Project for a Model Law on International Commercial Arbitration, ICCA Congress Series No.2, Interim Meeting, 1984, p.208.

④ 同注,第212页。

为了保障被针对方当事人的合法利益,同时为了防止当事人滥用保全措施和初步命令程序,葡萄牙新仲裁法第25条规定了信息披露原则。当导致仲裁庭发布保全措施或初步命令的前提出现任何重大变化时,当事人必须及时作出披露。申请初步命令的当事人有义务向法院披露任何与颁布或维护初步命令之决定有关的情况。当事人应继续承担此项义务直至被对方获得机会陈述自己的立场为止。此外,葡萄牙新仲裁法第26条规定:如果发生错误,申请保全措施和初步命令的当事人应承担另一方的损失。

六、仲裁裁决

仲裁裁决是仲裁庭就当事人提交仲裁解决的事项作出的裁定,此项裁定无论在仲裁程序进行中的哪一阶段作出,对争议各方均有法律上的拘束力。仲裁裁决是仲裁权实现的途径和依托。^①在仲裁程序进行的过程中,仲裁庭会作出很多的书面决定,包括裁决在内,然而并非所有的这些决定都是裁决,虽然所有的裁决都是由仲裁庭作出的书面决定。^②《纽约公约》第1条第2款规定:“‘仲裁裁决’一词不仅指项目选派之仲裁员所作裁决,亦指当事人提请仲裁之常设仲裁机关所作裁决。”学者Brouches对仲裁裁决作出如下界定:“仲裁裁决是指当事人向仲裁庭提交解决的所有问题的终局裁决,以及仲裁庭作出的最终确定任何实体问题或者其具管辖权的问题或被称为裁决之其他问题的任何决定”^③,但中国有学者则认为仲裁庭决定是否为裁决最重要的标准在于其功能和作用而非其形式或仲裁庭赋予的资格。^④

(一) 仲裁裁决的作出

根据葡萄牙新仲裁法第18条第1款的规定,仲裁庭有权就自身管辖权作出裁决。仲裁庭就自身管辖权作出的裁决属于临时裁决或中间裁决。新法第18条第8款明确规定:“仲裁庭可以通过中间裁决或就争议的实质问题作出的裁

决中对其管辖权作出裁判。”

1. 裁决的期间。葡萄牙新仲裁法延长了作出仲裁裁决的期间,由旧仲裁法的6个月延长至12个月。根据该法第43条的规定:双方当事人可以约定仲裁庭就提交仲裁的争议作出终局裁决的期间,但前提是仲裁协议必须在第一名仲裁员接受任命之前订立。如果仲裁协议没有明确规定作出仲裁裁决的期间,则作出终局裁决的期间为12个月,由最后一名仲裁员接受任命之日起开始计算。根据双方当事人的协议或仲裁庭的决定,裁决期间可自由延长一次或多次,但必须具备正当理由。然而,双方当事人保留共同协议反对延长的权利。上述裁决期间届满但仲裁庭未能如期作出终局裁决,将导致仲裁程序自动终止,仲裁庭亦同时丧失继续审理该争议的管辖权,但这并不导致仲裁协议无效,当事人可根据该仲裁协议重新设立仲裁庭,开始新的仲裁程序。

2. 裁决的形式及内容。新仲裁法规定,仲裁庭的终局裁决必须以书面形式作出,并由独任仲裁员或合议仲裁庭的多数仲裁员或者首席仲裁员签署。如果由首席仲裁员签署裁决,则必须在裁决内说明欠缺其余仲裁员签名的原因。由多名仲裁员组成的合议仲裁庭作出的裁决必须获得多数的表决同意,但对于仲裁过程中的程序问题,在获得当事人或者仲裁庭的其他成员授权的情况下,可以由首席仲裁员自行决定。根据新仲裁法的规定,除非仲裁协议另有约定,否则仲裁

庭可以通过单一的裁决或多个部分裁决来判定争议的实质问题。

新仲裁法还规定,裁决必须载明颁布的日期和地点。此外,在内容不违反社会公共利益的前提下,新仲裁法容许当事人自由协议裁决的作出方式,这充分体现了当事人意思自治原则。

(二) 裁决的效力

1986年《葡萄牙自愿仲裁法》规定:仲裁裁决如同一审法院的判决一样,不服裁决的当事人可以向上诉法院提起上诉。新仲裁法原则上实行一裁终局原则,规定仅在特定情况下,当事人方可就仲裁裁决向具有管辖权的国家法院提起上诉。

根据新仲裁法第45条的规定:在收到仲裁裁决的通知后30日内,任何一方当事人都可以请求仲裁庭更正文本中的任何错误计算,笔误或排印错误或任何类似性质的错误,或要求仲裁庭澄清终局裁决的含糊之处。而仲裁庭本身亦可在上述30日期间内主动作出相关错误的更正。仲裁裁决一经确定,即已不能请求更正或澄清和不能上诉时,便具有执行力,可以此作为执行凭证向法院提起执行之诉,即具有执行效力。当事人在上述30日期间届满后,仍有权向法院提起撤销仲裁裁决之诉,然而,这并不直接导致执行之诉的中止或撤销。只有当被执行人向法院支付相关的担保后,执行之诉才会中止,直至撤销仲裁裁决之诉作出判决时为止。