



漢坤律師事務所

# 汉坤法律评述

融贯中西 · 务实创新

2018年12月4日

## 争议解决

### 投资方融资同意权限制下的紧急再融资需求与境外紧急仲裁员程序救济

陈湘林 | 孙颖

跨境投融资中，如果融资方有紧急融资需求，但又受原投资方融资同意权的限制，此时，融资方是否有司法途径可以寻求救济？答案是“有”。如果跨境投融资相关协议中约定的争议解决方式为国际仲裁，且选定的仲裁机构规则对紧急仲裁员程序作出了规定，即可通过启动紧急仲裁员程序寻求救济。本文将对国际商事仲裁程序中的紧急仲裁员程序之流程以及仲裁员是否给予紧急救济的审查标准，进行简要介绍。

#### 一、什么是紧急仲裁员程序？

纠纷发生后，当事人经常会遇到某些紧急情况。此种情况下，如果不通过向有权威的第三方寻求紧急救济，就可能遭受难以弥补的严重损失或损害。在由法官作为裁决者的诉讼中，一般会允许当事人在启动诉讼程序的同时（或以前）向法院申请采取临时措施（比如中国法下有诉前保全、先予执行等）。

在国际商事仲裁中，为解决当事人的紧急需求，不少国际仲裁机构规则规定了紧急仲裁员程序。所谓紧急仲裁员程序，是指在仲裁案件的初始阶段（仲裁庭正式组庭以前），依据当事人的请求，由仲裁机构任命一位紧急仲裁员审理当事人提出的紧急救济申请，并作出决定、指令或裁决（“紧急决定”）。

紧急仲裁员程序具有如下特点：

- **紧迫性。**鉴于该程序处理紧急问题，所以从程序启动到结束，期限很短。多数的机构仲裁规则对程序启动后仲裁机构指定紧急仲裁员的期限、紧急仲裁员作出紧急决定的期限都有明确要求。
- **程序性。**紧急仲裁员仅对紧急救济进行审理，且审查的目的仅在于决定是否应当给予紧急救济。对于案件实体问题，紧急仲裁员仅进行初步审查而不作出决定（留给随后正式组成的仲裁庭决定）。

- **临时性。**紧急仲裁员在仲裁庭组成后即不再行使职权。如果已经行使职权的，紧急仲裁员也不得再被任命为仲裁庭的组成人员。已经颁布的紧急决定可能会由紧急仲裁员或仲裁庭（一旦组成）修改、中止或终止。

## 二、 紧急仲裁员程序的流程如何？

以 HKIAC 于 2018 年 11 月 1 日开始适用的《仲裁规则》（附录 4）为例，紧急仲裁员程序的基本流程为：

- **当事人提交指定紧急仲裁员的申请。**申请紧急救济的当事人可以在提交仲裁通知之前、同时或之后（但需在仲裁庭组庭前），向仲裁机构提交指定紧急仲裁员的申请（“**紧急仲裁申请**”）。如有必要，申请人也可以同时提交其他有助于高效审查紧急仲裁申请的文件或信息。
- **指定紧急仲裁员。**如果 HKIAC 决定受理紧急仲裁申请，应当在收到申请和预付款后 24 小时内指定紧急仲裁员。随后，相关案卷材料将被移交给紧急仲裁员。
- **案件审理。**紧急仲裁员接手案件后，可以以其认为适当的方式开展程序。比如，紧急仲裁员可以决定双方发表意见、提交证据的期限以及具体的庭审安排等。
- **作出紧急仲裁裁决。**紧急仲裁员应当在 HKIAC 向其移交案件之日起 15 日内作出就当事人申请的紧急救济作出裁决，除非当事人另有约定或 HKIAC 决定延长审理期限。

## 三、 紧急救济申请获得准许的审查标准有哪些？

通常，紧急仲裁员主要从如下三个角度进行实质审查：

- **救济的紧急性以及避免不可弥补的损害的必要性（Urgency and the Need to Avoid Irreparable Harm）**

对于紧急救济的颁布，救济是否紧急到无法等到仲裁庭组成，是关键考量因素之一。HKIAC 规则附录 4 第 2 条对紧急仲裁申请应当包括的内容作出了规定，其中明确提到，申请人必须在申请书中说明，其无法等待仲裁庭组成就需要迫切申请紧急救济的原因。

在论证“紧急性”时，需要明确，“紧急性”与损害的不可修复性（irreparable harm）是不可分割的。事实上，申请救济的一方通常被要求证明，其所申请的救济非常紧急，以至于如果不准予该救济，将给申请人带来不可弥补的损失，且该等损失不可能完全被后续的裁决所救济。

具体而言，对于紧急寻求再融资的一方，其可以在紧急仲裁员程序中尝试证明，如果不被允许进行替代性融资并获得快速的资金注入，公司将面临迫在眉睫的破产风险，并彻底失去进入相应市场的机会。一般情况下，申请人不必证明到如果没有获得救济则破产必然会发生程度，但需要提供有说服力的论证。

- **申请救济一方在案件实体层面胜诉的可能性(Likelihood of Success on the Merits)**

假设申请紧急救济的一方提出的仲裁请求很可能在实体上完全站不住脚，颁布紧急救济就可能伴随着较高的与最终判决不一致的风险。因此，申请人救济的一方是否有胜诉的可能性，

是国际仲裁实践中决定是否颁布临时救济的基本考量因素之一。比如，HKIAC 规则的第 23.4(b) 条就对此作出了规定。

判断胜诉的可能性通常应采取“合理性”的判断标准 (Reasonable Possibility)。申请救济的一方需对胜诉的可能性承担举证责任，并证明到“合理性”的程度。在考虑合理性时，仲裁员一般会站在了解相关事实背景的合理第三人的角度进行判断，个案中的合理性判断很大程度上取决于紧急仲裁员根据具体的案件进行的自由心证。

值得注意的是，紧急仲裁员对“胜诉可能性”的判断主要基于较短时间内对案件的理解和对初步证据的审查，其不应当影响之后组成的仲裁庭对案件实体问题的审理和判断。

#### ► 救济所避免的损害与其所产生的损害之间的权衡 (Balance of Convenience/ Harm)

在考虑是否准予紧急救济时，如果一旦对紧急救济的准予是错误的，将会造成较大损害，仲裁员就需要在救济所避免的损害与其所产生的损害之间进行权衡。如果紧急救济所造成的损害很有可能大于紧急救济本身所避免的损害，仲裁员将倾向于不颁布紧急救济。在国际仲裁中，上述原则广泛适用于裁定是否颁布紧急救济以及临时措施的过程中，并被概括为“Balance of Harm”或“Balance of Convenience”。按照中文的表述，其大意为“两害相权取其轻”。

具体而言，在适用“Balance of Convenience”原则时，仲裁庭应当考虑颁布紧急救济可能对被申请人造成的损害、不颁布紧急救济可能对申请人造成的损害、相关损害是否可以通过正当程序获得救济、紧急救济被错误颁布的可能性等等。这些因素实际上与上文所提及的损害的不可修复性、实体胜诉可能性等考虑因素有所重叠。究其本质，“Balance of Convenience”原则是在引导仲裁员从一个更为宏观的角度评估，在是否颁布紧急救济这一最终问题上，到底哪种选择更能导向一个公正的裁决。

对于申请紧急再融资救济的公司而言，一方面，如果申请人无法寻求到替代性融资，很可能导致其在短时间内破产，而颁布临时措施对各方股东（包括拥有融资同意权的投资方）都存在一定的益处。但另一方面，允许替代性融资可能会对原投资方带来一定的损害，比如股权被稀释、股票贬值等。相应地，申请人在提出的紧急救济请求时，需要考虑如何降低拥有融资同意权的投资方在股权稀释、股价贬值等问题上的顾虑。

## 特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国法律及实务的最新动态和发展，上述有关信息不应被看作是特定事务的法律意见或法律依据，上述内容仅供参考。

如您对上述内容有任何问题或建议，请与汉坤联系：**陈湘林律师** [xianglin.chen@hankunlaw.com](mailto:xianglin.chen@hankunlaw.com)，  
微信号为：13521469731。