

## 国际商事仲裁实务系列（二） — 仲裁费用担保制度

作者：刘隆 | 贺予希

### 一、仲裁费用担保制度的含义

#### （一）制度背景

在实行“败诉方承担费用”原则的法域，如果申请人败诉，仲裁庭通常将就费用承担问题作出裁决，要求申请人承担被申请人支出的部分或全部法律费用。而如果申请人因为各种原因不支付或无法支付，则被申请人为参加仲裁而支出的费用将无法得到补偿。为防止被申请人因此受到损失，国际仲裁中存在“费用担保（Security for Cost）”制度，即仲裁庭在仲裁程序进行过程中作出临时裁决，要求申请人提供一定的担保（通常为现金或者银行保函），以使得被申请人未来可以从中得到补偿。对于被申请人提出的仲裁反请求而言同样适用。

相对应地，虽然学界有诸多呼吁引进的观点，但费用担保制度在国内仲裁领域仍未进入实践。

#### （二）功能和重要性

由前述制度背景可以看出，费用担保制度的直接功能是保护“无辜”的被申请人，弥补其经济损失。衍生地，费用担保制度的存在增加了发动仲裁一方的成本，可以避免滥用仲裁程序，遏制恶意提起的仲裁，进而可以促使当事人将仲裁作为最后的救济途径，营造诚实信用的仲裁生态。

反观之，如仲裁庭作出了费用担保令而申请人不履行，则案件会中止甚至终止，因此费用担保制度也可以作为被申请人制衡申请人、提前结束仲裁程序的有效手段。当然，费用担保制度也并非被申请人的“金钟罩铁布衫”，实践中仲裁庭对费用担保申请的审查也较为严格。而一旦该申请被驳回，则申请人一方为了应对该申请而额外支出的法律成本将由被申请人一方承担。

#### （三）担保的对象

担保的对象包括两大类，第一是仲裁费用，包括仲裁庭的收费、仲裁庭秘书（如有）的收费、仲裁机构的收费；第二是当事人采取法律行动的花费，包括律师服务费、专家证人的收费、翻译费、公证认证费。

需要注意，“费用担保（Security for Cost）”与“对请求的担保（Security for Claim）”是两个不同的概念。费用担保是由提出本请求或反请求的一方提供。对请求的担保是另一种临时措施，其效果类似于国内诉讼中的财产保全，即要求本请求或反请求的相对方对争议金额提供担保，以在仲裁裁决作出前锁

定支付能力。例如，香港国际仲裁中心（“HKIAC”）仲裁规则第 23.3 条规定仲裁庭可以采取临时措施，包括保全财产，以确保可据以执行随后作出的裁决。新加坡国际仲裁中心（“SIAC”）仲裁规则第 27 条“仲裁庭的其他权力”之（k）项规定仲裁庭有权“命令当事人为全部或者部分仲裁争议金额提供担保”。伦敦国际仲裁院（“LCIA”）仲裁规则第 25 条“Interim and Conservatory Measures”项下第 25.1 条之（i）项规定仲裁庭有权基于一方的申请命令某请求（无论本请求还是反请求）的相对方提供相当于争议金额全部或部分的担保。

#### （四）仲裁规则规定的模式

部分国际仲裁机构的仲裁规则中对费用担保有明确的规定。例如，HKIAC 仲裁规则第 24 条“费用担保”规定：“仲裁庭可指令当事人就仲裁的费用提供担保。”SIAC 仲裁规则第 27 条“仲裁庭的其他权力”之（j）项规定：“命令当事人按照仲裁庭认为合适的方式，提供律师费或其他相关费用的担保。”LCIA 仲裁规则第 25 条“Interim and Conservatory Measures”项下第 25.2 条规定仲裁庭有权基于一方的申请，命令某请求（无论本请求还是反请求）的提出方就法律费用和仲裁费用提供担保。

部分仲裁机构的仲裁规则虽然没有明确规定，但是其“临时措施”相关章节中的概括性规定同样可以涵盖费用担保的意思。例如，国际商会（“ICC”）仲裁规则第 28 条“保全措施与临时措施”项下第 1 款规定：“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。”联合国国际贸易法委员会（“UNCITRAL”）仲裁规则第 26 条“临时措施”项下也有类似规定。

## 二、仲裁费用担保的申请

### （一）依申请还是依职权

在这一点上，不同机构的仲裁规则及不同法域下仲裁法的规定不完全一致。LCIA 仲裁规则第 25.2 条明确规定仲裁庭作出费用担保制度需由一方当事人提出申请（Upon the Application of Any Party）。SIAC 仲裁规则第 27 条和 HKIAC 仲裁规则第 24 条没有规定必须依申请。新加坡《国际仲裁法（International Arbitration Act 1994）》第 12 条“仲裁庭的权力”以及香港《仲裁条例（Arbitration Ordinance）》第 56 条“仲裁庭可行使的一般权力”也没有规定仲裁庭作出费用担保令必须依当事人一方的申请。因此，在这种情况下存在仲裁庭依职权作出费用担保令的空间。

根据我们的经验，即使仲裁规则或仲裁法未规定必须依申请，通常情况下仲裁庭也不会主动作出费用担保令。其背后的逻辑在于，一方面，费用担保系为弥补被申请人的潜在损失，会增加申请人一方的经济负担，如果在被申请人尚且不认为有提供担保的必要的情况下仲裁庭主动为之，对申请人显失公平，会使得两造利益失衡。另一方面，仲裁庭也缺乏主动要求申请人提供费用担保的动力——仲裁本就是当事人合意选择的争议解决方式，仲裁庭和仲裁机构因此获得收入，“劝退”申请人对仲裁庭和仲裁机构而言并无益处。

### （二）是否裁决提供担保的考察因素

#### 1. 申请人的经济状况

费用担保的最初起因就是被申请人担心申请人如败诉无法支付被申请人的“应诉成本”，因此，申请人的经济状况是费用担保最重要、最直接的考察因素。实践中，申请人可能会被认定为缺乏支付能力的情形包括但不限于：（1）申请人已经进入破产程序，这是最为直接的标准；（2）申请人的各项财务数

据体现出的偿债能力不佳；(3) 申请人系接受第三方资助而发起的仲裁。受第三方资助往往意味着申请人经济困顿，但是，如果第三方资助协议约定资助方会在申请人败诉的情况下代为支付被申请人参与仲裁的费用，则这一点的影响较小。值得注意的是，经济活动中投资主体通常会设立“SPV”，而根据我们的仲裁案件经验，申请人系专门设立在开曼群岛的“壳公司”，没有实际经营行为，这一事实并不足以证明申请人缺乏支付能力。

申请人通常需要对经济状况加以证明，值得注意的是举证责任。这一点在主要法域的仲裁法律和仲裁规则中均未见到明确规定。从被申请人的角度，其通常不掌握申请人的财务资料，要求其全面证明申请人的财务状况是不合理也不可操作的，因此至多只能要求其履行初步的证明义务；从申请人的角度，其本就处于费用担保令程序的被动地位，要求其为了“自证清白”而向对方提供本属于商业秘密的财务资料，也是不合情理的。实务中，通常需要结合个案的具体情况具体分析，并没有统一的规则或指引可供参考。

反观之，申请人如存在经济困难，则该种经济困难很可能恰恰是被申请人的违约造成的，此时反而让申请人因自身经济困难而另行提供费用担保对申请人而言不甚公平。因此，经济状况并非唯一考虑因素。

## 2. 申请人胜诉的可能性

如申请人有很大的可能胜诉（A Reasonable Good Prospect of Success），则被申请人的法律费用和仲裁费用大概率将自行承担，则申请人自然不需要就此提供担保。存在争议的是，在双方证明胜诉/败诉可能性时，仲裁员将不得不深入审查案件的实体问题，否则难以对胜诉/败诉可能性作出客观、全面的评价，其作出的审查意见也将有失公允；然而，费用担保通常发生在案件的早期，而深入审查实体问题将使得仲裁员在案件在进入实体审理前就对案件最终结果产生了预判，剥夺了当事人的程序权利。为此，英国皇家特许仲裁员协会（Chartered Institute of Arbitrators, “CI Arb”）编撰的《国际仲裁实务指引（International Arbitration Practice Guideline）》之“申请费用担保（Application for Security for Cost）”第2条特地指出仲裁员在这一阶段应特别注意不要提前预判案件本身。但是，无论规则如何制定，实操上仍然是难以控制的。一个可行的方案是当事人另行聘请仲裁员，单独解决费用担保问题，但这显然会增加当事人的负担。

作为策略，如当事人系被申请费用担保令的一方，可以强调这一点，给仲裁庭形成压力，迫使仲裁庭通过初步证据即形成意见。

## 3. 申请人发动仲裁的主观意图

申请人的诉求应当是真实的、善意的而非虚假的（Bona Fide and Not A Sham）。如果诉求是虚假的，是纯粹利用仲裁程序给对方施加压力，则其行为不应当得到鼓励，也就更应当为被申请人参与仲裁的成本费用提供担保。考察申请人主观意图的路径一般有两个方向：第一，申请人的诉请本身是否合理、是否是毫无依据的单纯指控；第二，申请人是否配合仲裁程序的进行，是否存在非善意的、不合作的行为，例如隐瞒、捏造重要信息。

## 4. 申请人的国籍和所在地

相对而言，非本国当事人更有可能不履行本国仲裁机构作出的仲裁裁决。但是，国际仲裁的当事人分属不同国家、法域的情况极为常见，如果仅因为申请人国籍非本国或者经常居住地（主要办事机构所在地）不在本国就质疑其支付能力，是不符合国际仲裁客观情况的。部分仲裁法和仲裁规则也明文规定

了这一点。英国《仲裁法》第 38 条“仲裁庭的一般权力”项下第（3）项规定仲裁庭不得仅因为一个公司或组织系依英国以外国家法律成立的就作出费用担保令（国籍）；不得仅因为一个自然人居住在英国以外或者一个公司或组织的中央管理控制机构在英国以外就作出费用担保令（所在地）。新加坡《国际仲裁法》第 12 条“仲裁庭的权力”项下第（4）款、香港《仲裁条例》第 56 条“仲裁庭的一般权力”第（2）款也有类似规定。

## 5. 被申请人提出申请的时间

一般仲裁规则和仲裁法律不会对费用担保申请提出的时间作出强制性规定。但是，仲裁费用担保令将有可能导致仲裁程序中止或终止，因此，当事人应当尽量在仲裁初始阶段就提出，不宜在仲裁程序已经大部分完成时才提出，提出的时间越迟，则被支持的可能性较小。如果当事人在仲裁程序的中后期才提出费用担保申请，实质性地影响了开庭等程序，仲裁员可能会因被申请人提出的时间显著迟延而驳回申请。

## 6. 被申请人提出申请的动机

为了防止费用担保成为被申请人滥用的程序武器，仲裁庭也将考察被申请人提出费用担保申请是否具有压迫性质（Oppressive）的、是否系为了扼杀申请人的正当诉求（Stifle a Genuine Claim）。CI Arb《国际仲裁实务指引》之“申请费用担保”第 4 条指出费用担保应该是对双方公平的，不应不正当地扼杀一个合法和实质的请求。与前一点相关的是，如果被申请人提出申请的时间过晚，则有可能被认为是故意阻碍程序。

## 7. 执行裁决的实际困难程度

如果执行裁决的难度不高，则被申请人参与仲裁的成本可以在执行后得到补偿，则没有颁布费用担保令的必要。为判断执行裁决的实际困难程度，需要考察拟去申请执行裁决的法域（一般是申请人主要可供执行的财产的所在地）承认与执行外国仲裁裁决的法律和实践。首先，可考察该法域是否加入了《承认及执行外国仲裁裁决公约》，如果不是成员国，则执行裁决的难度较大；其次，即使该法域是《承认及执行外国仲裁裁决公约》成员国，也需要进一步考察该法域的仲裁司法审查相关法律制度，以及域内司法政策是倾向于拒绝外国仲裁裁决还是倾向于认可外国仲裁裁决。

## 8. 其他与案件相关的因素

以上列举并非穷尽，只是实务中常见的考察因素。CI Arb《国际仲裁实务指引》之“申请费用担保”第 1 条就特别指出，仲裁员应当同时考察与当事人及仲裁有关的其他因素。

# 三、仲裁费用担保的决定及履行

## （一）费用担保令的决定权

观察仲裁实践，各个法域存在“由法院决定费用担保”到“由仲裁庭决定费用担保为主”的演变。例如，英国 1950 年《仲裁法》第 12 条第（6）款曾规定如当事人没有约定，则只能由英国高等法院作出费用担保令，仲裁程序中的当事人只能暂时搁置仲裁而去向法院申请。这也是诸多有关的费用担保的经典案例为法院作出的判例的原因。又如，意大利旧版《民事程序法典（Code of Civil Procedure）》第 818 条明确规定仲裁庭无权作出临时措施。

然而，规定法院独享决定权存在两个方面的显著缺陷。第一，仲裁程序会被法院程序打断，法院程

序中当事人还可以上诉，仲裁进程会因此受到非常实质的阻碍；第二，如前所述，考察是否应当颁布费用担保令时会不可避免地涉及实体案情，而判决是公开可查的，这使得仲裁的保密性大打折扣，也与当事人选择仲裁的初衷相悖。

随着仲裁制度的发展以及从业者对法院不应过分干预仲裁的反思，各法域逐渐将费用担保令的决定权转移给仲裁庭。例如，英国 1996 年《仲裁法》（亦为现行法）第 38 条规定仲裁庭有权命令申请人提供费用担保。现行新加坡《国际仲裁法》第 12 条、香港《仲裁条例》第 56 条也均规定费用担保令为仲裁庭的权力。而在仲裁法明确规定仲裁庭有权作出费用担保令的法域，相应仲裁机构（如前述 LCIA、SIAC、HKIAC）的仲裁规则一般也会明确规定仲裁庭享有相应权力。而意大利《民事程序法典》2022 年改革后，其第 818 条规定当事人可以在仲裁协议中约定或者在仲裁开始前单独书面约定仲裁庭有权采取临时措施。这是一种折中的方式，当当事人无相关约定时，则仍由法院颁布临时措施。

但需要注意，仍有部分法域的仲裁法将作出费用担保令的权力局限在法院。因此，当面对仲裁费用担保时，当事人应同时考察《仲裁规则》及相应法域的仲裁法律或其他法律。

## （二）费用担保令的形式

一般而言，费用担保令的形式为临时裁决（Interim Award）。CIArb《国际仲裁实务指引》之“申请费用担保”册第 5 条指出费用担保令应当采用一个合理的程序性命令（A Reasoned Procedural Order）或者临时裁决（An Interim Award）的方式。

## （三）提供担保的方式

CIArb《国际仲裁实务指引》之“申请费用担保”册第 5 条指出仲裁庭应当决定担保的金额。在第 5 条的评论中，CIArb 指出，在决定金额时，仲裁员应当考虑，就争议的性质和复杂性来说，该金额是否是现实的（Realistic）和合比例的（Proportionate），也要考虑被申请人主张的法律费用在费率和工作小时数上是否是合理的；仲裁员可以要求申请费用担保令的一方提交已发生的费用以及为申请担保令而将发生的费用的明细，也可以要求相对方就明细发表意见。

对于担保的方式，CIArb 指出，仲裁员应邀请当事人就最适合各方需求的担保方式达成一致；如果当事人不能达成一致，则仲裁庭应当决定担保的方式，该方式应当包含提供担保的时间以及未在规定时间内提供担保的后果。常见方式包括银行保函、母公司担保、债券、往托管账户缴存现金、双方律师共管账户。

## （四）不履行费用担保命令的结果

不履行费用担保命令的可能结果取决于仲裁法及仲裁规则。例如，LCIA《仲裁规则》第 25.2 条规定仲裁庭可以不予处理该项请求（Stay）或者直接驳回（Dismiss）。实践中，常见举措也即不予处理或者直接驳回。不予处理贴近“中止”概念，直接驳回贴近“终止”概念。也就是说，不履行费用担保令将导致仲裁中止或终止。

## （五）费用担保令的解除

CIArb《国际仲裁实务指引》之“申请费用担保”册第 6 条指出，仲裁员应当在最终裁决中解除费用担保令，并决定与费用担保令相关的费用的承担（如这些费用被留到最终裁决解决而不是在程序中间就已经解决）。

## 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或其他相关司法管辖区法律及实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被视为任何意义上的法律意见或法律依据。

如您对本期《汉坤法律评述》内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所以下人员联系：

### 刘隆

电话： +86 10 8516 4212

Email: [long.liu@hankunlaw.com](mailto:long.liu@hankunlaw.com)