



大 会

Distr.
LIMITEDA/CN.9/WG.II/WP.108
14 January 2000
CHINESE
ORIGINAL: ENGLISH

联合国国际贸易法委员会
仲裁工作组
第三十二届会议
2000年3月20日至31日，维也纳

商事纠纷的解决

可就解决商事纠纷的某些问题制定的统一规则：
调解、临时保护措施、仲裁协议的书面形式

秘书长的报告

目 录

	段 次	页 次
导言	1 - 10	3
一. 调解	11 - 62	4
A. 一般意见	11 - 15	4
B. 委员会的审议情况	16 - 17	5
C. 拟订统一条文可考虑的问题	18 - 62	5
1. 某些证据在随后的司法或仲裁程序中的可容许性	18 - 28	5
2. 调解员在仲裁或法院程序中的作用	29 - 33	6
3. 和解协议的可执行性	34 - 42	7
4. 其他可统一处理的议题	43 - 62	8
二. 临时保护措施的可执行性	63 - 108	11
A. 一般意见	63 - 68	11
B. 下达临时措施令的权力	69 - 72	12
C. 认为由仲裁庭下令采取的临时措施具有可执行性的论点	73 - 80	12
D. 委员会的审议情况	81 - 82	13
E. 现有的立法解决办法	83 - 91	14

	段 次	页 次
F. 可能的统一解决办法	92 – 102	15
G. 仲裁庭可下达的临时措施的范围以及下达的条件	103 – 108	16

[第三章：“仲裁协议书面形式要求”将在 A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1 号文件中印发]

导言

1. 第三十一届会议期间，委员会于 1998 年 6 月 10 日举办了纽约公约特别纪念日，以庆祝《承认及执行外国仲裁裁决公约》(1958 年 6 月 10 日，纽约)四十周年。除委员会成员国代表和观察员之外，约 300 名人士应邀参加了这一活动。联合国秘书长致开幕词。除最初出席通过该公约的外交会议的与会者发表讲话之外，著名的仲裁专家就诸如公约的促进、公约的颁布和适用等事项作了报告。报告论及的事项并不限于公约本身，还包括公约与其他有关的国际法律文书之间的相互作用，这些文书涉及国际商事仲裁以及在实践中遇到的但并未在现有关于仲裁的法律文本或非法律文本中论及的实际困难。¹
2. 纪念会议上提交的报告中提出种种建议，要求向委员会说明在实践中发现的一些问题，以便于委员会考虑由委员会进行任何工作是否可取和可行的问题。
3. 在 1998 年第三十一届会议上，委员会在论及纽约公约日的讨论时认为，在 1999 年第三十二届会议上就仲裁领域中今后可能的工作进行讨论是不无益处的。委员会请秘书处编写一份说明，作为委员会审议的基础。²
4. 在第三十二届会议上，委员会收到了它请求编写的题为“国际商事仲裁领域未来可进行的工作”(A/CN.9/460 号文件)的说明。这一说明吸收了在不同场合提出的各种想法、建议和考虑，如纽约公约日、国际商事仲裁理事会大会(1998 年 5 月 3 日至 6 日，巴黎)³以及诸如 1998 年举办的“全新领域”讲座⁴等其他一些国际会议和论坛。说明中讨论了在仲裁实践中遇到的一些问题和困难，以便于委员会就其是否希望将其中任何问题纳入工作方案进行讨论。
5. 委员会欢迎秘书处编写的说明，并欢迎有机会讨论进一步拟订国际商事仲裁法律的可取性和可行性。人们普遍认为时机已经到来，应当对各国颁布《贸易法委员会国际仲裁示范法》(1985 年)以及使用《贸易法委员会仲裁规则》和《贸易法委员会调解规则》所取得的广泛而有益的经验进行评价，并在贸易法委员会这个普遍论坛上对改进仲裁法律、规则和惯例的想法和建议可否被接受进行评价。
6. 可由委员会可能予以审议的工作专题如下：
 - (a) 调解(A/CN.9/460, 第 8 – 19 段; A/54/17, 第 340 – 343 段);
 - (b) 仲裁协议应以书面形式作出的要求(A/CN.9/460, 第 20 – 31 段; A/54/17, 第 344 – 350 段);
 - (c) 可仲裁性(A/CN.9/460, 第 32 – 34 段; A/54/17, 第 351 – 353 段);
 - (d) 主权豁免(A/CN.9/460, 第 35 – 50 段; A/54/17, 第 354 – 355 段);
 - (e) 提交仲裁庭讼案的合并(A/CN.9/460, 第 51 – 60 段; A/54/17, 第 356 – 357 段);
 - (f) 仲裁程序中资料的机密性(A/CN.9/460, 第 62 – 71 段; A/54/17, 第 358 – 359 段);
 - (g) 为了抵偿目的提出索偿要求(A/CN.9/460, 第 72 – 79 段; A/54/17, 第 360 – 361 段);
 - (h) “短员”仲裁庭的裁决(A/CN.9/460, 第 80 – 91 段; A/54/17, 第 362 – 363 段);
 - (i) 仲裁员的责任(A/CN.9/460, 第 92 – 100 段; A/54/17, 第 364 – 366 段);

¹ 《根据纽约公约执行仲裁裁决：经验与前景》(联合国出版物，出售品编号：E. 99. V. 2)。

² 《大会正式记录，第五十三员会议，补编第 17 号》(A/53/17)，第 235 段。

³ 《增进仲裁协议和裁决的效力：纽约公约适用四十年，国际商事仲裁理事会大会系列文件第 9 号》，Kluwer Law International，1999 年。

⁴ Gerold Herrmann，“世界需要另一个统一仲裁法规吗？”《国际仲裁》，第十五卷(1999 年)，第 3 号，第 211 页。

- (j) 仲裁庭判给利息的权力(A/CN.9/460, 第 101 – 106 段; A/54/17, 第 367 – 369 段);
 - (k) 仲裁程序的费用(A/CN.9/460, 第 107 – 114 段; A/54/17, 第 370 段);
 - (l) 临时保护措施的可执行性(A/CN.9/460, 第 115 – 127 段; A/54/17, 第 371 – 373 段);
 - (m) 一项经起源国撤消的裁决可能具有的可执行性(A/CN.9/460, 第 128 – 144 段; A/54/17, 第 374 – 376 段);
7. 在讨论的不同阶段, 除 A/CN.9/460 号文件中列出的这些题目之外, 还提到其他几个可能值得委员会在今后适当时候加以审议的题目(A/54/17, 第 339 段)。
8. 在审议过程中, 委员会对其今后工作的最后形式持开放态度。据商定, 应当等到以后更加清楚地了解拟议解决办法的实质内容后再就形式问题作出决定。例如, 统一条文可以采取立法文本(如示范立法条文或条约)或非立法文本(如示范合同规则或惯例指南)的形式。有人强调, 即使考虑采取国际条约的形式, 也无意使其成为对《承认及执行外国仲裁裁决公约》(1958 年, 纽约)的修改。有人认为, 即使最后不拟订任何新的统一案文, 能够由委员会中代表各大法律、社会和经济制度的与会者进行深入讨论并在可能的情况下对统一的解释提出建议, 仍然不失为对国际商事仲裁惯例的有益贡献。A/54/17 号文件(第 337 – 376 段和第 380 段)反映了委员会有关这些问题的审议情况。
9. 在有关委员会今后在国际商事仲裁领域中的工作的讨论结束之后商定, 工作组的优先议题应当是调解(A/54/17, 第 340 – 343 段)、仲裁协议应书面作出的要求(A/54/17, 第 344 – 350 段)、临时保护措施的可执行性(A/54/17, 第 371 – 373 段)以及经起源国撤消的裁决可能具有的可执行性(A/54/17, 第 374 – 375 段)。估计秘书处至少将就这四个题目中的两个题目、也可能是三个题目为工作组第一届会议编写必要的文件。关于 A/CN.9/460 号文件中讨论的其他题目, 以及委员会第三十二届会议上就未来可进行的工作提出的次优先考虑的题目(A/54/17, 第 339 段), 工作组尚需确定处理这些题目的时间和方式。
10. 委员会把此项工作交给一个拟称为“仲裁问题工作组”的工作组, 授权其于 2000 年 3 月 20 日至 31 日开会, 并请秘书处为这次会议编写必要的文件。本文件便是根据这一请求编写的。

一. 调解

A. 一般意见

11. “调解”一词在这里作为一个广义的概念使用, 是指某个人或由若干人组成的小组成以独立、公正的方式协助当事方达成其争端的友好解决的程序。调解不同于争端当事方之间的协商(当事方一般在争端发生后进行这种协商), 因为调解包括为解决争端而提供独立而公正的援助, 而在当事方之间的和解协商中不涉及此种第三方的援助。调解与仲裁之间的不同之处是, 调解的结果或者是当事方以协商方式解决争端, 或者是调解失败; 而在仲裁中, 除非当事方在下达裁决之前解决争端, 否则仲裁庭对当事方下达有约束力的裁决。
12. 在仲裁机构和专门管理各种形式的争端解决替代方法的机构所采用的一些规则中, 以及在委员会 1980 年通过的《贸易法委员会调解规则》中, 都设想并论及上述意义的调解程序。这些规则得到广泛使用, 已成为许多机构的示范规则。
13. 在具体程序上, 争端当事方同意采用哪种调解程序来协助其设法达成争端的解决, 可能有所不同, 这取决于哪些方法被认为最有助于当事方之间的和解。尽管如此, 本文所审查的这种程序都具有这样的特点: 提供独立和公正的援助, 求得争端的友好解决; 即使当事方无法解决争端, 也不作出有约束力的裁决。
14. 实际上, 可以用其他词语来提及这种调解, “调停”或意思相近的词语就是经常使用的一些表达法。“解决争端的替代方式”这一概念, 也用来一并指借助调解方法而不是借助仲裁等具有约束力的方法来解决争端的各种方法和程序的翻版。本文使用“调解”一词作为所有这些程序的同义词。只要此种“解决争端的替代”

程序具有上文提到的特点，均在本文的论述范围之内。

15. 目前，世界各国越来越多地实行调解方法，其中包括直到十几年前还不大使用调解方法的区域。从建立一些公私营机构，向有关当事方提供旨在促成争端的友好解决的服务这个例子，就可以看出这种趋势。这种趋势的出现，以及世界各区域提倡把调解作为一种解决争端的方法的愿望日益强烈，促成人们展开讨论，要求找出国际上协调统一的有利于调解的法律途径。

B. 委员会的审议情况

16. 在委员会上讨论其今后在调解领域中可进行的工作时(A/54/14, 第 340 段)，普遍认为下述三个问题特别重要：某些证据在随后的司法或仲裁程序中的可容许性；调解员在随后的仲裁或法院程序中的作用；执行和解协议的程序。普遍看法是，除这三个问题之外，因启动调解程序而可能打断时效期的问题，也是一个值得审议的问题。

17. 委员会中形成的普遍看法是，值得探索一下拟订统一的立法规则的可能性，借以支持调解方法愈益增多的使用(A/54/17, 第 342 段)。人们注意到，虽然某些问题(如某些证据在随后的司法或仲裁程序中的可容许性，或调解员在随后程序中的作用)一般可以通过参照《贸易法委员会调解规则》等成套规则来解决，但也存在着许多未商定此种规则的情形。因此，调解过程可能从确定非强制性的立法条文中受益，在当事方相互希望调解，但又未商定一套调解规则时，即可适用这样的规定。此外，在有些国家，如果就某些种类的证据的可容许性达成的协议的有效性不确定，则统一法规或许可以提供一种有益的说明。另外，关于促进执行调解达成的和解协议以及调解在打断时效期方面的影响等问题，有人指出，只有通过制定法规，才能达到促进调解所需要的可预见程度和确定程度。

C. 拟订统一条文可考虑的问题

1. 某些证据在随后的司法或仲裁程序中的可容许性

18. 调解程序中，当事各方通常会就可能的解决方案提出意见和建议，承认事实或表示愿意和解。如经过此种努力，调解仍未达成解决，当事方提起司法或仲裁程序，那么此前提出的意见、建议、承认或表示和解的意愿就有可能作为不利于供认方的证据来使用。这种在调解过程中可能出现的某些事实“外溢”的可能性，会使当事方不愿积极在调解程序中设法达成和解，从而大大降低调解的效用。

19. 为处理上述问题，《贸易法委员会调解规则》第 20 条规定：

“不论仲裁或司法程序是否与调解程序主题的争端有关，双方当事人应保证不以下列事项为依据或用来作为证据：

- “(a) 他方当事人对争端的可能解决办法表示的意见或提出的建议；
- “(b) 他方当事人在调解程序过程中所作的承认；
- “(c) 调解员提出的建议；
- “(d) 他方当事人曾表示愿意接受调解员提出的解决争端的提议这一事实。”

20. 如果当事方不使用调解规则或使用不含《贸易法委员会调解规则》第 20 条这类条款的规则，则当事方在许多法律制度中会受上述问题的影响。即使当事方就第 20 条之类的规则达成协议，法院也不一定会赋予有关证据的协议以充分效力。为协助当事方应付此种情况，一些法域特别制定了法律，防止原先调解程序中的某些证据用于随后的司法或仲裁程序。其中一些法律是根据《贸易法委员会调解规则》第 20 条拟订的。

21. 工作组似应考虑，是否有必要就这一问题拟订一项统一条文以及在拟订这项条文时应采取什么做法。

22. 一种可能的做法是，在法律中明文承认诸如上文《贸易法委员会调解规则》第 20 条中所载的那种当事方达成的协议。采用这种做法，是为了在下述问题上消除任何不确定性：当事方是否同意不把调解过程中产生的某些事实作为证据在仲裁或司法程序中使用。这种办法还让当事方来具体确定，在多大程度上可以在调解范围之外把这些事实作为证据使用。但是，这种做法的一个后果是，如果当事方参加调解程序，但又未商定诸如《贸易法委员会调解规则》第 20 条这样的证据规则，那就无法防止在随后的对抗程序中考虑在调解程序中提出的意见、建议和承认。

23. 如果考虑到下述情形，或可采取另一种做法：即使当事方未能商定一个象《仲裁法委员会调解规则》第 20 条那样的规则，也不能在法院或仲裁程序中以调解程序中的某些情形作为证据。不妨设想两种可能的解决办法：(a)第一种办法是可由法律规定，不得承认《贸易法委员会调解规则》第 20 条所提到的那种事实证据为证据；仲裁庭或法院不得下令透露这些事实；(b)另一种办法则可以规定，当事方保证不在任何仲裁或司法程序中以《贸易法委员会调解规则》第 20 条中提到的那种事实作为证据，是调解协议的一项默示规定。

24. 在颁布国中，(a)项所规定的直截了当的证据规则与(b)项所规定的“默示协议”规则之间可能没有什么实际差别。但是，在正在进行随后的法院或仲裁程序的外国，这两者之间可能是有差别的。一国可能不理睬甲国颁布的(a)项规定，而如果一项调解协议暗含当事方的举证保证，则这种保证有可能在乙国得到承认。

25. 不管选择哪种做法，工作组还应考虑是否有必要说明，如果参与调解的当事各方事后同意透露证据，就不应对证据的可容许性作任何限制。

26. 还应考虑的是，如果任何证据是在违反法律规定的情况下提出的，是否应当规定，仲裁庭或法院可下达它认为适当的任何命令来处理这一事项。例如，这种命令可以是一种限制提出证据的命令，也可以是一种在不损害讼案实质内容的情况下以程序为由驳回讼案的命令。

27. 除按《贸易法委员会调解规则》第 20 条拟订的规定之外，有些法律还载有一条规定，处理为调解目的、在调解过程中或根据调解而编写的文件。这些条文规定，凡系此种文件均不可作为证据接受，在任何仲裁或民事诉讼中都不应强迫透露此种文件。工作组似宜考虑这样一个条文会产生什么实际后果，因为一个防止提出《贸易法委员会调解规则》第 20 条中提到的事实的条文，所产生的作用与一个禁止作为证据使用为调解目的、在调解过程中或根据调解编写的文件的条文所产生的作用是大致相当的。

28. 在有些法律制度中，不能强迫当事方在法院程序中出具某种“保密性”文件，例如，客户与其律师之间的书面信函。然而，如果当事方在某一程序中以这种保密性文件作为依据，即可认为失去了此种保密性。鉴于可以在调解程序中为促进和解而提出保密性文件，同时为了不妨碍在调解中使用保密性文件，工作组似宜考虑是否有必要拟订一个统一条文，规定在调解程序中使用保密性文件并不构成放弃保密性。

2. 调解员在仲裁或法院程序中的作用

29. 一方当事人如果考虑到当调解不成时调解员可能被任命为另一方当事人的代表(或律师)或在随后的仲裁或法院程序中被任命为仲裁员，则可能不愿在调解程序中积极致力于达成和解。如果调解员可能在这种随后的程序中作为证人出现，则当事方会有同样的顾虑。调解员了解调解期间发生的某些情况(如解决方案和承认的事实)，那么一旦调解员在随后的程序中使用或表明所了解的这些情况，就可能不利于其中的另一方当事人。为此，《贸易法委员会调解规则》第 19 条作了下述规定：

“双方当事人和调解员应保证调解员在调解程序主题的争端的任何仲裁或司法程序中不得担任仲裁员或一方当事人的代表或律师。双方当事人也应保证在上述任何程序中不将调解员作为证人。”

30. 但是，在某些情况下，仲裁员事先知情可被当事方视为有利的条件，特别是在认为所掌握的情况便于仲裁员更有效地办案的情况下。在这种情况下，当事方实际上宁愿由调解员，而不愿由其他任何人在随后的仲裁程序中出任仲裁员。《调解规则》第 19 条中的规则对任命前调解员担任仲裁员并不构成任何障碍，但双方当事人需以协议方式背离此项规则。共同任命调解员担任仲裁员，即构成此种协议。

31. 上一段中所概述的这种考虑，已促使某些法域按第 19 条颁布了法规，同时规定，这样的法规不是强制性的。

32. 工作组似应考虑是否有必要就此事项拟订一个统一的立法条文。如有此种必要，则需考虑下述问题：这个条文是否应规定，双方当事人和调解员均被认定已经保证调解员不(作为仲裁员、代表、律师或证人)参与任何仲裁或司法程序；或者这一条文是否应直截了当地禁止调解员参与这种随后的程序。不论属于哪种情形，工作组都应规定，当事方的协议可推翻已认定的保证或禁令。关于对调解员在法院或仲裁程序中的证词的可容许性的限制，工作组似宜讨论一下是否有必要对这种限制作出说明。例如，不妨考虑为证明其他情形(如欺诈)而要求调解员对《贸易法委员会调解规则》第 20 条中提到的事实作证。

33. 另一个可以讨论的问题是，这个条文是否限于仲裁员“在调解程序主题的争端”中的参与。这就是说，在涉及各不相同、但在商业上和事实上又密切相关的合同时，可以对调解员参与涉及某一合同的仲裁或法院程序作出限制，但对于其他有关的合同则不作此种限制，在涉及这些合同时，可以对调解员的参与适用同样的或类似的保留意见。对一组合同实行这种限制会引起一些问题，例如，如何确定合同之间的关系，即使这一条文有可用之处，是否就有必要为此而采取可能意义深远的限制措施。

3. 和解协议的可执行性

34. 许多从业人员都提出这样的看法：如果为执行目的而把调解期间达成的和解看作是仲裁裁决或类似于仲裁裁决，调解的吸引力势必大大增加。如果规定调解达成的和解由关于仲裁裁决的执行规则管辖，即可简化并加快这些和解的执行。一般来说，这意味着在不重新审查事实性的或实质性的法律问题(可能出现的公共政策问题除外)的情况下由法院执行调解达成的和解协议。

35. 在评价把可执行权的特性赋予调解程序中达成的和解有何益处时，可能提出这样的问题：既然任何和解作为一种合同都具有约束力并可执行，而不论这种和解是不是在和解程序中达成的，是否还有必要将这种特性赋予调解达成的和解。应当承认，在协议和解的基础上获得法院判决或仲裁裁决，通常是比较容易的(无论如何都比争端的当事方尚未达成解决的情形更容易)。尽管如此，不得不为执行一项和解而在法院程序或仲裁中花费时间和金钱的前景，会削弱调解的吸引力。根据这一推理，一些国家为设法促进执行调解中达成的和解而提出了各种建议并颁布了法规。

36. 一个既可获得可执行权又可避免启动对抗程序的可能途径是，已达成和解的当事方任命调解员担任仲裁员，并将仲裁程序限制在按商定的条件以仲裁裁决的方式记录和解的范围内(例如，《贸易法委员会仲裁规则》第 34(1)条作了这样的规定)。然而，在有些法律制度下，采取这种做法可能遇到障碍，在这些法律制度中一旦达成和解并消除争端，就无法提起仲裁程序。为了避免出现这种障碍，不妨在法规中明文规定，即使争端已经消失，仍准许和解的当事方提起仲裁程序，以便请求仲裁员(可以是前调解员)按商定的条件以仲裁裁决的方式记录和解。

37. 为了提供一种直截了当的办法，从而避免不得不提起一种把和解按商定的条件变为裁决的仲裁程序，一些法律规定，在调解程序中达成的和解协议，可以作为一种仲裁裁决执行。例如，有的法律规定，为了在该国执行某一和解协议的目的，可以按仲裁协议将该和解协议看作是仲裁裁决并遵照执行；有的法律则规定，书面的和解协议，应同仲裁庭按争端实质事项商定的条件下达的仲裁裁决一样，具有同样的地位和效力。

38. 关于规定调解达成的和解协议应受适用于仲裁裁决的执行规则管辖的立法条文，提出了这样一个问题：如何区分应当获得这种特殊地位的和解与不应享有此种特殊地位的和解(在第三方的协助下可能达成或可能未达成的和解)。

39. 有些法律载有规定调解达成的和解协议受关于仲裁裁决的执行规则管辖的法规，却并未就此种调解达成的和解提供单独而明确的定义或区分。不过可以从下面推导出答案：法律规定调解程序，要求调解员是独立、公正的人士，其结果是，只有那些按照这一法律规定的程序达成的和解方可作为仲裁裁决执行。有的法律还有这样的要求：调解员“认证和解协议并将其副本提供给每一当事方”。有的法律则规定，如果“调解结果

采用书面形式并为调一位或几位调解员和当事方或其代表签署，则书面协议应视为仲裁裁决”。还有法律规定，“如果仲裁协议的当事方”在解决其争端时以调解方式或其他方式达成协议并订立载有和解条件的书面协议，这一和解协议即可视为仲裁裁决。从这一规定可以得出这样的结论：如果当事方已达成仲裁协议，而且争端是在该仲裁协议范围之内，则只有这样的当事方达成的和解协议才享有特殊的可执行地位。最后，在关于商事仲裁的法律中也可找到关于调解达成的和解的可执行性的规定，其含义是，只有商事事项调解达成的和解方可作为裁决执行。

40. 可能还有一些特征，可以看作是应作为仲裁裁决执行的和解的独特之处。其中一个特征可能是当事方和调解员签署的和解协议应载有一个“可执行性条款”；这样一种规定的好处是，可以提醒双方当事人注意，通过签署和解协议，他们选择了一种与通常适用于执行合同的程序有所不同的执行程序。

41. 如上所述，“调解程序”涵盖各种不同的程序，其中包括称为“调停”的程序。因此，看来不论可执行的和解的定义为何，可取的做法都是确保定义的涵盖面广泛，不论名称是否为“调解”，只要具备必要的特征，所有程序均应包括在内。在审议这种定义时，《贸易法委员会调解规则》第7条(原文载于下文第61段)可以提供一些启示。此外，工作组似应注意，在考虑到就下文概述的其他有关调解的问题作出的决定的情况下，用何种方式界定调解的定义，会对适用问题产生重要的影响。

42. 工作组似宜讨论的另一个有着实际重要意义的问题是，法律宣布可以在某个国家执行的和解协议，在其他国家是否享有同样的或相近的地位。如果考虑到可执行性的这种国际效力，条约看来是实现这一目标的传统手段。虽然条约的确定性看来是一种有利的条件，但条约的不利之处是，条约难以在可预见的期限内获得足够数目的国家的通过。因此，工作组似宜考虑将示范立法条文作为一种适当的协调手段，就如同使用《贸易法委员会国际商事仲裁示范法》第35和第36条来管理国内和外国仲裁裁决的执行一样。

4. 其他可统一处理的议题

43. 除了讨论就上文提到的问题制定可能的统一条文之外，工作组似宜考虑，为了鼓励并促进通过调解解决争端，是否有必要就下文概述的其他有关事项制定统一的示范条文。

(a) 由仲裁员进行调解的可容许性或可取性

44. 《贸易法委员会仲裁规则》并未涉及是否以及在多大程度上允许仲裁员在仲裁程序期间提出和解的可能性的问题。

45. 在贸易法委员会安排仲裁程序的说明中注意到：

“对于由仲裁庭提出解决的可能性是否合适的问题，人们的看法并不一致。鉴于这方面习惯做法上的分歧，仲裁庭只应审慎地提出谈判建议。但是，仲裁庭最好作出恰当的时间安排，以便于继续或开始解决办法谈判。”(第47段)。

46. 有些国家希望说明，在取得当事各方同意的情况下，仲裁员促进和解并不违反仲裁程序，因此，它们通过了这样一些规定：仲裁庭鼓励解决争端，与仲裁协议并不矛盾；在当事方同意的情况下，仲裁庭可以使用调停、调解或其他程序来鼓励和解。

47. 其他法域更进一步而在法律中包括了鼓励仲裁庭在当事方之间进行调解的规定，但并未把这种鼓励与当事方的同意明确联系起来。

48. 鉴于对这个问题采取的不同做法和态度，可能难以制定出可以得到不同法域的同样支持的单一的统一规则。然而，如果工作组认为应当制定一项或多项示范立法条文，或许有必要对这种条文的三种可能的概念加以区分。其一是，这种条文将限于承认仲裁庭在便利和解谈判的情况下可为进行程序和作出时间安排，但仲裁庭本身不提出建议或参与这种程序。其二是，承认仲裁庭有建议双方当事人设法解决争端的裁量权，但仲

裁庭不应参与谈判。还有一个概念是，说明由仲裁庭建议当事方解决争端并在当事方同意的范围内参与达成协议和解的努力，与仲裁庭的职责并非不符。

(b) 调解协议对司法或仲裁程序的影响

49. 《贸易法委员会调解规则》第 16 条规定：

“关于调解程序主题的争端，双方当事人应保证在调解程序期间不启动任何仲裁或司法程序，但一方当事人认为仲裁或司法程序是维护其权利所必需时可以启动这种程序”。

50. 有些法域按这条规则颁布了法规；但是，这些法域不是按上文列出的第 16 条那样，把这些规定写成是当事方的保证，而是规定，对于调解程序主题的争端，当事人不得在调解程序期间启动任何仲裁或司法程序，只有一方当事人认为仲裁或司法程序是维护其权利所必需时才可启动这种程序。但是，还有一些法律规定，调解协议即应视为从调解开始直到调解终止暂停一切司法或仲裁程序的协议。看来，此种法律中的“暂停”一词，可以理解为暂停任何现行的司法或仲裁程序并禁止启动新的程序。如果工作组认为有必要拟订一个统一条文，限制当事方启动仲裁或司法程序，或许有必要确定从何时起即应认为调解程序已经开始(《贸易法委员会调解规则》第 2 条可以对这种界定提供某些启示)。

51. 如果当事各方商定的调解规则明确准许或假定一方当事人可以随时(以非正式或以书面声明的方式)终止调解，则防止启动仲裁或司法程序的立法条文就没有什么作用可言，因为一方当事人能够通过终止调解程序来克服障碍。但是，如果对调解程序的参与被看作是一种义务(有些国家在法律中规定了这种义务以及这种义务的强制性时限)，或者对终止调解程序的权利作出限制(例如，在第一次提出和解建议之前)，根据《贸易法委员会调解规则》第 16 条制定的立法条文就可能成为启动仲裁或法院程序的真正的障碍。

52. 对于调解协议的约束性质，或者说对于求助于对抗性程序之前进行调解的法定义务的问题，各国的法律不尽相同。有些国家实行这样的理论：争端当事方有义务参与调解程序，以便于和解并减少对抗性的法院或仲裁程序。因此，工作组似宜在审议可能就限制启动仲裁或司法程序拟定的示范性立法条文的同时，讨论一下把当事方的调解协议看作是强制性的协议(就当事方拒绝调解的权利或终止调解的权利需受时限或某些条件的限制而言)是否可取(以及在多大程度上可取)，并讨论一下是否有必要由委员会在这个问题上向立法者提供统一的指导。就后一个问题而言，《贸易法委员会调解规则》所采取的做法是，一方当事人可以通过向另一方当事人和调解员作出书面声明的方式随时终止调解程序。这种做法的主要理由是，尽管采取鼓励调解的一般性政策，但如果争端中的一方当事人不大愿意达成解决，则这一争端的调解程序不可能取得成功；在此种讼案中花费的时间和金钱也可能归于徒劳。

(c) 调解对计算时效期的影响

53. 上文第 49 段所引用的《贸易法委员会调解规则》第 16 条是以下述假设为依据的：调解程序不打断时效期的计算。第 16 条的目的是允许调解的进行，同时允许债权人通过启动仲裁或司法程序以维护自己的权利。没有第 16 条，债权人就会处于一种不利的境地，认为最符合自身利益的做法是终止调解程序并启动司法或仲裁程序。这倒不是说调解不会带来成功的希望，而是因为债权人不愿冒调解失败，同时自己的权利又因时效期届满而无法执行的风险。在有些法律制度中，债权人和债务人可以通过协议延长限期或时效期来处理这一难题；这种协议可允许债权人继续参与调解程序，同时又不致因时效到期而丧失权利。但是，并非所有法律制度都允许债权人与债务人之间的此种安排。

54. 曾有人指出，即使为维护权利的目的而允许启动仲裁或法院程序，费用依然在所难免，而且会破坏当事方之间的调解精神。因此，有人提出，如果调解本身的启动可借助法律的运作打断限期的计算，那才是可取的。有些法域颁布了基本上是这种含义的法规。

55. 工作组似宜考虑是否有必要就调解对计算时效期的影响问题拟订一个统一条文。如果认为这样一个条文

是可取的，则应注意使这样的条文包括所有期满后会影响权利的时限，如时效期和限期等。

(d) 调解员与当事方之间的联系；资料的透露

56. 在仲裁程序中，仲裁员必须对双方当事人平等相待，并应给予每一方当事人充分的机会陈述其案情。（《贸易法委员会示范法》第 18 条所载）这一原则防止仲裁员与一方当事人联系或会面而排斥另一方当事人。但是，这一严格的规则并不被看作是（只能通过当事方的协议，而不能通过有约束力的判决来解决争端的）调解程序的必要条件，调解员同时与双方当事人或单独与每一方当事人会面或联系，普遍认为是可以允许的。《贸易法委员会调解规则》第 9(1)条对调解员与一方当事人单独进行这种联系的可能性作了如下规定：

“调解员可以邀请双方当事人同他会谈，也可以用口头或书面形式同他们联系。他可以同时会见双方当事人或同他们联系，或者分别会见每一方当事人或同每一方当事人联系。”

57. 有些国家把这一原则纳入本国关于调解的法律中，规定允许调解员同时或单独与双方当事人联系。

58. 被普遍认为是仲裁程序的一个不可或缺的部分（并载于《贸易法委员会示范法》第 24 条中）的下述原则，是平等对待双方当事人原则的又一反映：仲裁庭从一方当事人收到的任何关于争端的事实材料，必须传送给另一方当事人，以便使每一方当事人都有充分的机会陈述其案情。在调解程序中适当地放松这一原则，也认为是可以允许的。因此，《贸易法委员会调解规则》第 10 条规定：

“在调解员收到一方当事人有关争端的事实资料时，为了使他方当事人有机会作出他认为合适的解释，他可以将该资料的内容透露给他方当事人。但是，一方当事人在向调解员提供资料时附有保密的明确条件，则调解员不得向他方当事人透露该项资料。”

59. 有些国家把《贸易法委员会调解规则》第 10 条中所载明的原则纳入本国的调解法律中。由此产生的一个问题涉及这样的情形：调解员已获得资料并需遵守资料保密的明确条件，但此后成为同一争端中的仲裁员（因调解未获得成功，调解员有效地当选为仲裁员）。在这种情况下，按照适用于仲裁程序的一般原则向双方当事人提供这一资料，被认为是适当或必要的。有些法律允许调解员在遵守明确的保密条件下接受资料，规定当调解程序未达成解决而终止时，收到过此种资料的仲裁员必须将其认为对仲裁程序有实质意义的资料透露出来。

60. 工作组似宜考虑是否有必要拟订：(a)准许仲裁员与双方当事人一起或单独会见或联系的示范条文；(b)调解员可以据此不向双方当事人透露在附有明确的保密条件下从一方当事人收到的资料的示范条文。这样的条文可能带来的一个益处是，它们将消除对《贸易法委员会调解规则》第 9 和第 10 条所载列的那种程序的适当性的疑问，而且就赋予调解某些效力而言（例如，和解协议的可执行性或打断时效期），不会在使用这些程序时对这些效力提出疑问。

(e) 调解员的作用

61. 调解规则通常载有指导调解员进行程序的原则。例如，《贸易法委员会调解规则》第 7 条规定：

“(1) 调解员应独立而公正地协助双方当事人争取争端的友好解决。

“(2) 调解员应在客观、公平和公正原则的指导下，尤其应考虑到双方当事人的权利和义务、有关行业的惯例和争端的具体情况，包括在双方当事人之间以前的任何商业习惯做法。

“(3) 调解员可按照他认为适当的方式进行调解程序，考虑案件的情况，双方当事人可能表示的愿望，包括一方当事人要求调解员听取口头陈述的愿望，和迅速解决争端的需要。

“(4) 调解员可在调解程序的任何阶段提出争端解决办法的建议。这项建议无需以书面提出，也无需附有其理由说明。”

62. 有些国内法把其中的一些指导原则纳入本国关于调解的法律中。工作组似宜考虑是否有必要拟订一个阐明这些原则的示范条文。这样一个条文可能是有益的，因为它将促进调解标准的统一，从而便利并推动调解在国际贸易中的使用。

二. 临时保护措施的可执行性

A. 一般意见

63. 仲裁庭在就争端作出裁决前，往往应某一当事方的请求下令实行临时保护措施。这类针对一方或双方当事方的措施往往以“临时保护措施”、“临时命令”、“临时裁决”、“保护措施”或“初步禁制措施”等语表示。这类措施的目的不尽相同，可包括：

- (a) 旨在便于仲裁程序进行的措施，例如要求某当事方允许进行某些取证的命令（如允许入户检查具体物品、财产或文件）；要求当事方保护证据的命令（如不得对现场作某些改动）；要求当事方和仲裁程序的其他参与者在程序中保守机密（如将卷宗存放于上锁处所或不泄露听审的时间和地点）；
- (b) 避免灭失或损害的措施和旨在在争端解决前保持某种现状的措施，例如在仲裁程序期间继续履行合同的命令（如命令承包商继续进行建筑工程，尽管其已提出其有权暂停工程的要求）；在作出裁决前不得采取行动的命令；保护物品的命令（如采取具体的安全措施、出售易腐物品或任命资产管理人）；采取适当行动以避免权利丧失的命令（如支付所需收费以延长某项知识产权的有效期的命令）；与被污染场地的清理有关的命令；
- (c) 便于以后执行裁决的措施，例如为保护将在其中执行裁决的法域中的资产而查封资产和采取类似行动（查封可涉及诸如有形财产、银行帐户或支付要求）；不准将资产或争端主题事项移出某一法域的命令；将争端中款额存于一共同帐户或将争端中动产存放于第三方处的命令；要求一个或多个当事方为仲裁费用提供保证金（如担保）的命令或为当事方索赔额的全部或部分提供保证金的命令。

64. 临时保护措施可涉及位于仲裁进行地法域或该法域以外地方的资产或财产。

65. 以上所列举的各种可能采用的临时保护措施并非详尽无遗。规定这类命令的签发的仲裁规则，通常并不就仲裁庭可能发出的措施令的范围作严格的界定。仲裁规则中的规定常常非常宽泛，例如一般性地规定仲裁庭可就争端主题事项采取其认为必要的临时措施；有时候也列出了可命令采取措施的例子（例如贸易法委员会仲裁规则第 26(1)条）。有些规则泛泛授权仲裁庭临时性发出仲裁庭将有权在裁决中发出的任何补救措施命令，但应以裁决中的最后决定为准。

66. 临时保护措施的临时性从一些预期性的要求中（有些仲裁法还明确予以指出）便可看出，例如仲裁庭下达的任何临时措施令可由该仲裁庭予以审查和改动，而且临时措施令一律应受仲裁庭最后裁决的管束，但裁决往往也会考虑到以前所发出的临时保护措施命令。不过，临时措施本身也可具有无法扭转的最后性重大后果，即使该项措施后来根据最后裁决作了改动或被视为并无必要。

67. 有些临时保护措施令是针对单方面发出的，也就是说在下达措施令前不听取受影响当事方影响而由一当事方实施。仲裁法通常并不载列关于下单方面措施令的可能性的规定，而且并不明确规定可下达哪些类型的单方面措施令。仲裁裁决中下单方面措施令的理由包括：表明如不采取该项措施便会发生无法补救的损失或损害，情况特别紧迫而不容许听取另一当事方意见（例如与易腐物品有关的措施），或者是不宜将措施令事先通知措施所针对的当事方（例如，就请求采取的不得将资产移出法域的措施听取意见，可能会使当事方在措施令下达前便转移资产）。

68. 无论是有关仲裁程序的法规还是仲裁规则，通常都并不载列关于临时保护措施的决定是否应说明所依据的理由的明确规定。看来，仲裁庭作出的决定一般都是以理由为依据的决定。

B. 下达临时措施令的权力

69. 关于仲裁庭下达临时保护措施令的权力的法律规定并不统一。在有些法域，这种权力是默示的。在另一些法域，则有授权仲裁庭下达临时措施令的明确规定。实行以贸易法委员会国际商事仲裁示范法为基础的法律的法域便是例子。示范法第 17 条规定：

“除非当事各方另有协议，仲裁庭经一当事方请求，可以命令任何一当事方就争端的主题事项采取仲裁庭可能认为必要的任何临时保护措施。仲裁庭可要求任何当事方提供有关此种措施的适当担保。”

70. 有些仲裁规则规定，仲裁庭命令采取临时保护措施的权力取决于当事方间的协议，而法律则仅限于承认当事方协议授予仲裁庭这种权力的效力。还有一些法域认为仲裁庭没有下令采取临时措施的权力，并认为当事方不能赋予仲裁庭以这种权力。

71. 许多成套仲裁规则都赋予仲裁庭以命令采取临时措施的权力。例如，贸易法委员会仲裁规则第 26(1)条便规定：

“仲裁庭经任一当事方请求，可就争端主题事项采取其认为必要的任何临时措施，包括保护构成争端主题事项的物品的措施，例如下令将其存放于某一第三方处或出售易腐物品。”

72. 在许多法域，当事方可选择究竟是请求仲裁庭还是法院命令采取临时保护措施。在仲裁庭尚未成立而某一当事方又希望采取临时保护措施时，同法院联系是唯一的可能。贸易法委员会示范法中也设想了这种请求仲裁庭或法院下令采取临时措施的可能性。该示范法除授权仲裁庭下令采取临时措施外（见前引第 17 条），还在第 9 条中规定：

“在仲裁程序进行前或进行期间内，一当事方请求法院采取临时保护措施和法院准予采取这种措施，均不与仲裁协议相抵触。”

示范法第 9 条仅限于宣布由法院下令采取临时措施并不与仲裁协议相抵触。至于法院是否有权和有多大权力下令采取有利于某项进行中仲裁的这类措施，则留给示范法以外的法规处理。

C. 认为由仲裁庭下令采取的临时措施具有可执行性的论点

73. 由于仲裁员并无强制执行临时保护措施的权力，从业人员近年来在各种场合都曾表示过这样的意见：临时保护措施的可执行性问题是一个应由立法者予以考虑的问题。主张有必要确保可执行性的论点有：如果进行顽抗的当事方的行动已使程序的结果基本上归于徒劳（例如耗散资产或将其转移至其他法域）；或不应容许发生本来可以防止的损失或损害（例如，如果某一当事方拒绝在施工场地采取预防措施或在争端解决过程中不继续完成建筑工程）。因此，这些人士认为，在有些时候，临时命令实际上同裁决一样重要。

74. 关于主张临时保护措施应有可执行性的论点，有人指出，国际仲裁往往在任何当事方在其处均无资产或商业业务的地点（所谓“中立”地）进行。这往往意味着拟根据仲裁庭下令采取的临时措施采取的行动应在进行仲裁的法域以外的地方采取。因此，由于可能要建立一种由法院协助执行临时措施的制度，所以应有可能由仲裁国法院和该国以外法院执行。

75. 但应指出的是，由仲裁庭下令采取的临时措施作为一个具体事项常常是在并无任何法院强制情况下发生效力的。有助于加强所采取措施的效力的情况有：当事方不希望得罪自己希望说服其相信自己有道理的仲裁庭；仲裁庭可能会从不按措施行事现象中作出不利的推断（例如，在下令保护某些证据的情况下）；仲裁庭可能根据其掌握的材料作出裁决；仲裁庭可能要求顽抗当事方对因其不按措施行事而造成的费用或损害负赔偿责任并在裁决中列入这一赔偿责任。不过，也有人指出，对临时保护措施不予理睬的例子也很多，而且上面所提到的刺激因素也可能并不充分或有效。

76. 有些人主张，需要有可执行的临时措施的仲裁当事方应求助于司法程序，因为许多国家的法律都规定了

这种可能性。但针对这一意见有人指出，这样做可能会有困难。例如，获得法院下达的临时措施令是一个旷日持久的过程，尤其是因为法院可能要求提出论据，或因为对法院决定可以提出上诉。另外，仲裁地法院对当事方或资产可能没有有效的管辖权。由于仲裁往往在一个同争端主题事项关系不大或根本没有关系的国家进行，可能应就一项审议和命令采取某项措施的请求同另一国法院接洽。另外，有些法域的法律可能并不给予当事方以请求法院下达临时保护措施令的选择，其理由是当事方同意仲裁便等于已排除由法院介入争端；即使法院有下令采取临时措施的管辖权，法院也可能因为由仲裁庭下令更合适而不愿那样做。

77. 因此，有一种意见认为，如果当事方能直接向仲裁庭而不是向法院提出采取临时措施的请求，而且如果措施通过法院的迅速介入而能付诸实施，将可更有效地利用资源。这样一种可能性据说是是很可取的，特别是因为仲裁庭对案件已很熟悉，了解主题事项的技术细节而且可用比法院短的时间作出裁决。

78. 在讨论这些论点时，工作组似宜注意到这样一点：并非所有可由仲裁庭下令采取的临时措施都同样需要由法院有效协助执行临时措施。例如，当仲裁庭下令采取第 63 段(a)中所述临时措施（旨在便于仲裁程序进行的措施）时，以及某一当事方未能按那些措施中的某一措施行事时，仲裁庭可从这种不遵守现象中作出不利的推断或根据其掌握的资料和证据作出裁决。此外，或者作为一种变通做法，仲裁庭也可在其就程序费用所作最后裁决中考虑到当事方未遵守措施令一事。因此，就这些类型的措施而言，仲裁庭对当事方可能有相当大的影响力，从而可减少法院干预的必要性。

79. 当措施属于第 63 段(b)中所述那一类时（避免灭失或损害或旨在在争端解决前保持某种现状的措施），仲裁庭通常也能责成当事方对其未遵守命令而造成的费用和损失负赔偿责任。但是，虽然说有可能规定对费用和损失的赔偿，但不按措施令行事却可能会产生严重的、无法补救的后果，而且由法院协助执行仲裁庭下令采取的这类措施的可能性的存在也可能是有利于井然有序的司法的。

80. 如果所采取的措施是第 63 段(c)中所述措施之一（便于以后实施裁决的措施），而且某一当事方已决定试图阻止裁决的实施，则仲裁庭或有关当事方可能便没有什么有效的手段来避免某当事方不按临时措施行事所造成的消极后果。在实践中，这可能意味着裁决对于获胜方基本上是毫无用处的。因此，鉴于顽抗当事方所可能造成的问题的严重性，加之仲裁庭或另一当事方又没有避免这种问题的有效手段，由法院协助实施这种类型的临时措施便非常必要的。

D. 委员会的审议情况

81. 委员会在讨论仲裁庭下令采取的临时保护措施的可执行性问题时 (A/54/17, 第 371 段)，一致认为这个问题具有很大的实际重要性，在许多法律制度中都没有得到令人满意的处理。有的与会者认为，拟由委员会就这一议题提出的解决办法，将是对国际商事仲裁实践的真正贡献。与会者还一致认为，这一问题应通过立法予以解决。

82. 关于可能采用的解决办法的实质内容，在委员会上也提出了一些看法和建议(A/54/17, 第 372 段)。其中一项是，除了在进行仲裁的国家执行临时保护措施外，还应当考虑在该国境外执行这些措施。有些与会者说，虽然未来的工作目标可能是使临时保护措施与仲裁裁决一样可以执行，但应当注意的是，临时保护措施在某些重要方面有别于仲裁裁决（例如临时措施可以单方面颁布，而且可以由仲裁庭根据随后发生的情况加以审查）。关于单方面措施，有的与会者指出，在某些法制中，颁布这种临时措施的时限是有限制的（例如 10 天），而且过后即应审理以重新考虑该项措施。有些与会者还建议研究法院协助仲裁问题（形式是由法院在仲裁程序启动前或进行期间颁布临时保护措施）。

E. 现有的立法解决办法

(a) 纽约公约

83. 有时候，仲裁庭颁布以临时裁决为形式的临时保护措施。例如贸易法委员会仲裁规则第 26(2)条便明确设想到了这种可能性。这就提出了一个问题：承认与执行外国仲裁裁决公约是否也包括这样的临时裁决？由于该公约并未对“裁决”一词予以界定，所以并不能一目了然地表明公约是否适用于临时裁决。一种普遍的，而且也由某些国家判例法所确认的意见是，该公约不适用于临时仲裁。

(b) 贸易法委员会示范法

84. 贸易法委员会国际商事仲裁示范法第 17 条明确论述仲裁庭有权颁布其认为必要的临时保护措施并要求一当事方就这类措施提供适当的担保。但示范法并未论及与执行有关的问题。

85. 工作组在编拟示范法期间审议第 17 条实质内容时，该条中载有这样一句：“如有必要将任何这类临时措施付诸执行，仲裁庭可请[某一主管法院][第五条所规定的法院]提供执行性协助”⁵ 工作组内有一种意见认为，由法院提供执行性协助是可取的，而且也可以做到。另外一种经审议后由工作组采纳的意见认为，该句应予删除，因为它并未全面处理国家程序法和法院权限的问题，而且不可能为许多国家所接受。但工作组有一项理解，即，删除这一句并不应理解为在一国准备根据其程序法提供这种协助的情况下排除执行性协助。⁶

(c) 国家法律

86. 在对待仲裁庭颁布的临时措施的可执行性方面，立法者所采取的做法不尽相同。许多国家的立法都未涉及这一点，但也有一些国家对这些临时措施的执行作了明确规定。

87. 有些法域的立法规定，承认和执行仲裁的规定也适用于仲裁庭所颁布的命令。

88. 有些法域的法律规定，某一当事方不遵守仲裁庭命令时，仲裁庭可请求法院协助执行命令；在有的法域，当事方可请求提供这种协助，还有一些法域则规定仲裁庭和当事方都可请求协助。

89. 有一项法律规定，法院可下令要当某一当事方遵守仲裁庭颁发的“紧急”命令。申请既可由仲裁庭在向当事方发出通知后提出，也可由得到仲裁庭许可的当事方向对方发出通知后提出。只有在任何已有仲裁程序已经用过而且已向对方提出了遵守命令的适当的期限时，才能使用这种程序。

90. 还有一项法律规定，只有已向某一法院提出了一项相应的临时保护措施申请，法院才可准许执行仲裁庭颁发的临时保护措施。法院有权为执行措施的目的而在必要时改动该项命令。法院也可根据请求撤消或修正执行命令的决定。另外还规定，如果事实证明仲裁庭颁布的措施从一开始便是不公正的，得到措施执行的当事方有义务向对方赔偿所受损失。

91. 有些法域的法律规定，在某当事方向法院申请颁布临时措施而且仲裁庭已就与申请有关的任何事项作出裁决时，法院应为了申请的目的而将该项裁决或在作出裁决时所作的任何调查结论视为不容置疑的。

⁵ 国际合同惯例工作组第六届会议工作报告（1983 年），A/CN.9/245 号文件，《贸易法委员会年鉴》，第十五卷：1984 年，第二部分，二，A，1，第 70 段。

⁶ 同上，第 72 段。

F. 可能的统一解决办法

(a) 本国和外国临时措施

92. 如上文第 74 段所指出的那样，国际仲裁案中仲裁地点的选择通常以对当事方和仲裁人是否方便以及能否提供某些服务为依据，而不是因为与争端的主题事项有任何联系。在这种情况下，这类仲裁所下达的许多措施可能需在进行仲裁的国家之外实施。但是，如果某项国际仲裁发生在争端主题事项所在的国家，仲裁法庭完全可以下达需在其他国家执行的措施。因此，工作组可考虑是否最好建立一种系统，使法院能够执行该执法法院所在国家发生的仲裁或在该国家之外发生的仲裁所下达的措施。如果需对外国措施给予任何不同的待遇，可通过具体的例外条款加以规定。

(b) 使临时措施服从于关于承认及执行裁决的条款

93. 供工作组考虑的一种可能的方式或许是提出一项解决方案，使执行法院为执法起见可据以将一项临时措施视为一项裁决，并对其适用承认及执行裁决的条款。（在贸易法委员会国际商事仲裁示范法中，关于承认和执行仲裁裁决——不论是在执法国发出的还是在该国之外发出的——条款载于该示范法第 35 条和 36 条。）好几个法域都采用了这样一种方式。例如，规定除非当事各方另有协议，关于承认和执行裁决的条款将适用于仲裁庭为临时保护措施发出的命令，在这些条款中提及裁决将被视同提及这样一项命令。在某些法域，只有在当事方均同意的情况下，临时措施的执行才由仲裁裁决执行系统处理。但是，应指出，前文所述本国解决方案适用于在本国发生的仲裁。在这些法律中没有关于如何执行在国外发生的仲裁下达的措施的法律。

94. 工作组似宜讨论是否应以上述方式为基础，拟定执行临时措施的协调一致的机制。这种方式的长处是将以经过实践考验的某种机制作为基础。

95. 将讨论的另一个问题可能是一种基于这种方法的机制是否有利于将这种机制的适用范围扩大到被请求执行某项临时措施的法院所在国以外的仲裁庭下达的临时措施。在决定是否将这样一种机制的范围扩大到外国措施时的一个考虑因素可能是不同法律制度有不同的关于临时措施的概念，因此法院可能会面临一项执行其法律制度中所没有的或不常见的临时措施的要求。例如，与其他制度相比，某些制度对单方面措施给予更大程度的承认。另一个例子可能是一些国家的仲裁庭采取下达“强制性”临时措施的做法，仲裁庭还为这些措施附加了在不执行这些措施时可采取的制裁手段。另外一个例子是，如果仲裁庭下达的措施没有说明其所依据的理由，或理由不充分，执行法院在执行措施时可能会遇到困难，因为对所涉公共政策考虑进行评估的可能性很有限。另外，执行法院所在国的仲裁立法可能会将某些类型的临时措施（例如扣押财产或某些类型的财产）排除在仲裁庭的权力之外。

96. 但是，可以指出，即使某项措施是在拟执行这项措施的国家的仲裁庭下达的，法院也可能需要处理该国所没有的或不常见的措施。之所以出现这种情况，是因为仲裁程序法通常为当事方以及仲裁庭在确定诉讼程序方面留有很大的余地（例如，见贸易法委员会示范法第 19 条），因此，仲裁庭在下达临时措施方面可遵循不同于进行仲裁的国家通常采用的规则和惯例的一些规则和惯例。

97. 在上文所述各种情况下，法院可对这类措施保持沉默，不论这些措施是在执行法院所在国还是在其他国家下达的。如果执行这类临时措施有困难，可通过规定只执行那些符合执行法院所在国某些程序条件的措施这种解决方案来克服上述困难。例如，如果法院确信当事方双方均能陈述其理由，则可执行某项单方面措施。但是，为执行不同类型的临时措施，包括执行国所没有或不常见的临时措施拟订一套统一的条件可能太困难。另一种更灵活、更适合不同程序系统中的不同情况的方法可能是由法院酌情决定执行临时措施的方式。

(c) 赋予法庭执行措施方面的酌处权

98. 工作组似宜考虑拟采用的机制是否应允许执行法院在如何执行某项措施方面拥有某种程度的酌处权，可

能包括是否执行某项措施方面的酌处权，包括修改临时措施以适合法院的程序和执行制度的酌处权。这样一种修改可能涉及修订或重新起草法院命令的措辞。这种在某种程度上依赖执行措施的法院的酌处权的方法的长处将是既为执行临时措施——不论是国内还是国外——提供明确的立法基础，又不会侵犯该国的程序及执法制度。这将有助于发展执行这类临时措施方面的法院惯例，可望以一种有助于仲裁的方式发展。

99. 如果拟赋予法院在执行仲裁庭下令执行的临时措施方面拥有某种程度的酌处权，可能需要讨论的问题则是提出要求的当事方是否需要向法院陈明理由以说服法院有必要采取某项措施。例如，请求执行的当事方是否需要在法庭上提供事实表明有必要采取某项措施并就应提供的担保的形式和数额陈明理由？另外，是否应当听取另一当事方对这些问题的看法？如果在仲裁庭本身已经听取过这些理由之后，在法庭上再次听取这些理由，执行的过程可能会变得很长。因此，工作组似宜考虑是否应规定允许或责成法院将仲裁庭的事实调查结果视为具有结论性的结果。

(d) 体现保护措施临时性质的专门条款

100. 如上文第 66 段所述，在此所讨论的保护措施与最后裁决相比都是临时或暂行措施。这些措施并不是争端的最后解决方案，因为仲裁庭会随着仲裁程序中的情况发展变化而对这些措施进行修改，在仲裁庭的关于有关争端的最后判决中应考虑到并合并这些措施。这一特点使临时措施有别于仲裁裁决，因而可能需要拟定关于执行临时措施的专门条款。

101. 可能需要一项这样的专门条款，因为当要求执行时或在此之后但在下达裁决之前的某个时候，仲裁庭可能由于情况发生变化而对其临时措施进行修改（例如被告能够表明其在该法域有足够的资产，这可能使仲裁庭能够解除或修改早先发出的关于禁止将某些资产移出该法域的命令；或作为继续执行某项建筑合同的理由的会造成不可弥补的损失的危险可能已不复存在，在这种情况下将可对早先的临时命令进行修订）。为了处理这种情况，工作组似宜考虑是否有必要拟定一项条款，使法院有权力修改其命令，以执行由仲裁庭下令执行的一项临时措施。另外，或许有必要拟定一项条款，规定关于执行某项措施的法院命令取决于提出要求的当事方是否有义务将仲裁庭对该措施所作出的任何修订及时通知法院。另外，可能需要规定要求法院在执行临时措施中给予援助的当事方提供适当的担保。

G. 仲裁庭可下达的临时措施的范围以及下达的条件

102. 在关于执行临时保护措施的讨论方面，工作组还似宜考虑拟定一份关于仲裁庭可下达的临时保护措施的范围及下达这些措施的程序细则的统一案文的可取性和可行性。

103. 许多法律采用广义的措辞，使仲裁庭有权力下达执行临时保护措施的命令。属于这一类的有采用示范法第 17 条的那些法域，根据该条，仲裁庭可下达“仲裁庭认为对争端主题事项来说是必要的临时保护措施”。在某些法律中，措辞更为具体，例如，明确规定仲裁人有权力下达扣押命令或命令将争议中的财产交存第三方。其他法律则采用了更具限制性的措辞，例如，规定仲裁人无权发出扣押财产令。

104. 从业人员和仲裁机构的报告表明，当事方要求执行临时措施的案例越来越多。由于这种趋势以及仲裁庭在可下达的临时措施的范围以及下达临时措施的条件方面缺少明确的指导，可能会影响到国际商事仲裁的有效地和高效率地发挥作用。如果仲裁庭由于对下达临时保护措施没有把握而不下达必要措施，则可能会导致不良后果，例如，可能会造成不必要的损失或损害，或者某当事方可能会通过有意使索赔者无法得到资产而逃避执行裁决。这样一种情况还可能促使当事方在仲裁庭完全有能力下达临时措施的情况下要求法院而不是仲裁庭下达临时措施；这将造成不必要的费用和拖延（例如，由于必须将文件翻译为法庭所采用的语文以及必须向法官出具证据并陈述理由）。

105. 工作组似宜考虑拟定一份关于仲裁庭下达临时措施的统一的案文是否可取。这样一份案文可能采取统一立法条款的形式或采用非立法性案文的形式，例如当事方可商定的示范合同规则。另一种可能性可能是编写

指导方针或做法说明以帮助当事方和仲裁人。这类指导方针和做法说明可介绍并分析各种不同类型的临时措施的不同之处，仲裁庭在确定是否下达某项具体临时措施命令时所适用的标准、与请求和下达临时措施命令有关的程序以及通过何种手段仲裁庭本身即可适用制裁措施以执行与需要法院协助的其他类型临时措施截然不同的某些临时措施。

106. 如果认为应朝着这个方向努力，或许可从国际法协会的国际民事和商事诉讼委员会于1996年通过的《关于国际诉讼中临时保护措施的原则》中得到某些启发。⁷转载于下文第108段的原则仅限于可由法院下达的临时及保护性措施；但是，这些原则背后的许多想法如作出必要的更改对仲裁庭下令执行的临时措施来说似乎也是有意义的。

107. 如果关于仲裁庭下达临时措施方面的工作看来会取得进展，工作组似宜就这个问题交换看法，包括就拟通过的案文的可能的形式交换看法，并请秘书处编写一份研究以促进进一步的审议。这个问题与执行临时措施的问题（已在上文第63段至102段中讨论）似为完全不同的两个问题，因此可能会认为应区别对待这两个问题；例如，一个问题采用非立法性案文，而另一个问题则采用立法性案文。

108. 国际法协会的《关于国际诉讼中临时及保护性措施的原则》案文如下：

原则的范围

1. 在民事和商事诉讼中，临时及保护性措施起到以下两个主要作用：
 - (a) 在就审判中的问题作出决定之前维持现状；或
 - (b) 将资产变为担保品，可用其偿还最终判决所判定的债务。
2. 上述原则旨在一般性适用于国际诉讼。但是起草这些原则时考虑到上文(b)类措施的一个典型例子，即冻结被告以在一个第三方银行的银行帐户存款数额形式拥有的资产。

补救措施的性质

3. 各国应不加歧视地提供临时保护性措施，以将资产作为担保，用以偿还最终判决所判定的债务。
4. 这类补救措施的允许应为酌处性的。在下述情况下应提供这类补救：
 - (a) 如果某一案件罗列的理由所依据的举证标准低于适用法所规定的标准；
 - (b) 表明对原告的潜在伤害超过对被告的潜在伤害。
5. 不应使被告有权以公司或其他托词为掩护隐瞒其资产。
6. 原告应确保将命令及时告知被告，不论是否有关于送达命令的任何正式法律要求以及可能由于送达而产生的任何法律后果。
7. 被告应有权在合理的一段时间内发表意见，有权对下令执行的临时保护性措施表示反对。
8. 法院应有权要求原告提供担保或其他条件，以补偿由于批准有关命令而可能对被告或第三方造成的伤害。在确定是否下达关于担保的命令时，法院应考虑原告能否对这类伤害的索赔要求作出回应。
9. 应规定视情况通过法律操作或法院命令获得有关被告资产情况的资料。

⁷ 国际法协会，1996年8月12日至17日在芬兰赫尔辛基召开的第六十七届大会的报告，由国际法协会出版，伦敦，1996年，第202–204页。

辅助程序

10. 批准临时保护措施的权限应独立于根据法律依据判案的权限。
11. 在一国境内拥有资产这一事实本身即应构成足以使司法机构可批准有关这些资产的临时保护措施的依据。
12. 不论是在法院（如果法院具有实质性司法权）或在国外，在合理的一段时间内提出实质性诉讼，应成为行使司法权的法院准予临时保护性措施的一个条件（但是法院不应在国外的实质性诉讼中采取援助行动，如果不存在外国法庭就实质性问题作出的判决在该法院具有可执行性的合理的可能性）。
13. 临时保护措施应在具体规定的期限内有效。法院应考虑根据正在进行实质性诉讼的法院的事态发展情况来延展该期限。
14. 行使实质性司法权的法院经被告申请对在其他国家批准的临时保护措施可能会有起监督作用的余地，特别是考虑到这些措施加在一起就整个诉讼而言并就该诉讼中索赔的数额来说是否合理。
15. 申请执行临时保护措施的一方应告知被请求法院其他国家临时保护措施程序及法律理由的现状。甚至也不排除就其法院许可交换意见的各国经批准可直接与其他国家有关司法当局联系的可能性。

地域范围

16. 如果法院对事项的实质内容妥善行使司法权，法院应有权力具体针对某个被告下达临时保护令命令其冻结其资产而不论资产在哪里。
17. 如果法院不对事项的实质内容行使司法权，而只是行使有关准予临时保护措施方面的司法权，其司法权将限于位于本法域范围内的资产。在不违背国际法的情况下，将由本国规则（包括法律冲突规则）确定资产的所在地。

跨国界承认和国际司法援助

18. 经一当事方请求，法院可考虑到在其他法域准予的命令。
19. 另外，必要时法院应予以合作，以保证其他法院下达的命令的效力，并考虑适当的当地补救措施。
20. 这可能需要扩大外国法院命令的承认范围。命令是临时性的而不是最终和结论性的这一事实本身不应成为承认或执行的障碍。

扣押地和资产所在地

21. 法院批准一项临时保护措施这一事实本身并不构成对实质性索赔要求的管辖权，不论索赔是否限于冻结资产的价值。

临时支付

22. 法院可具体下达临时支付命令的国内法中的程序（例如对原告的直接支付，这种支付事后在最后判决中可能会有修改）并不是国际诉讼情况下的临时保护性措施。

[第三章，“仲裁协议采取书面形式的要求”，将在 A/CN.9/WG.II/WP.D108/Add.1 号文件中发表]