

## 内 容 摘 要

2006 年联合国大会通过对《联合国贸易法委员会国际商事仲裁示范法》的修订，本次修改内容主要集中在仲裁协议的书面形式要求和临时措施两个方面。中国正在酝酿对仲裁法的修订，《示范法》的新规定对我国仲裁新立法具有极大的指导意义和重要性，因此我们有必要深入研究《示范法》修订案文，以把握国际商事仲裁的发展趋势，从而能够更好地完善我国仲裁法律制度。

本文共分为四章，主要采用比较分析的方法，根据联合国国际贸易法委员会第二工作组关于仲裁协议和临时措施的历届会议资料对《示范法》的新规定进行解析，并分析了我国仲裁相关法律制度的不足，在借鉴《示范法》的基础上，结合我国的实际情况，对我国仲裁相关法律制度的完善提出建议。

第一章简要介绍《示范法》的相关背景知识，包括其主要内容、特点、对世界各国仲裁立法的重要意义以及 2006 年修订的概况。

第二章阐述了《示范法》第 7 条“仲裁协议的定义和形式”修订的必要性和修订过程，具体分析了第 7 条两个备选案文的内容，并指出修订案文产生的矛盾和争议。

第三章重点讨论《示范法》第 17 条“临时措施与初步命令”。本章首先简要概述临时措施的定义、性质等，然后阐述第 17 条修订的必要性和修订过程、修订案文的结构和特点；接着深入分析第 17 条修订案文的每款规定，使得对临时措施和初步命令制度有一个完整和清晰的了解，并分析了修订给国际社会仲裁立法和实践带来的争议和影响。

第四章主要分析我国关于仲裁协议书面形式和临时措施的相关立法规定，指出与《示范法》相比存在的缺陷和不足，并提出相应的完善建议。

**关键词：**示范法；仲裁协议；临时措施；中国仲裁法

## ABSTRACT

The United Nations General Assembly adopted "UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) Model Law on International Commercial Arbitration" with amendment in 2006. The Model Law focused mainly on the changes in two aspects: the written form of arbitration agreement and the arbitration of interim measures and preliminary orders. China is now planning to amend its arbitration law. So the new provisions in the Model Law are of great significance to Chinese arbitration law. Study in arbitration agreement and interim measures is necessary to grasp the developing trend of international commercial arbitration and to improve China's arbitration legal system as well.

This dissertation is divided into four chapters. New provisions and China's legal system deficiencies on arbitration are analyzed based on the documents and discussions of the previous sessions of UNCITRAL Working Group II. Proposals are also made to improve Chinese arbitration law considering both the Model Law and the situation of China.

Chapter One briefly introduces the background of the Model Law, including its main contents, features, significance as well as an overview of the amendment in 2006.

Chapter Two focuses on the issue of the definition and form of arbitration agreement contained in Article 7 of the Amendment of 2006 with due consideration given to the discussions of the UNCITRAL Working Group II. This chapter deals with both optional clauses of Article 7 in detail.

Chapter Three mainly discusses interim measures and preliminary orders contained in Article 17 of the Amendment of 2006 including the definition, precondition and type of interim measures. The chapter provides detailed analysis on all provisions of Article 17 and their impacts on international arbitration law.

Chapter Four deals with the related provisions on the written form of arbitration agreement and interim measures in Chinese Arbitration law with reference given to the 2006 Model law. This chapter also raised proposals for the improvement of Chinese Arbitration Law.

**Key Words:** Model Law; Arbitration Agreement; Interim Measures; Chinese Arbitration Law.

## 厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下,独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为( )课题(组)的研究成果,获得( )课题(组)经费或实验室的资助,在( )实验室完成。(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称,未有此项声明内容的,可以不作特别声明。)

声明人(签名): 彭菁

2009年4月15日

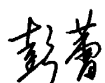
## 厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

- (        ) 1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，  
于     年   月   日解密，解密后适用上述授权。
- (        ) 2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

2009年4月5日

## 前 言

联合国国际贸易法委员会（简称 UNCITRAL，贸法会）是联合国大会于 1966 年批准设立的，设立该委员会的目的在于促进国际贸易法的逐步协调和统一。贸易法委员会由大会选出的 60 个联合国成员国组成，这些成员国的构成代表了世界上各个不同地区及其主要法律、社会和经济制度。

当前，贸易法委员会已经成为联合国系统在国际贸易法领域的核心法律机构。联合国及其贸法会制定的 1958 年《承认及执行外国仲裁裁决公约》（以下简称 1958 年《纽约公约》）、1976 年《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》（以下简称 1976 年《仲裁规则》）和 1985 年《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》（以下简称 1985 年《示范法》）构成了国际商事仲裁制度的法律框架，标志着国际商事仲裁制度的初步建立，对国际商事仲裁的发展起着积极作用。其中，1985 年《示范法》的诞生，是联合国继 1958 年《纽约公约》和 1976 年《仲裁规则》之后，对现代国际商事仲裁法的统一化和现代化所作出的又一卓越贡献，对当代各国的仲裁立法和仲裁实践及国际商事仲裁理论的发展，都产生着深远的影响。

2006 年 7 月 7 日，贸易法委员会在美国纽约联合国总部审议通过了对《示范法》的修订案文。本次《示范法》的修订主要为了解决以下两个问题：第一，仲裁协议的书面形式(in writing)；第二，仲裁中的临时措施（interim measures）。因此，贸法会主要对 1985 年《示范法》中关于仲裁协议书面形式的规定（第 7 条）和临时措施的规定（第 17 条）进行了实质性修订。

目前全世界有六十几个国家和地区根据《示范法》颁布立法。其中，爱尔兰、毛里求斯、新加坡、秘鲁和斯洛文尼亚已经根据 2006 年修订后的《示范法》颁布立法。可以预见，在不久的将来，会有更多的国家依据《示范法》进行仲裁立法或对已有的仲裁法进行审查和修改。中国在 1991 年修订《民事诉讼法》和 1994 年颁布《仲裁法》时，都参考了《示范法》。并且，中国现在正在酝酿对仲裁法的修订，因此，本文将重点讨论和分析《示范法》第 7 条和第 17 条的修订案文，然后就其对中国仲裁立法与实践的影响作初步的探讨。

## 第一章 《国际商事仲裁示范法》概述

### 第一节 《示范法》的背景和目的

在解决了外国仲裁裁决的承认和执行,仲裁的审理程序等问题后,如何协调各国的仲裁法,从国内法的角度对《纽约公约》和《贸法会仲裁规则》的规定予以承认、补充和实行,就成为当务之急。<sup>①</sup>通过对各国有关仲裁的立法进行考察,联合国国际贸易法委员会发现各国适用于国际商事仲裁的立法相对滞后,国内仲裁立法存在诸多差异,有的国内法不适用于国际案件。各国法律的不足和差异势必给仲裁地的选择、案件的审理及裁决的承认和执行等各个环节都造成困难。因此,联合国国际贸易法委员会于1985年6月21日在委员会第十八届会议结束时通过了《贸易法委员会国际商事仲裁示范法》。大会在其1985年12月11日第40/72号决议中,建议“所有国家鉴于统一仲裁程序法的需要和国际商事仲裁实践的具体需要,对《国际商事仲裁示范法》给予适当的考虑。”

《示范法》旨在帮助各国对其仲裁程序法律进行改革和现代化,以考虑到国际商事仲裁的特点和需要。其目的在于将国际上关于商事仲裁的惯例,以及《纽约公约》和《贸法会仲裁规则》的规定以示范法的形式确定下来,并加以进一步的明确,为各国制定、修改其仲裁法提供一个范本,籍以协调和统一各国对国际商事仲裁的不同态度和立场,为国际商事仲裁建立一个稳定的可能预测的国际法律框架。<sup>②</sup>其制定的目标包括协调国际商事仲裁立法、将法院对仲裁的干预减到最少、为当事人提供选择仲裁程序的自由、从法院获得对仲裁的支持、仲裁裁决的强制执行力、制定强行性规定以保障公平和合法的程序等。

### 第二节 《示范法》的内容和特点

整部《示范法》共分8章36条,内容涉及其适用范围、仲裁协议的形式与

<sup>①</sup> 王一平. 联合国国际贸易法委员会与现代国际商事仲裁制度的发展[J]. 中南工业大学学报社会科学版, 1999, 5(1): 89.

<sup>②</sup> 同上。

效力、仲裁庭的组成及其权限、仲裁的程序、对仲裁裁决的追诉、仲裁裁决的承认和执行等各个方面。

第一章“总则”主要规定《示范法》的适用范围、放弃提出异议的权利、法院干预的限度及指定法院或其他机构协助和监督仲裁等内容。第二章“仲裁协议”主要规定了仲裁协议的定义和形式；仲裁协议和向法院提出的实质性申诉；仲裁协议和法院的临时措施。第三章“仲裁庭的组成”规定了仲裁员人数的确定、仲裁员的指定程序、回避的理由和申请回避的程序等。第四章主要规定仲裁庭的管辖权。第四 A 章规定了临时措施和初步命令制度。第五章“仲裁程序的进行”详细规定了当事人平等待遇、程序规则的确定、仲裁地点、申诉与答辩、开庭和书面审理程序等程序规则。第六章“作出裁决和程序终止”主要规定仲裁适用的实体法、裁决的形式与内容、更正和解释、仲裁程序终止的条件与程序等。第七章规定了不服裁决的追诉权。第八章主要规定裁决的承认与执行。

《示范法》内容完备，指导性强，涵盖了仲裁过程的所有阶段，从仲裁协议直至仲裁裁决的承认和执行，反映了全世界就国际仲裁实践的各项原则和重要问题所达成的共识<sup>①</sup>。可以说，《示范法》的许多规定都体现了国际商事仲裁内在的意思自治性、高效性、专业性等优势的要求，同时还为促进仲裁的公正性和平等性提供了相应的制度保障。此外，《示范法》关于仲裁各个阶段的规定并非事无巨细，而是仅规定了大致的程序，确立了各项不容违背的基本原则，有许多事项都留待各国国内法作出详细规定，所以，《示范法》的规定又具有原则性、概括性和灵活性。

### 第三节 《示范法》的意义及其修订

#### 一、《示范法》的意义

《示范法》自 1985 年被联合国大会批准后，对各国或地区仲裁立法产生了巨大影响。《示范法》的重大意义体现在：

首先，它是在与 1958 年《纽约公约》不相抵触的情况下对《纽约公约》的

<sup>①</sup> Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as amended in 2006[Z], para.2.



进一步发展。它在《纽约公约》的基础上，更详细地勾勒出国际商事仲裁的法律框架，澄清和补充了《纽约公约》中模棱两可和未能达成一致的若干问题，使之有可能转化为可由国内法院直接实施的国内立法。

其次，它以国内法的形式将国际商事仲裁的程序规则予以示范，为国际商事仲裁的当事人、律师和仲裁员建立了一套统一、稳定和可预测的程序规则。这极大地促进了国际商事仲裁的广泛应用。

再次，它的重要意义还在于它对各国仲裁立法的影响和推动。目前全世界有六十几个国家和地区根据《示范法》颁布立法，另外不少国家也在对仲裁法进行改革，即使有些国家尚不愿完全采纳示范法，但在制定或修改其仲裁法时，仍将示范法作为重要参考。有的国家与地区的立法，如英国1996年《仲裁法》、德国1998年《民事诉讼法典》和香港2000年《仲裁（修订）条例》甚至在《示范法》的基础上又前进了一步。

## 二、《示范法》的修订

2006年7月7日，联合国贸易法委员会在美国纽约联合国总部审议通过了对《示范法》第1(2)条、第7条“仲裁协议的定义和形式”和第35(2)条的修正案文、一篇新的第四章之二“临时措施和初步命令”用以取代第17条以及一则新的第2A条国际渊源和一般原则。其中，本次《示范法》的实质性修改内容主要集中在仲裁协议的书面形式以及仲裁中的临时措施和初步命令两个方面。1985年原版本中关于仲裁协议形式的规定（第7条）是以1958年《纽约公约》第二(2)条所使用的措词为样板的。对第7条修订的用意是照顾到国际贸易实践的不断发展和技术上的发展。<sup>①</sup>《示范法》第7条关于仲裁协议书面形式的新规定更进一步地扩大了对仲裁协议书面形式（in writing）的理解，甚至在定义仲裁协议时省略了任何形式的要求。对第17条关于临时措施的大面积修订被认为确有必要，因为考虑到在国际商事仲裁实践中正日益依赖于这种措施。修订还包括对这种措施的强制执行制度，这是因为认识到仲裁的有效性常常取决于能否强制执行临时措施。<sup>②</sup>

2006年通过对《示范法》的修订还包括：第1（2）条“本法之规定，除第

<sup>①</sup> Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as amended in 2006[Z], para.4.

<sup>②</sup> Id.

8、9、17H、17I、17J、35及36条外，只适用于仲裁地点在本国领土内的情况。”第2A条，在原来第2条“定义及解释规则”中增加了一款，规定了示范法的国际渊源与一般原则：“(1)解释本法时，应考虑到其国际渊源和促进其统一适用的必要性并应遵循诚信原则；(2)与本法有关但又未明确规定的事项，应依照本法所基于的一般原则加以解决。”该条的目的是为了便于参照国际公认的原则进行解释，并旨在促进对示范法的统一理解。<sup>①</sup>第35(2)条：“援用裁决或申请对其予以执行的一方当事人，应当提供裁决书正本或其副本。裁决书如不是以本国一种正式语文做成的，法院可以要求该方当事人出具该文件译成这种文字的译本。”

自2006年起，《示范法》的标准文本是修订后的版本。大会在其2006年12月4日第61/33号决议中，建议“所有国家在颁布或修订本国法律时，积极考虑颁布《贸易法委员会国际商事仲裁示范法》的修订条款，或经修订后的《贸易法委员会国际商事仲裁示范法》……”这标志着联合国在国际商事仲裁立法方面取得了突破性进展，将对各国仲裁立法、理论研究与仲裁实践产生更加深远的影响。

---

<sup>①</sup> Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as amended in 2006[Z], para.4.

## 第二章 《示范法》修订之一：仲裁协议的定义和形式（第7条）

### 第一节 仲裁协议书面形式概述

在当前的国内商事仲裁立法中，只有少数国家<sup>①</sup>未对仲裁协议的书面形式提出强制性要求，世界大多数国家<sup>②</sup>的仲裁立法，均对仲裁协议的书面形式作了要求。在国际商事仲裁立法层面上，1958年《纽约公约》以及1985年《国际商事仲裁示范法》也对仲裁协议的书面形式要求作了规定。

1958年《纽约公约》第2条第2款规定：“‘书面协定’者，谓当事人所签订或在互换函电中所载明之契约仲裁条款或仲裁协定。”《纽约公约》订立于20世纪50年代，当时的通信技术尚未发展到今天的令人惊异的高度，其条文中所称的“函电”仅仅包括了信件、电报和电传，没有也不可能设想通过传真、电子数据交换等高科技通信手段来订立仲裁协议。然而，在后来的仲裁和司法实践中，法官和仲裁员与时俱进，逐渐地对“函电”一词进行广义的解释，以涵盖传真和电子数据交换等通信手段，使得通过这些手段订立的仲裁协议能够被认定为“书面”的。

1985年联合国《国际商事仲裁示范法》第7条第2款在规规定仲裁协议的书面要求方面，较之于《纽约公约》有新的突破。1985年《示范法》第7条第2款规定：“仲裁协议应是书面的。协议如载于当事各方签字的文件中，或载于往来的书信、电传、电报或提供协议记录的其他电讯手段中，或在申诉书和答辩书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。在合同中提出参照载有仲裁条款的一项文件即构成仲裁协议，如果该合同是书面的而且这种参照足以使该仲裁条款构成该合同的一部分的话。”<sup>③</sup>1985年《示范法》的突破表现在两个方面：第一，书面的仲裁协议包括了通过能够“提供协议记录的其他电讯

<sup>①</sup> 希腊《民事诉讼法》第869条。

<sup>②</sup> 英国1996年《仲裁法》第5条第1款；瑞士1989年《瑞士联邦国际私法》第178条；法国1997年《民事诉讼法典》第1443条和第1449条；德国1998年《民事诉讼法》第1031条第1-5款；中国《仲裁法》第16条；荷兰1986年《仲裁法》第1021条；中国香港2000年《仲裁（修订）条例》第2AC条；中国台湾1998年《仲裁法》第1条第3款等。

<sup>③</sup> 赵秀文，谢菁菁．国际商事仲裁法参考资料[M]．北京：中国人民大学出版社，2006．50．

手段”订立的仲裁协议；第二，双方提交仲裁文件和不对仲裁管辖提出异议的行为可以作为认定双方之间存在书面的仲裁协议的依据。在这里，一方当事人不否认另一方声称的仲裁协议的行为本身被作为存在“书面”仲裁协议的辅助证据。

## 第二节 《示范法》第7条的修订背景

### 一、修订的必要性

国际社会普遍认为，联合国国际贸易法委员会《国际商事仲裁示范法》获得了很大成功。但是在谈到《示范法》获得成功的同时，我们也要记住，即使是一份成功的文件，它也始终存在改进的空间。在《示范法》制定颁布了20年后，贸易法委员会开始着手尝试修正《示范法》的有关规定，其中包括对仲裁协议书面形式要求的规定。为什么要对《示范法》的仲裁协议书面形式的规定进行修订？修订的必要性何在呢？

#### （一）仲裁界业内人士对《示范法》规定过时的批评

1985年《示范法》第7条第2款突破了《纽约公约》对书面仲裁协议的严格要求，放宽了书面仲裁协议的范围，已经体现了对仲裁协议的形式要求降低的趋势。尽管如此，《示范法》由于其过于谨慎依然免不了受到批评。

早在1995年，Neil Kaplan QC 就曾在香港举行过“示范法中的书面形式要求跟不上商业实践的脚步了？”的演讲，<sup>①</sup>随后在北京举行的演讲中，Kaplan 主张对《示范法》第7条第2款进行修订，并提出了一个被频繁引用的问题：“如果仲裁条款被包含在另外一个有约束力的协议中，为什么有必要要求能够表明协议的签署或书面记录？涉及上百万美元的合同以这种方式产生，那么可以质疑为何仲裁条款如此特殊以致要求合同也遵守第7条第2款。”<sup>②</sup>

而更早在1993年，《示范法》第7条第2款的规定受到《示范法》“成立之父”之一的批评——1993年 ICCA 巴林会议上，后来的联合国贸易法委员会秘书长 Gerold Herrmann 表达了他的个人观点：仲裁协议的书面形式要求是过时的，

---

<sup>①</sup> NEIL, KAPLAN, QC. Is the Need For Writing as Expressed in the New York Convention and the Model Law Out of Step with Commercial Practice[J]. Arbitration International, 1996, 27: 44-45.

<sup>②</sup> NEIL, KAPLAN, QC. The Model Law in Hong Kong[J]. CIETAC/ICCA Papers on International Commercial Arbitration, 1997, 495: 510.

它不得被完全自由的形式所替代。<sup>①</sup>Herrmann 在 1998 年 Freshfield 演讲时重复了这个立场，并致力于国际商事仲裁新示范立法的议案。<sup>②</sup>

其他一些仲裁界知名人士也支持这些观点。Marc Blessing 在 1998 年 ICCA 巴黎会议上认为，仲裁协议的书面形式要求应当从国际立场出发，通过从事国际商事与贸易的商业人士和当事人的视角来检验。他得出的结论是“国际商事仲裁示范法关于书面形式的规定（包括大部份国内法的规定）是严厉的、不灵活的，没有适当的考虑特殊情形。”<sup>③</sup>

## （二）《示范法》无法适应当前实践中出现的情况

《示范法》第 7 条受到批评的原因主要在于其书面形式要求与国际贸易现行惯例不相符合。在实践中，最明显的例子就是由于缺少书面形式，当事人对仲裁条款有效性产生各种情形的争议。其中一种情形涉及一方当事人默示或口头地接受了一个书面订单，订单中包含了一项仲裁条款，后来却主张仲裁条款是无效的，因为它没有包含在一个由双方当事人签署的文件中。类似的，在一些案例中，主合同是以口头形式达成的，但随后以书面形式进行了确认，在书面形式中也明示的确认了仲裁。还有一些情形存在于某些特殊商业领域和方式中，尤其是在海事领域。例如，仲裁协议书面形式问题经常出现在与提单有关或发生紧急情况阻碍了当事人使用书面形式的案件（如通过无线电口头缔结了海事救助合同）中。其他的情形包括把合同权利或义务转让给没有签字的第三方，例如通过合同的转让，默示地把仲裁协议拓展适用于并非合同中明确的当事方却参与了合同的人。

上面提到的这些实践中出现的情形都是相当普遍的贸易和商业方式，仲裁也是惯常的商业贸易手段之一。然而，我们可以发现以上面这些方式缔结的仲裁协议，并没有遵守《示范法》或国内法中规定的形式要求。在司法实践中，如果已经对实体争议做出了仲裁裁决，那么由于仲裁协议并不符合形式要求，这样的一份仲裁裁决将面临被撤销或不被承认与执行的后果。

因此，对《示范法》第 7 条进行修订的主要目的之一是承认一些法院或评论

<sup>①</sup> GEROLD,HERMANN. The Arbitration Agreement as the Foundation of Arbitration and Its Recognition by the Courts[J], ICCA Congress Series No.6(ICCA Bahrain Conference 1993):45-46.

<sup>②</sup> GEROLD,HERMANN.Does the World Need Additional Uniform Legislation on Arbitration? -- The 1998 Freshfields Lecture[J]. arbitration international, 1999,15(3): 211-236.

<sup>③</sup> MARC.BLESSING.The Law Applicable to the Arbitration Clause[J]. ICCA Congress series No.9(ICCA Paris Conference 1999):168-188.

人员对于其是否符合《示范法》第7条第2款原案文中所载形式要求有不同看法的某些实际情形下出现的仲裁协议在形式上仍然有效。<sup>①</sup>比如，专门负责《示范法》修订工作的贸易法委员会仲裁工作组在其第36届会议上决定以下述情形为其工作重点：(a) 参照劳埃德填空表格等载有仲裁条款的已有标准合同形式以口头方式通过无线电订立的海上救助合同；(b) 参照谷物和粮食贸易协会拟订的文件等载有仲裁条款的标准表格以实际操作或行为而订立的合同（例如依照《联合国国际货物销售合同公约》第18条进行的货物销售）；(c) 口头订立但事后以书面或以其他同载有仲裁条款的书面文件有关的形式予以确认的合同，例如由一方当事人单方面确定并通知另一方当事人的一般买卖条件；及(d) 纯粹的口头合同。<sup>②</sup>

## 二、修订的具体过程

1998年6月10日，为了庆祝《承认及执行外国仲裁裁决公约》（1958年《纽约公约》）通过四十周年，联合国贸易法委员会举办了《纽约公约》特别纪念日。在纪念会议上与会者讨论达成结论：“仲裁协议书面形式要求产生的问题通常被描述成困难的、令人失望的”。<sup>③</sup>贸易法委员会在论及纽约公约日的讨论时认为，在其1999年第32届年会上就仲裁领域未来可能的工作进行讨论是不无益处的。<sup>④</sup>因此，在贸法会1999年第32届年会上关于《国际商事仲裁示范法》第7条的修订被提上了日程。在这次年会上，贸法会决定，将仲裁协议的书面形式要求列为工作组的优先议题之一。委员会把此项工作交给一个拟称为“仲裁工作组”的工作组。

仲裁工作组在2000年3月第32届会议上开始了对仲裁协议书面形式的审议，讨论了秘书长所做的题为“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”的报告。<sup>⑤</sup>工作组在随后的2000年11月第33届会议<sup>⑥</sup>、2001年5月第34届会议<sup>⑦</sup>上继续审议了仲裁协议书面形式

<sup>①</sup> Report of the Working Group on Arbitration[R], 36<sup>th</sup> session, A/CN.9/508,para27.

<sup>②</sup> Id.

<sup>③</sup> Possible future work in the area of international commercial arbitration[R], A/CN.9/460, 1999, para.21.

<sup>④</sup> Id.,para.3.

<sup>⑤</sup> Possible uniform rules on certain issues concerning settlement of commercial disputes: conciliation, interim measures of protection, written form of arbitration agreement[R]. Report of the Secretary General---Addendum, A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1.

<sup>⑥</sup> Report of the Working Group on Arbitration[R],33<sup>rd</sup> session, A/CN.9/485.

的议题。由于此后工作组讨论《国际商事调解示范法草案》，仲裁协议书面形式的议题暂时搁置，2002年3月第36届仲裁工作组会议<sup>①</sup>上才又继续讨论。在2002年至2005年间，工作组举行了几届会议来讨论其他的议题，主要是关于临时保护措施的问题。最后，2005年10月第43届仲裁工作组会议重新开始关于书面形式要求的修订工作，但仍然没能达成最终立法条文。直到2006年1月第44届仲裁和调解工作组才又继续讨论，形成了关于仲裁协议形式的立法条文草案。最后委员会在第39届年会上通过了两项备选案文，反映了关于仲裁协议定义和形式问题的两种不同做法。

### 第三节 《示范法》第7条的具体内容解析

在仲裁与调解工作组第44届会议上，工作组回顾到修订《示范法》第7条的初衷是在仲裁协议书面要求的问题上更新各国的法律，同时确保根据《纽约公约》采取强制执行办法的途径。<sup>②</sup>为了实现这一目标，工作组提出了两个备选办法，一个备选办法详细说明了如何满足书面形式要求，另一个备选办法则完全取消了书面形式要求。但是，委员会并未表示主张择取备选案文一或二，两则备选案文都交由颁布国考虑，视本国具体需要而定，并参照颁布示范法时的法律背景，包括颁布国的一般合同法在内。两则备选案文的用意都是为了保全在《纽约公约》下仲裁协议可以得到执行。<sup>③</sup>

#### 一、备选案文一

经由联合国贸易法委员会2006年第39届会议通过修订后的第7条的第一个备选案文内容如下：

“第7条. 仲裁协议的定义和形式

(1) “仲裁协议”是指当事人同意将他们之间一项确定的契约性或非契约性的法律关系中已经发生或可能发生的一切争议或某些争议交付仲裁的协议。仲裁协议可

<sup>①</sup> Report of the Working Group on Arbitration[R],34<sup>th</sup> session, A/CN.9/487.

<sup>②</sup> Report of the Working Group on Arbitration[R],36<sup>th</sup> session, A/CN.9/508.

<sup>③</sup> Report of the Working Group on Arbitration[R],44<sup>th</sup> session,A/CN.9/592.para.74.

<sup>④</sup> Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as amended in 2006[Z],para.19.

以采取合同中的仲裁条款形式或单独的协议形式。

(2) 仲裁协议应为书面形式。

(3) 仲裁协议的内容以任何形式记录下来的，即为书面形式，无论该仲裁协议或合同是以口头方式、行为方式还是其他方式订立的。

(4) 电子通信所含信息可以调取以备日后查用的，即满足了仲裁协议的书面形式要求；“电子通信”是指当事人以数据电文方式发出的任何通信；“数据电文”是指经由电子手段、磁化手段、光学手段或类似手段生成、发送、接收或储存的信息，这些手段包括但不限于电子数据交换、电子邮件、电报、电传或传真。

(5) 另外，仲裁协议如载于相互往来的索赔声明和抗辩声明中，且一方当事人声称有协议而另一方当事人不予否认的，即为书面协议。

(6) 在合同中提及载有仲裁条款的任何文件的，只要此种提及可使该仲裁条款成为该合同一部分，即构成书面形式的仲裁协议。”

备选案文一沿用了1985年《国际商事仲裁示范法》第7条原有的文本结构，第1款“确认当事人将现有争议提交仲裁的承诺（“仲裁协议”）或将未来争议提交仲裁的承诺（“仲裁条款”）的有效性和效力。”<sup>①</sup>第2款仍然要求仲裁协议的书面形式，但是后面的条款从措辞上更进一步扩大了对“书面形式”的理解。第3款规定仲裁协议的“内容”以“任何形式”“记录”下来的，即为书面形式，无论该仲裁协议或合同是以口头方式、行为方式还是其他方式订立的。也就是说，只要仲裁协议的内容得到记录，仲裁协议的订立可以采取任何形式，包括口头订立。第4款对电子通信、数据电文等满足书面形式要求进行了界定，使用了“包括但不限于”的措辞。第5款、第6款沿袭了以前的规定，涵盖的情形包括“在相互往来的索赔声明和抗辩声明中一方当事人声称有协议而另一方当事人不予否认”的情况，以及“在合同中提及载有仲裁条款的任何文件的，只要此种提及使该条款成为合同一部分，即构成书面形式的仲裁协议”。因此，澄清了所适用的合同法依然可以用于确定一方当事人受所称“提及方式”订立的仲裁协议之约束而必须达到的认同程度。<sup>②</sup>

备选案文一的内容是重大的转变，因为其与1985年《示范法》第7条第2款的

<sup>①</sup> Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as amended in 2006[Z], para.19.

<sup>②</sup> Id.



规定有很大不同。修订前的条文规定仲裁协议应是书面的，但是对书面形式的理解仅限于“协议如载于当事各方签字的文件中，或载于往来的书信、电传、电报或提供协议记录的其他电讯手段中，或在申诉书和答辩书的交换中当事一方声称有协议而当事他方不否认，即为书面形式。”因而我们说修订后的条款极大的扩展了对“书面形式”的理解。贸易法委员会秘书处在其关于2006年修正的1985年《国际商事仲裁示范法》的解释说明中称，这项新规则的重要意义在于其不再要求当事人的签名或当事人之间的电文往来。<sup>①</sup>这一规则实现了措词上的更新，提及的是利用电子商务，所采用的措词是受1996年《贸易法委员会电子商务示范法》和2005年《联合国国际合同使用电子通信公约》的启发而形成的。<sup>②</sup>

## 二、备选案文二

经由联合国贸易法委员会2006年第39届会议通过修订后的第7条的第二个备选案文内容如下：

### “第7条. 仲裁协议的定义

（经由委员会2006年第三十九届会议通过）

“仲裁协议”是指当事人同意将其之间一项确定的契约性或非契约性的法律关系中已经发生或可能发生的一切争议或某些争议交付仲裁的协议。”

第7条备选案文一确定了对仲裁协议的形式应当适用的最低限度要求，而备选案文二则更进一步，完全取消了所有形式要求，实际上承认口头仲裁协议。

备选案文二在讨论过程中产生了很大争议，主要是针对要不要仲裁协议书面形式的问题。在第32届仲裁工作组会议上，有人认为，目前许多国家要求仲裁协议为书面形式，以便行使某些功能，其中包括：提供证据证明订立了协议；能够确定该协议的各当事方；提醒放弃诉诸法院权利的重要性。鉴于这些功能的重要性，严格解释什么是书面形式要求应当保留。<sup>③</sup>仲裁协议不仅拘束仲裁协议双方当事人，其效力还涉及到仲裁机构、法院以及仲裁裁决承认与执行方面。要求仲裁协议采用书面形式，既有利于证明仲裁当事人之间存在将有关争议提交仲

<sup>①</sup> Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as amended in 2006[Z], para.19.

<sup>②</sup> Id.

<sup>③</sup> Report of the Working Group on Arbitration[R], 32<sup>nd</sup> session, A/CN.9/468, para.89.

裁的共同意思表示，也有利于为仲裁协议的形式有效性提供统一的准则。

相反的意见认为，由于1958年至今仲裁惯例的发展已经使仲裁成为一种解决国际商事争端的优选或常用方法，提醒这一种功能不再如以前那样重要。<sup>①</sup>与会者指出，一些国家并不要求仲裁协议以书面形式订立才有效，这种情形并没有在证明存在仲裁协议方面造成问题，因为无论如何总能够出具存在协议的证据，足以根据普遍法证明存在合同。为了不仅顾及到仲裁惯例现有的发展，而且还顾及到今后可能的发展，有人认为，可能似宜考虑去除书面形式要求，使仲裁协议方面的惯例与更普遍的合同惯例相一致。<sup>②</sup>

第36届会议（2002年3月4日至8日，纽约）上工作组审议了修订《示范法》第7条的示范立法条文草案，并讨论了有关《纽约公约》第二条第(2)款的一项解释性文书草案。在因审议临时措施议题而将仲裁协议书面形式议题搁置了几届会议后，在第43届会议上工作组一致同意恢复就拟定该立法条文草案进行的讨论，并收到了秘书处根据工作组在其第36届会议上的讨论结果拟定的案文<sup>③</sup>（“第7条修订草案”）。工作组还审议了墨西哥代表团提出的关于该问题的一项提案<sup>④</sup>（“拟议的新案文”）。拟议的新案文建议将仲裁协议的书面形式要求从第7条第2款中删去。这项新的案文在审议过程中产生了激烈的争论。

反对备选提案的与会者指出，尽管拟议的新案文被认为对于突出书面形式要求所造成的问题是有益的，但是取消形式要求和所有对“书面”的提及将产生不确定性。拟议的新案文走得比第7条修订草案更远，甚至包括了对口头仲裁协议的效力的承认。<sup>⑤</sup>推行或承认口头协议，如果范围太广，将导致产生无法根据《纽约公约》而被承认和执行的仲裁裁决，原因是作出仲裁裁决时所涉及的仲裁协议将无法满足该公约第二(2)条所规定的书面形式要求。另一个论点是《纽约公约》第七条明确提及“仲裁裁决”，因此对于第7条是否可以被统一解释为在仲裁协议方面适用不十分明确。<sup>⑥</sup>

支持备选提案的与会者指出，许多国家的法律中关于仲裁协议形式的要求可

<sup>①</sup> Report of the Working Group on Arbitration[R],32<sup>nd</sup> session, A/CN.9/468.para.89.

<sup>②</sup> Id.,para.90.

<sup>③</sup> Report of the Working Group on Arbitration[R],36th session,A/CN.9/508.para.18-39.

<sup>④</sup> A/CN.9/WG.II/WP.137/Add.1

<sup>⑤</sup> Report of the Working Group on Arbitration[R],43<sup>rd</sup> session, A/CN.9/589.para110.

<sup>⑥</sup> Id.,para111.

能被认为已经过时。相比《纽约公约》的规定，拟议的新案文为仲裁裁决的承认和执行确立了一个更有利的制度。因此据指出，根据《纽约公约》第七条所载“更有利的法律规定”，《示范法》将代替《纽约公约》第二条适用。并且，在一些已取消仲裁协议的书面形式要求的法域中，口头仲裁协议很少使用，并没有产生有关其效力的重大纠纷。<sup>①</sup>

据指出，如果通过这样一个案文，仲裁协议的订立及其内容问题就完全变成了证据问题，而不是有效性问题。<sup>②</sup>虽然备选提案相当令人感兴趣，但会上表示，这样的案文可能变化太大，与包括《纽约公约》在内的传统法规相去甚远，难以被许多国家接受。另据指出，对《示范法》第7条第2款进行修订的目的就是要统一协调各国在这方面的现行法律，与会者提出，与备选提案相比，第7条修订草案能更好地实现上述目的。<sup>③</sup>但是最后，工作组经讨论后决定将第7条修订草案和备选提案一并提交给委员会审议通过，并最终形成了现在将两个备选案文同时列入的《示范法》第7条条文。

---

<sup>①</sup> Report of the Working Group on Arbitration[R],43<sup>rd</sup> session, A/CN.9/589,para109.

<sup>②</sup> Report of the Working Group on Arbitration[R],44<sup>th</sup> session, A/CN.9/592,para.47.

<sup>③</sup> Id.

## 第三章 《示范法》修订之二：临时措施与初步命令（第17条）

### 第一节 国际商事仲裁临时措施概述

#### 一、临时措施的定义和作用

随着经济全球化的发展，国际商事交流日益频繁，国际商事仲裁由于其公正性、灵活性，在国际商事纠纷的解决中占有越来越重要的地位。双方当事人常常选择此种非诉讼方式解决纠纷，以避免不同司法体系和法律制度带来的法律障碍。实践中，国际商事仲裁双方当事人往往属于不同国家，所选仲裁地与其营业地往往不同，而且整个国际商事仲裁程序往往十分漫长，在如此长的一个时间内，为了防止占有优势地位的当事人转移财产或是毁灭证据等，致使仲裁裁决不能合理地作出或者即便作出后也难以执行，国际通行做法是发布国际商事仲裁临时措施，保证仲裁裁决公平合理地做出。

但是到目前为止，国际上还没有对临时措施的统一而权威的定义。在各国仲裁立法和实践中，对临时措施的名称和定义也各不相同。临时措施的称谓来源于联合国贸法会1985年《国际商事仲裁示范法》和1976年《仲裁规则》中的“interim measures of protection”。也有中国学者将其称为“临时性保全措施”。英国将此类措施称为玛瑞瓦禁令（the Mareva injunction），在美国临时措施则包括“中间禁令”（interlocutory injunction）和“财产扣押令”（attachment orders），《国际商会仲裁规则》则称其为“临时或保全措施”（interim or conservatory measures），此外，有些国家的法律或仲裁机构的仲裁规则将其称为临时裁决（interim awards）、初步救济强制令（preliminary injunctive measures）、中间措施（provisionary orders）和临时救济措施（interim measures of relief）等。

尽管名称不同，国际社会对临时措施仍然达成了普遍共识，即它们在国际商事仲裁中的作用主要在以下两方面：在争议的最终解决之前，即在仲裁裁决

作出之前在当事人之间保持现状；或者控制当事人在仲裁过程中的行为<sup>①</sup>，便于仲裁程序的顺利进行。

## 二、临时措施的性质和类型

临时措施的性质是临时的，它们与部分裁决或中间裁决是有明显区别的。并且，这些措施的要求通常是紧急的，如果不采取这些措施，存在着可能给一方当事人造成伤害的威胁。此外，临时措施仅仅是程序性的，对当事人的实体权利没有影响。在各国的实践中，临时措施，尤其是涉及财产和证据的临时措施，往往需要法院协助强制执行，否则仲裁程序就会被拖延或者导致最终的仲裁裁决难以实现。

各国际组织仲裁规则或各国仲裁法，对于国际商事仲裁临时措施的类型亦无统一规定，部分国际组织及国家只笼统规定允许采取临时措施，并未规定临时措施的具体类型，如斯德哥尔摩商会仲裁院规则、芬兰仲裁法、荷兰民事诉讼法典、韩国商事仲裁院仲裁规则、新加坡国际仲裁中心仲裁规则等。<sup>②</sup>另一些国际组织或国家的做法则是对临时措施作出了相对详细的规定，例如2006年修订后的《国际商事仲裁示范法》第17条中规定的临时措施包括维持现状、恢复原状、制止侵害、财产保全、证据保全。还有的仲裁规则或仲裁法就临时措施类型虽然作出了规定，但显然不能适应当今国际仲裁的需要，如我国2007年《民事诉讼法》和1994年《仲裁法》中规定的临时措施只分为财产保全<sup>③</sup>和证据保全<sup>④</sup>。

## 第二节 《示范法》第17条的修订背景

### 一、修订的必要性

#### （一）国际上关于临时措施的立法与实践处于混乱和不完善的状态

首先，仲裁临时措施发布权的归属问题，国际上没有形成统一的规则，各国

<sup>①</sup> THOMAS, CHARLES, JOHN. Selected Issues: Interim Measures in International Arbitration: Finding the Best Answer[J]. Croatian Arbitration Yearbook, 2005, 12: 214.

<sup>②</sup> 《斯德哥尔摩商会仲裁院规则》第31条；芬兰1999年《仲裁法》第5条、第51条；荷兰1986年《民事诉讼法典》第1022条、第1049条；韩国《商事仲裁院仲裁规则》第28条、第32条；2007年《新加坡国际仲裁中心仲裁规则》第1条、第24条。

<sup>③</sup> 中国2007年《民事诉讼法》第256条、1994年《仲裁法》第28条。

<sup>④</sup> 中国1994年《仲裁法》第46条、第68条。

立法和实践都存在着差异，主要分为以下三种基本模式：第一，法院发布模式，即规定由法院排他性地享有发布临时措施的权利；第二，仲裁庭发布模式，即由仲裁庭排他性地享有发布临时措施的权利；第三，法院与仲裁庭均能发布国际商事仲裁临时措施，这是目前国际上普遍采用的模式，又可分为两种类型，一种是以英国为代表的法院辅助模式，另一种则是多数国家和仲裁机构采用的自由选择模式。

其次，对于是否应授予仲裁庭裁定采取单方面临时保全措施的权力，目前国际上有两种截然相反的意见，争论可谓非常激烈：一种意见是反对仲裁员采取单方面临时保全措施；另一种意见则是支持仲裁员采取单方面临时保全措施。

第三，在临时措施的承认与执行方面，世界各国目前尚无独立的法律制度。实践中，仲裁庭作出的临时措施一般没有强制执行的效力。但是在跨国案件中，临时措施就如同判决一样有时需要在发布临时措施的仲裁国以外的地方发生效力，亦即需要得到有关外国的承认和执行。然而，从目前各国的立法和司法实践来看，无论是大陆法国家还是英美普通法国家，都很少有专门的规定。<sup>①</sup>因此，较之一国法院判决，临时保护措施要想得到他国法院的承认和执行就更加复杂和困难。

## （二）《示范法》关于临时措施的规定已不能满足国际商事仲裁实践的需要

在复杂的现代仲裁程序中，仲裁能否公平高效地解决争议以及仲裁裁决的最终执行越来越取决于一项有效的临时措施。随着仲裁实践的发展和各国鼓励仲裁政策的逐步确立，多数国家逐步认为应当赋予仲裁庭作出的临时保全措施以强制执行效力，包括在域外得到执行的效力，以提高仲裁的权威性。<sup>②</sup>尽管国际社会对临时措施的某些问题一直存在争议，但并不影响在实践中对临时措施要求的日益增多。

修订前的《示范法》中涉及临时措施问题的条款只有第9条和第17条。其中，《示范法》第9条“仲裁协议和法院的临时措施”规定：“在仲裁程序进行前或进行期间内，当事一方请求法院采取临时保护措施和法院准予采取这种措施，均与仲裁协议不相抵触。”《示范法》第17条“仲裁庭命令采取临时措施的权力”规定：

<sup>①</sup> 宣增益. 西方国家有关临时措施的承认与执行[J]. 人民司法, 2008, (3): 97.

<sup>②</sup> 赵健. 联合国《国际商事仲裁示范法》2006年修订条款评述——兼论对我国仲裁立法与实践的影响[EB/OL]. <http://www.China-arbitration.com/>, 2006-9-21.

“除非当事各方另有协议，仲裁庭经当事一方请求，可以命令当事任何一方就争议的标的采取仲裁庭可能认为有必要的任何临时性保全措施。仲裁庭可以要求当事任何一方提供有关此种措施的适当的担保”。普遍认为，《示范法》的上述规定不能满足国际商事仲裁实践需要，原因在于：

第一，修订前的《示范法》第17条赋予了仲裁庭命令采取临时措施的权力，但是，对于仲裁庭命令采取的临时措施的可执行性，即如果当事人不配合执行时，相关当事人能否申请法院强制执行的问题，《示范法》并没有做出规定。在起草《示范法》原第17条时，有的与会者建议对临时措施的执行性作出规定，但是委员会担心，临时措施的执行规定因涉及程序法和管辖权的问题而得不到各国的普遍接受，因此决定不在《示范法》中对该问题作出规定，将其留给各国的国内法解决。<sup>①</sup>但是，采纳该条款的大多数国家的国内立法同样没有对临时措施的执行问题作出规定，因此导致实践中此类临时措施得不到法院的执行。

第二，该条款没有规定仲裁庭发布临时措施的条件，导致在实践中仲裁庭要么滥用临时措施发布权，要么因为没有具体的规定而不愿意发布临时措施。这很可能使当事人更多地转向法院寻求帮助，从而造成仲裁程序的不必要的拖延。

第三，《示范法》原第17条对于何谓临时措施、临时措施的种类、单方面临时措施、法院命令采取的临时措施等重要问题，均未有涉及。

如前所述，《示范法》的作用在于为各国商事仲裁立法提供导向，如果《示范法》不能反映出国际商事仲裁的发展趋势，不能满足实践的需求，就有必要对《示范法》进行修改，才能使《示范法》真正成为各国制定仲裁法律制度的示范。因此，在这种形势下，由于原《示范法》第17条关于临时措施的规定存在的缺陷使其不能满足实践的需要，加之现阶段国际商事仲裁临时措施的立法和实践仍处于不完善和混乱状态，因此很有必要对其不完善之处进行修订，以满足国际商事仲裁的立法和实践需要。

## 二、修订过程

联合国国际贸易法委员会在1999年第32届会议上普遍认为，除其他事项外，对改进仲裁法律、规则和惯例的意见和建议的可接受性进行评价的时机已经到

<sup>①</sup> Report of the Working Group on Arbitration[R], 6th session, A/CN.9/245.para.72

来。委员会决定将“临时措施的可执行性”作为将来的工作议题，并委任第二工作组对该议题进行研究。

工作组关于临时保全措施专题的审议于其第32届会议（2000年3月21日至30日，维也纳）开始。在该届会议上，工作组普遍支持管束仲裁庭下令执行临时保全措施问题的法律制度。<sup>①</sup>工作组还对是否有必要编写关于法院下令采取临时保全措施以支持仲裁的统一规则的问题进行了初步分析。<sup>②</sup>当时工作组总的承认，临时保护措施越来越多地见于国际商事仲裁实践中，商事仲裁作为解决商事争端的有效性取决于执行此种临时措施的可能性。在某些情况下，仲裁裁决对胜方的有效性取决于胜方是否能够执行为促进以后执行仲裁裁决而设计的临时措施。<sup>③</sup>

工作组第 33 届会议（2000 年 11 月 20 日至 12 月 1 日，维也纳）一致认为，拟议的关于执行临时保全措施的《贸易法委员会国际商事仲裁示范法》新条款中应包括法院执行临时措施的义务，才能符合所规定的条件<sup>④</sup>。工作组在其第 34 届会议（2001 年 5 月 21 日至 6 月 1 日，纽约）上，除继续审查第 17 条之二草案外，还着手审议一项修订贸易法委员会示范法第 17 条的案文，其中界定了仲裁庭下令采取临时措施的权力的范围，并列有一项关于准予单方面采取临时措施的额外规定<sup>⑤</sup>。关于贸易法委员会示范法第 17 条和第 17 条之二修订草案的讨论，在工作组第 36 届（2002 年 3 月 4 日至 8 日，纽约）、第 37 届（2002 年 10 月 7 日至 11 日，维也纳）、第 38 届（2003 年 5 月 12 日至 16 日，纽约）、第 39 届（2004 年 6 月 14 日至 7 月 2 日，纽约）、第 40 届（2004 年 2 月 23 日至 27 日，纽约）、第 41 届（2004 年 9 月 13 日至 17 日，维也纳）、第 42 届（2005 年 1 月 10 日至 14 日，纽约）会议上继续进行。第 43 届会议（2005 年 10 月 3 日至 7 日，维也纳）详细审查了关于仲裁庭准予采取临时措施和发布初步命令的权力的第 17 条修订稿案文、关于承认和执行仲裁庭发布的临时措施的第 17 条之二和关于法院下令采取的临时措施的第 17 条之三。最终于 2006 年 6 月在其第 44 届会议上通过了《示范法》第 17 条的修改草案，用关于临时措施和初步命令的第四 A 章取代了原 1985 年文本的示范法第 17 条，并提交联合国国际贸易法委员会审

<sup>①</sup> Report of the Working Group on Arbitration[R],32<sup>nd</sup> session, A/CN.9/468.para. 60-79.

<sup>②</sup> Id.,para.85-87.

<sup>③</sup> Id.,para.60.

<sup>④</sup> Report of the Working Group on Arbitration[R],33<sup>rd</sup> session, A/CN.9/485.para.78-106.

<sup>⑤</sup> Report of the Working Group on Arbitration[R],34<sup>th</sup> session, A/CN.9/487.para.64-76.



议。该草案最终于2006年7月在联合国国际贸易法委员会第39届会议上获得通过。

### 三、修订案文的结构和特点

#### (一)修订案文的结构

贸法会以一篇新的第四A章“临时措施和初步命令”用以取代原《示范法》第17条。新的修订案文第四A章一共分为5个小节，共有11条。第1节临时措施，规定了临时措施的一般定义，列出了准予采取临时措施的条件。第2节初步命令，规定了申请和下达初步命令的条件以及具体制度。第3节列出了适用临时措施和初步命令的条文。第4节设立了承认和执行临时措施的制度，这也是修订案文的一项重要创新之处。该制度酌情以示范法第35和36条有关承认和执行仲裁裁决的制度为样本。<sup>①</sup>第5节规定了法院下令采取的临时措施，2006年增加了该条，为的是明确无疑地指明，存在仲裁协议并不影响具有管辖权的法院发布临时措施的权力，而且这种仲裁协议的当事人可自由向法院申请下达临时措施。<sup>②</sup>

#### (二)修订案文的特点

临时措施修订案文在会议讨论过程中引起了非常激烈的争论。可以说，工作组和仲裁界在临时措施问题上面临许多困难的选择。比如，谁应该拥有发布临时措施的权力，仲裁庭还是法院，抑或二者同时拥有？仲裁庭或法院行使发布临时措施权力的期限应当是多长？如果这种权力只由法院享有，那么应该由仲裁员还是由当事人直接向法院提出采取临时措施请求？单方面临时措施是否应当被允许？如果可以，那么发布单方面临时措施应当具备哪些条件？提出采取临时措施请求应满足哪些实质性的要素和前提？临时措施应如何定义和分类？联合国国际贸易法委员会示范法第17条限制仲裁庭决定“就争议的问题”权力的规定是否应当得到支持？或者，最有影响力的一些机构的规则中确立的一种更广泛的方法是否应当优先适用？最后，是否需要临时措施方面的特定条款对域外仲裁进行协助，比如，仲裁发生在域外或法院管辖权之外的地方时法院被申请采取临时措施的情况？

<sup>①</sup> Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as amended in 2006[Z], para.27.

<sup>②</sup> Id., para.30.

面对这些难题，经过历届会议的深入研究和讨论，工作组从三个方面对临时措施的规定进行修订，包括：

1、通过并非详尽无遗的列举可采取临时措施的种类，澄清仲裁员发布临时保全措施的权力范围；

2、增加国家法院承认和执行由仲裁庭发布的临时措施的规定（以反映《示范法》第 35 条和第 36 条以及 1958 年《纽约公约》第 5 条第 3 款的规定）；

3、增加赋予国家法院为支持仲裁而发布临时措施的权力的条款。<sup>①</sup>

因此，修订后的《示范法》第 17 条具有以下几个突出的特点：

首先，它明确赋予了仲裁员下达临时措施的权力，反映了仲裁实践发展的需要；

其次，它首次以立法的形式规定了仲裁员下达单方面临时措施（初步命令）的权力，并为该项制度规定了详细的配套措施；

再次，它解决了仲裁员发布临时措施的执行问题，赋予了仲裁庭发布的临时措施强制执行力，甚至域外执行的效力，为仲裁制度的进一步发展起到了积极的促进作用。

### 第三节 《示范法》第 17 条的具体内容解析

#### 一、临时措施

修订后的第 17 条首先规定了仲裁庭有采取临时措施的权力，并进而详细说明了仲裁庭可采取的临时措施的种类，以及采取临时措施需要满足的条件。

##### （一）仲裁庭下令采取临时措施的权力

“第 17 条.仲裁庭下令采取临时措施的权力

(1)除非当事人另有约定，仲裁庭经一方当事人请求，可以准予采取临时措施。

(2)临时措施是以裁决书为形式的或另一种形式的任何短期措施，仲裁庭在发出最后裁定争议的裁决书之前任何时候，以这种措施责令一方当事人实施以下任何行为：

<sup>①</sup> THOMAS,CHARLES,JOHN. Selected Issues: Interim Measures in International Arbitration: Finding the Best Answer[J]. Croatian Arbitration Yearbook,2005,12:218.

- (a)在争议得以裁定之前维持现状或恢复原状；
- (b)采取行动防止目前或即将对仲裁程序发生的危害或损害，或不采取可能造成这种危害或损害的行动；
- (c)提供一种保全资产以执行后继裁决的手段；或
- (d)保全对解决争议可能具有相关性和重要性的证据。”

在许多法律制度中，仲裁程序的一方当事人均可请求仲裁庭或法院采取临时保护措施，工作组深信，临时保护措施的此种双重可获得性应予维护。同时有人指出，有些国家在这方面没有适当的规章。<sup>①</sup>修订后的第17条保留了《示范法》原有的“法院与仲裁庭并存权力模式”，第1款确立了仲裁庭下令采取临时措施的权力，并澄清了这项权力的范围。第2款是工作组秘书处在借鉴海牙国际私法协会所编写的《关于民商事管辖权和外国判决公约》（2001年草案）中关于临时措施规定的基础上编写的。该款从临时措施的功能和目的的角度对临时措施加以界定并明确了临时措施的种类，从该规定来看，(a)、(b)、(d)项属于避免不利影响、损害、保持现状的临时措施，(c)项属于便于以后执行裁决的临时措施，应该说基本涵盖了现有的所有临时措施，规定的较为全面。修订后的第17条规定使得仲裁庭在发布临时措施时有章可循，同时还会提高确立法院执行这些措施的义务的规定可接受性。

## （二）准予采取临时措施的条件

《示范法》第17A条明确了“准予采取临时措施的条件”，规定：

“第17A条. 准予采取临时措施的条件

(1) 一方当事人请求采取第17(2)(a)、(b)和(c)条所规定的临时措施的，应当使仲裁庭确信：

(a) 不下令采取这种措施可能造成损害，这种损害无法通过判给损害赔偿金而充分补偿，而且远远大于准予采取这种措施而可能对其所针对的当事人造成的损害；以及

(b) 根据索赔请求所依据的案情，请求方当事人相当有可能胜诉。对这种可能性的判定不影响仲裁庭此后作出任何裁定的自由裁量权。

(2) 关于对第17(2)(d)条所规定的临时措施请求，本条1(a)和(b)款的要求仅

<sup>①</sup> Report of the Working Group on Arbitration[R],32<sup>nd</sup> session,A/CN.9.468.para.61.

在仲裁庭认为适当的情况下适用。”

该条款从“不下令采取该措施可能对申请人造成的损害”和“申请人可能胜诉”两个方面规定了仲裁庭下达临时措施的条件。当事人申请采取有关维持现状或恢复原状、防止损害或影响仲裁程序以及财产保全等三类临时措施的，应当满足以上两项要件。当事人申请保全证据的，上述两项条件的适用，由仲裁庭自由裁量。对采取临时措施的条件进行规定，可以有效维护申请人和临时措施相对人之间利益的平衡，确保在保护申请人利益的同时，不使临时措施相对人的利益受到无端的损害。<sup>①</sup>

## 二、初步命令

初步命令制度是2006年《示范法》修订的一项创新之处。初步命令(preliminary order)提供了维持现状的一种手段，直至仲裁庭发布临时措施，通过或更改初步命令。<sup>②</sup>初步命令制度的实质在于仲裁庭有权仅凭一方当事人的申请直接作出单方面(ex parte)的决定。<sup>③</sup>因为仲裁庭在下达初步命令时仅听取了申请人单方面的陈述，所以初步命令又称为单方面临时措施。初步命令和一般的临时措施有着形式上和实质上的不同。创立初步命令的目的其实就是要防止临时措施相对人在得知消息后转移财产、销毁证据，从而导致临时措施陷于不可执行，临时措施申请方的合法权益得不到有效保护，临时措施的目的落空，是向临时措施的过渡。在不通知其他当事人的情况下下达初步命令能够起到出其不意的效果，从而确保临时措施的有效执行。

但是，富有创新性的“初步命令”的增加在修改的过程中引起了激烈争论，甚至在修改通过后争议仍在继续。下文将对《示范法》新修订的初步命令制度条文以及引起的争议进行探析。

### （一）初步命令的申请和下达初步命令的条件

《示范法》第四 A 章第 2 节涉及申请初步命令和下达初步命令的准许条件，

<sup>①</sup> 王庆丽.《国际商事仲裁示范法》及其对中国仲裁立法的完善(硕士学位论文)[D].北京:中国政法大学,2007.22.

<sup>②</sup> Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as amended in 2006[Z],para.28.

<sup>③</sup> 赵健.联合国《国际商事仲裁示范法》2006年修订条款评述——兼论对我国仲裁立法与实践的影响[EB/OL].<http://www.China-arbitration.com/>,2006-9-21.

规定如下：

“第 17B 条.初步命令的申请和下达初步命令的条件

(1)除非各方当事人另有约定，一方当事人可以不通知其他任何当事人而提出临时措施请求，同时一并申请下达初步命令，指令一方当事人不得阻挠所请求的临时措施的目的。

(2)当仲裁庭认为事先向临时措施所针对的当事人披露临时措施请求有可能阻挠这种措施目的时，仲裁庭可以下达初步命令。

(3)第 17A 条中规定的条件适用于任何初步命令，条件是根据第 17A(1)(a)条估测的损害是下达命令或不下达命令而有可能造成的损害。”

《示范法》第 17B(1)条首先明确赋予仲裁庭享有作出初步命令的权力，根据第 17B(2)条和第 17B(3)条，仲裁庭作出初步命令，除需要满足当事人申请采取临时措施应当满足的其他条件之外，还应当满足以下条件：仲裁庭认为事先向临时措施所针对的当事人披露临时措施请求，有可能使发布这种措施的目的落空。

## （二）初步命令的具体制度

《示范法》第 17C 条关于初步命令的具体制度规定如下：

“第 17C 条.初步命令的具体制度

(1)仲裁庭就初步命令申请作出判定之后，应当立即通知所有当事人，使之了解临时措施请求、初步命令申请、任何已下达的初步命令以及任何一方当事人与仲裁庭之间与此有关的所有其他通信，包括指明任何口头通信的内容。

(2)同时，仲裁庭应当在实际可行的最早时间内给予初步命令所针对的当事人陈述案情的机会。

(3)仲裁庭应当迅速就任何针对初步命令的异议作出裁定。

(4)初步命令自仲裁庭下达该命令之日起二十天后失效。但在向初步命令所针对的当事人发出通知并为其提供陈述案情的机会之后，仲裁庭可以下达对初步命令加以采纳或修改的临时措施。

(5)初步命令对当事人具有约束力，但不由法院执行。这种初步命令不构成仲裁裁决。”

第17C条规定了初步命令的具体制度，第1款是初步命令作出后仲裁庭的通知义务；第2款是给与初步命令所针对的当事方以陈述案情的机会；第3款是仲裁

庭迅速审理对初步命令的反对意见的义务；第4款是初步命令的时效及后续措施；第5款是初步命令的效力。这五款规定对初步命令作了极大的限制，载有为初步命令所针对的当事人而仔细拟定的保障措施，例如迅速通知初步命令申请和任何已下达的初步命令本身，以及“在实际可行的最早时间内”该当事人陈诉案情的机会。在任何情况下，初步命令的最长期限为20天，虽然对各方当事人具有约束力，但不由法院加以执行，也不构成作出的裁决。之所以使用“初步命令”一词，就是为了强调其有限的性质。<sup>①</sup>

### （三）针对“是否允许仲裁庭发布初步命令”产生的争论

在以往各届会议上，与会者对是否载列一项允许仲裁庭发布初步命令（即单方面临时措施）的条文的问题作了广泛的讨论，形成了两种对立的意见。有与会者对是否应在第17条草案中载列这一事项表示了反对。在会上，反对在《示范法》中列入允许仲裁庭下达初步命令的理由主要有：

1、列入单方面临时措施条文违背了国际仲裁所依据的信任和协商一致原则，有悖于对仲裁程序各当事方应一视同仁的原则。<sup>②</sup>其中包括：(1)平等对待所有当事人的义务；(2)给予每一方当事人公平参与案件和回应对方当事人的机会的义务；(3)黄金法则，即任何一方当事人在仲裁的任何阶段都不得单方与仲裁庭联系；(4)仲裁员应当独立和公正，应避免对实质问题的任何预断。

2、列入这则条文将很难与示范法现行条文保持一致，尤其是第18条<sup>③</sup>、第24(3)条<sup>④</sup>和第36(a)(二)款<sup>⑤</sup>。

3、列入这则条文可能会给某些国家颁布示范法造成障碍，因为这些国家可能认为单方面临时措施违背公共政策、宪法规则或国际条约。在初步命令制度十分罕见或不为人知的法域，国家法院可能很难执行由仲裁庭单方面下令采取的临

<sup>①</sup> Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as amended in 2006[Z], para.28.

<sup>②</sup> Report of the Working Group on Arbitration[R], 41<sup>st</sup> session, A/CN.9/569, para.16.

<sup>③</sup> 《示范法》第18条规定：“应对当事各方平等相待，应给予当事每一方充分的机会陈述其案情。”

<sup>④</sup> 《示范法》第24(3)条规定：“一方当事人向仲裁庭提供的一切陈述书、文件或其他资料应当送交对方当事人。仲裁庭在作出决定时可能依赖的任何专家报告或证据性文件也应当送交各方当事人。”

<sup>⑤</sup> 第36条(1)(a)(二)条的规定：“(1) (法院)只有在下列情况下才可拒绝承认或执行不论在何国作出的仲裁裁决：(a) 经根据裁决被提出要求的当事一方请求，如果该当事一方向被要求承认或执行裁决的主管法院提出证据证明：……；(二) 未将有关指定仲裁员或仲裁程序的事情适当地通知依据裁决被提出要求的当事一方，或该方因其它理由未能陈述其案情；……”。

时措施。<sup>①</sup>

4、对于单方面临时措施所针对的当事方采取的保障措施在大多数法院体系中要么没有，要么很难照搬到国际仲裁中。

5、国家法律、一般法律原则和国际商业惯例并未广泛涉及单方面临时措施，试图在贸易法委员会文书中规范一个鲜为人知的问题可能会起反作用。<sup>②</sup>

6、关于仲裁庭准许单方面临时措施的标准和惯例，不存在世界范围的共识。在缺乏此类共识的情况下列入这样一项条款，将损害《示范法》作为体现了世界范围共识的国际标准的作用。<sup>③</sup>

支持允许仲裁庭发布初步命令的理由在于：

1、仲裁程序当事人可能更愿意争取由仲裁庭下达临时命令，而不是请一国法院下达此类命令。<sup>④</sup>

2、各国法律已经赋予国内法院单方面给予临时救济的权力，仲裁庭在这方面应享有与各国法院相同的权限。<sup>⑤</sup>

3、正当程序及平等对待纠纷的当事方对绝大多数司法制度来说都至关重要，但单方面发布临时措施的做法仍然在其中得到发展的原因是，人们承认在某些情形下，只有通过此种程序才能避免一方当事人阻挠仲裁程序的不公平做法。<sup>⑥</sup>因此初步命令实质上并不违背程序公正原则。

4、目前制定的条文已顾及由国内诉讼程序上存在的此类先例，制定了严格的保障措施，包括在时间上作了严格限制，要求向下令采取的措施所针对的当事方提供尽快听取其申诉的机会，要求提供强制性担保，并要求对事实加以充分披露。<sup>⑦</sup>

5、《示范法》不仅是为了协调现行的法律，它还应引导制定新的仲裁规则以满足国际商事仲裁实践的需要，因此在《示范法》中规定仲裁庭下达初步命令的权力，对愿意制定有关初步命令法规的国家是一种有益的引导。

由于在是否赋予仲裁庭发布单方面临时措施的权力问题上存在着广泛的意

<sup>①</sup> Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as amended in 2006[Z], para.28.

<sup>②</sup> Report of the Working Group on Arbitration[R], 40<sup>th</sup> session, A/CN.9/547, para.110.

<sup>③</sup> Id., para.111.

<sup>④</sup> Report of the Working Group on Arbitration[R], 42<sup>nd</sup> session, A/CN.9/573, para.13.

<sup>⑤</sup> Id.

<sup>⑥</sup> Report of the Working Group on Arbitration[R], 41<sup>st</sup> session, A/CN.9/569, para.17.

<sup>⑦</sup> Id.

见分歧，工作组在此问题上的进展可以说缓慢而艰难。工作组第41届会议(2004年9月13日至17日，维也纳)和第42届会议(2005年1月10日至14日，纽约)详细审查了关于仲裁庭单方面准予采取保护措施的权力的第17条草案第(7)款的案文。第42届工作组会议上达成了一项妥协的折衷案文（主要采纳了瑞士代表团的提案）。工作组同意以下原则为依据，允许将仲裁庭下达初步命令的修订草案列入第17条草案：即除非各方当事人另有约定该款将予以适用；应明确说明临时命令在性质上属于程序问题的裁定，而不是仲裁裁决；对第17条之二中的临时命令将不规定任何强制执行程序；并且不添加任何脚注。<sup>①</sup>该折衷案文是长时间讨论的结果，也是反对和支持单方面措施者作出重大努力的结果。据指出，该折衷案文代表了一种有创意的做法，提供了精心拟定的保障措施，其中包括限制在第(7)款下准予采取的以初步命令而不是以单方面准予采取的临时措施为特点的措施的提供和期限。<sup>②</sup>在第43届会议上，经过长时间讨论后，工作组决定保留该折衷案文，无须加以修改。第44届会议上工作组通过了关于临时措施的立法条文草案修订稿。

#### （四）针对“初步命令的不可执行性”产生的争论

在工作组关于初步命令问题的讨论过程中，初步命令的不可执行性也是与会者争议的焦点。以国际商会为代表的与会者坚持“初步命令不应由法院强制执行”，而以美国为代表的与会者坚持“初步命令可以由法院强制执行”。最后经过讨论，为了使《示范法》关于初步命令的规定能够被更多国家接受，工作组最终在第17C条第5款中规定了初步命令不得由法院强制执行。

根据《示范法》第17C条的规定，初步命令在性质上属于程序问题的裁定，而不是仲裁裁决，不得由法院执行，即初步命令没有强制执行力。因此初步命令能否得到执行完全取决于当事人的自觉遵守，但是《示范法》并没有规定当事人如果不自觉执行仲裁庭下达的初步命令将承担怎样的法律后果。有人认为，规定初步命令不具有可强制执行性虽然有助于《示范法》能够获得更多国家的接受，但根据该规定，初步命令的作用必须通过被申请人的自觉遵守才能实现，从而使初步命令成为一种“软措施”，《示范法》应该规定在初步命令的有效期内允许法

<sup>①</sup> Report of the Working Group on Arbitration[R], 42<sup>nd</sup> session, A/CN.9/573.para.27.

<sup>②</sup> Report of the Working Group on Arbitration[R], 43<sup>rd</sup> session, A/CN.9/589.para.53.



院强制执行该命令，但条件是法院必须要求申请人提供担保。<sup>①</sup>笔者认为，初步命令属于程序问题的裁决而非仲裁裁决，程序问题的裁定在1958年《纽约公约》或《示范法》第36条下是不可执行的。更重要的是，仲裁庭在听取申请方的单方陈述后下达初步命令在一定程度上已经对被申请人造成了不公平，如果在仲裁庭听取被申请人陈述之前允许初步命令能够得到法院的强制执行有可能对被申请人造成不公平，所以，初步命令不应被赋予强制执行力。

笔者认为，《示范法》规定的初步命令制度既可以防止初步命令针对的当事人阻挠临时措施，从而防止临时措施的目的落空，保护申请人的合法权益，同时也可以通过特殊的保障措施来维护初步命令针对的当事人的合法权益。总体来看，《示范法》中的初步命令制度是公平合理的，有其可借鉴之处，尽管有人认为初步命令制度仍然存在很多问题，在《示范法》中规定此制度显得过于激进，但是可以预见到它必将对今后的国际商事仲裁临时措施制度的立法和实践产生重要影响。

### 三、临时措施与初步命令的程序规则

《示范法》第3节规定了适用于临时措施与初步命令的条文，分析关于临时措施和初步命令的具体程序规则可以更清楚临时措施与初步命令之间的区别。

#### （一）修改、中止和终结

《示范法》第17D条规定了临时措施与初步命令的修改、中止和终结，规定仲裁庭可以在任何一方当事人提出申请时修改、中止或终结其已准予采取的临时措施或已下达的初步命令，在非常情况下并事先通知各方当事人后，亦可自行修改、中止或终结其已准予采取的临时措施或已下达的初步命令。

#### （二）提供担保

《示范法》第17E条规定了关于担保的问题，第1款规定仲裁庭可以要求请求临时措施的一方当事人提供与这种措施有关的适当担保。第2款规定仲裁庭应当要求申请初步命令的一方当事人提供与这种命令有关的担保，除非仲裁庭认为这样做不妥当或者没有必要。这表明了，当事人申请采取临时措施是否需要提供

<sup>①</sup> 鲁珊珊.《国际商事仲裁示范法》临时措施制度研究(硕士学位论文)[D].北京:中国政法大学,2007.28.

担保，仲裁庭享有自由裁量权，而针对采取初步命令是否提供担保，则规定了比当事人申请临时措施更为严格的条件，即申请初步命令以提供担保为原则，以不提供担保为例外。

### （三）披露

《示范法》第 17F 条对申请采取临时措施和初步命令的披露问题作出了规定。第 17F 条第 1 款规定：“仲裁庭可以要求任何当事人迅速披露在请求或者准予采取临时措施时而依据的情形所发生的任何重大变化。”第 2 款规定：“申请初步命令的一方当事人应当向仲裁庭披露一切可能与仲裁庭判定是否下达或维持该命令有关的情形，这种义务应当持续到该命令所针对的当事人有机会陈述案情之时。在此之后，应当适用本条第(1)款。”

将上面两款进行比较，我们可以发现二者的差别：第一，披露义务的不同。申请初步命令的一方当事人必须向仲裁庭披露，而申请临时措施的一方当事人只有在仲裁庭要求披露时才负有披露义务；第二，披露内容不同。申请初步命令的一方当事人的披露范围是“一切可能与仲裁庭判定是否作出或维持该命令有关的情形”，实质上是要求全面披露；而申请临时措施的一方当事人则只需要披露“请求采取临时措施或者准予采取临时措施时所依据的情形发生的任何重大变化”，也即只需披露重要事项。

### （四）费用与损害赔偿

《示范法》第 17G 条“费用与损害赔偿”规定：“如果仲裁庭之后裁定根据情形本不应准予采取临时措施或下达初步命令，则请求临时措施或申请初步命令的一方当事人应当就该措施或命令对其所针对的当事人造成的任何费用和损害承担赔偿责任。仲裁庭可以在仲裁程序的任何时候判给这种费用和损害赔偿金。”

## 四、临时措施的承认与执行

临时措施的承认和执行问题是 2006 年《示范法》修订过程中着重解决的问题。《示范法》的立场是促进临时措施的采取和执行的。在修订《示范法》的会议议程中，临时措施制度的修改和制定被提到一个新的高度，得到了充分的重视。有必要探析修订后的临时措施的承认与执行的具体条文，以及其对国际商事仲裁

立法和实践的意义。

### （一）临时措施的承认与执行制度概述

临时措施的承认和执行主要规定在新的《示范法》第四A章第17H条和第17I条中，这两个条文分别从正面和反面规定了临时措施的承认与执行。第17H条明确了仲裁庭发出的临时措施具有约束力，不论仲裁临时措施是否在本国作出，一国法院都应予以承认和执行。第17I条列举了法院拒绝承认或执行临时措施的理由，这就意味着法院不能以该条之外的理由拒绝承认或执行该措施。《示范法》鼓励各国在国内立法中规定较《示范法》更少的拒绝承认或执行临时措施的条件，从而尽可能地承认或执行仲裁庭作出的临时措施。<sup>①</sup>为此贸法会还为《示范法》第17I条加了一个脚注，说明第17I条所载条件的目的是为了限制法院可拒绝执行临时措施的情形。如果一国将采用的可拒绝执行的情形比第17I条规定的还要少，这样的做法与《示范法》力求达到的统一程度并不相悖。

在修订草案的过程中，工作组对请求法院执行临时保护措施时法院是否对作出执行决定拥有自由裁量权，以及此种自由裁量权的范围也有看法。一种看法认为，同法院执行仲裁裁决的义务一样，在执行临时措施时不应有自由裁量权，这样才能符合《贸易法委员会示范法》第35条和第36条（或《纽约公约》第四条和第五条）的条件。另一种看法得到大量支持，认为《示范法》第35条和第36条载明的制度过于死板，未考虑到临时保护措施的一些特性，这些特性使之不同于仲裁裁决，要求在制订统一制度时留有一定程度的灵活性。这些特性包括以下各点：临时措施的临时性以及由此产生的可能必须修改或中止这些措施的可能性；调整临时措施，使之适应执行法院的执行程序的必要性；临时措施影响到第三方利益的可能性；单方面下达临时措施的可能性以及下达临时措施之后必须按要求听取当事双方意见的可能性。<sup>②</sup>

工作组普遍认为，承认和执行制度应当建立在以下原则的基础上：法院不得重复使仲裁庭最后下达临时措施的决策过程；特别是，法院不得复审仲裁庭作出的事实性结论或临时措施的实质性内容。法院的自由裁量权应当限于临时措施的

<sup>①</sup> 赵健. 联合国《国际商事仲裁示范法》2006年修订条款评述——兼论对我国仲裁立法与实践的影响 [EB/OL]. <http://www.China-arbitration.com/>, 2006-9-21.

<sup>②</sup> Report of the Working Group on Arbitration[R], 32<sup>nd</sup> session, A/CN.9/468, para. 70.

执行程序方面。<sup>①</sup>

## （二）条文解析

第 17H 条.承认和执行规定：

“(1)仲裁庭发出的临时措施应当被确认为具有约束力，并且除非仲裁庭另有规定，应当在遵从第 17I 条各项规定的前提下，经向有管辖权的法院提出申请后加以执行，不论该措施是在哪一国发出的。

(2)正在寻求或已经获得对某一项临时措施的承认或执行的当事人，应当将该临时措施的任何终结、中止或修改迅速通知法院。

(3)受理承认或执行请求的国家的法院如果认为情况适当，在仲裁庭尚未就担保作出决定的情况下，或者在这种决定对于保护第三人的权利是必要的情况下，可以命令请求方当事人提供适当担保。”

第 17I 条.拒绝承认或执行的理由

(1)只有在下列任何情形下，才能拒绝承认或执行临时措施：

(a)应临时措施所针对的当事人的请求，法院确信：

(i)这种拒绝因第 36(1)(a)(i)、(ii)、(iii)或(iv)条中所述的理由而是正当的；或

(ii)未遵守仲裁庭关于与仲裁庭发出的临时措施有关的提供担保的决定的；或

(iii)该临时措施已被仲裁庭终结或中止，或被已获此项权限的仲裁发生地国法院或依据本国法律准予采取临时措施的国家的法院所终结或中止的；或

(b)法院认定：

(i)临时措施不符合法律赋予法院的权力，除非法院决定对临时措施作必要的重新拟订，使之为了执行该临时措施的目的而适应自己的权力和程序，但并不修改临时措施的实质内容的；或

(ii)第 36(1)(b)(i)或(ii)条中所述任何理由适用于对临时措施的承认和执行的。

(2)法院根据本条第(1)款中所述任何理由作出的任何裁定，效力范围仅限于为了申请承认和执行临时措施。受理承认或执行请求的法院不应在作出这一裁定时对临时措施的实质内容进行审查。

第 17H 条第 1 款指出法院应承认和执行仲裁庭发出的临时措施，“不论该措施是在哪一国发出”，这表明法院对国内和国外仲裁庭发布的临时措施应以同等

<sup>①</sup> Report of the Working Group on Arbitration[R],32<sup>nd</sup> session, A/CN.9/468.para.71.

条件予以承认和执行。

第17H条第2款规定了当事人的通知义务，该款的制订工作组借鉴了《联合国国际贸易法委员会跨界破产示范法》第18条和第22条第3款的规定后拟定，经过与会者的讨论修改后最终通过的。《贸易法委员会跨界破产示范法》涉及承认外国破产程序的问题，而外国破产程序会随着时间的推移而发生变化，同样，当国际商事仲裁中的临时措施申请人向法院申请执行有关的临时措施时，仲裁庭也可能会根据仲裁程序进行中的发展变化而对其下达的临时措施进行修改。因此，这条规定反映了临时措施的临时性的性质。

第17H条第3款规定了法院可以在仲裁庭以外针对临时措施的担保问题作出规定。工作组在第38届会议上建议执行条文草案应该对法院能否命令申请人提供担保作出规定，多数与会者认为，为了保护被申请人的利益，应该赋予法院此项权力。<sup>①</sup>此款规定使得当事人既可从仲裁庭获得也可由法院获得对临时措施的担保，有利于充分保护临时措施相对人的合法权益。

第17I条第1款明确列举了法院拒绝承认或执行临时措施的理由，其条文的基本结构与《示范法》第36条类似，将拒绝承认和执行临时措施类比于仲裁裁决的拒绝承认与执行，规定拒绝承认和执行仲裁裁决的原因完全适用于对临时措施的承认与执行。根据条文的具体内容，可以把法院拒绝承认或执行临时措施的情形分为两类，第一类情形即只有应临时措施所针对的当事人的请求，法院才可以拒绝承认或执行临时措施：（1）仲裁协议无效的；（2）该方当事人未得到指定仲裁员或者进行仲裁程序的适当通知，或因其他理由未能陈述其案情的；（3）超裁的；（4）仲裁庭的组成或者仲裁程序与当事人的协议不一致或者不合法的；（5）仲裁庭的担保决定未遵守的；或者，（6）该临时措施被终止或中止的。第二类情形即法院可依职权拒绝承认或执行临时措施：（1）临时措施不符合法院的职权；（2）争议不具有可仲裁性；或者，（3）违反本国的公共政策。<sup>②</sup>

第17I条第2款规定了法院对临时措施仅限于作程序上的审查，法院不能对临时措施的实质内容进行审查。该条款体现了尊重仲裁庭的自裁管辖原则和“法

<sup>①</sup> Report of the Working Group on Arbitration[R],38<sup>th</sup> session, A/CN.9/524,para.72-73.

<sup>②</sup> 赵健. 联合国《国际商事仲裁示范法》2006年修订条款评述——兼论对我国仲裁立法与实践的影响[EB/OL]. <http://www.China-arbitration.com/>, 2006-9-21.

院适度监督和支持仲裁”的司法监督理念。<sup>①</sup>

### （三）《示范法》承认和执行临时措施修订案文的重要意义及评价

临时措施的有效执行对于整个仲裁制度具有至关重要的作用。在某些情况下，如果临时措施不能得到有效的执行将直接影响到仲裁裁决的效力及其当事人的利益。但是，仲裁员的权力来源于当事人之间达成的仲裁协议，缺乏执行临时措施及仲裁裁决的强制权力。绝大多数情况下，如果当事人不履行，只能借助法院的力量予以执行。<sup>②</sup>目前几乎所有的国际性仲裁规则和国际公约缺乏关于执行仲裁庭作出的临时措施的规定。国际上普遍的观点是《纽约公约》不能适用于临时措施的执行。因此，2006年《示范法》第17条修订形成的临时措施的承认与执行制度对于国际商事仲裁制度的统一和发展意义重大。它将有助于促进各国仲裁立法在临时措施问题上达成一致，有利于各国仲裁立法的协调和统一以及国际商事仲裁的进一步发展，将对国际商事仲裁制度产生深远的影响。

但是，尽管《示范法》第17条对临时措施的强制执行问题作出了明确规定，但因其本身的效力不能达到公约的普遍约束力的高度，现阶段各国对临时措施的法律规定有较大差异，各国就国际商事仲裁临时措施的强制执行问题还未达成一致意见，同时因临时措施的临时性也无法将临时措施的强制执行纳入《纽约公约》的适用范围，而要针对该措施的域外承认与执行制定新的国际公约或对现有公约进行修改都是比较困难的，所以只能依靠各国参照《示范法》对其国内法进行调整，然后借助各国的单边途径减少临时措施域外执行的障碍，待《示范法》的规定经过各国的实践检验并获得各国的普遍接受后，再由联合国国际贸易法委员会牵头缔结专门的国际公约或对《纽约公约》进行修改，最终统一临时措施域外执行的立法和实践。

## 五、法院下令采取的临时措施

### “第17J条.法院下令采取的临时措施

法院发布与仲裁程序有关的临时措施的权力应当与法院在法院诉讼程序方面的权力相同，不论仲裁程序的进行地是否在本国境内。法院应当根据自己的程

<sup>①</sup> 鲁珊珊.《国际商事仲裁示范法》临时措施制度研究(硕士学位论文)[D].北京:中国政法大学,2007.39-40.

<sup>②</sup> 任明艳.国际商事仲裁中仲裁员发布临时性保全措施问题[J].北京仲裁,2007,(1):86.

序，在考虑到国际仲裁的具体特征的情况下行使这一权力。”

在讨论仲裁庭可下达的临时措施的过程中，有与会者建议工作组应考虑针对仲裁协议当事方转而请求法院采取临时保护措施的情况制订统一规则。与会者指出，在仲裁庭组成之前，当事方能够有效地得到法院的此种协助特别重要，但在仲裁庭组成之后，当事方可能也有充分理由请求法院协助，并可向仲裁地所在国或者另一国提出此种请求。<sup>①</sup>

在工作组第38届会议上，与会者普遍支持这样的条文：“允许法院有权下达临时保全措施令，而无论仲裁进行地在哪个国家。”但是，关于下达此种措施的标准和尺度，工作组提出了不同的看法。一种观点是，法院应适用自己的程序规则 and 标准。另一种观点主张采用第17条中提出的标准和尺度。普遍承认，对现有标准的任何提及，都必须为法院提供灵活性，使之能够适应国际仲裁的具体特点。<sup>②</sup>工作组经讨论后在第44届会议上通过第17J条修订案文。贸易法委员会秘书处关于2006年修正的1985年《国际商事仲裁示范法》的解释说明中特别指出：“2006年增加了该条，为的是明确无疑地指明，存在仲裁协议并不影响具有管辖权的法院发布临时措施的权力，而且这种仲裁协议的当事人可自由向法院申请下达临时措施。”<sup>③</sup>

---

<sup>①</sup> Report of the Working Group on Arbitration[R],32<sup>nd</sup> session, A/CN.9/468.para.85.

<sup>②</sup> Report of the Working Group on Arbitration[R],38<sup>th</sup> session, A/CN.9/524.para.77.

<sup>③</sup> Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as amended in 2006[Z],para.30.

## 第四章 《示范法》对中国仲裁立法与实践的影响

### 第一节 中国仲裁立法体制概述

各国主要有两种仲裁立法体例，一种是规定在民事诉讼法中，将仲裁制度作为民事诉讼法的一个组成部分，例如德国、日本。另一种是制定独立的仲裁法，专门调整仲裁关系，例如英国1996年《仲裁法》。我国采取第二种立法体例，1994年8月31日通过并于1995年9月1日起开始施行我国第一部独立的《仲裁法》，但是我国的民事诉讼法也对仲裁法律制度作了相应的规定。民事诉讼法中的规定主要是从诉讼与仲裁的关系角度进行法律调整。<sup>①</sup>1994年颁布的《仲裁法》对我国仲裁法律制度的统一和发展发挥了十分重要的作用。它借鉴了各国仲裁法以及联合国贸法会《国际商事仲裁示范法》的内容，其施行标志一个初步适应我国改革开放需要的、与国际通行做法接轨的仲裁法律体系已经诞生。<sup>②</sup>因为在此之前，我国已有14个法律、82个行政法规和192个地方法规对仲裁作出了规定，但这些法规只是解决某类纠纷或某方面问题，没有形成统一规范的仲裁制度。<sup>③</sup>2005年12月26日通过并于2006年9月8日起施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》与1994年《仲裁法》和2007年《民事诉讼法》一起构成了我国现行的仲裁立法体制。

我国《仲裁法》实施十多年来在司法实践中暴露出许多问题，尽管最高人民法院出台了相应的司法解释进行完善，但是仍然与国外仲裁制度的通行做法存在一些差距。如何在仲裁中更多地借鉴国际上的通行做法，消除我国仲裁的制度性缺陷，是我国仲裁法律制度的发展无法回避的问题。<sup>④</sup>因而，在修订和完善我国《仲裁法》的过程中，借鉴《示范法》关于仲裁协议书面形式和临时措施的新规定，把握国际商事仲裁立法与实践的新发展对完善我国仲裁法律制度是很有必要的。

<sup>①</sup> 陈桂明. 程序理念与程序规则[M]. 北京: 中国法制出版社, 1999. 227.

<sup>②</sup> 陈治东. 国际商事仲裁法[M]. 北京: 法律出版社, 1998. 44.

<sup>③</sup> 刘祥红. 我国仲裁制度的立法完善[J]. 中国市场, 2006, (52): 28.

<sup>④</sup> 张斌生, 主编. 仲裁法新论[M]. 厦门: 厦门大学出版社, 2005. 576.



## 第二节 我国关于仲裁协议书面形式的立法及其完善

### 一、我国立法的具体规定

我国1994年《仲裁法》第三章“仲裁协议”第16条规定：“仲裁协议包括合同中订立的仲裁条款和以其他书面方式在纠纷发生前或者纠纷发生后达成的请求仲裁的协议。仲裁协议应当具有下列内容：（一）请求仲裁的意思表示；（二）仲裁事项；（三）选定的仲裁委员会。”但是对于什么是书面形式，我国《仲裁法》并没有明文规定。1999年《合同法》第11条规定：“书面形式是指合同书、信件和数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等可以有形地表现所载内容的形式。”最高人民法院于2006年8月23日通过的《关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》第1条规定：“仲裁法第十六条规定的“其他书面形式”的仲裁协议，包括以合同书、信件和数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等形式达成的请求仲裁的协议。”《关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》第11条规定：“合同约定解决争议适用其他合同、文件中的有效仲裁条款的，发生合同争议时，当事人应当按照该仲裁条款提请仲裁。”

从我国关于仲裁协议书面形式的立法规定的演变可以看出，随着国际上鼓励仲裁原则的确立，我国在仲裁立法和实践中对仲裁协议书面形式问题也一定程度上逐渐采纳了扩大解释和从宽解释的做法。我国强调仲裁协议的书面形式，并将书面形式列为仲裁协议生效的要件。仲裁协议的书面形式，既包括合同书（通常由当事人签署）形式，也包括通过书信和数据电文往来达成的仲裁条款；既可以是纸介质表现所载的内容，也可以是以电磁介质等只要是可以有形地表现所载内容的形式。根据《关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》的有关规定，下列情形原则上亦符合法律关于仲裁协议书面形式的要求：当事人在订立仲裁协议后合并、分立的，其权利义务的继受人与合同他方之间就该仲裁协议约定的条款；当事人在订立仲裁协议后死亡的，承继被继承人权利义务的继承人与合同他方之间就该仲裁协议约定的条款；债权债务的受让人与合同他方之间就仲裁协议约定的条款；合同中未约定仲裁条款，但明确约定争议解决适用其他合

同中有效仲裁条款的；涉外合同中未约定仲裁条款，但应适用的有关国际公约、双边协定明确规定纠纷应提请仲裁解决的。<sup>①</sup>但是，仲裁协议或合同以口头方式、行为方式订立的且仲裁协议的内容未以任何形式记录下来的，依我国法律并不能认为是书面形式。<sup>②</sup>

## 二、与《示范法》相比的不足

《示范法》此次修订将对各国仲裁立法、理论研究与仲裁实践产生深远的影响，可以预见，《示范法》关于仲裁协议书面形式的新规定也将逐渐对我国法院和仲裁机构认识和界定仲裁协议的书面形式产生影响。由于《示范法》第7条对仲裁协议的定义和形式规定了两种不同的备选案文，并且由颁布国根据本国情况自由选择适用，因而应分别比较我国现行立法与两条备选案文之间的差距，分析其各自带来的影响。

修订后的《示范法》第7条备选案文一<sup>③</sup>对仲裁协议的定义和形式的规定，反映了国际社会当前的主流观点和实践。《示范法》规定仲裁协议的内容以任何形式记录下来的，即为书面形式，无论该仲裁协议或合同是以口头方式、行为方式还是其他方式订立的。只要仲裁协议的内容得到记录，仲裁协议的订立可以采取任何形式，包括口头订立。如前所述，我国仲裁法要求仲裁协议通过书面形式订立，但是我国在仲裁立法和实践中对仲裁协议书面形式问题上逐渐采纳了扩大解释和从宽解释的做法，基本符合国际社会主流做法，尤其是最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》的有关规定<sup>④</sup>颁布后，我国关于仲裁协议书面形式的立法实际上与国际通行做法的差距不大了。但是仲裁协议或合同以口头方式、行为方式订立的且仲裁协议的内容未以任何形式记录下来的，依我国法律并不能认为是书面形式。因此，在实践中，很可能出现一些仲裁协议根据《示范法》是完全符合书面形式要求的，但根据中国的仲裁立法却可能不满足书面形式的要求，导致仲裁协议的有效性得不到承认。前文在阐述《示范法》修订的必要性时提到的实践中发生的那些情形出现后，现在根据《示范法》

<sup>①</sup> 陆效龙，吴兆祥．对《仲裁法司法解释》主要内容的理解 [EB/OL]．[http://www.czac.org/garden\\_details.asp?id=26,2009-04-03](http://www.czac.org/garden_details.asp?id=26,2009-04-03)．

<sup>②</sup> 林一飞．《仲裁法》新司法解释解读[J]．北京仲裁，2006，(4)：70．

新规定则将得到承认，但如果在我国，仍然无法得到承认。所以我国关于仲裁协议书面形式要求的立法规定仍然有改进的空间。

然而，与修订后《示范法》第7条的备选案文二相比，我国目前关于仲裁协议定义和形式的规定则落后甚远。备选案文二完全取消了对仲裁协议书面形式的要求，承认口头仲裁协议。而我国不仅要求仲裁协议要通过书面形式订立，更加不承认口头仲裁协议的效力。如果以后国际社会在仲裁协议定义与书面形式问题上的立法越来越多的倾向于采纳《示范法》第7条备选案文二的立法规定，那么我国的相关立法需要改进的空间则更大，所需的努力也更多。

### 三、完善建议

由于贸易法委员会表示其并未主张要求颁布国择取备选案文一或二，两则备选案文都交由颁布国考虑，视本国具体需要而定，并参照颁布示范法时的法律背景，包括颁布国的一般合同法在内，因而，我国应该根据本国的具体情况来选择参照备选案文一还是备选案文二，也即在以后修订我国《仲裁法》时选择进一步扩大对“书面形式”的理解还是取消书面形式的做法。

有学者认为，虽然一些国家和地区的国内立法承认口头仲裁协议的效力，将备选方案二（即放弃对仲裁协议书面形式的要求）同时纳入《示范法》反映了这些国家的实践，便于这些国家接受《示范法》，从而扩大《示范法》的影响。但是，仲裁协议是要式合同（采纳书面形式）是当今仲裁的主流，大部分国家不承认口头仲裁协议的效力，包括1958年《纽约公约》在内的国际仲裁文件也是以书面仲裁协议为基础的，承认口头仲裁协议的效力过于激进；同时，贸法会制订《示范法》的目的是推动各国仲裁立法的统一，将两种不一致的方案同时纳入《示范法》与《示范法》的宗旨是矛盾的。我国仍然可以坚持以前的做法。<sup>①</sup>

笔者比较赞同上面的观点，《示范法》从鼓励和有利于仲裁原则出发，对仲裁协议书面形式进行扩大解释，适应了电子商务发展的需要，符合国际商事惯例，将进一步推动仲裁的发展，但是将完全取消书面形式要求的备选案文二同时列入条文中供颁布国来选择，在一定程度上可能会在将来承认和执行仲裁裁决时造成

<sup>①</sup> 赵健. 联合国《国际商事仲裁示范法》2006年修订条款评述——兼论对我国仲裁立法与实践的影响 [EB/OL]. <http://www.China-arbitration.com/>, 2006-9-21.

矛盾和混乱。在我国完全取消对仲裁协议的书面形式要求并非不可以，但是对于现阶段我国的法律制度和社会环境来说，似乎尚不具备适用的土壤。我国接受《示范法》第7条备选案文二的可能性不大。所以，我国可以继续对仲裁协议书面形式进行扩大和从宽解释，在对《仲裁法》进行修订时充分考虑《示范法》第7条备选案文一的规定，对相关法规加以完善，在条件成熟后，再考虑是否可以完全取消对书面形式的要求。

### 第三节 我国关于临时措施制度的立法及完善

#### 一、我国立法的具体规定

我国目前的临时措施法律制度还很不完善，只在2007年《民事诉讼法》、1994年《仲裁法》和2005年《中国国际经济贸易委员会仲裁规则》中规定了财产保全和证据保全制度。

##### （一）关于财产保全的具体规定

2007年《中华人民共和国民事诉讼法》第256条规定了涉外仲裁中的财产保全：“当事人申请采取财产保全的，中华人民共和国的涉外仲裁机构应当将当事人的申请，提交被申请人住所地或者财产所在地的中级人民法院裁定。”1994年《仲裁法》第28条规定了国内仲裁的财产保全：“一方当事人因另一方的行为或者其他原因，可能使裁决不能执行或者难以执行的，可以申请财产保全。当事人申请财产保全的，仲裁委员会应当将当事人的申请依照民事诉讼法的有关规定提交人民法院。申请有错误的，申请人应当赔偿被申请人因财产保全所遭受的损失。”2005年《中国国际经济贸易委员会仲裁规则》第17条规定：“当事人申请财产保全的，仲裁委员会应当将当事人的申请转交被申请人财产保全的当事人住所地或其财产所在地有管辖权的法院作出裁定。”

##### （二）关于证据保全的具体规定

关于国内仲裁程序的证据保全，我国《仲裁法》第46条规定：“在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，当事人可以申请证据保全。当事人申请证据保全的，仲裁委员会应当将当事人的申请提交证据所在地的基层人民法院。”关于涉外仲裁的证据保全，《仲裁法》第68条规定：“涉外仲裁的当事人申请证据保全

的，涉外仲裁委员会应当将当事人的申请提交证据所在地的中级人民法院。”《中国国际经济贸易委员会仲裁规则》第18条规定：“当事人申请证据保全的，仲裁委员会应当将当事人的申请转交证据所在地有管辖权的法院作出裁定。”

从上面列举的具体规定我们可以看出，我国立法和涉外仲裁机构仲裁规则对于在国际商事仲裁中采取临时措施的基本立场和做法是：（1）临时措施只能由法院发布，仲裁庭不享有发布临时措施的任何权力，如果当事人想要获得临时措施救济，唯一的选择就是向法院提出申请，即使当事人最初的意图并不希望法院介入纠纷的解决；（2）临时措施的具体申请程序为当事人必须首先向涉外仲裁机构提出保全申请，然后由涉外仲裁机构将当事人的申请提交给有管辖权的法院作出裁定，当事人不可以直接向法院提出临时措施申请；（3）在临时措施的种类上只规定了财产保全和证据保全这两种类别，且对仲裁前临时措施的发布问题未加以明确规定。

## 二、与《示范法》相比的不足

我们在前文详细分析了2006年《示范法》第四A章临时措施和初步命令的新规定，应该说，《示范法》创建了一套非常完备的临时措施制度，而与之相比，我国仲裁立法规定的临时措施制度存在很多缺陷和不足：

### （一）发布临时措施的权力由人民法院专属享有

根据我国立法，发布临时措施的权力只能由法院享有，仲裁庭不享有发布临时措施的任何权力，仲裁庭只是承担了将当事人的申请提交给有管辖权的法院的角色。这样的做法存在以下问题：第一，在临时措施的发布过程中，仲裁机构在其中只是起到转交申请的作用，这样白白增加一个中间环节，既拖延了时间，也没有任何实际价值。第二，当事人不能向自己所选择的仲裁机构申请发布临时措施，只能向仲裁地法院申请，但又无法直接向法院申请，这有可能损害仲裁程序的独立性，并且可能违背当事人意思自治原则。第三，我国法院所颁布的临时措施令是否能够得到外国法院的承认和执行是存在问题的，而一般来讲，由仲裁庭发布临时措施令得到外国法院承认和执行的可能性更高。

《示范法》赋予了仲裁庭发布临时措施的权力，甚至发布单方面临时措施的权力，同时也规定了法院可发布的临时措施。《示范法》采取的是法院与仲裁庭

并存权力模式，这也是目前国际上大多数国家采取的立法模式。我国的做法与大多数国家的做法不同，使得我国目前在国际商事仲裁实践中显得过于保守，而现有制度很可能损害我国仲裁事业在国际仲裁界的进一步发展，因此应该加以完善。

### （二）临时措施的种类少

《示范法》第 17 条涵盖了现有的所有临时措施种类，规定的较为全面，而我国的《仲裁法》和《民事诉讼法》仅规定了财产保全措施和证据保全措施，无法给申请人提供全面的保护，不能满足仲裁实践的需要，这样的缺陷有可能最终降低我国仲裁事业的国际竞争力。

### （三）没有赋予仲裁庭下达的临时措施强制执行权

《示范法》第 17 条修订的最重要之处就在于规定了临时措施的承认与执行制度。然而，我国的临时措施发布权专属于法院，由法院作出的临时措施可得到法院的强制执行。由于我国没有赋予仲裁庭发布临时措施的任何权利，从而也没有对仲裁庭下达的临时措施的执行作出规定。同时，我国法律也未规定其它国家的法院或仲裁庭作出的临时措施在我国的执行问题，也未就该问题与其它国家达成国际条约或双边协定。<sup>①</sup>缺乏如此重要的规定，将会导致我国法院或仲裁庭作出的临时措施在其它国家也难以得到执行，势必会影响当事人的利益，也会导致当事人在订立仲裁协议时倾向于选择将来的临时措施令易于被承认和执行的法域，那么在我国仲裁很可能不会成为当事人的潜在首选。

### （四）缺乏仲裁前发布临时措施的规定

由于现行法律未明文允许在仲裁前申请保全，我国在实践中是由各个法院自行决定是否受理，但这样又会造成整个国家法制的的不统一，在当事人之间造成人为的不公平或“挑选法院”的局面。<sup>②</sup>目前只有我国《海事特别诉讼程序法》明确规定了法院可在仲裁开始前应当事人申请决定财产保全，而无论当事人间是否已签订有仲裁协议，且财产保全后，当事人也不必依《民事诉讼法》在 30 日内向法院起诉。然而，如果当事人根据《仲裁法》第 28 条和《民事诉讼法》第 252

<sup>①</sup> 鲁珊珊.《国际商事仲裁示范法》临时措施制度研究(硕士学位论文)[D].北京:中国政法大学,2007.47.

<sup>②</sup> 王艳阳.国际商事仲裁中的临时保护措施制度——兼议我国相关制度的不足[J].西南政法大学学报,2004,6(4):91.

条规定进行仲裁前财产保全，就不得不面临须依其规定在30日内起诉的局面，这明显会违背当事人仲裁的真实意愿。

### （五）缺少关于担保、赔偿等具体制度规定

《示范法》第17E条规定了关于担保的问题，第17G条明确规定了赔偿制度。但是，我国立法对临时措施的担保问题缺乏明确指引。《民事诉讼法》仅规定了财产保全的担保制度，而没有对证据保全的担保问题作出规定。对于赔偿制度，我国《民事诉讼法》规定得不够全面，该法同样仅规定了财产保全的赔偿制度，而未对证据保全的赔偿制度作出规定。

综上所述，我国《仲裁法》和《民事诉讼法》对临时措施制度的规定过于笼统，内容不够完善，无论从我国仲裁实践需要还是从国际商事仲裁临时措施的发展趋势来看，都有修改和完善的必要。

## 三、完善建议

《示范法》第四A章“临时措施和初步命令”的内容，代表着今后国际商事仲裁临时措施制度的发展方向，我国《仲裁法》在修订过程时有必要学习和借鉴《示范法》的规定。在前文分析的基础上，笔者从以下几个方面对我国的临时措施和初步命令制度提出完善建议。

第一，我国立法应当赋予仲裁庭发布临时措施的权力，使得仲裁庭与法院都有权发布临时措施；规定由当事人自由选择向法院或仲裁庭申请临时措施，并允许当事人在仲裁前申请发布临时措施。借鉴《示范法》第9条规定“在申请仲裁前，当事人可以向法院申请发布临时措施。在仲裁程序进行中，除非当事人另有约定，当事人可以自由选择向法院或仲裁庭申请发布临时措施。”

第二，采用国际仲裁中通用的“临时措施”称谓，明确界定临时措施的定义，参考《示范法》临时措施种类的规定，扩大我国临时措施的种类范围。

第三，在赋予仲裁庭临时措施发布权的基础上，同时赋予仲裁庭发布的临时措施以强制执行力。在制定仲裁庭发布的临时措施的执行条款时可以借鉴《示范法》第17H条和第17I条的规定，避免法院对仲裁进行过多的干预。《示范法》规定了临时措施的域外承认与执行，有人认为《示范法》对该问题的规定对我国的借鉴意义不大，我国应该在互惠互利的基础上与其他国家签订双边协定，通过

双边机制规制法院或仲裁庭发布的临时措施的域外执行问题。<sup>①</sup>笔者认为我国可以在立法中规定临时措施的域外承认与执行力,这样更有利于我国国际商事仲裁的发展。

第四,规定仲裁庭对下达临时措施过程中是否要求当事人提供担保享有自由裁量权,担保制度适用于所有类型的临时措施;仲裁庭可以在仲裁程序的任何时候判给损害赔偿金,赔偿制度适用于所有类型的临时措施。

第五,关于初步命令制度,有学者认为,由于人民法院在司法实践中决定采取临时保全问题,法律上并不要求事先通知临时措施所指向的一方当事人,因此,如果我国法律授予仲裁庭决定临时措施和初步命令的权力,那么,我国接受《示范法》中的初步命令制度并不存在制度上的障碍。<sup>②</sup>由于《示范法》的初步命令制度在修订过程中引起的争议可谓最激烈,在草案通过后国际社会的争议仍然很大,现阶段和未来国际社会对《示范法》初步命令制度的认同和采纳程度会有多高我们还不得而知,而我国的临时措施制度与国外相比显得落后保守很多,需要完善的地方比较多,因此,如果在修订《仲裁法》时直接采纳初步命令的规定,赋予仲裁庭发布单方面临时措施的权力,可能会太过激进,在实践中产生许多问题,最好先暂时不接受初步命令制度,等国际和国内的立法和实践成熟后再作决定。

<sup>①</sup> 鲁珊珊.《国际商事仲裁示范法》临时措施制度研究(硕士学位论文)[D].北京:中国政法大学,2007.51.

<sup>②</sup> 赵健.联合国《国际商事仲裁示范法》2006年修订条款评述——兼论对我国仲裁立法与实践的影响[EB/OL].<http://www.China-arbitration.com/>,2006-9-21.



## 结 语

2006年《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》关于仲裁协议书面形式和临时措施制度的新规定反映了国际商事仲裁的发展趋势。从参与《示范法》修订工作的贸法会成员国、国际组织机构和以观察员身份出席工作组会议的国家数量以及与会者在修订过程中参与讨论的积极热情可以预见,《示范法》修订案文在2006年通过后将会被国际社会广泛接受。由于贸法会在国际商事仲裁领域的重大影响力,许多国际仲裁机构也将可能会对其仲裁规则中的类似规定参照《示范法》进行修订。因此我们期待着《示范法》的修订案文得到广泛的采用,并且在协调和解决国际商事仲裁立法和实践中存在的问题上发挥更重要的作用。

与此同时,我们也要认识到,我国的仲裁法律制度还存在许多缺陷和不足,与《示范法》相比还有较大差距。我们有必要通过研究《示范法》关于仲裁协议书面形式和临时措施的新规定,针对我国的实际情况,修改和完善我国相应的仲裁法律制度。所以,我们应随时对《示范法》等国际立法的新变化予以关注和研究,对相关的变化和制度有更好的理解,在日后对相关立法的修改中做到更好,促进我国仲裁事业的不断发展。

## [参考文献]

### 一、著作

- [1] 陈治东. 国际商事仲裁法[M]. 北京: 法律出版社, 1998.
- [2] 陈桂明. 程序理念与程序规则[M]. 北京: 中国法制出版社, 1999.
- [3] 刘晓红. 国际商事仲裁协议的法理与实证[M]. 北京: 商务印书馆, 2005.
- [4] 宋连斌, 林一飞. 国际商事仲裁资料精选[M]. 北京: 知识产权出版社, 2004.
- [5] 谭兵. 中国仲裁制度研究[M]. 北京: 法律出版社, 1995.
- [6] 杨宜良. 国际商务仲裁[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1997.
- [7] 赵秀文. 国际商事仲裁及其适用法律研究[M]. 北京: 北京大学出版社, 2002.
- [8] 赵健. 国际商事仲裁的司法监督[M]. 北京: 法律出版社, 2000.
- [9] 张斌生, 主编. 仲裁法新论[M]. 厦门: 厦门大学出版社, 2005.
- [10] 赵秀文, 谢菁菁. 国际商事仲裁法参考资料[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2006.

### 二、论文

- [1] 高雅. 国际商事仲裁协议之书面形式探究[J]. 黑龙江社会科学, 2006, (6).
- [2] 侯登华. 形式变化折射理念变迁——仲裁协议形式比较研究[J]. 北京科技大学学报(社会科学报), 2006, 22 (2).
- [3] 贺桂华. 仲裁协议及其形式探析[J]. 长安大学学报, 2007, 9 (3).
- [4] 李陶. 国际商事仲裁协议形式有效性问题研究(硕士学位论文)[D]. 吉林: 吉林大学, 2007.
- [5] 林一飞. 《仲裁法》新司法解释解读[J]. 北京仲裁, 2006, (4).
- [6] 鲁珊珊. 《国际商事仲裁示范法》临时措施制度研究(硕士学位论文)[D]. 北京: 中国政法大学, 2007.
- [6] 刘晓红. 国际商事仲裁协议的法理与实证研究(博士学位论文)[D]. 上海: 华东政法学院, 2004.
- [7] 刘祥红. 我国仲裁制度的立法完善[J]. 中国市场, 2006, (52).

- [8] 牛岩. “初步命令”初探——联合国《国际商事仲裁示范法》的新规定[J]. 北京仲裁, 2007, (3).
- [9] 任明艳. 国际商事仲裁中仲裁员发布临时性保全措施问题[J]. 北京仲裁, 2007, (1).
- [10] 宋航, 笪恺. 论国际商事仲裁协议的书面形式[J]. 法学评论, 1997, (2).
- [11] 王艳阳. 国际商事仲裁中的临时保护措施制度——兼议我国相关制度的不足[J]. 西南政法大学学报, 2004, 6(4).
- [12] 王庆丽. 《国际商事仲裁示范法》及其对中国仲裁立法的完善(硕士学位论文)[D]. 北京: 中国政法大学, 2007. 22.
- [13] 王一平. 联合国国际贸易法委员会与现代国际商事仲裁制度的发展[J]. 中南工业大学学报社会科学版, 1999, 5(1).
- [14] 宣增益. 西方国家有关临时措施的承认与执行[J]. 人民司法, 2008, (3).
- [15] 朱克鹏, 笪恺. 联合国《国际商事仲裁示范法》评述[J]. 武汉大学学报(哲学社会科学版), 1996, (5).
- [16] 赵健. 联合国《国际商事仲裁示范法》2006年修订条款评述——兼论对我国仲裁立法与实践的影响[EB/OL]. <http://www.China-arbitration.com/>, 2006-9-21.
- [17] FERGUSON, M, STEPHEN. Interim Measures of Protection in International Commercial Arbitration: Problems, Proposed Solutions, and Anticipated Results[J]. *Currents: International Trade Law Journal*, winter, 2003.
- [18] GEROLD, HERMANN. The Arbitration Agreement as the Foundation of Arbitration and Its Recognition by the Courts[J]. *ICCA Congress Series No.6, ICCA Bahrain Conference 1993*.
- [19] GEROLD, HERMANN. Does the World Need Additional Uniform Legislation on Arbitration? – The 1998 Freshfields Lecture, *arbitration international*, 1999, 15(3).
- [20] MARC, BLESSING. The Law Applicable to the Arbitration Clause[J]. *ICCA Congress series No.9, ICCA Paris Conference 1999*.
- [21] NEIL, KAPLAN. Is the Need For Writing as Expressed in the New York Convention and the Model Law Our of Step with Commercial Practice[J].

Arbitration International,1996,27.

[22]NEIL,KAPLAN.The Model Law in Hong Kong[J]. CIETAC/ICCA PAPERS ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION,1997,495.

[23]THOMAS,CHARLES,JOHN. Selected Issues: Interim Measures in International Arbitration: Finding the Best Answer[J]. Croatian Arbitration Yearbook,2005,12.

### 三、联合国贸易法委员会文件资料

[1]Possible Future Work in the Area of International Commercial Arbitration[R]. Note by the Secretariat, UNCITRAL 32<sup>nd</sup> session,A/CN.9/460,1999.

[2]Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as amended in 2006[Z].Note by the Secretariat.

[3] Report of the Working Group II (Arbitration)[R], 44<sup>th</sup> session,A/CN.9/592,2006.

[4] Report of the Working Group II (Arbitration)[R], 43<sup>rd</sup> session,A/CN.9/589,2005.

[5] Report of the Working Group II (Arbitration)[R], 42<sup>nd</sup> session,A/CN.9/573,2005.

[6] Report of the Working Group II (Arbitration)[R], 41<sup>st</sup> session,A/CN.9/569,2004.

[7] Report of the Working Group II (Arbitration)[R], 40<sup>th</sup> session,A/CN.9/547,2004.

[8] Report of the Working Group II (Arbitration)[R], 39<sup>th</sup> session,A/CN.9/545,2003.

[9] Report of the Working Group II (Arbitration)[R], 38<sup>th</sup> session,A/CN.9/524,2003.

[10]Report of the Working Group II (Arbitration)[R], 37<sup>th</sup> session,A/CN.9/523,2002.

[11]Report of the Working Group II (Arbitration)[R], 36<sup>th</sup> session,A/CN.9/508,2002.

[12]Report of the Working Group II (Arbitration)[R], 35<sup>th</sup> session,A/CN.9/506,2001.

[13]Report of the Working Group II (Arbitration)[R], 34<sup>th</sup> session,A/CN.9/487,2001.

[14]Report of the Working Group II (Arbitration)[R], 33<sup>rd</sup> session,A/CN.9/485,2000.

[15]Report of the Working Group II (Arbitration)[R], 32<sup>nd</sup> session,A/CN.9/468,2000.

[16]Possible Uniform Rules on Certain Issues Concerning Settlement of Commercial Disputes: Conciliation, Interim Measures of Protection, Written Form of Arbitration Agreement[R].The Secretary General—Addendum,A/CN.9/WG II /WP.108/Add.1.