



Distr.: General  
20 December 2000  
Chinese  
Original: English

联合国国际贸易法委员会  
第三十四届会议  
2001年6月25日至7月13日，维也纳

仲裁工作组第三十三届会议工作报告  
(2000年11月20日至12月1日，维也纳)

目录

	段 次	页 次
导言.....	1—14	3
一. 审议和决定.....	15—160	4
二. 对仲裁协议的书面形式要求.....	21—59	6
A. 一般说明.....	21—22	6
B. 仲裁示范法第7(2)条的拟议订正案文.....	23—44	6
1. 相关问题.....	45—49	10
2. 根据工作组的审议情况拟订一个草案.....	50—59	11
三. 关于纽约公约第二(2)条的解释文书.....	60—77	13
A. 一般说明.....	60—61	13
B. 约束性.....	62—64	14
C. 解释性文书的形式.....	65—69	14
D. 与修订仲裁示范法第7条的关系.....	70	15
E. 关于内容的一般性说明.....	71	16
F. 逐段评议.....	72—76	16
G. 纽约公约的其他书形式要求.....	77	17
四. 关于执行临时保护措施的示范立法规定.....	78—106	17
A. 一般说明.....	78	17
B. 建议草案的案文和一般考虑.....	79—103	17

C. 未来的工作.....	104—106	21
五. 调解.....	107—160	22
A. 一般说明.....	107—110	22
B. 第 1 条.....	111—120	22
C. 第 2 条.....	121—125	24
D. 第 3—5 条.....	126—132	25
E. 第 6 和 7 条.....	133—138	26
F. 第 8 条.....	139—146	27
G. 第 9 条.....	147—153	28
H. 第 10 条.....	154—158	29
I. 第 11 和 12 条.....	159	30

## 导言

1. 委员会在其第三十一届会议期间，于 1998 年 6 月 10 日举办了纽约公约特别纪念日活动，以庆祝《承认及执行外国仲裁裁决公约》（1958 年，纽约）四十周年。除委员会各成员国代表和观察员之外，还有大约 300 名人员应邀参加了这次活动。秘书长致开幕词。除曾参加通过公约的外交会议的与会者发表讲话之外，一些著名的仲裁专家也发表了关于推广、颁布和适用公约等事项的报告。还发表了关于公约本身以外事项的报告，例如关于公约与其他涉及国际商事仲裁的国际法律文书之间的相互关系，以及关于在实际中遇到的但未在现有仲裁法律文书或非法律文书中论及的困难。<sup>1</sup>
2. 在纪念会议上发表的报告中，与会者提出了各种建议，希望将实际中发现的某些问题提交委员会，以便委员会能够审议由委员会进行任何相关的工作是否可取和可行。委员会 1998 年第三十一届会议在讨论纽约公约纪念日时，认为在其第三十二届会议上就仲裁领域今后可能的工作进行讨论不无益处。委员会请秘书处编写一份说明，作为委员会审议的基础。<sup>2</sup>
3. 委员会在其 1999 年第三十二届会议上收到了所要求编写的说明，题为“国际商事仲裁领域今后可能的工作”（A/CN.9/460）。<sup>3</sup>委员会欢迎有机会讨论进一步制订国际商事仲裁法的可取性和可行性，普遍认为现在时机已到，应对各国在颁布《贸易法委员会国际商事仲裁示范法》（“仲裁示范法”）和运用《贸易法委员会仲裁规则》及《贸易法委员会调解规则》方面所取得的广泛而有益的经验进行评估，并应在委员会这个具有普遍性的论坛上评价关于改进仲裁法律、规则和实践的各种设想和建议是否可以接受。<sup>4</sup>
4. 当委员会讨论这个题目时，委员会对其今后工作可能采取什么形式的问题未作定论。委员会一致商定，应随着拟议解决办法的实质内容变得更加清楚时再就此事作出决定。例如，统一条款可采取立法案文的形式（比如示范立法规定或条约），或采取非立法案文的形式（比如示范合同规则或实践指南）。据强调指出，即使考虑拟订一项国际条约，其用意也不是修订《关于承认和执行外国仲裁裁决公约》。<sup>5</sup>
5. 委员会将工作交给其三个工作组之一，命名该工作组为仲裁工作组，并决定该工作组的优先项目应是调解、<sup>6</sup>对仲裁协议的书面形式要求、<sup>7</sup>临时保护措施的可执行性<sup>8</sup>和

<sup>1</sup> 《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）。

<sup>2</sup> 《大会正式记录，第五十三届会议，补编第 17 号》（A/53/17），第 235 段。

<sup>3</sup> 该说明借鉴了在各种不同场合下提出的设想、建议和考虑，例如在纽约公约纪念日（《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）；在国际商事仲裁理事会大会上，1998 年 5 月 3 日至 6 日，巴黎（《提高仲裁协议和裁决的效率：适用纽约公约的四十年，国际商事仲裁理事会大会系列文集第 9 号》，Kluwer 法律国际，1999 年）；以及其他一些国际会议和论坛上，例如 1998 年“全新领域”讲座：Gerold Herrmann，“世界需要另一套关于仲裁的统一立法吗？”《仲裁国际》，第 15 卷（1999 年），第 3 号，第 211 页。

<sup>4</sup> 同上，《第五十四届会议，补编第 17 号》（A/54/17），第 337 段。

<sup>5</sup> 同上，第 337—376 段和第 380 段。

<sup>6</sup> 同上，第 340—343 段。

<sup>7</sup> 同上，第 344—350 段。

裁决被原判国撤消后的可执行性问题。<sup>9</sup>仲裁工作组（曾称作国际合同惯例工作组）于2000年3月20日至31日在维也纳其第三十二届会议上开始工作（该届会议的报告载于A/CN.9/468号文件）。

6. 工作组对可否拟订关于调解、临时保护措施和仲裁协议书面形式的统一案文的问题作了审议。关于这三个题目，工作组作出了决定，并请秘书处在为工作组本届会议编写文稿时加以采用。另外，工作组还就今后可能讨论的其他题目交换了初步看法（A/CN.9/468号文件，第107—114段）。

7. 委员会第三十三届会议（2000年6月12日至7月7日，纽约）称赞了工作迄今完成的工作。委员会听取了各种看法，其大意都是关于工作组议程项目的工作是非常及时和必要的，从而可有助于增进在国际贸易中采用仲裁和调解做法的法律确定性和可预见性。委员会注意到，工作组还查明了为今后可能的工作而提出的具有不同优先性的一些其他题目（A/CN.9/468号文件，第107—114段）。委员会重申工作组的任务是就讨论这些问题的时间和方式作出决定。

8. 一些与会者作了发言，普遍指出工作组在决定其今后议程项目的优先重点时，应特别注意什么是现实可行的以及法院裁决造成法律状况不确定或不尽如人意的的问题。除工作组查明的可能值得审议的问题之外，委员会提到的可能值得审议的问题是1958年纽约公约第七条关于更优惠权利的规定的含义和效力（A/55/17，第109(k)段）；为抵消目的而在仲裁程序中提出权力要求和仲裁庭对这种权力要求的管辖权（同上，第107(g)段）；当事各方让其所挑选的人员在仲裁程序中作为其代表的自由（同上，第108(c)段）；虽有1958年纽约公约第五条所列的一项拒绝理由，仍可准予执行裁决的剩余酌处权（同上，第109(i)段）；以及仲裁庭判给利息的权力（同上，第107(j)段）。委员会赞同地注意到，关于“联网”仲裁（即大部分或全部仲裁程序都是通过使用电子通讯手段进行的仲裁）（同上，第113段），仲裁工作组将与电子商务工作组开展合作。关于被原判国撤消的裁决可否具有可执行性的问题（同上，第107(m)段），一种观点认为，预计这不会引起许多问题，造成这个问题的判例法不应被视作代表一种趋势。

9. 仲裁工作组由委员会的全体成员国组成。工作组的下列成员国出席了本届会议：阿根廷、澳大利亚、奥地利、保加利亚、布基纳法索、喀麦隆、中国、哥伦比亚、埃及、芬兰、法国、德国、印度、伊朗伊斯兰共和国、意大利、日本、肯尼亚、墨西哥、尼日利亚、罗马尼亚、俄罗斯联邦、新加坡、西班牙、苏丹、泰国、大不列颠及北爱尔兰联合王国和美利坚合众国。

10. 下列国家的观察员出席了会议：安哥拉、加拿大、克罗地亚、捷克共和国、丹麦、厄瓜多尔、希腊、印度尼西亚、以色列、黎巴嫩、阿拉伯利比亚民众国、马来西亚、摩洛哥、巴拿马、秘鲁、菲律宾、大韩民国、沙特阿拉伯、斯洛伐克、斯洛文尼亚、瑞典、瑞士、前南斯拉夫的马其顿共和国、突尼斯、土耳其、乌克兰、阿拉伯联合酋长国、乌拉圭。

11. 下列国际组织的观察员出席了会议：联合国欧洲经济委员会（欧洲经济会）、亚非法律协商委员会、北美自由贸易协定第2022条咨询委员会、常设仲裁庭、美国律师协会、Asser欧洲学院、国际商事仲裁开罗区域中心、国际海事委员会、海湾合作理事

---

<sup>8</sup> 同上，第371—373段。

<sup>9</sup> 同上，第374—375段。

会商事仲裁中心、国际商会、国际商事仲裁中心、伦敦国际仲裁庭、国际商事仲裁拉格斯区域中心、仲裁员特许协会。

12. 工作组组选出了下列主席团成员：

主席：José María ABASCAL ZAMORA 先生（墨西哥）；

报告员：Sani L. MOHAMMED 先生（尼日利亚）。

13. 工作组收到了下列文件：临时议程（A/CN.9/WG.II/WP.109）；秘书长的报告：拟订下列方面的统一条款：仲裁协议的书面形式、临时保护措施和调解（A/CN.9/WG.II/WP.110）；秘书长的报告：今后可能的工作：关于法院发布临时保护措施用以支持仲裁的统一规则（A/CN.9/WG.II/WP.111）。

14. 工作组通过了下列议程：

1. 选举主席团成员。
2. 通过议程。
3. 拟订下列方面的协调统一案文：仲裁协议的书面形式；临时保护措施；调解。
4. 其他事项。
5. 通过报告。

## 一. 审议情况和决定

15. 工作组根据秘书长的报告(A/CN.9/WG.II/WP.110和 A/CN.9/WG.II/WP.111 号文件)讨论了议程项目 3。下文第二至第五章反映了工作组就该项目进行审议的情况和作出的结论。

16. 关于仲裁协议的书面形式要求，工作组审议了对《贸易法委员会国际商事仲裁示范法》第 7(2)条进行修订的示范立法条文草案（如 A/CN.9/WG.II/WP.110 号文件第 15—26 段所载），起草小组还拟订了一个经过进一步订正的草案，供工作组审议。在对这一草案进行初步讨论之后，工作组请秘书处根据工作组的讨论情况拟订案文草案，可能的话加上备选案文，供今后届会审议。工作组还讨论了关于《纽约仲裁公约》第二(2)条的解释文书初步草案（如 A/CN.9/WG.II/WP.110 号文件第 27—51 段所载），并请秘书处根据工作组的讨论情况拟订该文书的订正草案。下文第 21 至第 27 段反映了审议情况。

17. 关于临时保护措施的执行，工作组审查了秘书处拟订的示范立法条文（如 A/CN.9/WG.II/WP.110 号文件第 52—80 段所载），由于时间限制，把第(2)项以及可能的附加条文的审议推迟到今后的届会。下文第 78 至第 103 段反映了审议情况。

18. 关于调解问题，工作组审议了示范立法条文草案第 1、第 2、第 5、第 7、第 8、第 9 条和第 10 条（如 A/CN.9/WG.II/WP.110 号文件第 81—112 段所载），并请秘书处根据工作组会议上发表的意见拟订这些条文的订正草案，交下届会议审议。因时间不够，未审议第 3、第 4、第 6、第 11 和第 12 条。下文第 107 至 159 段反映了审议情况。

19. 工作组还审议了论及今后可能进行的工作的 A/CN.9/WG.II/WP.111 号文件中提出的下述方面的三个议题：法院下令采取的支持仲裁的临时保护措施、可由仲裁庭颁布的临时措施的范围、仲裁协议的有效性。工作组支持今后就所有这些议题进行研究，并请秘书处为工作组今后的届会编写初步研究报告和建议。下文第 104 至 106 段反映

了审议情况。

20. 工作组下次会议定于 2001 年 5 月 21 日至 6 月 1 日在纽约举行。

## 二. 对仲裁协议的书面形式要求

### A. 一般说明

21. 工作组在开始审议时首先指出，对于仲裁协议形式的规定(特别是如纽约公约第二(2)条和仲裁示范法第 7(2)条所规定的那样)，如果从狭义上解释，并不符合当前的做法和当事各方的期望。据指出，虽然各国的法院日益采用对这些规定的广义解释，但关于哪种解释正确，仍然有意见分歧。这些分歧和缺乏统一的解释是国际贸易中的一个问题，削弱了国际合同承诺的可预见性和确定性。

22. 工作组回忆了其第三十二届会议所作的决定，即为了确保对形式要求作出符合国际贸易需要的统一解释，有必要修订仲裁示范法第 7(2)条并附上一则颁布指南，同时拟订一项关于纽约公约第二(2)条如何解释的声明、决议或说明，反映对形式要求的广义和不拘泥于字面的理解。关于准备拟订的示范规定和解释性文书的实质内容，工作组回顾了其上届会议的讨论情况(A/CN.9/468, 第 99 段)，确认了这样的观点，即为了缔结有效的仲裁协议，必须肯定已达成了提交仲裁的协议，并且存在关于该协议的条款和条件的某种书面证据。

### B. 仲裁示范法第 7(2)条的拟议订正案文

23. 工作组接着审议了 A/CN.9/WG.II/WP.110 号文件第 15—26 段提出和评议的对仲裁示范法第 7(2)条的一项订正案。工作组讨论的案文草案如下：

#### “第 7 条. 仲裁协议的定义和形式

[仲裁示范法第(1)款未作改动：]

(1) “仲裁协议”是指当事各方同意将在他们之间确定的不论是契约性或非契约性的法律关系已经发生或可能发生的一切或某些争议提交仲裁的协议。仲裁协议可以采取合同中的仲裁条款形式或单独的协议形式。

第 7 条第 2 款草案：

(2) 仲裁协议应是书面的。就本法而言，“书面”包括任何形式[备选案文 1：]，条件是仲裁协议的[案文][内容]可以为今后参考所用，而不论是否由当事方签署[备选案文 2：]该书面[提供][保留]了协议的记录，而不论它是否由当事方签署。

(3) 仲裁协议在下列情况下符合第 2 款的要求：

- (a) 载于由当事方共同确定的文件中；
- (b) 通过交换电子函件作成；

- (c) 载于一当事方的书面报价或还价中，条件是经由另一当事方接受合同或通过履约或未提出异议等构成接受合同的行为而[有效]订立了合同；
- (d) 载于对合同的确认中，条件是经由另一当事方[明确][明确提及确认或对确认的条件]或在法律或惯例的范围内不提出异议而“有效”接受了关于确认合同的条件；
- (e) 载于第三当事方给当事双方的书面函件中，而且该函件的内容被视为合同的一部分；
- (f) 载于[就纠纷的实质内容]双方相互往来的[索偿和抗辩]书内，其中一方声称有协议存在，而另一方对此未加否认；
- (g) [载于口头订立的合同内提及的案文，条件是这种方式订立合同已成为惯例，[这类合同内的仲裁协议已成为惯例]，并且所提及部分使得该条款成为合同的一部分。]
- (4) 合同内提及的载有仲裁条款的案文构成仲裁协议，条件是合同以书面形式作成，而且所提及部分使得该条款成为合同的一部分。”

#### 第(1)款

24. 工作组商定对第(1)款不作改动。

#### 第(2)款

25. 一些与会者对备选案文 2 表示支持，因为该案文简明扼要，并且因为被列入仲裁示范法第 7(2)条而得到明确的理解和经过了检验。但是，普遍意见认为，拟订的条文应以备选案文 1 为基础，备选案文 1 的措辞是仿照《贸易法委员会电子商务示范法》第 2(a)条和第 6(1)条而来的。这种意见的理由是：电子商务示范法体现了委员会对如何处理电子商务问题的最新看法；该示范法与仲裁示范法之间似宜尽可能保持协调一致；备选案文 1 的指导作用大于备选案文 2。在作出了上述决定之后，关于备选案文 1 和备选案文 2 实质上是根据同样的政策拟订的这一点，工作组中已不存在任何疑虑，工作组采纳备选案文 1 并不是为了造成一种将与备选案文 2 不同的结果。

26. 关于备选案文 1 中的备选用词“案文”和“内容”，一种意见认为，应选用“案文”一词，因为该词更加中性，其原因是该词并没有关于当事方已知仲裁协议条款内容的含义，而且因为这是起草立法中较为常用的用词。但是另一种意见认为，应选用“内容”一词，因为该词更好地表达了缔结仲裁协议的过程不拘泥于形式的观念。工作组觉得这两个词都不能令人完全满意，因此对各种设想作了探索。一种是以“信息”的概念代替案文/内容的概念，信息一词已在电子商务示范法中得到使用。另一种设想是在备选案文 1 中删去“条件是仲裁协议的[案文]”等词语。还有一种设想是，第(2)款中保留第一句，而将第二句的实质内容挪至第(3)款，其行文措辞大致为“仲裁协议如果采用了可以为今后参考所用的任何形式，即为符合第(2)款的要求；…”。关于如何把第(2)款第二句与第(3)款揉和在一起，另一种设想是使用“可提供协议记录[为今后参考所用]的任何形式，无论是否经由当事各方签署”这样的表达方式。这种将第(2)款第二句修订后与第(3)款合并在一起的想法遭到了批评。据指出，第(2)款对仲裁协议的形式作了一般性的定义，因此放在第(3)款中不合适，第(3)款所述的是具体各种合同惯例的一些例子。另据指出，“记录”的概念(其中并没有换文的含义)并不能充分反映

仲裁协议通常是通过发送电文而缔结的这一事实。为了避免“记录”一词的狭窄含义，电子商务示范法第6条中使用了“数据电文”的概念，该示范法第2(a)条对这个词所下的定义是，“经由电子手段、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(EDI)、电子邮件、电报、电传或传真”。据指出，这些考虑和电子商务示范法使用的术语都主张使用“信息”一词。还有一种设想是大致的行文措辞可采用“能作为仲裁协议[电子或其他]记录凭证的任何通信形式”。经过讨论形成了共识，支持完全避开“案文”和“内容”这两个词的意见。

27. 另据建议，应从“为避免产生疑问”这个角度来拟订条文草案，以该草案不是要修订仲裁示范法第7条，而只是澄清这一条款，从而反映当前的做法以及许多法庭对仲裁示范法第7条目前的措辞所作出的解释。

### 第(3)款

28. 工作组就第(3)款中列举仲裁协议符合第(2)款要求的各种情况是否可取进行了一般性讨论。有一种观点认为，列举这些情况不可取，因为这些情况可能事实上是有限制性的，并可能会造成未具体提及的情况不明的问题。因此，在示范规定中保留第(2)款提及的一般原则并列列举拟包括在颁布指南中的各种情况更为可取。相反的观点是，为统一对纽约公约第二(2)条现行条文以及对示范法第7(2)条的解释，需要给法官和仲裁员提供更为具体的指导，为此原因，第(3)款的现行概念更为可取。

29. 工作组在现阶段的讨论中没有解决如何处理第(2)款和第(3)款的结构和这两款应该笼统到什么地步的问题的情况下，对第(3)款中的各项进行了审议，以便就拟草拟的示范立法规定是否应包括这几项中所涉及的情况而表明立场。

### (a)项和(b)项

30. 工作组注意到，仲裁示范法第7(2)条明确包括(a)项和(b)项所涉及的情况，毫无疑问这些情况应该在示范规定中予以涉及。工作组商定，对(a)项涉及的情况不需要当事方的签字；为更明确这一点，有人建议在(a)项中予以明确说明。有人对“共同确定的文件”这一用语提出了批评，认为该用语不明确，因为它提出了如何确定某文件以及“共同”这一词的含义如何的问题。所建议的可取而代之的用语是“商定的文件”。

### (c)项

31. 工作组商定，如果以(c)项所涉方式是默示订立合同，该合同所载仲裁条款应具有约束力。

32. 工作组建议在(c)项中列入行文措词大致为“在法律或惯例允许的范围内”（载于(d)项内）的措词，以便表明，各国法律规定了在哪些条件下履约和未对合同要约提出异议即构成有效合同，而且这些条件和惯例并不相同。

33. 工作组建议删除“有效地”这个词，因为该词毫无必要或由于该词提出了与形式要求毫无关联的事实与法律方面的问题，而且因为该词可能会引起不必要的争论。工作组在讨论之后决定删除这个词，有人建议增列行文措词大致为在“法律或惯例允许的范围内”的一个限定词。

34. 据认为，该规定草案试图处理有效仲裁协议所要求的形式以及订立合同与仲裁协议所需的实质性要求满足与否问题。据普遍认为，该规定的目的是解决形式的问题，而且规定应尽可能避免涉及协议有效所需的实质性要求的问题。

(d)项

35. 针对各种问题做出的解释是，合同确认的概念系指当事各方以口头形式商定合同的情况，而一当事方以书面形式告知当事他方合同的条款，如果未对书面条款提出异议则这些条款对当事方具有约束力。根据这个概念，在某些法律制度下，合同确认中所载合同条款可能会具有约束力，即使合同确认的详细规定与口头商定的条款并不相同。据认为，在许多法律制度中并不存在合同确认的概念，就所涉实情而言这一概念十分含糊，如果拟将该概念列入示范规定，则应对该概念予以澄清。据指出，如果根据某些国家的法律可订立这类合同，则原则上不应反对将合同确认中所载仲裁条款视为有效的条款。据建议，应用“确认合同条款的函文”这一用语替换“合同确认”的措词。

36. 关于“法律或惯例”的用语，据称，这两个概念之间的关系并不明确；据称，以何种方式体现这一惯例也不明确。因此，有人建议删除提及“惯例”的部分。工作组对是否保留这些用语未作出决定，它认为，如果需在(d)项中保留提及可适用法律（或惯例）的部分，则也应将其列入(c)项中。

(e)项

37. 据商定，仅有第三方（例如经纪人）发出的载有仲裁协议的书面函文的情况，应构成有效仲裁协议并应列入示范规定的范围内。

(f)项

38. 对(f)项所依据的总政策有人表示同意。关于方括号中的备选措词，有一种观点倾向于采用“关于纠纷实质性问题的说明”的措词，因为这些措词确认所谓仲裁协议存在的说法可能不仅载于索偿和抗辩书内，而且也载于仲裁通知等其他程序性诉讼文件中。相反的观点倾向于采用“索偿和抗辩的说明”的措词；据称，只有在以下情况下方可认为订立了仲裁协议：有理由期望程序性诉讼文件的收件人将会对该诉讼文件进行仔细研究并予以答复；这种期望针对索偿和抗辩书，但不一定针对其他程序性诉讼文件。

39. 提出了这样的看法：承认以口头方式提及一项载有仲裁条款的案文即可构成书面形式的仲裁协议（按(g)项的规定），过于牵强，因为这种提及与仲裁协议书面规定之间的联系太弱。因此建议删去该项。

40 但普遍看法是，示范立法规定应当承认存在各种不同的合同惯例，即在提及仲裁协议书面规定的情况下订立口头仲裁约定；在这些情形下，当事各方理所当然地期望仲裁协议具有约束力。基于这一观点，对(g)项的概念表示普遍支持。

41. 有人建议，这一规定的运用应当以口头方式订立仲裁协议是否为国际贸易的惯例为条件，关于搁置《关于民商事司法管辖和判决执行公约》（1968年，布鲁塞尔）第17条中的管辖权的条款就是按同样方式处理的。但普遍看法认为，应当删去这一规定草案中的“惯例”一词。据认为，对何以构成惯例的问题并无定论，会引起争论，而且有悖于仲裁协议非正式化的趋势。此外，如果要求口头订立某些种类合同需为惯例或要求某些种类合同的仲裁协议需为惯例的话，则更多地涉及确定是否已达成仲裁协议所依据的实质条件，而不是涉及其形式；原因在于，示范规定只宜限于处理形式

问题，而不涉及仲裁协议有效性的实质条件问题，何为惯例以及当事方之间如何达成协议的问题超出示范规定的范围。颁布指南是为了说明，凡是此种涉及惯例的条件均受示范规定以外的法律管辖，在这一限度之内，有人提出，颁布指南应当建议各国无须把此种条件列入其法律。

#### 第(4)款（及其与第(3)(g)款的关系）

42. 对第(4)款的概念表示同意。人们注意到，第(3)(g)款和第(4)款涉及两种类似的情形，区别在于，在(g)项中提及仲裁协议书面规定（或提及载有这些书面规定的书面部分）的方式是口头的，而第(4)款中则要求以书面方式提及。在通过了(g)项和第(4)款的实质内容之后，建议按下述思路把这两条规定合并起来：在以任何方式订立的合同中提及载有仲裁条款的案文即构成仲裁协议，条件是提及方式可使该条款成为合同的一部分。

43. 有人对这些建议提出保留意见，认为第(4)款是阐明一般性原则（当事方订立书面合同时适用），这条原则只是澄清或略微扩大了示范法第 7(2)条中的书面要求；而第(3)(g)款则提到一种特殊情形（如海事救助合同），在这种情形中，当事各方在订立一项有约束力的口头合同时以口头方式提及载有仲裁条款的案文；因此指出，把这两条规定合并起来后，第(3)(g)款中论及的特殊情形就变成了一般适用的原则。鉴于此，建议还是将这两条规定分开。

44. 不过，普遍看法是，通过第(3)(g)款实质内容的目的是，处理当事方口头提及仲裁协议书面规定（直接或间接地提及载有此种书面规定的书面部分）的各种各样的合同惯例，因此，这两条规定应当合并起来。

#### **1. 相关问题**

45. 在结束了对该条规定草案的审议后，工作组讨论了 A/CN.9/WG.II/WP.110 号文件第 17 段中提到的情形，该条示范规定草案是在讨论中逐渐形成的，未涉及这些情形。讨论的目的是评价一下工作组是否有必要就这些情形采取任何行动。

46. 所审议的情形是第 17(f)和(g)段中说明的情形：

“ (f) 相同当事方在交易过程中订立一系列合同，以往的合同已载入有效的仲裁协议，但所涉合同并无经签字的书面凭证，也未就该合同交换过书面意见；

(g) 原始合同载有按有效方式订立的仲裁条款，但在合同的增补、合同的展期、合同的更新或有关该合同的解决纠纷的协议中(这些“进一步的”合同可能有的是以口头方式、有的是以书面方式订立)并无任何仲裁条款； ”

47. 提出了这样的看法：就 A/CN.9/WG.II/WP.110 号文件第 17(f)和(g)段所述情形而言，法院的解决办法是对原始合同和此后的协定进行解释并确定当事各方是否打算将原始合同、包括仲裁协议中的某些规定转入此后的协议或相关的协议。但是，工作组的普遍意见是，这些情形的结果取决于个案的具体情形以及对当事各方意愿的解释；要找出一般性的立法解决办法是行不通的。尽管如此，有人提出，不妨在颁布指南中作出大意如下的陈述：在对个案作出解释和辨别当事方的意愿时，应当考虑到个案的情形、惯例、习惯做法和当事各方的期望。还有人注意到，工作组考虑放宽形式要求，将有助于解释这些情形所涉及的某些疑难问题。

48. 工作组接着审议了第 17(i)和(l)段中说明的情形：

“(i) 合同中将某些利益授予第三方受益人或含有有利于第三方的条款(为第三者而作出的规定), 第三方根据仲裁协议享有权利和承担义务;

...

(l) 在公司合并或另立之后, 亦即法人实体并非原先的法人实体时, 当事方的继承者声称对合同拥有权益, 从而根据仲裁协议享有权利和承担义务; ”

49. 为此, 工作组还审议了提单转让给后继持有人的情形以及该持有人是否受提单中的仲裁条款约束的问题。有人注意到, 在许多国家, 契约权利和义务在原则上从一方转移给另一方, 也意味着包含这些权利和义务的仲裁协议的转移。尽管如此, 有人指出, 对像纽约公约第 II(2)条这样的规定作出狭义解释, 可能给仲裁协议应当随包含它的合同转移而转移的原则构成障碍。对于拟订一个按一般方式处理这些情形的示范立法规定, 表示了一定支持(见 A/CN.9/WG.II/WP.110 号文件第 23 段)。但, 工作组仍有些犹豫, 决定在稍后阶段审议这一事项。

## 2. 根据工作组的审议情况拟订一个草案

50. 在结束了对秘书处提交的条文草案的审议后, 工作组请求由感兴趣的代表团组成一个非正式起草小组, 根据工作组的审议情况拟订一个草案, 以此作为今后讨论的基础。

51. 工作组请起草小组拟订长短案文各一篇, 分别论述 A/CN.9/WG.II/WP.110 号文件第 15 段中提出的第 7 条第(2)和(3)款中述及的情形。据报告, 八个国家和一个非政府组织的代表参加了起草小组的工作。起草小组除拟订长短案文各一篇之外, 还拟订了一个中等篇幅的案文。据报告, 这三个案文在实质内容上其实完全相同, 只是具体程度各有不同而已。

52. 起草小组拟定的案文如下:

### 第 7 条. 仲裁协议的定义和形式

#### 短篇幅案文

“(1) ‘仲裁协议’是指当事各方同意将他们之间确定的契约性或非契约性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) 仲裁协议应是书面的。书面形式包括易于今后用作参照的任何形式。

(3) 为避免产生疑问, 如果能够根据适用法律或法律规则以书面以外的其他形式订立仲裁协议或合同, 则凡以这种形式订立仲裁协议或合同提及书面仲裁条款和条件, 即为满足书面要求。

(4) 再则, 协议如载于相互交换的索偿和答辩书面声明中, 且当事一方声称有协议而当事另一方不否认, 即为书面协议。

(5) 就第 35 条而言, 书面仲裁规定和条件连同按提及方式纳入或载有这些规定和条件的任何书面文字, 构成仲裁协议。”

#### 中篇幅案文

“(1) ‘仲裁协议’是指当事各方同意将他们之间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) 仲裁协议应是书面的。书面形式包括能够提供协议的记录或以其他方式易于今后用作参照的任何形式，包括电子、光学或其他数据电文。

(3) 为避免产生疑问，如果能够根据适用法律或法律规则以口头方式、通过行为或书面以外的其他形式订立第(1)款所指的合同或仲裁协议，即使合同或仲裁协议是按上述方式订立或未经当事方签署，只要仲裁条款和条件是书面的，即为满足书面要求。

(4) 再则，仲裁协议如载于相互交换的索赔和答辩声明中，且当事一方声称有协议而当事另一方不否认，即为书面协议。

(5) 在合同中提及一项未载于合同中的仲裁条款即构成仲裁协议，条件是此种提及可使该仲裁条款成为该合同的一部分。

(6) 就第 35 条而言，书面仲裁规定和条件连同按提及方式纳入或载有这些规定和条件的任何书面文字，构成仲裁协议。”

#### 长篇幅案文

“(1) ‘仲裁协议’是指当事各方同意将他们之间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) 仲裁协议应是书面的。书面形式包括能够提供协议的记录或以其他方式易于今后用作参照的任何形式，包括电子、光学或其他数据电文。

(3) 为避免产生疑问，如果能够根据适用法律或法律规则以口头方式、通过行为或书面以外的其他形式订立第(1)款所指的合同或仲裁协议，即使合同或仲裁协议是按上述方式订立或未经当事方签署，只要仲裁条款和条件是书面的，即为满足书面要求。

(4) 再则，仲裁协议如载于相互交换的索赔和答辩声明中，且当事一方声称有协议而当事另一方不否认，即为书面协议。

(5) 在合同中提及一项未载于合同中的仲裁条款即构成仲裁协议，条件是此种提及可使该仲裁条款成为该合同的一部分。

(6) 就第 35 条而言，书面仲裁规定和条件连同按提及方式纳入或载有这些规定和条件的任何书面文字，构成仲裁协议。

(7) 满足本条提出的仲裁协议书面要求的各种情形包括但不限于下述实例：

[秘书处拟根据工作组的讨论情况起草一份案文]”

53. 有人认为，条文草案的目的是说明，如果仲裁规定和条件（区别于构成当事各方付诸仲裁的约定的行为）采用书面形式，即使在适用法律或法规允许的范围内以书面以外的任何方式（包括口头方式或行为）订立了仲裁协议所适用的合同或仲裁协议本身，亦然如此。还有人认为，（除了用以满足仲裁程序中的某一特定目的的第(4)款之外）示范条文草案的目的是处理形式问题，而不是处理如何订立合同和仲裁协议的实

质性问题。据认为，除了工作组未核准的条文之外，这些条文论及第(2)和(3)款述及的所有情形。

54. 对中篇幅案文的详细程度表示了一定的支持，但是，工作组并没有对这个更被看好的案文、几个案文的结合或满足规定草案提出的要求的情形的实例进行充分审议，也没有充分审议示范规定是否应包括长篇幅案文第(7)款所设想的此种实例的问题。

55. 有人注意到，中长篇幅案文第(5)款中论及的情形已包括在第(3)款中；对此作出的解释是，将其包括在草案中是因为它的实质内容已载入贸易法委员会示范法第 7 条，将其排除在外反而会使人对由此产生的影响提出问题。

56. 关于第(2)款，有人提出，应当尽量采用《贸易法委员会电子商务示范法》的措辞。

57. 有人认为第(3)款的措辞不明确。还有人提出，“为避免产生疑问”这种说法在一些法系中是不常见的，这一词语没有必要，不妨包括在颁布指南中。至于“适用法律或法律规则”一词，有人提出，虽然就管辖争端实质事项的法律而言，对“法律”和“法律规则”加以区分是适当的（如贸易法委员会示范法第 28 条），但对于有关订立合同或仲裁协议的形式规定来说，这种区分是否妥当，尚有疑问。

58. 有人建议删去第(5)款，认为它是多余的。另有人提出，按照《关于民商事司法管辖和判决执行公约》（1968 年，布鲁塞尔）第 17 条中的同样做法，示范条文也应提到惯例，而且可能的话还应提到当事双方之间的交易过程。

59. 会议请秘书处根据工作组的讨论情况编拟条文草案，可能的话加上备选案文，供下届会议审议。

### 三. 关于纽约公约第二(2)条的解释文书

#### A. 一般说明

60. 有人回顾，工作组上届会议讨论了各国法律对纽约公约第二(2)条书面要求所作的解释各不相同的情形。当时的基本意见是，由于正式修订纽约公约或就该公约制订一项附加议定书可能会使目前缺乏统一解释的情况更加严重，而且一些国家通过这样一项议定书或修正案将需要许多年时间，其间会造成更多的不确定性，因此这种办法基本上是不现实的。工作组认为，就条款的解释提供指导将有助于实现确保根据国际贸易需要加以统一解释的目标，因此工作组决定，可进一步研究拟订一则关于解释纽约公约的声明、决议或说明，反映对形式要求的广义理解，从而确定最佳方法。这些意见承认修订公约或制订一项议定书所涉及的困难，支持某种形式的解释文书，在工作组本届会议上得到了普遍重申（另见 A/CN.9/468，第 88 至第 99 段）。

61. 工作组审议的解释文书初稿案文如下：<sup>10</sup>

“[关于对 1958 年 6 月 10 日在纽约制订的《关于承认和执行外国仲裁裁决公约》第二(2)条的解释的[建议]，

“联合国国际贸易法委员会，

[1] “回顾大会 1966 年 12 月 17 日第 2205(XXI)号决议，该决议设立了以促进国际贸易法之逐渐协调与统一为宗旨的联合国国际贸易法委员会，

<sup>10</sup> 增添了段落编号以便于参阅曾转载于 A/CN.9/WG.II/WP.110 号文件的案文。

- [2] “意识到委员会在构成上已适当照顾到世界各主要经济和法律体系以及发达国家和发展中国家的充分比例，
- [3] “还意识到其任务是促进国际贸易法之逐渐协调与统一，除其他外，所采取的方式可以是推广适当的方式和手段，确保对国际贸易法领域的各项国际公约和统一法作出统一的解释和适用，
- [4] “深信《关于承认和执行外国仲裁裁决的公约》获得广泛通过是特别在国际贸易领域促进法治的一项重要成就，
- [5] “注意到根据公约第二(1)条，“当事人以书面协定承允彼此间所发生或可能发生之一切或任何争议，如关涉可以公断解决事项之确定法律关系，不论为契约性质与否，应提交公断时，各缔约国应承认此项协定”；并注意到，根据公约第二(2)条，“称‘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公断条款或公断协定”，
- [6] “还注意到公约是根据国际贸易商业惯例和当时所用的通信技术而拟订的，国际商业中的这些技术现已随着电子商务的发展而发展，
- [7] “又注意到在国际贸易中国际商事仲裁得到日益广泛的使用和承认，
- [8] “回顾拟订和开放公约供签署的那次全权代表会议通过了一项决议，其中指出，会议“认为各国国内公断法律更趋一致后，可增进公断在解决私法争端上之效力……”，
- [9] “考虑到联合国国际商事仲裁会议最后文件中所述的该公约的宗旨是提高仲裁在解决私法争端上的效力，这一宗旨要求对公约的解释必须反映通信技术和商业惯例上的变化，
- [10] “考虑到随后的各项国际法律文书，例如《贸易法委员会国际商事仲裁示范法》和《贸易法委员会电子商务示范法》，其中反映了委员会和国际社会的裁断，即管辖贸易和仲裁的立法应反映通信和商业惯例的新方法，
- [11] “深信对“书面同意”一词的统一解释是增进国际商业交易可预见性所必需的，
- [12] “建议各国政府考虑公约第二(2)条所载的“书面同意”的定义在解释上应包括[……][建议此处有待插入的案文执行部分应基本上仿照上文第 15 - 26 段讨论的《国际商事仲裁示范法》第 7(2)条的修订案文。]”

## B. 约束性

62. 在讨论开始时，工作组就解释性文书草案的约束性交换了意见。有人表示关切，认为根据《维也纳条约法公约》，由纽约公约缔约国以外的一个机构颁发解释性文书将被认为无法律权威性，所以这样的文书在国际法上将无具有约束力的法律效力，因而不可能得到负责解释纽约公约的那些机构的遵循。据指出，由于所提议的这种解释文书将是无约束力的，因此会令人对这种文书在实现统一解释纽约公约的目标方面是否将具有实际作用而产生疑问。支持这种观点者对情况作了类比，指出对国际货物销售适用法公约某些方面加以解释的海牙会议声明几乎没有什么实际作用；但据指出，该声明的性质与拟议的文书不同，该声明是针对立法者作出的，指明立法者在保护消费者方面可有所作为，但是如果立法者并不选择这样做，对现有法律制度将毫无影响。

63. 除了因这种文书不具有约束性而产生的困难外，另据指出，还可能难以确保那些负责通过解释公约而实施文书的机构充分意识到存在这种文书，因为这种文书仅对解释提供指导，而所希望的解释只可以通过鼓励而不是强迫得以实现。所指出的另一个困难是，关于如何解释纽约公约第二条，存在一套判例法，这套判例法与文书中可能规定的解释不同，不过也有一套与这种解释相一致的判例法。

64. 对于这些关切，许多人支持这样的看法，即虽然文书可能无法律约束力，但由委员会或联合国大会这样一个具有多边性、代表性和权威性的机构来颁布这样一种文件，将可能对如何解释纽约公约产生广泛的影响。发言中提及国际商事仲裁领域其他一些无约束力的文书，例如《贸易法委员会仲裁规则》和《贸易法委员会关于组织仲裁程序的说明》，事实证明，这两项文书具有相当的影响力。另据指出，这种文书将提供一种专家性质的解释，非常有助于从业人员在纽约公约的解释方面努力说服法庭。

### C. 解释性文书的形式

65. 在考虑一项可能的解释性文书应采取的形式时，据指出，是修订现有的文本还是对其解释作出澄清，这两者应加以明确区分。据认为，修订纽约公约可能会意味着对案文的理解不包括广义上的解释，而加以澄清则意味着有各不相同的可能的解释方法，所以“为了避免疑虑”，应以特定的方式对案文作广义的解释。另据指出，如果一项解释性文书并非旨在更改或修订多边文书（即使根据该国际文书可以这样做，也将需要通过立法才行），而只是提出特定的解释方法，那么形式问题就可能不那么重要。与会者支持从“为了避免疑虑”而加以澄清这个角度来拟订一项文书。

66. 关于文书应是一项声明还是建议的问题，与会者普遍支持一项解释性声明。据认为，如果文书采取建议的形式，可能会引起需要决定应向哪一方提出建议的问题。例如，这一文书可向国家或政府提出，但国家和政府都不直接负责对这一文书的解释，不可以把对现有法律的解释强加于法庭和法官。另据指出，建议各国采用某种特定的解释方法也将不会起到什么作用，除非在建议中还包括指明各国为实现该解释方法而似宜采取的步骤。

67. 另据建议，文书可针对立法者提出，但与会者承认，只有当所力求达到的目标是修订法律（例如对示范法第7条所提出的那样）而不是在公约现有条款内可从更加广义的角度加以解释时，这样做才可能是适当的。据指出，委员会过去曾向立法者提出过建议，例如在《1985年关于计算机记录的法律价值的建议》（转载于《联合国国际贸易法委员会年鉴》，第十六卷：1985年，第354—360段）中，以及在《电子商务示范法颁布指南》第5段中。<sup>11</sup>

68. 另一种可能性是文书直接向负责解释纽约公约的法庭和法官提出。但关于法庭是否将遵从这种无约束力的建议，与会者表示了保留意见，不过据指出，一项解释性声明在某些法律制度中可被视作在功能上等同于“原则”或判例法。关于文书的形式，所提出的另一项建议是，不对任何特定的一方提出，而是可以“通过澄清”而仅对解释或达成共识的说明规定一种理解方法。有人表示关切，认为这种可能性可能会因

---

<sup>11</sup> “另外，在国际一级，现有的一些国际公约和其他国际文书可能会对使用电子商务构成法律障碍，例如其中规定某些文件或合同条款必须以书面形式作成，而示范法在某些情况下则可能成为解释这些公约和文书的一种有益的工具。在这类国际文书的缔约国之间，采用示范法作为解释规则可提供一种手段，对电子商务的使用加以确认，并且不必就所涉及的国际文书谈判一项议定书。”

为所希望的理解方法与公约的现有条款之间的关系而受到限制，而且在有些国家可能会仅仅因为未向负责解释纽约公约的机构提出而得不到遵循。

69. 经讨论后，工作组注意到，虽然与会者普遍支持采取一种解释性声明的形式，并且应由委员会作为发布该解释性声明的机构，但关于这一解释性声明是否应向任何特定机构（例如是立法机构还是法院）提出，没有达成共同的想法。

#### D. 与修订国际商事仲裁示范法第 7 条的关系

70. 在讨论文书形式的过程中，工作组发现，需要考虑拟议的文书与示范法第 7 条修订案之间的关系。据确认，虽然促使通过对示范法第 7 条的一项修订案将是有助于实现对形式要求作广义解释的一种有效手段（尽管仅仅在通过示范法的国家中），但也不能解决纽约公约的问题。据指出，如果拟订解释性文书和修订示范法双管齐下，将可以成为实现所希望达到的目标的一种更加有效的手段。有人表示关切，认为如果解释性声明的执行案文以示范法第 7 条的拟议修订草案为基础，将可能超出纽约公约第 (二)2 条规定的书面形式的范围，因此据建议，工作组将需要考虑其对示范法第 7 条所决定实行的修订案是否应原封不动地照搬过来纳入解释性文书。

#### E. 关于内容的一般性说明

71. 有人表示认为，解释性声明中应包括指明第(二)2 条应作广义的解释，这种解释的依据是：自纽约公约于 1958 年起草以来，技术已向前发展了，而且随后的文书都承认其他书面形式，特别是在电子商务领域。据建议，案文的执行部分，即第 12 段，应从已达成共识的说明这一角度来明确措词，以便减少任何可能的误解，认为声明反映的是对现有解释的改变而不是澄清。据进一步指出，似宜在声明的正文中列入行文措词大致如电子商务示范法第 3 条那样的一则理由说明。<sup>12</sup>

#### F. 逐段评议

72. 提出了一些起草文字上的改动：第 2 段中的“已适当照顾到…的充分比例”一语应予删除，因为这种说法不能准确反映委员会的构成方式，所以应改用“包括”二字；第 10 段中的“新”字应改为“不断发展的”一语；第 11 段中的“增进”一词应改为类似“增强”或“达到”这样的词语。

73. 据建议，序言部分的条款应增加一段解释案文，详细说明纽约公约的来历，特别是纽约公约与大会的关系，并支持委员会作为发布解释性声明的适当机构而具有的权力。在这方面，据指出，可提及委员会是“在联合国系统国际贸易法领域的核心法律机构”（2000 年 1 月 17 日第 54/103 号决议），并提及下述事实：委员会的组成适当

<sup>12</sup> 第 3 条规定：

“(1) 对本法作出解释时，应考虑到其国际渊源以及促进其统一适用和遵守诚信的必要性。

(2) 对于由本法管辖的事项而在本法内并未明文规定解决办法的问题，应按本法所依据的一般原则解决。”

顾及公平地域分配原则，因此，适当地代表着世界不同地理区域及其主要的经济和法律制度。

74. 作为对纽约公约的起草和随后的经历及其在实践中的适用情况的一种更加符合逻辑的编排方式，据建议，第 6 和第 7 段可放在第 5 段之前。另一种意见是，应删除第 6 和第 7 段，因为这两段意味着通信技术和解释方法已发生了改变而不同于第二(2)条的原有用意，并且可能无助于澄清解释方法的设想。但另一方面，据指出，所提出的改动可能无法纳入现有的措词范围，因此解释性声明中应指出为什么需要改变对纽约公约的解释方法以反映最新的技术发展。另据指出，由于所要解决的问题并不是缺乏统一解释的问题，因此第 8 段也应省去。有人提出了一种折衷意见，即草案中应指出声明是针对“因为通信方法和商业形式的变化…而出现的不同解释方法”所拟订的。但据指出，虽然自纽约公约起草以来通信技术发生了变化这一点是显而易见的，但商业惯例是否发生了根本性变化这一点则不那么明显。因此据指出，对商业惯例的解释发生了改变，例如关于缔结一项有效的仲裁协议可能需要什么手续。因此据建议，措词上提及商业惯例的变化的部分应从解释性声明草案中删去。经讨论后，关于这一点没有达成最后决定。

75. 关于第 10 段，据指出，关于情况变化的措词可能会对一些法域中目前采用的对第二(2)条的广义解释造成疑虑，因此这一段应删去。另外，由于第 11 段本身已充分说明了解释性声明的理由，所以省去第 10 段也无妨碍。另一种观点是，第 10 段确立了扩大第二(2)条范围的重要基础，特别是因为仲裁示范法第 7 条的修订草案所包括的措词是以《贸易法委员会电子商务示范法》为基础的，而后者是专门为适应新技术而拟订的一项案文。据进一步指出，A/CN.9/WG.II/WP.110 号文件第 10 段中的措词可作为今后解释性声明草案的一种有益的参考<sup>13</sup>。与会者对这一观点表示支持。

76. 经讨论后，工作组请秘书处根据工作组的讨论情况拟订一项解释性文书的订正案文。

#### G. 纽约公约的其他书面形式要求

77. 工作组在完成了其对解释性文书初稿的审议之后，将注意力转到纽约公约对书面和形式的其他规定上。据回顾说，纽约公约的其他条款以及关于国际商事仲裁的其他公约中也还载有对书面的要求，如果不按照工作组关于修订书面要求的规定的决定去解释，即有可能对国际商事仲裁中使用现代通信手段构成障碍。在这方面，据指出，贸易法委员会电子商务工作组将开展进一步的工作，审议如何确保关于国际贸易的条约按照电子商务示范法加以解释的问题。

### 四. 关于执行临时保护措施的示范立法规定

#### A. 一般说明

78. 据回顾，工作组上届会议对临时措施的可执行性问题进行了初步讨论

<sup>13</sup> 第 10 段的有关部分指出：

“另据指出，各国法院根据国际惯例和国际贸易中当事方的愿望对这些规定日益从宽作出解释；然而，有人指出，在如何可妥善解释这些规定方面还存在着一些疑虑或分歧。”

(A/CN.9/468, 第 60—79 段), 当时工作组普遍承认, 临时保护措施不仅越来越多地见于国际商事仲裁实践中, 而且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(第 60 段)。工作组普遍支持拟定一个统一并得到广泛接受的示范立法制度以管束执行仲裁庭命令采取的临时保护措施的提议。

## B. 建议草案的案文和一般考虑

79. 工作组审议了秘书处在 A/CN.9/WG.II/WP.110 号文件中提出的下述两个建议草案(第 55 和 57 段之后):

### 变式 1

“第 17 条提及的临时保护措施, 无论在何国境内作出, 凡经有关当事方向颁布国主管法院提出, 即应予以执行, 但下列情形除外:

- (一) 已向法院提出关于相应临时措施的申请;
- (二) 如果第 7 条提及的仲裁协议无效;
- (三) 未将指定仲裁人或仲裁程序一事以适当方式通知援用的临时措施所针对的当事方, 或该当事方因其他缘故而无法[就临时措施]陈述其案情;
- (四) 临时措施已被仲裁庭撤消或修正;
- (五) 颁布国法院或仲裁庭当时不可能下令执行被要求执行的那种临时措施[或该临时措施明显不相称]; 或
- (六) 承认或执行该临时措施与该国的公共政策相抵触。”

### 变式 2

“法院可根据有关当事方的申请, 命令执行第 17 条所提及的临时保护措施, 而无论该措施在何国境内提出。”

### 一般性评注

80. 据指出, 以“法院应予以执行, 但下列情况除外……”的行文措辞草拟的变式 1 目的是为了确定如果符合所规定的条件则予以执行的义务, 而行文措辞为“法院可执行……”的变式 2 表示了某种程度的酌处权。还据指出, 变式 1 是根据仲裁示范法第 36 条(以及纽约公约第五条)草拟的, 但作了调整, 以针对临时措施而不是最终裁决的具体特征。

81. 对变式 2 予以支持是依据下述的想法: 赋予法院是否允准执行的酌处权更加符合临时措施的临时性; 在对可执行仲裁庭颁布的临时措施的想法有抵制的国家这种做法可能是有帮助的; 以及很难确保了拒绝执行的正当理由得到妥善的罗列。尽管有这些看法, 但工作组普遍认为, 变式 2 给予的酌处权可能会造成解释上的一致并因而会使统一无法实现。还有人称, 确定法院有义务执行临时措施可能会最终提高这些措施的有效性。

82. 工作组讨论了如何给拟列入示范立法规定的临时保护措施下定义的问题。有人表

示，应同《贸易法委员会示范法》第 17 条和《贸易法委员会仲裁规则》第 26 条的规定相类似，将定义所及范围定得宽些；拟列入的范例应能帮助说明问题，而不是起限制作用。还有人指出，如果能以某种方式表示出不打算列入的裁定，例如预付款裁决（该裁决构成解决并无任何疑问的索偿部分的最终判决）或程序性裁定，则该定义可能会更为明确。据指出，或许可以将有关证据的某些临时保护措施视为已包括在《贸易法委员会示范法》第 27 条的范围内，而且有必要澄清第 27 条与示范规定草案之间的关系。有人建议对临时措施不作定义而是在执行国法律中去寻找，但没有获得与会者的支持。

83. 据指出，实际上，仲裁员在颁布其有关临时保护措施的裁定时可能采取各种不同的形式和名称，其中包括命令或临时裁决。将裁定称作为命令（以有别于裁决）的目的有时是为了防止裁定在法庭上受到质疑，而将裁定称作为裁决的目的是为了使该裁定能得到与裁决相同的待遇。然而，据称，名称不同并不一定能确保临时保护措施在法庭上受到不同的待遇，因此，示范规定应适用于临时保护措施，而不论仲裁庭赋予该措施什么名称。如果有必要赋予仲裁庭某种程度的自主权，以决定当事方可否在法庭上要求执行临时保护措施，则可以规定只有经仲裁庭批准方可要求执行临时保护措施（使用同《贸易法委员会示范法》第 27 条类似的方式）。

#### 变式 1

84. 工作组普遍赞同下述建议：示范规定的结构安排和草拟应明确表明，在拒绝执行的理由中，哪些是应由上诉人动议而应予考虑的，哪些是应由法院自己动议而应予考虑的。据指出，《贸易法委员会示范法》第 36 条（以及纽约公约第五条）在这方面的区分十分明确，示范规定也应采用这些规定的结构安排。

85. 为了与《示范法》第 36 条和纽约公约第五条一致起见，有人建议在起始句部分用“只有在下述情形下方可拒绝执行……”的措辞取代“应予以执行，但下列情形除外”的措辞。对此，有人表示反对，理由是纽约公约第五条中的“可”字可能会引起不同的解释（在某些法律制度中，“可”这个字被理解为即使存在着拒绝的理由，也允许在允许执行方面具有某种程度的酌处权，尤其是如果该理由微不足道而且并不影响裁决的实质内容；而在另一些法律制度中，“只有在下述情形下方可拒绝”这一词语仅被理解为对拒绝执行所依据的理由作了限制）。有人建议拟定行文措辞大致如下的规定：“应予以执行，但如果出现下述情形中任一情形，法院可斟酌决定拒绝执行……”。尽管有些人对该建议表示反对（因为据认为，法院应该能够援用规定中所未列举的其他理由拒绝执行，或者由于存在着规定中所列举的某项理由，只能产生拒绝执行的结果），但普遍的看法是，该建议为今后的讨论提供了一个良好的基础。如果无法商定一个统一的制度（尤其是如果国内法所规定的制度优于示范规定中的制度），建议不妨使用给该规定附加一个脚注的方法（如仲裁示范法第 35(2)条的脚注），以表明某个国家如果保留更宽容的条件并不违反示范规定拟实现的统一。

#### 变式 1, 第(-)项

86. 据指出，第(-)项所设想的情况是，某法院收到了一项执行临时措施请求，而该国该（或另一）法院正在审议（或已经拒绝）执行同一或类似措施请求。为了能更准确地表述这种状况，有人建议用“同样或类似”的用语取代“相应”的用语。有人建议对有关执行临时措施请求进行协调的这类情形应完全根据“定案”的原则予以处理，但没有获得与会者的支持。工作组请秘书处考虑或许需要进行协调的各种可能的情形

并草拟一份草稿，视可能附有备选案文。据认为，示范规定只应处理颁布国范围内的协调问题，而不应试图建立一个跨国界的制度。

#### 变式 1，第(二)项

87. 有人建议删除第(二)项，因为在请求执行时，仲裁庭已经开始工作，有关仲裁庭所拥有的管辖权的任何问题均应交由仲裁庭决定。而且，据说，声称仲裁协议无效有可能只是为了拖延执行。更何况，该项拒绝的理由不言而喻，即使不具体列明也可予以援用。

88. 然而，普遍的看法是，应当保留该项的实质内容，但有这样一项谅解（拟在颁布指南或视可能在规定本身中予以表述）：法院不应超出对仲裁协议有效性进行初步评估的范围，从而须将该问题交付仲裁庭进行全面审查（根据《贸易法委员会示范法》第 16 条的规定，仲裁庭的裁定无论如何均须受到法院的管制）。而且，如果示范规定允许申请人请求执行，而同时不将该措施通知应诉人（见下文\_\_\_\_\_段），则应诉人应能够在反对执行临时措施时在法庭上提出仲裁协议有效性的问题（因为这将是他们第一次有机会提出这样的问题）。可能出现的类似情况包括应诉人由于相信仲裁庭没有管辖权而拒绝参与仲裁（直至提出申请执行时为止）。

#### 变式 1，第(三)项

89. 有人指出，第(三)项旨在处理两种不同的情形，即：未将指定仲裁人或仲裁程序一事以适当方式通知援用临时措施所针对的当事方，或该当事方无法就下达单方面临时措施陈述其理由。

90. 对允许执行单方面临时措施提出了反对意见，理由是，根据《布鲁塞尔关于民商事司法管辖和判决执行公约》无权执行此种临时措施。对此提出这样的看法：该公约只处理外国判决，对执行国内临时措施和外国临时措施不应加以区别。反对执行临时措施的另一个理由是，举例来说，按照某些国际仲裁机构采取的做法，如果不发出通知一要么已通知申请下达临时措施，要么在向法院提出执行措施的任何申请之前对应诉人执行临时措施，是不允许下达临时措施的。这一反对意见的另一个依据是，仲裁示范法第 18 条中阐明的平等对待当事各方的原则，对仲裁至关重要。

91. 为确保临时措施的有效性而力求出奇不意的必要性得到普遍承认（例如，为了防止销毁证据，或者更一般地说是为了处理急需采取行动的情况）。有人提出，对于基于平等对待当事各方的反对意见，不妨这样来处理：规定单方面临时措施的有效性限于某一固定时限，时限一过应诉方即应有权在就维持还是撤销临时措施作出任何决定之前充分陈述其理由。这种把单方面阶段同此后的各方之间阶段结合起来的两步骤程序的建议得到一定支持。有人认为，此种程序（不论仲裁庭、法院还是两者是否进行各方之间阶段的审理）可以抵消单方面临时措施可能暗含的风险。

92. 为了确保对当事各方的平等待遇并处理单方面临时措施可能给应诉方带来潜在的巨大影响问题，有人提出在执行临时措施之前进行某种司法审查，作为替代办法，还提出设想允许提供反担保。另外提出，这些问题可以在第(六)项的范围内根据公共政策适当地加以处理；普遍看法认为这一提议是无法接受的，因为它过于强调公共政策的例外情形。

93. 另一个要审议的问题是，法院在多大程度上有权在执行单方面措施之前对其进行评价。一种观点是，对单方面措施的评价可以同审查仲裁协议的有效性区分开来，因

为后一种评价是按正常程序进行的；而就临时措施的情形而言，应当允许上诉人有机会陈述其理由。一种不同的看法是，在评价单方面临时措施时，法院应当尽可能地接受仲裁庭的意见。

94. 讨论之后，工作组确定无法在工作组本届会议上就一种具体的解决办法达成一致意见。工作组请秘书处从既能力求出奇不意、又能维护平等对待当事各方的原则着眼，拟订一个考虑到所表达的各种意见的订正文。

#### 变式 1, 第(四)项

95. 有人指出，执行临时措施的基本要求是，临时措施仍具有最初下达时的效力；第(四)项是为了处理执行法院如何保证临时措施的持续性问题。有人认为，不妨设想两种解决办法：第一种办法是规定申请执行措施的人有义务把批准措施后可能发生的任何变化通知法院；第二种办法则规定执行请求应报请仲裁庭批准。

96. 工作组承认，按目前的写法这条规则的实质内容是可以接受的，同时提到暂停临时措施是拒绝执行的另一种可能的理由。

#### 变式 1, 第(五)项

97. 有人指出，第(五)项包括两种性质截然不同的理由。

98. 对于第一种理由，即颁布国法院或仲裁庭不可能下令执行被要求执行的那种临时措施，提出了一些不同的看法。

99. 有人指出，没有必要审议国内仲裁庭能够下达什么措施的问题，而应审议哪些临时措施按执行国的法律是可以执行的问题，因为侧重点是临时措施的执行。因此，有人提出删去提及仲裁庭之处。作为起草问题，建议删去“颁布国”一词，这是因为，在许多情况下，并不是要求在批准临时措施的国家执行措施，因此，对于设立仲裁庭的国家、适用本国法律的国家 and 被要求执行措施的国家之间有无具体关系，并没有什么要求。对把“可能”一词改为“将”的建议提出反对意见，根据是，这样会给法院应进行哪种审查带来不确定性。

100. 有人担心，按现在的写法，这一规定会在不同的国家产生不同的结果。鉴于不同法系下各种措施之间的差别，有人提出，法院不能下达某种措施，并不足以成为拒绝执行另一个国家下达的类似措施的理由。与此相反的观点是，不能要求法院执行一项它自己无法下达的措施，原因是，没有可供执行这一命令的机构，即便执行也无成效。有人建议，为了部分地解决陌生命令问题，应当允许法院能够按“除非法院能够根据本国的程序规则重新拟订临时措施”的说法重新拟订这些措施（有人注意到，A/CN.9/WG.II/WP.110号文件第71—72段在可能的附加条文之下论及可能重新拟订措施的问题）。另一个建议是，既然第(六)项已论及这个问题，不妨将该条删去，但这一建议没有得到支持。

101. 为顾及工作组上提出的意见提出了这样一些替代草案：该条规定可写为：“如果该类临时措施无法在程序规则规定的法院权限内执行的话”；加入下面的措辞：“对于不符合程序法赋予法院的程序权的临时措施，可以拒绝执行”。尽管还无法确定哪种写法最好，但人们普遍承认，这条规定所依赖的是一条可接受的、合理的原则，因此应当保留。另外，对于法院有权根据其程序权改写措辞时，普遍表示支持。工作组请秘书处修订这条规定，同时提出替代案文，可能的话还应补充说明哪一类情形属于该

条规定的范围。对于有的临时措施可能超出某一本国法院的权限，也举出一些例子作了说明，其中包括罚款、并非冻结当事方全部财产的命令、要求当事方建造某物的强制命令、以及一般而言法院无执行机构执行的命令。

102. 关于该条规定中提到的不相称问题，同意不将其包括在内。

#### 第(六)项和可能的附加条文

103. 因时间有限同意把 A/CN.9/WG.II/WP.110 号文件中的其他条文草案、包括变式 1 第(六)项的审议推迟到工作组下届会议。

### C. 未来的工作

104. 工作组在其第三十二届会议（2000 年 3 月 20—31 日，维也纳）上，就被确定为可能是未来工作项目的若干仲裁议题交换了看法和资料。其中有些议题是在工作组审议过程中提出的，另外一些议题已经由委员会第三十二届会议的审议（转载于 A/CN.9/468，第 107 和 108 段），另外还有一些议题是由仲裁问题专家提出的（转载于 A/CN.9/468，第 109 段）。

105. 工作组在本届会议上审议了 A/CN.9/WG.II/WP.111 号文件，该文件介绍了秘书处就其中三个议题所进行的筹备工作：

- (a) 法院下令采取的支持仲裁的临时保护措施（以便针对法院下令采取这些措施编写统一规则）（第 2—29 段）；
- (b) 可由仲裁庭下达的临时措施的范围（以便拟定一份以实际情况为依据的案文，在一当事方要求采取临时保护措施时向仲裁庭提供指导）（第 30—32 段）；以及
- (c) 仲裁协定的有效性（有关下述两个方面相互关系的研究报告或统一规则：一方面是这样一条原则，根据这条原则，“仲裁庭可以对它自己的管辖权包括对仲裁协议的存在或效力的任何异议，作出裁定”（仲裁示范法第 16(1)条），另一方面是法院在出现以下情形时决定是否将当事各方交付仲裁的职权范围：应诉人在法院程序中援用仲裁协议，而索偿人声称仲裁协议无效（第 33 段）。

106. 与会者普遍支持今后就所有这三个议题开展工作。据称，委员会可以在《贸易法委员会仲裁规则》、仲裁示范法和《安排仲裁程序的说明》等文本成功的基础上，进一步提高仲裁在国际贸易中的有效性。有人指出，尽管有人注意到议题(a)和(b)涉及到法院程序这个历来难以实现统一的问题，但为了使国际商事仲裁能很好地发挥作用，应该提高这些方面的法律确定性。关于议题(b)，据认为，草拟案文应对仲裁惯例进行分析，这种分析本身就不无益处，而且经过分析或许能草拟一个在性质上属于不具有约束力的惯例说明的案文。据认为，尤其是有关议题(b)及其他两项议题的工作必须立足于从实际情况中获得的广泛资料，秘书处将与仲裁组织和各国政府进行联系以便获得这类资料。工作组吁请各国政府和有关的组织向秘书处提供必要的资料。尽管工作组听到有人表示应将议题(a)置于最优先的地位，但并未就哪个议题相对优先作出决定，工作组请秘书处为工作组未来的会议草拟初步研究报告和建议。

## 五. 调解

### A. 一般说明

107. 工作组回顾，在工作组上届会议上认识到调解已越来越多地作为一种解决商业纠纷的方法来使用；对制订调解示范条文草案表示了有力的支持。工作组就 A/CN.9/WG.II/WP.110 号文件第 87—112 段中提出的示范立法条文的拟议案文交换了意见。

108. 人们注意到，除“调解”一词之外，实际上还使用了“调停”和“中立评判”等其他用语。这些用语通常是交替使用的，在含义上并无明显差别。在有些情况下，则根据程序的方式或使用的方法作了区分。然而，即使赋予某个用语特殊含义，它的用法也不是一成不变的。

109. 工作组随后对下述评论取得一致看法：鉴于这种用法尚未在语言学上加以确定，草案中将使用“调解”一词来表明一个广义的概念，其中包含由一位独立和公正的人协助争议双方解决纠纷而采用的各类程序。

110. 工作组就这些条文应采用什么形式交换了一般看法，同意在实质性规定确定之前暂不就形式问题作出最后决定。虽然对制定示范法表示了一定的支持，但普遍看法是，在过渡期间，工作组将假设这些条文将采用示范立法条文的形式，并在此基础上进行工作。

## B. 第 1 条

111. 工作组审议的第 1 条草案案文如下：

### “第 1 条. 适用范围

[除非当事方另有商定，]这些立法条文适用于商事\*交易方面的调解。

\* 应对“商事”这一用语作广义解释，以涵盖具有商事性质的所有各种关系产生的事项，无论这种关系是否属于合同关系。商业性关系包括但不限于下述交易：供应或交换货物或服务的任何贸易交易；分销协议；商务代表或代理；保理；租赁；工程建设；咨询；工程；许可证交易；投资；融资；银行；保险；开发协议或特许权；合营企业和其他形式的工业或商业合作；航空、海路、铁路或公路客货运输。

(2) 调解如有下列情形之一即为国际调解：

- (a) 在调解订立协议时，调解协议当事各方的营业地位于不同的国家；
- (b) 下列地点之一位于当事各方营业地所在国之外：
  - (一) [调解协议中确定的或根据调解协议确定的]拟同调解人举行会谈的地点；
  - (二) 履行商业关系中大部分义务的任何地点或与纠纷主题事项关系最为密切的地点；
- (c) 当事方[明确]同意，调解协议的主题事项涉及不止一个国家。

(3) 就本条而言：

- (a) 如果当事一方有不止一个营业地，则与调解协议关系最密切的地点为营业地；

(b) 如果当事一方无营业地，则以其惯常居住地为准。

### 条文草案的非强制性

112. 工作组普遍同意以这些条文是非强制性条文作为基础进行工作，为此，对保留“除非当事方另有商定”的用语表示了支持。然而，对于是否应列入一条规定，允许当事各方选择完全退出示范制度这个问题，尚未作出最后决定。但有人认为，关于个别条文草案具有多大程度非强制性的问题，尚需根据拟订实质性条文的进展情况来审议（另见第 142 段）。

### 关于“商事”的定义

113. 工作组讨论了条文草案是否应限于商事纠纷的问题。

114. 有人提出，商事纠纷与非商事纠纷难以区别；在工作组目前的审议阶段作出限制为时尚早，因为这主要取决于这些条文最后案文的实质内容。尽管如此，许多与会者对工作组应当以示范条文只适用于商事交易为假设条件来进行工作这样的设想表示了支持。为此，在案文草案中用脚注办法表示这种限制条件获得了广泛的支持。

115. 作为替代办法，有人提出按《贸易法委员会电子商务示范法》第 1 条的脚注\*\*\*来拟订目前的脚注案文（其中设想尽量最广泛地适用示范法，同时规定某些排除情形），以使颁布国一旦作出决择即能扩大关于调解的示范立法条文的范围，同时又有把某些种类交易排除在示范立法条文范围之外的选择余地。

116. 另有人提出，第 1 条中使用的“商事交易”一词含义过窄，会因国内法律的具体用词不同而异。为了避免这种狭窄性，有人提出按《贸易法委员会电子商务示范法》使用的术语将“交易”一词改为“活动”。但是，对这项建议提出异议，根据是，“交易”一词暗含着需达成协议的含义。

### 国际或国际和国内

117. 工作组指出，如果将条文局限于国际调解，则可为采用示范制度提供便利。然而，工作组称，一旦最后审定了案文的实质性内容，它可重新考虑立法条文对于国内情况是否有所帮助的问题。另据认为，无论工作组就范围问题作何决定，任何国家均可选择对国内和国际调解都采用这些条文，正如某些国家对于仲裁示范法所做的那样。

118. 尽管有人建议，应将“国际”的定义局限于第 1(2)条(a)项，但工作组认为，为顾及各种情况，有必要增设一些标准，并确保必要的“国际性”可见于某些案件，即使争议双方分别同在一国范围内拥有一个营业地。保留有关“国际”的广义定义的另一原因是，目前草拟的定义所涉范围类似于《联合国贸易法委员会国际商事仲裁示范法》第 1(3)条所使用的定义，考虑到调解之后还可能进行仲裁，因而有必要在调解条文中有一个类似的定义。有人认为，草拟的定义应在如何界定“国际性”方面保持灵活性，作为对这种看法的支持，据建议，工作组应考虑将凡有“外国成份”的情况均列入示范条文的范围之内。

119. 工作组还讨论了这些条款中是否应列入关于示范立法条文何时适用的进一步规定。工作组原则上支持如果调解程序是在颁布了示范条文的国家进行，则示范制度可予以适用。然而，工作组注意到，在某些情况下，很难确定调解地点；这方面的例子包括参与方通过电子手段进行通信而实际上不在某一国见面的情况。如果选定的调解

地点是出于便利的原因，而不是由于纠纷或当事方与调解地点之间有任何联系，则将调解地点作为适当标准是否合适便值得怀疑。

120. 还有人认为，某些条文草案涉及调解在各国的效果，而不是在颁布国的效果，而且似乎涉及不只是在颁布国内，而且是在国外产生的效果（例如，关于时效期限的第7条和关于证据在其他程序中可接受性的第8条）。据指出，在草拟关于示范条文适用情况的规定时，应当考虑到这一点（另见下文第134段）。

### C. 第2条

121. 工作组审议的第2条草案案文如下：

**“第2条. [总则][调解的进行]**

- (1) 调解人或调解人小组以独立公正的方式协助当事方设法就解决纠纷达成协议。
- (2) 当事方[通过提及调解规则或以其他方式]确定调解人或调解人小组的人选、进行调解的方式及调解程序的其他方面。
- (3) [经当事各方商定后][如果当事各方未商定，]调解人或调解人小组可按其认为适当的方式进行调解程序，同时应考虑到案件的情节、当事方可能表示的愿望[包括当事一方希望调解人听取口头陈述的任何要求，]和迅速解决纠纷的需要。
- (4) 调解人应遵循客观、公平和公正的原则。[经当事各方商定后，调解人可尤其考虑到当事方的权利和义务、有关行业的惯例和纠纷的前后情节，包括当事人双方之间以往的任何商业习惯做法。]
- [ (5) 调解员可在调解程序的任何阶段提出解决纠纷的建议。 ]”

122. 有人建议将第2款单列为一条，本条其余部分的编排可参照《联合国贸易法委员会调解规则》第7条。

123. 在随后的讨论期间有人建议(而且工作组也一致认为)，应将现行第2(2)条和第1条加以扩大，并分别作为单独的条款，这些条款应沿用《联合国贸易法委员会调解规则》的结构列出调解的定义、示范条文的适用范围、调解程序的开始、调解人的人数和挑选以及调解人的作用，其中包括进行调解的指导原则。

124. 有人提出，在罗列调解定义的各项要素时，应考虑到当事方的同意、纠纷的存在、当事方达成友好和解的意向，以及协助当事方努力达成友好和解的公正和独立第三方的参与。这些要素使调解一方面有别于具有约束力的仲裁，另一方面也不同于当事方或当事方代表之间的谈判。根据提供考虑的措词，调解应视作由第三方一人或多人协助共同希望得到这类协助的当事双方努力达成和解其争议的自愿协议的过程。尽管有人表示，某些形式的调解不需要第三方的参与，但普遍的看法是，这类情况不在示范条文的范畴之内。

125. 据指出，目前草拟的案文对调解人如果办事不公而可能产生的任何后果未作规定。工作组承认，在这种情况下，任何当事方均有终止调解程序的自由。然而，有人提问，调解人办事不公是否可能造成示范立法条文不予适用的情况。尽管根据普遍的理解，调解人的这种行为不会造成规则不予适用，但据认为有必要对案文再作研究，以确保从示范条文中可得出这种解释。

## D. 第3—5条

126. 提交工作组审议的第3、4和5条草案案文如下(但应当注意到,工作组本届会议未对第3和4条予以审议):

**“第3条. 调解人与当事方的联系**

除非当事方另行商定,调解人或调解人小组可与当事方共同或分别举行会谈或进行联系。

**第4条. 资料的透露**

[备选案文1:] 调解人或调解人小组收到当事一方有关纠纷的资料时,可向对方透露资料的实质内容,以便对方有机会作出其认为合适的任何解释。然而,[当事方有另行商定的自由,包括]如当事一方在向调解人或调解人小组提供资料时附有特定的保密条件,则调解人或调解人小组即不得透露其提供的资料。

[备选案文2:] 经当事各方商定后,未经提供资料的当事方明确同意,不得将其在私下提供给调解人或调解人小组的任何有关纠纷的资料透露给对方。

**第5条. 调解的开始**

有关某一纠纷的调解程序在当事一方[以书面形式]接受对方提出的调解该纠纷的[书面]邀请之日开始。”

127. 工作组中有人提出,应澄清何时可认为调解开始,以使用来确定它对第7条草案(涉及调解对时效期限的影响)和第8条草案(涉及在其他程序中可接受的证据)的影响等。尽管工作组注意到,其后若干条文的运作取决于第5条草案,但有关第5条草案的讨论不影响关于这些条款的决定。

128. 首先,有人提议,不论调解协议在纠纷发生之前或之后作出,第5条草案均应适用。

129. 工作组普遍认为,第5条草案是有用的,应予保留,而且还应增加内容,以反映这样一层意思:如果当事一方未收到对调解邀请书的答复,则可推断调解协议终结。工作组承认,该条文应仿照《贸易法委员会调解规则》第2(4)条。

130. 据建议,当事方约定开始调解所依据的可以是一当事方的行动,按照当事方之间的协议,或者根据法院或其他政府主管机构的建议或命令。第5条草案应该同这些情况并行不悖,而且还应该与第10条草案(“诉诸仲裁或司法程序”)的实质内容,尤其是该条变式3协调一致。工作组请秘书处考虑法院或其他机构命令或要求开始调解程序的各种范例,并请各国政府向秘书处提供这些范例。

131. 为了避免对以非书面形式订立仲裁协议的情形产生疑问,工作组普遍认为应删除第5条草案明文提及书面的部分。然而,据认为,考虑到调解开始可能会造成时效期限中断的效果,为了取证的目的,有必要用书面证据,包括相当于书面的形式,为调解的开始提供依据。

132. 有人建议重新草拟第5条草案,使之除非当事方另有约定,否则应予以适用。是

在示范条文草稿开始部分以笼统的方式表述当事方自主权原则，还是在第 5 条草案中作这方面的具体规定，尚待决定。

#### E. 第 6 和第 7 条

133. 提交工作组审议的第 6 和第 7 条草案案文如下(但应当注意到，工作组本届会议未对该条草案)进行讨论。

##### 第 6 条. 调解的终止

“调解程序在下列情况下终止：

- (a) 当事双方签署了解决纠纷协议，则调解程序从自协议签署之日起终止；
- (b) 调解人在同当事双方协商后，发表书面声明，宣布继续进行调解已无意义，则调解程序自声明发表之日起终止；
- (c) 当事双方向调解人发出书面声明，宣布终止调解程序，则调解程序自声明发表之日起终止；或
- (d) 当事一方向对方和可能指定的调解人发出书面声明，宣布终止调解程序，则调解程序自声明发表之日起终止。”

##### “第 7 条. 时效期限

- (1) [备选案文 1：]在调解程序开始时，关于调解主题事项的诉讼时效期限即告终止。  
[备选案文 2：]就时效期限终止而言，调解程序的开始视作造成时效期限终止的行为。
- (2) 如果调解程序未获解决而告终止，则时效期限应视作继续有效。如果在这种情况下时效期限业已届满或所余期间不到[六个月]，则求偿人应有权自调解程序结束之日起另有[六个月]的期限。”

134. 有人对第 7 条草案在非颁布国的影响提出了疑问。据认为，示范条文最好不仅在调解所在国，而且也在其他国家产生影响。然而，据承认，示范条文可以而且应该处理由于在颁布国或外国发起调解而造成在颁布国时效期限中断的问题，但它无法管束在外国时效期限的中断。据建议，不妨重新草拟该条文，从而使外国更有可能承认在颁布国的调解能触发时效期限的中断。有人指出，有可能实现这一结果的一种方法不妨是拟订一条认为当事方已约定不援引相关时效期限的条文。

135. 有人以普遍适用第 7 条草案遇到某些困难为由要求完全删除这一条。有人还指出，时效期限的问题应当用关于调解的示范条文以外的规则来管辖。要求删除的另一个理由是第 7 条草案对保护申请者的权利并非必不可少，这是因为第 10 条已明确规定“当事一方认为仲裁或司法程序是维护其权利所必需时”可提出这种程序。再一个原因是当事方有商定延长期限的自由，因此，不存在中断时效期限的实际需要(然而，有人回答说，在某些法律制度中这类协议是不允许的)。反对保留这一条文还有一个原因，即实际上当事方发起法院程序的常常只是为了避免因时效期限终结而丧失其权利，这种惯例并不影响调解程序。提出的另一个理由是，考虑到这项规定的复杂性以及难以把握该条文能否在有关的法域产生期望效果，该条文可能会使本来是非正式进行的过程涉及一些法律上的技术细节。另据指出，就时效期限的目的而言，第 7 条草案似

错误地将调解程序等同于司法或仲裁程序；由于调解根本不同于法院或仲裁程序，前者完全是自愿的，而后者具有强制终局性，因此第 7 条草案将两者混为一谈是值得怀疑的。还有人第 7 条草案提出质疑称，该条可能会影响对整个示范条文的接受，因为各国或许会不愿意采用一个处理在许多国家看来构成公共政策问题的文本。

136. 然而，支持保留这一条的人认为，从实际的角度看，该条为许多情形提供了一种简单实用的解决办法，而且这一条在保留当事方权利的同时不鼓励当事方发起对立性的程序(这种程序有可能带来不必要的法律支出)，因而能提高调解的吸引力。还有人指出，在运输合同所造成的索赔等时效期限较短的情形中，该条文尤其有用。

137. 工作组经充分讨论之后同意，在充分考虑如何改进该条文以使其能广为接受之前就删除这一条为时过早。对如果保留这一条则应将该条放在正文中还是将其列作脚注或放在颁布指南中供指南颁布国参考，尚无一致意见。鉴于这些方面的考虑，工作组商定将第 7 条草案放在方括号内后写入订正草案。

138. 关于第 7 条草案的实质性问题，许多人倾向于采用第(1)款中的备选案文 1。关于第(2)款，据指出，调解程序可能会影响时效期限的方式基本上有三种。一种可能性是，在时效期限因调解程序开始而中断后，可重新起算。另一种可能性是，如果调解最后未达成和解，则可将时效期限视为未进行过任何调解而一直在算(在这种情况下，如果因进行调解时效期限期满或少于[6 个月]，则可另外有[6 个月]的宽限期)。提交工作组的第 7(2)条草案反映了这种做法，该做法仿照了《国际销售货物时效期限公约》第 17 条。第三种可能是，时效期限在调解期间中断，但将从调解失败时起恢复计算。在这三种可能中最后一种可能(也称作“象棋记时钟”解决办法)得到了广泛支持。

## F. 第 8 条

139. 工作组审议的第 8 条草案案文如下：

### “第 8 条. 其他程序中可接受的证据

(1) 除非当事方另行商定，无论仲裁或司法程序是否与调解程序的纠纷事由有关，参与调解程序的当事一方[或第三方]在仲裁或司法程序中不应以下列事项为依据或将之作为证据：

- (a) 参与调解的当事一方对[有纠纷的事项或]纠纷的可能解决办法表示的意见或提出的建议；
- (b) 当事一方在调解程序过程中所作的承认；
- (c) 调解人提出的建议；
- (d) 参与调解的当事一方曾表示愿意接受调解人提出的解决纠纷方法这一事实。

(2) [无论仲裁或司法程序是否与调解程序的纠纷事由有关]。仲裁庭或法院不应下令透露本条第(1)款所述的资料。

(3) 如果提供的证据与本条第(1)款相违背，则仲裁庭或法院应将其视作无法接受的证据。”

140. 与会者普遍支持第 8 条的基本方针，即便利调解过程中当事方之间的交流，不必担心当调解以失败告终而当事方进行诉讼或仲裁程序时，某些资料（特别是(a)至(d)项

所列的资料)将在司法或仲裁程序中被使用。有人回顾说,该条规定仿照的是《贸易法委员会调解规则》第20条。然而,据指出,这项规定草案是作为一项法定禁止措施拟订的,而第20条所确立的只是当事方不在法庭或仲裁程序中援引某些证据的合同承诺。

141. 与会者普遍同意,应当这样来理解这条规定草案,即证据不可因在调解中被使用而变得不可以接受(A/CN.9/WG.II/WP.110号文件第99段)。据建议,应当在示范条文或颁布指南中列入内容大致如此的澄清。这种澄清还可以突出这样一个事实,即这项规定并不涉及仲裁或司法程序中证据可接受性这个一般问题。

142. 与会者同意这项规定应当受制于当事方的自主权。然而,会议没有决定是在示范立法条文中笼统地加以规定,还是在这条条文本身加以规定。然而,据说,为了便利从业人员使用统一制度,所采用的做法应当清楚明了。

143. 有人建议澄清,第(1)款所述的“第三方”并非意指调解程序的当事一方,而是指非调解程序的当事方且能够使用第(1)款(a)至(d)项所述的意见、承认、建议和其他事实作为证据的某一个人。“有纠纷的事项或”词语保留在方括号内,以待进一步审议这些词语所引起的这项规定范围的扩大是否妥当,是否过大和是否足够清楚。有人建议删除第(1)款(b)、(c)和(d)项,保留(a)项,但应当重新措词以作为一条一般规则来简化本条规定。工作组没有采用这项建议,因为它喜欢更加具体、更加清晰的现有第(1)款。有人建议还应当列入提及调解邀请书或表示调解已经失败的陈述,以便清楚表明不得援引或以其他方式使用其中的任一事项。

144. 有人表示,应当删除第(2)和(3)款,因为它们涉及的是法院和仲裁程序中的证据法,而调解法不应侵犯程序法。然而,工作组认为这些规定是必要的,因为它们恰当地澄清和加强了第(1)款,而且第(1)款对当事方的实际意义要求有一项针对法院和仲裁庭的明文规定。有人建议,如果要保留这些条文,应当有一行文大致如下的规定对它们加以限制:“但根据有关仲裁或司法程序的法律许可或要求的透露除外”。但有人指出,此种例外情形会使这条规则形同虚设。普遍支持按A/CN.9/WG.II/WP.110号文件第100段所述把某些公共政策列为例外情形。

145. 有与会者认为,第(1)款涵盖的是(a)至(d)项所列的事实证据,而不管这些证据是书面形式还是其他形式。会议没有就是否可以从这项规定中充分明确地得出这一理解或是否需要在这项规定中澄清这一点作出决定。

146. 工作组审议了这样一个问题,即示范条文是否应当载列一条规则,按《贸易法委员会调解规则》第14条的行文,为调解人和当事方确立一条对与调解有关的所有事项都加以保密的一般责任。与会者没有支持列入这样一项规定,理由包括:这条规则将不得不列入一些例外情况,从而使其措词复杂化;这种性质的法定责任将产生违约赔偿,从而提出一系列难以在示范条文中解决的政策问题;这种规定并不需要,因为希望如此做的当事方可按其所愿商定保密的责任,例如,同意按《贸易法委员会调解规则》进行调解。

## G. 第9条

147. 工作组审议的第9条草案案文如下:

### “第 9 条. 调解人在其他程序中的作用

(a) 除非当事方另有商定，调解人不应在对调解程序主题事项的纠纷进行的仲裁或司法程序中担任仲裁人或当事一方的代表或律师。

(b) 在对曾经或目前是调解程序主题事项的纠纷进行的任何仲裁或司法程序中，调解人就第 7 条第(1)款所述事实提出的证词不予接受。

(c) 第(1)款和第(2)款也适用于同一个合同或构成一笔商业交易一部分的另一个合同而产生的另一个纠纷。”

148. 作为起草问题，有人提出应把字母(a)、(b)和(c)改为数字(1)、(2)和(3)，以确保与文件的基本体例保持一致。另据认为，(b)项中提到的“第 7(1)条”其实应为“第 8(1)条”。

149. 有人提议，应当删去“除非当事方另有商定”词语，这样一来，该条规定在任何情况下都不会允许调解人充当某一当事方的代表或律师。一个相关的建议是，不应完全由当事方自行决定可否由调解人充当仲裁人，因为这样做会损害仲裁过程的公正性，给执行裁决造成困难。但是，工作组认为，第(1)款目前措词所采取的做法是适宜的，即根据当事方的自主权来执行这条规定。据认为，当事各方应当对这个问题持有完全的控制权。关于任命调解人担任仲裁人的问题，一种理解是，如果同意由调解人担任仲裁人，则当事各方即已放弃由此产生的任何异议。

150. 有人提出把(a)项中的“调解程序主题事项的纠纷”改为“曾经或目前是调解程序主题事项的纠纷”，以便使其与(b)项保持一致。

151. 有人认为，(a)项中提出的规则应当扩大到调解人担任法官这一情形。据认为，在某些法域，这个问题不受制于当事方的自主权。普遍看法是，此种问题不属于统一制度的范围，应当完全由颁布国的其他法律来处理。

152. 有人认为，(b)项中规定的禁止范围过窄，举例来说，它并未包括调解人对当事一方在调解期间恶意行事作证的情形，因此，(b)项中的禁止范围应当扩大。工作组决定在今后的届会上重新审议这个问题。

153. 关于(c)项，普遍认为，对“构成一笔商业交易一部分的另一个合同”词语，尚需澄清哪类合作属于这一范围。因此，工作组请秘书处修订该条规定。

## H. 第 10 条

154. 工作组审议的第 10 条草案案文如下：

### “第 10 条. 诉诸仲裁或司法程序

[变式 1] 对于调解程序主题事项的纠纷，当事方在调解程序期间不应提出任何仲裁或司法程序，但当事一方认为仲裁或司法程序是维护其权利所必需时，可提出这种程序。

[变式 2] 对于调解程序主题事项的纠纷，当事人可商定在调解程序期间不提出任何仲裁或司法程序。然而，如果当事一方认为仲裁或司法程序是维护其权利所必需的[，而且如果当事方将其开启程序的意图通知对方]，则可提出这种程序。当事方提出这种程序本身不应视作调解程序的终止。

[变式 3] 如果当事方明确承诺[在一段时间内或在实行调解程序之前]对目前未来的纠纷不提出仲裁或司法程序，则法院或仲裁庭在商定的该时限期满之前或在调解程序进行之前应兑现该承诺。”

155. 有人指出，第 10 条的用意是表达这样一种想法：应当防止当事各方在调解尚未结束时发起仲裁或司法程序；这些不同的变式是用不同的方式来表达这层意思。

156. 有人提出改写第 10 条，以反映下述内容：当事各方不发起法院或仲裁程序的义务；法院或仲裁庭赋予这种义务的效力；仅为了权利保全而发起法院或仲裁程序；发起此种程序就其本身而言不应视为调解程序的终结。

157. 工作组认为变式 2 最不可取，原因有二：一，该变式只限于承认当事各方有权约定不发起仲裁或司法程序；二，该变式并没有在当事各方无协议时提供解决办法。与会者倾向于采用变式 1 或变式 3 或两者的结合，因为它们提供了一种直接了当的情形，工作组于是决定，这两个变式为今后讨论提供了最佳基础。

158. 有人提议，在改写第 10 条时应当考虑这一条文是否也应处理下述问题：虽有调解协议的存在，当事一方能否自由接触某一指定当局以设立仲裁庭。

#### I. 第 11 和第 12 条

159. 提交给工作组审议的第 11 和第 12 条草案案文如下（不过应当注意的是，工作组本届会议未审议第 11 和第 12 条草案）：

##### “第 11 条. 仲裁人兼任调解人

仲裁人提出调解可能性问题并经当事方商定而参与设法达成商定解决办法的努力，与仲裁人的职能并无不相悖。

##### 第 12 条. 和解办法的可执行性

如果当事方就解决纠纷达成了协议，而且当事方和调解人或调解人小组签署了有约束力的解决协议，则该协议具有可执行性[颁布国在此处插入对这类协议可执行性的具体规定的条文]。”