



Distr.: General
15 June 2001
Chinese
Original: English

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

仲裁工作组第三十四届会议工作报告
(2001年5月21日至6月1日，纽约)

目录

	段 次	页 次
一. 导言.....	1-16	2
二. 讨论和决定.....	17-21	4
三. 仲裁协议的书面形式要求.....	22-63	5
A. 关于仲裁协议书面形式的示范立法规定.....	22-41	5
B. 关于《纽约公约》第二(2)条的解释文书.....	42-63	9
四. 关于执行临时保护措施的示范立法规定.....	64-87	13
五. 关于调解的示范立法条文.....	88-159	18
第1条. 适用范围.....	88-99	18
第2条. 调解.....	100-104	20
第3条. 国际调解.....	105-109	20
第4条. 调解程序的开始.....	110-115	21
第5条. 调解人人数.....	116-117	22
第6条. 调解人的指定.....	118-119	22
第7条. 调解的进行.....	120-127	23
第8条. 调解人与当事方的联系.....	128-129	24
第9条. 资料的透露.....	130-134	25

	段 次	页 次
第 10 条. 调解的终止.....	135-136	25
第 11 条. 时效期限.....	137-138	26
第 12 条. 证据在其他程序中的可采性.....	139-141	26
第 13 条. 调解人在其他程序中的作用.....	142-145	27
第 14 条. 诉诸仲裁或司法程序.....	146-150	28
第 15 条. 仲裁人兼任调解人.....	151-152	28
第 16 条. 和解办法的可执行性.....	153-154	28

一. 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，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之后，曾出席通过该公约的外交会议的与会者发表了讲话，著名的仲裁专家就诸如公约的促进、颁布和适用等事项作了报告。会上所作的报告还论及公约本身范围之外的事项，包括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作用，以及在实践中遇到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困难。¹

2. 在纪念会议上所作的报告提出了种种建议，要求向委员会说明在实践中发现的一些问题，以使委员会能够考虑由委员会进行任何有关的工作是否可取和可行。在其 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，在第三十二届会议上就仲裁领域中今后可能开展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。²

3. 在其 1999 年第三十二届会议上，委员会收到了它要求编写的题为“国际商事仲裁领域未来可进行的工作”的说明（A/CN.9/460）。委员会欢迎有机会讨论进一步发展国际商事仲裁法的可取性和可行性，它总体上认为时机已经到来，应当对各国颁布《贸易法委员会国际仲裁示范法》（1985 年）（在本报告中也称作“示范法”）以及应用《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，并在委员会这个具有普遍性的论坛上对改进仲裁法、规则和惯例的各种想法和建议可否被接受进行评价。³

4. 委员会在讨论该议题时对其今后工作的形式持开放态度。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）的形式，也可采取非立法文本（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）（在本报告中也称作“纽约公约”）的修改。⁴

5. 委员会把此项工作交给其三个工作组中的一个称为仲裁工作组的工作组处理，并且决定该工作组优先议题应该是：仲裁协议应以书面作出的要求；⁵ 临时保护措施的可执行性；⁶ 调解；⁷ 以及起源国已撤消的裁决可能具有的可执行性。⁸

6. 仲裁问题工作组（前称“国际合同惯例工作组”）在其 2000 年 3 月 20 日至 31 日于维也纳举行的第三十二届会议上开始工作（该届会议报告见 A/CN.9/468 号文件）。工作组在这届会议上审议了编拟关于仲裁协议书面形式、临时保护措施和调解的统一案文的可能性。此外，工作组就今后可能讨论的其他问题交换了初步看法（见 A/CN.9/468，第 107 至 114 段）。

7. 委员会 2000 年第三十三届会议称赞工作组迄今为止所完成的工作并听取了内容大致如下的各种意见：就加强在国际贸易中使用仲裁和调解的法律确定性和可预测性而言，有关工作组议程项目的工作十分及时而且很有必要。它注意到，工作组确定了优先程度不一的其他一些议题，并建议将这些议题视情作为今后的工作（见 A/CN.9/468，第 107 段至 114 段）。委员会重申，工作组的任务是决定何时以及以何种方式处理这些议题（见 A/55/17，第 395 段）。所发表的几种看法的大致内容是，总体而言，工作组在决定其议程今后项目的优先次序时，应尤其注意哪些是实际可行的及法院的判决造成法律情况不确定或不尽人意的的问题。除工作组可能确定的问题外，在委员会中曾提及的有可能值得考虑的议题包括：1958 年《纽约公约》第七条更优惠权利规定的含义和影响；在仲裁程序中为了抵消目的提出索偿要求和仲裁庭对这类索偿要求的管辖权；当事各方由自己选择的人代表其参与仲裁程序的自由；尽管存在着 1958 年《纽约公约》第五条所列举的拒绝理由，但仍有准许执行裁决的剩余酌处权；和仲裁庭判给利息的权利。委员会赞许地注意到，关于“在线”仲裁（即仲裁程序中有相当一部分或所有仲裁程序均通过使用电子通讯手段进行的仲裁），仲裁问题工作组将与电子商务工作组进行合作。关于一项已被起源国搁置的裁决可能具有的可执行性问题，有人表示预计这个问题不会造成很多困难，不应将产生这一问题的判例法视为代表了一种趋向（见 A/55/17，第 396 段）。

8. 工作组在其第三十三届会议（2000 年 11 月/12 月）上讨论了有关《纽约公约》第二（2）条中的书面要求的解释性文书草案以及制订关于以下事项的统一案文：仲裁协议的书面形式；临时保护措施；调解（讨论基础是秘书处编写的文件（见 A/CN.9/WG.II/WP.110 和 111））。这届会议的报告载于 A/CN.9/485 号文件中。

9. 关于书面要求问题，工作组审议了一个对《仲裁示范法》第 7（2）条作出修订的示范立法条文草案（见 A/CN.9/WG.II/WP.110，第 15-26 段）和在会议期间编拟的另一项草案（见 A/CN.9/485，第 52 段）。已请秘书处根据工作组的讨论情况编拟供第三十届会议审议的案文草案，并在可能时加上备选案文。关于《纽约公约》第二（2）条的解释性文书初步草案（见 A/CN.9/WG.II/WP.110，第 27-51 段以及 A/CN.9/485，第 61 段），工作组请秘书处根据工作组的讨论情况（A/CN.9/485，第 60-77 段）编拟该文书的订正草案。关于临时保护措施，工作组收到了秘书处编拟的两项备选文草案（见 A/CN.9/WG.II/WP.110，第 55 和 57 段以及 A/CN.9/485，第 79 段）。因时间有限，工作组把备选之 1 第（四）款及可能的补充条文的审议推迟到第三十四届会议（关于讨论情况，见 A/CN.9/485，第 78-103 段）。关于调解问题，工作组审议了示范立法条文草案第 1、2、5、7、8、9 和 10 条（见 A/CN.9/WG.II/WP.110，第 81-111 段）。工作组请秘书处根据工作组讨论中提出的意见（见 A/CN.9/485，第 107-159 段）拟订这些条款的订正草案。因时间不够而未对其余条款草案（即第 3、4、6、11 和 12 条）进行审议。

10. 工作组还认为，可在未来开展工作的项目包括：法院为支持仲裁而下达的临时保护措施；可由仲裁庭下达的临时措施的范围；仲裁协议的有效性。工作组支持今后就所有这些议题开展工作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（见 A/CN.9/485，第 104-106 段）。

11. 仲裁工作组第三十四届会议（2001年5月21日至6月1日，纽约）由委员会全体成员国组成。工作组下列成员国出席了会议：阿尔及利亚、澳大利亚、奥地利、巴西、保加利亚、布基纳法索、喀麦隆、中国、哥伦比亚、埃及、斐济、芬兰、法国、德国、洪都拉斯、印度、伊朗伊斯兰共和国、意大利、日本、肯尼亚、立陶宛、墨西哥、尼日利亚、俄罗斯联邦、新加坡、西班牙、泰国、大不列颠及北爱尔兰联合王和美利坚合众国。

12. 下列国家的观察员出席了会议：白俄罗斯、波斯尼亚和黑塞哥维那、加拿大、克罗地亚、塞浦路斯、捷克共和国、厄瓜多尔、埃塞俄比亚、加蓬、危地马拉、印度尼西亚、以色列、科威特、莱索托、马耳他、摩纳哥、秘鲁、菲律宾、大韩民国、斯洛文尼亚、瑞典、瑞士、前南斯拉夫的马其顿共和国和委内瑞拉。

13. 下列国际组织的观察员出席了会议：北美贸协第2022条咨询委员会、常设仲裁法院、国际统一私法协会(统一私法协会)、阿拉伯国家联盟、开罗国际商业仲裁区域中心、卢旺达问题仲裁和专门知识中心、国际海事委员会、欧洲法律学生协会、国际商会、国际仲裁伦敦法院和特许仲裁员学会。

14. 工作组选出以下主席团成员：

主席：何塞·玛丽亚·阿瓦斯卡尔·萨莫拉先生(墨西哥)

报告员：候赛因·加齐扎德先生(伊朗伊斯兰共和国)

15. 工作组收到下列文件：

(a) 临时议程(A/CN.9/WG.II/WP.112)；

(b) 秘书长题为：“解决商业争端：拟订以下有关事项的统一规定：仲裁协议的书面形式、临时保护措施与调解”的报告(A/CN.9/WG.II/WP.113和Add.1)。

16. 工作组通过以下议程：

1. 选举主席团成员。
2. 通过议程。
3. 拟订以下有关事项的统一案文：仲裁协议的书面形式、临时保护措施与调解。
4. 其他事项。
5. 通过报告。

二. 讨论和决定

17. 工作组根据秘书处编写的文件(A/CN.9/WG.II/WP.113和Add.1)讨论了议程项目3。工作组有关该项目的讨论和结论载在下文第三至第五章。请秘书处根据工作组的讨论结果拟订规定订正草案，以供在后来阶段继续加以讨论。

18. 关于仲裁协议的书面形式的规定，工作组审议了仲裁示范法的法律规定示范草案修订第7(2)条(见A/CN.9/WG.II/WP.113，第13—第14段)。请秘书处根据工作组的讨论结果拟订规定订正草案，以供在未来会议加以审议。工作组还讨论了有关《纽约公约》的第二(2)条的解释性文书草案(同上，第16段)并请秘书处根据工作组的讨论结果拟订文书的订正草案，以供在未来会议加以审议。

19. 关于临时保护措施的问题，工作组审议了示范法的修订第 17 条草案和秘书处拟订新条款草案第(1)(a)(一)段的案文，以编入示范法(同上，第 18 段)。请秘书处根据工作组的讨论结果拟订规定订正草案，以供在未来会议加以审议。由于时间不足，工作组没有审议新条款的其余部分。

20. 关于调解，工作组审议了法律规定示范草案第 1-16 条(A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1)。请秘书处根据工作组的讨论结果拟订这些条款的订正草案，以供在下次会议加以审议。

21. 据指出，工作组第三十五届会议暂定于 2001 年 11 月 19 日至 30 日在维也纳举行，但以委员会即将召开的一届会议上所作出的决定为准。

三. 仲裁协议的书面形式要求

A. 关于仲裁协议书面形式的示范立法规定

22. 工作组的审议以秘书处应工作组第三十三届会议的要求(A/CN.9/485，第 59 段)而编写的案文草稿为基础。该案文内容如下(A/CN.9/WG.II/WP.113，第 14 段)：

“第 7 条. 仲裁协议的定义和形式

“[《贸易法委员会国际商事仲裁示范法》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上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。

“(2) 仲裁协议应是书面的。[为避免产生疑问]，“书面”包括提供协议的记录或以其他方式易今后用作参照所用的任何形式，其中包括电子、光学或其他数据电文。

“(3)[为避免产生疑问，在下列情况下符合第(2)款的书面要求][仲裁协议是书面的][如果仲裁协议提及的仲裁条款或仲裁条款和条件或任何仲裁规则是][不论签署与否，仲裁条款是]

书面的，

[备选案文 1:] 尽管合同或单独的仲裁协议是[用书面以外的方式][口头、通过行为或其他非书面的方式]订立的[备选案文 2:] 不管当事方商定采取什么形式提交仲裁。”

第(1)款

23. 对于第(1)款的形式和内容，大家基本上意见一致。该款只是复述了示范法的第(1)款。

第(2)款

24. 大家对该款实质内容基本上意见一致，但讨论重点在于保留方括号内的文字(“为避免产生疑问”)和末尾部分(“包括电子、光学或其他数据电文”)是否妥当。

“ [为避免产生疑问] ”

25. 有意见认为，必须要用上述文字来清楚说明：第(2)款内的实质规则并不是要更改可能通过判例法或其它途径、随时对示范法或《纽约公约》作出的任何广义解释。有人指出，对于那些不采用示范法订正第 7 条的国家而言，或在颁行该订正条款之前的过渡期内，那项关于保留“书面”概念现有解释的澄清尤为重要。对此，有意见认为：某些法律体系熟悉“为避免产生疑问”方面的提法，但对许多国家的法律起草传统而言，这种提法十分陌生。在这些国家，此种措辞可能会带来与要避免的疑问的性质有关的解释上的困难。有人提出，不妨用“在不限制本规定普通性的情况下”来替代方括号内的文字。但许多人认为，这一措辞同样会遭到上述异议。

26. 普遍的看法是，立法指南中应对第(2)不与“书面”概念的现行解释相冲突的用意作出适当解释。也有意见认为，可以重新考虑把这一解释性措辞放在第(3)款或《纽约公约》第二(2)的解释性文书的范畴内。工作组决定从第(2)款中删去“ [为避免产生疑问] ”等字，但须顾及上述考虑。

“包括电子、光学或其他数据电文”

27. 大家对“电子、光学或其他数据电文”的提法表示了各种关注。有一项关注是：用“包括”一词开头的任何清单可能会带来解释方面的困难——所列的是全部内容呢，还仅仅是叙述性的并且无限制？如果把它当作是列出了全部内容，就会对第(2)款所体现的规则的正常性造成不当限制。另一项关注是，“电子、光学或其他数据电文”的提法显然是受贸易法委员会《电子商务示范法》第 2(a)条影响，但它却稍微偏离了该条的提法，从而可能会造成解释方面的困难。还有一项关注是：“电子”、“光学”通讯手段等概念可能同样会很快过时，从而带来与现有国际文书中“电报和用户电报”的提法和《纽约公约》第二(2)中“信函或电报”的提法同样的困难。针对此项关注，有人解释说，“电子或光学电文”的概念内涵很广，难以预见技术发展会迅速到使该项概念过时无效的地步。

28. 为减轻所表达的其他一些顾虑，同时保留对电子商务技术的明确提法，有人建议增加“除其它外”、“包括但不限于”或“如、例如”等字，明白无误地说明所列内容只是说明性的，起指导作用。有人建议，凡这类更改均应考虑到前文第(2)款使用的“包括”二字，其用意也是并非详尽无遗。工作组经过讨论，采纳了此项建议，并请秘书处撰写适当文字。

第(3)款

29. 工作组忆及，第(3)款是基于工作组第三十三届会议普遍表示的看法，即示范立法规定应当承认存在各种不同的合同惯例，通过这些惯例，在提及同意进行仲裁书面规定的情况下，订立口头仲裁协议；而且认为，在这些情况下，当事人的方理所当然地希望同意进行仲裁具有约束力（见 A/CN.9/485，第 40 段）。

30. 在审议该草案时，工作组成员普遍同意，口头提及一项表示同意仲裁的书面仲裁条款，应被视为达到书面形式的要求。然而，对于仅提及仲裁规定和条件，或提及一套标准的仲裁规则，是否满足书面形式要求的问题，有人提出不同看法。一种看法认为，这不应被视为满足书面形式要求。提出这种看法的理由是，所提到的书面案文并非实际同意进行仲裁，而只是进行仲裁的一套程序规则。根据这种看法，进行仲裁的程序应有别于当事方同意进行仲裁。另外，有人认为，这种解决办法可能会不利于当事方已同意仲裁，却没有商定一套仲裁规则，或没有商定仲裁的具体规定和条件的仲

裁。因此，有人认为，只有当仲裁条款以书面形式作出，而不论是否已签署，才算满足书面形式要求。然而，普遍的看法是，在口头同意进行仲裁中，提到仲裁规定和条件，或提到一套标准的仲裁规则，则应视为已满足书面形式的要求，因为这种口头同意已相当具体地表明仲裁该如何进行。另外也有人认为，如果适用于仲裁程序的法律（如基于《贸易法委员会国际商事仲裁示范法》的法律）充分载有如何进行仲裁的具体程序，那么，上述做法也不会不利于当事方已同意进行仲裁而没有商定一套仲裁规则的情况。相反的看法是，仲裁规定和条件以书面形式订立仍然不够，最好需要以书面形式表示同意进行仲裁。这种看法认为，应采用“[仲裁条款，而不论是否已签署]”的措辞。有人回答说，就合同来说，由于合同需要以书面形式作出，对于如何才算达到书面形式要求的解释，使得口头同意适用标准书面协议被认为已达到书面形式要求。然而，普遍的看法是，如果仲裁规定和条件是以书面形式作出，就算达到要求，而不论同意进行仲裁是否以书面形式作出。因此，大家更倾向于“[仲裁协议提及的仲裁条款或仲裁规定和条件或任何仲裁规则是]”的措辞，而不倾向于“[仲裁条款，不论是否已签署]”的措辞。

31. 由于普遍的看法是，可以与仲裁的书面规定和条件联系在一起的口头同意进行仲裁（即使这些规定和条件并没有实际上表达同意进行仲裁），应被视为满足书面形式要求，所以有人指出，似应明确表明口头协议满足书面形式的要求，或可根据形式要求缔结同意进行仲裁的协议，该协议可依赖也可不依赖书面文件。有人反对这种意见，认为最好还是表明提到书面仲裁规定和条件的口头协议才算作书面协议，因为《纽约公约》第二条要求仲裁协议以书面形式作出，而且因为需要反映列入这些措词是为了确认对该条规定的书面要求的现行解释，而不是为了创建一套新的法律制度。因此，也需要保留“为避免产生疑问”的词语。需要有该词语，是为了澄清对书面形式要求的自由解释符合《纽约公约》第二条所表达的“书面”的含义。有鉴于此，大家更倾向于“[为避免产生疑问，第(2)款的书面形式要求已达到]”的措辞，而不倾向于“[仲裁协议是以书面形式作出]”的措辞。

32. 有人认为，第(3)款因为将事实上只是一项口头协议说成已达到书面形式要求而建立了一种法律假设。有人指出，这种规定会产生深远的影响，因此需要仔细考虑其结果。有人认为，制造这种法律拟制是一种非正统的起草法律的做法，因此更难以说服立法机构应颁布这项新规定。有人指出，法庭可能会要求必须证明存在口头同意进行仲裁，这会引入更大的不确定性。为了减少建立上述法律假设可能产生的一些担忧，大家普遍认为第(3)款的措辞应尽可能是描述性的。因此，大家更倾向于备选文1所采用的措辞（即“虽然口头上、通过行为或通过书面形式以外的其他手段已缔结合同或单独的仲裁协议”）。有人认为，采用这些措辞，能够防止人们批评这项草案不够透明。经讨论后，工作组通过了备选文1的案文。

纳入第7条订正案文的新增各款

33. 工作组在完成关于第(1)至第(3)款的审议后，讨论了工作组第三十三届会议闭会前审议的“长篇幅案文”第(4)至第(7)款（抄录于A/CN.9/485，第52段）是否应纳入第7条订正案文的问题。这几款的案文如下：

“(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]。”

第(4)款

34. 有人认为，第（4）款实质内容所处理的，实际上不是仲裁协议是否符合第（1）款规定的书面要求的问题，而是经由索赔书和抗辩书形成的仲裁协议的存在和效力问题，其中一当事方声称存在一项协议，而另一当事方对此未加否认。根据这种观点，第（4）款的实质内容应放在示范法的其他地方。

35. 鉴于在首次交换索赔书和抗辩书之前未形成仲裁协议的情况并非经常发生，因此有人对第（4）款所载规定的是否有用表示怀疑。

36. 但普遍的看法是，第（4）款的实质内容是有用的，载于示范法第 7 条现有案文，也应当在订正的案文中出现。在讨论后，工作组通过了未作改动的第（4）款案文。

第(5)款

37. 人们普遍认为，第（5）款的实质内容是有用的，特别是在电子商务方面，因为电子商务严重依赖通过委托方式组建公司的概念。有人指出，第（5）款源自示范法第 7 条的现有案文，该款不应同时在电子案文中出现。在讨论后，工作组通过了第（5）款案文。作为一个起草方面的问题，已请秘书处确保第(3)款和第(5)款案文完全相符。

第(6)款

38. 根据在讨论第（3）款时表达的意见，有人对“仲裁规定和条件”的概念表示关切。但鉴于工作组已就第（3）款作出决定，人们一致认为，如果第（6）款予以保留，则该款应与第（3）款相符。

39. 讨论的重点是，第（6）款的实质内容是否应在第 7 条中出现，或该款是否应在可能订正示范法第 35 条时加以讨论。第 35 条第（2）款要求“第 7 条提及的仲裁协议原件或经适当核证的副本”，应由要求作出裁决的当事方提供。有人认为，这与工作组审议的“书面”一词的定义不符。有人忆及，工作组对“书面”一词下了包括口头协议在内的定义，使得此种协议的“原件”和“副本”概念在实践中毫无意义。有人举例说明一些国家的仲裁法已废止第 35 条规定的要求。

40. 虽然关于修订第 35 条的提议引起了许多人的兴趣，并得到了一些代表团的支持，但普遍的意见是，工作组如决定将第 6 款的实质内容列入第 7 条或列入第 35 条的修正案尚为时过早。有人请秘书处研究修改第 35 条的提议会对工作组在今后一届会议上继续进行有关讨论产生何种影响。在进行此种讨论前，决定第（6）条的案文应放在方括号内。

第(7)款

41. 有人认为，第（7）条是有用的，应为教育目的而加以保留。但普遍的意见是，在示范法的案文中列举符合书面要求的情形⁹，将造成不必要的累赘，而且可能很危险，因为这样就很难解释所列举的例子清单是否应视为详尽或仅属说明性质。在讨论后，工作组决定第（7）款不应在第 7 条案文中出现，但在拟订示范法律规定可能附带的立

法指南或任何说明性材料时会考虑该款的内容。

B. 关于《纽约公约》第二(2)条的解释文书

42. 工作组接着审议文件 A/CN.9/WG.II/WP.113 第 16 段所载的关于《纽约公约》第二(2)条的解释文书初稿。工作组所讨论的案文草稿内容如下：

“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[声明]，

“**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，

“[2] **意识到**委员会包括世界各主要经济和法律体系以及发达国家和发展中国家，

“[3] 回顾大会 2000 年 12 月 12 日第 55/551 号决议重申委员会作为联合国系统在国际贸易法领域的核心法律机构协调本领域的法律活动的任务，

“[4] **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，

“[5] **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，

“[6] **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] **还注意到**国际贸易中国际仲裁得到日益广泛的使用和承认，以及伴随着这种发展，国际贸易参与者有关作成仲裁协议的形式期望已发生变化，

“[8] **又注意到**公约第二(1)条，根据该条，“如果双方当事人书面协议，把由于某个可以通过仲裁方式解决的事项有关的特定法律关系所产生或可能产生的全部或任何争执提交仲裁，每一缔约国应该承认此项协议”，并注意到公约第二(2)条，根据该条，“书面协议包括合同里的仲裁条款和当事人所签订的或者来往书信、电报中所包含的仲裁协议”，

“[9] **关切**对公约第二(2)条存在着不同的解释，

“[10] **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……”，

“[11] **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]，

“[12] **认为**在解释公约时，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，

“[13] **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不断发展的方法，

“[14] **深信**对“书面同意”一词的统一解释是增强国际商业交易可预见性所必需需的，

“[15] **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[.....]”。

一般性评论

43. 工作组起初是把重点放在讨论解释文书的可行性，而非要修改《纽约公约》。一种意见认为：不宜采用这一文书来表示《公约》第二(2)条应被解释为具有工作组正在为《示范法》第 7 条撰写措辞的含义。有人指出，工作组正在审议的立法规定草案同第二(2)条大相径庭：例如，按照立法规定草案，口头协定提到书面仲裁条款和条件即可被认为是有效的，而按一些法律制度对《纽约公约》第二(2)条的解释，情况并非如此。有人支持这样的立场，即实现统一目标的唯一适当办法在于修改《公约》本身。但主导意见认为：工作组应重申其早先关于不应修改《纽约公约》的决定（见 A/CN.9/485，第 60 段）。有意见指出，使用声明性文书来建议对《纽约公约》第二(2)条作出统一解释是适当的，因为有些国家接受对第二(2)条的广义解释，而另一些国家仍主要采用较狭义的解释。声明的目的在于把广义解释推广到所有国家，而解释性声明则被认为是达到这一目的但又不修改《公约》的最适当方法。

声明的标题

44. 大家认为可以接受标题的内容。请秘书处复审其起草工作，避免出现这样非本意的含义：日期指的是声明而不是《公约》。大家一致同意应取消“声明”二字两边的方括号。

叙文 1

45. 工作组核准叙文 1 的内容。

叙文 2

46. 工作组核准叙文 2 的内容。

叙文 3

47. 工作组通过了叙文 3，但该叙文须表明大会已多次肯定：委员会作为联合国系统内国际贸易法领域的核心法律机构的任务规定。

叙文 4

48. 工作组核准叙文 4 的内容。

49. 工作组通过了叙文 5，但需将其中“重要”改为“重大”。

叙文 6

50. 意见表示，叙文 6 中不应提到商业惯例的改变，因为尚不能确定这些惯例在缔结

《纽约公约》后会真的改变。另有意见认为，叙文 6 中提到惯例和技术的改变可能被理解为要求对第二(2)条作出更改，而这一点是工作组已决定要反对的。因此，工作组决定删去叙文 6，但指出，在序文案文的其他地方仍应提到通讯技术的发展。

叙文 7

51. 有意见认为这段叙文应予删去，因为它会被理解为要求更改第二(2)条。同时又回顾表示，声明的目的不是更改《公约》而是为其第二(2)条提供一个统一的解释。反对意见认为，回顾过去已有意见表示过，为了阅读明白，《公约》第二(2)条不能被赋予工作组正在审议中的立法规定草稿的涵义（见上文第 43 段）。意见表示，该段必须用来解释工作组正在深入思考的行动。

52. 经讨论后，工作组重申较早的意见，即声明草稿的目的不是为更改《纽约公约》第二(2)条，而是要促进其统一的解释；由于叙文 7 并非支持这一立场所必要，因此决定应予删除。

叙文 8 和 9

53. 虽然注意到叙文 8 仅引用第二条第(1)和(2)款，但认为这一引用并无帮助，因为它没有显示不同语文文本的细微差异，这也是对“书面协议”一词存在不同解释的部分理由。因此决定，叙文应指出，存在不同的解释部分是由《公约》有效文本间的差异引起的。例如，注意到英文本第二(2)条（使用“include”“包括”一词）指出该规定并非一无遗漏地界定一项仲裁协议的所有要求，而是可允许有其他较广义的方式满足形式的要求。相反地，某些其他语文使用的用语表明该规定已将一有效的仲裁协议的所有必要要求尽皆列举。此外，某些法院对《纽约公约》第二条采用的解释是，它认为“合同内的仲裁条款”应与“当事人所签订的或者来往书信、电报中所包含的仲裁协议”一语分开阅读。这样把一条规定分成两部的作法，使法院能对第二(2)条的要件给予宽阔而广义含意，对合同中既非经当事方签订亦非往来书信、电报中包含的协议也承认作为有效的仲裁条款。但另外还有一些法院采取的立场是，“当事人所签订的或者来往书信、电报中所包含的”的要求对合同中的仲裁条款和对另外分开的仲裁协议两者都应适用。

叙文 10

54. 工作组核准叙文 10 的内容。

叙文 11

55. 工作组决定，叙文 11 应予删除，因为它暗示文书意在更改第二(2)条的解释。

叙文 12

56. 有人建议，应删除该条文，因为正如有人认为，这项声明是修正第二(2)条，而非只是促进对该条款的统一解释（见上文第 43 段），因此，该叙文不应被视为促进统一解释。然而，工作组指出它曾断定该文书旨在促进统一而非改变该公约，因此决定保留叙文 12 的内容。

57. 不过，工作组决定，应删去“和遵守诚信”的措辞，因为这些措辞与该声明的宗旨无关。

叙文 13

58. 保留叙文 13 的内容，但需删去“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不断发展的方法”等文字。

叙文 14

59. 工作组同意保留叙文 14，但须用“确定性”代替“可预见性”一词。

执行部分（第 15 段）

60. 大家普遍同意删去“各国政府”的措辞，因为是要求法官和仲裁员而未必要求国家政府考虑该声明。有人建议，用“声明”一词取代“建议”，因为“声明”将使执行部分与该声明的标题吻合。有人反对这项建议，因为它被认为指定性过强，而且可能被理解为试图直接影响各国颁布该公约，或明确表明应如何解释该公约。在这方面，有人怀疑，贸易法委员会而非《纽约公约》缔约国会议是否可视其本身有资格对该文书提供权威性的解释。经过讨论后，工作组普遍同意，这种解释作用符合条约法和贸易法委员会作为联合国系统内在国际贸易法领域中的核心法律机构的总的任务规定。

61. 至于执行条文的案文，一些代表团认为，需要避免暗示该声明试图强加关于《纽约公约》一种新的解释，或暗示它宣布该条文被纳入国内法所应包含的意义。相反的意见认为，由于该声明旨在依照《示范法》第 7 条的订正草案，促进对《纽约公约》第二(2)条的解释，因此，一些国家会将该声明视为对《纽约公约》第二(2)条规定的形式要求，提出一个富有创意或具有革命性的解释。尽管工作组未能就这一点达成共识，大家却普遍同意，该声明不会对其所针对的对象——政府、国家司法机构或仲裁员产生约束力。工作组确认，该案文只是反映委员会经深思熟虑后产生的信念或看法，工作组建议应由参与解释第二(2)条的人员、尤其是法官和仲裁员加以审议。

62. 工作组没有就将在该声明执行条文中采用的适当措辞作出最后决定。它要求秘书处拟订该条文的措辞，并在考虑到已表达的各种看法后，提出各种可能的备选文，以便在今后的会上继续讨论。

63. 在讨论了案文和非正式讨论之后，工作组通过了如下决议草案案文：

“关于对 1958 年 6 月 10 日在纽约制定的《承认及执行外国仲裁裁决公约》第二(2)条的解释的声明

“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，

“[2] 意识到委员会包括了世界上各主要经济和法律体系并由发达国家和发展中国家组成，

“[3] 回顾大会各项决议重申委员会作为联合国系统在国际贸易法领域的核心法律机构协调本领域法律活动的任务，

“[4] 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，

“[5] 深信《承认及执行外国仲裁裁决的公约》获得广泛通过尤其在国际

贸易领域是促进法治工作的一项重要成就，

“[6] **回顾**拟订公约并开放公约供签署的那次全权代表会议通过的一项决议，其中除其他外指出，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……，”

“[7] **关切**部分由于公约五种同等效力的文本在表达上的差别，对公约第二(2)条存在不同解释，

“[8] **希望**根据新通信技术和电子商业的发展促进公约的统一解释工作，

“[9] **深信**对“书面同意”一词的统一解释是增强国际商业交易确定性的必要条件，

“[10] **认为**解释公约时应考虑其国际渊源并需要促进适用中的统一性，

“[11] **考虑到**以后的各项国际法律文书，如《贸易法委员会国际商务仲裁示范法》和《贸易法委员会电子商务示范法》，

“[12] [……][秘书处将按上文第 62 段的说明编写执行部分的段落]”。

四. 关于执行临时保护措施的示范立法规定

64. 工作组着手审议第 17 条草案。该条有关于临时保护措施和有关单方的临时措施的其他规定。工作组审议的案文如下：

“第 17 条草案
仲裁庭颁布临时措施的权力

“[《贸易法委员会国际商事仲裁示范法》第 17 条案文原封不动：](1) 除非当事各方另行议定，仲裁庭经当事一方请求，可以命令当事任何一方就争议的问题采取仲裁庭可能认为必要的任何临时性保全措施。仲裁庭可以要求任何一方提供有关此种措施的适当的保证。

“(2) 临时保护措施是仲裁庭在发出最终决定纠纷的裁决之前下令采取的任何临时性措施[，不管它是以仲裁裁决的形式还是以另一种形式确立]。[为了确保此种措施行之有效，仲裁庭可以在不超过[30 天]的期限内在不通知所针对的当事方的情况下准予采取措施；在通知当事方并给它作出答复的机会之后可以延长此类措施的期限。]”

第 1 款

65. 有一种看法认为，第 1 款是可以的，因为它让仲裁庭在广阔的范围内颁发其认为必要的临时保护措施。这种看法因此认为不要改动这一款，同时也许立法指南应当解释这一款的适用范围。据指出，工作组已决定拟写非立法性的以经验为基础的案文，向仲裁庭提供指引，助其处理当事方关于颁发临时保护措施的要求（见 A/CN.9/WG.II/WP.111 第 30-32 段和 A/CN.9/485 第 104-106 段）。不过，另一种看法认为“就争议的问题”的说法收窄了仲裁庭可能颁发的临时的范围。由于这一款确立了仲裁庭颁发临时措施的权力，因此有必要考虑怎样在这一款中以最适当的方式表达这种权力。如有必要，应当修改其措辞，以澄清这项权力的范围。

66. 在讨论颁发临时保护措施的权力期间，有人表示所用文字要触及颁发此种措施的

条件或准则。还建议草拟的此一案文应当不具体地提出要涵盖的临时保护措施。增加这些条文（会提高仲裁庭颁发临时保护措施的权力的确定性）被认为是好的，因为它们还会提高确立法院执行这些措施的义务的规定的可接受性。反对的意见认为，没有必要增加这样的条文，因其甚至是不利的，因为第 1 款为颁发临时保护措施留了很大的空间，而提供更多的细节会不利地限制仲裁庭的选择权，会招致反驳及阻碍仲裁惯例的发展。

67. 另一种看法认为，添加准则和必要条件以使临时措施有个规范，最适当的地方是写进示范立法规定里。经过讨论，同意请秘书处力求确立仲裁庭可以或应当颁发临时保护措施的条件和情况。可以将其写作新的第 3 款，由工作组后届会议加以审议。据指出，这样的清单应当是说明性的，并未尽列。不过，几个代表团指出，即使是未尽列的清单也会有被人认为是仅此为止的危险，也可能会妨碍仲裁庭决定颁发何种临时措施的自主权。它们建议这个草案避免用任何详细的清单，而应象其他国际文书例如《关于民商事司法管辖和判决执行公约》（1980 年布鲁塞尔和 1988 年卢加诺）那样尽量列出一般类别，以避免出现这种危险。有人指出，这个示范立法规定应当有条款要求提出颁发临时措施的一方为执行该措施提供适当的保证金。

68. 经过讨论之后，工作组未能达成确实的结论，它请秘书处准备备选案文，供工作组在日后的届会上审议。在起草案文时，要小心不要干涉仲裁庭的自主权，并要给缔约方留下充分的自主权。有人强调说，要求提出颁发临时措施的一方为执行该措施提供适当的保证金，这一点对该款的可接受性是极为重要的。秘书处被请检视各国通过第 17 条的情况，这可能有助于日后审议该条款。

第(2)款

69. 作为一项原则，已普遍都表示支持关于准许仲裁庭单方面下达临时保护措施的案文（即不通知此项措施所针对的当事方）。虽然有人已将单方面保护措施所固有的突然因素形容为更为符合法院诉讼上的性质，从而不太符合仲裁惯例原则，但是，另有人指出，第(1)款内载的“除非当事各方另行议定”各字已顾及当事各方决定排除下达此类临时措施的可能性的情况。在不违背当事各方的此项决定的条件下，示范立法条款的目的应当是促成在仲裁庭的权力同可能被要求裁判同一件争执的法院的权力之间取得尽可能大幅度的均等。

70. 但是，有人却极表关注在根本上是否适宜在示范立法条文中载入一项准许单方面措施的规定。这类关切专注于一项事实，即这样的措施对其所针对的当事方将会带来深远的影响，而且在迅速下达命令前可能并未审查案件的实质问题。此外，有人认为此类命令很新奇，既未曾在仲裁领域试行过，也对商业上的用户形成真实的危险，还有可能损及第三当事人。有人表示支持删除示范立法条文中的提及单方面措施的任何字句。有人指出，关于在外国执行临时措施，司法法院的处境亦异于仲裁庭。尽管如果实行审议中的示范立法条文（甚至或《纽约公约》），这可能会导致产生执行仲裁庭所下达的外国保护措施的义务，但是，该项义务的效力应异于外国法院下达的关于临时措施的命令。已吁请工作组应极度审慎地考虑应否扩大此类措施的可予强制执行的情况。

71. 经讨论后，一般都认为，中否接受明示的承认单方面保护措施主要应取决于第 17 条和所建议的新条文可能会采用的关于下达执行此类措施的保障办法。

72. 有人坚决认为，鉴于此类命令的单方面性质以及此项措施对所针对的当事方可能带来的严重的不利影响，所以重要的是应当在这个规定内载入某些保障办法。此类保

障办法不妨包括规定要求下达此项措施的当事方应提交适当的财务担保，以期避免轻率的要求；而且只有在例外或紧急情况下才应下达此项命令。此外，还有人建议，要求下此项命令的当事方有义务提供全面而且坦白的一切有关资料，包括可用来阻止下达临时措施的资料。有人在草拟措施方面建议应作下列订正，即应将“为了确保任何此种措施行之有效，仲裁庭可以……准予”改为“如果有必要确保任何此种措施行之有效，仲裁庭可以……准予”，以期显示该单方面措施是一种例外情况，而非规则。还大致讨论了申请临时措施的30天期限是否适当的问题和此项时限应否由国内立法加以规定的问题。

73. 另一些建议涉及应当如何执行单方面保护措施问题。一种建议认为本问题应当由所建议的新条方第(4)款规定处理办法，该款应依下列方针重新拟订：

“ (4) 第(1)款(a)项(三)不适用于下达命令后未通知临时保护措施所针对的当事方的此种措施，但须在另一方当事人得知已下达该命令并且曾有机会质疑该项命令应否持续维持后已由仲裁庭确认了此种临时措施。”

74. 另一项建议是，应编制以下列案文为根据规定：

“如果仲裁庭单方面准予采取临时保护措施，获准可采取措施的一方得要求法院在当事各方之间加以执行或针对一方单方面地执行。如果要求针对一方单方面地执行，那么，法院应可行使自行裁量权以确定情况是否已紧急到足以应当针对一方单方面地加以执行。如果法院认定案件应容许针对一方单方面地采取行动，它就应当断定采用与适用于仲裁庭在当事各方之间准予采用保护措施的执行相同的标准加以执行的问题。如果法院执行该措施，那么，就应当对该另一方当事人下达执行命令；仲裁庭有义务进行当事各方之间的诉讼程序，以确定是否应当中止或继续维持该临时措施。如果仲裁庭在听取了双方的意见之后认定应继续维持该临时措施，那么，就应当比照与任何其他在当事各方之间准予采用的措施相同的方式来处理任何请求法院执行的要求”。

75. 工作组讨论后已请秘书处编制附有可能的备选案文的条款草案订正本，以供稍后阶段继续讨论。

76. 工作组接着审议了关于执行临时措施的一项新条款草案如下：

“新的条款执行临时保护措施

“(1) 经[仲裁庭或]有关当事方经仲裁庭批准向主管法院提出申请，第 17 条提及的临时保护措施，无论是在何国境内作出，即应予以执行，除非在下列情况下法院可斟酌决定拒绝执行：

(a) 援用的临时措施所针对的当事方提供证据证明：

- (一) 已向该国的法院提出采取相同或类似措施的申请，不管该法院是否已就申请作出决定；或者
- (二) [备选案文 1]第 7 条所提及的仲裁协议无效[备选案文 2]第 7 条提及的仲裁协议似乎无效，在这种情况下法院可能将[仲裁庭管辖权][仲裁协议有效性]问题交由仲裁庭根据本法第 16 条决定；或者
- (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；[在这种情况下法院可以暂停执行程序，直到仲裁庭听取当事各

方的意见]: 或者

(四) 临时措施已被仲裁庭撤消、暂停或修正; 或者

(b) 法院认定:

(一) 此种措施与程序法赋予法院的权力不相符, 除非法院决定为执行该措施的目的而对其进行必要的重新拟订, 以便使其符合法院本身的权力和程序: 或者

(二) 承认或执行临时措施将违背本国的公共政策。

“(2) 寻求执行临时措施的当事方应将该措施的任何终止、暂停或修正立即通知法院。”

“(3) 在重新拟订第(1)(b)(一)款项下的措施时, 法院不得修改临时措施的实质内容。”

“(4) 第(1)(a)(三)款不适用于在未通知援用该措施所针对的当事方的情况下下令采取的临时保护措施, 条件是下令采取的措施有效期不超过[30]天, 并且是在该期限到期之前请求执行该措施的。”

* 本款规定的条件旨在制定最高标准, 某个国家如果保留更宽容的条件并不违反拟实现的统一。

第 1 款

“[仲裁庭或]”

77. 讨论重点是, 新条款是否应明确规定由仲裁庭向法院申请执行临时保护措施。一种意见是, 提及仲裁庭或任何当事方申请执行是不必要的, 因为主管法院作出关于执行临时措施的决定不仅根据示范立法规定, 而且考虑到其他适用法律。此种国内法应确定谁有资格申请执行。一些国家被作为例子提出, 这些国家的仲裁法允许仲裁庭本身在此情况下提出执行申请。人们指出, 示范法规定干预此种国内法是不恰当的。据指出, 从案文中删去仲裁庭申请法院执行等字样的另一个原因是仲裁庭这样做的实际困难。

78. 相反的意见认为, 允许仲裁庭申请执行临时措施有违仲裁精神。持此种意见者认为, 仲裁庭通过提出申请, 使自己取代了因采取临时措施而受益的当事方, 从而损害自己作为公正和独立仲裁者的地位。虽然有人表示支持这种意见, 但是讨论者指出, 仲裁庭通过申请执行它同意的临时措施, 并非使自己取代某一当事方, 而仅仅是寻求法院协助执行仲裁庭本身作为公正和独立仲裁者已经采取的临时措施。仲裁庭在这方面的行动完全符合它先前作出的关于同意采取临时保护措施的决定。此外讨论中还指出, 某些国家的情势使当事方自己申请执行临时措施极其困难。确定仲裁庭是否能够直接介入寻求执行它所同意的措施, 这可能大大提高在这些国家的仲裁效率。

79. 工作组讨论之后决定, 为继续讨论起见, “[仲裁庭或]”这几个字应予删除, 但假定在立法指南或该款脚注中说明, 该规则并非意图对适用的法律允许仲裁庭自己申请执行的情况进行干预。在这方面, 讨论者感兴趣地注意到关于删除“仲裁庭”和“有关当事方”这些文字的提议。

“强制执行”

80. 一个问题是仅提及“强制执行”是否比提及“承认和强制执行”更为恰当。支持这一观点的人认为，由一法院强制执行临时措施也就意味着该法院已经承认。有人指出，根据《纽约公约》和示范法，承认的概念更广，其效果可能超越强制执行的范围。有人还指出，《纽约公约》第五条中的“承认”不一定适合于诸如临时保护措施等短期措施。然而，经讨论，工作组决定，为了同《纽约公约》和示范法第 36 条保持一致，应采用“承认和强制执行”这一术语。

“可斟酌决定”

81. 讨论的一个重点是在第(1)款所列各种情况下拒绝强制执行应否是法院的一项义务，还是仅由法院斟酌决定。与会者提请工作组注意示范法第 36(1)条关于这一点的略为不同的措词。有人认为，按《纽约公约》第五条所定方式列出拒绝强制执行的理由，可能会使条文过分累赘。另有人反驳说，法律条款草案中提出的制度比《纽约公约》第五条更为灵活。鉴于保护措施的临时性质，这种解决办法是有道理的。关于这一点，有人认为，示范法条款不妨考虑到下列事实：关于承认和强制执行仲裁裁决问题，比《纽约公约》的规定更为灵活的法律制度自 1958 年以来就已在世界上发展形成，并同该公约共存。因此在提及《纽约公约》第七条的规定的同时，应提及更为灵活的制度。大家普遍觉得，在这方面，该法律条款草案的脚注很有帮助。

82. 经讨论，工作组决定在此初期阶段不就法院有无义务拒绝强制执行或可否行使酌处权问题作出决定。大家同意，在审查按照分款(a)和(b)拒绝强制执行的各理由之后，这个问题需要进一步加以讨论。

(a)项（起首部分）

83. 工作组核可了该分款起首部分的内容。虽然有人认为“提供证据证明”等词应改为“确认”，但工作组同意保留现有用词，其理由是所提议的用词的含义在其他语文中可能没有现有用词那么肯定，这些用词反映了示范法第 36 条和《纽约公约》第五条相应词语。

分款(a)(-)

84. 工作组指出，分款(a)(-)涉及的一种情况是：在一法院收到执行临时措施的申请的同时，该法院或该国另一法院正在处理或已处理关于同一措施或类似的措施的申请。

85. 有人指出，该分款所处理的是法院可否斟酌决定它应否防止执行临时措施的一条理由。有人认为这一理由是唯一可行使酌处权的理由，条款中所列其他理由一概不能作为行使酌处权的理由，因此，条文应予以相应修改。

86. 有人认为，处理关于执行临时措施的请求的法院不仅应考虑到（或应能够考虑到）在“本国”（即颁布条文的国家）的临时措施申请，而且应考虑到在其他国家的临时措施申请。有人还指出，法院也应能够考虑到向“本国”和其他国家法院提出的执行临时措施的申请。但有人警告说，建议或要求法院考虑到向国外法院提出的申请可能会延误执行程序，而且关于在外国的民事诉讼应在另一国产生何种效果一事，也会造成复杂的问题。一般民事诉讼程序无法解决这些问题，在审议之中的示范条款中提出这些问题也许会起反作用。

87. 关于这一点，工作组由于时间不够，将关于执行临时保护措施的问题推迟到今后

的一届会议讨论。

五. 关于调解的示范立法条文

第 1 条. 适用范围

88. 工作组审议的第 1 条草案的案文如下：

“(1) 本示范立法条文在下述情况下适用于第 2 条所界定的调解：

- (a) 具有商事性质；^{*}
- (b) 具有第 3 条所定义的国际性；
- (c) 调解地在该国。

“(2) 如果调解地不在该国，第……条也可予以适用。

“(3) 不论调解所依据的是一当事方的倡议，按照当事方之间的协议，或者根据法院或主管政府实体的指示或要求，本示范立法条文均可适用。

“(4) 本示范立法条文不适用于：[……]。

“(5) 除非本示范立法条文中另有规定，当事方可商定排除或更改本条文中的任何条文。

“^{*} 应对“商事”一语作广义解释，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。”

第(1)款

(a)项

89. 工作组认为(a)项的实质部分及其注脚^{*}合在一起是可以接受的。

(b)项

90. 工作组决定(b)项应在第 3 条草案的范畴中予以讨论。

(c)项

91. 就第 1 条的结构而言，有人认为，在确定立法条文草案的适用性时，领土因素应列为第一项考虑因素。这样的重新安排是为了明白表示，用意是把领土因素当作预设规定，在第(1)款内所列的其他要素不存在时，如调解的国际性或当事方之间商定使用本示范立法条文所建立的法律制度。这个看法得到工作组的普遍支持。

92. 为了更加确定本示范立法条文何时适用，有人提议在第(1)款内增列一项条文，即当事方可自由商定调解的地点，并在无法达成协议时，由调解人或调解小组决定地点（A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1，脚注 2）。有人建议，或许可以用下面的措词取代(c)

项：“调解地可由当事方商定在该国，或者由调解人决定在该国”。在可能重新安排第(1)款的结构的前提下，此建议的实质内容获得普遍接受。就起草工作而言，有人提议，为了强调调解的实质在于双方达成协议（即使非得由调解人介入选择调解地时仍是如此），较妥的措词应类似“调解地，或由当事方商定，或由调解人协助决定，是在该国”。

93. 普遍认为，第 1 条还应当处理没有商定或决定调解地的案子，以及不可能确定调解地的案子（例如，调解是以电传方式进行时）。有人提议，示范立法条文适用性的标准或许可以规定为——举例而言——处理调解进程的机构的所在地、调解人的居住地点、或者当事方从事商业活动的地点——如果在同一国家（同上）。工作组普遍同意，当秘书处编制第 1 条的订正草案时应当考虑到这些标准。

第(2)款

94. 有人回顾，第(2)款的本意是指出，某些条文（如那些涉及在其他诉讼程序中的证据是否准予采用、在其他程序中的调解人的角色或者期限应在立法国生效，即使调解进程是在另一个国家内进行，以至于立法国的法律一般而言不适用（见 A/CN.9/485，第 120 和 134 段）。该款的实质内容获得普遍接受。大家同意，第(2)款所涉问题或许应放在有待工作组作出决定的条文草案第 11、12、13 和 14 条的范围内进一步审议。

第(3)款

“一当事方的倡议”

95. 有人认为，考虑到调解的本质是获得双方同意，一当事方的倡议不足以推动调解进程，因为另一方至少必须同意该倡议，因此建议第(3)款的措词应按此修改。

“根据法院或主管政府实体的指示或要求”

96. 关于调解是否能够因“指示”或任何强制性的决定达到，有人指出，在某些国家，由法院或任何第三方强制当事方使用调解程序是不可想象的。有人指出，原则上毫无例外，调解预先假设双方需要达成协议。此外，有人指出，在做法上，任何强加于当事方的调解机制无可避免地导致失败。工作组虽然听取了 this 个意见，但是它回顾，在若干国家的立法中，调解是在进行诉讼前的一个必要步骤。其他程序法也可能授给法院或行政实体暂时停止司法程序的权力，指令双方在进行诉讼之前设法和解。其他国家的法律可能让当事方决定是否应在所涉情况下接受调解。普遍同意，示范立法条文应适用于这种强制性的调解。

97. 就起草工作而言，有人提议说，第(3)款可能需要重新安排，以更加明白表示，它的本意是要照顾到下面三类情况：(a) 在争端存在之前已经有调解的协议（例如，在合同中有一条一般性的条文，即未来可能发生的争端应通过调解解决）；(b) 当事方在争端出现以后同意接受调解；(c) 法院、仲裁庭或行政实体强制当事方接受调解。经过讨论，大家同意秘书处应根据这些意见编写第(3)款的订正草案，旨在涵盖调解进程的所有起点。

第(4)款

98. 第(4)款的实质内容一般认为可以接受。大家同意对立法的指南应设法说明和解释制定立法者可能视何种情况为例外，不应适用示范案文草案。可能的例外领域或许包括：法官或仲裁者在审理某一争端时决定由其自身进行调解，或者应争端所涉当事方

的要求，或者是行使其本身的特权或意志。另外一个例外的情况可能是雇主与职工之间的集体谈判关系（A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1，脚注5）。

第(5)款

99. 第(5)款的实质内容一般认为可以接受。有人认为，尽管本条中一般性地提到当事方的自主性，可是这可能需要在示范立法条文草案的若干具体条文内加以重复。工作组同意，这个问题可能需要在草案实质条文的范围内进一步讨论。

第2条. 调解

100. 工作组审议的第2条草案如下：

“在本示范立法条文中，“调解”系指当事方请求第三人或一组人以独立公正的方式协助当事方设法和睦解决起因于或关系到合同或其他法律关系的纠纷的过程[而不论其是以调解、调停还是类似含义的措词相称]。”

101. 工作组指出，本条的目的是列出调解的定义的内容，同时考虑到各当事方的协议，争议的存在，各当事方有意达成友好解决办法，并由公正、独立的第三人协助各当事方设法达成友好解决办法。工作组指出，这些内容使调解一方面不同于有约束力的仲裁，另一方面不同于各当事方或其代表的谈判。

102. 一个建议是：“以独立公正的方式”一词可以删除，因为这会使定义具有主观内涵。并且，这个词可能被解释为订立法律要求，破坏这一要求将引起本示范法条款以外的后果，甚至被误解为具有一种可以断定本示范法条款是否适用的意义。有人认为，在调解的定义中列入“以独立公正的方式”一词是不必要的，该词列入第6(5)条草案就足够。不过，有人支持保留该词，表示这一词有其用意，因为那是强调调解的性质。工作组决定把这个词列在方括弧中，下届会议再就此作出决定。

103. 另一个建议是应改写第2条草案，在其适用情况中排除法官或仲裁人在裁定某一个争端中，自己运用独有的权力或酌处权、或根据争端当事方的要求，而进行调解。有人建议，这一区别可能最适宜在第1(4)条中规定。另一个建议是：在第2条草案中澄清调解人应当是对各当事方不具有强加有约束力决定的人。请秘书处起草列入这些考虑的条款草案。

104. 有人表示赞成方括弧中的词“[而不论其是以调解、调停、或以类似含义的措词相称]”，因为这表示不论怎样称呼程序，该示范法草案都适用。有人指出，在实际应用上可以采用不同形态的法律程序和技术，以期有助于争端的解决，而对各种法律形态和技术可能使用不同的词。经协议，示范法应当包括所有各种法律形态和技术，只要都符合第2条草案。

第3条. 国际调解

105. 工作组审议的第3条草案如下：

“(1) 调解如有下列情形之一即为国际调解：

- (a) 在订立调解协议时，调解协议当事各方的营业地位于不同国家；
- (b) 下列地点之一位于当事各方营业地所在国之外：

- (一) 调解地；
- (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，或
- (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。

“(2) 就本条而言：

- (a) 如果当事一方营业地不止一个，则与调解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。”

106. 有人质疑，示范法条款是否应排除国内调解。据指出，在商业上诉诸调解的所有案件的问题大致是完全一样。因此，有人建议，案文应当删除国际性的字样，使立法的各国自行以第1(4)条限制将示范法条款的立法范围。另一个意见是：关于国际性的问题，或可利用联合国国际贸易法委员会(贸易法委员会)的电子商务法所采取的办法而适当处理。不过，一般的意见是：如果不去干预国内调解，示范法条款被接受的可能性较大。一般同意：本法范围应限于国际调解，但是当事方可以作出任何关于选择本示范法条款所定法律制度的协议。因此，经协议：应有国际性的规定。

107. 讨论的核心问题是第(1)(c)段。关于本条的结构，很多人认为，在一条内并列客观标准(如调解地点等)和主观标准(如当事方关于选择本示范法条款所定法律制度的协议)是不适当的。关于条款草案内提到当事方协议的方式，有人指出，设想当事方会同意“调解协议的主题事项涉及不止一个国家”是不自然的。如果当事方要选择采用示范法条款，一般认为，应让它们直接做此选择，只需要提出第1条所将列入的适当声明，而不是推定关于争端主题事项的地点。另一种意见是，最好在“国际”一词的定义中列入关于选择采用的规定，正如《贸易法委员会国际商事仲裁示范法》所做的那样。

108. 关于是否保留“明确”一词，有人指出，鉴于调解程序属非正式性质，各当事方不一定考虑到有必要以正式文件记录它们协议进行调解。因此，应当使用比较广义的文字。但有人表示赞成保留“明确”字样。一般意见是：将该词仍留在方括弧中，以后继续讨论。

109. 经讨论后协议，第(1)(c)段应当改写大致如：“当事方[明确]同意，可适用本示范法条款”。工作组请秘书处编写一份含有这些字样的订正草案，并将之列入示范立法条文草案的适当之处。

第4条. 调解程序的开始

110. 工作组所审议的第4条的案文如下：

“(1) 有关某一纠纷的调解程序在当事一方接受对方提出的调解该纠纷的邀请之日开始。

“(2) 如果提议调解的当事方自发出邀请之日起[三十天]内，或在该邀请规定的其他时间内未收到答复，则该当事方可将之视作对调解邀请的拒绝。”

111. 有人提议统一(完全在当事方互相联系的基础上草拟的)第4条第(1)款草案和(设想可根据法院或仲裁庭等解决争端机构的指示或要求进行调解的)第1条第(3)款草案，工作组对此表示同意。

112. 关于第(2)款有人赞成重新审议三十天的期间从发出邀请之日开始的构想，改为从收到邀请之日开始。但是有人极力反对这项提议，理由是这项规定是仿照贸易法委员会调解规划第 2 条第(4)款拟订的，应使两者的案文保持一致。此外，对发送人来说，发出邀请的日期比收到邀请的日期容易确定。但是有人指出，现代通讯方式可提供充分的证据确定收件日期。

113. 有人建议说，鉴于现代通讯方式，应将 30 天的期限缩短为两周。

114. 有人指出，第 4 条没有对于调解要求发出后又撤回的情况作出规定，从而建议处理这种情况。有人反对这项建议，认为会引起不必要的细节。

115. 有人要求秘书处重新起草第 4 条以反映工作组的审议结果。有人建议说，鉴于第(2)款没有涉及调解程序开始的问题，可将该款纳入示范法草案其他条款。此外还有人指出，必须保留第 4 条，其确切的内容应在工作组审议了特别是第 11 条草案，可能还审议了第 10 条草案后再决定。

第 5 条. 调解人人数

116. 工作组审议的第 5 条的案文如下：

“除非当事人商定应有一组调解人，否则调解人应为一入。”

117. 工作组对第 5 条草案的实质性内容表示赞同。

第 6 条. 调解人的指定

118. 工作组审议的第 6 条的案文如下：

“(1) 在由一名调解人进行调解程序时，双方当事人应努力就唯一调解人的人选达成协议。

“(2) 在由两名调解人进行调解程序时，每一方当事人应指定一名调解人。

“(3) 在有三名或三名以上调解人的调解程序中，每一方当事人应指定一名调解人，并应力求就其他调解人的人选达成协议。

“(4) 双方当事人可以请求适当的机构或个人协助指定调解人，特别是：

(a) 一方当事人可请求上述机构或个人推荐适合担任调解人的人选，或

(b) 双方当事人可同意由上述机构或个人直接指定一名或一名以上的调解人。

“(5) 在推荐或指定个人担任调解人时，上述机构或个人应顾及各种可确保所指定的调解人的独立和公正的因素，并应在唯一调解人或第三调解人等情况下考虑是否宜指定一名不属于双方当事人国籍的调解人。”

119. 有人建议说，该条应规定每个调解人的指定应由双方当事人议定。有人指出，在有一名以上的一组调解人的情况下，由各当事人在未同他方协商征求他方同意的情况下指定调解人的做法可能使人对其产生一种带有派性的看法，从而在调解过程中减低双方当事人相互的信任。但是一般的看法是，现有案文的解决办法较为实际，能够迅速展开调解程序，事实上还可能有助于解决问题，因为双方当事人指定的调解人不偏不倚地独立行事比较能够澄清双方的立场，从而增加解决的可能性。

第7条. 调解的进行

120. 工作组审议的第7条的案文如下：

“(1) 当事方[通过提及一套标准的规则或以其他方式]确定进行调解的方式。

“(2) 如果未商定进行调解的方式调解人或调解人小组可按调解人或调解人小组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和迅速解决纠纷的需要。

“(3) 调解人应遵循客观、公平和公正的原则。[除非当事方另有商定，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。]

“[(4) 调解人可在调解程序的任何阶段提出解决纠纷的建议。]”

121. 一般都认为应依照贸易法委员会《国际商业仲裁示范法》第19条拟订第(1)款，并强调双方当事人可自行商定调解的方式。已经核可方括号内的措词，但是“标准的”三字当待删除。有人建议删除第(1)款，并在第(2)款内规定调解人得在听取双方意见后决定调解方式，但是这项建议没有得到任何支持。

122. 有人指出，（仿照贸易法委员会调解规则拟订的）第(2)款表明调解人，除其他外，考虑到“当事方可能表示的愿望”。工作组考虑了在这方面“愿望”一词是否适当，还是“意见”、“期望”或“意向”等用语较为适当这个问题。有人指出，在法律规定中使用“愿望”一词及其他语文的同义词是不寻常的。工作组决定，鉴于贸易法委员会调解规定中使用“愿望”一词，如果想不出任何其他令人满意的用语，可以保留该词。

第(3)款

123. 有人表示一种意见，即第(3)款不够连贯一致，因为它既有第一句中对应指导调解人行为的各项原则的一般性陈述，但又加上第二句中关于应如何进行调解的较具操作性的建议。有一种建议是：案文应当单纯地反映贸易法委员会《调解规则》第7条第(2)款的措词，第(3)款即是以其作为基础的。另一种建议是：这两句应当作为独特的条款载入示范性法定条款。工作组分别讨论了这两句。

第一句

124. 有人认为，第一句的实质内容一般而言可以接受，作为原则的陈述，这总是应当反映在示范性法定条款或可能随附该文书的任何解释性材料之中。然而，有人对在第7条内制订这种措词，以之作为法定义务有何影响，表示关注。他说，由于向法庭提供一个可以用来衡量调解人行为的尺度，第一句可能会产生不符原意的影响，即邀请当事各方通过由法庭审查调解程序来废除争端解决协议。因此，他建议，更恰当的作法是，把对原则的陈述置于颁布示范性法定条款的指南之中。然而，普遍的看法是，第一句应予保留，作为文书的执行条款，以便对调解程序提供必要的指导，特别是为了经验比较少的调解人。有人指出，对调解程序的司法控制极其有限，贸易法委员会《调解规则》（其中包含思路同第(3)款第一句相同的措词）的采用并没有导致诉讼增多。制订指导原则被认为是既对调解可能牵涉的当事各方有益，而且对调解人本身也有用。有人发表意见认为，在这种情况下，考虑到对调解过程无司法审查，这可能使基于个人赔偿责任的诉讼成为当事方唯一可以诉诸的方法，因此，指导原则特别有必要。

125. 关于第一句的措词，有人提请工作组注意在英文、法文和西班牙文文本中分别用诸如“fairness”、“équité”和“equidad”等词来表达同一概念可能会引起困难。有些人表示，赞成在英文文本中用“equity”一词来代替“fairness”，或者两者并用。有人强烈反对此一建议，理由是：采用“equity”一词可能在解释时会引起相当大的困难。另一种意见是，在有些语文文本中，凡提到“公平和公正”即意味着作决定者（或是法官，或是仲裁员）所发挥的作用，而非调解人的基本职能（后者的职能是：协助当事各方谋求争端解决协议）。因此，有人建议，应当用“不偏不倚和独立”来代替“公平和公正”等字。大家感兴趣地注意到这项建议。一种相关的看法是：公平的概念不妨反映在第(2)款，该款述及调解程序进行时的若干程序问题。讨论之后，大家同意，为了同《贸易法委员会调解规则》所用的术语符合一致，“客观、公平和公正”等字应予保留，至少作为一种可能的备选案文。大家要求秘书处根据已表达的意见和关注，研究或可替代的用词是否適切。

第二句

126. 大家普遍同意，关于第二句中所列举的各项因素，连同可能增添的其他因素，诸如当事各方的商业利益，只要它述及争端解决协议实质内容将考虑到的要素，更适当的作法将是，把它列入颁布示范性法定条款的指南之中。

第(4)款

127. 有人对本款是否有用表示怀疑。有人指出，删除第(4)款将不致使任何希望为争端解决提出建议的调解人不能这样做。又指出，事实证明，在某些情况下，调解人提出这种建议或是有害无益的。因此，有人建议，从教育的观点看，提请经验不多的调解人注意这种倡议或会引人误解。然而，鉴于在某些国家出现一种情况，即在实际进行调解时或会对调解人的建议给予重视，经决定，第(4)款的实质内容应当在删除方括号后载入第7条草案案文。

第8条. 调解人与当事方的联系

128. 工作组审议的第8条草案案文如下：

“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。”

129. 工作组对第8条草案的实质内容大体上表示满意。有人建议，该条草案或许可以适当地反映出以下原则，即双边应得到调解人平等的对待。虽然小组大体上同意这项建议的精神，但有人警告，在第8条草案中提出一项行动规则可能会产生过于形式主义的结果。譬如有人指出，要求调解人记录下他与每一当事方联系的时间，以确保与双方联系的时间是相等的做法将是不恰当的。经过讨论后，小组普遍同意，最好在第7条草案中提及调解人应给予双方平等待遇。要求秘书处草拟适当措词将其纳入第7条草案。并请秘书处注意到应避免使用可能会使人在“平等待遇”和“公平”之间产生混淆的措词。

第9条. 资料的透露

130. 工作组审议的第9条草案案文如下：

“[**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，调解人或

调解人小组可向另一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。但[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:**]除非当事方另行商定，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。”

131. 有人表示赞成备选案文 2。他们指出，在没有另行商定的情况下，要求调解人对当事一方提供的资料严格保密是确保调解过程中进行坦诚而开放的联系的唯一途径。据报导，这种保密的做法同某些国家的调解做法是一致的。为了使备选案文 2 的措词有一点灵活性，有人建议，可能可以只提及提供资料的当事方的“同意”而不是该当事方的“明确同意”。根据同样的思路，有人建议，可能需要对备选案文 2 所载一般规则提出例外的规定，例如在可能涉及刑法的问题的时候。

132. 不过广泛的普遍看法是，备选案文 1 是比较好的，它更能确保调解过程各参与方之间的信息流通。有人指出，要求调解人在将当事一方提供的资料向另一方作任何透露之前得到提供资料一方的同意是过于形式主义的，与贸易法委员会调解规则第 10 条中所反映的许多国家的既定做法是不相符的，而且可能会阻碍整个调解过程。关于备选案文 1 的措词，小组大致同意，“以便对方有机会作出其认为合适的任何解释”是多余的或是一种不必要的形式主义，应予删除。此外，小组同意，“当事方有另行商定的自由，包括”等字应从备选案文 1 第二句删除，以确保保持机密的规定适用于所有情况，甚至在各当事方没有具体商定的情况下。

133. 有人问，备选案文 1 中是否应使用贸易法委员会调解规则第 10 条所设想的“事实资料”一词，而不是“资料”一词。对此，一般人认为，在一法定规则的范围内，较广泛的“资料”一词是比较可取的，它包括了当事一方可能向调解人提供的所有有关资料，而且避免了如何解释什么可能构成为“事实”资料方面的困难。

134. 小组大致同意，在编写第 9 条草案立法指南时，应说明本条草案所指的“资料”应被理解为也包括在调解真正开始之前所进行的联系。

第 10 条. 调解的终止

135. 工作组审议的第 10 条草案的案文如下：

“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，则调解程序自从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宣布终止调解程序，则调解程序自声明发表之日起终止。”

136. 虽然提出了一些起草建议，但对目前第 10 条草案表示支持。关于(a)项，对 A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1 号文件脚注 23 中提出的起草建议表示支持，即用“订立”一词取代“签署”一词，以便更好地顾及电子商务的情况。此外有人指出，第 10 条草

案(b)项对于调解程序在什么情况下由一个调解人小组进行一事规定得不明确,但宣布程序终止不是由整个小组进行,而是由一个成员或几个成员进行。有人指出,贸易法委员会调解规则规定,如果调解人在一个以上,则他们一般应联合行动。尽管有人认为应该重新起草(b)项,以便明确规定其中所设想的声明必须来自于整个调解人小组,但人们广泛认为这是一个起草问题,工作组请秘书处就此在下一稿中提出建议。

第 11 条. 时效期限

137. 工作组审议的第 11 条草案内容如下:

“[(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中止。

“(2) 如果调解程序未获解决而告终止,则时效期限从调解未获解决而终止之时起恢复计算]”

138. 一些人表示支持第 11 条草案,因为从实际的角度看,该草案为大量案件提供了一个简单有用的解决方法,并将能够保留各方的权利,同时又不鼓励他们启动敌对程序,从而提高调解的吸引力。然而,许多代表团提出了很强的反对意见。要求删除第 11 条草案的理由有:该条草案对于保护索赔者的权利并非不可缺少(因为根据第 14(1)条草案,一个索赔者仅仅为了保护其权利即可启动法院或仲裁程序);该条文不会在立法国以外产生影响;该条文将很难纳入对这一问题采取根本不同处理方法的程序体系(例如在一些法律制度下,该条文只会产生一些程序影响,而在其它法律制度下,就会认为该条文是实体法的一部分)。反对第 11 条草案者援引了另外一个理由,就是保留该条文将使最后敲定示范立法条文草案中其它一些条文(如调解的定义以及关于调解程序的开始和终止的条文)的过程复杂化。有人指出,如果保留第 11 条草案,就必须重新起草那些条文,重新起草的方式可能会损害示范立法条文草案的可接受性。支持删除第 11 条草案的人指出,该条文目前的草案没有清楚表明在只调解一部分双方纠纷的情况下如何适用该条文。然而,工作组在讨论之后认为,删除这一条文还为时过早,同意用方括号将该条文暂时保留,供以后继续讨论。工作组指出,如果要最终保留该条文,则需要清楚说明第 11 条草案的作用是中断时效期限还是仅仅暂时停止时效期限。

第 12 条. 证据在其他程序中的可采性

139. 工作组审议的第 12 条草案案文如下:

“(1) [除非当事方另行商定,]参与调解程序的一当事人[或第三人]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,而不论这类仲裁或司法程序是否与作为调解程序主题事项的纠纷有关;

(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这一事实。

“(2) 仲裁庭或法院不应下令透露本条第(1)款所提及的资料,[而不论仲裁或司法程序是否与调解程序的纠纷事由有关,但有关仲裁或司法程序的法律允准或要

求进行这类透露除外。

“(3) 如果提供的证据与本条第(1)款相违背，则仲裁或法院应将这类证据视作不可采证据。

“(4) 仲裁或法院程序中的可采证据并不因其在调解中被使用而变为不可采。”

140. 工作组申明在总体上支持第 12 条草案所依据的政策，认为该条草案的目的是禁止在以后的程序中使用第(1)款列举的资料，从而鼓励在调解中进行坦诚、全面的讨论。人们广泛表示支持保留“或第三人”等词，因为这有利于确保非当事方但参与调解程序的人(如证人或专家)受到第(1)款的约束。有人对一名第三人(这一概念可以有非常广泛的含义)受到第(1)款的约束是否合适表示疑问，特别是在调解当事方控制了第三人所受约束的程度(借助“除非当事方另行商定”等词)的情况下。有人指出，在第(1)款能够适用的情况下，调解程序似乎仍然可以继续；反映这种情况的一个可能方式就是将该条文的有关部分改为：“目前作为或曾经作为调解程序主题事项的纠纷有关”。

141. 关于第 12 条草案提出的可采性规则的范围，有人建议，可以删除“有纠纷的事项或”等词，将“承认”一词换成“声明或承认”等词，并维持第(4)款的实质内容，从而在该条文将涵盖的证据和仍然没有涵盖的证据之间达成一个适当的平衡。有人支持这样一个建议，即使第(1)款所涵盖的那一类资料是在调解程序之前以及在等待调解程序时产生的，那么条款草案也应该涵盖这类资料。工作组商定，如果有人对该条文既涵盖口头证据、也涵盖书面证据一事抱有怀疑，则该条文应该明确指出，该条款草案涵盖任何资料或证据，而不管其形式为何。

第 13 条. 调解人在其他程序中的作用

142. 工作组审议的第 13 条草案内容如下：

“(1) 除非当事方另行商定，调解人不应在对曾经或目前是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。

“(2) 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。

“(3) 第(1)款和第(2)款也适用于同一合同或[或构成一笔商业交易一部分的另一合同][或同一笔交易或同一事件][或任何相关合同]而产生的另一纠纷。”

143. 在提出下列建议的条件下，人们表示支持第 13 条草案所依据的政策：应该扩大第(2)款规定的禁止范围，列入调解人关于当事一方在调解期间恶意行事的证词；并且在第(2)款中，应将“事实”一词换成“事项”或“资料”。有人认为，“调解人的证词”的表示方法在第(2)款的背景下或许过窄，因此“调解人提供的证据”等词更加适合。有人指出，第 12(1)条草案适用于仲裁或司法程序，而不论这些程序是否与作为调解程序主题事项的纠纷有关，而第 13(2)条草案的范围则窄一些，因为该条指的是对作为调解程序主题事项的纠纷进行的仲裁或司法程序。因此建议重新考虑两个条文之间的关系。

144. 关于第(3)款，在其中提出的三个表述中，人们表示支持“或任何相关合同”等词所表示的最广泛的表述。尽管没有人表示反对，但有人指出，“相关”一词以及其他语文版本中为表示这一概念可能使用的一些词汇却较复杂，已经造成了解释方面的困难。

145. 请秘书处考虑到人们提出的评论意见，拟订一个订正草案。

第 14 条. 诉诸仲裁或司法程序

146. 工作组审议的第 14 条草案案文如下：

“(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启动任何仲裁或司法程序，而且法院或仲裁庭应确保这一义务的履行。但当事一方认为仲裁或司法程序是维护其权利所必需时，可启动这种程序。启动这种程序本身不应被视为调解程序的终止。]

“(2) [如果当事方明确承诺[在一段时间内或在某事件发生之前]对目前或未来的纠纷不提出仲裁或司法程序，]则法院或仲裁庭[在商定的条款得到遵守之前]应确保该承诺的履行。

“[(3) 本条第(1)和(2)款的规定不应影响当事一方接触某一指定当局以请求其指定一调解人。]”

147. 有人支持第(1)款的内容。有人指出，即使涉及调解对时效期限影响的第 11 条草案将得到保留，第(1)款仍将有作用(因为索赔者可能会为了中止时效期限之外的其他目的而启动仲裁或司法程序)。

148. 另外有人支持第(2)款的内容，包括在该款内方括号之间的措词。有人认为，调解协议应对当事双方均具有约束力，尤其是当事双方明确同意在他们努力通过调解解决纠纷之前不启动两造诉讼程序时。

149. 有人指出，第(1)款允许在某些情况下启动仲裁或司法程序，而第(2)款在当事双方履行调解承诺之前不允许启动仲裁或司法程序。因此，这两款试图取得的结果可能会相互矛盾，因此，应协调和澄清这两个条款的操作。

150. 有人指出，第(3)款中“调解人”一词应改为“仲裁人”。

第 15 条. 仲裁人兼任调解人

151. 工作组审议的第 15 条草案案文如下：

“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相悖之处。”

152. 有人认为，应删除第 15 条草案，因为该条款注重在仲裁程序期间所能采取的行动，而非在调解程序期间采取的行动，因此，如需该条款，宜将其放在涉及仲裁的立法中。此外，有人忆及，在讨论第 1(4)条草案时，工作组讨论了是否能将仲裁人依照其程序特权或酌处权进行调解的那些情况排除在示范法草案的范围之外（见上文第 一段的讨论）。如果这些情况的确被排除在外，该条款草案则可删去。然而，假如示范法草案也将包括仲裁人在仲裁程序期间同意担任调解人的情况，则第 15 条草案的内容仍将有用。在这种情况下，有人建议在第 1 条草案中表达第 15 条草案的意思。工作组请秘书处根据这些讨论编写一条草案，可能的话，编写备选的解决办法。

第 16 条. 和解办法的可执行性

153. 工作组审议的第 16 条草案案文如下：

“如果当事方就解决纠纷达成协议，而且当事方和调解人或调解人小组已签署有约束力的和解协议，则该协议具有可执行性[颁布国在此处填上对这类协议可执行性的具体规定的条文]。”

154. 有人指出，关于是否可执行在调解程序中达成的和解办法有许多不同的立法解决办法。一些国家对这种和解办法的可执行性没有任何特殊规定，因此，和解办法可与当事方之间的任何契约一样加以执行。在一些关于调解法律中重申和解办法可与契约一样执行的理解。

155. 然而，也有一些法律作出迅速执行这类和解办法的规定。迅速执行的理由通常旨在促进和解办法的采用，防止出现法庭为执行和解办法进行的审判可能花费数月或数年才能作出判决然后加以执行的情况。有人举例说明，在一些法律制度中，经谈判商定的和解办法能立即得到执行，条件是这种和解办法由当事双方及其律师签署，而且和解协议表明，当事双方希望立即执行该协议。已采取的另一种办法规定，和解办法可以是迅速执行的主题事项（例如，如果和解协议由法官公证或正式批准生效，或由当事双方的律师连署）。有些国家在立法中已采取另一种作法，即授权已解决纠纷的当事双方任命一个仲裁庭，具体负责根据当事双方协议商定的条款作出裁判。

156. 也有人指出，一些法律规定，书面形式的和解协议应被视为相当于仲裁庭作出的裁判，而且应产生与仲裁最终裁判相同的效果，条件是和解程序的结果将落实到书面上，并由调解人或调解人小组以及当事双方或其代表签署。

157. 根据某国法律的另一种作法，和解协议被视为一种可执行的权原。已确定、明示和能执行的权利、债务和义务，以及和解协议中所载的内容，均应依照为执行法庭裁决所制定的条款加以执行。然而，有人指出，这种办法适用于由经批准的机构进行的调解，在这类调解中，调解人是从一个官方机构保持的名单中挑选。

158. 另外一些法律规定，和解办法应视为仲裁裁判，但这种和解办法“可经法庭允许”，以与执行判决相同的方式加以执行。这种措词似乎使法庭在执行和解办法中享有某种程度的酌处权。

159. 有人认为，示范立法条文草案可承认以下这种情况，即当事双方任命一个仲裁庭，其具体目的是负责依照当事双方商定的条款作出裁决。贸易法委员会《国际商业仲裁示范法》第 30 条设想到这种裁判。该裁判能与任何仲裁裁判一样得到执行。据这种看法认为，其他和解办法应视为契约，并作为契约执行。这种看法认为，示范立法条文应仅说明和解协议须得到执行的原则，但不应试图规定一项统一的执行办法，解决这种和解协议如何才能“具有可执行性”的问题。该事项应留给各颁布国的法律加以规定。然而，其他看法认为，为了增加和解的吸引力，需要使在调解期间达成的和解办法能得到执行。因此，有人认为可以编写一项统一的法律规定，供那些可能希望颁布的国家使用。经讨论之后，工作组请秘书处编写第 16 条草案的订正版本，同时具有可能的几种备选文，以反映讨论中已提出的各种不同看法以及已讨论过的各种立法解决办法。

注

- 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，第五十三届会议，补编第 17 号》(A/53/17)，第 235 段。
- 3 《大会正式记录，第五十四届会议，补编第 17 号》(A/54/17)，第 337 段。
- 4 同上，第 337 至 376 段和第 380 段。
- 5 同上，第 344 至 350 段。
- 6 同上，第 371 至 373 段。
- 7 同上，第 340 至 343 段。
- 8 同上，第 374 至 375 段。
- 9 例子可能是 A/CN.9/485 号文件第 23 段抄录、并根据工作组讨论情况(A/CN.9/485，第 24 至 44 段)重新拟订的第 7 条第 (3) 款的情形：
仲裁协议在下列情况下符合第 2 款的要求[A/CN.9/485，第 28 和 29 段]：
 - (a) 载于当事方商定的文件，不论当事方是否签署[A/CN.9/485，第 30 段]；
 - (b) 通过交换书面函件订立[A/CN.9/485，第 30 段]；
 - (c) 载于一当事方的书面报价或还价中，条件是[在习惯法允许的范围内]经由一当事方接受合同或通过另一当事方履约或未提出异议等构成接受合同的行为而订立；[A/CN.9/485，第 31 至 34 段]
 - (d) 载于[合同的确认][确认合同条件的函件]中，条件是，在习惯法允许的范围内，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接受了关于确认合同的条件；[A/CN.9/485，第 35 至 36 段]
 - (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；[A/CN.9/485，第 37 段]
 - (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，而另一方对此未加以否认；[A/CN.9/485，第 38 段]
 - (g) [以任何形式][口头]订立的合同，是指[仲裁条款] [或仲裁条件]，条件是所提及部分使[此种条款][此种条件]成为合同的一部分。[A/CN.9/485，第 39 至 41 段]