



联合国国际贸易法委员会
第二工作组（仲裁和调解）
第三十六届会议
2002年3月4日至8日，纽约

商事纠纷的解决

拟订关于临时保全措施的条文

秘书处的说明

目录

	段	次	页次
导言.....	1-13		3
一. 关于国内法中临时保全措施的背景资料.....	14-48		4
A. 概述.....	14-15		4
B. 临时措施的分类.....	16-18		5
1. 避免或尽量减少不利影响、损失或损害的措施.....	17		5
2. 便利执行的措施.....	18		6
C. 发布临时措施令支持仲裁的权力.....	19-33		6
1. 法院的专属权力.....	21		6
2. 仲裁庭的专属权力.....	22-24		6
3. 并存的权力.....	25-26		7
4. 接续的权力.....	27		7
5. 法院的发布权不确定.....	28		7
6. 权力限制.....	29-33		7
(a) 法院.....	29-31		7
(b) 仲裁庭.....	32-33		8
D. 临时措施申请人.....	34-36		8

	段	次	页次
E. 可下令采取的临时措施种类	37-41		9
1. 法院	37-40		9
2. 仲裁庭	41		9
F. 颁布临时措施所必须满足的条件	42-43		10
G. 法院为支持外国仲裁而发布的临时措施	44-48		10
二. 国际上关于临时措施的工作	49-71		11
A. 国际法协会的原则	50-67		11
1. 范围（原则 1-2）	52		11
2. 可否利用临时和保全措施（原则 3）	53		11
3. 临时措施的裁定的自由裁量性质（原则 4）	54-55		11
4. 资产的隐匿（原则 5）	56		12
5. 应有的程序和对被告的保护（原则 6-8）	57-58		12
6. 获得关于被告资产的资料（原则 9）	59		12
7. 管辖权（原则 10-12、16、17）	60-63		12
8. 临时措施的有效期限（原则 13）	64		13
9. 通报的义务（原则 15）	65		13
10. 跨国界相互承认和国际司法协助（原则 18-20）	66-67		13
B. 美国法学会/统法社：跨国民事诉讼程序基本原则和规则草案	68-70		13
C. 海牙国际私法会议：关于民商事司法管辖和外国判决的公约草案	71		16
三. 可能的条文	72-84		17
A. 仲裁庭下令采取的临时措施	74		17
B. 法院下令采取的临时措施	75-81		18
C. 法院与仲裁庭之间的关系	82		19
D. 临时措施的执行	83-84		19

导言

1. 委员会在其 1999 年第三十二届会议上收到了题为“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,总体上认为时机已经到来,应该对各国颁布《贸易法委员会国际商事仲裁示范法》(1985年,在本说明中也称作“示范法”)以及使用《贸易法委员会仲裁规则》和《贸易法委员会调解规则》所取得的广泛而有益的经验进行评价,并在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。¹

2. 委员会把该项工作交给了其工作组中的一个工作组处理,称之为仲裁工作组,并决定该工作组的优先议程项目应该是调解、²对仲裁协议的书面形式要求、³临时保全措施的可执行性⁴和经起源国撤销的裁决可能具有的可执行性。⁵

3. 委员会 2000 年第三十三届会议收到了仲裁工作组第三十二届会议工作报告(A/CN.9/468)。委员会满意地注意到该报告,并重申工作组的任务是决定为未来工作所确定的各项议题的处理时间和方式。所发表的几种看法的大致内容是,总体而言,工作组在决定其日后议程项目的优先次序时,应尤其注意哪些是切实可行的,注意法院的判决造成法律情况不确定或不尽如人意的的问题。除工作组可能确定为值得审议的议题外,在委员会中曾提及的可能值得审议的议题包括:1958年《承认及执行外国仲裁裁决公约》(以下称《纽约公约》)第七条更优惠权利规定的含义和影响(A/CN.9/468,第 109(k)段);在仲裁程序中为了抵销目的提出索偿要求和仲裁庭对这类索偿要求的管辖权(第 107(g)段);当事各方由自己选择的人代表其参与仲裁程序的自由(第 108(c)段);尽管有 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自由裁量权(第 109(i)段);以及仲裁庭判给利息的权力(第 107(j)段)。委员会赞许地注意到,关于“网上”仲裁(即其中相当一部分或所有仲裁程序均通过使用电子通信手段进行的仲裁)(同上,第 113 段),仲裁工作组将与电子商务工作组进行合作。关于已被起源国撤销的裁决可能具有的可执行性问题(同上,第 107(m)段),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。⁶

4. 委员会在其 2001 年 6 月 25 日至 7 月 13 日在维也纳召开的第三十四届会议上赞赏地注意到仲裁工作组第三十三届和第三十四届会议工作报告(分别为 A/CN.9/485 和 A/CN.9/487)。委员会赞扬工作组迄今就所讨论的三个主要议题取得的进展,这三个议题即对仲裁协议的书面形式要求、临时保全措施问题和拟订调解示范法。

5. 关于临时保全措施问题,委员会注意到,工作组已经审议了对《贸易法委员会国际商事仲裁示范法》第 17 条进行修订的案文草案,以及秘书处为增订该示范法而拟订的新条款草案第 1(a)(-)款的案文(A/CN.9/WG.II/WP.113,第 18 段)。会议请工作组在拟由秘书处编写的订正条款草案的基础上继续开展其工作。

由仲裁庭下令采取的临时措施

6. 工作组在其第三十届会议(2001 年 5 月 21 日至 6 月 1 日)上审议了一项条款草案,其中明确规定仲裁庭有权下令采取临时保全措施,并载有关于可下令采取的临时措施的定义(A/CN.9/487,第 64 段)。为便于在今后的一届会议上加以审议,会议请秘书处编拟备选案文,列出在哪些条款条件和情形下仲裁庭可以或应该发布临时保全措施。案文应该是说明性的,而不是齐全无缺的,以避免可能作局限性的解读。据建

议，草案应象其他国际文书，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）所采取的做法那样，列出一般类别。另据建议，示范立法条款中应载有一则规定，要求凡申请临时措施的当事方必须为执行该措施提供适当的保证金。

7. 为便于秘书处了解仲裁庭所发布的临时措施，编拟了一份简短的调查表发给仲裁员和仲裁程序顾问，以收集关于仲裁程序中所发布的临时措施的情况。

由法院下令采取的临时措施

8. 工作组在其第三十届会议（2000年3月20日至31日，维也纳）讨论可由仲裁庭发布的临时措施的时候，审议了所提出的一项建议，该建议是，针对仲裁协议一方转而请求法院采取临时保全措施的情况编写统一规则（A/CN.9/468，第85-87段）。据指出，在仲裁庭组成之前，当事方能够有效地得到法院这种协助特别重要，但在仲裁庭组成之后，当事方也可能有充分理由请求法院协助。据补充说，这种请求可向仲裁地所在国或另一国的法院提出。

9. 据认为，关于法院是否有权发布有利于仲裁协议当事方的临时保全措施，许多国家都没有这方面的规定，所以结果是，在一些国家，法院不愿发布这种临时措施，而在另一些国家，则不清楚是否以及在何种情形下可以获得这种法院协助。据指出，如果工作组决定拟订关于这个题目的统一规定，那么国际法协会的《关于国际诉讼中临时和保全措施的原则》以及制定这些原则的筹备工作，对于考虑所提议的统一规则的内容将不无益处。

10. 工作组注意到这一建议，并决定在今后的一届会议上予以审议。

11. 工作组在其第三十三届会议（2000年11月20日至12月1日，维也纳）上审议了秘书处关于这一题目而进行的筹备工作（见A/CN.9/WG.II/WP.111，第2-29段），表示支持为加强国际贸易仲裁的有效性而在今后开展工作。会议注意到这个题目涉及法院程序，在这一领域历来难以取得协调一致，因此据指出，这一领域的法律确定性对于国际商事仲裁的良好运作十分必要。据指出，关于这个题目工作将需要以广泛的实际资料为基础，秘书处应当与各国政府和仲裁组织联系，以便获得这种资料。会议请秘书处在所收到的资料基础上编拟初步研究报告和提案。

12. 秘书处编拟了一份简短的调查表发给各国政府，以了解法院是否有权下令采取临时措施支持仲裁，以及有关可能已发布的这些措施的具体实例。

13. 本说明第一部分概述了从调查中了解到的关于由法院和仲裁庭发布临时措施的情况。第二部分概述了其他国际组织关于由法院下令采取临时措施这一主题而开展的工作。第三部分则根据工作组的讨论和工作组2001年第三十四届会议审议的一项订正案文草案，提出了对所提出的其中一些问题的可能处理方法。

一. 关于国内法中临时保全措施的背景资料

A. 概述

14. 在许多法律制度中，临时保全措施对于便利传统的诉讼程序以及仲裁起着重要的作用。法院和仲裁庭经常收到仲裁程序一方对临时保全措施请求。当这些措施由法院发布时，可针对涉及纠纷的一方或双方，或针对第三方。当这些措施由仲裁庭发布

时，一般不得针对第三方。临时保全措施一般都是临时性质的，最长期限仅截至仲裁裁决令生效之时。视措施的情况而定，理应继续实行这种措施的情节在作出裁决时不再适用，或临时措施并入裁决令。这些措施有不同的称法（临时保全措施、临时命令、临时裁决令、保全措施以及初步强制救济），其目的大体上有两个方面。第一，为了在当事人纠纷解决之前保持当事人的状况，其通常称作“保持现状”的职能。第二个目的是通过在拟请求执行的法域内保持可用以执行裁决或判决的资产或财产，从而确保最后的裁决或判决可以执行。没有证据表明国际商事仲裁情形下的目标与国内诉讼情形下所追求的目标有所不同。

15. 在考虑关于法院下令采取临时措施支持仲裁这个问题的其中一些问题可如何处理的时候，工作组似宜注意到，应确保凡选择通过仲裁解决其纠纷的当事人不丧失其如果在诉讼中本可享有的任何临时救济措施的任何权利。这种做法将可有助于达到加强协调性和统一性的目标。

B. 临时措施的分类

16. 临时措施可分为不同的类别。虽然这些不同类别措施之间的区别并不总是很分明，而且具体措施也有可能归属于一个以上的类别，但对不同类别的划分可有助于了解某些国内法在何种程度上可能限制发布某种类别措施的权力，例如发布扣押措施。据指出，贸易法委员会所应编拟的统一条文并不是必须反映任何这种分类或鼓励任何这种限制。广义而言，临时措施有时分为两个主要类别——一类是旨在避免不利影响、损失或损害，一类则是便于以后执行裁决。

1. 避免或尽量减少不利影响、损失或损害的措施

17. 这些措施的目的是避免或尽量减少损失或损害，所采取的方法是例如维持事务的某种状态，直到通过最后裁决而解决纠纷，另外则是例如通过保密而避免不利影响。这些措施包括：

- (一) 责令纠纷标的物的物品仍由一方当事人占有，但由保管人保存或保留（在有些法律制度中称作争执物的保管）；
- (二) 责令被告将财产交给原告，但条件是原告必须按财产的价值交付保证金，而且在索偿要求被证明是无根据时，被告可以对保证金采取执行行动；
- (三) 如果在仲裁庭审理案件之前，某种状况显然会发生改变，则责令在早期阶段进行检查。例如，当纠纷的标的是船舶在港口内的停泊，如果已知该港口将变成一个建筑区，则仲裁庭可责令在早期阶段对港口进行检查；
- (四) 责令一方当事人向另一方当事人提供某种信息，例如计算机登录密码，以便例如可以使某项工作得以继续或完成；
- (五) 责令出售易腐变质的物品，收益由一个第三人保管；
- (六) 任命一名管理人管理可产生收入的纠纷资产，其费用则按仲裁庭的指示承担；
- (七) 责令继续履行发生纠纷的合同；
- (八) 责令采取适当的行动而避免丧失某种权利，例如通过缴纳必要的费用延续商标权，或通过付费而延长软件的许可证；以及

(九) 责令对某些信息实行保密，并采取措施确保做到这种保密。

2. 便利执行的措施

18. 这些措施的目的是便利以后执行裁决，可包括如下：

- (一) 责令在纠纷判定之前冻结资产，以及责令禁止将纠纷资产或标的物转移出某一法域，还有责令禁止在拟请求执行裁决的法域处分资产；
- (二) 对处于第三方控制下的属于仲裁一方当事人的财产发出命令（例如为了防止银行解冻一方当事人的资金）；
- (三) 对所争议的数额提供保证金，例如责令向指定帐户存入一笔数额的资金，提供所指定的财产或由第三人提供担保，例如银行或担保人提供担保；或
- (四) 提供可能所需的仲裁费用保证金，例如向仲裁庭交存一笔金额，或提供保证金或担保，通常是用以支付原告败诉的被告费用。

C. 发布临时措施令支持仲裁的权力

19. 虽然各国的程序规则可能不同，但申请法院临时措施的过程都可能涉及若干部分，以确定在何种条件下以及在何种程度上法院可能有权就国际商事仲裁发布临时措施令。首先，仲裁庭和国内法院都可能有权批准临时措施。其次，关于发布某种临时措施，仲裁庭与法院之间还有各自的权限问题。如何解决执行临时救济的问题也是一个重要问题（工作组目前正在审议这个问题——见 A/CN.9/487，第 76-87 段）。

20. 对于用以支持仲裁的临时措施问题和可能有权发布这类措施的机构，法律制度的做法各不相同。从广义上来说，可分为三大类别：此项权力只属于法院的；仲裁庭一旦组建或仲裁程序开始，此项权力只属于仲裁庭的，法院和仲裁庭都享有这项权力的。还有一些法律是没有在法律中具体规定法院的这项权力，因此不清楚法院是否可发布临时措施令支持仲裁。不过，在其中一些国家，法院把无禁令解释为允许它们发布这类措施令。在一些联邦制或非一统的法域，发布临时措施的权力可能按法院的不同级别划分，某些临时措施属于国家、省或州一级的职权，法律的细节规定彼此不同。

1. 法院的专属权力

21. 许多法律制度都作为一项一般原则而承认法院可发布临时措施支持仲裁程序。发布这种措施的权力常常明文列入仲裁或民事程序法中，可以允许法院在仲裁程序前或期间发布临时救济令。其中有些法律规定，只有法院才有权发布临时措施，无论是在仲裁程序启动之前还是之后，也无无论是在仲裁庭组建之前还是之后。⁷其中有些法律特别禁止仲裁庭发布临时措施，甚至达到更严的程度，拒绝执行当事人达成的关于将发布这些措施的权力授予仲裁庭的协议。

2. 仲裁庭的专属权力

22. 有些法律则规定，发布临时救济的权力专属于仲裁庭，法院无权发布临时措施支持仲裁。有些规定的要求是在有仲裁协议的情况下取代法院的管辖权，法院缺乏管辖权可能就是这种规定的结果。仲裁庭的权力则产生于对仲裁协议的解释，仲裁协议可解释为寻求由一个公正的第三方对纠纷加以具有约束力的最后解决，这种协议不能与

任何一方当事人的改动权共存，当事人可有权改动纠纷的标的，从而破坏或阻碍仲裁庭作出最后和具有效力的裁决。⁸有些法院把存在有效的仲裁协议视作双方当事人已决定完全排除法院管辖权，包括排除法院准允临时措施的权力。⁹根据把发布临时措施的权力保留给仲裁庭的某些法律，法院仍可为了仲裁程序当事人的利益而协助仲裁庭。这种协助可以包括发布紧急措施令要求准备案件或保障执行裁决，从而确保今后的仲裁程序行之有效。

23. 因为法律并未具体涉及在仲裁程序启动之前或仲裁庭组建之前这段时期内的临时措施问题，所以也可能产生法院缺乏管辖权的问题。临时救济也可能因为仲裁庭尚未组建或因为仲裁员无权发布所请求的具体救济令而无法从仲裁员那里获得。

24. 鉴于仲裁庭的权力来自当事方的协议，所以决定仲裁庭权力的首先是审查当事方商定的仲裁条款。当事方可能商定根据既定的一套规则，例如《贸易法委员会仲裁规则》，由正式机构进行仲裁，或临时组合进行仲裁。在这两种情况下，仲裁庭的权力将由一套既定的规则决定。如果程序的实体管辖法优先于当事方的协议或对协议加以补充，那么还可能需要审查这类法律。

3. 并存的权力

25. 根据第三种办法，仲裁庭和法院拥有并存的发布临时措施的权力，由当事人决定向哪一家申请临时救济，不过在仲裁庭组建之前，法院将一般是有权发布临时措施令的唯一机构。在权力并存的某些法律中，法院可责令采取的措施范围有时在仲裁庭组建之前比在其组建之后更广泛。例如，在仲裁庭组建之前或之后都可申请保全措施，而以保全和执行行为双重目的某些措施则只能在仲裁庭组建之前发布。

26. 有些机构仲裁规则承认仲裁员有权发布临时措施，并规定了仲裁庭与法院之间的权力划分，一般的规定是在档案转交仲裁庭之后或仲裁庭组建之前向司法当局提出申请的，并不违背仲裁协议，也不被认为是放弃仲裁协议。有些规则要求措施的申请人将向法院提出申请的事宜迅速通报仲裁庭。

4. 接续的权力

27. 还有一种做法是按仲裁庭的组建和仲裁程序的启动而划分法院与仲裁庭之间的权力。根据这些法律，法院有权在仲裁庭组建之前而不是在组建之后发布临时措施，其根据是，仲裁庭一旦组建，应由仲裁庭根据申请发布临时措施。

5. 法院的发布权不确定

28. 在有些法律制度中，并不明确法院是否有权发布临时措施支持仲裁，因为这一点在仲裁法或民事程序法规中并未明确规定。这些法律制度要求对民事程序法律作出解释，有些法院这方面的权力则来自于没有对临时措施的禁令。

6. 权力限制

(a) 法院

29. 一些国家的法院已试图对法院发布临时措施的权力规定限度。一些先例正在逐渐

形成，确定了在哪些情况下法院可合理介入而支持仲裁庭的工作但又不篡夺其权力。不过，所得出的结论因国而异，所以难以预测本国法院将在什么程度上准备介入。如上所述，法院常常划分仲裁庭组建或程序启动之前与组建或启动之后之间的时间界限。¹¹

30. 对法院临时措施发布权的其他限制涉及必须存在某些特定的情形。这些可能包括将法院临时措施的发布权限制于下列情形：在涉及第三方权利的时候；在涉及单方面申请的时候；或在法院权力将会比仲裁员权力更加有效的情况下。

31. 看来已达成共识的另一项限制是在所请求的救济直接针对实质性纠纷的核心是时候。一些立法规定，而且有些国家的法院也认为，法院有权发布临时措施，但在这样做的时候，其权力并不包括对实质性纠纷的讨论或初步裁定。如果临时措施的请求方实质上寻求获得对纠纷是非的裁决，那么法院将会拒绝这一请求。根据一些报告，即使是在仲裁员享有广泛权力的情况下，他们也不情愿使用这一权力，目的是为了避开看上去对孰是孰非作出裁定或偏袒一方当事人。法院看来也同样不情愿使用它们的这种强制权力，以避免作出可能是不成熟的决定——即在案例事实和案例法则充分提交给仲裁庭之前作出决定。法院一般都将会避免通过发布例如一项措施对合同作有效解释从而造成对案件实质的偏见。有些法院在拒绝行使其临时救济权的时候，重点考虑的是当事方所表示的将其纠纷提交保密、中立仲裁庭的意图。

(b) 仲裁庭

32. 关于仲裁庭发布临时措施令的权力，有一些限制。首先是仲裁庭的权力在何时产生（以仲裁庭组建之时为准，还是以档案转交仲裁庭之时为准，或者还是以法律或适用的仲裁规则所界定的某个其他时刻为准）。这一权力可能产生于纠纷开始之后和可能提出临时措施要求之后的某个时刻。

33. 第二个限制是仲裁庭没有执行权，仲裁庭所发布的临时措施令必须通过向法院申请执行。第三个限制是仲裁员或仲裁庭没有权力约束非仲裁当事方的任何人，因此，不能发布针对任何第三者的措施。

D. 临时措施申请人

34. 在法院享有专属权力的情况下，关于谁可向法院申请临时措施支持仲裁的问题，有两种截然不同的做法。有些法律要求由仲裁庭或仲裁员向法院提出申请（明文禁止程序的当事方这样做），但一般来说，申请人都是仲裁的一方当事人。请求仲裁庭发布临时措施的将都是仲裁的一方当事人。

35. 许多法律规定可单方面申请临时措施，但条件是，申请人必须交付损害赔偿保证金，以便万一以后裁定这一命令本不应该发出。为了获得单方面的救济，几乎总是要求申请人表明必要的紧迫性——即如果要求申请人按惯常的程序要求提前许多天通知申请所请求的救济将会造成无法挽回的损害。在例外情况下，有些法律也允许免除对保证金的要求。如果在仲裁庭组建之前请求临时救济，有些法律要求仲裁程序必须在一段既定的时间内启动，这段时期可以是数日到数月不等。

36. 如果申请临时救济被拒绝，有些法律允许申请人在无论法院是否允许的情况下均可提出上诉。有些法律则干脆否定上诉权。

E. 可下令采取的临时措施种类

1. 法院

37. 不同的法律制度以不同的方式规定临时保全措施的性质，并且采用不同的分类方法。虽然“临时和保全措施”这一术语经常使用，但这两者之间的区分并不是十分明确，而且也没有普遍公认的对临时救济的分类。但是，这种区分可能是十分重要的，因为有些法律允许法院发布其中一类而不得发布另一类措施，或者区分在仲裁庭组建之前和之后可以发布这两类措施中的哪一类（例如，见上文第 25 段）。另外，各国对法院用以支持仲裁的临时措施的范围和种类也采取了不同的做法，可能对所发布的用以支持本国和外国仲裁的措施加以区分（例如，见下文第 45 段，脚注 17）。

38. 法院可以发布的措施种类各不相同。看来最经常发布的措施令的种类是针对一个实体的财产，指示某个当局扣押或控制该财产，以及强迫一方当事人必须实施或不得实施某一特定的行为。但是，在一些讨论中，临时措施的一般概念是为了包括任何程序上的措施，或可能发布的与管理仲裁过程有关的措施。

39. 有些仲裁法律列出了可以实行的各类具体措施，而有些则笼统地阐述，例如称作“保全性或预防性和具体适合充分保障所受到威胁的权的有效性”的措施。在仲裁法没有列举措施的情况下，其中一些例子是仲裁程序中的临时措施被给予按民事程序法和法院规则规定在其他由法院监督的对方当事人事项方面的同样待遇。

40. 尽管术语上的差别，法院用以支持仲裁的广泛各类标准措施一般包括如下：

- (a) 责令保全纠纷财产，或保护非金钱性质的某种权利，一般是向纠纷的当事方发出这种命令（在某些法域中也称作“查封”）；
- (b) 责令防止一方当事人转移其所保管的或存放在第三方那里的资产或资金（某些法域称作“强制令”）；
- (c) 保存、监管或出售易腐变质物品；
- (d) 责令要求一方当事人保全其所占有的物品（某些法域称作“争执物的保管”）；
- (e) 财产检查令；
- (f) 指定由某个接收方保管财产，在纠纷解决之前不得由任何当事方占有；
- (g) 责令要求一方当事人提交保证金，以支付在其败诉时对方所承担的费用。

2. 仲裁庭

41. 根据《贸易法委员会国际商事仲裁示范法》第 17 条，许多国家法律都限制仲裁庭可以发布的临时措施种类，要求任何此种措施必须是“针对纠纷的标的”。在这方面，可以回顾到，示范法第 17 条是以贸易法委员会仲裁规则第 26 条为背景编拟的，该条提及经当事一方的请求仲裁庭可以采取“它认为必要的”任何临时措施，“包括对构成争议标的的货物的保全措施，例如命令将货物送交第三人存放或出售易腐货物”。这些法规中提到的“纠纷标的”和《贸易法委员会仲裁规则》就出售易腐变质货物而作的说明，一般在理解上并不认为是限制仲裁庭发布其认为适当的任何种类临时措施的权利。但是，法规中所提及的“纠纷标的”和“对构成纠纷标的的货物的保全”至少使一个评论者认为，所设想的措施涉及货物的保存或出售，而不是阻止资产转移到另

一个法域。相比之下，国际商会规则使用的措词是允许仲裁庭“发布其认为适当的任何临时或保全措施”，这被认为是可能提供了更广泛的自由裁量权。美国仲裁协会的规则也可能比较广泛，允许仲裁庭“采取其认为必要的任何一切临时措施”，规则中并没有提及纠纷标的。对示范法第 17 条案文的修订可以通过改写条文或通过颁布指南中的适当说明而提供消除任何误解的机会。

F. 颁布临时措施所必须满足的条件

42. 对于法院颁布临时措施支持仲裁，许多法律都规定了一些先决条件，其中最常见的是：

- (a) 申请人提交适当的保证金，作为对发布措施令后而可能产生的损害的赔偿；
- (b) 确实迫切需要所申请的措施；
- (c) 措施申请人指明，如不发布临时措施将可能造成严重程度的损害，一般称作“无法挽回的”或“重大”损害¹²；以及
- (d) 在大多数法域，根据案件的情节申请人有可能胜诉。

43. 仲裁庭可否发布临时措施，其先决条件取决于适用的法律和管辖仲裁程序的规则。可否准予临时措施，先决条件一般载于适用的法律，不过在这一领域并不统一，法律和规则并不详细规定先决条件，即使临时保全措施有可能产生影响深远的后果。在许多国际规则中，仲裁庭都被给予广泛的自由裁量权，可以决定所申请的临时措施是否适当¹³或必要。¹⁴典型的先决条件包括：所希望通过临时措施解决的问题需要紧急纠正；纠纷的标的有一定的风险；如果不允许所申请的措施将可能造成无法挽回的损害或严重或实际损害；没有其他可以利用的补救办法；以及提供了保证金。¹⁵

G. 法院为支持外国仲裁而发布的临时措施

44. 如果在一起国际纠纷中，寻求临时救济的所在国并不是进行仲裁的所在国，那么便会产生管辖权问题：国内法院是否有权准许临时救济支持外国仲裁以及根据什么理由可以这样做？作为一项一般原则，针对特定财产或由第三方所持有的财产的救济形式，与针对当事人本人的强制令相比，在地域范围上更有可能具有局限性。针对当事人的强制令无论财产处在何处都将适用。

45. 关于颁布措施支持外国仲裁的问题，各国采取了不同的做法。有些国家的法律允许诉诸于法院，不仅在仲裁于法院地国进行的情况下，也在仲裁于国外进行的情况下。这些法律一般提及必须能够在发布措施的法院的法域范围内强制执行该项措施，例如要求资产位于法院所在地的国境内（无论是否为本国居民的资产），或者可能要求被申请执行临时措施的当事方人在境内。¹⁷例如，在一些国家，法律要求法院必须对被执行者拥有管辖权，只有这样才能发布或强制执行临时措施。

46. 关于准许临时措施支持外国仲裁，一些国家的法律所要求的条件的其他实例包括：外国仲裁裁决在发布临时措施的法院的法域内将能够得以强制执行；¹⁸已充分公布了所存在的仲裁协议；¹⁹仲裁庭已提出临时措施请求；或者满足了所请求措施的当地国的法律条件。²⁰还有些法律则规定，只有当临时措施有机会在外国法域得以强制执行时，才可发布拟在国外强制执行的临时措施。

47. 但是，在许多国家，法律并未规定本国法院可以准许这类援助。在一些法律中，

只有当已向法院提出申请裁决案件的是非时，才可准允也向该法院提出保全措施申请，在存在仲裁协议的情况下，这一点显然不可能。在另外一些法律中，当仲裁是在法院的法域范围内进行的时候，法院可发布保全措施，但在国外则不行。²¹

48. 还有另一类国家是情况不明确，这是因为有关的立法并未涉及这个问题，或是因为没有关于申请这类命令的案例报告。²²

二. 国际上关于临时措施的工作

49. 关于临时措施在国际上的可得性、有效性和强制执行的问题，始终是一些不同国际组织的工作主题，其中一些国际组织目前正在草拟含有临时措施条款的案文。

A. 国际法协会的原则

50. 国际法协会在其 1996 年第 67 次大会上通过了“国际诉讼中的临时和保全措施原则”²³(“国际法协会原则”)，这些原则是由一个专家组在国际法协会的主持下编拟的(A/CN.9/WG.II/WP.108 号文件第 108 段逐字逐句地转载了这些原则)。

51. 国际法协会的原则力图确立一些一般适用的规则，协助在国家和国际一级的法律改革者把握尺度，了解由法院行使独立管辖权准予临时和保全措施以使可能被用于执行最终判决的资产得到保障的问题。²⁴ 在编拟这些原则时，铭记了“这些措施的典型范例，即冻结被告在第三方银行的银行帐户中以存款的形式所持有的资产”。²⁵ 国际法协会推荐这些原则可供贸易法委员会和海牙国际私法会议使用，并且可在国家法律改革中使用。²⁶ 但是，必须指出，在草拟这些原则时所考虑的是国际诉讼过程，而不是为支持国际仲裁而由法院准允的临时措施。不过，其中所阐述的一些问题对于考虑由法院发布临时措施支持仲裁也同样适用。现将这些原则概述如下。

1. 范围(原则 1-2)

52. 原则将民事和商事诉讼中临时措施所起的作用分为两类：(a)在所审理的问题判决之前保持现状；或(b)使可能被用于执行最终判决的资产得到保障。各国法律制度中通常都作这种区分，这也反映了不同类别的救济的必要性(A/CN.9/WG.II/WP.108 号文件第 63 段和上文第 16-18 段讨论了临时措施的不同类别)。如上所述，原则的重点在于(b)类措施，其原因不过是这类措施代表了通常可利用的从而可作比较分析的措施而已。

2. 可否利用临时和保全措施(原则 3)

53. 当用于仲裁案件时，原则似乎意味着临时措施似宜既可为外国人也可为本国公民所利用，而且既可用于在发布措施的法院所在国进行的仲裁，也可用于在外国进行的仲裁。(正如在上文讨论调查结果时所指出的那样，关于是否可利用临时措施支持外国仲裁，实际做法各不相同。)

3. 临时措施的裁定的自由裁量性质(原则 4)

54. 是否准允救济，一般这是自由裁量的，而不是强制性的，并且必须符合某些特定的考虑。比例，这其中可能包括对申请人案件是非的初步考虑，以及关于准允或拒绝措施后对当事人的相对后果的初步考虑。

55. 一些国家的判例法表明，在需要对案件是非作初步讨论的任何情况下，法院都不准备颁布临时救济支持仲裁。法院是否愿意准允临时措施，通常在很大程度上取决于措施的迫切性和如果拒绝这一措施将可能对申请人造成的损害。如果明显可以看出申请人并非只是在努力阻挠仲裁程序而已，那么似乎将更有可能颁布措施以及更有可能法院避免查看实质性问题。

4. 资产的隐匿(原则 5)

56. 原则承认被告不得隐匿其资产，例如通过将资产放入某个公司或信托中但仍然保留对资产实际上的所有权或受益权。国际法协会委员会在阐明一般原则时指出，这个问题相当复杂，需要进一步研究和考虑。

5. 应有的程序和对被告的保护(原则 6-8)

57. 虽然并非总是可以事先通知被告有人正在申请临时措施令，特别是当需要出奇不意的时候，但作为一项一般规则，被告有权迅速获知所发布的措施。原则强调指出，被告应被给予机会在一段合理的时间内进行申辩以及对临时和保全措施提出反对。

58. 作为对被告的另一项保障措施，法院可能需要有权要求申请人提供保证金或其他条件(例如，在证明所申请的措施无正当理由时，申请人保证向被告作出赔偿)，以弥补因为准予颁布措施而可能对被告或第三方造成的损害，例如，因为颁布的措施无正当理由或范围太广。如果所作的赔偿保证有可能证明仍然不够，法院还考虑要求提供保证金，那么另一个考虑因素则可能涉及申请人是否有能力满足对这种损害提出的赔偿要求。所申请的措施种类是临时措施可能附带的有关条件的一个通常决定因素。²⁷

6. 获得关于被告资产的资料(原则 9)

59. 在一些国家，在是否能获得关于被告资产的资料这个问题上，申请人不可能获得什么救济，例如，申请人可能没有法定的权利由第三方告知关于被告在银行所持有的资产的情况。有些法律制度则较为广泛地规定了附加披露的要求。正如国际法协会的原则所表明，这两种不同立场的背后是相互竞合的重要政策；例如，特别是在欺诈的情况下，有必要加以披露，以使申请人可以有效地追查和追回资产，而另一方面则是必须保持银行秘密以及个人财务事项上的隐私权。

7. 管辖权(原则 10-12、16、17)

60. 对于是否可准予临时救济措施支持外国程序，一项限制可能是要求申请措施的诉讼地法院必须对实质性纠纷拥有管辖权。例如，在一些国家，不可以颁布一些临时保全措施，除非实质性程序正在或将在该国法域内的法院进行，或在该国法域内的仲裁庭进行。而在其他一些情况下，是否可准予临时救济支持外国法院程序，有关的规定仅限于特定公约(例如，1968 年布鲁塞尔公约)的一些缔约国。还有在另一些情况下，这种规定将适用于世界上任何地方的外国法院程序，法律没有规定申请救济的所在国法院可在什么基础上判断其对诉讼中的实质性问题拥有管辖权。在这类法域中，法院已表明，只要不是作为例行事项或不加仔细考虑便准予救济，那么救济便不应局限于特殊情况。²⁸ 这些考虑因素可能包括例如临时救济是否可能妨碍或阻碍受理实质性程序的法院对案件的管理；或造成其他法院的命令与此相冲突、相重叠或不相一致的氛

险；以及是否曾向初审法院申请这类救济而初审法院拒绝给予救济。

61. 国际法协会的原则主张，在一定条件下，可以仅仅因为资产的所在而产生管辖权。这些条件包括资产的所在(或事实上是准予对这些资产的临时保全措施)不应作为一个依据而用以建立较为一般的实质性管辖权。这一条件反映了一些不同国家的共同立场：申请人有义务在合理的时间内在诉讼地或国外提起实质性诉讼，而且国外作出的任何裁决应有合理的可能性可以在准允临时救济的诉讼地得到承认。

62. 如果法院正在对案件的实质事由恰当地行使管辖权，那么对被告本人可以发布的范围广泛的各种命令则是许多国家法律的一个特点。法院的权力将包括针对被告本人发布临时和保全命令，以冻结被告的资产，而不论这些资产位于何处，也不论被告当前或者曾经是否身处管辖区范围内。

63. 但是，如果法院并不是在对案件的实质事由行使管辖权，而单纯是在准允临时和保全措施方面行使管辖权，那么就需要谨慎一些。法院的管辖权可能需要局限于在管辖区范围内的资产，特别是为了确保第三方得到保护，免于否则可能发生的管辖权冲突的影响。在符合国际法的前提下，国家规则(包括冲突法规则)将决定资产的所在地。

8. 临时措施的有效期限(原则 13)

64. 临时和保全措施应有一定时限的有效期。这一原则与被告的申辩权相关。如果所请求的措施有可能发生争议，例如单方面的措施，或者如果延长将有可能对被告造成特别沉重的负担，那么有特定期限这一点也可能十分重要。关于单方面措施，要求申请人返回法院续延措施将可使被告届时有机会进行申辩。法院届时可根据审理实质性诉讼的仲裁庭内的进展状况考虑是否续延临时措施。

9. 通报的义务(原则 15)

65. 应该要求临时和保全措施的申请人迅速向仲裁庭通报根据申请人请求所发布的命令。要求申请人通报被请求发布临时命令的法院关于在其他法域临时和保全措施的优点和进程的仲裁程序现状，也十分重要(通报的义务在 A/CN.9/WG.II/WP.110 号文件第 64 段关于执行临时措施的部分中作了讨论)。

10. 跨国界相互承认和国际司法协助(原则 18-20)

66. 虽然并不是力图强加义务，要求承认在其他国家发布的命令，但在承认和司法协助方面，鼓励给予合作而发布本国的补充命令，可产生具体的结果。根据当事方的请求，法院可考虑到其他法域发布的命令。另外，法院也似宜在必要时给予合作，以使其他法院发布的命令行之有效，并考虑本国适当的补救措施。

67. 命令属于临时性质而不是最终和结局性的这一事实本身，不应构成一个障碍，妨碍合作或甚至是承认或执行(临时措施的执行问题在下列文件中作了讨论：A/CN.9/WG.II/WP.110，第 52-80 段；A/CN.9/WG.II/WP.113，第 17-18 段；A/CN.9/487，第 64-87 段)。

B. 美国法学会/统法社：跨国民事诉讼程序基本原则和规则草案

68. 这是一个联合项目，旨在制订一国可用以裁决国际交易引起的纠纷的程序规则。

原则草案可成为规则草案的解释性指南，并可用作解释原则。还可用作准则，解释现有的国内程序规则。规则草案则可以相应地看作是原则的样例。基本原则草案 2001 年 11 月订正本载有下述涉及临时措施的原则：

“3.3 只有当其他任何法院均不合适时，才可对位于法院地国的争执物财产的保管而行使管辖权。

“3.4 即使对于纠纷另一国的法院拥有管辖权，也可对法院地国境内的财产提供临时措施。

“4.3 不得仅仅因为某人的住所不在法院地国而要求其提供费用保证金或临时措施的赔偿责任保证金。在任何情况下不应因费用保证金而限制诉诸司法的权利。

“26.1 应当为及时迅速、有效和高效地执行本原则所规定的程序中裁定的临时补救措施、赔款（包括偿付费用）判决或强制令判决而规定程序。

“27.1 对于本原则规定的程序中所作出的最后判决或裁定的临时补救措施及其是否符合有效执行的条件，法院地国和其他国家应当给予同该法院的其他判决或临时补救措施同样的承认。

“28.1 凡已承认本原则的国家的法院，均应向正在根据本原则审理诉讼的任何其他国家的法院提供支持，包括准予保全性或临时性救济，或协助鉴定、保存或出具直接相关的证据。”

69. 规则草案 2001 年 11 月的文本载有下述关于临时措施的条文（带评注）：

“17.1 法院可以依照法院地法在不违反适用的国际公约的情况下发布强制令，以便为保持现状或为防止在诉讼之前造成无法挽回的损害而酌情对受该法院权力限制的任何人的行为加以约束或要求其有所行为。此种补救措施的范围应受相称原则的管辖。

17.1.1. 只有当证据表明存在着紧迫必要性和主张提供此种救济的公正性考虑为主导考虑因素时，法院才可在对方当事人有机会答辩之前发布此种强制令。强制令所针对的当事人或个人应有机会在实际可行的情况下尽早就强制令的适当性作出答辩。

17.1.2. 法院可以在听取有关方面的答辩后发布、取消、续延或修改强制令。

17.1.3. 如果最后证明准予强制令是错误的，则申请人应负责充分赔偿强制令所针对的个人而遭受的损失。

17.1.4. 法院可以要求救济申请人交付保证金或承担对强制令所针对的个人的赔偿义务。

“17.2 强制令可以限制法院管辖权范围内的所辖个人在诉讼结束之前不得转移位于任何地点的财产或资产，并可要求当事人迅速披露其资产包括受其控制的资产所在的地点，以及身份或所在地点相关的人员的下落。

“17.3 财产或资产在国外的，由该财产或资产所在国的法律管辖对前款规定的强制令的承认和执行，并以该国主管法院发布强制令的方式加以承认和执行。

“34.2 对于初审法院准予或拒绝一项根据第 17 条规则申请发布强制令的命令，须立即加以复审。除非复审法院另有命令，复审未决期内强制令依然有效。”

70. 以下是对这些规则的评注：

“C-17.1 “强制令”一词是指要求或禁止实施某一特定行为的命令，例如，保持财产的现状。第 17.1 条规则授权法院在要求实施某一行为时发布肯定式强制令或在禁止实施某一特定行为或行动过程时发布否定式强制令。是否采取其他临时补救措施或临时措施，例如扣押或查封财产，应当根据法院地法律确定，包括适用的国际法原则。

“C-17.2 第 17.1.1 条规则授权法院以紧迫必要性为由在不通知强制令所针对的个人的情况下发布强制令。“紧迫必要性”是单方面强制令的依据，同公正性主导考虑因素的概念一样，是一个实际的概念。后者相当于普通法中的“公平权衡”概念。公正性考虑包括申请人的主张的合理程度、需提供临时补救的紧迫性以及可能因准予补救而造成的实际负担。此种强制令通常称作单方面强制令。在普通法程序中此种命令一般称作“临时限制令”。

“在审查单方面强制令申请时，法院面临的问题是，申请人是否已合理、具体地证明需为防止诉讼所涉情形出现无法挽回的恶化而必须发布此种命令，并证明等到对方当事人有机会陈述己见再发布命令将是不谨慎的。证明有必要发布命令的责任应由请求发布单方面强制令的当事人承担。但是，应当在实际可行的情况下尽早为强制令所针对的对方当事人或个人提供陈述己见的机会。

“C-17.3 无论是程序规则还是道德准则，一般都要求请求发布单方面强制令的当事人详尽地披露各个方面的情况，包括那些有利于对方当事人的情况。不披露这些情况，即构成撤销强制令的理由，甚至有可能成为向请求方索赔的根据。

“C-17.4 如第 17.1.2 条规则所示，即使法院已拒绝发布单方面强制令，法院仍可在审案时发布强制令。法院早先已发布单方面强制令的，仍可根据审案时事态的发展延续或修改其命令。证明有必要发布强制令的责任由原告承担。

“C-17.5 第 17.1.4 条规则授权法院可要求交付押金或其他损失赔偿金，以防范可能因强制令造成的侵害和损害。此种赔偿的具体内容应根据法院地的一般法律确定。

“C-17.6 第 17.2 条规则允许法院禁止转移位于法院地国境外的财产并要求披露当事人的资产。在联合王国的法律中，这称作 *Mareva* 强制令。《布鲁塞尔公约》要求该公约的签署国承认此种强制令，因为强制令是一种判决。本款还授权发布一种要求为便利执行最后判决而披露有关者身份和所在地的强制令。

“C-17.7 第 34.2 条规则规定可以根据管辖法院的程序复审一项准许或否定初步强制令的命令。不同法系以不同的方式管理二审仲裁庭的复审，所以此处只能说明有关立即复审的一般原则。如果强制令是单方面发布的，则尤其有必要为复审提供保障。不过还应认识到，此种复审可能造成时间损失或程序滥用。

“C-17.8 第 17.3 条规则就涉及位于另一国的财产或资产的初步强制令作出了规定。在跨国诉讼中，可能需在对案件拥有管辖权的法院的所在国以外的国家“封锁”或“披露”财产或资产。另一个问题涉及此种强制令的执行。是否承认这种强制令，取决于财产或资产所在国法律的规则和原则。

“C-34.3 第 34.2 条规则允许对准予或否定强制令的命令进行诉讼其中的中期上诉复审。参见第 17 条规则。除非复审法院另有命令，否则复审未决期内强制令依然有效。法院可以在情况需要时对终止或解除强制令作出决断。”

C. 海牙国际私法会议：关于民商事司法管辖和外国判决的公约草案

71. 常设主席团和联席报告员根据外交会议第一期会议（2001年6月6日至20日）第二委员会的讨论情况编写的临时案文载有一些涉及临时和保全措施的备选条文，不过，这些措施是否应纳入公约范围的问题尚未解决。²⁹

第13条 临时和保全措施

[备选条文 A]

1. 受理案件的法院³⁰根据第[...]条对断案拥有管辖权的，也有权发布临时和保全³¹措施。
2. 缔约国的法院即使对裁定某一索偿要求的是非曲直无管辖权的，亦[可][有权]³²对位于该国的财产或执行上限于该国境内的财产发布临时和保全措施，以便按是非曲直临时保全一项正在审理的索偿要求或一项将要提出的要求，后者根据第[...]条对裁定该要求拥有管辖权的缔约国境内的请求方提出。³³
3. 本公约的任何规定不得妨碍缔约国法院为了按是非曲直临时保全一项正在审理的索偿要求或[原文如此]由另一国境内请求方提出的索偿要求而发布临时和保全措施令。³⁴
4. 在第3款³⁵中提及的临时和保全措施系指
 - a. 在裁定审理的争议之前保持现状的措施；或
 - b. 提供一种初步手段以使可被用于执行最终判决的资产得到保障的措施；或
 - c. 约束被告人行为以防止当前或即将发生的损害的措施。]

[备选条文 B]³⁶

法院已受理或将要受理、某一索偿要求并根据第[3至15]条对裁定该要求的是非曲直拥有管辖权的，亦可发布旨在保全该要求标的物的临时和保全措施令。]

[第23A条 临时和保全措施的承认和执行³⁷

[备选条文 A]

1. 一项临时和保全措施令的判决，只要是由受理索偿要求的法院³⁸按是非曲直作出的，即应根据第[25、27-34]条在缔约国得到承认和执行。
2. 本条中提及的临时或保全措施系指：
 - a. 在裁定审理的争议之前保持现状的措施；或
 - b. 提供一种初步手段以使可被用于执行最终判决的资产得到保障的措施；或
 - c. 约束被告人行为以防止当前或即将发生的损害的措施。]

[备选案文 B]

凡根据第13条³⁹发布的临时和保全措施令，均应根据第[25、27-34]条在其他缔约国得到承认和执行。]]

三. 可能的条文

72. 上文讨论的材料表明，关于法院和仲裁庭发布的支持仲裁的临时措施，有若干问题工作组似宜予以考虑。

73. 这些问题是：是否有权发布临时措施令，如果有，该权力的范围和程度如何；在仲裁庭组建以后法院与仲裁庭之间的关系，以及其各自发布临时措施的权力（包括在仲裁庭组建以前）；发布这类措施的前提条件；对发布的临时措施可能附加的条件；可能发布的措施的类型和范围；以及是否可在外国法域执行这些措施。关于法院下令采取的措施，还存在着下令采取临时措施的权力是否对国内仲裁和外国仲裁都适用的问题。

A. 仲裁庭下令采取的临时措施

74. 工作组在其 2001 年第三十四届会议上根据秘书处编写的条文草案讨论了仲裁庭发布的临时保全措施问题。工作组的审议情况载于 A/CN.9/487 第 65-76 段。下文所载经修订的条文草案是根据 A 工作组对贸易法委员会《国际商事仲裁示范法》第 17 条的审议情况而编写的。

第 17 条草案

- (1) 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保全措施。
- (2) 要求采取临时措施的当事方应提供下述证据：
 - (a) 要求采取的措施存在着迫切必要性；
 - (b) 如不下令采取临时措施会造成严重程度的危害；以及
 - (c) 根据案情，申请采取措施的当事方可能胜诉。
- (3) 仲裁庭可以要求当事任何一方提供对此种措施的适当保证金。
- (4) 临时措施或保全系仲裁庭在作出据以最后解决纠纷的裁决之前下令采取的任何临时措施[，无论其体现为仲裁裁决形式还是其他形式]。在本条中，临时措施的提法包括：⁴⁰

备选条文 1

- (a) 在裁定所涉问题以前保持现状的措施；
- (b) 提供一种初步手段以使可被用于执行裁决令的资产得到保障的措施；或
- (c) 约束被告人行为以防止当前或即将发生的损害的措施。⁴¹

备选条文 2

- (a) 避免或尽量减少不利影响、损失或损害的措施；或
 - (b) 为以后执行裁决提供便利的措施。
- (5) 在需要确保临时措施行之有效时，仲裁庭仅可在下述情况下准允采取[为期不

超过[...]天的]措施[，而不通知该措施所针对的当事方][，而且在该措施所针对的当事方有机会作出答辩之前]:

- (a) 为确保措施行之有效而必需的；
- (b) 申请采取措施的当事方提供了对措施的适当保证金的；
- (c) 申请采取措施的当事方能够证明该措施的迫切必要性的；以及
- (d) [该措施所依据的是公正性主导考虑因素的⁴²]。

[(6) 应根据第(5)款采取的措施通知该措施所针对的当事方，并在实际可行的情况下尽早向其提供申辩的机会。]

(7) 在措施针对的当事方获得通知并有机会作出答辩之后可以延长或修改根据第(5)款准予采取的措施。

[(8) 如果在发布该措施后第(2)款所述的情形发生改变，可以[根据当事一方的请求]修改或终止临时保全措施。]

[(9) 申请发布临时保全措施的当事方应在提出请求后将第(2)款所述情形的重大变化迅速告知法院。]

B. 法院下令采取的临时措施

75. 如上文所述，对已达成有效仲裁协议的情形法院是否有权发布临时措施不很确定。尽管贸易法委员会示范法第 9 条规定，当事一方请求采取临时保全措施和法院准予采取这种措施均与仲裁协议不相抵触，但示范法并未完全解决法院是否有权发布临时措施的问题。因此，在某些法域中，通过第 9 条可能不足以确定法院是否具有发布支持仲裁的临时措施的明确权力。

76. 工作组似宜考虑是否应拟定一则条文，澄清法院权限问题。如果考虑拟定这则条文，工作组还似宜考虑三个相关的问题（工作组在其第三十四届会议（2001 年 5 月 21 日至 6 月 1 日，纽约）上审议仲裁庭下令采取的临时措施时曾讨论过这些问题（见 A/CN.9/487，第 64-68 段）：

- (a) 权力的范围及是否应使用“纠纷的标的”或其他某种措词（如贸易法委员会示范法第 17 条中所列）的提法等任何方式限制这种权力以及是否可单方面下令采取这类措施；
- (b) 发布临时措施的前提条件以及是否应将这些前提条件列入条文之中，其中包括下述要求：当事一方应提供适当的保证金（见贸易法委员会示范法第 17 条）；能够证明该措施是迫切需要的；或能够证明如不下令采取该措施会造成严重程度的损害（关于这些前提条件的常见示例载于上文第 37 段）；以及
- (c) 法院可下令采取的支持仲裁的措施类型及究竟在条文中具体列明这些措施以便向法院提供协助并做到在某种程度上前后一致和透彻明了，还是应使用范围较广的几类措施的提法列入这些措施。可在条文中列入这些提法，以便纯粹（而不是详尽无遗地）举例说明法院可发布的措施类型，或可以在条文解释性指南中讨论这些措施的情况。

77. 鉴于工作组对由仲裁庭下令采取的临时保全措施的讨论情况以及在关于法院下令采取的措施方面所讨论的问题的类似性程度，工作组似宜考虑在法院下令采取的措施

上是否宜使用与上文就仲裁庭下令采取的措施的行文措词大致类似的措词，同时视情况提及法院并考虑到下文所建议的修改。

78. 可删除该条文草案第 17 条第(1)款中提及当事方协议的部分，因为该款不适用于申请由法院下令采取临时措施。该条文的本意是适用于请求发布临时措施支持国内和外国仲裁程序。

79. 各国法律中（至少在诉讼当事方方面）已经载有与措施类型及发布措施的先决条件有关的条文。根据上文所述就仲裁庭下令采取的临时措施而进行的讨论，工作组似宜考虑究竟是拟定一套关于适用于法院为支持仲裁程序而发布的措施的类型和先决条件的统一规定，还是将有关诉讼的现行规定适用于支持仲裁的临时措施。关于可予以发布的措施类型的统一规定可以使用与条文草案第 17 条第(4)款行文措词大致相同的措词，提及措施的一般类别。体现与诉讼有关的现行规定的另一种做法或许是：

(4) 法院为了和关于仲裁程序而享有的发布临时保全措施的权力应与为了和关于法院诉讼程序相同。⁴³

80. 工作组在其上届会议上讨论了仲裁庭有否可能单方面下令采取临时措施的问题，同时不无关切地注意到在执行由法院和由仲裁庭下令采取的单方面措施上存在着不同的看法（见 A/CN.9/487，第 70 段）。如上文第 30 段所述，许多法域允许法院在某些条件下单方面发布支持仲裁的临时措施。这些条件包括提供损害赔偿保证金和表明必要的迫切性。

81. 工作组似宜考虑是否应在统一规定中涉及法院单方面发布临时措施的权限问题，而且如果在统一规定中涉及法院权限问题，则是否应将曾讨论过的关于仲裁庭发布临时措施的先决条件作为参照样例。如果采用与上文第 79 段讨论过的条文行文措词大致相同的条文，那么单方面发布临时措施的问题将随着对于诉讼的立场而定。为推动采取更为统一的立场，工作组似宜考虑将行文措词与上文所述大致相同的条文作为条文草案第 17 条第(5)和(6)款。

C. 法院与仲裁庭之间的关系

82. 如上文所讨论过的，关于发布临时措施的权限以及法院和仲裁庭之间如何划分该权限，显然存在着一些不同的做法。为确保能够卓有成效地向同意仲裁的各当事方提供临时措施，当事方似宜既可向仲裁庭也可向法院提出请求。如上文第 75 段所述，示范法第 9 条仅部分实现了这一目标，因此向法院提出关于临时措施请求既不与仲裁协议相抵触，也不构成对仲裁协议的放弃。工作组似宜考虑是否需要对此一问题进行进一步的审议。

D. 临时措施的执行

83. 工作组在其 2001 年第三十四届会议上在秘书处编写的条文草案基础上讨论了执行仲裁庭依照第 17 条发布的临时保全措施的问题。工作组的审议情况载于 A/CN.9/487 号文件第 76-87 段，但由于时间不够，工作组未完成其对执行条文的审议。下文所载的订正条文草案是根据工作组所审议的那些条文部分编写的。

临时保全措施的执行

(1) 有关当事方经仲裁庭批准而提出申请后，在下述任一情况下，主管法院

应拒绝承认和执行第 17 条所述的临时保全措施，而不论该措施是在哪一国下令采取的：*

(a) 措施所针对的当事方提供了下述证据：

(一) [备选条文 1]第 7 条所述仲裁协议无效[备选条文 2]第 7 条所述仲裁协议看似无效，在这种情况下，法院可将[仲裁庭管辖权][仲裁协议有效性]的问题交由[仲裁庭根据本法第 16 条决定]；

(二) 临时措施所针对的当事方未收到关于指定仲裁员或关于仲裁程序的适当通知[在这种情况下，法院可在仲裁庭听取当事方的陈述之前中止执行程序]；或

(三) 临时措施所针对的当事方未能就临时措施陈述其观点[在这种情况下，法院可在仲裁庭听取当事方的陈述之前中止执行程序]；或

(四) 临时措施已由仲裁庭终止、中止或修改。

(b) 法院认定：

(一) 所请求的措施不符合法院程序法赋予法院的权限，除非法院决定在必要的范围内重新拟定这一措施，以使之与法院在加以执行时的权限和程序相符；或

(二) 承认或执行临时措施将有悖于本国的公共政策。

(2) 在有关当事方经仲裁批准而提出申请后，如果措施所针对的当事方提供了证据，证明已就相同或类似的临时措施向本国法院提出过请求，则不论该法院是否已就该申请作出裁决，主管法院均可自由裁量而拒绝承认和执行第 17 条所述的临时保全措施，而不论该措施是在哪一国下令采取的。

(3) 寻求执行临时措施的当事方应将终止、中止或修改该措施的任何事宜迅速通知法院。

(4) 法院在根据第(1)(b)(一)款重新拟定措施时，不应改变临时措施的实质内容。

(5) 第(1)(a)(三)款不适用于下述情形：

[备选条文 1]在未通知临时保全措施所针对的当事方的情况下下令采取的临时保全措施，但前提条件是，下令采取的措施有效期不超过[30]天，而且是在有效期届满之前请求执行该措施的。

[备选条文 2]在未通知临时保全措施所针对的当事方的情况下下令采取的临时保全措施，但前提条件是，在对方当事人能够就临时措施陈述其观点后仲裁庭对这类临时措施予以确认。

[备选条文 3]如果仲裁庭自由裁量后决定，根据第 17(2)条所述的情形，只有在法院不通知临时保全措施所针对的当事方即颁布执行令的情形下临时保全措施才能行之有效。

* 本条所载先决条件的目的是将法院必须拒绝执行临时措施的情形局限在少数情况内。如果一国对于必须拒绝执行的情形较少，这与这些示范条文力图实现的统一性并无相悖之处。

84. 工作组还似宜审议法院发布的支持仲裁的临时措施的执行问题，尤其是因为只有在执行由外国法域的法院发布的措施时才有可能产生这一问题。关于执行法院命令，目前尚无任何多边国际机制，但是如上文所述，海牙国际私法会议目前正在拟定一份可能也适用于临时措施的公约。由于不存在这一制度（而且鉴于很难就可能适用于临时措施的多边机制取得一致意见），工作组似宜考虑替代性做法。这些做法可包括受贸易法委员会《跨国界破产示范法》第 26 条和国际法协会第 18-20 号原则的启示而制定的关于法院之间进行协调和合作的机制。如上文第 61 段所述，在没有义务承认其他国家的命令或与其他法域的法院和仲裁庭进行合作的情况下，鼓励当地国在发出互为补充的命令上进行合作可能会在承认和司法协助方面产生具体的结果。这尤其适用于冻结资产等这类请求在若干法域执行临时措施的情形，其中可包括法院之间交流信息，法域之间进行协调，执行外国临时措施，以及就当地国适当的补救办法进行协调和合作。

注

¹ 《大会正式记录，第五十四届会议，补编第 17 号》(A/54/17)，第 337 段。

² 同上，第 340-343 段。

³ 同上，第 344-350 段。

⁴ 同上，第 371-373 段。

⁵ 同上，第 374 和 375 段。

⁶ 同上，《第五十五届会议，补编第 17 号》(A/55/17)，第 396 段。

⁷ “仲裁庭的组建”一语有几种可能的不同含义，其中包括当事方选定仲裁员的时刻；仲裁庭被指定之日；仲裁庭举行其首次会议之日，无论是否有当事人或其代表出席。

⁸ 《电子系统公司诉伊朗伊斯兰共和国》，2，伊朗—美国，Cl. Trib. Rep. 51，57(1983 年)。

⁹ 虽然《贸易法委员会国际商事仲裁示范法》已经通过，但显然申请法院实行临时救济并非与存在一项有效的仲裁协议不相容：第 9 条。

¹⁰ 《贸易法委员会仲裁规则》第 26 条；《国际商会规则》，第 23(2)条；《美国仲裁协会商事仲裁规则》，第 36 条规则；《伦敦国际仲裁庭规则》第 25 条。

¹¹ 一个国家的法律规定，临时措施的发布权仅限于在已作出裁决并向法院备案之后的时期，目的是确保裁决可以得到执行。

¹² 不可挽回的损害这一概念一般是设想将要造成的损害是法律上的补救(即损害赔偿)不足以补偿的。

¹³ 《国际商会规则》，第 23(1)条；《伦敦国际仲裁庭规则》，第 25.1(a)条。

¹⁴ 《贸易法委员会规则》，第 26(1)条；《美国仲裁协会规则》，第 23(1)条。

¹⁵ 《贸易法委员会规则》规定：“仲裁庭应有权要求为此种措施的费用提供保证金。”(第 26(2)条；根据《伦敦国际仲裁庭规则》，仲裁庭可命令一方当事人“为法律或其他费用”提供“保证金”，并“按照仲裁庭认为适当的条件”执行。一些国家的法律明确授权仲裁庭可以发布临时措施，其中包括明确享有权力，可以要求适当的保证金，其方式可以是一笔特定数额的款项(在危地马拉，数额为索偿额的 10%)，或提供保证金、担保或其他抵押。

- ¹⁶ 根据一些法律，所允许的某些措施只可以针对属于非本国居民的债务人的资产。
- ¹⁷ 例如在一个国家，法律规定，即使仲裁地点在国外，或既未指定也未确定仲裁地点，所赋予法院的临时救济权也是可以执行的。不过，如果法院认为，仲裁地在国外这一事实使之不宜准予临时救济，那么法院仍可拒绝准予临时救济。因为法律只是在最近才颁布的，所以不完全清楚法院将会如何行使这一自由裁量权。看来有可能的是，如果仲裁地的法院本身有权发布临时措施，那么本国法院可能将仲裁地法院视作准予这类措施的自然诉讼地，因而其本身将会拒绝准予救济。
- ¹⁸ 奥地利，s387(2) Exekutionsordnung。
- ¹⁹ 加拿大，*Ruhrkohle Handel Inter GmbH et al and Fednav Ltd. Et al*，未报导的加拿大联邦法院判决，审判处 T-212-91 赞同，认为只要充分公布了仲裁协议，而且随后中止了法院程序，那么即可维持在外国仲裁案件中所作的扣留。
- ²⁰ 只要《民事诉讼法》规定国家法院有权准允临时救济，德国法院即不对外国和本国仲裁程序加以区分。在希腊，只要满足《希腊民事诉讼法》关于临时救济的条件，希腊法院即准予临时救济支持外国仲裁。
- ²¹ 印度的法院对 1996 年《仲裁和调解法》的解释是，法院仅可以发布临时救济命令支持本国仲裁。在中国，如果仲裁地不在中国，似乎即不可能申请临时救济。
- ²² 例如在美国，各州的法规或《联邦仲裁法》都没有规定允许在当事方同意仲裁的情况下由法院实行临时补救，但海事仲裁的案件除外：9 USC §8。但是，美国法院提供临时救济的权力经常从州法产生。见：*David L. Threlkeld & Co. v. Metallgesellschaft Ltd*, 923 F.2d 245, 253 No. 2 (2d Cir.1991) *Borden Inc. v. Meiji Milk Products Co. Ltd.*, 919 F. 2d 822 (2d Cir.1990)。
- ²³ 国际法协会，1996 年 8 月 12 日至 17 日在赫尔辛基举行的第六十七届会议的报告——国际民事和商事诉讼委员会，关于国际诉讼中临时和保全措施的第二期临时报告，国际法协会出版，1996 年伦敦。
- ²⁴ 准允临时和保全措施的司法权独立性原则是符合 1968 年关于管辖权和执行判决的布鲁塞尔公约(和卢加诺公约)第 24 条的。
- ²⁵ 国际法协会的报告，第 186 页。
- ²⁶ 国际法协会的报告，第 201 页。
- ²⁷ 例如在瑞典，《程序法》第 15 章第 6 节规定，保证金是准允临时措施的必要条件。保证金的形式可以是个人信函或担保或质押，或银行担保。申请人只有在可以表明特别请求理由时，才能免除这一要求：《执行法》第 2 章，第 25 节。
- ²⁸ 例如 *Credit Suisse Fides Trust v. Cuoghi*[1998]Queen's Bench Division 818 (UK)。
- ²⁹ 第 1.2(k)条规定，公约不适用于：
- (k) 备选条文 A
- [临时付款令以外的临时和保全措施；]
- 备选条文 B
- [临时或保全措施[而不是第 13 和 23A 条中提及的措施]；]
- ³⁰ 有人提出，法院在发布临时和保全措施之后受理案件即足以满足这一要求。为此要添加‘或即将受理’或类似的词语。

- ³¹ ‘临时和保全’这两个形容词应放在一起，也就是说，这些措施必须满足这两个标准。
- ³² 还提出一种措词方式，以清楚地说明缔约国有义务提供这种管辖权，不过又强调这不得干涉此种国家发布或拒绝发布此种命令的自由裁量权。
- ³³ 据认为，有些国家特别是除联合王国之外的英联邦国家，并未对发布临时和保全令规定管辖权，除非法院受理案件，对裁定诉讼案的是非曲直有管辖权。这种做法不利于试图为援助其他地方的未决诉讼而‘冻结’管辖区内的资产的外国原告。这一规定旨在为此种国家提供发布此种命令的管辖权，其依据是法院地内有财产的存在且限于法院地境内。关于这一规定，未取得共识。
- ³⁴ 这一规定的用意是克服禁用管辖权一览表（现载于第 18 条）对缔约国法院行使管辖权所规定的限制。这一规定还允许在不受禁用管辖权一览表规定的限制的情况下根据本国的法律行使发布临时和保全令的管辖权。有人建议去掉第 17 条中提及第 13 条之处，以便允许根据本国的法律行使此种管辖权。有的代表团认为，本款是唯一应当列入公约的关于临时和保全措施的条款。
- ³⁵ 有人提出，这个定义还应适用于第 1 和 2 款。
- ³⁶ 此项建议同第 1(2)(k)条中的第二个备选条文有关，后者载有两个选择办法：或是将临时措施或保全措施完全排除在公约范围之外，或是允许关于发布此种命令的有限管辖权。如果选择后者，备选条文 B 对此种有限管辖权作出了规定。
- ³⁷ 这两个备选条文似乎并无多大的实质性差别，都对承认和执行由受理（或即将受理）实质性争议的法院所发布的临时和保全令作了规定。这一规定自然受到那些主张将此种措施完全排除在公约范围之外的代表团的反对。但是，也有几个主张在公约的管辖权部分或程序部分写入一条关于此种措施的条款的代表团反对就临时和保全令的承认和执行作出规定。另外要注意的是，可能有必要处理下述问题：受理案件的法院地国对类似救济措施的了解程度；以及保障第三方当事人或被告人权益的措施（例如，保证支付损害赔偿金）。
- ³⁸ 有人提出，法院在发布临时和保全措施后受理案件即足以满足这一要求，但法院必须是在国外申请人申请承认和执行临时和保全措施时已经受理案件。
- ³⁹ 此处再次提及上文第 13 条中作为备选条文 B 提出的提案。发布命令的肯定是受理或即将受理索偿要求并对裁定案件是非曲直拥有管辖权的法院。
- ⁴⁰ 对该条文可辅之以解释，使用与第 12 和 13 段中所载行文措词大致相同的措词更为详细地介绍符合这几大类的种种措施，或使用与上文第 35 段的行文措词大致相同的措词作较为笼统的陈述。
- ⁴¹ 海牙国际私法会议，第 23 条 A，备选案文 A：《民事和商事管辖权及外国判决公约》草案，暂定案文，2001 年 6 月。
- ⁴² 美国法学会/统法社跨国民事程序规则，2001 年 4 月，第 17.1.1 条规则。
- ⁴³ 见商事仲裁法，第 47 节，澳大利亚，昆士兰。