



法官文库

法官专著

国际商事仲裁中 临时性保全措施研究

GUOJI SHANGSHI ZHONGCAI ZHONG
LINSHIXING BAOQUAN CUOSHI YANJIU

任明艳 著



上海交通大学出版社
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY PRESS

法官文库·法官专著

国际商事仲裁中临时性 保全措施研究

任明艳 著

上海交通大学出版社

内 容 提 要

本书围绕临时性保全措施所涉及的三个问题,即临时性保全措施的管辖权分配,具体适用及承认与执行,采取实证分析和比较分析的方法,考察不同的仲裁立法、仲裁规则以及仲裁和司法实践的做法,揭示目前各国在临时性保全措施方面的现状以及存在的问题,并结合《联合国国际商事仲裁示范法》对临时性保全措施条文的修订,阐明临时性保全措施在国际商事仲裁中的发展趋势,对中国的现行仲裁立法提出自己的立法建议。

本书适合法学理论界,尤其是国际商法,研究人士参考,也适合审判国际商事的法官阅读参考。

图书在版编目(CIP)数据

国际商事仲裁中临时性保全措施研究/任明艳著.

—上海:上海交通大学出版社,2010

(法官文库.法官专著)

ISBN 978-7-313-06469-1

I. 国... II. 任... III. 国际商事仲裁—研究
IV. D997.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 081443 号

国际商事仲裁中临时性保全措施研究

任明艳 著

上海交通大学出版社出版发行

(上海市番禺路 951 号 邮政编码 200030)

电话:64071208 出版人:韩建民

常熟市文化印刷有限公司印刷 全国新华书店经销

开本:787mm×960mm 1/16 印张:14 字数:253 千字

2010 年 6 月第 1 版 2010 年 6 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-313-06469-1/D 定价:33.00 元

版权所有 侵权必究

总 序

《人民法院第三个五年改革纲要(2009~2013)》提出了深化人民法院司法改革的一项重要目标是着力解决人民群众日益增长的司法需求与人民法院司法能力相对不足的矛盾,推进中国特色社会主义审判制度的自我完善和发展,建设公正、高效、权威的社会主义司法制度。当前,面对新形势下广大人民群众对于司法的需求,要真正实现司法公正,必须增强法官的司法能力。法官的司法能力不仅来自司法实践,同时还有赖于对审判经验的总结和对法律问题的理性思考。自1995年建院以来,上海市第一中级人民法院一直致力于培养和提高法官司法能力,形成求真、活泼的法院文化。2008年,经上海市第一中级人民法院与上海交通大学出版社协商,决定合作推出体现法官专业素养、展示司法实务研究成果的系列丛书——法官文库。

“法官文库”是上海市第一中级人民法院为了培养“专家型”法官,建设学习型、研究型法院而构建的重要学术平台。旨在多角度、全方位地反映司法实践中的难点、热点问题和司法成果。“法官文库”分为以下三个系列:

1. 裁判文书系列:收录了上海市第一中级人民法院及其辖区法院制作的、具有较好示范作用的民商事、刑事与行政判决书。

2. 法官专著系列:主要为上海市第一中级人民法院法官撰写的理论性或实务性专业著作。

3. 审判文集系列:收录了上海市第一中级人民法院编纂,具有较高水平的调研报告和专业论文。

希望“法官文库”的出版能够进一步激励法官对现实法律问题进行深入研究,提高审判质量;能够与社会大众及法律人对话交流,推动我国应用法学研究的进步和司法水平的提升。

前 言

临时性保全措施是国际商事仲裁中一个至关重要的程序问题。通常,这些程序性指令的发布不是为了解决案件的实体争议,而是为了避免损失和不利影响的产生,维持仲裁程序的顺利进行以及保障仲裁裁决的有效执行。它是保护当事人合法权益、实现仲裁权威性和结果的可预见性的必要手段之一。同时,临时性保全措施是一把双刃剑,它的发布在某种意义上将有可能对一方当事人的利益产生重大的影响,在当事人之间达成利益的均衡尤为重要。目前世界各国对于国际商事仲裁中临时性保全措施方面尚存在着巨大的差异,立法上的粗糙和立法空白与国际商事仲裁的日益统一化和国际化形成了鲜明的对比,并使得国际商事仲裁的发展陷入了困境。因此,如何设置一套合理的临时性保全措施制度,已成为一些国际组织和仲裁机构孜孜追求的目标之一,一些世界先进的国家也对其仲裁立法中关于临时性保全措施的规定进行完善,可以说国际社会已经在临时性保全措施的制度构建方面取得了重大的进展。在国际商事仲裁中,临时性保全措施主要涉及到三个方面的问题,即临时性保全措施的管辖权分配,临时性保全措施的发布以及临时性保全措施的承认和执行。在某种意义上讲,处理好了这三个问题也就等于解决好了临时性保全措施问题。本书将围绕临时性保全措施所涉及的这三个问题,采取实证分析和比较分析的方法,考察不同的仲裁立法、仲裁规则以及仲裁和司法实践的做法,揭示目前各国在临时性保全措施方面的现状以及存在的问题,并结合《联合国国际商事仲裁示范法》对临时性保全措施条文的修订阐明临时性保全措施在国际商事仲裁中的发展趋势,对中国的现行仲裁立法提出自己的立法建议。

全书共分为六章,前后附有引言和结论。

第一章介绍了国际商事仲裁中临时性保全措施的一般问题,包括临时性保全措施的界定及分类、功能和重要性以及在国际商事仲裁中的历史演进。在国际商事仲裁中,临时性保全措施有不同的称谓,在实践中这些称谓往往交替使

用,但国际社会对于临时性保全措施没有一个统一的定义,这在某种程度上决定了临时性保全措施的外延具有不确定性。临时性保全措施在国际商事仲裁中的重要性,已经引起了以联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)为代表的国际社会的广泛关注。临时性保全措施在国际商事仲裁中的历史演进反映出仲裁和诉讼关系的发展轨迹以及仲裁文化的发展变化。

第二章采用实证分析的方法阐述了国际商事仲裁中临时性保全措施的管辖权分配以及法院和仲裁庭之间的关系。关于临时性保全措施的管辖权分配存在着三种立法模式:即法院拥有排他性管辖权、仲裁庭拥有排他性管辖权以及并存权力模式。其中,鉴于仲裁庭发布临时性保全措施的必要性以及其权力的局限性,并存权力制已经被越来越多的国家采用。在并存权力模式下,不同国家立法关于法院和仲裁庭之间的关系存在着自由选择模式、法院附属模式两种做法。法院附属模式有利于法院和仲裁庭之间建立一种良好的协作关系,体现了仲裁制度发展的趋势并符合仲裁的理念和精神,因此受到很多立法和学者的支持。在临时性保全措施的管辖权分配问题上,当事人意思自治和仲裁地的强制性规则有着一定的影响。在并存权力模式下还可能产生管辖权的冲突,对管辖权冲突的解决应当坚持当事人意思自治原则、仲裁庭优先原则和法院附属地位原则。

第三章通过比较分析的方法探讨仲裁庭发布临时性保全措施的具体问题。仲裁庭有权在国际商事仲裁中发布临时性保全措施已经成为一种共识。仲裁庭的权力来源于仲裁立法、仲裁规则以及当事人的授权。不同国家立法和仲裁规则,对仲裁庭发布临时性保全措施的权限范围、授予条件等程序性事项作出了不同的规定,但大多归于简单、缺乏可操作性。同时,国际社会对于单方面临时性保全措施问题尚存在很大的争议,学者或赞成或反对,而《示范法》对此作出了有益的尝试。基于临时性保全措施的性质和实践的需要,我们赞成仲裁庭在特殊的情形下发布单方面临时措施,但必须遵循严格的条件。同时,鉴于当事人有可能在仲裁程序开始之前想要获得临时性保全措施,为了避免法院的司法程序,一些重要的国际仲裁机构为此制定了一些特殊的规则如 ICC 仲裁前公断程序。

第四章探讨法院发布临时性保全措施的具体问题。法院在仲裁过程中发布临时性保全措施不仅不与仲裁协议相违背,反而是支持仲裁、实现当事人仲裁意愿的需要。本章将主要通过比较分析不同国家的立法和司法实践,揭示不

同国家在法院发布临时性保全措施的权限范围、发布的条件以及对外国仲裁中发布临时性保全措施的不同立场。法院的权限范围和发布条件应该严格按照法院所在地的程序法之规定,同时,法院在发布临时性保全措施的时候必须保持适度干预的原则,不能造成对案件实体争议的裁判,其在同仲裁庭的关系上应该坚持仲裁庭优先地位原则。

第五章着重阐述国际商事仲裁中临时性保全措施的承认和执行。这又分为两大部分,即仲裁庭发布的临时性保全措施的承认和执行以及法院发布的临时性保全措施的承认和执行。在实践中,仲裁庭可以通过一些手段来迫使当事人履行其作出的临时措施令,但是这些手段毕竟十分有限,在很多时候借助法院的强制力量加以执行成为必要。各国法院对国内仲裁中临时性保全措施的执行主要有三种模式,即执行裁决模式、法院协助模式以及转化模式。而对于位于仲裁地在国外的临时性保全措施的承认和执行则采取不同的立场。在目前缺乏统一立法的情形下,《纽约公约》的相关规定对解决临时性保全措施的承认和执行问题具有一定的借鉴意义。目前最为有效的方法是通过各国之间制定关于承认和执行临时性保全措施的双边协定。对于法院发布的临时性保全措施的承认和执行问题,则相对容易一些。因为法院本身具有强制力可以执行自己发布的临时性保全措施,而对于法院发布的临时性保全措施的域外承认和执行问题,则可以借助互惠原则和国际公约予以执行。

第六章主要从中国仲裁立法的视角探讨目前关于临时性保全措施的立法现状和存在立法的缺陷,提出自己的立法建议。这也是本书的研究落脚点。目前我国仲裁立法关于临时性保全措施的种类,仅限于证据保全和财产保全,仲裁庭无权在仲裁中发布临时措施令而仅仅起着转交当事人申请的作用,对于一些具体的程序事项如担保以及仲裁前临时措施、临时措施的执行等也未加以规定。这反映了中国现行的仲裁立法的相关规定同国际仲裁发展趋势相去甚远,这有必要引起立法者的重视并对中国仲裁立法的相关条文进行修订。

目 录

绪 言	1
一、本书的研究意义	1
二、国内外研究现状	3
三、研究方法与研究的主要内容	8
四、研究的主要目的	12
第一章 国际商事仲裁中临时性保全措施的一般问题	14
第一节 临时性保全措施概述	14
一、临时性保全措施的界定	14
二、临时性保全措施的分类	19
三、与诉讼中临时性保全措施之比较	21
第二节 临时性保全措施在国际商事仲裁中的历史演进	23
一、20 世纪初期的初步产生	24
二、20 世纪中期的发展	26
三、20 世纪后期的变革与困惑	28
四、临时性保全措施的最新发展	31
第三节 临时性保全措施的功能和意义	37
一、临时性保全措施的功能	37
二、临时性保全措施在国际商事仲裁中的意义	38
小结	41
第二章 国际商事仲裁中临时性保全措施的管辖权分配	43
第一节 临时性保全措施管辖权分配的立法模式	44
一、法院拥有排他性管辖权	44
二、仲裁庭拥有排他性管辖权	45
三、并存权力模式	47

第二节 支持并存权力制的理由	49
一、仲裁庭发布临时性保全措施的必要性	49
二、仲裁庭权力的局限性	51
三、并存权力制的立法例	52
第三节 并存权力模式下仲裁庭与法院的关系	53
一、仲裁庭和法院权限的划分	54
二、理论上的探讨	66
三、法院与仲裁庭管辖权冲突及其解决	68
第四节 当事人意思自治和强制性规范的影响	71
一、当事人意思自治	71
二、强制性规范	74
小结	75
第三章 仲裁庭发布临时性保全措施的相关问题	78
第一节 仲裁庭发布临时性保全措施的权力来源	78
一、仲裁立法	78
二、仲裁规则	80
三、当事人之间的协议	81
四、仲裁员固有权力或隐含权力说	82
第二节 仲裁庭发布临时性保全措施的条件	83
一、规则层面之考察	83
二、国际商事仲裁实践之考察	86
三、对仲裁庭发布临时性保全措施条件之建议	87
第三节 仲裁庭发布临时性保全措施的程序事项	92
一、临时性保全措施的申请	92
二、仲裁庭的权限范围	94
三、仲裁庭发布临时性保全措施的形式	98
四、临时性保全措施的中止、更改、撤销	101
第四节 单方面临时措施	102
一、单方面临时措施的含义	102
二、关于单方面临时措施的理论纷争	103
三、《联合国国际商事仲裁示范法》对单方面临时措施之规定	108

第五节 关于仲裁前临时性保全措施的特殊规定	112
一、ICC 仲裁前公断程序	113
二、WIPO 紧急救济规则	115
三、AAA“可选性”规则	117
小结	118
第四章 法院发布临时性保全措施的相关问题	121
第一节 法院发布临时性保全措施的必要性和合理性	121
一、法院发布临时性保全措施的必要性	121
二、法院发布临时性保全措施的合理性	124
第二节 法院发布临时性保全措施与仲裁协议的关系	127
一、《纽约公约》之规定	127
二、其他国际公约及仲裁规则之规定	128
三、不同国家和地区的立法和司法实践	129
四、对法院的权力和仲裁协议关系之分析	139
第三节 法院发布临时性保全措施的具体事项	140
一、法院发布临时性保全措施应坚持的原则	140
二、法院发布临时性保全措施的权限范围	141
三、法院发布临时性保全措施的条件	145
四、法院发布临时性保全措施以支持外国仲裁	147
小结	150
第五章 国际商事仲裁中临时性保全措施的承认和执行	152
第一节 仲裁庭发布的临时性保全措施的承认和执行	153
一、仲裁庭对不履行临时性保全措施的制裁	153
二、仲裁庭发布的临时性保全措施在国内的执行	155
三、仲裁庭发布的临时性保全措施的域外承认和执行	160
第二节 法院发布的临时性保全措施的承认和执行	171
一、法院发布的临时性保全措施在国内的执行	171
二、法院发布的临时性保全措施的域外承认和执行	171
第三节 《示范法》视角下临时性保全措施的承认和执行	176
一、修订后《示范法》第 17 条之规定	176
二、对上述条文的解读	177

小结	180
第六章 中国关于临时性保全措施的立法及完善	183
第一节 中国关于临时性保全措施的现行立法及特点	183
第二节 中国关于国际商事仲裁临时性保全措施立法的缺陷	185
一、仲裁庭无权发布临时性保全措施	185
二、缺少仲裁前临时性保全措施的相关规定	188
三、临时性保全措施的种类单一	189
四、缺少关于临时措施担保之规定	191
第三节 中国国际商事仲裁临时性保全措施制度的立法建议	191
一、临时性保全措施的管辖权分配	192
二、临时性保全措施的种类和授予条件	193
三、临时性保全措施的承认和执行	193
四、建立仲裁前临时性保全措施制度	194
小结	194
结论	196
参考文献	199
后记	209

绪 言

仲裁作为一种争议解决方式的历史最早可追溯到 1899 年,英国人为解决本国商人和其他欧洲国家商人在国际贸易中的纠纷而颁布实施了第一部仲裁法。经过一个多世纪的发展,尤其是第二次世界大战以后,随着世界经济的全球化趋势进一步加强,各国间的经济贸易往来日益频繁,仲裁作为一种替代性争议解决方式(ADR)以其高度的自治性、灵活性、专业性、保密性和裁决的有效执行越来越受到商人们的青睐。在当今的国际商贸交往中,以仲裁方式解决争议已成为主流,其重要性已远大于在一国法院进行的诉讼。尤其是近些年来,国际商事仲裁呈现前所未有的繁荣景象。这一方面归因于仲裁自身的优势,另一方面是由于国际社会在国际商事仲裁方面达成越来越多的共识,国际社会已经建立起一套完整的国际商事仲裁体制,国际商事仲裁呈现统一化发展趋势。这主要体现为 1958 年《承认与执行外国仲裁裁决公约》(简称《纽约公约》)和 1985 年《联合国国际商事仲裁示范法》(简称《示范法》)在世界范围内的适用和采纳。迄今为止,《纽约公约》已经为世界上一百多个国家批准和加入,而大约有 40 多个国家的仲裁立法采纳了《示范法》。这两个国际性的法律文件为仲裁裁决的有效执行和国际商事仲裁制度的进一步发展奠定了坚实的国际法律基础,增强了仲裁的有效性和权威性。可以说,当今的国际商事仲裁活力四射,令人鼓舞,它正朝着统一化、国际化和法律化的方向发展。

但是,统一与差异、共识与分歧共存。尽管国际社会在仲裁裁决的承认和执行、仲裁协议的效力、仲裁的法律适用等方面达成了很大程度的共识,但是在临时性保全措施问题方面仍旧存在着巨大的分歧和差异,学术界也是争议不断,至今方兴未艾。这为国际商事仲裁的进一步发展埋下了隐患。因此研究国际商事仲裁中的临时措施有着重要的理论意义和实践意义。

一、本书的研究意义

临时性保全措施对于国际商事仲裁有着极其重要的作用,甚至是仲裁裁决

有效执行不可缺少的步骤。它的功能主要体现在:①在仲裁程序中维护当事人的主体地位,保证当事人的地位在作出仲裁裁决之前不发生改变;②通过采取财产保全措施如查封、扣押、冻结当事人的财产,防止当事人隐匿、转移或者变卖财产,以确保仲裁裁决的有效执行;③通过采取保全措施使得证据不至于毁损灭失,强制持有证据的当事人或者第三人出示证据,从而保证仲裁程序的顺利进行;④通过采取临时措施挫败当事人的“拖延战术”,保证仲裁程序不至于持续到有损当事人利益的地步。

国际商事仲裁的特殊性决定了临时性保全措施的极其重要性。这是因为在国际商事仲裁中,仲裁地点的中立性、当事人国籍的多元化往往导致仲裁程序的进行十分耗时,如果不能及时有效地发布或者执行临时性保全措施,关键性证据可能会被销毁,财产可能被隐匿或者转移,这将会对一方当事人的利益造成不可挽回的损失,从而使仲裁裁决成为一纸空文。因此,临时性保全措施关系着仲裁裁决的有效性和权威性,决定着当事人的利益保护,是国际商事仲裁进一步发展不可忽视的关键性问题。

然而令人遗憾的是,与国际商事仲裁的其他制度相比,整个国际社会缺乏有关临时性保全措施的统一规则。《纽约公约》对此问题没有明确的规定,《示范法》的条文过于简单缺乏可操作性,不同国家的仲裁立法之规定可谓五花八门,国际性仲裁机构的仲裁规则的规定也不尽如人意。概括起来,目前国际社会关于国际商事仲裁中临时性保全措施之规定主要存在以下几个问题:

(1) 关于临时性保全措施的管辖权分配莫衷一是,有的国家把这种权力排他性地赋予法院,有的立法规定仲裁庭和法院都有权发布临时性保全措施,但是大多数的立法对两者之间的管辖权分配未做明确规定。

(2) 缺乏申请仲裁庭发布临时性保全措施的具体程序规定,如仲裁庭发布临时性保全措施的条件,临时性保全措施的种类和发布时间等等,在实践中缺乏可操作性;

(3) 缺乏统一的关于临时性保全措施的承认和执行方面的相关规定,不同国家法院在实践中有不同的做法,这在某种程度上影响到临时性保全措施的效力;

(4) 是否授予仲裁员发布单方面临时措施尚存在很大的争议;

(5) 对于仲裁前临时性保全措施的申请和授予问题未做规定。

二、国内外研究现状

在理论界,学者们在很长时间内对国际商事仲裁中临时性保全措施的管辖权分配、法院与仲裁庭之间关系以及仲裁庭发布的临时性保全措施的承认和执行问题进行了热烈的讨论,至今其仍然是一个备受争议的问题。

(一) 国外研究现状

自 20 世纪 80 年代末期以来,随着国际商事仲裁的飞速发展,临时措施问题就成为一些学者研究的课题。但是这个时候研究的数量、深度和广度具有很大的局限性。到了 20 世纪晚期尤其是 21 世纪初期,随着全球经济一体化进程进一步加快,国际商事仲裁的统一化趋势日益突显,国际商事仲裁在临时性保全措施方面的不成熟和不完善,给仲裁实践带来的难题引起了国际社会的广泛关注。不但学者、司法实践者,还包括许多国际性的仲裁机构和国际组织都在积极对此问题进行研究和讨论,试图对临时性保全措施所存在的问题提出解决方案。从作者收集的外文资料来看,国外的研究主要集中在以下几个方面:法院与仲裁庭的关系、单方面临时措施问题以及临时性保全措施的承认和执行问题。下面分别就上述的几个问题进行阐述以介绍国外的研究现状:

1. 法院与仲裁庭的关系

临时性保全措施问题之所以复杂就在于它不仅涉及到仲裁庭,还涉及到法院。在国际商事仲裁中如何处理好两者的权限分配以及之间的关系成为立法者和学者探讨的重点。基本上所有的学者赞成并存权力制度,认为在国际商事仲裁中,仲裁庭与法院之间应该是一种伙伴关系,法院有必要在适当的时候对国际商事仲裁提供协助。在法院与仲裁庭的关系上,让·K·斯卡福(Jan K. Schaefer)教授在自己的论文中探讨了英国的法院附属模式和《示范法》中的自由选择模式,他赞成自由选择模式。其观点是法院附属模式需要一种冲突规则来调整法院和仲裁庭之间的关系以及限制法院的权限,这将会造成解释上的困难并且在事实上并不会因此而减少法院的干预;而自由选择模式将尊重当事人的选择,这有可能赋予仲裁庭在临时性保全措施方面更大的权限^①。然而,唐纳德·法朗西丝·杜诺凡(Donald Francis Donovan)在其一篇论文中赞成法院

^① See Jan K. Schaefer, *New Solutions for Interim Measures of Protection in International Commercial Arbitration: English, German and Hong Kong Law Compared*, 2. 2 Electronic Journal of Comparative Law (August 1998).

附属模式。他指出,一些国家立法规定由法院发布临时性保全措施是由于宪法规定的事项或者属于这个国家的公共政策,在这个时候当事人的自由选择受到一定的限制。在很多情况下法院和仲裁庭都有权发布临时性保全措施,但是仲裁庭应该处于优先地位,在仲裁庭已经发布临时措施的情况下法院应该拒绝发布临时性措施,同时法院行使此种权力应该是在仲裁庭无权或者无法有效行使时^①。格日古瓦尔·马尔夏克(Gregoire Marchac)通过详细地比较了国际商会(ICC)仲裁规则、美国仲裁协会(AAA)仲裁规则、英国伦敦仲裁院(LCIA)仲裁规则以及联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)仲裁规则关于临时措施之规定,揭示了临时性保全措施的发展趋势,即仲裁员有权发布单方面临时性保全措施已经得到普遍的认可,但是仲裁的民间性决定了法院要起到支持和协助的作用,因此有必要在仲裁庭和法院的权限之间划出明确的界限。但是遗憾的是该学者并没有为如何在仲裁庭和法院之间做出明确的界限提出建设性的意见^②。

2. 单方面临时性保全措施

这个问题是学者们争论最为激烈的问题,存在着两种截然不同的观点。以伊弗·德林(Yves Derains)为代表的学者反对仲裁员发布单方面临时性保全措施。他们的理由主要是此种措施没有程序上的保障、在实践中很难执行、使当事人对仲裁员产生不信任、有违背程序公正等国际仲裁的基本原则等等^③。而以詹姆斯·E·卡斯特罗(James E. Castello)为代表的学者持完全相反的观点,他们主张仲裁员应该有权发布单方面临时性保全措施。其基本的理论依据在于:在一些情况下必须由仲裁员发布单方面临时性保全措施才有效,仲裁员对此种权力的滥用可以通过一些保护性的程序规定来避免,仲裁员的此种权力

① See Donald Francis Donovan, *The Allocation of Authority between Courts and Arbitral Tribunals to Order Interim Measures: A Survey of Jurisdiction, the Work of UNCITRAL and a Model Proposal*, in Albert Jan van den Berg, *New horizons in international commercial arbitration and beyond*, Kluwer Law International, 2005.

② See Gregoire Marchac, *Interim Measures in International Commercial Arbitration Under The ICC, AAA, LCIA and UNCITRAL Rules*, 10 Am. Rev. Int'l Arb. 123.

③ See Yves Derains, *The View against Arbitral Ex Parte Interim Relief*, available at: http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3923/is_200308/ai_n9278613, visited on March 9, 2007; Hans Van Houtte, *Ten Reasons against a Proposal for Ex Parte Interim Measures of Protection in Arbitration*, 20 Arb. Int'l L. 85, 2004; Jason Fry, *Interim Measures of Protection: Recent Developments and the way ahead*, article presented in LCIA/AMINZ Seminar, February 20, 2003, etc.

并不违背程序公正,反而是实现公正的必要手段^①。卡基·赫伯(Kaj Hober)在其论文中除了对那些反对仲裁员发布单方面临时性保全措施的观点作出反驳之外,还认为必须制定一些保障性的规范来保护单方面临时措施的针对人。他针对单方面临时措施的特殊性提出了一些防护措施,这些措施包括担保和责任、实质性要求、时间限制等等^②。在 UNCITRAL 的历次大会上,单方面临时性保全措施也是各国代表争议的焦点问题。以英国为首的一些普通法系国家(除美国外)以及一些大陆法系国家的代表反对仲裁庭发布单方面临时措施,而以美国为代表的一些普通法系国家则支持仲裁员享有此种权力。尽管代表们众说纷纭,最终 UNCITRAL 还是采取了仲裁与调解工作组的建议,修改《示范法》第 17 条的规定,授予了仲裁员发布单方面临时性保全措施的权力,并规定了仲裁庭发布初步命令的条件和相关的具体制度^③。整体看来,虽然在理论界对单方面临时措施问题争议较大,但是随着《示范法》对该问题的态度明朗化,会有越来越多的国家效仿《示范法》。关键问题是如何制定合理的规范使得仲裁员的这种权力同当事人的权益的保护达成一种平衡。

3. 临时性保全措施的承认与执行

关于临时性保全措施的承认与执行问题,学者们的研究主要集中在以下几个方面:一是《纽约公约》的可适用性问题,二是关于各国的立法和司法实践探讨,三是对《示范法》的规定的探讨。以蒂安娜·科雅维斯(Tiana Kojovic)教授为代表的学者对《纽约公约》的适用问题进行了深入的探讨。他从临时措施的性质、公约中“终局性”的含义以及仲裁庭发布临时性保全措施的形式等问题出发,由此得出结论:尽管《纽约公约》适用于仲裁庭发布的临时措施有助于提高仲裁的效率,但是它主要是针对仲裁裁决,不能解决有关临时措施的所有问题,因此各国需要制定有关承认与执行临时措施的专门性规范^④。在此基础上,有的学者如让·K·斯卡福(Jan K. Schaefer)建议在缺乏统一的国际公约的情况

① See James E. Castello, *The View in Favor of Arbitral Ex Parte Interim Relief*, available at: http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3923/is_200308/ai_n9278613, visited on March 9, 2007.

② See Kai Hober, *The Trailblazers v. the Conservative Crusaders, or Why Arbitrators should Have Power to Order Ex Parte interim Relief*, in Albert Jan van den Berg, *New horizons in international commercial arbitration and beyond*, Kluwer Law International, 2005.

③ 关于单方面临时措施的最终规定,参见 2006 年 6 月举行的联合国贸易法委员会第 39 届会议文件:A/CN. 9/592,附件一。

④ See Tijana Kojovic, *Court Enforcement of Arbitral Decisions on Provisional Relief—How Final is Provisional?* Journal of International Arbitration, 18(5), 2001.

下,可以对《纽约公约》进行修改,增加有关承认和执行临时性保全措施的特殊规定^①。但另有一些学者反对此种观点,认为《纽约公约》自成体系,而应当另行制定执行临时性保全措施的相关规定。以唐纳德·法朗西丝·杜诺凡(Donald Francis Donovan)为代表的学者对一些具有代表性的国家国内立法和司法实践进行了比较分析,表明了各国在此问题上的不一致的做法,并指出国际社会关于此问题的发展趋势。此外,V·V·韦德(V. V. Veeder)在其文章中对法院发布临时性保全措施问题进行探讨,他首先探讨了《布鲁塞尔公约》和《洛加诺公约》的相关规定,指出了目前问题的关键在于国际社会缺乏一个统一的国际公约,鉴于制定统一的国家公约的艰巨性,他建议国家间可以先通过双边或者多边条约的方式解决此问题^②。还有学者对单方面临时措施的执行问题进行探讨,提出单方面临时措施在执行方面遇到的困境,但是遗憾的是这些学者都没有提出一些建议。艾克塞尔·博什(Axel Bosch)在其书中列举了30多个国家有关临时措施的执行方面的立法情况,为我们进行此方面的研究提供了宝贵的资料^③。塞巴斯蒂安·贝松(Sébastien Besson)在其专著中分别探讨了仲裁庭和法院发布的临时措施的执行,并且区别了这些措施在国内和国际层面上的承认和执行。

4. 其他方面

一些学者对若干国家的立法和司法实践进行了专门的研究,如M. I. M. 阿布·恩因(M. I. M. Aboul·Enein)在其论文中对阿拉伯国家关于国际商事仲裁中的临时性保全措施问题进行研究。阿隆索-路易斯·卡尔沃·卡诺夫(Alonson-Luis Calvo Carav)在其论文中阐述了西班牙的立法和司法实践、让·保罗·贝哈多(Jean-Paul Beraudo)在其论文中阐述了古巴的立法和司法实践、纳鲁德曼(Naluldewan)比较了印度和英国仲裁法的相关规定、古斯塔夫·莫勒(Gustaf Moller)对芬兰的立法和司法实践进行了分析,这些都为我们对于各国关于临时措施的实证研究提供了宝贵的资料。此外,还有一些学者对一些重要

^① See Jan K. Schaefer, *New Solutions for Interim Measures of Protection in International Commercial Arbitration: English, German and Hong Kong Law Compared*, 2.2 Electronic Journal of Comparative Law (August 1998).

^② See V. V. Veeder QC, *The Need for Cross-border Enforcement of Interim Measures Ordered by a State Court in Support of the International Arbitral Process*, in Albert Jan van den Berg, *New horizons in international commercial arbitration and beyond*, Kluwer Law International, 2005.

^③ See Axel Bosch and Joanna Farnsworth, *provisional remedies in international commercial arbitration*, A Practitioner Handbook, Walter de Gruyter, 1994.