

## 国际商事仲裁实务系列（四） — 友好仲裁制度

作者：刘隆 | 陈文韬

根据仲裁所适用的实体法律规范进行区分，作为与“依法仲裁”相对应的概念，友好仲裁（Amiable Composition）制度一般指经过仲裁双方当事人的明确授权，仲裁员直接依据公平善意原则而非某项具体实体法规则对争议事项进行裁决。友好仲裁制度能够在日益复杂的国际商事纠纷的仲裁审理过程中发挥其自主灵活的优势，以“君子协议”的方式体现出国际商事纠纷当事人对于仲裁纠纷解决机制价值定位的充分认同，在尊重当事人意思自治的基础上公平高效地定分止争。

### 一、制度背景与规则演变

#### （一）公平善意原则在国际商事仲裁中的实践

作为友好仲裁制度的前身以及法理基础，公平善意原则（Ex Aequo et Bono）这一理念最早可追溯至罗马法时期，其中，“Aequo”意指公平、平等，“Bono”则意为善良、善意。在历史的演变过程中，依据公平善意原则对当事人间纠纷进行裁决的角色逐渐被固定为“友好调停者”/“公断人”，其所作出的判断也逐渐具备了可供强制执行的效力。随后，经由法国等国家的国内立法，公平善意原则逐渐适用于国际争端的解决，并最终在国际商事仲裁中得到普遍适用。

#### （二）友好仲裁制度的规则确立与演变

以法德意瑞为代表的大陆法系国家首先将友好仲裁制度纳入其民事诉讼法等国内法，例如法国首先在1981年通过其民事诉讼法对友好仲裁制度的法律地位进行了明确，德国、意大利、瑞士等国也纷纷效仿。英美法系国家对友好仲裁制度的态度则经历了曲折的演变过程，但最终于1996年英国仲裁法的出台为标志，英美法系国家也大都确立了友好仲裁制度的合法地位。

截至目前，国际条约和主流仲裁机构的仲裁规则早已积极拥抱友好仲裁制度。以《国际商务仲裁示范法》为例，该示范法在争议实体适用规则部分明确规定：当且仅当仲裁各方当事人向仲裁庭做出明确授权时，仲裁庭应按照公平合理的原则或作为友好调解人就案涉纠纷作出决定；并进一步要求仲裁庭应当按照合同条款作出决定，并将适用于该项交易的贸易习惯纳入考虑范围之内。

将目光收归国内，尽管我国《民事诉讼法》及《仲裁法》尚未针对友好仲裁制度进行立法层面的规定，但以北京仲裁委员会、上海仲裁委员会、上海国际经济贸易仲裁委员会（上海国际仲裁中心）为代表的部分国内仲裁机构，已参照国际主流仲裁机构的做法，在其仲裁规则中对友好仲裁制度进行了规定，并在国际商事仲裁实践中表达出对友好仲裁制度的支持态度。

## 二、适用条件与限制因素

### （一）须经当事人具体明确授权

仲裁庭的权力来源既包括法律的授权，也包括当事人的合意，本文所述的友好仲裁制度即是意思自治这一国际商事仲裁最基本原则之一的充分体现。前述现阶段国际主流仲裁规则中，均要求将各方当事人之间充分协商达成一致意见之后的具体明确授权作为国际仲裁适用友好仲裁制度的先决条件，而不能由仲裁庭直接主动决定通过友好仲裁制度排除对法律规范的严格使用，以避免仲裁庭自由裁量权的滥用。

尽管当事人明确授权已成为友好仲裁制度应用的共识，国际实践对于当事人授权仲裁庭采取友好仲裁制度的时间以及授权的方式并未能完全达成一致。

针对授权时间，多数观点认为国际仲裁案件当事人可以在仲裁条款中明确约定适用友好仲裁制度，也可以在仲裁过程中协商一致授权仲裁庭进行友好仲裁，即仲裁裁决作出前均属于进行有效授权的时间；少部分观点则认为，当事人作出友好仲裁授权的时间应当限定于仲裁程序正式开始之前，否则将导致“投机”现象的大量发生。关于前述意见分歧，我们认为，与国际主流仲裁规则的规定一致，应当允许国际仲裁当事人在仲裁程序过程中约定适用友好仲裁制度。因为国际仲裁当事人难以在纠纷发生前预见严格适用法律规则是否会导致显失公平的结果，在授权时间节点上过分苛责当事人，将造成友好仲裁制度实际上被束之高阁的后果。

针对授权方式，部分国际仲裁规则仅规定需要双方当事人的“明确”授权，但并未说明该等授权是否必须以书面形式作出。在此背景下，为避免因未达成书面一致导致仲裁庭拒绝承认当事人进行了该授权或另一方当事人拒绝承认其曾经作出过授权，我们建议国际仲裁当事人在协商一致确定选用友好仲裁制度解决案涉纠纷后，以书面形式将授权的合意进行确定，例如直接向仲裁庭提交当事人一致确认授权仲裁庭适用友好仲裁制度的书面说明文件等。

### （二）限制排除法律适用的范围

如本文开篇所述，友好仲裁制度最鲜明的特点就在于跳出现有法律制度的框架限制，以此弥补现有法律规则的漏洞、解决法律之间的冲突以及纠正严格适用法律所带来的不公正，适用公平善意原则解决国际商事争端。但与此同时，仲裁庭对法律适用的排除并非毫无限制。

首先，友好仲裁授权仲裁庭对法律适用的排除在通常情况下仅限于实体法的适用，其享有的自由裁量权一般无法延申至仲裁程序法的选择适用问题。仍以《国际商务仲裁示范法》为例，友好仲裁制度规定在“争议实体适用规则部分”项下；又如国际商会（“ICC”）发布的《仲裁规则》在涉及友好仲裁制度的第 21 条也限定了“当事人有权自由约定仲裁庭处理案件实体问题所应适用的法律规则”。部分法院及仲裁庭据此认为国际商事仲裁当事人对于适用友好仲裁制度的授权，并不能使得仲裁庭绕开仲裁程序法的适用，而仅能就争议实体问题的纠纷解决做出灵活调整。当然，前述限制也存在例外情况，如法国司法部对友好仲裁制度的定义就将仲裁庭可以忽略适用的法律范围扩大至“与争议实体和程序有关的法律规则”。

其次，仲裁庭应当注意参照合同条款，不能随意排除或者改变合同条款有关当事人双方权利义务的约定。国际商事仲裁实践中，仲裁庭基于友好仲裁制度而被授予修改、调整或拒绝适用法律规则权限，其根本原因和最终目的在于尊重当事人的意思自治，而非调整或违背当事人最初达成一致的协议内容。因此，除非有充分证据证明履行合同条款将导致对争议一方当事人的严重不公，仲裁庭可以为了实现友

好仲裁的目的，考虑对案涉部分合同条款进行调整或技术性忽略，否则应当按照当事人之间达成的合同约定与真实意思表示，维护国际贸易安全。

再次，**仲裁庭应当充分考虑国际商事惯例，从而在个案中认定案件的衡平。**《国际商务仲裁示范法》第 28 条第 4 款特别强调了“在一切情形下”，仲裁庭都应当考虑到适用于案涉交易的贸易习惯。事实上，由于担任友好仲裁员身份的人员（制度演进过程中的称呼各异）可能拥有截然不同的法律背景、文化理念以及社会认知，为了最大程度地统一裁判尺度及依据，参照贸易习惯、商事惯例乃至“商人法”的这一要求，早在友好仲裁制度形成的历史过程中就得以反复实践，并在此基础上产生了友好仲裁制度所主要依据的公平善意原则。

### （三）不得违反公共秩序

友好仲裁制度下，尽管仲裁庭经国际仲裁纠纷当事人的授权享有就“公平善良”概念在个案中的自由裁量权，但为了避免该等裁量权的滥用、尽量减少友好仲裁结果的不可预见性，仲裁庭在作出裁决时受到不得违反公共秩序的兜底性限制。一方面，被仲裁裁决要求承担不利后果一方的国际商事仲裁当事人可以违反公共秩序为由，向法院申请宣告案涉仲裁裁决无效或请求法院将其撤销；另一方面，当外国法院审查国际仲裁裁决承认与执行案件时，也可以仲裁庭的裁决违反了法院所在地国家法律法规的强制性规定、与公共秩序相抵触为由，主动依据联合国《承认及执行外国仲裁裁决公约》（即纽约公约）拒绝承认与执行该仲裁裁决，从而导致对当事人的权益保护无法最终落地。

## 三、案例评析与要点提示

### （一）友好仲裁的授权标准

如前文“适用条件与限制因素”部分所述，部分仲裁规则并未明确授权的具体形式及标准，因此实践中围绕当事人是否就友好仲裁达成一致的这一问题产生了诸多争议案件。

在 ICC 受理的某起国际仲裁案件中，当事人对于案件友好仲裁制度的适用问题产生了分歧。申请人提出，仲裁双方当事人在其协议中约定“Arbitration shall be held at Geneva (Switzerland) and shall judge according to the general principles of law and justice”，申请人进而据此主张“General Principles of Justice”应被解释为包括友好仲裁制度，因此双方通过前述条款对案涉争议适用友好仲裁制度已达成了一致。仲裁庭最终认为，尽管协议条款存在前述约定，但在协议另一条款已明确约定适用协议一方当事人所在国法律的情况下，该种表述并没有明确赋予仲裁庭友好仲裁的权限，而应当解读为对于该国法律所包含的公平正义原则在争议解决过程中进行适用的强调，不属于对该国法律的排除，因而不符合适用友好仲裁制度的标准。

在 ICC 受理的另一起国际仲裁案件中，仲裁双方当事人均明确提出向仲裁庭寻求“Equitable Remedies”（衡平救济）。针对这一情形，仲裁庭明确指出，各方当事人在请求仲裁庭对其给予衡平救济、采取公平的补救方法时，并不是要求仲裁庭进行友好仲裁或依据公平善良原则行事。仲裁庭运用英国法下的衡平法原则以及普通法原则的权力和义务进行裁决，不应与作为友好仲裁行事的权力相混淆。基于此，仲裁庭最终认定其并未被当事人赋予明确的友好仲裁授权，因此无权适用友好仲裁制度。

因此，我们建议当事人在签署协议时，如确定希望协议引发的有关争议之解决适用友好仲裁制度的，应当以清晰明确的表述方式起草协议条款。若已签署的有关协议并未就这一问题进行明确约定，在国际仲裁阶段，面临与对方当事人就是否严格适用法律规则产生争议的情形，也可通过对于合同条款进行灵活解读，争取实现己方利益最大化。

## （二）友好仲裁对合同条款的背离限度

友好仲裁员的自由裁量权最常通过其对于国际商事合同条款的是否适用甚至修改得以彰显，仲裁庭在何种情况下得以背离对合同条款的遵守，也是国际商事仲裁实践中经常探讨的问题。

在 ICC 受理的一起股权转让协议纠纷案件中，双方当事人对于友好仲裁制度的适用并无异议，但未能就友好仲裁员的自由裁量范围达成一致。仲裁庭认为，友好仲裁制度应当受到公共政策的限制，而“Pacta Sunt Servanda”（契约严守）即属于公共政策中的一个原则，因此即便是在友好仲裁制度的背景下，友好仲裁员也应当尊重双方当事人约定的合同条款，除非案件适用“Clausula Rebus Sic Stantibus”（情势变更条款），不得随意更改合同条款，条款本身也是当事人此前基于各方对公平的理解所达成的一致结论。

与前述案件的裁决思路相反的是，仲裁庭位于巴黎的另一广告合同纠纷案件中，ICC 指出在法国仲裁法下，友好仲裁庭的自由裁量权限非常大，可以背离除了强行法以外的任何法律规定，也可以在某种程度上背离双方当事人的合同约定（但不得修改双方交易的基本条款）。由此，仲裁庭认为案涉合同的争议条款因为有利于被申请人而不能直接适用于该案件，并且认为双方协议约定的逾期利率过高而进行了调减。

基于上述两例截然相反的国际仲裁实践，我们建议当事人可以在国际商事仲裁案件中从合同条款适用程度的角度进行技术性处理，侧重从争议条款是否属于交易基本条款、是否构成明显不公、是否违反公共政策等角度展开论述，争取获得对己方有利的认定。

## （三）友好仲裁中的法律查明

在国际民商事纠纷中，事实的查明以及外国法的查明对于最终裁判的作出具有重要意义。

美国联邦最高法院针对仲裁是否违背强制性法律或公共秩序的这一问题的这一问题上，曾在上世纪作出了一项具有里程碑意义的判决（Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.），法院认为，如果仲裁庭无视包括强制性法律在内的全部法律规则，法院有权以“显然漠视法律”为由撤销国际仲裁裁决或拒绝承认与执行该裁决。因此，即便当事人对仲裁庭做出了明确的友好仲裁授权，但仲裁裁决明显有违强制性法律的，则将面临无法通过执行落地的极大风险。

同样，在香港高等法院于 2015 年审理的一起申请撤销仲裁裁决案件中，申请人主张仲裁庭超越权限进行了友好仲裁，在没有当事人授权的情况下故意背离协议约定的纽约法而适用公正公平原则进行裁决。法院针对仲裁庭是否“Consciously Disregard”协议约定的适用法律进行了审查与论证，最终认为仲裁庭未构成对法律规定的明显漠视或故意违背而进行友好仲裁，从而驳回了申请人的撤销仲裁裁决申请。

对于国际商事仲裁当事人而言，在仲裁庭作出对己方不利裁决的情况下，我们建议可以尝试从以下角度论证并申请撤销该等仲裁裁决：一方面，在最终适用友好仲裁制度作出裁决前，仲裁庭是否查明原本应当适用的法律规则会造成明显不公；另一方面，相关法律是否允许进行友好仲裁，仲裁庭是否存在明显漠视强制性法律规则、违反公共秩序的行为。

## 特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国或其他相关司法管辖区法律及实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被视为任何意义上的法律意见或法律依据。

如您对本期《汉坤法律评述》内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所以下人员联系：

### 刘隆

电话： +86 10 8516 4212

Email: [long.liu@hankunlaw.com](mailto:long.liu@hankunlaw.com)