

中国（上海）自由贸易试验区仲裁规则评述

黄荣楠

（华东政法大学国际法学院，上海 200042）

摘要：法学理论的发展，催生了仲裁实务的新潮流。《上海国际经济贸易仲裁委员会（上海国际仲裁中心）中国（上海）自由贸易试验区仲裁规则》的出现，对于临时措施、合并仲裁、开放名册、仲裁调解、友好仲裁等仲裁制度做了大胆和有益的实践。本文结合仲裁理论研究，对于以上创新制度在自贸区仲裁规则中的尝试进行分析，探求中国仲裁制度发展的新思路。

关键词：自贸区仲裁规则；中国（上海）自由贸易试验区；临时措施；合并仲裁；开放名册；仲裁调解；友好仲裁

中图分类号：D996.1 **文献标识码：**A **文章编号：**2095—8072(2014)06—0027—13

2014年4月8日，《上海国际经济贸易仲裁委员会（上海国际仲裁中心）中国（上海）自由贸易试验区仲裁规则》（下称“《自贸区仲裁规则》”）正式颁布，并于2014年5月1日起施行。这是上海国际经济贸易仲裁委员会（上海国际仲裁中心）（下称“上海贸仲”）继2013年10月22日设立中国（上海）自由贸易试验区仲裁院之后的又一重大举措。

该《自贸区仲裁规则》在制定过程中，充分借鉴了联合国国际贸易法委员会以及国际主流仲裁机构的最新成果，条款内容参考了《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》（2010年修订）、《斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁规则》（2012年修订）等仲裁规则的相关规定，^①在上海国际经济贸易仲裁委员会现行仲裁规则（自2013年5月1日起施行）基础上，九易其稿，引入了诸多先进的仲裁制度，力求与国际主流的仲裁规则相接轨。因此《自贸区仲裁规则》的实施引起了中国仲裁理论界和实务界的共同关注。

《自贸区仲裁规则》全文共10章85条。其中对我国原有仲裁规则完善和创新的制度主要有9项，包括完善了临时措施；引入了仲裁员开放名册制；新增了案件合并及案外人加入仲裁程序制度；确立了仲裁调解员制度；强化了仲裁证据制度；纳入了友好仲裁制度；增设了小额争议程序等。

本文从这9项创新中，选择理论界一直探讨并最为关注的临时措施、合并仲裁、开放名册、仲裁调解、友好仲裁等5项制度进行深入分析。

^① 陈建.上海自贸区仲裁规则5月1日起正式施行[N].上海金融报, 2014-04-11.

一、临时措施

临时措施(interim measures), 又被称为临时性保全措施(interim measures of protection), 是指由仲裁庭或有权的司法部门(一般指法院)在仲裁程序开始前或进行中做出的, 旨在维持待决争议中双方现状或保证最终裁决得以执行的一系列指令、命令或裁决, 该指令、命令或裁决的内容包括但不限于对财产、证据的保全, 也包括要求一方当事人在一定期限内必须做某事或禁止一方当事人在一定期限内做某事的行为保全等等。^①

在联合国国际贸易法委员会第二工作组于2002年3月召开的第36届年会上, 其报告中写道: “一般而言, 保护性临时措施本质上是临时性的, 其有效期仅限于最终裁决做出之前。不管具体称谓如何, 其目的主要有二: 其一, 在当事人之间的争议获得最终解决前, 维持各方之间的现状不变, 即所谓的“维持现状”(preserving the status quo)功能。其二, 通过在将来的裁决执行地采取财产保全等临时措施确保最终裁决或裁判的执行。”^②

上海贸仲现行仲裁规则只在第18条这一个条款中对财产保全和证据保全做出了简要的规定, 而《自贸区仲裁规则》则将“临时措施”单列为一章(第3章), 用7个条款(第18条至第24条)从以下几个方面对临时措施的相关规定进行了完善:

首先, 明确规定了临时措施的种类除财产保全和证据保全之外, 还包括行为保全以及法律规定的其他措施。《自贸区仲裁规则》第18条第3项中, 明确规定当事人可以提出“要求一方作出一定行为及/或禁止其作出一定行为”的临时措施申请。这一方面纳入了2012年修订的中国《民事诉讼法》中的行为保全措施,^③另一方面也符合国际惯例, 特别是有助于知识产权案件中当事人权利的保护。

其次, 增加了仲裁前的临时措施制度。《自贸区仲裁规则》第19条第(一)项明确规定: “临时措施申请人在提起仲裁前, 可以根据临时措施执行地所在国家/地区的有关法律规定, 直接向具有管辖权的法院提出临时措施申请, 也可以请求仲裁委员会协助其向具有管辖权的法院提出临时措施申请”。由于新增了第19条的规定, 因此从时间范围来看, 《自贸区仲裁规则》全面规定了仲裁前的临时措施、仲裁庭组成后的临时措施, 以及仲裁案件受理之后仲裁庭组成之前的临时措施。

值得注意的是, 根据《民事诉讼法》第101条规定, 当事人如果在仲裁前申请保全, 应当向“被保全财产所在地、被申请人住所地或者对案件有管辖权的人民法院”提出申请, 因此, 《自贸区仲裁规则》的上述规定也相应要求当事人向有管辖权的法

① 邹艾玲.论国际商事仲裁中的临时措施[D].西南政法大学硕士论文,2005.

② Possible Future Work in the Area of International Commercial Arbitration Note by the Secretariat, UN. GAOR UNCITRAL, 32nd Sess., p.119, U.N. Doc. A/CN.9/460 (1999).

③ 《中华人民共和国民事诉讼法》第100条规定。

院提出仲裁前临时措施的申请。而这一点,上海市第二中级人民法院(下称“上海二中院”)于2014年5月4日颁布的《关于适用〈中国(上海)自由贸易试验区仲裁规则〉仲裁案件司法审查和执行的若干意见》(下称“《若干意见》”),为《自贸区仲裁规则》的实施提供了强有力的司法保障。

再次,增加了设立紧急仲裁庭专门负责处理仲裁受理后至仲裁庭组成前临时措施申请的制度。《自贸区仲裁规则》第21条专门对“紧急仲裁庭”做出了规定,用于满足当事人在仲裁案件受理后至仲裁庭组成前提出临时措施申请时的需要。根据该条规定,依据当事人的申请,仲裁委员会同意组成紧急仲裁庭的,当事人应当按照规定预缴费用。申请组成紧急仲裁庭手续完备的,仲裁委员会主任可在3日内在仲裁员名册中指定一名仲裁员组成紧急仲裁庭处理临时措施申请。同时,明确规定紧急仲裁庭程序不影响仲裁程序的进行。这一制度将使仲裁委员会能够在仲裁庭组成前更及时、有效地处理临时措施申请,更有利于保护当事人的合法权益。

事实上,在国际仲裁领域,“紧急仲裁庭”制度也是近年来才逐渐兴起的新制度。最早在仲裁规则中规定“紧急仲裁庭”制度的是2009年的《美国仲裁协会国际仲裁规则》,^①而比较系统规定紧急仲裁庭制度的是2010年的《瑞典斯德哥尔摩仲裁院仲裁规则》。受其影响,近年来有不少国际商事仲裁机构均规定了详细的紧急仲裁庭制度。比如2012年《国际商会仲裁规则》、2010年的《新加坡国际仲裁中心仲裁规则》及2013年《香港国际仲裁中心仲裁规则》,以及2014年《日本商事仲裁协会仲裁规则》等。^②

此外,为了使“紧急仲裁庭”制度在实践中的执行得到有力保障,一些国家和地区还通过立法对此明确予以保护。例如香港,在香港国际仲裁中心2013年6月12日修订仲裁规则引入“紧急仲裁庭”制度后,香港立法会立即于2013年7月19日对香港《仲裁条例》进行了修改,确定“紧急仲裁庭”根据有关仲裁规则批给的任何紧急救助,不论是在香港或香港以外地方批给的,均具有强制执行力。^③

最后,明确了临时措施的变更程序。《自贸区仲裁规则》第23条规定了“临时措施决定的变更”的规则,赋予被采取临时措施一方当事人合理的救济权利。根据该条第(一)项规定,“临时措施申请的相对方对临时措施决定有异议的,应自收到临时措施决定之日起3日内向本会书面提出。”给予临时措施相对方合理抗辩权实际上在各世界先进仲裁机构的仲裁规则中已不为鲜见,比如《香港国际仲裁中心仲裁规则》附录4“紧急仲裁员程序”第11条规定,“紧急仲裁员必须确保当事人就申请有合理的机会陈述意见,且其有权决定被采取临时措施一方对仲裁管辖权的抗辩。”此次

① 根据《美国仲裁协会国际仲裁规则》的第21条规定第1、2款。

② 2012年《国际商会仲裁规则》第29条,2013年《香港国际仲裁中心仲裁规则》第23条,2010年的《新加坡国际仲裁中心仲裁规则》附则一,2014年《日本商事仲裁协会仲裁规则》第70-74条。

③ 2013版《香港国际仲裁中心仲裁条例》。

“临时措施决定的变更”规则的确立无疑是顺应了国际趋势,能更好地平衡当事人之间的权利义务,防止一方权利的过分滥用。

同时值得一提的是,《自贸区仲裁规则》第22条第(一)项规定,“对于提交紧急仲裁庭或仲裁庭的临时措施申请,紧急仲裁庭或仲裁庭应以执行地国家/地区相关法律规定的形式作出书面决定,并说明理由。”我们理解,根据这一规定,如果临时措施执行地在中国内地,那么根据《仲裁法》及其司法解释、《民事诉讼法》等法律规定,紧急仲裁庭或仲裁庭应作出书面决定,将申请转交有管辖权的人民法院作出最后裁定。相反,如果临时措施执行地在境外,以香港为例,紧急仲裁庭或仲裁庭即可按照香港《仲裁条例》的规定直接自行作出书面决定同意或驳回临时措施的申请,而无需求助于法院另行作出裁定。鉴于目前境外很多国家和地区的法律都认可仲裁庭有权独立作出临时措施的决定,因此《自贸区仲裁规则》第22条的规定实际上是对中国法下仲裁庭有限权力的扩张,这不失为一种巧妙的设计和创新,有利于上海贸仲在仲裁庭有权作出临时措施决定的国家和地区开拓仲裁市场,对当事人更具吸引力。

虽然临时措施制度在自贸区仲裁规则中得以确立,但临时措施的实施能否得以保障,还需面对两个方面的问题:

其一,《纽约公约》。由于自贸区所涉的仲裁案件大多与国际贸易相关,这样临时措施所涉及的财产或证据位于仲裁地之外的可能性大大增加,这就需要外国法院协助执行仲裁庭或仲裁地法院作出的临时措施,也就是说临时措施产生了跨界执行问题。而《纽约公约》是迄今为止在国际商事仲裁领域内影响力最大的国际公约,但遗憾的是该公约对于临时措施问题没有作出明确规定。临时措施作为一种仲裁庭发布的命令(order),在性质上毕竟不同于裁决(award),最主要的是该命令从本质上来说是临时的(provisional),仲裁庭可以随着情况的变化而修改、乃至撤销该命令。因此,此种命令不太可能满足《纽约公约》对裁决的终局性要求。

其二,是国内立法。大多数国家的法律没有规定法院如何协助执行外国仲裁中的临时措施,只有德国等少数国家率先以法律的形式确认法院可以协助执行外国仲裁中的临时措施,不过这只是个别行为,不具有普遍性。^①在我国相关法律中涉及临时措施制度的条文不仅数量少、而且不成体系。虽然1995年仲裁法中规定了财产保全及证据保全,^②但这仅有的两条也只是针对国内仲裁而言的,在“涉外仲裁的特别规定”这一章中,干脆没有临时措施的规定。因此,上海二中院的《若干意见》第6条“申请仲裁保全的立案审查”规定:“当事人提出仲裁前或仲裁程序中保全申请的,应当立即受理。情况紧急、符合法律规定的保全条件的,应当在24小时内作出裁定并移交执行……。”从上述规定看,《自贸区仲裁规则》第3章“临时措施”部分的创新性

① 鲍冠艺,黄伟.论仲裁庭下达临时措施的执行——兼析《示范法》临时措施执行规则[J].仲裁研究,2008(4).

② 根据《中华人民共和国仲裁法》的第28条及第46条规定。

制度安排已很大程度上得到了上海二中院的肯定和支持。但这也只是在地方法院的急救措施,是否会被上海以外的法院参照,我们还将拭目以待。

目前各国签订双边协定或修改《纽约公约》增加执行临时措施条款这两条思路都不大可行。而我国正酝酿修改1995年《仲裁法》,如何通过自贸区仲裁规则的临时措施执行制度予以借鉴和采纳,使我国的国际商事仲裁法律制度符合国际发展趋势以推动我国仲裁事业的发展,应当是一种有益的实验。

二、合并仲裁

合并仲裁,是指存在两个或两个以上相互关联的仲裁程序时,为了一揽子解决所有争议,通过一定的程序设计,将所有的当事人召集在一起,通过一个仲裁程序处理所有争议的制度。合并仲裁可分为两种情形:一种是所有的当事人在争议发生之前或之后就合并仲裁已达成仲裁协议而进行的合并仲裁,另一种是所有的当事人未就合并仲裁达成合意或达成了合并仲裁的合意但未能对仲裁地点、仲裁机构、仲裁庭的组成形式与仲裁员的人选、仲裁规则、仲裁的准据法达成一致意见,法院或仲裁庭根据一方当事人的申请而下令合并仲裁。前者被称为合意的合并仲裁,而后者被称为非合意的合并仲裁即强制合并仲裁。

上海贸仲现行仲裁规则只在第31条这一个条款中对“第三人”做出如下规定:“在仲裁程序中,双方当事人可经案外第三人同意后书面申请增加其为仲裁当事人,由仲裁庭决定是否同意;仲裁庭尚未组成的,由本会秘书处做出决定”。但是,在《自贸区仲裁规则》中,则将第三人加入仲裁具体区分为“其他协议方加入仲裁程序”和“案外人加入仲裁程序”两个部分,进一步强化了追加新增仲裁当事人的机制。

1. 其他协议方加入仲裁程序

《自贸区仲裁规则》第37条“其他协议方加入仲裁程序”具体要点如下:首先,仲裁标的为同一种类或者有关联。从全球范围看,该要求都是必要的。只有争议标的为同一种类或者有一定联系,才具有合并仲裁的事实和法律基础;其次,各方当事人同意。这一条件事实上排除了非自愿的合并仲裁,也避免了非自愿仲裁下仲裁裁决可能存在的风险。当事人同意的形式为:由一方当事人向仲裁庭提出合并仲裁的申请,得到他方当事人的同意;仲裁庭决定是否合并。决定是否合并仲裁的权力归属于仲裁庭,而并非仲裁机构或法院。仲裁庭是仲裁权的享有者,有适当进行仲裁程序的权力;合并的仲裁案件合并于最先开始仲裁程序的仲裁案件。除非当事人一致请求作出一份仲裁裁决,仲裁庭仍应对各仲裁案件分别作出裁决书。这与仲裁协议所对应的仲裁请求是一致的。

2. 案外人加入仲裁程序

《自贸区仲裁规则》第38条则对“案外人加入仲裁程序”做出如下规定:第一种情况是,增加的第三人为仲裁协议的当事人、且在仲裁庭组成之前:此时,应由仲裁程序的一方当事人提出书面申请,由仲裁机构的秘书处决定是否增加该第三人。如果增加后的仲裁申请方或被申请方为多方当事人,则仲裁员的选择方式将发生变化;第二种情况是,增加的第三人为仲裁协议的当事人、且在仲裁庭组成之后:此时,第三人加入的条件是该第三人放弃选定仲裁员并认可已经进行的仲裁程序。另外,最终第三人能否加入到仲裁程序,由仲裁庭决定。

从理论界的态度看,对于是否应合并仲裁一向存在不同的观点。支持合并仲裁的一方认为:1.合并仲裁可以避免产生矛盾裁决,维护了仲裁的严肃性。2.合并仲裁可以化解举证上的困难。3.合并仲裁有效解决争议,降低纠纷解决的成本。而反对合并仲裁的理由,基本上可归纳为以下四点:1.合同相对性原则,案外人不是合同的相对方。2.仲裁的保密性,合并仲裁会使第三方参与仲裁,仲裁将失去秘密性。3.合并仲裁后做出的裁决,如在国外执行,很难得到《纽约公约》的承认。4.我国《仲裁法》未对合并仲裁做出规定。

但笔者依然认为,合并仲裁并未抛弃当事人意思自治原则,仍应建立在当事人意思自治的基础上;虽然各国合同法均曾强调合同相对性,但第三方受益合同的出现已使近代各国立法及判例对此有所突破;合并后新的仲裁仍具有仲裁秘密性的特点,即使有第三方加入,也是有实质性的利害关系人;只要仲裁机构的仲裁规则中对合并仲裁做出规定,且当事人在各自的仲裁协议中选择了该仲裁机构,在国外执行时就不应受到拒绝,同时也没有违反我国《仲裁法》的强制规定。

因此,在各国和地区的实践中,也逐步出现了合并仲裁的规定。比如,英国《仲裁法》第35条有关合并仲裁的规定。^①当事人可以自由决定合并仲裁或合并审理,但是未经授权,仲裁庭不能命令合并程序或合并审理。在香港本土仲裁案件中,香港法院可以命令合并仲裁。《香港仲裁条例》第6B节明文规定,当涉及到两宗或者两宗以上的仲裁案件,如果法院认为(1)这些案件具有共同的法律或者事实问题,或者(2)要求补偿的权利产生于同一笔交易或者一系列交易、或者与这些交易有关,或者(3)基于其他原因且在必要时,法院可以命令将这些仲裁程序按其认为合适的条件进行合并。

但是合并仲裁时,也必须考虑非签字人的权利可能会受到侵害,需要赋予非签字人获得法律救济的权利。综观有关公约和各国法律、仲裁机构的仲裁规则,大都规定

^① 根据英国仲裁法的第35条规定(Consolidation of proceedings and concurrent hearings):“(1)The Parties are free to agree (a) that the arbitral proceedings shall be consolidated with other arbitral proceedings, or (b) that concurrent hearings shall be held, on such terms as may be agreed. (2)Unless the parties agree to confer such power on the tribunal, the tribunal has no power to order consolidation of proceedings or concurrent hearings.”

当事人可以提出仲裁协议效力异议。如1976年《UNCITRAL仲裁规则》第21条第3款规定：“对仲裁庭无管辖权的抗辩不得迟于在答辩书中或在有反诉的情况下，在对反诉的答复中提出。”而我国仲裁协议效力异议制度主要规定在《仲裁法》第20条。^①当事人对仲裁协议的效力有异议的，可以在仲裁庭首次开庭前提出，请求仲裁委员会作出决定或请求人民法院作出裁决。即使在仲裁裁决作出后认为仲裁协议效力不应及于自己的，并因此对仲裁裁决不服的，依然可以依照我国《仲裁法》规定的仲裁裁决的撤销与不予执行制度，对仲裁裁决进行否定，从而保护自己的权益。^②

《自贸区仲裁规则》规定的合并仲裁制度，有效地借鉴了最新的国际仲裁规则，比如2013版香港国际仲裁中心仲裁规则第28条中的相关规定，为涉及多方主体的纠纷提供了更为高效的争议解决途径。上述规定有效地扩大了仲裁庭的审理范围，使其能够以更全面的角度、更方便快捷地解决争议。虽然合并仲裁存在一些学理障碍，但可以被合理解释，其具体操作上的障碍仍可以通过完善中国的仲裁立法和仲裁规则来加以克服。因此，《自贸区仲裁规则》采取合并仲裁在解决多方当事人争议问题上不失为一种新的思路。

三、开放名册制

开放名册制是指当事人既可以从仲裁机构设置的仲裁员名册中委任仲裁员，也允许当事人在名册外委任仲裁员。在后一情况下，当事人和被提名者均须证明该被提名者达到了仲裁法规定的资格条件。当事人选择将争议提交某一仲裁机构解决，是基于对该仲裁机构的信任，同理他也应当相信该仲裁机构选聘的仲裁员具有足够的经验和能力解决争议，并在该仲裁机构的仲裁员名册中予以选定；如果当事人更加信任仲裁员名册之外的某位人士，只要他能够证明这位人士具有足够的资格，该仲裁机构也没有任何理由不接受这位人士在这一特定仲裁案件中担任仲裁员。

长期以来，我国仲裁机构在仲裁员选择上都实行强制名册制。^③强制名册制的优点在于，名册上拟定的仲裁员范围，能够为当事人提供一个“专家数据库”，解决当事人对法律或其他领域的专家了解不充分的问题；同时仲裁机构设立仲裁员名册可以进行事先遴选，对仲裁员的资质进行监督，从而保障仲裁案件的审理质量。但是其缺点也是显而易见的：一是仲裁员名册无法完全覆盖各类仲裁案件可能需要的所有专家；二是部分当事人可以不需要仲裁员名册的指引，同样完全有能力挑选名册以外资质适当的仲裁员。在此情况下，强制当事人在仲裁员名册中做出选择则可能违背和

① 根据《仲裁法》的第20条：“当事人对仲裁协议的效力有异议的，可以请求仲裁委员会作出决定或者请求人民法院作出裁定。一方请求仲裁委员会作出决定，另一方请求人民法院作出裁定的，由人民法院裁定。”

② 根据《仲裁法》第58条规定。

③ 《中国国际经济贸易仲裁委员会规则》2012版第24条；《上海国际经济贸易仲裁委员会规则》2014版第21条；《华南国际经济贸易仲裁委员会规则》现行第28条。

限制了当事人更加广泛和多元化选择仲裁员的意愿。

与我国仲裁机构的做法相反,国外仲裁机构大多采用开放名册制,例如美国仲裁协会、新加坡国际仲裁中心、香港国际仲裁中心等知名仲裁机构,根据其仲裁规则规定,当事人对仲裁员的选择均没有仲裁员名册的限制。^①这些机构虽然也制定了本仲裁机构的仲裁员名册,但仅供当事人选择时作为参考和辅助,因此不会对当事人的选择权利造成不必要的限制。另外,部分知名仲裁机构,例如国际商会仲裁院、伦敦国际仲裁院甚至根本不制定仲裁员名册,但在个案中如当事人需要,该等仲裁机构也会为当事人拟定相应的推荐名单。^②

这次制定《自贸区仲裁规则》也顺应了国际仲裁的潮流,放宽了从仲裁员名册之外选择仲裁员的限制,适当增加了选择仲裁员的灵活性。《自贸区仲裁规则》第27条规定:“(一)当事人可从仲裁员名册中选定仲裁员。(二)当事人可以推荐仲裁员名册外的人士担任仲裁员,也可以约定共同推荐仲裁员名册外的人士担任首席仲裁员或独任仲裁员。”同时,规则第28条规定,当事人推荐仲裁员名册外的人士担任仲裁员,该人选必须经仲裁委员会主任确认同意后方可担任案件的仲裁员。如果仲裁委员会主任不同意该选择,当事人则应在收到该决定之日起5日内,在名册内选定或委托仲裁委员会主任指定仲裁员。在当事人未能选定或委托时,则由仲裁委员会主任进行指定。

对于首席仲裁员或独任仲裁员的选择,双方当事人可以事先约定推荐一名仲裁员名册外的人士担任首席仲裁员或独任仲裁员,并在收到仲裁通知之日起15日内提交共同推荐的该名人士信息。这一选择同样需要经过仲裁委员会主任依法确认后才能够任命。同时,如果仲裁委员会主任不同意该选择,当事人则应在收到该决定之日起5日内,在仲裁员名册内共同选定或是采用推荐名单的方式指定仲裁员。如果当事人未能选定首席(独任)仲裁员,那么则由仲裁委员会主任指定。

从以上规定可见,当事人依然可以或者说主要还是从仲裁员名册中选定仲裁员,但当事人也可以在仲裁员名册以外选择仲裁员或是首席(独任)仲裁员。通过这一规定,“开放式名册制”的模式开始愈见清晰,即在遵守中国法律规定的前提下,实现了与世界主要仲裁机构实践的接轨。同时,当事人推荐仲裁员名册外的人士担任仲裁员的,需经仲裁委员会主任依法确认并同意后任命。这一补充规定设定了仲裁员资质的必要审核程序,从而在最大限度保障当事人意思自治的同时,也能够确保仲裁员的选择符合法律的基本要求。

《自贸区仲裁规则》上述有关“仲裁员人选”的规定从一定程度上突破了强制名册制的限制,转而采用主要国际仲裁机构普遍采用的开放名册制,给予当事人在名册

① 《美国仲裁协会国际仲裁规则》2000版第6条、《新加坡国际仲裁中心仲裁规则》2010版第5条、2013版《香港国际仲裁中心仲裁规则》第6条。

② 《国际商会仲裁院仲裁规则》2012版第12条、《伦敦国际仲裁院仲裁规则》1985版第3条。

外选定仲裁员的权利,同时赋予了仲裁机构在审核当事人选定的仲裁员具备法定资格的情况下,最大程度地尊重了当事人选择仲裁员的意愿。

四、仲裁调解

仲裁和调解本是解决商事争议的两种独立方式。仲裁与调解相结合,是指在同一争议中,仲裁与调解两种争议解决方式复合运用,共同解决争议。仲裁与调解相结合的形式主要有“先调解后仲裁”、“调解与仲裁同时进行(影子调解)”、“在仲裁中进行调解”、“仲裁后调解”等。

目前,被中国仲裁机构普遍采用是“在仲裁中进行调解”,^①即为解决当事各方争议,先启动仲裁程序,在仲裁程序进行过程中,由仲裁员对案件进行调解,调解不成后或调解成功后再恢复进行仲裁程序。

此次《自贸区仲裁规则》中将“仲裁与调解相结合”作为独立的一章(第50条至第53条),主要包括4个条文:调解员调解、仲裁庭调解、仲裁机构外的和解、调解内容不得援引。其中的仲裁前调解和调解员制度是其中的亮点。

根据规则第50条规定,一方当事人在仲裁案件受理后至仲裁庭组成前,提出书面调解申请的,仲裁委员会主任应在收到另一方当事人书面同意之日起3日内,在调解员名册中指定一名调解员对争议进行调解。当事人经调解员调解达成和解协议的,申请人可以撤回仲裁申请,也可以请求此后组成的仲裁庭按照和解协议内容做出仲裁裁决。如果在进行调解的过程中,任何一方当事人提出终止调解的,调解员应当终止调解。并且在任何情况下,调解员调解程序都应当在仲裁庭组成之日终止。此外,该条还具体规定了调解员进行调解的方法,例如调解员可以“依据公允善良的原则,向当事人提出调解争议的建议”等。这一规定使得以往“各自为政”的调解方式有望被进一步规范化、制度化。

“调解员调解”制度类似于民事诉讼中的诉前调解制度,这一制度的确立使得当事人能够在仲裁庭组成前多一次通过友好协商解决争议的机会,有利于维护、巩固甚至发展当事人之间既存的或将来的商业合作关系,最大限度地满足当事人的商业需要。而另一方面,规则规定调解员调解程序的启动须经一方当事人的申请及另一方当事人的同意,并且规定调解员的调解不影响仲裁庭组成前的仲裁程序进行。由此看来,其与诉前调解还是存在很大的差别,显然《自贸区仲裁规则》中的“调解员调解”制度能够更好地遵循当事人的意愿。

设立“调解员调解”制度的好处是:(1)仲裁机构能够提供具有丰富行业经验和威望的调解人。调解人不仅仅是法律方面的解说者、评判者或者预测者,更应当是

^① 《中国国际经济贸易仲裁委员会规则》2012版第45条;《上海国际经济贸易仲裁委员会规则》2014版第41条;《华南国际经济贸易仲裁委员会规则》现行第48、49条。

深刻理解纠纷当事人状况和真实意愿的人。(2)由这种方式达成的和解协议,由于经过仲裁员制作成裁决书或调解书后,具有强制执行的效力。这种方法,可以弥补当事人自行和解达成的和解协议的软弱性。(3)分流一批进入仲裁程序的案件,由调解程序来代替,也可以节省仲裁委员会的资源,让办案秘书、仲裁员免于浪费花在仲裁文书送达、被申请人答辩、开庭的交通通讯费、资料复印费和时间等。(4)利用这种灵活简便的调解方式,可以吸引一些当事人更多地选择仲裁。即使是当事人在仲裁委员会之外通过调解达成和解协议的,可以凭当事人达成的由仲裁委员会仲裁的仲裁协议和他们的和解协议,请求仲裁委员会指定一名独任仲裁员,按照和解协议的内容作出仲裁裁决书。

《自贸区仲裁规则》同时规定,仲裁程序前的调解不得影响仲裁程序的进行。仲裁前的调解程序,不影响仲裁庭组成之前的仲裁程序——包括仲裁申请和仲裁反请求的提出、临时措施的申请、仲裁员和仲裁庭的选择等。为了避免仲裁与调解结合时可能出现的负面影响,《自贸区仲裁规则》第50条第(七)项又特别规定:“除非当事人书面同意,接受指定的调解员将不得再担任本案仲裁员。”但是对于仲裁员和调解人的身份是否应当合一,这在国际仲裁界有持久而热烈的讨论。

支持合一一方认为:由于调解人对案情已有比较清楚的了解,故进入仲裁审理后可以很快掌握案件重点,节约仲裁成本;如果当事人在调解阶段已达成部分协议,则双方当事人应该更倾向于指定同一调解人为他们的未决事项进行仲裁。^①

支持分离一方认为:如调解人还将担任仲裁人,会使当事人在调解时有所顾虑,不愿坦诚调解底线;调解阶段公开的信息会诱使调解人在进入仲裁阶段后带有一定的倾向性;调解人在调解过程中发表的一些言论也会变成当事人随后质疑仲裁阶段公正性的理由。^②

正是考虑到国际商事仲裁中普遍将仲裁和调解视为解决商事争议的两种相对独立的方式,因此《自贸区仲裁规则》第50条第(七)项采取了调解人与仲裁人分离的制度。这一措施加强了“调解员调解”制度的独立性,也可以减少调解过程对于仲裁员进行案件实体审理的不必要的影响。

可以看到的是,一些发达国家的仲裁实践中已经出现了一些混合形态的非诉讼争议解决(ADR)模式,这些模式的宗旨在于寻求调解与仲裁两种纠纷解决机制的优势互补。国际上一般用Med-Arb这个新造的词汇来表示仲裁与调解结合的各种形态。^③而“先调解后仲裁”就是(Med-Arb)模式中的一种。其含义是,当事人为解决争

① 陈巍.论仲裁与调解的结合——兼论我国仲裁制度的发展方向[EB/OL].深圳仲裁委员会[2010-11-23].<http://www.szac.org/practice/detail.aspx?MenuID=0103080403&id=6518>.

② 陈巍.论仲裁与调解的结合——兼论我国仲裁制度的发展方向[EB/OL].深圳仲裁委员会[2010-11-23].<http://www.szac.org/practice/detail.aspx?MenuID=0103080403&id=6518>.

③ 王生长.仲裁与调解相结合的理论与实务[M].北京:法律出版社,2001.

议,先启动独立的调解程序,由专门调解人进行调解,调解不成或调解成功后再进入仲裁程序。调解不成功则由仲裁员进行仲裁,调解成功则可以由仲裁庭直接根据调解协议作出具有法律效力的仲裁调解书或者仲裁裁决书,从而解决纠纷。

由此可见,《自贸区仲裁规则》采取的仲裁与调解相结合制度既秉承了中国仲裁机构善于调解的传统,也吸收了ADR模式的新经验,使得《自贸区仲裁规则》更贴近国际商事仲裁实践中对于调解的定位和习惯。

五、友好仲裁

友好仲裁(amicable composition)或依公平善意原则(ex bono et aequo)进行仲裁一般指仲裁庭经争议当事人授权,在认为适用严格的法律规范会导致不公平结果的情况下,不按照严格的法律规范,而依据其认为公平善意的标准进行仲裁并作出对争议当事人有约束力的裁决的一种商事仲裁方式。友好仲裁与依法仲裁相比,其核心特点是基于当事人意愿,仲裁庭并非严格依照法律规定,而是按照公平善良等原则做出裁决,决定当事人的权利义务。

友好仲裁的具体规定最早见于1961年的欧洲国际商事仲裁公约第7条的规定。^①之后的《联合国国际贸易法委员会仲裁规则(1976)》第33条第2款指出:仲裁庭仅在当事人双方明示授权和适用于仲裁程序的法律允许时,方得运用友好仲裁或按公允及善良原则进行裁决。具有广泛影响的1985年《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》第28条第3款也对此作出了明确规定。在这一时期,《1965年关于解决各国和其他国家国民间投资争端的公约》、《世界知识产权组织仲裁规则(1994)》、《国际商会仲裁规则(1997)》,国际商会/国际海事委员会(ICC/CMI)国际海事仲裁规则(1978)也都有类似规定。^②

《自贸区仲裁规则》也大胆尝试,其第56条规定:“当事人在仲裁协议中约定,或在仲裁程序中经协商一致书面提出请求的,仲裁庭可以进行友好仲裁。仲裁庭可仅依据公允善良的原则作出裁决,但不得违反法律的强制性规定和社会公共利益。”因此友好仲裁具有以下三个基本要求:

第一,友好仲裁需以当事人达成合意为前提要件。根据《自贸区仲裁规则》的规定,当事人既可以在仲裁协议订立时即选择适用友好仲裁制度,也可以在仲裁程序启动后对此达成约定。需要注意的是,当事人的此种合意需以书面形式做出。

第二,仲裁庭在进行友好仲裁时,应当依公允善良的原则做出裁决,这是仲裁庭

^① 根据《欧洲国际商事仲裁公约》的第7条规定:“如当事人作出此种决定,而且仲裁员依照仲裁所适用的法律可以进行“友谊仲裁”时,仲裁员即可进行“友谊仲裁。”

^② 根据《关于解决各国和其他国家国民间投资争端的公约》的第42条规定第3款,《世界知识产权组织仲裁规则(1994)》第59条第1款,《国际商会仲裁规则》第17条第3款,国际商会/国际海事委员会(ICC/CMI)国际海事仲裁规则第10条第2款。

在裁决过程中的唯一标准和要求。公允善良原则要求仲裁员从社会公平正义的角度，以人们公认的价值观和是非观作为标准，形成公正合理的裁决结果。

第三，仲裁庭对公允善良原则的适用不能违反法律的强制性规定和公共秩序。所谓强制性规定，是指不能根据当事人事先的协议选择、修改以排除或变通其适用的法律规则，这些规则的识别和界定需要结合制定该法律规则的宗旨、该法律规则所在法律文件的上下文及违反该法律规则的后果等多方面因素进行考量；同时，公共秩序则是体现在一国政治制度、经济制度、法律制度和主流道德习俗中的根本利益。通过此种限制，法院得以对友好仲裁进行底线控制和监督，避免仲裁庭权力的滥用。

以上的规定在确立友好仲裁的同时均对其适用规定一定限制条件，限制主要体现在：首先，在程序上必须经过当事人的明确授权。其次，仲裁庭进行友好仲裁不能为违反仲裁地的公共秩序和强行法规定。再次，友好仲裁只是排除了实体法的适用，仲裁庭不能根据公平善意原则确定仲裁的程序法。

从目前来看，世界上仲裁制度比较先进的国家都在仲裁立法中予以规定，甚至长期坚持必须依法仲裁的英国也改变了强硬的立场，有条件接受友好仲裁。《新加坡国际仲裁中心仲裁规则》第27条第（二）项规定，“只有在当事人明确授权仲裁庭的情况下，仲裁庭才可以作为友好公断人或依公允善良的原则作出裁决（而不必严格依照法律规则进行裁决）”；《香港国际仲裁中心仲裁规则》第35.1条规定，“只有在当事各方明确授权时，仲裁庭才能以友好公断人身份或依公允善良原则裁决争议。”

但另一方面我们也应该看到，友好仲裁在目前阶段也会面临实际操作上的困难，这些困难主要有：其一，鉴于友好仲裁通常以公平合理原则、诚实信用原则为仲裁依据，实际操作中很难适用，从而对仲裁员本身的素质做出了更高的要求；其二，对于友好仲裁的裁决来说，能否顺利执行还有赖于执行地国法律是否承认友好仲裁。

我国目前在仲裁的立法和实践中都还没有确立友好仲裁制度。1995年《中华人民共和国仲裁法》第7条规定：仲裁庭应根据事实，符合法律规定，公平合理地解决纠纷。2012年《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第47条第一款规定，仲裁庭应当根据事实和合同约定，依照法律规定，参考国际惯例，公平合理、独立公正地做出裁决。虽然都提到“公平合理”原则，但并不能理解为我国承认友好仲裁制度。我国的仲裁法只在总则中规定“遵循公平合理原则”，而没有具体条文列出当事人的授权及其他适用条件，所以并非国际通说所认为的友好仲裁规定，而只是一种笼统的、模糊的指导性意见。

当然，从推进仲裁制度和仲裁实践改革的角度讲，上述困难并不能成为否认友好仲裁的借口；相反，正是因为有了更高的要求，仲裁员才能更好地发挥自身优势，对当事人间的争议作出更公正的裁决，仲裁方式也才能更适应现代社会政治经济的发展 and 仲裁制度改革的需要，进而推动立法的变革和支持。

可以说，《自贸区仲裁规则》新增友好仲裁制度能够极大程度地满足当事人意思

自治的需求,特别是对于处理那些用法律规则难以处理的纠纷和争议有着不可替代的作用,它符合国际私法和国际商事仲裁对于实质正义的追求。在正确运用的情况下,可以使中国“以和为贵”的传统与友好仲裁水乳交融,更好地满足当事人解决争议的需要。

六、结论

上海贸仲此次颁布的《自贸区仲裁规则》顺应了国际仲裁立法和实践的潮流,而且更难能可贵的是,该规则与国际接轨的同时,也非常注重传统的传承和与本地司法环境的协调,使得相关仲裁制度的设计更合理、操作性更强、更能符合并满足仲裁当事人的需求。可以说,《自贸区仲裁规则》是目前中国内地开放程度、灵活程度最高的国际化仲裁规则之一,其颁布施行有助于上海贸仲为境内外当事人提供更为公正、专业、便捷、高效的仲裁法律服务。这无疑是当事人和法律从业者所期待和欢迎的。另外,我们也非常期待《自贸区仲裁规则》在其施行过程中充分发挥自贸区的“扩散效应”和“改革示范效应”,形成可复制、可推广的经验,进而推动我国《仲裁法》的修订以及商事仲裁制度的国际化发展。

【作者简介】黄荣楠:华东政法大学国际法博士研究生,君合律师事务所律师。研究方向:外商投资法,国际商事仲裁。

On the Shanghai International Economic and Trade Arbitration Commission's Pilot Free Trade Zone Arbitration Rules

HUANG Rong-nan

(East China University of Politics and Law, Shanghai 200042, China)

Abstract: The development of legal theory has hastened a new wave of arbitration practice. The arrival of the Shanghai international economic and Trade Arbitration Commission (Shanghai International Arbitration Centre (Shanghai) China)'s Pilot Free Trade Zone Arbitration Rules has implemented massively beneficial practices for the arbitration system through interim measures, consolidation of arbitration, allowing recommendations of persons outside the official panel of arbitrators, adjustments in arbitration, ex aequo et bono arbitrations, etc. This article will combine the study of arbitration theory with the analysis of the innovative system of free trade zone arbitration rules above to pursue China's arbitration systems new developing mentality.

Keywords: free trade zone arbitration rules; interim measures; consolidation of arbitration; recommendations of persons outside the official panel of arbitrators; adjustments in arbitration; ex aequo et bono arbitrations

(责任编辑:黄志瑾)