

我国仲裁员任职制度的合理性分析与完善建议

凌冰尧

(华东政法大学国际法学院, 上海 200042)

摘要:我国仲裁员任职制度主要涉及仲裁员法定资格与仲裁员名册两个问题。两者的背后隐含了同样的逻辑,即不相信当事人能够合理地选任仲裁员,事实上限制了当事人选任仲裁员的权利。这与目前主流的国际商事仲裁制度是相悖的,也不符合目前实践的发展。对此,完善我国仲裁员任职制度的途径就是借鉴世界主流国家的商事仲裁制度,对仲裁采取更为开放的态度,同时也要兼顾我国自身仲裁行业的发展实力和特点,设立否定式列举的仲裁员法定资格和推荐式的仲裁员名册制度。

关键词:仲裁员;法定资格;仲裁员名册;意思自治

中图分类号: D997.4

文献标识码: A

文章编号: 1006-1894 (2020) 06-0086-08

一、我国仲裁员法定资格规定的弊端

仲裁员的任职资格通常有3种设置方式。第一种是通过立法设定仲裁员的法定资格,体现了国家对于仲裁员的要求,具有法律的强制性。第二种是通过仲裁机构的规则进行设置,体现的是仲裁机构的自我约束性和内部性。第三种则是在双方当事人意思自治下的仲裁员资格。^①这3种途径中,法定资格为仲裁员的委任划定了底线,而机构规则和当事人约定则作为一种补充。从这三者的关系不难看出仲裁员资格的问题其本质在于国家法定和当事人意思自治的取舍,而法定资格就是仲裁员任职的基础条件。根据世界各国对于仲裁员法定资格的立法规定来看,依照法定资格的宽严,主要分为一般资格条件 and 严格资格条件。其中大多数国家采取的是一般资格条件,即任何普通人人都可以成为仲裁员。^②严格的法定资格模式有几个问题:其一是不符合国际趋势,严格的法定资格并不能明显保证仲裁的质量,反而限制了仲裁的发展;其二是缩小了当事人选择仲裁员的范围,违背了意思自治原则;其三则是违背了实践的需求,仲裁对商业方面的专业性需求较强,过高的门槛不利于吸收各行各业的人才加入仲裁员队伍。

(一) 仲裁员严格法定资格不符合国际趋势

从世界范围内来看,如英国、美国、日本和我国香港地区都是采取一般资格条件,

作者简介:凌冰尧,华东政法大学国际法专业博士研究生,研究方向:国际法。

① 李婧.论我国仲裁员的法定资格[J].北京仲裁,2008,(1).

② 乔欣.比较商事仲裁[M].北京:法律出版社,2004:65.

不对仲裁员的资格进行限定。法国则只在《法国民事诉讼法典》第1451条第1款规定“仲裁员的任职只可委任给具有完全民事行为能力的自然人。”采取严格资格条件的国家又分为否定式列举和肯定式列举的模式。否定式列举的方式,如韩国排除了无行为能力人与限制行为能力人、破产者和一些正在或曾经接受刑事处罚的人。^①而我国采用肯定式列举。《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》)规定,仲裁委员会应当从公道正派的人员中聘任仲裁员,同时,仲裁员还应当符合5个条件之一,即俗称的“三八两高”:(1)通过国家统一法律职业资格考试取得法律职业资格,从事仲裁工作满8年的;(2)从事律师工作满8年的;(3)曾任法官满8年的;(4)从事法律研究、教学工作并具有高级职称的;(5)具有法律知识、从事经济贸易等专业工作并具有高级职称或者具有同等专业水平的。

可见,相比于英美等发达国家,我国对仲裁员法定资格的设置十分严格。杨良宜先生曾指出,仲裁协议是一个合约,因此只要不违反公共政策,法律不应当影响当事人选任仲裁员。^②同时,因为仲裁可以在各个行业进行,设定很高的法定门槛势必无益于促进仲裁适用于每个行业的争端解决。但杨良宜先生也指出,如果没有对仲裁员资格的规定,也会带来缺乏质量管理的问题。^③毕竟,相比于设置了上诉、再审等纠错机制的诉讼,仲裁一裁终局的特点也带来了公正性的隐患,而这也正是立法者不肯放开仲裁员资格的原因所在。

不过,就国际实践来看,不对仲裁员资格进行限制的国家不在少数,而这些国家也从未因仲裁质量而产生明显的问题,究其原因在于如果从商品服务的角度来看,市场会对仲裁的好坏自动进行调整。由于仲裁的费用不菲,当事人即便不选择专业对口的仲裁员,也绝不会去选择一个声名狼藉的人作为仲裁员。因此,通过市场进行调节来解决仲裁质量是完全可行的。同时,国际商事仲裁的趋同化已成为商事仲裁理论和实践的普遍共识。^④长远来看,我国仲裁行业的国际化发展需要与国际主流的实践模式对接,固守严格的法定资格不仅未能比市场调节更好地保证仲裁质量,更不利于仲裁行业的发展。

(二) 仲裁员严格法定资格不符合意思自治

仲裁员法定资格设置宽严背后是由国家或当事人作为决定仲裁员资格的主体,更深层的原因在于对意思自治和公平正义两种价值的取舍。如果认为应当首要保障裁决的公正,则将采取严格的法定资格模式,由国家决定仲裁员的资格;如果认为应当首要保障意思自治,则将采取宽松的法定资格,由当事人作为决定仲裁员的主体。

为了分析如何合理地设置仲裁员的法定资格,有必要从理论层面探明仲裁的法

① 《韩国仲裁法》第5条。

② 杨良宜.国际商务仲裁[M].北京:中国政法大学出版社,1997:232.

③ 杨良宜.国际商务仲裁[M].北京:中国政法大学出版社,1997:233.

④ 马占军.我国商事仲裁员任职资格制度的修改与完善[J].河北法学,2015,(7).

律属性来源于何处。对于仲裁的属性早在 20 世纪上半叶就曾有大量的讨论,主要产生了“准司法权说”和“意思自治说”,而这一讨论最终以仲裁兼具司法和合同属性的“混同说”结束。^①就国际仲裁的表现形式^②这一问题,伊曼纽尔·盖拉德认为,国际仲裁具有自治的属性,并且已经产生了一个真正的法律秩序即仲裁法律秩序。他同时指出,“仲裁员使用跨国规则方法的行为反映出国际仲裁制度具有一个真正法律秩序的所有特点”,并且越来越多国家的案例法和立法证明了国家法律秩序接受仲裁法律秩序的存在。^③因此,如果承认国际仲裁是自治的法律秩序,那么单一国家的立法显然不应过多地干涉当事人的意思自治,也就不应当对当事人委任仲裁员的资格设置过高的门槛。同时学界主流的观点也认为仲裁的本质是契约性,而契约性也决定了商事仲裁的首要原则是当事人意思自治。由于所有的仲裁都源于契约,既然当事人合意将争议交给仲裁,那么国家也不应对裁决有什么影响和控制,应由仲裁协议来直接或间接约定仲裁员的资格和品质。^④因此,基于意思自治原则,当事人理应对仲裁的一切程序事项具有决定权。从国家的角度来说,对当事人的合意应当给予尊重和保护,而非通过立法的形式剥夺、限制当事人的权利,因此决定仲裁员资格的权利理应交给当事人。

(三) 仲裁员严格法定资格不符合实践需要

根据伦敦玛丽女王大学公布的国际仲裁调查报告(以下简称“调查报告”),通过对法务、仲裁员、律师、专家等从业者的调研,发现其中 39% 的受访者认为能够选择仲裁员是仲裁最具价值的特点之一。^⑤可以看出,当事人对于选择仲裁员的需求是迫切的。这是因为国际贸易争议的种类太多,对于哪一类人可以或不可以出任仲裁员,难以确立一个普遍的标准。采取严格立法的模式必然也限制了仲裁员队伍的多样性。调查报告中也对受访者提出了“仲裁员队伍的多样性会对仲裁裁决的整体质量有何影响”的问题,有 26% 的受访者表示取决于具体争议的问题,而 22% 的受访者表示会对仲裁裁决的质量有一些提升,19% 的受访者表示会对仲裁裁决的质量有重大提升,仅有 2% 的受访者认为会降低仲裁裁决的质量。^⑥尽管对于仲裁员多样性和仲裁裁决质量之间的联系是否具有偶然性,两者之间的联系有多密切,都没有直接的证据能够证明,但是至少大量从业者对仲裁员的多样性持支持的态度。而严格的法定资格会排除大量不符合条件的人士担任仲裁员,显然不利于仲裁员多样

① [法]伊曼纽尔·盖拉德.国际仲裁的法理思考和实践指导[M].黄洁译.北京:北京大学出版社,2010:13.

② 关于仲裁的表现形式,伊曼纽尔·盖拉德在其著作《国际仲裁的法理思考和实践指导》中指的是能够完整地解释国际仲裁的现象、渊源、目的和结构的三大基础性的法律秩序。

③ [法]伊曼纽尔·盖拉德.国际仲裁的法理思考和实践指导[M].黄洁译.北京:北京大学出版社,2010:13~58.

④ Born, Gary B. International Commercial Arbitration[M]. The Netherlands: Kluwer Law International, 2009:176.

⑤ School of International Arbitration at Queen Mary University of London, White & Case LLP. International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration[R]. 2018:8.

⑥ School of International Arbitration at Queen Mary University of London, White & Case LLP. International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration[R]. 2018:19.

性的发展,不符合实践中从业者对仲裁员发展的期待。反之,也没有直接的证据能够证明对于仲裁员资格的严格限制必然能够提高仲裁裁决的质量。因此,采取较为宽松的仲裁员法定资格是符合国际商事仲裁行业实践发展需求的。

另一方面,国际商事仲裁的自愿执行率非常高,根据伦敦玛丽女王学院在2008年的调查报告显示,国际商事仲裁的自愿执行率达到81%。^①笔者认为,这主要是由于当事人对仲裁裁决表示满意,因为仲裁程序的灵活性和当事人能够选任仲裁员。这一点在调查报告也有体现,灵活性和能够选任仲裁员两个特点在“国际仲裁最有价值的特点”中分列第三和第四。^②因此,将仲裁员任职的资格设置主体交给当事人决定,有助于当事人自愿地服从所选任的仲裁员作出的裁决,也利于今后自愿执行,更利于仲裁行业的发展。

综上所述,不论是从理论抑或是实践的角度,严格的仲裁员法定资格都是不符合国际商事仲裁发展趋势的,立法者过度的干涉不仅剥夺了当事人意思自治的权利,也不利于仲裁行业的发展。因此,笔者认为,《仲裁法》设定的仲裁员法定资格是不合理的,应当充分尊重当事人的意愿,将选任仲裁员的权利交给当事人。

二、我国仲裁员名册的合理性分析

我国《仲裁法》第13条规定,仲裁委员会按照不同专业设置仲裁员名册。在实践中,我国实行强制的仲裁员名册,即当事人或者仲裁委员会主任只能在仲裁员名册中指定仲裁员。强制仲裁员名册的制度设置和严格法定仲裁员资格背后的逻辑是一样的,即认为当事人对于仲裁员的选任不能做出理性的判断,出于维持仲裁裁决公平正义的理由,限制当事人意思自治的权利。强制仲裁员名册有一定的好处,一方面因为双方都在名册中选任仲裁员,对方当事人就没有抗辩仲裁员资格条件的理由,有利于减少程序拖延的问题。^③另一方面,强制名册有助于让当事人方便及时地了解仲裁员的基本信息,特别是在国内仲裁行业尚未被公众完全接受的情况下,公司法务很少选择仲裁作为争议解决的方式,其对于仲裁员的选任也必然缺乏经验,而名册中的仲裁员都经过仲裁机构聘任,可以保证具备符合法律规定的资格条件。^④笔者不否认强制仲裁员名册的优点,但它也存在明显的缺点。

(一) 不利于当事人共同选任首席仲裁员或独任仲裁员

理论上,当事人的意志不会完全相对,总会存在一个双方都愿意委任的仲裁员。当然这实际上受到了当事人选择范围的限制,而强制仲裁员名册更强化了这一限制,

① School of International Arbitration at Queen Mary University of London. International Arbitration Survey: Corporate Attitudes and Practices— Recognition and Enforcement of Foreign Awards[R]. 2008:6.

② School of International Arbitration at Queen Mary University of London, White & Case LLP. International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration[R]. 2018:8.

③ 黄进.仲裁法学[M].北京:中国政法大学出版社,2008:56.

④ 袁发强.中国商事仲裁机构现状与发展趋势研究[M].上海:复旦大学出版社,2011:98.

使得双方愿意共同委任的人因为名册制度的限制而无法被委任。仲裁员名册反映的是仲裁机构的意志,是仲裁机构所信任的人,即使当事人在仲裁协议中选择了仲裁机构,并不表示信任仲裁机构所信任的仲裁员。^①这也反映出仲裁机构意志与当事人意思自治之间的冲突。

(二) 仲裁员名册中的信息过于简单

当事人在委任仲裁员时需要获取仲裁员的背景信息,而最直接的渠道就是仲裁员名册。然而,目前国内仲裁机构的仲裁员名册记载的信息量显然不够。以上海国际仲裁中心的仲裁员名册为例,只简单罗列了姓名、地理位置和擅长的领域,其中当事人最关切的专业领域信息也十分简略。如果仲裁员名册只是起到推荐作用,那么简单的记载描述无可厚非,但是强制的仲裁员名册使得当事人不得不在名册中选任仲裁员,而名册中的候选人很有可能都是当事人完全不熟悉的人,就必然增加了当事人做背景调查的成本。

(三) 不符合仲裁机构规则发展的需要

目前,我国仲裁的模式主要是机构仲裁,整个仲裁程序一般会按照机构发布的仲裁规则进行,目前国内知名的仲裁机构都在仲裁员选任上做了新的突破。上海国际仲裁中心2015年版的规则中,在“当事人可从仲裁员名册中选定仲裁员”的规定之外又设置了“当事人可以推荐仲裁员名册外的人士担任仲裁员”。深圳国际仲裁院在2019年新规则中也规定了当事人应从《深圳国际仲裁院仲裁员名册》中指定仲裁员,同时又在选择适用《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》或《深圳国际仲裁院海事物流仲裁规则》的案件中允许当事人可以从名册外指定仲裁员。从这两家仲裁机构的规则中可以看出,仲裁机构都试图在规则中引入推荐式的仲裁员名册制度,但是由于《仲裁法》的规定,规则并不能完全放开引入名册外的仲裁员人选,只能在一定条件下允许当事人选择名册外的仲裁员。由于当事人对仲裁的信任很大程度上是对仲裁员的信任,可以预见,如果当事人对某个仲裁员名册之外的人士具有很高的信任度,而由于国内法律的规定而无法选任此人,那么当事人就会选择境外机构进行仲裁,这也一定程度上限制了国内仲裁机构的竞争力。

三、对我国仲裁员法定资格与名册制度的修改建议

许多学者认为我国采取的严格资格条件的模式不符合国际仲裁行业的发展趋势,并提出了修改意见,一种是认为应当参照我国台湾地区的仲裁法例,适当放宽仲裁员资格中的年限要求;^②另一种认为应该完全删除原本设置的“三八两高”的法定资

^① 汪祖兴:当事人共任仲裁员不能之救济实践及完善[J].中国法学,2012,(5).

^② 宋连斌,黄进:中华人民共和国仲裁法·建议修改稿[J].法学评论,2003,(4).

格限制。^①

笔者认为,在保持原有的严格仲裁员法定资格的模式情况下,放宽条件的做法本质上依然没有改变仲裁员任职制度中由立法者干涉仲裁员选任的问题,无法从根本上放开对当事人意思自治的限制,因此,单纯改变年限的做法对现状没有根本上的改善,而完全放开仲裁员法定资格限制的做法也并不可取。商事仲裁对于我国而言是舶来品,发展的时间仅有20多年,即便如今在规模和质量上有了很大变化,也只是相较于过去的小规模和低质量而言。如果横向对比世界知名的仲裁机构,其规模和质量仍有很大的进步空间。此外,如果不改变强制仲裁员名册的制度,单纯修改仲裁员法定资格对现状的改善也很有限。因而在确定我国仲裁员法定资格条件的修改问题上应充分考虑目前的发展阶段和存在的问题,并顺应国际趋势进行相应调整。

(一) 保障仲裁民间性

《仲裁法》实施以前,我国仲裁机构设立的主体比较混乱,行政色彩比较重。在修改仲裁员法定资格条件时,这一问题不能被忽视。《仲裁法》实施后,仲裁机构改革向着3种模式发展:一是仲裁机构的管理权从行政机关转向仲裁协会行使,但我国仲裁协会仍未成立;二是仲裁委员会从原本行政隶属关系的设置转向视需要设置;三是确定了仲裁机构的独立性和民间性,行政管理人员不再担任仲裁员。但是在实践中情况并没有很好的改善,仲裁委员会大多数成员是政府部门官员,有些地方影响较大的仲裁案件,仲裁委员会或仲裁庭还会向政府部门领导请示。^②从我国仲裁行业的发展历史来看,行政化的属性有或多或少的影响,这与仲裁民间性和独立性的属性有着本质的冲突。因此,应当严格禁止在职或离职时间较短的法官、行政官员担任仲裁员。

(二) 采用否定式列举的法定资格模式

虽然世界上许多国家采取了宽松的仲裁员法定资格,但这并不意味着这一做法可以直接适用于我国。由于我国仲裁行业发展较晚,近年来虽然受案数量飞速增长,但相较于法院的受案数量来看,仍有极大的差距,这表明在我国仲裁还尚未得到公众的普遍接受和认可。《仲裁法》之所以采取了严格的仲裁员法定资格,其原因就是立法者认为高素质的仲裁员可以造就高素质的仲裁,从而赢得公众和法院对仲裁的信赖。同时也反映出在仲裁发展过程中,立法者对于当事人能够选任一名合格的仲裁员的能力是持怀疑态度的,因此,立法者认为国家有义务通过设置法定资格来确保仲裁的公正。^③但是就目前《仲裁法》设置的条件来看,5个条件全都要求仲裁员具备法律知识,包括通过司法考试从事仲裁工作、从事法官工作和从事律师工作。

① 李婧.论我国仲裁员的法定资格[J].北京仲裁,2008,(1).

② 蔡元培.仲裁机构“去行政化”的两种模式[J].北京仲裁,2015,(1).

③ 马占军.我国商事仲裁员任职资格制度的修改与完善[J].河北法学,2015,(7).

仲裁员是否需要如此之高的法律素养实在值得商榷,如果当事人需要追求法律上的公平正义,完全可以选择去法院诉讼解决。之所以选择仲裁作为争议解决的途径,正是因为当事人需要选择商事领域而非法律领域的专家解决争议,因此,设立法律素养的门槛并不符合当事人的需求。

由于我国在立法、司法方面的价值追求侧重实质正义,在仲裁尚未完全取得公众和法院的信赖之前,完全摒弃注重裁决质量和实质正义的立法意图是不现实的。但是,正面列举的法定仲裁员资格模式并不能实现立法者的理想追求,尽管在《仲裁法》中规定了如此之高的法定资格,实践中却仍不能保证仲裁员能够具备商事领域所需要的知识。《仲裁法》规定要求律师从业满8年,却又不明确在律师执业期间是处理哪一领域的纠纷,这并非是立法者没有考虑,而是难以具体列举;同样的问题也出现在对审判员和从事法律研究需满8年才能担任仲裁员的规定上。按照《仲裁法》规定,从事了8年刑事辩护的律师或从事审理刑事案件满8年的法官都可以担任商事仲裁员,但显然他们并不具备足够的商事案件裁判经验,也无法期待最终的裁决结果能得到当事人认可。当然,一个完全理性的当事人一定会尽量选择熟悉争议涉及领域的专家作为仲裁员,这里就产生了一个矛盾,即一方面立法者希望通过设立高标准的法定资格限制当事人任意地选择仲裁员,一方面却又不得不将选择哪一专业领域的律师的权利还给当事人。如此看来,仲裁员年限资格的设置有些多余,因为相比年限来说,专业领域更加重要,将重要的权利交给当事人,却死死卡住次要的条件,实在有些矛盾。此外,正面列举的形式也很可能误导当事人认为只要符合法定资格的仲裁员都能作出令人满意的裁决,而忽略了对专业知识的要求。

综上,既然无法通过正面列举的模式达到目的,又不可能直接抛弃严格法定资格的模式,那么采取否定式列举的法定仲裁员资格就是很好的折中办法,排除明显会影响仲裁公正性或难以被立法者认可的资格条件,而将此外的资格条件设置的权利充分交由当事人自由选择。我国可以借鉴韩国的做法,规定具有遭受过刑事处罚以及有信誉风险等情形的人士不得担任仲裁员。考虑到我国仲裁行业“去行政化”的需求,还可以规定公职人员在职期间以及卸任后一定期限内不得担任仲裁员。

(三) 适用推荐式仲裁员名册

考虑到强制仲裁员名册制度的缺点,如果不做出相应修改,不利于我国仲裁行业长期发展。因此,完善的路径应当是从强制仲裁员名册转向推荐性质的仲裁员名册。即仲裁员名册只是为了给当事人提供参考,而不限制当事人选择仲裁员的自由,当事人可以选择仲裁员名册之外的仲裁员。这种做法既能充分尊重当事人意思自治,又能够保证仲裁员来源的灵活性,为仲裁的发展注入活力。

结合伦敦玛丽女王学院的仲裁调查报告来看,所谓强制仲裁员名册制度提高当事人选择仲裁员的速度,从而推进仲裁程序效率、节约成本的优势其实并不受当事

人注重。只有12%的受访者认为速度和3%的受访者认为成本是仲裁最有价值的特点。相比之下,39%的受访者认为选择仲裁员是仲裁最有价值的特点。^①因此,笔者认为完全没有理由因为所谓的效率和成本优势而坚持强制仲裁员名册制度,推荐式仲裁员名册制度才应当是今后《仲裁法》修改的首选。

四、结语

仲裁的本质是意思自治,在仲裁程序中最核心的体现之一就是仲裁员的选任。然而《仲裁法》的严格限制导致当事人很难充分行使意思自治的权利,仲裁的性质也就变得扭曲。仲裁作为一种解决商事纠纷的法律服务,应当跟随国际化的脚步。因此,借鉴世界主流的做法是我国《仲裁法》完善的方向。

在仲裁员任职制度的问题上,应当将仲裁员法定资格与仲裁员名册制度结合分析,注重两者的同步完善,同时需要认识到我国仲裁行业行政化色彩浓重、发展较晚、缺乏大众普遍接受的现状,从实际出发进行完善。在仲裁员法定资格上采取否定式列举的模式更适合我国的需求,即明确不适宜担任仲裁员的情形,在此情况外充分保障当事人选择仲裁员的自由。同时,还应当放弃强制仲裁员名册转而采取推荐式的仲裁员名册,允许当事人选取名册之外的人担任仲裁员。这样一来,当事人能够更好地达成合意,选择双方信任的仲裁员,也利于裁决作出后的自愿执行。

The Rationality of Arbitrator Appointment System in China and Its Improvement

LING Bingyao

Abstract: Arbitrator appointment system mainly involves two issues: qualification and list of arbitrators. The underlying logic of both issues is the same, that is, the law maker does not believe that the parties can reasonably choose arbitrators. The limitation of the right to choose arbitrators is contrary to the current mainstream international commercial arbitration system and does not accord with the demand of current practice. Therefore, the way to improve Chinese arbitrator appointment system is to learn from the mainstream commercial arbitration system and to adopt a more open attitude to arbitration, and to consider the development and characteristics of Chinese own arbitration system. Setting up a negative list of arbitrators' legal qualification and adopting a recommended list of arbitrators are the right way for China to modify the arbitration law.

Keywords: arbitrator; legal qualification; list of arbitrators; autonomy

(责任编辑:金孝柏)

^① School of International Arbitration at Queen Mary University of London, White & Case LLP. International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration[R]. 2018:8.