

● 法学研究

我国仲裁员制度的缺陷及运行失范之矫正

○ 王冶英,任以顺

(中国海洋大学 法政学院, 山东 青岛 266100)

[摘要] 仲裁员队伍是仲裁制度的脊梁, 仲裁员则是仲裁的灵魂。自1995年9月1日仲裁法实施以来, 我国的仲裁事业在十几年的时间里取得了长足的发展。然而, 近年来仲裁员制度的缺陷及制度运行失范亦日渐凸显, 其主要表现为: 仲裁员法定条件宽松, 聘任仲裁员不合条件, 名册仲裁员信息量不足, 当事人选定仲裁员盲目, 选择首席、独任仲裁员权利落空, 驻会仲裁员大量存在, 仲裁诉讼化倾向严重, 办案仲裁员收入微薄, 精英仲裁员消极退阵, 对仲裁权监督的立法不足, 仲裁员责任虚化, 仲裁质量及信誉下降等。我国仲裁员制度的缺陷与运行失范现象亟待矫正, 应采取措施为: 取消仲裁员资格的模糊性规定, 建立、实行严进宽出的仲裁员淘汰机制, 广泛披露仲裁员信息, 取消驻会仲裁员, 改革首席、独任仲裁员产生办法及仲裁报酬办法, 建立相关聘任不合法仲裁员、仲裁员信息虚假公布、仲裁员过错等方面的责任追究制度等。

[关键词] 仲裁员制度; 缺陷; 运行失范; 矫正

[中图分类号] DF12 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1671-8372(2010)04-0088-08

The defects of arbitrator system in China and the correction of losing its model function

WANG Ye-ying, REN Yi-shun

(College of Law and Politics, Ocean University of China, Qingdao 266100, China)

Abstract: The team of arbitrators is the backbone of arbitration system, while arbitrators are the soul of arbitration. The arbitration undertaking has developed fast in the past decades since the implementation of the Arbitration Law on September 1, 1995. However, the defects of the arbitrator system and its operation without standard are becoming increasingly prominent. It mainly shows in the following aspects: the legal conditions for arbitrators are not strict; the employment of arbitrators doesn't conform to the requirements; the information for the registered arbitrators is not enough; the parties choose the arbitrators blindly; the parties don't have the right to choose the presiding arbitrator or the sole arbitrator; there are too many arbitrators working in the arbitration commissions; the arbitration lawsuit becomes serious; the income of the case arbitrators are low, the elite arbitrators negatively retreat; the legislation on the supervision of arbitration is not enough; the responsibility of arbitrators are becoming weak; the quality and credit of arbitration have dropped, etc. All the problems mentioned above are needed to be corrected immediately. The measures that should be taken are as follows: canceling the fuzzy rules of the arbitrator qualification, founding and implementing a strict arbitrator elimination mechanism; extensively disclosing arbitrators' information, canceling arbitrators working in the arbitration commission, reforming the election of presiding and sole arbitrators and arbitration remuneration, founding the responsibility system to deal with the cases of employing illegal arbitrators, the false announcement of arbitrator information and arbitrator fault, etc.

Key words: arbitrator system; defect; operation without standard; correction

“有什么样的仲裁员就有什么样的仲裁”, 这是仲裁界流传甚广的一句至理名言。正如香港著名仲裁员杨良宜先生所言, 伦敦国际仲裁院是国际商事仲裁中心, 如果把伦敦国际仲裁院那些优秀的仲裁员拉到撒哈拉沙漠办

公, 撒哈拉沙漠同样也会成为国际商事仲裁的中心^{[1]45}。可见, 仲裁的质量直接取决于仲裁员的素质。从某种意义上讲, 仲裁员队伍是仲裁制度的脊梁, 是仲裁制度的生命源泉, 仲裁员则是仲裁的灵魂, 是仲裁的吸引力之所在,

[收稿日期] 2010-06-13

[作者简介] 王冶英(1956-), 女, 北京人, 中国海洋大学法政学院副教授。

是活的仲裁法。

仲裁员队伍的状况,不仅取决于仲裁法中的仲裁员制度规范,也取决于执法者对仲裁法的贯彻执行状况。可以断言,一个国家如果没有科学、文明的仲裁员法律制度,绝不会有公道正派的高素质仲裁员队伍的产生,更谈不上仲裁制度的先进与完善。同样,如果有了好的仲裁员制度及仲裁制度,但却实施不力、运行失范,会产生同样的不良后果。仲裁机构的仲裁员,是特定人实施一定社会条件下衍生的仲裁员制度的产物。仲裁员的任职资格、道德品质、专业水平、业务能力、实践经验以及法律所给予的支持与监督,对当事人之间争议的公正合理解决会产生决定性影响。《中华人民共和国仲裁法》颁布实施13年来,中国的仲裁事业取得了长足发展,然而,由于历史的局限、制度的缺陷、执法的任性、监督的乏力等原因,使得仲裁员制度运行失范的现象日益严重,仲裁员制度的缺陷亦随之日渐凸显。

一、中国仲裁员制度的缺陷及运行失范状况评析

仲裁员制度是仲裁制度的核心。1994年8月31日,八届全国人大常委会第九次会议通过了《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》),其中涉及规范仲裁员内容的法条仅为6条^①,十分粗陋。笔者认为,目前中国仲裁员制度运行中发生的失范状况,主要是由制度设计的自身缺陷以及执法者的不当操作,甚至违规操作几方面因素相互作用的结果,其不良社会后果是显而易见的。

(一)仲裁员法定条件宽松,聘任仲裁员不合条件,仲裁质量和信誉下降

仲裁员的资格条件是仲裁员公正性保障的前提,限定仲裁员的任职条件可以实现事先筛选、选拔高素质仲裁员之目的,有利于把好仲裁员队伍大门的入口,为保障仲裁裁决的公正性把好第一关。在国际上,由于各国对仲裁属性的认识不同,就其是否通过立法对仲裁员资格进行限定,各国的立法与实践不尽相同,但基本可分为两类:一类,国家侧重从仲裁的司法性上考量,一般通过立法规定了较严格的仲裁员任职资格。如沙特阿拉伯《仲裁条例》规定,首席仲裁员不仅应当熟悉法律,还应懂得穆斯林规范、商业规则及沙特阿拉伯适用的习惯和传统^[2]。我国《仲裁法》基于同样原因也对仲裁员任职资格做了较为具体、严格的限定^②。另一类,国家则强调仲裁的契约性,一般不通过国家法律对仲裁员的资格作特别规定。例如荷兰1986年《民事诉讼法典》规定,任何有民事行为能力的自然人可被指定为仲裁员;阿根廷《民事诉讼法典》也规

定,“只有达到成年且具备完全民事行为能力的人才可以担任仲裁员”。法国、德国等欧洲大陆国家的立法一般也不对仲裁员的资格做具体要求。然而,这些国家法律不规定仲裁员的资格标准,丝毫不说明其仲裁员的入门门槛很低,更不说明仲裁员的任职不需要任何条件。相反,由于他们将仲裁员资格的选择权实际上授予了公众,由经济贸易和民事活动的参与者用行动来评判什么样的人具备仲裁员资格,这种评判本身就是更加苛刻的“条件”。笔者认为,我国目前的国情以及社会环境决定了对仲裁员的聘任仍然应当有法定条件的限制,否则,其不良后果将不堪设想。

虽然各国立法对仲裁员资格有不同的规定,但是,仲裁员毕竟是当事人按照一定程序选定的对其财产权益纠纷进行仲裁的裁判者,他们对于仲裁程序的进程和仲裁裁决结果的公正程度起着决定性的作用。仲裁员与法官的社会作用非常相似,但法官是一种专门的职业,是国家司法权力的行使者,各国法律制度对法官都有非常高的任职标准和要求,法官行使裁判权要受到多方面的监督与制约。从某种意义上讲,在一裁终局的制度下,仲裁员比法官有更大的裁判权力。一位在社会上享有盛誉的仲裁员,在一定程度上为裁决的公正性提供了基础性保障,这样的仲裁员也易于被当事人认可。因而,道德品质和专业素质作为衡量仲裁员的两项基本标准是缺一不可的。一位公正的仲裁员首先应当是一名品德高尚的仲裁员,其次,他还必须是一名业务水平精湛的仲裁员。相对而言,符合法定条件,是仲裁员在道德品质、业务能力等素质条件之前的一个“入门证”。

我国《仲裁法》规定:“仲裁员应当具有下列条件之一:(1)从事仲裁工作满8年;(2)从事律师工作满8年;(3)曾任审判员满8年;(4)从事法律研究、教学工作并具有高级职称;(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水平的^③。”笔者认为,如果说在《仲裁法》制定时我国处于改革开放初期,在法学、法律人才十分匮乏的历史条件下,该条件较为适中的话,那么在国家实行改革开放30年,法学、法律等各方面人才济济的今天,就当前国内可以建立仲裁机构的大多数地区而言,仲裁员的上述法定条件不但显得不高不严,而且由于法律规定中的“具有法律知识”、“从事经济贸易等专业工作”、“具有同等水平”等内容并没有具体、明确的限制,一旦被扩展解释,很难被说成是行为违法,因此,目前我国仲裁机构聘任仲裁员的法定条

^① 即《仲裁法》第13条、第30条、第31条、第34条、第36条和第38条。

^② 详见《仲裁法》第13条。

^③ 业内人士曾将该条件简称为“三八两高”。

件实际上是十分模糊、十分宽松的。即便如此,目前各地仲裁机构仲裁员名册中的仲裁员也仍然有许多是不符合法定条件的,“关系户”仲裁员依然大量存在。这些情况长期存在的最终结果,必然使仲裁裁决的质量难以得到保证和提高,甚至出现仲裁质量的明显下降,仲裁机构的声誉受到严重负面影响。近年来,各地申请人民法院撤销或不予执行仲裁裁决案件的大幅上升,以及因不服仲裁裁决结论的上访案件急剧增加,也从一个侧面反映了上述问题的严重性。

(二) 仲裁员信息公开失范,名册仲裁员信息量不足,当事人选定仲裁员盲目

仲裁员名册制的实行,在我国由来已久。自20世纪50年代新中国成立实行仲裁制度以来,我国自始至终都实行仲裁员名册制度,当事人需要通过仲裁解决纠纷时,只能从仲裁机构提供的仲裁员名册上挑选仲裁员。不可否认,实施仲裁员名册制有利于保证仲裁员的水平,从而有利于保障仲裁的水准和公正性;而且仲裁程序中,既然仲裁员是从名册中选出的,对方当事人无权对仲裁员的资格和身份条件提出抗辩,这有利于避免或减少一方当事人有意拖延仲裁程序的可能。但目前仲裁员名册制亦存在多方面的问题,其中最为突出的表现为仲裁员名册上记载的仲裁员的信息量不足,直接影响仲裁纠纷当事人对仲裁员的最佳选择。对于仲裁员信息虚假公布的责任承担问题,仲裁法更是毫无规定。

由于仲裁法仅仅规定“仲裁委员会”应当“按照不同专业设仲裁员名册”^①,并未规定仲裁员名册所应具备的具体内容,对仲裁员的信息披露缺乏明确的立法规定,现实中各仲裁委员会制作的仲裁员名册,内容大都比较简单,缺乏对于当事人选择仲裁员起重要作用的仲裁员基本专业背景介绍,对仲裁员个人主要情况的信息记载量少得可怜。以中国国际经济贸易仲裁委员会(CIETAC)为例^②,该会仲裁员名册仅仅列明了仲裁员的姓名、专长及居住地。与此相比,我国台湾地区于1999年3月发布的《仲裁机构组织与调解程序及费用规则》第18条则规定:“各仲裁机构应设置仲裁人(即仲裁员——笔者注)名簿登记仲裁人,其上除粘贴仲裁人二寸正面脱帽照片一张外,应记载下列事项:一、姓名、性别、出生年月日、身份证统一编号、户籍地址及通讯地址。非中华民国国民者(即非台湾籍人士——笔者注),其国籍;二、学历及经历;三、职业及现行职务;四、专长;五、登记年月日及编号”^③。

翻阅我国国内各家仲裁机构的《仲裁员名册》,不难发现一些带有普遍性的现象:一是仲裁员的年龄、性别、工作单位、地址等个人基本情况记载不详或无记载;二是仲裁员的学习经历、专业背景、职业简历记载不详或缺项;三是仲裁员擅长的专业领域过于笼统或显然不当;四是虚假信息明显存在。多数地方仲裁委员会的仲裁员名册中仅标明了仲裁员的专业技术职称、专业特长。仲裁员的所谓个人“专业特长”,并无任何确定依据,基本是仲裁员个人随意报告的结果。有些地方仲裁委员会的仲裁员名册中,竟有多位仲裁员的“专业”项下标明为“法律”或“民事经济”,显属笼统而不当^④。有些地方仲裁委员会仲裁员名册中根本就未标明仲裁员的专业,而只标明了仲裁员的职称,甚至以行政级别取代专业技术职务^⑤。

一般说来,当事人在选择仲裁员时都愿意尽可能多地了解仲裁员的信息。有的希望了解仲裁员的学习经历、从业简历,以获得某种信心;有的希望了解仲裁员的工作部门和工作性质,以便进一步了解其职业习惯;有的希望知道仲裁员是否能够保证足够的时间参加案件的审理;有的则希望知道仲裁员的年龄,以便进一步了解其社会阅历、社会经验、办事稳健程度;有的甚至于想通过仲裁员的性别了解其性格特征等等。仲裁员名册的信息量不足,极大地限制了当事人对仲裁员的知情权和选择权,使其选择仲裁员时带有明显的盲目性,这种现象在异地当事人参加仲裁时,表现尤为突出。现实中,由于许多仲裁当事人在异地办案时并不了解仲裁员的情况,无奈之中就干脆放弃了自己选择仲裁员的权利。

(三) 仲裁法无驻会仲裁员设置禁令,驻会仲裁员大量存在,仲裁诉讼化倾向严重

国家制订仲裁法的目的之一,是要实行民间仲裁或者起码体现仲裁的民间属性。由于仲裁法对仲裁机构设置驻会或专职仲裁员没有禁止性规定,故仲裁法施行后,重新组建的仲裁机构虽然被要求不设专职仲裁员,但事实上目前无论是仲裁法颁布实施之后新组建的仲裁机构,抑或无须重组的我国国际贸易仲裁委员会和我国海事仲裁委员会,大都拥有驻会仲裁员,而且驻会仲裁员数量之大,为国际上一些著名仲裁机构望尘莫及。通常情况下,驻会仲裁员在仲裁机构还担任包括仲裁委员会主任、副主任、秘书长、处长等一定的职务。驻会仲裁员常年在仲裁机构办公,实际上就成为了变相的专职仲裁员,这与法院的职业法官在实质上并无区别。目前驻会仲裁员每年参与裁判的

① 详见《中华人民共和国仲裁法》第13条第三款。

② 详见CIETAC网站“仲裁员名册”。

③ 如邵阳仲裁委员会和本溪仲裁委员会的仲裁员名册即有过这样的记载。

④ 如淮南仲裁委员会仲裁员名册即有过这样的记载。

案件为数不少,在某些仲裁机构中,几乎每案仲裁庭都有一两名驻会仲裁员,甚至有的仲裁庭全部由驻会仲裁员组成。

诚然,驻会仲裁员一般比较熟悉仲裁程序,也有充足的时间处理仲裁程序中需要及时应对的事项,可能有利于快速结案,但驻会仲裁员的大量存在,在某种意义上,使得仲裁员在职业群体上和法官相类,导致仲裁程序朝诉讼化方向演进。对于这种演进到底是好是坏专家学者们见仁见智,暂且不表。但驻会仲裁员极有可能影响程序公正、妨碍宏观仲裁效益,则是不可忽视的。首先,驻会仲裁员的存在促使其谋求被选定或被指定参加仲裁是可以肯定的事实,在代指定仲裁员的情形下,驻会仲裁员自然常常被优先考虑,至于各个案件适合哪类仲裁员审理常常被置于其次。同时,某些当事人还因企图利用驻会仲裁员的地位和便利条件或明或暗地干预审理,也乐于指定之。其次,从仲裁实践看,除当事人放弃亲自选定仲裁员的情况外,各方当事人共同选定首席或独任仲裁员的可能性极小,因此,仲裁机构代指定仲裁员的情况极为常见,而且代指定的通常都是对案件结果有决定性影响的首席或独任仲裁员。通过代指定特别是代指定驻会仲裁员,使即将成立的仲裁庭形成某种先验的多数意见的可能性大为增加。在仲裁庭观点有分歧的情况下,驻会仲裁员的身份可能使其他仲裁员不便充分表达意见。第三,仲裁机构内部把仲裁员资格视为“晋升”,一旦具有仲裁员资格,因忙于仲裁案件,必然少做甚至不做仲裁案件的内部管理、秘书工作,这又必然要通过增加驻会工作人员数量的办法来堵缺口。这也是我国各仲裁机构人数远远高于国际上同类仲裁机构的原因之一。另外,由于驻会仲裁员在仲裁机构中多半位居领导阶层,其运动员与裁判员的身份发生竞合,使仲裁的内部监督出现盲区,仲裁诉讼化倾向日益明显。

(四)仲裁员报酬缺乏规范,办案仲裁员收入微薄,精英仲裁员消极退阵

如前所述,仲裁员队伍是仲裁制度的脊梁,是仲裁的生命源泉。仲裁员参与仲裁,不仅提供了当事人所期望的“公正评判是非”的高智商性复杂劳务,同时也为维护社会公序良俗、维护社会稳定付出了劳动,理应获取报酬。中外各国所有的仲裁机构本身并不裁断纠纷,仲裁员才是受当事人委任而实际解决纠纷的人。有时当事人选择仲裁甚至就是直接冲着仲裁员的声望和能力而去的,如果仲裁员的劳动得不到应有的报酬和补偿也不符合当事人的愿望。仲裁员获得适当报酬,可激发其责任心,而且,只有当他获得了应得的报酬而又出现重大失误或恶意损害了当事人的利益时,追究其仲裁责任才理所当然^[4]。可是,社会上总有人错误地认为,仲裁是非营利性的社会公

益事业,因此仲裁员的劳动也是社会公益性的;甚至有人认为仲裁机构是行政机关,仲裁员从政府财政拨款中享受工资待遇就可以了。在各种错误理念的引导下,我国各仲裁机构至今也没有分别按管理费、仲裁员报酬及实际开支来计收仲裁费用,仲裁员所获报酬只占当事人缴纳仲裁费用的一小部分,这与国际仲裁界的惯常作法是完全不同的。

我国的仲裁主管机关通常称仲裁员“永远是上帝”,是仲裁机构“更重要”的软件^[5]。目前,各地仲裁机构为了确保自己的仲裁质量,树立良好的社会公正形象,大都培养、使用一支在当地客观条件下相对德才兼备、公道正派的精英型仲裁员队伍,但由于仲裁员报酬理念、习惯及体制惰性的作用,在仲裁案件急剧增多的今天,“上帝”仲裁受益微薄,有时仲裁员的高智力劳动付出几乎变成了一种社会义务性劳动。这种权利和义务不对称的情形,是造成仲裁员与仲裁机构的关系以及仲裁员的职权、权利和义务失衡的根源之一。其后果自然使得一些仲裁骨干——精英型仲裁员的仲裁积极性下降,甚至对仲裁工作敬而远之,相反,个别图谋不轨者则可能乘虚而入,这也使得仲裁的质量和信誉不断下降。

我国仲裁界的现行收费制度,秉承计划经济时代的仲裁传统,没有考虑仲裁员的利益,没有摆正当事人、仲裁员、仲裁机构相互间的关系,结果仲裁机构错误地喧宾夺主。此痼疾必然成为制约我国仲裁业进一步发展的瓶颈。

(五)监督仲裁权立法不足,仲裁员责任虚化,对滥用仲裁权者难究其责

有权力必应有责任,必应有监督,这是人所共知的社会公理。按照我国仲裁法第38条等规定,仲裁员私自会见当事人、代理人或接受其请客送礼,情节严重,或者索贿受贿、徇私舞弊、枉法裁决,“应承担法律责任,仲裁委员会应当将其除名”。从法条字面上看,在上述几种情况下,仲裁员可能会对自己的越轨行为承担刑事责任、行政责任及民事责任,然而,在实践中由于法律对仲裁员责任的追究既无实施细则和操作规程,又无追究主体,而且多数仲裁员都属于兼职工作,既不从仲裁机构领取工资奖金,也不受仲裁机构的行政管束,这自然就使得仲裁员的责任形同虚设。至于仲裁机构的责任,仲裁法甚至未曾涉及。一般而言,所谓仲裁责任,是指仲裁庭成员、仲裁机构对当事人承担的民事责任。从这个角度讲,我国仲裁法至今尚无仲裁责任方面的明确、完整的规定。

确立仲裁责任的前提是正确认识当事人与仲裁员、仲裁机构的关系。关于此点,理论上素有准契约说、特殊身份说及契约说的论争。前两种学说各有合理元素,但契

约说得到普遍认同。与此种发展趋势相对应,关于仲裁责任的理论和实践,有限豁免论取代豁免论占据主导地位。当事人订立有效的仲裁协议,即与将直接或间接委任的仲裁员、仲裁机构确立了自成一类的劳务契约关系,正是基于这种关系,后者享有仲裁权及相关的权力,并应承担仲裁责任。当然,这种关系的成立,必须遵守双方不能背离的法律的规定。比如,仲裁员和仲裁机构的特殊身份、裁决的效力是当事人必须接受的缔约前提。我国仲裁中,正是因为没有明确这种契约关系,立法不足,才导致仲裁责任机制的缺位和仲裁员责任的虚化。

学界对仲裁的有限豁免论意味着,仲裁员认定事实不清、适用法律不当以及裁决被撤销或拒绝执行,并不必然导致承担仲裁责任,仲裁员、仲裁机构只对其故意的不当行为或重大疏忽造成的后果负责。这种主张,适当地平衡了仲裁员、仲裁机构和当事人之间的利益,前者不得肆意武断扭曲,后者不能随意发难,既吸收了豁免论支持仲裁员、仲裁机构履职的司法性优点,也与普通商事合同的契约性相区别。在仲裁已成产业的今天,不确立仲裁责任机制,可能会纵容仲裁员或仲裁机构不勤勉、不公正,不利于人们对仲裁树立信心。少数害群之马的行为可能损害仲裁员的群体名声,使当事人视仲裁为畏途,陷仲裁质量于恶性循环之中。实践证明,近年来一些图谋不轨者,意欲在纠纷处理中获得不正当利益,甚至获得非法利益的恶意当事人,通过仲裁渠道屡屡得手,然而法律对滥用仲裁权者却难究其责。

(六)首席、独任仲裁员选任规定不当,当事人选择仲裁员权力落空

《仲裁法》规定,仲裁庭可以由三名仲裁员或者一名仲裁员组成。由三名仲裁员组成的,设首席仲裁员。当事人约定由三名仲裁员组成仲裁庭的,应当各自选定或者各自委托仲裁委员会主任指定一名仲裁员,第三名仲裁员由当事人共同选定或者共同委托仲裁委员会主任指定。第三名仲裁员是首席仲裁员。当事人约定由一名仲裁员成立仲裁庭的,应当由当事人共同选定或者共同委托仲裁委员会主任指定仲裁员。当事人没有在仲裁规则规定的期限内约定仲裁庭的组成方式或者选定仲裁员的,由仲裁委员会主任指定^①。

国内各家仲裁机构大都按照《仲裁法》的基本精神在《仲裁规则》中对首席仲裁员以及独任仲裁员的产生作出了变通性规定^②。这些规定不论如何表述,其最终的事

实结果都是:除非仲裁当事人双方在有限的时间内对首席仲裁员以及独任仲裁员的人选能够不谋而合,异口同声地选定为同一人,否则,首席仲裁员以及独任仲裁员的产生非仲裁委员会主任指定莫属。事实上,在目前国内的仲裁实践中,由仲裁当事人双方共同选定某一人为仲裁员的可能性是微乎其微的。这样的结果必然是首席仲裁员以及独任仲裁员的产生由仲裁委员会主任指定,当事人选定首席仲裁员以及独任仲裁员的重要权力形同虚设。

二、对中国仲裁员制度缺陷与运行失范应采取的矫正措施

要从根本上解决我国仲裁员制度缺陷与运行失范的问题,就必须对现行《仲裁法》进行修订完善。取消现行《仲裁法》中不科学、不合理的规定,补充、修订既符合我国国情又与世界先进仲裁制度接轨的新机制。

(一)取消仲裁员资格的模糊性规定,建立聘任不合法仲裁员责任追究制度

从理论上讲,仲裁机构为了提高仲裁质量,取信于社会,达到以质取胜之目的,自然会尽力挑选德才兼备、名副其实的专家担任仲裁员。但是在现实中由于一些本来不具备仲裁员法定条件的人,为了满足虚荣心甚或谋求以仲裁员资格印证自己的“专家”身份,而仲裁机构或者仲裁机构领导也可能出于其他目的,总是愿意选任一些有“另类”社会影响力的人成为仲裁员,不考虑仲裁员的法定条件,甚至把聘任仲裁员当做一种“送人情”的款待手段。此时,极有可能出现对仲裁员入门把关不严、聘任随意的事实发生。笔者认为,导致上述情形发生的客观原因主要在于:第一,《仲裁法》对仲裁员法定条件的部分规定不够严密,《仲裁法》规定的仲裁员法定条件中“具有法律知识”、“从事经济贸易等专业工作”、“具有同等水平”的内容十分模糊,没有具体限制,可以被他人扩展解释,加以利用,此情形下又很难被说成是违法;第二,《仲裁法》没有关于聘任不合法法定条件仲裁员的责任追究制度;另外,慕名举荐也可能以讹传讹,哪一个仲裁机构都不可能把握全国乃至全世界各专业领域的人才状况信息,在不了解实情的情况下,的确也难以保证选聘的档次。对聘任仲裁员是否合法的问题,我国各仲裁机构也基本没有什么监督机制,对于列入名册的仲裁员是否符合法定条件这一问题,实际上目前是无人负责。

英国哲学家培根说过,一次不公正判决的恶果甚至超过十次犯罪,因为犯罪是无视法律,好比污染了水流;

^①参见《中华人民共和国仲裁法》第30—32条。

^②如中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则(2000年版)规定:如果双方当事人被申请人收到仲裁通知之日起20天内未能共同选定或者共同委托仲裁委员会主任指定第三名仲裁员,则由仲裁委员会主任指定。第三名仲裁员担任首席仲裁员。如果双方当事人约定由一名独任仲裁员审理案件,但在被申请人收到仲裁通知之日起20天内未能就独任仲裁员的人选达成一致意见,则由仲裁委员会主任指定。

而不公正的判决则是毁坏法律,好比污染了水源^①。不合格的人选一旦被入选仲裁员队伍,如果仲裁机构不注重培训,本人不加强学习,不注重经验积累,又不恪守仲裁员道德准则,受到毁损的绝不会仅仅是仲裁个案,而是整个仲裁事业,“污染”的是仲裁事业的“水源”。解决上述问题的最好办法是在《仲裁法》中取消仲裁员资格的模糊性规定,建立聘任不合法仲裁员的责任追究制度,明确规定仲裁机构及其负责人故意或过失聘任不合法规定条件的人担任仲裁员,应当承担行政甚或刑事责任。

(二)广泛公开披露仲裁员信息,建立仲裁员信息虚假公布的责任追究制度

名册仲裁员信息的真伪以及信息量大小,直接关系到当事人选择到自己较满意仲裁员的可能性、准确性以及对仲裁员的信任度,最终直接关系到当事人的实体利益。

正是由于目前过于简单的仲裁员名册不能为当事人提供更多的仲裁员信息,不能为当事人提供有效的选择仲裁员方面的帮助,才使得越来越多的当事人干脆放弃了选择仲裁员的权力,随意听任仲裁机构的安排,这显然不利于当事人仲裁意愿的合理实现。尤其对外地当事人是极为不公平的。为了避免仲裁员虚假个人信息发布给仲裁事业带来的实质损害,在仲裁实践中,各家仲裁机构应当充分利用多种手段、多条渠道向社会全面公布仲裁员的信息。首先,应当仍使用仲裁员名册向社会发送的传统办法公布仲裁员信息;其次,在办公区内设置可以方便当事人随时检索查询名册仲裁员信息的计算机;再次,充分利用现代网络技术,在各家仲裁机构网站向全社会公布名册仲裁员信息。公布的仲裁员信息内容应包括:仲裁员的姓名、性别、出生年月、近期照片、工作单位、从事的专职职业、学历、学位、所学专业、专业技术职称、专业特长及教学科研方向、专业研究成果、与仲裁员身份相关的荣誉称号等。

仲裁机构公布的仲裁员信息,应当首先由拟聘仲裁员按照要求的项目向仲裁机构提供,同时提供相关证件材料之原件和复印件,对提供信息的真实性作出保证,在相关证件材料之复印件上签字确认。仲裁机构应当建立仲裁员档案,保留上述材料,并在尽可能的条件下对仲裁员信息予以审查核实。为防止个别仲裁员提供虚假信息,保证仲裁员队伍的纯洁性与合法性,笔者认为,《仲裁法》应当完善补充规定:“仲裁员应当如实向仲裁机构提供其需要的所有个人信息,并允许其向社会公开;仲裁机构应当

通过多种信息渠道向社会详细、广泛地公布名册仲裁员的信息;仲裁机构查证仲裁员向其提供的个人信息有瑕疵的,应当将该仲裁员从仲裁名册中除名,并向全社会予以公告。对于因此产生的仲裁机构经济损失责任,由提供不实个人信息仲裁员承担;被除名公告者,三年之内不得被再聘为仲裁员”。

有人可能会质疑上述立法建议如果得以规定与实施,是否会侵犯仲裁员的个人隐私权或为当事人与仲裁员之间不当接触提供方便。笔者以为,这种担忧是多余的。这是因为:第一,上述内容除个人年龄之外基本上与个人隐私相距甚远;第二,仲裁员起码应当成为准公众人物,如果有人不愿意把上述个人基本信息公布于众,就不应当去做仲裁员;第三,在当今的信息社会里,当事人是否可能与仲裁员产生不当接触的决定因素,根本不在于仲裁员名册是否公布了仲裁员的基本情况,而主要还是取决于仲裁员的基本素养。试图以不公布仲裁员详细信息的方式来避免当事人与仲裁员之间的不当接触,以保障仲裁员中立、公正裁决之意图,实乃顾小失大、“欲抓芝麻,丢弃西瓜”。以往的仲裁实践已经证明,不公布仲裁员详细信息做法并未能有效阻止当事人与仲裁员的不当接触。

(三)取消驻会仲裁员,建立仲裁机构常务工作人员工作职责及法律责任制度

目前,我国大多数仲裁机构中都有一定数量的内部驻会仲裁员,这与国际惯例背道而驰^②,并一直受到国外人士的批评。有人认为,在我国目前的仲裁环境下,内部仲裁员比较熟悉仲裁程序,对相关问题可以及时处理,设置内部仲裁员并非没有必要。这种观点颇有“一叶障目,不见泰山”之嫌。从我国仲裁制度长远发展的角度看,内部驻会仲裁员制度存在以下弊端:

首先,内部仲裁员制度所体现的程序诉讼化倾向有悖于仲裁的民间性。

内部仲裁员在一定意义上可以说是半职业仲裁员。然而仲裁员并不是什么专业资格^[6],仲裁自身具有的特殊的裁断功能,再加上半职业的特征,必然会导致在仲裁员制度上出现诉讼化倾向。现实中,当一些以仲裁案件的程序管理(类似于法院书记员)为本职工作的内部仲裁员,一旦被选任为仲裁员时就变成了裁判者。这种角色和功能的不停轮换,在某种程度上也强化了仲裁程序诉讼化倾向,这显然有悖于仲裁的民间性特征与特色,不利于仲裁事业的健康发展。

①英国伟大哲学家培根的这一段名言,在法律界人所共知、广为流传。这是一种十分形象的比喻——因为水流脏了,污秽早晚会被冲走;水源脏了,流淌的只能一直是污秽。

②《ICC仲裁规则》附件2中规定:一、仲裁院主席和秘书处人员不得在本仲裁院的仲裁案件中担任仲裁员或代理人;二、仲裁院不得指定仲裁院的副主席或仲裁院的其他成员在本仲裁院的仲裁案件中担任仲裁员。如果他们被一方或一方以上的当事人选择为仲裁员,或由当事人所约定的其他程序选择为仲裁员,则须经仲裁院批准。

其次, 仲裁机构内部工作人员所从事的本职工作与仲裁员的职能客观上存在着关联性和潜在冲突。

毋庸讳言, 仲裁机构内部工作人员在本机构受理的仲裁案件中担任仲裁员, 其公正性与独立性令人疑惑。如果其为一方当事人所自发选定, 虽然根据《仲裁法》并不构成回避的条件, 但这种做法会使另一方当事人对仲裁公正性提出疑问。鉴于目前的仲裁实践中, 当事人共同选定独任仲裁员或首席仲裁员的情形十分罕见, 代为指定仲裁员的情况非常普遍, 驻会仲裁委员会获得更多被选任的机会。由于内部驻会仲裁员大多身处所在仲裁机构的领导层, 有些还是选聘仲裁员的决策者, 这就又会引发一个新问题: 有权选聘仲裁员和有权代为指定仲裁员的管理者同时也是内部驻会仲裁员——仲裁的内部准监督基本失灵。这种现象极有可能产生的客观风险就在于, 当内部仲裁员被代指为首席仲裁员时, 如果仲裁庭存在意见分歧, 内部仲裁员可能会利用其种种优势形成独断地位, 其他仲裁员也可能会因内部仲裁员与仲裁机构的直接工作关系或其领导地位而不愿充分发表自己的不同意见, 导致其独立性的丧失^[7]。仲裁机构内部工作人员担负着仲裁程序的具体日常管理职责, 特别是一些领导者经常需要对仲裁请求的受理、仲裁协议的效力、管辖权异议、主体资格异议以及延长审理期限等等关系着当事人切身利益的重要程序事项作出决定。面对此种状况, 当事人选定这些内部仲裁员以图获得某些程序上的方便和关照, 是完全可以理解的。但是, 一旦被一方当事人选定的内部仲裁员基于其管理职责作出了同一案件项下的某项程序性决定, 却又不利于另一方当事人, 另一方当事人不免会对此怀疑、抵触乃至不合作甚至主动设置某种障碍; 另一方当事人一旦败诉, 也不可能主动配合仲裁裁决的执行。

基于以上理由, 仲裁法明令禁止内部驻会仲裁员是十分必要的。同时, 应当建立仲裁机构常务工作人员工作职责及法律责任制度, 防止仲裁机构常务工作人员“种了别人的地, 荒了自己的田”^①。

(四) 改革仲裁员仲裁报酬办法, 实行按劳、按质取酬, 充分体现专家劳动价值

在市场经济条件下, 仲裁员参与仲裁, 即提供了当事人期望的劳务, 理应获取应得的报酬。仲裁一旦形成规模效应, 报酬偏低必然会对仲裁员产生消极影响。在社会收入普遍低下且参与仲裁不需付出太多时间和精力的情形下, 仲裁对内地普通仲裁员尚具有一定吸引力, 但对目前国内收入相对较高的律师、法学、经济学等专家而言,

仲裁并没有经济上的吸引力, 对港澳台地区 and 外籍仲裁员而言, 情况更不容乐观。有鉴于此, 国内仲裁应当从改革仲裁收费制度入手, 改革仲裁员仲裁报酬办法, 实行按劳报酬、按质取酬, 充分体现专家的劳动价值。仲裁费用大体上应按三个项目计收: 1. 立案费和管理费。这些费用是仲裁机构的财产。凡到仲裁机构立案者, 均应缴纳一定数目的立案费, 概不退还; 管理费可参照争议金额大小及案件复杂程度按比例计收, 由申请人或在一定情况下由双方当事人预缴。2. 仲裁员报酬。按照争议金额及案件复杂程度, 由仲裁机构按比例代收。在独任仲裁庭的情况下, 由双方或在一定情况下由申请人预缴; 在合议仲裁庭的情况下, 各方为己方选任或代指定的仲裁员预缴费用, 首席仲裁员不单独计费, 所收费用由全部仲裁员按比例分配。3. 其他实际开支。仲裁机构根据案件的实际情况, 向当事人收取仲裁庭差旅费、膳食费、调查费、会议费及鉴定费、专家报酬等实际开支。这些费用由引起此等费用的当事人预缴, 但实报实销, 多退少补^[4]。当事人参加仲裁活动付出费用的总和一般不应当高于同样案件在法院受理的诉讼费。

实施以上方案及配套措施, 不仅有利于仲裁机构精兵简政、减人增效, 也有利于提高仲裁员的积极性, 同时也是建立严格的仲裁员责任机制的条件之一。

仲裁法学界通常认为, 仲裁机构本身并不裁断纠纷, 仲裁员才是受当事人委任而实际解决纠纷的人。仲裁员获得报酬, 不仅可以充分尊重专家的劳动, 体现专家的劳动价值, 而且还可以激发其仲裁责任心。也只有当仲裁员获得了应得的报酬, 才可以理所当然地在其出现重大失误或恶意损害当事人利益时, 追究其仲裁责任。在国内仲裁员报酬极低, 专家的劳动价值难以体现的现状下, 仲裁机构作为管理者难以理直气壮地对仲裁员进行评判, 如果在对仲裁员的管理上“狠下猛药”也是不公平的, 同时被管理者也未见得甘愿服从管理, 这样, 所谓加强仲裁员管理, 必然收效甚微。可以说, 不改变目前仲裁的“公益劳动”观念, 只片面要求仲裁员恪守职业道德、一味奉献, 既不符合仲裁产业化发展趋势, 也无法从制度上调动仲裁员的积极性。

(五) 建立并实行严进宽出的仲裁员淘汰机制, 建立仲裁员过错责任追究制度

在目前的国内仲裁实践中, 仲裁员一旦进入仲裁员名册就几乎等于端上了一个兼职“铁饭碗”。有些仲裁员年长体衰或本职工作繁重, 维持仲裁体力不支或精力不

^①据笔者所知, 有些仲裁机构已经注意到此现象的不合理性, 并分别采取了一些限制性措施。如北京仲裁委员会、青岛仲裁委员会等现在根本未设内部仲裁员。

足;有些仲裁员不能及时了解国家立法的新变化及世界经济贸易发展新态势,知识结构严重老化,远远不能适应仲裁工作的要求;有些仲裁员裁决案件明显歪曲事实或违背法律,甚至裁决的案件被多次撤销或被裁定不予执行;有些仲裁员入册多年,从来没有裁过一起案件,但仲裁员的位置仍然固若金汤,成了事实上的终身制仲裁员。解决这些问题的惟一办法是建立严进宽出的仲裁员流动机制,严格审查新增仲裁员是否符合法律规定的条件,对不合乎法定条件者不搞迁就照顾;对年龄以及知识结构过分老化、多年无人选定或指定裁决案件、裁决案件明显歪曲事实或违背法律、裁决的案件被多次撤销或被裁定不予执行的仲裁员进行及时清退。

仲裁的性质和特点决定了仲裁员对案件的进程和裁决的结果具有相对超脱和集中的权力。仲裁员一旦违反职业操守,势必造成一系列不良后果,其中有因仲裁员的故意或过失而对仲裁当事人造成的损害,有对仲裁机构名声和信誉的影响,在严重时还可能造成对国家刑事法律秩序的破坏。对于这些不良行为和后果,目前,可以通过法院对仲裁裁决的撤销和不予执行来补救,也可以通过仲裁机构的内部批评、惩罚甚至除名来弥补,另一种不可忽视的措施就是追究仲裁员的法律责任。我国《仲裁法》第38条明确规定:“仲裁员私自会见当事人、代理人或接受其请客送礼、情节严重或索贿、受贿、徇私舞弊、枉法裁决的,应承担法律责任,被仲裁机构除名”。法条中对法律责任的范围未作明确规定,更没有承担法律责任的操作规范。笔者认为,这是《仲裁法》对仲裁员监督方面规定最为突出的缺陷^①。因此,有必要根据仲裁的契约性特点,建立一套有效的仲裁员责任制度以弥补仲裁机制的不足,使其成为仲裁员公正性保障制度的有力补充,保障仲裁裁决的公正^{[1] 63}。

《仲裁法》对仲裁员的责任规范应当明确规定责任主体、归责原则、责任形式等。当然,在责任制度的适用上,要做到既给仲裁员一定的压力,使其不致故意或过失地滥用其职权,违背其操守,又要使仲裁员有充分的空间和自由履行其职责而不必担心受到不当的攻击^[8]。

(六)改进首席、独任仲裁员产生办法,实现“以选定为主,以指定为辅”的目标

《仲裁法》第53条规定:“裁决应当按照多数仲裁员的意见作出,少数仲裁员的不同意见可以记入笔录。仲裁庭不能形成多数意见时,裁决应当按照首席仲裁员的意见作出”。在仲裁实践中,独任仲裁员裁决案件自然是一

人说了算的“一言堂”,首席仲裁员的裁决权利也几乎是绝对的,因为合议仲裁庭的三名仲裁员中一般有两名是由双方当事人各自选定的,首席仲裁员则几乎不可能由双方当事人共同选定^②,如果仲裁庭对案件的处理意见有分歧,多数是发生在两名由双方当事人各自选定的仲裁员之间。两名由双方当事人各自选定的仲裁员意见一致,共同与首席仲裁员之间发生分歧的情况基本不会发生。在这样的背景下,首席仲裁员的仲裁意见无论是与其中的一位仲裁员一致,还是自成一体,都等同于仲裁庭的裁决意见。可见,首席仲裁员和独任仲裁员在仲裁中的重要作用是不言而喻的。

在当前国内社会出现严重信用危机的背景下,常常见到选定首席仲裁员和独任仲裁员的过程中,发生由当事人相互之间的不信任转化为对对方选定仲裁员不信任的情况。因此,当事人共同选定一名首席仲裁员或独任仲裁员裁决案件的可能性几乎等于零。笔者以为,双方难以共选一人作首席仲裁员或独任仲裁员的症结,就在于法律规定各方当事人只能选择一次、选择一人。如果修改《仲裁法》相关规定为:“各方当事人可以在仲裁员名册中重复多次、逐一选择多人为首席仲裁员或独任仲裁员,直至双方选择出现同一仲裁员时为止,该仲裁员即为首席仲裁员或独任仲裁员;一方当事人在法定的期限内放弃选择仲裁员的,由仲裁委员会主任按照前款规定代理其选定;双方当事人在法定的期限内放弃选择仲裁员的,由仲裁委员会主任指定”。若能够建立这样的首席、独任仲裁员选定,指定制度,必然能够实现“首席、独任仲裁员以选定为主,以指定为辅”的目标,最终把仲裁当事人选择首席仲裁员和独任仲裁员的权利落到实处,调动当事人选择仲裁员的积极性,真正实现仲裁当事人在选择仲裁员中的意思自治。

[参考文献]

- [1] 侯登华.论仲裁员的公正性保障[J].仲裁与法律,2002(3).
- [2] 郭寿康,赵秀文.国际经济贸易仲裁法[M].北京:中国法制出版社,1995:86.
- [3] 杨崇森,等.仲裁法新论[M].北京:中华仲裁协会,1999:385.
- [4] 宋连斌.中国现行仲裁员制度存在的主要问题[EB/OL]. [2002-11-06].中国仲裁网.
- [5] 宋连斌.中国仲裁员制度改革初探[EB/OL]. [2010-12-03].中国仲裁网.
- [6] 杨良宜.国际商务仲裁[M].北京:中国政法大学出版社,1997:234.
- [7] 寇立耘.中国仲裁员制度的主要问题和改进意见[J].仲裁与法律,2002(6):20.
- [8] 李圣敬.国际经贸仲裁法实务[M].长春:吉林人民出版社,2003:258.

[责任编辑 张桂霞]

^①学界有人认为既包括对仲裁当事人承担的民事责任,也包括对国家承担的刑事责任,还可能包括对仲裁机构承担的行政责任。详见周晓明.谈仲裁员的操守[J].仲裁与法律,2002(93辑).

^②在现实中双方当事人的学理反映通常是:我原本还非常相信A仲裁员,现在你选择了A,我认为A是你的人,那我就肯定不能再选A,而是选择B或他人。