

我国临时仲裁员选任制度研究

邱静惟

华东政法大学，上海，201600；

摘要：仲裁员作为临时仲裁程序的核心，切实关系当事人的利益和仲裁制度的公平正义。在域外国家广泛承认临时仲裁，我国商事仲裁蓬勃发展和立法更新的时代背景下，立足于仲裁员地位的学术理论，借鉴他国选任临时仲裁员的法律实践，梳理我国目前临时仲裁员选任标准的不足之处，探索我国未来仲裁立法中有关临时仲裁员选任的规定：一方面放宽仲裁员选任标准，完善机构指定仲裁员的兜底性规定，最大程度尊重当事人意思自治，提高商事仲裁的效率与灵活性；另一方面完善法院、行业对仲裁员的监督，保证仲裁程序的公平争议。

关键词：临时仲裁；仲裁员；选任规则；

DOI: 10.69979/3029-2700.24.4.035

临时仲裁作为仲裁的起源模式，已为其他法域广泛认可。而我国《仲裁法》仅规定了机构仲裁，不能满足《纽约公约》的条约义务。我国境外的临时仲裁裁决依据《纽约公约》可以在我国得到承认和执行，而内地却不允许临时仲裁的存在，这必然会影响到我国商事仲裁的发展。2021 年 7 月，《中华人民共和国仲裁法（修订）（征求意见稿）》（简称《征求意见稿》）首次拟以法律形式确立临时仲裁制度。在临时仲裁机制中，仲裁员扮演着仲裁制度运作核心的角色，而仲裁员的选任更是关键中的关键。面对这一新兴制度，如何结合我国实际情况，借鉴国外先进经验，以更有效地支持我国商事仲裁的发展，已成为亟待解决的实际问题。

1 理论基础

仲裁来自于当事人之间的合意，双方约定纠纷不受国家公权力机关的管辖。临时仲裁则更强调对当事人意思自治的保障，因为临时仲裁不仅不受公权力机关的管辖，也不受仲裁机构等外力的影响。一方面，仲裁员由当事人选择，只有充分保障当事人的选任自由，才能实现临时仲裁的价值。另一方面，临时仲裁最大的优点就是高效快捷，然而高度的意思自治必然带来程序拖延、恶意选任等问题，影响当事人的合法权益。只有保证实力、地位等没有那么突出的当事人都可以对仲裁员的选任有决定和选择的权力，仲裁员才有可能做出真正公平的裁决。因此，仲裁员和当事人之间的关系则是探索仲裁员选任制度的出发点。目前学术界主要通过合同说、身份说、特殊身份说来解释仲裁员在临时仲裁中的地位，合同说侧重于临时仲裁的当事人的意志对于仲裁员的决定作用；身份说侧重于对临时仲裁司法性质的把握；

特殊身份说兼顾仲裁的公平与意思自治。

合同说是指仲裁员与当事人之间订立仲裁合同，仲裁员请求合理的经济报酬，而当个十日则请求公平公正的裁判，具体分为委托合同说、雇佣和他说、承揽合同说等。其主要基于传统民法原则，强调通过当事人与仲裁员之间订立的契约关系来确定仲裁员的职责与报酬，同时要求仲裁员公正裁决。该理论着重体现当事人在临时仲裁中的主体地位，允许当事人根据案件特性和对仲裁员的了解来协商选择仲裁员。在此框架下，当事人依据自由意志选择仲裁员，更能体现临时仲裁的高效、便捷及专业性。而准合同关系中与之相反，两者之间不存在合同关系，仲裁员一经确定，不能无故辞去职务，当事人也不得无故更换仲裁员。这限制了仲裁员的选任，难以充分反映当事人在临时仲裁中的意思自治。

特殊身份说则侧重于仲裁的双重属性，这一观点是仲裁准司法性的延伸，认为仲裁员在接受选任之后，获得了一种对特定案件行使裁决权的特殊身份，这种身份持续到仲裁活动终了之时。此学说对仲裁员资格有一定要求，并非所有人都能担任仲裁员。仲裁员与当事人之间的关系既非简单的服务合同关系，也非法官与当事人之间的关系。该理论以当事人的意思自治为基础，要求当事人在特定条件下选择仲裁员。这一理论既承认了当事人在临时仲裁中的主导作用，又符合我国当前仲裁员需具备一定标准的国情。

2 我国临时仲裁员选任现状及局限性

我国《仲裁法》第 13 条规定了机构仲裁中仲裁员的任职资格，而《征求意见稿》对于涉外临时仲裁中仲裁员的选定上，在《仲裁法》规定的基础上添加了三条

“负面清单”的任职限制。现行有效的有关临时仲裁仲裁员选定的规则中,《最高人民法院关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》(简称《意见》)规定“按照特定仲裁规则、由特定人员”担任仲裁员,《横琴自由贸易试验区临时仲裁规则》(简称《横琴规则》)规定在珠海仲裁委员会《仲裁员名册》中选定,《中国互联网仲裁联盟临时仲裁与机构仲裁对接规则》(简称《联盟规则》)则沿袭了《仲裁法》的规定。而以上临时仲裁员的选任方式均为当事人指定。

2.1 仲裁员任职条件不合理

对于机构仲裁案件的仲裁员,《仲裁法》规定了具体任职条件。而首部关于临时仲裁的法律规范《意见》仅规定临时仲裁是由“特定人员”担任仲裁员,却未明确“特定”的含义,这就导致临时仲裁仲裁员选任没有统一的规则 and 标准予以适用。后续的临时仲裁规则《横琴规则》和《联盟规则》实际上遵循了《仲裁法》的要求,甚至还增加了仲裁员名册的限制。封闭仲裁员名册制度进一步限缩了当事人意思自治的范围,使仲裁机构的意志对当事人自治精神的隐性压抑。现行法律规范存在的不足主要体现在对仲裁员资质的规定不明或严加限制。

《征求意见稿》中,一方面其对一般仲裁员任职条件严格限制,除要求仲裁员须符合“三八两高”的条件外,还增加了负面清单的规定。另一方面却以涉外案件仲裁员为例外,对其任职条件不加干涉。然而第一,严格限制仲裁员资质的法律规定本身缺乏合理性。第二,区别对待国内和涉外案件仲裁员资质的做法显然缺乏公平性。第三,可能会增加临时仲裁规范适用和仲裁裁决结果认定的难度。

2.2 机构指定仲裁员制度不完善

我国《仲裁法》规定的仲裁员选任规范无法适用于临时仲裁。《横琴规则》规定当事人应当在临时仲裁程序开始后 15 天内选任符合《仲裁法》的仲裁员,当事人未成功选任仲裁员的,由珠海仲裁机构直接指定。但其作为地方性规则效力有限,也未规定当事人不同意仲裁机构指定的仲裁员时的程序走向,存在制度缺口。

而《征求意见稿》规定出现选任僵局时,可由当事人协议委托仲裁机构选任仲裁员,无法达成协议的,由法院指定仲裁机构。现行规范及《征求意见稿》均明确了当事人在无法选任仲裁员的情况下,可由仲裁机构进行指定的规则。然而,这一规定在实施过程中却面临着

一系列亟待明确的问题,具体包括仲裁机构指定权力的来源、其选任仲裁员的具体标准、以及当事人对指定结果不认可时的处理机制等。

2.3 仲裁员监督机制不完善

仲裁员是仲裁制度的核心,仲裁员独立更是做出公正仲裁裁决的先决条件。仲裁员独立性主要通过披露义务和回避义务两方面保障。我国法律规范此前没有规定披露义务,《征求意见稿》首次增加了披露义务的规定,但规定存在不完善之处,而且对于回避的规定存在不明确不全面之处。

我国临时仲裁相关规则均未对司法监督进行具体规定或变通处理,实践中无法对临时仲裁进行合理而有效的司法监督。临时仲裁下仲裁庭在作出裁决后即告解散,这就意味着对仲裁员的管理与追责问题难度也更大。然而,我国并未建立完整的仲裁员责任制度。目前规范仲裁员法律责任的法律条款为《仲裁法》第 38 条中“仲裁委员会应当将其除名”的纪律责任和刑法中规定的“枉法仲裁罪”的刑事责任,并未明确规定民事责任。前者仍然默认仲裁机构在仲裁中的核心地位,临时仲裁脱离机构管理,其仲裁员也并不一定为仲裁机构中的注册仲裁员,因此这一责任同样落空。而后者则需要达到“情节严重”的标准才能追责。

3 域外国家临时仲裁员选任实践

3.1 英国

《1996 年仲裁法》74 条规定:“由当事人指定或选定的仲裁机构、其他机构或者个人指定或提名仲裁员的,对其不履行或意欲不履行此职时的作为与不作为均予免责,但是这种作为与不作为表明是出于恶意的则除外;指定或提名仲裁员的仲裁机构、其他机构或个人,不因选定或提名而对该仲裁员(或其被雇人员或代理人)不履行或意欲不履行仲裁员职责的作为与不作为负责。”由此可知,在临时仲裁的仲裁员选任这一问题上,英国仲裁法对任命机构的范围规定得相当宽泛,主体类型不受限,当事人达成合意即可任命仲裁员。在临时仲裁员的法律责任方面,英国《1996 年仲裁法》规定了两种情形作为仲裁员的免责例外情况,即仲裁员基于主观“恶意”行事和仲裁员主动辞职。上述仲裁员履职承担法律责任标准给予了仲裁员足够的空间去处理仲裁实体事务而不必担心面临更多的民事责任。此外,英国仲裁法并未遵循普通法系国家常见的做法,即为仲裁员提供民

事责任的完全豁免,而是采取了有限民事责任豁免的这—种路径。这—选择的部分原因在于,当仲裁员故意违反其职业准则和义务,从而侵犯当事人权益时,绝对对民事责任豁免制度将无法有效惩治此类不当行为。

英国伦敦海事仲裁员协会(LMAA)也以临时仲裁为主要裁决形式,通常解决海事领域船舶建造、船舶租赁、运输等仲裁纠纷。虽然 LMAA 协会表面看属于仲裁机构性质,但是其更多的是扮演管理临时仲裁的行政服务角色,其中,最具特色的地方在于 LMAA 开庭率和裁决率都较低,促进庭外和解的案件却较多。在 LMAA 规则下,启动仲裁程序相对简便且成本较低。相较于多数机构仲裁在案件启动前要求当事人提交繁琐的请求文件、证据等材料,LMAA 的流程更为简化,当事人无需准备冗长的请求文件、详尽的事实理由和大量证据材料,仅需阐述当前争议并指定仲裁员即可。这种基于约定仲裁规则和方案快速解决纠纷的方式,不仅为当事人节省了高昂的仲裁费用,还极大简化了仲裁程序。加之 LMAA 仲裁员多年来在审理案件中积累的丰富经验和所形成的品牌效应,使得 LMAA 在国际商事仲裁领域相较于机构仲裁和诉讼具有更强的竞争力。

3.2 新加坡

新加坡顺应国际趋势在立法中确立了临时仲裁的合法地位,《新加坡国际仲裁法》第 2 条规定了独任仲裁员或者临时组建的仲裁庭存在的合法性。从这一规定中我们可以看出,新加坡在法律层面上并未对临时仲裁与机构仲裁进行明确区分,这与英国的做法是一致的。新加坡在处理涉外仲裁案件时,最常采用的是《新加坡国际仲裁法》,该法的许多条款都是借鉴自《示范法》。得益于新加坡国际仲裁所拥有的完善且独立的司法政策,以及透明公正的司法环境,新加坡已成为全球众多企业信赖的中立第三方仲裁地,并在短时间内迅速崛起,成为了世界上最受欢迎的仲裁地之一。

在选择仲裁员方面,新加坡同样未设立强制性的仲裁员名册,而是采取了与伦敦国际仲裁院相似的开放式名单制度,赋予当事人选择名单外仲裁员的权利,并鼓励当事人考虑外籍仲裁员。一个独特之处在于,新加坡法律允许当事人自由约定仲裁庭的人数。若当事人未就仲裁庭人数作出约定或无法达成有效共识,则法律默认由一名仲裁员进行裁决。至于仲裁员的法律责任承担,新加坡的做法与大多数国家或地区保持一致。新加坡法律规定“仲裁员只有在故意或者非常严重违反仲裁员义

务的情况下才需要承担民事法律责任,豁免仲裁员在仲裁中由于疏忽而作出的任何法律、事实或程序错误。”

4 完善临时仲裁员选任制度的建议

4.1 放权临时仲裁员选任条件

如前文所述,我国目前有关临时仲裁员的选任要求非常严格,限定了特定的资格和范围。鉴于商业纠纷的复杂性和专业性以及商业发展的现实需求,立法不可能对所有商业领域内仲裁员资格进行详细规定,故立法应允许当事人根据意思自治和特殊需求自行选择能够公正、独立解决纠纷的仲裁员。虽然有些观点认为放宽选任条件无法对仲裁员的专业性与公平性进行监督,但是首先,我们应当相信市场主体作为经济理性人的选择,尤其是在商事仲裁这类专业性与时效性要求严格的领域,当事人选择仲裁员必然出于费用、时间、仲裁员的口碑和专业等等综合因素的考虑。如果一味地严格限制仲裁员地人选,反而会使得当事人在此项上花费更多的成本或者不得不选择其他途径解决纠纷,这就有悖商事仲裁灵活高效的制度初衷了。其次,资格限制是与公正性、独立性并无太大关系,而是与处理纠纷能力密切相关,对仲裁员的监督可以通过当事人的回避申请和其他监督方式得以实现。

在英国、新加坡一类商事仲裁蓬勃发展的国家,法律对当事人选择仲裁员的限制较少,比如允许当事人选择名单外的仲裁员,鼓励当事人选择外籍仲裁员。这类法律实践也体现在出,商事法律的目的不应该是规制,而是示范,尤其是在仲裁领域,国家规定的仲裁相关法律只能提供最概况、最核心的条款,而不应该在具体条文上做过多限制。对仲裁员资质的限制应当更多地聚焦于潜在的经济风险,而非单纯依赖文本上的道德约束。

《征求意见稿》依据仲裁案件的性质来区分仲裁员的任职条件,对于从事涉外仲裁案件的仲裁员几乎未设置任何实质性限制。这种做法不仅可能引发公平性的质疑,还可能促使当事人为了规避相关规范,故意将案件定性为涉外案件。因此,我们在建议放宽仲裁员任职限制的同时,也主张增设必要的负面规制。例如,明确禁止那些背负较大个人债务、已宣告破产且尚未复权的人员担任仲裁员,以此确保仲裁员队伍的廉洁性和公信力。

4.2 建立机构指定的委任仲裁员制度作为补充

在临时仲裁中,会存在当事人意思不一致或恶意拖延仲裁程序从而导致仲裁组庭陷入僵局的情况。因此,

为保证仲裁程序的公平与高效,有必要构建机构指定的委任仲裁员制度以保证临时仲裁程序的顺利进行。

首先,关于组庭的时间范围可参照《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》的有关规定,若一方当事人在收到组庭通知 30 天后,双方仍未就此问题合意选出仲裁员,则可请求相关机构协助组庭。其次,扩大当事人请求协助的对象范围。可以允许当事人协议委托仲裁机构、法院或公信力较高的行业性社会组织协助组庭,这有利于充分尊重当事人的自由意志,提高当事人对第三方所推荐仲裁员的认可度,同时也符合国际通行规则。

应当注意的是,应明确机构指定行为的终局性。对于仲裁机构指定的仲裁员当事人是否有权拒绝,《征求意见稿》未作规定。如前所述,高度的意思自治必然会造成效率和公平方面的不良后果。当事人的意志自由应当是有限度的,不应当任由当事人滥用权利,由此才能实现正义。因此,仲裁员选任制度的设计也需要考虑效率因素。对于指定仲裁机构的指定行为,不建议赋予当事人拒绝选任的自由,以防止当事人陷入无休止的纠纷。指定仲裁员机构在决策时要充分考虑当事人的意见,一旦下达指定仲裁员的程序令后,当事人必须服从,防止程序拖沓,防止当事人滥用自主选择权。

4.3 完善对仲裁员的监督机制

对仲裁员行为的监督主要体现在对当事人回避申请的审查方面,我国现行法律对仲裁员回避义务的确有所规定,然而规定太过明确,以至于无法完全涵盖所有应当回避的情形,比如师生关系、同事关系、亲属关系等应当回避却没有规定。对此,建议我国仲裁法效仿采取列举加概括的立法技术,充分囊括应予回避的情形。而且,关于当事人申请仲裁员回避的理由和程序也未作具体规定。对此,建议我国仲裁法借鉴国际通行做法确立“正当怀疑”标准,再增加一款作为第 2 款:“当事人对被选定或被指定的仲裁员的独立性产生具有正当理由的怀疑时,可以向仲裁庭或仲裁机构要求该仲裁员回避。”同时,为了对当事人行使回避申请予以合理限制,应要求当事人说明提出回避请求所依据的具体事实和理由并举证。对于判断该事由是否达到了引起正当怀疑的程度,可以参考仲裁员与当事人之间是否存在任何物质或精神上的联系

此外,仲裁是一种专业化的法律服务,并且参与服务市场的竞争。提升仲裁市场成熟度以推动行业自治,

有利于仲裁员在竞争的环境下实现自律,也是仲裁监督的重要方面,因而有必要完善我国临时仲裁中的行业监督。根据《仲裁法》和《征求意见稿》的规定,我国已将中国仲裁协会作为行业自律组织,并明确了其功能和职责。为有效落实相关规定,有必要建立和完善仲裁员评价机制,通过扩大仲裁机构、行业协会乃至社会公众对仲裁员的监督范围来有效落实有关规定。仲裁员受到事后评估和专业声誉的影响,便会在仲裁过程中完善裁决的独立性和公正性。另,仲裁协会可以公开、畅通相关监督渠道并明确奖惩方式,促使仲裁员对其裁决更加严谨、慎重。

参考文献

- [1]何建华:《经济争议论》,上海人民出版社 2004 年,第 268 页。
- [2]杜焕芳,李贤森:《仲裁员选任困境与解决路径——仲裁员与当事人法律关系的视角》,载《武大国际法评论》2020 年第 2 期,第 39-59 页。
- [3]马占军,徐徽:《商事仲裁员替换制度的 iu 该与完善》,载《河北法学》2016 年第 5 期,第 115-124 页。
- [4]汪祖兴:《当事人共任仲裁员不能之救济实践及完善》,载《中国法学》2012 年第 5 期。
- [5]参见《仲裁法》第 30 到 32 条。
- [6]参见《横琴自由贸易试验区临时仲裁规则》第 20 条第 3 款。
- [7]王小莉:《英国仲裁制度研究(上)——兼论我国仲裁制度的发展完善》,载《仲裁研究》2007 第 13 期,第 89-93 页。
- [8]参见英国《1996 年仲裁法》第 25 条、第 29 条。
- [9]于湛旻:《国际商事仲裁司法化问题研究》,北京法律出版社 2017 年版,第 133 页。
- [10]参见《新加坡国际仲裁法》第 2 条。
- [11]见《新加坡国际仲裁法》第 17 条。
- [12]参见《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》第 11 条第 3 款。
- [13]袁发强、刘弦:《论首席仲裁员的产生——兼谈我国对临时仲裁的借鉴》,载《中国仲裁与司法论坛暨 2010 年年会》。

作者简介:邱静惟(2001—),女,汉族,浙江人,硕士研究生,华东政法大学,研究方向:国际法。