

单边仲裁员委任机制的道德困境及其突围

——以 Paulsson 的提议为核心

傅攀峰*

内容提要: 为应对单边仲裁员委任机制所面临的道德困境, Paulsson 提出了废除单边仲裁员委任机制, 改由中立的机构委任仲裁员的主张, 引起了国际仲裁界的激烈反应。一方面, 单边仲裁员委任机制拉近了当事人与仲裁程序之间的距离, 增强了人们对仲裁的信任, 巩固了仲裁作为一种诉讼外纠纷解决模式的合法性; 另一方面, 此种委任机制带来了诸如仲裁员代理人化等严重的道德问题, 阻碍了正义的正常输送, 破坏了仲裁的正面形象。当今, 仲裁的类型日趋细化, 任何一刀切的解决方案, 都可能适得其反。在经济领域, 欲使单边仲裁员委任机制从困境中成功突围, 有必要对投资仲裁与商事仲裁加以区分。对于投资仲裁, 废除单边仲裁员委任机制具有可行性, 但关键在于如何确保委任机构的中立性。对于商事仲裁, 废除单边仲裁员委任机制不具有可行性, 但应采取必要措施以规避或降低此种委任机制给案件带来的负面影响。与此同时, 应大力倡导独任仲裁员机制的运用; 在双方当事人实际地位悬殊之时, 有必要引入特殊机制, 以保障仲裁庭的公正性。

关键词: 仲裁员; 单边委任机制; 道德困境; 商事仲裁; 投资仲裁

仲裁界人士都熟悉“仲裁的好坏取决于仲裁员的好坏”⁽¹⁾ 这句谚语, 它通俗地道出了仲裁员的公正与独立对于通过仲裁的方式实现正义的基础意义。既然如此, 那么, 如何在特定案件中委任合格的仲裁员自然便是一个极其重要的现实问题。对此, 国际著名仲裁员 Jan Paulsson 在 2010 年 4 月于美国迈阿密大学法学院发表的题为《国际争议解决中的道德风险》的演讲中,⁽²⁾ 针对当今主流的单边仲裁员委任机制(以下简称“单边委任机制”)进行了大胆批判, 并提出了废除单边委任机制, 改由某一中立机构委任仲裁员的主张。他的提议在国际仲裁界引起了极大反响, 业界人士纷纷对其提议展开了广泛讨论, 赞成意见有之, 批评意见则更盛。⁽³⁾ 鉴于仲裁员委任机制涉及仲裁制度的基础, 以及鉴于 Paulsson 的提议背后所反映的种种问题的现实性与该提议本身的争议性, 深入分析该提议背后所反映的现实问题, 以及相关人士对该提议的反应, 必将有助于我们更好地理解与思考仲裁员的委任问题。

* 中国社会科学院法学研究所博士后研究人员, 法学博士。

(1) “仲裁的好坏取决于仲裁员的好坏”对应于英语中的“Arbitration is only as good as its arbitrators”, 法语中亦有“Tant vaut qu'arbitre, tant vaut qu'arbitrage”的说法。

(2) Paulsson 的此次演讲被 GAR(《全球仲裁评论》)评为 2010 年国际仲裁界最具影响力的演讲。See J. Paulsson “Moral Hazard in International Dispute Resolution”, 25 *ICSID Review* 339-355 (2010)。

(3) 据笔者观察, 当今国际仲裁界不少权威人士都对这一提议公开而明确地表达了个人看法, 这些人士包括但不限于: Karl-Heinz Böckstiegel, Charles N. Brower, Hans Smit, Albert Jan van den Berg, Johny Veeder, Michael Schneider, Gary Born, Alexis Mourre。

一、单边仲裁员委任机制的道德困境——Paulsson 的提议之产生

(一) 困境之呈现

对于最为常见的由三位仲裁员组成的仲裁庭,⁽⁴⁾ 委任仲裁员的一般流程是, 首先由双方当事人各自委任一名仲裁员, 然后由双方共同委任一名首席仲裁员, 若双方无法就首席仲裁员的委任达成一致意见, 在机构仲裁背景下, 首席仲裁员一般由仲裁机构指任。双方各自委任一名仲裁员被业界视为单边委任机制。这种委任机制是仲裁的一大特色, 它是当事人意思自治在仲裁中的重要体现。然而, 在当代仲裁实践中, 这种委任机制带来了诸多涉及仲裁员的公正性与独立性的道德问题。其中, 尤为批评人士所诟病的是, 被单方面委任的仲裁员(即“边裁”)往往难以避免沦为当事人的代理人, 从而丧失其作为一名裁判者所应具备的公平与独立之品质。

Paulsson 深刻意识到这一点, 在其演讲中, 他首先质疑了当事人委任仲裁员这项权利本身的正当性。与传统观念相反, 他认为, 单边委任机制与仲裁作为一种具有准司法性质的纠纷解决模式对仲裁员公正、独立的内在要求背道而驰, 因为人们无法期待一方当事人接受由另一方当事人委任的仲裁员所作出的裁决的合法性。而实践中, 边裁沦为当事人的代理人, 已屡见不鲜。对此, Paulsson 特别援引了著名的 Loewen 案⁽⁵⁾, 并强烈批评了其中作为一方当事人的美国政府所委任的仲裁员的出格行为。

美国政府在 Loewen 案中委任的仲裁员是 Abner J. Mikva 法官。2004 年, Mikva 参加了一次研讨会, 分享了其在 Loewen 案中担任仲裁员的经历。而 2009 年出版的一本法律期刊恰好刊登了此次研讨会的谈话内容, 其中包括一句不漏地记载了 Mikva 让人倍感诧异的回忆。据其回忆, Mikva 曾与美国司法部的一些官员会面, 这些官员曾对他说“法官先生, 您知道的, 如果我们输掉这个案子的话, 我们会失去整个《北美自由贸易协定》(NAFTA)。”而他当时的回答是:“好, 如果你们想给我施加压力, 那好!”⁽⁶⁾ 显然, Mikva 说出“那好!”并非意味着其将拒绝接受美国政府的委任, 相反, 他接受了美国政府的委任, 并清楚自己有压力必须取得让美国政府满意的裁决结果。而 Loewen 根本不知道 Mikva 居然曾与美国政府有过这样的接触。据 Paulsson 的推断, 克林顿总统当时是《北美自由贸易协定》的倡导者, 而 Mikva 曾担任克林顿总统的顾问, 美国司法部官员与 Mikva 的对话显然会使其明白, 《北美自由贸易协定》的未来系于该案之裁决结果。基于此点考虑, 如果 Loewen 知情, 很难想象 Loewen 会同意 Mikva 担任该案仲裁员。⁽⁷⁾ 据 Mikva 回忆, 他与另外两位仲裁员在一个复杂的问题上存有分歧, 另外两位仲裁员倾

(4)按仲裁庭的组成人数, 实践中存在一人组成的独任仲裁庭, 三人组成的仲裁庭, 以及在极少数的情形下, 三人以上组成的仲裁庭。超过三人以上组成的仲裁庭一般发生在主权国家间国际公法性质的争端中, 例如, 在印巴 Ran of Kutch 案中, 仲裁庭组成人数为 7 人。在数量最多的商事争议与投资争议中, 三人组成的仲裁庭最为常见。

(5)Loewen 案是加拿大的投资者 Loewen (全称“The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen”)针对美国政府提起的一例 NAFTA 项下的投资仲裁案。该案基本事实如下: 在美国密西西比州法院审理的一项反不正当竞争诉讼中, 仅由于 Loewen 所涉入的一项价值为 300 万美元的交易, 陪审团针对其作出了一项金额高达 5 亿美元的惩罚性赔偿判决, 而与此同时, 美国当地法律要求 Loewen 提供判决金额 125%, 即高达 6.25 亿美元保证金, 方可允许 Loewen 针对陪审团的判决提出上诉。该项判决致使 Loewen 破产, 其后来根据 NAFTA 第 11 条下的争端解决条款向 ICSID 提起了仲裁申请。仲裁庭在其最后的裁决中, 作出了一项让人难以捉摸的裁定。一方面, 裁决书用很长的篇幅来解释为何“美国初审法院的行为极其错误, 并构成了司法流产 (mis-carriage of justice)”; 而另一方面, 在结尾处, 裁决书却又称 Loewen 缺乏“国籍连续性”而无法构成 NAFTA 第 11 章下适格的当事人, 而且 Loewen 未穷尽美国法院当地的救济, 因而做出了驳回 Loewen 仲裁请求的决定。

(6) Judge Abner Mikva, Audiotape: Symposium on Environmental Law and the Judiciary, Pace Law School, Dec. 6-8, 2004. See David Schneiderman, “Judicial Politics and International Investment Arbitration: Seeking an Explanation for Conflicting Outcomes”, 30 *Nw. J. Int'l L. & Bus.* 404-406 (2010).

(7) J. Paulsson, *supra* note (2), p. 346.

向于认为 Loewen 乃美国法院司法不当行为的受害者，而他却不赞同。然而，裁决书却分明显示，仲裁庭作出的裁决是一项意见一致的裁决。⁽⁸⁾ 但事实上，Mikva 分明记得其对另外两位仲裁员的意见存有异议，而为了确保美国政府不输掉这个案子，Mikva 与另外两位仲裁员做了一个交易。交易的结果是，仲裁庭作出一项意见一致的裁决，认定美国法院的确存在司法不当行为，换取仲裁庭基于 Loewen 主体不适格作出驳回其请求的最终决定。⁽⁹⁾

Paulsson 举 Loewen 案为例，显然不是为了探讨涉及国际投资法的技术性问题，而是为了揭示仲裁庭为何最后作出了如此失范的裁决。通过 Loewen 案，可直观感受到，边裁极易被当事人操纵，在涉及主权国家的案件中，尤其如此。若非 Mikva 在那个研讨会上透露个中内幕，人们还真难以从仲裁庭最终所做出的“意见一致”的裁决书中发现该案存在仲裁员行为不当的问题。毋庸置疑，Mikva 与美国政府单方面的沟通，并且向美国政府示意其领悟美国政府的授意，完全违背了仲裁员公正、独立的道德义务。

实践中，还能看到，在存在异议意见（dissenting opinion）的仲裁裁决中，绝大多数异议意见皆来自于输掉案件的一方当事人所委任的仲裁员。⁽¹⁰⁾ 在一方当事人为主权国家的投资仲裁案件中，这一问题则更为严重。在 Paulsson 看来，异议仲裁员基本都由受多数意见裁决（majority decision）之损害的当事人所委任，这本身并不代表道德的缺失。这一现象可能源于当事人的预先操作，因为当事人往往会通过事先调查，了解潜在仲裁员将如何看待涉案法律或事实问题，从而作出了选择哪位仲裁员的决定。但问题是，当事人的这种事先算计与操作，与支撑仲裁的基础性假设——双方当事人皆信任所有的仲裁员，完全相左。⁽¹¹⁾

现实中，常常还会出现这种情况，即败诉方委任的仲裁员拒绝在裁决书上签字。虽然不少仲裁法与仲裁规则都明确，一方仲裁员拒绝在裁决书上签字不影响裁决的效力，然而，在国际领域，这一问题往往被认为会在一定程度上妨碍裁决在他国的顺利执行。为确保裁决的顺利执行，仲裁庭有时不得不私下对异议仲裁员作出妥协，满足异议方的一定要求，即使这种要求不合理。结果是，仲裁庭会用对现实因素的考量代替对法律与规则的考量，从而让仲裁沦为一种利益博弈的游戏。实际上，上述 Loewen 案即为典型一例，只是在许许多多的国际仲裁案件中，精明的异议仲裁员会以更为“专业”的方式行事，未必会像 Loewen 案中美国政府委任的仲裁员那样做出明显出格的行为。

鉴于单边委任机制所导致的种种问题，Paulsson 指出：“避免这些情况的最佳方式，很明显是禁止或者至少是严格监管由当事人单方面委任仲裁员的实践。”⁽¹²⁾ 但他同时注意到，即使单边委任机制已然导致上述种种问题，现实中，当事人仍钟情于此种委任机制——此乃当事人基于一系列错误假定行事而导致的结果。Paulsson 对当事人的一系列错误假定——进行了驳斥：

假定一：我委任的仲裁员会帮我赢下案子。抛开这种假定在道德上能否站得住脚不论，其亦不符合逻辑。如果双方当事人都认为其所委任的仲裁员会帮助他们赢下案子，那么，逻辑的结果便是，在仲裁庭中，只有首席仲裁员才是真正的仲裁员。然而，当事人公然接受“非中立仲裁员”的想法已不再为国际社会所接受，因此，他们只能够私下寄望于对方按规则办事，而已方则不诚实地按“我委任的仲裁员会帮我赢下案子”这一假定办事。但事实上，对方也会秉着同

(8) *Ibid.*, p. 346.

(9) *Ibid.*, p. 346.

(10) See Alan Redfern, “Dissenting Opinions in International Commercial Arbitration: The Good, the Bad and the Ugly”, 20 *Arbitration International* 223–242 (2004).

(11) J. Paulsson, *supra* note (2), p. 349.

(12) *Ibid.*, p. 348.

一假定行事，结果便使仲裁化作一场虚伪的盛宴，无辜者必将遭殃。⁽¹³⁾

假定二：再伟大的人也有犯错之时，因此，三人组成的仲裁庭胜过一人组成的仲裁庭，尤其是当争议涉及重大利益问题之时，更是如此。这一假定与此处所探讨的单边委任机制毫不相关。因为组成三人仲裁庭并不一定需要通过单边委任机制来实现，所有的三位仲裁员亦可由一个中立的监督机构来委任。⁽¹⁴⁾

假定三：当事人从专业知识或技能背景的需求角度选定相关仲裁员，这样的仲裁员能够获得他们更程度的信任。这一假定听似很有道理，对于某些曾经遇到过无法应对专业性较强的法律问题的法官并罹受此害的当事人，这一假定更是显得无懈可击。然而，单边委任机制并不能解决这一问题，因为人们无法想象，一方当事人会诚实地委任一名具有相关专业背景的仲裁员以使对方感到满意。事实是，一旦争议已发生，当事人所做的一切，都在于赢下案件。⁽¹⁵⁾

假定四：我委任的仲裁员会确保整个仲裁庭都理解我的文化背景。这一假定似乎意味着，在文化上亲近委任者的仲裁员，可能会对仲裁庭产生更多的影响，以此使委任他的当事人一方胜诉。然而，这可能导致来自一定文化背景下的仲裁员私下进行寻租活动，即仲裁员以其具有与当事人相同的文化背景为由，吸引当事人委任其担任仲裁员，并以在仲裁程序中为当事人的私利而行事作为回报。在当今世界，仲裁领域的文化冲突似乎被夸大。当事人既然选择以仲裁的方式解决他们之间的纠纷，就对仲裁的理解而言，他们之间的文化共同点是占绝对主导地位的，在国际商事仲裁领域尤为如此。因此，问题不在于一方当事人是否会碰到具有不确定性的特殊文化问题，而在于单边委任机制本身，因为后者只会放大仲裁中所谓的文化冲突问题，而非解决它。因此，确保仲裁程序的包容性，使任何一方当事人不至于觉得他们是“外来人”，只有通过某一机构委任真正有能力且中立的仲裁员才能实现。⁽¹⁶⁾

（二）应对之策：Paulsson 的提议

既然 Paulsson 认为避免单边委任机制所带来的道德风险的最佳方式在于禁止或至少是严格监管此种委任机制的实践，那么，对此 Paulsson 有何更具体的提议呢？换言之，若要禁止单边委任机制的实践，什么样的委任机制才是单边委任机制的最佳替代？若要严格监管单边委任机制的实践，该通过何种具体方案来进行操作？

对此，Paulsson 清晰地指出“唯一体面的方案就是，所有的仲裁员，不管仲裁庭规模多大，都应当由双方当事人共同委任，或者由一个中立的机构委任。”⁽¹⁷⁾ 不过，他同时承认，要彻底消除当事人拥有委任仲裁员的“权利”这种根深蒂固的观念，并非易事。因此，在上述立场得到普遍接受前，他愿意采取一种实用主义的态度。为此，为减少单边委任机制对仲裁的玷污，他推崇一种比较现实的方法——名册制。⁽¹⁸⁾

在其看来，通过合同的特别约定对仲裁的委任进行限制，例如，要求所有仲裁员不得与任何一方当事人拥有相同的国籍，亦可减少单边委任机制的负面影响。然而，更为有效的方案则是，由仲裁机构作出硬性规定，被委任的仲裁员只能从事先准备的包含合格仲裁员的名册中选定。如果这一名册中的仲裁员涵盖面广、声誉高、具有国际性，且定期作更新，那么，这种名册制——作为对废除单边委任机制之提议的一种妥协，将可能具有毋庸置疑的优势。当事人可以自由地从名册中挑选一名仲裁员。由于名册中的每一位潜在仲裁员都已经过机构的审查与筛选，因而不大

(13) *Ibid.*, p. 349.

(14) *Ibid.*, p. 350.

(15) *Ibid.*, p. 350.

(16) *Ibid.*, pp. 350 - 351.

(17) *Ibid.*, p. 352.

(18) *Ibid.*, p. 352.

可能对委任他们的当事人形成利益上的依附。⁽¹⁹⁾ 为阐明名册制的优势, Paulsson 举体育仲裁院 (CAS)⁽²⁰⁾ 的实践为例。在体育仲裁院所受理的案件中, 有些案件涉及著名运动员的参赛资格或转会费的争议, 具有重要的国际影响。而当事人都来自世界各地, 其中大多数都是第一次参与到这样的仲裁程序中。如果允许他们不受限制地任意委任他们所中意的仲裁员, 出于无知、恐惧与计算, 他们很可能最终委任一名在专业和能力上未受到任何事前认定, 只有他们自己熟悉而其他人都不了解的仲裁员。由于以此种方式被单方面委任的仲裁员在能力与资格上与首席仲裁员完全不相称, 这可能导致, 两名边裁各执一词, 案件最终由首席仲裁员一人来断, 进而导致三名仲裁员协同断案的目的完全无法实现。体育仲裁院是采取什么样的方案避免这种尴尬局面的呢? 体育仲裁院的仲裁规则规定, 所有仲裁员候选人都必须是体育仲裁院的仲裁员名册所收录的人士, 换言之, 当事人只能从名册中挑选仲裁员。⁽²¹⁾ 在此种强制名册制下, 任何一方当事人可以在包含足够多的仲裁员的名册中挑选出一名其认为最佳的人士担任仲裁员。不管当事人基于何种自私的目的进行挑选, 该名仲裁员必须列于名册之中。⁽²²⁾ 虽然强制名册制离 Paulsson 提出的彻底废除单边委任机制的理想仍相去甚远, 但基于现实考虑, 他对此种强制名册制较为推崇。⁽²³⁾

不过, 批评者可能认为, 对单边委任机制的种种责难走得过远, 因为仲裁界已习惯于此种委任机制, 并且三人组成的仲裁庭作出一致的裁决事实上仍为普遍情况。即便如此, 在 Paulsson 看来, 单边委任机制仍存在值得人们担心的理由。首先, 仲裁庭并非总是以原则的方式作出一致裁决, 在仲裁员不偏不倚地完全依法裁案的条件下, 有理有据的一方当事人根本不需要对另一方当事人作出任何牺牲司法正义的现实妥协, 然而, 事实上, 在不少案件中, 一致裁决的作出是仲裁庭成员间的妥协结果, 是单边委任机制暗中促长了妥协的发生, 因为当事人可能透过其委任的仲裁员对仲裁的顺利开展施加消极影响。妥协的存在最终可能导致裁决的说理沦为一种形式, 而非具有实质意义的推论。由于裁决的说理是防止仲裁员专断的重要武器, 对这一要求的践踏会导致仲裁庭面临失职的风险。⁽²⁴⁾ 其次, 单边委任机制还可能导致缺乏道德约束的仲裁庭成员间私下进行不当交易。例如, 边裁与主裁之间可能暗中达成这种默契: 在本案中, 主裁按照一方边裁的意愿裁案, 而在另一个他们共同参与的案件中, 边裁则按照主裁的意愿裁案。对于懂得如何对此进行专业运作而又肆无忌惮的仲裁员来讲, 整个交易的过程可被安排得天衣无缝, 以至于人们无法从表面上一致的裁决中觉察出裁决背后存在任何道德缺失行为的蛛丝马迹。⁽²⁵⁾

二、单边仲裁员委任机制的存废之辨——对 Paulsson 的提议之回应

Paulsson 的提议引起了国际仲裁界对单边委任机制的激烈探讨。赞成者从各个角度对单边委任机制进行批判, 单边委任机制的种种弊端暴露无遗。而批评者则考虑到单边委任机制对于仲裁的基础意义, 对 Paulsson 的提议持保留态度, 有的甚至对 Paulsson 的提议表达了极为尖锐的批判

(19) *Ibid.*, p. 352.

(20) 体育仲裁院 (Court of Arbitration for Sport) 是 1985 年成立的以解决体育争议为宗旨的国际仲裁机构。在体育仲裁院的制度框架下, 不论仲裁程序在何处进行, 瑞士洛桑始终是所有体育仲裁案件固定的仲裁地, 而大多数仲裁庭都是由三名仲裁员所组成。

(21) 体育仲裁院的仲裁员名册分为一般名册和足球名册, 包括来自世界各地的仲裁员。

(22) 实际上, Paulsson 对体育仲裁院其它方面的实践, 如裁决的执行, 亦赞扬有加。See J. Paulsson, "International Arbitration Is Not Arbitration", 2 *Stockholm Int'l Arb. Rev.* 6-8 (2008) .

(23) 除强制名册制外, Paulsson 还注意到, 在仲裁员委任机制方面, 某些仲裁机构曾做过一些有益实验, 如“盲任” (blind appointments)。盲任的目的在于确保被委任的仲裁员不知其为何方当事人所委任。

(24) J. Paulsson, *supra* note (2), p. 353.

(25) *Ibid.*, pp. 353-354.

意见。这场因 Paulsson 的提议所引发的全球辩论，实乃一场关乎单边委任机制的存废之辨。

（一）赞成意见

Paulsson 的提议的赞成者，针对单边委任机制主要表达了以下三点意见：第一，单边委任机制下，边裁难免沦为当事人的代理人；第二，单边委任机制加剧了目前国际仲裁所面临的一系列实践问题，包括仲裁的效率与费用等问题；第三，单边委任机制导致仲裁裁决中的“异议意见”泛滥且不合理。

Hans Smit 认为，当事人及其律师都具有委任一名能帮助他们赢下案件的仲裁员的动机，当他们在案件实体方面的辩护理由不够充分时，这种动机尤为强烈。然而，一旦某位仲裁员被当事人委任，该仲裁员则可能产生这样一种个人动机，即希望通过帮助委任他们的当事人获得一个有利结果而实现再度被委任。Smit 认为，与美国国内仲裁制度不同，在国际仲裁中，边裁须做到客观、公正。而根据其多年的仲裁实践经验，事实是，许多边裁，即使不是大多数，都会依自己的个人动机行事，从而在某种程度上沦为当事人的代理人。⁽²⁶⁾ 即便边裁愿意作出对委任他们的当事人不利的裁断，他们仍可利用其他方法，使案件结果对委任他们的当事人有利。对于首席仲裁员而言，促使仲裁庭作出意见一致的裁决，可以提升他们将来被再度委任的可能性。而为了获取这种结果，首席仲裁员可能会与边裁私下达成妥协，这种妥协必然导致败诉方承担少于其本应承担的义务。这还不是单方面委任机制所带来的最大的负面问题。更糟糕的是，边裁的存在通常会阻碍仲裁庭成员之间的交流。这是因为，当甲方委任的仲裁员发表的偏袒甲方的意见难以被首席仲裁员接受，而首席仲裁员此时若与乙方委任的仲裁员意见一致，那么，甲方委任的仲裁员可能会感到受到了排挤。基于此，Smit 认为，对于涉及公共利益的投资仲裁，单边委任机制尤为不合理，投资仲裁庭的组成人员都应当由一个中立的机构来委任，各国应该对目前的双边投资协议作相应的修订，以实现此种安排。通过这种途径，国际投资仲裁将会为整个国际仲裁体系在仲裁员委任制度重构上建立一个可供推广的标杆。⁽²⁷⁾

作为 2012 年 ICCA（国际商事仲裁委员会）新加坡会议⁽²⁸⁾ 的主题演讲者，Sundaresh Menon 在其演讲中认为，单边委任机制加剧了当前国际仲裁所面临的一系列问题，⁽²⁹⁾ 这些问题包括仲裁效率的下降、仲裁费用的上升，以及仲裁员沦为被商业利益所驱动的准商人，等等。首先，与传统的认识相反，当今国际仲裁常常不再是一种经济的替代性纠纷解决方式，日益复杂化、体系化的仲裁程序已埋没了古典仲裁的非正式性、迅捷性与高效性，仲裁的费用因之上升，效率反而下降。另外，由于仲裁是一种缺乏上诉机制的纠纷解决方式，这意味着，仲裁庭一旦作出裁决，

⁽²⁶⁾对此，Smit 表示“我相信，只有仲裁庭中的所有仲裁员都为以下这一点作了准备，即时刻会作出不利于委任他们的当事人的裁断，正如同独任仲裁员审案那样，真正意义上的客观公正才有可能实现。从我个人经验来看，在大多数案件中，这一条件并未得到满足。我个人曾经感受到过这种压力。虽然我已经向选择委任我的律师明确表示，我会根据案件的本身来断案，但我知道该律师之所以委任我，是因为据其判断，这样做会对其当事人有利，而我不能不受这点认识的影响。A. Mourre 认为，仲裁员之所以获得当事人的委任，是因为他们拥有公正断案的声誉。对此，我不赞同。我相信，从律师的想法来看，为客户的利益尽义务要优先于这种制度性考量。” See Hans Smit, “The Pernicious Institution of the Party – Appointed Arbitrator”, *Columbia FDI Perspectives*, No. 33, 14 Dec. 2010.

⁽²⁷⁾*Ibid.*

⁽²⁸⁾ICCA 全称为“International Council of Commercial Arbitration”，是国际仲裁界最重要的行业组织。ICCA 会议被誉为国际仲裁界的奥运会，每两年举办一次，2004 年曾于北京举办。ICCA 会议的主题演讲往往聚焦于国际仲裁界的热点问题，Menon 的此次演讲大胆且富有批评精神，受到了业界的深入关注。

⁽²⁹⁾See Sundaresh Menon, “International Arbitration: The Coming of a New Age for Asia (and Elsewhere)”, in van den Berg ed., *ICCA Congress Series No. 17*, Kluwer Law International, 2013, pp. 15 – 16. 后来，Menon 被 J. D. M. Lew 教授邀请至伦敦大学玛丽皇后学院（Queen Mary, University of London）国际仲裁研究中心参加主题为“国际仲裁的当代挑战”的研讨会中，强调了其对 Paulsson 的提议的肯定。在此次研讨会中，知名仲裁员 Toby Landau 对 Menon 的意见表达了完全赞同的意见。参见 http://www.arbitration-icca.org/AV_Library/Queen-Mary-University-of-London.html, 2016 年 10 月 31 日访问。

即对当事人之间的争议作出了终局了断，当事人因此必然会对选择仲裁员这一问题慎之又慎，对仲裁程序亦必然小心翼翼，结果便是，业内精英仲裁员供不应求。然而，精英仲裁员手中从不缺乏案件，有的甚至案件积压相当严重，这间接会抬高仲裁的费用，拖延程序的进展。费用的上升与时间的延长，换来的必然是当事人所委任的仲裁员工作之“勤勉”，以表示对当事人高昂支出的弥补。只不过此种“勤勉”在现实的不少案件中往往会转化为仲裁员不遗余力地为维护委任他们的当事人的利益而“奋斗”。“奋斗”形式多种多样，如拒绝在裁决书上签字，故意不配合庭审，私下向当事人透露仲裁庭的重要决定，等等。⁽³⁰⁾ 不过，最堂而皇之的形式莫过于针对仲裁庭作出的裁决发表异议意见。

仲裁员发表异议意见乃为仲裁法与仲裁规则所允许，实践中亦为常见，理论上也并非不合理。然而，Albert Jan van den Berg 的研究却揭示了现实中异议意见与单边委任机制是如何紧密相连的。⁽³¹⁾ 根据 van den Berg 的观察，在投资仲裁中，仲裁裁决包含异议意见甚为常见，⁽³²⁾ 而且总是来自于边裁，这很容易让人对单边委任机制能否保证仲裁员的中立性产生质疑。支持仲裁员在投资仲裁中拥有发表异议意见的权利的人士一般会认为，异议意见会促使持多数意见的仲裁员们以更负责任的态度审理案件，从而促使产生更好的裁决，并且还会增强当事人对仲裁程序的信任，以及促进国际投资法的发展。van den Berg 收集并分析了已被公开的近 150 项投资仲裁裁决，得出了与上述观点相反的结论。⁽³³⁾

首先，正如 150 项裁决所显示，三人组成的仲裁庭处理了其中绝大多数案件，而选任仲裁员最普遍的方式乃是，先由双方当事人各自委任一名仲裁员，然后由已被委任的仲裁员共同委任首席仲裁员。在 150 项裁决中，首席仲裁员极少发表异议意见，即便存在此种情况，亦完全可以忽略不计。而边裁发表异议意见的案件却高达 34 例。更让人震惊的是，在这 34 例案件中，异议意见几乎全部来自输掉案件的一方当事人所委任的仲裁员。⁽³⁴⁾ 这一事实难免让人对边裁的中立性产生质疑。在投资仲裁中，条约法与仲裁规则虽然都允许异议意见的存在，但同时也严格要求仲裁员须保持公正、独立。边裁虽然在选择首席仲裁员时可与委任他们的当事人保持一致意见，而且亦得保证委任他们的当事人的正当程序权利获得尊重，但这难以与几乎 100% 的异议意见来自于输掉案件的一方当事人所委任的仲裁员的现实相容。⁽³⁵⁾

由此可见，在现实面前，人们实在难以发现，异议意见是如何促使持多数意见的仲裁员们以更负责任的态度审理案件，因而导致产生更好的裁决的。所谓的异议意见可以加强人们对仲裁程序的信任或提升程序的正当性，在现实面前，更显得难以站得住脚。⁽³⁶⁾ 所谓的异议意见能够促进国际投资法的发展，亦与现实背道而驰，因为所有这 150 项裁决都未援引以往的裁决所包含

(30)比利时著名仲裁员 Bernard Hanotiau 曾指出“对于当今国际仲裁所受之批评，仲裁员亦负有相当一部分责任。有的仲裁员承接仲裁案件过多，而其本身却又无法在合理期限内作出裁决；有的仲裁员易受当事人意见左右，对当事人言听计从；还有的仲裁员，或许出于对其无法再度被当事人委任的担忧，在仲裁程序的进行过程中，对一些不恰当的行为睁一只眼闭一只眼，缺乏站出来指正的勇气。” See Bernard Hanotiau “International Arbitration in a Global Economy: The Challenges of the Future”, 28 *Journal of International Arbitration* 100 (2011) .

(31)See Albert Jan van den Berg “Dissenting Opinions by Party – Appointed Arbitrators in Investment Arbitration”, in Mahnouch Arsanjani et al. (eds.), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Brill, 2010, pp. 821 – 843.

(32)异议意见本身源自于判例法占主导地位的英美法系，常设国际法院及其现今的继承者国际法院（ICJ）亦允许法官发表异议意见。然而，在大陆法系，基于对以司法方式实现正义的合作、协同过程之追求，异议意见一般不被允许，欧洲法院（ECJ）采取的是此种态度，不允许法官发表异议意见。See Vlad Perju “Reason and Authority in the European Court of Justice”, 49 *Va. J. Int'l L.* 307 – 308 (2009) .

(33)Albert Jan van den Berg, *supra* note (31), pp. 823 – 824.

(34)*Ibid.*, p. 824.

(35)*Ibid.*, p. 825.

(36)*Ibid.*, p. 825.

的异议意见，仅有一项例外。⁽³⁷⁾ 虽尚无经验事实作佐证，但据 van den Berg 推测，裁决的异议意见被援引的案例如此匮乏，其中一个原因在于，仲裁庭都清楚，在投资仲裁中，异议意见几乎全部出自输掉案件的当事人所委任的仲裁员，换言之，异议意见的权威性已变得全然不可靠。⁽³⁸⁾

不仅如此，在 van den Berg 看来，异议意见的存在还会激起败诉方申请撤销裁决，阻碍裁决的顺利执行，甚至导致仲裁庭审议过程的保密性被践踏。⁽³⁹⁾ 对此，van den Berg 援引了两个著名的案例进行说明。第一个案例是 ICSID 早期所受理的 Klöckner v. Cameroon 案⁽⁴⁰⁾。Klöckner 是该案的败诉者，Klöckner 委任的仲裁员在裁决书中发表了异议意见。裁决作出后，Klöckner 申请撤销裁决，而且主要是依据异议意见所列明的理由。对撤销裁决的申请作审查的特设仲裁庭（*ad hoc tribunal*）后来撤销了涉案裁决，所依据的理由基本上与异议意见所列明的理由一致。对该案进行分析后，⁽⁴¹⁾ van den Berg 评论道：“异议意见不应成为当事人准备申请撤销裁决的一个平台，如果仲裁裁决或仲裁程序出现了问题，那么，裁决本身以及仲裁程序的开展记录足以作为申请撤销裁决的依据。”⁽⁴²⁾ 第二个案例是仲裁地在瑞典根据 UNCITRAL 仲裁规则审理的 CME v. Czech 案⁽⁴³⁾。仲裁庭作出了一项有利于 CME 的裁决，而捷克（Czech）委任的仲裁员发表了异议意见。该仲裁员不仅针对案件的事实及法律问题表达了异议，而且还对仲裁程序的开展与仲裁庭的审议表达了异议。结果导致在后来的撤裁之诉中，涉案仲裁员纷纷以证人的身份前往瑞典上诉法院对仲裁庭审议过程中所发生的事情——作举证——仲裁的保密性已荡然无存。一般来讲，首席仲裁员发表了异议意见（这种情形在现实中极为少见）不会危及仲裁保密原则，然而，正如该案所显示，若是边裁发表了异议意见，情况则全然不同，因为仲裁庭的审议过程不仅被捷克所委任的仲裁员全部公开，而且其他仲裁员都被迫向法院说明本应得到保密的仲裁庭审议情况。在 van den Berg 看来，即便在仲裁中奉行英美法系严格而又有理有据的异议制度，也无法防范仲裁庭审议过程的保密要求被糟蹋的风险。他接着指出，边裁发表异议意见会阻碍仲裁庭的审议过程。如果一方当事人所委任的仲裁员认为其应当支持甚或加强该方当事人所提出的辩护意见，那么，其可能不会与其他仲裁员围绕案件本身作有意义的沟通。而其他仲裁员立即会发现，仲裁庭中实际上已然存在一个作为当事人的准代理人的仲裁员，从而再也不会认真对待这位仲裁员的所言所行。结果是，仲裁庭成员之间的信任、协作关系破裂，仲裁庭的审议过程塌陷。⁽⁴⁴⁾ 在投资仲裁中，甚至还会出现这样一种情况，即当一方当事人已部分或全部败诉时，人们甚至会预料到由该当事人所委任的仲裁员一定会发表一份异议意见。换言之，仲裁员在此种情形下面临被强制要求发表异议意见的外部压力，而在 van den Berg 看来，这完全没有必要。⁽⁴⁵⁾

对投资仲裁中的异议意见进行深入分析后，van den Berg 明确指出：“问题的根源在于仲裁

(37) *Ibid.*, pp. 826–827.

(38) 在 Rompetrol Group N. V. v. Romania 案中，仲裁庭表示，其完全可以不考虑应赋予以往裁决中的异议意见多少权重这一问题，因为相关异议意见尚未得到学者们、专家们的广泛认可，仲裁庭不会因此弃语言清晰的条约规定于不顾而擅自作盲目的政策性探讨。详见 ICSID Case No. ARB/06/3, Apr. 18, 2008（关于被申请人对管辖权与可采性问题初步异议的裁决）。

(39) Albert Jan van den Berg, *supra* note [31], p. 828.

(40) See *Klöckner v. Cameroon*, ICSID Case No. ARB/81/2, 21 Oct. 1983.

(41) 此案还存在一个极具争议的事实，即 Klöckner 所委任的发表异议意见的仲裁员，在第二项仲裁中竟然转而担任 Klöckner 的案件代理人。

(42) Albert Jan van den Berg, *supra* note [31], p. 828.

(43) *CME Czech Republic B. V. v. The Czech Republic*, under the UNCITRAL Rules 1976, 14 Mar. 2003.

(44) 对此，Yves Derains 曾将仲裁庭的审议分为“和谐的审议”（harmonious deliberation）与“病态的审议”（pathological deliberation），并将某些病态的审议描述为“仲裁恐怖主义”（le terrorisme arbitral）。See Yves Derains “La pratique du délibéré arbitral”, in Gerald Asken et al. (eds.), *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in Honour of Rober Briner*, ICC Publishing, 2005, pp. 221–224. Quoted from Albert Jan van den Berg, *supra* note [31], p. 830.

(45) Albert Jan van den Berg, *supra* note [31], p. 830–831.

员的委任方式，单边委任机制会产生一些对作为委任者的当事人具有某种依赖的仲裁员。”⁽⁴⁶⁾ 实际上，他认为，从减少异议意见出现频率的角度出发，废除单边委任机制，改由某一中立的机构委任仲裁员的提议，不失为一条符合逻辑的有效途径，只不过其认为实现这一目标很可能需要走很长一段路。⁽⁴⁷⁾

(二) 反对意见

虽然 Paulsson 的提议不乏支持者，但业界人士普遍对他的提议表示质疑与反对，有的批评甚至相当激烈。⁽⁴⁸⁾ 总结起来，批评者的主要理由在于：第一，单边委任机制乃当事人意思自治在仲裁中的核心体现，废除此种委任机制，将导致仲裁的相对优势的丧失；第二，单边委任机制拉近了当事人与仲裁程序的距离，从而增强其对仲裁过程及其结果的信任；第三，单边委任机制在国际仲裁领域具有坚实的历史传统与现实的制度基础。

德国著名仲裁员 Karl - Heinz Böckstiegel 在他的文章《当事人意思自治与案件管理：来自一位仲裁员的几点经验与建议》中顺带温和地驳斥了 Paulsson 的提议，其指出“最近，仲裁界人士发表的一系列文章，特别是关于投资仲裁方面的文章，提出了仲裁庭中的三名仲裁员都应当由一个机构委任的观点，在此，我想表示，对于我个人而言，各方当事人拥有委任仲裁员的权利，这是当事人意思自治的基础所在。如果三名仲裁员皆有某一机构委任，那么，个人认为，仲裁相对于法院所具有的根本优势将会丧失。”⁽⁴⁹⁾ 在其另外一篇文章《商事仲裁与投资仲裁：当今两者差异几何？》中，Böckstiegel 亦顺带指出“面对这种（单边委任机制）困境，有人曾建议所有的三名仲裁员都应当由某一个机构来委任。不过，我不赞成这种方案。因为当事人选择以仲裁的方式解决他们的纠纷，其中一个很重要的原因在于，他们能够分别选择他们各自信任的仲裁员。而在仲裁程序开始之初，对于当事人手中特定案件的相关具体情形，任何机构都不如当事人了解得那么详细，因此，当事人委任仲裁员这一点是不能够被某一个机构来取代的。”⁽⁵⁰⁾

现任国际商会（ICC）国际仲裁院主席 Alexis Mourre 从多个方面驳斥了 Paulsson 的提议。⁽⁵¹⁾ 首先，即使单边委任机制存在 Paulsson 所指出的一系列尖锐问题，仲裁市场对废除此种委任机制仍并无太多兴趣。近些年，不少仲裁机构对它们的机构规则进行了修订，但没有任何一家仲裁机构废除了此种委任机制。从当事人的角度看，相关数据也证明了单边委任机制未被他们抛弃。情况恰好相反。⁽⁵²⁾ 以 ICC 仲裁规则为例，其规定当事人就首席仲裁员的委任无法达成一致意见时，首席仲裁员由 ICC 国际仲裁院委任。此即首席仲裁员委任之缺席规则（default rule）。然而，根据 2009 年的数据，在 ICC 国际仲裁院委任的 337 位首席仲裁员中，21 位由双方当事人共同选定，172 位由两位边裁共同选定，占委任总数的 57%，这项数据在 2007、2008 年分别是 58.7%

(46) *Ibid.*, p. 834.

(47) *Ibid.*, p. 834.

(48) 笔者曾就 Paulsson 的提议与国内知名仲裁专家宋连斌教授作探讨，宋教授对 Paulsson 的提议亦持否定态度，其认为，由仲裁机构委任本应由当事人任命的仲裁员，可能导致仲裁员寻租现象的发生。对于重关系、轻规则的中国社会，颠覆单方面委任机制只会使得寻租泛滥、腐败滋生，最终危及仲裁的信誉。最令人担忧的问题是，由仲裁机构指定仲裁员会降低仲裁的效率，而且，在中国的法律环境下，更会引起不堪设想的后果——公权力的干预。在宋教授看来，克服由单方面委任机制所带来的问题，如仲裁员的代理人倾向，还得取决于仲裁员对职业伦理的理解。

(49) Karl - Heinz Böckstiegel, “Party Autonomy and Case Management - Experiences and Suggestions of an Arbitrator”, 11 *SchiedsVZ* 2 (2013).

(50) Karl - Heinz Böckstiegel, “Commercial and Investment Arbitration: How Different Are They Today”, 28 *Arbitration International* 582 (2012).

(51) See Alexis Mourre, “Are Unilateral Appointments Defensible: On Jan Paulsson’s Moral Hazard in International Arbitration”, in Stefan M. Kröll et al. (eds.), *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*, Kluwer Law International, 2011, pp. 381 - 386.

(52) *Ibid.*, p. 383.

与 57.3%。由此，可以说，在近 60% 的案件中，当事人都选择排除首席仲裁员委任之缺席规则的适用。这充分说明了当事人强烈希望对仲裁庭保留某种程度的控制。⁽⁵³⁾ Mourre 认为，对于单边委任机制，虽然 Paulsson 所指出的一系列问题的确存在，而且在某种条件下甚至相当严重，但问题是，废除此种委任机制是否会增强当事人对仲裁程序的信任以及提升仲裁员与仲裁裁决的质量？单边委任机制实际上扮演着一个比 Paulsson 所观察到的问题在范围上更广的目的：通过亲自委任一名仲裁员，对也好、错也罢，当事人对仲裁程序会获得一种亲近感。单边委任机制会带给当事人一种仲裁程序由他们所控制的印象，这是仲裁与诉讼之间的一个重要差别。当事人对仲裁程序的信任并非各方当事人对其所委任的仲裁员的信任的简单相加，而是关乎当事人对仲裁制度的整体信任。而这取决于多方面因素，其中一个很重要的方面是，当事人对仲裁程序的亲近与控制之直接主观感受。另外，当事人各自委任一名仲裁员能够使他们在很大程度上控制首席仲裁员的委任。实践中，大多数情形下，首席仲裁员是由双方当事人共同委任，或者是与各方当事人协商之后，由当事人所单方面委任的仲裁员共同委任。虽然当事人与其所委任的仲裁员作单方面接触被严格禁止，但作为一种例外，在委任首席仲裁员的问题上，只要双方当事人按规则行事且保证合理的透明度，当事人可以与其所委任的仲裁员作单方面的沟通。在这个过程中，当事人与他们所各自委任的仲裁员可以就任命谁做首席仲裁员进行充分的协商，专业的仲裁员懂得如何掌控这一过程，直至达成一个让当事人满意的结果。事实上，这一协商过程往往会占用整个仲裁过程的相当一部分时间。若换作某一机构来委任包括首席仲裁员在内的所有仲裁员，由于这一委任过程失去了单边委任机制所具有的合意性，委任结果难以让各方当事人都感到满意。

另一方面，如果废除单边委任机制，在 Mourre 看来，会导致人们不愿看到的严重后果。⁽⁵⁴⁾ 它会使仲裁界与仲裁用户之间产生隔阂，仲裁员们不会再去关心当事人的现实需求，而会将眼光投向仲裁机构。而每一个仲裁机构或多或少都存在着一定的内部政治与官僚体系。由此可能导致的风险是，作为服务提供者的仲裁员会逐渐疏离切实关注仲裁用户之需求的当前文化形态，而演变成仲裁公务员，甚至是仲裁政客。此种演变对任何人都无益处。所谓仲裁的好坏取决于仲裁员的好坏，这一点对边裁亦能适用。当今，根据不少仲裁用户的反映，边裁很多时候会给委任他们的当事人带来伤害而非好处。不管当事人在案件中拥有具有多大说服力的抗辩依据，他们都希望委任一位能够在仲裁庭中听取他们的意见并尊重他们的仲裁员，除非出现极端情况。当事人明白，资深国际仲裁员的名誉与地位来自于他们在仲裁庭审议时做出独立判断的能力，仲裁员之所以能够获得一方当事人的委任，不是因为人们认为他们愿意支持委任他们的一方当事人的意见，而是因为他们有着公正、独立的名誉。因此，问题不在于单边委任机制本身，而在于边裁能否做出独立的判断。对此，Mourre 认为，对于富有经验、声誉良好的国际仲裁员，答案是肯定的。⁽⁵⁵⁾ 因为如果他们无法做出独立的判断，他们的声誉很快会丧失，而且明智的当事人再也不会委任他们做仲裁员。当然，许多没有经验的仲裁员达不到那种标准，他们只会给委任他们的当事人带来损害，并不会对整个仲裁体系本身产生影响。总之，当事人如果真正希望增强他们的胜诉几率，就应该委任一名公正、富有经验的仲裁员而非一名超级代理人，而 Paulsson 的提议恰好建立在这样一个假定的前提上，即当事人没有这样做的能力。Mourre 相信，与此相反，全球仲裁文化的发展决定了对这个问题应作出异于 Paulsson 的回答。如果当事人不将其本身视为整个仲裁体系的一个有机组成部分——这也是单边委任机制的主旨之所在，那么，国际仲裁最深层次的价值便不

(53) *Ibid.*, p. 383.

(54) *Ibid.*, p. 385.

(55) *Ibid.*, p. 386.

会在商界扎根。⁽⁵⁶⁾

对于 Paulsson 的提议，美国著名仲裁员 Charles N. Brower 的批判也许最受关注。⁽⁵⁷⁾ 在其看来，Paulsson 对单边委任机制的批判，在基本立足点上，存在严重的历史谬误。Paulsson 否认当事人拥有委任仲裁员的权利，至少否认此项权利的基础性意义，然而，通过考察涉及仲裁的著名历史性文件，Brower 对此作出了坚定的反驳。⁽⁵⁸⁾ 笔者将其举出的历史性文件整理如下：

年 份	文 件	备 注
1794	美英 《杰伊条约》	现代历史上最早运用仲裁解决国际争端的例子之一
1871	美英 《华盛顿条约》	通过仲裁的方式解决“阿拉巴马号索赔案”。
1899	《海牙公约》	在海牙成立了常设仲裁院
1907	《海牙公约》	补充并拓展了 1899 年《海牙公约》
1920	《国际常设法院规约》	成立国际常设法院，并允许委任临时法官（ <i>ad hoc judges</i> ）
1945	《国际法院规约》	成立国际法院，并保留委任临时法官的制度。
1959	《德国与巴基斯坦双边投资协定》	历史上第一个双边投资协定，规定了国家间仲裁
1963	《荷兰与突尼斯双边投资协定》	最早对投资者与主权国家间的投资仲裁作出安排的双边投资协定之一
1985（2006 年修订）	《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》	在全球范围内被不少国家或地区的仲裁立法所借鉴或采纳

以上对于国际仲裁的发展有着重要历史意义的文件，皆对当事人委任仲裁员的权利作了明确规定。此外，Brower 还指出，当今所有重要的国际仲裁规则以及世界上许多国家的仲裁立法都对当事人委任仲裁员的权利作了规定。由此，在其看来，以下两点似乎可以得到确认：第一，当事人拥有委任仲裁员的权利乃客观存在；第二，此项权利已经成为一项制度性的法律原则（*established principle of law*）。⁽⁵⁹⁾

Brower 认为，Paulsson 的提议是基于其所提出并予以驳斥的四个假定⁽⁶⁰⁾，其核心理由在于：当事人可能会认为，由他们自己委任的仲裁员会帮助他们赢下案子，由此，边裁实际上已沦为当事人的代理人。在 Brower 看来，当今所有重要的国际仲裁规则都规定，不论是首席仲裁员，还是边裁，都必须保持独立、公正。而且实践中，如果某位仲裁员明显偏袒一方当事人，那么，他的信誉将会受到损害，没有当事人愿意委任此种仲裁员。在三人组成的仲裁庭中，当事人稳稳当当获得一票并不能为他们获得什么优势。⁽⁶¹⁾

(56) *Ibid.*, p. 386.

(57) See Charles N. Brower and Charles B. Rosenberg “The Death of the Two – Headed Nightingale: Why the Paulsson – van den Berg Presumption that Party – Appointed Arbitrators Are Untrustworthy Is Wrongheaded”, 29 *Arbitration International* 7 – 44 (2013) .

(58) *Ibid.*, pp. 9 – 11.

(59) *Ibid.*, pp. 9 – 11.

(60) 关于四个假定的内容，前文已交代，此处不赘。

(61) Charles N. Brower and Charles B. Rosenberg, *supra* note [57], pp. 14 – 18.

Brower 不仅极力反对废除单边委任机制, 对于 Paulsson 所开出的现实性妥协方案——名册制, Brower 也不赞成。理由有二: 其一, 仲裁的合法性很大程度上取决于当事人对仲裁是否合法的主观感知, 而当事人参与仲裁员的委任能使其感觉到, 其并非置身于裁决过程之外, 这可以为仲裁带来“感知合法性”(perceived legitimacy);⁽⁶²⁾ 其二, 在投资仲裁领域, 由于潜在的仲裁员须与国家机关或委任机构有着紧密的个人关系方可被录入仲裁员名册之中, 因此, 名册制不必要地使政治因素介入仲裁体系。⁽⁶³⁾

三、单边仲裁员委任机制向何处去——对 Paulsson 的提议之思考

对于 Paulsson 的提议, 不论人们持何种态度, 无可否认的是, 单边委任机制的确会给仲裁带来严重的道德困境。这一道德困境, 一言以蔽之, 即仲裁员代理人化。Paulsson 的提议的赞成者对此显然有着极为清晰的认识。然而, 若斥责反对者罔顾此种困境而教条地为单边委任机制辩护, 恐也有失偏颇。⁽⁶⁴⁾ 实际上, 他们也承认单边委任机制会导致仲裁员代理人化, 但考虑到当事人意思自治——特别是在仲裁员委任上所体现的当事人意思自治——对于仲裁合法性的基础意义, 经一番轻重利弊之权衡, 对 Paulsson 的提议表达了质疑甚至强烈反对的意见。不过, 笼统地接受或反对 Paulsson 的提议, 都可能适得其反, 难以达到对症下药、根除问题的目的。当今, 仲裁的类型日趋细化。⁽⁶⁵⁾ 其中, 在经济领域, 最值得关注的两类仲裁显然是投资仲裁⁽⁶⁶⁾与商事仲裁。由于这两类仲裁各自所涉利益之性质及广度截然不同, 因而, 对于单边委任机制所导致的道德困境, 在两类仲裁中的严重程度亦不可相提并论。而 Paulsson 的提议的赞成者与反对者, 包括 Paulsson 本人在内, 对这两类仲裁的差别似乎未予以足够的重视。欲使单边委任机制从困境中成功突围, 有必要区分这两类仲裁。

(一) 投资仲裁

当今, 国际投资仲裁迎来了前所未有的兴盛, 与此同时, 却也面临着前所未有的危机。⁽⁶⁷⁾ 这一危机, 即学界所广泛讨论的合法性危机, 由多方面、多层次的原因所造成, 至少包括以下几项较为直接的原因: 投资仲裁对主权国家的立法或经济管理机构产生所谓的寒颤效应(chilling effect), 投资仲裁之诉的提起具有单向性, 投资仲裁庭过于偏袒投资者的利益, 投资仲裁庭漠视主权国家在环境保护、公共卫生等领域所作出的有益于维护公共利益的措施, 投资仲裁裁决之间频繁出现冲突, 等等。⁽⁶⁸⁾ Paulsson 在批判单方面委任机制之时, 虽然主要聚焦于投资仲裁, 然而却未正视投资仲裁目前所面临的合法性危机。若不结合合法性危机这一宏观背景来考虑仲裁员的委任问题, 乃至考虑整个投资仲裁体制的存续问题, 而只是孤立地探讨单方面委任机制的道德困境及其解决方案, 则不仅仅无益于解决实际问题, 反而会使问题进一步加重。须知, 大多数投资

(62) *Ibid.*, p. 22.

(63) *Ibid.*, pp. 22 - 23.

(64) Alexis Mourre, *supra* note [51], pp. 385 - 386.

(65) 国际公法仲裁, 因其涉及国与国之间国际公法上的纠纷, 影响面广, 备受公众关注。近年的中菲南海仲裁即是此类仲裁之典型。从某种意义上讲, 该类仲裁中, 仲裁员的委任比其他类型的仲裁更为敏感, 其涉及的已经不仅仅是仲裁员的道德问题了, 而是涉及到国与国之间权力与利益的错综复杂的关系, 故而, 此类仲裁表现出极强的政治性。而且, 从效果上看, 国际公法上的纠纷, 特别是涉及国家领土主权的纠纷, 宜不宜通过仲裁的方式来解决, 是存有疑问的。基于此点原因, 为避免断章取义, 本文仅聚焦于具有商业与经济性质的且至少一方当事人为私人(企业或自然人)的商事仲裁与投资仲裁。

(66) 注意, 此处的投资仲裁是指一方为主权国家, 另一方为投资者的仲裁, 亦即“Investor - State Arbitration”。

(67) 参见刘笋《国际投资仲裁引发的若干危机及应对之策述评》, 《法学研究》2008年第6期, 第141-154页。

(68) 此种背景下, 近年国际仲裁领域的最大热点就是投资者与国家间争端解决机制(ISDS)改革。关于此方面的探讨, 可参见黄世席《可持续发展视角下国际投资争端解决机制的革新》, 《当代法学》2016年第2期, 第24-35页。

仲裁案件中，边裁往往无法就裁决结果达成一致意见，最终决定案件命运的是首席仲裁员。因此，在投资仲裁领域，仲裁员的委任问题，不仅仅涉及单边委任机制，更涉及首席仲裁员的委任。从根本上讲，它涉及整个投资仲裁体制的核心参与者——包括作为案件裁判者的仲裁员以及作为案件管理者的仲裁机构——的既得利益及其价值取向。

投资仲裁基本上是一个欧美精英仲裁员所垄断的小圈子，Paulsson 乃这个小圈子中精英中的精英，其本身应该非常清楚，在这个圈子中，各个精英都互相熟悉，他们大多数都与国际商界以这样或那样的方式紧密联系在一起，而且，不少精英们头上同时“戴着多顶帽子”⁽⁶⁹⁾——他们在仲裁员、律师、法律顾问以及学者等各种角色间进行转换。这一事实难免让人合理地产生以下怀疑：这样的精英们同来自商界的针对主权国家提起投资仲裁之诉的投资者们（通常都是大型跨国企业）难道不存在任何私人利益上的牵连？

对于此种怀疑，局中大多数必然不屑一顾。然而，只要回顾投资仲裁的发展历程，便能清晰地看到，商业因素是如何一步步侵蚀理应作为公平与正义载体的国际投资仲裁的。在 1965 年《华盛顿公约》建立起 ICSID 之前，国际投资仲裁实践几乎为空白。即使在 ICSID 建立之后的若干年，ICSID 受理的投资仲裁案亦不过停留在零星之数上。然而，自上世纪八十年代始，投资仲裁逐渐展示其生机活力，经过九十年代以及本世纪初的发展，投资仲裁俨然已成为最受关注的仲裁类型，资深仲裁员皆以办理过投资仲裁案件为荣，年轻仲裁新人则对投资仲裁趋之若鹜，纷纷以各种方式积累投资仲裁实务经验。何以出现此种现象？从仲裁员的现实利益考虑，至少存在以下两方面原因：一方面，由于投资仲裁案的影响力大，公开性强，往往成为国际仲裁界关注的焦点，因此，通过办理投资仲裁案可为仲裁员迅速累积个人声誉，这能增加仲裁员在各种大大小小的仲裁案件中获得委任的机会；另一方面，投资仲裁案件本身涉及的争议标的额往往十分巨大，给仲裁员带来的直接经济利益相当可观，对于主要靠赚取法律服务费谋生的国际仲裁律师而言，这点尤为重要。

然而，须知，投资仲裁毕竟不同于商事仲裁。从实体上看，前者牵涉一国之公共利益，具有极强的公共性：一方面，投资争议往往因政府的征收行为所致，而征收行为已经远远突破了传统意义上的直接征收，只要国家的相关立法或经济管理措施对投资者的利益带来了损害，投资者便可起诉国家，这对主权国家的立法与经济管理构成了制约；另一方面，投资仲裁裁决涉及的请求往往以数亿甚至数十亿美元计，而国家却要用纳税人的钱来履行涉及巨大金额的裁决。

鉴于此，为避免商业利益左右仲裁员独立、公正断案，对仲裁员的委任作严格规范，必然是当前重塑国际投资争端解决机制的重大议题。Paulsson 所提出的废除单边委任机制，改由中立的机构委任仲裁员的提议，似乎是一个值得考虑的选项。现在的问题是：Paulsson 的提议在投资仲裁领域是否具有可行性？若具有可行性，践行 Paulsson 的提议是否一定能够保证仲裁员独立、公正断案？

从可行性方面看，虽然投资仲裁的案件数目近年增长非常快，但绝不可能与商事仲裁案件数量相比⁽⁷⁰⁾。以全球投资仲裁版图的主要组成部分——ICSID 投资仲裁为例，ICSID 当前每年受理的仲裁案平均大约为 30 件，而且这个数字仍在增长，2015 年 ICSID 受理了创纪录的 52 个案件。即便如此，相对于数以万计的商事仲裁案件，投资仲裁的案件数量仍十分有限。鉴于此，在投资仲裁领域践行 Paulsson 的提议并非难事。然而，问题在于，如何找到一个中立的委任机构？再以

(69)“两顶帽子”（double hat）现象为当今国际仲裁界所热议的一个问题，业界不少人士时常在仲裁代理律师与仲裁员两重身份之间转换，若其处理的不同案件分别涉及这两重不同的身份，则可能潜在上引起不小的利益冲突。而“多顶帽子”则是“两顶帽子”之间的延伸版，如美国知名人士 Daniel Price 不但经常在重要的投资仲裁案件中担任代理律师与仲裁员，而且，在公共媒体上亦相当活跃，并且时不时被美国政府委任为高级商务官员，处理美国与他国的投资谈判事务。

(70)ICSID 当前每年受理的仲裁案平均大约为 30 件，而且这个数字仍在增长，2015 年 ICSID 受理了创纪录的 52 个案件。

ICSID 投资仲裁为例, 虽然《华盛顿公约》允许当事人共同委任首席仲裁员, 但实践中, 双方很难对此达成一致意见, 因此, 大多数案件都由 ICSID 秘书处根据《华盛顿公约》的规定, 从 ICSID 仲裁员名册中为案件指任一名首席仲裁员。然而, 首席仲裁员的公正性被一方当事人质疑、挑战乃为常事, 有时甚至会导致首席仲裁员自动辞职。⁽⁷¹⁾

由此可见, 在仅仅委任一名首席仲裁员的情况下, ICSID 都会面临巨大困难, 由 ICSID 委任包括边裁在内的整个仲裁庭, 只会导致当事人 (尤其是作为主权国家的一方) 对 ICSID 的更大质疑, 因为这会让当事人完全绝缘于仲裁员的委任过程, 失去对仲裁员的“控制”。对此, ICSID 秘书长 Meg Kinnear 显然深刻地意识到了这一点。在其领导下, ICSID 近年推出了一套促使当事人双方共同委任首席仲裁员的方案, 引起了人们的关注。⁽⁷²⁾ 不过, Kinnear 倡导实行的此种委任方案, 恰恰表明了相关国家对 ICSID 在仲裁员委任方面是否具足中立性的不信任。且不说拉美多国退出《华盛顿公约》对 ICSID 的形象造成的冲击, 据观察, 虽然近年 ICSID 的受案量仍在不断上升, 但实际上, 越来越多的投资仲裁案件纷纷转向 ICSID 之外的仲裁机制。⁽⁷³⁾ 这都表明, 对于投资仲裁, 若要践行 Paulsson 的提议, 关键在于确立一个在全球层面具有广泛信誉的中立的委任机构。这个问题若无法得到解决, 即便践行 Paulsson 的提议, 也无法保证仲裁员的公正性与独立性不会受到质疑。

在此种条件下, 有学者认为, 可以参照国际法院 (ICJ), 建立一个常设国际投资法院, 由该常设国际投资法院中的法官判案。⁽⁷⁴⁾ 目前欧盟已着手推动将这一构想付诸实践, 倡议建立一种常设的投资争端解决机制, 亦即投资法院体系 (ICS), 以取代当前备受争议的投资仲裁。2015 年 12 月欧盟与越南达成的自由贸易协定 (FTA) 纳入了 ICS 方案。2016 年 2 月欧盟与加拿大达成协议, 排除投资仲裁作为《综合经济与贸易协定》(CETA) 项下的争端解决机制, 并采纳欧盟提出的 ICS 方案; 同年 10 月底, 欧盟与加拿大正式签署《综合经济与贸易协定》, 建立了两审制的常设争端解决法庭, 将传统的仲裁机制排除在外。⁽⁷⁵⁾ ICS 方案必然会对整个投资仲裁体系产生较大的冲击, 目前其仍处于准备阶段, 尚未真正进入实践, 而且此种方案能否行之有效, 仍有待观察。

(二) 商事仲裁

另一方面, 我们切不能因为投资仲裁领域出现的一些质疑仲裁员的公正性与独立性的声音, 而想当然地将这一问题的严重性泛化。实际上, 商事仲裁领域亦存在不少涉及仲裁员的公正性与独立性的问题, 但由于商事仲裁一般仅涉及私人利益, 因此, 在仲裁员的委任上, 应赋予当事人足够的参与空间, 以拉近商事仲裁与其无数使用者之间的距离, 亦即增强 Brower 所说的仲裁的“感知合法性”。再则, 由于商事仲裁案件数量庞大, 如果每个案件都由某一中立的机构委任仲裁员, 那么, 一方面, 由于此种机构工作量巨大, 无法详细了解每个案件的具体案情, 因而难以作为每个案件委任真正合适的仲裁员; 另一方面, 对于当事人而言, 这或多或少会增加他们的仲裁

(71)例如, 最近 Keith Kenneth 辞去作为康菲石油公司等诉委内瑞拉仲裁案 (ICSID Case No. ARB/07/30) 首席仲裁员一职。据报道, 这与委内瑞拉针对其以及案件的另一位仲裁员 Yves Fortier 屡次提起质疑意见不无关系。See <http://globalarbitrationreview.com/news/article/34855/resignation-brings-further-disruption-conoco-case>, last visited on 7 April 2016.

(72)See David Caron, “ICSID in the Twenty-First Century: An Interview with Meg Kinnear: Introductory Remarks”, 104 *Am. Soc’y Int’l L. Proc.* 421-423 (2010).

(73)See Karl-Heinz Böckstiegel, “Past, Present, and Future Perspectives of Arbitration”, 25 *Arbitration International* 297 (2009).

(74)See Gus van Harten, “A Case for an International Investment Court”, Society of International Economic Law (SIEL) Inaugural Conference 2008 Paper, <http://ssrn.com/abstract=1153424>, last visited on 7 April 2016.

(75)关于欧盟与加拿大 CETA 项下的争端解决机制的谈判历程及其最终结果, 请参见《全球仲裁评论》(GAR) 的报道, <http://globalarbitrationreview.com/article/1070109/canada-and-eu-sign-controversial-trade-deal>, 2016 年 10 月 31 日访问。

费用。例如，2015 年 ICC 国际仲裁院受理的案件数量为 801 件。⁽⁷⁶⁾ 又如，据国务院法制办的统计数据，全国 244 家仲裁机构 2015 年受理仲裁案件总量达 136924 件。⁽⁷⁷⁾ 无法想象，在总量如此庞大的商事仲裁案件中，让仲裁机构或其它机构为每一个案件承担委任仲裁员的责任。这既不现实，亦不科学。

由此，对于商事仲裁，仲裁员的委任也应像商事争议一样，具有一定的市场性，换言之，即通过市场化的方式来运作。仲裁员的好坏、是否获委任、在涉及何种具体商事纠纷的案件中获得委任、获委任的频率、知名度，等等，皆由市场决定。人们无需对此进行质疑，因为这本来是私人间的选择。私人既然选择以仲裁的方式解决纠纷，就理应预见到单边委任机制可能导致的种种不良后果。

虽然在商事仲裁领域，废除单边委任机制不具有可行性，然而，采取必要措施以规避或降低单边委任机制对案件带来负面影响，则既可欲又可行。在这方面，国际律师协会（IBA）发布的《IBA 利益冲突指南》在国际仲裁领域具有较大的影响。《IBA 利益冲突指南》开宗明义地指出，仲裁员一旦接受委任，相对于委任他们的当事人，则应保持公正、独立，直至裁决的作出或仲裁程序完全终止。⁽⁷⁸⁾ 为防止仲裁员与当事人之间存在的某种利益关联影响案件的公正处理，《IBA 利益冲突指南》对仲裁员的披露义务作出了较为全面的规定。首先，该指南根据利益冲突的严重程度，将相关情形依次纳入红色名录（Red List）、橙色名录（Orange List）与绿色名录（Green List）中。红色名录所纳入的是利益冲突严重程度最高的情形，并细分为“不可弃权红色名录”（Non - Waivable Red List）与“可弃权红色名录”（Waivable Red List）。⁽⁷⁹⁾ “不可弃权红色名录”涉及的是违背“任何人不得为自己的裁判者”之自然正义原则的情形。此种情形下，仲裁员必须辞任，不以当事人的态度为转移。“可弃权红色名录”下的“可弃权”意味着，欲基于利益冲突而挑战仲裁员的当事人，可以放弃提起对仲裁员的挑战的权利，因而，即使案件存在相关利益冲突情形，且从案外第三人的角度看，利益冲突严重程度相当高，一方当事人所委任的仲裁员亦可继续担任案件的仲裁员。⁽⁸⁰⁾ 橙色名录所纳入的情形是，在当事人看来可能会导致对仲裁员的公正性或独立性产生质疑的情形。此种情形下，仲裁员需承担披露义务。不过，仲裁员对相关情形予以披露，并不必然导致其丧失在案件中担任仲裁员的资格，人们亦不可作此种推断。披露的目的在于，让当事人对相关情形有所了解，当事人可能希望对此作进一步的探求，以确定是否客观存在影响承担披露义务的仲裁员的公正性或独立性的合理嫌疑。⁽⁸¹⁾ 绿色名录所纳入的则是，从客观角度看并不存在利益冲突的情形。此种情形下，仲裁员无需承担披露义务。⁽⁸²⁾

由于单方面委任机制在独任仲裁员制度背景下无用武之地，因此，倡导独任仲裁员制度的运用是一个规避单边委任机制的负面影响的极佳途径。实际上，独任仲裁员制度具有许多值得称颂的优点。独任仲裁员制度给当事人带来的直接好处是既省时又省钱，因为一方面，当事人只需支

(76) ICC 国际仲裁院为全球最有影响力的商事仲裁机构，自 2009 年以来，年均受案量近 800 件。参见 <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Introduction-to-ICC-Arbitration/Statistics/>，2016 年 4 月 7 日访问。

(77) 全国 244 家仲裁委员会中，中国国际商会设立的仲裁委员会（共 2 家），受理案件 2104 件，占全国案件总数的 2%；直辖市设立的仲裁委员会（共 4 家），受理案件 9736 件，占全国案件总数的 7%；省、自治区人民政府所在地的市设立的仲裁委员会（共 27 家），受理案件 52448 件，占全国案件总数的 38%；其他设区的市设立的仲裁委员会（共 211 家），受理案件 72636 件，占全国案件总数的 53%。参见 http://www.legaldaily.com.cn/Arbitration/content/2016-03/29/content_6545612.htm?node=79488，2016 年 4 月 7 日访问。

(78) See IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, p. 4.

(79) *Ibid.*, p. 17.

(80) *Ibid.*, p. 17.

(81) *Ibid.*, pp. 18 - 19.

(82) *Ibid.*, p. 19.

付一名仲裁员的报酬，另一方面，边裁顽固地不配合仲裁庭正常工作的开展的尴尬情形不会出现，案件由此能高效得到解决。正因为独任仲裁员制度的种种优势，其在实践中常获当事人青睐。以伦敦国际仲裁院（LCIA）为例，近几年，其受理的约一半案件都由独任仲裁员审理。⁽⁸³⁾当然，对于案情复杂或争议标的额较大的案件，独任仲裁员恐怕不太合适，而且在此种情况下，当事人一般也不会轻易将案件交给独任仲裁员审理。此时，边裁的存在，很大程度上能制约首席仲裁员武断裁案，这种制约效果并不必然以牺牲边裁的公正性与独立性为前提。

值得注意的是，商事仲裁案件中，倘若双方当事人实际地位不等，如一方当事人为一家中小型企业，而另一方为一家巨型企业，那么，在委任仲裁员之时，有必要采取特定措施确保被委任的仲裁员，尤其是首席仲裁员，独立、公正地断案，使其不因顾虑地位高的一方当事人可能对其进行责难或诋毁，或顾虑无法再次获得委任，而有所偏颇或保留。从经济学的角度看，作为理性经济人，仲裁员接受当事人的委任，并非无偿为其提供仲裁服务，这种服务是有偿的，报酬有时候相当可观因而又是可欲又可求的。为扩大在业界的知名度，增加未来获得更多被委任的机会，某些仲裁员会从私人利益的角度对裁判的过程作经济考量。例如，即使弱势一方当事人有理有据，在一定条件下，仲裁员仍可能作出有利于强势一方当事人的决定，因为强势一方当事人握有更多的经济、社会资源，而且对仲裁的需求更为频繁。⁽⁸⁴⁾这种因双方当事人实际地位的不平等所可能导致的仲裁员缺乏公正的问题，尤其应得到仲裁机构的充分关注与预防。

结 语

当今，仲裁的类型日益多元化，人们所见到的仲裁早已不局限于传统的仅涉及私人利益的商事仲裁，投资仲裁在过去短短的几十年里已经逐渐发展成为与商事仲裁并驾齐驱的仲裁类型。然而，在强调仲裁的普遍性之时，人们应意识到，由于这两类仲裁所处理的实体问题存在根本差异，相应地，两类仲裁在程序上的安排，包括仲裁员的委任，亦应有所不同。投资仲裁因涉及国家主权与社会公共利益，裁决结果影响的不仅仅是某一特定个体的利益，而是投资东道国整个国家在各个相关方面的利益，因而具有强烈的公共色彩。故此，在投资仲裁中，对仲裁员的委任进行更加严厉的监督与控制，有助于排除私人利益因素，特别是商业因素，对仲裁程序的侵蚀。倘若能在全球层面确立一个具有高度信誉的中立委任机构，践行 Paulsson 的提议未免不是一个合理的选择。对于商事仲裁，由于一方面其一般不涉及公共利益，裁决结果一般也不会对整个社会产生广泛影响，而另一方面，商事仲裁的案件数量庞大，选择由有限的中立机构委任仲裁员并不现实，因此，在商事仲裁领域，践行 Paulsson 的提议不具有可行性，单边委任机制应得到保留。与此同时，为减少单边委任机制的负面影响，有必要采取具体措施对当事人单方面委任的仲裁员加以约束，以使其公正性与独立性能切实得到保障。在案情相对简单且争议所涉标的额不大的案件中，应大力倡导独任仲裁员制度的运用。而在双方当事人实际地位悬殊的案件中，有必要引入特殊机制，以防止仲裁庭偏袒地位强势的一方当事人。

责任编辑：姚莹

(83) See *Registrar's Report 2015*, <http://www.lcia.org/LCIA/reports.aspx>, last visited on 7 April 2016.

(84) 对此，法国学者 Sophie Harnay 从法经济学的角度对仲裁员的行为作出了较为精辟的分析。See Sophie Harnay, "Réputation de l'arbitre et décision arbitrale : Quelques éléments d'analyse économique", 4 *Revue de l'arbitrage* 757 - 768 (2012).