

缺员仲裁的合法性

池漫邨*

内容提要: 在仲裁程序进行中,有时会出现缺员仲裁的问题。国际国内的相关立法与实践对于缺员仲裁合法性的态度存在差异。缺员仲裁既有利于维护仲裁的效率及制度性,又可能导致对当事人意思自治、仲裁程序中当事人平等以及仲裁庭合议等仲裁基本原则的违反。国际仲裁界对于缺员仲裁的态度正日益宽容。

关键词: 缺员仲裁 合法性 仲裁基本原则

在国际商事仲裁实践中,仲裁庭通常由三名仲裁员组成。在仲裁程序中,偶尔会出现仲裁庭的一名成员因为某种原因,在法律上或事实上无法继续履行仲裁员职责而退出仲裁的情况,这会导致仲裁庭的组成不完整。这种情形通常也被称为“缺员仲裁庭”、“跛足仲裁庭”或“短员仲裁庭”等。就现实来看,不论仲裁员缺席的行为是否合法,^[1]这种现象却频繁出现,且难以避免。

然而,几乎不会有当事人在仲裁协议中对缺员仲裁的问题作出意思表示,因此一旦出现仲裁员缺席的问题,就只能依据相关法律规定来判断是否应当允许缺员仲裁。目前各国国内法中明确允许缺员仲裁的规定相当罕见,大多数国家采用指定替代仲裁员的方法来解决这个问题;^[2]而近期国际上主要仲裁机构的仲裁规则大多采取了“有条件的缺员仲裁与指定替代仲裁员相结合”的方法来解决仲裁庭缺员的问题。^[3]可见,尽管缺员仲裁的问题并不罕见,但实践中尚未形成较为一致的做法,缺员仲裁的合法性也没有得到各国仲裁立法的明确认可。理论界与实务界对缺员仲裁的程序及合法性等问题倍感困惑。^[4]特别是晚近以来,缺员仲裁的问题已经成为国际贸易法学界的一个热门话题,联合国国际贸易法委员会在2006年提出修订其《仲裁规则》时,也将缺员仲裁的问题作为一个重要议题。^[5]

缺员仲裁的问题不仅是一个简单的技术问题,更是一个触及了仲裁价值取向的根本问题。正如

* 厦门大学法学院讲师。

[1] 实际上,国际法院前任院长施瓦布法官的研究表明,按照一些国家的实践,如果仲裁员没有正当理由而缺席,仲裁员个人应因此而承担民事责任;而在公法仲裁领域,如果一个国家授意其指定的仲裁员缺席,则该国应当承担国际责任。鉴于仲裁员的个人责任问题与本文的主旨相去较远,本文在此不做进一步研究。参见 Stephen M. Schwebel, *International Arbitration: Three Salient Problems*, Cambridge: Grotius Publications Ltd., 1987, p. 27.

[2] UNCITRAL, A/CN.9/460, 6 April 1999, para. 90, <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&JN=V9982750>.

[3] 相关仲裁规则可以参见《国际商会仲裁院仲裁规则》(1998)第12条、《伦敦国际仲裁院仲裁规则》(1998)第12条以及《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》(2005)第27、28条等规定。

[4] Dr. M. A. Solhchi, *The Validity of Truncated Tribunal Proceedings and Awards*, 19 *Arbitration International* 303 (1993).

[5] UNCITRAL, A/CN.9/WG.II/WP/143, 20 July 2006, para. 1, <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&JN=V0655861>.

有学者所言,对缺员仲裁问题的态度,取决于我们对仲裁根本价值的判断。^[6]遗憾的是,目前国内尚缺乏对缺员仲裁问题的专门性研究。有鉴于此,本文着眼于理论研究与历史发展,从仲裁的基本原则出发,对缺员仲裁的合法性问题进行探讨。

一、缺员仲裁与仲裁的效率及制度性

与诉讼相比,仲裁的灵活与高效被认为是其主要优势,而与调解、斡旋等其他方式相比,仲裁作为一种“准司法性”争端解决机制,具备制度性的优势,仲裁也因此而成为商人们解决争端的首选方法。禁止缺员仲裁将严重损害仲裁的效率与制度性等优势。

高效被广泛认为是仲裁的一个根本特性,也是仲裁优于诉讼等其他争端解决机制的原因之一。仲裁的高效体现在节省时间与费用、“一裁终局”以及仲裁程序中各个阶段的效率等方面。因此,如果一旦出现仲裁员缺席(不论缺席原因)就要组成新的仲裁庭,而不允许缺员仲裁庭继续审理案件,将不可避免地导致时间的拖延、费用的增加及效率的损失乃至丧失。^[7]如果仲裁员在仲裁程序后期恶意缺席或不合作,其危害将格外严重。^[8]因此,仅因为一名仲裁员缺席(有时这种缺席甚至缺乏合理的理由)就导致仲裁庭丧失功能,将严重损害仲裁的效率,对于当事人乃至其他仲裁员也是不公平的。从争端解决的效率出发,不能要求当事人乃至整个仲裁程序为一名仲裁员的行为承担不利后果。若要维护仲裁应有的效率,就必须允许缺员仲裁。

从早期的仲裁实践来看,维护仲裁效率被认为是支持缺员仲裁的核心原因。在1897年的“哥伦比亚共和国诉考卡公司案”中,美国法院就曾认可了缺员仲裁裁决的效力。^[9]在该案中,仲裁协议规定仲裁庭由三名仲裁员组成,其中双方当事人各指定一名仲裁员,第三名仲裁员由美国国务卿与哥伦比亚驻美大使共同指定。仲裁协议还对指定替代仲裁员的问题作出了规定。此外,仲裁协议规定裁决采取多数意见作成,且仲裁庭必须在成立后150天之内作出裁决,必要时可以最长顺延60天。1897年10月22日,由哥伦比亚指定的仲裁员不满其他两名仲裁员的意见而决定自该日起辞职,剩下的两名仲裁员认为他们有权继续仲裁,并最终作出了不利于哥伦比亚的裁决。尽管哥伦比亚对裁决的效力提出了异议,但法院还是裁定裁决有效。

仲裁庭及法院之所以认可该案中出现的缺员仲裁现象,主要是为了保证争端解决的效率。案情显示,哥伦比亚指定的仲裁员于1897年10月22日辞职,但按照仲裁协议的规定,争议必须最晚于10月31日解决。尽管该仲裁协议就指定替代仲裁员的问题作出了规定,但从实际情况看,要求哥伦比亚政府在10天时间内指定替代仲裁员,并要求该替代仲裁员在终止日期届满前完成其仲裁职责,实际上是不可行的。为了有效地解决争议,就必须由剩下的两名仲裁员进行缺员仲裁,否则案件的解决将遥遥无期。

除了从效率的角度来论述缺员仲裁的合法性,在“美伊求偿庭”(The Iran-United States Claims Tribunal)的相关实践中,美国政府还曾经多次以维护仲裁的制度性为由支持缺员仲裁。在一个典型案件中,^[10]仲裁庭由三名仲裁员组成,美国与伊朗各指定一名,第三名仲裁员由中立人士担任。后来,伊朗指定的仲裁员辞职,但缺员仲裁庭继续仲裁程序并作出了裁决。伊朗政府后来

[6] Jamal Seifi, *The Legality of Truncated Arbitral Tribunals (Public and Private): An Overview in the Wake of the 1998 ICC Rules of Arbitration*, 17 *Journal of International Arbitration* 3 (2000).

[7] Jernej Sekolec, *International Dispute Resolution: Areas Where Further Research May be Useful*, 20 *Journal of International Arbitration* 47 (2003).

[8] 前引[2], 联合国国际贸易法委员会文件, 第84段。

[9] *Republic of Colombia v. Cauca Co.*, 106 Fed. 337 *et seq.* (Circuit Court, D. West Virginia, January 1901).

[10] See *Raygo Wagner Equipment Co. v. Star Line Iran Co.*, Case No. 17; 1 Iran-U. S. C. T. R. 411 (1981-1982).

在法院就该缺员仲裁裁决的效力提出异议。对此，美国政府从维护仲裁的制度性的角度来论证缺员仲裁的合法性。美国政府指出，“如果仲裁员的辞职未经仲裁庭同意，这种辞职就不具备法律效力”，因为“依据国际法，伊朗仲裁员不得通过拒绝参加案件的合议或者拒绝在裁决上签名而使双方的仲裁期望落空”。美国政府甚至将仲裁程序与诉讼程序进行了直接的类比，认为“如果将仲裁视为一种司法程序的话，这个程序的目的就在于得到一个裁决；这个目的不能因为一名仲裁员的缺席就落空……仲裁庭不仅被授权、同时也被要求在一方当事国指定的仲裁员缺席的情况下继续仲裁程序并最终解决争议”。^[11]

以仲裁的制度性为由来论证缺员仲裁的合法性并非美国政府独有，国际法院前任院长施瓦布法官就曾经是该观点的坚定支持者与倡导者。施瓦布法官曾经就上述“美伊求偿庭”的相关实践表明他的观点，认为“依据国际仲裁领域中的习惯法规则和一般法律原则，一名仲裁员未经仲裁庭的授权或许可就从国际仲裁庭中退出是不合法的。这种行为一般都会违反组成仲裁庭的条约或合同的规定，因为条约或合同或者当事方都没有允许仲裁员自行退出。作为一般法律原则，这种不法的退出不应阻碍仲裁程序的顺利进行并作出有约束力的裁决”。他总结说，“尽管先例所体现的仲裁实践并不一致，且学者的观点也并不统一，但这些先例在实际上都支持了缺员仲裁的做法”。^[12]也有学者赞同施瓦布法官的观点，认为“就缺员仲裁这个复杂的问题而言，国际习惯法以及国际仲裁的相关规则都表明，除非存在仲裁庭认可的原因，仲裁员一旦接受指定就不得辞职或退出，而且仲裁程序的进行也不因为个别仲裁员的辞职而受到阻碍”。^[13]

笔者认为，尽管不少早期案件都对缺员仲裁表示了一定的支持，但不应忽视这些案件背后特定的时代背景与政治背景。在上述案件中几乎都是主权国家作为当事方，指定仲裁员需要较长的时间和烦琐的程序，且仲裁员往往是在国家的影响乃至授意下才作出缺席行为的，加上这些案件所涉及的仲裁规则或仲裁协议都没有明确规定指定替代仲裁员的方法，因此一旦仲裁员辞职，要在短期内找到合适的人选来替代是相当困难的；而如果要求相关主权国家在指定替代仲裁员的问题上予以配合，在一定意义上无异于“与虎谋皮”。如果不进行缺员仲裁，争议的解决势必会搁浅。显然，上述案件的背景已很难重现，因此它们是否可以在今日国际商事仲裁实践中作为先例，尚有待商榷。

从法理角度来看，尽管“美伊求偿庭”的实践中曾多次出现缺员仲裁的情形，但该求偿庭自身并没有对缺员仲裁的问题作出清晰的解释，且由于该求偿庭本身的特殊性（该求偿庭基于美国与伊朗两个国家之间的条约而成立），其裁决的承认与执行是基于两国的条约义务，并不需要国内法院进行审查。这种做法与当今商事仲裁裁决的承认与执行完全不同，根据《关于承认与执行外国仲裁裁决的公约》，各国法院都普遍对外国商事仲裁裁决进行一定程度的审查，尽管在理论上仅局限于形式审查。因此，“美伊求偿庭”的实践在商事仲裁实践中能否具有“先例”的价值与效果，也同样处于未决状态。^[14]

二、缺员仲裁与仲裁的基本原则

尽管缺员仲裁对于维护仲裁的效率与制度性举足轻重，但反对者从仲裁的基本原则出发，认为缺员仲裁将违背仲裁领域早已确立的基本原则，其中包括当事人意思自治原则以及仲裁程序中当事人平等原则等。反对者认为，从长远看，尤其考虑到已有的缺员仲裁实践的特殊背景，不宜在商事

[11] 前引〔1〕，Schwebel书，第264页以下。

[12] 前引〔1〕，Schwebel书，第296页。

[13] 前引〔4〕，Sokhchi文，第312页。

[14] 前引〔6〕，Seifi文，第33页。

仲裁实践中提倡与普及缺员仲裁,否则将可能危及仲裁自身的生存与发展。

1. 当事人平等原则

当事人平等是仲裁的基本原则之一,也是仲裁乃至任何争端解决机制赖以生存的制度原因。该原则的一个重要表现即在于“当事人必须在仲裁庭的组成方面起到相同的作用”,^[15]也即当事人在指定仲裁员方面享有平等的机会与权利。这条原则已经得到了理论与实践的广泛认同。当今各主要仲裁规则一般都允许当事人指定仲裁员,尽管指定的具体方法可能不同,但所有方法都在指定仲裁员的问题上授予当事人平等的权利。^[16]法国法院甚至在著名的“Dutco案”明确指出,“赋予当事人平等的指定仲裁员的权利是法国公共秩序的一方面,这种权利只有在争议产生以后才可以放弃”。^[17]

不仅必须在指定仲裁员阶段遵守当事人平等原则,当事人也完全有理由希望这种平等在整个仲裁程序中都得到遵守,即便出现了仲裁庭缺员的情况亦是如此,这是当事人对仲裁的信心的来源。^[18]在三人仲裁庭中,由于双方当事人各指定一名仲裁员,因此维持双方当事人的平衡显得尤为重要。^[19]一旦当事人指定的仲裁员缺席,就可能对仲裁庭的组成“缺乏一方当事人的意思”(因为此时仲裁庭只包含一方当事人指定的仲裁员),因此该当事人按仲裁规则所应享有的指定仲裁员的权利就不能得到真正实现,违反了当事人平等原则,更可能导致当事人对仲裁失去信心。

以缺员仲裁违反当事人平等原则为由而拒绝承认与执行裁决的情形,不久前就曾出现在法国巴黎上诉法院审理的“马乐基诉龙案”中。^[20]在该案中,当事人一方所指定的仲裁员在程序进行中退出仲裁,而剩下的两名仲裁员在没有通知该当事人的情况下继续仲裁程序,并作出裁决。该当事人向法院申请拒绝承认与执行该裁决,认为缺员仲裁无法保证仲裁庭平等对待双方当事人。法院接受了该当事人的申请,认为当事人在仲裁协议中规定争议应由一个“三人仲裁庭”解决,但裁决却是由两名仲裁员作出的,违反了“仲裁庭合议原则以及当事人平等参与仲裁庭的组成的权利”。

笔者认为,采用当事人平等原则来否定缺员仲裁是值得商榷的。尽管允许当事人平等指定仲裁员在很大程度上满足了当事人“保证程序公正、伸张自己立场、维护自身权利”的心理,给予当事人信心,但鉴于几乎所有仲裁规则都明确要求仲裁员具有中立性、公正性和独立性,因此即便是当事人指定的仲裁员缺席,也未必会导致对当事人平等原则的破坏。事实上,将当事人指定仲裁员与争议的公正解决联系在一起未必恰当。这样做仿佛在告诉人们,如果仲裁庭中没有当事人指定的仲裁员,就会有损于仲裁的公正性。^[21]正如国际商会仲裁院所表明的那样,即便仲裁员是由当事人指定,也不能认为该仲裁员就是当事人的“代表”或“代理人”。^[22]因而,尽管必须尊重公平待遇原则,却不必将此原则神圣化,^[23]也不能将当事人平等原则与当事人指定仲裁员的权利完全等同,

[15] Rene David, *Arbitration in International Trade*, London: Kluwer, 1985, p.265.

[16] 参见《国际商会仲裁院仲裁规则》(1998)第8条、《美国仲裁协会国际仲裁规则》(2007)第6条、《伦敦国际仲裁院仲裁规则》(1998)第7条以及《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》(2005)第22条的规定。

[17] See *Simens AG (Germany) v. Dutco Construction Co. (Dubai)*, *J. du Droit Int'l* (1992), pp. 712-713.

[18] 前引[6], Seifi文,第8页。

[19] 前引[6], Seifi文,第4页。

[20] *Louis, Philip and Rachel Malecki v. Adena Inc. and David, Donna and Carolyn Long*, Paris 1e ch. C, May 6, 2004 and April 21, 2005; see also *Denis Bensaude, Malecki v. Long: Truncated Tribunals and Waiver of Dutco Rights*, 21 *Journal of International Arbitration* 82-86 (2006).

[21] S. I. Strong, *Intervention and Joinder as of Right in International Arbitration: An Infringement of Individual Contract Rights or a Proper Equitable Measure?*, 31 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 929 (1998).

[22] See ICC Case No. 3879 of 1984 (*Westland Helicopters Ltd. v. Arab Organization for Industrialization and Others*), *International Law Materials*, Vol. 23, 1984.

[23] Christopher Stuppl, *International Multi-Party Arbitration: The Role of Party Autonomy*, 7 *American Review of International Arbitration* 52 (1996).

否则就有违仲裁的根本价值取向。

2. 当事人意思自治原则

当事人意思自治原则是仲裁的基本原则，也是仲裁有别于诉讼的最重要的原因。实际上，仲裁的优势就在于其灵活性以及对当事人意思的尊重。^[24] 该原则要求，仲裁庭的组成乃至仲裁程序的进行都必须符合当事人的意图。如果当事人选择某一特定的仲裁规则，那么仲裁程序就必须依照该仲裁规则进行，否则也将被视为违反当事人的意思表示。有学者指出，当事人的意图必须贯彻仲裁程序的始终，如果当事人原先的意图是组成三人仲裁庭来解决争端，那么在仲裁程序的任何阶段仲裁庭都必须由三名仲裁员组成，否则即违反了当事人的意图，并将导致仲裁程序的非法与裁决的无效。^[25]

这种立场至少在理论上是有一定道理的。很显然，当事人明确选择三人仲裁庭而不是多人仲裁庭或者独任仲裁员来解决争议，他们当然希望整个仲裁程序都由三人仲裁庭来进行。而且，当事人在签订仲裁协议时可能根本就没有预料到会出现缺员仲裁的情形，因此除非可以证明仲裁员的缺席是一方当事人所致，否则没有理由允许当事人的合理期望仅因为一名仲裁员的意外缺席而落空。从这个角度看，“必须认为，只有在仲裁员完全缺席的情况下仲裁庭才能行使职权，这是当事人的意愿”。^[26]

但是也应该看到，尊重当事人意思并不总是意味着禁止缺员仲裁。灵活性本身就是仲裁的重要特性，当事人意思自治原则的适用也应当具有灵活性，在不同的案情中作出不同的解释。一般而言，仲裁员缺席只是意外，基本上没有当事人在签订仲裁协议时便能预料到这个问题。既然当事人根本就没有考虑到这个问题，我们就不应将仲裁协议中“由三人仲裁庭仲裁”的意思表示僵硬地理解为“不允许缺员仲裁”。相反，当事人在仲裁庭的构成方面享有平等的权利，仅应该理解为当事人在仲裁庭组成前享有平等的权利指定仲裁员，缺员仲裁不能被认为必然违反了当事人平等原则。^[27] 笔者认为，在仲裁员缺席后，应当给予当事人机会，让他们就缺员仲裁的问题作出意思表示。只要当事人得到了这样的机会，他们完全有可能允许缺员仲裁，这反而既尊重了当事人的意思，又促进了争议的顺利解决。从一定意义上说，固执地以当事人意思自治为由来反对缺员仲裁，是对当事人意思自治原则的狭隘理解，反而可能在实质上违反当事人的真实意思。

3. 仲裁庭合议原则

在前述“马乐基诉龙案”中，除当事人平等原则外，法国法院还明确指出“仲裁庭合议原则”是仲裁程序必须遵守的原则之一。所谓“仲裁庭合议原则”，是指仲裁庭的全体成员都必须要按照仲裁协议或仲裁规则的规定，采用共事的方式对案件进行审理和裁决。^[28] 特别是对三人仲裁庭而言，合议原则相当重要，因为当事人之所以选择多人仲裁庭而非独任仲裁，其隐含的意图就在于，案件本身可能比较复杂，需要多名仲裁员共同审理才能最大程度地维护裁决的公平，才能最大程度保证当事人对争端解决的“安全感”。

这种立场并非法国法院所独有。按照学者对于部分早期国内仲裁立法的研究，至少在美国纽约

[24] Kenneth Carlston, *Codification of International Arbitral Procedure*, 47 *American Journal of International Arbitration* 218 (1953).

[25] Hazel Fox, *Arbitration*, in H. Waldock, *International Disputes: Legal Aspects*, London: Europa Publications, 1972, p. 101.

[26] Hans Mangoldt, *Arbitration and Conciliation*, in Mosler and Bernhardt, *Judicial Settlement of International Disputes*, Berlin: Springer Verlag, 1974, p. 533.

[27] ICJ Report, 1950, p. 229.

[28] 前引 [20], Bensaude 文, 第 81 页, 脚注 2.

州、英国、瑞士和瑞典，法律要求只有在全体仲裁员都出席的情况下，才能够进行仲裁。^[29]不过这种观点具有历史局限性，随着国际商事贸易的发展，各国国内法对于缺员仲裁的立场越来越宽容，有些国内法在今天已有相当大的修订。

三、缺员仲裁的实践及发展趋势

如上所述，各国国内法几乎没有对缺员仲裁的问题作出规定，因而有必要考察当今主要国际机构在公法仲裁与商事仲裁领域的实践，以探讨国际仲裁界对于缺员仲裁的态度及其演化，并借此探讨缺员仲裁问题的发展趋势。

1. 公法仲裁实践对缺员仲裁的态度及演变

尽管公法仲裁与商事仲裁在主体、仲裁员指定、裁决的承认与执行等诸多方面存在差异，但它们可以成为商事仲裁实践的参考。因为就缺员仲裁这个特定问题而言，我们似乎没有必要对公法仲裁与私法仲裁进行明确区分。^[30]早期的缺员仲裁实践以及理论大多起源于公法仲裁，并曾引起主要国际机构广泛与深入的关注。不妨说，公法仲裁实践对于缺员仲裁的态度反映了整个国际法学界，尤其是早期国际仲裁界对于缺员仲裁的态度。

联合国国际法委员会是联合国在国际法方面最重要的专门性机构。早在上个世纪50年代，该委员会就已开始对国际仲裁程序的相关法律规范进行研究与编纂，其中包括缺员仲裁的问题。当时该委员会特别报告员曾经就“不完全仲裁庭”的合法性问题作出报告。报告指出：“就不完全仲裁庭的职责而言，无论仲裁员是因为自发缺席，或是受到指定其为仲裁员的政府的指示而缺席，都是不可接受的；一旦这样的情况发生，剩下的仲裁员有权继续仲裁程序并作出具有约束力的裁决，只要他们实际上仍具有继续仲裁的能力。”^[31]委员们在该报告的基础上进行了热烈的讨论，并提交了一份立法草案。草案规定，仲裁员不得自行退出或者在政府的指示下退出仲裁程序，除非在特别的情况下并得到仲裁庭其他成员的同意；一旦出现仲裁员在未经其他仲裁员同意的情况下退出仲裁，则其他仲裁员就被授权继续仲裁程序并作出有约束力的裁决。^[32]不少国家反对该草案，认为“当前国际法的层面并不存在关于授权缺员仲裁庭进行仲裁的法律原则”，解决该问题更好的方法是当事方在协议中规定替代仲裁员的规则。^[33]特别报告员最后也似乎认同，缺员仲裁庭无权继续仲裁，指定替代仲裁员应成为解决缺员仲裁的必要步骤。^[34]最终，草案的最后版本删除了关于缺员仲裁的规定。

在国际投资仲裁领域，“解决投资争端国际中心”的实践及《解决国家与他国国民之间投资争端国际仲裁规则》（《ICSID仲裁规则》）实际上也对缺员仲裁持否定态度。依据《ICSID仲裁规则》，在仲裁庭缺员的情况下，仲裁程序必须中止，直到替代仲裁员被指定。^[35]鉴于中止仲裁程序在实质上否定了缺员仲裁的可能性，因此有学者据此认为《ICSID仲裁规则》实际上禁止缺员仲

[29] See Gillis Wetter, *International Arbitral Process: Public and Private*, Vol. II, The Hague: Oceana Publications, 1979, p. 457.

[30] M. Scott Donahey, *The UNCITRAL Arbitration Rules and the Truncated Tribunal*, 4 *The American Review of International Arbitration* 192 (1993).

[31] Georges Scelle, *Reports on Arbitration Procedure* (UN Documents A/CN.4/18 of 21 March 1950 and A/CN.4/46 of 28 May 1951) (New York: UN, 1951), pp. 32-35.

[32] Yearbook of ILC, 1952, Vol. I, p. 28.

[33] Yearbook of ILC, 1950, Vol. I, p. 270.

[34] Yearbook of ILC, 1953, Vol. II, p. 204.

[35] 参见《ICSID仲裁规则》第10条的规定。

裁。^[36]

常设仲裁院一直被视为解决国际争端,尤其公法仲裁的重要场所,也是最早在其《仲裁规则》中对缺员仲裁问题进行规定的国际争端解决机构之一。^[37]在1991年,常设仲裁院国际局邀请了多名国际知名专家,就其规则的实施效果进行考察并作出修改建议。专家组特地将常设仲裁院的《仲裁规则》与《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》(以下简称为《贸法会仲裁规则》)进行了比较,并试图在借鉴和参考后者的基础上对前者进行修订。尽管专家组对于《贸法会仲裁规则》的总体评价颇高,但他们却认为该规则在处理缺员仲裁的问题上并没有作好准备。鉴于此,专家组建议在常设仲裁院的《仲裁规则》中对缺员仲裁的问题作出回应,并在提出的草案中规定如下:“如果三人或五人仲裁庭中的一名仲裁员因为法律上或事实上的原因而无法参加仲裁程序,除非当事方另有规定,否则其他仲裁员有权自行决定是否应当继续仲裁程序并作出任何决定与裁决”。尽管该草案引起了广泛的争论,但常设仲裁院国际局认为,专家组并不反对在《仲裁规则》中对缺员仲裁的问题作出规定,遂将该草案提交常设仲裁院的理事会讨论,并得到理事会的一致赞同。^[38]

上述说明,主要国际机构对于缺员仲裁问题的态度并不相同,但如果我们从历史发展的角度来审视,就不难发现它们对于缺员仲裁的态度随着时间的推移而日益开放与宽容。60年前,联合国国际法委员会经过了激烈讨论后,最终还是令人遗憾地搁置了缺员仲裁的问题,没有给世人留下一个定论;40年前所制订的《ICSID 仲裁规则》开始面对缺员仲裁,并采用“指定替代仲裁员”的方法来解决仲裁庭缺员的问题;15年前,常设仲裁院已经在缺员仲裁的问题上成为国际“先行者”,它率先在其《仲裁规则》中明确允许缺员仲裁。在这样的国际趋势中,有理由相信,国际法学界将以更积极和开放的态度来面对缺员仲裁的问题。

2. 商事仲裁实践对于缺员仲裁的态度及演变

通过相关机构对其仲裁规则的修订可以看出,晚近以来制订或修订的主要仲裁规则均对缺员仲裁问题作出了明确规定,不约而同地承认了缺员仲裁的合法性,并采取“有条件的缺员仲裁与指定替代仲裁员相结合”的方法来解决仲裁庭缺员的问题。尽管各主要仲裁规则对于缺员仲裁的适用规定了各种条件,有些条件甚至相当苛刻,但总体上它们对于缺员仲裁的态度越来越宽容与支持。

比如,中国国际经济贸易仲裁委员会2000年《仲裁规则》并没有对缺员仲裁的问题作出明确规定,只规定了指定替代仲裁员;但其2005年《仲裁规则》第28条却明确允许缺员仲裁,但必须满足下列条件:第一,在最后一次开庭终结后;第二,缺席的仲裁员因死亡或被除名而不能参加合议及/或作出裁决;第三,在征求双方当事人意见并经仲裁委员会主任同意后;第四,仲裁委员会秘书局应将上述情况通知双方当事人。可以认为,中国国际经济贸易仲裁委员会《仲裁规则》的此番修订在一定程度上顺应了国际仲裁界对于缺员仲裁问题的看法。

实际上,类似的规定也见诸于《国际商会仲裁院仲裁规则》(1998)、^[39]《伦敦国际仲裁院仲裁规则》(1998)^[40]以及刚刚生效的《美国仲裁协会国际仲裁规则》(2007)。^[41]根据上述仲裁规则

[36] 前引[6], Seifi文,第22页。

[37] 常设仲裁院的四套《仲裁规则》分别是《常设仲裁院关于处理国家间争端的任择性仲裁规则》、《常设仲裁院关于处理一方当事人为国家的双方争端的任择性仲裁规则》、《常设仲裁院关于处理国际组织与国家之间争端的任择性仲裁规则》以及《常设仲裁院关于处理国际组织与私人主体之间争端的任择性仲裁规则》。关于缺员仲裁的规定,可以参见这四套规则各自的第13条。

[38] Hans Jonkman, *Regulation of Truncated Tribunals by the Permanent Court of Arbitration*, in Alert Jan van den Berg (ed.), *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, The Hague: Kluwer Law International, 1999, pp.319-322.

[39] 参见《国际商会仲裁院仲裁规则》(1998)第12条。

[40] 参见《伦敦国际仲裁院仲裁规则》(1998)第12条第1款。

[41] 参见《美国仲裁协会国际仲裁规则》(2007)第19条第1、2款。

的规定, 缺员仲裁不仅被明确允许, 而且其适用条件也较为宽松。^[42]《国际知识产权组织仲裁中心仲裁规则》则首次以“缺员仲裁”为标题, 对缺员仲裁的合法性与适用条件作出了规定。^[43]该《仲裁规则》对于实施缺员仲裁的规定相当宽松, 有学者认为它“授予缺员仲裁庭近乎绝对的权利”。^[44]

联合国国际贸易法委员会(以下简称贸法会)是当前国际贸易与法律领域最重要的联合国专门机构。在商事仲裁领域, 贸法会所取得的成就最令人瞩目, 即1985年《国际商事仲裁示范法》(以下简称《示范法》)以及1976年《贸法会仲裁规则》, 它们对国际仲裁和各国国内仲裁立法具有广泛而深入的影响。^[45]《示范法》与《贸法会仲裁规则》并没有对缺员仲裁的问题作出明确规定, 而是规定在仲裁庭缺员的情况下必须采取指定替代仲裁员的方法来弥补仲裁庭的空缺。随着时间的推移, 贸法会已经意识到其《仲裁规则》存在多处缺漏, 部分规定已经不能满足现实的要求, 因此从2006年起, 贸法会第二工作组开始考虑对该规则进行修改, 其中一个重要的议题就是缺员仲裁的问题。

由上可见, 主要国际商事仲裁机构早先的仲裁规则大多禁止缺员仲裁, 但晚近以来却大多允许缺员仲裁。此外, 这些仲裁规则关于缺员仲裁适用条件的规定也越发宽松。随着国际商事贸易的发展以及商人们对于争端解决效率的追求, 有理由相信国际仲裁机构对于缺员仲裁的态度还可能进一步开放。

笔者认为, 尽管仲裁作为一种争端解决机制理应具备足够的效率及体制性, 但允许缺员仲裁也必须防止其体制性被滥用, 以至造成“仲裁司法化”的结果。这也解释了为什么大多数仲裁规则在允许缺员仲裁的同时, 也要求缺员仲裁得到相关当事人的同意。缺员仲裁合法性的解决要求在仲裁的“司法性”与“契约性”之间寻找平衡; 而事实上, 这两者既相互冲突, 又不可偏废。在仲裁庭缺员的情况下, 无论是以提高仲裁效率为由而随意允许缺员仲裁, 或是以尊重当事人意思自治为由而绝对禁止缺员仲裁, 都是片面的和不可取的。随着国际商事仲裁的不断发展, 有条件地支持缺员仲裁、不轻易否定缺员仲裁的合法性, 将成为未来的趋势。

Abstract: During the arbitration proceedings, the question of truncated arbitration sometimes occurs. There are disputes among the international and domestic legislations on the legitimacy of truncated arbitration. Truncated arbitration is beneficial to promoting the efficiency and the systematic feature of arbitration, but it is also harmful to the basic principles of arbitration, such as party autonomy, equality among parties and collegiate decision of panel. Truncated arbitration is receiving an increasingly level of toleration in the international arena.

Keywords: truncated arbitration, legitimacy, the fundamental principles of arbitration

[42] 比如依照《美国仲裁协会国际仲裁规则》(2007)第19条第1款的规定, 一旦出现仲裁员无法履行仲裁员职责的情形, 仲裁协会可以依照事实情况酌情宣布仲裁庭缺员。该条第2款规定, 若一名中立仲裁员在仲裁庭审程序开始后缺席, 则剩下的仲裁员可以自行决定是否继续进行庭审以及作出裁决, 除非当事人另有约定。该条规定实际上赋予了缺员仲裁庭自由裁量权。

[43] 参见《国际知识产权组织仲裁中心仲裁规则》(2002)第35条第1款。

[44] Toby Landau, *Composition and Establishment of the Tribunal: Articles 14 to 36*, 9 *American Review of International Arbitration* 101 (1998).

[45] See Pieter Sanders, *The Work of UNCITRAL on Arbitration and Conciliation*, 2nd ed., The Hague: Kluwer Law International, 2004, p. 54.