

哥伦比亚国际直接投资展望

哥伦比亚大学维尔可持续投资中心

FDI 热门问题的观点

系列 33 2010 年 12 月 14 日

总编辑: Karl P. Sauvart (Karl.Sauvant@law.columbia.edu)

编辑: Ken Davies (Kenneth.Davies@law.columbia.edu)

执行编辑: Amanda Barnett (amandabarnett3089@gmail.com)

单方指定仲裁员制度的缺陷

Hans Smit*

单方指定仲裁员 (party-appointed arbitrator) 的数量同仲裁案件的数量一样经历了曲折的上升,但对在一般仲裁或对政府仲裁中单方指定仲裁员的合理性研究却还不足。我认为除非单方指定仲裁员作为该方辩护律师的身份充分公开且被各方接受,否则就应禁止当事人指定仲裁员。只有这样仲裁才能达到目的——具有专门技能和经验的专家通过高效和专业的程序做出公正的裁决。

当事人及其辩护律师指定仲裁员时一定怀有在案件中胜诉的目的,这种目的性在其处于劣势时尤其明显。毋庸置疑,律师的职责就是指定能为委托人争取最好结果的人,而不论客观上法律和事实是否支持。而被指定后,仲裁员受到的个人激励就是通过为其委托人争取有利结果而在将来获得更多的聘用。

这并不一定是不合理的。在美国国内仲裁中,当事人指定的仲裁员正是其辩护律师。如果其公开透明并被各方接受,仲裁程序就能多一个选择。但国际仲裁要求单方指定的仲裁员必须客观公正。而事实是,尽管制度要求他们客观地判决,但很多——即使不是大多数——单方指定的仲裁员都受个人激励影响而成为了委托人的辩护人。重复仲裁者——无论由谁指定——的问题也是国际仲裁体系的一个痼疾,因文章篇幅有限在此不做讨论。¹

我认为只有当所有单方指定的仲裁员都像独立仲裁员一样对做出不利于委托人的判决有所准备,客观公正才是有可能的。从我的经验看这种情况并不多见。我自己也面对过这种压力。当我向指定我的律师申明我会依据法律判决案件时,我不由自主地被这样的感觉所影响——律师选择我是因为这样最符合其委托人

的利益。Alexis Mourre 认为单方指定的仲裁员是因其公正的名声而被选择²，我不同意。我认为律师为委托人利益辩护的职责考虑要重于制度性的考虑。

即使仲裁员愿意判决其委托人败诉，他们也可以使其有利可图。例如，他们可能试图说服审裁团其他成员削减其委托人的赔偿金额，作为回报，其会和其他成员一起做出一致同意赔偿决定。这种折中通常对于审裁团主席颇具吸引力，因为达成一致赔偿决定可以增加其将来再次被任命的可能性。即使不减少赔偿，单方指定的仲裁员也可以说服审裁团免去其委托人的律师费用。审裁团在这方面有很大余地。这样，单方指定的仲裁员就可以为委托人节省一大笔律师费或赔偿费。

可能有人认为这都是较小的缺陷，折中难以避免，这个代价可以接受，等等。但单方指定仲裁员的制度还不仅是一个不合适的折中。一个有偏袒的仲裁员通常会削弱——即使不是完全消除——审裁团成员间的自由交流。审裁团主席可能不再接受看似偏袒性的主张，或者倒向某一方的仲裁员，导致另一方指定的仲裁员感觉被排除在了审判之外。雅诗兰黛诉捷克共和国案就是一个很好的例子。该案中一名单方指定仲裁员称其被排除在了审裁团讨论之外。正是一名单方指定仲裁员受这些结构性激励的影响才导致了国际仲裁最失败的案例之一——Ivan Milutinovic PIM 诉 Deutsche Babcock AG 案。

个人激励和专业激励的混杂在国际投资争议中尤其不合适。国际投资争议的仲裁结果会影响一国及其人民，做出有约束力裁决的仲裁员不应当由当事人单方面指定，而应由真正中立的机构任命。这通过 ICSID 公约是可以实现的，公约起草者为 ICSID 秘书处保留了指定检查一审判决的审裁团的成员的权力。我认为所有投资争议的仲裁员都应当由中立机构指定，这点应当在双边投资协议中明确。这样国际投资仲裁就可以为国际仲裁树立榜样。

（南开大学国际经济研究所硕士生关秋翻译）

转载请注明“Hans Smit, ‘单方指定仲裁员制度的缺陷’, 哥伦比亚国际直接投资展望, No.33, 2010年12月14日。转载需经哥伦比亚维尔可持续国际投资中心授权 (www.vcc.columbia.edu)。”

早期的 FDI 展望均发布在 <http://www.vcc.columbia.edu/content/fdi-perspectives> 上。

*Hans Smit (hsmit@law.columbia.edu) 是哥伦比亚大学法学院Stanley H. Fuld 荣誉教授。作者感谢Ed Kehoe, Jan Paulsson和匿名审稿人的有益建议。作者观点不代表哥伦比亚大学或其合作伙伴及支持者的观点。哥伦比亚国际直接投资展望是同行评议刊物。

1. 对于重复仲裁者的进一步讨论见Fatima-Zahra Slaoui, 《“重复仲裁者”问题的出现: 亟待澄清》, 《国际仲裁》, vol. 25, 2009年第一期, pp. 103-119。
2. Alexis Mourre, 《单边指定仲裁员合理吗? 国际仲裁中的 Jan Paulsson 道德风险》, Kluwer 仲裁博客, 2010年10月14日, <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2010/10/05/are-unilateral-appointments-defensible-on-jan-paulsson%E2%80%99s-moral-hazard-in-international-arbitration/>