

国际商事仲裁仲裁员中立国籍规则

别铭鑫

华东政法大学国际法学院, 上海

收稿日期: 2022年10月17日; 录用日期: 2022年12月5日; 发布日期: 2022年12月12日

摘要

在国际商事仲裁制度的发展中, 部分国际商事仲裁规则对指定仲裁员情形下的独任或首席仲裁员有中立(第三)国籍要求。对于该问题在各个仲裁规则中的认识并不一致。从国家一侧出发分析国籍问题的法律意义, 则仲裁员国籍是其属人管辖的问题, 我国适用于仲裁员的主管规则有修正的余地; 从仲裁员一侧看, 认为其影响仲裁员的独立公正性理由不足, 在很多场合, 对其独立公正行使职权甚至是有益的; 从当事人和仲裁机构一侧出发, 本国仲裁员有利于增加当事人信心, 但仅应被视为仲裁员的一种中性条件。仲裁机构试图利用中立国籍来保障仲裁裁决的顺利执行, 其没有正当理由且效果存疑。正确处理该问题的路径应当是认识到以实质国籍为代表的仲裁员属人联系, 确保仲裁员的属人因素在选任过程中被当事人考虑, 摒弃中立国籍, 并灵活利用属人因素在仲裁中的积极效用。

关键词

国际商事仲裁, 仲裁员, 国籍

A Review on the Neutral Nationality Rule of Arbitrator in International Commercial Arbitration

Mingxin Bie

International Law School, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Oct. 17th, 2022; accepted: Dec. 5th, 2022; published: Dec. 12th, 2022

Abstract

In the development of the international commercial arbitration, when appointing arbitrators, some of the arbitration rules have the requirement of neutral (third) nationality on the sole or

presiding arbitrator's nationality. The understanding of this issue is not consistent in various arbitration rules. By analyzing the legal significance of the nationality from view of the nation, it is the matter of *ratione personae* of the arbitrator, the rules applicable to arbitrators in China can be further consistent with international standards. From the point of the arbitrator, there is not enough ground for the arbitrator's nationality affecting his/her independency and impartiality; from the view of the parties and the arbitration institution, the domestic arbitrator is conducive to the increase of the confidence of the parties, but it should only be regarded as a condition of the arbitrator in a neutral way, and the arbitration institution tries to use neutral nationality to ensure the enforcement of the arbitral award being successfully, but there is no ground and its effect is doubtful. The correct way dealing with this issue is to recognize the personal connections of arbitrators by symbol of substantive nationality, to ensure that the legal personal factors of arbitrators are considered by the parties during the selection, renounce the rule of neutral nationality and to make flexible use of the positive effects of personal factors.

Keywords

International Commercial Arbitration, Arbitrator, Nationality

Copyright © 2022 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言——国际商事仲裁中仲裁员国籍问题的产生

国籍概念未产生的年代，最早的仲裁员概念便已诞生。以海商事案件为代表的商事仲裁，则早在古希腊时期便有萌芽，体现在其对专门海事法官的选任和激励上，并率先提出了商事案件要迅速裁决的主张，后来该思想和对应的制度为罗马法吸收[1]。市民社会的贸易繁荣致使适用于民事案件的法律不足，此时，双方当事人的权利义务关系又十分模糊，双方当事人需要找一个公正的中间人进行裁断，此类案件常由仲裁员(arbitri)负责审理[2]。

就国籍制度而言，以民族国家的建立为基础，在国内法和国际法的共同需求下，才作为一个法律概念应运而生[3]。民族国家之建立，约为16~17世纪，而国籍法律概念之丰富和具备意义，是随着十八世纪末期封建制度的消灭和资产阶级国家的产生。这些法律上壁垒的废除，对国家的隶属就取得了重要的意义。国家开始把一些重要的权利和义务赋予和加给它的国民[4]。其中比较重要的如兵役义务和税收义务，此类义务都不会影响仲裁员公正仲裁。

从仲裁制度发展的分化中可以看出，伴随现代意义上的民族国家产生，其对仲裁的影响不仅体现在西方国家对家民商事仲裁制度的干预程度的变化中，从不干预到过度干预，到支持为主导的干预[5]。同时，国际商事仲裁成为了国内仲裁的对应概念也由此产生。

“国际”仲裁制度的历史远早于国籍概念的产生，因此导致了仲裁当事人和仲裁员的国籍问题的基础。在诺特鲍姆案中，国际法院将国籍描述为一种建立在“关于连结的社会事实，关于生存、利益和情绪的实际连带关系”基础上的法律上的纽带([4] p. 30)。但笔者认为，后产生之国籍含义在仲裁制度悠久的“公正”的法律信仰面前是空洞无力的，仅作为一种地域概念或者观念符号，不足以撼动国际仲裁员的内心。当然我们也不能否认，如果能够透过国籍这个法律概念，认识到其反映的地域性事实和文化符号的影响，这些因素也确实塑造了仲裁员的法律立场。换言之，从这个角度看，仲裁员与法官一样，不

可能是白板(*tabula erasae*), 但他们的法律文化背景, 由国籍这个标签来反映既不准确, 有甚者当实际国籍和形式国籍不同时, 还会导致错误, 国籍不是一个关键性因素, 也不能简单视为一个消极因素。进一步, 相同的法律背景也不代表其会作出相似的裁决, 甚至可能是相反的。

现代意义上的民族国家的强势发展对国际商事仲裁形成了反作用, 对应地, 为促进国际商事仲裁事业之健康发展, 仲裁员国籍如何以及是否应当作为独任或者首席仲裁员选任的消极条件, 是值得反思的。

在此基础上, 我们先需要分析现代国际仲裁规则中有关仲裁员的国籍规定。

2. 现代国际仲裁规则中有关仲裁员的国籍规定

以笔者所能查找到的为限, 最早的关于商事仲裁员国籍的规范是 1965 年, 在世界银行主持下的《关于解决各国和其他国家国民之间投资争端的公约》, 即《华盛顿公约》, 涉及仲裁员小组的第 16 条第 2 款规定: 如果一个人被一个以上的缔约国, 或被一个或一个以上的缔约国和主席指派在同一个小组服务, 则应认为他是被首先指派他的机构所指派; 或者如果其中一个指派他的机构是他国籍所属的国家, 则应认为他是被该国所指派。由于该规则涉及国际投资仲裁, 投资争端受政治因素影响更密切, 故同其他的国际投资规则一般都会重视该问题。¹有学者认为此规定的意义在于其防范价值[6]。而商事仲裁在当事人地位上不存在东道国主体, 也几乎不会涉及政治因素, 故其独立性与仲裁员国籍联系更弱, 或者说没有必要存在一个中立国籍, 因为中立国籍并不会代表仲裁员因此更加独立或公正[7]。

随着国际商事仲裁的发展, 形成了关于仲裁员国籍的一项一般性规则, 即在选择独任仲裁员或首席仲裁员时。如果双方当事人的国籍不同, 则不应选任与任何一方当事人国籍相同的人作为独任仲裁员或首席仲裁员, 除非当事人之间另有约定[8]。

《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》第 6 条第 4 款没有采纳仲裁员中立国籍。²该规定首先尊重了双方当事人选择仲裁员时的意思自治, 只规定了指定仲裁员时仲裁员的国籍因素。其次, 对于国籍因素的考量, 亦不作为决定性标准, 而是留有一定余地。从立法资料来看, 草案中曾出现过“独任仲裁员的国籍应不同于当事人的国籍。”但是因为观点认为其“对当事人意思自治的不必要限制, 并会导致很多颇具能力的人士无法担任仲裁员”, 而修改为前述规定。³

国际商会仲裁院的《2011 年仲裁和争议解决规则》第 13 条第 5 款规定: “独任仲裁员或者仲裁庭首席仲裁员的国籍应不同于当事人的国籍。”在首席仲裁员的国籍问题上有着较为硬性的规定的代表。⁴

2017 年《国际商会仲裁规则》第 9 条第(1)款对于仲裁员国籍问题的规定非常全面。⁵该规定较中立国籍更为缓和, 较以往的规定多出不少亮点。不仅形式上考虑了仲裁员的国籍问题, 还涉及了仲裁员住所这一更具备实质意义上的联系, 甚至包含其与其他仲裁员所属国家的其他关系, 可谓考虑全面。笔者并不认为该规定在过度强调仲裁员国籍以及其对应的仲裁员的住所和所属国家之间其他关系, 而是认为其精准地指引了可能实质影响仲裁员独立性公正性的属人联系的各个方面。体现在其一, 提出住所因素揭示了国籍与属人联系之间关联性。其二, 适用上具备弹性, 为仲裁员在适任上的其他标准留出一定的

¹ 如 2017 年《中国国际经济贸易仲裁委员会国际投资争端仲裁规则》第十一条仲裁员的选定或指定(三)除非当事人另有约定或共同选定, 独任仲裁员、首席仲裁员和仲裁庭的多数成员不得与当事人具有相同的国籍。

² 在指定仲裁员时, 任命机构(指位于海牙的常设仲裁庭)应考虑所任命的仲裁员的国籍不同于当事人的国籍的可行性。

³ A/CN.9/97 p 166, p 169.

⁴ 同样的硬性规定还出现在伦敦国际仲裁庭的《1998 年仲裁规则》第 6 条对这个问题有十分全面的规定: “6.1 如果双方国籍不同, 那么独任仲裁员或首席仲裁员应具有不同于任何一方当事人的国籍。6.2 当事人国籍应包括其控股股东或实际控制人的国籍。6.3 在本条中, 若某人是两国或多国公民, 其应被视为拥有任何一个国家的国籍。”香港国际仲裁中心的《机构仲裁规则》第 11 条第 2 款规定: “若当事人双方国籍不同, 独任仲裁员或三人仲裁庭的首席仲裁员不能与任意一方国籍相同。”

⁵ 仲裁院在确认或指定仲裁员时应考虑已被提名的仲裁员的国籍、住所及同当事人或其他仲裁员所属国家的其他关系以及已被指定的仲裁员是否有时间和精力进行本规则的仲裁。第(5)款仲裁庭的独任仲裁或首席仲裁员的国籍不应属于当事人国籍。但是, 在适当的情况下, 并在任何一方当事人均未在仲裁院确定的期限内提出异议的前提下, 仲裁庭的独任仲裁员或首席仲裁员可以从任何一方当事人国家中选定。

空间。其三，注意到了实质国籍代表的属人联系，应当被作为明示的重要的仲裁员条件列出，有利于避免在仲裁裁决的执行过程中重复出现前述因素作为拒绝承认或者执行裁决的理由，一经双方同意指定，至少表明了在选择仲裁员的过程中，这些因素是经过当事方谨慎充分的考虑的并且接受指定的后果。

总结而言，首席仲裁员的中立国籍在现代国际商事仲裁中确实存在，对形式上的中立国籍忧虑并非一日的现象。不过，该规则设置与《联合国国际商事仲裁的示范法》(下称《示范法》)中不应以所属国籍为理由排除任何人作为仲裁员的精神不一致，有进一步反思的必要。⁶

3. 法律意义上三类主体对仲裁员的独立性和公正性的影响

持仲裁权意思自治说的学者认为，政治国家应克制干预市民社会，民商事仲裁制度作为市民社会的一部分，一定意义上反映了政治国家对市民社会某种程度的妥协，而此种妥协已经构成现代法治理念的内容之一^[9]。国际商事仲裁是国际市民社会的一部分，各国作为国际社会的一员也应当克制其对仲裁的干预。本文试图从国家一侧，通过国籍联系对仲裁员的独立性和公正性的影响分别讨论该问题。以及仲裁员一侧，其国籍对其裁决独立性和公正性的影响和当事人的影响，最后对当事人和仲裁机构眼中的仲裁员国籍是什么样的问题分别进行论述。

3.1. 国家一侧的影响

国籍与其国民的联系，从狭义上讲，可以认为一个人除非脱离其国籍，否则该国籍将成为其与国家之间的永久性的联系，该联系从度上来说则是暂时性的或者有限度的^[10]。不过，依据国籍法的产生来看，其在对国民的管辖权属性上，曾有美国实在法学派的学者公开承认，国籍立法中是受国家的扩张力量以及最大限度地想把对人和物的控制范围和相互作用扩大的的，渊源不断的愿望支配的^[11]。该观点实际上表明了各国在属人管辖上的特征，但常识告诉我们，在当代社会一国对其国民的管辖虽然是常态的，但其具体内容，表现为施加的义务往往非常有限(虽然义务的轻重是一个仁者见仁的问题，特别是税收和服务)，一般被限制在合理的范围内，对其如何进行国际仲裁活动不加制约并且严格克制。

仲裁员的国籍影响多围绕仲裁员的独立性展开，在法律意义上，一国多通过立法的方式，基于属人联系，对仲裁员在仲裁活动中的权利、义务和责任等方面的立法管辖，从而对仲裁员独立公正行使其职权产生影响。本文认为，一方面，仲裁员本身因其国籍产生的联系越为薄弱和受到合理控制，便能够使其更加独立地进行仲裁。另一方面，各国主管国际商事仲裁员的法律或规则越是统一，也有利于淡化仲裁员的国籍问题。

(一) 削弱和控制基于国籍联系的仲裁员本国法主管

最符合削弱国际商事仲裁员国籍联系要求的仲裁法律性质学说无疑是仲裁自治论，因为其从商事仲裁的起源，以及其解决民间纠纷的功能这两方面上，都揭示了国际商事仲裁超国家的本质^[12]。此时，仲裁员的活动也是超国家或者跨国家的，其国籍仅代表其市民社会身份。然而，国家对仲裁的管辖是事实，仲裁裁决不可能略过国家的承认和司法的监督。

如果从国际私法的角度观察国际商事仲裁员的民事权利、义务和责任，不难发现，其属人联系并不重要。最重要的理由是，各法系普遍认为，以上各方面的基础来源于仲裁员合同，是当事人和仲裁员或仲裁机构意思自治的产物，有时也包含代理法律关系^[13]。故有关其权利、义务和责任适用法律在系属公式上更适合意思自治公式而非属人法公式。也有观点认为，仲裁员与当事人之间的关系是一种身份法关系^([13] pp. 118~119, 124~126)。本文认为身份法关系要建立在分割法律关系的基础上，不过，即便是在属人法公式中，经常居所地标准也一定程度取代了本国法标准而成为普遍趋势^[14]。因而我们可以暂且认

⁶Article 11. (1) UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration.

为，国际商事仲裁员与其本国法主管的问题上，其联系相较于双方当事人的合意既不具备优先性，也不具备充分性。

在仲裁员的刑事管辖上，枉法仲裁罪作为少有的以仲裁员身份为要件之一的犯罪，将使得我国仲裁员基于刑事属人管辖而与其国籍形成必然的联系。不过，这种联系是否充分或者符合该罪设置的目的是值得检讨。其在国际商事仲裁上主要表现为两点：第一点，该条在立法上忽略了仲裁根本的国际化特征。通过本条的设置，导致了国际上与我国对仲裁员的“枉法”认定不同，前者仅限以索贿、受贿等非履行职务行为[15]，而后者还包含实体上的故意违背事实和法律做出枉法裁决、情节严重的行为，要求更高，对仲裁员的威慑更广，是一种非国际性的方法。因而，有学者也认为该条设定欠缺考虑仲裁在属人因素上的国际化趋势[16]。第二点，该条不可避免地将构成国际商事仲裁中我国国籍仲裁员的额外内心标准，会有一定的负面影响[17]。该条设定虽有益于维护仲裁员职业的纪律性和纯洁性，但是其间接影响在于，只由于规定不同，便会为我国国籍的国际商事仲裁员执业时的内心标准抹上一层“神秘性”的色彩，因为对该条的解释和运用需要建立在本土化的刑法适用理论上，它将增加他国当事人选任我国仲裁员的成本，尽管在理性思考下，这种负面影响是可以忽略的[18]。

再看《仲裁法》、《民事诉讼法》及其司法解释，就我国而言，均没有对仲裁员是哪国公民作出区别对待，一边，外国籍仲裁员也可以在我国涉外仲裁机构中任职。一边，修改建议稿第九十二条也只得涉外仲裁中，仲裁员国籍作为一项考虑因素，能够客观并理性地看待该项仲裁员的条件，是值得赞许的，该款应当采纳。⁷

(二) 进一步促进我国国际仲裁员相关立法的国际统一

通过重新审视枉法仲裁罪，不难发现《刑法》规定成为我国国籍仲裁员内心标准的一个重要原因，便在于该标准与国际通行标准不统一。我国在仲裁事业的发展阶段采用国内和涉外仲裁的双轨制，而在仲裁员的刑事责任上采用了单轨制，在刑法的属人性管辖下，放大了该矛盾。然而，前述的标准尽管不统一，却有内在重合的部分，即各国对于仲裁员积极行使“准司法权”的部分，都予以一定程度的豁免和宽松，但对其收取贿赂等渎职行为也都予以严惩。笔者认为，“双轨制”是我国仲裁事业发展中，兼顾国内现状和积极对接国际通行做法的权宜之计，并非最终目标，弊端较为明显[19]。故对《刑法》进行双轨制的适用违背仲裁事业的发展规律，应当促进仲裁员刑事责任标准的国际接轨。

仲裁员的法律地位和责任规则很大程度上都能去除其与国籍国基于法律上的管辖和管理关系，属于自治主体而不是公职主体。仲裁员推动商事法律实践，不意味着其为司法者，其仲裁权并非源自于国内司法权。有学者认为，仲裁员的权力并不从仲裁地国家取得，而是源自于承认其效力的法秩序的总和，其也不属于任何司法系统(forum) [20]。就刑事责任的设立来看，笔者认为，其恰巧反应了我国在以国内司法的理解来分析仲裁。首先，立法机关认为：仲裁尽管采用了非官方的形式，“但是如同诉讼一样，它的精髓在于要求仲裁员公正不倚、依法裁判”[21]。对于仲裁的理解存在些许偏差。其次，事实上，当时国内的仲裁员管理不仅存在相当行政化的问题，有学者还担忧，会发展出办案中依靠类似法官的驻会仲裁员的“准法院”系统[22]。我国仲裁事业早期也确实是在法官等群体的助力下推动的。再次，该罪作为一种法定犯，是基于仲裁在我国的刑法生活而决定的[23]。二者对违反公正性标准采用了统一的“枉法”表述，以及在《刑法》中在渎职罪章节的编排都可以支持我国立法时，对仲裁的理解是基于国内仲裁的发展认定的判断。最后，仲裁语境下的枉法和属地性司法语境下的枉法在法的含义上存在较大差别，国际商事仲裁所依据的法律渊源，可以在必要时使用现代商人法的法律规则作为渊源，现代商人法的组成⁷修改建议稿第九十二条第二款：指定仲裁机构和确定仲裁员人选时，应当考虑当事人约定的仲裁员条件，以及仲裁员国籍、仲裁地等保障仲裁独立、公正、高效进行的因素。见司法部官网：http://www.moj.gov.cn/pub/sfbgw/zlk/202107/t20210730_432958.html，2022年3月22日最后访问。

又包含国际法和交易惯例。⁸该适用的过程并不体现我国司法主权，而多表现为自治。在国内司法的语境下，前述渊源法院并不主动适用，即意味着其并不总是受到认可。

综上，以偏重对仲裁员责任的分析，本节旨在论证我国在仲裁员相关法律和规则上应当最大程度实现国际统一，在削弱法律上的国籍联系的前提下，进入国际市场，更好展现其竞争力。

3.2. 仲裁员一侧的影响

在具备极高道德和专业素质的国际商事仲裁职业团体看来，即便其作为一国国民，也不会因其与当事人为同一国籍国而在裁决过程中偏离公正原则。然而，仲裁规则中的不同规定却告诉我们，作为公正的一个方面，并没有对该问题达成一致意见。

(一) 仲裁员作为商事规则的实践者不同于其他国际性法律实践

以国际商事仲裁属于国际市民社会的组成部分为前提，仲裁员的公民身份似乎能与其市民身份明显地划分，至少对于仲裁员而言，没有强调其公民身份的必要性。在公民身份高敏感性的国际法领域，对仲裁员公民身份的质疑也是一个争议极大的话题：我们可以一定程度借鉴对公正性和独立性要求最高的国际法官的相关研究，其表明，既有研究有证据支持 15 位国际法院法官审理的国家之间的诉讼案件，有支持本国的请求的倾向，表明国际法院的工作永远不能完全脱离国际政治世界，即使没有(来自国家政府的)公开压力，法官也可能有意识或无意识地为了有利于国家忠诚而妥协自己的司法价值观[24]。也有学者认为基于国籍的区分是基于仲裁员非独立和不公正的假设上的，对法官国籍问题的关注是过时的，对提升国际法的司法公正而言就是弄巧成拙[25]。

本文认为，对国际商事仲裁员的公正性认定，应当建立在相信其公正的基础上。理由在于首先，仲裁员群体不同于其他国际性法律的法律职业，存在市场化竞争，故其裁决时自己业务能力的最好的背书，缺乏作出不公正裁决的动机。其次，商事仲裁员的选取，多因其熟悉商事交易和相关规则，注重仲裁员解决争议的能力，与政治因素低相关甚至无关。最后，仲裁员还可以是区域性的法律实践者。从国际法的实践上来说，我们需要更复合的多元法律背景的碰撞。而对仲裁员来说，其最重要的价值就是其具备相关行业和法律的实践背景。在国际商事和贸易的全球化还是一个相对性的概念，掌握地域性而非全球化的微观商人法(micro lex mercatoria)也是商事仲裁员的必要能力之一。⁹因而，我们不难看出，仲裁员作为商人法的实践者，在其市场化属性，商业性和一定情形下实践的地域性上，不同于其他需要适用国际性法律的法律职业，对其国籍的忧虑实为不必要的。

(二) 仲裁员的国籍对其独立公正作出裁决的影响是间接且次要的

作为诸多影响仲裁员独立公正地作出裁决的因素之一，国籍因其国家联系而带来的消极影响并不直接且效果存疑。首先，从联系紧密性的角度来看，这种联系是诸多影响公正裁决的因素之一，没有依据表明其会较其他因素更能够左右仲裁进程，并非仲裁规则考虑的首要因素。有学者认为，包括能力、特殊条件、国籍、独立性和不当行为等因素，可能会影响仲裁裁决的承认与执行。不过，国籍这一因素被提出，是为了使仲裁裁决与当事方无关，更容易执行，只因仲裁员国籍不同而提出拒绝执行仲裁裁决并不受法院认可[26]。有学者认为其包括业务、金钱、种族、亲缘、朋友、雇佣关系等[27]；笔者认为国籍关系在前述的分类中是由作为雇佣关系的公务关系引申的，和国籍无关。其次，仲裁员作为公民的忠诚，并不代表其会导致有失公正的客观结果，我们应当从其客观履历中证明其不公正而非推定其不公正，并

⁸有关商人法的渊源，参见徐国建. 现代商人法论[J]. 中国社会科学, 1993 (03): 79-99.83, 85-91. Also see Mustill, J. (1988). The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years. *Arbitration International*, 4 (2), 86-119. 对于商人法是否是国际商事仲裁中的法律渊源，素有争议，但学者和律师多持满足条件时可以适用于争端解决的观点. See Gaillard, E. (2001). *Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making?* *Arbitration International*, 17 (1), 59-72; also see CONNERTY A, YILDIRIM A C, ESKİYÖRÜK S. *Lex Mercatoria: Is It Relevant to International Commercial Arbitration?* [J]. *Uluslararası Ticari Tahkimve Yeni Lex Mercatoria*, 2014: 101-123.

⁹Supra Mustill, J: 93-94.

且, 客观的偏见依据也是撤销裁决的重要理由。¹⁰ 最后, 仲裁员资格已经构成了其任职门槛, 该形式的国籍标准不解决当事人信心以外的任何问题(后文将会讨论), 这种排除方法不解决公正问题。有学者认为, 第三国或者中立国的仲裁员并不能保证比一方当事人国民的仲裁员更公正[7]。真正的问题是仲裁员是否是一个具有国际意识, 受过比较法训练, 倾向于采用比较的和真正的“国际视野”的方法来裁决的人([28] pp. 27~28)。

由于我国还未完全承认临时仲裁, 几乎全部通过仲裁机构对仲裁员进行管理。因而, 现有的一些仲裁机构管理上的瑕疵, 可能会影响我国国籍为主要的国际仲裁员的独立性。

一个问题在于, 仲裁员还未完全市场化, 《仲裁法》在第十四条和第十五条规定了其独立于行政机关及其自律性组织的特性是一大进步, 但实践中即便是国际商事仲裁机构的贸仲和海仲, 也在实施收支两条线的实践, 仲裁员的报酬依旧通过财政拨款获取[28]。仲裁员收取报酬的来源不独立, 将会影响其独立和公正性。

另外一个问题在于仲裁机构的企业化程度还不充分。有时, 仲裁机构在一定条件下承担指定仲裁员的义务, 但我国仲裁机构除前述收支问题外, 仲裁机构还有待进一步的企业化改革。长期以来, 我国仲裁机构和人员设置上有些许行政属性残留和诉讼化属性[29]。仲裁员的独立性常与其所属仲裁机构关联, 国外一方当事人还可能顾虑国内仲裁机构隶属于当地政府从而进一步怀疑缺乏独立性保障[30]。

3.3. 当事人和仲裁庭一侧的影响

对仲裁员的国籍要求, 最明显的事实支撑集中于当事人和仲裁员一侧。

对首席仲裁员的国籍要求, 常常被认为对当事人的信心有所影响[31]。来自同一个国家的当事人和仲裁员, 往往具有相似的价值体系, 首席仲裁员的国籍要求主要来自于当事人和仲裁机构的担忧, 是衡量和防止偏见的一个简单而有效的标准[32]。

不过, 在对仲裁员要求分为实质性和标签化标准的前提下, 国籍作为对仲裁员诸多要求中可以被“标签化”的标准之一, 在以仲裁员实质性要求标准为主导的选任标准中, 显得格格不入。如果说当事人约定该标准可以基于意思自治原则, 仲裁机构的仲裁规则也以该类标准引导当事人则显得理由不足。同样, 以仲裁员的国籍为理由排除其资格, 或依此拒绝承认或执行仲裁裁决, 构成一定程度的偏见, 与《示范法》第 11 条第 1 款精神相悖。

共同国籍还可以是积极标准。借鉴于国际投资仲裁中的研究, 一些观点还会认为, 拥有当事各方国籍或者共同国籍的仲裁员对于有关当事各方法律和立场而言是有用的, 甚至有利于激发当事各方对仲裁的信心([27] p. 498)。如果该结论是正确的, 那么当这种了解是基于仲裁当事各方时, 反而是一种选任上的有利条件。与其认为基于当事人和仲裁机构一侧提出这样的要求是为判断仲裁员选任寻求一项简单、效率的方法, 不如认为这种标准实际的运行是低效的、偏见的、缺乏依据的。低效意味着排除其他因素, 简单从首席仲裁员作为双方法律文化的最终解释者的角度来看, 第三国的首席仲裁员能够熟练与当事双方沟通, 需要更丰富的、额外两种以上的法律背景, 这相较于一方国籍当事人额外具备另一方的法律背景概率更低。偏见意味着存在相同国家的当事人和仲裁员(尤其是首席仲裁员和指定的独任仲裁员)时, 推定仲裁员存在偏见, 同时也推定其构成其他当事人的不利条件。同样, 这种推定, 不仅违反《示范法》, 也没有值得信服的依据。笔者认为, 特别是对于仲裁机构而言, 仲裁员的国籍更应当被认为是一种仲裁员的中性甚至一定条件下的有利特征来接纳。

仲裁机构规则中排除当事方国籍的仲裁员可能还有以下原因。

第一项是, 彼时, 仲裁院对社会主义, 特别是东方集团的仲裁员适用不同的标准。从 ICC 的仲裁实

¹⁰1925 年《美国联邦仲裁法》第 10 条第(1)项, 参见郭玉军, 胡秀娟. 美国有关仲裁员“明显不公”判定规则的新发展[J]. 法学评论, 2008 (06): 110-116.

践中会遇到, 在一些情况下, 一方在涉及国有企业或机构的争议中, 一方可能会质疑政府官员的独立性, 或者在涉及另一个国有企业的争议中质疑一个国有企业的主管的独立性。仲裁法院极不愿意在这种情况下应另一方请求取消该仲裁员资格, 但是据信所涉国家的政治和经济结构不能允许与其他案件相同程度的分离。要应对这样的质疑, 就等于要求政府一方任命一名非国家仲裁员, 以便对方不会受上述这种独立性的限制。当然, 这个问题的明显解决方案是各方只同意非国家仲裁员[26]。故可以认为, 启用中立国籍的仲裁员是避免在仲裁承认与执行过程中出现对仲裁员独立性质疑的便捷手段, 以防止因仲裁员因素影响判决执行, 提高仲裁裁决的执行效率。

第二项, 国籍所代表的仲裁员条件尽管也属于条件, 但为西方当事人质疑并认为是一项不利条件。有学者也从经验上比较了西方与非西方当事人所看重的仲裁员特质不同: 西方当事人更优先地提议一名在适用的国内法、相关法律领域(建筑、高科技等)具有特定专门知识, 或在仲裁方面具备一般专业知识的首仲, 而不看重国籍。非西方当事人则需要一名对当事各方所处的法律和经济背景有深入了解, 并且与当事一方来自相同的社会、文化和语言环境的首仲, 其最能确保当事各方在仲裁庭面前的问题上的立场得到所有仲裁员的充分理解[33]。显然, 在该文语境下, 西方与非西方当事人都在寻求自身的优势。因此, 仲裁规则中的仲裁员国籍限制还不能说明的是, 西方当事人所寻求之优势恰好出现在一位与对方当事人同国籍的仲裁员身上, 因为其大概率在暗示着一种来自于当事人或仲裁庭对非同国籍一方当事人的劣势推定, 殊不知, 其与西方当事人所追求的仲裁员条件是一种中性的条件。

在当事人和仲裁机构一侧, 因仲裁员国籍对仲裁的实质性影响的担忧是站不住脚的。第一, 其在提高实体效率的方法是存疑的, 只要当事人不想执行仲裁裁决, 会想尽办法拖延程序而根本不在乎使用什么样的理由。第二, 国际商事仲裁中本就不能基于国籍来拒绝承认与执行裁决。第三, 即便对于偏好本国仲裁员的东方国家当事人而言, 其也并非基于形式国籍而是仲裁员对该国文化的实际了解而作出的, 非本国当事人的担忧该点可能影响仲裁员独立性, 完全可以通过现有的规范如仲裁员的披露义务等途径解决。

因此, 形式的中立国籍制度被纳入到仲裁机构的规则中, 不仅忽视了东方国家看重的一项仲裁员素质诉求, 也不利于解决仲裁员独立性和公正问题。

4. 国籍问题掩盖的实质问题

4.1. 商事法律话语之争

虽然国际商事立法呈现一定程度上的统一趋势, 但是商事规则存在话语主导的问题。从中国商法的角度来看, 由于错失了早期的国际贸易机遇, 国际商法似乎与中国法律无关, 是地地道道的舶来品[34]。此时, 处在需要主动适应国际商法话语的其他国家法律从业者, 产生了对国际商事规则理解到接纳上的需求。这对于掌握通用商法话语的国家而言, 法律话语实为其垄断, 或者, 话语就是其认可的商事法律。因此, 无论哪国的仲裁员都需要掌握这种通行的法律话语, 不必担心对其有不利影响。

但是, 我们应当注意到国际经济秩序应当具备包容性, 其表现为彼此尊重相互国家自主选择的经济制度[35]。而尊重的要求是建立在了解甚至通晓各方的制度之上的。对于此类对仲裁员国籍问题的处理, 笔者更倾向于认为这种担忧的来源是未知导致的对非话语国家国籍仲裁员的不信任而非来自于了解, 并不利于促进各国经济秩序在全球层面的和平共存。与其为显性标签而顾虑, 不如诉诸分析仲裁员履历等实质细节, 以求争端解决中减少因中立国籍而增加的隐性成本, 转而将更多精力投入到取得共识上。

如果在国际仲裁领域, 在一套有序统一的仲裁员行业标准下, 能够发展来自不同国家各个行业的高素质仲裁员队伍, 势必能够进一步推动商事规则话语的融合。换言之, 该问题是双向的, 解决方案是应当是开放话语融合而不是转向形式中立。

4.2. 未触及仲裁员属人联系的实质问题

正如 2017 年《国际商会仲裁规则》第 9 条在仲裁员的形式国籍以外，还考虑到了住所，国家关系等因素。基于本文已经得出的结论，形式国籍背后，能够进一步挖掘出的是仲裁员的“实质国籍”，即一系列的属人联系，表现为以国籍为代表的一系列仲裁员的属人联系及客观联系，在国际商事仲裁的语境下，不仅可以解读出仲裁员的公民特征，还可以表现仲裁员法律和其法律文化背景。从属人联系的外延上来讲，不仅仅局限于法律上的讨论，而且不论其对公正、独立性而言具有积极意义或是消极意义。

从规则的发展中我们可以合理推断，仲裁员的中立国籍制度的设立过程中，掺杂了不必要的意识形态性的斗争，不利于国际商事仲裁包容、多元的理念。关于国际司法中的下述判断或许能够证明一些仲裁规则对国籍中立问题的错误解读：即中立性的定义不止是指在与当事人保持相等距离(equidistance)，还指法庭根据普遍适用的法律原则解释裁决(explicate a decision)的能力[36]。

同样，属人联系并非消极的仲裁员选任因素，以工作语言、住所地和过去住所地为代表的这一系列隐藏于国籍形式标准背后的实质联系，反而是有利于促进公正裁决的。如果一味地避免产生国籍联系以及系列国籍联系，反而将诸多蕴含公正性的要素推向未知。在国际法院排除当事方国籍法院的实践中，通常情况下，“非公正”的法官主要来自于非本案当事方的国民([25] p. 147)。对于这些标准而言，不妨作为中性的明示标准予以综合判断。理由有二，第一，这些因素对于实现实质独立和公正而言是必要的，是裁判者知法的必要要件。第二，尽管这些因素可以内化为仲裁员的内心公正和独立性的标准并为其吸收，但是明示的，有关属人联系的正面表达，可以证明当事人知情并有效保障后续仲裁程序中不因非必要争议导致拖沓。

4.3. 对法律文化的差异的认识不足

以海商事仲裁案件为例，差异早就体现在仲裁准备阶段，在谈判文化的差异上，有学者分析我国存在当事人对一切事实或证据不管对自己是否有利，都予以承认并在书面上签字的实践。其目的在于可以换得对方好感或当做谈判之“筹码”，而这一过程很有可能会在仲裁程序中被提交为书面“自认”[37]。在仲裁过程中，亚洲当事人谦和有礼、迂回婉转的答复，杨良宜先生认为，此时仲裁员应当十分小心，不能轻易将之当做其论据软弱无力的表现，更不能将其作为直接承认错误的证据[38]。以上都表明，法律文化在国际商事仲裁中具有相当重要的地位，对案件事实和证据有着实质性的影响。以我国为代表的诸东方国家，提出相同国籍仲裁员或了解中国文化的首席仲裁员，是一项合理的诉求，不应被禁止或者预先排除。中立国籍的仲裁员制度的建立，不仅不在事实上中立，也不益于缩小文化差异带来的鸿沟，没有为解决该问题提供更好的方案。

以上进一步回应了为什么会有观点认为与当事人相同国籍的仲裁员会促进当事人对仲裁进程信心的问题——是通过国籍推导出的仲裁员背后的文化联系。

5. 结论

综上所述，作为前国家的仲裁制度，对仲裁员的中立国籍的推动，主要来自于国家时代仲裁机构和当事人一侧。其实际上是一种不合理的担忧，不仅停留于形式上的国籍中立，甚至可能包含着对特定国籍仲裁员的偏见，从未触及仲裁员的中立性和公正性问题。在各国仲裁员具备独立行使职权的环境中，仲裁员从根本上代表市民社会，故摒弃中立国籍的进程是不可逆的。

中立国籍规则对我国而言，除应当对这种规则保持质疑外，还应当进一步积极修改与仲裁员权利、义务相关的规则，使之国际通行之规则相对一致，最主要的是仲裁员责任的可预见性。

尽管全球贸易环境已初步形成，但国际贸易规则却不当被一种法律话语和文化垄断。贸易法律规

则和法律文化应当兼容并蓄，仲裁员的形式中立国籍规则，多在营造一种虚假的公正氛围，实际上的后果是仲裁法律的话语和文化的垄断得以不断延续。因而，从仲裁员条件上，我们可以期盼进一步地，仲裁规则在仲裁员的形式中立国籍方面向实质国籍的过渡。

参考文献

- [1] 何勤华, 魏琼. 西方商法史[M]. 北京: 北京大学出版社, 2007: 135.
- [2] 巢志雄. 罗马法“诉”的理论及其现代发展[D]: [博士学位论文]. 重庆: 西南政法大学, 2011: 15.
- [3] 肖永平, 郭明磊. 论国籍观念的演进与国籍法的变革[J]. 法学评论, 2007, 25(6): 66-72.
- [4] 李浩培. 国籍问题的比较研究[M]. 北京: 商务印书馆, 1979: 34.
- [5] 江伟, 李浩. 论人民法院与仲裁机构的新型关系——为《仲裁法》的颁行而作[J]. 法学评论, 1995(4): 32-39.
- [6] 曲秋实. ICSID 仲裁员独立性问题初探[J]. 南昌大学法律评论, 2018: 122-147.
- [7] Lalive, P. (1984) On the Neutrality of the Arbitrator and of the Place of Arbitration. In: Reymond, C. and Bucher, E., Eds., *Swiss Essays on International Arbitration*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 25.
- [8] 李乾贵. 现代仲裁法学研究[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2018: 235.
- [9] 郭树理. 民事仲裁制度: 政治国家对市民社会之妥协[J]. 学术界, 2000(6): 190-195.
- [10] 周鲠生. 国际法[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2008: 213.
- [11] Liu, C.-Y. (1961) Subordination of Nationality to the Process of State Control and International Law, *Festschrift f. Schätzel*. In: Castro, F., Ed., *II. La Nationalité*, Vol. 102, The Hague Academy of International Law, Den Haag, 559.
- [12] 何炼红. 论国际商事仲裁的性质[J]. 湖南省政法管理干部学院学报, 2002(2): 30-33.
- [13] 范铭超. 仲裁员与仲裁当事人法律关系模型的困境及其解决[J]. 北方法学, 2014, 8(6): 118-127.
- [14] 蒋新苗. 国际私法本体论[M]. 北京: 法律出版社, 2020: 497.
- [15] 赵维加. 商事仲裁员刑事责任研究[J]. 上海财经大学学报, 2010, 12(3): 26-33.
- [16] 黄晖. 论枉法仲裁罪之“枉法”性[J]. 四川大学学报(哲学社会科学版), 2010(4): 120-128.
- [17] 刘晓红. 确定仲裁员责任制度的法理思考——兼评述中国仲裁员责任制度[J]. 华东政法大学学报, 2007(5): 82-90.
- [18] 罗国强. 枉法仲裁罪思辨——仲裁性质两分法与比较法下的考量[J]. 中国刑事法杂志, 2009(1): 63-72.
- [19] 史飏. 商事仲裁监督与制约机制研究[D]: [博士学位论文]. 北京: 中国政法大学, 2003: 87-88.
- [20] Gaillard, E. (1999) The Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin. *ICSID Review—Foreign Investment Law Journal*, **14**, 16-45. <https://doi.org/10.1093/icsidreview/14.1.16>
- [21] 黄太云. 《刑法修正案(六)》的理解与适用(下) [J]. 人民检察, 2006(15): 22-28.
- [22] 陈福勇. 我国仲裁机构现状实证分析[J]. 法学研究, 2009, 31(2): 81-97.
- [23] 刘远. 刑法任务的司法逻辑解读[J]. 中外法学, 2012, 24(4): 706-720.
- [24] Terris, D., Romano, C.P.R. and Swigart, L. (2007) *The International Judge: An Introduction to the Men and Women Who Decide the World's Cases*. Oxford University Press, Oxford, 147-158.
- [25] Dannenbaum, T. (2013) Nationality and the International Judge: The Nationalist Presumption Governing the International Judiciary and Why It Must Be Reversed. *Cornell International Law Journal*, **45**, 77-184.
- [26] Tupman, W.M. (1989) Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Commercial Arbitration. *International & Comparative Law Quarterly*, **38**, 26-52. <https://doi.org/10.1093/iclqaj/38.1.26>
- [27] Schreuer, C.H. (2009) *The ICSID Convention: A Commentary*. Cambridge University Press, Cambridge, 513.
- [28] 张焯. 论防止仲裁的诉讼化[D]: [博士学位论文]. 北京: 对外经济贸易大学, 2007: 151.
- [29] 谭兵, 黄胜春. 中国仲裁制度的改革与完善[M]. 北京: 人民出版社, 2005: 38.
- [30] 袁发强. 中国仲裁公信力建设的侧面思考[J]. 武汉仲裁, 2018(1): 15-36.
- [31] 刘晓红, 袁发强. 国际商事仲裁[M]. 北京: 北京大学出版社, 2010: 189.
- [32] Salomon, C.T. (2002) Selecting an International Arbitrator: Five Factors to Consider. *Mealey's International Arbitration Report*, **17**, 1-4.

-
- [33] Bond, S.R. (1991) The International Arbitrator: From the Perspective of the ICC International Court of Arbitration. *Northwestern Journal of International Law & Business*, **12**, 1-24.
- [34] 姜作利. 国际商法(第四版) [M]. 北京: 法律出版社, 2020.
- [35] 车丕照. 法学视野中的国际经济秩序[M]. 北京: 清华大学出版社, 2021: 127.
- [36] Helfer, R. and Slaughter, A.-M. (2017) Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication. In: Addo, M.K., Ed., *International Law of Human Rights*, Routledge, London, 263-382. <https://doi.org/10.4324/9781315092492-11>
- [37] 张虎. 论国际商事仲裁中文化差异的应对[J]. 区域金融研究, 2013(5): 86-87.
- [38] 杨良宜. 文化差异对海事仲裁的影响[J]. 中国海商法研究, 2012, 23(4): 106-110.