

我國仲裁責任制度的探析與重構

羅國強*

仲裁¹責任問題是一個長期缺乏深入研究的領域。實際上，一國仲裁體系越發達、仲裁業務越繁榮，就越離不開一個有力的責任制度的支持。僅僅滿足於道德責任對仲裁職能行使者²的重要約束力量，而忽視法律責任的關鍵作用，只會把一個蓬勃發展中的我國仲裁體系導入歧途。而現實也在一次次地提醒我們：現有的仲裁責任制度尚有諸多問題無法應對。故而關注和研究這一問題無疑對我國整個仲裁體系的發展完善具有重大理論和實踐意義。

一、理論前提

所謂仲裁責任，是指仲裁職能行使者因其故意地違反特殊服務合同或法律的規定而應對仲裁協議當事人和國家所負的責任。一個仲裁責任制度要從無到有地建立起來，就必須首先明確一個前提：仲裁職能行使者是否應當對自己行使職務的行為承擔責任。目前世界上存在三種關於仲裁責任³的理論：

(一) **仲裁責任豁免論**。英美法系國家基於仲裁為一種準司法行為說以及鼓勵以仲裁解決商事爭議的政策，原則上賦予仲裁員類似於法官的豁免權。⁴而仲裁員的豁免權又被擴及於仲裁機構。⁵比如美國聯邦最高法院曾在 1884 年的 *Hoosac Tunnel Dock and Elerator Co. v. O'Brien* 一案中指出：“仲裁員是準司法官……與對法官和陪審員一樣，有正當理由要保證仲裁員的公正、獨立和不受不正當影響……司法豁免權應及於仲裁員。”⁶這一理論的主要功效在於保證仲裁職能行使者不受當事人的不當影響和司法干擾，保持其獨立性。但該理論在保護仲裁的公正性方面就缺乏有力措施，如果在仲裁職能行使者實施了某種故意的不法行為（如欺詐、受賄等）的情況下仍不要求其承擔責任，

* 武漢大學法學院國際私法碩士研究生。

¹ 這裡的仲裁均指一般情況下所講的仲裁即商事仲裁，而不包括行政仲裁、國家仲裁等特殊仲裁。關於普通仲裁與特殊仲裁的區分，參見陳桂明：《仲裁法論》，中國政法大學出版社 1993 年版，第 11 頁。

² 本文中筆者以“仲裁職能行使者”概括仲裁員和機構仲裁中的仲裁機構，而不包括臨時仲裁中的仲裁機構。

³ 與本文所不同的是，大多數學者在對仲裁責任進行論述時並未將機構仲裁中的仲裁機構作為責任的主體，雖然在其闡述中往往會包含有關仲裁機構責任的內容，在他們看來，仲裁責任就是仲裁員的責任。

⁴ See Alan Redfern and Marfin Hunter: *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet and Maxwell, 1986, pp.205-206.

⁵ 參見郭壽康、趙秀文主編：《國際經濟貿易仲裁法》，中國法制出版社 1999 年版，第 204 頁。

⁶ See David J. Branston and Richard E. Wallace, JR: *Immunity of Arbitrators in American Law*, from Julian D. M. Lew: *Immunity of Arbitration*, London Lord Publishing Co., 1990, p.87.

顯然對當事人是不公平的，而且廣泛的責任豁免會使仲裁職能行使者疏於防範義務，更易使仲裁出現不公正。

(二) 仲裁責任理論。大陸法系國家基於仲裁為一種契約行為說以及法官民事責任理論，認為仲裁員不應享有職務豁免，仲裁員不僅應承擔違反契約的責任，而且應承擔違反法律的責任。⁷ 比如瑞典斯德哥爾摩商會在解釋其仲裁員規則時就持這樣的觀點：

“基於仲裁員民事責任的合同性，有關仲裁員責任的詳細情況應當參照法律有關僱傭合同的規定……仲裁員對爭議雙方負有相同的受託責任。”⁸ 這一理論強調仲裁職能行使者應認真地執行職務，並注重減少仲裁職能行使者濫用職權的可能性，能較好地服務於仲裁公正的目的，但在保護仲裁獨立性的效力上卻令人懷疑。當事人可能濫用其訴權，引起過多的司法介入，從而使裁決的效力處於不確定的狀態，這顯然是與當事人以仲裁定分止爭的初衷相違背的。

(三) 有限仲裁豁免論。在揚棄前兩種主張的基礎上，許多國家傾向於有條件地承認仲裁職能行使者一定範圍內的豁免權。比如在德國，仲裁員不因其過失而對行使職務中的違約或侵權行為承擔責任，但有關程序錯誤的責任不在免責範圍中。⁹ 在英國新近修改的《仲裁法》中，雖然豁免權被明確授予仲裁員和仲裁機構，但仲裁職能行使者仍將為其出於“惡意”（Bad Faith）的作為或不作為承擔法律責任。可見在大多數國家的立法中，責任豁免和民事責任相互滲透，從而形成了一種有限豁免的情況。而且原則上採用仲裁責任豁免論的英美法系國家也大都在其司法實踐中支持了有限仲裁豁免理論。¹⁰ 此外，一些國際仲裁機構也對其仲裁職能行使者的有限責任作了規定。如《美國仲裁協會（AAA）國際仲裁規則》第 36 條“排除責任”規定：“仲裁庭的成員和協會行政管理人員不應對任何當事人就與按照本規定所進行的仲裁有關的作為或不作為負責，但因其故意的不法行為對一方當事人所造成的後果應負責任。”

我們認為，仲裁的獨立性和公正性都是其賴以存在的基本價值，兩者並不是對立的，過於強調某一方而壓制另一方都非明智之舉，絕對的仲裁責任豁免和仲裁責任制度都是行不通的。因此，我國有必要採取有限仲裁豁免的作法，以達到在保證仲裁獨立性的前提下促進仲裁公正的目的。

在我國《仲裁法》頒佈以前，我國從未有法律或仲裁規則明確規定仲裁員在沒有謹慎從事時應承擔甚麼樣的責任，¹¹ 更加未能顧及其他仲裁職能行使者的責任，當時可以認為，我國採取了仲裁豁免論，但在《仲裁法》頒佈實施後這種情況得到了改善。該法第 38 條規定：“仲裁員有本法第 34 條第 4 項規定的情形，情節嚴重的，或者有本法第 58 條第 6 項規定的情形的，應當依法承擔法律責任……”這意味我國仲裁員在上述規定情形外享有豁免權，而有以上規定情形的，將根據《仲裁法》和其它法律的規定承擔

⁷ 參見詹禮愿、項江雄：《試評中國大陸與港澳台仲裁員責任制度》，引自 2000 中國國際私法年會論文，第 2 頁。

⁸ 參見周子亞、盧繩組、李雙元譯：《瑞典的仲裁》，法律出版社 1984 年版，第 84 頁。

⁹ See Volkerb Trieble and Johns Hyden: 《Immunity of Arbitration in Germany Law》, from Julian. D. M. Lew: 《Immunity of Arbitration》, London Lord Publishing Co., 1990, p.46.

¹⁰ 參見黃進主編：《國際私法與國際商事仲裁》，武漢大學出版社 1994 年版，第 113-114 頁。

¹¹ 參見高菲：《中國海事仲裁的理論與實踐》，中國人民大學出版社 1998 年版，第 177 頁。

法律責任。由此可見，我國已採取了有限仲裁豁免理論。但問題在於，這樣的一項法律制度在我國尚未完全建立起來，有關法律銜接不緊密，具體規定亦不儘翔實，以致於人們往往有理由忽視其存在。下面我將試圖從有關法律規定中摸索出一個我國有限仲裁豁免制度的大致輪廓，並對其作必要的實證分析以作為進一步深入探討的起點。

二、實證分析

（一）責任主體。有限的仲裁豁免即意味 仲裁責任。我國法律已明確規定仲裁員為有限仲裁責任的主體。從純實證的角度而言，由於我國不存在臨時仲裁，故而沒有討論臨時仲裁中的仲裁機構是否為責任主體的必要。那麼我國的仲裁機構（當然是機構仲裁中的仲裁機構）是否是仲裁責任的主體呢？實際上，《仲裁法》根本未曾規定仲裁機構要承擔甚麼樣的責任，對此可作兩種解釋：一是仲裁機構在執行職務中享有絕對的豁免；二是仲裁機構的責任應依一般法律的規定來追究和承擔，它根本不享有仲裁豁免，自然就不會成為仲裁責任的主體。但事實卻是，除了《仲裁法》以外，再沒有其他法律來規範仲裁機構的行為，且由於《仲裁法》在某些問題上採取了迴避的態度，我們無法對仲裁機構及其行為的性質作出界定，也就無法找到可能從其它角度規範仲裁機構職務行為的法律。從這個意義上講，我國仲裁機構在執行職務的過程中實際上享有絕對的豁免權，因而不作為仲裁責任的主體。

（二）責任要件。首先就主觀責任要件而言，因為仲裁員只有在“私自會見當事人、代理人，或者接受當事人、代理人的請客送禮”，¹²以及“索賄受賄、徇私舞弊、枉法裁判”¹³的情況下才構成責任，而這些行為顯然都是故意而為，所以主觀責任要件應為“故意”，過失不構成責任。

其次就客觀責任要件而言，由於上述可歸責行為都由法律作出規定，而且這些行為有的可由作為構成（如索賄），有的可由不作為構成（如為徇私而拖延），故而我們可以概之為“以作為或不作為對法律的違反”。

法律沒有把損害後果的產生以及違法行為與損害後果的因果關係規定為責任要件，這意味 仲裁員行為本身的惡性將決定仲裁責任的產生。可見，仲裁責任源自仲裁員故意的違法行為。

（三）責任範圍。仲裁員可能會對仲裁機構承擔一定的內部責任，但仲裁機構只是民間組織，故這種責任不是法律責任，更談不上行政責任。《仲裁法》第 34 條第 4 項以及第 58 條第 6 項所規定的違法行為，本可以在《刑法》第 163 條第 1 款或者第 385 條中找到相應的追究刑事責任的依據，但若嚴格按照條文的字面意義，那些違法行為要構成犯罪，主體必須為“國家公務員”或“公司、企業工作人員”，而仲裁員只是仲裁機構這一民間組織的僱員，顯然不能成為犯罪主體。故刑事責任亦不包括在仲裁責任的範圍內。

目前我國仲裁責任只包括民事責任。依《民法通則》第 108 條第 1 款：“公民、法

¹² 參見《中華人民共和國仲裁法》第 34 條第 4 項。

¹³ 參見《中華人民共和國仲裁法》第 58 條第 6 項。

人違反合同或者不履行其它義務的，應當承擔民事責任。”將該條款與《仲裁法》結合起來，即使不把《仲裁法》第 34 條第 4 項和第 58 條第 6 項的情形視為“違反合同”，也可視其為“不履行其它義務”，仲裁員的民事責任就可確立。

（四）責任形式。依我國《民法通則》第 134 條的規定，仲裁員可能以如下方式承擔民事責任：停止侵害；排除妨礙；返還財產；重新履行職務；賠償損失；支付違約金；消除影響、恢復名譽；賠禮道歉；被予以訓誡、責令具結悔過、收繳非法所得、罰款或拘留。由於在合同或法律沒有明文規定時，我國司法實踐一般以非法所得為民事賠償，¹⁴因此在仲裁員造成當事人直接經濟損失而應賠償時，僅以其所收酬金為限，而凡是收受的賄賂都將被收繳或退還。

（五）追責時效。要求仲裁員承擔仲裁責任的時效並未被《民法通則》規定為特殊時效，所以目前仲裁責任的追訴時效為 2 年，自當事人知道或者應當知道權利受侵害時起算。¹⁵

（六）追責程序。由於仲裁員可能依法承擔的仲裁責任為民事責任，故而以提起民事訴訟的方式追究仲裁員的責任是可行的。但是能否以仲裁來追究仲裁員的責任呢？儘管法律沒有規定此類事項不得仲裁，但也沒有規定此類事項屬於“合同糾紛”或“其他財產權益糾紛”因而可以仲裁，¹⁶因此事實上目前不存在以仲裁追究仲裁員責任的法律依據。

三、瓶頸問題

在篩出一個我國仲裁責任制度的輪廓後，不難發現有關法律規定的匱乏、片面和流於形式，許多應當繼續進行下去的價值分析和框架建構到此都不得不停步。仲裁法律體系不完善的實然制約一個完善的仲裁責任制度的形成。而要打破這種制約，促使較好制度浮出水面，就必須首先解決以下瓶頸問題：仲裁協議當事人與仲裁員是何法律關係？仲裁協議當事人與仲裁機構是何法律關係？仲裁員與仲裁機構之間又應是何法律關係？

仲裁責任即仲裁職能行使者對國家和仲裁協議當事人的責任，由於該責任產生自私法領域，故對當事人的責任應是其主要方面。仲裁職能行使者與其所屬國家存在當然的聯繫（或者為該國公民，或者為該國法人），但仲裁職能行使者與當事人並不必然存在法律聯繫。如果法律對此不作明確規定，那麼當仲裁責任產生時，兩者的法律關係卻不明瞭，具體的責任內容就無從建構；如果拋開法律關係這個基礎去作具體規定，那這樣的規定必然是武斷和不公正。同時，仲裁職能行使者與當事人間法律關係的不明確，導致《仲裁法》成為唯一可以調整該種法律關係的法律，《仲裁法》的寥寥規定顯然難以適應複雜現實的需要，而其他法律中的合理規定卻不能被適用。此外，仲裁員與仲裁機

¹⁴ 參見詹禮願、項江雄，《試評中國大陸與港澳台仲裁員責任制度》，引自 2000 中國國際私法年會論文，第 5 頁。

¹⁵ 參見《中華人民共和國民法通則》第 135-137 條。

¹⁶ 參見《中華人民共和國仲裁法》第 2-3 條。

構間是否應承擔連帶責任的問題對當事人彌足重要，如果不明確他們之間的法律關係，這一問題也無從解決。

（一）仲裁員與當事人的關係。關於這一問題理論界存在三種說法：準合同關係說（認為仲裁員與當事人間存在特定含義上的準合同關係）、合同關係說（認為仲裁員與當事人間存在合同關係）以及特定身份關係說（認為仲裁員以準司法身份執行職務）。¹⁷而在持第二種說法的學者中，對於這種合同關係的性質也莫衷一是，有的認為是委託合同，有的認為是僱傭合同，有的認為是承攬合同，¹⁸也有的認為是特殊合同。¹⁹而在立法實踐中，現代英美法系國家逐漸忽視傳統的合同關係理論，而重強調仲裁員所履行的是準司法職能；大陸法系國家雖然承認仲裁員所執行職能的準司法性，但注重以合同關係界定仲裁員與當事人的關係。²⁰

我們認為仲裁員與當事人間是一種特殊服務合同關係。首先，之所以將其界定為合同關係，是在於仲裁員與當事人本為平等的民事主體；當事人對仲裁員作出指定或當事人默認的由第三方對仲裁員作出的指定為仲裁員所接受的過程，實際上是要約與承諾的過程；仲裁員運用其智慧並付出勞動為當事人解決爭端，當事人為此支付酬金，也滿足對價的要求。其次，之所以將其界定為服務合同關係，在於整個仲裁員運用智慧爭取解決當事人間爭端的過程，實際上就是當事人依合同享受服務的過程。再次，之所以將其界定為特殊服務合同關係，是因為一旦合同達成，仲裁員就只需服從合同與法律而不必受任何一方當事人的不當影響，他不為任何特定一方當事人的利益服務，而是為雙方當事人特定的共同利益服務，這一共同利益就是爭端的迅速解決和權益歸屬的有效確定，儘管這一共同利益的實現可能會以某一方當事人利益的損失為代價。

這一特殊服務合同的最本質特徵，就在於其所謂的“準司法職能”。儘管關於這種類比性的稱謂是否恰當尚無定論，但是不可否認的是，正是通過該種合同，當事人自願限制了其程序上的訴權，他們不再通過法院的審判而通過仲裁員的服務行使其程序上的處分權，作為所有權核心的當事人實體上的處分權的實現也依賴於仲裁員的服務，而法律為了維護和監督“私法自治”也在一定條件下賦予了仲裁裁決與法院判決同等的效力，由此仲裁員的職務也就變得重要，以致於其行使將產生私法和公法上的雙重效果。而對當事人而言，在仲裁中也能得到有執行力的裁決，與其在民事訴訟程序中得到的判決的效力一樣，只不過前者可能來得更簡便迅捷而已。所以，僅就該種特殊服務合同產生的結果而看，以“準司法性”概之亦不無道理。

（二）仲裁機構與當事人的關係。我們同時認為機構仲裁中的仲裁機構與當事人構成特殊服務合同關係。首先，之所以說這是合同關係，在於兩者主體地位的平等，仲裁機構僅是民間組織，沒有凌駕於當事人之上的權力；當事人申請仲裁，仲裁機構受理申請的過程就是要約與承諾的過程；仲裁機構為當事人以仲裁解決糾紛提供各種便利並收取管理費，也滿足對價的要求。其次，之所以說這是服務合同，在於仲裁機構對仲裁程

¹⁷ 參見郭壽康、趙秀文主編：《國際經濟貿易仲裁法》，中國法制出版社 1999 年版，第 193 頁。

¹⁸ See Julian. D.M. Lew: 《Immunity of Arbitration》, London Lord Publishing Co.,1990, pp.46-54.

¹⁹ 參見羅昌發：《商務仲裁人之理論與實際》，1984，第 39 頁。

²⁰ 參見郭壽康、趙秀文主編：《國際經濟貿易仲裁法》，中國法制出版社 1999 年版，第 200 頁。

序的管理，也就是對當事人的服務。再次，之所以說這是特殊服務合同，是因為仲裁機構為當事人的共同利益服務，且只服從合同與法律。

以上兩類特殊服務合同，既存在密切聯繫，又有本質上的區別。這兩種特殊服務合同的訂立，根本目的都在於實現當事人以仲裁解決爭端的願望；仲裁機構與當事人間的合同，是仲裁員與當事人間合同的先導，而只有仲裁員與當事人間的合同才能使前者具有實際意義；仲裁機構與當事人間合同的主要任務就是保障仲裁員與當事人間合同的順利履行，仲裁員與當事人間合同的順利履行則以前者的順利履行為必要條件；因而我們可以說，這兩者的內容都涉及到了“準司法職能”及其運作過程。當然兩者的合同主體畢竟有所差別，而且成立的先後順序也不同（一個形成於當事人的仲裁申請被受理時，另一個形成於當事人對仲裁員的指定被接受時）；且仲裁員與當事人的合同主要規定仲裁員如何履行其“準司法職能”，而仲裁機構與當事人的合同主要規定仲裁機構如何為“準司法職能”的順利行使創造便利。

以上是就機構仲裁的情況而言，而在臨時仲裁中大多不存在仲裁機構，即使存在，其所謂的仲裁機構並不管理仲裁程序，只是宣傳仲裁，雖然也可能適當時給予案件當事人協助，但這並不是其義務，它可以拒絕要求管理的請求；²¹而仲裁庭卻必須從始至終實體、程序問題一起抓。²²這種仲裁機構的職能並未觸及到“準司法職能”及其運作，故而可以認為臨時仲裁中的仲裁機構與當事人實際上為中介關係。它只是宣傳仲裁，促使當事人與仲裁員訂約，若訂約成功，該仲裁機構並不染指仲裁程序或實體事務，自然談不上甚麼“仲裁”責任或“仲裁”豁免。所以嚴格說來，從有限仲裁豁免的角度來談仲裁機構與當事人的關係，實際上是不涉及臨時仲裁的情況的。

（三）仲裁員與仲裁機構的關係。如上述，由於臨時仲裁中的仲裁機構只行使中介職能，它將仲裁員納入其名冊也只是為了便利仲裁員和當事人訂立特殊服務合同，它不管理仲裁程序，也就不會控制仲裁員的職務行為，故而這種仲裁機構與仲裁員只是中介人和其中介活動相對人之間的關係，這將不會帶來兩者的連帶責任。

那麼在機構仲裁中，仲裁員是否就隸屬於仲裁機構呢？答案是否定的。我們認為，儘管我國仲裁員都是被仲裁機構所聘用，但仲裁員與仲裁機構不是一般勞務合同關係（Employment Contract），而是獨立勞務合同關係（Independent Contract）。相應的，仲裁員也就不是仲裁機構的工作人員（Employee），而是為其所聘用的獨立勞務者（Independent Contractor）。²³兩者的區分在於，工作人員在工作中受僱主的全面監控，且一般以僱主的名義、依靠僱主提供的條件工作；而獨立勞務者只須聽從僱主依照合同對自己的工作所作的安排或要求，至於合同未規定的事項僱主不得過問，且獨立勞務者一般以個人名義、依靠自身的條件工作。因而工作人員在執行職務中侵犯他人權利，應由僱主負責；而獨立勞務者在履行勞務中侵犯他人權利，僱主不負責任，除非該獨立勞

²¹ 參見康明：《臨時仲裁及其在我國的現狀和發展》，載於《仲裁與法律》2000年第3期，第7頁。

²² 參見高菲：《中國海事仲裁的理論與實踐》，中國人民大學出版社1998年版，第146頁。

²³ Employee, Independent Contract 本是普通法系上的一組概念，在此為說明仲裁員與仲裁機構的關係問題而引入。

務合同的正確履行本身就意味 對他人合法權利的侵害。²⁴

那麼在我國，以甚麼根據來確立仲裁員的獨立勞務者的身份呢？首先，從受控制的程度上講，以我國國際商會為例，其仲裁員都是兼職的，只有在被當事人指定或仲裁委員會指定時，才參與對某一特點仲裁案件的審理。²⁵實際上，即使是專職仲裁員，也只能依指定方能行使職權。因此，只有具備指定這一條件，獨立勞務合同才生效，而在平時仲裁機構對仲裁員沒有任何控制。進入仲裁程序後，與國際上絕大多數國家處理國際商事仲裁案件的常設仲裁機構一樣，中國國際商會仲裁院²⁶實際上只是為仲裁提供服務的行政管理和辦事機構，主要負責接受當事人提交的仲裁申請案、協助組成仲裁庭，在當事人與仲裁員之間傳遞有關仲裁審理所需要的文件、協助安排開庭審理等。至於仲裁審理和仲裁裁決，完全屬於仲裁庭的管轄範圍。對於仲裁審理和仲裁裁決，無論是仲裁委員會，還是中國國際商會，都不得對其進行干預和審查。²⁷其次從是否以個人名義工作上講，仲裁員無疑一直以個人名義與當事人交流，以仲裁庭而不是仲裁院的名義行使職權，裁決須經仲裁員簽署方為生效。儘管仲裁機構可能被要求在裁決書上蓋章或作形式上的批准，但這只能視為其完成自己與當事人特殊服務合同的表示，並不意味 其將為仲裁員的職務行為負責。再次，從工作的條件上講，幫助當事人解決爭端主要是一種腦力勞動，而仲裁員在審理、調解或裁決過程中都主要依靠自己的知識和能力。綜上，仲裁員不同於專門供職於仲裁機構為其從事有關仲裁事項管理活動的工作人員，他只能是仲裁機構僱用的獨立勞務者。此外，還須指出的是，這種獨立勞務合同顯然是為了第三方利益而訂立的合同，不過由於合同雙方與第三方（即當事人）間的關係已受相關合同（即上述兩類特殊服務合同）的調整，因而不必以一般的調整合同當事人與第三人關係的規則來調整其關係。

我國仲裁員對仲裁機構的義務實際上由仲裁機構的規則確定，而該規則是由國家法律所認可的，故而正確地履行獨立勞務合同義務必然不會違反國家法律；而當事人到仲裁機構申請仲裁也就意味 其承認了該規則的效力（當然有時在法律許可的範圍內當事人可對規則作一定修改），這種被確認的規則所規定的有關仲裁員對仲裁機構義務的實現，也就只會符合當事人的利益而不可能損害之。所以在此獨立勞務合同的正確履行必然不會帶來責任。如果仲裁員在履行獨立勞務合同過程中違反了法律或與當事人間的特殊服務合同，應承擔個人責任。但問題在於，在仲裁程序中，作為僱主的仲裁機構也因與當事人存在合同關係而涉身於仲裁事務中，它當然也有可能因違法或違反合同而承擔責任。那麼如果在仲裁事務中仲裁機構與仲裁員共同或分別實施了違法或違約行為，他們就有可能共同承擔責任。

²⁴ 比如一個公司的工作人員為該公司運貨，在為公司的貨車加油時因操作不慎而引起火災，則該公司為火災承擔責任；而若該公司僱一位獨立勞務者運貨，該勞務者在為自己的貨車加油時不慎引發火災，應自負其責，公司不對其負責。

²⁵ 參見郭壽康、趙秀文主編：《國際經濟貿易仲裁法》，中國法制出版社 1999 年版，第 102 頁。

²⁶ 自 2000 年 10 月 1 日起，中國國際經濟貿易仲裁委員會與中國海事仲裁委員會均採用中國國際商會仲裁院的名稱。

²⁷ 參見郭壽康、趙秀文主編：《國際經濟貿易仲裁法》，中國法制出版社 1999 年版，第 103 頁。

四、重構

在解決上述瓶頸問題的基礎上，我們可從現有仲裁責任制度的框架吸收合理成分並加以發展、改進其不足之處並加以完備，從而重構一個清晰合理並有利於整個仲裁體系發展的我國仲裁責任制度。

（一）責任主體。我們認為，除了仲裁員應成爲有限仲裁責任的主體外，還應把仲裁機構納入責任主體的範圍內。正如前面所談到的，仲裁機構與當事人的特殊服務合同和仲裁員與當事人的特殊服務合同是相互依存的，仲裁機構行使職務的行爲對仲裁員“準司法職能”的行使具有舉足輕重的意義，如果仲裁機構因不享有豁免而頻頻受到非難，那將間接影響仲裁員的立場並可能最終破壞裁決的穩定性。不過現在的問題不在於仲裁機構缺少豁免，而在於其享有過大的豁免權。仲裁機構的豁免權本是從仲裁員的豁免權中引申而來，現在仲裁員只享有有限豁免，而仲裁機構卻享有絕對豁免，這顯然是本末倒置了。

我們不妨參考一些有代表性的國家和國際仲裁機構的作法，明文規定仲裁機構享有有限的豁免。例如英國 1996 年《仲裁法》第 74 條第 1 款就規定：“應當事人請求指定或任命仲裁員的仲裁機構或其他機構或個人對其在執行職務或者宣稱執行職務過程中的作爲或不作爲不承擔責任，除非該作爲或不作爲是出於惡意的。”此外，《美國仲裁協會（AAA）國際仲裁規則》、《解決投資爭議華盛頓公約》也對此有相關的明文規定。

（二）責任要件。我們認為，以“故意”爲限的主觀責任要件是合適的。基於兩個特殊服務合同的特殊性與重要性，在考慮仲裁責任的要件時，不僅要力圖維護個案正義，還要關注仲裁的獨立性以及“準司法性”的權威性的穩定性這些維繫整個仲裁體系的基本價值。因此有必要謹慎地確定責任要件，而不應使仲裁職能行使者動輒得咎。爲了儘可能令仲裁職能行使者履行職責而不受干擾，避免過多的司法介入，就不應使仲裁職能行使者因過失而承擔責任。儘管有的國家和國際仲裁機構認爲“重大過失”應成爲仲裁責任的主觀要件，但在我國，法律已經對仲裁員以及仲裁機構的資格作了嚴格的限制，法律所要求的仲裁職能行使者一般具有良好專業素養和品德，故雖然在某些個案中可能存在重大過失所致的損害，但總的說來，出現重大過失的機率並不高。而爲了促進仲裁體系的發展，我們應該給予由專業人士中的佼佼者組成的這支仲裁職能行使者隊伍更多的信任和更充分的支持，僅僅因爲個案中重大過失的存在而武斷地削弱整個有限仲裁豁免的深度是不明智的。

規定仲裁職能行使者只因違法行爲而承擔責任顯然是不夠的。在仲裁職能行使者與當事人的特殊合同中，前者應承擔的義務有三：法律的義務、當事人施加的義務以及道德義務。²⁸眾所周知，道德義務是不會引起法律上的責任的；而違反法律的義務也必然會受到國家強制力的制裁。我們認爲，當事人施加的義務實際上已爲特殊服務合同的締約方共同接受，故而稱之爲合同的義務更爲確切。從某種意義上講，確定的合同就是當事人之間的法律。如果合同義務得以正確履行，自然沒有法律干預的必要；但若約定未

²⁸ See Alan Redfern and Marfin Hunter: 《Law and Practice of International Commercial Arbitration》, Sweet and Maxwell, 1986, p.202.

被遵守，法律就應加以干預，追究違約方的責任。基於與當事人的合同關係，仲裁職能行使者應為其違反合同的行為承擔責任。故仲裁責任的客觀要件應概括為：“以作為或不作為對法律或特殊服務合同的違反。”當然，出於私法自治，特殊服務合同的締約方可在訂約時排除任何一方因違反合同義務可能承擔的責任，但是法律所施加的義務卻是不得排除的。

我們應堅持因行為的主觀惡性而不問損害及因果關係而產生仲裁責任這一點。歸根到底，仲裁豁免制度是為了保護善意的仲裁職能行使者，品行不端且心懷惡意的人本身就應為仲裁體系所排斥，而不必再為其責任的追究附加條件。只有這樣，才能令善意的仲裁職能行使者受到充分保護，而不給予有惡意的不合格仲裁職能行使者仲裁制度上的保護。

前面已經談到，仲裁員和仲裁機構可能會在仲裁事務中因共同或分別實施違法或違約行為而承擔連帶責任，那麼結合對要件的分析，不難看出連帶責任的存在應滿足兩個要件：一是仲裁員具有違約或違法的故意，仲裁機構也有違約或違法的故意，當然這兩種故意所針對的具體內容可以不同；二是兩者都以作為或不作為違反了合同或法律。可見，不能因兩者中的一方具有故意的不良行為而要求另一方為此承擔連帶責任。

在結束對仲裁責任要件重構的探討前，我們擬列出幾種主要的可能導致仲裁職能行使者承擔責任的行為。就仲裁員而言，可歸責行為應包括：索賄受賄、枉法裁判、徇私舞弊、無故退出、洩密、不迴避、不披露以及拖延。仲裁機構的可歸責行為包括：索賄受賄、受理無管轄權的案件、代為指定不合格的仲裁員、不及時送達仲裁規則和仲裁員名冊以及答辯、不及時提交當事人的財產保全申請、不通知、不批准合理的迴避請求、不及時在調解書和裁決書中蓋章。

（三）責任範圍。仲裁職能的行使與行政行為沒有直接的聯繫，故而仲裁職能行使者應承擔的責任不會包括行政責任。

前面已經明確，基於《民法通則》第 108 條第 1 款的規定，仲裁員作為“公民”應承擔民事責任，那麼在肯定仲裁機構應成為仲裁責任的主體後，是否也應依該條款令仲裁機構作為“法人”承擔民事責任呢？確實應該如此。照國際上普遍的作法，都是規定仲裁機構為民間性社團法人，但我國《仲裁法》卻迴避了仲裁機構的性質問題，²⁹這是令人遺憾的。儘管只要確定了仲裁機構與當事人的特殊服務合同關係，我們仍然可以依《合同法》第 107 條的規定³⁰要求仲裁機構承擔民事責任，但為更好地與國際通行的仲裁制度接軌，我們認為應早日明確仲裁機構為社團法人。

根據《刑法》第 163 條以及第 385 條規定，國家公務員、公司企業工作人員都可能因索賄、受賄而承擔刑事責任，而仲裁員行使如此重要的職責，在作出與前面各類主體相同或相似的違法行為時卻不承擔刑事責任，顯然不盡情理。而單靠民事責任的追究又怎能充分保障整個仲裁體系的正義呢？我們注意到《刑法》第 163 條第 1 款的規定，除了主體方面外，其他各要件的规定都可以和《仲裁法》第 38 條以及第 56 條第 1 款銜接，故不妨考慮將該條款適用於仲裁員，為達此目的，可以由最高人民法院作出司法解釋徑

²⁹ 參見肖峴主編：《仲裁制度仲裁程序與仲裁實例分析》，中國法制出版社 1997 年版，第 52 頁。

³⁰ 該條規定：當事人一方不履行合同義務或者履行合同義務不符合約定的，應當承擔……違約責任。

直將該條款適用於仲裁員以暫時解決問題，不過從長遠出發還是應該以立法方式解決：或修改該條款關於責任主體的規定，或增加專門適用於仲裁員的條款。另外，在確定仲裁機構為責任主體後，《刑法》第 387 條第 1 款的規定就可以適用於仲裁機構，該款規定：“國家機關、國有公司、企業、事業單位、人民團體，索取、非法收受他人財物，為他人謀取利益，情節嚴重的，對單位判處罰金，並對其直接負責的主管人員和其他直接責任人員，處五年以下有期徒刑或者拘役。”

可見，仲裁責任包括民事和刑事責任。在可歸責於仲裁職能行使者的條件下，如果仲裁職能行使者之違法行為顯著輕微危害不大而不構成犯罪的，³¹或者犯罪情節輕微不需要判處刑罰的，³²其只承擔民事責任；反之，兩種責任都應當承擔。

（四）責任形式。《民法通則》以及《合同法》所規定的承擔民事責任的形式當然是適用於仲裁職能行使者的，其中民事賠償對當事人無疑具有特殊的意義，因為當事人最關心的莫過於其經濟損失能否較快地得到補償。前面已經談到，目前司法實踐中這類民事賠償以責任人所得酬金為限。這種作法在合同或法律對仲裁責任沒有明確規定時不無道理，但在仲裁職能行使者與當事人的特殊服務合同關係被確立後，就會暴露出不合理性：首先，當事人因仲裁職能行使者故意違約或違法行為而受的直接損失可能遠遠超過責任人所得酬金；其次，惡意的仲裁職能行使者即使被追究責任，最多失去約定的報酬、非法賄賂以及從事仲裁事務的信譽，至於當事人會因其不良行為遭受多大的損失都與其無關，這只會助長惡意的仲裁職能行使者進行枉法活動的勇氣。因而我們認為，因仲裁責任而為民事賠償的限額應規定為“仲裁責任人應賠償當事人因其故意違法或違約行為而受的直接經濟損失。”當然根據我國法律的規定，這種民事賠償終究是補償性的，故不能要求責任人在當事人的直接經濟損失外為懲罰性賠償。³³

如果將《刑法》第 163 條第 1 款的規定適用於仲裁員，那麼仲裁員承擔刑事責任的形式，應為有期徒刑或拘役，並可處沒收財產。仲裁機構承擔刑事責任的方式，依《刑法》第 387 條第一款的規定，包括單位罰金以及對直接負責的主管人員和其他直接責任人員的有期徒刑或拘役。

（五）追責時效。在追究仲裁職能行使者的民事責任時，我們認為法律應為之規定特別時效。兩年的普通時效顯然過長，如果一項仲裁裁決在兩年或更長的時間內都可以受到挑戰，已確定的民事權利都可能回轉，那仲裁方便快捷的優越性就蕩然無存了。我們認為六個月的特殊時效是適當的，這能夠促使當事人對於大量的較明顯的仲裁職能行使者的侵權行為及時行使權利，而對於部分不甚明顯的侵權，當事人亦能在發現其權利受到侵害後有一定時間準備起訴。當然更重要的在於，通過這一特別時效，仲裁的效率和正義之間能夠找到合適的平衡點。

由於仲裁員承擔刑事責任時，其最高法定刑在 10 年有期徒刑以上，故追究其刑事責任的時效為 15 年；而仲裁機構承擔刑事責任的最高法定刑不滿 5 年，故追訴時效為 5

³¹ 參見《中華人民共和國刑事訴訟法》第 15 條第 1 款。

³² 參見《中華人民共和國刑法》第 37 條。

³³ 參見郭玉軍：《國際商事仲裁中的懲罰性賠償判決》，載於《法學評論》2000 年第 1 期，第 122 頁。

年。³⁴

（六）追責程序。以民事訴訟追究仲裁職能行使者的民事責任無疑可行，但能否再度以仲裁來追究仲裁責任呢？我們認為是可行的。因為仲裁職能行使者與當事人的法律關係為特殊服務合同關係，而“合同糾紛”是可以仲裁的，³⁵何況只要欲追究責任的當事人與有關仲裁職能行使者都同意以仲裁來解決問題，他們以簡便快捷的方式解決民事爭議的意願就應被尊重。當然，以仲裁方式只能追究有關仲裁的民事責任，法院對刑事案件管轄權是不可能通過仲裁協議排除的。

仲裁職能行使者可能被追究刑事責任的行為均不屬告訴才處理的範圍，所以依法提起公訴以追究其刑事責任是可行的。同時，如果仲裁職能行使者只涉嫌輕微犯罪而司法機關不予追究被告人刑事責任時，受害當事人有權對涉嫌犯罪的仲裁職能行使者提起自訴。³⁶

³⁴ 參見《中華人民共和國刑法》第 87 條第 1 項，第 4 項。

³⁵ 參見《中華人民共和國仲裁法》第 2 條。

³⁶ 參見《中華人民共和國刑事訴訟法》第 170 條。