

分饰两角的仲裁员：浅议调解-仲裁程序中的公正性问题

调解-仲裁相结合（Med-Arb或Arb-Med）并非一个新问题。过去的二十年里，国内外学术与实务界对此均有广泛的讨论。调解本身与中国“和为贵”的传统文化不谋而合，其逐步纳入仲裁程序的过程也颇为顺利。调解与仲裁相结合是中国仲裁机构一贯的做法，它们的规则均明确认可仲裁员在仲裁程序中可以进行调解。然而，有普通法系的学者和实务人士批判道，这种一人分饰两角的做法将带来两大相互关联的消极后果：一方面，它将极大地减损仲裁员的公正性（Impartiality）；另一方面，它将剥夺仲裁当事人的正当程序权利（Due Process），由此损害仲裁作为一种纠纷解决方式的正当性。本文认为，此种观点可能夸大了调解-仲裁相结合所带来的缺点。尽管调解对仲裁员的公正性提出了一些挑战，其并不会从根本上动摇仲裁员的公正性，而且恰当的规则设计可以最大限度地消除其不利影响。调解-仲裁相结合有望成为广泛使用的纠纷解决方式。本文第一部分将对调解-仲裁相结合进行定义，并探讨其作为纠纷解决方式的优缺点，其中包括了普通法系对公正性的质疑。第二部分讨论仲裁员的公正性的概念及其影响因素。这一部分将表明，引入调解机制与仲裁员的公正性并没有本质上的冲突，且公正性也不是一种绝对的价值，而是建立在当事人同意的基础之上。第三部分将探讨确保仲裁员公正性的规则设计。第四部分为一些总结性观察。

一、什么是调解-仲裁

调解-仲裁是调解与仲裁相结合的产物，其本质是将调解程序植入仲裁程序之中。当事人依照程序提起仲裁后，仲裁员将根据时机及当事人的授意通过调解解决其纠纷。如调解成功，则双方达成和解协议或由仲裁庭制作调解书；如调解不成或仍有未达成一致的事项，则回归仲裁程序，由仲裁员依法作出裁决。这一过程的特殊性可概括为“三同”：同一（些）人在同一程序中同时担任调解员和仲裁员。

调解开始介入的时间理论上可以是仲裁程序中的任何时间点。但一般而言，调解往往发生在仲裁庭首次开庭前或者审理结束后。本文认为，在开庭审理结束后进入调解程序在通常情况下是更为合理的安排。第一，当事人既然提起仲裁，就已经表明双方均期望通过仲裁这种对抗性的方式解决纠纷，先进行仲裁符合当事人的预期。第二，通过开庭审理，双方可以明确各自的立场及主要证据，同时对各自立场的优劣势有更充分的判断，从而合理地调整自己的心理预期。因此，本文主要关注的是在开庭之后进行调解的情形，即Arb-Med；如调解不成，仲裁员将恢复仲裁程序，并作出裁决。

调解-仲裁的兴起很大程度上归功于其在纠纷解决方面的独特的优势，这种优势来源于两个方面：

其一是调解作为一种柔性的纠纷解决方式本身所固有的优势。第一，调解易于维持当事人之间的友好关系，更有利于维护和促进双方的长远商业利益。第二，调解可以避免程序上的拖延，更快速地解决纠纷。第三，调解在一定程度上避免了第三方裁决带来的不确定性，使得当事人对最终的纠纷解决方案具有更高的掌控力，有助于其利益最大化。第四，调解更符合东方文化，例如中国的当事人往往希望以最体面的方式解决纠纷。第五，调解在纠纷解决方案的设计上更为灵活。除了合同及法律上的权利义务关系，当事人还可以全盘考虑双方的商业利益（包括在与争议无关的其它商业项目上的利益）以及当事人之外的所有利益相关方（例如可能促成纠纷解决或者商业合作的第三方），设计更为全面的纠纷解决方案。第六，调解相比诉讼和仲裁更具有前瞻性，除了关注过去的合作及当下的纠纷，它更鼓励当事人用前瞻性的视角看待彼此的合作，通过此案的纠纷解决优化双方未来的合作模式。

其二是由仲裁员在仲裁程序进行的同时开展调解带来的优势。第一，由仲裁员进行调解的一大优点是双方均明了，如调解不成则仲裁庭会作出有拘束力的裁决。这犹如悬在双方当事人上方的达摩克利斯之剑，提

醒当事人积极进行调解，避免出现传统调解中程序因双方僵持不下而过于冗长的缺点。第二，虽然调解在程序上更为灵活，但双方仍需要某种程度的、有规则的互相说理，以阐明调解立场。仲裁为此种说理提供了可以借鉴的发言规则，只不过正式程度稍微降低。第三，仲裁员由于已经审阅当事人的文书和证据，对案情已经有充分的了解，可以直接进行调解而无需太多准备。如在仲裁之外另行通过调解员进行调解，则调解员需另外熟悉案情，增加了重复劳动。第四，仲裁员是仲裁程序的掌控者，因而可以就合适的调解时间点作出判断。一般而言，确定开始调解的时间点是一门艺术，并无一成不变的模式。如上文所述，如过早开始调解，则双方立场尚未明确，无从调起。第五，广泛的可执行性。根据一种观点，仲裁庭根据当事人的和解协议制作的裁决书（Consent Award）可以与普通的仲裁裁决一样在《纽约公约》之下得到认可。当然，这一观点不无争议，因为毕竟《纽约公约》并没有提及Consent Award这一概念。这一模糊地带有望为即将交付联合国大会表决的《调解所产生的国际和解协议公约草案》所澄清。如该草案能被顺利采纳，则至少国际性的和解协议的承认和执行将具备法律依据。

尽管其具有诸多优点，调解-仲裁相结合的纠纷解决方式仍然招致了不少的批评。反对者主要的担忧之一是由仲裁员兼任调解员将会影响仲裁员的公正性。具体而言，仲裁员在调解的过程中不可避免地会获得当事人的一些保密性信息，这些信息在正常的仲裁程序中是不会被双方披露的，更不会记录在案；一旦调解未成，仲裁继续进行，则仲裁员在作出裁决时难免受到这些保密信息的影响，难以保持原本应该保持的客观中立。当事人甚至有可能据此提出回避申请。此外，反对者对仲裁员在调解过程中单独会见一方当事人的做法提出强烈的质疑。单独会见当事人（或称“背对背”调解）属于一般调解的正常步骤，但如放在仲裁程序中，则意味着一方当事人无从知晓、更没有机会反驳对方在单独会见时向仲裁员提供的事实，属于对正当程序的剥夺。这两种反对意见之间存在一定程度的关联。对正当程序的剥夺也指向了公正性问题，因为仲裁员可能受到一方当事人的影响而产生偏见。为了回应上述质疑，本文第二部分先对公正性的概念和影响因素进行分析。

二、公正性及其影响因素

1、公正性的概念

公正性是仲裁员的基本要求，但具体何为公正性却难以把握。我们可以根据常识举出成千上百种仲裁员“不公正”的情形，但很难概括什么是公正性。正因为如此，各机构的仲裁规则以及IBA的各种指南中鲜有对公正性作出定义。耶鲁法学院Judith Rensik教授认为，裁判者的公正性源于对争议本身的抽离（Disengagement）。如法官对所裁决事项没有任何利益牵涉，他便可以公正无私、不偏不倚地裁判案件。这种传统的公正性观念绝对禁止裁判者进行任何形式的调解，在今天看来，已经过于保守。一种更为宽松的公正性观念已经逐步确立。在大陆法系国家，仲裁员的定位已经不限于裁判者，而是争议的管理者。仲裁员甚至可以就争议的实体问题发表初步意见以推动当事人之间的和解，而这种积极的推动行为不会被认为是对公正性的违反。在德国，仲裁员有义务在仲裁程序中积极协助当事人达成和解协议。例如，《德国仲裁协会仲裁规则2018》第26条规定：

“Encouraging Amicable Settlements

Unless any party objects thereto, the arbitral tribunal shall, at every stage of the arbitration, seek to encourage an amicable settlement of the dispute or of individual disputed issues”.

奥地利和瑞士也采取类似的态度。在亚洲，除了中国大陆之外，中国香港和新加坡也认可仲裁员在当事人同意的情况下进行调解。香港《仲裁条例2018》第33（1）节规定（新加坡《国际仲裁法案》第17（1）节作相同规定）：

“If all parties consent in writing, and for so long as no party withdraws the party’s consent in writing, an arbitrator may act as a mediator after the arbitral proceedings have commenced”.

IBA《关于国际仲裁中的利益冲突的指引》更是明确认可了仲裁员的调解职能，但要求获得当事人的书面同意以免除利益冲突。第4(d)项指引规定：

“An arbitrator may assist the parties in reaching a settlement of the dispute at any stage of the proceedings. However, before doing so, the arbitrator should receive an express agreement by the parties that acting in such a manner shall not disqualify the arbitrator from continuing to serve as arbitrator. Such express agreement shall be considered to be an effective waiver of any potential conflict of interest that may arise from the arbitrator’s participation in such process or from information that the arbitrator may learn in the process. If the assistance by the arbitrator does not lead to final settlement of the case, the parties remain bound by their waiver.”

上述国际实践表明，一种赋予仲裁员更多角色的公正性观念已经逐步形成。在仲裁程序中，公正性并不意味着仲裁员只能被动地置身案件之外，相反地，仲裁员可以积极地推动当事人之间的和解。而且IBA的指引提示我们，公正性与整个仲裁制度的其它组成部分一样，是建立在当事人同意基础之上的。所谓的公正不是绝对的公正，而是当事人所认为的公正。必要时，当事人可以通过免除(Waiver)以扩大公正性的范围。由此，调解-仲裁相结合本身并不必然导致仲裁员公正性的丧失。然而，从仲裁员的角度而言，其行为的公正性可能受到下文所讨论的一些因素的影响。

2、公正性的影响因素

仲裁员的公正性可能受到多方面因素的影响。本文更为关注的是一般性的情况，探究普遍适用于多数仲裁员的影响因素。本文并不能排除仲裁员接受贿赂、枉法裁判的违法行为，但此种极端情形不在本文的讨论范围之内。

2.1. 认知因素

调解-仲裁的反对者提出的一个重要质疑是仲裁员在调解过程中获取的保密信息会影响其在作出裁决时的客观判断。这种担忧当然不无道理。有关人类决策的心理学研究表明，人的大脑对所接受的信息有两种并存的处理方式：直觉性判断和有意识的分析。前者是大脑的自然反应，又被称为“自动驾驶”(Autopilot)，其不断地将接收到的信息分为“重要”和“不重要”，或者“积极的”和“消极的”，但此种分类的依据是非理性的，往往受到个人的过往经历和当下情绪状态的影响。与之相反，后者属于理性的分析，往往体现为对直觉性判断的修正。仲裁员在多大程度上受到调解过程中所获信息的不当影响取决于其在多大程度上受到直觉性判断的影响。一般人在处理重要信息时需要要有意识地使用理性分析，抑制直觉性判断。对于经过法律专业训练的仲裁员而言，这种抑制会更加自觉。通过系统性的仲裁员培训，仲裁员理性自我控制的能力可以进一步加强。此外，从仲裁法或仲裁规则的角度引入一些必要的规则也可以有效抑制直觉性判断对裁决的影响。

2.2. 续聘利益

仲裁员属于服务提供者，通过接受当事人的聘任收取报酬。因此仲裁员在审理案件时可能会产生尽可能实现当事人的意图的心理动机，以获得再次聘任的机会。当事人向仲裁庭提供的法律论点往往经过律师的精密的加工与包装，其中不会直接显现事人真正的商业意图或底线。有时候，当事人甚至可能故意在仲裁庭面前展示自己的自信以博取仲裁员的信任。调解为仲裁员提供了获取当事人的底线的机会，使得仲裁员有动力

利用自由裁量权达致令当事人满意的商业结果。可试想以下情形：在某仲裁中，A请求B支付100万美元，仲裁员认为依照法律，该请求可以得到支持，但也可以适当扣减。如不进行调解，仲裁员基本确定按此金额作出裁决。在调解过程中，仲裁员了解到A事实上可以接受的底线是对方最少要支付80万美元，而B的底线是自己最多支付80万美元。最终调解未成，仲裁员需要作出裁决。此时仲裁员心中已经明了：如裁决给付80万美元则双方皆大欢喜；如按原先的观点裁决给付100万美元则会令B方不满意。如仲裁员最终裁决给付80万美元，那么其内心的自由裁量其实已经受到调解过程中所获信息的影响。

综上，无论是认知因素还是续聘的利益都会对仲裁员的最后裁决产生一定的影响。但这种影响并不必然导致仲裁员失去公正性。首先，如上文所述，公正性的内涵是由当事人自由决定的，如果当事人已经明确认可仲裁员在调解后可能改变立场并已经免除这种行为的不公正性，仲裁员的行为便没有违反公正性。此外，类似上述100万美元例子的情形并不能构成否定仲裁员公正性的理由。如果仲裁员最终的裁决仍然有足够的法律依据，那么我们很难指责仲裁员有不公正的行为，因为仲裁员已经尽到了公正裁判的义务，除非有更为明确的证据表明仲裁员有事实上的偏见。正如香港终审法院在Hebei Import & Export Corp v. Polytek Engineering Co Ltd案中所述，在缺乏事实上的偏见(actual bias)的情况下，法院不能仅凭表面上的偏见(Apparent Bias)即以违反公共政策为由撤销裁决。该案涉及贸仲裁决在香港的执行问题。在仲裁程序中，仲裁庭指定了专家以检查被申请人的设备，但并未将此事通知被申请人，被申请人因此未能出席检查。在检查过程中，首席仲裁员与设备的安装人员存在交流。在专家报告提交之后，被申请人也未能获得机会对该报告进行质证。被申请人以此主张仲裁员存在偏见，并违反香港的公共利益。香港终审法院认为其在判断是否违反公共利益时必须采用较为严格的标准，即审查仲裁员是否事实上存在偏见，而不是仅凭表面上的偏见作出决定。其次，仲裁员改变立场属于行使自由裁量权的行为，而自由裁量权是法律的必然组成部分，无法彻底消除。法律有其固有的模糊性，因此任何法律裁判都无法如数学公式般精确，必然要包含裁判者的主观判断。以经典的难题来苛责调解-仲裁并不合理。再次，本文认为公正性并非只能在传统的开庭审理的模式下才能得到保证。中国的各大仲裁机构的规则中均规定，除非当事人另有约定，仲裁庭可以根据案件的具体情况按照其认为适合的方式审理案件。由此，仲裁庭对审理方式有较为宽泛的选择权。结合各机构规则中对仲裁中调解的认可，仲裁庭完全可以根据案件的情况选择以调解方式进行审理，只要仲裁庭能公平对待双方当事人，给予双方合理的陈述与辩论机会即可。因此，本文认为仲裁员并不会因为认知因素和续聘利益而影响其公正性。但即便假设仲裁员的公正性确实会受到该等因素的影响，如下文所述，调解对仲裁员的不利影响完全可以通过规则设计加以避免。

三、在调解-仲裁程序中维护公正性的措施

1、寻求当事人同意

在任何情况下，仲裁员在开始调解之前（甚至是仲裁程序开始前）应当获得双方当事人对调解的书面同意。正如上文所述，仲裁员的公正性是当事人视角之下的公正性。双方当事人对调解的同意体现了当事人对程序事项的自由处分，因而赋予仲裁员进行调解以正当性。在这种情况下，即便调解未成，仲裁继续进行，双方当事人也无法以仲裁员缺乏公正性为由申请回避。当事人的同意必须在充分了解的基础上的同意，即Informed Consent，其应当包含两个要素。其一是同意的内容。当事人不仅应当同意仲裁员开展调解活动，还应当同意调解所依照的程序，如是否进行单方面会谈、仲裁员是否可以主动提出和解方案等。其二是作出同意的基础。在当事人作出同意声明之前，仲裁员应当向当事人说明在仲裁程序中进行调解的后果和在调解之外当事人可以寻求的其它纠纷解决方式，以便当事人在充分知情的情况下作出选择。

2、引入证据排除规则

国内主要仲裁机构的规则中均已包含限制当事人援引调解时所作陈述的排除规则，但此类条款限制的对象仅限当事人。可以考虑对仲裁员也适用类似的排除规则。虽然调解-仲裁意图把调解和仲裁融入同一个纠纷解决过程，但两者显然分属不同的阶段，不能完全混同。具体而言，当事人在调解阶段提供的证据、作出的

陈述、对事实的认可等均不得作为其后作出仲裁裁决的依据。仲裁裁决仅可以依据按照证据规则接纳的证据作出。这样可以最大限度的保证仲裁员以客观的标准裁判案件。仲裁员的法律分析应当是一个封闭的环路，里面应仅包括开庭审理时获得的事实和相关法律依据；调解中获得的信息应当被严格排除在这个环路之外。仲裁员应当参加这方面的培训，不断提高排除与仲裁程序无关的信息的自觉。

3、引导当事人合理地表达调解立场

鉴于当事人在调解中透露的底线可能影响仲裁员的最终决定，代理律师可以引导当事人更有技巧地阐述其调解立场，以对仲裁员的内心判断产生一些牵制。有一种观点认为，当事人在调解中不应当向仲裁员透露对自己不利的事实，而应当让仲裁员明白，如果调解不成，当事人完全有信心在仲裁程序中获得其所主张的利益；否则仲裁员可能认为该方立场没有依据，因此不会尽力调解。本文认为，调解的其中一个重要优势在于当事人可以坦诚地阐述其立场的优缺点以便达成妥协，掩盖己方立场缺陷并不利于充分发挥这一优势。更为有效的方法或许是对当事人加以引导，提高其阐述调解立场的能力。在上文100万美元的例子中，当事人A或许可以避免直接阐明其可以接受的最低金额为80万美元，而将其立场表述为“如对方愿意在和解协议签订当天付款，则我方愿意接受对方只支付80万美元”。如此表述向仲裁员传达的消息完全不同：80万美元并非A方的底线，只是在对方愿意让步的情况下己方也可以做出的让步，是一种交易对价的交换。如双方均采用此种非绝对化的表述，并不影响实际调解，但仲裁员难以判定双方真实的底线，也就减少了利用裁量权讨好双方当事人的空间，反而会更加谨慎地处理纠纷。

4、限制仲裁员在调解中的行为

中国各大仲裁机构的规则均未对仲裁员在调解中的行为作出明确限制，而是采取较为概括性的规定：仲裁庭在征得双方当事人同意后可以按照其认为适当的方式进行调解。由此，本文认为，应当推定仲裁庭在调解中应享有广泛的自由度，有权采取当事人同意的一切措施进行调解。当然，就具体调解措施的恰当性而言，仍需具体问题具体分析。为维护仲裁员中立性，学界和实务界已经就限制仲裁员在调解中的行为提出了一系列具体的建议，在此做一简要概括和评析：

a. 仲裁员不得与一方当事人单独会见。如此操作可以避免仲裁员获得一方的保密信息,但可能阻碍当事人坦诚地陈述其立场。如仲裁员不能获得当事人的真实想法，调解的效果将大打折扣。此外，单独会见属于调解的常见步骤，弃用可能影响调解的效用。

本文进一步认为，仲裁员可以在单独会见时就当事人的立场给予评估或预先披露其对裁判结果的初步预判，以便当事人合理预估自己立场的优劣。在当事人的立场缺少法律依据时，仲裁员可以给予适当的劝阻，合理调整当事人的心理预期。反对这一做法的意见认为，这一做法使得仲裁员所认可的立场得到鼓励，仲裁员不认可的立场受到打压，由此产生双方之间的不公。本文认为此种观点忽略了调解的协议本质。调解从本质上来说是当事人双方自愿达成协议的过程。仲裁员只是在其中提供协助，无论仲裁员提供何种评估意见，最根本的决定权仍然在当事人手中。因此，调解的实质类似于交易谈判和设计（Deal-making），由于双方对各自的诉求和利益有最好的了解，在公平性的问题上应该适当参照民法中关于交易公平的有关判断标准，如交易是否显失公平。当然，仲裁员提供评估的行为并非不受任何限制。本文认为，仲裁员提出评估意见必须基于善意并有足够的法律依据；仲裁员不得欺骗当事人以打压其立场。

b. 仲裁员只能针对当事人的和解方案提供评价性意见，而不能主动推动和解方案。本文认为，仲裁员在调解中究竟采用评价性或者推动性的参与模式完全取决于当事人共同的自主决定以及基于对仲裁庭的授权，并不能一概而论。

c. 在调解后更换仲裁员。此种方法可以避免任何可能的不公正，但也已经失去了调解-仲裁这一程序的意

义以及上文提到的多种优势，可谓是将孩子与洗澡水一起倒掉。调解-仲裁的本意是让同一位仲裁员贯穿整个程序的始终，发挥调解与仲裁相结合的优势。如调解后更换仲裁员，则无异于将整个程序再次分割为调解和仲裁两个单独的组成部分。

d. 在三位仲裁员组庭的情况下，仅由两位仲裁员参加调解。支持此方法的理由是确保在调解之后，至少没有参与调解的那位仲裁员的公正性不会受到质疑。

本文认为，更好的做法可能是让三位仲裁员同时参与调解，使得两位边裁可以对首席仲裁员形成一定程度的牵制。毕竟而言，同时让三位仲裁员变得不公正的难度要更大一些。即便调解之后首席仲裁员希望偏袒一方，他也必须考虑其他两位仲裁员的意见，不能肆意妄为。

e. 向对方当事人披露在调解中获得的保密信息。如香港《仲裁条例》即规定，如调解未能达致双方接受的和解，则如仲裁员在调解过程中从一方获得的保密信息与随后继续进行的仲裁程序有实质性关联，仲裁员应当向另一方披露这些信息。此做法相对小众，仅在香港《仲裁条例》和新加坡《国际仲裁法案》中有此类规定。香港和新加坡尚未对采取此种态度的原因有明确的阐释。实务界对此多持批判态度，认为将促使当事人在调解时有所保留，极大地影响调解的效果。

但本文认为，这种做法也存在一定的优点，即鼓励仲裁员主动剔除在调解过程中获得的保密信息，因为披露保密信息的过程在某种程度上也是排除这些信息的过程，仲裁员通过这一披露行为，可以表明其不会在审理中依赖这些保密信息作出裁决。

四、结论

国际知名仲裁员Kaufmann-Kohler教授指出，任何争议解决机制都有其生命周期。在初创时期，一种机制尚未成型，往往体现为一些非正式的制度。人们对确定性的追求使得该机制不断衍生出各种各样的具体规则，直至这一机制拥有太多的规则而牺牲了效率。该机制由此不能继续满足使用者的需求，于是使用者们转投其它机制，开始新一轮的周期。仲裁或许已经走到一个转折的十字路口：仲裁规则的复杂化使得仲裁逐步诉讼化，失去了以往作为便捷纠纷解决方式的优点。调解的介入和调解-仲裁的兴起或许是对这一挑战的回应。然而，调解与仲裁本身分属两种不同的纠纷解决方式。两者结合难免产生一定的冲突，而公正性问题只是其中一例。本文认为调解与仲裁相结合并不会导致仲裁员的公正性的缺失。传统的公正性是以第三方裁判为前提而建立的，它默认仲裁员必须以作出有拘束力的裁决的方式来解决争议，因此仲裁员必须严格与争议无涉。相反地，当调解与仲裁相结合以后，仲裁已不再单纯依靠有拘束力的裁决来解决纠纷，当事人也可以通过经调解后的和解来解决纠纷。因此，公正性的范围也相应扩大，给予仲裁员参与调解的空间；仲裁员也不会仅因为参与调解而失去公正性。此外，无论仲裁的具体制度如何变化，仲裁以当事人意思自治为基础这一基石不会动摇。因此，只要当事人对调解-仲裁程序表示了同意，其已经对仲裁员同时担任调解员时仍不丧失作为仲裁员的公正性进行了确认。

2018-10-18