

国际体育仲裁组庭瑕疵之救济

——基于 ICAS 仲裁法典及仲裁规则之解读

黄晖

(重庆大学 法学院博士后流动站, 重庆 400030)

摘 要: 组庭制度是国际体育仲裁制度的核心环节, 当其在独立性、保密性及快捷性方面出现问题时, 就成为 3 大首要的组庭瑕疵。鉴于仲裁庭品质与仲裁质量息息相关, 包括 ICAS 仲裁法典及奥运会仲裁规则在内的各种仲裁体制皆着力设置组庭瑕疵的救济制度。救济制度包括救济主体、补救措施、补救效果 3 方面, 据此建构出当事人、仲裁庭、仲裁机构、司法机关单独或交互采取回避、撤换、替代、重组等综合措施的救济途径。对仲裁庭业已完成的仲裁行为, 因其瑕疵之类型而在程序、实体两方面有被全部或部分追溯无效的效果, 且仲裁员将区分过错类型而承担相应的责任。

关 键 词: 体育法学; 体育仲裁; 国际体育仲裁院; 仲裁组庭; 救济制度

中图分类号: G80-05 **文献标识码:** A **文章编号:** 1006-7116(2012)06-0079-08

Remedies for defects in arbitral tribunal formation by the Court of Arbitration for Sport ——An interpretation based on CAS arbitration codes and rules

HUANG Hui

(Post-doctor Section of Law School, Chongqing University, Chongqing 400030, China)

Abstract: The arbitral tribunal formation system is a critical part of the international sports arbitration system; problems it has in terms of independency, confidentiality and quickness are 3 major defects in arbitral tribunal formation. Whereas the quality of an arbitral tribunal is closely related to the quality of arbitration, various arbitration systems, which include CAS arbitration codes and Olympic arbitration rules, are all striving to set up a arbitral tribunal formation defect remedy system. The remedy system includes such 3 aspects as remedy subject, remedy measure and remedy effect; based on such a system, ways of remedying in which the party concerned, arbitral tribunal, arbitral organization and juridical authority take comprehensive measures such as evading, recusing, replacing and regrouping solely or interactively. Arbitration acts done by an arbitral tribunal have the effect of being traced as invalid totally or partially in terms of procedure and entity based on the types of its defects, and the arbitrators will undertake corresponding responsibilities based on the types of mistakes they make.

Key words: sport law; sports arbitration; CAS; arbitration; remedy system

国际体育仲裁庭是人合组织, 仲裁员的个性与素质在很大程度上影响着仲裁质量^[1], 尽管存在国家仲裁立法与仲裁规则的限制, 但此类规范一般授予仲裁庭很大的自由裁量权以充分挥洒其聪明才智, 对仲裁员约束较少。仲裁员权力自行扩张和伸展的倾向使当事

人面临着“所托非人”^[2]的危险, 仲裁庭一旦超越当事人的意志便滋生出种种瑕疵, 需要当事人、仲裁机构和司法机关具有抑制仲裁庭滥用权力的力量, 并对其进行救济。

收稿日期: 2011-09-23

基金项目: 2011 年度教育部人文社会科学研究青年基金项目“《涉外民事关系法律适用法》实施机制研究”(项目批准号: 11YJC820161)。

作者简介: 黄晖(1981-), 女, 重庆大学法学院在站博士后, 法学博士, 研究方向: 体育法学、国际仲裁法学。

1 组庭瑕疵

国际体育仲裁庭的瑕疵即是指它有违仲裁法律规范的规定。此处所指“法律”，不仅包含国家立法或者国际条约，而且主要是指机构仲裁规则。因为国际体育仲裁具有超越具体国家的属性，仲裁庭的瑕疵在一般情况下并不是指其违背某一特定国家的仲裁立法，而更多的是指仲裁庭与机构仲裁规则相悖之处。仲裁庭作为整个仲裁机制的动力中心和左右仲裁程序的意志中心，无异于仲裁的心脏和神经中枢，仲裁庭存在瑕疵，意味着仲裁机制发生了心脏病变和精神病变。国际体育仲裁委员会(ICAS)仲裁法典与奥运会仲裁规则作为约束体育仲裁院(CAS)仲裁庭的仲裁规则，其相关规定构成判断CAS仲裁庭是否存在法律瑕疵的主要标准。依据此两部仲裁规则可认为，CAS仲裁庭存在的法律瑕疵主要包括独立性瑕疵(ICAS仲裁法典18、33条；奥运会仲裁规则第12条)、保密性瑕疵(ICAS仲裁法典第19条)和快捷性瑕疵(ICAS仲裁法典第33条；奥运会仲裁规则第12条)。

1.1 独立性瑕疵

裁决者的首要德性是公平，捍卫公平的首要措施是独立。ICAS仲裁法典对仲裁员的宽容和信任可从其对仲裁员资格的界定方式上得到证实。该法典对仲裁员资格和责任的强调尽管惜墨如金，然而却渲染着对仲裁员独立地位的推崇。因此，仲裁庭的非独立性便构成CAS仲裁法典首要禁止的方面，主要表现为：

第一，禁止作为当事人的代理人。仲裁员不同于纯粹意义上的代理人，尽管在国际仲裁中存在着“非中立仲裁员”的实践，即允许当事人指定的仲裁员表现出倾向性，而由首席仲裁员予以平衡，但该实践并非仲裁主流。ICAS仲裁法典与奥运会仲裁规则要求仲裁庭具有彻底和完全的独立性，无论是当事人指定的仲裁员，抑或仲裁机构代为其指定的仲裁员必须独立于当事人，不得以代理人的身份行事，否则即构成仲裁庭的独立性瑕疵。

第二，禁止作为当事人的顾问或与其存在利益关系。当事人的顾问与他们之间存在利益关联，这一事实构成对顾问能否独立于雇佣人这一问题的正当怀疑基础。如学者所言：“几乎没有什么比仲裁员同当事人有经济关系更能成为其公正性的阻碍的了。最明显的例子就是候选仲裁员与指定其为仲裁员的当事人之间存在雇佣关系。”^[3]如果仲裁员是一方当事人的顾问，则当事人通过经济利益的激励很容易操控仲裁员的意志和行为，使其沦为自己的傀儡。对此，奥运会仲裁规则明确规定：“任何仲裁员在特设分庭中均不得作为当事人的顾问或其他利益关系人。”

如果仲裁员曾经被争议当事人聘请为顾问，则这一既往事实是否也构成对仲裁员独立地位的合理怀疑之事，CAS仲裁法典和奥运会仲裁规则对此均未明确规定，留待仲裁机构或者相关仲裁处负责人自由酌量似乎更为合理。不过，国际商会仲裁的实践对此持有谨慎的宽容态度，即便仲裁员与一方当事人存在经济、业务或从属关系可能会影响其判断的独立性，但是“如果这些关系都发生在过去，那么要对这些情况作出分析就比较困难。不能再说仲裁员同当事人存在隶属关系”，而必须结合其他情况进行综合判断^[3]。对于此种微妙情况，CAS仲裁庭完全没有必要去触碰，毕竟仲裁员名单中150名人士的选择范围足够避免出现此类情况，仲裁机构和当事人都应当自觉规避类似情况的出现，不要为挑战仲裁庭独立地位的底线而承受不当的风险。

第三，禁止作为特定国家或者利益集团的代言人。作为当事人的直接代言人或者自己利益的代言人固属不当，作为第三者的利益代言人也在禁止之列。在国际体育仲裁环境下，干扰仲裁员作出独立判断的第三者最可能的是仲裁员所属国或仲裁员利益所属团体。由于ICAS仲裁法典在聘请仲裁员时采取利益格局上的“五权分立”机制^[4]，类似股份制的人员结构尽管达到了利益散化后的利益制衡，但是各利益集团之间的斥力和对立并未消除，这使仲裁员有受特定利益集团牵制的潜在风险。同时，ICAS仲裁法典不仅要求仲裁员名单能够反映整个体育世界，而且还希望仲裁员名单能够反映整个地理世界，即希望仲裁员能“公平地代表不同的国家”。在以国家为单元进行竞技的奥运会赛事下，仲裁员的国籍与仲裁员的利益归属就益发可能成为影响其独立裁判的消极因素。

国际仲裁规范大多数情况下并不禁止当事人选择与其本人具有相同国籍的仲裁员，为此，巴黎初审法院在一个案件中曾经陈述：“虽然这个惯例(仲裁员与当事人保持不同国籍——引者注)在许多仲裁规则中都被采用，但不能仅凭其国籍就怀疑其有偏见。个人选择中的公正性要求足以保证仲裁庭审判得以正常进行。一个仲裁员的国籍本身不能成为其不公正的一个构成要素。但国籍应该作为一个事实因素列入考虑范围。在国际仲裁中形式中立比中立性本身还要重要。”^[5]国际商会仲裁院尽管对仲裁员国籍并没有明确限制，但是为抵消国籍可能带来的不利影响，它要求首席仲裁员的国籍必须与当事人不同^[5]。

CAS仲裁庭的构成似乎也遵循着类似的潜规则，仲裁员国籍与当事人的国籍错位给当事人这样的信仰，即仲裁庭的独立性是充分和圆满的。奥运会临时

仲裁庭的组成也是在考虑当事人国籍的基础上进行组建的，前奥运会特设仲裁分处主席^[6]撰文指出：“特设仲裁分处组成后，某一争议指定的仲裁员的独立性将在基于当事方身份和国籍的考虑下所选定仲裁庭成立后进一步确认。”考虑仲裁员的地理国籍不仅是重要的，甚至进一步考虑仲裁员的“文化国籍”也是明智的，不同的文化属性和身份属性对仲裁员独立地位的可能影响至少给了当事人攻击之依据。

1.2 保密性瑕疵

国际体育仲裁因涉及公共利益而在仲裁裁决阶段趋于透明，但是 ICAS 仲裁法典仍然要求仲裁员保守秘密，庭审也主要以不公开方式进行。一般商事仲裁维持私密性主要是保护当事人之间的商业秘密，鉴于 CAS 上诉仲裁与奥运会仲裁主要关涉非商业性的处罚性纠纷，此类仲裁程序似无保持秘密的必要。因此，仲裁法典要求仲裁员恪守秘密可能更多的是出于维护纠纷当事人人身和声誉的需要。如果仲裁员未经当事人许可擅自泄露或者发布相关信息，则构成保密性方面的渎职。结合 ICAS 仲裁法典与奥运会仲裁规则的相关规定，可认为 CAS 仲裁庭的保密性瑕疵主要包括如下 3 个方面：

其一，泄露仲裁程序事项和案件争议事实。根据 ICAS 仲裁法典第 19 条规定，按照该仲裁规则进行的程序是保密的，当事人、仲裁员以及 CAS 均承诺不向任何第三方披露有关争议或者程序的事实以及其他资料。

其二，泄露仲裁庭审情况。ICAS 仲裁法典第 57 条规定，仲裁庭审以非公开方式进行，除非当事人另有约定。庭审的非公开，不仅意味着仲裁庭应当对外保持沉默，不泄露当事人之间争议的焦点、庭审直接针对的情况，以及因为庭审而牵涉的其他相关信息，而且仲裁庭还应当负有责任采取积极措施避免庭审信息的外泄，包括禁止相关人士旁听、庭审现场采取必要的屏蔽技术或者防窃听安排等。

其三，泄露仲裁裁决信息。即便体育仲裁裁决原则上应予公开，但仲裁员并不是披露该信息的主体，而是由 CAS 任命的发言人陈述裁决内容并说明简要理由。换言之，仲裁员、主席、副主席，以及仲裁分处成员均不得对媒体发表陈述，除非被任命为发言人（通常为秘书长）才拥有对公众发表意见的授权^[645]。对仲裁裁决的哪些内容进行公布、如何公布等均须由 CAS 审查，如果当事人约定保密，则不能公布仲裁裁决。在 CAS 仲裁实务中，其组建的咨询仲裁庭提供的咨询意见曾经被不当泄露，受到相关人士的谴责^[7]。

1.3 快捷性瑕疵

国际体育仲裁需要速度，紧张的赛事节奏使迟到的

正义成为最大的不正义，快捷性成为评价国际体育仲裁庭好坏的一个硬指标，ICAS 仲裁法典第 33 条特此要求仲裁员应当具备迅速完成仲裁的各项条件。事实上，仲裁速度是一个综合性指标，速度的提升不仅需要仲裁员过硬的专业素质，不仅需要仲裁员具有勤勉谨慎的敬业精神，而且还需要仲裁参与者的密切配合，因此导致仲裁庭出现速度瑕疵的作用因素主要有当事人和仲裁员本身两个原因。

其一，当事人的原因。延宕仲裁程序的进行并不需要耗费当事人太多的智商，纠纷当事人可以通过太多的手段减缓仲裁程序并表现出无辜的形象。最为常见的拙劣手段包括滥用仲裁管辖的抗辩权、在仲裁员任命上的不合作，而较为高明的伎俩则是故意委任不合格的仲裁员，或者向仲裁庭提交过量且无用的证据资料。如有熟悉行情的仲裁人士就指出：在当事人委任仲裁员情况下，难保有不良企图的一方会去找一个最不妥、最莫名其妙的人做他的仲裁员，这种情况经常发生，只是“乱搞”的程度不同^[2255]。

其二，仲裁员的原因。仲裁员业务素质是影响仲裁速度的首要原因，体育争议不仅关涉法律问题，而且还会牵涉复杂的专业性问题。如果仲裁员没有经过系统的法律训练，也没有从事体育业的经验，则最好不要接受当事人的委托从事体育仲裁，这种情况因 ICAS 对仲裁员名单的把关而很少遇见，但是并非所有 ICAS 仲裁员都能胜任任何体育案件的仲裁，因此仲裁员必要的专业化和专门化也是需要的。在由仲裁机构指定或者受托指定的情况下，仲裁员裁决特定案件的业务素质应该更能得到保证。此外，仲裁员的道德风尚、职业操守也是制约仲裁速度的重要原因，仲裁员一旦接受委托即应积极勤勉地筹划和推进仲裁程序，消极懈怠的仲裁员只能对程序的进展带来毁灭性的打击。在美国仲裁的一个案件中，一位仲裁员提交一份异议书，被法庭认为“是对多数仲裁员合意的裁决书的特别异议”，原因是虽然该异议只用了几页来表述其理由，但却另有几百页作为证据。这种不同寻常的情况使法庭决定传仲裁员作证人来证明仲裁庭对案件的商讨范围与方式。最后法庭发现持异议的仲裁员对另两名仲裁员持有严重偏见，法庭认为“持异议的仲裁员的证词特别冗长且不公平地攻击了多数方”，“这种事件”是“十分不幸的”^[8]。

2 补救主体

在整个体育仲裁的框架中，所涉及的主体主要包括纠纷当事人、仲裁机构、仲裁庭以及司法机关，各主体之间围绕当事人之间的体育争议彼此展开交往并

形成繁复的交往关系。在彼此关联和制约、彼此作用和反作用的过程中,仲裁关系得以维持健康的平衡,也正是仲裁关系锁链的规范和束缚功能,确保了各主体难以异化,或者发生异化后能及时得到补救。因此,仲裁关系的彼此制衡使整个仲裁体制生成了一种天然的免疫能力,那就是,每一主体的病变都能通过其他主体的集体力量获得矫正,仲裁庭的病变也能借助其他主体的力量得到补救。

2.1 当事人救济

当事人的仲裁合意不仅是仲裁程序的时间起点,而且也是仲裁权展开的逻辑开端。尽管随着仲裁程序的纵深发展,支配和能动的力量不断地从当事人转移到仲裁庭,似乎当事人从主宰地位沦为被宰制的地位,但是此种地位的转变恰是为满足当事人仲裁合意所必须。在这一意义上,整个仲裁流程,哪怕其后续环节似乎构成压迫仲裁当事人的异己的陌生力量,其力量之源仍然可以追溯到当事人股指之间。当事人的仲裁合意赋予包括仲裁庭在内的一切仲裁环节之终极正当性,也因此,仲裁庭的病变与瑕疵也将通过当事人的合意得到彻底根除^[9]。

体育纠纷当事人对仲裁庭的补救既可以通过新的合意进行共同的合力救济,也可以单独采取独力救济,视救济对象的不同和救济事项的性质而定。在救济途径上,当事人既可以直接向仲裁员提出异议,也可以向 CAS 等仲裁机构提出异议;除此而外,当事人尚可直接在程序进行中,或者在裁决作出后向相关司法机关提出司法救济。当事人的救济通常是间接性的,不管是要求仲裁员回避或者撤换仲裁员,都必须求助于其他主体,之所以如此,原因在于避免当事人对正常仲裁庭的不当干扰,防止当事人的意志影响仲裁庭的独立判断。

2.2 仲裁员自救

仲裁庭之成员在未完全丧失理性的情况下还可以进行自救,此种自救形式多见于仲裁员的自行回避。仲裁是荣耀但是危险的行业^[25],仲裁员在接受当事人的指定时应当保持必要的清醒头脑,对可能影响自己独立性的情事进行审慎的评估,并尽可能地予以披露。ICAS 仲裁法典通过第 33 条、第 54 条的规定强化了仲裁员的自我披露义务,仲裁员在对可能影响自己独立判断的信息方面保持坦诚不仅是保护当事人利益的需要,同时也是仲裁员的自我保护机制,它能有效降低仲裁员的不当介入而为其声誉和财产可能带来的更大损失^[9]。

仲裁员披露自身情况是一个非常复杂微妙的措施,“真正的问题不在于披露义务是否存在,而在于确

定哪些事实是候选仲裁员应该披露的”^{[5]580-581}。尽管 ICAS 仲裁法典要求仲裁员立即披露“可能影响其对任何一方当事人独立性之情事。”但对于披露事项仍然未作相对明确的界定。巴黎上诉法院曾经在一个案例中指出,是否属于披露事项不仅应根据争议情况是否属于常识的程度来审查,还应当根据它在合理的情况下是否会影响仲裁员的裁决及其影响程度来判断;而不应披露的情况至少应满足如下两种情况:它们或者是众所周知的,无所谓披露或者不披露;或者它们并不能引起关于仲裁员独立性的“合理怀疑”^{[5]580-581}。此类标准对于 ICAS 而言不无借鉴意义。

概言之,仲裁员的自我补救可归结为:仲裁员在接受指定时应当进行自我评价,如果觉得可能存在影响独立地位的情事,则应该考虑拒绝接受指定,或者披露相关信息,由仲裁机构或者当事人进行抉择。无论如何,仲裁员在履行披露义务的时候从严掌握披露标准,适度宽泛地披露相关信息无疑是值得推荐的做法。

2.3 仲裁机构补救

仲裁机构作为仲裁庭的依托母体不仅是它强有力的后备支撑和有效运转的平台,而且仲裁机构的行政性监督还是其健康运作最为有效的保障。强势仲裁机构的存在不仅能使其依靠长期仲裁过程中所积累的丰富管理经验辅佐仲裁庭正确判断和少出错误,而且仲裁机构的威望也会为仲裁裁决的质量增加自动执行的筹码。对存在瑕疵的仲裁庭进行补救是仲裁机构的首要任务,尽管仲裁庭是在仲裁机构的监督甚至直接任命下组成的,但是仲裁庭仍然可能存在仲裁机构难以预料的差错,这在当事人约定仲裁员甚至在仲裁员名单之外的人士中选任仲裁员的情况下,更是如此。

ICAS 仲裁法典匠心独具的规定在很大程度上降低了仲裁庭出错的概率,这主要通过如下举措得到保证:一是设立了强制仲裁员名单制,当事人一般不能在仲裁员名册之外另行选择仲裁员,这在一定程度上减少当事人所托非人的情况。二是由仲裁机构直接委任首席仲裁员,在奥运会仲裁体制下,不论是 3 人制仲裁员还是独任制仲裁员,其人选均由特设分庭主席直接委任,减少了当事人委任情况下可能出现的偏袒。三是即便当事人委任的仲裁员也须仍仲裁机构确认,以确保其符合仲裁独立性和快速性之要求。经过上述防护措施仍然发生病变的仲裁庭则由仲裁机构采取撤换或者替换的方法进行补救,以匡扶 CAS 仲裁庭良性运转。

2.4 司法机关督正

司法机关对国际仲裁存在广泛的影响,既可以对其施加监督,也可以对其进行支持,而对仲裁庭瑕疵

的补救更多地隶属于司法监督的情形。司法机关介入仲裁庭的补救主要有两种形式：一是应当事人的请求对仲裁庭的组成提供帮助，二是在审核仲裁裁决过程中逆向回溯审查仲裁庭之组成，以决定其是否构成不予承认和执行仲裁裁决的情事之一^[10]。尽管 ICAS 仲裁法典排除司法机关进入体育仲裁程序，但 CAS 仲裁裁决曾经面临过、将来也仍然面临着相关司法机关的审查。概括而言，司法机关可能介入督正仲裁庭的情况主要包括如下几种情况：

其一，仲裁庭之组成与当事人缔结之仲裁协议不符。根据 ICAS 仲裁法典的规定，当事人可以在仲裁协议中约定仲裁庭形式，并选任仲裁员。不过奥运会仲裁中，由于仲裁庭形式由特设分庭主席负责确定，仲裁员也由他直接指定，也就无所谓仲裁庭组成与当事人仲裁协议不相符合的问题。

其二，仲裁庭不具有独立地位，从属于一方当事人。在涉及 CAS 独立性问题的最初几个案件中，仲裁败诉方均向司法机关提出了仲裁庭不具有独立地位，因此应该撤销仲裁裁决的请求。瑞士联邦第一民事庭在 2003 年 3 月 27 日审理的一个案件中，当事人要求撤销 CAS 作出的 4 个仲裁裁决，理由之一即是仲裁庭不具有独立性，CAS 从属于作为被申请人之一的 IOC (International Olympic Committee, 国际奥林匹克委员会)；其次，申请人还根据《瑞士联邦国际私法法典》关于一个与公共政策不一致的仲裁裁决可被撤销的规定，并结合大量证据对仲裁裁决提出质疑。在其提供的证据中主要说明仲裁员不具有独立性，诸如仲裁庭的成员或者是 IOC 的代理律师、或者是国际滑雪联的代理人、这些仲裁员曾在一起进餐、可能居住在同一个旅馆，或者一起出行等等^[11]。但法院最终驳回了当事人的上诉请求。

其三，仲裁庭未能平等对待当事人。平等对待当事人包括两个层面的意思，一是平等对待同一案件中的双方当事人；二是平等对待案情相同的若干个案件的不同当事人，使其法律适用具有前后一贯性。

在第一种情况下，A 与 B 诉 IOC/FIS/CAS 案中^[1688]，申请人不仅主张仲裁庭不具有独立地位，而且还进一步认为仲裁庭违背了“公平对待当事人及公平听审权”。法院判决指出，根据已有的判决，公平听审权尤其包括被指控方在裁决作出前有发表自己意见的机会，有查阅有关卷宗的权利，提供证据、质询证据和对证据发表自己意见的机会等，并且所有的当事人都应当有机会对有关的争议发表自己的看法。法院据此认定，CAS 仲裁庭没有侵犯当事人的公平听审权，故维持了 CAS 的仲裁裁决。

CAS 作为体育法的创制者，致力于统一体育规范的建立和适用，因此其仲裁庭有义务遵守“遵循先例”的原则，并维持前后一致的判决逻辑，体现出一定的司法化趋势^[12]。对不同案件当事人在相同或类似案情的条件下予以平等对待，不仅是遵循先例的需要，而且也是仲裁庭公平和平等的需要。2000 年悉尼奥运会期间仲裁的 Raducan vs IOC 案件中，败诉方 Raducan 不服 CAS 的仲裁裁决，向瑞士联邦第一民事庭起诉。上诉人的理由之一在于，CAS 仲裁裁决有违诚实信用和平等待待原则，侵犯了《瑞士联邦国际私法法典》上的公共政策。CAS 曾于 1992 年 6 月的一个判决中承认，在案情存疑的情况下应当有利于申请人。Raducan 由此认为 CAS 仲裁庭没有按照这一先例处理本案，而认定其兴奋剂违纪，构成了“明显的不平等对待”，侵犯了诚实信用原则以致于“不符《瑞士联邦国际私法法典》第 190 条第 2 款第 5 项意义上的公共政策。”^[1688]而法院则认为，本案案情所有证据都构成一个完整一致的证据链，本案案情与 CAS 以前裁决的上引案例也完全不同，因此上诉人关于 CAS 违背平等对待的公共政策是站不住脚的。

应当注意，瑞士立法允许当事人就 CAS 仲裁裁决基于违背公共政策之理由提起公法上诉，而公共政策既包括实体上的公共政策，也包括程序上的公共政策。上述两案中的平等对待问题即属于程序上的公共政策范畴。

总结 CAS 仲裁庭的司法补救措施，它具有如下几个特征：(1)采取尾端控制法。即司法机关介入仲裁庭的补救不是在仲裁程序进行中，而是在针对仲裁裁决提起的公法上诉、要求确认仲裁裁决的效力之时发生的。(2)司法补救主要由 CAS 仲裁裁决地国即瑞士的联邦法院进行，因此其调整国际仲裁的立法《瑞士联邦国际私法法典》关于司法监督的规定对于是否补救、如何补救的标准和方式之规定具有决定意义。(3)迄今为止的司法判例表明，当事人寻求仲裁庭瑕疵的司法补救未有成功例，司法机关对 CAS 给予了足够的信心和尊重，并在相对程度上保持了司法克制的绅士风度。(4)当事人寻求司法救济、攻击 CAS 仲裁庭瑕疵的主要理由是 CAS 仲裁庭践踏了公平对待的公共政策，而仲裁庭不独立、仲裁庭组成与仲裁协议不符等理由已难以成为有效的上诉根据。(5)攻击仲裁庭的组庭瑕疵已经成为当事人挑战 CAS 仲裁裁决、寻求司法监督的惯常伎俩，并从正当理由转变为诉讼技巧。(6)无论司法补救仲裁庭瑕疵的实例之结果如何，攻击仲裁庭构成上的瑕疵已经成为炸开 CAS 封闭的自治体制的有效突破口，成为司法介入的绿色通道。

3 补救措施

不同的补救主体构成了不同的补救方式,由于各补救主体相对于体育纠纷而言具有不同的角度和立场,因此拥有与各自身份相应的不同补救措施。常见的补救措施包括回避、撤换、替代、重组。

3.1 回避

裁判员回避包括两类情形,一是当事人申请回避,二是裁判员自行回避。无论是何种回避形式,回避的理由在于被回避者的独立地位堪疑,可能影响裁判员独立判断。一般商事仲裁下,可能引起裁判员回避的情事包括如下几类:裁判员不独立;国籍,尤其是首席裁判员或者独任裁判员的国籍与当事人相同;与仲裁事项有直接利益关系;同一方当事人持续的经济业务或从属关系;同一方当事人以前存在职业经济关系或从属关系;心存偏见或者以前表达过歧视性观点;在相关仲裁中担任裁判员;违背正当程序等^[3]。ICAS 仲裁法典与奥运会仲裁规则都对裁判员回避事项作了细致的规定,充分说明回避事项对于补救仲裁庭瑕疵的重要意义。归纳起来,CAS 裁判员回避情况下需要满足的条件包括:

其一,只能基于裁判员独立性存在合理或者正当怀疑的根据方可提出回避申请;裁判员自行回避也必须是基于同一理由。当事人提出回避申请必须存在正当的怀疑根据,诚实地提出回避申请是当事人的义务,但是仲裁实务中裁判员的回避申请很可能演变成为一种拖延程序进行的技术。对于何谓“合理理由”或者“正当根据”,ICAS 仲裁法典没有,也不可能给出具体的界定,而主要由 ICAS 主席或者奥运会特设分庭主席根据案件具体情况、参考国际商事仲裁的一般做法,并结合自身的仲裁实践经验予以确定,关键是判断该情事之存在是否影响、在何种程度上影响裁判员的独立判断。至于能够引起回避的事项必须是与裁判员独立地位相关,当事人不能针对裁判员的专业素质等提出回避申请。

其二,回避申请应当在知悉回避事由后立即提出。ICAS 仲裁法典要求当事人在知悉回避事由后即刻提出回避申请,限定回避申请时间的目的是要求当事人在了解到有关裁判员的信息并认为裁判员不合格时尽快采取行动,防止当事人拖延仲裁程序。原则上,在当事人知悉裁判员姓名、身份、相关信息和所披露的情事后即应当提出回避申请,除非在该时刻据以申请回避的理由并不存在或者因为客观原因并不为当事人知悉,否则申请人最迟应当于知道或应当知道回避事由时提出申请。

其三,回避与否的决定权掌握在 ICAS 或奥运会

特设仲裁分处主席手中。在 CAS 上诉仲裁程序下,关于回避的决定权还可由 ICAS 移交给其理事会行使。

其四,回避申请应当附具理由,并给予另一方当事人、被请求回避裁判员、其他裁判员提交书面意见的机会;同时,ICAS 作出的相关决定也应当附具简要理由。为保证回避决定的公平性,并消除因回避问题而在裁判员、当事人与仲裁机构之间可能引起的误解,仲裁法典要求所有环节都应当透明,并附具相关理由、作出简要陈述。

在 CAS 仲裁实务中,当事人对裁判员提出回避的情况并不多见,这一方面源于裁判员自身的客观独立性,另一方面则是源于上诉仲裁处在指定首席裁判员时的深思熟虑,降低了当事人申请回避的概率。在奥运会仲裁下,极度紧张的仲裁程序削减了当事人利用回避以战略控制仲裁程序的空间,仲裁庭所有成员均在奥运会特设仲裁分处主席的考虑下予以指定,在指定人员上的谨慎和中立也极大程度地避免了当事人申请回避的必要。

3.2 撤换

ICAS 仲裁法典第 35 条规定了 ICAS 撤换裁判员的内容。撤换不同于申请回避,两者不可相互替代。根据国际仲裁的实践,结合本条规定,可认为 ICAS 行使撤换权的特征包括:

其一,撤换是 ICAS 主动为之,不是基于当事人或者裁判员的申请。ICAS 撤换裁判员具有主动性,不过,根据国际商会仲裁院的实践,“仲裁院在本问题上的行动,说是出于自主的决定,然而也可能是由于一方或双方当事人提出异议的结果。然而,更多的时候是在秘书处同该裁判员经过长期的通信后,向仲裁院提交的观察报告引起裁判员替换”^[3]。除了不干涉仲裁庭独立仲裁外,仲裁机构总是试图对仲裁庭提供某些帮助,以促使后者能够按照仲裁规则的规定独立、及时、公平地裁决案件。因此,仲裁机构通过秘书处等日常办事机构对仲裁庭进行观察或考察便成为其任务之一。如果秘书处的考察结果显示,裁判员承担该项仲裁任务并不适当或者可能出错,则仲裁机构有权力,也有义务在查实后予以救济。ICAS 同样具有较大的自主权和协助权,它授权 CAS 参与组建仲裁庭以及程序的平稳进行,并通过由秘书长和顾问组成的仲裁院办公室行使日常事务。其中理应包括对仲裁庭组成人员及其运行状况的关注,并在发现异常情况时提请 ICAS 注意和决策。

其二,撤换不同于回避,二者不可彼此替代。回避申请必须存在相应的主体,ICAS 不能主动要求裁判员回避或者告知当事人提出回避申请,在当事人或仲

裁判员的回避申请面前, ICAS 处于被动地位。二者尽管不一样, 但却可以同时被使用, 国际商会仲裁院就曾经驳回了当事人对某一仲裁员的回避申请, 但却同时对他进行了撤换: “仲裁院……替换了仲裁员, 同时驳回了一方当事人提出的对仲裁员的相关异议。在那些发生了这种情况的案件中, 仲裁院愿意驳回要求仲裁员回避的申请, 然而却替换处于异议中的仲裁员, 因为仲裁员虽然未能履行责任, 但并不是行为有过失”^[3239]。此种情况是当事人的回避申请并不充足, 但为了消除当事人的顾虑, 仲裁院也以变通的方式满足了当事人的要求。

其三, 撤换的理由是仲裁员拒绝或者因故不能履行或未履行仲裁法典规定的职责, 一般不存在过失。仲裁员拒绝履行职责使仲裁庭变得残缺, 甚至足以导致仲裁庭瘫痪, 仲裁机构于此情此景必须及时撤换仲裁员才能保证仲裁程序的正常进行。此外, 如果因为种种客观原因导致仲裁员难以履行或者没有履行相关职责的, 仲裁机构也应当撤换仲裁员, 在此种情况下, 仲裁员一般不存在过失。事实上, 如果仲裁员存在过失, 按照理性人假设, 当事人必定会提出回避申请, 也就没有必要由仲裁机构撤换仲裁员; 反之, 如果当事人没有提出回避申请, 但仲裁员确未履行职务的, 仲裁机构有权对其进行撤换。

其四, 撤换应当附具理由, 并给予相关人员发表书面意见的机会。ICAS 在作出撤换决定前, 应当征询当事人、被撤换仲裁员和其他仲裁员的意见, 并在思考他们书面意见的基础上作出审慎决定是否撤换, 如果仍然需要撤换的, ICAS 应当给予理由。

3.3 替代

仲裁员在回避、辞职或者死亡的情况下, 空缺仲裁员分别不同情况予以替补。在回避情况下, 被回避仲裁员属于当事人指定或者共同指定的仲裁员的, 由当事人单独或者共同指定; 如果被回避仲裁员属于 CAS 主席指定或者代为指定的仲裁员, 则继续由 CAS 主席指定或者代为指定。辞职或者死亡的情况下, 依此类推。

在商事仲裁实践中, 对于仲裁员出现空缺的情况可不再由其他仲裁员替代, 而是维持仲裁庭的残缺状态, 继续仲裁进程, 此即为“缺员仲裁庭”或“瘸腿仲裁”^[3180]。对于缺员仲裁庭的运作, 国际商会仲裁院要求满足 3 个条件: 一是只适用于仲裁程序后期; 二是只能在未能履行职责或者缺席的仲裁员资格终止后方能行使职权; 三是只能由仲裁院而非仲裁庭决定缺员仲裁庭是否能够继续进行仲裁。然而, ICAS 仲裁法典明确排除缺员仲裁庭的有效性, 它要求采取与缺席的仲裁员相同的任命规则进行递补。

3.4 重组

仲裁庭瑕疵可能导致仲裁裁决难以获得承认和执行, 司法机关的严厉措施是否否定仲裁裁决的效力。然而当司法机关否决仲裁裁决效力之后既可能撤销裁决^[31], 也可能变更仲裁裁决, 还可能发回重裁^{[102]2}。在通知重裁的情况下, 仲裁机构应当重组仲裁庭主持仲裁程序, 它具有如下几个特征: (1) 重组仲裁庭要求成立一个崭新的、完全由不同仲裁员组成的仲裁庭进行仲裁; (2) 仲裁程序重新开始, 不受先前仲裁程序及其结果的束缚; (3) 重组仲裁庭独立展开仲裁, 既可能基于不同理由得出相同结果, 也可能基于不同理由得出不同的结果, 甚至可能作出与上次仲裁裁决相同的理由与结果, 但在后者情况下, 程序性瑕疵得到矫正; (4) 在 CAS 仲裁实务中, 迄今为止尚无一例仲裁裁决被司法机关予以撤销和通知重裁, 未来之具体实践如何, 尚不可知; (5) 奥运会体育仲裁由于时间限制不适用采取重新仲裁的司法补救方式, 而 CAS 上诉仲裁程序是否适用这一方式, 有赖于体育仲裁的时间需要与尊重 CAS 仲裁需要二者冲突下的取舍。

4 补救效果

4.1 程序效果

程序效果是指, 仲裁庭在调整后对已经进行的程序和和尚未完成的程序各发生何种影响, 其法律评价为何。程序性法律效果又可分为仲裁庭完全重组和局部重组两种细类分别探讨。

一是仲裁庭完全重组情形, 由于完全重组主要发生在司法补救下的通知重裁, 因此其产生的程序效果是完全回溯和可逆的, 对先前已经进行的仲裁程序及其效果进行清零, 实行彻底的溯及既往规则。

二是仲裁庭局部重组情形, 由于局部重组主要是当事人申请回避或者仲裁员自行回避, 以及仲裁机构的撤换或者替代导致的, 因此其产生的程序效果将视情况而定。根据 ICAS 仲裁法典第 36 条的规定, 实行不溯及既往为原则、溯及既往为例外的规则。即仲裁庭已经进行的程序有效, 调整后的仲裁庭仅面向未来, 继续余下的仲裁程序; 如果当事人另有约定或者仲裁庭自行决定的, 则程序可向前回溯, 直到程序始端。

4.2 实体效果

实体效果是指, 仲裁在调整后对已经采纳的证据、认定事实和尚未采纳的证据、尚未认定事实各发生何种影响, 其法律效果为何。实体性法律效果仍然可区分仲裁庭完全重组和局部重组两种情况, 并采取与程序性效果一致的做法, 即完全重组情况下实行彻底的溯及既往规则; 局部重组情况下实行不溯及既往为原

则、溯及既往为例外的规则。

4.3 责任效果

仲裁庭调整后,被替换、撤销或者重组的仲裁员是否需要承担责任,承担民事、行政还是刑事责任^[14],以及在何种程度上承担责任,这就是仲裁员的责任效果。

在国际商事仲裁理论与立法中,对于无过错的仲裁员行为导致的损害后果一般都奉行豁免责任^[51077],但是对于仲裁员存在故意或者过失而导致的损害后果是否需要免除以及在何种程度上免除仲裁员的责任,则各国立法与实践分歧甚大。大致规律是从仲裁员职责的性质上进行划分,但凡认为仲裁员履行准司法职能者,一般倾向于将仲裁员与法官进行类比,免除仲裁员的损害赔偿赔偿责任;但凡认为仲裁员履行服务契约义务者,一般倾向于将仲裁合同与一般服务合同进行类比,主张仲裁员应当承担相关损害赔偿赔偿责任。但对于仲裁员应当在何种程度和范围内承担责任,有一个典型案例为我们提供了一些启示。该案中,一方当事人对仲裁员提起诉讼,要求仲裁员赔偿仲裁裁决对其造成的损失,法院审理后认为:“所有的申请人都必然批评仲裁员作出了错误的裁决。在这里,仲裁员只对重大失误、欺诈,或纵容一方当事人引起的责任负责。否则仲裁员的保护,独立性和权利就受到很大限制以致于达到和赋予他们的司法任务不相符合的地步。”^[51082]可见,即便在仲裁员承担责任的情况下,也必须考虑其履行的司法职能之特殊要求,并将赔偿责任限制在重大过失的条件之下。总括而言,因仲裁庭调整所导致的责任效果可作如下归纳:(1)区分过错行为与非过错行为,前者尚需进一步分析,后者则实行免责原则;(2)对于仲裁员的过错行为,区分仲裁员职务的性质,各国主要存在两种做法,即如果将仲裁员作为裁决者,则仲裁员免责;如果仲裁员作为服务者,则仲裁员承担责任;(3)仲裁员承担责任情况下,必须设定承担责任的条件并实行责任限额。承担责任的条件应当限定在仲裁员存在恶意或者重大过失的行为上;责任限额则是必须平衡考虑仲裁员履行的司法职能,不能完全主张无条件的等价赔偿民事责任。

上述结论能否适用于,以及在何种程度上,以何种方式适用于国际体育仲裁,ICAS仲裁法典和奥运会仲裁规则对此未作任何规定。从仲裁法典和奥运会仲裁规则的行文精神看,结合上诉体育仲裁和奥运会体育仲裁的非金钱性、非财产性以及程序的免费性看,免除仲裁员的责任似乎是更为可取的理解方向。在这

一基础上可将仲裁庭调整后的责任效果界定为:主要是非物质性责任,表现为对仲裁员的道德谴责,更为间接的责任效果是CAS剥夺或者终止他作为CAS仲裁员的资格。

参考文献:

- [1] Alan Redfern, Martin Hunter. Law and practice of international commercial arbitration[M]. London: Sweet & Maxwell, 1999: 9.
- [2] 杨良宜. 国际商务仲裁[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1997: 258.
- [3] W Laurence Craig, William W Park Jan Paulsson. International chamber of commerce Arbitration[M]. NY: Dobbs Ferry, 1988: 223-237.
- [4] 张春良. CAS仲裁中立原则的制度安排[J]. 天津体育学院学报, 2010, 25(2): 106-108.
- [5] Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman. Fouchard, gaillard, goldman on international commercial arbitration[M]. Beijing: CITIC Publishing House and Aspen Publishers, Inc., 2003: 570.
- [6] Gabrielle Kaufmann-Kohler. Arbitration at the Olympics: Issues of fast-track dispute resolution and sports law[M]. London: Kluwer Law International, 2001: 109.
- [7] Janwillem Soek. You Don't Win the Silver-You Miss the Gold[J]. International Sports Law Journal, 2000, 34(9): 15-18.
- [8] 汪祖兴. 国际商会仲裁研究[M]. 北京: 法律出版社, 2005: 142-143.
- [9] M Blessing. The ICC arbitral procedure under the 1998 ICC rules-what has changed?[J]. ICC Bull., 1997, 27(8): 16.
- [10] 刘想树. 中国涉外仲裁裁决制度与学理研究[M]. 北京: 法律出版社, 2001: 207-208.
- [11] 黄世席. 奥林匹克赛事争议与仲裁[M]. 北京: 法律出版社, 2005: 74-77.
- [12] 姜熙. CAS奥运会体育仲裁的程序正义[J]. 体育学刊, 2011, 18(1): 46-52.
- [13] 陈元欣, 王健. 论体育仲裁监督机制的构建[J]. 体育学刊, 2007, 14(1): 122-125.
- [14] 汪全胜, 陈光, 张洪振. 体育法律责任的设定及其完善[J]. 体育学刊, 2010, 17(2): 12-16.