

论律师仲裁员身份重合上的律师不正当竞争和职业回避 PDF
转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E8_AE_BA_E5_BE_8B_E5_B8_88_E4_c122_484803.htm 我国《仲裁法》第十三条明确规定：“仲裁员应当符合下列条件之一：（一）……；（二）从事律师工作满八年的“，在实践中各仲裁委员会中的仲裁员就往往由律师担任，这就出现了律师身份和仲裁员身份的交叉和重合，这也并非我国所特有，无论是大陆法系国家还是英美法系国家，既是律师又是仲裁员的现象不仅在法律上被广泛的认可，如在与英美法同出一辙的我国香港特别行政区之《香港大律师执业行为守则》第二十三条规定：“执业大律师可以从事的与其执业相适宜的其他职业，已在本守则附件4中列出。”而附件4（即该守则第23 - 24条）《关于大律师的辅助性职业》中准许从事的辅助性职业包括：仲裁员和公断人。而且允许律师担任仲裁员的做法在实际运作中收也到较为积极的效果。律师和仲裁员是两个性质截然不同的身份和职业，都为与法律相关职业的共性将二者联系在一起，这种联系导致的二者角色的交叉与重合，但又产生了角色的冲突，身为仲裁员的律师往往在处理某些案件的时候会拥有某种潜在的优势，形成此律师与彼律师（律师之间）竞争的差异，以及影响到对案件的公正处理，甚至威胁到律师形象和法律的威严。这似乎处于进退维谷的境地：一方面律师担当仲裁员，且绝大多数为有相当专业技能和经验的律师，具有无可厚非的专业优势，有利于保障仲裁的正确性，并且能够充分、合理的配置法律资源；另一方面律师仲裁员又给律师竞业、公正办案带来负面效应。那么律师

和仲裁员的角色能否重合，若重合是否构成律师之间的不正当竞争，以及是否可以通过职业回避制度协调二者之间的冲突，使之符合设立此种规则的初衷。我们先来看一个例子。假设：律师符合仲裁法中仲裁员资格之规定，被某仲裁委员会聘请为仲裁员；律师B没有兼职仲裁员的身份；当事人C有一起经济纠纷需要到所任职的仲裁委员会进行仲裁，且C意欲聘请一律师作为其代理人处理此纠纷。这就会产生两个问题：一是是否是仲裁员的身份对当事人在律师A和律师B之间选择上的影响；二是如果当事人选择律师A在其所任职的仲裁委员会进行仲裁，是否会对仲裁裁决的公正性有负面影响。从一般人的普遍认知上来看，答案显而易见：具有仲裁员身份的律师A肯定比没有此种身份的律师B占有更多的优势，其竞争实力更强；由于律师A为该仲裁委员会的仲裁员，无论是在仲裁程序的运作方面，还是对该仲裁委员会的其他仲裁员的熟知程度、人事关系上，不仅仅是比律师B更具竞争实力，而有律师竞业的不正当竞争之嫌，还有可能妨碍公正裁决。因此，出现了律师作为仲裁员身份的冲突，是否就应当禁止律师兼职作仲裁员，或仲裁员不能再从律师中进行选聘呢？律师拥有仲裁员身份是否就构成对同行之间的不正当竞争呢？关于律师与仲裁员的身份重合就存在两种截然不同的观点：一为否定说，即认为律师不能再担任仲裁员，或仲裁员不能是律师，否则会造成律师的不正当竞争或影响法律的公正适用；另一为肯定说，即律师和仲裁员身份完全可以重合，这是对法律资源的合理有效配置，不会产生不利的影响。笔者认为两种观点各有利弊，对于二者身份重合的问题不能单纯的肯定或否定，但律师兼职作仲裁员，或仲裁员从律师

中选聘的这种做法是值得肯定的，这是由于对于此种制度的利弊衡量之后作出的价值选择。首先律师兼职作仲裁员，或仲裁员从律师中选聘，即二者身份的重合不仅有着理论基础，而且有着实践的可行性，被各国所普遍采用。因为：第一，律师与仲裁员的身份重合有着一定的理论基础，即二者均为当事人意思自治的结果。律师是指以法律和其专业知识为基础，根据当事人的委托或法院的指定，依法协助当事人进行诉讼、出庭辩护、参与仲裁以及提供各种法律服务和法律咨询的专业人员。仲裁员即指符合法律规定的资格条件，在仲裁委员会中列入仲裁员名单，承担仲裁职能，对提交仲裁的案件作出裁判的特定人员。仲裁员是仲裁制度的重要组成部分，是仲裁活动得以开展和运作的执行者，正如司法人员对于法律实施和案件处理的重要性，仲裁员乃仲裁制度的活的灵魂。仲裁员和律师从属于两个不同的法律制度，无论是其目的任务、资格选择，还是权利义务、行为规范等等，都千差万别，但是却允许二者在身份上重合，即仲裁员律师，或称律师仲裁员。这种现象源于当事人的意思自治：对律师的委托、律师代理事项的授予、此律师与彼律师的选择等等，对纠纷的解决是否选择仲裁、仲裁事项的选择、仲裁委员会的选择、仲裁员的选择等等，完全取决于当事人的自主选择。归根到底，这种种的选择都是当事人对自身所应当拥有的、并得到法律的认可和保障的私权利的行使，其意思的自治是一定限度和范围内的意思自治，不仅不会妨碍社会的公共利益、国家的公权力，而且有利于化解矛盾、维护法律的正确实施，也是尊重当事人的个人权利、法治文明和进步的突出体现。因此，这种意思自治应当予以充分的尊重和支持

。第二，律师和仲裁员都要求有相当高的法律专业素质和相当丰富的法律事务实践经验，这是二者身份重合的人力资源配置和法的效率价值的要求。由于社会现象的复杂性、社会分工的多元化和社会资源的有限性，导致同一个人身兼不同的角色成为一种必然，正如对社会而言你或许是一个教师，对于家庭而言你又是父亲\母亲、丈夫\妻子、儿子\女儿，一人分饰多种角色也是充分发掘和利用人力资源的突出表现。就我国目前之状况而言，法律资源较为紧缺，但是社会关系的各个方面都离不开法律的规范和调整；同时，“徒法不以自行”，法的作用的发挥、精神的体现又依靠与法律有关的各种职业的人员的具体运作，人力资源就显得有些捉襟见肘。但是，在法这一特殊领域内，其终极价值在于??公正和正义。为了保障这一终极目标的实现，对于其中的人员有着严格和繁杂的资格限制和约束：立法者就不能再成为执法者或法律监督者；法的适用过程中的侦查权、控诉权、审判权、执行权也不允许出主体的重合，只能是分工负责，各司其职、各尽其能，从而实现相互制约，以保障公正和正义。这样必将导致复杂而繁琐的程序，导致一种不效率。正如“迟来的正义非正义”，离开了效率，正义也会大打折扣。确保正义，兼顾效率，就必须充分利用法律的人力资源。立法者不能作法官、检察官、警察，法官不能再是检察官、警察，反之亦然，这是不言而喻的道理，因为这几种与法律相关的职业都具有排他性，不可并存，否则毫无疑问的会直接影响到法律的公正。有且仅有律师和仲裁员的身份之重合不会对法律的公正性构成一种直接的威胁，而且有利于提高法的效率，充分利用法律人力资源。第三，从各国立法和实践中也可

以看出，对律师和仲裁员的身份重合予以肯定和认可。大多数国家的《仲裁法》对于仲裁员资格的限制并为把律师列在其中，往往是对仲裁员在行为能力等方面的限制，如《韩国仲裁法》第五条规定，“具有下列情形之一的人不得担任仲裁员：1.无行为能力或限制行为能力的人；2.尚未复权的破产人；3.被处以监禁以上刑罚或不执行该刑罚的决定作出后不满三年的人；……”法国的《律师法》中关于律师职务的规定，“律师除了这些职务外（根据上文即拥有垄断”辩论“的权限），虽然没有其他具有排他性的垄断权，但可以对委托人解答法律上的询问和提出建议，而且还可以作为审判前的‘审判官’来充当判断人，也就是说，他可以根据与当事人之间的事先约定，或在发生纠纷后的协议，接受提名充当解决纠纷的仲裁人。”“在英国，出庭律师在执业期间非经四大律师学院评议会行为准则委员会的同意，不得同时从事以下职业：初级律师、法律代理人议会工作人员、专利和商标代理人、税收顾问、退休金和抚恤金顾问、遗产税顾问、法官助手、其他出庭律师的助手，以及其他所有从事这些职业者的雇员或秘书。”其中并不包括仲裁员之职务。其次，律师作为兼有仲裁员的身份并非是律师竞业中的不正当竞争。不正当竞争是从商贸领域引入的概念。从经济法的角度来界定，不正当竞争行为一般是指经营者采取违反诚实信用的原则和公认的商业道德的手段，损害其他经营者和消费者的利益，扰乱市场经济秩序的行为。律师行业从某种意义上讲是一种商业服务行业，其所提供和出售的商品是其自身所拥有的专业知识、技能和智慧。因此，律师行业中也存在着竞争，优胜劣汰的价值规律也有体现。有竞争不可避免的就

会有不正当竞争，这是一个事物的两个方面，如故意诋毁其他律师或律师事务所声誉，争揽业务；通过招聘启示、律师事务所简介、领导人题写名称等对律师或律师事务所进行不符合实际的宣传等等。但是律师拥有仲裁员的身份，并非律师在与同行的竞争中所采用的不正当的方式。仲裁员可以由律师担任，但并非所有的律师都有资格成为仲裁员，只是那些具有较高知识水平和丰富实践经验的律师才有资格成为仲裁员，如我国《仲裁法》明确规定，能够成为仲裁员的律师必须是有八年工作经验的律师。因此，拥有仲裁员身份的律师较之没有此身份的其他律师而言在与同行的竞争中更具优势，非但不构成律师竞业的不正当竞争，而是对律师自身素质和水平的客观真实反映和肯定评价，完全是值得提倡和保护的竞争行为。律师的仲裁员身份代表了更好的法律服务、更高的专业水平，是律师服务质量保证的良好反映，具有较强的竞争力是理所当然的，而非不正当竞争的行为。哲学理论告诉我们，任何事物都是矛盾的统一体，都有两个方面，有利必有弊，有好必有坏，不可能存在十全十美的事物。在对某一特定的事物进行本质判断、作出评价所依据的仅是存在在事物中的矛盾的主要方面，只要其主要方面是“好”的、“善”的，有利的，就应当予以充分的肯定，并对其“坏”的、“恶”的、不利的方面加以限制，使之不足以影响到事物的本质；反之应予以反对，同时也对其中合理的成分进行批判的吸收。这才不失为辩证的、全面的思维方式和看待问题的态度。这种哲学原理体现在法的领域就成为一个价值选择的问题。从上述分析中可以看出，律师与仲裁员身份重合的利弊相比较，虽然优劣之势明也，虽然律师与仲裁员的

身份重合并非律师竞业中的不正当竞争，但是律师担任仲裁员会对法律的公正和正义产生一定的负面影响，进而也可能构成不正当竞争。当然我们不能因噎废食因律师担任仲裁员有一定的弊端就彻底废除这种制度，同时也不能忽视律师和仲裁员身份重合的负面效应，所以为协调二者身份重合之冲突，实行律师与仲裁员的职业的回避。回避是一个法律程序上的概念，是指在某种裁决或判断程序中，为了保障结果的公正性，而让与所裁决或判断的事项有关联的，或者为该项当事人，或者与该项当事人有关联的人员，不参与处理该项事项的一种制度。回避制度产生的初衷在于保障法律适用过程中的公正，从而实现法的正义之理念。如为了保障诉讼公正，在民事诉讼、刑事诉讼以及行政诉讼中的对法官、书记员、侦查人员、翻译人员、鉴定人等等的身份的回避。在律师和仲裁员身份重合问题上，为了保障公正性，使得这种身份的重合不构成律师竞业中的不正当竞争，引入回避制度不失为一个良策。律师与仲裁员身份重合的回避，与诉讼中或其他程序中的回避有所差异，这种回避是一种职业上的回避，而非身份上的回避。律师和仲裁员是两种不同性质的与法律有关的职业，二者的回避是由于该职业上的回避，是由于律师兼有仲裁员的这一职业，而导致律师不能代理某些案件或事务，并不是以与仲裁所处理的事项或事项的当事人有关联作为回避的标准；而在诉讼或其他程序中，这种回避并非不同职业上的回避，而是以是否与处理的事项或事项的当事人有关联作为回避的标准。这种回避具体体现在：身为某仲裁委员会仲裁员的律师，不能再代理在该仲裁委员会进行仲裁的案件。也就是说，在同一仲裁委员会内保持身份的

单一性，不能在同一仲裁委员会内出现身份的重合，即若为某仲裁委员会仲裁员的律师，不能以律师的身份处理在该仲裁委员会中仲裁的案件，以避免该律师因具有仲裁员这一特殊身份的优势来影响案件的公正仲裁，从而使得有仲裁员身份的律师在竞业中产生一种不正当竞争的因素，当事人对拥有仲裁员身份的律师的优势的评价和选择，不是基于其在仲裁委员会中的人事关系，而是由于仲裁员的身份是对律师执业水平、专业素质以及经验累积的肯定评价和反映。这也正是正当竞争的突出表现。律师与仲裁员的职业回避，克服了二者身份重合所带来的弊端，使律师可以充分发挥其法律专长的才能，合理的配置法律人力资源，同时也促进仲裁活动的公正、顺利和高效的进行。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com