

doi:10.16060/j.cnki.issn2095-8072.2018.04.005

论我国国际商事仲裁证据制度的症结及完善 ——以国际商事仲裁证据“软法”为切入点*

王 徽

(华东政法大学研究生教育院, 上海 200042)

摘 要: 国际商事仲裁证据“软法”是指由国际组织、仲裁行业组织、仲裁机构等非国家主体制定的,旨在调整国际商事仲裁证据事宜,自身虽不具有外部强制力保障,但却具有某种规范性的文本。由于仲裁证据“软法”响应了实践需求并填补了制度空缺,协调了两大法系在仲裁证据领域的差异,并契合了仲裁的核心价值与特质,它们在国际仲裁界享有广泛的影响力。但将我国国际商事仲裁证据制度的症结全然归结于《仲裁法》的观点值得商榷。一方面,仲裁证据制度的升级并不以“硬法”的完善为必须。另一方面,目前已有域内外仲裁证据“软法”可供使用。我国当前仲裁证据制度的症结在于部分仲裁人士的理念和实践做法尚未与国际接轨,以及我国仲裁规则缺乏对仲裁庭证据裁量权的积极引导。本文呼吁切实提高仲裁主体运用国际商事仲裁证据“软法”的能力,并在仲裁规则中增设涉外仲裁证据规定。

关键词: 仲裁证据制度; 软法; 仲裁规则; 症结

中图分类号: D99

文献标识码: A

文章编号: 2095—8072(2018)04—0048—11

一、问题的提出

国际商事仲裁证据制度是指在国际商事仲裁程序进行过程中,规范证据的种类、效力、收集、审查和评价等证明活动的一系列准则的总和。^①仲裁证据制度不仅在微观层面影响着个案的胜负,还在宏观层面影响着整个仲裁制度的公信力。正因如此,仲裁证据制度一直是各界重点关注的议题。截至2018年3月8日,仅中国知网数据库以“仲裁证据”为篇名的各类文献就多达140余篇。其中,有学者以我国仲裁证据制度的“诉讼化”为引导词,进而分析了仲裁证据“诉讼化”的弊端与成因;^②有学者则是在概述仲裁证据制度的基础上,对仲裁证据的援引、分类、举证责任、取证、审核认定等内容进行了逐一梳理;^③除此之外,还有不少文献以仲裁证据中的具体问题为切入点。例如,有学者从比较法的角度探讨了文件证据披露规则;^④还有学者则分别研究了仲裁证据证明能力^⑤、仲裁证据保全^⑥以及仲裁证据认证规则^⑦等。梳理已有文

* 基金项目: 本文受国家社科基金重大项目“法治引领推动自贸试验区建设的难点与路径研究”(14ZDC016)的资助; 本文同时受华东政法大学优秀博士学位论文培育项目“国际商事仲裁‘软法’研究”(2017-1-004)的资助。

① 刘晓红. 从国际商事仲裁证据制度的一般特质看我国涉外仲裁证据制度的完善[J]. 政治与法律, 2009(5): 91.

② 宋朝武. 仲裁证据的非诉讼化及其路径选择[J]. 河南社会科学, 2010(3): 61-64.

③ 卢松. 国际商事仲裁中的证据[J]. 北京仲裁, 2014(2): 93-111.

④ 李宗. 论国际商事仲裁文件证据披露规则[J]. 北京仲裁, 2016(1): 40-59.

⑤ 尹伟民. 仲裁中的证据能力规则——以诉讼与仲裁机制的差异为视角[J]. 学术界, 2011(5): 87-93.

⑥ 颜湘蓉. 我国仲裁证据制度的若干法律问题探讨[J]. 仲裁研究, 2014(2): 10-15.

⑦ 齐玢. 仲裁程序中的证据认证规则初探[J]. 仲裁研究, 2009(18): 37-45.

献发现, 尽管研究角度各不相同, 但最终落脚点却大多集中于“硬法完善论”, 即呼吁修改我国《仲裁法》以应对仲裁证据制度的缺失与不足。

是否只有修改现行《仲裁法》才能根治我国仲裁证据制度的种种问题? 如果答案是否定的, 那么我国国际商事仲裁证据制度的症结到底何在? 我国仲裁证据制度又应该如何完善? 以国际商事仲裁证据“软法”为切入点, 本文试图回答这些问题。国际商事仲裁证据“软法”是指由国际组织、仲裁行业组织、仲裁机构等非国家主体制定的, 旨在调整国际商事仲裁证据事宜, 自身虽不具有外部强制力保障, 但却具有某种规范性的文本。^①本文之所以关注仲裁证据“软法”, 一方面是因为它是“硬法”的相对面, 目前系统研究仲裁证据“软法”的文献相对有限; 另一方面则是为了回答本文的设问。倘若仲裁证据“软法”已能在较大程度上助力我国国际商事仲裁证据制度的完善, 那么“硬法完善论”的必要性和迫切性将会大打折扣。

二、透过仲裁证据“软法”看我国仲裁证据制度的症结

(一) 国际商事仲裁证据“软法”的制定主体与表现形式

国际商事仲裁证据“软法”的制定主体多元, 包括仲裁机构、仲裁行业组织、国际组织、科研机构等。例如, 国际商会仲裁院 (ICC International Court of Arbitration, ICA)、国际律师协会 (International Bar Association, IBA)、冲突保护和解决国际学院 (CPR Institute for Conflict Prevention & Resolution, CPR)、国际争议解决中心 (International Centre for Dispute Resolution, ICDR)、英国皇家特许仲裁员协会 (Chartered Institute of Arbitrators, CIArb)、国际商事仲裁委员会 (International Council for Commercial Arbitration, ICCA)、伦敦玛丽王后大学 (Queen Mary University of London) 以及联合国国际贸易法委员会 (United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL) 等组织均直接或间接制定过仲裁证据“软法”。

仲裁证据“软法”表现形式多样、数量可观。它们之中既有全面涵盖仲裁证据事宜的《IBA国际仲裁取证规则》(IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration)(下称《IBA证据规则》), 也有聚焦于特定仲裁证据环节的《CPR仲裁文件披露与证据出示规程》(CPR Protocol on Disclosure of Documents and Presentation)、《ICDR仲裁员信息交换指南》(ICDR guidelines for arbitrators concerning exchanges of information)、《CIArb电子文件披露规程》(CIArb Protocol for E-Disclosure)、《CIArb当事人制定专家规程》(CIArb Protocol for the Use of Party-appointed Experts) 以及《ICC电子文件披露管理报告》(ICC Arbitration Commission Report on Managing E-Document Production)。

^① 仲裁证据“软法”不是实证法学 (positive law) 概念下的法律。以此为前提, 论证“软法非法”完全成立。但是这种论证的成立并不妨碍仲裁证据“软法”产生实然的规范效果和影响力。本文无意做“法”的概念之争, 相反旨在关注仲裁证据“软法”于实然层面的效果。

除专门为仲裁证据定制的“软法”外,仲裁界还存在间接调整证据事宜的“软法”。它们包括《ICCA国际商事仲裁手册》(ICCA International Handbook on Commercial Arbitration)、《ICC仲裁时间和费用控制方法》(ICC Arbitration Commission Report on Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration)、《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》(UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration,下称《示范法》),以及《联合国国际贸易法委员会关于安排仲裁程序的说明》(UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings)(下称《贸法会说明》)等。

(二) 国际商事仲裁证据“软法”的广泛影响力

仲裁证据“软法”在国际仲裁程序中的适用十分普遍,以《IBA证据规则》为代表,该仲裁证据“软法”具有较强的国际影响力。一方面,基于诸多资深仲裁人士的实务经验,《IBA证据规则》是得到广泛适用的。例如,国际仲裁专家嘉里·博恩(Gary Born)先生曾在专著中指出:“仲裁庭通常会根据《IBA证据规则》来处理证据披露问题。”^①另一方面,统计数据也验证了部分仲裁人士的经验判断。根据伦敦玛丽王后大学2015年发布的国际商事仲裁统计,高达77%的受访者表示他们曾实际见证《IBA证据规则》的应用。与此同时,近70%的受访者给予《IBA证据规则》积极评价。^②

以《IBA证据规则》为例,它主要有3种适用模式。第一种模式为当事人在仲裁协议中约定适用《IBA证据规则》。如此一来,《IBA证据规则》便会成为具有契约约束力的证据规则;第二种模式为仲裁庭在第一号程序令(Procedure Order No.1)中明确《IBA证据规则》的适用。^③国际仲裁庭通常会在庭前程序管理会议(Case Management Conference)上对仲裁证据事宜加以明确。譬如,在征询各方意见的基础之上,仲裁庭时常会将《IBA证据规则》纳为非拘束性参照指南(non-binding guideline);第三种模式则是仲裁庭依自由裁量权,决定是否适用,以及在何种程度上适用《IBA证据规则》。国际商事仲裁实践依第二种和第三种模式适用《IBA证据规则》的情形较多。一个现实的原因是明确约定适用《IBA证据规则》会使违反该规则成为裁决撤销、乃至拒绝承认与执行裁决的潜在理由。^④

国际商事仲裁证据领域的其它“软法”大致也是按照上述方式产生影响力的。但有两个方面值得一提:一方面,不同仲裁证据“软法”之间的影响力存在差异。并非所有的仲裁证据“软法”均已得到直接援引而呈现影响力。例如,《贸法会说明》旨在为仲裁程序的推进提供一个事项清单(checklist)。在仲裁庭和当事人将事项清

① Gary B. Born, *International Arbitration: Law and Practice (Second Edition)*, Kluwer Law International, 2015: 185-200.

② 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration. [2017-09-10] <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf>.

③ Paula Hodges, “The Proliferation of ‘Soft Laws’ in International Arbitration: Time to Draw the Line?” *Austrian Yearbook on International Arbitration*, Manz’sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2015: 216.

④ 崔起凡. 论国际商事仲裁中证据规则的确定与适用[J]. 武大国际法评论, 2013(1): 297.

单纳入考虑的过程中,该类“软法”的影响力便已得到体现。^①显然,这种影响力并没有《IBA证据规则》来的直接和明显。^②再加之仲裁保密性的缘故,部分仲裁证据“软法”的适用现状缺乏统计数据;另一方面,有关仲裁证据“软法”之间存在关联性和相似性。例如,《CIArb当事人制定专家规程》、《CPR商事仲裁中文件披露与证据出示规程》和《ICDR仲裁员信息交换指南》内容上有明显的相似性。对于特定仲裁证据细节,综合考虑多部仲裁“证据”软法,往往能够起到更积极的效果。

(三) 国际商事仲裁证据“软法”影响力的深层次原因

透过现象看本质,之所以仲裁证据“软法”享有一定的影响力,同以下几点原因有关:

其一,仲裁证据“软法”响应了仲裁实践需求并填补了制度空缺。国际商事仲裁证据制度的渊源为仲裁法和仲裁规则。一方面,虽然仲裁法涉及仲裁证据制度,但它们通常仅做宽泛的规定。^③例如,《示范法》第19条(2)款指出,在当事人未约定仲裁证据规则的情况下,仲裁庭就仲裁证据的可采性、相关性、实质性和重要性享有决定权。就法院协助取证而言,《示范法》第27条也只是做出原则性规定,即法院可以在其权限范围内按照其关于取证的规则执行仲裁庭或当事人的协助取证请求。在《示范法》法域以外,诸如英国、瑞典、美国、瑞士、法国等仲裁法域同样采取了概括性的条款设计。譬如,英国1996年仲裁法第34条(1)款仅概括性地指出,仲裁庭对于所有程序和证据事宜享有决定权;另一方面,仲裁规则大多没有提供更为细化的证据安排。例如,2012版ICC仲裁规则第25条仅宽泛地规定了若干仲裁证据事宜,且在措辞上突出仲裁庭的裁量权。再如,2016版新加坡国际仲裁中心(SIAC)仲裁规则明确仲裁庭就证人证言、仲裁庭任命专家,以及文件披露(document production)享有裁量权。包括斯德哥尔摩商会仲裁院(SCC)、伦敦国际仲裁院(LCIA)、美国仲裁协会国际争议解决中心(ICDR)、瑞士商会仲裁院(SCAI)、香港国际仲裁中心(HKIIAC)在内的主流仲裁机构仲裁规则同样采取了相似的条款设计。域外立法和仲裁规则表明,它们并非规定得越细越好。以仲裁规则为例,过于细化的仲裁证据制度不仅会影响仲裁机构崇尚的程序灵活性,也不利于仲裁规则的全球普适性。^④但是,犹如硬币的两面,过于宽泛的条款设计难免会降低仲裁证据制度的确定性。为了实现灵活性和确定性之间的平衡、填补立法和仲裁规则的刻意留白,仲裁证据“软法”应运而生。^⑤

① Roberto Ceccon, “UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings and the Conduct of Evidence—A New Approach to International Arbitration”, *Journal of International Arbitration*, 1997, 14(2): 67–68.

② 伦敦玛丽王后大学的统计表明,有29%的受访者见证了《贸法会说明》的适用,而46%的受访者知悉《贸法会说明》的存在,但不清楚它是否有被适用。

③ 截至2018年3月8日,全球109个法域中共有78个法域采纳了《示范法》。参见: Status, UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006. [2018-03-08] http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html.

④ Jarred Pinkston, “The Arbitrator and the Arbitration Procedure—The Case for a Continental European Arbitral Institution to Limit Document Production”, Christian Klausegger, Peter Klein, et al.(eds), *Austrian Yearbook on International Arbitration*, Manz’sche Verlags-und Universitätsbuchhandlung, 2011: 110.

⑤ Lawrence W. Newman, Michael J. Radine (ed), *Soft Law in International Arbitration*, JurisNet, 2014: 321.

其二, 国际商事仲裁证据“软法”协调了法系差异。国际仲裁是各大法系汇集的平台。^①这表现为各方当事人和仲裁代理人通常具有不同的法系背景, 仲裁庭的构成也较为多元。由于各方往往具有不同的法律认知、法系文化、职业伦理, 产生冲突在所难免。在仲裁证据层面, 倘若来自英美法系的仲裁代理人完全无法实施文件披露、证人交叉询问, 而来自大陆法系的仲裁代理人则不得不应付大规模文件披露、处理大量的言辞类证据, 这样的仲裁程序显然不符合各方的预期。^②上述窘境的避免离不开法系差异的妥善协调, 尽管这可以借力制定公约、统一国内法等“硬法”手段, 但实践中却是缺乏可行性的。一方面, 制定公约的成本高昂, 且多受缔约国政治意愿等非法律因素的影响。^③另一方面, 国内法由于受到法系传统的束缚, 旨在进行大幅度的立法统一困难极大。面对“硬法”的无力, 仲裁证据“软法”再次发挥了它的作用。鉴于“软法”的制定更为容易, 更少受政治、法系传统的影响, 它在协调法系差异方面具有先天优势。以《IBA证据规则》为例, 它源起于1983年《国际商事仲裁证据提供与采纳的补充规则》(Supplementary Rules Governing the Presentation and Reception of Evidence in International Commercial Arbitration), 后正式诞生于1999年。历经11年的发展, 2010版《IBA证据规则》最终出台。《IBA证据规则》是法系融合的结晶。2010版《IBA证据规则》的起草委员会由22名仲裁权威人士构成, 他们来自各大法系、代表了不同的法律文化。譬如, 考虑到英美法系的传统, 1999年《IBA证据规则》确立了文件披露制度。^④但为了兼顾大陆法系的特点, 1999年《IBA证据规则》对“美式”大规模披露(US-style broad discovery)予以否认, 并在2010年修订中优化了系列条件以进一步地限缩文件披露的范围。^⑤正是因为妥善地协调了法系差异, 仲裁证据“软法”才能在国际商事仲裁中得到广泛认可。

其三, 仲裁证据“软法”契合了仲裁的核心价值和特质。仲裁之所以能成为主流的跨境争议解决手段, 同仲裁的核心价值得到了国际社会的认同有关。仲裁的核心价值包括效率价值和公平价值。一览仲裁证据“软法”, 它们较好地实现了上述价值的具体化。例如, 为了突显效率价值, 除了限缩文件披露范围以外, 部分仲裁证据“软法”还要求各方尽早确立个案中的证据程序, 并为此提供了程序管理建议。而为了保障公平价值, 包括《IBA证据规则》在内的诸多证据“软法”在程序上突出了各方当事人的平等对待, 如仲裁庭应给予各方充分阐述意见的机会。值得一提的是, 仲裁证据“软法”同样契合了仲裁的自治性和灵活性特质。一方面, 仲裁证据“软法”是行

① Hans Smit, “Roles of the Arbitral Tribunal in Civil Law and Common Law Systems with Respect to Presentation of Evidence”, Albert Jan van den Berg (ed), *Planning Efficient Arbitration Proceedings: The Law Applicable in International Arbitration*, ICCA Congress Series, Kluwer Law International, 1996: 161.

② Mauro Rubino-Sammartano, “Rules of evidence in International Arbitration: A Need for Discipline and Harmonization”, *Journal of International Arbitration*, 1986, 3(2): 90.

③ Guzman, Andrew T and Timothy L. Meyer, “International Common Law: The Soft Law of International Tribunals”, *Chicago Journal of International Law*, 2008, 9: 515.

④ 《IBA证据规则》刻意避免采取英美法术语, 即“discovery”和“disclosure”, 转而采用“document production”。

⑤ Georg von Segesser, “The IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: Revised version, adopted by the International Bar Association on 29 May 2010”, *ASA Bulletin*, 2010, 28(4): 735-752.

业自治的产物，是对国际通行实践的编纂。由于仲裁证据“软法”的制定者多处于仲裁实践第一线，他们深谙仲裁之道，因此由他们牵头制定的仲裁证据“软法”往往较好地对准实际问题，并充分发挥了全球仲裁界的集体智慧；^①另一方面，仲裁证据“软法”也符合仲裁的灵活性特质。例如，知名国际仲裁员杨良宜先生曾指出：“在商务仲裁，基本上不必依照证据法。”^②这表明在国际商事仲裁中以“硬法”形式详细调整证据事宜并不适合。因为“硬法”对于仲裁灵活性的影响较大，有加剧仲裁证据“诉讼化”的风险。相比之下，仲裁证据“软法”在增加程序确定性的同时，最大限度地保障仲裁的灵活性。这也解释了为什么仲裁证据“软法”多以参考标准，而非硬性规则的样式影响仲裁实践。实践中，基于个案需要，仲裁主体可以对“软法”进行柔性调整。

（四）仲裁证据领域“立法完善论”的观点值得商榷

将我国仲裁证据制度的症结全然归结于《仲裁法》过于“诉讼化”，并呼吁依靠立法完善的观点值得商榷。具体有下述两点理由：

一方面，国际商事仲裁证据制度的升级并不以“硬法”完善为必须。如前所述，考虑到仲裁制度的灵活性，颇为硬性的立法进路反而会适得其反，加重仲裁证据制度的“诉讼化”。先进的仲裁立法多具有简明扼要的特征。它们尤其突出当事人的意思自治、仲裁庭的广泛裁量权、司法的有限干预，以及法院对于仲裁的鼎力协助。以此为标准来衡量我国《仲裁法》中的证据制度，其最大问题是没有赋予仲裁庭以更大的司法支持，如明确司法协助仲裁庭取证。^③除此之外，我国《仲裁法》与域外仲裁法并没有本质差异。举例来说，我国《仲裁法》第43条要求当事人对自己的主张提供证据，而瑞典1999年仲裁法第25条同样如此规定。另需指出的是，虽然我国《仲裁法》在立法语言上没有突出当事人的意思自治和仲裁庭的裁量权，但在仲裁理论和实践中是得到尊重的。换言之，在不涉及司法权力运行、法律未禁止的情况下，我国《仲裁法》并非没有赋予仲裁行业自治空间。^④以此为基础，无论是仲裁规则，^⑤抑或是仲裁证据“软法”，它们均可以起到升级我国国际商事仲裁证据制度的效果。换言之，“立法完善论”的必要性和迫切性有限。

另一方面，目前已有域内外国际商事仲裁证据“软法”可供使用。部分仲裁证据“软法”在规范层面已实现相对的程序细化和去“诉讼化”，且成功经受不同法系的检验。不容忽视的是，我国仲裁界也实施有仲裁证据“软法”。其中最具代表性的莫过于中国国际经济贸易仲裁委员会（下称“贸仲”）2015年发布的《证据指引》。在

① 崔超凡. 国际商事仲裁证据规则之晚近成文化现象述评[J]. 国际商务研究, 2013(5): 53.

② 杨良宜. 国际商务仲裁[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1997: 191.

③ 姜霞, 廖永安. 重构我国仲裁证据制度之探析[J]. 求索, 2008(5): 127.

④ 虽然我国《仲裁法》第73条规定涉外仲裁规则可以由中国国际商会依照本法和民事诉讼法的有关规定制定，但该条并非强制条款，因此并不会贬损行业自治的空间。

⑤ 仲裁规则同样是一种“软法”，它的制定主体多为仲裁机构，且仲裁规则本身并非实证法和国际公约。仲裁规则的特殊性在于它主要依靠合意而产生“硬化”效果，而非其它仲裁“软法”主要借助仲裁庭裁量权而产生影响力。在机构仲裁下，仲裁规则成为仲裁协议的自然延伸，进而对各方产生契约般的约束力。

域内外仲裁证据“软法”的共同填补下，我们是有规范可依的。应然地看，在已有仲裁证据“软法”的情况下，我国国际商事仲裁证据制度的“诉讼化”现象应有明显改善才对。遗憾的是，实然结果并非如此。我国仲裁实践中依《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》代替仲裁证据规则的做法仍十分普遍。国际仲裁证据“软法”在我国仲裁中很少得到适用。资深国际仲裁员陶景洲先生曾明确表示，《IBA证据规则》并未融入我国的仲裁实践。^①另据了解，贸仲《证据指引》同样很少得到实际适用。在我国《仲裁法》并不阻碍仲裁证据“软法”适用的情况下，它们的“遇冷”表明我国仲裁证据制度的症结不是单纯的规范缺失。由此可见，仅是主张修改《仲裁法》以完善仲裁证据制度的观点恐没有对症下药。

（五）我国国际商事仲裁证据制度的核心症结

透过仲裁证据“软法”的遇冷能够分析得出我国仲裁证据制度的核心症结。仲裁证据“软法”在我国未能发挥应有功能，同以下两大原因有关：一方面，我国部分仲裁代理人和仲裁员的理念和实务操作尚未与国际接轨。他们误将国内商事仲裁与国际商事仲裁进行等同处理。由于人员相对封闭，国内商事仲裁程序较多受到诉讼制度影响尚可理解。^②但在国际商事仲裁中，简单照搬国内程序的做法则明显背离了国际仲裁实践。仲裁证据“软法”的遇冷背后既体现为部分仲裁人士国际商事仲裁理念尚未跟进，也体现为他们对仲裁证据“软法”缺乏足够认识与掌握；^③另一方面，我国仲裁规则缺乏对仲裁庭裁量权的引导。基于国际仲裁实践，仲裁证据“软法”多借助仲裁庭的裁量权而得到适用，但这离不开仲裁规则的引导。以文件披露为例，域外仲裁规则在明确仲裁庭有裁量权的同时，也为仲裁庭能动地适用仲裁证据“软法”创造了条件。相比之下，我国仲裁规则中的证据制度多为对《仲裁法》有关条款的重复表达，^④而缺乏证据裁量权的进一步引导。这也是仲裁证据“软法”在我国鲜有人问津的原因之一。

三、完善我国国际商事仲裁证据制度的具体建议

（一）提高运用国际商事仲裁证据“软法”的能力

由于仲裁证据“软法”并非国内立法和国际公约，且仲裁制度具有灵活性，因此在解释和适用有关仲裁证据“软法”时，各方不宜按《维也纳条约法公约》中解释国际条约的四种方法。为了更好地理解和适用仲裁证据“软法”，仅仅从字面上了解仲裁证据“软法”是不够的。解释主体还有必要将仲裁证据“软法”的形成历史、规范

① Jingzhou Tao, “Document Production in Chinese International Arbitration Proceedings”, Albert Jan van den Berg (ed), *International Arbitration 2006: Back to Basics?* ICCA Congress Series, Kluwer Law International, 2007: 621.

② 根据瑞典仲裁协会前主席Christer Danielsson先生的演讲，国内仲裁和国际仲裁的程序是存在差异的。以瑞典仲裁为例，受瑞典诉讼制度的影响，瑞典国内商事仲裁一般不涉及书面证人证言（written witness statement）。但在瑞典国际商事仲裁案件中，书面证人证言却十分常见。

③ 卢松. 国际商事仲裁中的证据[J]. 北京仲裁, 2014(2): 98.

④ 李宗. 论国际商事仲裁文件证据披露规则[J]. 北京仲裁, 2016(1): 55.

的内在逻辑、追求的特定价值一并纳入考量。例如,《IBA证据规则》制定委员会曾发布关于2010版证据规则的评述。其中便涉及起草者对于《IBA证据规则》内在价值(见序言)、特定条款的理解。^①《IBA证据规则》是国际商事仲裁证据领域最具代表性和影响力的“软法”。虽然《IBA证据规则》只有短短的9条,但它却详细涵盖了证据事项意见征询、文件披露、事实证人、专家证人、勘验、证据听证会、证据的采信和评定等内容。《IBA证据规则》关于文件披露请求的内容是该仲裁“软法”的核心内容。国际仲裁实践中常以“雷德芬表”(Redfern Schedule)开展文件披露事宜。^②作为对典型仲裁证据“软法”理解的加深和运用的提高,就文件披露程序而言,需要把握以下几点:

其一,文件披露请求需符合“明确性”、“关联性”和“重要性”标准。查阅《IBA证据规则》制定历史,之所以要满足这些标准,这体现出该仲裁证据“软法”旨在避免“美式”大范围文件披露,并有意遏制“文件钓鱼行为”(fishing expedition)。^③实践中,“明确性”常要求文件披露请求“限缩和具体”、“关联性”要求待披露文件与案件表面上(prima facie)存在直接联系,而“重要性”则要求明确文件是否涉及案件核心法律事实。换言之,有无该文件是否会对案件结果产生显著影响。

其二,应强化运用文件披露例外事由的能力。最重要的文件披露例外事由当属“文件披露特权”。“特权”概念存在于两大法系。虽然《IBA证据规则》未就特权下定义,但它做了举例以供仲裁庭参考,其中包括法律职业特权,以及和解或调解情况下的特权。显而易见,前者旨在保障当事人获得律师服务的权利,而后者则旨在鼓励当事人友好协商以加速纠纷解决。除了“特权”以外,《IBA证据规则》还有将法律障碍、技术和商业保密性等原因纳为文件披露例外。仅以技术和商业保密性例外为例,此处的“技术信息”常指核心算法、专有技术和模型。而“商业秘密”则多指定价策略、财务报表、税务清单,以及第三方保密协议所涵盖事项。^④需要强调的是,“技术信息”和“商业秘密”并非当然免于披露。只有当仲裁庭认为技术和商业保密性理由具有足够说服力时,此类信息才可免于披露。实践中,此类披露常采取隐去敏感信息或交由涉密专家处理等手段以防范泄密。^⑤

其三,应对违反文件披露事宜的后果有清晰认识。对文件披露请求置之不理实不可取。这是因为根据《IBA证据规则》,如果一方当事人未能在合理的时间内就文件披露请求提出反对意见,或者未能出示仲裁庭要求其提供的文件,仲裁庭可以藉此推断该文件与该方的利益相悖。不仅如此,若当事人在取证过程中缺乏善意,仲裁庭还

① 1999 IBA Working Party & 2010 IBA Rules of Evidence Review Subcommittee, Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration(2010). [2017-09-08] http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx.

② 雷德芬表以《IBA证据规则》为基础,分别包括文件披露申请请求、文件相关性和重要性、被请求方意见、请求方反驳,以及仲裁庭决定这6栏。

③ 1999 IBA Working Party & 2010 IBA Rules of Evidence Review Subcommittee, Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration(2010). [2017-09-08] http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx.

④ Nathan D. O' Malley, Rules of Evidence in International Arbitration, Informa Law, 2012: para.9.86.

⑤ Reto Marghitola, *Document Production in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2015: 93-97.

有权在仲裁费用分担上予以惩戒。

诚然,《IBA 证据规则》并非仲裁证据“软法”的全部。在国际仲裁实践中,《ICC 电子文件披露管理报告》^①、《CI Arb 电子文件披露规程》^②、《CPR 仲裁文件披露与证据出示规程》^③也占有一席之地。以《ICC 电子文件披露管理报告》为例,它针对电子文件披露而设。在继受《IBA 证据规则》相关标准的前提下,《ICC 电子文件披露管理报告》细化了电子文件的披露程序。从中得到的启示是,仲裁证据“软法”提供了诸多上位规范难以触及的细节信息。对于初入国际仲裁领域的人士而言,仲裁证据“软法”是极佳的学习素材。不仅如此,不同的仲裁证据“软法”之间存在组合适用的可能性。通过掌握仲裁证据“软法”,于理念层面可做到更快地同国际接轨,更好地融入国际仲裁圈。而在实操层面则可以更好地据理力争,以符合国际通行实践的方式专业地提出或拒绝相应的文件披露请求。

(二) 明确仲裁规则对于仲裁庭证据裁量权的引导

在提升仲裁证据“软法”适用能力的同时,还需要强化仲裁规则对仲裁庭裁量权的引导。承接前文,域外仲裁机构仲裁规则多突出仲裁庭在证据事宜方面的裁量权,并通过相应条款引导裁量权的行使。例如,SCAI 2012 版仲裁规则第 24 条规定:“1. 当事人对自己的主张承担举证责任; 2. 仲裁庭就证据的可采信、相关性、重要性,以及证明力具有裁量权; 3. 于仲裁程序进行期间,在仲裁庭确定的时间内,仲裁庭有权要求当事人提交文件。”再如,LCIA 2014 版仲裁规则第 22 条规定,在允许各方当事人陈述观点的基础上,仲裁庭有权根据当事人的请求或自身需要,要求当事人提供处于它们控制下的,且具有关联性的文件。借助此类赋权性条款设计,仲裁庭对仲裁证据事宜的裁量权有了更清晰的认识,对各方所处法系证据实践的差异有了更大的融合权限。^④与此同时,在选择特定仲裁机构,并受特定仲裁规则约束的同时,当事人与代理人将对仲裁证据形成更清晰的预期,包括仲裁庭依裁量权适用仲裁证据“软法”。得益于仲裁规则的引导,仲裁规则与仲裁证据“软法”实现了良好地配合。

对比之下,在《仲裁法》不构成根本阻碍的情况下,我国仲裁规则却未能更好地体现对仲裁庭裁量权的引导。一方面,我国仲裁规则证据部分多体现为对《仲裁法》和《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》的转化,诸多条款设计具有高度的相似性和诉讼化倾向;其二,我国仲裁规则并没有在原则上确立仲裁庭就证据的可采信、相关性、重要性,以及证明力享有广泛裁量权,进而为仲裁证据“软法”的适用“铺路”。我国部分仲裁机构已尝试对仲裁证据事宜进行相应的“突破”。譬如,北

① ICC Arbitration Commission Report on Managing E-Document Production. [2017-09-08] <http://www.iccwbo.be/wp-content/uploads/2012/03/20120516-Managing-e-document-Report.pdf>.

② Protocol for E-Disclosure in Arbitration. [2017-09-08] <https://www.ciarb.org/docs/default-source/practice-guidelines-protocols-and-rules/international-arbitration-protocols/e-iscolureinarbitration.pdf?sfvrsn=8>.

③ CPR Protocol on Disclosure of Documents and Presentation. [2017-09-08] <https://www.cpradr.org/resource-center/protocols-guidelines/protocol-on-disclosure-of-documents-presentation-of-witnesses-in-commercial-arbitration>.

④ Peter Ashford, *The IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: A Guide*, Cambridge University Press, 2013: 56.

京仲裁委员会2015版仲裁规则第37条规定：“仲裁庭在认定证据时，除依照相关法律、行政法规，参照司法解释外，还可以结合行业惯例、交易习惯等，综合案件整体情况进行认定。”上海国际仲裁中心2015版仲裁规则第37条规定：“当事人对证据事项或证据规则有特别约定的，从其约定，但其约定无法实施的除外。”但由前述条款可知，几乎只有当事人明确约定仲裁证据“软法”适用，它才能产生实际效果。显然，这有悖于国际仲裁的主流实践，即以裁量权为基础柔性地适用仲裁证据“软法”。从某种程度讲，仲裁证据“软法”的遇冷也与我国仲裁规则未妥善引导仲裁庭证据裁量权有关。

此外，在我国《仲裁法》未明确的情况下，由于我国仲裁规则又完全没有提及文件披露程序，因此即便仲裁庭享有裁量权，他们也是不愿意行使的，因为这会承担程序风险。需要特别强调的是，文件披露程序并非是英美法系的专利。我们不能仅以文件披露程序具有英美法元素便彻底置之不理。即便是在法国、瑞士、瑞典等强调传统举证责任的大陆法系国家，它们在立法中也是有明确文件披露程序的，只是适用程度上可以作必要限缩。^①鉴于诸多仲裁证据“软法”涉及文件披露程序，故在缺乏程序引导的情形下，仲裁证据“软法”从根本上难以得到青睐。也许对于国内仲裁案件而言，文件披露程序的有无可能影响甚微。但在国际仲裁语境下，缺乏文件披露程序却会直接影响境外主体对我国仲裁制度的认可度，特别是在两大法系国际仲裁人士对文件披露程序已具有普遍认知的情况下。^②有鉴于此，本文建议我国仲裁规则增设国际（涉外）仲裁证据篇。一方面，这样的设计并不与我国的《仲裁法》相抵触。强调赋权的仲裁规则条款设计亦可为仲裁证据“软法”的适用创造机会。另一方面，单设涉外仲裁证据篇可在不影响国内仲裁实践的情况下，更好地实现在涉外案件中我国仲裁证据制度的国际接轨。我国司法机关对此应予以必要的肯定，这也是打消部分仲裁员担忧的举措。具体条款设计如下：

涉外仲裁证据规定

除非当事人另有约定，涉外仲裁证据事宜适用本条规定：

1. 当事人对自己的主张承担举证责任；
2. 在给予各方当事人充分表达意见的基础之上，仲裁庭有权决定证据的可采信、相关性、重要性，以及证明力。具体可参考国际通行实践；
3. 在仲裁程序进行过程中，仲裁庭可以根据当事人的请求或自主需要，要求当事人提供处于其控制之下的，满足特定性、关联性、重要性等要求的文件；
4. 当事人未能在合理期间内提供反驳意见，或未根据仲裁庭指令提交相关文件的，仲裁庭有权采取不利推定，并可将该等事由纳入仲裁费用分摊的考量。^③

① 法国民事诉讼法典仲裁篇第1467条规定：“The arbitral tribunal shall take all necessary steps concerning evidentiary and procedural matters, unless the parties authorise it to delegate such tasks to one of its members. The arbitral tribunal may call upon any person to provide testimony. Witnesses shall not be sworn in. If a party is in possession of an item of evidence, the arbitral tribunal may enjoin that party to produce it, determine the manner in which it is to be produced and, if necessary, attach penalties to such injunction.”

② Peter Ashford, *The IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: A Guide*, Cambridge University Press, 2013: 46.

③ 该条本质上同《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第75条有相似之处，即“有证据证明一方当事人持有证据无正当理由拒不提供，如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人，可以推定该主张成立。”

四、余论

近年来,我国仲裁制度取得了快速的发展。在受案量飞速上升的同时,我们也在不断推进仲裁制度的国际化发展。“一带一路”建设与自贸港区建设更为我国仲裁制度发展创造了战略机遇。应该看到,一国仲裁制度的核心竞争力不仅在于“硬法”层面,同时也在于仲裁界对仲裁“软法”的熟悉与掌握。后者往往更能反映国际仲裁理念与实践操作层面的国际接轨。我们应意识到仲裁制度遵循的是“自下而上”的发展轨迹,而非一味期待“自上而下”的调整。以仲裁证据“软法”为切入点,我们应认识到仲裁“硬法”日后升级应更加突出赋权式的顶层设计,而非事无巨细的规范内容。我们应理性看待“硬法完善论”,并将关注点适度移至“软法完善论”。借助仲裁规则的升级,以及对仲裁证据“软法”认识的加深,在涉外仲裁案件的审理上,我们的仲裁证据制度是能够更好实现与国际接轨的。这种做法相比于修改《仲裁法》至少在短期内更具可操作性,也更符合仲裁制度的民间性和自治性特质。与此同时,这也是进一步削弱证据“诉讼化”思维、传播国际商事仲裁理念、进一步实现我国仲裁制度国际化的有益尝试。

【作者简介】王 徽:法学博士,华东政法大学研教院;瑞典斯德哥尔摩大学法学硕士(国际商事仲裁)。主要研究方向:国际商事仲裁。

The Crux and Perfection of China's International Commercial Arbitration Evidence System ——From the Perspective of International Commercial Arbitration Evidential “Soft Law”

WANG Hui

(Graduate School, East China University of Political Science and Law, Shanghai 200042, China)

Abstract: International commercial arbitration evidential “soft laws” refer to those norms that are enacted by non-state actors, including international organization, arbitration institutions and industry organizations. Unlike state legislation and international treaty, the enforcement and application of arbitration evidential “soft laws” are based on party autonomy and tribunal’s discretion. Since the arbitration evidential “soft laws” fill the gap left by legislation and arbitration rules, harmonize the difference between the civil law jurisdiction and the common law jurisdiction and reflect the core value and features of the arbitration system, they have gained great influence among the international arbitration community. The cruxes of China’s international commercial arbitration evidence system should not be wholly attributed to the 1995 Chinese Arbitration Law. Law modification is not the only path for perfecting the arbitration evidence system. Instead, the arbitration evidential “soft laws” can also serve the purpose. The real cruxes are that some arbitration practitioners are unfamiliar with arbitration evidential “soft laws” and arbitration rules fail to guide the arbitral tribunal’s discretion power. Hence, it is suggested to improve the understanding of arbitration evidential “soft laws” and introduce separate arbitration evidential provisions in the arbitration rules when it deals with foreign-related arbitration.

Keywords: arbitration evidence system; soft law; arbitration rule; crux

(责任编辑:黄志瑾)