

国际商事仲裁证据规则之晚近成文化现象述评

崔起凡

(浙江大学宁波理工学院法律系, 浙江 宁波 315100)

摘 要: 在国际商事仲裁领域, 晚近出现了证据规则成文化现象。国际商事仲裁证据规则的成文化具有以下基本特征: 编纂主体与参与人的广泛性, 编纂形式上的“软法化”以及“最佳实践”的互动性。国际商事仲裁证据规则的成文化总体上有利于效率与公平的平衡, 有利于不同法律文化之间的平衡, 有利于仲裁灵活性与可预见性的平衡。对于是否制订仲裁证据规则, 我国仲裁界应持谨慎态度。对于国际上已经制订的仲裁证据规则, 我国仲裁界应积极展开研究, 同时在具体仲裁程序中灵活运用。

关键词: 国际商事仲裁; 证据规则; 成文化

中图分类号: DF974

文献标识码: A

文章编号: 1006-1894 (2013) 05-0046-11

国际商事仲裁证据规则是指在国际商事仲裁中关于如何处理证据事项的成文规则, 以及在具体仲裁程序由当事人或仲裁庭根据案情临时确定的证据规则。

基于对国际商事仲裁灵活性和当事人意思自治原则的尊重, 联合国《国际商事仲裁示范法》、各国仲裁立法对证据问题的规定, 通常只有屈指可数的几个条文。以《国际商事仲裁示范法》为例, 只有第26条 (“专家证人的指定”) 和第27条 (“法院协助取证”) 直接涉及证据问题。各机构仲裁规则中的“证据条款”也同样比较简单。

从传统理论上, 只要不违反仲裁程序准据法的强制性规则, 由当事人或仲裁庭根据案件性质、标的额大小以及其他具体案情自由“创设”的证据规则才能最大限度地维护仲裁的灵活性, 并充分实现国际商事仲裁的效率。

不过, 现实情况已逐渐发生变化, 尤其是最近几年, 许多仲裁机构或国际组织纷纷制订具体的证据规则, 出现了国际商事仲裁证据规则的成文化现象。这些成文证据规则的基本内容是什么? 有什么特点? 而且, 仲裁界人士也需要重新反思: 国际商事仲裁是否需要证据规则? 需要怎样的证据规则? 另外, 面对仲裁证据成文化现象, 我国仲裁界应如何应对? 这些问题在我国仲裁界还没有引起足够重视, 笔者试图在此尝试进行有益的探讨。

收稿日期: 2012-12-02。

作者简介: 崔起凡, 男, 法学博士, 浙江大学宁波理工学院法律系讲师, 研究方向: 国际商事仲裁和国际经济法。

一、国际商事仲裁证据规则的成文化发展

关于国际商事仲裁证据规则的集中编纂,国际组织尤其是非官方国际组织作出了重要的贡献。国际商事仲裁证据规则的成文化大致可以分成以下几个阶段:

(1) 第一个阶段。这一阶段公布的具体仲裁证据规则包括,国际律师协会《国际商事仲裁证据提供与采纳的补充规则》(即1983年《IBA证据规则》)、1987年《地中海和中东仲裁协会标准证据规则》。1996年联合国贸易法委员会《关于组织仲裁程序的说明》作为一个综合性的仲裁程序规则,也包含了较多的证据条款。

(2) 第二个阶段。《国际商事仲裁取证规则》(1999年《IBA证据规则》)对1983年《IBA证据规则》进行了重大修订,成为具有里程碑意义的仲裁证据规则成文化成果。从此,仲裁证据规则成文化进入了相对成熟的阶段。

(3) 第三个阶段。在最近几年里,国际商事仲裁证据规则的成文化进一步活跃,许多国际组织或仲裁机构开始制订仲裁证据规则。比如,在2007年8月,国际商会仲裁委员会公布了《控制仲裁时间与成本的方法》。在2007年12月,英国特许仲裁员协会公布了《国际商事仲裁中当事人专家的使用指南》。在2008年5月,美国仲裁协会的国际争议解决中心公布了《关于信息交换的仲裁员指南》。2009年,国际冲突预防与解决协会也公布了《国际商事仲裁书证披露与证人提供指南》。在2010年,国际律师协会对1999年《IBA证据规则》进行了局部修订,更名为《国际仲裁取证规则》(即2010年《IBA证据规则》)。除特别说明外,本文所称的《IBA证据规则》专指2010年版本。

二、主要国际商事仲裁证据规则简介

(一) 《IBA证据规则》

除了序言以外,《IBA证据规则》包含了“适用范围”、“证据事项的意见征询”、“书证”、“事实证人”、“当事人专家(party-designated expert)”、“独立专家(tribunal-designated expert)”、“勘验”、“证据听证”以及“证据的采纳与评价”等9个条款。

《IBA证据规则》在序言中特别强调了它的基本宗旨和目的:首先,制订目的是为实现国际商事仲裁中证据收集与提供的经济、效率和公正,并融合不同的法律文化。其次,在证据事项方面,该规则试图对仲裁程序所依据的法律规定、机构仲裁或临时仲裁的仲裁规则进行补充。最后,强调该规则无意限制国际仲裁的灵活性优势,当事人和仲裁庭可以在仲裁程序中全部或部分地采用《IBA证据规则》,也可以酌情变更该规则或以该规则为指南安排程序。《IBA证据规则》序言另外强调了国际商事仲裁中证据提供与获取的两个基本原则:其一,当事人提供与获取证据应遵从善意原则。其二,强调当事人的证据获悉权,即每一方当事人在任何证据听证前的

合理时间内都有权获知其他当事人所依赖的证据。

自从1999年《IBA证据规则》公布以来,在世界范围内获得了广泛认可,被认为代表了国际商事仲裁证据收集与提供的“最佳实践”。^[1]该规则或相似的规则在实践中被所有主要国际仲裁所遵循。^[2]

（二）《国际商事仲裁书证披露与证人提供指南》

《国际商事仲裁书证披露与证人提供指南》试图提高仲裁程序中证据规则的可预见性,遵从的基本原则是仲裁应高效、经济、快速且兼顾根本的公平性。它包括两个部分:第一,确定关于书证(包括电子信息)披露和证人提供的一般原则。第二,归纳了几种供当事人根据需要选择的关于书证披露及证人提供的具体模式,以提高证据程序的可预见性。该规则规定它本身可以适用于各种机构仲裁或者临时仲裁。

（三）《关于信息交换的仲裁员指南》

《关于信息交换的仲裁员指南》的基本出发点是试图保持仲裁作为相对简单、经济以及快速的争议解决方式。它同时要求仲裁庭兼顾其他仲裁目标,即避免意外、促进当事人的平等对待以及保障当事人陈述案情的权利。它反对在国际商事仲裁中使用美国式的证据开示程序。该规则适用于2008年5月31日后美国仲裁协会国际争议解决中心受理的所有案件,除非当事人书面排除其适用。

（四）《国际商事仲裁中当事人专家的使用指南》

《国际商事仲裁中当事人专家的使用指南》试图确定一个关于如何使用当事人专家的完备规则,不涉及独立专家以及其他证据问题。它是在《IBA证据规则》第5条“当事人专家”基础上的扩展和具体化,和《IBA证据规则》相比,基本上没有突破后者的框架,在指导思想上也与后者保持一致。

（五）《控制仲裁时间与成本的方法》

《控制仲裁时间与成本的方法》不仅仅涉及证据问题,还是一个致力于节省仲裁的时间和成本的关于程序管理的综合性规则。它更多关注技术性的程序细节,比如提示仲裁参与人考虑限制证人的数量、尽量减少硬纸张的书证以及书证的翻译与认证等等。它针对各程序环节,提供具体方法供当事人或仲裁庭考虑,使用了更多的建议性、描述性和鼓励性的措辞。它在“前言”和“序言”中强调了它的大部分方法可以适用于所有仲裁,不仅是国际商会仲裁。

（六）仲裁电子书证披露规则

随着电子书证披露的高成本问题在仲裁实践中逐渐凸显,近些年仲裁电子书证披露规则的制订受到重视。除了上述仲裁证据规则大都涉及电子书证披露问题外,还出现了专门的仲裁电子书证披露规则。比如,在2008年,英国特许仲裁员协会发布了《仲裁中电子披露指南》。同年,国际商会仲裁委员会就该问题成立了专门工作组,并在2011年公布了《国际仲裁电子书证出示的管理方法》。

三、国际商事仲裁证据规则成文化的基本特征

(一) 编纂主体与参与人的广泛性

这些国际商事仲裁证据规则的编纂主体范围广泛,不仅包括政府间国际组织,比如联合国贸易法委员会;也包括非政府组织,比如美国仲裁协会、国际商会仲裁院、国际律师协会,等等。事实上,非政府组织在仲裁证据规则的编纂方面发挥了更大的作用,其中国际律师协会的贡献尤为突出。

国际商事仲裁证据规则不应当是一种法律文化压制其他法律文化的载体。编纂规则的工作组成员如果缺乏广泛性和足够的代表性,会引发仲裁的参与人对规则正当性的质疑。在编纂国际商事仲裁证据规则的过程中,负责编纂的组织或机构都多次组织大量的具有不同法律文化背景的仲裁专家召开各种会议进行研讨,并最终完成规则的制订。

(二) 编纂形式上的“软法化”

以上国际商事仲裁证据规则的编纂成果主要是采取了软法形式。关于“软法”,学术界有着各种不同的界定。^①在此,所谓“软法”是指那些不能通过公权力强制实施的规则,与“硬法”相对应。《IBA证据规则》等具体仲裁证据规则没有当然的法律约束力,依赖当事人或仲裁员的选择得以实施,属于软法范畴。软法通常是由非政府组织制订,比如机构仲裁规则,不过它也可以是由政府间组织制订,比如《关于组织仲裁程序的说明》。近几年,国际商事仲裁程序方面的软法数量不断增多,并在仲裁程序组织方面作用日益突出,因而它受到众多学者们的关注,^②甚至作为国际学术会议的专题进行研讨。^③

国内立法和国际公约与软法并非严格的对应关系。尽管国内立法和国际公约往往是“硬法”,但也并不尽然。公约或其某些条款如果内容含糊不清,同样无法通过公权力得以实施,也属于“软法”。不过,相比于国际公约或者国内立法而言,示范规则或机构仲裁补充规则等软法形式的证据规则更适合于国际商事仲裁。

首先,示范规则或机构仲裁补充规则对仲裁的灵活性和当事人意思自治的限制程度最小。软法的适用与否以及如何适用更多地由仲裁参与人自由决定;而国内立法或国际公约对国际商事仲裁往往具有较强的约束力,即使是其中的任意性规则也有直接的约束力,除非当事人通过约定明确排除了该任意性规则的适用。

① 有学者将软法表述为“原则上没有法律上的约束力,但可以产生实际效果的规则”。Snyder, Francis. The Effectiveness of EC Law. In: Terence, Daintith. Implementing EC Law in the UK ed., 1995: 64.

② Park, William W. The Procedural Soft Law of International Arbitration: Non-Governmental Instrument. In: Loukas, Mistelis, Julian, Lew. Pervasive Problems in International Arbitration. Kluwer, 2006; Kaufmann-Kohler, Gabrielle. Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity. Journal of International Dispute Settlement, 2010, 1; Lawrence, Newman W., Zaslow, David. Soft Law Guides Parties on Procedures in International Arbitration. New York Law Journal, March 24, 2011.

③ “Soft Law” Instruments in International Arbitration, the International Conference Sponsored by American Society of International Law and the Institute for Transnational Arbitration, Washington, D.C., U.S.A., April 9, 2008.

其次,示范规则或机构仲裁补充规则的修订程序相对简单、容易,可以根据国际仲裁实践的发展随时进行修订。相比之下,国内仲裁立法和国际公约不仅具有非常强的稳定性,在修订上程序烦琐、耗费时间。

最后,示范规则或机构仲裁补充规则有利于缓和仲裁证据规则之间的冲突。随着国际商事仲裁中证据规则的制订受到重视,许多组织开始制订仲裁证据规则,软法形式使规则之间潜在的冲突被弱化,有利于实现仲裁证据规则的协调化。

(三) 与“最佳实践”的互动性

在国际商事仲裁证据领域,随着国际仲裁界在理念、原则以及方法上达成更多的共识,

在有些证据问题的处理上逐渐形成了融合不同法律文化、体现效率与公平的价值平衡的一般实践,为表述方便,许多国际商事仲裁文献将它称为“最佳实践”。不过,关于所谓的“最佳实践”,学者们只是在一般意义上而并非在严格意义上使用,他们也从否认个案的区别、证据规则适用的灵活性以及每个具体仲裁至少在理论上各自最佳的证据规则,^[3]当事人或仲裁庭应当结合具体案情确定相应的规则。而且,这些“最佳实践”只涉及了处理证据问题的一个制度框架,更具体规则仍有待当事人或仲裁庭进一步确定。不仅如此,这个框架本身也可以通过当事人约定或仲裁庭的决定而突破,只要不违反仲裁程序准据法的强制性规则即可。

《IBA证据规则》的编纂既有对现存规则或“最佳实践”的总结,也有对新规则的创建。有学者认为这也是其成功的原因。^[4]不过,从总体而言,《IBA证据规则》主要还是对国际商事仲裁中证据方面的“最佳实践”的总结。^[5]被编纂的规则比编纂前的“最佳实践”更容易被识别和理解,进而更方便地被适用。

另一方面,这些具体的仲裁证据规则在仲裁实践中发挥着重要的参考或规范作用。比如在1999年《IBA证据规则》通过以后,该规则在实践中获得国际仲裁广泛的认可。尽管在实践中,该规则更多地不是被整体适用,而是被部分适用或变更后适用,或被作为一个宽泛的指南,甚至许多当事人或仲裁庭并没有明确援引《IBA证据规则》,它仍然发挥着不可忽视的“软约束力”。在没有正式并入仲裁的情况下,它具有规范作用的原因在于对规则“制订者”权威的尊重、便利、对可预见性的需求、因袭的态度、获得归属的愿望以及对遭受指责的担心。^[6]

《IBA证据规则》前后3个版本不断地总结和提炼国际商事仲裁的“最佳实践”,同时每个版本都对国际商事仲裁实践起到良好的指引作用,充分体现了国际商事仲裁证据规则的成文化与“最佳实践”的互动性。

四、反思:国际商事仲裁是否需要具体证据规则

国际商事仲裁证据规则的编纂本身并非绝对有利无害,是否制订国际商事仲裁

证据规则,需要进行利弊权衡。

(一) 分歧与争议

关于是否需要制订具体的国际商事仲裁证据规则,存在着反对和支持两种观点。通过分析不同观点,有助于在制订和适用国际商事仲裁规则时趋利避害。

1. 反对者的理由 反对者从当事人意思自治、仲裁应有的灵活性的效率价值等角度出发,认为国际商事仲裁不需要具体的证据规则:其一,仲裁是当事人意思自治的产物,尽管受强制性规则的约束。当事人可以在仲裁协议中约定融合不同的法律文化的证据规则,并根据案情从不同法律制度获得借鉴,使证据规则最大程度地适合于他们自己的案件。^[7]其二,程序如果过于僵化,会导致成本增加以及程序的迟延。相反灵活性的证据规则将允许当事人意思自治得以实现,^[8]并有利于促进仲裁效率。最后,如果当事人需要严格的证据规则,可以选择去法院诉讼而不是诉诸仲裁。^[9]仲裁证据规则的制订导致或加重了“仲裁诉讼化”。

2. 支持者的理由 支持者从国际商事仲裁实践出发,认为国际商事仲裁需要具体的证据规则:

其一,在国际商事仲裁实践中,存在比较大的法律文化冲突,仲裁庭过大的自由裁量权容易导致当事人的意外(surprise),使得当事人或其代理人对仲裁庭所决定的证据规则的公平性产生质疑,并成为他们对仲裁裁决提出异议的“导火索”。^[10]国际仲裁需要具有一定可预见性的证据规则,虽然这个规则绝不应象国内民事证据法那样完备具体,但是仲裁员仍然需要至少提供了基本制度框架的证据规则。^[11]

其二,在确定仲裁规则时,由于当事人之间利益以及法律文化的冲突,常常需要大量的时间协商,仲裁庭不得不进行一定的平衡与折中。而一旦仲裁程序开启,当事人常常为这难以形成一致意见。这为“感觉情况不妙”的当事人及其代理人恶意拖延或扰乱仲裁程序提供了空间。^[12]这不仅可能造成一些仲裁案件的拖延,在规则确定过程中,也影响到仲裁当事人之间的善意合作和友好氛围。具体的成文证据规则有利于实现国际商事仲裁程序的效率,因为不用花费大量时间讨论证据规则,而可以更迅速地将注意力集中于案件的核心问题上。^[13]

(二) 应然的判定标准:三组关系的冲突与平衡

在国际商事仲裁中,证据规则的确定与适用问题,包括是否应制订具体的证据规则的关键是着眼于国际商事仲裁作为争议解决方式的特质,适当地平衡以下关系,包括:仲裁的效率与公平之间的冲突、仲裁参与人的不同法律文化之间的冲突以及仲裁的灵活性与可预见性之间的冲突,这将直接影响国际商事仲裁能否顺利运行、应有价值目标的实现、以及它相比于诉讼的应有优点是否能够发挥。

首先,国际商事仲裁中证据规则的确定与其适用应当适当平衡仲裁的效率与公平之间的关系。尽管在理论上存在着仲裁的“效率优先论”和“公平优先论”的争

议,^①但事实上,仲裁制度理性构建的初衷是效益和公平的兼顾。^[14]尽管与国内诉讼比较而言,国际商事仲裁一般更注重它的效率而国内诉讼更注重它的公平价值,缺少效率的国际商事仲裁会丧失它相比于其他争议解决机制的优势。不过,公平是国际商事仲裁的另一价值取向。正如有些学者所言,“事实上,在追求仲裁效益的同时,人们从来都没有停止过对仲裁公正的追求,只有保持仲裁的公正性,仲裁才会长久地具有旺盛的生命力。没有公正的效率对争议当事人来说没有任何意义。”^[15]当公平与效率发生价值冲突,公平价值不能无限度地牺牲,基本的公平对于国际商事仲裁而言是必须的。

况且,既然当事人意思自治是国际商事仲裁的基本原则,不同仲裁程序的当事人完全可能有各自不同的价值目标。甚至,国外研究机构提供的实证资料表明,以公正作为首要价值目标的仲裁参与人所占比例明显高于以效率作为价值目标的仲裁参与人。^[16]

其次,国际商事仲裁中证据规则的确定与适用应当平衡不同法律文化之间的冲突。由于仲裁参与人来自不同的国家,具有的不同法律文化背景,他们对处理证据事项的理念、基本原则以及方法,包括对效率与公平的认识各有不同。^②在特定仲裁程序中仲裁员行使自由裁量权时应当适当考虑和平衡不同的法律文化,仅考虑某一种法律文化可能会因缺乏“中立性”难以被双方当事人接受,通常至少有一方当事人会觉得仲裁程序非常不公平,并进而影响裁决的顺利执行。

最后,国际商事仲裁证据规则的确定与适用应适当平衡仲裁程序的灵活性与可预见性:一方面,灵活性是国际商事仲裁区别于国内民事诉讼的本质特征,仲裁程序的灵活性可以更好地满足个案的需要,实现具体当事人在个案中所需要的正义。另一方面,仲裁程序一定程度的可预见性对于当事人也并非可有可无,这不仅因为仲裁当事人会有寻求秩序和安定感的需要,而且它会常常影响当事人对仲裁公平与否的判断。国际商事仲裁程序的参与人通常基于自己的法律文化对证据规则作出相应的期待。仲裁规则的可预见性比较低意味着最终确定的证据规则容易造成当事人的意外,当事人会不满于自己不熟悉而对方熟悉的规则得以适用,^③继而产生非常强的不公平感。比如说,在一个中国当事人(或代理人)参加的国家商事仲裁中,仲裁庭要求中国当事人进行美国式的证据开示,中国当事人通常会感觉无法接受;相反,美国当事人(或代理人)参加的国际商事仲裁中,如果仲裁庭不要求当事人披露任何与己不利的证据,美国当事人通常会觉得不可思议。加之仲裁的终局性,

① 有些学者将效率作为首要价值目标,比如参见:宋连斌.国际商事仲裁的价值取向[C].载:韩德培.国际私法问题专论[A].武汉大学出版社,2004:335-341;也有学者将公平作为首要价值目标,比如参见:于喜富.国际商事仲裁的司法监督与协助——兼论中国的立法与司法实践[M].北京:知识产权出版社,2006:80。

② 关于证据法律文化冲突的深入论述,参见:[美]米尔建·达马斯卡.漂移的证据法[M].李学军等译.北京:中国政法大学出版社,2003。

③ 在当事人具有不同法律文化背景的情况下,仲裁员很可能会清楚其确定的证据规则是具有某一法律文化背景的当事人更愿意接受的。

遭遇如此“意外”的当事人很可能会因国际商事仲裁证据规则缺乏可预见性而选择“远离”仲裁。

（三）评析

在国际商事仲裁实践中，对于是否应编纂具体仲裁证据规则，支持者逐渐成为主流，国际商事仲裁证据规则的编纂逐渐受到重视的同时，这些规则在仲裁实践中也发挥了越来越重要的作用。国际商事仲裁需要证据规则的原因在于：

首先，国际商事仲裁证据规则的制订有利于实现效率与公平的价值平衡。仲裁证据规则是由该领域的专家精心编纂，本身以仲裁的效率和公平的平衡为出发点。几乎所有的专门仲裁证据规则都强调并体现了效率与公平兼顾的价值取向。很难说，在具体仲裁实践中，通过仲裁参与人之间的博弈临时确定的证据规则比仲裁专家精心编纂的证据规则更能兼顾效率与公平，即使从理论上说并非没有这样的可能性。

而且，专门的国际商事仲裁证据规则可以作为仲裁当事人确定最终证据规则的谈判起点，节省谈判时间从而提升仲裁效率。适用现存的仲裁证据规则可以减少当事人的恶意拖延，有利于及时查明案件事实，同时可以减少证据规则对当事人造成的意外，有利于当事人对仲裁裁决的接受。

理论上，虽然当事人可以根据个案需要确定详细的证据规则，但仲裁实践中当事人为节约交易成本很少在仲裁协议中具体涉及证据事项。即使当事人根据个案约定证据规则，在现存仲裁证据规则的基础上进行协商，将该规则部分地适用，变更后适用，或者作为指南灵活适用也更为适宜。

其次，由于这些国际商事仲裁证据规则可以采用软法形式，编纂者具有不同法律文化背景和丰富的实务经验，比起国内立法中仅具有单一的法律文化背景的立法者更容易制订出融合不同法律文化的仲裁证据规则。这些编纂者往往从不同的法律文化中汲取“营养”和获得启发，并最终形成不同法律文化都可以接受的国际商事仲裁证据规则。

再次，国际商事仲裁证据规则的制订有利于平衡灵活性与可预见性的关系。专门仲裁证据规则可以提供一个如何处理仲裁证据事项的基本原则、理念和方法，同时又非面面俱到，为仲裁自治留下自由发挥的空间。而且，这些证据规则通常以软法的形式制订，允许仲裁参与人根据具体案情在现存仲裁证据规则的基础上进行协商，整体或部分适用或者变更后适用，所有这些证据规则并没有损害仲裁的灵活性。由于这些证据规则由众多仲裁专家编纂，因此具有较强的权威性，尤其是在仲裁参与人对证据事项无法达成一致意见时，适用这样的规则是具有一定说服力的选择，客观上，这样的仲裁证据规则使仲裁的可预见性得到了一定增强。

最后，国际商事仲裁证据规则的制订不会必然造成仲裁诉讼化。简单地讲，“仲裁诉讼化”是指仲裁变得越来越象诉讼，诉讼化的结果是仲裁程序的正式化并丧失灵活性，可以分为“积极的仲裁诉讼化”和“惰性的仲裁诉讼化”。“积极的仲裁诉讼化”是指借鉴和吸收有利于仲裁的诉讼规则，我们通常所提及的、也是我

们反对和批判的“仲裁诉讼化”是“惰性的仲裁诉讼化”，即违反仲裁的本质，盲目地照搬诉讼规则。现存的具体国际商事仲裁证据规则本身就是借鉴和吸收诉讼制度中符合仲裁本质与特征的证据规则，而且，这些仲裁证据规则都尊重当事人意思自治、仲裁的灵活性，允许对这些规则进行选择、变更以及排除，因此与国内证据法在民事诉讼中的严格适用不可同日而语。

国际上编纂仲裁证据规则的目的是为了满足不同国际商事仲裁实践的需要，或是增强仲裁机构自身在仲裁服务上的竞争力。那么，为什么仲裁机构等组织过去不制定详细的仲裁证据规则，而只是在近些年突然改变立场？这是因为在各国法律文化冲突仍然很大的情况下，制订仲裁证据规则的成本和风险会很高。因为如果制订得不当，不能适当融合不同的法律文化的话，可能会使许多国际当事人难以接受。不过，当法律文化的冲突已逐渐减少，有更多共同的理念、价值观在仲裁实践中已逐渐形成，并且在仲裁证据问题上已经形成一定程度的国际化实践的情况下，着手制订仲裁证据规则就变得水到渠成了。

需要强调的是，具体的仲裁证据规则发挥积极作用有赖于以下条件的满足：

其一，具体国际商事仲裁证据规则的编纂适合采用软法形式。当然，目前仲裁证据规则编纂的实际情况也是如此。

其二，国际商事仲裁证据规则应该只是提供了一个“制度框架”，使规则与“空白地带”保持适当的平衡，而不应作出面面俱到的规定。这样，它可以作为仲裁程序中的确定更具体的证据规则的基础，使国际商事仲裁富于一定可预见性的同时，也不会对仲裁参与人造成过多负担，维护仲裁应有的灵活性。

其三，当事人不必约定严格适用这些具体仲裁证据规则。正如，《IBA证据规则》序言规定的，它可以被整体或部分地适用，变更后适用，或者作为仲裁参与人确定最终仲裁证据规则的指南。尤其是对于不熟悉这些规则的当事人而言，选择整体适用可能是不明智之举，因为如果对方熟悉规则，这种做法会使之处于劣势。而且一律严格适用该证据规则，无疑会损害仲裁失去应有的灵活性。

五、我国仲裁界的因应之策

和大多数国家一样，我国的仲裁立法和各机构仲裁规则关于仲裁证据事项的规定比较简单，不存在类似于美国仲裁协会国际争议解决中心《关于信息交换的仲裁员指南》那样的具体仲裁证据规则。那么，我国仲裁机构或者其他组织如律师协会是否有必要制定专门的仲裁证据规则呢？

制订专门的或具体的仲裁证据规则并非是必不可少的，因为《IBA证据规则》在国际仲裁界获得了广泛的认可，它适当平衡了不同法律文化的冲突，效率与公平的冲突，当然对于我国国际商事仲裁也可资利用。即使不适用《IBA证据规则》，至少，当事人或仲裁庭可以根据案情临时确定它们的证据规则。

但并不是说我国仲裁界制订专门的证据规则一定没有价值，否则，就无法解释

在已有《IBA证据规则》的情况下其他组织又另外制订仲裁证据规则。以《关于信息交换的仲裁员指南》为例,它与《IBA证据规则》并无明显的内容或价值取向上的冲突,但是它试图有针对性地去解决美国仲裁中存在的“仲裁美国化”问题,即美国式的证据开示在国际商事仲裁中不适当的适用。

我国仲裁机构或其他组织可以在将来条件成熟时考虑制订这样的规则,对我国国际商事仲裁中证据规则确定与适用中存在的问题,比如普遍存在的仲裁诉讼化问题,^[17]有针对性地提供指南或建议。制订这样的规则务必谨慎,该规则应当顺应仲裁国际化趋势,融合不同的法律文化,并考虑我国仲裁界人士所能接受的程度,否则宁可留下空白地带,留给仲裁参与人自由决定。

另外,依据一些资深仲裁员的长期仲裁经验,在我国国际商事仲裁实践中,《IBA证据规则》等国际商事仲裁证据软法很少得以援引。^[18]我国仲裁界这样的实践是否合适?应如何对待象《IBA证据规则》这样的具体仲裁证据规则呢?

以《IBA证据规则》为代表的国际商事仲裁证据软法总结了国际商事仲裁证据获取与提供的“最佳实践”,适当平衡了不同的法律文化,并兼顾了仲裁程序的效率与公平。它已在世界范围内获得巨大的成功,这一点已无可争议。

对此,一方面,我国仲裁界实务人士应当以积极适应仲裁国际化的需要为出发点,研究和熟悉这些具有代表性的国际商事仲裁证据规则。如果这些规则尤其是规则背后的证据理念不被我国仲裁界了解或接受,那么必然影响我国仲裁的国际化程度,具体地讲,在这样的情况下,我国的国际商事仲裁实践将难以为国际当事人、代理人以及来自外国的仲裁员所接受。

另一方面,就某一具体的国际商事仲裁程序而言,证据规则的确定与适用是具有不同法律文化背景的各方仲裁参与人博弈的结果,不需要完全照搬某一现存规则,而是应结合具体案情确定证据规则,这样我国当事人可以要求对《IBA证据规则》部分适用或变更后适用,而非整体适用。总之,从长远来看,我国的仲裁界人士需要熟悉国际化规则,并了解各国证据文化,在仲裁程序中予以适当考虑,同时应趋利避害,不是一味迁就其他国家的仲裁参与人。

另外,争取制订国际软法的话语权也不能忽视。鉴于国际商事仲裁证据软法在具体实践中的影响,我国仲裁界人士应当积极研究和参与国际商事仲裁证据软法的制订,争取规则制订的话语权。随着中国仲裁地位在国际上的不断提升,国际商事仲裁证据规则的制订也越来越不能忽视来自中国仲裁界人士的声音,我国仲裁界人士也必然会有越来越多的机会行使话语权。

参考文献:

- [1] Schlabrendorff, Fabian Von. Ethical Standards for Arbitrators, Hybrid Proceedings, Rules of Transnational Law: Are We Moving towards a Uniform Law of International Arbitration [J]. Belgrade Law Review, 2009, 57(3).
- [2] Yang, Bryant Yuan Fu and Dai, Diane Chen. Tipping the Scale to Bring to Balanced Approach: Evidence Disclosure in Chinese International Arbitration [J]. Pacific Rim Law & Policy Journal, 2008, 17.

- [3] The IBA Working Party. Commentary on the New IBA Rules of Evidence [J]. *Business Law International*, 2000, (2).
- [4] Kaufmann-Kohler, Gabrielle. Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity[J]. *Journal of International Dispute Settlement*, 2010, 1.
- [5] Flückiger, Alexandre. Why do We Obey Soft Law [C]. In: Nahrath, St é phane and Varone, Frédéric. *Rediscovering Public Law and Public Administration in Comparative Policy Analysis: A Tribute to Peter Knoepfel*. Lausanne: Presses Polytechniques et Universitaires Romandes, 2009.
- [6] Marriott, Arthur L. Pros and Cons of More Detailed Arbitration Laws and Rules [C]. In: Albert, Jan Van Den Berg. *Planning Efficient Arbitration Proceedings*. Hague: Kluwer Law International, 1996.
- [7] Park, William W. Arbitrator's Protean Nature: The Value of Rules and the Risks of Discretion [J]. *Arbitration International*, 2003, 19(5).
- [8] Bagner, Hans. Need for Rules of Evidence in International Arbitration [J]. *International Business Law*, 1997, 25.
- [9][14][15][17] 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).
- [10] Naimark, Richard W. and Keer, Stephanie E. International Private Commercial Arbitration: Expectations and Perceptions of Attorneys and Business People [J]. *International Business Law*, 2002, 30.
- [11] Lu, Song and Gu, Huaning. China's Rules of Evidence in International Commercial Arbitration [J]. *China Law Reporter*, 2009, 5(1).
- [12] Park, William W. Arbitration's Protean Nature: The Value of Rules and the Risks of Discretion. *Arbitration International*, 2003, 19.
- [13] Bagner, Hans. Need for Rules of Evidence in International Arbitration, *International Business Law*, 1997, 25.
- [16] Naimark, Richard W., Keer, Stephanie E. International Private Commercial Arbitration: Expectations and Perceptions of Attorneys and Business People. *International Business Law*, 2002, 30.
- [18] Lu, Song, Gu, Huaning. China's Rules of Evidence in International Commercial Arbitration[J]. *China Law Reporter*, 2009, 5.

Recent Codification of Evidentiary Rules of International Commercial Arbitration

CUI Qi-fan

Abstract: In the field of international commercial arbitration, the phenomenon of codification of evidentiary rules arises in recent years. The codification reflects the following characters: the form of soft law, actors and participants' width, and active interaction between rules and "best practice". On the whole, the codification of evidentiary rules is helpful to balance the relationship between efficiency and fairness, between the different legal cultures, and between flexibility and predictability very well. As for whether to make out detailed evidentiary rules, Chinese organizations should adopt prudent attitude. As for the existing evidence rules in international commercial arbitration, Chinese organizations and practitioners should make active research, and apply them to arbitral procedures flexibly.

Key words: international commercial arbitration; evidentiary rules; codification