



# 仲裁研究

ARBITRATION STUDY

第十六辑

广州仲裁委员会 主办



法律出版社  
LAW PRESS CHINA



# 仲裁研究

ARBITRATION STUDY

第十六辑

广州仲裁委员会 主办



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

仲裁研究. 第16辑/广州仲裁委员会主编. —北京:法律出版社, 2008. 8

ISBN 978 - 7 - 5036 - 8670 - 2

I. 仲… II. 广… III. 仲裁—文集 IV. D915.704 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 106636 号

©法律出版社·中国

责任编辑/薛 晗

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/法律应用出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/保定市中华美凯印刷有限公司

责任印制/陶 松

开本/880 × 1230 毫米 1/16

印张/7.5 字数/158 千

版本/2008 年 8 月第 1 版

印次/2008 年 8 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782 西安分公司/029 - 85388843 重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636 北京分公司/010 - 62534456 深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 8670 - 2

定价:13.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 仲裁研究(第十六辑)

---

学术顾问委员会(以姓氏笔画为序):

卢云华 朱 勇 齐树洁 刘想树 吴汉东

苏泽群 杨良宜 杨树明 赵 钢 徐 杰

主 编:陈忠谦

副 主 编:李立之 朱用开 王小莉 李为松

责任编辑:钟晓东 马占军 张小建 朱应铭 张春霞

吴晓辉 范莹璞

编辑部地址:中国广州市沿江中路 298 号江湾大酒店 C 座 12 楼

邮 编:510100

电 话:(020)83283950 83283925 83283650 83282220

传 真:(020)83283773

网址:www.ccarb.org

E-mail: gzzcw@126.com

## 广州仲裁委员会简介

广州仲裁委员会成立于1995年8月29日,是《中华人民共和国仲裁法》颁布实施后广州地区组建的唯一的民商事仲裁机构。本会自组建以来,秉承为当事人提供优质、高效服务的宗旨,锐意改革,立志创新,实现了跨越式发展。受案数量逐年增加,2007年,广州仲裁委员会共受理各类民商事纠纷案件4020件,比2006年增长5%,案件总标的额62亿元,比2006年增长20%,全年审结案件3939件,年结案率达到98%。位居全国仲裁机构前列。

本会现拥有一支六百多人的仲裁员队伍,荟萃内地和港台地区法律、经济及其他领域的著名专家、学者、资深律师、退休法官、会计师等。本会现有工作人员七十余名,其中博士研究生3人,硕士研究生29人,90%以上人员拥有本科以上学历,有25人通过了律师资格考试或国家司法考试。

为适应现代化办案需要,本会努力提高现代化办公手段,在全国仲裁机构中率先实现“无纸化”和“网络化”办公,最大限度降低仲裁成本,提高仲裁效率;本会拥有近三千平方米的办公场所和仲裁庭室,仲裁庭室宽敞、肃静,配备有电脑、大屏幕显示仪和先进的录音、录像设备,可适应英语等多语种交流,为当事人省却了语言交流方面的不便。

借助仲裁自身优势,顺应社会发展需求,本会适时而变,在证券期货、消费、金融、旅游、科技、医疗、体育、电子商务等领域积极探索运用仲裁方式解决纠纷,制定专业领域的特别仲裁规则,有针对性地培育专家仲裁员,不断提高仲裁效率和仲裁质量。

本会现设有案件受理部、办公室、仲裁秘书部、国际仲裁部、发展部五个部门,并正在积极筹备成立研究所,专门从事仲裁理论与实务研究。

本会地址:广州市沿江中路298号江湾大酒店C座12~14楼

邮编:510100

案件受理咨询电话:(020)83287919 83288547 83283771(传真)

仲裁秘书部电话:(020)83287761(传真)

网址:www.gzac.org

## 广州仲裁委员会中山分会简介

经广东省人民政府法制办公室批准,在中山市人民政府和有关部门的支持下,广州仲裁委员会于2006年9月22日在中山市成立了“广州仲裁委员会中山分会”。广州仲裁委员会中山分会是继广州仲裁委员会东莞分会成立之后,广州仲裁委员会在珠三角地区成立的第二个分会,是广州仲裁委员会进行“二次创业”的又一个重要举措。

近年来,中山市经济发展迅速,成为广东经济最活跃的地区之一,各类经济纠纷随之增多,中山的各种经济活动主体对快捷解决经济纠纷的仲裁途径有迫切的需求,广州仲裁委员会中山分会的成立为中山及周边地区的民众及企业提供了解决民商纠纷的新渠道,为中山经济的持续快速发展提供了适应国际潮流的仲裁法律服务。

仲裁委员会是以仲裁的方式,独立、公正、高效地解决平等主体的自然人、法人和其他组织之间发生的合同纠纷及其他财产权益纠纷的常设仲裁机构。广州仲裁委员会及其分会适用统一的仲裁规则,解决民商事纠纷不受地域和级别的限制。

精英的仲裁员队伍为我会独立公正地裁决案件提供有力的保障。广州仲裁委员会自1995年成立至今,已建立了一支由国内外及香港、台湾地区法律、经济领域的著名专家、学者、高级律师、退休法官、会计师组成的五百多人的仲裁员队伍,其中包括中山地区聘请的四十多位仲裁员。我会仲裁员具有较高的专业水平和丰富的办案经验,十多年以来,以独立、公正的办案作风处理了大量的民商事纠纷案件,受到社会的广泛赞誉。新成立的广州仲裁委员会中山分会与总会使用统一的仲裁员名册,当事人可从仲裁员名册中选定仲裁员审理案件。为了保证仲裁案件审理的顺利开展,提高仲裁工作效率,广州仲裁委员会中山分会还配备有一支专职的仲裁秘书队伍,他们熟悉仲裁程序,熟练掌握办案技能,拥有过硬的法律知识,能够为仲裁庭和当事人提供专业的仲裁程序服务。

在基础建设上,中山分会引进了智能的办公自动化管理系统、案件管理系统及其他先进的硬件设备,使仲裁立案到结案全过程、办公室行政管理各方面均实现了计算机控制和管理。先进的软、硬件设备进一步保障了我们为公民、法人和其他组织提供高效、高质量的仲裁法律服务。

当事人在经济往来中如果需要通过仲裁方式解决合同纠纷,保护自己的合法权益,应在签订合同时写明仲裁条款,广州仲裁委员会中山分会示范仲裁条款如下:

因本合同引起的或与本合同有关的任何争议,由当事人协商解决,协商不成的,提请广州仲裁委员会中山分会按照该会的仲裁规则进行仲裁。仲裁裁决是终局的,对双方均具有约束力。

广州仲裁委员会中山分会的联系方式:

地址:中山市东区兴中道东方商贸大厦303单元

邮编:538400

案件受理咨询电话:0760-8162168

传真:0760-8162165

## 欢迎登录中国商事仲裁网

中国商事仲裁网(永久性网址为:www.ccarb.org)正式创办于2005年,其宗旨在于传播仲裁知识,发布仲裁动态,推进仲裁研究,交流仲裁信息,并力图成为国内信息量最大,覆盖面最广,且独具特色的专业化网站。作为广州仲裁委2005年的重点建设项目之一,其将与广州仲裁网以及《仲裁研究》一道,为中国仲裁的二次创业提供智力与舆论支持。

2007年11月,网站进行了改版升级,优化了栏目设置,增设了“商界法律新闻”、“在线仲裁”、“案例数据库”、“民商法律问题热聚焦”等内容,改版后的网站内容更加丰富,既有全国同行业最新信息的及时发布,又有本委相关动态的完整记录;既有针对一般民众的,深入浅出的仲裁基本知识介绍,又有面向专业人士、较高层次的理论探讨。同时,还包含相关法律法规、国际公约,仲裁示范文本等实用信息,网上咨询等互动版块,等等。可谓是寻常百姓、律师、学生、仲裁专业人员等各阶层人士了解仲裁、研究仲裁的良师益友。

网站自2005年8月28日运行以来,它的点击率逐步上升,受到仲裁同仁、专家学者及关心热爱仲裁人士的好评。可以预期,随着广州仲裁委的进一步发展,中国商事仲裁网的建设势必跨上一个新台阶。在此,热切盼望各兄弟仲裁机构、教学研究单位、律师事务所以及关心仲裁事业的各界同仁提出宝贵意见,并来信来稿反映仲裁相关信息,为仲裁事业的继续发展壮大而共同努力。

如您有仲裁方面的问题需要咨询,或有其他意见、建议和投稿,请来信或拨打网站事务咨询电话:

E-mail: ccarb@126.com

Tel: 020-83283950

联系人:钟部长

## 目 录

### 专 论

|                     |        |
|---------------------|--------|
| 试析民商事仲裁中的证据制度 ..... | 陈忠谦/ 1 |
|---------------------|--------|

### 探索与争鸣

|                        |         |
|------------------------|---------|
| 仲裁裁决争点效之否定 .....       | 宋明志/ 12 |
| 仲裁员民事责任绝对豁免批判 .....    | 石现明/ 21 |
| 从股东代表诉讼看股东代表仲裁 .....   | 张 贝/ 28 |
| 电子商务中知识产权纠纷的可仲裁性 ..... | 李正华/ 33 |

### 仲裁协议

|                                            |         |
|--------------------------------------------|---------|
| 仲裁协议有效性的法律适用 .....                         | 李淑艳/ 42 |
| 论仲裁条款对提单受让人的法律效力<br>——以仲裁协议效力扩张理论为视角 ..... | 章 博/ 48 |
| 民商事仲裁协议是否可撤销 .....                         | 孙瑞玺/ 55 |

### 国际商事仲裁

|                              |             |
|------------------------------|-------------|
| 友好仲裁在国际经济争端解决机制中的运用(上) ..... | 王吉文/ 59     |
| 也谈中国—东盟自由贸易区中仲裁机制的完善 .....   | 周 江 范毅强/ 70 |

### 仲裁实务

|                      |         |
|----------------------|---------|
| 合并仲裁问题探析 .....       | 乔慧娟/ 76 |
| 谈仲裁程序中期限的理解与运用 ..... | 徐 好/ 83 |

### 案例评析

|                                       |                 |
|---------------------------------------|-----------------|
| 仲裁时效若干问题探析<br>——以一件商品房买卖合同纠纷案为例 ..... | 王小莉/ 90         |
| 一起被撤销仲裁案件的评述 .....                    | 张 芳 郭如新 侯洁朴/ 97 |

## CONTENTS

|                                                                                                                                                                                  |                                      |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------|
| Analysis on evidence in civil and commercial arbitration .....                                                                                                                   | Chen Zhongqian/ 1                    |
| Objection on the Effect of Reason of Arbitrament .....                                                                                                                           | Song Mingzhi / 12                    |
| Criticisms on Absolute Immunity of Arbitrators' Civil Liabilities .....                                                                                                          | Shi Xianming/ 21                     |
| Comment on Shareholder Representative Arbitration from the Perspective of<br>Shareholder Representative Litigation .....                                                         | Zhang Bei/ 28                        |
| The intellectual property right's dispute can be arbitrated in electronic commerce .....                                                                                         |                                      |
| ..... Li Zhenghua/ 33                                                                                                                                                            |                                      |
| The Applicable Law of Validity of Arbitration Agreement .....                                                                                                                    | Li Shuyan/ 42                        |
| On the Legal Effect of the Arbitration Clause on Transferee of Bill of Lading: With<br>Perspective from the Expansion Theory on the Effect of the Arbitration Agreement<br>..... | Zhang Bo/ 48                         |
| Whether the Civil Commercial Arbitration Agreement can be Revoked .....                                                                                                          | Sun Ruixi/ 55                        |
| The Use of Amiable Composition for the Settlement of International Economic Disputes<br>.....                                                                                    | Wang Jiwen/ 59                       |
| Discuss on the Arbitration System in the Dispute Settlement Mechanism of China-<br>ASEAN FTA .....                                                                               | Zhou Jiang, Fan Yiqiang/ 70          |
| A Study of Consolidated Arbitration .....                                                                                                                                        | Qiao Huijuan/ 76                     |
| On the Understanding and Practice of the Duration of Arbitration Procedure .....                                                                                                 | Xu Yu/ 83                            |
| Research on Several Problems of Limitation in Arbitration—Taking A Dispute<br>Case Involving Commodity Premises Sales and Purchase Contract As An Example<br>.....               | Wang Xiaoli/ 90                      |
| Review on a Denied Arbitration Case .....                                                                                                                                        | Zhang Fang, Guo Ruxin, Hou Jiepu/ 97 |

专 论

# 试析民商事仲裁中的证据制度

陈忠谦\*

**内容提要** 证据制度是仲裁活动的核心和基础,本文在分析仲裁证据制度与诉讼证据制度差异性的基础上,详细阐述了仲裁证据的种类、仲裁举证程序、质证程序及认证程序规则,并对我国现行的仲裁证据制度的完善提出了建议。

**关键词** 仲裁 证据制度 完善

仲裁中的证据是指在仲裁程序中依据法律认定案件事实的一切客观材料。<sup>①</sup> 仲裁证据对于当事人进行仲裁活动,维护自己合法权益,对仲裁庭查明案件事实,正确裁判都具有十分重要的意义,正如边沁所说,“证据为正义之基础”。<sup>②</sup> 事实上,整个仲裁活动无非包括两种判断:其一是事实判断,其二是法律判断。事实判断的手段是证据,法律判断则以事实判断为前提。<sup>③</sup> 因此,证据制度是仲裁活动的核心和基础。我国民商事仲裁证据制度主要体现在仲裁法和有关仲裁规则中。我国《仲裁法》第43条、第44条、第45条、第46条分别对仲裁证据的举证、鉴定、质证和保全作出了规定,对仲裁证据的未尽事宜,《仲裁法》同时在第15条第3款规定:“中国仲裁协会依照本法和民事诉讼法的有关规定制定仲裁规则。”第75条规定:“中国仲裁协会制定仲裁规则前,仲裁委员会依照本法和民事诉讼法的有关规定可以制定仲裁暂行规则。”实践中,我国各仲裁机构也都参照民事诉讼证据制度的规定,在各自的仲裁规则中对证据相关问题作了规定。仲裁中的证据制度与民事诉讼中的证据制度有许多共通之处,例如同样遵循“谁主张谁举证”的举证责任规则,同样适用优势证明标准等,可以借鉴使用,但由于仲裁和诉讼又存在诸多不同,“法院在公共领域执法,而仲裁员在私营工业领域执法”,<sup>④</sup>这就决定了仲裁证据制度又必然有许多源于自身的独特之处,需要引起特别的关注。本文将在认识仲裁证据制度与诉讼证据制度差异性的基础上,对仲裁证据制度作系统阐述,并将结合我国仲裁法的规定,提出完善我国仲裁证据制度的建议。

## 一、仲裁证据制度与诉讼证据制度的差异性

### (一) 仲裁证据制度具有明显的灵活性

为了防止司法权的滥用,各国相关法律通常都对诉讼证据制度作出了严格的规定,显现出严

\* 广州仲裁委员会主任,法学博士。

① 张斌生:《仲裁法新论》,厦门大学出版社2004年版,第251页。

② 何家弘主编:《新编证据法学》,法律出版社2000年版,第16页。

③ 汪祖兴:“完善我国仲裁证据制度若干问题思考——以民事诉讼证据制度为参照”,载《诉讼法论丛》第10卷,第464页。

④ 郭晓文:“从申请撤销涉外仲裁裁决司法审查制度中存在的问题看《仲裁法》修改和完善的必要性”,载《中国对外贸易》2001年第2期,第39页。

格的法定性,法官的自由裁量空间受到严格的限制。反观仲裁领域,立法鲜对仲裁庭的审查和采信作出硬性规定,其中,尤以国际商事仲裁为典型,国际商事仲裁一向缺乏成形的或可界定的证据规则,证据的提交和评估大都取决于仲裁员的“证据理念”,并依此判断当事各方提出的证据是否“合理”、“可信”。作为一般原则,仲裁机构,特别是国际仲裁机构,对证据的接受和认可比法院在此方面的做法大为灵活、自由。事实上,仲裁机构几乎接受当事人提出的任何证据并对证据的相关性、可信性和实质性进行评估。只要当事人没有相反的意思表示,仲裁员可以根据案情自由决定证据的取舍和证明力的大小。例如,伦敦海事仲裁员协会在1987年条例中规定仲裁员有权去“接受或者采纳证人证言以及书面证据是否与案件相关,而不管这些证据是否具有法律上的容许性”。因此,仲裁证据制度具有明显的灵活性,而不像诉讼证据制度那样具有严格的法定性。

### (二) 仲裁证据制度呈现出意思自治性

仲裁权与司法权的来源不同。仲裁权来源于双方当事人和法律的共同授权,仲裁权产生的基础是双方当事人订立的仲裁协议,而司法权来源于宪法的规定。由于仲裁权基于当事人的授权而产生,必然以尊重当事人的意思自治为绝对前提,因此,仲裁庭可以根据当事人的意愿比较自由地处理案件,仲裁员也不受法定证据规则的严格约束。例如,1996年《英国仲裁法》第34条就规定,“在不违背当事人有权商定任何事项的前提下,仲裁庭得决定所有程序及证据事项”,证据事项包括“当事人就事实或意见的任何事项所提交的材料(口头、书面或其他形式)的可采性、相关性或重要性是否适用严格证据规则(或其他规则),此类材料相互交换和出示的时间、方式和形式”。因此,与法官必须遵守法定证据规则的约束不同,仲裁员对于证据事项的处理要依据当事人的授权,并在当事人未明确反对的情况下,依自己对公正价值的理解作出适当处理。

### (三) 仲裁对效率的追求决定了其证据制度体现出开放性和快捷性

公正是仲裁所追求的基本价值目标,也是仲裁作为一种民间性质的法律冲突救济机制得以存在的基础和生命力所在。<sup>⑤</sup>但是效率对于仲裁而言,具有比公正更为迫切的意义。仲裁制度是市场经济不断发展的产物,仲裁所解决的是源于市场经济条件下平等主体之间的民商事争议,这种争议解决方式必须符合市场经济高效快捷的特点,必须充分体现效益意识,追求效率的提升,才能在市场经济的大环境下生存和发展。从这个意义上讲,仲裁因其追求效益而区别于和优于诉讼,从而在社会冲突救济体系中谋得一席之地。<sup>⑥</sup>与之相比,诉讼则更偏重于对公正的追求,不仅寻求最大程度的实体公正,还要保障最低限度的程序公正,在此基础上才能谈及效率的实现。仲裁制度对效率的迫切需求应当充分体现在证据制度的设计上,基于此,绝大多数国家的仲裁法都没有直接赋予仲裁庭收集证据的权利,而仅是赋予其要求法院协助收集证据的权利,例如,联合国《国际商事仲裁示范法》第27条就规定了获取证据“法院协助”条款,“仲裁庭或当事人一方在仲裁庭同意之下,可以请求本国之管辖法院协助获取证据。法院可以在其权限范围内并按照其获取证据的规则执行上述请求”。德国《1998年民事诉讼法典》第1050条规定:“仲裁庭或经仲裁庭准许的一方当事人可以向法院申请协助进行仲裁庭无权进行的取证或其他司法行为。”<sup>⑦</sup>因此,仲裁对效率的偏重决定了其证据制度具有开放性、非法定性和快捷性,这与诉讼

⑤ 张斌生:《仲裁法新论》,厦门大学出版社2004年版,第23页。

⑥ 邓杰:“略论国际商事仲裁的优势及其实现途径”,载《甘肃政法学院学报》2001年第12期,第26页。

⑦ 吴定喜:“国际商务仲裁中当事人应如何选择证据收集规则”,载《天中学刊》2001年12月第16卷第6期,第35~38页。

证据制度的严格性、法定性和程序性存在本质的区别。

## 二、仲裁证据的种类

我国仲裁法并没有对证据的种类作出规定,但我国《仲裁法》规定了对于仲裁法未作出规定的可以参照民事诉讼法的有关规定。因此,笔者将以我国《民事诉讼法》中第63条对证据的种类划分,并结合最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》(下称《民诉证据规定》)来论述仲裁证据的种类。

### (一)书证

书证是指以文字、符号或图案等表达的思想内容来证明案件事实的物品。书证的特点有两个:(1)书证是用其思想内容来证明案件事实的;(2)书证的思想内容是用文字、符号或图案等表达的。在仲裁实践中,最常见的书证是各种各样的公私文书,如房产证、合同书、来往信函及各种票据。其次是用文字、符号或图案等表达一定思想内容的其他物品,如商标、图纸。《民诉证据规定》对外文书证的提交作出了规定,要求当事人向人民法院提供外文书证的应当附中文译本,这是司法主权理念的体现,但并不完全适合仲裁理念。仲裁中,当事人对仲裁规则的适用具有选择权,而随着我国仲裁事业的发展,部分仲裁机构已具备办理涉外案件的能力,这些仲裁机构的仲裁规则并没有对当事人提交外文书证同时提交中文译本作出强制性规定,而是把是否提交的选择权赋予仲裁庭,这在一定程度上减轻了当事人的负担,另一方面也考虑了仲裁庭实际办案的需要。

### (二)物证

物证是指能够以自己的存在、外部形态、质量、规格等证明案件事实的物品,如被撞坏的轮船、车辆、发生质量争议的机器、钢材、建筑物或其他产品等。物证的收集方法主要有勘验、扣押和提取物证三种,由于这三种方式中有的法院依职权采取的具有强烈公权力色彩的强制性措施,仲裁庭并不都可以直接采取。我国《仲裁法》规定,仲裁庭在其必要时可以自行收集证据,但却没出台相应的保障措施,以致该规定有名无实,同时又规定诸如证据保全等强制性措施必须提请法院执行,由此可推论,仲裁庭在收集物证时可以自行采取的措施是勘验和某些物证的提取,至于扣押物证和直接提取某些特殊物证,则需要法院的协助和配合。

### (三)视听资料

视听资料是指用录音、录像以及电脑中储存的数据和资料等证明案件事实的证据。实践中常见的视听资料有录音带、录像带、电脑软件以及光盘等。《民诉证据规定》对视听资料在诉讼中的收集与运用作了较详细的规定,可将此类规则延伸于仲裁庭对视听资料的收集、运用和采信,但需要说明两点:其一,视听资料的保全措施以及与之相关的强制性措施应当由人民法院协助执行,仲裁庭不得单独采取;其二,上述规定将视听资料的证明力置于物证、档案、鉴定结论、勘验笔录或者经过公证、登记的书证等证据之后,这种“一刀切”的划分较为武断。实践中,由于视听资料的现代性、高科技性和形象性,用它作为定案证据是必要和可行的,因此,由仲裁庭综合考虑案件情况自由裁量其证明力大小更为恰当。

### (四)证人证言

证人是指本案仲裁参加人之外的,因了解有关事实而向仲裁庭作证的人,证人就自己了解的案件事实所作的陈述,叫做证人证言。证人证言一般来说应在仲裁庭审上进行陈述,并准许当事

人向证人提出问题。在特殊情况下,证人证言也可以采用书面形式,但是,书面证言必须由证人签字或者盖章,证人拒绝签字或者盖章的,其证言不能作为证据使用。根据我国《民事诉讼法》的规定,证人可以是公民,也可以是单位;不能正确表达意志的人,不能作证;未成年人所作的与其年龄和智力状况不相称的证言,以及与一方当事人有亲属关系的证人出具的对该当事人有利的证言,不能单独作为认定案件事实的依据。对证人证言的收集、质证和采信,仲裁庭可参照《民诉证据规定》展开,只是,在审查证人证言证明力的时候,原则上仍然应当由仲裁庭自由斟酌,而不必采取法定的证据规则,强行规定其效力低于物证、档案、鉴定结论等证据。

### (五)当事人陈述

当事人陈述是指当事人就案件事实向仲裁庭所作的叙述。对于当事人的陈述,民事诉讼和仲裁的差异不大。仲裁庭在审查当事人陈述时应该注意:第一,审查当事人的主观动机,有无虚假陈述的可能性和嫌疑;第二,将当事人的陈述与案件事实相印证,两者是否存在矛盾和分歧,并查明矛盾和分歧的根源;第三,将当事人的陈述与案件的其他证据相印证,看各证据之间是否存在矛盾和分歧,如果存在矛盾和分歧,就要仔细分析,究竟是其他证据不客观,还是当事人陈述不客观。

### (六)鉴定结论

鉴定人是指受仲裁机构的委托,运用自己掌握的专门知识对案件有关问题进行分析研究的人,鉴定人对案件有关问题进行分析研究后提出的判断性意思,叫做鉴定结论。我国《民事诉讼法》、《民诉证据规定》以及《司法鉴定机构登记管理办法》、《司法鉴定人登记管理办法》、《人民法院司法鉴定工作暂行规定》和《人民法院对外委托司法鉴定管理规定》等对鉴定结论作有规定。仲裁中应当参照上述规定,但同时对于仲裁中的专家鉴定人员没必要硬性规定其须具备某种证书,只要当事人共同选择或当事人一方选择而对方没有异议的专家都可以进行鉴定,这是当事人高度自治的要求,也是仲裁本质的体现。如《伦敦国际仲裁院仲裁规则》第22条规定,除非当事各方随时另有书面约定,仲裁庭有权命令任何一方当事人将其与仲裁标的有关的财产、现场或者物品置于仲裁庭的控制之下,以便仲裁庭、任何其他当事人或者其专家、仲裁庭指定的专家勘验。

### (七)勘验笔录

勘验笔录是指勘验人对物证或者现场进行勘察检验时所作的记录。国际上一些著名的仲裁机构在仲裁规则中明确肯定了勘验笔录的证据地位。勘验从本质上说是一项收集证据的活动,是对证据的固定和保全。因此,勘验人一般由仲裁员或者仲裁机构的其他工作人员担任,而且还要严格依照法定的程序进行。《广州仲裁委员会仲裁规则》第32条规定:仲裁庭在审理过程中认为需要对物证和现场进行勘验的,可以组织进行勘验;仲裁庭组织勘验,应及时通知当事人;经通知,一方或者双方当事人未到场的,不影响勘验的进行;仲裁庭应当对勘验情况和结果制作笔录,由勘验人员、当事人和被邀请参加的人签名;仲裁庭应将勘验笔录送交给当事人,当事人可以对勘验笔录发表意见。

## 三、仲裁举证程序规则

### (一)举证责任的分配

举证责任是指当事人对自己主张的事实所负有的提出证据加以证明,以及如果不能证明,则

应当承担不利后果的责任。<sup>⑧</sup>我国立法以法律要件分类说为基准,对民事法律规范的举证责任做了预设,凡是依据请求权规范主张权利存在者应当对该事实负举证责任,凡是否定权利存在的当事人应就权利妨碍法律要件、权利消灭法律要件或者权利制约法律要件存在的事实负举证责任。<sup>⑨</sup>由此得出逻辑结论,即在仲裁举证程序规则中,举证责任的分配大致是:第一,主张权利义务关系成立者,应就权利义务关系成立各要件事实进行举证,不必对妨碍权利义务关系发生的事实进行举证,对妨碍权利义务关系发生的事实则由对方当事人举证;第二,主张权利义务关系发生变更或者消灭者,应就权利义务关系变更或者消灭的各要件事实进行举证,而对于妨碍权利义务变更或者消灭的事实由对方当事人举证。

在我国民事诉讼领域,举证责任的配置方式有二,即法定配置(谁主张谁举证、举证责任倒置)和酌定配置。仲裁领域举证责任分配方式与民事诉讼相比,在“谁主张谁举证”上差异性不大,但是在另外两点上则体现了其较大的个性。

首先,“谁主张谁举证”原则。“谁主张谁举证”作为最基本的证据规则,在仲裁领域同样适用,而且可以说,它也是仲裁证据制度建立的基石。提出主张者有义务证明其主张,这种做法是符合自然公正理念的。在仲裁过程中,申请人和被申请人均有义务对自己的主张加以证明,这可见于各国的仲裁法规定中,仲裁产生以来也都是按照这一理念运作的。1999年《斯德哥尔摩商会加速仲裁规则》第17条第1款规定:“根据仲裁员的要求,当事人应申明其拟依据的证据,具体说明每项证据所要证明的事项,并且提交其所依据的书证。”瑞典1999年《仲裁法》第23条规定:“在仲裁庭规定的期限内,申请人应就其在仲裁申请书中所述事项陈述其请求及所依据的事实……”第25条规定:“当事人应提供证据……”我国《仲裁法》第43条第1款规定:“当事人应当对自己的主张提供证据。”

其次,举证责任倒置。举证责任倒置是指主张某一事实的当事人提出这一事实后,对方当事人否认的,由对方当事人承担举证责任。举证责任倒置由法律明确规定,根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第74条以及《民诉证据规定》第4条,共有八类案件实行举证责任倒置。仲裁中,上述举证责任原则应当遵循,但是我们同时应注意到,此八类案件的举证原则对于仲裁来说并不完全适用,这里面涉及可仲裁性的问题。就我国而言,知识产权侵权、产品质量侵权、海事侵权纠纷中涉及财产权益的事项可以提请仲裁,且在仲裁中实行举证责任倒置原则;而一般环境污染侵权、汽车交通事故侵权、地面施工致人损害、物件致人损害、动物致人损害、医疗事故损害赔偿、高度危险作业侵权等涉及人身权利的事项不可仲裁,因此也就不存在举证责任倒置的问题。

再次,举证责任的酌定配置。《民诉证据规定》第7条规定了举证责任的酌定配置,此条文是否可以当然和必然地引申出仲裁庭有权在无法可依的情况下自行斟酌配置举证责任?从实践来看,允许仲裁庭酌定配置有利于案件事实的查明和澄清,但这需要仲裁庭在仲裁实践中谨慎运作。

## (二) 举证程式

我国民事诉讼中的举证是以当事人为主,法院适当参与,法院享有最终的裁决与监督权,并

<sup>⑧</sup> 常英主编:《仲裁法学》,中国政法大学出版社2001年版,第82页。

<sup>⑨</sup> 陈荣宗:《举证责任分配与民事程序法》,台湾三民书局有限公司1984年版,第18~19页。

在特定情况下予以协助;而仲裁中则是以当事人为主,仲裁庭适当参与。在仲裁结构中,存在仲裁庭、法院、双方当事人之间的关系互动,由此,在证据的获取过程中按照主体差异获取方式分为三种:其一,仲裁庭调查取证;其二,当事人提供证据;其三,法院协助获取证据。

这里需要对仲裁庭调查取证的条件予以特别说明。我国《仲裁法》第43条第2款的规定属于弹性极大的自由裁量权的规定,并不具备可操作性。笔者认为,仲裁庭行使调查取证权,必须同时具备三个条件:第一,“仲裁庭自行收集证据之必要,其预设的前提可以理解为,如果仲裁庭不自行收集,就可能导致证据的灭失、毁损或无法确定案件的性质、双方当事人过错和责任的大小,从而无从做出裁决的情形”。<sup>⑩</sup>这是仲裁庭行使调查取证权的前提。第二,必须是当事人因客观原因不能或无法调查取证的。比如,一方当事人掌握的对其不利的证据,需要鉴定或勘验的证据,涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的证据,等等。第三,必须经由当事人申请。“谁主张谁举证”是仲裁举证的基本原则,而仲裁庭的调查取证则是例外或补充,只有做到这一点才能保证仲裁庭的独立、中立。只有同时具备以上三个条件,仲裁庭才可以行使调查取证权。

### (三)证明对象

证明对象又叫做待证事实,指仲裁活动中需要运用证据加以证明的事实。仲裁活动中需要证明的事实通常包括两个方面的内容。

#### 1. 当事人主张的实体意义上的法律事实

当事人主张的实体意义上的法律事实,是指由民事实体法规定的,能够引起当事人之间民事法律关系发生、变更或者消灭的事实。这些事实有以下四种:一是产生权利义务关系的事实,如签订合同的事实、造成损害的事实;二是变更权利义务关系的事实,如变更合同的事实、部分偿还债务的事实;三是妨碍权利义务关系发生的事实,如合同违法的事实、遇到不可抗力事实;四是消灭权利义务关系的事实,如合同履行完毕的事实。

#### 2. 当事人主张的程序意义上的法律事实。

当事人主张的程序意义上的法律事实,是指对解决仲裁程序方面的问题具有法律意义的事实。比如,仲裁协议是否有效,仲裁员是否应当回避,仲裁庭的组成是否合法等。这些事实虽然不直接涉及当事人的实体权益问题,但在仲裁中如不加以证明,就会影响仲裁程序的顺利进行,甚至影响到仲裁裁决的法律效力问题。

## 四、仲裁质证程序规则

质证程序是指在仲裁中依据一定规则对证据进行调查而开展的仲裁活动,是在当事人开展举证活动的基础上,向仲裁庭提交、展示证据材料的证据能力与证明力所进行的调查活动。质证程序规则主要包括质证标准和质证程序。

### (一)质证标准

审查判断证据的标准是证据理论的核心问题之一,也是任何证据制度都需要解决的问题。质证所要达到的标准,关键要看证据的证明力,而证据的证明力来自于五个方面的要求,即证据的真实性、关联性、合法性、充足性和唯一性要求。所谓真实性是指用以证明案件本身的证据必须是客观真实的,而不是凭空杜撰或捏造出来的。比如,所提供的书面协议应由协议当事人签名

<sup>⑩</sup> 刘想树:《中国涉外仲裁裁决制度与学理研究》,法律出版社1999年版,第127页。

或盖章,且未曾篡改。所谓关联性是指证据所反映的情形与待证事实具有一定的联系。如以借据证明双方的借贷关系;以所提供的瑕疵产品证明出卖方的违约行为。关联性反映了证据事实与案件事实之间所存在的一定程度的联系。这种联系是客观的,而不是主观的。所谓证据的合法性是指证据的收集与提供不得违反法定程序,证据的形式合法,并由当事人提交给仲裁庭或者由仲裁员依法定程序自行收集上来,并经过当事人质证和仲裁庭认证。所谓证据的充足性是指认定案件事实的证据要充足,在量上应满足最低限度条件。所谓证据的唯一性是指证据的证明指向是唯一和排他的,不存在两种或者以上的可能性,所有案件证据必须相互协调、环环相扣。在仲裁证据制度规则中,其与民事诉讼的证据制度规则在这一点上基本上是一致的。

## (二) 质证程序

质证是指仲裁当事人、委托代理人在仲裁庭的主持下,对所提供的证据进行宣读、展示、辨认、质疑、说明、辩驳等活动。仲裁制度中质证程序可以划分为三个阶段:出示证据—辨认证据—对证据咨询和辩驳。一方出示证据后,另一方可以否认,否认的理由包括指出对方证据不符合真实性、关联性和合法性等。质证方否认后,出示方可以针对否认的理由进行反驳,如此循环往复,直至转换穷竭。

仲裁实务中,常有当事人逾期提交证据现象发生。对当事人逾期提交的证据,仲裁庭是否接受,并组织当事人质证呢?在民事诉讼中,“新的证据”的规则是民事诉讼证据规则中的必要组成部分。仲裁中是否也存在“新的证据”的规则呢?笔者对此采肯定态度。有些证据在仲裁规则规定的举证期限届满前本来是不存在的,但后来随着时间的延伸而为人们所发现,仲裁庭对这种“自然生成的新证据”毫无疑问应予以接受并组织当事人质证。除此之外,仲裁实务中还存在两类逾期提交的证据:一是某些当事人出于在庭审中搞证据突袭的目的而有意迟延提交的证据;二是某些当事人出于过失(如疏忽大意,以为自己已如期提交了证据但实际上并非如此)而迟延提交的证据。对于前者,其当然无效;但对后者能否以“新证据”论,笔者认为,应结合各种因素综合判断,如迟延提交证据的主、客观原因,当事人的举证能力、举证态度、受教育程度,相关政府部门的保密制度,对方当事人的态度,证据提交的时间,是否影响仲裁裁决在规定时间内作出,等等,一般情况下应予以接受为妥。对于因当事人重大过失而产生的逾期证据,若不允许提交该证据将使裁决显失公正的,仍应接受,不能一概否定。这是因为,我国长期以来有追求客观真实的法律传统,如果一个案件因为程序的正义而不得不牺牲实体正义,特别是在因此而使得案件裁决显失公平的情况下,绝大多数国民并不会意识到程序不公正、仲裁效率低下所潜藏着的对公众和社会的危害,反而极有可能造成群众对仲裁裁决不信任,从而妨碍仲裁权威的建立。因此,笔者认为,在仲裁规则授予仲裁庭决定权的情况下,在公平与效率的博弈中,天平应当适当向公平一方倾斜。

## 五、仲裁认证程序规则

认证是指仲裁员在解决纠纷过程中尤其在庭审时,就当事人举证、质证、庭审辩论过程中所涉及的与待证事实有关联的证据材料加以审查认定,以确认其证据能力上的可采性、证明力的大小与强弱并决定是否采信以及如何采信的行为和活动。仲裁证据制度的认证程序规则主要有仲裁推定规则、仲裁认可规则以及经验规则。

### (一) 仲裁推定规则

我国民事诉讼法中关于“全面、客观”审查证据从而判定证据“真伪”的原则规定含有证据推定的色彩。参照民事诉讼法的原则,仲裁庭可以依其自由裁量推定证据,促使仲裁当事人全面、客观地向仲裁庭出示证据。《广州仲裁委员会仲裁规则》第34规定:“有证据证明持有证据的一方当事人无正当理由拒不提供证据,如果该证据有利于对方当事人的主张,不利于证据持有人,仲裁庭可以结合其他证据推定该主张成立。”

### (二) 仲裁认可规则

仲裁认可是指仲裁庭有权决定某些事实无须通过一般举证程序加以证明,这些事实可能是常识性的,也可能由于某些原因,如证据灭失,当事人无法提供通常所需的证据,这时仲裁庭可依自由裁量权认定这些事实的存在。与司法认知相比,仲裁认可的特点是:第一,形式公正不很明显。司法认可通常具有严格的程序,在普通法系国家的证据规则中尤其如此;而仲裁认可相对随意,在形式上富有弹性。第二,客观不能并不当然阻碍仲裁认可的启动。若当事人由于客观原因不能提出证据时,不得启动司法认可;而在仲裁程序中,即使当事人是由于客观原因不能提供证据,只要该事实属于专业常识或惯常商业实践,仲裁庭仍然可以行使仲裁认可的权力。国际仲裁实践中赋予仲裁庭在“审定”证据方面的权力可表述为:只要仲裁庭认为适合,证据即有效力。与此观点相适应,仲裁认可在很大程度上取决于仲裁庭的自由裁量。

### (三) 经验规则

《民诉证据规定》第64条对经验规则作了规定。但经验规则能否应用于仲裁领域,我国仲裁法对此未作明示规定,由于各国对仲裁庭在审查证据方面并未施加强制性义务,相反甚至有的仲裁规则还明确规定,仲裁庭可以不受本国证据法的约束。因此仲裁庭在认证时有更大的自由裁量范围,而自由裁量向来都要受到仲裁员心证的约束,心证的形成必然离不开经验规则的运用,因此,仲裁庭在认证时对经验规则的倚重是无法排除且根深蒂固的。

需要指出的是,仲裁庭通过认证程序对案件事实的认识只能达到法律真实的程度,不可能完全实现案件的客观真实。首先,从认识论上看,客观真实是无法实现的。辩证唯物主义认识论认为,人的认识过程由认识对象、主体、认识内容三项要素构成,对象与主体的交叉作用形成认识的内容。从很大程度而言,证明的过程即是认识的过程。已经发生的案件事实是认识的对象,仲裁员及当事人是认识的主体,证据及查明的案件事实是认识的内容。由于认识主体的参与,认识的内容永远不可能完全符合认识的对象,只能是一种“永远的、没有止境的接近”,仲裁员对案件事实的查明只能达到法律真实的程度。其次,从证明实践看,完全彻底地查明案件事实真相也是不可能的。第一,从证明主体看,案件的证明是仲裁员在当事人的参加下进行的,每一个仲裁员在评判案情时都受到自身诸多条件的制约,如知识背景、实践经验及思维方式等。这些既定因素都影响着他们对案情的认识,不同的人对案件事实可能有不同的认识,得出不同的结论,这说明案件事实是经由仲裁员头脑“改造”过了的事实,已不是原本的事实真相本身。第二,证明对象的复杂性也影响到实质真实的查明。第三,证明时间的有限性,对发现实质真实产生重要影响。证明要在仲裁规则规定的期间内完成,这对仲裁员认定案情提出了时间要求,对此仲裁员不能随意地拖延。我们知道,通常情况下,认识的程度与认识时间的长短是成正比的,一个人用一生认识一件事,与他用两个月、用一年的时间相比,其认识程度一定存在差距,故仲裁期间必然对证明程度构成影响。