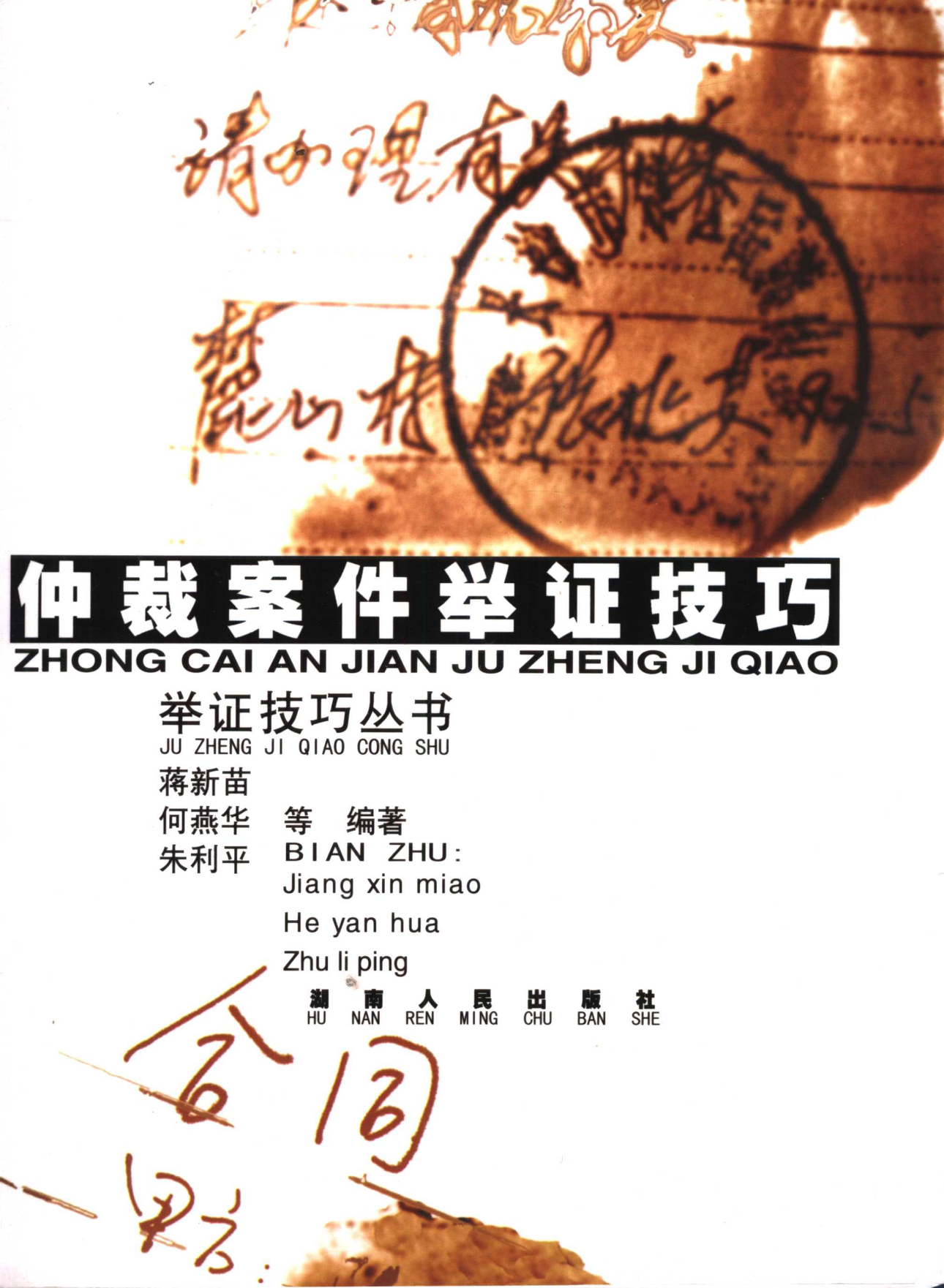




仲裁案件举证技巧

ZHONG CAI AN JIAN JU ZHENG JI QIAO

举证技巧丛书

JU ZHENG JI QIAO CONG SHU

蒋新苗

何燕华

朱利平

等 编著

BIAN ZHU:

Jiang xin miao

He yan hua

Zhu li ping

湖南人民出版社
HU NAN REN MIN CHU BAN SHE

合同

甲方:

举证技巧丛书 JU ZHENG JI QIAO CONG SHU

仲裁案件举证技巧

ZHONG CAI AN JIAN JU ZHENG JI QIAO

编著 蒋新苗 何燕华 朱利平 饶 艳

姚志光 郭 曦 李 妮

湖 南 人 民 出 版 社
HU NAN REN MING CHU BAN SHE

图书在版编目(CIP)数据

仲裁案件举证技巧/蒋新苗、何燕华、朱利平等. —长沙:
湖南人民出版社, 2006. 3

ISBN 7-5438-4231-9

I. 仲... II. ①蒋...②何...③朱... III. 仲裁
—举证责任 IV. D915.718.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 150010 号

责任编辑:戴 军
装帧设计:陈 明

仲裁案件举证技巧

蒋新苗 何燕华 朱利平 等编著

*

湖南人民出版社出版、发行

网址: <http://www.hnppp.com>

(长沙市营盘东路3号 邮编:410005)

湖南省新华书店经销 长沙富洲印刷厂印刷

2006年3月第1版第1次印刷

开本:730×960 1/16 印张:15.5

字数:262,000 印数:1-5,000

ISBN 7-5438-4231-9

D·686 定价:26.00元

举证技巧丛书 JU ZHENG JI QIAO CONG SHU

仲裁案件举证技巧

ZHONG CAI AN JIAN JU ZHENG JI QIAO

蒋新苗

何燕华 等 编著

朱利平



举
证
技
巧
丛
书

Q 仲裁案件举证技巧

Q 民事案件举证技巧

Q 行政案件举证技巧

Q 刑事案件举证技巧

第一篇 取证阶段

第一章 仲裁取证概述

第一节 仲裁证据的来源 // 3

第二节 仲裁取证的特点 // 5

- 一 仲裁与法院诉讼的区别 // 5
- 二 当事人取证 // 6
- 三 仲裁庭自行取证 // 7
- 四 法院在仲裁取证中的作用 // 10

第三节 仲裁证据的种类 // 14

- 一 书证 // 14
- 二 物证 // 15
- 三 视听资料 // 15
- 四 证人证言 // 15
- 五 当事人陈述 // 16
- 六 鉴定结论 // 16
- 七 勘验笔录 // 17

第二章 仲裁取证的步骤

第一节 明确证明对象 // 18

- 一 证明对象的范围 // 18

- 二 不需要证明的事实 // 19

第二节 制定取证计划 // 20

- 一 制定取证计划的一般方法 // 20
- 二 制定取证计划应注意的问题 // 21

第三节 发现和提取证据 // 22

- 一 发现证据材料 // 23
- 二 提取证据材料 // 23
- 三 仲裁取证中常用的措施和方法 // 25

第四节 仲裁证据的保管 // 26

- 一 保护证据的特定价值 // 26
- 二 保护证据的证明价值 // 27
- 三 保护证据的法律价值 // 27

第三章 仲裁取证的方法

第一节 人证取证方法 // 29

- 一 人证的种类和特点 // 29
- 二 人证取证的基本方法 // 31

第二节 物证取证方法 // 40

- 一 物证的特点 // 40
- 二 物证的作用 // 40
- 三 物证取证的常用方法 // 41

第三节 书证取证方法 // 49

- 一 书证的种类 // 49
- 二 书证的作用 // 51
- 三 书证的取证方法 // 52
- 四 书证的保管 // 53

第四节 音像证据取证方法 // 56

- 一 音像证据的特点 // 56
- 二 音像证据的种类 // 57
- 三 收集音像证据的方法 // 58
- 四 音像证据的取证应遵循的原则 // 58

第五节 鉴定结论的取证方法 // 61

- 一 鉴定结论的特点 // 61
- 二 启动鉴定程序 // 62

三 鉴定部门的确定 // 63

四 鉴定结论的制作 // 64

第二篇 析证阶段

第一章 仲裁证据分析概述

- 一 仲裁证据分析的概念和特征 // 71
- 二 仲裁证据分析与民事诉讼证据分析的关系 // 73
- 三 仲裁证据分析的重要意义 // 77

第二章 仲裁证据分析的主要内容

- 第一节 仲裁证据证据能力分析 // 81
- 第二节 仲裁证据证明力分析 // 90
 - 一 分析仲裁证据的真实性 // 91
 - 二 分析仲裁证据的证明价值 // 94
- 第三节 仲裁证据充分性分析 // 95

第三章 仲裁证据分析方法与步骤

- 第一节 仲裁证据分析方法 // 103
 - 一 仲裁证据的一般分析法 // 103
 - 二 仲裁证据的具体分析方法 // 110
- 第二节 仲裁证据的分析步骤 // 116
 - 一 明确仲裁庭适用的证据规则 // 117
 - 二 单独分析 // 117
 - 三 比对分析 // 117
 - 四 综合分析 // 118
- 第三节 形式逻辑与仲裁证据分析 // 118
 - 一 概念要明确 // 119
 - 二 判断要恰当 // 119
 - 三 推理要符合逻辑 // 120
 - 四 思维要遵守形式逻辑基本规律 // 120

第三篇 举证阶段

绪 论

第一章 仲裁举证责任

第一节 举证责任概述 // 126

- 一 举证责任的概念和特征 // 126
- 二 举证责任的性质 // 128
- 三 举证责任的意义 // 129

第二节 举证责任的分配 // 132

- 一 举证责任分配的原理 // 132
- 二 举证责任分配原则 // 135
- 三 免证事实 // 136

第三节 举证责任分配的具体运用 // 141

- 一 侵权法律纠纷 // 141
- 二 合同法律纠纷 // 143

第二章 仲裁举证时限

第一节 举证时限概述 // 154

- 一 举证时限的概念 // 154
- 二 举证时限的性质 // 155
- 三 举证时限制度的意义 // 156

第二节 仲裁举证时限制度的内容 // 158

- 一 举证时限的确定 // 158
- 二 举证时限的法律效力 // 159

第三节 举证时限制度其他相关问题 // 161

- 一 举证时限的不定期障碍问题 // 161
- 二 仲裁证据交换问题 // 161
- 三 举证时限制度中的新证据问题 // 162

第三章 举证方略

第一节 举证方法 // 164

第二节 举证策略 // 170

第三节 其他注意事项 // 172

第四篇 质证阶段

第一章 质证概述

第一节 质证的概念和特征 // 177

- 一 质证的概念 // 177
- 二 质证的特征 // 178
- 三 质证的作用 // 179

第二节 质证的构成 // 180

- 一 质证的主体 // 180
- 二 质证的客体 // 187
- 三 质证的内容 // 189

第二章 质证模式及实例分析

- 一 英美与大陆两大法系质证模式 // 192
- 二 我国的质证模式 // 194

第三章 质证技巧

第一节 质证的一般技巧 // 203

- 一 质证一般技巧的概念 // 203
- 二 质证一般技巧的种类 // 203

第二节 质证的特殊技巧 // 205

- 一 对证人证言的质证技巧 // 206
- 二 对鉴定结论的质证技巧 // 218
- 三 对书证和视听资料的质证技巧 // 221
- 四 对物证的质证技巧 // 224

参考文献 // 233

后 记 // 235

第一篇

取证阶段

第一章 仲裁取证概述

第一节 仲裁证据的来源

在现代社会，仲裁作为一种最重要的诉讼外纠纷解决的替代方式（Alternative Dispute Resolution，简称 ADR），逐渐得到各国当局和公众的认可，在国际商事领域和各国国内社会经济和民商事活动中起着愈来愈重要的作用。在仲裁程序中，证据是仲裁庭据以认定事实或者请求裁决案件的关键。仲裁庭必须在充分获取和严格审查证据的基础上，才有可能对案情作出正确的判断，才能在此基础上依法作出公正的裁决。如果没有充分证据证明当事人所主张的事实或者请求，仲裁庭不会认定该事实或支持该项请求；如果仲裁庭作出的仲裁裁决存在证据缺陷，则可能被法院裁定撤销或不予执行。

在我国仲裁实务中，根据《中华人民共和国仲裁法》第 43 条以及中国国际经济贸易仲裁委员会 1998 年规则第 43 条的规定，审理仲裁案件依据的证据来源有两种：一种是依据“谁主张，谁举证”原则，由当事人提供；另一种是仲裁庭“认为必要时，可以自行调查事实，收集证据”。这与我国民事诉讼实务当中证据来源有本质的不同。我国《民事诉讼法》第 64 条规定，民事诉讼的证据来源有两个方面，一是“谁主张，谁举证”；二是对“当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据人民法院应当调查收集”。因此，人民法

院对某些证据负有“应当调查收集”的义务。而仲裁更主要的是依据当事人对其主张所提交的证据。若当事人没有对其主张、申辩或请求提出有力的证据,仲裁庭就不会接受其主张、申辩或支持其请求。仲裁庭对于是否自行收集证据,掌握有完全的自主权,除非对某一事实若仲裁庭不自行进行调查收集证据,就无法对该事实进行认定并进而影响到作出正确裁决,否则,仲裁庭就不会主动进行调查收集证据。

仲裁庭在自行调查事实收集证据时,可以通知亦可以不通知双方当事人到场。仲裁庭认为有必要通知双方当事人到场的,应及时通知双方当事人到场。经通知,当事人一方或双方不到场的,仲裁庭自行调查事实和收集证据的行动不受任何影响。

根据我国《仲裁法》的规定,当事人申请仲裁时,向仲裁委员会递交的申請書中,应当載明的事項之一是“證據和證據來源、證人姓名和住所”(我國《仲裁法》第23條)。因此,當事人負有當然收集證據的義務。在我國進行仲裁,一般來說,當事人沒有法定義務向仲裁庭提交於己不利的證據,仲裁庭亦無權強制當事人提交不利於該方當事人自己的證據,同樣,仲裁庭也不能從當事方沒有提交對其不利的證據這一點上得出對該當事人不利的結論。我國屬於大陸法系國家,在我國進行仲裁,與在英美普通法系國家進行仲裁不同。普通法系國家存在著“證據開示程序”(discovery),又稱“發現程序”、“披露程序”或“要求告知程序”。^①該程序發端於英國法,在美國法中發展到極致。其做法是將自己一方所佔有的、保管的,與有權取得的所有有關文件抖出來,讓雙方去摸底。^②即訴訟或仲裁的當事人要事先制定和提交(公開)一系列自己保存或者有權獲得的文件材料,這些文件材料並不局限於那些可以作為證據的文件材料。任何一種文件材料,只要是合理的,含有為當事人提供的有關信息,不論是否有利於或者不利於他的情況提出一系列詢問的,當事人都必須予以披露。在英美仲裁程序中,控辯階段結束後,應當事人的申請和仲裁員的許可,就開始證據開示程序。英美法系國家往往會要求採用這一程序。這樣,法律程序一開始,當事人便可從對方或第三人披露的文件、資料中提取對自己有利的證據。而大陸法系國家的當事人沒有這一義務,往往傾向於有選擇性地出示自己所佔有的文件資料和其他證據材料,因此,迫使對方或第

① 高菲:《中国海事仲裁的理论与实践》,北京:中国人民大学出版社,1998年3月版,第274页。

② 杨良宜:《国际商务仲裁》,北京:中国政法大学出版社,1997年7月版,第167页。

三人出示证据的能力比较有限。

第二节 仲裁取证的特点

目前,仲裁审定中由于因认定事实出错远大于因为适用法律而出现的错误,故取证、举证、质证、析证构成仲裁证据规则体系的四大部分。其中,取证阶段是查明案件事实的前提,也是办案的必经阶段,是完成证明任务、实现证明过程的基础与前提。因此,取证是正确处理仲裁纠纷的首要工作。

在仲裁实践中,取证又指“调查取证”、“收集证据”,是指在仲裁事务中,仲裁的主体(包括仲裁员、当事人及其代理人)运用法律许可的方法和手段,发现、采集、提取证据和固定与案件有关的各种证据材料的活动,也是各种诉讼事务和非诉讼事务的必经程序。仲裁作为一种重要的非诉讼活动,其取证活动具有显著的特点。以下将从仲裁与法院诉讼的区别、仲裁当事人取证、仲裁庭自行取证及法院在仲裁取证中的作用几个方面分析仲裁取证的特点。

一 仲裁与法院诉讼的区别

仲裁与法院诉讼作为处理国内、国际民商事争议的两种形式,都是由第三者独立自主地作出的,并对当事人有约束力。两者的主要区别在于:

首先,法院是国家机器的重要组成部分,具有法定的强制管辖权。一方当事人向法院起诉时,无须事先征得对方的同意。有管辖权的法院可发出传票,传唤对方出庭(双方定有仲裁协议的除外)。而仲裁机构,尤其是国际商事仲裁机构,一般都是民间组织,不具有法定的强制管辖权,只能受理双方当事人根据仲裁程序提交给它处理的案件。即,仲裁是在自愿的基础上进行的,如果双方当事人没有达成协议,任何一方或仲裁机构都不能迫使另一方进行仲裁。

其次,法院的法官是由国家任命或经选举产生的,是国家公权力的代表。双方当事人没有任意选择或指定法官的权利,而仲裁员是可以由双方当事人选择指定的。

再次,仲裁员执行法律可以较多地考虑商业惯例,而不必像法官那样严格执行和适用法律。况且,仲裁员所执行的法律在实体法方面,可以经由双方当事人协议选择案件所适用的仲裁规则。

最后，法院诉讼中的受案范围与仲裁中的受案范围也不同。法院受案范围是由法律规定的，法院可以审判法定范围内的任何事项，而仲裁的事项和范围是由双方当事人事先约定的，仲裁员不可对当事人约定范围以外的事项进行仲裁。

由此可见，仲裁和法院诉讼的区别导致在取证方面，两种争端解决方式的取证主体所面临的取证环境不同。

二 当事人取证

当事人应当对自己的主张提供相应的证据，这是仲裁程序方面的一项基本证据规则。我国《仲裁法》第43条规定：“当事人应当对自己的主张提供证据。仲裁庭认为有必要收集的证据可以自行收集。”国际上许多常设仲裁机构的仲裁规则也明确规定了当事人各方对其申诉、答辩和反请求所依据的事实应负举证责任。^① 提供证据首先是当事人在仲裁活动中的一项重要义务，其目的在于协助仲裁庭查清案件事实，区分是非，进而作出公正裁决。提供证据同时还是当事人的一项重要权利，当事人为了证明自己主张确实存在，有权向仲裁庭提供证据加以证实。根据“谁主张，谁举证”原则，当事人如果无法举证或者证据不足以证明自己的主张，负有举证责任的当事人将为此承担对自己不利的裁决后果。

因此，当事人对仲裁程序的影响是最大的。当事人的取证活动直接关系到当事人是否能提供充足的证据证明其事实主张，其取证行为及能力在相当大的程度上直接决定着仲裁裁决的后果。而对于争议当事人来说，虽然各国法律均规定当事人有收集证据的义务，但法律并没有为当事人收集证据提供法律上的保障，即对于当事人以外的第三人，并没设定强制协助义务。因此，在仲裁活动中，掌握好取证技巧至关重要。首先，仲裁程序开始前，在仲裁协议或合同的仲裁条款中，应约定好适当的证据收集规则。如果当事人和仲裁员均来自同一法律背景，选择各方都熟悉的规则，操作起来便很方便。但很多情况下，当事人之间及当事人与仲裁员有可能不是来自同一个地区，或同一个法域，特别是国际商务仲裁，各方往往来自法律制度和法律背景不同的国家和地区，如果事先达成协议，确定好证据出示规则及程序，可以消除当事人取证时于己不利的隐患；其次，要考虑并尽量熟悉所选择的仲裁机构的仲裁规则，因为大多数仲裁规则中都含有证据收集条款，掌握这些规则，有利于当事人顺利获取证据；再次，很

^① 如《CIETAC 仲裁规则 2000》第38条、《美国仲裁协会国际仲裁规则》第19条。

多国家和地区的法律制度允许法院协助当事人收集证据，当事人应善加利用。

我国没有统一的证据规则，我国的《仲裁法》中，也没有对当事人取证作出规定，但根据我国《仲裁法》第15条的规定，“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”。据此，关于仲裁取证，可以参照我国民事诉讼法及其相关规定。而对于涉外商事仲裁，需要域外取证时，则应参照我国与相关国家签订的双边协定及我国参加的国际条约的相关规定。

三 仲裁庭自行取证

许多国家的仲裁立法及常设仲裁机构的仲裁规则一般都将仲裁庭的主要职责限定在审查核实证据并据此作出裁决方面，仲裁庭自行取证只是属于仲裁庭的一项自由裁量权，而不是仲裁庭的义务。

我国《仲裁法》第43条第2款规定：“仲裁庭认为有必要收集的证据，可以自行收集。”实际上，该规定弹性极大，法律并没有明确哪些情况下的证据是属于仲裁庭有必要收集的。因此，可以适用现行的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》中关于人民法院审理案件需要收集证据的规定，即第17条：“符合下列条件之一的，当事人及其诉讼代理人可以申请人民法院调查收集证据：（一）申请调查收集的证据属于国家有关部门保存并须人民法院依职权调取的档案材料；（二）涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的材料；（三）当事人及其诉讼代理人确因客观原因不能自行收集的其他材料。”实践中一般认为，仲裁庭在下列情况下应当主动收集证据：（1）当事人各自向仲裁庭所提供的证据相互对立，而且根据已有的证据仲裁庭又无法作出判断。（2）某些关键性的证据，当事人及其代理人确实由于客观原因不能自行收集的。例如，有些证据属于国家有关部门保存，按照规定不能交给当事人个人，所以只能由仲裁庭通过一定的途径去收集。（3）一些专门性或技术性的问题，仲裁庭需要交由当事人约定的或仲裁庭指定的鉴定部门进行鉴定。^①

由于仲裁机构具有民间性质，因此仲裁庭自行调查取证的权限范围往往受到极大的约束。我国《仲裁法》并没有像《民事诉讼法》第65条第1款那样规定：“人民法院有权向有关单位和个人调查取证，有关单位和个人不得拒绝。”显然，仲裁庭在自行收集证据方面的取证权是无法与法

^① 黄进等编著：《仲裁法学》，中国政法大学出版社，1999年修订版，第126页。