



仲裁研究

ARBITRATION STUDY

第二辑

广州仲裁委员会 主办



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

1141396
1141396



仲裁研究

ARBITRATION STUDY

第 二 辑

广州仲裁委员会 主办



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

目 录

专 论

论仲裁的机密性(上) 杨良宜 莫世杰/1

探索与争鸣

我国仲裁证据制度的若干法律问题探讨 颜湘蓉/10

论调解制度在仲裁中的发展 王小莉/16

论国际商事仲裁与国际民事诉讼法律适用的主要区别

——兼论《合同法》第126条第2款在国际商事仲裁中的适用 丁 伟/21

比较与借鉴

内地与澳门仲裁法律制度的比较(上) 邓伟平 杨敬轩/32

海峡两岸仲裁裁决制度比较研究 黄良友/38

仲裁员的民事赔偿责任之比较研究 黄志勇/47

仲裁专业化

医疗纠纷的法律误区与建立医疗纠纷仲裁制度的探讨 曾庆海/53

投资人与上市公司证券纠纷可仲裁性探讨 孙双秀 王金贵/60

浅析处理网络经济纠纷中的仲裁优势 郭英汉/68

仲裁发展回顾

广州仲裁委员会十年发展述评 陈忠谦 马占军/76

案例精析

房地产租赁法律规定的确定性与租赁纠纷的仲裁解决

——从一例租赁合同纠纷仲裁案谈起 曾报春 任崇正/94

专 论

论仲裁的机密性(上)

杨良宜* 莫世杰**

编者按 感谢杨良宜、莫世杰先生将其最新论著的其中一章“仲裁的机密性”授权本书刊登。该文对“仲裁的机密性”这一论题进行了深层次的研究,内容主要涉及序言、英国普通法下的仲裁机密、其他国家/地区对仲裁的机密性的看法、仲裁规则及仲裁条款、违反仲裁机密的救济、仲裁的机密性与公众利益、仲裁的机密性与刊登仲裁裁决书、实务与总结几个方面。鉴于该文篇幅较长,本丛书拟分期刊登。本期刊登的是第一部分“序言”和第二部分“英国普通法下的仲裁机密”中的部分内容(仲裁机密的来源及性质、谁对仲裁有保密责任、仲裁保密责任的适用范围)。

一、序言

解决商业纠纷的方法不多,若当事方未能私下协商解决,争议通常会通过法院诉讼或仲裁来解决。法院属于政府宪制的一部分,有其独特的社会角色及功能,往往被大众视为主持公正的象征,因此,法院对处理诉讼的要求十分严谨,不单要对诉讼方做到公平及公正,还要清楚地给公众看见,只有这样,法院的公信力才得以建立,正如 Lord Hewart 在 *Rex v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy* (1924) K. B. 256, 259 一案中所说:“it is of fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done”。因此,法院的诉讼基本上是公开聆讯的,公众可以旁听,记者可以采访报导,而法院的判决会向公众公开。这公开的做法在世界各地的法院都被采用,如香港、新加坡、英国及美国等地的法院。可是,法院公开聆讯的做法对诉讼方来说,变得没有秘密可言,这从最近在香港闹得热烘烘的争夺遗产案,报章每日报导诉讼双方在庭上互揭私隐的详情,可见一斑。

对商业人士来,这绝不是理想的做法,因为商业秘密如合作伙伴的名单、营运数据、营运手法、产品设计或技术等会因在法院诉讼而被公开,为竞争对手大开方便之门;即使争议未必涉及商业秘密,有关诉讼过程及结果被公开,也可能会对公司的声誉、生意、信贷构成影响。试想一间涉及巨额索赔诉讼的上市公司,每天在法院聆讯的内容被公开报导,公司股价很可能会随着诉讼而产生强烈的波动。另外,一些涉及国家参与的商业活动(所谓 *supra-national contract*),除了当中的内容固然是机密不容向外透露外,这些国家又怎能接受到法院诉讼,尤其是外国的法院如英国法院,赤裸裸地把争议公诸于世?

仲裁比法院诉讼优胜的地方是,它源自当事方的私下协议,属私人性质(*privacy*),不容许无关系的第三者旁听,而后来的裁决书,属于当事方的私产,也无须向公众公开。事实上,在一个仲

* 香港国际仲裁中心主席,国际著名海商法专家、仲裁员。

** Goldbeam 国际有限责任公司合同部负责人、伦敦海事仲裁员协会成员。

裁中,只有有关系的人参与其中,这包括仲裁方及其法律代表、仲裁员和证人(包括专家),文书控辩、文件证据及证人证言亦只会在这些人之间互传;开庭(hearing)会在私人地方闭门进行,例如在酒店或仲裁中心提供的房间;仲裁裁决书亦只会发给仲裁方。这重要的区别,吸引了不少的商业人士选择仲裁为解决争议的方法,当中包括一些机密的、敏感的、涉及科学技术及信息科技的研发及应用、涉及政治的及大型的商业合约,如政府与公共服务机构订立的专利合约。这亦是商业仲裁兴起的其中一个主因。但问题是这私人性质是否就等同于机密(confidential)?若是机密,它适用的范围及程度?是否有例外的情况?违反机密的救济如何?

虽然在一般人的眼中,仲裁的机密性看似是毋庸置疑,但事实上这方面的法律在最近才发展起来,而且不同地方的仲裁法律对此有不同的看法,这课题把仲裁世界划分为两大阵营,一是支持仲裁的机密性,另一方则持相反看法。

对于承认仲裁的机密性的国家及地区,往往需要面对这机密性带来的问题。当中最实质而又经常发生的,是涉及一连串互有关联的诉讼或仲裁,由于仲裁的机密性的关系,对披露(disclosure)、能否合并(consolidate)或同步(concurrent)仲裁等带来技术上困难。例如在一连串的合约链(chain of contracts)或多位当事人同一争议(multi-parties dispute)的情况下,如商品买卖合同、租船合约、投保人(assured)与保险公司及再保险公司(re-insurer)之间的保险合约等,夹在中间的一方,往往需要依赖他与另一当事方在仲裁产生的证据,甚至该仲裁的裁决书,向属于另一仲裁或诉讼的另一当事方索赔或抗辩。但基于仲裁的机密性,他又能否向第三者披露在仲裁中产生的文件,以支持其索赔或抗辩? Colman 大法官在 *Hassneh Insurance Co. of Israel and others v. Steuart J. Mew* (1993) 2 Lloyd's Rep 243 案中这样说:

"I consider first the ordinary course of commerce. There are many circumstances where one party to an arbitration may require to establish against a third party that the arbitrating party is or has been under an obligation to satisfy an award. One example is where an insurer must establish his liability to the primary assured for the purpose of claiming on his re-insurers. Another in the context of the insurance market is where an assured under a professional indemnity policy has to establish that he has become liable for breach of his professional duty and needs to place before the insurer an award which has been made against him to this effect. In the quite different field of ship-chartering a head charterer may be able to make good his claim against the shipowner only by reference to an arbitration award made against the head charterer in favour of a sub-charterer. A closely analogous position might also arise as between the parties to commodity trade contracts whereby goods were sold and purchased down a line of buyers and sellers, but where there was no applicable string contract provision enabling disputes to be resolved in one arbitration between the first seller and the last buyer. In all these cases the arbitrating party may require for the purposes of establishing his legal rights against the third party to produce the award against him to that third party..."

当然,最佳的解决方法是把同一争议“合并”(consolidation)审理或“同步”开庭(concurrent hearing),但在私人及机密等大原则下,除非仲裁条款容许或仲裁方另有协议,否则,不同的仲裁不能“合并”审理或“同步”开庭。

事实上,在一连串有关联的诉讼或仲裁中,先前的诉讼或仲裁针对某争端作出判定,在另一个仲裁或诉讼下,一方当然希望借此判决以证明其权利或责任。但若该裁决属仲裁裁决,它本身

受仲裁机密性的保护,是不能向另一个诉讼或仲裁的第三者作出披露。但若果有关的披露能有助于了解或解决某些关联的争端,法律又应如何看待这文件?是否可以披露?即使能够披露,其对现有的争议又有什么的价值?对现有的争议的约束力如何?现今的法律,尤指英国普通法,倾向于以公平为前提去考虑上述问题,但总的来说,还没有定下准则,正如 Toulson 大法官在 *Lincoln National Life Insurance Co. v. Sun Life Assurance Co. of Canada, American Phoenix Life and Reassurance Co., Phoenix Home Life Mutual Insurance Co.* (2004) 1 Lloyd's Rep 737 案中所说:

“It is probably only at the level of the House of Lords that the rules about the extent to which a judgement or award between A and B may be relied upon by or against B in proceedings between B and C, where those proceedings involve an issue about the rights between A and B, could be comprehensively reconsidered. The modern tendency when tackling the diverse problems of serial litigation involving common issue has been to move away from technical rules towards a broader consideration of what is fair. ... In considering whether and to what extent the findings of a competent tribunal in proceedings between A and B should be able to be relied upon by or against B in proceedings between B and C, there is a strong argument for saying that the real considerations should be what is most fair to the parties and will avoid bringing the administration of justice into disrepute. The fact that C was not a party to the earlier proceedings ... would in many cases make it unfair that the earlier judgment should be relied upon by B, but not necessarily against B, ... one could imagine circumstances in which it might make a difference in terms of justice whether the earlier decision was the product of an informal arbitration, in which the arbitrator had not properly addressed the arguments, compared with proceedings in which the issues had been fully and properly investigated and addressed in a reasoned decision. Where the previous decision was an arbitration award, the confidentiality of the arbitration proceedings could also be a relevant factor.”

除了上述情况外,严格看待仲裁的机密性会带来其他的困难,当中有些可能会在日常商业运作时发生,但未必受人注意:

(1)在一个涉及公众利益的仲裁,例如公共服务机构按专营协议申请加价的仲裁、公营机构面对外国公司的巨额索赔的仲裁,当事方是否需要向政府、议员及公众披露有关仲裁的进程、仲裁的材料/资料(arbitration materials)或仲裁裁决书?可否拒绝有关要求?在没有立法支持的情况下,应否容许这些公共政策的考虑凌驾在仲裁的机密性之上?^①

(2)一家公司可否将仲裁裁决书披露予其核数师?

(3)母公司可否要求子公司披露仲裁裁决书以便整理合并账目?

(4)一家公司可否将仲裁裁决书披露予投资者或贷款银行等,用意是对某事情作出澄清,吸引这些第三者对公司作出投资或借贷。^②

(5)船东互保协会可否要求其会员告知仲裁的过程,或要求会员披露在仲裁中获得的文件,或披露仲裁裁决书?

^① *Eso Australia Resources Ltd. v. Plowman* (1995) 128 ALR 391.

^② *Department of Economic Policy and Development of the City of Moscow and The Government of Moscow v Bankers Trust Company and International Industrial Bank* (2004) EWCA Civ 314. LMLN 637.

(6) 仲裁裁决书可否刊登? 仲裁员可否引用他在仲裁时作出的有关程序指令为例子作教育用途?

(7) 能否向有关机构或向市场披露仲裁裁决书的内容, 以商业压力迫使仲裁的一方履行仲裁裁决书所列举的责任?

若仲裁保密的责任是绝对的, 任何有关仲裁本身及相关的文件及仲裁裁决书, 将不能向仲裁当事方以外的第三者公开, 那么上述的情况根本没办法解决。

本章先从英国的普通法出发, 尝试了解仲裁的机密性及适用范围, 再看其他国家或地区的法律在这方面的发展, 及以仲裁规则或仲裁条款对仲裁的机密性作出明示的约定, 并探讨因仲裁的机密性而带来值得思考的问题。

二、英国普通法下的仲裁机密

(一) 仲裁机密的来源及性质

仲裁的机密性一般源自以下三个范畴:

1. 仲裁地(the seat of the arbitration)的法律;
2. 仲裁是按仲裁规则(arbitration rules)或机构仲裁规则(institutional arbitration rules)进行, 而有关规则有机密条款;
3. 仲裁条款有明示规定保密责任。

在一般随意仲裁(ad-hoc arbitration)如海事仲裁, 仲裁条款未必会列明对仲裁保密的责任, 或明示按某仲裁规则或机构仲裁规则进行仲裁, 而该规则有仲裁保密条款, 那么要考虑仲裁的机密性便只好看仲裁地(the seat of the arbitration)的法律。已经说过, 不同地方的法律对仲裁的机密性有不同的看法, 这将会在本章较后的地方提及。由于英国的商业仲裁在世界上占有领导地位, 我们先去看英国的普通法在这方面的看法及发展。

首先要指出, 英国并没有立法为仲裁的机密性定下适用法则, 有关这方面的法律是由法院一个一个的案例慢慢建立起来的。

一直以来, 仲裁的机密性是英国仲裁的一个重要的特征。在仲裁法咨询委员会在 1996 年的草案报告(Departmental Advisory Committee on Arbitration Law, Report on the Arbitration Bill, February 1996)对此有以下评论:

“11. Privacy and confidentiality have long been assumed as general principles in English commercial arbitration, subject to important exceptions. It is only recently that the English Courts have been required to examine both the legal basis for such principles and the breadth of certain of these exceptions, without seriously questioning the existence of the general principles themselves...”

12. In practice, there is also no doubt whatever that users of commercial arbitration in England place much importance on privacy and confidentiality as essential features of English arbitrations (e.g. see survey of users amongst the ‘Fortune 500’ US corporations conducted for the LCIA by the London Business School in 1992)...”

这机密性源自仲裁的私人性质(privacy), 属有效的私下解决争议的方法。传统上仲裁方、其法律代表及仲裁员都自觉地尊重仲裁的私人性质, 不会在没有对方同意的情况下, 亦不会把仲裁的进程、仲裁过程中产生的文件如仲裁方披露的文件、仲裁裁决书等对外人透露或利用在与该仲

裁无关的事情上。一直以来,这种说法不曾受过挑战,英国普通法在这方面的先例也不多。

直到 The “Eastern Saga” (1984) 2 Lloyd’s Rep 373, 仲裁的私人性质得到确认。该案关于租约链的争议,夹在中间的承租人就该争议分别与船东及分承租人展开仲裁,两个仲裁庭的仲裁员都是一样,这是典型的多位当事人同一争议(multi-party dispute)的例子。对承租人来说,最好的处理方法是两个仲裁“同步”开庭(concurrent hearing)。仲裁庭也同意并认为它有权这样做。船东拒绝接受仲裁庭的“同步”开庭指令,并向法院申请把指令撤掉,理由为仲裁法没有赋予仲裁员这样的权力,而且仲裁条款理应有一默示条款,规定有关仲裁属船东与承租人之间的事。在当事人自决(party autonomy)及合约相互关系(privity of contract)的大原则下,Leggatt 大法官在判词中确认仲裁的私人性质,判船东胜诉:

“... It seems to me that, as is graven upon the heart of any commercial lawyer, arbitrators in the position of these arbitrators enjoy no power to order concurrent hearings, or anything of that nature, without the consent of the parties. The concept of private arbitrations derives simply from the fact that the parties have agreed to submit to arbitration particular disputes arising between them and only between them. It is implicit in this that strangers shall be excluded from the hearing and conduct of the arbitration and that neither the tribunal nor any of the parties can insist that the dispute shall be heard or determined concurrently with or even in consonance with another dispute, however convenient that course may be to the party seeking it and however closely associated with each other the disputes in question may be. The only powers which an arbitrator enjoys relate to the reference in which he has been appointed. They cannot be extended merely because a similar dispute exists which is capable of being and is referred separately to arbitration under a difference agreement.”

因此,在没有征得所有当事方的同意,任何一方(包括仲裁员在内)都不能把所有当事方拉进来“合并”(consolidation)审理或“同步”开庭(concurrent hearing)。顺带一提,在 1996 年的英国仲裁法没有透过立法去解决多位当事人同一争议所带来仲裁程序上的困难,它只是在 section 35 重申英国普通法对“合并”审理或“同步”开庭的观点,明确指出仲裁员在没有当事方的授权的情况下不享有指令“合并”仲裁或“同步”开庭的权力。要改善这种不理想的情况,看来只好透过仲裁规则如伦敦海事仲裁员协会规则(The L. M. A. A. Terms)的第 14 段,赋予仲裁员相关的权力。本文后面将对“合并”仲裁及“同步”开庭有详尽解说,在此不再赘言。

The “Eastern Saga” (1984) 2 Lloyd’s Rep 373 一案针对的是仲裁员有否权力指令“同步”开庭,该判决依赖的就是仲裁的私人性质,源自仲裁双方的协议把争议提交仲裁解决,若容许“同步”开庭,仲裁条款以外的第三者便能够获悉该仲裁当事双方的证据及各自的理据,这私人性质变得没有意义。已经说过,仲裁与法院诉讼不同,后者要向公众公开,前者则属于私人性质,不容第三者旁听,其目的本就不想把仲裁的内容向外公开。若单单禁止第三者旁听,而又容许当事方随意使用或披露从仲裁而获得的资料及文件如文件证据及仲裁裁决书等,那与向外公开仲裁内容无异。要维护这私人性质,除了不准第三者旁听外,仲裁条款是否应有一默示条款(implied term)规定所有的仲裁的材料/资料(arbitration materials)及仲裁裁决书(arbitration award)都属于机密(confidential),当事方应对仲裁有保密的责任(duty of confidentiality),不可对外泄露?

在 Dolling Baker v. Merrett (1990) 1 WLR 1205 一案,上诉庭判由于仲裁的私人性质,理应有一默示责任约束仲裁当事方要对仲裁的文件保密。Parker 大法官在判词中说:

“... As between parties to an arbitration, although the proceedings are consensual and may thus be regarded as wholly voluntary, their very nature is such that there must, in my judgment, be some implied obligation on both parties not to disclose or use for any other purpose any documents prepared for and used in the arbitration, or disclosed or produced in the course of the arbitration, or transcripts or notes of the evidence in the arbitration or the award, and indeed not to disclose in any other way what evidence had been given by any witness in an arbitration, save with the consent of the other party, or pursuant to an order or leave of the court. The qualification is necessary, just as it is in the case of the implied obligation of secrecy between banker and customer.”

但 Parker 大法官上述的讲话没有清楚说明这保密的默示责任是依事实默示的条款(implied term in fact)、依习惯默示的条款(implied term by custom)还是由法律默示的条款(implied term in law),而只是把它等同银行与客户之间的保密责任[见 *Tournier v. National Provincial and Union Bank of England* (1924) 1 K.B. 461]。若该责任属依据事实默示的条款,则每一案件都必须要考虑事实上是否需要有此默示条款,要构成事实上的默示条款要通过两个验证,第一是从商业意义上看,默示引入该条款是否赋予仲裁条款完整的效用(give efficacy to the arbitration clause),第二是要达到“好事看官”的验证标准(the “officious bystander” test),即是说,一好事的旁观者问仲裁条款应有对仲裁保密这默示条款,当事双方都异口同声说当然有,那么即使仲裁条款没有明言仲裁属机密,也构成事实上的默示条款。若属按习惯而默示的条款,则要考虑是否去仲裁都有保守秘密这习惯。若属由法律默示的条款,有关的默示条款的存在是由于仲裁条款的本质有此需要而需由法律硬性规定。

在 *Hassneh Insurance Co. of Israel and others v. Steuart J. Mew* (1993) 2 Lloyd's Rep 243 一案,高院 Colman 大法官对 Parker 大法官在 *Dolling Baker v. Merrett* (1990) 1 WLR 1205 一案所指的默示责任有以下的看法:

“... Such an obligation can exist only because it is implied in the agreement to arbitrate and like any other implied term must be capable of reasonably precise definition. The implication of the term must be based on custom or business efficacy.

If the parties to an English law contract refer their disputes to arbitration they are entitled to assume at the least that the hearing will be conducted in private. That assumption arises from a practice which has been universal in London for hundreds of years and, I believe, undisputed. It is a practice which represents an important advantage of arbitration over the Courts as a means of dispute resolution. The informality attaching to a hearing held in private and the candour to which it may give rise is an essential ingredient of arbitration, so essential that if privacy were denied by an officious bystander, I have no doubt that, in the case of practically every arbitration agreement, both the parties would object.”

不难看出,Colman 大法官认为这私下开庭,不许外人旁听是英国仲裁的一贯做法,而这亦是支持他对仲裁的材料/资料及仲裁裁决书予以保密。

但在最近的一个上诉庭的权威案件 *Ali Shipping Corporation v. Shipyard Trogir* (1998) 1 Lloyd's Rep 643, Potter 大法官认为这默示条款不是来自习惯上的做法或商业效用的考虑,而应属于法律上的默示条款,从仲裁过程不受公众注目而推断仲裁的机密性:

“... I consider that the implied term ought properly to be regarded as attaching as a matter of law. It seems to me that, in holding as a matter of principle that the obligation of confidentiality (whatever its precise limits) arises as an essential corollary of the privacy of arbitration proceedings, the Court is propounding a term which arises ‘as the nature of the contract itself implicitly requires’... As Lord Bridge observed in *Scally v. Southern Health Board*, [1992] 1 A.C. 294 at p.307, a clear distinction is to be drawn —

... Between the search for an implied term necessary to give business efficacy to a particular contract and the search, based on wider considerations, for a term which the law will necessarily imply as a necessary incident of a definable category of contractual relationship.

In my view an arbitration clause is a good example of the latter type of implied term.”

总结上述案例,英国普通法一直承认仲裁的机密性质,是源自当事方订定的仲裁条款,有一个对仲裁保密的默示责任,而按 *Ali Shipping Corporation v. Shipyard Trogir* (1998) 1 Lloyd's Rep 643 的上诉庭先例,这默示责任是根据法律默示的条款,硬性规定引入于仲裁条款中,毋需像事实默示的条款般,每次考虑所有事实或当事人在订约时的意愿(parties' intention),决定仲裁保密的默示责任的条款能否通过“发挥合约的效用”(give efficacy to contract)及“好事看官”(the “officious bystander” test)这两项验证。

(二)谁对仲裁有保密责任

除了合约的当事方外,通常牵涉在仲裁内的人还包括仲裁员、当事方的法律代表、证人及专家证人等,这些人对仲裁是否有保密责任?明显地,由于仲裁的机密性源于双方约定的仲裁条款,当事方对另一方当然有责任去保密。至于其他牵涉在内的人呢?

在 *London & Leeds Estates Ltd v. Paribas Ltd (No 2)* 2 EG 134 一案,该仲裁的争议属物业租务纠纷,租客向法院申请要求业主委任的专家证人披露他在先前的仲裁所给予的证人证言(witness statement),理由是专家证人给予的意见与先前的不同。Mance 大法官判专家证人不单对其委托方有保密的责任,对另一方亦然;对仲裁保密的责任同样适用于仲裁员,依据的是该委任附有一默示保密责任,委任一经接受,仲裁员便当受约束。这推展下去,作为代表当事方的法律代表,也有此责任。至于其他证人,是否有此责任?这看来不太肯定,他可不是仲裁协议中的其中一方,也不像专家证人般因受仲裁一方或仲裁庭委托而产生保密责任,但仲裁方可以对这些证人作出事前通知,提醒他们仲裁的机密性。事实上,在一般的违反机密的法律下(law of breach of confidence),对于本质属机密的仲裁的材料/资料,证人在得悉其机密性质后,便有责任保密。

谈到当事方的法律代表,在最近一个英国上诉庭的案例 *Koch Shipping v Richards Butler* (2002) EWCA Civ 1280,仲裁原告所委托的律师,在仲裁中途辞职并转投被告律师楼当顾问,而被告当时正代表该仲裁的另一方,原告认为这位律师有可能非故意地把她在当原告的代表律师时所知悉的机密资料,向代表仲裁另一方的被告律师披露,原告基于这风险的存在,向法院申请禁令,禁止被告继续担任仲裁另一方的法律代表。为此,被告、该律师本人及被告律师楼中代表另一方的律师愿意向原告提供担保书,包括承诺该名律师(现为顾问)不会与任何人谈论该仲裁,亦不会与代表另一方的律师接触,而代表另一方的律师也不会与其他人面前谈及或讨论该仲裁。事实上,该律师受过专业的法律训练,清楚了解律师与客户间的保密关系,及违反机密的巨大后果,不见得她会这样做,即是有,要原告提出真凭实据指控该律师泄露机密,会是十分困难。至于

指有非故意地泄露仲裁机密这风险(inadvertently disclose confidential information),上诉庭认为有关风险属凭空想象,Tuckey 大法官在判词中说:

“I would advocate a robust view. In these days of solicitor and client mobility, it is important that client confidentiality is maintained but there is a danger of the Courts being persuaded that risks exist when the risks are no more than fanciful.”

上诉庭认为该律师为人诚实正直,她一直清楚了解自己的责任,特别是有责任不去做出任何事情,使有关机密资料直接或间接地交给仲裁另一方的代表律师。加上只有她知悉机密资料,然而被告亦已作出行动(提供担保书及各种保证)去保护原告免受此风险伤害,因此否决原告的禁令申请。

这案件的影响深远,尤其是对一些专门提供如海事、建筑或信息科技等法律服务的律师事务所,他们服务的对象是一群专业的客户,面对的是同业间的激烈竞争,律师从一家律师事务所加盟到另一家是经常发生的事情,他们的律师事务所可能与以前的客户站在对立的位置,若因此而作出禁制,将对律师事务所聘用人才带来极大不便,脱离现实。事实上,这情况同样地出现在其他地方,例如同一 Chamber 的大律师,其中一位代表仲裁的一方,另一位是仲裁员;同属一间船东互保协会的仲裁原告及被告。当然,这些组织或机构应制定措施,避免泄露或误用前客户的机密资料,其中一种做法叫“Chinese Walls”,是把同一律师事务所的律师分开,他们之间互不沟通,由不同的律师处理案件中不同的利益。^③

(三)仲裁保密责任的适用范围

一个仲裁往往会产生大量的文件,由最初期的文书控辩,到双方的文件披露,之后双方交换的证人证言、专家意见,开庭前各自准备的控辩纲要(outline submissions),开庭记录及证据誊本(transcripts of evidence),或在一个文件仲裁中的最后文书控辩(final submissions),以至最后的仲裁裁决书。若这些文件被披露予无关系的第三者,等于向外人揭示当事方的争议的全部或部分,那么仲裁何来机密可言?因此,仲裁保密责任理应适用于仲裁的各个方面。事实上,在 *Dolling Baker v. Merrett* (1990) 1 WLR 1205 一案, *Parker* 大法官认为这责任适用于任何因仲裁而制作、产生、披露及提供的文件、证人的证据以及仲裁裁决书,而这些从仲裁中获得的文件及证据等,只能用于该仲裁本身。在 *Hassneh Insurance Co. of Israel and others v. Steuart J. Mew* (1993) 2 Lloyd's Rep 243 一案, *Colman* 大法官认为每一仲裁条款都有一默示条款说明开庭应私下进行,这私人性质理应伸延至为了开庭而准备的文件;至于在仲裁中产生的文件,当事双方应有默示责任保持这些文件的机密性,不会应用于与该仲裁无关的地方。这默示责任与到法院诉讼的情况类同,在英国民事诉讼规则(Civil Procedure Rules)的 Part 31.22 对在法院诉讼而披露的文件的使用有如此规定:

“31.22 (1) A party to whom a document has been disclosed may use the document only for the purpose of the proceedings in which it is disclosed...”

因此,当事方可向其证人或专家披露仲裁的材料/资料,以便这些证人提供证据或让专家有充足的资料去理解争议并提供意见,但不可应用这些仲裁的材料/资料于与该仲裁无关的其他用途上。

^③ 杨良宜、杨大明著:《禁令》,中国政法大学出版社2000年版,第169—173页。

要注意的是,这些仲裁的材料/资料及仲裁裁决书需要受到保密的原因不是因为它们本身的内容属于机密,它们可以是无关痛痒,即使向外披露也未必会对当事方造成伤害。事实上,很多涉及租船合约的海事仲裁,争议本身可能只是关于标准合约内的条款解释,当中不涉及什么重要资料需要保密,即使第三者得悉仲裁内容,亦不见得会对仲裁当事方带来影响,因此,仲裁当事方未必会反对他们的仲裁裁决书以某些形式在一些相关的刊物中发布(如 Lloyds Maritime Law Newsletter)。这些材料/资料以至仲裁裁决书需要保密,是由于仲裁的机密性质,使它们不能使用于与该仲裁无关的其他用途上。有关机密不单纯指文件本身,文件的内容也属机密,例如仲裁的一方在仲裁中提供的专家意见,另一方除了不可把对方这专家意见的证言披露予无关的第三者外,亦不应把这证言的内容以另一形式对外泄露或使用于其他地方上。

(责任编辑 罗洁琪)

探索与争鸣

我国仲裁证据制度的若干法律问题探讨

颜湘蓉*

内容提要 在仲裁制度中,证据规则对于当事人的实体权利影响非常大,对于仲裁效率与公正的实现亦十分重要。我国《仲裁法》对仲裁程序中的证据收集与保全作出了规定,但与国际通行规则相比显得明显不足。本文在考察有关国家和联合国相关方面规定的基础上,认为要更好地促进我国仲裁事业的发展,必须进一步完善我国的仲裁证据规则,现有的不足必须通过司法的支持最终通过立法的完善以及司法的进一步支持获得解决。

关键词 仲裁 证据制度 法律问题

我国于1995年9月1日起实施的《仲裁法》对规范和统一国内仲裁制度,促进我国国内仲裁制度与国际上通行的仲裁制度接轨起到了积极作用,堪称中国仲裁发展史上的一个重要里程碑。^①《仲裁法》实施近9年来,我国的仲裁事业已取得了可喜的进展,但是我国现行仲裁制度仍然存在一些不足与问题,如何在我国加入WTO后让我国的仲裁制度与国际通行的仲裁制度接轨,如何进一步完善《仲裁法》和仲裁制度,乃是当前探讨较多的一个话题。而笔者认为,在仲裁制度中,证据规则对于当事人的实体权利和利益影响非常大,对于仲裁的效率与公正亦是十分重要的。故撰此文就当前我国仲裁证据制度的若干法律问题作一探讨,权是抛砖引玉。

一、仲裁庭“自行收集”证据的问题

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。”《民事诉讼法》第64条第2款规定:“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。”第65条第2款规定:“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。”

从上述条文的对比中可看出:仲裁庭要求当事人或案外个人和单位提供证据,而有关单位和个人拒不提供,仲裁庭是无能为力的。在实践中,仲裁庭“自行收集”证据往往陷入十分尴尬的境地。这就凸显出《仲裁法》在授予仲裁庭“自行收集证据”权力上的立法缺陷。由于仲裁庭的仲裁权基于当事人自愿达成的仲裁协议,不具有国家强制力量,因此,如果没有司法上的支持和协助,这种“自行收集证据”的权力就注定是软弱的,这也使得《仲裁法》第43条第2款的规定成了一种宣示性的条款。

* 武汉大学法学院博士生、高级律师。

① 王汉斌:“在纪念中国国际经济贸易仲裁委员会成立四十周年座谈会上的讲话”,载《中国涉外仲裁年刊》(1995—1997),第1页。

在国际仲裁制度中,为了保证仲裁庭作出公正的裁决,许多国家都明确规定仲裁庭在取证方面可以得到法院的司法支持。

1. 加拿大《商事仲裁法案》第 25 条“法院在取证上的协助”规定:“仲裁庭或者仲裁庭许可的一方当事人可以请求加拿大的主管法院协助取证,法院可以根据它的职权并按照其取证规则满足此请求。”^②

2. 《国际商事仲裁示范法》第 27 条“在获取证据方面的法院协助”规定:“仲裁庭或当事人一方在仲裁庭同意之下,可以请求本国主管法院协助获取证据,法院可以在其权限范围内并按照其获取的证据的规则的规定执行上述请求。”

3. 根据《德国民事诉讼法第十篇(1998 年仲裁法)》,仲裁程序优先适用当事人协议和该法规定,其次是仲裁庭的规定。仲裁庭有权决定证据的可接受性,调查取证和自由地对所取得的证据作出评估(第 1042 条第 4 款)。当事人可以获得对方向仲裁庭提供的所有陈述、文件或任何其他信息以及仲裁庭作出其决定所依据的任何专家报告或证据性文件(第 1047 条第 3 款)。德国法院可以协助仲裁庭获取证据,前提是仲裁庭提出请求或当事人经仲裁庭同意向法院提出请求,而管辖法院则为调查取证实施地的地方法院(第 1050 条、第 1062 条第 4 款)。^③

4. 根据瑞士联邦法律规定,当事人有权自由选择适用于他们的仲裁的证据收集规则。当事人如无协议,则仲裁员享有广泛权力决定程序性事项。另外,瑞士法院应仲裁庭请求,可以协助国际仲裁庭,强制出示证据,强令证人出庭作证。

5. 瑞典《斯德哥尔摩商会仲裁院规则》对证据未作规定,但明确说明“瑞典有关仲裁的法律应同本规则一并适用”(见该规则第 5 条)。《瑞典仲裁法》规定双方当事人和仲裁员有强制提供证据的权力,且当事人可以约定限制仲裁员收集证据的权力。另外,经仲裁员批准,当事人可以主动向法院提出协助取得证据的申请(见该法第 15 条)。

6. 根据《美国联邦仲裁法》第 7 条,仲裁员有权传唤任何人出席作证并且“可以命令提出被认为是案件实质证据的簿册、记录、证件或文件。”^④

综观我国各仲裁机构的仲裁规则,由于受《仲裁法》第 43 条第 2 款规定的影响,关于仲裁庭“自行收集证据”方面作了与该法条表述基本一致的规定,2004 年 3 月 1 日起实行的《北京仲裁委员会仲裁规则》单列了一条即第 30 条“仲裁庭自行收集证据”,内容为:“(一)当事人申请且仲裁庭认为必要时,可以自行调查事实、收集证据。仲裁庭调查事实、收集证据时,认为有必要通知双方当事人到场的,应当及时通知。经通知,一方或双方当事人未到场,不影响仲裁庭调查事实和收集证据。(二)当事人可以对仲裁庭收集的证据提出质证意见。”从该第 30 条来看,对于仲裁庭“自行收集证据”在操作细节上作了更详细的规定,有利于提高效率,但基本原则没有也不可能由仲裁机构本身通过《仲裁规则》来予以突破,这是于法无据的。

笔者认为,为了使我国仲裁制度能真正与国际仲裁制度接轨,有必要借鉴其他国家的立法经验,在将来修改《仲裁法》时对现行立法在仲裁庭自行收集证据规定上存在的不足予以完善。

与这一问题相关联的是:仲裁庭能否自行申请“证据保全”及对“证据保全”拥有决定权? 关

② “仲裁资料”栏目,中国仲裁网。

③ 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。

④ 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。

于该问题,笔者将在下文论述。

二、仲裁中的证据保全问题

根据我国《仲裁法》第46条“在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下,当事人可以申请证据保全。当事人申请证据保全的,仲裁委员会应当将当事人的申请提交证据所在地的基层人民法院”和第68条“涉外仲裁的当事人申请证据保全的,涉外仲裁委员会应当将当事人的申请提交证据所在地的中级人民法院”的规定,对于我国确立了仲裁证据保全的法律制度这一点应是无争议的,但在以下几个方面则存在值得探讨的问题:

(一)关于在当事人申请仲裁前能否先行申请证据保全的问题

从前述《仲裁法》第46条和第68条的内容来看,现行仲裁证据保全法律规定显然只规定了在当事人申请仲裁后,由受案的仲裁委员会再将其关于证据保全的申请转交证据所在地的有管辖权的法院,而对仲裁前的仲裁证据保全问题未作规定。

1999年12月25日第九届全国人大常委会第13次会议通过的《中华人民共和国海事诉讼特别程序法》第五章有关海事证据保全的条文规定,海事请求权人因情况紧急,不立即申请证据保全将会使有关海事请求的证据灭失或者以后难以取得的,可以在起诉前或提交仲裁前向海事法院申请证据保全。第64条还规定:“海事证据保全不受当事人之间关于该海事请求的诉讼管辖协议或者仲裁协议的约束。”据此,笔者认为,虽然海事仲裁有其特殊性,但是其他仲裁亦应允许当事人在提交仲裁前先行向有管辖权的法院申请证据保全。因为无论是诉讼还是仲裁,证据均是构成据以裁决的事实基础之灵魂,如果延误了证据保全的最佳时期,导致证据灭失,势必影响到裁决的公正与客观。

当然,为了防止申请人滥用证据保全的权利造成保全不当而给被保全人造成损失,笔者赞同无论在仲裁前或提交仲裁后申请证据保全都可以要求申请人提供财产担保。我国新修订的《著作权法》第50条就规定:“为制止侵权行为,在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下,著作权人或者与著作权有关的权利人可以在起诉前向人民法院申请保全证据……人民法院可以责令申请人提供担保,申请人不提供担保的,驳回申请……”《商标法》、《专利法》等亦有类似规定。故笔者认为,在将来修改《仲裁法》时可借鉴已有的立法先例,在仲裁证据保全方面作出相应更完善的规定,既明确在仲裁前或仲裁中均可申请证据保全,又规定可以责令申请人提供财产担保。

(二)仲裁庭对“证据保全”的请求与决定权问题

1. 请求问题

《民事诉讼法》第74条规定:“在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下,诉讼参加人可以向人民法院申请保全证据,人民法院也可以主动采取保全措施。”与之相比,《仲裁法》只规定了仲裁庭可以自行收集其“认为有必要收集的证据”,但没有对仲裁庭能否进行和如何进行证据保全作出规定。

笔者认为,《仲裁法》既然规定了仲裁庭可以自行收集“认为有必要收集的证据”,那么,对于这些必要的证据如果存在可能灭失或以后难以取得的情况,如果不采取证据保全措施坐失取得证据的良机,势必会导致必要证据的缺失,影响案件的审理,因此,应当允许仲裁庭进行证据保全;而且,当仲裁庭所认为的“必要的证据”对双方当事人都不利时,当事人谁也不会愿意申请对证据保全,现行《仲裁法》所规定的证据保全又只能由当事人向仲裁机构申请并由仲裁机构转交

人民法院方可采取,因此,若出现这种情况,仲裁庭也只能扼腕叹息,这也使得实践中仲裁庭往往要面对无法取得证据的尴尬境地。与前文谈及的自行收集证据中遇到阻拦和拒绝的情形一样,因为无法保全必要的证据,它加剧了“自行收集证据”的宣示性与软弱性。如果听任这种情形发展,会影响到我国仲裁事业的发展,因此,必须予以完善。

综观其他国家立法,均普遍授予仲裁机构可主动提请法院进行证据收集和保全的权力,如前文所提到的加拿大、德国等。另如《韩国仲裁法》第9条规定:“当仲裁员不能进行他认为对仲裁裁决必不可少的某项行为时,法院应在仲裁员或当事人请求下进行此项行为。在这种情况下准用民事诉讼法的有关规定。”《瑞士联邦仲裁协约》第27条规定:“采用证据,由仲裁法院自己为之;某种证据调查必须由国家权力机关为之者,仲裁法院可以申请第三条规定的司法官厅协助为之。”^⑤ 故而笔者认为,我国亦应在《仲裁法》中明确规定仲裁庭可以自行请求进行证据保全。

2. 决定问题

仲裁庭对包括证据保全在内的临时保全措施能否拥有决定权? 综观世界各有关国家的立法,大致有两种情况:

一种情况是法律直接规定仲裁庭有对临时保全措施的决定权。有的学者将这类国家的立法模式称为“积极模式”。^⑥ 例如,德国1998年1月1日生效的《仲裁程序修订法》采纳了联合国国际贸易法委员会于1985年颁布的《国际商事仲裁示范法》,对《民事诉讼法》第十编中关于仲裁程序的规定进行了修订,其第1041条不仅与《示范法》第17条保持一致,承认仲裁庭有权宣布临时措施,在第2款和第3款中还规定当事人有权向法院申请强制执行仲裁庭宣布的临时措施,依第1062条第1款第3项应由州高等法院执行仲裁庭的临时措施。^⑦ 在哥伦比亚,法律规定仲裁庭在签发临时保全措施的问题上享有广泛的权利,必要时甚至无需法院的帮助即可自己予以执行。^⑧ 荷兰《民事诉讼法》(简易仲裁程序)第1051条规定,如果双方当事人同意,仲裁庭有权签发临时保全措施的命令。^⑨

其中,最为有代表性的应当是瑞士1987年国际私法第183条的规定:(1)除非当事各方另有约定,仲裁庭可以根据一方当事人的请求,作出临时性保全措施的决定;(2)如果被执行裁定的一方当事人未能自愿地遵守,仲裁庭可以请求法院协助。法院适用当地的法律提供此项协助;(3)仲裁庭或法院在作出上述裁定时,可以令当事人提供适当的担保。瑞士法的上述规定,顾及国际商事交易中不同国家的法律规定。一方面,仲裁庭可根据一方当事人的请求作出此项裁定;另一方面,在需要法院协助时,法院适用当时法律提供协助。对于这些临时性措施所作的裁定,不得上诉。另外,仲裁庭在发布此项裁定时,不得采用中间裁决的方式。^⑩

另一种情况是法律明文规定对临时保全措施的决定权在法院而不在仲裁庭。有的学者将这

^⑤ “仲裁资料”栏目,中国仲裁网。

^⑥ 刘永明、王显荣:“‘经济全球化’下国际商事仲裁领域临时保全措施的发展趋势——兼论我国国际商事仲裁领域临时保全措施的完善”,载《河北法学》2003年第2期。

^⑦ 孙俊:“德国仲裁立法改革”,中国仲裁网。

^⑧ 刘永明、王显荣:“‘经济全球化’下国际商事仲裁领域临时保全措施的发展趋势——兼论我国国际商事仲裁领域临时保全措施的完善”,载《河北法学》2003年第2期。

^⑨ 刘永明、王显荣:“‘经济全球化’下国际商事仲裁领域临时保全措施的发展趋势——兼论我国国际商事仲裁领域临时保全措施的完善”,载《河北法学》2003年第2期。

^⑩ 赵秀文:“论国际商事仲裁中临时性保全措施的发布与实施(下)”,载《河南省政法管理干部学院学报》2002年第4期。

类国家的立法模式称为“消极模式”。^①这方面具有代表性的当属意大利《诉讼法典》第 818 条的规定:“仲裁庭不得发布关于扣押财产或其他临时性措施的决定。”此外,爱尔兰仲裁法也有类似的规定。^②

从国际商事仲裁理论和实践的发展趋势来看,多数国家的立法都允许仲裁庭对临时保全措施拥有决定权,可签发临时保全措施的命令或裁定。笔者认为,这是符合仲裁自身的逻辑的。既然法律都许可当事人将特定争议提交仲裁解决,将实体权利与义务的裁断权交由仲裁庭,那为什么就不能将与裁断实体权利与义务相关的程序性权利亦赋予仲裁庭呢?当然,亦由于仲裁的非国家强制性,笔者赞同仲裁庭可享有临时保全措施的决定权,但实施权应在法院。

3. 我国有关的立法与实践

在 1982 年《民事诉讼法(试行)》颁布之前,按照《中国对外贸易仲裁委员会的仲裁程序暂行规则》(1956 年)第 15 条的规定,仲裁委员会可依一方当事人申请,对同当事人有关的物资、产权等可以规定临时办法,以保全当事人的权利。可见,在该《仲裁程序暂行规则》的情况下,仲裁机构有就仲裁协议项下的事项作出采取临时性的保全措施的决定权。然而,我国 1982 年《民事诉讼法(试行)》第 194 条改变了这种做法。按照该条的规定,“中华人民共和国涉外仲裁机构根据当事人的申请,认为需要采取保全措施的,应当提请被申请人财产所在地或者仲裁机构所在地的中级人民法院裁定。”此后,1991 年 4 月 9 日公布实施的《民事诉讼法》第 258 条和《仲裁法》第 46 条、第 68 条的规定,都明确包括证据保全与财产保全在内的临时性保全措施的决定权在法院而不在仲裁机构。

这样一来,无论当事人提出证据保全申请抑或财产保全申请,仲裁机构均像“沉默的转递机构”或“收发中转站”一样,只能先收取当事人的申请然后再转交给有管辖权的法院。申请人要往返仲裁机构与法院之间,颇为费时费力。由于证据保全往往时间紧迫,是否及时是关系到实际效果的重要因素,这种转递式或中转收发式的环节,极易延误证据保全的最佳时期和宝贵的时间,没有多大实际意义。在笔者所经办的几例涉及证据保全申请仲裁案件中的体会来看,从提出申请到法院最终决定实施所费时间是很长的,其间一方面需不断查询仲裁机构是否已转寄出申请、有关法院是否已收到转寄的申请等,另一方面对随着时间的流逝证据是否尚在充满了担忧。个中滋味,真是难以言说。

结合他国立法及国际商事仲裁理论与实践的发展趋势,笔者认为,我国有必要在修改《民事诉讼法》与《仲裁法》时,规定仲裁机构对涉及争议事项的证据保全等临时性保全措施有决定权。在具体立法条文上,笔者赞同参照前述瑞士 1987 年国际私法第 183 条的规定。

在现阶段,为了克服现有立法在实践中的弊端,笔者赞同可由最高人民法院通过司法解释的形式,规定仲裁与司法在仲裁证据保全方面的分工。在当事人向仲裁机构提出证据保全申请后,明确仲裁机构有协助的权利与职责,可先对有关申请进行初步审查,在转交给有管辖权的法院时附上意见说明书,表明证据保全申请人所申请保全的证据“是否可以接受及其适当性、重要性和效力。”^③相关法院以意见说明书为基础,对保全申请进行实质审查,在规定时间内作出裁定并实

① 刘永明、王显荣:“‘经济全球化’下国际商事仲裁领域临时保全措施的发展趋势——兼论我国国际商事仲裁领域临时保全措施的完善”,载《河北法学》2003 年 3 月,第 21 卷第 2 期。

② 赵秀文:“论国际商事仲裁中临时性保全措施的发布与实施(下)”,载《河南省政法管理干部学院学报》2002 年第 4 期。

③ 杜开林:“对一起仲裁证据保全案的评析”,载《法律适用》2003 年第 5 期。