



### 理论研究

- 案例分析
- 论文精选
- 贸仲出版物

当前位置: 首页 >> 理论研究 >> 论文精选

### 论文精选

## 国际商事仲裁：在普通法系传统与大陆法系传统之间的抉择

Javier H. Rubinstein\*徐萌\*\* (译)

正如国际商事仲裁这一名称所蕴涵的那样，它涉及到不同国家当事人之间争端的解决，且许多案件中的当事人甚至来自有着巨大文化差异的国家。也正如人们所预料的，国际仲裁当事人的律师和仲裁庭成员通常同样来自不同的国家。同时这种案件必然将普通法系与大陆法系这两大不同法律传统中所培养的律师联系在一起。

国际仲裁作为一种争端解决方式已存在了上百年。但它是在1958年有关国际仲裁裁决的承认与执行的纽约公约通过后才有了显著的发展。在过去的二十年里，国际仲裁更为大陆法系国家所熟知，直到1970年美国对纽约公约批准认可后才被美国广泛接受。随着英美的当事人和律师越来越多的参与到国际仲裁制度之中，这一制度已演变成大陆法系与普通法系传统要素的结合体。

正如下文所要进行的阐释，如今通常适用于国际仲裁的规则和程序反映了普通法系与大陆法系规范的融合，这一制度似乎也更多地朝着普通法系的方向演变，倾向于照顾对抗式诉讼所培养的律师。本文旨在将这种趋向中反映两大法系传统的特定交点的一些实例突现出来。

### 一、证据披露程序

随着当事人能够相互满足提供文件和其他与诉讼有关信息的要求，并在庭审前获得证人的庭外口头证词，很难尽述美国之外的当事人和律师对这种美国式的披露程序所产生的恐惧。在大陆法系国家，这种证据披露很少会得到准许，并且许多国家将其视为对私人商业信息的隐私和秘密的冒犯。而在美国从事商务的外国人通常坚持事先在合同中签订仲裁条款，以避免披露程序以及美国的其他诉讼风险。

证据披露问题经常在国际仲裁程序中被争论，这并不足为奇。而在十年前，国际仲裁中的这种披露程序（或者如国际仲裁中所称的“告知”）甚至还不常见。而今天，尽管有仲裁庭的严格控制和谨慎处理，但是有限的披露通常是可以实现的。在诸如国际商会国际仲裁院、伦敦国际仲裁院以及美国仲裁协会等国际仲裁机构的规则之下，仲裁法庭被赋予了广泛的权力，以决定是否允许以及在何种程序上允许披露。例如，国际商会规则赋予仲裁庭权力，以便“通过各种适当的方法确定案件事实”并“可以传票传唤任何一方当事人提供补充的证据”。同样，伦敦国际仲裁院和美国仲裁协会规则也明确赋予仲裁庭指令庭审前出示文件的权力。

尽管披露程序在某种程度上得到了准许，但是与在美国可以达到的范围相比，其披露的范围通常受了很大的限制，并且与英联邦国家的披露程序更为相似。在英国，当事人只能请求披露能够被明确认定的文件以及请求方已经有理由相信其存在的文件，以避免那种通常与美国式的披露程序有关的“审前调查”（fishing expeditions）。英国的这一披露模式被国际律师协会1999年国际仲裁取证规则作为国际仲裁披露程序规则的范式所引用，该规则明确规定，任何出示文件的请求都要包括如下内容：

(a) (i) 对请求的文件详细说明使之足以被认定，或者 (ii) 对所请求的有限的并且特定的文件类别有充分详细的描述（包括主要内容），使有理由相信其存在；

(b) 对请求的文件与案件结果的相关性和实质上的联系加以描述；

(c) 声明请求的文件并不在请求方的占有、保管和控制之下，以及请求方认定被请求文件处于对方当事人的占有、保管和控制之下的理由。

此外需关注的重要的一点是，国际律师协会规则并未规定（除上述内容之外的）其他任何形式的披露程序，如开庭前证人的口头证言、质询书的使用或者请求供认等，这些都是美国联邦民事诉讼制度中披露程序的主要内容。而在国际仲裁程序中，如果没有当事人的同意这些形式的披露程序很少会得到许可。

国际仲裁的披露程序在普通法传统与大陆法传统之间进行了谨慎的平衡——至少在我看来，这种平衡对于普通法系和大陆法系所培养的律师来讲，在某种程度上是难以接受的。正如下文所要论述的那样，当被要求提供保密的商业文件时，非美国的当事人会非常惊异，特别是当其所在国司法程序从未要求过此种披露的时候。另一方面，美国的当事人也抱怨上述披露的要求虽有可能实现，却存在着困难。他们抱怨说，如果只能要求（披露）自己已经知道存在的文件，那么披露程序的好处究竟何在？如何描述那些你从未见过的文件？但是，尽管有这种抱怨，披露程序在今天仍然被广泛接受并相当成功。

然而，依然有这样的存在问题，即在国际仲裁程序中，美国律师常常一开始就被（对方）以怀疑的方式对待，来自其他国家的律师会假定美国律师意欲进行广泛的审前调查，而实际情况往往恰好相反。笔者发现许多仲裁并不需要披露，并且仅披露有限的文件就已经足够了。笔者还发现来自大陆法系国家的律师和当事人，由于认识到披露在整合（put together）案件方面所具有的战术利益，当被给予请求披露的机会时，往往会急于扩大披露的范围。不管怎样，国际仲裁制度已经开始认识到，有限的披露程序在为当事人的控告提供有利机会以及帮助仲裁庭估量当事人态度等方面发挥了有益的作用。

尽管披露制度目前在国际仲裁中十分普遍，但是对于那些国内法并不允许此种披露的大陆法系国家的当事人来说则是一种新事物，披露制度显然给他们带来了风险。美国企业通常熟知诉讼程序中的披露概念，因此在日常商业事务中谨慎，比如，对所写的内容十分谨慎，甚至纯粹的内部通信（也是如此）。但是，对于那些从未被要求向诉讼对手提供文件的当事人而言，这种小心谨慎是与之格格不入的。从而就不可避免的导致了书信文件可能带来的风险。因此，签订国际仲裁协议的当事人开始对美国当事人早已习惯的问题产生某种警惕，小心谨慎地减少书面文件，特别是涉及到电子邮件——当今国际仲裁程序愈加频繁的披露目标时，这点在美国的诉讼程序中早已存在多年。

## 二、特权和审理准备程序

普通法系传统和大陆法系传统的交叉也使得有关律师与当事人之间通信特权的不同概念成为关注的焦点。在国际仲裁领域没有既定的规则来规范律师和当事人之间特权的性质或范围。而许多仲裁机构的规则虽然授权仲裁庭指令提供所有“无特权”的文件，但是这些规则并未首先明确哪些文件是享有特权的。这种（法律）空白并不奇怪，因为律师与当事人之间的特权概念在世界各地差异显著。例如，在美国，特权的意思即，不对律师和当事人之间的通信予以披露或不将其作为证据提交，从而促进双方之间坦诚交流，而企业专职律师与客户单位雇员之间的通信也包括在内。该特权还尊重当事人独有的放弃特权的权利。但是在大陆法系国家，律师与当事人之间的特权是作为用以保护“职业秘密”的一项刑事法律和道德准则而存在的。[7]保护这种秘密的责任对律师来说既是权利也是义务，并且与公共秩序息息相关。因此，当事人无权放弃与职业秘密有关的秘密内容。决定职业秘密由什么构成以及哪些秘密可以公布是律师专有的权利。与普通法系的规定不同，大陆法系通常不认为企业专职律师与客户单位雇员之间的通信享有特权。

律师与当事人之间的哪些通信能够在国际仲裁中免于披露，这一点很不明确。由于缺乏既定的法律适用规范来明确以何种法律去规定特权存在的范围以及特权可以被放弃的限度，这种不明确的程度更加严重了。它对审判准备程序和出示证据程序——该程序本身也突出了普通法系与大陆法系传统之间的另一明显区分——有着重要的影响。

普通法系的司法权通常准许律师为了在披露程序和审判程序中提供证言而会见并“准备”他们的证人，从而对证人的证言以及盘问中可能产生的问题进行讨论。但是在大陆法系国家，这种证人的准备程序通常被禁止，并被视为是对证人的妨碍。而国际仲裁程序中，通常允许律师就证言的内容与证人交谈，不论是准备证人在审前的书面证言还是在仲裁审理中的口头证言。不管怎样，律师与当事人之间的此类通信能否成为披露对象的问题受到明显的关注。令人疑惑的是，许多仲裁庭愿意准许这种质问，由于缺乏任何既成体制来规范律师—当事人特权的性质和范围，在此类通信可能被公开的情况下，从业者

应被给予中止措施。

### 三、证据出示

普通法系与大陆法系争端解决方式的最根本区别也许就在于向法官出示证据的方式。按照普通法系的传统，证言原则上是以证人的当庭口头证词而非书面形式出示的，但在特定的审前情况下，可以允许证人的书面陈述。只是这种陈述通常不能在审判程序中代替口头证言，因为它们被视为不能接受的传闻证据。讯问证人也由当事人的律师进行，双方当事人均有权让自己的律师在法官面前直接盘问证人。

相比之下，按照大陆法系的传统，证据和证言原则上以书面形式出示，而当庭提供证言时，对证人的讯问不是由律师而是由法庭进行的。法庭保留独有的权利，以决定将向证人讯问哪些问题。简言之，大陆法系不允许律师对证人进行对抗性的盘问。

目前国际仲裁程序的惯常做法再次试图寻求大陆法系传统与普通法系传统之间的平衡，尽管这种平衡所倾向的做法明显有利于普通法系模式。在一审中，证人的证言通常以书面证人陈述的形式提交，虽然此种陈述的内容主要取决于特定的仲裁庭对不同案件做出的要求。有些情况下，如果审理中的口头讯问开始于由对方律师所引导的盘问，仲裁庭会要求以证人的书面陈述来完全替代审理中证人的直接证言；另一些情况下，如果证人能够凭借律师在审理中的直接讯问而补充其证言，那么仲裁庭只会要求提交含有证言概要的书面证人陈述。无论如何，书面证据在国际仲裁中的大量使用反映了大陆法系传统的显著影响。

但是，国际仲裁也充分建立了这样一种程序，即一方当事人所提供的任何证人都必须出庭作证，以使对方当事人有机会对其进行盘问，国际律师协会规则对这一程序也做出了规定，内容如下：

通常原告应首先出示其证人证言，此后被告出示其证人证言，原告若有反驳证人，则继续出示。直接证言之后，任何一方当事人均可依照仲裁庭规定的程序向证人提问。最初提供证人的一方随后应机会就对方当事人提问中所产生的事项进行补充提问……仲裁庭则可以随时向证人提问。

证人证言的当庭提供，特别是明显来自于普通法系的向对方证人对抗式盘问的观念，通常也是引起大陆法系律师担心的根本原因。这种担心是可以理解的，因为他们的国内法庭极少允许这种盘问。有效的盘问要求全面的培训与实践——这对于大陆法系的律师来讲，在其传统法律培训和日常民事诉讼实践中，似乎都没有经历过。因此，来自英美的普通法系律师通常具有竞争性的优势，因为他们早已熟悉了本国法庭的对抗性盘问。

然而，国际仲裁中的盘问甚至也对普通法系培养的律师提出了独特的挑战。普通法系律师在本国诉讼程序中已经习惯于依赖开庭前的口头证词来理解证人将要在开庭审理时提供的证言。有了这些证言，律师就有信心把握证人在开庭审理中对特定问题所做的回答。如果证人证供与开庭审理前的证言不一致，那么该证人将会因此受到指控。然而如前所述，国际仲裁极少准许（非公开出庭的）口头作证（oral depositions）。此外，人们在证人书面陈述中能够查看到的内容的详细程度也发生了重大变化，有时仅仅是对证人将要在开庭审理中所要陈述的事项的概括描述。由于披露的文件通常十分有限，因此也可能没有出示足够的文件来控制盘问。而这些文件又是美国律师通常赖以进行盘问并掌握盘问程序所必不可少的工具。很显然，无论怎样，这都要求律师以技术和谨慎来进行这种通常在国际仲裁中出现的“盲目”的盘问，因为律师常常没有把握知晓证人在盘问过程中将如何作答。

有时会产生这样的争论，即是否应当给予律师口头向仲裁庭提交论点的机会？是在仲裁审理开始时以开庭陈述的方式，还是在证据出示后通过结案陈词的方式？这两种方式均是普通法系的产物，而大陆法系对之则相对陌生。正如前文所述，普通法系传统主要依赖于口头向审理人提供证据和论点。而这种传统又一次占了上风，因为这种口头论点的使用在国际仲裁中十分普遍。

### 四、新的探索

国际仲裁所面临的挑战，以及在普通法系传统和大陆法系传统重要抉择时刻的争论，最终取决于其所提供给律师的机会，以使他们在每一案件中都能适应那些最适合于特定程序并能服务于当事人权益的诉讼规则。相比不可更改且易于理解的国内诉讼规则而言，国际仲裁程序则完全取决于当事人代理律师和仲裁庭成员的选择。因此，任何两个仲裁永远不会也不应当以完全相同的方式进行，因为只有那些建立在争议的特定事实和环境基础之上，且适当反映当事人需求的规则和程序才是最好的。

那些通常适用于国际仲裁的制度，无论是指导特别仲裁的联合国国际贸易委员会的仲裁规则，还是诸如国际商会、伦敦国际仲裁院、美国仲裁协会等机构的仲裁规则，都一致促进了国际仲裁的灵活性。

首先，赋予当事人通过仲裁协议条款控制仲裁进程的最终权力，而正是仲裁协议引发了仲裁程序；其次，赋予仲裁庭以极大的自由（在仲裁协议范围内），从而决定如何进行仲裁，这种做法也符合公平的要求。

这些机遇要求律师广泛接受其他法系诉讼模式所带来的有利因素，而不论他们是在哪里所受的培养。以笔者为例，作为一名美国律师，应能够接受大陆法系诉讼程序的有益之处，包括更多依赖书面提供的证据，以及更有限地使用证据披露。尽管不太可能，但也许有一天国际仲裁也会像国内民事诉讼那样，出现一套统一程序规则。然而与此同时，国际仲裁领域仍将在普通法系系统与大陆法系系统之间的重要抉择时刻不断展开新的探索。

\*作者小传：Javier H. Rubinstein是Mayer, Brown, Rowe & Maw LLP.的国际仲裁机构的合伙人和执业领导人，并且是芝加哥大学法学院讲授国际商事仲裁与诉讼的法律讲师。

原文发表于《芝加哥国际法杂志》2004年夏季刊(Chicago Journal of International Law, Summer, 2004, 5 Chi. J. Int'l L. 303.)

\*\*西南政法大学研究生部国际私法专业2004级研究生

(1958), 21 UST 2517 (1970).

国际商会国际仲裁规则第20条，第1段，

<http://www.iccwbo.org/court/english/arbitration/rule.asp>. (2004年3月28日访问)

参见伦敦国际仲裁法庭仲裁规则第22条1(e)，

<http://www.jus.uio.no/lm/lcia.arbitration.rule.1998>. (2004年3月30日访问) (授权仲裁庭“以调查为目的，指令任何一方当事人向仲裁庭和对方当事人提交文件，并提供仲裁庭认为相关的并处于当事人占有、保管和控制之下的任何文件或者文件类别的副本”)。并参见美国仲裁协会国际仲裁规则第19条，[http://www.law.berkeley.edu/faculty/ddcaron/Documents/RPID%](http://www.law.berkeley.edu/faculty/ddcaron/Documents/RPID%20Documents/rp04049.html)

20Documents/rp04049.html. (2004年3月28日访问) (授权仲裁庭“指令当事人提交其他文件、物证或其他证据似乎是必要或者合理的”)

国际律师协会国际商事仲裁取证规则第3条(3)，[http://www.ibanet.org/pdf/IBA\\_RULES.pdf](http://www.ibanet.org/pdf/IBA_RULES.pdf). (2004年3月28日访问)

参见Javier H. Rubinstein and Britton B. Guerrina, 《国际仲裁中律师与当事人之间的秘密特权》, 18 J Intl Arb 587 (2001) .

参见Upjohn Co v. United States, 449 U.S. 383 (1981)

同前注5, Rubinstein and Guerrina, 18 J Intl Arb at 591-99.

Id. at 592. 参见FRE 801

国际律师协会国际商事仲裁取证规则第8条(2)。

