

國立台灣大學法律學院法律學研究所

碩士論文

Graduate Institute of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

國際商務仲裁證據法則

與其所涉仲裁判斷之承認及執行

Rules of Evidence in International Commercial

Arbitration and Its Effects on Recognition and

Enforcement of Arbitral Awards

陳緯人

Chen, Wei-Jen

指導教授：羅昌發 博士

沈冠伶 博士

Advisor: Lo, Chang-Fa, S.J.D.

Shen, Kuan-Ling, Dr. iur.

中華民國 98 年 7 月

July, 2009

謝辭

感謝羅昌發老師與沈冠伶老師，從大學到研究所一路對我的指導與協助，若非受到兩位老師深厚學養的啟發，並時時指引我研究的方向，這篇論文將不可能產生。同時也非常謝謝李念祖老師與楊淑文老師在百忙之中抽空參與口試，兩位提出的建議與問題，點出了我思考上的疏漏，也提醒我要更重視實務上確實發生的議題，使我獲益良多，更增加了這篇論文的廣度與深度，而具有實用性的參考價值。此外，也要特別感謝 Dr. Stephan Wilske 仁厚親切地與我討論撰寫論文中所遭遇的問題，並提供許多豐富的資料，這篇論文因此更為完整而具體。

在臺大 WTO 中心的三年中，林彩瑜老師對我的提攜與關懷，成為重要的精神力量，總讓我深深地覺得自己要更加努力，才能對得起老師對我的期許，未來我也將繼續秉持如此的信念，邁向人生的下一個階段。從研一跟隨陳聰富老師進行醫療法的研究計畫，陳老師紮實穩健的治學態度，讓我無比欽佩，無論是修習老師開設的課程或在老師的帶領下至北京交流，在在都對我產生深刻的影響。其他所有曾經關心、指導過我的老師們，雖無法一一列名，感激之情亦難以言喻。

謝謝中華扶輪教育基金會提供獎學金，使我能夠順利完成論文的寫作。

最後要感謝所有好朋友以及家人，鼓勵我認真做完每一件事，若非有你們的支持，這篇論文絕對不可能完成，謝謝你們。

緯人 2009/7/12

簡目

中文摘要	I
Abstract	III
第一章 緒論	1
第一節 研究動機	1
第二節 研究目的	2
第三節 研究方法	3
第四節 研究範圍與架構	5
第二章 國際商務仲裁之證據法則在仲裁程序中之角色及其選定	9
第一節 緒論：證據法則在國際商務仲裁程序中之地位	9
第二節 仲裁程序規則與仲裁程序準據法概念之釐清	14
第三節 當事人自治原則與國際商務仲裁證據法則之協議選定	26
第四節 仲裁庭選定仲裁證據法則之裁量權	31
第五節 小結	32
第三章 國際商務仲裁程序之證據容許性與舉證責任之分配	33
第一節 緒論	33
第二節 證據法之性質—實體事項或程序事項？	33
第三節 大陸法系與英美法系間之交錯互動與其對國際商務仲裁之影響	39
第四節 國際商務仲裁之證據容許性與證據方法	42
第五節 國際商務仲裁之舉證責任分配	46
第六節 小結	70
第四章 國際商務仲裁證據提出命令之適用與個別證據方法所涉之程序議題	72
第一節 緒論	72
第二節 國際商務仲裁證據提出命令之適用	73
第三節 書證	94
第四節 人證	103
第五節 專家鑑定	112
第六節 勘驗	122
第七節 小結	123
第五章 證據法則與仲裁判斷承認與執行之障礙	126
第一節 紐約公約之重要性及其與程序擇定之關聯	126
第二節 紐約公約第五條拒絕仲裁判斷承認與執行之規定	127
第三節 未簽署紐約公約國家關於證據法則之仲裁判斷承認與執行障礙： 以我國仲裁法為例	143
第四節 證據法則與仲裁判斷承認與執行關係之再建構	152
第五節 小結	158

第六章 結論.....	160
參考文獻.....	164
附錄 : ICC 專家鑑定爭點整理範圍書	179



詳目

中文摘要	I
Abstract	III
第一章 緒論	1
第一節 研究動機	1
第二節 研究目的	2
第三節 研究方法	3
第四節 研究範圍與架構	5
第一項 研究範圍	6
第二項 各章節欲處理之具體問題	6
第三項 研究架構	7
第二章 國際商務仲裁之證據法則在仲裁程序中之角色及其選定	9
第一節 緒論：證據法則在國際商務仲裁程序中之地位	9
第一項 證據法則之重要性與程序共通性	9
第二項 證據法則於仲裁程序中之獨特性	12
第一款 英美法系與大陸法系傳統證據概念之本質差異	12
第二款 對於仲裁判斷結果之密切影響	13
第三款 具體詳細法律依據之欠缺	13
第四款 技術與細節性質	14
第五款 時間與成本在整體仲裁程序中所占之重要比例	14
第三項 小結：程序共通性與獨特性之雙重特徵	14
第二節 仲裁程序規則與仲裁程序準據法概念之釐清	14
第一項 仲裁實體關係準據法與仲裁程序準據法之區別	15
第一款 實體法與程序法之糾葛	15
第二款 仲裁程序準據法之獨立性	16
第三款 仲裁程序準據法與實體關係準據法之適用範圍	16
第四款 國際商務仲裁準據法之分類	17
第二項 仲裁程序準據法之決定—所在地理論與去內國化理論	18
第一款 所在地理論	18
第一目 核心概念	18
第二目 理論依據	18
第三目 相關立法例	20
第四目 所在地理論面臨之挑戰與反思	21
第二款 去內國化理論	22
第一目 核心概念	22
第二目 理論依據	22

第三目 所遭遇之障礙與國際現實	23
第三款 小結	24
第三項 仲裁程序規則與仲裁程序準據法之關係	25
第三節 當事人自治原則與國際商務仲裁證據法則之協議選定	26
第一項 當事人自治原則之理論與意涵	26
第二項 當事人選定仲裁證據法則之法律依據與實踐	27
第一款 仲裁機構規則	27
第二款 非機構仲裁：以聯合國貿易法委員會仲裁規則為例	28
第三款 內國仲裁法與聯合國貿易法委員會國際商務仲裁模範法	29
第四款 小結	29
第三項 當事人決定仲裁證據法則時可能考量之因素	30
第四節 仲裁庭選定仲裁證據法則之裁量權	31
第五節 小結	32
第三章 國際商務仲裁程序之證據容許性與舉證責任之分配	33
第一節 緒論	33
第二節 證據法之性質—實體事項或程序事項？	33
第一項 通論	34
第二項 證據容許性之實體/程序爭議問題	35
第三項 舉證責任之實體/程序爭議問題	36
第四項 推定之實體/程序爭議問題	37
第三節 大陸法系與英美法系間之交錯互動與其對國際商務仲裁之影響	39
第四節 國際商務仲裁之證據容許性與證據方法	42
第一項 證據容許性	42
第二項 證據方法	46
第五節 國際商務仲裁之舉證責任分配	46
第一項 舉證責任之核心意涵	46
第二項 英美法系與大陸法系下常用於國際商務仲裁舉證責任之概念	48
第一款 英美法下之舉證責任概念	48
第一目 證據提出責任	48
第二目 說服責任	49
第二款 大陸法下之舉證責任概念	52
第一目 客觀舉證責任	52
第二目 主觀舉證責任	53
第三項 國際商務仲裁下之舉證責任分配原則	54
第一款 國際仲裁下舉證責任之意涵	54
第二款 決定國際商務仲裁舉證責任之依據	55
第三款 舉證責任之分配原則	57

第四項 國際商務仲裁舉證責任之證明度標準與證據評價	60
第一款 國際商務仲裁之證明度標準	60
第二款 國際商務仲裁之證據評價	65
第一目 利害關係人之證詞(interested party testimony)	65
第二目 文書證據之偏好	67
第三目 宣誓書	68
第六節 小結	70
第四章 國際商務仲裁證據提出命令之適用與個別證據方法所涉之程序議題.	72
第一節 緒論	72
第二節 國際商務仲裁證據提出命令之適用	73
第一項 英美法系與大陸法系之傳統理論：法理與價值判斷之探討..	73
第一款 英美法系之事證開示制度	74
第二款 大陸法系之事案解明協力義務與證明妨礙理論	74
第三款 兩大法系基本概念差異之分析：一般與限定之事案解明協 力義務	76
第四款 國際商務仲裁採用事證開示制度與證明妨礙理論之需求及 優缺點	77
第二項 國際商務仲裁適用證據提出命令之法律依據	78
第一款 利用證據提出命令從當事人一方取得相關事證	78
第二款 利用證據提出命令從第三人取得相關事證	80
第三項 納入仲裁協議或仲裁職權範圍書之問題	82
第四項 證據提出命令之內容與範圍	84
第五項 國際仲裁實務對於證據提出命令准否之衡量標準	85
第六項 違反證據提出命令之法律效果	86
第一款 仲裁庭依據其他證據逕為判斷	87
第二款 仲裁地法院之協助	87
第七項 小結：仲裁程序效率與公平性之衡量	91
第三節 書證	94
第一項 文書之真實性證明與提出原本之必要性	94
第二項 國際商務仲裁書證呈現方式之重要性與新興趨勢	95
第一款 書證呈現方式之重要性	95
第二款 書證編排技巧與實務習慣	96
第三款 新興電子文書管理系統之使用趨勢	97
第三項 「文書戰役」現象與審前會議之功能	98
第四項 遲延提出書證採納與否之問題	99
第一款 文書遲延提交之可能情形	99
第二款 國際商務仲裁實務對遲延文書之處理態度及權限	99
第三款 遲延提出文書之採納標準	100

第四節	人證.....	103
第一項	仲裁庭傳喚證人之權限與執行機制.....	103
第一款	傳喚證人之裁量權限與法律依據.....	103
第二款	證人到場命令之執行與監督.....	104
第二項	證人以書面陳述之准許性與相關議題.....	105
第一款	國際仲裁實務對書面陳述之態度與相關法律依據.....	105
第二款	證人書面陳述之形式與宣誓是否必要之議題.....	106
第三項	國際商務仲裁人證呈現之準備方式.....	107
第一款	對證人可信度之攻防.....	107
第二款	預先提出人證資料摘要之必要性.....	108
第三款	當事人與證人事前接觸之限制.....	108
第四款	影音做證之適用可能性.....	109
第四項	仲裁庭採行交互詰問制度所涉之問題.....	109
第一款	交互詰問制度於國際商務仲裁之適用可能性與法律依據...	109
第二款	詰問前進行宣誓與具結程序之必要性探討.....	110
第三款	交互詰問進行之程序與方式.....	111
第五節	專家鑑定.....	112
第一項	鑑定人選任之權限：當事人聘請或仲裁庭指定.....	112
第一款	兩大法系之融合與選任鑑定人之法律依據.....	112
第二款	當事人陳述意見權利之保障.....	114
第三款	當事人自行聘請鑑定人之權限與限制.....	114
第二項	是否尋求鑑定人意見之考量因素.....	115
第三項	具體選任鑑定人與其應具備之資格.....	116
第四項	專家鑑定爭點整理範圍書之重要性與基本要素.....	117
第五項	國際商務仲裁專家鑑定意見之準備與呈現方式.....	118
第一款	鑑定人之證據調查及當事人之協力.....	118
第二款	初步鑑定意見之草擬與提交.....	119
第三款	鑑定人出席聽證會與接受口頭詰問之義務：當事人聽審權之確保.....	120
第四款	最終鑑定報告之做成與仲裁庭之證據衡量義務.....	121
第六節	勘驗.....	122
第一項	仲裁庭之勘驗權限.....	122
第二項	勘驗之程序與當事人到場權.....	122
第七節	小結.....	123
第五章	證據法則與仲裁判斷承認與執行之障礙.....	126
第一節	紐約公約之重要性及其與程序擇定之關聯.....	126
第二節	紐約公約第五條拒絕仲裁判斷承認與執行之規定.....	127

第一項 第五條第一項(b)款正當程序之要求	129
第一款 正當程序之定義與範疇	129
第二款 相關實務見解及其發展	131
第一目 未受適當通知之案例	131
第二目 拒絕攻擊防禦機會之案例	132
第三目 證據容許性之案例	133
第四目 未充分揭露對造文書之案例	133
第五目 逾期提出證據之案例	133
第六目 證據開示命令之核發與反面推論之案例	134
第七目 聽證會及交互詰問之准否案例	135
第八目 以宣誓書替代原書證之案例	137
第九目 逾時提出程序異議之禁反言案例	138
第三款 小結	138
第二項 紐約公約第五條第一項(d)款「折衷的仲裁地法原則」	139
第一款 仲裁地法原則與紐約公約之演變	139
第二款 仲裁庭選擇之證據法則與仲裁地法相異之結果	141
第三節 未簽署紐約公約國家關於證據法則之仲裁判斷承認與執行障礙：以我國仲裁法為例	143
第一項 我國仲裁法第四十九條與第五十條駁回外國仲裁判斷承認聲請事由及其與紐約公約之關係	143
第二項 相關拒絕承認與執行事由所涉問題及我國法院實務之解釋適用	145
第一款 未受適當通知或欠缺正當程序	145
第一目 以當事人約定或仲裁庭決定之程序規則為判斷標準	146
第二目 以仲裁規則明文規定為限	148
第三目 形式審查	149
第四目 排除主動放棄參與仲裁程序權利之情形	150
第五目 小結	150
第二款 仲裁程序違反當事人約定或仲裁地法	151
第四節 證據法則與仲裁判斷承認與執行關係之再建構	152
第一項 正當程序之標準	152
第一款 特定法系程序之選擇自由	152
第二款 應以當事人約定之仲裁程序或程序準據法為判斷標準	152
第三款 商業成本考量與利益衡量法則之適用	153
第二項 仲裁地法與仲裁庭所擇程序之位階：限縮仲裁地法之適用	155
第一款 修訂條文之用語	155
第二款 對現有條文採取限縮解釋之途徑	156

第五節	小結	158
第六章	結論	160
參考文獻		164
附錄	: ICC 專家鑑定爭點整理範圍書	179



中文摘要

隨著國際貿易與金融市場的蓬勃發展，單純倚靠傳統民事訴訟已不足以應付跨國商務爭端的需求，因此，較迅速且具有彈性的國際商務仲裁機制逐漸受到重視，甚至成為國際商務契約的重要條款之一。相較於訴訟程序而言，國際商務仲裁以高度尊重當事人自治並允許較具彈性的程序為其特色，然而，也正由於仲裁並無一套必須強制進行之程序規範，當事人或仲裁庭如何在個案中依情況擇定適當之程序規則，即成為重要而複雜之課題。仲裁程序中，又以證據蒐集與調查程序最為耗費時間與成本，且與最終判斷結果休戚相關，因此，如何在個案中擇定並適用妥當之證據法則，實屬不可忽視之問題。

在實務上，許多因素皆可能影響前階段仲裁程序證據法規之擇定，包括仲裁各項準據法、貿易特性、締約與交易地點、當事人與仲裁人之法系背景，以及其他各種個案事實因素。然而，擇定不適當之證據法則更可能導致後階段仲裁判斷承認與執行產生障礙，影響仲裁制度之效率，進一步減低當事人使用仲裁之意願。

本文鑑於國際商務仲裁制度就跨國貿易紛爭之解決有相當之重要性，而證據法則在仲裁程序中又居於舉足輕重之角色，故藉由蒐集國際商務仲裁與證據法則相關之各國仲裁法、仲裁規則、實務案例與學說見解，針對目前國際商務仲裁證據程序之現況加以釐清，進一步探討是否有慣例或共識形成之可能，以某程度提供當事人預測之空間。此外，亦從商業成本分析之觀點，檢討目前對於各證據議題之見解妥當性，並對紐約公約第五條第一項第(b)與(d)款有關正當程序與折衷之仲裁地法原則等加以分析，進而提出解釋與修正之建議，試圖建立擇定適當仲裁程序規則法之基本架構與其應注意之要素，以避免仲裁判斷無法承認或執行之不利情事。最後，以國際商務仲裁架構為基礎，回顧檢討我國仲裁法制與實務判

決，做為未來解釋與發展之借鏡。

關鍵字：國際商務仲裁、證據法則、當事人自治、仲裁判斷之承認與執行、紐約
公約、正當程序、折衷之仲裁地法原則。



Abstract

As international business and financial market vigorously thrives, traditional civil litigation is not considered enough to meet the needs of transnational commercial disputes. International commercial arbitration hence becomes important with its special character of efficiency and flexibility. The arbitration agreement is also considered to be one of the most significant clauses in transnational contract. Comparing to civil litigation, international commercial arbitration is known as one system that allows more flexible procedure and highly respects the principle of party autonomy. However, it is just because arbitration does not impose a mandatory set of procedural rules that how to determine and conduct in the manner as parties and arbitral tribunals consider appropriate in each case remains to be an important and complex issue. Among arbitral proceedings, the procedure relating to evidence collection and investigation takes a lot of times and money, while closely influencing the final awards. As a result, how to decide and apply the appropriate rules of evidence in arbitration is a crucial question.

In reality, there are many factors that may affect the determination of rules of evidence in arbitration, including the applicable laws, characteristic of the transaction in dispute, place of contract and performance, the background of parties and arbitrators, and so on. Nevertheless, inappropriate determination no matter made by parties or arbitral tribunal will lead to dispute at the stage of recognition and enforcement of arbitral awards, which eliminates incentives to use arbitration as an efficient dispute resolution method.

With the acknowledgement of the significance of international commercial arbitration in the field of transnational trade dispute resolution, and the important role of the rules of evidence in arbitral proceedings, this paper aims to collect arbitration

laws, procedural rules, cases and critic opinions relating to the evidential issues in international commercial arbitration, to analyze the current situation of the application of rules of evidence, and further figure out its tendency. In addition, this paper also tries to help assaying the current opinion on the application of evidential rules in the perspective of the cost control and management.

International jurisprudence produced by case law also serves as a baseline of the fundamental procedural rights under the principle of due process, which closely related to grounds for refusal of enforcement under the New York Convention. This paper also addresses the appropriateness of *lex loci arbitri* imposed in the ground for refusal of enforcement and makes further suggestions on this matter to solve the existing problems. By analyze the above two grounds, it is hoped to establish a basic structure in selecting appropriate rules of evidence and raise some elements which are needed to be noticed, to avoid obstacle at the stage of recognition and enforcement of arbitral awards. Finally, this paper reviews the arbitration law and the practice of Taiwan on the basis of such structure to make suggestions on explanation and development of the arbitration system in the future.

KEYWORDS: international commercial arbitration, rules of evidence, party autonomy, recognition and enforcement of arbitral award, the New York Convention, due process, the compromised principle of *lex loci arbitri*

第一章 緒論

第一節 研究動機

隨著國際貿易與金融市場的蓬勃發展，傳統民事訴訟已不足以完全應付跨國商務爭端的需求，因此，在國際商務交易的領域中，仲裁制度逐漸成為訴訟外紛爭解決制度(ADR, Alternative Dispute Resolution)的重要選擇之一。相較於訴訟制度，國際商務仲裁制度具有許多獨特的性質與優點：首先，當事人得選擇中性而公正之仲裁人及仲裁地，而無須擔心內國法院做成之判決可能偏袒該國籍之一方。通常，當事人傾向選擇雙方均無商業據點或住居所之地點進行仲裁，以確保仲裁之進行不受額外之干預，最終獲致值得信賴之仲裁判斷，有效解決紛爭¹。再者，仲裁進行之程序得由當事人約定或仲裁庭決定²，而非若民事訴訟程序須嚴格遵守民事訴訟法之規定，否則判決可能因具備上訴事由而遭廢棄³。正因仲裁程序得依狀況加以調整，裁切出最適合個案之進行方式，故其具有彈性及高效率之特質⁴。此外，1958 年至今之紐約公約(United Nations Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards)，其簽署國已超過一百四十個國家⁵，本公約規定各國間應相互承認並執行非本國之仲裁判斷⁶，並列明得

¹ ALAN REDFERN & MARTIN HUNTER ET AL., LAW AND PRACTICE OF INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION 78-79 (4th ed., 2004).

² E.g. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, July 7, 2006, art. 19, http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf (last visited Feb. 6, 2009) [hereinafter UNCITRAL Model Law/聯合國商務仲裁模範法]. Rules of Arbitration of International Chamber of Commerce, Jan. 1, 1998, art. 15.1, http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/rules_arb_english.pdf (last visited Feb. 8, 2009) [hereinafter ICC Rules of Arbitration/國際商會仲裁規則]. 中華民國仲裁法第 19 條。

³ 以中華民國民事訴訟法第三審上訴為例，我國民事訴訟法第 467 條規定，第三審上訴以原判決違背法令為前提。而第 486 條規定，判決不適用法規或適用不當者，即為違背法令。故法官若未遵循民事訴訟法關於訴訟程序進行之規定，例如第 192 條以下第一審程序原則上須經言詞辯論之相關條文，或第 277 條以下之證據法則，而致影響裁判結果時，判決即有依第 477 條、477 條之一遭廢棄之可能性。

⁴ ANDREAS F. LOWENFELD, INTERNATIONAL LITIGATION AND ARBITRATION 410 (3rd ed., 2006).

⁵ Status: 1958- Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html (last visited Feb. 3, 2009).

⁶ 惟各締約國亦得聲明依互惠原則(reciprocity)，將本公約之適用限縮於其他締約國領域內做成之仲裁判斷，而拒絕普遍適用於其他未加入此公約之國家領域內所做成之仲裁判斷。參照：United Nations Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, June 10, 1958, art. 1.3, http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_e.pdf [hereinafter the New York Convention/紐約公約].

不予執行之事由⁷，為國際商務仲裁提供可預測之平台架構，大幅增加仲裁判斷在外國執行之可能性。

在國際商務仲裁程序中，證據法則(rules of evidence)之適用更是重要之環節。首先，證據法則所涉範圍廣泛，從案件初始的舉證責任分配與證據蒐集程序，到證據容許性、人證、書證、鑑定、勘驗等證據調查程序，以及仲裁庭綜合一切事證，判斷糾紛事實存否之證明度標準與真偽不明時之風險承擔，均屬證據法則之範疇。此外，仲裁庭進行證據蒐集、調查程序，及適用證據法則適當與否，會實質影響仲裁判斷之品質，決定雙方當事人是否信任仲裁判斷而願意主動執行，以避免受不利判斷之當事人後續提出撤銷或拒絕承認與執行之主張，延宕商務爭端解決之程序。相對地，不適當地適用證據法則可能影響當事人之實體與程序利益，更可能因不符合正當程序之概念，或違反仲裁地國之強行法規，導致當事人提出撤銷仲裁判斷之訴，或請求執行地國法院拒絕承認與執行該判斷，以至於無法發揮仲裁制度原本具有彈性與效率之特質，反而造成時間與費用支出之浪費。因此，證據法則在整體仲裁程序下，實係扮演相當重要之角色。

基於當事人自治原則，當事人得自行決定仲裁程序之進行方式，證據法則既屬程序之一環，則當然亦得就證據法則之適用加以約定，惟當事人通常並未具體約定，此時則委由仲裁庭依具體情況裁量決定。國際商務仲裁具有彈性之特質，符合國際貿易糾紛著重個案效率之需求，也正因其具有跨國糾紛之色彩，仲裁庭應如何兼顧不同國籍與背景當事人間之利益，決定適當之證據法則，即是重要而困難之議題。相較於其他仲裁程序之決定，證據法則擇定之特別性在於，證據之蒐集與調查是仲裁程序或民事訴訟中共通而重要之部分，再加上英美法系與大陸法系傳統對於證據法則之概念有相當之差距，若當事人來自不同國家，甚或是不同法系時，仲裁庭究竟應如何決定仲裁程序中之證據法則，牽涉到各種利益之衡量與相互調和，實屬複雜。

第二節 研究目的

⁷ The New York Convention *id.* art. 5.

隨著我國新仲裁法之公佈施行，我國學說實務對於仲裁於商務糾紛應用之間題，逐漸重視，惟對於國際商務仲裁中之證據法則之討論並不多見⁸，相較於外國學界之討論，似乎仍有相當之發展空間。究竟目前國際商務仲裁實務上對於程序中證據法則之種種問題如何處理？採取之態度是否已與訴訟制度有所區隔？若仍受到傳統訴訟上證據概念之影響，則在雙方當事人彼此間，或其與仲裁人分屬不同國籍時，應如何調和當事人與仲裁庭解決紛爭之需求，決定證據蒐集與調查程序之進行方式？國際商務仲裁實務之處理態度是否有向大陸法系或英美法系模式靠攏之趨勢？個別證據法則議題是否分別有不同之發展走向？若國際商務仲裁對於證據法則之處理態度已脫離傳統訴訟概念而有其獨特之證據蒐集與調查機制，其內涵為何？是否已發展出普遍被接受之共識，抑或不同之仲裁庭仍保有分歧之意見？當事人或仲裁庭若不當適用證據法則，是否會造成程序後階段承認與執行之障礙？可能發生之障礙有哪些類型？在執行實務上對於前階段證據法則適用與後階段履行障礙兩者間產生之連結，是否存在一定之特徵，而能使當事人與仲裁庭事先預見，而有意識地加以避免？

本文鑑於國際商務仲裁制度就跨國貿易紛爭之解決有相當之重要性，而證據法則在仲裁程序中又居於舉足輕重之角色，不僅於仲裁判斷做成前影響當事人之實體利益與程序利益，於仲裁判斷做成後，更涉及後續是否能順利承認與執行之問題，故本文之目的在蒐集國際商務仲裁與證據法則相關之各國仲裁法、仲裁規則、實務案例與學說見解，針對目前國際商務仲裁證據程序之現況加以釐清，進一步探討是否有國際案例法形成之可能，某程度提供當事人預測之空間，並以商業成本分析之觀點，檢討目前對於各證據議題之見解妥當性。同時，以國際商務仲裁架構為基礎，回顧檢討我國仲裁法制與實務判決，做為未來解釋與發展之借鏡。

第三節 研究方法

⁸ 就筆者之搜尋，國內學界討論仲裁程序中證據蒐集與調查程序之文章數約在十篇以內。

為兼顧學說與實務之研究，本文擬採取立法例比較法、文獻分析法，及案例整理法，就目前國際仲裁規則與各國仲裁法為基礎，針對實務上國際商務仲裁案件中仲裁庭之態度，及執行法院受理仲裁判斷承認與執行聲請案件之見解，加以整理分析，輔以學說之理論，期使當事人能夠某程度預測仲裁之程序進行，並協助仲裁庭於擇定證據法則時有所依歸。

1. 立法例比較法：

對於證據法則之相關規定，本文參酌各國際仲裁機構之仲裁規則，包括國際商會仲裁規則、聯合國貿易法委員會仲裁規則、英國倫敦仲裁院仲裁規則、美國仲裁協會 ICDR 仲裁規則、IBA 國際商務仲裁證據採納規則等。此外，聯合國貿易法委員會之國際商務仲裁模範法、各內國仲裁法，以及關於仲裁之執行與承認之紐約公約，均可提供一定之線索，反映國際商務仲裁實務關於證據法則之處理趨勢。

2. 文獻分析法：

本文蒐集與國際仲裁程序中證據法則相關之文章與書籍，加以整理及歸納，並進行分析，以形成問題意識與內文之架構編排，並參考文獻中的批判與意見，經過與各立法例與實務見解之比較分析後，釐清目前存在之爭點與尚未解決之問題，以便進一步提出評論與建議。

3. 案例整理法：

相對於訴訟制度除有少數例外原因之外，原則上審判程序與判決均一律公開，由於仲裁制度具有隱密之特點，原則上仲裁程序與仲裁判斷均不公開⁹，故在研究仲裁證據法則議題時，難以避免地面臨研究材料取得的問題¹⁰。

其中一個重要管道是「伊朗-美國仲裁庭(the Iran-United Stated Claims Tribunal)」中的仲裁案件¹¹。1981 年 1 月，美國與伊朗政府透過阿爾及利亞之斡

⁹ 例如中華民國仲裁法第 23 條第 2 項本文與第 32 條第 1 項規定，仲裁程序與仲裁評議均不公開。REDFERN & HUNTER ET AL., *supra* note 1, at 27-35.

¹⁰ Robert Pietrowski, *Evidence in International Arbitration*, 22(3) ARB. INT'L 373, 375 (2006).

¹¹ 伊朗—美國仲裁院除處理國際公法之案件外，只要具體符合爭端解決宣言中之要件，亦處理

旋，共同發表宣言(General Declaration)¹²，除確保 52 位美國人質在德黑蘭的美國大使館獲釋外，並解除凍結伊朗在美國銀行之財產。此外，兩國政府並承諾將透過有拘束力之仲裁，解決美伊政府及其人民間彼此之糾紛。因此，依照嗣後發布之爭端解決宣言(Claims Settlement Declaration)¹³，仲裁庭正式成立。直到 2009 年 1 月，累積已有 3936 個案件在該仲裁院獲得終局解決¹⁴，其裁決及部分命令則公開出版於報告書(Iran-U.S. Claims Tribunal Report)中。該仲裁院除解決國際公法上的爭端外，亦處理國際貿易相關之糾紛，其仲裁程序除少數必要之調整外，以聯合國國際貿易法委員會仲裁規則¹⁵為基礎。伊朗—美國仲裁庭之案件對於國際仲裁之發展與仲裁程序之適用與詮釋，產生重要貢獻與影響，為本文研究主題之重要資料來源。此外，其他已同意公開之仲裁判斷亦為本文之資料來源，例如國際商會之國際仲裁院仲裁案件、我國仲裁協會所編彙之仲裁選輯等，均屬之。

另一個可能的案件來源為受到不利於己之仲裁判斷的當事人，於內國法院所提起之撤銷仲裁判斷之訴，或向執行地法院請求承認與執行仲裁判斷時，因該當得拒絕事由而被駁回其聲請之情形。此兩者由於涉及內國法院體系之運作，裁判內容向大眾公開，因而亦得做為本文研究國際仲裁證據法則之材料。

第四節 研究範圍與架構

國際私法之案件。爭端解決宣言第 2.1 條規定：“An international arbitral tribunal (the Iran-United States Claims Tribunal) is hereby established for the purpose of deciding *claims of nationals of the United States against Iran and claims of nationals of Iran against the United States, and any counterclaim which arises out of the same contract, transaction or occurrence that constitutes the subject matter of that national's claim*, if such claims and counterclaims are outstanding on the date of this Agreement whether or not filed with any court, and *arise out of debts, contracts (including transactions which are the subject of letters of credit or bank guarantees), expropriations or other measures affecting property rights . . .*” 學者認為本條即為伊朗—美國仲裁院解決國際私法爭端之法律基礎。WAYNE MAPP, THE IRAN-UNITED STATES CLAIMS TRIBUNAL: THE FIRST TEN YEARS, 1981-1991 23 (1993). See MOJTABA KAZAZI, BURDEN OF PROOF AND RELATED ISUES: A STUDY ON EVIDENCE BEFORE INTERNATIONAL TRIBUNALS 18 (1996).

¹² Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria, <http://www.iusct.org/general-declaration.pdf> (last visited Apr. 5, 2009).

¹³ Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria Concerning the Settlement of Claims by the Government of the United States of America and the Government of the Islamic Republic of Iran, <http://www.iusct.org/claims-settlement.pdf> (last visited Apr. 5, 2009).

¹⁴ Quarterly communiqué, <http://www.iusct.org/communique-english.pdf> (last visited Apr. 5, 2009).

¹⁵ Iran-US Claims Tribunal Rules of Procedure, May 3, 1983, <http://www.iusct.org/tribunal-rules.pdf> (last visited Feb. 8, 2009). UNCITRAL Arbitration Rules, Dec. 15, 1976, <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arbitration-rules/arbitration-rules.pdf> (last visited Feb. 8, 2009).

第一項 研究範圍

本文之研究主題既以國際商務仲裁之證據法則為主軸，故研究範圍限於具有跨國商務性質之仲裁。所謂「國際」仲裁，並不侷限於內國法律所定義之「外國仲裁」，除參酌聯合國國際商務仲裁模範法第 1.3 條¹⁶規定，包括當事人之商業地點位於不同國家、仲裁地點在外國、履行商事法律關係之重要地點或與系爭標的關係最切之地點在外國，及當事人明示同意仲裁協議之標的與多數國家相關者外，亦包括一切可能具有涉外因素之情形，例如當事人或仲裁人分屬不同國籍、貿易事實涉及多數以上國家、適用多種程序準據法或超國界仲裁規則等情形，均屬本文討論之範圍。

此外，本文亦僅限於討論「商務」仲裁，主要原因係本文許多分析與建議，均以商業成本為考量，至於涉及其他類型之仲裁由於可能涉及政策或價值判斷，與商務仲裁之特性與考慮因素不同，故不在本文涵蓋之範圍內。關於商務仲裁之定義，本文參考聯合國國際商務仲裁模範法第 1 條註釋 2 之內容¹⁷，採取廣義之解釋，無論係基於契約或非契約所生，凡具有商業性質之法律關係爭議均屬之。可能包括：供應或交換貨物或服務之貿易交易、銷售或經銷契約、商事代表或代理、貨物製造、租賃、工程營造、授權契約、私人投資、金融、銀行、保險、徵收或開發協議、合資或其形式之商業合作或結盟、海陸空貨物與旅客運送等。

國際商務仲裁下之證據法則研究範圍，則涵蓋證據容許性、舉證責任之分配與證明度標準、人證、書證、鑑定、勘驗等個別證據方法，及未能確定事實真偽時之舉證責任風險分配等，本文將就以上概念加以整理與分析，並以此為基礎，進而探討後階段仲裁判斷之承認與執行問題。

第二項 各章節欲處理之具體問題

本文內容共分為六章，各章節之具體問題意識如下：

1. 第一章：提出本文之研究動機與研究目的，進而釐清本論文研究所欲具體

¹⁶ UNCITRAL Model Law, supra note 2, art. 1.3.

¹⁷ UNCITRAL Model Law, supra note 2, art. 1 fn. 2.

回答之問題，並說明研究所用之方法與撰寫架構。

2. 第二章：證據法則是否居於國際商務仲裁之重要地位？相較於其他仲裁程序證據程序，證據蒐集與調查程序是否有其特殊性？與仲裁程序準據法與國際仲裁規則之關係為何？國際商務仲裁之證據法則由何人決定？影響其決定內容之因素為何？
3. 第三章：英美法系與大陸法系對於國際商務仲裁證據程序之影響為何？就國際商務仲裁之證據容許性議題而言，採取何種標準？舉證責任之意涵為何？於國際商務仲裁範疇下應如何適用？
4. 第四章：英美法上之事證開示制度能否適用於國際商務仲裁？若然，是否依據特別之需求而加以調整？個別證據法則在國際商務仲裁上之特色，包括書證、人證、鑑定、勘驗等議題之具體內容為何？是否偏向英美法系或大陸法系之處理模式？有無一定之發展趨勢？
5. 第五章：違反當事人決定之證據法則或與仲裁地法規定不符時，是否會影響仲裁判斷之承認與執行？若欠缺正當程序之要求，於何種情況下始構成拒絕承認與執行之事由？除此之外，是否存在其他抽象之原理原則，可能影響前階段仲裁程序中證據蒐集與調查程序之進行？此等規範於我國是否一併適用，有無應依國情而調整之處？
6. 第六章：參酌第一章至第五章之論述，嘗試歸納國際商務仲裁之證據法則建構與發展是否已形成一定之標準？並進而檢視其於我國之適用可能性，我國法之解釋適用或立法論有無參考或修正之必要？

第三項 研究架構

本文第一章簡要介紹國際商務仲裁在跨國貿易紛爭解決程序上之重要地位，及其證據法則之研究價值，並指明其欲釐清之問題與成效。

第二章針對證據法則於國際商務仲裁中之地位加以分析，區分仲裁程序適用法、仲裁地法與仲裁程序規則之異同，做為證據法則適用之基礎，並詳論證據法則如何擇定、由誰擇定，及影響其擇定之各種因素。

第三章則就證據之一般議題予以探討，包括考量到跨國貿易糾紛之特殊性，以及英美法與大陸系之交錯影響，有關證據容許性以及舉證責任等具體內容為何，一併論述。

第四章針對源於英美法系之事證開示制度在國際商務仲裁實務上適用之可能性，與相關之問題加以分析。並就各種個別證據方法所涉之具體問題，在國際商務仲裁之架構下逐一釐清。

第五章係連結前階段仲裁程序中所適用的證據法則與仲裁判斷做成後階段之承認與執行可能性，從商業成本之考量出發，一一分析可能成為仲裁判斷執行障礙之因素，一方面整理並批評目前紐約公約之規定，一方面提供現實之狀況供做當事人與仲裁庭之參考。此外，我國雖非紐約公約之締約國，惟我國仲裁法亦有類似之規定，其解釋適用是否存在可循之標準，本文將與適用紐約公約之國家加以比較，並進而提出建議與評論。

第六章則總結第一章至第五章之論述，並嘗試就前文所整理與累積之案例與見解，重新建構證據法則於國際商務仲裁之適用理論，使國際商務仲裁程序中的證據蒐集與調查程序不致成為「脫韁的野馬」，並有效促進商務爭端快速而妥適解決，避免在程序後階段產生仲裁判斷承認與執行之障礙。

整篇論文係以商業成本考量為核心價值，不純以法律觀點出發，而回歸解決商務糾紛之本質，希望為國際貿易紛爭之解決提供有用之參考架構與建議。

第二章 國際商務仲裁之證據法則在仲裁程序中之角色及其選定

第一節 緒論：證據法則在國際商務仲裁程序中之地位

仲裁程序之開始¹⁸，有認為從仲裁機構收到聲請書之日起¹⁹，亦有認為從相對人收受提付仲裁之通知時起²⁰，無論如何，包含之範圍甚廣，從仲裁庭之組成、對仲裁人之異議、暫時保全處分、主張與抗辯之陳述相關事項、訊問之程序(hearing)、證據法則、當事人缺席時之程序、法院介入與協助、仲裁判斷之做成、撤銷仲裁判斷、及仲裁之承認與執行等，均屬廣義仲裁程序之內容。國際商務仲裁之證據法則，屬於仲裁程序之一環，然而，其對於仲裁判斷之做成具有舉足輕重之意義，將「舉證之所在，敗訴之所在」之名諺套用於國際商務仲裁，恰足顯示證據法則在仲裁程序之獨特地位，不僅足以影響仲裁判斷之結果，更可能導致執行階段之障礙，因此，在仲裁程序中適用證據法則必須謹慎為之。

第一項 證據法則之重要性與程序共通性

仲裁庭對於證據法則之適用乃仲裁程序中之重要環節。證據蒐集與調查程序之進行，為仲裁庭認定當事人間所主張之事實，以做出仲裁判斷之基礎，進而解決當事人間之紛爭，因此仲裁程序中關於證據蒐集與調查程序之進行，可謂仲裁庭行使其審判權之核心²¹。

¹⁸ 「仲裁程序之開始」(the commencement arbitral proceedings)與「仲裁庭權能期間的開始」(the commencement of arbitrators' authority)之概念有所區別。前者之目的在使仲裁程序得以發揮相當於訴訟法上的「繫屬」功能，促使當事人履行後續之程序義務，其法律效果包括請求權時效之中斷、仲裁人選定義務之發生，當事人恆定之確認，及確定程序規則之依據等；後者則主要在促使仲裁庭的判斷能於一定期限內完成，以維持程序經濟。原則上，「仲裁程序之開始」先於「仲裁庭權能期間之開始」，蓋仲裁程序開始後始有組成仲裁庭之需求。故廣義之仲裁程序，始於「仲裁程序開始」之時起，包括仲裁人之選定、仲裁庭之組成、詢問與證據調查、評議及仲裁判斷之做成，甚至仲裁判斷之撤銷、承認與執行均屬之。而狹義之仲裁程序則始於仲裁庭組成後之「仲裁庭權能期間之開始」，至詢問與相關審理事項結束(the closing of arbitral proceedings)為止，中華民國仲裁法第三章仲裁程序第18條至36條之規定，似乎即採狹義仲裁程序之概念。惟無論採取廣義或狹義之仲裁程序概念，均包含仲裁庭之詢問與相關證據之調查，故本文之論述在概念上並不特別區分廣義或狹義之仲裁程序。參照：楊崇森等著，「仲裁法新論」，頁174-176，中華民國仲裁協會，1999年；藍瀛芳，仲裁之開始，仲裁季刊第78期，頁1-37，2006年；陳煥文，論新仲裁法中仲裁程序準據法之適用順序，全國律師雜誌，頁6-7，1999年；張錦源，「國際貿易法」，頁1100-1107，三民書局，2001年第5版；劉敏編，「現代仲裁制度」，頁241-242，中國人民公安大學出版社，2002年第1版。See REDFERN & HUNTER ET AL., *supra* note 1, at 178-182.

¹⁹ ICC Rules of Arbitration, *supra* note 2 art. 3.

²⁰ 中華民國仲裁法第18條。

²¹ 陳詩經，仲裁程序中關於調查證據之進行及相關法律問題之探討，仲裁季刊第77期，頁88，

仲裁庭進行證據調查與適用證據法則適當與否，不僅涉及仲裁判斷之品質，以及爭端解決之結果能否使雙方當事人信服，其更影響當事人實體與程序利益。蓋不當之證據調查可能導致仲裁判斷就雙方實體法律關係之決斷，與權利義務實際上應歸屬之狀態不相符合，侵害當事人之實體利益。此外，證據調查之過程若不符合正當程序之概念，或違反仲裁地國之強行法規，則當事人之一方對於不利於己之仲裁判斷可能提出撤銷仲裁判斷之訴，或請求執行地國法院拒絕承認該判斷，以至於無法達成仲裁程序制度原本具有高效率並較為經濟之目的，而延宕爭端解決所花費之勞力、時間、費用，也造成國家有限司法資源之浪費與負擔。故證據調查之程序在整體仲裁制度下，可謂扮演著舉足輕重之角色²²。

國際商務仲裁證據法則之適用既屬仲裁程序之範疇，則仲裁證據法則亦應適用支配整體仲裁程序之規範，更精確的說，應受到整體仲裁程序遵循之程序規則或程序準據法所規制。首先，當事人或仲裁庭擇定之程序規則為個案中證據法則適用之主要依據。國際商務仲裁之程序，由於並無一套固定的規則加以規範，故按個案狀況不同而可能依照截然不同之方式進行。依照當事人自治原則，雙方當事人約定之仲裁程序規則為重要的規範基礎，雙方當事人固得選定其欲適用之仲裁機構規則，或依情形約定特殊之程序規則。然而，無論是基於成本之考量，或雙方難以達成合致之意思，實務上仲裁協議通常欠缺關於證據法則之細節約定²³，故在當事人未約定，或其協議難以窮盡一切仲裁程序中可能發生之事項之情況，許多時候仍須仰賴仲裁庭於程序進行中，參酌具體情況，依其裁量權以決定適當之程序進行方式。簡言之，仲裁程序之進行方式通常是當事人與仲裁庭共同決定之結果。某程度而言，國際仲裁中之當事人有如商船之船東，固為該船之主人，惟一旦出海航行，日常命令即委由船東所信任之船長為之，正如同在仲裁程

2006 年。

²² 同前註，頁 88。

²³ 在仲裁協議中約定程序準據法者，實際上已較罕見，而約定證據法則者更是少之又少。See Dominique T. Hascher, *The law Governing Procedure: Express or Implied Choice by the Parties – Contractual Practice*, in PLANNING EFFICIENT ARBITRATION PROCEEDINGS – THE LAW APPLICABLE IN INTERNATIONAL ARBITRATION 322, 323 (Albert Jan van den Berg ed., 1996).

序進行中，當事人無法就大小事項一一達成協議，而仲裁庭即是扮演非常重要的船長角色，就面臨之具體情形依其經驗與專業決定適當之程序進行方式²⁴。

國際商務仲裁實務上，有許多因素皆可能影響當事人或仲裁庭對於仲裁證據法則之決定，例如仲裁地之內國法、仲裁協議或實體契約之準據法、當事人之國籍、仲裁人所熟悉之法系等，如何在眾多因素中調和妥協，有賴當事人間磋商或仲裁庭之斟酌考量，以兼顧效率與當事人之利益。

當事人之協議與仲裁庭之決定固然是仲裁程序的重要基礎，惟除此之外亦可能存在其他規範仲裁程序之依據，其中最重要的即是仲裁程序準據法(*lex arbitri*)²⁵。仲裁程序準據法是支配仲裁庭存在以及仲裁程序進行之法律規範，應與仲裁實體關係準據法相區別，其涵蓋範圍包括仲裁程序開始至結束間之程序行為²⁶。即使在當事人已約定特定仲裁規則之情況，亦可能透過其強行規定控制仲裁程序之進行，因此，於擇定仲裁程序時必須特別注意仲裁程序準據法之規定，以避免不必要的法院介入或執行障礙。

在承認仲裁程序準據法本身具備獨立性之前提下，究竟何種法律規範應適用於仲裁程序，則是衍生的另一個重要問題。所在地理論(the seat theory)認為，仲裁地法與仲裁之進行具有重要而密切的關係，仲裁程序皆難以脫離仲裁地法而應受其支配²⁷。然而，此種理論本身似乎與當事人自治原則相互衝突，若當事人無法依照其意願選擇所欲進行之程序，仲裁制度的優點便隨之減低，因此去內國化理論(the de-localisation/de-nationalization theory)崛然而生。主張去內國化理論的

²⁴ REDFERN & HUNTER ET AL., *supra* note 1, at 264-265.

²⁵ 文獻中經常混用”*lex arbitri*”與”*lex loci arbitri*”，”*lex arbitri*”一詞有時泛指支配仲裁之法律，亦不僅限於純粹之程序性法律，例如：REDFERN & HUNTER ET AL., *supra* note 1, at 79-82, 86-87. MARGARET L. MOSES, THE PRINCIPLES AND PRACTICE OF INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION 64 (2008). 然亦有侷限於與程序相關之仲裁法者，例如：劉敏編，「現代仲裁制度」，頁 239，中國人民公安出版社，2002 年第 1 版；杜新麗編，「國際民事訴訟和商事仲裁」，頁 273，中國政法大學出版社，2005 年；王昌鑫，「我國與 PRC 仲裁法關於國際商事仲裁法律適用問題之研究」，東海大學法律研究所碩士學位論文，頁 74，2003 年。另外，亦有將其指涉仲裁地法者，例如：陳煥文，論新仲裁法中仲裁程序準據法之適用順序，全國律師雜誌，頁 5，1999 年。本文為求精確，以下”*lex arbitri*”指「仲裁程序準據法」，與”the law governing the arbitral proceedings”指涉相同之意義，而”*lex loci arbitri*”則專指「仲裁地法」。

²⁶ See REDFERN & HUNTER, *id.* at 79.

²⁷ See *id.* at 83.

學者認為，仲裁的效力來自於當事人自主之約定，而非必然奠基於任一國家法律體系，仲裁判斷本身不應具備特定國籍，自然也不受特定內國法律所規制，當事人或仲裁庭得自由適用適當之程序規則，無須受仲裁地法之箝制²⁸。此種想法顛覆了傳統的仲裁理論，擦出挑戰的火花，惟該理論究應如何在實務上加以落實，當事人或仲裁庭如何依具體個案之情況擇定適當之程序準據法，以及其所擇定程序規則是否就因此完全不受任何限制，仍多有爭議。仲裁程序準據法與仲裁程序規則間之關係錯綜複雜、交互影響，更使程序規則之擇定成為重要而複雜之課題。

就去內國化理論尚無法完全取代所在地理論之現況而言，證據法則似乎難以完全脫免仲裁地法強行法規之控制。其中，以正當程序(due process)之規範與仲裁地法原則之考量為最主要之限制，仲裁庭於證據蒐集與調查程序中應特別注意，以免在仲裁判斷承認與執行階段遭遇障礙。此外，關於個別證據方法之限制亦可能存在，故當事人於選擇仲裁地時應留意該國法律之種種規定，避免增加不必要的風險或減低仲裁程序之彈性。

第二項 證據法則於仲裁程序中之獨特性

第一款 英美法系與大陸法系傳統證據概念之本質差異

國際商務仲裁程序中之證據法則雖為仲裁程序之一部分，但不同於其他仲裁程序事項的其中一個原因在於，其與傳統民事訴訟之證據調查之間，存在著相當程度之牽連關係。首先，證據之蒐集與調查是仲裁程序或民事訴訟中共通存在而不可或缺的重要部分，蓋無論是依法律仲裁或衡平仲裁，惟有先「認事」始能「用法」，在尚未認定事實之前，仲裁庭無法依照實體關係準據法或衡平原則確定當事人間之權利義務，故在仲裁程序中適用證據法則時，難免或多或少引入一些訴訟法上的證據概念。相對於訴訟而言，仲裁程序更為側重彈性與效率，程序事項得由當事人約定或仲裁庭裁量決定，其證據法則與訴訟上之證據概念並非完全相同。然而，雖然國際商務仲裁放寬了關於證據之規定，容許依實際之需求彈性適

²⁸ See id. at 89-91.

用個案中「適當」之證據法則，以建立決定當事人間爭議所必要之事實²⁹，惟此種彈性亦非完全無跡可循，相對於其他程序事項而言，尤其受到仲裁人法系背景之影響。

此外，再加上英美普通法系與歐陸法系對於證據法則之傳統概念間本即存在本質性的差異，此種歧異較其他仲裁程序更為明顯，亦因而導致不同法系之仲裁人或律師對於證據相關程序之基本態度有一定之差距。例如，在普通法的國家，仲裁人傾向扮演中立之裁判角色，由雙方當事人自行組織證據調查的過程與方法，各別提出事證支持其主張，證據調查程序中側重人證之證詞以及聽證會之舉行，證明程度也較為寬鬆，仲裁庭最終則依照訊問過程中呈現之資料做成仲裁判斷；歐陸法之仲裁人對於證據調查程序採取較為積極主動之態度，較不拘泥於既定之技術規定，且偏好仰賴書證之證明方法，證明度之標準亦可能較英美法來的嚴格³⁰。因此，在具有跨國性質之紛爭解決程序，應如何調和來自不同背景之當事人、律師與仲裁人之期待與需求，實為困難之任務，有必要以相當之篇幅深入討論。

第二款 對於仲裁判斷結果之密切影響

由於事實之認定必須透過證據收集與調查之程序始能達成，經過公正而客觀之證據調查過程所獲致之仲裁判斷，能使雙方當事人信服，進而增進主動履行之動機，而偏頗或不當之證據調查程序可能導致仲裁判斷與實際權利義務狀態相矛盾，使當事人之權益無法實現，減低使用仲裁程序之誘因。故相對於其他程序而言，證據法則更為直接地影響到系爭事實之認定與特定主張成立與否之判斷，關於最終判定之結果，影響當事人實體與程序利益。

第三款 具體詳細法律依據之欠缺

訴訟程序之證據相關議題通常屬民事訴訟法之適用範圍，在成文法典中已有相當完整之體系規範，故具體適用上通常皆有法律規定做為基礎，即使有規範遺

²⁹ 例如關於證據容許性之問題，國際仲裁實務上多所放寬：REDFERN & HUNTER ET AL., *supra* note 1, at 296.

³⁰ *Id* at 295-296.

漏亦可能用類推適用或學說實務見解補充之方式解決。然而，在國際商務仲裁程序之範疇，當事人於締結仲裁協議時通常未能將規範證據調查程序之條款納入，再加上無論在內國仲裁法或國際仲裁條款中，多數均欠缺對於證據法則之詳細規範，因此，在個案中如何具體適用，即仰賴仲裁庭之裁量決定。仲裁庭應如何兼顧實際需求與當事人之期待做出決定，或許得從目前國際商務仲裁實務見解窺得一斑，若能進而發展歸納出普遍接受之原則，亦能使當事人在不同仲裁案件中均能預測仲裁庭之決定，避免突襲之發生。

第四款 技術與細節性質

此外，對比於仲裁程序之其他環節，證據法則因高度涉及技術性，且通常與仲裁庭事實認定的裁量過程息息相關，更增添其複雜與多變之性質。從其技術之性質而觀，瑣碎之程序必須具備適用之細節基礎，否則程序可能流於混亂而無章法，導致整體時程之延宕，增加紛爭解決之成本，故國際仲裁之證據法則宜透過歸納與分析探求發展適用之趨勢，以為具體適用之參考。

第五款 時間與成本在整體仲裁程序中所占之重要比例

在複雜之國際商務仲裁案件中，為釐清爭點，確認事實以適用法律，證據調查程序在整體仲裁程序中佔用了相當比例之時間，也可能涉及金錢開銷之高額成本。就所付出時間與金錢成本考量而言，證據調查程序扮演著仲裁程序中舉足輕重之角色，因此，若能妥適地適用證據法則，有效率地進行證據收集與調查程序，將縮短仲裁程序，降低紛爭解決成本，故國際商務仲裁之證據法則議題具備研究之實益。

第三項 小結：程序共通性與獨特性之雙重特徵

總結而言，證據法則在國際商務仲裁程序中，一方面與其他程序事項同受程序規則與程序準據法支配，另一方面亦具有不同於其他事項之獨特性質，在探討證據法則時，尤應注意法律體系之文化特性與歷史背景對國際商務仲裁證據法則之形塑及影響，並力求效率與可預測性之調和與平衡。

第二節 仲裁程序規則與仲裁程序準據法概念之釐清

第一項 仲裁實體關係準據法與仲裁程序準據法之區別

第一款 實體法與程序法之糾葛

在民商事法律的領域中，實體法與程序法之區分未必如同其表面顯示地理所當然，也並非毫無爭議³¹。傳統之仲裁理論承襲傳早期民事法之發展，並未明確區分實體法律關係準據法與仲裁程序準據法，當時的學者認為，適用於仲裁程序之法律與適用於實體關係之法律係屬同一體系，故仲裁程序準據法本身並非獨立之議題³²，而應受內國法(municipal law)規制。尤其若從仲裁司法理論的訴訟契約說角度出發，仲裁協議乃排除國家法院對於特定紛爭介入裁判之契約，屬程序法上行為，應適用「程序依法庭地法」原則(*lex fori*)，故涉及仲裁協議之各種法律問題，全面適用仲裁地法(*lex loci arbitri*)處理³³。

直到西元 2000 年，仍有學者認為，在仲裁制度下，程序法與實體法並無明確之分野³⁴。英國法院曾對此議題下了清晰的註解：「仲裁法係攸關解決爭端之特定方式。其程序與實體要素密切糾結。英國仲裁法包括各種不易歸類於實體法或程序法標籤之條文，蓋該兩者間的區辨本來即是人為的區分。」³⁵實體法與程序法兩者間確實存在著歸類的模糊空間³⁶，例如消滅時效在不同國家可能分屬實體法與程序法之範疇³⁷。此外，仲裁庭得否適用衡平原則做成仲裁判斷一事，依

³¹ DICEY ET AL., THE CONFLICT OF LAWS 177-178 (4th ed., 2006).

³² 杜新麗編，「國際民事訴訟和商事仲裁」，頁 274，中國政法大學出版社，2005 年。(找其他註)

³³ 仲裁之準據法理論受仲裁契約之定性影響，各有不同之觀點與論理。仲裁協議之性質，除司法理論的訴訟契約說(訴訟法說)外，亦有實體契約說(實體法說、私法上契約說)、實體與訴訟法混合契約說、特殊契約說等。相關學說參照：吳光明，「商事爭議之仲裁」，頁 149-152，五南圖書出版公司，1999 年；邱聯恭，仲裁契約之妨訴抗辯效力—評最高法院八十一年度第三次民事庭會議決議，載於：氏，「程序選擇權論」，頁 226-228，2000 年。徐盛國，仲裁之性質與理論基礎，仲裁季刊第 55 期，頁 94-96，1999 年。JULIAN D.M. LEW, APPLICABLE LAW IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION 51-66 (1978).

³⁴ 李復甸，「國際商務仲裁準據法之研究」，載於：「國際私法論文集」，頁 107，1996 年。

³⁵ 原文為：“Arbitration law is all about a particular method of resolving disputes. Its substance and processes are closely intertwined. The Arbitration Act contains various provisions which could not readily be separated into boxes labeled substantive arbitration law or procedural law, because that would be an artificial division.” XL Insurance Ltd v. Owens Corning [2001] 1 All ER (Comm) 530, 541, *per* Toulson J. GEORGIOS PETROCHILOS, PROCEDURAL LAW IN INTERNATIONAL ARBITRATION 8 (2004).)

³⁶ See DICEY ET AL., *supra* note 31, at 177-206.

³⁷ 邱聯恭，仲裁契約之妨訴抗辯效力—評最高法院八十一年度第三次民事庭會議決議，載於：氏，「程序選擇權論」，頁 255-256，2000 年。

聯合國國際商務仲裁規則第 33 條第二項規定，「惟有在當事人明確授權且『仲裁程序適用之法律』也允許之情況下為之」³⁸，似乎認為衡平仲裁係屬程序法之範疇，然而，不應適用而適用、或錯誤適用衡平原則也可能影響仲裁判斷之有效性³⁹，此即顯示了仲裁之實體與程序要素彼此間並非理所當然地能夠以二分法加以區別。

第二款 仲裁程序準據法之獨立性

儘管實體與程序間的區分標準因不同法律體系或文化背景的演變而有所不同，至今仍難有明確的定義，然而，現實上卻有著區分實體法律關係準據法與仲裁程序準據法之需求。與內國仲裁不同，國際仲裁的當事人或貿易事實常涉及兩個以上之國家，為避免雙方對於仲裁判斷公正性產生疑慮，雙方傾向選擇中性(neutral)處所進行仲裁，刻意排除其設有商業據點或有實質商業關係之地點，因此，仲裁地與當事人或系爭契約可能幾無關聯⁴⁰。在個案與仲裁地未必有密切關係之情形下，若不區分實體關係準據法與仲裁程序準據法，系爭契約似乎無法脫免於仲裁地內國實體法的適用，當事人亦被迫放棄紛爭解決實體依據的選擇權，此種結果並不符合當事人自治原則，也無法解決跨國商務的實際需求。因此，隨著仲裁理論的發展，仲裁程序法不必然與實體關係準據法相牽連，得分別適用不同體系之法律，終於使仲裁實體法與仲裁程序法兩者分流⁴¹。

第三款 仲裁程序準據法與實體關係準據法之適用範圍

一般而言，仲裁程序準據法可能涵蓋的範圍包括：仲裁協議之形式與效力、仲裁庭之管轄權、仲裁容許性(arbitrable)、仲裁庭之組成與對仲裁人之異議、正

³⁸ UNCITRAL Arbitration Rules, *supra* note 15, art. 33.2.

³⁹ PETROCHILOS, *supra* note 35, at 9. 在另一個比利時案件中，受不利判斷之一方當事人亦主張仲裁人進行「衡平仲裁(*amiable compositeur*)」係違反紐約公約第 5 條第 1 項(b)款。本案之爭點為仲裁人依「衡平原則/公允善良原則(*ex aequo et bono*)」進行仲裁之權限究屬程序事項或實體事項。See Inter-Arab Investment Guarantee Corporation v. Banque Arabe et Internationale d'Investissements; Year Book XXIVa (1999), p.603. DOMENICO DI PIETRO & MARTIN PLATTE, ENFORCEMENT OF INTERNATIONAL ARBITRATION AWARDS 164 (2001).

⁴⁰ *Id.* at 23-24. REDFERN & HUNTER ET AL., *supra* note 1, at 78-79.

⁴¹ See REDFERN & HUNTER ET AL., *id.* at 79. 陳煥文，論新仲裁法中仲裁程序準據法之適用順序，全國律師雜誌，頁 6，1999 年。

當程序之要求(包括武器平等、適當通知及聽審請求權)、暫時保全處分、主張與抗辯之陳述相關事項、審訊之程序(hearing)、證據法則、當事人缺席時之程序、法院介入與協助、仲裁人之權限(例如是否依衡平原則仲裁)、仲裁判斷之形式、效力與終局性、撤銷仲裁判斷、仲裁之承認與執行等⁴²。實體法律關係準據法則規制當事人權利義務、契約履行及救濟方式等直接涉及當事人實體權益之法律⁴³。

第四款 國際商務仲裁準據法之分類

相較於傳統民事訴訟之所涉法律僅有民事實體法與民事程序法之分，國際商務仲裁因具有跨國之性質，當事人、交易地、貨品來源、締約地等時常分散在各國境內，仲裁判斷之做成地與執行地也未必相同，法律關係更為複雜而精細，其爭端解決可能涉及多種法律體系。細究而言，目前均認為包含以下幾種法律適用關係⁴⁴：

- (1) 當事人締結仲裁協議行為能力之準據法
- (2) 仲裁協議及履行該協議之準據法
- (3) 仲裁庭存在與程序進行之準據法(the law governing the existence and proceedings of the arbitral tribunal – the *lex arbitri*)
- (4) 實體法律關係之準據法(又稱為”applicable law”、“the governing law”、“the proper law of the contract”、“the substantive law”)
- (5) 仲裁判斷之承認與執行之準據法

以上五種準據法間彼此環環相扣，缺一不可，仲裁制度能否達成當事人所期待之有效紛爭解決結果，仰賴各階段之程序與準據法互相遵循配合。本文著重仲裁程序中證據法則之選擇及該證據法則在執行階段產生之影響，故僅針對仲裁程

⁴² REDFERN & HUNTER, *id.* at 81. 杜新麗編，「國際民事訴訟和商事仲裁」，頁 273，中國政法大學出版社，2005 年。劉敏編，「現代仲裁制度」，頁 240-242，中國人民公安大學出版社，2002 年第 1 版。陳煥文，同前註，頁 6-7。

⁴³ 劉敏編，同前註，頁 246。朱家惠，「從紐約公約之發展與實踐論外國仲裁判斷之承認與執行」，東吳大學法律學系碩士專班論文，頁 177，2007 年。

⁴⁴ REDFERN & HUNTER ET AL., *supra* note 1, at 77-78.

序準據法加以論述，其餘之各種準據法並非涵蓋之主軸⁴⁵。

第二項 仲裁程序準據法之決定—所在地理論與內國化理論

既承認仲裁程序準據法與實體法律關係準據法係屬不同之概念，仲裁程序法無須依附於實體法，而自有其獨特之生命，因此進一步衍生出的問題即是：究竟仲裁程序準據法的內容為何？是否必然與仲裁地內國法相連結，抑或能夠如同實體關係準據法的發展一般，脫離仲裁地內國法的制約？

第一款 所在地理論

第一目 核心概念

從長久建立之仲裁理論與實務發展來看，仲裁地與仲裁程序準據法有著緊密之聯結，支配仲裁程序之法律(*lex arbitri*)即是仲裁地之法律(*lex loci arbitri*)⁴⁶，是為「所在地理論(the seat theory)」。此種想法源自仲裁的司法理論(the jurisdictional theory)，這種理論認為，仲裁制度的當事人協議性質容易讓人忽略了仲裁庭本身的司法色彩，仲裁地法之所以適用於仲裁程序的真正原因是，當事人創造了一個類似並取代法院功能之私法審判權(private jurisdiction)—即仲裁庭—該審判權的地點既然設在特定國家領域內，當地之主權機關就有權規制所有在其境內發生之活動，包括仲裁庭的設立與執行等一切相關事項⁴⁷。從另一個角度來看，所有私人權利係來自內國法律體系之賦予，仲裁協議及其程序進行也不例外，因此仲裁地法(*lex loci arbitri*)既是權利義務之來源，也當然支配整個仲裁程序之運作⁴⁸。

第二目 理論依據

⁴⁵ 各種準據法之間，概念上雖得以區分，惟實務上可能發生之問題，例如當事人僅約定「以中華民國法為準據法」，此時究竟係指何者之謂，不無疑問。本文認為，若得從仲裁協議之其他條款用語或各種其他證據推知當事人真實意思係指其中特定之準據法或全部準據法時，則應依當事人真意適用之；若無從推知當事人真意時，依照一般解釋原則，則應蓋括適用於以上所述各種法律關係準據法，此種解釋結果得避免仲裁庭未來可能決定適用其他較無關聯之法律，而產生過多之不確定因素，亦得於當事人欲就個別準據法分別適用不同法律時，促其注意分列之，以依循其偏好之方式解決紛爭。

⁴⁶ 原文為：“The *lex arbitri* is the *lex loci arbitri*.” PETROCHILOS, *supra* note 35, at 22. See also *Id.* at 83. William W. Park, *The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration*, 32 INT'L & COMP. L.Q. 21, 23 (1983).

⁴⁷ PETROCHILOS, *id.* at 23.

⁴⁸ 更極端的說法甚至認為，「國際仲裁」本身即是誤稱，蓋所有仲裁皆「受特定內國法體系之支配」。 Francis Mann, 2 ARB INT 241, 246 (1986). PETROCHILOS, *id.* at 22.

除此之外，還有許多支持所在地理論的考量及理由依據⁴⁹。首先，國際私法領域中，私法事件之法院程序準據法應依法庭地法(*lex fori*)，此為羅馬法長久發展之「場所支配行為」原則(*Locus Regit Actum*)。其主要理由係考量到程序法常與國家之司法制度密切不可分，具有公序性、完整性，為求公平並追求法院處理案件迅速經濟之需求，避免法官適用不熟悉的外國法，造成訴訟遲延，並尊重國家主權之行使，故法庭地法應為程序適用之依據⁵⁰。若將該原則推導至國際商務仲裁，仲裁程序之準據法亦應適用仲裁地法。再者，即使不當然適用場所支配行為原則，仲裁地仍是仲裁程序準據法的重要聯繫因素之一。當事人既得自由選擇仲裁地⁵¹，故當事人於選擇仲裁地時即隱含了適用仲裁地法之意思⁵²。又若當事人選擇仲裁地之仲裁機構進行仲裁，通常亦適用該機構之仲裁規則，仲裁地之仲裁機構規則於制定之時，時常參考當地之仲裁法與相關民事程序法，以避免不必之程序障礙，因此，仲裁庭適用該程序規則時，便與仲裁地法產生密切之聯結。縱使在當事人未約定適用當地仲裁機構規則之情況，仲裁地與仲裁程序仍具備相當大之關聯性，蓋仲裁程序之進行可能需要仲裁地法院介入協助，例如對仲裁人之異議、暫時保護措施或證據之取得，更有甚者，仲裁程序若不符合仲裁地法之規定，亦可能由仲裁地法院撤銷仲裁判斷，或被執行地國法院拒絕承認與執行該判斷⁵³。因此，無論當事人親自選擇仲裁地或由仲裁庭代為擇定，仲裁地法通常

⁴⁹ PETROCHILOS, *id.* at 22-23, 26. 朱家惠，「從紐約公約之發展與實踐論外國仲裁判斷之承認與執行」，東吳大學法律學系碩士專班論文，頁 175，2007 年；張曼隆，談去內國化理論和仲裁程序適用法的關係，仲裁季刊第 71 期，頁 24-25，2004 年；劉敏編，「現代仲裁制度」，頁 245，中國人民公安大學出版社，2002 年第 1 版；杜新麗編，「國際民事訴訟和商事仲裁」，頁 275，中國政法大學出版社，2005 年。

⁵⁰ 邱聯恭，仲裁契約之妨訴抗辯效力—評最高法院八十一年度第三次民事庭會議決議，載於：氏，「程序選擇權論」，頁 254-255，2000 年。

⁵¹ E.g., UNCITRAL Model Law, *supra* note 2, art. 20. UNCITRAL Arbitration Rules, *supra* note 15, art. 16. ICC Rules of Arbitration, *supra* note 2, art. 14.

⁵² It is the traditional English view known as “Quis elegit judicem elegit ius”. LOWENFELD, *supra* note 4, at 407-08. REDFERN & HUNTER, *supra* note 1, at 87.

⁵³ 例如：中華民國仲裁法第 40 條第 1 項第 4 款規定，「有下列各款情形之一者，當事人得對於他方提起撤銷仲裁判斷之訴：…四、仲裁庭之組成或仲裁程序，違反仲裁協議或法律規定者」。第 50 條第 5 款規定，「當事人聲請法院承認之外國仲裁判斷，有下列各款情形之一者，他方當事人得於收受通知後二十日內聲請法院駁回其聲請：…五、仲裁庭之組織或仲裁程序違反當事人之約定；當事人無約定期時，違反仲裁地法者」。

被推定為仲裁程序之準據法。

第三目 相關立法例

採納所在地理論的立法例包括 1923 年日內瓦仲裁條款議定書第 2 條⁵⁴、1958 年紐約公約第 5 條第 1 項(d)款⁵⁵、1961 年歐洲國際商務仲裁公約第 9 條第 1 項(d)款⁵⁶、1975 年美洲國際商務仲裁公約第 5 條第 1 項(d)款⁵⁷、1985 年聯合國貿易法委員會國際商務仲裁模範法第 19 條、第 34 條第 2 項(a)(iv)款、第 36 條第 1 項(a)(iv)款⁵⁸，及中華民國仲裁法第 19 條、第 40 條第 1 項第 4 款與第 50 條第 5 款等⁵⁹。

⁵⁴ “The arbitral procedure, including the constitution of the arbitral tribunal, shall be governed by the will of the parties *and by the law of the country in whose territory the arbitration takes place.*” The Geneva Protocol on Arbitration Clauses, 1923, art. 2, http://interarb.com/vl/g_pr1923 (last visited Feb. 6, 2009) [hereinafter Geneva Protocol].

⁵⁵ “Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that . . . (d) The composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, *or, failing such agreement,* was not in accordance with *the law of the country where the arbitration took place.*”

The New York Convention, supra note 6, art. 5.1(d).

⁵⁶ Art. 9(1)(d), “the setting aside in a Contracting State of an arbitral award covered by this Convention shall only constitute a ground for the refusal of recognition or enforcement in another Contracting State where such setting aside took place in a State in which, or under the law of which, the award has been made and for one of the following reasons: . . . (d) the composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or failing such agreement, with the provisions of Article IV of this Convention.”

European Convention on International Commercial Arbitration, Apr. 21, 1961, art. IX(1)(d), <http://www.law.berkeley.edu/faculty/ddcaron/Documents/RPID%20Documents/rp04011.html#art9> (last visited Feb. 6, 2009).

⁵⁷ “The recognition and execution of the decision may be refused, at the request of the party against which it is made, only if such party is able to prove to the competent authority of the State in which recognition and execution are requested: . . . (d) that the constitution of the arbitral tribunal or the arbitration procedure has not been carried out in accordance with the terms of the agreement signed by the parties *or, in the absence of such agreement,* that the constitution of the arbitral tribunal or the arbitration procedure has not been carried out in accordance with *the law of the State where the arbitration took place.*”

Inter-American Convention on International Commercial Arbitration, Jan. 30, 1975, O.A.S.T.S. No. 42, 14 I.L.M. 336, <http://www.adr.org/sp.asp?id=31620> (last visited Feb. 6, 2009).

⁵⁸ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration art. 19, “(1) subject to the provisions of this Law, the parties are free to agree on the procedure to be followed by the arbitral tribunal in conducting the proceedings. (2) Failing such agreement, the arbitral tribunal may, *subject to the provisions of this Law,* conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate. The power conferred upon the arbitral tribunal includes the power to determine the admissibility, relevance, materiality and weight of any evidence.” Art. 34(2)(a)(iv), “an arbitral award may be set aside by the court specified in article 6 only if: . . . the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, unless such agreement was in conflict with a provision of this Law from which the parties cannot derogate, *or, failing such agreement, was not in accordance with this Law.*” Art. 36(1)(a)(iv), “recognition or enforcement of an arbitral award, irrespective of the country in which it was made, may be refused only: . . . the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties *or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place.*”

以上規範無論程度上是將仲裁地法列為與當事人約定之程序同等地位，而在任何情況下均必須遵守之二元重疊適用(dualism)，或原則上依循當事人約定，惟在當事人未約定之情況下，程序始適用仲裁地法，抑或僅限於內國法的強行規定對仲裁程序之控制，均突顯仲裁程序法與領域因素間之聯結(territorial link)，將仲裁地法置於程序法中之重要地位。

第四目 所在地理論面臨之挑戰與反思

然而，被廣泛適用的所在地理論並非毫無瑕疵，一個最重要的批評即是其過度強調仲裁地與程序準據法間的關聯。首先，隨著人的往來與交通的發展，仲裁程序之進行本身時常不在同一地點發生，關於證據調查或仲裁庭之評議，無論是基於實際性或便利性的考量，均可能需要在仲裁地以外之其他地點進行，故在目前的仲裁概念中，「仲裁地」與其說是地理上的特定地點，毋寧理解為法律上的概念⁶⁰。此外，許多情況下，仲裁地僅是當事人為了求取中立公正之判斷而妥協之權宜地點，非但與實體關係準據法無關，更可能與當事人國籍或系爭交易事實毫無牽連。仲裁地的選擇固然是仲裁協議或仲裁庭決定的重要因素，惟其考量之因素可能是語言、律師對該地是否熟悉或能否具有擔任代理人之資格、地點及交通方便性、當地是否具備進行仲裁之場地等經濟資源、該國是否為紐約公約之締約國等理由⁶¹，而非與個案事實之關係。更弔詭的是，既然國際商務仲裁案件能為仲裁地國帶來無限商機⁶²，各國彼此競逐成於鎂光燈下的最佳仲裁地點，其中除了各種非法律性的因素外，各國政府無不力求內國仲裁法簡單、具有彈性、實

UNCITRAL Model Law, *supra* note 2, art. 19, 34(2)(a)(iv), 36(1)(a)(iv).

⁵⁹ 中華民國仲裁法第 19 條規定：「當事人就仲裁程序未約定者，適用本法之規定(附加強調標示)；本法未規定者，仲裁庭得準用民事訴訟法或依其認為適當之程序進行。」第 40 條第 1 項第 4 款及第 50 條第 5 款，參照註 53。

⁶⁰ REDFERN & HUNTER ET AL., *supra* note 1, at 84-85. PETROCHILOS, *supra* note 35, at 24.

⁶¹ James H. Carter, *Selecting the Site for Arbitration*, in PRACTITIONER'S HANDBOOK ON INTERNATIONAL ARBITRATION AND MEDIATION 113, 117-124 (Rufus v. Rhoades et al. eds., 2nd ed., 2007).

⁶² 包括對仲裁地的律師提供工作機會、刺激當地商旅住宿與場地提供等產業，以及就國際仲裁案件之處理建立信譽，拓展未來之發展等。Stephan Wilske, *The Global Competition for the 'Best' Place of Arbitration for International Arbitrations – A More or Less Biased Review of the Usual Suspects and Resent Newcomers*, 1(1) Contemp. Asian Arb. J. 21, 27-30 (2008).

用性以及國際化，過多的本土色彩或司法干預反而成為吸引國際仲裁的阻力⁶³，因此，在「鬆綁反而是最吸引人的特質」之前提下，過度強調仲裁地之選擇與仲裁地法適用的關聯性，並通案性地假設仲裁地為仲裁程序準據法最重要之聯繫因素，似乎過於一概而論，也有簡化問題之虞。

第二款 去內國化理論

第一目 核心概念

從 1960 年代開始，所在地理論受到批評與挑戰，學界逐漸出現「去內國化理論(de-localization/de-nationalization theory)⁶⁴」的聲浪。此種理論認為，國際仲裁不應受到特定內國仲裁法的箝制，尤其不必然適用仲裁地法。依照當事人自治原則(party autonomy/l'autonomie de la volonté)，仲裁程序準據法與仲裁程序規則均應由當事人自主決定⁶⁵，當事人未約定時，亦應由仲裁庭代為決之，當事人或仲裁庭決定之程序規範已足以支配國際仲裁，而無須由仲裁地法介入。此外，規範仲裁程序之法律應為執行仲裁判斷國之法律，而非仲裁地法。為求全面去除內國法之控制，去內國化理論並不僅適用於仲裁程序事項，亦包括當事人得約定非內國法律之國際法(international law)或商業習慣法(*lex mercatoria*)等做為實體關係之準據法或法律之衝突規則，使爭端解決更為彈性⁶⁶。

第二目 理論依據

去內國法理論之論理基礎包括⁶⁷：

⁶³ See generally *id.*

⁶⁴ See REDFERN & HUNTER ET AL., *supra* note 1, at 89-91. PETROCHILOS, *supra* note 35, at 35-41. See also WILLIAM W. PARK, ARBITRATION OF INTERNATIONAL BUSINESS DISPUTES 160-163, 504-508 (2006). PERVASIVE PROBLEMS IN INTERNATIONAL ARBITRATION 179-180 (Loukas A. Mistelis & Julian D.M. Lew eds., 2006). JOSEPH LOOKOFSKY & KETILBJØRN HERTZ, TRANSNATIONAL LITIGATION AND COMMERCIAL ARBITRATION 775 (2004). 張曼隆，談去內國化理論和仲裁程序適用法的關係，仲裁季刊第 71 期，頁 24-25，2004 年。

⁶⁵ 本文認為，此時區分仲裁程序準據法與程序規則似乎以無實益，蓋特定之內國法若被選為程序準據法，並非由於其國家法之主權性質而適用，而係由於當事人自治原則下因當事人間之約定而得以適用，亦得由當事人依個案需求加以調整，已經脫離了仲裁司法理論的基本脈絡。因此，在概念上似乎也可以理解為一種受選定之「仲裁程序規則」，僅其較類似機構仲裁規則，已事先具備一定之架構，得直接適用於仲裁程序。

⁶⁶ PETROCHILOS, *supra* note 35, at 35-37. 杜新麗編，「國際民事訴訟和商事仲裁」，頁 281-282，中國政法大學出版社，2005 年。

⁶⁷ 杜新麗編，同前註，頁 285-286。朱家惠，「從紐約公約之發展與實踐論外國仲裁判斷之承認

1. 從當事人自治原則之精神而言，當事人選擇仲裁而非傳統訴訟，即有程序選擇權行使之意思⁶⁸，仲裁之程序事項應由當事人依其意思決之，允准當事人自主選擇仲裁程序準據法，始符合當事人意願與利益。
2. 許多國家之內國法未必依據國際仲裁之特性而設計，無法滿足國際商務仲裁簡速而有效率之需求。更何況各國法不一而足，適用仲裁地法使當事人或其律師須預先確認該國法律之種種細節規定，非但浪費時間與金錢，某程度而言亦可能造成類似「任擇法院(forum-shopping)」之結果⁶⁹。
3. 所在地理論忽略國內仲裁與國際仲裁本質上有所區別之事實，國內仲裁之當事人及仲裁程序進行皆在一國境內，仲裁地國對於此類爭端解決有較強之政策與利益考量，但國際仲裁涉及多數國家，其爭端之關聯性可能極低，因此，將兩者同等對待並不適當。
4. 仲裁判斷之執行未必源自仲裁地國之法律，蓋仲裁地國之認定對於執行地國並無絕對之拘束力，即使仲裁地國撤銷仲裁判斷，執行地之法院仍無義務拒絕承認或執行該判斷，故仲裁程序並不當然受仲裁地法所支配⁷⁰。

第三目 所遭遇之障礙與國際現實

然而，去內國化理論也引起學者的質疑，除了法律活動能否脫離內國法制的授權與支配，而於法律真空中存在的概念性爭議⁷¹之外，現實上仲裁地法亦有實際適用之需求⁷²。仲裁庭雖然取代法院解決糾紛，但畢竟仍與法院之角色有所區別，包括保全措施、證據蒐集等尚須仰賴法院加以發布執行，因此，認為國際仲裁得獨自完美運作，而完全排除內國法的適用，似乎稍為脫離現實。另外，仲裁

與執行」，東吳大學法律學系碩士專班論文，頁 176，2007 年。

⁶⁸ 邱聯恭，程序選擇權之法理，載於：氏，「程序選擇權論」，頁 23-77，2000 年。

⁶⁹ REDFERN & HUNTER ET AL., *supra* note 1, at 92.

⁷⁰ 例如：紐約公約第五條規定，即使具備拒絕承認及執行仲裁判斷之事由，執行地法院「得(may)」拒絕承認執行，而非「應(shall)」拒絕承認執行。 PIETRO & PLATTE, *supra* note 39, at 133.

⁷¹ REDFERN & HUNTER ET AL., *supra* note 1, at 76-77. Francis Mann, 2 ARB INT 241, 246 (1986). PETROCHILOS, *supra* note 35, at 22.

⁷² REDFERN & HUNTER ET AL., *supra* note 1, at 91. 杜新麗編，「國際民事訴訟和商事仲裁」，頁 286，中國政法大學出版社，2005 年；劉敏編，「現代仲裁制度」，頁 245，中國人民公安大學出版社，2002 年第 1 版。

程序中許多層面都需要法院的介入填補其漏洞或賦予救濟之機會，例如仲裁人的任命⁷³、仲裁程序違反當事人之約定程序時，由仲裁地法院予以撤銷仲裁判斷⁷⁴等。若無法適用仲裁地法，內國法院將難以適從，或被迫適用不熟悉的外國法律。故適用仲裁地法並非單純著眼於仲裁地國之利益，亦是捍衛當事人之權益，以確保仲裁運作的效率與實際性⁷⁵。就國際條約之實務而言，似乎也承認仲裁判斷有「國籍(nationality)」之分，例如紐約公約係「外國」仲裁判斷之承認與執行公約，從其用語推敲，似乎仍有區分仲裁來源國之意思，而不承認超脫內國法支配之「浮動仲裁判斷(floating awards)」。

實則，去內國化理論仍然必須由仲裁地國允准為前提，以比利時仲裁法做為例子，該國在 1985 年曾增訂條款規定，除非當事之一方在比利時有商業中心或其他關聯性，否則於該國境內舉行之國際仲裁案件不得提請當地法院撤銷仲裁判斷，該條文某程度剝除內國法院對國際仲裁之控制，係去內國化理論之實踐。然而，現實上造成的影響卻是選擇比利時做為仲裁地的當事人不增反減，該法亦於 1998 年修改其強行法規之性質，當事人得自行選擇是否得由當地法院審理撤銷仲裁判斷之訴⁷⁶，此顯示去內國化理論仍未能完全克服種種疑慮，取代所在地理論之功能。

第三款 小結

所在地理論與去內國化理論兩者均有其優缺點。在跨國商務蓬勃發展的現實下，仲裁地法確實可能成為仲裁程序進行的障礙，甚或影響仲裁判斷執行，一律僵固適用仲裁地法做為仲裁程序準據法，似乎不能滿足目前的需求。去內國化理

⁷³ 例如：聯合國商務仲裁模範法第 11 條規定，若當事人未約定特定仲裁人，而亦無法協議時，由仲裁地法院介入選定。UNCITRAL Model Law, *supra* note 2, art. 11(3), “Failing such agreement, (a) in an arbitration with three arbitrators, each party shall appoint one arbitrator, and the two arbitrators thus appointed shall appoint the third arbitrator; if a party fails to appoint the arbitrator within thirty days of receipt of a request to do so from the other party, or if the two arbitrators fail to agree on the third arbitrator within thirty days of their appointment, the appointment shall be made, upon request of a party, by the court or other authority specified in article 6; (b) in an arbitration with a sole arbitrator, if the parties are unable to agree on the arbitrator, he shall be appointed, upon request of a party, by the court or other authority specified in article 6.”

⁷⁴ UNCITRAL Model Law, *id.* art. 34(2)(a)(iv).

⁷⁵ PETROCHILOS, *supra* note 35, at 25-26.

⁷⁶ REDFERN & HUNTER ET AL., *supra* note 1, at 91-92.

論試圖解決此種困境，但仍有許多問題尚待解決，更何況，若內國法未對其控制採取鬆綁之態度，不承認當事人得自由約定仲裁程序之準據法，那隻看不見的手終究還是會伸入影響仲裁程序的進行⁷⁷。在仲裁程序仍或多或少受仲裁地強行法規規制的現況下，當事人(尤其代為擬定仲裁協議之律師)或仲裁庭對於擇定仲裁地須特別注意，以求減少受到仲裁地法不必要之干預，追求雙方糾紛解決之最大利益⁷⁸，本文亦將於第五章剖析紐約公約下，仲裁地法如何影響仲裁判斷之執行，做為選擇仲裁地時之參考。

第三項 仲裁程序規則與仲裁程序準據法之關係

仲裁程序準據法與仲裁程序規則(rules of procedure)均是規範仲裁程序進行的重要適用依據，惟兩者性質、範圍與效力皆不相同，概念上必須加以區分⁷⁹。

- (1) 就性質而言，仲裁程序準據法是國家之立法權所制定，用以規範仲裁程序相關事項之法律，具備主權之特性與國家強制力。仲裁程序規則係由當事人約定或仲裁庭擇定之程序規範，其內容可能是既定之機構仲裁規則，亦可能是依照個案設計之規則，無論如何並無國家法之性質，僅因當事人自治或仲裁庭依其權限擇定而加以適用。
- (2) 兩者之適用範圍亦有廣狹之分，仲裁程序規則主要針對仲裁內部之程序運作，包括仲裁庭之組成、詢問程序與證據調查之進行、判斷之做成等，涵蓋範疇較小。除程序內部規範外，仲裁程序準據法亦包括仲裁庭進行仲裁以外之仲裁外部事項，例如暫時保全措施、仲裁判斷之撤銷與執行等，涵蓋範圍較廣。
- (3) 就效力之層面而言，在去內國化理論目前尚無法全面付諸實踐之情況下，仲裁程序準據法中之強行法規因具有國家法律之性質，在效力位階上優先於當事人選定或仲裁庭決定之程序規則，故若兩者內容衝突

⁷⁷ 另一種想法可能是將希望寄予於各國對聯合國商務仲裁模範法之採納，促進仲裁程序的統一性、國際性，惟模範法本身並不具拘束力，各國常因其獨特之文化背景、法律體系而對其加以調整修改，內國仲裁規範要達成相同的「遊戲平台」短期內仍不容易。 *Id.* at 89.

⁷⁸ 關於各國仲裁法規與環境之評論，See generally Wilske, *supra* note 62. Carter, *supra* note 61.

⁷⁹ 劉敏編，「現代仲裁制度」，頁 239-240，中國人民公安大學出版社，2002 年第 1 版。

時，仲裁程序規則難免須退讓，此亦為擇定仲裁地時須特別留意之原因。

因此，儘管仲裁程序規則有可能係參考特定程序準據法而設計，而使程序規則與仲裁法內容實質上相同，兩者之概念確有必要適當區分。即使在目前仲裁理論與實務上幾乎都承認當事人得依當事人自治原則選擇仲裁程序規則的趨勢之下⁸⁰，仲裁程序並不因為該自主擇定而僅依據仲裁程序規則進行，而是同時受程序規則與程序準據法規範，兩者衝突時，由後者之強行規定優先適用⁸¹。兩者間並非平行線之關係，相反地，毋寧視為糾結卻又獨立之關係，互相影響而無法將其完全分割。

第三節 當事人自治原則與國際商務仲裁證據法則之協議選定

第一項 當事人自治原則之理論與意涵

在國際仲裁之領域，當事人自治為基礎而重要之原則，在許多仲裁規則與國際條約與內國法律中受到廣泛之承認。當事人自治原則最初被適用於契約自由之領域，雙方當事人有權自主約定彼此之權利義務與法律關係，一旦雙方達成協議後即受契約拘束，故當事人自治原則除了突顯獨立個體之自我決定權外，亦強調應嚴守對他人間之承諾之拘束效果。在仲裁之領域，當事人自治原則常與仲裁之契約理論密切連結，當事人基於自己之意思，決定選擇仲裁作為紛爭解決程序，仲裁協議本身即是一種契約類型，故當事人得合意約定仲裁人、仲裁程序及其他種種事項，並於紛爭發生時應受仲裁協議之拘束，將具體爭端提付仲裁。

在國際商務仲裁之範疇，當事人自治原則尤其重要，蓋商人對於紛爭解決程序之需求有更強烈之利害關係，若能選擇對其有利而符合期待之程序規範雙方間之法律關係，得有效節省成本，避免紛爭更加擴大。當事人自治原則之具體內涵，包括仲裁人之資格與選任方式、仲裁庭之組成、仲裁程序之開始、證據蒐集方式、是否進行口頭陳述與聽證會、文書提交期限、是否得傳喚證人、專家鑑定之允准

⁸⁰ E.g., the UNCITRAL Model law, *supra* note 2, art. 19. The ICC Rules of Arbitration, *supra* note 2, art. 15.

⁸¹ REDFERN & HUNTER ET AL., *supra* note 1, at 83. Hascher, *supra* note 23, at 330.

等等，均得由當事人自行約定，以符合個案之需求。

第二項 當事人選定仲裁證據法則之法律依據與實踐

仲裁做為一種受到重視的訴訟外紛爭解決方式，與傳統訴訟之重要差異在於其高度尊重當事人之意思。仲裁程序本身即是當事人意願之展現，仲裁協議亦賦予仲裁庭裁量之權限，使仲裁庭之行為得有正當化之法律依據⁸²。仲裁之證據法則為仲裁程序事項之一，自得由當事人依其意思加以約定。當事人之所以得約定仲裁之程序規則，即為當事人自治原則適用的結果。實務上得定於仲裁協議中，或在仲裁職權範圍書(terms of reference)中列明⁸³。

第一款 仲裁機構規則

多數之仲裁機構規則均明文肯定當事人選擇仲裁程序之自主權，具體之實例包括：國際商會仲裁規則第 15 條⁸⁴：「仲裁庭進行仲裁程序應依照本規則之規定；本規則未規定時，依由當事人之約定決之；若當事人並無約定時，仲裁庭得決定是否將其他仲裁規則或內國法律適用於仲裁程序。」倫敦國際仲裁院仲裁規則第 14 條⁸⁵規定：「當事人得約定進行仲裁程序之方式，其亦被鼓勵達成此種

⁸² *Id* at 7-9.

⁸³ E.g., the ICC Rules of Arbitration, *supra* note 2, art. 18.1(g): “As soon as it has received the file from the Secretariat, the Arbitral Tribunal shall draw up, on the basis of documents or in the presence of the parties and in the light of their most recent submissions, a document defining its Terms of Reference. This document shall include the following particulars: . . . ‘particulars of the applicable procedural rules’”.

⁸⁴ Article 15 - Rules Governing the Proceedings

1 The proceedings before the Arbitral Tribunal *shall be governed by these Rules and, where these Rules are silent, by any rules which the parties or, failing them, the Arbitral Tribunal may settle on,* (emphasis added) whether or not reference is thereby made to the rules of procedure of a national law to be applied to the arbitration.

2 In all cases, the Arbitral Tribunal shall act fairly and impartially and ensure that each party has a reasonable opportunity to present its case.

ICC Rules of Arbitration, *supra* note 2, art. 15. 雖然本條規定，唯有在國際商會仲裁規則未規定時，程序始受當事人之約定規制，似乎將當事人自治之位階置於仲裁規則之後。然而，應意識到國際商會仲裁規則僅於當事人選用時使適用於特定之仲裁事件，因此本規則之適用本身得某程度視為當事人就程序事項之約定，而與當事人自治原則並無抵觸。See YVES DERAINS & ERIC A. SCHWARTZ, A GUIDE TO THE ICC RULES OF ARBITRATION 224 (2nd ed., 2005).

⁸⁵ Article 14 - Conduct of the Proceedings

14.1 *The parties may agree on the conduct of their arbitral proceedings and they are encouraged to do so* (emphasis added), consistent with the Arbitral Tribunal's general duties at all times:

(i) to act fairly and impartially as between all parties, giving each a reasonable opportunity of putting its case and dealing with that of its opponent; and

(ii) to adopt procedures suitable to the circumstances of the arbitration, avoiding unnecessary delay or expense, so as to provide a fair and efficient means for the final resolution of the parties' dispute. Such

協議，惟必須與仲裁庭之任何時候均必須遵守一般義務相符…除非當事人另依 14.1 條約定外，仲裁庭有最廣泛之裁量權，以決定如何依其認為應適用之法律或 規則盡其義務。」中華民國仲裁協會仲裁規則第 2 條⁸⁶：「本會辦理仲裁事件之 程序，除當事人另有約定或法令別有規定外，適用本規則之規定。」

考量到個案事實與特性之不同，當事人可能選擇約並不同之協議內容，然 而，大多數的國際仲裁案件通常均僅選用既存的機構仲裁規則，而未就證據程序 多加約定。惟一旦當事人選擇將仲裁提交特定機構加以解決，亦即所謂的「機構 仲裁(institutional arbitration)」，通常即推定適用該機構之仲裁規則，甚至在該規 則中亦可能規定應適用本規則之程序⁸⁷，因此，當事人在選擇仲裁機構的過程 中，也勢必同時考量到該機構規則對於證據法則之規定⁸⁸。惟須注意的是，即使 適用特定仲裁機構規則，仍不能確保其已涵蓋所有關於證據調查之事項，當仲裁 規則未規定時，則仍須仰賴當事人約定更詳細之程序，或委由仲裁庭決之⁸⁹。

第二款 非機構仲裁：以聯合國貿易法委員會仲裁規則為例

設若當事人未選擇機構仲裁，亦得自由決定程序規則，此即為「非機構仲裁 (ad hoc arbitration)」。聯合國貿易法委員會仲裁規則於 1976 年決議通過，其重 要目的即是為臨時仲裁提供一套較完整的程序規範，使來自不同文化經濟政治背

agreements shall be made by the parties in writing or recorded in writing by the Arbitral Tribunal at the request of and with the authority of the parties.

14.2 Unless otherwise agreed by the parties under Article 14.1, the Arbitral Tribunal shall have the widest discretion to discharge its duties allowed under such law(s) or rules of law as the Arbitral Tribunal may determine to be applicable (emphasis added): and at all times the parties shall do everything necessary for the fair, efficient and expeditious conduct of the arbitration.

The Arbitration Rules of London Court of International Arbitration, Jan. 1, 1998, art. 14, <http://www.jus.uio.no/lm/lcia.arbitration.rules.1998/> (last visited Feb. 25, 2009) [hereinafter LCIA Arbitration Rules].

⁸⁶ 中華民國仲裁協會仲裁規則, http://www.arbitration.org.tw/content/a10_4.htm#1 (last visited May 8, 2009).

1. Subject to these Rules, the arbitral tribunal may conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate (emphasis added), provided that the parties are treated with equality and that at any stage of the proceedings each party is given a full opportunity of presenting his case.

Arbitration Rules of Chinese Arbitration Association, Oct. 16, 2001, art. 2, http://www.arbitration.org.tw/content/a10_4.htm#2 (last visited Feb. 25, 2009).

⁸⁷ E.g., ICC Rules of Arbitration, *supra* note 2, art. 15.1.

⁸⁸ 各知名國際仲裁機構之特色，See GARY B. BORN, INTERNATIONAL ARBITRATION AND FORUM SELECTION AGREEMENTS: DRAFTING AND ENFORCING 45-58 (2nd ed. 2006).

⁸⁹ REDFERN & HUNTER ET AL., *supra* note 1, at 83.

景之國家當事人能夠接受，促進國際仲裁與經濟之調和⁹⁰，其亦為目前最廣泛適用之臨時仲裁規則。其中第 15 條⁹¹規定亦確認當事人得自主約定仲裁程序之權利：「依照本規則，仲裁庭得依其認為適當之方式進行仲裁程序，惟當事人應公平對待雙方當事人，並在程序之任何階段均給予其充分陳述案情之機會。」一旦當事人選用聯合國國際商務仲裁規則，即自動適用其有關於證據之各種規定。

第三款 內國仲裁法與聯合國貿易法委員會國際商務仲裁模範法

或者當事人也可能選擇一方或雙方所熟悉或偏好之內國仲裁法之實質內容，做為規制證據調查程序之依據。此時，基於現實的考量，仲裁地法可能是較常見之選項。即使當事人選擇之仲裁證據規則並非內國法，內國仲裁法的某些條文仍可能在法律上或實質上拘束仲裁程序⁹²。

關於當事人自治原則之具體條文，例如：聯合國貿易法委員會國際商務仲裁模範法第 19 條規定⁹³：「依照本法之規定，當事人得自由約定仲裁庭進行仲裁仲裁之程序。若未能達成此種協議，仲裁庭得依照本法之規定，以其認為適當之方式進行仲裁程序。授予仲裁庭之權力包括決定證據容許性、相關性、實質性與重要性。」另外，中華民國仲裁法第 19 條⁹⁴亦規定：「當事人就仲裁程序未約定者，適用本法之規定；本法未規定者，仲裁庭得準用民事訴訟法或依其認為適當之程序進行。」

第四款 小結

除機構仲裁規則與內國仲裁法外，當事人亦可能依個案之需求，約定一套獨

⁹⁰ G.A. Res. 31/98, U.N. Doc. A/Res/31/98 (Dec.15, 1976). See also LOWENFELD, *supra* note 4, at 402.

⁹¹ UNCITRAL Arbitration Rules, *supra* note 15, art. 15. 與國際商會仲裁規則相似，聯合國國際商務仲裁模範規則亦僅於當事人選用時始適用於特定仲裁事件，故該規則之適用應認為係當事人自治之結果。

⁹² REDFERN & HUNTER ET AL., *supra* note 1, at 83.

⁹³ Article 19 - Determination of rules of procedure

(1) *Subject to the provisions of this Law, the parties are free to agree* (emphasis added) *on the procedure to be followed by the arbitral tribunal in conducting the proceedings.*

(2) *Failing such agreement, the arbitral tribunal may, subject to the provisions of this Law, conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate.* (emphasis added) The power conferred upon the arbitral tribunal includes the power to determine the admissibility, relevance, materiality and weight of any evidence.

UNCITRAL Model Law, *supra* note 2, art. 19.

⁹⁴ 中華民國仲裁法第 19 條。

立之仲裁證據調查程序規則。然而，即使該程序規則表面上並非依據機構仲裁規則或仲裁法制定，但實質上亦可能與其相似。總而論之，雖然所擇之內容不排除前述以外之特殊仲裁程序條款，惟大部分當事人或仲裁庭決定之證據調查程序規則多半不脫仲裁機構規則、聯合國商務仲裁模範規則或內國仲裁法之範疇⁹⁵，即使形式或技術細節與其不同，實質上亦可能雷同，因此其極具研究價值，係良好之分析素材，足以窺觀目前國際仲裁法實務之發展。

第三項 當事人決定仲裁證據法則時可能考量之因素

在國際仲裁之領域，最重要的性質即是其跨國之特性。即使難免受到仲裁地國強行法之支配，國際仲裁與傳統訴訟最大之不同，即在於無須像遵守民事訴訟法一般全然遵守特定之程序法規，而得自由選擇仲裁地、仲裁人與所欲適用的仲裁程序規則。然而，也正是因為當事人得自由擇定仲裁程序規則，究竟何為「適當」之證據規則係屬非常重困難而重要之課題。由於每個具體案件的特徵與事實皆不相同，在認知到當事人自治權限的重要性與其選擇之可能性之後，當事人(或是其委任律師)必須審慎考量各種可能影響決定之因素，尋求最大利益。

一般而言，影響仲裁證據法則決定之因素可能包括以下幾類：

- (1) 各種仲裁實體與形式準據法：當事人締結仲裁協議行為能力之適用、仲裁協議及履行該協議之準據法、仲裁庭存在與程序進行之準據法、實體法律關係之準據法、仲裁判斷之承認與執行之準據法等。
- (2) 當事人之國籍、締約與交易地點、貿易特性。
- (3) 當事人委任律師之國籍、對該法律或規則之熟悉度，是否能於該地執行代理人業務⁹⁶等。
- (4) 仲裁人之國籍與熟悉之法系等。
- (5) 仲裁地法之限制與強行法規。

⁹⁵ 一般而言，即使是仲裁規則或內國仲裁法，大多數關於證據法則之規定並不相當詳細，而僅就大方向為原則性之架構規範，因此，即使當事人自行約定，或由仲裁庭決定程序進行方式，也通常與仲裁規則或內國仲裁法不相矛盾，或實質相似。

⁹⁶ DERAINS & SCHWARTZ, *supra* note 84, at 291-292.

通案而言，其中並無任何一項絕對比其他因素更為重要，而須綜合衡量所有因素，始能擇定最符合當事人利益之程序規則。然而，在個案中也可能因為特別之考量而著重某種特定之因素。唯一可以確定的是，證據法則之擇定並無絕對之準則，惟有考量實際之需求與個案特殊性，始有可能找到個案中最適當之仲裁證據法則。

第四節 仲裁庭選定仲裁證據法則之裁量權

若當事人未約定仲裁程序時，目前國際仲裁實務上傾向將此種程序事項交由仲裁庭決定，仲裁人應依其專業及個案之狀況擇定適當之程序規則，其可能考量之因素與當事人相同，包括各種準據法、當事人與仲裁人之國籍、交易特性與仲裁地法之規定等。在大部分情況下，雙方當事人均未於仲裁協議或仲裁職權範圍書中約定仲裁程序準據法⁹⁷，至於具體約定仲裁程序中之證據法則者更是少之又少，故仲裁庭通常是決定個案證據法則之關鍵。設若當事人合意將該仲裁提交特定仲裁機構，則可能視為當事人同意依該仲裁機構之程序規則進行仲裁⁹⁸。以上列出之聯合國貿易法委員會國際商務仲裁模範法第 19 條⁹⁹、國際商會仲裁規則第 15 條¹⁰⁰、倫敦國際仲裁院仲裁規則第 14 條¹⁰¹、聯合國貿易法委員會仲裁規則第 15 條¹⁰²，及中華民國仲裁法第 19 條¹⁰³等均為此例。此外，其他類似之規範模式，包括：美國統一仲裁法第 15 節¹⁰⁴規定：「仲裁庭得以其認為適當之方式進行

⁹⁷ Hascher, *supra* note 23, at 323, 329.

⁹⁸ 杜新麗編，「國際民事訴訟和商事仲裁」，頁 280，中國政法大學出版社，2005 年

⁹⁹ UNCITRAL Model Law, *supra* note 2, art. 19.

¹⁰⁰ ICC Rules of Arbitration, *supra* note 2, art. 15.

¹⁰¹ LCIA Arbitration Rules, *supra* note 85, art. 14.

¹⁰² UNCITRAL Arbitration Rules, *supra* note 15, art. 15.

¹⁰³ 中華民國仲裁法第 19 條規定，若當事人未約定，則仲裁庭有義務適用本仲裁法之規定，唯於本仲裁法未規定時，始得準用民事訴訟法或適用仲裁庭認為適當之程序。由此條文之立法模式觀之，不難發現所在地理論與當事人自治原則之交互作用，亦即，原則上以當事人自治為主，若未約定時，即優先適用仲裁地法，或可認為屬於「折衷之所在地法理論」。然而，本法雖規定我國仲裁地法於當事人無約定時始支配仲裁程序，但我國仲裁法並未就仲裁程序事項訂出詳細之具體規定，而僅就仲裁進行基本事項描繪出基本架構。其中許多規定均屬廣泛接受之原則，例如正當程序之要求、語言及仲裁地由當事人決定等（參照：中華民國仲裁法第 18 條至 36 條），而對於仲裁程序實際進行時可能面臨之重要細節並未詳加規範（例如關於證據之採納僅有第 26 條及第 28 條規定），對於仲裁庭實際主控程序進行之權限，現實上並無太多之幫助與影響，而仍委由仲裁庭依個案之狀況決之。

¹⁰⁴ Section 15 - Arbitration Process

仲裁，以促進公平與迅速之程序。」美國仲裁協會 ICDR 國際仲裁規則第 16 條¹⁰⁵規定：「依照本規則，仲裁庭得依其認為適當之方式進行仲裁程序，惟當事人應公平對待雙方當事人，並在程序之任何階段均給予其充分陳述案情之機會。」

第五節 小結

證據法則既屬仲裁程序之一環，故其應受當事人或仲裁庭所選定之程序規則所支配。在當事人自治原則下，雙方當事人可能選擇機構仲裁規則或聯合國商務仲裁規則做為仲裁證據調查程序之依據，亦可能選擇內國仲裁法之規定，或依個案之獨特情況，選擇與前兩者均不同之獨特證據法則。惟在大部分情況下當事人通常未約定證據法則，而委由仲裁庭依其專業與經驗決之。

無論是由當事人或仲裁庭選擇特定之證據法則做為仲裁程序之基礎，有許多因素均可能影響其擇定，此時應同時注意仲裁地法與仲裁程序準據法之強行規定，以免在仲裁判斷做成後之執行階段面臨額外之障礙，影響仲裁制度之效率。此外，考量到證據調查程序之進行可能與仲裁人、兩造當事人或律師團之法系背景休戚相關，就證據法則各議題之探討，不能忽略不同立法例形成之法律文化脈絡，否則難以觸及問題之核心。

(a) *The arbitrator may conduct the arbitration in such manner as the arbitrator considers appropriate* (emphasis added) so as to aid in the fair and expeditious disposition of the proceeding. The authority conferred upon the arbitrator includes the power to hold conferences with the parties to the arbitration proceeding before the hearing and to determine the admissibility, relevance, materiality and weight of any evidence.

UNIF. ARB. ACT § 15 (2000).

¹⁰⁵ Article 16 - Conduct of the Arbitration

1. *Subject to these Rules, the tribunal may conduct the arbitration in whatever manner it considers appropriate*, provided that the parties are treated with equality and that each party has the right to be heard and is given a fair opportunity to present its case.
2. The tribunal, exercising its discretion, shall conduct the proceedings with a view to expediting the resolution of the dispute. It may conduct a preparatory conference with the parties for the purpose of organizing, scheduling and agreeing to procedures to expedite the subsequent proceedings.
3. The tribunal may in its discretion direct the order of proof, bifurcate proceedings, exclude cumulative or irrelevant testimony or other evidence and direct the parties to focus their presentations on issues the decision of which could dispose of all or part of the case.
4. Documents or information supplied to the tribunal by one party shall at the same time be communicated by that party to the other party or parties.

International Dispute Resolution Procedures – International Arbitration Rules of International Centre for Dispute Resolution and American Arbitration Association, Mar. 1, 2008, art. 16, <http://www.adr.org/sp.asp?id=33994> [hereinafter ICDR International Arbitration Rules].

第三章 國際商務仲裁程序之證據容許性與舉證責任之分配

第一節 緒論

當事人提起國際商務仲裁之主要目的，係在解決具體爭議，糾紛所適用之實體法或衡平原則固然重要，然而，除了實體事項外，仲裁進行之程序本身不僅會影響最終判定之結果，也涉及為仲裁所付出時間與金錢成本之考量，其中證據法則因會直接影響到系爭事實之認定與特定主張成立與否之判斷，故尤其扮演著舉足輕重的角色。相較於仲裁程序之其他環節，證據法則因高度涉及技術性，且通常與仲裁庭事實認定的裁量過程息息相關，更增添其複雜與多變之性質。

本章先就證據法則下個別獨立議題之性質加以釐清，確認其究屬程序性事項或實體事項，並以其為本，探討英美法系與大陸法系傳統理論對於國際商務仲裁實務之一般性影響，次就國際仲裁下證據容許性與舉證責任概念等進一步論述，為第四章針對個別證據方法特性之探討奠下基礎。

第二節 證據法之性質—實體事項或程序事項？

證據法則為認定具體個案事實，以適用具體法律或衡平原則做成仲裁判斷之基礎，屬國際仲裁之重要部分。為瞭解證據法則之特色、其應適用之法律或規則來源(source of law)，進而避免仲裁判斷做成後執行階段可能遭遇之障礙，似有必要首先澄清證據法則之性質，以做為後續論述之基礎，蓋證據法則雖在仲裁程序中扮演重要的角色，惟就性質而言，究屬程序事項與實體事項，並非毫無爭議。

實體事項與程序事項之區別，係國際私法研究中爭執不休之議題。依照國際私法之傳統理論，關係到實體權利義務存否之實體事項應依選法法則適用所擇之準據法(*lex causae*)，而涉及實現該權利方法之程序事項則嚴格準據法庭地法¹⁰⁶。但程序事項與實體事項之間實際上很難清楚地劃分，目前也不存在任何能夠以一貫之做出區隔的具體標準¹⁰⁷。實體事項與程序事項之界線，毋寧是因為不同法域

¹⁰⁶ DICEY ET AL., *supra* note 31, at 176. ADRIAN BRIGGS, THE CONFLICT OF LAW 33-34 (2002). J. G. COLLIER, CONFLICT OF LAWS 60 (2001). PETER NORTH & J.J. FAWCETT, PRIVATE INTERNATIONAL LAW 67-68 (2004).

¹⁰⁷ DICEY ET AL., *supra* note 31, at 178. NORTH & FAWCETT, *supra* note 106, at 70.

之政治、經濟，及社會文化等背景，可能隱含不同之政策考量，進而影響同一事項之性質歸屬¹⁰⁸。

在國際仲裁之範疇，雖有去內國化理論主張仲裁程序準據法不必然受仲裁地之法律所支配，因此傳統涉外民事訴訟之「程序依法庭地法原則」無法完全套用至國際仲裁，然而，若考量到國際仲裁之實體法律關係準據法與仲裁程序準據法間仍存在區分之具體需求，而可能分別適用不同之法律或準則，則證據蒐集與調查等性質究屬於實體事項或程序事項，即直接影響到其應具體適用之法規範，該性質之區分在理論及實務上均具有一定之重要性，故以下分別就證據法則各層面加以論述。

第一項 通論

簡言之，在國際私法理論下，傳統民事訴訟準據法之基本適用標準，乃是實體關係準據法決定系爭實體權利義務事實，而法庭地法則決定該等事實應如何被證明等程序事項¹⁰⁹。因此，證據法則通常被認為屬於程序事項，而在訴訟中受法庭地法支配¹¹⁰。故無論是證人適格、某項事實是否要求必須以書面證之、某項證據是否能證明特定事實等，均由法庭所在地法決定，亦即依尋求救濟而執行賠償之法院地法為之¹¹¹。然而，並非所有與證據相關之事項均屬程序事項之範疇，惟有具有技術性與程序性質者始屬之¹¹²。

就此，首先應釐清文件或契約之解釋與其證明間之區別。關於必須仰賴特定證據以證明系爭事實者，所爭文件本身內容之解釋，屬於實體權利義務之一環，應依實體關係適用之法律決之；至於該文件之存否或真偽等爭議，則屬於證明之程序事項，依照法庭地法決定¹¹³。例如，在一件原告於英國請求被告履行支付運

¹⁰⁸ ERNEST G. LORENZEN & GEORGE W. STUMBERG, CASES AND MATERIALS ON THE CONFLICT OF LAWS 263 (1951).

¹⁰⁹ Loutchansky v. Times Newspapers Ltd (Nos 2 to 5) [2001] EWCA Civ. 1805, [2002] Q.B. 783, at [86]. DICEY ET AL., *supra* note 31, at 184.

¹¹⁰ DICEY ET AL. *id.* 183.

¹¹¹ Brain v. Whitehaven Rly Co (1850)3 HL Cas 1 at 19; *Mahadevan v Mahadervan* [1964] P 233 at 243; *Re Fuld's Estate* (No 3) [1968] P 675 at 697-698. NORTH & FAWCETT, *supra* note 106, at 75.

¹¹² *Mahadevan v. Mahadervan* [1964] P 233 at 243. DICEY ET AL., *supra* note 31, at 184.

¹¹³ DICEY ET AL. *id.* 185. NORTH & FAWCETT, *supra* note 106, at 75-76. COLLIER, *supra* note 106, at 63.

費義務之案件中，雙方當事人在雅加達訂定傭船契約，並經公證記載在冊。於運費到期訴請給付時，法院認為，傭船契約中特殊技術用語之意涵為何，應依據實體關係準據法探求當事人之意思或解釋契約，但該傭船契約存否本身則應循法庭地之英國法證明，既然原告無法將爪哇政府之公證記載冊呈於庭上，則其影本若經由當地官員之認證或雙方肯認授權之人證明，則依照英國法可被容許做為證據，而原告之所以敗訴，乃因其未能依該方式證明傭船契約之存在¹¹⁴。此於「法定證據法則」適用之情形尤其明顯，應與契約之解釋問題相區隔。前者係指某證據方法之證據價值(證據力)，或證據原因(證據方法與辯論之全意旨)之證明力，在法院認定事實時，對其自由心證加以一定之拘束，而與要件事實之解釋適用並不相同¹¹⁵。例如，在英國法下，若為書面契約之情形，則該書面是決定當事人欲將何條款納入契約之最重要的標準，因此其它用以推翻該書面之口頭證據，在英國法下均不被允許採納為證據。然而，若有其他口頭證據證明當事人在特定種類契約中，習慣性地將某些條件納入，則亦承認該口頭證據之英國法原則，由於其屬契約之解釋問題，而非證明之問題，故不當然因為法庭地為英國而得以適用¹¹⁶。

在國際仲裁之領域，就特定事項究屬實體或程序之性質，原則上與傳統國際私法上分類之考量似無二致。若為如何證明系爭事實之方法與過程之規範，應屬程序事項，而受到仲裁程序準據法之支配，故證據法則原則上亦被認為屬於程序事項，而與仲裁程序準據法、仲裁程序規則等密切相關，在目前去內國化理論尚未被完全接受之現實下，亦可能與仲裁地之法律維持一定之糾葛，或至少受仲裁地法之強行規定所規範。惟關於證據法則下之個別議題，可能因其所涉內容而被歸類於不同之性質，故本文以下將就常被提出討論之數個特殊議題加以論述，進行更細緻之分析。

第二項 證據容許性之實體/程序爭議問題

¹¹⁴ Brown v. Thornton (1837) 6 Ad & E1 185. NORTH & FAWCETT *id.* at 75-76.

¹¹⁵ 駱永家，「民事舉證責任論」，頁 128-129，台灣商務印書館，1972 年。

¹¹⁶ Korner v. Witkowitzer [1950] 2 KB 128 at 162-163, [1950] 1 All ER 558 at 575-576. NORTH & FAWCETT, *supra* note 106, at 77.

關於特定證據是否能被接受做為佐證或推論，以導出待證事實之證據容許性(admissibility)問題，通常被認為屬於程序事項¹¹⁷。因此，某書證是否能被當做證據，在訴訟上應由法院依法庭地法決定，而非依照實體關係準據法為之。相反地，某些證據，例如外國文件之影本，或未蓋印花之文件，雖然依照實體準據法或得採為證據，惟其既屬程序事項，若依法庭地法應被排除，則亦不得用以支持其主張¹¹⁸。口頭證據若用以推翻、增補或變動書面證據所證之事實內容，因屬書證真實性問題，故亦為程序事項¹¹⁹。

證人是否適格及其能力，或得否主張拒絕證言，均屬於程序事項¹²⁰，蓋其均屬於待證事實之證明方法，具有程序與技術之性質。惟應與其嚴格區分者，係決定該能力或拒絕證言資格之前提，例如證人與當事人間是否有婚姻關係，此類實體法律關係存否之問題，應先依照個案之實體準據法決定，嗣後始生依程序準據法採納證據之問題¹²¹。

因此，整體而言，於國際仲裁領域此等證據容許性之議題，歸類為程序事項，原則上由程序準據法或程序規則支配。

第三項 舉證責任之實體/程序爭議問題

就舉證責任而言，大陸法系國家多採程序法說，認為其屬於程序法之範疇¹²²，蓋舉證責任為傳統訴訟程序之一環，於程序進行中，雙方當事人各自蒐集對其有利之事實證據，呈於審判程序進行調查，若窮盡已調查之事證，法院最終仍無法認定事實之真偽時，則由負舉證責任之一方承受不利益，換言之，舉證責任

¹¹⁷ BRIGGS, *supra* note 106, at 34.

¹¹⁸ DICEY ET AL., *supra* note 31, at 184. COLLIER, *supra* note 106, at 63.

¹¹⁹ 亦即，區分”the extrinsic evidence adduced to interpret a written document”與”the extrinsic evidence to add to, vary or contradict a written document”，前者為解釋問題，屬於實體事項，後者為證明問題，屬於實體事項。 DICEY ET AL., *id.* at 185. COLLIER, *id.* at 63.

¹²⁰ DICEY ET AL., *id.* at 184.

¹²¹ *Id.*

¹²² 例如，匈牙利與中華民國均在民事訴訟法中具體規定舉證責任之原則，乃採程序法說，參照：駱永家，「民事舉證責任論」，頁 64，台灣商務印書館，1972 年。姜世明，「舉證責任與證明度」，頁 128-129，國立政治大學法學叢書，2008 年。中華民國民事訴訟法 277 條規定：「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限」，係我國關於主觀舉證責任之規定，茲供參考，。

之分配並非直接影響當事人實體法上權利義務，而係做為紛爭解決程序之進行準則，故被歸類為程序事項。惟在英美法之概念中，舉證責任分配之原則不僅僅關係到如何呈現案件之程序，倘若著眼於舉證責任事項亦實質影響到最終事證之認定及判決內容之做成，則具有實體事項之性質，應與規定實體要件事實之法條屬同一法域，是為實體法說¹²³。

本文認為，糾紛之解決既仰賴程序規範與實體規範之配合，最後的法院判決或仲裁判斷之內容必然同時受到程序法與實體法支配，若僅因舉證責任最終可能影響到權利義務之歸屬，即認為其屬於實體事項，則程序法與實體法間分野之灰色地帶似將無限擴大，界線亦更模糊不清。事實上，所有程序事項均可能影響最終仲裁判斷內容，無論是仲裁人之選任、仲裁程序規則之選擇、詢問程序之通知、審理之順序、證據調查之方式，均可能影響最後權利義務歸屬之認定，其間之差異也僅是程度之區別而已，因此，不論密切程度而僅關注是否可能影響到最終結果的論理，似仍有商榷之餘地。就此，若考量到舉證責任牽涉到事實認定之議題，乃在推演三段論法中抽象法規範之「大前提」套用至個案事實之「小前提」的概念¹²⁴，其並非僅為實體權利義務關係之抽象靜態歸屬，而是事後認定已發生案件事實存否與真偽之動態準則，似乎仍宜認其具有相對明顯之程序性質，而屬於程序事項。在國際仲裁之範疇，舉證責任之分配與在傳統民事訴訟領域相似，同屬個案事實真偽之認定過程，宜歸類為程序事項，則同受仲裁程序規則與仲裁程序準據法支配。

第四項 推定之實體/程序爭議問題

¹²³ Leo Rosenberg 著，莊敬華譯，「證明責任論」，頁 81-94，中國法制出版社，2002 年。Peter V. Eijsvogel, *General Synthesis Report, in EVIDENCE IN INTERNATIONAL ARBITRATION PROCEEDINGS 3, 5* (Peter V. Eijsvogel eds., 1994). 英美法原則上採實體法說，惟亦有部份不同意見認為應採程序說：Robert B. von Mehren, *Burden of Proof in International Arbitration, in PLANNING EFFICIENT ARBITRATION PROCEEDINGS – THE LAW APPLICABLE IN INTERNATIONAL ARBITRATION, supra note 23, 123, 126.* Karl-Heinz Böckstiegel, *Presenting, taking and Evaluating Evidence in International Arbitration, in HANDBOOK ON INTERNATIONAL ARBITRATION & ADR, 137, 138* (Thomas E. Carboneau et al. eds., 2006). DICEY ET AL., *supra note 31, at 188.* NORTH & FAWCETT, *supra note 106, at 78.* COLLIER, *supra note 106, at 61.* BRIGGS, *supra note 106, at 34.*

¹²⁴ Leo Rosenberg 著，莊敬華譯，同前註，2002 年。

推定(presumption)究屬實體或程序之事項，因其不同種類之性質及法律效果而可能獲致不同之結果¹²⁵。首先，事實上推定(presumptions of fact)指為證明系爭事實，而由事實之審判者基於經驗法則與論理法則之蓋然性，從證據或間接事實推認應證事實之情形，嚴格而言，乃法官運用自由心證之事實認定過程，與狹義之舉證責任概念不同¹²⁶。我國民事訴訟法第 282 條規定：「法院得依已明瞭之事實，推定應證事實之真偽」，即屬此類事實上推定。事實上之推定實乃法官認定事實之內在過程，為判斷權利義務歸屬之方法與過程，具有程序之性質，應依法庭地法決定得考量之事項進而認定事實之真偽¹²⁷。

在國際仲裁案件，無論是法律仲裁或衡平仲裁，仲裁庭均須認定事實以做成仲裁判斷，同樣會經過事實上推定之過程，由於其屬於事實如何被證明之過程，故為程序事項，應受仲裁程序準據法與程序規則支配。

法律上推定則可區分為得不得舉反證推翻(irrebuttable presumptions of law)與得舉反證推翻者(rebuttable presumptions of law)。前者係指為證明某待證事實，事實審判者於前提要件具備之情況下，必須判斷該事實之存否，且無從舉反證推翻，相當於大陸法系之「擬制」或「視為」之規定¹²⁸。此種推定通常被認為由實體準據法所支配者¹²⁹，蓋該推定已非經由證據裁量認定事實或權利之存否，而乃直接密切影響到實體權利義務之歸屬，與實體關係休戚相關。後者則係指於前提要件滿足時，事實審判者應做出就事實之存否做出特定判斷，惟當事人亦得舉反證推翻之，我國民事訴訟法第 281 條規定即屬此類推定之訴訟法上效果。此類推定究屬實體事項或程序事項，有認為其既以各個實體規定之要件事實為對象，為舉證責任規範之重要環節，故應屬於實體事項¹³⁰。亦有主張程序法說者，或認為

¹²⁵ NORTH & FAWCETT, *supra* note 106, at 78.

¹²⁶ 邱聯恭，「口述民事訴訟法講義(三)」，頁 188，2003 年。

¹²⁷ 例如，我國民事訴訟法第 222 條第 1 項規定：「法院為判決時，應斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，依自由心證判斷事實之真偽」，故若我國為法庭地時，法官應依該條規定得考量之事項，加以認定事實。

¹²⁸ 駱永家，「民事舉證責任論」，頁 121-124，台灣商務印書館，1972 年。

¹²⁹ DICEY ET AL., *supra* note 31, at 189. NORTH & FAWCETT, *supra* note 106, at 78.

¹³⁰ 駱永家，「民事舉證責任論」，頁 139，台灣商務印書館，1972 年。

推定為法定證據法則，或注重其訴訟法上機能，而認為其應屬程序事項¹³¹。亦有學說認為其性質難以一概而論，而應考量其種類不同而可能具有不同之特性與歸屬，其中較具爭議之婚姻有效性、或死亡推定等，目前似乎較具實體性質，而由依實體準據法決之¹³²。

於國際仲裁實務上，法律上推定亦可能出現，蓋當事人所選擇之特定準據法亦可能包含推定之規定，使當事人僅須證明前提事實，即可免於直接證明要件事實或權利本身¹³³。惟關於特定事實或權利推定之規定，通常涵蓋在實體法之文本中，具體規範其事實或權利存否之法律效果，實際上具有一定程度之實體性質，故本文就此不多加論述，而將重點放在證據法則之其餘部分。

第三節 大陸法系與英美法系間之交錯互動與其對國際商務仲裁之影響

英美法系與大陸法系對於民商事之糾紛解決途徑有著相當之差異，來自不同法域之仲裁人或律師本著對不同糾紛解決規定之認知，反映在國際仲裁上即可能是截然不同之兩套系統¹³⁴，對於國際仲裁實務具有重要之影響。英美法系與大陸法系之粗略區分，雖然可能招致過於蓋括化以致於無法具體呈現兩法系內各國差異之風險¹³⁵，然而總體而論，兩大法系之內部對於證據法則各項議題依然具有相當程度之同一性，足以正當化此種以分析目前國際商務仲裁趨勢為目的而做出之區分¹³⁶，更何況在國際仲裁之參與者均可能或多或少被其所熟悉之法系影響之前提下，對於此兩大法系關於證據法則處理方式之瞭解，亦某程度忠實地反映了實務上可能遇到的狀況與困境，可供做為研究仲裁程序與證據議題之基礎。

¹³¹ 同前註，頁 139-140。

¹³² DICEY ET AL., *supra* note 31, at 189-190. NORTH & FAWCETT, *supra* note 106, at 78.

¹³³ 就此，若前提要件滿足後，所推論者非要件事實，而係直接推定權利狀態之法律關係，則稱為「法律上權利推定」，例如民法第 817 條第 2 項規定即屬之。嚴格而言非屬證據法則之範疇，因證據法則僅以事實為對象，不以權利之存否為直接對象，而法律上權利之推定則是受利益之一方舉證僅須前提事實後，無須就該權利發生之原因事實(構成要件事實)本身負舉證責任。參照：邱聯恭，「口述民事訴訟法講義(三)」，頁 188-189，2003 年。駱永家，「民事舉證責任論」，頁 143，台灣商務印書館，1972 年。

¹³⁴ 英美法與大陸法對於國際仲裁證據法則處理上的差異，請參照：Paolo Michele Patocchi & Ian L. Meakin, *Procedure and the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration: The Interaction of Civil Law and Common Law Procedures*, 7 INT'L BUS. L.J. 884, 884-895 (1996).

¹³⁵ Ronald R. Allen, Jr, *Overview: the Common Law Systems*, in EVIDENCE IN INTERNATIONAL ARBITRATION PROCEEDINGS, *supra* note 123, 15, 15.

¹³⁶ REDFERN & HUNTER ET AL., *supra* note 1, at 295-296.

英美法國家之傳統訴訟理論認為，法官被認為是「裁判之競賽員(umpire/referee)」，其立場超然而不介入雙方當事人之主張與證據調查。法官傾聽當事人詰問證人、聘任專家與調查書證，不主動參與證據調查程序之組織與進行，公正地執行證據法則之規定，並最終依照庭上所呈證據，決定何人之主張較為有理，下判決以終結紛爭¹³⁷，此為當事人對審制(adversary system)。在最「純粹」之對審制度下，當事人必須獨自建立有利於己之主張，而不得仰賴對造之協助，然而，此種設計在某些情況可能減損實質正義，例如一方當事人對於接近證據之機會明顯不如對造之情形；在現代對審制度下，事證開示制度(discovery)則能盡量避免此種不對等的訴訟障礙產生¹³⁸。

大陸法系則除少數具有公益考量之訴訟事件係採職權探知主義外，一般民事訴訟案件均依辯論主義加以審理。辯論主義之具體內涵，學說上將其具體化為三面象之命題，第一命題係當事人未提出之事實，法院不得做為判決之基礎，第二命題係當事人間所不爭執之事實，無庸舉證，且法院應受其拘束，第三命題係法院不得依職權調查證據，其得調查之範圍以當事人聲請者為限¹³⁹。然而，相對於英美法系，法官於證據調查過程較為積極主動，不僅是像英美法上被動聽審，並且得主動訊問證人、聘請專家及主導證據調查程序之進行，且大陸法系法官亦較不受技術性之證據規則所拘束¹⁴⁰。惟此種法官積極介入組織證據調查程序之角色，並非指法官得無受限制地收集證據，調查超出當事人舉證範圍之資料，此與部分英美法系學者對於大陸法系民事訴訟制度屬職權進行制(inquisitional system)之認知有所差距¹⁴¹。

¹³⁷ 參照：黃國昌，比較民事訴訟法下的當事人圖像—由審理基本原則、證據收集權及證明度切入，政大法學評論第 76 期，頁 222-240，2003 年 12 月。

¹³⁸ LARRY L. TEPLY ET AL., CIVIL PROCEDURE: CASES, TEXT, NOTES, AND PROBLEMS 11-12 (2007).

¹³⁹ 參照：黃國昌，比較民事訴訟法下的當事人圖像—由審理基本原則、證據收集權及證明度切入，政大法學評論第 76 期，頁 240-248，2003 年 12 月。

¹⁴⁰ REDFERN & HUNTER ET AL., *supra* note 1, at 295.

¹⁴¹ Hein Kötz, *Civil Justice Systems in Europe and United States*, 13 Duke J. Comp. & Int'l L. 61, 66-67 (2003). 此種誤解之原因可能係混淆證據調查與證據蒐集兩個不同之概念所致，有論者認為在大陸法系下，「挖掘事實主要是法官之工作(Digging for facts is primarily the work of the judge.)」，此應指對當事人已主張之證據進行各種證據方法之調查而言，法官積極介入證據調查程序而認定事實之真偽，惟無論如何大陸法系下法官並非全能之事證蒐集者，而仍應受辯論主義

雖然英美法系與大陸法系傳統上對於裁判者之角色有不同之定位，前者較為消極被動，後者較為積極主動，然而，部分英美法系國家，例如英國修法後對於法官之角色已從單純之聽審裁判，轉換成「案件之管理者(case manager)」¹⁴²，顯示即便是在訴訟制度上，英美法與大陸法系本身亦呈現某程度之融合，而非若想像中地壁壘分明。進而觀之，在國際仲裁實務上，更是採取彈性而務實之路徑，仲裁庭既享有高度之裁量權，得依情形決定介入證據調查過程之程度。一般而言，有經驗之國際仲裁人處理證據議題之方式，不受意識型態所控制，而毋寧是依個案情形(case-driven)選擇最適當之方式為之¹⁴³。事實上，目前無論是國際仲裁機構之規則或仲裁庭實務上所為之決定，通常均融合英美法與大陸法之特徵，以效率與彈性為關鍵考量，避免過地嚴格地適用證據法則¹⁴⁴，在彈性特徵未喪失之前提下，兩種法系可為和諧相處，以解決具體紛爭¹⁴⁵。例如，英國 1996 年仲裁法第 34(2)(h)¹⁴⁶條規定，關於程序與證據事項，仲裁庭得自行決定是否主動介入確認事實與法律，以及介入之程度。此種立法模式實質上採納了大陸法系之特質，使仲裁庭於個案有實際需求時，得以積極主動調查證據，維持了仲裁制度之彈性與效率¹⁴⁷。另外，國際商會仲裁規則第 20 條第 1 項亦規定：「仲裁庭應採用適當的方法在盡可能短的時間內確定案件事實」¹⁴⁸，某程度藉由賦予仲裁庭以其認為適當方式介入證據調查，達到與大陸法系相似之主導作用，使仲裁庭之積極主動行為有了具體依據。然而，採行此種主動而具效率制度之同時，必須注意做

之拘束。See John H. Langbein, *The German Advantage in Civil Procedure*, 52 U. Chi. L. Rev. 823, 827 (1985). John H. Langbein, *Trashing the German Advantage*, 82 Nw. U. L. Rev. 763, 768-769 (1987-1988).

¹⁴² *Id.*

¹⁴³ Julian D.M. Lew & Laurence Shore, *Common law versus Civil law*, in HANDBOOK ON INTERNATIONAL ARBITRATION & ADR, *supra* note 123, 45 (Thomas E. Carbonneau et al. eds., 2006).

¹⁴⁴ Pietrowski, *supra* note 10, at 408. See also MOSES, *supra* note 25, at 151.

¹⁴⁵ Lew & Shore, *supra* note 143, at 45.

¹⁴⁶ Arbitration Act 1996, U.K., June 17, 1996, § 34(2)(h), http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1996/ukpga_19960023_en_1#Legislation-Preamble (last visited Apr. 14, 2009).

¹⁴⁷ 英國 1996 年新仲裁法之各項討論，請參照：陳煥文，論英國 1996 年新仲裁法，商務仲裁第 49 期，頁 31-52, 1998 年 3 月。HENRY BROWN & ARTHUR MARRIOTT, ADR PRINCIPLES AND PRACTICE 53-54 (2002).

¹⁴⁸ ICC Rules of Arbitration, *supra* note 2, art. 20.1.

為仲裁庭認定事實基礎之相關資料，應對當事人充分揭露，使其得提出異議或進一步調查¹⁴⁹。此外，採取大陸法系對於程序進行之階段性區分(stage-by-stage)方式者，在仲裁實務上亦有逐漸增加之趨勢，其原因可能是國際貿易糾紛案情複雜，且所涉事項多屬高度技術性，此種程序有助於抽絲剝繭，系統性地解決紛爭¹⁵⁰。

承此邏輯，國際商務仲裁似乎並未絕對地偏向任一法系，而仍秉持個案裁量之原則，容許依具體需求調整證據調查程序之進行方式，故學界雖不乏國際仲裁需要更具體而普遍的證據法則之呼聲¹⁵¹，亦有認為實務上已經逐漸形成對特定議題處理程序之可能性範圍的共識¹⁵²，惟在該範圍內仍屬仲裁庭之裁量權，若要主張仲裁庭所決定之程序—無論是偏向英美法或大陸法系—不符公平原則或不為當事人所接受，成功機會機率不高¹⁵³。

第四節 國際商務仲裁之證據容許性與證據方法

第一項 證據容許性

相較於內國訴訟制度，由經驗豐富之仲裁人所組成之國際仲裁庭，無論其出身於大陸法系或英美法系，均傾向於將焦點放在決定爭議所必要事實之建立上，而不願先驗地受到規範證據能力之證據法則所拘束，阻礙其可能藉以獲致紛爭解決結果之任何管道¹⁵⁴。換言之，國際商務仲裁實務對於證據之調查，基本上採取相當彈性之途徑¹⁵⁵，通常委由仲裁庭依照個案情況決定，其中尤其對於證據能力或證據容許性之要求並不嚴格，英國 1996 年仲裁法第 34(2)(f)條¹⁵⁶即明文反映此種態度。

就具體適用而言，例如利害關係人或當事人本人之證詞雖然在英美法系下可

¹⁴⁹ Lew & Shore, *supra* note 143, at 37, 39. See also DERAINS & SCHWARTZ, *supra* note 84, at 272.

¹⁵⁰ Patocchi & Meakin, *supra* note 134, at 894.

¹⁵¹ Patocchi & Meakin, *supra* note 134, at 895.

¹⁵² Siegfried H. Elsing & John M. Townsend, *Bridging the Common Law Civil Law Divide in Arbitration*, 18(1) ARB. INT'L 1, 7 (2002).

¹⁵³ *Id.*

¹⁵⁴ REDFERN & HUNTER ET AL., *supra* note 1, at 296.

¹⁵⁵ *Id.*

¹⁵⁶ Arbitration Act 1996, U.K., *supra* note 146, § 34(2)(f).

做為證據，但在傳統大陸法系下可能不被容許，相對地，國際仲裁實務上，伊朗-美國仲裁庭之案件則採取較折衷之方式，不認為其屬證人(witness)，而將其視為當事人之代表(representative of parties)，得向仲裁庭提供資訊，以做為認定事實之基礎¹⁵⁷。此外，源自英美法下的「傳聞證據(hearsay evidence)」原則上亦不適用，而僅可能影響到仲裁庭對於證據價值之衡量¹⁵⁸。甚至有學者認為，無論拒絕證據容許性之理由為何，拒絕之判斷本身即會使人產生形式主義之印象，而減損仲裁判斷之可信度，無論如何應盡量避免¹⁵⁹。

許多仲裁機構規則或仲裁法均將證據容許性之問題委由仲裁庭依具體情形裁量決定，例如，聯合國貿易法委員會仲裁規則第 25.6 條¹⁶⁰規定：「仲裁庭應決定證據容許性、相關性、重大性與重要性。」倫敦國際仲裁院仲裁規則第 22.1 (f) 條¹⁶¹規定：「除非當事人另有書面約定，否則仲裁庭有權決定…(f)關於證據容許性議題是否適用嚴格之證據法則(或其他規則)…」IBA 國際商務仲裁證據採納規則第 9.1 條¹⁶²規定：「仲裁庭應決定證據容許性、相關性、重大性與重要性。」此外，聯合國貿易法委員會國際商務仲裁模範法第 19.2 條¹⁶³、美國統一仲裁法

¹⁵⁷ REDFERN & HUNTER ET AL., *supra* note 1, at 297, 306-307. See also W Jack Buckamier v The Islamic Republic of Iran, Award No. 528-94 1-3 (6 Mar 1992), reprinted in 28 Iran-US CTR 53, 74-76.

¹⁵⁸ DAVID D. CARON ET AL., THE UNCITRAL ARBITRATION RULES: A COMMENTARY 622 (2006). MOSES, *supra* note 25, at 167. Pietrowski, *supra* note 10, at 380-381.

¹⁵⁹ KAZAZI, *supra* note 11, at 189.

¹⁶⁰ *The arbitral tribunal shall determine the admissibility(emphasis added), relevance, materiality and weight of the evidence offered.*

UNCITRAL Arbitration Rules, *supra* note 15, art. 25.6.

¹⁶¹ Article 22 - Additional Powers of the Arbitral Tribunal

22.1 Unless the parties at anytime agree otherwise in writing, *the Arbitral Tribunal shall have the power*, on the application of any party or of its own motion, but in either case only after giving the parties a reasonable opportunity to state their views:

(f) *to decide whether or not to apply any strict rules of evidence (or any other rules) as to the admissibility(emphasis added), relevance or weight of any material tendered by a party on any matter of fact or expert opinion: and to determine the time, manner and form in which such material should be exchanged between the parties and presented to the Arbitral Tribunal.*

LCIA Arbitration Rules, *supra* note 85, art. 22.1 (f).

¹⁶² Article 9 Admissibility and Assessment of Evidence

1. *The Arbitral Tribunal shall determine the admissibility(emphasis added), relevance, materiality and weight of evidence.*

IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration, June 1, 1991, art. 9.1, http://www.asser.nl/ica/documents/cms_ica_4_1_IBA_ROE2.pdf (last visited Apr. 5, 2009) [hereinafter IBA Rules on the Taking of Evidence].

¹⁶³ Article 19 Determination of rules of procedure

(2) Failing such agreement, the arbitral tribunal may, subject to the provisions of this Law, conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate. *The power conferred upon the arbitral tribunal*

第 15(a)節¹⁶⁴等均有類似之規定。

在我國仲裁法雖無具體規範證據容許性之條文，惟依第 19 條規定，「當事人就仲裁程序未約定者，適用本法之規定；本法未規定者，仲裁庭得準用民事訴訟法或依其認為適當之程序進行。」¹⁶⁵。就此，值得注意之問題為「得準用民事訴訟法」之規定，此與聯合國國際商務仲裁模範法未提及內國民事訴訟程序規範之立法模式大相逕庭。關於程序事項，若本法未規定，則仲裁庭得準用民事訴訟法或採用其他適當之程序，雖然法條文仲裁庭規定「得」準用，而非「應」準用，但將民事訴訟程序與仲裁程序並列似乎仍忽略了兩種程序本質上的不同，容易被誤解與濫用。再者，「準用民事訴訟法」與「適用其認為適當之程序」兩者既然並未區分位階，而均屬仲裁庭之權限，則若民事訴訟法之規定對仲裁而言亦屬適當之程序，即使條文中未規定「得準用民事訴訟法」，仲裁庭亦得認其為適當程序而直接適用於仲裁案件，由此可知，「準用民事訴訟法」之規定似乎非屬必要¹⁶⁶。故本文認為，仲裁庭不應就一切事項均直接依照民事訴訟法之規定決定仲裁程序，即使欲參酌民訴法之規定，亦應注意該規定之內容與仲裁之性質是否相符，惟有在該規定適用於仲裁程序並不妨礙仲裁之特性與優點，而屬於「仲裁庭認為適當之程序」時，始能酌情採納民事訴訟法規定之實質內容。因此，就證據容許性議題，於當事人未約定時，由於仲裁法欠缺具體規定，即委由仲裁庭依

includes the power to determine the admissibility(emphasis added), relevance, materiality and weight of any evidence.

UNCITRAL Model Law, *supra* note 2, art. 19.2 .

¹⁶⁴ SECTION 15 ARBITRATION PROCESS

(a) The arbitrator may conduct the arbitration in such manner as the arbitrator considers appropriate so as to aid in the fair and expeditious disposition of the proceeding. The authority conferred upon the arbitrator includes the power to hold conferences with the parties to the arbitration proceeding before the hearing and to *determine the admissibility(emphasis added), relevance, materiality and weight of any evidence.*

UNIF. ARB. ACT § 15(a) (2000).

¹⁶⁵ 中華民國仲裁法第 19 條。

¹⁶⁶ 更顯著之例子即為我國仲裁法第 27 條規定，文書之送達準用民事訴訟程序，換言之，就送達之部分而言，若當事人未約定，仲裁庭「應」適用民事訴訟法有關送達之規定，此種立法方式衍生許多問題，並使仲裁程序具有彈性的特質大打折扣，不利我國仲裁制度之發展。相關文獻請參照：藍瀛芳，仲裁文書送達程序的準用民事訴訟法問題，仲裁季刊第 59 期，頁 63-70，2000 年；陳煥文，論新仲裁法中仲裁程序準據法之適用順位，全國律師雜誌，頁 12-15，1999 年；林俊益，「仲裁法之實用權益」，頁 168-169，永然文化，2001 年初版。

具體情況裁量決定其認為對仲裁適當之規定，而未必須準用民事訴訟法之規定。

此類規定顯示了嚴格的證據法則並不適合適用於國際仲裁領域¹⁶⁷。在 W Jack Buckamier v The Islamic Republic of Iran 案中仲裁庭也明確表示，在國際仲裁案件中不能讓一方當事人的內國法規或慣例凌駕於另一方之上，故無論是口頭證據或宣誓書等均傾向被肯定其證據容許性，而僅在證據調查後由仲裁庭小心地衡量其所代表之證據價值，此為國際仲裁實務上考量個案特殊性所採取之折衷而實際的模式¹⁶⁸。考量到國際仲裁實務上此種彈性適用之證據容許性概念，英美法系之律師在處理國際仲裁案件時必須特別注意，避免其法律上主張過度仰賴證據容許性之技術法則，其中又以證人之部分尤甚；相對而言，若仲裁人均來自英美法系，或欠缺處理國際商務仲裁案件之足夠經驗時，大陸法系之律師亦應注意支持其主張事實之證據是否在仲裁人熟悉之法系下不被容許或欠缺證據能力¹⁶⁹。

惟須注意的是，此種原則亦非完全沒有限制，在一些例外情況下，亦仲裁庭也可能限制證據之容許性。例如在已設定提交書面證據之嚴格期限之情形，如當事人提交證據有重大遲延時，仲裁庭通常拒絕接受該等證據；或涉及當事人在仲裁程序前談判之機密資訊，也通常被認為不具容許性而拒絕採納之¹⁷⁰。

除此之外，在證據採納之實際適用準則上，IBA 國際商務仲裁證據採納規則第 9.2 條亦有詳細之排除事由，可供當事人與仲裁庭參考¹⁷¹。

¹⁶⁷ CARON ET AL., *supra* note 158, at 622. 陳希佳，「現代仲裁人之比較研究—以機構仲裁為中心」，國立台灣大學法律學研究所論文，頁 52，1998 年。

¹⁶⁸ W Jack Buckamier v The Islamic Republic of Iran, Award No. 528-94 1-3 (6 Mar 1992), reprinted in 28 Iran-US CTR 53, 74-76.

¹⁶⁹ REDFERN & HUNTER ET AL., *supra* note 1, at 296.

¹⁷⁰ CARON ET AL., *supra* note 158, at 622.

¹⁷¹ The Arbitral Tribunal shall, at the request of a Party or on its own motion, exclude from evidence or production any document, statement, oral testimony or inspection for any of the following reasons:

- (a) lack of sufficient relevance or materiality;
- (b) legal impediment or privilege under the legal or ethical rules determined by the Arbitral Tribunal to be applicable;
- (c) unreasonable burden to produce the requested evidence;
- (d) loss or destruction of the document that has been reasonably shown to have occurred;
- (e) grounds of commercial or technical confidentiality that the Arbitral Tribunal determines to be compelling;
- (f) grounds of special political or institutional sensitivity (including evidence that has been classified as secret by a government or a public international institution) that the Arbitral Tribunal determines to be compelling; or
- (g) considerations of fairness or equality of the Parties that the Arbitral Tribunal determines to be

第二項 證據方法

為確認待證事實之存否，以實質認定權利義務之歸屬，仲裁庭必須透過證據調查之過程，獲得事實真偽之心證，在國際仲裁實務上，通常可分為四種證據方法¹⁷²。

- (1) 提出現存之文書證據
- (2) 證人對於事實之證言(包括書面或口頭)
- (3) 鑑定人或專家證人之意見(包括書面或口頭)
- (4) 系爭標的物之勘驗

在具體個案中，當事人為盡其舉證責任，仲裁庭為能認定事實，可能分別或混合使用此四種證據方法。在認知到國際仲裁之仲裁庭對於證據容許性相關法則之要求並不嚴格，而享有高度裁量權之前提下，不同案件之仲裁庭對於各種證據方法之呈現方式也可能存在許多差異，關於國際仲裁機構規則與仲裁法對個別證據方法之規範，本文將於第四章做詳細之論述。

第五節 國際商務仲裁之舉證責任分配

第一項 舉證責任之核心意涵

在傳統民事訴訟中，法官仰賴三段論法，將客觀之法律適用於具體之個案，以解決實際發生之紛爭。首先，法官必須正確了解法秩序中客觀抽象之法律規範，進而將該「大前提」適用於具體案件事實之「小前提」，最後獲致權利義務適用結果之結論¹⁷³。其中，舉證責任的問題係存在於演繹推理的「小前提」認定過程，而其最重要的核心價值，係在窮盡一切證據調查仍無法確定個案事實真實性時，作為如何下判決之指標¹⁷⁴，蓋正如法諺所云：「自由心證之盡頭，即證明責任之開始」，法院既不得拒絕裁判，於事實真偽不明時，自應依循舉證責任之規範做成判決，使當事人得預測法院之行為，並維護通案之公平。故就舉證責任

compelling.

IBA Rules on the Taking of Evidence, *supra* note 162, art. 9.2.

¹⁷² REDFERN & HUNTER ET AL., *supra* note 1, at 297-298.

¹⁷³ 駱永家，同前註，頁1。王澤鑑，「民法總則」，頁48-49，三民書局，2000年。

¹⁷⁴ Leo Rosenberg 著，莊敬華譯，「證明責任論」，頁5-8，中國法制出版社，2002年。

之分配，係以審理後之判決階段事實之真實仍存有爭議為其適用對象之角度觀之，若當事人之主張沒有爭議，或法院對於有爭議主張之真實與否已得特定之心證，則舉證責任並無適用之餘地¹⁷⁵。

惟舉證責任概念之適用，似乎不僅於此而已。在大陸法系傳統理論下，舉證責任包括客觀舉證責任與主觀舉證責任，前者係處理事實真偽不明時不利益之歸屬，後者則著重於訴訟進行中，當事人之舉證活動；就英美法系而言，亦分為證據說服責任與證據提出責任，前者類似於客觀舉證責任之概念，後者則源自於其特有之陪審團與法官間角色分工，為避免陪審團受到誤導，而須由法官先審酌原告提出之證據，達到一定程度始能交由陪審團認定事實，或於無陪審團之情況，由法官認定足以繼續進行訴訟而非以程序駁回。

實則，舉證責任係紛爭解決過程中實體權利義務規範具體化之關鍵。在仲裁程序中，雙方當事人無不竭盡所能提出對己有利之事實、證據，惟仲裁人畢竟並非萬能，倚靠各種證據資料重建已發生之事實，難免有其極限，故舉證責任之分配即在此時發揮作用，將事實真偽不明之不利益歸於負擔舉證責任之一方承擔，使仲裁人仍得以做出判斷，增加仲裁判斷之可預測性。承此，舉證責任之分配會影響到糾爭事實認定，進而與仲裁判斷中當事人之權利義務歸屬密切關聯，屬於仲裁程序中重要之關鍵。

就國際仲裁而言，不能否認其確實某程度承繼民事訴訟上的舉證責任概念，惟做為一種訴訟外紛爭解決方式，仲裁亦有其迥異於訴訟制度之優點，除了更強調當事人之自主選擇外，其程序之彈性與效率更是一大特點。因此，國際仲裁的舉證責任概念不能完全僅以傳統舉證責任之觀點去理解，而應該以「跨國性」與「商務仲裁」兩項特質為標準出發，檢視傳統舉證責任理論之侷限，並正視目前國仲裁實務上存在的缺點與障礙。故本文以下將先討論不同法系下傳統訴訟制度之舉證責任概念，並以其為本，進而論述國際仲裁舉證責任之特殊問題。

¹⁷⁵ 同前註，頁8-9。

第二項 英美法系與大陸法系下常用於國際商務仲裁舉證責任之概念

第一款 英美法下之舉證責任概念

第一目 證據提出責任

英美法下的舉證責任概念，主要可以分為兩種，即證據提出責任(burden of production)與說服責任(Burden of persuasion)。英美法與大陸法系對於舉證責任之意涵與分類有明顯之不同，主要來自於英美法系下獨特之法官(judge)與陪審團(jury)間的權責角色分工。原則上，在英美法之民事訴訟程序中，系爭事實認定或該事實是否該當特定法律要件之適用問題由陪審團決定，而涉及法律爭議者則由法官決定¹⁷⁶。為使非法律專家之陪審團免於受到誤導，而透過此種最低程度之正當程序的要求，以確保事實認定程序之合理性，獲致判決之正當化基礎¹⁷⁷，並促進訴訟之效率¹⁷⁸，故原告必須先提出一定程度之證據，使法官相信確實存在真正重要之事實上爭議，始有必要將案件繼續交由陪審團認定事實，此種初始之舉證責任即稱為證據提出責任¹⁷⁹。

此時原告所應提出之證明度標準，通常認為必須使法官相信「合理之陪審團於權衡評價原告所呈證據後，會認定該事實存在」(a reasonable jury, crediting and weighting the evidence the plaintiff produced, could find A)，以達到「表面案件」(*prima facie case*)之程度¹⁸⁰，該證明度僅為 25%，較說明責任之證明度為低¹⁸¹。當然，此等標準也僅能仰賴判例法之建構與法官個人累積之經驗¹⁸²。在判斷原告是否達成提出證據責任時，法院並不審酌所呈證據之可信度，僅表面上判斷該等證據是否足使合理之陪審團認定對原告有利之事實，而將具體證據之可信度與證

¹⁷⁶ TEPLEY ET AL., *supra* note 138, at 635.

¹⁷⁷ JOEL WM. FRIEDMAN ET AL., THE LAW OF CIVIL PROCEDURE: CASES AND MATERIALS 527 (2nd ed., 2006).

¹⁷⁸ *Id.* at 528.

¹⁷⁹ 此一概念在英美法上之用語，包括”burden of production”、”burden of going forward”、”burden of adducing evidence”、”burden of evidence”、”evidential burden”、”duty of passing the judge”，用語雖不同，但指涉同一概念。

¹⁸⁰ Mehren, *supra* note 123, at 124.

¹⁸¹ RICHARD H. FIELD ET AL., MATERIALS FOR A BASIC COURSE IN CIVIL PROCEDURE 670-673 (7th ed., 1997).

¹⁸² FRIEDMAN ET AL., *supra* note 177, at 527.

據價值或偏好之評價問題留待陪審團處理¹⁸³。有時甚至無須提出具體證據，即可滿足證據提出責任之要求，例如，推定等證明方法在某些情況下已足以達到該證明度¹⁸⁴。

若原告未盡此證明責任，則法官應做成法律上判決¹⁸⁵而逕以程序駁回原告之訴，無須進入陪審團認定事實之階段¹⁸⁶。故原告盡其證據提出責任之目的，乃在避免法院直接程序上駁回原告之訴，而無從進入後續事實認定與法律適用之不利益¹⁸⁷。原告達成證據提出責任之要求後，並不代表必然勝訴¹⁸⁸，而僅是得進入下一階段之審判而已。若原告一開始已提出足夠之證據，則陪審團有可能(may)做成對其有利之事實認定，但並非必須(must)做成對其有利之認定，此時舉證責任亦未轉換¹⁸⁹。

第二目 說服責任

原告盡其初始之證據提出責任後，程序即進入下一階段，由陪審團負責認定事實。正如前述，證據提出責任之滿足僅使當事人之訴免於受到程序上駁回，而不能確定最終必然勝訴，故為使陪審團認定有利於己之事實，原則上雙方會盡其所能各自提出支持該主張之證據資料¹⁹⁰。在一般案件中，陪審團審酌證據、認定事實存否之證明度標準，必須達到「優勢證據(preponderance of evidence)」¹⁹¹或「較高證據評價(greater weight of the evidence)¹⁹²」之程度，亦即「依照所呈證據可得出某待證事實之存在可能性，大過於其不存在之可能性(more likely or probable than not)」，若將其予以量化，即是超過 50% 之證明度¹⁹³，而無須達到「超

¹⁸³ *Id.*

¹⁸⁴ Mehren, *supra* note 123, at 125.

¹⁸⁵ 在審判程序(trail)開始前，法院應做成直接判決(summary judgment)駁回原告之訴，若在審判開始而原告提出證據審裡完後，則以指示判決(directed verdict)為之。FED. R. CIV. P. 56, 50.

¹⁸⁶ TEPLY ET AL., *supra* note 138, at 665.

¹⁸⁷ FIELD ET AL., *supra* note 181, at 670-673.

¹⁸⁸ JACK H. FRIEDENTHAL ET AL., CIVIL PROCEDURE: CASES AND MATERIALS 955 (9th ed., 2005).

¹⁸⁹ TEPLY ET AL., *supra* note 138, at 665.

¹⁹⁰ FRIEDENTHAL ET AL., *supra* note 188, at 955.

¹⁹¹ TEPLY ET AL., *supra* note 138, at 665. 黃國昌，階段的舉證責任論—統合實體法政策下之裁判規範與訴訟法觀點下之行為規範，東海大學法學研究第 22 期，頁 231-232，2005 年 6 月。

¹⁹² TEPLY ET AL., *id.*

¹⁹³ FRIEDENTHAL ET AL., *supra* note 188, at 955.

越合理之懷疑(beyond a reasonable doubt)、無任何懷疑(beyond all doubt)」¹⁹⁴或「個人內心深層之確信(intime conviction)」¹⁹⁵之75%¹⁹⁶或80%¹⁹⁷之證明程度。

陪審團綜合當事人雙方之證據後，若仍無法認定事實之存否，則該事實認定極限之不利益將由負說服責任之當事人承擔，此即為說服責任之意涵¹⁹⁸。通常，負擔提出證據責任之一方即同時負擔說服責任¹⁹⁹，在民事訴訟中大部分為原告之職責²⁰⁰。說服責任之存在，除做為負擔說服責任之當事人積極舉證之動機外，其重要意義乃在陪審團無法確認當事人雙方所主張之事實何者為真之前提下，提供一具體的認定標準，同時佐以優勢證據之證明度，使錯誤判決之機率由原告與被告公平分擔，避免造成原告負擔過度之起訴風險，減少錯誤判決之總體成本²⁰¹。

就提出證據責任與說服責任間之交互作用，美國證據法學者曾提出一圖表清楚地說明兩者之關係²⁰²。



¹⁹⁴ Kevin M Clermont & Emily Sherwin 著，黃國昌譯，「證明度」—比較法下之觀點，法學論叢第188期，頁122-123，2002年10月。Sargent v. Massachusetts Accident Co., 307 Mass. 246, 29 N.E.2d 825 (1940) Commonwealth v. Clark, 292 Mass. 409, 415, 198 N.E. 641. RICHARD H. FIELD & HONORABLE BENJAMIN KAPLAN, MATERIALS FOR A BASIC COURSE IN CIVIL PROCEDURE 472 (3rd ed., 1973).) JOEL WM. FRIEDMAN ET AL., *supra* note 177, at 528.

¹⁹⁵ Kevin M Clermont & Emily Sherwin, 同前註, 頁119。

¹⁹⁶ 呂綺珍，「論民事證據法上之事實認定與證明責任」，國立台灣大學法律學研究所論文，頁101，2005年。

¹⁹⁷ 黃國昌，階段的舉證責任論—統合實體法政策下之裁判規範與訴訟法觀點下之行為規範，東海大學法學研究第22期，頁253，2005年6月。

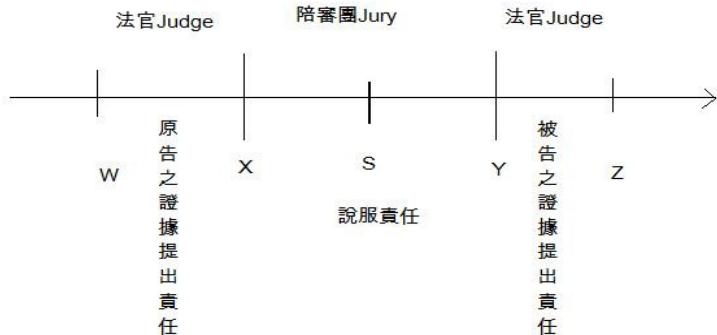
¹⁹⁸ 黃國昌，同前註，頁232。TEPLY ET AL., *supra* note 138, at 665-666. FRIEDMAN ET AL., *supra* note 177, at 527-528.

¹⁹⁹ Mehren, *supra* note 123, at 124.

²⁰⁰ FRIEDENTHAL ET AL., *supra* note 188, at 955.

²⁰¹ 關於英美法系與大陸法系之證明度之分析模型，參照：黃國昌，比較民事訴訟法下的當事人圖像—由審理基本原則、證據收集權及證明度切入，政大法學評論第76期，頁286-292，2003年12月。

²⁰² 本圖及相關解釋參考：JOHN HENRY WIGMORE, EVIDENCE § 2478 (James H. Chadbourn rev. 1981).黃國昌，階段的舉證責任論—統合實體法政策下之裁判規範與訴訟法觀點下之行為規範，東海大學法學研究第22期，頁233，2005年6月。FIELD & KAPLAN, *supra* note 194, at 456.



水平線是舉證責任之證明程度，W 點為尚無任何證明活動之起點。原告為使訴訟得以繼續交由陪審團認定事實，須提出證據使法官相信「合理之陪審團於權衡評價原告所呈證據後，會認定該事實存在」，亦即其心證超過 X 點之證明程度，始免於程序駁回。故(W-X)之區域為原告之提出證據責任，若心證度低於 X 點，除非原告再繼續提出其他證據，否則法院應做出對被告有利之直接判決或指示判決。若原告已舉證超過 X 點，此時即有陪審團發揮功能之空間，陪審團與法官各依其角色分工，陪審團認定事實，法官裁決法律問題，在尚未超過 Y 點證明度前，均屬陪審團認定是否已達成說服責任之問題。在(X-Y)之區域間，原告必須舉出證據說服陪審團「某待證事實之存在可能性，大過於其不存在之可能性」，即 S 點之優勢證明的證明程度，若未能超過 S 點，則陪審團將認定其主張之事實不存在。設若原告已舉證超過 Y 點，則被告負有舉證責任，若未能將心證度推回(X-Y)間之區域，則法官將直接做成對被告不利益之法律上判決，此即為被告之證據提出責任。簡言之，當法官相信「沒有一個合理之陪審團會認定該事實不存在」時，證據提出責任即從原告轉換至被告。(W-X)和(Y-Z)兩者之區域，均屬法律問題，而非事實認定問題，由法官逕下程序判決，不待陪審團認定事實，因此，英美法下之舉證責任概念係與其獨特之法官與陪審團分工制度密切關聯。就當事人之證明活動之角度觀之，證據提出責任會隨訴訟進行而於原被告間彈性

轉換，但說服責任則不因訴訟之進行階段而產生變化²⁰³。

第二款 大陸法下之舉證責任概念

第一目 客觀舉證責任

在多數歐陸法系之國家，並無法官與陪審團之角色分工，因此並不存在英美法上的證據提出責任概念。在大陸法系下，舉證責任分成「客觀舉證責任」與「主觀舉證責任」兩種。前者又稱為「結果責任」，後者又稱為「行為責任」。

正如法諺所云：「自由心證之盡頭，即證明責任之開始」，客觀舉證責任之概念，係在程序之最終，若事實之真偽之認定仍屬不明之狀態，應由負擔舉證責任之人承受其不利益之謂²⁰⁴。換言之，其發生要件係該當於法律要件之直接且具重要性事實之存否，經法院審理後仍無法形成確信而陷於真偽不明，此時法院即應依該準則下判決²⁰⁵。由此觀之，客觀舉證責任分配之核心目的，也是在決定何造當事人應負擔事實認定極限之不利益，故若當事人對於事實並無爭執，或雖有爭執但法院對其真偽已得蓋然之心證時，即不生舉證責任之問題²⁰⁶。此外，無論是採取辯論主義或職權探知主義之程序，均有客觀舉證責任概念之存在空間²⁰⁷，蓋無論採用何種主義，同樣可能發生事實真偽不明之情形，此時法院既無權拒絕裁判，客觀舉證責任即提供了可預測之準則，使法院得以完成其功能。

大陸法系之客觀證明責任與英美法系之說服責任，兩者實質內涵相同，均在分配「未能說服事實認定者之風險(risk of non-persuasion)」²⁰⁸，而與當事人之具體舉證活動無直接之關係²⁰⁹。然而，實際上客觀舉證責任係當事人證明活動之指標，當事人為免遭遇敗訴之結果，盡力就其負擔客觀舉證責任之事實提出主張、

²⁰³ 黃國昌，同前註，頁 17。

²⁰⁴ 陳在方，「世界貿易組之爭端解決機制下舉證責任之研究」，國立台灣大學法律學研究所論文，頁 29，2005 年。

²⁰⁵ 楊淑文，從特定類型之實務見解觀察舉證責任分配之判斷標準，台灣本土法學雜誌第 60 期，頁 53，2004 年。

²⁰⁶ 駱永家，「民事舉證責任論」，42-43，台灣商務印書館，1972 年。

²⁰⁷ 同前註，頁 51。

²⁰⁸ 黃國昌，階段的舉證責任論—統合實體法政策下之裁判規範與訴訟法觀點下之行為規範，東海大學法學研究第 22 期，頁 233，2005 年 6 月。

²⁰⁹ 駱永家，「民事舉證責任論」，45，台灣商務印書館，1972 年。

陳述及證據，法官亦以其為據，對該當事人進行闡明，客觀舉證責任因此扮演民事訴訟上舉足輕重之角色，為民事訴訟之脊椎，宛如指引民事訴訟進行之北極星²¹⁰。

在大陸法系下，事實認定之證明度之要求較英美法系為高，必須達到「在一般日常生活經驗法則中，已無懷疑且接近於真實之蓋然性」，要求負舉證責任之當事人必須就爭事實之存在，使法官獲致「內在之確信」。換言之，幾乎不區分民事、刑事，或行政案件，而一律要求須達到高度之蓋然性²¹¹，約略是 75% 至 80% 之程度²¹²。然而，在心理學上，正反兩面之平衡涵蓋了蓋然性光譜上的一定範圍，而非僅存於一定點²¹³，故事實認定者仍可能因待證事實存在與不存在之蓋然性太過接近，而產生無法認定之灰色地帶，此範圍之內，即由負客觀舉證責任之當事人承受敗訴之判決²¹⁴。

第二目 主觀舉證責任

相對於客觀舉證責任做為訴訟最終之判斷準則，主觀舉證責任則動態地支配了當事人之舉證活動。正因為負擔客觀舉證責任之當事人意識到事實真偽不明之風險將由其負擔，為避免遭遇到敗訴之結果，當事人在訴訟過程中，將致力於證明對自己有利且於當事人間有爭執之事實，此種避免敗訴而負有以自己之舉證活動證明該事實之責任，即為主觀舉證責任，又稱為「證據提出責任」、「形式的舉證責任」²¹⁵。此種舉證責任與英美法上初始之「證據提出責任」意義不同²¹⁶，無

²¹⁰ 呂綺珍，「論民事證據法上之事實認定與證明責任」，國立台灣大學法律學研究所論文，頁 135，2005 年。

²¹¹ Kevin M Clermont & Emily Sherwin 著，黃國昌譯，「證明度」—比較法下之觀點，法學論叢第 188 期，頁 118-120，2002 年 10 月。MIRJAN R. DAMASKA, EVIDENCE LAWADRIFT 114 (1997).

²¹² 呂綺珍，「論民事證據法上之事實認定與證明責任」，國立台灣大學法律學研究所論文，頁 101，2005 年。黃國昌，階段的舉證責任論—統合實體法政策下之裁判規範與訴訟法觀點下之行為規範，東海大學法學研究第 22 期，頁 253，2005 年 6 月。

²¹³ Kevin M Clermont, *Procedure's Magical Number Three: Psychological Bases for Standards of Decision*, 72 Cornell L. Rev. 1115, 1119-1120 (1987).

²¹⁴ 黃國昌，階段的舉證責任論—統合實體法政策下之裁判規範與訴訟法觀點下之行為規範，東海大學法學研究第 22 期，頁 262，2005 年 6 月。

²¹⁵ 駱永家，「民事舉證責任論」，45，台灣商務印書館，1972 年。惟日本法下亦有認為「證據提出責任」與「主觀舉證責任」兩者各屬獨立之概念者，相關資料請參照：呂綺珍，同前註，頁 138-144。

²¹⁶ 黃國昌，階段的舉證責任論—統合實體法政策下之裁判規範與訴訟法觀點下之行為規範，東

涉法官與陪審團之職務分工，乃當事人積極避免客觀舉證責任適用之不利益而為之證明行為。

主觀舉證責任原則上適用於辯論主義之程序²¹⁷，此概念之積極作用有二，首先，得防止突襲性裁判，法院依闡明權促使當事人提出證據，首先係對負主觀舉證責任之當事人為之；另外，負主觀舉證責任之當事人未提出證據時，即無必要對他造所提反證之證據加以調查，而得直接以「無證明」為理由做成對負主觀舉證責任當事人不利之判決²¹⁸。

傳統學說認為，主觀舉證責任僅為客觀舉證責任下之投影²¹⁹，而其分配通常與客觀舉證責任一致²²⁰，惟晚近學說則認為主觀舉證責任不僅為客觀舉證責任之附屬產物，而具有獨特之意義²²¹。無論採何種見解，不能否認兩種舉證責任之類型各有側重，客觀舉證責任具備舉證責任概念在事實認定上的核心意義，而主觀舉證責任則影響主張與證明程序之具體活動，兩者均具有一定之重要性。

第三項 國際商務仲裁下之舉證責任分配原則

第一款 國際仲裁下舉證責任之意涵

由於國際商務仲裁之領域中，規範舉證責任概念之規定並不普遍，即使在少數國際仲裁規則中存在相關規範，但也多半僅提及基本原則，而在實際適用上未提供進一步之指引，例如，聯合國貿易委員會仲裁規則第 24.1 條與美國仲裁協會之 ICDR 仲裁規則第 19.1 條均僅規定：「當事人就其主張或抗辯所依據之事實，應負舉證責任」²²²。仲裁庭在欠缺具體依循基礎卻仍必須具體認事用法之情

²¹⁷ 海大學法學研究第 22 期，頁 233，2005 年 6 月。

²¹⁸ 同前註，頁 224。不同意見，參照：呂綺珍，「論民事證據法上之事實認定與證明責任」，國立台灣大學法律學研究所論文，頁 139，2005 年。

²¹⁹ 黃國昌，同前註，頁 225。

²²⁰ 呂綺珍，「論民事證據法上之事實認定與證明責任」，國立台灣大學法律學研究所論文，頁 138，2005 年。

²²¹ 黃國昌，階段的舉證責任論—統合實體法政策下之裁判規範與訴訟法觀點下之行為規範，東海大學法學研究第 22 期，頁 225，2005 年 6 月。

²²² 呂綺珍，「論民事證據法上之事實認定與證明責任」，國立台灣大學法律學研究所論文，頁 138，2005 年。

²²³ UNCITRAL Arbitration Rules, *supra* note 15, art. 24.1. The ICDR International Arbitration Rules, *supra* note 105, art. 19.1.

況下，幾乎完全係倚賴其專業與經驗為之。然而，從國際仲裁實務上所累積的案件中，或許可以窺得一定之線索，歸類出關於舉證責任意涵與分配之適用類型或一般概念，做為仲裁人處理案件時之參考，並使雙方當事人某程度得以瞭解其是否已盡舉證之義務，預測仲裁判斷之內容，以避免產生突襲之結果²²³。

若考量到複雜的國際商務仲裁案件中，仲裁人通常係跨國貿易之專家，對於證據之收集、調查與衡量甚為精通，一般內國訴訟之舉證責任概念似乎不宜直接套用至國際仲裁之領域，至少與英美法下適用於陪審團之舉證責任意涵不必然相同²²⁴，而有其獨立之生命與依據。相較於內國民事訴訟程序，國際仲裁對於舉證責任概念之觀點較為實際，通常著重於舉證責任之分配原則與其適用之效果，而較少著墨於其本質或範圍等問題²²⁵。一般而言，其舉證責任之概念係指「各方當事人就提交仲裁庭之糾紛，依仲裁庭所能接受之準則，證明其主張並滿足證明程度之義務」之謂²²⁶。就此，國際商務仲裁之舉證責任概念與英美法系的「說服責任」與大陸法系的「客觀舉證責任」較為相近，至於英美法之「證據提出責任」或大陸法「主觀舉證責任」則似乎並非討論之主軸。

第二款 決定國際商務仲裁舉證責任之依據

國際商務仲裁之仲裁人於做成仲裁判斷前，必須檢視先當事人之主張，確認糾紛事實之真偽，始能進而適用實體法律或衡平原則，解決具體糾紛。因此，國際商務仲裁案件必然會面臨與民事訴訟相同之證據採納、事實認定之舉證責任問題。惟相較於訴訟程序而言，國際仲裁所適用之內國法律或仲裁規則中通常欠缺對於舉證責任之具體規定²²⁷，少數納入舉證責任分配原則之仲裁規則，例如，聯合國貿易法委員會仲裁規則第 24.1 條²²⁸及美國仲裁協會 ICDR 國際仲裁規則

²²³ See CHARLES N. BROWER & JASON D. BRUESCHKE, THE IRAN-UNITED STATES CLAIMS TRIBUNAL 183 (1998).

²²⁴ Mehren, *supra* note 123, at 125.

²²⁵ KAZAZI, *supra* note 11, at 104.

²²⁶ *Id.* 原文為：“the obligation of each of the parties to a dispute before an international tribunal to prove its claims to the satisfaction of, and in accordance with the rules acceptable to, the tribunal”.

²²⁷ Böckstriegel, *supra* note 123, at 138.

²²⁸ Each party shall have the burden of proving the facts relied on to support his claim or defence. UNCITRAL Arbitration Rules, *supra* note 15, art. 24.1.

第 19.1 條²²⁹均規定：「當事人應就其主張或抗辯所依據之事實負舉證責任。」另外，國際商會仲裁規則第 20.1 規定²³⁰：「仲裁庭應透過所有途徑盡速建立案件事實。」

若當事人所約定之仲裁規則未包含舉證責任之規定，或於當事人未約定之情況，仲裁庭裁量認為合適之仲裁規則中亦未有此類規定，則在認定事實之過程中，應由何人負責提出相關證據，及調查證據之後仍陷於真偽不明之情況下，不利益之結果如何分擔等問題，即無具體之準則可供適用，而通常委由仲裁庭依其裁量權決定相關標準²³¹。然而，仲裁庭亦非得毫無限制地恣意為之，應受其權能來源之當事人仲裁協議之拘束，並符合正當程序與公平原則等²³²，在此限制之外，仲裁人應享有廣泛之裁量權決定舉證責任之適用準則，以依據個案之需求，充分發揮其專業。

國際商務仲裁案件之舉證責任規範的來源依據，有以下幾種可能性：仲裁地法、實體關係準據法，以及一般法律原則(general principle of law)²³³。首先，從早期學說普遍認同之所在地法理論觀之，不難想像仲裁地之法律可能是舉證責任規定之直接依據，蓋依所在地法理論之想法，凡與程序相關之事項均由仲裁地法支配，在舉證責任被歸類為程序事項之前提下，當然也不能自外於仲裁地之法律體系與原則。例如，英國法即曾認為，「除有當事人明示或默示約定外，仲裁人應受該地之技術性證據法則所拘束」²³⁴。但在所在地理論受到挑戰之後，此種想

²²⁹ Each party shall have the burden of proving the facts relied on to support its claim or defense. The ICDR International Arbitration Rules, *supra* note 105, art. 19.1.

²³⁰ Article 20 Establishing the Facts of the Case

The Arbitral Tribunal shall proceed within as short a time as possible to establish the facts of the case by all appropriate means.

ICC Rules of Arbitration, *supra* note 2, art. 20.1. 雖然就其條文本身並未明文強調舉證責任之概念，但亦有學說認為，本條文義包含甚廣，凡與確定案件事實相關之事項均包含在內，故事實上其一般性解釋之結果應與聯合國貿易法委員會仲裁規則第 24.1 條之目的相當之相似。JACOMIJN J. VAN HOF, COMMENTARY ON THE UNCITRAL ARBITRATION RULES: THE APPLICATION BY THE IRAN-U.S. CLAIMS TRIBUNAL 160 (1991).

²³¹ 本文認為舉證責任應屬程序事項，國際仲裁實務上關於程序之進行，仲裁庭享有相當廣泛之裁量權，相關論述請參照第二章第四節。

²³² *Id.*

²³³ *Id.*

²³⁴ *Id.* at 126.

法已經不再是必然的結果，證據法則相關規定既不被認為具有強行法規之性質，自然也不必絕對受仲裁地法之支配。這樣的轉變背後主要的理由，是仲裁地之選擇常僅為偶然的結果，與仲裁案件本身並無密切之關係。此外，由於英美法概念中認為說服責任屬於實體事項，而非程序事項，故更不應受仲裁地法規範²³⁵。

支持舉證責任之依據應為實體關係準據法之學者認為，當事人協議選擇實體關係準據法，即反映了該準據法與具體案件間之密切連結，若適用實體關係準據法域中的舉證責任概念，則系爭事實之認定將與實體權利義務更為緊密而一致，同時亦尊重當事人協議之目的與真意²³⁶。

除法庭地法與實體關係準據法外，一般法律原則²³⁷也可能取代特定內國法，而成為舉證責任概念與意涵之基礎。由於國際商務仲裁涉及不同國籍之當事人或貿易事實，在世界各國因文化背景不同，而導致法律規定本質上必然有所差異之前提下，究竟應適用何體系下之法律概念，對仲裁人而言實屬困難之問題。正因為一般法律原則是超乎特定法域之抽象法律原則，反而可能成為不同法域當事人互相折衝妥協之解決契機。尤其是在仲裁程序準據法或實體關係準據法對於特定具體案件之證明程度要求較高時，將國際仲裁與內國訴訟之標準等同視之，是否存在正當性與必要性則不無疑問²³⁸。

第三款 舉證責任之分配原則

目前國際仲裁實務上，幾乎均要求援引特定待證事實以支持其主張或陳述之當事人，必須就該事實負舉證責任²³⁹，聯合國貿易法委員會仲裁規則第 24.1 條²⁴⁰

²³⁵ *Id.*

²³⁶ *Id.*

²³⁷ 一般法律原則與衡平仲裁之論述，See Hong-lin Yu, *Choice of the Proper Law vs. Public Policy*, 1(1) *Contemp. Asian Arb. J.* 107, 123-130 (2008).

²³⁸ 例如，某些國家對於詐欺(fraud)案件之證明度較一般民事案件之證明度為高，必須達到高度蓋然性之程度，此種規定在內國訴訟或許得以政策考量為由予以正當化，但若將其適用於國際商務仲裁案件，必使滿足舉證責任要求之難度大幅提高，在跨國仲裁之範疇，由於不存在與內國訴訟相同之主權與政策之考量，故採取此等高度證明度之必要性與正當化依據何在，尚有疑義。See Mehren, *supra* note 123, at 127.

²³⁹ REDFERN & HUNTER ET AL., *supra* note 1, at 297. HOF, *supra* note 230, at 163. KAZAZI, *supra* note 11, at 104. Vera-Jo Miller Aryeh et al. v The Islamic Republic of Iran, Award No. 581-842/843/844-1 (22 May 1997), reprinted in 33 Iran-US CTR 272, 316-317. DAVID D. CARON ET AL., *supra* note 158, at 589-590.

²⁴⁰ UNCITRAL Arbitration Rules, *supra* note 15, art 24.1.

與美國仲裁協會之 ICDR 國際仲裁規則第 19.1 條²⁴¹之規定即為此例。此種想法源自於羅馬法上的”*Ei incumbit qui dicit, non qui negat*”原則，亦即「對一事實上爭點為積極主張之當事人，通常對該事實負有舉證責任」²⁴²，基本上也與英美法系與大陸法系之觀念相近。惟有在該主張之事實為顯著，或當事人雙方不爭執時，得例外不要求證明²⁴³。

在許多國際仲裁案例中均能發現此項舉證責任分配原則之具體適用。首先，對於聲請人而言，必須就支持其主張之事實負舉證責任，例如，Reza Said Malek v The Islamic Republic of Iran 案中，仲裁庭即明確指出，依照仲裁庭規則第 24.1 條之規定(內容與聯合國貿易法委員會仲裁規則第 24.1 條相同)，聲請人應證明支持其主張之事實，無庸置疑。仲裁庭亦經常以其所舉之證據未能證明待證事實為由，判定聲請人未盡其舉證責任，因而拒絕聲請人之主張²⁴⁴。

另外，在債務不履行請求損害賠償之案件，雖然傳統上認為受損害之當事人須舉證證明所受損害之數額，但許多內國法院在考量到該損害係因違反契約之當事人的行為所導致，不應允許其因此反而享受舉證上之利益，故違反契約之當事人應負擔事實認定真偽不明之不利益。然而，國際仲裁案件仍時常認為「事實真偽不明之問題應公平地以有利債務人之方式處理」²⁴⁵，換言之，仍將舉證責任由主張權利之聲請人負擔²⁴⁶。

若聲請人被認為已舉出足夠證據後，舉證責任即轉換至相對人²⁴⁷。仲裁相對

²⁴¹ The ICDR International Arbitration Rules, *supra* note 105, art. 19.1.

²⁴² 黃國昌，階段的舉證責任論—統合實體法政策下之裁判規範與訴訟法觀點下之行為規範，東海大學法學研究第 22 期，頁 234，2005 年 6 月。

²⁴³ REDFERN & HUNTER ET AL., *supra* note 1, at 297. DAVID D. CARON ET AL., *supra* note 158, at 570.

²⁴⁴ H.A. Spalding, Inc. v Ministry of Roads and Transportation of the Islamic Republic of Iran, Award No. 212-437-3 (24 Feb 1986), reprinted in 10 Iran-US CTR, 22-34, 33. Kimberly-Clark Corp. v Bank Markazi Iran et al., Award No. 46-57-2 (25 May 1983), reprinted in 2 Iran-US CTR, 334-344, 338. KAZAZI, *supra* note 11, at 107-108.

²⁴⁵ Patuha v PLN. MARK KANTOR, VALUATION FOR ARBITRATION: COMPENSATION STANDARDS, VALUATION METHODS AND EXPERT EVIDENCE 111 (2008).

²⁴⁶ KANTOR *id.* 111-112. See also CMI International, Inc. v Ministry of Roads and Transportation et al., Award No. 99-245-2(27 Dec 1983), reprinted in 4 Iran-US CTR, 263-271, 268. Grune and Stratton, Inc. v Iran, Award No. 359-10059-1, reprinted in 18 Iran-US CTR, 224, 228-230. KAZAZI, *supra* note 11, at 108.

²⁴⁷ Reza Said Malek v The Islamic Republic of Iran, Award No. 534-193-3 (11 Aug 1992), reprinted in 28 Iran-US CTR 246, 287-88, 291-92 (1992).

人就支持其所提出抗辯之事實，應負舉證責任，若其未能舉證或所舉證據不足以說服仲裁庭做出事實之存否認定，則相對人之抗辯將被駁回²⁴⁸。例如，在 Ronald Stuart Koehler v The Islamic Republic of Iran 案中，聲請人已證明依照僱傭契約其有權請求薪資與其他應得利益後，仲裁庭多數意見即認為應由相對人證明其已對申請人為給付之事實²⁴⁹。此外，關於應自聲請請求之金錢賠償中減除之數額，仲裁庭也曾認為應由相對人負舉證責任²⁵⁰。

然而，所謂「對一事實上爭點為主張之當事人，通常對該事實負有舉證責任」之舉證責任分配原則仍屬抽象，其具體適用仍仰賴仲裁庭對於個案情況之裁量，故難免招致未能提供足夠之準則以供適用之批評²⁵¹。就此，本文認為在國際商務仲裁之領域，有關證據法則之各種概念本質上即不容易尋求固定之適用準則，也未必有所謂「最好的」制度存在²⁵²，蓋涉及不同法域之當事人與貿易事實，假若強求有如特定內國法概念下之統一的舉證責任概念，不僅未能充分考量到跨國貿易事件之性質，更可能流於不切實際。因此，除非當事人就舉證責任之分配已另為特殊之協議，本文認為就目前之現況而言，與聯合國貿易法委員會商務仲裁規則第 24.1 條²⁵³類似之規範似乎是最能被普遍接受之方式，而不宜貿然在內國仲裁法或機構仲裁規則中規定更嚴格之舉證責任規範，以免喪失仲裁制度側重彈性與效率之特質。至於具體之適用細節，則委由仲裁庭依其專業，考量個案中特殊情況，並盡量參酌已累積之相關仲裁判斷之見解而為之。在詢問與證據調查之過

²⁴⁸ E.g., Dic of Delaware, Inc. v Tehran Development Corporation et al., Award No. 176-255-3 (26 Apr 1985), reprinted in 8 Iran-US CTR, 144-178, 164. KAZAZI, *supra* note 11, at 108.

²⁴⁹ Ronald Stuart Koehler v The Islamic Republic of Iran, Award No. 223-11713-1 (16 Apr 1986), reprinted in Iran-US CTR, 337-347, 344. KAZAZI, *supra* note 11, at 107-108.

²⁵⁰ R.J. Reynolds Tobacco Company v The Government of the Islamic Republic of Iran, Award No. 145-35-3 (6 Aug 1984), reprinted in 7 Iran-US CTR, 181-201, 190-191. See also Time Incorporated v The Islamic Republic of Iran et al., Award No. 139-16602 (29 June 1984), reprinted in 7 Iran-US CTR, 8, 11. Dic of Delaware, Inc. v Tehran Development Corporation et al., Award No. 176-255-3 (26 Apr 1985), reprinted in 8 Iran-US CTR, 144-178, 164. KAZAZI, *supra* note 11, at 112.

²⁵¹ HOF, *supra* note 230, at 163. DAVID D. CARON ET AL., *supra* note 158, at 569. BROWER & BRUESCHKE, *supra* note 223, at 183.

²⁵² See UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings, Jane 14 1996, ¶ 11, <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-notes/arb-notes-e.pdf> (last visited Apr. 5, 2009). 正是因為意識到在國際商務事件中沒有絕對適合所有個案之程序規範，聯合國貿易法委員會於此註釋中特別聲明，其並不傾向評定所列之程序選擇可能性中何者為較優，而僅供仲裁人考量個案狀況，做為選擇程序進行方式之參考。

²⁵³ UNCITRAL Arbitration Rules, *supra* note 15, art. 24.1.

程中，亦宜適時公開心證，向雙方當事人事先說明，確保其公平且充分提出事證之機會，避免造成突襲之結果。

就我國仲裁法而言，並無具體規定舉證責任分配之條文，依照本法第 19 條²⁵⁴規定，「當事人就仲裁程序未約定者，適用本法之規定；本法未規定者，仲裁庭得準用民事訴訟法或依其認為適當之程序進行。」我國民事訴訟法第 277 條²⁵⁵規定，「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限。」。該內容與國際商務仲裁實務見解相同，並無損仲裁制度之特性與優點，得採為適當之程序規範，故本文認為原則上應由主張或抗辯特定事實存在之當事人負擔舉證責任，惟於特殊情況有必要轉換舉證責任時，則由仲裁庭依具體需求裁量決之。

第四項 國際商務仲裁舉證責任之證明度標準與證據評價

第一款 國際商務仲裁之證明度標準

國際商務仲裁之證明應達到如何程度，始能說服仲裁庭特定事實之存否，就目前實務而言，尚難稱有精準的定義²⁵⁶。J Selby 曾貼切地描述：「證明程度之『量』若非以不切實際來形容，則可稱之難以捉摸。實情是，正如同[伊朗-美國]仲裁庭之前主席所說，『所謂舉證責任[的標準]就是你必須說服我』」²⁵⁷。但可以確定的是，在一般仲裁案件中，並不要求證明到與科學研究相同的「絕對、無法異議 (absolute, unchallengeable)」之程度²⁵⁸。

雖然證明度之標準屬於仲裁庭裁量之範圍²⁵⁹，然而，從許多國際仲裁案件中可以觀察到，「表面案件(*prima facie case*)」是舉證責任證明度的重要依據，故若

²⁵⁴ 中華民國仲裁法第 19 條。

²⁵⁵ 中華民國民事訴訟法第 227 條。

²⁵⁶ REDFERN & HUNTER ET AL., *supra* note 1, at 297.

²⁵⁷ 原文為：“[T]he concept of *quantum* of proof is elusive, if not illusory. The fact seems to be that, as stated by a former president of the Tribunal, ‘the burden of proof is that you have to convince me.’” J Selby, *Fact-Finding Before the Iran-United States Claims Tribunal: The View of the Trenches*, in FACT-FINDING BEFORE INTERNATIONAL TRIBUNALS 144 (R Lillich ed., 1992). CARON ET AL., *supra* note 158, at 569.

²⁵⁸ *Id.*

²⁵⁹ Pietrowski, *supra* note 10, at 379.

仲裁之聲請人之證明能成立表面案件，則可被認為已達成舉證責任之要求²⁶⁰。

Parker Case 中認為，當聲請人已建立表面案件而相對人未提出反駁之證據時，在相對人未提出具體質疑之理由依據前，無法主張聲請人應提出證據達到「超越合理懷疑」之程度²⁶¹。在 Flexi-Van Leasing Inc. v The Islamic Republic of Iran 案中即引用前述之見解，認為表面證據對於證明當事人之國籍(nationality)，以確認本案為伊朗-美國仲裁庭所應管轄範圍一事而言，已屬足夠²⁶²。

相同地，就仲裁之相對人應負舉證責任之事項，亦有案件認為其應證明至表面案件之程度。例如，在 R.N. Pomeroy et al. v Government of the Islamic Republic of Iran 案中，即認為若相對人無法將聲請人違約之事實證明至表面案件之程度，則其未能就其抗辯盡舉證責任，因而駁回其主張²⁶³。

此外，個案中當事人接近證據之困難度，亦應被納入證明度之考量因素²⁶⁴。在部分案件中，表面證據本身尚不足以達成舉證責任之要求，而必須佐以更多額外之證據，換言之，表面證據僅為最低度之標準，單只有此種證明度尚不足以滿足其舉證責任。此種觀點適用聲請人支配決定性證據卻未能提供之情況。反之，在一般情形下，若相對人有接近用以抗辯之證據的機會，則聲請人僅需證明至表面案件之程度即可²⁶⁵。

除表面證據之證明程度外，亦有國際仲裁實務見解認為，在部分特殊案例之情況，證明度應較一般案件更為提高，包括賄賂、詐欺、貪汙等情形²⁶⁶。例如仲裁庭認為主張偽造事證之詐欺行為若僅適用優勢證據之程度尚稱不足，必須證明

²⁶⁰ Böckstriegel, *supra* note 123, at 139.

²⁶¹ Parker Case, 4 R. INT'L ARB. Awards 39 (1926). CARON ET AL., *supra* note 158, at 581.

²⁶² Flexi-Van Leasing Inc. v The Islamic Republic of Iran, Case No. 36, Chamber One, Order of 15 Dec 1982, reprinted in Iran-US CTR, 455. See also Abraham aham Golshani v The Islamic Republic of Iran, Award No. 546-812-3 (2 Mar 1993), reprinted in 29 Iran-US CTR 78, 93, 116. Benjamin R Isaiah v Bank Mellat, Award No. 35-219-2 (30 Mar 1983), reprinted in 2 Iran-US CYR 232, 238-239. CARON ET AL., *supra* note 158, at 581, 588,582.

²⁶³ R.N. Pomeroy et al. v Government of the Islamic Republic of Iran, Award No. 50-40-3 (8 June 1983), reprinted in 2 Iran-US CTR, 372-386, 382. See also Pomeroy Corporation v Government of the Islamic Republic of Iran, Award No. 51-41-3 (8 June 1983), reprinted in 2 Iran-US CTR, 391-400, 399. KAZAZI, *supra* note 159, at 111.

²⁶⁴ CARON ET AL., *supra* note 158, at 570.

²⁶⁵ *Id.*

²⁶⁶ MOSES, *supra* note 25, at 166.

更高的蓋然性存在，而不能有「合理懷疑存在(reasonable doubts remain)」，故最低之證明度應滿足「清楚且可信證據」之程度²⁶⁷。

觀察國際仲裁實務累積之案件見解能夠得知，具體之證明度標準並非一成不變，而會因個案之具體情況而有所調整²⁶⁸，此正與仲裁制度側重個案彈性並追求效率之特徵相互呼應。綜觀而言，國際仲裁實務目前較普遍的見解係在一般性案件中採用「表面證據」之概念²⁶⁹，雖然仲裁庭未必明確使用相同之詞彙，但似乎較接近英美法系下「蓋然性衡量(balance of probability)」或「優勢證據」之意涵²⁷⁰，亦即，若衡量兩造所提出之證據後，認定待證事實存在之可能性大於其不存在之可能性，換言之，當蓋然性大於 50% 時舉證已然成功，應改由他方當事人提出反證，以動搖已形成之心證。同時亦就特定案件，例如詐欺或偽造事證等，考量到其情節與法律效果相對重大，而將證明度提高至幾乎等同大陸法系下高度蓋然性，或英美法上刑事案件之程度。此外，亦參考個案中當事人接近事證之機會，酌情提高或減低一方當事人之舉證責任。

本文認為，對跨國商務糾紛事件之當事人而言，最重要者係能否以最低之時間成本與金錢成本，解決糾爭之爭端，避免風險之擴大，故成本考量基本上是國際仲裁中證明度標準的首要關鍵，此與大陸法系下強調發現真實之目的²⁷¹大相逕

²⁶⁷ Dadras International at al. v The Islamic Republic of Iran et al., Awards No. 567-213/215-3 (7 Nov 1995), reprinted in 31 Iran-US CTR 127, 126. See also Oil Field of Texas, Inc. v Government of the Islamic Republic of Iran, et al., Award No. 258-43-1 (8 Oct 1986), reprinted in 12 Iran-US CTR, 308, 315. Vera-Jo Miller Aryeh et al. v The Islamic Republic of Iran, Award No. 581-842/843/844-1 (22 May 1997), reprinted in 33 Iran-US CTR 272, 316-317. CARON ET AL., *supra* note 158, at 589-590.

²⁶⁸ CARON ET AL. *id.* at 570.

²⁶⁹ 得參考

²⁷⁰ REDFERN & HUNTER ET AL., *supra* note 1, at 297. MOSES, *supra* note 25, at 166.

²⁷¹ “*Prima facie*”實具有兩種意涵，一係在英美法上由於有法官與陪審團之分工，故在進入法院審理前必須先達到之證據提出責任證明程度，以避免浪費訴訟資源；二係當事人必須提出足夠之證據，使事實裁決者得就糾爭時做出推論，並做出有利於該舉證者之判斷所須達到之證明度標準。BRYAN A. GARNER & HENRY CAMPBELL BLACK, *BLACK'S LAW DICTIONARY* (8th ed., 2004). 由於國際商務仲裁並無事實與法律判斷者之區分，故後者之概念顯然較為相符。此外，若參考其他國際紛爭解決機制對於表面證據之定義與解釋，例如世界貿易組織關於表面證據之見解，係指如無其他證據否定其結論，則該主張即為成立，此時之證據資料並非絕對，仍有改變最後結論之可能，已足以認定當事人主張之事實存在與否，若他造未能提出足夠證據否定其主張，將面臨不利其判斷結果，此亦與後者之意涵相同；至於實際之證明度標準，原則上應綜合一切證據，評估待證事實存在之可能性是否已大於不存在之可能性。請參照：陳在方，「世界貿易組之爭端解決機制下舉證責任之研究」，國立台灣大學法律學研究所論文，頁 129、145-147，2005 年。

庭。在人類對於過去發生之事實難以得到絕對確定答案之認知前提下²⁷²，事實上大陸法系之法官亦未能完全採取糾問式的審理方式，窮盡資源與時間以發現真實²⁷³，遑論其亦同時強調法院必須兼顧當事人與司法體系之程序利益保障²⁷⁴。因此，其高標準的證明度未能確實達到促使真實發現之效果，反而使負有舉證責任之當事人承擔相當高之風險，使不負舉證責任之當事人享受鉅大之優勢²⁷⁵。相反地，在英美法系之優勢證據證明度下，錯誤結果之機率會公平地由當事人雙方共同分擔²⁷⁶。除了過度期待真實發現之價值信仰外，本文難以想像還有其他原因使得證明度必須被提高至如此之程度，反觀國際仲裁之特色與需求，係追求紛爭解決之實用性，並非強調追求事實之真實發現，故當事人所希冀者，應是最能分散風險與減少總體錯誤成本之安排，蓋在商業行為之選擇模式上，無非力求避免或減低未來可能發生之風險，並控制已發生風險之擴大。承此，殊難想像會有任何當事人在締結仲裁協議時會自願承擔比另一方當事人更高之風險，高度蓋然性之證明度似乎與雙方當事人之真實意思不相符合，故本文認為，即便將仲裁制度取代法院裁判之「準司法」性質納入考量²⁷⁷，亦不應被其法律之表象所遮蔽，以致忽略了國際商務仲裁案件係以解決跨國貿易之糾紛為目的。本文認為，原則上均應適用與英美法上優勢證據相同之概念，以平均分散商業風險，惟亦不排除在個案中例外考量特定案件類型需求或接近證據之公平性問題，由仲裁庭酌情調整證明度之標準。例如前述賄賂、詐欺、貪汙等案件，由於情節與法律效果相對嚴重，

²⁷² WILLIAM TWINING, RETHINKING EVIDENCE 71 (1990).

²⁷³ Kevin M Clermont & Emily Sherwin 著，黃國昌譯，「證明度」—比較法下之觀點，法學論叢第 188 期，頁 133，2002 年 10 月。

²⁷⁴ REDFERN & HUNTER ET AL., *supra* note 1, at 298.

²⁷⁵ Kevin M Clermont & Emily Sherwin 著，黃國昌譯，「證明度」—比較法下之觀點，法學論叢第 188 期，頁 133，2002 年 10 月。黃國昌，比較民事訴訟法下的當事人圖像—由審理基本原則、證據收集權及證明度切入，政大法學評論第 76 期，頁 286-292，2003 年 12 月。

²⁷⁶ 黃國昌，同前註，頁 288。

²⁷⁷ 採仲裁之司法理論者強調仲裁制度做為取代訴訟之紛爭解決手段，故許多觀點仍從司法體系之角度出發，若然，則較可能得出國際商務仲裁之證明度必須與法院之證明度等視之結論；然而，若採契約理論，則將仲裁之拘束正當性歸於雙方當事人之合意，則仲裁與訴訟之概念較有可能脫鉤。本文認為，即便將司法理論之觀點納入考量，亦不能忽視跨國貿易紛爭當事人訴諸仲裁之原始目的，而至少應將國際商務仲裁案件之獨特性納入證明度標準之考量。關於仲裁之各種理論介紹，參照： LEW, *supra* note 33, at 51-66.

若仲裁庭認為有必要，亦得酌情提高證明度。另外，關於接近證據之機會不均等之情形，在以高度蓋然性為證明度之前提下，固然有可能藉由降低證明度之方式，避免不負舉證責任之當事人藉由隱匿或滅失事證行為獲得對己有利之結果，惟若以優勢證明原則做為一般證明度標準，則對負舉證責任之當事人是否仍可降低證明度，有立論之困難，蓋若將證明度降至 50% 以下，待證事實存在之可能性似乎即未大於其不存在之可能性，能否據此做為仲裁庭已得適當心證之依據，不無疑問²⁷⁸。然而，若證明妨礙之行為人係負舉證責任之一方，於其已盡本證之證明責任後，對他方當事人欲提出之反證予以妨礙時，仍有必要平衡他方當事人所受證據法上之不利益，以符合誠信原則與武器平等原則²⁷⁹。此時，除得認為他方對反證之主張為真實，或認為該反證所欲證明之待證事實為真實外²⁸⁰，本文認為仲裁庭亦得提高負舉證責任當事人對於本證之證明度²⁸¹，此並非舉證責任之轉換，蓋舉證責任之負擔並未移轉，兩者應予區別。

在我國法之下，由於仲裁法本身並未有證明度之明文規定，一種可能的解決方式，係依仲裁法第 19 條²⁸²，準用民事訴訟法第 222 條²⁸³依自由心證認定事實之規定。雖然我國實務見解目前對於證明度之標準仍有所分歧，高度蓋然性未必係唯一之適用標準²⁸⁴，然而，若準用我國民事訴訟法之規定，勢必面臨是否須與實務上部分判決同樣適用高度蓋然性標準之問題，而有所疑慮。惟從我國民事訴訟法第 222 條文義以觀，本條並未直接規範證明度之標準，而係列明法官認定事

²⁷⁸ 姜世明，證明度之研究，收錄於：氏，「舉證責任與證明度」，頁 213-214，新學林，2008 年。

²⁷⁹ 沈冠伶，證明妨礙法理在醫療民事責任之適用，台大法學論叢第 38 卷第 1 期，頁 174-176，2009 年 3 月。亦有相反見解認為，於此種情形理論之實用性較低，以真實義務之效果加以規範為已足，且應負舉證責任之當事人通常無協力義務，難構成證明妨礙之可能，請參照：姜世明，對於所謂「應負舉證責任一造當事人有證明妨礙」見解之質疑—評台灣台北地方法院九十年度訴字第 1818 號民事判決，月旦法學雜誌第 138 期，頁 220-232，2006 年 11 月。

²⁸⁰ 沈冠伶，同前註，頁 176。

²⁸¹ 例如，設若甲乙兩人締結跨國貨物買賣契約，甲買受人主張以出賣人所供交付之貨物不符合雙方之約定，就「履行不符合債之本旨」之要件而言，甲負舉證責任。甲並提出照片等證據加以佐證，依一般優勢證明度標準應以足已達到本證之程度，惟乙欲舉反證證明貨物符合約定時，由於甲拒絕提供該批貨物之樣本，以致於無法聲請仲裁庭當場勘驗或由專家進行鑑定，則仲裁庭可能提高甲本證之證明度標準，其應提出其他證據始足以說服仲裁庭待證事實為真實。

²⁸² 中華民國仲裁法第 19 條

²⁸³ 中華民國民事訴訟法第 222 條。

²⁸⁴ 我國目前實務見解有採高度蓋然性者，亦有採取優勢證明見解者，目前仍未有定論。

實時所得參酌之材料範圍，並賦予法官就證明困難之狀況得彈性認定之權限。換言之，在我國實務上無論係採取高度蓋然性或優勢證明之標準，均非法條規定之必然結果，而屬實際適用上的分歧。因此，仲裁準用本條之結果，亦非必然適用高度之蓋然性標準，相對地，反而可以適度規制仲裁庭認事用法之結果，其自由心證不應偏離經驗法則與論理法則，且應斟酌全案之意旨與證據調查之結果，避免超出此範圍之事實認定反而在後階段構成仲裁判斷承認或執行之困難。於損害數額認定困難時，更可能直接賦予仲裁庭決定之權限，某程度而言，亦與仲裁制度彈性與效率之特性相呼應，因此本文認為，仲裁事件準用我國民事訴訟法第222條之結果，與仲裁之特徵相符，可茲贊同。再者，就證明度之標準而言，為尊重當事人對於風險分配之期待，本文認為仲裁庭原則上應適用優勢證據之標準，惟有在例外之情況，始由仲裁庭依照具體情況衡量雙方對於證據接近之可能性，減輕或提高證明度之標準。

第二款 國際商務仲裁之證據評價

一般而言，國際仲裁案件中提出支持其主張之事實的當事人，為具體達成「表面證據」之舉證責任，勢必盡量提出相關事證，供仲裁庭判斷事實之真偽，以求獲得有利於己之仲裁判斷。仲裁庭於證據調查過程中，如前所述，對於證據容許性與證據方法之要求並不十分嚴格，反而傾向著重所呈證據之證據力或證據價值之評價(weight of evidence)²⁸⁵。證據之評價係屬仲裁庭裁量判斷之權限²⁸⁶，雖然來自不同法系之仲裁人可能援引不同之證據調查與事實認定法則或慣例，導致國際仲裁案件中對於證據議題處理見解之不一致性，惟國際實務上也有許多重要的事實認定習慣或模式逐漸浮現²⁸⁷，可提供仲裁庭與當事人或其律師做為參考，以盡量同時兼顧個案特殊性與可預測性。

第一目 利害關係人之證詞(interested party testimony)

²⁸⁵ REDFERN & HUNTER ET AL., *supra* note 1, at 298.

²⁸⁶ E.g., UNCITRAL Arbitration Rules, *supra* note 15, art. 25.6. LCIA Arbitration Rules, *supra* note 85, art. 22.1 (f). IBA Rules on the Taking of Evidence, *supra* note 162, art. 9.1, UNCITRAL Model Law, *supra* note 2, art. 19.2. UNIF. ARB. ACT § 15 (2000). Pietrowski, *supra* note 10, at 374.

²⁸⁷ BROWER & BRUESCHKE, *supra* note 223, at 183.

證人可分為一般證人(與當事人或案件無利害關係者)，及利害關係人(interested party testimony，包括當事人本身、當事人之僱員等)兩種。此種區分具有法律上之實益，首先，若欲傳喚證人，許多重要的國際仲裁機構規則均規定，當事人必須於審理前一定期間以前通知仲裁庭與相對人該證人之相關資訊，包括證人之姓名地址、所證之事實與使用之語言等²⁸⁸，在實務上此類規定被認為僅適用於無利害關係之一般證人²⁸⁹，利害關係人則不在此限。再者，有些仲裁庭可能規定一般證人必須在做證前宣誓其所言為真實(oath/affirmation/declaration of truthfulness)²⁹⁰，當事人或其代表則可免之²⁹¹。仲裁庭也可能裁決一般證人僅得於受訊問時在場²⁹²，但利害關係人則不受此限²⁹³。

此外，最重要之區別在於，國際商務仲裁庭對於利害關係人證詞之可信度或證據價值通常會比一般證人來得降低，或至少於利害關係人之陳述內容與該當事人提出之其他證據有所矛盾時，減損其證據價值²⁹⁴，其中一個原因也是因為利害關係人無須經過宣誓或具結之程序²⁹⁵。這種對於利害關係人證據價值較低之評價，必須被放在不同法系規定與習慣之脈絡下理解。大陸法系認為此種證人可能根本不具任何證據價值或根本不應被容許採為證據，但在英美法下，則不禁止此類證據且應給予適當之證據評價²⁹⁶。

²⁸⁸ E.g., ICC Rules of Arbitration 第 25.2 條與 ICDR International Arbitration Rules 第 20.2 規定，當事人應(shall)在審理前 15 日通知仲裁庭與相對人，LCIA Arbitration Rules 第 20.1 條之規範方式則是仲裁庭得(may)要求當事人提出傳喚證人之相關資料，亦得決定其提出之期限與方式。The ICC Rules of Arbitration, *supra* note 2, art. 25.2. LCIA Arbitration Rules, *supra* note 85, art. 20.1. ICDR International Arbitration Rules, *supra* note 105, art. 20.2.

²⁸⁹ BROWER & BRUESCHKE, *supra* note 223, at 184.

²⁹⁰ 各國對於仲裁程序之證人是否須宣誓之規定與慣例不同，除部分程序規則，例如伊朗-美國仲裁院程序規則有規定證人應經宣誓外，通常仲裁庭依實際情況裁量個案是否須經宣誓之程序。See UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings, *supra* note 252, ¶ 64. Iran-US Claims Tribunal Rules of Procedure, *supra* note 15, note 6, ¶ (a) to art. 25.

²⁹¹ BROWER & BRUESCHKE, *supra* note 223, at 184.

²⁹² Iran-US Claims Tribunal Rules of Procedure, *supra* note 15, art. 25.4.

²⁹³ M. Straus, *The practice of the Iran-US Claims Tribunal in Receiving Evidence from Parties and from Expert*, 3 J. INT'L ARB. 57, 62-62 (1986). BROWER & BRUESCHKE, *supra* note 223, at 184.

²⁹⁴ CARON ET AL., *supra* note 158, at 623. REDFERN & HUNTER ET AL., *supra* note 1, at 308.

²⁹⁵ Harris International Telecommunications, Inc. v The Islamic Republic of Iran, Partial Award No. 323-409-1 (2 Nov 1987), reprinted in 17 Iran-US Cl. Trib. Rep. 31, 62-63.

²⁹⁶ BROWER & BRUESCHKE, *supra* note 223, at 184-185. KAZAZI, *supra* note 11, at 105-106.

就立法例而言，IBA 國際商務仲裁證據採納規則第 4.2 條²⁹⁷採取開放之態度，規定證人之身分不受限制，無論是當事人本身、其員工、或其代表人均得為證人。倫敦國際仲裁院仲裁規則第 20.7 條²⁹⁸亦有相似之規定。相對地，在伊朗-美國仲裁庭之眾多案件中，仲裁庭為求兩大法系之調和與折衷，並兼顧實際之需求，傾向於一方面不將利害關係人之證詞定義為「人證(witness)」，另一方面實質採納其證詞做為協助仲裁人判斷事實之「資訊(information)」²⁹⁹，蓋利害關係人可能對已發生之事實有最密切接觸之第一手資訊，而有助於釐清案情³⁰⁰。在我國仲裁法中，雖無具體規定利害關係人證詞之證據能力或證據價值，然亦未排除採納利害關係人之證詞之可能，因此，對利害關係人證詞之評價，亦應由仲裁庭裁量決定，本文認為不應一逕排除考量之可能，惟應參酌個案中其他證據評估其證據力。雖然利害關係人之證言實質上確實影響許多仲裁案件之結果，且在某些情況下也可能是建立表面證據之唯一依據，但當事人與律師在處理此類人證時必須特別留意仲裁人內心很有可能對其證據價值存有相當之疑慮，故應盡量避免僅仰賴該等證據證明其主張³⁰¹。

第二目 文書證據之偏好

國際仲裁實務上，許多案件指向仲裁庭對於現存書面證據之偏好，大過其他種類之證據，尤其是口頭證據³⁰²。有學者如此形容：「[國際仲裁]以書面證據為原則，而直接的口頭證據為例外」³⁰³。此種想法源自於大陸法系國家對於書證之高度信賴³⁰⁴，與英美法系大量仰賴直接詰問之人證證詞大不相同³⁰⁵。相較於口頭證據，書證能夠避免審理程序被無限延長，節省時間，也較為簡單明瞭。此外，口頭證據之缺點包括證人虛偽陳述或無法正確回憶事實之風險，以及即便證人真

²⁹⁷ IBA Rules on the Taking of Evidence, *supra* note 162, art. 4.2.

²⁹⁸ LCIA Arbitration Rules, *supra* note 85, art. 20.7.

²⁹⁹ BROWER & BRUESCHKE, *id.* 186.

³⁰⁰ KAZAZI, *supra* note 11, at 106.

³⁰¹ BROWER & BRUESCHKE, *supra* note 223, at 186.

³⁰² *Id.*

³⁰³ 原文為：“It may be said that evidence in written form is the rule and direct oral evidence the exception.” D. SANDIFER, EVIDENCE BEFORE INTERNATIONAL TRIBUNAL (rev. ed., 1975) 197.

³⁰⁴ *Id.* Elsing & Townsend, , *supra* note 152, at 4.

³⁰⁵ REDFERN & HUNTER ET AL., *supra* note 1, at 298. Pietrowski, *supra* note 10, at 391.

實陳述，精密設計之交互詰問程序也可能導致事實扭曲之結果³⁰⁶。因此，書面證據之優點直接反映在衡量證據價值之偏好上³⁰⁷，其通常被認為較口頭證據更為可信。在 Avco Corporation v Iran Aircraft Industries 案中，仲裁庭認為僅有人證之證詞不足而欠缺書面證據本身，並不足以證明原告之待證損失，且人證之宣誓書也尚不足以證明儲存與販售終止之損失³⁰⁸。

對於文書證據的偏好，也導致仲裁庭傾向於駁回事後始對該書證提出之質疑。許多案件中，若非當下對書證提出質疑，異議即難被仲裁庭接受³⁰⁹。例如，Collins Systems International, Inc. v The Navy of the Islamic Republic of Iran 案中，仲裁庭裁決若欠缺立即之異議，則在締約過程出示之發票或付款文件，即被推定為真實³¹⁰。

第三目 宣誓書

於當事人未能完整保留書面證據之情況，則需要借助證人之方式提供相關佐證。關於宣誓書(affidavit)可否做為證據之問題，各法域之規定與慣例有所不同，在國際仲裁實務上則採取相對彈性之態度，包括聯合國貿易法委員會商仲裁規則第 25.5 條³¹¹、倫敦國際仲裁院仲裁規則第 20.3 條³¹²、美國仲裁協會 ICDR 國際仲裁規則第 20.5 條³¹³等，雖然採取不同規範模式³¹⁴，但原則上均不否定宣誓書之證據能力。實務上，大多數的案件都曾提出宣誓書(affidavit)做為確認主張與抗辯事實之證據³¹⁵。

³⁰⁶ Pietrowski, *id.*

³⁰⁷ REDFERN & HUNTER ET AL., *supra* note 1, at 298.

³⁰⁸ Avco Corporation v Iran Aircraft Industries, Partial Award No. 377-261-3 (18 July 1988), reprinted in 19 *Uran-US Cl. Trib. Rep.* 200, 209.

³⁰⁹ BROWER & BRUESCHKE, *supra* note 223, at 187.

³¹⁰ Collins Systems International, Inc. v The Navy of the Islamic Republic of Iran, Award No. 526-431-1 (20 Jan 1992), reprinted in 28 *Iran-US Cl. Trib. Rep.* 21, 35.

³¹¹ UNCITRAL Arbitration Rules, *supra* note 15, art. 25.5.

³¹² LCIA Arbitration Rules, *supra* note 85, art. 20.3.

³¹³ ICDR International Arbitration Rules, *supra* note 105, art. 20.5.

³¹⁴ UNCITRAL Arbitration Rules 第 25.5 條與 ICDR International Arbitration Rules 第 20.5 條明文確認證人簽名之書面陳述可做為證據，而 LCIA Arbitration Rules 第 20.3 條則在仲裁庭允准情況下，書面陳述始得做為證據。

³¹⁵ BROWER & BRUESCHKE, *supra* note 223, at 188. E.g., Harris International Telecommunications, Inc. v The Islamic Republic of Iran, Award No. 323-409-1 (2 Nov 1987), reprinted in 17 *Iran-US CTR* 31, 52.

儘管具備證據能力，仲裁庭對於宣誓書之證據評價仍然是一個持續爭辯之議題，其原因主要來自各國的法律規定與習慣³¹⁶。在 W Jack Buckamier v The Islamic Republic of Iran 案³¹⁷中，仲裁庭對此做出詳盡說明，認為宣誓書之證據評價的不同，除了源自於各國法律與倫理傳統外，也受到偽證罪之處罰體系所影響，蓋偽證罪之處罰若相對嚴厲，則足以有效避免證人做出虛偽之陳述。然而，在國際仲裁體系中不存在此種系統，若將其訴諸內國法院又嫌困難、冗長、耗日費時卻又無法確定獲得有效結果。因此，由於欠缺偽證罪處罰，再加上有些避免不實陳述之倫理規範(ethical barriers)於國際仲裁也無法發揮與內國訴訟相同之效果，對於證人之口頭證據或宣誓書，仲裁庭無法給予相當於某些內國訴訟制度之證據評價。然而，仲裁庭亦承認在書證收集困難之情形非可歸責於當事人時，例如伊朗時局動盪時，美籍當事人幾乎是不可能在伊朗境內收集書證，仲裁庭亦應將該因素納入證據評價之考量，不應對聲請人適用過於嚴格之證據法則。惟採取此種彈性途徑亦不能偏廢對於相對人之保護，而仍必須符合仲裁庭程序規則之各項規定。為兼顧雙方當事人之權益，仲裁庭認為應參酌個案之特殊性，具體考量：(1)當事人之聲明或各項證據主張是否有內部矛盾 (2)他方當事人是否有明示或默示之承認 (3)即便存在反面證據為明顯可取得時，他方當事人是否根本不爭執或未能提出該反面證據。綜合所有證據資料與主張後，納入個案因素與雙方當事人之可信度判斷，以務實且妥協之態度，判斷所提證據是否已達到舉證責任之要求。

雖然有實務案件提供了宣誓書證據評價之參考，平心而論，關於宣誓書證提出與否之兩難在於，一方面宣誓書做為證人到場之替代品，具有許多吸引人之優點，包括大量節省時間與金錢，使仲裁訊問之寶貴時間大幅縮短，也加速整件糾紛之解決過程，以及相對於口頭呈現，書證具有容許仲裁庭充分研究案情、審議分析之特性³¹⁸。惟另一方面，宣誓書也可能造成仲裁庭無法產生現場訊問之可信

³¹⁶ See *Id.*

³¹⁷ W Jack Buckamier v The Islamic Republic of Iran, Award No. 528-94 1-3 (6 Mar 1992), reprinted in 28 Iran-US CTR 53, 74-76.

³¹⁸ BROWER & BRUESCHKE, *supra* note 223, at 190-191.

度心證，且剝奪相關當事人或證人交叉詰問之可能性，更重要的是，目前國際仲裁實務上對於宣誓書之評價與呈現方式仍未能形成普遍而有用之準則³¹⁹，而必須仰賴當事人與其律師自行摸索，考驗其運氣與智慧。1988 年的 Avco Corporation v Iran Aircraft Industries 案³²⁰，對於此種困境提供了寫實而諷刺的殷鑑。此案之聲請人於詢問程序開始前之會議中，就關於支持其主張之大量發票證據應如何呈現之問題，詢問仲裁人之意見，該場會議之主席，於相對人與其他仲裁人均未出席之情況下，建議聲請人不要提出實際之發票，而採用證人確認發票存在與數量之方式替代。然而，最後仲裁判斷卻在相對人僅蓋括否認聲請人主張，而未對宣誓書提出異議之情況下，認為聲請人之員工做證之宣誓書，不足以代替發票本身達到舉證責任之要求。此外，亦應注意仲裁地法對於仲裁事件中證人書面陳述之效力有禁止或限制之規定時，若其為強行法規，則在程序後階段有可能面臨撤銷仲裁判斷之訴或承認與執行之障礙；反之，若其雖屬任意法規，然而仲裁協議或仲裁規則中未明確納入得採用證人書面陳述之條款時，基於補充適用之原則，書面陳述之採納也可能被認為違反當事人之協議³²¹。因此，在實務上對宣誓書之證據價值形成具體準則之前，國際仲裁之當事人與律師最好能夠盡量避免孤注一擲地依賴宣誓書證明其主張。

第六節 小結

原則上，證據法則具有程序法之性質，包括證據容許性、舉證責任、各種證據方法、事實上推定等均屬程序事項，應受仲裁程序準據法與選定之仲裁機構規則所規制。目前國際商務仲裁實務，無論是機構仲裁規則或實際仲裁案件之見解均傾向考量個案特殊性，不過度限制仲裁庭之權限，對於證據法則之適用採取彈性開放之態度。惟在目前實務做法融合英美法系與大陸法系之特徵的現況下，對

³¹⁹ *Id.* at 191.

³²⁰ Avco Corporation v Iran Aircraft Industries, Partial Award No. 377-261-3 (18 July 1988), reprinted in 19 *Uran-US Cl. Trib. Rep.* 200.

惟執行法院最後認為，本案不符合正當程序之要求，而拒絕承認與執行仲裁判斷。請參照：第五章第二節第一項第二款第八目。

³²¹ CARON ET AL., *supra* note 158, at 620.

於兩大法系之基本瞭解有其必要性，以避免因不適應仲裁庭所採取之證據調查方式或心證狀態而影響最終之結果。同時，當事人之律師亦應留意勿過度仰賴其特定法系之證據法則，以免無法有效協助仲裁庭認事用法。

關於證據容許性之問題，在國際商務仲裁之領域要求並不嚴格，而將重點放在證據力之評價。舉證責任雖然於英美法與大陸法下指涉之概念不甚相同，惟國際仲裁中主要係指事實真偽不明時，應由何人負擔不利益之謂。舉證責任之分配，與內國訴訟相似，由提出主張或抗辯之當事人負擔舉證責任，負舉證責任之當事人通常必須證明至表面案件之程度，始轉由相對人提出反證。

就證據評價而言，國際仲裁亦有其獨特之生態。首先，仲裁庭通常接受利害關係人之證詞，但對證據之評價較一般證人於庭上直接做證為低。國際仲裁庭亦承繼大陸法系之傳統，偏好書面證據。此外，決定是否提出宣誓書證之考量因素在於，其一方面得節省時間與金錢，並容許仲裁庭充分研究案情、審議分析。惟另一方面，目前國際仲裁實務上對於宣誓書之評價與呈現方式仍未能形成普遍而有用之準則，就此，當事人與其律師宜盡量探詢仲裁人之見解，以避免證據可信度疑慮之不利情事，仲裁人亦應事前充分闡明兩造有關宣誓書之證據評價傾向，並適時告知所呈證據是否已達到證明度之要求，以免突襲之發生。

第四章 國際商務仲裁證據提出命令之適用與個別證據方法所涉之程序議題

第一節 緒論

英美法系與大陸法系對於證據蒐集之途徑有著根本性之差異。英美法系所採納之事證開示制度(discovery)之目的在於保障雙方當事人之武器平等，無論對己是否有利，均凡與案件相關之一切事證均予以揭露，以促進紛爭之解決。相對地，大陸法系則不仰賴此種資訊一概揭露之制度，原則上僅要求當事人提出支持其主張之事證，例外於證據偏在之情況可能賦予當事人一定之協力義務。在意識到當事人接近事證之機會未必均等之問題確實存在後，本文將進一步探討在國際商務仲裁程序之範疇，應如何解決此種困境？英美法上事證開示制度之優點何在？是否適於應用於仲裁程序？與大陸法系適用事案解明之協力義務之結果有何不同？本文將就目前國際仲裁理論與實務見解出發，分析仲裁庭適用證據提出命令之可能性如何，及其應如何解決證據偏在之問題。

此外，在仲裁程序中，已蒐集之事證資料透過各項證據方法加以呈現，使仲裁人獲得糾紛事實與權利義務存否之心證，進而做成仲裁判斷，以終局解決當事人間之紛爭。因此，個別證據方法對於國際商務仲裁而言，實居於相當重要之地位。個別證據方法之規定具體劃定當事人與其委任律師為證據呈現之樣貌，建立證據調查、採納與評價之「遊戲規則」，此類規則應盡量於程序之前階段詳細具體地指明，使雙方當事人得以將其納入證據蒐集與呈現等行為之考量³²²，亦能有效協助仲裁庭認定事證、終結糾紛。

個別證據方法通常包括書證、人證、鑑定、勘驗等，以下討論之許多爭點，係源於各國不同之法律傳統，而不同國籍之當事人、委任律師，以及仲裁人對於個別證據方法具體規定之認知難免有所差異，進而導致與證據相關之原則或架構有一定程度之落差而發生爭議。其中，以英美法系與大陸法系間之根本性差異尤甚，故其屬本文以下重要之探討對象。然而，本文分析之目的並非要爭辯制度間之孰優孰劣，而毋寧是在探求國際商務仲裁之範疇是否存在核心之基礎準則或共

³²² Böckstiegel, *supra* note 123, at 141-142.

識，足以做為仲裁庭與當事人面對具體個案時之參考？此種準則若是已經存在，其具體內容為何？若其不存在，則未來有無可能透過案例之累積與學說之討論逐漸形成？本文將就傳統之證據方法逐一分析，除比較英美法系與大陸法系之相關傳統概念於國際仲裁程序之適用結果外，亦進一步探討兩者融合之折衷途徑，歸納其是否有一定之發展方向，以試圖尋找國際商務仲裁程序基礎之證據「遊戲規則」，做為適用之基本架構。

第二節 國際商務仲裁證據提出命令之適用

在國際商務仲裁之領域，亦可能發生證據偏在當事人一方之情形，若該證據對本案爭端之解決具有相當之重要性，而他方當事人取得該事證又欠缺期待可能性時，為維護雙方接近證據之公平性與誠信原則，似乎不宜容許支配事證之一方藉由不提出或隱匿事證而享有對其有利判斷之優勢。惟在此種情況之下，應如何落實當事人武器平等原則，使雙方得充分接觸相關事證後進行攻擊防禦，確保正當程序之要求，則屬重要之問題。在英美法訴訟制度下係利用事證開示制度，於審判前要求雙方全面性地交換事證，於大陸法系下則藉由事案解明義務之建立，容許法院對證明妨礙之情形賦予一定之法律效果，兩者間之概念存在根本性之差異。就此，英美法與大陸法系之處理模式，何者較能符合國際商務仲裁之需求，及實務上目前對於證據提出命令適用之情況為何，能否被歸類為偏向英美法之事證開示制度或大陸法系之證明妨礙理論等問題，本文將進一步討論。惟無論採英美法或大陸法系之模式，若要有效地解決證據偏在之問題，執行之配套措施扮演相當關鍵之角色，若當事人不主動提出證據，則須仰賴有權機關進一步執行證據提出命令，因此，本章所稱之「證據提出命令」並不侷限於英美法「事證開示制度(discovery)」下當事人拒絕主動提出證據時強制命其遵循之命令概念，或大陸法系下當事人事案解明協力義務之具體化，而係泛指當事人對於證據接近有公平性疑慮之情形，仲裁庭或仲裁地法院命令當事人一方提出特定證據之謂，合先敘明。

第一項 英美法系與大陸法系之傳統理論：法理與價值判斷之探討

第一款 英美法系之事證開示制度

事證開示制度(Discovery)源自於傳統英美法系之訴訟制度，雖然英國與美國對於事證開示之規定寬嚴並不相同³²³，惟就概念而言，均係純粹之當事人對抗制的改良，目的在於避免一方當事人藉由隱匿其所支配之事證而獲得勝訴判決³²⁴。此種制度藉由在預審階段(pre-trial)雙方當事人間揭露一切相關事證資料之方式，使兩造得充分接觸未來審判程序可能調查與攻防之事實與證據，係屬證據「蒐集」之手段，係當事人相互間請求與揭露之關係，並不當然必須透過法院程序介入進行，惟於當事人有正當理由請求對造提出證據，卻遭其拒絕時，始可能由法院依聲請核發開示命令³²⁵。原則上若未於事證開示程序提出之資料，於審判程序即不得提出，故事證開示制度有助於集中爭點，且法官或陪審團經由接觸與本案相關一切證據之過程，形成心證，促進真實之發現，提高裁判之正確性，並確保雙方對事證接近之武器平等，消弭「證據偏在」之情形；此外，由於當事人雙方得以經由此制度接觸本案之各種證據，提高對於訴訟結果之預測可能性，除可避免突襲之外，亦被認為得有效促進和解，而無須仰賴最終判決解決爭議³²⁶。雖然理論上事證開示之內容包括證明己方主張之證據，惟基於舉證責任分配之結果，當事人對於有利於己之事實證據不待事證開示制度之規定，本即會不遺餘力地提出，以求勝訴判決，故事證開示制度係於當事人擁有支持對造主張之證據時，尤具意義。

第二款 大陸法系之事案解明協力義務與證明妨礙理論

對於大陸法系而言，原則上僅要求當事人於提出聲請或答辯狀時，將其有利於己之所據事證資料一併隨卷附上，而無與英美法相同之事證全面開示制度³²⁷。

³²³ John W. Hinckley & Elizabeth T. Bear, *Exchanges of Documents and Depositions in International Arbitration*, in THE ARBITRATION PROCESS 207, 208 (Dennis Campbell ed., 2002).

³²⁴ 程春華，「民事證據法專論」，頁 600-602，廈門大學出版社，2001 年。

³²⁵ 事證開示制度(discovery)與發現真實—民訴法研究會第五十次研討紀錄，法學叢刊第 155 期，頁 133-135，1994 年。

³²⁶ 黃國昌，比較民事訴訟法下的當事人圖像—由審理基本原則、證據收集權及證明度切入，政大法學評論第 76 期，頁 257-262，2003 年 12 月。韓波，「民事證據開示制度研究」，頁 57-58，中國人民大學出版社，2005 年。

³²⁷ See Patocchi & Meakin, *supra* note 134, at 891.

雖然古典大陸法系之傳統認為，程序進行之指揮權限由法官掌握，法官於必要時亦得主動介入調查證據，故相對於英美法系而言，大陸法系之當事人較無須擔負主導訴訟進行與組織證據調查程序之責任，整體程序不若英美法系來的「積極而充滿敵意」³²⁸。惟就對當事人一方有利之事證由他方支配之情形，法官由於負荷沉重之工作量，實際上並無強烈之動機介入調查³²⁹，在當事人本身欠缺證據收集權之前提下，實則甚難證明其聲請調查之證據具備重要性與具體性之要件，可能使原告承擔過多之訴訟成本與風險，導致抑制訴訟之效果，使當事人必須完全仰賴私力調查³³⁰。

故考量到公平、誠信原則與武器平等原則等訴訟法上之基本價值，在德奧日等國，摸索證明、證明妨礙及其他相關事案解明協力義務亦引發熱烈之討論³³¹。就事案解明協力義務具體化之證明妨礙理論而言，亦在避免支配證據之一方藉由隱匿證據之方式，獲得勝訴判決，立論基礎有認為係基於訴訟法上誠信原則出發，認為當事人不得以其惡意之行為獲得利益，否則係權利濫用而違反誠信原則；亦有認為依經驗法則判斷，若一造所主張之事證並非真實，則他造自不致拒絕提出或隱匿毀損；或基於實體法上的證據保存義務，認為舉證者就其有責行為所致他造無法證明之損害應負損害賠償責任，而負回復原狀之義務。大多數見解均同意其要件包括當事人之作為或不作為，對與判決具重要性之事實證明困難結果間有因果關係，且主觀上有可歸責性，其法律效果則有舉證責任轉換說、證據評價說、證據提出責任轉換說及證明度降低說等。在欠缺普遍性事證開示制度之我國，不負舉證責任當事人之事案解明義務與違反該義務時之證明妨礙制裁等，也於我國新民事訴訟法 2000 年修法增訂民事訴訟法第 282 之 1 條後，成為一般

³²⁸ 原文為：“hostile and aggressive”. Hinckley & Bear, *supra* note 323, at 207-208.

³²⁹ 黃國昌，比較民事訴訟法下的當事人圖像—由審理基本原則、證據收集權及證明度切入，政大法學評論第 76 期，頁 266-269，2003 年 12 月。

³³⁰ 同前註，頁 270-280。

³³¹ 相關討論參照：沈冠伶，摸索證明與事證蒐集開示之協力，月旦法學雜誌第 125 期，頁 78-98，2005 年 10 月，收錄於：氏，「民事證據法與武器平等原則」，頁 127-155，元照，2007 年。姜世明，論民事訴訟中之摸索證明，收錄於：氏，「舉證責任與真實義務」，頁 320-390，新學林，2006 年。姜世明，訴訟上非負舉證責任一造當事人之事案解明義務，收錄於：氏，前揭書，頁 103-183。

性通則規定之法律依據³³²，以防杜當事人以不正當手段延滯訴訟或享有優勢，實現當事人武器平等與公平原則。

第三款 兩大法系基本概念差異之分析：一般與限定之事案解明協力義務

實則，英美法系與大陸法系傳統理論本質之區別，可以從其核心考量與價值判斷加以理解³³³。即便在兩大法系已逐漸融合，而均傾向不容許當事人以處分自由為依據隱匿證據而獲得利益之現況下，對於「當事人所負擔之事案解明協力義務範圍」問題，英美法系與大陸法系仍有一定程度之對比性。大陸法系原則上傾向採取「限定之事案解明義務」，在此見解下，除非有實體法上之情報請求權，否則不負舉證責任之當事人原則上無義務開示對他造有利之事證，而僅於證據偏在之情形，負舉證責任之當事人無取得該事證之期待可能性時，例外課予事案解明義務³³⁴。而英美法系承襲事證開示制度之傳統，採取「一般事案解明義務」之見解，基於維護兩造對於事證之平等接近機會，原則上肯認一造取得相關事證之

³³² 相關討論參照：沈冠伶，論新民事訴訟法中法官之闡明義務與當事人之事案解明義務，萬國法律雜誌第 111 期，頁 40-54，2000 年 6 月，收錄於：氏，前揭書，頁 1-19。沈冠伶，證明妨礙法理在醫療民事責任之適用，台大法學論叢第 38 卷第 1 期，頁 163-215，2009 年 3 月。許士宦，證明妨礙，月旦法學雜誌第 76 期，頁 41-52，2001 年 9 月，收錄於：氏，「證據蒐集與紛爭解決」，頁 205-229，學林，2005 年。許士宦，文書之開示與秘匿，台大法學論叢第 23 卷第 4 期，2003 年 7 月，收錄於：氏，前揭書，頁 327-431。許士宦，不負舉證責任當事人之事案解明義務，收錄於：氏，前揭書，頁 507-564。許士宦，當事人違反文書提出命令之制裁，月旦法學雜誌第 86 期，頁 16-17，2002 年 7 月。姜世明，對於所謂「應負舉證責任一造當事人有證明妨礙」見解之質疑—評台灣台北地方法院九十年度訴字第 1818 號民事判決，月旦法學雜誌第 138 期，頁 220-232，2006 年 11 月。姜世明，證明妨礙之研究，—民事訴訟法第二百八十二條之依之發展評估，萬國法律雜誌第 115 期，頁 44-61，2001 年 2 月。姜世明，過失證明妨礙，法學講座第 26 期，頁 66-74，2004 年 3 月。駱永家，證明妨礙，月旦法學雜誌第 69 期，頁 12-13，2001 年 2 月。黃國昌，證明妨礙，月旦法學教室第 25 期，頁 36-39，2004 年 11 月。潘天慶，民事訴訟法上證明妨礙之研究，東吳大學法律學研究所論文，2006 年。

³³³ 黃國昌，事證開示義務與舉證責任(上)—由台北地方法院八九年度簡上字第八一五號判決出發，台灣本土法學雜誌第 61 期，頁 41-42，2004 年 8 月。

³³⁴ 德國多數學說與法院實務見解均認為除非另有實體法上資料開示請求權或民事訴訟法上例外規定，否則當事人並無一般性之協力事案解明之義務。惟有學者認為近年德國聯邦最高法院雖然文字上拒絕承認一般事案解明義務，但實質上似乎已有採納該概念之見解，參照：沈冠伶，論新民事訴訟法中法官之闡明義務與當事人之事案解明義務，萬國法律雜誌第 111 期，2000 年 6 月，收錄於：氏，「民事證據法與武器平等原則」，頁 12-14，元照，2007 年。我國學說見解則有分歧，有認為民事訴訟法第 282 條之 1 之增訂及其他個別性規定已得推知一般性事案解明義務，參照：沈冠伶，論民事訴訟程序中當事人之不知陳述，政大法學評論第 63 期，頁 387-389，2000 年 6 月，收錄於：氏，前揭書，頁 40-42。亦有採取限定事案解明義務之見解，參照：姜世明，「新民事訴訟法論」，頁 36-38，2004 年修訂 2 版。

權利，惟僅在特定事證涉及隱私或秘密時，就兩者之衝突加以利益衡量與調和³³⁵。

換言之，前者乃以實體法秩序為出發點，先界定一般性的舉證責任分配原則，而於該理論適用於特定案件類型將得出令人無法接受之結論時，始例外加以調整；後者則立於訴訟法上觀點，強調民事訴訟法上的核心價值，著重誠信原則與武器平等原則，故一般地否定當事人隱匿不利事證之自由³³⁶。

第四款 國際商務仲裁採用事證開示制度與證明妨礙理論之需求及優缺點

在國際商務仲裁之範疇，與一般內國訴訟同樣會面臨到證據偏在之問題，無論是文書之取得，或證人之證詞均可能由對造掌握，為落實當事人間武器平等原則與誠信原則，宜透過配套機制之建立解決此種事證接近機會不均等之問題。

英美法系之事證開示制度在國際仲裁是否有適用可能性，以及應如何適用之問題，向來頗受爭議³³⁷。於仲裁適用事證開示程序之優點，在於事證在仲裁之前階段即全面性地揭露，當事人雙方得接觸所有相關事證，客觀地評估己方之優勢與弱點，並解決證據偏在之問題，維持紛爭解決之公平，亦使仲裁庭更加了解案情，終局地促進爭端之解決³³⁸。然而相對地，在高度講求效率之仲裁程序中，適用事證開示制度亦可能延宕程序之進行，增加額外之成本支出³³⁹，更重要的是，即使考量到此制度之優點而將其事證開示制度適用於仲裁程序，在國際仲裁案件中能否與內國訴訟一般有效地執行與監督提出命令，也是另一個待解決之問題。

相對地，大陸法系雖無法使雙方於仲裁程序前階段充份取得彼此之事證資料，對於紛爭解決事先綜觀地進行評估，惟透過限定事案解明協力義務與證明妨礙之方式解決證據偏在之問題，並不要求對相關事證進行全面性交換，而僅限於該當特定要件時，始例外要求當事人向他方提供特定證據，因此可有效地節省仲裁程序所需之時間，及花費之金錢成本。

³³⁵ FED. R. CIV. P. 26(b).

³³⁶ 黃國昌，事證開示義務與舉證責任(上)——由台北地方法院八九年度簡上字第八一五號判決出發，台灣本土法學雜誌第 61 期，頁 42，2004 年 8 月。

³³⁷ Hinchey & Bear, *supra* note 323, at 207-208.

³³⁸ *Id.* 210.

³³⁹ Bruce A. McAllister & Amy Bloom, Evidence in Arbitration, 34(1) J. Mar. L. & Com. 35, 42 (2003).

第二項 國際商務仲裁適用證據提出命令之法律依據

第一款 利用證據提出命令從當事人一方取得相關事證

事證開示制度或證明妨礙理論得否適用於國際商務仲裁程序，使當事人之一方獲取對方所支配之事證，取決於不同法域之法律傳統對於特定制度之接納程度，因而導致不同之基本態度。英美法系國家通常對於仲裁程序適用事證開示制度的接受度較高，就內國仲裁法對於仲裁程序之事證開示制度有所規定者，例如英國 1950 年仲裁法，其規定當事人之仲裁協議中須包括雙方應依仲裁庭命令開示所有相關書證之條款，且高等法院有權發布開示書證之命令，以協助仲裁庭進行與訴訟相同之事證開示方式³⁴⁰。至 1996 年英國仲裁法修正後，雖然採用更彈性之規範模式，但仍保留了事證開示制度適用之法律基礎，依第 34 節(2)(d)規定³⁴¹仲裁庭得自由決定是否進行書證之開示、於何階段開示，以及開示書證之範圍，此屬於仲裁庭裁量權限之範疇，也反映了英國仲裁實務之需求。此外，美國聯邦仲裁法第七節³⁴²亦規定，仲裁庭得以書面傳喚任何人到場做證，或於適當情形一併提出重要之相關書證，此為事證開示制度之具體化規定。美國統一仲裁法第 17 節³⁴³亦明確表達事證開示制度得適用於仲裁程序之態度，惟仲裁庭應將當事人與關係人之需求，及仲裁程序公平、效率、成本等因素納入考量，以決定個

³⁴⁰ Patocchi & Meakin, *supra* note 134, at 891.

³⁴¹ “[W]hether any and if so which documents or classes of documents should be disclosed between and produced by the parties and at what stage(emphasis added).”

Arbitration Act 1996, U.K., *supra* note 146, § 34(2)(d).

³⁴² “Section 7. Witnesses before arbitrators; fees; compelling attendance:

The arbitrators selected either as prescribed in this title or otherwise, or a majority of them, may summon in writing any person to attend before them or any of them as a witness and in a proper case to bring with him or them any book, record, document, or paper which may be deemed material as evidence in the case.”

Federal Arbitration Act, 9 U.S.C. § 7 (1990).

³⁴³ “(a) An arbitrator may issue a subpoena for the attendance of a witness and for the production of records and other evidence at any hearing and may administer oaths. A subpoena must be served in the manner for service of subpoenas in a civil action and, upon [motion] to the court by a party to the arbitration proceeding or the arbitrator, enforced in the manner for enforcement of subpoenas in a civil action. (c) An arbitrator may permit such discovery as the arbitrator decides is appropriate in the circumstances, taking into account the needs of the parties to the arbitration proceeding and other affected persons and the desirability of making the proceeding fair, expeditious, and cost effective.”

UNIF. ARB. ACT § 17(a), (c) (2000). 美國統一仲裁法雖非具拘束力之實定法，惟係由實務、學術、與立法工作者研議之結果，美國已有 35 個法域採行，其他十四個法域所採行之仲裁法典亦採實質上相類似之仲裁規範，相關論述請參考：許兆慶，美國二〇〇〇年修訂統一仲裁法簡析(上)，仲裁季刊第 65 期，頁 40-41，2002 年 6 月。

案是否適於採用事證開示制度。

相對地，大陸法系國家雖欠缺事證開示制度之規定，惟不排除仲裁庭發布證據提出命令之可能性。例如，依德國法，仲裁庭雖無權強制當事人提出文書，惟若當事人無正當理由不從文書提出命令時，仲裁庭得依據此事實作成反面推論³⁴⁴。法國民事訴訟法亦規定，仲裁人得命當事人提出證據，若當事人拒絕時，仲裁庭亦無類似法院之權限強制其提出，僅可能面臨不利之判斷³⁴⁵。我國仲裁法雖未特別賦予仲裁庭證據開示權限之規定，然而，依中華民國仲裁法第 19 條第 1 項規定，仲裁庭得準用民事訴訟法或適用其認為適當之程序，故仲裁庭似得酌情參考民事訴訟法第 282 條之 1、343 至 345 條及 367 條之規定內容，或直接核發證據提出命令要求當事人提出證據，若當事人拒絕或毀損、隱匿時，認他方對於該證據之主張或待證事實為真實。

除內國法外，亦存在許多規範證據提出命令之國際仲裁規則。例如聯合國仲裁規則第 24.3 條³⁴⁶規定：「在仲裁程序進行期間的任何時候，仲裁庭均可要求當事各方在仲裁庭決定之期限內提出文件、證件或其他證據。」故當一方當事人支配解決紛爭所必要之事證時，而他方取得證據無期待可能性時，仲裁庭即可命令其提出證據，以實現公平原則³⁴⁷。就此，聯合國仲裁規則雖然肯認證據提出命令，但當事人本身並無權要求對方提出一切事證，是否針對特定證據核發證據提出命令之權限，係由仲裁庭裁量決定，此似乎較接近於大陸法系之限定事案解明義務之概念，而與英美法下全面性進行證據交換之事證開示制度有所區別。

另外，國際商會仲裁規則第 20.5 條³⁴⁸規定：「仲裁庭可以在程式進行的任何

³⁴⁴ Jan Curschmann, *Germany*, in EVIDENCE IN INTERNATIONAL ARBITRATION PROCEEDINGS, *supra* note 123, 143, 148.

³⁴⁵ CODE OF CIVIL PROCEDURE art. 1460 (Fr.). F. Ruhlmann & O. Gutke, *France*, in EVIDENCE IN INTERNATIONAL ARBITRATION PROCEEDINGS, *supra* note 123, 133, 137-138.

³⁴⁶ “At any time during the arbitral proceedings the arbitral tribunal may require the parties to produce documents, exhibits or other evidence within such a period of time as the tribunal shall determine.” UNCITRAL Arbitration Rules, *supra* note 15, art. 24.3.

³⁴⁷ CARON ET AL., *supra* note 158, at 574-575.

³⁴⁸ “At any time during the proceedings, the Arbitral Tribunal may summon any party to provide additional evidence.”

The ICC Rules of Arbitration, *supra* note 2, art. 20.5.

階段傳喚當事人補交證據。」此為國際商會首次明文賦予仲裁庭核發證據提出命令之權限，但僅限於對當事人為之，而未延伸至當事人以外之第三人。此與英美法系國家統之事證開示制度不同者在於，當事人本身亦無請求事證開示之權利，而是將該權限委由仲裁庭依個案狀況，裁量決定是否適宜核發證據提出命令³⁴⁹，與前述聯合國仲裁規則第 24.3 條相似。

其他規定證據提出命令之仲裁規則，例如倫敦國際仲裁院仲裁規則第 22.1(e) 條³⁵⁰：「仲裁庭有權就其認為適當而由當事人之一方所支配之書證或其影本，命當事人提交仲裁庭與他方當事人。」美國仲裁協會 ICDR 國際仲裁規則第 19.3 條³⁵¹規定：「仲裁庭在仲裁程序過程中，可隨時要求當事人提交仲裁庭認為必要或適當之其他文件、證物或證據。」IBA 國際商務仲裁證據採納規則第 3.2 條³⁵²確認當事人得聲請仲裁庭命他方提出書證，第 3.4 條³⁵³規定：「在仲裁庭所定期限內，被要求提示事證之當事人應向仲裁庭與他方當事人提交由其支配之所有被要求提供而無未異議之相關書證。」若他方當事人有異議時，應提出由仲裁庭裁決³⁵⁴。IBA 國際商務仲裁證據採納規則第 4.11 條³⁵⁵亦規定：「仲裁庭得於做成結論之前，命令當事人提供或盡其最大之努力使證人到場供詢，包括其尚未提出之證人在內。」

第二款 利用證據提出命令從第三人取得相關事證

³⁴⁹ DERAINS & SCHWARTZ, *supra* note 84, at 281.

³⁵⁰ “[T]he Arbitral Tribunal shall have the power . . . to order any party to produce to the Arbitral Tribunal, and to the other parties for inspection, and to supply copies of, any documents or classes of documents in their possession, custody or power which the Arbitral Tribunal determines to be relevant.”

LCIA Arbitration Rules, *supra* note 85, art. 21.1(e).

³⁵¹ “At any time during the proceedings, the tribunal may order parties to produce other documents, exhibits or other evidence it deems necessary or appropriate.”

ICDR International Arbitration Rules, *supra* note 105, art. 19.3.

³⁵² IBA Rules on the Taking of Evidence, *supra* note 162, art. 3.2.

³⁵³ “Within the time ordered by the Arbitral Tribunal, the Party to whom the Request to Produce is addressed shall produce to the Arbitral Tribunal and to the other Parties all the documents requested in its possession, custody or control as to which no objection is made.”

IBA Rules on the Taking of Evidence, *supra* note 162, art. 3.4.

³⁵⁴ IBA Rules on the Taking of Evidence, *supra* note 162, art. 3.5, 3.6.

³⁵⁵ “The Arbitral Tribunal may, at any time before the arbitration is concluded, order any Party to provide, or to use its best efforts to provide, the appearance for testimony at an Evidentiary Hearing of any person, including one whose testimony has not yet been offered.”

IBA Rules on the Taking of Evidence, *supra* note 162, art. 4.11.

一般而言，英美法上事證開示制度僅能針對當事人為之，若欲了解第三人掌握之資料，則應透過傳喚證人之方式為之，此為「普通證人規則(mere witness rule)」，惟於少數例外之情況，事證開示制度亦得對第三人為之³⁵⁶。相對於此，大陸法系早期雖基於「不能幫助他人權利之證明(action incumbit probatio)」原則，否定對第三人課予強制提出證據之一般性義務，惟二十世紀以後，考量到第三人對於法院審理應予協助之公法上義務，以促進程序與實體利益之保障，維護當事人平等與使用證據之機會，包括德法日等國訴訟制度均逐漸對第三人文書之提出採取一般義務之見解，以助於促進程序進行、爭點整理等目的，而違反提出命令而不盡協力義務之第三人，可能面臨罰緩或強制處分³⁵⁷。

就國際商務仲裁而言，證據提出命令為活化證據蒐集之途徑，若第三人持有書證或曾經歷特定事實，為達成事前整理爭點、縮短仲裁庭審議時間等目的，似乎存在取得第三人所掌握事證的需求。關於爭事證由第三人支配時，仲裁庭有無權限強制其提出之問題，美國聯邦仲裁法第 7 節³⁵⁸規定，仲裁庭認為適當時，得傳喚「任何人」為證人或提交書證，其中包括當事人與仲裁程序外之第三人。此外，美國統一仲裁法第 17 節³⁵⁹亦規定得傳喚證人應訊，並命提交書面資料以及其他證據，賦予仲裁庭相對廣泛之權限以利程序進行。英國 1996 年仲裁法第 43 節³⁶⁰亦規定，當事人得請求法院強制證人出席，並提出其所支配之重要書證。相對地，依德國法與法國法規定，仲裁庭則無權強制第三人提出其所支配之證據³⁶¹。我國仲裁法亦未特別規定仲裁庭命第三人提出書證或陳述事實之權限，似乎欠缺向第三人請求提出事證之依據，惟依中華民國仲裁法第 19 條第 1 項規定，仲裁庭得酌情參考民事訴訟法第 346 條至 349 條與 367 條之規定內容，或直接做為證據提出命令要求第三人提出證據，然而，若第三人拒絕時，由於仲裁庭並無

³⁵⁶ 程春華，「民事證據法專論」，頁 617-619，廈門大學出版社，2001 年。

³⁵⁷ 許士宦，文書之開示與秘匿，台大法學論叢第 23 卷第 4 期，2003 年 7 月，收錄於：氏，「證據蒐集與紛爭解決」，頁 327-431，學林。

³⁵⁸ Federal Arbitration Act, 9 U.S.C. § 7 (1990).

³⁵⁹ UNIF. ARB. ACT § 17 (2000).

³⁶⁰ Arbitration Act 1996, U.K., *supra* note 146, § 43.

³⁶¹ Curschmann, *supra* note 344, at 146, 148. Ruhlmann & Gutkes, *supra* note 345, at 137-138.

直接執行罰鍰或強制執行之權限，似乎仍須仰賴內國法院之協助。

聯合國國際商務仲裁模範法所採取之途徑，則係允許仲裁庭或受仲裁庭准許之當事人得請求內國法院協助收集與調查證據³⁶²。此外，IBA 國際商務仲裁證據採納規則第 3.8 條³⁶³規定，若當事人本身無法自行從第三人或機構取得相關文書，得於一定期限內請求仲裁庭採取法律上可行之措施，仲裁庭得裁量決定是否協助證據之蒐集。第 4.10 條³⁶⁴亦有針對人證之類似規定。

第三項 納入仲裁協議或仲裁職權範圍書之內容

除了內國法或國際仲裁規則之規定外，由於證據提出與開示程序屬於仲裁程序中之一環，原則上依照當事人自治原則，雙方得選擇將是否採納英美法上事證開示制度或大陸法系之限定事案解義務，以及如何進行相關程序等事項，納入仲裁協議或仲裁職權範圍書中，以提高當事人雙方對於紛爭解決方式之預測性³⁶⁵。

對於當事人而言，決定是否將與證據提出命令有關之規定納入協議之務實考量，在於其適用是否有正面之助益，就評估適用利弊時，以下幾點可供參考：(1)何方當事人在貿易過程中可能支配較多之書證或人證？若對方支配之可能性較高時，對己方當事人而言，採納證據提出命令條款較可能受益。(2)我方當事人是否有敏感或機密性資訊不希望相對人與第三人得知？若然，則盡量避免證據開示程序中可能發生之機密洩漏情形，或締結保密條款。(3)相對人之法系傳統是否採用事證開示制度，或較傾向於限定之事案解明義務？可能協助執行提出命令之內國法院是否有法律基礎並願意協助執行與監督？蓋若相對人之法系並非英美法系，亦無事證開示制度之傳統，其可能對於此制度並不熟悉，反而造成事證開示程序適用之障礙，則可考慮約定較接近限定事案解明義務之證據提出命令條款。此外，在欠缺執行機制時，證據提出命令條款可能無法發揮預期之作用³⁶⁶。

³⁶² UNCITRAL Model Law, *supra* note 2, art. 27.

³⁶³ IBA Rules on the Taking of Evidence, *supra* note 162, art. 3.8.

³⁶⁴ *Id.* 4.10

³⁶⁵ Robert Donald Fischer & Roger S. Haydock, *Drafting an Enforceable Arbitration Agreement, in THE ARBITRATION PROCESS*, *supra* note 328, 29, 47.

³⁶⁶ Hinckley & Bear, *supra* note 323, at 210-211.

(4)究竟選擇英美法或大陸法意義之證據蒐集與提出模式，亦涉及個案對於成本與真相發掘需求之衡量。英美法概念之事證全面交換制度，可能花費較多勞力時間費用，但有助於將所有相關事證呈現給雙方與仲裁庭評估，相對而言，大陸法系之證明妨礙理論較節約成本與時間，惟亦可能有無法全面掌握所有事證之風險。

在為此類約定時，必須注意是否存在其他限制之規定。例如，美國統一仲裁法做為各州法之重要參考，其規定之內容具有一定之意義值得仲裁當事人留意在心，從統一仲裁法第 4(b)節規定³⁶⁷觀之，雖然在雙方約定將未來發生之特定爭議提付仲裁時，於爭議發生前不得協議放棄或變更第 17 節有關事證開示之規定，但在爭議發生之後，則非不得依第 4(a)節規定自行具體約定事證開示之程序。

就條款之具體約定內容而言，有學者建議最好避免直接使用「事證開示制度 (discovery)」之用語，原因除了其所指涉內容並不明確外³⁶⁸，也可能招致大陸法系或仲裁人之疑惑或反感³⁶⁹。至於當事人對於事證提出與開示條款約定之實質內容，可能參考一些較詳細之規範，例如美國聯邦民事證據規則³⁷⁰，或 IBA 國際商務仲裁證據採納規則³⁷¹等。有些實務家認為此類規定有助於解決仲裁中的證據蒐集問題，然而，亦有學者擔憂美國聯邦民事證據規則所規定之事證開示權利過於廣泛而未受限制，在仲裁程序中適用此等規則似乎與仲裁之傳統及實務習慣不相符合³⁷²；此外，關於在仲裁協議條款中納入 IBA 國際商務仲裁證據採納規則做為事證開示之依循標準，許多實務家亦認為其較偏好將該規則當做參考之準則，而非由當事人之協議強制仲裁庭接受³⁷³。其實，撇除仲裁庭之主觀感受不談，當事人雙方若已確實瞭解該規則之規範內容，而願意選擇其做為爭端解決中證據

³⁶⁷ UNIF. ARB. ACT § 4(b). (2000).

³⁶⁸ REDFERN & HUNTER ET AL., *supra* note 1, at 299.

³⁶⁹ 大部分的大陸法系律師與仲裁人雖可某程度接受當事人要求對造開示特定證據，惟仍以不使用”discovery”之名稱為宜。Elsing & Townsend, *supra* note 152, at 2.

³⁷⁰ FED. R. CIV. P. 26(b).

³⁷¹ IBA Rules on the Taking of Evidence, *supra* note 162, art. 3, 4.

³⁷² McAllister & Bloom, *supra* note 339, at 45.

³⁷³ MOSES, *supra* note 25, at 45.

蒐集之手段，在當事人自治原則下，理應給予高度之尊重，且若就該規則之實際規定內容觀之，其實並未過度剝奪仲裁庭對個案特殊性之裁量權³⁷⁴，因此，實際之問題反而可能是其本身之規定是否夠詳細與具體，以及是否符合當事人之期待。若當事人希望能適用比 IBA 國際商務仲裁證據採納規則更細緻之證據提出與開示程序，雙方得於仲裁條款中具體約定，包括適用何種事證提出與開示程序、得否使用證言筆錄(deposition)與詢問書(interrogation)、專家意見適用事證開示之程度、以及其時間表等³⁷⁵。若當事人不願花費過多之時間與費用進行冗長之事證開示程序，亦宜在仲裁協議中具體限縮適用之範圍³⁷⁶。

第四項 證據提出命令之內容與範圍

英美法之事證開示內容，以美國聯邦民事證據規則為例，範圍包括下列五種：證言筆錄(deposition)、對當事人詢問書(interrogation)、宣誓書(affidavit)、書證與其他物證(discovery of documents and real evidence)、身體與精神檢查(physical and mental examination)，及要求自認(request for admissions)³⁷⁷。就大陸法系之證據提出內容而言，則包括文書、提出物品以供勘驗及鑑定、證人等證據方法。

然而在國際仲裁之範疇，並非所有種類之事證均得適用。事實上，詢問書與證言筆錄均非常少見³⁷⁸，前者幾乎從未在國際仲裁中使用，後者則僅在例外之情況可能出現，例如雙方均同意(此種情況較可能發生在雙方均由美國律師代表時)，或對於非常重要之證人的證詞沒有其他替代方案可保存時，始被採用³⁷⁹。以聯合國商務仲裁規則第 24.3 條為例，雖然其條文規定仲裁庭得命當事人提出「文件、證件或其他證據(documents, exhibits or other evidence)」，就文義而言「其

³⁷⁴ 例如第 3.4 條與 4.11 條均規定書證與人證之開示決定權仍由仲裁庭掌握，故仲裁庭得依案件之狀況決定其認為適當之處理方式。

³⁷⁵ MOSES, *supra* note 25, at 45. Fischer & Haydock, *supra* note 365, at 47.

³⁷⁶ *Id.*

³⁷⁷ 程春華，「民事證據法專論」，頁 654-655，廈門大學出版社，2001 年。

³⁷⁸ LEONARD L. RISKIN ET AL., *DISPUTE RESOLUTION AND LAWYERS* 513 (3rd ed., 2005). Fischer & Haydock, *supra* note 365, at 46.

³⁷⁹ Elsing & Townsend, *supra* note 152, at 3. See also Hinckley & Bear, *supra* note 323, at 217.

他證據」應包括人證，例如宣誓書(affidavit)在內。然而，若回顧其制定之沿革，本條原本僅規定「補充文件與證件(supplementary documents or exhibits)」，「其他證據」之用語係為強調規範目的乃針對證據而非當事人之書面陳述(written statements)，若考量到國際仲裁實務原本即存在對文書證據之偏好，則不難想像其主要係適用於書面證據³⁸⁰，而排除其他種類證據之適用。故在國際商務仲裁實務上，一般傾向將證據提出命令限縮於與本案相關之書證³⁸¹。另外，即便將證言筆錄等證據納入證據蒐集程序之範圍，亦須注意某些內國法之規定可能實質影響到事證開示之方法，例如若在日本進行證言筆錄之程序，除公證人員必須具備工作簽證外，代表當事人之律師亦須申請特別之簽證³⁸²。此外，針對書證之開示，仲裁庭可能要求掌握證據之人提供該文書之影本，或於其認為適當時，要求提出正本以供查驗³⁸³。

第五項 國際仲裁實務對於證據提出命令准否之衡量標準

在國際商務仲裁實務上，仲裁庭雖然享有相當廣泛之裁量權，但並不容許漫無目的之「摸索證明(fishing expedition)」，亦即不得請求開示「所有可能相關之資料(all possible relevant material)」³⁸⁴。許多國際仲裁庭在考量是否允許核發證據提出命令時，通常認為必須符合一定之準則，以避免事證開示程序遭濫用，浪費時間與成本。在審核證據開示請求的過程中，仲裁庭得於聽證會前與雙方當事人進行會議，限縮證據提出之範圍，並討論其是否具備核發提出命令之理由，亦得採用一些整理雙方爭點之技巧以加強仲裁程序之進行之效率³⁸⁵。

關於仲裁庭對於是否應准許證據提出命令之具體衡量標準，包括以下幾點。

³⁸⁰ CARON ET AL., *supra* note 158, at 575.

³⁸¹ DERAINS & SCHWARTZ, *supra* note 84, at 282.

³⁸² Hinchey & Bear, *supra* note 323, at 214.

³⁸³ CARON ET AL., *supra* note 158, at 577. E.g., Dresser Industries, Inc. v The Islamic Republic of Iran and SSK Magcoabar Iran, Case Nos. 107, 109 & 110, Chamber Three, Order of 27 Jan 1983. CARON ET AL., *supra* note 158, at 593.

³⁸⁴ CARON ET AL., *supra* note 158, at 576. DERAINS & SCHWARTZ, *supra* note 84, at 282. James M. Arnott, *Presenting Evidence and Arguments in an International Arbitration*, in THE ARBITRATION PROCESS, *supra* note 328, 189, 203.

³⁸⁵ 例如”Redfern Schedule”。REDFERN & HUNTER ET AL., *supra* note 1, at 178-182.

首先，被要求提出之證據不僅須與解決糾紛相關(relevant)³⁸⁶，更必須與系爭主張或抗辯間具有實質重要性(materiality)³⁸⁷，亦即亦須與對該案件具備不可或缺之必要性(essential)³⁸⁸，否則即無助於爭端之解決。系爭證據亦須能被具體指明(specific)³⁸⁹。此外，仲裁庭亦得要求主張相對人應提出事證之當事人說明其是否已盡特定努力(specific effort)獲取系爭資料³⁹⁰，若未盡任何努力時，仲裁庭得拒絕核發提出命令³⁹¹。再者，被要求提出之人必須確實支配(in possession/at the disposal)或得接近該事證(access to)³⁹²，而請求提出之一方對於該證據無法支配或接近³⁹³，否則即欠缺命其提出之期待可能性。若當事人表示無法提出系爭事證，則仲裁庭應詢問未能提出之具體理由³⁹⁴，使其有充分陳述之機會³⁹⁵，若確實有正當理由時，仲裁庭應拒絕核發事證提出命令。

除前述要件可能被納入考量外，仲裁程序之進行階段也可能影響證據提出命令之准否。例如仲裁庭曾參酌具體之時間與金錢成本，決定即使在各項要件具備時，由於在目前之階段始命令當事人提出書證，可能浪費大量之金錢以及時間，因此不適宜核發證據提出命令，惟亦不排除可能在證據評價上加以斟酌³⁹⁶。

第六項 違反證據提出命令之法律效果

雖然國際商務仲裁實務並不欠缺核發證據提出命令之法律依據，然而，仲裁庭是否具備簽發證據開示命令之權限，與該命令能否確實被執行卻實屬二事。從常理而言，當事人基於利己之心，不願提出支持相對人主張之事證，並非不能理

³⁸⁶ DERAINS & SCHWARTZ, *supra* note 84, at 282.

³⁸⁷ CARON ET AL., *supra* note 158, at 576.

³⁸⁸ *Id.* 578.

³⁸⁹ *Id.* 576. DERAINS & SCHWARTZ, *supra* note 84, at 282.

³⁹⁰ MCA Incorporated v The Islamic Republic of Iran, Case No. 768, Chamber Two, Order of 6 Oct 1983. Vera-Jo on her own behalf, on behalf of Laura Aryeh, on behalf of JM Aryeh and The Islamic Republic of Iran, Case Nos. 842, 843 & 844, Chamber One, Order of 6 Mar 1992. CARON ET AL., *supra* note 158, 597.

³⁹¹ CARON ET AL., *supra* note 158, at 576.

³⁹² *Id.* 578.

³⁹³ IBA Rules on the Taking of Evidence, *supra* note 162, art. 3.3 (c).

³⁹⁴ *Id.* 601. Frederica Lincoln Riahi v The Government of the Islamic Republic of Iran, Award No. 600-485-1 (27 Feb 2003). Concurring and Dissenting Opinion of Judge Charles N Brower.

³⁹⁵ Frederica Lincoln Riahi v The Government of the Islamic Republic of Iran, Case No. 485, Chamber One, Order Of 23 Feb 1993.

³⁹⁶ Brown & Root, Inc. v The Islamic Republic of Iran, Case No. 50, Chamber One, Order of 4 Jan 1993. CAR ON ET AL., *supra* note 158, 597.

解，因此，即使仲裁庭認為在個案中有必要而命當事人提出與其利益相悖之特定事證，當事人未必會主動遵守，此時執行與監督該證據提出命令之配套措施便相當重要。事實上，就伊朗-美國仲裁庭而言，其所發布之事證提出命令在統計上僅有一半被當事人主動完全履行³⁹⁷，此數據更顯示了證據提出命令執行機制之重要性。

第一款 仲裁庭依據其他證據逕為判斷

然而，大部分國際仲裁規則均未特別規範當事人違反證據提出命令時之法律效果。少數有規範者，例如聯合國商務仲裁規則第 28.3 條³⁹⁸規定：「如當事人之一方經及時被請求提出證據，而未在規定的期限內提出，又未就其不提出書面證據提出充分之理由，仲裁庭可以依據其所獲得之證據，逕為裁決。」實則，本條幾乎未能提供不遵守提出命令之當事人任何實際之制裁，蓋仲裁庭於此時做成判斷之依據，係該被命令提出之特定書證以外的其他證據，故其結果很可能有利於隱匿證據之一方，反而達到其拒絕遵守提出命令之目的³⁹⁹。

第二款 仲裁地法院之協助

惟此並不代表仲裁庭對於拒絕提出之當事人或第三人完全沒有因應之手段，相反地，仲裁庭得詢問當事人未能提出之具體理由，惟於該理由未盡合理時，訴諸其他管道解決，此時仲裁地法即處於關鍵之地位。就此，某些國家法授權仲裁人於特定事證提出前，得按日對拒絕提出之當事人罰款⁴⁰⁰，故仲裁庭得決定是否對當事人加以此種制裁，惟仲裁庭本身並無強制執行之權限，其實際執行似仍須仰賴內國法院代為之。除罰款之間接強制手段外，於仲裁庭本身並非司法機關，欠缺國家強制力以執行提出命令之情況下，另外可能之解決途徑係仰賴仲裁地法院介入直接執行證據提出命令⁴⁰¹。關於法院是否有介入仲裁程序之權限，則

³⁹⁷ CARON ET AL., *supra* note 158, at 578. M McCabe, Arbitral Discovery and the Iran-United States Claims Tribunal Experience, 20 INT'L LAWYER 499, 518-519 (1986).

³⁹⁸ UNCITRAL Arbitration Rules, *supra* note 15, art. 28.3.

³⁹⁹ CARON ET AL., *supra* note 158, at 578.

⁴⁰⁰ 例如，比利時之 art. 1709 bis of the Judicial code 與荷蘭之 art. 1056 of the Code of Civil Procedure 允許仲裁庭按日罰款。DERAINS & SCHWARTZ, *supra* note 84, at 283.

⁴⁰¹ McAllister & Bloom, *supra* note 339, at 46.

視仲裁地法之規定決之。許多法域均容許仲裁庭或當事人尋求法院之協助⁴⁰²，例如，美國聯邦仲裁法第 7 節⁴⁰³規定，法院得以與訴訟中相同之方式，強制特定人出席仲裁程序做為證人或提出書證。許多實際案例中，美國法院確實以實際之行動支持仲裁庭執行提出人證或書證之命令⁴⁰⁴。此外，英國 1996 年仲裁法第 42 與 43 節⁴⁰⁵、瑞典 1999 年仲裁法第 26 節⁴⁰⁶及德國民事訴訟法第 1050 條⁴⁰⁷，均有類似之規定。就我國法而言，仲裁庭本身亦欠缺執行事證提出命令之權，惟或得循我國仲裁法第 28 條規定，請求法院裁定命當事人或第三人提出事證⁴⁰⁸。**反面推論或轉換舉證責任**

若欠缺尋求內國法院協助之相關法律依據，或雖得求法院協助，但仲裁庭不願耗費時間與成本進行強制當事人提出事證之程序時，另一個選擇是仲裁庭得選擇就此等不遵守之行為為反面推論(adverse/negative inference)或轉換舉證責任⁴⁰⁹，做成對相對人有利之判斷，以避免隱匿資料之當事人藉由拒絕遵守提出命令之方式取得優勢。

對未遵循證據提出命令行為之反面推論必須以仲裁庭已得心證認為當事人得以支配該證據，且該證據對於該案件之解決係屬必要為前提，否則仲裁判斷未

⁴⁰² Hinckey & Bear, *supra* note 323, at 214.

⁴⁰³ “[I]f any person or persons so summoned to testify shall refuse or neglect to obey said summons, upon petition the United States district court for the district in which such arbitrators, or a majority of them, are sitting may compel the attendance of such person or persons before said arbitrator or arbitrators, or punish said person or persons for contempt in the same manner provided by law for securing the attendance of witnesses or their punishment for neglect or refusal to attend in the courts of the United States.”

Federal Arbitration Act, 9 U.S.C. § 7 (1990).

⁴⁰⁴ McAllister & Bloom, *supra* note 339, at 46.

⁴⁰⁵ Arbitration Act 1996, U.K., *supra* note 146, § 42, 43.

⁴⁰⁶ The Swedish Arbitration Act 1999, Swed., Mar. 4, 1999, § 26, <http://www.chamber.se/?id=23746> (lasted visited Apr. 23, 2009).

⁴⁰⁷ GERMAN CODE OF CIVIL PROCEDURE (F.R.G) , Jan. 1, 1998, art. 1050, http://www.sccinstitute.com/_upload/shared_files/lagar/german%20arbitration%20act.pdf (lasted visited Apr. 23, 2009).

⁴⁰⁸ 中華民國仲裁法第 28 條。

然而，實際上法院究應透過何種程序加以協助，並無具體之規範，本文認為，似得區分證據之類型而採用不同之協助程序。若係書證及物品以供勘驗或鑑定者，為加速程序，並有效達成執行之效果，似宜由法院執行後轉交仲裁庭；若係證人，則應以法院為主體命其到庭，到庭後仍宜由仲裁人訊問，法院僅為監督之角色，蓋除法院對個別仲裁案件事實並不瞭解，由其訊問可能導致徒增勞費以外，最終仲裁判斷之作成仍為仲裁人之權限，應由仲裁人親自形成心證，仲裁判斷始具有與判決同一效力之正當性。

⁴⁰⁹ BROWER & BRUESCHKE, *supra* note 223, at 194. Mehren, *supra* note 123, at 129.

來可能面臨撤銷之訴或於承認與執行階段遭遇障礙⁴¹⁰。IBA 國際商務仲裁證據採納規則第 9.4 條⁴¹¹即為其具體化，使仲裁庭得做出該書證內容係對拒絕提出之當事人不利之推論。此種途徑乃在避免當事人主觀上之僥倖心態，間接促使其為免受不利之推論而主動提出事證，在國際商會之國際仲裁院或伊朗-美國仲裁案件均存在適用之案例⁴¹²。例如有仲裁庭曾具體表明，在一方當事人未能提出其支配之證據時，仲裁庭為反面推論應屬可接受之原則⁴¹³。主要原因係使相對人無法藉由被隱匿之資料達成其目的，而既相對人不願意提出其所支配之資料協助仲裁庭判斷案情，應承受仲裁庭關於該內容自為判斷的風險⁴¹⁴。William J. Levitt v Islamic Republic of Iran, et al. 案中也認為，當仲裁庭已命當事人提出證據，而其未能提出亦非有充分之理由依據，且該等證據係在當事人自己之主張中曾經提及者，顯見其並非無能力提出，而係不願遵守仲裁庭之命令，因此，仲裁庭於衡量證據認定事實時，應將此未能提出之行為納入考量⁴¹⁵。實務家認為，仲裁庭在考慮是否為如此推論時，尤應同時衡量當事人對於詳細書證資料之接近困難係屬不可歸責於己之因素⁴¹⁶。此外，在 INA Corporation v The Islamic Republic of Iran 案⁴¹⁷中，仲裁庭即認為當事人僅提出「相關書證數量太龐雜(voluminous)」之理由即拒絕履行書證提出命令，而未具體說明書證之實際數量或所面臨之問題為何，

⁴¹⁰ CARON ET AL., *supra* note 158, at 578-579.

⁴¹¹ “If a Party fails without satisfactory explanation to produce any document requested in a Request to Produce to which it has not objected in due time or fails to produce any document ordered to be produced by the Arbitral Tribunal, the Arbitral Tribunal may infer that such document would be adverse to the interests of that Party.”

IBA Rules on the Taking of Evidence, *supra* note 162, art. 9.4.

⁴¹² DERAINS & SCHWARTZ, *supra* note 84, at 283. CARON ET AL., *supra* note 158, at 578.

⁴¹³ Arthur J. Fritz & Co. v Sherkate Tavonie Sherkathayeh Salhemanie (Cooperation Society of Construction Companies), Award No. 426-276-3 (30 June 1989), reprinted in 22 Iran-US Cl. Trib. Rep. 170,180. See also INA Corporation v The Government of the Islamic Republic of Iran, Award No. 184-161-1 (13 Aug 1985), reprinted in 8 Iran-US Cl. Trib. Rep. 373, 382. BROWER & BRUESCHKE, *supra* note 223, at 194. *See also* BROWER & BRUESCHKE, *supra* note 223, at 196-197.

⁴¹⁴ Dissenting Opinion of Richard C. Allison in Arthur J. Fritz & Co. v Sherkate Tavonie Sherkathayeh Salhemanie, Award No. 426-276-3 (30 June 1989), reprinted in 22 Iran-US Cl. Trib. Rep. 183,190.

⁴¹⁵ William J. Levitt v Islamic Republic of Iran, et al., Award No. 520-210-3 (29 Aug 1999), reprinted in 27 Iran-US Cl. Trib. Rep. 145, 165. Mehren, *supra* note 123, at 129.

⁴¹⁶ Frederica Lincoln Riahi v The Government of the Islamic Republic of Iran, Award No. 600-485-1 (27 Feb 2003), Concurring and Dissenting Opinion of Judge Charles N Brower. CARON ET AL., *supra* note 158, at 590-591.

⁴¹⁷ INA Corporation v The Islamic Republic of Iran, award No. 184-161-1 (12 Aug 1985) at 14, reprinted in 8 Iran-US CTR 373, 382 (1985-1). CARON ET AL., *supra* note 158, at 595.

故在證據評價上，未能提出之行為將被納入推論之依據。就此，有學者認為反面推論於國際仲裁院案件實務之適用，已有效地避免當事人拒絕履行提出命令⁴¹⁸。

然而，援引事實上推定或反面推論可能遭遇到的一個障礙是，當事人難以證明特定證據為他方當事人所支配。在 H.A. Spalding, Inc. v Ministry of Roads and Transport of the Islamic Republic of Iran 案中，仲裁庭多數意見即認為，聲請人離開伊朗且無法取得位於德黑蘭之紀錄一事，並無法直接證明相對人取得該證據，因此拒絕做出對相對人不利之反面推論⁴¹⁹。即使此前提已被證明，仍有許多仲裁庭不願意為反面推論，部分原因也是無法確認相對人究竟對於聲請人難以提出證據一事，是否或應負多少程度之責任⁴²⁰。

再者，反面推論並非指仲裁庭必須就特定待證事實做出不利於拒絕提出當事人之認定，例如在 INA Corporation v The Islamic Republic of Iran 案中，仲裁庭要求當事人提出與審計報告相關之其他書證，惟儘管當事人未能遵守該命令，仲裁庭仍承認系爭審計報告本身得做為證據，而未做成對該當事人不利之反面推論，僅附帶表示仲裁庭會將欠缺其他佐證之事納入審計報告之證據衡量因素⁴²¹。此顯示了反面推論僅為促使當事人主動遵守事證提出命令途徑之一，仲裁庭並無絕對之義務必須適用反面推論，甚至有學者認為，就伊朗-美國仲裁庭之實務整體觀察，無論是提出命令之核發或反面推論之適用，仲裁庭目前仍採取相對保守之態度⁴²²，因此，當事人與律師必須注意密切各別仲裁庭對於證據提出命令要件與效果所採之見解，而仲裁庭亦應主動闡明，以免產生突襲之狀況。

雖然實務上對於構成反面推論之具體界限尚未全面獲得共識，但不可否認，事實上推定與反面推論在國際仲裁實務上可能扮演一定程度之重要角色，足以做

⁴¹⁸ DERAINS & SCHWARTZ, *supra* note 84, at 283.

⁴¹⁹ HOF, *supra* note 230, at 164-165. H.A. Spalding, Inc. v Ministry of Roads and Transport of the Islamic Republic of Iran, Award No. 212-437-3 (24 Feb 1986), reprinted in 10 Iran-US Cl. Trib. Rep. 22, 31-32. BROWER & BRUESCHKE, *supra* note 223, at 194.

⁴²⁰ BROWER & BRUESCHKE, *supra* note 223, 195-196.

⁴²¹ INA Corporation v The Islamic Republic of Iran, award No. 184-161-1 (12 Aug 1985) at 14, reprinted in 8 Iran-US CTR 373, 377 (1985-1). HOF, *supra* note 230, at 165.

⁴²² HOF *id.* 165. CARON ET AL., *supra* note 158, at 557-576.

為舉證責任是否已達成與轉換之基礎依據之一⁴²³，某程度亦得彌補仲裁庭關於執行強制證據提出命令權限之欠缺⁴²⁴。在我國仲裁法下，仲裁庭亦得以仲裁法第19條⁴²⁵為依據，參考國際商務仲裁實務，對於隱匿事證之當事人做成不利之反面推論，施加心理壓力以使其主動提出。至於反面推論於何種情況應認證據主張或待證事實主張為真，係屬仲裁庭之權限，可參酌個案之情形，於通常情況下擬制該證據之成立、性質、與內容之主張為真實，使該證據如同已開示而經利用般即已足，惟在特殊情況下，如他造處於該證據做成之過程與其記載內容之領域外，不能知悉文書所載之具體內容，即使已盡合理期待之努力，在客觀上亦不能或難具體主張文書記載之情形，則得認其所主張之應證事實為真，以保障當事人之證據蒐集權⁴²⁶。

此外，若仲裁庭認為反面推論在個案中不足以適當處理當事人未能遵循提出命令之行為，其亦得選擇將舉證責任轉換由其支配該事證之人負擔，尤其是在該當事人係仰賴系爭事證之不存在做為支持其主張之理由時，有適用之空間⁴²⁷。

第七項 小結：仲裁程序效率與公平性之衡量

目前國際商務仲裁對於證據提出命令之適用，個案之接受程度及效果可能因仲裁人背景或當事人約定而不相同，從制度目的以觀，係為解決當事人接近證據機會不均等之問題，與英美法上事證開示制度之指導宗旨相符，惟就進行方式而言，除當事人約定進行全面性證據交換程序之外，多數國際仲裁規則與內國仲裁法規定之證據提出命令係針對特定證據為之，而非開示所有相關證據，且對於是否進行證據開示程序及其程度，係委由仲裁庭依個案情況裁量決定，即使當事人提出聲請，最終之決定權仍屬仲裁庭之權限⁴²⁸，而非若英美法傳統訴訟上之事證

⁴²³ REDFERN & HUNTER ET AL., *supra* note 1, at 295. Böckstiegel, *supra* note 123, at 138.

⁴²⁴ Mehren, *supra* note 123, at 130.

⁴²⁵ 中華民國仲裁法第19條。

⁴²⁶ 許士宦，文書之開示與秘匿，台大法學論叢第23卷第4期，2003年7月，收錄於：氏，「證據蒐集與紛爭解決」，頁362-367，學林，2005年。

⁴²⁷ Denis Bensaude, *S.A. Otor Participations v. S.A.R.L Carlyle (Luxembourg) Holding 1 : Interim Awards on Provisional Measures in International Arbitration*, 22(4) J. INT'L ARB. 357-362 (2005).

⁴²⁸ *Id.* 576.

開示程序係由當事人主導，此種限縮開示範圍並將權限委由仲裁庭指揮之規範方式，某程度而言似乎較偏向大陸法系之模式⁴²⁹。然而，就執行方式而言，主要又可分為接近英美法上事證開示制度提出命令強制執行之法院協助，與類似大陸法系下之反面推論或轉換舉證責任兩種。顯示在國際商務仲裁上對於證據提出命令之適用與發展，並未絕對採用英美法或大陸法上概念，而與其以實際需求為導向，而融合英美法系與大陸法系程序之務實主義的發展趨向亦相符合⁴³⁰。因此，在個案中究竟如何進行證據提出程序，則多半取決於仲裁人之法系背景⁴³¹。若是來自英美法系之仲裁人或當事人委任律師，通常對事證開示制度較為熟悉而願意在適當限度內採用，相對地，若是來自大陸法系之仲裁人或律師則相對持保留之態度，僅於證據偏在之例外情形允許證據提出命令之核發⁴³²。

有見解認為，英美法上事證開示制度能有效促使仲裁人做成更為公平正義之仲裁判斷，蓋該程序能夠使仲裁人對個案之相關事證更加熟悉⁴³³。承此邏輯，則如何適用事證開示程序之問題正是在「賦予當事人充分而公平之陳述機會」與「快速而有效率地解決紛爭」兩者之間求取平衡⁴³⁴。然而，本文認為若是僅為了賦予公平陳述機會之理由而認為國際仲裁採取事證開示制度，似乎有將問題過於簡化之嫌。雖無法否認強制事證開示制度能使當事人雙方獲得與本案相關之所有證據，有助於釐清案情，尤其對於「證據偏在」之狀況更能實現武器平等原則，避免掌握證據一方占盡優勢，然而，當事人對於事證接近機會不對等之困境，未必僅有透過全面性「移植」英美法系之事證開示制度始可能獲得解決。在大陸法系之國家，亦得透過協力義務或個別事案解明義務之途徑，達成與英美法上事證開示制度相同之目的。換言之，以保障當事人在紛爭解決程序上平等與誠信原則之實現為最終目標，若有相同效果之不同之手段，不應限制仲裁庭對於解決方式選

⁴²⁹ *Id.* 574.

⁴³⁰ REDFERN & HUNTER ET AL., *supra* note 1, at 300.

⁴³¹ MORRISSEY GRAVES, INTERNATIONAL SALES LAW AND ARBITRATION: PROBLEMS, CASES, AND COMMENTARY 443 (2008). GARY BORN, International Commercial Arbitration in the United States: Commentary and Materials 83 (1994). McAllister & Bloom, *supra* note 372, at 42.

⁴³² Hinckley & Bear, *supra* note 323, at 217. Patocchi & Meakin, *supra* note 134, at 891.

⁴³³ Hinckley & Bear, *id.* 210.

⁴³⁴ GRAVES, *supra* note 431, at 442.

擇之裁量權限。

再者，即便肯認事證開示制度得適用於國際商務仲裁之範疇，其程序亦須做出一定之調整，以適應仲裁之本質，蓋當事人選擇國際仲裁取代訴訟做為紛爭解決手段，高效率係重要考量之一⁴³⁵，國際商務仲裁既為解決貿易爭端而存在，自應將當事人之期待納入是否以及如何適用事證開示程序之衡量因素。若過度廣泛地採用事證開示程序，難免浪費金錢與時間，故仲裁程序中之事證開示必須較訴訟程序更為限縮，此亦為目前國際仲裁實務上著重於書證開示之實質理由。

因此，在國際商務仲裁程序中究應採用事證開示制度或限定之事案解明義務，及證據提出命令應如何具體適用，應將以下因素列入考慮⁴³⁶：(1)是否有其他替代事證開示制度提供系爭資訊或文書之方法？限課予當事人限定之事案解明義務是否已足揭露證據，平衡雙方資訊之不對等？(2)採用全面證據交換之成本是否與系爭案件金額成比例？(3)是否會延遲仲裁程序？(4)請求提出之資訊是否以具體指明？(5)是否確實有核發證據提出命令之必要？若不進行該程序是否會阻礙公平正義之實現？(6)採取全面證據交換之需求是否能透過人證或書證提出命令等而達成相同目的？(7)要求提出書證對於相對人造成負擔之程度？(8)事證開示之內容與方法為何？(是否開示書證或其他證言筆錄等)

總而論之，本文認為國際商務仲裁並非不得採用英美法上事證開示制度，但應就時間與金錢成本之支出與揭露相關證據之利益間進行衡量，設若在個案中藉由事證開示制度保障當事人證據蒐集權之利益高於時間與金錢成本之代價時，仲裁庭得選擇進行事證開示程序。惟須特別注意案件之特殊性及對當事人之告知，例如在當事人之一方確實對於大量重要證據有接近困難，而當事人雙方均對事證開示制度相當熟悉之情形，仲裁庭得與當事人充分交換意見後，決定採行事證開示程序。尤其若考量到當事人選擇仲裁作為訴訟外紛爭解決途徑之原意，可能即

⁴³⁵ DERAINS & SCHWARTZ, *supra* note 84, at 282.

⁴³⁶ 請參考：REDFERN & HUNTER ET AL., *supra* note 1, at 299. Robert E. Benson, The Power of Arbitration and Courts to Order Discovery in Arbitration—Part I, 25 Colo. Lawyer 55, 59 (1996). McAllister & Bloom, *supra* note 372, at 45.

著眼於仲裁制度得節省成本與時間之特性，如果在當事人本身未約定適用事證開示制度時，即全面地採用英美傳統訴訟上之事證開示制度，則似乎失去仲裁之優勢，亦與當事人之意思相違背。因此，基於成本之考量，若仲裁庭認為有必要某程度適用事證開示程序，就範圍與內容等亦應為相當之限縮，且應盡量明卻以避免程序之遲滯，例如聯合國貿易法委員會對於安排仲裁程序之注意事項中第 51 段即認為，若決定採行事證開示程序時仲裁庭應確定提交證據之期限，並促請當事人注意⁴³⁷。若於國際商務仲裁案件適用事證開示制度時，做出如此之調整，則限縮後之事證開示程序與大陸法之限定事案解明協力義務，就結果而言差距似乎已實質縮小，不再是光譜之兩端，而係以不同之方式漸趨接近。

此外，於考量是否命令提出證據時，若當事人對於系爭證據有隱密性或機密保護之疑慮時，仲裁庭亦應具體衡量該機密保護與平衡雙方證據接近機會之利益，酌情決定是否核發提出命令。亦應一併考量仲裁地法是否對於證據提出命令之相關執行與監督配套已有措施，若內國法院並無介入協助之空間時，仲裁庭亦應適度公開是否對不遵守提出命令當事人做出反面推論之見解，以提高當事人對結果之預測可能性，避免發生突襲性判斷。

第三節 書證

基於成本考量以及對人證可信度之不確定性，國際商務仲裁實務傾向賦予文書證據較高之證據評價，因此，文書證據在仲裁程序中應如何呈現係屬重要。

第一項 文書之真實性證明與提出原本之必要性

關於文書之呈現，首先面臨之問題即為當事人是否必須提出原本，亦或提出影本即已足夠之爭議。事實上，此爭議源自於不同法系對於文書真實性證明(authentication)要求之傳統。大陸法系傾向推定文書本身之真實性，而未強制必須提出原本，相對地，英美法系則通常期待所有文書均須藉由人證確認其真實性⁴³⁸。

⁴³⁷ UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings, *supra* note 252, ¶ 51.

⁴³⁸ Elsing & Townsend, *supra* note 152, at 3.

就目前國際仲裁實務而言，所謂「最佳證據原則(the best evidence rule)」並不適用於仲裁程序，亦即，其對於提出文書原本之要求未若內國訴訟來的嚴格。

⁴³⁹ 基於方便之權宜考量以及當事人默示同意之解讀，再加上目前影印或重製文書之品質已經相當清楚而優良，除非對於影本之真實性有特別之疑慮，否則要求提出原本之意義似乎不大。因此，仲裁規則與內國仲裁法均未具體規定應提出文書原本，而國際商務仲裁案件實際上亦很少要求當事人提出書證之原本，原則上，未經認證為真實之影本已屬足夠⁴⁴⁰。

就此，聯合國貿易法委員會對於安排仲裁程序之注意事項中，第 52 段⁴⁴¹即建議仲裁庭在採行此種做法時，若能明確告知雙方當事人，在其未於一定期限前提出異議之前提下，仲裁庭將接受影本為正確之推定，則可簡化書證之採納程序，避免當事人在程序後階段始提出導致程序延宕之異議。

若在個案中確實對文書真實性產生疑慮，則提出該書證之當事人應負擔證明其為真實之舉證責任。惟關於證明書證真實性之方式，國際仲裁之仲裁庭通常採取相當彈性且務實之態度，僅須依照適於個案中系爭文書狀況之方式為之即可，未限制必須以特定方式為之⁴⁴²。一般而言，經過合理認證之影本即已足，但亦不排除在特定情形，仲裁庭可能要求當事人提出原本以證明其真實性⁴⁴³，若當事人拒絕提出原本，則仲裁庭可能拒絕接受該項證據⁴⁴⁴，或納入證據評價之考量。

第二項 國際商務仲裁書證呈現方式之重要性與新興趨勢

第一款 書證呈現方式之重要性

由於跨國貿易案情複雜，所涉書證可能相當龐雜，因此，整理、分析及呈現相關書證之方式便相對關鍵⁴⁴⁵。Jenkins 與 Stebbings 曾貼切地點出書證提出方式之重要性：「呈現方式或許不代表[書證調查]之一切面象，但若仲裁人無法立即

⁴³⁹ Pietrowski, *supra* note 10, at 393. Elsing & Townsend, *id.*

⁴⁴⁰ Pietrowski, *id.*

⁴⁴¹ UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings, *supra* note 252, ¶ 52.

⁴⁴² *Id.*

⁴⁴³ *Id.* 394.

⁴⁴⁴ MOSES, *supra* note 25, at 167.

⁴⁴⁵ JANE JENKINS & SIMON STEBBINGS, INTERNATIONAL CONSTRUCTION ARBITRATION LAW 186 (2006).

參閱相關案情審酌之特定資料，其影響卻會造成相當深遠之損害⁴⁴⁶。」不完善的書證整理與呈現方式，可能導致重要文書未被適當審酌，其所支持之法律論點亦容易因此忽略，造成成本與時間之浪費⁴⁴⁷，應盡量避免此類情形發生。

第二款 書證編排技巧與實務習慣

在國際商務仲裁之證據調查程序中，對於書證呈現之方式通常並無一定之標準，故除非仲裁庭表明應以特定方式提出，否則當事人得自由採用其認為最有效率之方式為之⁴⁴⁸。當事人得將書證依照時間順序整理成冊⁴⁴⁹，並加以編號；若文書數量眾多，建議將最重要之書證單獨編纂成冊，以利翻閱⁴⁵⁰。若能以顏色區分文件之種類或重要性，在聽證會上亦得有效節省時間，使到場者均能迅速地查閱陳述之人所指涉的相關證據⁴⁵¹。此類標注之技巧，亦為聯合國貿易法委員會對於安排仲裁程序之注意事項第 42 段⁴⁵²所建議，得依個案之需求彈性適用。若雙方當事人認為適當時，亦得共同提出一份單一的書面證據整理，目的在於表明雙方對於文書之真實性無爭議，而不影響其對內容之主張。其中除了彙編重要書證外，亦得做成文件之目錄，提供簡短摘要與標題⁴⁵³，以促進程序之效率。若書證實在過於龐雜，亦得選擇由專家就所有文書提出一份綜合報告，以摘要、表格、或其他適當方式呈獻，俾節省時間與費用⁴⁵⁴。國際商會對於書證之整理，亦建議編纂為「工作檔案(working files)」與「爭點檔案(issue files)」，前者彙集所有文件，後者則依照爭點整理相關之書證⁴⁵⁵，使仲裁庭及他方當事人能迅速而有效地查閱。

⁴⁴⁶ 原文為：“Presentation may not be everything but if the arbitrator cannot readily be directed to the material that is being considered, the impact of the presentation can be materially damaged.” *Id.* 191.

⁴⁴⁷ *Id.* 186.

⁴⁴⁸ George M. von Mehren & Claudia T. Salomon, *Submitting Evidence in an International Arbitration: The Common Lawyer's Guide*, 20(3) J. INT'L ARB. 285, 287 (2003).

⁴⁴⁹ Böckstiegel, *supra* note 123, at 141.

⁴⁵⁰ REDFERN & HUNTER ET AL., *supra* note 1, at 303.

⁴⁵¹ *Id.* 303-304.

⁴⁵² UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings, *supra* note 252, ¶ 42.

⁴⁵³ *Id.* ¶ 53.

⁴⁵⁴ *Id.* ¶ 54.

⁴⁵⁵ ICC final report on construction industry arbitrations, ¶¶ 52, 53, http://www1.fidic.org/resources/contracts/icc_arbs_FinalReport_2001.pdf (last visited Apr. 22, 2009).

此外，在書證整理之技巧上，可以考慮採用表格之方式為之。例如英國慣於使用之「史考特清單(Scott Schedules)」，先由聲請人將法律上主張及其細目、請求之金額與細項，及支持法律論點與請求金額之各項證據分別載於表格中，再由相對人將其抗辯以及相關證據依序填入對應之表格，使仲裁人得一目了然地快速剔除顯無適當證據支持之主張，將焦點集中在重要之爭點，此表格目前亦被國際商會認定為相當有用之整理工具⁴⁵⁶。

另值得一提的是，在文書之調查程序中，對文書證據「經同意(agreed)」一詞，係指雙方對於書證之真實性並無爭議⁴⁵⁷，不應誤會為當事人對於書證所載之內容已為自認，其目的在於避免重複檢驗文書之真偽⁴⁵⁸。

第三款 新興電子文書管理系統之使用趨勢

在國際商務仲裁領域中，逐漸發展出使用電子文書管理系統(electronic document management systems/EDMAs)之趨勢。採用電子文書管理系統被認為得節省成本，並較紙本之管理更為精確，其優點有以下幾點：首先，就儲存(storage)而言，電子系統得有效地儲存大量資料，而無須擔憂如紙本儲存之實體成本與安全性，亦得紀錄該書證做成之時間地點及相關經手人。再者，關於編碼(coding)之部分，電子系統得同時以客觀(objective)資料編碼之方式儲存例如日期、作者及其他文件相關資訊，及主觀(subjective)資料編碼方式顯示各文書彼此間之關連性。此外，亦得快速輕易地以關鍵字檢索(searching)所有文書之內容，無論是紙本輸出或編排報告均相當方便，也具可攜帶性並得同時提供多數使用者查閱⁴⁵⁹。

電子文書管理系統軟體與硬體的初次建購成本可由未來之數次爭端解決逐漸攤提，對於有規模之公司或商號而言，應不會造成過度之負擔，惟就各別紛爭中文書之掃描、上傳、建檔、編碼之費用反而相對較高⁴⁶⁰，此為仲裁程序採用電子系統尚未克服之缺點。此外，聯合國貿易法委員會對於安排仲裁程序之注意事

⁴⁵⁶ JENKINS & STEBBINGS, *supra* note 445, at 191-193.

⁴⁵⁷ REDFERN & HUNTER ET AL., *supra* note 1, at 304.

⁴⁵⁸ JENKINS & STEBBINGS, *supra* note 445, at 191.

⁴⁵⁹ *Id.* 196-199.

⁴⁶⁰ *Id.* 189.

項第 37 段⁴⁶¹亦建議，若遇以電子方式提交書面資料，亦宜具體約定資料載體、使用之電腦程式等相關事項，以避免傳送過程中遭遇技術障礙，並保留相關往來紀錄。若同時以電子與紙本方式提交資料時，亦宜約定若兩者內容不一時，以何者為準，以避免後續紛爭⁴⁶²。

目前已有許多法律事務所與國際組織逐漸採用電子文書管理系統⁴⁶³，在實務上，若書證龐雜時，當事人以光碟或其它電子媒介方式提交書證之情況亦漸普遍⁴⁶⁴。根據美國加州大學所做之一項調查顯示，近年來已有超過九成之新文書資料係以電子檔案方式儲存⁴⁶⁵，亦昭告了未來國際商務仲裁證據調查程序可能邁向電子化之趨勢。

第三項 「文書戰役」現象與審前會議之功能

受惠於現代文書複製技術與呈獻方式之進步，國際仲裁實務上，代表雙方當事人之委任律師傾向將所有可能支持其主張之所有文書盡量提交仲裁庭，以確保仲裁庭得接觸到任何有助於釐清案情之資料，增加獲得有利判斷之機會，此即所謂現代仲裁之「文書戰役(Battle of documents)」⁴⁶⁶。仲裁庭對於此種現象，通常亦不願對於當事人之書證提出與調查設定額外之限制，蓋限制界限之拿捏不容易，為避免招致當事人未獲得充分聽審機會之控訴⁴⁶⁷，仲裁庭對於介入雙方當事人間之文書提出情況的態度自趨保守。

然而，過度而無節制之書證提出可能延宕仲裁程序，更可能導致花費高昂之問題，因此，有效率管理仲裁程序之手段仍屬不可或缺。具體而言，仲裁人應與當事人討論其所呈書證與法律上主張或待證事實之關係，盡量排除與重要爭點無

⁴⁶¹ UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings, *supra* note 252, ¶ 37.

⁴⁶² *Id.* ¶ 36.

⁴⁶³ JENKINS & STEBBINGS, *supra* note 445, 189.

⁴⁶⁴ Mehren & Salomon, *supra* note 448, at 287.

⁴⁶⁵ University of California at Berkeley's school of information management and systems, how much information? 2003, <http://www2.sims.berkeley.edu/research/projects/how-much-info-2003/> (last visited Apr. 22, 2009).

⁴⁶⁶ Böckstiegel, *supra* note 123, at 142.

⁴⁶⁷ *Id.*

關，而不會影響仲裁判斷結果之證據⁴⁶⁸。仲裁庭於必要時，亦得召開「預審會議 (pre-hearing conference)」以具體安排程序之進行，規定相關文書調查之時間表，並剔除無關或重覆之證據，指示當事人聚焦於重要爭點⁴⁶⁹，此外，亦得透過要求當事人提出主張與證據摘要之方式⁴⁷⁰，篩選重要之書證，以加速爭端之解決。

第四項 遲延提出書證採納與否之問題

第一款 文書遲延提交之可能情形

無論是基於調查困難或紛爭處理技巧，仲裁實務上時常發生書證遲延提出之狀況。一般而言，仲裁書面資料提出之流程為：聲請人之主張陳述後，相對人提出第一次答辯意見；聲請人提出回應後，相對人再提出第二次答辯；聲請人與相對人各自提出聽證會之陳述摘要與相關書證；聲請人與相對人再針對有爭議之部分提出抗辯⁴⁷¹。故可能發生書證遲延提交之情形，包括於仲裁庭或仲裁規則所訂期限後始提出書證、在聽證會召開時或即將召開前始提出書證，以及各種於聽證會結束後始提出之文書⁴⁷²。

第二款 國際商務仲裁實務對遲延文書之處理態度及權限

對於書證提交之適當時機，於國際商務仲裁領域通常委由仲裁庭依具體情況彈性裁量。例如聯合國貿易法委員會仲裁規則第 15.1 條⁴⁷³規定，仲裁庭得以其認為適當之方式進行仲裁，關於此仲裁程序之安排，當然也包括書證之提交期限。在第 24.2 條及 24.3 條亦明文具體化此種權限，第 24.2 條⁴⁷⁴規定仲裁庭得命當事人在一定期限內提出支持其陳述狀或答辯狀中所依據事實之書證摘要，第 24.3 條⁴⁷⁵則規定，在仲裁程序進行中，仲裁庭均得命當事人在其所定期限內提出書證及其他證據。另外，國際商會仲裁規則第 20.5 條⁴⁷⁶亦規定，仲裁庭得在程

⁴⁶⁸ *Id.* 142-143.

⁴⁶⁹ E.g., ICDR International Arbitration Rules, *supra* note 105, art. 16.2, 16.3.

⁴⁷⁰ *Id.* art. 19.2.

⁴⁷¹ BROWER & BRUESCHKE, *supra* note 223, at 205-206.

⁴⁷² *Id.* 204.

⁴⁷³ UNCITRAL Arbitration Rules, *supra* note 15, art. 15.1.

⁴⁷⁴ *Id.* art. 24.2.

⁴⁷⁵ *Id.* art. 24.3.

⁴⁷⁶ The ICC Rules of Arbitration, *supra* note 2, art. 20.5.

序進行中之任何階段傳喚當事人提交證據，由於該規則並未明訂相關期限，於通常欠缺當事人協議之前提下，依第 15.1 條⁴⁷⁷規定，仲裁庭決定相關期限等程序進行方式。在 *Harris International Telecommunication, Inc. v The Islamic Republic of Iran* 案⁴⁷⁸ 中，仲裁庭亦言明此種設定文書提交期限之權限之目的，在確保當事人間公正與平等原則，乃實現公平正義之基礎原則。

仲裁庭既有決定書證提交期限之權限，亦似宜在訂定期限之同時表示逾期提出之書證原則上將不予接受，然而，即便個案中已定有文書提交之具體期限，也不能排除在某些情況下，逾期提出之文書亦可能被接受⁴⁷⁹。事實上，在許多案件中仲裁庭對於遲交文書採納與否之態度亦非謂嚴格⁴⁸⁰，此種對於遲延文書之寬容態度背後潛在之理由，可能是認為考量所有相關證據有助於具體解決案件爭端⁴⁸¹，也盡量避免當事人事後主張其未享有充分陳述案件之機會，而導致違反當程序之執行障礙。另外，當事人若僅提出欠缺足夠之法律人才或翻譯、文書收集困難、或爭議過於複雜等理由，而申請期限延展，仲裁庭也可能准許之⁴⁸²。

第三款 遲延提出文書之採納標準

然而，即使遲交文書之允准如此寬鬆，仍時常發生書證遲至期限外始提交之問題⁴⁸³，為使當事人能夠某程度預測仲裁庭之決定，亦避免無限延長仲裁審理程序，現實上確實存在對遲交文書之採納與否具體標準之需求。就此，或許得以仲裁庭曾經表示之見解為參考，進一步探詢是否存在一定之共通性或標準。

首先，仲裁庭曾分析系爭文書之內容與性質，以衡量若准許其提出，是否會造成相對人之損害及其程度，因此違反當事人平等原則⁴⁸⁴，導致突襲之效果。關於文書之內容，仲裁庭將其區分為「新事實或新證據」與「新法律主張」兩種。

⁴⁷⁷ *Id.* art. 15.1

⁴⁷⁸ *Harris International Telecommunication, Inc. v The Islamic Republic of Iran*, partial Award No. 323-409-1 (2 Nov 1987), reprinted in 7 Iran-US Cl. Trib. Rep. 31, 46.

⁴⁷⁹ UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings, *supra* note 252, ¶ 48.

⁴⁸⁰ BROWER & BRUESCHKE, *supra* note 223, at 204.

⁴⁸¹ Pietrowski, *supra* note 10, at 399.

⁴⁸² BROWER & BRUESCHKE, *supra* note 223, at 206.

⁴⁸³ *Id.* 206.

⁴⁸⁴ *Id.* 208.

對於前者，仲裁庭通常認為其較可能導致另一方當事人較大之損害，並影響到後續仲裁程序之進行，故若此類書證其實得於原訂期限內提出，則在無正當理由時，傾向拒絕接受此種遲交之書證⁴⁸⁵，惟於不會過度影響相對人權益與整理程序進行之情形，例外接受⁴⁸⁶。對於後者，若屬未牽涉新事實證據之新法律上主張，則仲裁庭較可能認為其不影響對造利益或延宕程序⁴⁸⁷，但在個案中仍須具體評估是否須賦予另一方當事人提出抗辯回應之機會，及其可能造成之影響⁴⁸⁸。

再者，允准該遲交書證之使用與調查對於整體程序延宕之效果亦應納入考量因素，故若當事人先前已可接近使用該事證，卻因故意或過失而未能及時提出，而在程序後階段將此證據之提交做為拖延之手段，導制時間以及金錢成本增加時，除非有堅實之正當理由，否則仲裁庭傾向不採納此類證據⁴⁸⁹。

此外，在 United Painting Company, Inc. v The Islamic Republic of Iran 案⁴⁹⁰中，仲裁庭認為雖然當事人所提出之理由不足以正當化該文書之遲交，但考量到為給予另一方當事人回應該新主張與新證據之機會，仲裁庭承認該遲交之書證可被納入調查範圍。換言之，若對方當事人對於該遲交之文書除提出異議外，亦具體指出拒絕之抗辯，則仲裁庭會將他方當事人之行為特別納入考量，認為此時因有給他方當事人回應之必要與需求，而傾向認為此時對造受到突襲之損害已某程

⁴⁸⁵ E.g., William L. Pereira Associates, Iran v The Islamic Republic of Iran, Award No. 116-1-3 (19 Mar 1984), reprinted in 5 Iran-US Cl. Trib. Rep. 198, 100. Hood Corporation v The Islamic Republic of Iran, Award No. 142-100-3 (13 July 1984), reprinted in 7 Iran-US Cl. Trib. Rep. 36, 37. Rexnord Inc. v The Islamic Republic of Iran, Award No. 21-132-3 (10 Jan 1983), reprinted in 2 Iran-US Cl. Trib. Rep. 6, 9. Alan Craig v Ministry of Energy of Iran, Award No. 71-346-3 (2 Sept 1983), reprinted in 3 Iran-US Cl. Trib. Rep. 280, 281. John Carl Warnecke and Associates v The bank Mellat, Award No. 72-124-3 (2 Sept 1983), reprinted in 3 Iran-US Cl. Trib. Rep. 256, 25. Cf. Henry F. Teichman, Inc. v Hamadan Glass Company, Award No. 264-264-1 (12 Nov 1986), reprinted in 13 Iran-US Cl. TRib. Rep. 124, 130-131. BROWER & BRUESCHKE, *supra* note 223, 208-209.

⁴⁸⁶ E.g., Philips Petroleum Company Iran v The Islamic Republic of Iran, Award No. 425-39-2 (29 June 1989), reprinted in 21 Iran-US Cl. Trib. Rep. 79, 146-148. BROWER & BRUESCHKE, *supra* note 223, 209.

⁴⁸⁷ BROWER & BRUESCHKE, *supra* note 223, 208-209.

⁴⁸⁸ E.g., Arthur J Fritz & Co. v Sherkate Tavonie SherkathayeSakhtemanie (Cooperation Society of Construction Companies), Award No. 426-276-3 (30 June 1989), reprinted in 22 Iran-US Cl. Trib. Rep. 170, 174. Hidetomo Shito v The Islamic Republic of Iran, Award No. 399-10273-3 (31 Oct 1988), reprinted in 19 Iran-US Cl. Trib. Rep. 321, 328. Flexi-Van Leasing, Inc. The Government of the Islamic Republic of Iran, Awards No. 259-36-1 (13 Oct 1986), reprinted in 12 Iran-US Cl. Trib. Rep. 335, 345. BROWER & BRUESCHKE, *supra* note 223, 208-209.

⁴⁸⁹ BROWER & BRUESCHKE, *supra* note 223, 211-212.

⁴⁹⁰ United Painting Company, Inc. v The Islamic Republic of Iran, award No. 458-11286-1 (20 Dec 1989), reprinted in 23 Iran-US Cl. Trib. Rep. 351, 354-355.

度受到彌補，允准調查遲交之證據⁴⁹¹。

整體而論，是否允許遲延書證之提交問題，實際上是一種利益衡量之過程，包括對於發現真實之追求，保障當事人平等與公平陳述之權利，以避免過度損害一造當事人，及促使仲裁程序得快速而有效率地解決紛爭，避免程序之延宕等價值之平衡⁴⁹²。就我國法而言，仲裁法雖未有遲延文書效果之具體規定，惟仲裁庭必須考量個案事實之特殊性，試圖尋求各種利益之平衡，若綜合評估之後，認為若准許遲延提交書證可能造成程序延宕、及損害對造之弊大於使當事人「充分」陳述之利時，即可拒絕該書證之提出，逕依其他證據下仲裁判斷⁴⁹³。通常越接近聽證會或於聽證會中提出之書證，較可能被拒絕採納⁴⁹⁴。除拒絕提出外，仲裁庭亦可能允許該書證之提出，但將遲延之狀況納入證據評價之考量因素⁴⁹⁵。反之，若仲裁庭認為當事人提出之理由可正當化程序遲延之缺失，則可將聽證會庭期延後，或允許聽證會後再提出書面資料⁴⁹⁶，如有必要，亦得於做成仲裁判斷前之任何時候，重開聽證會⁴⁹⁷，調查糾爭書證。此外，對於當事人或其律師而言，雖然不排除仲裁庭對當事人書證提交期限執行之標準與要求可能採取寬鬆之態度，但由於裁量權限係由各別仲裁庭掌握，不同之仲裁人態度亦可能天差地遠，因此，應避免承擔遲交書證可能面臨仲裁庭拒絕採納之風險⁴⁹⁸，盡量於所定期限

⁴⁹¹ BROWER & BRUESCHKE, *supra* note 223, 213.

⁴⁹² *Id.* 215. See Pietrowski, *supra* note 10, at 400.

⁴⁹³ 相對於聯合國貿易法委員會仲裁規則第15.1條與聯合國貿易法委員會國際商務仲裁模範法第18條均規定，當事人應有「充分(full)」陳述之權利，國際商會仲裁規則第15.2條與倫敦國際仲裁院仲裁規則第14.1(i)條則規定應給予當事人「合理(reasonable)」之陳述機會。從文義而言，前者似乎某程度傳達當事人享有完全陳述與抗辯權利之價值超越其他價值，例如紛爭迅速解決之價值，然而，此種權利不應被無限上綱，尤其是在當事人惡意或過失未能提早提出事證之情形，仍應兼顧程序進行之效率，否則將與當事人選擇仲裁制度所預期之特質相違背，導致仲裁判斷做成之延滯，無法有效促進訴訟外紛爭解決制度之發展。

⁴⁹⁴ 例如，可參酌聯合國貿易法委員會仲裁規則第28.3條規定，若仲裁庭已命當事人提出書證，其無正當理由延遲時，仲裁庭得依其他證據做出裁決。

UNCITRAL Arbitration Rules, *supra* note 15, art. 28.3.

⁴⁹⁵ Harris International Telecommunication, Inc. v The Islamic Republic of Iran, Partial Award No. 323-409-1 (2 Nov 1987), reprinted in 7 Iran-US Cl. Trib. Rep. 31, 46.

⁴⁹⁶ Starrett Housing Corp v Iran, Award No. 314-24-1, reprinted in 16 Iran-US C.T.R. at 196-197. HOF, *supra* note 230, at 173.

⁴⁹⁷ Order of 15 Sept. 1983 in Foremost Tehran, Inc. v The Government of Iran, Case Nos. 37 and 231, Chamber One, reprinted in 3 Iran-US Cl. Trib. Rep. 361, 362.

⁴⁹⁸ UNCITRAL Arbitration Rules, *supra* note 15, art. 29.2.

⁴⁹⁹ Pietrowski, *supra* note 10, at 399.

前為之，若有具體困難，亦應及早向仲裁庭提出。

第四節 人證

雖然國際仲裁對於證據之衡量通常較偏重於書證，惟若依現有書證不足以判定事實時，仍可能傳喚證人以確定事實之真偽，在目前國際仲裁實務上，人證之使用已經較過去更為普遍⁵⁰⁰。

第一項 仲裁庭傳喚證人之權限與執行機制

第一款 傳喚證人之裁量權限與法律依據

是否傳喚證人到場陳述其所經驗之事實，通常係委由仲裁庭酌情決定，蓋訊問證人係屬程序進行方式之一部分，若當事人未具體約定，或選用之仲裁規則未規定，則由仲裁庭裁量決之⁵⁰¹。具體針對證人之規定，例如倫敦國際仲裁院仲裁規則第 20.2 條⁵⁰²明文規定，仲裁庭有裁量權決定是否允准、拒絕，或限制證人到場。聯合國貿易法委員會仲裁規則第 25.2 條⁵⁰³亦規定，若仲裁庭決定傳喚證人，則當事人應事先通知相關資料。此外，國際商會仲裁規則第 20.3 條⁵⁰⁴規定，無論在當事人到場或雖未到場但已被適當傳喚的情況下，仲裁庭均得訊問證人。就我國而言，仲裁法第 26 條第 1 項⁵⁰⁵亦規定，仲裁庭得通知證人到場應詢。

關於一旦當事人提出聲請，則仲裁庭是否即須傳喚證人到場之問題，通常認為即使一造當事人聲請傳喚特定證人，仲裁庭雖得酌情允許證人到場接受訊問，惟只要不侵害當事人正當程序保障，則亦無訊問該證人之義務⁵⁰⁶。英國高等法院曾具體確認仲裁庭此項裁量權，認為在個案中訊問證人若屬完全無必要性時，仲裁庭拒絕傳喚證人並不違反自然正義⁵⁰⁷。此外，在美國也曾有見解認為就此項權

⁵⁰⁰ *Id.* 394.

⁵⁰¹ 例如，聯合國貿易委員會商務仲裁模範法第 19 條、聯合國貿易法委員會仲裁規則第 15 條、國際商會仲裁規則第 15 條、倫敦國際仲裁院仲裁規則第 14 條等，均在當事人未約定之前提下，將程序進行方式委由仲裁庭決之。

⁵⁰² LCIA Arbitration Rules, *supra* note 85, art. 20.2.

⁵⁰³ UNCITRAL Arbitration Rules, *supra* note 15, art. 25.2.

⁵⁰⁴ The ICC Rules of Arbitration, *supra* note 2, art. 20.3.

⁵⁰⁵ 中華民國仲裁法第 26 條第 1 項

⁵⁰⁶ DERAINS & SCHWARTZ, *supra* note 84, at 275-276.

⁵⁰⁷ Dalmia Dairy Industries Ltd. v National Bank of Pakistan [1978] 2 Lloyd's Rep. 223,269.

能而言仲裁庭與法院相似，得基於避免浪費時間、延宕程序，與混淆爭點之考量，放棄傳喚特定證人⁵⁰⁸。惟仲裁庭於拒絕或限制證人到場時，係以不違反正當程序與當事人聽審權為前題，故仲裁庭仍應說明合理之具體理由，否則未來可能遭遇到撤銷仲裁判斷之訴或承認與執行障礙之主張⁵⁰⁹，相對地，也正是因為擔心於程序之後階段可能遭致之障礙，不進行聽證會之仲裁案件反而成為少數⁵¹⁰。

是否傳喚證人之具體考量，除了該人證所涉爭點是否重要以外，一個現實而關鍵之因素，在於允准證人之訊問對於仲裁成本之影響⁵¹¹。由於對國際仲裁而言，證人差旅費與食宿等均較內國訴訟或仲裁來得更為昂貴，而仲裁程序中所花之費用最終都將由當事人負擔，故設若允須特定證人到場，將會額外支出許多成本時，仲裁庭應謹慎考慮是否為之，尤其在成本與該證人所證事實重要性或紛爭之金額不成比例之情形，仲裁庭更不宜輕易傳喚證人。此外，仲裁庭也必須兼顧雙方當事人對於紛爭解決效率之期待，避免為傳喚部份不重要之證人而導致整體程序延遲。

第二款 證人到場命令之執行與監督

仲裁庭雖得其認為適當時，傳喚特定證人到場，惟該命令是否能被確實執行，才是重要之關鍵。因仲裁庭本身非司法機關，通常欠缺強制證人出庭之權限⁵¹²，故其中一個解決方式係透過法院協助強制證人到場，就此，部分內國法有相關規範，例如美國聯邦仲裁法第 7 節⁵¹³規定，仲裁庭認為適當時，得傳喚「任何人」為證人，法院亦得以與訴訟中相同之方式，強制證人出席仲裁程序。此外，英國 1996 年仲裁法第 42 與 43 節⁵¹⁴亦規定，法院得介入執行仲裁庭之命令，當事人在仲裁庭同意時亦得請求法院強制證人出席。此外，瑞典 1999 年仲裁法第

⁵⁰⁸ Iron Ore Company of Canada v Argonaut Shipping, Inc. (S.D.N.Y 1985), ICCA Yearbook XII (1987), 173. DERAINS & SCHWARTZ, *supra* note 84, at 276.

⁵⁰⁹ DERAINS & SCHWARTZ *id.* 276.

⁵¹⁰ W. MICHAEL REISMAN ET AL., INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION: CASES, MATERIALS AND NOTES ON THE RESOLUTION OF INTERNATIONAL BUSINESS DISPUTES 840 (1997).

⁵¹¹ See John Tackaberry, *Practical Considerations for Conducting the Hearing*, in PRACTITIONER'S HANDBOOK ON INTERNATIONAL ARBITRATION AND MEDIATION, *supra* note 61, 155, 172.

⁵¹² Pietrowski, *supra* note 10, at 395.

⁵¹³ Federal Arbitration Act, 9 U.S.C. § 7 (1990).

⁵¹⁴ Arbitration Act 1996, U.K., *supra* note 146, § 42, 43.

26 節⁵¹⁵及德國民事訴訟法第 1050 條⁵¹⁶，均有類似之規定。就我國法而言，仲裁法第 26 條第 1 項⁵¹⁷雖規定仲裁庭得傳喚證人，惟其本身並無強制執行之權限，僅得依第 2 項⁵¹⁸規定，於證人無正當理由不到場時，請求法院命其到場。

除法院協助外，仲裁庭亦可能藉由賦予當事人提出其所支配證人到場之義務之方式，迫使當事人督促證人到場接受訊問，例如 IBA 國際商務仲裁證據採納規則第 4.11 條⁵¹⁹規定，仲裁庭得命令當事人提供或盡其最大之努力使證人於聽證會到場供詢。若當事人所支配之第三人無正當理由不到場時，可以為對該當事人不利之心證⁵²⁰。

第二項 證人以書面陳述之准許性與相關議題

第一款 國際仲裁實務對書面陳述之態度與相關法律依據

在英美訴訟程序中，雙方當事人慣於提出宣誓書(affidavit)或證言筆錄(deposition)做為書面陳述(witness statement)之證據。前者係指證人在獨立當事人及其訴訟代理人之見證下進行宣誓陳述或鄭重聲明之內容，其得代替或補充人證之口頭證言；後者則是在法院所派人員面前陳述，效力與證人口頭證言相同⁵²¹。大陸法系偏重書證之證明力，而並無此類制度，因此，大陸法系國家可能對採納書面陳述做為證據存有疑慮⁵²²。然而，相對於訴訟程序，國際商務仲裁實務上由於並不適用嚴格之證據法則，對於可能有助於釐清爭端之相關資料採取較務實之態度，故即使是在訴訟程序禁止書面陳述之國家，在考量到證人書面陳述得節省時間與金錢，使仲裁訊問之程序更加精簡，加速糾紛解決等因素⁵²³時，通常亦傾

⁵¹⁵ The Swedish Arbitration Act, *supra* note 406, § 26.

⁵¹⁶ German Code of Civil Procedure, *supra* note 407, art. 1050.

⁵¹⁷ 中華民國仲裁法第 26 條第 1 項。

⁵¹⁸ 中華民國仲裁法第 26 條第 2 項。

⁵¹⁹ IBA Rules on the Taking of Evidence, *supra* note 162, art. 4.11.

⁵²⁰ 楊崇森，仲裁程序證據調查面面觀，仲裁季刊第 79 期，頁 11，2006 年。

⁵²¹ 程春華，「民事證據法專論」，頁 591-593，廈門大學出版社，2001 年。

⁵²² 例如，在聯合國貿易法委員會草擬仲裁規則第 25.5 條過程中，奧地利代表即反映證人以書面方式做證可能違反該國之公序良俗。Summary Record of the 9th Meeting of the Committee of the Whole (II), at 5, ¶ 38, U.N. Doc. A/CN.9/9/C.2/SR.9 (Apr. 16, 1976), <http://www.uncitral.org/pdf/english/travaux/arbitration/1976Arbitration/ACN99C2SR9.pdf> (last visited Apr. 27, 2009).

⁵²³ BROWER & BRUESCHKE, *supra* note 223, at 190-191.

向在仲裁程序中不排除證人書面陳述之證據能力⁵²⁴，在實際案件中也有越來越普遍之趨勢⁵²⁵。例如，聯合國貿易法委員會仲裁規則第 25.5 條⁵²⁶與 ICDR 國際仲裁規則第 20.5 條⁵²⁷明文確認證人簽名之書面陳述可做為證據，此外，倫敦國際仲裁院仲裁規則第 20.3 條⁵²⁸規定，在仲裁庭允准情況下，書面陳述得做為證據。在我國法下雖無具體規定，惟為節省時間與費用，仲裁庭亦得以仲裁法第 19 條為依據⁵²⁹，採納書面陳述以代替冗長之聽證程序，然於決定之前應事先向當事人充分說明，以避免突襲。

此外，基於書面陳述之種種優點，當事人亦得於具體約定證人得無須出席聽證會進行口頭證言程序，然而此種約定僅代表證據調查方式之簡化，而不應被解讀為雙方同意該書面陳述之實質內容為正確或與實際發生之事實相同⁵³⁰，於 IBA 國際商務仲裁證據採納規則第 4.9 條⁵³¹即明文規定此注意事項，避免模糊之解釋空間。

第二款 證人書面陳述之形式與宣誓是否必要之議題

通常在仲裁規則中，未對證人書面陳述之內容與形式賦加以太多限制，最常被討論到的是該證人是否應宣誓其所述為真實之問題。就此，由於國際商務仲裁欠缺偽證罪處罰體系及不實陳述之倫理規範，目前實務上並不傾向於強制證人書面陳述必須宣誓。採取此種政策者，包括聯合國貿易法委員會仲裁規則第 25.5 條⁵³²與 ICDR 國際仲裁規則第 20.5 條⁵³³均規定證人僅需簽名即可，倫敦國際仲

⁵²⁴ 例如，芬蘭即為此種立法例之國家。 CARON ET AL., *supra* note 158, at 619.

⁵²⁵ Patocchi & Meakin, *supra* note 134, at 894.

⁵²⁶ UNCITRAL Arbitration Rules, *supra* note 15, art. 25.5.

⁵²⁷ ICDR International Arbitration Rules, *supra* note 105, art. 20.5.

⁵²⁸ LCIA Arbitration Rules, *supra* note 85, art. 20.3.

⁵²⁹ 中華民國仲裁法第 19 條。

⁵³⁰ ANDREW TWEEDDALE & KEREN TWEEDDALE, ARBITRATION OF COMMERCIAL DISPUTES: INTERNATIONAL AND ENGLISH LAW AND PRACTICE 321 (2005).

⁵³¹ IBA Rules on the Taking of Evidence, *supra* note 162, art. 4.9.

⁵³² UNCITRAL Arbitration Rules, *supra* note 15, art. 25.5. 然而，在程序之前階段有時提出未簽名之書面陳述已屬足夠，惟當事人亦應於證據全部提交完畢之期限內交出附有簽名之書面。 See Thomas Earl Payne v The Islamic Republic of Iran, Case No. 335, Chamber Two, Order of 12 Dec. 1983.

⁵³³ ICDR International Arbitration Rules, *supra* note 105, art. 20.5.

裁院仲裁規則第 20.3 條⁵³⁴則規定簽名或宣誓均得接受。相對於此，IBA 國際商務仲裁證據採納規則第 4.5(c)與(d)條⁵³⁵則規定，證人之書面陳述除須簽名外，亦應附加陳述真實性之確認，立場較接近英美法系之傳統，惟亦未嚴格規定確認之形式。至於未經宣誓之證人書面陳述可能存在可信度之疑慮，則屬證據評價之問題，仲裁庭是否對未宣誓之書面陳述給予較已宣誓之書面陳述為低之證據評價，屬於其裁量之權限，應依個案情形決定⁵³⁶。

證人以書面陳述之方式取代到場口頭證言，此時該書面陳述應屬書證，其亦應於適當期限內提出，使他方當事人有時間準備回應與答辯⁵³⁷。然而誠如 IBA 國際商務仲裁證據採納規則第 4.8 條⁵³⁸所規定，若證人無正當理由不出席聽證會而僅提出書面陳述，仲裁庭得對其證據價值持保留之態度。在實務上此種書面陳述之證據價值可能較與一般書證為低⁵³⁹，當事人或其委任律師於選擇人證呈現方式時，應將此點納入考量。

第三項 國際商務仲裁人證呈現之準備方式

第一款 對證人可信度之攻防

由於英美法與大陸法系對於證人訊問存在本質性的差異，因此瞭解仲裁庭對於聽證會程序進行方式之偏好，就當事人與委任律師在準備人證之事前相關工作而言，實屬重要。最明顯之例子即是受英美法系教育之律師慣於將重點放在證人可信度之攻防，而大陸法系之律師則通常就重要爭點已事先提出文書證據，證人訊問之主要目的在於補充佐證或引出額外之其他事實⁵⁴⁰，因此，若英美法系律師過度「折磨」證人，在國際仲裁證據容許性要求相對寬鬆之前提下，反而可能導致大陸法系仲裁人對該證人之同情，不僅浪費時間，也未必能獲得預期之效果。

⁵³⁴ LCIA Arbitration Rules, *supra* note 85, art. 20.3.

⁵³⁵ IBA Rules on the Taking of Evidence, *supra* note 162, art. 4.5(c), (d).

⁵³⁶ CARON ET AL., *supra* note 158, at 620.

⁵³⁷ Harris International Telecommunications, Inc. v The Islamic Republic of Iran, Partial Award No. 323-409-1 (2 Nov 1987), reprinted in 17 Iran-US Cl. Trib. Rep. 31, 25.

⁵³⁸ IBA Rules on the Taking of Evidence, *supra* note 162, art. 4.8.

⁵³⁹ 請參考：第五節第四項第二款第三目有關宣誓書證據評價之論述。

⁵⁴⁰ Lew & Shore, *supra* note 143, at 38.

⁵⁴¹。就此，最好之解決方式，係於聽證會前由仲裁庭向雙方當事人告知程序順序與證人訊問之方式，該方式最好與當事人充分討論，尤其應注意調和不同法系當事人之需求⁵⁴²。

第二款 預先提出人證資料摘要之必要性

在聽證會進行前，仲裁庭得要求當事人在一定期限前提出其欲訊問證人之相關資料摘要，其內容可能包括：證人姓名、地址、背景及與當事人之關係、所述事實之內容、使用之語言等⁵⁴³，此種方式有助於將有限之庭訊時間集中在最重要之爭點，避免突襲之情況發生⁵⁴⁴。雖然除有具體命令或規定外，此種摘要之內容僅須以條列等簡單方式概括描述即可⁵⁴⁵，但在實務上通常建議盡量能夠具體完整，蓋聽證會時間有限，未必有機會訊問所有證人，且完整呈現之書面資料能夠使仲裁庭與他方當事人預先準備，避免拖延程序。此外，這種對於證人資料在一定期限前預先提出之要求，可能將僅限於「主要證人(principal witness)」，而將當事人為回應對方所提出之人證摘要而傳喚之「抗辯證人(rebuttal witness)」排除在外⁵⁴⁶，然而，該抗辯證人所證之內容仍以不造成突襲為前提，始符合規範之目的⁵⁴⁷。

第三款 當事人與證人事前接觸之限制

關於當事人與其律師是否得於聽證會前與證人接觸之問題，牽涉到各法域法律文化與規定，在大陸法系傳統下當事人不被允許與證人私下接觸，以確保證人不受到誘導與控制⁵⁴⁸，英美法系則對於當事人與證人間之事前討論與準備普遍能

⁵⁴¹ Elsing & Townsend, *supra* note 152, at 4.

⁵⁴² Patocchi & Meakin, *supra* note 134, at 894-895.

⁵⁴³ E.g., IBA Rules on the Taking of Evidence, *supra* note 162, art. 4.4, 4.5. UNCITRAL Arbitration Rules, *supra* note 15, art. 25.2.

⁵⁴⁴ MOSES, *supra* note 25, at 171.

⁵⁴⁵ CARON ET AL., *supra* note 158, at 610.

⁵⁴⁶ 例如，伊朗—美國仲裁院之仲裁規則第 25 條注意事項第 2 點規定，不包括當事人決定對於他方所提事實為抗辯而傳喚之證人，惟此等抗辯證人之人證摘要亦應於聽證會前儘速提出。Iran-US Claims Tribunal Rules of Procedure, *supra* note 15, Note 2 to art. 25.

⁵⁴⁷ CARON ET AL., *supra* note 158, at 611.

⁵⁴⁸ 包括瑞士、奧地利、比利時等均有此類規定。 DERAINS & SCHWARTZ, *supra* note 84, at 265. Eijssvoogel, *supra* note 123, at 9.

夠接受⁵⁴⁹，在國際仲裁則採取較為折衷之態度，由於在準備人證資料相關摘要的過程中，必須整理所證事實等資訊，確有與證人接觸之實際需求，通常傾向於不限制事前之接觸，使當事人與律師能促使證人之陳述有系統地突顯事實與法律上爭點，而非冗長地陳述故事⁵⁵⁰。例如，倫敦國際仲裁院仲裁規則第 20.6 條⁵⁵¹與 IBA 國際商務仲裁證據採納規則第 4.3 條⁵⁵²均肯定事前接觸之適當性。惟為具體確定仲裁庭對此問題之看法，仍宜事前探詢其見解，以求慎重，仲裁庭亦應具體告知當事人其是否應受相關限制所拘束，及違反之效果。

第四款 影音做證之適用可能性

設若當事人仰賴之證人無法到場，亦得考慮採取影音做證(vedio conferencing)之方式為之，惟由於無法確保現場是否有第三人主導證人之陳述，故一般而言，此種人證呈現方式可能無法達成與到場接受訊問相同之效果。此外，也應注意仲裁地法是否對於影音做證之方式有禁止或限制之規定，避免遭遇仲裁判斷執行之障礙。因此，建議僅於確定證人無法到場或其所證事實非屬關鍵之例外情形，始採用此種人證呈現方式⁵⁵³。

第四項 仲裁庭採行交互詰問制度所涉之問題

第一款 交互詰問制度於國際商務仲裁之適用可能性與法律依據

交互詰問制度源自英美法傳統訴訟上的當事人對抗制，證人之訊問由當事人主導，先由傳喚證人之當事人進行主詰問，再由對造進行反詰問，然後進行覆主詰問與覆反詰問，採用一問一答方式，焦點常針對證人之可信度進行攻防，其間法官被動聽審，不主動介入訊問證人。相對而言，大陸法系沒有此項傳統，通常在開庭前即先提交書面資料供法官參閱，其中亦包括證人所證之內容，在法庭上並無類似交互詰問之既定順序，且法官角色較為積極，主動訊問證人以釐清事實

⁵⁴⁹ *Id.* 9.

⁵⁵⁰ DERAINS & SCHWARTZ, *supra* note 84, at 267.

⁵⁵¹ LCIA Arbitration Rules, *supra* note 85, art. 20.6.

⁵⁵² IBA Rules on the Taking of Evidence, *supra* note 162, art. 4.3.

⁵⁵³ JENKINS & STEBBINGS, *supra* note 445, at 272.

554 。

在國際商務仲裁之範疇，訊問證人之方式與程序，係屬仲裁庭之裁量權，蓋其屬於程序之一環，有容許仲裁人依個案情況彈性決定之必要。例如，聯合國貿易法委員會仲裁規則第 25.4 條⁵⁵⁵規定即明文規定，仲裁庭得自由決定訊問證人之方式。在考量是否採用交互詰問方式進行證人訊問時，應參酌個案中仲裁人與當事人之法系，與案件之複雜程度，目前國際商務仲裁實務傾向融合兩大法系證人訊問程序之特質，亦即，於必要時允許召開聽證會，在當事人訊問其傳喚之證人後，由他方進行詰問⁵⁵⁶。惟通常於聽證會之前命當事人提出相關證人及其證言之相關資料，以縮短訊問時間，避免發生突襲，亦盡量將訊問之範圍限縮於重要爭點，於一定時間限制內完成⁵⁵⁷，此種作法得為我國仲裁法上解釋適當程序之參考。就進行程序與順序而言，除非雙方當事人與律師均來自英美法系而熟悉交互詰問制度，否則仲裁庭通常不鼓勵進行嚴格之交互詰問程序⁵⁵⁸。此外，國際商務仲裁雖然實質上接受了交互詰問制度適用之可能性，惟仍應盡量避免直接使用「交互詰問」之用語，以免引起大陸法系仲裁人或律師之反感⁵⁵⁹。

第二款 詐問前進行宣誓與具結程序之必要性探討

在進行證人交互詰問前，是否必須經過宣誓或具結程序之問題，由於仲裁庭並非司法機關，且國際商務仲裁欠缺偽證罪處罰體系及不實陳述之倫理規範，通常並不強制要求證人現場宣誓或具結⁵⁶⁰，例如我國仲裁法第 26 條第 1 項⁵⁶¹後段即規定，不得命證人具結。惟英美法系國家之內國仲裁法可能賦予仲裁庭執行宣誓之權限，由主任仲裁人告知證人其有真實陳述之義務，如做偽證可能招致國家刑罰⁵⁶²。

⁵⁵⁴ Elsing & Townsend, *supra* note 152, at 4.

⁵⁵⁵ UNCITRAL Arbitration Rules, *supra* note 15, art. 25.4.

⁵⁵⁶ KAZAZI, *supra* note 11, at 107.

⁵⁵⁷ *Id.* 4. Lew & Shore, *supra* note 143, at 38. GRAVES, *supra* note 431, at 448.

⁵⁵⁸ Patocchi & Meakin, *supra* note 134, at 893.

⁵⁵⁹ Elsing & Townsend, *supra* note 152, at 4.

⁵⁶⁰ CARON ET AL., *supra* note 158, at 617-618.

⁵⁶¹ 中華民國仲裁法第 26 條第 1 項。

⁵⁶² 例如，英國 1996 年仲裁法第 38.5 節。 Arbitration Act 1996, U.K., *supra* note 146, § 38.5.

第三款 交互詰問進行之程序與方式

關於國際商務仲裁中交互詰問進行之具體方式，通常先由聲請人傳喚對其有利之證人，訊問完畢後再由相對人傳喚證人，此外，仲裁庭本身亦得主動傳喚證人⁵⁶³。針對個別證人之訊問，則通常允許當事人先對證人提出問題，期間仲裁庭得隨時提出問題⁵⁶⁴，若當事人訊問完畢仍有未釐清之處，仲裁庭得再進行訊問⁵⁶⁵，惟在部分國家亦可能習慣由仲裁庭開始訊問⁵⁶⁶。由於主詰問之內容通常已包括在事前提出之摘要中，故重心通常放在緊接之交互詰問，雖然不同法系之律師與當事人可能有不同之問題類型偏好，一般而言，詰問程序若由具豐富經驗之仲裁人主導，訊問之風格則相對折衷而務實，以證人陳述內容之重要爭點為主⁵⁶⁷。由於仲裁程序側重追求彈性與效率，故仲裁庭亦可能不允許訊問範圍之異議(scope objection)，則反詰問當事人之間題將不限於主詰問已詢問之範圍⁵⁶⁸。

此外，訊問時是否容許其他證人在場旁聽，若允許證人同時在場，其缺點除可能有證人串共之虞外，若未能適當組織控制程序，亦可能造成混亂，延宕程序，惟若安排得當，則得藉由彼此對質之方式更直接地澄清爭點，縮短庭訊時間⁵⁶⁹。實則，是否允許證人同時在場一事，係屬仲裁庭之權限，例如聯合國貿易法委員會仲裁規則第 25.4 條⁵⁷⁰即規定，仲裁庭得於任何證人做證時，命其他證人退席，IBA 國際商務仲裁證據採納規則第 8.2 條⁵⁷¹亦規定，仲裁庭得決定訊問證人時其他證人是否得在場。仲裁庭決定之重要考量在於當事人背景法系之內國法規定，尤其在雙方當事人有共同期待時，程序之決定便較為容易⁵⁷²。在伊朗—美國仲裁

⁵⁶³ Pietrowski, *supra* note 10, at 395.

⁵⁶⁴ IBA Rules on the Taking of Evidence, *supra* note 162, art. 8.2.

⁵⁶⁵ Elsing & Townsend, *supra* note 152, at 5.

⁵⁶⁶ 在德國、荷蘭與奧地利，證人訊問程序由仲裁人開始，在仲裁人訊問完畢後當事人始有機會訊問證人。Eijsvogel, *supra* note 123, at 8.

⁵⁶⁷ JENKINS & STEBBINGS, *supra* note 445, at 269.

⁵⁶⁸ MOSES, *supra* note 25, at 173.

⁵⁶⁹ 允許證人同時在場之情形又稱為”Witness conferencing”，或”confrontation”。JENKINS & STEBBINGS, *supra* note 445, at 270-271.

⁵⁷⁰ UNCITRAL Arbitration Rules, *supra* note 15, art. 25.4.

⁵⁷¹ IBA Rules on the Taking of Evidence, *supra* note 162, art. 8.2.

⁵⁷² Report of the UNCITRAL on the Work of its Ninth Session, UN GAOR, 31st Session, Supp No. 17, UN Doc A/31/17, para 127 (1976). CARON ET AL., *supra* note 158, at 617.

案件中，仲裁庭通常傾向不允許無利害關係之證人在場聽訊，但對於提供「資訊」之有利害關係的實質證人則允許其在場⁵⁷³，可供參考。

第五節 專家鑑定

專家鑑定⁵⁷⁴做為一種證據方法，與證人之間最大的區別在於，證人係陳述其本身對特定事實之經驗，而鑑定人雖未親身經歷過去事實之發生，但基於其專業知識，向仲裁庭提供意見⁵⁷⁵。故在複雜之國際商務仲裁事件中，若重要爭點牽涉到專業知識，而仲裁庭本身不具備該類學問，則可尋求鑑定人之協助，例如工程案件中是否有設計或施工之瑕疵、海商案件中船舶或設備之鑑價、詐欺行為之筆跡鑑定、會計師對於特定金融爭議之意見提供等均屬之⁵⁷⁶。

第一項 鑑定人選任之權限：當事人聘請或仲裁庭指定

第一款 兩大法系之融合與選任鑑定人之法律依據

關於鑑定人如何選任及選任之權限歸屬之問題，英美法與大陸法系間存在相當之差距。英美法系下當事人對抗制之傳統亦延伸至鑑定之證據方法，雙方當事人得各自聘任鑑定人，若雙方之鑑定人見解不同時，仲裁人有權決定何見解較為可信。相對地，大陸法系之仲裁庭則可自行聘請鑑定人，對爭點提供意見，該鑑定人向仲裁庭提出報告，公正地對仲裁庭負責，雖然仲裁庭不受鑑定報告拘束，惟最終之仲裁判斷時常可能與鑑定報告之結果相符⁵⁷⁷。目前國際商務仲裁實務則傾向融合英美法系與大陸法系之特色，一方面仲裁庭聽取雙方當事人聘任之鑑定

⁵⁷³ CARON ET AL. *id.* 617.

⁵⁷⁴ 在國際仲裁學說與實務中，常用之名稱為「專家鑑定(expert witness)」，然而其指涉之意涵與所謂「專家證人」或「鑑定證人」不同。一般所稱之專家證人係指依特別之專門知識而得知以往事實之人，例如曾為特定人持續治療之精神科醫生，得就其過去之心理狀態出庭陳述，具有不可替代性，與一般鑑定人不同，應適用證人程序。惟國際商務仲裁所稱之專家鑑定，則係未經歷過去事實而僅依其專業提供意見之專家，兩者在概念上不宜混淆。

⁵⁷⁵ Pietrowski, *supra* note 10, at 396.

⁵⁷⁶ 仲裁中專家鑑定之部分議題與透過其他紛爭解決方式之專家鑑定相似，例如工程、國際貿易、金融、證券、投資、海運等案件類型無論係透過何種紛爭解決方式處理，均有其特殊性，相關論述請參考：JOHN KENDALL, EXPERT DETERMINATION 18-70 (2001).

⁵⁷⁷ Elsing & Townsend, *supra* note 152, at 5. Richard C. Allison & Howard M. Holtzmann, *The Tribunal's Use of Experts, in THE IRAN-UNITED STATES CLAIMS TRIBUNAL AND THE PROCESS OF INTERNATIONAL CLAIMS RESOLUTION* 269, 270 (David D. Caron & John R. Crook eds., 2000).

人提出之報告，另一方面亦容許仲裁庭依職權聘請鑑定人，協助解決專業問題，或於當事人提出之鑑定人見解不一時，做為衡量何見解較妥適最終決定之參考⁵⁷⁸。

此種務實之態度也反映在機構仲裁規則及仲裁法之規定，例如，聯合國貿易法委員會仲裁規則第 27.1 條⁵⁷⁹規定仲裁庭得指定一至數名之專家向其提出報告，第 27.4 條⁵⁸⁰亦規定，當事人得使其所聘請之專家鑑定人出庭。國際商會仲裁規則第 20.4 條⁵⁸¹亦規定，仲裁庭得在與當事人協商後，聘請一或數名之專家，第 20.3 條⁵⁸²亦間接肯認當事人得各自委任專家進行鑑定。依倫敦國際仲裁院仲裁規則第 21.1(a)條⁵⁸³規定，除當事人另有約定外，仲裁庭得聘任專家對特定事項提供報告，且第 21.2 條⁵⁸⁴也確認當事人得於該指定專家參與聽證會時，由其自行選任之鑑定人出席詢問。美國仲裁協會 ICDR 國際仲裁規則第 22.1 與 22.4 條⁵⁸⁵、IBA 國際商務仲裁證據採納規則第 6.1 與 6.6 條⁵⁸⁶、聯合國貿易法委員會商務仲裁模範法第 26 條⁵⁸⁷，及英國 1996 年仲裁法第 37(1)(a)節⁵⁸⁸亦有類似之規定。就我國法而言，仲裁法雖然並無直接規定選任鑑定人之條文，惟程序既由仲裁庭決定，仲裁庭得依個案之特性與需求，選擇與民事訴訟採取相同之途逕，而自行選任鑑定人，或允許由當事人各自聘任鑑定人。若已選定鑑定人，則依仲裁法第 26 條第 1 項⁵⁸⁹規定，仲裁庭得通知鑑定人到場應詢。

以上規定均未就「專家」做出特殊之定義，不限制專業與爭點之種類，未具體規定在何種情況下需要尋求專家之鑑定意見，亦未強制規定指定鑑定人之程序

⁵⁷⁸ Elsing & Townsend, *id.* Stephan Wilske & Christine Gack, *Expert Evidence in International Commercial Arbitration*, 29 COMP. L. Y.B. INT'L BUS. 75, 80-84 (2007).

⁵⁷⁹ UNCITRAL Arbitration Rules, *supra* note 15, art. 27.1.

⁵⁸⁰ *Id.* art. 27.4.

⁵⁸¹ The ICC Rules of Arbitration, *supra* note 2, art. 20.4.

⁵⁸² *Id.* art. 20.3.

⁵⁸³ LCIA Arbitration Rules, *supra* note 85, art. 21.1(a).

⁵⁸⁴ *Id.* art. 21.2.

⁵⁸⁵ ICDR International Arbitration Rules, *supra* note 105, art. 22.1, 22.4.

⁵⁸⁶ IBA Rules on the Taking of Evidence, *supra* note 162, art. 6.1, 6.6.

⁵⁸⁷ UNCITRAL Model Law, *supra* note 2, art. 26.

⁵⁸⁸ Arbitration Act 1996, U.K., *supra* note 146, § 34(1)(a).

⁵⁸⁹ 中華民國仲裁法第 26 條第 1 項

或如何決定其職權範圍，其目的乃在留給仲裁庭最廣泛之裁量權⁵⁹⁰，以符合個案之具體需求。故即使當事人一方提出要求，仲裁庭亦無義務選任鑑定人⁵⁹¹，除仲裁規則具體規定⁵⁹²或當事人約定外，仲裁庭亦無義務於聽證會傳喚鑑定人⁵⁹³。

第二款 當事人陳述意見權利之保障

仲裁庭於職權選定鑑定人時，是否須先與雙方當事人協商之問題，除國際商會仲裁規則第 20.4 條⁵⁹⁴明文規定應預先協商外，多數仲裁機構規則或仲裁法未就此表示意見。與當事人間之事前協商雖可能導致程序進行之時間延長，惟仲裁庭若預先與當事人討論，說明其考慮人選之理由，可減少其未來對於鑑定人或其報告之異議，總體而言或許反而能夠避免後階段過度之詰問或爭辯⁵⁹⁵，此外，尊重當事人意見亦可強化其對於紛爭解決之信心，故嚴格而言，雖然當事人對仲裁庭鑑定人選並無參與選定之權利，但實務上仲裁庭多半會先給予當事人表示意見之機會⁵⁹⁶。具體之做法，通常係由仲裁庭告知雙方其欲選任鑑定人，並聲明在一定期限內當事人得各自提出建議之名單，若名單中之人選有所重疊，則仲裁庭會給予雙方對此達成協議之機會，若均同意由特定人出任鑑定人，則仲裁庭會尊重當事人之意思；若無法達成協議時，仲裁庭始自行選任適當之人⁵⁹⁷。此外，當事人亦得約定委由專業機構進行鑑定人之選任與後續程序，例如國際商會之國際專家鑑定中心⁵⁹⁸，利用其完善之規則與組織，可提高鑑定程序之預測性，避免冗長之協商程序。

第三款 當事人自行聘請鑑定人之權限與限制

若當事人欲自行聘請專家鑑定人提出報告，則應注意於仲裁庭規定之期限前

⁵⁹⁰ Allison & Holtzmann, *supra* note 577, at 270.

⁵⁹¹ *Id.* Pietrowski, *supra* note 10, at 397.

⁵⁹² E.g., LCIA Arbitration Rules, *supra* note 85, art. 21.2. ICDR International Arbitration Rules, *supra* note 105, art. 22.4. IBA Rules on the Taking of Evidence, *supra* note 162, art. 6.6. UNCITRAL Model Law, *supra* note 2, art. 26.2.

⁵⁹³ McAllister & Bloom, *supra* note 339, at 49.

⁵⁹⁴ The ICC Rules of Arbitration, *supra* note 2, art. 20.4.

⁵⁹⁵ REDFERN & HUNTER ET AL., *supra* note 1, at 311.

⁵⁹⁶ Allison & Holtzmann, *supra* note 577, at 275.

⁵⁹⁷ *Id.*

⁵⁹⁸ ICC International Chamber of Expertise, <http://www.iccwbo.org/court/expertise/id4595/index.html> (last visited Apr. 30, 2009).

提出⁵⁹⁹，鑑定報告亦宜詳細清楚，始能具體協助仲裁庭認釐清爭點。內容可能包括：鑑定人之姓名及背景、專業見解與結論、做為認定基礎之證據與事實、真實陳述之聲明、簽名與日期等⁶⁰⁰。

此外，有時當事人會聘請多數之專家，以透過鑑定意見之方式獲得有利判斷，惟雙方彼此競相委任過多專家鑑定人，可能反而造成程序之延宕，也未必能有效聚焦於重要之爭點，此即為「專家戰役(battle of experts)」。於此種情形，得藉由審前協商之方式，彼此約定鑑定人之上限，或由仲裁庭介入限制專家到場之人數，以增進程序之效率⁶⁰¹。

第二項 是否尋求鑑定人意見之考量因素

雖然當事人與仲裁庭均得選任鑑定人，惟進行鑑定必須付出一定之時間與金錢成本⁶⁰²，故在個案中，究否選任鑑定人，運用鑑定之證據方法做為解決紛爭基礎之決定，通常有現實上之考量。

首先，系爭糾紛之複雜性係屬重要衡量因素，設若紛爭所涉之法律與事實上爭點相對明瞭，且不牽涉專業或技術知識，則仲裁庭本身即有能力處理，無須經由鑑定為之。然而，若紛爭複雜且涉及專業，則可能必須仰賴鑑定人之協助，鑑定人提供專業意見，除能增進效率外，亦得提高當事人對於仲裁判斷結果之信心。所謂複雜性，亦包括當事人雙方自行委任之鑑定人意見分歧，而使仲裁庭須尋求客觀第三人之專家意見，以判定何者較為可信之情形。再者，個案中現存證據已能協助仲裁庭做出仲裁判斷，則無需再額外使用鑑定，因此，仲裁庭必須在分析當事人之主張與各項證據之後，始有可能綜合判斷是否需要選任鑑定人⁶⁰³。

相對於選任鑑定人之實際需求，另一重要考量之因素，係使用鑑定所帶來之利益，以及其可能造成程序延遲或額外支出等缺點間之衡量。由於鑑定人必須調

⁵⁹⁹ IBA Rules on the Taking of Evidence, *supra* note 162, art. 5.1.

⁶⁰⁰ *Id.* art. 5.2.

⁶⁰¹ REDFERN & HUNTER ET AL., *supra* note 1, at 308-309.

⁶⁰² 由仲裁庭所選任鑑定人支出之相關費用，屬於仲裁程序費用之一部分，而當事人選任鑑定人之支出則求本身負擔。惟無論是仲裁庭或當事人自行選任，均屬紛爭解決過程中之成本，均應納入究否選任鑑定人之考量。

⁶⁰³ Allison & Holtzmann, *supra* note 577, at 271.

查證據、提出鑑定報告，並可能在庭上備詢，種種程序均須耗費時間與金錢，故惟於利大於弊時，使用鑑定始有意義。若鑑定程序可能延宕程序而花費當事人未能預期之支出時，仲裁庭即傾向不選任鑑定人⁶⁰⁴。

簡言之，究否使用鑑定程序之決定取決於實際需求與客觀成本之衡量。由於個案中之具體情況均不同，仲裁庭或當事人必須仔細分析實際狀況，以確認選任鑑定人之必要性。

第三項 具體選任鑑定人與其應具備之資格

鑑定人之能力，與是否能有效提供仲裁庭專業意見，以加速紛爭解決程序進行，兩者之間休戚相關，故仲裁庭於考慮具體鑑定人選時，應特別注意其具備之條件與資格。應考量之重要資格包括：鑑定人在相關領域之專業性、獨立性與公正性、鑑定人之時間與行程能否與本案相配合、成本考量等⁶⁰⁵。

首先，鑑定人之專業必須能夠與個案之爭點相關，否則即無助於證據之調查。再者，為確保鑑定人之獨立性與公正性，其不僅須與當事人無經濟上之關聯性，在專業或其他個人關係上亦不應與當事人相牽扯，在實務上，若有其他人選時，仲裁庭可能會避免選任與當事人之一方相同國籍之人為鑑定人。惟獨立性之要求並不代表鑑定人必須與當事人完全無任何關聯，關鍵在於其提供特定案件之鑑定意見是否可能有偏頗之虞。於一般之情況下均仰賴鑑定人主動之揭露，惟仲裁庭通常欠缺確認或調查此類揭露陳述內容真實性之能力與資源，故若為機構仲裁時，個別仲裁庭則可能尋求仲裁機構之協助與建議，或允許當事人自行調查相關資訊後提出異議⁶⁰⁶。此外，在決定有無偏頗之虞時，亦得將雙方當事人之意見納入考量。例如，在伊朗—美國仲裁庭之實務案件中，伊朗當事人所指明之英國會計專家曾在美國當事人無關聯之前案中擔任鑑定人，惟前者並未提出任何異

⁶⁰⁴ *Id.*

⁶⁰⁵ *Id.* 274.

⁶⁰⁶ *Id.* 276. 關於當事人對於仲裁庭選定鑑定人之異議程序，許多仲裁規則或仲裁法均未具體規定，例如 IBA 國際商務仲裁證據採納規則第 6.2 條雖肯認當事人異議之權利，惟就具體之方式或程序之細節亦未加以規定。一個解決方式係類推適用對仲裁人之異議程序，例如德國民事訴訟法第 1049(3)條即明文規定準用對仲裁人異議之程序。

議，因此，仲裁庭認為從雙方同意該人選之共識可推導出其已符合獨立性之要求⁶⁰⁷。

關於鑑定人能否配合之問題，由於鑑定人可能必須與當事人或仲裁庭密切接觸，鑑定人之時間與行程能否具體配合即是考量便利性之重要因素，仲裁庭亦可能傾向捨棄個別鑑定人，而選擇機構做為鑑定機關，蓋鑑定機構通常在時間與安排上配合度較高。此外，地緣是否接近亦可能成為衡量指標之一⁶⁰⁸。

最後，由於鑑定係屬額外之支出，為平衡使用鑑定制度之成本與其得帶來之利益，維持仲裁程序紛爭解決之實效，故鑑定人所收取之費用或程序中產生之花費，亦屬考量特定鑑定人是否適任之標準。仲裁庭得以相關領域中其他類似專家收取之費用為參考，衡量特定鑑定人選收取之費用是否合理。若所收取費用相對偏高時，得與其協商或轉而尋求其他適任之人。

第四項 專家鑑定爭點整理範圍書(terms of reference)之重要性與基本要素

選任鑑定人之目的，在於解決與專門知識相關之特定爭點，故仲裁人給予鑑定人之爭點整理範圍書之內容即有其一定之重要作用，得將鑑定人協助釐清案情之工作劃定界限，亦使鑑定人有效地瞭解其任務為何。

在國際仲裁實務上，決定仲裁人選定之鑑定人的鑑定範圍一事，通常屬於仲裁庭之權限⁶⁰⁹，在具體擬定時首先可能遇到的問題，係其內容應具體詳細至何程度，始能使鑑定人對於其受委派之任務有清楚之認知。事實上，爭點整理範圍書之具體程度與個案所涉爭點之性質與複雜性有關。例如，設若鑑定人之任務僅係將特定之財產做成詳細之清冊，並確定其目前之狀態，由於該項工作相當簡單明瞭，則爭點整理範圍書亦無須過度詳細；若涉及到特定工程案件是否存在瑕疵等技術問題，由於鑑定內容較為複雜而困難，相對地爭點整理範圍書亦通常較為具體詳細，使鑑定人能瞭解仲裁庭之託付，有效地調查相關證據提出意見⁶¹⁰。

⁶⁰⁷ *Id.* 276.

⁶⁰⁸ *Id.*

⁶⁰⁹ UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings, *supra* note 252, ¶ 71.

⁶¹⁰ *Id.* 273. 其通常之內容與形式，請參照附錄。

除 IBA 國際商務仲裁證據採納規則第 6.1 條⁶¹¹外，在仲裁規則中通常未規定當事人得否對於仲裁庭選任鑑定人之爭點整理範圍書參與討論或影響其內容，故在欠缺其他約定之前提下，當事人通常並無權利對擬定爭點整理範圍書之內容表示異議或參與意見。惟在實務上，基於尊重當事人之考量，仲裁庭通常會允許雙方當事人或當事人所指定之鑑定人有提出意見之機會，其得針對鑑定事項之範圍與該條款之詳細程度，陳述其想法，於參酌此類意見後，仲裁庭始確定專家鑑定爭點整理範圍書之最終內容⁶¹²。給予當事人陳述意見之機會有兩項優點，一方面使具有重要利害關係之當事人於鑑定程序之開始即能傳達其觀點，在後續之階段得縮小當事人對於仲裁庭選定鑑定人之鑑定工作之異議。另一方面，亦得透過與當事人充分討論之程序，有效描繪出鑑定人之任務範圍⁶¹³。

此外，爭點整理範圍書另一重要功能，在於確認鑑定人進行調查與做成專家報告之資料來源基礎。依照個案情況，仲裁庭允許鑑定人做為參考之證據資料廣狹可能有所不同，在某些情形下範圍可能包括一切書證、勘驗、約談證人、或進行聽證會等，惟亦可能基於程序經濟之考量，僅限於已呈現於仲裁庭之書面資料⁶¹⁴。預先劃定做為專家報告依據之證據資料之範圍，能使鑑定人瞭解鑑定工作之內涵與可能之進行方式，並某程度得使當事人對於結果有所預期，避免突襲之發生。

第五項 國際商務仲裁專家鑑定意見之準備與呈現方式

第一款 鑑定人之證據調查及當事人之協力

仲裁庭選任之鑑定人於做成鑑定報告前，必須先瞭解相關事證，並調查必要之證據，以做為判斷之基礎。鑑定人調查證據之範圍，通常取決於爭點整理範圍書之規定內容，每個案件之情況均不同，最廣可能擴及所有仲裁人得接觸之證據，包括書證、人證、現場勘驗，甚至得舉行聽證⁶¹⁵。

⁶¹¹ IBA Rules on the Taking of Evidence, *supra* note 162, art. 6.1.

⁶¹² Allison & Holtzmann, *supra* note 577, at 274.

⁶¹³ *Id.*

⁶¹⁴ *Id.*

⁶¹⁵ *Id.* 277.

除了爭點整理範圍書中之事前界定外，鑑定人實際之調查範圍亦常會受到當事人與相關證人配合度之影響⁶¹⁶。理論上，當事人應盡力協助鑑定人進行證據調查，在聯合國貿易法委員會仲裁規則第 27.2 條⁶¹⁷中，即確認當事人有義務應向仲裁庭所選任之鑑定人提供相關資料，或提供文書與貨物供其檢查。另外，聯合國貿易法委員會商務仲裁模範法第 26(1)(b)條⁶¹⁸與倫敦國際仲裁院仲裁規則第 21.1(b)條⁶¹⁹亦規定，除當事人另有約定外，仲裁庭得命令當事人向鑑定人提供相關文書或貨物，若鑑定人與當事人間發生爭議，則應提交仲裁庭做成決定⁶²⁰。然而，實務上可能發生當事人拒絕或未能完全盡其協力義務之情形。例如，當事人未在適當期間內提出相關文書，迫使仲裁庭必須介入命令其向鑑定人提供資料⁶²¹，此時仲裁庭可以考慮以核發暫時性措施之方式協助完成鑑定人之任務⁶²²，在我國法得以仲裁法第 19 條做為法律依據⁶²³。

第二款 初步鑑定意見之草擬與提交

在仲裁庭選定之鑑定人完成調查後，宜將初步鑑定意見提交仲裁庭與雙方當事人，尤其應使當事人有機會表示意見。初步鑑定意見應盡量完整而詳細，而不僅為結論之摘要或條列⁶²⁴。其原因在於，設若未來將進行聽證會之程序，則預先對當事人與仲裁庭揭露相關資訊，得使其有充分時間準備或提出疑問，除能集中焦點，有效縮短庭訊之時間外，鑑定人亦得參考當事人之批評對尚有疑義之處續行調查，促使鑑定人重新檢視其意見之正確性；若不擬進行口頭詢問之程序，更可做為最終鑑定報告提交前意見交換之機會，實現當事人充分陳述之程序保障。

惟在某些情形下，亦可能省略鑑定人提交初步意見之程序，此係基於避免額

⁶¹⁶ See id. 277.

⁶¹⁷ UNCITRAL Arbitration Rules, *supra* note 15, art. 27.2.

⁶¹⁸ UNCITRAL Model Law, *supra* note 2, art. 26(1)(b).

⁶¹⁹ LCIA Arbitration Rules, *supra* note 85, art. 21.1(b).

⁶²⁰ UNCITRAL Arbitration Rules, *supra* note 15, art. 27.2. IBA Rules on the Taking of Evidence, *supra* note 162, art. 6.3.

⁶²¹ Allison & Holtzmann, *supra* note 577, at 277-278.

⁶²² UNCITRAL Arbitration Rules, *supra* note 15, art. 26.1. ICDR International Arbitration Rules, *supra* note 105, art. 21.1.

⁶²³ 中華民國仲裁法第 19 條。

⁶²⁴ Allison & Holtzmann, *supra* note 577, at 279.

外程序造成時程延遲之考量⁶²⁵，惟此時賦予當事人對最終鑑定報告陳述機會之重要性亦隨之提高，否則可能違反正當程序之要求，招致後續之執行障礙。

第三款 鑑定人出席聽證會與接受口頭詰問之義務：當事人聽審權之確保

關於仲裁庭所選定之鑑定人是否有義務出席聽證會之問題，不同之仲裁規則規定亦有所差異。其中一種做法係將此問題委由仲裁庭裁量決定，換言之，即使當事人之一方具體提出要求，鑑定人亦無絕對之義務須到場接受口頭詢問，惟有在仲裁庭命令時始應出席，聯合國貿易法委員會仲裁規則第 27.4 條⁶²⁶即為此種規範方式。另外一種可能性則是，除非當事人另有約定，否則無論係仲裁庭認為適當或當事人請求，鑑定人均應出席聽證會，亦即一旦當事人聲請鑑定人到場，則鑑定人即有義務出席聽證會接受口頭詢問，此種想法係建立在口頭詢問對聽審權具有相當重要價值之前提假設上，包括聯合國商務仲裁模範法第 26(2)條⁶²⁷、倫敦國際仲裁院仲裁規則第 21.2 條⁶²⁸、國際商會仲裁規則第 20.4 條⁶²⁹，及 IBA 國際商務仲裁證據採納規則第 6.6 條⁶³⁰均屬之。在我國法並未直接之具體規定，因此依照仲裁法第 19 條，是否要求鑑定人到場備詢，為仲裁庭之裁量權限，應視個案之情況做出決定。

設若鑑定人出席聽證會，究應由仲裁庭抑或當事人詰問鑑定人，目前對此問題設有具體規範者均認為仲裁庭得依職權詢問鑑定人，而當事人亦得對鑑定人提問，此外，若當事人已自行聘任之鑑定人，則亦得一併出席提供其專業見解⁶³¹，甚至得直接向仲裁庭所選之鑑定人提問⁶³²。此種實務做法融合英美與大陸法系之傳統，一方面使仲裁庭得積極介入證據調查，加速程序之進行，另一方面亦提供雙方當事人合理陳述意見之機會，確保聽審權之實現。

⁶²⁵ *Id.*

⁶²⁶ UNCITRAL Arbitration Rules, *supra* note 15, art. 27.4.

⁶²⁷ UNCITRAL Model Law, *supra* note 2, art. 26(2).

⁶²⁸ LCIA Arbitration Rules, *supra* note 85, art. 21.2.

⁶²⁹ The ICC Rules of Arbitration, *supra* note 2, art. 20.4.

⁶³⁰ IBA Rules on the Taking of Evidence, *supra* note 162, art. 6.6.

⁶³¹ UNCITRAL Arbitration Rules, *supra* note 15, art. 27.4. UNCITRAL Model Law, *supra* note 2, art. 26(2). LCIA Arbitration Rules, *supra* note 85, art. 21.2.

⁶³² IBA Rules on the Taking of Evidence, *supra* note 162, art. 6.6.

若鑑定人於聽證會陳述之意見超出其提交仲裁庭與當事人之書面資料範圍，是否容許採納為證據之問題，由於國際仲裁實務對於證據容許性之標準並不嚴格，凡可能協助解決爭端之資料均不排除於評價之範圍，因此，仲裁庭通常傾向允許此類口頭陳述亦得做為證據，惟必須給予當事人充分之聽審保障⁶³³，避免直接依該陳述內容做成仲裁判斷，以免發生突襲之情形。

為促進程序之效率，配合個案之需求，鑑定人出席聽證會之呈現方式可能有多種選擇與配套程序⁶³⁴。例如仲裁庭可選擇於所有其他證據方法均已調查完畢後，始進行鑑定人口頭陳述之程序，此種方式能確保仲裁庭與當事人對於事證已有一定瞭解與共識後，加快理解鑑定人報告之速度，更能集中於最重要之爭點辯論。另外，仲裁庭亦得命雙方當事人選定之鑑定人預先會面，整理其見解之異同處，並針對意見歧異之爭點達成書面協議⁶³⁵，於聽證會上就該部分集中與仲裁庭聘任之鑑定人辯論。

第四款 最終鑑定報告之做成與仲裁庭之證據衡量義務

與當事人及仲裁庭交換意見之後，鑑定人應做成最終鑑定報告提交仲裁庭與雙方當事人。鑑定報告之形式，通常係以書面方式呈現⁶³⁶，惟亦不排除僅以口頭呈現之可能性⁶³⁷。鑑定報告僅為仲裁庭之參考，而不具有拘束力⁶³⁸，仲裁庭應參酌所有證據，自行衡量鑑定報告做為一種證據方法之可信度與證據評價，無論鑑定人如何專業，仲裁庭均不應將其紛爭決定之最終權限轉委託他人⁶³⁹。

既然鑑定報告僅屬證據衡量之其中一個因素而已，於決定其實質之證據評價之過程中，可能考慮之因素包括：對於鑑定人本身之公正性或專業性，當事人未提出異議一事得做為參考；鑑定人做成報告之過程與方法；鑑定人過去可信度之

⁶³³ REDFERN & HUNTER ET AL., *supra* note 1, at 313.

⁶³⁴ *Id.* 312-313.

⁶³⁵ IBA Rules on the Taking of Evidence, *supra* note 162, art. 5.3.

⁶³⁶ UNCITRAL Arbitration Rules, *supra* note 15, art. 27.1. IBA Rules on the Taking of Evidence, *supra* note 162, art. 6.4.

⁶³⁷ UNCITRAL Model Law, *supra* note 2, art. 26(2). LCIA Arbitration Rules, *supra* note 85, art. 21.2.

⁶³⁸ REDFERN & HUNTER ET AL., *supra* note 1, at 313. Pietrowski, *supra* note 10, at 397.

⁶³⁹ Allison & Holtzmann, *supra* note 577, at 280.

風評；在受口頭詢問時之反應等⁶⁴⁰。仲裁庭應於確認鑑定報告與其他已呈證據、法律或常識並無矛盾⁶⁴¹，並綜合全案證據及主張之後，獨立做成最終之仲裁判斷。

第六節 勘驗

相對於其他證據方法，勘驗在國際商務仲裁實務較少被使用，可能之理由是仲裁庭本身進行勘驗之花費與時間成本與勘驗帶來之利益不成比例，基於務實之考量，實際進行勘驗之仲裁案件較為罕見，多以照片、圖畫或模型代替⁶⁴²。惟在某些特定種類之仲裁事件，勘驗亦有存在之重要性，例如工程仲裁中對於現場之檢查、海運事件中檢查托運貨品之狀態，或訂貨契約爭議中工廠製造過程之視察等。即使未能從勘驗過程中發現決定性之證據，經過勘驗過程後，仲裁庭亦可能增進其對於複雜案情之瞭解，而助於紛爭解決⁶⁴³。

第一項 仲裁庭之勘驗權限

仲裁庭進行勘驗之法律依據，包括倫敦國際仲裁院仲裁規則第 21.1(d)與(e)條⁶⁴⁴明文規定，除非當事人另有約定，否則仲裁庭有權命當事人提供糾爭財產、物品、文書或場所，供仲裁庭本身或其指定之人勘驗。另外，IBA 國際商務仲裁證據採納規則第 7 條⁶⁴⁵規定，仲裁庭得依職權或應一方當事人之請求，對特定場所、財產、機器、貨品、製程、文書進行勘驗。我國仲裁法雖無具體之規定，仲裁庭既有決定仲裁程序進行方式之權限，自然包括進行勘驗之程序在內。在我國法雖無具體之規定，惟若仲裁庭認為有必要進行勘驗，亦得依仲裁法第 19 條之規定，進行勘驗之程序。

第二項 勘驗之程序與當事人到場權

除當事人有約定外，仲裁庭對於勘驗程序之進行有廣泛之裁量權，得依個案之需求決定勘驗之方式與時間，惟過程中應確保雙方武器平等與公平原則，包括

⁶⁴⁰ *Id.*

⁶⁴¹ *Id.*

⁶⁴² REDFERN & HUNTER ET AL., *supra* note 1, at 314.

⁶⁴³ Pietrowski, *supra* note 10, at 397.

⁶⁴⁴ LCIA Arbitration Rules, *supra* note 85, art. 21.1(d), (e).

⁶⁴⁵ IBA Rules on the Taking of Evidence, *supra* note 162, art. 7.

對於兩造當事人之通知，使其得參與相關程序。例如，IBA 國際商務仲裁證據採納規則第 7 條⁶⁴⁶即要求仲裁庭有義務必須事先與當事人協商勘驗時間與方式，並肯認當事人與其代表人有權於勘驗時到場，得做為我國法之參考。實務上，雙方當事人應盡可能出席，蓋勘驗所得之證據可能成為仲裁判斷之基礎，當事人應對其進行攻擊防禦，以避免不利於己之結果。

若所勘驗之場所或物品為當事人之一方所控制，則該方當事人之代表人或受僱人員可到場說明或提供協助，惟應注意代表人或受僱人於現場之陳述未必與聽證會上之證人陳述具有同等地位⁶⁴⁷，就此，本文認為不宜先驗地排除此類陳述做為證據之容許性，惟於證據價值之評價，則可考慮以類似利害關係人證詞之方式處理，酌情減低其證據價值。

關於勘驗之內容與對話是否應命隨行之第三人做成紀錄，以供查閱之問題，有學者認為最好避免為之，以免勘驗程序流於形式主義⁶⁴⁸，且增加額外之花費。

第七節 小結

本文將做為證據蒐集方法之事證開示制度與證據調查程序中進行之證據方法置於同章中分析論述，乃認知到證據蒐集與調查兩者息息相關，為貫徹當事人武器平等原則，使雙方得透過事證之呈現實質影響仲裁庭最終做成之仲裁判斷，必須仰賴充實之證據蒐集機制與適當之證據調查程序互相配合，始有實現公平原則，落實正當程序之要求，並增進跨國貿易之當事人對於最終紛爭解決結果信任之可能，亦得有效促進國際商務仲裁紛爭解決制度之未來發展。

就證據提出命令而言，國際商務仲裁實務目前並未排除其適用之可能性，相反地，從眾多仲裁規則與內國仲裁法之相關規範以觀，其似乎已具有一定之重要性。藉由歸納已發生仲裁事件之仲裁庭見解，可得知證據提出命令准否相關標準之架構已逐漸成形，對事證開示命令之執行而言，除透過法院協助監督外，亦發展出反面推論之因應方式，從此點可看出某程度借鏡於大陸法系解決途徑之端

⁶⁴⁶ IBA Rules on the Taking of Evidence, *supra* note 162, art. 7.

⁶⁴⁷ UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings, *supra* note 252, ¶ 58.

⁶⁴⁸ REDFERN & HUNTER ET AL., *supra* note 1, at 315.

倪，整體而言，國際商務仲裁對於事證提出命令之適用並不脫離其務實妥協之一貫態度，融合兩大法系之特色，以求解決實際發生之問題。就我國法而言，仲裁程序既屬仲裁庭決定之權限，亦不排除於當事人熟悉事證開示制度，或需要藉由事證開示制度加速雙方與仲裁庭對相關事證之瞭解與蒐集情形，得適時採用證據開示制度之可能，惟就一般情況，若考量到成本之因素，亦得就特定事證提出命令平衡證據接近不平等之問題，前述國際商務仲裁實務有關事證提出命令適用之見解，亦足供未來仲裁庭解決個案紛爭做為參考。然而，對於當事人而言，考量到仲裁庭仍享有相當廣泛之裁量權，不宜忽略確認各別仲裁人對於證據提出命令之要件與效果所採態度之重要性，以避免遭受到突襲。

對於個別證據方法而言，國際仲裁實務最偏好者仍為書證，尤其在處理複雜爭端時其呈現方式相當重要。另外人證、鑑定、勘驗亦具一定之重要性，應依個案之需求彈性運用。若從仲裁人介入程序之主動程度、對於書證較高之證據評價、欠缺對證人可信度攻擊防禦之必要性、仲裁規則偏重對仲裁庭選任鑑定人權限之規範等現象觀察，個別證據方法似乎較偏向大陸法系之處理模式，惟國際仲裁亦搭配證人交互詰問、當事人自行選任鑑定人等被認為係屬英美法系傳統特徵之制度，整體脈絡上仍採融合而務實之作風。

本文認為，國際商務仲裁實務對兩大法系之妥協與調和，並非僅為配合不同背景之當事人或仲裁人之習慣，實際目的係在於透過不自我設限、廣泛接受所有可能協助解決爭端之資料與方式的途徑，達到當事人選擇仲裁做為替代訴訟紛爭解決機制之初衷，亦即，以最合理之成本有效率地獲得雙方均可信服接受而願意履行之解決方式。在處理國際商務仲裁糾紛時，不能遺忘當事人的身分其實即為具有生意頭腦之商人，事實上，從締結契約、履行契約，到發生紛爭之過程中所有可能花費之時間與金錢，均係賺取利潤之必要成本，做為紛爭解決機制之仲裁程序亦不例外。因此，仲裁庭不侷限於傳統訴訟之證據法則，抱持開放之態度接受所有有助紛爭解決之證據蒐集語調查程序的可能性，自然是反映商人對於跨國貿易紛爭解決成本考量之必然結果，不應過度簡化為純係基於「國際性」之性質

而融合兩大法系之特徵。

此外，由於每個案件事實均不相同，個案之特殊需求也可能導致個別仲裁庭之決定相對偏向大陸法系或英美法系之特徵，程序彈性與可預測性兩種價值之折衷與利益衡量，考驗仲裁庭之智慧。為減低後階段承認或執行階段之障礙導致紛爭解決成本提高之風險，仲裁庭應充分與雙方當事人討論，並於決定程序規範後充分闡明，以確保最低限度之正當程序得以實現。為避免程序後階段障礙發生之可能，對於承認與執行階段相關限制之正確認知與分析係屬必要，在國際商務仲裁之領域，尤以紐約公約之規定最為重要，除公約本身之文字規定外，實務上對相關條文之解釋適用亦具有關鍵之地位，本文第五章將承此進行分析與論述。



第五章 證據法則與仲裁判斷承認與執行之障礙

第一節 紐約公約之重要性及其與程序擇定之關聯

國際商務仲裁中證據法則之擇定與適用，得由雙方當事人協議決定，惟在多數欠缺約定情況下，屬仲裁庭之裁量權限。由於證據法則之實際適用，與仲裁人認定事實、適用法律或衡平規則所做成之仲裁判斷結果息息相關，故若證據法則之擇定或適用不當時，不僅可能影響當事人於仲裁程序進行中之實體利益與程序利益，更可能導致仲裁判斷做成後，遭遇承認或執行之障礙，而無法達成紛爭解決之目的，影響仲裁制度之效率，更進一步減低當事人使用仲裁之意願。因此，本章承接前文對於國際商務仲裁各項證據法則議題之理論與實務研究，整理可能與仲裁程序中證據法則之擇定與適用相關之承認及執行障礙，加以評論分析，試圖建立擇定適當仲裁證據法則之基本架構與其應注意之要素，以避免仲裁判斷無法執行之可能性。

就國際商務仲裁判斷之承認與執行而言，最受到普遍承認與適用之架構即屬 1958 年制定的聯合國承認與執行外國仲裁判斷公約⁶⁴⁹，一般簡稱為「紐約公約」。在聯合國經濟及社會理事會之提議催生下，於 1959 年 6 月由聯合國國際商事仲裁會議審議生效，目前已有超過一百四十個國家簽署，為國際仲裁之承認與執行提供了一個有效的平台，除促使仲裁判斷得於做成地國以外地執行，亦對得拒絕承認與執行之事由加以規定，提高了跨國紛爭解決之預測性與確定性，使國際仲裁邁向新的里程碑。

紐約公約固然有其獨特之重要性，然而，也有許多潛在的問題尚待解決。例如，雖然公約之簽屬國有義務遵守公約之規定，惟如何解釋公約條款的權限屬於簽署國執行法院，因此即便是同一條文，在相異之法律文化背景下，適用結果可能難以掌握，增加了執行階段的風險。此外，紐約公約眾多的簽署國使該公約統一之修改與增訂變得難上加難，無法彈性地與時並進⁶⁵⁰。

⁶⁴⁹ New York Convention, *supra* note 6.

⁶⁵⁰ PIETRO & PLATTE, *supra* note 39, at 16.

與仲裁程序中證據法則之適用相關之承認及執行障礙，以紐約公約第 5 條執行地法院得拒絕承認與執行仲裁判斷之列舉事由最為重要。其中，第 5 條第 1 項(b)款確保仲裁程序不違反最低限度的正當程序與公平原則，(d)款則為「折衷的仲裁地法原則」之適用。前者涉及抽象法律概念之解釋，後者則突顯仲裁程序適用法與程序規則間之交互作用，雖然關注層面不盡相同，但皆與仲裁程序之進行密切相關，亦即，前階段證據蒐集與調查程序之進行及證據法則之適用，可能因不符合正當程序之要求，或與當事人之約定及欠缺約定時之仲裁地法規定不同，導致後階段仲裁判斷無法獲得承認與執行之風險。

由於證據法則與法域傳統間存在密切之關係，不同法律文化與歷史背景之國家對於證據法則之規定與解釋均不相同，反映在國際商務仲裁之範疇，各國對於特定證據法則之適用是否符合紐約公約之規定，亦可能存在歧異之見解。惟紐約公約之簽屬國既有義務遵循公約之規範，雖然公約條款之具體解釋適用並無絕對之標準而委由執行地法院裁量決定，然而，經過五十年之發展，在公約規範之框架中，是否存在一定之脈絡或適用模式，而得某程度預測法院對於外國仲裁判斷承認與執行之態度，避免浪費前程序，促進紛爭之解決？就此，不同法系背景之實務見解即為重要之參考依據，故以下將就目前各國法院對於此三項事由與證據法則相關解釋適用之實務見解予以蒐羅整理，並加以分析論述，以做為國際商務仲裁實務上當事人或仲裁庭擇定證據法則時之參考。此外，實施至今五十多年來，仲裁理論持續發展，原條文未必全無調整或修改之必要，因此，本文將一併就紐約公約第 5 條簽訂五十年來之潛在問題及未來之發展，提出批判與建議。

第二節 紐約公約第五條拒絕仲裁判斷承認與執行之規定

關於拒絕仲裁判斷之承認與執行之事由，規定於紐約公約第 5 條。第 5 條第 1 項⁶⁵¹規定，執行地之主管機關得於當事人一造聲請，並提出證據證明符合所列事由時，拒絕仲裁判斷之承認與執行。第一項所列事由包括：當事人締結仲裁協議時無行為能力或仲裁協議無效、不符合正當程序之要求、逾越仲裁協議之範

⁶⁵¹ New York Convention, *supra* note 6, art. 5.1.

圍、仲裁人之指派或仲裁程序與當事人協議或仲裁地法不符、仲裁協議無拘束力或已被撤銷。此外，第 5 條第 2 項⁶⁵²規定，仲裁庭亦得依職權或當事人聲請拒絕承認或執行仲裁協議，兩項事由包括紛爭非屬可仲裁事項，及仲裁判斷之承認與執行違反公序良俗。

就此，紐約公約第 5 條並不允許實質審查仲裁判斷所依據之事實與理由⁶⁵³。為促進外國仲裁之承認與執行，第 5 條之各項事由均為列舉⁶⁵⁴，得拒絕承認與執行之事由僅限於本條所列者，其餘事由均不與焉。此外，當第 5 條之事由具備時，執行地法院「得(may)」拒絕承認執行，而非「應(shall)」拒絕承認執行，換言之，即使已該當特定事由，法院對於是否拒絕仲裁判斷之承認與執行仍有裁量權，執行地法院無義務必須拒絕仲裁判斷之承認與執行，而仍「剩餘裁量權(residual discretion)」得依情形決定是否繼續執行仲裁判斷⁶⁵⁵。惟若任一款事由不符合時，執行地法院不得拒絕承認與執行仲裁判斷，乃屬當然。相對於紐約公約前身之日內瓦公約，紐約公約第 5 條拒絕承認與執行事由之舉證責任，應由主張事由該當之當事人負擔，而非由聲請承認或執行之當事人負擔⁶⁵⁶。

雖然為達成紐約公約消除國際仲裁執行障礙、增進外國仲裁判斷於各國承認與執行之目的，第 5 條條文應採嚴格解釋，避免過度廣泛之適用為宜⁶⁵⁷，惟有經驗與創造力之律師總是可以為敗訴之一方當事人找到主張之理由，請求法院拒絕承認與執行仲裁判斷，以拖延判斷之執行⁶⁵⁸。因此，無論是證據蒐集與調查程序是否滿足正當程序要求，或仲裁庭所適用之證據法則是否符合仲裁地法之規定，由於不同法域對於證據法則之規定皆不相同，在判斷確實被履行之前，實難完全排除承認與執行階段之風險，故惟有透過對各國法院實務適用公約見解之瞭解，

⁶⁵² *Id.* art. 5.2.

⁶⁵³ JENKINS & STEBBINGS, *supra* note 445, at 300.

⁶⁵⁴ REDFERN & HUNTER ET AL., *supra* note 1, at 445

⁶⁵⁵ PIETRO & PLATTE, *supra* note 39, at 133.

⁶⁵⁶ Steven L. Smith, *Enforcement of International Arbitral Awards under the New York Convention, in PRACTITIONER'S HANDBOOK ON INTERNATIONAL ARBITRATION AND MEDIATION*, *supra* note 61, 273, 282.

⁶⁵⁷ JENKINS & STEBBINGS, *supra* note 445, at 300. Smith, *Id.* at 324.

⁶⁵⁸ BORN, *supra* note 88, at 117.

始可能盡量避免前階段程序之浪費，促使仲裁終局解決當事人間之糾紛。

第一項 第五條第一項(b)款正當程序之要求

第一款 正當程序之定義與範疇

依當事人之請求，若該當紐約公約第 5 條第 1 項之事由，則執行地法院有權拒絕承認與執行仲裁判斷。第 5 條第 1 項之四款事由均在保障仲裁程序最基本的公平正義原則⁶⁵⁹，尤以(b)項最為明顯。

第 5 條第 1 項(d)款規定，「受判斷援用之一造未受指派仲裁人或仲裁程序之適當通知，或因他故未能陳述申辯其案件⁶⁶⁰。」本款除例示一造未接獲相關適當通知之情形外，其他因此無法攻擊防禦之情形亦屬其涵蓋之範圍。此事由牽涉到足以構成否定正當程序或自然正義程序之程序不正當行為⁶⁶¹，屬於在所有對抗性程序均須遵守之基本程序公序。更細緻而言，包括數層面之要求：(1)由獨立公正之仲裁庭審理(2)當事人平等原則(3)適當通知送達之原則(4)充分提出事證與法律主張以陳述案情並攻擊防禦之機會(5)以適當方式進行聽審之權利等⁶⁶²，以上各原則均在確保仲裁程序不致於根本性地不公平，或偏向當事人之一方⁶⁶³，在聯合國商務仲裁模範法第 18 條⁶⁶⁴、聯合國貿易法委員會仲裁規則第 15.1 條⁶⁶⁵、國際商會仲裁規則第 15.2 條⁶⁶⁶、倫敦國際仲裁院仲裁規則第 14.1(i)條⁶⁶⁷，及各內國法⁶⁶⁸中均有相似之概念⁶⁶⁹。2008 年學者 Albert Jan van den Berg 提出的公約修

⁶⁵⁹ PIETRO & PLATTE, *supra* note 39, at 134.

⁶⁶⁰ “The party against whom the award is invoked was *not given proper notice of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present his case*(emphasis added.)”

New York Convention, *supra* note 6, art. 5.1(b).

⁶⁶¹ GABRIËL MOENS & PETER GILLIES, INTERNATIONAL TRADE AND BUSINESS: LAW, POLICY AND ETHICS 602 (2nd ed., 2006).

⁶⁶² 藍瀛芳，仲裁文書送達程序的準用民事訴訟法問題，仲裁季刊第 59 期，頁 66，2000 年。陳煥文、梁堯清，撤銷仲裁判斷理論之研究(上)，仲裁季刊第 66 期，頁 25，2002 年。JENKINS & STEBBINGS, *supra* note 445, at 303.

⁶⁶³ Karaha Bodas Co LLC v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara. MOENS & GILLIES, *supra* note 39, at 603.引原註 41 之判決

⁶⁶⁴ UNCITRAL Model Law, *supra* note 2, art. 18.

⁶⁶⁵ UNCITRAL Arbitration Rules, *supra* note 15, art. 15.1.

⁶⁶⁶ The ICC Rules of Arbitration, *supra* note 2, art. 15.2.

⁶⁶⁷ LCIA Arbitration Rules, *supra* note 85, art. 14.1(i).

⁶⁶⁸ 例如，中華民國仲裁法第 23 條。

⁶⁶⁹ 雖然各條文之用語不同，例如聯合國商務仲裁模範法、聯合貿易法委員會仲裁規則與及中華

改革案中，本條被建議調整為「受判斷援用之一造未被公平對待，或未給予合理機會以陳述申辯其案件」，以更直接地指向此種正當程序之核心價值⁶⁷⁰。

本款之正當程序是否僅限於國際普遍承認之正當程序標準，抑或包括各執行地國對正當程序之要求，仍有爭議。紐約公約第5條第1項(b)款之文義本身似乎未提供足夠之線索，難以推知究屬何者，就美國法院之解釋而言，雖然有少數法院見解認為本款建立了一個較為模糊之正當程序國際標準，惟多數法院仍認為本款所指涉者，係執行地國之正當程序⁶⁷¹。事實上，由於是否該當本款事由之審查，係屬執行地法院之職權，因此不難想像執行地法院基於便利之理由，可能依照其慣用之程序規範評價仲裁之正當程序。執行地法對於正當程序之要求與傳統雖可能是判斷之重要依據，惟亦不排除考量到外國仲裁判斷之跨國特性，而不以執行地法之正當程序概念做為基準之可能⁶⁷²，因此，若為有效避免執行之障礙，執行地國與其他國際承認之正當程序規定均應納入考量。

此外，並非所有程序不正當行為均該當本款之規定，僅有嚴重之違反始足以構成拒絕仲裁判斷之承認與執行事由⁶⁷³。誠如美國第七巡迴法院所確認，當事人既選擇仲裁而非訴訟程序，則不期待仲裁庭將訴訟之程序規範完全移植至仲裁程序，仲裁程序亦不受證據或程序等形式規範所限制⁶⁷⁴，因此，若僅不符合訴訟程序規範或發生其他程序不正當行為，並不必然違反正當程序之要求，唯有嚴重侵

民國仲裁法之規定為「充分(full)之陳述機會」，而紐約公約、國際商會仲裁規則及倫敦國際仲裁院仲裁規則則規定應給予「合理(reasonable)之陳述機會」，惟考量到國際商務仲裁對於程序效率與彈性之要求，給予「充分」陳述機會之要求也不代表容許當事人故意拖延程序，或過度之程序延宕，而應由仲裁庭依個案需求，裁量判斷如何適當保障當事人之攻擊防禦機會。因此，就實務之適用結果而言，「充分」與「適當」之陳述機會兩者間，應無太大之區別。

⁶⁷⁰ “The party against whom the award is invoked was *not treated with equality* or was *not given reasonable opportunity of presenting its case*(emphasis added)”

Hypothetical Draft Convention on the International Enforcement of Arbitration Agreements and Awards,
http://www.arbitration-icca.org/media/0/12133674097980/hypothetical_draft_convention_ajbrev06.pdf (last visited May 4, 2009).

⁶⁷¹ E.g., Parsons & Whittemore Overseas Co., Inc v Société Générale de l'Industrie du Papier(RAKTA), 508 F.2d 969,975 (2d Cir. 1974). Smith, *supra* note 656, at 304.

⁶⁷² Krešimir Sajko, *The New York Arbitration Convention of 1958 from the Yugoslav Point of View: Selected Issues*, in Essays on International Commercial Arbitration 199, 210 (Petar Šarčević ed., 1989).

⁶⁷³ JENKINS & STEBBINGS, *supra* note 445, at 303.

⁶⁷⁴ Generica Ltd. V Pharmaceutical Basics, Inc., 125 F.3d 1123, 1130 (7th Cir. 1997). Smith, *supra* note 656, at 304.

害當事人程序權時，始該當本款之規定。

在仲裁實務上，對於通知與陳述機會之要求通常採務實而彈性之態度，不著重於形式而強調當事人實質上是否已受通知，或被給予攻擊防禦之機會⁶⁷⁵。為避免爭議，仲裁庭傾向允准當事人所有可能之陳述機會，而不願排除任何證據⁶⁷⁶，執行地法院之態度亦相對保守，若在個案中當事人已被給予對系爭決定表示意見之機會，則一般認為不構成正當程序之違反⁶⁷⁷。

本款事由做為公平之最低標準，確保了仲裁判斷的可信度，惟其實際適用可能因不同之法律體系傳統而有所不同。可想像發生之狀況即是仲裁做成地之習慣或仲裁庭採行之解釋與執行地法院見解不一致，此種矛盾會導致仲裁判斷在執行時無法預期之不確定性提高⁶⁷⁸。然而，各國對於國際仲裁案件之實務見解或許可以供做參考，有助於建立國際仲裁所能接受之最基本規範，故本文將進一步針對已發生之實務案件予以整理分析，期使本款之適用更為清楚，並探求是否有脈絡可循。

第二款 相關實務見解及其發展

雖然實際上執行法院在解釋本條(b)款事由時通常甚為嚴格，成功主張本款適用之案例較少⁶⁷⁹，然而，透過一些曾經處理過此問題之案例分析或可提供一些研究的線索。

第一目 未受適當程序通知之案例

關於未為仲裁程序之適當通知，有兩種可能的主張—完全未為通知，或未在合理時間內通知。例如，在 *Sesostris v. Trasportes Navales* 案⁶⁸⁰ 中，當事人主張在仲裁程序完成前均未收到任何通知。相較於此，較常被主張的是未在合理時間內

⁶⁷⁵ Smith, *supra* note 656, at 305.

⁶⁷⁶ *Id.*

⁶⁷⁷ David P. Stewart, *National Enforcement of Arbitral Awards under Treaties and Conventions, in International Arbitration in the 21st Century: Towards “Judicialization” and Uniformity?* 163, 179 (Richard B. Lillich & Charles N. Brower eds., 1994).

⁶⁷⁸ PIETRO & PLATTE, *supra* note 39, at 148-149.

⁶⁷⁹ *Id.* at 149. MOENS & GILLIES, *supra* note 661, at 602.

⁶⁸⁰ *Sesostris v. Trasportes Navales* 727 F. Supp. 737 (D. Mass. 1989). PIETRO & PLATTE, *supra* note 39, at 150.

通知⁶⁸¹。

本款關於正當程序之要求，不應與內國民事訴訟法關於訴訟程序送達或通知之規定做相同解釋。例如在 Malden Mills Inc (U.S.) v. Hilaturas Lourdes S.A. 案中，雙方當事人約定適用美國仲裁協會之仲裁規則，並依該規則之規定，將所有通知，包括傳喚證人之通知等均以郵寄之方式處裡，下級法院認為此種通知方式與墨西哥法對於程序權之規定不符，違反正當程序之規定。惟墨西哥上訴法院認為既然當事人約定適用特定之仲裁機構規則，下級法院自不應考量送達之方法是否符合墨西哥當事人民事訴訟程序權之公序良俗規定。因此，上訴法院推翻下級法院之原判決見解⁶⁸²。

此外，本款亦包含對於仲裁證據開示與調查程序之通知。在 Politek v. Hebei 案中，仲裁庭命三名專家就系爭之設備進行勘驗，惟仲裁判斷中敗訴之一方所聘請之專家未受告知，因此無法參與該證據開示程序。香港高等法院以當事人無法在仲裁庭所聘專家準備其報告前，就其利益攻擊防禦、陳述案情，違反正當程序之要求，拒絕執行仲裁判斷⁶⁸³。

第二目 拒絕攻擊防禦機會之案例

除了適當通知外，本款亦涵蓋所有本質上嚴重剝奪當事人充分攻擊防禦權利之情形。美國上訴法院曾定義「正當程序」為「當事人未被給予適時適法具實際意義之聽審權…此種基本的公正聽審權應符合公平充分通知、依證據審理與仲裁人公正判斷等之最低限度要求」⁶⁸⁴，足供本款解釋之參考。

惟此種正當程序之保障，僅限於提供當事人充分攻擊防禦與公平陳述案情之機會，而不及於當事人實際上必須已為攻擊防禦之程度。在 Minmetals Germany v.

⁶⁸¹ PIETRO & PLATTE, *supra* note 39, at 150.

⁶⁸² Tribunal Superior de Justicia 1997 Malden Mills Inc (U.S.) v. Hilaturas Lourdes S.A. (Mex). PIETRO & PLATTE, *supra* note 39, at 150.

⁶⁸³ High Court of the Hong Kong Special Administrative Region, 16 Jan. 1998, Politek v. Hebei Yearbook XXII, 1998 pp. 666-684. PIETRO & PLATTE, *supra* note 39, at 150.

⁶⁸⁴ The original text: “a party was not given the opportunities to be heard at a meaningful time and in a meaningful manner . . . A fundamental fair hearing is one that meets the minimal requirement of fairness, adequate notice, a hearing on the evidence and an impartial decision by the arbitrator”. United States Court of Appeals, seventh Circuit, 19 Sep. 1997, No. 96-4004, Generica Limited v. Pharmaceuticals Basics Inc. PIETRO & PLATTE, *supra* note 39, at 150.

Ferco Steel 案⁶⁸⁵中，當事人主張仲裁判斷結果所依據之證據，係屬仲裁庭透過其自行調查所獲得者，因而違反正當程序之要求，不應執行該判斷。惟執行地之英國法院拒絕此等論點，認為該當事人於仲裁程序中已被賦予請求揭露並評論系爭證據之機會，但當事人卻拒絕為之，不該當本款規定，蓋正當程序要求之目的並非為保護拒絕利用攻擊防禦機會之當事人。

第三目 證據容許性之案例

關於證據容許性之議題，國際商務仲裁實務採取之標準並不嚴格，此種彈性做法反映在承認與執行階段，例如在印度公司與奧地利公司之契約爭議仲裁事件中，仲裁庭採納相關人員之日記做為證據，當事人向執行地法院主張依印度證據法規定，日記欠缺證據容許性而應被排除，然而，法院認為此國際商務仲裁事件，不適用仲裁地之英國法或印度法之嚴格證據規則，證據容許性議題既屬仲裁庭裁量之範圍，則在已賦予當事人對該日記內容之陳述機會前提下，該日記做為認定事實之佐證，並無不妥⁶⁸⁶。

第四目 未充分揭露對造文書之案例

若當事人無法得知對造之法律與事證之主張，則難以有效攻擊防禦，應屬陳述案情權利之剝奪。在實際案件中，仲裁人已決定不進行口頭程序，而僅依書面資料做成仲裁判斷，惟仲裁庭卻未將聲請人提出之相關主張與文書轉交給相對人，導致相對人未能充分瞭解聲請人之主張，而剝奪其有效回應之機會。執行地法院認為仲裁庭之行為剝奪了相對人基本之抗辯權，不符合正當程序之要求以及當地之公序良俗，因此拒絕執行該仲裁判斷⁶⁸⁷，

第五目 逾期提出證據之案例

對於仲裁判斷之承認與執行而言，仲裁庭過於嚴格地恪守證據法則可能比不適用任何證據法則更危險，蓋依照嚴格之證據法則拒絕採納特定事證，可能招致

⁶⁸⁵ Minmetals Germany v. Ferco Steel, Vol. XXIV (1999) Yearbook Commercial Arbitration 739. REDFERN & HUNTER ET AL., *supra* note 1, at 449.

⁶⁸⁶ 趙秀文編，「國際商事仲裁案例評析」，頁 205-209，中國法制出版社，2005 年。

⁶⁸⁷ PIETRO & PLATTE, *supra* note 39, at 156.

當事人未被給予充分陳述機會之爭議，而未能符合「公平聽審」之要求⁶⁸⁸。Harvey Alum. V. United Steelworkers of America⁶⁸⁹案件中關於正當程序之適用可做為本款之解釋參考，本案中仲裁庭認為當事人應於主要程序安排某證人出席，而非於抗辯時始要求詢問該證人，故以逾時提出為由，拒絕聽取該證人之證詞。然而，法院認為該仲裁判斷被認為違反公正聽審權，並強調「仲裁庭並非不能有條理地組織仲裁程序」，之所以違反程序權之原因，係「仲裁庭並未在程序之前階段說明聽證會之進行程序與技術規則」。因此，為免此種結果發生，除非有嚴重遲延程序之情況，否則仲裁庭通常傾向接受當事人提出之一切證據，而非斷然地排除之。

在實務上，受不利判斷之當事人對仲裁庭為使程序順利進行而規定之期限，經常抗辯其太過短促，以致於當事人無法充分準備以陳述案情，惟法院對此種主張通常採取較為嚴格之態度，而罕見拒絕承認與執行之案例。例如在 Carter v. Ferraro 案中，執行地法院認為允許當事人有十四天之期限蒐集支持其抗辯之證據，已屬足夠，而不該當本款之規定⁶⁹⁰。

第六目 證據開示命令之核發與反面推論之案例

仲裁程序中是否准許證據開示命令，乃屬仲裁庭之裁量權限，原則上並不得由法院加以介入審查證據開示命令之適當性，蓋當事人選擇仲裁而非訴訟做為紛爭解決機制，目的即希望整體程序均由仲裁庭處理，若容許法院介入程序事項，則會嚴重地妨害仲裁程序之效率，不符合當事人之意思。惟若有例外情形，該命

⁶⁸⁸ ALAN SCOTT RAU ET AL., ARBITRATION 274 (2006).

⁶⁸⁹ Harvey Alum. V. United Steelworkers of America, 263 F.Supp. 488 (C.D.Cal. 1967). RAU ET AL., *supra* note 688, at 274.

⁶⁹⁰ Carter v. Ferraro, court of Appeal of Naples, 20th February 1975. PIETRO & PLATTE, *supra* note 39, at 155 n. 32.

一般而言，仲裁庭為加速程序之進行，並確保仲裁詢問時能有效集中爭點，通常傾向規定一定期限，要求當事人澄清其事實上與法律上主張、提出相關證據，其法律效果即仲裁庭可能拒絕調查該證據之不利結果，此與我國民事訴訟法第 276 條準備程序之失權制裁目的相同，均係藉由不利結果促使當事人儘速提出。故本文認為，民事訴訟法第 276 條之失權制裁得準用於仲裁程序，而例外事由可做為仲裁庭判斷是否拒絕調查該事證之參考，例如該證據之調查是否遲滯程序、當事人是否係因非可歸責之事由而未能適時提出，或於其他顯失公平之情形等均屬之。

令嚴重背離法律基本要求時，法院使得介入審查之⁶⁹¹。此種嚴重背離法律基本要求之情形，應包括違反正當程序之要求在內，以確保當事人間之公平與充分聽審之權利。

雖然於證據提出命令違反正當程序之情況下，法院亦得介入仲裁判斷之承認與執行，惟通常法院並不輕易開啟此一權限。在實際案例中，仲裁庭已命當事人提出特定書證，惟當事人拒絕為之，仲裁庭經參酌其他相關證據，仍做成對該拒絕提出之當事人有利之仲裁判斷，執行地之美國上訴法院認為僅該有利判斷結果本身，尚不足以構成正當程序之違反⁶⁹²。然而，若該判斷結果之做成過程中有具體事由，足認已背離正當程序要求時，則仍可能該當本款之規定。例如仲裁庭若對「未有證據使其能合理相信支配書證」之當事人做出反面推論，則違反當事人平等原則，相當於拒絕正義⁶⁹³，不符合正當程序之要求，可能導致仲裁判斷承認與執行之障礙。此種風險可能是仲裁庭於確認當事人確實支配特定證據之前，不敢貿然適用反面推論之原因，也是國際商務仲裁實務上反面推論尚未普遍適用之重要因素。

第七目 聽證會及交互詰問之准否案例

決定是否進行聽證會之程序，通常亦屬仲裁庭之權限，故若個案之情況進行聽證會不屬必要時，即使仲裁庭拒絕進行訊問證人也未必違反正當程序。在何種情況下始有進行聽證會之必要性，則由仲裁庭依具體狀況決之，若其認為適當，得通知雙方當事人不進行聽證會，而僅以文書證據或證言筆錄做為判斷基礎，亦

⁶⁹¹ 例如，佛羅里達仲裁法中明示授權仲裁庭為證據提出命令，該法亦禁止法院審查最終之判斷結果，惟能否介入審查程序中發布之證據提出命令則欠缺相關規定。美國第四地區法院透過解釋填補法律之漏洞，其明白表示，原則上法院不介入仲裁庭強制證據提出命令之審查，因此，若當事人針對仲裁程序之中之證據開示命令向法院提出異議，法院將駁回其請求。惟有在少數例外，包括嚴重背離法律基本要求，或並無其他足夠之上訴補償管道時，例外可審查證據提出命令。Tenet Healthcare Corp. v. Maharaj, 859 So. 2d 1209 (Fla. 4th Dist App. 2003). See Rachel L. Soffin, *Civil Procedure: Arbitration and Discovery* 34 STETSON L. REV. 251, 251-252 (2004-2005).

⁶⁹² National Casualty Company v. First State Insurance Group, Case No. 05-1505 (U.S. Court of Appeal for the First Circuit 2005). Jingzhou Tao, *Document Production in Chinese International Arbitration Proceedings, in International Arbitration 2006: Back to the Basics?* 597, 618 n. 69 (Albert Van den Berg ed., 2007).

⁶⁹³ Robert Pietrowski, *supra* note 10, at 384.

不違反本款正當程序之要求⁶⁹⁴，法國⁶⁹⁵與英國法院⁶⁹⁶均肯定此見解。美國法院亦曾具體確認，仲裁人為避免浪費時間、延長程序、模糊焦點等風險，得不進行聽證會，捨棄人證可能帶來之證據價值⁶⁹⁷。然而，雖然法院採取克制之態度，惟在多數案件中，仲裁庭仍傾向不拒絕任何可能之證據，若不進行聽證會時亦應表明充足之理由，以避免執行之風險⁶⁹⁸。

若進行口頭審理程序，是否對證人或鑑定人進行交互詰問程序一事，亦屬仲裁庭裁量權限。雖然曾有見解擔心若未賦予當事人交互詰問之權利，可能導致無法在英國執行仲裁判斷⁶⁹⁹，實務上亦曾發生在仲庭拒絕讓當事人交互詰問仲裁庭所選任之鑑定人之情形，仲裁判斷被認為嚴重違反公正程序之要求而無法執行⁷⁰⁰，惟目前國際商務仲裁之多數意見認為，交互詰問程序本身並非公平聽審的必要因素，重點係在於當事人是否被給予針對證人或鑑定人之證詞攻擊防禦之機會，若已有其他足夠之陳述機會，則仲裁庭拒絕交互詰問之請求亦不違反本款正當程序之規定⁷⁰¹。

此外，於仲裁庭拒絕因為其中一名證人當日未能到場接受詢問，而延後聽證會日期之情形，傳喚該證人之當事人主張仲裁庭未親自聽取證詞，違反正當程序之要求。惟執行地法院認為選擇仲裁為紛爭解決方式時，即存在可能無法於仲

⁶⁹⁴ InterCarbon Bermuda, Ltd v. Caltex Trading and Transport Corp., 146 F.R.D. 4, 73 (S.D.N.Y. 1993). Smith, *supra* note 656, at 306-307. Doctor's Assoc., Inc. v. Distajo, 66 F.3d 438, 448 (2d Cir. 1995). Griffin Industries, Inc. v. Petrojam, Ltd., 58 F.Supp. 2d 212, 219-220 (S.D.N.Y. 1999). Transit Casualty Co. v. Trenwick Reinsurance Co., 659 F.Supp. 1346, 1354 (S.D.N.Y. 1987). British Ins. Co. of Cayman v. Water Sheet Ins. Co. Ltd., 93 F.Supp. 2d 506, 517 (S.D.N.Y. 2000). McAllister & Bloom, *supra* note 339, at 40 PIETRO & PLATTE, *supra* note 39, at 156. Patocchi & Meakin, *supra* note 134, at 893.

⁶⁹⁵ Société Soubaigne cl Société Limmareds Akogar, Cour d'appel de Paris (March 15, 1984), Rev. arb. (1985), at 285. Honeywell Bull S.A. cl Computation Bull de Venezuela CA, Cour d'appel de Paris (June 21, 1990), Rev. arb. (1991), at 96. DERAINS & SCHWARTZ, *supra* note 84, at 276.

⁶⁹⁶ Dalmia Dairy Industries Ltd. V. National Bank of Pakistan [1978] 2 Lloyd's Rep. 223, 269.

⁶⁹⁷ Iran Ore Company of Canada v. Argonaut Shipping, Inc. (S.D.N.Y. 1985), ICCA Yearbook XII (1987), at 13. DERAINS & SCHWARTZ, *supra* note 84, at 276.

⁶⁹⁸ DERAINS & SCHWARTZ, *supra* note 84, at 276.

⁶⁹⁹ HOF, *supra* note 230, at 168.

⁷⁰⁰ Paklito Investment Pty Ltd. V. Klockner East Asis Ltd. [1993] 2 HKLR 39 (Hong Kong). JENKINS & STEBBINGS, *supra* note 445, at 303.

⁷⁰¹ Fairchild & Co. v. Richmond, Fredericksburg and Potomac R.R. Co., 516 F.Supp. 1305, 1314-1315 (D.D.C. 1981). Laminiors etc. v. Southwire Co., 484 F.Supp.1063, 1066-1067 (N.D. Ga. 1981). Standard Tankers, etc. v. Motor Tank Vessel AKTI, 483 F.Supp. 153 (E.D.N.C. 1977). McAllister & Bloom, *supra* note 339, at 41. PIETRO & PLATTE, *supra* note 39, at 157.

裁庭前詢問證人之本質風險，當事人既協議進行仲裁，則已放棄了「與法庭訴訟相同之權利(courtroom rights)」，而接受一切仲裁之優點與缺點，法院認知到國際仲裁實務上要重新安排聽證會時間係屬困難，且仲裁庭亦得經由當事人已提出之宣誓書實質考量證人之證詞，故並不違反本款之規定⁷⁰²。惟亦有實務案例認為，仲裁庭拒絕繼續進行聽證會而訊問重要證人，應屬已侵害當事人陳述案情之權益，應屬本款之涵蓋範圍⁷⁰³，顯示個案間之事實與需求皆不相同，無法一概而論，仲裁庭應謹慎為之。

由於仲裁程序側重彈性與效率，不先驗地對仲裁庭加諸程序或證據規範之嚴格限制，故是否違反公平聽審權之判斷，並非僵固地以是否進行聽證會或交互詰問程序為標準，而是在於當事人透過各種攻擊防禦、表示意見之管道與方式，是否已達到足夠之程序保障，而未嚴重剝奪當事人陳述案情之機會。若當事人提出唯一證據駁斥對方主張之機會被剝奪，則應屬正當程序之嚴重違反⁷⁰⁴；反之若當事人充分表達意見之權利已受保障，即不違反正當程序，亦不構成仲裁判斷承認與執行之障礙。

第八目 以宣誓書替代原書證之案例

在 Avco Corporation v Iran Aircraft Industries 案⁷⁰⁵中，聲請人於詢問程序開始前之會議中，就關於支持其主張之大量發票證據應如何呈現之問題，詢問仲裁人之意見，該場會議之主席，於相對人與其他仲裁人均未出席之情況下，建議聲請人不要提出實際之發票，而以僱用會計專家確認發票存在與數量之方式替代，聲請人採納主席之建議，僅提出相關發票紀錄之摘要。嗣後，該主席遭撤換，不再擔任仲裁人，最後仲裁庭卻認為會計人員對發票資料做證之宣誓書，不足以代替

⁷⁰² Parsons & Whittemore Overseas Co. Inc. v. Société Générale de l'Industrie du Papier (RAKTA) 508 F. 2d 969, 975 (2d Cir. 1974). PIETRO & PLATTE, *supra* note 39, at 157. Smith, *supra* note 656, at 305-306. Stewart, *supra* note 677, at 178.

⁷⁰³ Tempo Shain Corp. v. Bertek, Inc., 120 F.3d 16, 21 (2d Cir. 1997). Smith, *supra* note 656, at 307 n. 158.

⁷⁰⁴ Hoteles Condado Beach v. Union Troquistas Local 901, 763 F.2d 34, 40 (1st Cir. 1985). Smith, *supra* note 656, at 307 n. 158.

⁷⁰⁵ Avco Corporation v Iran Aircraft Industries, Partial Award No. 377-261-3 (18 July 1988), reprinted in 19 *Uran-US Cl. Trib. Rep.* 200.

發票本身達到舉證責任之要求。美國地區法院考量到聲請人向仲裁庭提出適當證據之機會未受保障，因而拒絕了該仲裁判斷之執行，上訴法院亦認為仲裁庭拒絕了當事人以適當方式陳述案情之機會，而維持下級法院之判決⁷⁰⁶。

第九目 逾時提出程序異議之禁反言案例

除考量當事人受不公平待遇或未被賦予充分陳述權之情形外，該程序權受侵害之當事人是否即時提出異議一事，亦屬是否應拒絕承認與執行仲裁判斷之考量因素。最主要的原因是，當事人若怠於在仲裁判斷做成前之程序中提出對程序之異議，而遲至執行階段始主張程序權受侵害，則允許此類主張將反而違反紐約公約制訂之目的，亦即，無法加速仲裁判斷承認與執行程序⁷⁰⁷。

在實際案件中，受不利判斷之一方當事人主張仲裁判斷所仰賴之關鍵人證為虛偽而具誤導性者，故仲裁判斷不應被承認與執行，法院拒絕此種主張，並認為惟限於仲裁判斷做成前，該虛偽陳述行為依應有之注意義務仍尚未發現者，始該當正當程序之違反。在本案中，當事人已知悉該情事，並有充分抗辯之機會，法院認為當事人已有機會對特定事項進行攻防，卻選擇不作為時，並不違反本款之規定⁷⁰⁸。至於「適時」提出之定義，在各國可能均有不同解釋，惟目前多數見解認為當事人應盡可能提早異議⁷⁰⁹。能提出而怠於為之會被認為放棄異議之權利，若允許當事人於程序之各階段皆可提出異議，將與違反正當程序要求一樣不公平，因此，當事人不得於後程序始提出違反正當程序之主張，此即為禁反言原則之適用。

第三款 小結

本款正當程序之要求，不僅涉及當事人或仲裁庭一開始是否有選擇適當而公平之仲裁程序規則，亦關乎仲裁進行過程中是否確實執行所選定之公正程序，積

⁷⁰⁶ REDFERN & HUNTER ET AL., *supra* note 1, at 415. PIETRO & PLATTE, *supra* note 39, at 154-155. Smith, *supra* note 656, at 307.

⁷⁰⁷ La Société National des Hydrocarbures v. Shaheen National Resource Inc. 585 F.Supp. 57 (S.D.N.Y. 1983).

⁷⁰⁸ National Oil Corp. v. Lybian Sun Oil Co., 733 F.Supp. 800 (D.Del. 1990). PIETRO & PLATTE, *supra* note 39, at 157. Stewart, *supra* note 677, at 179.

⁷⁰⁹ PIETRO & PLATTE, *supra* note 39, at 158.

極扮演實現程序基本權之角色。聯合國貿易法委員會國際商務仲裁模範法第 19 條規定⁷¹⁰，當事人決定程序規則，須符合本法之強行規定，第 18 條即屬之。因此，若當事人約定由一方單獨選任獨任仲裁人，或約定一方不得提出任何答辯或證據，該程序之履行將被認為違反正當程序，屬於當事人自治之限制，亦為執行階段之障礙，蓋雙方未依第 18 條被平等對待、未被賦予充分陳述案情之權利，使仲裁判斷之基本公正性不存。類似規定亦見於聯合國商務仲裁規則第 15.1 條⁷¹¹、國際商會仲裁規則第 15.2 條⁷¹²，及中華民國仲裁法第 23 條第 1 項⁷¹³。

換言之，紐約公約第 5 條第 1 項(b)款為仲裁規則與內國仲裁法中重要原則之具體化規定。當事人或仲裁庭於擇定仲裁證據法則時，應特別注意國際上(尤其是可能執行地國法院)及國際仲裁庭對於本款之解釋，以避免仲裁承認與執行階段之障礙，增進仲裁執行之效率。此外，仲裁庭被授權決定適當之證據法則時，應預先與當事人之討論，盡量達成彼此對於紛爭解決程序之共識，亦應於決定程序規範後，充分揭露其內容，以避免突襲。

第二項 紐約公約第五條第一項(d)款「折衷的仲裁地法原則」

第一款 仲裁地法原則與紐約公約之演變

紐約公約第 5 條第 1 項(d)款規定：「仲裁庭之組成與仲裁程序與當事人間約定不符，或欠缺該等協議時，與仲裁地國法律不符」⁷¹⁴本款顯示對當事人自治原則之高度尊重，唯有在當事人未約定仲裁程序時，仲裁地法始有適用之空間。紐約公約之前身為 1923 年日內瓦仲裁條款議定書，當時仲裁程序必須同時符合當事人約定與仲裁地法⁷¹⁵，此種「雙重安全閥」之設計反映了當時仲裁理論發展受到所在地理論影響之色彩，同時也暗示著為使仲裁判斷得以順利執行，仲裁程序

⁷¹⁰ UNCITRAL Model Law, *supra* note 2, art. 19.

⁷¹¹ UNCITRAL Arbitration Rules, *supra* note 15, art. 15.1.

⁷¹² ICC Rules of Arbitration, *supra* note 2, art. 15.1.

⁷¹³ 中華民國仲裁法第 23 條第 1 項。

⁷¹⁴ "The composition of the arbitration or the arbitral procedure was not in accordance with the argument of the parties, or failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place(emphasis added)."

New York Convention, *supra* note 6, art. 5.1(d).

⁷¹⁵ Geneva Protocol, *supra* note 54, art. 2.

規則之約定必須完全符合仲裁地法之規定。草擬者制定紐約公約第 5 條第 1 項(d)款之初即在避免此種仲裁判斷執行之障礙，以求仲裁程序之彈性⁷¹⁶。

關於紐約公約對於日內瓦議定書之此項調整，或有認為，既然當事人有權選擇仲裁地⁷¹⁷，即有默示適用仲裁地法律之意思，而同時應受仲裁地法拘束⁷¹⁸，這也是所在地理論的理由依據之一。然而，在不否認仲裁地強行法規對仲裁程序控制之前提下，若是要求仲裁程序同時符合約定之仲裁規則與仲裁地「所有」法律⁷¹⁹，則在仲裁協議或提交仲裁職權範圍書(terms of reference)⁷²⁰時似乎已無區分仲裁地與仲裁程序選擇之實益，蓋選擇仲裁地時，該地之仲裁法亦將必然適用於仲裁程序，則無將兩者分別列出之必要，故該分列仲裁規則與仲裁地之規範架構，即代表兩者具有不同之意義—前者為當事人偏好做為程序進行依據之程序規則，後者則是因任何其他可能原因而欲選擇做為解決爭端之地點，例如該地之政治經濟環境是否穩定得順利進行仲裁等因素。

再者，單就文義解釋而言，由於本款並未明確區分任意規定與強行規定，掌握解釋適用權限之執行地法院若未能適當限縮其解釋空間，則一旦當事人選定之仲裁程序規則與仲裁地之強行法規或任意法規其中之一相抵觸，仲裁判斷便無法獲得執行。如此之結果將使任意法規產生與強行法規相同之效力，除非當地仲裁法漏未規定，否則當事人無約定程序規則之必要，皆一律適用仲裁地法，使當事人自治原則受到侵蝕，削弱仲裁彈性而有效率之特徵。此種規範模式在國際仲裁普遍承認當事人得自由約定仲裁規則之現況下，似乎已經不符合實際的需求。

此外，仲裁制度得以選擇中立之仲裁地與仲裁人解決爭端之優點，正是當事人選擇仲裁之原因，若仲裁地法必然支配仲裁程序，可能也會招致因當地國法院介入而使仲裁判斷難獲得信任之疑慮。因此，應允准當事人選擇與仲裁地法相異

⁷¹⁶ PIETRO & PLATTE, *supra* note 39, at 163.

⁷¹⁷ E.g., UNCITRAL Model Law, *supra* note 2, art. 20. UNCITRAL Arbitration Rules, *supra* note 15, art. 16. ICC Rules of Arbitration, *supra* note 2, art. 14. 中華民國仲裁法第 20 條。

⁷¹⁸ REDFERN & HUNTER, *supra* note 1, at 87.

⁷¹⁹ 依本條用語而言，似乎並未區分強行法規或任意法規，換言之，兩者均須遵守。

⁷²⁰ E.g., ICC Rules of Arbitration, *supra* note 2, art. 18.1(f) "the place of arbitration", (g)" particulars of the applicable procedural rules".

之仲裁程序規則，以之支配仲裁程序之進行，始符合仲裁之特性。

若單從本條(d)款著眼，紐約公約對於仲裁地法的稍為鬆綁，使得當事人之意志產生凌駕仲裁地法之可能性，雖然當時去內國化理論雖尚開始萌芽，但某程度而言，修正「雙重安全閥」之做法亦實質上反映了去內國化理論所考量的理由，顯示對於仲裁程序的過度控制似乎不能完全解決問題，因而走向「折衷的仲裁地法」概念。回顧歷史，該修正對於仲裁發展有重要意義，未來之發展值得關注。

一個無法避免的問題是，究竟未來紐約公約之發展應採所在地理論，抑或去內國化理論之模式。就目前之仲裁理論與實務而言，去內國化理論似乎仍無法完全克服現實之問題，例如仲裁程序之進行時須仰賴當地法院之協助與救濟，或惟有仲裁地法採納該理論時，去內國化的理想始能真正實現等。換言之，本文認為目前去內國化理論尚未臻成熟至足以全面取代所在地理論。另外，紐約公約第5條第1項本身允許仲裁判斷之執行法院在該條事由該當之情況下，享有是否拒絕承認與執行之裁量權⁷²¹。此種裁量權使締約國之執行法院得維持一定之彈性，提供了執行法院考量仲裁地國特殊之法律或文化背景與發展程度，於所在地理論與去內國化理兩端間之光譜間彈性遊走的機會。故本文認為，在國際仲裁理論與實務對於去內國化理論之成熟度達成一定共識以前，似乎不應貿然完全去除仲裁地法的規制，而將仍以當事人自治原則為優先之「折衷的仲裁地法原則」規定暫時保留，留待未來有進一步發展與突破時再予以變更或修改。

第二款 仲裁庭選擇之證據法則與仲裁地法相異之結果

雖然紐約公約採納「折衷之仲裁地法原則」以消除執行障礙之目的值得讚許，惟其條文用語是否足以滿足目前跨國商務仲裁之需求，仍存疑問。本款規定若當事人未約定關於仲裁程序之協議時，仲裁程序不符合仲裁地法得為拒絕執行之理由，證據蒐集與調查程序既屬仲裁程序之一環，若當事人未就證據法則達成

⁷²¹ 其係規定執行法院在任一款事由該當時，「得」拒絕，而非「應」拒絕承認或執行仲裁判斷。亦即，執行法院於不該當該條事由時，絕對不可拒絕承認或執行仲裁判斷，但若該當該條事由時，其有裁量權(residual discretion)得決定是否拒絕執行仲裁判斷。PIETRO & PLATTE, *supra* note 39, at 133.

協議時，亦應符合仲裁地法之規定，否則可能面臨執行之障礙。惟本條就證據法則係由仲裁庭所擇定時，效力是否亦優於仲裁地法之問題，並未置喙。就此，於當事人明示授權仲裁庭或所選之仲裁機構規則內明確規定由仲裁人決定仲裁程序⁷²²時，或許仍有解釋為「當事人協議」之空間，惟若屬臨時仲裁當事人未約定程序規則亦未明示授權仲裁庭之情況，則仲裁庭所擇定程序規則之地位如何，則不無疑問。

仲裁庭所選擇之證據法則，如前所述，有可能是仲裁機構規則之規定，亦可能是內國仲裁法或其他任何特殊規則。不同之國際仲裁機構規則各有所重，內國法亦因相異之法律文化背景而不可能完全相同，故仲裁庭所擇定之證據法則與仲裁地法間彼此有所差異，乃屬平常。承此，仲裁庭之決定與仲裁地法孰輕孰重，即為重要之問題，蓋若採單純之文義解釋，或「明示其一排除其他」之原則⁷²³，仲裁地法似應優先適用，如此一來，即使仲裁庭決定之證據法則符合程序基本權⁷²⁴，執行國法院仍可能以其違反仲裁地法為理由，拒絕執行仲裁判斷。在本款「仲裁地法」未明確表示是否包括任意法規之狀況下，同樣可能造成任意法規與強行法規同等效力之結果，對於仲裁之彈性與未來發展，應是禍不是福。

或有認為，成功主張本款者畢竟仍為少數；甚至認為，即使符合(d)款之要件，執行地法院仍可以行使其裁量權，蓋符合拒絕執行之事由亦僅為「得」拒絕，而非必定「應」拒絕，故此處之仲裁地法並未嚴重威脅仲裁判斷之執行。然而，本文以為，一旦內國法院意圖介入國際仲裁，模糊之條文用語正提供了其絕佳之藉口，實務上引用本條款拒絕執行之案件確實較為少見，惟若存在此種控制國際仲裁之「旋轉門條款」，對於仲裁造成之不確定性與難預測性，就如同在考慮是否選擇仲裁做為紛爭解決方式之當事人心中投下一顆未爆彈，對於仲裁制度的長久發展而言，有負面之影響。

⁷²² E.g., The ICC Rules of Arbitration, *supra* note 2, art.15. The UNCITRAL Arbitration Rules, *supra* note 15, art. 15. LCIA Arbitration Rules, *supra* note 85, art. 14.

⁷²³ 值得注意的是，第 5 條第 1 項(b)款與(d)款並非互相排除適用(not mutually exclusive)。See PIETRO & PLATTE, *supra* note 39, at 164.

第三節 未簽署紐約公約國家關於證據法則之仲裁判斷承認與執行障礙：以我國仲裁法為例

第一項 我國仲裁法第四十九條與第五十條駁回外國仲裁判斷承認聲請事由及其與紐約公約之關係

我國由於特殊的政治背景與國際地位，目前尚非紐約公約之簽署國。雖然現實狀況導致我國之仲裁判斷仍無法正式享有在各紐約公約簽署國境內相互承認與執行之種種便利與優勢，惟為因應國際商務仲裁之需求與趨勢，原商務仲裁條例經過大幅之修正增補，新仲裁法終於在 1998 年公布施行，其中第 49 條及第 50 條係依據紐約公約第 5 條之規定而設⁷²⁵，為國際仲裁之發展奠下基礎。

相對於紐約公約屬於國際條約，僅針規定「外國仲裁判斷」之承認與執行⁷²⁶，就我國而言，具有「國際性質」之商務仲裁判斷要在中華民國境內執行，可能的管道卻有兩種：依照我國仲裁法第四章對於「內國仲裁判斷」之規定聲請執行，或依照我國仲裁法第七章「外國仲裁判斷」承認與執行之規定為之。惟何以「國際仲裁案件」會被以內國仲裁判斷之程序執行，原因乃在於本文中指涉之「國際仲裁判斷」與中華民國仲裁法規定下之「外國仲裁判斷」兩者間定義之落差所導致。由於我國對於「外國仲裁判斷」之認定標準，依仲裁法第 47 條第 1 項規定

⁷²⁵ 請參照臺灣臺南地方法院九十三年度仲執更字第一號民事裁定：「按在中華民國領域外作成之仲裁判斷或在中華民國領域內依外國法律作成之仲裁判斷，為外國仲裁判斷；外國仲裁判斷，經聲請法院裁定承認後，得為執行名義…世界各國為提昇外國仲裁判斷在內國得以迅速簡易獲得承認與執行，自西元一九二三年之「日內瓦議定書」、一九二七年之「日內瓦公約」即「外國人仲裁判斷之執行公約」，至一九五八年之「紐約公約」即「聯合國外國仲裁判斷之承認與執行公約」（United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of June 10.1958）等，均為此而設。而我國仲裁法第四十九條及第五十條之規定係依據「紐約公約」第五條之規定而設。」

⁷²⁶ 紐約公約第 1 條第 1 項前段規定，凡在執行地以外之領土做成就，皆適用本公約之承認與執行。同項後段亦規定凡執行國認為非內國仲裁判斷之情形，亦屬本公約之適用範圍，補充前段之適用，兼採領域說與準據法說，以解決各國對於「外國仲裁判斷」定義不同之問題。例如，仲裁判斷於甲國做成，約定適用之程序準據法為乙國法，其中甲國仲裁法對於外國仲裁判斷之標準採領域說，而乙國則採準據法說，對兩國而言，該仲裁判斷均非外國仲裁判斷，可能拒絕承認與執行，導致外國仲裁判斷之承認與執行困難重重，影響當事人對於國際仲裁之信心。目前紐約公約折衷之規範方式將其適用範圍擴大，以消除外國仲裁判斷之承認與執行障礙。

陳煥文，「國際仲裁法專論」，頁 56，五南圖書出版公司，1994 年。

New York Convention, *supra* note 6, art. 1.1.

係兼採程序準據法說⁷²⁷與仲裁做成地說，惟本文中所界定具「國際性質」之商務仲裁案件，則包括當事人、紛爭事實、貿易特性、履行方式、各種準據法、以及仲裁人國籍等種種因素，凡涉及二個以上國家者，均不排除。因此，可以想像的情況是當事人雖在中華民國領域內依中華民國法律做成仲裁判斷，惟雙方當事人或仲裁人若來自不同國籍、選定之實體準據法為外國法，或貿易事實牽涉跨境履行等情形，在我國仲裁法下均屬「內國仲裁判斷」，應依本法第四章之規定聲請執行。此外，若係不同國籍之當事人在我國境內，依雙方自行約定之程序所為之仲裁判斷，則亦屬「內國仲裁判斷」之範疇⁷²⁸。相對於聲請「內國仲裁判斷」之執行，「國際仲裁判斷」亦有可能透過對「外國仲裁判斷」之規定進行承認與執行，若仲裁判斷在中華民國領域以外做成，或在中華民國領域內依外國法律做成之仲裁判斷，依照中華民國仲裁法第第 47 條第 1 項之規定屬「外國仲裁判斷」，則應以本法第七章之規定聲請承認與執行⁷²⁹。此等定義上落差導致本文所述之「國際仲裁判斷」在中華民國境內聲請承認與執行時，可能依循兩套不同之規定進行，在概念上必須先行釐清。

關於仲裁判斷承認與執行之障礙事由，就「內國仲裁判斷」而言，規定於本法第 38 條⁷³⁰：「有下列各款情形之一者，法院應駁回其執行裁定之聲請：一、仲裁判斷與仲裁協議標的之爭議無關，或逾越仲裁協議之範圍者。但除去該部分亦可成立者，其餘部分，不在此限。二、仲裁判斷書應附理由而未附者。但經仲裁庭補正後，不在此限。三、仲裁判斷，係命當事人為法律上所不許之行為者。」此三者與本文探討之仲裁程序證據法則並無相關，故不擬進一步論述。

惟若是「外國仲裁判斷」之承認與執行，相關之承認與執行障礙事由，則規

⁷²⁷ 我國條文雖未明究依程序準據法或實體準據法決之，惟學說上認為應係指仲裁程序之準據法。陳煥文，同前註，頁 54。

⁷²⁸ 法務部，仲裁法修正條文對照表，仲裁法規彙編，頁 78，1999 年。吳光明，「商事爭議之仲裁」，頁 204，五南圖書出版公司，1999 年。

⁷²⁹ 經學者統計，我國自 1982 年商務仲裁條例增訂外國仲裁判斷承認與執行規定後，至 2005 年 9 月已有 51 聲請承認案，其中美國、英國及香港仲裁判斷為主，除部分被駁回或撤回外，多數獲得承認與執行，成效尚稱可觀。林俊益，法院對仲裁之協助與監督：仲裁法實施後之現況分析，仲裁季刊第 75 期，頁 99，2005 年 8 月。

⁷³⁰ 中華民國仲裁法第 38 條。

定在本法第 49 條與第 50 條，實質內容與紐約公約第 5 條相同，以順應國際貿易紛爭解決之趨勢。可能與證據法則相關之事由，包括第 50 條第 3 款與第 5 款⁷³¹之規定：「當事人聲請法院承認之外國仲裁判斷，有下列各款情形之一者，他方當事人得於收受通知後二十日內聲請法院駁回其聲請…三、當事人之一方，就仲裁人之選定或仲裁程序應通知之事項未受適當通知，或有其他情事足認仲裁欠缺正當程序者。…五、仲裁庭之組織或仲裁程序違反當事人之約定；當事人無約定期時，違反仲裁地法者。」

其中，我國仲裁法第 50 條第 3 款之規定與紐約公約第 5 條第 1 項(b)款之規定同屬適當通知與正當程序之要求，而第 50 條第 5 款之規定與紐約公約第 5 條第 1 項(d)款規定相同，為折衷仲裁地原則之適用。若不該當此三款規定之事由，執行法院應以裁定承認外國仲裁判斷，並依我國仲裁法第 47 條第 2 項規定，該仲裁判斷得為執行名義；惟若符合此三款事由，法院仍得裁量是否拒絕外國仲裁判斷之承認，拒絕承認之權限係屬法院之裁量空間，而非有拒絕之義務，此與紐約公約之規定相同。

第二項 相關拒絕承認與執行事由所涉問題及我國法院實務之解釋適用

第一款 未受適當通知或欠缺正當程序

中華民國仲裁法第 50 條第 3 款⁷³²規定：「當事人之一方，就仲裁人之選定或仲裁程序應通知之事項未受適當通知，或有其他情事足認仲裁欠缺正當程序者」時，法院得駁回當事人請求承認之聲請。本款事由參考紐約公約第 5 條第 1 項(b)款之規定模式，目的在於確保仲裁程序中當事人雙方充分攻擊防禦之權利，維持當事人平等原則，落實我國仲裁法第 23 條第 1 項充分陳述機會⁷³³之程序保障。本款前段所規定未受適當通知之情形，實際上亦屬欠缺正當程序保障之一種類型，後段則涵蓋除未受適當通知以外其他欠缺正當程序之可能情況。相較於紐約公約第 5 條第 1 項(b)款之用語而言，我國法直接採用「正當程序」之概念，雖

⁷³¹ 中華民國仲裁法第 50 條第 3 款與第 5 款。

⁷³² 中華民國仲裁法第 50 條第 3 款。

⁷³³ 中華民國仲裁法第 23 條第 1 項。

更為明確地點出規範目的，惟「正當程序」仍屬抽象法律概念，實際之內涵為何仍須仰賴學說實務對於解釋適用之見解累積，以充實該款之意義⁷³⁴。

第一目 以當事人約定或仲裁庭決定之程序規則為判斷標準

首先，我國實務見解採納學者見解⁷³⁵，認為仲裁程序之通知是否適當，應依當事人約定或其他應適用之仲裁規則來決定，而非逕行適用我國非訟事件法或民事訴訟法相關規定。除當事人雙方對仲裁程序規則之協議外，若當事人未具體約定時，依我國仲裁法第 19 條規定，除本法有規定外，委由仲裁庭裁量決定適當之程序進行方式，故「其他應適用之仲裁規則」應包括仲裁庭決定之程序規則在內，使仲裁庭有考量個案需求之機會，以發揮仲裁程序彈性且有效率之特色。故即使當事人與仲裁庭所決定之程序規則與我國內國法規定不同，亦不當然被認為非屬適當之通知，或違反正當程序。此外，當事人約定或仲裁庭決定之仲裁規則，若屬國際組織下之仲裁規則或外國法時，我國是否為該組織之會員國或與該外國是否簽屬國際送達協定，均不影響本款事由之判斷。

例如，臺灣臺北地方法院 92 年度仲聲字第 14 號民事裁定認為：

「按仲裁程序之通知是否適當，應依當事人約定或其他應適用的仲裁規

⁷³⁴ 正當程序之落實，除我國仲裁法第 50 條第 3 款關於仲裁判斷承認與執行之規定外，亦包括第 40 條第 1 項第 3 款「仲裁庭於詢問終結前未使當事人陳述，或當事人於仲裁程序未經合法代理人」之撤銷仲裁判斷事由。撤銷仲裁判斷之事由雖非本文討論之主軸，惟兩者既同屬正當程序之概念，亦可能做為我國仲裁法第 50 條第 3 款解釋適用之參考，故本文將我國法院審理之國際仲裁經典案例—法商馬特拉公司與台北市政府捷運工程局間爭端，其中有關第 40 條第 1 項第 3 款之法院判決內容附後，以供參考。

臺灣最高法院 89 年度台上字 2677 號民事判決：「又本件仲裁程序歷經多次仲裁詢問及鑑定詢問，上訴人並指派代理人及專業會計師多人參與被上訴人所提索賠文件之審查工作，並提出其口頭及書面審查意見供仲裁人參酌，尤以被上訴人於八十二年九月十六日提出證物單據後，更歷經九月二十二日、二十四日、二十五日、十月一日之仲裁詢問，於調查程序及言詞辯論終結時，仲裁人並均予上訴人充分陳述之機會，最後一次仲裁詢問時，仲裁人亦給予兩造最後陳述之機會，足認本件仲裁程序並無仲裁人未予當事人陳述之機會即逕為判斷之情形。上訴人指其無法在短暫時間內進行查核及陳述意見，且仲裁人僅就被上訴人所提經會計師查核過之單據選定其中一筆進行抽查，未使上訴人就被上訴人所提證據有充分審查之機會，及仲裁人於第十五次詢問時曾制止上訴人代理律師陳述云云。上訴人指其無法在短暫時間內進行查核及陳述意見，且仲裁人僅就被上訴人所提證據有充分審查之機會，及仲裁人於第十五次詢問時曾制止上訴人代理律師陳述云云。惟仲裁人於仲裁程序進行中為避免當事人重複已陳述之主張，或為針對某項爭點為調查而依職權制止無關之發言，乃係仲裁程序指揮權之行使，並不能認係未使當事人陳述，上訴人尚不得據此主張撤銷仲裁判斷。」

⁷³⁵ 楊崇森等，「仲裁法新論」，頁 350，中華民國仲裁協會，1999 年。

則來決定…系爭仲裁判斷業已合法送達予相對人：1、按依仲裁法第五十二條規定，法院關於仲裁事件之程序，除本法另有規定外，適用非訟事件法，非訟事件法未規定者，準用民事訴訟法。該條文之規定僅係法院關於處理仲裁事件之程序所應適用之法律順序規定，並非限定仲裁庭應依民事訴訟法之程序規定作成仲裁判斷，此觀仲裁法第十九條規定「當事人就仲裁程序未約定者，適用本法之規定」自明。而同法第十九條規定旨在使我國仲裁制度符合國際化與自由化，確立當事人程序自主原則，當事人就仲裁程序之約定，涉及仲裁程序如何進行之問題，仲裁庭自應遵照當事人的此項約定進行仲裁…2、查聲請人與相對人於系爭 Marster 合約第 32.10 條第(b)項及第(c)項約定系爭仲裁程序應國際商會仲裁規則及加州程序法（見本院卷第四十六頁），則仲裁庭自應依國際商會仲裁規則及加州程序法相關規定進行仲裁程序，與我國是否為國際商會之會員或是否簽署國際送達相關協定無涉。相對人抗辯系爭仲裁程序不應適用國際商會仲裁規則及加州程序法，應由該管轄法院依其程序法委託我國法院協助送達系爭仲裁判斷書云云，顯不足採。」

臺灣臺中地方法院 96 年度抗字第 94 號民事裁定亦採同一見解：

「（一）按仲裁法第 50 條第 3 款所規定，當事人之一方，就仲裁人之選定或仲裁程序應通知之事項未受適當通知，或有其他情事足認仲裁欠缺正當程序者，固可聲請法院駁回外國仲裁判斷之聲請。然外國仲裁判斷之程序事項，應依該國相關之程序規定為斷，不因當事人係向我國法院聲請承認仲裁判斷，而得謂程序事項應遵循我國程序法之相關規定。故仲裁程序之通知是否適當，應依仲裁條款之約定，或其他應適用之仲裁規則決定之。（二）本件仲裁判斷係美國仲裁協會國際爭議解決中心（ICDR）在美國麻州波士頓市作成，自應適用仲裁地之該國相關程序

規定。又本件仲裁案應適用之規則為美國仲裁協會商務仲裁規則西元 2003 年 1 月 1 日修正版 (The Commercial Rules of the Association, as amended and effect January 1, 2003) …依此而言，判斷本件仲裁是否有適當通知，應以其通知方式是否賦與受送達人獲悉該仲裁事件而被聽審之合理機會為斷，倘已賦與受送達人上開機會，則無論以信件寄送、專人交付或傳真 (facsimile) 等方式送達，均為合法之送達方式。又依上開仲裁規則 R-26 之規定，代表：任何當事人得由律師或其他經授權的代表代理。當事人希望有人代表他時，應至少在開庭日 3 天前通知對方及美國仲裁協會代理人的名字及地址。當代理人提出仲裁要求或為當事人答辯時，將被視為他已收到通知。是倘仲裁當事人之代理人已為當事人為答辯時，即視為該當事人已收到通知。綜上各節，抗告人既已被賦與聽審之合理機會，其仲裁程序權已受到保障，原審裁定認本件堪認已賦與抗告人獲悉該仲裁事件而被聽審之合理機會。」

第二目 以仲裁規則明文規定為限

惟應注意者係曾有實務見解認為，當事人約定於中華民國領域外進行仲裁，並適用該地之仲裁條例，考慮到雙方當事人均非屬仲裁地國籍，為保障當事人之信賴，故關於適當通知方法之認定，僅以約定之仲裁規則有明文規定為限，而不及於仲裁地學說實務對於該仲裁規則之補充或擴張解釋。

臺灣高等法院高雄分院 89 年度再字第 76 號民事裁定即為此例：

「(三)本件仲裁之當事人即兩造雖均非香港人，惟本件仲裁係依兩造契約之約定於香港以仲裁方式解決爭議…則本件仲裁既係在香港地為仲裁協議，適用香港仲裁條例第 II 部之規定，自無不合，聲請人以兩造非香港人為由，認無香港仲裁條例第 II 部規定之適用云云，自無可採。

(四)香港仲裁條例第 II 部中之該條例第三十一條⁽²⁾規定，仲裁通知之送

達方式有「專人交付」、「留置」、「掛號郵寄」等送達方式，並不包括「傳真」…又聲請人雖以香港實務及學說之共通見解均認送達方法包括「傳真」在內，以「傳真」送達，應認合法云云。惟該條文規定並不包括「傳真」送達，而當事人復據以爭執，則為保障信賴該外國法律之當事人而言，自不宜將該國國內之實務見解或學說論述採為補充或擴張解釋之論據，以維持法律條文之公信力。(五)綜上所述，原確定裁定依據香港仲裁條例第三十一條⁽²⁾規定，判斷仲裁程序進行之情形有無合法通知他造，並認定聲請人未能證明本件仲裁程序進行已合法通知相對人為由，認本件仲裁有我國仲裁法第五十條第三款所規定之當事人之一方，就仲裁程序應通知之事項未受適當通知之情事，因而駁回聲請人抗告。並無違背法規或現存判例解釋之情形，聲請人聲請再審為無理由，應予駁回。」

第三目 形式審查

此外，就是否已為適當通知，或符合正當程序要求之判斷，僅進行形式審查，而不實質介入仲裁判斷之內容，此亦為我國實務見解所肯定。

例如，臺灣高等法院 97 年度非抗字第 99 號民事裁定認為：

「查 FedEx 託運單及 ICDR 通知，均無相對人回應或確認收受之記載，自無從遽認相對人確已收受該通知而得知悉仲裁事件程序之進行。況相對人已於 91 年 08 月 27 日遷至桃園市○○○路 115 巷 4 之 2 號，有相對人戶籍謄本在卷可佐，自應認相對人已變更其慣常住所至該址。是再抗告人未依相對人慣常住所寄送通知，原法院認相對人未受合法通知，未適當參與仲裁程序，本件再抗告人聲請認可系爭仲裁判斷，於法未合，乃裁定駁回再抗告人對原裁定之抗告，即無違誤。雖再抗告人辯稱系爭仲裁程序之通知過程已達「適當通知」之程度云云，然我國對於外國仲

裁判斷之承認，須依仲裁法第 49、50 條之規定加以審查，已如前述。

是兩造就系爭契約所生爭議而進行之仲裁程序之許可與否審查，即不應較我國仲裁判斷為寬鬆，因如僅形式審查兩造就系爭契約所生爭議而進行之仲裁程序之通知過程有無達到所謂「適當通知」之程度即可，並於認可後即可為執行名義，故於兩造就系爭契約所生爭議而進行之仲裁程序如有仲裁程序應通知之事項欠缺正當程序者，自得不予承認。原法院以上開事實認定相對人就仲裁人之選定或仲裁程序應通知之事項未受適當通知，核與仲裁法第 50 條第 3 款規定相符，乃裁定駁回再抗告人承認國外仲裁判斷之聲請，於法並無不合。再抗告人上開辯言，為法院取捨證據、認定事實之範疇，與抗告裁定有適用法規顯有錯誤或所涉及之法律見解具有原則上重要性之情形無涉。再抗告意旨，指摘原裁定不當，求予廢棄，非有理由，應予駁回。」

第四目 排除主動放棄參與仲裁程序權利之情形

再者，我國仲裁法所保障之正當程序，僅限於確保當事人有充分陳述之機會，故若當事人受適當之通知，卻未能到場提出事證，實際進行攻擊防禦，則屬參與仲裁程序權利之放棄，不能認為該當本款欠缺正當程序之事由。此見解為臺灣高等法院高雄分院 92 年度抗字第 678 號民事裁定所明確肯認：

「本件相對人於本院不否認其曾收到越南國際仲裁中心之通知，並曾提出答辯…則其於之前抗辯：未曾受到仲裁合法通知云云，自有未合。至其收受越南國際仲裁中心之通知，而未出庭，係其參與系爭仲裁程序上權利之放棄，尚難認系爭仲裁欠缺仲裁法第五十條第三款之正當程序甚明。」

第五目 小結

我國實務關於仲裁法第 50 條第 3 款正當程序之適用，已體認到仲裁程序與

訴訟或非訟程序本質上之不同，而不當然以訴訟或其他非訟程序之標準，判斷當事人於仲裁程序中應享有程序保障是否已達到足夠之程度，此為高度尊重當事人自治原則之必然結果，也是發揮仲裁庭裁量空間之重要關鍵。為保障當事人之期待，並求明確，除當事人約定或仲裁庭擇定規則明文規定以外之補充或擴張解釋，均不納入考量。執行地法院形式審查是否已賦予當事人充分陳述之機會，若該機會已獲得保障，則當事人雖選擇不為攻擊防禦，仍不違反正當程序之要求。

雖然我國實務目前似乎尚未有將正當程序要求直接適用於仲裁證據蒐集與調查程序之見解，然而，證據蒐集與調查程序既屬仲裁程序之一環，同樣必須尊重當事人期待與仲裁庭之裁量權限，則前述解釋仲裁法第 50 條第 3 款正當程序之實務見解，亦應一體適用於證據程序之通知或進行過程之要求。因此，若當事人已約定或仲裁庭已決定仲裁證據法則或證據蒐集與調查程序進行方式時，執行地法院不宜僅以其違反當地之訴訟或非訟法律為由，逕拒絕承認外國仲裁判斷。惟若考量到仲裁制度之紛爭解決特性，而實際適用之證據法則確已嚴重剝奪當事人核心之程序參與權，導致其無法充分合理地陳述案情時，無論是否違反執行地之訴訟或非訟法律，仍應認定欠缺正當程序，而由法院裁量是否駁回承認之聲請。

第二款 仲裁程序違反當事人約定或仲裁地法

中華民國仲裁法第 50 條第 5 款⁷³⁶規定：「仲裁庭之組織或仲裁程序違反當事人之約定；當事人無約定時，違反仲裁地法者。」此與紐約公約第 5 條第 1 項(d)款之折衷的仲裁地法原則相同。原則上，仲裁程序必須符合當事人之約定，若當事人未為協議時，則應符合仲裁地法。

我國仲裁法與紐約公約存在相同之問題，亦即若當事人未為與仲裁證據程序相關之約定，而仲裁庭依職權裁量決定其認為適當之進行方式，則該仲裁庭所擇程序與仲裁地法適用之優先順序為何。就此，我國法並未明文規定仲裁庭擇定程序之地位，且所謂「仲裁地法」亦未指明是否包括仲裁地之任意規定，為增加仲

⁷³⁶ 中華民國仲裁法第 50 條第 5 款。

裁判斷承認與執行之可預測性，此漏洞應加以填補。

第四節 證據法則與仲裁裁判斷承認與執行關係之再建構

無論是從紐約公約第五條，或我國仲裁法對應之規定以觀，仲裁裁判斷做成前之程序中所適用的證據法則，確實會影響後階段仲裁裁判斷是否能順利承認與執行。最重要的障礙事由，包括正當程序之要求，與仲裁地法之規範。

第一項 正當程序之標準

第一款 特定法系程序之選擇自由

就正當程序要求之事由是否該當，係以當事人之程序基本權是否已被保障為主軸。就本款之解釋適用而言，並不區分仲裁庭究竟適用英美法系或大陸法系之程序，換言之，即使仲裁庭於個案中衡量相關因素後，認為應以特定法系之方式進行程序乃屬適當，當事人無法就此主張違反正當程序之要求，而拒絕執行法院承認或執行仲裁裁判斷。本文認為此即國際商務仲裁中跨國性質的最重要表徵，跨國商務糾紛之解決難免涉及多數國家之當事人、仲裁人或貿易特性，當不同國籍之當事人期待採用其法系之紛爭解決程序時，仲裁庭的任務便是調和當事人之需求，但卻無適用其中任一方法系程序之義務。因此，除非雙方當事人已達成一致之期待，否則仲裁庭得裁量決定是否酌採英美法系或大陸法系之程序，只要維護當事人在程序中的公平原則與充分攻擊防禦之權利，則兩者皆符合正當程序之要求，不構成紐約公約第5條第1項(b)款之違反。就我國法而言，亦應做同一解釋，以尊重仲裁庭之權限，發揮仲裁制度的彈性與高效率特質。

第二款 應以當事人約定之仲裁程序或程序準據法為判斷標準

若當事人已約定仲裁規則或程序準據法，則正當程序之判斷應以當事人約定之程序規範內容為準，而不應以訴訟上標準或其他準據法為斷，蓋仲裁對雙方當事人產生拘束力，即是以雙方之共同意思為基礎，則當事人既已表明以特定程序規範為其所欲解決紛爭之方式，則程序基本權之標準亦應隨著其意思加以調整，以尊重當事人選擇仲裁解決紛爭之原意。當事人亦得藉此種約定，實質減低對其他不熟悉之程序規則或程序準據法之搜尋成本，節省商業成本之支出，將整體紛

爭解決程序控制在其已預期之範圍。就此，我國法院認為正當程序之判斷應以約定之仲裁規則為準之實務見解，本文認為甚屬正確。

第三款 商業成本考量與利益衡量法則之適用

就其他各項證據法則議題而言，執行法院亦給予仲裁庭相當大之權限，包括證據容許性標準、證據提出命令之核發、是否舉行聽證會或進行交互詰問等，此類原本即為仲裁庭裁量空間之事項，執行法院應有所克制，不得過度介入。此種思維與目前多數國際商務仲裁規則賦予仲裁庭之權限相呼應，亦屬維持仲裁彈性所必要者。然而，在部分案件中，法院卻例外地介入仲裁庭之程序指揮權限，就本文之觀察，此類案例有一共同之特徵，亦即仲裁庭於行使裁量權限前，未充分告知當事人證據程序之進行方式，使其充分瞭解，並得預期未來之程序進行順序或模式，配合仲裁庭決定之程序進行攻擊防禦。無論是在 Politek v. Hebei 案中，一方當事人所聘請之專家未受告知，導致其無法於仲裁庭所聘專家準備其勘驗報告前，充分陳述與抗辯，或在 Avco Corporation v Iran Aircraft Industries 案中，當事人信賴主席於審前會議對於證據提出方式之指示，但仲裁庭確持相反之見解，或仲裁人已決定不進行口頭程序，而僅依書面資料做成仲裁判斷，惟仲裁庭卻未將聲請人提出之相關主張與文書轉交給相對人，導致相對人未能充分瞭解聲請人之主張，而剝奪其有效回應之機會，均屬之。於 Harvey Alum. V. United Steelworkers of America 案中，法院更強調之所以違反程序權之原因，係「仲裁庭並未在程序之前階段說明聽證會之進行程序與技術規則」，說明了執行法院目前對於正當程序要求之基本態度。相對地，在 Carter v. Ferraro 案中，由於仲裁庭已明確告知當事人有十四天之期限蒐集證據，當事人未能配合卻又未適時提出意見，故並不該當本款之規定。

本文認為，執行法院之態度，務實地反映了國際商務仲裁之需求，亦即為求解決紛爭之高效率，當事人不得不賦予仲裁庭廣泛的裁量權，惟仲裁庭必須意識到裁量權之來源與原始目的，乃在以最低之時間與金錢成本最有效地解決貿易爭端。因此，若仲裁庭斟酌決定其認為適當之證據蒐集與調查程序進行方式後，未

事前闡明當事人，使當事人得充分瞭解時，當事人將無法於仲裁庭組織之程序上適時適式提出證據，增加不知程序之額外成本浪費，更無法獲致雙方信服之仲裁判斷，導致前階段仲裁程序中舉證之成本及後階段進行訴諸拒絕承認與執行主張之成本均大幅提高，整體紛爭解決成本超出當事人所能預期之範圍，不符合以最小成本解決紛爭之商業考量。因此，國際商務仲裁中成本之考量亦內化了當事人充分陳述權之解釋適用，成為正當程序要求之具體標準。

惟除了時間與金錢成本因素與事前告知之考量外，是否該當正當程序違反之判斷亦應就其他利益與損害綜合性地進行衡量。首先，仲裁庭對於特定證據事項之裁量空間之廣狹，及特定程序是否僅屬技術細節性事項，亦應被納入考慮。例如證據容許性、是否進行聽證會、對特定證人或鑑定人是否加以詢問、即詢問之程序是否採交互詰問等，均屬仲裁庭之高度裁量權限，既然仲裁庭被賦予充分依個案情形彈性進行此類程序之權能，則自不應於後程序否定仲裁庭之決定，再者，對於仲裁程序而言，其僅為技術性、細節性事項，原則上不致嚴重影響當事人間之公平與陳述機會，故難謂正當程序之違反。其次，若特定證據法則之違反可能涉及相對重大之結果者，較可能被認為違反正當程序之要求。例如在完全未受通知、未受適當通知或未充份揭露文書之情形，由於通知之實質內容係當事人了解案情、準備攻擊防禦方法之重要依據，若當事人無法充分接近對造之主張與仲裁人之見解，甚至未參與導致後續程序，則縱然形式上已給予當事人陳述之機會，亦難發揮正當程序規範之實質效果，最終導致程序上不平等，而無法做成令人信賴之仲裁判斷，其結果甚為嚴重，故應認已違反正當程序之要求。就證據開示命令之核發而言，由於違反命令之法律效果為推論他造主張之證據或事實係屬真實，該事實之認定可能直接影響實體權利義務關係，所涉實體與程序利益重大，故若錯誤適用反面推論，亦較可能構成正當程序之違反。

雖然目前在我國法院承認與執行實務上雖然仍較欠缺此類之案例累積形成之解釋原則，惟我國仲裁法關於正當程序之規定與紐約公約意涵相同，故前述商業成本之考量及整體利益衡量法則，得援為參考，以建立未來中華民國仲裁法第

50 條第 3 款之解釋內涵，增加正當程序要求適用之可預測性，並做為仲裁庭或當事人於前階段決定及適用「適當」證據蒐集與調查程序之參考。

第二項 仲裁地法與仲裁庭所擇程序之位階：限縮仲裁地法之適用

有鑑於 1958 年紐約公約第 5 條第 1 項(d)款與我國仲裁法第 50 條第 5 款之規定仍存在仲裁地法與仲裁庭所擇程序孰優孰劣之問題，為能適應目前國際仲裁之需求，順應效率與彈性之潮流，本文針對紐約公約第 5 條第 1 項(d)款與我國仲裁法第 50 條第 5 款漏未規定仲裁庭選定仲裁程序之情形，提出建議：

第一款 修訂條文之用語

關於紐約公約第 5 條第 1 項(d)款與我國仲裁法第 50 條第 5 款所稱「仲裁地國法」與仲裁庭之擇定證據法則效力優劣之問題，考量到仲裁與傳統訴訟須嚴格遵守民事訴訟法之性質不同，若不允許仲裁庭依照個案需求決定適當之程序，難免削弱仲裁制度之優點，故為維持仲裁程序之彈性與效率，避免過度限縮外國仲裁判斷之承認與執行，應將目前「仲裁地國法」之用語修正限縮於「仲裁地國之強行法規」⁷³⁷，使仲裁庭所擇程序之地位更為清楚。仲裁庭選擇證據法則時，僅須遵守仲裁地國之強行法規，而無須遵守其他任意法規。此種修正方式，得將仲裁地法之限制控制在一定程度以下，也可避免因條文中未指明仲裁地法是否包括任意法規，而使仲裁地之任意法規得凌駕仲裁庭決定之程序，造成與強行法規類似之拘束效果⁷³⁸。

⁷³⁷ 本文建議將紐約公約第 1 項(d)款修改為：“The composition of the arbitration or the arbitral procedure was not in accordance with the argument of the parties, or failing such agreement, was not in accordance with *mandatory provisions* of the law of the country where the arbitration took place.”

⁷³⁸ 更進一步延伸的問題即是，究竟如何區辨仲裁地法之強行法規與任意法規。以中華民國仲裁法第三章之規定為例，其中即夾雜強行法規與任意法規。蓋若從第 19 條一般程序規定之文義觀察，仲裁程序既應優先適用當事人之約定，非當然適用本法，背後所揭示之道理，自係肯定仲裁程序原則上並非國法之禁臠，而在可接受之最大限度內，本法之規定僅具任意性質，屬補充效力，此從許多具體條文均以「當事人未約定者」為前提亦可見一斑。

本法中較可能被認為具有強行規定性質者，包括第 23 條、第 32 條、第 33 條仲裁判斷應記載事項等。第 23 條由於係正當程序法律原則之具體明文化，與紐約公約或本法第 40 條第 1 項第 3 款之規定均相呼應，較無疑義。而第 32 條第 1 項之仲裁不公開之規定，目的實係保障當事人之機密利益，惟於當事人雙方同意時或得例外公開，該處分權限屬於當事人，故其對於仲裁庭而言應屬強行法規之性質，仲裁庭不得恣意加以排除；第二項以下之多數決原則亦同。再者，就第 33 條第 1 項之判斷書做成期限而言，已為我國法院表示：「仲裁法第 33 條第 1 項所謂仲裁庭應於詢問終結後十日內作成判斷書此一規定，性質上僅屬訓示規定，縱然仲裁庭於仲裁詢問終結

第二款 對現有條文採取限縮解釋之途徑

若考慮到紐約公約簽署國眾多，短期內甚難達成修訂之目標，且內國法修訂亦可能曠日廢時，則亦應以限縮解釋之方式，尋求現有條文用語與國際商務仲裁實際需求之折衷調和。在尚未正式修訂本條條文之前，應為嚴格之解釋，使「仲裁地國法」僅適用於仲裁地法之「強行法規」⁷³⁹，以免在法條就仲裁庭決定之證據法則地位規定尚模糊不明之情況下，過度強調任意規定之效力。

就此，我國實務見解對於仲裁法第 40 條第 1 項第 4 款關於仲裁判斷撤銷事由之解釋，或得做為借鏡。中華民國仲裁法第 40 條第 1 項第 4 款⁷⁴⁰規定：「仲裁庭之組成或仲裁程序，違反仲裁協議或法律規定者」，為撤銷仲裁判斷之事由。該款之「法律規定」僅限於強制或禁止規定，而不及於訓示或任意規定，此有臺灣高等法院 96 年度重上字第 72 號民事判決供參照：

「該條所謂仲裁程序違反仲裁協議或法律規定，係指仲裁人在參與仲裁之程序上，違背當事人間就此程序事項所為之特別約定，或有違背法律所規定之仲裁人參與程序者。且仲裁程序違反法律規定，仍應限於違反強制規定或禁止規定而言，任意或訓示規定並不包括在內。如允許以違反訓示或任意規定為由，提起撤銷仲裁判斷之訴，適用範圍過於廣泛，仲裁制度恐有破壞之虞，並不妥當。參酌仲裁法第 40 條第 3 項規定仲裁庭之組成或仲裁程序違反仲裁協議之情形，以足以影響判斷之結果為限，始得提起撤銷仲裁判斷之訴，倘仲裁庭之組成或仲裁程序違反任意或訓示規定，即得提起撤銷仲裁判斷之訴，對照違反仲裁協議之限制情

後，逾十日始作成仲裁判斷書，該法對於此種仲裁判斷書之效力並未有任何保留或限制之規定，該逾時制作完成之仲裁判斷書仍具有法律上效力，非無效之仲裁判斷」(臺灣高等法院 92 年度重上字第 462 號民事判決、臺灣臺北地方法院 92 年度仲訴字第 14 號民事判決)，其非屬強行規定甚明。然而，第 33 條第 2 項以下之仲裁判斷應記載事項，既為第 38 條第 2 款拒絕內國仲裁判斷之事由、第 40 條第 1 項第 1 款之撤銷仲裁判斷事由，從其法律效力而言，乃在落實法律政策上期待仲裁判斷具備之基本形式，應為強行規定。

⁷³⁹ 惟亦有相反之見解認為，即使是任意規定，只要足以影響判斷結果，亦應構成我國仲裁法第 50 條第 5 款事由，請參照：楊崇森等著，「仲裁法新論」，頁 332，中華民國仲裁協會，1999 年。

⁷⁴⁰ 中華民國仲裁法第 40 條第 1 項第 4 款。

形，顯有失衡。故仲裁庭之組成或仲裁程序違反法律規定，在適用上仍應以違反法律強制或禁止規定之情形者為限。」

故為避免過度限縮仲裁庭之裁量權限，並防止造成任意規定與強行規定相同效力之結果，本文認為我國宜以與臺灣高等法院 96 年度重上字第 72 號民事判決相同之方式，將折衷之仲裁地法原則限縮於強行規定，始符合國際商務仲裁之需求。

或有擔心此種限縮解釋將使紐約公約第 5 條第 1 項(d)款與我國仲裁法第 50 條第 5 款流於累贅多餘，蓋違反強行規的情況可能同時已構成紐約公約第 5 條第 1 項(b)、(e)款及第 5 條第 2 項(a)款及中華民國仲裁法第 49 條第 1 項第 1 款、第 50 條第 3 款與第 6 款之規定，而使(d)款本身不具有獨立之意義。然而，紐約公約第 5 條各款事由間原本即無互相排斥之關係⁷⁴¹，若要件符合，則可能同時構成兩款以上之事由，我國仲裁法各款拒絕承認與執行事由亦應做同一解釋。再者，一國之強行法規之內容並非必然涉及正當程序之考量，於純粹強行法規性質而不涉其他價值判斷時⁷⁴²，更可顯出強行法規獨立於正當程序要求之實益。此外，本文所採之限縮解釋途徑僅為妥協現狀之方式，而無法終極解決問題，毋寧只是試圖在現有的規定中尋找可接受的出路。相較於容許執行地法院假借不符合目前趨勢之公約條文，將「看不見的手」深入仲裁判斷之承認與執行，尤其在各款間本來就非互相排斥概念的前提下，本文認為某程度之適用重疊非屬不能忍受。

另一種解釋可能性，係將仲裁庭所決定之證據法則解釋為「當事人約定」之內涵。於當事人明示授權仲裁庭享有程序裁量權限，或所選之仲裁機構規則內明確規定由仲裁人決定程序時，此種解釋較容易被接受，蓋仲裁庭之決定即為當事人明示或潛在意願之延伸。若當事人採用臨時仲裁而未選用程序規則，且未明示約定程序決定權限時，考量到國際商務仲裁當事人之特性，由於國際商務仲裁之

⁷⁴¹ See PIETRO & PLATTE, *supra* note 39, at 164.

⁷⁴² See Winnie (Jo-Mei) Ma, Public Policy in the Judicial Enforcement of Arbitral Awards: Lessons for and from Australia 119-126 (Dec. 2005) (unpublished S.J.D. thesis, Bond University) (on the file with library of Bond University).

當事人通常是商業主體或商人，擁有較佳之經濟地位與知識實力，足以瞭解仲裁之本質與運作，或有能力聘請律師或其他專業人士代表其處理貿易糾紛，且對爭端解決較為熟悉或精通。此類商業主體或自然人既處於得知悉仲裁與訴訟之不同特點之地位，而決定選擇仲裁程序，或可推定當事人在未特別約定時，即有信任仲裁庭，而默示授權其依情形裁量決定證據法則之潛在意思。

將仲裁庭之證據程序決定權限拉高至仲裁地任意法規之上，或許會因仲裁程序不當然適用仲裁地法，而某程度導致程序適用之可預測性減低；亦造成當事人擇定仲裁人之事前準備成本增加，蓋其必須花費較多的時間及金錢了解各別仲裁人之背景與決定偏好，以大致瞭解特定仲裁人是否會以符合當事人雙方所期待之程序進行爭端解決，避免未因判斷受惠之一方於後階段無法尋求救濟之風險。然而，國際商務爭端解決之特色，涉及高額之標的與複雜之法律關係，若仲裁判斷在承認與執行之後階段因證據程序蒐集與調查程序與仲裁地法之任意法規相矛盾，而使爭端解決一再延宕，反而可能因此損失更多的時間與金錢成本，若容許此類風險存在，將與當事人希望選擇彈性而有效率之仲裁程序而非傳統訴訟之目的背道而馳。在追求高效率的前提下，事前的蒐尋成本應已在雙方當事人的預期範圍內。此外，為符合個案需求，仲裁制度本質上即無法於前階段完全預測未來之程序進行方式，此點亦應為當事人所認知，若要避免此種情形，當事人亦得以雙方協議之方式提高可預測性，設若當事人怠為約定或無法達成共識，則應信任以當事人意思為基礎之仲裁人所組成仲裁庭之決定。因此，本文認為於雙方未約定仲裁證據法則，而委由仲裁庭決定時，得將該仲裁庭所決之證據法則解釋為「當事人之約定」，而無須適用本款後段之仲裁地法規定。

第五節 小結

紐約公約雖然提供了國際仲裁判斷之承認與執行之平台，提高當事人對於仲裁判斷具體化結果之可預測性，惟從 1958 年至今已經歷超過五十個年之歷史，就其條文內容之解釋或用語之適當性，均有討論之空間。我國雖非公約之簽署國，惟我國仲裁法修正時已實質納入公約之相關規定，故亦有類似之問題存在。

與仲裁程序之證據法則相關之承認與執行障礙，主要包括正當程序之要求與折衷之仲裁地法原則等事由。證據法則之適用，於何種情形始謂違反正當程序，本文從實務案例整理與分析中，得知純粹選擇傾向英美法系或大陸法系之程序，並不該當正當程序之違反，且若當事人已約定特定之仲裁規則或程序準據法，則應以該規則或準據法做為判斷之依據。此外，若仲裁庭決定其認為適當之證據蒐集與調查程序後，未事前充分向當事人說明，則其將無法適時適式提出證據，導致前階段仲裁程序中舉證之成本及後階段進行訴諸拒絕承認與執行主張之成本均大幅提高，整體紛爭解決成本超出當事人所能預期之範圍，不符合以最小成本解決紛爭之商業考量。除成本因素外，仲裁庭對於特定證據事項之裁量空間之廣狹、特定程序是否僅屬技術細節性事項、特定證據法則之違反是否涉及嚴重結果者等因素，均應綜合進行利益衡量，以決定是否該當正當程序之違反。前述有關正當程序違反之承認與執行障礙，並做為仲裁庭或當事人於前階段決定及適用「適當」證據蒐集與調查程序之參考，以盡量促進仲裁判斷承認與執行階段之效率。

就折衷之仲裁地原則而言，本文認為為尊重仲裁庭之裁量權限，紐約公約或我國仲裁法均應透過修法或解釋之方式，限縮於仲裁地法之強行規定，或者將仲裁庭所決定之證據法則解釋為「當事人之約定」。於當事人明示授權仲裁庭享有程序裁量權限，或所選之仲裁機構規則內明確規定由仲裁人決定程序時，此種解釋較容易被接受，蓋仲裁庭之決定即為當事人明示或潛在意思之沿伸。若當事人採用臨時仲裁而未選用程序規則，且未明示約定程序決定權限時，考量到國際商務仲裁之當事人通常是商業主體或商人，其處於得知悉仲裁與訴訟之不同特點之經濟與知識地位，而決定選擇仲裁程序，或可推論當事人在未特別約定時，即有信任仲裁庭，而默示授權其依情形裁量決定證據法則之潛在意思，以避免仲裁判斷在承認與執行之後階段因證據程序蒐集與調查程序與仲裁地法之任意法規相矛盾，導致紛爭解決成本過度提高。

第六章 結論

國際商務仲裁做為一種重要的紛爭解決手段，其高度彈性與效率之特質，及紐約公約多數簽署國之執行優勢，對於跨國商務爭端而言，有著高度之吸引力。也正因為仲裁必須適應各個不同案件之需求，無論是仲裁規則或內國仲裁法，均難羅列一切有關證據法則之強行要求，因此，在欠缺明確依據之前提下，應如何於程序中適用證據法則，即考驗仲裁庭之智慧。

由於國際商務仲裁具有跨國之性質，若當事人或仲裁人來自於不同國家或法系時，仲裁庭該如何決定證據法則與相關程序之進行方式，實屬複雜之間題。英美法系與大陸法系兩者之間，存在著基本概念的不同。首先，就程序之進行而言，英美法系傳統上採取當事人對抗制，認為裁判者之立場超然，而不介入雙方當事人之主張與證據調查。相對而言，大陸法系之裁判者於證據調查過程較為積極主動，得訊問證人及專家、調查書證並組織程序進行。就此，國際商務仲裁實務並未強制仲裁庭應選擇何種立場，而毋寧是採取彈性而務實之路徑，容許仲裁庭享有高度之裁量權，得依情形決定介入證據調查過程之程度。

就證據容許性而言，亦委由仲裁庭依具體情形決之，原則上嚴格之標準通常不適用於國際商務仲裁領域，多數仲裁庭傾向於不預先排除任何可能有助於釐清案情之證據。就舉證責任而言，其概念係指「各方當事人就提交仲裁庭之糾紛，依仲裁庭所能接受之準則，證明其主張並滿足證明程度之義務」，與英美法系的「說服責任」與大陸法系的「客觀舉證責任」較為相近。援引特定待證事實以支持其主張或陳述之當事人，必須就該事實負舉證責任，本文認為，無論係何種案件，原則上均應適用與英美法上優勢證據相同之概念，以平均分散商業風險，惟亦不排除依照特殊案件類型之需求或平衡個案接近證據之公平性問題，由仲裁庭酌情調整證明度之要求，於我國仲裁法亦應為同一解釋。國際仲裁實務上，許多案件指向仲裁庭對於書面證據之評價，高過其他種類之證據，也不限制宣誓書或有利害關係人之證詞得做為證據，惟證據價值可能由仲裁庭依具體情形衡量。

整體而言，國際商務仲裁對於證據提出命令之適用並不脫離其務實之態度，足供未來仲裁庭解決個案紛爭做為參考。本文認為，於我國架構下，國際商務仲裁案件亦非不得採用類似英美法之事證開示制度，惟應特別注意個案中的特殊性、與當事人間之討論及事前充分闡明，於一般案件，若以成本因素惟考量，則亦可參考大陸法系之證明妨礙理論，就特定證據何發證據提出命令。設若當事人對於系爭證據有隱密性或機密保護之疑慮時，仲裁庭亦應具體衡量該機密保護與平衡雙方證據接近機會之利益，酌情決定是否核發提出命令。此外，若內國法院並無介入協助執行證據提出命令之依據時，仲裁庭亦應適度公開是否對不遵守提出命令當事人做出反面推論之見解，以提高當事人對結果之預測可能性，避免發生突襲性判斷。對於當事人而言，考量到仲裁庭仍享有相當廣泛之裁量權，不宜忽略確認各別仲裁人對於證據提出命令之要件與效果所採態度之重要性，以避免遭受到突襲。

對於個別證據方法而言，國際仲裁實務最偏好者仍為書證，人證、鑑定、勘驗亦具一定之重要性，應依個案之需求彈性運用。若從仲裁人介入程序之主動程度、對於書證較高之證據評價、欠缺對證人可信度攻擊防禦之必要性、仲裁規則偏重對仲裁庭選任鑑定人權限之規範等現象觀察，個別證據方法似乎較偏向大陸法系之處理模式，惟國際仲裁亦搭配證人交互詰問、當事人自行選任鑑定人等被認為係屬英美法系傳統特徵之制度，整體脈絡上仍採融合而務實之態度。

本文認為，國際商務仲裁實務對兩大法系之妥協與調和，並非僅為配合不同背景之當事人或仲裁人之習慣，實際目的係在於透過不自我設限、廣泛接受所有可能協助解決爭端之資料與方式的途徑，達到當事人選擇仲裁做為替代訴訟紛爭解決機制之初衷，亦即，以最合理之成本有效率地獲得雙方均可信服接受而願意履行之解決方式。仲裁庭不侷限於傳統訴訟之證據法則，抱持開放之態度接受所有有助紛爭解決之證據蒐集與調查程序的可能性，自然是反映商人對於跨國貿易紛爭解決成本考量之必然結果，不應過度簡化為純係基於「國際性」之性質而融合兩大法系之特徵。

紐約公約為跨國商務仲裁判斷承認與執行之重要法律依據，對於簽署國而言，得有效減少承認與執行之障礙，促進國際商務仲裁之發展。我國雖非紐約公約之簽署國，惟我國仲裁法為與國際接軌，於修法時亦參酌其實質內容，故就拒絕承認與執行之事由而言，有相當程度之相似性。仲裁庭決定之證據法則，與後階段仲裁判斷承認與執行障礙之關聯，就正當程序而言，除非雙方當事人有一致之期待，否則仲裁庭得裁量決定是否酌採英美法系或大陸法系之程序，只要維護當事人在程序中的公平原則與充分攻擊防禦之權利，則兩者皆符合正當程序之要求。此外，正當程序之判斷標準不應以內國民事訴訟法為準，而應就當事人約定之仲裁程序或程序準據法之內容，做為判斷之標準，若屬仲裁庭裁量空間之事項，執行法院亦應有所克制，不得過度介入。然而，若仲裁庭於行使裁量權限前，未事前告知當事人證據程序之進行方式，使其充分瞭解，並得預期未來之程序進行順序或模式，配合仲裁庭決定之程序進行攻擊防禦，則與當事人以最低成本解決商業紛爭之期待不符，應認為違反正當程序之要求。除了成本之考量外，亦應就所有相關因素綜合進行利益衡量，決定是否該當正當程序之違反。

就折衷之仲裁地原則而言，本文認為無論係紐約公約或我國仲裁法均應具體限縮於仲裁地法之強行規定，以尊重仲裁庭之裁量權限。或者將仲裁庭所決定之證據法則解釋為「當事人約定」之內涵，蓋考量到國際商務仲裁當事人之特性，由於國際商務仲裁之當事人通常是商業主體或商人，其既處於得知悉仲裁與訴訟之不同特點之地位，而決定選擇仲裁程序，或可推論當事人在未特別約定時，即有信任仲裁庭，而默示授權其依情形裁量決定證據法則之潛在意思，避免仲裁判斷在承認與執行之後階段因證據程序蒐集與調查程序與仲裁地法之任意法規相矛盾，而使爭端解決一再延宕，反而可能因此損失更多的時間與金錢成本。

總結而言，本文不認為有所謂「萬用而最好的」仲裁規則或仲裁法存在，無論是國際仲裁規則或程序準據法，均僅為仲裁制度提供一個基本之架構，使仲裁人與雙方當事人得有基本方向可循，進而以雙方約定或仲裁庭之裁量範圍加以充實，互相調和並妥協，以求取各程序參與者皆可接受之仲裁證據法則，而紐約公

約或內國法關於承認或執行之規定，亦得做為仲裁庭或當事人於前階段決定及適用「適當」證據蒐集與調查程序之參考，以盡量促進仲裁判斷承認與執行階段之效率。國際商務仲裁之證據法則問題，實為有機之生命體，蓋仲裁制度本身即有高度之彈性，隨著個案之特殊性與需求，追求對個案而言適當而可接受之證據法則，隨著未來國際貿易之蓬勃，可能展現更多變而豐富的風貌，在紐約公約的下一個五十年，有待更多之案例累積，充實國際商務仲裁證據法則之發展。



參考文獻

中文專書

- Leo Rosenberg 著(2002)，莊敬華譯，「證明責任論」，中國法制出版社。
- 王澤鑑(2000)，「民法總則」，三民書局。
- 吳光明(1999)，「商事爭議之仲裁」，五南圖書出版公司。
- 李復甸(1996)，「國際商務仲裁準據法之研究」，載於：「國際私法論文集」。
- 杜新麗編(2005)，「國際民事訴訟和商事仲裁」，中國政法大學出版社。
- 林俊益(2001)，「仲裁法之實用權益」，頁 168-169，永然文化，初版。
- 邱聯恭(2003)，「口述民事訴訟法講義(三)」。
- 姜世明(2004)，「新民事訴訟法論」，修訂 2 版。
- 張錦源(2001)，「國際貿易法」，三民書局，第 5 版。
- 陳煥文(1994)，「國際仲裁法專論」，五南圖書出版公司。
- 楊崇森等著(1999)，「仲裁法新論」，中華民國仲裁協會。
- 趙秀文編(2005)，「國際商事仲裁案例評析」，中國法制出版社。
- 劉敏編(2002)，「現代仲裁制度」，中國人民公安大學出版社，第 1 版。
- 駱永家(1972)，「民事舉證責任論」，台灣商務印書館。
- 韓波(2005)，「民事證據開示制度研究」，中國人民大學出版社。

中文期刊文獻

- Kevin M Clermont & Emily Sherwin 著(2002)，黃國昌譯，「證明度」—比較法下之觀點，法學論叢第 188 期。
- 沈冠伶(2000)，論民事訴訟程序中當事人之不知陳述，政大法學評論第 63 期，收錄於：氏，「民事證據法與武器平等原則」，元照，2007 年。
- 沈冠伶(2000)，論新民事訴訟法中法官之闡明義務與當事人之事案解明義務，萬國法律雜誌第 111 期，收錄於：氏，「舉證責任與真實義務」，元照，2007 年。
- 沈冠伶(2005)，摸索證明與事證蒐集開示之協力，月旦法學雜誌第 125 期，收錄於：氏，「民事證據法與武器平等原則」，元照，2007 年。
- 沈冠伶(2009)，證明妨礙法理在醫療民事責任之適用，台大法學論叢第 38 卷第 1 期。

事證開示制度(discovery)與發現真實—民訴法研究會第五十次研討紀錄(1994)，

法學叢刊第 155 期。

林俊益(2005)，法院對仲裁之協助與監督:仲裁法實施後之現況分析，仲裁季刊第 75 期。

邱聯恭(2000)，仲裁契約之妨訴抗辯效力—評最高法院八十一年度第三次民事庭會議決議，載於：氏，「程序選擇權論」。

邱聯恭(2000)，程序選擇權之法理，載於：氏，「程序選擇權論」。

姜世明(2001)，證明妨礙之研究，—民事訴訟法第二百八十二條之依之發展評估，萬國法律雜誌第 115 期。

姜世明(2004)，過失證明妨礙，法學講座第 26 期。

姜世明(2006)，訴訟上非負舉證責任一造當事人之事案解明義務，收錄於：氏，「舉證責任與真實義務」，新學林。

姜世明(2006)，對於所謂「應負舉證責任一造當事人有證明妨礙」見解之質疑—評台灣台北地方法院九十年度訴字第一八一八號民事判決，月旦法學雜誌第 138 期。

姜世明(2006)，論民事訴訟中之摸索證明，收錄於：氏，「舉證責任與真實義務」，新學林。

姜世明(2008)，證明度之研究，收錄於：氏，「舉證責任與證明度」，新學林。

徐盛國(1999)，仲裁之性質與理論基礎，仲裁季刊第 55 期。

張曼隆(2004)，談去內國化理論和仲裁程序適用法的關係，仲裁季刊第 71 期。

許士宦(2001)，證明妨礙，月旦法學雜誌第 76 期，收錄於：氏，「證據蒐集與紛爭解決」，學林，2005 年。

許士宦(2002)，當事人違反文書提出命令之制裁，月旦法學雜誌第 86 期。

許士宦(2003)，文書之開示與秘匿，台大法學論叢第 23 卷第 4 期，收錄於：氏，「證據蒐集與紛爭解決」，學林，2005 年。

許士宦(2005)，不負舉證責任當事人之事案解明義務，收錄於：氏，「證據蒐集與紛爭解決」，學林。

許兆慶(2002)，美國二〇〇〇年修訂統一仲裁法簡析(上)，仲裁季刊第 65 期。

陳煥文(1998)，論英國 1996 年新仲裁法，商務仲裁第 49 期。

陳煥文(1999)，論新仲裁法中仲裁程序準據法之適用順序，全國律師雜誌。

陳煥文、梁堯清(2002)，撤銷仲裁判斷理論之研究(上)，仲裁季刊第 66 期。

陳詩經(2006)，仲裁程序中關於調查證據之進行及相關法律問題之探討，仲裁季刊第 77 期。

黃國昌(2003)，比較民事訴訟法下的當事人圖像—由審理基本原則、證據收集權及證明度切入，政大法學評論第 76 期。

黃國昌(2004)，事證開示義務與舉證責任(上)—由台北地方法院八九年度簡上字第八一五號判決出發，台灣本土法學雜誌第 61 期。

黃國昌(2004)，證明妨礙，月旦法學教室第 25 期。

黃國昌(2005)，階段的舉證責任論—統合實體法政策下之裁判規範與訴訟法觀點下之行為規範，東海大學法學研究第 22 期。

楊淑文(2004)，從特定類型之實務見解觀察舉證責任分配之判斷標準，台灣本土法學雜誌第 60 期。

駱永家(2001)，證明妨礙，月旦法學雜誌第 69 期。

藍瀛芳(2000)，仲裁文書送達程序的準用民事訴訟法問題，仲裁季刊第 59 期。

藍瀛芳(2006)，仲裁之開始，仲裁季刊第 78 期。

中文碩博士論文

王昌鑫(2003)，「我國與 PRC 仲裁法關於國際商事仲裁法律適用問題之研究」，東海大學法律研究所碩士學位論文。

朱家惠(2007)，「從紐約公約之發展與實踐論外國仲裁判斷之承認與執行」，東吳大學法律學系碩士專班論文。

呂綺珍(2005)，「論民事證據法上之事實認定與證明責任」，國立台灣大學法律學研究所論文。

陳在方(2005)，「世界貿易組之爭端解決機制下舉證責任之研究」，國立台灣大學法律學研究所論文。

陳希佳(1998)，「現代仲裁人之比較研究—以機構仲裁為中心」，國立台灣大學法律學研究所論文。

潘天慶(2006)，民事訴訟法上證明妨礙之研究，東吳大學法律學研究所論文。

中文其他資料

中華民國民事訴訟法。

中華民國仲裁協會仲裁規則(http://www.arbitration.org.tw/content/a10_4.htm#1)。

中華民國仲裁法。

法務部(1999)，仲裁法修正條文對照表，仲裁法規彙編。

英文專書

Allen, Ronald R., Jr (1994), *Overview: the Common Law Systems, in EVIDENCE IN INTERNATIONAL ARBITRATION PROCEEDINGS* (Peter V. Eijsvoogel eds.).

Allison, Richard C. & Howard M. Holtzmann (2000), *The Tribunal's Use of Experts, in THE IRAN-UNITED STATES CLAIMS TRIBUNAL AND THE PROCESS OF INTERNATIONAL CLAIMS RESOLUTION* (David D. Caron & John R. Crook eds.).

Arnott, James M. (2002), *Presenting Evidence and Arguments in an International Arbitraiton, in THE ARBITRATION PROCESS* (Dennis Campbell ed.).

Böckstiegel, Karl-Heinz (2006), *Presenting, taking and Evaluating Evidence in International Arbitration, in HANDBOOK ON INTERNATIONAL ARBITRATION & ADR*, (Thomas E. Carboneau et al. eds.).

BORN, GARY (1994), *INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION IN THE UNITED STATES: COMMENTARY AND MATERIALS*.

BORN, GARY B. (2006), *INTERNATIONAL ARBITRATION AND FORUM SELECTION AGREEMENTS: DRAFTING AND ENFORCING*, 2nd ed.

BRIGGS, ADRIAN (2002), *THE CONFLICT OF LAW*.

BROWER, CHARLES N. & JASON D. BRUESCHKE (1998), *THE IRAN-UNITED STATES CLAIMS TRIBUNAL*.

BROWN, HENRY & ARTHUR MARRIOTT (2002), *ADR PRINCIPLES AND PRACTICE*.

CARON, DAVID D. ET AL. (2006), *THE UNCITRAL ARBITRATION RULES: A COMMENTARY*.

Carter, James H. (2007), *Selecting the Site for Arbitration, in PRACTITIONER'S HANDBOOK ON INTERNATIONAL ARBITRATION AND MEDIATION* (Rufus v. Rhoades et al. eds., 2nd ed.).

COLLIER, J. G. (2001), *CONFLICT OF LAWS*.

Curschmann, Jan (1994), *Germany, in EVIDENCE IN INTERNATIONAL ARBITRATION PROCEEDINGS* (Peter V. Eijsvoogel eds.).

DAMASKA, MIRJAN R. (1997), *EVIDENCE LAW ADRIFT*.

- DERAINS, YVES & ERIC A. SCHWARTZ (2005), A GUIDE TO THE ICC RULES OF ARBITRATION, 2nd ed.
- DICEY ET AL. (2006), THE CONFLICT OF LAWS, 4th ed.
- Eijsvoogel, Peter V. (1994), *General Synthesis Report, in EVIDENCE IN INTERNATIONAL ARBITRATION PROCEEDINGS* (Peter V. Eijsvoogel eds.).
- FIELD, RICHARD H. & HONORABLE BENJAMIN KAPLAN (1973), MATERIALS FOR A BASIC COURSE IN CIVIL PROCEDURE, 3rd ed.
- FIELD, RICHARD H. ET AL. (1997), MATERIALS FOR A BASIC COURSE IN CIVIL PROCEDURE, 7th ed.
- Fischer, Robert Donald & Roger S. Haydock (2002), *Drafting an Enforceable Arbitraiton Agreement, in THE ARBITRATION PROCESS* (Dennis Campbell ed.).
- FRIEDENTHAL, JACK H. ET AL. (2005), CIVIL PROCEDURE: CASES AND MATERIALS, 9th ed.
- FRIEDMAN, JOEL WM. ET AL. (2006), THE LAW OF CIVIL PROCEDURE: CASES AND MATERIALS, 2nd ed.
- GARNER, BRYAN A. & HENRY CAMPBELL BLACK (2004), BLACK'S LAW DICTIONARY, 8th ed.
- GRAVES, MORRISSEY (2008), INTERNATIONAL SALES LAW AND ARBITRATION: PROBLEMS, CASES, AND COMMENTARY.
- Hascher, Dominique T. (1996), *The law Governing Procedure: Express or Implied Choice by the Parties – CONTRACTUAL Practice, in PLANNING EFFICIENT ARBITRATION PROCEDDINGS – THE LAW APPLICABLE IN INTERNATIONAL ARBITRATION* (Albert Jan van den Berg ed.).
- Hinchey, John W. & Elizabeth T. Bear (2002), *Exchanges of Documents and Depositions in International Arbitration, in THE ARBITRATION PROCESS* (Dennis Campbell ed.).
- HOF, JACOMIJN J. VAN (1991), COMMENTARY ON THE UNCITRAL ARBITRATION RULES: THE APPLICATION BY THE IRAN-U.S. CLAIMS TRIBUNAL.
- JENKINS, JANE & SIMON STEBBINGS (2006), INTERNATIONAL CONSTRUCTION ARBITRATION LAW.
- KANTOR, MARK (2008), VALUATION FOR ARBITRATION: COMPENSATION STANDARDS, VALUATION METHODS AND EXPERT EVIDENCE.
- KAZAZI, MOJTABA (1996), BURDEN OF PROOF AND RELATED ISUES: A STUDY ON

- EVIDENCE BEFORE INTERNATIONAL TRIBUNALS.
- KENDALL, JOHN (2001), EXPERT DETERMINATION.
- Lew, Julian D.M. & Laurence Shore (2006), *Common law versus Civil law, in HANDBOOK ON INTERNATIONAL ARBITRATION & ADR* (Thomas E. Carboneau et al. eds.).
- LEW, JULIAN D.M. (1978), APPLICABLE LAW IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION.
- LOOKOFSKY, JOSEPH & KETILBJØRN HERTZ (2004), TRANSNATIONAL LITIGATION AND COMMERCIAL ARBITRATION.
- LORENZEN, ERNEST G. & STUMBERG, GEORGE W. (1951), CASES AND MATERIALS ON THE CONFLICT OF LAWS.
- LOWENFELD, ANDREAS F. (2006), International Litigation and Arbitration 410, 3rd ed.
- MAPP, WAYNE (1993), THE IRAN-UNITED STATES CLAIMS TRIBUNAL: THE FIRST TEN YEARS.
- Mehren, Robert B. von (1996), *Burden of Proof in International Arbitration, in PLANNING EFFICIENT ARBITRATION PROCEEDINGS – THE LAW APPLICABLE IN INTERNATIONAL ARBITRATION* (Albert Jan van den Berg ed.).
- MISTELIS, LOUKAS A. & JULIAN D.M. LEW (EDS.) (2006) PERVERSIVE PROBLEMS IN INTERNATIONAL ARBITRATION.
- MOENS, GABRIËL & PETER GILLIES (2006), INTERNATIONAL TRADE AND BUSINESS: LAW, POLICY AND ETHICS, 2nd ed.
- MOSES, MARGARET L. (2008), THE PRINCIPLES AND PRACTICE OF INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION.
- NORTH, PETER & J.J. FAWCETT (2004), PRIVATE INTERNATIONAL LAW.
- PARK, WILLIAM W. (2006), ARBITRATION OF INTERNATIONAL BUSINESS DISPUTES.
- PETROCHILOS, GEORGIOS (2004), PROCEDURAL LAW IN INTERNATIONAL ARBITRATION .
- RAU, ALAN SCOTT ET AL. (2006), ARBITRATION.
- REDFERN, ALAN & MARTIN HUNTER ET AL. (2004), LAW AND PRACTICE OF INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, 4th ed.
- REISMAN, W. MICHAEL ET AL. (1997), INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION: CASES, MATERIALS AND NOTES ON THE RESOLUTION OF INTERNATIONAL BUSNIESS DISPUTES.
- RISKIN, LEONARD L. ET AL. (2005), DISPUTE RESOLUTION AND LAWYERS, 3rd ed.

- Ruhlmann, F. & Gutkes, O. (1994), *France, in EVIDENCE IN INTERNATIONAL ARBITRATION PROCEEDINGS* (Peter V. Eijsvoogel eds.).
- Sajko, Krešimir (1989), *The New York Arbitration Convention of 1958 from the Yugoslav Point of View: Selected Issues, in Essays on International Commercial Arbitration* (Petar Šarčević ed.).
- SANDIFER, D. (1975), *EVIDENCE BEFORE INTERNATIONAL TRIBUNAL*, rev. ed.
- Selby, J (1992), *Fact-Finding Before the Iran-United States Claims Tribunal: The View of the Trenches, in FACT-FINDING BEFORE INTERNATIONAL TRIBUNALS* (R Lillich ed.).
- Smith, Steven L. (2007), *Enforcement of International Arbitral Awards under the New York Convention, in PRACTITIONER'S HANDBOOK ON INTERNATIONAL ARBITRATION AND MEDIATION* (Rufus v. Rhoades et al. eds., 2nd ed.).
- Stewart, David P. (1994), *National Enforcement of Arbitral Awards under Treaties and Conventions, in International Arbitration in the 21st Century: Towards "Judicialization" and Uniformity?* (Richard B. Lillich & Charles N. Brower eds.).
- Tackaberry, John (2007), *Practical Considerations for Conducting the Hearing, in PRACTITIONER'S HANDBOOK ON INTERNATIONAL ARBITRATION AND MEDIATION* (Rufus v. Rhoades et al. eds., 2nd ed.).
- Tao, Jingzhou (2007), *Document Production in Chinese International Arbitration Proceedings, in International Arbitration 2006: Back to the Basics?* (Albert Van den Berg ed.).
- TEPLY, LARRY L. ET AL. (2007), *CIVIL PROCEDURE: CASES, TEXT, NOTES, AND PROBLEMS*.
- TWEEDDALE, ANDREW & KEREN TWEEDDALE (2005), *ARBITRATION OF COMMERCIAL DISPUTES: INTERNATIONAL AND ENGLISH LAW AND PRACTICE*.
- TWINING, WILLIAM (1990), *RETHINKING EVIDENCE*.
- WIGMORE, JOHN HENRY (1981), *EVIDENCE § 2478*, James H. Chadbourn rev.

英文期刊文献

- Bensaude, Denis (2005), *S.A. Otor Participations v. S.A.R.L Carlyle (Luxembourg Holding 1 : Interim Awards on Provisional Measures in International Arbitration,* 22(4) J. INT'L ARB. 357.
- Benson, Robert E. (1996), *The Power of Arbitration and Courts to Order Discovery*

- in Arbitration—Part I*, 25 Colo. Lawyer 55.
- Clermont, Kevin M & Emily Sherwin (2002), *A Comparative View of Standard of Proof*, 50 Am. J. Comp. L.
- Elsing, Siegfried H. & John M. Townsend (2002), *Bridging the Common Law Civil Law Divide in Arbitration*, 18(1) ARB. INT'L 1.
- Kötz, Hein (2003), *Civil Justice Systems in Europe and United States*, 13 Duke J. Comp. & Int'l L 61.
- Langbein, John H. (1985), *The German Advantage in Civil Procedure*, 52 U. Chi. L. Rev. 823.
- Langbein, John H. (1987-1988), *Trashing the German Advantage*, 82 Nw. U. L. Rev. 763.
- Mann, Francis (1986), 2 ARB INT. 241.
- McAllister, Bruce A. & Amy Bloom (2003), *Evidence in Arbitration*, 34(1) J. Mar. L. & Com. 35.
- McCabe, M (1986), *Arbitral Discovery and the Iran-United States Claims Tribunal Experience*, 20 INT'L LAWYER. 499.
- Mehren, George M. von & Claudia T. Salomon (2003), *Submitting Evidence in an International Arbitration: The Common Lawyer's Guide*, 20(3) J. INT'L ARB. 285.
- Park, William W. (1983), *The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration*, 32 INT'L & COMP. L.Q. 21.
- Patocchi, Paolo Michele & Ian L. Meakin (1996), *Procedure and the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration: The Interaction of Civil Law and Common Law Procedures*, 7 INT'L BUS. L.J. 884.
- Pietrowski, Robert (2006), *Evidence in International Arbitration*, 22(3) ARB. INT'L. 373.
- Soffin, Rachel L. (2004-2005), *Civil Procedure: Arbitration and Discovery* 34 STETSON L. REV. 251.
- Straus, M. (1986), *The practice of the Iran-US Claims Tribunal in Receiving Evidence from Parties and from Expert*, 3 J. INT'L ARB. 57.
- Wilske, Stephan & Christine Gack (2007), *Expert Evidence in International Commercial Arbitration*, 29 COMP. L. Y.B. INT'L BUS. 75.
- Wilske, Stephan (2008), *The Global Competition for the 'Best' Place of Arbitration for International Arbitrations – A More or Less Biased Review of the Usual*

- Suspects and Resent Newcomers*, 1(1) Contemp. Asian Arb. J. 21.
- Yu, Hong-lin (2008), *Choice of the Proper Law vs. Public Policy*, 1(1) Contemp. Asian Arb. J. 107.

英文博士論文

Ma, Winnie (Jo-Mei) (2005), *Public Policy in the Judicial Enforcement of Arbitral Awards: Lessons for and from Australia* (unpublished S.J.D. thesis, Bond University).

英文其他資料

Abrahim aham Golshani v The Islamic Republic of Iran, Award No. 546-812-3 (2 Mar 1993), reprinted in 29 Iran-US CTR 78.

Alan Craig v Ministry of Energy of Iran, Award No. 71-346-3 (2 Sept 1983), reprinted in 3 Iran-US Cl. Trib. Rep. 280.

Arbitration Act 1996, U.K., 17 June 1996,
http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1996/ukpga_19960023_en_1#Legislation-Preamble.

Arthur J Fritz & Co. v Sherkate Tavonie SherkathayeSakhtemanie (Cooperation Society of Construction Companies), Award No. 426-276-3 (30 June 1989), reprinted in 22 Iran-US Cl. Trib. Rep. 170.

Avco Corporation v Iran Aircraft Industries, Partial Award No. 377-261-3 (18 July 1988), reprinted in 19 Iran-US Cl. Trib. Rep. 200.

Benjamin R Isaiah v Bank Mellat, Award No. 35-219-2 (30 Mar 1983), reprinted in 2 Iran-US CYR 232.

Brain v. Whitehaven Rly Co (1850)3 HL Cas 1 at 19; *Mahadevan v Mahadervan* [1964] P 233 at 243; *Re Fuld's Estate* (No 3) [1968] P 675.

British Ins. Co. of Cayman v. Water Sheet Ins. Co. Ltd., 93 F.Supp. 2d 506 (S.D.N.Y. 2000).

Brown & Root, Inc. v The Islamic Republic of Iran, Case No. 50, Chamber One, Order of 4 Jan 1993.

Brown v. Thornton (1837) 6 Ad & E1.

Carter v. Ferraro, court of Appeal of Naples, 20th Febuary 1975.

CMI International, Inc. v Ministry of Roads and Transportation et al., Award No. 99-245-2(27 Dec 1983), reprinted in 4 Iran-US CTR, 263.

CODE OF CIVIL PROCEDURE (Fr.).

Collins Systems International, Inc. v The Navy of the Islamic Republic of Iran, Award No. 526-431-1 (20 Jan 1992), reprinted in 28 Iran-US Cl. Trib. Rep. 21.

Commonwealth v. Clark, 292 Mass. 409, 415, 198 N.E. 641.

Dadras International at al. v The Islamic Republic of Iran et al., Awards No. 567-213/215-3 (7 Nov 1995), reprinted in 31Iran-US CTR 127.

Dalmia Dairy Industries Ltd. N National Bank of Pakistan [1978] 2 Lloyd's Rep. 223.

Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria,
<http://www.iusct.org/general-declaration.pdf>.

Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria
Concerning the Settlement of Claims by the Government of the United States of
America and the Government of the Islamic Republic of Iran,
<http://www.iusct.org/claims-settlement.pdf>.

Dic of Delaware, Inc. v Tehran Development Corporation et al., Award No. 176-255-3
(26 Apr 1985), reprinted in 8 Iran-US CTR, 144.

Dissenting Opinion of Richard C. Allison in Arthur J. Fritz & Co. v Sherkate Tavonie
Sherkathaye SAlhtemanie, Award No. 426-276-3 (30 June 1989), reprinted in 22
Iran-US Cl. Trib. Rep. 183.

Doctor's Assoc., Inc. v. Distajo, 66 F.3d 438, 448 (2d Cir. 1995). Griffin Industries,
Inc. v. Petrojam, Ltd., 58 F.Supp. 2d 212 (S.D.N.Y. 1999).

Dresser Industries, Inc. v The Islamic Republic of Iran and SSK Magcobar Iran, Case
Nos. 107, 109 & 110, Chamber Three, Order of 27 Jan 1983.

European Convention on International Commercial Arbitration, 21 April 1961,
<http://www.law.berkeley.edu/faculty/ddcaron/Documents/RPID%20Documents/rp04011.html#art9>.

Fairchild & Co. v. Richmond, Fredericksburg and Potomac R.R. Co., 516 F.Supp.
1305 (D.D.C. 1981).

FED. R. CIV. P.

Federal Arbitration Act, 9 U.S.C. (1990).

Flexi-Van Leasing Inc. v The Islamic Republic of Iran, Case No. 36, Chamber One,
Order of 15 Dec 1982, reprinted in Iran-US CTR, 455.

Flexi-Van Leasing, Inc. The Government of the Islamic Republic of Iran, Awards No.
259-36-1 (13 Oct 1986), reprinted in 12 Iran-US Cl. Trib. Rep. 335.

Frederica Lincoln Riahi v The Government of the Islamic Republic of Iran, Award No. 600-485-1 (27 Feb 2003), Concurring and Dissenting Opinion of Judge Charles N Brower.

Frederica Lincoln Riahi v The Government of the Islamic Republic of Iran, Case No. 485, Chamber One, Order of 23 Feb 1993.

G.A. Res. 31/98, U.N. Doc. A/Res/31/98 (15 December 1976).

Generica Ltd. V Pharmaceutical Basics, Inc., 125 F.3d 1123 (7th Cir. 1997).

GERMAN CODE OF CIVIL PROCEDURE, F.R.G. , 1 January 1998,
http://www.sccinstitute.com/_upload/shared_files/lagar/german%20arbitration%20act.pdf.

Grune and Stratton, Inc. v Iran, Award No. 359-10059-1, reprinted in 18 Iran-US CTR, 224.

H.A. Spalding, Inc. v Ministry of Roads and Transport of the Islamic Republic of Iran, Award No. 212-437-3 (24 Feb 1986), reprinted in 10 Iran-US Cl. Trib. Rep. 22.

Harris International Telecommunication, Inc. v The Islamic Republic of Iran, partial Award No. 323-409-1 (2 Nov 1987), reprinted in 7 Iran-US Cl. Trib. Rep. 31.

Harris International Telecommunications, Inc. v The Islamic Republic of Iran, Partial Award No. 323-409-1 (2 Nov 1987), reprinted in 17 Iran-US Cl. Trib. Rep. 31.

Harvey Alum. V. United Steelworkers of America, 263 F.Supp. 488 (C.D.Cal. 1967).

Henry F. Teichman, Inc. v Hamadan Glass Company, Award No. 264-264-1 (12 Nov 1986), reprinted in 13 Iran-US Cl. TRib. Rep. 124.

Hidetomo Shito v The Islamic Republic of Iran, Award No. 399-10273-3 (31 Oct 1988), reprinted in 19 Iran-US Cl. Trib. Rep. 321.

High Court of the Hong Knji3uon Special Administrative Region, 16 Jan. 1998, Politek v. Hebei Yearbook XXII, 1998 pp. 666-684.

Honeywell Bull S.A. cl Computation Bull de Venezuela CA, Cour d'appel de Paris (June 21, 1990), Rev. arb. (1991).

Hood Corporation v The Islamic Republic of Iran, Award No. 142-100-3 (13 July 1984), reprinted in 7 Iran-US Cl. Trib. Rep. 36.

Hoteles Condado Beach v. Union Troquistas Local 901, 763 F.2d 34 (1st Cir. 1985).

Hypothetical Draft Convention on the International Enforcement of Arbitration Agreements and Awards,
http://www.arbitration-icca.org/media/0/12133674097980/hypothetical_draft_con

- vention_ajrev06.pdf.
- IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration, 1 June 1991, http://www.asser.nl/ica/documents/cms_ica_4_1_IBA_ROE2.pdf.
- ICC final report on construction industry arbitrations, http://www1.fidic.org/resources/contracts/icc_arbs_FinalReport_2001.pdf.
- INA Corporation v The Government of the Islamic Republic of Iran, Award No. 184-161-1 (13 Aug 1985), reprinted in 8 Iran-US Cl. Trib. Rep. 373.
- INA Corporation v The Islamic Republic of Iran, award No. 184-161-1 (12 Aug 1985) at 14, reprinted in 8 Iran-US CTR 373.
- Inter-American Convention on International Commercial Arbitration, 30 January 1975, O.A.S.T.S. No. 42, 14 I.L.M. 336, <http://www.adr.org/sp.asp?id=31620>.
- Inter-Arab Investment Guarantee Corporation v. Banque Arabe et Internationale d'Investissements; Year Book XXIVa (1999), p.603.
- InterCarbon Bermuda, Ltd v. Caltex Trading and Transport Corp., 146 F.R.D. 4, 73 (S.D.N.Y. 1993).
- International Dispute Resolution Procedures – International Arbitration Rules of International Centre for Dispute Resolution and American Arbitration Association, 1 March 2008, <http://www.adr.org/sp.asp?id=33994>.
- Iran Ore Company of Canada v. Argonaut Shipping, Inc. (S.D.N.Y. 1985), ICCA Yearbook XII (1987).
- Iran-US Claims Tribunal Rules of Procedure, 3 May 1983, <http://www.iusct.org/tribunal-rules.pdf>.
- Iron Ore Company of Canada v Argonaut Shipping, Inc. (S.D.N.Y 1985), ICCA Yearbook XII (1987), 173.
- John Carl Warnecke and Associates v The bank Mellat, Award No. 72-124-3 (2 Sept 1983), reprinted in 3 Iran-US Cl. Trib. Rep. 256.
- Karaha Bodas Co LLC v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara.
- Kimberly-Clark Corp. v Bank Markazi Iran et al., Award No. 46-57-2 (25 May 1983), reprinted in 2 Iran-US CTR, 334.
- Korner v. Witkowitzer [1950] 2 KB 128 at 162-163, [1950] 1 All ER 558.
- La Societé National des Hydrocarbures v. Shaheen National Resource Inc. 585 F.Supp. 57 (S.D.N.Y. 1983).
- Laminiors etc. v. Southwire Co., 484 F.Supp.1063 (N.D. Ga. 1981). Standard Tankers,

etc. v. Motor Tank Vessel AKTI, 483 F.Supp. 153 (E.D.N.C. 1977).

Loutchansky v. Times Newspapers Ltd (Nos 2 to 5) [2001] EWCA Civ. 1805, [2002] Q.B. 783.

Mahadevan v. Mahadervan [1964] P 233.

MCA Incorporated v The Islamic Republic of Iran, Case No. 768, Chamber Two, Order of 6 Oct 1983. Vera-Jo on her own behalf, on behalf of Laura Aryeh, on behalf of JM Aryeh and The Islamic Republic of Iran, Case Nos. 842, Chamber One, Order of 6 Mar 1992.

Minmetals Germany v. Ferco Steel, Vol. XXIV (1999) Yearbook Commercial Arbitration 739.

National Casualty Company v. First State Insurance Group, Case No. 05-1505 (U.S. Court of Appeal for the First Circuit 2005).

National Oil Corp. v. Lybian Sun Oil Co., 733 F.Supp. 800 (D.Del. 1990).

Oil Field of Texas, Inc. v Government of the Islamic Republic of Iran, et al., Award No. 258-43-1 (8 Oct 1986), reprinted in 12 Iran-US CTR, 308.

Order of 15 Sept. 1983 in Foremost Tehran, Inc. v The Government of Iran, Case Nos. 37 and 231, Chamber One, reprinted in 3 Iran-US Cl. Trib. Rep. 361.

Paklito Investment Pty Ltd. V. Klockner East Asis Ltd. [1993] 2 HKLR 39 (Hong Kong).

Parker Case, 4 R. INT'L ARB. Awards 39 (1926).

Parsons & Whittemore Overseas Co. Inc. v. Société Générale de l'Industrie du Papier (RAKTA) 508 F. 2d 969 (2d Cir. 1974).

Patuha v PLN.

Philips Petroleum Company Iran v The Islamic Republic of Iran, Award No. 425-39-2 (29 June 1989), reprinted in 21 Iran-US Cl. Trib. Rep. 79.

Pomeroy Corporation v Government of the Islamic Republic of Iran, Award No. 51-41-3 (8 June 1983), reprinted in 2 Iran-US CTR, 391.

Quarterly communiqué, [http://www.iusct.org/commrique-english.pdf](http://www.iusct.org/communique-english.pdf).

R.J. Reynolds Tobacco Company v The Government of the Islamic Republic of Iran, Award No. 145-35-3 (6 Aug 1984), reprinted in 7 Iran-US CTR, 181.

R.N. Pomeroy et al. v Government of the Islamic Republic of Iran, Award No. 50-40-3 (8 June 1983), reprinted in 2 Iran-US CTR, 372.

Report of the UNCITRAL on the Work of its Ninth Session, UN GAOR, 31st Session,

Supp No. 17, UN Doc A/31/17.

Rexnord Inc. v The Islamic Republic of Iran, Award No. 21-132-3 (10 Jan 1983), reprinted in 2 Iran-US Cl. Trib. Rep. 6.

Reza Said Malek v The Islamic Republic of Iran, Award No. 534-193-3 (11 Aug 1992), reprinted in 28 Iran-US CTR 246.

Ronald Stuart Koehler v The Islamic Republic of Iran, Award No. 223-11713-1 (16 Apr 1986), reprinted in Iran-US CTR, 337.

Rules of Arbitration of International Chamber of Commerce, 1 January 1998, http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/rules_arb_english.pdf.

Sargent v. Massachusttes Accident Co., 307 Mass. 246, 29 N. E.2d 825 (1940).

Sesostris v. Trasportes Navales 727 F. Supp. 737 (D. Mass. 1989).

Société Soubaigne cl Société Limmareds Akogar, Cour d'appel de Paris (March 15, 1984), Rev. arb. (1985).

Starrett Housing Corp v Iran, Award No. 314-24-1, reprinted in 16 Iran-US C.T.R., 196.

Status: 1958- Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards,
http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html.

Summary Record of the 9th Meeting of the Committee of the Whole (II), U.N. Doc. A/CN.9/9/C.2/SR.9 (16 April 1976),
<http://www.uncitral.org/pdf/english/travaux/arbitration/1976Arbitration/ACN99C2SR9.pdf>.

Tempo Shain Corp. v. Bertek, Inc., 120 F.3d 16, 21 (2d Cir. 1997).

Tenet Healthcare Corp. v. Maharaj, 859 So. 2d 1209 (Fla. 4th Dist App. 2003).

The Arbitration Rules of London Court of International Arbitration, 1 January 1998, <http://www.jus.uio.no/lm/lcia.arbitration.rules.1998/>.

The Geneva Protocol on Arbitration Clauses, 1923, http://interarb.com/vl/g_pr1923.

The Swedish Arbitration Act 1999, Swed., 4 March 1999,
<http://www.chamber.se/?id=23746>.

Thomas Earl Payne v The Islamic Republic of Iran, Case No. 335, Chamber Two, Order of 12 Dec. 1983.

Time Incorporated v The Islamic Republic of Iran et al., Award No. 139-16602 (29 June 1984), reprinted in 7 Iran-US CTR, 8.

Transit Casualty Co. v. Trenwick Reinsurance Co., 659 F.Supp. 1346 (S.D.N.Y. 1987). Tribunal Superior de Justicia 1997 Malden Mills Inc (U.S.) v. Hilaturas Lourdes S.A. (Mex).

UNCITRAL Arbitration Rules, 15 December 1976,
<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules.pdf>.

UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, 7 July 2006,
http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf.

UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings, 14 Jane 1996,
<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-notes/arb-notes-e.pdf>.

UNIF. ARB. ACT (2000).

United Nations Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 10 June 1958,
http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_e.pdf.

United Painting Company, Inc. v The Islamic Republic of Iran, award No. 458-11286-1 (20 Dec 1989), reprinted in 23 Iran-US Cl. Trib. Rep. 351.

United States Court of Appeals, seventh Circuit, 19 Sep. 1997, No. 96-4004, Generica Limited v. Pharmaceuticals Basics Inc.

University of California at Berkeley's school of information management and systems, how much information? 2003,
<http://www2.sims.berkeley.edu/research/projects/how-much-info-2003/>.

Vera-Jo Miller Aryeh et al. v The Islamic Republic of Iran, Award No. 581-842/843/844-1 (22 May 1997), reprinted in 33 Iran-US CTR 272.

W Jack Buckamier v The Islamic Republic of Iran, Award No. 528-94 1-3 (6 Mar 1992), reprinted in 28 Iran-US CTR 53.

William J. Levitt v Islamic Republic of Iran, et al., Award No. 520-210-3 (29 Aug 1999), reprinted in 27 Iran-US Cl. Trib. Rep. 145.

William L. Pereira Associates, Iran v The Islamic Republic of Iran, Award No. 116-1-3 (19 Mar 1984), reprinted in 5 Iran-US Cl. Trib. Rep. 198.

XL Insurance Ltd v. Owens Corning [2001] 1 All ER (Comm) 530, 541, *per* Toulson J.

附錄



⁷⁴³ 作者特別感謝 Dr. Stephan Wilske 提供此專家鑑定爭點整理範圍書之樣本，及其對本文所給予之慷慨指導與建議。

International Court Of Arbitration
International Chamber Of Commerce
ICC Arbitration No. [REDACTED]

[REDACTED] (Japan)
("____")

Claimant
Respondent on Counterclaim

v.

[REDACTED] (Germany)

[REDACTED] (Germany)
("____")

Respondents
Counterclaimants

TERMS OF REFERENCE FOR THE EXPERT

28 September 2004

I. THE DISPUTE SUBJECT TO ARBITRATION

1. In the ICC arbitration No. [REDACTED] (Claimant) has brought against [REDACTED] (Respondents) several liability claims based upon its alleged know-how listed in Annex A to Claimant's Post-hearing brief dated 22 July 2003, attached as Exhibit 1 hereto, namely a claim for possession of valuable and proprietary know-how, a claim for misappropriation, a claim for unfair competition and requests for specific performance.
2. In support of such claims, [REDACTED] submitted to the Arbitral Tribunal the following documents:
 - Claimant's submissions: First Memorial of 27 February 2003, Second Memorial of 18 April 2003, Third Memorial of 16 May 2003 and Post-hearing brief of 22 July 2003.
 - Claimant's exhibits, including its witness statements and expert reports on record.
3. Copies of these documents shall be directly provided by Claimant immediately after execution of the present Terms of Reference. Copy of Claimant's Post-hearing brief of 22 July 2003 has already been provided by letter dated 30 July 2004.
4. [REDACTED] objected to [REDACTED] claims in that it denied that certain items constituted [REDACTED] know-how, and argued that the technology used within Project [REDACTED] is different from what is claimed as [REDACTED] know-how, that there is no misappropriation if the know-how used on the [REDACTED] Line is identical or similar to the claimed [REDACTED] know-how but properly acquired by [REDACTED] from a third party, and that certain items of claimed [REDACTED] know-how are at present in the public domain.
5. To substantiate its defense, [REDACTED] submitted to the Arbitral Tribunal the following documents:
 - Respondents' submissions: First Memorial of 27 February 2003, Second Memorial of 18 April 2003, Third Memorial of 16 May 2003 and Post-hearing brief of 22 July 2003
 - Respondents' exhibits, including its witness statements and expert reports on record.
6. Copies of these documents shall be directly provided by Respondents immediately after execution of the present Terms of Reference. Copy of Respondents' Post-hearing brief of 22 July 2003 has already been provided by letter dated 29 July 2004.
7. In addition, Respondents shall provide immediately after execution of the present Terms of Reference the documents for the [REDACTED] Line, absent objection by Claimant which will have received copy thereof in advance. Further, the parties shall immediately after execution of the present Terms of Reference also provide a copy of the Minutes of the Zurich hearing of 16-20 June 2003.

II. THE AWARD ON LIABILITY OF 17 MARCH 2004

8. On 17 March 2004, the Arbitral Tribunal rendered an Award on liability (hereinafter the "Award") and reserved its decisions on the claims referred to in section I above until the determination of the items of know-how in Annex A and of their misappropriation on the

[REDACTED] Line, if any.

9. As a matter of principle, the Award is a final decision of the Arbitral Tribunal and may not be revisited (subject to a request by one party to have the award or portions thereof set aside before the Swiss Federal Tribunal). Thus, an expert is bound by such findings.
10. In light of the operative part of the Award (paragraph 976 of the Award), the issues left to be determined by the Arbitral Tribunal are the alleged use and misappropriation of [REDACTED] know-how by [REDACTED] within Project [REDACTED], the possession by [REDACTED] of valuable and proprietary know-how, the engagement of [REDACTED] in unfair competition activities and Claimant's requests for specific performance.
11. In order to complete such assessment, the Arbitral Tribunal decided in accordance with Article 20(4) ICC Rules and Article 4 of Procedural Order No. 1 (Procedural Rules) of 19 September 2002 to request a report by a tribunal-appointed expert.

III. THE APPOINTMENT OF THE EXPERT

12. In view of the foregoing, the Arbitral Tribunal has decided to appoint with the consent of both Parties, Mr [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] as an independent expert (the "Expert").
13. In order to assist the Expert in carrying out his assignment, copies of the following documents have already been provided to the Expert by the Arbitral Tribunal by letter dated 27 July 2004, namely:
 - Award on liability of 17 March 2004
 - Dissenting Opinion of 9 March 2004 (which is not part of the Award)
 - Terms of Reference of 19 September 2002
14. In addition, copies of the following documents are attached as Exhibits 2 and 3 hereto:
 - Procedural Rules of 19 September 2002
 - 1998 ICC Rules of Arbitration
15. Moreover, the Expert shall have in accordance with Article 5 of Procedural Order No. 1 (Procedural Rules) of 19 September 2002 access to the [REDACTED] Line, being specified that, subject to appropriate measures to ensure confidentiality, the Parties' Authorized Representatives as designated by each Party (see letters of 3 and 6 August 2004), outside experts [REDACTED] and [REDACTED], as well as the members of the Arbitral Tribunal, will have the right to attend any inspection by the Expert of the [REDACTED] Line, if necessary. The attendance of other persons will be subject to an agreement in writing of the Parties or directions from the Arbitral Tribunal.

IV. QUESTIONS FOR THE EXPERT

16. As set forth in the Award, the Arbitral Tribunal has made findings on various issues in these proceedings but reserved certain issues for the Expert's review.
17. As a result, the Expert is requested to examine all documents referred to under points I and III above, which he obtained from the Parties or the Arbitral Tribunal, as well as to

inspect the [REDACTED] Line, if deemed necessary and appropriate, and to prepare on the basis of such record and inspection, if any, a report sequentially answering the following questions.

1. Scope of [REDACTED] know-how

18. Please state whether or not each item of know-how listed in Annex A (except items (e), (u) and (v)) constitutes proprietary [REDACTED] know-how at the time of the transfer of know-how under the [REDACTED] Agreement ("[REDACTED]") in 1992, being understood that proprietary know-how is meant to refer to specific technical knowledge susceptible to industrial use and which is not immediately accessible to others in that industry.

With respect to items (a), (c), (d), (s) and (t) of Annex A in particular, the following specific dimensions were found to be proprietary [REDACTED] know-how at the time of the transfer of know-how under the [REDACTED] in 1992:

- a. A float bath having a spout lip with a width of [REDACTED];
- c. A float bath having a wetback length (the distance from front of the wetback tile to the edge of the spout lip) of [REDACTED];
- d. A float bath having a pullback length (i.e., the wetback length multiplied by the sine of the angle of the restrictor tile) of [REDACTED];
- s. A float bath having a deep pocket in the hot end just below the spout with a tin depth of [REDACTED] deep;
- t. A float bath having a tin depth in the wide portion of the bath of [REDACTED].

Please explain whether or not the specified ranges for such items in Annex A, namely:

- a. A float bath having a spout lip with a width falling within the range of [REDACTED] to [REDACTED];
- c. A float bath having a wetback length (the distance from front of the wetback tile to the edge of the spout lip) falling within the range of [REDACTED] to [REDACTED];
- d. A float bath having a pullback length (i.e., the wetback length multiplied by the sine of the angle of the restrictor tile) falling within the range of [REDACTED] to [REDACTED];
- s. A float bath having a deep pocket in the hot end just below the spout with a tin depth of between [REDACTED] and [REDACTED] deep;
- t. A float bath having a tin depth in the wide portion of the bath of less than [REDACTED].

would constitute proprietary [REDACTED] know-how at the time of the transfer of know-how under the [REDACTED] in 1992.

19. Please state whether those items of know-how in Annex A found in your analysis under the preceding paragraph to constitute proprietary [REDACTED] know-how at the time of the transfer of know-how under the [REDACTED] in 1992 are no longer to be considered as proprietary [REDACTED] know-how to date or are at present in the public domain.
20. In doing so, please note that the title of Annex A, i.e. "Confirmed [REDACTED] know-how", has been struck and should be disregarded accordingly.
21. Please note that item (g) of Annex A has also been deleted and that item (h) of Annex A has been modified so as to read "A float bath for ultra-thin glass with the spacing between the assist rollers between [REDACTED]".

2. Transfer of know-how by [REDACTED] to [REDACTED] in writing
22. With respect to items (a), (c), (d), (s) and (t) of Annex A, the following specific dimensions were found in the Award to have been transferred in writing by [REDACTED] to [REDACTED] at the time of the transfer of know-how under the [REDACTED] in 1992:
- a. A float bath having a spout lip with a width of [REDACTED];
 - c. A float bath having a wetback length (the distance from front of the wetback tile to the edge of the spout lip) of [REDACTED];
 - d. A float bath having a pullback length (i.e., the wetback length multiplied by the sine of the angle of the restrictor tile) of [REDACTED];
 - s. A float bath having a deep pocket in the hot end just below the spout with a tin depth of [REDACTED] deep;
 - t. A float bath having a tin depth in the wide portion of the bath of [REDACTED].

Please indicate whether or not the specified ranges for such items in Annex A, namely:

- a. A float bath having a spout lip with a width falling within the range of [REDACTED] to [REDACTED];
- c. A float bath having a wetback length (the distance from front of the wetback tile to the edge of the spout lip) falling within the range of [REDACTED] to [REDACTED];
- d. A float bath having a pullback length (i.e., the wetback length multiplied by the sine of the angle of the restrictor tile) falling within the range of [REDACTED] to [REDACTED];
- s. A float bath having a deep pocket in the hot end just below the spout with a tin depth of between [REDACTED] and [REDACTED] deep;
- t. A float bath having a tin depth in the wide portion of the bath of less than [REDACTED].

were disclosed or transferred in writing (e.g. blueprints, drawings, letters, memoranda, process descriptions, operating procedures or other written data; see Award section V.C.1) by [REDACTED] to [REDACTED] under the [REDACTED], and if so, identify the documents on record showing such disclosure or transfer of know-how.

23. Please state whether or not the following items (b), (f), (h), (i), (j), (k), (l), (m), (n), (o), (p), (q), (r), (w) and (x) of Annex A, namely:

REDACTED

REDACTED

were disclosed or transferred in writing (e.g. blueprints, drawings, letters, memoranda, process descriptions, operating procedures or other written data; see Award section V.C.1) by [REDACTED] to [REDACTED] under the [REDACTED] and if so, identify the documents on record showing such disclosure or transfer of know-how.

3. **Presence of [REDACTED] know-how on the [REDACTED] Line**
24. Please state whether or not items (a), (c), (d), (e), (s), (t), (u) and (v) of Annex A - the following specific features or dimensions of which were found in the Award to be proprietary and confidential [REDACTED] know-how at the time of the transfer of know-how under the [REDACTED] in 1992 - namely:
- a. A float bath having a spout lip with a width of [REDACTED];
 - c. A float bath having a wetback length (the distance from front of the wetback tile to the edge of the spout lip) of [REDACTED];
 - d. A float bath having a pullback length (i.e., the wetback length multiplied by the sine of the angle of the restrictor tile) of [REDACTED];
 - e. [REDACTED]

REDACTED

and the specified ranges for items (a), (c), (d), (s) and (t) in Annex A namely:

- a. A float bath having a spout lip with a width falling within the range of [REDACTED] to [REDACTED]
- c. A float bath having a wetback length (the distance from front of the wetback tile to the edge of the spout lip) falling within the range of [REDACTED] to [REDACTED]
- d. A float bath having a pullback length (i.e., the wetback length multiplied by the sine of the angle of the restrictor tile) falling within the range of [REDACTED] to [REDACTED]
- s. A float bath having a deep pocket in the hot end just below the spout with a tin depth of between [REDACTED] and [REDACTED] deep;
- t. A float bath having a tin depth in the wide portion of the bath of less than [REDACTED]

and items (b), (f), (h), (i), (j), (k), (l), (m), (n), (o), (p), (q), (r), (w) and (x) of Annex A - namely:

REDACTED

REDACTED

are incorporated in, used on or there is evidence of intent that such items be used on the [REDACTED] Line, and if so, identify with specificity the basis for your opinion.

4. Acquisition of know-how from third parties

25. Please state whether those items of know-how in Annex A found in your analysis under section 3 above to be incorporated in, used on or intended to be used on the [REDACTED] Line were acquired by [REDACTED] on an independent basis from a third party, i.e. without such third party having had access to such [REDACTED] know-how and without any violation of secrecy by such third party, and if so, identify the documents or testimony on record showing such acquisition on an independent basis.

V. EXPERT REPORT

26. The Expert shall produce a comprehensive report of the Expert's findings on the questions referred to under point IV above (the "Report") for presentation to the Arbitral Tribunal so as to enable the latter to rely upon it, if it sees fit, for the purpose of its decision.
27. The Expert shall do such other things and perform such other activity within the scope of the Terms of Reference as the Expert may be reasonably requested by the Arbitral Tribunal.
28. The Expert may request to have access to such of the Parties' records and documents as he may reasonably deem necessary or convenient to consult in order to deal comprehensively and accurately with the questions under point IV above. The Expert's request hereunder should be addressed to Counsel of the concerned Party, being specified that, subject to leave from the Arbitral Tribunal or an agreement in writing stipulating otherwise, the Expert will refrain from any oral or written contacts with third parties and restrict his contacts with the Parties to contacts in writing with the Parties' Authorized Representatives as designated by each Party (namely [REDACTED], [REDACTED] and [REDACTED] for Claimant, and Dr Stephan Wilske and [REDACTED] for Respondents). The Expert is to refrain from any oral contact with either Party's Authorized Representatives for the Parties and will have no

meeting with the Parties (i.e. employees, officers, agents, etc.) without the attendance of at least one of both Parties' Authorized Representatives as designated by each Party. For the avoidance of doubt, the Expert is to give reasonable advance notice of any meeting so that the Parties may send at least one Party Authorized Representative if it so wishes.

29. A copy of all letters that the Expert will send to one of the Parties shall be sent to the other Party, to the members of the Arbitral Tribunal and to the ICC at the addresses indicated in the Terms of Reference dated 19 September 2002. The Expert may transmit such communications by certified or registered mail, or by facsimile, or by courier or by e-mail or by any other means of telecommunication that provides a record of the sending thereof. In case of facsimile or e-mail transmission, a copy shall also be sent by courier or mail.
30. In case of doubt or difficulties, the Expert shall request directions from the Chairman of the Arbitral Tribunal.
31. Three copies of the Report shall be sent simultaneously to the Chairman of the Arbitral Tribunal and one copy each to the co-arbitrators, as well as two copies to each Party and one copy to the ICC, no later than 4 months after the date of notification to the Expert by the Chairman of the Arbitral Tribunal that the advance on deposit with the ICC International Court of Arbitration has occurred.
32. After the Report is submitted to the Arbitral Tribunal and the Parties, the Expert shall be available, if requested to do so by the Arbitral Tribunal, to attend a hearing with the Arbitral Tribunal and the Parties in Zurich in principle in order to answer any questions regarding the content of the Report.

VI. EXPERT REMUNERATION

33. The amount of the Expert's fees shall be as follows:
 - a. for the preparation of the Report, a total amount not in excess of USD 100'000. This amount is based on an estimate of the time involved of 300 hours (at an hourly rate of USD 300 for document review and report preparation or USD 400 for site visits) and shall accordingly be reduced, should the time necessary to complete the Report be less than anticipated. The amount of the Expert's fees will be paid as follows: the Expert will invoice the ICC on a monthly basis, whereupon the ICC will pay his fees out of the advances paid by each party into the newly-opened account with the ICC to that end.
 - b. for the attendance at subsequent hearing or meeting with the Arbitral Tribunal and the Parties:
 - a hourly rate of USD 400;
 - plus reimbursement of accommodation and living expenses, as well as travel costs.
34. These amounts shall be paid following presentation of the relevant invoices to the ICC.

The Expert's acceptance of the appointment hereunder will be on the condition that the Expert

- will keep confidential all information coming into his possession in the course of his service as tribunal-appointed expert in this arbitration in accordance with the Confidentiality Commitment he entered into on 20 July 2004, will use all such information only for the purposes of this arbitration and will upon completion return all documents to Counsel from which he received such documentation;
- confirms by signing the present Terms of Reference that, after due investigation, the Expert is aware of no matter which might prevent or might be perceived as preventing him from acting independently and impartially in carrying out the assignment as tribunal-appointed expert in this arbitration;
- will perform its assignment in all honesty and from a completely independent and impartial standpoint.

Place of arbitration: Zurich

Date: 28 September 2004

For the Arbitral Tribunal:

For acceptance: