

未经准许  
不得转载

# 仲裁与法律通讯

中国国际经济贸易仲裁委员会  
中国海事仲裁委员会 主 办  
中国国际贸易促进委员会法律部

第3期

1997年6月

## 目 录

### · 讯息 ·

- 我会派人参加涉外仲裁司法审查研讨会..... (1)
- 中国商事仲裁培训中心在京举办第二期仲裁培训班..... (1)
- 贸促会系统调解员培训及法律工作研讨会在无锡召开..... (2)
- 国际律师协会“国际海事仲裁研讨会”在汉堡举行..... (3)

### · 专论 ·

- 论信用证的“单证不符”..... (4)
- 论仲裁案件的法律适用..... (10)
- 国际商事仲裁中证据的获取和法院的协助..... (22)



·海事·

海上危险免责若干法律问题初探 ..... (28)

关于国际货运代理公司如何明确自身的法律地位

避免市场风险的几点想法和建议 ..... (31)

·出证认证·

谈不可抗力条款在对外贸易中的作用 ..... (35)

概论美国原产地规则对服装业的影响 ..... (36)

·特载·

听审制度 ..... (39)

证券交易仲裁 ..... (41)

·国外法规资料·

英国仲裁法(1996)(续) ..... (48)

·迁址通知· ..... (59)

目 录

本刊编辑部地址:北京朝阳区亮马桥路32号高斓大厦六层

邮政编码:100016

联系电话:64646688



然而,作者不得不指出,国际商事仲裁和海事仲裁要完全脱离法院的支持几乎是寸步难行,且不说仲裁程序之后的撤销或执行程序,就是在仲裁程序进行中或者仲裁程序一开始,当事人需要进行财产保全时,或者是由仲裁庭作出中间裁决决定进行临时保护措施时,都必须通过法院才能进行。除去执行裁决之外,裁决的撤销和采取临时保护措施虽不完全但一般都必须获得仲裁地法院的支持才得以完成(仲裁所依据法律之国家同样可以撤销裁决)。因此,虽然仲裁并不必然非适用仲裁地法不可,但仲裁地法的重要性却是不容忽视。因此,作者认为,在联合国推荐使用联合国国际商事仲裁示范法,要求各国在制定其仲裁法时考虑采取联合国国际商事仲裁示范法的情况下,各国在立法时,考虑采取该法是使国际商事仲裁、海事仲裁的程序尽可能统一的好举措。

(未完待续)

## 国际商事仲裁中证据的获取和法院的协助

吴焕宁 李 敏

证据是仲裁员作出裁决的依据,其收集和审查是仲裁管理中的重要环节。但因为仲裁与诉讼不同,具有民间性和自愿性,这就决定了仲裁庭的权力来源与法院不同。它不是来自国家的司法主权,而是来自于授权。一般认为仲裁庭的权力来源于两处,其一是当事人在有关法律文件的范围内授予仲裁庭的权力。这又包括当事人在仲裁协议中的直接授权和当事人约定依某种仲裁规则进行仲裁,而这些仲裁规则的间接授权;其二是来源于法律所授予的补充权力。而这一来源也是为了弥补仲裁庭不具有象法院一样的强制权这一缺陷,以确保仲裁作为解决纠纷重要手段的有效性。法律(例如各国的仲裁法及民事诉讼法)增补仲裁庭权力的方式有三种:

1. 直接赋予仲裁庭权力;
  2. 授权法院代表仲裁庭或当事人行使权力;
  3. 将这两种方式结合起来。
- 具体到证据获取这一问题上,除了仲裁庭直接获取的证据外,还有相当一部分需要法院协助来获取。下面就结合各国及国际仲裁方法及仲裁实践谈谈这一问题及我国应做的借鉴。

### 一、仲裁庭直接获取证据

#### (一)当事人所提供的证据

各国仲裁法及仲裁规则一般都规定,当事人各方对其申诉或答辩所依据的事实负有举证责任。例如《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》第24条规定:“当事人各方有义务证明其请求或答辩所依据的事实。”俟各方举证完毕,该规则第25条(6)项规定:“仲裁庭应决定证人证词的可接受性,相

关性、实质性和重要性。”<sup>①</sup>

中国国际贸易仲裁委员会的《仲裁规则》第14、17和18条,以及中国海事仲裁委员会《仲裁规则》第6、8、9条均规定:(1)申请人提出仲裁申请时,应在仲裁申请书上写明申请人的要求及所依据的事实和证据;(2)被申请人规定的期限内提交答辩书和有关证明文件;(3)被申请人提出反请求,应在反请求书上写明所依据的事实和证据。

此外,在当事人不主动提交有关证据时,仲裁庭有权要求其提供。例如《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》第24条第二款规定:“仲裁庭认为适当,得要求一方当事人在法庭规定的期限内将其意图提出支持申诉书或答辩书内所陈述的争议事实的有关文件摘要或其他证据提交该庭和另一方当事人。”“在仲裁程序进行中的任何时期,仲裁庭得要求当事人在该庭规定的期限内提供书证、物证或其他证据。”(《美国仲裁协会国际仲裁规则》也有类似的规定。<sup>②</sup>

英国《伦敦国际仲裁院仲裁规则》第13条(3)项中赋予仲裁庭额外权力以“命令任何一方当事人向仲裁庭或者其他当事人提供任何仲裁庭认为有关的,该当事人所有的或掌握的任何实物或各类文件或这些文件的副本。”<sup>③</sup>同时仲裁庭的这一权力也因为英国1950年《仲裁法》第12条第4款的规定而可以通过法院的支持具有了“强制性”。<sup>④</sup>虽然当事人因不遵守仲裁庭要求提供文件的命令而被法院判罚是有其法律意义的,但在实践中,这种情况几乎绝无仅有。仲裁庭一般只注意到当事人没有遵守这一命令,从而在有关问题上引伸出对该当事人不利的推论。有鉴于此,譬如《新德意志商仲裁院仲裁规则》并没有特别赋予仲裁庭发布此种命令的权力。

当事人提供证据是仲裁庭获得证据的一种重要途径。但是仲裁庭在采纳这些证据,认定证据相关性、可靠性和效力所依据的证据规则却较为缺乏,尤其是在国际仲裁中,当事人、代理律师及仲裁员来自不同法系的国家,有些受英美普通法的教育,有些受大陆法的训练。故而其证据理念也有很大的不同,这对仲裁程序的顺利进行造成很大不便。有鉴于此,国际律师协会(IBA)在1983年5月28日通过了《国际商事仲裁中提交和接受证据的补充规则》并建议其成员及国际商事仲裁界采用。这一证据规则调和了两大法系的冲突,具有一定的借鉴作用。<sup>⑤</sup>但无论如何,因为“仲裁的目的不是给当事人证明案件的权利造成限制”<sup>⑥</sup>,仲裁机构通常不愿采用可界定的证据规则限制证据的形式、提供和接受。作为一般原则,仲裁机构特别是国际仲裁机构,对证据的认可和接受比法院在此方面的做法大为灵活、自由。

### (二)专家证据

国际商事仲裁中的仲裁庭一般都是由法学家组成的。当出现专业性或技术性问题时,仲裁庭为了得出结论常需要专家的协助。一般而言,仲裁庭都具有在其认为必要时指定专家的权力。这种权力或者来自仲裁协议中的明示条款,或者来自国际仲裁规则或机构仲裁规则的规定。例如《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》第27条规定:“仲裁庭得指定专家一人或数人对有待法庭决定的某些争论问题提出书面报告。”(新加坡国际仲裁中心仲裁规则)<sup>⑦</sup>、《国际商会仲裁规则》<sup>⑧</sup>、《伦敦国际仲裁院仲裁规则》及我国贸仲、海仲的仲裁规则都有类似的规定。世界知识产权组织仲裁中心仲裁规则对此问题的规定稍有不同,其第55条规定:仲裁庭“只有在商双方当事人后”才可指定一名或多名独立的专家。

①《国际商事仲裁与调解》(李玉泉主编,武汉大学出版社,1993)  
②《国际商事仲裁与调解》(李玉泉主编,武汉大学出版社,1993)  
③《国际商事仲裁与调解》(李玉泉主编,武汉大学出版社,1993)  
④《国际商事仲裁与调解》(李玉泉主编,武汉大学出版社,1993)  
⑤《国际商事仲裁与调解》(李玉泉主编,武汉大学出版社,1993)  
⑥《国际商事仲裁与调解》(李玉泉主编,武汉大学出版社,1993)  
⑦《国际商事仲裁与调解》(李玉泉主编,武汉大学出版社,1993)  
⑧《国际商事仲裁与调解》(李玉泉主编,武汉大学出版社,1993)



专家证据除了包括仲裁庭自己指定的专家作出的报告之外,还包括由当事人出示的专家证据。如果后者引起矛盾,则通过盘诘或其他方法,包括指定仲裁庭自己的专家,由仲裁庭进行评估。

### (三) 仲裁庭自行调查,搜集所得的证据

一般而言,仲裁庭在进行调查、盘诘时不仅需要当事人各方的配合,还需要第三方的配合。在第三方采取不合作态度时,仲裁庭往往无能为力。所以关于此问题,《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》<sup>①</sup>、《国际商会仲裁规则》<sup>②</sup>均无明文规定,《伦敦仲裁院仲裁规则》<sup>③</sup>和《美国仲裁协会仲裁规则》<sup>④</sup>也仅针对当事人的财产和物品赋予仲裁庭以检查的权力。在此问题上,世界知识产权组织仲裁中心《仲裁规则》<sup>⑤</sup>第50条“现场参观”中有较详细的现场、财产、机器、设施、生产线、式样、影片、材料、产品或工艺……。(解决投资争端国际中心仲裁程序规则)也因考虑到现场调查的必要性,在其第34条第二款、第四款中规定“在仲裁庭认为必要时,仲裁庭可勘察或调查现场费用作为双方当现场进行调查。”该规则还要求当事人在这一问题上进行合作,将勘察或调查现场费用作为双方当事人开支的一部分。我国贸仲仲裁规则第26条、海仲仲裁规则第37条、38条均规定“仲裁庭认为必要时,可以自行调查事实、收集证据”。

### (四) 仲裁庭可获取的证据

仲裁庭有权决定某些事实无需通过一般举证程序加以证明,这些事实可能是常识性的,也可能由于某些原因,如证据灭失等,当事人无法提供通常所需的证据。这时仲裁庭可依其自由裁量权认定这些事实的存在。

仲裁庭可这一概念源于司法认可。后者是指对某些众所周知的事实或在科学上已成定论的科学原理,法庭自行认定其存在及其真实性。不过,仲裁庭可不同于司法认可:(1)司法认可通常具有严格的定义,在普通法系国家的证据规则中尤其如此。例如,众所周知的事实是指某一特定地域内的居民众知的事实,而不是法院前案法官所熟知或确定的事实。而仲裁庭可则可适用某一行业内的专业人士,甚至仲裁员自认为无可争议的事实。仲裁庭可的事实不构成司法认可的条件,而系统证实的要件。(2)当事人确定无法提出某项事实的证据证实一项事实的存在不构成司法认可的条件,而在仲裁程序中,如仲裁庭相信当事人属于无法而拒绝作证,而该事实属于专业常识或惯常商业实践,仲裁庭可以考虑行使仲裁庭认可的权力。上述区别源于仲裁庭职能与司法审判的天然差异。国际仲裁实践赋予仲裁庭在“审定”证据方面的权力可以表述为:只要仲裁庭认为合适,证据即有效力。与此相适应,仲裁庭可在很大程度上取裁于仲裁庭的自由裁量。如果仲裁庭就当事人无法提供的证据进行仲裁庭可,被认可的事实甚至可具有最佳证据的效力。<sup>⑥</sup>

### (五) 根据“得出证据”原则所获取的证据

在西方的刑事诉讼中,有一项有名的原则,称作“自证其事”。它是指任何人不得被强迫提供证明自己有罪的证据。美国将该项原则写入宪法修正案的第五条款。<sup>⑦</sup>这一原则在民事诉讼中有另一种反映,即一方当事人通常无义务提供对方不利的证据。<sup>⑧</sup>国际律师协会的《证据补充规则》<sup>⑨</sup>第4条第1款规定“每一方当事人依据其所希望依据的全部文件材料进行‘文件材料的提交’,就体现了这一原则。在刑事审判中,当被告拒绝自证其事时,法官可以提审陪审团注意这一点,并以此

告的拒绝合作行为中得出陪审团自己的结论。在民事审判中,法官有权命令当事人提供某种他认为客观存在的证据,如当事人拒绝合作,法官在一定情况下可因藐视法庭而给该当事人以罚款或拘禁(例如我国《民事诉讼法》第102条第1款第一项规定)。在仲裁程序中,仲裁庭没有法官那样的权力,不能处罚不遵守仲裁庭命令的当事人,但可以而且应该从当事人拒绝合作行为中得出自己的结论,譬如接受对方当事人有关事实的主张<sup>⑩</sup>。正如在一个仲裁案中一位仲裁员所言:“本案被申请人认识到应向仲裁庭提交董事会会议记录,但却不向仲裁庭提交构成董事会记录组成部分的董事会报告。据此,仲裁庭被迫推定,该报告,经提出,即产生对被申请人不利的证据效果。当一方当事人拥有对本案明显有关的证据,并且明知提出此等证据有助于仲裁庭审理案件,但如该方仅支持自己的主张,而非为澄清事实选择性地出示证据,那么该方便自招风险,因为仲裁庭就当事人拒不出证的内容自作结论。”<sup>⑪</sup>我国民事诉讼法中关于“全面”、“客观”地审查证据的规定也在一定程度上体现了这一证据原则。

此外,下列证据肯定规则也应归于“得出证据”原则之中:

一方当事人要求履行义务的书而要求(如支票等)之时或稍后,没有以书面形式拒绝该要求,则此事实构成该方已做出承诺的有力证据:

一方在仲裁中做出与其先前所持立场自相矛盾的陈述,此等陈述构成否认该方先前立场的有力证据。<sup>⑫</sup>

### 二、法院协助获取证据

法院协助获取证据的情形主要存在于作为证人的非当事人拒绝合作的情形。因为如果当事人不提供有关证据,仲裁庭自然会作出对他不利的裁决,而无需寻求法院的支持。国际商事仲裁具有严格的契约性质,仲裁庭的命令和决定仅对仲裁当事人有约束力。如果与争议事项有关的财产或证据为第三人所有或控制时,如需采取临时保全措施,或强制第三人出示证据或出庭作证,仲裁庭便无能为力了。任何有效的救济都必须由有管辖权的法院来实施。这就是所谓“在仲裁过程中,当事人或仲裁庭有必要得到司法支持,以获得超出仲裁员权力而属法院专属管辖范围的决定。”<sup>⑬</sup>

#### (一) 法院协助在仲裁前保全证据和获取证据

在证据容易灭失的情况下,在仲裁前即采取保全措施以保全或获取证据是十分必要的。这种措施当然要通过当事人向法院提出申请得以实现,但法院此时的介入是否对当事人之间的仲裁协议是一种违反呢?联合国《国际商事仲裁示范法》第9条规定:“在仲裁程序进行前或进行期间内,当事人一方请求法院采取临时保护措施和法院准许采取这种措施,均与仲裁协议不相抵触。”<sup>⑭</sup>显然,国际贸易法委员会希望在《示范法》基础上制定新仲裁法规的国家在法院支持仲裁程序方面提供便利。《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》第26条第3款也规定:“当事人中任何一方司法机关要求采取临时措施不得被认为与仲裁协议的规定有抵触或认为是对该协议的摒弃。”

我国仲裁法第46条、第68条中对证据保全的规定是“在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下,当事人可以申请证据保全”;“涉外仲裁的当事人申请证据保全的,涉外经济仲裁委员会应当将当事人的申请提交证据所在地的中级人民法院”,但这里对证据保全的规定仅限于仲裁中,仲裁前的情况未有提及。而对于仲裁前的证据保全和获取,瑞士法律有较详尽的规定。瑞士是一个联邦制国家,其实体法一般是由联邦统一制定的,但程序法大多由各州制定。瑞士各州的程序法一般

① 联合国国际贸易法委员会第27条规定当事人各方方向仲裁庭指定的专家提供任何有关资料或经专家要求时,提供任何有关文件或证据以供使用。

② 《国际商事仲裁与调解规则》第13条第一款。李玉泉主编。开成大学出版社。

③ 《国际商事仲裁与调解规则》第13条。李五泉主编。开成大学出版社。

④ 《仲裁与法律通讯》1996年第3期。

⑤ 《国际商事仲裁程序中的证据规则》(文、修、补、或《仲裁与法律通讯》1996年第3期)。

⑥ 《国际商事仲裁程序中的证据规则》(文、修、补、或《仲裁与法律通讯》1996年第3期)。

⑦ Supra Note 5, Arbitration in England, The Current Issues, International Business Lawyer, Nov 1987, P453

⑧ A. Rodiere & M. Hunter, Law and practice of International Arbitration, 1986

⑨ Supra Note 5, Arbitration in England, The Current Issues, International Business Lawyer, Nov 1987, P24

⑩ G. Galt, "Introduction," in New York Convention

⑪ 《国际商事仲裁与调解规则》李玉泉主编。开成大学出版社。P333



都规定,在仲裁开始之前,只要符合某些条件,根据一方当事人的请求,州法院可以批准一项以期取得证据的命令。

最主要的获取证据的方法是取得证据记录在案,例如检查易腐货物,鉴定建筑物的承压能力,向在场证人等,而这些证据在将来仲裁中可能不再便于取得。

此外,一些州的下级管理机构或地方官有权依一方当事人的请求,就某些确认的事实做出正式报告,而不需要专家鉴定。例如他们可以记录已到达的船舶货物是否有明显的包装破损,可以提取并封存样品,以免以后假造。从程序法的观点来看,这些官员提供的报告具有公证作用,它可以取代对方当事人提出的答辩。<sup>①</sup>

## (二) 在仲裁过程中法院协助取得证据

在仲裁中,如果需要强制非当事人的证入出庭作证时,往往需要法院的协助。国际上,有些国家将强制证人作证的权力排他地赋予仲裁庭,例如意大利和菲律宾。意大利在其1994年1月5日修订,同年4月17日生效的新民事诉讼法中规定,“仲裁庭可要求证入出庭作证或经证入同意决定在其他的住所或办公室听其供词,仲裁庭也可决定在限定的时间内要求证人以书面形式回答仲裁庭的询问。”<sup>②</sup>

菲律宾仲裁法第14条规定,“仲裁庭有权通过传票和携带证据到底的传票提供证据。”<sup>③</sup>在此问题上,国际上更通行的作法是规定由法院支持获取证据。其中尤以瑞典的法律较为全面且有代表性。在瑞典于1996年1月1日起生效的新仲裁法中规定仲裁庭不得采用作证发誓或宣誓方式取证,也不得对拒不举证者处以罚款或强制举证。<sup>④</sup>一方当事人如果认为某证人或某专家应发誓后作证,或想从拒绝作证的证人处取得证据,经仲裁庭准许,可以就此向法院提出申请。如仲裁庭经考虑在案证据后认为该行为是正当的,仲裁庭应予准许。不过,如果仲裁庭认为他所收集到的证据已经充分,或认为需要证明的事项无关紧要等,他可以拒绝当事人的这种申请。

经仲裁庭同意之后,当事人即可向证人或有关人员所在地的地区法院提出申请。法院处理这类问题适用瑞典民事诉讼法中关于在主要听证会以外取证的程序。一般应传唤该仲裁庭参加听证并讯问,不过仲裁庭缺席也无碍听证,只要将证人提供的证言由法院转交给仲裁庭即可。法院可使用罚金、扣押、监禁等方式强迫证人出庭。证人在法庭作证时应传唤另一方当事人到庭,法官和律师均可以讯问证人。<sup>⑤</sup>

瑞士关于国际仲裁不仅在其仲裁法中作出了规定,从1989年1月1日起,根据其一项新法案,《瑞士联邦国际私法典》第12章176条-199条也适用。《联邦国际私法典》第184条第2款规定,“需要司法机关协助收集证据的,仲裁庭或经仲裁庭同意的一方当事人可向仲裁庭所在地法院提出请求,该法院将适用它自己的法律。”一般而言,法院可以发布对人和对物的临时命令,并可辅以一些惩罚性制裁的威胁性内容,通常适用简易程序予以发布。<sup>⑥</sup>

联合国《国际商事仲裁示范法》第27条规定“仲裁庭或当事人一方在仲裁庭同意之下,可以请求本国主管法院协助获取证据。法院可以在其权限范围内按获取证据的规则执行上述请求。”

韩国《仲裁法》第9条规定,仲裁人员在私法仲裁和商事仲裁中有权请求有管辖权的法院查

① H. V. Fellen, *International Commercial Lawyer* No. 3, 1984  
② 《仲裁与法律通讯》94, 5  
③ 《仲裁与法律通讯》94, 4  
④ 《仲裁与法律通讯》94, 3 法案第24条  
⑤ 《仲裁与法律通讯》94, 3 法案第24条  
⑥ 《仲裁与法律通讯》94, 5 法案第24条

取他们认为有重要价值的一切证据。<sup>①</sup>加拿大1986年5月1日通过的《商事仲裁法》第27条2.3款也对法院协助取证作出了规定。<sup>②</sup>

## (三) 从国外获取证据的法院协助

一般而言,各国国内法院不承认和执行由外国仲裁庭所发出的强制性命令。在这种情况下,该外国仲裁庭或当事人首先应向其本国法院提出申请,然后由本国司法当局通过外交途径或者根据可适用的国际条约向证据所在地司法机关提出司法协助的请求。目前关于民商事案件的国外取证的全球公约是1970年在海牙缔结的《民商事案件国外调查取证公约》,但该公约不适用于仲裁。因此,就此问题的国际协助并没有一个统一的方法。现在国际上走在前列的是瑞典1929年《关于外国仲裁协议和裁决的法律》,该法第12条允许位于他国的仲裁庭按其自身的要求或应当当事人的申请,从瑞典管辖下的证人处取得证据。

## (四) 我国在法院协助仲裁获取证据方面应作的借鉴

综观世界各国,法院协助仲裁庭获取证据已经成为一种通例,而这对于仲裁的顺利进行无疑是十分重要和必要的。目前,我国仲裁法以及贸仲、海仲两个仲裁规则仅对当事人就证据保全、财产保全申请法院协助作了简单规定,无疑,这对于强制第三人提供证据或出庭作证是远远不够的。就此问题,我们应该借鉴国际上通行的作法作出规定,尤其要注意以下几个问题:

### 1. 关于提出申请的主体问题。

我国现行仲裁法和仲裁规则规定提出证据保全和财产保全的主体是当事人。在国际上,申请主体有三种立法体例:一是由仲裁庭提出,如韩国;<sup>③</sup>二是当事人和仲裁庭都可以提出,如联合国的《国际商事仲裁示范法》、瑞士;<sup>④</sup>三是只有当事人可以提出申请,如瑞典<sup>⑤</sup>。这三种体例各有优劣,我国可适用我们现有对证据保全的规定体例,以当事人作为申请主体。

### 2. 关于此种申请是否需经仲裁庭审查同意的问题。

在国际上,由仲裁庭提出申请的情况自不用说,规定当事人可以提出申请的国家一般都赋予仲裁庭以审查权,我国的立法与此不同。我国仲裁法规定对于当事人的保全申请,仲裁委员会应当将其提交有关法院。同时最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第317条规定:“依据民事诉讼法第258条的规定,我国涉外仲裁机构将当事人的财产保全申请提交人民法院裁定的,人民法院可以进行审查,决定是否进行保全”。由此可见,就财产保全这一问题,我国法律将审查权赋予法院而不是仲裁庭。相比较而言,很显然,仲裁庭具有这种审查权,无论是从提交仲裁的效率来说,还是从减少法院的干预来说,都有明显的好处。当事人之所以选择仲裁,就是因为其快捷性和由于仲裁庭的专业性和权威性所决定的裁决的公正性。如果在申请财产保全或证据保全或强制第三人提供证据方面都需法院审查,那么这些优越性就会荡然无存。故而笔者认为,应该按照国际上通行的作法,将此种审查权授予仲裁庭。

### (3) 关于进行协助的管辖法院的问题

就此问题,国际上有两种立法体例。一种规定由仲裁所在地法院管辖,如瑞士;一种规定由证据所在地法院管辖,如瑞典。当然,如果由仲裁地法院协助,则仲裁庭和法院在情况沟通上有很大便利。而且,仲裁地系双方选择的地点,可能对双方当事人都较便利。但如果仲裁地和证据或证入所在地不在同一处,仲裁地法院还需再向证据或证入所在地法院提出司法协助。所以笔者认为,直

① 《韩国商事仲裁法》第9条  
② 《加拿大商事仲裁法》第27条2.3款  
③ 《国际商事仲裁示范法》第27条  
④ 《瑞士联邦国际私法典》第184条第2款  
⑤ 《瑞典仲裁法》第12条



快向证据所在地法院提出申请更为妥当。我国仲裁法对证据保全也规定由证据所在地法院管辖,故而如果规定强制第三人提供证据或出庭作证由其在证据管辖地也不会存在不协调的问题。

### 三、结束语

随着国际仲裁在解决国际商事争议方面的作用的加强,在法院和仲裁庭之间建立良好的密切的协作关系是十分必要的。我国对法院协助仲裁保全证据和获取证据方面的规定较为贫乏,应该在民事诉讼法中具体规定法院受理此种申请的部门,应采取的程序和方法、费用的负担等问题,使法院在合作取证方面切实有法可依。只有这样,仲裁的优越性才能得以保证。

## 海上危险免责若干法律问题初探

至理律师事务所

郑国汀

1987年2月,一艘西班牙籍 *Mohibank Tarnow* 轮在北大西洋航行中,遇十二级风、十八米高的巨浪沉没<sup>①</sup>;1989年1月4日, *Emroulity* 轮在航行中遇北大西洋热带飓风 10-11 级,浪高 10-11.5 米,货舱内钢材受潮严重受损<sup>②</sup>;1993年 *The Bunga Seroja* 轮在太平洋航行中遇 11 级风,舱内钢材严重受损<sup>③</sup>;1996年1月30日“中船 28 号”轮载 64 只集装箱,货值 1,400 余万元,在香港至福州马尾途中,遇 6-7 级风(阵风 8 级)沉没;1996 年 2 月 19 日“古城”轮载货值 1.5 亿元,由厦门至日本横滨途中,遇 6-7 级风(阵风 8 级)沉没。上述船只事后均以因遇狂风巨浪,恶劣天气——海难(海上危险)为由主张免责。诚如加拿大著名海商法教授泰利所言:海难是承运人最常用的,并且是最容易的然而也是最靠不住的抗辩理由。

(海牙规则)第四条第 2 款 C 项规定:“海上或其他通航水域的灾难、危险或意外事故,所引起或造成的过失或损害,承运人或船舶概不负责。”此项规定自问世后为世界各国立法所采纳,我国海商法第 51 条第 1 款第 3 项、台湾海商法第 113 条第 2 款、美国 1936 年海上货运法第 4 条第 2 款 C 项;英国 1924 年海上货运法第 4 条第 2 款 C 项;日本 1958 年国际海上货运法第 4 条第 2 款 C 项均有类似规定。然而何谓“海难”或“海上危险”?其构成要件如何?海难沉船货损的举证责任归谁?与海上保险法上的海难有何区别?与船舶适航的责任关系如何?本文旨在对上述问题作一探讨。

### 一、海上危险的概念

海上危险(*Peril of the sea*)亦称海难,我国法律及司法解释均未对海难作出解释,国内学者大多仅提及术语而未对其下定义<sup>④</sup>。A. 张既义等编著之《海商法概论》在第 74 页写道:海难,对于承运人或货主而言通常指意外或防止的海难,例如风暴、浪涛、雷击等造成损害,承运人无需做无过失的举证,即可免除责任。B. 香港的杨良宜教授指出:“海难是指一般通航的船,配备适当的船员,可以抵御预定航线上的一般风浪,但途中遇上了不可预见的该航线上很少见的特大灾难、危险或意外事故,超出了该船所能抵御的程度。”<sup>⑤</sup>C. 台湾学者高仁寿则曰:“海上危险或意外,并非指海上一切危险或意外事故而言,而是此项危险或事故之发生,不仅须非承运人所引起,且为不可预料,始足当之。”<sup>⑥</sup>以风暴为例,何种暴风雨始得称为海上危险,应视地理、区域、季节及风力大小等而