

在全球疫情下以证据法思维武装自己

自从新冠肺炎爆发后，大家都经历了一个特殊的春节。由于 COVID-19 是全新的病毒，所以一开始中国应对不及，但很快开始采取很多强制手段控制。而在病毒传播的同时，也出现了大量不同信息病毒式传播。这其中有很多信息明显是凭空捏造、制造恐慌，也有些看起来有板有眼，真假难分。没有医学背景与/或证据法知识但内心不安的民众很容易相信。被大量不同声音裹挟的民众也因为无所适从而感到彷徨，对社会更不好的是这批民众会容易被误导而随意批评，甚至做出对社会有破坏性与害人害己的事情。

大量传播的信息中大部份是不同的意见，但也有部份“装饰”为事实。而且往往是多重传闻（multiple hearsay）后失真/走样与受到扭曲的事实，更经常是掺杂了不同传闻人士的个人意见。可以说这种信息在一个严谨的法院诉讼或国际仲裁为了去寻找争议事实的真相下会不被采纳（inadmissible）或即使采纳了也不会被采信，即不会在证据价值（probative value）上有重量（weight）。

首先，要知道“事实”（facts）与“意见”（opinion）表面看似容易区分，例如一个人会问“这是谁的意见”但不会问“这是谁的事实”。“事实”是已经存在与发生了的事，不存在谁拥有。如果有争议也只是这一个“事实”存在与否，是真是假（true/false），需要通过证据证明（provability）。事实的真假相对比较容易通过调查取证去确定，而在法院诉讼或国际仲裁，当事人更是对每一个指称的事实有举证责任，否则是不会被相信去认定。这也反映在日常生活，一些谨慎与修养比较高的人士（而不需要是法律修养），对一般信口开河，没有提供详情（particulars）与可信的证据指称的事实，是不会太当是一回事。例如，不会对针对另一个朋友的流言当真。他们自己在与其他人（可能是除了自己的家人）交流时，也会排斥以一些自己凭空想象或想当然的事情作出指称/指控。

但“意见”属于个别人士对某些事实的主观（subjective）看法/想法，即使他/她尽量客观（objective）。“意见”是抽象（abstract）与无法证明，甚至无法对为什么会有这一个意见给出解释，例如“我就是不喜欢吃西兰花”。所以，证明意见的对错是十分困难甚至是不可能，除非发表意见的人自己承认错误，其他人能做的只是相信或不相信这一个意见与相信到什么程度。

而在目前关于疫情的信息中，除了每日发布的数据外，绝大多数属于意见。除非是参与的极少数人士，社会上的民众绝大部分不会对发生的重大事情有直接证据。但偏偏人心是最喜欢给自己的意见，任何一个 10 个人的聚会就会有 10 个以上的不同意见。他们的不同意见不会是根据有直接证据支持的事实真相，顶多只是多重传闻与片面的所谓“事实”。所以在重大的事情上，绝大多数社会上在传播的意见或信息，都不值得相信。而如果这种信息被不怀好意与有敌意的人士“武器化”（weaponise）去误导社会上思维水平不高或不满的人士，更是对社会造成极大的祸害。所以，“容许说真话天不会塌下来”是完全正确，但我也相信允许随意去说假话，天就会塌下来。问题是怎样去区分真话与假话呢？会是，只

有在思维上能够区分的社会人士听真话与排斥假话，才能对他们有用与不会造成伤害。

可说，对“意见”带来的危险早有共识。但问题是，在今天复杂的社会不听意见是活不下去。所以想去看一部电影会先看看影评，这就是影评人的意见。想去一家不熟悉的餐馆就会去看看食评，这就是食评人的意见。身体有了不舒服就会去看医生，医生通过会诊取得直接证据后提供他/她的医疗意见。这些听取的意见是好是坏，或是可以更好/更准确，也难以知道，反正是自己相信。而民众相信医生的意见也是因为社会建立的机制：如医生需要通过严格的学习、训练与取得执业执照，再加上医务机构（如医学会）的监管与法律的制裁。影评人或食评人们所针对的事情重要性不比医生，社会没有必要建立与对医生或律师同样严格的机制。但也不是没有，如香港的《商品说明条例》等等。

在一个法治社会，最为重要的意见就是法院在经过审理后对有关事情/事实所作出的“意见”，也就是它的判决（*judgment*）。民众对这种意见有信心也是通过长期法治社会建立的机制：如审理法官的素质与操守、公开审理以利社会监督、程序公正、对有关证据采纳的严谨等。其中，法院对意见证据是特别抗拒，因为对有关争议的事实作出推断（*inference*），如有关行为是否疏忽、是否合理、是否恶意等等，都是审理法官在听取了证据后去认定事实并作出最后的意见。这是法治社会所相信的，绝对不能让其他人越俎代庖。能够向法院提供意见的唯一例外情况是专家证人（*expert witness*），这是因为审理法官自己不懂得专业知识，即使自己去尽力动脑筋与钻研也学不会。一个典型的常见例子是涉及医疗疏忽或人身伤亡的案件就经常需要资深医生的专家证人去帮助审理法官，才能理解有高深专业知识含量的证据与争议事实。

但由于“意见”的危险，所以法院分析对一个专家意见的采纳与否与可信度，主要的考虑在三个方面：

- （一）提供或作出的专家意见是来自真正专家的“优良意见”，正如常会挂嘴边的说法：“你不是专家，我为什么要听你？”这考虑也包括如何保证不会是“伪科学”与“假专家”，而且可以让审理法官对该意见作出测试与认证，以决定是否可信与可信的程度。
- （二）专家证人是真心帮助法院理解专业知识，不会有偏私或另有图谋的误导意见。误导的意见十分危险是常识。
- （三）专家证人是在通过调查取证、检查测试等掌控优质证据与全面理解有关事实后，作出的深思熟虑的意见。至于一个意见是否有这“含金量”，而不是根据道听途说的所谓“事实”去“随口说说”（即使是来自爱因斯坦本人），往往是要看专家报告的实质内容与支持这意见结论的原因/理由，并要专家证人再接受交叉盘问的对质才是过关。

这些道理说是容易，但在机制上保证能全面落实绝对不是一件容易的事情，而且不断要追从社会与人心的改变去针对或优化机制。英国法院民事诉讼程序改

革带来的 1999 年《Civil Procedural Rules》与香港跟从的《高等法院条例》（第 4 章）虽然对事实方面的证据有不少重要的改革，但看来针对的主要还是为了节省诉讼费用方面。而针对专家意见，却有更多重大的改革。除了节省诉讼费用也是同样重要，针对上述的三个方面考虑有不少重大的改变。

另是，英国法院在程序上对专家意见的掌控与监督是通过两个主要手段：第一是通过批准，如果不采纳就不批准。第二是通过专家意见给予不同的重量，也就是可信的程度。其他还有许多手段如：交叉盘问的对质、费用惩罚（包括罚专家证人而不只是客户）、藐视法院与伪证罪（perjury）的刑事处罚等。

对每一位中国人而言，听取“意见”是可信或不可信、可靠与否或相信到什么程度也是必须要掌握好，才能在这一个复杂与危险的国际社会自保与成长。普通法系几百年来形成了一套完整与不断在改革与优化的证据采纳规则，虽然一般民众在日常生活中无法也没有必要去照搬这一套证据规则，例如无法对提供意见人士交叉盘问。毕竟一般民众在日常所作的决定即使是对他们重要，一般也并非法院判决（或仲裁庭裁决）这种对当事人（自然人或公司法人）来说生死攸关的严肃决定，更是维系对法治社会信心的基石。但肯定的，广大中国民众越理解这套法院筛选危险的意见证据的做法，就有多人能够更好的面对今天“排山倒海”的真/假信息，既保护自己，也保护社会安定繁荣。

在面对今天的战疫关键时刻，去考虑什么意见与信息是值得信赖应该是相对容易。到底什么意见或信息是能够符合上述所讲的三个方面的重要考虑，也就是来自真正的专家或专家团队；客观看是真心想去帮助民众（包括了你与我），也就是想把疫情压下去；与意见的含金量高低，是有数据支持或只是“随口说说”，甚至是信口开河。COVID-19 是新的病毒，没有其他国家有好像中国一样已经拥有了一定的数据。一句名言是：“*You can have data without information, but you cannot have information without data.*”

最后一提是本文希望为笔者尚未完成的《证据法》下册作推广，所以只抽个别段节节录：（1）采纳与否的考虑之一：专家证据必须是针对有公信、有定论与被承认的专业知识或特殊经验；（2）对专家证人的独立要求与对仲裁员的比较；（3）国际仲裁中专家证人的利益冲突与采纳；（4）中国法律专家证人与外国法律查明。要强调是这些段节仍非是最终版本，有关内容也远不只这些段节。

杨良宜
2020 年 2 月 25 日

《证据法》下册个别段节

1. 采纳与否的考虑之一：专家证据必须是针对有公信、有定论与被承认的专业知识或特殊经验

这是针对是否批准与采纳专家证据的第一关。英国判决中对此要求有许多不同说法如“reliable body of knowledge or experience”、“recognised scientific discipline”、“established body of knowledge”等等。显然，这是为了防范伪科学（fake/junk science）或假专家（false expertise）。除了审理法官要防范，没有法律训练的陪审员更是要被保护，不让他们受到误导、迷惑与影响。意见（opinion）往往难分真假优劣，而一般人士又特别喜欢听意见，特别是来自带有“专家”名称的意见。所以，法官必须作为“守门员”（gate-keeping）严格保护陪审团，而方法就是通过采纳与否的决定。

1.1 有这个要求的原因

有这要求的原因是如果没有一个已经有大量研究（research）与/或方法论（methodology）的科题或有了一些定论的说法，即使不是“伪科学”，也难以判断证人相比其他人是否“真专家”与说的话可信赖（reliable）。法院也无法从双方专家证人提供不同的个人意见分析哪一位比较可靠与可以信赖，或甚至是都不可信（因为是伪科学），并在判决中说是根据什么理由作出这样的决定。相反，如果提供的大量资料显示一方诉讼方专家证人主张的意见在该专业范畴有更广泛与持久的支持。而另一方的专家意见虽然有过这一说法，但被批评与说不通，也有无法解释的地方。这一来，审理法官就很容易有根有据地作出决定了。

这在 Kennedy v. Cordia (Services) LLP (2016) UKSC 6 的最高院先例说：

“In many cases where the subject matter of the proposed expert evidence is within a recognised scientific discipline, it will be easy for the court to be satisfied about the reliability of the relevant body of knowledge. There is more difficulty where the science or body of knowledge is not widely recognised. ... an orbiter dictum in Lord Eassie’s opinion in Mearns v. Smedvig Ltd 1999 SC 243 in support of their proposition that:

‘A party seeking to lead a witness with purported knowledge or experience out with generally recognised fields would need to set up by investigation and evidence not only the qualifications and expertise of the individual skilled witness, but the methodology and validity of that field of knowledge or science.’

We agree with that proposition, which is supported in Scotland and in other

jurisdictions by the court's refusal to accept the evidence of an expert whose methodology is not based on any established body of knowledge. Thus, in Young v. HM Advocate 2014 SLT 21, the High Court refused to admit evidence of 'case linkage analysis' because it was the subject of only relatively recent academic research and a methodology which was not yet sufficiently developed that it could be treated as reliable. See also, for example, R. V. Gilfoyle (2001) 2 Cr App R 5, in which the English Court of Appeal (Criminal Division) refused to admit expert evidence on 'psychological autopsy' for several reasons, including that the expert had not embarked on the exercise in question before and also that there were no criteria by reference to which the court could test the quality of his opinions and no substantial body of academic writing approving his methodology. ..."

上诉庭的 R. v. Dawson and Hamburger (2004) EWCA Crim 1344 刑事先例涉及“唇语证据”（Lip-reading evidence）是否足够公信、有定论与承认的认识与经验，与这种专家意见证据是否可信（reliable）的争议。被告的专家证人认为这种专家证据本质上是不可靠，也没有定论，不是受到承认的专业知识。所以，法院不应该采纳为专家证据。上诉庭说：“*The judge (指一审法官) ... rejected the defence submission that there was no sufficiently well established field of lip reading expertise for it to be accepted as reliable body of knowledge or experience. ... Professor Campbell (被告专家证人), ... considered all lip reading intrinsically unreliable and it could not be used in court.*”

虽然唇语有很多变数，包括像小孩与成年人、从旁与面对面唇语、嘴唇变形或脸上没有表情等等，都会带来困难与准确度差异。但法院最后还是认为专业好的专家证人在条件配合的情况下准确度会高达 80% 并采纳了专家意见证据。

在较早前的 R. v Stockwell (1993) 97 Cr.App.R 260 先例，涉及银行抢劫。由于强盗伪装，加上被告在他被抓捕前蓄须，所以原告（政府检察院）加了面部映射（Facial Mapping）证据，即监控视频中的人脸是否能与被告的面部对应。这受到被告反对，认为这是新科技（breaking new ground），再加上专家证人是帮不了陪审员，所以不应采纳。上诉庭不同意去排斥新科技，只要它有适当的基础或定论，说：“*One should not set one's face against fresh developments, provided they have a proper foundation.*” 而专家证据是否会帮助陪审员理解有关事实是由一审法官在不同情况下决定，说：

“Where, for example, there is a clear photograph and no suggestion that the subject has changed his appearance, a jury could usually reach a conclusion without help. Where, as here, however, it is admitted that the appellant had grown a beard shortly before his arrest, and it is suggested further that the robber may have been wearing clear spectacles and a wig for disguise, a comparison of the photograph and defendant may not be straightforward. In such circumstances we can see no reason why expert evidence, if it can provide the jury with information and assistance they would otherwise lack, should not be given. In each case it must be for the judge to decide whether the issue is one on which the jury could be assisted by expert evidence, and

whether the expert tendered bras the expertise to provide such evidence.”

在之后不久的 R. v. Robert Lee Clarke (1995) 2 Cr.App.R. 425 上诉庭先例，也是银行抢劫。由于在场证人无法在辨认嫌疑人（Identification Parade）的过程中认出嫌疑犯，等于没有目击证人（eye witness），所以只能依赖银行监控拍下的强盗照片作为物证（Real Evidence），并以专家证据的分析与意见去帮助陪审团。这也是受到被告的反对，包括通过视频叠加的面部映射（facial mapping by way of video superimposition）不可信，特别是在没有目击证人的情况下去定罪是不妥。上诉庭的 Steyn 大法官说：

“It is essential that our criminal justice system should take into account of modern methods of crime detection. It is no surprise, therefore, that tape recordings, photographs and films are regularly placed before juries. Sometimes that is done without expert evidence, but, of course, if that real evidence is not sufficiently intelligible to the jury without expert evidence, it has always been accepted that it is possible not place before the jury the opinion of an expert in order to assist them in their interpretation of the real evidence. ...

We are far from saying that such evidence may not be flawed. It is, of course, essential that expert evidence, going to the issues of identity, should be carefully scrutinised. Such evidence could be flawed. It could be flawed just as much as the evidence of a fingerprint expert could be flawed. But it does not seem to us that there is any objection in principle.”

另是在 Pride Valley Foods v. Hall & Partners (2000) EWHC Technology 106 先例，涉及工厂建设的项目管理人（Project Manager）是否疏忽导致失火，焚毁工厂。高院的 Toulmin 大法官认为针对项目管理人是否疏忽的专家证据对法院没有什么可以帮助。因为项目管理人没有一个特许或专业协会，也不是一个容易被辨认的专业（recognisable profession）。项目管理人的职责在不同的项目中也有不同。该先例涉及的上百页专家报告中不少都是针对在同样的情况下，他会怎样做或批评被告的做法。但这应是法院而不是专家证人的工作，不应被采纳。

1.2 新科技/新发展

所以，如果是太早期的新科技或新发展、尚未有定论与参与人数不多的社会或自然科学/理论，就会有问题了。例如，笔者记得或听说在早期的基因鉴定、测谎机、笔迹鉴定等都曾经有过很大的争议性。说到底，这实是有关证据价值（probative value）。一种尚在试验中连科学界本身也没有定论的新科技，因为太不肯定，会是难以被法院接受。从试验阶段（experimental stage）到成熟阶段的一段时间，所谓的“神秘范围”（Twilight Zone）是什么时候终止可以说是说不清。看来美国作为科技与法律强国，在这方面的先例不少，因为像专利等争议也经常涉及专家证据。在早期的 Frye v. United States (1923) 293 F. 1013 先例，针对这方面说：

“Just when a scientific principle crosses the line between the experimental and demonstrable stages is difficult to define. Somewhere in this twilight zone, the evidential force of the principle must be recognised, and while the courts will go a long way in admitting expert testimony deduced from a well-recognized scientific principle or discovery, the thing from which the deduction is made must be sufficiently established to have gained general acceptance in the field in which it belongs.”

以上是说新科学原理在什么时候从实验阶段变为可论证阶段很难说死。在这神秘范围，总有一天法院可以承认这科学原理有证据价值。法院会慢慢接受由被广泛被承认的科学理论或发现演绎而来的专家证据，而该科学理论或发现一定先要在本行业（如医学界、天文学界、鉴证学界等）已被广泛接受/承认。

之后，美国的 *United States v. Baller* (1975) 519 Fed.2d. 463 先例把这方面的准则说得更清楚，如下：

“(i) There must be a demonstrable, objective procedure for reading the opinion¹;

(ii) There must exist ‘qualified persons’ who can either duplicate the result or criticize the means by which it was reached, drawing their own conclusions from the underlying facts²;

(iii) Deciding whether these conditions have been met is usually within the discretion of the trial judge³;

(iv) absolute certainty of result or unanimity of scientific opinion is not required for admissibility⁴;

(v) Unless an exaggerated popular opinion of the accuracy of a particular technique makes its use prejudicial or likely to mislead the jury, it is better to admit relevant scientific evidence in the same manner as other expert testimony and allow its weight to be attached by cross-examination and refutation.⁵”

英国也估计是同样法律地位：*R. v. Turner* (1975) 1 QB 834 先例。而且有一宗

¹ 一定要有一个可以论证与可客观衡量的程序去考虑这个意见。

² 一定要有合格与适合的人士，可以重复这方法并得出同样结果或可以抨击这些方法与结果，通过同样的基本事实得出他们不同的结论。

³ 一审法官有裁量权决定是否满足了这些条件。

⁴ 这科学理论不需要是绝对肯定（世界上本来就难有绝对）或有关的科学界一致同意（世界上总会有唱反调的人）才有证据价值被采纳。

⁵ 除非一些夸大与不准确的意见会误导陪审团带来坏处多过好处，最好或较安全的做法还是批准与采纳这些专家证据。然后在开庭审理听了双方代表律师的交叉盘问与反驳后，在证据分量的轻重上调整。

澳大利亚先例讲明依照 *United States v. Baller* 先例的准则：见 *R. v. Gilmore* (1977) 2 N.S.W.L.R. 935 先例。

最后去总结说，新科技在尚未成熟的“神秘范围”的期间，原则上是应避免采纳专家意见证据。除了新科技或新发展不肯定与不可信赖外，双方诉讼方的专家证人自称是“专家”，但在该冷门专业也没有人不是专家。专家意见也只是各说各的主观看法，没有其他有关书籍（更不说是业界接受的权威书籍）或文章去针对过，审理法官也就无法分析与客观衡量两位专家意见的“证据价值”，并在判决中说得出理由支持最后的选择了。这一来，倒不如法官自己凭双方代表律师的争辩中的解释决定。好的代表律师需要有本事能通过己方的专家顾问解说，吸收专业性很强的事情，然后以简单与听得懂的语言解释到令外行的法官（或陪审员/仲裁员）能够明白。

1.3 近期先例显示了对这个要求收紧的趋势

在近期的先例，显示了法院是严格的针对这方面，即使从表面看来专家证据要针对的点好像是很专。这可介绍 *Vilca v. Xstrata Limited* (2017) EWHC Civ. 136 先例，案情涉及在 2012 年南美秘鲁的一个由被告公司（是一家跨国的矿业公司）拥有的铜矿场，矿工发生抗议，导致出动警察镇压并造成伤亡（2 人死亡与多人受伤）的事件。之后有 20 个受害矿工在英国向被告提起索赔，指称被告指使秘鲁警察暴力镇压，违反了被告自己公开采纳的联合国“安全与人权的自愿原则”（*Voluntary Principles on Security and Human Rights*）下要求矿业与石油工业（*Oil and Mining industries*）对待与保护作为雇员的矿工的良好标准（*good practice*）。为了针对这方面的争议，被告在案件管理会议的时候申请针对这一个自愿原则（可简称 VP）引入专家证据，并说明委任的 Freeman 先生是一位十分资深的专家证人，如曾在美国国务院劳工与人权部门任职副秘书长，并与英国外交部一并在国际推动这一个自愿原则。但原告大力反对，理由包括这套 VP 只代表一些人类的“希望”（*aspirations*），不是“行业标准”（*industry standard*），也没有一套规管机构订立的守则（*rules of conduct set by a regulatory body*）等，所以不存在什么专家证据。Freeman 先生顶多说凭他个人的经验，国际上其他的矿场会做什么或不会做什么。反正不是专家意见而只是他个人意见，也不是针对一些已经有了公信、定论与受到承认的行为准则。

在一审法院，Foskett 大法官同意原告的说法，拒绝采纳与批准专家证据，并跟从了不久前的一个也是有关非洲坦桑尼亚金矿场的同样事故的案例。在该 *Kesabo v. African Barrick Gold* (2014) EWHC 4067 先例，原告想引入两位专家证人：一位是 Warner 先生，据原告说是“矿场在冲突时的管理”（*mining community engagement in situations of conflict*）方面的专家；另是一位 White 先生，据原告说是“在面对群众抗议与公众秩序的场合有丰富的管理与策划的经验”（*significant operational command and planning experience in the area of policing of protest and public order*）。

但 Andrews 大法官拒绝了两位专家证人，针对 Warner 先生说：

“... not an expert discipline which falls within the category recognised ... as part of a body of knowledge or expertise which is sufficiently organised or recognised to be accepted as a reliable body of knowledge or experience ...”

If and in so far as any evidence that Mr Warner is able to give could be relevant to the issues that have to be decided in this case, it would appear that it would derive from his knowledge of what, as a matter of fact, other mining companies may or may not do, and what standards they apply ... However that would be purely factual evidence and is not a matter of expertise.”

另针对 White 先生是说：“*There is nothing before the court today in terms of evidence that suggests that a body of recognised opinion exists as to what are the appropriate steps to be taken in terms of policy a mine or dealing with public order issues arising in consequence of people trespassing in or near a mine. Thus there is no objectively ascertainable standard or consensus against which to judge the defendants’ behaviour.*”

Andrews 大法官也认为 White 先生想提供的所谓“专家证据”，本质上是说其他人士或公司会在某些情况下会怎样做，这对法院是没有帮助。因为有经验的审理法官完全可以根据认定的事实情况，决定到底做法上有没有疏忽与合理不合理，不需要任何其他他人给意见来帮助，说：

“An experienced trial judge is well able to determine questions of negligence against the appropriate matrix without the assistance of somebody coming in and saying what they would have done in a similar situation, or expressing a view as to whether what the Defendants actually did was reasonable, in the light of their experience in similar (or different) situations in which appears to be the high watermark of what one would be able to get from Mr White. ... thus the subject-matter of Mr White’s putative opinion, so far as it is possible to discern anything about it, does not appear to be something on which expert evidence is permissible.”

再回去 Villa v. Xstrata Limited 先例，Foskett 大法官说：

“... Ms Fatima QC (原告代表大律师) contends, however, that the proposed evidence falls at the first hurdle in that it cannot properly be characterised as ‘expert’ evidence. ... She submits, in the first instance, that this is not a situation in which there is a recognised expertise governed by recognised standards and rule of conduct capable of influencing the Court’s decision.

... At all events, the question in the present case is whether there is a recognised standard of conduct for dealing with the kind of demonstration that occurred to be deduced from the VPs. ... the issue to be addressed is very similar to that addressed by Andrews J in Kesabo v. African Barrick Gold (2014) EWHC 4067 (QB). In that case the claimants were pursuing claims for damages arising from injuries or deaths that

occurred in or around a gold mine in Tanzania sustained, it was alleged, as a result of the use of unlawful and/or excessive force by private security forces and/or police at a mine operated by the defendants. ...

Ms Fatima says the same applies here. I agree. There may, one supposes, be an emerging consensus about what represents good practice in the kind of situation that arose in this case, but it would be impossible, certainly on the available evidence, to conclude that there was an established consensus.”

1.4 英国立法的规定

根据英国证据规则《Civil Evidence Act 1972》立法之 Section 3，对可被采纳的专家证据有大同小异的说法：

“in any case where the court accepts that there exists a recognized expertise governed by recognised standards and rules of conduct capable of influencing the court's decision on the issues which it has to decide.”

1.5 美国立法的规定

美国的联邦证据规则《US Federal Rules of Evidence》之 Rule 702 对采纳专家证人/证据与否有针对，这也是在美国最高院在 *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 US 579 (1993)先例中作出指引后的修改。如果专家证人的意见证据（*opinion evidence*）能满足以下要求是可被采纳：

(1) 专家的科学（*scientific*）、技术（*technical*）与其他专业知识（*other specialized knowledge*）是可以帮助对争议事实作出判决/认定人士（即法官或陪审团成员）更理解这些事实证据。

(2) 专家证据有足够的事实或数据依据（*the testimony is based on sufficient facts or data*）。

(3) 专家证据是通过可靠/可信赖的原则与方法（例如，人体内的血块是怎样形成或怎样推算某特定市场的反应等等）得出的意见与结论（*the testimony is the product of reliable principles and methods*）。

(4) 专家将这些原则与方法可靠/可信赖地适用在案件的事实（*the expert has reliably applied the principles and methods to facts of the case*）。

可以说，Rule 702 要求专家证人必须对有关专门知识符合资格（*the expert be qualified*）；专家证据对法官或其他根据证据认定事实人士更精确了解特定事实的证据有帮助（*the testimony address a subject matter on which the fact-finder can be assisted by an expert*）；专家证据可靠与可信赖；专家证据与案件的事实有关/配合（*the testimony 'fit' the facts of the case*）。

2. 对专家证人的独立要求与对仲裁员的比较

不断听到说法是专家证人不能作为委任他/她一方当事人的枪手(hired gun), 看来对专家证人的持平性或公平公正的要求与仲裁员(arbitrator)的要求接近或一样。从 CPR Rule 35.3 的题目(Experts - overriding duty to the court)可以看出专家证人的超越性责任的对象是法院, 而不是委任的客户, 虽然有公平(impartiality)的要求。另在 CPR PD 35 para.2.2 也要求专家证人向法院提供独立(independent)、客观(objective)与不偏私(unbiased)的意见。但实际上着是与对仲裁员(更不用法官)的要求的自然公正(Natural Justice)与不能有利益冲突(conflict of interest)有重要分别, 可去列举以下几点:

(一)与仲裁员要作出一个最终(final)与有法律强制与约束力的裁决(Award)相比, 专家证人所做的与所起的作用关键性就低得多了。后者只是向法院(或仲裁庭)提供专家意见, 听不听这一个意见完全是法院(或仲裁庭)的裁量权。换言之, 法院是可以通过根据专家证人显示的不独立、不容观、偏袒与有利益冲突的程度对该专家证人提供的意见证据给予不同的重量(weight), 甚至不给任何重量, 因为这种意见是完全不值得听取的。

(二)另是, 诉讼方怀疑对方的专家证人, 大可以在出庭审理时的交叉盘问阶段盘问他/她有关利益冲突方面的问题, 以及在宣誓下确认他/她是完全理解对法院的超越性责任。

(三)现实中, 会有需要的专家证人是明显的利益冲突的情况, 例如他/她与委任的诉讼方是雇佣关系(employer-employee relation): 见 Field v. Leeds City Council (2001) 2 CPLR 129; Gallaher International Ltd v. Tlais Enterprises Ltd (2007) EWHC 464 (Comm); Kennedy v. Cordia (Services) LLP (2016) UKSC 6 等先例。这种情况常会出现在一些尖端或独特的行业, 外面没有独立的专家, 能找到的可提供专家意见的人士要么是诉讼方公司自己的雇员, 要么是少数竞争对手甚至是对方诉讼方公司的雇员。显然, 如果法院(或仲裁庭)需要对有关专业了解才能掌握事实真相并需要协助, 就没有必要(而且也不现实, 因为没有其他更好选择)抗拒诉讼方委任自己雇员作为专家证人了。而只要该雇员在有关争议的专业是真正懂行的专家, 也完全理解他/她作为专家证人的超越性责任是协助法院(或仲裁庭), 并且能够让法院接受他/她有履行这个责任, 也就看不出与外面的独立专家证人有什么分别了。

这可节录上诉庭在 R (Factortame Ltd) v. Transport Secretary (No.8)(2003) QB 381 CA 先例所说:

“... applying to an expert witness the same text of apparent bias that would be applicable to the tribunal. We do not believe that this approach is correct. It would inevitably exclude an employee from giving expert evidence on behalf of an employer. Expert evidence comes in many forms and in relation to many different types of issues. It is always desirable that an expert should have no actual or apparent interest in the

outcome of the proceedings in which he gives evidence, but such disinterest is not automatically a precondition to the admissibility of his evidence. Where an expert has an interest of one kind or another in the outcome of a case, this fact should be made known to the court as soon as possible. The question of whether the proposed expert should be permitted to give evidence should then be determined in the course of case management. In considering that question the judge will have to weigh the alternative choices if the expert's evidence is excluded, having regard to the overriding objective of the Civil Procedure Rules.”

(四) 所以有说法是分别在仲裁员必须是(法官更是如此)不光是真正做到公平公众,而且要被看到是公平公正(Justice must not only be done, must also seem to be done)。但专家证人则只需要真正做到,而不必在表面上被看到。

(五) 这一来,就没有好像发觉有利益冲突的法官或仲裁员自己必须拒绝审理或委任,或在被诉讼方或其他人发觉有利益冲突后可以被法院走赶走(remove)或撤销(dismiss)一样的做法,专家证人无须被赶走或撤销。但考虑到法院在 CPR 下有一个超越性的主要目的是节省不必要的诉讼费用,所以在诉讼程序开始的案件管理会议(Case Management Conference, 简称 CMC)的时候,在双方诉讼方申请引进专家证据时,法院如果知道该专家证人有严重的利益冲突,不太可能将来提供的意见会被法院采纳,也不会对法院有帮助,就可以拒绝批准。这不是赶走或撤销专家证人,只是法院行使它的裁量权。而如果是在事后才发觉专家证人涉及利益冲突、意见不独立、处处为委任的诉讼方争辩,与/或根本不知道与没有尽作为专家证人的超越性责任去协助法院,法院(或仲裁庭)可根据程度完全不给该专家意见证据任何重量,并在费用上惩罚委任的诉讼方。所以,任何一方诉讼方在委任专家证人也要掌握好轻重与十分小心,不要以为委任一个处处保护自己利益,看客户的脸色讲话的专家就是好事。更可能会是劳民伤财,白花心思,甚至有严重反效果。

(六) 会是,笔者想到一个方面对公平公正的要求是仲裁员与专家证人一致的,这就是他们都不能与委任的当事人或客户约定风险代理收费(contingency fees),也就是按案件最终结果的成败比例收费。这种收费安排明显是在太过分,不只是简单的利益冲突,而是把利益与客户串在一起。别说是仲裁员严格要求自然公正过不了关,只要求独立的专家证人也过不了关,难以相信他/她的专业意见会是真心协助法院理解正确专业知识与他/她的经验。正如 *ex parte Factortame (No.8)(2003)QB 381* 先例之 73 段说:“*we consider that it will be a rare case indeed that the court will be prepared to consent to an expert being instructed under a contingency fee arrangement.*”⁶

⁶ 专家顾问(expert advisor/consultant)可以采用风险代理的收费,但出庭的专家证人不可以。在

总而言之专家证人在收取费用方面与客户的关系上有任何不恰当的地方，例如同意在案件结束后再收费，或客户同意在其他案件中委任他/她等，或专家与当事人有长期业务关系，即使专家证据被采纳，也会在证据的重量方面有影响。例如在香港的 *Tang Ping-Choi v. The Secretary for Transport (2004) HKCA 127* 先例中，上诉庭说：

“... although an expert witness may be employed by a party to the litigation and/or may have undertaken activities which are inappropriate to his position, it is not the case that the entirety of his evidence is ‘tainted’ thereby rendering it automatically inadmissible.”

最后总结这方面，可节录《Phipson on EVIDENCE 》（2018年，第19版）一书之 33-30 段，如下：

“The current state of the law may be summarized by the following principles.

(1) It is always desirable that an expert should have no actual or apparent interest in the outcome of the proceedings.

(2) The existence of such an interest, whether as an employee of one of the parties or otherwise, does not automatically render the evidence of the proposed expert inadmissible. It is the nature and extent of the interest or connection which matters, not the mere fact of the interest or connection.

(3) Where the expert has an interest of one kind or another in the outcome of the case, the question of whether he should be permitted to give evidence should be determined as soon as possible in the course of case management.

(4) The decision as to whether an expert should be permitted to give evidence in such circumstances is a matter of fact and degree. The test of apparent bias is not relevant to the question of whether an expert witness should be permitted to give evidence.

(5) The questions which have to be determined are whether:

R. (on the application of *Factortame & Others*) v. Secretary of State for Transport, Environment & the Regions (No.2) (2002) 3 WLR 1104 先例，案情涉及原告在胜诉后要求败诉的被告支付法务会计（forensic accountant）的费用，金额是最终取回费用的 8%。但作为被告的英国政府认为这个安排属于揽讼，所以在法律上是无效。虽然《Courts and Legal Services Act 1990》立法允许在一定幅度内根据案件结果有条件收费，但这不是风险代理收费。上诉庭最后判揽讼的法律只针对提供争辩与诉讼服务的律师与大律师，但不针对提供支持工作（support work）的法务会计。

(a) the person has relevant expertise; and

(b) he is aware of his primary duty to the court if they give expert evidence, and are willing and able, despite the interest or connection with the litigation or a party thereto, to carry out that duty.

(6) The judge will have to weigh the alternative choices open if the expert's evidence is excluded, having regard to the overriding objective of the Civil Procedure Rules.

(7) If the expert has an interest which is not sufficient to preclude him from giving evidence the interest may nevertheless affect the weight of his evidence.”

3. 国际仲裁中专家证人的利益冲突与采纳

在诉讼（包括国际商事诉讼/仲裁）中由专家证人提供专家意见证据（expert opinion evidence）的做法十分普遍。根据一个 2012 年的调查报告（Queen Mary University & White and Case, 2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitration Process, at http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2012_International_Arbitration_Survey.pdf>accessed 30 January 2020），有 2/3 的国际仲裁案件聘用一个或多个专家证人。该调查报告也说 90% 的国际仲裁案件中是当事人/诉讼方各自聘用或委任专家证人（Party-appointed Expert），虽然这些当事人委任的专家证人仍是必须帮助仲裁庭而不是帮助委任他/她的雇主或一方当事人。换言之，只有 10% 的国际仲裁案件是由仲裁庭委任专家证人（Tribunal-appointed Expert）。这种现象也往往出现在习惯询问制诉讼（Inquisitorial Litigation）的仲裁当事人：见 ICC dispute resolution bulletin 2018 Issue 2 53 at <https://iccwbo.org/publication/2017-icc-dispute-resolution-statistics>>accessed 30 January 2020。

但除了以上针对的专家证人资格与他/她的意见证据是否对需要认定事实的人士（Factfinder）有帮助、是否可靠/可信赖与有关之外，还有其他原因会导致专家证人提供的证据不被英国法院（与国际仲裁）采纳，或是法院在开始的案件管理会议（Case Management Conference 或简称 CMC）就不批准。这主要是在利益冲突与仲裁机密性等方面，接下去会进一步探讨。

在国际仲裁，通常仲裁条文中是不会明示双方当事人有权提供专家证据。但不会有人质疑当事人在一个对抗制度下的诉讼或仲裁是有这个权利，不论是来自当事人表述自己的案子（present its case）与/或会被仲裁庭聆听（to be heard）的基本权利（fundamental right），或是广泛的提供证据的权利。正如《UNCITRAL Model Law》（联合国示范法）之 Article 18 就规定了要给双方当事人/诉讼方完全的机会表述自己的案子（full opportunity to present its case）。另在 Article 26(2) 也明示规定除非双方当事人共同反对，否则仲裁庭可以委任专家证人，当事人可以要求专家证人在递交专家报告后出庭接受盘问。

另一些仲裁规则也会有明示规定，如《UNCITRAL Arbitration Rules 2010》之 Art.5 说：“*Each party may be represented or assisted by persons chosen by it.*”但也有仲裁机构规则的明示规定是像英国法院的做法一样，先要获得仲裁庭的批文/批准（leave/permission）才能提供专家证据，如国际商会仲裁院（ICC）的 2017 年版《ICC Arbitration Rules》之 Article 25(3)与英国特许仲裁员协会（Chartered Institute of Arbitrators）的《CIArb Protocol for the Use of Party-Appointed Expert Witnesses in International Arbitration》之 Article 3。现实中，这通常只是走走形式，仲裁庭通常都会给予批文/批准。仲裁庭极少会拒绝、不采纳与/或排除专家证人证据的首要原因是被拒绝的一方当事人如果败诉就会在仲裁地（Arbitral Seat）的监督法院（Supervisory Court）提起诉讼试图撤销（Set Aside）裁决书。理由往往就是仲裁庭违反自然公正（Natural Justice）与正当程序（Due Process），不给败诉的当事人一个完整、合理陈述案子的机会。

但这不表示仲裁庭就对当事人提供或试图提供一些不适当、无关/无谓与浪费的专家证人证据束手无策。最基本也是经常在使用的手段是对该当事人作出费用的惩罚（Costs Sanctions），也就是即使最后胜诉，也命令无谓与浪费的专家证据费用（经常会是高昂）要仍由胜诉方自己承担。

除此外，还会有其他特殊情况需要更进一步不采纳专家证据与/或完全排除专家证人，这包括是：

- （一）专家并不独立（not independent）；
- （二）专家证人与仲裁庭成员之一有利益冲突；
- （三）专家证人知悉对方当事人/诉讼方的机密与/或享有特免权的有关信息；
- （四）委任的专家证人是同一行业的竞争对手。

笔者会在接下去的段节分别介绍针对以上的特殊情况，仲裁庭能否决定不采纳专家证据或完全排除该专家证人，以及仲裁庭这样决定的合法权力的来源，以抗拒可能的违反自然公平与正当程序的指控。

3.1 专家证人不独立

这一个问题是要区分仲裁庭委任的专家证人（Tribunal-appointed Expert）（或更少会发生的双方当事人一起委任的独任共同专家[Single Joint Expert]）与当事人自己各自委任的专家证人（Party-appointed Expert）。虽然专家证人都是为了全心全意帮助仲裁庭更好与更精准理解涉及专业知识事实证据，但仲裁庭自己委任的专家证人免不了是双方当事人没有参与决定，更像是仲裁庭成员之一（或 3 人仲裁庭的第四位仲裁员）。所以，对第四位仲裁员要求在公平公正（Impartial）与独立（Independent）方面与其他仲裁员一致并不为过。这种观点在一些仲裁机构的规则中也有显示，例如香港国际仲裁中心的《机构仲裁规则》之 25.5 条就说明了第 11 条针对仲裁员资格与质疑（Qualifications and Challenges, in relation to

arbitrators) 也适用在仲裁庭委任的专家证人。《German Code of Civil Procedure》之 Article 1049(3)也有同样的明示规定。在 *Smolen v. Solon Co-Operative Housing Services Ltd* (2003) EWCA Civ 1240 先例，一方诉讼方在调查后发觉该独任共同专家过去曾经多次被对方诉讼方聘用，向法院申请把他赶走 (removed)。上诉庭认为他“不明显是公平公正” (not visibly impartial)，所以同意了将该独任共同专家赶走。

但当事人自己委任的专家证人，就有很大的不同。虽然帮助仲裁庭的目的相同，但仍难免被视为是当事人的诉讼团队 (litigation team) 的成员之一。加上有其他原因 (这在本书第 XXX 章会有详细针对)，难以要求专家证人必须独立。例如会有情况是不得不接受专家证人是当事人自己的雇员，因为他/她拥有的相关与十分偏门的专业知识没有其他替代。所以，通常是不会去排除不明显是公平公正与明显不独立的当事人委任的专家证人。只会在仲裁庭审理完毕考虑裁决书时，认为该专家证据有偏袒与没有全心全意帮助仲裁庭，而不给予重量或不采纳。这样做对仲裁庭而言也是安全多了。

这种做法可介绍一些权威说法。首先是加拿大的 *White Burgess Langille Inmann v. Abbot and Haliburton Co* (2015) 2 SCR 182 先例中说：

“I emphasize that exclusion at the threshold stage of the analysis should occur only in very clear cases in which the proposed expert is unable or unwilling to provide the court with fair, objective and non-partisan evidence. Anything less than clear unwillingness or inability to do so should not lead to exclusion, but be taken into account in the overall weighing of costs and benefits of receiving the evidence.”

同样做法也在一些英国案例也有提及：*Toth v. Jarman* (2006) EWCA Civ 1028 (见第 102 段)；*EXP v. Barker* (2017) EWCA Civ 63 (见 51 段) 等先例。

另是在被报导的投资仲裁 *Bridgestone Licensing Services Inc and Bridgestone Americas Inc v. Republic of Panama* ICSID Case No. ARB/16/34，原告申请把被告的专家证人证言赶走，仲裁庭说：

“The Claimants have sought to draw an analogy between the principles that apply where the independence of an arbitrator is in issue and those that apply to the independence of an expert witness. We do not consider this analogy is apt. ... If an arbitrator has some personal or professional connection to one of the parties, or to the lawyers acting for one of the parties, this may be a ground for disqualification. ... Similar considerations apply to an expert who is appointed by the arbitrators to assist them. ... The role of a party appointed expert is quite different. ... An appearance of partiality does not result in disqualification of an expert witness. It detracts from the weight that the tribunal will accord to his evidence.”

最后可介绍在国际商会仲裁院 (ICC) 给予的指引 (“Issues for Arbitrators to Consider Regarding Experts” 21[1][2009]ICC International Court of Arbitration

Bulletin 61), 对专家证人与委任他/她的当事人有利益冲突说: “*the tribunal usually will find that the conflict does not preclude the expert from testifying but may affect the weight that the arbitral tribunal gives to the expert's testimony.*”

3.2 专家证人与仲裁庭成员之一有利益冲突

这一个问题相比上一小段所讲的专家证人不公平/公正与不独立是要严重得多, 因为这是影响整个仲裁庭的公平与独立 (Impartial and Independent) 的形象。试想, 如果一方当事人/诉讼方委任的一位专家证人和仲裁庭的首席仲裁员 (或是边裁) 是亲兄弟, 而专家意见证据对该仲裁案件的胜负是十分关键, 另一方当事人会有什么想法、顾虑与猜疑是可想而知。

这一个问题在本质上与一方当事人/诉讼方委任代表律师与仲裁庭成员之一有利益冲突是一模一样。如果先委任代表律师后才委任有利益冲突的仲裁员 (不论是首席或是边裁), 这也是一般的正常情况, 仲裁员在接受委任前已被告知双方代表律师是谁, 可以调查自己与已经知道的双方当事人与代表律师之间有否利益冲突, 才决定是否接受委任。而如果在灰色地带与有怀疑, 就需要向双方当事人宣告涉及的利益 (declare interests), 在被明确接受后才能确认接受委任。这在现实中并不容易, 一有涉及利益冲突的事情要宣告, 难免令另一方当事人或多或少有点担心。

但也经常会发生在委任了仲裁员与组成仲裁庭后, 当事人/诉讼方才委任有利益冲突的代表律师。这在仲裁一方当事人是中国公司时就经常发生, 在仲裁程序的中途甚至快要开庭审理时, 中国公司突然“阵前易将”, 换上另一位代表律师。这是极坏的做法, 也是对抗制诉讼/仲裁中的斗争中的兵家大忌。但当事人坚持要这样做, 也是它自己的选择, 仲裁庭确实也没有办法。但带来问题会很多, 包括要延期, 因为在一宗较大案件新接手的律师往往是无法在很短的时间内消化大量文件 (今天的商业仲裁案件动不动就是数以万计的页数) 与大量资讯。另一个问题就是如果新换的替代律师与仲裁庭成员之一有利益冲突, 例如是上述的例子是亲兄弟, 肯定其中一位要回避, 但到底是谁应该回避谁? 看来应该是后一步才被委任的替代律师, 但一直以来国际仲裁是信奉当事人自主 (Party-autonomy) 的精神, 当事人应该有完全不受干预的权利与自由去委任自己心仪与信任的代表律师。

这里可先一提在这方面出最多问题的是英国大律师 (Barristers), 而不是事务律师 (Solicitors)。事务律师在诉讼开始或更早前已经被委任, 并往往做了大量的调查取证与审前 (Pre-trial) 准备工作。一旦当事人要阵前易将, 新委任的替代事务律师要重复大量的工作并无可避免带来昂贵的额外费用, 往往是因为利益冲突外的其他原因 (不论客观看对当事人而言是对或是错的决定)。但往往是在很接近开庭审理时, 才委任出庭大律师。即使以前曾委任过大律师帮助或提供法律意见, 也不一定委任同一位大律师出庭。这一来, 如果一方当事人想扯皮, 很容易挑选一个与仲裁庭 3 位成员之一有利益冲突的大律师出庭, 而在出庭时带来一场大风波。这利益冲突要密切到委任的大律师与仲裁庭成员是亲兄弟恐怕不易, 但如果只停留在两位是同一家大律师事务所 (Chambers) 就十分容易, 毕竟在伦

敦有国际仲裁业务与信誉的大律师事务所不多，在香港更是寥寥可数。

对传统英国诉讼熟悉与有信心的商业人士一般不会觉得这利益冲突有问题。大律师一贯是“个体户”，自负盈亏。多位大律师聚在一起成立大律师事务所是为了分摊成本与善用资源，如办公室、助手、秘书、法律图书馆等等。笔者（杨良宜）早年处理的伦敦诉讼与仲裁，经常诉讼双方委任的代表大律师来自同一个大律师事务所，毕竟早年的有商业/海事信誉的大律师事务所数目更少。

这些英国大律师在今天的国际仲裁有垄断地位，这显然是得益于英国法作为实体法（substantive law）与国际仲裁普遍采用对抗制（adversarial）。他们往往十分愿意接受作为仲裁员或一方当事人的代表律师的委任，在不同的仲裁案件戴上不同的帽子。所以在一个仲裁案件容易发生仲裁员与代表律师是来自同一家大律师事务所的情况。不要说在伦敦仲裁，甚至在香港仲裁，笔者也见过一个仲裁案件除了双方当事人是中方或亚洲公司，其余的三位仲裁员与两位双方当事人的代表大律师，都是来自伦敦的两三家大律师事务所。

但这对大部分英国诉讼不太熟悉与有信心的人士来说就很难接受了。他们也没法区分一家大律师事务所与一家事务律师事务所（Solicitors Firm）有什么不同。针对后者的合伙人（Partners），大家的共识是有利益冲突，但前者的大律师成员可视为是独立与不视为有利益冲突。尤其现在的律师市场有了改变与竞争加剧，今天的大律师也不再是早年的“清高”形象。他们也像事务律师事务所一样，花大量时间与金钱为自己的大律师事务所做广告、交际、会客、与全球商业人士与公司直接交往与接触等。这一来，更难被接受与事务律师事务所任何分别，包括大部分的美国与欧洲公司/跨国公司，而这些公司是国际仲裁的重要用户（Users）。

在 *Hrvatska Elektroprivreda dd v. Republic of Slovenia ICSID Case No. ARB/05/24* 投资仲裁，涉及被告（斯洛文尼亚共和国）在开庭审理前不久告知委任了 David Mildon QC 作为代表大律师。但 David Mildon QC 与作为仲裁庭成员之一的一位大律师来自同一家伦敦的大律师事务所。这带来利益冲突的争议，最后 David Mildon QC 被仲裁庭在 2008 年 5 月 6 日下令回避。

记得在将近的时间，当时笔者（杨良宜）仍是国际商会仲裁院（ICC International Court of Arbitration）的委员会成员，首次发生同样事情，最后 ICC 为了尊重当事人自主的精神最后决定将有利益冲突的首席仲裁员（也是一位著名御用大律师）赶走，而保留了后来才委任的一方当事人代表大律师。

然而这种做法也会带来捣乱与拖延时间的机会，例如想扯皮的被告在开庭前不久更换代表律师或更容易的是委任一位与仲裁庭成员之一有利益冲突（往往是同一家大律师事务所）代表大律师。这一来如果导致需要赶走与更换有了利益冲突的仲裁庭成员，那么显然原来的开庭审理时间要押后，带来一年半载的延误与费用的浪费。更可怕的是，到时候扯皮的被告可以再次采用同样的手法拖延，只要不要脸就可以没完没了。

这个问题逐步有了解决与肯定性。在《IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration》之 Guideline 5，已明确警告当事人不要在仲裁庭已经成立后委任与仲裁庭成员有利益冲突的代表律师。这在伦敦国际仲裁庭（LCIA）的仲裁规则已有了明示规定，其他国际仲裁机构估计也会很快跟从，可节录如下：

“18.4 The Arbitral Tribunal may withhold approval of any intended change or addition to a party’s legal representatives where such change or addition could compromise the composition of the Arbitral Tribunal or the finality of any award (on the grounds of possible conflict or other like impediment). In deciding whether to grant or withhold such approval, the Arbitral Tribunal shall have regard to the circumstances, including: the general principle that a party may be represented by a legal representative chosen by that party, the stage which the arbitration has reached, the efficiency resulting from maintaining the composition of the Arbitral Tribunal (as constituted throughout the arbitration) and any likely wasted costs or loss of time resulting from such change or addition.”

以上的发展虽然是针对当事人委任的代表律师，但没有理由不可以把同样的做法延伸到一方当事人委任的专家证人，因为两个问题本质上是完全相同。事实上，也已经开始有对这方面的关注，在稍早已经提到的特许仲裁员学会的《CIArb Protocol for the Use of Party-Appointed Expert Witnesses in International Arbitration》之 Article 4.4(b)，已经要求被委任的专家证人披露与仲裁庭成员之间的利益冲突，包括过去（past）与现在（present）存在的关系。

3.3 专家证人知悉对方当事人/诉讼方的机密与/或享有特免权的有关信息

另一种情况是一方当事人/诉讼方委任的专家证人掌握了对方当事人的相关机密或享有特免权的信息（Information），这一来允许该专家证人继续做下去而不会被排除，对对方是十分不利与不公平。且不说难以控制该专家证人不使用这些会致命的信息，只是给对方当事人增加压力尽早让步达成和解这一点就会带来不公平。

这种情况会出现在一方委任的专家证人较早前曾在有关的争议中为被对方当事人正式或非正式委任专家顾问团的一员，并且看到过或被告知过机密信息，但后来“投敌”。另一种更复杂的情况是对方当事人是专家证人过去服务过的前客户（former clients），该专家证人曾在另一个不同的案件中作为专业人士提供过与诉讼有关的服务。如今天的著名会计师/审计师事务所（如四大所）的合伙人与退休合伙人，也经常在仲裁案件中作为赔偿金额专家证人（Quantum Experts）。因为过往的业务往来，他们会对世界上许多公司的经济状况、资产分布与其他财经资料十分熟悉。所以如果对被告公司的经济状况了如指掌的专业人士被来势汹汹要索赔一大笔钱的原告委任为专家证人，而他/她又可以使用这些知识与信息就会被告十分不利。被告（当然也可以反过来是原告）就免不了很担心。这是很不公平，也不当滥用了在案件以外获得的机密信息。但反过来如果过度保护前客户，不让曾经为它服务过的专业人士接受任何新的工作，如接受对方当事人/诉讼方委任为专家证人，又会是太过分。毕竟，前客户自己没有想到委任该专业人

士作为专家证人,但又不允许他/她去干别的活是说不过去。对该专业人士而言,因为他/她曾经为一家公司服务过一次,期间接触过一些机密信息,以后就再也不能接受对抗/对付它的工作,显然是不合理。毕竟,可能是 10 年前曾经服务过(包括支持另一个不同诉讼的工作),就算接触过机密信息也早已忘掉。

这种情况对律师而言也经常发生,即以往提供法律服务时掌握了前客户的机密与可享有特免权的信息。但这种滥用已经很少会发生,因为法律与律师协会都对律师对前客户的道德责任(ethical duties)有了严格规定。如英国的 Solicitors Regulatory Authority 《Code of Conduct for Solicitors, RELs and RFLs》之 para. 6.5, 美国的《American Bar Association Model Code of Professional Responsibility》之 rule 1.9 (Duties of Former Clients)。欧洲不少国家如法国、德国、意大利等的律师协会对这方面的职业操守也有类似的规定与监督。

专家证人由于来自的不同专业协会(如果有),不会有这方面的规定与监督。但英国法律在 HRH Prince Jefri Bolkiah v. KPMG (1999) 2 A.C. 222 贵族院先例已经有了明确的法律地位,即专家证人(与其他提供支持诉讼服务人士)适用同样对以前客户的操守责任。

该著名与重要的贵族院先例涉及文莱这一个石油资源充沛与富有的一个小国,它的国王(Sultan of Brunei)经常被誉为世界上最富有的人士之一。文莱在 1983 年成立了一个国家/国王财富投资机构,名为 Brunei Investment Agency 或简称 BIA,并由文莱国王的一位弟弟 Prince Jefri 主管。其主管期间,有大笔天文数字的金钱进出。而 BIA 的账目与 Prince Jefri 的个人资产与个人涉及的一个近期诉讼的法务会计(Forensic Accounting)与调查取证(Investigation)工作都委任了属于四大之一的英国会计师事务所 KPMG。在该法务会计工作,KPMG 动用了 168 员工,其中 12 位是合伙人,81 位属于高管。这诉讼费用之昂贵是可想而知。而通过该名为“Lucy 计划”的工作,KPMG 可以说是对 Prince Jefri 的个人情况与资产分布掌握得甚至比他本人更清楚。

但到了 1998 年初,文莱国王与 Prince Jefri 两兄弟不和,这导致文莱国王委任 KPMG 调查 BIA 的财政状况,看来是想找 Prince Jefri 的“罪证”。KPMG 考虑到停止为 Prince Jefri 服务已有两个月,Prince Jefri 只是一个前客户,应没有利益冲突。所以接受了委任,并开展了这次名为“Gemma 计划”的法务会计与调查取证工作。KPMG 对 Gemma 计划也投入了大量员工,其中包括不久前参与 Lucy 计划的员工。

这导致 Prince Jefri 向法院申请禁令阻止 KPMG 继续进行这个 Gemma 计划。BIA 自然大力反对,认为不容易找到能进行这么大规模的调查取证的替代。而 KPMG 则保证与解释它们作出的努力是保证 Lucy 计划的机密信息不会外泄与滥

用，如公司内部成立“中国墙”（Chinese Wall）⁷。

简单说，一审法院作出了禁令，但这被上诉庭多数意见的判决推翻。最后贵族院又再推翻了上诉庭的判决，最后作出禁令阻止 KPMG 继续进行 Gemma 计划。

贵族院在这一个先例否决了早前的 *Rakusen v. Ellis, Munday & Clarke* (1912) 1 Ch. 上诉庭先例。*Rakusen v. Ellis, Munday & Clarke* 先例中说一直以来的英国法律地位是没有任何一个规定是不容许律师去针对前客户进行诉讼（*There is no absolute rule of law in England that a solicitor may not act in litigation against a former client*）。确实一直至今，律师对前客户进行或提起诉讼还是经常会发生，甚至是律师起诉前客户追偿欠下的律师费用。但 1912 年到今天有了很大的改变，今天的商业环境是复杂得多，商业机密（trade secrets）非常重要，机密信息一旦保护不周而被泄露的话传播会是很快速很广。所以对这一个规定有必要定立例外规则，也就是如果能满足两个先决条件，可以不容许律师参与起诉前客户。这两个先决条件是：（一）该律师在以前为前客户的服务中掌握了一些机密/敏感信息。（二）该律师在后来参与对付前客户的诉讼可以用得上这些机密/敏感信息，并且会对前客户造成不利。Millett 勋爵说：

“Accordingly, it is incumbent on a plaintiff who seeks to restrain his former solicitor from acting in a matter for another client to establish (i) that the solicitor is in possession of information which is confidential to him and to the disclosure of which he has not consented and (ii) that the information is or may be relevant to the new matter in which the interest of the other client is or may be adverse to his own. Although the burden of proof is on the plaintiff, it is not a heavy one. The former may readily be inferred; the latter will often be obvious.”

虽然上述 Millett 勋爵所说是针对律师，但该贵族院先例是针对支援诉讼服务（litigation support services）的专业人士 KPMG，这些人士也显然是同样的法律地位，包括本段所针对的专家证人。

看来，如果在英国法院诉讼或伦敦仲裁，遇上这种情况并带来这方面的担忧，就可以考虑向法院或仲裁庭申请阻止/排除对方委任的专家证人继续参与，因为这已经是当今英国法律的地位。

此外美国针对这方面的法律也是十分明确，基本地位就是如果一位专家已掌控案件的机密信息，就不准他/她去为另一方当事人服务。在 *Wang Laboratories Inc v. Toshiba Corp* 762 F Supp 1246 (ED Va 1991) 先例，法院说：

⁷ 关于设立“中国墙”，可见笔者《合约的履行、弃权与禁反言》一书第三章之 3.5.3 段。

“ To be sure, no one would seriously contend that a court should permit a consultant to serve as one party’s expert where it is undisputed that the consultant was previously retained as an expert by the adverse party in the same litigation and had received confidential information from the adverse party pursuant to the earlier retention. This is a clear case for disqualification.”

在国际仲裁，特别是透明与被报道的投资仲裁，也有一些类似这方面问题的案件。第一个要介绍的是 Flughafen Zurich AG and Gestion e Ingenieria IDC SA v. Bolivarian Republic of Venezuela ICSID Case No. ARB/10/19 投资仲裁。案件涉及被告委内瑞拉政府所委任 Ricover 先生作为专家证人与他所作出的 Ricover-Winograd Report 专家报告。原告向仲裁庭申请排除该专家证人与不采纳专家报告，因为原告较早前曾经考虑聘用他作为专家证人，并在会面期间曾提供给他看一些与案件有关的信息与文件，但最终没有聘用而去委任了其他的专家证人。

这一个申请被仲裁庭拒绝，认为原告根本没有证明该专家证人 Ricover 先生获得过什么信息，更不说是机密信。但仲裁庭仍保留了如果将来原告有证据证明该专家证人的确获得机密信息，重新考虑这一个申请的权利。

表面看来笔者也非常同意，在一个寻找专家证人的过程中，会对一些最后没有被委任的专家坦白的信息恐怕是十分有限。再说，如果一方当事人多找了几个专家问问，而有关的行业/专业人才又非常有限，岂非对方当事人慢了半步就再找不到专家证人可去委任？

这一个投资仲裁也提到了国际商会仲裁院发布的 “Issues for Arbitrators to Consider Regarding Experts” (2009) 21(1) ICC Court of Arbitration Bulletin 61，其中包括了一个清单列出了建议仲裁庭面对这种申请时应加以考虑的因素，并以这些因素作出决定，如下：

- 该专家证人与前客户曾发生业务关系的日子(如是近期还是年代久远)，提供服务的本质与时间长短；
- 该专家证人有否从前客户(也是现在反对他/她继续参与做专家)获得过商业机密或机密信息；
- 该专家证人有否向前客户明示或默示承诺过，或有法律要求，为这些获悉的机密信息保密；
- 该专家证人在有关仲裁被委任提供的服务是什么性质(如涉及不是双方重点争议之处)；
- 该专家证人会在替对方当事人/诉讼方服务的期间使用与透露前客户的机密信息的可能性；
- 前客户是否在言行中曾经对该专家证人的利益冲突作出了弃权

（例如，早已知道但一直不反对与默示接受对方委任的专家证人）。

笔者介绍的第二个投资仲裁案件是 *Bridgestone Licensing Services Inc and Bridgestone Americas Inc v. Republic of Panama* ICSID Case No. ARB/16/34，原告向仲裁庭申请把被告（巴拿马）的专家证人（针对巴拿马法律）赶走（remove）/排除（exclusion），因原告曾经找过他试图委任并给他看过一些机密与享有特免权（例如代表律师的信函）的文件。仲裁庭在 2018 年 12 月 13 日作出决定，拒绝了原告的应用，认为机密信息是要接收方（Receiver）明示或默示同意保密才算。最常见是提供信息方告知接收方说：“这是机密，你要保密。”而接收方明示回应说：“我会保密，你给我看。”也可能是接收方听到要保密后，虽然没有明示回应，但接下去看这些说是机密的文件或听这些信息。

如果提供信息方只是自己披露机密信息给接收方（待委任的专家证人）就令接收方再也不能在同一个案件或有关联案件中接受其他人委任，就对作为专家证人的专业人士太不公平了。一方当事人也可以相对容易与不花钱地在一个专家人才不多的狭窄行业，尽快把几份机密文件分发给所有人士，不理睬他们看或是不看或看多细，就可令对方诉讼方慢半步再也找不到好的专家。因为懂行的行业人才都无端端有了利益冲突，不能接受其他人的委任，接受了也会被排除。

该投资仲裁庭判：

“One person cannot impose a duty of confidence on another simply by giving him information. The recipient ... must expressly or impliedly agree that it will be treated as confidential. Here, the circumstances of the expert’s receipt of information was a discussion for the purpose of exploring whether the expert should act for the Claimant. The tribunal denied the C’s challenge, reasoning that such a discussion does not carry with it an implication of confidence.”

3.4 委任的专家证人是同一行业的竞争对手

今天有大量的商业案件（法院诉讼或仲裁）涉及敏感领域，例如知识产权、竞争法、专利、尖端科技或产品（如药物、电子芯片、机械等），都需要保护机密信息以防外泄。这方面在《证据法——国际规管与诉讼中的文件攻防》一书有多处提到，如第四章之 1.4、1.7.7、1.7.8 等段有介绍。简单重复说，这些敏感与机密信息只要与双方争议有关，就不得不在诉讼或仲裁中披露出来让对方知道（才能去对抗或反驳），也让审理法官（或仲裁庭）知道（才能根据文件或口头证据作出科学与正确的判决或裁决）。但一旦向对方当事人/诉讼方作出披露，而对方又往往是业务竞争对手，就会带来严重的后患。所以英国商业法院（仲裁庭也是）有各种办法保护机密，其中重要的是建立一个“机密会”（Confidential Club）限制披露出来的信息与文件只允许对方诉讼方的公司内若干少数人士阅读。这“少数人士”通常是代表律师或公司个别雇员（如法务部），但不能是对方公司的一些敏感雇员（如业务高管或技术部/生产部员工）。另也有法律法规（如 CPR Rule 31.22[1]）限制双方相互披露的机密文件与信息，只能在该诉讼中使用，不得使用在任何其他用途等等。

有关专家证人，更是对这方面（机密信息的保护）特别敏感。简单举个本质上雷同的例子，在《证据法——国际规管与诉讼中的文件攻防》一书第七章之 9.5.3 段有提到在 *Davies v. Eli Lilly & Co* (1987) 1 WLR 428 先例，一方诉讼方成功抗拒对方派遣一位作为第三人的记者以顾问的身份查阅披露的有关文件，因为该记者在查阅披露的机密文件后会在报刊爆料，允许这种做法会对申请人的商誉/业务带来不良后果。

在同样道理下，一方当事人/诉讼方也需要抗拒对方诉讼方委任一位虽然对方而言是独立（independent）的，但实际上是一位与业务上强烈竞争的其他公司有密切关系的人士作为专家证人，如是其他竞争对手的现雇员或前雇员。并且稍早提到的机密会与其他保护机密信息的手段，也是法官或仲裁庭的案件管理权力（Case Management Powers），只能用在诉讼/仲裁的双方当事人/诉讼方，但直接管不了（特别是仲裁庭）第三方或另一家公司的独立人士。

所以一方当事人反对对方当事人想委任的专家证人的情况下，法院或仲裁庭（特别是仲裁庭）为了机密需要考虑恰当的对策。例如在 *Edwards Lifesciences AG v. Cook Biotech Inc (Confidentiality)* (2008) EWHC 1899 (Pat) 先例，拥有对一种心脏瓣膜支架（stent valve）专利的要求 Edwards Lifesciences AG 披露它的产品（被指控为违反 Cook Biotech Inc 的专利）的描述说明（product description）与产品样本（sample product），其中包括一些产品设计与制造的细节。专利法庭（Patent Court）的 Floyd 大法官判是 Cook Biotech Inc 内部的技术专家（in-house technical expert）不允许接触这些机密信息，因为看过就忘不了（“*Once one learns of the confidential features of a competitor's product, it is impossible to keep those out of one's mind when designing new valves, or indeed designing patent protection to cover them*”）。而 Cook Biotech Inc 有外部专家的帮助已经足够。

这可能有关专家证人在一开始就完全被排除（exclusion），而不是他/她将来会作出的专家意见证据/专家报告不被采纳（inadmissible）。因为他/她已经查阅了对方当事人的机密与敏感信息，时间上已经太迟。但一开始就完全排除一方当事人/诉讼方委任的专家证人可能会带来很严重的问题，因为一些尖端科技领域世界上没有太多专才，该当事人也是逼不得已在没有其他选择的情况下委任一位有业务竞争的第三方公司的前雇员/前高管（举例）作为专家证人。当然作为专家证人，是不可能禁止他/她接触与查阅双方披露的机密信息与文件，否则他/她无法工作，总不能凭空去发表意见，作出一份专家报告。

这一来，一个可能的做法是通过委任专家证人的当事人/诉讼方要求他/她签署一份保证机密与不披露的承诺/协议（Confidential Agreement⁸/Non-disclosure Agreement）。有了这一份文书担保与协议，如果将来该专家证人涉露机密资料给第三方（如前雇主或诉讼方的其他竞争对手），而且让诉讼方知道了，就可以通过法院阻止，如申请禁令（Injunction）与/或索赔损失。一般有身份与地位的专家

⁸ 见笔者之《合约的解释 - 规则与应用》一书之第十四章之 6 段。

证人在明知违反这种严肃的承诺会有严重的法律后果的情况下，是会严格遵守。除了这种不披露的承诺外，可以进一步要求该专家证人签署一份“限制商贸/就业契约”（*Restraint of Trade Agreement*）与/或“不竞争承诺”（*Non-competition undertaking*）⁹。当然，年纪尚轻与对在有关行业的发展有雄心的专业人才，是不会肯受到这种约束，顶多不做专家证人。

在澳大利亚的 *Idoport Pty Ltd v. National Australia Bank Ltd (No.4) (2000) NSWSC 63* 先例，被告向法院申请保护机密命令（*Protective Order*），要求原告的专家证人签署一份不竞争协议/承诺。法院考虑了各种因素，包括保护机密在该案件情况下的重要性；的确有保护机密的重要性因为专家证人事后很难忘掉这些看过的机密信息（*the very clear difficulties in obliging a person to do what is in fact physically impossible; namely, to rid his or her mind of information which he or she has gained*）；这一个行业的专家很难找得到，特别是当时已经接近开庭审理的时间（*the plaintiffs would have real difficulty in being able to find other experts in the field who would be prepared to subject themselves to the non-compete undertakings, ... especially when it was so near to the final hearing*）等等。最后法院认为不竞争的承诺没有必要，只签署一份保密协议已经是足够。

4. 中国法律专家证人与外国法律查明

在一个国际商业诉讼或是仲裁，经常会涉及外国的法律。即使有关的商业合同约定适用法（*governing law*）是英国也会是在所难免，比如案件涉及有争议是有关外国公司法下注册的公司，或是外国的权利转让（*assignment*），或是在外国发生的事实是否合法等等。这里就涉及了是否采纳外国法律专家证据的问题。

4.1 专家证据提供英国法律意见不被采纳

在英国法院的诉讼，如果争议涉及英国法律，审理的法官就被视为是英国法律问题的权威。该法官也不会需要任何其他人士（如专家证人）去助他/她作出决定，所以不存在引进（*adduce*）英国法律专家证据（*English law expert evidence*）的说法与做法。同样的原则也是适用在香港法院，如果审理的争议是有关香港法律问题，同样是不需要、也不会批准引进香港法律的专家证据。

英国法院所需要的帮助就是有双方的代表律师（也就是出庭大律师 [*Barristers*]）对有关法律作出陈述（*submissions*）与争辩（*arguments*），根据的是有关法律问题的直接或涉及的先例、案件（今天也经常包括其他普通法系国家或地区的案件作为有说服力先例 [*persuasive precedent*]）与/或其他权威说法或重要法律书籍。而即使是有更高级别法院的直接与约束性权威先例（*direct and binding authority*），对不利的一方当事人代表大律师也会尝试通过区分

⁹ 见笔者之《合约的解释 - 规则与应用》一书之第七章之 3.3.1 段。

(distinguish) 两个案件不同的事实，试图说服法院因这些与权威先例的事实区分而不跟从判法。

这可去介绍 *Bown v. Gould & Swayne* (1996) PNLR 130, CA 上诉庭先例去说得更清楚。该先例的案情涉及英回的一栋房子买卖，买卖包括了邻近土地的通行权 (right of way of neighbouring land)。但原告 Bown 先生在购买不久后，被一位想购买邻近土地的代表律师告知他没有这一个通行权，迫使他要与邻近土地所有人谈判并最终才获得通行权。这带来 Bown 先生向代表他买卖该房子的律师起诉，诉因是职业疏忽 (professional negligence) 没有去调查清楚房子实际上是没有邻近土地的通行权。

在诉讼前期的“审理会议” (Pre-trial Review)，原告的 Bown 先生要求引进一位土地买卖律师 (conveyancing lawyer) 的专家证人去提供给法院专家意见有关怎么样去调查与确定一栋房子是否有通行权的做法，因为被告抗辩自己的做法并没有疏忽，说：“Our reason for this latter requirement is by reason of the defence that you have mounted liability is in issue and a conveyancing expert will be required to see that the manner in which the file was conducted by your clients were negligent.” 原告也说这是让一审法院知道土地买卖的最好习惯做法：“... that evidence would be offered as to what is regarded as best practice currently in conducting a conveyancing transaction ...” 而专家证人会针对以下几点去作出专家意见证据：

- “(1) good practice in establishing the existence of a right of way;
- (2) reliance on enquiries before contract;
- (3) the need for a site visit;
- (4) questions to ask the client about the property;
- (5) what would have happened had the problem with the right of way been spotted;
- (6) why did the prospective purchasers from the plaintiff in 1990 spot the problem whilst the defendants failed to;
- (7) was there anything to put the defendants on notice.”

但这被一审法院拒绝采纳这专家证据，认为会剥夺了法院的职能与责任。原告的上诉也不成功，当上诉庭完全支持一审法院的决定。其中 Simon Brown 大法官说：

“It seems therefore plain that the essential reason why the judge refused ... was because he regarded the proposed expert evidence as irrelevant and inadmissible and such as would essentially have presumed to usurp his own function. In so ruling he no doubt had in mind the judgment of Oliver J. In *Midland Bank Trust Company Ltd v.*

Hett, Stubbs & Kemp (1979) 1 Ch. 384, and in particular the frequently cited passage ... as follows:

‘The extent of the legal duty in any given situation must, I think, be a question of law for the court. Clearly, if there is some practice in a particular profession, some accepted standard of conduct which is laid down by professional institute or sanctioned by common usage, evidence of that can and ought to be received. But evidence which really amounts to no more than an expression of opinion by a particular practitioner of what he thinks that he would have done had he been placed, hypothetically and without the benefit of hindsight, in the position of the defendants, is, of little assistance to the court; whilst evidence of the witnesses’ view of what, as a matter of law, the solicitor’s duty was in the particular circumstances of the case, I should have thought, inadmissible, for that is the very question which it is the court’s function to decide.

...

What solicitors should properly do in the very particular and highly individualistic circumstances of this case is by no means a matter of practice. It is a matter of law to be resolved by the judge.

Each of the seven respects in which (原告) sought to contend that expert evidence would assist the court, proves, on analysis, to involve either a question of law or a question of fact. None of those matters can sensibly be regarded as inviting a view as to ‘some practice in [the solicitors]’ profession, some accepted standard of. Induct ... laid down ... or sanctioned by common usage.

I entirely share the view of the judge below that ... the evidence have sought to be adduced falls foul of Oliver J’s dictum. It would amount to no more than an expression of opinion by the expert, either as to what he himself would have done, which could not assist, or as to what he thinks should have been done which would have been the very issue for the judge to determine.”

其他两位上诉庭的 Millett 与 Leggatt 大法官也同意，其中 Millett 大法官说：

“If, however, the grantor’s title to the right of way depends on a Deed of Grant or the separation of properties in common ownership, then the question is likely to depend on the extent (if any) to which the documents of title necessary to establish the grantor’ s title were available to the (被告) or were called for by them. None of this requires the assistance of expert evidence. ...

Good practice in establishing the existence of a right of way is the ordinary machinery of investigating title. This is a matter of law and not practice. It does not require to be established by an expert witness. It is also a question of law whether the purchaser’s solicitor was under a duty to inspect the property. ...

... the uniform practice of eminent conveyances of an age long past. Two hundred and fifty years later the practice of investigating title has settled down sufficiently to be well established and recorded in the textbooks. If it is necessary to assist the judge to understand the proper machinery for the deduction and investigation of title, the proper way to do it is to cite the textbooks such as Emmett, Farrand, Williams and Dart, if necessary supplemented by Law Society opinions. ...”

可以从这一个简单案例得出以下的结论：

（一）在涉及有否疏忽或行为是否正确的争议，会有当事人试图引进（*adduce*）专家意见去显示其他在同一行业的有经验人士实际上会怎么样做才是正确（或不正确），这正是审理法官（如果是刑事案件是陪审团所要做的事情与责任）根据所有提供的证据（不涉及专业知识，也不是在没有专家帮助下一般人无法理解的）去作出认定与决定，不能让专家证人来剥夺。这也会是违反了最后结论（*Ultimate Issue*）的规则。

（二）如果同样的争议是涉及英国法律的行业，也就是经常在发生的控告前律师疏忽并索赔损失，在同样道理下，也不能去引进有经验的英国法律专家去举证说是合格律师应该做什么或应该熟悉什么法律问题才是有或没有疏忽。除了最后结论规则的问题，也涉及了审理法官不需要这种法律问题的帮助。

（三）即使是审理法官需要这方面的帮助，也可以通过双方代表律师的陈述与争辩，比如在开庭与与结案陈词，并提供有关的权威书籍与其他资信，无需法律专家去作证。

（四）如果法律是“外国/外地法律”，这不再是“法律问题”而是“事实问题”，英国法院也肯定是需要外国法律专家的帮助，不存在本段所讲的考彪。

这可从几个方面的原因法律（英国）问题的证据法院不予采纳（*admit*）。第一是法官不需要也不应该需要双方当事人花钱去委任这方面的专家来帮助他/她去作出法律方面的决定。第二是去这样做，也等于在法院诉讼的制度上篡夺（*usurp*）了法官的职能与责任。第三是针对一些最后结论性的法律，会违反英国仍是遵从的“最后结论规则”（*The Ultimate Issue Rule*），这在本章之 XX 段有涉及。这可节录在 *Re M and R (Minors)*(1996) All ER 239 上诉庭先例，Butler-Sloss 大法官提到 *Liddell v. Middleton*, *The Times*, July 17, 1995 先例中专家证据被排除，说：

“The reason for that lay in the fact that the primary evidence did not involve technical matters ... that required expert interpretation, but simply the evaluation of eye witness accounts, on which the so-called expert had nothing to contribute that was outside the competence and experience of a layman. His evidence was inadmissible because it was not relevant. Had the evidence been relevant (i.e. going to a matter on which a layman would require instruction on the essentials of the necessary field of expertise to make a properly informed decision) then section 3 (of the 1972 Civil

Evidence Act) makes clear that such evidence is admissible, whether or not it gives to an issue (or even inappropriate circumstances the ultimate issue) in the litigation.”

这对国际仲裁来讲会有分别，因为即使是一个伦敦仲裁，而有关争议的商业合约是适用英国法（English law contract），也会有可能被委任的仲裁员没有受过英国法律的培训与学习。例如一位独任仲裁员（Sole Arbitrator）可能是双方当事人同意委任，也可能是由一个机构（如工程师学会）所委任，但该仲裁的争议刚好是涉及了一个或多个复杂的英国法律问题。这一来，就难说该仲裁员是否需要专家的帮助了。这种情况可以说是一定不会在英国法院出现。

通常在国际仲裁，仲裁庭会由三位成员组成。即使有一位当事人委任的仲裁员并不熟悉英国法律（比如只熟悉外国法，如中国公司作为原告或被告委任一位中国法学教授或律师），但由于其他两位仲裁员（对方当事人所委任与首席仲裁员）在一个伦敦的仲裁，有极大可能是熟悉英国法律。所以，通常可被假设与估计是他们会帮助不懂英国法律的仲裁员理解英国法律，绝少有听过因为仲裁庭的一位成员不熟悉英国法律而需要委任英国法律专家证人去帮助。这种情况在香港或新加坡仲裁也是一样。

4.2 外国法律：是法律问题或是事实问题？

但一旦争议涉及外国法律，英国法院的法官就肯定是要在其他熟悉外国法律人士作为专家证人来帮助他/她理解外国法律后，才能为有关争议作出一个正确的决定。因为要依赖证据，就与争议涉及的其他事实问题（issues of fact）一样，需要根据相关证据（relevant evidence）作出决定。而一审法院对这一个外国法律争议作出的认定无论是对是错，都不能上诉到更高的法院，例如是上诉庭（Court of Appeal）或最高院（Supreme Court），因为这些法院也不懂得外国法律，而证据也不能没完没了地再来一次或多次。所以外国法律的问题在英国法下一贯被视为是事实问题，而不是法律问题（issues of law）。

在一国两制下，香港法律的问题被视为是法律问题与可以在香港法院诉讼的程序下上诉至终审法院（Court of Final Appeal）。但中国法律问题（PRC Law issues）就被视为是类同“外国法律”，是一个事实问题。一旦一审法院（通常国际商业案件是高院）对这个“事实”作出认定，是不能对此认定再去上诉。

显然，香港一审法院的法官对中国法律问题的理解也需要其他人士帮助。所以在香港法院审理的商业案件经常会有中国内地的著名法律专家，例如是中国法学院教授，退休法官与/或有经验的律师等。同样情况也出现在香港的仲裁案件，毕竟根据统计是高达 80% 的香港仲裁是与中国内地有关联。

4.3 外国法律与中国法律专家证人的职责

外国法律与中国法律的专家证人的职责与其他对含有专业性或特殊性的争议事实作出专业意见以帮助法院理解的专家证人是一致的。他们也必须要独立（independent），有一个至高无上的责任（overriding duty）帮助法院而不是帮助

作为他们的“衣食父母”的客户，也不受到诉讼本身的影响而只是表达自己深信的专业意见（expert opinion）。换言之，英国 CPR Part 35 适用在所有专家证人，包括外国与中国法律专家证人。

至于这些专家证人的作用（functions）在一个相对近期的名为 *Guangzhou Green-Enhance Bio-Engineering Co Ltd v Green Power Health Products International Co Ltd* (2004) 3 HKLRD 223 香港先例有谈及，林云浩大法官说：

“(a) *the function of an expert witness on foreign law is as follows:*

*(i) to inform the court of the relevant contents of the foreign law; identifying statutes or other legislation and explaining where necessary the foreign court's approach to their construction;*¹⁰

*(ii) to identify judgments or other authorities, explaining what status they have as sources of the foreign law*¹¹; and

*iii where there is no authority directly in point, to assist the judge in making a finding as to what the foreign court's ruling would be if the issue was to arise for decision there.*¹²

See MCC Proceeds Inc v Bishopsgate Investment Trust [1999] CLC 417 at 424.

*(b) When there is authority directly in point, there is no room for experts to give evidence to determine the likely outcome of the foreign court applying the foreign law*¹³, see *National Bank of Egypt International Ltd v Oman Housing Bank SAOC [2003] 1 All ER (Comm) 246.*

(c) In Hong Kong, the court accepts the judgment of the courts in the mainland as

¹⁰ 告知香港法院有关外国（中国内地）法律的相关内容；明确指出有关的立法，并且如果有需要（例如立法条文不够明确或肯定，或内容不完整），解释外国或中国内地法院会怎样去对这些立法条文作出解释

¹¹ 明确指出有关判决或其他权威说法，并解释它们在外国法律下的地位。例如中国不是案例法国家，个别地方法院的判决没有约束力，权威性与说服力是比不上一位顶级权威学者的说法或是最高院的司法解释等。

¹² 如果外国法律对有关的争议没有直接权威说法，协助香港法院了解如果同样的争议在相关外国法院面前，它会怎样判。

¹³ 如果外国法律有直接权威说法，专家证人就不应该猜测外国法院会怎样判。

*evidence of the law in the mainland*¹⁴, see *First Laser Ltd v Fujian Enterprises (Holdings) HCA 4414 of 2001, 12 December 2002, Para.56; Shenzhen Development Bank v New Century International (Holdings) Ltd HCA 2976 of 2001, 31 July 2002 at Paras. 33 to 36.*

*(d) Although there is no specific reference to a particular point in a foreign judgment, so long as the court is satisfied that the point could not have escaped the attention of the foreign court or the parties, the foreign court should be regarded to have decided that point as well*¹⁵, see *Shenzhen Development Bank v New Century International (Holdings) Ltd HCA 2976 of 2001, 31 July 2002 at Para.35.*

Subject to a rider which is not material in the present case, I accept these propositions as correct. ...”

4.4 外国法查明通过专家意见或双方代表律师陈词较佳？

在英国法院的对抗制诉讼（adversarial litigation）下，外国法律（如果适用）的适用是以双方诉讼方委任的外国法律专家证人（人选会是该外国的法学教授/学者、退休法官或著名律师等）提供专家报告与接受盘问，法官在考虑与权衡后像认定其他争议的事实（finding of facts）一样，认定谁的外国法“证据”更为可信。当然在考虑与平衡的过程中，英国法官会受他/她视为是“合理”与“当然”的英国法律影响，在双方外国法律专家证人的“敌对”（confrontational）证言中更倾向于与英国法律立法一致的说法。

这也是配合专家证据（expert evidence）应否被采纳（admissible）的主要条件之一，就是英国法院的法官不懂外国法律（这可以是诸多不同国家），需要外国的专家证人来教育与帮助理解。而最后被一审法院认定的外国法，由于是事实问题（issue of fact），不论对错败诉方都不能上诉到上诉庭或最高院，因为只有法律问题（issue of law，这里指英国法），才能上诉。

而在大陆法系的国家与地区（jurisdictions），看来是更喜欢由法院主动查明。这可能是中国大陆的法院（特别是在 2018 年新成立的中国最高院国际商事法院）十分热衷于法国法律查明的原因之一。

在国际商事仲裁，虽然主程序与做法是跟从英美法院的对抗制诉讼程序，但更有弹性（flexibility）与自主性（party-autonomy），无需严格跟从法院的做法。只要是不违反自然公正（Natural Justice），是可以根据不同案件自由安排。所以，

¹⁴ 香港法院接受中国内地法院判决是中国内地法律证据。

¹⁵ 即使外国法院的判决中没有明确提到一些争议点，但如果香港法院同意外国法院不可能没有考虑过这些争议点，就可以当做已经对这些争议点作出了决定。

有听闻对英美法院对待外国法律做法的不同看法,认为有更好的办法提供外国法律的资讯 (information) 以教育与帮助仲裁员理解。例如,像所有其他的事实争议一样让双方的代表律师陈述 (submit) 与争辩 (argue), 但这一来,也就不再是证据了。

首先对依赖外国法律的专家证人教育仲裁员的批评或异议有以下几点:

(一)导致国际仲裁费用高昂的原因之一,因为外国法律专家证人收费不低,而整个仲裁程序也因为多了这一步 (包括当事人/诉讼方寻找合适的专家证人、准备与交换专家报告、对专家证人开庭前的培训、开庭审理接受盘问等) 而变得更漫长与昂贵。让代表律师向外国法律专家查明后再向仲裁庭陈述与争议有关的外国法律会便宜与快捷得多。

(二)专家证人 (包括外国法律专家) 被作为当事人的“枪手” (hired gun)。即使该专家德高望重,不会讲谎话,但如果该专家持的意见不是配合他/她的客户利益,当事人作为客户也不会委任他/她为专家证人。所以双方当事人的外国法律专家证人难免在开庭审理时表达不同与“敌对”的意见,这在本质上与双方的代表律师陈述外国法律并互相争辩没有什么分别,反正仲裁庭免不了要在分析后作出决定。

(三)今天仲裁庭成员的法律背景也很混杂。如香港仲裁经常有商业合同约定适用法是英国法,但被委任的仲裁庭成员之一位或多位不是有英国法律资格人士 (English law qualified), 如是德国或瑞典律师,更有不少是中国律师。这与英国法院都是英国律师出身是不同。所以在国际仲裁,仲裁庭 (没有英国法律资格的成员) 要根据外国法律 (英国法律) 的陈述与争辩作出裁决也是常见。

但这种说法也受到不少拥护传统的英国与普通法做法的人士 (不论是仲裁员或是律师) 的反对。外国法律的争议一旦从证据变为争辩,就失去了他们相信的宣誓下作证 (testify under oath, 即使今天看来是形式多于相信)、真实声明 (statement of truth) 与反盘问 (cross-examination) 程序。也有不少人相信专家证人 (不少是有关行业的顶尖人士) 在提供证据时不会也不敢在同业 (对方的专家证人) 面前太离谱,但一旦变为代表律师的争辩,就什么 (包括外国法律) 都敢说,即使是空口白话也要争辩一大轮。而如果反过来去要求该代表律师 (如英国律师) 正式提供一个外国 (如中国或德国) 法律意见,他/她是绝不敢的。

看来已经有历史悠久的英国法院做法,在很长一段时间内还是会在国际仲裁持续,而不会因为仲裁有弹性与经常有创新的想法与做法有重大改变。但虽然如此,笔者也听过做法上有了一些改变。这方面可看 2019 年 GAR 在斯德哥尔摩进行的一个名为 “Do we need legal experts?” 的会议。在该 GAR 的会议,有一位名为 Angeline Welsh 的律师提到她曾经的经验说: *“I was before the commercial court in England this year where the judge asked the parties if they would agree for foreign law to be determined by way of submissions and he was content with parties' agreement for only submissions to be made on it.”*

看来，一般在程序上比较严格的法院也有了这方面的弹性（flexible）。上一任的首席大法官（Lord Chief Justice）Thomas 勋爵也曾经提到过在国际商业法院可以更宽松采纳对抗制与询问制（inquisitorial）的程序。

而国际仲裁在立法（在英国《Arbitration Act 1996》之 section 34[2][g]）上规定了可以这样做，而且仲裁一向是在程序上更宽松、有弹性与可以配合个别案件任意设计，就没有理由不在这外国法律查明方面改进。事实上，绝大部分来香港的仲裁案件的一方或双方当事人是来自中国内地或有关背景，所以总免不了涉及中国法律的适用，甚至不少相关的合约规定适用法是中国法（PRC Law）。这一来，香港仲裁经常有中国法律的专家证人作出专家报告与出庭接受盘问，整个过程通常是耗费大量时间与金钱。但香港仲裁中一方甚至双方当事人的代表律师是中国的著名律师所的情况也越来越多，也有部分是十分高水平属于中国法律顶端人才。这一来，仲裁程序还是需要这一家代表当事人的律师所另外委任或转聘另一家中国律师所的律师作为专家证人，看来是有一点流于形式。所以，笔者（杨良宜）已经听闻与经历过香港仲裁案件不要求委任中国法律专家证人，只是由双方代表律师替代作出陈述与争辩，可以说是以争辩/答辩（如在结案陈词）替代了盘问。笔者本人对这样的做法是没有问题，甚至是欢迎。但相信这种态度并不普遍，不少西方（英美法背景）仲裁员与代表当事人的跨国律师所仍是抗拒或不知道这种做法。看来，中国公司或律师如果认同这种做法，应在今后的国际仲裁（不论是香港、新加坡或伦敦）向对方当事人提出这个建议，如果对方能够合情合理行事估计也会同意。当然也可以向仲裁庭提出这个建议，但会获得同意的机会（特别是对方反对的情况下），就远远比不上与对方当事人达成协议。

从另一个角度来说，这也与诉讼中涉及其他专业领域的做法一致。也就是本章稍早的 XXX 段提到的在一些情况下可以采纳不独立的专家提供的专家证据，如当事人自己或内部专业人士（in-house experts）。在 Rawlinson v. Westbrook (1994) 12 WLUK 96 先例，Staughton 大法官说如果双方当事人都是特许测量师（chartered surveyors），而有关争议是测量师收费问题，那么双方就无需各自委任独立专家证人。

在 DN v. Greenwich LBC (2004) EWCA Civ 1659 先例，上诉庭也判双方当事人可以自己提供有关的专家证据。Brooke 大法官说：

“Of course ... evidence on matters of this kind may lack the objectivity to be accorded to the evidence of an independent expert, but this consideration goes to the cogency of the evidence, not to its admissibility. That such evidence was in a principle admissible should have been reasonably apparent from the judgements in this court in ES v. Chesterfield and North Derbyshire Royal Hospital NHS Trust (2003) EWCA Civ 1284 ...”

所以，针对“外国法律”这一同样被认为属于事实问题的专家证据也应有同样的法律地位。