

国际实践视角下我国商事仲裁释明规则的构建

刘 彤

摘 要：由于理论上和实践中对其性质的争论以及仲裁规则中制度的缺失，我国仲裁释明的行使缺乏明确的指引，根本无法发挥其应有的作用。通过对于国际仲裁法律原则以及主流仲裁机构规则的分析可以确定，仲裁庭释明的基础是源自仲裁庭本身的调查权以及裁判者知法原则的适用，因此应更多地解释为仲裁庭权利的范畴。释明的目的和效果与商事仲裁所追求的理念高度契合，因此在仲裁领域应有着更为广泛的适用空间。对于释明可能带来的负面影响，则可以通过仲裁规则中特定程序的使用、当事人异议权的保障以及司法审查标准的明确等方式充分加以消除。

关键词：释明；ex officio；Jura Novit Curia

[中图分类号] D915.7 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180 (2024) 01-0090-16

引言

仲裁庭通过对当事人的发问、提示、说明等方式确认仲裁请求、查明案件事实、引导当事人就核心问题进行举证并展开充分辩论的行为被称为仲裁程序中的释明。释明的主要作用在于：一是弥补当事人诉讼能力的不足，在当事人对事实举证不充分或对法律认识不正确的情况下，由仲裁庭帮助当事人实现对相关问题的正确认识，从而更有效地推进仲裁程序 and 实现实体公正；二是在仲裁庭自主形成的法律观点和对事实的判断有超出当事人预料的可能时，通过仲裁庭释明行为给予当事人更为充分地就核心问题发表意见和进行举证的机会，避免突袭裁判的产生。

随着市场经济深入发展和对外开放进一步扩大，我国商事仲裁需求快速增长，全国 270 家仲裁机构在 2021 年受理案件共计 41.59 万件，标的额已达 8 593 亿元。在诉讼、仲裁类争议解决的程序中，需要平衡当事人之间的处分权、裁判者的职能、实体正义与程序公平等多重利益；而裁判者的释明恰恰是实现各种利益平衡的一种调节手段与保障机制。问题在于，我国目前几

[作者简介] 刘彤，法学博士，对外经济贸易大学法学院教授。

乎没有机构的仲裁规则提及释明，法律对于释明司法审查的范围与具体标准也缺乏明确的规定，这种规则失位所造成的矛盾已经凸显。比如，青海省西宁市中级人民法院在一份民事裁定书中指出，仲裁庭未向当事人释明待清算后可就相关主张另行起诉，属于《中华人民共和国仲裁法》（下称《仲裁法》）第 58 条规定的仲裁程序违法情形，仲裁裁决应予撤销。⁽¹⁾而北京市第二中级人民法院则在另一案件中认为，仲裁庭是否应当向当事人释明变更诉讼请求属于仲裁庭实体裁量的范围，不属于可以撤销裁决的情况。⁽²⁾这些冲突的判决结果反映了对于仲裁释明行为性质截然相反的观点，这种定性的模糊状态，导致法院在进行司法审查中较为折中的方式是看相关的释明行为是否在仲裁规则中有明确的规定。⁽³⁾但实际的情况是，由于我国《仲裁法》和仲裁规则中通常都没有关于释明的明确规定，因而对于释明行为的审查目前尚处于真空状态。现实中，仲裁庭释明的性质是权利还是义务、释明的边界及行使方式，以及司法监督的具体标准等尚未明确的问题不仅阻碍着释明作用的实现，也严重地威胁着仲裁裁决的稳定性。

一、仲裁释明制度的需求和我国的立法与司法现状

（一）释明对于商事仲裁的特殊意义

相对于诉讼，商事仲裁更多地体现了对于成本及效率的关注。《1996 英国年仲裁法》（Arbitration Act 1996）第 33 条第 1 款（b）项要求仲裁庭“根据特定案件的具体情况采取合适的程序，避免不必要的延误或开支，以对待决事项提供公平的解决方式”。《瑞典仲裁法》第 21 条同样也明确要求“仲裁员应以公正、实用和快捷的方式处理案件”。《联合国国际贸易法委员会仲裁规则 2013》（UNCITRAL Arbitration Rule 2013，下称《UNCITRAL 仲裁规则 2013》）第 17 条指出“在不违反本规则的情况下，仲裁庭可以其认为适当的方式进行仲裁，……仲裁庭应通过行使裁量权，避免程序进行的不必要延迟和费用，并为当事人争议提供公平的、有效率的争议解决程序”。⁽⁴⁾在《国际商会关于仲裁时间和费用控制手段的报告》（ICC Report on Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration）中，仲裁庭的能动性角色则被反复强调，可见实务对于高效解决纠纷的需求。⁽⁵⁾区别于诉讼的程式化的要求，商事仲裁突出的优势之一就是仲裁程序的灵活性。这主要体现于仲裁庭可以主动地管理仲裁程序，根据案件的实际情况采取针对个案的方式推动仲裁程序

（1）青海省西宁市中级人民法院民事裁定书，（2016）青 01 民特 9 号。

（2）北京市第二中级人民法院民事裁定书，（2016）京 02 民特 31 号。

（3）例如，北京市第四中级人民法院在（2021）京 04 民特 1 号民事裁定书中的观点是，由于《北京仲裁委员会仲裁规则》并无明确的程序性要求，因此关于仲裁庭释明问题并不属于司法审查的范畴。

（4）Article 17 of UNCITRAL Arbitration Rules 2013: “...to these Rules, the arbitral tribunal may conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate, ... in exercising its discretion, shall conduct the proceedings so as to avoid unnecessary delay and expense and to provide a fair and efficient process for resolving the parties’ dispute”.

（5）Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration, § 15, p. 18 & § 32, p. 24.

的高效进行。⁽⁶⁾而仲裁庭通过释明引导当事人及时修正、补充信息,并围绕核心问题展开辩论,恰恰可以最大限度地减少不必要的时间拖延和实现程序的顺利推进。

更为重要的是仲裁公信力的提升以及作为替代性争议解决方式的大众接受度都首先依赖于公众对裁决结果公正性的认同。⁽⁷⁾法官释明的一个重要目的可以归结于促进纠纷的一次性解决,避免上诉的过度出现。这一点对于仲裁来说,更为具有实际意义。一裁终局的裁决机制在实现效率的同时会导致当事人在诉讼请求表述不正确、举证不充分或对于法律问题认识错误未能对相关问题进行充分辩论时失去通过上诉纠正自身错误的机会。因此,仲裁庭需要根据客观情况引导当事人正确有效地行使自己的权利,并在特定情况下及时释明在审理中形成的临时心证及法律判断,从而避免突袭裁判的产生。⁽⁸⁾

实际上,为了促进更高效、公正判决的实现,无论是日本还是德国法院在最近二十年的民商事审判中都明确地体现出了扩大释明权的趋势,并提出释明的范围和形式不应受到限制。⁽⁹⁾而在案件审理中尽快推进审理程序和在更大程度上实现判决结果的实体性公平是商事仲裁所追求的重要目标,商事仲裁中所秉承的友好仲裁理念也与这种诉讼协同主义原则高度一致。在仲裁程序中,通过仲裁庭与当事人协同整理事实、积极交流观点,可以实现仲裁庭与当事人之间的平等与理性交流,更有利于实现商事仲裁所推行的消除纷争、促进友好解决的理念。以现代德国法为代表的民事诉讼法中释明制度的发展,其本质目的就是更多地追求争议解决共同体的概念。在其中,无论是程序效率还是结果公正的实现都离不开裁判者与当事人之间充分的交流与协作,而释明恰恰是实现这一目标最重要的桥梁。

(二) 释明制度易产生的实践问题

虽然仲裁实践对于仲裁庭释明有着明确的需求,但将释明引入仲裁同样会引起众多担忧,其中主要包括如下方面。

第一,释明是仲裁庭的权利还是义务问题仍有待明确。如果释明的性质属于权利的范围,是否释明以及如何释明则属于仲裁庭可以根据实际情况自由裁量的范畴。在大多数情况下,根据司

(6) 《国际商会仲裁规则 2021》(Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce 2021)第22条规定,“仲裁庭及当事人应考虑争议的复杂性及价值,尽最大努力以快捷和具有成本效益的方式进行仲裁”;美国《国际纠纷解决中心仲裁规则 2021》(International Dispute Resolution Procedures 2021)第22条强调:“仲裁庭可以按照其认为适当的任何方式进行仲裁”,“仲裁庭应本着迅速解决争议的目的进行仲裁程序”;《斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁规则 2020》(Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce 2020)第28条第3款规定,“根据案件情况,仲裁庭和当事人应尽力寻求采用有利于提高仲裁高效和快捷的程序安排”;《新加坡国际仲裁中心仲裁规则 2016》第19条规定,“仲裁庭在征询当事人的意见后,应当以其认为适合的方式进行仲裁程序,以确保公平、快捷、经济、终局地解决争议事项”。

(7) 中共中央办公厅、国务院办公厅:《关于完善仲裁制度提高仲裁公信力的若干意见》,载中华人民共和国中央政府网站, https://www.gov.cn/zhengce/2019-04/16/content_5383424.htm?ivk_sa=1024320u。

(8) “禁止突袭裁判”最早由德国联邦最高法院在判决中提出,后经1976年《德国民事诉讼法》确立。

(9) 熊跃敏:《民事诉讼中法院释明的实证分析——以释明范围为中心的考察》,载《中国法学》2010年第5期,第139-140页。

法审查“不审查案件实体问题”的原则，仲裁庭释明行为不会造成仲裁裁决的无效^{〔10〕}和无法执行^{〔11〕}。Tuckey 大法官在 *Egmatra AG v. Marco Trading Corporation* 案中指出，“仅在仲裁程序存在严重错误，并影响裁决的公正性时”司法审查才有介入的必要。^{〔12〕}而如果释明属于义务的范围，不释明或释明不足将可能被认定为程序性瑕疵而影响最终裁决的执行。因此，对于释明性质的界定，是构造仲裁释明制度的首要问题。

第二，反对将释明制度引入仲裁领域的观点认为，释明的行使与仲裁庭的中立地位和居中裁判的原则不相吻合，当事人错误的选择和知识的缺乏并非仲裁庭所应考虑的问题。另外，释明的行使在尺度上非常难以把握，法律上又没有对释明内容的明确规定，更容易导致当事人对仲裁庭公正性的质疑。

第三，一裁终局机制使当事人缺乏对仲裁裁决的救济手段，除少数情况下可以申请撤销裁决之外，当事人几乎没有机会对仲裁裁决作出任何形式的改变。而现有的仲裁法律和仲裁规则中尚无对仲裁庭释明行为的约束或规范措施，当事人无法对仲裁庭的释明行为进行衡量和评价，一旦释明失误，将出现不可逆转的后果。

（三）我国现有法律制度中的模糊

我国仲裁法律没有关于仲裁庭释明问题的规定，但在我国民事诉讼法领域已经相当多地体现了实质性的法官释明制度。比如《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（法释〔2019〕19号，下称《证据规定》）的第2条^{〔13〕}、第4条^{〔14〕}和第53条^{〔15〕}等均规定了法官在审理程序中的释明情况。但由于未能明确释明的性质以及用词上的冲突表述，使得释明行使的合法性缺乏基本的制度保障。以违约金过高情况下的调整问题为例，2009年最高人民法院印发的《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》（法发〔2009〕40号）第8条曾规定“为减轻当事人诉累，妥当解决违约金纠纷，违约方以合同不成立、合同未生效、合同无效或者不构成违约进行免责抗辩而未提出违约金调整请求的，人民法院可以就当事人是否需要主张违约金过高问题进行释明”。通常认为，法规中“可以”的表述更多地应理解为一种权利。而《最高人民法院关

〔10〕 在《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》（UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration）第34条中，关于可以撤销仲裁裁决的事项并不包括仲裁庭对于实体问题的认定和对于法律适用的错误。

〔11〕 在联合国国际贸易法委员会《承认及执行外国仲裁裁决公约》第6条中，可以申请不予执行的裁决情况并不包括仲裁庭对于事实和法律问题的认定。

〔12〕 *Egmatra AG v. Marco Trading Corporation* [1999] Lloyd's Rep. 862.

〔13〕 《证据规定》第2条规定：“人民法院应当向当事人说明举证的要求及法律后果，促使当事人在合理期限内积极、全面、正确、诚实地完成举证。当事人因客观原因不能自行收集的证据，可申请人民法院调查收集。”

〔14〕 《证据规定》第4条规定：“一方当事人对于另一方当事人主张的于己不利的事实既不承认也不否认，经审判人员说明并询问后，其仍然不明确表示肯定或者否定的，视为对该事实的承认。”

〔15〕 《证据规定》第53条第1款规定：“诉讼过程中，当事人主张的法律关系性质或者民事行为效力与人民法院根据案件事实作出的认定不一致的，人民法院应当将法律关系性质或者民事行为效力作为焦点问题进行审理。但法律关系性质对裁判理由及结果没有影响，或者有关问题已经当事人充分辩论的除外。”

于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》（法释〔2020〕17号）第21条规定：“买卖合同当事人一方以对方违约为由主张支付违约金，对方以合同不成立、合同未生效、合同无效或者不构成违约等为由进行免责抗辩而未主张调整过高的违约金的，人民法院应当就法院若不支持免责抗辩，当事人是否需要主张调整违约金进行释明。一审法院认为免责抗辩成立且未予释明，二审法院认为应当判决支付违约金的，可以直接释明并改判。”在该条款中“应当”的用词以及未释明导致的二审中的改判权则表明在这种情况下的释明成为法官应当履行的一种义务。而在2021年最高人民法院民事审判第一庭编的《民事审判实务问答》中将其表述为“在当事人仅纠缠于是否构成违约而未对违约金高低主张权利时，人民法院应当行使释明权”。其中，在将释明权定义为权利的同时，也使用了“应当”的表述。^{〔16〕}

此外，尽管现有相关法律文件列举了数种法官应当向当事人进行释明的情形，内容已经涉及举证责任分配、举证期限、拟制自认、法官观点等方面，但域外理论与实践公认的应当进行释明的诸多其他情形并未予以规定。因此，来自我国民事诉讼法体系中法官释明制度的相关规定并不能提供商事仲裁实践所需的足够的规则支持。同时，由于法律和各机构的仲裁规则对释明的行使原则、程序、方式等亦缺乏相应的规定，从而对于释明在实践中的操作缺乏明确的指引，造成释明行为缺乏必要的约束机制，对不当释明的后果也未能给予当事人合理有效的救济措施。

二、仲裁庭释明行为的性质分析

现代商事仲裁程序中的释明权实际上来自对大陆法系国家民商事审理中法官释明制度的借鉴，大陆法系民商事审判的基本理念在发展过程中也曾出现过辩论主义和纠问主义两大潮流，二者均为保护当事人诉讼权利而设立。其中，辩论主义也称当事人主义，指当事人对作出判决的事实基础（包括证据）负全部责任，法官应充分尊重当事人的意思自治，由当事人提供事实和相关证据并在此基础上提出自己的诉讼请求。辩论主义主要解决两个问题，一是谁应当为裁判创造事实基础以及谁对其完整性负责的问题；二是防止突袭裁判，防止在不知情的情况下争辩的问题。^{〔17〕}辩论主义可保障双方当事人辩论的实施穷尽攻击防御，从而排除意外打击之可能。但当事人的知识、经验、经济能力在实际诉讼中往往是不充分也是不对等的，完全的辩论主义不能避免诉讼能力的差异可能导致的对案件结果的影响。纠问主义也称职权探知主义，指法官对判决的事实认定负完全的责任，从而可以弥补单纯的当事人主义所可能造成的不足。但辩论主义和纠问主义按照“全部或没有”的方式在当事人和法院之间分配责任，这种非此即彼的责任分配较为极端。因而，法官职权与当事人处分权中的协同主义遂得到认同，与之伴随的是释明制度在民事诉讼体系中的发展。

比如，德国2002年修改的《民事诉讼法》将法官释明称为“诉讼指挥”，第139条第1款明

〔16〕 最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判实务问答》，法律出版社出版2021年版，第218页。

〔17〕 [德] 奥特马·尧厄尼希：《民事诉讼法》（第27版），周翠译，法律出版社2003年版，第123-125页。

确指出，法官应与当事人共同地就事实及法律问题进行充分的探讨。法院应保障当事人充分、完整地就一切重要事实进行陈述，特别是其陈述不够充分时应允许其补充，同时可以提供进一步的证据。第2款则允许法官依据当事人明知却忽略的争议点作出相关判决，只要法官已经给予当事人充分的陈述机会。第3款给予法官根据依职权自行决定的法律或争议点作出判决的权利。由于上述第2款和第3款授权法官依职权可从所有的法律角度来认定案件事实并作出判决，而不受当事人观点束缚；为避免第278条第3款所禁止的突袭裁判，法官对于其在审理中形成的自由心证和法律观点具有了释明的必要。实际上，事实问题和法律问题经常交织在一起，当事人只有清楚法官持何种法律观点后，才能知道自己必须就何种事实进行陈述并提供何种证据。因此在德国，法官向当事人开示心证的范围也从法律观点扩展到性质上难以界分的问题，并进一步延伸至事实观点。此外，现代日本法的基本观点为诉讼是当事人与法院共同作用的场所，法院应当积极行使指挥权推动程序发展、搜集证据以弥补当事人诉讼能力。⁽¹⁸⁾而法官释明兼具权利和义务的双重属性。⁽¹⁹⁾

在国际商事仲裁中，仲裁庭释明来源的基础并非对于民事诉讼法体系中法官释明的简单类推适用，而是基于仲裁庭本身具有的相关权利的衍生。美国仲裁协会（AAA）和美国律师协会（ABA）共同制定的《商事争议仲裁庭道德规范》中指出，“在仲裁程序中，仲裁庭可以与当事人及其律师进行充分交流，提出自己的观点或论据，对当事人提出的法律和证据进行评论，作出临时性决定，或者以其他方式控制和指导仲裁程序”。具体而言，由于商事仲裁法律和规则普遍赋予了仲裁庭查明事实、收集证据、推进程序和适用法律的权利，因此仲裁庭释明权一般基于两个来源：一部分属于仲裁庭“依职权行为”（“*ex officio*”，由于目前国内尚没有统一权威的中文翻译，下称 *ex officio* 权利），在仲裁庭认为有必要时行使，如指示当事人明确仲裁请求，要求当事人补充材料或完善证据，提醒当事人事实与仲裁请求不符等。另一部分是仲裁庭的 *ex officio* 权利与当事人自主权（*party autonomy*）折中的结果，在仲裁庭自主援用法律、依当事人所忽略的争议点作出裁决或对事实赋予的新的法律意义超出当事人预料时行使，大多数情况下指仲裁庭对于自身观点的开示。对于释明的性质，无论从现有规则体系的解读，还是从其本身目标的实现看，都更适合定义为仲裁庭的一种权利。

（一）仲裁庭查明事实的 *ex officio* 权利所包含的释明权

任何种类的司法裁决必然是基于对事实本身进行认定基础上的法律适用，查明案件事实是裁决作出的基础，也是仲裁程序中最为重要的部分。因此，现代商事仲裁规则通常给予仲裁庭广泛地查明事实的权利，并赋予仲裁庭相当大的自由裁量空间，其中包括查明事实的方式、手段与范围。

⁽¹⁸⁾ 熊跃敏：《民事诉讼中法院的释明：法理、规则与判例——以日本民事诉讼为中心的考察》，载《比较法研究》2004年第6期，第66页。

⁽¹⁹⁾ 松本博之=上野泰男『民事訴訟法（第2版）』（弘文堂，2001年）39頁參照。

例如,《UNCITRAL 仲裁规则 2013》第 27 条第 3 款规定,“在仲裁程序期间,仲裁庭可随时要求当事人在仲裁庭规定的时间段内出示其所要求的文件、证物或其他证据”。《国际商会仲裁规则 2021》(下称《ICC 仲裁规则 2021》)第 25 条“确定案件事实”部分第 1 款明确规定,“仲裁庭应采用一切适当的方法在尽可能短的时间内确定案件事实”。第 4 款同时规定“仲裁庭有权从任何一方当事人处获得任何额外证据”。《国际律师协会国际仲裁证据规则 2020》(IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration 2020,下称《IBA 证据规则 2020》)规定,仲裁庭有权“在仲裁案审结前的任何时候,均可(i)要求任何一方当事人出示文件材料,(ii)要求任何一方当事人尽最大努力采取,或(iii)仲裁庭自行采取,其认为恰当的措施以便从任何个人或组织获得文件材料”。⁽²⁰⁾世界上主要的仲裁机构规则中均包含类似的规定。⁽²¹⁾

因此,虽然当事人承担对于自己的主张提供充分证据的责任,但仲裁庭要求当事人提供补充证据的释明并不会与仲裁庭保持中立的基本原则相冲突,因为仲裁庭本身具有通过一切合理手段查明事实的相关权利。⁽²²⁾这些权利可以总结为几个方面:第一,从原则角度来说,仲裁庭为了推进仲裁程序的有效进行,可以采取一切适当的方式来确定案件的事实。第二,仲裁庭为了查明相关事实,可以主动调查事实或者搜集证据。⁽²³⁾第三,仲裁庭可以要求当事人提供任何其认为有必要的文件或相关证据。⁽²⁴⁾与之相联系的,仲裁庭为实现上述目标所进行的确认、发问和说明就是我们所定义的仲裁释明权所包含的主要内容的一部分。

(二) Jura Novit Curia 原则所引发的释明

国际仲裁中 Jura Novit Curia 原则(目前国内尚没有统一权威的中文翻译)的一般含义是:当事双方有责任提供案件事实,而法官有责任选择适用的法律。类似的制度在大陆法系民事诉讼法体系中被称为“法官知法”。⁽²⁵⁾根据 Jura Novit Curia 原则,仲裁庭可以根据当事人在仲裁过程中

⁽²⁰⁾ 《IBA 证据规则 2020》第 3 条第 1 款。

⁽²¹⁾ 《伦敦商事仲裁院仲裁规则 2020》(LCIA Arbitration Rules 2020)第 22 条第 1 款(e)项规定:“……仲裁庭有权根据当事人的申请或主动进行下列事项,但必须事先给予各方当事人合理的机会表达他们的意见:……(e)指令任何当事人向仲裁庭和其他当事人提供任何仲裁庭认为有关的并在其占有、保管或权力范围内的文件和任何类别文件以供查阅并提供副本。”《瑞士国际仲裁规则 2021》(The Swiss Rules of International Arbitration 2021)第 26 条第 2 款规定“仲裁庭在适当或有需要的时候可要求当事双方提供文件、证物或其他证据”。《新加坡国际仲裁中心仲裁规则 2016》第 27 条(f)项规定,“仲裁庭认为当事人占有(控制)任何与案情有关联并对仲裁庭裁决有实质关联的文件,仲裁庭有权命令当事人向仲裁庭和其他当事人出示,接受检验,并提供文件副本”。《澳大利亚国际商事仲裁中心仲裁规则 2021》第 24 条规定,“仲裁庭有权要求任一当事方提供特定的其认为具有相关性的文件”。《维也纳国际仲裁中心仲裁规则 2021》第 29 条规定,“为了确立案件事实,如果仲裁庭认为有必要,仲裁庭可以自行决定收集证据或者要求当事人提交相关证据”。

⁽²²⁾ 美国《国际纠纷解决中心仲裁规则 2021》第 22 条第 5 款和第 24 条;《斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁规则 2020》第 29 条第 3 款和第 31 条第 1 款;《新加坡国际仲裁中心仲裁规则 2016》第 27 条(f)项和(h)项。

⁽²³⁾ 《伦敦商事仲裁院仲裁规则 2020》第 22 条第 1 款(c)项规定,仲裁庭可以“进行仲裁庭认为必要或有利的调查,包括确定仲裁庭是否以及在多大程度上应主动确定争议点,并确定相关事实以及适用于仲裁协议、仲裁和双方争议的法律或规则”。

⁽²⁴⁾ 《斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁规则 2020》第 31 条第 3 款规定,“仲裁庭可以应一方当事人的要求,或在特殊情况下自行决定,指令当事人一方提供可能与案件有关并影响其结果的任何文件或其他证据”。

⁽²⁵⁾ 段文波:《德国法律适用突袭问题之对策与启示》,载《法律科学(西北政法大學學報)》2011年第6期,第93页;[日]伊藤真:《民事诉讼法》(第4版补订版),曹云吉译,北京大学出版社2019年版,第212页。

未提出的法律规则、法学理论或判例作出决定。目前各国仲裁法和主要仲裁规则均未限制仲裁庭适用法律和决定法律问题的权利，因此 *Jura Novit Curia* 原则在国际商事仲裁中的适用是相当广泛的。⁽²⁶⁾ 比如，《1996 年英国仲裁法》第 34 条规定，在不违背当事人有权商定任何事项的前提下，仲裁庭可以决定所有程序和证据事项，其中第 2 款（g）项明确包括“是否及在何种程度上仲裁庭可以主动确定事实和法律”。瑞士联邦最高法院也曾明确地作出相关的判决。⁽²⁷⁾

在 *Jura Novit Curia* 原则下，仲裁庭依然不能替代当事人提出、变更仲裁请求或者作出主张、抗辩，但普遍接受的观点是可以在当事人所提出的事实和请求的框架之下，适用当事人并未提出的相关法律条文或者原则以支持其裁决结果。瑞典最高法院作出的一个判决确认，仲裁员可以就当事人所提出的仲裁请求适用另一并未为当事人所提出的法律依据以支持相关仲裁请求。⁽²⁸⁾ 英国法院指出，“仲裁庭没有义务简单地在双方当事人的法律理由之间作出选择，而有权发展自己的法律推理和分析”。⁽²⁹⁾ 在另外一个英国判例中法官进一步确认，“仲裁庭可以根据相关的事实，通过自己独立的法律研究及认定，依据其他的并未为当事人所提出的法律依据作出最终的判决”。⁽³⁰⁾

而与 *Jura Novit Curia* 原则行使相适应的是仲裁庭在根据独立于当事人观点的事实认定和法律规则作出裁决前，应通过释明行为给予双方当事人以充分的评论和发表意见的机会，以避免突袭裁判所形成的程序缺陷。《IBA 证据规则 2020》第 2 条第 3 款说明，“应当鼓励仲裁庭在其认为恰当的时候，向当事人披露以下事项：（a）所有仲裁庭认为可能与案件相关且对结果有重大影响的事项”。其中当然包括仲裁庭对于事实的认定和法律适用的独立的观点。因为在仲裁程序中给予双方当事人充分发表意见的机会是仲裁庭必须遵守的基本原则；而未能就核心问题发表意见，则可能构成仲裁裁决被撤销的一个重要理由。⁽³¹⁾ 比如《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》（下称《商事仲裁示范法》）第 18 条规定，双方“应被给予充分的机会陈述其案情”。《日本仲裁法》第 44 条第 4 项规定“在仲裁程序中未能陈述其意见”，构成撤销仲裁裁决的理由之一。⁽³²⁾ 在最近的一个巴黎上诉法院撤销国际商会（ICC）裁决的案件中，法院认为：正当程序原则要求当事方有充分的机会在仲裁程序中对于仲裁庭在作出决定时考虑的所有因素进行讨论。由于仲裁庭基于合同终止条款而作出的解除付款义务的裁决并不是源于任何一方所提出的观点，并且从未在仲裁

[26] Jones Doug, *The Remedial Armoury of an Arbitral Tribunal: the Extent to Which Tribunals Can Look Beyond the Parties' Submissions*, 78 Arbitration 102, 102–122 (2012).

[27] X. v 1. Union Cycliste Internationale (UCI), 2. Fédération Z., Decision 4A_110/2012, Federal Supreme Court of Switzerland, 1st Civil Law Chamber, 9 October 2012.

[28] Swiss Supreme Court, 1 November 1996, P. GmbH v. S, ASA Bulletin, 258 & 264 (2002).

[29] Gol Linhas Aereas S.A. (formerly VRG Linhas Aereas S.A.) v. MatlinPatterson Global Opportunities Partners (Cayman) II L.P. and Others [2022] UKPC 21.

[30] Hussman (Europe) Ltd. v. Al Ameen Development & Trade Co. and Others [2006] 2 Lloyd's Rep. 83.

[31] [美] 加里·B. 博恩：《国际仲裁法律与实践》，白麟、陈福勇、李汀洁等译，商务印书馆 2015 年出版，第 421–422 页。

[32] 中国国际经济贸易仲裁委员会等主办：《仲裁与法律》（第 95 辑），法律出版社 2005 年版，第 129 页。

程序中讨论过，裁决违反正当程序原则而应予以撤销。⁽³³⁾

因此，仲裁庭在审理程序中发现双方的争议焦点偏离实际的核心问题，或者仲裁庭通过审理认为可能构成裁决重要基础的法律问题却未被当事人所明确提出并进行充分辩论时，仲裁庭在可能根据 *Jura Novit Curia* 原则作出裁决的情况下应通过释明引导双方当事人就相关问题进行进一步的辩论和举证，而这种释明属于仲裁庭 *Jura Novit Curia* 原则的衍生。

（三）仲裁庭释明行为权利属性的法律基础及政策考量

从产生的基础看，法官释明行为的性质虽然在我国民事诉讼法领域并没有统一的定论，但参考大陆法系国家的基本观点，一般认为“法官拥有释明权利也承担释明义务，以便让应该胜诉的当事人胜诉”。⁽³⁴⁾ 而仲裁庭释明与法官释明既有相同之处，也有不同之处。法官释明由于其来源于国家赋予的裁判权，即国家公权力给予法官的审理案件的权力，因此其在享有这种职能权力的同时也负有一定的保障义务，这种义务之一是通过法律的释明实现国家对于相应社会利益的保障。仲裁庭释明则来源不同，它是来源于仲裁规则以及当事人协议给予仲裁庭的调查权和自主适用法律相关权利（*Jura Novit Curia* 原则）的衍生，因此不存在履行国家职权所导致的相应的义务部分。

从程序规则看，大多数机构的仲裁规则都普遍赋予仲裁庭积极的权利来进行程序设计以实现更公平、快速和节约地解决纠纷的目的。比如，《UNCITRAL 仲裁规则 2013》第 17 条规定，“在不违反本规则的情况下，仲裁庭可以其认为适当的方式进行仲裁”。《伦敦商事仲裁院仲裁规则 2020》第 14 条第 2 款规定，“仲裁庭应拥有在仲裁庭认定适用的法律或法律规范范围内最广泛的裁量权，以履行其职责”。《瑞士国际仲裁规则 2021》第 19 条规定，“仲裁庭可以以自己认为合适的方式进行仲裁，包括采用任何提高仲裁程序效率的措施”。因此，在特定案件中仲裁庭为有效推进仲裁程序所作出的释明决定同样具有明确的权利属性，并应拥有较大的自由裁量空间。

从现实角度看，行业专家参与纠纷解决是仲裁的一大特点和优势，仲裁庭中有相当一部分是来自不同行业中的专家，但不一定具有法律专业背景。实际上，当事人对于仲裁员的选择以及对于仲裁庭的委托本身包含了对于仲裁庭公正性与专业性的信任，对于这些行业专家在案件审理中的释明与否以及使用的范围及方式是否适当采用过于严苛的标准并不合适。如将其设定为一种义务加以约束，必将影响仲裁庭对案情的判断和专家仲裁优势的发挥。此外，由于释明的行使往往需要仲裁庭在不同的具体案件中，针对不同的具体情况以及当事人具体的诉讼能力进行选择，将其一概地设定为仲裁庭的一种义务，则不仅不能够实现仲裁释明的目标，反而可能对于仲裁结果造成更多的不确定性。⁽³⁵⁾

(33) *Vinci Construction Grands Projects c/ Olympus International Pvt Limited Pakistan*, Cour d'Appel de Paris, NRG 18/28302.

(34) 王杏飞：《论释明的具体化：兼评〈买卖合同解释〉第 27 条》，载《中国法学》2014 年第 3 期，第 267-287 页。

(35) 例如在德国，法官对于法律观点的释明根据当事人是否聘请律师而有所不同。对于存在律师代理的情形，法官只要提示律师注意某具体法律条文即可。相反，对没有聘请律师的当事人进行法律观点释明必须以当事人可以理解的方式进行。

三、仲裁庭释明权的行使方式

由于我国尚未存在关于法官释明方式的明确规定，基于目前的国际仲裁法律原则和机构仲裁规则，实践中仲裁庭释明权的行使方式应主要包括开示、发问、晓谕和确认四种形式。

（一）开示

作为仲裁释明中最难把握的一种形式，开示指仲裁庭在裁决形成过程中应适时向当事人披露其已经形成的对于事实的认定和对于法律适用的观点，并引导当事人围绕重点问题进行充分主张和辩论。仲裁程序中开示的目的旨在切实保障当事人的程序参与权，使其充分利用程序法所提供的攻击和防御的机会，避免所谓的突袭裁判。比如，在一个仲裁程序中，申请人的仲裁请求是要求被申请人继续履行合同并赔偿违约损失。而仲裁庭基于对案件事实和证据的判断，认为双方签订的合同应属无效协议。如果直接认定合同无效，驳回申请人的全部仲裁请求，则有超出当事人预料的可能。此时，仲裁庭可向当事人释明仲裁庭的判断和认定，并邀请双方评论，听取双方意见。对此，《瑞士国际私法法典》第 190（2）款规定，仲裁庭可以对案件事实作出自己的法律解读，但如仲裁庭提出当事人没有提出并出乎当事人意料之外的法律论点时应告知当事人，邀请其进行评论。^{〔36〕}《新加坡国际仲裁中心仲裁规则 2016》第 27 条（m）项也明确规定，作为仲裁庭的权利，可以“对在一方当事人提交的书面陈述中没有明示或默示提出的争议焦点作出决定，但其前提是该争议焦点已得到了另一方当事人的明确注意，且该方当事人已被给予充分的机会就此进行过答复”。这种释明要求在我国民事诉讼法中也已经有所体现，《证据规定》第 53 条的实际效果就是要求法官将其对于具体案件中法律关系认定的自由心证予以开示。^{〔37〕}

关于仲裁庭开示的适用范围，各国的用词虽有不同，但总体来说使用了当事人合理预期标准。英国法院在判决中明确要求双方被给予机会来对案件中“重要的观点”和“从未被提到的观点”进行评论。^{〔38〕}在 *Zermat Holdings SA v. Nu Life Upholstery Repairs Ltd.* 案中，法官直接指出，“如果仲裁庭可能适用任何一个任何一方当事人均没有提到过的观点，其有义务将该观点披露给当事人并听取他们的评论”。^{〔39〕}瑞士联邦法院在 *Urquijo Goitia v. da Silva Muñiz* 案中，因仲裁庭适用了不能被当事人合理期待的法律理论，判决裁决被撤销。^{〔40〕}在该案中，法院认为，仲裁庭引用的法律不属于基本的法律条款，因而导致其不具备被期待的可能性。芬兰最高法院在 2008 年的 *Werfen Austria GmbH v. Polar Electro Europe B.V., KKO* 案中使用了可预见性标准来判断仲裁庭的行为是否违反正当程序原则。^{〔41〕}该案判决认为，在仲裁程序中当事双方已就违约金条款的正当性问题进

〔36〕 Swiss Supreme Court, *Bank Saint Petersburg PLC v. ATA Insaat Sanayi ve Ticaret Ltd.*, 2 March 2001.

〔37〕 最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院新民事诉讼证据规定理解与适用》（下），人民法院出版社 2020 年版，第 502 页。

〔38〕 *Interbulk Ltd. v. Aiden Shipping Co. (The Vimeira)* (No.1) [1984] 2 Lloyd's Rep. 66, p.76.

〔39〕 *Zermat Holdings SA v. Nu Life Upholstery Repairs Ltd.* [1985] 2 EGLR 14.

〔40〕 *Urquijo Goitia v. da Silva Muñiz*, case No. DFT 4A_400/2008 of 9 February 2009.

〔41〕 *Werfen Austria GmbH v. Polar Electro Europe B.V., KKO* 2008:77, Finnish Supreme Court, case No. 1517 of 2 July 2008. *KKO* 2008:77, case No. 1517 of 2 July 2008.

行了辩论，因此仲裁庭最终作出的对于违约金调整的裁决，应在当事人的预料范围之内。法国法院也曾作出类似的判决。⁽⁴²⁾ 此外，需要注意的是法院在判断当事人的合理预期时，通常会参考多种因素，包括律师专业水平、双方的陈述、是否有专家参与等。⁽⁴³⁾

（二）发问

发问指在当事人诉讼请求中的事实或法律表述不明确、举证不充分时，仲裁庭可以通过提问的方式要求当事人补充陈述或补充提供证据。这种释明是以查明案件事实为目的，在当事人诉讼能力不足的情况下由仲裁庭帮助当事人揭示客观事实，协助仲裁庭形成心证。⁽⁴⁴⁾ 这种释明的行使可以由当事人向仲裁庭提议或者由仲裁庭自主决定行使，其基础是仲裁规则中赋予仲裁庭的要求当事人提交补充文件或作出澄清的权利以及仲裁庭自主积极发起调查的权利。⁽⁴⁵⁾

（三）晓谕

晓谕指在当事人适用法律错误或提出的仲裁请求与事实基础不符，或事实不足以支撑其仲裁请求的情况下，仲裁庭向当事人说明法律规则，提示其可以变更主张或提供补充事实及证据的权利。例如，在一起合同纠纷的仲裁案件中，申请人提出的仲裁请求为确认合同无效，继而要求返还其已支付的合同项下款项和赔偿其损失，但在事实与理由部分申请人却说明被申请人在签订合同时的行为构成欺诈。而欺诈与合同无效的法律依据、举证事实和法律后果均不相同，此时当事人陈述的事实与其仲裁请求不符，属于仲裁庭需要向当事人进行释明的情况。仲裁庭可将该不符情况晓谕申请人，确认当事人真意，避免在当事人对法律和事实存在错误理解的情况下作出无意义的裁决。在 *Interbulk Ltd. v. Aiden Shipping Co.* 案中，法官指出“如果仲裁庭认为当事人提出的仲裁请求中遗漏了重要的内容，为了程序的公平与正义，仲裁庭有义务将该问题向当事人提出，给予当事人解决的机会”。⁽⁴⁶⁾ 这种释明其实在我国仲裁机构现行的仲裁规则中已十分常见。比如 2018 年《上海仲裁委员会仲裁规则》（已被修改）第 16 条第 2 款规定：“仲裁过程中当事人主张的法律关系的性质或者民事行为的效力与仲裁庭根据案件事实作出的认定不一致的，仲裁庭可以告知当事人其有变更仲裁请求的权利。”《天津仲裁委员会仲裁暂行规则（2014 版）》第 43 条规定：“仲裁过程中，仲裁庭根据案

〔42〕 *Cour d'Appel de Paris*, 25 November 1997, *Cour d'Appel de Paris*, 25 November 1997, *Société VRV v. Pharmachim*, in *Rev. Arb.*, 684, p. 687 (1998).

〔43〕 *Y. v. Z.*, Swiss Federal Tribunal, case No. 4A_220/2007 of 21 September 2007.

〔44〕 例如《新加坡国际仲裁中心仲裁规则 2016》第 27 条规定的仲裁庭权力中包括：“c.进行仲裁庭认为有必要或有利于案件顺利审理的质询”。

〔45〕《UNCITRAL 仲裁规则》第 27 条规定“在仲裁程序进行期间的任何时候，仲裁庭均可要求各方当事人在应由仲裁庭决定的期限内出示文件、证物或其他证据”。《伦敦商事仲裁院仲裁规则 2020》第 22 条第 1 款（c）项规定：“除非当事人于任何时候另有书面约定，仲裁庭有权根据当事人的申请或主动进行下列事项，但必须事先给予各方当事人合理的机会表达他们的意见：……（c）指令任何当事人向仲裁庭和其他当事人提供任何仲裁庭认为有关的并在其占有、保管或权力范围内的文件和任何类别文件以供查阅并提供副本。”美国《国际纠纷解决中心仲裁规则 2021》第 22 条第 5 款规定，“在程序进行中，仲裁庭可在任何时间指令当事人提交仲裁庭认为必要或适当的文件、附件或其他证据”。《斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁规则 2020》第 29 条第 3 款规定，“仲裁庭可以指令当事人进一步提交额外的书面文件”。

〔46〕 *Interbulk Ltd. v. Aiden Shipping Co. (The Vimeira)* (No.1) [1984] 2 Lloyd's Rep. 66, p.76.

件事实作出的认定与当事人主张的法律关系的性质或者民事行为的效力不一致的，可以进行释明。”

（四）确认

确认指在当事人所作陈述不够清楚明确时，仲裁庭可以向双方披露自己对其陈述的理解和看法，或者要求当事人自己进一步阐释清楚，以确定当事人的主张，并协助仲裁庭作出正确的判断。

在仲裁程序中，仲裁庭对于上述四种释明方式的使用，可以根据具体情况综合运用。发问和确认，更多的是针对当事人自身阐述不明确、不充分或者仲裁庭认为相关事实或观点有必要要求当事人进一步陈述的情况下使用的释明方式。晓喻则是仲裁庭对于相关法律问题向当事人进行的解释，以启发当事人进一步陈述事实和提供相关的证据。开示更多的属于仲裁庭的自由裁量范围，在何种情况下需要披露仲裁庭已经形成的观点以及披露的程度都取决于仲裁庭对个案中实体和程序问题把握的审时度势。

四、释明权的风险制约机制

尽管实践表明引入仲裁庭释明制度十分必要，但释明所可能导致的对于仲裁程序和结果公正性的影响同样不容忽视。对于释明行为可能造成的负面影响可以从仲裁庭本身行使的方式、现有仲裁规则程序的使用和司法审查标准的明确等几个方面加以控制。

（一）审理事项范围的确定与审前会议的使用

仲裁庭的权利首先来自当事人的协议约定，仲裁庭在行使释明权和其他 *ex officio* 权利时，均应限制在仲裁庭被授权审理的事项范围内，否则裁决结果将会存在无效和无法执行的风险。根据《承认及执行外国仲裁裁决公约》（即《纽约公约》），“裁决所处理之争议非为交付仲裁之标的或不在其条款之列，或裁决载有关于交付仲裁范围以外事项之决定者，此裁决将被拒绝承认与执行”。^{〔47〕}《商事仲裁示范法》第 34（2）（a）（iii）条所规定的可能导致裁决被撤销的事项也包括“裁决所处理之争议非为提交仲裁之标的或不在其条款之列，或裁决载有关于交付仲裁范围以外事项之决定”。因此，仲裁庭固然可以主动地查明事实和适用相关法律规则或法律原则，但仲裁庭的主动行为不能超出当事人所提出的仲裁请求及仲裁协议所确定的仲裁庭管辖范围的事项。

实践中，仲裁庭可以通过与当事人订立职权范围协议的方式，对于仲裁庭审理范围所涉及的事项进行明确，避免基于 *ex officio* 权利对于仲裁程序进行引导时导致超裁的出现。瑞士联邦最高法院在判决中明确指出，“当事双方可以协议约定仲裁庭适用自身法律观点的权利范围”，“在该范围之外，仲裁庭应被限制行使自主确定案件中事实和法律问题的权利”。^{〔48〕}这种共同协商的方式更符合仲裁依赖当事人合意的特点，也可以在一定程度上防止仲裁裁决在执行中被质疑。制定仲裁庭职权范围书的做法已在一些仲裁规则中有所体现，比如《ICC 仲裁规则 2021》第 23 条规定，仲裁庭职权范围书中应包含“当事双方各自的仲裁请求”和“一系列需要被决定和解决的事项”。

〔47〕《纽约公约》第 5 条第 1 款（c）项。

〔48〕 In decision 4A_554/2014 dated 15 April 2015.

这种职权范围协议的订立可以协助仲裁庭和当事人明确案件审理范围的界限，如果仲裁庭的理解有误，当事双方也可以及时指出并纠正。

由于仲裁庭释明的一个主要功能是要求一方当事人提供相关信息或对已提出的请求作出更正或补充；为避免另一方当事人在审理中准备不足，可以通过召开审前会议（pre-hearing conference）或案件管理会议（case management conference）的方式进行释明，以共同确定案件核心争议和审理事项的范围。美国律师协会的《商事争议仲裁庭道德规范》指出，仲裁庭可以在审前会议中与当事人就与法律和案情有关的所有法律问题进行详细讨论。这种审前会议或案件管理会议在现代仲裁规则中已经比较普遍存在。比如，《ICC 仲裁规则 2021》第 24 条提出，仲裁庭可以在仲裁程序的开始阶段召开案件管理会议，就案件程序事项作出安排。《斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁规则 2020》第 28 条第 1 款规定，“案件移交仲裁庭后，仲裁庭应及时与当事人召开案件管理会议，以组织、安排和确定仲裁案件进行的程序”。《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则（2014 年修订）》第 35（5）条表示，可以设立审前会议以帮助仲裁庭提醒当事人仲裁庭在程序中希望其注意的事项。

程序早期的审前会议或案件管理会议中的释明可以实现一种双向的沟通，一方面通过仲裁庭的确认、发问释明，确定仲裁庭对当事人所提出的仲裁请求及主张的理解正确；另一方通过晓谕和开示，可以在进入实质性的审理和证据截止之前确定案件争议焦点和法律问题辩论范围，从而给双方当事人更为充分的准备机会，同时也可以缩短新问题出现后所可能导致的程序的拖延。在这个阶段，通过给予存有异议的一方提出反对意见的机会可能促使仲裁庭重新思考释明是否合理以及可以对释明不当进行及时补救，从而避免由于释明不当或当事人事后异议导致的对于最终裁决所可能产生的严重影响。

无论是职权范围协议的确立，还是审前会议或案件管理会议的召开，目的在于将释明尽量在案件实质性审理前行使，赋予仲裁庭释明行为以当事人合意基础上的授权，并有利于促进当事人对仲裁庭观点和做法的认同，避免在事后产生对仲裁裁决的争议，妨碍裁决的执行。

（二）当事人权利的保障——正当程序原则

仲裁法原则中所要求的正当程序原则（Due process principle），主要包括两方面内容：一为当事各方应被平等公正地对待（impartially and fairly）；二为当事人发表意见的权利（the right to be heard）应被保障。其中第一项内容要求仲裁庭在行使释明权时应充分考虑对于双方公平性的影响，避免出现明显的对于一方有利的情况。《商事仲裁示范法》第 18 条规定，“当事各方应得到平等相待，并应被给予充分的机会陈述其案情”。《1996 年英国仲裁法》第 33 条第 1 款（a）项规定“仲裁庭应：（a）公平及公正地对待当事人，给予各方当事人合理的机会陈述案件并抗辩对方当事人的陈述”。《荷兰民事诉讼法典》第 1039 条规定，“当事人应公平对待。仲裁庭应给予任何一方当事人详述其申诉和陈述条件的机会”。这个法律原则几乎在所有的国际主流仲裁机构的规则中均有所体现。^{〔49〕}

〔49〕 美国《国际纠纷解决中心仲裁规则 2021》第 22 条第 1 款；《伦敦商事仲裁院仲裁规则 2020》第 14 条第 1 款；《ICC 仲裁规则 2021》第 24 条第 1 款。

针对第二项要求, 尽管存在着事后司法审查的补救, 为了保证正当程序原则的实现, 仲裁庭对于自己的释明内容主动邀请当事人进行评论, 可能是更为有效的解决方式。⁽⁵⁰⁾ 在英国 *OAo Northern Shipping Co. v. Remolcadores de Marin SL (The Remmar)* 案中, 法官撤销了仲裁裁决, 理由是仲裁庭适用当事人并未提出的法律观点作出了裁决, 并且未给当事人评论的机会, 违反了《1996 年英国仲裁法》第 33 条的规定。⁽⁵¹⁾ 在法国, 正当程序原则的规定不仅包括当事人有充分机会展示案件, 而且要求当事人应该对所有案件中的法律和事实问题发表意见。⁽⁵²⁾ 因此, 仲裁庭在依 *Jura Novit Curia* 原则进行裁决的情况下, 如果适用某些双方当事人没有充分主张的法律原则或为当事人所忽略的争议焦点, 并将对裁决结果产生重要的影响时, 应将可能适用的法律或其形成的自由心证观点予以释明, 以给予各方当事人进一步充分发表意见及提供补充证据的机会。在诉讼领域, 针对法院诉讼中法官释明不当的问题, 德国和日本民事诉讼法均明确给予了当事人提出异议或提出上诉的权利。我国《证据规定》第 53 条也规定, “当事人主张的法律关系性质或者民事行为效力与人民法院根据案件事实作出的认定不一致的, 人民法院应当将法律关系性质或者民事行为效力作为焦点问题进行审理”。由于法律或规则本身对于仲裁庭释明很难针对各种情况都给出具体的规定, 仲裁员在一个消极的裁判者和积极的调查者之间进行选择有时是非常困难的, 因此给予当事人充分地发表意见的机会不仅是实现程序正当原则的必要保证, 同时也是使释明行为获得双方当事人授权的一种方式。

无论是在庭审前进行的释明还是在庭审中进行的释明, 任何一方当事人均应有权对此发表意见或提出异议, 并且应记录在相关的庭审笔录中。为了保障仲裁程序顺利进行, 仲裁庭可以对于提出异议的一方进行解释, 也可以在最终裁决中对于一方当事人所提出的针对释明的程序异议予以回应以表明仲裁庭对于当事人提出的异议所进行的考虑, 并且可以作为事后司法审查的相应依据。

(三) 司法审查的范畴

由于仲裁庭释明行为可能会对于当事人的程序权利和实体公正产生深刻的影响, 因此对于仲裁庭释明行为, 不能简单地因其本身的权利属性而免于司法审查; 但考虑实践中准确把握的难度, 应对其审查的范围控制在有限的情况下, 即在仲裁庭的不当释明违反正当程序原则、损害当事人程序权利并严重影响裁决实体结果的案件中, 而具体的审查应基于以下几个原则。

第一, 对于释明行为的审查应仅涉及仲裁庭释明不当的情况, 而并非将其视为仲裁庭义务而导致对于仲裁庭未根据法官义务进行释明的审查。其原因在于法官释明既是权利也是义务, 是大陆法系中现在较为主流的观点。而仲裁庭的权利是基于仲裁庭查明事实、适用法律和管理程序权利所延伸出的自由裁量权。因此, 不宜将法官的释明义务也同样移植于仲裁庭的释明制度中。比如, 不应依据当事人诉讼请求错误法官应当释明的相关规定将仲裁中未能释明的情况作为程序瑕疵的依据。

[50] *Vee Networks Ltd. v. Econet Wireless International Ltd.* [2005] 1 Lloyd's Rep. 192, p.79-91; *ABB AG v. Hochtief Airport GmbH* [2006] EWHC 388 (Comm).

[51] *OAo Northern Shipping Co. v. Remolcadores de Marin SL (The Remmar)* [2007] 2 Lloyd's Rep. 302, §22.

[52] *CMS Legal Services EEIG 2012. Thyssen Stahlunion v. Maaden*, Paris Court of Appeal (1re Ch. C.), 6 April 1995.

第二，程序上的释明不当指仲裁庭的释明违反仲裁制度中的基本原则或现有仲裁规则中对于程序的强制性要求。其主要涉及违反中立原则、未能给予当事人充分发表意见及提供证据的机会，以及释明时间过迟等问题。应当注意的是，如果释明作出的时间过晚，导致双方或某一方当事人未被充分保障其仲裁程序中的程序权利，同样可能构成释明不当的情况。

第三，过度释明通常包含两种情况。第一种情况是对于法律明确规定不得释明的问题进行的释明或者释明可能导致双方不公平结果的情况。比如我国法律明确规定，超过诉讼时效而当事人未提出诉讼时效抗辩的，法官不得对相关抗辩理由进行释明。又如，仲裁员不对当事人未提出的仲裁请求或抗辩理由提醒当事人进行主张。第二种情况是释明权的行使不能超越当事人主义的范畴，仲裁员不能完全基于自己的判断或观点，提出与当事人主张完全不同的审理方向。仲裁程序中的释明应当仅是在当事人已经提出的仲裁请求或抗辩主张范围内，针对不明确的事实或不完整的证据，给予仲裁庭遵循当事人提出的主张方向进一步查明事实、推进程序和适用法律所可以行使的引导和探究权。作为基本原则，仲裁庭不能主动地改变、增加仲裁请求或代替当事人提出新的事实和证据，否则就会实质性地违反处分原则。

第四，释明不足则更多地体现在仲裁庭依据 *Jura Novit Curia* 原则适用的法律原则或认定的争议焦点并未被当事人提及或被当事人忽略而未能进行充分讨论的情况下，仲裁庭未能进行充分释明而导致突袭裁判的情况。《商事仲裁示范法》第 34（2）（a）（ii）条明确规定，当事人自身权利受到侵害导致“不能陈述其案件”，构成撤销理由。瑞典上诉法院在 *Systembolaget v. V&S Vin & Spirit* 案中撤销仲裁裁决的理由是，由于一方当事人无法合理预见仲裁庭引用其未提出的法律条款或原则作出裁决，仲裁庭的裁决超出了 *Jura Novit Curia* 原则所赋予的权利，即使仲裁庭的裁决并没有超过申请人的仲裁请求。^{〔53〕}

必须承认，针对上述第三、四种情况下的释明不当进行判断是一个非常困难的问题。因为释明制度本身就是具体案件中针对实体公正的实现、程序的有效推进、当事人实际的诉讼能力、诚信原则，甚至政策考量等多种因素的权衡下，由裁判者综合考虑的结果。具体的标准，即使在民事诉讼法中尚难以划定一个明确的边界，而对于由并不一定存在深厚专业法律知识的各行业专家所组成的仲裁员要求过高显然是不恰当的。如美国著名的卡多佐法官指出，在某个具体案件中，哪种力量将起支配作用，这在很大程度上必定取决于将因此得以推进或损害的诸多社会利益的相对重要性或相对价值。^{〔54〕} 因此，作为总的原则，在司法审查中应当非常谨慎地把握介入的限度，特别是导致可撤销裁决的具体标准。对于像释明这种缺乏硬性规则和标准的法律机制，不可能要求仲裁庭机械地去适用单一的规则体系，而应当允许仲裁庭根据其专业的知识和判断甚至是工作及生活经验进行

〔53〕 *Systembolaget v. V&S Vin & Spirit*, Svea Court of Appeal (1 December 2009), case no. T4548-08; James Hope, *Sweden: Fighting in Fog – When a Party Does Not Know the Case Against It*, *Global Arbitration Review*, vol.5, p.1.

〔54〕 刘作翔：《遵循先例：原则、规则和例外——卡多佐的司法哲学观》，载中国法学网，http://iolaw.cssn.cn/zxzp/200408/t20040824_4592427.shtml。

把握。如涉及仲裁庭对于实体法律问题的观点和判断，不应由司法审查程序去修改仲裁庭判决的结果，因为这本身属于当事人选择仲裁方式和将案件审理权交付仲裁庭所应当承担的风险之一。

五、结语

通常来说，作为裁判者，无论是法官还是仲裁员均应保持裁判者的中立地位，但这并非等同于消极的旁观者；充分的辩论主义或当事人主义的前提和基础是当事人诉讼能力和知识的对等，而在现实当中这种差异往往是确实存在的。仲裁庭释明与法官释明在权利的来源、行使的方式、后果及责任等方面存在着不同之处，但其价值目标是一致的，即追求实体正义与程序效率的统一。通过仲裁庭释明权制度的建立，可以进一步协助仲裁庭行使仲裁规则所赋予的相关职权、促进仲裁程序效率的提升以及保障当事人程序权利及实体公正的实现。因此，在承认仲裁庭释明权基础与内涵独立性的前提下，应尽快厘清仲裁庭释明适用的条件、方式和范围，明确司法审查标准，并通过相关仲裁法律和仲裁规则的修订与补充明确建立我国仲裁释明规则体系，以充分发挥其在商事仲裁实践中应有的作用。

The Construction of Rules for the Arbitrators' Clarification Right in Chinese Commercial Arbitration

LIU Tong

Abstract: Due to the controversy over its nature and lack of systematic rules, there is no clear guidance for the exercise of arbitrators' clarification right in China. This situation has seriously hindered its role in practice. Through the analysis of the legal principles of international arbitration and the rules of international arbitration institutions, it can be established that the basis of the aufklarungsrecht of the arbitral tribunal is derived from the arbitral tribunal's own investigative power and the application of the principle of Jura Novit Curia. So it should be identified more in the scope of the arbitral tribunal's rights. The purpose and effect of the aufklarungsrecht are highly consistent with the concept pursued by commercial arbitration, so there should be a wider scope of application in practice. The possible negative impact can be fully limited by the use of specific procedures in the arbitration rules, the protection of the parties' right to object, and the clarification of the standards of judicial review.

Keywords: Aufklarungsrecht; ex officio; Jura Novit Curia

（责任编辑：王乐兵 汪友年）