



仲裁研究

ARBITRATION STUDY

第三十辑

广州仲裁委员会 主办



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



仲裁研究

ARBITRATION STUDY

第 三十 辑

广州仲裁委员会 主办



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

仲裁研究. 第30辑 / 广州仲裁委员会主办. —北京:
法律出版社, 2012. 6
ISBN 978 - 7 - 5118 - 3625 - 0

I. ①仲… II. ①广… III. ①仲裁—文集 IV.
①D915. 704 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 126480 号

©法律出版社·中国

责任编辑 / 贺 兰	装帧设计 / 汪奇峰
出版 / 法律出版社	编辑统筹 / 法律应用出版分社
总发行 / 中国法律图书有限公司	经销 / 新华书店
印刷 / 北京北苑印刷有限责任公司	责任印制 / 陶 松
开本 / 880 毫米 × 1230 毫米 1/16	印张 / 7.5 字数 / 163 千
版本 / 2012 年 7 月第 1 版	印次 / 2012 年 7 月第 1 次印刷
法律出版社 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
电子邮件 / info@lawpress.com.cn	销售热线 / 010 - 63939792 / 9779
网址 / www.lawpress.com.cn	咨询电话 / 010 - 63939796
中国法律图书有限公司 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
全国各地中法图分、子公司电话:	
第一法律书店 / 010 - 63939781 / 9782	西安分公司 / 029 - 85388843 重庆公司 / 023 - 65382816 / 2908
上海公司 / 021 - 62071010 / 1636	北京分公司 / 010 - 62534456 深圳公司 / 0755 - 83072995
书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 3625 - 0	定价: 20.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

仲裁研究(第三十辑)

学术顾问委员会:

齐树洁 刘想树 杨树明 杨良宜

吴汉东 宋连斌 顾功耘 葛洪义

主 编:陈忠谦

副 主 编:李立之 王小莉

本期执行编辑:周 博

责任编辑:钟晓东 冯国鸿 周 博 周 浩 姚创锋 余蕊桢 陆奕兰

编辑部地址:中国广州市沿江中路 298 号江湾大酒店 C 座 14 楼

邮 编:510100

电 话:(020)83283950 83282109

传 真:(020)83283773

网址:www.ccarb.org

E-mail:gzzcw@126.com

广州仲裁委员会简介

广州仲裁委员会成立于1995年8月29日,是《中华人民共和国仲裁法》颁布实施后广州地区组建的唯一的民商事仲裁机构。本会自组建以来,秉承为当事人提供优质、高效服务的宗旨,锐意改革,立志创新,实现了跨越式发展。受案数量逐年增加,2011年,广州仲裁委员会共受理各类民商事纠纷案件4685件,案件总标的额71.9亿元,位居全国仲裁机构前列。

本会现拥有一支700多人的仲裁员队伍,荟萃内地和港台地区法律、经济及其他领域的著名专家、学者、资深律师、退休法官、会计师等。本会现有工作人员80余名,绝大多数工作人员通过了律师资格考试或国家司法考试。所有办案秘书都是从社会公开招聘,层层选拔,择优录用。现有的办案秘书多数是从国内知名高等院校毕业和海外留学归来的硕士研究生,他们具有良好的专业知识水平,有着认真负责的敬业精神,广受社会各界赞誉。

为适应现代化办案需要,本会努力提高现代化办公手段,在全国仲裁机构中率先实现“无纸化”和“网络化”办公,最大限度地降低仲裁成本,提高仲裁效率。本会拥有近5700平方米的办公场所和仲裁庭室。仲裁庭室宽敞、肃静,配备有电脑、大屏幕显示仪和先进的录音、录像设备,可适应英语等多语种交流,为当事人省却了语言交流方面的不便。

借助仲裁自身优势,顺应社会发展需求,本会适时而变,在证券期货、消费、金融、旅游、科技、医疗、体育、电子商务等领域积极探索运用仲裁方式解决纠纷,制定专业领域的特别仲裁规则,有针对性的培育专家仲裁员,不断提高仲裁效率和仲裁质量。

本会现设有案件受理部、办公室、仲裁秘书部、国际仲裁部、发展部五个职能部门,并根据发展需要先后成立了东莞分会、中山分会。2008年,本会还与广东省社会科学院合作,成立了广州仲裁研究院,专门从事仲裁理论与实务研究。2011年7月,本会还分别成立了金融仲裁院、知识产权仲裁院,采取全新的探索模式,为当事人提供专业、优质、高效的仲裁服务。

本会地址:广州市沿江中路298号江湾大酒店C座12-14楼/A座6楼、8楼

邮编:510100

案件受理咨询电话:(020)83287919 83288547 83283771(传真)

办公室电话:(020)83287761(传真)

网址:www.gzac.org、www.ccarb.org

欢迎登录中国商事仲裁网

中国商事仲裁网(永久性网址为:www.ccarb.org)正式创办于2005年,其宗旨在于传播仲裁知识、发布仲裁动态、推进仲裁研究、交流仲裁信息,并力图成为国内信息量最大,覆盖面最广,且独具特色的专业化网站。作为广州仲裁委员会2005年的重点建设项目之一,其将与广州仲裁网以及《仲裁研究》一道,为中国仲裁的二次创业提供智力与舆论支持。

网站创建后,根据仲裁发展需要进行了多次改版升级,优化了栏目设置,现网站设有“商界法律新闻”、“在线仲裁”、“案例数据库”、“民商法律问题热点聚焦”等栏目。网站内容既有全国同行业最新信息的及时发布,又有本会相关动态的完整记录;既有针对一般民众的,深入浅出的仲裁基本知识介绍,又有面向专业人士,较高层次的理论探讨。同时,还包含相关法律法规、国际公约,仲裁示范文本等实用信息、网上咨询等互动版块等。可谓是寻常百姓、律师、学生、仲裁专业人员等各阶层人士了解仲裁、研究仲裁的良师益友。

网站自2005年8月28日运行以来,点击率逐步上升,受到仲裁同仁、专家学者及关心热爱仲裁人士的好评。可以预期,随着广州仲裁委的进一步发展,中国商事仲裁网的建设势必跨上一个新台阶。在此,热切盼望各兄弟仲裁机构、教学研究单位、律师事务所以及关心仲裁事业的各界同仁提出宝贵意见,并来信来稿反映仲裁相关信息,为仲裁事业的继续发展壮大而共同努力。

如您有仲裁方面的问题需要咨询,或有其他意见建议和投稿,请来信或拨打网站事务咨询电话:

E-mail: ccarb@126.com

Tel: 020-83282775

联系人:丁鸿

目 录

探索与争鸣

论当事人因在法院实体答辩而丧失仲裁权利 钟 澄/ 1

浅谈《民事诉讼法》修改对仲裁制度的若干影响 姚创锋/ 9

仲裁抑或诉讼

——基于顾客让渡价值的分析 洪祥星/ 18

保兑关系性质的法理分析 董金鑫/ 35

国际商事仲裁

外法域仲裁裁决在香港的承认与执行 张美榕/ 43

ICSID 中明显缺乏法律依据的审前异议制度研究

——对 ICSID 仲裁规则第 41(5) 条的剖析 汪 榕/ 54

普通法系国际商事仲裁裁决既判力问题的处理经验及其启示

——以 Associated Electric v. European Re 案为例 傅攀峰/ 64

仲裁实务

浅析建设工程“黑白合同”的相关法律问题 王小莉/ 75

司法与仲裁：演变中的监督

——以宁波市中级人民法院的司法实践为视角 陈贤军 张 贝/ 83

浅议限购、限贷政策下主要纠纷类型及其处理 郝 飞/ 90

房地产项目并购中几种法律风险防范

——基于经办案例分析 邹 阳/ 98

CONTENTS

Loss Right to Arbitrate by Making Substantive Defense in Court Proceedings	Zhong Cheng / 1
Discussion on the amendment of Civil Procedure Law on arbitration system of influence	Yao Chuangfeng / 9
Arbitration or Litigation	
—An Analysis Based on the Customer Delivered Value	Hong Xiangxing / 18
On the Jurisprudential Analysis of the Nature of the Conformation Nexus	Dong Jinxin / 35
Recognition and Enforcement of Foreign Arbitration Awards in Hong Kong	Zhang Meirong / 43
On the Preliminary Objection of Manifestly Without Legal Merit	
—Under Article 41(5) of ICSID Arbitration Rules	Wang Rong / 54
Common Law's Approach to Res Judicata in International Commercial Arbitration; Experience and Inspiration	
—Taking Associated Electric v. European Re <i>as an example</i>	Fu Panfeng / 64
Analysis of Legal Issues Concerning "Black-White Contract" of Construction Project	Wang Xiaoli / 75
Jurisdiction and Arbitration; The Supervisory of Evolving	
—Based on the Judicial Practice from the Ningbo Intermediate People's court	Chen Xianjun and Zhang Bei / 83
Discussion on the Main Types of Disputes and its Treatment in Policy of Limiting the Real Estate Purchase and Mortgage Loan	Hao Fei / 90
The Legal Risk Prevention on Real Estate Project Merger and Acquisitions	
—Based on the Case Analysis	Zou Yang / 98

探索与争鸣

论当事人因在法院实体答辩而丧失仲裁权利

钟 澄*

内容提要 《纽约公约》、《UNCITRAL 示范法》和包括我国法律在内的许多国家的仲裁法都直接或间接地规定了如果仲裁协议一方当事人对另一方当事人在法院的起诉不进行管辖权抗辩,而是进行实体答辩会被判丧失仲裁权利。结合民事诉讼和仲裁法理、各类法律文件的规定和各国判例,应当认为被告的这种实体答辩是指提出了实体性的要求,包括针对原告诉讼请求的实体性抗辩、要求对方进行诉讼费用担保等,具体还应根据法院地法进行判断。而如果被告自始不参加原告提起的诉讼或者以存在仲裁协议为由对法院管辖进行抗辩后参加法院实体程序,则其已经行使了仲裁协议项下的消极权利,并不因此丧失仲裁权利。

关键词 法院程序 实体答辩 丧失仲裁权利

当事人因为缔结仲裁协议而享有根据该协议提起仲裁的权利,同时也负有在协议项下争议发生时提交仲裁而非向法院起诉的义务。然而实践中,有的仲裁协议当事人会不顾仲裁协议而直接向法院起诉,此时,如果另一方当事人不以存在仲裁协议抗辩法院的管辖权,而是进行实体答辩,则很可能被判决接受了法院的管辖而丧失了仲裁的权利。那么,当事人应该于何时提出仲裁协议,如何认定实体答辩,实体答辩是否必然导致丧失仲裁权,不答辩又会有怎样的后果。应当说在国际商事仲裁法趋同化的今天,各国在此方面的规定和实践都有一定的规律可循,本文将结合《纽约公约》、《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》(《UNCITRAL 示范法》)、各国法律的规定与实践,以及我国的相关情况来分析这些问题。

一、《纽约公约》和《UNCITRAL 示范法》的规定

(一)《纽约公约》的规定

《纽约公约》对当事人未在法院程序中及时援用仲裁协议进行实体答辩而丧失仲裁权利没有做明确规定,也没有“指明当事人应援引仲裁协议的最后时间……和其后果”,^①但一些国家的法院认为《纽约公约》允许援引弃权规则来对抗执行仲裁协议。在 *Sedco Inc. v. Petrolteos Mexicanos Nat'l Oil Co.* 案^②和 *I. T. A. D. Assoc., Inc. v. Podar Bros.* 案^③中,美国联邦第四、第五

* 钟澄,中国人民大学法学博士,深圳市房地产评估发展中心助理研究员。

① Albert Jan Van Den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1981, p. 138.

② 767 F.2d 1140, 1150 (5th Cir. 1985).

③ 636 F.2d 75 (4th Cir. 1981).

巡回上诉法院法官都认为《纽约公约》第2条第3款中暗含了丧失仲裁权利的可能性。^④此外《欧洲国际商事仲裁公约》第6条第1款规定“依据存在仲裁协议这一事实,仲裁协议的一方当事人向法院就该法院无管辖权提出的抗辩,应该根据该法院的法律认为该抗辩是程序上的还是实质性的,而后决定,该抗辩必须在被告人提出他的实质性答辩之前提出,否则应受关于禁止反言的处罚。”鉴于《纽约公约》没有明确规定,而《欧洲国际商事仲裁公约》只是区域性公约,且大多数国家法院在判断该问题时还是会根据“行为适用行为地法”的国际私法规则来判断当事人的行为,即适用法院地仲裁法来作出裁判,因此本文将重点考察各国仲裁法的规定。

(二)《UNCITRAL 示范法》第8条分析

74个国家或地区以《UNCITRAL 示范法》为案文制定了本国法,^⑤因此其规定代表了相当数量的国家的观点。其中第8条“仲裁协议和向法院提出的实体性申诉”第1款规定:

“就仲裁协议的标的向法院提起诉讼时,一方当事人在不迟于其就争议实体提出第一次申述时要求仲裁的,法院应让当事人诉诸仲裁,除非法院认定仲裁协议无效、不能实行或不能履行。”

该款赋予了当事人要求法院中止程序让当事人去仲裁的权利,也为这种权利的行使设定了条件。应当说,该款的一些用语值得推敲。事实上很多国家在采纳《UNCITRAL 示范法》时都对该条款的用语进行了修改,这在后文中会述及。目前没有对该条款用语进行修改的只有乌克兰、俄罗斯、新西兰、香港、保加利亚、澳大利亚、加拿大等国家和地区。该款涉及当事人丧失仲裁权利的主要有三个问题:第一,“一方当事人”是指原告还是被告,或者两者皆指;第二,对“不迟于就争议实体提出第一次申述”的解释;第三,如果当事人迟于就实体争议提出第一次申述提出,会有怎样的后果。

1. “一方当事人”的含义

对于“一方当事人”的含义,《UNCITRAL 示范法》没有解释。从其表述来看,解释为被告比较合理,因此实践中通常是原告起诉,被告援引仲裁协议来抗辩法院管辖权,而原告向法院起诉就应该是放弃仲裁权利了,不过从一些法院的判例来看,也可能包括原告。在 *Bab Sys., Inc. v. McLurg* 案^⑥中,原告向加拿大安大略省法院申请采取司法救济措施。而就在法院准许其所申请采取的临时措施并暂停审理以讨论进一步细节的几个小时之内,原告通知被告其将根据合同中的仲裁条款进行仲裁,第二天又对此发出书面确认,表示将修改其关于采取司法救济措施的申请,只保留仲裁条款明文排除的某些临时性措施。原告又向法院申请中止法院程序,令双方去仲裁。被告则认为根据《UNCITRAL 示范法》第8条第1款,原告申请中止法院程序是在“就争议的实质提出第一次申述”之后,因此其丧失了仲裁权利,法院对此进行了考虑,其在判决中并没有认为第8条第1款中的当事人不应包括原告。在 *Granville Shopping Co. v. Pegasus Lines Ltd.* 案^⑦中,原告作为船东向作为承租人的被告索赔,被告则提出反诉,加拿大联邦法院也根据《UNCITRAL 示范法》第8条第1款认为原告开始实体诉讼构成放弃仲裁,不能再要求将被告的

^④ 该款内容为“当事人就诉讼事项定有本条所称之协定者,缔约国法院受理诉讼是应依当事人一造之请求,命当事人提交公断,但前述协定经法院认定无效、失效或不能实行者不在此限”。

^⑤ http://www.uncitral.org/uncitral/z/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html,最后访问日期:2011年12月26日

^⑥ CLOUT Case No. 118.

^⑦ [1996] 2 F. C. R. 853.

反诉通过仲裁解决。

由此看来,将当事人解释为既包括原告又包括被告可以扩大该条款的适用范围,但同时也可能因此放松了对原告的要求,即不认为原告只要在法院提起诉讼就丧失了仲裁权利。且如果要在本条中约束原告的行为,认为其进行实体起诉就丧失了仲裁的权利,则完全可以另起条文进行规定。

2. “不迟于就争议实体提出第一次申述”的含义

UNCITRAL 认为,《UNCITRAL 示范法》相对于《纽约公约》第 2 条第 3 款增加了一个提出仲裁要求的时间因素,“建议该时间应做字面解释并统一适用于各法域,包括那些认为要求仲裁是对程序的请求,应早于实体请求的法域”。^⑧ 解释该时间点的关键有二:一是对“不迟于”(no later than)的解释,二是对“就实体争议的申述”的解释。

对于第一点,从字面上说“不迟于”就是应该在此之前或同时。如在 *Limber, S. A. v. Cutisin, A. S.* 案^⑨中,被告在西班牙法院就订有仲裁条款的合同中的争议进行起诉,原告虽然以存在仲裁条款为由对法院管辖权提出了异议,但同时也进行了实体答辩并提出了反诉,最高法院认为原告进行实体答辩并反诉的行为只是防御性的,且已经同时提出了管辖权异议。然而在 *ABN Amro Bank Canada v. Krupp Mak Maschinenbau GmbH* 案^⑩中,加拿大安大略省法院法官认为根据第 8 条被告应当是在收到起诉书之后但在提交答辩书之前申请中止程序,即必须在答辩之前提出。

对于第二点,由于各国的民事诉讼程序不同,各国法院对此解释也不同,但有三点是可以肯定的。

首先,被告仅仅以存在仲裁协议为由向法院提出管辖权异议,或者为了证明仲裁协议的有效性而阐述了一些与争议有关的案件事实,就不属于实体争议的申述。在 *Globe Union Indus. Corp. v. G. A. P. Mkty Corp.* 案^⑪中,原告(中国台湾公司)和被告(加拿大公司)因履行销售协议产生争议。原告向加拿大不列颠哥伦比亚省最高法院起诉被告;被告则声称合同虽然已经失效,但是其中含有仲裁条款。法官认为仅仅参加法院程序并对法院管辖权提出异议不是《UNCITRAL 示范法》第 8 条第 1 款中的实体申述,不丧失仲裁权利。在 *Campare Seive River Resources Inc. v. Pensa Inc.* 案^⑫中,该法院法官也认为在进行答辩前提出仲裁协议足够避免丧失仲裁权利。在 *Rederij Empire v. Arrocerías Herba, SA, Prerisión Española, SA* 案^⑬中,西班牙最高法院法官认为被告在提出管辖权异议时虽然就原告的诉讼请求进行了评论;但是目的在于证明双方之间仲裁协议的有效性,并非讨论实体争议。在 *ACD Tridon Inc v. Tridon Australia Pty Ltd.* 案^⑭中,澳大利亚新南威尔士州最高法院法官同样认为被告虽参加了在新西兰和澳大利亚法院的程序;但其目的只是使原告能够与其去仲裁,并非去放弃仲裁的权利。

其次,被告没有提出管辖权异议,而是明确提出的索赔要求或答辩则构成了就实体争议进行

⑧ *Analytical Commentary on Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration*, UN Doc. A/CN.9/264, p. 24.

⑨ Albert Jan van den Berg (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration*, (Vol. 33) 2008, Kluwer Law International, 2008, pp. 703 - 709.

⑩ CLOUT Case No. 119.

⑪ [1995] 2 W. W. R. 696 (B. C. S. Ct.).

⑫ [1999] B. C. J. No. 1425 (B. C. S. Ct.).

⑬ Albert Jan van den Berg (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. 32 (2007), Kluwer Law International, 2007, p. 576.

⑭ Albert Jan van den Berg (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. 29 (2004), Kluwer Law International, 2004, pp. 533 - 580.

申述。在 *Queensland Sugar Corp. v. "Hanjin Jedda"* 案^⑮中,加拿大不列颠哥伦比亚省最高法院法官认为被告提交了答辩状就不能再援引仲裁条款,加拿大不列颠哥伦比亚省上诉法院在 *Nutrasweet Kelco Co. v. Royal-Sweet International Technologies Ltd. Partnership* 案^⑯中作出了相同的判断。而在 *Restore International Corp. v. K. I. P. Kuester International Products Corp.* 案^⑰中,加拿大不列颠哥伦比亚省最高法院法官认为原告对反诉的答辩构成了实体申述。印度最高法院在 *Rachappa Guruadappa Bijapur v. Gurusiddappa Nuraniappa* 案^⑱中也认为判断某一行为构成在诉讼中的步骤的要件是该行为必须明显表现出一种毫不含糊地进行诉讼从而放弃通过仲裁解决实体争议的意愿。

另外,在判断这一问题时,一定要确认被告是否针对仲裁协议下的实体争议进行了答辩。在 *Paladin Agricultural Ltd. & Others v. Excelsior Hotel (Hong Kong) Ltd.* 案^⑲中,第一原告认为被告在起诉其母公司的诉讼中追加了自己作为被告,这就已经就实体问题进行了申述从而放弃了仲裁。法院认为这并不代表被告放弃了租赁协议下的仲裁权利。

最后,当事人也可能通过答辩之外的方式构成实体申述,比如被告要求原告提供诉讼费用担保。在 *La Donna Pty Ltd v. Wolford AG* 案^⑳中,被告向法院申请要求原告提供诉讼费用担保但未获批准。原告起诉后被告则以存在仲裁条款为由申请中止法院程序。法官认为,根据1974年《澳大利亚国际仲裁法》,被告已经丧失了仲裁的权利,因为其申请了诉讼费用担保,这就表示其同意了诉讼。

3. 迟于就实体争议提出第一次申述援引仲裁协议的后果

UNCITRAL 认为,如果当事人没有在要求的时间内援引仲裁协议,就不能在法院实体审理中再援引。虽然工作组对该问题达成了普遍的共识,但基于该问题的复杂性,无法设计出一个条文来规定这一问题。^㉑ 由于没有明确的规定,就导致了实践中出现了不同的做法。第2点所述案例中的法官都认为不及时援引仲裁协议的后果是丧失仲裁权利。另外克罗地亚高等商事法院审理的一起案件^㉒中也明确认为:如果当事人双方商定将争议提交仲裁解决,则受理案件的法院只有在被告提出反对意见并且提及存在仲裁协议的情况下才能声称其没有管辖权。反对意见至迟应在预审之前提出,如果不举行预审的话,则至迟应在主审之前,在答辩书陈述尚未结束时提出。如果被告未能在结束其答辩书陈述之前对法庭的管辖权提出反对意见,则这种行为将被视为被告丧失了仲裁的权利。

然而也有法院认为当事人进行实体申述并不必然构成丧失仲裁权利,至少不是强制法院这样判断,某些加拿大法院在这方面尤为宽松。在 *Gulf Canada Resources Ltd. v. Arochem*

^⑮ CLOUT Case No. 181.

^⑯ CLOUT Case No. 352.

^⑰ [1999] B. C. J. 257 (B. C. S. Ct.).

^⑱ [1989] 3 SCC 245.

^⑲ CLOUT Case No. 522.

^⑳ Albert Jan van den Berg (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. 32 (2007), Kluwer Law International, 2007, pp. 216 – 228.

^㉑ *Analytical Commentary on Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration*, UN Doc. A/CN.9/264, p. 24.

^㉒ CLOUT Case No. 657.

International Ltd. 案^{②③}、*Navionics Inc. v. Flota Muritima Mexicana SA* 案^{②④}和 *A. Bianchi S. R. L. v. Bilumen Lighting Ltd.* 案^{②⑤}中,加拿大不列颠哥伦比亚省上诉法院、魁北克高级法院、联邦最高法院的法官都认为援用仲裁条款迟延或进行实体答辩并不导致丧失仲裁权利。这就会产生一系列的问题,被告有无提出仲裁协议以反对法院对争议行使管辖权的时间限制?如果被告参加了法院实体审理程序,是不是可以随时提出仲裁协议要求中止法院程序?这样是否会对原告带来不公平呢?大多数判例还是反对被告这样做。除了前面提及的案例外,在 *Continental Resources Inc. v. The East Asiatic Company (Canada) Inc.* 案^{②⑥}中,加拿大联邦法院法官认为,虽然《UNCITRAL 示范法》第 8 条未提及应按什么条件处理向法院提出申述的问题,但法院行使其裁量权准许中止诉讼的条件是被告不得因行使依此规定享有的权利而造成延误。在 *Astivenca Astilleros de Venezuela, C. A. (Venezuela) v. Defendant, Oceanlink Offshore III AS* 案^{②⑦}中,委内瑞拉最高法院也认为丧失仲裁可以在两种情况下得出:一是当事人不在法院程序一开始提出管辖权异议而是讨论实体争议,二是其提出异议的方法不当。

二、其他国家法律的规定

从上文的分析中可以看出《UNCITRAL 示范法》第 8 条第 1 款的用语在实践中产生了一些争议,主要表现在援引仲裁协议的当事人范围和当事人援引仲裁协议的时间限制,而由此又引发了是否在实体申述后提出仲裁协议就丧失仲裁权利的争议。也许正是出于这些争议的考虑,一些国家在采纳示范法时对这两点的用语进行了修改。首先将援引仲裁协议的当事人明确为被告 (defendant/respondent),如韩国、日本、克罗地亚、奥地利、德国。因为实践中只有被告以存在仲裁协议为由抗辩法院管辖权。^{②⑧}而关于援引仲裁协议的时间点,有的规定为“采取适当的程序步骤 (如有)表示知晓诉讼程序之前或已采取有关措施对实体性请求进行答复之后”,如新加坡 (和英国《仲裁法》的规定一样);有的规定为“不迟于预备聆讯,无预备聆讯则不迟于在主聆讯中进行实体答辩”,如克罗地亚;有的规定不在没有提出管辖权异议的情况下提出实体请求即可,如奥地利;还有的没有进行规定,仅说明被告提出即可,如韩国和日本。但如前文所述,不规定时间点并不科学,也起不到“暗含”被告不在答辩前提出仲裁协议就丧失了仲裁权利的作用。

德国《民事诉讼法》第 1032 条在采纳示范法时将第 8 条的措辞改为了“被告在对争议实体予以聆讯之前提出异议”。因此被告“在法院程序中以存在仲裁协议进行抗辩的时限不受法院要求答辩期限的影响”,^{②⑨}只需在第一次开庭前提出即可。在德国联邦法院审理的一起案件中,^{②⑩}原告 (德国公司)对被告 (原告公司的执行董事和股东之一)提起诉讼,要求法院宣布股东会议作出的

②③ CLOUT Case No. 31.

②④ 26 F. T. R. 148 (Fed. Ct. of Canada 1989).

②⑤ CLOUT Case No. 186.

②⑥ CLOUT Case No. 184.

②⑦ Albert Jan van den Berg (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration*, (Vol. 34) 2009, Kluwer Law International, 2009, pp. 1198 - 1207.

②⑧ Böckstiegel, Kröll, et al. (ed.), *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice*, Kluwer Law International, 2007, p. 141.

②⑨ Köll, “German Supreme Court: Missed Deadline Does Not Bar Defendant from Invoking Existence of Arbitration Clause”, 17 (4) *Mealey’s International Arbitration Review* [2002], p. 25.

②⑩ CLOUT Case No. 435, Bundesgerichtshof, III ZR 262/00 (10 May 2001).

一项关于削减被告在联合机构的代表权的决定有效。股东协议规定由该协议引起的一切争议均应提交仲裁。被告在法院规定的抗辩期限内未对法院的管辖权提出质疑,但在就案情进行审理和采取任何步骤之前援引存在的仲裁条款。初级法院和高等法院都认为被告不得援引该仲裁条款。联邦最高法院则认定,被告的抗辩是及时的,对何时必须提出存在仲裁协议问题做了规定,相关条款是德国《民事诉讼法》第1032(1)条。该条款作为特别法优于初级法院所依据的其他条款。根据该条如果在就实质性问题进行口头审理之前,当事一方援引存在仲裁协议,则法院必须让当事双方诉诸仲裁。因此,规定的提交答辩书的期限到期与否在这方面是不相关的。

而那些没有采纳《UNCITRAL 示范法》的国家立法对援引仲裁协议的时间也都采用了明确的措辞。以英国为例,英国《1950 年仲裁法》使用的措辞是“在提出任何诉求或其他程序步骤前”(before delivering any pleadings or taking any other steps in the proceedings),这也使得法官必须解释何为程序步骤。在 *Eagle Star Insurance Co. Ltd. v. Yuval Insurance Co. Ltd.* 案^①中, Denning 法官认为在剥夺被告仲裁权利时,其采取的步骤必须是暗示其确认了法院程序的正当性并愿意在法院而不是仲裁庭解决纠纷的意思。而英国《1996 年仲裁法》第9条的措辞改为了“采取适当的程序步骤(如有)表示知晓诉讼程序之前或已采取有关措施对实体性请求进行答复之后,不得提出中止诉讼的申请”,这就使得法院有了明确的判断标准。

三、被告自始不参加诉讼程序或提出管辖权异议后参加诉讼程序的判断

此处是对前面分析的补充,即两种较为特殊的情况。一是被告自始不参加诉讼程序,既不援引仲裁协议抗辩法院管辖权,也不提出实体答辩;二是被告虽然进行了实体答辩,但其答辩的前提是已经援引仲裁协议抗辩了法院管辖权,并一直坚持此抗辩。

第一种情况下一般不认为被告丧失了仲裁权利,这是一种支持仲裁和保护被告仲裁权政策的体现。在 *Patel v. Patel* 案^②中, Woolf 法官认为,“要考虑被告的行为是否构成了英国仲裁法第9(3)节中的实体答辩。被告要求撤销原判决不构成丧失要求中止法院程序的理由,但是有矛盾的是又说自己要继续进行答辩或反诉。被告解释其原本的意思是要求在仲裁庭进行答辩和反诉,其实他没有必要这么做。现在的问题是被告要求了对其所寻求的结果没有好处的救济,其是否丧失了根据《仲裁法》要求中止法院程序的权利?在我看来,提出这种没有好处的救济与仲裁法的精神不一致才能阻碍其寻求救济,本案中并不是这样。”从本案可以看出,被告只有在真正进行实体答辩而又不援引仲裁协议的情形下才能被认为丧失了仲裁的权利。

第二种情况下同样不能认为被告丧失了仲裁的权利。在 *Re Dulles Settlement Trust, Dulles v. Midlap* 案中,^③Denning 法官认为,“我不认为当事人在持续提出管辖权异议的情况下是自愿接受了法院的管辖的说法是公平的。如果一方当事人什么都不做让法院缺席审理,他显然没有接受法院管辖权,那么这一原则在其参加了法院程序且明确地提出了管辖权异议会有什么分别呢?我认为没有分别。”这种判断的目的在于保护被告,且与上述提到的《UNCITRAL 示范法》第8条及相关条款并不矛盾。因为被告已经援引仲裁协议提出了法院管辖权异议,之后如果被法院驳

① [1978] 1 Lloyd's Rep. 357.

② [1999] 1 All E. R. 23.

③ [1951] 1 All E. R. 69.

回而“被迫”参加到诉讼程序中,或是因为维护自己利益而继续参加法院程序,就不能认为其丧失了仲裁的权利

四、我国的相关法律和实践

我国《仲裁法》第26条规定:“当事人达成仲裁协议,一方向人民法院起诉未声明有仲裁协议,人民法院受理后,另一方在首次开庭前提交仲裁协议的,人民法院应当驳回起诉,但仲裁协议无效的除外;另一方在首次开庭前未对人民法院受理该案提出异议的,视为放弃仲裁协议,人民法院应当继续审理。”可见我国立法也是确认了被告通过参加法院程序而丧失仲裁的权利,并且明确采用了“放弃”一词,且明确规定当事人是否放弃的时间是“首次开庭前”,这在其他国家的立法中并不多见。在《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》³⁴第14条中,最高人民法院进一步规定“仲裁法第二十六条规定的‘首次开庭’是指答辩期满后人民法院组织的第一次开庭审理,不包括审前程序中的各项活动。”因为人民法院在受理当事人的起诉后、开庭审理之前,存在一定的准备期间。在此期间,人民法院及当事人均会进行一系列的诉讼活动。例如人民法院应当在立案之日起5日内将起诉状副本发送被告,被告可以在收到之日起的15日内提出答辩状。而如果被告在我国领域内没有住所的,则其享有30日的答辩期。如果被告提出了答辩状,人民法院还应当在收到之日起5日内将答辩状副本发送原告。当然被告不提出答辩状的,不影响人民法院审理。同时,人民法院对决定受理的案件,还应当向当事人发出受理案件通知书或者应诉通知书,告知当事人有关的诉讼权利义务,并在合议庭组成人员确定后,在3日内告知当事人。人民法院在开庭审理前准备期间,还可能进行调查收集必要的证据等。人民法院对于证据较多或者复杂疑难的案件,还可能组织当事人在答辩期届满后,开庭审理前进行证据交换。根据司法解释规定,“首次开庭”不包括在开庭审理之前的准备期间所进行的各项活动,而仅指答辩期满后人民法院组织的第一次开庭审理。这样规定明确的时间界限,有利于当事人充分地行使诉讼权利,维护自身的合法权益。

关于被告自始不参加法院程序的情况,《最高人民法院关于订有仲裁条款的合同一方当事人不出庭应诉应如何处理的复函》³⁵中明确规定:“(人民法院)受理后发现有仲裁条款的,应先审查确定仲裁条款的效力。如仲裁条款有效,被告经合法传唤未答辩应诉,不能据此认为其放弃仲裁并认定人民法院取得管辖权。如果本案所涉及仲裁条款有效,原告仍坚持起诉,你院(山东省高级人民法院)应驳回原告的起诉。”³⁶可见我国法院认为被告丧失仲裁权利必须以作为的方式,始终不参加法院程序不代表其放弃仲裁权利,毕竟当事人根据仲裁协议没有义务去法院应诉。

五、结论

关于被告因为在法院进行实体陈述而被判丧失仲裁权利的问题。包括我国在内的各国法律和实践总体上趋于一致:

(一)原告一旦就实体争议向法院提起诉讼就应该认为其丧失了仲裁权利。尽管加拿大法院

34 法释〔2006〕7号

35 〔2008〕民四他字第3号

36 万鄂湘主编:《涉外商事海事审判指导和研究》2008年第1辑(总第16辑),人民法院出版社2008年版,第82页

有相反的判断,但大多数国家的立法和判例都表明只有被告才能在原告提起诉讼后援引仲裁协议。

(二)被告如果在规定的期限内未援引仲裁协议抗辩法院管辖权,而是进行实体答辩或提出实体要求,则丧失了仲裁权利。关于被告援引仲裁协议的最后期限,由于各国的民事诉讼制度不同,规定得也不尽相同,因此尚无统一的标准。但是规定得越具体就越具有可操作性,也会减少司法实践中的争议。

(三)被告自始不参加原告提起的诉讼或者以存在仲裁协议为由对法院管辖进行抗辩后参加法院实体程序,并不丧失其仲裁权利。

Loss Right to Arbitrate by Making Substantive Defense in Court Proceedings

By Zhong Cheng

Abstract: It is provided by New York Convention, UNCITRAL Model Law and many domestic arbitration laws that if a party to an arbitration agreement makes a substantive defense to the other parties' claim without challenge the jurisdiction on arbitration agreement before the court, it could be judged to have waived the right to arbitration. Analyzing on the basis of legal theory of civil procedure law and arbitration, various legal rules and court cases, "substitutive defense" means defense to substantive issue, claim to security for costs, etc., all decided by domestic laws. But if the party invokes the arbitration agreement first or never join the court proceedings, it could save its right to arbitrate.

Key words: court proceedings substantive defense loss right to arbitrate

(责任编辑:陆奕兰)

浅谈《民事诉讼法》修改对仲裁制度的若干影响

姚创锋*

内容提要 仲裁、诉讼是两种民事纠纷解决机制,以各自独特性而交相并存,又因定分止争的共性而相互补充,这两种机制本应在立法上受到区别化的同等对待,但是在现行的体制之下,仲裁的存在过度附着于民诉法,其发展也不得不寄希望于民诉法的修改。1995年施行的《仲裁法》及2006年出台的司法解释,虽然对仲裁制度的大体架构进行了规定与完善,但是由于现行民诉法对仲裁部分的规定过于简单,该制度一直未能跳出民诉法的框架实现实质性突破。在我国加入WTO十年之后,本应大放异彩的仲裁之路却越走越窄,伴随仲裁制度独立性缺失的同时,与诉讼各行其道的独特优势也明显削弱。现在国家决定对民诉法进行全方位修改,本文正是借此良机,希望通过评析民诉法修改对仲裁的影响以及提出修改后完善相应制度的建议等方面,给立法者及仲裁同行提供一些新思路。

关键词 民诉法修改 仲裁 影响

一、本次《民事诉讼法》修改背景

(一)基本背景

《民事诉讼法》是国家的基本法律,是规范民事诉讼程序的基本规则。我国现行《民事诉讼法》是1991年七届全国人大四次会议通过的。2007年,十届全国人大常委会第三十次会议曾对《民事诉讼法》审判监督程序和执行程序的部分规定作了修改。而随着经济社会的快速发展,民事案件数量不断增多,新的案件类型不断出现,《民事诉讼法》的规定在某些方面已经不能完全适应人民群众的司法需求,《民事诉讼法》的滞后性已经严重制约了法院及时有效化解纠纷的能力,而且依靠司法解释进行补丁式的完善,只能是头痛医头、脚痛医脚,不能从根本上解决因民事诉讼法的缺陷而带来的现实问题。在这些大背景下,对《民事诉讼法》进行大刀阔斧的修改已是大势所趋。

(二)本次民诉法修正案涉及的几个主要内容

2011年10月24日,十一届全国人大常委会第二十三次会议审议《民事诉讼法修正案(草案)》,^①从人大公布的征求意见材料中可以看出,本次“修正案(草案)”的变化体现在检察监督、管辖、回避情形、证据及证明、送达、保全、一审程序、二审程序、特别程序、再审程序、执行程序、涉外送达等方面,这几个方面的改动都将或多或少地对仲裁制度产生了一定影响。第一,法律监督

* 广州仲裁委员会办案秘书。

① 十一届全国人大常委会第二十三次会议初次审议了《中华人民共和国民事诉讼法修正案(草案)》,并由全国人大法工委将“修正案(草案)”及其说明在中国人大网公布,向社会公开征集意见。