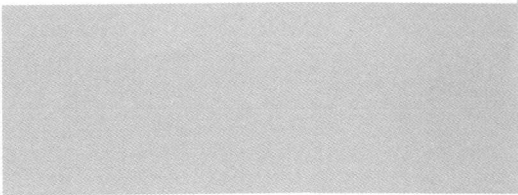


国际商事仲裁中的 弃权规则研究

Waiver Rules
In International Commercial Arbitration



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



国际商事仲裁中的 弃权规则研究



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

国际商事仲裁中的弃权规则研究 / 钟澄著. —北京:
法律出版社, 2011. 12

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2762 - 3

I. ①国… II. ①钟… III. ①国际商事仲裁—研究
IV. ①D997. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 229788 号

国际商事仲裁中的弃权规则研究

钟 澄 著

责任编辑 刘彦沅

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2012 年 3 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 10 字数 205 千

印次 2012 年 3 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

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 978-7-5118-2762-3

定价:29.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介

钟澄，男，1983年出生于安徽省芜湖市。深圳大学法学学士（2001）、国际法学硕士（2008），中国人民大学国际法学博士（2011）。现供职于深圳市房地产评估发展中心。

作者序

2006年9月我开始在深圳大学攻读国际法学硕士学位,在导师的引导下对商事仲裁法产生了浓厚的兴趣,着手研读相关的著作和论文。2008年我有幸考取中国人民大学攻读国际法学博士学位,继续从事商事仲裁方面的学习和研究工作,并通过参加“贸仲杯”、“维斯杯”国际商事仲裁模拟仲裁庭比赛,以及在中国国际经济贸易仲裁委员会实习积累了些许实践经验。

作为一名一直在象牙塔里,“直升飞机式”上学的学生,我一直不敢奢望自己能于短期内在商事仲裁这样一个对实践经验要求很高的领域里有所建树。但还是试图对一些国内涉及较少的课题进行研究,以期能够在锻炼自己科研能力的同时为这一部门法的研究贡献一点力量。

目前国内外对商事仲裁的研究已经从大部头的以“商事仲裁法”为标题的整体性研究,转向以范围较小的具体制度为研究对象,大致分为三类:一是仲裁行业及仲裁机构研究,如国内仲裁机构的定性和发展等;二是仲裁本身的具体制度研究,如仲裁当事人、仲裁庭管辖权、仲裁员资格、仲裁协议、仲裁保密性、仲裁法律适用等;三是仲裁与其他部门法的关系,如仲裁与司法监督、仲裁与破产等。

在阅读了一些案例之后,我发现目前国内外还没有专著对商事仲裁中的弃权规则进行研究,因此萌发了以英文单词 *waiver* 为关键词,研究商事仲裁中相关规则的念头。在查找了一定数量的资料,阅读了大量案例之后,通过分析和对比,形成了初步的思路,在与诸位老师和同学进行交流后,反复修改,形成了本书的基本内容。

由于本人涉足商事仲裁时间较短,缺乏实战经验,故而书中的分析和观点难免浅薄幼稚,还请读者包涵和批评。

作 者

2011 年 11 月于深圳

目 录

导论 /1

第1章 国际商事仲裁及其弃权规则概述 /9

1.1 本书对国际商事仲裁定义的采纳 /10

1.2 本书写作的大背景：国际商事仲裁法趋
同化 /13

1.2.1 国际商事仲裁的国际立法 /14

1.2.1.1 《纽约公约》：使仲裁裁决能够跨国
执行 /15

1.2.1.2 《UNCITRAL 仲裁规则》：为临时仲裁和仲
裁机构提供蓝本 /16

1.2.1.3 《UNCITRAL 示范法》：为各国立法提供示
范 /17

1.2.2 国际立法与国内立法的相互影响 /20

1.3 国际商事仲裁中的弃权规则概述 /24

1.3.1 弃权规则的种类 /25

- 1.3.1.1 当事人放弃仲裁权利规则 /25
- 1.3.1.2 当事人放弃对仲裁程序异议权规则 /29
- 1.3.1.3 当事人放弃对仲裁裁决挑战权规则 /34
- 1.3.2 本书对弃权规则的定义 /37
 - 1.3.2.1 弃权 (waiver) 一词的含义 /37
 - 1.3.2.2 弃权规则的定义 /38

第2章 放弃仲裁权利规则适用分析 /40

- 2.1 仲裁权利及其行使 /40
- 2.2 判断放弃仲裁权利的机构和法律适用 /43
 - 2.2.1 当事人对待仲裁的行为 /43
 - 2.2.2 当事人在法院的行为 /44
- 2.3 判断放弃仲裁权利的标准 /46
 - 2.3.1 当事人知道自己享有仲裁权利 /46
 - 2.3.2 当事人的行为与其行使仲裁权利相悖 /48
 - 2.3.2.1 当事人对待仲裁的行为 /48
 - 1. 未在法定或约定的期间内提起仲裁 /48
 - 2. 被申请人在得到仲裁通知后拒绝参加仲裁 /51
 - 3. 被申请人拒绝指定仲裁员 /55
 - 4. 当事人拒绝预付仲裁费用 /55
 - 5. 当事人不配合仲裁程序的进行 /56
 - 6. 仲裁程序过于拖延 /57
 - 7. 小结 /62
 - 2.3.2.2 当事人在法院的行为 /63
 - 1. 原告向法院申请确认仲裁协议无效 /63
 - 2. 原告就仲裁协议下的实体争议起诉 /64
 - 3. 被告在法院申述实体争议 /65
 - (1)《UNCITRAL 示范法》第8条分析 /66
 - 问题一、“一方当事人”的含义 /66
 - 问题二、“不迟于就争议实体提出第一次申述”的含义 /67

问题三、迟于就争议实体提出第一次申述援引仲裁协议的后果 /73	
(2) 其他国家法律的规定 /75	
(3) 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 /77	
(4) 小结 /79	
4. 当事人向法院申请临时措施 /79	
(1) 受理临时措施申请的法院 /82	
(2) 非受理临时措施申请的法院 /84	
(3) 小结 /85	
5. 当事人在法院的其他行为 /86	
(1) 起诉关联合同当事人 /86	
(2) 申请执行部分裁决 /87	
2.3.3 对其他仲裁协议当事人的损害是否必要? /88	
2.3.3.1 美国强烈支持仲裁的政策 /88	
2.3.3.2 联邦判例法对当事人放弃仲裁权利判断要件的确立 /89	
1. 联邦第一巡回上诉法院 /90	
2. 联邦第二巡回上诉法院 /90	
3. 联邦第三巡回上诉法院 /92	
4. 联邦第四巡回上诉法院 /93	
5. 联邦第五巡回上诉法院 /93	
6. 联邦第七巡回上诉法院 /94	
7. 联邦第八巡回上诉法院 /95	
8. 联邦第九巡回上诉法院 /95	
9. 小结 /95	
2.4 放弃仲裁规则适用总结 /96	
 第3章 放弃对仲裁程序异议权规则适用分析 /98	
3.1 当事人在仲裁程序中的权利 /98	
3.1.1 仲裁程序权利及异议权 /98	
3.1.2 异议权行使的限制 /100	

3.2 判断放弃对仲裁程序异议权的机构和法律适用 /101

3.2.1 仲裁规则和仲裁法中放弃异议权规则的联系和区别 /101

3.2.2 仲裁庭和法院对放弃异议权规则的适用 /102

3.3 放弃对仲裁程序异议权规则的适用标准 /104

3.3.1 仲裁程序中出现了不当情形 /104

3.3.1.1 当事人可以背离的规则 /105

3.3.1.2 仲裁庭无管辖权 /107

1. 仲裁协议无效 /108

(1) 主合同/仲裁协议上当事人签字及其有效性 /109

(2) 合同中并入格式条件中仲裁条款的效力 /110

(3) 当事人无签订仲裁协议的行为能力 /112

(4) 仲裁协议中未能准确表达仲裁的意愿 /113

2. 仲裁庭组成不当 /115

(1) 仲裁员资质不合格 /115

a. 对方当事人选定或仲裁机构指定仲裁员不合格 /116

b. 当事人自己指定的仲裁员不合格 /119

(2) 仲裁庭组庭程序不当 /121

(3) 仲裁庭公正性存疑 /124

3. 仲裁庭超越权限 /125

3.3.1.3 仲裁庭的不当行为 /127

1. 当事人未得到开庭审理的机会 /128

2. 当事人未得到质证的机会 /129

3.3.1.4 不当情形是否为必要要件? /131

3.3.2 当事人知道不当情形的存在 /133

3.3.2.1 当事人知道仲裁庭不当行使管辖权 /136

3.3.2.2 当事人知道仲裁庭组成不当 /136

1. 知道仲裁员资质不符 /136

2. 知道组庭不当 /138

3. 知道仲裁机构公正性存疑 /139

3.3.2.3 知道仲裁庭行为不当 /139

- 3.3.2.4 知道仲裁庭超裁 /140
- 3.3.3 当事人没有及时提出异议 /140
 - 3.3.3.1 当事人有条件提出异议 /141
 - 3.3.3.2 提出异议的方式 /142
 - 1. 是否必须明示? /142
 - 2. 是否需要以书面方式提出? /144
 - 3. 向谁提出? /144
 - 3.3.3.3 未在法定期限内提出异议 /145
 - 1. 对仲裁庭管辖权提出异议 /146
 - 2. 对仲裁员资格提出异议 /147
 - 3.3.3.4 未在合理期限内提出异议 /149
 - 1. 对仲裁庭组庭提出异议 /151
 - 2. 对仲裁庭超裁提出异议 /152
 - 3. 对仲裁庭不当行为提出异议 /154
- 3.3.4 当事人继续进行仲裁 /157
 - 3.3.4.1 继续参加仲裁是否为必要条件? /157
 - 3.3.4.2 当事人不提出异议不参加仲裁程序 /158
 - 3.3.4.3 当事人提出异议后继续参加仲裁程序 /160
 - 3.3.4.4 当事人提出异议后不参加仲裁 /163
- 3.4 适用放弃异议权规则的后果 /165
 - 3.4.1 当事人丧失异议权 /165
 - 3.4.2 补足仲裁程序的正当性 /167
- 3.5 放弃对仲裁程序异议权规则适用总结 /170
- 第4章 放弃对仲裁裁决挑战权规则适用分析 /172**
 - 4.1 申请撤销仲裁裁决权利及其放弃 /173
 - 4.1.1 放弃申请撤销仲裁裁决权利的法律适用 /173
 - 4.1.2 申请撤销仲裁裁决的期限 /174
 - 4.1.3 当事人放弃申请撤销仲裁裁决的权利 /175
 - 4.1.3.1 仲裁协议无效,仲裁庭组庭不当和当事人未得到公正对待 /175

- 4.1.3.2 仲裁庭超越权力作出裁决 /177
- 4.1.3.3 可仲裁性 /179
- 4.1.3.4 公共政策 /183
- 4.1.3.5 仲裁庭适用法律错误 /184
- 4.2 申请拒绝执行仲裁裁决权利及其放弃 /185
 - 4.2.1 执行仲裁裁决的法律适用 /185
 - 4.2.2 仲裁协议无效,仲裁庭组庭不当和当事人未得到公正对待 /187
 - 4.2.3 仲裁庭超越权力范围作出仲裁裁决 /189
 - 4.2.4 可仲裁性和公共政策 /189
 - 4.2.5 不申请撤销裁决是否放弃拒绝执行裁决 /190
 - 4.2.5.1 《纽约公约》的规定和一般国家的实践 /191
 - 4.2.5.2 德国旧民事诉讼法中的特殊规定和司法实践 /192
 - 4.2.5.3 现行德国民事诉讼法的规定和司法实践 /193
 - 1. 德国民事诉讼法对撤销和执行国内仲裁裁决的规定 /193
 - 2. 德国民事诉讼法对撤销和执行外国仲裁裁决的规定 /195
 - 4.2.5.4 小结 /200
- 4.3 放弃对仲裁裁决挑战规则适用总结 /200

第5章 国际商事仲裁中弃权规则的价值及基础分析 /203

- 5.1 弃权规则的作用——规制纠纷解决中的不诚信行为 /204
- 5.2 弃权规则的价值——公正与效率 /207
- 5.3 弃权规则的社会政策基础——各国支持仲裁的政策 /210
- 5.4 弃权规则与禁止反言原则 /214
 - 5.4.1 禁止反言概述 /215
 - 5.4.1.1 禁止反言概念及其分类 /215
 - 1. 禁止反言 (estoppel): 表述的禁止发言 (estoppel by representation)、协议的禁止反言 (estoppel in pairs)、衡平的禁止反言 (equitable estoppel)、允诺的禁止发言 (promissory estoppel) /216
 - 2. 间接禁止反言 (collateral estoppel) /218
 - 3. 其他类型的禁止反言 /218

5.4.1.2	禁止反言在国际商事仲裁中的适用 /219
1.	间接禁反言的适用 /219
2.	衡平禁止反言的适用 /222
3.	允诺的禁止反言的适用 /226
5.4.2	禁止反言与弃权规则的关系 /227
5.4.2.1	禁止反言与弃权规则的区别 /227
5.4.2.2	禁止反言与弃权规则的联系 /228
1.	理论上的联系 /228
2.	禁止反言对弃权规则立法的作用 /230
3.	禁止反言与弃权规则同样的司法效果 /231
5.5	弃权规则价值及基础总结 /232
 第6章 我国有关弃权规则的立法与实践 /234	
6.1	放弃仲裁权利的立法与实践 /236
6.1.1	仲裁时效 /236
6.1.2	被告参加法院实体审理 /236
6.1.3	被告对于原告的起诉不予理会 /239
6.1.4	申请临时性保全措施 /239
6.2	放弃对仲裁程序异议权的立法与实践 /240
6.2.1	放弃管辖异议权 /242
6.2.1.1	仅适用仲裁规则 /243
1.	仲裁委员会对其仲裁规则的适用 /243
2.	法院对仲裁规则的适用 /244
6.2.1.2	仅适用《仲裁法》 /247
6.2.1.3	并行适用《CIETAC 规则》和《仲裁法》 /249
6.2.1.4	适用《仲裁法司法解释》 /250
6.2.1.5	对仲裁被申请人自始不参加仲裁程序的处理 /254
6.2.2	放弃对仲裁庭组庭不当的异议 /256
6.2.3	放弃对仲裁庭不当行为的异议权 /260
6.2.4	我国仲裁法中放弃对仲裁程序异议权规则的适用总结 /261

- 6.3 放弃对仲裁裁决挑战权的立法与实践 /262
 - 6.3.1 我国法律关于挑战仲裁裁决的规定 /263
 - 6.3.2 申请撤销仲裁裁决时限的规定 /264
 - 6.3.3 放弃以仲裁程序中不当情形为由的挑战 /264
 - 6.3.4 放弃撤销与放弃拒绝执行 /264
 - 6.3.5 放弃以可仲裁性和社会公共利益为由的挑战 /266
- 6.4 我国商事仲裁中弃权规则总结及立法建议 /267
 - 6.4.1 放弃仲裁权利规则 /268
 - 6.4.2 放弃对仲裁程序异议权规则 /270
 - 6.4.3 放弃对仲裁裁决挑战权规则 /271

结论 /273

参考文献 /278

案例索引 /288

后记 /303

导 论

0.1 本书选题背景和研究对象

仲裁已经成为国际商事领域最为重要的解决纠纷方法之一。随着我国日益深度融入经济全球化进程,涉及我国因素的对外商事交往日趋频繁。有交往就有矛盾,有矛盾就有纠纷。涉及我国当事人,在我国进行以及影响我国国家和自然人、法人利益的商事仲裁案件数量不断增加,标的额逐年攀升。为了在仲裁活动中取得主动,合理利用其中的规则维护自身的利益,我们必须了解和掌握这项“游戏规则”。

在商事仲裁中,经常会出现当事人没有明示放弃自己的仲裁权利、对仲裁程序的异议权或对仲裁裁决的挑战权,^{〔1〕}但却被仲裁庭或

〔1〕 国内文献多使用“对仲裁裁决的异议”来表示当事人申请撤销仲裁裁决和在执行仲裁裁决时提出抗辩理由,当事人对仲裁协议和仲裁程序提出质疑也用“异议”一词。而英文文献中多用 object 来表示对仲裁协议和仲裁程序的质疑,用 challenge 来表示欲采取行动否认仲裁裁决的效力。考虑到避免重复,本书使用“挑战仲裁裁决”来表示当事人申请撤销仲裁裁决和在执行仲裁裁决时提出抗辩理由。

法院根据仲裁规则或仲裁法判定已经放弃了这些权利的情形,这一判定会直接影响到仲裁裁决及其执行的结果,关涉当事人实体权利义务的再分配。^{〔2〕}而当事人也经常会围绕是否放弃了这些权利的争点进行争论,以“阻击”或者“推进”仲裁程序和仲裁裁决执行程序的进行。本书将对关系到上述三项权利放弃与否的规则进行研究,研究对象即国际商事仲裁法律中普遍存在,并在实践中经常被适用的“弃权规则”(waiver rules),主要包括三类:“规定当事人放弃仲裁权利的规则”、“规定当事人放弃对仲裁程序中不当情形异议权的规则”和“规定当事人放弃对仲裁裁决挑战权的规则”。^{〔3〕}这三种类型的弃权规则都有着较为明确的成文法和判例法作为基础,其具体内容将在后文中做详细的介绍。

0.2 本书选题的意义

从法学理论的角度来说,现代国际商事仲裁发端于欧洲,经过了近两个世纪的发展,形成了许多原则和理念,任何规则的出现和实践中的做法都是以这些原则和理念为基础的,都可以找到相应的理论依据。“弃权规则”同样如此,其与普通法中的“禁止反言原则”和大陆法中的“诚实信用原则”都有着密切的关系。这两个原则本身包含着很多的含义,在实践中也被适用于各类案

〔2〕 即以“形式正义”剥夺“校正正义”。关于形式正义与校正正义的关系,见[美]理查德·A.波斯纳著:《法理学研究》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第392~418页。

〔3〕 这里需要说明的是在英美合同法中也有弃权规则,虽然其与本书研究的国际商事仲裁中的弃权规则有相通之处,但前者主要针对的是当事人的实体权利义务。如不特别指出,本书中的“弃权规则”都指国际商事仲裁中的弃权规则。

件中,分为许多类型。对“弃权规则”在国际商事仲裁中如何适用进行研究,对于理解商事仲裁的内涵,指导商事仲裁的立法活动有着理论意义。虽然现行的国际条约中对“弃权规则”尚无规定,但学者们在对《纽约公约》的修改稿中已经关注这一问题,并有学者指出《纽约公约》中本身就暗含有“诚实信用原则”,而“弃权规则”可以由“诚实信用原则”推导出来。^[4]目前我国立法中的“弃权规则”不成体系,且在一些方面还是空白,但实践中却出现了大量相关的案件需要解决,因此本书的研究对于加深理解国际商事仲裁中的“弃权规则”,了解国际条约和各国立法在此方面的现行做法、经验和动态,指导我国立法都有着积极的意义。

从实践的角度来说,商事仲裁是一门实践性很强的学科。经济全球化将各国的仲裁员、律师和商人带到一起来解决各类商事纠纷,这就要求商业和法律人士必须掌握和了解其中的规则,如此才能做到熟练运用这些规则,以便采取对自己有利的方法。弃权规则是国际商事仲裁众多规则中的一种,其中包含着各种标准和尺度,各国法律对其规定也不尽相同。Holmes 认为,法律仅仅是对法官将来行为的预测,法条仅仅是法律的见证,其只有在被解释并被适用后才是法律。^[5]在国际商事仲裁法律趋同化的背景下,在《纽约公约》和联合国国际贸易法委员会制定的法律文件的指引下,对现代国际商事仲裁中相似的规则进行统一的解释是可行的。实践表明,不少当事人,甚至是其很有经验的仲裁代理律师也都会因为对弃权规则的解释和适用把握不当而丧失了维护自身和其当事人权益的机会,而这样的情况在涉及各仲裁机

[4] Albert Jan van den Berg, “Hypothetical Draft Convention on the International Enforcement of Arbitration Agreements and Awards”, available at www.icca-arbitration.com, 2008年8月1日访问。

[5] William L. Reynolds, *Judicial Process*, THOMSON WEST, 2002, p. 183.