

# 论国际商事仲裁中的异议权放弃规则

寿宝霞

宁波大学, 浙江 宁波

收稿日期: 2022年7月8日; 录用日期: 2022年7月21日; 发布日期: 2022年9月8日

---

## 摘要

异议权放弃规则既符合诚实信用原则, 也尊重当事人的意思自治, 契合国际商事仲裁对于效率价值的追求。正确运用异议权放弃规则, 需要明确区分该规则的各种类型、细致分析其构成要件。我国现行仲裁法对于异议权放弃规则的规定范围较窄, 虽然征求意见稿对此已有所突破, 但仍可继续完善。

## 关键词

异议权放弃规则, 仲裁规则, 仲裁程序, 仲裁裁决

---

# The Waiver Rule of Objection Right in International Commercial Arbitration

Baoxia Shou

Ningbo University, Ningbo Zhejiang

Received: Jul. 8<sup>th</sup>, 2022; accepted: Jul. 21<sup>st</sup>, 2022; published: Sep. 8<sup>th</sup>, 2022

---

## Abstract

The waiver of objection right not only conforms to the principle of good faith, but also respects the autonomy of the parties' will, which accords with the pursuit of efficiency value in international commercial arbitration. In order to use the rule correctly, it is necessary to clearly distinguish the types of the rule and carefully analyze its constituent elements. The current arbitration law of China has a narrow scope for the rule of giving up the right of objection. Although the draft for soliciting opinions has made a breakthrough, it can still be improved.

## Keywords

Waiver of Objection Rules, Arbitration Rules, Arbitration Procedure, Arbitration Award

---



## 1. 引言

1976年《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》第30条规定，如本规则规定的任何条款或任何条件未被遵行，而当事人一方明知其不符合规定的情形，但仍继续参加仲裁，且未对此表示反对意见时，应认为已放弃其反对的权利。此条即为“异议权放弃条款”。异议权放弃规则旨在敦促当事人尽快行使自己的权利、遵守诚实信用原则，以及提高仲裁的效率。

我国《仲裁法》中也有对于异议权放弃规则的体现，例如，该法第20条规定了当事人应当在仲裁庭首次开庭前提出对仲裁协议效力的异议；第35条规定了当事人应在首次开庭前或最后一次开庭终结前提出回避申请。但该法并未完全确立异议权放弃规则。2021年7月公布的《仲裁法(修订)(征求意见稿)》(以下简称“征求意见稿”)第33条规定，一方当事人知道或者应当知道仲裁程序或者仲裁协议中规定的内容未被遵守，仍参加或者继续进行仲裁程序且未及时提出书面异议的，视为其放弃提出异议的权利。

## 2. 异议权放弃规则的理论依据

我国一些仲裁机构的仲裁规则中已有对于异议权放弃的规定，例如《深圳国际仲裁院仲裁规则(2022年)》第69条规定，当事人在知道或应当知道本规则、适用于仲裁程序的其他仲裁规则、仲裁庭的任何决定或仲裁协议中的任何条款或条件未被遵守的情况下，仍继续参与仲裁程序且未及时提出书面异议的，视为其放弃提出异议的权利。异议权放弃规则主要有以下理论依据。

### 2.1. 诚实信用原则

在当前国际商事仲裁实务中，应当加强适用诚实信用原则中的一项重要内容——禁止反悔与矛盾行为。这类似于英美法中的“禁反言”，其要求当事人应当言行一致，而不能在一方当事人违背其先前自行作出的承诺后，损害了另一方当事人的信赖利益。<sup>[1]</sup>

在仲裁中，当事人对于自己曾经做出过的约定和允诺等应是非常清楚的，在仲裁庭做出了与之前约定不一致的行为时，当事人应当迅速感知到，并且在规定的期限内及时提出异议。若当事人明知仲裁中出现了违反约定的行为却继续参加仲裁程序，则说明当事人已经默示认可了此种行为。若之后当事人以其未于规定期限内提出异议为由进行抗辩，则构成了对自己先前默示承诺行为的反言。

### 2.2. 当事人意思自治原则

在国际商事仲裁中，从仲裁协议的签订到仲裁的提起，从仲裁庭的成立到仲裁裁决的做出，当事人的意思表示一致是进行仲裁程序和做出仲裁裁决的根据，是整个仲裁最重要的构成部分。异议权放弃规则作为仲裁法或仲裁规则的一部分，必然渗透当事人意思自治原则。当事人有选择适用法律的权利，也有对违反双方约定的仲裁管辖权、仲裁程序以及仲裁裁决等提出异议的权利。

但当事人的意愿并非永恒不变，其常有变化。在国际商事仲裁中，对于当事人在变化后的意愿同样要给予充分尊重。当事人对与自己约定不符的情形没有提出异议，仍然参加后续的仲裁程序，则表明其原先的意愿已经发生变化，其认可了该种情形。

### 2.3. 仲裁的效率价值

仲裁的显著优势在于其专业性、保密性、高效性，故吸引了越来越多的当事人选择仲裁。因此，仲裁过程需要防止诸多非必要的迟延，以维持或提升仲裁的效率。因此，当事人在发现仲裁中出现与法律规定或当事人约定不一致的情形时，应当立即提出。否则，如果允许当事人在最初有异议时拖着不提，之后才提，则会使此前已进行的仲裁程序都归于无效，甚至使得已经作出的裁决被撤销，如此便难以体现仲裁的高效性。

## 3. 异议权放弃规则的类型化分析

征求意见稿中新增的异议权放弃规则值得肯定。然而，对新规则的适用难免有缺漏之处。因此，为督促当事人及时、善意地行使自己的异议权，也为了帮助仲裁员更深刻地理解并运用好异议权放弃规则，有必要对异议权放弃规则进行类型化分析。根据当事人的弃权对象，可将国际商事仲裁中的异议权放弃规则分为三类：当事人放弃仲裁权的规则、当事人放弃仲裁程序异议权的规则、当事人放弃仲裁裁决异议权的规则。

### 3.1. 当事人放弃仲裁权的规则

当事人之间订立仲裁协议后，即可获得排除法院管辖的效果，同时获得将争议提交仲裁解决的权利。其原理在于，在争议发生后，当事各方应恪守契约精神，严格遵守仲裁协议的约定，采取仲裁方式解决纠纷，而不应背离仲裁协议，就涉案争议向法院起诉。然而，异议权放弃规则的存在为当事人逃避仲裁管辖、寻求司法解决提供了例外机制。

当事人对异议权的放弃包括明示放弃和默示放弃两种形式，前者是指双方协商一致解除、变更或撤销已达成的仲裁协议，从而使仲裁协议的妨诉抗辩效力在尚未发生效果时就宣告终止；后者是指当事人虽然没有明示放弃自己的仲裁权利，但是其所采取的行为按照相关法律或仲裁规则具备弃权效果，从而事实上导致了其被认定为放弃仲裁权利，这也恰恰是实践当中容易产生分歧的重点。<sup>[2]</sup>因此，以下内容将阐述两种当事人默示放弃仲裁权的情形。

第一种情形，当事人以自己对待仲裁的行为放弃了仲裁权。仲裁程序的顺利推进在很大程度上依赖于双方当事人的相互配合，无论是仲裁程序准据法和仲裁规则的确定，还是仲裁庭的组建、审理方式的确定，都需要双方当事人及时发表意见并积极行动。根据仲裁法及相关仲裁规则的规定，当事人拒绝配合、消极懈怠或蓄意破坏仲裁程序，将丧失相应的仲裁权利。例如，如果被申请人经适当通知但仍拒绝出庭，将丧失向仲裁庭当面陈述和申辩的机会；如果申请人经适当通知而拒绝出庭，则很可能被视为撤回仲裁请求。

第二种情形，当事人以自己在法院的行为放弃了仲裁的权利。尽管仲裁协议具有排除法院管辖权的效果，但对法院而言，如果其在受理当事人的诉讼请求时不知晓仲裁协议的存在，且对方当事人又未及时提出管辖权异议或提供仲裁协议，则难以苛求法院调查并寻求当事人之间是否另订有仲裁协议。因此，各国仲裁法普遍规定，在双方订有仲裁协议的情况下，如果一方当事人向法院提起诉讼，而另一方又未以双方存在仲裁协议为由对法院的管辖权提出抗辩，直接在诉讼程序中进行了实体答辩，则视为该一方当事人以其在法院的应诉行为放弃了仲裁的权利。我国《仲裁法》第26条即有相关规定：“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。”最高人民法院《关于适用〈仲裁法〉若干问题的解释》第27条规定：“当事人在仲裁程序中未对仲裁协议的效力提出异议，在仲裁裁决做出后以仲

裁协议无效为由主张撤销仲裁裁决或者提出不予执行抗辩的，人民法院不予支持。”

尽管《纽约公约》并未直接规定异议权放弃规则，但该公约第 2 条第 3 款以间接方式确立了异议权放弃规则——该款规定，当事人就诉讼事项订有本条所称之协定者，缔约国法院受理诉讼时应依当事人一造之请求，命当事人提交仲裁，但前述协定经法院认定无效、失效或不能实行者不在此限。该条款暗含了如果当事人没有援引仲裁协议并对法院提出管辖权异议，应视为当事人放弃了以仲裁方法解决争议的权利。

### 3.2. 当事人放弃仲裁程序异议权的规则

仲裁程序进行过程中的异议权放弃现象更为普遍和常见。仲裁程序的异议权是指当事人对仲裁程序中存在的瑕疵或不当情形提出反对和质疑，从而维护仲裁程序公正性以及己方利益的权利。仲裁程序中可能存在瑕疵的情形包括但不限于组庭、送达、证据处理和审理等各种情况。

问题在于，国际商事仲裁程序中的哪些权利构成异议权放弃规则的适用范围，即是否所有的程序异议权均可纳入异议权放弃规则的适用对象？对此，学理上存在分歧：一种观点认为，基于诚实信用原则、仲裁的高效性等考虑，异议权放弃规则理应适用于各类程序异议权，只要当事人未在仲裁程序当中及时行使异议权，则不得在此后的程序中以此为由提出相关主张及抗辩。由此，可以有力地督促当事人及时行使程序权利，以达到效率与公正的目标。<sup>[3]</sup>另一种观点则认为，并非仲裁程序中所有的权利均可以被当事人所放弃，异议权放弃规则的适用范围应仅限于可以被当事人放弃的权利。言外之意，仍然存在某些权利是当事人所不能放弃的。

实践中，当事人在仲裁程序中采取的行动经常有明显的机会主义色彩，这往往构成其提出异议的牵绊。例如，一方当事人已经察觉到仲裁程序存在瑕疵，但是其并不立即提出异议，而是等待仲裁裁决做出后再决定如何行动——如果仲裁裁决对自己有利，则不再就有关程序瑕疵提出异议；如果仲裁裁决对自己不利，则在裁决做出后才以申请撤销或不予执行等方式提出异议。

然而，如果在仲裁过程中不对有关程序瑕疵现象及时地提出异议，而是等待裁决做出后才提，则很可能构成仲裁程序异议权的放弃。因为在目前支持仲裁的环境背景下，各国的商事仲裁立法与实践普遍认同司法应尽量弱化对仲裁的干预，除非情况明显必要，原则上法院不会直接介入仲裁程序，即使在裁决做出后的司法审查阶段，也尽可能减少对仲裁的否定。因此，事后救济的成本和风险远高于事中救济。

在张兰等与甜蜜生活美食集团控股有限公司撤销仲裁裁决申请案中<sup>1</sup>，二撤裁申请人(仲裁中为被申请人)即张兰与盛兰公司称，仲裁庭的组成与仲裁规则不符——各方当事人的买卖合同第 10.2 条约定了仲裁庭的组成方式，作为多方当事人的仲裁被申请人方无法就仲裁员人选达成一致。而贸仲仲裁规则第 27.3 条规定：如果申请人方及或被申请人方未能在收到仲裁通知后 15 天内各方共同选定或各方共同委托仲裁委员会主任指定一名仲裁员，则由仲裁委员会主任指定仲裁庭三名仲裁员，并从中确定一人担任首席仲裁员。买卖合同第 10.2 条明确将贸仲仲裁规则以引述的方式纳入仲裁条款，当事人亦未排除该仲裁规则第 27.3 条的适用。因此，仲裁庭三名仲裁员均应由仲裁委员会主任指定。贸仲委通知二被申请人共同选定仲裁员的组庭要求违反了仲裁规则。

最高院认为，该案的争议焦点在于贸仲委组成仲裁庭的方式是否符合当事人约定的仲裁规则，是否构成《民事诉讼法》第二百七十四条第一款第三项规定的情形。在该案中，贸仲委应二仲裁被申请人的请求，贸仲委多次允许该方当事人延期选定仲裁员。从贸仲委发出第一份通知告知二仲裁被申请人要确定仲裁员起至贸仲委发出第四份通知确认仲裁庭的组成历时一年四个月，已经给予了二仲裁被申请人充

<sup>1</sup>张兰等与甜蜜生活美食集团控股有限公司撤销仲裁裁决申请案，最高人民法院(2019)最高法民特 5 号民事裁定书。

分考虑时间指定仲裁员。二撤裁申请人以无法就仲裁员人选达成一致为由，多次拒绝共同指定一名仲裁员，有违诚实信用原则，该行为不应得到鼓励。且虽然二撤裁申请人声明保留异议，但其还是共同指定周汉民先生为仲裁员，并非未共同指定一名仲裁员。当事人将在仲裁程序中声明保留异议作为最终仲裁裁决结果对其不利后申请撤销仲裁裁决的砝码的伺机行为，不应得到鼓励。法院最终裁定驳回张兰和盛兰公司的申请。

### 3.3. 当事人放弃仲裁裁决异议权的规则

异议权放弃的效果不仅及于仲裁程序，并且还关系到之后法院对于仲裁裁决的审查。<sup>[4]</sup>例如，当事人明知某仲裁员存在违反独立性及公正性的情况，应毫不迟延地在仲裁程序进行中及时申请回避并提出异议，如果当事人未能提出，被视为构成弃权的结果不仅表现在其不能在此后的仲裁程序对该名仲裁员提出反对意见，还表现在其不能以此为由向法院申请撤销或不予执行仲裁裁决。相反，如果当事人在仲裁程序中对仲裁员人选提出了反对意见并提供了相应的理由，即便该回避请求未获得支持，该仲裁员继续参与仲裁程序，但当事人的异议权仍然得以保留并存续，其仍可在后续的仲裁司法监督中就仲裁员的不适格问题提出异议。由此可见，异议权放弃规则对怠于行使权利的当事人而言具有惩戒色彩。

本文认为，仲裁裁决撤销程序与不予执行程序能否互相形成弃权效果，取决于对二者功能的认识。一方面，撤销和不予执行都属于法院对仲裁中当事人救济的方式。另一方面，二者又各有侧重——撤销程序是仲裁裁决的败诉方通过积极、主动的行为向法院行使救济权得以启动的，而不予执行则是在仲裁裁决的执行过程中，败诉方请求法院对存在错误的裁决加以“阻击”。对于仲裁程序中的败诉方而言，其在面临已生效的错误裁决时，撤销程序就像可以进攻的“矛”，不予执行则像用以预防的“盾”，未主动提起撤销之诉，并不当然意味着在被动地应对执行程序时丧失异议权。<sup>[5]</sup>

## 4. 异议权放弃规则的成立要件

异议权放弃成立要件的认定，对于当事人行使异议权行为的效力，以及当事人在仲裁程序中的抗辩理由能否成立都有着重要意义。因此，应当明确异议权放弃的构成要件。

### 4.1. 适用的对象必须是可予以放弃的权利

异议权放弃规则作为仲裁规则的组成部分，对选定仲裁规则的当事人具有约束力。然而一项异议权是否可以被放弃，并不全由仲裁规则决定，还需要法院根据仲裁地的法律和申请承认执行仲裁裁决地的法律而定。如果仲裁庭依仲裁规则中的异议权放弃规则判断当事人放弃了异议权，且符合仲裁地法律的规定，那么当事人不得再以其程序权利被剥夺为由向法院申请撤销仲裁裁决。

最高人民法院《关于适用〈仲裁法〉若干问题的解释》第 27 条规定，当事人在仲裁程序中未对仲裁协议的效力提出异议，在仲裁裁决作出后以仲裁协议无效为由主张撤销仲裁裁决或者提出不予执行抗辩的，人民法院不予支持。这表明了我国法院认为当事人针对管辖权的异议权是可以放弃的。

### 4.2. 仲裁中出现了与当事人的约定或仲裁规则不相符的情形

仲裁规则是约束仲裁庭和仲裁当事人行为的规范，既然当事人一致选择某个仲裁规则就意味着自己和仲裁庭都要遵照该仲裁规则行事。一旦仲裁过程中的某些情况与仲裁规则不符，当事人就有权提出异议。判断何为不遵照仲裁规则行事的情况应当视具体案情具体分析，不应刻板地进行解释。只要这种不遵照仲裁规则的情况不侵害当事人在仲裁中应享有的权利，则不应认定为属于当事人可以提出异议的情况。

在大连仲裁委员会审理的山西防暴电机(集团)有限公司与保罗·卡斯特罗技术转让合同纠纷案中<sup>2</sup>，《大连仲裁委员会仲裁规则》第77条、第79条有关确定组庭方式或选定仲裁员及请求延期开庭的时限分别为“自被申请人收到本委受理通知之日起20日内”和“开庭12日前”。而大连仲裁委员会向申请人送达的答辩通知书、开庭通知书中的规定的时限分别为“自收到本通知书之日起45日内”和“开庭3日前”。上述答辩通知书、开庭通知书中的时限要求与《大连仲裁委员会仲裁规则》的规定不一致，但二者均放宽了对当事人行使权利的时间限制，使当事人有更充分的时间做准备。因此，客观上并未对当事人的程序权利产生不利影响。此种情况就不属于当事人可以提出异议的情形。

#### 4.3. 当事人知悉存在与仲裁规则或约定不符的情形

当事人行使异议权的前提是知悉不遵照仲裁规则或约定的情况的存在，因此，如果仲裁庭要适用异议权放弃规则来判定当事人放弃了异议权，则必须确认并且能在日后证明其已给予当事人适当的通知，使其知悉该情况的存在，能够及时提出异议。

需要强调的是，仲裁庭作为整个仲裁程序的主导者，必须尽力在每个环节都给予仲裁当事人适当的通知和协助，而不是认为仲裁当事人理所当然地熟知仲裁规则。在适用异议权放弃规则时，仲裁庭或法院应考虑当事人为什么没有较早提出异议。<sup>[4]</sup>例如，在本国代理人不知道根据其所代表的外国当事人国家的法律，当事人是无权签订仲裁协议的，或者他们之间的通信存在语言方面的困难使其在仲裁程序结束前，未能得知不遵守仲裁规则的，就不能认为当事人的行为等于默示弃权。

#### 4.4. 当事人未在约定的或者合理的期限内提出异议

当事人在知悉不遵守仲裁规则的情况后如何行事才可被视为放弃异议权呢？《贸仲规则》第10条规定，一方当事人知道或理应知道本规则或仲裁协议中规定的任何条款或情事未被遵守，仍参加仲裁程序或继续进行仲裁程序而且不对此不遵守情况及时地、明示地提出书面异议的，视为放弃其提出异议的权利。该条款表明，贸仲认为当事人在知道仲裁中出现了不符合仲裁协议或仲裁规则的事项时，同时满足以下两个条件的，则视为放弃异议权：1) 未及时、明示地提出书面异议；2) 仍参加仲裁程序或继续进行仲裁程序。然而，是否需要同时满足这两个条件才构成异议权放弃，尚待商榷。

一方面，关于是否需要当事人“未及时、明示地提出书面异议”，目前大多数仲裁机构的仲裁规则，并没有要求当事人提出“书面异议”，本文认为这种做法更符合实践。因为当事人也可能在开庭审理时提出口头异议，而这种异议仍然是有效的，并不因为其不是书面的而被视作未提出。

另一方面，关于是否需要当事人“仍参加仲裁程序或继续进行仲裁程序”，本文认为，不能仅凭当事人是否继续参加仲裁程序来判断其是否已经放弃了异议权，而应当根据当事人的具体行为判断。因为有时当事人虽然继续参加了仲裁程序，但明确提出了异议，则此时不得将其参加仲裁程序的行为视作异议权的放弃。

### 5. 对我国未来仲裁法中的异议权放弃规则的完善建议

尽管我国现行《仲裁法》中也有对于异议权放弃规则的体现，如第20条规定了当事人提出仲裁协议效力异议的期限、第35条规定了当事人提出回避申请的期限，但该法尚未完全确立异议权放弃规则。我国应在即将修订的《仲裁法》中确立并完善异议权放弃规则。

#### 5.1. 适当减缩管辖权异议的期限

当事人不在规定的期限内提出异议，是认定其默示放弃异议权的重要条件之一，因此应当在未来的

<sup>2</sup>山西防暴电机(集团)有限公司与保罗·卡斯特罗技术转让合同纠纷案，最高人民法院(2005)民四他字第54号复函。

仲裁法中对当事人的异议期限做出明确规定。我国现行仲裁法规定，当事人应当在仲裁庭首次开庭前提出异议，然而，目前多数国家和地区将该期限规定在实体答辩之前。例如，我国澳门即规定了当事人应在第一份答辩书内或提交该答辩书前提出异议。<sup>[5]</sup>

与域外诸多规定相比，我国现行仲裁法规定的异议期限尚有明显不足。首先，其无法适用于不开庭的案件；其次，既然当事人已进行实体答辩，则说明其已承认仲裁庭的实体问题管辖权；最后，这一期限比较长，故极易被别有用心的人用以拖延程序。因此，我国应借鉴域外规定，使当事人在实体答辩前就及时提出异议。

## 5.2. 明确异议权默示放弃的要件

应当在仲裁法律中明确规定，当事人在何种情况下，将被认定为放弃异议权，而其中对默示放弃异议权的构成要件的规定尤有必要。以下是当事人默示放弃异议权的构成要件：1) 仲裁过程中出现与当事人约定或法律规定不一致的情形。此为异议权默示放弃的前提条件。2) 当事人明知仲裁庭未遵守自己的约定等。此为异议权默示放弃的主观要件。3) 当事人因自身原因未在规定期限内提出异议，并继续参加仲裁程序。此为异议权默示放弃的客观要件。4) 当事人放弃的异议必须是根据法律规定以及仲裁规则，可以被放弃的权利。

## 6. 结论

国际商事仲裁中的异议权放弃规则具有及时督促当事人行使自身异议权的作用，其可以有效防止当事人恶意拖延程序，损害对方当事人的利益。异议权放弃规则有着深厚的理论基础，其体现了诚实信用原则、当事人意思自治原则以及仲裁的效率价值。当事人有权放弃仲裁权、对仲裁程序的异议权和对仲裁裁决的异议权。然而，并非所有仲裁中的权利都可以放弃，只有满足相应要件时，才构成异议权放弃。

我国现行仲裁法中的异议权放弃条款涉及的范围较窄，而征求意见稿已经加入了与国际接轨的关于异议权放弃的表述，其必要性值得肯定。未来仲裁法的异议权放弃规则，可以在异议权放弃规则的范围、期限与构成要件的方面做出明确规定。

## 参考文献

- [1] 蒋滨. 仲裁程序呼唤诚信[J]. 北京仲裁, 2004(3): 27-34.
- [2] 张建. 国际商事仲裁中异议权放弃规则适用情形的类型化分析——兼评《仲裁法(修订)(征求意见稿)》第33条[J]. 北京仲裁, 2021(3): 119-137.
- [3] 钟澄. 禁止反言原则在国际商事仲裁中的适用[J]. 仲裁研究, 2013(4): 74-83.
- [4] 高薇. 论仲裁异议权的放弃——德国法视角下的分析及相关司法实践[J]. 甘肃政法学院学报, 2010(5): 150-156.
- [5] 朱科. 异议权默示放弃制度之完善[J]. 人民司法(应用), 2018(7): 90-95.