

2006  
年版



# 仲裁法学

附：仲裁法学自学考试大纲  
崔卓兰 任峰 战涛 编著

高等教育自学考试指定教材 ★ 行政法专业（本科）



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

高等教育自学考试指定教材  
行政法专业(本科)

# 仲裁法学

(附:仲裁法学自学考试大纲)  
(2006 年版)

崔卓兰 任 峰 战 涛 编著



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

## 图书在版编目(CIP)数据

仲裁法学 附:仲裁法学自学考试大纲/崔卓兰等编著. —北京:北京大学出版社,2006.1

(高等教育自学考试指定教材·行政法专业(本科))

ISBN 7-301-10421-9

I. 仲… II. 崔… III. 仲裁法-法的理论-高等教育-自学考试-教材 IV. D915.701

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 155751 号

书 名: 仲裁法学 附:仲裁法学自学考试大纲

著作责任者: 崔卓兰 任 峰 战 涛 编著

责任编辑: 李燕芬

标准书号: ISBN 7-301-10421-9/D·1427

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

电子信箱: [pl@pup.pku.edu.cn](mailto:pl@pup.pku.edu.cn)

排 版 者: 北京高新特打字服务社 82350640

印 刷 者: 河北滦县鑫华书刊印刷厂

经 销 者: 新华书店

890 毫米 × 1240 毫米 A5 8.125 印张 233 千字

2006 年 1 月第 1 版 2006 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 13.00 元

---

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

# 目 录

|                                   |        |
|-----------------------------------|--------|
| <b>第一章 仲裁与仲裁法</b> .....           | ( 1 )  |
| 第一节 仲裁的基本问题.....                  | ( 1 )  |
| 第二节 仲裁与民事诉讼的关系.....               | ( 10 ) |
| 第三节 仲裁法的基本问题.....                 | ( 15 ) |
| 第四节 我国仲裁法的历史发展.....               | ( 17 ) |
| <b>第二章 仲裁协议</b> .....             | ( 22 ) |
| 第一节 仲裁协议概述.....                   | ( 22 ) |
| 第二节 仲裁协议的效力及其认定.....              | ( 26 ) |
| 第三节 仲裁协议的无效、失效和不能履行的<br>仲裁协议..... | ( 36 ) |
| 第四节 仲裁协议的独立性.....                 | ( 40 ) |
| <b>第三章 仲裁管辖权</b> .....            | ( 45 ) |
| 第一节 仲裁管辖权概述.....                  | ( 45 ) |
| 第二节 仲裁管辖权的取得.....                 | ( 51 ) |
| 第三节 仲裁管辖权异议.....                  | ( 58 ) |
| 第四节 我国的仲裁管辖权制度及其实践.....           | ( 66 ) |
| <b>第四章 机构仲裁</b> .....             | ( 69 ) |
| 第一节 仲裁机构概述.....                   | ( 69 ) |
| 第二节 仲裁委员会.....                    | ( 71 ) |
| 第三节 临时仲裁和机构仲裁.....                | ( 82 ) |
| <b>第五章 仲裁庭和仲裁员</b> .....          | ( 87 ) |
| 第一节 仲裁庭.....                      | ( 87 ) |
| 第二节 仲裁员.....                      | ( 92 ) |

|                                     |         |
|-------------------------------------|---------|
| <b>第六章 仲裁程序</b> .....               | ( 99 )  |
| 第一节 仲裁程序概述.....                     | ( 99 )  |
| 第二节 仲裁当事人.....                      | ( 102 ) |
| 第三节 仲裁程序的启动.....                    | ( 105 ) |
| 第四节 仲裁审理.....                       | ( 112 ) |
| 第五节 仲裁程序中的和解与调解.....                | ( 118 ) |
| <b>第七章 仲裁中的证据</b> .....             | ( 121 ) |
| 第一节 仲裁证据概述.....                     | ( 121 ) |
| 第二节 仲裁证据的种类.....                    | ( 124 ) |
| 第三节 举证责任.....                       | ( 129 ) |
| 第四节 仲裁证据的来源.....                    | ( 133 ) |
| 第五节 仲裁庭对证据的审查和认定.....               | ( 136 ) |
| <b>第八章 国际商事仲裁的法律适用</b> .....        | ( 138 ) |
| 第一节 概述.....                         | ( 138 ) |
| 第二节 国际商事仲裁协议的法律适用.....              | ( 139 ) |
| 第三节 国际商事仲裁程序问题的法律适用.....            | ( 145 ) |
| 第四节 国际商事仲裁实体问题的法律适用.....            | ( 149 ) |
| <b>第九章 仲裁裁决</b> .....               | ( 159 ) |
| 第一节 仲裁裁决概述.....                     | ( 159 ) |
| 第二节 仲裁裁决的执行.....                    | ( 169 ) |
| 第三节 仲裁裁决的撤销和不予执行制度.....             | ( 174 ) |
| 第四节 对我国现行仲裁裁决的撤销与不予执行制度<br>的思考..... | ( 180 ) |
| <b>第十章 仲裁时效和仲裁费用</b> .....          | ( 186 ) |
| 第一节 仲裁时效.....                       | ( 186 ) |
| 第二节 仲裁费用.....                       | ( 187 ) |
| <b>第十一章 涉外仲裁</b> .....              | ( 192 ) |
| 第一节 涉外仲裁概述.....                     | ( 192 ) |
| 第二节 涉外仲裁机构.....                     | ( 196 ) |
| 第三节 外国仲裁裁决的承认与执行.....               | ( 207 ) |

# 仲裁法学自学考试大纲

## (含考核目标)

|     |                 |       |
|-----|-----------------|-------|
| I   | 课程的性质与设置目的      | (217) |
| II  | 课程内容与考核目标       | (218) |
|     | 第一章 仲裁与仲裁法      | (218) |
|     | 第二章 仲裁协议        | (221) |
|     | 第三章 仲裁管辖权       | (224) |
|     | 第四章 机构仲裁        | (227) |
|     | 第五章 仲裁庭和仲裁员     | (230) |
|     | 第六章 仲裁程序        | (232) |
|     | 第七章 仲裁中的证据      | (236) |
|     | 第八章 国际商事仲裁的法律适用 | (239) |
|     | 第九章 仲裁裁决        | (242) |
|     | 第十章 仲裁时效和仲裁费用   | (245) |
|     | 第十一章 涉外仲裁       | (247) |
| III | 有关说明与实施要求       | (249) |
|     | 后记              | (251) |

# 第一章 仲裁与仲裁法

## 第一节 仲裁的基本问题

### 一、仲裁的概念

仲裁一词据说源自于日文汉字,是日本在翻译西方仲裁著作时开始使用的,并于近代传入我国。在汉语中,“仲”有“居中”的意思,“裁”表示衡量、判断,因此,就字面含义看,仲裁即为“居中裁断”。而作为法律用语,仲裁有其特定的含义。《中国大百科全书·法学卷》对仲裁的定义是:“仲裁指争议双方在争议发生前或争议发生后达成协议,自愿将争议交给第三者作出裁决,双方有义务执行的一种解决争议的方法。”可见,仲裁就其本质而讲是一种解决争议的方式或制度。在适用这一方式解决争议时,有以下几点需要注意:

第一,仲裁是以双方当事人的自愿为前提的。通过仲裁方式解决争议是双方当事人自愿协商选择的。双方当事人可以通过协商达成将其业已发生的或将来可能发生的争议提交仲裁解决的合意,即仲裁协议来选择仲裁,也可以放弃仲裁而适用其他解决纠纷的途径。但是,如果没有仲裁合意,即仲裁协议,就不可能启动仲裁程序。

第二,作出裁决的第三人是由双方当事人选定的。双方当事人达成仲裁协议采用仲裁方式解决争议的,作出裁决的第三人由双方当事人共同选择。如果由独任仲裁员进行仲裁的,独任仲裁员由双方当事人共同选定;如果由三人仲裁庭进行仲裁的,则双方当事人各选择一名仲裁员后,再共同选择一名首席仲裁员组成仲裁庭。当事人选择仲裁员这一点在临时仲裁中体现得尤为明显,即便是在机构仲裁中,仲裁庭的组成一般也是由当事人选定的。

第三,仲裁裁决具有强制性。一旦双方当事人选择了通过仲裁解决其纠纷,那么,仲裁员所作出的仲裁裁决对双方当事人是具有拘

束力的。对仲裁裁决,双方当事人必须执行,而且不得再另行起诉。一方当事人不执行仲裁裁决的,另一方当事人可以申请法院强制执行。

第四,通过仲裁解决的争议具有特定性。并不是当事人之间所有的争议都可以通过仲裁方式解决。首先,这种争议只能是民商事争议,而不能是其他性质的争议;其次,也不是所有的民商事争议而只是那些具有财产性质的民商事争议才是仲裁的标的,而具有人身关系诸如婚姻、收养等方面的争议是不能通过仲裁解决的;再次,虽然我国《劳动法》规定劳动争议可以通过仲裁解决,但它属于特殊的仲裁方式,不同于我国《仲裁法》中所规范的仲裁,亦不属于仲裁解决的对象。

通过上述分析,我们可以将仲裁定义为:双方当事人经过协商达成合意,自愿将他们之间业已发生的或将来可能发生的特定的民商事争议交由他们共同选定的第三者裁决,第三者所作出的裁决对他们发生法律效力的一种解决争议的方式或制度。

## 二、仲裁的特征

仲裁作为解决当事人之间民商事争议的一种重要方式,具有十分鲜明的特点:

### (一) 仲裁是基于当事人的自愿而发生的

同其他纠纷解决的方式尤其是同民事诉讼活动相比较,仲裁的一个最大特点就是它能够最为充分地体现当事人的意思自治原则。当事人可自愿决定是否采用仲裁方式解决其纠纷,自愿决定以仲裁方式解决他们之间的哪些纠纷,以及自愿决定由哪个仲裁机构仲裁、哪些仲裁员仲裁他们之间的纠纷,甚至自愿决定仲裁适用的法律。而这一切又都以双方所达成的仲裁协议为前提,即仲裁程序的启动必须以双方当事人的同意(合意)为前提。而诉讼则不以当事人的自愿为前提。当事人一方向法院提起诉讼时,无须征得另一方当事人的同意,事实上也不可能得到另一方当事人的同意。法院在受理案件后,可以通过正当的司法程序进行案件的审理,并不以双方当事人的同意为前提。

另外,当事人通过仲裁解决纠纷,还可以选择仲裁员。由于民商事纠纷经常涉及特殊的知识领域,由相关领域的专家对纠纷作出判断和处理更为妥当,所以双方当事人往往会选择精通专业、公正而又有权威的人士作为仲裁员解决他们之间的争议。这就使得仲裁又具有了专家裁判的特点。

## (二) 仲裁具有民间性

仲裁归根结底是一种民间活动。仲裁机构不是国家设立的行政或司法机关,而是民间组织,处于争议当事人之外的第三者的地位,通常附设于各国的商会组织或者其他民间社会团体,或者由律师协会、法学会等民间机构组建。参与解决当事人争议的仲裁员大多是律师、法学专家或工商业界的专家等民间人士,即使某些仲裁机构吸收少量政府官员甚至由现任法官担任仲裁员,他们在履行仲裁员职责时也并不代表官方。仲裁的权威来自于其自身的公正性,而不是依靠公权力的支持。

仲裁实质上是一种法律认可的社会救济制度,仲裁员的仲裁权源于争议双方的协议授权。正是基于此种原因,使得争议双方当事人在进行仲裁时,从某种意义上处于同等的法律地位,可以使当事人感觉到是几方在协调处理问题,而不像诉讼那样针锋相对地在“打官司”。因此,在发生民商事纠纷时通过仲裁解决纠纷,有利于当事人今后继续合作。

## (三) 仲裁的范围必须是当事人之间发生的依法可以仲裁的争议事项

虽然当事人之间的争议能否通过仲裁解决要以双方当事人的自愿为前提,但当事人的自愿并不是决定该项争议能否进行仲裁的唯一决定性因素。事实上,一项争议能否仲裁还要看它是否属于有关仲裁立法的调整范围。世界上绝大多数国家的法律均对可交付仲裁解决的争议作出某些限制,一般对涉及刑事案件、涉及政府与自然人或法人间行政管理产生的争议和涉及人身权的争议不可交付仲裁。许多国家的仲裁规范对可以通过仲裁解决的争议都作出了规定。比如,我国《仲裁法》就有相关的规定:在我国,平等主体的公民、法人或其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷可以仲裁;关

于婚姻、收养、监护、扶养、继承等纠纷以及依法应当由行政机关处理的行政争议不能仲裁。

通过上述分析可以看出,各国法律规定的可以通过仲裁解决的纠纷往往是当事人可以和解解决的争议,即双方当事人对所争议的事项具有完全的处分权能。当事人完全可以根据自己的意愿决定是否行使或主张该权利,抑或放弃该权利。这也在另一方面表明,仲裁所解决的争议大多涉及当事人之间私人利益,而更多的是有关当事人之间的商业秘密,基于此,仲裁活动一般不公开进行,以利于为双方当事人保守秘密。

#### (四) 仲裁裁决是一裁终局

仲裁实行一裁终局制。仲裁庭一旦作出裁决,即对双方当事人发生法律效力。当事人不得就同一争议再次提请仲裁,亦不能就该项争议向任何行政机关或法院提出申诉或上诉。

仲裁实行一裁终局制,相比民事诉讼活动往往实行两审终审制而言,使得当事人通过仲裁解决纠纷可以起到快速、高效的作用。另外,虽然从表面上看仲裁收费与诉讼收费相差无几,但仲裁是一裁终局,不存在诉讼方式中一方上诉的可能,所以从总体上看费用较低,比较经济。当然,由于实行一裁终局,一旦仲裁裁决出现错误便难以得到及时纠正,也可能对全面、公正地解决争议带来影响。

### 三、仲裁的种类

#### (一) 机构仲裁与临时仲裁

这是以是否存在常设的仲裁机构为标准所进行的划分。

##### 1. 机构仲裁

机构仲裁,又称常设仲裁,是指由常设仲裁机构按照其仲裁规则所进行的仲裁。机构仲裁的特征主要有:(1) 存在常设性的仲裁机构。常设性的仲裁机构在当事人的纠纷发生前就存在,而且不因当事人之间的纠纷的解决而解散。(2) 有自己的组织章程和仲裁规则。每一个常设的仲裁机构都有规范的组织体系和严密的仲裁规则。某些重要仲裁机构的仲裁规则还具有一定的普遍适用性。(3) 仲裁人员的稳定性。每一个常设的仲裁机构都有自己的仲裁

员名册,有相对稳定的仲裁人员。当事人需要在仲裁员名册中选择仲裁员。(4) 仲裁费用的确定性。每一个常设仲裁机构都对仲裁员的报酬、仲裁费用等都有明确、具体的规定。

## 2. 临时仲裁

临时仲裁,又称特别仲裁,是指根据当事人的仲裁协议由临时选择的仲裁员组成仲裁庭进行的仲裁。其特征主要有:(1) 不存在常设性的仲裁机构,更无稳定的仲裁员,仲裁庭由当事人协商确定,争议解决后,仲裁庭即告解散。(2) 灵活易行。临时仲裁的仲裁过程有较大的灵活性,临时性的仲裁庭不依附于常设性的仲裁机构,仲裁程序、仲裁事项等均可由当事人自由、灵活地协商确定。

临时仲裁具有仲裁程序灵活、仲裁比较迅速、仲裁耗费经济等特征。临时仲裁是最早的仲裁方式,在 19 世纪以前,国际上还没有常设仲裁机构,主要是临时仲裁。现在临时仲裁主要在仲裁的发源地欧洲比较流行,在其他一些国家不存在临时仲裁,我国也不承认临时仲裁。

## (二) 友谊仲裁与依法仲裁

这是以裁决所依据的实体规范的不同所进行的划分。

### 1. 友谊仲裁

友谊仲裁又称友好仲裁或依原则仲裁,是指仲裁人在仲裁活动中并不依据严格的法律规定,而是依据公正合理的原则和商业惯例对纠纷进行裁决。友谊仲裁的采用必须有当事人的授权,且不得违背公共秩序和其他强制性要求。采用友谊仲裁的国家有法国、比利时、荷兰、瑞士等大陆法系国家;在普通法系的英国和美国,只要当事人授权,仲裁员也可以进行友谊仲裁。在我国,不论在国内仲裁还是涉外仲裁中均不适用友谊仲裁,而只适用依法仲裁。

### 2. 依法仲裁

依法仲裁是指仲裁员依据一定的法律对纠纷进行仲裁,裁决的作出必须依照法律的规定。这种方式下,仲裁有明确的法律依据,仲裁结果有可预见性,也易为当事人所接受。因此,依法仲裁是普遍适用的最一般仲裁方式。当然,依法仲裁并不排斥仲裁庭在依据法律进行裁决的同时,特别是在无法可依的情况下,依据公平合理原则来

处理争议所涉及的一些无法可依的问题。

### （三）国内仲裁与国际仲裁

这是以案件是否涉及不同的国家所进行的划分。

#### 1. 国内仲裁

国内仲裁是指一国的仲裁机构对本国当事人之间的争议所进行的仲裁。它所解决的纠纷在法律关系的要素即主体、客体、内容上均无涉外因素。

#### 2. 国际仲裁

国际仲裁是指仲裁的事项具有国际因素,又可分为国家之间的仲裁、国家与外国国民之间的仲裁和国际商事仲裁。而我们通常所指的国际仲裁仅指国际商事仲裁。

### 四、仲裁的性质

仲裁的性质是仲裁理论中一个比较复杂的问题。国内外很多学者对此有深入研究,并有着不同的主张。大体上有以下四种理论:契约说、司法权说、司法契约混合说和自治说。

#### 1. 契约说

契约说也称民事法律行为理论,该理论认为仲裁是基于当事人的意志和合意创立的,是完全建立在当事人合意达成的仲裁协议的基础上,没有仲裁协议就没有仲裁,具有契约性。持契约论者否认国家强制力对仲裁的影响。例如,是否通过仲裁解决当事人之间的纠纷,取决于当事人的合意,即应有仲裁协议,订立一项仲裁协议和订立一项合同并无实质性差别。当事人双方不仅可以协议选择仲裁机构和仲裁地点,而且在仲裁规则和仲裁实质问题准据法的确定上,当事人也有较大的自主权。仲裁员也是由当事人直接或间接选定的,其权力不是源于法律,而是从当事人那里获得的。仲裁员是当事人的代理人,他作出的裁决就是代理人为当事人所订立的契约,其约束力来自“当事人的合约必须信守执行”这一古训,当事人有义务自动执行,否则,胜诉方可将仲裁裁决作为一种合同之债,向法院申请强制执行。

契约说认为当事人在选择支配他们关系的法律时,享有无限制

的自治权。因此,仲裁员在法律适用方面必须直接或间接地取决于当事人的意愿,这种意愿或者明确表示在仲裁协议中,或者表示在双方当事人发生争议的“主”合同中。

## 2. 司法权说

司法权说认为,国家具有监督和管理发生在其管辖领域内的一切仲裁的权力。该理论虽然也承认仲裁源于当事人之间的协议,但同时却强调,在仲裁协议的效力、仲裁员的权利、仲裁员的仲裁行为以及仲裁裁决的承认和执行等方面,其权威性均取决于有关国家的法律,是国家承认和授权的结果。该理论还认为,审判权是一种国家主权职权,只有国家才能行使审判权,如果没有仲裁地国家法律的授权,仲裁员是不能行使通常只能由法院或法官才能行使的权力,假如仲裁地国家的法律允许当事人通过仲裁解决他们之间的争议,则仲裁员才能像法院或法官一样从仲裁地法中取得此种权力和授权,并且,在此种情形下,仲裁员就类似于法官,仲裁裁决就像法院判决一样具有强制执行力。

司法权说导致的结果是不允许仲裁员在适用实体法时有比法官更大的自由,它强调法律的确定性,要求仲裁裁决与作出裁决地国家的法律保持一致。这样仲裁员不得不适用仲裁地国的冲突规则,不会有比法院更大的自由。

## 3. 司法契约混合说

司法契约混合说综合了上述两种理论,认为仲裁首先基于当事人的契约,但仲裁协议效力的认定,裁决的执行均需法律调整并最终需要法院的决定,仲裁制度具备契约性和司法性的双重性质。混合理论认为,尽管从表面上看,司法权理论和契约理论好像是两种相对立的理论,但从仲裁实践上而论,这两种貌似对立的理论却是可以协调的,也就是说,仲裁的司法性和契约性是同时存在的,并且不可分割。霍尔在1952年国际法协会会议的报告中详细阐述和发展了这一理论。他认为,仲裁不能超越所有的法律体系,总存在着一些能确定仲裁协议的效力和仲裁裁决可执行性的法律。同时,仲裁源于当事人的契约,仲裁员、仲裁程序规则和仲裁实质性问题的准据法的确均主要取决于当事人的协议。因此,他将仲裁定性为:“一种混合

的特殊司法制度,他源于当事人的协议,并从私法中获取司法效力。”

这种混合理论的结果是承认在仲裁和仲裁庭所在地之间存在着非决定性的但却很强的联系。仲裁程序受当事人协议支配的程度,至少应该在该仲裁地国家允许的范围之内。仲裁员必须在当事人的愿望和作出地法律之间找到一个合适的中间地带。至于支配争议的实体的法律,在仲裁地国国际私法规则允许的范围内,仲裁员应该尊重和适用当事人选择的法律。如果没有明确的选择,仲裁员应该直接借助于仲裁地国的国际私法规则以决定可适用的法律。

#### 4. 自治说

自治说是 20 世纪 60 年代由鲁贝林·德维西提出并发展起来的理论。她认为:“仲裁制度是一种独创的制度,它摆脱了契约和司法权的观念,是一种超国家的自治制度。”这种学说既反对将仲裁制度归结为纯司法性或纯契约性,也反对混合论的观点,而是主张不能把仲裁跟司法权或契约联系起来判断仲裁的性质。仲裁实际上是超越司法权或契约的,具有自治性。他们把仲裁的产生和发展归功为商人们注重实效的实践的结果,是商人们首先在不顾及法律的情形下创设并发展了仲裁,而后才得到法律的承认。他们认为,仲裁中奉行的当事人自治原则既不是基于仲裁的契约性,也不是基于司法性,而是基于仲裁制度的实际需要。仲裁协议和仲裁裁决之所以具有强制性,既不是因为契约,也不是因为执行仲裁协议或仲裁裁决的法院所属国法律的授权或让与,而是因为这是国际商业关系的基本需要或内在要求。

自治说的实质,是承认仲裁的非国内化以及当事人控制仲裁的无限制的意思自治,它在解决争议方面排除了国家的司法管辖。按照这种理论,当事人有权自由选择可适用于仲裁的法律体系,无论是实体法还是程序法,并可在仲裁中直接适用国际商法,从而使仲裁具有超国家的性质,成为一种“超国家的自治制度”。

以上四种理论从不同的角度、不同的层面剖析了仲裁制度的特性。事实上,无论是契约性还是司法性都应当是仲裁的特性之一,仅强调一面而否定或忽视另一面都是有失偏颇的。但是,也不能简单

地认为仲裁的性质就是契约性与司法性的简单混合。自治说有其合理性的一面,但实际上却脱离了现代仲裁的客观实际,因为仲裁虽然有其自己独立的形式、程序和规则,仲裁员也有一定的自治权,然而,仲裁还并没有完全脱离并独立于国内法律制度和国际法律制度。

抛除上述论争,我们应该看到,仲裁实质上是国家法律认可的民间处理争议的一种方式,其核心是法律对当事人意思自治原则的承认和保护。其本质属性主要表现在以下三个方面:

### 1. 仲裁是一种民间性质的争议解决机制

首先,仲裁是一私力救济方式,而不是依靠国家公权力而进行的公力救济。仲裁是商人们在商品往来中自发形成的救济方式,自主协商仲裁,自觉履行裁决。只是由于这种私力救济方式发展到了一定规模,才被国家立法予以确认,从而上升为一种法律制度。其次,仲裁机构为独立的民间机构,不属于国家行政或司法部门。《中华人民共和国仲裁法》第14条规定:“仲裁委员会独立于行政机关,与行政机关没有隶属关系。”最后,负责解决争议的仲裁员源于民间,大多为兼职。目前,我国仲裁员的构成大体有以下几种:大学教授、律师、已退休法官、在职或离职官员等。尽管有些仲裁员仍然在政府机关或司法机关有一定职务,但他们在作为仲裁员审理案件时,仅仅是以自然人的身份进行,与其公职没有任何关系。

### 2. 仲裁是以当事人意思自治为核心的争议解决制度

从仲裁制度的产生上看,仲裁是商人在交往中自愿将争议提交给德高望重的人居中裁判而形成的制度,它的创立即是意思自治的产物。从仲裁的具体发生上说,首先当事人应在意思自治基础上,协商一致,达成提交仲裁的协议。从仲裁程序进行的过程看,它处处体现着意思自治。当事人可以自主选择审理方式、仲裁员数量,可以选择仲裁员,可以决定是否开庭以及开庭的时间等。

### 3. 仲裁这种民间处理争议方式得到了国家法律的认可

仲裁制度之所以能够迅速发展,就在于这种民间处理争议方式得到了法律的认可,各国法律明示或默示地认可了仲裁的合法性和有效性,并在司法实践上加以保证。从仲裁法律地位的确立到可仲裁争议范围的确定,从仲裁终局性的确定到承认与执行仲裁裁决,无

不体现法律对仲裁的认可。正是通过这一系列的法律保障,才使得当事人之间通过仲裁解决彼此纠纷的合意得以真正实现。可见,仲裁的民间性和自治性是其内核,国家法律的认可是一种保障,同时,这种保障还包含着国家对仲裁活动的适度监督。而这种监督并没有否认仲裁民间性和自治性的根本属性。

## 第二节 仲裁与民事诉讼的关系

在现代社会,解决民商事纠纷的途径和方式是多种的,但大体上分为两大类:一类是通过诉讼的方式解决纠纷,另一类是各种诉讼外纠纷解决的替代方式(Alternative Dispute Resolution)。一直以来,诉讼被认为是社会冲突的最后救济手段,是公平和正义的底线和保障。但是,随着社会和经济的发展,“诉讼爆炸”成为一种普遍的社会现象,司法机关面对日益增长的诉讼负荷,开始显得不堪重负,由此引发了所谓的司法危机。这时寻找诉讼外纠纷解决的替代方式就成为一种必然的选择。二战以后,仲裁作为最重要的诉讼外纠纷解决机制逐渐得到各国政府和公众的认可,在国际商事领域和各国国内社会经济和民商事活动中起着越来越重要的作用。事实上,一国程序法制建设是否健全的标志之一就在于是否建立起了现代仲裁制度。“实践证明,仲裁对于诉讼来说,并不是一个简单的案件分流的问题。仲裁不是第二法院,也不是行政裁决中心,如果仲裁不能体现自己的特色,不能够有别于诉讼和行政裁决,就失去了其存在的意义。”<sup>①</sup>本节将具体探讨一下仲裁与民事诉讼的区别。

仲裁和诉讼都是民事纠纷解决机制的核心组成部分,它们在解决民事纠纷的过程中是一种相辅相成、互相配合的密切关系,但是两者之间又有着很大的区别。

### 一、性质不同

民事诉讼是一种司法制度,而仲裁的性质前文已有所论述。司

---

<sup>①</sup> 张斌生:《仲裁法新论》,厦门大学出版社2003年版,第2页。

法权是国家权力的重要组成部分,民事诉讼程序是当事人行使诉权,请求国家保护其合法权益的过程,同时也是国家行使司法权的过程。为了保证国家司法权的正当行使,维护国家权威,民事诉讼从起诉、立案到审理、执行都规定了一整套严密的程序,同时根据“一事不再理原则”和“司法最终解决原则”的合理推论,经法院生效判决认定的事实,即使与实际发生的事实不符,非经正当的法律程序,不得被推翻。因此,同其他纠纷解决机制相比,民事诉讼的本质在于严密的程序性或规范性和纠纷解决的强制性或终局性。

关于仲裁的性质,理论上主要有契约说、司法权说、司法契约混合说和自治说。而仲裁实质上是国家法律认可的民间处理争议的一种方式,其核心是法律对当事人意思自治原则的承认和保护。因此,仲裁权来自于当事人的契约,仲裁员的任命、仲裁规则、仲裁所适用的准据法等,主要取决于当事人的合意,但是仲裁裁决的强制效力则须有法院的协助执行,也就是仲裁在本质上具有双方合意的性质,但在纠纷的最终解决上,又具有司法权的性质。

## 二、审理案件的机构和人员不同

仲裁机构的民间性和自治性,使仲裁机构显著区别于国家依法设立的法院,并决定了仲裁机构的设置体系和运作机制,以及仲裁员的产生方式都不同于法院。

1. 性质不同。不管当事人选定的仲裁机构是永久性的,还是临时性的,都不是国家机关而是民间组织。仲裁员首先是当事人选定的或约定的法律经济贸易专家,而不是国家机关工作人员,仲裁机关在仲裁过程中不能采取强制措施;而法院则是由国家依法设立的,法官是经过特定的考核选拔程序加以任命的,是职业的司法人员,而不仅是专业人士。同时,法院或法官有权在诉讼中采取财产保全或证据保全等强制措施,也有权对拒不履行生效判决的当事人决定依法强制执行。

2. 独立的范围不同。仲裁由仲裁庭或仲裁员依法独立进行,当仲裁庭不能形成多数意见时,裁决应当按照首席仲裁员的意见作出,仲裁委员会无权审理案件。换言之,仲裁员实行的是个人负责制,仲