



澳门丛书

ZhongGuo NeiDi Yu AoMen DiQu ShangShi ZhongCai FaLü ZhiDu BiJiao YanJiu

中国内地与澳门地区 商事仲裁法律制度 比较研究

◎ 马占军 / 著

广东省出版集团
广东人民出版社



澳门丛书

ZhongGuo NeiDi Yu AoMen DiQu ShangShi ZhongCai FaLü ZhiDu BiJiao YanJiu

中国内地与澳门地区 商事仲裁法律制度 比较研究

◎ 马占军 / 著

广东省出版集团
广东人民出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

中国内地与澳门地区商事仲裁法律制度比较研究/马占军著.
—广州: 广东人民出版社, 2007. 6
ISBN 978-7-218-05550-3

I. 中… II. 马… III. 仲裁法—研究—中国
IV. D925.704

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 081599 号

责任编辑	赵殿红 韦 羽
封面设计	方楚涓
责任技编	周 杰
出版发行	广东人民出版社 广州市穗彩彩印厂 (厂址: 广州市天河区珠村十三社西乡工业区)
印 刷	787 毫米×1092 毫米 1/16
开 本	20.50
印 张	1
插 页	291 千
字 数	2007 年 6 月第 1 版 2007 年 6 月第 1 次印刷
版 次	ISBN 978-7-218-05550-3
书 号	36.00 元
定 价	

如果发现印装质量问题,影响阅读,请与出版社(020-83795749)联系调换。

【出版社网址:<http://www.gdpqh.com> 电子邮箱:sales@gdpqh.com

图书营销中心:020-37579695(直销)】



澳门丛书

中国内地与澳门地区
商事仲裁法律制度比较研究

作 / 者 / 简 / 介

马占军，宁夏人，1975年出生。武汉大学法学院法学博士后研究人员，广州仲裁委员会秘书部部长，曾任广州仲裁委员会研究室负责人以及甘肃天释律师事务所律师。现主要从事仲裁研究及办案工作。先后在《法学杂志》、《仲裁研究》、《商事仲裁》等刊物上发表仲裁理论研究成果十余篇。



澳门丛书

中国内地与澳门地区
商事仲裁法律制度比较研究

内 / 容 / 提 / 要

本书以我国澳门地区《自愿仲裁法》章节体系为线索,从仲裁基本制度、仲裁协议、仲裁员、仲裁程序以及仲裁裁决五个方面,对我国内地和澳门地区仲裁法律制度进行了全面而系统的比较研究,填补了该研究领域的空白。

目 录

导 论	(1)
第一节 商事仲裁的概念	(1)
第二节 商事仲裁的利与弊	(8)
一、商事仲裁的优势	(8)
二、商事仲裁的缺点	(13)
第三节 商事仲裁的类型	(16)
一、国内商事仲裁与国际商事仲裁	(17)
二、临时仲裁与机构仲裁	(18)
三、依法仲裁与友好仲裁	(25)
四、任意仲裁和强制仲裁	(27)
第四节 商事仲裁的法律性质	(29)
一、司法权理论	(31)
二、契约理论	(33)
三、混合理论	(35)
四、自治理论	(36)
第五节 商事仲裁立法	(37)
一、商事仲裁的起源及其发展	(37)
二、中国内地和澳门地区商事仲裁立法	(42)
第六节 研究方法	(49)
本章小结	(50)
第一章 商事仲裁协议	(53)
第一节 商事仲裁协议的概念及种类	(54)





一、商事仲裁协议的概念	(54)
二、商事仲裁协议的种类	(57)
第二节 商事仲裁协议的形式	(59)
一、商事仲裁协议形式概述	(59)
二、中国内地和澳门地区商事仲裁 协议形式	(61)
第三节 商事仲裁争议事项的可仲裁性 问题	(65)
一、商事仲裁争议事项的可仲裁性问题 概述	(65)
二、中国内地和澳门地区对争议事项可 仲裁性问题的具体规定	(68)
三、中国内地和澳门地区对争议事项的 可仲裁性问题的比较	(70)
第四节 商事仲裁协议的内容	(73)
一、商事仲裁协议内容概述	(73)
二、中国内地和澳门地区仲裁法律对 仲裁协议内容的规定	(79)
三、中国内地与澳门地区仲裁协议内 容之比较	(87)
第五节 商事仲裁协议的独立性原则	(92)
一、仲裁协议独立性原则概述	(92)
二、中国内地和澳门地区仲裁法律对 仲裁协议独立性原则的规定	(95)
三、中国内地和澳门地区仲裁协议 独立性原则之比较	(97)
第六节 商事仲裁协议与仲裁管辖权	(98)
一、商事仲裁协议与仲裁管辖权概述	(98)

二、中国内地对仲裁管辖权问题的规定	(107)
三、中国澳门地区对仲裁管辖权问题的规定	(116)
四、中国内地和澳门地区仲裁管辖问题之比较	(118)
第七节 商事仲裁协议当事人	(120)
一、商事仲裁协议当事人的行为能力	(120)
二、商事仲裁协议第三人	(125)
第八节 商事仲裁协议的废止和失效	(133)
一、商事仲裁协议的废止	(133)
二、商事仲裁协议的失效	(134)
本章小结	(140)
第二章 商事仲裁员和仲裁庭	(142)
第一节 仲裁员资格	(144)
一、仲裁员资格概述	(144)
二、中国内地和澳门地区法律对仲裁员资格的规定	(146)
三、中国内地和澳门地区仲裁员资格之比较	(148)
第二节 仲裁员的人数	(150)
一、仲裁员人数概述	(150)
二、中国内地和澳门地区仲裁法律对仲裁员人数的规定	(155)
三、中国内地和澳门地区对仲裁员人数问题规定之比较	(156)
第三节 仲裁员的委任	(158)
一、仲裁员委任概述	(158)
二、中国内地和澳门地区对仲裁员	



委任的规定	(164)
三、中国内地和澳门地区对仲裁员	
委任规定之比较	(165)
第四节 仲裁员的回避及替换	(167)
一、仲裁员回避的事由	(168)
二、仲裁员回避程序	(172)
三、仲裁员的更换	(177)
本章小结	(180)
第三章 商事仲裁程序	(182)
第一节 商事仲裁程序概述	(182)
第二节 仲裁程序的一般原则	(186)
一、当事人约定仲裁程序的权利	(186)
二、仲裁庭适当进行仲裁程序的权力	
和最低限度正当程序标准	(188)
第三节 仲裁代理人	(190)
第四节 当事人的无所行动	(191)
第五节 仲裁保全措施	(194)
一、仲裁保全措施概述	(194)
二、中国内地和澳门地区对仲裁保全	
措施的规定	(195)
三、中国内地和澳门地区对保全措施	
规定之比较	(197)
第六节 仲裁证据	(198)
一、仲裁证据概述	(198)
二、中国内地和澳门地区对仲裁证据	
的规定	(199)
三、中国内地和澳门地区对仲裁证据	
规定之比较	(203)

第七节 仲裁的保密性	(204)
一、概述	(204)
二、中国内地和澳门地区对仲裁保密性的规定及其比较	(208)
本章小结	(209)
第四章 商事仲裁裁决	(211)
第一节 仲裁裁决的类型	(213)
一、仲裁裁决类型概述	(213)
二、中国内地和澳门地区对仲裁裁决类型的规定及其比较	(218)
第二节 仲裁裁决的形式和内容	(222)
一、仲裁裁决的形式	(222)
二、仲裁裁决的内容	(223)
第三节 仲裁裁决的形成规则、期间及存放	(224)
一、仲裁裁决的形成规则	(224)
二、仲裁裁决的期间	(226)
三、仲裁裁决的存放	(227)
第四节 本国（本地）仲裁裁决的司法监督	(228)
一、概述	(228)
二、中国内地对仲裁裁决的司法监督	(230)
三、中国澳门地区对本地仲裁裁决的司法监督	(239)
四、中国内地和澳门地区对仲裁裁决司法监督的比较	(243)
第五节 外国仲裁裁决的承认与执行	(245)
一、概述	(245)



二、中国内地对外国仲裁裁决的承认和执行的規定	(248)
三、中国澳门地区对外国仲裁裁决的承认和执行的規定	(249)
四、中国内地和澳门地区对外国仲裁裁决的承认和执行規定之比較	(252)
第六节 中国内地和澳门地区仲裁裁决的相互承认和执行	(253)
一、关于两地签署《安排》的法律依据以及法域代表的问题	(255)
二、关于两地法院相互承认和执行仲裁裁决的类别问题	(255)
三、关于受理承认和执行申请的法院	(256)
四、关于申请执行仲裁裁决的文书及期限	(257)
五、关于拒绝承认和执行仲裁裁决	(258)
本章小结	(260)
附录一《中华人民共和国仲裁法》	(263)
附录二《中国澳门自愿仲裁法》	(274)
附录三《广州仲裁委员会仲裁规则》(2007)	(289)
主要参考文献	(310)
后 记	(318)



商事仲裁作为一种民商事争议解决机制，起源于古罗马，形成发展于英国、瑞典等欧洲国家，继而普及于世界各地，是现代非诉解决民商事争议的重要方式之一，已成为解决国际商事争议的常用方法。^① 仲裁不但在世界经济发达国家极受社会重视，且在国际贸易方面，更是得到了广泛采用，成为解决争议的利器，商人遇到争议，虽可将其诉诸于法院，但因诉讼程序受制于各种技术与程序法则，造成争议解决的旷日持久、费用高昂，并不适应商人迅速解决争议的需要，而且法官无法洞悉民商事各种行业间的独特习惯，无法作出令当事人信服的判决。一旦诉诸法院，则当事人的商业秘密有泄漏之虞，且商业合作关系将遭受严重损害，因而仲裁已成为商界解决争议最理想的方法。^② 世界上绝大多数国家和地区包括中国内地和澳门地区均制定并实施了现代仲裁法律制度。

第一节 商事仲裁的概念

博登海默说“概念乃是解决法律所必须和必不可少的工具，没有限定严格的专门概念，我们便无法清楚地和理性地思考法

^① Alan Redfern And Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Fourth Edition, (2004), Sweet and Maxwell, p. 1.

^② 杨崇森等著：《仲裁法新论》，“中华民国”仲裁协会出版，1999年版，第1页。





律问题”。^① 诚如斯言，如果没有对商事仲裁这一概念的严格限定，我们便无法将我们对商事仲裁的思考转变为语言，以一种别人可以理解的方式传达给对方，因此我们对商事仲裁的研究首先就必须从对商事仲裁概念的界定和正确理解开始。从起源来讲，作为争议解决方式，仲裁的概念似乎并不复杂：

可以说，仲裁的实践因此自然出现在原始的法律主体中，在国家设立法院并且诉诸法院成为当然的争议解决方式后，由于争议当事人希望争议的解决较诉诸法院更为灵活，费用更低廉，因此仲裁的做法仍然在继续。^②

作为一个法律概念，中国内地和澳门学界对于“仲裁”概念的界定，颇为相似，但却各有千秋。内地著名学者韩德培教授认为，“仲裁（亦称公断）是争议解决的一种方式，即由双方当事人将其争议交付给第三者评判是非并作出裁决，该裁决对双方当事人均具有约束力。”^③ 澳门部分法律专家以及葡萄牙法学者则认为仲裁是“当事人透过合同中的仲裁条款或者仲裁协议书，将争议交由作为仲裁员的私人审理的一种司法方式。而法律承认由此作出的裁决具有与国家判决相同的既判力和执行效力，且争议一旦交由仲裁方式解决，法院对有关争议就无权审理。”^④ 在法国，传统上将仲裁定义为：“仲裁是涉及到两方或者多方当事人并委托一名或者多名依据私人协议而非国家权力获得仲裁权的仲裁员，以私人协议为基础进行仲裁程序并对案件作出裁决的争议解决方式。”^⑤ 著名的法国学者 Fouchard 将仲裁表述为“表面上是一种初步的争议解决方式，因为它包

① E. 博登海默著、邓正来译：《法理学哲学与法律方法》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 486 页。

② Holdsworth, *History of English Law* (1964), VolXIV, p. 187.

③ 韩德培主编：《国际私法》，武汉大学出版社 1989 年版，第 452 页。

④ 邵博韬：《澳门之自愿仲裁》，载《法域纵横》，1998 年第 1 期，第 117—135。

⑤ Fouchard Gaillard Godman, *on International Commercial Arbitration*, Aspen Publishers, Inc, p. 7.



含着将争议提交普通个人解决，而唯一的条件就是该普通个人由当事人选定。”^① 该学者还进一步指出，对仲裁的定义包含有两个相互关联的因素：一是仲裁员的职责是解决争议；二是仲裁员这种司法职能源于契约性：仲裁员解决争议的权力源于当事人的一致授予。因而仲裁包含有司法和契约两种因素。^② 美国有学者认为不管如何定义仲裁，“真正”的仲裁应具有下列特点：一是，两方或者多方当事人之间具有将现存或者未来争议提交由当事人选择的第三方（仲裁员）解决的仲裁协议。仲裁员行使的权力取决于仲裁协议的范围。私人自治的核心价值就是没有协议就没有仲裁的职责；二是，仲裁开始进行前，当事人之间的争议或者纠纷已经存在，争议通常是由当事人之间的合同而引发的；三是，独立而合格的仲裁员依照给予当事人在仲裁进行中平等陈述案情的程序有权按照多数原则决定提交的争议并作出裁决；四是仲裁员依据多数作出的裁决通常是保密的并对双方当事人具有最终约束力。当事人对此裁决不能提起上诉。^③ 英国著名学者 Julian D M Lew 等以“国际”为视角对“仲裁”的概念也作出了界定：“国际仲裁是有关合同或者其他有国际因素关系的一种特别建立起来的具有最终法律拘束力的争议解决机制。独立仲裁员按照由当事人直接或者间接选择的程序和实体法律或者非法律准则作出裁决。”^④

中国内地学者是从仲裁与调解等其他非诉争议解决方式的比较为视角来定义仲裁，强调仲裁结果具有法律拘束力。而澳门学者则是从仲裁与诉讼的联系和区别这个角度来给仲裁下定义，强调仲裁裁决与法院判决具有同样的法律拘束力。法国学

① Alan Redfern And Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Fourth Edition, (2004), Sweet and Maxwell, p. 2.

② Fouchard Gaillard Godman, *on International Commercial Arbitration*, Aspen Publishers, Inc., p. 11.

③ Edward Brunet Richd E. Speidel, *Arbitration Law in America—A Critical Assessment*, Cambridge University Press, First Published 2006, p. 31.

④ Julian D M Lew, Loukas A Mistelis, Stefan MkrÖ, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, p. 1.



者则仅指出仲裁应体现当事人对裁判者的自由选择权。英国学者则从当事人意思自治的角度出发,不但指出仲裁裁决所具有的最终法律拘束力,更强调了仲裁员的独立性以及当事人对仲裁程序和实体适用法律的选择。相较而言,内地学者所作的界定简单明了,反映了仲裁自愿进行、由第三人居中裁判、裁决具有法律拘束力三个基本要素。而澳门学者虽然也较为清晰的界定出了仲裁所具有的三个基本要素,但前后却存有一定的矛盾:既然认为仲裁是“仲裁员”的私人审理行为,则就是认可仲裁的民间性和契约性,但却又认为这种作出裁决的方式是一种“司法方式”。当然澳门学者的本意也许仅是想说明仲裁虽是一种私人解决争议的方式,但却以“司法方式”作出。一个定义同时使用“私人行为”和“司法方式”的表述容易使人产生歧义,倒不如采用“准司法方式”的表述更为准确。尽管中国内地、澳门地区以及国外学者对于仲裁概念表述并不完全相同,但其基本意思大致相同,即仲裁是争议当事人自愿达成仲裁协议将其争议提交居中第三人审理,并由第三人就争议居中评判是非,并作出对各方均有法律拘束力裁决的一种争议解决方式。也就是说,一个完整明确的仲裁概念应具备如下几个要素:

第一,体现当事人进行仲裁的意思表示。“商事仲裁法中的首要原则是当事人意思自治原则。”^①当事人自治原则的重要体现是他们通过仲裁方式解决争议的合意表示。这种对仲裁的合意表示的载体就是被认为是“国际商事仲裁基石”的仲裁协议。^②仲裁协议是双方当事人保证将仲裁项下的争议提交仲裁解决的协议。^③仲裁概念应对“双方当事人就争议自愿达成仲裁协议”这类表述有所体现,反映出仲裁有别于诉讼的本质所在——仲裁是双方当事人自愿选择的一种诉讼外争议解决方式。

① [英]施米托夫著、赵秀文译:《国际贸易法文选》,中国大百科全书出版社1993年版,第611页。

② Alan Redfern And Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Fourth Edition, (2004), Sweet and Maxwell, p. 5.

③ [英]施米托夫著、赵秀文译:《国际贸易法文选》,中国大百科全书出版社1993年版,第611页。



第二, 仲裁是一种私人争议解决方式。“正如国内法院具有公开性, 仲裁通常具有私人性。”^① 本质上, 仲裁是一种不公开的争议解决方式, 由当事人选择, 作为解决他们之间争议的有效方式, 而无需诉诸法院。^② 与当事人之间的合同一样, 当事人之间的仲裁协议也具有私人性质。因而当事人之间引发的争议是由双方当事人同意的私人争议解决方式处理。^③ 仲裁争议解决方式所具有的私人性, 在国际商事仲裁中表现得尤为明显:

国际商事仲裁在不同的国家进行, 具有不同的法律和文化背景, 明显不拘泥于形式。没有国旗或者国家当局的其他标志。没有引座员、假发或者法官服——仅仅是一组人在临时租来的房间里围坐在一排桌子两边。对外人而言, 似乎正在进行的是一个会议或者商业谈判。这似乎看起来根本不像是一个法律程序。^④

仲裁的私人性是仲裁的本质属性, 是其与体现国家公权力诉讼的重要区别所在。对仲裁概念的界定应体现仲裁所具有的这种私人性质, 不应混淆了两种争议解决方式的界限, 将仲裁视为一种司法行为。

第三, 解决争议的主体是中立第三人。这里所说的中立第三人指的就是仲裁员。仲裁员是仲裁的源泉和灵魂, 国际商事仲裁界甚至流传这样的名言: “有什么样的仲裁员就有什么样的仲裁。”^⑤ 中立第三人是解决争议的裁判者, 必须保持中立, 不偏不倚, 公平对待争议双方当事人。尽管各国仲裁立法对仲裁员资格规定尚存分歧, 但都肯定仲裁员是仲裁案件的真正裁判者。

① Julian D M Lew, Loukas A Mistelis, Stefan MkrÖ, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, p. 4.

② Alan Redfern And Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Fourth Edition, (2004), Sweet and Maxwell, p. 1.

③ Julian D M Lew, Loukas A Mistelis, Stefan MkrÖ, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, p. 4.

④ Alan Redfern And Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Fourth Edition, (2004), Sweet and Maxwell, p. 1.

⑤ Alan Redfern And Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Fourth Edition, (2004), Sweet and Maxwell, p. 10.



第四,裁决结果具有法律约束力。和解、斡旋、调解以及仲裁被认为是诉讼外解决争议(alternative dispute resolution, 简称 ADR)的四种重要方式。而仲裁与和解、斡旋以及调解三种 ADR 最显著的区别是“裁决结果具有法律拘束力”,而其他三种 ADR 方式对当事人都不具有法律上的约束力。英国著名学者 Alan Redfern 和 Martin Hunter 认为:“仲裁庭的裁决产生重要而持续性的法律后果。虽然这是私人协议的结果,并且由私人仲裁庭作出的,但是,就当事人之间的争议而言,裁决构成有约束力的决定。”^①如果说当事人协议选择仲裁的“意思自治”将仲裁与诉讼相区分,那么仲裁结果所具有的法律拘束力则是其与和解、斡旋以及调解等 ADR 方式的重要区别。

仲裁被认为是解决产生于“商事”关系争议的一种特别合适的方式。对于仲裁,商事合同的概念在大陆法中具有重要意义。在某些国家,只有商事合同可以仲裁,而在其他一些国家则没有这样的限制。1923 年《日内瓦议定书》要求每一缔约国在仲裁协议涉及到产生于“有关商事事项或者可以通过仲裁解决的其他事项”的合同争议时,承认其效力。其含义是,商事事项是必然可以依据相关国家的法律通过仲裁解决,但该国可以或者不允许其他事项通过仲裁这种方式解决。由于各国商业习惯的不同,《日内瓦议定书》虽然规定“商事”事项具有可仲裁性,而且国际上通常的方式也是将“商事”定义为包括所有类型的贸易和商业交易,但对“商事”概念国际上却未能形成一个统一的被普遍接受的概念。为统一“商事仲裁”的概念,1985 年联合国国际贸易法委员会(以下简称联合国贸法会)制定的《国际商事仲裁法》(以下简称《示范法》)虽未对该词作出定义,但以脚注的形式对此问题作出了明确规定。^②中国商事仲裁立法亦未对“商事”一词给予明确界定。但中国最高人民法院关于执行中国加入的《承认及执行外国仲裁裁决公约的通

^① Alan Redfern And Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Fourth Edition, (2004), Sweet and Maxwell, p. 11.

^② 《示范法》第 1 条第 1 款脚注。