

澳門與中華人民共和國涉外仲裁制度之比較

邵博韜*

一、引言

澳門和中華人民共和國¹的立法者都選擇了為涉外商事仲裁事宜制定特別制度。在澳門方面，於九八年十一月二十三日制定了第 55/98/M 號法令²，而在中國方面，對有關事宜的規範，主要見於《仲裁法》³（尤其是第七章）以及中國國際經濟貿易仲裁委員會（CIETAC）和中國海事仲裁委員會（CMAC）⁴所制定的仲裁規則。

本文試圖對上述問題作簡單的分析和評論，並嘗試指出「關關的兩旁」在處理仲裁問題上的異同。

* 法律翻譯辦公室法律專家。

¹ 下稱中國。

² 下稱《涉外商事仲裁法》（葡文縮寫為 LACE）。

³ 下稱《中國仲裁法》（葡文縮寫為 LCA）。

⁴ 為便於認別，在提到「中國國際經濟貿易仲裁委員會」和「中國海事仲裁委員會」這兩個一開始便專注於涉外商事仲裁的機構時，使用了英文縮寫。本文將會引用中國國際經濟貿易仲裁委員會的規則，因為這是一個具有一般性質的仲裁機構，而中國海事仲裁委員會則是一個專注於海事問題的委員會。需要強調的是，當國務院辦公廳在一九九六年六月八日發布「關於貫徹實施《中華人民共和國仲裁法》需要明確的幾個問題的通知」之後，原本只負責內部仲裁的仲裁機構可以處理涉外性質的爭議。雖然有關修訂一直引起中國理論界的爭議，認為該等實體在涉外商事方面缺乏經驗，但亦無損中國國際經濟貿易仲裁委員會及中國海事仲裁委員會這兩個機構在涉外仲裁方面的原始地位。

二、仲裁之商事性質和涉外性質

有關商事性質的要件，上述兩種制度都跟隨現今的國際趨勢，對有關要件的規定都顯得比較空泛。澳門的《涉外商事仲裁法》第一條並未對此下定義，而只宣稱其必要性，並在第二條列舉了若干具有商事性質的交易。同樣，中國的相關制度亦只提到在經濟、貿易、海事和運輸活動中所產生的糾紛（參見《中國仲裁法》第六十五條）以及契約性或非契約性的經濟貿易（參見中國國際經濟貿易仲裁委員會仲裁規則⁵第二條第一段）。Bento Soares 和 Moura Ramos⁶就聯合國國際貿易法委員會⁷的《國際商事仲裁示範法》的規定所發表的說話，足證上述情況，因為立法者對商事交易一詞有最廣泛的解釋。上述《示範法》是澳門《涉外商事仲裁法》的直接法源，而且亦一直影響着中國所制定的制度。

至於仲裁的涉外性質，只需看看《涉外商事仲裁法》第一條第四款便可知一二，該條款對涉外仲裁的情況訂定了具體標準，其中包括：當事人在訂立仲裁協議時，各自的營業地點位於不同地區；當事人之營業地點位於同一地區時，仲裁地點或履行大部分義務之地點或與爭議標的關係最密切之地點位於該地區以外；以及當事人按照意願明確表示仲裁協議之標的與一個以上國家或地區有關。

中國的法律未有對仲裁的涉外性質作出規範，只在上述規定中提到涉外性質的活動、國際糾紛或涉外糾紛，但並未提供任何足證具有涉外性質的特徵。為避免這種不確定性，最高人民法院在一九九二年透過發布「關於適用《中華人民共和國民事訴訟法》若干問題的意見」⁸作出澄清，指出只要仲裁的一方或雙方當事人為外國人、無國籍人

⁵ 中國國際商會在一九九八年五月六日通過，並於一九九八年五月十日開始生效。

⁶ 參見《國際合同》，一九八六年，第三百三十頁。

⁷ 葡文縮寫為 CNUDCI。

⁸ 參見「意見」第三百零四條。

或外國組織或企業⁹；或產生、改變或解銷當事人之間的法律關係的事實發生在外國；又或爭議標的位於中國以外，均視為涉外仲裁。

另一方面，根據最高人民法院「關於適用《涉外經濟合同法》若干問題的解答」（一九八七年）¹⁰，涉外的法律亦適用於香港和澳門，因此，當這兩個地區的管治權移交中國之後，中國有關涉外仲裁的規定仍將繼續適用於該等地區（參見中國國際經濟貿易仲裁委員會仲裁規則第二條第二段第二款）。

因此，我們可以說，在中國，商事糾紛同樣可因當事人的身分（最高人民法院的「意見」所提到的第一種可能）或所涉及問題的性質（「意見」所提到的第二和第三種可能）而具有涉外性質¹¹。

三、臨時仲裁之可接納性

根據中國理論界的主流意見，《中國仲裁法》只准許機構仲裁，而不許可透過臨時仲裁解決糾紛，這一點有別於澳門的仲裁制度。

上述結論可見於《中國仲裁法》第十六條第二段第三款（規定仲裁協議須列明選定的仲裁委員會）和第十八條（規定如仲裁協議對仲裁委員會的選定沒有約定或者約定不明確，而當事人又達不成補充協議的，仲裁協議無效）。Tang Houzhi 教授是其中一位持此一觀點的人士，不過，他強調這種做法有違國際仲裁的慣例，而且只適用於內部仲裁¹²。這位教授還指出，雖然《中國仲裁法》沒有規定，但他認為由外國仲裁機構在中

⁹ 需要強調的是，中國法律將所謂外資企業（例如全外資企業和合資企業）視為法人。

¹⁰ 參見第二節第一條。

¹¹ 因此，當兩名受中國法律約束的爭議人就某一涉外經濟或商事關係所產生的爭議提交仲裁，或因涉及物權所在地在中國以外的經濟合同而產生的仲裁，均視為涉外仲裁。

¹² 參見在一九九八年十一月十一日和十二日於香港舉行的「解決國際爭議研討會」上發表題為「中國仲裁法」的論文。

國進行仲裁是可行的，他還列舉了中國國際商會的仲裁庭作為例證¹³。

四、履行某些協助仲裁庭職責之有權限實體

這個問題主要關係到仲裁員的指定和拒卻的程序。有關仲裁員的指定，在澳門方面，如雙方無法達成協議而未能指定仲裁員，則由有權限的法院負責指定¹⁴（參見《涉外商事仲裁法》第六條及第十一條第三款和第四款），而在中國則由仲裁委員會主任負責指定（見《中國仲裁法》第三十二條）。至於仲裁員的拒卻問題，在澳門如未能透過當事人的協議或仲裁庭的決定拒卻仲裁員，出現有關問題的當事人可訴諸法院（參見《涉外商事仲裁法》第六條及第十三條第三款），而在中國則由仲裁委員會主任決定，當仲裁委員會主任為仲裁庭的成員時，則由仲裁委員會集體決定（參見《中國仲裁法》第三十六條）。

五、臨時措施或保全措施

（一）法院

《涉外商事仲裁法》第九條規定，在仲裁程序開始之前或之後向法院請求採取臨時措施或保全措施，以及由法院准予採取該等措施，均與仲裁協議無抵觸。

《中國仲裁法》第二十八條和第四十六條，以及中國國際經濟貿易仲裁委員會仲裁規則（參見第二十三條）亦規定了上述可能，只不過有少許差別。在中國，有關措施不是直接向法院提請，而是向仲裁委員會提出申請，再由委員會提交有權限的法院。不過須強調的是，仲裁委員會只會將請求傳送，而不會就是否准予採取上述措施發表任何意見。

¹³ 不過，他亦提醒，根據《承認及執行外國仲裁裁決的紐約公約》，在締約國內臨時仲裁庭所採納的仲裁裁決，可獲中國承認並執行之，因為中國亦是締約國之一。

¹⁴ 根據第 17/92/M 號法令第二十八條第一款的規定，有權限履行協助職責的法院為普通管轄法院。

中國理論界所爭議的問題是，《民事訴訟法》中有關在起訴前批准保全措施的規定（第九十三條）是否適用於涉外商事仲裁。有學者認為可類推適用，但也有學者認為不可適用，因此當爭議可提交仲裁時，法院不可在起訴前准予保全措施¹⁵。

（二）仲裁庭

《涉外商事仲裁法》同樣准許當事人向仲裁庭請求命令任一方當事人就爭議標的採取必要之保全措施；但當事人另有協議者，不在此限（參見第十七條）。需要強調的是，仲裁庭的此種權力是會受到限制的，這表現在措施的性質方面（必須與仲裁標的有關）¹⁶，以及仲裁庭不可執行該等措施的事實之上。在我們看來，最後一種障礙可以根據第29/96/M號法令（《仲裁法》）《涉外商事仲裁法》第三十七條第一款規定適用這項法律第二十四條第四款的規定，透過訴諸普通管轄法院而得以消除。

至於中國的仲裁制度，對於上述可能則沒有明文確定。我們質疑上述措施是否就不可按照《中國仲裁法》第五十五條及中國國際經濟貿易仲裁委員會仲裁規則第五十七條的規定，透過由仲裁庭作出的中間裁決或部分裁決而產生實際效力¹⁷。

六、對仲裁庭的管轄權作出決定的有權限機關

澳門因受到「自我賦予權限」(*Kompetenz-Kompetenz*)理論的影響，仲裁庭有權決定自己是否對解除當事人所提出的爭議有管轄權，其中包括對仲裁協議是否存在或有效之

¹⁵ Zhu Jianlin 在註所述研討會上發表「中國國際經濟貿易仲裁委員會之仲裁：實踐及其新規則」一文中提到這些觀點。

¹⁶ Bento Soares 和 Moura Ramos 在上述著作第三百八十二頁，註第一百一十五列舉了該等措施的若干例子：旨在保護、保存或出售作為爭議標的之貨物之措施；使用或維修機器或設施；為避免不可彌補的損失而繼續某一階段的建築工程；搜集在將來的訴訟階段可能不容許搜集的證據，以及保護商業秘密及專有資訊。

¹⁷ 當 Tang Houzhi 在上述論文第五頁中提到某些中間裁決可視為保全措施，並因此可被（有權限的人民法院）執行時，似乎在確認這種可能。

任何抗辯作出決定的權力（參見《涉外商事仲裁法》第十六條第一款）。就此問題，仲裁庭可作為先決問題討論，亦可在就爭議實質作出裁決時討論（參見同一法規第十六條第三款第一部分）。不過，值得強調的是，「自我賦予權限」理論並不是絕對的，因為即使仲裁庭宣布具有管轄權¹⁸，任一方當事人亦可訴諸法院以撤銷仲裁庭關於具有管轄權的中間裁決或最終裁決（分別參見《涉外商事仲裁法》第十六條第三款第二部分及第三十四條第二款 a 項 i 點和 iii 點）。

中國並沒有跟隨「自我賦予權限」的主張，因此仲裁庭無權決定自己是否對爭議有管轄權。有關權限由仲裁委員會（當涉及中國國際經濟貿易仲裁委員會時）或由有權限的人民法院行使，由它們負責決定仲裁協議是否存在及有效，以及決定仲裁庭的管轄權。為解決因權限衝突而可能出現互相矛盾的決定的情況，法律規定，如一方向仲裁委員會提出抗辯，而另一方向有權限的人民法院提出時，以人民法院的裁定為準（參見《中國仲裁法》第二十條及中國國際經濟貿易仲裁委員會仲裁規則第四條）。

為避免出現對有權限的人民法院管轄範圍內的一方當事人的利益的過分保護，最高人民法院¹⁹制定了反致機制，因此有關法院在對仲裁協議的無效，或拒絕承認或執行涉外仲裁裁決或外國仲裁裁決作出決定之前，應將決定的內容通知上級法院，如該法院認同該決定，應提請最高人民法院，徵求其意見。

如果對無管轄權的抗辯是向仲裁委員會提出的，為對請求作分析，應弄清請求在組成仲裁庭之前抑或之後提出。如屬之前，仲裁委員會將會在當事人所提交的文件的基礎上作出決定，或對仲裁庭的管轄權作一個臨時的決定，留待將來的仲裁庭對有關事實作分析（例如，被訴人申述合同上他的簽名是假冒的，又或雙方已簽訂新合同以取代原訴

¹⁸ 根據 Bento Soares 和 Moura Ramos 在上述著作第三百七十九頁，註第一百零六中所言，可以說，如果仲裁庭宣布自己沒有管轄權，這個裁決將會是確定的，仲裁程序亦會因而終止。

¹⁹ 參見一九九五年八月二十八日最高人民法院「關於人民法院處理與涉外仲裁及外國仲裁事項有關問題的通知」，以及一九九五年十月四日最高人民法院「關於認真貫徹仲裁法依法執行仲裁裁決的通知」。

人的要求所基於的合同)。這項措施使將來的仲裁庭可確認被訴人所提出的事實，以及將有關情況通知仲裁委員會，以便其廢除或修改先前的決定。如果對無管轄權的抗辯在組成仲裁委員會之後才提出，很明顯決定權仍屬委員會所有，此時，由仲裁員負責弄清是否存在爭議的事實，並協助委員會作出決定²⁰。因此，可以說，雖然仲裁庭無權決定自身的管轄權，但當問題由仲裁委員會解決時，其仍可參與有關的決定程序。

七、程序規則

在確定仲裁的程序規則方面，澳門適用當事人自主原則。因此，在不影響《涉外商事仲裁法》的規定（例如當事人的平等原則 參見第十八條）的情況下，當事人可透過協議選擇對解決糾紛最為適合的程序。

《中國仲裁法》並沒有明文規定當事人是否可在仲裁協議中訂定一些程序規則以修改所指定的機構的仲裁規則，或直接訂定一些規則，又或準用另一仲裁機構的規章，甚或準用聯合國國際貿易法委員會的《國際商事仲裁示範法》的規定²¹。

面對這一法律空隙，在中國最獲支持的學說主張應確保當事人有此權利，因為這體現了意願自主原則的推論²²，而且當中國國際經濟貿易仲裁委員會的仲裁規則在去年進行修改之後，已規定了當事人有該項權利。但要強調的是，當所指定的仲裁機構是中國國際經濟貿易仲裁委員會時，當事人訂定仲裁程序規則的權力會受到重大限制，因為其權力的落實將取決於該委員會的預先同意（參見中國國際經濟貿易仲裁委員會仲裁規則第七條）。

²⁰ 對有關程序的描述，見上述 Zhu Jianlin 的論文，第四頁。

²¹ Zhu Jianlin 在上述論文第十二頁提到這些可能性。

²² Wang Sheng Chang 在「中國仲裁之新發展」（第八十一頁及第八十二頁）一文中有此見解。Chen Min 在「國際商會在中國之仲裁之若干問題」（第九十六頁及第九十七頁）一文中亦有相同見解。這兩篇文章均載於《中國國際商事仲裁》年刊（一九九五—一九九七年），中國國際經濟貿易仲裁委員會和中國海事仲裁委員會出版。

八、適用於爭議實質之規則

(一) 衡平原則

在這方面，按照衡平原則審理爭議非常重要。澳門和中國的制度在這項事宜上持不同的態度。在澳門，仲裁庭只在當事人明示准許的情況下，才可依公允及善良原則（*ex aequo et bono*）或以友好調解人（*amiable compositeur*）身分作出裁決（參見《涉外商事仲裁法》第二十八條第三款）。而在中國，不論當事人所訂定的規定為何，仲裁庭必須按照「法律和衡平」的原則解決糾紛，即是說，仲裁庭除須遵守合同規定、法律規定和適用的國際慣例之外，還須遵守衡平原則和合理原則（參見《中國仲裁法》第七條及中國國際經濟貿易仲裁委員會仲裁規則第五十三條）²³。

(二) 法律

有關適用於爭議實質的法律規定，澳門適用當事人自主原則（參見《涉外商事仲裁法》第二十八條第一款第一部分）。當事人可決定適用與爭議人或爭議有關或無關的任何法律體系以解決爭議。此外，當事人亦可選用“*dépeçage*”方法，即為糾紛的各個方面選擇不同的制度，又或準用任何國內法均沒有載明的規範，例如商業慣例²⁴。如當事人沒有指明適用哪些相關的法律規則，則由仲裁庭透過適用其認為可適用的法律衝突規則所指的填補這一空隙（參見《涉外商事仲裁法》第二十八條第二款）。

根據中國的法律秩序，國際合同或涉外合同的當事人有自由選擇處理其權利和義務所適用的法律（參見《民法通則》第一百四十五條及《涉外經濟合同法》第五條）。這項原則在最高人民法院「關於適用《涉外經濟合同法》若干問題的解答」中得到肯定，「解答」規定，當事人可以在訂立合同時或其後發生爭議時，指定所適用的法律，而且無論是哪種情況，法院或仲裁庭均受其選擇約束。但對該原則的適用有例外情況，其一

²³ 參見 Tang Houzhi 上述論文，第五頁，及 Anthony Connerty 「中國仲裁」，第一百零四頁，載於上述年刊。

²⁴ Bento Soares 和 Moura Ramos 在上述著作中有此見解，第四百零一頁至第四百零二頁。

是法院認為適用所選擇的國外法違背中國法律的基本原則²⁵，其二是中國法律規定對若干爭議必須適用中國法律²⁶。此外，上述最高人民法院的「解答」亦提到，當仲裁庭未能明確指出哪些是所選定的國外規定時，強制適用中國法律。

如當事人未有指定適用的法律規定，根據《涉外商事仲裁法》，由仲裁庭負責適用法律衝突規則，以決定解決爭議的法律，而上述《涉外經濟合同法》則規定如合同訂立人沒有規定，適用與合同關係最密切的國家的法律²⁷。

九、仲裁裁決之承認及執行

有關仲裁裁決的承認及執行，澳門和中國的制度對有關請求與向法院提出的標的理由不成立的依據有類似規定。有關情況主要涉及影響仲裁程序的程序性瑕疵，或爭議不得透過仲裁解決又或仲裁裁決與公共秩序相抵觸（參見《涉外商事仲裁法》第三十六條、《中國仲裁法》第七十一條及《中國民事訴訟法》第二百六十條）。不過，值得強調的是，《中國民事訴訟法》與《涉外商事仲裁法》的規定相反，其第二百六十條就未有規定可部分拒絕承認或執行仲裁裁決，因此，原則上沒有瑕疵的一方不可利用仲裁裁決（參見《涉外商事仲裁法》第三十六條第一款 a 項 iii 點）。

至於外國仲裁裁決的承認和執行，首先須指出澳門和中國兩地的有關法律制度為何。在澳門，在沒有國際協約或可適用的司法合作的協議的情況下，有關的仲裁裁決仍可適用《涉外商事仲裁法》第三十五條及第三十六條的規定，因為這些規定的適用不受作出該等規定的地點所限（參見《涉外商事仲裁法》第一條第三款）。在中國，除了《民事訴訟法》第二百六十九條所載的制度之外，有關問題亦載於一九五八年《承認及執行外國仲裁裁決的紐約公約》之內。因此，只要仲裁裁決在另一個締約國的領土內作出，

²⁵ 此時適用中國法律。

²⁶ 《涉外經濟合同法》第五條規定對若干外資合同（例如合資合同）強制適用中國法律。

²⁷ 上述最高人民法院的「解答」列舉了落實該概念的若干例子，例如，在一份國際買賣貨物的合同中，應適用訂立合同時賣方營業地點的法律。

而且涉及商業事宜，中國有權限的法院便可適用公約所載的制度。如外國的仲裁裁決非由締約國作出，或即使由締約國作出，但涉外的爭議不被中國法律視為具有商業性質²⁸，則可適用《民事訴訟法》第二百六十九條²⁹。

在簡單介紹了兩種制度的情況之後，應扼要概述澳門和中國對各自作出的仲裁裁決的相互承認和執行的問題。由於澳門目前不受有關國際協約或司法協議的約束，因此對中國所作出的商事仲裁裁決³⁰的承認或執行仍受《涉外商事仲裁法》第三十五條及第三十六條的規範。將來情況會有所改變，屆時，如有關承認或執行仲裁裁決的請求是向葡國法律秩序提出的，便不可適用上述《紐約公約》，因為縱使葡國是締約國之一，但有關公約並沒有延伸至澳門適用。雖然如此，但由於《涉外商事仲裁法》第三十五條及第三十六條的規定乃相當於聯合國國際貿易法委員會的《國際商事仲裁示範法》的同類規定，而該《示範法》又與上述國際文書所制定的制度相同，因此，上述《紐約公約》未延伸至澳門的問題在某程度上將得以減輕。

如向中國請求承認或執行澳門所作出的仲裁裁決，如上所述，將按照《民事訴訟法》第二百六十九條的一般制度處理，因為中國對互惠原則的保留阻卻適用公約的規定。因此，現階段國際經濟運作者所冀望擁有的一個有關承認及執行仲裁裁決的統一制度，將不適用於澳門與中國之間的關係。不過，短期來說，上述意圖仍可透過將《紐約公約》延伸至澳門而暫時得以解決。但這一辦法只可在澳門的管治權移交之前解決問題，因為按照香港特別行政區成立後的情況，不能相信中國和未來澳門特別行區的法院會適用上述公約以互相承認及執行仲裁裁決。此外，回歸之後的情況可能會有變，因此，應該注

²⁸ 中國在加入《紐約公約》時，按照第一條第三款的規定，對互惠原則及對爭議是否屬商事性質之界定予以保留。

²⁹ 需要強調，這項規定不引致對有關裁決的實質修正，但可以以違反中國公共秩序為由，而拒絕承認或執行。

³⁰ 如不屬商事仲裁裁決，應適用《民事訴訟法典》第一千零九十四條及續後條文所載有關修正外國裁決的一般制度。

意繼香港的地位發生變化之後，澳門特別行政區和中國的法院可能會沒有容許互相承認和執行仲裁裁決的法律規定³¹，因為現行的規定只針對不同國家之間的關係。基於上述理由，請容許我在這裏呼籲澳門與中國宜儘快就有關問題訂立司法合作協議³²，使共同期望的平穩過渡得以落實。

³¹ 參見一九九八年一月十九日香港特別行政區高等法院原訟法庭關於 NG FUNG HONG 有限公司與 ABC 一案的判決。法院認為《仲裁條例》第 2GG 條不適用於執行中國的仲裁裁決，因為該等裁決不可能視為公約裁決，亦不可視為香港特別行政區的本地裁決。面對這一法律空隙，利害關係人可引用普通法的適當措施，即以仲裁裁決構成在仲裁程序中被歸責一方的債務憑證為依據，向法院提起訴訟。

³² 律政司司長梁愛詩在上述研討會的開幕詞中提到，香港特別行政區正試圖透過律政司與國務院港澳辦公室及國內其他有關當局（最高人民法院、中國國際經濟貿易仲裁委員會及全國人民代表大會常務委員會法制工作委員會）的接觸，解決互相承認及執行仲裁裁決的問題。因此，擬制定一個協議，以按照《紐約公約》的原則互相承認及執行香港特別行政區和中國內地的仲裁裁決。不過，為達致此目的，在制定協議之後還須修改香港的《仲裁條例》，並由最高人民法院就香港特別行政區的仲裁裁決在中國內地的承認及執行作司法解釋。