

澳門特別行政區仲裁法：求諸法律及訴諸法院之權利（澳門《基本法》第36條第1款）以及其他解決爭議的方法

Hugo Luz dos Santos*

一、引言

仲裁法的出現與不斷尋找求諸法律及訴諸法院（澳門《基本法》第36條第1款）之替代機制息息相關。事實上，在透過官方監督機構（即法院）行使求諸法律之權利極端普及的情況下，必然地令這些機構陷於潛在困境之中。因為眾所周知，法院的人力資源與後援並不足以應對顯著增長的司法需求，其中以澳門特別行政區居民的司法需求為首。

另一方面，澳門參與葡語國家所帶來的新挑戰，定必讓非物質、跨地區及全球化經濟興旺，從而令澳門站於重要經濟平台中心。在此背景下，不可避免的是，將出現一系列複雜的法律問題；而為了解決這些問題，必須配備專業化的優質人才。正是在這個課題層面上，作為求諸法律的替代方法，澳門特別行政區仲裁法具相當重要性。

事實上，在官方監督機構（法院）服務斷點與澳門主導下的全球經濟多元化所引致的一系列經濟法律範疇新挑戰之間有一種辨證張力存在。可以預見的是，基於這一辨證張力，有需要加強其他求諸法律的方法，由此出現了（相對地）沒有特定形態的澳門仲裁法，作為澳門特別行政區政府法院實質範圍以外自行解決爭議的合適機制。

另一方面，面對前文所述的官方監督機構——法院——服務斷點，可借助比較法回應加強其他解決爭議方法的需求，特別是英國與德國法律中訂定的“司法訴訟前替代機制”。

* 檢察院司法官。

二、求諸法律及訴諸法院之權利（澳門《基本法》 第36條第1款）以及其他於司法訴訟前解決 爭議之的方法 — 比較法簡述

從定義上來說，訴權也就是求諸法律及訴諸法院之權利（澳門《基本法》第36條第1款），而訴權現正處於“典範轉移”時期。事實上，正如前文所述，透過官方監督機構（法院）行使求諸法律之權利極端化，邏輯後果是法院在應對上有所延誤，從而令呈交法庭審理的爭議欠缺快捷性。

基於這一事實，有需要發掘其他法院以外、訴諸司法系統之前，有助於協助減輕法院訴訟工作負擔的機制。一些意大利學說提出，就減少訴諸法院這一問題，可視為“公正危機”。¹然而，我們傾向於採用葡萄牙²與德國³學說，這些學說指出，“公正”以及“求諸法律”所面臨的挑戰主要可理解為發掘其他解決爭議的方法。基此，有需要提及英國與德國法律中訂定的司法訴訟前替代機制，有關機制在適當時候或可於澳門特別行政區法律體制實施。

現時初步生效的司法訴訟前替代機制可作為未來解決爭議的方法。

事實上，在英國司法系統中，早在上世紀九十年代末期，已制定了所謂的“訴前議定書”（pre-action protocols）。⁴這些議定書一

-
1. 關於這個問題，在意大利學說方面，參考Michele Taruffo：“Un’alternativa alle alternative: modelli di risoluzione dei conflitti”，《訴訟程序雜誌》第32年(第152期，2007年10月)，2007年，第319-331頁。
 2. 關於這個問題，在葡萄牙學說方面，參考Paula Costa e Silva：“裁判官不干涉瑣事：求諸司法制度以及其他解決爭議的方法”，Inocêncio Galvão Telles主編：《法律雜誌》第140年，科英布拉，Almedina出版社，2008年，第735-736頁。
 3. 關於這個問題，在德國學說方面，參考Peter Gottwald：“Mediation und gerichtlicher Vergleich: Unterschiede und Gemeinsamkeiten”，Gerhard Luke/ Takehiko Mikami/ Hans Prutting編輯：《Festschrift für Akira Ishikawa zum 70》，柏林，紐約，Geburtstag，Walter de Gruyter，2001年，第137-155頁。
 4. 現時生效的“訴前議定書（pre-action protocols）”包括：“人身傷害議定書（protocols for personal injury）”，於1999年4月26日生效；“醫療過失議定書（protocol for clinical negligence）”，於1999年4月26日生效；“建築工程糾紛議定書（protocol for construction and engineering disputes）”，於2000年10月2日生效；“誹謗議定書（protocol for defamation）”，於2000年10月2日生效；“職業過失議定書（protocol

般被定義為“規範化司法訴訟外自主解決爭議的程序”。倘某一爭議在其中一項現時生效的訴前議定書適用範圍內，相關當事人不得立即訴諸法院，應先透過談判程序以取得協議解決方法，或在無法取得共識時，為後續提起訴訟作準備；倘相關當事人於第一時間向法院提出訴訟，有關訴訟雖予以受理，但將被處以法院認為合適的“民事處分”，較常見的是處以較高金額的訴訟費用以及罰款。另一方面，法院亦有權要求相關當事人透過司法訴訟外的程序解決爭議，並中止司法訴訟程序（《實務指示》第4.7條）。⁵

德國亦透過早前通過的《民事訴訟法典法案》（EGZPO）第15a節⁶，從法律上許可不同州份在民事訴訟法例中採納“司法訴訟前的替代程序”。⁷鑒於有需要將“訴諸法院合理化”，站於德國聯邦最高法院（Bundesgerichtsof – BGH）的立場⁸，司法訴訟前的替代程序成為真正的“訴訟受理條件”⁹，也就是說，在提起訴訟前，必須先經過有關替代程序。

最後，在葡萄牙方面，其《消費者法典草案》中訂定了司法訴訟前的替代程序，當中第535條規定：當爭議符合呈交司法外機關審議的

for professional negligence）”，於2001年7月16日生效；“司法覆核議定書（protocol for judicial review）”，於2002年3月4日生效；“疾病議定書（protocol for disease and illness）”，於2003年12月8日生效，以及“房屋失修議定書（protocol for housing disrepair）”，於2003年12月8日生效。

5. 在葡萄牙學說中，循此方向的有Paula Costa e Silva：“裁判官不干涉瑣事：求諸司法制度以及其他解決爭議的方法”，如上，第745頁。
6. 由1999年12月15日《司法訴訟外爭議解決促進法（Gesetz zur Förderung der aussergerichtlichen Streitbeilegung）》引入，於《BGBL.I》公佈，第2400頁，2000年1月1日生效，可閱覽www.rechtliches.de。
7. 截至現時為止，已制定“司法訴訟前程序”的州份包括拜恩、巴登—符騰堡州、北萊茵—威斯特法倫州、勃蘭登堡州、黑森州、薩爾州、薩克森-安哈爾特州以及石勒蘇益格—荷爾斯泰因州。有關資料可參考Becker/nicht：《Einigungsversuch und Klagezulässigkeit》，ZZP 120 (2/2007)，第159-197頁。
8. 《BGHZ》，第161及145-151頁。
9. 關於訴訟受理條件，根據12月31日第67/2007號法律（《關於違反歐盟法律的國家所承擔的合同外責任》）第13條第2款的規定，循此方向的有Hugo Luz Dos Santos：“違反歐盟法律的國家所承擔的合同外責任：第67/2007號法律第13條第2款的規定符合憲法嗎？”，《Scientia Iuridica (SI)-葡萄牙與巴西比較法雜誌》第333期（2015年1-4月），文中各處。

條件，並已預先制定了解決爭議的程序，則訴權的行使取決於證明各方當事人在六個月內已嘗試透過預先制定的程序解決利益糾紛。

簡單地說，司法訴訟前的替代程序具重大優勢，一方面可避免法院審理輕微至中度複雜的案件，另一方面是由於直接有助於促進社會和平。

因此，為減輕法院的訴訟負擔，以及保障司法體系的最終對象——澳門居民——行使求諸法律及訴諸法院之權利（澳門《基本法》第36條第1款），澳門特別行政區立法者可考慮採納這些司法外程序。

三、澳門特別行政區仲裁法中仲裁協議的混合性質 （合同性質及司法審判性質）：“訴訟上的法律 行為”或是“框架合同”？

下文將從比較法角度出發，討論“自願仲裁協議”¹⁰的私合同性質。眾所周知，作為解決爭議的選擇性方法，自願仲裁協議一般被定義為“基於各方當事人意願，裁決交由第三方作出的解決爭議方法”。¹¹

自願仲裁本質上具“合同性質”，以各方當事人意願作依據，也就是說，是“私法自治”以及“合同自由”（澳門《民法典》第399條第1及2款）的成果。另一方面，仲裁具“私法性質”，仲裁庭由私人設立且不具備當局權力。除此之外，仲裁具“審判職能”，這是由於仲裁庭行使審判職能，就爭議作出裁決——這與傳統法院仲裁模式相似。最後，就其結果而言，仲裁具“公共性”，而仲裁的這種特性正是與其他解決爭議的方法最大不同之處——在此我們指出的是“仲裁裁決等同於法院判決”，因為仲裁裁決具有與法院判決相同之執行效力（澳門《自願仲裁法》第35條第2款）¹²，而仲裁裁決之執行則按法律規定由初級法院進行（澳門《自願仲裁法》第36條第1款）；正因為仲

10. 循此方向的有António Pedro Pinto Monteiro：“仲裁程序中的公共秩序”，《向José Lebre de Freitas教授致敬的研究報告》第二冊，科英布拉，科英布拉出版社，2013年，第589-675頁。本文將緊隨此葡萄牙比較法方向。

11. Luís de Lima Pinheiro：《跨國仲裁：仲裁規章的確定》，科英布拉，Almedina出版社，2005年，第26頁。

12. António Pedro Pinto Monteiro：“仲裁程序中的公共秩序”，如上。

裁裁決功能上等同於法院判決，被執行人得按照民事訴訟法之規定反對仲裁裁決之執行（澳門《自願仲裁法》第36條第2款）。

在上文提及的仲裁特性之中，特別值得我們關注的是自願仲裁所具備的私法合同性質。關於這一點，值得強調的是：法院審判建基於法律，而仲裁庭審判則建基於仲裁協議，各方當事人透過仲裁協議明確表達其意願——因此，正如José Lebre de Freitas教授所強調，仲裁庭具有“與法律行為類似的依據”。¹³ 也就是說，仲裁協議就其性質而言，屬“雙方法律行為”，屬“合同性質”。¹⁴

那麼，仲裁庭是根據仲裁協議設立，而這一協議訂定了其權力來源並界定了其管轄範圍，便於利害關係人解決爭議。¹⁵ 事實上，各方當事人在訂立仲裁協議時的“合同自由”是十分廣泛的。歸根究柢，各方當事人可選擇其合意的仲裁程序（下文將會提到，這些仲裁程序需在法律及公共秩序限制範圍內）。透過仲裁協議，各方當事人可自行選擇仲裁員、程序規則、適用法律、具管轄權的仲裁庭、卷宗適用語言、作出仲裁裁決的期限等。也就是說，各方當事人可“自訂遊戲規則”，這一特性在“臨時仲裁”（*arbitragem “ad hoc”*）上特別顯著，而在“機構仲裁”（*arbitragem institucionalizada*）上亦不乏這種特性。¹⁶

就前文介紹的熱點論題，急需從澳門特別行政區仲裁權角度，表明所持的學說立場。在此先指出，抽象地說，我們同意把仲裁協議定性為“訴訟法律行為”這一學說見解。然而，就澳門仲裁法而言，謹認為我們可更進一步，把仲裁協議定性為“框架合同”，各方當事人

13. José Lebre de Freitas：《民事訴訟入門》，第二版，科英布拉，科英布拉出版社，2006年，第70-71頁。

14. Carlos Ferreira de Almeida：《仲裁協議：內容與效力》，《葡萄牙工商協會仲裁中心第一次大會報告》，科英布拉，Almedina出版社，2008年，第83頁。關於這個問題，根據Lebre de Freitas教授的觀點，仲裁協議應定性為“訴訟法律行為”，參考José Lebre de Freitas：《仲裁協議性質的一些解釋》，《民法與民事訴訟法研究》第二冊，第二版，科英布拉，科英布拉出版社，2009年，第551-552頁；“中級法院院長委任仲裁員時的辯論原則”，《Themis雜誌》第10年（2010年第18期），科英布拉，Almedina出版社，2011年，第33頁。

15. 詳見Carlos Ferreira de Almeida，已引用的著作第82頁；J. O. Cardona Ferreira：《仲裁：公正之路？一位法院法官的見解。概述仲裁裁決之撤銷與執行》，《法律雜誌》第141年（第二期），科英布拉，Almedina出版社，2009年，第275頁。

16. António Pedro Pinto Monteiro：《仲裁程序中的公共秩序》，如上。

為了解決（倘有的）合同爭議，在仲裁協議內刻劃出“合同框架”。為此，澳門《基本法》第4條、第5條、第6條、第24條及續後幾條，以及第103條及續後幾條決然地訂定了“合同自由”、“保護私有財產”以及“私法自治的最高權威”。

事實上，澳門《民法典》¹⁷在“債法”與“各種合同”範疇內規定了私法自治的最高權威¹⁸，而私法自治則規範合同自由原則。¹⁹

合同自由原則包含訂立與不訂立合同的自由，以及得在法律限制範圍內自由設定合同內容，訂定了各方當事人有訂立法律所規定之合同的自由，或者按照澳門《民法典》第399條第1款的規定，在合同內加入當事人均接受之條款，將其認為合宜的條款加入合同之內；按照澳門《民法典》第399條第2款的規定，甚至可以將涉及兩項或多項全部或部份受法律規範之法律行為的規則，納入同一合同內。

事實上，透過澳門《自願仲裁法》所規定的仲裁協議，私法自治原則及合同自由原則得以體現，屬司法擴張運用的表現。

實際上，關於仲裁協議的具體合同框架模式，法律上賦予各締約方很大的調節空間，而這一事實決定性地印證了“仲裁權的合同化”，更具體地說，是“仲裁協議的合同化”，用以寄存各締約方法律行為之意思表示。

事實上，關於“仲裁協議的合同化”這一概念，可於澳門《自願仲裁法》中多處發現其法律依據，具體表現於可自由決定：1. 仲裁標的（澳門《自願仲裁法》第2條）；2. 仲裁法（*lex arbitri*）（澳門

17. 循此方向的有尹思哲（Manuel Marcelino Escovar TRIGO）：“澳門《民法典》中的各種合同與賭博打賭合同”，《公司法典頒佈二十周年特刊，向A. Ferrer Correia教授、Orlando Carvalho教授及Vasco Lobo Xavier教授致敬》第三冊（不分類），科英布拉，科英布拉大學法學院及科英布拉出版社，2007年，第346頁。

18. 一如澳門的學說清楚說明：“是適當的時候提醒，從‘一國兩制’原則和保持資本主義的原則來看，私法自治以及對合同自由和私有財產的承認會成為澳門特別行政區的構成要素；而澳門《基本法》第4條、第5條、第6條、第24條及續後幾條，以及第103條及續後幾條所規定的建構澳門特別行政區的各項原則，包括：保護居民自由原則、合同自由原則和建立保護私人框架原則等都建基於這兩條支柱。”參見尹思哲：“澳門之民法”，《法域縱橫》第二期，澳門，1997年，第175頁及續後幾頁。

19. 循此方向的有João Paulo Rocha：“債法一概論與淵源”，《澳門法律論文集》，澳門，澳門大學法學院，2007年，第397-402頁。

《自願仲裁法》第1條）；3.程序規則（澳門《自願仲裁法》第21條第1款）；4.依衡平原則審判仲裁爭議（澳門《自願仲裁法》第3條），但在此情況下，不可就仲裁裁決提起上訴（澳門《自願仲裁法》第34條第3款）；5.由當事人定出仲裁員作出裁決的期限（澳門《自願仲裁法》第26條第1款）；6.仲裁程序之自由處分性：作出終局裁決之前，可中止仲裁程序（澳門《自願仲裁法》第28條第1及2款）；7.仲裁爭議標的自由處分性：可捨棄作出之請求、對請求作出自認或就請求訂立和解（澳門《自願仲裁法》第28條第2款）；8.由當事人指定仲裁員（澳門《自願仲裁法》第27條第4款）；9.於仲裁協議或隨後簽署之書面協議內，規定以特定多數作出決議，或不能取得必需之多數時，則由首席仲裁員自行決定或問題之解決係按首席仲裁員所投之票之意向決定，而該書面協議應在接受第一名仲裁員前訂立（澳門《自願仲裁法》第29條第2款）；10.由當事人訂定一上訴仲裁審級，但必須訂明提出上訴之條件及期限，否則該上訴之訂定無效（澳門《自願仲裁法》第34條第1及2款）。

另一方面，仲裁協議之合同性質扎根於各締約方之間的複合約束關係—眾所周知，仲裁協議背後隱藏著多種不同的重要法律關係，而正是這些法律關係把仲裁協議各締約方聯繫起來。

因此，澳門《自願仲裁法》劃分了一而且很好地劃分了一“仲裁協定”（澳門《自願仲裁法》第4條第1款a）項）與“仲裁條款”（澳門《自願仲裁法》第4條第1款b）項）的界線：當仲裁協議以現存之爭議為標的，包括正受司法法院審理之爭議，為之“仲裁協定”；當仲裁協議以某一特定法律關係可能產生之爭議為標的，不論是否屬合同關係，為之“仲裁條款”。

歸根究柢，仲裁協議不單單是“訴訟上的法律行為”，而是“框架合同”，作為某一特定複合法律關係（現時或可能）產生的爭議之解決程序之參考合同基礎。這一法律定性透過仲裁協議與主合同之間的自主性（澳門《自願仲裁法》第4條第2款）得以深化，因為主合同之無效並不必然引致仲裁協議之無效。這是容易理解的。事實上，仲裁協議作為“合同基礎”，當中載有各方當事人為了解決爭議，共同適時訂出的程序規則。基於此，任何源於各方當事人之間複合約束關

係的爭議將按照他們在仲裁協議內預先訂定的程序，交由某一特定仲裁庭審判，即使主合同之一（原本或經修改後）已失效（被撤銷或宣告無效）。鑒於仲裁協議屬“框架合同”，就相關當事人之間的複合約束關係，訂立了制度以及限制，用以規範他們之間現有或可能產生的爭議之解決方法。

事實上，仲裁協議是某一特定複合約束關係所產生的第一份合同，亦是最重要的一份合同（澳門《自願仲裁法》第4條第2款）；是最初合同。這是容易理解的：複合約束關係是由仲裁協議揭開序幕的一自訂立框架合同，即仲裁協議開始，其他源於該複合約束關係的主合同則作為從結構上及功能上聯繫各締約方的合法性工具。

該等複合約束關係的形態多變，具有永久作用的特徵（意在時間上的延伸），並或多或少地凝聚了一些從根本上把仲裁協議各締約方聯繫起來的法律行為。

因此，在“仲裁協議”，“時間”與“建基於各締約方（期望的）戰略合作關係所產生的複合約束關係之發展”之間存在著緊密的關係；這是由於仲裁協議具有初端性質以及預備性質，其作用在於從實質上及程序上，規範各締約方將來訂立的法律行為以及眾多將來可能產生於該複合約束關係的爭議。

那麼，德國最權威的學說就仲裁協議作出的法律定性似乎是最令人印象深刻的（而且是令人滿意的）：把仲裁協議定性為“複合約束關係的主要支柱”^{20 21 22 23}；這是因為仲裁協議是複合約束關係的“核心行為”，甚至是“創始行為”。²⁴

20. 關於這個問題，在德國學說方面，參考Hans Peter Claussen：“Das Bankkonto ist das Kernstück des Bankverkehrs”，《Bank- und Börsenrecht – Handbuch für Lehre und Praxis》，Beck, München, 1996年，第59頁。

21. 關於這個問題，在英國學說方面，參考John Paget / Mark Hapgood：《Paget's Law of Banking》，第13版，倫敦 / 愛丁堡，Butterworths, 2007年，第145頁。

22. 關於這個問題，在葡萄牙學說方面，參考António Menezes Cordeiro：《銀行法教程》，如上，第411頁。

23. 關於這個問題，參考José Engrácia Antunes：《商業合同法》，如上，第485頁。

24. 關於這個問題，參考Miguel Pestana de Vasconcelos：“銀行存款合同”，《波爾圖大學法學院雜誌》第8年，科英布拉，科英布拉出版社，2011年，第165-166頁。

另一方面，仲裁協議的核心意義，其初端性質，乃至其“框架合同”法律定性，同樣源於仲裁協議與主合同之間的功能自主性：倘主合同無效，仲裁協議可繼續生效（違反了法律行為瑕疵部份並不影響其有效部份的原則，拉丁表述為*utile per inutile non vitiatur*）；仲裁協議僅在顯示如無該協議，主合同即不成立的情況下失效（澳門《自願仲裁法》第4條第3款）——這充分地證實了仲裁協議的基本性質以及其相對於主合同的功能自主性。

