

第四章 中國涉外仲裁制度綜觀

第一節 中國涉外仲裁制度發展歷程概述

中國涉外仲裁制度發展迄今逾五十年，先後經歷不同發展階段；1949年以前，中國並無獨立的涉外仲裁機構，中國當事人在國際商事交易中的爭議而有提起仲裁之必要時，僅能由國外仲裁機構處理¹。嗣後，為因應中國對外貿易事業發展之需要，中國分別於 1954 年及 1958 年由中國國際貿易促進委員會設立中國對外貿易仲裁委員會(Foreign Trade Arbitration Commission, FTAC)及海事仲裁委員會，標示中國涉外仲裁事業之起步階段²。當時中國對外貿易仲裁委員會之成立宗旨，在於依仲裁協議解決中國外貿公司與外國公司間因對外貿易契約及交易所產生的爭議；而海事仲裁委員會則在於依當事人之仲裁協議，解決因海上船舶碰撞、租賃、救助、運輸等發生的海事爭議。中國涉外仲裁制度是在中國國際貿易促進委員會(即中國國際商會)推動下逐漸建立和完善起來的³。

由於受限當時鎖國閉關的各種政經因素，中國涉外仲裁機構及涉外仲裁制度自 1950 年代建立後廿餘年間，不但受理涉外仲裁案件數量極少⁴，整體涉外仲裁制度也未得到良好的運作及發展。

¹ 當時中國面臨的最大困境，就是沒有自身的涉外仲裁機構。中國對外貿易上彰顯此等困境頗具代表性的案例，就是 1953 年中國畜產公司與英國油餅油籽公司的綿羊毛交易。時該英國公司在 29 噸羊毛交易的確認書上載明如因該筆交易所生之爭執，將由英國蘭福特爾協會仲裁。中國畜產公司在簽署該確認書時對於在英國仲裁感到不妥，但又苦於當時中國境內並無涉外仲裁機構可以處理此類爭議。參閱王生長、陶春明，中國國際經濟貿易仲裁-程序理論與實務，頁 1-2，人民中國出版社，1992 年。

² 趙秀文，論我國經濟貿易仲裁機構制度的改革與完善，河北法學，第 23 卷第 5 期，頁 10，2005 年。

³ 黃進、宋連斌、徐前權，仲裁法學，頁 17，中國政法大學出版社，2002 年。

⁴ 自 1954 年至 1979 年間，中國對外貿易仲裁委員會僅受理約 100 件仲裁申請案，其中以調解方式結案的約有 60 件。參閱王生長、陶春明，前揭註 1，頁 3-5。

1979年起，中國實行對外開放政策，外資因1979年7月1日《中華人民共和國中外合資經營企業法》之公布施行而大量進入中國。為因應此一發展需要，國務院於1980年宣布擴大前揭涉外仲裁之範圍，使中外合資經營、外國投資建廠及中外銀行往來等所生之爭議得以納入涉外仲裁的管轄。1980年代是中國涉外仲裁迅速發展的時期，也可以說，中國國際商事仲裁的發展，是隨著中國「對內搞活經濟，對外實行開放政策」的發展而來的⁵。

1991年《中華人民共和國民事訴訟法》及1994年《中華人民共和國仲裁法》頒布，不但成為中國仲裁制度之核心規範，也使中國涉外仲裁制度進入具體法制規範的階段⁶。自90年代起，中國涉外仲裁之範圍，已擴大到包括外商投資企業與其他法人、自然人或經濟組織間之爭議、港澳台的資金、技術、服務、招標投標、工程建築等活動之爭議，以及國內法人間所謂「外向型」案件，包括房屋設備租賃、勞務合同、承包合同等⁷。除案件範圍擴大外，仲裁案件之數量及爭議金額，均較80年代有大幅發展⁸。

時至今日，中國的國家政策、經濟力量及本身市場地位的推波助瀾，吸引大量外商外資進駐中國。在此過程中，涉外爭議之日益增加，擴大了使用涉外仲裁機制之需求。相較於其他替代紛爭解決機制，中國涉外仲裁制度已高度規範化及制度化，成為最重要的替代爭議解決機制。

⁵ 趙秀文，前揭註2，頁10。

⁶ 就中國總體法制面進行觀察，1994年《仲裁法》是以市場經濟為建制背景之立法。中國政府於1993年將其《憲法》第十五條之社會主義公有制度基礎之計劃經濟，修正為社會主義市場經濟，因此，《仲裁法》是在市場經濟原則下之立法。參見王文杰，嬗變中之中國大陸法制，頁14，交通大學出版社，2004年。

⁷ 趙秀文，前揭註2，頁11。

⁸ 根據《中國法律年鑑》、《仲裁與法律通訊》及《中國涉外仲裁年刊》公布的數字顯示，90年代所受理的涉外仲裁案件數量，為80年代的10倍。參閱趙秀文，前揭註7。

第二節 中國涉外仲裁之法規適用

第一項 中國涉外仲裁法規適用之概念

中國涉外仲裁之法規適用問題，可分為三個角度觀察：第一、涉外仲裁本質為一爭議處理程序，在探討涉外仲裁之法規適用時，首先即需研究與該程序相關之規範為何；第二、作為涉外仲裁程序基礎的涉外仲裁協議，其成立及效力應以何種法律規範加以認定；三、系爭國際商事爭議本身在涉外仲裁程序中，應依何種法律規範加以評價。申言之，第一個角度之觀察，在於探究有關中國涉外仲裁程序之相關法律規範，可謂涉外仲裁之法律淵源。第二個角度則就當事人間所議定之涉外仲裁協議，以特定之法律規範進行評價，以判斷是否可憑該協議有效開啓涉外仲裁程序，是為涉外仲裁協議之準據法。最後一個觀點，則在討論系爭國際商事爭議案件於該涉外仲裁程序中之評價基礎，是為涉外案件之準據法。



第二項 中國涉外仲裁法律

一、涉外仲裁的國內立法

中國並無專門的涉外仲裁立法⁹，因此，中國涉外仲裁程序最核心的規範，當推《中華人民共和國仲裁法》。《仲裁法》於1994年8月31日第八屆全國人民代表大會常務委員會第九次會議通過，同日以主席令第三十一號公布，並於1995年9月1日起施行。全文計八章，共八十條文；其章次依序為總則、仲裁委員會和仲裁協會、仲裁協議、仲裁程序、申請

⁹ 于喜富著，國際商事仲裁的司法監督與協助-兼論中國的立法與司法實踐，頁36，北京知識產權出版社，2006年6月。

撤銷裁決、執行、涉外仲裁的特別規定以及附則，內容均為仲裁機制及進行應具備之程序上要求及規範。《仲裁法》之頒布施行，不但為中國國內仲裁提供了一統的法源規範，更為中國涉外仲裁機制明定其法源基礎。

《仲裁法》之立法體例中，將國內仲裁及涉外仲裁併列，並於第七章以專章方式明列涉外仲裁之特別規定，內容包括涉外仲裁委員會的組織、仲裁員的聘任、涉外仲裁的證據保全、涉外仲裁庭的開庭筆錄、涉外仲裁裁決的撤銷、涉外仲裁裁決的裁定不予執行、涉外仲裁裁決在外國的執行¹⁰等等。由《仲裁法》第 65 條規定「涉外經濟、貿易、運輸和海事中發生的糾紛的仲裁，適用本章規定。本章沒有規定的，適用本法其他有關規定」可得知，中國涉外仲裁程序之進行，需依該法第七章之規範，如第七章沒有特別規定時，則適用該法其他規定。因此，《仲裁法》為中國涉外仲裁程序最基礎之法規。

中國涉外仲裁之法規還包括 1991 年《中華人民共和國民事訴訟法》。該法第四編第二十八章對涉外仲裁作了專章規定，內容涉及涉外仲裁協議的效力、涉外仲裁的財產保全、涉外仲裁裁決的執行及裁定不予執行、重新仲裁，並於第二十九章對外國仲裁裁決的承認與執行作了規定¹¹。惟需注意的是，雖然《民事訴訟法》第二十八章第 257 條及 261 條提及涉外仲裁協議¹²，但該等規定僅說明涉外仲裁協議具妨訴抗辯效力¹³，並為

¹⁰ 于喜富，前揭註 9，頁 37。

¹¹ 《民事訴訟法》第 269 條，國外仲裁機構的裁決，需要中華人民共和國人民法院承認和執行的，應當由當事人直接向被執行人住所地或者其財產所在地的中級人民法院申請，人民法院應當依照中華人民共和國締結或者參加的國際條約，或者按照互惠原則辦理。

¹² 《民事訴訟法》第 257 條，涉外經濟貿易、運輸和海事中發生的糾紛，當事人在合同中訂有仲裁條款或者事後達成書面仲裁協議，提交中華人民共和國涉外仲裁機構或者其他仲裁機構仲裁的，當事人不得向人民法院起訴。當事人在合同中沒有訂有仲裁條款或者事後沒有達成書面仲裁協議的，可以向人民法院起訴。同法第 261 條，仲裁裁決被人民法院裁定不予執行的，當事人可以根據雙方達成的書面仲裁協議重新申請仲裁，也可以向人民法院起訴。

¹³ 所謂妨訴抗辯效力，係指一有效的仲裁協議所應具有之排除法院管轄的法律效力。如當事人間已就特定爭議事項訂立仲裁協議，法院則不應受理此種爭議。參見韓健，現代國際商事仲裁法的理

開啓涉外仲裁程序之前提，並未對涉外仲裁協議之實體準據法提供判斷基礎。因此，《民事訴訟法》中有關涉外仲裁之規定，性質上仍屬程序上之規範。

除《仲裁法》及《民事訴訟法》外，與中國涉外仲裁有關的法規則散見於其他法律和行政法規中。例如《中華人民共和國中外合資經營企業法》第 15 條規定，合營各方發生糾紛，董事會不能協商解決時，由中國仲裁機構進行調解或仲裁，也可由合營各方協議在其他仲裁機構仲裁。另《中華人民共和國中外合作經營企業法》第 25 條規定，中外合作者履行合作企業合同、章程發生爭議時，應當通過協商或者調解解決。中外合作者不願通過協商、調解解決，或者協商、調解不成的，可以依照合作企業合同中的仲裁條款或者事後達成的書面仲裁協議，提交中國仲裁機構或者其他仲裁機構仲裁，可資參照。

二、涉外仲裁之國際條約

與中國涉外仲裁有關的國際條約，大都涉及到仲裁裁決的相互承認與執行¹⁴，其中最重要的就是 1958 年所制定的《承認及執行外國仲裁裁決公約(紐約公約)》，由全國人民代表大會常務委員會於 1986 年 12 月 2 日通過《關於我國加入〈承認及執行外國仲裁裁決公約〉的決定》而加入該公約。中國另於 1992 年 7 月 1 日經七屆全國人民代表大會常務委員會第二十六次會議決定加入《華盛頓公約》。此外，中國另締結近三十個雙邊國際條約，均涉及民商事司法之互助，而涉及中國涉外仲裁之相互承認與執行。

論與實踐，頁 48，法律出版社，2000 年 8 月。

¹⁴ 于喜富，前揭註 9，頁 37。

三、涉外仲裁的司法解釋及行政法規

就中國法律制度及司法實務運作而言，國家最高司法機關的司法解釋是一種重要的法律淵源¹⁵，學者即說明，「最高人民法院的司法解釋在我國仲裁法律框架中居重要地位」¹⁶。最高人民法院迄今已發布有關仲裁的司法解釋逾四十件，其中重要的包括 1992 年 7 月 14 日《關於適用〈中華人民共和國民事訴訟法〉若干問題的意見》、1995 年 10 月 4 日《關於認真貫徹仲裁法依法執行仲裁裁決的通知》、1997 年 3 月 26 日《關於實施〈中華人民共和國仲裁法〉幾個問題的通知》以及 2005 年 12 月 26 日《關於適用〈中華人民共和國仲裁法〉若干問題的解釋》等。

2005 年 12 月 26 日《關於適用〈中華人民共和國仲裁法〉若干問題的解釋》為最高人民法院審判委員會第 1375 次會議通過之司法解釋，並於 2006 年 9 月 8 日起施行，為目前與《仲裁法》之司法實務運作相關之最重要之司法解釋。由於人民法院受理涉及仲裁之案件日益增加，衍生新的法律問題已無法完全以現有的法律規定和司法解釋妥為處理；就法律規範層面而言，有關仲裁之司法審查規定較為原則和抽象，需要司法以實務運作之方式加以詳細定明；司法解釋方面，個案之司法解釋並未徹底解決司法實務運作所面臨的問題，有時反而使問題更加複雜¹⁷。學者即說明，受限於歷史發展，仲裁法之規定未能完全落實仲裁之基本原則，亦缺乏國際商事仲裁實務經驗，隨著仲裁機制之運作及發展，《仲裁法》之弊端逐步浮現¹⁸。在此等背景推動下，最高人民法院為因應實務上之需

¹⁵ 司法解釋之法源及制定，主要係依 1981 年《關於加強法律解釋工作的決議》及 1997 年《關於司法解釋工作的若干規定》等規範而成。

¹⁶ 于喜富，前揭註 9，頁 38。

¹⁷ 陸效龍、吳兆祥，〈關於適用仲裁法若干問題的解釋〉的理解與適用，人民司法，頁 28，2006 年 10 月。

¹⁸ 萬鄂湘、于喜富，我國仲裁司法監督制度的最新發展-評最高人民法院關於適用仲裁法的司法解釋，法學評論，2007 年第 1 期，頁 73。

要，乃制定前揭解釋。該解釋之主要內容包括仲裁協議之效力認定、撤銷或不予執行仲裁裁決案件之審查，以及人民法院管轄、受理及相關程序方面之內容等。

《關於適用〈中華人民共和國仲裁法〉若干問題的解釋》具有下述特點¹⁹：(一) 就其範圍觀察，該解釋針對人民法院審判工作中最迫切解決之問題提出解釋，以資遵循；(二) 該解釋在現行《仲裁法》之立法架構下，以最大程度落實仲裁之基本原則；(三) 就體例而言，該解釋並未區分國內仲裁與涉外仲裁，而是針對仲裁實務運作之共同問題，提出統一解釋；(四) 針對《仲裁法》未予規範之仲裁實務運作細節，以補充之方式提出解釋以增加可操作性。

行政法規在中國涉外仲裁機制之實務運作上亦具重要性，由國務院頒布之相關行政法規，除效力等同於法律規定外，更有濃厚的政策宣示意涵。而與中國涉外仲裁有關的重要行政法規，則有 1996 年 6 月 8 日《關於貫徹實施〈中華人民共和國仲裁法〉需明確的幾個問題的通知》等。

四、涉外仲裁機構之仲裁規則

中國對於涉外仲裁採取機構仲裁制度，主要由涉外仲裁機構負責受理涉外仲裁案件。為仲裁案件之審理得以順利進行，涉外仲裁機構均有制定所謂的仲裁規則，針對仲裁進行的程序事項予以詳細規定，包括仲裁之程式、裁決及費用等。仲裁規則是規範仲裁程序、實現程序公正進而保障實體公正的規定和指引²⁰。《仲裁法》第 73 條：涉外仲裁規則可以由中國國際商會依照本法和民事訴訟法的有關規定制定。為此，中國國際商會所轄之中國國際經濟貿易仲裁委員會(China International Economic

¹⁹ 萬鄂湘、于喜富，前揭註 18，頁 73-74。

²⁰ 趙菁，中國國際經濟貿易仲裁委員會仲裁規則釋義及適用指南，頁 2，法律出版社，2005 年 12 月。

and Trade Arbitration Committee, CIETAC)之《中國國際經濟貿易仲裁委員會仲裁規則(2005)》、中國海事仲裁委員會(China Maritim Arbitration Committee, CMAC)之《中國海事仲裁規則(2004)》等，成為涉外仲裁案件處理時所依據之法源。學者認為，該等仲裁規則，不僅是仲裁程序的指引，也是仲裁委員會提供服務之承諾²¹，在中國涉外仲裁實務運作中具有重要地位。

第三項 涉外仲裁協議之準據法

一、涉外仲裁協議之概念及特徵

涉外仲裁協議係指涉外案件之雙方當事人願意將將來可能發生或已發生的爭議提交仲裁之共同意思表示。涉外案件當事人經協商而同意將爭議提交仲裁之合意，是涉外仲裁協議的基本要素。因此，仲裁協議或稱為仲裁契約、仲裁合同，是確定國際商事仲裁管轄權必要條件之一²²，也是國際商事仲裁之基石²³。

涉外仲裁協議之具體內容應為何，在理論和立法上都沒有統一的標準，通常認為應包括仲裁地點、仲裁機構、仲裁規則、裁決的效力和提交仲裁的事項等²⁴。由於仲裁協議為當事人合意選擇以仲裁方式解決商事

²¹ 王生長，最大程度尊重當事人意思自治-關於修訂《中國國際經濟貿易仲裁委員會仲裁規則》的說明，法制日報專版。另參考王生長，「關於修訂《中國國際經濟貿易仲裁委員會仲裁規則》的說明」，2004年12月16日，中國國際經濟貿易仲裁委員會網站，網址 <http://www.cietac.org.cn/mazine/96-4.shtml>。

²² 宋連斌，國際商事仲裁管轄權研究，頁57，法律出版社，2000年1月。

²³ 韓健，前揭註13，頁42。

²⁴ 宋連斌，前揭註22，頁58。

糾紛意思表示之法律化形式²⁵，因此仲裁協議以書面形式較為常見，依其存在的形態不同，可將其分為下列四種類型²⁶：

(一) 仲裁協議書

所謂仲裁協議書(Arbitration Agreement)，係指當事人在自願基礎上，將已發生或將來可能發生的爭議，以書面方式同意將爭議提付仲裁之協定，可說是專門性的單獨訂立的協議書²⁷。裁協議書之內容一般較為詳盡；訂立仲裁協議書也是當事人間以仲裁方式解決爭議之最佳方式。

(二) 仲裁條款

仲裁條款(Arbitration Clause)則是仲裁協議最常見的形式，係指當事人在自願的基礎上，同意將因該交易、契約或合同中未來可能發生的爭議提付仲裁，而將該同意以契約或合同條款之方式列入交易的主契約或合同(Principal Contract)中。相較於前揭的仲裁協議書，仲裁條款通常訂立於爭議發生前，而成為交易主契約之一部份。由於當事人在訂立交易主契約時，多著重於商業條款之協商，而無法完全預料將來爭議發生情形，因此，仲裁條款一般都比較簡短。

(三) 其他文件中之仲裁協議

當事人間之往來交易，除了訂立契約外，還可能有相互往來的信函、電報、傳真或其他書面資料。如前揭資料有包含雙方當事人願意將已發生或將來可能發生的爭議提交仲裁之協議時，則該等文件即可構成仲裁協議。由於通訊技術的發展，在一定程度上克服了簽署協議之不便，因此在仲裁之實務運作中，這種類型的仲裁協議並不少見。

²⁵ 喬欣，比較商事仲裁，頁 98，法律出版社，2004 年 11 月。

²⁶ 黃進、宋連斌、徐前權，前揭註 3，頁 78-79。

²⁷ 韓健，前揭註 13，頁 43。

(四) 數據電文中之仲裁協議

由於網際網路技術日益成熟，愈來愈多的交易是以數據交換的方式進行，當事人在數據電文中表達的仲裁協議，不同於上述三種仲裁協議形式，是目前仍不多見的以數據電文作為當事人仲裁意願表現的載體的方式。惟在電子商務日益普及的新經濟時代，數據電文之仲裁協議必然會普遍應用於國際商事仲裁實務²⁸。

《仲裁法》第 16 條第一項規定，仲裁協議包括合同中訂立的仲裁條款和以其他書面方式在糾紛發生前或者糾紛發生後始達成之仲裁協議。學者指出，依仲裁立法精神，對該條中「其他書面方式」的理解應包含通過函電交換及數據電文²⁹。實務上，《關於適用〈中華人民共和國仲裁法〉若干問題的解釋》第 1 條即規定，其他書面形式的仲裁協議，包括以合同書、信件和資料電文(包括電報、電傳、傳真、電子資料交換和電子郵件)等形式達成的請求仲裁的協定。另中國國際經濟貿易仲裁委員會於一涉外仲裁案中肯定契約傳真之書面形式，認為傳真已廣泛用於國際商事領域，其作為書面證據符合立法之本意，進而承認該契約中仲裁條款具備書面形式³⁰。

綜觀各國之仲裁立法及仲裁實務運作情形，仲裁協議具有如下特徵³¹：

(一) 仲裁協議決定爭議解決方式

仲裁協議本身並不涉及當事人間之實體法上的權利義務，而是在當事人實體上的權利義務發生爭執時，選擇以仲裁之方式來確定系爭權利義

²⁸ 宋連斌，前揭註 22，頁 58。

²⁹ 喬欣，前揭註 25，頁 108。

³⁰ 郭曉文編，中國國際經濟貿易仲裁案例分析-第一卷：國際貿易爭議，頁 3，三聯書店(香港)有限公司，1995 年。

³¹ 宋連斌，前揭註 22，頁 58-59。

務。因此，仲裁協議的首要特徵，即屬當事人間之爭議解決方式。

(二) 仲裁協議僅在特定條件下執行

仲裁協議生效後，並不當然會被當事人執行。只有當事人之間發生了協議範圍內的爭議且無法自行解決，才有依仲裁協議提付仲裁之必要。因此，當事人間發生協議範圍內的爭議且無法自行解決，為仲裁協議執行之條件。

(三) 仲裁協議具有獨立性

如仲裁協議是以仲裁條款之形式列於主交易契約中，則該仲裁條款之成立要件及效力，將獨立於主契約中其他條款而另行判斷。申言之，仲裁條款成立後，即使主契約無效或失效，也不影響仲裁協議之效力。由於主契約之其他條款所涉及的為當事人間之實體法上的權利義務，而仲裁協議為當事人間就實體法上權利義務爭議解決方式之約定。因此，仲裁條款之所以具有獨立性，關鍵在於仲裁條款和主契約的性質存在著根本差異³²。立法上亦為如此肯認。《仲裁法》第 19 條第一項即規定，仲裁協議獨立存在，合同的變更、解除、終止或者無效，不影響仲裁協議的效力。另外，《中國國際經濟貿易仲裁委員會仲裁規則(2005)》也有類似之規定，第 5 條第四項即規定，合同中的仲裁條款應視為與合同其他條款分離地、獨立地存在的條款，附屬於合同的仲裁協定也應視為與合同其他條款分離地、獨立地存在的一個部分；合同的變更、解除、終止、轉讓、失效、無效、未生效、被撤銷以及成立與否，均不影響仲裁條款或仲裁協定的效力。此等規定，均彰顯了仲裁協議之獨立性。

³² 喬欣，前揭註 25，頁 149。

(四) 仲裁協議權利義務同一，不具對價性

仲裁協議於訂立後，當事人就協議範圍內之爭議無法自行解決時，有提起仲裁以解決爭議之權利，以及不向法院提起訴訟或尋求其他爭議解決機制以求救濟之義務。當事人雙方均負有此同一之權利義務，而彼此間之權利義務並無對價關係。

(五) 仲裁協議具有拘束力

仲裁協議經成立生效後，即具有拘束當事人、指定之仲裁機構及管轄法院之效力。當事人有提付仲裁解決爭議之權利義務，受指定之仲裁機構取得案件之管轄權，以及法院就系爭案件之管轄權被排除等，均為仲裁協議所具有之拘束力。

二、涉外仲裁協議之法律性質及效力

有關涉外仲裁協議之法律性質，向有不同之學說理論；有認為是訴訟法上契約、實體法上契約、獨立類型契約及混合說等³³。無論理論上學說見解之差異及爭論為何，就實務運作觀點研究涉外仲裁之法律上效力時，主要可由下列四個面向觀察³⁴：

(一) 對當事人之法律效力

仲裁協議一旦有效成立，即對於當事人發生效力。當事人就仲裁協議範圍之事項發生爭議時，僅能以仲裁方式解決，不能向法院提起訴訟³⁵。

³³ 于喜富，前揭註 9，頁 131。

³⁴ 韓健，前揭註 13，頁 46-52。

³⁵ 如當事人於仲裁協議中同時約定以仲裁及訴訟為爭議解決機制，即形成所謂「或裁或審」問題。有關此問題，中國實務向有不同之見解。有認為當事人可擇就仲裁或訴訟擇一行使；反對見解則認為該仲裁協議因無法確定當事人真意而無效。2005 年 12 月 26 日最高人民法院《關於適用〈中華人民共和國仲裁法〉若干問題的解釋》第 7 條採取反對見解。主要基於下列三個理由：第一、就仲裁與訴訟發展的歷史而言，仲裁與訴訟之性質是彼此排斥的；第二、就當事人真意而言，同時選擇仲裁及訴訟二種方式，使當事人真實之意思表示不確定；第三、就法律效果而言，原則上認定此類協議無效比認定有效好。參見陸效龍、吳兆祥，前揭註 17，頁 30-31。

換言之，仲裁協議對當事人之法律效力，在於使當事人限定以仲裁方式為協議範圍之事項之爭議解決機制，而當事人因此喪失了就特定爭議事項向法院提起訴訟的權利。再者，使當事人受以仲裁方式為爭議解決機制之拘束，是基於當事人間之選擇及合意，非但體現了當事人意思自治的原則，亦對當事人間之仲裁協議，展現承認及尊重。

(二) 仲裁機構或仲裁庭之法律效力

仲裁協議是仲裁機構或仲裁庭受理爭議案件之依據。基於當事人之選擇及合意，仲裁機構及仲裁庭因仲裁協議取得對系爭案件之管轄權，可就該案件進行仲裁；而仲裁機構或仲裁庭之仲裁管轄權之行使，則限於仲裁協議所限定之爭議範圍。因此，仲裁機構或仲裁庭就系爭爭議案件管轄權之取得及其範圍，為仲裁協議對於仲裁機構或仲裁庭的法律效力。

(三) 對法院之法律效力

在法律制度建構上，若仲裁已被肯認為一爭議解決機制，則仲裁協議需依法得到承認和執行，否則仲裁機制將形同虛設。亦即，如當事人雙方已合意以仲裁為系爭案件之爭議解決方式，則法律上需強制當事人透過仲裁方式解決爭議。因此，賦予仲裁協議具有排除法院管轄權之效力，對於仲裁協議之承認和執行，具有重要的意義。我們可以說，法院就系爭案件之管轄權被排除及不受理，可使仲裁協議及仲裁機制之價值得到落實及確保。《仲裁法》第5條即規定，當事人達成仲裁協議，一方向人民法院起訴的，人民法院不受理，即肯認仲裁協議之對法院之法律效力。

(四) 使仲裁裁決具有強制執行力之法律效力

如當事人不得本於仲裁裁決請求國家法院實現其權利，則仲裁作為替代爭議解決機制之目的將完全落空。基於對仲裁機制之承認及落實，除賦予仲裁協議對於當事人、仲裁機構或仲裁庭及法院之法律效力外，更

需要將有效的仲裁協議成為強制執行仲裁裁決之依據。此為仲裁協議所具有之使仲裁裁決具有強制執行力法律效力。

除前述四個面向之法律效力外，仲裁協議更有指引仲裁程序的效能。如當事人在仲裁協議中，約定仲裁規則及仲裁程序中的重要事項，如仲裁適用的法律、仲裁語文、仲裁員之指定方式等，在不違反仲裁地的法律和適用的仲裁規則時，該等約定應受到仲裁機構、仲裁員及當事人之遵守。尤其是仲裁協議所指定應適用之仲裁規則，對於仲裁程序之進行具有重要指引作用³⁶。

三、涉外仲裁協議之準據法

涉外仲裁協議之準據法，係指用以判斷一涉外仲裁協議有效性之法律。仲裁協議之有效性應依何種法律加以確定，即成為仲裁協議之法律適用或準據法問題。雖有學者認為法律適用、準據法等均屬衝突法 (Conflict Laws) 上的概念，而將涉外仲裁協議的法律適用識別為「仲裁協議有效性司法審查的方法」³⁷。惟本文認為，涉外仲裁協議之本質，仍為涉外案件當事人間之具有涉外性之契約或協議，因此可援用衝突法上之概念加以釋。誠如學者所言，「確定仲裁協議之準據法，很多國家的法律設有明文規定或有關規定極為簡單，在仲裁實踐中，主要參照其他民商合同準據法的確定方式，這主要是因為仲裁協議也是合同的一種，無需也不可能為它確立一套不同於其他合同的獨特的法律適用準則」³⁸。因此，在探討涉外仲裁協議之準據法時，本文將直接援引衝突法則之概念。

仲裁協議為當事人間之具有涉外性之契約。就各國立法及實務運作層

³⁶ 王生長，仲裁協議及其效力確定，仲裁與法律(2001年合訂本)，頁259，2001年。

³⁷ 于喜富，前揭註9，頁138，註3。

³⁸ 宋連斌，前揭註22，頁82。

面而言³⁹，契約之準據法之確定方式主要有分割制和整體制二種；相同的，涉外仲裁協議之準據法確定，也有分割制及整體制二種方式。所謂分割制，係指將仲裁協議內容予以分割成不同的面向，使仲裁協議之形式、實質、效力、解釋及當事人締約能力等問題得依其性質適用不同的法律規定；而整體制則是除了當事人締約能力外，將仲裁協議之整體視為不可分割而適用相同準據法。分割制曾廣受許多學者及國家實務運作之支持，但因方式造成適用上的困難，因而不利於國際商事仲裁的發展。因此，自本世紀 60 年代以後，實務運作上逐漸改採可保持涉外仲裁協議內在和諧性的整體制。惟不論採用何種適用方式，在研究涉外仲裁協議之準據法及法律適用時，將涉及到三個不同觀察角度：第一、仲裁協議有效性的法律適用；第二、當事人行為能力的法律適用；第三、爭議事項可仲裁性之法律適用⁴⁰。茲詳述如下：

(一) 仲裁協議有效性之法律適用

有關仲裁協議有效性之法律適用，目前學說上有二種適用方法，即衝突法方法和實體法方法⁴¹。

衝突法方法(The conflict law method)又稱為法律選擇方法(The choice of law method)，是比較法上最常見的方法，也是決定仲裁協議應適用法律之最古老方法。以衝突法方法判斷仲裁協議應適用之法律時，應先探究應適用之衝突法則，再以該衝突法則之規範，確定仲裁協議應適用之準據法，並進而以該準據法之規定，判斷系爭仲裁協議是否有效。此種決定仲裁協議有效性之方式，係包括衝突法則之適用，以及依衝突法則所指向之實體準據法之適用二個過程。此方法為多數國內立法採用。

³⁹ 宋連斌，前揭註 22，頁 82-83。

⁴⁰ 朱克鵬，國際商事仲裁的法律適用，頁 24，法律出版社，2000 年。

⁴¹ 于喜富，前揭註 9，頁 139-141。

實體法方法(The substantive law method)，亦稱為實體規則方法(The substantive rules method)，係指在確定仲裁協議準據法之議題上，不必遵循衝突法則所指向之實體準據法。由於仲裁協議係基於當事人間之協議及合意，因此除了一國法律之強制規定及公共政策外，可不受內國法之支配，也沒有必要引用任何國家之內國法。此為法國最高法院之判例所揭示之方法，其基礎在於仲裁協議之獨立性；仲裁協議係獨立於主契約，因此仲裁協議無需與主契約適用相同之準據法確定方式。

前揭二種法律適用方式各有所據，依各該方式所判斷應適用之仲裁協議準據法亦有差異。惟就涉外仲裁協議之準據法確定之實務運作而言，主要方法如下⁴²：

1. 依當事人選擇之法律

當事人意思自治原則在國際商事及涉外契約中之採納及落實，使當事人得依其意思定其應適用之法律，在涉外仲裁協議中亦同；當事人得依其合意選擇仲裁協議應適用之法律，成為該仲裁協議之準據法。

2. 依最密切關係原則確定之法律

在仲裁實務中，很少直接適用最密切關係原則，一般多以直接適用仲裁地或裁決地法。惟在無法確定仲裁地或裁決地為何時，得綜合仲裁協議中一切客觀情形加以判斷後，直接確定與該仲裁協議具有最密切關係之法律，並進而以之為該仲裁協議之準據法。所謂客觀情形，通常包括當事人住所、國籍、營業地、締約地及交易標的所在地等。

3. 依仲裁地或裁決地的法律

當事人如未明文約定仲裁協議應適用之法律時，則依國際上一般實務

⁴² 宋連斌，前揭註 22，頁 83-88。

運作方式，以仲裁地或裁決地法為涉外仲裁協議之準據法。前述《紐約公約》即採此見解。

4. 依跨國法律觀念

與前揭仲裁地或裁決地法之觀點相對，此見解主張仲裁庭可依其認為適當之法律，包括衝突法及程序法，甚至一般法律原則或國際商事慣例等非國內法之規範，作為涉外仲裁協議之準據法，而不僅依據仲裁地或裁決地法之規定。

5. 依儘量使其有效原則 (In Favorite Validatory Principle)

此種觀點認為，在尊重當事人意思自治的前提下，如涉外仲裁協議可能適用之準據法有數種時，應依儘量使仲裁協議有效之法律為其準據法。

6. 依其他方法適用的法律

在當事人未對涉外仲裁協議指定準據法時，除了前揭方法外，實務上還有其他準據法確定方式，例如裁決執行地法等。

中國仲裁實務上，對於涉外仲裁協議所應適用之法律，原則上採取當事人意思自治原則，在當事人沒有約定時，則依仲裁地法或法院地法。2005年12月26日《關於適用〈中華人民共和國仲裁法〉若干問題的解釋》第16條即規定，對涉外仲裁協議的效力審查，適用當事人約定的法律；當事人沒有約定適用的法律但約定了仲裁地的，適用仲裁地法律；沒有約定適用的法律也沒有約定仲裁地或者仲裁地約定不明的，適用法院地法律，可資參照。

(二) 當事人締約能力之法律適用

無論仲裁協議應適用之準據法為何，通常當事人的締約能力是個獨立

的問題，需要單獨考慮⁴³。涉外仲裁協議之當事人締約能力，係指當事人得以訂立仲裁協議之能力或資格，此等能力或資格，係屬行為能力之範疇。換言之，當事人是否具備行為能力，必須依「對當事人適用的法律」作出判定⁴⁴，而該等法律，實際上係指當事人之屬人法。因此，涉外仲裁協議之當事人締約能力，為屬人法事項而應受屬人法之支配。

一般而言，各國不對當事人締結仲裁契約的能力作專門規定，而是適用關於民事行為能力的一般規定。原則上，有能力締結契約的任何自然人和法人也有能力締結仲裁協議。在中國涉外及衝突法律規範架構中，當事人之民事行為能力係依當事人之國籍法，並輔以住所地法和締約地法；而法人之締約能力則以其成立地或登記地法等標準來認定⁴⁵。

(三) 涉外爭議事項可仲裁性之法律適用

仲裁協議係當事人基於意思自治，由當事人自由約定其間所生爭議之解決方式，亦為契約自由的表現。惟契約自由，包括締結仲裁協議的自由不是絕對的⁴⁶；契約自由仍需受法律規範，仲裁協議之締結亦同。當仲裁協議約定之仲裁事項逾越法律許可範圍時，仲裁協議之法律效力，將因違反法律規定而被剝奪。如仲裁裁決係基於逾越法律許可範圍之仲裁協議而作成時，該等仲裁裁決不僅可被撤銷，更可被拒絕承認和執行⁴⁷。

⁴³ 宋連斌，前揭註 22，頁 88。

⁴⁴ 韓健，前揭註 13，頁 121。

⁴⁵ 于喜富，前揭註 9，頁 162-164。參照 1988 年最高人民法院《關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的意見(試行)》第 180 條規定，外國人在我國領域內進行民事活動，如依其本國法律為無民事行為能力，而依我國法律為有民事行為能力，應當認定為有民事行為能力，顯見當事人行為能力係以其本國法為主要判斷依據。另參考《中華人民共和國民法(草案)》第九編，涉外民事關係的法律適用法第 20 條，自然人的民事權利能力和民事行為能力，適用其住所地法律或者經常居住地法律；第 23 條，法人的民事權利能力，適用其成立地法律或者主要辦事機構所在地法律。法人的民事行為能力，除適用其成立地法律或者主要辦事機構所在地法律外，還適用行為地法律。

⁴⁶ 于喜富，前揭註 9，頁 208。

⁴⁷ 《紐約公約》即採此觀點。依據公約第五條規定，在審查外國仲裁裁決是否可承認及執行時，

可仲裁性(Arbitrability)或不可仲裁性(Non-arbitrability)，係指在法律規範下，當事人間之爭議可以提交仲裁解決，或是不可提交仲裁解決，已如前章所述。可仲裁性或不可仲裁性和公共政策密切相關，當事人間之爭議在特定法律規範下是否可受仲裁，應依該法律規定進行判斷，其本質為公共政策的問題，亦即可仲裁性問題本身也屬於公共政策的範疇⁴⁸；而當事人間之爭議，如涉及公共政策，則不可由仲裁機制解決。

所謂涉外爭議事項可仲裁性之法律適用，係指決定爭議事項之可仲裁性，需以何種法律加以決定之謂。關於此一問題，目前有多種不同見解：

1. 法院地法說

由於涉外爭議事項之可仲裁性與一國之公共利益息息相關，尤其是在仲裁協議之承認及執行階段；因此，法院在確定仲裁協議中爭議事項之可仲裁性時，應僅以其本國法為據，而不論他國法律。換言之，即應適用執行仲裁協議之法院地之法律，以為判斷爭議事項可仲裁性之依據。

2. 仲裁地法說

仲裁地為涉外仲裁協議之主要內容之一，仲裁地之選擇與仲裁所應適用之程序與實體法律有密切關係，仲裁地法律往往在支配仲裁程序之進行、效力甚至執行層面上，扮演重要角色。因此，在判斷涉外爭議事項之可仲裁性的問題時，可依仲裁地法為判斷之標準。

3. 裁決承認及執行地法說

此見解主要係根據《紐約公約》之規範。該公約第5條第二款規定在進行仲裁裁決之承認及執行時，可就涉外爭議之可仲裁性進行審查，而

如爭議事項不可用仲裁機制解決時，該仲裁裁決將不予承認及執行。承認及執行仲裁裁決違反公共政策者亦同。

⁴⁸ 于喜富，前揭註9，頁209。

該條文明文規定承認及執行地國法院可依其本國法就涉外爭議之可仲裁性進行審查。因此，涉外爭議之可仲裁性，可依承認及執行地國法。

4. 仲裁協議準據法說

涉外仲裁協議之準據法，係指用以判斷一涉外仲裁協議有效性之法律。涉外爭議事項之可仲裁性，為判斷該涉外仲裁協議有效性之基礎。因此，有認為涉外爭議事項之可仲裁性，亦應適用仲裁協議之準據法。

5. 重疊適用法說

有認為涉外爭議事項之可仲裁性，應依不同之階段，如仲裁協議之承認或執行階段等，重疊適用法院地法、仲裁地法、裁決承認及執行地法，或仲裁協議準據法等，以避免依單一法律認定而輕易使仲裁協議無效。

6. 國際標準說

國際標準說之見解則認為，涉外爭議之可仲裁性之認定，可依國際公約，特別是《紐約公約》所規範之標準，因為國際公約中所揭示之標準或原則，對於公約之締約國而言具有拘束力。

雖然對於涉外爭議事項之可仲裁性有前揭諸多不同見解，但各國針對可仲裁性之司法審查實務中，基本上法院都會適用其本國法⁴⁹，並以公共政策作為審查涉外爭議事項之可仲裁性之主臬。惟中國《仲裁法》在爭議之可仲裁性問題上並未採納各國普遍奉行之公共政策標準；《仲裁法》第 2 條及第 3 條規定可受仲裁爭議事項之範圍時，並未規定可援引公共政策作為排除爭議之可仲裁性之依據；再者，依《民事訴訟法》規定，在進行涉外仲裁裁決之執行時，可仲裁性問題僅為當事人申請和證明之

⁴⁹ 于喜富，前揭註 9，頁 220-221。

理由，而非可由法院主動審查仲裁裁決之可仲裁性是否違反公共政策⁵⁰。因此，有學者認為中國《仲裁法》之規定與國際之實務運作方式相悖⁵¹。

第四項 涉外仲裁案件之準據法

涉外仲裁案件之準據法，係指在涉外仲裁案件中，用以確定當事人間法律關係所應依據之實體法律。換言之，涉外仲裁案件之實體法律，將就當事人間權利義務之情形、契約之締結、履行或違反等等法律關係直接進行判斷。在涉外仲裁程序中，仲裁庭將適用該等實體規範以解決當事人間之爭議。由於仲裁案件之準據法將直接影響當事人之利益，故為研究涉外仲裁之法律適用問題上之重要環節。

當事人意思自治原則，係指契約當事人可依其意思決定契約應適用之法律。申言之，當事人間可基於雙方之協議，選擇用以管轄其契約關係之實體法律。此原則已廣為各國立法及實務所承認與採納。學者認為，在國際商事仲裁中，當事人意思自治原則應得到較國際民事訴訟更加有力的支持⁵²。由於國際商事仲裁庭及仲裁員對於國際商事仲裁案件之管轄權，係源於當事人之授與，而非如內國法院為國家及國內法賦予，因此，當事人意思自治原則，在國際商事仲裁公約和國際性仲裁規則中可獲得較有力之支持。

就中國之立法政策而言，1986年《中華人民共和國民法通則》與1999年《中華人民共和國合同法》均採納前揭當事人意思自治原則，並規範涉外合同的當事人可以選擇處理合同爭議所適用的法律。惟在中國《合

⁵⁰ 《中華人民共和國民事訴訟法》第217條第一款(2)、第260條第一款(4)參照。

⁵¹ 于喜富，前揭註9，頁235。

⁵² 韓健，前揭註13，頁275。

同法》規範架構下，當事人意思自治原則受到一定程度之限制；例如同法條即規定，在法律另有規定時，或在中華人民共和國境內履行的中外合資經營企業合同、中外合作經營企業合同、中外合作勘探開發自然資源合同，適用中華人民共和國法律。在該等情形下，當事人意思自治原則之適用被排除，而使當事人無法自由選擇管轄其契約關係之實體法律。

惟如當事人未對涉外仲裁案件選擇實體法律時，在國際商事仲裁的實務運作中，如同前揭仲裁協議有效性之法律適用之方式，仲裁庭可依據衝突法規則確定實體法或直接確定實體法⁵³。就衝突法規則之適用而言，由於國際商事仲裁的國際性質及其「二級衝突」問題⁵⁴，使其適用衍生多種不同見解，包括適用仲裁地之衝突規則、非仲裁地之衝突規則、仲裁員本國之衝突規則、執行仲裁裁決國家之衝突規則、與爭議有最密切關係國的衝突規則、重疊適用與爭議有關的衝突規則以及適用衝突一般法規則等等。而直接確定實體法之方式，則包括直接適用國內法之實體規則及採用最密切關係原則等見解。就中國之立法方式而言，1999年《合同法》係採最密切關係原則，並於第126條即規定，涉外合同的當事人沒有選擇處理合同爭議所適用的法律時，適用與合同有最密切聯繫的國家的法律；1986年《中華人民共和國民法通則》第145條則規定亦同，涉外合同的當事人可以選擇處理合同爭議所適用的法律；涉外合同的當事人沒有選擇的，適用與合同有最密切聯繫的國家的法律，可資參照。

⁵³ 韓健，前揭註13，頁289。

⁵⁴ 所謂「二級衝突」問題，係指仲裁庭在依衝突法規則處理國際仲裁案件時，會產生雙重衝突問題；首先，仲裁庭需確定適用哪一國家的衝突規則，始得依據該衝突規則適用指向之實體法，因此，仲裁庭會同時面臨衝突法間之衝突及實體法間之衝突，形成二級衝突。參見韓健，前揭註13，頁289。

第三節 中國涉外仲裁機構

第一項 中國仲裁機構概說

所謂中國涉外仲裁機構，係指以受理中國涉外仲裁案件為專業之機構。中國採行機構仲裁制度，並區分國內仲裁機構及涉外仲裁機構。然而，在 1995 年《仲裁法》實施後，仲裁機構與仲裁案件間之關係，已非「涉外仲裁機構僅處理涉外仲裁案件，國內仲裁機構僅處理國內仲裁案件」此等絕對的二分法。因此，對於中國涉外仲裁機構之理解，需就中國仲裁機構之發展歷程全面觀之。

第二項 中國仲裁機構之發展歷程



1994 年《仲裁法》頒布施行前，國內仲機構有經濟合同仲裁委員會、技術合同仲裁委員會、房地產仲裁委員會及著作權仲裁委員會等。涉外仲裁機構則有中國國際經濟貿易仲裁委員會(China International Economic and Trade Arbitration Commission, CIETAC)及中國海事仲裁委員會(China Maritim Arbitration Committee, CMAC)等二組織，均隸屬於中國國際貿易促進委員會(即中國國際商會)，其沿革詳述如下。

中國國際經濟貿易仲裁委員會的前身，即為前所述之中國對外貿易仲裁委員會(Foreign Trade Arbitration Commission, FTAC)，由 1954 年 5 月 6 日中央人民政政務院第 251 次政務會議上通過《中央人民政府政務院在中國國際貿易促進委員會內設立對外貿易仲裁委員會的決定》而設立。嗣後國務院分別於 1980 年 2 月 26 日及 1988 年 6 月 21 日，將其改名為對外經濟貿易仲裁委員會(Foreign Economic and Trade Arbitration Commission, FETAC)及中國國際經濟貿易仲裁委員會(China International

Economic and Trade Arbitration Commission, CIETAC)。前揭組織名稱之沿革亦於《中國國際經濟貿易仲裁委員會仲裁規則(2005)》予以說明。《仲裁規則》第 2 條第一項說明，中國國際經濟貿易仲裁委員會，原名中國國際貿易促進委員會對外貿易仲裁委員會，後名中國國際貿易促進委員會對外經濟貿易仲裁委員會，現名中國國際經濟貿易仲裁委員會。由於中國以中國國際貿易促進委員會之名義，於 1994 年成為國際商會(International Chamber of Commerce, ICC)之會員國後，自 2000 年 10 月 1 日起，中國國際經濟貿易仲裁委員會亦同時使用「中國國際商會仲裁院」(The Court of Arbitration of China Chamber of International Commerce, CCOIC Court of Arbitration)之名稱，並載明於《仲裁規則》第 2 條第二項。

中國國際經濟貿易仲裁委員會之主要職能，以仲裁的方式，獨立、公正地解決契約性或非契約性的經濟貿易等爭議，《仲裁規則》第 2 條第一項著有明文。此外，國務院證券委員會於 1994 年 8 月 26 日發布 20 號公告《關於指定中國國際經濟貿易仲裁委員會為證券爭議仲裁機構的通知》，使中國國際經濟貿易仲裁委員會得以受理證券相關爭議。另隨著互聯網技術的成熟和電子商務之勃興⁵⁵，該委員會自 2001 年成立中國國際經濟貿易仲裁委員域名爭議解決中心(China International Economic and Trade Arbitration Commission Domain Name Dispute Resolution Center)，負責處理中文網域名稱爭議。該委員會另於同年由中國互聯網路信息中心授權，成為通用網址爭議之解決機構，負責處理通用網址爭議案件。

中國海事仲裁委員會之前身，即為前所述之海事仲裁委員會，由 1958 年 11 月 21 日由國務院第 82 次政務會議上通過《關於在中國國際貿易促進委員會內設立海事仲裁委員會的決定》而設立。其主要職能是通過仲裁的方式，獨立、公正的解決產生於遠洋、近洋、沿海和與海相通的可

⁵⁵ 黃進、宋連斌、徐前權，前揭註 3，頁 172。

航水域的運輸、生產和航行等有關過程中所發生的契約性或非契約性的海事爭議，以保護當事人的合法權益，促進國內外海商事業和經濟貿易的發展⁵⁶。

1995年《仲裁法》實施後，第二章即規定國內仲裁委員會之設立要件及組織，使國內仲裁機關開始進行重組。《仲裁法》第10條規定，仲裁委員會可以在直轄市、自治區人民政府所在地的市設立，可以根據需要，在其他設區的市設立，不按行政區劃層層設立。仲裁委員會由前揭市的人民政府組織有關部門和商會統一組建。由於前揭國內仲裁機構大都不符合《仲裁法》第10條之要件，因此，國務院於1995年8月1日頒布《重新組建仲裁機構方案》以為仲裁機構重新組建之依據。中國目前依前揭方案重新組建之國內仲裁機構約有173個⁵⁷。

涉外仲裁機構之情形則有所不同。《仲裁法》第66條規定，涉外仲裁委員會可以由中國國際商會組織設立。前述由中國國際商會(中國國際貿易促進委員會)設立，中國歷史最悠久的二個主要常設涉外仲裁機構⁵⁸，即中國國際經濟貿易仲裁委員會及中國海事仲裁委員會，原本即按國際慣例組建，因此符合《仲裁法》的要件。

第三項 仲裁機構之獨立地位

仲裁的公正性是仲裁制度生命力所在⁵⁹，而仲裁的獨立性，是公平合理地裁決案件的保證，其具體表現在仲裁機構的獨立性和仲裁員的獨立

⁵⁶ 趙秀文，前揭註2，頁11。

⁵⁷ 譚兵，試論我國的仲裁環境及其優化，法學評論，2006年第一期，頁118。

⁵⁸ 黃進、宋連斌、徐前權，前揭註3，頁172。

⁵⁹ 譚兵，我國仲裁制度的反思與完善，法學家，2004年第四期，頁144。

性，缺乏獨立性，必然影響仲裁的公正性⁶⁰。為確保公正裁決之實現，《仲裁法》採取三種獨立性確保之方式：一、仲裁機構之成立方式：第 10 條第一款及第 66 條分別規定國內及涉外仲裁機構之組建方式，已如前所述。組建方式之明文規定，其目的在於使仲裁機構得有獨立之組成方式及法律上地位，避免成為行政關之轄隸單位；二、仲裁機構之內部組織：第 12 條第二項規定，仲裁委員會的主任、副主任和委員由法律、經濟貿易專家和有實工作經驗的人員擔任。仲裁委員會的組成人員中，法律、經濟貿易專家不得少於 2/3；三、仲裁制度及仲裁機構獨立性明文：第 8 條及第 14 條分別規定仲裁制度及仲裁機構之獨立性。《仲裁法》第 8 條規定，仲裁依法獨立進行，不受行政關、社會團和個人的干涉；《仲裁法》第 14 條復規定，仲裁委員會獨立於行政機關，與行政機關沒有隸屬關係。仲裁委員會之間也沒有隸屬關係。除前揭《仲裁法》之明文規定外，確保仲裁之獨立性，也反應在涉外仲裁機構之仲裁規則中。依《中國國際經濟貿易仲裁委員會仲裁規則(2005)》第 45 條規定，仲裁庭應在簽署裁決書之前將裁決書草案提交仲裁委員會核閱。在不影響仲裁庭獨立裁決的情況下，仲裁委員會可以就裁決書的有關問題提請仲裁庭注意。此規定之目的在於不影仲裁員獨立裁決的情形下，仲裁委員會可以就裁決書的形式問題提請仲裁員注意⁶¹，以維護裁決書品質。

第四項 界線日益模糊的涉外仲裁機構

就現行中國的仲裁實務運作而言，並非「涉外仲裁機構僅處理涉外仲裁案件，國內仲裁機構僅處理國內仲裁案件」此等絕對的二分法，已如

⁶⁰ 黃進、宋連斌、徐前權，前揭註 3，頁 27。

⁶¹ 黃進、宋連斌、徐前權，前揭註 3，頁 172。

前所述。涉外仲裁機構之界線日益模糊，可由下列二個角度觀察：

一、涉外仲裁機構受理國內仲裁案件

由《中國國際經濟貿易仲裁委員會仲裁規則(2005)》第3條規定可得知，中國國際經濟貿易仲裁委員會此等所謂涉外仲裁機構，也可受理國內仲裁案件。事實上，就中國國際經濟貿易仲裁委員會近年來實際案件受理情形進行觀察，自1999年開始受理國內仲裁案件以來⁶²，國內仲裁案件占總受理案件之比例即逐年提高，到2005年時，國內案件之件數甚至已高於涉外案件⁶³。

二、國內仲裁機構受理涉外仲裁案件

中國國內仲裁機構是否可受理涉外仲裁案件，中國政府持肯定見解。依1996年6月8日國務院辦公廳《關於貫徹施〈中華人民共和國仲裁法〉需要明確的幾個問題的通知》第三點說明，新組建的仲裁委員會的主要職責是受理國內仲裁案件；涉外案件的當事人自願選擇新組建的仲裁委員會仲裁的，新組建的仲裁委員會可以受理。因此，在《仲裁法》實施後，如涉外案件之當事人同意由國內仲裁機構處理其爭議時，該國內仲裁機構可就該涉外爭議進行仲裁。雖然如此，但國內仲裁機構是否適合或有能力處理涉外仲裁案件，仍頗受質疑。除前述行政干預仲裁獨立性的問題外，誠如學者所言，多數仲裁委員會缺乏適合於涉外仲裁的仲裁規則、仲裁員和程序管理能力，與涉外仲裁的國際性要求差距甚遠⁶⁴。

⁶² 該委員會1999年受理案件總數為669件，其中國內案件為60件。

⁶³ 2005年之總案件數量為979件；其中552件為國內案件，涉外案件為427件。

⁶⁴ 王生長，仲裁與調解相結合的理論與實務，頁27-28，法律出版社，2001年8月。

第四節 中國涉外仲裁機制之支持與監督

第一項 中國涉外仲裁機制支持與監督之意義

中國涉外仲裁制度，已為目前中國國際商事爭議最重要的替代爭議解決機制。涉外仲裁機制存在之基礎，在於爭議當事人之對該機制之使用及信賴；而維護仲裁機制之公正和效率，不但是贏得當事人信任之方式，也是國際商事仲裁所追求之重要價值目標⁶⁵。

為實現仲裁機制對於公正和效率等價值目標之達成，在制度設計上即不能避免對該機制進行必要且適度的之支持和監督。在諸多支持和監督方式中，以國家公權力為後盾之方式為最具實效及強制力之方式，其中又以國家司法為最主要之支持和監督之力量。有學者即明確表示，「若要保持商事仲的生命力經久不衰，離不開司法對商事仲裁的支持與監督」⁶⁶。

就商事仲裁制度普遍的立法及實務運作之角度觀察，各國對於仲裁機制均進行某種程度之司法支持與監督，不同的在於涉入的形式、範圍及深度。中國涉外仲裁制度也不例外，係由其國內司法對涉外仲裁機制予以支持及監督。一般認為，對於涉外仲裁制度之支持和監督，是實現仲裁機制追求公正和效率目標之有效方法，並可藉此方式確保仲裁裁決得以發揮應有之效力。

⁶⁵ 喬欣，前揭註 25，頁 329。

⁶⁶ 喬欣，前揭註 25，頁 330。

第二項 中國涉外仲裁機制支持與監督之必要性

涉外仲裁機制為替代之爭議解決機制，其本質在於「替代」司法訴訟成為解決爭議之方式；在中國實務運作上，仲裁機制是與司法訴訟互斥之制度。惟為使涉外仲裁機制發揮應有之價值及效力，對於涉外仲裁機制支持與監督之必要性，可由下列四個角度進行分析：

一、涉外仲裁之性質

涉外仲裁具有契約性及司法性之雙重性質，其中契約性為仲裁最重要的本質；仲裁庭對於爭議之管轄權係源於當事人之仲裁協議，並非來自國家之公權力。因此，仲裁庭並沒有如同國家司法般之強制力得以確保並實現當事人間之授權，包括仲裁程序之順利進行及仲裁裁決之執行等。而這些均需國家公權力，尤其是以司法方式提供必要之支援。另外，由於仲裁庭之對於爭議之管轄權係由當事人所授與，則其授權必是受當事人意思之限制，仲裁庭不得逾越當事人之授權範圍行使仲裁管轄。但是，如果沒有適度的監督，有限的授權會演變成無限的權力，反而違反當事人之意思及侵害授權，因此對於仲裁機制需適度加以監督，並以國家司法之監督為最具實益之方式。總括而言，對於涉外仲裁機制支持與監督之必要性，首先即基於機制性質而生。

二、涉外仲裁之價值

涉外仲裁為當事人基於意思自治而協議之替代爭議解決方式，其目標在於解決當事人間協議範圍內之爭議。由於涉外仲裁具有司法性，因而「公正」法律價值即成為涉外仲裁所追求之價值。所謂公正，係指在解決爭議過中當事人行使權利之正當性和解決結果具有當事人和社會的可

接受性⁶⁷。仲裁機制的公正，除了使當事人能信服仲裁決外，更能使機制本受到社會之正面評價，並使當事人間之法律關係得以順利釐清及實現。

就經濟角度而言，「效益」則為仲裁機制追求的另一個重要價值。相較於訴訟制度之運作方式，仲裁機制之運用為當事人間之協議及選擇，而高經濟效益之追求，為仲裁機制存在於爭議解決市場並為當事人接受之重要原因。此外，由於司法訴訟制度與仲裁機制之定位及運作方式之不同，使二者得在爭議解決市場中各保有一席之地並得以進行主動分工。因此，就社會整體而言，基於仲裁機制於市場存在的分工價值，以及當事人對於仲裁機制之需求，如何維護仲裁機制之良好運作以發揮其價值，即成為國家需以公權力就此一制度進行支持及監督之根本理由。

《仲裁法》亦揭示前述公正及效益之價值；該法於第 1 條規定立法目的時，即明示「為保證公正、及時地仲裁經濟糾紛，保護當事人的合法權益，保障社會主義市場經濟健康發展，制定本法」，可資參照。

三、涉外仲裁之特點

相較於國家司法訴訟制度，中國涉外仲裁機制有尊重當事人意思、專業與獨立公正、經濟與效益等特點，因而廣受當事人重視。但不可否認的，每個制度都會有特點及其相應的缺失，仲裁也不例外。例如，仲裁機制之對於專業度之要求，往往使其裁決所憑之依據並非法律，而係仲裁員之主觀判斷；仲裁程序的保密不公開，使得仲裁活動受社會監督之程度降低，透明度受到影響；為了經濟及效益而採行「一裁終局」方式，也使對於錯誤之仲裁裁決進行糾正的難度提高。因此，為了妥善處理因涉外仲裁機制本身特點所造成運作上之缺陷，對於涉外仲裁機制進行支持及監督是有其必要性的。

⁶⁷ 喬欣，前揭註 25，頁 332。

四、司法角度之觀察

司法制度代表了國家審判權及主權之行使，其主要任務在於維護社會正義及確保國家法律體系之完整運作。涉外仲裁制度為替代爭議解決機制，其仲裁裁決不但影響當事人之法律關係，也會影響社會正義。而仲裁庭對爭議案件進行仲裁時，仍需依法律規範為之，不可恣意適用法律；仲裁庭對於法律在系爭個案之適用，將對於國家法律體系之運作產生影響。因此，就維持法律體系之統一及完整觀點而言，國家司需適當介入涉外仲裁機制之運作，以提供必要之支持及監督。

第三項 中國涉外仲裁機制之支持

基於涉外仲裁之契約性及民間性等特點，使得涉外仲裁機制缺乏如同國家司法般之強制力，亦導致如仲裁權之行使遇到障礙時，仲裁機制無法自力排除。為確保仲裁機制之順利運作，中國司法對於涉外仲裁之提供了相當程度的支持，茲說明如下：

一、仲裁程序相關事項

為使涉外仲裁程序得以順利進行，中國法院對於中國涉外仲裁制度提供了多種程序上之支持，包括仲裁庭之組成之支援，以及當事人間就爭議事項所達成的涉外仲裁協議效力之承認及判斷等。按《仲裁法》第 5 條規定，當事人達成仲裁協議，一方向人民法院起訴的，人民法院不予受理。此條規定，不但表示了人民法院對仲裁協議法律效力之肯定；而對於仲裁協議範圍內爭議事項之不予受理，也代表其對仲裁庭組成之支持。另就涉外仲裁協議之效力一事，法院也負擔認定責任。《仲裁法》第 20 條即規定，當事人對仲裁協定的效力有異議的，可以請求仲裁委員會作

出決定或者請求人民法院作出裁定。一方請求仲裁委員會作出決定，另一方請求人民法院作出裁定的，由人民法院裁定。就爭議解決機制之市場、成本及分工之角度而言，此規定反應人民法院對於涉外仲裁之支持⁶⁸。

二、涉外仲裁案件之證據保全

由於涉外仲裁機制之民間性質，仲裁機構並非政府單位，並無如同國家公權力之強制力。因此，在仲裁機制需施以強制力始可奏效時，司法需提供必要之協助，以維持仲裁機制之運作。為此，《仲裁法》第 68 條規定，涉外仲裁的當事人申請證據保全的，涉外仲裁委員會應當將當事人的申請提交證據所在地的中級人民法院。換言之，在涉外仲裁過程中，如有進行證據保全之必要時，涉外仲裁機構將尋求司法之協助，而法院也將提供必要之支持。

三、當事人之財產保全

財產保全之目的，在於落實國際商事爭議之終局解決。如在涉外仲裁程序進行之過程中，對於爭議標的或是其他當事人之財產有保全必要時，仍需以國家公權力進行保全。《仲裁法》第 28 條即規定，一方當事人因另一方當事人的行爲或者其他原因，可能使裁決不能執行或者難以執行的，可以申請財產保全。當事人申請財產保全的，仲裁委員會應當將當事人的申請依照民事訴訟法的有關規定提交人民法院，可資參照。

四、仲裁裁決之承認及執行

為達爭議解決之一次性，避免同一爭議反覆利用不同機制解決，以及

⁶⁸ 關於涉外仲裁協議之效力，應以何種機制加以決定，中國採用相當不同的法制及實踐方式。無論基於契約授權、法律授權或本於仲裁需要，普遍仲裁實務運作中所採納的是「仲裁庭自裁管轄原則」，即仲裁協議之效力應由仲裁庭自行決定。中國《仲裁法》第 20 條之規定，使原本應由仲裁庭行使之權力，改由仲裁機構甚至法院行使，不但剝奪了仲裁庭應有之權力，也與普遍仲裁實務相違背，因而飽受學者批評。參見王瀚、李廣輝，論仲裁庭自裁管轄原則，中國法學，2004 年第 2 期，頁 168-171，2004 年。

維護仲裁機制之實效，在仲裁制度設計上，即需使仲裁庭對系爭爭議所作出之裁決加以承認及執行。就程序面而言，仲裁裁決的承認及執行，是仲裁程序的最後一個環節，但並非孤立的程序，而係涉及仲裁過程的各個環節；仲裁庭在進行仲裁及裁決時，應考慮到裁決之承認及執行之效力，否則，仲裁將顯得無意義，而當事人也不會選擇仲裁方式解決爭議⁶⁹。《仲裁法》第 9 條規定，仲裁實行一裁終局的制度。裁決作出後，當事人就同一糾紛再申請仲裁或者向人民法院起訴的，仲裁委員會或者人民法院不予受理。另按同法第 62 條，當事人應當履行裁決。一方當事人不履行的，另一方當事人可以依照民事訴訟法的有關規定向人民法院申請執行。受申請的人民法院應當執行。而法院對於仲裁裁決的承認及執行，則明示了司法對於仲裁機制之支持。

除了對於中國涉外仲裁裁決予以承認及執行外，中國司法亦對於國際商事仲裁裁決展現相當程度之支持。現行中國法制對於外國仲裁裁決之承認及執行，有二種方式；第一為依據中國內國法，即《民事訴訟法》第 269 條規定，依互惠原則加以執行；第二為依《承認及執行外國仲裁裁決公約(紐約公約)》之約定，就締約國之仲裁裁決予以執行。惟我國並非紐約公約之會員國，台灣之仲裁裁決在中國之承認及執行，需依 1998 年 5 月 26 日由最高人民法院所發布《關於人民法院認可台灣地區有關法院民事判決的規定》始得進行⁷⁰。台灣地區仲裁機構之裁決，得依該規定第 19 條規範申請認可及執行。惟需注意的是，依該規定申請人民法院認

⁶⁹ 宋航，國際商事仲裁裁決的承認與執行，頁 24，法律出版社，2000 年 1 月。

⁷⁰ 我國於 1992 年頒布台灣地區與大陸地區人民關係條例；依該條例第 74 條規定，在大陸地區作成之民事確定裁判、民事仲裁判斷，不違背臺灣地區公共秩序或善良風俗者，得聲請法院裁定認可。前項經法院裁定認可之裁判或判斷，以給付為內容者，得為執行名義。前二項規定，以在台灣地區作成之民事確定裁判、民事仲裁判斷，得聲請大陸地區法院裁定認可或為執行名義者，始適用之。經過兩岸進行政治協商並基於互惠共識，在中國司法承認並執行台灣地區之仲裁裁決之前提下，中國仲裁裁決，亦得於台灣申請承認及執行。

可及執行台灣之仲裁裁決時，該裁決需無同規定第 9 條之情形⁷¹，且應於仲裁裁決生效後一年內為之⁷²。

第四項 中國涉外仲裁機制之監督

一、監督之理論基礎

對於涉外仲裁機制之監督，是基於各種理論基礎。就權力的觀點而言，仲裁庭之對於爭議之管轄權係由當事人所授與，如果沒有適度的監督，有限的授權會演變成無限的權力，而使當事人之意思受到侵害，已如前所述，因此對於仲裁機制需適度加以監督。再者，就商事仲裁發展的歷史來看，對於商事仲裁之監督，乃是不同的權力相互妥協下之產物；而將商事仲裁法律化並賦予合法地位之前提，即為對商事仲裁之監督⁷³。此外，就仲裁制度本身之特點及實踐而言，適度的監督有助於機制之運作及維持。仲裁制度之特點及其相應的缺失，已如前所述，而該等缺失

⁷¹ 台灣地區有關法院的民事判決具有下列情形之一的，裁定不予認可：（一）申請認可的民事判決的效力未確定的；（二）申請認可的民事判決，是在被告缺席又未經合法傳喚或者在被告無訴訟行為能力又未得到適當代理的情況下作出的；（三）案件系人民法院專屬管轄的；（四）案件的雙方當事人訂有仲裁協定的；（五）案件系人民法院已作出判決，或者外國、境外地區法院作出判決或境外仲裁機構作出仲裁裁決已為人民法院所承認的；（六）申請認可的民事判決具有違反國家法律的基本原則，或者損害社會公共利益情形的。惟學者認為，如申請承認及執行者為台灣之仲裁裁決，前揭案件系人民法院專屬管轄的，以及案件的雙方當事人訂有仲裁協定等不予認可之情形應予排除。參見李虎，國際商事仲裁裁決的強制執行-特別述及仲裁裁決在中國的強制執行，頁 183，法律出版社，2000 年 9 月。

⁷² 依《關於人民法院認可台灣地區有關法院民事判決的規定》第 17 條，申請認可台灣地區有關法院民事判決的，應當在該判決發生效力後一年內提出。

⁷³ 商事仲裁制度源於中世紀的歐洲。時因海上貿易興盛及城市的興起，為適應商業活動之需要，商人間如因交易發生爭議，均由自發組織的具有裁判權的機構，以仲裁方式進行處理。仲裁所依據之法律，為商業慣例及公平原則；仲裁裁決係由當事人自願履行。惟國家建立後，商業仲裁此種帶有自治性、司法性之制度受到王權之挑戰，因封建王權無法容忍商人在其統治下行使自有的司法權。在一連串的爭鬥中，擁有國家強制力後盾的王權占上風，但同時也對仲裁制度進行妥協與讓步。王權開始承認仲裁之爭議解決機制之法律上地位，但前提是需受國家司法的監督。喬欣，前揭註 25，頁 345-346。

如造成仲裁機制「自治失靈」時⁷⁴，即需要適度的監督機制加以調整及干涉，以維護仲裁機制之正常運作。

二、監督之範圍及形式

對於涉外仲裁機制監督範圍之探討，理論上包括二個關鍵爭議：一、對涉外仲裁之監督模式，僅是程序上監督，或是兼具程序及實體之全面監督⁷⁵；二、對於涉外仲裁之監督標準，是與其國內仲裁相同標準之單軌制，或是不同標準的雙軌制。就中國涉外仲裁制度而言，在監督模式方面，是採取程序監督之方式。換言之，國家司法對於涉外仲裁機制監督，只論仲裁程序之遵循與否，而不論仲裁裁決之實體內容為何。有學者認為適度的監督的關鍵，在於確認仲裁裁決的終局效力與不審查仲裁裁決的實體內容；對於仲裁的程序的監督則包括仲裁協議是否有效，以及仲裁程序是否公正等⁷⁶。另對於涉外仲裁機制之監督標準，中國現行採雙軌制，亦即與其國內仲裁採取不同的監督標準⁷⁷。申言之，中國法院對於涉外仲裁機制之監督，僅限於程序事項，甚至不涉及公共秩序保留；而對於國內仲裁機制之監督，不僅及於程序事項，而且還及於案件實體方面⁷⁸。因此，中國司法對於涉外仲裁機制之監督，以程序監督為其範圍，並採行雙軌制監督標準。

⁷⁴ 所謂「自治失靈」，係指當仲裁機制違背仲裁價值之追求時，該等違背之情形無法透過制度本身加以避免及克服。參見張曉君，司法權對於商事仲裁的干預及其限度，河北法學，第 24 卷第 4 期，頁 76，2006 年 4 月。

⁷⁵ 僅對於涉外仲裁機制進程序上之監督，學者多稱之為「程序監督論」；而兼具程序及實體之監督，則稱為「全面監督論」，此二理論在中國仲裁法制之探討上形成尖銳的對立。參見萬鄂湘、于喜富，再論司法與仲裁的關係，法學評論，2004 年第 3 期，頁 68。

⁷⁶ 趙健，國際商事仲裁的司法監督，頁 16-17，法律出版社，2000 年 1 月。

⁷⁷ 有學者認為，《仲裁法》第七章增列「涉外仲裁之特別規定」，用 9 個條文對於涉外仲裁做了不同於國內仲裁的若干規定，其中也包含了對涉外仲裁進行監督的規定，因此可認為中國在涉外仲裁監督問題上採雙軌制。參見喬欣，前揭註 25，頁 355。

⁷⁸ 宋連斌，論中國仲裁監督機制及其完善，法制與社會發展，2003 年第 2 期，頁 111。

至於涉外仲裁的監督形式，在中國目前有三種形式，即內部監督、行業監督及司法監督⁷⁹。所謂內部監督，係指在仲裁機制內之監督，通常指仲裁機構對於當事人指定之仲裁員及應遵循之仲裁程序之監督，性質上屬於自律；行業監督，係指同行業之協會或公會對其會員之監督，例如中國仲裁協會對於其會員所進行之監督，由於該等協會仍為涉外仲裁機制之一環，因此性質上仍屬自律；最後為司法監督，係指國家以公權力，特別是透過法院機制對於涉外仲裁進行監督，在監督的性質上為他律。

由《仲裁法》及《民事訴訟法》之相關規定，即可觀察中國司法對於涉外仲裁之監督內容。在行業監督方面，《仲裁法》第 15 條即規定，中國仲裁協會是社會團體法人。仲裁委員會是中國仲裁協會的會員。中國仲裁協會的章程由全國會員大會制定。中國仲裁協會是仲裁委員會的自律性組織，根據章程對仲裁委員會及其組成人員、仲裁員的違紀行為進行監督。中國仲裁協會依照本法和民事訴訟法的有關規定制定仲裁規則。就司法監督而言，則可區分為對涉外仲裁裁決之監督，以及對涉外仲裁裁決執行之監督；而監督之手段則包括撤銷仲裁裁決，以及裁定不予執行。《仲裁法》第 70 條即規定，當事人提出證據證明涉外仲裁裁決有民事訴訟法第 260 條第一款規定的情形之一的，經人民法院組成合議庭審查核實，裁定撤銷。同法第 71 條復規定，被申請人提出證據證明涉外仲裁裁決有民事訴訟法第 260 條第一款規定的情形之一的，經人民法院組成合議庭審查核實，裁定不予執行。惟需注意的是，民事訴訟法第 260 條第一款規定均為程序上事項⁸⁰。換言之，如涉外仲裁程序之進行，

⁷⁹ 宋連斌，前揭註 78，頁 111。

⁸⁰ 《民事訴訟法》第 260 條規定，對中華人民共和國涉外仲裁機構作出的裁決，被申請人提出證據證明仲裁裁決有下列情形之一的，經人民法院組成合議庭審查核實，裁定不予執行：（一）當事人在合同中沒有訂有仲裁條款或者事後沒有達成書面仲裁協定的；（二）被申請人沒有得到指定仲裁員或者進行仲裁程式的通知，或者由於其他不屬於被申請人負責的原因未能陳述意見的；（三）仲裁庭的組成或者仲裁的程式與仲裁規則不符的；（四）裁決的事項不屬於仲裁協定的範圍或者仲裁機構無權仲裁的。

如有違反程序上應遵循之事項時，法院得進行監督，惟法院不得就涉外仲裁裁決之內容進行實體之審查。

第五節 中國涉外仲裁機制之環境問題及其影響

法律機制之環境，將影響該機制之建構及運作。中國涉外仲裁機制建構及運作已逾五十年，其所累積的經驗及成果相當受到肯定；惟受限所處環境，始得中國涉外仲裁機制一直被學者批評為「先天不足，缺乏個性」及「後天發育不良」⁸¹，以致影響了整個機制的發展和運作。本節即在探討中國涉外仲裁機制之環境及衍生之問題，以在該等環境問題對於機制所造成之影響。

第一項 涉外仲裁機制法制面之缺陷

論中國涉外仲裁機制之法制面之缺失，主要是針對《仲裁法》及其他相關法規在立法上缺憾之探討。有學者形容中國《仲裁法》的主要問題是「先天不足，後天發育不良」及「有形(仲裁之形)無神(仲裁之神)」⁸²。就仲裁法的立法背景而言，《仲裁法》是為解決國內仲裁問題而制定的，並且僅在第七章以寥寥數條文列為涉外仲裁之特別規定。這種立法方式的侷限性，對於涉外仲裁而言並沒有積極的影響，而《仲裁法》給涉外仲裁帶來的困難要多於其所能決的問題⁸³。

首先，中國涉外仲裁面臨的法制上的問題，就是仲裁協議的要件及形式過於僵化。《仲裁法》第 16 條之規定，將明定仲裁機構列為仲裁協議

⁸¹ 譚兵，前揭註 57，頁 117。

⁸² 趙健，回顧與展望：世紀之中國國際商事仲裁，仲裁與法律，2001 年合訂本，頁 34。

⁸³ 趙健，前揭註 82，頁 35。

成立生效的條件，使得所謂「中國涉外仲裁」，邏輯上專指「由中國涉外仲裁機構於中國進行之仲裁」⁸⁴。再者，由於《仲裁法》不採仲裁地之概念，而是另以仲裁機構之指定限定仲裁地，將導致中國國際商事仲裁範圍之誤判；第一、指定中國涉外仲裁機構於中國以外之地進行仲裁，可能被歸類為中國涉外仲裁；第二、由外國仲裁機構於中國進行之仲裁，由於並非中國涉外仲裁機構進行仲裁，因此非中國涉外仲裁；第三、由於仲裁協議以仲裁機構之指定為形式要件，而仲裁機構係常設的仲裁機構，以致中國涉外仲裁機制中不承認臨時仲裁機構⁸⁵。此種僅以指定何種仲裁機構，而不以仲裁地作為判斷是否屬於國際商事仲裁之方式，始得中國涉外仲裁機制成為不完整之國際商事仲裁制度。

《仲裁法》另一個問題在於對當事人意思自治原則之落實程度。當事人意思自治原則之落實，對於具有契約性的仲裁機制而言，可謂為核心價值。具體而言，當事人就仲裁進行之相關事項具有自治性，包括爭議案件是否提交仲裁、交給誰仲裁、仲裁庭的組成人員如何產生、仲裁適用何種程序規則和實體法，都是在當事人自願的基礎⁸⁶。惟《仲裁法》及《中國國際經濟貿易仲裁委員會仲裁規則》並未完全落實當事人意思自治的理念。首先，《仲裁法》第 18 條規定，仲裁協議對仲裁事項或者仲裁委員會沒有約定或者約定不明確的，當人可以補充協議；達不成補充協議的，仲裁協議無效。有學者批評此項規定違背了當事人雙方申請仲裁之意願⁸⁷，進而違反當事人意思自治原則。再者，對於仲裁程序應適用之法律的選擇，雖然《仲裁法》並未對於仲裁程序應遵循的規則加以規

⁸⁴ 于喜富，前揭註 9，頁 20。

⁸⁵ 學者即指出，《仲裁法》對於臨時仲裁的態度是相當保守(rather conservative)的。參見 Wang Sheng Chang, *Formation of the Arbitration Tribunal*, *Arbitration International* 402 (2001)。

⁸⁶ 黃進、宋連斌、徐前權，前揭註 3，頁 13。

⁸⁷ 宋朝武，我國仲裁制度：弊端及其克服，政法論壇，第 20 卷第 6 期，頁 92，2002 年 12 月。

定，但觀察《中國國際經濟貿易仲裁委員會仲裁規則》之相關規範，即可得知當事人意思自治在中國涉外仲裁機制中並未完全實現。該規則第4條第二項即規定，凡當事人同意將爭議提交仲裁委員會仲裁的，均視為同意按照本規則進行仲裁。當事人約定適用其他仲裁規則，或約定對本規則有關內容進行變更的，從其約定，但其約定無法實施或與仲裁地強制性法律規定相抵觸者除外。此規定為中國國際經濟貿易仲裁委員會於2005年修改該會之仲裁規則時新增之條文，目的在於以最大程度尊重當事人意思自治⁸⁸，但細究其內容，該仲裁機構並未以當事人意思自治原則為主臬，亦未探究當事人真意以定仲程序應適用之規則，反而逕以該會之仲裁規則進行仲裁，在實務運作上即與當事人意思自治原則之理念有相當的落差。當事人意思自治原則在中國涉外仲裁機制中並未獲得完全的落實，反而受到得仲裁之爭議範圍，及當事人選擇仲裁員之限制。中國涉外仲裁機制並未如其他立法，將「契約及非契約之爭議」列為仲裁範圍，而以「平等主體間之合同糾紛及其他財產權益糾紛」及「涉外經貿易、運輸和海事中發生之爭議」列為得申請仲裁之圍，致得申請仲裁爭議範圍過於狹窄；而當事人僅得就仲裁機構所提供之仲裁員名冊中選出仲裁員，亦未體現當事人意思自治精神。

仲裁程序之訴訟化是另一個中國涉外仲裁法制面上的問題。仲裁程序之靈活與彈性，是當事人選擇以仲裁解決爭議之重要原因之一，也是仲裁相較於訴訟所具有之特點。惟中國《仲裁法》對於仲裁程序如何進行加以嚴格規定，程序規定過於僵硬，以致仲裁程序應有的特點大打折扣。例如《仲裁法》第45條有關當庭質證的規定，使仲裁程序有「訴訟化」的色彩，因而遭受學者之批評⁸⁹。此外，《仲裁法》第43條至第46條有

⁸⁸ 王生長，最大程度尊重當事人意思自治-關於修訂《中國國際經貿易仲裁委員會仲裁規則》的說明，法制日報專版。

⁸⁹ 趙健，前揭註82，頁35。

關仲裁證據制度之規定，也被評為「照搬民事訴訟法的證據條文，未能體現出現代仲裁證據制度應有的特點」⁹⁰。

最後是監督機制的問題。《仲裁法》第 20 條之規定，賦予法院有權決定有異議的仲裁協議效力，不但剝奪了仲裁庭之權力，也違反仲裁庭自裁管轄原則；另《中國國際經濟貿易仲裁委員會仲裁規則》第 6 條，仲裁委員會有權對仲裁協定的存在、效力以及仲裁案件的管轄權作出決定。如有必要，仲裁委員會也可以授權仲裁庭作出管轄權決定之規定，雖然使仲裁庭有機會對於其管轄權進行裁決，但仍與仲裁庭自裁管轄原則相去甚遠，造成司法對仲裁機制之過度監督，也違反當事人意思自治原則。此外，《仲裁法》第 15 條規定以中國仲裁協會為仲裁機制之行業監督，為一自律性組織，根據章程對仲裁委員會及其組成人員、仲裁員的違紀行為進行監督，但《仲裁法》頒布施行已逾十年，中國仲裁協會依然未為成立，造成中國涉外仲裁機制監督上之缺漏。簡言之，中國涉外仲裁監督機制之過猶不及，使得整個機制之健全與運作受到影響。

第二項 司法機制之不足

在中國仲裁的實務運作中，司法一直擔任支持與監督之重角色。從最高人民法院先後多次頒布對於仲裁的相關解釋，以及其他人民法院對於仲裁裁決的承認及執行等，均可證明人民法院對於涉外仲裁之支持。但由於人民法院在承認及執行涉外仲裁裁決及撤銷涉外仲裁裁決的過程中，有在辦案程序上有法不依或違反法律規定、解釋和適用法律錯誤以及解釋和適用法律過苛等問題⁹¹，造成當事人合法權益的侵害以及涉外仲裁機

⁹⁰ 宋朝武，前揭註 87，頁 92。

⁹¹ 所謂有法不依或違反法律規定，主要反應在該立案不立案、辦案超時以及未公平對待雙方當事

制之發展障礙。學者即指出，「1994年仲裁法對我國仲裁司法監督作了比較全面的規定，但受歷史條件的限制，仲裁法的某些規定未能順應司法與仲裁關係發展的國際潮流，有些規定還缺乏可操作性」⁹²。因此，司法機制之不足，成為中國涉外仲裁機制發展之障礙。

第三項 行政干預仲裁之痼疾

中國目前仲裁實務運作最嚴重的問題，就行政干預仲裁的歷史包袱。行政干預仲裁，違背了仲裁機構獨立性之要求。在國際商事仲裁中，行政對於仲裁過多的干預，以及仲裁機構與行政機關間之密切關係，不但容易使仲裁機構的中立性和公正性受到當事人質疑，也使仲裁機構養成對於行政力量的依賴性，對於仲裁機制之市場發展和競爭力有不利的影響。而前述確保獨立性之仲裁立法，就中國目前仲裁實務運作情形而言，其目的並未完全之實現，因而飽受中國學者專家之高調批評；非但「行政干預仲裁的問題並未從根本上得到解決」⁹³，而且《仲裁法》第10條第二項有關仲裁委員會由前揭市的人民政府組織有關部門和商會統一組建之規定，更被評為「為政府主導和包攬仲裁機構的組建以及隨後過多的介入仲裁機構的管理和干預仲裁制度的運作，提供了機會和理由」⁹⁴。一些地方政府都力圖把仲裁委員會辦成當地政府的下屬職能部門，習慣

人；解釋和適用法律錯誤，則是包括審查裁決的實體內容、錯誤理解社會公共利益的意義以及不當擴大法院監督範圍。參見趙健，前揭註76，頁262-269。

⁹² 萬鄂湘、于喜富，前揭註18，頁73。

⁹³ 譚兵，前揭註59，頁141。

⁹⁴ 譚兵，前揭註59，頁144。該文進一步說明行政干預仲裁之方式，包括由政府或政府有關部門發文推行仲裁制度、有些地方在遇有重大疑難或者社會關注的仲裁案件，在仲裁庭裁決前，仲裁委員會或仲裁庭還要向政府部門的有關領導匯報及聽取意見等等。

以行政手段干預仲裁委員會的工作⁹⁵。更有甚者，行政機關還利用行政權來要求合同當事人選擇到當地仲裁機構進行仲裁⁹⁶。行政干預仲裁之弊端，雖多見於國內仲裁機構及國內仲裁案件，已如前所述。惟就目前仲裁實務運作而言，在承認國內仲裁機構得受理涉外仲裁案件情形下(詳如後述)，行政的干預和仲裁獨立性的受質疑，將是影響中國涉外仲裁機制之發展之重要關鍵。

第四項 理論及實務之落差

中國涉外仲裁之學術理論雖然日益發展，形成百家爭鳴的局面，但學術理論的提出有某些方面仍無法解決在仲裁實踐上所面臨的困難和問題。舉例來說，有學者即指出⁹⁷，所謂「仲裁與調解相結合」是中國涉外仲裁的特色，國際上稱之為東方經驗，《中國國際經濟貿易仲裁委員會仲裁規則(2005)》第 40 條即有相關規範。但在實務運作過程中，往往產生學術理論無法說明及克服的問題，如仲裁員以調解員身份會見當事人，是否構成正當程序(due process)違反，以及在調解失敗回復仲裁程序時，該仲裁人如何維持獨立性及公正性⁹⁸，不受因進行調解所獲知之資訊的影響等等。惟直至目前為止，中國仲裁法學界並未就前揭問題進行理論上之說明，或提出可行之運作方案，造成理論與實務間之落差。

⁹⁵ 宋朝武，前揭註 87，頁 95。該文並舉例說明行政干預仲裁之情形，例如重新組建的仲裁委員會由市政府法制辦組建和出資，仲裁委員會主任由政府法制辦主任甚至由市政府有關領導擔任，仲裁委員會與當地政府聯合發布權威性文件等等。

⁹⁶ 王生長，仲裁與調解相結合的理論與實務，頁 27，法律出版社，2001 年 8 月。

⁹⁷ 趙健，前揭註 82，頁 37。

⁹⁸ 郭東，在仲裁中調解-對一種混合性爭議解決機制的理論探討，仲裁與法律，2003 年第 3 期，頁 8。

第五項 國際化進程之阻礙

由於中國目前以中國國際經濟貿易仲裁委員會及中國海事仲裁委員會為最主要之涉外仲裁機構，因此該二機構較為有機會與其他國際仲裁機構進行合作與交流，其他的新組建的仲裁機構受到各種因素的影響，因而「尚未真正走出國門」，以致仲裁機制之國際化及現代化無法透過仲裁機構的運作而完成⁹⁹。中國涉外仲裁機制國際化的進程受阻，將在全球化的浪潮中逐漸喪失市場競爭力。

總結前述，中國涉外仲裁機制之發展，受制於諸多環境等因素；而該等環境因素所產生的許多問題，目前仍懸而未決。對於國際商事爭議當事人而言，中國涉外仲裁機制之難以接近及使用，及其所追求公正及效益之目標如無法達成，將嚴重影響其信服度以及選擇該機制作為爭議解決機制之決定。而對中國涉外仲裁機制而言，如機制之設計未能吸引爭議當事人高度使用，將嚴重損及效能及運作方式，而其經驗及運作的弱化，將使該機制陷入市場競爭力不足之惡性循環。

⁹⁹ 有學者即認為，中國於《仲裁法》公布實施後重新組建的仲裁機構數量太多，居全球之冠；很多仲裁機構受理之案件數量非常少。參見 Wang Sheng Chang, *The Globalization of Economy and China's International Arbitration*, Asia Dispute Review 187-188 (2003).

