

第二章 國際商事爭議及國際商事仲裁

第一節 國際商事爭議之概念

國際貿易之興盛，成就無數跨國商業交易。國際貿易當事人各方藉由各種媒介及支援¹，完成一樁樁商業交易，其過程包括契約簽訂、契約履行、價金之支付，以及買賣標的之移轉等。在前揭國際貿易中，許多商業交易過程是具有跨國性質的，例如當事人各方可能分屬不同國籍、在不同國家開設營業據點、契約在不同地點完成簽署及履行、價金以不同幣別支付並電匯(T/T)至他國，或買賣標的依國貿條規²之規定進行交付。此類具跨國性質的商業交易，都可以歸為「國際商事」之範圍。

如相較於國內商事，則更容易掌握國際商事之特點；所謂國內商事，係指在商業交易中，所有過程都僅與該內國有關，包括當事人為同一國籍、契約簽訂與履行均在同一國內完成等等。換言之，國內商事之交易過程中，是完全沒有任何跨國因素(transnational context)或國際因素在內，整個交易過程僅與內國有關。因此，相對於國內商事，如該商事交易有任何跨國因素或國際因素在內，則該交易即屬於國際商事之範疇。

國際商事爭議，則是指因前揭國際商事活動所衍生之爭議。國際商事爭議之發生，係因國際商事及經濟活動之持續進行；在跨國商業交易中，

¹ 國際貿易之媒介及支援，係指在商業交易的過程中所需具備之各項資源；包括以電子方式進行資訊交換之電子資料傳送(Electronic Data Transmission)機制、人力(Human Resource)支援、交易標的傳送(Subject Transmission)之支援等等。此等資源係用以輔助當事人完成預定之交易。

² 所謂國貿條規(Incoterms)，係由國際商會(International Chamber of Commerce)頒布通行的有關解釋貿易條件的國際規則。其目的在於提供國際貿易條款統一之解釋方式，清楚確定當事人相對的義務，並減低法律複雜化的風險。國貿條規已廣受國際貿易承認及使用，目前以 2000 年修訂之版本最為通行。參見國際商會中華民國總會，《2000 年版國貿條規(Incoterms 2000)》，1999 年，頁 III 原序。

由於國籍背景不同、法律文化之差距、市場環境之變化以及交易之現況等諸多因素，當事人間之誤解及利益之對立實難避免，國際商事爭議因而發生。有學者即明白指出，經濟活動主體間之摩擦和矛盾及經濟活動的繁榮，導致爭議數量的增加，經濟糾紛其實已成為經濟發展的副產品³。

就國際商事爭議之定位而言，通常在一國之爭議解決機制中可被歸類為「涉外案件」。所謂涉外案件，係相較於國內案件，專指爭議案件中牽涉外國人、外國地，或兼與外國人及外國地相關之爭議案件⁴。惟「涉外案件」之用語，係單純就內國法制之觀點論之，立論角度較單一。因此，有關因前揭國際商事所衍生之爭議，本章將暫不使用「涉外案件」之概念，而直接論以「國際商事爭議」；至於涉外案件之概念，則將於討論內國法制時始加以運用。



第二節 國際商事爭議之替代爭議解決機制

第一項 替代爭議解決機制之概念

當國際商事爭議發生時，當事人間為了解決該等爭議，常會利用一國法院，以訴訟方式尋求解決。訴訟制度係一國家為了解決當事人間之紛爭，以設立法院行使審判權之方式進行。現代訴訟制度，多具有程序嚴謹完整、公正公開之特點。惟國際商事爭議之當事人，基於各種利益及不同層面的綜合考量下，很有可能不願意以訴訟方式解決該等爭議。此時，當事人即需尋求其他之爭議解決方式，以代替傳統法院之訴訟方式。此類非訴訟的爭議解決方式，在廿世紀 60 年代以來，被統稱為替代司法

³ 王生長，仲裁與調解相結合的理論與實務，頁 2-3，法律出版社，2001 年 8 月。

⁴ 馬漢寶，國際私法總論，頁 2，1990 年。

訴訟的爭解決方式⁵，或替代爭議解決機制(Alternative Dispute Resolution, ADR)。換言之，替代爭議解決機制，性質上即與司法訴訟相對，為用以代替法院訴訟之紛爭解決方式。

替代爭議解決機制之概念源於美國，機制設立之最初目的，在於透過政府對於該等機制之肯認及支持，解決法院過重的訴訟負擔。替代爭議解決機制早期在美國係屬實驗性質⁶，之後始逐漸為他國參照⁷。現今在國際貿易之興盛及國際商事爭議頻仍前提下，替代爭議解決機制之重要性乃與日俱增，因而廣受各國法制重視。

第二項 替代爭議解決機制之特點

替代爭議解決機制係用以代替司法訴訟之紛爭解決方式，已如前所述。惟替代爭議解決機制係一廣泛的集合概念，迄今沒有公認的定義；各國法制所採納的替代爭議解決機制亦不盡相同。一般認為，替代爭議解決機制包括協商、調解、簡易糾紛速裁、小型審判等等。至於仲裁機制，由於在普遍法制面之設計及實務運作中已高度制度化，故仲裁是否為替代爭議解決機制則有爭議，將詳述如後。儘管如此，替代爭議解決機制，相較於法院訴訟，仍具有一些特點⁸：

⁵ 黃進、宋連斌、徐前權，*仲裁法學*，頁 2，中國政法大學出版社，2002 年。

⁶ 王生長，前揭註 3，頁 8。

⁷ 目前典型之替代爭議解決機制，包括調解(conciliation)、斡旋(mediation)、仲裁(arbitration)、調解及仲裁(Med-Arb)，小型審判(Mini-Trial)，以及爭議評審團(Dispute Review Board, DRB)等，其概念均源於美國，接著由英國法制加以承認及使用，後始傳布於其他國家。參見 PETER HIBBERD & PAUL NEWMAN, *ADR AND ADJUDICATION* 9 (1999)。

⁸ 王生長，前揭註 3，頁 9-10。

一、自願性

與法院訴訟相較，替代爭議解決機制之採用，通常係基於爭議當事人之自願及合意。法院係基於審判權之行使，由國家依其主權設立之爭議解決機制，本質為公共資源。因此，任何人均可依其單方意思自由利用法院解決爭議，無需經由爭議當事人之自願及合意；而替代爭議解決機制係訴訟外之其他爭議解決之方式，本質非公共資源，因此其利用需基於爭議當事人之自願及合意。

二、保密性

利用替代爭議解決機制以解決紛爭時，爭議當事人可約定將解決爭議之過程及相關資料予以保密，以避免揭露予其他第三人及防止第三人知悉。爭議解決機制之保密性設計，已為現代爭議當事人所高度重視及要求。替代爭議解決機制正可提供此類保密措施，以確保當事人機密資料之保密。相較於法院訴訟之公開原則⁹，保密性為替代爭議解決機制之重要特點。

三、前瞻性

替代爭議解決機制前瞻性之特性，係相較於法院訴訟而言。原則上，基於民事訴程序中「不告不理」及「禁止訴外裁判」等處分權主義¹⁰之要

⁹ 公開原則有二個含意，一是指審判公開，另一是指當事人公開。審判公開是指法院之審判活動對公眾公開，法庭活動如言詞辯論及宣判等，需處於不特定多數人得以共見共聞之狀態；而當事人公開係指法庭活動及其資料，基於公共秩序、善良風俗及個人隱私等特定目的，僅對當事人公開，包括書狀、證據及審判筆錄等，只有當事人得以知悉持有該等資料，並得聲請檢閱卷宗證物等。法院訴訟相較於替代爭議解決機制之公開原則，係指審判公開。由於審判之公開，足保裁判之透明公平及法院執法之公正及威信，故各國皆類採取公開審理之原則。參見陳計男，民事訴訟法論(上)，頁283，三民書局，2006年。

¹⁰ 處分權主義亦為現代民事訴訟程序中重要概念之一。處分權主義，指就訴訟之開始、審判之對象、範圍，以及訴訟之終結，賦與當事人以主導權之主義。申言之，在法院訴訟程序中，當事人是否提起訴訟請求法院審判，以及請求法院審判之範圍及標的，係由當事人本於自由意志決定；法院不得進行無訴裁判，或就當事人請求之範圍以外之事項進行審判。參見駱永家，民事訴訟法，頁126，三民書局，1994年9月。

求，法院就當事人間之爭議，僅得針對當事人於訴訟上已提出之範圍進行裁判，對於當事人未提出之爭議、當事人間將來可能產生之爭議或其他商業關係之維繫，法院則無權置喙。替代爭議解決機制則可彌補此項遺憾；除了現存之爭議解決外，對於將來可能產生之爭議或當事人間商事關係之維持，替代爭議解決機制較有立場提供建議以形成新秩序。簡言之，由於替代爭議解決機制較法院訴訟具有較淡「訟爭性」色彩，因此所提供之爭議解決方式可較為彈性及前瞻。

四、簡便性

公平正義為司法訴訟追求的目標之一。為達成公平正義的目標，民事訴訟制度設計嚴謹繁瑣的訴訟程序，以期裁判得與真實的正義相符。惟在追求真實之正義的過程中，當事人可能需投入大量的勞力、時間及費用以證明正義的存在，以致當事人因訴訟所獲得之實質利益因大量資源的投入而受到侵蝕，有違當事人利用法院以解決爭議之真意。替代爭議解決機制可利用較簡速之方式，為當事人提供爭議解決方法，例如較訴訟彈性及簡化之程序，以及快速之結案設計，以避免過多資源之投入，造成當事人實質利益之危險。

五、可複合性

由於替代爭議解決機制係基於當事人之自願及合意而使用之爭議解決方式。因此，以當事人協議為前提，各種不同的替代爭議解決機制可在程序內加以併用，以充分解決當事人間之爭議。

第三項 仲裁為替代爭議解決機制之一環

仲裁(Arbitration)是解決爭議之方式之一，被視為法院訴訟之替代¹¹。就仲裁之文義而言，「仲」為居中之意，「裁」則為裁判及衡量；在古代中國，仲裁亦被稱為公斷，其意為當事人雙方同意就其間所生之爭議事項，由中立第三人進行評價及決定，其目的在於解決當事人間所生之爭議。就仲裁制度之發展歷程而言，仲裁為起源相當早且古老之爭議解決方式。由於仲裁作為爭議解決方式具有其實效及價值，各國在法制上多予以承認其地位及效力，成為高度法制化之爭議解決機制。

就法律概念而言，仲裁雖因不同法域而在法制上呈現不同的界定方式，但基本上認為仲裁係指當事人本於意思自治，合意將爭議交由非司法機構之中立第三人進行審理，並經由該第三人之中立判斷後做出對當事人雙方均有拘束力之爭議解決機制¹²。而當事人同意將爭議提付仲裁，其前提即在於雙方無法就爭議之解決方法達成協議¹³。總體而言，仲裁具有下列三個要素¹⁴：第一、仲裁是以各當事人自願協商為基礎之爭議解決制度和方式；第二、仲裁由當事人選擇以非司法機構之中立第三人進行裁決之爭議解決制度和方式¹⁵；第三、經由當事人選擇之中立第三人為解決爭議所作出的裁決，對各方當事人均具有法律上拘束力¹⁶。

¹¹ MICHAEL P. REYNOLDS, ARBITRATION 7 (1993).

¹² 就法律上概念而言，中外學者對於仲裁之定義見解相當一致；”...Arbitration may be defined as a consensual process executed in a judicial manner whereby a dispute between two or more persons in finally resolved by the arbitrator’s decision which is binding upon the parties and enforceable at law.”, MICHAEL P. REYNOLDS, *supra* note 11, at 3.

¹³ JOHN W. KELTNER, THE MANAGEMENT OF STRUGGLE-ELEMENTS OF DISPUTE RESOLUTION THROUGH NEGOTIATION, MEDIATION AND ARBITRATION 151 (1994).

¹⁴ 喬欣，比較商事仲裁，頁 1，法律出版社，2004 年 11 月。

¹⁵ JOHN W. KELTNER. *supra* note 13, at 151.

¹⁶ 學者說明，仲裁具有私人、自願及具拘束力之特性。參見 THOMAS E. CROWLEY, SETTLE IT OUT OF COURT-HOW TO RESOLVE BUSINESS AND PERSONAL DISPUTES USING MEDIATION, ARBITRATION AND

仲裁係基於爭議當事人之自願及合意達成之協議，由中立第三人而非國家法院對於當事人間爭議進行裁斷的一種爭議解決方式，該裁決通常具有終局約束力¹⁷，已如前述。惟就普遍法制面而言，相較於其他替代爭議解決機制，仲裁已是高度法制化之爭議解決機制，廣為各立法所採納。因此，仲裁在定位上是否屬於替代爭議解決機制，則有不同見解。

有認為現代仲裁程序已高度法制化，當代的仲裁實務傾向於將仲裁排除在替代爭議解決機制之外¹⁸。也有學者認為，替代爭議解決機制是無需法院或仲裁作出具有拘束力裁決之爭議解決方式¹⁹。按照此等見解，仲裁與訴訟之定位相同，均為非替代爭議解決機制，而被排除在替代爭議解決機制之外。此見解之立論依據，在於著眼仲裁於法制上之地位。仲裁廣受法制之承認及規範；對於仲裁此一爭議解決機制之法律規範密度，包括程序規範等，其高度及嚴謹度已與訴訟制度無異；也因此，仲裁機制應與訴訟制度等量齊觀，而應不認為仲裁係替代爭議解決機制。

肯定見解則由替代爭議解決機制之特點及仲裁之本質出發，主張替代爭議解決機制是訴訟的替代方式，而將仲裁視為替代爭議解決機制之一環。由於替代爭議解決機制係以代替訴訟為出發點，仲裁之本質及其功能即在替代訴訟，成為當事人間之爭議解決方式。

學者試圖從其他角度觀察仲裁及替代爭議解決機制之關係。就文義而言，仲裁顯然是一種替代訴訟的爭議解決方式，在諸多替代爭議解決機

NEGOTIATION 171 (1994).

¹⁷ 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 5，北京知識產權出版社，2006 年 6 月。

¹⁸ 黃進、宋連斌、徐前權，前揭註 5，頁 2。

¹⁹ 瓦格納 (David E. Wagoner)，運用調解和其他可選擇性爭議解決方式(ADR)解決國際商事爭議，國際商事仲裁文集，頁 197，中國國際商會仲裁研究所，1998 年。

制當中，只有仲裁得到廣泛接納²⁰；就替代爭議解決機制之本質及發展歷史而言，替代爭議解決機制所要代替者為訴訟，而非訴訟及仲裁，蓋法院程序的法律化及法院審判負擔之沉重，才是替代爭議解決機制發展之主要原因²¹。

揆諸前揭說明可知，仲裁既是司法外解決爭議之制度化機制，已成為解決商事爭議之常用手段，並為訴訟制度之重要補充²²；因此，仲裁定位為替代爭議解決機制，要屬無疑。

仲裁機制依其適用領域的不同，大致可區分為二種²³：

一、 國內仲裁(Domestic Arbitration)

所謂國內仲裁，係指本國當事人間於一國範圍內所進行之不具有國際因素之仲裁。國內仲裁制度之設立目的，主要在於提供域內之當事人一替代爭議解決機制，以解決當事人間之國內爭議；使該國之爭議當事人，得在該國法律許可範圍內，將國內爭議以仲裁方式處理。因此，可受仲裁之爭議範圍較多元，包括國內商業爭議、勞動爭議、公共工程爭議等等。由於國內仲裁所涉及之可受仲裁之爭議範圍及法律適用均僅限於該國之國內法，為該國國內程序法之一環，故非本文之主要研究對象。

二、 國際仲裁(International Arbitration)

國際仲裁包括公法領域之國際仲裁及私法領域之國際商事仲裁。公法領域國際仲裁之適用範疇，主要在於解決國家與國家間發生之國際爭議。申言之，一國與他國間如就公法上之爭議，欲以仲裁之方式提請第

²⁰ 黃進、宋連斌、徐前權，前揭註 5，頁 2。

²¹ 王生長，前揭註 3，頁 9。

²² 趙健，國際商事仲裁的司法監督，頁 1，法律出版社，2000 年 1 月。

²³ 韓健，現代國際商事仲裁法的理論與實踐，頁 1，法律出版社，2000 年 8 月。

三人進行裁決時，此時之仲裁即為所謂國際仲裁。國際仲裁為國際公法研究之領域，並非一般私法或民商法之範圍，故非本文所關注之課題。

另所謂國際商事仲裁，係指當事人間為解決國際商事爭議所進行之仲裁。國際商事仲裁機制之目的在於解決當事人間之國際商事爭議。與前揭國際仲裁相較，國際商事仲裁係為解決當事人間與國際商事交易有關之私法爭議，而非國家間之公法爭議；換言之，商事性質是區別國際商事仲裁及國際仲裁之主要標識之一²⁴。另國際商事仲裁與國內仲裁之相異處，在於國際商事仲裁具有國內仲裁所未具備之國際因素或跨國因素；而國際性質也是國際商事仲裁與國內仲裁得以區別之因素²⁵。由於國際貿易繁盛及各國經濟發展需要，現今各國對於國際商事仲裁制度多提供相當的支持。



第三節 國際商事仲裁之概念

第一項 國際商事仲裁概說

國際商事仲裁機制，為替代爭議解決機制之一環，其目的在於解決當事人間國際商事爭議。由於各國國內之國際商事仲裁制度，為整體國際商事仲裁機制之一部份；國際商事仲裁可謂為各國內國法制下之國際商事仲裁制度的延伸。就法制面之規劃及實務運作而言，國際商事仲裁機制，除了由國際組織或區域所建構的仲裁機制外，尚包括各國國內法下

²⁴ 除了商事性質外，國際商事仲裁與國際仲裁之相異處尚包括：一、仲裁當事人不同：國際商事仲裁當事人為一般法人和自然人，國際仲裁之當事人為國家等國際法主體；二、適用的法律不同：國際商事仲裁適用的法律包括國內法等，而國際仲裁適用的法律僅限於國際法；三、裁決效力不同：國際商事仲裁對當事人而言有拘束力，通常可就該裁決進行強制執行，而國際仲裁之裁決對於國家僅有道德上之拘束力，基於國家主權豁免，不得進行強制執行。參見于喜富著，前揭註 17，頁 7。

²⁵ 于喜富著，前揭註 17，頁 10。

設立之國際商事仲裁制度。因此，在研究國際商事仲裁機制時，需先就各國仲裁制度之法制面進行探討。

第二項 國際商事仲裁之沿革

國際商事仲裁為一歷史悠久的爭議解決機制。早在西元前六世紀時，希臘諸城邦之間即以仲裁方式解決其間之爭議；惟該等仲裁目的在於解決城邦國家間之爭議，其性質較近於前揭公法領域的國際仲裁。羅馬時代，其法制已開始肯認仲裁可為解決民商事爭議之制度²⁶，時仲裁裁判者係基於當事人間之協議進行裁決，並以公平原則為裁決之依據。然而，羅馬時代之仲裁制度，究其本質而言，為解決國內當事人間不具國際因素爭議之國內仲裁。

國際商事仲裁之濫觴，應源於古希臘及古羅馬時代之環地中海區。由於海上交通較為發達及商品經濟較有規模，隨著城邦及港口商業及貿易往來，商人間彼此產生之爭議增加，包括商事爭議及海事糾紛等。為順利解決該等紛爭並維持商誼，商人間協議共同商請有德望之中立第三人進行紛爭之排解。由於此種爭議解決方式由於具有彈性、和諧及簡便之優點，故廣受商人圈之歡迎，並逐漸形成仲裁之共識。惟此時之仲裁機制，並沒有國家法制上之地位，其裁決也端賴道德約束及自動履行，沒有法律上之強制力。

²⁶ 仲裁制度係記載於羅馬之《十二銅表法》及《民法大全》。參見喬欣，前揭註 14，頁 18。另參考彭云業、沈國琴，論仲裁制度中當事人意思自治的擴與限，法學評論，2001 年第 4 期，頁 58。

十三、十四世紀義大利已出現國際性的商事仲裁²⁷。同時，英國、瑞典均於法制中承認仲裁為一紛爭解決制度；西元 1347 年之英國法中即有仲裁之制度，而十四世紀中葉瑞典之地方規中也承認仲裁是解決爭議之合法途徑。十六至十七世紀，英國東印度公司在其章程中規定公司成員間之爭議得以仲裁方式解決。嗣後，英國議會於西元 1697 年正式承認仲裁制度，並產生第一個仲裁法案。

十八至十九世紀為仲裁法制化加速時期，歐洲國家紛紛開始創設仲裁立法，以專門立法或在民事訴訟法中以專章方式賦予仲裁機制於其國內法制上之地位，使仲裁制度得於其國內獲得之肯認及發展。法國及德國即於 1807 年及 1877 年分別於其民事訴訟法中規範仲裁制度；1887 年瑞典正式制定第一部仲裁法，而英國也於 1889 年制定了第一部仲裁法。日本於 1890 年於其民事訴訟法中規定仲裁制度。此外，美國亦於 1925 年頒布聯邦仲裁法。惟此時之仲裁機制及相關立法，仍主要著重於國內商事爭議之解決²⁸。

廿世紀以來，各國多已設有內國之商事仲裁機制，包括其仲裁法制及仲裁實務；而該等內國商事仲裁機制所得處理之爭議範圍，也已由國內商事爭議擴及國際商事爭議。申言之，國際商事仲裁機制，因各內國之國際商事仲裁機制之完善而逐漸完整。二次大戰後，特別自 1960 年後迄今，國際商事仲裁機制有更明顯的發展，在國際經濟貿易糾紛解決之運用及重要性，已不下於內國法院²⁹。再者，除了前揭內國之國際商事仲裁機制外，由於國際貿易之規模急遽擴大及國際經濟型態之複雜化³⁰，國際

²⁷ 劉景一、喬世明，仲裁法理論與適用，頁 3，人民法院出版社，1997 年 8 月。

²⁸ 黃進、宋連斌、徐前權，前揭註 5，頁 16。

²⁹ 柯澤東，國際私法，頁 261，元照出版，2002 年 8 月。

³⁰ 以世界貿易總額為例，1950 年之世界貿易總額為 607 億美元，而到 2000 年則增加為 60000 億美元，五十年間成長近百倍。參照王生長，前揭註 3，頁 1。

組織開始建構國際性或區域性的仲裁機制，例如由國際商會(International Chamber of Commerce, ICC)設立之國際商會仲裁院(ICC International Court of Arbitration)、世界智慧財產權組織(World Intellectual Property Organization, WIPO)設立之世界智慧財產權仲裁中心、依《解決國家與他國國民間投資爭端公約(The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, the ICSID Convention or Washington Convention)》成立之解決投資爭端中心(The International Center for Settlement of Investment Disputes, ICSID)³¹等等。除國際仲裁機構之建置外，國際社會也開始進行國際商事仲裁司法互助及立法統一之工作，包括 1958 年各締約國於紐約訂立之《承認及執行外國仲裁裁決公約(New York Convention 1958)》、前述 1965 年於華盛頓簽署之《解決國家與他國國民之間之投資爭端公約(ICSID Convention)》，以及 1985 年由聯合國國際貿易法委員會制定之《國際商事仲裁示範法(Model Law on International Commercial Arbitration)》等等。在現今之國際商事爭議之解決方式中，國際商事仲裁確能充份發揮替代爭議解決機制之功能，故受到國際社會之高度重視。

第三項 國際商事仲裁之界定

國際商事仲裁之商事性質，是其與國際仲裁得以區別之主要標識；而國際商事仲裁之國際性質，則是其與國內仲裁之分野，已如前所述。惟為清楚界定國際商事仲裁之範圍，本文仍需就國際商事仲裁之「國際性」及「商事性」分別進行探討。

³¹ 至 2006 年底，該公約已有 155 個國家簽署。ICSID 為 20 世紀 90 年代後成為發展中國家與其外國投資者間重要之爭端解決機制。參照蔡從燕，外國投資者利用國際投資仲裁機制新發展反思，法學家，2007 年第 3 期，頁 102。

一、國際商事仲裁之國際性質

國際商事仲裁之國際(International)性質之確定，將關係到該等仲裁應適用之法律；在區分國際商事仲裁及國仲裁之法域，國際商事仲裁和國內仲裁是分別適用不同的法律及仲裁規則的³²；也有法域就國際商事仲裁所其應適用之法律，免除同法域之國內仲裁應具備之限制，在仲裁法制較完備的國家，一般均賦予國際商事仲裁當事人較國內仲裁當事人更多的自由權(freedom)³³。由於國際商事仲裁為各國內國法制下之國際商事仲裁制度的延伸，各內國之國際商事仲裁之國內立法，目的均在於規範具有國際性質之國內仲裁³⁴。因此，有關國際商事仲裁之國際性質之界定，一般有下列二種認定標準：

(一)實質的連結因素(material connecting factors)

實質連結因素標準，亦稱為地理標準(geographic criterion)或法律標準(juridical criterion)，係指國際性質之界定，是以實質性的連結因素為據，包括仲裁地點、爭議當事人國籍、住所或居所等等。如此等連結因素有國際或跨國之性質時，此時與該連結因素相關之仲裁即具有國際性質，而可歸類為國際商事仲裁。

(二)爭議的國際性質

有鑒於以實質連結因素推論國際性質，無法完全說明國際商事多樣性之特性³⁵，因此學者另以爭議之國際性質作為判斷仲裁國際性質之依據。爭議之國際性質，係指就爭議本身進行分析，如爭議與國際商事利益有

³² 于喜富著，前揭註 17，頁 12。

³³ 韓健，前註 23，頁 3。

³⁴ 于喜富著，前揭註 17，頁 13。

³⁵ 韓健，前註 23，頁 6。

關時，則就該爭議進行之仲裁則為國際商事仲裁。此標準又稱為經濟標準(economic criterion)，即在探討國際商事仲裁之國際性質時，將經濟考量(economic consideration)列於重要地位。

針對前揭二種標準之分歧，1985年《國際商事仲裁示範法》提供了更廣義的國際商事仲裁概念³⁶，並兼顧實質的連結因素及爭議的國際性質二種觀點³⁷。在《國際商事仲裁示範法》之規範中，國際商事仲裁應具備下列因素³⁸：

- (一) 仲裁協議雙方當事人在簽署該協議時，其營業地位於不同國家；或
- (二) 下列地點位於雙方當事人營業地共同所在國家之外：
 - (i) 仲裁協議或依仲裁協議所確定之仲裁地；
 - (ii) 商事關係之義務履行地或與爭議之標的具有最密切關係之地點；或
- (三) 雙方當事人已明確約定，仲裁協議之標的與一個以上之國家有關。

除了兼顧前揭實質的連結因素及爭議的國際性質二種觀點，以及提供更廣的國際性質的概念外，《國際商事仲裁示範法》之規定顯示了以當事人合意來確定國際仲裁的傾向，豐富了國際性質的內容³⁹。因此，有學者認為《國際商事仲裁示範法》為界定國際商事仲裁之國際性質的第三種標準⁴⁰。

³⁶ 宋連斌，國際商事仲裁管轄權研究，頁4，法律出版社，2000年1月。

³⁷ 于喜富著，前揭註17，頁15。

³⁸ UNITED NATIONS PUBLICATIONS, UNCITRAL MODEL OF LAW ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION (1994).

³⁹ 宋連斌，前揭註36，頁5。

⁴⁰ 于喜富著，前揭註17，頁15-16。

二、國際商事仲裁之商事性質

在國際商事仲裁之概念中，商事(commercial)性質之確定將關係到當事人間爭議之可仲裁性(Arbitrability)，並影響國際商事仲裁協議及仲裁裁決之效力⁴¹。雖然商事性質對於國際商事仲裁之界定具有其重要性，但國際間對於所謂商事之概念，迄今並無公認的定義。儘管如此，如就現行國際公約之相關規定進行分析，仍可看出端倪。由於各國仲裁立法及實務運作之不同，為維持國際仲裁可落實及運行，國際仲裁公約上設立「商事保留」制度；締約國可以聲明僅就其國內法律規範下屬於商事性質之法律關係爭議適用公約。換言之，所謂商事性質之認定，將由締約國之國內法進行處理。1923年日內瓦《仲裁條款議定書(Protocol on Arbitration Clauses)》及1958年《承認及執行外國仲裁裁決公約》即採該等商事保留制度⁴²。在此制度下，所謂商事性質之定義，將交由國內法予以補充。

1961年「歐洲國際商事仲裁公約」並未採取商事保留制度，亦未直接對商事性質進行界定，僅在公約第一條規定，本公約適用於自然人或法人為解決其相互間在國際貿易發生的爭議而締結之仲裁協議⁴³。雖然逕將商事性質界定為國際貿易，在概念上不夠完整，但不可否認的，國際貿易之概念，仍可納入商事性質之範圍中。此外，1985年「國際商事仲裁示範法」之注釋中，就商事概念採取廣義的解釋，以包括所有與商事性質相關之事項，無論契約性質或非契約性質，例如商品或勞之貿易關係、銷售契約、代表或代理關係、租賃、投資、融資、保險、商業合作及貨物或旅客的運送等等。

⁴¹ 于喜富著，前揭註 17，頁 5。

⁴² 依該公約第 1 條第三項規定，任何締約國得聲明，該國僅於爭議係源於法律關係，無論是否為契約性質，而依提出聲明國家之內國法認為為商事關係者，始適用本公約。

⁴³ 于喜富著，前揭註 17，頁 8。

就國際仲裁制度之發展而言，無論國際公約或國內法之規範，對於商事性質之界定，均逐漸採取廣義之見解；而商事性質對於爭議事項之可仲裁性的影響，也正逐步漸少。為了使爭議得以依仲裁方式進行處理，國際間傾向放寬更多原屬非商事性質之爭議，得以提付仲裁之方式解決。

第四項 國際商事仲裁之類別

按照不同的區分標準，國際商事仲裁可分為下類常見類別：

一、機構仲裁與臨時仲裁

以國際商事仲裁的組織形式為標準，即基於當事人提付仲裁之機構為常設仲裁機構或是臨時仲裁機構，可將仲裁區分為機構仲裁(institutional arbitration)和臨時仲裁(ad hoc arbitration)。

(一) 機構仲裁

機構仲裁是當事人基於合意，將爭議交由常設性的仲裁機構進行裁決；申言之，機構仲裁是指在常設的仲裁機構管理下進行的仲裁⁴⁴。此種仲裁常設有其仲裁規則以利仲裁程序之進行，並有固定的仲裁地點、組織章程、仲裁員名冊及管理制度。由於機構仲裁具有如下優勢，因此已經成為世界上最主要仲裁方式⁴⁵：

1. 機構仲裁有利當事人進行國際商事仲裁。當事人基於合意而訂立仲裁協議時，通常只需指定常設仲裁機構及該機構設立之仲裁規則即可，無需自行創設新的規則。此點有利於當事人將爭議提付國際商事仲裁處理。

⁴⁴ 韓健，前揭註 23，頁 29。

⁴⁵ 喬欣，前揭註 14，頁 5-6。

2. 機構仲裁可確保程序效率。常設仲裁機構多備有仲裁員名冊以利當事人選擇及組織仲裁庭；同時，該等仲裁機構通常設有行政組織，例如秘書處，負責提供行政服務、案件管理及文書處理等，可確保仲裁過程中所需之支援及程序效率。
3. 仲裁裁決之可信度較高。常設仲裁機構由於備有仲裁規則，提供當事人公開及可預見的仲裁機制；仲裁員名冊中之仲裁員通常也由具有專業知識及經驗的專家擔任。此外，由於機構仲裁可累積相當裁決經驗，因此仲裁裁決較易為當事人所信服。
4. 仲裁程序及費用明確。由於常設仲裁機構之仲裁規則及費用標準明確，使當事人得預估提付仲裁所需耗費之成本，包括勞力、時間、費用等，有利於當事人為解決爭議所需進行之策略評估。

(二) 臨時仲裁

臨時仲裁是仲裁的原始形態，在機構仲裁出現之前，臨時仲裁是惟一的國際商事仲裁的形式；而臨時仲裁則是相對於機構仲裁之概念⁴⁶，係指當事人依仲裁協議就爭議提付仲裁時，該爭議係由臨時選定之仲裁員組成臨時的仲裁庭，依雙方協議之仲裁規則進行仲裁，而非由常設仲裁機構進行處理。在仲裁裁決做出後，該臨時仲裁庭即因任務完成而宣告解散。臨時仲裁的特點在於程序彈性而靈活，當事人意思自治支配之範圍更廣，仲裁成本可因仲裁效率提高而節省等⁴⁷。有學者更認為，臨時仲裁制度也符合仲裁正義及效率之價值需求⁴⁸。

⁴⁶ 童曦，臨時仲裁制度研究，仲裁與法律，第 101 輯，頁 69-70，2006 年 4 月。

⁴⁷ 臨時仲裁無需如機構仲裁般，需繳納特定數額的管理服務費用(如立案費)予仲裁機構。

⁴⁸ 儲永昌，臨時仲裁制度探析-兼論中國仲裁服務市場的開放，仲裁與法律，第 100 輯，頁 69。

惟臨時仲裁有其制度本質之缺點，包括仲裁程序監督機制不完備，無法克服當事人於程序中之拒不合作；缺乏行政及管理支援，程序效率無法有效確保；仲裁員之資格及公正無法檢證，進而影響仲裁裁決之可信服度；仲裁程序和費用之不明確，降低當事人使用臨時仲裁機制之可預測性。為了克服前述缺陷，聯合國國際貿易法委員會於1976年頒布《仲裁規則(Arbitration Rules of United Nations Commission on International Trade Law, UNCTRAL Rules)》，對於國際商事仲裁之程序提供參考，並由當事人自行選擇適用於臨時仲裁，對於臨時仲裁特長之發揮，具有積極的作用。

二、依法仲裁與友好仲裁

按國際商事仲裁裁決是否依據法律進行為標準，國際商事仲裁可區分為依法仲裁及友好仲裁。



(一) 依法仲裁

所謂依法仲裁，係指國際商事仲裁之裁決係依一定之法律做成。依法進行國際商事仲裁是各國普遍使用之仲裁方式⁴⁹，依法仲裁要求國際商事仲裁之進行需有明確之法律依據，包括法律所承認之仲裁規則及仲裁程序。在依法仲裁之原則下，由於當事人對於仲裁程序之進行所適用之法律規範具有可預測性，因此仲裁裁決之可信服度較高。

(二) 友好仲裁

友好仲裁又稱為原則仲裁，係指國際商事仲裁可依照當事人之明確授權，直接以公平原則就爭議進行裁決。友好仲裁裁決欲對當事人具有拘束力，需有特定條件；包括需經當事人之明確授權、公平原則之內容及

⁴⁹ 喬欣，前揭註14，頁7。

範圍需為當事人所得理解及掌握、以及仲裁需遵循仲裁地之公共政策及法律強制規定等。友好仲裁具有相當大的彈性和靈活性，但相對而言，其運用公平原則所導致之主觀性的缺失，則是一些國家對友好仲裁予以限制及排除的主要原因。

第四節 國際商事仲裁之性質

國際商事仲裁為一替代爭議解決機制，普遍受各國之法制承認。其法律性質之界定，將影響國際商事仲裁制度在各國法制面之設計及實務運作，例如國際仲裁管轄權之分配、司法對於仲裁機制之監督及協助，以及法院對於當事人間之仲裁協議所持之態度等。有關國際商事仲裁性質之界定，向有多種不同之見解，有認為應將仲裁裁決視同法院之判決，使國際商事仲裁具有司法性質；亦有認為應著眼於仲裁協議之契約性質，而將國際商事仲裁界定為當事人間之契約。更有前揭二種見解之折衷看法，以及二十世紀 60 年代開始發展之自治理論等等。茲詳述如下：

一、司法權理論(Jurisdictional Theory)

司法權理論主要見解，認為仲裁機制行使之權力為國家司法權，因而國家對在其管轄範圍內進行的所有仲裁都有監督和管理的權力⁵⁰；仲裁的性質在於國家透過國內法來控制仲裁進行⁵¹；仲裁的權限和效力是執行地國法之讓與⁵²。

司法權理論之立論依據，在於仲裁機制所就個案行使之審判權，性質

⁵⁰ 黃進、宋連斌、徐前權，前揭註 5，頁 8。

⁵¹ 宋連斌，前揭註 36，頁 13。

⁵² 韓健，前揭註 23，頁 35。

上為司法權，亦為國家主權之展現。由於當事人間爭議案件之解決及評價，通常是由國家透過法院以審判之方式進行，而仲裁機制之設計目的，亦為就事人間爭議案件進行解決及評價，仲裁機制所行使者即為國家之審判權。審判權既然為國家主權之一，應僅有國家得以行使此種權力，仲裁機制如欲享有同等權力，需經由仲裁地國法律授權。惟如法律授權並承認仲裁機制，則仲裁員即得因國內法授權而取得審判權，其地位即可評價為行使司法權之私人法官，而仲裁裁決之地位則視同法院之判決。

惟司法權理論因觀察角度不同，尚區分為二個次理論；一為判決論(the Judgment Theory)；另一為代表論(the Delegation Theory)及國內法論(the Municipal Law Theory)。依判決論之主張，認為仲裁員的任務在於對當事人間之爭議案件進行評價，任務之本質為司法權之行使，而其所為之仲裁裁決，即為行使司法權後之成果。代表論之看法則認為，仲裁機制是國家基於公共利益之需要，而在其司法權管轄之領域內授與仲裁員得以行使部份司法權之權限；就此一層面而言，仲裁員乃行使國家部份公共職能之代表。國內法論則主張，仲裁員之權限來自於授與權力之國家，並由該國之國內法賦予。詳言之，判決論所著重之觀點在於仲裁裁決本身地位之評價，即仲裁裁決被視為判決予以執行，而非被評價為普通契約；代表論則強調仲裁員地位之評價，認為仲裁員係代表國家行使審判權之臨時法官；而國內法論則著眼於仲裁員權力之來源，認為仲裁員所得享有就當事人間爭議案件予以審判之權力，係由於國內法，即仲裁地法之授權。

司法權理論最受批評之處，在於過度強調國內法之授權及控制，以及仲裁地法之作用，不當且過度連結仲裁及司法主權，不但使仲裁員於仲裁時所適用之實體法受限，也使當事人及仲裁員之自主權受到相當的干涉。更重要的是，司法權理論未重視當事人間之仲裁協議，忽視了仲裁

之民間性及其為替代爭議解決機制之地位，不利於國際商事仲裁之發展。有學者即認為，即使法院對於仲裁機制予以支持及監督，也不必然表示仲裁即具有司法性；蓋現代法律禁止原始自力救濟，任何爭議解決方式都無法脫離法律之制約。因此，與其認為仲裁具司法權性質，不如認為仲裁是在法律承認之範圍內，對當事人所提供的選擇爭議解決機制權利之保障⁵³。

二、契約理論(Contractual Theory)

契約理論強調仲裁機制的契約性。此說見解認為，仲裁係基於當事人間之意願及協議而建立；當事人除了得以合意選擇仲裁為爭議解決機制外，對於仲裁程序也享有自主權，包括仲裁機構、仲裁規則及準據法、仲裁員，以及仲裁地點等均有決定權。因此，當事人間就仲裁一事所達成之契約，成為啟動整個仲裁程序之基礎。

與司法權理論相較，契約理論認為仲裁員之仲裁權係源自爭議當事人，而非由國家或法律授與。傳統之契約理論認為，仲裁裁決係仲裁員基於當事人之代理人地位所訂立之契約。當事人以仲裁協議為基礎，授與仲裁員仲裁權，俾便藉由仲裁員之力訂立拘束雙方之協議以解決爭議，而仲裁裁決，則為用以表彰爭議解決之協議。再者，仲裁裁決亦因以當事人之合意為程序之基礎，而得以在國內法制下獲得承認並得對當事人進行執行。傳統之契約理論對於早期仲裁機制的發展有重大影響，例如仲裁員所享有之仲裁權，在傳統契約理論下，如同代理權一般，係由當事人所授與；而對於該等授權，當事人可在裁決前自由撤回，其概念即同於代理權撤回之理論⁵⁴。

⁵³ 黃進、宋連斌、徐前權，前揭註5，頁9。

⁵⁴ 一般見解認為，代理權係一種資格或地位。代理權之授與並非契約，為不必得代理人承諾即可成立之單獨行為。因此，代理權之授與對代理人而言，係資格之取得而非實質權利之授與，授權人

惟傳統的契約理論有其理論上之缺陷。首先，基於立場及目的之差異，仲裁員不應被視為當事人之代理人。仲裁員應立於中立第三人之地位，對當事人間所發生之爭議進行客觀評價，以解決該爭議；而代理人係為當事人利益考量，以當事人之代理人身份延伸當事人之活動領域，也因此，仲裁裁決係仲裁員對爭議之客觀評價，而無法完全符合當事人之利益及期望，如將仲裁員視為當事人之代理人而仲裁裁決未符當事人之利益時，在理論上並無法進行說明。再者，就現行普遍的仲裁法制而言，仲裁員之仲裁權限，除有法定事由外，並不得撤回，此點也與代理權限隨時得由當事人撤回之意旨不符。最後，如將仲裁員視為當事人之代理人，將使仲裁機制與和解機制無法區分。由前揭說明可顯見，傳統的契約理論無法就仲裁之性質予以清楚界定。

鑒於傳統契約理論的缺失，廿世紀的契約論者提出了不同的看法。雖現代契約論仍將仲裁視為私法或債法領域，並認其本質仍具契約性質，但已放棄將仲裁員界定為當事人之代理人之見解。申言之，現代契約理論認為，仲裁的性質係一以當事人合意為基礎的私人的機制，仲裁協議對當事人間之拘束力，使得仲裁裁決成為仲裁協議及仲裁機制下之成果；仲裁員非當事人之代理人，其地位於裁決時為私人法官，功能在於調整當事人間之法律關係。就仲裁程序而言，基於仲裁機制之契約性，只要程序上不違背公共政策且仲裁裁決係基公正方式產生並符合其應適用之法律，即應獲當事人承認及履行。雖現代契約論之概念已廣為被接受，但仍無法避免對其理論弱點之批評；就仲裁之本質而言，仲裁員的任務在於對當事人間之爭議進行評價並提供具有實體拘束力的決定，因此仲裁機制應具有某程度的司法性質，單論仲裁機制之運行為當事人間契約，不但有弱化仲裁機制之虞，也使仲裁機制無法與其他替代爭議解

可隨時撤回該授權。參見王澤鑑，民法實例研習-民法總則，頁 359，三民書局，1993 年。

決方式，如調解、和解等進行區別；再者，如就仲裁裁決性質之角度觀察，僅將仲裁裁決視為當事人間之契約，而要求包括裁決作成地以外之法域予以承認及執行時，將與有違實際各國法律規範。

儘管如此，現代契約理論仍掌握了仲裁機制之基本精神，包括強調仲裁之契約性質和民間性質，以及肯認仲裁協議之地位等等。此等概念之提出，不但為後述的混合理論所採納，亦反應在國際商事仲裁機制之制度設計及實務運作中。

三、混合理論(Mixed or Hybrid Theory)

混合理論試圖兼採司法理論和契約理論之長，在現代國際商事仲裁學說中較有影響⁵⁵。此理論主張仲裁兼有契約性及司法性；就仲裁員之定位而言，混合理論將其界定為職司判斷之第三人，但並非代表國家行使公共職能；仲裁裁決具有判決性質，且非單純的契約；當事人間之仲裁協議在賦予仲裁員仲裁管轄權之同時，國家就系爭爭議之審判權即被排除，但仲裁程序之進行及程序法規之適用，又具有司法權之性質，而公共政策之維持，在仲裁機制中受到重視。依前揭混合理論的見解，由於仲裁係源於當事人間之協議所採用之爭議解決機制，而爭議解決機制需於一國法制承認之範圍內始有實益，因此，仲裁機制同時具有契約性質及司法性質，而且這二種性質需相互配合，不可偏廢。

混合理論之見解受到之批評，在於法律的適用上。由於仲裁機制同時具有契約性質及司法性質，導致法律適用的複雜化；而且契約及司法此二種完全不同的性質，如何在仲裁機制的法制面上予以調和，也有實際上的困難。因此，混合理論乃出現了修正說，再次試圖加以調和，認為仲裁機制的契約性和司法性係分別顯現在仲裁程序的不同階段當中，仲

⁵⁵ 宋連斌，前揭註 36，頁 13。

裁員的工作具有司法性質，而仲裁管轄權則源於當事人之仲裁協議。

然修正後的混合理論仍未完全解釋所有的問題，包括前揭的法律適用，例如仲裁協議及國家法律對於契約規範的問題，以及仲裁機制當中法院的支持與監督等關係。另外，仲裁機制之各項影響契約性及司法性的因素權重為何，混合理論亦未提出說明。但不可否認的是，在國際商事仲裁機制之實踐中，混合理論的確提供了可操作的理論基礎，因此在建構仲裁機制之理論上，具有其重要地位。

四、自治理論(Autonomous Theory)

有學說從全新的角度出發，重新思考國際商事仲裁機制的性質。此學說認為，基於對國際商事仲裁機制之需求及發展，仲裁機制之性質應重新界定。國際商事仲裁機制既是爭議解決機制之一，其重點應在於機制本身的設立目的和功能，並以符合當事人對於爭議解決機制之期待為目標。由於國際商事仲裁係源於十四世紀的商人法及商人自治，已如前所述。因此，充分發揮當事人意思自治的精神，在仲裁機制的設計及實務運作上是必要的，公共政策對於仲裁機制的限制，應採最低限度為之。此說見解認為，就仲裁機制之定位而言，並非絕對二分為司法性或契約性，仲裁亦非一種混合制度。仲裁機制應具有獨立性及自治性，故稱為自治理論，或獨立理論。

自治理論承認仲裁為一自治機制，並承認仲裁之非國內化⁵⁶及當事人

⁵⁶ 國際商事仲裁之非國內化(denationalization)或非當地化(delocalization)，是 70 至 80 年代國際仲裁法學界關注之議題。所謂非國內化或非當地化，有二個含義：第一、國際商事仲裁程序得以當事人意思自治決定，不受仲裁地之法律控制；第二、仲裁所適用的準據法得由當事人自行選擇，如當事人未予選擇時，仲裁庭得適用國際法或一般法律原則，而不需適用特定國家，尤其是仲裁地之法律。國際商事仲裁之非國內化議題之探討，主要針對當事人意思自治於仲裁中之重要性，以及司法對於仲裁之監督程度而來，此一原則目前逐漸受到仲裁實務運作之支持。參見趙健，前揭註 22，頁 34-35。就國際商事仲裁裁決之執行而言，在非國內化理論下，在當事人就該裁決申請執行前，該裁決不受任何國家法院之監督，法院不得撤銷該仲裁裁決。因此，此等仲裁裁決通常被稱為無國籍裁決(unnational award)或浮動裁決(floating award)。參見聶詠青，非內國仲裁理論評論，法學論壇，第 234 期，頁 22，2005 年 9 月。

高度的意思自治，包括實體法及程序法的選擇及適用。就仲裁機制之發展而言，國際商事仲裁在廣為商人使用後，才獲得法律之確認。因此，當事人意思自治原則之適用，並非基於仲裁之司法性或契約性，而是源於機制實踐過程中之需要；而將仲裁賦予強制力，目的在於使商人得以順利解決爭議並處理國際商事關係，與仲裁本身是否具有司法性或契約性無涉。

自治理論不以前揭三種學說為立論基礎，而是從國際商事仲裁實務運作之結果歸納仲裁機制之性質，並認為仲裁協議及仲裁裁決之執行乃國際商事慣例，被評為過簡單化及理想化，也與現行國際商事仲裁之法制不符。再者，過於強調仲裁機制的自治性，也使得仲裁與其他替代爭議解決機制無法區分。惟此理論強調仲裁機制的目的及功能，以及著眼於當事人意思自治之概念，確實反應了部份國際商事仲裁機制之發展趨勢，在理論建構上頗具參考價值。

揆諸前揭說明可得知，國際商事仲裁機制之性質有司法權理論、契約理論、混合理論及自治理論等等，該等理論各有所長，也有其不完備之處。因此，在研究國際商事仲裁之性質時，不應僅將仲裁之性質簡單理解為司法性、契約性或自治性，而是應將仲裁視為兼具多種不同性質之替代爭議解決機制，始得更全面及精確掌握國際商事仲裁之性質。

第五節 國際商事仲裁之宏觀發展

隨全球化經濟及貿易之發展，國際商事爭議之發生履見不鮮，爭議當事人對國際商事仲裁此一替代爭議解決機制之需求相對增加，國際商事仲裁機制亦隨此等需求而有所改變。有學者即認為，國際商事仲裁之興盛，是全球化現象的一個重要特徵；全球化國際貿易對國際商事爭議解

決機制，包括國際商事仲裁，提出了更高的要求⁵⁷。國際商事仲裁機制之優勢，為爭議當事人擇其為替代爭議解決機制之原因，惟國際商事仲裁也有其局限性。本文在此所研究之重點，並不在比較各國國際商事仲裁制度之孰是孰非；而是就國際商事仲裁的價值取向及發展趨勢，進行宏觀的觀察。

第一項 國際商事仲裁之優勢與局限性

國際商事仲裁具有下列優勢⁵⁸：

一、自主性

國際商事仲裁之自主性，又稱為自治性，係指仲裁程序之進行，係充分以當事人意思治為基礎，包括選擇以仲裁方式解決爭議、仲裁機構及仲裁員之選定⁵⁹、受仲裁之爭議範圍、仲裁地點之確定，以及仲裁應適用之程序等，當事人均可依其意思決定。申言之，當事人之意思為國際商事仲裁之基礎，並具有高度之支配作用。學者認為，國際商事仲裁的特點，就是當事人的自治性⁶⁰。

二、專業性

相較訴訟案件之處理由法官法院特定之分案方式進行，當事人對案件承審法官無從選擇，國際商事仲裁可由當事人選任具備專業知識經驗者擔任仲裁員，該等仲裁員對爭議及事實掌握較好，有利公平解決爭議。

⁵⁷ 于喜富著，前揭註 17，頁 43-44。

⁵⁸ 宋連斌，前揭註 36，頁 23-24。

⁵⁹ 學者認為，當事人得選任獨立而可受信賴之仲裁員，是仲裁最重要的優點。參見 THOMAS E. CROWLEY, *supra* note 16, at 177. ANTHONY KENNERLEY, *ARBITRATION-CASES IN INDUSTRIAL RELATIONS* 3 (1994).

⁶⁰ 韓健，前揭註 23，頁 23。

三、保密性

對於爭議案件不公開審理及裁決為國際商事仲裁之原則，此原則已成為國際商事仲裁機制之慣例⁶¹；保密性亦為國際商事仲裁之重要特徵⁶²。此原則有利於當事人營業祕密之保護，亦利於爭議之解決及雙方將來之合作。

四、管轄權確定

相較於國際商事爭議發生時，法院之管轄權可能因不確定而發生突襲之情形，國際商事仲裁於當事人合意訂立仲裁協議時，法院之管轄權即被排除，而由當事人指定或可得確定之仲裁機構取得對系爭爭議之仲裁權限。申言之，國際商事仲裁管轄權係自始確定的。

五、裁決之執行

由於審判權及執行權係國家主權之一環，一國法院之判決不當然得於他國進行執行，因此，對於外國法院判決之執行，即有賴法院地國及執行地國之司法協助條約；如雙方並未簽署該等條約時，則法院地國之判決即無法於執行地國執行，造成爭議解決落空。國際商事仲裁已克服此種缺陷；1958年《承認及執行外國仲裁裁決公約》已有百餘國參加，包括國際商事仲裁及國際貿易主要國家。該公約之簽署，使國際商事仲裁裁決得以實現，當事人間之爭議得確實解決。

經濟性也是國際商事仲裁之優勢。仲裁被認為所需費用低廉，程序簡速⁶³；而國際商事仲裁亦具有彈性、便利及效率之優點⁶⁴。惟經濟性是一

⁶¹ ALAN REDFERN & MARTIN HUNTER, *LAW AND PRACTICE OF INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION* 27 (1999).

⁶² H. Bagner, *Confidentiality-A Fundamental Principle In International Commercial Arbitration*, 18 (2) *Journal of International Arbitration* 243 (2001).

⁶³ MICHAEL P. REYNOLDS, *supra* note 11, at 7.

相對概念，仍需視其比較基準而定；例如在中國，當事人就同一爭議到法院提起訴訟，包括上訴，其所需之訴訟或仲裁費用可能不會高於到中國國際經濟貿易仲裁委員會(即中國國際商會仲裁院)提起仲裁⁶⁵。另就仲裁所需耗費之時間而言，由於仲裁通常為一裁終局，相較於訴訟及其上訴等救濟途徑，所需耗費之時間自然較仲裁少。總體而言，國際商事仲裁所需之成本是否符合當事人所需之經濟性要求，仍需視情況視之。

儘管如此，國際商事仲裁仍有其局限性，就制度面而言，國際商事仲裁之局限性表現在下列數面向⁶⁶：

一、當事人與程序問題

國際商事仲裁中，當事人對其程序權利之濫用及程序侵權的問題，一直是國際商事仲裁機構或仲裁庭難以克服的障礙。在國際商事仲裁程序中，當事人負有特定之協力義務，包括遵守時程規範及提交必要之文書等，使仲裁得以順利完成。當事人如未善盡前揭責任，反而利用其權利濫用程序，則國際商事仲裁將無法發揮應有之功能，也無法為當事人解決爭議。常見的程序濫用，包括選擇難以聯繫或有健康疑慮的仲裁員、造成組庭障礙、拒不提交必要文書證據、開庭前始交付答辯資料、無故要求延期開庭等等。此等程序濫用，非但造成仲裁效率之減損，更可能為他方當事人造成程序侵權及損害。

二、爭議解決一次性不足

基於契約自由及相對性，仲裁協議僅於當事人間具有拘束力，其效力無法拘束第三人；另基於當事人意思自治產生之仲裁協議，使非原仲裁

⁶⁴ WILLIAM H. GILL, THE LAW OF ARBITRATION 5 (1978).

⁶⁵ 宋連斌，前揭註 36，頁 24。

⁶⁶ 宋連斌，前揭註 36，頁 25-29。

協議之當事人不享有要求參加仲裁之權利⁶⁷。國際商事仲裁程序通常也無法如同訴訟般設有第三人訴訟制度，因此很難將與爭議有關之第三人納入仲裁程序中，造成爭議無法一次解決。再者，國際商事仲裁未如訴訟般設有集團訴訟之制度，基於共通事實或相同利益之多數當事人在仲裁程序中將分別於不同案件處理，增加同一爭議之處理成本，並降低爭議解決之效率。

三、爭議之合仲裁性問題

在國際商事爭議中，並非所有爭議都適合以國際商事仲裁方式處理。由於仲裁機構及仲裁庭不具有強制力，強制力之實行仍需法院為之。因此，如爭議之仲裁需即時強制措施配合時，例如財產及證據之即時保全，採取國際商事仲裁可能就不是最適當的爭議解決方式。

此外，國際商事仲裁之局限性尚包括：因一裁終局致仲裁裁決失誤缺乏救濟途徑；仲裁員成為當事人之另一代理人之可能性，以及仲裁本身不具備法之安定性及可預測性等等。

第二項 國際商事仲裁之價值取向

凡為人所用之制度必有其存在的目標和價值，國際商事仲制度亦不例外。國際商事仲裁制度之目標和價值為何，將影響制度本身之定位、存在態樣、運作方式，以及在法制面之規劃與實務運作。國際商事仲裁既為替代爭議解決機制之一環，其價值取向則包括：

⁶⁷ 蕭凱、羅驍，仲裁第三人的法理基礎與規則制定，法學評論，第 139 期，頁 75，2006 年。

一、程序及實體正義

實體正義之追求為所有爭議當事人利用爭議解決機制所欲達成之目標；國際商事仲裁則為爭議當事人為達成前揭目標所選擇採取之方式。當事人將爭議提付國際商事仲裁之目的，即在解決爭議並實現其權利，因此，實體正義為國際商事仲裁之價值取向，要屬無疑。

除了實體正義外，國際商事仲裁對於程序正義亦有一定程度的體現，為現代爭議解決機制所應具備之共通內容；程序正義之實現亦為完整實體正義必要之方法。一般而言，程序正義之實現，包括使爭議當事人立於平等地位之程序設計、仲裁員立於公正中立之立場、合理的事前通知及就爭議案件進行充分陳述的機會等等。

相較法院訴訟程序優先落實程序正義後追求實體正義，國際商事仲裁機制更強調程序正義和實體正義之平衡⁶⁸。對爭議當事人而言，國際商事仲裁機制此一價值取向，更能符合當事人對於仲裁機制及正義之期待。

二、當事人意思自治

國際商事仲裁為替代爭議解決機制，目的在於代替法院訴訟成為爭議解決途徑，機制之使用，需基於爭議當事人之協議。因此，國際商事仲裁賴以建立之基礎是當事人之自由意志⁶⁹，充分尊重當事人意思自治為國際商事仲裁之價值取向之一。當事人意思自治原則於國際仲裁機制之設計及落實，反應在當事人對於程序事項之決定及掌握，包括是否提付仲裁、仲裁機構及仲裁員之選擇、仲裁庭之組成形式、仲裁程序法及爭議案件之準據法之決定等等，均賦予當事人高度的自主決定權，以充分尊重當事人為程序主體之地位。

⁶⁸ 宋連斌，前揭註 36，頁 34。

⁶⁹ 黃進、宋連斌、徐前權，前揭註 5，頁 2。

三、經濟及效益

與前揭正義或當事人意思自治的價值取向相較，國際商事仲裁機制更重視經濟及效益之追求。國際商事仲裁機制所要解決的是國際商事爭議，而國際商事爭議產生之背景為貿易往來；在市場經濟架構下，當事人的行為以效益之追求為最高價值，同時強調個體經濟利益的極大化。因此，在當事人以理性為前提選擇爭議解決方式時，對於國際商事仲裁機制之採納，即代表該機制具有當事人所欲追求之經濟及效益之價值取向。此亦足以印證，國際商事仲裁機制係由商人法及商人圈發展而來；蓋商人們採取商事仲裁機制解決紛爭，並非認為仲裁較訴訟為公正，或要追求極大化的程序正義或實體正義，而是在成本耗費及經濟效益得以平衡之前提下，認為國際商事仲裁係可採取之最佳化爭議解決機制。

程序正義和實體正義之平衡為國際商事仲裁之價值取向之一。此價值背後所隱含的深層價值，即為經濟及效益。輕忽程序正義，將使當事人之實體正義無法實現；而輕忽實體正義，將有違當事人採納國際商事仲裁以解決爭議之真意。惟有兼顧程序正義和實體正義，才是對當事人最具效益之價值。再者，國際商事仲裁機制對於當事人意思自治原則之採納與尊重，正是體現經濟及效益之方式；當事人本於意思自治而使用國際商事仲裁機制，並在程序中享有之程序主體之自主權，能有效降低當事人對機制本身的否定和對抗，使機制得以發揮爭議解決之功能。對當事人而言，爭議得於國際商事仲裁機制獲得終局解決，就是最大的效益。綜觀而言，國際商事仲裁機制所具備之特點，包括體現當事人意思自治、尊重當事人程序主體地位、仲裁裁決實行一裁終局、案件不公開審理之保密性、程序快捷、仲裁裁決因 1958 年《承認及執行外國仲裁裁決公約》而較易被執行等，均反應前揭爭議當事人所追求之經濟及效益價值取向。

第三項 國際商事仲裁制度之發展趨勢

全球化經貿之發展，加深國際商事仲裁之需求，國際商事仲裁本身已成為一個產業，即國際商事仲裁市場(international commercial arbitration market)；國際商事仲裁不僅為國際商事交易當事人間所偏好的替代爭議解決機制，也成為各國或國際組織一項有利可圖的生意⁷⁰。藉由國際商事仲裁功能之擴張及市場之興盛，我們可以觀察國際商事仲裁於立法及實務運作上之發展趨勢⁷¹：

一、國際商事仲裁法之統一化

晚近國際商事仲裁法有統一化(harmonization)之趨勢；此種統一化反應在國際商事仲裁之國際立法或公約，以及國際商事仲裁之國內立法，包括國內仲裁法及仲裁規則。1985年由聯合國國際貿易法委員會制定之《國際商事仲裁示範法》以示範法之型態，提供給各國立法者於訂立國內仲裁法之參考，內容共計三十六條文，規範與仲裁相關事宜，例如仲裁協議之肯認與執行、仲裁庭之管轄權、仲裁員之選任與組庭、仲裁程序、仲裁裁決、承認及執行等等。《國際商事仲裁示範法》對於各國仲裁立法之統一化，發揮了重要的作用。

在仲裁機構之仲裁規則方面，1976年由聯合國國際貿易法委員會制定之《仲裁規則》，原意在於提供當事人以臨時仲裁方式解決爭議時得選擇適用。惟該仲裁規則嗣為各仲裁機構所參考，影響各仲裁機構之仲裁規則之訂立，加強了仲裁規則之協調和統一。

⁷⁰ 于喜富著，前揭註 17，頁 46。

⁷¹ 趙秀文，論經濟全球化條件下國際商事仲裁立法與實踐的發展趨勢，仲裁與法律，2002 年第 4 期，頁 5-9，13-18，2002 年。

二、國際商事仲裁裁決之承認與執行之立法

有關外國仲裁裁決之承認與執行，已有百餘締約國加入 1958 年《承認及執行外國仲裁裁決公約》規定，除本公約另有規定外，各締約國應承認及執行外國仲裁裁決⁷²。雖仲裁地法院執行地法院僅就仲裁裁決之程序進行審查，對案件之實體部份不加以處理。惟需注意的是，在對於外國仲裁裁決之可執行性進行審查時，符合執行地法律規定將是一項要求。申言之，如執行地法院認為系爭爭議於執行具有不可仲裁性，或該裁決之執行將有背於當地之公共政策，則執行地法院就該仲裁裁決得拒絕承認與執行。

三、國際商事仲裁協議效力之承認

當事人依法訂立之國際商事仲裁協議，應受到法律之保護及承認。除該仲裁協議有無效或違反公共政策等情形外，法院多傾向承認及執行仲裁協議，即肯認「儘量使其有效原則」；就國際商事仲裁協議之效力進行確認時，國際間也傾向以簡便之程序為之。此外，雖國際商事仲裁協議之書面形式之要求仍為立法主流，惟國際上對於書面形式已進行擴大解釋，包仲裁協議無需由當事人簽署、仲裁協議可由當事人默示接受、仲裁協議可以電子媒介形態存在等等⁷³。

四、仲裁庭自裁管轄原則

有關仲裁庭是否因仲裁協議取得對該爭議之管轄權，國際立法普遍採取管轄權原則⁷⁴；即仲裁協議效力及管轄權之有無，由仲裁庭認定。惟仲

⁷² 依該公約第 3 條規定，各締約國應承認仲裁裁決具有拘束力，並依裁決地之程序規則及條件予以執行之。

⁷³ 宋連斌，*仲裁協議的新發展：理論與實踐*，*仲裁與法律*，2001 年合訂本，頁 332-333。

⁷⁴ 宋連斌，前揭註 36，頁 91。

裁庭就仲裁協議及管轄權效力之認定，仍需受司法監督，而法院之決定具有最終效力。

五、仲裁機構化

國際商事仲裁之機構化(institutionalization)趨勢日益明顯，在實踐上，相較於臨時仲裁，機構仲裁逐漸居於主導地位⁷⁵。常設仲裁機構所具備之優勢，包括組織化及可預見性，為其日趨受到爭議當事人歡迎之原因。

六、國際商事仲裁之實體法與程序法之適用

如當事人對於國際商事仲裁所應適用之程序法及爭議應適用之實體法予以約定時，仲裁庭將對此進行決定。有關前揭法律之選擇之適用，國際傾向放寬適用範圍，不僅限於仲裁地或法院地之法律。同時，就實體法之選擇及適用而言，商人之習慣法、國際貿易慣例、一般法律原則、數國法律規則併用等均為常見之法律適用方式。

七、臨時仲裁之作用

雖然現今國際商事仲裁是以機構仲裁為主流，但臨時仲裁仍繼續發揮其特殊之功能，尤其在海事案件中，當事人更傾向適用臨時仲裁以解決爭議。此外，對於爭議標的金額不高，或需快速處理之爭議，由於臨時仲裁程序彈性而靈活之特點，當事人間更願意選擇以臨時仲裁方式解決爭議。

八、仲裁地法院之監督

雖國際商事仲裁發展傾向法院不就爭議實體進行審查，但並不代表法院不需就國際商事仲裁加以監督。大多立法仍規定仲裁地法院需對於其

⁷⁵ 于喜富著，前揭註 17，頁 47。

境內進行之仲裁予以監督，包括本國仲裁裁決之撤銷，以及外國仲裁裁決之不予承認與執行等。

倫敦國際仲裁院法官霍斯曼(H. E. Judge Howard M. Holtzmann)認為，國際商事仲裁機制及運作之完善，需有五項條件：第一、有效的仲裁協議；第二、高效率的程序規則；第三、有經驗的仲裁機構；第四、國內法制之支持；以及第五、仲裁協議和外國仲裁裁決執行之確保⁷⁶。隨著聯合國國際貿易法委員會分別於1976年及1985年制定之《仲裁規則》及《國際商事仲裁示範法》，國際商事仲裁立法之統一化已成為必然之趨勢，有助於協調各國之國內立法當中，對於國際商事仲裁機制法制上之差異；而1958年之《承認及執行外國仲裁裁決公約》，也為國際商事仲裁協議及外國仲裁裁決承認及執行提供最基礎之保障。

此外，由於網際網路之發展及電子商務普及化，網路媒介已深深影響國際商事交易之樣貌及內容。近年來，網上解決爭議或所謂在線仲裁(online arbitration)之發展，即是國際商事仲裁機制反應網路媒介普及化之指標。在線仲裁將會跨越國家間之地理界限，其所產生的相關法律議題也將成為關注焦點。在實務運作上，世界智慧財產權組織(WIPO)即於2000年設立網上仲裁機制，用以解決系統供應商及其消費者間之服務提供爭議，以及網域域名爭議。而隨著國際商事仲裁機制之持續發展，國際商事仲裁將成為全球最普及與最具影響力的替代爭議解決機制。

⁷⁶ 趙秀文，前揭註71，頁21。

