

# 第三章 中國國際商事爭議之替代爭議 解決機制

## 第一節 中國國際商事爭議之替代爭議解決機制

### 第一項 中國法制下之替代爭議解決機制

替代爭議解決機制為代替法院訴訟之爭議解決方式，其概念如說明如前。對於大多數中國人而言，或許替代爭議解決機制是個不熟悉的概念；惟在中國法律體系中，法制上早已承認數種替代爭議解決機制，有學者甚至將該等機制統稱為「中國 ADR 方法」<sup>1</sup>。綜觀中國法制，替代爭議解決機制主要類別如下：

#### 一、仲裁

按不同的界定標準，中國仲裁可區分為不同類別。就仲裁所處理之爭議性質而言，中國仲裁機制可分為商事仲裁及非商事仲裁。以國際因素之有無為標準時，仲裁有涉外仲裁及國內仲裁二種。惟如就 1994 年《中華人民共和國仲裁法》相關規定進行觀察，中國法制上之仲裁有商事仲裁、勞動爭議仲裁以及農業承包合同糾紛仲裁等三類。所謂商事仲裁，係指仲裁所欲解決之爭議為商事交易相關事項，包括國內商事爭議及國際商事爭議。與商事仲裁相對，勞動爭議仲裁及農業承包合同糾紛仲裁則為非商事仲裁<sup>2</sup>。前者依 1993 年《勞動爭議仲裁委員會辦案規則》和

---

<sup>1</sup> 王生長，仲裁與調解相結合的理論與實務，頁 25，法律出版社，2001 年 8 月。

<sup>2</sup> 依《中華人民共和國仲裁法》第 77 條規定，勞動爭議和農業集體經濟組織內部的農業承包合同糾紛的仲裁，另行規定。即勞動爭議和農業集體經濟組織內部的農業承包合同糾紛的仲裁不受前揭規範之調整。參見王生長，前揭註 1，頁 25。

1995 年《中華人民共和國勞動法》等相關規範，目的在於處理企業、個體經濟組織、事業組織、社會團體甚至國家機關與其勞動者因勞動關係所生之勞資爭議<sup>3</sup>；而農業承包合同糾紛仲裁則是建構在農村經濟體制改革下，為解決村民委員會與農戶間，因土地、水源等農業生產資源之使用或收益分配等承包合同所生之爭議<sup>4</sup>。

## 二、調解

所謂調解，係指爭議當事人在第三人協助下進行之自主協商糾紛解決活動；就某程度而言，調解是談判的延伸<sup>5</sup>。中國法制上承認之調解種類相當多，包括人民調解、行政調解、臨時調解、調解機構調解、仲裁中調解、聯合調解以及訴訟中調解等等。在諸多調解方式中，臨時調解沒有固定的方式，而人民調解與行政調解有其特殊目的，並非解決商事爭議之方式<sup>6</sup>。因此，一般而言，如以調解機構之屬性進行區分，商事爭議係以調解機構調解、仲裁機構調解、聯合調解以及法院調解為常見之方式。所謂法院調解，係指法院就其審理之訴訟案件，於訴訟進行過程中進行調解<sup>7</sup>；機構調解則指商事爭議之調解是由特定調解機構進行處理；而聯合調解，則是中國國際貿易促進委員會調解中心與其他國家之調解

<sup>3</sup> 依《中華人民共和國勞動法》第 79 條規定，勞動爭議發生後，當事人可以向本單位勞動爭議調解委員會申請調解；調解不成，當事人一方要求仲裁的，可以向勞動爭議仲裁委員會申請仲裁。當事人一方也可以直接向勞動爭議仲裁委員會申請仲裁。與一般商事仲裁相較，勞動爭議仲裁無需基當事人間之仲裁協議，只要當事人一方即可申請仲裁。有學者認為勞動爭議仲裁實質上近似行政解決。參見王生長，前揭註 1，頁 30。

<sup>4</sup> 有關農業承包合同糾紛仲裁，目前尚無統一之農業承包合同糾紛仲裁條例，而是依各地有關農業承包合同糾紛仲裁之地方性法規進行。

<sup>5</sup> 范愉，非訴訟糾紛解決機制研究，頁 176，中國人民大學出版社，2000 年。

<sup>6</sup> 人民調解之法律上依據為 1989 年由國務院頒布之《人民調解委員會組織條例》，立法目的在於強化基層政權、公益性事業單位及團體機關內之人民調解組織。參見季衛東，調解制度的法律發展機制-從中國法制化的矛盾情境談起，調解、法制與現代性：中國調解制度研究，頁 18，中國法制出版社，2001 年 9 月。

<sup>7</sup> 依《中華人民共和國勞動法》第 85 條規定，人民法院審理民事案件，根據當事人自願的原則，在事實清楚的基礎上，分清是非，進行調解。

機構進行合作，本於合作協議而對當事人間之商事爭議聯合進行調解，當事人只要擇一調解機構申請調解即可，而調解之地點可由當事人就聯合調解機構之所在地進行選擇。最後，仲裁機構之調解則是指當事人就商事爭議先行提付仲裁，而在仲裁之過程中，就該爭議由原仲裁機構進行之調解。

### 三、爭議評審團

爭議評審團(Dispute Resolution Board, DRB)是中國針對重大工程建設爭議時常使用之爭議解決方式。所謂工程建設爭議，係指定作人和承攬人間就工程承攬契約之履行所生之爭議，包括技術上及法律上爭議。由於工程爭議之解決涉及高度之技術性，因此評審團成員通常包含工程及法律專家。評審團的人數及評審程序由爭議當事人共同決定。如評審團就該爭議作出決定後，當事人就該決定如有不服，可於約定之期間提起訴訟或仲裁；如未於該期間提起訴訟或仲裁，則評審團決定具有終局之拘束力。

### 四、簡易糾紛速裁

針對某些爭議事實明確、標的簡單、金額不高的案件，中國法院得將此類爭議直接交由簡易糾紛速裁處進行審理，而不經過法院之審判程序。簡易糾紛速裁處就此類案件進行審理之方式，係由承辦法官約定當事人雙方到庭調解；調解成功則案件結案，由承辦法官製發調解書；如調解不成無法結案時，由原法院依通常訴訟程序進行審理。雖簡易糾紛速裁係由法院之簡易糾紛速裁處進行處理，但因不經過訴訟程序，而是以調解方式進行，因此本質上仍屬替代爭議解決機制。

## 五、法院附屬調解

法院附屬調解係由其附設之調解中心，於爭議案件進入訴訟程序前，就該爭議進行調解；當事人間之經濟爭議，為法院調解中心進行調解之標的。與前揭簡易糾紛速裁相較，法院附屬調解並無案件類型之限制，而簡易糾紛速裁之案件需限於事實明確、標的簡單、金額不高的爭議。另與法院訴訟中調解相較，法院附屬調解係進行於爭議案件尚未進入訴訟程序前；而訴訟中調解，係爭議案件已先行進入訴訟程序中，而於審判中所進行之調解。最高人民法院曾要求各級法院提高調解機制之功能，並於1993年5月6日《全國經濟審判工作座談會紀要》中說明，許多地方成立的經糾紛調解中心，取得了很好的效果，應當總結經驗，使之不斷完善。調解中心受理的案件，應當是本法院有管轄權，而且各方當事人自願接受調解的；調解中心在辦案中不能採取財產保全等強制措施；調解不成的，應當即時依照民事訴訟法的有關規定由審判庭予以受理和審判，不應久調不決。法院附屬調解此一機制，在廿世紀90年代中期，中國各地法院成立許多調解中心，調解解決糾紛，確實取得一些好的社會效果<sup>8</sup>。

## 第二項 中國國際商事爭議之替代爭議解決機制

國際商事爭議得經爭議當事人之協議，以國際商事仲裁此一替代爭議解決機制進行處理。爭議當事人如欲於中國利用替代爭議解決機制解決其國際商事爭議時，則需利用在中國國內法制範圍內所承認之替代爭議解決機制。中國法制下所承認之替代爭議解決機制之種類，已說明如前；

---

<sup>8</sup> 王生長，前揭註1，頁42-43。

惟前揭諸多替代爭議解決機制，並非均適合用以解決國際商事爭議，而仍需就個別之替代爭議解決機制及國際商事爭議之本質，進一步分析該替代爭議解決機制之適切性。

中國法制中，適合為國際商事爭議之替代爭議解決機制者，最主要有國際商事仲裁及國際商事調解。國際商事仲裁機制，為於仲裁法等相關規範下，以機構仲裁為主之商事仲裁制度；有關中國國際商事仲裁機制之內容，將詳述如後。而中國國際商事調解機制，如同中國國際商事仲裁機制一般，是以機構調解為主之替代爭議解決機制。中國常設之商事及海事調解中心，首推中國國際貿易促進委員會調解中心，該調解中心成立於 1987 年，並自 1992 年起在全國各地設立分會之調解中心，形成全國調解網，並適用統一之調解規則。其所受理之案件，主要為國際商事爭議案件。

其他中國替代爭議解決機制則不一定完全適合用以處理國際商事爭議，例如前述爭議評審團，適合用以處理重大工程爭議之替代爭議解決機制，惟如系爭國際商事爭議並非重大工程爭議，則機制之適用性可能受爭議當事人質疑。又如簡易糾紛速裁，其機制設計目的在於使法院得以透過簡易糾紛速裁處，針對事實明確、標的簡單、金額不高的案件，以調解方式進行處理；惟國際商事爭議之事實及法律關係通常較複雜，標的金額亦較高，實無法利用此一機制迅速解決爭議。另法院附屬調解，則因調解中心受功利因素影響，造成有些案件久調不決或強行調解；而在調解中心功能不斷萎縮並紛紛撤併之前提下，此種爭議解決方式之影響力已非常有限<sup>9</sup>。

---

<sup>9</sup> 王生長，前揭註 1，頁 43。

## 第二節 中國國際商事仲裁與中國涉外仲裁

### 第一項 中國涉外仲裁之概念

國際商事仲裁之概念及理論廣受各國接受並加以法制化，中國也不例外。針對國際商事仲裁機制，中國法制上並未採用「國際商事仲裁」之用語，而是採行「涉外仲裁(foreign-related arbitration)」制度。因此，國際商事仲裁與涉外仲裁，在概念、定位及功能上是否等同，即成為關注焦點。

中國涉外仲裁之概念，可由不同面向進行解構。首先，中國之民事訴訟法曾就涉外仲裁先後賦與不同之規定；依 1982 年《中華人民共和國民事訴訟法(試行)》第 192 條即規定<sup>10</sup>，對外經濟、貿易、運輸和海事中發生的糾紛，當事人有書面協議提交中華人民共和國的涉外仲裁機構仲裁的，不得向人民法院起訴，沒有書面協議的，可以向人民法院起訴。外國企業、組織之間在經濟、貿易、運輸和海事中發生的糾紛，當事人按照書面協議，可以提交中華人民共和國的涉外仲裁機構仲裁，也可以向有管轄權的人民法院起訴。由此定義觀之，涉外仲裁為以當事人之書面協議為依據，就其間所發生之對外經濟、貿易、運輸和海事中發生的糾紛，利用涉外仲裁機構進行仲裁之紛爭解決制度。

另 1991 年《中華人民共和國民事訴訟法》(以下簡稱《民事訴訟法》)第 257 條第一項規定，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。此規定說明了涉外仲裁係當事人間以書面仲裁協議為據，就涉外經

<sup>10</sup> 現行《中華人民共和國民事訴訟法》第 270 條規定，本法自公布之日起施行，1982 年之《中華人民共和國民事訴訟法(試行)》同時廢止。

濟貿易等爭議，向仲裁機構提起仲裁。相較於試行規定，現行之民事訴訟法不但指明仲裁協議之地位，亦擴大涉外仲裁爭議及仲裁機構之範圍。

再者，除前揭民事訴訟法之規範外，1994年《中華人民共和國仲裁法》(以下簡稱《仲裁法》)於第65條規定規範涉外仲裁之概念，認為所謂涉外仲裁，為涉外經濟貿易、運輸和海事中發生的糾紛的仲裁；有學者即說明，《仲裁法》第65條實際上將涉外仲裁理解為涉外經濟貿易、運輸和海事中發生的仲裁；因此，就涉外仲裁之理解，則既要正確解釋經濟、貿易、運輸和海事，又要明確涉外的意思<sup>11</sup>。

涉外之概念，是指爭議案件本身具有所謂的涉外因素(foreign elements)<sup>12</sup>。涉外因素原是國際私法(衝突法)上之概念，國際上並沒有統一的定義<sup>13</sup>。就中國法制而言，涉外之概念，應從主體、客體及內容三個方面來界定<sup>14</sup>；中國法制傳統上認為法律關係是由三個因素組成，包括：法律關係主體，即自然人、法人或其他組織；法律關係客體，即權利義務之標的；及法律關係之內容，即因商事活動而產生之權利義務。在法律關係之三個因素中，有一與外國有關，即屬涉外之範疇。為此，《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一章第1條規定，下列情形之一者，為涉外民事關係：(一)民事關係的一方是外國人、無國籍人、外國法人、國際組織、外國國家；(二)民事關係一方的住所、經常居住地或者營業所位於中華人民共和國領域外；(三)民事關係的標的在中華人民共和國領域外，或者爭議標的物移轉越出一國

---

<sup>11</sup> 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17，北京知識產權出版社，2006年6月。

<sup>12</sup> 馬漢寶，國際私法總論，頁2，作者自版，1990年。

<sup>13</sup> 林欣，何謂涉外因素，仲裁與法律通訊，第三期，頁15，1998年6月。

<sup>14</sup> 肖峴、王紅松、孟雁北著，仲裁制度、仲裁程序與仲裁實例分析，頁23，中國法制出版社，1997年。

國界；(四) 產生、變更或者消滅民事關係的法律事實發生在中華人民共和國領域外；可資參照。而因該涉外民事法律關係所生之爭議而提付之仲裁，即為涉外仲裁。

惟無論是《民事訴訟法》，或是《仲裁法》，均未直接對於經濟、貿易、運輸和海事之概念和範圍進行定義。《民事訴訟法》之立法目的，在於規範處理民事法律關係爭議之機制，而在中國採行民商合一的立法模式下，民事法律關係實際上也包括了商事法律關係<sup>15</sup>。而商事之概念，依最高人民法院於 1987 年 4 月 10 日頒布《關於執行我國加入的〈承認及執行外國仲裁裁決公約〉的通知》，認為所謂契約和非契約性的商事法律關係，具體的是由於合同、侵權或者根據有關法律規定而產生的經濟上的權利義務關係，例如貨物買賣、加工承攬、合資經營、合作經營、技術轉讓、探勘開發自然資源、保險、信貸、勞務、代理、諮詢服務、海上、民用航空、鐵路、公路的客貨運輸及產品責任、環境污染、海上事故和所有權爭議等。該通知係中國於 1986 年加入《承認及執行外國仲裁裁決公約(紐約公約)》並進行商事保留時，針對商事法律關係所進行之司法解釋。該等解釋可說明，中國司法對於商事法律關係予以較廣之界定，在概念上正可用以詮釋《民事訴訟法》及《仲裁法》中有關經濟、貿易、運輸和海事之概念。因此，對於經濟、貿易、運輸和海事之概念，可廣泛的理解為商事法律關係。

揆諸前揭說明可得知，中國法制上所謂涉外仲裁，係指當事人間基於書面仲裁協議，為解決具有涉外法律關係之經濟、貿易、運輸和海事等商事爭議所進行之仲裁。

---

<sup>15</sup> 民法與商法的關係，在學術界是有爭議的，惟學者認為，就中國《民法通則》之規範觀之，該法實際上是支配所有民事和商事法律關係，故謂民商合一。參見于喜富著，前揭註 11，頁 18。



## 第二項 國際商事仲裁與涉外仲裁之關係

中國涉外仲裁是否等同於國際商事仲裁，學界向有不同之意見。有見解就涉外仲裁與國際商事仲裁之概念及範圍進行比較，認為中國之涉外仲裁制度並非國際商事仲裁；其理由有二：第一、最高人民法院於 1987 年所頒布之《關於執行我國加入的〈承認及執行外國仲裁裁決公約〉的通知》，目的上係為解釋中國於 1986 年加入《承認及執行外國仲裁裁決公約(紐約公約)》並進行商事保留之商事法律關係，該公約僅適用於外國仲裁裁決之承認及執行，不適用於中國內國法制下之涉外仲裁機制。因此，有關商事法律關係之司法解釋，不當然能用於解釋涉外仲裁中之經濟、貿易、運輸和海事之概念。第二、中國涉外仲裁機制之涉外概念，並不同於國際商事仲裁之國際概念；中國法制將涉及香港、澳門、台灣之案件亦歸為涉外仲裁之範圍，因此，中國之涉外仲裁應較國際商事仲裁為廣。

惟有學者指出，中國的涉外仲裁就是國際商事仲裁<sup>16</sup>；而對於前揭認為中國涉外仲裁並非國際商事仲裁之否定見解，提出不同的意見；首先，中國法制下之涉外概念，即與國際概念相同。國際商事仲裁所解決的是跨國的商事爭議，中國涉外仲裁機制之目的也在於處理跨國商事爭議；惟因中國法制將涉及香港、澳門、台灣之案件亦歸為涉外仲裁之範圍，因此，在法制之用語上，使用涉外之概念將較國際之概念更為精確<sup>17</sup>。再者，中國《民法通則》採民商合一之立法模式，經濟、貿易、運輸和海事此等民事法律關係，概念上即包括商事法律關係，因此，前揭最高人民法院就商事法律關係所提出之司法解釋，自得用以詮釋經濟、貿易、

<sup>16</sup> 于喜富著，前揭註 11，頁 18。

<sup>17</sup> 朱克鵬，國際商事仲裁的法律適用，頁 15，法律出版社，2000 年。

運輸和海事之概念。有學者更進一步說明，「實際上，我國的涉外仲裁就是涉外商事仲裁，既然早在廿世紀 80 年代全國人大常委會的決定和司法機關的解釋已經明確了商事法律關係的概念，而且這種解釋完全合國際潮流，後來的立法完全可以採納這一解釋<sup>18</sup>」。

本文則認為，就中國涉外仲裁機制所肩負及得發揮之功能而言，並沒有理由否認中國涉外仲裁為國際商事仲裁。當事人間國際商事爭議，包括跨國或具有涉外因素之經濟、貿易、運輸和海事爭議等等，在中國仍需有仲裁此等替代爭議解決機制以解決紛爭，而在中國涉外仲裁機制得就當事人間之國際商事爭議進行處理時，其本質即為國際商事仲裁機制。至於涉外或國際概念上之區別，商事法律關係與經濟、貿易、運輸和海事爭議之分野，均僅反應中國特殊之法制概念、立法之政經文化背景及立法技術。事實上，中國於涉外仲裁機制之實務運作當中，亦將國際或涉外之概念併列<sup>19</sup>。在中國涉外仲裁仍不失為國際商事爭議之替代爭議解決機制時，肯認中國涉外仲裁即為國際商事仲裁，要屬無疑。

### 第三項 中國涉外仲裁機制之地位

#### 一、涉外仲裁機制之法律地位

中國法制上，首次明文賦予涉外仲裁機制法律位階地位之法規即為 1991 年《民事訴訟法》；該法於第四編第二十八章對涉外仲裁作了專章規定。《民事訴訟法》有關涉外仲裁之規定在立法上有其重要意義：第一、明示中國涉外仲裁機制為機構仲裁模式，當事人得將爭議提交中華人民

<sup>18</sup> 于喜富著，前揭註 11，頁 18。

<sup>19</sup> 《中國國際經濟貿易仲裁委員會仲裁規則(2005)》第 3 條第一款規定仲裁機構之管轄範圍時，即將國際的或涉外的案件併列規定。

共和國涉外仲裁機構或者其他仲裁機構仲裁；第二、承認涉外仲裁為當事人得選擇及使用之爭議解決機制，並肯認仲裁協議之地位及效力，即當事人得以合同中之仲裁條款或者事後達成之書面仲裁協議，將爭議提交仲裁；第三、肯定涉外仲裁機制為替代爭議解決機制，如當事人已將爭議以涉外仲裁方式處理者，則不得另向人民法院起訴。有學者就仲裁協議管轄權之角度觀察，認為民事訴訟法有關涉外仲裁之規定，是中國於其國內法中確認了在涉外經濟、貿易、運輸和海事活動中，當事人所達成的仲裁協議的管轄權原則。只要當事人在合同中訂有仲裁條款或事後達成書面仲裁協議，也就排除了人民法院對當事人間所發生糾紛的司法管轄權<sup>20</sup>。除民事訴訟法之規範外，1994年《仲裁法》則是以「涉外仲裁的特別規定」之專章體例呈現涉外仲裁之規範。透過前揭民事訴訟法及仲裁法之規範，中國涉外仲裁機制，已成為中國法制下所承認之替代爭議解決機制。



## 二、涉外仲裁為替代爭議解決機制之核心

中國國際商事仲裁機制是目前在中國法制下，最具重要性及代表性之替代爭議解決機制；中國涉外仲裁亦已於中國替代爭議解決機制中扮演核心角色，並同為中國及外國籍之爭議當事人願選擇使用之經濟貿易爭議解決機制<sup>21</sup>。惟如就中國涉外仲裁機制成為替代爭議解決機制核心之原因進行分析時，我們不難發現，中國涉外仲裁機制得以迅速發展，是有其特殊之時空背景條件。茲分析如下：

---

<sup>20</sup> 陶春明、王生長著，中國國際經濟貿易仲裁程序理論與實務，頁 96，人民中國出版社，1992 年 10 月。

<sup>21</sup> WANG SHENG CHANG, Arbitration in the People's Republic of China, in RESOLVING DISPUTES THROUGH ARBITRATION IN MAINLAND CHINA 134 (2003)

### (一) 發展條件充足

經濟糾紛為經濟發展之副產品；而國際商事爭議頻仍，則為替代爭議解決機制發展之主要原因。有學者即認為，中國涉外仲裁得以迅速發展，是因中國推行改革開放政策，涉外經濟貿易大幅發展；而涉外民商事爭議案件大量出現，為中國之涉外仲裁機制之發展提供了客觀可能性<sup>22</sup>。

### (二) 法制上之建構

相較於其他替代爭議解決機制，中國在法制上僅就涉外仲裁此一替代爭議解決機制，賦與獨立之法制上地位。中國將涉外仲裁機制予以法制化，乃基於經濟發展及紛爭解決之實際上需要之考量，並體認仲裁機制之重要性而來。1994年6月28日在第八屆全國人民代表大會常務委員會第八次會議上，全國人大常委會法制工作委員會即對於仲裁機制立法之必要性詳加說明<sup>23</sup>，「仲裁是解決經濟糾紛的一種重要方式，具有當事人自願、程式簡便、迅速等特點。我國採取仲裁方式解決經濟糾紛的越來越多，目前至少已有十四個法律、八十二個行政法規和一百九十個地方性法規，作出了有關仲裁的規定。為了進一步完善仲裁制度，更好地解決當事人的經濟糾紛，維護社會經濟秩序，發展社會主義市場經濟和開展國際經濟貿易往來，有必要制定統一的仲裁法」。

### (三) 實務面之配合

中國涉外仲裁機制係依國際間之國際商事仲裁原則所建構而成，機制之運作及執行亦多依國際公認之商事仲裁方式進行；因此，對爭議當事人而言，相較於其他替代爭議解決機制，中國涉外仲裁在實務運作上具

---

<sup>22</sup> 肖峴、王紅松、孟雁北著，前揭註14，頁25。

<sup>23</sup> 參見《中華人民共和國仲裁法（草案）》的說明。1994年6月28日第八屆全國人民代表大會常務委員會第八次會議。

有較高之可信賴度，這是中國涉外仲裁機制得以發展之內在依據<sup>24</sup>。再者，中國於1986年加入《承認及執行外國仲裁裁決公約(紐約公約)》，中國涉外仲裁機制所產生之仲裁裁決將得以該公約於會員國執行，在爭議解決更具實益及保障前提下，爭議當事人將更願意採用此一替代爭議解決機制。

### 第三節 中國涉外仲裁機制之幅員

中國涉外仲裁機制之幅員，係指涉外仲裁機制功能上之界限。涉外仲裁為中國法制明文承認之替代爭議解決機制，在中國之爭議解決體系中，則有其法制預定之價值及範圍。本節所要探討之中國涉外仲裁機制之幅員，主要就二個角度觀察：第一、爭議本身之可仲裁性，即當事人間之爭議是否適合以涉外仲裁方式進行處理；第二、就現行中國涉外仲裁法制所規範之可仲裁性界限而言，實際上可由涉外仲裁機制解決之爭議案件範圍。爭議事項可提付仲裁與否，是仲裁立法必須明確的課題<sup>25</sup>。茲詳述如下：

#### 一、中國法制下之爭議可仲裁性

所謂爭議之可仲裁性(Arbitrability)，又稱仲裁容許性<sup>26</sup>，係指可受仲裁之事項或爭議的範圍<sup>27</sup>，亦即所謂仲裁範圍。就涉外仲裁機制之功能而言，爭議之可仲裁性或仲裁範圍即為該機制得以運作之界限，即仲裁機構、仲裁庭或仲裁員得就何種當事人間之何種紛爭進行解決。在此定義

<sup>24</sup> 肖峴、王紅松、孟雁北著，前揭註14，頁25。

<sup>25</sup> 趙生祥，海峽兩岸可仲裁事項比較研究，現代法學，第29卷第2期，頁149，2007。

<sup>26</sup> 陳煥文，兩岸仲裁法規之比較，海峽兩岸經貿仲裁論文集，2001-2002，頁8，2003年。

<sup>27</sup> 黃進、宋連斌、徐前權著，仲裁法學，頁22，中國政法大學出版社，2002年。

下，爭議之可仲裁性之判斷，亦在決定仲裁機構、仲裁庭或仲裁員對於爭議進行裁決權限之宏觀範圍。仲裁範圍在一國之仲裁法制中為基本問題，各國基於立法高權，對於仲裁範圍有各自不同之界定，中國仲裁法制亦不例外。在《仲裁法》立法之過程中，對於爭議之可仲裁性一事曾有不同之主張<sup>28</sup>；首先，有主張基於仲裁權之性質立論，認為仲裁權與司法權不同，仲裁權係由當事人所賦與，因此，當事人間自得依其自由意志及合意，本於仲裁協議將其間之任何爭議提付仲裁。第二種見解則認為，仲裁具有民間性質，因此僅民事爭議可透過仲裁方式解決，依法應由行政機關處理之行政爭議則不可提付仲裁。第三種主張則縮小爭議之可仲裁性範圍，認為只有當事人有處分權之民事糾紛始可以仲裁方式解決，因此有關婚姻、收養、監護、扶養、繼承等所產生之爭議，將被排除在仲裁圍之外。最後一種看法則就仲裁之功能而言，認為仲裁應為專家仲裁，主要應負責解決專門的經濟貿易問題及商事爭議，自然人間之民事糾紛不可提付仲裁。

《仲裁法》係以仲裁之性質為據，兼納前揭各種不同之主張，進而界定爭議之可仲裁性。《中華人民共和國仲裁法（草案）》的說明即明白指出，「關於仲裁的範圍，草案是依照仲裁的性質，根據以下原則規定的：第一、發生糾紛的雙方應當是屬於平等主體的當事人。第二、仲裁的事項，應當是當事人有權處分的。第三、從我國法律有關規定和國際做法看，仲裁範圍主要是合同糾紛，也包括一些非合同的經濟糾紛。因此，草案規定，平等主體的公民、法人和其他組織之間發生的合同糾紛和其他財產權益糾紛，可以仲裁。同時規定，婚姻、收養、監護、扶養、繼承糾紛和依法應當由行政機關處理的行政爭議，不能仲裁」。

---

<sup>28</sup> 黃進、宋連斌、徐前權著，前揭註 27，頁 23-24。

參考前揭草案說明，有學者即認為，《仲裁法》第 2 條及第 3 條之規定，為中國立法用以界定爭議之可仲裁性之依據<sup>29</sup>。按《仲裁法》第 2 條規定，平等主體的公民、法人和其他組織之間發生的合同糾紛和其他財產權益糾紛，可以仲裁。第 3 條復規定，下列糾紛不能仲裁：一、婚姻、收養、監護、扶養、繼承糾紛；二、依法應當由行政機關處理的行政爭議。就前揭仲裁法之規定觀之，中國法制下之仲裁範圍，有三個特點<sup>30</sup>：第一、爭議當事人之平等性，即爭議當事人間需立於平等之地位，不得具有上下監督或隸屬關係；第二、爭議事項之可處分性，即爭議本身需得為當事人所自由處分之權利或關係；第三、爭議內容之財產性，即爭議需為當事人間因契約關係而產生之爭議，或其他非契約關係所產生之財產權爭議。

另《仲裁法》第 77 條規定，勞動爭議和農業集體經濟組織內部的農業承包合同糾紛的仲裁，另行規定。此規定並非否定勞動爭議和農業集體經濟組織內部的農業承包合同糾紛之可仲裁性；相對的，由於該等爭議具有其社會經濟之特殊性，有別於一般合同糾紛和其他財產權益糾紛，因此，仲裁法在承認該等爭議之可仲裁性同時，也為該等爭議之仲裁另闢處理蹊徑。誠如前揭立法草案說明所言，「由於勞動爭議不同於一般經濟糾紛，勞動爭議的仲裁有自己的特點。因此，草案規定，勞動爭議仲裁另行規定」。

學者認為，相較於其他國家之國際商事仲裁機制日益放寬爭議之可仲裁性之範圍，中國的涉外仲裁對於爭議之可仲裁範圍仍相對狹窄<sup>31</sup>。其主要原因在於中國傾向將國家司法權力由司法機關行使，而對於民間的、

---

<sup>29</sup> Wang Sheng Chang, *supra* note 21, at 137-138.

<sup>30</sup> 黃進、宋連斌、徐前權著，前揭註 27，頁 24。

<sup>31</sup> 錢宇宏、馬伯娟，從可仲裁性的發展看司法權的讓渡，仲裁與法律，第 93 輯，頁 26，2004 年。

私人的糾紛由國家干涉之方式進行解決。此等立法高權之傾向，也使中國涉外仲裁機制之幅員受到一定程度之限制。

## 二、中國涉外仲裁之案件範圍

就中國涉外仲裁機制運作之角度而言，涉外仲裁機制之設立目的在於解決當事人間因爭議所產生之涉外案件。所謂涉外案件，係指含有涉外因素或國際因素的案件，這一概念是相對一國而言的<sup>32</sup>。傳統國際私法認為，所謂涉外的民商事法律關係，係指民商事法律關係的主體、客體和內容這三因素中至少有一個因素與外國相聯繫。因此，如一民商事法律關係之主體、客體和內容這三因素中至少有一個因素與外國相聯繫，因該法律關係所生之爭議，即為所謂涉外案件。最高人民法院於1992年頒布《關於適用〈中華人民共和國民事訴訟法〉若干問題的意見》第304條即指出，當事人一方或雙方為外國人、外國企業或組織，或民事法律關係的法律事實發生在外國，或標的在外國之民事案件，均為涉外案件。

在現行中國法制規範下，涉外仲裁機制所得處理之主要案件範圍為：

### (一) 涉外經濟、貿易、運輸和海事爭議案件

中國涉外仲裁機制得就涉外經濟、貿易、運輸和海事等爭議案件進行處理，並以《民事訴訟法》第257條及《仲裁法》第65條規定為據，已說明如前。

### (二) 民商事法律關係爭議案件

除前揭涉外經濟、貿易、運輸和海事等爭議外，《仲裁法》另於第2條規定，平等主體的公民、法人和其他組織之間發生的合同糾紛和其他財產權益糾紛，可以仲裁。因此，如平等主體的公民、法人和其他

---

<sup>32</sup> 黃進、宋連斌、徐前權著，前揭註27，頁165。



組織等當事人間所發生之合同糾紛和其他財產權益糾紛具有涉外因素時，該等爭案件亦得受涉外仲裁機制所管轄。

### (三) 專屬人民法院之案件

依最高人民法院於 2005 年頒布《關於適用〈中華人民共和國仲裁法〉若干問題的解釋》第 305 條規定，依照《民事訴訟法》第 34 條和第 246 條規定，屬於中華人民共和國人民法院專屬管轄的案件，當事人不得用書面協定選擇其他國家法院管轄；但協定選擇仲裁裁決解決的除外。依《民事訴訟法》第 34 條規定由人民法院專屬管轄之案件，包括(一)因不動產糾紛提起的訴訟，由不動產所在地人民法院管轄；(二)因港口作業中發生糾紛提起的訴訟，由港口所在地人民法院管轄；(三)因繼承遺產糾紛提起的訴訟，由被繼承人死亡時住所地或者主要遺產所在地人民法院管轄。另同法第 246 條規定，因在中華人民共和國履行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發生糾紛提起的訴訟，由中華人民共和國人民法院管轄。申言之，前揭案件雖應由人民法院專屬管轄，但如當事人間以協議選擇提付仲裁時，該等爭議即可透過涉外仲裁機制進行解決。

如就中國涉外仲裁機制之實務運作情形進行觀察可知，涉外仲裁機制實際上所得處理之案件範圍較法律規定為廣。就《中國國際經濟貿易仲裁委員會仲裁規則(2005)》之規定而言，中國國際經濟貿易仲裁委員會所得進行仲裁之爭議案件範圍即相當廣泛。該規則第 3 條規定，仲裁委員會受理下列爭議案件：(一)國際的或涉外的爭議案件；(二)涉及香港特別行政區、澳門特別行政區或臺灣地區的爭議案件；(三)國內爭議案件。由該等規定可得知，一般在仲裁實務中，香港特別行政區、澳門特別行政區或臺灣地區的爭議案件被歸類為涉外案件；而涉外仲裁機制亦得就國內案件進行處理。此外，另依《中國國際經濟貿易仲裁委員會金融爭

議仲裁規則(2005)》第 2 條規定，金融機構之間以及金融機構與其他法人和自然人之間在貨幣市場、資本市場、外匯市場、黃金市場和保險市場上所發生的本外幣資金融通、本外幣各項金融工具和單據的轉讓、買賣等金融交易，包括但不限於貸款、存單、擔保、信用證、票據、基金交易和基金託管、債券、托收和外匯匯款、保理、銀行間的償付約定、證券和期貨等等，所產生之爭議，均可提付仲裁解決。再者，與證券發行及交易相關之爭議案件，亦可透過仲裁方式解決；依據《股票發行與交易管理暫行條例》第 79 規定，與股票發行或者交易有關之爭議，當事人可以按照協議的約定向仲裁機構申請仲裁。

至於海事爭議案件之具體內容<sup>33</sup>，依現行《中國海事仲裁委員會仲裁規則(2004)》第 2 條規定，海事爭議係指海事、海商、物流爭議以及其他契約性或非契約性爭議，包括(一) 租船合同、多式聯運合同或者提單、運單等運輸單證所涉及的海上貨物運輸、水上貨物運輸、旅客運輸爭議；(二) 船舶、其他海上移動式裝置的買賣、建造、修理、租賃、融資、拖帶、碰撞、救助、打撈，或集裝箱的買賣、建造、租賃、融資等業務所發生的爭議；(三) 海上保險、共同海損及船舶保賠業務所發生的爭議；(四) 船上物料及燃油供應、擔保爭議、船舶代理、船員勞務、港口作業所發生的爭議；(五) 海洋資源開發利用、海洋環境污染所發生的爭議；(六) 貨運代理，無船承運，公路、鐵路、航空運輸，集裝箱的運輸、拼箱和拆箱，快遞，倉儲，加工，配送，倉儲分撥，物流資訊管理，運輸工具、搬運裝卸工具、倉儲設施、物流中心、配送中心的建造、買賣或租賃，物流方案設計與諮詢，與物流有關的保險，與物流有關的侵權爭議，以及其他與物流有關的爭議；(七) 漁業生產、捕撈等所發生的爭議；及(八) 雙方當事人協定仲裁的其他爭議等等。

---

<sup>33</sup> 就海事爭議案件之具體內容而言，《民事訴訟法》及《仲裁法》並未詳加規範。

綜上所述，雖就法制面而言，中國涉外仲裁機制之針對爭議之可仲裁性設有一定之範圍，使其幅員受到一定程度之限制，惟就實務層面而言，中國涉外仲裁機制所承認之可受仲裁之爭議案件相當寬泛，內容有擴展之趨勢<sup>34</sup>。

#### 第四節 中國涉外仲裁機制之定位與特點

就法律制度層面而言，中國涉外仲裁機制為中國法制下所承認之替代爭議解決機制；就市場及經濟之角度進行觀察，中國涉外仲裁機制係定位為一種法律服務；即在國家法制承認及市場資源條件下，所形成的一種民間性的爭議解決機制<sup>35</sup>。回顧國際商事仲裁之發展歷程，以及前揭對於國際商事仲裁制度性質之界定可知，仲裁機制係由市場需求所創設，仲裁員之權力係源於爭議當事人之授權，就此意義而言，仲裁機構及仲裁員所享有之仲裁權，並非單純司法權或行政權，而是更具有私權之性質。相對而言，爭議當事人授與仲裁員仲裁權後，對於仲裁機構及仲裁員之要求即為提供仲裁之服務。因此，就市場之觀點而言，國際商事仲裁是為國際商事爭議當事人提供法律服務的行業，誠如學者所界定之「專業的法律服務行業之一」<sup>36</sup>；而中國涉外仲裁機制，則為國際商事爭議當事人在中國法制承認下，所可享有之法律服務。

惟中國涉外仲裁機制此等法律服務，在定位上仍與其他法律服務，如律師業務等有所不同。在國家法制之規制下，中國涉外仲裁機制，如同

---

<sup>34</sup> 黃進、馬德才，國際商事爭議可仲裁範圍的擴展趨勢之探析，法學評論，2007年第3期，頁58。

<sup>35</sup> 王生長、趙健，立足服務謀發展，融入市場創未來-新時期我國仲裁制度的定位與作為，仲裁與法律，第94輯，頁8，2004年11月。

<sup>36</sup> 萬學忠，國際商事仲裁發展的新挑戰-訪中國國際經濟貿易仲裁委員會副主任兼祕書長于健龍，法制日報專版，2006年10月16日。

其他國際商事仲裁制度，具有司法權之特徵；在國家承認仲裁協議效力之同時，亦賦與仲裁裁決可強制執行之效力<sup>37</sup>。而此等特殊性的存在，也使得仲裁不僅是一種特殊的法律服務<sup>38</sup>，更是社會公共服務之一環<sup>39</sup>。

為因應經濟發展之要求，中國涉外仲裁機制除了在定位上已被界定為特殊法律服務外，其發展更要求具有市場化之概念。學者即說明，中國涉外仲裁機制需市場化，其主要理由在於仲裁機制既是因應市場經濟發展而產生，其發展自不能脫離市場化之方式；而仲裁之定位與特點則是決定了機制市場化之可能及必要<sup>40</sup>。就中國涉外仲裁機制進行全面觀察，中國涉外仲裁機制係構築在下列基本原則上<sup>41</sup>：

### 一、 當事人意思自治原則

國際商事仲裁制度之建立基礎是當事人之自由意志，充分尊重當事人意思自治亦為國際商事仲裁之價值取向之一。中國涉外仲裁亦以當事人意思自治為機制建立之基本原則，而在制度設計上強調國際商事爭議當事人對於程序事項得基於自由意志予以決定及掌握，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，以及仲裁程序中是否進行調解等等。《仲裁法》第4條及第5條即規定，當事人採用仲裁方式解決糾紛，應當雙方自願，達成仲裁協議。沒有仲裁協議，一方申請仲裁，仲裁委員會不予受理；另當事人達成仲裁協議，一方向人民法院

---

<sup>37</sup> 《仲裁法》第62條規定，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。另依《民事訴訟法》第216條規定，發生法律效力的民事判決、裁定，當事人必須履行。一方拒絕履行的，對方當事人可以向人民法院申請執行，也可以由審判員移送執行員執行。調解書和其他應當由人民法院執行的法律文書，當事人必須履行。一方拒絕履行的，對方當事人可以向人民法院申請執行。

<sup>38</sup> 王生長、趙健，前揭註35，頁8。

<sup>39</sup> 喬憲志，仲裁發展需要市場化思維，法制日報專版，2006年7月25日。

<sup>40</sup> 聶賢彬，市場化思維對仲裁展的啓示，法制日報第12版，2006年7月25日。

<sup>41</sup> 黃進、宋連斌、徐前權著，前揭註27，頁25-28。

起訴的，人民法院不予受理。同法第 6 條則規定，仲裁委員會應當由當事人協議選定；而第 31 條規定當事人得約定由三名仲裁員組成仲裁庭。另有關仲裁程序中進行調解，亦可由當事人自由決定；如《仲裁法》第 51 條規定，當事人自願調解的，仲裁庭應當調解。由前揭規範觀之，中國涉外仲裁機制係以尊重當事人意思自治為制度之基本原則。

## 二、 依法裁決原則

仲裁應當根據事實，符合法律規定，公平合理地解決糾紛，《仲裁法》第 7 條著有明文。此規定彰顯中國涉外仲裁機制，係採行依法仲裁之方式<sup>42</sup>，即仲裁裁決係依一定之法律做成。申言之，仲裁之進行應以事實為據，係指仲裁庭在仲裁過程中，對於與國際商事爭議有關之事實及其證據資料，需進行全面而深入之查明；另仲裁裁決需符合法律規定，即在查明之事實基礎上，對於仲裁案件應正確適用法律，以公平合理之解決當事人間之爭議。依法仲裁原則在《仲裁法》規範中之實現，反應在仲裁庭之證據蒐集、開庭等程序相關規定，包括證據之蒐集、質證與保全<sup>43</sup>、當事人辯論及陳述<sup>44</sup>等等；而觀察該等規定可知，依法仲裁原則為建構中國涉外仲裁機制之基本原則。

## 三、 獨立公正原則

獨立公正進行仲裁，是公平合理解決當事人間之國際商事爭議之保障。獨立公正原則係指中國涉外仲裁機制應具有獨立性及公正性；具體則表現在仲裁機構的獨立性及仲裁員之公正性。中國涉外仲裁機制以獨

---

<sup>42</sup> 依法仲裁係相對於友好仲裁而言。參見本文第二章第三節之說明。

<sup>43</sup> 《仲裁法》第 43 條規定，當事人應當對自己的主張提供證據。仲裁庭認為有必要收集的證據，可以自行收集；第 45 條則規定，證據應當在開庭時出示，當事人可以質證；另第 46 條規定，在證據可能滅失或者難以取得的情形下，當事人可以申請證據保全。

<sup>44</sup> 《仲裁法》第 47 條規定，當事人在仲裁過程中有權進行辯論。辯論終結時，首席仲裁員或者獨任仲裁員應當徵詢當事人的最後意見。

立公正原則為立法之基本原則。在獨立性原則方面，中國涉外仲裁機制著重仲裁之進行及仲裁員委員會之獨立性；《仲裁法》第 8 條規定，仲裁依法獨立進行，不受行政機關、社會團體和個人的干涉；同法第 14 條，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。至於公正性之原則，則是強調對於仲裁員之公正要求；同法第 13 條規定仲裁員之資格，並規定仲裁員應「公道正派」；第 34 條則規定仲裁員迴避之事由，並於第 38 條規定仲裁員如違反公正性要求時，應當依法承擔法律責任，並由仲裁委員會將之除名。

#### 四、 一裁終局原則

一裁終局原則是廣為國際商事仲裁制度所採行之原則，此原則有二層意義：第一：針對仲裁庭已裁決之國際商事爭議，當事人不得就同一爭議再次提付仲裁；第二、經仲裁庭裁決之國際商事爭議，當事人亦不得將該等爭議另向法院起訴。一裁終局原則之目的，在於賦予仲裁裁決法律上效力，並使當事人間之國際商事爭議得有效解決。中國涉外仲裁機制以一裁終局為立法之基本原則，《仲裁法》第 9 條即規定，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。為達成一終局之目的，《仲裁法》亦賦予仲裁裁決法律上效力，第 57 條即規定，裁決書自作出之日起發生法律效力。

前述基本原則及其相關規範，形成了中國涉外仲裁機制之特點<sup>45</sup>，也成為中國涉外仲裁機制發展之基礎與結構上優勢所在：

---

<sup>45</sup> 黃進、宋連斌、徐前權著，前揭註 27，頁 13-14。

## 一、 當事人意思之尊重

中國涉外仲裁以當事人意思自治為機制建立之基本原則，並尊重國際商事爭議當事人對於程序事項決定之意思，因此，有關是否提付仲裁、仲裁機構及仲裁員為何、仲裁庭之組成形式，以及仲裁程序中是否進行調解等，均基於當事人自願之基礎上；而當事人意思之尊重則成為中國涉外仲裁機制之特點。

## 二、 專業與獨立公正

中國設外仲裁機制對於仲裁員之資格加以規範，並由仲裁委員會按照不同專業設仲裁員名冊供當事人參考<sup>46</sup>，故當事人得依其國際商事爭議之性質，選擇適合而專業之仲裁員以解決該等爭議<sup>47</sup>。此外，依法裁決原則之基本原則之採納，使得國際商事爭議得本於查明之事實及正確法律，公平合理之解決。因此，中國涉外仲裁機制具有專業之特點。另中國涉外仲裁機制以獨立公正原則為立法之基本原則，並已將等原則具體反應在相關法律規範中。因此，仲裁機構獨立性與仲裁員公正性之確保，亦為中國涉外仲裁機制之特點之一<sup>48</sup>。

## 三、 經濟與效益

對於一裁終局原則之採納，成為中國涉外仲裁機制具有經濟性之主要原因。相較於訴訟之審級制度，一裁終局對於國際商事爭議當事人而言

---

<sup>46</sup> 《仲裁法》第 13 條第 2 項規定，仲裁員應當符合下列條件之一：(一) 從事仲裁工作滿八年的；(二) 從事律師工作滿八年的；(三) 曾任審判員滿八年的；(四) 具有法律研究、教學工作具有高級職稱的；(五) 具有法律知識、從事經濟貿易等專業工作並具有高級職稱或者具有同等專業水平的。同法條第 3 項規定，仲裁委員會按照不同專業設仲裁員名冊。

<sup>47</sup> 參考《中國國際經濟貿易仲裁委員會仲裁規則(2005)》第 21 條規定，當事人從仲裁委員會提供的仲裁員名冊中選定仲裁員。

<sup>48</sup> 另參考《中國國際經濟貿易仲裁委員會仲裁規則(2005)》第 19 條規定，仲裁員不代表任何一方當事人，並應獨立于各方當事人且平等地對待各方當事人。

可節省大量時間及相關費用。另中國涉外仲裁機制之經濟性，亦反應在程序之彈性中；仲裁程序相較於訴訟程序所具有之彈性<sup>49</sup>，使當事人在解決國際商事爭議之過程中，得以更有效益，更能平衡實體利益及程序利益之方式進行。此外，保密性(confidentiality)是仲裁之優點所在<sup>50</sup>；中國涉外仲裁機制在程序上亦採取不公開進行之方式<sup>51</sup>，此種仲裁之保密性之優點，使得國際商事爭議當事人可享有保護其商業祕密之效益。而經濟及效益，不但是國際商事仲裁價值取向，亦為中國涉外仲裁機制之特點。



---

<sup>49</sup> 仲裁程序之彈性係體現於仲裁程序中，包括仲裁程序法、仲裁程序語言、仲裁地點、仲裁員、實體準據法之決定，以及仲裁代理人之選擇等，而學者認為仲裁程序之彈性，是相較於訴訟制度而言所具有之優勢。參見 WANG SHENG CHANG, *Through Conciliation and Arbitration in Mainland China*, *supra* note 21, at 74.

<sup>50</sup> 胡玉凌，商事仲裁的保密性研究，北京仲裁，第 57 輯，頁 51，2005 年。

<sup>51</sup> 《仲裁法》第 40 條規定，仲裁不公開進行。當事人協議公開的，可以公開進行，但涉及國家祕密的除外。另《中國國際經濟貿易仲裁委員會仲裁規則(2005)》第 33 條亦規定，仲裁庭審理案件不公開進行。