

壓縮公權力邊界：澳門對內地自貿區的啟示

——以上海自貿區為例

李 晨*

上海國際經濟貿易仲裁委員會(上海國際仲裁中心)於 2015 年 1 月 1 日開始執行《中國(上海)自由貿易試驗區仲裁規則》標誌着上海自由貿易區在探索建立獨特的、與自由貿易實踐相契合的仲裁規則走出了重要的一步。然而，隨着制度的實施，越來越多的學者開始擔心過於老舊的 1994 年仲裁法可能在上海自由貿易區探索仲裁新制度的道路上充當“攔路虎”的角色。在探索新制度的道路上，探索者一方面應當尊重現時生效之法律的效力，同時亦應當在自由探索的空間裏進行大膽的嘗試。上海自由貿易區作為法律制度的實驗室，是大膽試驗新制度的地理空間，同時也是自由貿易的地理空間。澳門特別行政區雖然經濟總量小於內地的上海市，經濟結構較為單一，但澳門在回歸之前所形成的法律體系以及在回歸之後所進行的法律完善，使得澳門的仲裁制度具備自己的特色。立足於上海自由貿易區和澳門特區在“小規模經濟體”和自由貿易的共同特徵，澳門特區對仲裁制度的解放，對上海自由貿易區的仲裁制度建設極具參考價值。

一、現有研究分析

通過梳理與自由貿易區仲裁機制相關的文獻，筆者發現關於在上海自由貿易區中進行仲裁制度之改革的討論遠在上海自由貿易區誕生之初就已經進行。有學者通過列舉其他國家或地區建立臨時仲裁的立法實踐，來論證中國需要在立法層面上承認臨時仲裁的合法性。¹ 該文指出，在其他國家，臨時仲裁是仲裁機制發展過程中，先於機構仲裁的產生的仲裁形式。同時，臨時仲裁也是眾多法域進行仲裁的主要方式和習慣。因此，上海自由貿易區需要引入臨時仲裁機制並在司法監督、行業監督、仲裁員資格以及仲裁裁決的執行與監督等方面予以保障。有的學者借助臨時仲裁和機構仲裁之間越來越明顯的模糊性，試圖繞過現行仲裁法對於臨時仲裁的排斥，從而實現對臨時仲裁的引入²，但仲裁機構的介入並不當然意味着機構仲裁。上海自由貿易區可以採取“披着機構仲裁的外衣行臨時仲裁之實質”的方式來引入臨時仲裁。從這種思路可以看出，學者們為在上海自由貿易區引進臨時仲裁已經絞盡腦汁，同時也反映出《仲裁法》第 16 條關於“仲裁協議應當寫明選定的仲裁委員會”在上海自由貿易區的仲裁制度創新方面所產生的巨大阻礙效應。更有學者直擊現行法對上海自由貿易區仲裁法律創新的阻礙作用，主張應當調整法律的適用以及最高人民法院應當在建立多元爭議解決機制上有所作為³，強調應當放開國際仲裁市場准入並制定相應的行業標準，並加快《仲裁法》的修改。還有學者

* 澳門大學法學院博士研究生

通過宏微觀對比的方法，比較了宏觀層面上WTO的國家間爭端解決機制和微觀上的商事爭議解決，認為應當加強斡旋、調解等爭議解決方式。⁴

儘管多元爭議解決機制的建設被頻繁提及，仲裁機制的創新仍然是無法迴避的問題。仲裁機制的擴大適用問題是解決仲裁機制創新的主要部分。在多元爭議及解決機制中，仲裁幾乎處於核心地位，因此對於仲裁制度的改革應當是建設多元爭議解決機制的核心目標。現有研究大多集中在對臨時仲裁的引入問題以及解除對國際仲裁機構進入上海自由貿易區的限制問題上，對於上海自由貿易區的仲裁機制改革的重點處在對商事案件的處理之上。雖然這種傾向符合上海自由貿易區在促進自由貿易方面的角色定位，但對於最大限度地保證私權自治做的並不充分，對公權力範圍的限縮力度仍顯不足。

二、上海自由貿易區的仲裁機制現狀

相比較其他仲裁規則，《上海自由貿易區仲裁規則》的創新之處主要體現在“開放的仲裁員名冊”、“調解員制度”以及“緊急仲裁庭和臨時措施”等。⁵

《上海自由貿易區仲裁規則》允許仲裁的雙方當事人在仲裁員名冊之外選定仲裁員，並且在仲裁委員會的批准下在仲裁員名冊之外，選定首席仲裁員。⁶ 該項制度的設計在仲裁委員會自身的權限範圍內擴大了雙方當事人選擇仲裁員的範圍，一定程度上貫徹了仲裁員選擇的意思自治。然而，該仲裁規則只是上海市國際仲裁中心的內部規則，從本質上並沒有改變《仲裁法》上對於仲裁程序的諸多限制。由於上海自由貿易區內仲裁院數量的原因，當事人沒有太多可供選擇的仲裁委員會來訴諸仲裁。儘管該規則已經在保障當事人意思自治方面做出了諸多努力，由於未能試驗臨時仲裁制度，當事人的意思自治並沒有得到最大限度的保障。

《上海自由貿易區仲裁規則》在第六章詳細規定了相互分離的調解與仲裁模式，設立了分立於仲裁之外的調解員制度。在這種制度的參與下，爭議雙方當事人可以在仲裁庭組成之前先進行一輪調解。即便雙方在仲裁前的調解程序中沒有就爭議的解決達成一致意見，雙方亦可進行仲裁中的調解程序，這無疑增加了當事人之間通過協商的方式解決彼此之間爭議的可能性，並降低外部力量乃至公權力介入的概率。然而，仲裁前調解制度本身被設置於仲裁制度之內，調解本身受到仲裁委員會的影響較大。如果申請仲裁的一方當事人未能及時提交仲裁申請，仲裁委員會沒有進行立案，或者仲裁協議出現瑕疵，導致仲裁程序沒有啟動的情況出現，仲裁前調解程序能否繼續進行，將成為一個疑問。由於“啟動仲裁程序—仲裁前調解—仲裁中調解—仲裁”的範式存在，調解制度本身附屬於仲裁制度。調解制度本身是否能成為一種獨立的爭議解決機制也處在存疑的狀態中。若爭議雙方未曾達成仲裁協定，卻沒有獨立調解機制可用以解決糾紛，而爭議將直接面臨訴諸公權力的解決途徑，這無疑為自由貿易區中公權力的邊界擴大增加了路徑和理由。

《上海自由貿易區仲裁規則》在第三章規定了緊急仲裁庭和臨時措施制度，賦予了仲裁庭“類似於法院”的權力。在過往的仲裁規則中，2005年和2012年貿仲規則均沒有就臨時措施和緊急仲裁庭制度如此明確且具體地予以規定。對於賦予仲裁庭賦予仲裁庭“準司法權”的權力到底屬於公權力的擴張還是屬於私權利的擴張，取決於對仲裁的定性。一般認為，仲裁是基於當事人意思自治的私法上的爭議解決糾紛機制。在此基礎之上，仲裁擴權屬於私權利的擴張進而壓縮了公權力的邊界。然而，

基於“仲裁公共主義”的觀點，由於仲裁庭的權力已然擴大到了和國家公權力相似規模和強度，因而無法將仲裁視為純粹的私法上的爭端解決手段。⁷ 此時的仲裁被認為應當納入到公權力的範圍之中。從此角度來看，仲裁庭權力的擴張給人們形成了一種公權力擴張的印象。本來試圖壓縮公權力的邊界的努力，反而會招致擴大公權力範圍的苛責。

綜上，《上海自由貿易區仲裁規則》在一定程度上為保障當事人的意思自治，限制公權力的範圍作出了一定的努力。但是，現有努力無論是在力度上還是在可能引發的爭議上均有所不足。2017年3月，廣東橫琴自由貿易區公佈了《橫琴自貿區臨時仲裁規則》。⁸ 該《規則》在全國範圍內率先承認了臨時仲裁在“自由貿易區”中的適用。⁹ 《規則》不僅適用於橫琴自貿區內註冊的企業間約定的臨時仲裁，而且如果其他當事人依據當事人雙方約定的解決財產權益糾紛的法律可以採用臨時仲裁方式的也可約定適用¹⁰，從而將對當事人的意思自治之保障增大到了的最大限度。《上海自由貿易區仲裁規則》在這個方面已然落後於橫琴。此外，《上海自由貿易區仲裁規則》只是在上海自由貿易區的實驗室中進行一定的法律實驗，屬於自主的探路過程，並沒有得到立法者的承認。因此，解決現有機制中的不足並爭取獲得立法者的認同，擴大仲裁的適用範圍，壓縮公權力的邊界，是當前努力的方向。

三、 澳門特區在擴大仲裁適用方面的努力

澳門特區的仲裁制度建立於澳門主權移交之前，1991年由澳葡當局通過的第112/91號法律《澳門司法組織綱要法》予確認。1999年12月20日澳門回歸中國，澳門特別行政區成立，該項法律在澳門終止生效，然而該項法律所創立的仲裁設想並沒有因為法律的廢止而停止。和內地一樣，澳門也是採取內部仲裁和外部仲裁雙軌制的法域¹¹，其制度主要規定於第29/96/M號法令和第55/98/M號法令之中。澳門在對待臨時仲裁、可仲裁案件之範圍、層面上作出了極大控制公權力邊界的努力，其獨特的行政仲裁的規定亦為上海自由貿易區中壓縮公權力邊界提供了參考。

(一) 對於臨時仲裁的態度

規定內部自願仲裁的第29/96/M號法令沒有明文提及臨時仲裁和機構仲裁之區分，也沒有規定爭議雙方當事人必須選擇臨時仲裁或者機構仲裁的方式來解決爭議，因此，澳門特區在內部仲裁程序中是否承認臨時仲裁或機構仲裁應當從仲裁庭的組成方式和仲裁員的選擇上進行研究。該法令第1條規定爭議的當事人，不論自然人或法人，得透過協議將爭議提交仲裁，由1名或數名仲裁員解決之。澳門在規定仲裁員數量方面與內地相同，這一原則體現於該法令的第10條。¹² 關於仲裁庭的選任，第11條第1款規定“當事人應當在仲裁協議或者隨後簽署之書面協定內指定仲裁庭之一名仲裁員或者數名仲裁員，或訂定選定仲裁員之方式。”同時，若當事人選擇專門機構負責仲裁，第11條第5款作出了“適用有關規章之規定”。從該項規定可以看出澳門特區的仲裁法例已然對臨時仲裁和機構仲裁進行了區分。在這種區分模式下，臨時仲裁被作為澳門內部仲裁制度的主要方面，而機構仲裁則以特別條款的方式予以規定。澳門特區法例不但承認了臨時仲裁的合法性，而且將其作為內部仲裁制度的主要表現形式。在內地被奉為主流的機構仲裁模式，僅僅作為一種可供選擇的方式。

相比澳門的仲裁制度，即便上海自由貿易區仲裁院的仲裁規則已然同意當事人在仲裁員名單之外

選擇仲裁員，仍無法脫離仲裁委員會對仲裁員選擇的限制。¹³ 此外，澳門內部仲裁規則規定，“仲裁庭之終局裁決應當以書面為之，並由仲裁員簽名”，“屬一名以上仲裁員參與之仲裁程序，有關裁決應當載有仲裁庭多數成員之簽名，並應註明其他成員無簽名之原因”，並沒有加蓋仲裁委員會之公章的要求。以澳門律師公會自願仲裁中心《仲裁程序規章》為例，選擇該項機構的當事人雖然只能從該機構的仲裁員名單中選擇仲裁員，但是最終的裁決書中，即便當事人選擇了機構仲裁的解決方式，自願仲裁中心的公章也不會出現。¹⁴ 也就是說，即便是在機構仲裁之中，對仲裁裁決負責的依然是仲裁員而不是仲裁機構。澳門特區仲裁法例不但支持臨時仲裁，而且在機構仲裁中也相當程度的體現了臨時仲裁的某些特徵。上海自由貿易區仲裁規則一方面認可在仲裁員可以在名冊之外選取，而裁決又必須加蓋仲裁委員會的印章，這體現出該中心意欲承認臨時仲裁而又不能違背《中華人民共和國仲裁法》強制要求。歸根結底在於，澳門特區已然在立法上對臨時仲裁予以了承認和支持，而不是僅僅通過仲裁機構的自我創新來推動的臨時仲裁的實現。

澳門特區的涉外仲裁制度，以第 55/98/M 號法令為主要依據，涉及承認臨時仲裁合法性和保障當事人意思自治的內容主要有兩個方面。第一，澳門關於涉外仲裁中之仲裁的概念特別強調了臨時仲裁和機構仲裁的同一性。其仲裁之含義應為任何仲裁，即不論仲裁工作之籌組是否交由一常設機構做出。¹⁵ 第二，關於仲裁員的指定，該法令第 11 條第 2 款規定，除允許當事人通過協定的方式完成仲裁員的選定，還特別強調了一些不得成為阻礙當事人選擇仲裁員的情形，如不得以國籍和居住地為理由排除任何人成為仲裁員。但是，第 11 條第 1 款規定，即便在此限制下，當事人仍然可以以協定的方式規避此條規定。其他涉及當事人意思自治方面內容，第 55/98/M 號法令準用第 29/96/M 號法令。

總的來看，澳門特區無論在內部自願仲裁還是在涉外自願仲裁方面均採取承認臨時仲裁，且視臨時仲裁為仲裁最一般之形式。

(二) 必要仲裁

除了自願仲裁，澳門特區還設有必要仲裁制度。和自願仲裁相反，必要仲裁並非基於雙方當事人的自願。¹⁶ 必要仲裁的法律基礎是強行法的特殊規定，也就是說若有法律規定，目標爭議必須提交仲裁員予以解決。然而，雖然必要仲裁制度的存在並不是為了保證當事人的意思自治，但如要適用必要仲裁則必須需要法律的特別規定，實際上也為當事人的意思自治劃定了極寬泛的邊界。澳門的必要仲裁制度僅僅適用於第 3/90/M 法律第 25 條規定的權力公共工程與公共服務批給相關的爭議以及第 43/97/M 號法律所確定的公共徵收相關爭議。¹⁷ 由於此兩項法律事項所關聯的爭議並非純粹的商事爭議，所以在民事及商事領域，所有爭議均是通過自願仲裁來解決。因此，在民商事領域，澳門的仲裁制度是將當事人意思自治最大化的表現，同時也是對公權力範圍的最大程度上的限縮。

(三) 對公權力邊界的限制

澳門特區的仲裁制度除了在承認臨時仲裁的方面體現了當事人意思自治的最大化，限制公權力的邊界，在仲裁標的方面也體現出這種價值取向。第 29/96/M 號法令規定“不涉及不可處分之權利之任何爭議均可成為仲裁標的，但特別法規定應提交司法法院或必要仲裁處理者，不在此限”。此外特別強調“爭議已因本案裁判轉為確定而獲解決”及“引致檢察院參與訴訟之爭議”不得仲裁。第 29/96/M 號法令設定的仲裁適用和公權力的分界綫即由四部分構成：權利是否可處分，權利是否由特

別法規定強制適用訴訟或必要仲裁程序，爭議案件是否已通過司法裁決的方式而結案，案件是否是應當由檢察院參與的案件。

第一部分，權利是否可處分。由於仲裁的基礎是當事人的意思自治，當事人應當對爭議標的本身有處分權。不可處分的權利自然無法成為仲裁標的。《中華人民共和國仲裁法》通過列舉的方式列舉出不得仲裁的事項，而其列舉的事項即為“不可處分之權利”。因此，在這一部分澳門的規定和內地的規定相同。

第二部分，強制適用司法裁決和必要仲裁。這一部分是非常明顯的公權力邊界，若無法律及法令的特別規定，不得強制適用司法裁決和必要仲裁這本身就是一種對當事人自由意志的保障。需要特別注意的是，強制適用司法裁決和必要仲裁，惟一的標準就是特別法的規定，這一標準非常清晰。然而，《中華人民共和國仲裁法》一方面在第3條列明了不得仲裁的事項，另一方面在第1條宣稱其立法目的解決經濟糾紛。由於經濟糾紛的含義並不明確，故此處存在一定的模糊空間。這也是公權力邊界的模糊地帶，公權力也極易在此處越界。

第三部分，爭議案件是否已經結案。由於仲裁作為爭議解決的一種方式，其程序的啟動必然依賴於爭議的存在。若一項爭議已經結案，則意味着該項爭議已經得到解決。爭議本身已經不復存在，因而仲裁本身亦無存在的意義。此項規定在於防止出現已經有司法判決的案件，再次被仲裁。然而，即使已經通過司法程序結案的案件，若判決中無載有關於案件執行的問題，該執行問題依然可以通過仲裁予以解決。¹⁸ 第29/96/M號法令在非常細緻的結案案件執行環節，依然明示相當程度的可仲裁性，防止法院阻止司法結案案件之執行爭議的仲裁解決，從而為公權力劃出一個清晰的邊界。

第四部分，應當有檢察院參與的案件不得仲裁。澳門特區檢察院的職責規定於第9/1999號法律的新《司法組織綱要法》。根據該法第56條的規定，檢察院提起刑事訴訟或代表澳門特區、澳門特區公庫、市政機構或臨時市政機構、無行為能力人、不確定人及失蹤人提起訴訟或者參與可能涉及公共利益的案件，諸如勞工社會福利，破產或無償還能力程序等。因此，只有涉及到第9/1999號法律《司法組織綱要法》第56條的事項，檢察院才能介入其中。一般民商事案件不會引發檢察院的介入，因而完全可以採取仲裁的形式予以解決。根據職權法定原則，檢察院不可能越過法律的規定介入案件。由於檢察院的介入而導致仲裁被排除在爭議解決方式的範圍之外的情況很難發生。第9/1999號法律通過限制檢察院的權力邊界，使得仲裁的適用範圍得到相當程度的保障，一般可以提起的自訴案件，理論上都可以通過仲裁的防止予以解決。

從澳門特區關於案件的可仲裁範圍，可以看出通過明文的法律或者法令的規定，劃定不可以以仲裁方式解決的爭議範圍，是保證最大限度擴大仲裁適用範圍，釋放仲裁活力的重要方式。

(四) 行政仲裁

澳門《行政訴訟法典》第99條款規定，該《法典》第97條所涉及各訴應當按照通常形式的民事訴訟普通宣告訴訟程序的步驟進行。其中，第97條(d)項“行政合同”和(e)項的“行政當局或其機關據位人、公務員或服務人員對公共管理行為所造成損失之責任，包括求償之訴”被第29/96/M號法令規定為可仲裁之行政法上的司法爭訟範圍之自願仲裁事項。同時，29/96/M號法令還規定“具備財產內容之權利或受法律保護之利益，尤其是應以稅捐名義以外之其他名義支付之金額”相關爭議也可以通過自願仲裁的方式予以解決。

除了稅收相關的爭議，幾乎所有的財產性爭議都可以通過仲裁的方式解決。在這一點上，澳門特區和內地的規定有着明顯的不同。《中華人民共和國仲裁法》第3條規定行政爭議不能通過仲裁的方式予以解決。該法只承認民商事案件的可仲裁性，不承認行政案件的仲裁性的理由可以理解。仲裁畢竟作為源於私法且數百年來一直在私法領域實踐、發展、純化。¹⁹ 在行政法領域適用仲裁也確實存在爭議，但如果將財產性的行政爭議納入到仲裁範圍之內，一方面體現出法律對私法爭議解決方式的寬容，另一方面也可以體現出即便是在行政法領域，公權力也表達出對“意思自治”的極大尊重。

從限制公權力的角度來看，公權力和私權利往往存在着此消彼長的關係。因此，私權利的擴張往往意味着公權力的限縮。將部分行政性爭議納入到仲裁解決的範圍內，更是使得私權利“侵入”到了公權力的範圍內，這對於公權力邊界的壓縮達到了前所未有的程度。然而，此種對公權力範圍的壓縮並非帶來消極的結果，反而更加有利於公權力的轉型。在人們的印象中，行政訴訟往往是行政相對人和行政主體之間爭議無法調和的結果。“對簿公堂”不但體現出行政相對人對行政主體的行政管理行為的激烈反抗，而且會造成公權力過於強勢的刻板印象，擴大公私雙方的矛盾，最終導致社會的撕裂。爭議解決的初衷是解決糾紛，但如果由於糾紛的解決導致了內心中的怨恨，公開化地激化矛盾，這往往違背了爭議解決的初衷。仲裁相對於訴訟來講較為溫和，可以有效組織矛盾的最終攤牌，對於彌合社會裂痕有所幫助。澳門特區通過在行政法某些領域仲裁優越性的承認，有利於將行政管理面對個人的“進攻型”轉為“服務型”，這一點和內地“打造服務型政府”的政治目標也是契合的。

四、上海自由貿易區和澳門特區的相似點

澳門特區的仲裁制度有非常獨特之處，體現出極大對公權力壓縮的傾向，特別是在第29/96/M號法令的前言中更明文表示“在本法規所包含之幾項結構性原則中，最為顯著者為廣泛採納當事人自治原則，並使屬公共秩序之規定減至最少。”這表明澳門特區政府試圖擴大“意思自治”的範圍，限縮公權力邊界的努力。然而，澳門特區和內地畢竟在法律傳統和制度歷史淵源等諸多方面存在着諸多不同，上海自由貿易區如要借鑑澳門的制度，也必然需要證明自身和澳門特區的相似之處。

(一) 地理範圍小

2013年上海自由貿易區剛剛設立之時，其地域面積為28.78平方公里，接近澳門的30.9平方公里。2014年12月28日，全國人民代表大會常務委員會授權國務院擴展中國(上海)自由貿易試驗區區域，將其面積擴展到120.72平方公里，接近澳門的4倍。從地理範圍的大小來看，上海自由貿易區和澳門特區的面積都不算大。既然澳門以32平方公里的面積可以形成自身的法律體系，特別是仲裁體系，那麼將上海自由貿易區視作一個可以在一定程度上擁有自身特色的仲裁體系的小型法律區域，並不是一件非常困難的事情。儘管澳門的相關制度另有其複雜的政治歷史原因，但至少在構建與小規模經濟體相適應的仲裁制度上，上海自由貿易區可以從澳門特區得到一定的參考。

(二) 實行自由貿易制度

上海自由貿易區被視作“境內關外”的區域性經濟特區，在貿易、航運、金融等方面較國內其他

地區有更大的自由度。由於上海自由貿易區的定位僅僅是“經濟商事領域特區”，因此，在自貿區範圍所發生的爭議絕大多數與自由貿易、航運、金融等方面相關。爭議雙方也往往願意通過仲裁這種便捷性和保密性較高的爭議解決方式來解決彼此之間的糾紛。澳門特區雖然主要以服務業和旅遊業為支柱產業，但仍然是中國重要的自由港之一。澳門不以轉口貿易或進出口貿易為主要產業，但其經濟自由度仍然處在非常高的水平之上。澳門元和港元可以在澳門自由兌換和流通。由於自由經濟的緣故，澳門特區政府一直十分注重保護人們以“意思自治”的方式解決民商事糾紛。此種努力以前文所提及之 29/96/M 號法令的前言為典型。自由貿易產生的糾紛，以自由的方式予以解決，應當被作為自由經濟區域一大特點。同為中國自由貿易的典型地區和上海自由貿易區和澳門特區，在這一點上非常類似。特別是上海自由貿易區作為“自由經濟的試驗田”，應當拿出更多的魄力去壓縮公權力邊界，提高自身經濟的自由度。

(三) 仲裁發展時間較短

上海自由貿易區的仲裁制度以《中華人民共和國仲裁法》為基礎。《仲裁法》本身生效於 1994 年。雖然距今已有 23 年，但是和世界上擁有深厚仲裁傳統的國家相比，《仲裁法》仍然是一部相當年輕的仲裁法。上海自由貿易區中，仲裁規則所作出的諸多嘗試更是處在新生兒的階段。澳門的仲裁制度亦建立在上世紀 90 年代，且時至今日，仲裁在澳門依然在不斷發展的過程中。可見，上海自由貿易區和澳門特區的仲裁制度發展時間頗為類似。由於發展時間較短，制度往往還處在“試驗”的過程之中，從而導致制度的可塑性較大。然而，澳門的仲裁制度在立法的過程中參考了諸多法域的立法實踐，一步到位地承認了國際社會主流的臨時仲裁並最大限度地壓縮了公權力介入爭議解決的邊界。從發展速度來看，上海自由貿易區確實落後於澳門。因此，參考並借鑑澳門的仲裁發展路徑，也是上海自由貿易區仲裁制度發展的一個選項。

(四) 服務型政府的轉型建設

建設服務型政府是近年來中央政府一直提出的一個口號。上海自由貿易區亦是回應這種號召而在各個領域開始簡政放權的前列實踐者。建設服務型政府本質上是限制政府的權力。然而，限制狹義上的政府權力是不夠的，澳門不但在行政上保持着對私權利的尊重，同時還通過立法的方式，限制以法院和檢察院為代表的司法權力的邊界，限制司法權力邊界的最好方式就是通過擴張以仲裁為代表的私法爭議解決方式的適用範圍。澳門引入行政仲裁的目的，也是為了通過能夠以和諧友好氣氛的仲裁而不是激烈對抗的訴訟，解決行政機關等和私權利主體的糾紛，達到緩和“官民矛盾”的效果。因此，建設服務型政府，緩和政府與人民群眾的矛盾，除了設立負面清單規制政府權力之外，更應當尋求解決政府與私權利主體之間爭議糾紛的新路徑。在建設服務型政府方面的，澳門擴大仲裁適用範圍、壓縮司法權力的邊界的嘗試，可以作為上海自由貿易區的可供模仿的範本。

五、上海自由貿易區擴大仲裁適用的建議

通過對澳門特區仲裁制度的研究，對比上海自由貿易區和澳門特區的諸多相似點可以看出澳門在

承認臨時仲裁的合法性、允許以仲裁方式解決財產性行政糾紛的立法實踐是符合上海自由貿易區的發展目標的。不論是從保證當事人意思自治還是國家行政行為的可仲裁性的角度，都應當考慮對仲裁相關公權力的主動壓縮。

(一) 不再區分臨時仲裁和機構仲裁

學界就在上海自由貿易區引入臨時仲裁的呼聲已經早已有之，對於試圖繞過現行《中華人民共和國仲裁法》而變相引入臨時仲裁的方案也浮出水面。然而，採取變相引入臨時仲裁的方式無法根本性地解決上海自由貿易區的實際需求與現行仲裁法之間的矛盾，反而會導致極大地違法風險。因此，必須直面該法的修改問題或者現行仲裁法在上海自由貿易區的適用問題。由於《仲裁法》的修改一直面臨着極大的阻力，故由全國人民代表大會常務委員會調整《仲裁法》在上海自由貿易區的適用，是一個較為實際的選項。調整後適用於上海自由貿易區的仲裁法律，不僅僅應當承認臨時仲裁的合法性，且不宜將臨時仲裁或機構仲裁做法律適用上的區分，應當統一視作“仲裁”這一單一含義的概念。

(二) 允許仲裁解決財產性行政糾紛

允許通過仲裁解決財產性行政糾紛，是澳門仲裁制度的一大亮點，也是上海自由貿易區可以學習的範例。上海自由貿易區中的民商事主體出於經營的需要，會頻繁與行政機關接觸，也就增加了產生糾紛的可能性。對於行政糾紛中涉及財產的部分適用仲裁，有利於化解行政機關和民商事主體之間的矛盾，平和社會關係，提升政府的公眾形象。此外，亦可比澳門走前一步，探索非財產性行政糾紛的仲裁解決途徑，限制司法機關的權力邊界。

六、結論

澳門的仲裁制度通過對臨時仲裁的極大寬容，承認其合法性以及通過立法確認財產性行政糾紛的可仲裁性的方式，極大地擴張了仲裁在實踐中的適用範圍。同時通過設定必要仲裁、仲裁標的之限制等劃定了除自願仲裁之外的爭議解決方式，尤指公權力介入私法爭議的邊界。擴大仲裁的適用範圍是限制公權力介入爭議解決的重要方式。澳門的制度表明，特區政府在擴張在爭議解決糾紛的私法自治方面做出了極大的努力，同時擴張仲裁的適用，也鞏固了仲裁在非訴訟爭議解決中的核心地位，對訴訟作為多元爭議解決框架中的爭議解決首選項地位發出了強有力的挑戰。上海自由貿易區和澳門特區在地理面積、經濟自由度、仲裁發展時間以及服務型政府建設方面有着很高的相似性，因此，上海自由貿易區可以把澳門特區作為一個範例，在承認臨時仲裁和適用仲裁解決財產性行政糾紛角度，對擴大仲裁適用範圍，擴張私法爭議解決方式，壓縮公權力邊界作出相應的嘗試。

註釋：

- ¹ 李志強、王向前：《中國(上海)自由貿易區臨時仲裁制度的建立》，載於《中國法律》，2013年第6期。
- ² 賴震平：《我國商事仲裁制度的闕如——以臨時仲裁在上海自貿區的試構建為視角》，載於《河北法學》，2015年第2期。
- ³ 劉曉紅、王徽：《論中國引入國際商事仲裁機構的法律障礙與突破進路——基於中國自貿區多元化爭議解決機制構建的幾點思考》，載於《蘇州大學學報》(法學版)，2016年第3期。
- ⁴ 朱繼娟：《上海自貿區爭端解決機制研究》，載於《現代商貿工業》，2015年第8(上)期。
- ⁵ 丁夏：《仲裁員制度的比較與反思——以上海自貿區仲裁規則的人本化為視角》，載於《法學論壇》，2015年第2期。
- ⁶ 見《上海自貿區仲裁規則》第27條及第28條。
- ⁷ [葡]Cândida da Silva Antunes Pires e Álvaro António Mangas Abreu Dantas：《澳門仲裁公證內部自願仲裁六月十一日第29/96/M號法令註釋》，葉迅生譯，澳門：法律及司法培訓中心，2012年，第35頁。
- ⁸ 張建：《構建中國自貿區臨時仲裁規則的法律思考——以〈橫琴自由貿易試驗區臨時仲裁規則〉為中心》，載於《南海法學》，2017年第2期。
- ⁹ 張建：《中國自貿區臨時仲裁規則的法律構建》，載於《石河子大學學報》(哲學社會科學版)，2017年第5期。
- ¹⁰ 見《橫琴自由貿易試驗區臨時仲裁規則》第3條。
- ¹¹ 內部仲裁，即對發生在澳門特別行政區內的仲裁案件。外部仲裁即與內地之涉外仲裁含義等同。
- ¹² 第29/96/M號法令第10條規定，“一、仲裁庭得由獨任仲裁員或單數之數名仲裁員組成。二、當事人在仲裁協議或隨後之書面協議內無訂定仲裁員人數時，仲裁庭則由三名仲裁員組成。三、當事人指定雙數仲裁員時，則由被指定之仲裁員協議選定另一名仲裁員以組成仲裁庭；未能達成協議時，該指定則按第十六條之規定為之。”
- ¹³ 見《上海自貿區仲裁規則》第38條第2款及第5款，當事人在指定名冊外仲裁員及共同指定名冊外首席仲裁員時，人選應當得到仲裁委員會之同意。
- ¹⁴ 見《澳門律師公會自願仲裁中心仲裁程序規章》第23條。
- ¹⁵ 見第55/98/M號法令第2條(a)款。
- ¹⁶ 同註7，第175頁。
- ¹⁷ 同上註。
- ¹⁸ 見第55/98/M號法令第2條第3款。
- ¹⁹ 同註7，第169頁。