

## 比較法視野下的澳門行政爭議仲裁制度研究

郭邵文

**摘要：**行政法律關係上出現的爭議一般以訴訟方式解決，但亦可使用非訴訟爭端解決機制進行處理。本文以比較法角度討論法國和葡萄牙行政爭議的處理模式，兩國分別代表了禁止公法人進行仲裁和仲裁適用至行政及稅務領域的前沿演進的制度實踐，本文沿着兩國的路徑，對行政爭議仲裁制度展開研究，以便更好和立體地對澳門的制度進行評議。澳門行政爭議仲裁始於20世紀葡萄牙延伸至澳門適用的法例，現時則以《仲裁法》為主體、行政法部門法為輔的體系進行規範。就制度發展而言，與葡萄牙的進路有所不同，澳門在相對緩慢的發展過程中亦有所創新，其中仲裁裁決的公開可令行政當局日後在處理同一事宜時有例可循，亦有利社會作出監督。

**關鍵詞：**仲裁 行政爭議仲裁 澳門仲裁法 比較法

### A Comparative Law Perspective on the Macao Administrative Dispute Arbitration System

KUOK Sio Man

(Faculty of Law, University of Macau)

**Abstract:** Disputes arising in administrative legal relations are generally resolved through litigation, but non-litigation dispute resolution mechanisms can also be used. This article discusses the handling models of administrative disputes in France and Portugal from the perspective of comparative law. The two countries represent the institutional practice of prohibiting public legal persons from conducting arbitration and the cutting-edge practice of applying arbitration to the administrative and tax fields. This article follows the two countries' paths and analyzes the administrative disputes. This article follows the two countries' paths to study the administrative dispute arbitration system to evaluate Macao's system better and dimensionally. The arbitration of administrative disputes in Macao originated from the laws applicable to Portugal in the last century and was extended to Macao. It is now regulated by a system with the Arbitration Law as the main body and the administrative law department as a supplement. In terms of institutional development, Macao has made innovations in its relatively slow development process, which is different from Portugal's. Disclosing arbitral decisions will allow the administrative authorities to follow the example in handling the same situation and facilitate social supervision.

**Keywords:** arbitration, administrative dispute arbitration, Macao arbitration law, comparative law

收稿日期：2024年3月9日

作者簡介：郭邵文，澳門大學法學院博士研究生，澳門聖若瑟大學訪問學者

## 一、問題的提出

行政法律關係是以公法為依據而建立的法律關係，是“那些給予行政當局在面向市民時管治的權力或對其在請求公共利益的作為中設立限制，又或給予市民面向行政當局時之權利或對其施加公共義務的法律關係”<sup>1</sup>，行政法律關係的特點在於主體地位的不平等。針對此一關係而產生的行政爭議，不同的國家和地區有不同的處理方式，通常採用訴訟方式通過法院予以解決，但亦可使用非訴訟爭端解決機制以解決與行政當局的糾紛。

仲裁從私法而言，指的是平等主體之間透過合意，自願將交由第三方作公平裁斷。然而，在公法方面，行政爭議仲裁並非與私法範疇的仲裁一樣有着悠久歷史，而且當中所涉主體地位不平等的問題，行政爭議是否可以仲裁，倘可仲裁其範圍界限亦有一定爭議，不同國家和地區的看法和操作亦有所不同，因此行政爭議仲裁在學理上仍有進一步的討論空間。

就澳門而言，自2003年開始舉辦“中國—葡語國家經貿合作論壇（澳門）”後，作為“中國與葡語國家商貿合作服務平台”，澳門特區政府和社會各界一直按照中央部署，積極融入國家發展大局，致力推動澳門成為中國與葡語國家企業解決商業糾紛的仲裁地點，強化平台地位，助力國家“一帶一路”發展。因此，在有關澳門仲裁制度的研究來說，學者普遍關心的是民商事仲裁，又或關注於涉外的國際商事仲裁，較少學者曾系統性或有針對地對行政爭議仲裁進行分析，所以專注於相關領域的研究比較匱乏。為此，行政爭議仲裁如何與2020年生效的新《仲裁法》（第19/2019號法律）以及行政法部門法進行協調和適用，是澳門法律共同體須解決的新問題。本文將從比較法的視野出發，對不同國家有關行政爭議處理的模式進行分析和評價，從而對澳門行政爭議仲裁制度展開全面和有系統的研究。

## 二、行政爭議仲裁在不同法域的立場和實踐

從比較法的角度看，透過分析有“行政法母國”<sup>2</sup>之稱的法國以及在法制上與澳門比較接近的葡萄牙對行政爭議仲裁的立場，作為兩種處理方式的典型代表，對域外的行政爭議是否可以仲裁，以及主客觀可仲裁性的範圍進行研究，以便更好和立體地對澳門的行政爭議仲裁制度的各個方面進行評議。

### （一）法國

法國透過《民法典》第三卷（取得財產的各種方式）第十六編對仲裁的一般制度進行規範。根據《民法典》第2059條規定，“任何人，對其可以自由處分的權利，均得提請仲裁”<sup>3</sup>，這法條作為法國仲裁的一般原則，為主觀和客觀可仲裁性提供了清晰界限。

接着，透過《民法典》第2060條規定，法國明文排除了仲裁的適用範圍，“有關人之身份與能力的問題，離婚與分居，或者涉及公共機構與公共行政機關之利益的爭議，總而言之，與公共權力

<sup>1</sup> [葡]若澤·坎迪多·德皮尼奧：《行政訴訟法培訓教程》，何偉寧譯，澳門：法律及司法培訓中心，2015年，第35頁。

<sup>2</sup> 朱新力、金偉峰、唐明良：《行政法學》，北京：清華大學出版社，2005年，第12頁。

<sup>3</sup> 羅結珍：《法國民法典》，北京：中國法制出版社，2002年，第468頁。

有關的所有爭議，不得進行仲裁。但是，具有工商性質的公共機構，依法令允許，得進行仲裁。”<sup>4</sup>

由上述兩條《民法典》規定可見，一般來說，從客觀可仲裁性而言，法國以可處分權利作為界定標準，同時排除了涉及人身權和公權力有關的爭議以仲裁解決；此外，在主觀可仲裁性方面，則訂出了禁止公法人適用仲裁的一般性原則。因此，在行政爭議來說，從主觀和客觀可仲裁性而言，法國以一般性原則排除了行政當局參與仲裁程序，涉及公權力的爭議都不能成為仲裁標的。

對於行政爭議仲裁，法國持傳統保守的反對立場，主要原因與其啟蒙思想家、法學家孟德斯鳩提出的三權分立理論有關。對於行政機關作出的行政行為，由此而產生的行政爭議，應由國家依法設立、與普通法院相互分立並自成體系的行政法院進行審理<sup>5</sup>，如果《民法典》規定的仲裁一般制度適用於行政爭議，那麼行政機關就可以透過與當事人合意的方式採用仲裁制度解決紛爭，這樣會規避行政法院依法作出行政審判的職能。因此，在法國，涉及公法人的爭議，“不論是單方行為、或雙方行為之行政契約所致，均只有行政法院法官得享有專屬、排他的審判權。”<sup>6</sup>

法國於20世紀80年代在行政爭議事宜中有一經典案例，“對當今歐盟各國的司法判決依然具有深遠的指導性意義”<sup>7</sup>——美國華特迪士尼製作公司在法國馬恩拉瓦萊興建歐洲迪士尼樂園，因此與法國地方政府簽訂合同，並在合同當中加入仲裁條款，規定倘在執行合同過程中出現爭議，以仲裁方式解決。法國最高行政法院對上述合同的仲裁條款持反對立場，指出對於公法人作為當事方且涉及內部法律秩序的爭端，公法人不得規避訂明屬國家法院管轄權範圍的規則而將有關爭端交由仲裁員決定，並將禁止公法人適用仲裁定為法國公法的一般性原則。<sup>8</sup>

雖然法國政府及後由於上述案例而決定於1986年修改法律，公共機構為追求國家利益而與外國公司簽訂合同時，可加入仲裁條款<sup>9</sup>，但這只屬上述所指一般原則的例外，法國在原則上還是禁止公法人適用仲裁制度。

除了由於行政法院專屬權限問題外，法國禁止公法人適用仲裁另一原因是與公共利益有關，在仲裁員的選任、仲裁庭的組成，以及仲裁應遵程序和執行等問題上，法國行政法學界持高度憂慮<sup>10</sup>，認為仲裁員與行政法院法官相比，仲裁員可能會較為漠視公共利益。同時，行政合法性原則是公共秩序的要求，在這個框架下，行政法所涉及的事宜均屬不可處分的權利，因此相關的行政爭議不能

<sup>4</sup> 羅結珍：《法國民法典》。

<sup>5</sup> 周佑勇、王誠：《法國行政法院及其雙重職能》，《法國研究》2001年第1期，第121-122頁。

<sup>6</sup> 林慶郎：《論法國法上“禁止公法人適用仲裁”原則之發展》，《東海大學法學研究》2017年第52期，第117-119頁。

<sup>7</sup> 有關案例詳見：Ana Perestrelo de Oliveira, *Arbitragem de Litígios com Entes Públicos*, Coimbra: Almedina, 2007, pp. 36-37；林慶郎：《論法國法上“禁止公法人適用仲裁”原則之發展》，第91-92頁；徐琳：《論法國行政合同糾紛的可仲裁性》，《行政法學研究》2018年第3期，第105-106頁。

<sup>8</sup> Ana Perestrelo de Oliveira, *Arbitragem de Litígios com Entes Públicos*, p. 37；林慶郎：《論法國法上“禁止公法人適用仲裁”原則之發展》，第92頁。

<sup>9</sup> Ana Perestrelo de Oliveira, *Arbitragem de Litígios com Entes Públicos*, p. 37.

<sup>10</sup> 林慶郎：《論法國法上“禁止公法人適用仲裁”原則之發展》，第120-121頁。

由仲裁員解決，更不可通過衡平原則作出處理。<sup>11</sup>

事實上，法國曾於2007年提出有關行政爭議仲裁的法案，雖然採取非常嚴格的限制，但由於未能取得足夠的支持，因而法案遭到擱置。<sup>12</sup> 目前，在行政爭議仲裁問題上，法國繼續維持傳統保守的反對立場，對主觀和客觀可仲裁性作出了一般性負面限縮規定，在一般情況下明確排除公法人適用仲裁制度。

## (二) 葡萄牙

葡萄牙在1986年透過《自願仲裁法》規範仲裁制度前，相關事宜由1961年《民事訴訟法典》（第1508-1528條）所規定。踏入21世紀後，葡萄牙因經濟不景氣而需要尋求外國貸款，為滿足國際貨幣基金組織和歐盟獲得“紓困”資金的要求<sup>13</sup>，葡萄牙參考了《聯合國國際貿易法委員會國際商事仲裁示範法》文本<sup>14</sup>，於2011年通過新《自願仲裁法》。

舊《自願仲裁法》客觀可仲裁性以權利是否可處分作為標準，不可處分權利的爭議不能成為仲裁標的，而新《自願仲裁法》客觀可仲裁性則稍作調整，改以財產性質作為界定標準，即可透過金錢衡量並轉換成金錢、且具有和解性質的爭議事宜<sup>15</sup>，可成為仲裁標的；就主觀可仲裁性方面，新舊《自願仲裁法》規定相同，對於國家和公法人，在公共管理領域只要獲得法律許可，又或爭議屬私法範疇時，均可簽訂仲裁條款，因而具資格參與仲裁程序（新舊法第1條第1款），而“獲得法律許可”意思是指1984年《行政及稅務法院通則》（下稱“通則”）、2002年《行政法院訴訟法典》（下稱“法典”）所許可進行的行政爭議仲裁，以及2011年《稅收仲裁法律制度》所指的稅務仲裁。

葡萄牙在行政爭議的處理問題上，在20世紀一段長時間仍跟隨法國模式，對爭議仲裁採取反對立場。然而，自80年代開始，葡萄牙行政訴訟法開始進行改革，在行政法範疇開始引入仲裁，並繼續擴展適用範圍。葡萄牙有學者<sup>16</sup>以1984年通則和2002年法典的生效作為分界線，將行政爭議仲裁制度的演變分成不同階段。

在通則1984年生效以前，對於行政爭議的處理，葡萄牙採取了與法國相同的立場，考慮到行政法院的專屬管轄權，因此，原則上只能通過行政法院以訴訟方式解決。然而，葡萄牙在自身實踐過程中有例外情況，包括自20世紀中葉開始，最高行政法院司法判決已開始承認公共批給合同仲裁條

<sup>11</sup> de Almerida, M. A., “Arbitragem de Direito Administrativo: Que Lições Retirar Do CPTA?” in C. A. Gomes & R. Pedro (org.), *A Arbitragem Administrativa em Debate: Problemas Gerais e Arbitragem no Âmbito do Código dos Contratos Públicos*, Lisboa: AAEDL, 2018, p. 13.

<sup>12</sup> Cordeiro, A. M., *Tratado da Arbitragem: em Comentário à Lei 63/2011, de 14 de Dezembro*, Lisbon: Almedina, 2015, p. 29.

<sup>13</sup> Cole, T. & et al., *Legal Instruments and Practice of Arbitration in the EU*, Brussels: Directorate-General for Internal Policies of the Union (European Parliament), 2015, pp. 150-152.

<sup>14</sup> Dário Moura, Vicente, et al. *Lei Da Arbitragem Voluntária Anotada*. Lisboa: Almedina, 2017, p. 18.

<sup>15</sup> de Almerida, M. A., “Arbitragem de Direito Administrativo: Que Lições Retirar Do CPTA?” p.94.

<sup>16</sup> Otero, P., “Admissibilidade e Limites da Arbitragem Voluntária nos Contratos Públicos e nos Actos Administrativos,” in Centro de Arbitragem Comercial & Associação Comercial de Lisboa (org.), *II Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Coimbra: Almedina, 2009, pp. 82-85.

款的有效性。<sup>17</sup> 通則生效為確立行政爭議仲裁制度向前邁出重要一步，對法院管轄權作出規定，行政合同和由公共管理行為而產生的民事責任（包括求償權）可透過仲裁庭解決（第2條第2款）。也就是說，從1984年起，葡萄牙對行政爭議仲裁的客觀仲裁性作出一般性規範。

踏入21世紀之後，葡萄牙對行政訴訟制度進行改革，於2002年通過上述所指的法典並自翌年生效。有學者認為，法典的生效是對葡萄牙“整個傳統之行政訴訟思維及原理作大幅度之調整，以回應學術界多年來對行政訴訟制度所提出之要求，另一個目的為提高訴訟效率”<sup>18</sup>，同時使行政爭議仲裁踏入一個新階段，仲裁庭和仲裁中心獲法典明確規範，並獨立成編（第180-186條）。

法典明確訂明行政爭議客觀可仲裁性的界限（第180條），現時可仲裁性範圍除了承襲1984年的仲裁適用範圍外，對於執行行政合同而出現的行政行為，仲裁庭也可以對其合法性進行審理；只要法律沒有相反規定時，針對行政行為的有效性爭議，亦可成為仲裁標的；公職僱傭法律關係出現的爭議，只要不涉及不可處分權，以及並非由工作意外或職業病而產生，亦可透過仲裁解決；針對法典有關形成合同而產生的部分行政行為爭議，也可成為仲裁標的，但需遵循《公共合同法典》的規定。

就行政爭議仲裁的主觀性而言，國家和公法人可成為仲裁當事人（第184條）。同時，行政相對人具有形成權，有權依法要求行政當局簽訂仲裁協議（第182條），這是法典引入仲裁制度其中一個重要規定。<sup>19</sup> 至於仲裁庭的組成和運作，在法典未有規定的情況下，按新《自願仲裁法》處理（第181條）。另外，為使行政爭議仲裁透明化，葡萄牙於2015年在法典新增條文，要求司法部將已確定的仲裁裁決以信息技術對外公佈（第185-B條）。

就行政爭議仲裁裁決的撤銷方面，利害關係人得根據新《自願仲裁法》所載依據（第46條），例如：任何一方沒有訂立仲裁協議的能力、違反仲裁程序的一般原則而嚴重影響解決爭議等，向法院請求撤銷有關仲裁裁決。針對行政爭議的事實事宜，若以仲裁裁決所適用的規則違反憲法為理據，則可向憲法法院提出上訴，倘若中央行政法院或最高行政法院曾就同一法律事宜作出合議庭裁判，而有關裁判與仲裁裁決相反，則當事人可就有關事實向法院提出上訴（第185-A條）。

2009年，葡萄牙依法典規定設立行政仲裁中心（CAAD），中心屬非營利性質，旨在透過提供資訊、協商、調解或仲裁方式，解決按法律規定可交予機構仲裁的任何行政法律關係爭議<sup>20</sup>；中心擁有其專有規章和仲裁員職業守則，當中以2018年《行政仲裁新規章》尤為重要，規章對仲裁裁決的執行和爭議，以及裁判已確定的案件和執行力作出詳細規定（第27條和第28條）。同時，中心網頁設有行政仲裁的判決資料庫，共登錄286份仲裁裁決（數據截至2023年12月），其中公職僱傭關係爭

<sup>17</sup> Otero, P., “Admissibilidade e Limites da Arbitragem Voluntária nos Contratos Públicos e nos Actos Administrativos,” p.82.

<sup>18</sup> 馮文莊：《澳門行政訴訟法教程I：行政司法上訴及中止行政行為效力篇》，澳門：法律及司法培訓中心，2012年，第28頁。

<sup>19</sup> Trindade, C. C., *Regime Jurídico Da Arbitragem Tributária - Anotado*, Lisboa: Almedina, 2016, p. 39.

<sup>20</sup> 見葡萄牙司法國務秘書第5097/2009號批示第3款。要指出的是，葡萄牙在2009年設立行政仲裁中心時，該中心僅具職權處理合同和公職僱傭法律關係而產生的爭議，但在葡萄牙司法國務秘書第5880/2018號批示公佈之後，行政仲裁中心的職權自2018年1月起擴大至按照法律規定可交予機構仲裁的任何行政法律關係爭議，以及稅務爭議。

議佔大多數，佔比86%（245份），餘下的14%為行政合同爭議（41份）。

值得指出的是，自法典於2003年生效後，葡萄牙考慮到行政爭議仲裁制度的有效推展，同時考慮到行政稅務法院積累過多的稅務案件，於2011年決定創設稅務仲裁。葡萄牙有學者<sup>21</sup>指出，該國在稅務仲裁屬國際前沿，已有多個國家想借鑑該國有關制度，包括巴西、西班牙、莫桑比克、佛得角等。

### （三）評析

對於行政法律關係出現爭議的處理模式而言，各國有不同看法，法國和葡萄牙是兩個模式的典型代表，在學說理論上要考慮行政法幾個重要的原則：行政合法性原則、謀求公共利益原則和行政法院專屬權限原則。

#### 1. 行政合法性原則

行政當局的行政功能旨在滿足公共利益，因而在過程中要遵守行政合法性原則。行政合法性原則要求行政當局的行為必須符合由議會通過的法律的規定（積極合法性要求），以及不得作出違反法律的行為（消極合法性要求）。<sup>22</sup>

在行政合法性原則下，行政當局受公法約束，在法律所訂定的宗旨和框架下行事，因而對行政當局來說，行政法所規範的所有情況都具有不可處分性。從這個角度看來，行政法出現的任何紛爭都不能成為仲裁標的，亦不能透過衡平原則來解決，這正正是法國禁止公法人進行仲裁的其中一個最要依據。

然而，要指出的是，上述所指的情況更多是屬於羈束行為，由於法律已直接指明了應維護或保障的法律利益，因而規定了行政當局行為的內容，所以行政當局在作出有關行為時，沒有任何的選擇權。<sup>23</sup> 例如：在法律保留的範疇，由於牽涉到人民權利和自由等保護，只能通過法律予以細則性規範，行政當局在法律程序上受到很大羈束。

在行政法範疇內，除了羈束行為外，同時亦存在裁量行為。一方面，行政當局在作出具體行政行為時，有行政裁量的需要。立法者無法以有限的法律，規範行政當局向社會所提供的多樣性和多元化給付需求，因此，在法律當中賦予行政機關適度裁量權。另外，當法律出現不確定概念時，行政當局亦要在具體個案當中作自行判斷，以解決有關情況。另一方面，考慮到司法機關處於被動的地位，也就是所謂的不告不理，合適的行政自由裁量可以平衡行政與司法的關係，“行政裁量若無濫用或逾越，大多屬妥當性問題，免除司法介入，留給行政一個專業自主空間”。<sup>24</sup>

如上所述，一般而言，行政裁量是透過立法授予，行政當局在作出有關的行政行為時，受到法律所訂的宗旨和行政法上應遵守的一般原則（如適度、無私、平等、善意、非官僚化、良家父原則等）制約，構成了行政裁量界限和標準，因此行政裁量亦非絕對自由，而是受到約束。因此，在行

<sup>21</sup> Trindade, C. C., *Regime Jurídico Da Arbitragem Tributária - Anotado*, p. 54.

<sup>22</sup> 姬亞平：《外國行政法學》，北京：中國政法大學出版社，2016年，第181頁。

<sup>23</sup> [葡] José Eduardo Figueiredo Dias：《澳門行政法培訓教程》，關冠雄譯，澳門：法律及司法培訓中心，2010年，第87頁。

<sup>24</sup> 李震山：《行政法導論》（修訂十版），台北：三民書局，2015年，第288頁。

政合法性原則下行政當局仍享有一定的處分權。

行政合同是行政當局行使裁量的典型例子。行政合同是行政當局與行政相對人協商，達成合意而設定、變更或消滅的行政法律關係，在執行行政合同的過程中，行政當局具有自由裁量權，此時行政裁量的空間就成為了行政當局的可處分權利的界限，就像葡萄牙《行政程序法典》的規定，對於行政合同產生的爭端，可透過仲裁予以解決。通過行政合同的例子，可見在行政合法性原則下，並非所有行政活動均屬不可處分性，行政當局在法律賦予和允許的事宜和範圍內，仍享有一定的行政裁量權，在這觀點下，讓仲裁制度解決行政爭議變成可能。

## 2. 謀求公共利益原則

謀求公共利益原則與行政合法性原則密切相關。在行政法角度，現代的公共行政管理的目的“在於實現公共利益，其所追求的目標是謀求公共利益，維護公共秩序，增進公共福利”。<sup>25</sup> 由於公共利益不是個人利益，而是“泛指某些影響所有人並受到普遍承認的利益，例如：健康、安全、國防、環境”<sup>26</sup>，公共利益是社會的集體利益，是行政當局應當追求和實現的目標。

不過，正如上述行政合法性原則所闡述，行政當局在作出具體行為時實際上有其一定的行政裁量，能在法律規定的原則和程序所訂定的界限內享有處分權，在自由裁量行為中，行政當局可以在法定的可變範圍內行事，也就是說，可以根據立法者指出的公共利益，衡量應選擇何種較佳的行為。<sup>27</sup>

立法機關透過法律所訂出的公共利益，只是以抽象方式定出了行政當局在作出行為時的前提，概括地訂明了所需要保護的社會集體價值和利益。行政當局在處理個別和具體的行政程序時，擁有一定裁量權，以便自行選擇程序和操作或介入的方式，尋求滿足公共利益的最佳解決方法。

綜上所述，結合行政合法性和謀求公共利益兩大原則，均不能以之否定行政爭議的可仲裁性。當然，可仲裁的範圍亦有一定界限，僅屬行政當局可處分的權限，又或屬立法者明確訂明的界限範圍內。有學者指出<sup>28</sup>，在爭議標的屬行政當局可處分的情況時，亦即在行政當局不受羈束範圍的領域，仲裁被視為解決與行政行為相關爭議的一種有效工具。在這方面，葡萄牙已發展了一整套成熟的行政爭議仲裁制度，而法國則繼續保持傳統反對的觀點，以兩大原則涉及公共秩序為由拒絕公法人適用仲裁。

## 3. 行政法院專屬權限原則

行政法院專屬權限原則起源於法國，具體而言，在司法機關實施雙軌審判制，分成普通法院和行政法院。普通法院只受理一般民事和刑事的訴訟，行政法院自成體系。法國自拿破崙一世時期建

<sup>25</sup> 王學輝、宋玉波：《行政權研究》，北京：中國檢察出版社，2002年，第138頁。

<sup>26</sup> 張千帆：《“公共利益”的構成——對行政法的目標以及“平衡”的意義之探討》，《比較法研究》2005年第5期，第6-7頁。

<sup>27</sup> [葡]佩德羅·費雷拉：《面對澳門法律中自由裁量權擴大的行政保障》，《法域縱橫》1998年第4期，第157頁。

<sup>28</sup> [葡]坎蒂達·達·席爾瓦·安圖內斯·皮雷斯、[葡]阿爾瓦羅·安東尼奧·曼加斯·阿布魯·丹塔斯：《澳門仲裁公正——內部自願仲裁》，葉迅生譯，澳門：法律及司法培訓中心，2012年，第170頁。

立了行政審判制度，對行政訴訟案件具有最後的決定能力<sup>29</sup>，葡萄牙受法國這一司法模式所影響，於19世紀亦建立起自己的行政法院制度。<sup>30</sup>

由於歐洲大陸法系對公法與私法的區分明顯，國家或地區在參與法律關係時運用其公共當局權力或管治權，屬公法範疇；當行政當局沒有行使有關權力時與私人實體締結的關係，屬私法範疇。<sup>31</sup>兩種法律範疇所調整的關係有所不同，所追求的目的也不相同，不能適用同樣的法律原則。普通法院法官在大多數的情況下，不是公法專家<sup>32</sup>，行政法院較多地對行政當局與私人實體發生關係時所享有的管治權、應遵的規範或限制進行審理，因而行政法院法官和普通法院法官術業有專攻，出現了二元制的法院制度。

西方國家普遍奉行三權分立原則，司法權具有制約行政權的手段<sup>33</sup>，因而相互分立而互相制衡，以保障人民的權利和自由。在此背景下，監察行政當局行使公權力而作出的行為專屬於行政法院的權限。就算對於可處分屬性的行政活動範圍，由於立法者對權力分立作明確界定，只能通過行政法院法官處理，這是法國另一個反對將行政性質爭議予以仲裁解決的原因。

然而，對於行政爭議仲裁來說，葡萄牙比法國走前一步，1982年修改的《葡萄牙共和國憲法》已允許設立仲裁庭，並將之視為法院的其中一種類別（第209條）；此外，仲裁庭更與其他法院（普通、行政和稅務、海事法院等）一樣，具有違憲性審議的職權，法院不得適用違反憲法規定之規範，或違反憲法中之原則之規範（第204條）。這樣看來，對葡萄牙而言，沒有絕對意義上的行政法院專屬權限，部分行政爭議已由國家法院讓渡予仲裁庭解決，仲裁庭已獲憲法確立，按照立法者制定的適用法律，與其他一般法院一道行使審判職權。因此，除了行政合同、公共管理行為而產生的責任，甚至連行政行為的有效性，在葡萄牙憲法和法律所訂的框架下，現時均可由具專業性的仲裁員對相關事宜作出裁決。

#### 4. 小結

透過對上述三個行政法原則的評析，同時經過對法國和葡萄牙處理行政爭議的立場和實踐作出介紹後，可見在大陸法系國家內對於相關問題有截然不同的兩種模式。法國透過《民法典》以禁止公法人進行仲裁作為一般性原則，學界亦認為基於公共利益、行政合法性原則、以及法院專屬審判權等理由，對行政爭議仲裁持反對立場。相反，葡萄牙對於上述有關的三個原則均一一克服，並在近30年來積極推動行政爭議仲裁的快速發展。葡萄牙《行政法院訴訟法典》為行政爭議仲裁訂立專有章節，更設有機構仲裁。具體來說，葡萄牙已形成具有一定規模的行政仲裁中心，運作上需遵守《行政法院訴訟法典》和《行政仲裁新規章》，以及在未有規定的情況下候補適用新《自願仲裁法》。

<sup>29</sup> 王名揚：《法國行政法學》，北京：北京大學出版社，2007年，第145頁。

<sup>30</sup> Garcia, M. da G., *Do Conselho de Estado ao Actual Supremo Tribunal Administrativo (2ª edição)*, Lisboa: Supremo Tribunal Administrativo, 2005, p. 1.

<sup>31</sup> [葡]若昂·卡斯特羅·門德斯：《法律研究概述》，黃顯輝譯，澳門：澳門大學法學院，2009年，第115頁。

<sup>32</sup> 王名揚：《法國行政法學》，第440頁。

<sup>33</sup> 朱福惠：《憲法學原理》，北京：中信出版社，2005年，第68頁。

### 三、澳門行政爭議仲裁制度

透過比較法角度的討論，可看到行政爭議制度兩個截然不同的模式，現對澳門有關制度的演變進行引介，藉此分析和研究澳門的行政爭議仲裁制度。

#### (一)澳門行政爭議仲裁制度沿革

回歸前的澳門，在過去一段長時間內，葡萄牙的部分法律延伸至澳門直接適用。近代澳門仲裁制度的建立可回溯至1961年葡萄牙《民事訴訟法典》，而透過1984年葡萄牙《行政及稅務法院通則》，在行政爭議仲裁事宜上，澳門的步伐與葡萄牙本土一致，自20世紀80年代脫離法國禁止公法人適用仲裁的傳統行政法原則，開始接受行政性質爭議的仲裁。

然而，在仲裁具體應遵循的原則和規定上，澳門與葡萄牙則有不同的路徑。葡萄牙於1986年通過《自願仲裁法》，將仲裁事宜由《民事訴訟法典》規範中抽離，獨立成專有法律，但該法律僅適用於葡萄牙本土，並沒有延伸至澳門。因此，當時澳門有關行政爭議仲裁的事宜，仍需遵守1961年葡萄牙《民事訴訟法典》的有關規定，直至1996年澳葡政府頒布6月11日第29/96/M號法令（核准仲裁制度），澳門有第一部專有的仲裁法律（下稱舊《仲裁法》）之後，澳門行政爭議仲裁補充適用該法的有關原則和規定。

1984年《行政及稅務法院通則》自葡萄牙本土延伸至澳門適用，對行政爭議的可仲裁性範圍作出界定；同時，澳葡政府實際上亦曾作出零散立法，在公共採購和批給，以及公用徵收等範疇訂定澳門本地的單行法例，對相關的行政仲裁作出特別的規定。實際上，澳門行政爭議仲裁制度的專門化直至澳門回歸前的一星期才得以實現：在法律本地化的框架下，澳葡政府透過12月13日第110/99/M號法令核准《行政訴訟法典》，廢止葡萄牙《行政及稅務法院通則》，將行政爭議仲裁的相關內容移至舊《仲裁法》內，予以專門規範。

澳門回歸後，特區政府為更好地推廣和普及仲裁制度，以及推動澳門成為中國與葡語國家商貿爭議仲裁中心，同時考慮到舊《仲裁法》已生效近20年需作適時更新，於2018年向立法會提交新的仲裁法法案，法案於翌年獲立法會通過，成為第19/2019號法律（下稱新《仲裁法》），並自2020年5月生效。

值得指出的是，涉及行政爭議仲裁的部分原本不在新《仲裁法》作出規範，特區政府原先將《仲裁法》的可仲裁性只限於民事和商事的爭議解決，但經立法會和特區政府詳細商討後，最後才將行政爭議仲裁納入新《仲裁法》適用範圍。<sup>34</sup> 行政爭議仲裁於新《仲裁法》獨立成章（第76-80條），經作出必要配合後，有關的爭議適用新《仲裁法》的其他法條。

#### (二)《仲裁法》下的行政爭議仲裁制度

行政爭議仲裁所涉事宜均與行政法有關，因此除了適用新《仲裁法》外，還需遵守《行政程序法典》等的相關規定。

對於仲裁協議，新《仲裁法》規定協議應以書面方式訂立（第11條第1款），事實上這一形式要求亦可散見於行政法的不同法例，例如：行政行為應以書面方式作出（《行政程序法典》第112條第

<sup>34</sup> 澳門特區立法會第一常設委員會：《第5/VI/2019號意見書》，2019年，第18頁。

1款），指的是有關的決定是由機關的據位人本身作成及進行簽署<sup>35</sup>；行政合同原則上必須以書面訂立（《行政程序法典》第171條）；公共採購單行法亦有類似規定，如透過仲裁解決問題，應簽訂仲裁協定（7月6日第63/85/M號法令第69條第1款）。這些例子說明行政爭議的仲裁協議均普遍以書面方式作出，對於行政當局或私人實體來說，使用書面這一要式行為來說更具有說明力和法律效力，明確各方當事人能採用多元化非爭訟方式解決彼此間紛爭，避免日後因是否能使用仲裁而產生任何不必要的爭議。

行政爭議仲裁的客觀可仲裁性是仲裁要件最重要的要素之一，很大程度上決定了仲裁是否具可執行性。要指出的是，無論是新舊《仲裁法》，有關規定均完全一樣，以可處分權利作為仲裁的界限，而新《仲裁法》對行政爭議仲裁範圍沒作任何變更，包括了三個方面：（1）行政合同；（2）行政當局及其人員在公共管理範圍內所造成的損失，包括求償權；（3）稅務範圍以外具財產內容的權利或受法律保護的利益。

就行政合同而言，正如之前評議行政合法性原則和謀求公共利益原則所述，行政當局所受的並非是絕對的合法性約束，而是具有一定自由裁量權，屬行政當局可處分的權利。因此，無論是1984年《行政及稅務法院通則》、新舊《仲裁法》，以及《行政程序法典》（第175條），均明確指出行政合同屬客觀可仲裁性的範圍。就單行法而言，公共採購和公共批給合同屬於行政合同當中的兩種類別，行政當局在訂立和執行有關合同時具有行政裁量，享有一定處分權，故針對這兩種合同亦可進行仲裁；對於公用徵收制度來說，由於爭議徵收的標的物與財產權利有關，賠償可透過金錢予以衡量，屬可處分的權利，所以客觀上可成為仲裁標的。

針對行政當局及其人員所造成的損失的問題，有關的制度受4月12日第28/91/M號法令（訂定本地區行政當局、公共法人其權利人及公共管理代理人之合約外民事責任制度）所約束，有學者認為<sup>36</sup>，與行政當局有關的民事責任問題，透過仲裁這一非訴訟爭議解決方式，能較便捷和經濟進行處理。然而，要指出的是，由於新舊《仲裁法》的客觀可仲裁性以權利的可處分性作為標準，因此，當涉及不可處分權利的行政爭議時，就不能交予仲裁解決，例如：8月14日第40/95/M號法令（核准對工作意外及職業病所引致之損害之彌補之法律制度）對於公共管理活動中出現的工作意外或職業病而產生的債權，由於法令訂明相關給付當事人不可放棄（第61條），即屬不可處分權利，因而不能透過仲裁處理。從這方面來看，澳門與葡萄牙現有的公共僱傭關係的客觀可仲裁的範圍相似。

對於稅務範圍以外的財產權利或受法律保護的利益來說，指的是跟債權性質的主觀權利有關，學者指出這些權利包括“為進行經濟活動或進行社會或文化權利活動提供社會保險或補助。”<sup>37</sup> 例如是政府向學生發放的獎助學金，撥予私人實體舉辦文娛康體活動的津貼或補助等。然而，考慮到客觀可仲裁性的標準，並不是所有與行政當局有爭議的相關主權權利都可以透過仲裁解決，例如第4/2010號法律《社會保障制度》所發生的財產權利或法律保護利益的爭議，基於有關權利具有不可放

<sup>35</sup> 王偉華、朱偉幹、杜慧芳、林笑雲、黃顯輝、賴建雄：《行政程序法典註譯》，澳門：澳門法律公共行政翻譯學會，1995年，第145頁。

<sup>36</sup> [葡]坎蒂達·達·席爾瓦·安圖內斯·皮雷斯、[葡]阿爾瓦羅·安東尼奧·曼加斯·阿布魯·丹塔斯：《澳門仲裁公正——內部自願仲裁》，第171頁。

<sup>37</sup> [葡]坎蒂達·達·席爾瓦·安圖內斯·皮雷斯、[葡]阿爾瓦羅·安東尼奧·曼加斯·阿布魯·丹塔斯：《澳門仲裁公正——內部自願仲裁》，第172頁。

棄性質（第6條），因而排除以仲裁方式處理。另外，葡萄牙允許進行稅務仲裁，而澳門則仍然維持稅務事宜不得仲裁的原則。

對於行政當局的主觀可仲裁性而言，新舊《仲裁法》指出獲法律許可的澳門特區及公法人有訂立仲裁協議的能力，另外，簽署仲裁協議與否取決於行政長官（以澳門特區名義）或公法人最高領導（以公法人名義）的決定（新法第10條（3）項和第78條和舊法第39-C條）。換句話說，當行政爭議可成為仲裁標的，且在行政當局獲得法律許可和領導決定的情況下，可以進行行政爭議仲裁。在這一事宜上，澳門的規定均與葡萄牙的大致相同。

對於屬私人實體的行政相對人參與行政爭議仲裁的主觀仲裁性方面，舊《仲裁法》有明確規定，如私人實體希望以仲裁方式解決爭議，應建議行政長官或公法人最高領導接受有關仲裁協議（第39-C條第2款和第6款），行政當局有60日期間對仲裁協議提出接受或拒絕（第3款），當在期限內沒有作出任何決定，則視為拒絕私人提出的仲裁協議（第4款）。至於新《仲裁法》，規範行政爭議仲裁的章節在這方面沒有作明文規定，此時可適用該法的一般規定，如仲裁應遵守的“自治原則”——“當事人可自由選擇以仲裁解決爭議並決定其運作模式”（第5條第1款），即行政當局可自行作出選擇是否接受仲裁，同時適用《行政程序法典》默示駁回的原則性規定（第102條），行政當局倘若在90日內未有作出決定，則視為默示駁回私人實體提出的仲裁申請。換句話說，澳門新舊《仲裁法》都沒有像葡萄牙《行政法院訴訟法典》一樣明確賦予行政相對人形成權的規定，有權要求行政當局簽訂仲裁協議，而行政當局不得拒絕簽署。在這方面，對於作為行政相對人的私人實體的權利，澳門賦予其的權利範圍不如葡萄牙制度的寬廣。

就仲裁庭組成方面，無論是新舊《仲裁法》，行政爭議仲裁庭的組成及運作經必要配合後是按照一般仲裁庭組成和運作所規定（新法第76條），組成仲裁庭的仲裁員人數可由當事人約定，一般由三名仲裁員組成（舊法第10條和新法第21條）。在新《仲裁法》的框架下，仲裁員的要求有所提升，須遵守“公正獨立原則”，仲裁員執行職務時，應以公正和獨立的方式行事，不得使任何一方當事人受益或受損，並且不受制於任何性質的影響或壓力（第5條第7款）；對於機構仲裁的仲裁員，還指出了由仲裁機構訂立附加要件的可能性，尤其是要求參加在仲裁領域舉辦的初期培訓或專業訓練，以及參加持續培訓（第22條第4款），以確保仲裁員的公平、公正、專業和權威性，有利於各方當事人服從仲裁裁決並付諸執行。至於單行法而言，5月14日第3/90/M號法律（公共工程及公共服務批給制度的基礎）訂定仲裁庭的組成和權限，而其運作的基本規則由仲裁協議訂明（第25條第2款）；10月20日第43/97/M號法令（充實公用徵收法律制度）則對仲裁庭規定作出細緻性規定，如仲裁庭由三名仲裁員組成，並受《行政程序法典》迴避制度約束（第27條）。另外，由於澳門沒有像葡萄牙一樣成立專門的行政爭議仲裁中心，因此當出現行政爭議時，只能根據新《仲裁法》的規定設立臨時仲裁，或考慮到爭議標的的內容和屬性，選擇澳門常設仲裁機構予以解決，包括澳門消費爭議調解及仲裁中心、澳門律師公會仲裁中心，以及澳門世界貿易中心仲裁中心。

就適用法律方面，對於行政爭議仲裁來說，當事的其中一方肯定是澳門特區或其公法人，考慮到其在公物管理範疇的行事和活動均受《行政程序法典》所約束，故此新《仲裁法》明確規定仲裁庭僅可根據澳門特區實體法對行政爭議作出裁決（第79條），明確地排除直接適用外地法律。

至於行政爭議仲裁裁決是否需要公開方面，新《仲裁法》有創新性規定，要求裁決要在轉為確

定之後的5日內送交特區政府法務局，在其建立的資訊平台上公佈（第80條）。由於行政爭議涉及公共利益，因此相關爭議的結果及內容應予公開，以便公眾對公共部門的行政管理及行為作出有效監督，這方面的規定和做法與葡萄牙《行政法院訴訟法典》的做法相似。

針對行政爭議仲裁裁決的申訴，新舊《仲裁法》都規定可提出無效或撤銷之訴（新法第69條和舊法第37條及第38條）。向法院提出申訴的理由包括仲裁裁決欠缺仲裁員簽名、仲裁裁決沒有說明理由、仲裁裁決由無管轄權或不符合規則設立的仲裁庭作出、仲裁裁決違反公共秩序原則等等。考慮到行政爭議的產生是來自行政法律關係，因此對於仲裁裁決提出的訴訟，亦應適用行政法部門法有關訴訟的規定，也就是適用《行政訴訟法典》。

### （三）小結

透過對澳門行政爭議的仲裁要件進行分析後，可見其基本運作原則和規範均載於《仲裁法》，同時由於有關的行政法律關係涉及行政當局活動，因而適用《行政程序法典》的相關規定；此外，還有在公共批給、公共採購和公用徵收的幾條單行法，對行政爭議仲裁作出特別的規範。

整體而言，澳門在行政爭議仲裁的制度上，行政相對人沒有訂定仲裁協議的形成權、客觀可仲裁性方面沒有成立專有的行政仲裁中心予以專門和系統地解決相關的爭議等。

可以說，除了將仲裁裁決予以公開的創新性規定之外，基本上澳門在行政爭議仲裁的規定仍然停留在20世紀90年代的舊《仲裁法》。主要原因是特區政府對於行政爭議仲裁是否放進新《仲裁法》規範時出現前後立場不一的情況所致，到立法會審議法案的較後時間<sup>38</sup>，特區政府才基於立法會的建議，決定將相關事宜納入新《仲裁法》予以統一規範，因而未有在行政爭議仲裁要件等問題上作過多的創新性規定。

## 四、結語

仲裁制度過去長期一直都是以私法為基礎，建基於意思自治和當事人合意等民法原則。對於行政性質的非訴訟爭端解決，由於行政法創立的時間較晚，且屬公法範疇、涉及公權力和公共利益等問題，不同國家和地區看法不盡相同。對於行政爭議仲裁的問題，本文以比較法介紹了大陸法系兩個國家的相關實踐情況，法國以公法人禁止適用仲裁為一般原則，葡萄牙則在一定範圍內允許行政爭議仲裁，甚至將之適用至稅務範疇。

澳門行政爭議仲裁制度歷經幾十年時間發展，雖然一開始與葡萄牙的發展方向相同，但以作出規範的部門法而言，自1984年《行政及稅務法院通則》被廢止後，發展路徑出現了明顯變化。

葡萄牙將行政爭議仲裁繼續放到《行政法院訴訟法典》，通過行政法部門法予以規範，並在此基礎上不斷創新發展，建立了專門的行政爭議仲裁機構。同時，將仲裁範圍由原來的行政合同、公法管理的民事責任，逐步延伸至行政行為的有效性和公職僱傭關係等，甚至是與稅務有關的事宜。

澳門則將行政爭議仲裁放進《仲裁法》予以規範，同時須遵守行政法（如《行政程序法典》、公共採購和批給、公用徵收等單行法）的規定。另一方面，在新《仲裁法》生效後，行政爭議仲裁

<sup>38</sup> 《一常會簽仲裁法意見書》，《澳門日報》2019年8月10日，第A3版。

範圍沒有任何變更，與修法前的內容相同。就行政爭議仲裁制度的發展而言，新《仲裁法》繼續保留舊《仲裁法》主客觀行政爭議可仲裁性範圍，仲裁的構成要件亦與過去相符，基本上僅就行政當局享有的可處分權限範圍內所產生的爭議作出仲裁，在客觀可仲裁性上屬於適度規模，未有發展至像葡萄牙那樣仲裁庭可以審理行政行為的合法性以及進行稅務仲裁。

要指出的是，透過梳理澳門行政爭議仲裁法例，可看到始於20世紀葡萄牙延伸至澳門適用的法例，經過過渡期的法律本地化進程後，澳門行政爭議仲裁制度的發展以《仲裁法》為主體、《行政訴訟法典》和幾條涉及公共採購和批給、公用徵收等單行法為輔的體系進行規範。與葡萄牙透過《行政法院訴訟法典》獨立一章予以規範為主，《自願仲裁法》補充適用的情況截然不同。因此，澳門行政爭議仲裁的發展路徑與葡萄牙所走的已有所不同。

雖然發展的路徑並不相同，但澳門行政爭議仲裁在相對緩慢的發展過程中亦有所創新，例如在新《仲裁法》加入了仲裁裁決需公佈的規定，這與行政當局依法行政和使用公帑等問題上需要社會監督有關，同時仲裁裁決的公開亦可令行政當局日後在處理同一事宜上有例可依，避免再次發生仲裁甚或訴訟等情況的出現。

事實上，考慮到本澳現存幾個機構仲裁實體負責的範疇不一，有些常設仲裁機構可接受一般範疇，另外的則只可接受特定範疇的爭議仲裁，未有一個統一處理行政爭議仲裁的對口仲裁機構。本文建議：澳門可參考葡萄牙行政仲裁中心的做法，委託現時已存在的一般性常設仲裁機構，或建立一具針對性的常設機構以處理所有的行政爭議仲裁，並對仲裁員的准入和要件作專門明確規定，以更好地以統一性、專業性及權威性的角度處理各行政部門所出現的行政爭議仲裁個案。

〔編輯 謝四德〕