

仲裁條款及仲裁協定書 它們的法律性質¹

Cândida da Silva Antunes Pires
澳門大學法學院副教授

I. 秩序的理由及介紹性的思考

本文的目的是透過對法律世界所普遍接受的特定類別之架構之研究 - 分析其結構及效力 - 以確定法律所關注的兩種制度之性質。

該等活動所帶出的利益，並不是純理論的利益；不但是“現代法學強烈的及不可阻擋的需要”（使用 Salvatore Galgano² 的表述），亦是明顯的實際利益：如當有漏洞時，就想到填補有關實證法律制度的或有的需要。

誠然，對題述制度 - 仲裁條款及仲裁協定 - 的結構性分析及列舉效力，兩者都是仲裁協議的種類，它們不得被完全地放回那個法律很久

¹ 作者註 - 現刊載的文章，主要作為補充課程（現名為碩士課程）法學教學部分所提交的報告，本文是作者在1960/61學年學士學位課程畢業後的翌年在里斯本古典大學法學院完成。

儘管以誠懇的態度書寫本文，而現在已不可能過度地重新參考過去曾參閱過的參考資料。注意到編寫這些報告的期間是非常有限，因為須在研討會的課堂上提交這些報告及進行討論，然而，嚴重的情況是由於並沒有文章驅動器及在提供參考資料存在困難，這是新技術今日以顯著的敏捷性所提供的參考資料，作者答應把文章刊載，期待它的公佈將會揭示某利益：也許，這主要是歷史性的利益，因為它追溯到一個時代只為談到上述相關法例。此時，現行的《民事訴訟法典》仍未在葡國生效。

然而一方面，就此部分，多年以來，一直使用仲裁作為解決一定類別衝突的替代性方法；另一方面，面對一直發展的學說運動，向著創設一種新穎的“合理化”的民事訴訟，它並不要求“公法性”的根本理念，表示出簡化了程式但卻維持保障性的真正的功能理念。面對相類似的憂慮，又不可否認問題的現代性，那樣，就已有的分析以及在這學術工作上所建議出來的反映，它們可以擁有某點利益。

² Contribuiti alla Dottirina dell' Arbitrato nel Diritto Processuale Civile.

前已接納及重視的仲裁的一般模式內³。

隨即，必須探討一個作為前提的問題：如何及在哪處找到仲裁制度法律性質問題的答案？會否在司法行政的一般框架內重提仲裁員職能性質的問題？能否取得一個對全體皆認同的答案？或者，儘管它是一種具有數世紀歷史的建制，但各種實證法律制度間不可避免的差異，就決定了各種結論？

回答這些問題，就要求作出一連串此種研究，並以葡國法律中的自願仲裁模式及相應的協議方式作為重要的中心。

II. 如何及在哪裏找到對仲裁法律性質問題的回應？

1. 法國學者 Godron 在他那部名為 *La Clause Compromissoire* 的著作中，提到他相信仲裁的性質取自自然法，如同一系列強加於立法者本身的普遍性規則；對於同一種建制，這些規則在各類實證法中是相同的。

這些規定具有建制性的功能，“按準數學的方法”推斷其本身的定義：透過對各類實證制度的比較，在它的普遍性上揭示出自然法的特徵，對於同樣的法律模式，此特徵是各種法例的共同輪廓。

在這相同的背景中，從仲裁條款制度出發，對條款的概念進行的簡單邏輯分析及比較法，就使人承認以下各情況都是其自然的、主要的及普遍的效力：

* 當事人擔負起簽訂一份將來協定書的責任（區別於協定書條款，因為有別於後者，它不至於提起仲裁）；

* 普通法院無權限（或欠缺審判權）審理條款內規定的事宜，對於上述作者來說，這效力似是當事人意向的合乎邏輯的效果。

誠然，對我們來說，Godron 的論點似乎受到某些批評。

無論如何，由於它反映當時某些比較法學者如 Lambert 及 Saleilles 對這種“新自然法”、“立法性共同法”的期待，也許有時它是過度的

³ 對於仲裁的概念以及與其相近模式的區別 - 如和解及鑑定，如同有關自願仲裁及必要仲裁（或強制仲裁）之間的相似處及區別處的設置，有需要認識 Jean Robert 在 *Traité de l' Arbitrage Civil et Commercial en Droit Interne* (Librairie du Recueil Sirey, 巴黎, 1955) 一書中的論述。作者清楚地描繪仲裁的範疇，它從名為“前仲裁期間”開始分析，轉而分析處理題述的兩個模式，最後就探討所謂“後仲裁期間”，參照採用仲裁判決的途徑及對抗第三人的問題。

期待，但他們相信可以從對各類實證法的單純比較中得出這些期待，而且它或許是每一法律建制的全球有效、甚至是理想種類的表述。

當然，對於某些制度——如合同、親屬及所有權，特別是根深蒂固及穩定的社會或自然的基礎，對於這種制度，我們可以確定它們組成與構成大陸型社會相同的根基——對於這些制度，似乎正確的是肯定其性質是取決於及紮根於在實證法之前及強加於實證法的某些建制——我們就這樣假設——也許我們不能談到其他很多的建制，它們能透過某程度合適的多樣化制度來達到其目標，而無須從邏輯上及價值判斷上規定每個國家皆採取這個或那個解決方法。

在這些情況下，我們所探討的建制性質，似乎現在不應在自然法中的任何強制性規定中尋找，反而是由與這相同的建制有關的每一法律秩序中所採取的本身實證制度中尋找。

因此，似乎繼*仲裁協議*後，在模式上還有仲裁條款：為要透過臨時仲裁庭以解決爭議，而無須設定本義的仲裁庭，可以使用各種技術——法律的機制，它是較其他制度更有效的一些機制（或更符合一般的法律體系）。

因此：

a) 得透過單純債權合同起承諾合同的作用，這是一種簽訂仲裁協定書來處理透過出現或得出現的行為決定的一種或多種爭議的簡單民事債務。

在這種制度內，主流意見（跟隨最高法院的意見）認為，1876年《民事訴訟法典》內對遲延訂立條款人應受的唯一制裁是因損失及損害作出的賠償，而且後者不但很難確定其金額，還很難確定其存在。

b) 同時，除這種承諾仲裁之民事債務外，違反條款而被傳喚對一般審判權應訴的被告，還被賦予了援引案件原應由仲裁庭審理的延訴抗辯的可能性（或人們通常所說的無管轄權）。這種制度——實踐顯示非常不適宜——1953年的《仲裁法》前的西班牙法律是這樣。

c) 同時，對於先前的兩種效力，得加上司法實現條款的可能性，這是《民事訴訟法典》第1565條規定的種類；

d) 或者，還得如同義大利現行法律的情況，把條款的所有重點放在其程式及處分效力上，甚至捨棄條款中的任何債權效力⁴。

⁴ 經過以上分析，在接續的數頁中將有某程度的發展，對於有關問題，我們可以結合各種學說作出結論：a) 單純合同說；b) 折衷說；c) 審判或程式說。

這分類部分受 Klein 啟發，在他的作品 *Considérations sur l'Arbitrage en Droit In-*

2. 說到這裏，似乎問題是：

* 一方面，為使仲裁條款之性質達到其所預期的邏輯及自然定義，Godron所做的明顯是一種循環論證，儘管這可能適用於特定的法律制度；但是，在該名學者心目中，對於他本人所承認在法國法所規定的效果與他把仲裁條款定性為單純的承諾合同，兩者間嚴重地不一致；

* 另一方面，經過對大陸法系內各法律制度之比較，似乎揭示出不存在那種仲裁條款的“自然”架構及性質。

不然，我們就看：

- 在義大利、德國、英國及斯堪的納維亞國家內，它們並沒有區分仲裁條款及仲裁協定書間的性質，甚至可以直接首先進行仲裁裁判而無必然的簽訂仲裁協定書；

- 例如在義大利的情況，它甚至捨棄作出承諾的義務，而這種義務似乎被法國、西班牙、比利時，以至葡國的法律所採納；

- 在一1953年法律之前的西班牙法律中，仲裁條款只在所述的程式效力中產生無審判權的延訴抗辯效力或案件原應由仲裁庭審理的效力；

- 在德國法中，甚至允許以單純的單方行為就得把將來的爭議提交到仲裁庭（如遺囑），而非僅按當事人的合意（《民事訴訟法典》第1048條）；

- 在葡國現行《民事訴訟法典》之前的制度以及對實際生活的本身認知，似乎亦否認所謂無審判權的抗辯是“當事人意願的邏輯後果”，正如Godron所希望：假如這是很自然的事，那麼，人們可以很好的構想到，當事人只希望自願的承擔義務，承諾受賠償處分的制約，再無其他了。

一言以蔽之：

似乎有關制度的目的，是希望滿足的利益不會必然地強制規定一定的性質及對該制度的唯一及普遍的法律制度，

* 不管是因為強制規定，必須是雙方行為或簡單的單方行為，

ternational Privé 中，這是一部對某些義大利學說非常有趣的批評性論題，如 Lodovico Mortara 主張仲裁協議的程式性，因為它如同延展般的審判一樣運作，雖然人們稱它為“不真正審判權”；亦談論到 Rosenberg 的相反意見，他堅持仲裁協議的私法合同性質。

誠然，在上述a)的論題範圍內，從考慮仲裁作為私法的一種建制出發，至少對於有關的合同種類的定性，又可以細分為多種流派：和解除合同（排除司法鬥爭的預防性方法）— Ugo Rocco 的論點；或委託合同（提供服務的種類）；或這兩種合同，區分當事人之間的合作與他們和仲裁之間所簽訂的合同 Salvatore Satta的立場。

或是因為規定僅有債權效力或只有處分效力，又或甚至其他的效力，儘管可以推論出，賦予仲裁條款以處分效力，正好是按照當事人的意願、合同的善意及按照透過條款所希望達致的本身目標；誠然，儘管如此，我們得承認它可能並非當事人的真實意願，亦不乏有人批評這種仲裁協議，尤其是在其直接賦予仲裁審判權對訟爭做出裁判，但在簽訂仲裁條款之日，並未知道有哪些訟爭，亦未能知道是哪類訟爭。

III. 比較法及葡國法中的仲裁條款及仲裁協定書

首先我們圍繞葡國法律的內容，但先要強調，直至今日，這內容並未在學說上得到深入的探討，學者們把研究的關注點僅落在一般的著作上，因為直至不久以前，仲裁的實際重要性還是非常有限——這是 Palma Carlos 教授在有關葡國仲裁的研究中曾突出這種情況⁵。

因此，就在1876年《民事訴訟法典》生效期間，Dias Ferreira及Alves de Sá，在其著作《民事訴訟法典評注》⁶一書中，亦只限於確認協定書具有合同性質，由此對當事人產生尊重仲裁裁判的義務，並因而在訴訟的範疇中產生一定的影響。

另外態度較謹慎的學者，如 Ferreira Borges 等，照實以不完整方式的及如此的空泛，把協定書定義為“兩人或多人任命一名或多名仲裁員，以便對問題作裁判的行為”。

直至現行《民事訴訟法典》生效後，多名葡國法學家已涉及這個逐漸顯示其重要性的問題，而對問題採取折衷主義的立場，如 Galvão Telles 教授，在他名為《仲裁條款——反對相應的實施請求》⁷的文章中有此論述。

在本文接著的數版中，我們嘗試對面對的各種論題作完整的批評，目的是要對我們來說似乎是仲裁協議的兩種模式的每一種的法律性質作結論。

⁵ 在Union Internationale des Avocats的範疇內—Arbitrage International Commercial—Rapporteur Général Pieter Sanders。

⁶ 在著作內援引法國學者 Carré，按照他的見解，協定書是雙務行為，雙方當事人透過它，允許任何一方在與另一方發生爭議時，聽從他們所任命的仲裁員的意見；誠然，它帶有重要訴訟效果的行為。

我們在此補充，非常類似的意見可見 Jaime Guasp，見他的著作 Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil（已公佈四卷）。

⁷ 刊登在1957年《法律雜誌》內。

(A) 作為法律上的行為的條款

似乎把條款納入到有意識的法律事實種類內並不致引起疑問：因為是法律上的行為。

不管我們視法律上的行為是產生法律效力的行為，還是——更符合我們的理解——廣義地理解為所有對法律具重要性的或受法律重視及視為有價值的有意識的行為，但我們相信對把條款納入到兩種概念中，絕對不產生疑問。

(B) 作為法律行為的條款

1. 同樣地，似乎不論把法律行為定義為“私人自治的規定”或當事人間利益的自我規範的工具，還是定義為他們的意願自主的表示，或者我們相信較為適宜的把它定義為透過意願自主方式的利益自我規範的規定，在任何情況，皆不應否定條款中是真正的法律行為的性質。

事實上，

* 當事人自由的簽訂或不簽訂這類協議；

* 他們在條款中明示的合意並非自動適用一定的法定效果的單純行為條件；相反，正如任何法律行為一樣，其融合當事人的意思表示，它們具有規則般的效力而非單純闡述的效力；

* 此外，得透過當事人的意願排除條款的法定效果，以致——我們相信現代的實證法即是如此——訂立不具任何訴訟效力的單純預約合同，只要在他們的合意中明示的規定；

* 況且，在相同的合意中，當事人還可以在一定的法定限度內決定條款有關的爭議或爭議的種類，甚至規定對爭議作裁決的仲裁員數目及任命方式；

* 甚至，或許這對於當事人是適法的——正如 José Alberto dos Reis 教授所堅持——已預先調節在仲裁程式中所追隨的本身條件，這是《民事訴訟法典》第1568條所交予酌情的事宜。

然而，似乎對仲裁條款是雙方或單方法律行為、是合同或簡單的合意，是私法行為或訴訟行為，所採取的態度是明確的，這些都以仔細研究它的結構及其在實證法中的效果為前提。

因為：

- 假如人們視它為承諾合同，則最適當的是把它定性為雙方法律行為，或許定性為私法上的法律行為，又或者當人們承認它有其他程式性質的效力時，則其性質就變得十分混合；

- 假如人們選擇視它為一種主要是直接的及即時的具程式性效力的處分行為，似乎這是一種正式的訴訟法律行為，以至與Carnelutti及Vecchione一樣，亦視它為一種單純的合意而非一份真正的合同。

2. 誠然，仲裁條款是否一種簡單的債務合同，一份簡單的承諾合同？

2.1. 不單是在我們之間，還是對於其他拉丁國家，傳統的論點皆視仲裁條款為一份簡單的債務合同，對當事人產生一種事實給付的互惠權利。

2.1.1. 根據此類條款之建構，似乎可以初步排除其會產生一項撤除一般法院之審判權而將其賦予仲裁庭之義務〔Godron採納這種說法，然而它與公法所賦予仲裁條款的直接效力存在有目共睹的矛盾，甚至因為視管轄權協議（*pactum de foro prorrogando*）本身亦只有這種債務的效力〕，初步排除了把它視作仲裁條款的誕生。

事實上，假如仲裁條款產生撤走一般法院審理一定爭議的審判權（或管轄權）的效力，那麼就透過規定的方式、即時或直接地產生該效力，而不僅產生一種由當事人為取得該效力的單純（可違反的）義務：對於此效力，當事人是必須遵守而非有義務遵守。

2.1.2. 同樣地基於類似原因，似乎我們拒絕某些人的意見，他們主張從條款中出現當事人履行仲裁裁決的義務（Bernard亦賦予仲裁協定書以該效力）：當事人須接受仲裁裁決，正如其他任何的司法判決，因為《民事訴訟法典》第1574條規定賦予其拘束力，這使得上述義務變得無關緊要。

不然，我們看：當事人不能逃避履行仲裁判決，如同可能違反任何一項義務；正如維護假如該當事人遲延履行仲裁裁決的命令，而以此裁決為基礎而提起的普通執行之訴，並落實該訴時，就構成當事人尊重仲裁裁決義務的強制單純執行？

2.1.3. 誠然，它並不是大部分葡國及法國學者，以及某些義大利學者（如Rocco及Mortara）相信的該種類的任何一種的義務，它具有仲裁條款的主要效力，其觀點是把它定性為預備合同，承諾合同⁸。

這些學者相信應把仲裁條款定性為承諾合同，因為由它產生一種事實給付之債。當出現條款所適用的其中一項爭議，則有義務簽訂仲裁協定書。Godron曾斷定條款對將來或有的訴訟創設一種承諾的“保證（engagement）”。

然則為訂立協定書的條款，如同任何預備性合同或準備性合同（預約合同）是為訂立確定合同；該條款可能產生簽訂仲裁協定書的一種單純拘束或義務，而另一方面，該協定書亦透過任命仲裁員及指定爭議的客體將建立仲裁庭。

然而，亦有某些如 Robert 及 Bernard 等的學者，對於接納以下問題最終意見不一，如仲裁條款包含任命仲裁員及劃定爭議的客體，不致引起模稜兩可，那麼，該條款自身就能直接啟動仲裁程式，效力如同協定書（Robert），或者它甚至是預前協定書，其起點是爭議的產生（Bernard）。

根據葡國法律，考慮到《民事訴訟法典》第1563條的規定，要求協定書效力的細節及詳盡列舉的要件，特別是“完全清晰”地作裁決的爭議的個別化要件，故這似乎並非我們所主張的意見。

2.2. 面對我們的法律制度或其他有類似仲裁條款的法律制度，就上述所有學者所主張的立場，我們要強調的是，儘管他們把仲裁條款定性為簡單的預約合同，但最終還是首先承認它的直接的、規定性的訴訟效力：最低限度，可以主張一般法院無審判權或欠缺管轄權的延訴抗辯。

⁸ 當中，我們可以援引：Galvão Telles教授（載於《法律》，前揭書，1957年；及《合同通論》，第36頁至第38頁），他把仲裁條款定性為真正的承諾合同、雙務性的初步協議，當事人因而必須在將來簽訂或有的一份或多份協定書，並在確定協議內把出現的爭議及對爭議作裁決的仲裁員具體化；Manuel de Andrade教授（《民事訴訟教材》，由T. Moreno、Sousa Seco及P. Augusto Junqueiro編纂）；J. Alberto dos Reis教授（似乎領會到1946年4月5日最高法院合議庭裁判的這種批判性註譯的意見，載於74年《立法及司法見解》雜誌）；Jean Robert（*Traité de l'Arbitrage Civil et Commercial en Droit Interne*）；Bernard（*L'Arbitrage Volontaire en Droit Privé*）；Godron（*La Clause Compromissoire*）；Morel（*La Clause Compromissoire en Matière Commerciale*）。

我們知道，這也是 Castro Mendes 博士的意見。

追隨者還有 Bernard、Morel 以至 Robert；而後者亦曾接受——當主張由司法機關貫徹任命仲裁員及限定爭議標的可能性（如同否定仲裁制度的自願性質）——仲裁條款的首要效力不在於那簡單的人身義務，反之，意見一致認定它為排除一般法院的審判權，因為肯定立法者當允許訂立仲裁條款時，就希望落實仲裁。

然而，對於以法語表述的學者，Godron 本身儘管視此訴訟效果為次要效果及當事人向仲裁員相互承諾承擔民事債的簡單“功能”，但最終提到了仲裁條款所潛在的“無管轄權的抗辯”。按照該學者的意見，無前者而作出後者是不可想像的。

明顯地，這種把一定爭議交予仲裁員管轄的效力，使得仲裁條款區別於廢除審判權協議或剝奪國家管轄權而賦予外國以管轄權的協議。

此效力在賦予仲裁庭對特定爭議之“管轄權”（無論是按成文法還是按照衡平原則）的同時，亦允許將所謂的“仲裁合同”——仲裁條款及協定書——從訂定非司法公斷之合同範疇（此時第三人之介入並不具有仲裁裁決之“確定裁判”那樣的強制性），或交由第三人對雙方當事人進行調解或和解的合同範疇（在此合同中，第三人對任一當事人而言均無“管轄權”⁹，相反的是，犧牲任何一方當事人權利，都需要透過相互給予的方法，滿意的協調當事人間出現的利益衝突）中獨立出來。

對我們來說，這裏特別地按照我們的法律制度，似乎是一種訴訟效力。

事實上，由於對有關效力的定性直接取決於對仲裁性質所擁有的一般概念，我們相信，為要視它為對我們法律秩序的訴訟法制度，就得提出以下理由：

a) 《民事訴訟法典》第四卷一般地論及仲裁庭——單是這卷，似乎指出仲裁員職能的公法性及程式性，在任命仲裁員問題，包括自願仲裁庭及必要仲裁庭是屬於同一類型中的種類¹⁰；而對於後者，如把它定性為私法性質的制度似乎是錯誤的，因為它並非受當事人處置，亦非源自他們的任何協議（偶然援引這些論據作為否定自願仲裁亦有訴訟性質的決定性論據），對於自願仲裁庭，這樣的結論是正確的，因為法律在兩

⁹ 例如 Pohle 曾說中話題的要點，他指出負責在一定爭議中取得調解或和解合同的第三人，他的 Schlichtung 並不擁有 Rechtsfindung 的權力和屬於仲裁員本身的 Entscheidungsbefugnis。

¹⁰ 在必要仲裁庭進行的訴訟，曾名為“例外的司法訴訟”。

類庭間的規定是相似的。

b) 同樣地，我們的法律秩序在構建仲裁制度時，主要是考慮仲裁庭的組織及權力。法律以外，協議只是一種界定仲裁庭可受理之爭議，決定在相關情況中其具體構成的方式。當法律未有強制規定時，訂定該庭應遵之程式形式之規定。

c) 對於仲裁庭的權力及職責，特別強調第1574條的規定，它承認仲裁員的裁決具有等同於一般法院第一審判決所擁有的價值及效力。

對於視仲裁員的職務是一份公共職能、訴訟職能似乎具非常強烈的理由，仲裁員開展他們的活動及轉而表現——以替代常設審判機關；特別具有份量的理由是，當我們記得某些外國主流學說所建基的主要依據之一是把仲裁視為一種私法制度，這明顯是對於相應法例的制度（例如義大利及法國），仲裁員並沒有對爭議作確定裁決的“公權力”，故必須要有國家權力當局的許可（*exequatur*），致使相應的裁決變成可執行。

d) 在上述第1574條文本的同一指導方針下，相應的條款規定對仲裁裁決適用由一般法院宣告裁決無效的制度；而第1575條把法區法院判決所受的上訴制度延伸至這些裁決。

e) 同樣地，第1572條規定，如不賦予他們依公平與善良（*ex aequo et bono*）來審判的權力，仲裁員“將如同一般有審判權的法院一樣，審理事實及適用法律”。

儘管能按照衡平原則審判，但似乎有別於我們先前所見（Weiss、Bernard），排除仲裁員在這些案件中行使公共職能及訴訟職能：一般審判權本身從法律中取得按照衡平原則作審判的權力，至少在所謂的非訟事件的特定情況中是這樣。

f) 對於自願仲裁程式，第1568條的條款規定，“如向其中一名仲裁員作出預備訴因，他將為此目的行使如同法官一樣的審判權”。而第1571條規定，如無當事人的特別規定，訴訟的條件則按照《民事訴訟法典》，“符合判決理由”。

當然，對於這問題，人們一直認定仲裁程式的“非訴訟性”。這基於仲裁程式的條件因當事人的明確規定或賦予仲裁員依公平（*ex aequo*）來審判的權力，可能與普通訴訟程式不相同。誠然，事實上，它賦予當事人或賦予仲裁員以在訴訟程式上的相對自由，而學術界一致意見認為它不能因此廢除審判程式的基本原則——對於那些在此等原則以外的原則，按照現代的概念，也許不能在真正的審判權中表達（例如辯論原則、當事

人平等原則、保障辯護權原則)。

g) 我們仍然可以這樣說，現代學說激烈地拒絕那些視仲裁員如基於委託合同或和解除合同而起作用構建的私法實體；因為，如當事人可以透過仲裁協議具體指定成立仲裁庭的人及界定由它審議的爭議，對每一具體案件作裁決，以致在一定的限度內，塑造所要跟隨的程式條件。而實際上是，採用仲裁審判權的抽象可能性，即所有那些效力，皆是法律所賦予而非由於當事人的意願產生的前提。

假如法律不賦予一定私法主體以透過仲裁庭解決一定爭議的權能，而授予相應的裁決以與給予一般司法判決相同的價值及效力，則當事人的意願並非必定能提供給那裁決以判決本身的既判力 (Rechtskraft) 及執行力。

h) 最後，我們闡述仲裁法庭表現為——然而Salvatore Galgano¹¹已強調這仲裁庭——如同“私人行使公共職能”的真實情況。

第1570條規定所產生的這種特徵，就是由一般法院法官接受仲裁員“謹慎地行使其職務的宣誓”，但假如他們不過是只限於基於其他人的民事協議而為他們作出私法性的服務，則這種命令就沒有太大意義；同時，亦表現在仲裁法庭與一般審判權之間的人所共知的連結關係，它明確表現為可能是一般審判權的其中一個預備仲裁程式的機關 (第1564條) 及表現為委託接受一般司法輔助人員通知合議庭裁判及跟進所有後來的步驟 (第1573條)。

3. 然則，是否在我們的法律中，因簡單地簽訂仲裁條款，就立即產生這種程式的、處分的及即時的效力？

3.1. 老實的說，我們相信是這樣。

* 無論如何，因為這是歐洲法例的一般制度，肯定的是它影響著葡萄牙的立法者，在第1565條規定仲裁條款產生在舊制度不會產生的效力；

* 然後，因為最近對有關制度問題所作的裁決——尤其是要知道按

¹¹ 在他對仲裁所作、名為*Contributi alla Dottrina dell'Arbitrato nel Diritto Processuale Civile*的研究中，有效地抨擊在雙方當事人與仲裁員間的關係中見到的一種集體委任，並視它為荒謬的——因為在邏輯上及法律上是不可能的——接納對立利益的各方當事人的唯一受託人。

照1876年法典生效時所簽訂的條款，可否接受現行的第1565條所突顯的效力——幾乎一般的合議庭裁決源自單純簽訂條款，即時援引案件原應由仲裁庭審理的抗辯及準用第1565條¹²這等前提；

* 然後，因為《民事訴訟法典》第499條h項規定案件原應由仲裁庭審理的抗辯，它不但適用於必要仲裁庭的情況，還適用於自願仲裁庭的情況；而對於前者，抗辯似乎不可避免的產生自法律本身，它規定仲裁法庭審理一定的爭議，而非由於後來任何協定書的時刻，因為這種情況下並不存在協定書。

對於簽訂仲裁協議的時刻，在自願仲裁的情況下〔正如 Redenti 在其著作“*Compromesso*”（Nuovo Digesto Italiano）一書中所強調〕，它相等於在必要仲裁內的法定規定的時刻，當時把爭議交予仲裁審判權審理，並且把它抽離於一般審判權——而最完全突顯的時刻是任命仲裁員及確定爭議客體之時。而且，在第499條h項中並不區分自願仲裁及必要仲裁，它們之間的分別僅在於前者指提交或不提交予仲裁，僅由於簽訂合同而產生，而後者則直接源自法律。似乎本身條款亦應產生創設上述延訴抗辯的效力。

* 然而，我們相信，根本的、主要的及決定性的理由，也許一直是 J. Alberto dos Reis 教授所採納的、與此相同的態度。他還說，並非視它的出現是從仲裁條款引致第499條h項的抗辯，而僅是源自協定書，致使除該目的可以“潛在”地訴諸仲裁庭及為“既應用第1565條還應用案件原應由仲裁庭審理的抗辯”外，而使第1565條的本身目的落空。

事實上，假如對於創設這種源自條款的仲裁抗辯的消極效力，同時對於法律可以在上述第499條h項作出而非詳細說明存有的疑問，似乎不能影響把爭議交予仲裁審判權審理的積極效果，該效力源自仲裁條款，這是在創設第1565條中規定的訴訟權所明確表示的效力的即時性，它是其他效力的工具。

案件原應由仲裁庭審理的抗辯及第1565條的救濟方法，似乎是必然關聯的機制，因為它是仲裁條款的主要效力的消極及積極兩個層面的表現：我們承認仲裁條款把有關的爭議交予仲裁庭審議，因為它是第1565

¹² 除先前已跟隨在該條款中所訂定的論點（例如1955年12月7日及1956年5月8日合議庭裁判）外，還援引1945年1月12日及1946年5月7日的最高法院合議庭裁判，和1957年7月23日本身判例作例子。

條機制所賦予的效力，確實這亦可能即時反映在即時取消一般審判權的消極層面¹³。

3.2. 因此，有關的兩類效力不可分離地聯繫著似乎毫無疑問，因此它們表現為守約立約人對以下兩種可能情況的辯護方法：被告因違反條款而被召喚到一般法院的情況，或原告因不能取得對方當事人簽訂協定書的情況。

因為：

3.2.1. 假如僅產生通常所謂的無審判權的效力，而非第1565條所規定的效力，以及唯一的處分是損失及損害的賠償，則問題將會落入類似西班牙1953年法律之前生效的制度。該制度除了十分不適合實際外，亦不能配合《民事訴訟法典》第2條的規定，它規定：“就每一權利均有（...）訴訟（...）”；而在此情況下，最終既不能向一般法院起訴，亦不能向仲裁審判權提請仲裁；還須補充的是。

3.2.2. 假如僅存有第1565條所塑造效力，而沒有相當於延訴抗辯的創設性的效力，那就必須理解到，前者表現為真正的預約合同的特定執行，這似乎在我們的法律制度中是不可接受的；但以下者除外。

3.2.3. 假如理解為——如Mendoza y Oilván按照1953年西班牙新仲裁法所認為，延訴抗辯只有與爭議一同產生（或同樣地只與所簽訂的協定書一同產生），不但必須承認它是一種似是不利於訴訟經濟，還應承認其不能很好的協調有關的兩類審判權制度，因為被一般法院以“違反條款的傳喚”之被告，須運行第1565條的救濟方法，這亦是葡國的實證制度。對我們來說，也許這並非法定的解決方法，因為《民事訴訟法典》第295條規定，作為消滅訴訟程式原因是協定書而非第1565條機制所著令的司法裁判¹⁴：採用這機制因此是不靈的，這表示法律早已試圖產生一種解除一般審判權作出裁決之權力的效力。

¹³ 在最高法院1945年1月12日的合議庭裁判中，明確開展這推理，它承認有關條款引發相應延訴抗辯的效力。

¹⁴ 正如Manuel de Andrade教授曾作這樣的註解，在他的課程...，上述著作。

3.2.4. 一言以蔽之。

第1565條規定的條款是具有自然效力的法律行為。

a) 程式上，作為主要效力是賦予仲裁審判權以對一定爭議作審判的權力，並隨之取去一般審判權的效力；

b) 作為次要效力，是規定當事人盡全力以便獲得仲裁庭方面審理爭議，特別是透過簽訂為此所必須的協定書。

4. 在這事宜上，簽訂簡單民事預約合同的可能性。

4.1. 透過我們先前所確定的理論，並非試圖排除當事人如在認為需要時就可以僅簽訂單純民事性質的仲裁協定書的預約合同，及其對於不履行的制裁，僅是損失及損害的賠償；這與現今法律行為事宜上的所謂當事人意思自治的一般原則的理論相類似。而且是在1939年《民事訴訟法典》之前的制度中，對未來協定的拘束的唯一可能方法——誠然，這類協議肯定不是現行法典第1565條所規定及規範的條款類型。

4.2. 事實上，Carnelutti（在“*Pactum de Compromittendo (Ä)*”，Studi, II）認定不能簽訂協定書的簡單承諾，其依據如下：

a) 預約合同的前提也許與由執行確定合同所包含的利益是相同的衝突：預約合同也許僅是一種較確定合同效力低，而落實後者就完全包括了“兩個層面”的效力。

b) 作為確定性法律行為的協定書，其並非一個真正的雙方行為的合同，而是一個單方的合意：當中，當事人並不希望規範他們的利益衝突，而是取得雙方所期待的狹義的訴訟秩序的唯一效力——實現共同的利益，就是選擇更適宜審理一定爭議的法官。

因此，在邏輯上它是不可能的；這種混合了預約合同於協議的模式是言詞矛盾（*contradictio in adjectu*）的：預約合同的效力在於對當事人間創設一項債務，反之，透過合意在當事人間則不會設立債務。邏輯上，也許只能是一份其他合意中的“承諾的合意”——協定書；誠然，它是法律所禁止的，因為具有在協定書中規範的利益的超驗性，其並不允許透過某種承諾而事先約束當事人。

4.3. 似乎我們不能領會 Carnelutti 的這種建構及所援引的論據。

* 首先，我不接受協定書可以被視為單方行為¹⁵。

* 誠然，儘管我們如此定性，但人們仍不能揭示 Carnelutti 所論述的邏輯上的不可能，更甚者，他本人亦承認——在他同一著作中——仲裁條款的承諾，對他來說具有仲裁協定書所具有的、與訴訟協議相同的性質¹⁶。

* 再說，人們同時拒絕那種假設的非邏輯性，因為各地的法例（我們相信我們也在其中）賦予仲裁條款的，不但有債權效力，還有處分效力，而無須這等混合性某時會觸動立法者或法律的解釋者、適用者。

* 同時，另一方面，承諾的目的、所述的利益衝突及所承擔的功能皆與確定合同中的有著明顯的區別，因為前者的功能明顯是為產生後者。

* 更甚者：儘管對於兩類合同——預約合同及確定合同——利益的衝突是相同的，但我們不見邏輯障礙阻止透過採用兩種不同法律效力的技術方式，把這種衝突分解為兩級。

5. 仲裁條款是一個與協定書性質相同的單純處分行為麼？

5.1. 按照義大利現行的實證法，很大部分的義大利學者¹⁷主張對這問題持肯定答案，甚至先前在義大利生效的制度內，雖然非常困難，但亦有同樣的主張。

按照某些學者的見解，區分兩類的仲裁協議——仲裁條款及協定書——僅是因為前者是針對將來的爭執，而後者則是針對已發生的爭執¹⁸；而另外的學者則認為，前者是關於單純可確定或較能一般地確定的爭執，反之，後者則針對已被特別確定的爭執¹⁹；還有些學者更認為，兩種行為的結構相同，只是分別在於有關委任仲裁員及確定爭議的客體方面各有一定的特點²⁰。

¹⁵ 往後，我們將嘗試表示這份肯定。

¹⁶ 注意，各地的法例明確規定簽訂仲裁協定書的單純預約合同的模式。

¹⁷ 參見，Redenti，載於 *Nuovo Digesto*；Carnelutti，載於上述文章中；Vecchione，載於 *L'Arbitrato*；及 Andrioli，載於 *Rivista di Diritto Processuale*，1944年，46期。

¹⁸ Vecchione視仲裁條款為一份對將來爭議的真正協定書，他同時承認在條款中已對爭議作出界定，儘管它的規定不及本義的仲裁協定書詳盡。

¹⁹ 這是 Andrioli 及 Carnelutti 提出的說法。

²⁰ 這是 Redenti 提出的說法。

所有這些學者皆對仲裁條款及協定書的效力，一致地站在同一陣線上，認為兩者是相同的。針對這兩類行為，他們否定它們具有所有的及任何債權效力（但對於如同仲裁員般的或有的財產關係則除外），視這些行為為單純的處分性及程式性行為，產生權力及拘束，但卻不會產生權利及義務。

5.2. 誠然，我們相信面對現行葡國法律，這種立場是有些問題的，一方面是因為相關差異，另一方面是因為有些過度。

甲．差異的問題：

理由是，假如不存在債權效力，對於義大利法律而言是可以接受的一同樣地，儘管雙方當事人適時地履行合同，亦無須要求為組成仲裁庭而簽訂仲裁協定書，只要其中一方當事人委任仲裁員及確定將要解決的爭議的單方行為便足夠，相反，對於葡國法律，說法就完全不同，為要一般履行條款，則要求簽訂合同，就是指仲裁協定書。

事實上，第1565條的規定，使人清楚地知道關注點首先是簽訂仲裁協定書，但僅是在遲延當事人不相互回應為設定仲裁員的通知時，才接受司法裁判。

這條文中稱未適時履行的立約人為“遲延”當事人，這似乎載明他事實上違反義務（Galvão Telles 教授在上述著作中肯定這種意見，稱該立約人構成遲延）。

就不執行而允許要求損失及損害賠償，對於這種觀點，它揭示出這種義務是從可能不大重要的實際結果中產生，而對於雙務債權的另一個本義效力——允許履行合同的立約人在另一方當事人實施違約行為時，得解除合同——可以在這裏擺出一個重大意義的利益。

實際上，對於立約人的遲延，允許守約的另一方立約人解除仲裁條款，並向一般法院提起上訴，若這樣被認為比較合適的話。我們同時相信這種解除條款的可能性——這如同當事人盡全力以達致仲裁裁決義務的效果——是由根據第1565條的本身規定而產生，訂定守約的立約人“得”利用那裏規定的訴訟措施，它准許這樣的一種結論，就採用這機制並非是給予該名立約人的唯一法定途徑²¹。

²¹ 假如我們把在有關規定中所使用的表述與*foro prorrogando*協議有關的表述作比較，就可

這種在葡國法中產生自仲裁條款的補充性義務，明顯地並非要撤走一般法院的管轄權而把它賦予仲裁庭，這種意見似乎是 Vecchione 否定任何所有對條款的債權效力為基礎。

事實上，這類型的債權效力不能與承認條款中所具有的訴訟規定效力相調和，正如在買賣中，移轉物的所有權的物權效力不能與轉移相同的所有權的單純債務相調和；由仲裁條款所產生的輔助債務的內容——該內容完全能與此條款的規定效力相調和（同樣地，交付出售物的義務能與買賣的物權效力相調和）——是對當事人進行可能產生仲裁裁決模式的拘束，為此雙方簽訂必要的協定書。

葡國的立法者清楚地理解到最可取的，往往首先是使用自願仲裁庭這最不受爭議及普通的模式：當事人協議²²。

乙．過度的問題：

肯定仲裁條款及仲裁協定書的同一性及其效力的平等，我們相信這將會是因過度而有的問題，不但對葡國的法律如此——儘管特別嚴重——對其他的法律也是如此，如對義大利的法律，無須要求簽訂協定書，只要存有對同一爭議的仲裁條款，就能組成仲裁庭。

仲裁條款往往較之協定書有某些缺失：如後者，不論有否簽訂任何條款，皆具有賦予仲裁庭以審判權及取消一般法院對該等權力的訴訟效力，其本身的效力——前者則對於相同的爭議已在事前簽訂一項條款，因而已產生前兩種效力——就是透過委任仲裁員及確定爭議的客體而設立或組成仲裁庭。

這在葡國法中又特別明顯，《民事訴訟法典》第1563條並未豁免在協定書中須明確地使一個或多個爭議，或被邀請解決這些爭議的仲裁員具體化；這些都不是當事人在一般條件下的單方行為就可以取得的結

以得出更清晰的結論，它單純是一種規定而非在當事人間產生任何義務，如同使用第100條，該條規定：“建基在規定中的權限如同從法律衍生的權限一樣具強制性”；申言之，其中一方當事人違反此協議而訴諸法院，則法院的管轄權因此協議而被廢止，履約的被告只有提出相對無管轄權的抗辯作反駁的權能；反之，對於同一爭議，如他希望針對對方提起訴訟，則必須按照協議在有管轄權的法院內提起訴訟（不僅是可以，而且是應該）。

²² 注意到，這種理解儘管在法律中亦被接受，如德國法律，對仲裁協議並不區分仲裁條款或仲裁協定書（Pohle；Kisch；Schönke，及其他）。

果，正如執行仲裁條款的單純效果。

協定書一般被視為協議設立仲裁庭的方式：如未能實現該協議，就必須透過第1565條規定的司法裁判來組成仲裁庭——然而對於仲裁條款，由於它本身的性質及因為是在出現爭議前已簽訂，就不能有這種效力。雖然這種效力並非仲裁協定書專有，但它主要的功能是：組成仲裁庭。

對那批學者學說所作的批評，我們相信這批評是有理由的，即使對於義大利法，儘管條款可以載有對仲裁員的委任，但往往還必須進行——雖是單方行為的途徑，但必定是在該行為之後才作出的——確定爭議的客體，這是組成仲裁庭所必須的。

5.3. 因此，在這意義上，表現出條款與協定書間性質及功能的差別，我們不拒絕承認在出現爭議後才簽訂仲裁條款的可能性，雖然這必然是不大正確。

這或者允許當事人雙方不希望或不得設立仲裁庭（或因對於選擇仲裁員仍未達成協議，或甚至因為當事人任一方對指定“他的仲裁員”仍未作決定，又或甚至雖然意識到當事人間出現爭議，但卻不能“非常明確地把爭議具體化”），這又或者允許當事人雙方——我們先前曾說過——馬上把訴因交予仲裁管轄權，並透過該條款表現出他希望以這方式解決所有問題的普遍性志願。這種可能性甚至有特別的意義，因為，假如這種可能性符合當事人更好地理解假設性志願，似乎允許把已簽訂的協定書轉變成針對現存爭議的仲裁條款，然而沒有第1563條對該爭議所要求的要件，而對於條款來說，這些要件卻又是可豁免的。

實際上，Robert 對這可能性持異議，並反駁這種可能性就是違反那些必然共同地對協定書及條款分別作出規範的規定；當接納這條款時，就會衝擊由法律所規定、對欠缺第1563條的要件所簽訂的協定書的無效，並可以在後來訂立法定正確的仲裁協定書。

誠然，我們相信這種批評並不能推斷出：我們未曾看到違反法律，甚至因為在出現爭議後所簽訂的條款，只是在邏輯上具有條款的價值及效力，而非協定書的價值及效力。

或許餘下亦要證實 Robert 有朝一日所確定的理論是適宜的：仲裁條款得以被允許，是由於它對於將來的爭議，人們未知將選擇哪名仲裁員，因為此刻，人們亦未知悉對他須要求哪些特別資格；但是對於已出現的爭議及已知悉其範圍的情況，如事實上知悉仲裁員應具備的資格的

情況，那就說不過去。當然，亦完全可能出現這樣的情況，儘管已出現利益衝突，但當事人仍未能單獨地或透過協議對審理該衝突的理想仲裁員達成最後定論。

5.4. 我們不得不承認第1565條似乎決定了有別於這裏所主張的解決方法，這個主張就是談到“將引起的問題”及“出現的某問題（...）”。誠然，我們認為可以認定這條規定僅規範訂立仲裁條款最常見的情況，但卻未揭示任何充份理由以致當出現衝突時，只允許訂立協定書而非仲裁條款。反之，人們有足夠理由反駁：如法律允許透過仲裁條款把將來的爭議提交仲裁審判管轄權，那麼，當爭議出現時，就有充足理由接受訂立仲裁條款。

（C）作為合同、作為雙方法律行為的仲裁條款

6. 當認定仲裁條款主要產生訴訟效力及處分效力時，那就可以使人們推想這是單純的單方訴訟行為。

6.1 這就是 Carnelutti 的理解，他的見解是，透過仲裁條款未能找到對當事人間已存在的實質利益衝突的協調；就這種衝突，當事人希望透過一致的意思表示及使該等利益不受觸動，而實現共同的利益：由仲裁庭解決面對這些意思表示的爭議，人們相信在相關案件中較一般法庭合適。

6.2. 然而，這種期盼不值得我們認同，因為仲裁條款的結構及效力，並不符合其單純的單方集體合意（*gesamtakt unilateral*）的性質。

我們看：

a) 學說的普遍理解 如 Guilherme Moreira 及 Alberto dos Reis 教授和持一定相反意見的 Carnelutti 本人 一單方合意不在當事人間產生任何聯繫，當合意是程式性時，當事人就能特別地流露自由及在取得透過協議希望得到的結果之際，獨自地取消其共識，而對於我們，就是由仲裁法庭具體審視爭議。

立法者在第1565條所表示的模式，似乎果斷地排除因條款效力而對當事人類似地欠缺約束，以及他們可能單方面透露出：一方面，在先前的範疇內已說過，從該規定明確的帶出當事人簽訂未來協定書的義務，

然而，視條款為對這方面的一份合同及對其規定的程式性效力的一份簡單合意是不適宜的；另一方面，條文明顯地提到，遲延簽訂協定書的當事人，聲請通知承諾交由仲裁員仲裁的可能性，以及最後提及採用仲裁裁決的權能，以便透過該裁決強制地取得如同透過此當事人的合作而將取得的相同結果。假如我們理解條款是一份單方合意，任何一方當事人在發生合意所指的事實前，自由地反映及表示他有別於原先的意願，則整個制度將不可明瞭的。

b) 我們同時亦肯定簡單合意制度 按照此制度，合意內不存有每一方聲明人如同合同的真正承諾，因為每一聲明人的特定聲明接受另一方的聲明，就被理解為表示出具有不取決於實際知悉的價值的意願，知悉首名聲明人接到次名聲明人的聲明 — 我們說，簡單合意制度對我們來說似乎不適用於仲裁條款，因為法律以一個“有條理的”行為為前提 — “已訂定的條款 (...)”，但我們認為訂定條款並不導致相互制約的聲明的意識交流。

c) 假如我們留意有關如適用於仲裁條款的意思瑕疵及解釋瑕疵，則我們的意見就更肯定：我們理解，不對該條款適用合同事宜的制度，而反之援引單方行為制度是不可思議的。只要想到，在單純的合意內，其中一份聲明得基於意思瑕疵而被撤銷的可能性，無須依此而影響其他人在同一意義上作出的其他聲明的有效性及效力。

d) 況且，第1564條對由於廢止而終止協定書效力，要求“全部利害關係人的合意”，是學說一直考慮延伸至因當事人直接意願而解除仲裁條款的要件；這是我們最為理解的，因為在這層次下，條款及協定書都是同類的法律行為。Carnelutti 本人對條款性質雖然堅持不同的意見，但他明確地承認條款與協定書間性質的同一性，似乎因當中的連貫性，他亦必須接受適用於條款的廢止制度可類推適用協定書。

假如條款或協定書不過是單純的合意或集體行為，則我們或許必須接受這樣的一種可能性，就是在把爭訟實際提交予仲裁庭前，訂立條款的任一方透露因單純的單方行為而脫離拘束，並推動條款效力完全終止。這一制度公開反駁我們先前所表述的制度，如廢止仲裁條款的法定制度。

e) 最終決定性的是，我們亦不同意 Carnelutti 為主張他對仲裁條款的單純合意論點所提出的解釋：在這類合意中，雖然因不同的理由而驅使當事人，但存在一個相同的理由，它別於合同的情況，後者每一方當事人行為的原因是相互對立。

我們不同意這點，因為在合同中，亦往往存在某些必然地為雙方當事人共同希望的：雙方當事人希望體現它的典型的理由 - 功能是合理的，並使他們簽訂合同。因此，它並非區分合意與合同的重要要素。

誠然，我們不得不強調，當 Carnelutti 確定在合同中，有別於在合意的情況，每一方當事人的行為的原因及動機相對於另一方的行為，對於合同來說，他似乎採用“原因”一詞有別於我們先前所述的意義。申言之，正如我們表述每一個個別聲明的理由，反之對合同卻沒有完全考慮²³ 因此，它接近合同拘束的真正性質，這亦是條款所表現的性質。

6.3. 總的來說，似乎單方合意與合同間的性質的不同，就決定相關制度的差異，那我們定出以下的情況：

- 對於合意，正如對任何的單方行為，每一項意思表示都是自主及獨立於另一方的聲明；

- 反之，對於合同，一方當事人作出他的意思表示，都制約著另一方的意思表示：僅是這樣，因為另一方當事人亦發出相應的意思表示。

這樣的每一項意思表示相對於另一方的意思表示的相互制約，似乎實際地存在於仲裁條款（及在協定書）的“規定”中，因而賦予它們以合同的性質。

(D) 作為訴訟合同的條款

7.1. 誰人視簡單條款為承諾合同，就不遲疑的把它定性為一份具私法、民事性質的合同，或者，充其量為混合性質的合同，因為人們承認它的某一個或其他的次級訴訟效力，並從其效力估量行為的法律性。

然而，由於顯示出我們先前所採取的立場，似乎應把條款定性為一份程式性質的合同²⁴。

²³ 事實上，對我們來說，似乎有關所謂集體行為是很難在每一行為人的聲明原因及集體行為的全體原因之間定立分歧，因為後者更多的並非各種分散的獨立的聲明的總和。聯合活動本身並沒有異於只有一個人的聲明的自主效力；聲明變為聯合的表示只因為當中有各種利害關係的人。

²⁴ 這亦是廣受由 Galgano 領導的學說爭論的概念，正如先前論述過。對他來說，“在一個訴訟的時刻中所作出的私人意願的全部表示，往往只是產生訴訟效力的偶發性時刻或因由，而這等效力的出處及其生效是直接源自法律。訴訟效力可以聯繫到爭議當事人的私人意願，但這並非是它的直接因由”。

誠然，這種定性應理解為，並非把該行為納入在訴訟系列的方向上（假如承認可能在為解決一定爭議的訴訟待決中訂定條款，儘管如此，亦不影響有關法律行為的重要性質），反之是在訴訟法主要地評價的一種行為的方向，並賦予該行為以效力。

7.2. 最後，問題圍繞著限定訴訟行為的界線。

對於那些如 Paulo Cunha 及 Manuel Rodrigues 教授的學者們，他們從訴訟行為及訴訟上的法律行為出發，把所實施的及納入在訴訟系列本身的條款只定性為一個非訴訟行為，儘管它是在訴訟範疇上的投影，但一如此種性質的所有其他行為，由私法所規範。

似乎毫無疑問的是，由於法律所賦予的輪廓，仲裁條款不是納入到訴訟系列的法律行為，這就具有不適用狹義訴訟行為制度的直接效果，特別是不適用非有效制度。

當我們把條款定性為訴訟法律行為，就是從不同的標準出發，那怕何種評價標準以及由訴訟法隨之而賦予主要效力。因而賦予它以“訴訟法的法律行為”性質似乎是適宜的。

在因為它是在訴訟外實施的行為而作出單純的私法性質的結論，這對我們來說似乎是不正確的：它與由訴訟法所評價及規範的其他真正訴訟制度的情況一樣，誠然，在連串的訴訟行為中容不下這些制度，正如在司法訴訟法的情況下，全數的所謂訴訟前提、放棄上訴的行為及其他等。

如同對確定行為的法律性或非法律性、產生或不產生法律效力的標準，在這種特性內，體現出法律的重要性，同時仲裁條款的訴訟性——我們可以說——產自它的初始效力直接反映在訴訟上的效力，儘管它還可以產生其他民事性質的（次級）效力。這是 Carnelutti 及 Kisch 的結論，對於他們，法律性等同於產生法律效力。

誠然，我們認為這論點是一種非常縮減的論點，直至因為法律性盡管在本身產生法律效力前出現；似乎這概念更嚴謹，按照這概念，法律上的行為是那些由法律評價的、對法律有重要性的行為，因此，法律重視它並承認它產生效力。

因而，不應單單考慮行為所產生的效力，反之，考慮行為本身，因為，要不然我們可以達到雙重性質行為的情況，特別是有關仲裁條款。這是在某些德國學說（Pohle）中的情況，它同“仲裁協議”效力的訴訟性是一致的，經面對其效力及其要件的觀點，堅持只能賦予它以私法性

質，這是因為在這性質內的效力及要件所對比的私法規則所決定。

對我們來說，類似的探討問題似乎並不適宜，直至因為訴訟法準用至在民法中規定的行為及合同有效性制度，因它向我們呈現的，表現為各種法的部門對合同事宜的一般、共同原則。

況且，除了對我們這裏所採納的公正的態度，可能像是有些異常，因為一般的行為產生一定的法律效力，因為作為結果，它是由法律預先評價的，是行為有效性及其效力的性質的合併，或許以至人們可以主張只適用一部分的民法制度，因為訴訟法本身規定：例如，人們也許堅持第1562條下半部分的限制並非來自民法，因為協定書（及仲裁條款）並沒有創設性質，它異於一定的實質法律狀況。誠然，只是以確定它的穩定為目的；協定書及條款都沒有實質地規定權利，而是規定訴訟的保障。

7.3. 結論：我們所理解的是，因為條款主要被訴訟法評價及變得重要，而後者又賦予它以主要效力，故它應被定性為“訴訟法的合同”。

我們當中，似乎條款所創設的義務是屬於次級性質，甚至在邏輯上免卻我們注意整個制度（儘管我們承認其用處），幾乎在這些方向上，僅透過分析訴訟法而得出它的存在。或者，我們甚至可以主張這種義務雖然結構上並非異於民事債務，但在建制上它被納入到訴訟及訴訟法的範圍。

8. 現在，我們來看，對於一個長期占據我們直至1957年的司法見解問題，這種仲裁條款性質的效果：問題就是要知道，對於在我們的《民事訴訟法典》生效前所簽訂的條款——按照較佳及較普遍的學說認為，這些條款如同簡單預約合同有效——是否適用1939年法典第1565條，假設此法典已生效後，出現有關條款所包含的爭議。

8.1. 某些合議庭裁判的回應是肯定的（如1945年1月12日及1946年4月5日的最高法院的合議庭裁判），似乎它們從在1876年法典生效時所接納的條款及現行法典第1565條所規定的條款的這個非明示的主意出發，儘管有時欠缺說明理由，但皆是有著同一的及相同的制度，而後者的條款雖然給予實施性或允許特定實施透過實施所承擔的債務。上述第二個合議庭裁判是這意義上的特徵，它特別地基於以下的考慮：

- 1939年法典維持仲裁條款的效力，並在第1565條規定，當任何一方當事人顯示出遲延簽訂協定書時，在出現這條款所包含的任何問題的

情況將採取的程式。

- 因此，在1876年法典生效時有效的仲裁條款在1939年法典公佈後繼續有效，它只是使現存的規定變為有效。

- 雖然條款按照當事人的合意在此之前已是可實施的，但第1565條則僅在有分歧的情況下才使條款變為可實施的（這種可能性為人們所爭論，並且它相對於先前的制度則通常為人們所拒絕），並為促使遲延的當事人履行所訂立的條款，由法區法官的行為替代他的行為。

8.2. 由於從這些前提出發，似乎對我們來說，按照新訴訟法直接適用原則，在上述判決中所作的裁判是符合邏輯的。

8.3. 誠然，還有另一派較上述理論更具有強的司法見解思潮，到1957年7月23日的判例中這思潮更達至頂峰。例如，7/12/1956里斯本中級法院的合議庭裁判及8/5/1956最高法院的合議庭裁判，在上述判例出現之前，這思潮已得到 J. Alberto dos Reis 教授的贊同²⁵ — 它決斷地朝著否定第1565條關於在1939年前簽訂條款的適用性的方向。

然而，這個具有判例賦予特別法律效力的學說，它是從相同的前提出發，這就是指仲裁條款是一個單純的預約合同，而第1565條只允許特定執行當中所承擔的義務。只是，對於對有別於第一個學說中提出的解決方法所作的說明，在第二個學說中有所肯定，具有毫無疑問的一致性，這就是在第1565條當中，有部分允許特定執行預約合同。申言之，在不載有單純訴訟程式規定的部分，就具有實體法的性質，因此，它適用《民法典》第8條的規定²⁶。

²⁵ 載於《立法及司法見解》雜誌，第79年。

²⁶ I. 本條也許因過去事實的學說，使其以簽訂條款之日前生效的法律對條款中的法律上的行為及其直接後果作出規範。上述判例甚至敘述到既得權理論或主觀法律狀況理論皆導致共同的結果，因為透過簽訂作為單純預約合同的條款，假如“取得權利”、“使法定權力主觀化”而放棄條款，則該預約合同只是受到因失去及損失作出賠償的處分。

在協議中為任何一方當事人的不履行而訂立違約金條款，用以確認這種“放棄的既得權”，這對我們來說似乎是可爭辯的，因為它或者可以引致損失仲裁條款的所有拘束性的權力。再者，也許是人們把一種明顯有逆於當事人的本身意願及條款本質的行為構成權利，因為是當事人所簽訂的？人們可以在行使權利時實施不但法律甚至當事人意願拒絕的行為，以至可能在違約金條款中訂立的、透過因失去及損失作出賠償

在談到本身的判例時，第1565條補足先前未完整的法律；它創設法律，擴大仲裁條款的效力。

J. Alberto dos Reis 教授提出：“當第1565條規定特殊履行，就具有實體法的性質而非程式性質。說到底，它具有對私人利益協議的效力，故此是實體法。概括而言，第1565條（按照1956年5月8日最高法院合議庭裁判摘要）屬於實體法，因為它擴大仲裁條款的效力，因此，不適用於先前已定立的條款。”

8.4. 然而，我們對這學說有以下的批評：

a) 因為第1565條規定一個特別程式及創立一個特別的訴權（Galvão Telles教授亦承認），用以取得委任一名仲裁員或數名仲裁員及決定爭議標的的司法裁判，故它具有決定性的訴訟性質。

當然，它是其中一種更鞏固的取得訴訟法現代科學的方法，而該法不僅是“形式”的法，而且在利益上，更須承認它是一項真正的實質訴訟法的存在，並且包括當中的所有規範，例如有關規範發展訴訟法律關係的權利及義務，它的設立、變更或消滅，所謂的訴訟前提，以致正當性、訴權及其前提（也許這是相關的情況）。

b) 甚至從作為被分析思潮的前提出發，第1565條並不會使一種先前在民事上或實質上不完整的權利“變得完整”，或者它將不會“強制特殊履行”條款，正如 Alberto dos Reis 教授的意見。

簽訂協定書的義務，早在此規定存在前，它在民事上是完整的，自然而言，它是用作特殊履行；那麼我們可否理解到，在存在這規範之前，仲裁條款只能強制非特殊但是一般的履行？使透過第1565條的程式

的不法性所作的處分威嚇他？

II. 同一判例把其裁判奠基於按照 Manuel Rodrigues 教授視“非訴訟”的法律行為及因此而“由私法規範”的法律行為為條款的事實，以便強調這是在訴訟前及訴訟外實施的行為。我們曾說過，儘管在有關行為的有效性及前提的制度方面，因何理由我們獲得這不能肯定的學說。

對於法律行為的效力，它是在這個問題主要內容，正如 Alberto dos Reis 教授在第79期《立法及司法見解》雜誌中所作的上述註解中所強調的，這內容是本身判例承認所謂“非訴訟法律行為”產生訴訟性質的效力。Ugo Rocco及Alberto dos Reis援引該判例敘述該條款如同協定書一樣，儘管具有訴訟內容，但是在訴訟外，以至訴訟前實現的效力：雖然具有訴訟法的效力，但由私法規範（...）。

訂立的特定執行債務的條款成為可能（如同任何債務），它具有純正的訴訟性質，但它不涉及民事債務，因為先前已是實際上完整的。

儘管，在第二種學說給予我們的理由，似乎這些理由是不可注視到，然而我們相信，它們為否定第1565條對現行《民事訴訟法典》生效前已簽訂仲裁條款的有關規定的可適用性，對此所出現的解決方法是適宜的。

c) 當然，透過我們在先前範疇試圖說明的原因，第1565條的適用涉及1939年前簽訂的這些仲裁條款，肯定承認這些條款自其簽訂之日起，按照我們所相信的情況，新的《民事訴訟法典》已賦予仲裁條款以訴訟的及即時的效力。

它相等於一條新法賦予的一定的規定性訴訟效力——然而，它在簽訂法律行為的同時，就應產生此效力——把此效力賦予在其生效前已完全地實現的行為。

1939年的法典最終視在此日期前已完全的法律行為——對於現行法律，其價值是一種單純的民事預約合同——如同具有訴訟性質及產生最終效力的法律行為。

由於它涉及真正的溯及力，故訴訟法不能有此效力，因為它牽涉到不尊重“前法生效期間所實施的事實的法律價值”。

參考資料

- ADELINO DA PALMA CARLOS - *Arbitrage International Commercial - Rapporteur Général Pieter Sanders.*
- ANDRIOLI - *L'Arbitrato Convenzionale* , 載於Rivista di Diritto Processuale, 1944.
- BERNARD - *L'Arbitrage Volontaire en Droit Privé.*
- CARNELUTTI - *Sistema del Diritto Processuale Civile* (第四卷 , 西班牙語翻譯) ; - *Pactum de Compromittendo, Studi*, 第二卷) 。
- DIAS FERREIRA及ALVES DE SÁ - 《葡國民事訴訟法典評論》。
- GODRON - *La Clause Compromissoire.*
- INOCÊNCIO GALVÃO TELLES - 《仲裁協議 - 相應貫徹請求的申辯》 , 《法律》 , 1957年 ; - 《合同總論》。
- JAIME GUASP - *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil.*
- JEAN ROBERT - *Traité de l'Arbitrage Civil et Commercial en Droit Interne.*
- JOSÉ ALBERTO DOS REIS - 《民事訴訟法典評論》 (已公佈第三卷) 。
- KISCH - *Elementos de Derecho Procesal Civil* (Prieto Castro的西班牙語翻譯) 。
- KLEIN - *Considérations sur l'Arbitrage en Droit International Privé.*
- MOREL - *La Clause Compromissoire en Matière Commerciale.*
- REDENTI - *Diritto Processuale Civile* (兩卷) ; - *Compromesso Arbitrale.*
- SALVATORE GALGANO - *Contributi alla Dottrina dell'Arbitrato nel Diritto Processuale Civile.*

- SCHÖNKE - *Derecho Procesal Civil* (西班牙語翻譯)。
- VECCHIONE - *L'Arbitrato*.