

國立政治大學
法學院碩士在職專班

碩士學位論文

指導教授：姜世明博士

工程仲裁之研究

The Research on Construction Arbitration

研究生：吳家興

中華民國九十九年六月

工程仲裁之研究

目次

第一章 緒論	9
第一節 研究動機與目的	9
第二節 研究方法	11
第三節 研究範圍與架構	12
第二章 工程契約及工程爭議	14
第一節 公共工程的特性	14
第一項 公共工程採購行為主體一方為政府機關	14
第二項 公共工程採購之承辦人通常具有公務員身分	15
第三項 公共工程契約非單純之私法契約行為	15
第四項 資源有限性與預算分配	16
第五項 涉外性質居多	16
第六項 公共工程衍生之契約問題複雜	16
第二節 工程契約	16
第一項 概說	16
第二項 工程契約的種類	17
第三項 公共工程契約的法律性質	18
第一款 行政契約或私法契約	18
第一目 學說見解	20
第二目 實務見解	22
第三目 小結	22
第二款 公共工程契約適用之法律	24
第四項 公共工程契約的類型	26
第一款 涉外契約與非涉外契約	26
第二款 規劃契約、設計契約、施工契約或監造契約	27
第三款 固定價格契約、成本補償契約及誘因契約	28
第一目 固定價格契約	28
第二目 成本補償契約	29
第三目 誘因契約	30
第四款 承攬契約或委任契約	30
第三節 工程爭議	31

第一項 引發工程爭議的原因	31
第一款 營繕法規不周延	31
第二款 工程規劃設計不當	31
第三款 工程介面太多，管理不善	32
第四款 工程合約規定不公平及不明確	32
第五款 相關當事人執行合約態度偏差	33
第二項 工程契約常見的糾紛爭執	34
第一款 工程糾紛爭議態樣	34
第二款 實務常見的糾紛爭議案例	35
第一目 未踐行仲裁前置程序得否作為撤銷仲裁判斷之事由？	35
一、法院實務見解	38
二、本文見解	43
第二目 契約約定「得提付仲裁」、「得提請仲裁或訴訟」是否有效？	44
一、學說見解	44
二、法院實務見解	46
三、本文見解	48
第三目 仲裁判斷有無一事不再理原則 (The Principle of Res Judicata) 之適用？	49
一、案例事實	50
二、仲裁庭判斷	52
三、實務見解	52
四、本文見解	53
第四目 契約約定「兩造不能在一方提出仲裁聲請之一定時間內選定各方 之仲裁人並同時推出主任仲裁人時，視為雙方不同意仲裁，任一 方得逕行起訴」得否視為雙方不同意仲裁之約定，而有撤銷仲裁 判斷之事由？	55
一、仲裁判斷	56
二、法院實務判決	57
三、本文見解	59
第三章 工程糾紛解決機制	61
第一節 傳統解決爭議機制的種類	61
第一項 法院訴訟 (Litigation)	61
第二項 訴訟上和解 (conciliation)	62
第三項 法院之調解 (Mediation)	63

第二節 仲裁及其他解決工程爭議的替代方案 (Alternative Dispute Resolution, ADR)	64
第一項 仲裁(Arbitration).....	65
第一款 制度起源	65
第二款 立法沿革	67
第三款 仲裁的定義	69
第四款 仲裁人之權限	70
第五款 仲裁機構的法律特性及其性質	71
第六款 仲裁制度優缺點比較	73
第一目 仲裁制度的優點	73
第二目 仲裁制度的缺點	76
第七款 仲裁的種類	83
第一目 內國仲裁與外國仲裁	83
第二目 法律仲裁與衡平仲裁	83
第三目 任意仲裁與強制仲裁	85
第四目 機構仲裁與臨時仲裁	86
第二項 其他解決工程爭議的替代方案	87
第一款 民法上和解與調解制度	87
第二款 迷你法庭 (Mini Trial)	91
第三款 早期中立人評估 (Early Neutral Evaluation)	91
第四款 爭議審查委員會 (Dispute Review Board, DRB)	92
第五款 情事變更之契約改定程序 (Adaptation of Contract Procedure, 簡稱 ACP).....	95
第六款 技術性專家鑑定 (Technical Expert Appraisal Mechanism, 簡稱 TEAM)	95
第七款 爭議顧問制度 (Disputes Adviser Intervener)	96
第八款 法定強制仲裁 (Compulsory or Statutory Arbitration)	96
第九款 非拘束性之美國公共援助中心爭議解決程序 (Nonbinding Alternative Disputes Resolution Procedures of the center for Public Resources, 簡稱 CPR)	97
第十款 急迫性之仲裁人預審程序 (Prearbitral Referee Procedure)	98
第四章 工程仲裁程序	99
第一節 概論.....	99

第一項 工程仲裁的特殊性	99
第一款 工程仲裁有助於工程之推動與進行	100
第二款 工程金額通常均屬鉅額且工期較長	100
第三款 工程仲裁可選擇具有工程實務背景之專家審理	101
第四款 工程仲裁可迅速解決爭議	102
第五款 工程仲裁費用較訴訟低廉經濟	102
第二項 工程契約仲裁協議條款	102
第一款 概說	103
第二款 仲裁協議成立及生效要件	103
第三款 仲裁協議的類型	104
第四款 仲裁協議的作用	105
第五款 仲裁協議的內容	106
第六款 仲裁庭組成的人數	107
第七款 仲裁協議的效力—妨訴抗辯	108
第八款 仲裁協議效力的異議	108
第九款 仲裁協議的獨立自主性	109
第十款 仲裁協議條款的解釋	110
第一目 解釋之必要	110
第二目 仲裁庭對仲裁條款之基本解釋原則	110
第十一款 小結	111
第二節 工程仲裁判斷	113
第一項 概說	113
第二項 工程仲裁判斷的效力	114
第一款 形式確定力與既判力	114
第二款 執行力	116
第三款 有無形成仲裁判斷之探討	117
第四款 無權判斷	118
第五款 越權判斷	118
第六款 判斷未附理由	118
第七款 判斷係命當事人為違法行為者	119
第八款 仲裁判斷執行力之停止	120
第三節 工程仲裁判斷之撤銷	121
第一項 概說	121
第二項 撤銷工程仲裁判斷之訴之目的	123

第三項 撤銷工程仲裁判斷之訴訟性質、訴訟標的及審理原則	124
第一款 訴訟性質	124
第二款 訴訟標的	125
第三款 審理原則	126
第四項 撤銷工程仲裁判斷之訴之事由	127
第一款 仲裁程序之瑕疵類型	128
第一目 仲裁判斷與仲裁契約標的爭議無關	128
第二目 仲裁判斷逾越仲裁協議之範圍	128
第三目 仲裁協議不成立、無效，或於仲裁庭詢問終結時尚未生效或已失效者	129
第四目 仲裁庭於詢問終結前未使當事人陳述或當事人於仲裁程序未經合法代理	130
第五目 仲裁庭之組成或仲裁程序，違反仲裁協議或法律規定者	131
第六目 仲裁人違反告知義務而顯有偏頗或被聲請迴避而仍參與仲裁者	133
第二款 仲裁判斷本身之瑕疵事由	134
第一目 仲裁判斷書應附理由而未附者	134
第二目 仲裁判斷係命當事人為法律上所不許之行為者	135
第三目 仲裁判斷之標的不適用仲裁法	135
第三款 其他事由	135
第一目 參與仲裁之仲裁人，關於仲裁違背職務，犯刑事上之罪者	135
第二目 當事人或其代理人，關於仲裁犯刑事上之罪者	138
第三目 為判斷基礎之證據、通譯內容係偽造、變造或有其他虛偽情事者	138
第四目 為判斷基礎之民事、刑事及其他裁判或行政處分，依其後之確定裁判或行政處分已變更者	139
第四節 撤銷工程仲裁判斷之效力	139
第一項 停止執行之效力	139
第二項 解決原仲裁爭議之效力	140
第五章 從司法院大法官第 591 號解釋探討撤銷仲裁判斷瑕疵事由應附理由而未附者並不包括理由矛盾之法律見解與評估	142
第一節 概說	142
第二節 本案撤銷仲裁判斷的事由	142
第三節 法院實務見	144

第四節 大法官釋字第 591 號對本案之法律見解	148
第五節 評估	149
一、程序監督權與實體監督權之爭辯思考	149
(一) 法院應否監督實體內容的立法與實踐	150
(二) 法院應否監督實體問題的理論爭論	152
1. 支持法院監督仲裁實體內容的理論	153
2. 反對法院監督仲裁實體內容的理論	155
二、本文見解	157
第六節 小結	163
第六章 對工程仲裁發展的展望	165
第一節 先調後仲與強制仲裁的省思	165
第一項 政府採購法第 85 條之 1 修正增列第 2 項「先調解 後仲裁」機制後之衝擊與影響	165
第一款 政府採購法規定解決爭議處理的類型	165
第二款 對工程仲裁未來發展的評估	167
第一目「先調後仲」	167
第二目 先調後仲的立法例	170
第三目 先調後仲的優點與缺點	177
第四目 先調後仲機制對當事人態度之影響	179
一、對機關態度之影響	180
二、對廠商態度的影響	180
第三款 先調後仲需要解決的問題	181
第二項 強制仲裁有無違憲問題的探討	185
第一款 政府採購法增訂強制仲裁的立法理由與目的	187
第二款 強制仲裁違憲與公共利益的爭辯	188
第二節 健全工程仲裁制度的建議	189
第一項 為避免紛爭宜訂定公平合理的契約	190
第二項 最有利標與最低標在採購實務上之探討	191
第一款 最有利標決標	191
第二款 最低價決標	192
第三項 訂定仲裁契約、仲裁協議、仲裁條款，應明確、 謹慎並符合公平合理原則	193
第四項 仲裁判斷書應公開	195
第五項 仲裁庭應有一定比例法律背景專家組成	197

第六項	仲裁詐欺之防止	198
第七項	明定仲裁程序一事不再理	199
第八項	仲裁程序進行中應延長提存時效	201
第九項	修訂仲裁法第 29 條、第 30 條、第 40 條，並 增列理由不備者可提撤仲（亦即實體事項亦 可提撤仲不限程序）	201
第十項	仲裁條文在準用其他法律時，宜具體明確臚列 準用之法律條文，不應以「概括準用」之方式 援引其他法律	204
第十一項	小結	206
第四節	仲裁人職業倫理規範與監督	206
第一項	概說	205
第二項	仲裁人職業倫理規範	206
第一款	仲裁人之獨立性及公正性	208
第二款	仲裁人不當行為及構成	209
第三款	仲裁人揭示或稱為告知、披露義務（Duty of disclosure）	209
第四款	仲裁人之迴避義務	212
第五款	限期完成仲裁程序並作成判斷之義務	213
第六款	仲裁人守密之義務	218
第三項	外國仲裁人倫理規範	220
第一款	外國仲裁人獨立性、公正性倫理規範之規定	220
第二款	外國仲裁人揭示、告知義務倫理規範之規定	223
第四項	司法監督的必要與模式	225
第一款	駁回執行裁定之聲請	228
第二款	撤銷仲裁判斷	228
第五項	仲裁人評鑑制度建立之必要	229
第一款	國外仲裁人評鑑制度	230
第二款	我國亟須建立仲裁人評鑑制度	231
第六項	小結	232
第五節	建議	233
第七章	結論	235
	參考文獻書目	240

工程仲裁之研究

第一章 緒論

第一節 研究動機與目的

仲裁 (Arbitration) 一詞來源於拉丁文，自有商業活動以來便有了商事仲裁。仲裁最初的意思是指由第三人在當事人雙方之間進行裁斷，因此在漢語中，所謂『仲』是指「在當中」的意思，『裁』是指「裁量」、「判斷」的意思，因而，就仲裁的字面意義，就是「居中判斷」。當今中外學者都賦予仲裁同樣的定義，認為仲裁指的是民、商事關係中的雙方當事人通過合意，自願將有關爭議提交第三者，即仲裁人或公斷人審理，由其依據法律或公平原則作出裁決判斷，並承諾自願履行確定義務的一種制度¹。

仲裁制度因為具有經濟、迅速、專業、秘密、便利的諸多優點，符合現代科技時代，講求效率、速戰速決的企業文化，因而，在政府政策大力推動下，國內政府公部門率先採用仲裁作為解決紛爭的機制，紛紛將工程或採購契約中，有關爭議處理的解決方式改採仲裁作為解決紛爭的方法，並納入契約條款中，作為雙方解決爭議的依據。

無論國內、外重大工程或政府投資的公共工程建設幾乎均屬鉅額採購的案件，工程經費更是動輒數十億元，甚至數百億元以上，由於工程龐大，往往需要數家營造廠商共同承攬、分包甚或轉包，且因工期長，施工項目繁雜，工程與工程間介面，錯綜複雜，牽涉廣泛，因而產生的爭議也不少。工程施工期間所發生的爭議，如果不能即刻處理解決，極可能會影響到雙方和諧與互信的基礎，甚至更有可能造成後續工程進度落後、遲延，最終導致整個工程的停擺，因此，藉由傳統訴訟三級三審機制，曠日廢時解決爭議的方式，已不能滿足及符合社會的需求²，而仲裁機制迅速、經濟、專業、保密的諸多優點正能滿足及解決這些難題，尤以，近數十年以來，拜科技及經濟發展之賜，企業經營蓬勃發展，企業與企業之間競爭激烈，講求的是時間及效率，因而，仲裁制度在解

¹ 董臨瑞，論臨時仲裁的優勢及在我國的現狀，科技諮詢導報，2007年第30期，頁156。

² 隨著經濟和社會的發展，民商事案件給法院帶來極大壓力，不僅台灣地區訴訟案件急遽增加，大陸及美國亦復如此。據統計，大陸地區法院1979年審結案件為52萬件，1989年為260萬件，1999年為623萬件，2005年受理案件近1000萬件，審結為794萬3745件。光是深圳市南山區法院1995年收案1914件，2005年則達13500件，10年間增加6倍多。美國加州上訴法院1940年受理民事案件32337件，1995年則上升至852,772件。參閱黃長營，替代性糾紛解決機制效率研究，河北法學，第25卷第1期，2007年1月，頁184。

決紛爭處理問題上更能符合社會與時代的脈絡需求，鑑於事實上的需要，各國政府無不積極大力推動仲裁³，甚而在相關的法規中，明定採用仲裁制度以解決紛爭的法律有愈來愈多之勢⁴。

仲裁制度能夠在歐美早期部族、社會以及世界上多數的國家存在，並且歷經千百年試煉與演進，非但沒有因為時間及文明的洗禮而萎縮式微，一定有它存在的價值及理由。正因為仲裁本身具備了經濟、迅速、秘密、便利等條件，掌握了較諸訴訟審理所必經的繁複程序有更多的優勢，也因此決定了它屹立不搖的地位。

在國內仲裁與法院訴訟已儼然成為當事人解決爭議問題的兩大支柱，皆有舉足輕重的地位。二、三十年來國內大學教育蓬勃發展，設置法律系所的大學更如雨後春筍，惟開設仲裁法課程之學校並不多見⁵，修習法律課程之學生尚且不識仲裁法，更遑論社會一般大眾對仲裁制度的認知。因而一般民眾對於仲裁的運作機制，幾乎均係在重大仲裁判斷案件發生時，透過新聞媒體報導才能稍微獲得一點仲裁運作的相關知識，民眾對仲裁法知識的貧乏與陌生，很自然的造成隔閡與誤解。這是政府法治教育宣導不足的問題，今後在政策上應該加強。

此外，在爭議進入仲裁庭審理階段，雙方當事人往往針對是否「前置程序」問題爭執不休，甚至單純就此一問題，在仲裁庭與法院之間就必須磨蹭數年，直到撤銷仲裁判斷之訴三審定讞為止，全案才告結束，類此浪費社會成本及司法資源之案件，不在少數，值得重視。

另外，仲裁法僅僅依靠 56 個條文，竟欲涵括各種類型不同的仲裁案件，在勢為不可能，因此，爭議迭生，且仲裁案，尤其是工程仲裁，金額龐大，動輒數億或數十億元以上，影響民眾權益不可謂不大，但仲裁法對於規定不夠完備或不足之處，除了適用非訟事件法外就是準用民事訴訟法，但何者應準用，何者不應準用，在仲裁法上均未明確規定⁶，這些都是引發爭議的問題所在。

因而，本文嘗試就仲裁法在工程仲裁運用上已存在之問題，提出法院實務

³ 我國政府採購法在 96 年 7 月 14 日第 85 條之 1 第 2 項修正明定採購履約爭議案「調解屬廠商申請者，機關不得拒絕；工程採購經採購申訴審議委員會提出調解建議或調解方案，因機關不同意致調解不成立者，廠商提付仲裁，機關不得拒絕。」，雖係採取「先調後仲」，但明顯已係採取「強制仲裁」，機關不得拒絕；此外，中共、香港、澳門等政府亦將仲裁列為重要施政目標。

⁴ 證券交易法第 166 條、政府採購法第 85 條之 1、商業火災保險基本條款第 37 條、個人傷害保險單示範條款第 21 條（標準型）等法規均有仲裁之規定。

⁵ 遍查國內各主要大學（台大、政大、台北、東吳、輔仁、中正、東海、文化、世新、銘傳、中原、玄奘）法律系課程表，目前將仲裁法列為選修課程者，僅世新、銘傳、政大、台大等四校。值得一提者，世新自 94 學年度起，均在第三學年開設選修課。而銘傳則在 95 學年起在第四學年開設。台大法律系設有法學、司法、財法三組，仲裁法曾在 89~92 學年度列為財法組選修課程，但 93 年之後則未再列入。

⁶ 請參閱陳煥文 84 年 12 月 1 日在法務部研商「商務仲裁條例修正草案」第 1 次會議會議紀錄，刊載於法務部商務仲裁條例研究修正實錄，民國 87 年 12 月，頁 9。

以及學說見解，加以評析並提出看法。由於仲裁教育尚不普及，民眾對仲裁法的認知有限，當事人對仲裁的陌生與誤解可能會對仲裁懷抱過多的期待而產生誤會，甚至可能對仲裁與訴訟的理解程度不同而產生某種程度的落差，進而衍生出對仲裁的誤判，以致以訛傳訛，引發民眾對仲裁的疑慮與不信任感。本文試圖以此找出問題癥結並加探討，同時提出修法意見作為完善仲裁法制的準備，管窺之見或許並不成熟，惟學術貴在表達、論辯不同的看法與意見，在腦力相互激盪中也許會有千慮一得之見，可以作為將來修法的參考與幫助，凡此均為本文所樂於期待者。

仲裁制度作為一個社會公正、獨立、處理及解決爭議的機制，絕對有它存在的價值與功能，長久以來，民眾對仲裁的誤解，何以致之？孰令致之？此均為國人值得深思的問題，而其中對於仲裁教育的普及及推廣，政府有責任也有義務去落實與執行，庶幾仲裁制度才能獲得社會與國人的支持與信賴。

第二節 研究方法

本文係參考國內、外有關仲裁的著作、期刊、論文、立法及修法理由、法制典籍等文獻資料，同時並參考相關法律著作，例如民事訴訟法專著、國際私法、中國法制史、外國法制史（包括英國、美國）、民法等論著，並以法學研究方法所常適用的各類研究方法，加以分析、比較，其範圍則涵括：

一、歷史研究法

欲法律能適應社會之要求，須從法律的起源、發展、制度的變遷以及原理原則的演進作為其研究的內容，亦即從歷史上的經驗從事探究。仲裁制度起源於何時，其與調解的關係如何？在其發展過程、演變中，如何適應現實社會的變化與需求進而發展成工程仲裁的機制？此外，要想瞭解法律的脈動藉以認識現行法律的性能並判別其得失，非得採用歷史研究法不可。

二、比較研究法

此法又稱為比較法，以仲裁作為研究的內容，分別就各國所採行的機制、學說異同，比較其優劣，進而探究其精華。採用此法可以將各國推動仲裁所採不同機制執行的優劣及結果提供國內修法及改進的參考。

三、文獻探討法

文獻探討法是將與研究問題相關的文獻（包括期刊、論文）作有系統的篩選、比較與分析，亦即將相關文獻作有系統的探討，並加以評述、綜合與摘述的一種研究方法。因此，本論文研究中，將蒐集有關爭議案例與學者及實務見解作一比較分析，以篩揀出可資參考的方案，作為修法的參考方向。

四、實務判決分析

本研究嘗試就公共工程委員會及各級法院針對仲裁所作的實務見解與學說主張，作一分析比較，藉此理出實務與學說一致的見解及意見，俾能提供工程實務界，今後在擬訂契約時應該注意及規避的細節，俾能減少爭議的發生，且有助於雙方順利履約之進行。

第三節 研究範圍與架構

本論文分為七章論述，分別從學說及實務來探討，爰就研究範圍與架構，略述如下：

第一章 緒論部分，首先說明本文之研究動機與目的，次就研究方法略作說明，

再說明本文研究範圍與架構之摘要，以利瞭解本文研究內容與方向。

第二章 本章旨在探討工程契約及工程爭議；由於工程仲裁案件在整個仲裁案中占極大的比例，而其中以仲裁作為解決爭議的工程案件又以公共工程為數最多，因而在本章即先從公共工程的特性介紹，再依序探討工程契約及爭議問題；在工程契約方面包括工程契約的定義、種類、法律性質、契約類型；在爭議方面則分別探討引發爭議的原因，在工程契約中常見的糾紛、爭議態樣及案例見解。在大型營造工程中，公共工程幾乎占了相當比例的數量，由於工程施作項目數量極其龐雜，介面亦多，同一時間在同一場域施作的廠商可能即有數家，廠商與廠商之間工程如何銜接，時間如何配合，可能即會爆發不同程度的爭議，在銜接過程常會與人力調配、管運、維持及物料進廠先後等互相牽連，因而可能引發時間上的延誤，造成工期展延、成本增加等問題，這些糾結牽扯的問題，終將爆發爭議，最後均會回歸到契約本題，契約如何訂定與規範，均將成為尋求司法訴訟或仲裁判斷的最終有利依據。

第三章 本章係介紹工程糾紛解決機制。從第一節傳統解決爭議機制的種類逐一介紹目前在法院訴訟、和解、調解的運作模式及其性質。第二節則介紹仲裁及目前國際間常被作為解決工程爭議的替代方案。而其中仍以仲裁為所有替代方案中最具重要且具份量者。因此本章從仲裁制度的起源、沿革、定義、權限、性質、制度優缺點比較，逐一說明，期使對仲裁能有深一層的瞭解。其後，再依序介紹其他替代方案，以便瞭解目前常被國際間使用作為解決爭議的機制。

第四章 工程仲裁程序係本論文重要論述重點，旨在介紹整個工程仲裁的運作過程。本章從工程仲裁的特殊性及工程契約仲裁協議條款作為引言。其

次則介紹工程仲裁判斷的效力、工程仲裁判斷之撤銷以及構成撤銷仲裁判斷之訴瑕疵的事由，並附隨在撤銷工程仲裁判斷後停止執行效力的問題，本文均予著墨探討，藉以避免將來在履約施工過程中重蹈覆轍，一再浪費社會資源及成本。

第五章 本章所要討論的是司法院大法官第 591 號解釋對『理由矛盾』所持的法律態度及見解。進而並從『理由矛盾』此一事由導引出程序監督與實體監督的爭辯立場，並從爭辯過程評估法院應否對仲裁的實體內容進行實質審查作一檢視。因為仲裁判斷有無理由矛盾情形，必須就仲裁事件的相關事實及仲裁判斷的理由是否妥適，重為實體內容的審查，始能認定。本文在最後並提出自己的見解作為對『理由矛盾』回應的結尾。

第六章 對工程仲裁發展的展望，本章旨在針對政府採購法第 85 條之 1 第 2 項在民國 96 年 7 月 4 日修正改採「先調後仲」「強制仲裁」的機制後，可能將會對國內業主與廠商間造成某種程度的衝擊與影響，所做的預測評估觀察。另對強制仲裁有無違憲問題亦提出探討及看法。此外，對工程仲裁未來發展的評估，也表達了看法。過去由於仲裁庭常常做出不利政府機關的仲裁判斷，以致政府機關在遇有爭議時寧可選擇訴訟或調解程序，而不願再採用仲裁作為解決爭議的手段，但在政府採購法新制修正實施後，政府各部門將會採取何種因應對策與措施，勢將關係到工程仲裁未來的走向；本文在第二節則試圖對健全工程仲裁制度提出一些建議，政府允宜在仲裁制度法制作業上儘速主動推動修法工作，在制度面積極借鑑國外經驗，改善仲裁制度，建立完善的仲裁人職業倫理規範，實施仲裁人監督及評鑑制度，最後總結並作出修法的建議方向，期使整個仲裁法規更加完備，制度更為健全，庶幾能夠早日達成仲裁替代訴訟作為解決紛爭的有效機制。

第七章 最後一章為結論，旨在探討仲裁問題之後，針對仲裁制度現存的缺失加以歸納並提出改善對策。近年來，政府各工程機關在處理仲裁實務的案例中得到許多寶貴的經驗，這些經驗可以提供我們處理工程爭議時的參考並作為相應的對應措施，藉著這些作為，期使仲裁制度能更加完善並成為社會大眾所樂於使用及接受的一種制度。

第二章 工程契約及工程爭議

第一節 公共工程的特性

公共工程係各級政府機關或其他公法人為建造公營造物而興辦之工程⁷。近年來由於我國經濟環境變遷，各項建設突飛猛進，軟硬體設施正朝向現代化大力邁步前進，而政府興辦公共建設之規模日益龐大，工程內容日趨複雜，且其所涉及之經濟利益極為可觀，因而遇有工程標案之訊息，每每引起國內外工程界之注意及重視，並競相爭取勝出之機會。政府機關辦理公共工程所涉及之層面極為廣泛，舉凡採購案之規劃、設計，以至成案並招商、施作，一連串的採購過程均涵括在政府採購程序的活動中，而有政府採購法之適用。又因為在執行採購過程難免會發生爭議，除了傳統以訴訟方式作為解決爭議的手段外，各國已發展出多種解決爭議的機制，因而有所謂「爭議解決之替代方案」(Alternative Dispute Resolution, 簡稱ADR)之可行性之研究與討論，一如第三章第二節所討論之各種方案，而仲裁即是其中之一。因而在討論仲裁之前，本文有必要就工程仲裁中占有極為重要比例的公共工程之特性作一瞭解。

第一項 公共工程採購行為主體一方為政府機關

在公共工程採購行為中，一方之當事人為政府機關（包括各級政府及其他公法人），通稱為業主，與另一方之當事人承包商（包括自然人或其他私法人團體），通稱為承攬人或受任人，雙方約定由承包商為業主完成一定工作，並由業主負擔工作完成後給付約定報酬之義務。性質上屬於民法之承攬契約，適用有關承攬契約之規定，因此，公共工程契約係國家以私人地位與廠商訂立之私法契約，與行政法上「行政契約」或「公法契約」並不相同。惟因政府在行政資源及經濟交涉力量（economic bargaining power）的優勢及所謂公權力的行政優越地位，因而公共工程契約常不免有「附合契約或定型化契約」之屬性，且因公共工程契約具有行政契約之屬性，而有公法化及社會化性質並有強化其公益及限制機關權利濫用之趨勢⁸。

⁷ 郭芳婷，公共工程契約之研究---以締結書面契約前之程序為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，頁 136-137；稽珮晶，公共工程爭議及其救濟途徑，法務部司法官訓練所第 42 期學員法學研究報告合輯（一），頁 397。

⁸ 邱雅文，政府採購法第 85 條之 1 第 2 項修訂對工程爭議調解實務之影響，仲裁季刊第 83 期，2007 年 10 月 5 日，頁 36-37。

第二項 公共工程採購之承辦人通常具有公務員身分

公共工程行為主體既為政府機關，其參與採購之承辦人員當然具有公務員之身分，由此身分所衍生的問題，除了特別民事及刑事責任外，尚有行政責任的問題。在刑事責任方面所牽扯的法律，可能有「貪污治罪條例」以及「刑法」相關法條之適用。而在民事責任方面則有可能牽扯到民法第 186 條對於第三人之侵權行為責任及國家賠償法中公務員的國家賠償責任，亦即賠償義務機關有對公務員求償權的行使問題。在行政責任方面⁹，主要的有監察院依監察法行使之彈劾、糾舉及糾正權，以及司法院公務員懲戒委員會依公務員懲戒法所為之懲戒。

由於法律課予公務員應負刑事、民事及行政責任，因而促使公務員在處理政府採購行為所生之爭端時，難免遇事畏縮保守，消極無為，凡事被動僵化，奉命唯謹，不敢主動積極化解爭議，只求「自保」無過之心態，反而成為政府採購爭議中不可忽視的障礙¹⁰。

第三項 公共工程契約非單純之私法契約行為

依大法官釋字第 533 號解釋文意旨，謂判斷公共工程契約或協議是否屬於行政契約，應採契約主體、契約標的及契約目的綜合判斷之。申言之，若契約主體一方為行政機關，契約標的為公法上之法律關係，契約目的為增進公共利益之行政目的時，此項協議即具有行政契約之性質¹¹。公共工程採購行為，表面上由機關以私當事人之地位與廠商訂立私法契約，實則機關於行政資源及經濟力量上，均與他方當事人立於顯不相當之地位，難以擺脫私法上附合契約（又稱為定型化契約）之屬性，自不能與私當事人間契約行為同等看待，因而並無當事人意思自主原則之適用。機關的採購行為除受私法規範外，公共工程契約之內容及公共工程契約之成立（程序），必須受到一般民商法以外行政法規的拘束，或必須經由「強制同意」的方式加以適用。其中與工程相關者有審計法及其施行細則、政府採購法及其施行細則以及公共工程委員會針對相關工程採購疑義所作的函文及解釋令。為了落實這些法令的要求，機關經常將其實質內容訂入招標文件，並以「投標須知」或「工程招標補充說明書」之型式拘束投標廠商，而可能影響採購契約的內容，造成不利廠商之結果。此為公共工程採購

⁹ 吳庚，行政法之理論與實用，三民書局，民國 97 年 9 月，增訂 10 版，頁 274-282。

¹⁰ 邱雅文，政府採購法第 85 條之 1 第 2 項修訂對工程爭議調解實務之影響，仲裁季刊第 83 期，2007 年 10 月 5 日，頁 37-38。

¹¹ 林明鏘，委託開發工業區契約之定性與仲裁容許性，月旦法學教室第 33 期，頁 110-111。

行為的特色¹²。

第四項 資源有限性與預算分配

公共工程採購行為之一方當事人既為政府機關，其經費自須受到國家預算之控管。行政機關推動重大公共工程建設，自應向立法院提出預算支出及施政計畫報告，並由立法機關擔負監督之責，始符合行政與立法制衡及行政受立法監督之憲法原則。為使行政機關行為與政府收支相互配合，政府採購行為因而須受限於預算之分配，而具有資源有限性之特徵。

第五項 涉外性質居多

國家重大公共工程建設，其所需資金及工程規模龐大，施工技術及專業要求較高，因而常見外國廠商參與競標，如果真由外國廠商得標，公共工程契約將因而具有涉外性質，契約之準據法、爭議之處理亦因而有其特殊性。

第六項 公共工程衍生之契約問題複雜

公共工程採購實務雖由採購機關與承包廠商締結單一契約關係為常態，然以機關為中心，可能與工程顧問公司、設計公司、建築師事務所、營造公司分別簽訂工程企畫契約、設計契約及工程契約，因而形成網狀契約關係，又以廠商為中心，復可能就土木、水電、機電等單項工程委由第三人施作，因而與第三人簽訂次承攬契約（又稱為轉包契約）。此際，工程顧問公司、設計公司及細部工程項目之施作廠商各自就系爭工程扮演一定之角色，彼此相互關連，與私當事人間承攬契約大異其趣，工程施作過程如有任何爭議或瑕疵，責任歸屬即成爭議之焦點。

第二節 工程契約

第一項 概說

所謂：「工程」一詞，依照政府採購法第 7 條第 1 項規定所下的定義，係指

¹² 邱雅文，政府採購法第 85 條之 1 第 2 項修訂對工程爭議調解實務之影響，仲裁季刊第 83 期，2007 年 10 月 5 日，頁 37。

「在地面上下新建、增建、改建、修建、拆除構造物與其所屬設備及改變自然環境之行為，包括建築、土木、水利、環境、交通、機械、電氣、化工及其他經主管機關認定之工程。」

工程服務的態樣，不僅包含地面上及地面下的新建行為，增建、改建、修建及拆除皆包含在工程服務的範圍中。地面上的工程如一般房舍，橋樑的興建；地面下的工程，如地下水道以及隧道的挖掘或者如海底電纜及涵管的鋪設等均屬之。

工程服務的項目，除了前述政府採購法所列的建築、土木、水利、環境、交通、機械、電氣、化工等項目較為明確者外，還有其他正在發展中無法確定而必須經政府主管機關認定的工程。因而工程一詞之範圍包括極廣，將隨時空環境之改變而不斷的衍生擴增。

各項工程的完成，必須經過規劃、設計、施工等各個階段的進行，才能逐一實現與完成。在規劃階段的初期，必須提出計畫，進行效益評估，包括工程基地的選擇、預算的編列、環境影響評估、工程可行性評估分析等。在工程設計階段必須將規劃構想具體呈現在設計圖樣中，同時，必須將工程圖說藉由施工藍圖一一展現，包括工作項目、數量、範圍、規範。在施工階段，必須由監造單位依據工程圖說實際需求，全程按圖施工監造¹³。

為了落實及順利執行工程進度，完成工程標的之建構，業主必須與承包商簽訂工程契約，而工程契約依據工程項目，可能包括從規劃、設計、施工等各個階段之契約。惟就狹義而言，通常係指在工程施工階段之施工契約，一般稱為營繕工程契約或營建工程契約。

第二項 工程契約的種類

由於工程建設範圍極廣，涵蓋及牽涉的層面相當廣泛，因而工程契約依其標準之不同，可分為下列不同的種類¹⁴：

- 一、以工程主辦單位為區分，亦即以業主為公務機關或私人為區分標準，可分為公共工程契約與民間工程契約。公共工程契約可分為廣義之公共工程契約及狹義之公共工程契約。廣義的公共工程契約，係指政府為興辦以服務

¹³ 郭芳婷，公共工程契約之研究---以締結書面契約前之程序為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，92年1月，頁6-9。

¹⁴ 簡伊環，營建工程仲裁決定要因認知強度之研究，工程契約之分類依其性質與執行制度之不同，尚可區分為：1.工程服務或管理契約；2.總包契約；3.統包契約；4.專業小包契約；5.聯合承攬；6.BT (Build-Transfer, 興建-移轉)；7.BOT (Build-Operate-Transfer, 興建-營運-移轉)；另外，尚有因工程對象及施工前後所簽之契約而有不同之分類，請參閱國立雲林科技大學營建工程系碩士班碩士論文，95年1月，頁14-17。

大眾或供公眾使用為目的之工程，而與承包商簽定包含工程規劃、設計、施工等各階段之契約。而狹義的公共工程契約則僅包含工程施工階段之契約¹⁵。公共工程契約的業主為政府機關，其以達成一定的公共利益為目的，以推動政策執行並落實政府施政為目標，因而其工程建設之興建必須遵守各項法令的規定，依據既定的契約內容，進行各項工程發包程序；民間工程契約係指一般人民或團體，不問其為自然人或法人，基於個別需求自行興辦工程而簽訂的契約。

- 二、以工程契約的承包商是否為外國公司而為分類的標準；重大工程建設，每需仰賴國外高科技及高技術的工程專業人才，同時需要雄厚的資金周轉，因而，在投標時國內營造廠商常無力自主承攬，必須尋求國外廠商合作，合組臨時結盟之公司，共同承攬，參與投標，或者，由國外廠商單獨參與競標，在得標之後，有外國公司參與之工程契約即屬國際工程契約，反之，純粹由本國籍之廠商承攬簽訂之契約即稱為國內工程契約。
- 三、以工程契約之專業領域為區分的標準，可分為土木工程契約、機電工程契約、系統工程契約、水處理工程契約、開發工程契約。其中土木工程契約依據結構物型態之不同，又可細分為橋樑工程、道路工程、建築工程、隧道工程、機場工程、漁港碼頭工程、景觀工程、水庫工程、河川整治工程、下水道工程等等。機電工程契約又可包含水力發電廠工程、核能發電廠工程、焚化廠機電工程、捷運發電工程、高速鐵路發電工程、長隧道號誌空調機電工程等等。系統工程契約有捷運中運量系統等。水處理工程契約有自來水工程及污水處理工程等。開發工程契約則有山坡地開發工程、工業區開發工程、土方資源開發工程等。

第三項 公共工程契約的法律性質

第一款 行政契約或私法契約

依據我國行政訴訟法第 2 條行政訴訟審判權之範圍規定，我國係採取公私法區別說¹⁶。因而，在法制上係採取行政爭訟制度與普通法院制度分別管轄的制度，公法事件與私法事件分別由兩種不同救濟管道所掌理。

公法與私法二元論區別公私法的主要目的，在於公法與私法事件之管轄法

¹⁵ 郭芳婷，公共工程契約之研究---以締結書面契約前之程序為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，92 年 1 月，頁 29。

¹⁶ 吳庚，行政法之理論與實用，2001 年 8 月，增訂 7 版，頁 28。李震山，行政法導論，三民書局，2001 年 9 月，修訂 4 版，頁 21。

院、強制執行政程序、行政程序法之適用與否、損害賠償制度及適用之法律原理原則均有不同。公法事件之管轄法院為行政法院，可依據行政執行法強制執行對造不履行之公法義務。

公法行為若有侵害人民自由或權利時，依據國家賠償法之規定尚可向國家請求賠償。同時，公法關係亦應有行政法一般原理原則之適用，例如，平等原則、誠信原則、信賴保護原則、明確性原則、比例原則、禁止恣意原則、禁止不當連結原則、公益原則之拘束以及基本權之限制。

私法事件之管轄法院則為普通法院，人民之權利受侵害時僅能依民法侵權行為或債務不履行之規定求償。私法事件所適用之原理原則，除有違反公序良俗及法律強制禁止規定之情事外，一般均依當事人意思自治原則及契約自由原則處理，法律不作任何干涉。

公共工程契約如認係公法事件，則屬於行政程序法第 135 條之行政契約，必須遵守行政程序法對行政契約規制之相關程序¹⁷，且民法相關規定僅能以類推適用或準用之方式用於公共工程契約條款之解釋上。若公共工程契約發生爭執時，應循行政爭訟程序解決，並可能有國家賠償法之適用。

若判定公共工程契約為私法契約則應適用私法規定，例如民法債編總則定型化契約條款及債篇各論有關承攬契約之相關規定，則可直接適用於公共工程契約之法律關係中，專為公權力行政設立之行政程序法規將無適用之餘地。公共工程契約所生之任何糾紛及損害，應循民事訴訟途徑處理，普通法院在審理公共工程契約之案件時，亦須考慮是否有政府採購法相關規定之適用。

就政府訂定公共工程契約之行為究竟屬於公法事件或私法事件，有利益說、從屬說、主體說、法規主體說、修正之法規主體說及傳統說與事件關聯說等學說。學者¹⁸有認為一般而言，上下秩序關係之事項屬於公權力行政行為，據該行為產生之爭議事件為公法性質；平等關係之事項屬私經濟行政行為；據該行為產生之爭議事件為私法性質。據該學者提出之判斷標準，興辦公共工程之事務本質，係屬於私經濟行政行為之態樣中，私法型態輔助行為之類型，如無法律特別規定，公共工程契約係屬私法契約¹⁹。

所謂行政契約係指行政主體，為達公法上目的而與人民或他行政主體所訂定，就公法上權利義務設定、變更或廢止之契約。其要素有三²⁰：一、行政契約係法律行為；二、行政契約係雙方法律行為；三、行政契約發生公法上之效果。公共工程契約之訂定係依契約當事人主觀上意願之意思表示而發生法律效果之

¹⁷ 林明鏘，委託開發工業區契約之定性與仲裁容許性，月旦法學教室，第 33 期，頁 112-113。

¹⁸ 吳庚，行政法理論與實用，2001 年 8 月，增訂 7 版，頁 14。

¹⁹ 郭芳婷，公共工程契約之研究---以締結書面契約前之程序為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，92 年 1 月，頁 32。

²⁰ 吳庚，行政法理論與實用，2001 年 8 月增訂 7 版，頁 397-398。

行為，因此符合行政契約之第一要素。契約之訂定係由行政主體與民間承包商雙方所為之行為，故符合第二要素。最後，其契約內容為雙方約定興建工程之行為，該約定是否發生公法上之權利義務，須視行政機關於訂定該契約時，是否欲使其發生公法上之效果，故公共工程契約是否符合行政契約的第三要素，仍須從契約內之權利義務是否屬於公法上權利義務為探討之出發點。

判斷契約內之權利義務是否屬於公法上權利義務，可以區別行政契約與私法契約之學說來判斷。判斷行政契約與私法契約區別之學說，有契約標的與契約目的二說。過去德國行政法院傾向以契約目的為準，聯邦最高法院及德國多數學說則以契約標的為準。目前見解已趨一致，即原則上以契約標的為準，在無法解決其法律性質時，才兼採契約目的之衡量之²¹。由此判斷標準來檢驗公共工程契約，其契約標的係就工程之承攬或工程設計、監造之委任為主，並非不得為私法契約之標的者，故我國向來之學說與判例認為公共工程契約係私法契約之性質。然以公共工程契約之標的並非不得為私法契約之標的，即認定其屬私法契約，可能造成行政機關以所謂「公法遁入私法」之手段，逃避依法行政原則之羈束，故有學者認為²²可採取最適切功能理論，以公共工程契約定性為行政契約或私法契約，最能達成該制度最大功效為判斷標準，以定性公共工程契約之屬性。亦即，若依公共工程契約之性質，將其定性為行政契約，對相關爭議事件之處理較為妥適，則採行政契約說；若將其定性為私法契約較能發揮該契約所欲達成之目的者，則採私法契約說。

第一目 學說見解

一般學者皆以政府採購行為之法律性質來探討公共工程契約之性質，認為政府採購行為之性質，與公共工程契約之性質一致。將各學者之見解歸納，大致可分成公法行為說、私法行為說、特殊行為說、雙階理論說及折衷說等數種不同的見解。前述學說之產生皆有其不同的立論背景，在行政訴訟法實施之後，對人民行政上的訴訟權保障已有充分的照顧，因而不須再為維護人民之訴訟權，而強將公共工程契約定性為私法契約，而應視公共工程契約之事務本質究竟為公法或私法而定。

將政府採購行為視為公法行為說者之學者²³，認為政府辦理採購之過程，均

²¹ 吳庚，行政法理論與實用，2001年8月增訂7版，頁398-399。

²² 郭芳婷，公共工程契約之研究——以締結書面契約前之程序為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，92年1月，頁33。

²³ 劉倩姣，政府採購之救濟制度——以政府採購行為之法律性質為中心，國立政治大學碩士論文，1997年，頁64。

以公權力規範所有的採購事項，凡事依法行政，非私法契約所能比擬，因此政府在採購過程中所訂定之公共工程契約，均具有行政契約的本質。學者許宗力教授在公私法區別論中，更主張直接採取主體說，其理由在於國家非基本權主體，無自由發展之人格，縱為國庫行為亦須受基本權及公法原理原則之支配，若將國家立於當事人之地位所訂的契約均認定為私法契約，將與上述特色格格不入，故其認為所有之政府採購契約，包括公共工程契約在內均屬公法契約。

採取私法行為說之學者²⁴，認為國家行政機關雖為公共工程契約之一方當事人，然其係基於私人地位與人民訂立契約，故其採購行為係國庫行政中之行政輔助行為，與人民間法律關係受私法契約自由原則之支配，故由政府所簽訂之採購契約具有私法契約的性質²⁵。雖辦理採購時須受公法法令之規範，但該規範僅屬採購機關與行政監督機關間之內部關係，機關辦理採購時踐行之程序是否符合相關採購法令之規定，僅作為衡量採購承辦人員有無行政疏失之問題，與私法契約之簽定及其效力不生影響。

採特殊行為說者²⁶認為，政府採購行為兼有公法行為與私法行為之性質，應就個別事件予以判斷，行政機關主觀上就欲採公法行為或私法行為作為手段。此說並以民國 91 年修正前之政府採購法第 83 條之規定，審議判斷依其性質視同訴願決定或調解方案之文句，作為其立論之依據佐證。學者²⁷有認為該說並未就特定採購行為之性質加以探討，致使該說在運用上產生困難，且據該說之見解，實務上將就招標階段所生爭議作成之審議判斷，視同訴願決定；且將履約階段所生爭議作成之審議判斷視同調解方案之作法，其定性之操作結果，與雙階理論似無差別。

主張雙階理論之學者²⁸，認為政府之採購行為，依據採購機關與廠商簽約之時點，可分為招標階段與履約階段。在招標階段採購機關應受公法法規之約束，其程序應受行政監督之制約，故其採購行為屬於公法行為。在履約階段之締約行為、押標金及保證金之繳納或退還、契約爭議解決及保固責任、標的物完成之交付、驗收等行為，均以民事法律為權利義務關係之依據，其所生爭執事項之解決，均以民事訴訟程序來進行，故應將其定性為私法性質之法律關係。

²⁴ 葉英蕙，工程契約履行擔保之研究，私立東吳大學碩士論文，1994 年 6 月，頁 13 以下。鄧民治，論工程契約爭議之仲裁，中國文化大學碩士論文，2000 年 6 月，頁 19-21。

²⁵ 吳啓光，公共工程爭議調解與仲裁之研究，國立高雄第一科技大學營建工程系碩士論文，2004 年 1 月，頁 15。

²⁶ 何應明，政府採購法爭議處理程序之研究，國防管理學院碩士論文，2000 年 6 月，頁 57-58。

²⁷ 郭芳婷，公共工程契約之研究---以締結書面契約前之程序為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，92 年 1 月，頁 34-35。

²⁸ 彭麗春，政府採購法上申訴制度之研究，輔仁大學法學研究所碩士論文，1999 年 12 月，頁 155。

採折衷說之學者²⁹則認為公共工程契約之本質有公法契約之特質，惟在訴訟救濟上仍應以私法契約途徑為之。另有學者³⁰認為，折衷說係於行政訴訟法尚未施行之前、法制未備之際，學者為提供人民較完善之救濟制度而提出者，在現行之行政訴訟法提供有各種不同訴訟類型可資運用之情形下，應無採納之必要。

第二目 實務見解

實務上對於上述學說之見解，可分為政府採購法施行之前以及政府採購法施行之後，兩個階段說明：

在政府採購法施行之前，實務向來所採之見解，認為政府採購行為係屬私法行為說，此可由最高法院之兩則判決獲得印證。其一為，最高法院 61 年台上字第 1672 號判決：「公法上契約與私法上契約主要之區別為，契約之內容與效力是否均為公法所規定，全由當事人之意思訂定者，縱其一方為執行公務，仍屬私法上契約之範圍。」其二為，80 年台上字第 525 號判決：「如國家機關立於私法主體之地位，從事一般行政之輔助行為，如購置業務所需要之物品或處理行政業務相關之物品，自與公權力之行使有間，不生國家賠償法適用之問題。」

此外，行政法院 27 年裁字第 22 號判例亦認為：「人民向公務機關承包工程因而發生爭執，乃屬私法關係，應依民事訴訟程序以求解決。」

政府採購法施行之後，行政法院開始受理對廣義招標爭議事件之申訴審議判斷不服所提之行政訴訟，如台北高等行政法院 89 年訴字第 1325 號判決、89 年訴字第 2819 號判決、90 年訴字第 272 號判決及 90 年訴字第 322 號判決等。有學者³¹即認為實務向來所採的私法行為說受到動搖，並認為依據政府採購法之規定應採雙階理論，以有無締約為準，締約前關於招標、審標、開標、決標等廣義招標階段之採購行為，其法律關係為公法性質；在締約後之廣義履約階段所生爭議則屬私法關係。

第三目 小結

依據政府採購法第六章爭議處理內容觀之，法律已將政府機關與廠商間之採購行為從招標、開標、審標、決標各個階段之程序爭議，定性為公法行為³²。

²⁹ 楊蔚，營造公共工程契約免責條款問題之研究，國立中央大學碩士論文，1996 年 6 月，頁 9。

³⁰ 郭芳婷，公共工程契約之研究---以締結書面契約前之程序為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，92 年 1 月，頁 33。

³¹ 林家棋，政府採購法救濟程序之研究，中正大學碩士學位論文，2002 年，頁 22-23。

³² 彭麗春，政府採購法上申訴制度之研究，輔仁大學法學研究所碩士論文，1999 年 12 月，頁 72。

該法第 83 條復規定：「審議判斷，視同訴願決定。」，因此依據該法，包括採購對象選定之方式、招標文件內容、審標方式、審標內容、決標要件、決標方式的行為等爭議，均可能自採購案成立至締約為止的程序，均適用訴願、行政訴訟程序救濟的行為。符合該條規定的相關採購程序違法時，該部分的行為被法律歸類為公法行為，權益受損的廠商得循行政救濟制度尋求救濟。

此外，新修正之政府採購法第 85 條之 1 規定，機關與廠商間履約爭議之處理程序，係向採購申訴審議委員會申請調解或向仲裁機構提付仲裁，顯見政府採購法亦認定公共工程契約之法律性質為私法契約，故履約爭議應以民事程序特別法之規定程序處理。即立法者認為締約行為之法律性質為公法行為，並不影響公共工程契約本身之法律性質，仍為私法契約，於締約程序以外之糾紛，仍依其私法契約之性質定其救濟之途徑。

依照公共工程之定義，其係政府行政機關所興建，為提供公眾使用及提供公眾需要之設施與設備，其效益係為全民所共享之工程，例如高速公路、機場、博物館、公立醫院、核能電廠等等。因而此等行為帶有直接且強烈的公行政目的，具有直接達到公行政目的的行政給付行為，且該行為有可能為了特殊公益的考量，對締約對象的選擇及決定時機有特殊的決定。因其特性在於直接給予人民利益及服務，故其決定的本身具有公法性質³³，與行政輔助的間接性不同。

公共工程契約之成立，係由廠商投標之行為，即要約意思表示，與採購機關決標行為即承諾之意思表示所構成，既採購機關所為之採購決定係公法性質，則其與廠商所簽定之公共工程契約的性質，自屬公法性質。且政府機關所為特定之採購決定，係機關基於職權，就特定具體之採購事件，所為之單方行政決定，與訴願法所稱行政處分之定義相當³⁴，故將政府機關的採購行為定性為公法上的關係，依據行政爭訟程序處理，相較於將爭議交由普通法院審理為當。由是可知，政府採購行為之法律性質應為公法事件，洵屬明確。

如果公共工程契約不採公法行為而採私法契約說之見解，政府機關將不能適用行政程序法第 146 條及第 147 條之規定。若不能適用行政程序法第 146 條，則行政機關受制於契約，無法兼顧公益之考量，相對於承包商則其保障顯失均衡。同樣的，如果無法適用行政程序法第 147 條，則在公共工程契約發生情事變更之情事時，即必須以民法上情事變更原則之法理來探討雙方權利義務之歸屬，而不能僅由行政機關單方主張基於維護公益的理由而使承包商繼續完成工程，如此，對於公共利益將有所損害。

批評公共工程契約之法律性質採取行政契約說者，認為採取行政契約說將

³³ 李震山，行政法導論，三民書局，2001 年 9 月，修訂 4 版，頁 220。

³⁴ 張祥暉，政府採購爭議處理機制，其認為「採購決定非行政處分，然與行政處分類似。」，月旦法學第 56 期，頁 120；林家棋，政府採購法之救濟程序，2002 年，頁 95。

造成廠商權益保護不周之弊。持相反意見之學者³⁵，則認為任何行政行為均須受基本權之限制，且政府採購法亦有限制因行政機關為當事人一方而可能造成地位不平等之規定，如制定招標文件不得違反不當限制競爭或採購決定不得違反平等原則等，若行政機關仗其優勢地位造成廠商權益受損，在行政爭訟程序中，亦可以該原則之違反主張權益。且將公共工程契約定性為行政契約，則法院可援引對人民有利之公法上一般原理原則判決，若該爭議在普通法院審理，則會造成普通法院可否援引該等原則的疑慮。

本文贊同前述之見解，認為將公共工程契約定性為行政契約較能符合現行法制之需求，依政府採購法第六章之立法精神，其設立採購申訴審議委員會處理採購爭議事項所踐行之程序，核與行政爭訟程序所踐行者，並無二致，將採購申訴審議委員會定性為處理公法爭議之機關，較能符合並反映現制，不能因為新修正之政府採購法第 85 條之 1 至第 85 條之 4 之規定，明文準用民事訴訟法有關調解之規定以及以仲裁作為解決紛爭之程序，而否定公共工程契約為行政契約之本質。

第二款 公共工程契約適用之法律

本文雖認為將公共工程契約定性為行政契約較能符合公法契約的性質，但實務上仍然採取私法契約說作為主要學說之論據，依據私法契約說，公共工程契約在適用法規時仍以民法有關規定及原理原則作為論述之依據。

依據實務向來之見解認為³⁶，公共工程契約的法律性質除了具備私法契約的性質外，同時具備要式性、繼續性、有償性、雙務性、諾成性之定型化契約。且係民法有名契約中，以承攬契約為主，而與買賣、勞務等契約共同構成之混合契約。

契約之成立須依一定方式者為要式契約，契約之成立無須履行一定方式者為不要式契約³⁷。依我國民法第 247 條之 1 規定，定型化契約條款，為依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約。故契約條款規定免除或減輕預定契約條款當事人之責任、加重他方當事人之責任、使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者或其他於他方當事人有重大不利益，按其情形顯失公平者，他方當事人得主張該部分約定無效，回歸民法一般規定之適用。公共工程契約

³⁵ 郭芳婷，公共工程契約之研究---以締結書面契約前之程序為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，92 年 1 月，頁 38。

³⁶ 最高法院 88 年台上字第 156 號判例；張南勳，情事變更原則在公共工程上之應用，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2000 年，頁 71。

³⁷ 孫森焱，民法債篇總論，自版，1990 年 10 月，頁 27。

通常均由採購機關預定用於同類工程或勞務採購契約之條款訂立，承包商對於契約內容幾乎毫無置喙餘地，訂定之過程中，不論係招標、投標、決標或簽訂契約，均以書面並按一定之程序為之，契約始得成立，因此多屬於定型化要式契約³⁸。

我國現行法針對定型化契約條款之特別明文規範有二³⁹：其一為消費者保護法第 11 條至第 17 條，共計 8 個條文；其一為前述民法第 247 條之 1 規定，計有 1 個條文。

惟倘若該工程定型化契約條款顯失公平，而應由公正第三人（即法院）介入，宣告該條款無效者，究應適用消保法抑或民法第 247 條之 1，係值得關注的問題，實有釐清之必要。

行政院消費者保護委員會針對此一問題，曾於 87 年 9 月 24 日以消保法字第 01061 號函作出釋示：「政府機關發包工程時，應屬企業經營者，但承包工程之廠商並非消費者，亦屬企業經營者，因此雙方所締造之契約，自不能直接適用消費者保護法有關定型化契約之規定，應適用民法及其他相關法令之規定。」實務上，最高法院雖有正反見解⁴⁰互見，惟多數見解則拒絕適用消保法規定而直接依民法規定判決。由前述行政院消費者保護委員會函釋及最高法院相關判決理由整理可知，多數見解係認工程契約非屬消費關係，不得適用消保法相關規定，工程定型化契約條款之法律規範基礎，係民法第 247 條之 1。且又因民法第 247 條之 1 有溯及效力，故無論該工程定型化契約條款之訂立時間係在民法第 247 條之 1 施行前後，均得直接適用之。

所謂繼續性之契約，係契約內容須經當事人繼續地履行始能實現之契約，其與一時性契約之區別實益，在於有終止契約之規定。公共工程契約之施工階段契約，必須歷經一段期間方能完成契約之履行，故為繼續性契約。

有償性契約之雙方當事人各因其給付而取得對價之利益⁴¹，公共工程契約中，承包商完成工程可獲得工程款之給付，而工程採購機關因給付工程款而獲得工程之完工，故為有償契約。

雙務契約為雙方當事人互付對價關係債務之契約，其對價關係並非其互付之債務在客觀上有同一價格之謂，而係主觀上雙方所為之給付互為依存、互有

³⁸ 張南勳，情事變更原則在公共工程上之應用，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2000 年頁 72。

³⁹ 張志明，工程定型化契約條款之適用問題，收錄於古嘉諄、陳希佳、顏玉明主編「工程法律實務研析（二）」，元照出版，2006 年 2 月，初版，頁 43 以下。

⁴⁰ 贊成適用消保法之少數見解有：最高法院 87 年度台上字第 1419 號判決；反對適用之多數見解有：90 年度台上字第 641 號判決、89 年度台上字第 1402 號判決、92 年度台上字第 1395 號判決。

⁴¹ 孫森焱，民法債篇總論，1990 年 10 月，頁 27。

因果而為報償關係之義⁴²。在公共工程契約中，工程採購機關負有給付工程款與承包商之義務，承包商則有完成一定工程之義務，此二義務係因契約而負擔之對價債務，故其為雙務契約。

諾成契約又稱為不要物契約，在意思表示一致之外，不必以物之交付為成立之要件者，為諾成契約。雖公共工程契約大多規定在承包商得標之後必須繳交一定之保證金方能簽訂契約，但興辦公共工程所簽訂之書面契約，僅具證據契約性質，契約之成立時點並非於簽定之時⁴³，因此公共工程契約應屬於諾成契約。

重大公共工程建設，通常皆由無數個工程合組而成，例如土木、機電、系統、橋樑、隧道等共同組合而成，因而其招標程序從最初的規劃、設計以至施工階段皆分開辦理招標作業。規劃、設計階段其主要契約標的為設計者就機關之委託完成設計，故屬於民法第 528 條規定之委任契約。施工階段之主要契約標的為承包商按照圖說指示施作，因此屬於民法第 490 條所規定的承攬契約，亦即當事人約定，一方為他方完成一定之工作，他方俟工作完成後，給付報酬之承攬契約。不論採取何種招標方式，如果施工材料由承包商提供，則為承攬兼具買賣契約之工作物供給契約的性質。

第四項 公共工程契約的類型⁴⁴

第一款 涉外契約與非涉外契約

公共工程包羅萬象，具有高難度的工程必須結合高科技的專業機具設備與人才，其中，尤以重大公共工程建設所需的資金、人才、機具、設備最為顯著，因而，業主可能直接向國外招商，或者採取國內廠商與國外廠商合作的模式，合組臨時性的合夥公司參與工程投標。由於受限於國內營建業之技術層面問題，國內大型或高技術之工程，通常皆由外國公司或外國與本國公司合組之公司得標。因此，依得標廠商是否為外國公司所簽訂之公共工程契約區分，可分為涉外契約⁴⁵與非涉外契約⁴⁶。惟依據政府採購法第 17 條第 1 項規定：「外國廠

⁴² 孫森焱，民法債篇總論，1990 年 10 月，頁 26。

⁴³ 羅昌發，政府採購法與政府採購法協定論析，初版，元照出版社，1999 年 1 月，頁 79-81。

⁴⁴ 郭芳婷，公共工程契約之研究---以締結書面契約前之程序為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，92 年 1 月，頁 40-45。

⁴⁵ 一般稱為國際工程契約。

⁴⁶ 此即一般所謂的國內工程契約。以國際或國內工程契約分類並不適當，因為龐大的公共工程，需要資金雄厚、機具充足、高難度的工程專業技術等作後盾支撐，因此常見國內與國外廠商合作共同投標情形，此時若以國際或國內工程契約稱之，並不妥當。因此，不論係由外國廠商獨自承攬或國內與國外廠商合作承攬，只要有外國廠商參與之承包工程，即為涉外契約，

商參與各機關採購，應依我國締結之條約或協定之規定辦理。」，因此，對於未與我國締結政府採購條約、協定之國家其廠商或廠商生產的產品，我國並無發放其參與我國公共工程定作市場的義務。但未與我國締結條約或協定之外國所屬廠商並非毫無機會參與我國各機關的採購作業。該法第 17 條第 2 項規定：「前項以外情形，外國廠商參與各機關採購之處理辦法，由主管機關定之。」依據此項規定行政院公共工程委員會特別於民國 88 年 5 月 6 日以 (88) 工程企字第 8806100 號令發布「外國廠商參與非條約協定採購處理辦法」。依據此一辦法對於適用的範圍、外國廠商之認定、工程採購之原產地認定、允許非條約協定外國廠商參與之條件及相關限制以及互惠限制外國廠商參與之情形，均有詳細規定。若允許非條約協定國之廠商參與供應之招標採購案件，可由機關視實際需要在招標文件中規定得由外國廠商參與。

此外，政府採購法第 17 條第 3 項規定：「外國法令限制或禁止我國廠商或產品服務參與採購者，主管機關得限制或禁止該國廠商或產品服務參與採購。」此項互惠限制之規定，應係針對該條第 2 項所定，亦即僅在非條約協定國之廠商參與供應時有所適用，蓋因該條第 1 項係規定關於條約協定國之廠商參與供應之情形，必須依照政府採購協定決定外國廠商或產品參與供應之條件。

第二款 規劃契約、設計契約、施工契約或監造契約

公共工程契約，廣義的說應該包括從規劃、設計、施工、監造等各個階段所串連而成的契約；而各個不同階段的作業均須獨立的各個專業廠商分別訂定契約，因此依其不同階段來區分⁴⁷，可分為工程規劃契約、工程設計契約、工程施工契約、工程監造契約。其區分的實益在於，不同階段的契約類型，其契約屬性必須適用不同的有名契約規範；且不同工程階段所訂定之契約，其招標方式可能因其契約法律性質之影響，而必須採取不同的招標方式。

工程規劃契約係工程採購機關委託專家或工程顧問公司承辦，多屬委任契約之性質，若採分別發包之招標方式，則其招標程序須以勞務採購程序辦理。

工程設計契約則分為基本設計契約及細部設計契約，不論其承辦者為建築師或顧問公司，必須視其具體內容，將其定性為委任契約或承攬契約，也有可能係委任及承攬之混合契約。若認定為委任契約時，則須以勞務採購之招標程序辦理招標；若認定為承攬契約，則應以工程採購之招標程序辦理招標；若認定為委任及承攬之混合契約，則因其招標程序究須適用工程採購或勞務採購將

反之，僅由本國廠商承包的工程，即非涉外契約。

⁴⁷ 吳家德，公共工程仲裁制度應用之研究，高雄第一科技大學碩士論文，2003 年 7 月，頁 5-6。

有所爭議，故必須以政府採購法所定統合工程採購及勞務採購之統包招標程序為之。

工程施工契約為工程採購機關與承包之營造業者所簽訂，性質為承攬契約。

工程監造契約為工程採購機關與工程顧問公司或建築師所簽訂，在工程施工過程由工程顧問公司或建築師擔任監造人，隨時監督工程之施作及品質控管、估驗計價，並於工程完工時協助業主即工程採購機關辦理驗收及工程款之驗收結算工作，

第三款 固定價格契約、成本補償契約及誘因契約

公共工程契約採用何種計價方式，對於廠商而言，在何時可以取得何種比例的報酬有莫大的關係，不僅為得標的關鍵或唯一的因素；對採購機關而言，其獲得工程所必須負擔者，亦僅有支付價金之主要義務而已。因此以報酬計價及給付的方式不同作為公共工程契約類型之區別標準，有其一定的實益。

在實務上，依採購契約計價方式之不同，大致可分為固定價格契約（fixed-price contracts）、成本補償契約（cost-reimburse contracts）及誘因契約（incentive contracts）等三種。爰就三者之特性說明如下：

第一目 固定價格契約

固定價格契約（fixed-price contracts）乃以實際支出之工程成本作為報酬計算之基準，包含絕對固定價格契約及有調整價格機制之固定價格契約⁴⁸。於工程實務上較常使用者，共有總價承包契約、單價承包契約及數量精算式總價承包契約三項。

總價承包契約係採購機關與承包商約定，以承包商之設計圖說及規範標準完成工程，而由採購機關給付固定總價之契約。給付報酬之方式有可能為，按期間分期給付或定期按工程進度估驗計價兩種方式。通常總價承包契約有保留款及尾款之約定，以保證承包商圓滿履行工程契約。通常情形下條款會約定，若承包商實際之工程成本超出契約總價時，無權要求調整之；若為採購機關變更設計、不可歸責之重大災害，或事前無法預知之物價劇烈波動時，雙方可合意變更總價。此種契約適用的情形為設計及規範明確詳細，成本利潤之計算來源穩定，工期短、繁雜性低及風險合理承擔之公共工程。若採用此種契約，在

⁴⁸ 羅昌發，政府採購法與政府採購法協定論析，初版，元照出版社，1999年1月，頁314以下。

投標時就必須正確地算出工程數量，且提供詳細之設計施工規範。行政機關較能以此種契約掌握分包的預算，因此在政府財務預算受限或中小型工程的情形較為適用。

單價承包契約係當事人預定各工程項目之單位價格，以單位價格乘以實際施作工程之數量，而計算出工程價款之契約。此種契約用於需要緊急實施之工程，若尚未為全詳細圖說規範，為爭取時效而先行招標選擇承包商之情形，或是某些受工程環境影響，無法事先精確估計數量之工程。單價契約之契約標單，雖仍附有各細部之工作內容及工作數量，然而僅供掌控預算及競標使用而已，結算時應以實際完成的數量計算之。每一單位之工作必須在契約中有明確之定義及約定，有新增項目則其單價需要重新議定。使用此種契約時，採購機關必須承擔無法對工作數量多寡及施工成本在事前估計之風險。

在數量精算式總價承包契約之中，各項工程項目預估數量之總價僅作比價及決標之用，而以實際施作之數量據以計算給付之報酬。此種契約在性質上，係屬總價承包契約與單價承包契約之混合契約。此種契約給付之金額並非原決標之總價，必須以承包商實際施作數量來計價給付。目前國內公共工程契約採用此種契約方式者，以捷運工程契約為代表。其雖以總價決標，但其工程價目單詳細表及單價分析表對各工程項目均訂有明確之計量單位及單價，故屬於數量精算式總價承包契約。

第二目 成本補償契約

成本補償契約 (cost-reimburse contracts) 則是依照工程成本及契約所約定之限度，決定支付額度之契約。此種契約訂定時，必須估訂總的契約成本，並設定承包商不得超過之上限。此種契約適用之情形，為契約履行存有不確定性致無法估算成本，而不能適用固定價格契約之情形。若政府選擇締結此種契約，必須係於可以透過監督方式來確保有效的控制承包商之履約成本情形下。在公共工程契約中，較常使用的成本補償契約有：成本加計誘因費用契約、成本加計固定費用契約及成本加計獎勵費用契約。

成本加計誘因費用契約 (Cost-plus-incentive-fee contracts)，係成本補償契約再加上最初商定的費用，其費用嗣後可以一定的公式加以調整。此種契約中必須列舉目標成本、目標費用、最高及最低費用、費用調整方式。此種計價方式之下工程成本越高，承包商利潤也越高，無異鼓勵無效率之施工，因此此種計算方式甚少採用，除非該目標成本及費用調整公式對該承包商能有效管理其施工進度，方能使用。

成本加計固定費用契約 (Cost-plus-fixed-fee contracts)，係採購機關與承包商約定，在最後工程總成本之外，採購機關另給付費用與利潤之固定金額與承包商，通常用於所需的工作投入不明確，且不易適用成本加計誘因契約之情形。為避免承包商為早日獲得報酬而不考慮成本之支出，該固定金額一般均隨著成本為之滑動式的調整。

成本加計獎勵費用契約 (Cost-plus-award-fee contracts)，係成本補償契約加上契約最初訂定時所規定的基礎費用，及採購單位所評估的獎勵契約。其在履約過程中，若承包商的履約狀況、供應時效、技術、成本管理效益提昇或較佳，則可以獲得一定之獎勵。獎勵之費用額度，由行政機關基於契約條款所規定的標準評估決定之。

第三目 誘因契約

誘因契約 (incentive contracts)，用於不適合採取固定價格契約的情形，係預先訂定一誘因公式，以成本、交貨或技術表現的提昇作為誘因提供的原因。不論是固定價格契約或成本補償契約都可以提供誘因。

固定價格誘因契約 (Fixed-price incentive contracts)，分為目標確定契約及目標嗣後訂定契約。目標確定契約列舉目標成本、目標利潤、及價格上限，在契約履行完畢時依公式商定最終成本及最終價格。在目標嗣後訂定契約下，當事人最初訂定者為最初契約成本、最初目標利潤、利潤調整之最初公式及價格上限，於達到約定之某一時點，依據履約的經驗，共同議定固定的成本或價格。

第四款 承攬契約或委任契約

在實務上將公共工程契約定性為私法契約，故在契約發生爭議時，應適用民法債編規定予以解釋適用之。即使採用公法契約說，其契約之特性及當事人雙方之權利義務，亦可以類推適用民法之規定解決之。由於民法債編規定有 24 種有名契約，若契約之性質屬於特定之有名契約者，雙方當事人之法律關係即須適用該有名契約之條文解決之，故必須探討特定型態之公共工程契約究屬民法何種特定有名契約，方能決定其應適用之法律。工程規劃、設計及施工契約必須於工作完成時，債權人方能獲得報酬之給付，故其法律性質為民法債編之承攬契約；而工程監造契約之報酬則並非於完成一定內容給付後始給付債權人，係於監造行為持續進行中分期給付之，故其性質應為委任契約。

第三節 工程爭議

第一項 引發工程爭議的原因

營建工程發生爭議的原因，常不止一端，依照實務上已發現的原因歸納不外有下列幾項，值得注意。

第一款 營繕法規不周延

營繕工程衍生的法律問題包羅萬象，從計畫可行性評估、規劃、設計、招標、投標、決標、簽約、監造、施工、驗收、保固……。一連串的工務程序中所引發的問題，例如，工程設計與監造的法律責任、工程契約的時效、承攬報酬的時效、損害賠償請求權時效、工程契約連帶保證人的責任、延長工期完工期限與保證責任、工期遲延責任歸屬、現場施工條件變化或工程範圍變更增加額外工作，或者某一工程項目已標示於圖說內，然單價分析表卻遺漏編列此一工程項目，致投標廠商於得標後依圖說施作時，始發現該項目未編列於單價分析表，而無法向業主請求工程款之爭議。此外，因物價上漲調整合約金額的時機與物價指數調整的基準期究應如何訂定等問題，以及業主遲延給付工程款，承攬人得否以「暫停工作」或「拒絕交付工作物」作為自力救濟的方式，凡此均為營繕工程中常見又易引發爭議的問題，但現行規範國內工程的法規，仍以民法及政府採購法為主，而有關工程承攬之規定，均係最近數年內所修正或制定，在此之前之其他規定，例如審計法、審計法施行細則、稽查條例以及各級政府所訂頒有關招標程序之注意事項或行政命令等，或係規定不夠完備，或係規定之法律位階不高，或僅係行政機關內部監督、稽察之性質，因而，對於日益複雜層出不窮的工程爭議問題，特別是具有高度技術性、專業性的工程爭議，更無法發揮其規範及解決爭端的功能。

第二款 工程規劃設計不當

在工程採購作業流程中可概分為規劃設計、預算編列、發包訂約、履約管理、施工監造、估驗計價、品質控管、驗收結算、保固維修等階段，而參與此一作業流程之主體，除了業主以及實際施作工程的廠商外，最重要的莫過於設計監造單位。此一工作通常係由建築師或工程顧問公司來擔任。設計監造單位所負責的工作範圍，包括最初的可行性評估、規劃設計、擬訂工程契約、訂定

招標條件以及原物料規格的審定；發包後之施工監造、估驗計價，工程完工後協助驗收及品質控管及驗收結算等手續，因此，設計監造單位在整個工程進行過程中扮演著相當吃重的角色，也是工程成敗的主要關鍵。工程糾紛固然常發生於工程履約施工階段，但事實上，許多爭議常肇因於工程規劃設計階段，例如，因規劃、設計錯誤，以致施工時才發現原始設計錯誤，必須變更設計，導致變更設計之後的種種糾紛或計價爭議。又例如在工程實務上常發現的現場施工條件變更以及遺漏工程項目的「漏項」工程或「數量誤差」等爭議，都是規劃設計不當所造成。

第三款 工程介面太多，管理不善

政府公共工程涵括範圍、種類繁多，各具工程專業領域，任一項工程均可能跨越廠商所能承擔的專業領域，因此在工程規劃之初，工程顧問公司或設計單位就必須依照各個工程項目特性訂定不同的規範規格及承包廠商的資格條件。特別是國內大型工程，例如高速公路、高速鐵路、捷運工程、長隧道工程等，因須與其他附屬工程，例如機電、號誌、空調等配合接力施工，在一項工程即將完工之際，次項工程即必須準備妥當接續進行，其間工程銜接之點即係所謂之介面，如果介面銜接順利後續工程就能進行順利，反之，即可能造成前一標案工程延宕影響後一工程進度的糾紛發生。由於大型工程介面甚多，管理掌控不易，導致問題的爭議點也相對增多，從而因介面問題所引發的遲延施工所造成的索賠糾紛也就層出不窮。例如，台北市捷運工程局與法商馬特拉公司著名的仲裁案，即係馬特拉公司主張其木柵機電系統因前一標廠商之土木標工程延遲完工，以致影響其進場施工，增加待工期間人事營運成本支出，因而要求調整合約金額，此即因介面銜接工程所引發的典型案列。

第四款 工程合約規定不公平及不明確

國內工程營造業競爭激烈，在政府工程機關推出工程計畫之初，各具實力的工程營造廠商每多想盡辦法取得相關資訊，延請專業技師分析工程單價成本，進而聯合相關業者合作，共同組成承攬合夥團隊，參與投標，甚至，為達得標目的，不顧招標條件、契約的公平性，低價搶標，只求得標勝出為目的，因而，往往在得標之始，即註定「得標即賠錢」的命運。工程合約發生糾紛，其主要的爭點通常是有關契約之解釋或履行之範圍問題⁴⁹，此一結果乃係工程合

⁴⁹ 楊崇森，美國法制研究「美國商務仲裁制度」，漢苑出版社，民國 65 年 6 月，初版，頁 75。

約規定不公平⁵⁰或不夠明確所致。基於私法自治以及契約自由的原則，縱使對於此種肇因於契約不公平或規定不夠明確、周延所生的爭議，廠商仍應加以遵守。惟廠商在不堪賠累，協商無著情況之下，往往均會提起仲裁或訴訟，以誠信原則或主張業主擬定之契約係屬定型化契約為訴求，契約中若有顯失公平之情形，則有可能被宣告為無效。

為了避免因契約規定不公平、不明確而引發的爭議，行政院公共工程委員會特別依據政府採購法第 63 條第 1 項之規定，於民國 88 年 5 月 25 日訂定採購契約要項，並以 (88) 工程企字第 8807106 號函發布，作為各機關訂定各類採購契約之參考。其後，該會為因應採購實際上之需要，曾數次修正並訂有採購契約範本。惟工程承攬複雜多樣，從實務面衍生的問題亦常令人出乎意料，想要以一種定型化的契約範本規範所有可能發生的狀況，在勢為不可能，因而，契約雙方當事人允宜以「設身處地」「易地而處」的心態與立場制定公平合理的工程契約，庶能免於工程施作期間，雙方常處於劍拔弩張、緊張對峙的局面，進而影響雙方和諧合作的關係，不利工程之推動與進展。

第五款 相關當事人執行合約態度偏差

國內大型土木營建工程，幾乎均為政府投資興建的重大公共工程建設，因此其行為主體的一方為政府機關，執行採購業務之承辦人員則均為政府機關編制內之公務人員。鑑於我國憲法第 24 條規定：「凡公務員違法侵害人民之自由或權利者，除依法律受懲戒外，應負刑事及民事責任。被害人民就其所受之損害，並得依法律向國家請求賠償。」，因而，相關採購業務之承辦人員，在訂定契約、解釋契約及執行契約時，為了避免觸法，行事作為常趨於消極、保守、被動，即使不致引起爭議的事項，也因公務員擔心涉及刑法圖利罪而遇事畏縮，不敢決斷裁決，以致延宕耽擱，影響政府施政效能，此種「自保」畏事的心態，反而常常成為爭議的原因。

此外，國內大型營造廠商需要大量資金維持其人事、設備、機具之管理與營運，遇有承攬大型公共工程時，除了需要挹注大量資金先期投資購置機具設備外，平日尚須準備流動資金作為周轉應急之用，因而，在政府大型公共工程招標訊息公布之後，常見廠商不計盈虧低價搶標，然後在得標之後再利用施工過程中可能發生的種種任何理由向業主索賠，其可能的途徑不外透過仲裁、調解、調處或法律訴訟的方式，以爭取原低價搶標所失去的利潤或所造成的損失，此亦為造成工程爭議案件增加的原因。

47 黃泰鋒、陳麗嘉，非可歸責於承包商之工法變更問題試析，仲裁季刊第 82 期，2007 年 7 月 31 日，頁 60。

第二項 工程仲裁契約常見的糾紛爭執

第一款 工程糾紛爭議態樣

在公共工程執行過程中，往往由於無法預期的諸多原因，使得原來發包前所設定的契約條件無法完全與實際狀況吻合，因而必須調整或變更契約的內容，或者因為外在環境變化必須變更設計、增減工作物內容及範圍，凡此均可能影響工程施工進度，甚至大幅延宕工期，以致無形中增加整備、維修機具的成本，同時亦將提高營運、人事及管理費用的支出，這些因素都可能引發及升高業主與廠商之間的爭議，成為雙方對立的導火線⁵¹。依據行政院公共工程委員會⁵²及國內主要工程機關—交通部台灣區國道新建工程局⁵³針對公共工程常見爭議類型所作的研究分析，大致可分為「程序方面爭議」及「實體方面爭議」兩方面來論述。而「實體方面爭議」又可分為二大類，一為請求給付金錢之求償，一為請求變更履約條件之求償，前者涉及金錢之索賠，後者則為屬於請求內容並非金錢之索賠。爰將其臚列如后：

1. 程序方面：

爭議型態大致可分為下列五種類型：

- (1) 仲裁協議標的之爭議
- (2) 仲裁協議失效條款之效力爭議
- (3) 仲裁前置程序是否踐履及其效果之爭議
- (4) 撤銷仲裁判斷事由之爭議
- (5) 先調後仲等程序問題之爭議

2. 實體方面：

爭議的型態可分為請求給付金錢之求償（經濟索賠）與請求變更履約條件之求償兩大類。茲將其爭議發生原因或性質等因素，列述如下：

- (1) 請求給付金錢之求償（經濟索賠）。又可包括：
 - A. 變更設計議價不成爭議。
 - B. 估驗款與保留款涉及強制執行爭議。
 - C. 合約計價與付款爭議。
 - D. 物價調整請求爭議。

⁵¹ 簡伊環，營建工程仲裁決定要因認知強度之研究，國立雲林科技大學營建工程系碩士論文，民國95年1月，頁64-66；駱怡明，國道履約爭議之探討，國立台灣大學土木工程學研究所碩士論文，民國95年6月，頁12。

⁵² 參見林麗珍，行政院公共工程委員會專案研究計劃—公共建設永續發展人才教育—各機關辦理公共工程常見司法爭議類型化之研究，2002年12月，頁III.一.1以下。

⁵³ 交通部台灣區國道新建工程局，工程爭訟案例與對策之研究計畫，97年11月，頁4以下。

- E. 逾期罰款爭議。
 - F. 漏項爭議。
 - G. 因天災或地質因素增加之修補或重作成本求償爭議。
 - H. 因天災或地質因素無法回收之固定成本求償爭議。
 - I. 工率降低（施工介面干擾或地質因素等所致）增加成本求償爭議。
 - J. 設計（包括工法決定）錯誤或瑕疵爭議。
 - K. 加速施工（業主指示趕工）增加成本或趕工獎金求償爭議。
 - L. 額外工作。
 - M. 履約或保固保證金返還與沒收爭議。
 - N. 契約解除或終止衍生費用爭議。
 - O. 施工品質瑕疵及驗收爭議。
 - P. 業主未盡義務或協力義務增加成本求償爭議。
 - Q. 工期展延增加時間關聯成本（TRC）求償爭議。
- (2) 請求變更履約條件之求償。又可包括：
- A. 契約條文衝突釐清之爭議。
 - B. 工期展延請求（即延長履約期限）之爭議或確認逾期狀態（逾期罰款請求權）不存在之爭議。
- (3) 其他。

第二款 實務常見的糾紛爭議案例

第一目 未踐行仲裁前置程序得否作為撤銷仲裁判斷之事由？

當事人在訂定仲裁協議或仲裁契約條款時，為了避免雙方爭議發生時即刻進入仲裁程序，影響日後雙方合作、互信、和諧磋商解決的機會，因而，在實務上訂定仲裁協議或仲裁契約條款時，往往會在協議中加入約款文字明定，在將爭議正式提出仲裁前，須先經過「誠意磋商」、「調解」、「工程師裁定」等程序，也就是一般所謂的「仲裁前置程序」⁵⁴，如果經過此一程序，仍無法解決系爭爭議時，再將爭議提付仲裁解決。所謂「仲裁前置程序」，依據學者陳煥文教授之見解認為⁵⁵：「目前工程契約中所謂之『仲裁前置程序』條款，事實上並未

⁵⁴ 最高法院 87 年度台上字第 1639 號民事判決：「次查兩造所訂之工程仲裁條款第一項明定：雙方如對契約條款發生爭議，且不同意工程師之裁決時，得依商務仲裁條例程序提請仲裁。依此約定，雙方對於契約條款之爭議，於提請仲裁前，應經工程師裁決。當事人就未經工程師裁決之事項，逕行提請仲裁，仲裁人如予以仲裁，應屬違背仲裁契約。」

⁵⁵ 陳煥文，「仲裁庭與時效限制條款」，萬國法律，1997 年 4 月，頁 60-70。

出現在任何法律條文中，亦未出現於任何學術性論文中，使用此一名詞是否得當，則應先就『前置程序』之定義予以釐清，所謂前置程序係指前一程序為後一程序成立生效之必要條件。若為『仲裁前置程序』則『工程師裁定』之踐行，乃仲裁協議成立生效之停止條件，未經工程司裁定，仲裁協議根本尚未成立，自不得交付仲裁。然探究當初於仲裁協議中訂立工程司裁定條款之立法原意，係因工程契約性質上相當專業且具有複雜性，牽涉金額又十分龐大，如因訴訟而使工程停頓或纏訟經年，所造成之巨大損失，恐非雙方所能承受，因而發展出較快速經濟之仲裁制度，又嫌仲裁仍不夠快速，方有工程司裁定程序的產生，其目的是希望在仲裁之前能更快速經濟的解決紛爭，並非為仲裁制度製造一種程序上的障礙。」倘一方當事人違反前置程序約定，未踐行仲裁前置程序或僅踐行部分仲裁前置程序，逕行聲請仲裁，則此仲裁之聲請是否適法？該仲裁庭作成的仲裁判斷在法律上有無效力？得否作為撤銷仲裁判斷之訴的事由？論者有以下不同的見解⁵⁶，茲述之如后：

壹、甲說

認為當事人約定於提起仲裁前應經一定之前置程序，基於私法自治契約自由原則，應當予以尊重，故未經前置程序，而逕行提付仲裁，該爭議即非屬仲裁契約標的之爭議。倘仲裁庭對於當事人間未依約踐行仲裁前置程序之爭議為仲裁判斷，該仲裁判斷即有仲裁法第 40 條第 1 項第 1 款「仲裁判斷與仲裁協議標的之爭議無關，或逾越仲裁協議之範圍者」之撤銷仲裁判斷之事由。實務上，最高法院 94 年度台上字第 947 號、最高法院 92 年度台上字第 671 號等判決同此見解⁵⁷。

貳、乙說

認為當事人約定於提起仲裁前應經一定之前置程序，未經此前置程序，逕行提起仲裁，仲裁人如予以仲裁，應屬違背仲裁契約。本說之結論同甲說，惟

⁵⁶ 李念祖，仲裁判斷之撤銷，收錄於楊崇森等人合著，仲裁法新論，中華民國仲裁協會出版，2002 年修訂再版，頁 323-324。

⁵⁷ 最高法院 92 年度台上字第 671 號判決要旨：「當事人於仲裁契約約定，一方於提付仲裁前，應先踐行前置程序，其目的乃賦予他方充分考量之機會，以權衡『接受求償』與『提付仲裁』間之利弊，並決定就何項爭議得提付仲裁之權利，故前置程序係本於雙方當事人之自由，為雙方合意有效之仲裁約款，有確定當事人間具體爭議之功能，進而過濾此等爭議是否適宜提付仲裁，當事人一方倘未依約履踐仲裁前置程序，則因當事人間就提付仲裁之爭議無法確定，且此等爭議原非當事人願以仲裁程序解決者，即非屬仲裁契約標的之爭議，自不得就此等爭議事項提出仲裁聲請。」

其理由不同，認為此時並非構成「仲裁判斷與仲裁協議標的之爭議無關」，而係構成「仲裁程序，違反仲裁協議者」，仍構成商務仲裁條例第 23 條第 1 項第 4 款（仲裁法第 40 條第 1 項第 4 款）之撤銷事由，最高法院 94 年度台再字第 26 號、最高法院 93 年度台上字第 2618 號、最高法院 92 年度台上字第 405 號、最高法院 87 年度台上字第 1639 號等判決意旨同此見解⁵⁸。

參、丙說

認為當事人訂立仲裁契約之本意，即在於藉助仲裁程序解決其紛爭，當事人雖約定於進行仲裁前應經一定之前置程序，此僅為當事人所多設之一次解決紛爭之機會，當事人未踐行此一前置程序，亦不影響將該爭議提付仲裁之效力。縱令仲裁庭對於當事人間未依約踐行仲裁前置程序之爭議為仲裁判斷，該仲裁判斷亦無仲裁法第 40 條第 1 項第 1 款「仲裁判斷與仲裁協議標的之爭議無關，或逾越仲裁協議之範圍者」之撤銷仲裁判斷事由，採此見解者，有最高法院 96 年度台上字第 1845 號民事判決⁵⁹、最高法院 93 年度台上字第 992 號判決⁶⁰、最高法院 91 年度台上字第 467 號判決⁶¹、最高法院 93 年度台上字第 2008 號判決⁶²、台灣高等法院 91 年度重上字第 17 號判決⁶³。

⁵⁸ 最高法院 87 年度台上字第 1639 號判決要旨：「兩造所訂之工程仲裁條款第一項明定：雙方如對契約條款發生爭議，且不同意工程師之裁決時，得依商務仲裁條例程序提請仲裁。」依此約定，雙方對於契約條款之爭議，於提請仲裁前，應經工程師裁決。當事人就未經工程師裁決之事項，逕行提請仲裁，仲裁人如予以仲裁，應屬違背仲裁契約。」，惟持本說見解下，仍須以未為仲裁前置程序之仲裁程序違反仲裁協議，足以影響判斷結果為限，始構成撤銷事由（仲裁法第 40 條第 3 項規定參照）。

⁵⁹ 最高法院 96 年度台上字第 1845 號民事判決：「...而前置程序之目的，無非在仲裁程序以外，另設一更迅速解決糾紛之方法，非為仲裁契約加設停止條件或額外之程序障礙，以增加當事人進入仲裁程序解決爭議之困難。故被上訴人就第 1、2、3、5 項之請求所踐行之前置程序，因均為上訴人所否准，已無經由此一前置程序達成協議之可能，其就第四、六項之請求，未再進行前置程序，直接提付仲裁，請求由仲裁人作成判斷，依上說明，上訴人尚不得以其未踐行此項程序作為撤銷系爭仲裁判斷之事由。」

⁶⁰ 最高法院 93 年度台上字第 992 號民事判決：「按仲裁制度乃當事人基於私權自治及處分自由之原則，本於程序選擇權以解決私權紛爭之重要機制。是當事人既得協議以仲裁解決爭議，為賦予他方充分考量之機會，以權衡「接受求償」與「提付仲裁」間之利弊，自亦得約定於提付仲裁前先踐行特定之前置程序，該本於雙方合意之前置程序，固屬有效之仲裁約款，並有確定當事人間具體爭議，進而過濾如透過訴訟外和解或第三人調解等簡便程序為磋商、斡旋，以避免進入仲裁程序，減省勞費支出之功能。惟當事人之一方若認已無和解或調解可能，無從以簡便程序解決爭議，或當事人約定最終僅得以仲裁解決爭議者，為避免因進入前置程序之拖延浪費，逕行提付仲裁，自未違反當初協議以仲裁解決爭議之初衷，自與仲裁前置程序之本質無悖。」

⁶¹ 最高法院 91 年度台上字第 467 號判決裁判要旨：「系爭仲裁協議雖以「雙方協議」為仲裁程序之先置程序，但仲裁判斷違反先置程序，並非屬仲裁法第三十八條第一款所謂「仲裁判斷與仲裁協議標的之爭議無關或逾越仲裁協議」之情形，是上訴人以系爭仲裁判斷違反仲裁前置程序，主張該仲裁判斷逾越仲裁協議之範圍之主張，並不可採。」

⁶² 最高法院 93 年度台上字第 2008 號判決意旨：「仲裁前置程序係屬雙方「試行和解」或「第三

一、 法院實務見解

前述三說就當事人有無踐行仲裁前置程序，是否得作為法院撤銷仲裁判斷之事由？法院就此見解相當分歧，甚至有同一類型之案例，分別經台灣高等法院以相當類似之理由予以判決後，經當事人向最高法院提起上訴，而最高法院分別為「廢棄原判決」與「維持原判決」兩種相反之判決者，惟其「維持原判決」之理由，則反而係肯認當事人曾有踐行仲裁前置程序，與台灣高等法院先前判決理由完全不同，頗值玩味；爰就實務上針對有無踐行仲裁前置程序一節，作為可否提起撤銷仲裁判斷之見解，臚列如后，以供參考：

（一）最高法院 94 年度台上字第 947 號民事判決

「按仲裁協議不成立、無效，或於仲裁庭詢問終結時尚未生效或已失效者，當事人得對於他方提起撤銷仲裁判斷之訴，仲裁法第 40 條第 1 項第 2 款定有明文。上訴人提付仲裁違反兩造仲裁協議所定須被上訴人報請教育部核准之約定，因條件未成就而不生效力，構成撤銷仲裁判斷之事由。」此說與前述甲說之見解相同，可資參照。

（二）最高法院 92 年度台上字第 671 號民事判決

「按當事人於仲裁契約約定，一方於提付仲裁前，應先踐行前置程序，其目的乃賦予他方充分考量之機會，以權衡『接受求償』與『提付仲裁』間之利弊，並決定就何項爭議得提付仲裁之權利，故前置程序係本於雙方當事人之自由，為雙方合意有效之仲裁約款，有確定當事人間具體爭議之功能，進而過濾此等爭議是否適宜提付仲裁，當事人一方倘未依約履踐仲裁前置程序，則因當事人間就提付仲裁之爭議無法確定，且此等爭議原非當事人願以仲裁程序解決者，即非屬仲裁契約標的之爭議，自不得就此等爭議事項提出仲裁聲請。此種約定並不影響當事人仍得循訴訟程序請求救濟之權利，故無違反平等原則甚或公序良俗之可言。查原審既認定依工程合約一般規範第 5.25 節之規定，被上訴人於

人調解」之性質，任何一方不能接受，和解即無法成立，由其設置之目的而言，無非在仲裁程序以外，另設一更迅速解決糾紛之方法，期能更加快速排解爭議，而非為仲裁契約設定停止條件或額外之程序障礙，以增加契約雙方進入仲裁程序解決爭議之困難，如當事人之一方或雙方認為已無經由此前置程序達成協議之可能，即得將爭議逕付仲裁，而由仲裁人作成判斷，不得以未踐行此項程序作為撤銷仲裁判斷之事由。」

⁶³ 同此見解之判決尚有台灣高等法院 91 年度重上字第 206 號判決、

提付仲裁前，應先踐行前置程序，惟又謂前置程序係一無法律效力、無程序保障之裁決程序，被上訴人雖未予履行，不能認為兩造間「並無爭議」云云，顯係誤解仲裁契約標的爭議之真義所致，其見解自有可議。」此說與前述甲說所採之見解相同，可資參考。

（三）最高法院 94 台再字第 26 號民事判決

「再審原告既違反前揭關於仲裁前置程序之約定，自不得提起本件仲裁之聲請，系爭仲裁程序即屬違反兩造間有關仲裁協議之約定。又關於修正一般規範 5.26 之約定內容，係屬兩造關於仲裁人選定方法、方式及期間等有關仲裁協議必要部分之特別約定，即無仲裁法第 9 條第 1 項規定之適用。且有關上揭約定，雙方均有機會使用，對彼此又為公平對待，經核尚無顯失公平或違反強制、禁止規定，或違背公共秩序、善良風俗之情事，應屬有效。是再審原告既違前述仲裁前置程序，系爭仲裁程序自己違反兩造間之仲裁協議，且再審被告就系爭仲裁事件，迄未於再審原告向仲裁協會提出仲裁聲請二個月內選定仲裁人，亦未與再審原告共同推選主任仲裁人，為兩造所不爭執，依修正一般規範之約定，即應視為兩造不同意仲裁，兩造間之仲裁協議當然失其效力。詎再審原告仍聲請仲裁協會為再審被告選定仲裁人及推選主任仲裁人，以進行仲裁，作成系爭仲裁判斷，顯有仲裁法第 40 條第 1 項第 2 款、第 4 款之撤銷仲裁判斷事由。再審被告據以提起撤銷系爭仲裁判斷之訴，為有理由。爰維持第一審所為再審被告勝訴之判決，駁回再審原告之上訴。原確定判決以其認事用法於法並無違誤。因而判予維持，駁回再審原告之前訴訟程序第三審上訴，核無適用法規顯有錯誤之情形。」此判決與乙說見解相同。（最高法院 93 年度台上字第 2618 號再審之訴）

（四）最高法院 93 年度台上字第 2618 號民事判決

「何況修正一般規範 26. (11) 更約定：任一方依前述規定提起仲裁時，應由當事人兩造各選一仲裁人，兩造並應共同推選一主任仲裁人，如兩造不能在一方向中華民國商務仲裁協會提出仲裁聲請之日起二個月內就該仲裁事件選定各方之仲裁人並同時推選出主任仲裁人時，視為雙方不同意仲裁，任一方得逕行起訴」。觀其內容，係屬兩造關於仲裁人選定方法、方式及期間等有關仲裁協議必要部分之特別約定，即無仲裁法第 9 條第 1 項規定之適用。縱系爭工程合約屬定型化契約，然上開約定僅生視為不同意仲裁協議之效果，使仲裁協議

失其效力，兩造仍得利用民事訴訟程序進行訴訟以解決紛爭，於訴訟進行中，被上訴人已無再依仲裁法第 4 條規定聲請法院裁定停止訴訟程序之可能，此種雙方均有機會使用之條款，對彼此又為公平對待，經核尚無顯失公平或違反強制、禁止規定，或違背公共秩序、善良風俗之情事，應屬有效。上訴人所為該約定限於兩造因客觀之原因事實不能組成仲裁庭時之情事，不包括任何一方「拒絕」或「不願意」選任仲裁人或共推主任仲裁人之情形，被上訴人違反組成仲裁庭之義務之辯解，並不足採。是上訴人既違前述仲裁前置程序，系爭仲裁程序自己違反兩造間之仲裁協議，且被上訴人就系爭仲裁事件，迄未於上訴人向仲裁協會提出仲裁聲請二個月內選定仲裁人，亦未與上訴人共同推選主任仲裁人，為兩造所不爭執，依修正一般規範之約定，即應視為兩造不同意仲裁，兩造間之仲裁協議當然失其效力。詎上訴人仍聲請仲裁協會為被上訴人選定仲裁人及推選主任仲裁人，以進行仲裁，做成系爭仲裁判斷，顯有仲裁法第 40 條第 1 項第 2 款、第 4 款之撤銷仲裁判斷事由。被上訴人據以提起撤銷系爭仲裁判斷之訴，為有理由。因而維持第一審所為被上訴人勝訴之判決，駁回上訴人之上訴，經核於法並無違誤。上訴論旨，猶就原審取捨證據、認定事實及解釋契約之職權行使，指摘原判決不當，求予廢棄，非有理由。」此判決與乙說之見解相同。

(五) 最高法院 92 年度台上字第 405 號民事判決

「惟所謂仲裁判斷逾越仲裁協議之範圍，係指就當事人約定仲裁以外之事項作成判斷而言。經查兩造所定系爭工程仲裁條款補充規定第 1 條約定：系爭合約有效期間兩造對於合約之履行如有爭議，經書面通知洽議而未能協議時，除另有書面特別約定外，得依中華民國商務仲裁條例（已修正為仲裁法）之規定辦理。此之所謂合約有效期間，係指兩造在系爭合約有效期間內，有關履行合約已經發生或可能發生之一切爭議而言。是以凡就系爭合約有效期間內所發生之履約爭議事項所為之仲裁判斷，即未逾越仲裁協議之範圍。況契約之終止，乃繼續性契約當事人一方，因他方之契約不履行而行使終止權，使繼續之契約關係向將來消滅之意思表示。契約終止無溯及效力，僅使契約效力向將來消滅而已。終止前之契約關係仍然有效存在，故契約終止前之履約爭議，仍屬契約有效期間內之履約爭議。從而被上訴人就系爭契約終止前兩造對於履行契約所發生之爭議，於合約終止後提付仲裁，並無逾越仲裁協議之範圍。否則，一經一方終止契約，即無從依獨立有效之仲裁條款提付仲裁，顯非允洽。……惟仲裁判斷若有違反前置程序係屬仲裁程序違反仲裁協議，並非屬仲裁判斷逾越仲

裁協議。上訴人主張系爭仲裁判斷違反仲裁前置程序，係屬逾越仲裁協議範圍，即有未合。」此判決亦與乙說之見解相同。

(六) 最高法院 87 年度台上字第 1639 號民事判決

「按民事訴訟法第 199 條第 2 項規定，審判長應向當事人發問或曉諭，令其陳述事實、聲明證據，或為其他必要之聲明及陳述，其所聲明及陳述有不明瞭或不完足者，應令其釋明或補充之。此為審判長因定訴訟關係之闡明權，同時並為其義務，故審判長對於訴訟關係未盡此項必要之處置，違背闡明之義務，其訴訟程序即有重大瑕疵，而基此所為之判決，亦屬違背法令。又按仲裁判斷與仲裁契約標的之爭議無關者，或仲裁人之參與仲裁程序有背仲裁契約或法律規定者，當事人得對於他造提起撤銷仲裁判斷之訴，此分別規定於商務仲裁條例第 23 條第 1 項第 1 款及第 4 款，足見兩者係不同之撤銷仲裁判斷事由。查上訴人於原審一再主張：系爭事項未經工程師裁決，本件得提請仲裁之要件自未具備，亦即仲裁契約標的之爭議並不存在，被上訴人貿然提起，仲裁人原應以程序不合為由，駁回該公司聲請，乃竟參與仲裁，仲裁程序有背於仲裁契約，且所為仲裁判斷與仲裁標的之爭議無關，伊依商務仲裁條例第 22 條第 1 款、同法第 23 條第 1 項第 1 款、同條項第 4 款規定起訴請求撤銷仲裁判斷，自屬有理等語。原審審判長未行使闡明權，命上訴人釋明本件各有如何合於該二款之撤銷仲裁判斷事由，並分別予以調查審酌，遽以前開理由為上訴人不利之判斷，已有未合。次查兩造所訂之工程仲裁條款第 1 項明定：雙方如對契約條款發生爭議，且不同意工程師之裁決時，得依商務仲裁條例程序提請仲裁。依此約定，雙方對於契約條款之爭議，於提請仲裁前，應經工程師裁決。當事人就未經工程師裁決之事項，逕行提請仲裁，仲裁人如予以仲裁，應屬違背仲裁契約。」此一判決與前述乙說之見解相仿。

(七) 最高法院 93 年度台上字第 2008 號民事判決

「仲裁前置程序係屬雙方「試行和解」或「第三人調解」之性質，任何一方不能接受，和解即無法成立，由其設置之目的而言，無非在仲裁程序以外，另設一更迅速解決糾紛之方法，期能更加快速排解爭議，而非為仲裁契約設定停止條件或額外之程序障礙，以增加契約雙方進入仲裁程序解決爭議之困難，如當事人之一方或雙方認為已無經由此前置程序達成協議之可能，即得將爭議

逕付仲裁，而由仲裁人作成判斷，不得以未踐行此項程序作為撤銷仲裁判斷之事由。」此一判決與丙說之見解相同。

(八) 最高法院 93 年度台上字第 992 號民事判決

「按仲裁制度乃當事人基於私權自治及處分自由之原則，本於程序選擇權以解決私權紛爭之重要機制。是當事人既得協議以仲裁解決爭議，為賦予他方充分考量之機會，以權衡「接受求償」與「提付仲裁」間之利弊，自亦得約定於提付仲裁前先踐行特定之前置程序，該本於雙方合意之前置程序，固屬有效之仲裁約款，並有確定當事人間具體爭議，進而過濾如透過訴訟外和解或第三人調解等簡便程序為磋商、斡旋，以避免進入仲裁程序，減省勞費支出之功能。惟當事人之一方若認已無和解或調解可能，無從以簡便程序解決爭議，或當事人約定最終僅得以仲裁解決爭議者，為避免因進入前置程序之拖延浪費，逕行提付仲裁，自未違反當初協議以仲裁解決爭議之初衷，亦與仲裁前置程序之本質無悖。原審依上開合法確定之事實，認定系爭合約並無被上訴人請求上訴人工程司裁決時應提出相關證明資料之約定，被上訴人縱未提出證明資料，亦未違反合約約定。上訴人 89 年 11 月 22 日復函或有不同意被上訴人請求之意，但未明確為裁決，被上訴人乃於同年 12 月 28 日要求上訴人於 10 日內明確裁決，否則將進行仲裁前置程序，因未獲被上訴人回復始向捷運局請求裁決，難認有違前置程序，並本於上開見解而為系爭仲裁判斷未違反仲裁法第 40 條第 1 項第 1 款規定之論述，經核於法並無違背。」此說與前述丙說之見解相同，可資參照。

(九) 最高法院 91 年度台上字第 467 號民事判決

「系爭仲裁協議雖以「雙方協議」為仲裁程序之先置程序，但仲裁判斷違反先置程序，並非屬仲裁法第 38 條第 1 款所謂「仲裁判斷與仲裁協議標的之爭議無關或逾越仲裁協議」之情形，是上訴人以系爭仲裁判斷違反仲裁前置程序，主張該仲裁判斷逾越仲裁協議之範圍之主張，並不可採。(七)按撤銷仲裁判斷之訴，法院僅就仲裁判斷有無仲裁法第 40 條第 1 項所列各款之事由加以審查，至仲裁判斷所持之法律見解及實體內容是否合法妥適，則為仲裁人之仲裁權限。」此一判決與前述丙說之見解相同。

(十) 台灣高等法院 91 年度重上字第 17 號民事判決

「況如當事人間仲裁契約約定，提請仲裁前，須先經某一單位或某一專業人員就其爭議為裁決之程序，設當事人之一方未履行此一程序，而逕行提付仲裁並經仲裁人作成判斷時，若該一方當事人提請仲裁前，確先經該單位或該專業人員就其爭議為裁決，而該單位或該專業人員裁決一方當事人之請求為無理由時，一方當事人必然將提請仲裁，如該單位或該專業人員認為有理由時，與仲裁判斷之認為有理由，並無不同。換言之，仲裁人之仲裁程序及仲裁判斷可代替該單位或該專業人員就該爭議為裁決之程序，故未履行仲裁前置程序之瑕疵，尚不足以影響仲裁判斷之結果，依仲裁法之規定，亦不得撤銷該仲裁判斷。此外，依仲裁判斷之作成及審理過程以觀，前置程序之裁決程序並不如仲裁程序之慎重、嚴謹，若仲裁人依當事人之仲裁契約授權作成於當事人間具法律效力之仲裁判斷後，竟因當事人之一方未履行一無法律效力、無程序保障之裁決程序—前置程序，認為當事人間「並無爭議」而撤銷該仲裁判斷，不惟與爭執不休之當事人間之認知不符，且不符「程序（訴訟）經濟」原則，況在訂有仲裁契約之當事人間，僅因當事人未履行前置程序即撤銷該仲裁判斷而重新仲裁或訴訟，亦顯非當事人斯時立約之本意。」此一判決亦與前述丙說之見解相同。

二、 本文見解

在工程契約之仲裁條款常有前置程序之規定，契約當事人如未依照契約規定踐行前置程序時，可否提請仲裁？在實務上，大約可分為前述甲、乙、丙三說之見解，甲、乙二說在尊重當事人之「私法自治」及「程序選擇權」上，充分體現其契約自由之原則，應予肯定。丙說則認為如一方當事人事後已不願踐行前置程序或預見前置程序無法解決紛爭時，如仍強行為之，顯然將徒勞無功，因而，逕行提付仲裁應無違背雙方仲裁之合意⁶⁴，甚而，有論者認為丙說在充分發揮仲裁迅速解決紛爭之功能，值得贊同⁶⁵。學者林俊益則認為在仲裁判斷作成前，依當事人間仲裁契約之約定，此乃係仲裁人之仲裁權限，法院無權審酌，不宜介入，此等爭議宜由仲裁人判斷之，如仲裁人認為未踐行前置程序將影響仲裁之進行，則駁回仲裁之聲請；如仲裁人認為未踐行前置程序並不影響仲裁程序之進行，則可作成中間判斷（Interim Award）並續行仲裁程序，而在作成仲裁判斷之後，受不利判斷之當事人，如有不同意見，可提起撤銷終局仲裁判

⁶⁴ 最高法院 93 年度台上字第 992 號、最高法院 92 年度台上字第 671 號民事判決參照。

⁶⁵ 方鴻愷，仲裁判斷之司法控制—以撤銷仲裁判斷之訴事由為中心，收錄於法務部司法官訓練所，司法官 44 期法學研究報告合輯（第二輯），民國 94 年 9 月出版，頁 1291。

斷之訴，法院於此際始可審查仲裁人之作成仲裁判斷是否有依照仲裁契約作成⁶⁶。

本文則以為當事人雙方在訂立仲裁契約時，應已考量將來爭議發生時為了緩和雙方緊繃關係以致影響後續合作意願，因此在議定條款時往往特別設立前置程序之門檻，作為緩衝地帶，以避免直接進入仲裁程序，並藉此爭取利用其他替代解決方案，例如透過第三人調解或和解方式等簡便磋商、斡旋程序；因此，設立前置程序之用意即係希望雙方在爭議發生時均能以理性和諧的態度，面對問題、解決問題，此一機制除了可以避免進入仲裁程序，影響雙方合作基礎外，同時亦有減省雙方勞費支出的功能，因而不能為求迅速而不顧前置程序之約定。當事人一方既不願意踐行前置程序，顯見其並無仲裁之意思，因此，遇此狀況仲裁庭即不應受理仲裁之聲請，應予駁回，以符合當事人訂定前置程序之初衷，並可減少日後仲裁爭議及避免後續撤銷仲裁判斷冗長的訴訟程序，徒增當事人之困擾與勞費。惟學者楊淑文教授則持不同意見⁶⁷，其認為前置程序若將之視為附條件仲裁協議，則仲裁前置程序將使程序不安定，在利於有效性解釋原則下應解釋為不應限制承包商提起仲裁之權利。

第二目 契約約定「得提付仲裁」、「得提請仲裁或訴訟」是否有效？

一、學說見解

在訂立契約時，常見當事人在契約條款中約定「本契約所生之一切爭議，當事人『得提付仲裁』或『得提請仲裁或訴訟』」，此一約定是否有效，當事人間究竟是否有仲裁之合意？關於此一問題學說上有正、反意見，爰述之如后：

（一）肯定說

學者陳煥文教授認為「依國際間仲裁實務之慣例，凡主契約中訂有仲裁條款者，不論其文字係應或得（shall or may）交付仲裁，均認定其有交付仲裁之協議⁶⁸。」；學者林俊益則將前述見解稍加修正認為⁶⁹「在我國法律文義解釋上，一般而言，「得」係相對制，當事人有選擇權，「應」係絕對制，當事人無選擇權，非為某種行為不可，如當事人在契約中約定「得」如何如何，表示

⁶⁶ 林俊益，法院在商務仲裁之角色，永然文化出版股份有限公司，85年4月初版，頁72-73。

⁶⁷ 楊淑文教授在99年6月14日論文口試時所提之意見，值得參考。

⁶⁸ 陳煥文，國際仲裁法專論，五南圖書出版有限公司，民國83年4月初版，頁484。

⁶⁹ 林俊益，法院在商務仲裁之角色，永然文化出版股份有限公司，85年4月初版，頁29。

當事人有權為如何如何之行為，為當事人享有之權利，欠缺義務性，縱當事人不為該行為，亦無任何責任可言，故當事人在主契約中雖有約定，「本契約所生之一切爭議，當事人『得』依商務仲裁條例之程序提請仲裁」，一方當事人於爭議發生時，有權選擇不依仲裁條款之約定提付仲裁，而向法院另行提起訴訟，他方當事人尚不得依商務仲裁條例第 3 條之規定而為妨訴抗辯⁷⁰，實務上最高法院亦同此見解⁷¹。

在法律用語解釋上，「得」具相對性，當事人有自由選擇之權，而「應」則具有絕對性，當事人無自由選擇之權。因此，如果當事人在契約中約定「本契約如有任何爭議，『得提付仲裁』或『得提請仲裁或訴訟』」則當事人之任何一方在爭議發生時，有權選擇不依仲裁條款之約定提付仲裁，而直接向法院提起訴訟，他方當事人不得依仲裁法第 4 條之規定而為妨訴抗辯。反之亦然，當事人也有權選擇不提起訴訟，而先聲請提付仲裁。如果當事人選擇仲裁，則嗣後有關爭議即應依仲裁程序處理，除非強制仲裁事件外，仲裁庭如果未能在法定期限內作成判斷書時，依仲裁法第 21 條規定，當事人得逕行起訴，且仲裁程序視為終結。倘若當事人各自採取仲裁程序與訴訟程序而產生競合時，應如何處理？此時似應以繫屬之先後作為判斷之準據。

（二）否定說

當事人在契約中雖訂有「本契約如有任何爭議，『得提付仲裁』或『得提請仲裁或訴訟』」是否即得認為當事人就爭議解決之方式已互相意思表示一致及可確定性？民法第 153 條第 1 項固規定「當事人互相表示意思一致者，無論其為明示或默示，契約即為成立。」但在其第 2 項亦規定「當事人對於必要之點，意思一致，而對於非必要之點，未經表示意思者，推定其契約為成立，關於該非必要之點，當事人意思不一致時，法院應依其事件之性質定之。」前述契約對於『必要之點』是否提付仲裁或提請訴訟顯然並未確定，因而當事人之真意，似乎尚存隱晦不明之狀況。正因在法律用語上「得」或「應」均有一定解釋並賦予不同之涵義，「得」字，因具有選擇性，故當事人自得依其自由意願選擇提付仲裁或提起訴訟。因此，若未載明，契約當事人在糾紛發生時均會提出有利於己之主張，雙方已經失去互信，自然難於期待彼此再訂立協議以仲裁解決紛爭；即使一方提起訴訟，他方亦會提出妨訴抗辯，而致無法以訴訟方

⁷⁰ 林俊益，我國商務仲裁制度之檢討，法務部商務仲裁制度研討會實錄，法務部編印，民國 83 年 6 月出版，頁 57。

⁷¹ 最高法院 84 年度台上字第 1062 號判決參照。

式解決爭議⁷²。職是之故，當事人如在契約中訂有「本契約如有任何爭議，『得提付仲裁』或『得提請仲裁或訴訟』」之契約條款，似應認為意思表示欠缺確定性，而為無效，因此，除了在糾紛發生時另訂仲裁協議之契約條款之外⁷³，類此情況，均應認為不得逕行提付仲裁。

二、法院實務見解

當事人在契約中，如果訂有「本契約如有任何爭議，『得提付仲裁』或『得提請仲裁或訴訟』」之契約條款，在實務上，我國各級法院通說均認為當事人既約定「得」提付仲裁，或「得」提請仲裁或訴訟，其涵義即具選擇性，當事人意欲採取仲裁或訴訟，自應尊重其意願，不論其係採取訴訟或仲裁作為解決紛爭的手段，在程序上均無不可。爰就歷來實務判決臚列如下，以供參考：

（一）最高法院 96 年度台上字第 1491 號民事判決

「兩造就契約履行所發生之爭議，係約定「得」依仲裁程序提付仲裁，究依訴訟程序或仲裁程序解決其爭議，當事人雖有選擇之權。仲裁程序可針對個別事件借助專家，迅速解決當事人間紛爭，避免訴訟程序時間冗長與費用增加之不利益，因此當事人訂立仲裁協議，並將其與訴訟程序同置而得選擇時，應重視當事人在訴訟程序外欲藉助仲裁制度快速解決紛爭之目的，而非因一方先提起訴訟即排除他方仲裁之聲請。且該契約文字中，對爭議解決次序以仲裁排列在先，並未明示兩造孰先提起訴訟或仲裁後即排除他方提起仲裁或訴訟之提出，可知上訴人擬定契約時以仲裁程序解決紛爭列為較優先之考慮，否則訴訟權係人民基本權利，不須在契約中特為明示；參以訂約過程，契約書為上訴人單方擬定，被上訴人附合訂約，即不應解釋成先行提出訴訟者即可阻斷他方提付仲裁效力。」

（二）最高法院 96 年度台抗字第 300 號民事裁定

⁷² 楊崇森，商務仲裁之理論與實際，中央文物供應社，民國 73 年 12 月，頁 22。

⁷³ 中華民國商務仲裁協會會務業務財務督導小組在民國 83 年 8 月 5 日第 71 次會議開會決議：當事人於契約中約定「本契約如有任何糾紛，得提請仲裁或訴訟」時，該約定本身有效，但不能認為已有訂立仲裁契約，於糾紛發生時，仍宜由當事人依合意另訂立書面之仲裁契約。明顯採否定說。

「本件原法院以：按仲裁協議，如一方不遵守，另行提起訴訟時，法院應依他方聲請裁定停止訴訟程序，並命原告於一定期間內提付仲裁，仲裁法第4條第1項固定有明文。惟按當事人於契約中約定「得」提付仲裁解決爭議者，即係賦予當事人就提付仲裁或提起訴訟有其程序選擇權，於一方行使程序選擇權而繫屬後，他方即應受其拘束。倘當事人雙方各採取仲裁程序及訴訟程序時，則應以其繫屬先後為準。若仲裁程序繫屬在先，當有仲裁法第4條第1項規定之適用。反之，若訴訟繫屬在先，則無該條項規定之適用。」

查本件約定「得提付仲裁」，其用「得」字，顯係賦予當事人有選擇權，亦即當事人得選擇提付仲裁或不提付仲裁，以訴訟程序解決糾紛。

次查行政院公共工程委員會檢送調解不成立證明書之函文記載：「本件雖經調解不成立，惟雙方當事人得考量提付仲裁，倘提付仲裁或循訴訟等其他途徑解決，並請函知本會」等語，有該委員會民國95年9月13日工程訴字第0000000000號函可證，該委員會亦未認定提付仲裁為兩造契約約定之唯一選項。況該委員會函文之意旨，僅係建議性質，並不具拘束力。……且其後該委員會果亦做出調解不成立之決議，相對人於提出陳報狀之翌日即95年8月24日提起本訴，並不違反兩造契約之約定。」

（三）最高法院 95 台抗字第 390 號民事裁定

「惟按當事人於契約中約定以仲裁或訴訟解決爭議，即係賦予當事人程序選擇權，於一方行使程序選擇權而繫屬後，他方即應受其拘束。倘當事人雙方各採取仲裁程序及訴訟程序時，則應以其繫屬先後為準。若仲裁程序繫屬在先，當有仲裁法第4條之適用。」

（四）台灣高等法院 96 年度抗字第 190 號民事裁定⁷⁴

「按仲裁協議，如一方不遵守，另行提起訴訟時，法院應依他方聲請裁定停止訴訟程序，並命原告於一定期間內提付仲裁，仲裁法第4條第1項固定有明文。惟按當事人於契約中約定「得」提付仲裁解決爭議者，即係賦予當事人就提付仲裁或提起訴訟有其程序選擇權，於一方行使程序選擇權而繫屬後，他方即應受其拘束。倘當事人雙方各採取仲裁程序及訴訟程序時，則應

⁷⁴ 同此見解者尚有最高法院 84 年度台上字第 1062 號判決、最高法院 95 年度台抗字第 390 號裁定請參照。

以其繫屬先後為準。若仲裁程序繫屬在先，當有仲裁法第 4 條第 1 項規定之適用。反之，若訴訟繫屬在先，則無該條項規定之適用。」

(五) 台北地方法院 94 年度仲訴字第 11 號民事判決⁷⁵

「兩造就契約履行所發生之爭議，若係約定「得」依仲裁程序提付仲裁，當事人究依仲裁程序或訴訟程序解決其爭議，則有選擇之權。」

(六) 台北地方法院 94 年度仲訴字第 9 號民事判決

「原仲裁判斷有無仲裁法第 40 條第 1 項第 2 款「仲裁協議不成立」之撤銷仲裁判斷事由？原告主張本件兩造僅約定得採仲裁或訴訟方式辦理，而非應，且原告仍未放棄向法院請求審判之訴訟權，亦未表示服從第三人之判斷，故雙方並無仲裁協議等語。此為被告否認。按「有關現在或將來之爭議，當事人得訂立仲裁協議，約定由仲裁人一人或單數之數人成立仲裁庭仲裁之。前項爭議，以依法得和解者為限。仲裁協議，應以書面為之。當事人間之文書、證券、信函、電傳、電報或其他類似方式之通訊，足認有仲裁合意者，視為仲裁協議成立。」，仲裁法第 1 條明文規定。由法條文義觀之，並未規定當事人訂立仲裁協議時，應同時約定放棄訴訟權，其仲裁協議始為成立，僅當事人間就有關現在或將來且依法得和解之爭議，約定由仲裁庭仲裁之，其仲裁協議即為成立。原告主張仲裁協議之成立必須以當事人合意放棄訴訟權為前提要件乙節，於法無據，自不足採。」

三 本文見解

我國仲裁制度雖引進及建立甚早，但因國內政府機關公務部門、工商實務界過去殊少接觸及運用仲裁制度作為解決紛爭的手段，復因早期國內研究仲裁法及仲裁制度的學者，寥若晨星，學術論著亦少，因而在推動仲裁初期，不論是實務界律師、法官抑或法學界的教授對於仲裁均屬探索階段，坊間業者、律師，尤不諳仲裁之意涵及性質，遑論其程序之運作及契約之訂定。因之，早期的契約，當事人慣常在契約中，訂有「本契約如有任何爭議，『得提付仲裁』或『得提請仲裁或訴訟』」之契約條款，由於到底能不能提付仲裁，語意不明，極具爭議，在學術界及實務界引起廣泛的討論及爭辯，亦為法院實務上長期以

⁷⁵ 請參閱最高法院 84 年台上字第 1062 號判決相同見解。

來當事人兩造攻防的焦點，此一問題如不予澄清，對當事人兩造及司法資源的浪費均屬沉重負擔，因而透過司法實務作出統一的見解，以釐清相關觀念，俾使當事人在訂定契約時，設法規避此一易遭誤解的用語，實屬必要且為當然。

一如前述，在未進入仲裁實質爭議階段，雙方當事人已為能否『提付仲裁』唇槍舌劍，爭執不下，浪費彼此勞費及司法資源，對於主張並強調迅速、經濟、和諧、專業、秘密為優勢見長的仲裁制度而言，顯然是極其諷刺的事，因而，欲求透過文義以探索當事人內心在訂約當時所欲表達的真實意思表示，似乎成為快速解決彼此爭議最佳的良方。

本文以為，雙方在訂立契約當時，彼此均係以完成共同目標或為執行某一合作事業之一致合意，並以追求雙方互惠、互利的考量下，以和諧、合作的心情簽訂契約。因而，雙方在和諧氛圍下之意思表示，應最為真切也最為真實。當契約中訂定「本契約如有任何爭議，『得提付仲裁』或『得提請仲裁或訴訟』」之契約條款時，雙方之心理所想到的應該是不可能發生爭議，即便發生「不論是提付仲裁抑或提起訴訟，均能接受的意思。」，因為，沒有人會在契約簽訂時，即期望契約無法履行，一定非走仲裁或訴訟不可。此好比，男女結婚之初，當事人雙方均有執子之手，與子偕老，互託終生之意思，豈有在結婚之時即預期離婚，而先談離婚條件及採用何種方式訴求離婚。從而，當事人如果在契約中訂有「本契約如有任何爭議，『得提付仲裁』或『得提請仲裁或訴訟』」之契約條款，應認為當事人有接受仲裁之合意，至於，當事人是否選擇提付仲裁或訴訟，當視當事人先提出仲裁或訴訟而定，若雙方當事人各提起仲裁與訴訟時，即須以繫屬先後作為取捨依據，後提起者，失去效力，不得提出抗辯。因而，本文贊同前述肯定說之見解，此說亦為多數實務判決所支持，學者林俊益將『得提付仲裁』或『得提請仲裁或訴訟』分成兩部分論述，本文認為前述議題應屬相同，無另行分述必要⁷⁶。

第三目 仲裁判斷有無一事不再理原則（The principle of Res Judicata）之適用？

一事不再理（res judicata⁷⁷）為民刑訴訟法共同承認之一大原則。關於民

⁷⁶ 林俊益，法院在商務仲裁之角色，永然文化出版股份有限公司，85年4月初版，頁28-36。

⁷⁷ See Jane Jenkins and Simon Stebbings, International Construction Arbitration Law, CHAPTER 13, Effect of the Award, 「As between the parties, the award has the effect of res judicata. (Literally, “the thing has been judged”) This is the principle that a matter, finally adjudicated by a competent court or arbitral tribunal, may not subsequently be reopened or challenged by the original parties or their successors in interest. This doctrine, found in many common and civil law systems, prevents any of the parties to a dispute trying to re-open litigation by bringing another action against the same party in respect of the same issues as those determined in the original

事訴訟方面，當事人不得就已起訴之事件，於訴訟繫屬中更行起訴（民事訴訟法第 253 條）。訴訟標的於確定之終局判決中經裁判者，當事人不得就該法律關係更行起訴（同法第 400 條第 1 項）。又和解成立者，與確定判決有同一之效力（同法第 380 條第 1 項）；調解成立者，與訴訟上和解有同一之效力（同法第 416 條第 1 項）。故訴訟標的經和解、調解成立者，當事人亦不得就該法律關係更行起訴。此皆為關於一事不再理原則之規定，當事人違背此一原則而起訴者，法院應認其訴為不合法，以裁定駁回之（同法第 249 條第 1 項第 7 款）。前後兩訴是否同一事件，須依下列標準定之：一、前後兩訴之當事人是否相同。二、前後兩訴之訴訟標的是否相同。三、前後兩訴應受判決事項之聲明是否相同、相反或可以代用。

一、案例事實

國工局在二高後續基隆汐止段C303Z標工程⁷⁸中，與得標承包商中華工程股份有限公司在合約中雖有仲裁條款之規定，但在其特訂條款所修正之一般規範第 5.26 (11) 條中亦規定：「任一方依前述規定提起仲裁時，應由當事人兩造各選一仲裁人，再由兩造所選之仲裁人共同推選另一仲裁人，如兩造不能在一方向中華民國商務仲裁協會提出聲請之日起 2 個月內就該仲裁事件選定各方之仲裁人並同時推出主任仲裁人時，視為雙方不同意仲裁，任一方得逕行起訴」此為雙方關於仲裁人選定之約定，就本系爭事件而言，相對人得不同意選任仲裁人及主任仲裁人，中華民國仲裁協會無權代為選定相對人之仲裁人，亦無權為兩造選任主任仲裁人，更無從合法組成仲裁庭。因此雙方如有一方不同意仲裁時，他方即應以訴訟或調解等方式作為解決紛爭之手段，不得再以仲裁作為解決爭執之唯一途徑。之後，雙方果然就該標工程第 2 號、第 3 號隧道洞口及明挖段，「仰拱開挖」部分應屬何種計價項目發生爭執，承包商中華工程股份有限公司遂向中華民國仲裁協會提出仲裁聲請。

而國工局則依據雙方所訂合約第 5.26 (11) 條規定「任一方未在規定時限內選定仲裁人並同時推出主任仲裁人時，視為不同意仲裁」，作為抗辯；該會仲裁庭則認為，依據仲裁法第 30 條第 5 款「當事人主張仲裁人欠缺仲裁權限，仲裁庭認其主張無理由時，仍得進行仲裁程序，並為仲裁判斷」之立法理由符合仲裁經濟之目的，從而認為國工局之抗辯無理由，逕為受理該案；而仲裁庭在審理過程中，審酌雙方各自提出之攻、防論據後，作出 90 年仲聲仁字第 166

proceedings.」, page 281. 2006 Kluwer Law International, The Netherland。

⁷⁸ 交通部台灣區國道新建工程局，國道工程仲裁判斷彙編，上冊，93 年度，94 年 9 月出版，頁 153。

號仲裁判斷，採認國工局之主張，在程序上駁回聲請人中華工程股份有限公司之仲裁聲請，其所持之理由為：「兩造合約第 5.26 (11) 條規定，乃兩造間有效成立之仲裁協議，於本件仲裁應予適用，故就系爭仲裁，本仲裁庭應以其違反兩造之仲裁協議第 5.26 (11) 條規定為由駁回之，而無須且不得就聲請人之請求為實體判斷」。

此一仲裁判斷作出後，承包商中華工程股份有限公司不服判斷結果，復於 92 年 3 月 18 日就同一標的及聲明事項，再次向中華民國仲裁協會提出仲裁聲請，詎料，該會竟予受理，並在相對人國工局嚴正聲明，基於法律「一事不再理」之原則，仲裁庭不得就同一事由再為仲裁抗議下，該會仍逕自為其選任仲裁人並為兩造共推主任仲裁人，並以「本案之前仲裁庭僅為程序判斷，對仲裁標的之權利關係並未判斷，因此，並無一事不再理的問題。」，同時並認為「本件兩造間訂有書面之仲裁協議，本件仲裁庭之組成，係重新合法組成之仲裁庭不受前揭仲裁判斷意思之拘束」，因而，不顧相對人國工局之極力反對，直接進行仲裁判斷程序，並作出 92 年仲聲信字第 036 號仲裁判斷，此一判斷，完全採納聲請人中華工程股份有限公司之聲明主張，國工局應給付聲請人中華工程股份有限公司新台幣 838 萬 9760 元；此一仲裁判斷作出後，引起國工局強烈不滿，在內部召開專案檢討會議，其委任律師對仲裁庭違反法理之見解及判斷表達措詞強烈之意見，在內部會議結束後旋即發函仲裁法主管機關法務部，請其深入了解並正視此一問題。

本案首先需要檢視的是 90 年仲聲仁字第 166 號仲裁判斷與 92 年仲聲信字第 036 號仲裁判斷，其聲請仲裁書狀所列之當事人、仲裁標的、仲裁聲明，是否完全相同？是否符合民事訴訟法上同一之訴的規定？所謂同一之訴係指當事人、訴訟標的、訴之聲明完全相同者而言。本案提付仲裁之標的、主張完全相同，應屬同一之訴，應無疑義。

民事訴訟法第 400 條第 1 項規定：「訴訟標的於確定之終局判決中經裁判者，除法律別有規定外，當事人不得就該法律關係更行起訴。」，此為既判力客觀範圍之規定；第 401 條：「確定判決，除當事人外，對於訴訟繫屬後為當事人之繼受人者，及為當事人或其繼受人占有請求之標的物者，亦有效力。」，此為既判力之主觀的範圍。

本案相對人國工局在仲裁庭審理 92 年仲聲信字第 036 號仲裁判斷時，一再主張，本案與仲裁協會於 91 年 8 月 23 日已作成之 90 年仲聲仁字第 166 號仲裁判斷為同一案件，應有一事不再理原則之適用，仲裁庭不得再就同一案件為審理判斷。

二、仲裁庭判斷

仲裁人則在 92 年仲聲信字第 036 號判斷書內，指出：「民事訴訟法第 400 條第 1 項之規定，除法律別有規定外，確定之終局判決就經裁判之訴訟標的，有既判力。因此，須於終局判決就訴訟標的之權利或法律關係，經裁判者，就該訴訟標的始生既判力。所謂訴訟標的乃請求判斷之對象，即訴訟對象。相對人雖主張本件聲請人之前業以同一事由向中華民國仲裁協會提起仲裁（90 年仲聲仁字第 166 號），並因相對人不同意選任仲裁人，經仲裁庭以違反合約修正一般規範第 5.26（11）條規定，已作成駁回聲請人請求之判斷，聲請人以同一事由再提起本件仲裁，違反一事不再理原則。但該仲裁庭僅判斷合約修正一般規範第 5.26（11）條規定應予適用，依規定聲請人不得請求以仲裁的方式解決爭議，對聲請人之請求（標的）部分並未作出任何判斷。易言之，前仲裁庭之判斷應係程序判斷，而非實體的判斷，就本案而言尚未生既判力之效果。…同時既判力亦以終局判決經裁判之訴訟標的始生既判力。就我國之法制而言，尚難認程序判斷具有既判力，因此本案並無一事不再理的問題。」

三、實務見解

（一）台灣台北地方法院判決

此一仲裁判斷作出後，相對人國工局隨即向台北地方法院提出撤銷仲裁判斷之訴，嗣經台灣台北地方法院在 94 年 2 月 18 日作出 93 年度仲訴字第 7 號判決，略以：「按仲裁人之判斷，於當事人間，與法院之確定判決，有同一效力；又法院關於仲裁事件之程序，除本法另有規定外，適用非訟事件法，非訟事件法未規定者，準用民事訴訟法。仲裁法第 37 條第 1 項、同法第 52 條分別定有明文。故有關仲裁判斷之效力，自應循民事訴訟法有關確定判決效力之規定。次按判決之實質上確定力，亦稱既判力，其內容即為訴訟標的之法律關係，於確定之終局判決經裁判者，當事人不得就該法律關係更行起訴，且於其他訴訟用作攻擊或防禦方法，亦不得為與確定判決意旨相反之主張，至該既判力惟本案之確定終局判決有之，若以程序上理由駁回原告之訴，並未就為訴訟標的之法律關係予以裁判者，則無既判力。最高法院 27 年上字第 1688 號判例意旨可資參照。是仲裁人之判斷若以程序上駁回聲請之請求者，該仲裁判斷並無既判力，當事人自得再行起訴，無一事不再理原則之適用。查本件被告前就其承攬原告北部第二高速公路第 C303Z 標基隆至汐止段路工工程，因兩造就系爭工程

第二號、第三號隧道洞口及明挖段「仰拱開挖」部分應屬何種計價項目發生爭議，曾向中華民國仲裁協會提起仲裁，請求給付工程款，經該協會為 90 年度仲聲仁字第 166 號判斷書以被告所為仲裁之聲請，違反兩造間之仲裁協議第 5.26(11)規定，被告所提起之仲裁，以違反仲裁協議為由，作成駁回被告請求之仲裁判斷等情，有 90 年仲聲仁字 166 號中華民國仲裁判斷書可稽，即 90 年仲聲仁字 166 號仲裁判斷書係以程序上理由駁回被告所為仲裁之聲請，並未就兩造有關工項計價項目爭議之實體關係為判斷，依前開所述，90 年仲聲仁字 166 號仲裁判斷書自不生實質上確定力，被告嗣後再行聲請系爭仲裁，並經系爭仲裁庭作成實體爭議之判斷，尚無違反一事不再理之原則。至原告所舉學者見解主張訴訟判決有既判力之適用，為我國判例不採，其據以主張系爭仲裁違反實質確定力逕為實體判斷，亦即仲裁庭違反法律規定，而有仲裁法第 40 條第 1 項第 4 款之情形，亦不足採。」

(二) 台灣高等法院判決

本案被告中華工程股份有限公司就同案其他爭點被台北地方法院判決敗訴後提起上訴，台灣高等法院 94 年重上字第 155 號判決維持台北地方法院判決，認為「該既判力惟本案之確定終局判決有之，若以程序上理由駁回原告之訴，並未就為訴訟標的之法律關係予以裁判者，則無既判力。亦即 90 年仲聲仁字 166 號仲裁判斷書係以程序上理由駁回被告所為仲裁之聲請，並未就兩造有關工項計價項目爭議之實體關係為判斷，依前開所述，90 年仲聲仁字 166 號仲裁判斷書自不生實質上確定力，故上訴人嗣後再就同一事由重行提付系爭仲裁，並經系爭仲裁庭作成實體爭議之判斷，並無違反一事不再理之原則。」是故仲裁人之判斷若以程序上駁回聲請之請求者，該仲裁判斷並無既判力，當事人自得再行起訴，無一事不再理原則之適用。

四、本文見解

從前述實務見解可知，法院依據仲裁法第 52 條「關於仲裁事件之程序，除本法另有規定外，適用非訟事件法，非訟事件法未規定者，準用民事訴訟法。」之規定，引用民事訴訟法有關確定判決效力之規定似亦屬依法有據。民事訴訟法對於有實質確定力之判決明定當事人不得就該法律關係更行起訴，且在其他訴訟不得將與確定判決意旨相反的主張作為攻擊或防禦之方法。只有本案之確定終局判決才有既判力，若以程序上理由駁回原告之訴，並未就為訴訟標的之

法律關係予以裁判者，則無既判力。從而法院認為「90年仲聲仁字166號仲裁判斷書係以程序上理由駁回被告所為仲裁之聲請，並未就兩造有關工項計價項目爭議之實體關係為判斷，自不生實質上確定力，故上訴人嗣後再就同一事由重行提付系爭仲裁，並經系爭仲裁庭作成實體爭議之判斷，並無違反一事不再理之原則。」

前述論述，似是而非；所謂一事不再理原則適用之基礎在於公共政策之考量，通常提升效率和最後爭議的解決，包含想要確保爭議的結束和一方當事人對於有關的相似爭議不要再有更多的麻煩，因此，的確，在英國合法體制上不僅事情在程序上被當成最後真實的等級解決，而且事情能夠也應該在程序上解決。完全屬行和適用這項原則，可能只有在英國法院的程序上，但它的潛在應用在仲裁程序上不應該無視於英國法和在英國的仲裁⁷⁹。從仲裁法的立法精神以觀，仲裁的成立關鍵在於雙方有無訂立仲裁協議；從前述案例可知，當事人爭執之點在於「被告所為仲裁之聲請，違反兩造間之仲裁協議第5.26(11)規定」，被告既違反協議在先，則雙方並無仲裁協議存在，其提起仲裁之條件依協議之規定即尚未成就，根本連提起之資格都尚未具備，又如何能夠聲請仲裁並進入仲裁程序，因而90年仲聲仁字166號仲裁判斷書以其違反仲裁協議為由，駁回被告所為仲裁之聲請，在法理上應受到肯定與支持。仲裁制度之精神，既在於尊重當事人意思自主及私法自治之原則，因此，必須當事人雙方均有仲裁的意願，才能在和諧、理性的氛圍中解決爭端，任何一方都不能勉強或強迫他方接受仲裁作為解決爭議的方式，仲裁制度的可貴即在於雙方必須在「你情我願」的情境下簽訂仲裁協議，如果一方不願履行仲裁協議的條件或規定，仲裁協議自然無法成立，協議不成立，雙方自然就無法進入仲裁審理的階段。其次，仲裁法僅在第52條規定：「法院關於仲裁事件之程序，除本法另有規定外，適用非訟事件法，非訟事件法未規定者，準用民事訴訟法。」但何者「應準用」，何者「不應準用」並未詳加規定。「準用」在法律上有所謂「具體準用」與「概括準用」之別；仲裁法與民事訴訟法畢竟是兩種不同的法律，二者性質、功能、

⁷⁹ See Jane Jenkins and Simon Stebbings, *International Construction Arbitration Law*, CHAPTER 13, Effect of the Award, 「The doctrine of res judicata is based on public policy considerations, including the desire to ensure that there is a conclusion to the dispute and that a party to the dispute is not troubled more than once in relation to the same issue, and thus generally to promote efficient and final dispute resolution. Indeed, in the English legal system it is not only matters which were actually resolved in proceedings which are treated as having this degree of finality but also matters which could and should have been resolved in the proceedings. The full rigour of this principle probably applies only to proceedings in the English courts, but its potential application to arbitration proceedings should not be ignored in English law/English seat arbitrations.」 page 281. 2006 Kluwer Law International, The Netherlands.

目的未必相同，民事訴訟法重視程序，講求證據，因而程序冗長，一般訴訟動輒需要經過三級三審，甚至，有可能需要經過再審階段才能定讞者；而仲裁則重在講求經濟、迅速、便捷、專業、保密等優點，此亦為仲裁能夠長久存在的因素所在。因而，本文認為，基於前述二者功能、性質、目的完全不同的法律，其要求的程序自然應該有繁簡不同的分別，在程序的處理上同樣有繁簡的差異，二者沒有必要採取相同的模式，而仲裁則應該保有其便捷、快速的長處，強調程序的簡化與快速，凡經仲裁判斷的案件一律不應再予受理，以免陷入「一再纏訟」的漩渦中，無法自拔，也失去尋求仲裁快速解決爭端的本意，因此，在仲裁法中應該詳細明列何者「準用」民事訴訟法，何者不應準用，對於曾經仲裁判斷的同一案件則應嚴格規定不得再行提起，即使提起亦應不予受理。以本案件為例，90年仲聲仁字第166號仲裁判斷與92年仲聲信字第036號仲裁判斷，其提付仲裁的仲裁聲請書狀完全一模一樣，一字不差，兩份聲請書狀，僅有提出時間的前後差異，其他所列之當事人、仲裁標的、仲裁聲明，完全相同；本案如係以民事訴訟方式在民事庭提出，民事法院在審理後，毫無疑問的應依民事訴訟法第249條規定予以裁定駁回。因其符合民事訴訟法上同一之訴的要件，依據民事訴訟法第253條規定「當事人不得就已起訴之事件，於訴訟繫屬中更行起訴。」，亦即前述案例應有一事不再理原則之適用，法院自應予以裁定駁回；此一案例，倘不採一事不再理之方式處理，則他方當事人是否亦可以在仲裁庭作出不利己方之判斷後，依樣畫葫蘆，重新提付仲裁？如此週而復始，將伊於胡底？不僅如此，當事人在仲裁判斷確定後，仍然可以程序問題向法院提起撤銷仲裁判斷之訴，然後再歷經一審、二審、三審，甚至再審，繼續纏訟不絕，則為了快速解決爭端所設立的仲裁制度尚有何存在的價值與意義？

第四目 契約約定「兩造不能在一方提出仲裁聲請之一定時間內選定各方之仲裁人並同時推出主任仲裁人時，視為雙方不同意仲裁，任一方得逕行起訴」得否視為雙方不同意仲裁之約定，而有撤銷仲裁判斷之事由？

按有關現在或將來之爭議，當事人得訂立仲裁協議，約定由仲裁人一人或單數之數人成立仲裁庭仲裁之，仲裁法第1條第1項定有明文。是仲裁係基於私法自治及契約自由原則之體現，據以設立之私法紛爭自主解決制度，當事人是否採用仲裁作為解決爭議之方式，完全尊重雙方當事人之合意，非任一造當事人所得自我決定。又仲裁人所為之判斷，依仲裁法第37條第1項、第2項規定，與確定判決有同一效力，經法院裁定後並得為執行名義，可見：有關仲裁

人之推選及其選定方法，攸關當事人權益，依私法自治原則，當事人對於仲裁人之推選、選定方法，以及是否保留選擇以仲裁程序解決紛爭等事項，均有自主權而得於仲裁協議中具體約定，因此，當事人自亦得利用仲裁人選定方法之約定，而使仲裁協議不成立、無效或失效。

在前舉國工局與得標承包商中華工程股份有限公司在二高後續基隆汐止段 C303Z 標系爭工程案例中，因在合約中訂有仲裁條款之規定，但在其特訂條款所修正之一般規範第 5.26(11) 條中亦規定：「任一方依前述規定提起仲裁時，應由當事人兩造各選一仲裁人，再由兩造所選之仲裁人共同推選另一仲裁人，如兩造不能在一方向中華民國商務仲裁協會提出聲請之日起二個月內就該仲裁事件選定各方之仲裁人並同時推出主任仲裁人時，視為雙方不同意仲裁，任一方得逕行起訴」此為雙方關於仲裁人選定之約定，此一約定是否有效？雙方在仲裁程序以及撤銷仲裁判斷之訴中曾有精彩的論辯，法院就本系爭事件之處理亦有極為精闢之見解值得參考，爰就仲裁庭、台灣台北地方法院以及台灣高等法院之法律見解臚列如后，供作參考：

一、仲裁判斷

中華民國仲裁協會 90 年仲聲仁字 166 號仲裁判斷：「兩造合約第 5.26(11) 條規定，乃兩造間有效成立之仲裁協議，於本件仲裁應予適用，故就系爭仲裁，本仲裁庭應以其違反兩造之仲裁協議第 5.26(11) 條規定為由駁回之，而無須且不得就聲請人之請求為實體判斷」「聲請人就已提起之仲裁違反仲裁協議，應予駁回。」「聲請人本件仲裁既經以違反系爭第 5.26(11) 條規定而被駁回，則聲請人就同一爭議提起訴訟，相對人自不得再抗辯爭議應以仲裁方式解決」。

而同一爭議案件，中華民國仲裁協會竟又以 92 年仲聲信字第 036 號作出完全不同的仲裁判斷：「本件雙方當事人所簽訂之「北部第二高速公路第 C303Z 標基隆至汐止段工程合約」特約條款修正一般規範第 5.26 條為仲裁之約定，而第 5.26(1) 條至第 5.26(9) 條為仲裁之前置程序條款，有合約書可稽，當事人間亦無爭執。聲請人已依上開條款第 5.26(1) 條至第 5.26(9) 條履踐提付仲裁之前置程序，並經相對人最終表示礙難同意依聲請人之主張辦理，聲請人就約定之爭議，即應提付仲裁。雖同條款第 5.26(11) 條規定「……(略)如兩造不能在一方向中華民國商務仲裁協會提出仲裁聲請之日起二個月內就該仲裁事件選定各方仲裁人並同推選出主任仲裁人時，視為雙方不同意仲裁，任一方得逕行起訴」。此約定並非仲裁協議之必要內容，係附加於仲裁協議外之條件，即約定承包商於完成提付仲裁之前置程序後，如兩造「不能」在一方提出

仲裁聲請起兩個月內選定各方之仲裁人並同時推出主任仲裁人時，視為雙方不同意仲裁。既然承包商已踐行提付仲裁之前置程序，而國工局亦為相對的應答，當事人間之爭議已完全合於仲裁之條件。易言之，當事人間之仲裁協議，於前開特約條款第 5.26 (9) 條，國工局收到承包商表示將欲提起仲裁之書面要求之日起，42 天內，扼要答覆承包商，而承包商不滿意國工局之答覆或無答覆為止，即已完全成立並發生效力。而上開第 5.26 (11) 條約定於條件成立時，當事人得逕行起訴，意在解除上開之效力。因此當事人間之條件意思，並非在條件成就前發生本條之效力，而係在條件成就後發生本條之效力，即一方當事人得逕行起訴，屬附停止條件之法律行為。否則無法解釋要求承包商須踐行仲裁前置程序，且國工局亦為一定之應答行為後，卻使其約定喪失效力。既然上開第 5.26 (11) 條之約定為附停止條件之法律行為，則其中之「兩造不能」應解為客觀的不能，相對人並未就客觀的不能有任何的主張。相對人主張「這是仲裁選任程序的特別約定，基於仲裁選任自主性的原則，我們沒有義務一定要選任，解釋上那個不能，就指說包括我們拒絕，也包括我們不願意，都涵蓋在裡面了。」據此應解為主觀的不能「不願意」。承包商即聲請人既已完成提起仲裁之前置程序，應無「不願意」之意思。因此，第 5.26 (11) 條件成立與否，取決於應接受仲裁義務之相對人。按法律行為附純粹之隨意條件，條件之成就取決於債務人者（喪失權利或負擔義務等不利益之人者），該法律行為無效。即第 5.26 (11) 條之約定應屬無效之約定。該約定既然無效，聲請人自得依仲裁法規定選定仲裁人、主任仲裁人。」

二、法院實務判決

(一) 台灣台北地方法院 93 年仲訴字第 7 號判決

「系爭仲裁判斷有無因違反兩造間修正一般規範第 5.26(11)條「如兩造不能在一方向中華民國商務仲裁協會提出仲裁聲請之日起二個月內就該仲裁事件選定各方之仲裁人並同時推出主任仲裁人時，視為雙方不同意仲裁，任一方得逕行起訴」，視為雙方不同意仲裁之約定，而有仲裁法第 38 條第 1 款，第 40 條第 1 項第 1、2、4 款之撤銷仲裁判斷之事由。

兩造間既就仲裁庭之組織為特別之協議，而此項協議復為仲裁法第 9 條所容許，惟兩造在選任各自之仲裁人及共同推選主任仲裁人之期間，未依約定選任仲裁人及共推主任仲裁人，其另一方即不得依據仲裁法第 11、12 條之規定，為他方選任仲裁人，或為雙方選任主任仲裁人，然本件被告竟未遵守兩造之上

開約定，函請仲裁協會代原告選定仲裁人，及為兩造選定主任仲裁人，其仲裁庭之組織於法自有未合，且其行為顯亦逾越仲裁協議之範圍，故原告主張本件仲裁判斷具有仲裁法第 38 條第 1 款、第 40 條第 1 項第 1、4 款之撤銷仲裁判斷事由，即非無據。

按仲裁協議不成立、無效，或於仲裁庭詢問終結時尚未生效或已失效者，當事人得對於他方提起撤銷仲裁判斷之訴，仲裁法第 40 條第 1 項第 2 款定有明文。所謂仲裁協議不成立、無效、於仲裁庭詢問終結前已失效，係針對仲裁協議之效力而言。查原告就系爭仲裁事件，並未於被告向仲裁協會提出仲裁聲請二個月內選定仲裁人，亦未與被告共同推選主任仲裁人，此為兩造所不爭執，依兩造於系爭合約修正一般規範第 5.26(11)條後段之約定，即視為兩造不同意仲裁，任一方得逕行起訴，是兩造間之仲裁協議依約已當然失其效力，而被告仍聲請仲裁庭替原告選任仲裁人及推選主任仲裁人，以進行仲裁，則本件仲裁判斷自有仲裁法第 40 條第 1 項第 2 款之撤銷仲裁判斷事由，此部分原告之主張亦屬可採。

綜上所述，原告主張因有 90 年仲聲仁字 166 號仲裁判斷，被告所提系爭仲裁判斷因違反一事不再理、業已失效之仲裁協議為仲裁及違反仲裁協議，固不可採，惟原告另主張系爭仲裁事件，並未於被告向仲裁協會提出仲裁聲請二個月內選定仲裁人，亦未與被告共同推選主任仲裁人，依兩造於系爭合約修正一般規範第 5.26(11)條後段之約定，即視為兩造不同意仲裁，任一方得逕行起訴，兩造間之仲裁協議依約亦已當然失其效力，被告竟另依仲裁法第 11、12 條之規定為原告選任仲裁人，及為雙方選任主任仲裁人，即屬違反仲裁協議，其仲裁判斷即構成程序上之違法，為可採。從而，原告依據仲裁法第 38 條第 1 款、第 40 條第 1 項第 1、2、4 款之規定，提起本件撤銷仲裁判斷之訴，即有理由，應予准許。」

(二) 台灣高等法院 94 年重上字第 155 號判決

「兩造間就仲裁人之選任、方式、期間及未依約定選任之法律效果，已於修正一般規範第 5.26 (11) 條中合意為特別約定，自應排除仲裁法第 11 條、第 12 條有關由仲裁機構或法院選定仲裁人之規定。而本件仲裁判斷事件中，被上訴人在上訴人向仲裁協會提出系爭仲裁聲請之日起二個月並未選定仲裁人，亦未共推主任仲裁人之情，為兩造所不爭執之事實，則依上開第 5.26 (11) 條約定，應視為兩造不同意仲裁，而兩造間之仲裁協議業已失效；詎上訴人仍聲請仲裁協會為被上訴人選定仲裁人及推選主任仲裁人，因而組成之仲裁庭顯然

違反兩造之仲裁協議，應認為有仲裁法第 40 條第 1 項第 2、4 款規定之撤銷仲裁判斷事由。從而，被上訴人據以提起撤銷系爭仲裁判斷之訴，為有理由。

綜上所述，系爭仲裁判斷事件中，被上訴人未選定仲裁人，亦未共推主任仲裁人，依兩造間合約修正一般規範第 5.26 (11) 條約定，視為兩造不同意仲裁，而使兩造間之仲裁協議業已失效；上訴人竟聲請仲裁協會為被上訴人選定仲裁人及推選主任仲裁人，因而組成之仲裁庭顯然違反兩造之仲裁協議，應認為有仲裁法第 40 條第 1 項第 2、4 款規定之撤銷仲裁判斷事由。從而，被上訴人據以提起撤銷系爭仲裁判斷之訴，為有理由，應予准許。原審判准被上訴人之請求，並無不合。上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應予駁回」

同此見解者尚有最高法院 93 年台上字第 1566 號民事判決⁸⁰、93 年台上字第 2193 號民事判決⁸¹。

三、本文見解

本文認為當事人兩造在合約中既已約定「如兩造不能在一方向中華民國商務仲裁協會提出仲裁聲請之日起二個月內就該仲裁事件選定各方之仲裁人並同時推出主任仲裁人時，視為雙方不同意仲裁，任一方得逕行起訴」，即應視為雙方不同意仲裁之約定，而有仲裁法第 38 條第 1 款，第 40 條第 1 項第 1、2、

⁸⁰ 最高法院 93 年台上字第 1566 號民事判決：「按仲裁協議，未約定仲裁人及其選定方法者，應由雙方當事人各選一人仲裁人，再由雙方選定之仲裁人共推第三仲裁人為主任仲裁人，並由仲裁庭以書面通知當事人，仲裁法第 9 條第 1 項固定有明文。惟查兩造於特約之修正一般規範第 5.26 條後段既已明文約定選任仲裁人之方式及期間，雙方當事人在向仲裁協會提出仲裁聲請之日起二個月內就該仲裁事件先選定各方之仲裁人，並共同推選出主任仲裁人，且於同規範第 5.26 條約定：「除前述規定外，本合約之仲裁程序應適用中華民國商務仲裁條例（即現行仲裁法）」，上開約定所指「前述規定」，依其條文之排列順序觀之，當然包括一般規範第 5.26 條選任仲裁人方法之約定，則兩造似已合意排除適用仲裁法有關選任仲裁人方法之規定。因之系爭仲裁是否有適用仲裁法第 9 條、第 12 條之規定選定仲裁人組成仲裁庭之餘地，即非無疑。原審未詳予研求論及，遽認仲裁協會代為選定仲裁人及為兩造選定主任仲裁人，組成仲裁庭，於法並無不合，自嫌速斷。」

⁸¹ 最高法院 93 年台上字第 2193 號民事判決：「惟由仲裁法第 1 條第 1 項所定內容以觀，仲裁既須在當事人雙方均同意以此程序解決爭端之情形下，始有適用，在契約自由原則下，自可訂明仲裁協議在某種約定情形下失其效力，以維護當事人自主決定適用仲裁程序之權利。查兩造於修正一般規範第 5.26(12)條既約定『除前述規定外』，本合約之仲裁程序應適用中華民國商務仲裁條例（修正後法規名稱為仲裁法），條次在前之第 5.26(11) 條即應先於仲裁法適用，而第 5.26(11)條後段既約定「兩造不能在一方向中華民國商務仲裁協會提出仲裁聲請之日起二個月內，就該仲裁事件選定各方之仲裁人並（共）同推選出主任仲裁人時，雙方不同意仲裁，任一方得逕行起訴，依上說明，不僅兩造間之仲裁協議有無因此失其效力，……視為是否應依仲裁法第 12 條規定組成仲裁庭進行仲裁，尚非無疑。乃原審就此攸關兩造間之仲裁協議是否失效以及仲裁庭組成是否違反仲裁協議之修正一般規範第 5.26(11)條後段約定，未詳予推研，而以前揭理由，遽為上訴人不利之判決，自難昭折服。上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。」（台灣高等法院 92 年重上字第 363 號判決）。

4 款之撤銷仲裁判斷之事由，因而，雙方之前所訂之仲裁協議當然不生效力。
本文認同前述實務之見解，認為有撤銷仲裁判斷之事由。



第三章 工程糾紛解決機制

第一節 傳統解決爭議機制的種類

一個和諧穩定的社會並不是消滅了矛盾糾紛的社會，而是擁有合理的糾紛解決機制的社會⁸²。解決爭議的方式，傳統上，不外以法院的訴訟、和解、調解為主的機制⁸³，而仲裁則被視為紛爭解決的一種替代方案，茲就其特性與優缺點，分述如下：

第一項 法院訴訟 (Litigation)

訴訟係指當事人一方或雙方向法院提出請求，主張自己法律上權利，由國家司法機關依法律所規定的程序管轄處理，當事人在取得法院確定並具有執行名義之判決後，得聲請法院強制執行，以終結彼此間的爭議⁸⁴。由於訴訟係由國家公權力直接介入，並以判決作為執行依據，故最具強制力。因為訴訟不講求情面，只追求法律正義的實現，所以在傳統觀念上，以講求和諧及合作關係的商場，雙方為了維持彼此情誼，非有必要，均儘量避免以訴訟作為解決爭議的手段。

憲法第 16 條規定：「人民有請願、訴願及訴訟之權。」，可見訴訟為人民之基本權利，當人民權利受到侵害時，得依法請求國家司法機關，排除其侵害，以保障其權利。訴訟為傳統解決爭議的制度，無論民、刑訴訟均得提起，在我國無論實體法抑或程序法其發展均已趨成熟。法官均受過嚴格的法律訓練，且經過國家考試嚴格篩選及格，其行使職權受憲法保障，完全獨立不受任何干涉，且我國訴訟制度採三級三審之上訴救濟程序，當事人受不公或不法審判之機會，可謂微乎其微，司法裁判一律講求證據，依據法律程序執行國家賦予的職權。然而，傳統法官均係來自相同的法律背景，欠缺專業審理的能力，雖然，可以藉助專業鑑定機構或專家協助，以彌補其專業不足的缺點，但專業鑑定費時費力，法官對鑑定結果之判讀亦須仰賴他人作最後決定，如果欠缺公正鑑定機構，則當事人受到不公判決的機會將因而大增，有鑑於此，司法院曾在民國

⁸² 吳春平，化解社會矛盾糾紛需要多元化機制，中國司法，2007 年 4 月，頁 71。

⁸³ David A R Williams QC, Arbitration And Dispute Resolution, 「Arbitration is typically distinguished from mediation and conciliation by the locus of power to determine dispute: in arbitration, this power is conferred upon the arbitrator; under mediation and conciliation the parties retain this power, with the result that there may not always be a final and binding decision.」, Heinonline—2004 N. Z. L. REV. 2004, page91.

⁸⁴ 陳計男，民事訴訟法論，第五編第一章「判決」，三民書局，88 年 11 月修訂初版（上），頁 53-98。

88年7月所舉辦的司法改革會議中，提議採行專家參審制，以增強法官法律外專業知識之提升，俾使國人對司法裁判產生信服，以樹立司法裁判的專業權威。茲將訴訟的優、缺點分析如下：

訴訟的優點在於：一、程序公開透明，三級三審，保障完善。二、裁判確定後，具有強制執行名義，可聲請法院強制執行，法定效力最強。三、民事訴訟可委託律師代理。四、可作為各項爭議處置之後盾。

其缺點在於：一、法官缺乏工程技術專業素養，需借重專業單位鑑定釐清責任。二、三級三審繳納訴訟費用以及負擔律師費用，所費不貲。三、法律程序冗長，審理費時，爭訟期間難以估計，往往纏訟多年。四、審判公開，業務機密容易洩漏。五、審判過程雙方當事人常易形成尖銳對立，影響和諧關係。六、注重各種訴訟程序上之法則，程序較無彈性。七、專家參審程序有待建立。八、爭訟期間，導致工程停擺，影響工程品質與進度。

第二項 訴訟上和解 (conciliation)

所謂訴訟上和解係指當事人於訴訟繫屬中，在受訴法院、受命法官、受託法官前，約定互相讓步，以終止爭執或防止爭執之發生，同時又以終結訴訟之全部或一部為目的之合意⁸⁵。受訴法院在訴訟繫屬中得隨時對當事人為息訟之勸告，或由為和解之法官擬定和解方案，勸諭兩造採擇，隱含有若干公權力之強制於其中，但仍不得以命令行之，而須經當事人完全之同意，故就確定兩造間之實體關係而言，訴訟上之和解，依然為自治的解決民事紛爭的方法，其內容與判決程序之為強制的解決方法，必須依據法律者不同，因此和解的內容，未必盡符原定法律之意旨。和解成立者與確定判決有同一的效力，因而訴訟法上和解，除發生民法第736條之和解效力外，並有強制執行法上之執行力而有執行名義，且訴訟程序因而終結。

訴訟上和解，具有實體法上及程序法上行為的雙重性格，故關於其要件，在內容上必須具備實體法上之和解要件，在程序法上必須具備一定之訴訟要件。

其實體法上之和解要件有：一、須當事人互相讓步。二、須當事人以終止爭執為目的。三、須當事人得自由處分之權利或法律關係為之。

其訴訟法上之和解要件：訴訟法上之和解，因不必為本案判決，故不須具備為本案判決時所須具備之一切訴訟要件，但訴訟上和解，仍不失為訴訟行為，自仍須具備一定之訴訟要件。一、在當事人要件方面：1. 當事人須有訴訟能力。

⁸⁵ 陳計男，民事訴訟法論，第五編第二章「因裁判以外原因之訴訟終結」，三民書局，89年8月再版（下），頁112-135。

2. 在必要共同訴訟須由全體共同訴訟人為之。二、在法院要件方面：應於期日
在受訴法院、受命法官、受託法官前為之。三、在訴訟標的之要件方面：訴訟
上和解係於訴訟繫屬中以終止爭執並終結訴訟為目的之當事人間之合意，故如
非以終結訴訟為目的之與訴訟標的本身無直接關係之法律關係成立和解者，不
能謂為訴訟上和解。因之，須就訴訟繫屬中之訴訟標的為和解，但不以在同一
法院之同一法官受理者為限。四、在合意要件方面：訴訟上和解，於當事人就
和解之內容，雙方意思表示一致時，和解即已成立，作成和解筆錄並簽名，並
非和解之生效要件，僅將來當事人得據以聲請強制執行之執行名義文件而已。

第三項 法院之調解 (Mediation)

調解，乃法院依當事人之聲請，於起訴前就兩造間之民事法律關係爭執，
從中調停排解，促使兩造達成協議以避免訴訟之程序⁸⁶。可知調解係經由法院勸
諭，使兩造當事人互相讓步自行成立和解，以防止訴訟發生之制度，性質上屬
非訟事件之性質。因其有法院之介入，且其達成之和解，有執行名義，故與民
法上之和解不同。調解雖係在法院達成爭執的協議，但與訴訟上之和解仍有不
同。訴訟上和解得在各審級為之，調解則限在起訴前，故僅能在第一審之地方
法院為之。訴訟上和解可由受訴法院、受命法官、受託法官為之，而調解係由
地方法院簡易庭法官為之，並由法官選任調解委員一至三人先行調解（民事訴
訟法第 406 條之 1）。

訴訟上調解雖其程序須由當事人聲請而開始，但民事訴訟法對於若干事件
之提起，強制其應先經調解，在訴訟繫屬中，法院亦得經兩造合意將事件移付
調解。在調解程序中，法官應將適於為調解之人選造冊，以供當事人選任（民
事訴訟法第 406 條之 2）。

為達成調解目的之必要，法院得依當事人之聲請，禁止他造變更現狀，處
分標的物，或為其他一定行為或不行為，當事人無正當理由不從處置命令者，
法院得裁處罰鍰（民事訴訟法第 409 條之 1）。訴訟上和解則無此規定。同時，
法律對於不到場之當事人訂有處罰之規定，用以強制當事人到場調解（民事訴
訟法第 409 條）。此外，對有利害關係之第三人，得經法官許可參加調解程序，
法官並得將事件通知其參加（民事訴訟法第 412 條之 1）。訴訟上和解有無效或得
撤銷之原因時，係以聲請繼續審判為其救濟程序，但在調解則應提起宣告調解
無效或撤銷調解之訴（民事訴訟法第 416 條）。和解須當事人雙方互相讓步，而
在調解則僅須一方讓步即可。

⁸⁶ 陳計男，民事訴訟法論，第六編第一章「調解程序」，三民書局，89 年 8 月再版（下），頁 179-206。

在調解遇當事人不能合意，但已甚接近者法官應斟酌一切情形，其有調解委員者，並應徵詢調解委員之意見，求兩造利益之平衡，在不違反兩造當事人之主要意思範圍內，以職權提出解決事件之適當方案（民事訴訟法第 417 條）。當事人如於該方案送達翌日起十日內不為異議，視為調解成立。

民事訴訟法第 403 條另規定具有一定之事由者，在提起訴訟前，應先行調解，此類事件共有 11 項是為強制調解之事件。此外，在人事訴訟事件亦規定，離婚之訴、夫妻同居之訴、終止收養關係之訴，在起訴前應經調解，並準用民事訴訟法第 403 條至第 426 條關於調解程序之規定（民事訴訟法第 577 條）。

第二節 仲裁及其他解決工程爭議的替代方案(Alternative Dispute Resolution, ADR)

近年來，非訟糾紛解決方式（或稱為多元替代性糾紛解決方式，簡稱為 ADR），在世界各國日益受到重視並廣泛應用，逐步被納入法治軌道，形成了與訴訟制度相互銜接、協調並行的多元化糾紛解決機制⁸⁷。美國在 1998 年「ADR 法」中對其定義為⁸⁸：「包括任何主審法官宣判以外的程序和方法。在這種程序中，通過諸如早期中立人評估、調解、迷你法庭和仲裁等方式，中立第三方在論爭中參與協助解決糾紛」。當然仲裁也難免有其缺點，其最主要者乃為程序上的延誤，仲裁之所以能夠取代訴訟而成為近年廣受工商界，特別是營造工程界的青睞，而占有一定的市場，其最主要的理由就在於仲裁較諸傳統訴訟，在程序上更為迅速、節省時間以及勞費的優點，但是由於制度的設計缺失，導致當事人常利用仲裁程序技巧延誤仲裁期間，使得欲利用仲裁機制解決爭議的當事人陷入進退維谷的窘境，從而國際間又發展出仲裁的替代方案（Alternative Dispute Resolution, ADR）以彌補仲裁制度的缺失。ADR 既屬替代方案，當然亦不排除傳統之爭端解決方式⁸⁹。所謂替代方案，則是指由案件特殊性質考量，以仲裁或訴訟方式無法有效解決當事人之紛爭或迎合當事人之需求時，選擇一種適合解決的替代方案 ADR 程序，以幫助或補充仲裁之不足，並非以 ADR 完全取代訴訟或仲裁⁹⁰。

在 Jane Jenkins and Simon Stebbings 所著的 International

⁸⁷ 吳春平，化解社會矛盾糾紛需要多元化機制，中國司法，2007 年 4 月，頁 72。吳光明，美國之訴訟外糾紛解決(ADR)機制---兼論美國仲裁協會之仲裁人教育訓練，仲裁季刊第 69 期，2003 年 9 月 30 日，頁 15-31。

⁸⁸ 陳志新，關於在發展人民調解制度中吸納國外 ADR 成果的思考，中國司法，2005 年 4 月，總 64 期，頁 47-52。

⁸⁹ Julia Ann Gold, ADR Through A Cultural Lens: How Cultural Values Shape Our Disputing Processes, Heinonline—2005 J. Disp. Resol. page 289 以下。

⁹⁰ 陳煥文，仲裁法逐條釋義，崗華傳播事業有限公司，2002 年 10 月增訂再版，頁 12-15。

Construction Arbitration Law 一書中，在其第三章爭議的避免和解決 (Dispute Avoidance and Resolution)，以及第六章替代方案的種類 (Form of ADR) 中，曾特別提及常被使用在國際企業上主要的替代方案ADR-Alternative Dispute Resolution, 包括仲裁、和解、調解、迷你法庭、早期中立人評估。除了前述四種替代方案外，就目前工程實務上常被作為解決爭議使用的幾種替代方案亦一併予以介紹如下⁹¹：

第一項 仲裁 (Arbitration)

仲裁制度的發展，淵源流長，歷史悠久。我國自民國 87 年 6 月 24 日將「商務仲裁條例」公布修正，改為「仲裁法」之後，整個仲裁制度的發展與運作已漸趨成熟完備。近年來，仲裁儼然已成為企業普遍選擇作為解決國際貿易或國際工程衍生爭端的方式；有關仲裁制度的起源、立法沿革、定義、仲裁人之權限、仲裁機構的法律特性以及仲裁制度之優缺點、仲裁種類等相關問題，將在下面陸續介紹，俾能對仲裁有更深一層之認識。

第一款 制度起源

仲裁制度起源甚早，人類遠在部族聚落時期，即有類似族內仲裁的機制，族內重要問題皆由族內族長依據族規處理，以平息族內紛爭，解決問題⁹²。在法的起源時代，各文明古國的法律制度都是經過一個由習慣法走向成文法轉化和發展的漫長歷史。法律的產生最初是由不成文法的形式出現，亦即所謂習慣法，經過長期反覆不斷的適用，從而形成約定成俗的習慣法，嗣後，隨著文明社會的發展及歷史的演進，創制了文字，然後才有成文法的產生，而且最早出現的成文法多屬習慣法的紀錄和彙編⁹³。此段法源的形成，中外皆然。

⁹¹ See Jane Jenkins and Simon Stebbings , International Construction Arbitration Law , Chapter 3, Dispute Avoidance and Resolution, 「However, the main types of ADR used on international projects are as follows.」, page 60-62 ; Chapter 6, Form of ADR, page 131-136, 2006 Kluwer Law International, The Netherland ; otherwise see American Arbitration Association , HANDBOOK ON CONSTRUCTION ARBITRATION AND ADR, Chapter 5 Arbitration, page 173-197 , 「 There is plenty of literature on drafting ADR clauses that the drafter could consult. The AAA's excellent booklet entitled Drafting Dispute Resolution Clauses-A Practical Guide can be drafting will cost the parties significantly less in the long run by avoiding challenges to the operation of the clause.」 , 2007.

⁹² 戴炎輝，中國法制史，三民書局，民國 58 年 7 月再版，頁 208。

⁹³ 由嶸主編，外國法制史，北京大學出版社，民國 82 年 10 月，台灣五南圖書公司發行台灣版，頁 4。

我國自古即重視刑事法，因此民事法的發展未如刑事法發達，各民族的刑法及侵權行為，大致皆淵源於復讐，而復讐大率係民族等團體的報復。即至政治權威確立之後，始有賠償方式與和解的機制。

在我國，早在周代，即已建立宗法制度作為適應封邦建國及建立統治秩序的需要，由於宗法制度的確立，使得政權、族權和王權更加緊密地結合在一起⁹⁴。公的刑罰權已經確立，唐明清律禁止親屬被殺而私下和解；明清律也禁止私下和解通姦行為，對於已經告官的行為也禁止私下和解。但在民間却仍然可以私下和解了事，尤其對於輕微的刑事案件（有如現今的告訴乃論之罪）。唐明清律已區別刑事責任與民事責任，故有「償而不坐」、「坐而不償」之規定，刑律之內亦滲雜民事法，違反者必須負刑事責任，民刑訴訟不分，民事依附在刑事中進行⁹⁵。

明代在縣以下的鄉里，還有一特設的組織「申明亭」。明儒顧炎武在其「日知錄」卷八中曾有一段記載：洪武27年4月：「命有司擇民間高年老人公正可任事者，理其鄉之詞訟，若戶婚、田宅、鬥毆者，則會里胥決之。事涉重者，始白於官，若不由里老處分徑行訴縣官，此之謂越訴也。」所謂年高公正之人和里老之輩，絕大多數是地方上的豪紳及族長，以此作為事實上的第一審，充分顯示了政權和族權的緊密結合。其時，「天下邑里皆置申明、旌善二亭」，里老於其中調解糾紛⁹⁶。里老即與今日之仲裁人角色相同，均在調解仲裁解決紛爭也。

清代將田土、戶籍、婚姻、財產、債務，以及賭博、鬥毆輕傷等稱為「民間細故」，由州縣自行審理。州縣「自理」案件，即是民事案件和一部分輕微刑事案件或治安案件，按清律大多應處以笞、杖，又可叫笞杖輕罪案件。

州縣對自理案件的審斷基本上有兩種形式：責懲後作出裁決、調處息訟。一般多採用後者，或加以責懲。所謂責懲，即酌量笞杖，或加枷。而調處息訟，即調解，其程序並無法律明文規定，大體上有當堂調處撤訴、責令雙方堂下自行調解、指定中正保人調處雙方等。調處成功後，雙方向州縣具結不再爭訟。調處的依據，仍然是倫理、習俗和法律。

清代沒有像明代設申明亭，但擔任調處的主持人仍是族長者老、鄉紳里甲有德行聲望者⁹⁷。告狀到州縣的調處是訴訟內調解，還有更多的民間糾紛未經到衙門，就已經調處，是訴訟外調解。正因為清代州縣調處是帶有強制性的，並

⁹⁴ 張晉藩，中國法制史，台灣五南圖書公司發行台灣版，民國81年9月初版，頁31-32。

⁹⁵ 戴炎輝，前揭註4，頁18；張晉藩，中國法制史，台灣五南圖書公司發行台灣版，民國81年9月初版，頁444。

⁹⁶ 鄭秦，中國法制史，文津出版社有限公司，民國86年4月初版，頁291。

⁹⁷ 鄭秦，中國法制史，頁335，轉引自鄭秦，清代州縣審判試析，清史論叢第八輯，1991。

不是雙方自願，因此許多當事人懾於官府、族長的壓力，被迫接受調處結案，這是封建調處的本質所在，在統治者強調調處息訟的影響下，經調處結案的比重較大⁹⁸。調處息訟、息事寧人、減輕訟累將一些民間糾紛化解在基層，對中國傳統社會的穩定起了很大的作用⁹⁹。

在外國，古希臘時期，希臘人即已廣泛使用仲裁程序以解決日常生活問題，小自生活紛爭，大至土地所有權、領土疆界的爭執，均有利用仲裁解決紛爭的記述¹⁰⁰。在地中海沿岸，從事海上貿易活動的民眾，遇有海事糾紛，驟依固有習慣，由當地商人依照交易慣習仲裁解決¹⁰¹。

仲裁觀念可說是由古希臘和古羅馬法衍生出來的，法官僅能依據法條來辦案，但仲裁者卻能依衡平法則來自由心證，此即法律仲裁與衡平仲裁不同之處，至今仍存在於主要貿易國間的司法制度中¹⁰²。英美法系國家只承認法律仲裁，而大陸法系國家，則兼採法律仲裁與衡平仲裁。

值得注意的是，古代仲裁原則雖然建立了現代實務上的仲裁模式，但遲至60年代，仍無一套現代的仲裁法發展出來，仲裁依舊維持原始的型態¹⁰³。然而，隨著經濟社會的發展，近40年來仲裁有了突破性的變化，傳統以訴訟解決問題的方式，因為程序冗長，耗時費力，無法滿足快速變遷的時代需求，以仲裁取代訴訟，已為時勢發展所必然¹⁰⁴。

第二款 立法沿革

我國最早引進仲裁制度應首推民國10年8月前北京政府司法部公布，民國24年5月9日國民政府修正公布同日施行之「民事公斷暫行條例」，其後，因國事綢繆，抗日、剿共，戰亂頻仍；民國38年政府遷台，此時政府面對剛從日

⁹⁸ 張晉藩，中國法制史，台灣五南圖書公司發行台灣版，民國81年9月初版，頁524。

⁹⁹ 陳顧遠，中國法制史概要，三民書局，民國59年1月4版，頁57-58；在這個階段「仲裁」與「調解」常混為一談，一般人並不能清楚分辨，其實，所謂「仲裁」係指一個解決紛爭的方法論，有個中立的斡旋人將發生爭執的關係人集合起來、聽取辯詞、收集證據、並提出一個有效的決定；而所謂「調解」係指一個解決紛爭的方法論，有個中立的斡旋人協助發生爭執的關係人達成一個他們皆可接受的協議。

¹⁰⁰ 轉引自陳煥文，仲裁法逐條釋義，崗華傳播事業有限公司，2002年10月，二版，頁1，註2，L.Steven, Resolving Business Disputes, the Potential Commercial Arbitration 17 (1965)。

¹⁰¹ 轉引自陳煥文前揭書，註3，Bischoff, Maritime Arbitration in International Commercial Arbitration 14-15 (C.Schmit Toff ed. Vol.1982)。

¹⁰² 轉引自陳煥文前揭書，註6，Macassey, British-American Commercial Arbitration: Comparisons and Contrasts, 5arb.J.1126 (1950)。

¹⁰³ 陳煥文，仲裁法逐條釋義，崗華傳播事業有限公司，2002年10月，二版，頁3。

¹⁰⁴ Everybody Loves Arbitration: The Second Circuit Sets Pro-Arbitration Precedent in International Commercial Arbitration Cases, Phoenix Aktiengesellschaft v, Ecoplas, Inc. Heinonline—2005 J.Disp. Resol. 481 2005.

本戰敗手中接收回歸祖國的台灣，民生凋敝，殘破景象隨處可見，農村經濟蕭條，百廢待舉，一切建設都在為籌畫反攻復國大業做準備，工商尚未發達，政府更無暇顧及仲裁制度的發展。直至民國 44 年政府才正式核准由民間籌設聲請成立的「中華民國商務仲裁協會¹⁰⁵」，此為中華民國政府在台灣第一個核准的仲裁團體，屬於私法人組織。

民國 50 年 1 月 2 日立法院制定通過，並由總統公布頒行「商務仲裁條例」，全文僅有 10 條。民國 62 年 4 月 6 日，復由內政、經濟、及司法行政部（法務部前身）會同頒布「商務仲裁協會組織及仲裁費用規則」，至此，我國仲裁制度正式確立；惟因國人對仲裁觀念尚未瞭解，其公正性無法獲得民眾信賴，致業務不易推展，在施行 20 餘年後，仲裁制度一直未能隨著國際貿易之發展而受到應有的重視¹⁰⁶。而此一階段大部分國際貿易糾紛的解決，不在商務仲裁協會，也不在法院，而是在經濟部國際貿易局。因而「商務仲裁條例」自民國 50 年制定以來，以迄民國 71 年修正為止，該協會事實上僅受理了 8 件仲裁案件，其績效不彰之原因，固有多端¹⁰⁷，然檢討其原因，則係工商界不諳仲裁程序，社會各界又未加以重視，有以致之。其後，隨著國內經濟快速發展，仲裁法在歷經民國 71 年及 75 年二度修正及政府大力推動下，國內仲裁機構已由當時的一家增至目前的四家，每年受理的仲裁案件件數亦逐年增加。而各仲裁機構之會員數以及所登記之仲裁人更有明顯之成長。探究其原因，除了中華民國仲裁協會長期對於仲裁業務之推廣扮演積極的角色外，政府在政策上極力配合亦為主要原因，尤其，內政部在民國 78 年 6 月 19 日，以台（78）內營字第 70946 號函，請各機關在訂定工程契約時應約定仲裁條款之後，國內仲裁案件，其數量即有明顯增加現象，特別是有關工程仲裁的案件更是呈直線倍數成長。

之後，政府為了進一步肆應國際化、自由化經濟發展的需求，以符合國際立法趨勢及我國未來社經發展之需要，法務部更在民國 82 年間決定參考聯合國國際貿易法委員會國際商務仲裁模範法（UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration adopted by United Nation Commission on International Trade Law on 21 June 1985 以下簡稱聯合國國際商務仲裁模範法）及英、美、德、日、法等先進國家之立法例，並以中華民國仲裁協會所提草案為藍本，廣徵政府機關與民間團體意見後，於民國 84 年 12 月起至 85 年 10 月間召開 14 次研修會議，邀請相關機關、團體及學者、專家詳加研討，

¹⁰⁵ 法務部研商「商務仲裁條例研究修正草案」第一次會議主席致詞會議紀錄，參閱法務部商務仲裁條例研究修正實錄，法務部，民國 86 年 12 月出版，頁 5。

¹⁰⁶ 楊崇森，商務仲裁的理論與實務，中央文物供應社，民國 73 年 12 月，頁 1、9、14。

¹⁰⁷ 陳煥文，國際仲裁法專論，五南出版社，1994 年 4 月初版第 1 刷，頁 1。

獲致具體結論，並將條文由原來 38 條增至 54 條¹⁰⁸；隨即由法務部將草案條文在 85 年底報陳行政院審查，嗣經多次研修，歷經四次審查會議後，行政院在 86 年 7 月正式將院會審查通過的仲裁法草案函請立法院審議。立法院在 87 年之會期中，終於完成三讀，通過仲裁法之立法程序，全文增列為 56 個條文並將名稱修正為「仲裁法」。民國 87 年 6 月 24 日總統明令公布，並於 87 年 12 月 24 日生效實施。其後，又於民國 91 年 7 月 10 日修正第 8 條、第 54 條、第 56 條三個條文。

第三款 仲裁的定義

仲裁 (Arbitration) 亦稱為公斷，係指發生爭議的雙方當事人，根據其在爭議發生之前或爭議發生之後所達成的協議，自願將他們之間發生的私法上爭議提交給他們所同意的第三者 (仲裁人) 進行裁決判斷，以求爭議最終解決的制度和方式¹⁰⁹。所以，仲裁是在法院訴訟之外，解決私法紛爭的一種制度¹¹⁰，亦是當事人基於私法自治及契約自由原則，依據程序選擇權自主決定採行仲裁程序¹¹¹，以解決私法紛爭的制度¹¹²。依據仲裁法第 1 條第 1 項規定「有關現在或將來之爭議，當事人得訂立仲裁協議，約定由仲裁人一人或單數之數人成立仲裁庭仲裁之」，從上述法條文義觀之，舉凡私法上的爭議，例如，公共工程、商品買賣、金融保險、證券交易、智慧財產權、不動產交易、海上船舶糾紛、消費爭議、勞資爭議等均屬當事人自治的範疇，原則上當事人均能在紛爭發生前或紛爭發生後訂立仲裁契約 (Arbitral Agreement)，將其由一定法律關係所生之紛爭，提付第三人之私人仲裁人 (Arbitrator)，經由仲裁人所主持之仲裁程序 (Arbitral proceeding)，作成於當事人間終局確定且有拘束力之仲裁判斷 (Arbitral Award) 之制度¹¹³。仲裁係屬一「私的審判制度」(private system of adjudication)，仲裁人擁有類似法官的職權，具有準司法之性格，由當事人而非國家賦予仲裁人權力與義務，故有稱仲裁人為「民間法官」，仲裁協會為

¹⁰⁸ 參閱法務部商務仲裁條例研究修正實錄，法務部，民國 86 年 12 月出版。

¹⁰⁹ 楊崇森，美國法制研究—美國商務仲裁制度，漢苑出版社，民國 65 年 6 月，初版，頁 71-105；陳煥文，仲裁法逐條釋義，崗華傳播事業有限公司，2002 年 10 月，二版，頁 3；楊崇森等七人合著，仲裁法新論，中華民國仲裁協會，1999 年 9 月 1 版，頁 1；蔡佩芬，談仲裁判斷，仲裁季刊第 69 期，民國 92 年 9 月 30 日，頁 45；萬泳延、張一多，對我國仲裁制度幾個法律問題的思索，財經界，法律研究，2007 年 4 月，頁 269。

¹¹⁰ Celeste Hammond & Jeffrey J. Mayer, Arbitration Advocacy: From Clause to Hearing, page 102-104, Heinonline—28 Am. J. Advoc. 101 2004-2005.

¹¹¹ 寇曉燕，論仲裁程序主體性理念，成都大學學報，2007 年第 5 期，頁 29-31。

¹¹² 林俊益，仲裁法之實用權益，永然出版股份有限公司，2001 年，頁 18。

¹¹³ 林俊益，法院在商務仲裁之角色，永然出版股份有限公司，民國 85 年 4 月，頁 12。

「民間法院」的說法¹¹⁴。

第四款 仲裁人之權限

仲裁人的權限，其來源主要來自：(一) 當事人所訂之仲裁協議 (二) 法律之規定。爰就前列之主要來源，分別說明如下：

(一) 當事人所訂之仲裁協議：仲裁作為替代性糾紛解決機制的組成部分之一，最顯著的特點就是尊重當事人的意思自治。不僅當事人提出仲裁申請要以當事人之間存在真實有效的仲裁協議為前提，而且仲裁庭行使仲裁權也必須以當事人之間的仲裁協議為主要依據。在此意義上，仲裁機構管轄權的取得是基於當事人的合意，而非國家強制力為後盾¹¹⁵。此項權限，可分為直接授權與間接授權。所謂直接授權，係指當事人於仲裁協議內，指明仲裁人具有此種權限。所謂間接授權係指當事人非以明示直接授與仲裁人某種權限，而是依據當事人約定的國際性或機構性仲裁規則作為程序準據法，而此類仲裁規則中有明示賦予仲裁人某些權限。

(二) 法律之規定：法官依據法律獨立審判，其權源來自國家憲法層次之授權，具有絕對的強制及權威性，而仲裁人之權限則係來自當事人仲裁協議所授權，與法官由國家直接授權所賦予的權力，仍有不同。因此為了減少仲裁程序中可能發生的障礙發生，國家通常會以法律補充仲裁人之權限。

依據仲裁學者Redfern & Hunter之見解，其補充的方式，有下列三種¹¹⁶：

1. 直接以法律規定仲裁人具有某種權限。
2. 以法律授權法院為仲裁人或當事人行使某種權限。
3. 以上二種方式之混合立法。

例如，英國在 1996 年仲裁法第 38 條第 5 段中規定¹¹⁷，仲裁人得付證人宣誓。新加坡則在 1995 年仲裁法第 12 條中規定¹¹⁸：「仲裁庭在不牴觸模範法與本法其

¹¹⁴ 楊崇森，商務仲裁之理論與實際，中央文物供應社，民國 73 年 12 月，頁 40。

¹¹⁵ 萬泳延、張一多，對我國仲裁制度幾個法律問題的思索，財經界，法律研究，2007 年 4 月，頁 269。

¹¹⁶ Alan Redfern and Martin Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, Page 259, Sweet and Maxwell (2nd, 1991)

¹¹⁷ Article 38 sec 5 of 1996 English Arbitration Act: 「The tribunal may direct that a party or witness shall be examined on oath or affirmation....」

¹¹⁸ Article 12 of 1995 Singapore Arbitration Act: 「Without Prejudice to the powers set out in any other provision of this Act and in the Model law, an arbitral shall have powers to make orders or give directions to any party for---

- (a) security for costs ;
- (b) discovery of documents and interrogatories ;
- (c) giving of evidence by affidavit ;
- (d) the preservation, interim custody or sale of any property which is the subject-matter of the

他條文之權限下，有權就下列事項對當事人為裁定或指示：

- (1) 費用之擔保。
- (2) 文件及質詢書之調查發現。
- (3) 以宣示切結書方式舉證。
- (4) 系爭標的物之保全、暫管或變賣。
- (5) 系爭金額之保全。
- (6) 確保仲裁判斷在完成時，不因一方當事人在仲裁進行中，已脫產而無實益。
- (7) 臨時禁止令或採行其他臨時之權衡措施。」

以上二種類型均為法律之直接授權。如果證人拒絕出席仲裁時，仲裁人不得強制其到場，必須透過法院協助，此為法律規定授權法院為仲裁人行使之權限。從上述說明可知，仲裁人之權限主要來自仲裁協議，在仲裁協議中所授與仲裁人之權限，與準據法或仲裁地法乃至判斷地法的強行或禁止規定不符時，勢必會造成仲裁人是否具有某種權限之爭議，極可能發生逾越裁斷或其他違反法律規定之情事。

第五款 仲裁機構的法律特性及其性質¹¹⁹

國際上各國設立仲裁機構的模式有不同的類型¹²⁰。從英美法系和大陸法系來看，英美法系主要採取有限責任公司的形式，而大陸法系則多為註冊的社團法人，或為商會下設的仲裁機構。仲裁機構的設立形式不同，與各國對於仲裁的理解及法律環境不同有關，不過，對多數仲裁機構的分析，可以發現，仲裁機構作為常設機構的存在，無論是英美法系還是大陸法系的仲裁機構，性質上均大致有以下四個特性：公益性、非營利性、獨立性、非政府性或民間性。這四個特性是各主要仲裁機構所共有並明確標榜的：

一、公益性 (public service)

仲裁是一種訴訟外解決紛爭的機制，其本身即省却了當事人利用國家司法

dispute；

- (e) securing the amount in dispute；
- (f) ensuring that any award which may be made in the arbitral proceedings is not rendered ineffectual by the dissipation of assets by a party；and
- (g) an interim injunction or any other interim measure.」

¹¹⁹ 林一飛，再論中國仲裁機構的改革，中國仲裁網，2009年1月9日，頁1-7。

¹²⁰ 徐前權，仲裁員法律責任之檢討（上），探索與爭鳴，仲裁研究，第九輯，2006年3月，頁38。

資源而具有公共服務的屬性。當事人合意選擇無需占用司法資源的爭議解決方式，從而使得節省出來的公共資源可以滿足其他方面的需要。

仲裁機構的主要職能是提供仲裁方面的服務，替當事人解決爭議，服務會獲得報酬，但是，對於仲裁而言，公益性永遠是第一位的，報酬並不是追逐的目的，而是以能夠提供最好的社會公共服務為宗旨，取得報酬只是作為提供公益服務的客觀結果，而不是目的。因此，各個仲裁機構通常會在其設立目的、宗旨或職能中設定公共服務的範圍。

二、非營利性 (not-for-profit)

從非營利性字面意義可知，機構的存在不是為了向股東或設立者提供利潤，機構設立的目的也不是為了讓設立者獲取機構盈餘，分享機構的利潤。當然，非營利性並不意味著機構沒有收入，或者入不敷出。非營利性機構的收入應當用於設立者設立機構之時以及之後確定的宗旨與職能，並作為機構發展的用途，這是非營利機構與營利機構之間的區別。在終止非營利機構之前，設立者應負起使其繼續存在的義務。

三、獨立性 (independence)

無論是以公司或者社團法人型態成立，仲裁機構在法律上均是獨立的。獨立性是仲裁機構宣揚的優勢所在，由商會設立的仲裁機構，在行使仲裁職能時也是獨立的，外界不能干預仲裁機構的獨立運作。

四、非政府性或民間性

仲裁機構獨立性的表現之一，即是其非政府性或民間性。綜觀前述所提及的仲裁機構，不論其係以有限責任公司的形式出現，或是以單獨註冊的社團法人形式存在，或是附屬在商會之下的機構，其均非政府機關的組織。政府雖然可能參與仲裁機構的設立，甚至成為業務管理的主管機關，但其角色及立場則僅係從旁提供協助或輔導而已。無論其以何種形式出現，均屬政府之外的民間組織。

由於仲裁係事實上將原應通過政府司法資源解決的爭議，通過民間的力量解決，故而政府參與設立並提供經費補助仲裁機構，只是在必要的時候行使其社會公共服務職能的一種體現，並非為了管理和控制仲裁機構，此種參與形式

的表現亦正是政府支持仲裁制度的體現，但是，仲裁機構的設立本身，並非一定非由政府來參與設立。

第六款 仲裁制度優缺點比較

第一目 仲裁制度的優點

依據仲裁法的立法精神，仲裁是一個高度重視私法自治，解決私權紛爭的制度，無論現在或將來的爭議，當事人均得訂立仲裁協議，由當事人選定之仲裁人組成仲裁庭仲裁之。不僅當事人可以選擇自己中意並具有專業背景的仲裁人來解決紛爭，而且也可以約定仲裁地及仲裁程序，且紛爭一次解決，不得上訴；除合於撤銷仲裁判斷之訴條件的案件，在提起撤銷之訴，並經撤銷確定後，可另行提起訴訟外，可謂別無救濟途徑，因而案件一經仲裁庭作成仲裁判斷，案件即告終結並經確定。與此相較，仲裁制度的彈性顯然比僵化、冗長、曠日廢時，往往纏訟經年的制式訴訟制度更具快速解決紛爭的優點，所以更適合解決當事人的私權紛爭¹²¹。

因而，在一切講求速度、效率，高度發展的工商科技社會，尤以視時間即金錢的企業界，寧可選擇快速解決紛爭的仲裁制度作為解決商務中的爭議與紛爭。所以近年來企業界人士選擇將仲裁條款納入契約中作為解決商務糾紛的現象已極為廣泛且普遍¹²²。到底企業界選擇仲裁的理由何在，在探索問題前，我們有加以瞭解的必要，茲將仲裁優點分述如下¹²³：

一、仲裁程序簡便明快、費用低廉，可以節省時間耗費及金錢支出

¹²¹ Dunkelmann v. Cincinnati Bengals, INC. Rules for a New Game : Finding a Workable Solution for Applying Class Actions to the Arbitration Process, 「The benefits of arbitration are speedy resolution, low cost, and the preservation of goodwill between the disputants. The advantages of combining the class action mechanism of procedure with the arbitration process are the same as those which make class actions advantageous to individual litigation: “to promote efficiency and consistency while providing an expeditious and less costly mechanism for resolving disputes.”」, Heinonline—2005 J. Disp. Resol. page 498, 2005.

¹²² 陳煥文，仲裁法逐條釋義，崗華傳播事業有限公司，2002年10月，二版，頁6，註15，引自 Domke, Recent Developments in International Commercial Arbitration. 「國際商務仲裁發展之近況」, 2N.Y.U.J. International L. Pol 267 (1969)。

¹²³ 譚兵主編，中國仲裁制度研究，「仲裁制度與其他解決爭議的制度相比，具有獨特之處。它比當事人雙方自行協議解決爭議和請第三者調解解決爭議具有權威性，同時其公正性和徹底性也更有保障。此外，仲裁還具有訴訟方式所不具有的一些優點：一是當事人享有很大的自主性；二是程序簡便，方式靈活，解決糾紛及時；三是收費較低。」法律出版社，1995年10月第1版，頁13。

依仲裁法規定，仲裁達於可為判斷之程度者，仲裁庭應宣告詢問終結，並依當事人聲明之事項，於十日內作成判斷書¹²⁴。仲裁判斷書原則上必須在六個月之審理期間作成，惟如有必要時得延長三個月，亦即最遲在九個月內仲裁庭必須作成仲裁判斷¹²⁵。仲裁人之判斷，在當事人間，與法院之確定判決，有同一效力¹²⁶。仲裁程序，除無審級制度外，亦無上訴制度，故一經作成仲裁判斷，即告確定；而且仲裁程序之仲裁費用係依累退比例計算，標的金額愈高，仲裁費用與訴訟費用相對比較就愈低，可以節省當事人的金錢。與此相對，訴訟一般均為三審三級，甚至，遇到上級審法院一再發回更審，纏訟不休，則當事人不僅耗費金錢更浪費時間，兩相比較，仲裁具有更大的優勢與誘因，因此仲裁無疑是當事人最佳的選擇¹²⁷。

二、專家裁決，容易抓住重點，贏得信賴

仲裁爭議案件由具有專業知識、經驗豐富之仲裁人審理，更能發現真相，釐清事實爭點。就仲裁人之專業性而言，除具有法律背景的教授、律師、卸任司法官、退休專利審查官外，尚有會計師、建築師、技師、工程師等專業人士共同參與仲裁程序，使仲裁判斷更具專業性及客觀性，從而更能獲得當事人的信賴¹²⁸。與此相對，法官在法律專業上雖較具上風，但在其他專業上可能略遜一籌，即或少數法官在某些專業領域上也不乏佼佼者，但因當事人無從瞭解法官專業領域所長何在？且法院分案係依送件次序或電腦隨機排序編號，當事人無法選擇法官。反之，在仲裁上，當事人可依案件性質之不同，選任富有經驗及專業知識之適當仲裁人，以處理爭議案件，更能妥適合理的作出判斷，解決爭議¹²⁹。

三、審理程序隱密，可以保護當事人隱私與秘密

訴訟程序原則上以公開審理為原則，一旦公開審理，當事人的隱私及商業機密，完全赤裸裸的攤在法庭上，作為攻防辯詰的焦點，難保不被對方或第三人所窺知，不但企業形象、商譽受到影響，更有甚者，企業內幕及營業秘密亦

¹²⁴ 仲裁法第 33 條第 1 項。

¹²⁵ 仲裁法第 21 條第 1 項。

¹²⁶ 仲裁法第 37 條第 1 項。

¹²⁷ 尹章華，仲裁與海商仲裁，文笙書局，民國 92 年 7 月，初版，頁 1-11；陳煥文，仲裁法逐條釋義，崗華傳播事業有限公司，2002 年 10 月，二版，頁 6。

¹²⁸ 邱寶弘，仲裁判斷之司法監督，輔仁大學法律學研究所，民國 92 年碩士論文，頁 9。

¹²⁹ 陳煥文，仲裁法逐條釋義，崗華傳播事業有限公司，2002 年 10 月，二版，頁 6。

有洩漏之虞，影響所及，可能造成無可彌補的損失與傷害。反之，仲裁因採不公開審理的原則，閒雜人士原則上不得出席仲裁庭，因此其隱密性較高¹³⁰，雙方可以在秘密非正式的氣氛下，迅速解決紛爭，對於涉案的商業機密，例如生產的技術，成本、方法、利潤、營運策略、市場管理等較不易洩漏，公司商譽亦能有效維護，而不虞被對手作為運用打擊的資料¹³¹。尤其對資本不是雄厚的企業，一旦爭訟外洩可能謠言滿天飛，影響層面，可能波及造成企業財務危機，而一蹶不振。故當事人的隱私和秘密是仲裁方式下所能維護和保障的機制¹³²。

四、仲裁對適用的程序、法律、語文、人選及處所之選定有較大的彈性

基於尊重人性尊嚴、國民主權、國民之法主體性等原理，吾人應可從程序主體權、程序選擇權、程序處分權等方向，依紛爭類型論來設計、檢討仲裁制度的功能¹³³。依仲裁法規定，當事人在不違背仲裁地公序良俗之前提下，得自由選用任何程序法、實體法及仲裁處所地，當事人亦得選用仲裁所使用之語言文字，而在訴訟，訴訟當事人必須使用訴訟地之法律及語文¹³⁴，對於審判地點以及如何選擇審理案件的法官，並無置喙的餘地，與此相對，利用仲裁程序之人比利用法院之人享有更大的利益，此點亦為仲裁較訴訟受到歡迎之處¹³⁵。

五、仲裁有較佳的強制執行力，適於解決跨國爭議

依傳統訴訟方式取得勝訴確定之判決，必須在他國執行時，由於事涉他國主權之行使，對他國並無拘束力，從而在他國即無法強制執行。惟如透過與他國訂立多邊條約或雙邊條約的方式，在條約中訂定仲裁條款，並確認締約國間仲裁判斷之效力，同時賦予強制執行之效力即可突破無邦交國間主權相互承認

¹³⁰ 邱寶弘，仲裁判斷之司法監督，輔仁大學法律學研究所，民國 92 年碩士論文，頁 9。

¹³¹ 陳煥文，仲裁法逐條釋義，崗華傳播事業有限公司，2002 年 10 月，二版，頁 7。

¹³² SEE LAWRENCE G S BOO,LLB,LLM (National University of Singapore) ,FSI Arb,FAMINZ,Chartered Arbitrator,Solicitor (England and Wales) ,Advocate and Solicitor (Singapore) ,ARBITRATION,「Privacy in arbitration is derived from the fact that parties had agreed, only between themselves,to submit their disputes to arbitration.For this reason, unless all parties expressly agree, the tribunal cannot(unlike a court)order consolidation, concurrent hearings or third-party proceedings, however closely related the parties or subject matter in dispute may be.Confidentiality has also been recognized as an essential corollary to privacy in arbitration.」, Confidentiality in arbitration,SAL Heinonline--Annual Review 2003,page55.

¹³³ 邱聯恭編註，程序選擇權之法理，民事訴訟法之研討，民事訴訟研究基金會，1996 年，頁 551。

¹³⁴ 尹章華，仲裁與海商仲裁，文笙書局，民國 92 年 7 月，初版，頁 1-12；陳煥文，仲裁法逐條釋義，崗華傳播事業有限公司，2002 年 10 月，二版，頁 7。

¹³⁵ 楊崇森等七人合著，仲裁法新論，中華民國仲裁協會，1999 年 9 月 1 版，頁 13。

及協助之限制¹³⁶。

六、仲裁可以維持雙方較佳的和諧性，有益彼此日後的合作與交往

當事人雙方在爭議階段，往往尚處於履約過程，彼此對於後續執行仍有相互協助及合作的空間，然而，一旦涉訟，由律師主導訴訟全局，為求勝訴，雙方往往不顧情面，極盡攻擊防禦之能事，雙方關係可能急速惡化變質；尤其爭議當事人雙方在爭議之前皆已有契約合作關係，倘因一次紛爭即對簿公堂，難免傷及和氣，破壞彼此合作信賴關係，嚴重者，甚至互相賭氣，演成不理性的意氣之爭，例如，在施工過程，遇有工程爭議，業主一方在監工作業中即處處刁難，抓住契約用語模糊，語意不明之處，即予百般挑剔，不予核驗。廠商一方遇此情況即索性停工「擺爛」，甚至全部撤離工地，來個相應不理，重大工程往往因此而全面停擺延宕工期，造成國家、社會資源浪費，形成兩敗俱傷的結果。倘若在爭議過程，透過雙方信賴公正之第三仲裁人來主導，通常會營造較為和諧的氣氛，有利維持雙方後續合作關係，故以仲裁解決紛爭可以顧全雙方彼此的和諧。

仲裁制度因為具有快速、專業、經濟、保密的特質及優點，如果能夠建立可以讓民眾可資信賴的仲裁環境及完善的配套措施，未嘗不是一個值得推廣的制度，對於疏減訟源、安定社會必然會有一定程度的功能和貢獻。

第二目 仲裁制度的缺點

凡事都有正、反兩面的對比與評價，仲裁制度的兩大支柱「人」與「制度」是維繫與決定仲裁成敗的關鍵。民國 78 年行政院政策指示¹³⁷，為了配合「國際化」與「自由化」措施，政府各機關應將仲裁條款納入主管的各重大工程契約中，作為處理及解決與廠商間紛爭的方法，然而，經過十幾年的實際操作，國內各政府機關，對工程案件之爭議，卻反其道而行，寧捨經濟便利的仲裁制度，而採向法院提起訴訟的方式解決糾紛。揆其最大原因係對以往仲裁結果不滿，漸而產生對仲裁人不信任之心態，法務部曾經訪詢國內各主要工程機關¹³⁸皆有

¹³⁶ 尹章華，仲裁與海商仲裁，文笙書局，民國 92 年 7 月，初版，頁 1-13；陳煥文，仲裁法逐條釋義，崗華傳播事業有限公司，2002 年 10 月，二版，頁 8；邱寶弘，仲裁判斷之司法監督，輔仁大學法律學研究所，民國 92 年碩士論文，頁 9。

¹³⁷ 法務部研商「商務仲裁條例研究修正草案」第一次會議主席致詞會議紀錄，參閱法務部商務仲裁條例研究修正實錄，法務部，民國 86 年 12 月出版，頁 4。

¹³⁸ 普遍存在此種想法的機關有：台灣區國道新建工程局、台灣區高速公路局、公路總局、高速鐵路工程局，參見劉佐國，如何加強政府機關工程採購契約發生爭議以仲裁方式解決研析報告，仲裁季刊第 76 期，民國 94 年 11 月 30 日，頁 72。

如上的想法，認為仲裁結果會比較不利政府機關，而有利於業者；再者，仲裁判斷不利機關的結果，承辦工程之相關人員可能會遭到機關或者上級機關追究責任，因此普遍不願以仲裁方式解決工程爭議，而寧願循訴訟程序解決¹³⁹。因而前述各機關在檢討得失之後已陸續將仲裁條款在契約中撤除¹⁴⁰，此一情勢發展對仲裁業務的推動自然有不利的影響¹⁴¹。不論是仲裁人、仲裁協會或者主管此項業務的政府機關—法務部，面對此一情勢的發展都必須予以重視，只有找出問題的癥結與病灶，才能對症下藥；唯有建立一個值得信賴、公正的制度，民眾才會願意將爭議紛爭交由仲裁人判斷，仲裁制度唯有獲得民眾的支持才能可長可久的運作，切不可諱疾忌醫，以駝鳥心態敷衍以對。不可諱言，仲裁制度本身存在著一些潛在的問題與缺陷，必須靠修法解決，本論文爰參考學者論著及仲裁實務上常見的缺點說明如后：

一、無上訴救濟管道

仲裁制度雖貴在迅速解決紛爭，但仲裁的另一目的也在謀求一個值得當事人信服及可資信賴、公平、合理的仲裁判斷。如果仲裁人只顧案件的迅速解決，而不在乎案件的公平合理，當事人勢必不願將爭議交由仲裁庭處理，縱有再多疏減訟源、配合國際經濟化的理想，亦如鏡花水月而不切實際。嚴謹的司法訴訟程序尚免不了法律見解的歧異，而須三審才能定讞，法律之所以設置三級三審，其目的即在彌補人性之缺點，希望藉由上級審糾正下級審裁判的失誤；仲裁制度通常僅因一次判斷，當事人之權利義務即行確定，別無上訴制度，如有失誤即難救濟，對利用仲裁之人的權利，即欠缺保障¹⁴²。尤其，強制仲裁因非屬當事人合意所為的仲裁，更因沒有上訴救濟管道，在涉及大筆金額之標的時其問題更加複雜，如果欠缺上訴管道對公共利益之影響將非常大，特別是仲裁

¹³⁹ 劉佐國，如何加強政府機關工程採購契約發生爭議以仲裁方式解決研析報告，仲裁季刊第 76 期，民國 94 年 11 月 30 日，頁 72-73。

¹⁴⁰ 交通部在 91 年 12 月 4 日發布「取消工程合約仲裁條款，回歸採購法」；交通部國道新建工程局亦於 91 年 12 月 27 日正式發函通知相關單位並向交通部報備；近年來，高雄市政府有關公共工程採購案，在其合約條款中訂定，遇有合約爭議不能解決時，送請行政院採購申訴審議委員會調解，仍無法解決時，得採訴訟方式辦理，參閱吳啓光，公共工程爭議調解與仲裁之研究，國立高雄第一科技大學營建工程系碩士論文，民國 93 年 1 月，頁 2。

¹⁴¹ 自民國 85 年以來，中華民國仲裁協會每年受理有關公共工程仲裁案件件數均超過 100 件以上，其中以民國 90 年受理 149 件最多，惟自 91 年起公共工程案件有逐年遞減趨勢，足見確有部分政府機關不願採仲裁制度作為解決工程爭議的方式。參見劉佐國，如何加強政府機關工程採購契約發生爭議以仲裁方式解決研析報告，仲裁季刊第 76 期，民國 94 年 11 月 30 日，頁 72-73。

¹⁴² 李得璋，營建工程爭議與仲裁之處理（上），商務仲裁，第 33 期，民國 82 年 8 月 30 日，頁 90；楊崇森等七人合著，仲裁法新論，中華民國仲裁協會，1999 年 9 月 1 版，頁 18。陳煥文，仲裁法逐條釋義，崗華傳播事業有限公司，2002 年 10 月，二版，頁 10。

判斷認定事實與一般法院不同，尤其在工期展延及酌定數額方面常會出現鄉愿式的判斷，此均是強制仲裁判斷無法讓人信賴及信服的原因。

二、欠缺安定性及可預測性

依據仲裁法第 30 條規定：「當事人下列主張，仲裁庭認其無理由時，仍得進行仲裁程序，並為仲裁判斷：一 仲裁協議不成立。二 仲裁程序不成立。三 違反仲裁協議。四 仲裁協議與應判斷之爭議無關。五 仲裁人欠缺仲裁權限。六 其他得提起撤銷仲裁判斷之訴之事由。」亦即上述當事人之主張，只要仲裁人認為無理由時，當事人即無救濟之途徑。由於仲裁人不受法律拘束（尤以衡平仲裁更為顯著），可依其主觀見解判斷，即使同類案件亦可能因各人不同之價值觀而有完全不同之判斷，且其判斷的基準，因無法律、判例規範，難期客觀一致，常易流於主觀恣意之危險¹⁴³。且仲裁法賦予仲裁人過大之權限，其內部及外部又無有效的控管機制，只要一方當事人受不利之仲裁判斷，謠啄、臆測之詞即隨之而起，對仲裁人以及仲裁判斷之公正性及信賴度即會出現負面評價，此一現象對仲裁制度的發展難謂毫無影響¹⁴⁴。在司法訴訟，法官必須遵循法律或最高法院的判例規範，縱使自由心證也不能違反經驗法則及論理法則的驗證與檢視，即便，法官作出違法的判決，在體系程序上，當事人仍可透過上訴、再審的程序救濟，法官所作的裁判能夠充分保障其公正性與法的安定性。反之，仲裁人因不限於法律專業人士，不見得熟稔法律規定，可能依照自己的識見判斷，而使判斷欠缺客觀性，比起訴訟，較難保其公正性。在商事交易上，當事人最關心的「預測可能性」係以具有法的安定性為前提，而法的安定性與預測性不足，可謂仲裁制度最大的缺陷¹⁴⁵。

三、仲裁人因係當事人所選任心理上難脫代理人的心態¹⁴⁶，其公正性及獨立性易遭質疑¹⁴⁷

¹⁴³ 陳煥文，仲裁法逐條釋義，崗華傳播事業有限公司，2002 年 10 月，二版，頁 10；李得璋，商務仲裁，第 33 期，民國 82 年 8 月 30 日，頁 90；楊崇森，商務仲裁之理論與實際，中央文物供應社，民國 73 年 12 月，頁 7-9。

¹⁴⁴ 陳煥文，仲裁法逐條釋義，崗華傳播事業有限公司，2002 年 10 月，二版，頁 11。

¹⁴⁵ 楊崇森，商務仲裁之理論與實際，中央文物供應社，民國 73 年 12 月，頁 7。

¹⁴⁶ 胡偉良，兩岸仲裁法之修法建議，中國政法大學博士學位論文，2006 年 3 月，頁 13，轉引自森井清，國際商事仲裁，東洋經濟新報社，1970，頁 245-252。陳煥文，仲裁法逐條釋義，崗華傳播事業有限公司，2002 年 10 月，二版，頁 9；李得璋，營建工程爭議與仲裁之處理（上），商務仲裁，第 33 期，民國 82 年 8 月 30 日，頁 90；楊崇森，商務仲裁之理論與實際，中央文物供應社，民國 73 年 12 月，頁 7-9。

¹⁴⁷ 胡偉良，兩岸仲裁法之修法建議，中國政法大學博士學位論文，2006 年 3 月，頁 13，轉引自森井清，國際商事仲裁，東洋經濟新報社，1970，頁 245-252。

仲裁人為當事人所選任，當事人在選任之初即會透過各種管道找尋適合自己之仲裁人，此種選任之方式即難免讓人質疑其公正及獨立之立場，仲裁人雖為各行各業具有專門職業知識及經驗之人，但因人選來自社會各個行業，仲裁人各有其職業背景及交往的對象，其人際關係難免複雜；且其選任之考核及訓練時程過短，無法如司法官養成教育中所實施並強調灌輸的職業尊榮及人格教育所形成的自律規範，尤其，工程爭議金額數目龐大，容易受到外界的利誘及當事人所左右，終致影響判斷之結果。法官為公職人員，若收受賄賂，則依較重之貪污罪刑懲處，仲裁人非公職人員，縱被證明遭當事人收買，亦僅依較輕之普通刑法論罪¹⁴⁸。

仲裁庭係由雙方當事人各自選定仲裁人後再由選出之仲裁人共推第三仲裁人為主任仲裁人組成之；理論上，此種組成應符合當事人之利益及期待，但因被選出之仲裁人往往對於選任自己之當事人存有代理人之意識，在心理上難免會有各為其主，為其選任人爭取利益之傾向，因而，難期仲裁人能夠發揮公正、客觀第三人之角色¹⁴⁹。尤以，我國仲裁人資格取得之寬鬆又無如司法官養成教育之人格陶冶及道德規範，仲裁人之品德操守難以有效控管節制，同時，又無適當的法律及監督機制加以約束¹⁵⁰，何況，仲裁人由當事人自行選任，當事人可以透過業界人脈選出與自己關係不錯的仲裁人，特別是在業主一方當事人無意以仲裁作為解決紛爭手段，而拒絕選任仲裁人時，聲請仲裁之當事人在選出仲裁人後，與仲裁協會為他造當事人選出之仲裁人及共推主任仲裁人，組成仲裁庭時，能否保持客觀、公正立場執行仲裁事務，即難不令人提出質疑；尤其，一經作成仲裁判斷，案件即可聲請法院強制執行，其執行力一如法院確定判決，具有強制力，毫不遜色，此種有權無責的仲裁人機制是否合理？深值探討。

四、撤銷仲裁判斷審議範圍只限程序不論實體，無法迅速解決問題爭議

仲裁制度最主要的目的之一，即在快速解決問題爭議，但因仲裁制度並無上訴救濟之設計，遇有仲裁人立場偏頗、法律見解違反法理、判例規範時，當事人亦不能就法律事實據理力爭，只能向地方法院就程序上提起撤銷仲裁判斷

¹⁴⁸ 陳煥文，仲裁法逐條釋義，崗華傳播事業有限公司，2002年10月，二版，頁11，轉引自森井清，國際商事仲裁，東洋經濟新報社，1970，頁245-252；楊崇森，商務仲裁之理論與實際，中央文物供應社，民國73年12月，頁7-9。

¹⁴⁹ 余文恭，論工程契約紛爭處理程序之特性，仲裁季刊第74期2005年4月15日，頁6。

¹⁵⁰ 陳煥文，仲裁法逐條釋義，崗華傳播事業有限公司，2002年10月，二版，頁9；李得璋，營建工程爭議與仲裁之處理（上），商務仲裁，第33期，民國82年8月30日，頁90；楊崇森，商務仲裁之理論與實際，中央文物供應社，民國73年12月，頁7-9。

之訴，俟撤銷仲裁判斷勝訴後再另向法院提起民事訴訟以求解決；問題是，法官心態保守，對於已循仲裁程序處理的仲裁案件，法官往往以既已作成仲裁判斷，何需再事爭執，重走訴訟途徑，浪費司法資源及龐大的社會成本的理由，而在審理撤仲案件時輕易就駁回撤仲之訴，此由歷來撤仲成功率幾乎微乎其微的比例，可見一斑。更遑論，撤銷仲裁判斷之訴僅限程序部分始得提起，對造當事人在撤仲判決後，為了不服撤銷仲裁判斷的判決，再向第二審提起上訴，甚至提起第三審上訴，並在三審定讞後，才能轉而就實體爭議部分向地方法院提起訴訟，然後再走完三審程序。因此僅僅在程序上的纏訟，就不知需要耗掉多久時間，更不用說，後續實體訴訟的審理，需要浪費國家、社會多少資源成本？而當事人在長期爭訟中所耗費的時間、金錢、利息、裁判費、律師費及因纏訟所增加的管理費、人事費、延緩收益使用費等社會成本的支出，均是仲裁制度當初設計時所未考量到的問題。因此，仲裁未必符合迅速、經濟的要求。

五、程序上的缺點¹⁵¹

仲裁制度貴在迅速處理爭議，如仲裁庭對當事人雙方已為審理的正當通知，即使一方當事人缺席，仍可進行審理，對缺席之當事人而言，其利益有被忽視之虞。另，當事人一方如在仲裁遭到不利，可能以各種藉口向法院提出撤銷仲裁判斷之訴，導致程序更加冗長，費用增加，使原本所欲節省的時間、勞費盡付東流。此外，因為仲裁庭非公權力機關，法律並未賦予仲裁庭令證人宣誓具結、調查證據、強制程序等指揮權，故相關當事人如不配合，即難以約制。

六、折衷主義鄉愿式判斷

仲裁判斷在適用法律時雖然不若法院訴訟之嚴格，但亦必須符合公平的原則，在合情、合理並能為雙方當事人均能接受的情況條件下作出判斷，才能迅速止紛息訟。所以仲裁人的仲裁判斷視其是否嚴格適用法律為標準，可分為法律仲裁與衡平仲裁兩種。法律仲裁也稱為一般仲裁，必須依據法律作判斷。衡平仲裁則係仲裁人依據當事人雙方的情況、事實考量，以最符合公平處理的原則所下的判斷，此一判斷未必適用法律或契約的規定，甚至嚴守法律或契約的要求，反而，造成不公平的結果，所以，仲裁人在作判斷時，不必嚴格遵守法

¹⁵¹ 胡偉良，兩岸仲裁法之修法建議，中國政法大學博士學位論文，2006年3月，頁13-14；李得璋，營建工程爭議與仲裁之處理（上），商務仲裁，第33期，民國82年8月30日，頁90；楊崇森等七人合著，仲裁法新論，中華民國仲裁協會，1999年9月1版，頁18。陳煥文，仲裁法逐條釋義，崗華傳播事業有限公司，2002年10月，二版，頁11。

律原則。仲裁法第 31 條規定仲裁庭經當事人明示合意者，得適用衡平原則為判斷。亦即，依反面解釋，如果未經當事人明示合意適用衡平原則為判斷之表示者，仲裁人不得逕行適用衡平原則，而必須嚴守法律原則依法仲裁，始謂得當。然而，從國內外仲裁庭處理的仲裁案件中發現明顯有不嚴格遵守法律規定而為判斷的情形，甚至，更有迴避案情不正面針對法律問題就當事人兩造之爭執作出公平合理的判斷，僅就當事人雙方之主張加起來，平分為二，作為判斷之結果，此種折衷主義鄉愿式判斷，徒具判斷之名而無其實，並未針對案件之是非曲直加以論斷，有使當事人之權益遭受損害之虞¹⁵²，此亦為實務界對仲裁深為詬病原因之一。

七、仲裁事件之程序適用非訟事件法或準用民事訴訟法，應有明確之規定

法規之『適用或準用』，因其法律用語不同，意義自然有別，何者應適用？何者應準用？應有明確之規範，也有一定之標準，否則，僅泛言適用或準用，可能即會造成不同之判斷或判決結果。『適用』係指完全毫無保留的引用條文。而『準用』則規定較為嚴格，僅在符合其一定的條件下才能引用，因此係有限制的使用。仲裁法第 52 條規定：法院關於仲裁事件之程序，除本法另有規定外，適用非訟事件法，非訟事件法未規定者，準用民事訴訟法。條文僅泛言適用或準用，卻未就民事訴訟法之何一程序限制僅可準用在仲裁事件中，因此，前揭條文之規定所謂：『準用』，在實務運作上，實際亦全盤適用在仲裁案件中，直與毫無規定無異。由於仲裁法重在迅速解決紛爭，其程序貴在迅捷，與訴訟三審三級嚴謹之裁判態度有別，其程序即不能毫無限制的使用，否則必會發生法理與實務運作無法相互配合的現象。在國工局與中華工程股份有限公司爭訟的 92 年仲聲字第 36 號仲裁事件中，雙方針對該案是否與 90 年仲聲字第 166 號有同一事件再予仲裁之情事，曾引起雙方激烈爭辯。此一問題之爭議點，即在於民事訴訟法之程序是否可以毫無保留的『準用』於仲裁法，抑或僅在條件符合時才能準用，此一問題留待後述案例說明時再予剖析。

八、仲裁制度應充分尊重雙方當事人接受仲裁之意願，不宜在一方尚未踐行相關前置程序前，即強制另一方接受仲裁判斷，徒生爭議及不滿

¹⁵² 陳煥文，仲裁法逐條釋義，崗華傳播事業有限公司，2002 年 10 月，二版，頁 10；李得璋，營建工程爭議與仲裁之處理（上），商務仲裁，第 33 期，民國 82 年 8 月 30 日，頁 90；楊崇森，商務仲裁之理論與實際，中央文物供應社，民國 73 年 12 月，頁 7-9；楊崇森等七人合著，仲裁法新論，中華民國仲裁協會，1999 年 9 月 1 版，頁 18。

按仲裁制度係基於私法自治及契約自由原則而設立之私法紛爭自主解決的制度，因此，應該充分考量當事人接受仲裁的意願，如果任何一方有不願循仲裁程序作為解決紛爭之意思表示時，仲裁人或另一方即應予以充分尊重，仲裁只有在「你情我願」的情況下才能迅速解決紛爭，否則，當事人在毫無救濟管道下，寧願選擇費時冗長的訴訟程序，以求得公平審判對待，來保障、維護其權益，並非無法想像的事。所以，如果不是基於當事人意思自主、情願的仲裁案，其結果將會是當事人在接到仲裁判斷書後，又接著提起撤銷仲裁判斷之訴，然後，一審、二審、三審的纏訟下去；仲裁制度的原意本在快速解決紛爭，但因為法令制度本身的不夠周延，卻反而使欲快速解決私權紛爭的良法美意付諸東流，甚至，被扭曲、誤用，進而成為纏訟不絕的噩夢，此一結果絕對不是當初想在訴訟途徑外另闢一條快速解決私權紛爭，提供民眾選擇便捷的仲裁制度設計者所能預料得到的。

九、仲裁易淪為被求償的工具

仲裁因係採當事人意思自主原則¹⁵³，由當事人自行約定，因而在公務機關主辦公共工程所引發之工程仲裁事件中，特別是在涉及三造或多邊糾紛上因無限制，極易淪為機關間或前後任首長間，為了其他特定目的搪塞或推諉卸責的藉口及工具，甚至被作為爭取預算的理由或籌碼¹⁵⁴。而廠商則易利用仲裁的特性，作為糾紛求償的工具，從中獲取利益，彌補其損失¹⁵⁵。

十、仲裁判斷案例缺乏系統化管理與運用

法院判決或判例均由司法院有系統的整理，並建立電腦上網查訊資料庫，所有判決資料均公開提供各界隨時下載查詢，對法學研究、實務見解提供完整的資訊與素材，對經驗傳承提供可資借鏡的寶貴資產。且因利用電腦科技儲存大量的判決資料，有效且完整的保存所有紀錄，對經驗的累積有著不可取代的地位與價值。然而仲裁庭則因囿於保護當事人之立場，在仲裁程序進行過程並不對外開放旁聽，採取隱密的方式審理，即或作出仲裁判斷之後亦不對外公開，在仲裁判斷處理上可能採用衡平仲裁作為判斷的方式，仲裁人每依照自己的主

¹⁵³ Jane Jenkins and Simon Stebbings , International Construction Arbitration Law , Chapter 8, Control of the Arbitration , 「Party Autonomy」 page163-164. 2006 Kluwer Law International, The Netherland .

¹⁵⁴ 蕭家進，公共工程爭議處理的省思，現代營建，2001年，第260期頁65-70。

¹⁵⁵ 吳啓光，公共工程爭議調解與仲裁之研究，國立高雄第一科技大學營建工程系碩士論文，民國93年1月，頁44。

張與見解獨立判斷，難有一致的見解可供往後判斷之參考，因而缺乏專業及系統化的資料管理是仲裁長期以來無法快速發展及被民眾認同的主要因素¹⁵⁶。

第七款 仲裁的種類

第一目 內國仲裁與外國仲裁

所謂「內國仲裁」係指當事人所訂定之仲裁契約、仲裁協議或仲裁條款中，有關當事人之國籍、住所、契約訂立地或仲裁判斷作成地等要素，均依附於某特定國家而未具備任何涉外因素。因而「內國仲裁判斷」係指仲裁人就內國仲裁事件所作成之判斷。至於，所謂「外國仲裁」係指在中華民國領域以外所作成之仲裁判斷或在中華民國領域內依據外國法律所作成之仲裁判斷¹⁵⁷（仲裁法第 47 條）。立法例上，認定仲裁判斷國籍之學說有二：其一為領域說（判斷作成地），其二即準據法說（仲裁程序準據法）。1958 年紐約公約採領域主義，輔以準據法主義，以謀仲裁判斷國籍認定之一致性。

另值一提者，亦有學者主張，以「國際仲裁」來代替「外國仲裁」者，其理由不外：仲裁判斷常有「非內國亦非外國」之情形，且主張仲裁並無國籍者已蔚為趨勢（仲裁制度性質採自治說），上述論說¹⁵⁸，頗值參考。

第二目 法律仲裁與衡平仲裁

依仲裁判斷所適用之實體法則為基準，仲裁可分為法律仲裁與衡平仲裁。「法律仲裁」顧名思義，係指仲裁人須依法律規定作成判斷。至於「衡平仲裁¹⁵⁹」係仲裁判斷實體準據之問題，其內涵，則未有定論，一般理解為，就具體個案言，如適用法律規定，將產生不公平之結果，此際，仲裁庭在當事人明示合意授權下，「得」不適用法律規定，改依公平法則以謀求個案正義¹⁶⁰。我國學者柯澤東教授將 *amiable compositeur* 一詞譯為「依公平原則及公允善意原則適用之」，以彰顯此原則之真正精神，此亦即仲裁庭於衡平仲裁時，有排除適用法律，

¹⁵⁶ 吳家德，公共工程仲裁制度應用之研究，國立高雄第一科技大學營建工程系碩士論文，民國 92 年 7 月，頁 36。

¹⁵⁷ 林俊益，國際商務仲裁淺釋，永然國際私法系列（3），1993 年 10 月，頁 23。

¹⁵⁸ 黃鈺華，國際商務仲裁中之法律適用問題，台灣大學碩士論文，1986 年 6 月，頁 17-19；黃秋田，仲裁判斷準據之研究，文化大學碩士論文，1996 年 12 月，頁 26-29。

¹⁵⁹ 林俊益，論衡平仲裁判斷之撤銷，收錄於法官協會雜誌第 2 卷第 2 期，2000 年 12 月，頁 308-318。

¹⁶⁰ 尹章華，仲裁與海商仲裁，文笙書局，民國 92 年 7 月，初版，頁 1-9；邱寶弘，仲裁判斷之司法監督，輔仁大學法律學研究所，民國 92 年碩士論文，頁 16。

而援引非法律規範以解決爭議之用意¹⁶¹。

法律仲裁因須嚴守法律規定的原則，此等原則有時會產生矯枉過正的情形，而與法律所追求的公平正義背道而馳，為了避免此種現象發生，當事人乃有約定其爭議依衡平仲裁而為解決者。蓋衡平仲裁之仲裁庭在特殊情形下，認為不宜依據法律原則為判斷時，可以依法律規定以外之衡平原則而為判斷。

此種仲裁之適用，一方面可因此避免嚴格遵守法律所生不合理情形，另一方面也可以調整雙方當事人之負擔，確實達到息事寧人的功能¹⁶²。衡平仲裁制度可使許多不是習法而具有特殊專長技能的專業人士，例如工程師、醫師、建築師、技師等在擔任仲裁人時，可以就其專業領域內更務實的貼近事實去考量問題，以更符合當事人的期望所追求的公平去實現正義。如果要求這些不是習法的仲裁人，僅得以法律仲裁，則不免有膠柱鼓瑟，強人所難之譏，且亦影響判斷的品質。故各國立法例、仲裁規則及國際公約無不承認衡平仲裁之制度¹⁶³。我國仲裁法第 31 條即規定：「仲裁庭經當事人明示合意者，得適用衡平原則為判斷。」，此項規定，與各國立法例相關規定一致，堪稱順應國際潮流，為一進步之立法。惟前述法律明定衡平仲裁係以當事人明示合意為前提，則究竟此一明示合意如何表達？其係以當事人之書面或口頭為之，抑或以單純之默示表示即可？仲裁法並無明文規定，解釋上即常生爭議¹⁶⁴。有學者¹⁶⁵認為，當事人如有明示授權仲裁庭得適用衡平原則，固無問題，然如當事人未有授權仲裁庭得為衡平仲裁之合意時，仲裁庭基於其得為仲裁判斷之法律上地位，於解決當事人間之實體爭議事項，判斷其法律效果時，原即有適用法律之職權，而此無待於當事人之約定，亦不受當事人所述法律見解之拘束。實務上，台灣高等法院 90 年度重上字第 8 號民事判決要旨亦認為¹⁶⁶：「仲裁判斷可區分為法律仲裁及衡

¹⁶¹ 柯澤東，從貿易契約及商務仲裁論國際貿易習慣法之發展與地位，台大法學論叢第 11 卷第 2 期，1982 年 6 月，頁 152-154。

¹⁶² 藍瀛芳，衡平仲裁制度之實務探討，商務仲裁第 5 期，頁 19。

¹⁶³ 參照 UNCITRAL 模範法第 28 條第 3 項、法國民事訴訟法第 1497 條、荷蘭民事訴訟法第 1054 條第 3 項、瑞士國際私法第 187 條第 2 項、德國民事訴訟法第 1051 條第 3 項、UNCITRAL 仲裁規則第 33 條第 2 項、1998 年國際商會仲裁規則第 17 條第 3 項、荷蘭仲裁協會規則第 45 條、1961 年歐洲國際商務仲裁公約第 7 條第 2 項等規定，引自陳煥文，仲裁法逐條釋義，二版，頁 348，註 117。

¹⁶⁴ 在現行法院實務中，常見業主以仲裁庭未經其同意，逕以衡平原則作為判斷基礎為理由，主張撤銷仲裁判斷，造成法院及仲裁實務上之一大困擾。參閱台灣高等法院 90 年 9 月 11 日 90 年度重上字第 146 號。

¹⁶⁵ 陳煥文，仲裁法逐條釋義，崗華傳播事業有限公司，2002 年 10 月，

¹⁶⁶ 實務上同此見解者尚有最高法院 87 年度台上字第 110 號判決；最高法院 96 年度台上字第 1047 號民事判決：「惟按 87 年 24 日修正公布之仲裁法第 31 條，增設「法律仲裁」外之「衡平仲裁」制度，該條所稱之「衡平仲裁」，係指仲裁庭如遇適用法律之嚴格規定，將產生不公平之結果，得經由當事人之明示合意授權，基於公平、合理之考量，摒除法律之嚴格規定，改適用衡平原則為判斷而言。此所以需當事人「明示合意」，蓋因「衡平仲裁」賦予仲裁庭就應受仲裁判斷事項得有高度的自由，秉持其認為之「公平理念」，以更寬鬆方法、調整當事人之

平仲裁，前者係依嚴格之法律規定或契約約定以解決當事人紛爭，後者則係仲裁人於嚴格適用法律規定及契約約定，將發生不公正結果之情形下，斟酌一般客觀事實、社會經濟狀況及當事人所受損害之情形而為判斷之情況。仲裁法第31條所謂適用衡平原則之情況，應係指前揭衡平仲裁，乃於法律明文以外為權衡判斷，系爭仲裁判斷係民法第252條之規定，酌減上訴人請求之違約金數額，雖該條文隱含衡平原則之精神，仍非屬仲裁法第31條規定之範疇甚明。上訴人主張系爭仲裁判斷未經當事人明示，適用衡平原則判斷，逾越仲裁協議之範圍，殊無足取。」

第三目 任意仲裁與強制仲裁

任意仲裁與強制仲裁區分之標準，在於仲裁程序的開啟是否委由當事人自由選擇而定。當事人在契約中合意約定雙方爭議由仲裁程序解決者，係屬任意仲裁；反之，當事人間之紛爭由法律明文規定應由仲裁程序解決者，是為強制仲裁。從我國仲裁法第1條所規定的仲裁條文立法意旨觀之，其性質應屬任意仲裁，應無疑義¹⁶⁷。

至於現行法律中已明訂發生爭議時，因一定條件成就，致應採用強制仲裁以解決紛爭者計有：證券交易法、政府採購法及勞資爭議處理法等三種。依證券交易法第166條第1項規定：「依本法所為有價證券交易所生之爭議，當事人得依約定進行仲裁。但證券商與證券交易所或證券商相互間，不論當事人間有無訂立仲裁契約，均應進行仲裁。」。而政府採購法第85條之1原僅在其第1項中規定：「機關與廠商因履約爭議未能達成協議者，得以下列方式之一處理：一 向採購申訴審議委員會申請調解。二 向仲裁機構提付仲裁。」採調解與仲裁併行，並任由當事人依自由意願選擇其中之一作為解決紛爭的方式。嗣於民國96年7月4日修正第2項並增列有關仲裁的規定：「前項調解屬廠商申請者，機關不得拒絕；工程採購經採購申訴審議委員會提出調解建議或調解方案，因機關不同意致調解不成立者，廠商提付仲裁，機關不得拒絕。」。至於，勞資爭議處理法則在該法第3章中明訂仲裁專章，其第24條規定：「調整事項之勞資爭議，調解不成立者，經爭議當事人雙方之申請，應交付勞資爭議仲裁委員會仲裁。」「主管機關認為情節重大有交付仲裁之必要時，得依職權交付仲裁，並

權義。此與一般「法律仲裁」所適用之程序法理，未盡一致。則是否「衡平仲裁」自需就仲裁判斷有無刻意摒除法律之嚴格規定或當事人之約定，另以公平、合理之考量而為衡平判斷以為斷。」

¹⁶⁷ 尹章華，仲裁與海商仲裁，文笙書局，民國92年7月，初版，頁1-9；邱寶弘，仲裁判斷之司法監督，輔仁大學法律學研究所，民國92年碩士論文，頁17。

通知勞資爭議當事人。」¹⁶⁸「調整事項之勞資爭議，經當事人雙方同意，得不經調解，逕付仲裁。」；前述三法係直接將強制仲裁明文列入條文之中，其立法目的無非係在利用仲裁快速解決爭議的優點，貫徹在實務運作中，以期發揮經濟、迅速解決問題的功能，免於雙方延宕推拖，影響權益。此種程序雖以仲裁方式解決爭端，並可自由選任仲裁人，但強制仲裁並非仲裁，因其與仲裁之定義不符。仲裁係基於當事人契約自由的原則，合意以仲裁方式解決紛爭；而強制仲裁則係基於公眾（國會）授權，法律規定與自願性仲裁程序，究非相同概念，僅能視為爭議解決替代方案一種¹⁶⁸。

第四目 機構仲裁(Institutional Arbitration)與臨時仲裁(Ad Hoc Arbitration)

此係根據仲裁組織存在之時間所為之區分。根據國際公約、內國法或國際性私人組織所設立專門解決商務爭議之常設性仲裁機構，通過仲裁方式以解決當事人爭議的仲裁¹⁶⁹。通常係按自己事先制定的仲裁規則審理，裁決當事人根據仲裁協議所提交的爭議。機構仲裁的主要優點在於：一、指明某機構仲裁通常即自動適用其仲裁規則；二、仲裁機構可提供仲裁人之訓練；三、仲裁機構可提供行政管理、服務及場所。

機構仲裁亦有其缺點：一、仲裁機構為維持其人事、設施及運作，在收費上通常相當昂貴，特別是國際性仲裁案。二、機構仲裁必須依其既定之規則進行，難免作業僵化，而增加時間上之耗費，另一方面，亦可能受限於仲裁規則之箝制，缺乏彈性，而壓縮某些程序之時限。

臨時仲裁係指根據雙方當事人的仲裁協議，在爭議發生後由雙方選定的仲裁人臨時組成仲裁庭解決爭議，並在審理終結作出仲裁判斷後即行解散的仲裁組織¹⁷⁰。因此，臨時仲裁並無固定的組織機構、仲裁規則以及仲裁人，仲裁庭的組成、仲裁程序的進行以及確定均由當事人事先協商並確認，爭議解決之後，仲裁組織即不復存在。

臨時仲裁有以下幾個特點：一、跨國性和統一性，不同國家的商人之間採用相同的辦法，運用相同的遊戲規則來處理糾紛¹⁷¹；二、程序簡單，不拘泥於形式；三、強調案件的處理結果應該公平合理；四、裁決結束後，這些組織就

¹⁶⁸ 陳煥文，*仲裁法逐條釋義*，崗華傳播事業有限公司，2002年10月，二版，頁17。

¹⁶⁹ 胡偉良，*兩岸仲裁法之修法建議—以兩岸、香港、新加坡之比較研究為基礎*，中國政法大學博士論文，2006年3月，頁9。

¹⁷⁰ 董臨瑞，*論臨時仲裁的優勢及在我國的現狀*，*科技諮詢導報*，2007年，第30期，頁156。

¹⁷¹ 李俊、邢俊霞，*我國確立臨時仲裁制度的必要性和具體設計*，*法制與社會*，2007年8月，頁214。

解散。

臨時仲裁亦有其缺點，亦即須完全仰賴當事人之合作，一旦某些程序上的問題未規定或不明確，便影響仲裁程序之進行，以致造成時程之延宕。

就機構仲裁與臨時仲裁二者而言，各有其優缺點，但從歷史角度而言，臨時仲裁係早期型態，至今仍有許多國家¹⁷²在仲裁制度中規定有臨時仲裁的制度，但因欠缺內部的管理以及面臨日益繁雜的現代仲裁案件，不足因應時代所需，因此機構仲裁成為目前現代國家仲裁制度的趨勢¹⁷³。

第二項 其他解決工程爭議的替代方案 (Alternative Dispute Resolution, ADR)

第一款 民法上和解與調解制度

所謂和解 (conciliation)，依民法第 736 條規定之定義係指當事人約定，互相讓步，以終止爭執或防止爭執發生的契約。因此依照前述定義之解釋，當事人雙方必須以合意相互讓步，不論是非曲直，而以折衷妥協的方式，達到止息爭議的目的¹⁷⁴。通常在和解過程，需要公正的第三人從中斡旋或調停，才能加速和解之順利進行，促使雙方互相讓步，達成最後之和解。

和解的基礎在於雙方互相讓步，因此其意思表示必須相對一致，始能成立。和解是解決爭議最為和平的手段，但涉及公共工程之爭議和解時，公務部門基於避免揹負刑法圖利他人之罪嫌，與廠商難有和解之望。尤其工程糾紛所涉及之金額非常龐大，在現有的會計預算事先編列審計制度下，在未得到審計機關許可同意前，根本無法與廠商達成和解，因此和解在工程爭議處理實務上，難於執行，並無實質的成效¹⁷⁵。

調解 (Mediation) 是當事人之紛爭，共同委諸第三人居中調和排解的制度¹⁷⁶。由調解之第三人以協調方式解決雙方當事人之歧見，提供非強制性的建議

¹⁷² 目前設有臨時仲裁的國家有：法國、英國、義大利、荷蘭、挪威、瑞典、香港、奧地利、比利時、德國、美國、丹麥、芬蘭等國家。參閱董臨瑞，論臨時仲裁的優勢及在我國的現狀，科技諮詢導報，2007年，第30期，頁156。

¹⁷³ 陳桂明，仲裁法論，中國法政大學出版社，1993年6月，頁2，

¹⁷⁴ 姚瑞光發言紀錄，民事訴訟法之研討（一），民事訴訟法研究會，三民書局，82年11月5日出版，頁147。

¹⁷⁵ 吳家德，公共工程仲裁制度應用之研究，國立高雄科技大學碩士論文，92年7月，頁17。

¹⁷⁶ 中國大陸的人民調解制度，則係指在人民調解委員會主持下，以國家法律、政策和社會公德為依據，對民間糾紛當事人進行說服教育、規勸疏導，促使糾紛當事人互諒互讓、平等協商，從而自願達成協議，消除紛爭的一種群眾自治活動。從本質上看它是一種獨特的替代性爭議解決機制。參閱陳志新，關於在發展人民調解制度中吸納國外ADR成果的思考，中國司法，基層司法行政，總第64期，2005年4月，頁47。

方案，勸導當事人相互禮讓，自願達成協議，以解決紛爭的方式¹⁷⁷。除了法院之調解外，尚有法院外的調解，包括：鄉鎮市調解條例之調解、仲裁法之調解、耕地三七五減租條例之調解、勞資爭議處理法之調解、消費者保護法之調解、著作權法之調解及政府採購法履約爭議之調解。爰分述如下：

一、鄉鎮市調解條例之調解：鄉鎮調解係由鄉鎮市調解委員會勸導當事人雙方互相讓步，以終止爭執之一種制度。其調解範圍依據鄉鎮市調解條例第1條之規定為：1. 民事事件。2. 刑事告訴乃論案件。但已經在第一審法院辯論終結的民、刑事事件，都不能聲請調解（鄉鎮市調解條例第10條第3項）。

兩造居住在同一鄉鎮市區者，向該鄉鎮市區的調解委員會調解。兩造居住在不同鄉鎮市區者，依下列規定：1. 民事事件由他造住、居所、營業所、事務所所在地的調解委員會聲請調解。2. 刑事事件由他造住、居所所在地或犯罪地的調解委員會調解。3. 如果經過兩造以及接受聲請的調解委員會同意，無論民、刑事都可以由該接受聲請的調解委員會調解，不受前面規定的限制。（鄉鎮市調解條例第13條）。

調解程序係由當事人以書面或言詞向該管調解委員會提出聲請。調解經法院核定後，當事人就該事件不得再行起訴、告訴或自訴。經法院核定的民事調解，與民事確定判決有同一效力；經法院核定的刑事調解，以給付金錢或其他代替物或有價證券之一定數量為標的者，該調解書可作為執行名義（鄉鎮市調解條例第27條）。已繫屬在法院的民事事件，在判決確定前，調解成立，並經法院核定者，訴訟終結。原告得於送達法院核定調解書之日起三個月內，向法院聲請退還已繳裁判費三分之二。告訴乃論之刑事案件在偵查中或在第一審法院辯論終結前，調解成立，並於調解書上記載當事人同意撤回意旨，經法院核定者，視為在調解成立時撤回告訴或自訴（鄉鎮市調解條例第28條）。因當事人聲請而成立之民事調解，經法院核定後有無效或得撤銷之原因者，當事人得向原核定法院提起宣告調解無效或撤銷調解之訴。法院移付而成立之民事調解，經法院核定後，有無效或得撤銷之原因者，當事人得請求續行訴訟程序（鄉鎮市調解條例第29條）。

二、仲裁法之調解：依據仲裁法第45條規定，未依本法訂立仲裁協議者，仲裁機構得依當事人之聲請，經他方同意後，由雙方選定仲裁人進行調解。調解成立者，由仲裁人作成調解書。前項調解成立者，其調解與仲裁和解有同一效力。但須聲請法院為執行裁定後，方得為強制執行。

三、耕地三七五減租條例之調解：出租人與承租人間因耕地租佃發生爭議時，應由當地鄉（鎮、市、區）公所耕地租佃委員會調解；調解不成立者，應由直轄市或縣（市）政府耕地租佃委員會調處；不服調處者，由直轄市或縣（市）政府耕地租佃委員會移送該管司法機關，司法機關應即迅予處理，並免收裁

¹⁷⁷ 古嘉諄、蕭美玲，論調解及調解之技巧，仲裁季刊第74期94年4月15日，頁38。引註 Mediation-Principles Process Practice, Laurence Boule & Teh Hwee Hwee, Butterworths Asia, p.7-p.11, 2000.

判費用。前項爭議案件非經調解、調處，不得起訴；經調解、調處成立者，由直轄市或縣（市）政府耕地租佃委員會給予書面證明（耕地三七五減租條例第 26 條）。前條爭議案件，經調解或調處成立者，當事人之一方不履行其義務時，他造當事人得逕向該管司法機關聲請強制執行，並免收執行費用（耕地三七五減租條例第 27 條）。

四、勞資爭議處理法之調解：權利事項之勞資爭議，得依本法所定之調解、仲裁或裁決程序處理之（勞資爭議處理法第 6 條）。調整事項之勞資爭議，依本法所定之調解、仲裁程序處理之。（勞資爭議處理法第 7 條）勞資爭議在調解、仲裁或裁決期間，資方不得因該勞資爭議事件而歇業、停工、終止勞動契約或為其他不利於勞工之行為；勞方不得因該勞資爭議事件而罷工或為其他爭議行為。（勞資爭議處理法第 8 條）勞資爭議當事人一方申請調解時，應向勞方當事人勞務提供地之直轄市或縣（市）主管機關提出調解申請書。（勞資爭議處理法第 9 條）

五、消費者保護法之調解：消費者依前條申訴未能獲得妥適處理時，得向直轄市或縣（市）消費爭議調解委員會申請調解（消費者保護法第 44 條）。前條之消費爭議調解事件之受理及程序進行等事項，由消費者保護委員會定之（消費者保護法第 44 條之 1）。

六、著作權法之調解：依著作權法第 82 條規定，著作權專責機關應設置著作權審議及調解委員會，辦理下列事項：1. 第 47 條第 4 項規定使用報酬率之審議。2. 著作權集體管理團體與利用人間，對使用報酬爭議之調解。3. 著作權或製版權爭議之調解。4. 其他有關著作權審議及調解之諮詢。前項第 3 款所定爭議之調解，其涉及刑事者，以告訴乃論罪之案件為限。該法第 82-2 條規定調解經法院核定後，當事人就該事件不得再行起訴、告訴或自訴。前項經法院核定之民事調解，與民事確定判決有同一之效力；經法院核定之刑事調解，以給付金錢或其他代替物或有價證券之一定數量為標的者，其調解書具有執行名義。該法第 82-3 條民事事件已繫屬於法院，在判決確定前，調解成立，並經法院核定者，視為於調解成立時撤回起訴。刑事事件於偵查中或第一審法院辯論終結前，調解成立，經法院核定，並經當事人同意撤回者，視為於調解成立時撤回告訴或自訴。該法第 82-4 條規定民事調解經法院核定後，有無效或得撤銷之原因者，當事人得向原核定法院提起宣告調解無效或撤銷調解之訴。前項訴訟，當事人應於法院核定之調解書送達後三十日內提起之。前條著作權審議及調解委員會之組織規程及有關爭議之調解辦法，由主管機關擬訂，報請行政院核定後發布之（第 83 條規定）。

七、政府採購法之履約爭議調解：係指依據政府採購法第 85 條之 1 以下規定，履約爭議調解係由主管機關設置之採購申訴審議委員會之委員擔任調解委員。可以就廠商申請調解之爭議提出書面調解建議，亦可由申訴審議委員會提出調解方案。並分別依同法第 85 條之 3、85 條之 4 之程序而成立或不成

立調解。調解委員之調解建議，依照其法律或工程背景上之專業知識不同斟酌具體狀況為之¹⁷⁸。

近年來，中國大陸極為重視調解工作¹⁷⁹，認為調解是化解基層矛盾糾紛，維護社會穩定的堅實力量，因此，在中國共產黨第16次全國黨員代表大會及第16屆三中全會中通過加強新形勢下人民調解工作。之後，最高人民法院、司法部聯合召開全國人民調解工作座談會，藉以貫徹並落實黨的16大和16屆三中全會精神及全國政法工作會議精神，使人民調解工作成為具有中國特色的法律制度¹⁸⁰，並以之作為訴訟程序外化解矛盾、消除紛爭的重要手段，成為提高公民法制觀念和道德水平、推進基層民主法制建設、維護社會穩定的重要途徑¹⁸¹。

調解與和解之差異¹⁸²在於調解之目的在於促使當事人明瞭解決爭端之最大利益所在，使當事人自覺性採取調解方式解決爭端；而和解則比較傾向於使當事人間有所妥協，放棄一部訴求，以換取相對利益，因此，可以說調解是積極的協商，而和解則是消極的妥協¹⁸³。此外，協會所提供的調解與和解服務以及標準作業程序，遍及全世界各地¹⁸⁴。

¹⁷⁸ 楊淑文，工期展延之爭議與履約調解，月旦法學雜誌第143期，2007年4月，頁128-147。有關採購法之履約爭議部分，請參閱本論文165-167頁。

¹⁷⁹ 王公義，人民調解制度是解決社會糾紛的重要法律制度，中國司法，第68期，2005年8月，頁11-15

¹⁸⁰ 羅干，充分發揮人民調解作用創造穩定和諧社會環境，中國司法，第88期，2007年4月，頁6；肖揚，人民法院應加強對人民調解工作的支持與指導，中國司法，第88期，2007年4月，頁9；張福森，充分發揮人民調解三大職能努力開創人民調解工作新局面，中國司法，第88期，2007年4月，頁12；胡澤君，大力加強司法新建設努力做好新時期人民調解工作，中國司法，第88期，2007年4月，頁15；李雙全，人民調解工作的創新發展，中國司法，總第55期，2004年7月，頁55-59；徐昕，完善人民調節制度與構建和諧社會，第76期，2006年4月，頁65-69。

¹⁸¹ 目前中國大陸有92萬個人民調解委員會，其中70多萬在農村，99%以上的村設有調解委員會，基本形成了比較健全的調解組織網絡。與此相對台灣各鄉鎮區公所也設有調解委員會處理一般簡單的民事糾紛案件或告訴乃論之輕微刑事案件。參閱于語和、何苗，試論人民調解制度與ADR的嫁接與融合，中國司法，第69期，2005年9月，頁65-69。

¹⁸² See Jane Jenkins and Simon Stebbings, *International Construction Arbitration Law*, Chapter 3, *Dispute Avoidance and Resolution*, 「There is no consistently recognized distinction between the processes of mediation and conciliation. To the extent that there is a difference, a conciliator may be more likely to issue a non-binding recommendation to the parties. Because of this lack of differentiation, the term “mediator” is used in this book to include conciliators. A mediator does not make decisions for the parties, but instead meets with the parties to assist them to negotiate their own solution to the dispute. The parties can agree whether the mediator should consult with them separately and/or jointly. The mediator cannot compel the parties to reach a settlement, but he may take a very persuasive approach.」, page 60-61, 2006 Kluwer Law International, The Netherlands.

¹⁸³ 胡偉良，兩岸仲裁法之修法建議—以兩岸、香港、新加坡之比較研究為基礎，中國政法大學博士論文，2006年3月，頁15。

¹⁸⁴ Such as: --the Centre for Effective Dispute Resolution (CEDR); --the International Chamber of Commerce (ICC); --The American Arbitration Association (AAA); --The Chartered Institute of Arbitrators (CIA); --The Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC); and—the London

調解的利益超越訴訟與仲裁，尤其表現在：敏捷、彈性與保密上，不過也有它的不利益，包括沒有契約而提議調解的風險；他們沒有牙齒，調解人不能要求任何一方當事人採取任何步驟；沒有拘束力、調解結果無法成為有效的先例；每個當事人坦白提早揭露可能的損失，有可能成為提供他方當事人接受和評估是否預備採取仲裁或者訴訟資訊的機會，有時當事人同意調解並非真實期望解決問題；如果調解失敗，可能浪費時間和金錢；調解不會產生在法律上「正確」的結果¹⁸⁵。

第二款 迷你法庭 (Mini Trial)

迷你法庭係一種針對簡易案件審問的程序，係由雙方當事人在中立第三者面前，陳述自己的主張事項並設法證明之，在完成聽證程序後，第三人告知雙方將來法官或仲裁人可能採用的判決和裁決，並建議可行之解決方案。此種爭端解決方式之目的在於協助當事人瞭解自己在爭端中之地位、立場和優劣處境，以便當事人可以瞭解和面對現實，迅速解決爭議。

在迷你法庭中，該中立的第三者常為退休的法官或資深律師，由雙方當事人選出並由其主導程序之進行，藉由其豐富的法律及實務經驗分析雙方爭議問題的癥結所在及各自所擁有的優劣情勢提出雙方都能接受的解決方案，可提供當事人進一步和解的機會¹⁸⁶。

第三款 早期中立人評估 (Early Neutral Evaluation)

早期中立人評估 (Early Neutral Evaluation) 方式是通過一種保密的、不具法律約束力的會議來解決糾紛。與其他法院附設替代性糾紛解決機制是在廣泛的證據開示程序完成後啟動不同，早期中立人評估程序優先進行，即在主

Court of International Arbitration (LCIA) ,See Jane Jenkins and Simon Stebbings , International Construction Arbitration Law , Chapter 3, Dispute Avoidance and Resolution , page 63. 2006 Kluwer Law International, The Netherland .

¹⁸⁵ See Jane Jenkins and Simon Stebbings , International Construction Arbitration Law , Chapter 3, Dispute Avoidance and Resolution , page 60-62 ; Chapter 6, Form of ADR, page 131-136, 2006 Kluwer Law International, The Netherland .

¹⁸⁶ See Jane Jenkins and Simon Stebbings , International Construction Arbitration Law , Chapter 3, Dispute Avoidance and Resolution , 「 Here a panel is created, usually consisting of a senior executive of each party, with a neutral chairman such as a retired judge or other senior lawyer. The parties make limited representations to the panel, which is responsible for reaching a negotiated settlement. The chairman may merely ensure fair play or may become involved in the process—much as a mediator would - to assist the parties to resolve the issue. 」, page 62 ; Chapter 6, Form of ADR, page 136-137, 2006 Kluwer Law International, The Netherland .

要的證據開示程序之前就進行評價程序¹⁸⁷。當替代方案達成協議要求協助，各方當事人能夠獲得獨立專家或者現有進行關係中法官或仲裁人對於屬於他們案件技術和合法議題兩者獨立的評價，這個概念就是提供各方當事人對於成功期待現實的觀點，因此，激勵問題的解決¹⁸⁸。糾紛的各方和他們的訴訟代理人將各自有關的事實和法律依據提交給一個中立的、在爭議專題方面有專業知識的律師，然後在申請登記入檔後 150 天內舉行非正式會議。中立人的主要任務是鑑定爭議問題，尋求解決糾紛的可能性，協助雙方確定責任所屬，同時可以提出有關糾紛雙方相對有利或不利地位的評價。這種方式的優點，首先在於對糾紛專題方面有專業知識的中立人可以早期提出案件評價。在評價做出之後，如果評價之中立人發現雙方有尋求和解的意向，他則會通過調解或與雙方逐一進行會談以促進下一步的談判。如果早期和解沒有達成，評價者則會提出證據開示程序的時間表，據此雙方要提出證據，整理爭點，進入下一步訴訟程序，評價者沒有權力做出有拘束力的命令¹⁸⁹；早期中立人評估節省了正式審理時進行責任確定和審理前的活動費用，降低雙方當事人的不切實際的心理預期，消除對爭議解決的過高期待；同時具有保密性，評價是非正式的，聯邦取證方式並不適用；它的優點也在於中立人是糾紛相關領域的專家¹⁹⁰。

第四款 爭議審查委員會 (Dispute Review Board, DRB)

「爭議審查委員會」(Dispute Review Board, DRB) 程序是ADR中較為適合公共工程糾紛調處的模式，基本上DRB可謂專家調解之改良方式，或有認為係類似仲裁預審程序，即於工程契約，由當事人專設一個爭議審查委員會，以監督契約履行及處理爭議事項¹⁹¹，俾便「適時有效解決問題」為導向。所謂「爭議

¹⁸⁷ 辛國清，法院附設替代性糾紛解決機制研究，四川大學法學院博宜學位論文，2007年4月7日，頁73。

¹⁸⁸ See Jane Jenkins and Simon Stebbings, *International Construction Arbitration Law*, Chapter 3, *Dispute Avoidance and Resolution*, 「As an alternative to requesting assistance in the reaching of an agreement, the parties can obtain an independent evaluation of both the technical and legal issues of their case by an independent expert or in the context of existing proceedings perhaps a judge or arbitrator, ……That said, it may still be preferable to attempt to resolve disputes through this means than proceed to a full trial. The person who provides the evaluation will receive written submissions in advance, which will often (though not invariably) be supported by short oral submissions by the parties at a hearing.」, page 62-63; Chapter 6, *Form of ADR*, page 137-138, 2006 Kluwer Law International, The Netherlands.

¹⁸⁹ 辛國清，法院附設替代性糾紛解決機制研究，四川大學法學院博宜學位論文，2007年4月7日，頁74。

¹⁹⁰ 曲坦求索，美國的工程建設合同糾紛ADR解決方式，*建築管理現代化*，1995年第4期，頁38。

¹⁹¹ 陳煥文，*仲裁法逐條釋義*，崗華傳播事業有限公司，2002年10月，二版，頁19。

審查委員會」通常係由具備工程專業及法律背景之專家擔任審查人，組成客觀、公正、專業之常設爭議審查小組¹⁹²，由三個中立的第三人組成，以其個別獨特的專門技術推薦業主、承攬人在工程最需要的時間點提供解決爭議的建議¹⁹³。

在大型工程中，預期工程爭議是不可避免的，故於工程初期即設立爭議處理委員會（DRB），並在工程開始階段即蒐集相關資料，以作為日後處理爭議問題之參考¹⁹⁴。由於委員會係設立在工程肇始之初，雙方關係良好，對於委員之選定不致發生爭執，導致程序延誤。委員之任期持續於整個工期，並舉行經常性之會議，由雙方當事人定期向DRB委員提出主要工程內容及進度報告。由於有定期性進度報告，隨時更新重要資訊，故於爭議發生時，DRB委員得以迅速進入狀況，掌握問題癥結所在，即時解決爭議¹⁹⁵。當事人一旦發生爭議，即交由爭議處理委員會處理，委員會在履行審查、調處、裁決程序後，作成中間判斷書¹⁹⁶，交由雙方作為和解的參考。如經雙方同意接受，可認其有和解的效力，而生實質的拘束力，其性質類似和解或調解¹⁹⁷，但較其更具專業性。倘當事人不接受委員會的裁定，亦可提請仲裁或訴訟。再者，在仲裁或訴訟程序，DRB委員會之裁決意見書均得作為仲裁判斷或訴訟之參考及證據，可縮短仲裁或訴訟之程序，有助於程序之順利進行。故實質上DRB可謂具有仲裁預審程序之功能，仲裁程序無異成為DRB之上訴審，因而仲裁一裁終結之缺失亦可獲得改善。有預防爭議發生及避免問題擴大之優點，適合處理規模、技術性高、問題複雜之公共工程爭議，於國際工程契約爭議中，日益展現其諸多之效能¹⁹⁸。基於DRB之特性，

¹⁹² 成永裕，建立工程爭議審查機制之芻議—推動工程爭議仲裁程序規範之管見，仲裁季刊第 71 期，2004 年 5 月 31 日，頁 63。

¹⁹³ see American Arbitration Association ,HANDBOOK ON CONSTRUCTION ARBITRATION AND ADR,Chapter 3,Dispute Resolution Boards,「The DRB, which is usually a panel of three neutral,technically qualified individuals, provides the owner and the contractor with recommended solutions to disputes at the construction site”in real time”.」2007 年 ,page 87-110.

¹⁹⁴ 吳家德，公共工程仲裁制度應用之研究，國立高雄第一科技大學營建工程系碩士論文，民國 92 年 7 月，頁 29。

¹⁹⁵ 陳煥文，仲裁法逐條釋義，崗華傳播事業有限公司，2002 年 10 月，2 版，頁 20。

¹⁹⁶ See Jane Jenkins and Simon Stebbings ,International Construction Arbitration Law , Chapter 3, Dispute Avoidance and Resolution,「In construction project it is often important that the parties have a means of achieving binding decisions to resolve their disputes on an interim basis,so that work on the project can continue whilst the parties await the outcome of protracted litigation or arbitration proceedings (which can take months,often years,to complete) ,Many parties in international construction projects achieve this objective by including adjudication in their dispute resolution provision.」 「adjudication can take different forms,For example,it can involve a single person or a panel deciding the dispute on an interim basis.The decision maker (s) will often be technical specialists or experts in their fields.The use of panels of experts to as interim decision makers has become increasingly popular in international construction projects. 」 , page 64, 2006 Kluwer Law International,The Netherland。

¹⁹⁷ 稽珮晶，公共工程爭議及其救濟途徑，法務部司法官訓練所第 42 期學員法學研究報告合輯（一），頁 447。

¹⁹⁸ 藍瀛芳，公共工程爭議有何訴訟外之解決途徑，商務仲裁，第 36 期，1994，頁 22-27。

若配合仲裁制度運作，可產生下述優點¹⁹⁹：

一、工程專業性加強

由於 DRB 之所有委員均限於工程專業人員而無律師參與，故多就實體問題討論，直接解決問題，一般而言，律師較注意程序問題，往往在程序問題上吹毛求疵，錙銖必較，影響程序進行，造成拖延。

二、選定 DRB 仲裁委員不致造成程序遲延

工程契約一經簽訂，隨即組成委員會，在彼此關係良好情況下，選定之委員人選，彼此不致有意見及爭執，從而不致造成程序上之延宕。

三、防微杜漸，消弭爭議於無形

DRB 委員會設有經常性的會議，定期聽取進度報告，檢討工程內容，發現問題可以迅速解決，可收防微杜漸，消弭無形的功效。即或有爭議，亦因委員平日資訊掌握確實，能迅速進入狀況，解決問題。倘當事人不服 DRB 之裁定而提請仲裁，亦因 DRB 委員在審理過程中已調查完竣，可直接提作證據，仲裁人相對節省事實及蒐證時間而可迅速作成仲裁判斷。

四、可減輕財務負擔

DRB 程序因能使紛爭迅速獲得解決，對於承包商之財務負擔有莫大助益，且由於有上述所提之優點，使仲裁案件大幅減少，其在經濟上之效益不言可喻，再就與仲裁制度比較，DRB 之委員，通常即係本案之工程師，常駐工地，又兼為鑑定人，與仲裁、訴訟之另聘專家證人，往返差旅，費時耗財，自是不可相提並論。

五、改善仲裁一裁終結缺失

DRB 程序有預審的性質，仲裁相當其上訴審，可以彌補仲裁制度一裁終結之弊端。若能與仲裁制度結合，交互運用，必能使工程爭議之解決更加快速與

¹⁹⁹ 陳煥文，仲裁法逐條釋義，崗華傳播事業有限公司，2002 年 10 月，2 版，頁 19-22。

公平合理。

DRB 程序雖有上述之優點當然也有其缺點：DRB 程序最大的缺點在於欠缺法律的確定性。由於整個爭議解決替代方案的觀念，遲至 1961 年才首次為世界銀行提出，迄今尚未被各國於公約或內國法律所承認、保護。故關於 DRB 委員會裁定之強制執行力亦迄未確定。除非 DRB 委員會裁定能被定位 (Qualified) 為仲裁人之判斷，否則將無法受到紐約公約（關於外國判斷承認與執行公約）之保護。

第五款 情事變更之契約改定程序²⁰⁰ (Adaptation of Contract Procedure, 簡稱 ACP)

重大公共工程，通常均需冗長的施工期間，在此長時間的契約履行期間中，常因政治、社會、經濟環境之重大變遷，諸如持續性的貨幣貶值，國際性油價上漲，鋼鐵材料上漲或整體經濟結構的改變，導致經濟全面消費退縮、產業蕭條，以致廠商履約困難，此種結構性的變化，實非當事人在簽約時所能預見，通常此種情形，都准依契約所附的不可抗力條款 (Force Majeure Clause) 撤銷契約，然當事人或不願如此倉促遽作決定，仍願依情事變更原則程序，修改契約，以維持良好的賓主關係。基此考量，國際商會乃於 1978 年制訂「契約關係維護規則」(ICC Rule on the Regulation of Contractual Relation)；准許當事人合意尋求中立第三人協助修正原契約，使當事人之債權債務關係得以存續。原定契約義務亦能順利繼續履行，俾免當事人因關係絕裂轉而走向訴訟或仲裁程序，此程序稱為 ACP 替代方案²⁰¹。

第六款 技術性專家鑑定 (Technical Expert Appraisal Mechanism, 簡稱 TEAM)

技術性專家鑑定是另一種爭議解決的替代架構，是一種花費較少又能快速解決爭議的方法。專家的角色，端視係經雙方協議要採 TEAM 程序，或僅一方當事人要求。選定專家，若係後者，則此專家之任務僅限發現事實，以為後續正式爭議解決程序之背景證據 (Circumstantial Evidence)，假使仲裁或訴訟時，工地現場之證據已經滅失，則專家之鑑定意見，即成為唯一可資參考的證據，具有關鍵的地位。若雙方均要求採用 TEAM 程序，則此時專家的角色即變得極為

²⁰⁰ 陳煥文，仲裁法逐條釋義，崗華傳播事業有限公司，2002 年 10 月，二版，頁 24。

²⁰¹ 稽珮晶，公共工程爭議及其救濟途徑，法務部司法官訓練所第 42 期學員法學研究報告合輯 (一)，頁 449。

重要，其任務可擴大到提案解決爭議。此提案權又可分為拘束性與非拘束性兩種提案方式²⁰²。所謂拘束性提案，乃指當事人必須接受指示（Form of Directives）。所謂非拘束性提案，指當事人有選擇權，可自由選擇是否採納專家建議。

TEAM程序的缺點與DRB相同，均未受到「承認與執行外國仲裁判斷之紐約公約」保護，故而在執行專家之鑑定與提案方面，可說是TEAM程序的弱點。針對此項缺點，國際商會現已組成工作小組，研擬修正 1976 年之「技術性專家規則」，使TEAM程序在執行方面更具效力²⁰³。

與此制度類似之替代方案，交通部國道新建工程局首任局長歐晉德在其任內即曾要求局內相關組室同仁研究並推動一套適合工程單位適用的制度，性質上與專家鑑定制度極為類似，即由業主與廠商各覓具有工程專業背景的專家，針對彼此的爭議面對面的溝通、交換意見，並依專業作出公正、合理的建議，專家除了會議時與當事人兩造接觸討論外，私下並不與任何當事人接觸；專家所作的建議兩造不願接受時，雙方可以另外尋求訴訟或爭議調解的途徑解決。此一構想幾經內部單位研議後，認為與目前政府審計制度有明顯落差，不易被主（會）計等單位採納，而未再積極推動，終致不了了之。

第七款 爭議顧問制度²⁰⁴ (Disputes Adviser Intervener)

當事人亦可協議選定中立公正之爭議顧問，對解決爭議之方式，提出諮詢意見。對一般內容單純情節簡單細微之小爭議 (Minor Dispute)，顧問均可獨立解決。如果當事人不能接受此種協議程序，則爭端轉變為重大爭議 (Major Dispute)，當事人得循訴訟或仲裁程序救濟之。爭議顧問所為調查事實及證據之結果得作為爾後訴訟或仲裁程序判斷之依據²⁰⁵。

第八款 法定強制仲裁²⁰⁶ (Compulsory or Statutory Arbitration)

強制仲裁與各國之內國法關係密切。對於某些特定事項，經由國會授權，

²⁰² 稽珮晶，公共工程爭議及其救濟途徑，法務部司法官訓練所第 42 期學員法學研究報告合輯（一），頁 448。

²⁰³ 陳煥文，仲裁法逐條釋義，崗華傳播事業有限公司，2002 年 10 月，二版，頁 23-24。

²⁰⁴ 胡偉良，兩岸仲裁法之修法建議—以兩岸、香港、新加坡之比較研究為基礎，中國政法大學博士論文，2006 年 3 月，頁 16。

²⁰⁵ 稽珮晶，公共工程爭議及其救濟途徑，法務部司法官訓練所第 42 期學員法學研究報告合輯（一），頁 448。

²⁰⁶ 胡偉良，兩岸仲裁法之修法建議—以兩岸、香港、新加坡之比較研究為基礎，中國政法大學博士論文，2006 年 3 月，頁 15。

以法律規定，明訂其爭議需以仲裁方式解決紛爭。例如我國證券交易法第 166 條即規定：關於券商間與證交所間有價證券交易所生的爭議，不論有無訂立仲裁協議，均應交付仲裁。此種程序雖以仲裁方式解決爭端，並可自由選任仲裁人，但強制仲裁並非仲裁，因其與仲裁之定義不符。仲裁係基於當事人契約自由原則，合意以仲裁方式解決紛爭。而強制仲裁則係透過國會立法授權方式以法律規定，與自願性仲裁程序，究非相同概念，僅能視為爭議解決替代方案的一種方式²⁰⁷。

第九款 非拘束性之美國公共援助中心爭議解決程序 (Nonbinding Alternative Disputes Resolution Procedures of the center for Public Resources, 簡稱 CPR)

非拘束性之美國公共援助中心爭議解決程序，係基於法律授權，經由調解手段解決爭議的方式²⁰⁸。因為有法律作後盾，故係伴隨具有法律拘束力之爭議處理機制，為美國法制採取之爭議處理機制。實務上通常由雙方當事人於「最初協議」(Initiating Agreement) 合意採行此項程序，繼而由雙方當事人之代理人於「正式會議」(Formal Meeting) 中共同選定中立顧問，於中立顧問及對造之高級行政決策人員前陳述己方的主張，並由中立顧問對雙方陳述作出評價後，由雙方選派之行政決策人員直接談判，並由中立顧問對雙方當事人進行最後協調；而在雙方談判過程，中立顧問得經一方代表要求，就談判議題先行口頭評論，然非經雙方代表共同要求，不得作成書面裁定。協調結果如經當事人達成協議並簽名其上，即生法律上拘束力。值得一提者係在程序進行中，任一方當事人得隨時提議停止程序之進行，不影響日後提起訴訟或仲裁的權利。此一程序之最大特點，可歸納如下²⁰⁹：一、雙方當事人之高級行政管理人員直接參與程序之進行，則相較於傳統仲裁程序允許雙方當事人之代理人出席，而不強制雙方當事人本人出席者，更能使當事人瞭解爭議所在，有助其接受最後作成之決定。二、透過中立顧問作成評價，將使當事人集中精力於爭議核心，而避免浪費無益的勞力、時間及費用。三、程序進行中所為一切言論及行為，不得在日後之仲裁或訴訟程序中引用²¹⁰。

²⁰⁷ 陳煥文，仲裁法逐條釋義，崗華傳播事業有限公司，2002 年 10 月，二版，頁 17。

²⁰⁸ 胡偉良，兩岸仲裁法之修法建議—以兩岸、香港、新加坡之比較研究為基礎，中國政法大學博士論文，2006 年 3 月，頁 16。

²⁰⁹ 陳煥文，仲裁法逐條釋義，崗華傳播事業有限公司，2002 年 10 月，二版，頁 18。

²¹⁰ 稽珮晶，公共工程爭議及其救濟途徑，法務部司法官訓練所第 42 期學員法學研究報告合輯(一)，頁 445-446。

第十款 急迫性之仲裁人預審程序²¹¹ (Preparlitral Referee Procedure)

此一程序在加強仲裁人之權限，允許仲裁人在仲裁庭組成前就緊急事項(如脫產行為、易腐敗商品之保全措施等)下禁止命令或緊急處分命令。

本程序係發生在當事人提起仲裁後，而仲裁程序尚未開始前，因此時仲裁人尚未選任，或仲裁庭尚未組成，若當事人提出緊急程序之申請，則由仲裁法院或仲裁機構指定一人，限專就該緊急措施之申請加以裁定。當事人一方提出申請後，他方須於數日內提出答辯狀，而緊急仲裁人須於接案起一個月內作出緊急處分令，就此緊急處分令，當事人若有不服，得於仲裁庭組成後，申請覆議，以求救濟。



第四章 工程仲裁程序

第一節 概論

²¹¹ 胡偉良，兩岸仲裁法之修法建議—以兩岸、香港、新加坡之比較研究為基礎，中國政法大學博士論文，2006年3月，頁17。

工程爭議傳統上之處理模式，無非就訴訟與仲裁程序中擇一作為解決紛爭的救濟途徑。由於工程爭議具有複雜性及技術性，因而特別需要專業性的紛爭處理制度，反觀訴訟則係由法官作為程序之主導者，在講求專業判斷為主的工程實務，法官實難擔負此一重責大任；尤以，在採取嚴格的程序法則下，所有訴訟程序之進行必須在處分權主義、辯論主義、職權進行主義、公開原則下，依照審級制度的程序進行，以確保案件能夠在公平、公正、公開下進行審判，嚴格遵守訴訟程序之結果，反而使訴訟程序成為解決爭議最為耗費時間、勞力及金錢的機制，因而，此一機制實非解決工程爭議的有效途徑²¹²。

在工程合約施工履行階段發生爭議時，當事人可以透過協商或者調解解決。在協商、調解不成或不願協商、調解時，當事人一方或雙方只能選擇仲裁或者訴訟的方式解決。由於工程施工過程中所發生的狀況並非在訂定合約時所能預見，其複雜性往往超乎想像，因此，倘由法院法官依照一般法律程序審理，可能將面臨曠日廢時、專業不足、無法處理及結案的窘境。仲裁因為具有迅速、經濟、隱密、專業、和諧、自主、有效等特性²¹³，故能依當事人意思選擇，既懂法律，又懂技術的工程技術人員參與爭議審理。由這些具有專業背景的仲裁人，組成仲裁庭，更能使爭議案件受到公平、公正、科學、合理的對待與判斷，正因為這些優點，促使仲裁在最近一、二十年來，成為工程界解決爭議紛爭時首選的方法。

第一項 工程仲裁的特殊性

營繕工程，包羅萬象，種類繁多，不論是土木或建築工程，抑或機電系統工程，其涵蓋的工作項目可謂五花八門，不可勝數，由此衍生的契約爭議自是不絕如縷，層出不窮，尤其，這些工程均牽扯到複雜的施工技術、鉅額的工程款項以及較長的工程施工工期，因而，從工程招標、契約訂定、合約執行、工程施作、完工驗收乃至保固階段，均有可能發生糾紛爭議，對於這些爭議，傳統上都是以訴訟作為解決的手段。從資料顯示，過去一、二十年來，有關工程爭議的案件，已有愈來愈多採用仲裁方式解決者，儘管社會大眾仍有不少對於仲裁制度的負面評價及質疑，但無可否認的，仲裁在疏減訟源，快速解決紛爭

²¹² 嵇珮晶，公共工程爭議及其救濟途徑，法學研究報告合輯，法務部司法官訓練所第 42 期，頁 439。

²¹³ See Jacquelyn A. Beatty, RECENT DEVELOPMENTS IN CASE LAW AFFECTING ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION, 「The benefits of arbitration are well known. They include privacy, simplicity, informality, flexibility, time savings, and relatively low expense.」 page 265. Tort & Insurance Law Journal, Volume 37, Number 2, Winter 2002。

上仍有不可撼動、取代的地位與功能，爰就工程仲裁所具有的特殊性說明如下：

第一款 工程仲裁有助於工程之推動與進行

採購程序進行中，業主與廠商雙方維持和諧合作的關係有助於化解不必要的紛爭與爭議，惟因工程案件往往牽扯到鉅額的工程款項，且因施作項目繁多，所牽涉的工程介面可能衍生廠商與廠商之間的責任問題，彼此之間為了釐清權利義務的歸屬，因而發生工程爭議乃不可避免的事情，但是，如果坐令彼此爭端持續僵持與惡化，勢必影響雙方合作意願，對工程推動與進行將會造成不利之結果，嚴重者可能導致工程全面停擺，廠商撤離工地以及後續冗長的爭訟局面，不論最終爭議走上仲裁或訴訟的途徑，此種結果均非當事者雙方所樂見。因而，國內工程機關，例如交通部台灣高速鐵路工程局之土建合約中即規定在工程完工之後，始得將爭議提付仲裁，其目的就在避免因工程爭議之發生而影響到工程之推動與進度。即或在合約中並未限制爭議必須在工程完工之後始得提起仲裁，也會在合約中約定，一旦進入仲裁程序，承包商仍須繼續施作工程，不得藉故停工，例如交通部台灣區國道新建工程局在其一般規範 3.26. 「爭執」項內之 3.26.8. 「仲裁之產生」條款中，即明白約定：「在仲裁期間，雙方仍應履行合約所規定之各項義務，非經國工局同意，承包商不得以仲裁尚未結束為由而為全部或部分停工。」

以經濟、專業、便捷、快速、保密特質見長的仲裁制度，尚不免在爭議發生時，因雙方之對峙與緊張關係而影響到工程的推動與進度，更遑論訴訟關係已至劍拔弩張、水火不容之局面，要想期待雙方以理性、和諧及退讓來解決問題，在勢為不可能。仲裁雖非解決問題的萬靈丹，其本身亦存在著許多亟待解決的問題，但相較於訴訟，仲裁則具有緩解雙方情緒對立的作用，特別是仲裁所具有的多項特質與優點，較能為當事人所接受。與傳統訴訟制度必須經過冗長、費時的訴訟程序以及龐大的訴訟費用相較，應有更大的優勢，此亦為仲裁雖歷時千百年仍能存在的主要原因。

第二款 工程金額通常均屬鉅額且工期較長

大型工程計畫，從工程評估、可行性研究、環境影響評估、規劃、設計、招標、投標、決標、簽約、執行履約、完工驗收……。往往均須歷經數年或十數年之歲月，其耗費之工程款項更是難以計數，尤其，在施工過程往往會遭遇到不可預期的變數，無限期的展延工期，以致需要增加不可預期的龐大支出。

例如²¹⁴，國道五號高速公路雪山隧道施工階段，相繼發生導坑及西行線TBM（全斷面隧道鑽掘機）被岩層碎石帶中大量地下湧泉沖破岩盤，導致岩盤崩塌，壓垮深埋地底，造成每具十億元全斷面隧道鑽掘機具頓時成為廢鐵的慘痛經驗，光是清理機具及坑道即花費2年5個月的時間；而工程人員除了必須面對在岩石層中以每秒湧出42公升的豐沛水流環境下施工，更要隨時注意可能崩塌的岩盤落石，其工作之艱辛與難度可想而知；尤以，事後為克服困境，改變工法之規劃、設計，以及添購機具設備之花費，更需不計成本，全力挹注；而業主與廠商之間因工期展延、管理營運成本、人事費用的增加支出，所衍生之後續爭議問題，都將一一浮現。此外，由於工期拉長，原先規劃設計所編列之預算成本，可能因物價節節高升、調漲稀釋而不敷所需，因而面對鉅大工程，必須思考施工期間可能發生的種種因素，而寬籌經費，此亦為工程的特殊性。

第三款 工程仲裁可選擇具有工程實務背景之專家審理

仲裁程序，在審理判斷的過程，一如訴訟程序必須處理相關的法律問題，並決定及選擇其適用的管轄權與準據法²¹⁵。面對爭議問題所牽涉的法律及工程專業解釋，必須由具有一定法律專業背景的專家出面，才能迅速、有效的解決。因此，在處理工程仲裁判斷時，仲裁人除了必須具有法律的專業背景外，更須具備工程方面相關的專業知識。如果仲裁人僅熟悉法律，而欠缺工程專業知識，或者根本不諳工程術語或工程慣例，自難期待其善盡仲裁人的角色，或謂可藉由工程專業機構之協助作專業鑑定判斷，然欲解讀及理解專業鑑定報告亦須具備一定的工程專業知識及基礎。因而，在選任獨立仲裁人及主任仲裁人時，應優先考量同時具有法律或工程背景者，即或不然，在三人組成之仲裁庭中，亦應考量同時納入具有法律及工程背景之人共同組成，才能迅速釐清法律與工程間牽扯不清的爭議問題，俾獲得兩造當事人的信賴。

第四款 工程仲裁可迅速解決爭議

工程仲裁所牽涉的專業知識及技術，絕非單純之法律專家所能應付解決；

²¹⁴ 國道五號高速公路從民國80年開始施工，歷時14年才告完成，花費工程費600多億元，全長12.9公里，因地質特殊，施工困難，在民國86年12月15日發生TBM鑽掘機被碎岩掩埋事件後，政府一度有意放棄施工，在工程團隊鋌而不捨克服萬難下，終於在民國93年8月12日貫通，並在96年初，正式通車。此一工程被譽為世界施工難度最高的隧道之一，被收納於大英百科全書。國工局在該路完工之後曾出版---情牽北宜一書詳述國道5號南港蘇澳段的故事。2005年12月出版，政府出版品。

²¹⁵ 曾陳明汝，國際私法原理，台大法學叢書，自印，1993年10月修訂5版。

由具有專業背景之工程專家擔任仲裁人，可藉由其專業知能迅速作出判斷及適法的處置，對於須藉助精密科技儀器始能判定的爭議，可以立即送往相關檢驗機構實施鑑定或檢測，其結果立可分曉，對於鑑定機關的鑑定意見也能立即作出判斷。同時，對於複雜的工程案件，如循一般訴訟程序進行，必須經過冗長的準備程序，調查證據，法院庭訊所訂的庭期，均照一定的庭訊期間進行，不可能為了某一案件特別安排連續審理，迅速結案。而仲裁法為了貫徹其迅速解決仲裁爭議的立法精神，特別在仲裁法第 21 條中規定，仲裁人應於仲裁程序開始後六個月內作成判斷，必要時得延長三個月。亦即仲裁判斷有其期限，最遲應在九個月內完成並終結程序。反觀訴訟則無此一限制，因而往往曠日廢時，無法滿足當事人迅速解決爭議之要求。而且在工程仲裁程序進行中，仲裁人可視案情需要及當事人之要求，彈性安排詢問會之時間，節省不必要之期程，可使當事人之爭議在六個月之法定期限內迅速完成，且一裁終結，不致拖延不決，影響工程進度，此亦非僵化的訴訟程序所可比擬。

第五款 工程仲裁費用較訴訟低廉經濟

工程經費動輒以「億」計算，特別是需要長期施工的重大公共工程，其金額更是難以計數，尤其在物價波動，原物料上漲之際，工程款項必須隨著物價指數調漲，追加預算乃是工程施工單位必要且必經的程序。工程經費愈大，施工的介面愈多、期程愈長，爭議問題的複雜度可能就愈多。工程標的金額愈大，發生爭議時的求償標的就愈大，如果依照法院民事訴訟費用法徵收裁判費用，其所徵收的訴訟費用就愈多，對於爭訟的當事人兩造無疑是一項重要的負擔，尤其，通常訴訟程序無法一審終結，往往需要經過三級三審才能定讞，因而，歷經數審之後，當事人花費在訴訟上的負擔，常令當事人在行使訴訟權時裹足不前，思慮再三，對於憲法保障人民訴訟權之美意，難謂不無缺憾。相對於此，工程仲裁之費用，係採階梯累退之計算方式，因此標的金額愈大，其費用愈節省，且仲裁程序一裁終結，其費用較訴訟程序經濟低廉，當事人自然樂於接受，此亦為仲裁具有的優勢與特色。

第二項 工程契約仲裁協議條款

第一款 概說

仲裁協議 (Arbitration Agreement) 係雙方當事人同意將其間業已發生或

將來可能發生之爭議交付仲裁解決之一種書面文件²¹⁶。仲裁協議一般稱為「協議」(Agreement)，而非契約(Contract)，蓋「協議」強調「雙方一致合意」，或「雙方意思表示一致」，而「契約」一詞，雖亦被定義為「當事人互相表示意思一致者，無論其為明示或默示，契約即為成立²¹⁷。」但因契約訂定雙方未必站在平等的地位，弱勢一方常迫於情勢而不得不接受優勢一方所設定的條件，即使有意思表示一致之外觀，也非其真意之表現，例如定型化契約即隱含不對等的強制關係。

在爭端發生前，當事人間預先主契約中訂定仲裁條款(Arbitration Clause)，約定將來發生爭議時交付仲裁者，固為仲裁協議；在爭議已經發生之後，當事人在主契約外另外訂定仲裁協議者亦無不可²¹⁸。仲裁協議之效力獨立於主契約，與主契約為分別獨立的二個契約，不受主契約效力瑕疵之影響，例如經當事人撤銷、終止、解除或因不合法而自始未有效成立時，並不當然影響仲裁條款之效力，此即仲裁條款的自主性。

第二款 仲裁協議成立及生效要件

仲裁協議必須以書面形式訂立，此為世界仲裁的趨勢。但為了因應日新月異的科技發展需要，單純的書面形式已漸難符合實際的需求，故在國際上，已有許多仲裁公約相應的對「書面」含義作出了擴張性的解釋²¹⁹，例如聯合國國際商務仲裁模範法將仲裁協議定義為：當事人各方同意將他們之間確定的不論是契約性或非契約性法律關係上已經發生或可能發生的一切或某些爭議提交仲裁的協議²²⁰，包括當事人雙方往來的書信、電傳、電報及提供協議紀錄的其他電訊手段全部包括在內。仲裁協議的作成，大多數國家均規定須以書面方式為之，而依當今國際仲裁之發展趨勢觀之，已有仲裁協議之書面概念，係仲裁合意的證明文件而非成立要件，舉凡當事人之簽名，或當事人間之文書、證券(如期貨證券)、信函、電報、電傳或其他類似之電子通訊(如E-mail)，足認有仲

²¹⁶ 郭芳婷，公共工程契約之研究---以締結書面契約前之程序為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，頁7-8；陳煥文，仲裁法逐條釋義，崗華傳播事業有限公司，2002年10月，二版，頁134；譚兵主編，中國仲裁制度研究，法律出版社，1995年10月第1版，頁176。

²¹⁷ 參閱民法第153條第1項規定。

²¹⁸ 林俊益，「法院對仲裁之協助與監督—仲裁法實施後之現況分析」，仲裁季刊第75期，2006年8月31日，頁73-74。

²¹⁹ Stephen J. Choi, The Problem with Arbitration Agreement, Heinonline—36 Vand. J. Transnat´ 1 L. Page1233-1240, 2003.

²²⁰ Sterling Financial Inv. Group, Inc. v. Hammer, The Pro-Arbitration Policy: Is This What the Parties Really Intended? The Courts' Treatment of Forum Selection Clauses in Arbitration Agreements, Heinonline—2005 J. Disp. Resol. 511 2005.

裁合意者，均得推定有書面仲裁契約，而不以當事人在書面上簽名為必要²²¹。

有效的仲裁協議必須具備下列條件：即 1. 仲裁協議必須有書面形式；2. 所確定之法律關係必須是可能發生或已發生之爭議；3. 爭議事項是可仲裁之事項；4. 當事人具有訂立仲裁協議之行為能力；5. 仲裁協議之形式以及內容是合法的。蓋仲裁協議亦屬於契約之一種，仲裁協議係雙方當事人以一致之意思表示將爭議提交仲裁之協議。

仲裁協議是當事人意思自治的具體表現²²²，故有關仲裁協議的有效條件，各國仲裁法大都有明確的規定，基本上都有所謂實質上和形式上的條件。但在實踐中，常因當事人法律知識的欠缺或疏忽而使訂定的仲裁協議存在著不同程度的瑕疵²²³。對於仲裁協議瑕疵的處理，各國一般都會基於當事人意思自治原則加以考慮。

第三款 仲裁協議的類型²²⁴

依仲裁協議表現形式之不同，仲裁協議可分為下列三種：

一、仲裁條款 (Arbitration Clause)

仲裁條款是在爭議發生以前，雙方當事人訂立條款針對以後可能發生之爭議約定提交仲裁。原則上，仲裁條款係在當事人訂立之主契約中，以一個條款方式表現出來，故稱為仲裁條款。實務上，仲裁條款是仲裁協議中最常見且最重要之形式²²⁵。

二、仲裁協議書 (Submission to Arbitration)

²²¹ UNICITAL MODEL LAW 第 7 條第 2 項。

²²² See Jane Jenkins and Simon Stebbings, *International Construction Arbitration Law*, Chapter 8, Control of the Arbitration, 「The English Arbitration Act also states that the tribunal's ability to decide all procedural and evidential matters is 'subject to the right of the parties to agree any matter' (s.34 (1)). Arbitration legislation in both Switzerland and Germany provides that the parties may determine the arbitral procedure themselves or by reference to arbitration rules, and, again, it is only failing such determination that the tribunal may decide how the proceedings should be conducted.」 page 163-164. 2006 Kluwer Law International, The Netherland.

²²³ 何志揚，論仲裁協議之效力—兼評最高法院 93 年度台上字第 2398 號判決，*仲裁季刊*第 76 期 2006 年 11 月 30 日，頁 51-68。

²²⁴ 胡偉良，兩岸仲裁法之修法建議—以兩岸、香港、新加坡之比較研究為基礎，*中國政法大學博士論文*，2006 年 3 月，頁 52。

²²⁵ Celeste Hammond & Jeffrey J. Mayer, *Arbitration Advocacy: From Clause to Hearing*, Heinonline—28 Am. J. Advoc. 101 2004-2005.

仲裁協議書是指雙方當事人在爭議發生前或後即簽訂一個與主契約有關，形式上獨立之仲裁協議書，但實務上，此種協議書往往是在爭議已發生後，由雙方平等協商，共同簽署有關爭議交付仲裁之單獨或專門性文件；因之，此種傳統上之仲裁協議書，在爭議發生後才約定，可能會因立場不同與利益之衝突，不易達成一致之意見。

依仲裁法第1條第3項規定：「仲裁協議，應以書面為之。」足見，雙方當事人不得以「口頭約定」仲裁協議，否則無效。按多數國家規定，仲裁協議之形式應以書面為之，1985年紐約公約對仲裁協議之形式亦要求書面，並將此作為各締約國承認與執行仲裁協議之主要條件之一，蓋以「口頭約定」仲裁協議，舉證不易，如當事人對「口頭約定」仲裁協議或其有效性向仲裁庭提出異議，則剛好暴露「口頭約定」仲裁協議不易舉證之缺點。

三、其他書面文件所包含之仲裁協議 (Arbitration Agreement Contained in Other Written Documents)

其他書面文件所包含之仲裁協議，係指雙方當事人針對有關契約關係或其他關係而互相往來之信函、電傳、傳真或其他書面資料，約定將其已發生或可能發生之爭議，提交仲裁之意思表示。此種協議所表現之形式，不是集中反映在某種契約之有關係款或某一單獨之協議中，而是分散在有關當事人相互往來之函件中。由於國際貿易慣例所必要，且為因應電子通訊快速發展之現況，爰參考聯合國國際商務仲裁模範法第7條第2項之規定在仲裁法第1條中增訂第4項規定：「當事人間之文書、證券、信函、電傳、電報或其他類似方式之通訊，足認有仲裁合意者，視為仲裁協議成立。」，以符實際之需要²²⁶。

第四款 仲裁協議的作用

理論上，仲裁協議除作為解決將來可能發生爭議，提付仲裁之依據外，更有如下之主要作用：

一、仲裁協議可約束雙方當事人之行為

仲裁協議係雙方當事人就契約發生爭議，而提請仲裁之依據，故雙方當事

²²⁶ 參閱法務部陳報行政院「商務仲裁條例修正草案」條文對照表說明，頁29。

人提請仲裁時，應向仲裁協議中約定之仲裁機構提請仲裁，不得任意改變仲裁機構或仲裁地點；足見仲裁協議可約束雙方當事人之行為。

二、仲裁協議可授與仲裁庭以管轄權

仲裁庭受理仲裁協議之爭議，僅能就當事人按仲裁協議約定所提交之爭議，進行審理，並作成仲裁判斷。

三、仲裁協議可排除法院之管轄權

仲裁協議是排除法院司法管轄權之唯一法律依據，亦係仲裁庭取得與行使仲裁權之重要來源²²⁷。因此依雙方當事人之仲裁協議提請仲裁後，其仲裁人之判斷在當事人間，與法院之確定判決，有同一的效力。

第五款 仲裁協議的內容

仲裁協議是在雙方當事人發生爭議之前，訂定協議將現在或將來可能發生之爭議提交仲裁²²⁸。此種協議通常是在當事人所訂立之主契約中以一個條款表現出來，其條款之內容，約略如下：

一、提交仲裁事項：

此即提請仲裁之範圍，一般應記明「凡因執行本契約或與本契約有關之一切爭議」。

二、仲裁地點：

通常均會訂明在雙方主要業務所在地之處所。

三、仲裁機構：

仲裁機構係受理案件並作出仲裁判斷之機構，例如雙方同意以中華民國仲

²²⁷ 吳光明，仲裁權之行使與監督，仲裁季刊第 77 期，2006 年 3 月 30 日，頁 35。

²²⁸ Stephen J. Choi, The Problem with Arbitration Agreements. Heinonline—36 Vand. J. Transnat' lL. 2003.

裁協會為爭議發生時受理仲裁判斷之機構。

四、仲裁程序：

仲裁程序係指仲裁時所適用之程序如何進行之問題，包括如何提出仲裁聲請、如何繳納仲裁費用、如何進行答辯、如何選定仲裁人、如何組成仲裁庭、如何進行仲裁審理、如何作出仲裁判斷等等。

五、仲裁判斷之效力

仲裁判斷之效力係指仲裁判斷是否具有終局性，對於雙方當事人有無拘束力之問題。

第六款 仲裁庭組成的人數

這個議題通常是在草擬仲裁條款階段即應決定，採用奇數的仲裁人有其明顯的優點²²⁹；大部分採取三個仲裁人或者一個獨立仲裁人的方式組成。採用一個獨立仲裁人，費用可以更便宜，可以更快速的傳達他的判斷決定，他不需要與他人磋商或者討論。對於三個仲裁人組成的仲裁庭而言，共同開會和聽證則可能有其困難並造成延遲仲裁的結果，相反地，三人組成的仲裁庭可以減少異常的結果或者錯誤，也更能貼近案情²³⁰。依據仲裁法第1條第1項之規定：有關現在或將來之爭議，當事人得訂立仲裁協議，約定由仲裁人一人或單數之數人成立仲裁庭仲裁之。依此條規定亦允許當事人得自由決定仲裁人之人數，但得約定之人數為單數²³¹。未約定時，依第9條規定，應由雙方當事人各選一仲裁人，再由雙方選定之仲裁人共推第三仲裁人為主任仲裁人，亦即仲裁人之人數仍以三人為限²³²。

²²⁹ See Jane Jenkins and Simon Stebbings , International Construction Arbitration Law , Chapter 7 , Commencement of an Arbitration , 「There is obvious merit in having an odd number of arbitrators. 」 page 145. 2006 Kluwer Law International, The Netherland .

²³⁰ See Jane Jenkins and Simon Stebbings , International Construction Arbitration Law , Chapter 7 , Commencement of an Arbitration , page 145. 2006 Kluwer Law International, The Netherland .

²³¹ 古嘉諄、陳希佳，仲裁人之角色與選定，仲裁季刊第77期，95年3月30日，頁8。

²³² 最高法院96年度台上字第1845號民事判決：「又仲裁庭評決之合法，係以仲裁庭之組織合法為前提。依同法第1條第1項有關除獨任仲裁人外，仲裁庭應由單數之數仲裁人組成之規定觀之，系爭決定上訴人聲請主任仲裁人迴避之是否有理由，倘僅由原仲裁庭中之其他二位（偶數）仲裁人而非單數之數仲裁人組成仲裁庭為之，其組織能否謂為合法？由組織不合法之仲裁庭所作成之決定，其效力如何？均應先予釐清。……原審未遑詳查系爭由二位仲裁人組成

第七款 仲裁協議的效力—妨訴抗辯²³³

- 一、仲裁法第 4 條規定一造不遵守仲裁契約而另行提起訴訟時，「法院應依他方聲請裁定停止訴訟程序，並命原告於一定期限內提付仲裁」。如原告依限將爭議事項提付仲裁，則該停止的訴訟於仲裁庭作成裁決時視為撤回起訴；如原告逾前項期限未提付仲裁者，法院應以裁定駁回其訴。此係以停止訴訟制為主，以抗辯駁回制為輔的周延規定。雖有仲裁協議存在，原則上法院仍得受理該訴訟，但若另一方當事人在本案第一次言詞辯論前提出抗辯，法院即應命原告提付仲裁。惟香港仲裁制度則進一步規定，法院因當事人抗辯而命提付仲裁時，如發現仲裁協議中有無效、不能實行或不能履行等事由時法院則不應命當事人雙方提付仲裁，而應繼續訴訟。香港法院對該仲裁協議的效力可先作實質審查，大陸亦有類似的規定，反觀我國法院則無此種權限，相較之下顯有不足²³⁴。
- 二、妨訴抗辯應採抗辯駁回制或裁定停止制，仲裁協議之效力在於發生爭議時，可排除法院之管轄，使該爭議僅能依仲裁解決，如當事人一方違反仲裁協議，逕向法院起訴時，他方當事人得援引妨訴抗辯之規定請求法院駁回其起訴，此為仲裁協議之消極效力。而法院命令要求在一定期間內提付仲裁則係仲裁協議積極的效力。

有關仲裁協議之消極效力，各國立法例不同，法院在處理妨訴抗辯之方式上，有採抗辯駁回制者，如我國及法國，也有採停止訴訟者，如新加坡及英國。

第八款 仲裁協議效力的異議

我國仲裁法第 22 條有管轄權之異議規定，「當事人對仲裁庭管轄權之異議，由仲裁庭決定之。但當事人已就仲裁協議標的之爭議為陳述者，不得異議。」而依該法第 30 條規定，仲裁庭認為當事人主張為無理由時，仍得進行仲裁程序，並為仲裁判斷。此相較於香港適用聯合國國際商務仲裁模範法第 16 條規定，仲裁庭雖有權劃定其本身管轄權的界限，但此決定並非排他也非終局，當

之仲裁庭所作成聲請主任仲裁人迴避之決定，是否為法之所許？逕以上訴人迴避之聲請，業經仲裁庭駁回為由，遽依仲裁法第 40 條第 1 項第 5 款但書規定，為不利於上訴人之判決，自嫌速斷，尚屬難昭折服。上訴意旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。」

²³³ 楊崇森等 7 人合著，仲裁法新論，由黃正宗執筆第二章仲裁協議，中華民國仲裁協會出版，1999 年 9 月一版，頁 77；尹章華，仲裁與海商仲裁，文笙書局，92 年 7 月初版，頁 6-10；林俊益，法院在商務仲裁之角色，永然文化出版有限公司，頁 27 以下。

²³⁴ 胡偉良，兩岸仲裁法之修法建議—以兩岸、香港、新加坡之比較研究為基礎，中國政法大學博士論文，2006 年 3 月，頁 60。

事人對仲裁庭的決定如有不服仍可向法院請求作出最終裁定，此在法學理論上稱之為「並行監督」(Concurrent Control)²³⁵。此係避免程序延誤考量，仲裁庭仍可以繼續進行仲裁程序作出仲裁判斷。但在我國，對於當事人不服仲裁庭對其管轄權所作的決定時，得否向法院請求裁定，仲裁法卻無明確規定，故學者主張應仿效模範法及多數國家採行的法院並行監督的模式，要求當事人在一定期限內向法院聲請裁定²³⁶。但在目前缺乏相關規定下，仲裁庭作出無理由的裁定後，當事人只得待仲裁判斷作成時，依仲裁法第 40 條規定提起撤銷仲裁判斷之訴，以求法院的最終裁判。我國仲裁法雖然承認仲裁人有權決定其本身的管轄權，但當事人對仲裁庭所作出的仲裁管轄權決定不服時，只得遲至判斷作出後始得請求法院撤銷仲裁判斷，此與仲裁法一再強調仲裁所具有的優勢，迅速、經濟、便捷的特色，顯有落差。

第九款 仲裁協議的獨立自主性

仲裁條款自主性理論之正當性²³⁷，依國際法庭 (International Court of Justice) 法官 Stephen Schwebel 之見解可分為下列四點言之：

- 一、與當事人訂立仲裁條款之意願有關，當事人既約定將主契約有關之爭議交付仲裁庭解決，則不可能將另一部分之爭議，如主契約與仲裁條款效力之關係交由法院處理。
- 二、如採當事人得藉主張主契約之無效，而主張仲裁條款亦無效，則無異使當事人得輕易地規避仲裁或拖延仲裁程序之進行。
- 三、主契約與仲裁條款係當事人所訂立二個獨立之契約。
- 四、如不承認仲裁條款具獨立自主性，則遇當事人對主契約效力存否有所爭執之際，法院必須就主契約效力與爭議實體問題進行裁判，此將導致法院就仲裁庭對主契約之效力及仲裁庭有無管轄權所為之調查重為審理，而有違法院不應就仲裁事件實體部分加以審查之原則。

我國仲裁法第 3 條規定：「當事人間之契約訂有仲裁條款者，該條款之效力，應獨立認定；其契約縱不成立、無效或經撤銷、解除、終止，不影響仲裁條款

²³⁵ 陳煥文，我國商務仲裁之沿革與實務變遷，法令月刊，第 44 卷 11 期，1993 年 11 月，頁 282。

²³⁶ 陳煥文，論仲裁管轄權，商務仲裁，第 50 期，1998 年 6 月，頁 47。

²³⁷ See Jane Jenkins and Simon Stebbings, International Construction Arbitration Law, CHAPTER 8, Control of the Arbitration 「Rules of arbitration and national arbitration laws strongly affirm the principle of party autonomy. For example, both the UNCITRAL Model Law and the ICC Rules state that, subject to the relevant institutional rules, the parties are free to agree on the procedure to be followed by the arbitral tribunal in conducting the proceedings. It is only failing such determination by the parties that the tribunal may itself determine rules of procedure.」, page 163. 2006 Kluwer Law International, The Netherland。

之效力。」此項條文之規定確立了我國仲裁法制中「仲裁條款自主性」之原則，除確立仲裁條款之獨立性外，亦彰顯仲裁條款之無因性。

綜合上述對於仲裁條款自主性之問題可分下列三種情形討論之：

- 一、主契約合法有效成立。
- 二、主契約曾合法有效存在，惟嗣後效力消滅。
- 三、主契約自始無效。

第一種情形而言，較無疑義；第二種情形，基於仲裁條款自主性理論，將主契約與仲裁條款視為二獨立自主之契約，仲裁條款之效力，不會因主契約效力嗣後發生變動而有所影響，亦屬合理。而第三種情形，契約自始無效時，此時主契約中之仲裁條款效力如何，則有不同見解。持否定說者，認為主契約自始無效，其所包括之仲裁條款亦應被認定未合法有效成立。持肯定說者，則主張為使仲裁庭就其受理爭議事件，有完整之裁判權及節省當事人時間及金錢，應使仲裁條款自主性原則，在主契約自始無效時，亦有適用餘地。

第十款 仲裁協議條款的解釋²³⁸

第一目 解釋之必要

由於當事人對於仲裁協議之約定往往過於簡略，或對於仲裁制度欠缺認識，或使用之文字不夠明確，以致有無仲裁之意思曖昧不明，有加以解釋之必要。實務上，仲裁程序之相對人常以仲裁條款文義不明不具效力，或仲裁標的非屬仲裁合意範圍等事由，要求駁回仲裁。因此，仲裁條款解釋問題，更顯重要。此外，仲裁庭可從仲裁條款之解釋中，確定仲裁程序的方向，仲裁程序的範圍以及仲裁程序的效力。

學理上，認為仲裁庭就仲裁事件管轄權，以及仲裁契約的存在與效力，有獨立認定之權，聯合國國際商務仲裁模範法第16條第1項就此訂有明文，因此學者建議增訂：「仲裁契約之效力，由仲裁庭認定之。」

第二目 仲裁庭對仲裁條款之基本解釋原則

一、善意原則

²³⁸ 胡偉良，兩岸仲裁法之修法建議——以兩岸、香港、新加坡之比較研究為基礎，中國政法大學博士論文，2006年3月，頁54-55。

仲裁條款係契約之一種型態，仲裁條款之解釋亦須依契約之解釋原則，亦即仲裁條款已實質存在，則須依善意原則解釋當事人之意思。換言之，依善意原則解釋仲裁條款之「存在及有效」，即應承認其效力，使仲裁庭可進行其程序。

凡非財產上之爭議，或與公序良俗有關之事項，不得交付仲裁。除此之外，應採較寬鬆之善意解釋原則。

二、利於有效性原則

原則上，如雙方當事人間，有仲裁條款之約定，除非有排拒性之約定文字，否則在解釋上就應該作存在性或有效性之認定；故仲裁條款之解釋應以「利於有效性」之原則加以解釋，如仲裁庭或法院對仲裁條款之解釋不明確時，採有效性，而不採其無效性，使其有益於仲裁。

理論上，解決有瑕疵仲裁協議，除採「利於有效性」之原則加以解釋外，其處理方式，參考外國仲裁機構有採「不利條款草擬人之原則」，以及「排除嚴格解釋之原則」。

第十一款 小結

仲裁程序之進行，以當事人間有仲裁協議為前提，苟無當事人之仲裁協議，任何一方當事人無從要求他方以仲裁解決爭議²³⁹，當然更無從要求他方當事人選定仲裁人，或聲請法院為他方選定仲裁人。亦即無仲裁協議，仲裁程序即無從進行，更無法組成仲裁庭，當然也無法作出仲裁判斷。

仲裁協議之目的，在於授權仲裁庭進行仲裁程序，作成仲裁判斷解決當事人間之紛爭，故當事人間發生仲裁協議標的之紛爭時，當事人即有義務依仲裁協議之約定進行仲裁程序；仲裁庭依仲裁協議之授權²⁴⁰，進行仲裁程序，並作成仲裁判斷。仲裁協議之實踐，即係其積極效力之結果²⁴¹；仲裁協議之消極效

²³⁹ See Fox v. Tanner, JOURNAL OF DISPUTE RESOLUTION, Arbitrability of Arbitrability, 「The first principle of arbitration law is that a party cannot be compelled to arbitrate a dispute unless that party has agreed to arbitration.」, Heinonline—2005 J. Disp. Resol. page 530. 2005

²⁴⁰ See Jane Jenkins and Simon Stebbings, International Construction Arbitration Law, CHAPTER 8, Control of the Arbitration, 「In practice, therefore, in order to determine the scope and nature of a tribunal's powers, regard should be had, in the following order, to four sources: (a) the arbitration agreement; (b) any arbitral rules to which the parties have subjected the arbitration; (c) the law governing the arbitration agreement; and (d) (to the extent that this is distinct from (c)) the law of the place or "seat" of the arbitration.」, page 162. 2006 Kluwer Law International, The Netherlands.

²⁴¹ 林俊益，「法院對仲裁之協助與監督—仲裁法實施後之現況分析」，仲裁季刊第 75 期，2005 年 8 月 31 日，頁 79。

力，主要表現在妨訴抗辯上，我國仲裁法第 4 條第 1 項，即一改過去商務仲裁條例第 3 條「裁定駁回原告之訴」之規定，而改採「裁定停止訴訟程序」，亦即將條文修正為：「仲裁協議，如一方不遵守，另行提起訴訟時，法院應依他方聲請裁定停止訴訟程序，並命原告於一定期間內提付仲裁。但被告已為本案之言詞辯論者，不在此限。」，停止訴訟之抗辯是屬於相對抗辯事項，非法院依職權應加以審酌之事項²⁴²。

仲裁協議之解釋，依國際仲裁的理論，就有關係爭仲裁條款之解釋，固應盡量採取「利於有效性」之解釋原則，即「寧可使其有效，毋使其無效」之原則，甚至該原則中另包含所謂「不利條款草擬人原則」及「排除嚴格解釋原則」等等，始能發揮雙方願意追求自主、專業、迅速、經濟、秘密、和議、有效而尋求訴訟外解決紛爭的功能，由仲裁庭決定當事人對其管轄權之異議，原本即具有「球員兼裁判」之性質，極不適當，如能將裁判之權交由公正之第三人法院，對當事人不服之事項再作確認，當有助於消除當事人對仲裁庭進行仲裁程序之疑慮。

為免當事人在仲裁庭作出仲裁判斷後主張仲裁協議尚未生效、失效或無效，轉而另向法院提起撤銷之訴，浪費司法及社會資源，本文建議應修正仲裁法有關仲裁庭自我管轄決定權之規定，如當事人聲請提付仲裁時，他方認為仲裁協議未生效、失效或無效，而提出仲裁庭無仲裁管轄權之抗辯時，仲裁庭即應作出中間判斷，當事人如不服得於受通知一個月內向法院請求救濟，如果法院認為仲裁協議有尚未生效、失效或無效之原因存在，而作出仲裁庭無仲裁權之裁定，仲裁庭即應受其拘束，而將案件從程序上予以駁回。反之，法院如認為仲裁庭有管轄權而作出裁定時，仲裁庭即得繼續進行其程序並作成仲裁判斷，如此一來，仲裁庭所作的仲裁判斷在撤銷仲裁之訴中即不易被法院所撤銷，另一方面，當事人向法院聲請強制執行時，也不易遭法院駁回²⁴³，倘能做此改變，必能激發民眾利用仲裁機制解決紛爭的意願，也更能達到利用仲裁疏解訟源，快速解決紛爭的目的。

第二節 工程仲裁判斷

²⁴² 參閱最高法院 88 年台上字第 1326 號民事判決。

²⁴³ Houston Putnam Lowry, RECENT DEVELOPMENTS IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, 「There have been two major developments concerning international commercial arbitration over the past year. The first concerns the unauthorized practice of law and the second concerns interim measures of protection.」Heinonline—10 LISA J. int'l & Comp. page335, 2004.

第一項 概說

工程仲裁既是解決爭議的重要手段，因而在面對多元複雜的工程前更應謹慎以對，尤其在訂約階段更應設想各種可能發生的狀況而預為防範，即或如此，仍然無法將全部問題涵括包羅其中。仲裁契約係雙方當事人將其紛爭交付第三人即仲裁人為判斷之合致意思表示，雙方當事人願意在工程契約中訂明仲裁條款，或者在契約中同意將來發生爭議時，交付仲裁，並以仲裁解決雙方爭議之協議，此一約定即是「仲裁協議」。「仲裁協議」係仲裁程序的起點，「仲裁判斷」則是仲裁程序的終點。所謂「仲裁判斷」係指當事人一方依據雙方所簽訂的仲裁協議，在爭議發生時，將紛爭提交仲裁庭，由仲裁人以中立第三人之立場作出判斷，以解決彼此紛爭的方法。

仲裁庭的判斷決議是仲裁判斷書中最重要的部分²⁴⁴，因為這是仲裁人陳述爭議是非曲直和預備說明仲裁判斷決議理由的結論²⁴⁵；而仲裁判斷書則是整個仲裁中最重要的部分，要有受到極大關注的心理準備，在提出仲裁判斷書之前，仲裁人應該覺得非常的坦然安逸，因為判斷書對當事人，他們的律師以及任何再審法院，可以證明所有重要的議題都將被公平的考量和充分的解決²⁴⁶。仲裁判斷，可分為終局仲裁判斷及中間仲裁判斷二種。所謂「終局仲裁判斷」，乃係仲裁庭於仲裁達於可為判斷之程度者，所為對外發生效力之意思表示。而所謂「中間仲裁判斷」在仲裁法中並無明文，解釋上，仲裁庭得斟酌程序進行狀況，作成中間判斷或者留待程序終結後，在判斷理由中再作交待。中間仲裁判斷，所處理之事由，多為程序抗辯事由²⁴⁷，諸如仲裁協議不成立、仲裁程序不合法、

²⁴⁴ See American Arbitration Association ,HANDBOOK ON CONSTRUCTION ARBITRATION AND ADR CHAPTER 5, Arbitration, 「Three principles should guide the drafting of the award : 1. The award must be clear and definite, leaving no doubt as to what the parties must do to comply.2.It must decide every claim and defense submitted to arbitration.3. It should not rule on anything beyond the scope of the arbitrator's authority.」 page 190. 2007。

²⁴⁵ See American Arbitration Association ,HANDBOOK ON CONSTRUCTION ARBITRATION AND ADR CHAPTER 5, Arbitration, 「The decision is the most important part of the award, for it is here that the arbitrator states his or her conclusions about the merits of the dispute and provides the reasons for the decision」, page 192. 2007。

²⁴⁶ See American Arbitration Association ,HANDBOOK ON CONSTRUCTION ARBITRATION AND ADR CHAPTER 5, Arbitration 「The award is the most important part of the arbitration ,so great care should be taken in its preparation. Before submitting the award, the arbitrator should be comfortable that the award demonstrates to the parties, their attorneys and any reviewing court that all of the important issues were fairly considered and fully decided.」, page 194. 2007。

²⁴⁷ See Jane Jenkins and Simon Stebbings , International Construction Arbitration Law , CHAPTER 8, Control of the Arbitration, 「Subject to any agreement to the contrary by the parties, in most cases an arbitral tribunal will have the power to issue interim measures, usually for the purposes of taking or preserving evidence, preserving the

違反仲裁協議、仲裁協議與應判斷之爭議無關、仲裁人欠缺仲裁權限、以及其他得提起撤銷仲裁判斷之訴之事由（仲裁法第 33 條參照）等等。

第二項 工程仲裁判斷的效力

當事人訂立仲裁契約的目的，即在授權仲裁人就當事人間的分爭法律關係作成仲裁判斷，以解決彼此間的爭議²⁴⁸。而此一仲裁判斷，依仲裁法第 37 條第 1 項規定：「仲裁人之判斷，於當事人間，與法院之確定判決，有同一效力。」，故欲瞭解「仲裁判斷的效力」，應先從確定判決的效力著手。依民事訴訟法學說及實務見解，一般均認為，確定之終局判決具有形式確定力、執行力及形成力，從而依前述仲裁法之規定即可知悉仲裁判斷同樣具有既判力、形式確定力、執行力、形成力。

第一款 形式確定力與既判力

一、形式確定力

所謂判決的形式確定力，乃指受判決之當事人不得以任何方法聲明不服，法院亦不得撤銷或變更。此一形式確定力依據仲裁法第 37 條第 1 項之規定，苟適用在仲裁法上，因仲裁法並無上訴救濟機制，從而一旦仲裁庭做成仲裁判斷，當事人即不得聲明不服，仲裁庭亦不得撤銷變更仲裁判斷，此即所謂形式上的確定力。

二、既判力

民事訴訟法第 400 條明定：「除別有規定外，確定之終局判決就經裁判之訴訟標的，有既判力。」「主張抵銷之請求，其成立與否經裁判者，以主張抵銷之額為限，有既判力。」

前述民事訴訟法在修正理由中說明，民事訴訟制度為達終局地強制解決民事紛爭之目的所賦予確定終局判決之效力，通稱為判決之實質上確定力或既判力。其積極作用在於避免先後矛盾之判斷，消極作用則在於禁止重行起訴。

在學說上亦將判決之「實質確定力」稱為既判力，其作用在禁止反覆起訴

status quo and providing security for costs.」,page 173. 2006 Kluwer Law International, The Netherland。

²⁴⁸ 蔡佩芬，談仲裁判斷，仲裁季刊第 69 期，2003 年 9 月 30 日，頁 45-47。

與禁止矛盾²⁴⁹。申言之，即在禁止當事人就同一訴訟標的更行起訴（既判力之消極作用），以及禁止當事人作與確定判決不同之主張，法院關於基準時點之權利狀態應以既判事項為基準不得為相異之認定（既判力之積極作用）。從仲裁法第 37 條及民事訴訟法第 400 條規定觀之，仲裁判斷應具既判力，無論法院或仲裁庭均不可做出與原仲裁判斷矛盾之裁判；當事人就其協議接受仲裁之標的，亦不可再行起訴爭執。既判力的效力範圍尚可分為既判力的基準時、既判力的主觀範圍與客觀範圍來說明：

（一）仲裁判斷既判力之基準時

民事訴訟法上確定判決之既判力，原則上以事實審言詞辯論終結時為準，仲裁判斷依仲裁法既無所謂「基準時」之規定，但細繹判決既判力之法理，從當事人有無提出攻擊防禦之機會以觀，仲裁判斷之既判力基準時，應以仲裁人詢問終結時²⁵⁰為準。亦即在仲裁人詢問終結前已發生之事實，不問當事人是否於仲裁人詢問時提出，亦不問當事人是否知悉，亦或不論是否因過失而未提出抗辯，嗣後均不得再為爭執²⁵¹，均應受既判力之拘束；至於在仲裁人詢問終結後才發生的事實，無法經仲裁人審酌，自不為既判力所及²⁵²。

（二）仲裁判斷既判力之客觀範圍

既判力之客觀範圍，即仲裁判斷主文對於當事人協議提付仲裁之法律關係所為之判斷。仲裁標的表現在主文者有既判力，至於判斷理由部分僅為攻擊防禦方法之爭點，並非當事人關心之焦點，原則上並無既判力，但如係在仲裁程序中適法提出之抵銷抗辯，則例外承認理由中之判斷有既判力²⁵³。

最高法院 89 年台上字第 411 號判決：「按民事訴訟法第 400 條第 1 項規定確定判決之既判力，惟於判決主文所判斷之訴訟標的，始可發生。若訴訟標的以外之事項，縱令與為訴訟標的之法律關係有影響，因而於判決理由中對之有所判斷，除同條第 2 項所定情形外，尚不能因該判決已經確定而認此項判斷有既判力。倘當事人提出之訴訟資料，足以推翻原判斷，非不得作相反之主張，法院亦非不得為相反之判斷。此於仲裁事件亦有其適用。」，可為參考²⁵⁴。

（三）仲裁判斷既判力之主觀範圍

現行仲裁法並未如民事訴訟法設有第 401 條之規定：「確定判決，除當事人外，對於訴訟繫屬後為當事人之繼受人者，及為當事人或其繼受人占有請求之

²⁴⁹ 駱永家，既判力之研究，1991 年 10 月自印，頁 4-8。

²⁵⁰ 吳艾黎，論瑕疵仲裁判斷之救濟，輔仁大學法律研究所碩士論文，1994 年，頁 19-20。

²⁵¹ 邱寶弘，仲裁判斷之司法監督，輔仁大學法律學研究所，民國 92 年碩士論文，頁 47。

²⁵² 顏旭男，仲裁判斷撤銷之研究——以撤銷之訴為中心，中國文化大學法律研究所碩士論文，1997 年 6 月，頁 29-30。

²⁵³ 邱寶弘，仲裁判斷之司法監督，輔仁大學法律學研究所，民國 92 年碩士論文，頁 47。

²⁵⁴ 林俊益，「法院對仲裁之協助與監督」，仲裁季刊第 70 期，2004 年 2 月，頁 17。

標的物者，亦有效力」²⁵⁵「對於為他人而為原告或被告者之確定判決，對於該他人亦有效力。」解釋上，自應就仲裁制度設立之精神來探討，就仲裁制度而言，仲裁人之所以能就他人之爭議做出仲裁判斷，並具有法律效力，其判斷之權源係來自於當事人所訂定之仲裁契約的授權，因而，原則上仲裁判斷應祇拘束契約雙方當事人，第三人不應受他人協議所作成之仲裁判斷所拘束。仲裁判斷僅於當事人間始具有既判力，並不得以之對抗第三人。易言之，仲裁判斷既判力之主觀範圍應與仲裁協議效力之範圍一致²⁵⁵。

第二款 執行力

仲裁判斷既與法院的確定判決有同一的效力，因而，仲裁判斷自應與法院之判決相同，可將之歸類分為給付仲裁判斷、確認仲裁判斷以及形成仲裁判斷三種。其中，祇有給付仲裁判斷始有「執行力」。在此應予探究者係仲裁判斷究竟有無執行力的問題？仲裁判斷作成後，若當事人未自動履行，依據仲裁法第 37 條第 2 項前段規定，須聲請法院為執行之裁定後，方得為強制執行，因為仲裁判斷本身尚不具執行力，此與法院之確定判決即可作為執行名義不同。蓋仲裁判斷係私人作成之文書，其效力自難與法院之確定判決可作為執行名義之公文書相提並論²⁵⁶。

其次則為仲裁法第 37 條第 2 項前段既規定：「仲裁判斷，須聲請法院為執行裁定後，方得為強制執行。」則仲裁判斷究係以何時發生其執行力？在立法例上有三種態樣：

一、裁定生效制

仲裁判斷本身並無執行力，此制認為仲裁判斷乃私文書，須聲請法院為執行裁定後，取得執行名義始有執行力。亦即必須將私文書轉換成公文書後，法院才能以公權力介入強制執行。義大利民事訴訟法第 825 條為此制之代表；我國仲裁法第 37 條第 2 項前段規定：「仲裁判斷，須聲請法院為執行裁定後，方得為強制執行。」，即採此制；此外，此制亦常被作為外國仲裁判斷之承認與執行，例如我國仲裁法第 47 條之規定是。

二、核備生效制

²⁵⁵ 楊崇森，商務仲裁之理論與實際，中央文物供應社，民國 73 年 12 月，頁 87；羅昌發，論仲裁約定對第三人之效力，商務仲裁第 23 期，頁 33。

²⁵⁶ 藍瀛芳，仲裁仲裁判斷的有效性與其效力，輔仁法學第 14 期，民國 84 年 6 月出版，頁 160。

此制主張仲裁判斷無須經法院之裁定，只要向法院報備即可。德國民事訴訟法第 1039 條可為此制之代表。

三、逕自生效制

此制認為仲裁判斷在成立時即生效力，不需要經過法院之裁定，也不需要向法院報備。此種立法例近年來已有愈來愈多的國家採行，值得注意。惟各國在立法規範上略有不同，例如，法國在 1980 年民事訴訟法第 1476 條中規定，仲裁判斷「自其作成時」就發生效力，無須經過報備程序；荷蘭民事訴訟法第 1059 條規定，亦同。此外，英格蘭 1950 年仲裁法第 15 條規定：「…仲裁判斷由仲裁人制作…應為終局且對當事人間有拘束力」；瑞士國際私法第 190 條規定，仲裁判斷有其確定之效力，即既判力、執行力（不須法院裁定）。²⁵⁷

從我國現行仲裁法第 37 條第 2 項前段本文之文義觀之，應係採取裁定生效制，故而，在未取得法院許可執行裁定前，不得聲請強制執行。

至若當事人雙方以書面約定以給付金錢或其他代替物或有價證券之一定數量為標的者，或以給付特定之動產為標的者，依仲裁法第 37 條第 2 項但書規定，仲裁判斷無須法院裁定即得為強制執行，得逕為強制執行之文義觀之，應係採取逕自生效制，較無疑問。

第三款 有無形成仲裁判斷之探討

仲裁判斷係當事人基於私法自治、契約自由的原則，自行合意訂定仲裁協議授權公正之第三人就雙方爭議作出仲裁判斷，以解決爭執的方法。仲裁人本身及仲裁程序，均非國家司法權的行使，且得提付仲裁之爭議，亦即仲裁協議的內容，必須是當事人得以之作為和解的事項為限。以此作成判斷，其效力原則上亦僅止於當事人之間，與形成判決之形成力具有對世效者，顯然不同。其次，仲裁程序之進行，依仲裁法第 23 條第 2 項前段之規定，原則上並不公開，仲裁人所作之仲裁判斷亦無須公示於眾，如果判斷內容有涉及第三人之權益時，一般人無從得知，如賦予形成力，實有害於動的交易安全，故而，不宜賦予仲裁判斷形成力²⁵⁸。

此與法院之確定判決不能相提並論，在法院的確定判決中有所謂確定判決

²⁵⁷ 藍瀛芳，仲裁判斷的有效性與其效力，輔仁法學第 14 期，民國 84 年 6 月出版，頁 159-161。

²⁵⁸ 顏旭男，仲裁判斷撤銷之研究——以撤銷之訴為中心，中國文化大學法律研究所碩士論文，1997 年 6 月，頁 33。

之形成力者，其意係指當事人間之法律關係依據判決之內容而當然發生、變更或消滅，不待自動履行或強制執行，其效力在判決確定時，即自動生效，例如撤銷婚姻之判決、離婚之判決等均是。此種判決一經確定，法律即賦予一定的形成力。仲裁判斷因僅係當事人雙方權義關係之爭議解決，不宜賦予對世效，以免影響社會公益及秩序之運作。

第四款 無權判斷

仲裁判斷若確係無權判斷者，例如，仲裁判斷與仲裁協議標的之爭議無關，法院即應駁回其聲請。蓋仲裁人有權仲裁當事人間之爭議，其權源係來自當事人雙方之授權協議，仲裁人必須以當事人仲裁協議授權之範圍作為仲裁之基礎，以此為基礎的判斷始為有效之判斷，否則即為無權判斷，當事人不受此判斷之拘束。仲裁法第 38 條第 1 款前段所規定之仲裁判斷與仲裁協議之爭議無關，即係指無權判斷之情形而言。

第五款 越權判斷

仲裁協議既是當事人將現在或將來之爭議授權由公正之第三人仲裁判斷，以解決紛爭的方法，故仲裁協議是仲裁程序的起點，其效力主要可分為二個部分，一為積極的效力，即爭議雙方當事人協議，將特定私權爭議交由仲裁人裁判的一種授權行為，仲裁人因而取得仲裁權；二為消極的效力，係指仲裁協議剝奪或限制了法院對該特定私權爭議的裁判權，在學說上稱為妨訴抗辯的效力。仲裁庭的權源來自仲裁協議，仲裁人的職責，在於依據當事人間契約作出仲裁判斷，判斷之事項必須與仲裁契約標的之爭議完全一致，範圍亦應相符，如果仲裁判斷的範圍與仲裁契約標的不同，或者變更契約內容而為判斷，自屬與仲裁標的爭議無關之判斷，如果仲裁庭就約定範圍以外之事項為判斷時，即屬越權判斷，當事人得向法院請求撤銷仲裁判斷。

第六款 判斷未附理由

仲裁判斷書有一定形式要件，即所謂法定應記載事項，倘有缺漏，可能會影響判斷之效力。仲裁法第 33 條第 2 項規定之六款情形為判斷書法定應記載之事項，欠缺法定應記載事項，除其欠缺可補正或有法定理由者外，其欠缺即可能影響到判斷書的效力，而該條項第 5 款所規定之：「事實及理由」正是法定應

記載之事項，除非有該款後段但書「但當事人約定無庸記載者，不在此限。」所列之例外情形，否則，法院均應駁回其執行之聲請。

除此之外，仲裁法第 38 條第 2 款亦規定：「仲裁判斷應附理由而未附者。但經仲裁庭補正後，不在此限。」，可知，「仲裁判斷應附理由而未附者」，亦為欠缺法定應記載事項之情形，遇此情形，除非有該款後段但書情形，否則，法院即應駁回其執行之聲請。至於仲裁判斷書應附理由「而未附」，係指完全不附理由而言，設若仲裁判斷書已有敘述理由，則不管該理由是否完備正當或是否相互矛盾，均非所謂不附理由²⁵⁹。

第七款 判斷係命當事人為違法行為者

仲裁法第 38 條第 3 款所謂：「仲裁判斷，係命當事人為法律上所不許之行為者。」係指仲裁判斷主文所命當事人應給付的行為，有違法律強制或禁止的規定，或有背於公共秩序或善良風俗者而言，例如仲裁判斷命相對人給付賭資是。

此外，如判斷主文有瑕疵之情形，其法律效果將發生何種法律效力？此可分為三種情形來論述：

一、為判斷主文發生誤寫、誤算或其他類此之顯然錯誤時

仲裁法第 35 條規定：「判斷書如有誤寫、誤算或其他類此之顯然錯誤者，仲裁庭得隨時或依聲請更正之，並以書面通知當事人及法院。其正本與原本不符者，亦同。」，是以遇有前述條文所述之狀況者，當事人應先向仲裁庭申請更正判斷主文，始得聲請執行裁定。

二、為判斷主文有漏列之情況發生時

所謂漏列，係指仲裁判斷主文未就當事人全部仲裁聲明為判斷，其救濟方式，仲裁人得依職權或依當事人聲請，就漏未判斷部分為「補充判斷」，其後，當事人方得向法院為執行裁定之聲請。此種情形亦有主張提起撤銷仲裁判斷之訴，惟因此種情形，對已判斷部分，並無撤銷實益，漏判部分，亦不得撤銷，故此說並不可採²⁶⁰。

²⁵⁹ 最高法院 73 年度台上字第 61 號判決。

²⁶⁰ 藍瀛芳，判斷的瑕疵與其救濟，萬國法律，1999 年 1 月，頁 15-20。

三、為判斷主文不明之情況發生時

所謂仲裁判斷主文「不明」之情形，主要係指對某事實雖有記載卻不明確並足以影響判斷之效力及執行之情形。現行法並無明文救濟之方式，參照聯合國仲裁規則第 35 條第 1 項規定，當事人得聲請仲裁庭解釋；且依同條第 2 項規定，仲裁庭應限期作成書面解釋，且此解釋書亦成為仲裁判斷之一部分，是當事人以「不明」之仲裁判斷聲請執行裁定時，法院應駁回其聲請，必須等到當事人向仲裁庭申請解釋，於仲裁判斷之內容明瞭後，再向法院聲請執行之裁定，較為允洽合宜²⁶¹。

第八款 仲裁判斷執行力之停止

當事人在何時、點，可以阻止仲裁判斷之執行，有下列三種類型，謹分析如后：

一、停止判斷之執行力

所謂「停止判斷之執行力」，應與強制執行法第 18 條第 2 項「停止強制執行程序」之規定嚴加區別，後者，以開始強制執行程序為必要，前者，並無此限制，此可從仲裁法第 42 條第 1 項：「當事人提起撤銷仲裁判斷之訴者，法院得依當事人之聲請，定相當並確實之擔保，以裁定停止執行。」，第 2 項：「仲裁判斷經法院撤銷者，如有執行裁定時，應依職權併撤銷其執行裁定。」獲得印證。實務見解有台灣台北地方法院 85 年度仲聲字第 3 號民事裁定及最高法院 83 年台抗字第 527 號裁定可茲參照。此外，從前述仲裁法第 42 條第 1 項之規定可知，仲裁法為保障受有利仲裁判斷之當事人權益，特別規定當事人提起撤銷仲裁判斷之訴者，法院得依當事人之聲請，定相當並確實之擔保，以裁定停止執行。

二、停止執行裁定之執行

仲裁聲請人於獲得有利判斷，經向法院聲請取得准許執行之裁定後，尚未向執行法院聲請執行，如果相對人不服執行裁定（設若未提起撤銷仲裁判斷之

²⁶¹ 蔡嘉政，仲裁判斷之研究，中興大學法律研究所碩士論文，1998 年 6 月，頁 98-101。

訴)，自得依抗告程序提起抗告（民事訴訟法第 491 條第 2 項），並同時聲請原法院或審判長或抗告法院，停止原執行裁定之執行。第 3 項並規定，對於前項裁定，不得抗告。

三、停止執行程序

依強制執行法第 18 條規定意旨，提起再審或異議之訴或對於許可強制執行之裁定提起抗告時，法院得定相當之擔保並為停止執行之裁定。此與前述停止判斷之執行力不同，因為，停止執行程序必為當事人聲請強制執行後，而停止判斷之執行力則無此限制。

第三節 工程仲裁判斷之撤銷

第一項 概說

仲裁係由當事人訂立仲裁協議，授權由其所選定之仲裁人，包括由法院或仲裁機構所指定之仲裁人，就其間之紛爭加以仲裁解決而不利用國家司法訴訟資源進行的程序。仲裁人依仲裁程序所做成之仲裁判斷對當事人有最終之拘束力。國家司法制度承認仲裁制度的法理基礎，傳統上大抵均以「私法自治」、「契約自由」原則作為立論的依據。自古以來，在私人經濟體制下，承認當事人得依其自由意思形成其私法上的權利義務關係，而其中最要者莫過於當事人得依其自由意願，訂定契約，進而取得權利負擔義務。從而並推演出當事人可以依仲裁程序處分其實體上權利義務的容許性及作為仲裁契約的法理依據²⁶²。

學者邱聯恭主張仲裁契約之法理基礎非僅根源於實體法上之私法自治、契約自由原則，並根源於憲法而於程序法上取得獨立之法理基礎，認為「仲裁契約之訂立係以程序選擇權之法理為基礎，乃程序法（民事訴訟法及有關仲裁之法律）所認程序處分權之一種行使型態，而非僅源於私法自治、私法上之契約自由之原則²⁶³。」由於「當事人係採用訂立仲裁契約方式合意選用仲裁程序。為達成此項合意，實際上當事人已先較量仲裁程序與訴訟程序所涉及實體利益及程序利益之大小輕重，終於有所取捨而作決定，此種合意，係兼以程序之選擇、處分為對象內容，而含有處分程序之性質作用，並非僅以系爭標的（財產

²⁶² 方鴻愷，仲裁判斷之司法控制—以撤銷仲裁判斷之訴事由為中心，收錄於法務部司法官訓練所司法官 44 期法學研究報告合輯（第二輯），民國 94 年 9 月出版，頁 1283。

²⁶³ 邱聯恭，〈仲裁契約之妨訴抗辯效力〉，收錄於氏著「程序選擇論」，台大法學叢書（126），2001 年 4 月初版，頁 238。

權) 為其處分之對象²⁶⁴。」。所以在解釋或運用有關仲裁契約之訂立及其效力，乃至在仲裁司法控制之仲裁法時，以上法理應有為解釋基礎之價值²⁶⁵。

仲裁制度相較於訴訟程序具有更為便捷、靈活之優勢，同時基於實體法上私法自治、契約自由原則及程序法上所承認當事人之「程序處分權」及「程序選擇權」之行使，顯然，在現行法制下，仲裁已成為國家在司法體系訴訟以外所創設的另一個解決紛爭的途徑，且因為仲裁所具備的諸多優點，例如，便利性、經濟性、迅速性、專業性、有效性等等，較之訴訟更能滿足當事人因應急遽變遷的環境與需求，面對稍縱即逝的商機，當事人寧可在爭議處理上採取速戰速決態度，因而，現代國家除了維持現有訴訟制度外，另一方面也在積極推動及承認仲裁制度，而有所謂「公的司法」及「私的司法」之稱，對於仲裁人及仲裁庭有稱之謂「民間法官」、「民間法院」的說法²⁶⁶。

從私法領域的角度觀察，國家賦予人民高度的自治及契約自由，並不意味國家放棄其統治權的行使及自我權力設限。相反的，國家為了維護必要的社會正義，必須適時的介入與監督；從人民有訴訟權，而導引出人民得請求國家就其紛爭適時審判之請求權利，而使紛爭之當事人得行使其「程序上選擇權」，循仲裁程序尋得存在於實體利益與程序利益之平衡點上的真實的機會²⁶⁷，為保障此項權利之行使，國家應給予仲裁制度必要的協助，以使其健全發展，因而仲裁之司法監督有其必然性與必要性。基於前述司法監督之必要性，國家固然承認仲裁制度下所作的仲裁判斷具有與法院判決相同的效力，但仲裁判斷是否與國家法律秩序所規範的條件相契合，國家仍具有最後的審查權，故各國在立法例上乃規定，仲裁判斷在具有一定的原因時，當事人可向普通法院聲請以判決加以撤銷²⁶⁸，亦即，對於有瑕疵的仲裁判斷，國家可基於保留仲裁審查權及完善仲裁監督機制的目的，使仲裁判斷在司法監督和控制下能夠得到真正的執行²⁶⁹。

第二項 撤銷工程仲裁判斷之訴之目的

²⁶⁴ 邱聯恭，仲裁契約之妨訴抗辯效力，收錄於氏著程序選擇論，台大法學叢書（126），2001 頁 224。

²⁶⁵ 方鴻愷，仲裁判斷之司法控制—以撤銷仲裁判斷之訴事由為中心，收錄於法務部司法官訓練所司法官 44 期法學研究報告合輯（第二輯），民國 94 年 9 月出版，頁 1283。

²⁶⁶ 藍瀛芳，撤銷仲裁判斷之訴的事由與其法律性質，商務仲裁季刊第 42 期，1996 年 6 月，頁 28。

²⁶⁷ 邱聯恭，仲裁契約之妨訴抗辯效力，收錄於氏著程序選擇論，台大法學叢書（126），2001，頁 223。

²⁶⁸ 趙艷華，關於仲裁裁決撤銷的一點思考，哈爾濱學院學報，第 28 卷第 9 期，2007 年 9 月，頁 76。

²⁶⁹ Alan Redfern and Martin Hunter, *International Arbitration*, 2nd ed., 1991, pp. 420-421。引自賴來焜仲裁判斷之救濟程序（上），仲裁季刊第 78 期，95 年 7 月 15 日，頁 39。

仲裁制度係當事人基於私法自治及契約自由原則，依據其程序選擇權自主決定採行仲裁程序以解決私權紛爭，此時就當事人間之實體法律問題，應以仲裁判斷為終局且有執行力之決定。正因為仲裁人之判斷於當事人間，與法院之確定判決具有同一效力，倘若仲裁判斷具有重大瑕疵，此時國家之司法公權力即應介入此一私人所進行之準司法程序，國家有監督的義務以擔保仲裁判斷不違反國家對於公平正義的要求²⁷⁰。仲裁制度之司法監督，包含賦予仲裁協議有妨訴或停止訴訟抗辯之效力；協助選定仲裁人、仲裁人之迴避及仲裁程序進行；賦予仲裁與法院確定判決同一效力以及仲裁判斷有瑕疵時，法院得予以救濟等均屬之²⁷¹，其中，以對瑕疵仲裁判斷之救濟制度最為重要，對仲裁制度的影響也最大。

然而，在仲裁判斷發生瑕疵時，應如何救濟才能確保當事人之權益，實值關注。在學理上，瑕疵判斷可分為二種型態，即無效判斷及得撤銷判斷²⁷²。所謂無效之判斷，係指仲裁判斷具有明顯而重大之瑕疵，而自始、當然、確定不發生效力而言。所謂得撤銷之仲裁判斷係指其雖具有一定程度結構上瑕疵，然其瑕疵非重大明顯，其效力在撤銷前係屬有效。無效之判斷，形式上仍具有仲裁判斷之外觀，當事人間遇有爭執時，似可循確認之訴之方式救濟²⁷³。惟在實務運作上仍以有效但具有一定程度之瑕疵仲裁判斷之撤銷，始有加以司法控制之意義。在立法例上，就得撤銷判斷之救濟程序大約有以下數種²⁷⁴：（一）得向法院提起上訴救濟，例如法國²⁷⁵；（二）由當事人向另一更高層級之仲裁庭表示不服²⁷⁶；（三）向法院提起撤銷仲裁判斷之訴救濟，如日本、德國、美國、英國、瑞典、荷蘭²⁷⁷，我國仲裁法亦採此方式。

²⁷⁰ 梁堯清，撤銷仲裁判斷之理論與實踐，國防大學國防管理學院法律學研究所碩士論文，2002年6月，頁71。

²⁷¹ 林俊益，有關仲裁之優點，收錄於仲裁法之實用權益，永然文化出版股份有限公司，2001年4月，頁41。

²⁷² 藍獻林，論商務仲裁判斷之撤銷，收錄於氏著，仲裁法論叢，1988年7月，自印，頁68；吳艾黎，論瑕疵仲裁判斷之救濟，輔仁大學法律學研究所碩士論文，1994年12月，頁29-30；邱寶弘，仲裁判斷之司法監督，輔仁大學法律學研究所，民國92年碩士論文，頁71。

²⁷³ 藍獻林，論商務仲裁判斷之撤銷，收錄於氏著，仲裁法論叢，1988年7月，自印，頁68

²⁷⁴ 賴來焜，仲裁判斷之救濟程序（上），仲裁判斷三種救濟方法（一）上訴制度（二）再審制度（三）撤銷仲裁判斷之訴，仲裁季刊第78期，2006年7月15日，頁45。

²⁷⁵ 吳艾黎，論瑕疵仲裁判斷之救濟，輔仁大學法律學研究所碩士論文，1994年12月，頁67；參見法國民事訴訟法第1482條，法國係採雙軌制，對於瑕疵仲裁判斷之救濟，除得依上訴程序救濟外，另得提起撤銷之訴救濟。此部分參照前揭論文。

²⁷⁶ 李念祖，仲裁判斷之撤銷，收錄於楊崇森等人合著，仲裁法新論，中華民國仲裁協會出版，2002年修訂再版，頁300以下。林瑤，我國仲裁法制理論與實務之分析研究，東吳大學法律學研究所碩士論文，1987年6月，頁138。

²⁷⁷ 日本民事訴訟法第801條；德國民事訴訟法第1059條，1998年仲裁法；美國1990年聯邦仲裁法第10條、統一仲裁法第12條第1項；英國1996年仲裁第67條；荷蘭1986年民事訴訟法第1065條；瑞典1995年仲裁法第34條。以上參見邱寶弘，前揭論文，頁70-81；吳艾黎，前揭論文，頁43-66；藍瀛芳，撤銷仲裁判斷之訴的事由與其法律性質，商務仲裁季刊第42

撤銷仲裁判斷之訴之目的，乃就對於具有程序瑕疵的仲裁判斷提供當事人一條救濟的管道，而非就仲裁中實體爭議事項重啟審理的管道；從國際間仲裁立法的趨勢以觀，司法監督有愈趨寬鬆的現象，司法對仲裁儘量以協助的立場而非採取干預的方式為之²⁷⁸，法院對仲裁原則上應採取不干涉之態度。因而各國將撤銷仲裁判斷之訴的事由限制在程序方面之立法，儼然已成為國際立法的主流²⁷⁹。

國內學界及司法實務對於國家司法監督審查範圍應否擴及實體爭議事項論述雖不多，但因我國係引進並參考聯合國國際商務仲裁模範法作為藍本，在制訂仲裁法時此一部分幾乎完全抄襲原條文，以致制訂之初，有關實體爭議事項應否納入審查範圍，根本從未討論也無從討論²⁸⁰，撤銷仲裁判斷之訴的事由限制在程序方面之立法是否妥適及完善，仍有論辯空間²⁸¹。惟學者依據仲裁法之規定條文認為仲裁判斷的實體內容，是否合法、妥適乃仲裁人的權限，法院應加以尊重，對仲裁判斷的實體內容，不得加以審查²⁸²。我國最高法院 89 年度台上字第 1936 號判決見解亦認為，撤銷仲裁判斷之訴，僅係為程序上有瑕疵之仲裁判斷所設之救濟方法。至仲裁判斷實體之內容，是否合法、妥當，不屬上開仲裁法中有關撤銷仲裁之訴規定範疇²⁸³。

第三項 撤銷工程仲裁判斷之訴訟性質、訴訟標的及審理原則

第一款 訴訟性質

撤銷仲裁判斷之訴，係以法院判決撤銷原已成立之仲裁判斷，使仲裁判斷溯及的消滅其效力之訴訟。因而，撤銷仲裁判斷之訴，並非確認具有程序瑕疵之仲裁判斷為無效，而是使已成立之仲裁判斷溯及地失其效力，其訴訟性質自屬形成之訴，而非確認之訴²⁸⁴。而形成之訴在學理上有所謂實體法上的形成之

期，1996 年 6 月，頁 29-30。

²⁷⁸ 楊崇森等七人合著，仲裁法新論，中華民國仲裁協會，2005 年 5 月修訂再版，頁 300-301。

²⁷⁹ 藍瀛芳，撤銷仲裁判斷之訴的事由與其法律性質，商務仲裁季刊第 42 期，1996 年 6 月，頁 29。

²⁸⁰ 參閱法務部商務仲裁條例研究修正實錄，法務部，民國 86 年 12 月出版。

²⁸¹ 請參閱本論文第 5 章第 5 節評估一、程序監督權與實體監督權之爭辯思考。

²⁸² 林俊益，論撤銷仲裁判斷之訴，商務仲裁第 52 期，頁 4。

²⁸³ 最高法院 90 年度台上字第 1362 號判決亦同此見解：「撤銷仲裁判斷之訴，並非就原仲裁程序再為審判，法院應僅就原仲裁判斷是否具有仲裁法第 40 條第 1 項所列各款情事，加以審查，至於原仲裁判斷所持之法律見解及對於實體內容之判斷是否妥適，則為仲裁人之權限，自非法院所得過問」可資參考。

²⁸⁴ 賴來焜，仲裁判斷之救濟程序（上），仲裁季刊第 78 期，2006 年 7 月 15 日，頁 48。

訴與訴訟法上的形成之訴之分²⁸⁵，而學者有認為撤銷仲裁判斷之訴係屬訴訟法上形成之訴²⁸⁶。實務上，最高法院之見解亦認為²⁸⁷：「撤銷仲裁判斷之訴，其為訴訟標的的法律關係為形成權，既非身分上之形成權，自屬財產權之訴訟」，既係形成權，故撤銷仲裁判斷之訴，由民事訴訟法上而觀，應為形成之訴，且以法律有明文規定者為限，始得為之，當事人不得任意提起。目前學界通說及實務上之見解，認為係屬於形成之訴。當事人提起撤銷仲裁判斷之訴，其事由如與仲裁法第 40 條各款所規定之事由相符者，即為法之所許，但如不符合該條所規定之事由，縱使仲裁判斷存有其他瑕疵，亦非法院所得撤銷²⁸⁸。故當事人提起撤銷仲裁判斷之訴，應屬於程序法上形成權之行使，屬於程序法上之形成之訴。

第二款 訴訟標的

我國實務多數見解均認為實體法上規定之形成權為形成訴訟之訴訟標的，在撤銷仲裁判斷之訴，其訴訟標的為撤銷仲裁判斷之形成權，不同的撤銷仲裁判斷原因，有不同的形成權，也就是有不同的訴訟標的²⁸⁹。因而，當事人提起撤銷仲裁判斷之訴後，就其所主張撤銷仲裁判斷事由如有變更或追加，即構成訴之變更或追加²⁹⁰，而其中一原因經法院駁回撤銷仲裁判斷之請求確定後，其判決之效力並不及於其他原因²⁹¹，當事人仍得以其他撤銷原因為由，另行提起撤銷仲裁判斷之訴²⁹²，惟仍須符合 30 日不變期間之規定。

但學者邱聯恭認為²⁹³，撤銷訴訟之訴訟標的，應以原告訴之聲明所求為判決撤銷之仲裁判斷，而不以其所主張之撤銷事由為準定之，如該仲裁判斷為同一時，其訴訟標的即屬同一，縱使利用同一訴訟程序主張二款以上之撤銷事由，亦無訴訟標的之合併，並且以原告之訴為無理由予以駁回之確定判決之遮斷效，亦及於未經原告主張之撤銷事由云云。實務上最高法院亦有採此見解者，

²⁸⁵ 有關實體法上形成之訴與訴訟法上形成之訴之區分，參見姚瑞光，民事訴訟法論，自版，1999 年 11 月，頁 294；陳計男，民事訴訟法論，三民書局，2002 年 8 月修訂 2 版 3 刷，頁 202。

²⁸⁶ 陳計男，民事訴訟法論，三民書局，2002 年 8 月修訂 2 版 3 刷，頁 202；藍瀛芳，撤銷仲裁判斷之訴的事由與其法律性質，商務仲裁季刊第 42 期，1996 年 6 月，頁 68。

²⁸⁷ 最高法院 83 年度台抗字第 161 號判決。

²⁸⁸ 林俊益，法院在商務仲裁之角色，永然出版股份有限公司，1996 年，頁 121。

²⁸⁹ 林俊益，法院對仲裁之協助與監督——仲裁法施行五年法院裁判之研究，仲裁季刊第 70 期，2004 年 2 月，頁 22。

²⁹⁰ 楊崇森，商務仲裁之理論與實際，中央文物供應社，民國 73 年 12 月，頁 106；台灣高等法院 83 年度重上字第 391 號裁定。

²⁹¹ 楊崇森前揭書，頁 106；林俊益前揭，法院在商務仲裁之角色，頁 122。

²⁹² 林俊益，國際商務仲裁淺釋，永然文化出版股份有限公司，民國 82 年 10 月，頁 125。

²⁹³ 邱聯恭，爭議整理方法論，台大法學叢書 130，2001 年，頁 317。

認為各款撤銷仲裁判斷事由不過僅為獨立攻擊防禦方法，當事人於訴訟程序上主張並不構成訴訟標的之追加或變更，而僅為民事訴訟法第 256 條所規定補充法律意見之陳述²⁹⁴。

前述兩種見解所產生的法律效果有很大的不同²⁹⁵，例如仲裁法規定提起撤銷仲裁判斷之訴有 30 日不變期間之限制，如果認為各項撤銷仲裁判斷事由屬於個別的訴訟標的，法院就其中一項事由所為之判決，其既判力不及於其他事由，然而撤銷仲裁判斷之訴之原告，在基於某項撤銷仲裁判斷事由提起之撤銷仲裁判斷之訴確定後，亦無法再根據其他撤銷仲裁判斷事由起訴，因為此時 30 日之不變期間已無法回復，實務上最高法院亦指出²⁹⁶，提起撤銷仲裁判斷之訴，雖非不得追加提起其他原因事實，但是所追加者如可據以獨立提起另一撤銷仲裁判斷之訴者，仍應受 30 日不變期間之限制。所以，就撤銷仲裁判斷事由之追加，亦須於 30 日之不變期間內為之，否則即為法所不許²⁹⁷。而如果認為各項撤銷仲裁判斷事由僅為獨立之攻擊防禦方法，則當事人追加或變更撤銷仲裁判斷事由即不須受 30 日不變期間之限制，亦不受民事訴訟法第 255 條規定關於訴之變更或追加之限制²⁹⁸。

從前述分析可知，採取所謂獨立訴訟標的說者，因受 30 日不變期間之限制，則仲裁判斷具有程序瑕疵者，如未於起訴時主張該程序瑕疵為撤銷仲裁判斷事由，將因不變期間之經過而喪失司法救濟之機會，其保障即有所不足，惟考量仲裁程序的目的，本來即在於當事人基於程序選擇權所為紛爭解決方式之選定，對於能否迅速解決紛爭視為首要的考量，為了避免時間、勞費之浪費，採取獨立訴訟標的說，將可達到抑制當事人提起撤銷仲裁判斷之訴的目的，實較有利於仲裁判斷效力之維護，促使仲裁程序得以迅速確定，應較可採²⁹⁹。

第三款 審理原則

仲裁判斷在當事人間有與確定判決同一的效力，基於仲裁制度解決紛爭實效性及法安定性的要求，當事人不得就仲裁判斷所涉及之實體爭議再為爭執。惟如仲裁判斷如具有一定程度的重大瑕疵，則須給予當事人救濟之機會，而由

²⁹⁴ 最高法院 87 年度台抗字第 504 號判決。

²⁹⁵ 盧姿如，撤銷仲裁判斷之訴實務態度研究，收錄於法務部司法官訓練所司法官 45 期法學研究報告合輯（第一輯），民國 95 年 9 月出版，頁 626-627。

²⁹⁶ 最高法院 86 年度台上字第 3248 號判決。

²⁹⁷ 李念祖，仲裁判斷之撤銷，收錄於楊崇森等七人合著，仲裁法新論，中華民國仲裁協會，1999 年 9 月 1 版，頁 277。

²⁹⁸ 李念祖，同前揭註，頁 277。

²⁹⁹ 盧姿如，撤銷仲裁判斷之訴實務態度研究，收錄於法務部司法官訓練所司法官 45 期法學研究報告合輯（第一輯），民國 95 年 9 月出版，頁 627。

法院行使司法上之監督，以判決加以撤銷，從上述立法趨勢潮流及實務上之見解可知，撤銷仲裁判斷之訴並非原仲裁程序之上級審或再審，法院僅得就原仲裁判斷是否具有仲裁法第 40 條第 1 項規定之 9 款事由加以審查，而不能就當事人爭議之事實與法律予以全面之審理³⁰⁰。

如果撤銷之事由過廣而包含程序及實體事項，則仲裁判斷輕易為法院所撤銷，仲裁制度本來所想要達到的專業性、迅速性、經濟性及有效性等功能便無法達成，當事人勢必選擇以法院訴訟程序作為解決其紛爭的手段，則當事人即無利用仲裁制度之必要，反之，如果撤銷之事由過於簡略，則司法監督之功能亦難發揮，任由瑕疵重大之仲裁判斷存在，而破壞當事人對仲裁之公正信賴與期待。故撤銷仲裁判斷之訴之制度設計，可謂係仲裁司法控制之核心，攸關仲裁制度之成敗及人民利用仲裁制度之信心。對於瑕疵仲裁判斷之司法監督是否妥適，端視撤銷仲裁判斷之事由之規定是否適當而定，亦即何種仲裁判斷之瑕疵事由始構成法定撤銷仲裁之理由為其關鍵³⁰¹。

我國仲裁法規定法院僅能對於撤銷仲裁判斷之訴就程序問題加以審理，此項立法雖符合國際潮流，惟就仲裁法第 40 條所規定之撤銷事由以觀，是否能夠滿足當事人尋求司法救濟以保障其憲法賦予財產權之期望，抑或因其規定範圍過於狹窄，僅限程序而忽略實體權利的平衡，以致在追求迅速判斷下，犧牲當事人實質公平及正義的權利，阻却了當事人利用仲裁作為解決紛爭的手段，值得深思。

第四項 撤銷工程仲裁判斷之訴之事由

我國仲裁法第五章設有撤銷仲裁判斷之訴，其制度設計之目的無非在於表示法院對仲裁具有監督或控制之權力³⁰²。蓋依仲裁法第 37 條第 1 項，仲裁人之判斷，於當事人間，與法院之確定判決，有同一效力。然而仲裁人之判斷，係私人所為的判斷，並非國家司法機關所為之裁判，如果其裁判有違背仲裁制度的本質，例如仲裁協議無效，或其程序未符合公平正義的原則，又例如仲裁人在仲裁判斷前未讓當事人有充分陳述，或當事人在仲裁程序未經合法代理等情形，國家基於監督仲裁制度的發展，在必要時，得依當事人起訴，撤銷不合法的仲裁判斷。我國仲裁法第 40 條第 1 項所規定之 9 款當事人得對於他方提起撤

³⁰⁰ 顏旭男，仲裁判斷撤銷之研究——以撤銷之訴為中心，中國文化大學法律研究所碩士論文，1997 年 6 月，頁 90-91。

³⁰¹ 方鴻愷，仲裁判斷之司法控制——以撤銷仲裁判斷之訴事由為中心，收錄於法務部司法官訓練所司法官 44 期法學研究報告合輯（第二輯），民國 94 年 9 月出版，頁 1285。

³⁰² 林俊益，法院在商務仲裁之角色，永然出版股份有限公司，1996 年，頁 121。

銷仲裁判斷之訴之事由，可將之區分為三大類型：一為仲裁程序之瑕疵類型；二為仲裁判斷本身之瑕疵類型；三為其他類型，爰將前述類型分述如后：

第一款 仲裁程序之瑕疵類型

此種瑕疵類型，約有下列數種事由：

第一目 仲裁判斷與仲裁契約標的爭議無關

所謂仲裁契約標的之爭議係指仲裁契約當事人約定得以仲裁方式解決之事項而言³⁰³；該事項之名稱有稱之為爭議或紛爭者，亦有稱之為爭執或歧見者，稱謂雖不相同，惟其性質涵義則相同。

基於契約自由原則，除法律另有特別規定外，當事人對於何種爭議合意以仲裁方式解決，本有自主決定權，當事人可以自由決定得以仲裁解決事項之範圍，當事人授權範圍即係仲裁人做成仲裁判斷之基礎。由此可知，當事人之仲裁契約，為仲裁人權限之來源，亦為仲裁人權限之限制³⁰⁴。因此，仲裁判斷自應受限於仲裁契約所約定之爭議範圍，若仲裁人就仲裁協議所約定之爭議事項以外之爭議為仲裁判斷，其判斷即與仲裁契約標的之爭議無關，自得構成撤銷仲裁判斷之事由。仲裁法第 38 條第 1 款規定「仲裁判斷與仲裁契約標的之爭議無關」，乃指仲裁人就請求仲裁事項聲請以外之事項為仲裁判斷，亦即仲裁判斷係就約定仲裁事項以外之爭議作成判決，或就未請求仲裁事項作成判斷者而言³⁰⁵。

第二目 仲裁判斷逾越仲裁協議之範圍

仲裁判斷既係以爭議當事人所請求之內容為基準，自不得逾越當事人之請求而在聲明範圍以外作判斷，如仲裁庭就聲明外之事項作成仲裁法上所稱之「越權判斷」，即屬仲裁法第 38 條第 1 款規定，依同法第 40 條第 1 項第 1 款規定，得據此請求撤銷仲裁判斷³⁰⁶。

第三目 仲裁協議不成立、無效，或於仲裁庭詢問終結時尚未生效或

³⁰³ 林俊益，法院在商務仲裁之角色，永然出版股份有限公司，1996 年，頁 130。

³⁰⁴ 林俊益，法院在商務仲裁之角色，永然出版股份有限公司，1996 年，頁 131。

³⁰⁵ 最高法院 91 年度台上字第 1106 號判決。

³⁰⁶ 最高法院 92 年度台上字第 234 號判決。

已失效者

仲裁之進行係基於當事人合意締結仲裁協議之授權，故如當事人約定將爭議提付仲裁之仲裁協議係屬不成立、無效或有仲裁庭詢問終結時尚未生效或已失效者，即構成撤銷仲裁判斷之事由。仲裁法第 40 條第 1 項第 2 款規定仲裁協議不成立或無效的情況下，仲裁人作成仲裁判斷者，構成撤銷仲裁判斷事由；於當事人間未訂立仲裁協議，任一方當事人將爭議提付仲裁，並經仲裁人作成仲裁判斷的情況，即屬仲裁協議不成立的情形³⁰⁷，亦得依本款規定提起撤銷仲裁判斷之訴³⁰⁸。仲裁法將仲裁協議失效之判斷時點由仲裁人為判斷時提前至仲裁庭詢問終結之時。依仲裁條款獨立性理論，仲裁條款係獨立於主契約的另一不同契約，主契約無效，並不當然構成仲裁條款無效，不得僅以主契約之效力具有瑕疵，即認為仲裁條款亦屬不成立或無效，而主張仲裁判斷應予撤銷。

實務上，國工局在其「一般規範」中有關「爭執」部分及「修正一般規範」均定有仲裁協議相關事項，依仲裁法第 4 條第 1 項規定，如承包商不遵守仲裁協議逕行提起訴訟時，法院應依國工局之聲請，裁定停止訴訟程序，並命承包商於一定期間內提付仲裁，若承包商逾期未提付仲裁，法院應裁定駁回其訴，是為「妨訴抗辯」。承包商未依一般規範第 3.26 節規定之「爭執」程序踐行仲裁前置程序，依第 3.26.9 節已生不得提起仲裁之法律效果，仲裁庭所為之仲裁判斷即有仲裁法第 40 條第 1 項第 1 款、第 2 款及第 38 條第 1 項規定仲裁判斷與仲裁協議標的之爭議無關或逾越仲裁協議範圍，或仲裁協議失效之問題。最高法院 84 年度台上字第 2570 號判決、最高法院 87 年度台上字第 1639 號判決、最高法院 92 年度台上字第 671 號判決、最高法院 93 年度台上字第 2618 號判決、最高法院 93 年度台上字第 1566 號判決、最高法院 94 年度台再字第 26 號判決均持相同見解並為撤仲成功之案例。另中華民國仲裁協會 94 年度仲聲信字第 29 號仲裁判斷亦持相同見解。此外，持不同見解者，認為提付仲裁前是否遵守仲裁前置程序，自非所謂仲裁判斷與仲裁協議標的之爭議無關或逾越仲裁協議範圍之情形；撤仲不成功之案例，俯拾皆是，為節省篇幅僅以最高法院 87 年度台上字第 110 號判決為例。

³⁰⁷ 最高法院 96 年度台上字第 6 號判決：「按兩造並未訂立書面仲裁協議，亦未成立提付仲裁之協議，並無有效之仲裁協議存在。且系爭仲裁判斷係命仲裁當事人為法律上所不許之行為，乃原審確定之事實，原審因認本件仲裁判斷符合仲裁法第 40 條第 1 項第 1 款（指同法第 38 條第 3 款之情形）及第 2 款之撤銷仲裁判斷事由，並無違誤。……上訴論旨仍執陳詞指摘原判決不當，聲明廢棄，難認有理由。」

³⁰⁸ 李念祖，仲裁判斷之撤銷，收錄於楊崇森等七人合著，仲裁法新論，中華民國仲裁協會，1999 年 9 月 1 版，頁 297。

第四目 仲裁庭於詢問終結前未使當事人陳述或當事人於仲裁程序未經合法代理

當事人於仲裁程序有為陳述及攻擊防禦的權利，乃為保障公平仲裁程序進行的前提，當事人固得放棄其為陳述之權利，但仲裁庭不得剝奪當事人此等權利。最高法院見解認為³⁰⁹：「所謂『仲裁人於判斷前』未使當事人陳述，係指仲裁人就其形成判斷理由之事實及證據未使當事人陳述而言，倘非係據以形成仲裁判斷理由之事實及證據，則仲裁人既未認有調查的必要，當事人復未自行提出，仲裁人實無從使之為陳述，即不得謂有前揭撤銷仲裁判斷之事由。」乃就「未使當事人陳述」限縮解釋為僅適用於「據以形成仲裁判斷理由之事實及證據未使當事人陳述」之情形；惟此種解釋以形成仲裁判斷理由之事實及證據作為仲裁人有使當事人陳述義務的限制，是否將造成仲裁人控制使當事人陳述事項之弊端，似值商榷³¹⁰。

仲裁法以「仲裁庭於詢問終結前，未使當事人陳述」為撤銷仲裁判斷事由，當係為保障當事人於仲裁程序中有充分陳述之機會，以確保當事人於仲裁程序中程序主體之地位³¹¹。仲裁庭不得剝奪當事人此等充分陳述權利。如當事人沒有陳述之機會，則必然違反程序法之基本要求³¹²，此種陳述之機會係屬當事人當然之權利，仲裁庭如在仲裁程序中合法通知當事人，讓當事人有陳述之機會，而當事人不為陳述，則係當事人放棄陳述之權利，當事人不得再行主張，以為抗辯³¹³。

就「當事人於仲裁程序未經合法代理」之撤銷判斷事由而言，民事訴訟法第 48 條、第 75 條規定法定代理權或訴訟代理權之欠缺經追認者，溯及於行為時發生效力。依仲裁法第 52 條之規定，於仲裁事件之程序，亦得準用之。因而在仲裁事件程序欠缺合法代理之一方，既可因追認而使該撤銷仲裁判斷事由消滅，則仲裁法第 40 條第 1 項第 3 款後段之規定，顯係為保護被代理之當事人本

³⁰⁹ 最高法院 87 年度台上字第 798 號判決。

³¹⁰ 李念祖，仲裁判斷之撤銷，收錄於楊崇森等七人合著，仲裁法新論，中華民國仲裁協會，1999 年 9 月 1 版，頁 300。

³¹¹ 所謂程序主體權係「基於國民主權的原理，法治國家原理及尊重人的尊嚴之原則，並依憲法上保障訴訟權、平等權、生存權、財產權、自由權等基本權之旨趣，任何人都應受尊重其人格...對於關涉其權益、地位之審判，均應受尊重而為程序之主體，享有程序主體權，並被賦予參與該審判程序為充分攻擊防禦、陳述事實上、法律上意見或辯論等機會，藉以影響裁判內容之形成，避免受對造所突襲及防止發生來自法院之突襲性裁判，俾不致在該程序上被處遇為受支配之客體」，以上參見邱聯恭，程序選擇權論，台大法學叢書，2001 年 4 月初版，頁 4。

³¹² 林俊益，仲裁法之實用權益，永然文化出版股份有限公司出版，2001 年 4 月，頁 328。

³¹³ 林瑤，我國仲裁法制理論與實務之分析研究，東吳大學法律學研究所碩士論文，1987 年 6 月，頁 150-151。

人而設。我國實務上一向認為，必須由未經合法代理之一造當事人始得對他造提起撤銷仲裁判斷之訴³¹⁴，他造當事人自不得依本款事由提起撤銷仲裁判斷之訴。聯合國模範法第 34 條第 2 項第 1 款第 2 目規定，提出聲請撤銷仲裁判斷之當事人，提出證據證明其未獲得關於指定仲裁人、仲裁程序或其他事項之適當通知，致未能陳述其案情，仲裁判斷得予撤銷，亦為規定當事人就其本身未經合法代理聲請撤銷仲裁判斷³¹⁵

第五目 仲裁庭之組成或仲裁程序，違反仲裁協議或法律規定者

所謂仲裁庭之組成違反仲裁協議或法律規定，應係指仲裁人之選定，未依法律及仲裁協議內容之方式而言。而仲裁法第 40 條第 4 款所謂仲裁程序有違反仲裁協議或法律規定者，係指仲裁人非依法律或契約正當程序而參與仲裁，或其仲裁未依當事人於訂立契約及履約時所共同認知之實體法律規定，任意自為判斷而言。若合法選定仲裁人，並適用當事人所共同認知之實體法以為判斷，即不得據以請求撤銷仲裁判斷。至於仲裁判斷結果是否允當，以及其適用法律是否不當等情形，則非屬該條項款規定之範圍³¹⁶。

又撤銷仲裁判斷之訴之受訴法院，在判斷仲裁人有無遵守仲裁協議，依當事人合意適用之準據法進行判斷時，應僅為形式上之審查，而不得就仲裁判斷之實體爭議重為審查，當事人既已合意接受仲裁判斷之拘束，仲裁判斷在當事人間即屬最後且具拘束力之判斷，法院不得就之重為實體審查³¹⁷，法院在審查

³¹⁴ 最高法院 84 年度台上字第 1986 號判決。

³¹⁵ 聯合國模範法第 34 條第 2 項第 1 款第 2 目規定(英文條款摘要): Article 34. Application for setting aside as exclusive recourse against arbitral award

(1) Recourse to a court against an arbitral award may be made only by an application for setting aside in accordance with paragraphs (2) and (3) of this article.

(2) An arbitral award may be set aside by the court specified in article 6 only if:

(a) the party making the application furnishes proof that:

(ii) the party making the application was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or of the arbitral proceedings or was otherwise unable to present his case;

林瑤，我國仲裁法制理論與實務之分析研究，東吳大學法律學研究所碩士論文，1987 年 6 月，頁 152；李念祖，仲裁判斷之撤銷，收錄於楊崇森等人合著，仲裁法新論，中華民國仲裁協會出版，2002 年修訂再版，頁 328。

³¹⁶ 最高法院 92 年度台上字第 1689 號判決。

³¹⁷ 最高法院 96 年度台上字第 571 號民事判決：「按仲裁人之仲裁判斷，於當事人間，與法院確定判決有同一效力，當事人即應受其拘束。於仲裁判斷有重大瑕疵時，固得因法院之介入，而撤銷該仲裁判斷使之失其效力，但法院仍不得逕就當事人間之爭議加以改判。蓋撤銷仲裁判斷之訴，本質上並非原仲裁程序之上級審或再審，法院應僅就仲裁判斷是否有仲裁法第 40 條第 1 項所列各款事由加以審查。而其中第 4 款所稱仲裁程序違反仲裁協議或法律規定，係指仲裁人在參與仲裁之程序上，違背當事人間就此程序事項所為之特別約定，或有違背法律所規定之仲裁人參與程序者而言。至於仲裁判斷之實體內容是否合法、妥適，此係仲裁人之仲裁權限，法院自應予尊重，不宜再為審查。」

仲裁人違反仲裁協議是否足以影響判斷結果時，仍應嚴守不得就仲裁判斷為實體審查之分際³¹⁸。且依仲裁法第 40 條第 3 項規定，仲裁庭之組成或仲裁程序違反仲裁協議者，以足以影響判斷之結果為限，始得構成撤銷仲裁判斷之事由³¹⁹，惟如違反法律規定者，法條並無「足以影響判斷之結果」之限制，惟法律依其效力可區分為「強制或禁止規定」以及「任意規定」，則仲裁庭之組成或仲裁程序違反法律強制或禁止規定時，可對之提起撤銷仲裁判斷之訴，固無疑義，惟如係違反法律之任意規定時，亦得提起撤銷仲裁判斷之訴，顯然範圍過寬，亦將形成司法資源及當事人程序上之浪費，因而，有論者主張於適用時，仍應限於違反強制或禁止規定時方得提起撤銷仲裁判斷之訴，不然於違反法律任意規定時，亦應以「足以影響判斷之結果」之時，始得提起撤銷仲裁判斷之訴³²⁰。

實務案例上，國工局因未依「修正一般規範」第 5.26 (11) 之約定於聲請仲裁之日起 2 個月內選定仲裁人並共推主任仲裁人時，仲裁協會依承包商之聲請為其選任仲裁人，承包商提付仲裁是否合法？是否為仲裁法第 40 條第 1 項第 2 款、第 4 款規定仲裁協議失效及仲裁庭之組成或仲裁程序違反仲裁協議或法律規定之事由？

按仲裁法係以契約自由、當事人意思自主之原則，尊重當事人之決定，兩造自可訂明仲裁協議在何種約定情形下失其效力，以維護當事人自主決定適用仲裁程序之權利。兩造既於「修正一般規範」5.26 (11) 節明文約定選任仲裁人之方式、期間，及未依約定方式選出之法律效果，復於同規範 5.26 (12) 約定：「除前述規定外，本合約之仲裁程序應適用中華民國商務仲裁條例（即現行仲裁法）」，足證兩造已合意排除適用仲裁法有關選任仲裁人方法之規定，自無依仲裁法第 9 條、第 11 條、第 12 條選定仲裁人組成仲裁庭之適用（最高法院 94 年度台抗字第 577 號裁定參照）；另，台灣高等法院 93 年度重上更（一）字第 148 號、93 年度重上字第 5 號判決亦指出：「修正一般規範」第 5.26 (11) 條約定之效果，僅發生視為不同意仲裁協議之效果，而使仲裁協議失效，當事人仍得利用民事訴訟程序進行訴訟以解決紛爭，況民事訴訟程序相較於仲裁程序，對當事人之權益之維護，尚有過之而無不及，對兩造而言均無不利益可言，且單純由條文文義觀之，雙方當事人均有可能使「修正一般規範」第 5.26 (11) 條所示之內容實現，此種雙方均有機會使用之條款，對兩造均屬公平對待，並非僅對被上訴人不利，故適用「修正一般規範」第 5.26 (11) 條之約定，並不

³¹⁸ 李念祖、蔣佩華合著，「Overview of Draft of New Arbitration Law in the R.O.C.」，商務仲裁，第 48 期，頁 30。

³¹⁹ 賴來焜，仲裁判斷之救濟程序（中），仲裁季刊第 79 期，2006 年 11 月 1 日，頁 74。

³²⁰ 林俊益，仲裁法之實用權益，永然文化出版股份有限公司出版，2001 年 4 月，頁 331-333；邱寶弘，仲裁判斷之司法監督，輔仁大學法律學研究所，民國 92 年碩士論文，頁 106。

會發生顯失公平之情形。此為實務上採取肯定說之見解，認為仲裁人未於期限內選出，仲裁協議即失效。最高法院 94 年度台上字第 947 號民事判決亦持相同看法。

第六目 仲裁人違反告知義務而顯有偏頗或被聲請迴避而仍參與仲裁者

當事人選擇使用仲裁制度並信賴仲裁判斷的基礎，在於仲裁人依其專業所作公正的判斷，能使爭議雙方當事人獲致迅速圓滿解決紛爭，倘若仲裁人行使職務足以讓當事人懷疑其立場有不公正之情事時，應允許當事人有請求仲裁人迴避之權利與機會。仲裁法第 15 條第 2 項規定仲裁人有下列各款情形之一者，應即告知當事人：一、有民事訴訟法第 32 條所定法官應自行迴避之同一原因者。二、仲裁人與當事人間現有或曾有僱傭或代理關係者。三、仲裁人與當事人之代理人或重要證人間現有或曾有僱傭或代理關係者。四、有其他情形足使當事人認其有不能獨立、公正執行職務之虞者。本法係參考聯合國商務仲裁模範法第 12 條第 1 項之規定³²¹，而要求仲裁人於選定前及仲裁程序中負有「披露義務」(Duty of Disclosure)³²²，以維護仲裁人之公正性，確保仲裁制度之公信力。且仲裁法第 16 條亦規定，仲裁人如不具備當事人所約定之資格者或有第 15 條第 2 項各款情形之一者，當事人得請求其迴避³²³。故仲裁人如違反此主動向當事人揭示其與當事人具有一定利害關係或其他足使影響其獨立、公正行使之情事或經當事人聲請迴避而其聲請並未被駁回之情形下，仲裁人仍參與仲裁程序時，該等仲裁判斷自應予以撤銷³²⁴。惟當事人迴避之聲請，經法院或仲裁

³²¹ 聯合國商務仲裁模範法第 12 條第 1 項規定：(1) 當被請求選任為仲裁人之人，就可能對其公正性或獨立性產生合理的懷疑有關之事項均應予以說明。仲裁人自被選定之時起及於仲裁程序進行期間，均並應適時向當事人說明此等事項，除其已將此等情事告知當事人。其原文為：

Article 12. Grounds for challenge

(1) When a person is approached in connection with his possible appointment as an arbitrator, he shall disclose any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence. An arbitrator, from the time of his appointment and throughout the arbitral proceedings, shall without delay disclose any such circumstances to the parties unless they have already been informed of them by him. 參閱王令麟，飛躍中的我國仲裁制度，力霸文化傳播事業股份有限公司，1995 年 3 月，初版，頁 229、246。

³²² 仲裁法第 15 條立法理由，立法院公報第 87 卷第 31 期，頁 283。

³²³ 賴來焜，仲裁判斷之救濟程序（中），仲裁季刊第 79 期，2006 年 11 月 1 日，頁 75。

³²⁴ 最高法院 96 年度台上字第 1845 號民事判決：「按仲裁人之判斷，於當事人間，與法院之確定判決有同一效力，仲裁法第 37 條第 1 項定有明文。準此，仲裁庭既具實質法庭之性質，仲裁人之不偏頗，乃仲裁制度得以存續、被信賴之基礎，此為仲裁法第 15 條第 1 項規定仲裁人應獨立、公正處理仲裁事件並保守秘密之所由設。是以當事人以仲裁人有上開第 15 條第 2 項各款規定之迴避事由，聲請此仲裁人迴避時，即攸關該被聲請迴避之仲裁人得否繼續擔任仲裁之職務。於仲裁庭未依同法第 17 條規定，作成駁回聲請之決定或當事人不服該決定，聲請法院為裁定之前，被聲請迴避之仲裁人，自不得參與是否迴避之評決（決定），及仲裁

庭依仲裁法規定駁回迴避之聲請者，當然不在本款請求撤銷仲裁判斷之事由內。且依仲裁法第 40 條第 3 項之規定，以本款事由足以影響判決之結果為限，法院始得撤銷仲裁判斷。

第二款 仲裁判斷本身之瑕疵事由

第一目 仲裁判斷書應附理由而未附者

仲裁判斷應具備一定之形式要件，仲裁法第 33 條第 2 項即規定，判斷書應記載之事項。仲裁庭作成仲裁判斷書，應記載法定之應記載事項。倘仲裁判斷書欠缺法定應記載之事項，即會發生影響該判斷效力之問題。在立法例上，並非仲裁判斷不附具理由，即不承認其效力，而係考量當事人意思自主原則下，尊重當事人之意思，如經當事人之合意不記載理由者，得不記載³²⁵。但基於仲裁有效性與要式性之均衡考量，仲裁法在立法上僅選擇較重要之事項，明定其欠缺時不承認其仲裁判斷的效力，也不賦予其執行力，當然也構成撤銷仲裁判斷的事由。仲裁法第 33 條第 5 款規定事實及理由為判斷書應記載之事項，但當事人約定無庸記載者，不在此限。同法第 38 條，亦規定仲裁判斷書應附理由而未附者，駁回當事人執行裁定之聲請。故如當事人約定仲裁判斷書無庸記載理由時，法院自不得駁回其執行裁定之聲請，亦不得以此作為撤銷仲裁判斷之理由。

所謂仲裁判斷書應附理由而未附者，係指仲裁判斷書完全不附理由者而言，若已附理由，其理由不論是否完備、正當或是否相互矛盾，均非「不附理由」之情形，僅屬「理由不備」，不得依仲裁法第 40 條第 1 項第 1 款規定提起撤銷仲裁判斷之訴³²⁶。且仲裁判斷書之理由記載方式，亦不限於民事訴訟判決書之體例³²⁷。最高法院在判決理由中復明確指出，本款事由與民事訴訟法第 469 條第 6 款「判決不備理由或理由矛盾」不同，並認為「仲裁判斷書如已附理由，縱其理由不完備，僅為判斷之理由未盡，亦與判斷不附理由有間，尚不得據以請求撤銷仲裁判斷。」從減少對仲裁之司法監督而維持仲裁之有效性而言，最高法院此項嚴格之解釋，值得讚許；惟從當事人權益保障之立場，仲裁法實應採取與民、刑訴訟法一致的態度，給予「判決不備理由或理由矛盾」相同的待

事件之判斷，始符仲裁法所定聲請仲裁人迴避之本旨。」。

³²⁵ 林俊益，仲裁法之實用權益，永然文化出版股份有限公司出版，2001 年 4 月，頁 322-323。

³²⁶ 最高法院 84 年度台上字第 2273 號判決、85 年度台上字第 2441 號判決、85 年度台上字第 2722 號判決、87 年度台上字第 978 號判決、90 年度台上字第 589 號判決、91 年度台上字第 1106 號判決、91 年度台上字第 50 號判決。

³²⁷ 最高法院 69 年度台再字第 242 號判決。

遇及救濟³²⁸；倘能如此，對於仲裁制度的發展將有正面的影響。

第二目 仲裁判斷係命當事人為法律上所不許之行為者

法律行為不得違反強制或禁止規定，亦不得有背於公共秩序或善良風俗，如有違背即屬無效，民法第 71 條、第 72 條訂有明文規定。仲裁法第 37 條第 1 項既規定，仲裁人之判斷，於當事人間，與法院之確定判決，有同一之效力。從而，仲裁人在仲裁判斷書中，如果有命當事人為一定行為或不為一定行為，而其內容係違反法律強制或禁止規定，或有背於公共秩序或善良風俗時，基於同一法理基礎，國家非但無法承認該仲裁判斷之效力，更應站在司法監督的立場，允許當事人提起撤銷仲裁判斷之訴，以為救濟。我國仲裁法第 38 條第 3 款規定，仲裁判斷係命當事人為法律上所不許之行為者，係指仲裁判斷主文所命之給付行為或其他行為，有違法律強制或禁止之規定，或有背於公共秩序或善良風俗者而言³²⁹。惟實務上，法院甚少以此事由作為撤銷仲裁判斷之理由³³⁰。

第三目 仲裁判斷之標的不適用仲裁法

仲裁法第 1 條第 1 項、第 2 項規定，就依法得和解之爭議始得訂立仲裁協議，從而可知，公法關係之爭議事項不得和解，因而不得以之作為仲裁判斷之標的。實務上就有價證券之上市契約是否可為仲裁標的之案件，最高法院認為有價證券之上市及終止上市，依法應由有價證券主管機關以公權力介入；而應由主管機關以公權力介入之行為，經公權力介入並使發生效力時，即非屬仲裁法第 1 條所認可為仲裁之爭議，否則無異以私法仲裁判斷之名，行干撓之實，致影響行政主管行政處分之效力³³¹。

第三款 其他事由

第一目 參與仲裁之仲裁人，關於仲裁違背職務，犯刑事上之罪者

仲裁人公正獨立行使職務，乃仲裁制度得以維繫存在的基礎，倘若仲裁制

³²⁸ 請參閱本論文第 5 章第 5 節評估一、程序監督權與實體監督權之爭辯思考見解理由。

³²⁹ 最高法院 91 年台上字第 1106 號判決、最高法院 92 年台上字第 234 號判決。

³³⁰ 李念祖，仲裁判斷之撤銷，收錄於楊崇森等人合著，仲裁法新論，中華民國仲裁協會出版，1999 年 9 月 1 版，頁 309。

³³¹ 最高法院 91 年台上字第 2367 號判決。

度無法得到當事人的信賴與認同，則此一制度必然無法繼續運作與維持，因而，仲裁法第 40 條第 6 款規定，參與仲裁之仲裁人，關於仲裁違背職務，犯刑事上之罪者，構成撤銷仲裁判斷之事由。此一事由所指的仲裁人關於仲裁違背職務，犯刑事上之罪者，當係指我國刑法第 4 章瀆職罪中所指涉有關仲裁人之犯罪行為而言。我國刑法中有關仲裁人犯罪之規定，包括刑法第 121 條仲裁人不違背職務之受賄罪、第 122 條之仲裁人違背職務收賄罪、第 123 條之準受賄罪及第 124 條之枉法仲裁罪等，惟因仲裁法該條款中已先限定為「關於仲裁違背職務」，故而，實務上認為³³²刑法第 121 條所規定之「不違背職務之受賄罪」似應不包括在內，因刑法就職務上行為之解釋，係指仲裁人在其職務範圍內所應為或得為之行為。此一說法，吾人難以苟同，蓋仲裁法第 40 條第 6 款所規定之仲裁違背職務，應解釋為仲裁人因而受到當事人之影響而作出違背其應公正判斷的仲裁而言。亦即其受賄之行為縱使就仲裁人而言，並不違背其本來仲裁之判斷，但因仲裁人之仲裁權源係來自當事人雙方對仲裁人之信賴並授權其作公正的判斷，仲裁人即使並未因接受一方之賄賂而改變其判斷，但因仲裁人之行為已使這種信賴受到破壞，其公正性即應受到質疑。故而，吾人以為刑法第 121 條仲裁人不違背職務之受賄罪應包括在內，亦應列為撤銷仲裁判斷的事由較符法理。

又依仲裁法第 40 條第 2 項規定，本款事由，必須要仲裁人經宣告有罪判決確定或其刑事訴訟程序不能開始或續行非因證據不足者為限，始得成為撤銷仲裁判斷之事由。此一規定之立法理由當係為避免當事人因受仲裁判斷之不利結果，而隨意指摘仲裁人違背職務濫行提起撤銷仲裁判斷之訴，固有其論據³³³。惟仲裁人之公正獨立行使職權，乃仲裁制度獲得當事人信賴之根源，如仲裁人在違背職務行為下所為之仲裁判斷，已失去值得當事人信賴之基礎，該仲裁判斷應予以撤銷³³⁴。

與美國聯邦仲裁法（Federal Arbitration Act）第 10 條規定「仲裁判斷係因詐欺、貪污或其他不正方法取得者、仲裁庭有顯然不公或貪污之行為者，且只要一人構成為已足，不以全體為必要」，聯邦法院得依當事人之聲請撤銷仲裁判斷比較可知，我國仲裁法本款的規定與美國法頗有類似之處³³⁵。

美國紐約州仲裁法規定，就判斷之取得有貪污、詐欺或不正行為、被任命為中立之一位仲裁人有偏袒者（但判斷係出於認諾者不在此限），致當事人之權

³³² 最高法院 24 年上字第 3603 號、最高法院 58 年台上字第 884 號判例意旨。

³³³ 仲裁法第 40 條之立法理由，立法院公報第 87 卷第 31 期，頁 305。

³³⁴ 方鴻愷，仲裁判斷之司法控制——以撤銷仲裁判斷之訴事由為中心，收錄於法務部司法官訓練所司法官 44 期法學研究報告合輯（第二輯），民國 94 年 9 月出版，頁 1303。

³³⁵ 邱寶弘，仲裁判斷之司法監督，輔仁大學法律學研究所，民國 92 年碩士論文，頁 71。

利受損害，當事人即得聲請撤銷仲裁判斷³³⁶。

此外，美國統一仲裁法（Uniform Arbitration Act）第 12 條第 1、2 款分別規定「仲裁判斷，係因詐欺貪污或不正方法取得者；或仲裁庭有顯然不公或仲裁人有貪污情事或其他損及當事人權益之不當行為者³³⁷」當事人得聲請法院撤銷仲裁判斷。

另外，英國 1996 年仲裁法第 68 條規定，因嚴重違反規定（Serious Irregularity）而影響仲裁庭、仲裁程序或仲裁判斷者，允許當事人就仲裁判斷提出異議。並在該條第 2 項列舉 9 款所謂「嚴重違反規定」之情事，包括仲裁人違反通常仲裁職務，以詐欺或違背公共政策之方法取得仲裁判斷及其他任何經仲裁庭、仲裁人或當事人代理人所承認之關於仲裁程序或仲裁判斷之不正行為等，致就聲請撤銷仲裁判斷之當事人利益造成實體上不正義之情事者³³⁸。

從英美兩國之立法以觀，顯然就仲裁人違背職務之行為包括賄賂、偏頗或其他不當之行為，採取概括之立法方式，並未如我國必待仲裁人違背職務之有罪判決確定始能提出撤銷仲裁判斷之訴³³⁹。我國仲裁法第 41 條第 2 項規定，提起撤銷仲裁判斷之訴之期間，為自仲裁判斷書作成之日起五年內為之，逾此期間即不得再提起，惟衡之刑事訴訟程序三級三審制度，尤其仲裁人違背職務之刑事案件，當事人可在刑事訴訟程序中一再纏訟，往返於高院與最高法院之間，一再更審或上訴，因而未必能於五年之內終結或確定，即使終結，仲裁判斷可能早已執行完畢，本款規定，有待斟酌，他日修法時應予檢討修正³⁴⁰。

為維護仲裁制度之公信，對於仲裁人違背職務下所為之仲裁判斷，必須予以撤銷，在立法上似無必要以刑事犯罪判決確定作為本款事由之要件，僅須由受理撤銷仲裁判斷訴訟之法院自行判斷即可，惟為免濫行起訴導致仲裁之有效性受到影響，應對於「仲裁人違背職務」之概括概念，加以明確立法明文規定，應是一個可行的方向，或廢除本款的規定，改採聯合國模範法第 34 條第 2 項第 2 款第 2 目之規定，以仲裁判斷違反公序良俗為理由予以撤銷。

第二目 當事人或其代理人，關於仲裁犯刑事上之罪者

³³⁶ 李念祖，仲裁判斷之撤銷，收錄於楊崇森等人合著，仲裁法新論，中華民國仲裁協會出版，1999 年 9 月 1 版，頁 310。

³³⁷ 邱寶弘，仲裁判斷之司法監督，輔仁大學法律學研究所，民國 92 年碩士論文，頁 72。

³³⁸ 李念祖，仲裁判斷之撤銷，收錄於楊崇森等人合著，仲裁法新論，中華民國仲裁協會出版，1999 年 9 月 1 版，頁 310。

³³⁹ 李念祖，仲裁判斷之撤銷，收錄於楊崇森等人合著，仲裁法新論，中華民國仲裁協會出版，1999 年 9 月 1 版，頁 310-311。

³⁴⁰ 賴來焜，仲裁判斷之救濟程序（中），仲裁季刊第 79 期，2006 年 11 月 1 日，頁 78。李念祖，仲裁判斷之撤銷，收錄於楊崇森等人合著，仲裁法新論，中華民國仲裁協會出版，1999 年 9 月 1 版，頁 311。

本款之事由亦係參照民事訴訟再審事由而來³⁴¹，仲裁法第 40 條第 2 項及第 3 項規定，本款事由必須要當事人或代理人經宣告有罪判決確定或其刑事訴訟程序不能開始或續行非因證據不足，且足以影響判斷之結果者為限，始得成為撤銷仲裁判斷之事由。本款規定與前款相同，在適用上實效性不大。

第三目 為判斷基礎之證據、通譯內容係偽造、變造或有其他虛偽情事者

仲裁法第 40 條第 1 項第 8 款所規定之前述事由乃係針對實體內容具有瑕疵之仲裁判斷，而非就仲裁程序具有瑕疵所為之判斷。原商務仲裁條例第 23 條第 1 項第 8 款及第 9 款，將「為仲裁基礎之文書，係偽造、變造或登載不實者」及「為仲裁基礎之證物係偽造或變造者」，分別作為撤銷仲裁判斷之事由。而前述仲裁法第 40 條第 1 項第 8 款則限於為判斷基礎之「證據」、「通譯內容」係偽造、變造或有其他虛偽情事，範圍與前述商務仲裁所規定之事由已有所不同，衡之條文規定之內涵，應係參考民事訴訟法再審事由而為訂定³⁴²。前述商務仲裁條例第 23 條第 1 項第 8 款所謂之「文書」，應係指為仲裁判斷基礎之證物以外之文書而言³⁴³；假使不作如此解釋，則商務仲裁條例第 23 條第 1 項第 8 款及第 9 款即係規範相同之事項，此等解釋顯不符合立法之意旨，實務上，最高法院亦採此見解³⁴⁴。仲裁法修正時，將前述二款事由，修正為「為判斷基礎之證據、通譯內容係偽造或有其他虛偽情事者」之撤銷事由。所謂「為判斷基礎之證據」應包括人證、書證及物證在內，至於鑑定人之鑑定如有虛偽情事時解釋上亦得依本款成為撤銷之事由³⁴⁵。此外，「通譯內容」係偽造或有其他虛偽情事

³⁴¹ 過去仲裁法未發達，往往將撤銷仲裁判斷訴訟與再審訴訟同視，所依據撤銷仲裁判斷之事由與再審事由相近，此類立法原則最明顯實例即德國法系之立法，德國民事訴訟法第 1041 條在撤銷仲裁判斷事由中另引用再審之訴之事由，而日本民事訴訟法第 801 條之規定亦同。我國商務仲裁條例時期之撤銷仲裁判斷事由即係模仿自德、日之立法例，而本款之事由亦與我國民事訴訟法第 496 條第 1 項第 8 款之規定相仿。惟德國於 1994 年公布之民事訴訟法第十篇草案之 1059 條，1997 年通過之新仲裁法（此部分參照邱寶弘，前揭碩士論文，頁 76）及日本 1989 年完成仲裁法試案第 41 條均以聯合國模範法第 34 條為模仿對象，將撤銷仲裁判斷之事由漸趨減縮且限於程序方面事由。而撤銷仲裁事由由依附於再審事由之立法例已逐步消失。以上參見藍瀛芳，前揭撤銷仲裁判斷之訴的事由與其法律性質，商務仲裁季刊第 42 期，1996 年 6 月，頁 28-31、33。

³⁴² 本款事由與我國民事訴訟法第 496 條第 1 項第 9、10 款之規定相若。

³⁴³ 林俊益，仲裁法之實用權益，永然文化出版股份有限公司出版，2001 年 4 月，頁 141。

³⁴⁴ 最高法院 80 年度台上字第 1111 號判決意旨參照。

³⁴⁵ 仲裁法在立法時，並未如民事訴訟法第 496 條第 1 項第 10 款將鑑定人之鑑定報告如有不實，直接明訂在條文之中，但仲裁法規定之條文係為「為判斷基礎之證據」，則證據之種類自應包含鑑定在內。

者，亦得作為撤銷判斷的事由，仲裁法第 40 條第 2 項、第 3 項增列「以宣告有罪之判決業已確定，或其刑事訴訟不能開始或續行非因證據不足者」及「以足以影響判斷之結果」兩項限制事由，以限縮第 1 項第 8 款之適用。其中，就「以宣告有罪判決業已確定」之要件而言，勢必待證人、鑑定人或通譯因偽證罪刑事判決確定，始能再提起本訴。而仲裁法第 41 條第 2 項因訂有撤銷仲裁判斷之訴必須在仲裁判斷書作成之日起五年內提起，逾此期限，即不得再提起之規定，然依目前實務上刑事訴訟程序進行之正常時速衡量，顯然在一般情況下五年內未必能夠終結，即使能夠終結，仲裁判斷之執行程序亦早已執行完畢，從而本款之規定，就實務而言，顯然並無實益。

第四目 為判斷基礎之民事、刑事及其他裁判或行政處分，依其後之確定裁判或行政處分已變更者

仲裁法第 40 條第 3 項規定，本款之適用以「足以影響判斷之結果」為限，始能作為撤銷仲裁判斷的事由。本款之事由亦係參照民事訴訟法第 496 條第 11 款之事由而來，如果亦採相同之解釋，則係指曾為用以判斷事實之其他民刑事裁判或行政處分依其後確定裁判或行政處分變更而言，則本項事由顯然係以非基於仲裁程序之事由，而涉及仲裁判斷實體判斷是否妥當問題，從立法潮流趨勢以觀，此一規定是否與其立法初衷相符，值得深思。

第四節 撤銷工程仲裁判斷之效力

仲裁判斷具有第三節第四項撤銷工程仲裁判斷之訴之事由，當事人即得向有管轄權之法院提起撤銷仲裁判斷之訴，受訴法院在審理之後，其可能的處置有二，其一為，在審理中發現仲裁判斷不具備撤銷之事由時，駁回當事人的請求。其二為，在審理中發現仲裁判斷具有撤銷事由，但可補正者，此時法院可將仲裁判斷發回仲裁庭使之補正，或者，由法院直接修正仲裁判斷的內容，惟實務上，最常見的方式是以宣告無效撤銷該仲裁判斷³⁴⁶。以下僅就仲裁判斷經法院宣告無效後，仲裁後續程序如何進行之問題加以探討：

第一項 停止執行之效力

³⁴⁶ 梁堯清，撤銷仲裁判斷之理論與實踐，國防大學法律學研究所碩士論文，2002 年 6 月，頁 100-101。

仲裁判斷經法院判決撤銷確定之後，即溯及的失去效力，亦即仲裁判斷自始無效，與未曾存在仲裁判斷一樣。仲裁法第 42 條第 2 項規定「仲裁判斷，經法院撤銷者，如有執行裁定時，應依職權併撤銷其執行裁定。」因此，若仲裁判斷已先經法院確定准予強制執行後，受不利判斷之當事人始對該仲裁判斷有所不服，而向有管轄權之法院提起撤銷仲裁判斷之訴時，若任由執行程序繼續進行，可能使兩造當事人未來權利義務關係越趨複雜化，此時提起撤銷仲裁判斷之訴者可依仲裁法第 42 條第 1 項規定「當事人提起撤銷仲裁判斷之訴者，法院得依當事人之聲請，定相當並確實之擔保，裁定停止執行。」

第二項 解決原仲裁爭議之效力

仲裁判斷經法院判決撤銷確定者，就撤銷仲裁判斷之訴採形成之訴說者，認仲裁判斷溯及失其效力；採確認之訴說者，則認為仲裁判斷係自始無效。惟不論就撤銷仲裁判斷之訴之性質採取何項見解，仲裁程序當事人間的法律關係，都將因而回復到仲裁程序未進行前的狀態。當事人原本欲藉仲裁解決問題爭議，卻因撤銷仲裁而回復到未解決之狀態，則當事人間仍然存在之爭議如何解決，究應繼續使用仲裁程序解決，抑或另外提起訴訟解決，在學說上即有不同之見解，爰說明如下：

一、僅可提起訴訟說

仲裁法第 43 條規定「仲裁判斷經法院判決撤銷確定者，除另有仲裁合意外，當事人得就該爭議事項提起訴訟。」有學者即認為仲裁庭在仲裁判斷作成之後其職權即行終止，不得再行使其仲裁權，蓋爭議當事人僅授與仲裁人就其爭議一次仲裁的權力，仲裁判斷既已作成，其授權即應停止，除非當事人雙方合意再作第二次仲裁協議，否則，仲裁人無權再作仲裁³⁴⁷。而仲裁判斷經撤銷者，有溯及之效力，法院不可變更判斷之內容，因此判斷經撤銷後只能向普通法院更行起訴，原約定仲裁之當事人無妨訴抗辯權。荷蘭之立法例即明白採此見解，荷蘭民事訴訟法第 1067 條規定「除當事人另有約定外，撤銷判斷之訴之判決一經確定，法院的審判權即行恢復」³⁴⁸。

另有學者認為撤銷仲裁判斷之判決確定時，仲裁協議就該案件消滅，故除非當事人另行成立仲裁契約，就該案件不能再開仲裁程序。但當事人在仲裁契

³⁴⁷ 藍瀛芳，判斷的瑕疵及其救濟，萬國法律第 96 期，1997 年 12 月，頁 21。

³⁴⁸ 藍瀛芳，撤銷判斷之訴的審理及其效果，商務仲裁月刊第 41 期，1996 年 3 月 30 日，頁 37-38。

約上預為反對約定者，不在此限³⁴⁹。仲裁判斷如經法院判決撤銷確定，依仲裁法第 43 條規定，當事人需另有仲裁合意，方得就原仲裁判斷之爭議事項再行仲裁，如當事人未另有仲裁合意，則僅得就該爭議提起訴訟。本條之所謂當事人得就該爭議事項提起訴訟，應係指當事人得選擇起訴與否之意，而非指當事人得選擇就該爭議事項選擇提付仲裁或起訴³⁵⁰。

二、應依仲裁判斷撤銷原因而論

有學者認為應視其撤銷原因而定，若法院以「當事人於仲裁程序未經合法代理者」及「仲裁判斷與仲裁契約標的爭議無關」之事由撤銷仲裁判斷時，則因仲裁契約之目的並未達成，故仲裁契約之效力依然存在，因而當事人得請求仲裁人繼續仲裁。另有學者認為，如果撤銷的原因是因為判斷所依據的仲裁約定有無效的原因，則判斷基礎本來就失所附麗，當然本來就不應該仲裁，以後亦不能仲裁。如果撤銷仲裁判斷的原因只是單純仲裁程序的違反，原來當事人的仲裁約定並未因而受到影響，當然不能在判斷撤銷後更行起訴，否則將置仲裁條款之自主性於何地³⁵¹。此一部分，仲裁法第 43 條已有明文規定，除當事人另有仲裁合意外，原爭議以提起訴訟解決為原則，故應以前述第一說之見解為當。

第五章 從司法院大法官第 591 號解釋探討撤銷仲裁

³⁴⁹ 楊崇森，商務仲裁之理論與實際，中央文物供應社，民國 73 年 12 月，頁 106。

³⁵⁰ 李念祖，仲裁判斷之撤銷，收錄於楊崇森等人合著，仲裁法新論，中華民國仲裁協會出版，2002 年修訂再版，頁 316。

³⁵¹ 藍瀛芳，撤銷判斷之訴的審理及其效果，商務仲裁月刊第 41 期，1996 年 3 月 30 日，頁 38。

判斷瑕疵事由應附理由而未附者並不包括理由矛盾之法律見解與評估

第一節 概說

按仲裁制度源遠流長，不論中、外其制度的形成都有一定的歷史與文化。在歐美，仲裁制度最早起源於古羅馬時代，卻發揚滋長在英國、瑞典等歐洲國家。在中國最早見於部落氏族社會，族內社會遇有紛爭，輒由德高望重之長老決斷仲裁，此即仲裁最古老之發端。因而，從古至今，仲裁是民間社會解決紛爭的一種方法與手段。這種制度逐漸演化的結果，已經發展出一套國際間相互承認的模式，尤其，近年來國際貿易快速發展，以仲裁機制作為解決貿易糾紛的手段乃逐漸受到重視。仲裁雖是當事人自治解決紛爭的方式，但是，在當事人之間，各國均賦予仲裁判斷與法院判決有同一效力的法律效果。因此，仲裁判斷的結果，關係到當事人財產、權益的得喪，影響極為深遠，基於保障人民基本權之憲法任務，國家有適度介入干預的必要，其表現在積極的司法監督作為方面即是審查仲裁判斷之作成，形式上有無逾越仲裁法制的規範，如有違反，即應撤銷。

世界各國對於違反一定條件的仲裁判斷，均設有撤銷的機制，我國當然也不例外。我國仲裁法第 5 章設有「撤銷仲裁判斷之訴」，其規定得提起撤銷仲裁判斷之訴的原因，詳列在該法第 40 條中，而其中最引起爭議者，厥為該條第 1 款所引之同法第 38 條第 2 款前段所列之「仲裁判斷書應附理由而未附者。」此一爭點，在作成第 591 號解釋前，曾引起極大之爭辯，但在作成解釋之後是否即不再爭論？本文認為此一議題具有學術研究之價值，不因大法官作成解釋而結束，因此希望藉助學術研究之探討找到真正的答案。

第二節 本案撤銷仲裁判斷的事由

本件大法官解釋之聲請人係 00 營造股份有限公司之公司代表人陳 00，在 83 年間，因承攬 00 開發股份有限公司之工程，在完工之後，開發公司以聲請人遲延完工應負違約金為由，拒不給付工程款及追加工程款，事後，雖經協議、調解，但均未能達成和解，聲請人遂依工程承攬合約書之約定，在 87 年間提請仲裁，89 年間仲裁判斷作成。聲請人認為仲裁判斷之理由有矛盾之情形，乃依仲裁法第 40 條第 1 項第 1 款、第 38 條第 2 款前段之規定，聲請法院撤銷該仲裁判斷。惟迭遭台灣台北地方法院 89 年度仲訴字第 5 號民事判決、台灣高等法

院 89 年度重上字第 345 號民事判決及最高法院 90 年度台上字第 1362 號民事判決駁回。歷審法院均認為「理由矛盾」非法定得撤銷仲裁判斷之事由，因而駁回其訴，聲請人在窮盡司法救濟途徑，仍無法維護其權益後遂向司法院大法官會議提起本件憲法解釋案。

仲裁制度的性質，目前在學說上有契約說 (Contractual Theory)、司法權說 (Jurisdictional Theory)、混合說 (Mixed Theory)、自治說 (autonomous Theory) 等四種³⁵²，其中，尤以自治說為當前理論的主流，符合仲裁高度自主性的世界潮流。此說認為仲裁制度係當事人自願放棄訴訟權利，將可能發生的糾紛或基於一定之法律關係，委託法院以外之第三人，以私程序解決其爭議，同意將發現真實之責任交付仲裁庭以進行判斷之糾紛解決方法或制度。具有保障當事人之程序處分權及程序選擇權³⁵³，以及司法制度解決當事人爭議之功能。

按仲裁是以當事人雙方的合意，亦即以仲裁協議為基礎，進而決定仲裁人、仲裁機構、仲裁地、甚至對仲裁所適用的法律均予事先協議的一種制度。仲裁制度的目的既在於解決紛爭，因而仲裁判斷如果具有瑕疵的事由，則在程序上即有不能達到公平正義的要求，對於仲裁以私法自治作為解決紛爭的立法目的即有所違背，為免當事人權益因仲裁人之違背程序而遭受不公平之對待，遂賦予當事人必要之救濟途徑，此即仲裁法設置撤銷仲裁判斷之訴用意之所在。為了使仲裁判斷達到正當與公正的要求，其判斷如有瑕疵，即須由司法權之介入加以監督，同時為了尊重當事人自治之意願，撤銷仲裁判斷制度之建立仍有必要。此時當事人即以選擇不再以發現真實作為撤銷仲裁判斷之建制為目的，而僅就具有程序瑕疵之仲裁，提供當事人一項尋求救濟之途徑³⁵⁴。就立法政策而言，不宜使仲裁庭之位置被法院取代，重為事實之發現，讓法院成為變相之上級審級。所以，1958 年聯合國外國仲裁判斷之承認及執行公約 (紐約公約)³⁵⁵

³⁵² 吳光明，*仲裁法理論與判決研究*，台灣財產法暨經濟法研究協會出版，翰蘆圖書出版有限公司經銷，2004 年 11 月，頁 208-210；胡偉良，*兩岸仲裁法之修法建議——以兩岸、香港、新加坡之比較研究為基礎*，中國政法大學博士論文，2006 年 3 月，頁 5-7。

³⁵³ 最高法院 96 年度台上字第 1491 號民事判決：「按當事人於契約中約定得以仲裁或訴訟解決爭議，係賦予當事人程序選擇權，於一方行使程序選擇權而繫屬後，他方即應受其拘束。倘當事人雙方各採取仲裁程序及訴訟程序時，則應以其繫屬先後為準。當事人此程序選擇權應受仲裁機關、司法機關之平等重視與保護。訴訟程序繫屬在先，先行起訴者既有程序選擇權，嗣後提付仲裁者當無有仲裁法第四條之妨訴抗辯權，若仍容認仲裁在後，則此程序選擇權行使結果將失卻「擇一」解決爭議之意義，自非契約本意。原審逕認應優先重視仲裁程序，已有可議。…上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。據上論結，本件上訴為有理由。」。

³⁵⁴ 參閱陳清雲，*司法院大法官釋字第 591 號解釋之探討*，*仲裁季刊*第 81 期 2007 年 3 月 31 日，頁 67，引述李念祖，*仲裁判斷之撤銷*，收錄於楊崇森等合著，*仲裁法新論*，中華民國仲裁協會出版，1999 年 9 月，頁 292；吳光明，*仲裁權之行使與監督*，*刊仲裁季刊*第 77 期，2006 年 3 月 30 日，頁 34。

³⁵⁵ 引自陳清雲，*司法院大法官釋字第 591 號解釋之探討*，*仲裁季刊*第 81 期 2007 年 3 月 31 日，頁 67 註 6：此係指 1958 年之聯合國外國仲裁判斷之承認及執行公約 (1958 United Nations

及聯合國模範法³⁵⁶中對於拒絕承認及執行外國仲裁判斷之事由，以及聯合國模範法所規定之撤銷仲裁判斷事由，均未採納以仲裁判斷具實體上無法達到發現真實目的之瑕疵為事由，而只限於以程序瑕疵之事項為限。

仲裁法第 38 條所規定仲裁判斷須要具有「有效」之基礎要件、重要之形式要件及合法行為要件，其中第 2 款規定：「仲裁判斷應附理由而未附者。但經仲裁庭補正後不在此限。」所以，「仲裁判斷應附理由而未附者。」構成撤銷仲裁判斷的事由，此乃指重要之形式要件。仲裁庭「作成」仲裁判斷書，有一定之形式要件，即應記載法定記載事項（依仲裁法第 33 條第 2 項有 6 款事項），如仲裁判斷書欠缺「法定應記載事項」者，則生仲裁判斷是否有效之問題，仲裁法選擇欠缺記載較為嚴重之狀況，即「仲裁判斷應附理由而未附」之情形，不承認該仲裁判斷書之效力，當然無法賦予執行力，而應裁定駁回其執行裁定之聲請。至於欠缺其他「法定應記載事項」，仍承認其有仲裁判斷書之效力，法院仍應裁定准許仲裁判斷之強制執行。

仲裁判斷書未附理由，國家即無法承認其效力，但是如果當事人合意不記載理由者，則無庸記載理由。我國仲裁法第 33 條第 2 項規定：「判斷書應記載下列各款事項」，然後在其第 5 款中規定：「事實及理由。但當事人約定無庸記載者，不在此限。」依此規定可知，如果當事人約定仲裁庭不必記載仲裁判斷之事實及理由時，仲裁判斷書即不必記載事實及理由。而同法第 40 條第 1 款引述第 38 條第 2 款之規定作為當事人可提起撤銷仲裁判斷之訴的事由。因而當事人如果沒有特別約定可無庸記載理由者，仲裁判斷書即應記載，否則不附理由即構成撤銷仲裁判斷的事由。

第三節 法院實務見解

實務上，最高法院 73 年度台上字第 61 號判決、最高法院 87 年度台上字第 978 號判決見解³⁵⁷，認為原商務仲裁條例第 22 條第 2 款規定：「仲裁判斷書不附理由」，係指完全不附理由而言，與民事訴訟法第 469 條第 6 款規定之「判決不備理由」包括理由未竟，並未相同。倘仲裁判斷書已附有理由，無論理由是否完備、正當或是否理由有矛盾之情事，均非該款所指之「不附理由」。

依最高法院前述見解，仲裁判斷書不附理由，不包括「理由未竟」之情形，

Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards.)

³⁵⁶ 引自陳清雲，司法院大法官釋字第 591 號解釋之探討，仲裁季刊第 81 期 2007 年 3 月 31 日，頁 67，註 7：此聯合國模範法係指 1985 年聯合國國際貿易法委員會國際商務仲裁模範法（UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration.）

³⁵⁷ 同此見解者尚有：最高法院 81 年度台上字第 2196 號、85 年度台上字第 2441 號判決。

法院自無從以仲裁人實體判斷適用法律不當為由，主張仲裁判斷有仲裁程序違反法律規定之撤銷仲裁判斷事由。然仲裁人進行仲裁判斷適用法律是否妥適，法院僅能就仲裁判斷之理由決定之，而最高法院認為受訴法院審理撤銷仲裁判斷之訴，僅就仲裁判斷書之形式有無應附理由而未附之情形加以審理，仲裁判斷書之理由是否完備、充分，並非屬於受訴法院審理撤銷仲裁判斷之訴之範圍。所以，實務上認為³⁵⁸，「不附理由」，係指仲裁判斷書「完全」不附理由者而言，如仲裁判斷書已有敘述理由，無論該理由是否完備、正當或是否相互矛盾，法院均無置喙之餘地，皆不得認為「不附理由」。至於未在理由內詳加說明，僅係理由未竟，與仲裁判斷書未附理由仍屬不同³⁵⁹。

一、本案第一審台灣台北地方法院見解

本案台灣台北地方法院 89 年度仲訴字第 5 號民事判決亦採前述相同之見解，認為：「原告主張其於 83 年 8 月間，承攬被告位於台北縣新店市○○○街之江坡華城二期住宅新建工程，工程完工後，被告以原告遲延完工為由，主張依違約金扣抵工程款後已無餘額，拒不給付工程款及追加工程款共計 1844 萬 850 元，經協議、調解無效，原告遂於 87 年 2 月 11 日提請仲裁協會仲裁，該協會於 89 年 3 月 20 日作成仲裁判斷，原告於收受仲裁判斷書後 30 日內提起本訴之事實，業據其提出工程承攬合約書、仲裁文書送達收據、仲裁判斷書為證，並為被告所不爭執，自應堪信為真實。原告主張本件仲裁判斷書有仲裁法第 40 條第 1 項第 1 款、第 38 條第 2 款應附理由而未附理由之情形，則為被告所否認，並以前開情詞置辯。從而，本件爭執之處，乃在於仲裁判斷書有無原告所指摘之仲裁判斷書應附理由而未附之情形，至於兩造就系爭工程約定完工日、如何認定完工及有無逾期完工等實體上糾紛，則非本件審理之範圍。

按仲裁法第 40 條第 1 項第 1 款、第 38 條第 2 款固規定，仲裁判斷不附理由者，當事人得對他造提起撤銷仲裁判斷之訴。惟所謂仲裁判斷書不附理由者，係指仲裁判斷書完全不附理由者而言，若仲裁判斷書如已附理由，則不論其所附理由是否已完備，均難謂係不附理由，此與民事訴訟法第 469 條第 6 款規定，判決不備理由或理由矛盾者，當然違背法令有殊，亦即仲裁判斷書所附理由是

³⁵⁸ 最高法院 95 年度台上字第 1078 號民事判決：「按仲裁法第 38 條第 2 款所稱之「仲裁判斷應附理由而未附理由」，係指仲裁判斷書於當事人未依同法第 33 條第 2 項第 5 款但書約定無庸記載其理由時，就聲請仲裁標的之判斷應附理由而完全未附理由之情形而言，該條款規範之事由與民事訴訟法第 469 條第 6 款所定「判決不備理由或理由矛盾者為當然違背法令」者未盡相同，倘仲裁判斷書已附具理由，縱其理由不完備，亦僅屬其判斷之理由未竟，尚與該條款所謂仲裁判斷應附理由而未附理由者有間，自不得據以提起撤銷仲裁判斷之訴。」

³⁵⁹ 參閱最高法院 87 年度台上字第 978 號判決。

否不完備或理由矛盾，並非仲裁法第 38 條第 2 款所規定之範疇（最高法院 85 年臺上字第 2441 號、85 年度臺上字第 2722 號判決意旨參照）。

仲裁判斷與法院之判決有異，本不以查察為明為務，反較著重於當事人間之衡平，是以其判斷縱有理由未盡之處，亦為其本質所然，是以仲裁判斷如於對當事人間之某項爭點，未加以詳細闡明認定，其或漏未認定而仍不影響判斷之結果者，仍不能認為係仲裁判斷不附理由之情形。本件原告主張之現場品檢初驗、完工及逾期天數之計算，皆經仲裁判斷認定並非初驗，原仲裁判斷雖對原告某項爭點之主張，予以論駁，但皆無礙於判斷結果，更何況仲裁判斷理由欄亦說明兩造其餘之陳述及舉證業經審酌，皆不礙判斷結論，不予逐一論列，且觀之原告所主張之內容，其意無非係不服仲裁判斷之結果而已，其主張本件仲裁未附理由或理由矛盾云云，並非可採。從而，原告以本件仲裁判斷有未附理由之情形，訴請撤銷本件仲裁判斷，為無理由，應予駁回。」

二、本案第二審台灣高等法院見解

本案台灣台北地方法院判決駁回原告之訴後，原告（即聲請人）不服，遂提起上訴，案經台灣高等法院 89 年度重上字第 345 號作出判決，認為：「一、按提起撤銷仲裁判斷之訴，應於判斷書交付或送達之日起，30 日之不變期間內為之，為仲裁法第 41 條第 2 項前段所明定。又提起撤銷仲裁判斷之訴，雖非不得追加其原因事實，惟所追加者如可據以獨立提起另一撤銷仲裁判斷之訴者，仍應受前述不變期間之限制。查上訴人係於 89 年 3 月 21 日收受仲裁判斷書，有送達收據附卷可稽，上訴人於 89 年 4 月 19 日以仲裁判斷書有仲裁法第 38 條第 2 款未附理由之撤銷事由提起本訴，上訴中於本院 90 年 1 月 4 日審理時，始主張兩造就逾期天數之計算，已協議自 86 年 5 月 19 日起算，仲裁判斷竟以 86 年 4 月 15 日為計算之起點，顯已逾兩造仲裁協議之範圍，併依仲裁法第 40 條第 1 項第 1 款、第 38 條第 1 款逾越仲裁協議範圍之撤銷事由，求為撤銷系爭仲裁判斷之判決，此項訴之追加，可據之獨立提起另一撤銷仲裁判斷之訴，據已逾 30 日之不變期間，依前揭說明，自為法所不許（最高法院 86 年度台上字第 3248 號裁判參照），應予駁回。」

三、本案第三審最高法院見解

本案當事人請求撤銷仲裁判斷事件，上訴人對於中華民國 90 年 2 月 27 日台灣高等法院第二審判決（89 年度重上字第 345 號），提起上訴，案經最高法

院 90 年度台上字第 1362 號確定判決認為：「…按仲裁判斷書如已附理由，則不論其所附理由是否已完備，均難謂係不附理由。又我仲裁法對於撤銷仲裁判斷之訴之事由，係採列舉主義，當事人得提起撤銷仲裁判斷之訴，請求法院撤銷仲裁判斷，必須具有仲裁法第 40 條第 1 項各款情形之一，始得為之。理由矛盾並非法定得撤銷之事由，本院自不得創設，認當事人得據此為請求撤銷之事由，上訴人仍爭論仲裁判斷認定伊逾期完工有理由矛盾或不附理由之違誤云云，指摘原判決不當，聲明廢棄，難認有理由。據上論結，本件上訴為無理由。」從而作出上訴駁回之判決。

惟查我國實務及學術界見解³⁶⁰，咸認仲裁法第 38 條第 2 款之規範意旨係：「商務仲裁條例第 22 條第 2 款所謂仲裁判斷書不附理由者，係指仲裁判斷書對於當事人聲請仲裁標的之判斷完全不附理由而言，苟仲裁判斷書已附理由，則不論其所附理由是否完備，均與上述不附理由之規定有別。又商務仲裁條例第 22 條第 2 款、第 23 條第 1 項第 1 款固規定，仲裁判斷不附理由者，當事人得對他造提起撤銷仲裁判斷之訴，惟與民事訴訟法第 469 條第 6 款規定，判決不備理由或理由矛盾者，當然違背法令有殊，仲裁判斷書如已附理由，則不論其所附理由是否已完備，均難謂係不附理由。」，前述實務及學術界之見解純係對法律條文望文生義所為之解釋，細繹該條文之規定，非惟未具有任何憲法第 23 條之事由，並逾越必要之程度，更使遭受仲裁判斷所附理由矛盾之人，無法獲得國家訴訟救濟制度之保障。前述之見解論述顯與憲法第 16 條保障人民訴訟權及第 23 條比例原則所揭禁之意旨及要求大相違背，同時與司法院大法官釋字第 396 號、第 418 號及第 507 號解釋均有牴觸，應受違憲之宣告，以確保仲裁制度得在公平、公正、合法的程序下進行，並維護人民財產權受侵害（包括仲裁判斷顯然不公）時，得尋求司法救濟。

按仲裁制度雖以當事人自主解決紛爭為本質，當事人得自由以訂立仲裁契約或仲裁條款之方式約定，就一定法律之關係於現時或將來發生爭議時，委由私之第三人為判斷。惟除契約上的（contractual）要素外，仲裁仍具有司法上的（judicial）性質，此係因仲裁制度對於當事人間有關權利之配置（apportion），仍屬於一種司法之作用（judicial function），故須受到國家司法權之拘束³⁶¹。簡言之，仲裁兼具私法（契約）及公法（訴訟）之特性，是故於當事人就仲裁地之決定、仲裁人之選定、仲裁進行適用之程序均享有決定權，此處可彰顯仲裁之私法契約性質；然就仲裁程序之進行及仲裁判斷之作

³⁶⁰ 最高法院 85 年度台上字第 2722 號民事判決、最高法院 86 年度台上字第 3248 號民事判決、最高法院 89 年度台上字第 2677 號民事判決；李念祖，*仲裁判斷之撤銷*，收錄於楊崇森等 7 人合著，*仲裁法新論*，1999 年 9 月出版，頁 308。

³⁶¹ 吳艾黎，*論瑕疵仲裁判斷之救濟*，輔仁大學法律研究所碩士論文，1994 年，頁 148。

成是否有重大瑕疵之監督、仲裁判斷之承認與執行等，則有司法權介入之空間³⁶²。為避免仲裁判斷之作成具有重大瑕疵，國際間及各國仲裁法多設有一定之救濟途徑，我國則以撤銷仲裁判斷之訴為救濟途徑，由國家立於監督（supervision）或司法控制（judicial control）仲裁制度之立場，於必要時，得依當事人之起訴，撤銷並非「合法」、「有效」之仲裁判斷，因仲裁人之判斷於當事人間，與法院之確定判決有同一效力。惟因仲裁人之判斷係屬私人行為之判斷，並非國家所為之定分止爭之決定，倘仲裁人作成之判斷，具有重大瑕疵時，法院即應以判決撤銷仲裁判斷，以消滅仲裁判斷之法律效力³⁶³。

第四節 大法官釋字第 591 號對本案之法律見解

民國 94 年 3 月 4 日司法院大法官會議針對仲裁法第 40 條第 1 項第 1 款引用同法第 38 條第 2 款將得提起撤銷仲裁判斷之訴，侷限在「仲裁判斷書應附理由而未附者」，而未將「理由矛盾」列為得提起撤銷仲裁判斷之訴之事由作出釋字第 591 號解釋。

該解釋文認為：「憲法第 16 條所保障之訴訟權，旨在確保人民於其權利受侵害時，有依法定程序提起訴訟，並受法院公平審判之權利。惟訴訟應循之程序及相關要件，立法機關得衡量訴訟案件之種類、性質、訴訟制度之功能及訴訟外解決紛爭之法定途徑等因素，為正當合理之規定；倘其規範內容合乎上開意旨，且有其必要性者，即與憲法保障訴訟權之意旨無違。」並認為：「民事紛爭事件之類型，因社會經濟活動之變遷趨於多樣化，為期定分止爭，國家除設立訴訟制度外，尚有仲裁及其他非訴訟之機制。基於國民主權原理及憲法對人民基本權利之保障，人民既為私法上之權利主體，於程序上亦應居於主體地位，俾其享有程序處分權及程序選擇權，於無礙公益之一定範圍內，得以合意選擇循訴訟或其他法定之非訴訟程序處理爭議。仲裁係人民依法律之規定，本於契約自由原則，以當事人合意選擇依訴訟外之途徑處理爭議之制度，兼有程序法與實體法之雙重效力，具私法紛爭自主解決之特性，為憲法之所許。」

「仲裁法規定：『仲裁判斷書應附理由而未附者』，當事人得對於他方提起撤銷仲裁判斷之訴（第 40 條第 1 項第 1 款、第 38 條第 2 款前段），雖未將仲裁判斷之理由矛盾列為得提起訴訟之事由，要屬立法機關考量仲裁之特性，參酌國際商務仲裁之通例，且為維護仲裁制度健全發展之必要所為之制度設計，尚未逾越立法機關自由形成之範圍，與憲法第 16 條保障人民訴訟權之本旨

³⁶² 林瑤，我國仲裁法制理論與實務之分析研究，東吳大學法律研究所碩士論文，1997 年，頁 9。

³⁶³ 顏旭男，仲裁判斷之研究—以撤銷之訴為中心，文化大學法律研究所碩士論文，1999 年，頁 89-90。

並無牴觸。」

該號解釋理由書中更直指：「民事紛爭事件之類型，因社會經濟活動之變遷趨於多樣化。為期定分止爭，國家除設立訴訟制度外，尚有諸如仲裁、調解、和解及調處等非訴訟機制。現代法治國家，基於國民主權原理及憲法對人民基本權利之保障，人民既為私法上之權利主體，於訴訟或其他程序亦居於主體地位，故在無礙公益之一定範圍內，當事人應享有程序處分權及程序選擇權，俾其得以衡量各種紛爭事件所涉之實體利益與程序利益，合意選擇循訴訟或其他法定之非訴訟程序處理爭議。」

「仲裁係人民關於一定之法律關係，及由該法律關係所生之爭議，依當事人協議交付仲裁庭依規定之程序為判斷，以解決私法爭議之制度（仲裁法第1條、第2條及第37條參照）。此項解決爭議之機制，係本於契約自由原則，以當事人之合意為基礎，選擇依訴訟外之途徑處理爭議問題，兼有程序法與實體法之雙重效力，具私法紛爭自主解決之特性……。」

「是除仲裁判斷之實質內容有違法律之強制或禁止規定等為法律上所不許之情形者外，仲裁判斷書如有應附理由而未附者，固得提起撤銷仲裁判斷訴訟，惟仲裁判斷有理由矛盾之情形者，則不在得提起訴訟之範圍。考其原意，乃依仲裁法第33條第2項第5款規定，仲裁判斷書原則上固應記載事實及理由，但當事人約定無庸記載者，得予省略。是仲裁判斷書是否有應附理由而未附之情形，法院得依仲裁判斷書及仲裁協議等相關文件之記載而為認定。然是否有理由矛盾之情形，則須就仲裁事件之相關事實及仲裁判斷之理由是否妥適，重為實體內容之審查始能認定，與「應附理由而未附」之情形顯有不同。立法機關考量仲裁之特性，係為實現當事人以程序自治解決爭議之原則，爰參酌國際商務仲裁之通例，而為合理之規定，乃促進仲裁制度之健全發展所必要，並未逾越立法機關自由形成之範疇，與憲法第16條保障人民訴訟權之本旨尚無牴觸。」

第五節 評估

一、程序監督權與實體監督權之爭辯思考

依照我國仲裁法第40條撤銷仲裁判斷之訴的立法設計，符合提起撤銷的條件只限於該條所列的各款情形，而各款所規定者，俱為程序事項而不及實體問題，此由該法立法之初，在中華民國仲裁協會草擬仲裁法階段，引證並參考聯合國國際商務仲裁模範法立法例即可得知，惟究竟法院應否監督仲裁的實體內

容，理論界向有爭議³⁶⁴。通說認為，法院只能在監督與不監督之間選擇，但目前有關國家的立法與實踐已提供了多種選擇模式。其中，包括法院強制監督仲裁實體的模式、任意監督仲裁實體的模式、不監督仲裁實體的模式、原則上不監督但在當事人協議同意時可監督仲裁實體的模式。我國仲裁立法應該超脫「程序監督論」與「實體監督論」的窠臼，還給當事人真正的意思自治權，才能解決當前仲裁制度所面臨的困境，否則在程序與實體的爭議上可能平白犧牲了司法公平正義的社會價值與民眾對法律感情的期待。法律制度應依各國風土民情、習性、環境、需求訂定，才能適合國情的需要，而不是在「已有定見」之後，選擇性的將他國已訂的典章制度全盤移植，照單全收，終致扞格而窒礙難行。

（一） 法院應否監督實體內容的立法與實踐

關於法院可否監督仲裁的實體內容，理論上的紛爭源於立法與司法實踐的不同。從國際條約、各國仲裁立法和司法實踐來看，對此問題歷來有不同立場的爭辯，概言之，可分為以下四種不同的模式³⁶⁵：

1. 非因公共政策原因，法院不干預國際商事仲裁實體問題的模式。此為國際商事仲裁條約和絕大多數國內仲裁立法普遍採取的方法。1958年紐約公約第5條第2款規定不予承認和執行外國仲裁判斷的公共政策理由。而國際商事仲裁中的公共政策問題可以是程序性的，也可以是實體性的³⁶⁶。1985年聯合國國際貿易法委員會（UNCITRAL）所制定的國際商事仲裁示範法採納了紐約公約有關國內法院非因公共政策不干預仲裁實體問題的方法，同時又擴大了這種方法的適用範圍。依據示範法規定，無論國際商事仲裁判斷的承認與執行，還是判斷的撤銷，除了公共政策原因以外，國內法院都只能審查程序問題，而不能做實體上的審查。從內國立法來看，大陸法系的國家以及受大陸法系影響的國家，除法國的國內仲裁中允許就仲裁的實體問題向法院上訴以外，都採取了法院非因公共政策原因不干預仲裁實體

³⁶⁴ 陳小平，司法對仲裁的監督：實體審查還是程序審查？貴州大學學報（社會科學版），第19卷第4期，2001年7月，頁30-34。

³⁶⁵ 萬鄂湘、于喜富，再論司法與仲裁的關係--關於法院應否監督仲裁實體內容的立法與實踐模式，法學評論（雙月刊），2004年第3期（總第125期），頁60-62。

³⁶⁶ P. Sanders, Quo Vadis Arbitration? -Sixty Years of Arbitration Practice- A Comparative Study, Kluwer Law International, 1999, P.34. 轉引自萬鄂湘、于喜富，再論司法與仲裁的關係--關於法院應否監督仲裁實體內容的立法與實踐模式，法學評論（雙月刊），2004年第3期（總第125期），頁60。

的方法。原則上，即使判斷明顯錯誤，仲裁人的決定也不能被法院推翻³⁶⁷。此種模式稱為「法院不監督仲裁實體的模式」。

2. 英國 1950 年制定的仲裁法，以強制性的規定賦予國內法院干預仲裁實體問題的權力，且干預的理由不限於公共政策。依據該法的規定，當事人可隨時要求仲裁人就特別案件向法院陳述，法院將就源於仲裁的法律問題作出決定，此即所謂「特別案件陳述程序」。而且，法院對於仲裁法律爭議的管轄權是不能排除的，當事人在契約中排除案件陳述程序的條款被認為是違反了公共政策，因而不產生效力。該法另規定，法院有權依據判斷表面的事實與法律錯誤而撤銷仲裁判斷。英國 1950 年仲裁法關於法院干預仲裁實體的規定之主要特點在於³⁶⁸：（一）法院對實體問題的干預不限於仲裁判斷以後，在仲裁程序進行過程中即可因特別案件陳述程序的啟動而介入；（二）法院干預仲裁實體問題不以公共政策理由為限，對一般的法律與事實問題亦可介入；（三）法院對仲裁實體問題的監督屬於強行性規定，當事人不得協議排除。英國 1950 年仲裁法雖早已修改，但仍有國家參照該英國仲裁法制定法律並實施。這種模式稱為「法院強制監督仲裁實體的模式」。
3. 英國 1996 年仲裁法規定法院干預仲裁實體問題的權力，干預的理由不限於公共政策，但這種干預不是強制的，當事人可以約定排除。英國 1979 年仲裁法廢除了 1950 年仲裁法中的特別案件陳述程序，以及法院以仲裁判斷表面的事實和法律錯誤撤銷仲裁判斷的權力，但仍允許當事人就仲裁的實體問題向高等法院提出上訴，並允許高等法院在一定的條件下就仲裁過程中發生的法律問題作出決定。與 1950 年仲裁法相較，1979 年仲裁法更重要的變革是允許當事人以「排除協議」（exclusion agreement）排除法院對仲裁實體問題的審查，只是這種排除不適用於海事、保險和貨物買賣契約爭議，因而是徹底的³⁶⁹。英國 1996 年仲裁法進一步放寬了法院對仲裁的監督與控制，但仍然允許當事人就法律問題向法院提出上訴³⁷⁰。與 1979 年仲裁法相比，1996 年仲裁法除了進一步限制法院干預仲裁實體的權力外，還進而取消了對排除協議適用上的限制，當事人對於任何

³⁶⁷ 引註萬鄂湘、于喜富，再論司法與仲裁的關係--關於法院應否監督仲裁實體內容的立法與實踐模式，法學評論（雙月刊），2004 年第 3 期（總第 125 期），頁 61，註 6：P.Sanders, Quo Vadis Arbitration? -Sixty Years of Arbitration Practice -A Comparative Study, Kluwer Law International, 1999,P.33.

³⁶⁸ 丁琦，英國法院對仲裁監督的發展趨勢及對我國的啓示，山東審判，第 23 卷總第 177 期，2007 年第 4 期，頁 114。

³⁶⁹ 參見 1979 年英國仲裁法第 3-4 條。

³⁷⁰ 丁琦，英國法院對仲裁監督的發展趨勢及對我國的啓示，山東審判，第 23 卷總第 177 期，2007 年第 4 期，頁 115。

類型的爭議，均可通過排除協議放棄就法律問題向法院提出上訴的權利³⁷¹。這種模式稱為「法院非強制性監督仲裁實體的模式」。

4. 美國聯邦仲裁法未明確規定法院對仲裁實體問題干預的權力，但在美國法院的司法實務中出現允許當事人協議擴大司法審查範圍直至審查仲裁實體問題的判例。

（二）法院應否監督實體問題的理論爭論

上述四種不同的立法和實踐模式曾引起國外理論界廣泛激烈的爭論。英國 1950 年所確立的法院強制監督仲裁實體的模式，因法院干預仲裁的權力過大而受到較多的批評，被認為是法院過度干預仲裁的典型。而英國 1979 年和 1996 年仲裁法因漸次減少了法院對仲裁實體內容的干預程度，因而獲得一定程度的認可。可以說，理論界一度普遍傾向於法院不監督仲裁實體內容的模式。但是，最近美國法院關於放鬆可仲裁性限制以及允許當事人協議擴大司法審查範圍的判例再度加劇了法院應否監督仲裁實體的爭論。

而我國仲裁法之制訂則係完全由中華民國仲裁協會主導自費邀請學者、專家研擬提出「商務仲裁條例修正草案」，並在草案完成初稿後提報業務主管機關法務部審議，以作為修法的參考。隨後，法務部即召集仲裁協會、學者、律師、法官、檢察官以及司法、檢察機關代表、經貿、工程等相關公務機關代表參與多達 14 次之「商務仲裁條例修正草案」會議，直至完稿報請行政院審議，之後，又在行政院歷經 4 次審查會議討論，始行定稿通過。行政院隨後並在 86 年 7 月 18 日以台 86 法字第 28997 號函請立法院審議「商務仲裁條例修正草案」。審視整個修法研擬討論的資料及過程，對於法院應否監督仲裁實體的議題並無進行討論過。可知，中華民國仲裁協會在研擬「商務仲裁條例修正草案」時，係以「國際化與自由化³⁷²」「配合世界潮流及我國發展需要³⁷³」的理由全盤移植國外立法制度而來，對於法院應否監督仲裁判斷實體內容部分並無引據國外立法的理論依據，只在原草案之第 35 條（在立法院修法時改列為第 40 條）中臚列 9 種當事人得提起撤銷仲裁判斷之訴的事由，而此等事由均為程序事項，故從仲裁法 1998 年立法院修法通過並施行以來，不論實務或學說，均一面倒的

³⁷¹ 參見 1996 年英國仲裁法第 69 條。

³⁷² 中華民國商務仲裁協會編印之「商務仲裁條例修正草案」（84 年 5 月）商務仲裁條例修正草案總說明，收錄於法務部編印，商務仲裁條例研究修正實錄，86 年 12 月，頁 729。

³⁷³ 民國 84 年 12 月 1 日法務部研商「商務仲裁條例修正草案」第一次會議，時任法務部部長馬英九擔任會議主席致詞所言。

認為法院僅能就仲裁判斷程序的部分進行審查，而不能就實體內容的部分加以檢視並下判決。

然而，從前述國外立法例觀之，法院應否僅就程序部分或就實體內容部分進行審理，有「程序監督論」與「全面監督論」的爭論，兩種學說相持不下爭論極為激烈³⁷⁴。爰說明如下：

1. 支持法院監督仲裁實體內容的理論

從國外學者的觀點看，支持法院監督仲裁實體內容的理由大致包括：

- (1) 從仲裁的價值取向上看，認為仲裁的速度和判斷的終局性不是絕對的，實體監督可以糾正仲裁人的錯誤，維持仲裁的公正。對此有學者指出，儘管終局性被認為是私人糾紛解決優於法院訴訟的一個優點，也帶來速度和費用的節省，但終局性和速度也有代價。只有在以下兩個假定之一正確的前提下，終局性才有普遍的積極意義。其一，如果仲裁人永遠不犯錯誤，終局性將始終是一個優點。但即使是最激進的仲裁倡導者，也不可能下此斷言。其二，仲裁中的利益少，以至任何錯誤都是可以容忍的，或者對速度和終局性的渴望超過了錯誤所帶來的危險。但因有些案件如工程仲裁的爭議金額龐大，以至於對缺乏錯誤結果的糾正機制是不能接受的。尤其，在考慮到跨國投資與貿易交往日益增長的規模和頻率，這種考量更適用於國際仲裁³⁷⁵。更有學者指出：速度與公正性確是仲裁的優點，但只有在你勝訴時才如此；如果仲裁發生了基本錯誤，速度與終局性便不再是優點³⁷⁶。大陸學者陳安教授是法院監督仲裁實體內容模式的積極倡導者³⁷⁷。他認為當事人自願選擇仲裁方式解決糾紛，實際上就是放棄了向法院提起訴訟的權力，並以此「代價」換取比較乾脆的「一裁終結」，避免訴訟上的結案。但是，此時當事人所放棄的只是向一審法院起訴的權利，除非當事人明文

³⁷⁴ 羅楚湘，仲裁的司法監督：過度干預和控制還是適度監督，武漢大學學報（哲學社會科學版），第 58 卷第 2 期，2005 年 3 月，頁 240-244。

³⁷⁵ W. H. Knull, III and N. D. Rubins, Betting the Farm on International Arbitration: Is it Time to Offer an Appeal Option? II The American Review of International Arbitration 531 (2000)，引註自萬鄂湘、于喜富，再論司法與仲裁的關係--關於法院應否監督仲裁實體內容的立法與實踐模式，法學評論（雙月刊），2004 年第 3 期（總第 125 期），頁 62，註 13。

³⁷⁶ T. J. Klitgaard, The Transnational Arbitration of High-Tech Disputes, Presentation given to the 7th Annual Transnational Commercial Arbitration of Workshop, Dallas, Texas, June 20 1996. Available at <http://www.wirepaladin.com/articles/article9.htm>。引註自萬鄂湘、于喜富，再論司法與仲裁的關係--關於法院應否監督仲裁實體內容的立法與實踐模式，法學評論（雙月刊），2004 年第 3 期（總第 125 期），頁 62，註 14。

³⁷⁷ 萬鄂湘、于喜富，再論司法與仲裁的關係--關於法院應否監督仲裁實體內容的立法與實踐模式，法學評論（雙月刊），2004 年第 3 期（總第 125 期），頁 62。

協議放棄訴訟權，否則，絕不能任意推斷當事人一旦選擇仲裁方式之後，即使面臨錯誤的或違法的仲裁判斷，也自願放棄向法院提起訴訟的權利。無論從「違法必究」這一基本法理準則來衡量，還是從當代各國先進的立法通例來看，對於已經發生法律效力的仲裁判斷，只要當事人提出確鑿證據足以證明該判斷有重大錯誤或重大違法情事，則不論其為程序上的錯誤或違法，抑或實體上的錯誤或違法，都屬於法院應當依法實行仲裁監督之列³⁷⁸。

- (2) 從維護法律的統一性來看，由於仲裁庭是相互獨立的，一個仲裁庭通常不知道其他仲裁庭已就同一法律問題作出了不同的判斷，如果仲裁判斷不能上訴或不受司法審查，則會存在不同的仲裁庭就相同或相似問題作出不一致判斷的危險。這種理論主要係由英國學者所主張。A. Redfern 和 M. Hunter 認為允許就仲裁庭判斷的法律問題提出訴訟的主要理由是，為了公共利益，特別是為了商人的利益，尤其是對不同契約中相同詞語的意義及效力。不同的仲裁庭不應有不同的判斷³⁷⁹。
- (3) 在仲裁實體問題涉及強行法時，因為仲裁判斷事項涉及法定權利 (statutory rights)，法院應監督其實體內容，以維護強行性法律規則的效力。這種理論主要由美國學者所主張。在美國，傳統上可仲裁的權利限於當事人可自由約定的權利，國際仲裁的範圍被認為不包括強行性國內法，諸如證券、反托拉斯、公民權利以及消費者保護法等，但現在的美國法已與傳統的立場分道揚鑣，無論提出合意權利索賠還是法定權利索賠，仲裁都被視為訴訟之替代³⁸⁰。有人認為，在審查涉及法定權利的仲裁判斷時，法院通常拒絕僅僅依據仲裁人未正確解釋和適用法律這一事實而推翻仲裁判斷，而只有在仲裁人顯然漠視法律 (manifest disregard of the law) 時才推翻仲裁判斷³⁸¹。目前，美國法院已出現了這類以顯然漠視法律為由推翻仲裁判斷的司法判例³⁸²。

³⁷⁸ 陳安，中國涉外仲裁監督機制申論，中國社會科學，1998年，第2期。

³⁷⁹ A. Redfern and M. Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration* (3rd Edition), London: Sweet & Maxwell, 1999, P.434. 引註自萬鄂湘、于喜富，再論司法與仲裁的關係--關於法院應否監督仲裁實體內容的立法與實踐模式，法學評論（雙月刊），2004年第3期（總第125期），頁63，註16。

³⁸⁰ S. K. Huber and E. W. Trachte- Huber, *International ADR in the 1990's: the Top Ten Developments*, 1 *Houston Business & Tax Law Journal* 184 (2001), 引註自萬鄂湘、于喜富，再論司法與仲裁的關係--關於法院應否監督仲裁實體內容的立法與實踐模式，法學評論（雙月刊），2004年第3期（總第125期），頁63，註18。

³⁸¹ M. A. Landrum and D. A. Trongard, *Judicial Morphallaxis: Mandatory Arbitration and Statutory Rights*, 24 *William Mitchell L. Review* 345 (1998), 引註自萬鄂湘、于喜富，再論司法與仲裁的關係--關於法院應否監督仲裁實體內容的立法與實踐模式，法學評論（雙月刊），2004年第3期（總第125期），頁63，註19。

³⁸² *Halligan v. Piper Jaffray Inc.*, 148 F. 3d 197 (2d Cir. 1998), 引註自萬鄂湘、于喜富，再論司法

(4) 以仲裁的契約性質以及仲裁判斷的可執行性為由，主張當事人得自由協議擴大仲裁的司法審查範圍，法院可以依據當事人的協議，審查國際商事仲裁的實體內容。由於仲裁協議是在自願、合意的基礎上對訴訟規則的放棄，當事人應當可自由決定對仲裁判斷審查的範圍，只要這些範圍不超出法院的管轄原則。就像當事人可以決定應遵循的機構仲裁規則一樣，當事人也應當能夠決定由法官審查仲裁判斷的法律錯誤³⁸³。另有人不僅從尊重當事人的意思，而且從促進當事人採用仲裁的角度，支持上述判例，認為法院執行那些擴大對仲裁判斷司法審查的條款，增加了商業當事人在爭議解決程序中繼續採用仲裁的可能性。在當事人明示同意情況下，法院執行擴大司法審查協議的趨勢表明，此類契約條款為獲得仲裁與訴訟兩者的最佳狀況提供了最安全的途徑。³⁸⁴

2. 反對法院監督仲裁實體內容的理論

國內外理論界反對國內法院監督仲裁實體內容的主要理論觀點可概括為³⁸⁵：

(1) 在仲裁的價值取向上，以仲裁的終局性和經濟性為由，反對國內法院對仲裁的實體干預。這一點是國內外反對法院監督仲裁實體問題的學者普遍堅持的觀點。大陸學者肖永平教授論及法院對仲裁監督機制的價值取向時指出³⁸⁶：法院對仲裁的監督範圍實質上是如何處理仲裁判斷的終局性與司法審查權之間的關係，也就是如何維持仲裁制度的效益與公平之間的平衡問題。實踐表明，當事人選擇仲裁解決爭議，除受仲裁程序簡便，結案迅速等優點吸引外，最主要的就是期望獲得一份終局判斷，以避免繁瑣、漫長的訴訟程序。有經驗的當事人，尤其是對商人而言，進行緩慢又耗費金錢的訴訟程序對他們而言並不見得是個明智的選擇。儘管仲裁判斷的終局性

與仲裁的關係--關於法院應否監督仲裁實體內容的立法與實踐模式，法學評論（雙月刊），2004年第3期（總第125期），頁63，註23。

³⁸³ Symposium Transcript：“Grounding the FAA：Judicial Review of International Arbitration”，Lapine v. Kyocera, 1 Richmond Journal of Global Law and Business 1（Spring 1999）引註自萬鄂湘、于喜富，再論司法與仲裁的關係--關於法院應否監督仲裁實體內容的立法與實踐模式，法學評論（雙月刊），2004年第3期（總第125期），頁63，註24。

³⁸⁴ L.Montgomery, Expanded Judicial Review of Commercial Arbitration Awards-Bargaining for the Best of Worlds：Lapine Technology Corp. v. Kyocera Corp., 130 F. 3d 884（9th Cir.1997）,68 University of Cincinnati Law Review 529（Winter 2000），引註自萬鄂湘、于喜富，再論司法與仲裁的關係--關於法院應否監督仲裁實體內容的立法與實踐模式，法學評論（雙月刊），2004年第3期（總第125期），頁63，25。

³⁸⁵ 趙婷，試論司法監督與仲裁獨立，法制與經濟，2007年第9期（總第153期），頁48。

³⁸⁶ 萬鄂湘、于喜富，再論司法與仲裁的關係--關於法院應否監督仲裁實體內容的立法與實踐模式，法學評論（雙月刊），2004年第3期（總第125期），頁64。

意味著當事人喪失了通過訴訟程序糾正判斷可能發生的錯誤，從而獲得公平判斷的權利。但仲裁判斷的終局性能給當事人帶來巨大的潛在效益，它顯然比訴訟程序所帶來的利益大得多。在商人們看來，以放棄訴訟權利為代價而獲得仲裁判斷的終局性是完全值得的，因為他們更注重追求經濟上的效益，法律應當對當事人這種謀求仲裁判斷終局性的合理期待予以保護。如果法律允許法院對仲裁進行實質審查，無異使仲裁程序從屬於法院的訴訟程序³⁸⁷。

- (2) 在仲裁事項涉及法定權利時，一些美國學者表示了對法院干預實體問題所可能產生負面影響的擔心。這種擔心在於，如果承認顯然漠視法律可以作為拒絕執行仲裁判斷的理由，存在當事人通過提出無益的訴訟，濫用法院審查國際仲裁判斷願望的危險，這種濫用將損害仲裁的目的，以及國際社會普遍接受的有利於承認和執行國際商事仲裁判斷這一公共政策³⁸⁸。
- (3) 在當事人協議擴大法院對仲裁判斷司法審查範圍問題上，反對者認為法院司法審查的範圍屬於國家的強行法規定，當事人不能約定改變，允許當事人協議擴大司法審查的範圍將改變仲裁的性質，增加法院司法審查的負擔³⁸⁹。

儘管『實體監督論』與『程序監督論』的基本觀點分別是法院應當監督仲裁實體內容和法院不應監督仲裁實體內容，但在激烈爭辯過程中，兩派學者也都表現了一定程度的靈活性。大陸學者陳安教授在論述法院監督仲裁實體內容的必要性時說了這樣一段話：「除非當事人間另有明文協議『各自自願放棄任何訴訟權利³⁹⁰』，否則，絕不能任意推斷：『當事人一旦選擇仲裁方式之後，即使面臨錯誤的或違法的終局判斷，也自願全盤放棄向管轄法院提出訴訟和請求加以監督和糾正的權利。』」而與前述見解立場不同之另一大陸學者肖永平教授在闡述「程序監督論」的同時，也表達了這樣的觀點：「當然，考慮到仲裁的契約性質和當事人意思自治原則，也可允許當事人在仲裁判斷的終局性和實質審查之間作出自己的選擇，即允許當事人授權法院對仲裁判斷進行實質性審查。³⁹¹」顯然，肖永平教授雖然主張法院不審查仲裁實體問題，但並不反對法院以當事人意思自治為基礎對仲裁進行實體審查。兩位教授的上述觀點最後竟然出現殊途同歸的相似結論，即是他們都不反對把法院是否監督仲裁實體的問題交由當事人自主決定。兩種針鋒相對的理論之間竟然存在如此契合的觀

³⁸⁷ 肖永平，論衝突法，武漢大學出版社，2002年版，頁241-242。

³⁸⁸ 郭玉軍，美國國際商事仲裁中的顯然漠視法律，法學評論，2001年，第2期。

³⁸⁹ 姜霞，仲裁司法審查程序本質論，河北法學，第25卷第6期，2007年6月，頁154。

³⁹⁰ 陳安，再論中國涉外仲裁的監督機制及其與國際慣例的接軌—兼答肖永平先生，仲裁與法律通訊，1998年第1期。

³⁹¹ 肖永平，也談我國法院對仲裁的監督範圍，法學評論，1998年第1期。

點，看似不可思議，實則有其必然性。當我們把世界各國的仲裁監督機制簡單分為允許實體監督和不允許實體監督兩種模式時，「程序監督論」與「實體監督論」之間的對立似乎是難以調和的，但這種二分法不是全面的，二分法僅能區別法院監督的範圍而不能區別出監督機制的強制性和任意性，反映不出當事人意思自治在法院監督仲裁實體上的作用。

依據本文前述的四分法，陳安教授既然主張法院監督仲裁的實體內容，同時又不否認當事人協議排除這種監督的權利，實際上是主張「法院非強制性地監督仲裁實體的模式」；肖永平教授既然主張法院不監督仲裁的實體內容，同時又認為當事人可授權法院進行監督，實際上是主張法院原則上不監督仲裁實體但允許當事人協議擴大監督權模式，正是在承認當事人意思自治對決定法院實體審查意義這一問題上，兩種觀點達成了契合。可以說，在法院應否監督仲裁實體內容的問題上，針對實體公正與仲裁判斷終局性之間的緊張關係，放棄對當事人意思的主觀臆測，還當事人以真正的意思自治，方能獲得最大限度的理論認可。因此，仲裁法的改革不必在「程序監督論」與「實體監督論」之間作非此即彼的兩難抉擇，只要承認當事人意思自治的權利，在立法制訂過程中採取較為柔性與彈性的方式，那就是制定：「法院原則上不監督仲裁實體內容，但在當事人協議同意時可以監督」的模式，則仲裁法仍然可以符合世界潮流的趨勢與國際完全接軌，且更能符合與適應民眾的需求，而此，亦正是仲裁法一再強調的精神與宗旨所在。

二、本文見解

司法院大法官會議為憲法的守護神，也是國家法律的最後仲裁者，其負有解釋憲法並有統一解釋法律及命令之權。憲法第 16 條所保障之訴訟權旨在確保人民於其權利受侵害時，有依法定程序提起訴訟，並受法院公平審判之權利。但立法機關在制定法律之時，如果未能體察各地存在已久的風土民情、習慣，以及長期以來，人民對法律公平正義的印象與信賴感情，縱使訂定一套符合世界潮流時尚的法律，也無法取得國人社會的認同與支持。尤其，在各國不同的傳統文化、宗教背景所孕育而成的法律均有不同的考量與需求。任何國家都有其特殊的文化背景，因而發展出來的多元文化，各國均要予以尊重，在汲取外國經驗的同時，也要考量本國文化的差異性，不可一味借鏡抄襲，否則，極可能會發生悖離民眾對法的確信與信賴感。

仲裁法在 1998 年經過立法院三讀通過並經 總統公布實施以來，由於政府各機關在政府政策積極推動下，無不配合將原本未納入仲裁條款的契約重新修

訂改採利用仲裁方式作為解決彼此紛爭的手段。一時之間，政府各工程機關或者各機關的重大工程建設均配合及遵照政策指示將仲裁條款納入契約當中，此一時期正是我國仲裁業蓬勃發展的鼎盛階段。無奈在歷經多次仲裁的震撼判斷之後，曾經利用仲裁作為解決爭議的機關開始質疑仲裁程序運作的公正與獨立性，尤其對於仲裁法條文中不合法理的條文更是痛加撻伐但又無奈且無力去改變。不論學術界或司法實務界幾乎均一面倒的引經據典認為仲裁法的規定符合國際世界潮流並無任何違法之處。在無力抗衡與力挽狂瀾之下，各公務機關以及承辦重大工程的工程機關，只得紛紛將工程合約中有關爭議處理一節中的仲裁條款在新合約中抽離刪除，寧可走向調解或訴訟的老路，以避免扛負仲裁結果可能引發的沈重行政及法律責任。

在國內仲裁制度運作情勢正由盛轉衰之際，負面評價不利仲裁制度發展的外在環境尚無改變之前，大法官作出第 591 號解釋文，是否會對原本即已呈互信不足的仲裁機制更形不利，值得進一步關注。本文爰就該號解釋所論述之各點予以評析如下：

按仲裁法第 38 條第 2 款規定，將得提起撤銷仲裁判斷之訴之範圍，侷限於「仲裁判斷書應附理由而未附者」，此與民事訴訟法第 469 條第 6 款「判決不備理由或理由矛盾者」、刑事訴訟法第 379 條第 14 款「判決不載理由或所載理由矛盾者。」為當然違背法令，均及於「理由矛盾者」有殊。實務上，不僅提起本件聲請案之台灣台北地方法院 89 年度仲訴字第 5 號民事判決、台灣高等法院 89 年度重上字第 345 號民事判決及最高法院 90 年度台上字第 1362 號民事判決均認為「理由矛盾」非法定得撤銷仲裁判斷之事由，因而駁回其訴。甚至早在商務仲裁條例施行時期，最高法院即已作出判決認為：「原商務仲裁條例第 22 條第 2 款規定：『仲裁判斷書不附理由』，係指完全不附理由而言，與民事訴訟法第 469 條第 6 款規定之『判決不備理由』包括理由未竟，並未相同。倘仲裁判斷書已附有理由，無論理由是否完備、正當或是否理由有矛盾之情事，均非該款所指之『不附理由』」（最高法院 73 年度台上字第 61 號判決、最高法院 87 年度台上字第 978 號判決見解參照），近年來有若干判決認為，仲裁判斷基於情事變更原則准許承包商之請求，卻直接以行政機關頒布之相關物價調整處理原則等行政規則所定之公式計算增加給付或損害賠償之金額，或根本未敘明增加給付、損害賠償或展延工期之計算標準，直接認定「合理」金額或日數，是為判決不備理由或理由矛盾之違法（最高法院 95 年度台上字第 2565 號判決參照）。此外，最高法院 96 年度台上字第 1047 號判決亦認為兩造當事人未約定仲裁庭得「衡平仲裁」，而仲裁庭在核給展延工期之判斷中卻似有採「衡平仲裁」之情事，凡此均為仲裁判斷適用法規顯有錯誤之嚴重違失情形，類此情

況，司法如不介入作實質監督之審查，當事人之權益即難謂有受合法之保障，此與憲法所一再揭櫫宣示之財產權應予保障之精神，不啻背道而馳。

按「有權利即有救濟」乃司法院釋字第 243 號解釋所揭櫫之法理，「此種司法上之受益權，不僅形式上應保障個人得向法院主張其權利，且實質上亦須使個人之權利獲得確實有效之保護。」又訴訟權如何行使，應由法律予以規定，法律雖得為合理之限制，「惟此種限制仍應符合憲法第 23 條之比例原則。」司法院大法官亦分別著有釋字第 418 號、第 507 號解釋。查仲裁法第 38 條第 2 款並未將「理由矛盾」列為得提起撤銷仲裁判斷之訴之事由，致使不論仲裁判斷所附理由如何矛盾衝突，人民均無法提起撤銷仲裁判斷之訴，則不啻人民之權利實質上無法獲得確實有效之保護，與上開「有權利即有救濟」之法理亦屬相違，且仲裁法第 38 條第 2 款將得提起撤銷仲裁判斷之訴侷限於「仲裁判斷書應附理由而未附者」，在無合理原由之下，卻排除同樣嚴重侵害人民權利之「仲裁判斷理由矛盾」，此一對人民權利救濟之限制更違反憲法第 23 條之比例原則。實則「仲裁判斷理由矛盾」亦應置於法院監督之下，蓋仲裁人之判斷係屬私人行為之判斷，並非國家所為定分止爭之決定，倘仲裁人作成之判斷，具有重大瑕疵時，仲裁判斷書所載理由與主文顯然矛盾，依所敘理由所得結果與主文完全相反，其所附理由即與未附理由無殊，法院即應以判決撤銷仲裁判斷，以消滅仲裁判斷之法律效力。故在仲裁法中宜增列「理由矛盾」作為撤銷仲裁判斷之訴的事由。

我國仲裁法係參考 1985 年聯合國國際商務仲裁法範本（UNCITRAL Model Law on International Arbitration）所制定，在該法第 5 章第 40 條中規定，有該條第 1 項各款所列情形之一者，當事人得對於他方提起撤銷仲裁判斷之訴。依該條第 1 項第 1 款之規定有同法第 38 條第 2 款前段：「仲裁判斷書應附理由而未附者。…」，當事人即得在仲裁管轄地之法院提起撤銷仲裁判斷之訴。仲裁法之所以引進撤銷仲裁判斷之訴，無非就在藉助司法監督之功能，對仲裁人施以一定程度之程序監督，以期仲裁程序能夠達到一定程度的公平與公正，俾贏得民眾的信賴與支持。程序公正固然重要，但，實體內容的理由才是決定仲裁勝負的重要因素。司法介入實體監督可以糾正仲裁人的錯誤，維持仲裁的公正性。

國際商務仲裁只審程序不審實體的通例，雖源於仲裁注重效率及終局的特性，但不能為了獲取仲裁快速的終局判斷而犧牲了實體公平正義的價值。各國均有其立國的基本國策及目標，也各有其特殊的風土民情，沒有必要非得自我設限去迎合屈就所謂的國際潮流不可，各國均可依據其自身環境，發展出合乎自我需要且具有特色的法律制度。從前述英國、美國乃至中國大陸的仲裁制度

觀察，各國都有其不同的規定，因此，強調符合國際潮流並無意義也無必要，反而，更應以建立制度的永續發展，追求一個在法院之外也能實現公平、正義的場所及可信賴的仲裁機制為目標，才是民眾所樂於期待的。

大法官會議解釋第 591 號解釋文中論及：「民事紛爭事件之類型，因社會經濟活動之變遷趨於多樣化，為期定分止爭，國家除設立訴訟制度外，尚有仲裁及其他非訴訟之機制。基於國民主權原理及憲法對人民基本權利之保障，人民既為私法上之權利主體，於程序上亦應居於主體地位，俾其享有程序處分權及程序選擇權，於無礙公益之一定範圍內，得以合意選擇循訴訟或其他法定之非訴訟程序處理爭議。仲裁係人民依法律之規定，本於契約自由原則，以當事人合意選擇依訴訟外之途徑處理爭議之制度，兼有程序法與實體法之雙重效力，具私法紛爭自主解決之特性，為憲法之所許。」

從其文中之涵義推敲，似認為「解決紛爭的途徑有多種，人民得依其權利主體性之地位自由選擇訴訟或仲裁以及其他非訴訟之機制」，因而要有「願賭服輸」的心理準備。本文在此必須強調的是，「人民固有選擇循訴訟或其他法定之非訴訟程序處理爭議之自由及權利」但並非表示當事人在選擇程序處分權及程序選擇權後，即當然表示放棄接受國家司法審判權公正審判的權利。而且在選擇仲裁之後除非當事人間另有明文協議「各自自願放棄任何訴訟權利³⁹²」，否則，絕不能任意推斷當事人一旦選擇仲裁方式之後，即使面臨錯誤的或違法的終局判斷，也自願全盤放棄向管轄法院提出訴訟和請求加以監督及糾正的權利。

仲裁既為當事人合意選擇處理爭議之制度，更應尊重當事人之意思，當事人會選擇仲裁作為解決爭議的手段，無非考慮到仲裁的優點，這些優點依當事人的需求不同，可能是基於仲裁的保密性，也有可能是考慮它的靈活性，更有可能考慮它的專業性或者仲裁費用的低廉性…，理由原因多樣，不一而足，當然也有可能考量仲裁的高效率，可以縮短處理爭議的時間，當然，公正、獨立的仲裁，同樣是當事人期待與信賴的考量因素。仲裁判斷的結果當然必須衡量當事人的意思自治來處理，仲裁判斷的權源來自當事人雙方仲裁協議的授權。因而，當事人擴大或縮減仲裁協議的範圍均係當事人意思自治的範圍，仲裁人自應尊重及貫徹，唯有尊重及貫徹當事人意思自治原則才能真正解決當事人間之紛爭³⁹³。

³⁹² 陳安，再論中國涉外仲裁的監督機制及其與國際慣例的接軌—兼答肖永平先生，仲裁與法律通訊，1998 年第 1 期。

³⁹³ 劉祥紅、鄭攀，對我國仲裁制度的缺陷反思及立法完善，法制與經濟，2007 年第 3 期（總第 141 期），頁 19。

不論是三權分立或者五權分立的政治體制，立法機關恆有制定法律之權，依憲法第 62 條之規定，立法院為我國最高立法機關，有議決制定法律案之權。立法機關雖得衡量社會、國家以及人民之需要自行連署提案制定法律，亦得接受行政機關經由行政院函送之法律案進行審議並制定法律。惟仲裁法之修訂固係由立法院依循一定的立法程序及相關的要件並衡量撤銷仲裁判斷之訴訟程序、性質、功能及訴訟外解決紛爭等因素，為「正當合理」的規定；司法院大法官會議在第 591 號解釋文中，甚至直指「雖未將仲裁判斷之理由矛盾列為得提起訴訟之事由，要屬立法機關考量仲裁之特性，參酌國際商務仲裁之通例，且為維護仲裁制度健全發展之必要所為制度之設計，尚未逾越立法機關自由形成之範圍，與憲法第 16 條保障人民訴訟權之本旨並無牴觸。」

立法機關係保障基本權利最原始也最直接的國家機關³⁹⁴。吾人何嘗不知制定法律為立法機關之固有職權，且為其自由形成之範圍。立法行為侵害基本權利可透過不作為方式產生，例如違反憲法上的保護義務或未能落實憲法上的具體委託；亦可透過積極作為的方式，例如制定違反憲法規定限制人民自由權利所必須具備條件的法律，如違反比例原則或不具公益理由。在立法行為以積極方式侵害基本權利的情形，因有法律存在，因此救濟上較無困難，但在不作為的情況如何認定有基本權利侵害的存在則有相當的困難³⁹⁵。蓋人民除了必須證明立法者不作為明確違反了憲法上的具體委託，且該項委託賦予立法者作為義務外，仍必須證明其基本權利因立法者之不作為而遭受損害。除此之外，即使立法者具有作為義務，憲法上一般而言，仍賦予立法者如何履行該項義務的裁量空間，因此欲透過訴訟方式使立法者負有作為特定內容之作為義務，原則上並不可能³⁹⁶。惜本號解釋文似未能體察仲裁制度的發展現況，已到當事人對仲裁制度缺乏信心與信賴的困境。研究顯示，在過去數年中，仲裁案件的最大使用者，政府公部門已多數將契約中的仲裁條款抽離並刪除，其主要的因素，就在於仲裁人的仲裁判斷無法獲得當事人的信賴，仲裁判斷的結果與當事人的預期有明顯落差。

仲裁法賦予仲裁人極大的權力，「一裁終結」，沒有上訴制度，仲裁判斷書與確定判決書有同一的效力，可以聲請法院強制執行。民事訴訟法第 496 條第 6 款「判決不備理由或理由矛盾者。」及刑事訴訟法第 379 條第 14 款「判決不載理由或所載理由矛盾者。」均列為當然違背法令的事由，並構成撤銷或改

³⁹⁴ 蕭文生，基本權利侵害之救濟，收錄於李建良、簡資修主編，憲法解釋之理論與實務，第二輯，民國 89 年 8 月，頁 489。

³⁹⁵ 有關立法不作為之問題，請參閱李惠宗，立法行為之國家賠償責任之研究，刊載法學叢刊第 139 期，頁 44 以下。

³⁹⁶ 有關立法者與釋憲者的關係，請參閱羅名威，違憲審查權控制立法權的界限，國立中興大學法律研究所碩士論文，民國 87 年。

判的理由。而反觀仲裁法卻未將「理由矛盾」列為得提起撤銷仲裁判斷之訴之事由，致使不論仲裁判斷所附理由如何矛盾衝突，人民均無法提起撤銷仲裁判斷之訴，則不啻人民實質上無法獲得確實有效之保護。現今社會對於仲裁普遍認為不可信賴的問題癥結即在於此，與其坐令仲裁業務逐漸萎縮，何不釜底抽薪修正此一極具爭議的條文，還給仲裁人一個獨立、公正無所顧忌的判斷空間。司法院大法官會議豈能輕鬆的將訴訟權之保障說成立法機關有立法形成的自由？

憲法第 78 條規定司法院有解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權。此處所謂解釋憲法一詞，依據大法官審理案件法第 2 條之規定：「解釋憲法」為大法官法定職權之一。本號大法官解釋在其理由書中提到：『仲裁法第 40 條第 1 項明定當事人得對於他方提起撤銷仲裁判斷訴訟之各種情形，其中第一款規定之事由包括：「仲裁判斷與仲裁協議標的之爭議無關，或逾越仲裁協議之範圍者」、「仲裁判斷書應附理由而未附者」、「仲裁判斷，係命當事人為法律上所不許之行為者」』。是除仲裁判斷之實質內容有違法律之強制或禁止規定等為法律上所不許之情形者外，仲裁判斷書如有應附理由而未附者，固得提起撤銷仲裁判斷訴訟，惟仲裁判斷有理由矛盾之情形者，則不在得提起訴訟之範圍。考其原意，乃依仲裁法第 33 條第 2 項第 5 款規定，仲裁判斷書原則上固應記載事實及理由，但當事人約定無庸記載者，得予省略。是仲裁判斷書是否有應附理由而未附之情形，法院得依仲裁判斷書及仲裁協議等相關文件之記載而為認定。然是否有理由矛盾之情形，則須就仲裁事件之相關事實及仲裁判斷之理由是否妥適，重為實體內容之審查始能認定，與「應附理由而未附」之情形顯有不同。

我國當前有關釋憲工作之最重要問題，已不再是民主化與違憲審查制度互動的問題。事實上，近年來已有部分學者對大法官只求從解釋結果尋求正當性，而忽略說理之構成部分，頗有微詞³⁹⁷。任何學說或理論與其他學說環環相扣，如何確定只選取其中一部分即可，是一門大學問。繼受過程中可能因擷取不當，而形成掛一漏萬、或見樹不見林之窘境，此亦正是美國學者在進行比較法之研究過程中，常見之憂心問題³⁹⁸。憲法設置大法官，旨在賦予其維護憲法與法律之職責，近十年來，大法官會議已從以往偏重解決各機關適用憲法時所發生之

³⁹⁷ 林超駿，如何繼受美國法上之憲法解釋理論，以促進大法官之釋憲功能，轉引自蘇永欽立法裁量與司法審查，收錄於李建良、簡資修主編，憲法解釋之理論與實務，第二輯，民國 89 年 8 月，頁 78。

³⁹⁸ See Vicki Jackson, Ambivalent Resistance and Comparative Constitutionalism: Opening up the Conversation on "Proportionality," Rights and Federalism, 1 JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW 583, 598-599 (1998) 轉引自前揭林超駿，如何繼受美國法上之憲法解釋理論，以促進大法官之釋憲功能一文，頁 79。

疑義及法令上之爭議作解釋，以健全憲政體制之功能，逐漸轉為加強對人民權益之保障，以發揮司法機關原來應有的另一功能，大法官會議不僅要做好「憲法維護者」與「憲政維護者」的雙重角色地位，以發揮其司法功能，更要嚴守正義的最後一道防線。

本號司法院大法官解釋，其所持否決當事人提起撤銷仲裁判斷之訴之理由，乃係因「理由矛盾」，並非仲裁法第 38 條第 2 款所列得提起撤銷仲裁判斷之訴之事由，從而否定當事人得提起撤銷仲裁判斷之訴。由於此項見解，導致不論仲裁判斷所持的理由無論如何矛盾衝突，當事人均不得提起訴訟請求救濟。且認為如果容許「理由矛盾」可作為撤銷仲裁判斷之訴之事由，則法院勢必就仲裁事件之相關事實及仲裁判斷之理由必須重為實體內容之審查認定，以判斷其是否妥適，且此項實體內容之審查，顯與國際商務仲裁之通例不符，並認為立法機關考量仲裁之特性，係為實現當事人以程序自治解決爭議之原則，參酌前述國際仲裁通例與潮流所作合理之規定，乃促進仲裁制度之健全發展所必要，並未逾越立法機關自由形成之範疇。

民事訴訟法第 496 條第 6 款「判決不備理由或理由矛盾者。」及刑事訴訟法第 379 條第 14 款「判決不載理由或所載理由矛盾者。」均將『理由矛盾』列為當然違背法令的事由，何以立法者竟未將『理由矛盾』列為得撤銷仲裁判斷的事由？不論其係基於何種理由抑或為了迎合國際商務仲裁只審程序不審實體的通例潮流，而未將此一事由列為當然違背法令並得作為撤銷仲裁判斷的事由。至少，大法官會議亦應基於憲政守護者的立場，考量我國的歷史、文化、傳統作為釋憲的基礎。如果立論之前提係某國法制與我國較為類似，而比附援引作為立法的參考，論者亦有必要先行說明何處相同及何處不同³⁹⁹。仲裁制度亦然，世界各國風土民情不同，各有不同的歷史背景，為了適應各國的不同文化，自有必要訂定符合內國環境與文化的仲裁制度。前述所列英國之仲裁制度即與他國不盡相同，我國又豈能為了迎合、追求國際潮流「效率」之考量，而犧牲獨立、公正的仲裁機制，卻將民眾的信賴拋諸腦後？

第六節 小結

本案最高法院 90 年度台上字第 1362 號判決：「理由矛盾並非法定得撤銷之事由，本院自不得創設」；本號大法官會議解釋直指「雖未將仲裁判斷之理由矛盾列為得提起訴訟之事由，要屬立法機關考量仲裁之特性，參酌國際商務仲裁

³⁹⁹ 林超駿，如何繼受美國法上之憲法解釋理論，以促進大法官之釋憲功能，轉引自蘇永欽立法裁量與司法審查，收錄於李建良、簡資修主編，憲法解釋之理論與實務，第二輯，民國 89 年 8 月，頁 40。

之通例，且為維護仲裁制度健全發展之必要所為制度之設計，尚未逾越立法機關自由形成之範圍，與憲法第 16 條保障人民訴訟權之本旨並無抵觸。」；惟民事訴訟法第 496 條第 6 款「判決不備理由或理由矛盾者。」及刑事訴訟法第 379 條第 14 款「判決不載理由或所載理由矛盾者。」均列為當然違背法令的事由，並構成撤銷或改判的理由。而反觀仲裁法卻未將「理由矛盾」列為得提起撤銷仲裁判斷之訴之事由，致使不論仲裁判斷所附理由如何矛盾衝突，人民均無法提起撤銷仲裁判斷之訴，此與憲法所主張保障人民基本權之意旨顯有不符，且從前述論述可知，各國風土民情各有不同，國際間對於司法監督是否採取程序監督與實體監督之立場亦各有見地，且亦各言之成理，以一尚具爭議之理論將之轉化為立法條文在說理上即已失其準據。不論是民事訴訟法或刑事訴訟法均將「理由矛盾」列為當然違背法令的理由，並構成撤銷或改判的理由，何以仲裁法竟將「理由矛盾」排除在外？工程仲裁金額龐大，動輒數百、數千萬元，甚至超過數十、百億元之案件，所在多有，其影響人民財產之利益可謂至深且鉅，司法作為正義的最後一道防線，大法官豈能以「尚未逾越立法機關自由形成之範圍」將之推諉於立法機關？大法官作為憲政的守護者，對於前述立法瑕疵，至少亦應循過去的解釋模式，作出代替立法者彌補漏洞的宣告，由大法官在解釋文中逕行宣示準用其他條文規定藉以彌補立法不足與漏洞⁴⁰⁰。

⁴⁰⁰ 吳庚，憲法的解釋與適用，自印，93 年 6 月第 3 版，頁 428。

第六章 對工程仲裁發展的展望

第一節 先調後仲與強制仲裁的省思

第一項 政府採購法第 85 條之 1 修正增列第 2 項「先調解後仲裁」機制後之衝擊與影響

政府為了有效解決機關與廠商間因採購所生之爭議，在民國 87 年 5 月 27 日制定並公布了政府採購法作為處理及解決履約爭議的法律依據。該法在制定之初，在第 69 條即訂有當事人遇有爭議時，除了可以利用一般傳統訴訟與仲裁解決紛爭的方式外，也可以選擇調解作為解決履約爭議的途徑。該法在民國 91 年 2 月 6 日修正時，為了擴大解決爭議處理的效果，將履約爭議處理移列至第 85 條之 1，並新增第 85 條之 2 至第 85 條之 4 等 3 個條文，以擴大調解機制效能，同時在第 85 條之 1 第 1 項第 2 款增列，當履約爭議未能達成協議者，可向仲裁機構提付仲裁之規定。民國 96 年 6 月 8 日部份立法委員更主動提案修法⁴⁰¹，將該法第 85 條之 1 第 2 項後段修正為：「工程採購經採購申訴委員會提出調解建議或調解方案，因機關不同意致調解不成立者，廠商提付仲裁，機關不得拒絕。」，並於同年 7 月 4 日由總統明令公布實施；此一修正案通過後，引起政府機關極度的重視⁴⁰²，各機關紛紛針對將來採購案件採用強制仲裁後可能引發之後續效應進行內部評估與檢討；與此同時，學術界與主管機關⁴⁰³亦針對政府採購法第 85 條之 1 第 2 項修訂採用「先調後仲」機制，對工程爭議處理實務之影響以及政府機關、廠商如何因應問題，進行廣泛學術與實務討論。俱見此一問題所引發的後續效應及衝擊，將會對政府採購機制產生相當程度的影響，值得關注及觀察。

第一款 政府採購法規定解決爭議處理的類型

⁴⁰¹ 提案修改政府採購法第 85 條之 1 的立法委員，擬採強制政府機關同意仲裁者有 41 人，擬採有條件強制政府機關同意仲裁者有 36 人。參見立法院委員會紀錄，立法院公報，第 95 卷，第 28 期，頁 256。

⁴⁰² 法務部在 96 年 6 月 13 日第 1110 次部務會報中，指示相關單位，針對政府採購法增訂第 85 條之 1 規定政府採購案件採強制調解與強制仲裁，在新法施行後，對於政府機關採購作業所可能產生之困難與影響，進行瞭解，法務通訊，96 年 6 月 21 日，第 2344 期，第 3 版。

⁴⁰³ 由國立中央大學營建管理研究所主辦，行政院公共工程委員會、法務部等機關協辦的第二屆營建管理及工程法學研習會於 96 年 8 月 23 日在台北舉行，專門針對政府採購法第 85 條之 1 第 2 項修正採用「先調後仲」機制問題，進行研討，邀請學術界、實務界、仲裁協會及法務部、政府各機關採購相關人員參與。

政府採購依照時間先後順序，為一連串進行的繁複作業，包含施政計畫的研擬、預算的編列、研擬具體採購計畫、公開閱覽、正式公開招標文件、受理廠商投標、審標、開標、決標、簽約、執行採購契約內容、驗收、保固等過程⁴⁰⁴。理論上處理各個階段所發生的爭議均應有法令的依據及程序，但因在正式公告招標前，僅屬政府機關內部作業的行為，因此，縱有爭議發生亦不屬於政府採購法所規範的範圍，不得依據政府採購法提出救濟⁴⁰⁵。自機關正式公告招標文件之時起，相關爭議即為採購法所規範之範圍，依據政府採購法規定之爭議類型可分為三大類，亦即：

- 一、招標爭議（廣義），包括：（一）招標爭議（狹義）；（二）審標爭議；（三）開標爭議；（四）決標爭議。
- 二、履約爭議（廣義），包括：（一）履約爭議（狹義）；（二）驗收爭議；（三）保固爭議。
- 三、不良廠商爭議。

政府採購法於民國 91 年 2 月 6 日修正通過後，廣義之招標爭議依據第 74 條以下之規定適用異議及申訴程序，因此，不適用調解程序。採購申訴審議委員會所作成之審議判斷依據第 83 條視同訴願決定，如果經過申訴審議判斷作成後，仍有不服其判斷者，其所採取之司法救濟途徑係以行政訴訟方式為之。

廣義之履約爭議，依據第 85 條之 1 的規定，應以申請調解或提付仲裁的方式解決爭議，若對該調解方案或仲裁判斷不服時，應採民事訴訟程序或依仲裁法之規定救濟之⁴⁰⁶。

依據政府採購法第 101 條規定，廠商如有該條所列 14 款情形之一者，應將其事實及理由通知廠商，並附記如未提出異議者，將刊登政府採購公報。經上述程序公告為不良廠商者，在一定期間內發生失權之效果，所有參與政府採購之機會均將遭到剝奪，甚至，連參與其他機關之採購案均不被允許，對廠商之影響相當重大深遠，因此採購法第 102 條規定廠商被公告為不良廠商者，得提出異議、申訴，以資救濟，此類爭議即為不良廠商之爭議⁴⁰⁷。

民國 96 年 7 月 4 日政府採購法第 85 條之 1 第 2 項後段修正為：「工程採購

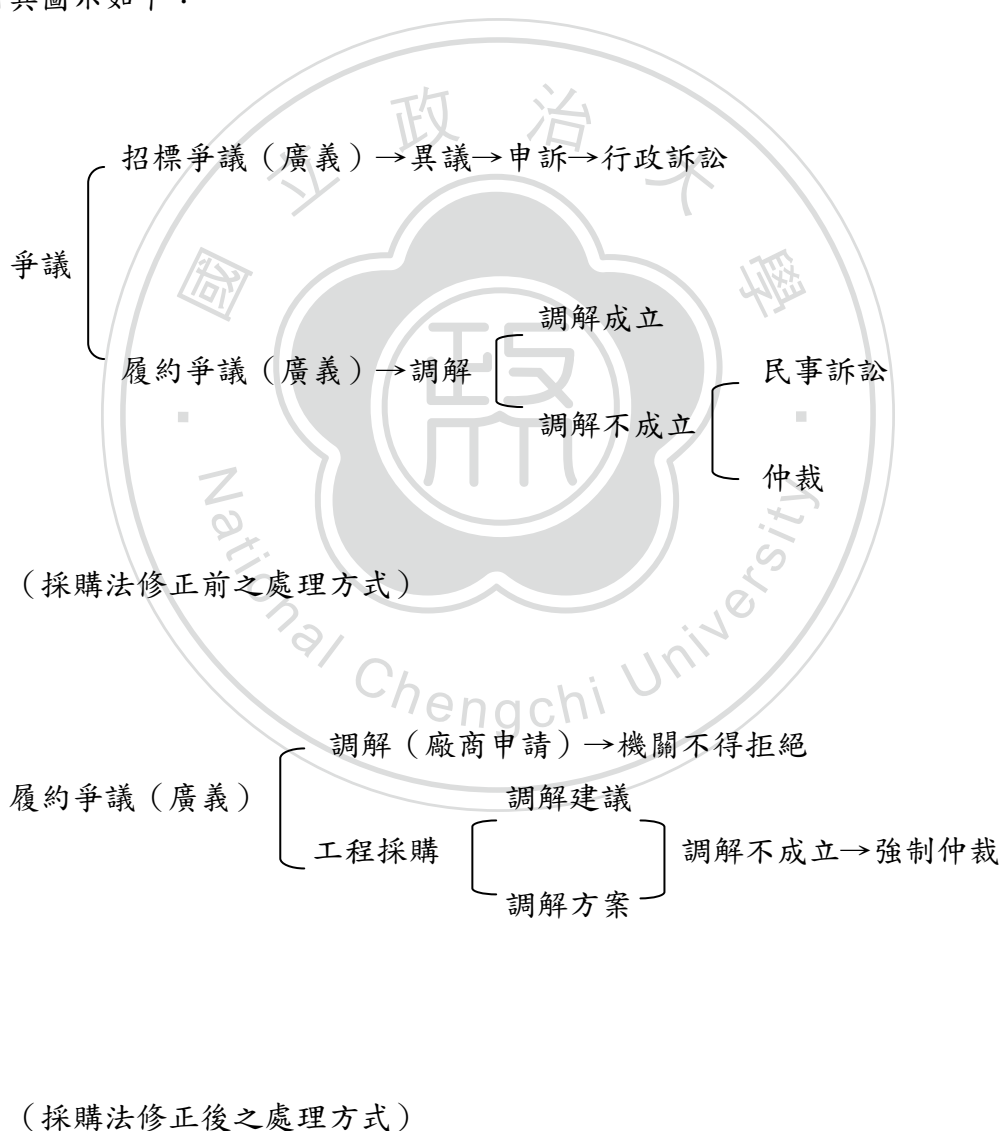
⁴⁰⁴ 林家祺，政府採購法救濟程序之研究，國立中正大學碩士學位論文，民國 91 年 1 月 14 日，頁 45。

⁴⁰⁵ 郭芳婷，公共工程契約之研究—以締結書面契約前之程序為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，民國 92 年 1 月，頁 95；林家祺，政府採購法救濟程序之研究，國立中正大學碩士學位論文，民國 91 年 1 月 14 日，頁 46。

⁴⁰⁶ 郭芳婷，公共工程契約之研究—以締結書面契約前之程序為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，民國 92 年 1 月，頁 96。

⁴⁰⁷ 林家祺，政府採購法救濟程序之研究，國立中正大學碩士學位論文，民國 91 年 1 月 14 日，頁 51。

經採購申訴委員會提出調解建議或調解方案，因機關不同意致調解不成立者，廠商提付仲裁，機關不得拒絕。」，從而可知，在政府採購法第 85 條之 1 第 2 項未修定前，履約階段，解決爭議處理的類型為，機關與廠商因履約爭議未能達成協議者得向採購申訴審議委員會申請調解，調解不成立者，則可向仲裁機構提付仲裁或向普通法院提起民事訴訟，以求解決因採購案件所引發的爭議事項。在該法修定後，在履約階段解決爭議處理的類型，顯然已有不同，亦即工程採購案在調解過程，如果係因機關不同意採購申訴委員會所提出的調解建議或調解方案，以致調解不成立者，廠商如果提付仲裁，機關不得拒絕。亦即採取所謂的「先調後仲」強制仲裁的機制。為了更清楚的描述其相關程序的流程，爰將其圖示如下：



第二款 對工程仲裁未來的發展評估

政府採購法第 85 條之 1 第 2 項增訂「先調後仲」之機制，在民國 96 年 7 月 4 日總統明令公布實施後，已使國內之工程仲裁邁向了一個新的紀元，而「先調後仲」的機制將來能否順利運作，實有賴於能否建立完善的工程仲裁制度。從工程仲裁在國內發展的軌跡，不難發現工程仲裁曾有過一段極為輝煌的歲月；民國 77 年 4 月 6 日，內政部為了配合政府推動仲裁制度的政策，以公(77)內營字第 583613 號函，頒訂仲裁條款，行文全國各機關，請各機關在工程契約中予以增列；78 年 6 月 19 日該部再以(78)內營字第 709046 號函，函知各機關在訂定工程契約時訂明仲裁條款⁴⁰⁸。嗣後交通部國道新建工程局、高速公路局與台北市政府捷運工程局、高雄市政府等政府機關⁴⁰⁹均先後將仲裁條款納入工程契約之內，從而，國內工程爭議之仲裁案件數量遂大幅成長增加。以中華民國仲裁協會為例，自 78 年起，其仲裁件數即呈現逐年成長趨勢，而其中更以工程仲裁案件件數，成長最為快速，尤以公共工程所佔比例最為明顯⁴¹⁰。依據該協會統計，88 年所受理的總案件數為 195 件，其中工程仲裁案件數為 148 件，屬於公共工程仲裁案件者為 131 件；89 年總案件數為 182 件，其中工程仲裁案件數為 132 件，屬於公共工程案件者為 113 件；90 年總案件數為 238 件，其中工程仲裁案件數為 183 件，屬於公共工程仲裁案件更高達 149 件；足見公共工程仲裁之案件，幾已占國內仲裁案件總件數之六、七成以上，國內公共工程仲裁案件對於國內仲裁制度發展的影響，其重要性已不言可喻⁴¹¹。從此一發展趨勢以觀，公共工程履約爭議提付仲裁案件數量的多寡，對於仲裁業務的未來發展，已有舉足輕重及決定性的影響，值得重視。

然而，此一態勢，在歷經仲裁案件成長的高峰期後，願意將爭議案件交付仲裁的數量即呈明顯快速的遞減，其中最為人詬病者即為仲裁人的公正性遭受質疑⁴¹²。而與此同一時間，民國 90 年以後，交通部高速公路局、國道新建工程局、台北市政府捷運工程局、高雄市政府及台灣電力股份有限公司等政府機關或國營事業，均陸續將其工程契約範本中之仲裁條款予以刪除，應係仲裁案件數量逐年遞減的原因⁴¹³。而另一方面，行政院公共工程委員會在同一期間成立採購申訴審議委員會，自民國 88 年 5 月 27 日開始運作，以迄 95 年 12 月 31

⁴⁰⁸ 李家慶，對國內工程仲裁之檢討與建議，營建資訊，第 249 期，92 年 10 月，頁 56。

⁴⁰⁹ 李家慶，對國內工程仲裁之檢討與建議，營建資訊，第 249 期，92 年 10 月，頁 57。

⁴¹⁰ 李家慶、蕭偉松，工程仲裁未來之走向--先調後仲之爭端解決模式，仲裁季刊第 80 期，95 年 12 月 31 日，頁 5。

⁴¹¹ 李家慶、蕭偉松，工程仲裁未來之走向--先調後仲之爭端解決模式，仲裁季刊第 80 期，95 年 12 月 31 日，頁 5。

⁴¹² 劉佐國，如何加強政府機關工程採購契約發生爭議以仲裁方式解決研析報告，仲裁季刊第 76 期，94 年 11 月 30 日，頁 72。

⁴¹³ 劉佐國，如何加強政府機關工程採購契約發生爭議以仲裁方式解決研析報告，仲裁季刊第 76 期，94 年 11 月 30 日，頁 63；李家慶、蕭偉松，工程仲裁未來之走向--先調後仲之爭端解決模式，仲裁季刊第 80 期，95 年 12 月 31 日，頁 3。

日為止，其受理的調解案件總件數高達 3,380 件，其中調解成立案件數為 2,285 件，調解不成立案件為 1,095 件⁴¹⁴，96 年單年度所受理調解案件數更已破千件，業務繁忙程度可見一斑⁴¹⁵。

依據中華民國仲裁協會統計資料顯示，仲裁案件數量正逐年萎縮，該會 90 年總收案件數量為 238 件；91 年總收案件數量為 211 件；92 年總收案件數 198 件；93 年總收案件數 188 件；94 年總收案件數 161 件⁴¹⁶；仲裁案件與調解案件，兩相比較，形成彼消我長之有趣數字，顯然，政府機關公部門對於仲裁人所主導的仲裁判斷公正性，有諸多疑慮及不信任感⁴¹⁷。而相對的，行政院公共工程委員會所屬的採購申訴審議委員會機制，則被充分的賦予較高的評價與信賴，蓋其審議委員皆受公務員相關法令的規範與約束，其監督機制亦較為完善。

由是可知，政府機關不願將爭議案件交付仲裁的原因，乃是對於整個仲裁制度缺乏信心與信賴的問題，因此如何從法制面改善仲裁制度，設法提昇仲裁品質，才是徹底解決仲裁制度發展危機的正確途徑，以立法手段強制機關不得拒絕仲裁，實非解決仲裁業務逐漸萎縮的萬靈丹。

第一目「先調後仲」

政府採購法第 85 條之 1 第 2 項增訂「先調後仲」的機制；所謂「先調後仲」一詞，係「先調解後仲裁 (Med-Arb)」的縮語，此一用語，可能包括各種不同型態之「先調解後仲裁 (Med-Arb)」程序⁴¹⁸。所謂「先調解後仲裁 (Med-Arb)」係指先進行調解程序，如果調解不成立，即由仲裁庭作成仲裁判斷以解決兩造間爭議的程序⁴¹⁹。

⁴¹⁴ 李家慶、蕭偉松，工程仲裁未來之走向--先調後仲之爭端解決模式，仲裁季刊第 80 期，95 年 12 月 31 日，頁 5。

⁴¹⁵ 美國仲裁亦有主張首先推薦調解作為解決爭議的手段。See American Arbitration Association, HANDBOOK ON CONSTRUCTION ARBITRATION AND ADR, Chapter 2, Managing Risk And Avoiding Disputes, 「I recommend that parties include an ADR clause providing for mediation first, followed by arbitration if the parties do not reach a settlement in mediation.」, page 69。

⁴¹⁶ 李家慶、蕭偉松，工程仲裁未來之走向--先調後仲之爭端解決模式，仲裁季刊第 80 期，95 年 12 月 31 日，頁 5。

⁴¹⁷ 中華民國營造工程工業同業公會全國聯合會於 97 年 8 月 7 日及 8 日，連續兩天，分別在國內主要報紙中國時報、聯合報及自由時報等，大幅刊載抗議行政院公共工程委員會「全力阻撓採購法第 85 條之 1 修法...公然表示，仲裁人不可信賴。...阻擋快速、專業、公正解決工程爭端之『仲裁平台』的建立」之陳情書廣告。

⁴¹⁸ Thomas J. Brewer & Lawrence R. Mills, Combining Mediation, & Arbitration, 54 Disp. Resol. J. 32, 35 (1999) 參閱陳希佳，先調解後仲裁之理論與實務，仲裁季刊第 75 期，94 年 8 月 31 日，頁 115。

⁴¹⁹ See Jane Jenkins and Simon Stebbings, International Construction Arbitration Law, CHAPTER 6, Form of ADR, Arbitrators as Mediators: MED-ARB, page 141-142. 2006 Kluwer Law International, The Netherlands.

依各家學說論述，有狹義說與廣義說之不同見解⁴²⁰：採狹義說者，認為「先調解後仲裁（Med-Arb）」一詞，係專指「調解人與仲裁人為同一人」之先調解後仲裁程序；採廣義說者則認為「先調解後仲裁（Med-Arb）」兼指「調解人與仲裁人為同一人」之先調解後仲裁程序（Single-Neutral Med-Arb、Med-Arb Same、blended Med-Arb）與「調解人與仲裁人為不同人」之先調解後仲裁程序（Co-Med-Arb、Med-Arb Diff、conjoined med-arb）⁴²¹。

從實務面觀察，「調解人與仲裁人為同一人」之先調解後仲裁程序，尚可細分為二種型態：

- 其一，為「調解」程序與「仲裁」程序間有明顯的分界的先調解後仲裁程序。當事人於仲裁程序開始前，先進行調解程序，如果調解不成立，即宣告調解程序終結，並開始進行仲裁程序；或者，如果當事人在仲裁程序中，約定開始進行調解程序時，仲裁庭會先宣布停止仲裁程序，待日後若調解不成立時，即續行仲裁程序，並作成仲裁判斷；亦即，在此類程序中，調解程序與仲裁程序不會相互混淆，彼此間有清楚、明確的分界⁴²²。
- 其二，則為調解程序與仲裁程序間沒有明顯分界的先調解後仲裁程序。仲裁庭在仲裁程序進行的過程中，得隨時「試行和解」，以協助當事人達成協議，如果當事人達成和解協議時，仲裁庭得依當事人之要求，依該和解協議之內容作成仲裁判斷，如果當事人一時無法達成和解協議，仲裁庭可再進行仲裁程序，之後，仲裁庭可視案件進行之實際狀況，再隨時試行和解，亦即，在此程序中，調解程序與仲裁程序可能隨時交錯進行⁴²³。

第二目 先調後仲的立法例

一、英國立法例

英國傳統上認為，仲裁人與調解人為同一人的先調解後仲裁制度，將仲裁與調解兩種性質上不同的制度結合，無可避免地將產生許多疑慮，例如，當事

⁴²⁰ 陳希佳，先調解後仲裁之理論與實務，仲裁季刊第 75 期，94 年 8 月 31 日，頁 115。

⁴²¹ 陳希佳，先調解後仲裁之理論與實務，仲裁季刊第 75 期，94 年 8 月 31 日，頁 115

⁴²² 中國國際經濟貿易仲裁委員會（CIETAC）2000 年仲裁規則第 45 條規定，如果雙方當事人有調解願望，或一方當事人有調解願望並經仲裁庭徵得另一方當事人同意的，仲裁庭可以在仲裁程序進行過程中對其審理的案件進行調解。第 47 條規定，仲裁庭在進行調解的過程中，任何一方當事人提出終止調解或仲裁庭認為已無調解成功的可能時，應停止調解。由於國際上對於兩種身分衝突問題，認為不宜由調解員再擔任仲裁員，因此，對於中國的這種做法，曾經存在爭議，不過目前已經獲得相當程度的接受，由於是依據當事人的意願，因此，此時，仲裁員與調解員身分上並不存在法律上的衝突。參閱林一飛，略論仲裁中的身分衝突，法學評論（雙月刊），2006 年第 1 期（總第 135 期），頁 153。

⁴²³ 陳希佳，先調解後仲裁之理論與實務，仲裁季刊第 75 期，94 年 8 月 31 日，頁 116。

人在明知如果調解不成立時，調解人將轉換身分成為仲裁人的情況下，是否仍能毫無避諱的在調解人面前坦率直言，表明立場，或者向調解人說明其所能接受調解的真正底線？調解人曾與當事人雙方私下接觸、溝通、討論後，對問題有更深一層的瞭解與看法，在擔任仲裁人之後，能否維持中立態度不受影響，而公正的行使仲裁詢問？

二、美國立法例

在美國，雖然聯邦仲裁法及統一仲裁法均未明文規定仲裁人是否得擔任調解人，但在實務上，當事人透過其間約定，已實踐先調解後仲裁程序多年，並發展出各種結合不同「訴訟外紛爭解決制度」的類型。例如，「調解人與仲裁人為同一人及建議方案 (Med-Arb Diff-Recommendation)」亦即調解人與仲裁人為不同人，調解人於調解不成立後，提交其調解「建議方案」予仲裁人，仲裁人得自行決定是否遵循該「建議方案」或另為判斷，但依實務經驗顯示，仲裁人相當尊重調解人作成之「建議方案」。⁴²⁴

早年，先調解後仲裁之程序係用於解決勞動爭議⁴²⁵，近年來發展相當成功⁴²⁶，不僅在涉及形成勞動契約條款之勞動爭議仲裁事件⁴²⁷ (interest arbitration) 中，被視為極佳之爭議解決程序⁴²⁸，在處理其他類型之爭議中，例如智慧財產權相關爭議⁴²⁹、商事爭議等，亦廣為當事人採用。此處特別值得

⁴²⁴ Sherry Landry, Med-Arb: Mediation with a Bite and an Effective ADR Model, 63 DEF. COUNS. J. 263, 267 (1996) 引自陳希佳，先調解後仲裁之理論與實務，仲裁季刊第 75 期，94 年 8 月 31 日，頁 139，註 43。

⁴²⁵ 關於先調解後仲裁程序在美國發展之歷史，請參見：Barry C. Bartel, Med-Arb as a Distinct Method Resolution: History, Analysis, and Potential, 27 WILLAMETTE L. REV. 661, 669-678 (1991); 引自陳希佳，先調解後仲裁之理論與實務，仲裁季刊第 75 期，94 年 8 月 31 日，頁 123。

⁴²⁶ PHILLIP CAPPER, INTERNATIONAL ARBITRATION: A HANDBOOK 53 (3rd ed. 2004)。請參閱陳希佳，先調解後仲裁之理論與實務，仲裁季刊第 75 期，94 年 8 月 31 日，頁 123。

⁴²⁷ 請參閱：JACQUELINE M. NOLAN-HALERY, ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION IN NUTSHELL 130 (1992)。；在美國，勞動仲裁可分為：interest arbitration 與 grievance arbitration 二大類。所謂 interest arbitration 係指系爭爭議涉及勞資雙方關於勞動契約之條款無法達成合意，而由仲裁庭就勞動契約之條款作成仲裁判斷之仲裁程序；相對的，所謂 grievance arbitration 係指系爭爭議涉及對既有之勞動契約之解釋與是否有違約情事之判斷的仲裁程序。引自陳希佳，先調解後仲裁之理論與實務，仲裁季刊第 75 期，94 年 8 月 31 日，註 46。

⁴²⁸ Karen L. Henry, Med-Arb: an Alternative to Interest Arbitration in the Resolution of Contract Negotiation Disputes, 3 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 385, 397 (1988); Barry C. Bartel, Med-Arb as a Distinct Method of Dispute Resolution: History, Analysis, and Potential, 27 WILLAMETTE L. REV. 661, 678 (1991) 引自陳希佳，先調解後仲裁之理論與實務，仲裁季刊第 75 期，94 年 8 月 31 日，註 47。

⁴²⁹ 關於先調解後仲裁程序在智慧財產權相關爭議之運用，請參閱：Kevin M. Lemley, I' LL Make Him an Offer He Can' t Refuse: A Propose Model for Alternative Dispute Resolution in Intellectual Property Disputes, 37 AKRON L. REV. 287, 307-308 (2004)，引自陳希佳，

一提者，厥為仲裁庭必須經過當事人事前明示合意，方得進行先調解後仲裁之程序，此「明示合意」必須為當事人已明瞭先調解後仲裁程序之各項優點與缺點，知悉相關程序進行之步驟後，所為之書面合意，且先調解後仲裁之程序進行，應嚴格依當事人所合意之內容為之⁴³⁰。

從前述英、美兩國之發展歷程可知，「調解」與「仲裁」係兩種不同性質的制度發展，但都肯認當事人意思自主原則，認為當事人在已獲充分相關資訊的前提下，所合意採行之紛爭解決程序，不論是先調解後仲裁程序，或其他類似的程序，均應受尊重；並且應考量如何處理秘密資訊的問題，以確保各方當事人在調解不成立後進行之仲裁程序中，仍能獲得正當程序的保障，使仲裁庭仍能以公正、中立的立場審理案件，也就是在「當事人合意」以及「適當處理秘密資訊」之前提下，應無拒絕採用先調解後仲裁制度之理由⁴³¹。為促進先調解後仲裁制度之實務運用，學界與實務界紛紛推薦相關爭議解決示範條款，以供實務界人士選擇採用⁴³²。

三、德國立法例

德國民事訴訟法第 279 條規定，法官在訴訟程序中擁有「試行和解」的職權⁴³³。因而仲裁庭受其影響，也常在其仲裁程序中「試行和解」。值得注意者，依德國民事訴訟法，法官之「試行和解」為法官之職權，並不需要當事人之合意或明示授權，而法官「試行和解」時，其所扮演的角色與一般英美法架構下期待「調解人」所為者，亦有所不同，蓋德國法官為「試行和解」時，並未積極介入各方當事人之談判、協調程序，而僅就案情為初步之評價與判斷；同樣的，仲裁庭在仲裁程序中仿法院法官「試行和解」時，亦不需當事人之合意或明示授權，仲裁庭的主要任務仍為就系爭案件為仲裁判斷，而非使當事人達成和解，因此，仲裁庭一般僅就系爭案件提供初步的法律評價，而不積極介入各方當事人間之談判及協調程序，也極少使用一般調解程序中常使用「由調解人

先調解後仲裁之理論與實務，仲裁季刊第 75 期，94 年 8 月 31 日，註 48。

⁴³⁰ Thomas J. Brewer & Lawrence R. Mills, Combining Mediation & Arbitration, 54 DISPRESOL. J.32,36-37 (1999), 引自陳希佳，先調解後仲裁之理論與實務，仲裁季刊第 75 期，94 年 8 月 31 日，註 49。

⁴³¹ Scott Donahey, Seeking Harmony-Is the Asian Concept of the Conciliator/Arbitrator Applicable in the West?, 50 DISP. RESOL. J.74,78 (1995), 引自陳希佳，先調解後仲裁之理論與實務，仲裁季刊第 75 期，94 年 8 月 31 日，註 51。

⁴³² Diane H. Bank, Path to Mediation, with Sample Clauses, 14 UTAH. B. J.26,27 (2001), 引自陳希佳，先調解後仲裁之理論與實務，註 52。

⁴³³ 德國民事訴訟法第 279 條參照，轉引自：Klaus Peter Berger, Integration of Mediation Elements into Arbitration, 19 ARB. INT' L 387, 398 (2003), 引自陳希佳，先調解後仲裁之理論與實務，註 28。

分別單獨與一方當事人溝通」之調解技巧，因此，可避免關於「仲裁人日後作成仲裁判斷時，是否會受到其在擔任調解人時，與一方當事人溝通、交換意見時，所獲得一方當事人提出之證據與資訊之影響？」的顧慮。基於上述不同，有論者認為仲裁庭仿德國法院法官所為之「試行和解」程序，是否仍可稱為調解程序，不無疑義，充其量，僅能謂為「低密度的調解程序」，與一般英美法架構下「調解人」所進行之調解程序，仍有程度上之不同⁴³⁴；但也有論者表示：德國國內的仲裁案件大約有三分之二，係因當事人達成和解而結束仲裁程序，這是因為在德國參與仲裁案件的當事人都期待仲裁庭能夠積極的介入「試行和解」，因此，仲裁庭在仲裁程序進行至適當階段時，即會徵詢當事人意見，是否同意由其試行和解，如果同意，即由仲裁人進行試行和解，並視情況提出和解建議方案⁴³⁵。

依德國民事訴訟法第 1042 條第（4）項前段之規定，除當事人另有約定或本法另有規定外，仲裁庭應依其認為適當之程序進行仲裁，因此，除非當事人有相反之約定外，德國仲裁實務上，常仿法院法官，在仲裁程序進行中採取「試行和解」的方式，勸諭雙方當事人達成和解。一般認為這種程序，屬於前述「調解人與仲裁人為同一人」之先調解後仲裁程序的型態之一⁴³⁶。如果當事人在仲裁程序中達成和解，仲裁庭應終止仲裁程序，除和解協議之內容違背公共秩序外，仲裁庭應依當事人之聲請以和解協議之內容製作仲裁判斷書，該仲裁判斷書應表明其為仲裁判斷書而非和解協議，其記載之事項及形式，應具備並符合仲裁判斷書之書寫方式，且與其他就實體內容為判斷之仲裁判斷書具有同一效力⁴³⁷。

四、日本立法例

⁴³⁴ James T. Peter ,Med-Arb in International Arbitration ,8 AM. REV. INT'L ARB. 83 ,111-114 (1997)；亦可參見：Richard Hill , Med-Arb : New Coke or Swatch ? ,13 ARB. INT'L 105 ,106 (1997)，引自陳希佳，先調解後仲裁之理論與實務，註 34。..

⁴³⁵ PITER SANDERS & ALBERT JAN VAN DEN BERG , INTERNATIONAL HANDBOOK ON COMMERCIAL ARBITRATION, vol. 2,at Germany-22 (1998)，引自陳希佳，先調解後仲裁之理論與實務，註 37。

⁴³⁶ James T. Peter , Med-Arb in International Arbitration ,8AM. REV. INT'L ARB.83, 109-110(1997). 引自陳希佳，先調解後仲裁之理論與實務，註 32。

⁴³⁷ Section 1053 (1) & (2) of German Code of Civil procedure provides that : (1) If ,during arbitral proceedings , the parties settle the dispute , the arbitral tribunal shall terminate the proceedings. If requested by the parties , it shall record the settlement in the form of an arbitral award on agreed terms , unless the contents are in violation of public policy(order public). (2)An award on agreed terms shall be made in accordance with section 1054 and shall state that it is an award. Such an award has the same effect as any other award on the merits of the case. cited from The New German Arbitration Law in Force as of 1 January 1998 , 14 ARB. INTL 1 , 11-12 (1998)，引自陳希佳，先調解後仲裁之理論與實務，註 33。 .

日本在 2003 年修訂仲裁法時⁴³⁸，對於先調解後仲裁之程序，特別強調當事人意思自治原則，日本仲裁法第 38 條第 4 項及第 5 項規定：「倘經當事人同意，仲裁庭或仲裁庭指派之一名或數名仲裁人得試行和解系爭仲裁事件。」「除當事人另有約定外，前述同意或撤回同意均應以書面為之。」；日本商事仲裁協會仲裁規則第 47 條亦規定，仲裁庭須經當事人之口頭或書面同意後，方得於仲裁程序中試行和解。

惟有論者認為，前述規定，雖然已將當事人意思自治原則予以明文規定，惟在未明確區分「仲裁」與「調解」二種不同程序之進行情況下，仍難免發生二種程序交錯進行及混淆，所以仍然無法完全保障正當程序之進行⁴³⁹。

也有論者認為，日本傳統上著重和諧，傾向以和解或調解方式解決紛爭，如將此種方式融入現代紛爭解決程序較佳的方法，為「兩階段紛爭解決的程序」，亦即，仲裁庭在仲裁程序中試行和解時，仍將「調解」程序與「仲裁」程序作明確的區隔，仲裁庭先扮演「調解人」之角色，先試行和解，如果調解不成立，再進行仲裁程序，作成仲裁判斷，而不是由仲裁庭在仲裁程序進行過程中，隨時，依案件進行情況試行和解，使調解程序與仲裁程序可能隨時交錯進行，而沒有明顯的分界與區隔。持此種見解者認為，因仲裁人與調解人為同一人，如果仲裁庭在審理案件的過程中，隨時交錯進行調解與仲裁程序，當事人仍可能感受到不自在與不當之壓力⁴⁴⁰。

五、中國大陸立法例

調解是指在中立第三者的調停下，由當事人協商解決糾紛的方法，也是最古老的糾紛解決方式之一，由於中國一向主張「以和為貴」、「無訟」的傳統法律文化，特別是在公力救濟機制尚不健全的社會背景下，調解作為中國基層社會權利救濟機制的的作用就更加值得重視⁴⁴¹，在此思想影響下，乃傾向以和解及調解方式解決糾紛，因而，自古以來，調解一直扮演著相當重要的角色。在此傳統下，大陸仲裁法第 51 條明定：「仲裁庭在作出裁決前，可以先行調解。當

⁴³⁸ 日本新仲裁法在 2004 年 3 月 1 日施行，其英文版之全文，可參見日本商事仲裁協會網站：<http://www.jcaa.or.jp/e/arbitration-e/kisokue/kaiketsu-e/civil.html>；關於此次修法之概要，可參見：Rieko Nishikawa, *Arbitration Law Reform in Japan*, 21 (3) J. INT'L ARB. 303, 303-308 (2004). 引自陳希佳，先調解後仲裁之理論與實務，註 66。

⁴³⁹ Yasunobu Sato, *The New Arbitration Law in Japan: Will It Cause Changes in Japanese Conciliatory Arbitration Practices?*, 22 (2) J. INT'L ARB. 141, 143 (2005)，引自陳希佳，先調解後仲裁之理論與實務，註 68。

⁴⁴⁰ David A. Livdahl, *Cultural and Structural Aspects of International Commercial Arbitration in Japan*, 20 (4) J. INT'L ARB. 375, 385-386 (2003)，引自陳希佳，先調解後仲裁之理論與實務，註 69。

⁴⁴¹ 徐昕，完善人民調解制度與構建和諧社會，中國司法，第 76 期，2006 年 4 月，頁 65。

事人自願調解的，仲裁庭應當調解。調解不成的，應當及時作出裁決。(第 1 項)」「調解達成協議的，仲裁庭應當製作調解書或者根據協議的結果製作裁決書。調解書與裁決書具有同等法律效力。(第 2 項)」。依據本條規定，仲裁庭在作出仲裁判斷前，無待當事人明示同意，即得進行調解程序。但依中國國際經濟貿易仲裁委員會仲裁規則第 40 條第 2 項規定，仲裁庭需經各方當事人同意後，才能進行調解⁴⁴²。同時，為了確保調解不成立後之仲裁程序，仍能維持其公正性，不受調解程序中，任一方當事人或仲裁人擔任調解人時提出之意見或資訊之影響，中國國際經濟貿易仲裁委員會仲裁規則第 40 條第 8 項特別規定：「如果調解不成功，任何一方當事人均不得在其後的仲裁程序、司法程序和其他任何程序中援引對方當事人或仲裁庭在調解過程中曾發表的意見、提出的觀點、作出的陳述、表示認同或否定的建議或主張作為其請求、答辯或反請求的依據。」就實務執行面而言，雖有論者持較保守之見解，認為雖然調解人與仲裁人為同一人之先調解後仲裁程序，可能節省各當事人之勞力、時間及費用，但其仍有許多潛在的問題，尚待解決⁴⁴³。此外，依據大陸仲裁法第 51 條第 2 項之規定，當事人於仲裁庭作成仲裁判斷前達成調解協議者，仲裁庭可製作「調解書」或依「協議的結果製作裁決書」，在大陸仲裁實務中，凡當事人於仲裁程序開始後達成協議者，仲裁庭多以製作調解書之方式結案⁴⁴⁴，雖然仲裁法第 51 條第 2 項規定「調解書與裁決書具有同等法律效力」，但於須至中國境外執行時，因 1958 年紐約公約規範之對象為「仲裁判斷」，而不包括「調解書」，則依仲裁法第 51 條製作之調解書，恐無法依 1958 年紐約公約之規定在其他締約國獲得承認及執行⁴⁴⁵。因此，中國國際經濟貿易仲裁委員會仲裁規則第 40 條第 6 項特別規定：經仲裁庭調解達成和解的，除非當事人另有約定，仲裁庭應當根據當事人書面和解協議的內容作出裁決書結案，而非製作調解書，以免日後發生無法執行的問題，顯然該委員會已注意及此一問題。

六、香港立法例

香港仲裁條例第 2 B 條規定⁴⁴⁶：「(1) 如提交調解的各方均以書面表示同意，

⁴⁴² 中國國際經濟貿易仲裁委員會仲裁規則第 40 條第 2 項規定：「如果雙方當事人有調解願望，或一方當事人有調解願望並經仲裁庭徵得另一方當事人同意的，仲裁庭可以在仲裁程序進行過程中對其審理的案件調解。」。

⁴⁴³ Johnson Tan (陳仰聖), Main Features of Arbitration in China, in ARBITRATION IN CHINA: A PRACTICAL GUIDE 57, 62-63 (Jerome A Cohen et al. ed., 2004), 引自陳希佳, 先調解後仲裁之理論與實務, 註 49。

⁴⁴⁴ 楊建紅, 論仲裁和解的形式處理, 仲裁與法律, 2003 年第 2 期, 總第 85 期, 頁 39。

⁴⁴⁵ 楊建紅, 論仲裁和解的形式處理, 仲裁與法律, 2003 年第 2 期, 總第 85 期, 頁 40。

⁴⁴⁶ 引自香港特別行政區政府律政司「雙語法例資料系統」, 網址: <http://www.legislation.gov.hk/>

而期間只要沒有任何一方以書面撤回同意，則仲裁員或公斷人可出任調解員。

(2) 出任調解員的仲裁員或公斷人：(a) 可與提交調解的各方集體或個別通訊；(b) 須將其自提交調解的任何一方取得的資料保密，除非該方另予同意，或除非第(3)款的規定適用。(3) 凡在調解程序中，仲裁員或公斷人自提交調解的任何一方取得保密資料，而調解程序在各方未能就爭議達成和解協議下終止，則該仲裁員或公斷人在恢復仲裁程序之前，須向提交調解的其他各方盡量披露該資料中其認為對仲裁程序具關鍵性的資料。」

七、新加坡立法例

新加坡仲裁法第 63 條規定⁴⁴⁷：「(1) 倘經各方當事人書面同意，且無任何一方當事人以書面撤回其同意前，仲裁庭得擔任調解人。(2) 仲裁人擔任調解人時，得：(a) 以調解人之身分與各方當事人集體溝通，亦得分別與一方當事人溝通；且 (b) 除經當事人同意或下述第(3)項之情況外，仲裁人對於自仲裁程序一方當事人所獲得之資訊應予保密⁴⁴⁸。(3) 倘仲裁人於調解程序中自仲裁程序一方當事人獲得資訊，且調解程序在各方未能就爭議達成和解協議的情況下終止，則該仲裁庭在恢復仲裁程序前，應向所有本仲裁程序之他方當事人揭露其認為對仲裁程序有重大影響之資訊。」

八、我國立法例

在我國，「先調解後仲裁」之機制，並非政府採購法第 85 條之 1 第 2 項修正條文所獨創之立法體例。依據勞資爭議處理法第 24 條規定：「調整事項之勞資爭議，調解不成立者，經爭議當事人雙方之申請，應交付勞資爭議仲裁委員會仲裁。(第 1 項)」 「主管機關認為情節重大有交付仲裁之必要時，得依職權交付仲裁，並通知勞資爭議當事人。(第 2 項)」 「調整事項之勞資爭議，經當事人雙方同意，得不經調解，逕付仲裁。(第 3 項)」 前述第 1 項所規定之情況，即

//www.legislation.gov.hk/chi/index.htm

⁴⁴⁷ 引自新加坡法律部網站：<http://statutes.agc.gov.sg/>

⁴⁴⁸ SEE LAWRENCE G S BOO, LLB, LLM (National University of Singapore), FSI Arb, FAMINZ, Chartered Arbitrator, Solicitor (England and Wales), Advocate and Solicitor (Singapore), ARBITRATION, Confidentiality in arbitration, 「In Singapore, although the concept of arbitral confidentiality has been given some limited statutory recognition in s57 of the Arbitration Act and s23 of the International Arbitration Act through the imposition of rules restricting publication of arbitration cases which may come before the courts, no judicial pronouncements had come forth until the decision in Myanma Yang Chi Oo Co Ltd v WinWin Nu (2003) 2 SLR 547.」, 「This decision settles the law on confidentiality in the arbitration process in Singapore and should be welcomed by all.」, SAL Heinonline--Annual Review 2003, page 55-56.

屬「調解人與仲裁人為不同人」之先調解後仲裁程序。

在仲裁程序中，勞資爭議當事人得自行進行和解。而在實務上，仲裁庭也可以在程序進行中，隨時「試行和解」。和解成立者，當事人應將和解內容函報勞資爭議仲裁委員會及直轄市或縣（市）主管機關。勞資爭議仲裁委員會及直轄市或縣（市）主管機關在接獲前述當事人函報和解內容之日時，仲裁程序即告終結。和解成立者，與依勞資爭議處理法成立之調解有同一的效力⁴⁴⁹。

第三目 先調後仲的優點與缺點

先調解後仲裁之程序，主要係由「調解」與「仲裁」兩種程序組合而成，由於前述程序之基本性質不同，二者並存有相當程度的不相容性，尤其，在「仲裁人與調解人為同一人」時，其所衍生的問題及疑慮，更難令人釋懷⁴⁵⁰。然而持肯定論者，認為「仲裁人與調解人為同一人」之先調解後仲裁之程序，可以節省時間、勞力、費用及促使當事人雙方早日達成和解的功能及優點，絕非其他解決紛爭的機制所能比擬，爰就「仲裁人與調解人為同一人」之先調解後仲裁程序，分析其可能具有之優點與缺點如下：

一、調解人與仲裁人為同一人之優點⁴⁵¹

- (一) 一般而言，選任仲裁人為相當耗費時間之程序，而在調解人與仲裁人為同一人之程序中，於調解不成立後，雙方當事人無庸再耗費時間進行選任仲裁人之程序；同時，因仲裁人已於調解階段明瞭系爭爭議之相關事實，故倘調解全部或部分不成立後，通常仲裁人無需再花費太長的時間，即可作成仲裁判斷，不僅可加速仲裁程序之進行、大幅節省雙方當事人之時間與費用，倘當事人間仍有意願續為商業交易時，亦可使雙方當事人儘速繼續其商業往來。
- (二) 具有較大的程序彈性：當事人於調解不成立，開始進行仲裁程序後，仍

⁴⁴⁹ 參閱勞資爭議處理法第 34 條之規定。

⁴⁵⁰ 林一飛，略論仲裁中的身分衝突，法學評論（雙月刊），2006 年第 1 期（總第 135 期），頁 152-155。

⁴⁵¹ Gerald F. Phillips, Same-Neutral MED-ARB: What Does the Future Hold?, 60 DISP. RESOL. J. 24, 28-29 (2005); Thomas J. Brewer & Lawrence R. Mills, Combining Mediation & Arbitration, 54 DISP. RESOL. J. 32, 34 (1999); James T. Peter, Med-Arb in International Arbitration, 8 AM. REV. INTL. ARB. 83, 88-91 (1997); David L. Gregory, The Internationalization of Employment Dispute Mediation, 14 N. Y. INTL L. REV. 2, 29 (2001); Barry C. Bartel, Med-Arb as a Distinct Method of Dispute Resolution: History, Analysis, and Potential, 27 WILLAMETTE L. REV. 661, 664-665 (1991) 轉引自陳希佳，先調解後仲裁之理論與實務，仲裁季刊第 75 期，94 年 8 月 31 日，頁 119 及其註 23。

可再重行調解程序，例如，於仲裁程序開始後，雙方當事人認知倘系爭爭議循仲裁程序解決，將再耗費相當之時間及費用時，雙方當事人可能要求重行調解程序，以儘速解決系爭爭議。

- (三) 調解書之內容較仲裁判斷書富有彈性（例如，調解書的內容得包括：「雙方當事人合意變更兩造間契約約定或終止契約」等此類仲裁判斷書所無法涵括之內容），調解書亦未必以系爭爭議所涉及之法律關係為限，調解人可於調解書中為建設性之協議，因此，不僅有助於使當事人趨向達成調解協議，亦可使當事人解決系爭爭議後，仍繼續保持其間之商業關係與交易。
- (四) 在雙方當事人明瞭：倘調解不成立時，調解人將成為仲裁人，並作成對雙方當事人均有最終拘束力之仲裁判斷的情況下，有助於雙方達成調解協議。因調解人與仲裁人為同一人時，於大多數的情況下，仲裁人於調解階段已明瞭當事人間爭議之背景事實及主要爭點，故仲裁人於調解不成立後，無須再花費過多勞力、時間及費用調查相關事實與證據，即可作成仲裁判斷，如果雙方當事人在調解不成立時，即會面臨仲裁判斷迫近的壓力，較有可能趨向在調解階段達成調解協議；與此相較，於調解人與仲裁人非同一人之情況，因仲裁判斷之作成尚需相當時日，故較無使當事人趨向達成調解協議效果。
- (五) 當事人於調解人與仲裁人為同一人之程序的調解階段中，其行為舉止較傳統的單純調解的程序中為佳，蓋雙方當事人均不願在日後可能成為仲裁人之調解人面前留下不良印象。

二、調解人與仲裁人為同一人之缺點⁴⁵²

- (一) 仲裁與調解之基本性質不同，因此，調解人與仲裁人之角色與性質亦不同，兩者不宜相互混淆，故仲裁人應謹守分際，僅扮演仲裁人之角色，而不應進行調解程序。

⁴⁵² Gerald F. Phillips, Same-Neutral MED-ARB: What Does the Future Hold?, 60 DISP. RESOL. J. 24, 27-28 (2005); Thomas J. Brewer & Lawrence R. Mills, Combining Mediation & Arbitration, 54 DISP. RESOL. J. 32, 35-37 (1999); Michael F. Hoellering, Mediation & Arbitration: A Growing Interaction, 52 DISP. RESOL. J. 23, 24-25 (1997); James T. Peter, Med-Arb in International Arbitration, 8 AM. REV. INTL ARB. 83, 91-110 (1997); Lela P. Love, The Top Ten Reasons Why Mediator Should Not Evaluate, FLA. ST. U. L. REV. 937 (1997); David L. Gregory, The Internationalization of Employment Dispute Mediation, 14 N. Y. INTL L. REV. 2, 29 (2001); 此外，關於訴訟、調解、仲裁、先調解後仲裁等制度之優點與缺點，請參閱：Chris Manos & Carson Taylor, Dispute Resolution Options Open Doors to Amicable Settlements, 23 (Jan.) MONT. LAW. 1 (1998)，轉引自陳希佳，先調解後仲裁之理論與實務，仲裁季刊第 75 期，94 年 8 月 31 日，頁 120 及其註 26。

- (二) 仲裁人僅能依仲裁詢問會時各當事人所提出，且經他方當事人有機會予以辯駁之證據為判斷，倘調解人與仲裁人為同一人，則仲裁人難免受其於擔任調解人時，與一方當事人溝通、交換意見時，該一方當事人所提出之證據與資訊之影響。
- (三) 在調解程序進行過程中，當事人可能因慮及未來將由同一人進行仲裁，故較不願坦率說明其實際狀況或同意退讓之底限，進而影響調解成功之機會。
- (四) 兩造之代理人在調解程序中可能試圖以各種方式影響調解人對於一方當事人之看法，以為日後的仲裁程序「打底」，預作準備。
- (五) 調解仲裁人具有強大的權力（包括最終得作出對雙方當事人均有拘束力的仲裁判斷），而其可能濫用該權力，例如在調解階段中，調解仲裁人可能有意識或無意識地以日後其得作成對雙方當事人均有拘束力之仲裁判斷之權力，脅迫當事人接受其意見，勉強當事人達成調解協議。
- (六) 調解仲裁人於其角色由調解人轉換為仲裁人之際，將面臨由「問題解決者」轉換為「決斷者」之角色轉變與調適之困難。

比較「調解人與仲裁人為不同人」與「調解人與仲裁人為同一人」之先調解後仲裁程序，雖二者均具有助於當事人利用較不具訟爭性之調解程序解決爭議，以維繫當事人間之商業關係，甚至依商業考量達成調解協議之優點，但在「調解人與仲裁人為不同人」的先調解後仲裁程序中，調解人並無在調解不成立後，轉變身為仲裁人且作成對當事人有拘束力之仲裁判斷的權力，故較無關於兩種制度基本性質不同與不相容性之考量與顧慮；但在「調解人與仲裁人為不同人」的先調解後仲裁程序中，當事人需分別給付「調解人」與「仲裁人」費用，因而，所涉爭議解決成本亦較高昂⁴⁵³。

第四目 先調後仲機制對當事人態度之影響

由於政府採購法所規範之對象，為辦理採購業務的政府機關以及參與採購提供工程、財物、勞務的廠商，因而在整個採購行為流程中，所出現的當事人，即包括政府機關及廠商二者，政府採購法第 85 條之 1 第 2 項修正後，對於爭議的處理採取與過去明顯不同方式，迫使當事人在今後面對採購作為上態度可能更加審慎，在心態上也可能採取與以往不同的因應方式來處理，凡此均可能造成採購行為一定程度的影響，爰針對此一態勢說明如下：

⁴⁵³ Steven J. Burton, Combining Conciliation with Arbitration of International Commercial Disputes, 18 HASTINGS INTL. & COMP. L. REV. 637, 657-658 (1995) 轉引自陳希佳，先調解後仲裁之理論與實務，仲裁季刊第 75 期，94 年 8 月 31 日，頁 121 及其註 27。

一、對機關態度之影響

一、在未修法之前，機關認為對己方有利的情形，多不願妥協，而表現出強勢的態度⁴⁵⁴；在調解委員方面可能並不完全認同機關所持的理由，同時為了雙方和諧促其早日達成協議的考量，會提出調解建議，或調解方案作為對廠商的補償或賠償，機關通常不會接受。在修法之後，此種情形是否會改變，值得觀察。

在修法之前，調解委員作出調解建議，機關如不同意，則雙方權利義務關係回到原點，當事人欲採取何種紛爭解決的途徑，悉聽尊便。但在修法之後，如機關不接受調解建議，則廠商取得主動提付仲裁的優勢；機關如想避免仲裁可能作出對其不利判斷的結果，則其考量接受調解建議的可能性會較高。但即使機關不接受調解建議或調解方案，而必須走向仲裁程序，其仲裁判斷的結果也未必會造成更不利的狀況；因為仲裁人僅能在調解建議或調解方案的範圍內進行仲裁，因此除了仲裁費用的花費外，並不會造成更不利機關的情形。從而，機關如仍堅信其主張為有理由時，前述法條的修正，應不至影響其拒絕接受調解建議的決定與信念⁴⁵⁵。

二、參與機關採購作業的人員均具有公務人員的身分，基於自保的心態，在契約訂定階段即處處顯示偏頗並迴護機關利益的文字，以致契約條款常常出現不公平及不平等待遇的情形，廠商為了爭取採購訂約的機會，在不對等的地位下只能忍受簽約，一旦出現採購爭議發生時，機關雖然理解廠商的困難，但對於契約解釋的認知與法令規定，也不敢作過於鬆綁的解釋與作為，以免落人「圖利」的口實，而必須背負有關刑法、刑事特別法及行政法上的相關責任。因而，在這種情形，如果能夠透過申訴審議委員會調解的程序，由調解委員提出公允的調解建議或調解方案，機關通常均會接受，在此種情形下，機關應不受前述修法的影響而受其左右。

三、採購案件在爭議調解階段因遭人檢舉或投訴，甚至檢調、監察機關已介入調查，機關縱使明知自己並無法律上的理由，亦不願配合調解或接受調解建議，此種情形，前述政府採購法的修正，對其將毫無影響。

二、對廠商態度的影響

⁴⁵⁴ 羅昌發，政府採購法第 85 條之 1 第 2 項修訂對工程爭議調解實務之影響，仲裁季刊第 83 期，2007 年 10 月 5 日，頁 29。

⁴⁵⁵ 羅昌發，政府採購法第 85 條之 1 第 2 項修訂對工程爭議調解實務之影響，仲裁季刊第 83 期，2007 年 10 月 5 日，頁 29。

- 一、調解程序固然並非解決採購合約爭議的必要方式，但就以往接受調解比例不低的情形而言，廠商願意接受調解意願極高，政府採購法第 85 條之 1 第 2 項的修正，明定工程採購契約，廠商在調解程序之後，得將其爭議提付仲裁，將使廠商更有意願利用調解程序⁴⁵⁶。
- 二、調解必須要有確實的數據佐證，廠商在提出索賠或損失的費用時，必須提出具體可信的證據及數字，證明自己在履行契約的過程，因不可歸責於自己的事由或有不可抗力事故，例如，設計錯誤、工程漏項、變更設計或因情事變更等因素，造成工期延宕、費用增加、展延工期以致增加人事、營運及待工期間機具維護、管理等成本的支出，調解委員必須就廠商提出之費用支出，與廠商進行會算及核算，然後依據核算結果提出具體可行的調解建議，由於前述政府採購法第 85 條之 1 第 2 項的修正，廠商可以在機關不同意採購申訴審議委員會提出調解建議或建議方案後提付仲裁，因而，廠商更應積極的提出相關證據及計算數字，證明自己所言為真，以搏取調解委員的信賴並採納其主張，進而作出具體的調解建議，促成雙方調解成立。
- 三、依據政府採購法第 85 條之 1 第 2 項後段修正規定：「工程採購經採購申訴委員會提出調解建議或調解方案，因機關不同意致調解不成立者，廠商提付仲裁，機關不得拒絕。」該條並未規定廠商是否必須同意調解建議始能引用該條之規定，從該條文義細繹，即使廠商不同意調解建議或調解方案，依然可以提付仲裁。蓋該條賦予廠商提付仲裁之權限，並未有附加廠商必須同意調解之條件始能提付仲裁之限制，因而廠商如果認為調解建議對其並非絕對公平，而不接受調解條件時，理論上仍應許其提付仲裁，始稱合理。本條修正條文文義有欠明確，適用時易引發爭議，實宜規定清楚，明定廠商同意調解建議始可提付仲裁較為妥適。

第三款 先調後仲需要解決的問題

政府採購法第 85 條之 1 第 2 項修正條文，在立法院三讀通過後，業經總統於民國 96 年 7 月 4 日公布施行。依中央法規標準法第 13 條規定：「法規明定自公布或發布之日施行者，自公布或發布之日起算至第三日起發生效力⁴⁵⁷。」從

⁴⁵⁶ 羅昌發，政府採購法第 85 條之 1 第 2 項修訂對工程爭議調解實務之影響，仲裁季刊第 83 期，2007 年 10 月 5 日，頁 30。

⁴⁵⁷ 司法院大法官會議第 161 號解釋，法規生效日之計算，應將法規公布當日算入，故應自公布日起計算之第三日發生效力。

而該法應自 96 年 7 月 6 日生效。

就此而言，有關修正條文的適用範圍，是否能回溯適用於生效前調解不成立之案件。行政院公共工程委員會曾於 2007 年 8 月 2 日召開「從法理上探討政府採購法第 85 條之 1 第 2 項修正條文公布實施前已經調解不成立之工程採購案件是否適用」會議。會前公共工程委員會曾彙集該會企劃處、法規會及申訴審議委員會外聘委員之意見，對於是否能回溯適用問題，贊成與反對者均有，但在會中各機關代表幾乎一致表示反對溯及適用，爰分別就其理由說明如下：

一、肯定說（贊成溯及既往）

- （一）經本會調解不成立之案件，其爭議情事仍然存在，則此種情形並非對於過去已經終結的事實，適用終結後始生效之新法，而是在繼續的事實或法律關係進行中，以將來法律效果之規定，連結屬於過去的構成要件事實，故非法律溯及適用的問題。
- （二）依「實體從舊，程序從新」之法理，工程採購案調解不成立時，雖調解程序終結，惟就履約爭議之解決而言，其事實與法律關係尚未終結，而先調解後強制仲裁，係屬救濟程序之一，仲裁程序之更新，機關於修正條文公布前不同意調解建議後致調解不成立時，廠商依舊條文其本可提付仲裁，惟須經機關同意。修法後，廠商自得利用新程序提付仲裁，機關不得拒絕。
- （三）符合修法立法目的，修法意旨主在加速紛爭之解決，若對於修法前調解不成立之個案不適用，則不盡符合修法之目的；且廠商就爭議提付仲裁，未必對機關不利，僅係對廠商救濟途徑多一種選擇，且可因紛爭快速解決達到公益目的。

二、否定說（反對溯及既往）

- （一）符合「不溯既往原則」。本原則乃基於法安定性及信賴保護原則所生，為法治國家基本原則，其意義在於對已經終結的事實關係或法律關係，原則上不得嗣後制定或適用新法，以改變其原有之法律評價或法律效果。此原則咸認已具有憲法之層次，拘束行政、司法與立法。
- （二）次按政府採購法第 114 條第 2 項明定「本法修正條文自公布日施行」，則工程採購機關不同意調解建議或方案致調解不成立者，機關不得拒絕仲裁之規定，應自修正條文公布之日起第 3 日起發生效力，修法前已調解

不成立之案件無適用餘地。

(三) 仲裁或訴訟，係人民之紛爭解決之程序，基於政府採購本質為私經濟行為，採購機關於履約爭議中具平等當事人之人民地位，故對機關而言，因無從預估此種調解不成立之法律效果，不啻造成法規之突襲，損及機關之法安定性與法可預見性之信賴，對機關而言，不符公平原則。

會議中法務部主張採否定說。除少數二位專家學者外，其餘各政府機關及學者之意見均相同，咸認以採否定說為宜。惟如將此一問題詢之產業界意見，亦可預見結論將完全不同，因之，此一問題欲求諸各界之共識，實無異緣木求魚而不可得。按政府採購法之主管機關為公共工程委員會，是以該條如何適用應係該會職權範圍，但此種立法疏漏，除非修改施行細則補救，否則任何解釋似均未具有法規命令之效果。因此，究竟能否回溯適用，最終解決機制仍應回歸個案，由仲裁庭決定是否受理以及受理聲請撤銷仲裁之法院判斷回溯適用有無違反公法之一般法律原則。所謂實體從舊、程序從新乃係基本之法理，實體法律關係之爭議固然以事件發生時之法令為斷，但救濟程序之變動，只要變動時爭議仍未最終解決，則可適用較新之救濟程序。按所謂實體規定係指有關人民權利義務法律關係之規定，例如應否課稅、契約是否有效或是否應賠償或補償等即是。至於究依何種程序解決應否課稅或判斷民事上應否給付之問題，即係程序法之規定，此所以民事訴訟法被視為程序法之故。政府採購法第 85 條之 1 第 2 項是否屬於程序之規定，雖仍有爭議，惟律師李家慶則認為解決爭議之救濟程序乃係程序規定。因此，如果政府採購法第 85 條之 1 第 2 項定性為程序法之規定，既無不能回溯既往之理由。就不溯及既往原則而言，德國學理上將之分為三類型或等級⁴⁵⁸。第一個等級是刑法上之罪刑法定原則所衍生的絕對不溯及既往原則。第二或第三個等級是適用於刑法以外其他法律領域之真正溯及與不真正溯及。

真正溯及與不真正溯及之區別在於爭議之事實是否已經終結。按就法律所規範之事實言，可能是就過去已終結爭議之事實予以變更，也可能是係僅就發生於過去且繼續存在到現在之爭議予以規範。依此區分，德國聯邦法院乃區分為真正溯及既往與不真正溯及既往。如就已終結之爭議，因法律之變更而變更已確定之法律效果，則係真正之溯及既往；如事件之爭議未確定終結，因法律之變更而易其法律效果，則屬不真正溯及既往。此種區分意指不真正溯及既往係屬「非屬法律溯及既往」，概念上與德國聯邦憲法法院所稱之「法律事實之回溯連結」相當⁴⁵⁹。

⁴⁵⁸ 彭鳳至，法律不溯既往之憲法地位，台灣本土法學，第 48 期，2003 年 7 月，第 3 項以下；大法官釋字第 574 號解釋書。

⁴⁵⁹ 李建良，法律之溯及既往與信賴保護原則，台灣本土法學，第 24 期，2001 年 7 月，頁 79-80，

依德國聯邦憲法法院之見解，無論真正或不真正溯及既往，均有合憲性之爭議，而應受憲法法院合憲性之審查，但兩者之審查強度顯有不同。在真正溯及既往之情形，憲法法院係採取原則禁止，例外許可；在非真正溯及既往之情形，則正相反，聯邦憲法法院之態度係採取原則許可，例外禁止。在真正溯及既往之情形，如使法律溯及既往有利於人民，尤其在給付行政之領域，通常為憲法所不禁⁴⁶⁰，反之，如剝奪或限制人民權利，則原則為法所不許。

對不真正溯及既往，大法官釋字第 574 號解釋理由書亦認為基於法治國之法安定性原則及信賴保護原則應受司法審查。據該號理由書所載：「…人類生活有其連續性，因此新法雖無溯及之效力，而係適用於新法生效後始完全實現之構成要件事實，然對人民依舊法所建立之生活秩序，仍難免發生影響。…惟如人民依該修正前法律已取得之權益及因此所生之合理信賴，因該法律修正而受將來不利影響者，立法者即應制定過渡條款，以適度排除新法於生效後之適用，或採取其他合理之補救措施，俾符合法治國之法安定性原則及信賴保護原則。」按調解不成立後尚未經起訴之爭議，本質上即係未終結之爭議事實，如新法對該未終結之爭議事實適用，即應屬不真正溯及既往問題。正如前述，無論就德國法或我國法，不論真正溯及既往是否合憲，仍應受司法之合憲性審查⁴⁶¹。

針對此一問題，學者黃立教授認為⁴⁶²：「若新法規生效時，事實或法律關係也已存在且尚未終結，而該新法規之適用，不是溯及既往。因此，在本條文於 2007 年 7 月 6 日生效(2007 年 7 月 4 日公布)時尚未送達調解不成立通知書者，均有本條項之適用而無溯及適用的問題，也不會有信賴保護的問題。所以，各機關代表幾乎一致反對溯及適用者，應該指的是在此時點前，已經接獲調解不成立通知書者，甚或已向法院提起訴訟者，此處才是爭議的重點，所謂『新法規生效時，事實或法律關係也已存在且尚未終結』可否延長至仍在訴訟中的情況。基於調解與訴訟並非相同的救濟體系，可能不適宜將不真正溯及適用的理論，推展至此一部分。至於已經接獲調解不成立通知書，尚未提出進一步救濟程序者，事實或法律關係既已終結，就沒有此一理論的適用。」

84. 所謂「法律事實之回溯連結」之概念亦係源於德國聯邦憲法法院，係指依法律之生效時點而言，法律並未溯及生效，僅係對於過去已發生事實或法律關係有影響者，亦即是新法將法律效果之發生，連結到公布生效前之既存事實，此種連結非法律不溯及既往之問題。頁 81。

⁴⁶⁰ 李建良，法律之溯及既往與信賴保護原則，台灣本土法學，第 24 期，2001 年 7 月，註 14。

⁴⁶¹ 羅明通，政府採購法第 85 條之 1 第 2 項規定之適用範圍及程序問題，第二屆營建管理及工程法學研習會—政府採購法「先調後仲機制」相關問題之研究，96 年 8 月 23 日，頁 9；本論文亦刊載於仲裁季刊第 83 期，96 年 10 月 5 日。

⁴⁶² 黃立，先調後仲機制下調解程序與仲裁程序間之關係，第二屆營建管理及工程法學研習會—政府採購法「先調後仲機制」相關問題之研究，96 年 8 月 23 日，頁 55；本論文亦刊載於仲裁季刊第 83 期，96 年 10 月 5 日，頁 68-69。

第二項 強制仲裁有無違憲問題的探討

仲裁是當事人自主原則的產物。仲裁須出於當事人的自願，無仲裁意願，即無仲裁的可能。在此原則下，當事人不但有約定仲裁人資格與選出仲裁人的權能，而且可以擬定仲裁的程序規則。反之，強制仲裁並非出自當事人的意願，而是基於法律或條約的規定。因此，在此依外力強制下的仲裁並不允許有當事人自主的空間，仲裁的規範並不經過當事人意思的階段，而直接進入仲裁法所規定的規範階段，以適用其法律規定⁴⁶³。因而，強制仲裁是否也是仲裁越來越受到質疑⁴⁶⁴。

如果要認定「強制仲裁」也是仲裁，必然造成整個仲裁體系的重大挑釁，而成為一項值得思考的課題。例如，在國內法方面，強制仲裁使當事人的爭議完全依循仲裁解決，而無法以訴訟解決，因而仲裁是否有剝奪當事人選擇訴訟的權利，而發生違憲的問題⁴⁶⁵，值得探討。

然者，我國憲法第 16 條規定：「人民有請願、訴願及訴訟之權。」，強制仲裁之立法有無違反前述憲法之規定？有論者以憲法就訴訟權之保障並未明文限定審級，且民事訴訟法第 466 條第 1 項亦定有不得上訴第三審之規定，同時，民事訴訟法亦定有簡易訴訟程序及小額訴訟程序之規定，凡此均說明並非主張只有「三級三審」之訴訟程序，才符合憲法保障訴訟權能之意旨，故強制仲裁應無違背憲法第 16 條規定之情事。既或不然，亦有憲法第 23 條規定，非不得以「為增進公共利益之必要」而予立法限制⁴⁶⁶。

本文認為要探討此一問題，仍應回歸問題核心，亦即應從政府採購行為的本質為何？加以瞭解，才能釐清問題的癥結。

依行政法學之基礎理論可知，國家行為可區分為高權行政與私經濟行政，私經濟行政又稱為國庫行為，其分類包括私法形式之給付行政行為、行政輔助行為及行政營利行為三大類型，依目前學說⁴⁶⁷及實務見解⁴⁶⁸，政府採購行為被歸屬行政輔助行為，從而，當國家立於與私人相當之地位，與人民締結契約時，其權力能力如何，有無基本權之限制問題，即值得討論。

⁴⁶³ 藍瀛芳，強制仲裁的立法與其法律效果，仲裁季刊第 71 期，民國 93 年 5 月 31 日，頁 51。

⁴⁶⁴ 藍瀛芳，強制仲裁的立法與其法律效果，仲裁季刊第 71 期，民國 93 年 5 月 31 日，頁 48。

⁴⁶⁵ 藍瀛芳，強制仲裁的立法與其法律效果，仲裁季刊第 71 期，民國 93 年 5 月 31 日，頁 53。

⁴⁶⁶ 李家慶、蕭偉松，工程仲裁未來之走向--先調後仲之爭端解決模式，仲裁季刊第 80 期，95 年 12 月 31 日，頁 5。

⁴⁶⁷ 吳庚，行政法理論與實用，90 年 8 月，7 版，頁 12。

⁴⁶⁸ 參見大法官釋字第 448 號解釋：「依憲法第 16 條人民固有訴訟之權，惟訴訟應由如何之法院受理及進行，應由法律定之，業經本院釋字第 297 號解釋在案。我國關於行政訴訟與民事訴訟之審判，依現行法律之規定，係採二元訴訟制度，分由不同性質之法院審理。因公法關係所生之爭議，由行政法院審判，因私法關係所生之爭執，則由普通法院審判。」此外，高雄高等行政法院 91 年訴字第 1130 號裁定及第 465 號判決均持相同之見解。

憲法規定基本權的目的在於保護人民以對抗恣意的國家權力，故基本權無疑是以國家權力為其拘束對象。但國家權力類型繁多，是否都同等且無例外地受基本權拘束，其拘束態樣為何，仍非無疑問⁴⁶⁹。又基本權的拘束對象是國家權力，私人既不是國家，當然就不受基本權的拘束，反而是基本權的保護對象。但是，「脫下制服，換上便服」，以「私人地位」從事私法行為的國家，也就是國庫，基於相同理由，也同樣產生是否應受基本權拘束的疑惑⁴⁷⁰。

目前公法學界似以折衷說為通說，認為私法形式的給付行政，從形式上觀察固屬私法行為，但因目的明顯係在於追求公行政目的，或直接履行公行政任務，故就實質內容觀之，不能否定其公法性格，故為有效防止國家「遁入私法，以規避公法限制」的弊端，乃主張這類國庫行為應受基本權直接拘束。至若行政輔助或行政營利等另兩種行為類型，則認為無論從形式或從內容觀察，均屬一般「純」私法範疇，與公行政目的之追求無涉，故國家在此場合實與從事私法行為的一般私人並無兩樣，從而可以主張私法自治，原則上並無基本權拘束之可言⁴⁷¹。惟許宗力大法官則採肯定說見解，渠認為國家根本沒有所謂的私益，而只有公益的追求，故一切國家之任務也必定就是公共或行政任務，特別是行政輔助行為，既然是為推動日常行政事務所不可或缺，又如何能否認其與公行政目的或公行政任務間之密切關係⁴⁷²？又國家根本不能主張私法自治，由於私法自治的容認與基本權的直接拘束，兩者根本就不相容，故倘若承認國家從事私法行為時亦得主張私法自治，就無使國家復受基本權直接拘束之理⁴⁷³。

惟若暫不論國庫行為有無基本權之議題，另從訴訟基本權的角度出發，在我國司法實務上，司法院大法官係以英美法系慣用之「正當法律程序」為操作之用語，但續受歐陸法之我國憲法，並無類似美國憲法增修條文第5條及第14條所定之正當法律程序之一般明文規定，司法院大法官藉著解釋憲法第8條人身自由條款中之「法定程序」，乃陸續引進「正當法律程序」之原理（釋字第384號、第392號）、進而運用在訴訟權（釋字第396號、第418號、第512號）、財產權（釋字第409號），大法官似有將源自司法權領域的訴訟權之正當法律程序，體現在行政權領域之行政程序法上。由是可知，「程序基本權」的建構與憲法第16條所保障的「訴訟基本權」有所重疊⁴⁷⁴。德國學說有認為其基本法中所定之有效權力救濟、剝奪人身自由應由法官審判、以特殊干預侵害住宅之程序、

⁴⁶⁹ 許宗力，基本權利對國家的拘束，月旦法學教室，第7期，92年2月，頁87。

⁴⁷⁰ 許宗力，基本權利的第三人效力與國庫效力，月旦法學教室，第9期，92年4月，頁64。

⁴⁷¹ 許宗力，基本權利的第三人效力與國庫效力，月旦法學教室，第9期，92年4月，頁71。

⁴⁷² 許宗力，基本權利的第三人效力與國庫效力，月旦法學教室，第9期，92年4月，頁71-72。

⁴⁷³ 許宗力，基本權利的第三人效力與國庫效力，月旦法學教室，第9期，92年4月，頁72。

⁴⁷⁴ 李震山，程序基本權，月旦法學教室，第19期，93年2月，頁33-34。

由法定法官為公平審判之權，皆屬與訴訟基本權有關之規範⁴⁷⁵。從國家的角度言，程序正義係個案上使憲法保障人民的基本權利得以實現，惟不可諱言的，在要求「程序基本權」保障之同時，仍必須兼顧政府或行政效能⁴⁷⁶。

從上述各種不同角度之法學理論探討可知，私法法律關係的當事人在程序基本權的保障範圍內，均應享有法定法官為公平審判之權利，此亦即憲法訴訟權之保護。惟若私法關係之當事人一方為行政機關時，該行政機關是否能夠主張上開權利，即有疑問。如採通說見解為行政輔助行為不受其基本權之限制，則行政機關應可主張上開訴訟權利；惟若採肯定說見解，則認行政輔助行為只有公益的追求，其採購目的既為完成一切國家之任務，即無從主張基本權，從而行政機關自亦不能主張訴訟權利。

第一款 政府採購法增訂強制仲裁的立法理由與目的

政府採購法第 85 條之 1 第 2 項之增修，係由立法委員主動修法，其提案理由略以：「…三、仲裁係人民依法律強制規定（強制仲裁）或本於當事人合意選擇（任意仲裁），依訴訟外之途徑處理爭議之制度，具私法紛爭自主解決及快速解決紛爭，免受長期訟累之苦之特性。其中強制仲裁乃立法者考量規範事務具有利益，且數額鉅大，需要簡捷、迅速解決爭議或為求重大公益性質爭議之解決，以法律規定強制該等爭議適用仲裁程序，…政府採購案件金額龐大或事涉重大公共工程者，在所多有，其履約爭議之解決本有強制仲裁之必要，…加以現行實務上不僅採購契約中少見仲裁條款，亦因採購法第 85 條之 1 未採強制仲裁，即使廠商申請仲裁，行政機關均加以拒絕，如此顯失該條規定就履約爭議設有調解與仲裁雙軌救濟之立法意旨⁴⁷⁷…。」。

針對上開提案內容，本法主管機關行政院公共工程委員會在立法院審查委員會提出答辯略以：「政府採購履約採強制政府機關同意仲裁規定不符仲裁法意旨，亦有違世界潮流：（一）違反仲裁法第 1 條須有仲裁協議之規定…強制政府機關同意仲裁有違反法律意旨及仲裁法雙方平等之協議原則。（二）強制政府機關同意仲裁違反世界潮流，我國著作權法原有強制政府機關同意仲裁之規定，因窒礙難行，業已刪除，…其刪除理由：『按人民有訴訟之權利，為憲法第 16 條所明定。又著作權案件，權利人得尋求民事訴訟程序，以保障權利，為世界貿易組織與貿易有關之智慧財產權協定所明訂。易言之，調解與仲裁應採取完全之任意性，強制政府機關同意仲裁之規定，剝奪人民民事訴訟之權利，確有

⁴⁷⁵ 李震山，程序基本權，月旦法學教室，第 19 期，93 年 2 月，頁 34。

⁴⁷⁶ 李震山，程序基本權，月旦法學教室，第 19 期，93 年 2 月，頁 36。

⁴⁷⁷ 提案全文內容參見立法院第 6 屆第 4 會期第 11 次會議議案關係文書，頁 18。

不當。」…(三)證券交易法第166條第1項但書雖有強制仲裁之規定，惟僅限於『證券商與證券交易所或證券商與證券商相互間』，且與政府採購履約爭議之情形不同…。(四)強制政府機關同意仲裁可能造成廠商低價搶標後，運用此制度請求額外價款，有違政府採購法公平合理之原則…。(五)強制政府機關同意仲裁不僅機關認不宜採行，亦與廠商民意有違…本會曾分別於94年10月21日及同年11月18日召開研商會議，其中法務部代表即表示：『政府採購法第85條之1修正草案為單方面之強制仲裁制度，似有剝奪當事人訴訟權能之疑慮』，且其他與會機關如內政部、國防部、經濟部、交通部、台北市政府及高雄市政府等，均表示以目前仲裁制度未能得到當事人充分信賴下，要強制機關接受仲裁，實不可行。再者，依據本會93年1月至6月間，就採購爭議處理實施成效針對機關、廠商及其代理人辦理問卷調查，其中受訪者對於問題項：『在履約階段發生採購爭議無法協議解決時，會優先選擇何種方式處理』，其中選擇以向申訴會申請調解者達8成以上，其次選擇仲裁者約僅一成…，故採強制機關同意仲裁亦與民意有違⁴⁷⁸。」

從上述說明可知，行政院公共工程委員會在立法過程中已竭盡所能盡力維護原條文，且對於機關採行強制仲裁之各種缺失，亦已作了深入淺出的分析說明。

此外，法務部在同次審查會議中，亦就本修正條文提出意見略以：「一、按仲裁者，係屬訴訟外解決爭端之機制之一，其本質係藉由當事人雙方之合意，選擇屬意之『仲裁人』並參與雙方彼此間紛爭之解決，且當事人雙方之合意不限於仲裁人，包括仲裁地、仲裁程序或準據法均可藉由當事人之合意選擇，乃因仲裁係源於私法自治之制度，此亦為各國仲裁法制之通例。二、證券交易法第166條第1項但書規定強制仲裁之立法理由…，與修正草案所說明之情況不完全相同…。八、仲裁本質具有準司法性質，仲裁機構亦非營利性法人組織，仲裁案件之多寡與標的金額之高低雖涉及仲裁費用之收入，惟若該收入不足以為經常性之支出時，亦不得以強制仲裁方式擴充仲裁案件數，以增加仲裁機構收入維持其營運，應予辨明⁴⁷⁹。」前述說明，相較於立法委員提案理由之薄弱與欠缺，益證本法第85條之1第2項之修法，確實存在許多問題，不具正當性，各機關反對修法實非無理由。

第二款 強制仲裁違憲與公共利益的爭辯

⁴⁷⁸ 參見立法院委員會紀錄，立法院公報，第95卷，第28期，頁256-257。

⁴⁷⁹ 參見立法院委員會紀錄，立法院公報，第95卷，第28期，頁260-261。

政府採購法第 85 條之 1 第 2 項後段規定：「工程採購經採購申訴委員會提出調解建議或調解方案，因機關不同意致調解不成立者，廠商提付仲裁，機關不得拒絕。」此一修正之條文，有論者謂其與憲法第 16 條人民有訴訟權之規定不符，故有違憲之虞。然亦有學者⁴⁸⁰認為，在探討採購法第 85 條之 1 條文時，應同時兼顧採購法第 6 條第 2 項「基於公共利益、採購效益或專業判斷之判斷，為適當之採購決定」之精神，亦即公共工程與一般民間工程不同，必須符合公共利益。在涉及公共利益之公共工程，如在履約爭議階段，以訴訟方式解決可能曠日廢時，勢必無法如期、如質完工，影響公眾生活，茲事體大，故在遇有爭議發生時，基於採購法第 6 條公共利益的考量，在經過採購申訴審議委員會提出調解建議或調解方案後，因機關不同意致調解不成立者，廠商提付仲裁，機關即不得拒絕，亦即機關須接受強制仲裁之機制以解決爭議。故強制仲裁不是違憲問題而是涉及公共利益的問題。

本文則以為，行政輔助行為固係為公益的追求，以完成國家任務，惟採購契約本質仍屬私法，當國家立於契約當事人之一方，而欲從契約上主張其權利時，基於契約自由與當事人對等原則，如要立法剝奪契約當事人受法定法官為公平審判之權利，似乎應該有更強而有力的說詞。況本文所探討之強制仲裁立法，係行政機關立於契約當事人地位，為捍衛公益目的或達成公共行政任務過程中，以立法方式剝奪其訴訟權能及審級利益，自屬契約當事人之基本權利限制，從而應如何在契約自由、對等原則，與國庫行為基本權限制二種完全不同法律概念下取得妥協，確屬不易。惟觀察本條修法過程，並未見上述深層之法律討論，整體而言似嫌草率，雖有論者⁴⁸¹謂此種立法方式符合憲法第 23 條所稱「增進公共利益之必要」云云，惟若從上述分析結果觀察，可知限制機關循訴訟程序解決爭議，未必較符合公益，以強制仲裁方式犧牲公益之可能性反而大增。

第二節 健全工程仲裁制度的建議

國內各級政府機關，近年來在新建公共工程時，輒將工程契約條款中有關仲裁條款之規定移除，此一舉措，無疑對於仲裁制度的發展造成重大的打擊，也嚴重衝擊到營造業的發展及生存空間，是何原因造成政府機關從配合政策支持仲裁機制到取消或刪除仲裁條款？究其原因，不外乎係對仲裁人的公正性、專業性以及仲裁判斷的品質心存疑慮，認為仲裁結果多偏向廠商，進而對整個

⁴⁸⁰ 楊淑文教授在 99 年 6 月 14 日本論文口試評論時，就此一問題提出精闢見解及看法，極具參考價值，爰予載明，以饗讀者。

⁴⁸¹ 李家慶、蕭偉松，工程仲裁未來之走向--先調後仲之爭端解決模式，仲裁季刊第 80 期，95 年 12 月 31 日，頁 5。

仲裁制度失其信心與信賴，有以致之⁴⁸²。此次，立法委員主動提案，修訂政府採購法第 85 條之 1 第 2 項並納入強制仲裁機制之立法動機與背景，是否與近年來各機關利用仲裁制度作為解決工程採購爭議案件使用率明顯下降有關及是否有意藉強制仲裁立法方式以提高仲裁使用率，值得玩味。惟若一味的想從立法方面提振仲裁使用率，而不思從整個仲裁的制度面去改善仲裁環境，並健全其制度，是否為明智之舉，值得後續觀察及驗證。惟究應如何健全工程仲裁制度，才能恢復當事人對工程仲裁之信心，應是國內工程界、學術界、法律界及仲裁界當前最重要的課題。

第一項 為避免紛爭宜訂定公平合理的契約

工程合約發生紛爭，最主要的原因，乃在於工程合約規定不公平、不合理乃至不夠明確所致。對於此等因契約不公平或規定不盡合理、明確及周延所生的爭議，業主均會主張基於契約自由原則以及契約必須嚴格遵守之原則，要求承包廠商必須遵守；承包商則會以誠信原則作為抗辯，或者主張業主提供之契約為定型化契約，內容有顯失公平之情形，應屬無效。業主與廠商雙方之間，常常因為契約的公平與否，在訴訟程序階段，即滿佈硝煙，爭執不下，極盡攻防之能事，無形中耗費了鉅大的社會成本與司法資源。

不容諱言，工程契約條款，因屬私權契約的性質，工程機關往往為了保障自身的權益、便利解決糾紛的處理及減少損失，其所提供的契約條款對主辦工程機關較為有利，契約中盡量規定承包廠商應履行之義務，而對主辦工程機關應盡的義務則絕少提及，以致產生所謂不公平之契約。投標廠商為了爭取得標的機會，在開標前，多不願意也無法對契約條款提出異議，得標之後，廠商必須依照主辦工程機關在投標時所提供之契約範本訂約。契約訂定後，倘因主辦工程機關之原因使工程無法按時施工，任意增減工程數量，而造成承包商之損失，依契約規定，廠商無權解約或要求損失之賠償，導致施工成本之增加，輕者影響工程施工之品質，嚴重者造成工程無法完工。因此不公平之工程契約，可能使訂約雙方均蒙受損失。而這種由廠商承擔不合理風險的契約，在過往的爭議案例中，屢見不鮮，如果再加上工程機關或廠商執行態度的偏差，可能導致工程爭議週而復始不斷的發生。例如，工程契約中有關工期展延之規定是否超越民法第 231 條之規定而有所不符，如果訂定條款之條件較之民法嚴苛，則須嚴格落實執行，否則相關公務人員可能就須措負刑事圖利之罪責，因而訂定合理、公平之契約對雙方當事人均屬有利；因而，本文認為，工程主管機關——

⁴⁸² 李家慶，工程仲裁之過去、現在與未來，仲裁季刊第 75 期，94 年 8 月 31 日，頁 49。

行政院公共工程委員會應主動邀集工程實務界、法律實務界、法務部、司法院及政府相關法制、營建部門，針對公共工程履約爭議常常發生爭議問題之所在，作有系統的研究分析，並訂出公平合理的工程契約條款，作為各工程主辦機關援引參考的範本，以減少工程契約爭議發生之機會⁴⁸³。

第二項 最有利標與最低標在採購實務上之探討

依據政府採購法第 52 條規定，機關辦理採購其決標原則有四種，並應載明於招標文件中。其所謂的四種決標的方式，可分為訂有底價及未訂底價的最低價決標、最有利標決標及複數決標等四種，各採用不同的程序。

第一款 最有利標決標

所謂「最有利標」決標機制，係指機關得自行依採購案件性質，依法採用最有利標決標之招標方式，經由投標廠商所提供之技術、品質、功能、商業條款或價格、創意及回饋等項目，綜合考量評選後，擇定最優決標對象，使機關在既定預算範圍內，採購品質佳、功能效益強，且價格合理的標的。採行最有利標之決標方式，依據政府採購法第 52 條第 2 項之規定，其前提必須是異質工程、財務或勞務採購，而不宜以最低價決標辦理者為限。所謂異質，係指依招標文件所規定之需求規格或條件，不同得標廠商是否可能提供不同品質或內涵之給付，例如遴選建築師設計辦公大樓，每位建築師可能各有不同的創意、風格以及藉由設計作品所欲表達的理念，因而所設計出的作品各有不同，此種類型的採購即屬異質採購。若採購同一規格、品質及數量之物品，則為同質採購，例如採購同一規格、性能、品質之電腦或印表機。同質採購廠商所給付之之產品皆相同，故只比較價格即可決標；異質採購則須視其給付能力、方式及內容，才能決定何者最符合需求，故宜採最有利標。

依據政府採購法第 56 條第 1 項之規定，機關應組成評選委員會，依照招標文件所規定之評審標準，針對廠商投標標的之技術、品質、功能、商業條款或價格等項目，作序位或計數之綜合評選，由得分最高或評比排序在前者為優勝得標廠商。由於評選最有利標之程序較為複雜，故政府採購法第 56 條第 4 項規定，授權由主管機關訂定最有利標之評選辦法。

「最有利標」決標機制立意甚佳，設計意旨在改善最低標搶標產生採購品

⁴⁸³ See Thomas E. Carbonneau & Philip J. McConaughay, Handbook on Construction Arbitration And ADR, CHAPTER 2, Managing Risk and Avoiding Disputes 「Take Time for Drafting」 page67-68, American Arbitration Association (2007).

質不良等缺點，而達到提昇採購功效之目的⁴⁸⁴，惟施行以來，最有利標決標機制因部分採購案件評選專業不足，加以法令規定迭有修正；復因部分辦理採購人員對相關作業程序未臻熟稔，以及招標、決標過程非正當性之人為介入，肇致於實務執行上迭受外界質疑，所衍生之官商勾結舞弊時有所聞⁴⁸⁵。咸因採用最有利標決標方式涉及弊端而深受矚目⁴⁸⁶。綜觀外界對最有利標之質疑多為利用最有利標掩護內定廠商、高價決標浪費公帑、履約品質不良、廠商期約賄賂評選委員等，顯見最有利標決標機制之執行成效與立法意旨能否趨於一致，實有探討空間。

第二款 最低價決標

最低價決標是目前採購實務上最常用的決標方式，政府採購法所規定的決標原則即採取此種方式，因其具有公平、簡便、經濟、迅速的特性。最低價決標可分為定有底價與未定底價兩種情形，在定有底價時，以合於招標文件規定且在底價以內之最低標為得標廠商；在未定底價時，則以合於招標文件規定、標價合理且在預算數額以內之最低標為得標廠商。

在定有底價之情形，依據政府採購法第 53 條第 1 項之規定，若合於招標文件規定之投標廠商之最低標超過底價時，得洽該最低標廠商減價一次；減價結果若仍超過底價時，得由所有合於招標文件規定之投標廠商重新比減價格，比減價格不得逾三次，此時，如果機關確有緊急情事，必需決標的情況，依據該法第 2 項規定，如果比減價格的結果，其最低標價格仍然超過底價但不逾預算數額時，在不超過底價百分之八之限制下，機關可經原底價核定人或其授權人員核准而決標於最低標廠商。但如果為查核金額以上的採購，超過底價百分之四之緊急採購案，則需先報經上級機關核准後始得決標。

在未定底價之最低價決標方式，依政府採購法第 54 條規定，若合於招標文件規定之投標廠商最低標價超過評審委員會建議之金額或預算金額時，得洽該最低標價廠商減價一次，減價結果仍超過時，得由所有合於招標文件規定之投

⁴⁸⁴ See Thomas E. Carbonneau & Philip J. McConaughay, Handbook on Construction Arbitration And ADR, CHAPTER 2, Managing Risk and Avoiding Disputes 「Avoid low Margin Bid」 page 67, American Arbitration Association (2007).

⁴⁸⁵ 最有利標所衍生之舞弊案已知者有：南港展覽館工程、民航局中正機場第一航廈屋頂防水統包工程、國防部新竹市眷村改建工程、台電公司第六輸變電計畫工程、海軍光華快艇案、故宮擴建工程及八年 800 億治水工程等案。

⁴⁸⁶ 行政院公共工程委員會於 97 年 1 月 28 日發布新聞稿：「邇來發生幾件工程弊案，涉及技術服務廠商勾結採購評選委員影響評選公正、設計人員不法綁標、違法審查材料、監造人員接受廠商招待喝花酒、甚至拿施工廠商薪水等違法事件，嚴重影響公共工程品質及政府清廉形象，工程會將督促各機關嚴懲不法工程人員及廠商，絕不寬貸。」

標廠商重新比減價格。機關得就重新比減價格之次數予以限制，比減價格不得超過三次，辦理結果，最低標價仍逾越上開金額時，應予廢標。

前述係最低標超過底價之情形，除此之外，對於廠商最低標價格過低之情形，政府採購法第 58 條另有規定，亦即機關若認為最低標廠商之總標價或部分標價偏低，顯不合理，有降低品質、不能誠信履約之虞或其他特殊情形，得限期通知該廠商提出說明或擔保。廠商不能在通知期限內提出合理說明或擔保者，機關得不決標予該廠商，並以次低標廠商為最低標廠商。與此相反情況，如果機關在辦理最低標決標時，認為並無『顯不合理，有降低品質、不能誠信履約之虞或其他特殊情形』，機關不需通知廠商提出說明或擔保，可逕行決標予該最低標廠商，並不違反政府採購法之規定⁴⁸⁷。

最低標決標固能以最低的價錢採購到機關所需的標的，達到節省公帑的目的，惟「天下沒有白吃的午餐」，廠商以低價搶標得標結果，往往一得標就注定賠錢，為了將本求利，在履約過程即有可能偷工減料。以過去實務經驗，所謂：「一分價錢一分貨」，以什麼樣的價錢就買到什麼樣貨。低價搶標影響採購品質，與前述最有利標往往成為當事人日後爭議的導火線，值得採購業務主管機關注意及探討。

第三項 訂定仲裁契約、仲裁協議、仲裁條款，應明確、謹慎並符合公平、合理原則

工程仲裁的首要條件，即在於工程契約中必須訂有書面之仲裁條款，或在工程糾紛發生後簽訂書面之仲裁契約，具體明確的載明當事人間之工程契約爭議，同意交由當事人雙方所選任或共推之仲裁人，依據所選定之準據法及仲裁程序規則，進行仲裁，並作成仲裁判斷。因此仲裁協議以書面呈現作為雙方意思表示的基礎，就格外顯得重要，因而文字的精準使用，成為探討仲裁條款公平性與合法性的前提要件。從國內過去工程仲裁實務案例中，不難發現諸多爭議均源自於條款用語模稜兩可、語意含糊不清，用詞不夠明確、精準所致⁴⁸⁸，

⁴⁸⁷ 行政院公共工程委員會 88 年 10 月 12 日 (88) 工程企字第 8814890 號函；採購申訴審議委員會訴字第 88073 號審議判斷書，行政院採購暨公共工程委員會編印，「政府採購法申訴案例彙編（一）」，2000 年 12 月，頁 193 以下。

⁴⁸⁸ SEE LAWRENCE G S BOO, LLB, LLM (National University of Singapore), FSI Arb, FAMINZ, Chartered Arbitrator, Solicitor (England and Wales), Advocate and Solicitor (Singapore), ARBITRATION, Ambiguous arbitration clauses, 「The agreement to arbitrate must clearly set out the agreement of the parties to arbitrate and the scope of the reference. Arbitration clauses must always be clear and unambiguous to avoid litigation over their enforceability. Much litigation over whether a clause amounts to an arbitration agreement has gone before courts in many jurisdictions. Arbitration clauses that refer to non-existent arbitral institutions, or to

例如，雙方究竟有無仲裁合意，以及仲裁的範圍如何均缺乏具體明確的用詞，以致發生不必要的爭議，影響仲裁程序之進行，為了避免類似情況一再發生，本文建議在擬訂工程仲裁契約或條款時，有關文字的使用以及條款的內容，除了應具體明確、切忌模稜含糊之外，更應力求公平、合理，俾能符合當事人雙方尋求解決爭議之意願。因此應儘可能明確記載以下內容：

一、仲裁事項之約定：在草擬製作仲裁條款開始，即應格外謹慎與小心。如果決定去使用仲裁條款，到最後才想到解釋或者鍋爐板（意謂熱鍋中螞蟻）的替代條款，沒有考慮到用其他方法去處理，這個終局的結果可能是訴訟替代了迅速、效率、低花費而收效好的爭議解決程序⁴⁸⁹。

當事人雙方在爭議發生前，預設解決爭議的方式，並將此種意思具體而明確的表達在契約文字中，為現代契約重要的記載內容之一。依據仲裁法的精神，以仲裁程序解決當事人之爭議，須有當事人合意作為前提。因此，當事人如欲以仲裁程序解決工程爭議，自應於仲裁契約、仲裁協議或仲裁條款內明確表明以仲裁解決當事人爭議之意旨。此一文字之使用，尤應具體、明確，在肯定的措詞上應儘量使用『應』字，避免讓人有模稜兩可、選擇解釋的空間，諸如：「得提付仲裁」或「得仲裁或訴訟」之用語，均應避免，以杜紛擾。

二、仲裁地點和語言的訂定：仲裁地點可能涉及仲裁判斷之國籍以及後續的執行，因此自應審慎為之。仲裁語言則關係到仲裁人語言能力、參考文件以及翻譯使用問題⁴⁹⁰。凡此均應思考雙方之方便、工程爭議所在地點，以及日後執行仲裁判斷之便利性，其涉及外國仲裁者亦應考量外國是否承認我國仲裁判斷等問題⁴⁹¹。

三、仲裁準據法之適用：在工程仲裁實務上處理爭議有關的相關法令均應訂明作為適用之準據法，俾免臨事爭議，衍生不必要之爭執，影響仲裁人援引適用法令時之牽絆，有助於仲裁判斷迅速處理工程爭議。

non-existent rules or to bodies that are not involved in arbitration, are but some examples of clauses which give rise to disputes.」,SAL Heinonline--Annual Review 2003,page51.

⁴⁸⁹ See Jane Jenkins and Simon Stebbings , International Construction Arbitration Law , CHAPTER 5 Arbitration Drafting Arbitration Clause, 「If the decision to use the clause is an afterthought, without considering the ramification, the end result could be litigation, instead of a speedy, efficient, cost-effective dispute resolution process.」 page171. 2006 Kluwer Law International, The Netherland.

⁴⁹⁰ Mistaken Interpretation : The American Arbitration Association, Green Tree Financial Corporation v. Bazzle, and the Real State of Class-Action Arbitration in North Carolina, Heinonline—82 N. C. L. Rev. 2128-2141, 2004.

⁴⁹¹ Jane Jenkins and Simon Stebbings , International Construction Arbitration Law , CHAPTER 3 Dispute Avoidance and Resolution page83. 2006 Kluwer Law International, The Netherland.

四、仲裁人人數（一人或三人）及選定之方式：仲裁人人數以奇數為適當，便於判斷之裁決，通常以一人或三人為原則⁴⁹²。仲裁人之選任方式亦應明確規範，若未明確約定，極有可能成為雙方當事人另一個爭議焦點，值得注意⁴⁹³。

仲裁既是以當事人意思自主的方式解決爭議的機制，因此，其最大的優勢與特色，即在當事人自己有權利設計與規劃仲裁的程序，如果當事人不自行設計或規劃時，才採用法律所規定的程序。從而，仲裁契約所約定的原則是否公平合理，完全繫於當事人的意思。因此在探討如何建立公平合理的仲裁制度時，其關鍵就在所擬訂的仲裁條款有無站在雙方平等的基礎上而定。實務上，國內工程機關為避免雙方爭議發生時，即刻進入仲裁程序，以致影響雙方原有的和諧及日後的合作關係，通常在其合約內之一般規範中所訂之仲裁條款中均會規定爭議標的在提付仲裁前，必須踐行一定的仲裁前置程序，對違反規定者，即視為同意接受工程司或工程主辦機關之決定，不得再提起仲裁。諸如此類前置程序之約定均係本於當事人意思自主之意思所訂定，依契約自由及私法自治的原則，自應予以充分之尊重；一方當事人倘於事後不踐行雙方約定之前置程序，而直接提付仲裁時，自應認為前此所為之仲裁協議條件尚未成就，故其仲裁協議尚未生效。雙方所訂之仲裁協議既未生效，當然不得進入仲裁程序。仲裁庭對其聲請即應作駁回並不受理之處置。

第四項 仲裁判斷書應公開

「守密」與經濟、快捷、方便同為仲裁制度的優點。仲裁守密與程序不公開的優點⁴⁹⁴，正是仲裁與訴訟制度最大的區別，國內外的仲裁機構為了推廣仲裁，無不在其仲裁規則中強調仲裁的守密特徵與其優勢。

仲裁的不公開不僅指程序與其判斷不能對外揭露，而且也指與仲裁事項有關的人士就其在程序中知悉或獲得的資訊與資料皆不能為他人揭露。一般稱這類不能對外揭露的義務為「不公開」(non-disclosure)的義務⁴⁹⁵。具有此項義務之人及其守密事項的內容，包括仲裁協議當事人、仲裁人、仲裁機構與其有

⁴⁹² Jane Jenkins and Simon Stebbings, *International Construction Arbitration Law*, CHAPTER 3 Dispute Avoidance and Resolution page83. 2006 Kluwer Law International, The Netherland.

⁴⁹³ 參閱 90 年仲聲仁字第 166 號仲裁判斷。

⁴⁹⁴ David A R Williams QC, *Arbitration And Dispute Resolution*, 「Confidentiality is a main reason why commercial parties and Maori choose arbitration to settle disputes.」 Heinonline—2004 N. Z. L. REV. page117, 2004.

⁴⁹⁵ 藍瀛芳，仲裁的守密與程序不公開，*仲裁季刊*第 82 期，96 年 7 月 31 日，頁 4。

關人員、證人與專家證人⁴⁹⁶；聲請書與答辯書及相關書狀、相關文書文件、證據、詢問筆錄、判斷書等⁴⁹⁷。而判斷書之「判斷」即是仲裁人依據案卷資料對爭議的解決所表示的意見。「判斷」既是論斷事實是非曲直的意見，自有接受公評的空間，因為判斷的機密並不同案卷資料的機密⁴⁹⁸，因而在一定限度內應有公開之機會與必要。

雖然歐陸國家對仲裁不公開的例外，採取較為保守的立場，但美國與澳大利亞⁴⁹⁹等新大陸國家則採較為開放寬鬆的立場⁵⁰⁰，縱使，在維持傳統保守的原則下，英法等歐洲國家也不得不承認有例外的情況，這些例外情況包括⁵⁰¹：一、依據法律規定應公開者；二、基於公共利益有合理之需要者；三、機密的持有人對他人負有履行公開之義務者；四、機密的持有人為保護自己的利益而需對他人公開者。

從政府施政的角度觀察，政府公共工程建設屬於政府資訊的一環，政府資訊只要符合公共利益並有合理的需要，就應該公開。公共工程採購既涉及公共利益，依據政府採購法之規定，其採購程序即應公平公開，與此採購後續相關作為解決爭議之仲裁程序及其仲裁判斷，自亦無不能公開之理由⁵⁰²。即使採取與上述英法等歐洲保守國家的同樣嚴苛條件的立場加以檢視，亦完全符合其例外公開的情況，有接受社會公評與檢驗的必要。何況，以訴訟進行的公共工程案件，法院的判決都可以公開了，仲裁判斷有什麼不能公開的理由⁵⁰³？

仲裁具有訴訟所沒有的優點，包括便宜、迅速、簡便、專業…，但長久以來，仲裁業務並無法取代訴訟大幅度的成長提升，其主要的原因就在，仲裁公信力始終無法獲得社會普遍認同與肯定。仲裁公信力低落，來自制度的設計不符社會的期待與公義。仲裁程序不公開，連帶的判斷書也不公開，讓人覺得所

⁴⁹⁶ 藍瀛芳，仲裁的守密與程序不公開，仲裁季刊第 82 期，96 年 7 月 31 日，頁 4-8。

⁴⁹⁷ 藍瀛芳，仲裁的守密與程序不公開，仲裁季刊第 82 期，96 年 7 月 31 日，頁 12-13。

⁴⁹⁸ 藍瀛芳，仲裁的守密與程序不公開，仲裁季刊第 82 期，96 年 7 月 31 日，頁 13。

⁴⁹⁹ SEE LAWRENCE G S BOO,LLB,LLM (National University of Singapore) ,FSI Arb,FAMINZ,Chartered Arbitrator,Solicitor (England and Wales) ,Advocate and Solicitor (Singapore) ,ARBITRATION, Confidentiality in arbitration, 「The concept of confidentiality in arbitration has been challenged elsewhere.The High Court of Australia, had in *Eso Australia Resources Ltd v Plowman* (1995)128 ALR 391 taken the view that there was no clear justification to attach confidentiality as an essential attribute to arbitration which would impose on the parties a duty not to disclose the proceedings or documents and information provided in and for the purposes of the arbitration.This decision has of course prompted much discussion on what was thought to be generally an accepted view of confidentiality in arbitration.」, SAL Heinonline--Annual Review 2003,page55.

⁵⁰⁰ 藍瀛芳，仲裁的守密與程序不公開，仲裁季刊第 82 期，96 年 7 月 31 日，頁 40。

⁵⁰¹ 藍瀛芳，仲裁的守密與程序不公開，仲裁季刊第 82 期，96 年 7 月 31 日，頁 22。

⁵⁰² 李家慶，政府採購法「先調後仲」機制與工程仲裁制度之興革，仲裁季刊第 83 期，96 年 10 月 5 日，頁 109。

⁵⁰³ 李家慶，政府採購法「先調後仲」機制與工程仲裁制度之興革，仲裁季刊第 83 期，96 年 10 月 5 日，頁 109。

有的判斷都是在黑箱中作業⁵⁰⁴，而且一審終結，毫無救濟的管道。判決書公開，並沒有人質疑其妨害商業秘密、營業秘密，何以，公開仲裁判斷書，就有妨害商業秘密、營業秘密的問題？國家施政推動政策，往往均以重大公共工程建設作為一切建設的基礎，這些公共工程的資訊當然可以公開，不僅工程的施工品質，完工後的效益評估，需要接受全民的監督與檢驗，即使，在仲裁爭議的階段，所有爭執與辯詞都必須攤在陽光下接受公開的評論與檢視。仲裁判斷若未公開，對於仲裁判斷品質的良窳好壞，除了當事人外，其他第三人均難予置喙評論，社會輿論無法有效發揮監督力量，自然無法給予仲裁人壓力，同時，由於仲裁判斷不公開，無法有系統的整理、分析、研究相關的仲裁案例，作為提供文獻傳承經驗的資料，對於其他類似案件亦難據以援引參考，侷限了仲裁的發展也阻斷了提升仲裁判斷的品質⁵⁰⁵，因而，政府機關遂有認為應強制公開仲裁判斷書之議。行政院公共工程委員會有鑑於公開仲裁判斷書有助於提升仲裁品質之重要性，依據政府採購法第 23 條第 2 項：「仲裁程序，不公開之。但當事人另有約定者，不在此限。」之規定，通函各機關，建議工程主辦機關可於契約之仲裁條款中約明仲裁判斷之公開⁵⁰⁶。

第五項 仲裁庭應有一定比例法律背景專家組成

在工程仲裁案件中，仲裁庭之組成，究係以法律背景者擔任仲裁人，抑或由具有工程背景者擔任仲裁人較為適當之問題，長久以來，即有不同的爭論，很難一概而論。主張仲裁人非必須由法律人擔任的論述，認為具有法律背景之部分仲裁人往往以嚴格的民事訴訟程序進行仲裁，無法跳脫訴訟法的思考模式與窠臼，對仲裁的發展將會造成不利之影響。反之，主張仲裁人必須由具有法律背景者擔任之理由，則以仲裁必須依據法律而為判斷，此與由第三人斡旋其中，尋求當事人互為讓步之調解或和解不同，且法院受理訴訟，不分領域，皆由修習法律之法律人充當法官，並無不能適應或難於處理之情事，因而認為前述仲裁人非必須由法律人擔任之論述過於牽強。

仲裁判斷書與法院的確定判決有同一效力，當事人選擇仲裁作為處理爭議解決的方式，其最終的目的就是希望藉助仲裁人的知識與經驗，作出合乎雙方利益以及公平合理的判斷，且仲裁判斷書必須記載判斷的理由，因而，仲裁人必須處理並決定仲裁管轄的問題以及準據法的適用與解釋等法律爭議，因此，

⁵⁰⁴ 陳清秀，仲裁人的評鑑制度，仲裁季刊第 80 期，95 年 12 月 31 日，頁 93。

⁵⁰⁵ 藍瀛芳，合意公開仲裁判斷，仲裁季刊第 80 期，95 年 12 月 31 日，頁 101-113。

⁵⁰⁶ 李家慶，政府採購法「先調後仲」機制與工程仲裁制度之興革，仲裁季刊第 83 期，96 年 10 月 5 日，頁 109。

一般均認為在選任獨任仲裁人及主任仲裁人時，仍以選任具有法律背景者較為適宜。依資料顯示，目前由工程主辦機關所選定或推選之仲裁人人選中，其中仍以具有法律背景者占多數⁵⁰⁷。惟因工程案件包羅萬象，專業領域多元並具複雜性，涉及各種不同的工程專業技術，如果仲裁人僅熟悉法律，而欠缺工程之專業知識，或根本不瞭解工程術語或工程慣例，而任由其進行仲裁，其結果顯而易見，當然無法有效解決工程爭議。何況，仲裁的優點及特色，即在強調其專業，如果處理工程爭議的仲裁人本身既缺乏工程專業之認識，自難期待其能勝任愉快，此一現象雖能透過專業鑑定之協助彌補其專業判斷之不足，然終究不若本身具有專業背景獨立鑑定判斷之能力來得心應手。故理想之工程仲裁人選，自應係同時具有法律及工程背景者⁵⁰⁸，即或不然，在仲裁庭之組成上，亦應含括二種不同背景之仲裁人或要求一定比例之法律專業人士參與其間⁵⁰⁹。庶能期其判斷書之製作及程序正義之維護符合當事人之最大利益⁵¹⁰。

國內仲裁機構早已體認到法律專業在仲裁判斷上的重要性，因此在其所辦理之仲裁人訓練中，均有安排相當比重之法律課程，藉以填補非法律專業背景出身之仲裁人在法律專業能力上之不足，其考量當係基於此一認知。

第六項 仲裁詐欺之防止

司法被視為實現正義的最後一道防線，所有是非曲直、爭辯、證據都必須攤在法庭上接受檢驗，因此，法庭是實現正義、還原真相的地方。正因為法院能夠平亭曲直、洗冤白謗，當事人在遇到委曲的時候，可以向法院投訴，以期獲得平反，進而維護自身的權益；國家司法的作用與功能即在弭平爭端，定紛止爭，人民因信賴司法，所有爭端均交由法院處理，國家才能夠長治久安。法庭爭訟既是決定勝負的所在，為贏取訴訟，當事人當然會不擇手段，用盡一切方法，其目的就是打贏官司。因此在司法實務上常有所謂：「訴訟詐欺」的行為，由此衍生的問題，可能涉及刑法上的偽證⁵¹¹、誣告⁵¹²、偽造、變造、湮滅、隱

⁵⁰⁷ 李家慶，工程仲裁之過去、現在與未來，仲裁季刊第 75 期，94 年 8 月 31 日，頁 59。

⁵⁰⁸ 李家慶，論工程仲裁之仲裁人選任方法，仲裁季刊第 71 期，93 年 5 月 31 日，頁 87。

⁵⁰⁹ 李家慶，工程仲裁之過去、現在與未來，仲裁季刊第 75 期，94 年 8 月 31 日，頁 59。

⁵¹⁰ See Jane Jenkins and Simon Stebbings, International Construction Arbitration Law, Commencement of an Arbitration, 「At least one of the arbitrators on a panel should generally be an experienced lawyer, particularly where the arbitration involves issues of law—and there are few arbitrations that do not……. It is therefore sensible for at least the chairman of a three man tribunal to be a lawyer, so that he can deal with such legal issues as and when they arise.」, page 147, 2006 Kluwer Law International, The Netherlands.

⁵¹¹ 刑法第 168 條偽證罪。

⁵¹² 刑法第 169 條誣告罪。

匿關係他人刑事被告案件之證據或使用偽造、變造之證據罪⁵¹³。在司法實例上常見者有如，夫或妻為求離婚，一方趁他方出國機會，向法院提起夫妻同居之訴，如不履行則請判准離婚，而其向法院陳報之他方住居所則以其國內住所為送達地，從而達到他造不到庭而為一造辯論勝訴判決之目的。此外，「訴訟詐欺」也常出現在債務人為脫免債務以逃避債權人追索之情形，例如，債務人為逃避債權人追討債務，串同親友以假債權向法院起訴或請求支付命令以取得執行名義，從而達到阻礙債權人求償之目的。「訴訟詐欺」違反社會正義，助長詐偽犯罪風氣，但在實務上甚難防範，受害人常申訴無門。

同樣的，「仲裁詐欺」也有可能發生，實務上，雖然尚無明確的案例發生，但極有可能成為一項新興的犯罪手法，值得關注並預籌防範之道。「訴訟詐欺」與「仲裁詐欺」最大的不同，在於詐欺的對象不同，前者詐欺對象為相對人，後者詐欺的對象則可能為國庫，也有可能為一方當事人。由於工程採購案件俱屬重大或鉅額之採購案件，其工程經費動輒數十億或數百億元，小型工程採購案件，金額在數百萬或數千萬元者，更是不計其數，其中發生爭議提付仲裁之項目，在實務上數字亦甚驚人。

「仲裁詐欺」較有可能發生的類型，為「官商勾結」的型態，也就是「廠商」與「工程主辦機關承辦人」「仲裁人」聯手合作的犯罪手法。此種犯罪行為可能在工程採購階段即開始籌劃謀議，藉著招標、投標、決標的合法程序漂白，透過洩漏底價或評審委員名單讓特定廠商得標以取得工程施作機會，然後再利用履約過程製造爭議標的，並預設將來進行索賠的爭點。為了防堵此種犯罪手法，確實需要加強政府公務體系的內控監督機制。

第七項 明定仲裁程序一事不再理

仲裁法為處理及解決爭議的法律，其性質應屬程序法殆無疑義。依據仲裁法第 52 條之規定：「法院關於仲裁事件之程序，除本法另有規定外，適用非訟事件法，非訟事件法未規定者，準用民事訴訟法。」，前述條文所指『除本法另有規定外』，應係指仲裁法第三章仲裁程序之規定而言；除此規定之程序外，則適用非訟事件法，如果非訟事件法也未規定，則準用民事訴訟法之規定。從而可知，不論是仲裁法或非訟事件法，抑或民事訴訟法俱屬程序法的範疇。實體法與程序法最主要之差異，在於實體法係規範當事人權利義務錯綜複雜的法律關係，而程序法則在規定如何進行訴訟及應遵行何種法定程序並適用法律，因而，想要解決實體法所規範的法律爭議問題，必須透過程序法的運作才能實現

⁵¹³ 刑法第 165 條湮滅刑事證據罪。

其實體法所規定的法律效果。

從前述仲裁法第 52 條之規定可知，仲裁程序，在仲裁法、非訟事件法俱無規定的情形下，最後必須回歸、準用民事訴訟法的相關規定。由於民事訴訟法係處理私法法律事務的法律，依照「私法自治」的原則，訴訟程序之進行或撤回，均尊重當事人之意願，原告在判決確定前均得撤回其訴之全部或一部，只不過在被告已為本案之言詞辯論者，應得到被告之同意而已⁵¹⁴。同時，在民事訴訟法第 263 第 1 項前段亦規定：「訴經撤回者，視同未起訴。……。」，及第 2 項：「於本案經終局判決後將訴撤回者，不得復提起同一之訴。」，亦即只要原告在起訴之後，終局判決前均可以一再撤回，也可以一再起訴，只要符合上述相關之規定，同一之訴並無起訴次數之限制，此即，民事訴訟程序有『一事再理』之適用。

『一事再理』之適用，固然符合私法自治之精神，惟在講求經濟、便捷、快速之仲裁程序，是否仍應有其適用，則值得研究與推敲。實務上，曾有當事人因工程爭議案件提付仲裁，結果因仲裁人作出對自己不利之仲裁判斷，為了達到勝訴之目的，該一當事人不惜就同一案情再提起第二次仲裁，亦即先後兩次提付之仲裁係以同一標的，同一當事人，甚至內容、文字完全相同之案情，在提付兩次仲裁之後，竟會出現因不同之仲裁人而有南轅北轍的見解⁵¹⁵，似此情況，是否另一方當事人也應比照援引再提付仲裁，如此周而後始的將伊於胡底？而負責撤銷仲裁的台北地方法院竟然也認同採納此種見解，認為本案並不違背民事訴訟程序『一事再理』的原則，但事實並非如此，前述見解顯然犯了「見樹不見林」的迷思。仲裁判斷固屬程序之一環，但在作成判斷之後，就不應再提付仲裁，此在『準用』民事訴訟法第 263 條第 2 項規定：「於本案經終局判決後將訴撤回者，不得復提起同一之訴。」之情形，則更見清楚。前述提付仲裁之當事人，在第一次仲裁判斷後，不服仲裁判斷，再提付仲裁之行為應視為『撤回』仲裁判斷，否則豈有二仲裁判斷並存之道理？即便準用民事訴訟法第 262 條第 1 項之規定，亦應認為聲請提付仲裁之當事人在仲裁判斷確定之前，得撤回判斷之全部或一部，但對方當事人已為本案之辯論者，應得其同意。否則，如依台北地院前述之見解，仲裁判斷將是一條漫漫長路，在提付仲裁與撤銷仲裁判斷的程序問題上，將如身陷泥沼之中，舉步維艱，動彈不得，對於欲藉仲裁程序速戰速決作為解決紛爭之當事人，將會是噩夢一場。為了杜絕此一弊端及法律見解之歧異，宜在仲裁法中明定：「仲裁程序一事不再理」。此項規定將有助於促進仲裁程序之進行，更能凸顯仲裁程序一貫講求迅速、便捷的特

⁵¹⁴ 民事訴訟法第 262 條第 1 項參照。

⁵¹⁵ 92 年仲聲信字第 36 號，交通部台灣區國道新建工程局，國道工程仲裁判斷彙編，上冊，93 年度，94 年 9 月出版，頁 153。

性。

第八項 仲裁程序進行中應延長提存時效

工程仲裁案件所涉金額動輒數十億元，甚至達數百億元者，亦所在多有；而在重大工程施工項目中所包括的工程細項，更常達數千種之多，在施工履約階段，乃至驗收過程，業主、監造、承包廠商難免均會對其功能、品質、規格、數量、價錢等發生爭議。如果爭議可以透過溝通、協議、和解或調解等訴訟外解決紛爭的方式或手段，妥善解決，仍然不失為和諧收場，不致影響後續雙方合作關係。倘若雙方爭執不下，各持己見，或者對於賠償、減價收受、乃至數量、價額、品質、規格、功能等存有歧見，無法獲得共識，則最終勢必訴之於法院或者尋求仲裁解決。不論最終由法院或者仲裁解決，曠日廢時，纏訟經年，幾乎是重大工程案件必須面對的問題。諷刺的是，當事人選擇或利用仲裁程序的原因，「迅速」「便捷」常常是考量採用仲裁的因素之一，這項被視為仲裁優勢條件的元素，在實務運作上也不見得真的能迅速與便捷。正如前款所討論的仲裁程序準用民事訴訟法的結果，導致仲裁程序在仲裁審理階段有一事再理之適用，從而，只要一方當事人對仲裁判斷結果不滿意，就能一而再，再而三的提付仲裁，如此干擾仲裁程序進行之結果，有可能應驗了「春蠶至死，絲方盡」，沒完沒了的爭訟，不知伊於胡底？因而，在來來回回的纏訟中，當事人一方為保障自身權益，依法提存在法院提存所的金錢、有價證券、動產、擔保金或擔保物等提存物，有可能會超過法定的最高期限⁵¹⁶，而最終因逾期而歸屬國庫者。由於工程仲裁案件，金額龐大，特別是重大鉅額採購工程案件，經費動輒數十億乃至數百億者，所在多有，為了確保當事人利用仲裁程序的權益，應在提存法或仲裁法中明定：「其提存期限至仲裁程序終結後一年內為限。」，以立法配套措施，保障利用仲裁程序之當事人，並藉此正向推廣仲裁制度，俾國人能樂於採用仲裁機制，作為處理及解決爭議之手段，以取代及疏解訟源。

第九項 修訂仲裁法第 29 條、第 30 條及第 40 條，並增列「仲裁判斷書不備理由或理由矛盾者」可提撤仲（亦即實體事項亦可提撤仲不限程序）

在探討仲裁法第 29 條規定前，應先回顧仲裁法第 18 條之規定，依該條第 1 項規定：「當事人將爭議事件提付仲裁時，應以書面通知相對人。」，其第 2

⁵¹⁶ 我國提存法第 10、15、16 條分別規定提存物逾 10 年及 5 年期限者歸屬國庫。

項復規定：「爭議事件之仲裁程序，除當事人另有約定外，自相對人收受提付仲裁之通知時開始。」，亦即自相對人收受提付仲裁之通知時開始正式進入仲裁程序。此時，雙方當事人即應按仲裁法第 9 條之規定各選一仲裁人，再由雙方選定之仲裁人共推第三仲裁人為主任仲裁人共同組成仲裁庭；惟此時，如果雙方當事人之前所訂之仲裁協議，另有訂定提起仲裁之前必須完成一定之『前置程序』者，如果一方尚未履行或其條件尚未成就時，或有一方當事人不欲組成仲裁庭且不欲選任仲裁人時，其仲裁程序如何繼續進行？此時，若提付仲裁之當事人依據仲裁法第 11 條第 1 項之規定，選定仲裁人後並以書面催告他方當事人於受催告之日起，十四日內選定仲裁人，而他方當事人不選定時，此時，是否即可逕依仲裁法第 12 條之規定，催告人得聲請仲裁機構或法院為之選定？此時其仲裁庭是否已經成立？於此仲裁法並無明文規定，甚至在訂定仲裁法時根本就未觸及並思考此一問題⁵¹⁷。如果依照仲裁法第 29 條之規定：「當事人知悉或可得而知仲裁程序違反本法或仲裁協議，而仍進行仲裁程序者，不得異議。」（第 1 項）「異議，由仲裁庭決定之，當事人不得聲明不服。」（第 2 項）「異議，無停止仲裁程序之效力。」（第 3 項），此際，受催告之當事人應如何向仲裁庭主張自身的權益？是相應不理抑或提出異議？依據前述條文規定，只要參與其程序就不得異議，且對仲裁庭的決定當事人不得聲明不服，更有甚者，異議，無停止仲裁程序之效力。由此觀之，仲裁法賦予仲裁庭絕對的權力，相形之下，當事人的權益保障則顯得微不足道，因而，仲裁法第 29 條有重新修正的必要。

其次，即為探討仲裁法第 30 條規定之不合理處。仲裁法第 30 條規定：「當事人下列主張，仲裁庭認其無理由時，仍得進行仲裁程序，並為仲裁判斷：一 仲裁協議不成立。二 仲裁程序不合法。三 違反仲裁協議。四 仲裁協議與應判斷之爭議無關。五 仲裁人欠缺仲裁權限。六 其他得提起撤銷仲裁判斷之訴之理由。」

仲裁機制，長久以來，一直無法獲得社會大眾普遍接受的原因，固然因素很多，但是歸結其主要的的原因，不外是民眾對其公正性的質疑，出現了嚴重的『信賴危機』，其中，仲裁法規定的粗糙與不夠精細，正是問題關鍵所在。

前述仲裁法第 30 條規定之法理基礎何在，不得而知？翻閱法務部的立法理由書，乃至中華民國仲裁協會所提的仲裁法草案亦未見詳細說明，因而，並不能一窺立法之意旨，到底用意何在？細繹該條條文不難發現問題所在。該條規定的 6 款當事人主張事由，仲裁庭既認為其無理由，為何仍允許其得進行仲裁程序，並為仲裁判斷？此時，仲裁庭正確的做法應該是即刻終結程序並駁回仲裁才是。仲裁貴在迅速、經濟、便捷，此亦為仲裁吸引當事人利用仲裁機制解

⁵¹⁷ 藍瀛芳，一造的仲裁程序，仲裁季刊第 79 期，95 年 11 月 1 日，頁 25-42。

決爭議之優勢所在。仲裁庭遇當事人無理由的情況下，仍然允許其得進行仲裁程序，並為仲裁判斷，此對於他方之當事人而言，不啻是一種迫害與酷刑，不但要長期忍受仲裁判斷的糾纏，更要擔負不可預期的不利益判斷風險，此實與憲法一貫宣示、追求，保障人民財產權及人民免於受不當追訴人身自由權之精神大相逕庭。

遍覽民事訴訟法所有條文，並無類此規定，何以仲裁法要標新立異，訂定此種令人不解又會引人無限遐思的條文？此一條文之訂定更助長社會大眾對仲裁制度的諸多疑慮。因此，本文認為此條條文應予刪除，以免衍生後續繁複冗長的撤仲程序，徒然浪費了寶貴的社會資源，同時，更傷害了仲裁制度。

再次，即為探討仲裁法第 40 條規定之周延性問題；依據仲裁法第 40 條第 1 項規定，有下列各款情形之一者，當事人得對於他方提起撤銷仲裁判斷之訴。此 9 款之事由分別為：一 有第 38 條各款情形之一者。二 仲裁協議不成立、無效，或於仲裁庭詢問終結時尚未生效或已失效者。三 仲裁庭於詢問終結前未使當事人陳述，或當事人於仲裁程序未經合法代理者。四 仲裁庭之組成或仲裁程序，違反仲裁協議或法律規定者。五 仲裁人違反第 15 條第 2 項所定之告知義務而顯有偏頗或被聲請迴避而仍參與仲裁者。但迴避之聲請，經依本法駁回者，不在此限。六 參與仲裁之仲裁人，關於仲裁違背職務，犯刑事上之罪者。七 當事人或其代理人，關於仲裁犯刑事上之罪者。八 為判斷基礎之證據、通譯內容係偽造、變造或有其他虛偽情事者。九 為判斷基礎之民事、刑事及其他裁判或行政處分，依其後之確定裁判或行政處分已變更者。

綜觀前述 9 款得對於他方提起撤銷仲裁判斷之訴之事由，俱為程序事項而不及實體問題。依照我國仲裁法第 40 條撤銷仲裁判斷之訴的立法設計，符合提起撤銷仲裁判斷的條件只限於該條所列的各款情形，此由該法立法之初，在中華民國仲裁協會草擬仲裁法階段，引證並參考聯合國國際商務仲裁模範法立法例即可得知，而其中最引起爭議者，厥為該條第 1 款所引之同法第 38 條第 2 款前段所列之「仲裁判斷書應附理由而未附者。」，實務上，最高法院 87 年度台上字第 978 號判決，亦認為受訴法院審理撤銷仲裁判斷之訴，僅就仲裁判斷書之形式有無應附理由而未附之情形加以審理，仲裁判斷書之理由是否完備、充分，並非屬於受訴法院審理撤銷仲裁判斷之訴之範圍。其後司法院大法官亦作成第 591 號解釋，支持前述最高法院之見解，惟立法一味固守「程序監督論」而捨「實體監督論」的結果，將導致人民權益無法確實獲得有效保護，而犧牲人民追求實體正義的訴求。仲裁法第 38 條第 2 款將得提起撤銷仲裁判斷之訴侷限於「仲裁判斷書應附理由而未附者」，在無合理原由之下，卻排除同樣嚴重侵害人民權利之「仲裁判斷書理由不備及矛盾者」之情形，此一對人民權利救

濟之限制更違反憲法第 23 條之比例原則。我國仲裁立法應該超脫既有的窠臼思維，還給當事人真正的意思自治權，才能解決當前仲裁制度所面臨的困境，否則在程序與實體的爭議上可能平白犧牲了司法公平正義的社會價值，與民眾對法律感情的期待。因此，本文建議仲裁法第 40 條應修正增列「仲裁判斷書理由不備及矛盾者」一款，以徹底解決長久以來紛擾不斷的爭議，俾利仲裁制度順利運作。

第十項 仲裁條文在準用其他法律時宜具體明確臚列準用之法律條文，不應以「概括準用」之方式援引其他法律

由於仲裁法規定過於簡略，全部僅有 56 個條文，要以簡單的 56 個條文規範所有的仲裁程序，在勢為不可能，因此，立法當時為了填補法律規定之闕漏與不足，遂於仲裁法中特別訂定專條，以彌補程序不備時之漏洞。仲裁法第 19 條及第 52 條均有相關的規定，其中，仲裁法第 19 條規定：「當事人就仲裁程序未約定者，適用本法之規定；本法未規定者，仲裁庭得準用民事訴訟法或依其認為適當之程序進行。」，第 52 條則規定：「法院關於仲裁事件之程序，除本法另有規定外，適用非訟事件法，非訟事件法未規定者，準用民事訴訟法。」從前述條文規定可知，除非當事人有另外適用其他法律程序的約定，否則，無論是仲裁庭或法院在處理仲裁事件時，均應優先適用仲裁法。惟依據仲裁法規定，遇有仲裁法及非訟事件法所規定之程序不足適用時，其最終都將回歸準用民事訴訟法所規定之程序。

然而，所謂「準用」在法律概念上尚可細分為「概括準用」與「具體準用」兩種不同層次的概念。所謂「概括準用」係指法律並未加以限縮準用的範圍，法官在適用法律時可就法條所規定的法律認為適當者予以援用。而「具體準用」則在適用上有較為嚴格的規範，通常法律會在條文中具體指明「準用」之文字，未經明示的條文則不得準用，界限非常明確。

檢視仲裁法第 19 條及第 52 條之規定，係以「概括準用」的方式立法，因此，何者應予準用，何者不應準用，並未有明確的規定⁵¹⁸，全視仲裁庭及法官

⁵¹⁸ 陳煥文教授曾在 84 年 12 月 1 日在法務部研商「商務仲裁條例修正草案」第 1 次會議中發言指出：「目前國際間，仲裁之立法傾向於單行法規的趨勢，而仲裁法之國際性不宜與其他之國內法有所牽連，因外國之當事人並不知，亦不應要求其知悉我國民事訴訟法之規定。故仲裁法之制度應儘量詳備，而民事訴訟法之相關規定亦應於仲裁法中列舉出來，令外國人一日瞭然，願到國內投資並利用國內之仲裁；而法官在適用相關法律時亦有明確的標準。」，請參閱法務部「商務仲裁條例修正草案」第 1 次會議紀錄，刊載於法務部商務仲裁條例研究修正實錄，民國 87 年 12 月，頁 9。

對案件的處理態度而定，因而，在仲裁及訴訟程序上，當事人必須承受不可預知及不確定的風險，對當事人而言，顯然有失公平。為免仲裁程序紛擾不斷，影響仲裁制度的發展，本文建請仲裁法第 19 條及第 52 條條文應予刪除，另對仲裁法應作全面的檢修，對於應準用民事訴訟法之規定，在條文中應予明確列舉，俾利仲裁庭及法院在適用法律時能有一致的標準及程序可資遵行；對當事人而言，亦可預知法律程序之進行，是否合乎正當法律程序，避免遭受突擊裁判⁵¹⁹而措手不及。

第十一項 小結

政府採購法第 85 條之 1 第 2 項「強制仲裁」之修正條文，在立法院三讀通過並經總統公布生效施行後，全國各機關在辦理採購案件時，均無可自外於此一法規之適用；今後因採購爭議所引起的紛爭，最後均可能透過「強制仲裁」的機制，尋求解決之道。仲裁法由於仲裁立法的制度問題，長期以來，飽受各方批評、詬病不斷，此一現象並未因政府採購法修正通過「強制仲裁」而獲得解決，相反的，各機關無可迴避的必須選擇面對及接受「強制仲裁」的機制。因而，在心態上必須試著調整、適應並接受仲裁制度的運作模式。

行政機關將仲裁程序視為洪水猛獸應係對該程序存有誤解所致，惟實務運作結果所導致仲裁數量日漸減少與萎縮現象，既屬事實，則仲裁制度亦應有所檢討改革，才能挽回人心。政府採購法採用「強制仲裁」的機制，既屬無法改變的事實，機關辦理採購人員自應更加謹慎嚴肅面對所有經手的採購案件，從辦理規劃、設計開始，就必須小心謹慎以對，其後續的招標、投標、決標、契約訂定、履約執行，以至完工驗收、保固、結算，各個階段都要切實依照規定認真執行；施工日誌、監工紀錄都要詳實記載，所有履約過程的文獻資料都要確實保存，以備將來履約爭議進行仲裁舉證時作為有利之佐證。除此之外，雙方當事人在訂約階段，應就契約內容相互討論，務求以公平、合理的立場訂定明確可行的契約條款，避免日後紛爭，影響雙方和諧及後續的合作關係。站在主管機關的立場，則宜針對前述仲裁法有關的缺失進行研究並推動修法工作，唯有在立法政策配合修正下，才能將一些潛存的仲裁爭議問題解決，法令能明確規範者即以法令規範，避免過度依賴司法解釋，以免言人言殊，各有不同見解，反而治絲益棼。

⁵¹⁹ 姜世明，民事程序法之發展與憲法原則，「突擊裁判之禁止」，元照出版有限公司，2003 年 11 月，頁 82。

第四節 仲裁人職業倫理規範與監督

第一項 概說

仲裁 (Arbitration) 一詞來源於拉丁文，自有商業活動以來便有了商事仲裁。仲裁最初的意思是指由第三人在當事人雙方之間進行裁斷，因此在漢語中，所謂『仲』是指「在當中」的意思，『裁』是指「裁量」、「判斷」的意思，因而，就仲裁的字面意義，就是「居中判斷」。當今中外學者都賦予仲裁同樣的定義，認為商事仲裁指的是商事關係中的雙方當事人通過合意，自願將有關爭議提交第三者，即仲裁人或公斷人審理，由其依據法律或公平原則作出裁決判斷，並承諾自願履行確定義務的一種制度⁵²⁰。對於仲裁人及仲裁庭有「民間法官」、「民間法院」的說法⁵²¹，且其仲裁判斷書與法院的確定判決有同一的效力⁵²²。仲裁人身負決定當事人權益的重責大任，其個人表現的良窳，不僅直接關係當事人的利害，也會影響社會大眾對仲裁制度的信心，對仲裁制度的興衰，可謂舉足輕重。仲裁的威信不在於仲裁人位高權重，而應在仲裁判斷的公平與正確⁵²³。仲裁人的倫理，完全反應在仲裁人身上，仲裁判斷的公信力，繫乎仲裁人的倫理實踐。仲裁人應獨立、公正處理仲裁事件，本為仲裁人所應具備之最基本倫理要求，不但是仲裁判斷公信力的基石，也是仲裁制度最重要之社會機制，否則，以仲裁程序解決當事人間之爭議，雖可節省程序勞費，減少交易成本，卻反而增加社會成本的負擔。同時，如果仲裁判斷量化結果呈現諸多不合理的仲裁判斷，當事人對於以仲裁方式解決爭議之合理期待，勢必落空，則仲裁制度必然逐漸不為當事人選用，社會機制逐漸趨向零度⁵²⁴。仲裁人能否踐行倫理規範的要求，能否實現完全正義或實質正義，以維護仲裁機構仲裁判斷的公信力，使仲裁制度發揮其設置之社會機制的實效性，實屬仲裁人自我修為的問題，而其最具關鍵性之因素，在於仲裁人能否堅守獨立、公正之立場，衝破人情文化⁵²⁵。

第二項 仲裁人職業倫理規範

我國仲裁法第 15 條第 1 項前段：「仲裁人應獨立、公正處理仲裁事件，並

⁵²⁰ 董臨瑞，論臨時仲裁的優勢及在我國的現狀，科技諮詢導報，2007 年第 30 期，頁 156。

⁵²¹ 藍瀛芳，撤銷仲裁判斷之訴的事由與其法律性質，商務仲裁季刊第 42 期，1996 年 6 月，頁 28。

⁵²² 參閱仲裁法第 37 條第 1 項規定。

⁵²³ 楊敦和，仲裁人的評鑑制度，仲裁季刊第 80 期，2006 年 12 月 31 日，頁 95。

⁵²⁴ 王寶輝，仲裁人倫理規範的法理基礎，仲裁季刊第 67 期，2002 年 12 月 31 日，頁 38-39。

⁵²⁵ 王寶輝，仲裁人倫理規範的法理基礎，仲裁季刊第 67 期，2002 年 12 月 31 日，頁 34。

保守秘密。」此項條文為仲裁人職業倫理規範的基礎。法務部在仲裁法第 5 條及第 7 條修法說明中亦揭示⁵²⁶：「仲裁人之仲裁權形同法官之審判權」、「仲裁人之地位，有如法官」；此外，在 2001 年 12 月 26 日，中華民國仲裁協會在會員大會上也通過了中華民國有史以來第一部的仲裁人倫理規範，取名為『中華民國仲裁協會仲裁人倫理規範』作為該協會所屬仲裁人的行為規範守則。仲裁人因不具公職人員的身分，因此並不受有關公職人員或公務人員服務法的制約與規範，因而，該協會訂定行為規範的目的，不外乎係以道德勸說的立場，期許其所屬仲裁人在執行職務時，能以自律的態度與精神，自我約束，以確保仲裁的公正、客觀及獨立，並藉此維護仲裁制度的公信力。

除此之外，中華民國仲裁協會在其仲裁規則第 5 條中亦明訂：「仲裁人應獨立、公正處理仲裁事件。」，與此類似規定⁵²⁷，同樣出現在台灣營建工程爭議仲裁協會仲裁規則第 4 條，以及中華工程仲裁協會仲裁規則第 3 條。由此可知，仲裁人職業倫理規範的建立對於我國仲裁法的發展及各仲裁機構的存立具有極為深遠的意義。

何以仲裁法及各仲裁機構對建立仲裁人職業倫理規範如此的關切與重視？因為仲裁制度的維繫與生存，完全建立在仲裁公信力的基礎上，仲裁人擁有極大的權力，具有「準法官」的地位，其仲裁的權力比之一般法官，有過之而無不及，尤其，「一裁終結」不得上訴的權威，影響當事人的權益以及財產權的管理、處分及所有，因此，仲裁人在執行職務時，被期待扮演為一獨立、公正、客觀、中立的第三者角色，不得偏向任何當事人，乃為理所當然的事⁵²⁸。

仲裁人職業倫理規範的法律基礎，規定在我國仲裁法第 15 條，其中第 1 項所謂：「仲裁人應獨立、公正處理仲裁事件，並保守秘密。」，亦即揭示仲裁人在處理執行職務時，應公正、獨立而無所偏失。而第 2 項則規定：「仲裁人有下列各款情形之一者，應即告知當事人：一 有民事訴訟法第 32 條所定法官應自行迴避之同一原因者。二 仲裁人與當事人間現有或曾有僱傭或代理關係者。三 仲裁人與當事人之代理人或重要證人間現有或曾有僱傭或代理關係者。四 有其他情形足使當事人認其有不能獨立、公正執行職務之虞者。」，此即宣示，仲裁人有「揭示」、「披露」、「告知」(Disclosure) 之義務，亦即仲裁人在執行職務時，應避免存有任何偏執的成見，並應以謹慎公平的態度處理及解決當事人間的分爭。

⁵²⁶ 仲裁法修法彙編，法務部編印，1998 年 3 月，頁 29-30。

⁵²⁷ 台灣營建工程爭議仲裁協會仲裁規則第 4 條前段規定：「仲裁人應獨立、公正處理仲裁事件。」；中華工程仲裁協會仲裁規則第 3 條：「仲裁人應本其專業，遵守仲裁人倫理規範，公正、中立進行仲裁。」

⁵²⁸ 古嘉諄、陳希佳，仲裁人之角色與選定，仲裁季刊第 77 期，2006 年 3 月 30 日，頁 2。

第一款 仲裁人之獨立性及公正性

仲裁人雖為當事人所選定，然其地位應超然及具公正之特性，而非一方之代言人或代理人，故仲裁人應同時兼顧各當事人之權益，而不應為某一方當事人之利益行使職權，且仲裁人行使職權時，應確保獨立之立場，不應受當事人所左右。因為仲裁人要能獨立公正行使職權，又需具備專家判斷的能力，因此，具備高尚道德及法律、商業、工業、工程、財經領域的專業能力，而得為獨立判斷者，則為多數常設仲裁機構規則對仲裁人之資格規定，而公正、獨立、無偏見則為基本要求。因為獨立性與公正性是仲裁人執行職務時必備之要素，而「獨立性」及「公正性」，又僅係抽象的概念，故有再加以訂明之必要。

所謂獨立性，有學者將之定義為：仲裁人與當事人間無任何商業、財務或社交上的關係⁵²⁹，如仲裁人與當事人間上述關係愈密切，則其獨立性愈差，以此種判斷標準衡量較具有客觀性。而所謂公正性則較為抽象，因其牽涉到仲裁人之心證，與仲裁人之主觀判斷有關，很難直接加以衡量，只能在仲裁人執行職務時，從客觀之事實上加以論斷⁵³⁰。

影響仲裁人獨立、公正性的情形有許多種，例如：仲裁人在另一件仲裁事件中，現為或曾為一造當事人之仲裁人，或曾為一方當事人之代理人，或仲裁人與當事人間現有或曾有僱傭關係或親屬關係，或仲裁人對仲裁標的涉有利害關係，或仲裁人曾為一造之法律顧問，並對本件仲裁事件提供過其法律見解⁵³¹。仲裁人擁有類似法官之職權，具有準司法官之性格⁵³²，又仲裁程序亦相當於訴訟程序，仲裁人的權能雖源於當事人之協議，但在仲裁程序之運作上，其權力與法官相較毫不遜色，甚至有過之而無不及。而且仲裁是一裁終結，沒有上訴制度。亦可見仲裁人在事實的認定與法律的適用上其權力大於法官⁵³³。故仲裁人之獨立性、公正性，實為確保裁判品質不可或缺之要素，亦為仲裁制度存在

⁵²⁹ Aldo Berlinguer, "Impartiality and Independence of Arbitrators in International Practice" The American Review of International Arbitration, Vol. b, H04, P339 引自周少康, 仲裁人行為規範之研究, 國防管理學院法律學研究所碩士論文, 1998年, 頁17。

⁵³⁰ M Scott Donahey, "The Independence and Neutrality", Journal of International Arbitration (1992), Vol. 4, No. 4, P31, 32. 引自周少康, 仲裁人行為規範之研究, 國防管理學院法律學研究所碩士論文, 1998年, 頁17。

⁵³¹ W. Laurence Craig William W. Park & Jon Paulsson, "International Chamber of Commerce Arbitration", 2nd edition (1990), Oceana Publication Inc, P221. 引自周少康, 仲裁人行為規範之研究, 國防管理學院法律學研究所碩士論文, 1998年, 頁67。

⁵³² 楊崇森, 商務仲裁之理論與實際, 中央文物出版社, 1994年12月, 頁40。

⁵³³ 藍瀛芳, 法院對仲裁公信之建立責無旁貸---談仲裁人違反公開義務之拒却, 商務仲裁, 第37期, 頁41。

之基礎⁵³⁴。

倫敦國際仲裁院 (LCIA) 在仲裁規則第 10 條中規定：如果仲裁人故意違背仲裁協議和仲裁規則，不公平、或偏袒當事人一方、或者未以合理之勤勉引導和參與仲裁活動而導致不必要的延誤或費用時，可認為不宜履行職責，仲裁庭有權撤換該仲裁人並予以更替之⁵³⁵。

第二款 仲裁人不當行為及構成

仲裁人不當行為係指仲裁人在仲裁過程中違反仲裁人行為準則的作為。仲裁人一旦接受當事人或仲裁協會(機構)、法院的選定，擔任某一案件的仲裁人，就負有恪盡職守，嚴格遵守仲裁人行為準則、獨立公正處理案件、維護當事人正當權益的義務，仲裁人一旦違反其負有的義務，就構成不當行為⁵³⁶。例如未公正處理案件、私自接觸當事人或其代理人、不履行披露、告知義務、洩漏仲裁秘密或當事人的商業秘密、逾期不完成仲裁程序並作出仲裁判斷、違反仲裁程序所作之仲裁案件等等，都構成仲裁人的不當行為。這些行為均將造成當事人直接或間接的損失，有違當事人把爭議提交仲裁的初衷，也不利於仲裁事業的發展。

英國仲裁庭規定，對仲裁人的下列不當行為要求其承擔責任，像是故意或嚴重的不正當行為。其中所指的故意不正當行為，例如：不參加開庭審理或仲裁庭合議、無正當理由拒絕在判斷書上簽字、以及在判斷書公布之前透露仲裁庭的合意內容等等；嚴重失誤行為，例如：不根據當事人所爭辯的內容進行判斷、仲裁程序未按約定進行、仲裁庭沒有對當事人提交的所有事項進行審理、判斷內容不確定、判斷的形式不符合要求、以及違反公共政策或自然公正、無適當的理由辭職等等⁵³⁷。

第三款 仲裁人揭示或稱為告知、披露義務 (Duty of disclosure)

因為對仲裁人客觀公正的要求，因此各國法制及常設仲裁機構規則中常設有仲裁人披露義務之規定，即仲裁人必須披露其有可能影響公平執行職務之各

⁵³⁴ 邱雅文，政府採購法第 85 條之 1 第 2 項修訂對工程爭議調解實務之影響，仲裁季刊第 83 期，2007 年 10 月 5 日，頁 40。

⁵³⁵ Martin Odams de Zylva, Reziya Harrison, "International Commercial Arbitration", Jordam Publishing Limited, 2000, p48.

⁵³⁶ 徐前權，枉法仲裁罪之批判，廣西民族學院學報（哲學社會科學版），第 28 卷第 3 期，2006 年 5 月，頁 120-124。

⁵³⁷ 胡偉良，兩岸仲裁法之修法建議---以兩岸、香港、新加坡之比較研究為基礎，中國政法大學博士論文，2006 年 3 月，頁 93。

種事實。綜觀世界各國之仲裁規則，幾乎均課以仲裁人揭示可能導致對其獨立性、公正性有正當懷疑事由之義務，此幾乎已成為一項國際習慣或慣例，惟在判斷程序中何者係仲裁人應揭示之事實，各國之仲裁法規雖有概括性之規定，但畢竟無法鉅細靡遺，且該關係究竟應否揭示，其決定裁量者仍在「仲裁人」。

在某些情況下，如果當事人或其代理人與仲裁人間，存有相當密切之關係，如人事、財務等或其他足以令人懷疑仲裁人獨立性、公正性之事由時，雖其並不當然會影響仲裁人之獨立、公正之仲裁判斷，但如果課以仲裁人在選定前及仲裁程序中負有揭示、告知、披露義務（Duty of disclosure），即可使可能遭受偏見之當事人，慎重決定是否接受該仲裁人⁵³⁸。因為仲裁的基本功能即在於對爭議的當事人作出公平與獨立的判斷，因此世界各國仲裁法及機構性規則都會對此做出規範，要求仲裁人必須公正、獨立、無偏頗的履行職務，藉以達成客觀的正義，而依客觀情事足以認定仲裁人執行職務有偏頗之虞時，仲裁人即應自行迴避，否則法律會允許當事人請求仲裁人迴避。

當事人願意合意選擇仲裁代替訴訟，作為解決其紛爭的手段，除了仲裁能夠提供專業、迅捷、保密、經濟等優點之利基外，當事人同樣期待仲裁能夠提供公正及獨立的判斷；當事人要求仲裁提供迅捷快速的服務，並不意味其即可放棄或犧牲公正的判斷，因而仲裁人的公正性及獨立性，是當事人選擇仲裁的重要考量關鍵因素之一。因此，仲裁人在接受選任前，應將其可能影響仲裁公正性與獨立性的事由，清楚、明白的向當事人揭露，亦即應告知當事人。此即仲裁人的揭示或告知義務⁵³⁹。即便，該等事由的存在，並不會百分之百的絕對

⁵³⁸ 聯合國國際商務仲裁模範法第 12 條第 1 項規定，仲裁人於選定前及仲裁程序中負有「披露義務（Duty of disclosure）」以維護仲裁人之獨立公正性，確保仲裁制度之公信力。

⁵³⁹ See UNIFORM ARBITRATION ACT-2000：「SECTION 12.DISCLOSURE BY ARBITRATOR.

(a) Before accepting appointment, an individual who is requested to serve as an arbitrator, after making a reasonable inquiry, shall disclose to all parties to the agreement to arbitrate and arbitration proceeding and to any other arbitrators any known facts that a reasonable person would consider likely to affect the impartiality of the arbitrator in the arbitration proceeding, including : (1) a financial or personal interest in the outcome of the arbitration proceeding ; and (2) an existing or past relationship with any of the parties to agreement to arbitrate or the arbitration proceeding, their counsel or representatives, a witness, or another arbitrators. (b) An arbitrator has a continuing obligation to disclose to all parties to the agreement to arbitrate and arbitration proceeding and to any other arbitrator any facts that the arbitrator learns after accepting appointment which a reasonable person would consider likely to affect the impartiality of the arbitrator. (c) If an arbitrator discloses a fact required by subsection (a) or (b) to be disclosed and a party timely objects to the appointment or continued service of the arbitrator based upon the fact disclosed, the objection may be a ground under Section 23 (a) (2) for vacating an award made by the arbitrator.

(d) If the arbitrator did not disclose a fact as required by subsection (a) or (b) , upon timely objection by a party, the court under Section 23 (a) 2 may vacate an award. (e) An arbitrator appointed as a neutral arbitrator who does not disclose a known, direct, and material interest in the outcome of the arbitration proceeding or a known, existing, and substantial relationship with a party is presumed to act with evident partiality under Section 23(a)(2). (f) If the parties to an arbitration proceeding agree to the procedures of an arbitration organization or any other procedures for challenges to arbitrators before an award is made, substantial compliance with those procedures is a

影響仲裁人作出公正的判斷，但為了消除當事人之疑慮，仲裁人仍有此項義務，以使可能遭受偏見之當事人自行決定是否接受該仲裁人。且此項義務具有持續性，如仲裁人在仲裁程序中始發現有其他新的情況發生，可能影響其公正性及獨立性時，應立即告知其他仲裁人與當事人知悉⁵⁴⁰。如仲裁人未能將可能足以影響其公正性及獨立性之事由，加以告知，此等事由可能會被當事人作為聲請仲裁人迴避之原因⁵⁴¹。如仲裁人在接受選任前或在仲裁程序中，已盡其告知之義務，將可能足以影響其公正性與獨立性之事由告知當事人，而當事人如未於一定期間內提出異議，當事人嗣後不得在仲裁程序進行中乃至仲裁判斷後，以仲裁人適格性為理由，對仲裁程序或判斷本身加以攻擊，反之，如當事人基於仲裁人所告知之情況，認為該人不適任擔任仲裁人時，可以表示異議加以拒卻之⁵⁴²。此時，若仲裁人不自動辭退，則多數之仲裁規則規定仲裁機構可以決定仲裁人是否必須撤換⁵⁴³。在非常設仲裁機構仲裁之情形，雖無正式之主張迴避之程序，但一般仍得藉由法院撤換（vacate）仲裁人之程序或由法院撤銷仲裁判斷之程序，以達到相同之目的⁵⁴⁴。

我國仲裁法第 15 條第 2 項規定：「仲裁人有下列各款情形之一者，應即告知當事人：一 有民事訴訟法第 32 條所定法官應自行迴避之同一原因者。二 仲裁人與當事人間現有或曾有僱傭或代理關係者。三 仲裁人與當事人之代理人或重要證人間現有或曾有僱傭或代理關係者。四 有其他情形足使當事人認其有不能獨立、公正執行職務之虞者。」，仲裁人有前述情形之一者，即負有「揭示」、「揭露」或「告知」(Disclosure) 當事人之義務，亦即仲裁人在接受仲裁人職務前或後，應明白告知當事人，並由當事人自我判斷是否仍然選任其為仲裁人，

condition precedent to a [motion] to vacate an award on that ground under Section 23 (a) (2) .」, PEPPERDINE DISPUTE RESOLUTION LAW JOURNAL, Vol.3 : 317, 2003, page 366-367.

⁵⁴⁰ Klaus Peter Berger, *International Economic Arbitration*, Page 264, Kluwer and Taxation Publishers (1993); Alan Redfern & Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Page 225. Sweet & Maxwell (1991) 引自周少康，*仲裁人行為規範之研究*，國防管理學院法律學研究所碩士論文，1998 年，頁 17。

⁵⁴¹ Mark W. Levine, “The Immunity of Arbitrators and the Duty to Disclose”, page 198, Vol.6, No.2, *The American Review of International Arbitration* (1995). 引自周少康，*仲裁人行為規範之研究*，國防管理學院法律學研究所碩士論文，1998 年，頁 17。

⁵⁴² See M.Scott Donahey, *The Independence and Neutrality of Arbitrators*, Vol.9, No.4, page 38-39 *Journal of International Arbitration* (December, 1992); 楊崇森著，*商務仲裁之理論與實際*，中華文化叢書，頁 45；引自周少康，*仲裁人行為規範之研究*，國防管理學院法律學研究所碩士論文，1998 年，頁 17。

⁵⁴³ See *American Arbitration Association Commercial Arbitration rules* (1988) [hereinafter ‘AAA International Rules’], art.19; *ICC Rules*, art.2 (7); *UNCITRAL Rules*, art.12. 引自林曉瑩，論仲裁人之獨立性及公正性，*仲裁季刊*第 63 期，2001 年 12 月 20 日，頁 71，註 20。

⁵⁴⁴ See Michael F.Hoellering, *The Arbitrators in International Commercial Arbitration in New York* (1986), at.68-69. 引自林曉瑩，論仲裁人之獨立性及公正性，*仲裁季刊*第 63 期，2001 年 12 月 20 日，頁 71。

如當事人基於仲裁人所告知之情況，認為該人不適合擔任仲裁人時，可以表示異議並加以拒卻之，而當事人如未於一定期間內提出異議，當事人嗣後即不得在仲裁程序進行中乃至仲裁判斷後，以仲裁人適格性為理由，對仲裁程序或判斷本身加以攻擊。仲裁法作此規定之立法目的，無非在求仲裁判斷之公正與獨立，並避免仲裁人存有任何偏執之成見，以更加謹慎公平的態度，處理及解決當事人間之紛爭，藉此獲取民眾對仲裁制度之信賴。因而，中華民國仲裁協會在訂定仲裁人倫理規範時，在該規範第 8 條中特別揭示規定：「仲裁人對當事人有依仲裁法第 15 條第 2 項據實告知之義務，不得虛偽、隱匿。」同時，在該規範第 11 條也規定：「仲裁人應遵守仲裁法迴避之規定。如有仲裁法所定應迴避之事由或其擔任仲裁人之公正性有被合理質疑之可能性時，應拒絕擔任，其於就任後始發現者，應自行迴避。」

第四款 仲裁人之迴避義務

仲裁人是當事人選定之法官而非代理人，對於當事人間爭議之解決，應如同國家法官審理案件一般，以獨立、公正之態度為之。故「獨立性」與「公正性」是仲裁人執行職務時必備的要素。

依 UNCITRAL 模範法，一方當事人如發現另一方當事人所選任之仲裁人有迴避之事由時，如仲裁庭尚未組成，該當事人須等待仲裁庭組成後，才可向其提出聲請，不似 UNCITRAL 仲裁規則規定，當事人一知悉被聲請迴避仲裁人之選任後，即可提出聲請，不必等到仲裁庭組成後方得為之。

如仲裁庭中仲裁人發現某位仲裁人，有顯著不公正之情形發生時，可通知受害當事人提出該仲裁人迴避之請求。

參照國際律師協會倫理規範篇第 5 條第 4 項規定：「當仲裁庭之仲裁人獲悉某位仲裁人與當事人有不當之聯繫時，其可通知其他仲裁人，並共同決定採取何種措施。如該仲裁人未能或拒絕終止不當之聯繫，其餘仲裁人可通知他方當事人，以便其能夠考量採取何種措施。一方仲裁人也可將其想法以書面告知其他仲裁人後，單方面通知他方當事人有關該仲裁人之行為，以便讓該當事人考量應採取何種措施應對。唯有在極嚴重之情況下，才考慮聲請該仲裁人迴避。」

在我國則無上述國際律師協會倫理規範篇所規定之「仲裁人發現某位仲裁人，有顯著不公正之情形發生時，可通知受害當事人提出該仲裁人迴避之請求」程序。有關請求仲裁人迴避之事由規定在仲裁法第 16 條第 1 項：「一、不具備當事人所約定之資格者。二、有前條第 2 項各款情形之一者。」，依據仲裁法第 15 條第 2 項之規定：「仲裁人有下列各款情形之一者，應即告知當事人：一 有

民事訴訟法第 32 條所定法官應自行迴避之同一原因者。二 仲裁人與當事人間現有或曾有僱傭或代理關係者。三 仲裁人與當事人之代理人或重要證人間現有或曾有僱傭或代理關係者。四 有其他情形足使當事人認其有不能獨立、公正執行職務之虞者。」，而在仲裁法第 17 條中對於迴避期間亦訂有一定天數之限制，亦即當事人如果發現仲裁人有顯著不公之情形發生時，即可在知悉迴避原因後 14 日內，以書面敘明理由，向仲裁機構之仲裁庭提出，除非當事人另有約定，否則仲裁庭應在 10 日內作成決定。如果，當事人對於仲裁庭之決定不服者，得在 14 日內聲請法院裁定之。

第五款 限期完成仲裁程序並作成判斷之義務

仲裁人經當事人選任後，有進行仲裁程序，不中途辭卸職務，並做出仲裁判斷之義務。如仲裁人因本身其他事務耽擱，遲不為仲裁判斷，勢必會增加當事人仲裁費用之負擔，並破壞當事人迅速解決爭議之正當期待。當事人所以願意以仲裁代替訴訟解決紛爭，係因仲裁較訴訟更具有迅速之本質。為維護仲裁程序之快速進行，仲裁人應集中精力，在一定時間內完成仲裁並作成仲裁判斷。但法律應否明文規定仲裁人作成仲裁判斷之期限，各國立法例不同，茲分述如下：

一、仲裁人作成仲裁判斷之期限⁵⁴⁵

(一) 採具體明確之立法例

採取此種立法方式，其主要優點在於確保仲裁程序在一定期限內完成，可求仲裁程序之迅速性與經濟性。但其缺點在於仲裁事件之複雜度不一，所花費的時間不盡相同，如以明文規定仲裁人須於某期限內作成仲裁判斷，較缺乏彈性，並且無法維持仲裁判斷的品質。

1. 須在 6 個月內作成者，例如 1981 年法國民事訴訟法第 1456 條第 1 項⁵⁴⁶、1988 年西班牙仲裁法第 30 條第 1 項⁵⁴⁷、1998 年國際商會國際仲裁規則第 24 條第 1

⁵⁴⁵ 引自周少康，仲裁人行為規範之研究，國防管理學院法律學研究所碩士論文，1998 年，頁 24 以下。

⁵⁴⁶ Article 1456 sec 1 of 1981 Code of Civil Procedure : 「If the Arbitration agreement does not establish a deadline, the mission of the arbitrators shall last only six months from the day the last arbitrators has accepted his mission.」，引自周少康，仲裁人行為規範之研究，國防管理學院法律學研究所碩士論文，1998 年，頁 24，註 67。

⁵⁴⁷ Article 21 sec 1 of 1987 Thailand Arbitration Act : 「The award must be rendered within a period of 180 days from the date of the rightful appointment of the last arbitrator or umpire.unless otherwise

項⁵⁴⁸。

2. 須於 1 年內作成者，例如，1994 年埃及仲裁法第 45 條規定，如當事人未約定判斷作成期限時，仲裁庭須於仲裁程序開始之日起 1 年內作出仲裁判斷。如未能於上述期限內作成者，除當事人另有約定外，必要時仲裁庭得延長 6 個月⁵⁴⁹。
3. 仲裁人作成判斷之期限，須視仲裁人為法律仲裁或衡平仲裁而有不同者，如阿根廷、厄瓜多爾及委內瑞拉⁵⁵⁰。例如 1981 年阿根廷民商訴訟法（Code of Civil and Commercial Procedure）第 770 條規定，仲裁庭如以衡平仲裁方式進行仲裁者，須於全部仲裁人接受選任後 3 個月內作出判斷⁵⁵¹，以法律仲裁者，則無期限之限制⁵⁵²。
4. 仲裁人作成判斷之期限，有依仲裁事件之性質為內國仲裁或國際仲裁，而作不同區分者。例如 1982 年修正之瑞典仲裁法第 18 條第 2 項規定，當事人對仲裁判斷作成之期限無任何約定時，在內國仲裁事件中，仲裁庭須於 6 個月內作成仲裁判斷，在國際仲裁中，則無此時間之限制⁵⁵³。

（二）採不加以規定之立法例

agreed by the parties.」，引自周少康，仲裁人行為規範之研究，國防管理學院法律學研究所碩士論文，1998 年，頁 24，註 68。

⁵⁴⁸ Article 24 sec 1 of 1998 Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce：「The time-limit within which the Arbitral Tribunal must render its final Award is six months....」，引自周少康，仲裁人行為規範之研究，國防管理學院法律學研究所碩士論文，1998 年，頁 25，註 70。

⁵⁴⁹ DR.M.I.M.Aboul-Enein,“Reflections on the New Egyptian law on Arbitration”,page83,Vol.11,No.1, Arbitration International (1995)，引自周少康，仲裁人行為規範之研究，國防管理學院法律學研究所碩士論文，1998 年，頁 25，註 72。

⁵⁵⁰ Rene David, Arbitration in International trade,page268,Kluwer and Taxation Publishers (1985)，引自周少康，仲裁人行為規範之研究，國防管理學院法律學研究所碩士論文，1998 年，頁 25，註 74。

⁵⁵¹ Article770 of 1981 Argentina Code of Civil and Commercial Procedure：「If no has been fixed by the parties,amiables compositeurs shall make their award within three months of acceptance of the last appointment.」，引自周少康，仲裁人行為規範之研究，國防管理學院法律學研究所碩士論文，1998 年，頁 26，註 75。

⁵⁵² International Handbook on Commercial Arbitration,Supplement11,Argentina-18,January 1990，引自周少康，仲裁人行為規範之研究，國防管理學院法律學研究所碩士論文，1998 年，頁 26，註 76。

⁵⁵³ Article18 sec3 of 1982 Sweden Arbitration Act：「Where the parties have not laid down any period for giving the award, then the award shall be given six months reckoned from the date when the arbitration agreement was made or, where the agreement has reference to future disputes or has not been made in writing with a clear definition of the issue in dispute....,The provision of this paragraph shall not apply in case the parties are, or one of them is, resident outside Sweden.」，引自周少康，仲裁人行為規範之研究，國防管理學院法律學研究所碩士論文，1998 年，頁 26，註 77。

對作成仲裁判斷之期限未加任何限制者，其優點是較具彈性，但缺點是仲裁人作成仲裁判斷之快慢，須視仲裁人之職業道德與工作熱誠而定，對當事人而言，缺乏穩定感。採此立法者有如 1995 年大陸仲裁法、1995 年紐西蘭仲裁法、1997 年倫敦仲裁法院國際仲裁規則草案、1993 年美國仲裁協會國際仲裁規則及 1985 年聯合國國際貿易法委員會國際商務仲裁模範法等。此外，尚有由仲裁庭自行決定者，如 1986 年荷蘭仲裁法第 1048 條：「仲裁庭得自由決定仲裁判斷應作成之時間⁵⁵⁴。」

（三）採抽象概括期限之立法例

此項立法原則僅抽象要求仲裁人應迅速完成仲裁判斷，而對其作成期限未作明確規定。採此立法例者僅在法條上使用「合理期間」(Reasonable Time)「或盡可能迅速地」(As Soon as Possible)作成仲裁判斷等文字，促使仲裁人迅速完成其任務。採此立法方式者有 1986 年荷蘭仲裁協會仲裁規則第 43 條規定：「仲裁庭應迅速地作成仲裁判斷。」；德國仲裁協會仲裁規則第 20 條第 1 項規定：「仲裁庭應迅速進行仲裁程序，並在合理期間內作成仲裁判斷。」

（四）採折衷之立法例

將仲裁期間分為審理期間與判斷期間，分別給予不同之期間：

1. 審理期間不具體明確規定，而對判斷期間則予以明確規定。例如，1996 年美國仲裁協會商務仲裁規則第 41 條規定：「除當事人另有約定或法律另有規定外，仲裁人應於聽審結束之日起或如當事人放棄口頭聽審，自協會將當事人最終證詞及證據交由仲裁人之日起，30 日內迅速作成仲裁判斷。」此 30 日期限為強行規定，當事人不得協議延長之。
2. 審理期間及判斷期間均予具體明確規定者。例如，在 1994 年世界保護智慧財產權組織 (WIPO) 仲裁規則第 63 條第 1 項規定，即分別要求仲裁人應在 9 個月期限內完成審理，在 3 個月期間內作成判斷。如仲裁人在上揭不同法定期間將屆滿前未能達成任務時，應向中心提出書面報告，並將副本送交當事人說明其展延的理由，直到任務完成為止。

二、我國仲裁法之規定與檢討

⁵⁵⁴ Article 1048 of 1986 Netherlands Arbitration Act:「The arbitral tribunal is free to determine the time when the award shall be made」，引自周少康，仲裁人行爲規範之研究，國防管理學院法律學研究所碩士論文，1998 年，頁 26，註 78。

我國仲裁法第 21 條第 1 項規定：「仲裁進程序，當事人未約定者，仲裁庭應於接獲被選為仲裁人之通知日起 10 日內……，並於 6 個月內作成判斷書；必要時得延長 3 個月。」從本條規定之期限可知，仲裁人作成仲裁判斷的時間，原則上以 6 個月為限，但在案情複雜，需要時間較長調查的仲裁案件，例如國際仲裁需要跨國蒐集資訊，調查事實，或者重大工程爭議之仲裁，牽涉工程介面項目繁多，需要花費長時間之調查與分析研判，如果仲裁人急於在 6 個月完成仲裁判斷，可能會犧牲當事人某些權益，或對於當事人所提出之新事證未能加以詳加調查詢問，進而影響仲裁品質。因而，在衡酌實際狀況後認為有必要時，可以延長 3 個月，也就是審理期間可以達到最高 9 個月。如果仲裁人未於期限內作成仲裁判斷書，依據我國仲裁法第 21 條第 3 項規定：「仲裁庭逾第 1 項期間未作成判斷書者，除強制仲裁事件外，當事人得逕行起訴或聲請續行訴訟。其經當事人起訴或聲請續行訴訟者，仲裁程序視為終結。」然如仲裁人逾法定期間未能作成仲裁判斷，當事人又未起訴或聲請續行訴訟者，仲裁程序並非當然終結或無效，此時仲裁人是否仍有繼續作成判斷之義務？所作成之仲裁判斷是否為一有效仲裁判斷？學說上有不同見解，茲分析如下：

（一）肯定說

持此說者認為，若非如此解釋，則不啻使仲裁程序之相對人，得藉以延滯仲裁程序進行，倘使仲裁人未能於仲裁期限內作成仲裁判斷，則已進行之仲裁程序將成為徒勞無功之浪費。如此對仲裁制度之健全發展及聲請人權益之保障，均有極不利的影響。故應認為仲裁人逾法定期間未作成判斷時，如當事人未另行起訴，仲裁人仍有作成仲裁判斷之義務，且作成之仲裁判斷，仍為有效之仲裁判斷⁵⁵⁵。

（二）否定說

持此說者認為仲裁人之權源來自當事人之約定及授權。當事人如未另行約定仲裁判斷之作成期間，法定期間即是當事人意思的推定，仲裁人應在此期間內作成判斷。如仲裁人未在此時間作成判斷，即係違反推定之約定時間，仲裁人逾期判斷係屬「越權判斷」，因其判斷之權源已失所附麗，不應認其為有效⁵⁵⁶。

⁵⁵⁵ 林瑤，我國仲裁法制理論與實務之分析研究，私立東吳大學法律研究所碩士論文，86 年 6 月，頁 100。

⁵⁵⁶ 藍瀛芳，仲裁人審理期間的探討—兼評最高法院 81 年台上字第 2578 號民事判決，商務仲裁，

（三）實務見解

最高法院 81 年台上字第 2578 號民事確定判決認為：如仲裁人逾 6 個月未能作成仲裁判斷，仲裁程序並非當然終結，此時如當事人並未就仲裁判斷事項另行起訴，應認為仲裁人仍有繼續作成判斷之義務，於仲裁人未依法作成判斷或當事人未另行起訴前，仲裁程序仍應繼續進行。係採肯定說之見解⁵⁵⁷。

（四）本文見解

前述肯定說及最高法院之見解，似均有可議之處。蓋仲裁人逾法定期間未作成仲裁判斷，仲裁程序應行終止，仲裁人於規定期限後所作成之仲裁判斷，並非有效之仲裁判斷。依前述最高法院之見解，如仲裁人逾法定判斷期間未作成判斷，只要當事人不另行訴訟，原進行之仲裁程序繼續進行實有不妥。此種見解會產生仲裁程序之進行與否，完全須視當事人雙方之意思而定，使仲裁程序處於不確定之狀況。在當事人未起訴之狀況下，該仲裁程序雖繼續進行，一旦當事人中有一方提起訴訟，原仲裁程序即告終結，缺乏仲裁程序之穩定性。惟本文認為如須視當事人之意思及為保持仲裁程序之彈性，不如在條文中明白規定仲裁人逾法定期間未作成判斷者，除了當事人可協議延長者外，仲裁程序當然終止，不但明確而且可以避免爭議。

此外，就立法目的而言，我國對仲裁人判斷期限，係採具體明確之立法，即或對展延期限也具體明文規定，其目的乃在確保仲裁程序得於一定期限內完成，以符仲裁經濟、迅速的要求。如果仲裁人在逾越法定期限後，仍然可以在未經當事人同意下，繼續進行仲裁程序，並作成有效的仲裁判斷，顯然與上述立法意旨相違背。

另外，仲裁法第 21 條第 3 項規定：「仲裁庭逾第 1 項期間未作成判斷書者，除強制仲裁事件外，當事人得逕行起訴或聲請續行訴訟。其經當事人起訴或聲請續行訴訟者，仲裁程序視為終結。」，可知在「強制仲裁事件」中，仲裁庭縱使未在第 1 項所定期間內作成仲裁判斷書，當事人仍不得逕行起訴或聲請續行訴訟。依仲裁法立法說明：「強制仲裁之場合，若仲裁庭未能於 9 個月內作成判

第 40 期，1995 年 11 月，頁 43。

⁵⁵⁷ 最高法院民事裁定 95 年度台上字第 2756 號：「……至於仲裁法第 21 條第 1 項、第 33 條第 1 項則屬訓示、任意規定，仲裁庭縱未於法定 6 個月及其得延長之 3 個月計 9 個月期間內作成仲裁判斷，復未於宣告詢問終結後 10 日內作成判斷書，仍無違反仲裁法第 40 條第 1 項第 4 款之規定可言。」。

斷書者，依強制仲裁立法原意，當事人仍不得起訴，故於第 3 項增訂『除強制仲裁事件外』，俾資澄清。」此段文字容易令人誤解仲裁庭在強制仲裁事件中不受 9 個月內作成判斷書之限制。

本文以為仲裁庭逾 9 個月未作成仲裁判斷，仲裁程序即應終止，如於強制仲裁事件中，當事人須重新選任仲裁人，系爭仲裁事件應由新組成之仲裁庭加以審理。前述仲裁法第 21 條第 3 項有關強制仲裁之規定，應予釐清⁵⁵⁸。

第六款 仲裁人守密之義務

仲裁與訴訟最大的不同點即在於仲裁程序不公開，訴訟程序則強調其公開。程序不公開，正如拉丁文所形容的 *in camera*（在暗房裡）進行，即不對外開放的意思。這是其與法院訴訟必須對 *coram publico*（大眾公開的）程序，完全相反的一種程序。亦即仲裁的守密與不公開的優點，正是一般訴訟所無的特色⁵⁵⁹。

因基於程序不公開，有機會參與程序的相關人士，對知悉的仲裁事項負有守密的義務⁵⁶⁰。如果當事人之一方違背此義務而揭露其機密，往往將致他方當事人受到損害，而對違約的一方有賠償請求權。大多數的仲裁制度均嚴格要求，除非當事人另有約定外，仲裁事件整個過程僅限於仲裁人、當事人及其代理人參與。

基於當事人之信賴，仲裁人須全程親自參與仲裁程序，其審理職務不得委由他人，也不得攜帶他人出席仲裁程序。仲裁人未經當事人同意不能帶自己的書記人員、秘書或實習仲裁人等出席。

為貫徹守密原則，如有證人出庭證述或專家出庭表示意見，在其完成證述或說明後即須請其離開。判斷評議的秘密尤其嚴格，因此各國國內法（諸如法國法 Art. 1469）與國際法（諸如 IBA's Ethics for International Arbitrators of 1987, Rule 9）皆明白宣示仲裁人對其參與的評議應加以守密。事實上，仲裁人守密的內容並不僅限於與此判斷的評議，而及於其因仲裁所知悉的相關事項。因為仲裁人被委聘解決當事人間的糾紛，因而知悉或持有當事人的機密資訊與資料。仲裁人對這些機密資訊皆負有守密的義務⁵⁶¹。且此義務應較諸當事

⁵⁵⁸ 同此見解者；周少康，*仲裁人行為規範之研究*，國防管理學院法律學研究所碩士論文，1998 年，頁 37。

⁵⁵⁹ 藍瀛芳，*仲裁的守密與程序不公開*，*仲裁季刊*第 82 期，2007 年 7 月 31 日，頁 3。

⁵⁶⁰ 胥博，*從仲裁制度的保密性談起*，*蘇州工職院，經濟管理*，2007 年 12 月，頁 53。

⁵⁶¹ 依據美國律師公會與仲裁協會共同公布的「商事仲裁之仲裁人倫理規則」第 6 條 (Canon VI of the Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Arbitration) 規定如下：

A. An arbitrator is in a relationship of trust to the parties and should not at any time use confidential information acquired during the arbitration proceedings to gain personal advantage or advantage

人間的守密義務重要。仲裁人因受理爭議事件而持有的證據文件皆有完全守密的義務，且此義務也是有絕對性的原則，與此相反，判斷書為仲裁人依據審理程序獲得的證據資料形成心證的表達，其機密性的性質與持有的證據文書不同。換言之，法律對此等證據文件的守密要求比對判斷書的守密要求更為嚴格。因此仲裁人對判斷書的公開無權置喙，但當事人如將其公開，可以提升仲裁品質，且可加重仲裁人的工作責任⁵⁶²。

此外，仲裁人對判斷的評議也有絕對守密的義務，詳言之，此處所謂評議的守密指的不僅是仲裁人本身不能對外揭露，而且還指仲裁人不能允許當事人或第三人在評議場合，也不能將其過程向任何第三人，包括仲裁機構在內的人員揭露。這項機密為仲裁人所特有，且須嚴加遵守。因此，所有仲裁法與仲裁規則皆有此規定。在英格蘭的實務上有下列的守密措施，值得參考：

- (a) 仲裁人為公司職員或律師事務所合夥律師擔任仲裁人時，仲裁人個人應自行負責仲裁案卷的保管工作，不得將之與一般卷宗同置於公司或事務所檔案室，以防他人閱覽而外洩⁵⁶³；
- (b) 仲裁人以信函通知當事人已做成判斷，並請支付酬金以領取判斷書者，此通知並非判斷書的公開⁵⁶⁴。

仲裁人對判斷的評議應保守秘密的原則，為所有國內與國際立法以及所有仲裁機構的仲裁規則所明定。在法院的程序是審理公開，而評議不公開，可是在仲裁的程序則完全的全程不公開，判斷的守密有更嚴格的機制。仲裁係基於當事人的仲裁協議，而當事人的協議仲裁係為保守其事務的秘密，仲裁人的評議即有遵循此約定的目的。再者，仲裁人由當事人所選定，與當事人間有契約關係，為確保仲裁人的公正與獨立，仲裁人就其評議的過程與內容不得告知當事

for others or to affect adversely the interest of another.

B. Unless otherwise agreed by the parties, or required by applicable rules or law, an arbitrator should keep confidential all matters relating to the arbitration proceedings and decision.

通常仲裁機構對守密問題比仲裁法重視，由於守密原則的重要為仲裁團體所注意，目前加以明白規範的有下列三種倫理規則：

- (1) Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes, AAA-ABA, Article 6；
- (2) Rules of Ethics for International Arbitrators, IBA, Article 9.
- (3) Regles de bonne conduite pour les arbitres CPANI, Article 9

以上請參閱藍瀛芳，仲裁的守密與程序不公開，仲裁季刊第 82 期，2007 年 7 月 31 日，頁 6。

⁵⁶² “I believe arbitrators shall favor disclosure of their efforts, for public scrutiny is likely to promote their being careful and responsible in the discharge of their duties.”-Cited from Hans Smit, Breach of Confidentiality as Ground for avoidance of the arbitration agreement, ARIA, Vol.11, No.4 (2000), at p.578 and note 27。資料引自藍瀛芳，仲裁的守密與程序不公開，仲裁季刊第 82 期，2007 年 7 月 31 日，頁 6，註 8。

⁵⁶³ Cf. Ronald Berstein, etc., Handbook of Arbitration Practice, Sweet & Maxwell, 1998, p.195. 引自藍瀛芳，仲裁的守密與程序不公開，仲裁季刊第 82 期，2007 年 7 月 31 日，頁 6，註 9。

⁵⁶⁴ Cf. Mustill and Boyd, op. cit., 1983 edition, p.338, note 2. 資料引自藍瀛芳，仲裁的守密與程序不公開，仲裁季刊第 82 期，2007 年 7 月 31 日，頁 6，註 10。

人，也不得使第三人知悉。如果仲裁人違背此評議的守密義務時其判斷也有被撤銷的可能。由此可見判斷的評議在實質上比法官的評議為嚴格⁵⁶⁵。

仲裁人保守秘密的義務，除當事人另有約定或法律有明文規定者外，則應屬無限期絕對的義務，仲裁人不因完成仲裁判斷及解除仲裁人職務而使其義務消滅⁵⁶⁶。

第三項 外國仲裁人倫理規範

為加強仲裁人之倫理，各個仲裁機構或協會多半會制定一些仲裁人倫理規範或仲裁人手冊，供仲裁人作為執行職務之參考。惟這些規範或手冊並無強制力，亦無拘束力，僅能由仲裁人自發性的遵守及自律。以下謹就外國法有關仲裁人在執行仲裁職務時所應遵守之獨立性、公正性以及告知義務之規定，說明如后：

第一款 外國仲裁人獨立性、公正性倫理規範之規定

仲裁人執行職務，應本其專業知識及良知，公平、獨立評斷是非，此不僅為仲裁本旨之要求，各國仲裁法規亦做如此之規定。例如，國際商會仲裁規則（ICC Arbitration Rules）中即明文規定仲裁人應「獨立」執行職務，當事人得於仲裁人欠缺獨立性或其他事由時拒卻仲裁人⁵⁶⁷，聯合國國際貿易法委員會仲裁規則（UNCITRAL Arbitration Rules）規定仲裁人須「公正」且「獨立」執行職務（“impartiality” and “independence”）⁵⁶⁸，美國仲裁協會國際仲裁規則（American Arbitration Association International Arbitration Rules〔“AAA International Rules”〕）要求仲裁人須公正、獨立⁵⁶⁹，英國

⁵⁶⁵ 關於仲裁人違背此義務，致其判斷被撤銷所引發之問題，見 M.de Boissesson, op. cit., pp.292.-p293 para.344. 資料引自藍瀛芳，仲裁的守密與程序不公開，仲裁季刊第 82 期，2007 年 7 月 31 日，頁 11，註 20。

⁵⁶⁶ 周少康，仲裁人行為規範之研究，國防管理學院法律學研究所碩士論文，1998 年，頁 44。

⁵⁶⁷ International Chamber of Commerce（ICC）Rules of Arbitration（1998）〔hereinafter‘ICC Rules’〕,art.11；又最早 1923 年 ICC Rules 中並未言及仲裁人之獨立性（independence）或公正性（impartiality）之問題，於 1955 年時之 ICC Rules 亦同。1975 年 ICC Rules 修正時，始加入仲裁人應具獨立性之文字。1988 年 ICC Rules 修正時，論者有提議應將仲裁人之公正性加入 ICC Rules 中，但嗣後未獲通過，理由乃因該項提案於修法之後期始行提出，如經仔細討論，則恐延誤修法程序。故 ICC Rules（1988）第 2 條第 8 款中僅言及仲裁人之獨立性而不包括公正性之規定。引自林曉瑩，論仲裁人之獨立性及公正性，仲裁季刊第 63 期，2001 年 12 月 20 日，頁 68、85。

⁵⁶⁸ UNCITRAL Arbitration Rules（1976）〔hereinafter‘UNCITRAL Rules’〕,art.10,PARA.1.；引自林曉瑩，論仲裁人之獨立性及公正性，仲裁季刊第 63 期，2001 年 12 月 20 日，頁 68，註 4。

⁵⁶⁹ American Arbitration Association International Arbitration Rules（1991）〔hereinafter‘AAA

倫敦仲裁法院規則（The Rules of the London Court of International Arbitration〔“LCIA Rules”〕）亦規定仲裁人須維持獨立公正，且無一仲裁人得於仲裁程序中為當事人辯護，不論係於仲裁人任命之前或之後，仲裁人均不得對任何一造當事人提供實體上之建議或爭議之結果。⁵⁷⁰

美國聯邦仲裁法承認如仲裁判斷有明顯之偏頗，或仲裁人有貪污之行為時，該仲裁判斷得被撤銷⁵⁷¹。在英國，如仲裁人本身有不當之行為（misconducted himself or the proceedings），法院得撤換該仲裁人。所謂不當行為，並不僅指法律適用或事實認定錯誤，且包含仲裁人具實際或潛在的偏見（actual or potential bias），或是不公平、不誠實或腐敗貪污之行為⁵⁷²。

1977年由美國仲裁協會與美國律師協會所制定之仲裁人倫理規範（Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes of The American Arbitration Association and American Bar Association；以下簡稱為AAA/ABA仲裁人倫理規範）為例，該規範之序言即說明，該規範是為多種仲裁提供道德指引，但它不是美國仲裁協會或其他任何機構仲裁規則之一部⁵⁷³。惟其對於存有特殊關係或行為致使仲裁人之獨立、公正性遭受質疑時，仲裁人應儘量予以避免，提供了相當有建設性的意見⁵⁷⁴，謹將其相關的條文臚列如下：

一、AAA/ABA仲裁人倫理規範⁵⁷⁵

- （一）在接受仲裁人之任命後，仲裁人應儘量避免與任何一造當事人建立任何財務、商業、職業、家庭、社會關係，或是自任一造當事人處獲得任何財務上或個人之利益，致可能影響仲裁人公正性，或可能造成仲裁人有

International Rules’〕,art.7. 引自林曉瑩，論仲裁人之獨立性及公正性，仲裁季刊第 63 期，2001 年 12 月 20 日，頁 68，註 5。

⁵⁷⁰ The Rules of the London Court of International Arbitration of 1998〔hereinafter‘LCIA Rules’〕,art.5.2.其原文為：All arbitrators conducting an arbitration under these Rules shall be and remain at all times impartial and independent of the parties,and none shall act in the arbitration as advocate for any party.No arbitrators, whether before or after appointment, shell advise any party on the merits or outcome of the dispute. 引自林曉瑩，論仲裁人之獨立性及公正性，仲裁季刊第 63 期，2001 年 12 月 20 日，頁 86。

⁵⁷¹ U.S.C.Section 10（A）（2）（1992）引自林曉瑩，論仲裁人之獨立性及公正性，仲裁季刊第 63 期，2001 年 12 月 20 日，頁 86。

⁵⁷² Arbitration Act of 1950 Great Britain Statutes,Vol.88,1950. 引自林曉瑩，論仲裁人之獨立性及公正性，仲裁季刊第 63 期，2001 年 12 月 20 日，頁 86。

⁵⁷³ Preamble of AAA/ABA Code of Ethics.引自周少康，仲裁人行為規範之研究，國防管理學院法律學研究所碩士論文，1998 年，頁 7，註 12。

⁵⁷⁴ See M.Scott Donahey, The Independence and Neutrality of Arbitrators,9 J.Intl Arb.No.4, 33~34（December,1992），引自周少康，仲裁人行為規範之研究，國防管理學院法律學研究所碩士論文，1998 年，頁 9，註 21。

⁵⁷⁵ AAA/ABA Code,Canon II.

不公正之偏見之虞。在仲裁案作成決定後之相當期限內，仲裁人亦應儘量避免與任何一方當事人建立前述關係，或自當事人處獲取任何利益，而造成在相當狀況下有影響仲裁人判斷的可能⁵⁷⁶。

- (二) 仲裁人應公平對待當事人且不應受外界之壓力，或公眾輿論所支配，或因害怕受到批評或因個人利益之考量而動搖⁵⁷⁷。
- (三) 當仲裁人之權源是起源於當事人契約之合意時，仲裁人應完全而徹底執行其職務。執行職務時，應注意不應超過或少於當事人授權之範圍；當當事人合意應遵守之仲裁程序或仲裁規則時，仲裁人即有義務遵守當事人約定之仲裁程序或仲裁規則⁵⁷⁸。
- (四) 仲裁人應盡其所有之努力以防止當事人拖延程序，騷擾他造當事人或其他參與仲裁程序者，或有其他濫用或分裂程序之行為⁵⁷⁹。

前述AAA/ABA仲裁人倫理規範所規範者係以「一般商務仲裁人」為主，而1986年國際律師協會所制定之國際仲裁人倫理規則（The International Bar Association Rules for International Arbitrator；以下簡稱為IBA仲裁人倫理規則），則以「國際商務仲裁人」為規範之主體。在其導言中，提到除非當事人合意採納本規則，否則本規則不能直接約束仲裁人或當事人。並且強調仲裁人違反該規則時，並不構成法院撤銷仲裁判斷的理由⁵⁸⁰。

二、IBA 仲裁人倫理規則

準仲裁人（Prospective Arbitrator）在可能被選任為仲裁人時，應確信自己能毫無偏見地執行職務，方可接受選任⁵⁸¹。選任後，仲裁人應謹慎有效、毫無偏見，始終如一地執行仲裁職務，使當事人之爭議得以公平妥善地解決⁵⁸²。對於仲裁人可能構成偏見之要素，亦提出有系統的介紹，茲臚列其相關內容如後：

- (一) 第 3-1 條規定：評斷偏見問題的標準為仲裁人是否具有公正及獨立性。不公正因素源自仲裁人對一造當事人較為優惠或對系爭仲裁標的預存偏見；不獨立源於仲裁人與一造當事人有某些密切關係所致。
- (二) 第 3-2 條規定：如一個不知仲裁人內心真正意思之一般合理正常人，認

⁵⁷⁶ AAA/ABA Code, Canon 1. para D.

⁵⁷⁷ AAA/ABA Code, Canon 1. para E.

⁵⁷⁸ AAA/ABA Code, Canon 1. para F.

⁵⁷⁹ AAA/ABA Code, Canon 1. para G.

⁵⁸⁰ Introductory Note of IBA Code of Ethics.

⁵⁸¹ IBA Ethics for International Arbitrators. Rule 2 (1)

⁵⁸² IBA Ethics for International Arbitrators. Rule 1

為仲裁人於某些情況下係屬不獨立，則該等情況造成偏見之表象（appearance of bias），如仲裁人就該仲裁紛爭之結果有實質之利益，或就該仲裁紛爭已經預設立場者，亦同。

- (三) 第 3-3 條規定：仲裁人與任一造當事人，或與將頗有可能成為仲裁庭重要證人間有任何直接或間接商業上之關係，將造成仲裁人公正性或獨立性之必然懷疑。除非經當事人之書面同意，否則在上述情況下仲裁人應拒絕為該紛爭仲裁人之任命。另有關間接關係之事例，如該仲裁人之家庭成員或公司及其他營業夥伴，與任一方當事人有商業往來之關係均屬之⁵⁸³。
- (四) 第 3-4 條規定：過去之商業關係，原則上並不絕對影響仲裁人接受為仲裁人之任命，除非該過去之商業關係係非常重要或其本質可能影響仲裁人之仲裁判斷。
- (五) 第 3-5 條規定：仲裁人與任一造當事人或可能於仲裁程序中重要證人間有持續性及實質性之社會或職業關係，將會造成對仲裁人獨立性、公正性之懷疑⁵⁸⁴。

第二款 外國仲裁人揭示、告知義務倫理規範之規定

各國之內國法均設有課仲裁人揭示義務之規定，其仲裁規則所規定之要求，並無多大差別，其規範之內容，亦多為概括性之原則，究竟哪些事實符合揭示的要件，均交由仲裁人自行判斷⁵⁸⁵。例如，法國民事訴訟法要求仲裁人揭示其所知曉可能影響其為仲裁人適格之任何個人因素（any personal cause of disqualification of which he is aware）。瑞士法則要求仲裁人揭示任何可能引起對其獨立性有所懷疑之事由（circumstances that might give rise to doubts as to his independence）。

爰將美國仲裁協會與美國律師協會所制定之仲裁人倫理規範（簡稱為 AAA/ABA 仲裁人倫理規範）以及國際律師協會所制定之國際仲裁人倫理規則（IBA 仲裁人倫理規則）中對仲裁人揭示義務之規定臚列如下，以供參考：

一、AAA/ABA 仲裁人倫理規範

⁵⁸³ IBA Ethics for International Arbitrators. Rule 3.3

⁵⁸⁴ IBA Ethics for International Arbitrators. Rule 3.5

⁵⁸⁵ See Donahey, *supra* note 10, at 36. 引自林曉瑩，論仲裁人之獨立性及公正性，仲裁季刊第 63 期，2001 年 12 月 20 日，頁 72。

AAA/ABA 仲裁人倫理規範要求擔任仲裁人之人士，在接受選任前對於以下的事實，應予告知：

- (一) 與仲裁結果有任何直接或間接的金錢方面或個人的利害關係⁵⁸⁶。
- (二) 仲裁人與任一造當事人或其律師、或任何其被告知可能為本仲裁重要證人之任何現存或過去可能影響仲裁人公正性之財務、商業、職業、家庭、社會關係，均會造成仲裁人不公正或偏見表象之事實者。此外，仲裁人應揭示者，包括仲裁人之家人、現在之僱用人、合夥人或同事與上述人士之關係⁵⁸⁷。

二、IBA 仲裁人倫理規則

在 IBA 仲裁人倫理規則中，對於仲裁人之揭示義務有以下的規定⁵⁸⁸：

- (一) 第 4-1 條規定：仲裁人應揭示任何對其公正性、獨立性有足資令人產生懷疑之任何事由，如果仲裁人未盡揭示之義務，可能會造成偏見之表象，則將構成仲裁人不適格原因之一，即使該未被揭示之事由並不足以造成仲裁人不適格之原因也將被同等看待。
- (二) 第 4-2 條規定，對於準仲裁人 (Prospective Arbitrator) 唯有確信自己能毫無偏見地執行職務方可接受選任⁵⁸⁹。選任後仲裁人應謹慎有效、毫無偏見，始終如一地執行仲裁職務，使當事人之爭議得以公平妥善地解決⁵⁹⁰。對於仲裁人可能構成偏見之以下要素亦應揭示：
 1. 任何過去或現在商業上之關係，不論係直接或定義於本法第 3-3 條之間接關係，上述所揭示之直接或間接關係，包括其以往曾擔任仲裁人之仲裁案件，或與任一造當事人，或任一造當事人之代理人，或任何已知可能為本仲裁案之重要證人之關係。如係與上述人士仍存有關係者，則仲裁人更應鉅細靡遺揭示清楚。如果係過去所存在之關係，則仲裁人所應揭示者，除非經由合理的詢問而確知者外，並不包括仲裁人職業上或商業上之細微末節的事情。如果因為仲裁人未知悉而造成未予揭示之間接關係，並不構成仲裁人不適格之原因。
 2. 仲裁人應揭示和任一造當事人或可能成為本案重要證人實質之社會關係之性質及期間。
 3. 仲裁人應揭示其和其他仲裁人以往關係之性質。

⁵⁸⁶ AAA/ABA Code of Ethics., Canon II (A) (1) .

⁵⁸⁷ AAA/ABA Code of Ethics., Canon II (A) (2) .

⁵⁸⁸ IBA Rules of Ethics, supra note 17, at 412.

⁵⁸⁹ IBA Ethics for International Arbitrators. Rule 2 (1)

⁵⁹⁰ IBA Ethics for International Arbitrators. Rule 1.

4. 仲裁人應揭示任何於其被任命為仲裁人前所獲知與本仲裁案有關之知識之程度。
5. 仲裁人應揭示任何其發表有關足以經由合理之期待認為可能影響其擔任本案仲裁人職務之評論。

如同上述之AAA/ABA仲裁人倫理規範，IBA仲裁人倫理規則對仲裁人而言，並無絕對的拘束力，仲裁人違反該二倫理規則時，亦非將來得以撤銷該仲裁判斷之理由⁵⁹¹。但其規範之內容，較機構性仲裁規則及內國仲裁法更為詳盡具體，因此對於仲裁人而言，具相當之參考價值，並可提供有用的指導方針。

第四項 司法監督的必要與模式

仲裁的屬性決定了司法監督的必要。仲裁權是以當事人的授權為基礎，以法律授權為依據，來解決當事人糾紛的一種權力⁵⁹²。作為一種權力存在，仲裁權需要監督。同時仲裁的契約性和司法性也決定了仲裁司法監督的必然性。基於仲裁的契約性，仲裁自始至終要體現當事人的合意；而基於仲裁的司法性，則體現在仲裁來自法律的授權，仲裁講求合法性和中立性等，因此在仲裁的必要環節就必須仰賴於國家司法權力予以協助，最終的法律效果必須在司法權的支持下才得以實現，亦即經由司法監督的形式加以體現⁵⁹³。

各國對國內仲裁司法監督都在立法上有所規定⁵⁹⁴，一般來說，具有大陸法系傳統的國家將仲裁規定於「民事訴訟法典」之中，而具有英美法系傳統的國家則對仲裁程序單獨立法。大陸法系中德國的仲裁司法監督制度主要見於「德國民事訴訟法典」，仲裁司法監督的形式體現在指定仲裁人、請求仲裁中迴避、終止仲裁協議、撤銷或者不予仲裁判斷等情形。法國的仲裁程序也規定在「法國民事訴訟法典」當中，較之德國，法國的規定更為詳盡，仲裁監督的範圍更廣。從仲裁庭的組成、仲裁協議期限、仲裁迴避等幾種情況，如果遇到困難時，要提請仲裁程序進行地有管轄權的法院院長作出決定，仲裁判斷需要有管轄權的法院出具執行許可命令才能予以強制執行（但法院也可以拒絕給予執行許可），可以對仲裁判斷提出上訴，也可以向法院提出修改仲裁判斷的動議等等的

⁵⁹¹ IBA Code, Introductory Note.

⁵⁹² 譚兵主編，中國仲裁制度研究，法律出版社，1995年，頁140。

⁵⁹³ 羅楚湘，仲裁的司法監督：過度干預和控制還是適度監督，武漢大學學報（哲學社會科學版）第58卷第2期，2005年3月，頁241。

⁵⁹⁴ 胡偉良，兩岸仲裁法之修法建議---以兩岸、香港、新加坡之比較研究為基礎，中國政法大學博士論文，2006年3月，頁28。

情形。

日本民事訴訟法第八篇第 786 條到第 805 條，從仲裁協議、選任仲裁人、仲裁程序、仲裁判斷等方面對仲裁制度有所規定，而有關於仲裁司法監督主要體現在以下幾個方面：如果判斷存有可以撤銷的情形時，強制執行的申請應予駁回，判斷應予撤銷。關於選定仲裁人或申請迴避事項、仲裁協議無效、不應准許的仲裁事項及仲裁判斷的撤銷等，必須到有管轄權的法院進行，其中關於仲裁判斷的撤銷則在第 801 條作了規定，基本上仲裁司法監督是指導仲裁機構或仲裁參與人進行仲裁活動的基本準則⁵⁹⁵。

仲裁在美國是作為替代性糾紛解決方法（ADR）而存在的，很大程度上是為了因應法院案件數量的急劇增多，法院整體案件壓力太大的形勢，因此法院對仲裁的監督較為嚴格。在仲裁司法監督方面，司法審查主要用來糾正嚴重不公的行為。就 1996 年法案規定而言，對司法干預有嚴格限制，規定法庭不得干預仲裁的過程；在符合法律規定情形之下，對於法律問題當事人可以向法院提起上訴（第 69 條）；法院經當事人請求，可以在九種重大不法行為時駁回仲裁判斷，包括當事人行為能力欠缺、仲裁協議無效、缺乏正當程序、仲裁庭越權行為、仲裁庭組成不公正、未考慮到公共政策因素、詐欺、仲裁人行為不端、判斷書格式不合要求等等⁵⁹⁶。

國際上，對於商事仲裁的司法監督模式⁵⁹⁷，一直存在著兩種不同的主張（或稱為觀點），一種觀點主張實施程序運作和實體內容的雙重監督，稱為「全面監督模式」；另一種則主張實施只管程序運作，不管實體對錯的監督，稱為「程序監督模式」。

「全面監督模式論」認為在公平與效益之間，公平與合法性應居首位，因此，如果當事人能提出確切證據來證明仲裁判斷有重大錯誤或重大違法情形，則不論其為程序上錯誤或違法，或係實體上錯誤或違法，都屬於法院應當實行監督之列⁵⁹⁸。

「程序監督模式論」則認為法院對仲裁實施監督的目的是要糾正仲裁可能發生的錯誤，而因為當事人選擇仲裁的目的，就是期待在較短的時間獲得一份終局判斷，以避免繁瑣漫長的上訴程序，因此如果法律允許法院對仲裁進行實質審查，無異於使仲裁程序從屬於法院訴訟程序，不利於維護仲裁判斷的終局

⁵⁹⁵ 胡偉良，兩岸仲裁法之修法建議---以兩岸、香港、新加坡之比較研究為基礎，中國政法大學博士論文，2006 年 3 月，頁 28。

⁵⁹⁶ 胡偉良，兩岸仲裁法之修法建議---以兩岸、香港、新加坡之比較研究為基礎，中國政法大學博士論文，2006 年 3 月，頁 28。

⁵⁹⁷ 胡偉良，兩岸仲裁法之修法建議---以兩岸、香港、新加坡之比較研究為基礎，中國政法大學博士論文，2006 年 3 月，頁 160。

⁵⁹⁸ 陳安，中國涉外仲裁監督機制申論，中國社會科學，1998 年第 2 期，頁 101-102。

性⁵⁹⁹。因而兩種觀點的分歧關鍵在於對仲裁價值取向的不同看法。

對仲裁的司法監督究竟應採取實體加程序的全面監督抑或僅為程序監督的程序監督，或是對某些仲裁過程中的環節進程序監督，而對有些問題則實施程序監督以外的必要實體監督⁶⁰⁰？如果是前者，那就不符合國際貿易發展的潮流，也是一種過度的司法監督。

從國際商事仲裁的司法監督實踐來看，司法監督也多以程序性事項的監督為主⁶⁰¹，而在仲裁判斷的撤銷以及外國判斷的承認與執行過程中，其實體的審查上亦主要從公共秩序的角度為主。例如美國的仲裁法中規定：判斷以賄賂、詐欺或者其他不正當的方法取得及仲裁人全體或者其中任何一人顯然偏袒一方或者有貪污受賄行為的情況，這些行徑必然導致判斷內容在事實認定上與法律適用上產生重大謬誤，從而產生是非不分的後果及危害社會。因此受害一方的當事人自然可以援引上開違反公共秩序的規定向法院聲請撤銷仲裁，在美國的司法實踐上，即有諸多先例可循⁶⁰²。

程序監督強調當事人在選擇仲裁時更注重效益而不是公平，因為他們所期待的是獲得終局性的判斷，因此，仲裁程序應該盡量的去避免類似訴訟程序中的種種繁瑣和不經濟，而趨向於效益，同時又藉由一裁終結來儘快解決當事人之間的爭議，而放棄了有助於糾正司法錯誤的上訴程序，仲裁判斷終局性給當事人所帶來的潛在效益要比上訴程序為當事人帶來更多的效益。

追求程序公正就是對結果公正，亦即實體公正的最有力保障；而對仲裁人在專業水準和道德行為準則的高標準要求，也是確保仲裁結果正確的有效手段。雖然，仲裁一裁終結制度克服了訴訟程序周期漫長、效率低下、費用昂貴等弊端，體現了對效率的追求。但一裁終局制度也隱含著由於仲裁人判斷不公，枉法仲裁而致使當事人申訴無門、糾錯無方的風險。再者，仲裁程序以不公開為原則，這一特點使得仲裁的透明度大為降低，進而使得社會的監督難度增加。因此，為了保證仲裁的合法公正同時兼顧仲裁的保密性特點，有必要建立完善的司法監督機制。

當然，減少法院監督，提升仲裁獨立性是仲裁發展的理想境界，而其前提則在於仲裁制度的高度發達，並有素質、品操、專業、自律聲譽良好的仲裁人以及能有獨立自足運作的仲裁機構作為後盾，否則司法的必要監督仍是不可或

⁵⁹⁹ 肖永平，也談法院對仲裁的監督範圍，法學評論，1998年第1期。

⁶⁰⁰ 關於司法監督的方式，有學者將之稱為司法控制，並依其程度分成三種模式：全面審查模式（full review model）、限制審查模式（limited review model）、及無審查模式（non-review model）。參閱陳煥文、梁堯清，撤銷仲裁判斷理論之研究（上），仲裁季刊第66期，2002年10月5日，頁10-13。

⁶⁰¹ 胡君、賀金林，仲裁司法監督的國際走向及其啓示，湖南農業大學學報（社會科學版），第5卷第1期，2004年2月，頁75-77。

⁶⁰² 趙鍵，國際商事仲裁的司法監督，法律出版社，2000年版，頁227。

缺的。

仲裁具有民間性的特徵，而且是一裁終結，仲裁判斷與法院確定判決有同一效力，因此，沒有監督是不行的。司法監督是指法院對仲裁予以必要的干預，特別是對仲裁實施適當的監督，這是世界各國仲裁立法的通例⁶⁰³，我國也不例外。其目的就是為了保證仲裁質量，保護當事人的合法權益，我國仲裁法規定法院對仲裁的司法監督是透過駁回執行裁定之聲請和撤銷仲裁判斷來實現，爰將其規定說明如下：

第一款 駁回執行裁定之聲請

駁回執行裁定之聲請是法院對聲請人提出之聲請予以審查之後，發現其聲請事項有仲裁法第 38 條各款情形之一者，法院應駁回其裁定之聲請：「仲裁判斷與仲裁協議標的之爭議無關，或逾越仲裁協議之範圍者。但除去該部分亦可成立者，其餘部分不在此限。」「仲裁判斷書應附理由而未附者。但經仲裁庭補正後，不在此限。」「仲裁判斷，係命當事人為法律上所不許之行為者。」有前述三款情形之一者，法院即應駁回當事人執行裁定之聲請。

由於我國在國際政治現實環境的影響下，無法成為紐約公約的締約國，因此承認與執行外國仲裁判斷均依仲裁法第七章之規定辦理。

第二款 撤銷仲裁判斷

我國仲裁制度中並未區分內國仲裁與國際仲裁，故撤銷事由一體適用。此與香港、新加坡、中國大陸乃至與世界區分內國仲裁與國際仲裁而給予寬鬆不同的標準的作法實不相符，對於建立外國人對本地區仲裁制度的信心而言，相對的不利⁶⁰⁴。撤銷仲裁判斷之訴，規定在我國仲裁法第 40 條第 1 項，共有 9 款事由，只要有 9 款事由之一所示情形，當事人即得對於他方提起撤銷仲裁判斷之訴：「1. 有第 38 條各款情形之一者。」「2. 仲裁協議不成立、無效，或於仲裁庭詢問終結時尚未生效或已失效者。」「3. 仲裁庭於詢問終結前未使當事人陳述，或當事人於仲裁程序未經合法代理者。」「4. 仲裁庭之組成或仲裁程序，違反仲裁協議或法律規定者。」「5. 仲裁人違反第 15 條第 2 項所定之告知義務而顯有偏頗或被聲請迴避而仍參與仲裁者。但迴避之聲請，經依本法駁回者，不在此限。」「6. 參與仲裁之仲裁人，關於仲裁違背職務，犯刑事上之罪者。」「7.

⁶⁰³ 劉冰，論仲裁的司法監督，黑龍江教育學院學報，第 26 卷第 10 期，2007 年 10 月，頁 69。

⁶⁰⁴ 胡偉良，兩岸仲裁法之修法建議---以兩岸、香港、新加坡之比較研究為基礎，中國政法大學博士論文，2006 年 3 月，頁 164。

當事人或其代理人，關於仲裁犯刑事上之罪者。」「8. 為判斷基礎之證據、通譯內容係偽造、變造或有其他虛偽情事者。」「9. 為判斷基礎之民事、刑事及其他裁判或行政處分，依其後之確定裁判或行政處分已變更者。」，同時在其第 2 項中又規定：「前項第 6 款至第 8 款情形，以宣告有罪之判決已確定，或其刑事訴訟不能開始或續行非因證據不足者為限。」，在第 3 項中亦特別規定：「第 1 項第 4 款違反仲裁協議及第 5 款至第 9 款情形，以足以影響判斷之結果為限。」撤銷仲裁判斷之訴通常係由仲裁地之地方法院管轄，此由仲裁法第 41 條規定可知。此外，當事人「提起撤銷仲裁判斷之訴，應於判斷書交付或送達之日起，30 日之不變期間內為之；如有前條第 1 項第 6 款至第 9 款所列之原因，並經釋明，非因當事人之過失，不能於規定期間內主張撤銷之理由者，自當事人知悉撤銷之原因時起算。但自仲裁判斷書作成日起，已逾 5 年者，不得提起。」

駁回執行裁定之聲請以及撤銷仲裁判斷，都是展現國家司法監督的權能，二者都由當事人提出聲請，並提出相關證據證明判斷具有駁回執行及撤銷的法定事由，在經過法院審查後作出駁回或撤銷的裁判。所不同者在於駁回執行裁定之聲請係由被聲請人，亦即被執行人提出聲請，而撤銷仲裁判斷則雙方當事人均可提出聲請。駁回執行裁定之聲請是為了保護被聲請人亦即被执行人的合法權益。而撤銷仲裁判斷則是保護當事人的合法權益。

第五項 仲裁人評鑑制度建立之必要

推動並制訂仲裁人評鑑制度亦是司法監督與社會監督（或稱為司法控制與社會控制）的有效機制。當代社會學對於行為規範的研究，提出社會控制（social control）的理論，「運用任何社會或文化的方法，將有系統而且相當持續的限制加諸個人行為，而這些人們也願意忠於傳統和行為模式」，「基本的社會控制方式立基於個人接收由社會規範和角色期望（role expectation）界定為好的與適當的行為標準⁶⁰⁵」可見社會控制乃為達成特定社會目的對於社會個人或團體給予強制為一致行為之心理壓制。社會控制可區分為正式的（或形式的）與非正式的。前者如威權體系、法律、規則、約定；後者如公共意見、時尚、讚美或譏笑之等；社會控制也可區分為「正向社會控制（positive social control）」與「負向社會控制（negative social control）」，前者如獎賞、報酬、讚美之類；後者如處罰、譏笑之類。人非聖賢，尤非神明，存有畏懼懲罰及讚譽之心態，避免惡害加諸於身，榮耀讚譽之心態，凡人何能無之？社會

⁶⁰⁵ 陳雲德譯，社會學（原著，David Popenoe, Sociology），1991 年，頁 339-342，引自王寶輝，仲裁人倫理規範的法理基礎，仲裁季刊第 67 期，2002 年 12 月 31 日，頁 45。

控制理論，說明了這番道理⁶⁰⁶！

仲裁人評鑑制度正是利用司法監督與社會監督雙管齊下的控制機能，以期達到外部行為規範與內在動機修為的目的。仲裁判斷的結果是不是合理，當事人間之爭議，其利益衝突是否得因仲裁判斷的結果獲得絕對或相對的平衡，當事人間之爭議利益或社會利益，是否因仲裁判斷的結果，反而益加失衡。仲裁判斷是否合理，未必是絕對客觀，當事人間往往具有相對的主觀認知，此種認知完全取決於當事人對仲裁人的信任，仲裁人能否獲得當事人絕對的信賴或高度的信賴，則涉及到仲裁人是否能夠獨立公正的處理仲裁事件，其關鍵點即在當事人的信賴評斷，此種信賴評斷的基礎即在仲裁人散發出的倫理光環，是否足以照射仲裁程序，包括仲裁訊問會進行時之詢問是否公正，調查是否詳盡切題，是否違背專業，勸諭是否合理，甚至仲裁人的眼神態度等等，不一而足。而在仲裁的過程中，仲裁人是否認真準備、是否準時開始仲裁詢問會、主持詢問會的態度是否良好、是否認真傾聽當事人發言、是否能有效整理爭點等等，如使參與仲裁之當事人或代理人能有適當的反應管道，不僅可以在適當的情況下提供其他當事人參考，或者提供仲裁協會參考，對仲裁人亦可產生一定的提醒及警惕效果。因此，在提升仲裁品質及提振仲裁公信力的前提考量下建立一套完善的評鑑制度，實屬迫切之需及當務之急。爰就國外對仲裁人之評鑑制度實況及國內正待起步的評鑑作一說明：

第一款 國外仲裁人評鑑制度⁶⁰⁷

在國外實施仲裁人評鑑制度者，尚不多見；其中有由政府機構辦理者，例如，美國加州州政府⁶⁰⁸、美國紐澤西州法院⁶⁰⁹、美國紐約東區法院⁶¹⁰等；有由民間機構辦理者，例如美國全國證券商公會公司（National Association of Securities Dealers, Inc.，NASD⁶¹¹）、澳洲仲裁人與調解人機構⁶¹²。

其中值得一提者，為美國全國證券商公會公司成立已 60 餘年，主要係提供美國非官方的金融管理服務，以提升投資人的信心，並協助金融市場的健全發展，該公司同時也是美國最重要的證券爭議仲裁與調解機構。其對仲裁人的評鑑主要分成兩個部分，一個是由當事人進行評鑑，另外一個則是由仲裁人彼此

⁶⁰⁶ 王寶輝，仲裁人倫理規範的法理基礎，仲裁季刊第 67 期，2002 年 12 月 31 日，頁 45。

⁶⁰⁷ 林瑤、池美佳，仲裁人的評鑑制度，仲裁季刊，第 80 期，2006 年 12 月 31 日，頁 65。

⁶⁰⁸ 請參閱美國加州州政府 <http://www.dgs.ca.gov/default.htm>

⁶⁰⁹ 請參閱美國紐澤西州法院 <http://www.judiciary.state.nj.us/>

⁶¹⁰ 請參閱美國紐約東區法院 <http://www.nyed.uscourts.gov/>

⁶¹¹ 請參閱美國全國證券商公會公司 <http://www.nasd.com/index.htm>

⁶¹² The Institute of Arbitrators and Mediators Australia (IAMA)。請參閱澳洲仲裁人與調解人機構 <http://www.iama.org.au/index.html>

間進行評鑑，也稱為同儕評量⁶¹³（Peer Arbitrator Evaluation）。同儕評量對該公司的仲裁人評鑑制度是非常重要的，因為藉由仲裁人彼此間的評量可以給予仲裁人壓力，進而可以有效達到提升及確保仲裁人品質的效果，該公司認為同儕評量是評估仲裁人是否專注、客觀的最好方法。

根據美國全國證券商公會公司（NASD）對仲裁人的評鑑結果顯示，一個仲裁人是否適任，並非完全取決於他的學術背景或最低限度的專業要求，而是在他表現出來的態度與能力⁶¹⁴。仲裁人的態度與能力可以藉由仲裁人評鑑制度充分的反應出來。

第二款 我國亟須建立仲裁人評鑑制度

目前我國對法官及律師均有實施評鑑制度，法官評鑑制度推行至今已近20年。除了律師公會對法官進行評鑑外，民間司法改革基金會也對法官進行評鑑，推動中的法官法也訂有法官評鑑制度。同樣的，律師為在野法曹，有協助法官發掘真相，伸張正義，保障人權的職能，對司法風紀的維護同樣具有不可取代的地位與責任，因而律師也必須接受評鑑，現在法官在每次開完庭後就會對律師進行評鑑⁶¹⁵。實施評鑑制度能夠促使被評鑑人行事作為更加謹慎，是一種內在自省與外在約制的機制，就整體而言，對提升司法品質有正面的意義。

仲裁係基於當事人的合意，選定擔任作為紛爭解決的裁判者，其角色與功能實與法官無異，甚至被當事人賦予更大的期待。基於監督仲裁人、仲裁人自律、提供當事人或仲裁協會參考、提升社會大眾對仲裁制度之信心等理由，仲裁協會以及法務部均需要建立一套合適的仲裁人評鑑制度。

因而，如何建構一個可以讓當事人信賴的仲裁機構與環境，進而能夠吸引社會大眾樂於利用仲裁機制作為當事人紛爭發生時的一種解決方式，實為當前必須面對認真思考的嚴肅課題⁶¹⁶。而對於仲裁人實施評鑑制度，就時機而言，此時不失為提振仲裁公信力，重拾社會大眾對仲裁信賴的最佳時機，法務部應積極研擬一套可行的評鑑制度，與仲裁協會共同針對評鑑結果嚴重不適任的仲裁人予以勸導，或考慮予以停權，甚至除名，只有建立淘汰機制，才能確保仲

⁶¹³ 請參閱同儕評量

http://www.nasd.com/web/groups/med_arb/documents/mediation_arbitration/nasdw_014776.pdf

⁶¹⁴ See Deborah Masucci, Securities Arbitration—A Success Story: What Does the Future Hold?, 31 Wake Forest L. Rev., at 198 (spring 1996). 林瑤、池美佳，仲裁人的評鑑制度，仲裁季刊，第80期，2006年12月31日，頁84，註18。

⁶¹⁵ 林瑤、池美佳，仲裁人的評鑑制度，仲裁季刊，第80期，2006年12月31日，頁85。

⁶¹⁶ 李家慶、蕭偉松，工程仲裁未來之走向---先調後仲之爭端解決模式，仲裁季刊第80期，2006年12月31日，頁13-15。

裁的公正性⁶¹⁷。

第六項 小結

獨立、公正處理仲裁事件，乃仲裁倫理的重要內涵。仲裁制度能否進一步獲得社會大眾的肯定，發揮仲裁社會機制的實效，建立並維護仲裁判斷的公信力，全賴仲裁人的自律與要求。仲裁人在處理仲裁案件時，如何要求自我實踐獨立、公正的理念，以優質的仲裁判斷品質贏取當事人，甚至，全社會的信賴與肯定，實為仲裁人應該嚴肅面對的課題。

仲裁制度發展迄今，已有相當的歷史與規模，且廣為世界各國所重視，惟不論任何國家在推動仲裁制度的同時，其內國司法或其仲裁機構都同樣重視仲裁的監督機制，紛紛在其立法例中制訂有關司法監督的條文或者由其仲裁機構自行訂定有關自律的倫理規範，可見仲裁人執行職務的公正與獨立性，古今中外，均同等重視。

當事人選擇仲裁作為解決紛爭的手段，其目的無非希望藉著迅捷、快速的仲裁程序，以及仲裁人客觀、公正、獨立的專業判斷能力為其解決問題。迅捷、快速、高效率的優點，固然是當事人選擇仲裁的考量因素之一，但不能因為對迅捷、快速、高效率及法律安定性的期待，而嚴重忽略判斷的品質以及合法性的社會正義要求並犧牲當事人接受獨立、公正處理紛爭問題的合法權益。

仲裁人擁有極大的權力，如果沒有制約就會導致權力濫用，權力濫用的結果必然會侵害到仲裁當事人的合法權益，為了維護當事人的合法權益，應該從立法上規定，仲裁人對於因其濫用權力而造成當事人的損害應該負起民事賠償責任⁶¹⁸，其涉有刑事犯罪者應一併追究其刑責⁶¹⁹。

此外，在仲裁程序中負有安全閥功能的司法監督機制——駁回執行裁定之聲請以及撤銷仲裁判斷，對確保仲裁的公正性，維護當事人的合法權益，尤為重要。對於仲裁判斷撤銷之訴，應該比照確定判決，如果適用法律錯誤應該可以再審，訴訟制度三級三審程序慎重尚且不免錯誤而允許再審，何以仲裁判斷適用法律明顯錯誤卻不能再審⁶²⁰？仲裁制度不夠健全的結果，陪葬及輸掉的是整個社會及全體國民對仲裁制度信賴感情的破滅。因此，如何追求公平、合理、完善的仲裁制度，必須重新檢視仲裁法條文，將不合時宜或不合法理、公平、

⁶¹⁷ 陳清秀，從公共工程仲裁結果看仲裁公平性，發表於「公共工程仲裁制度之檢討與展望」研討會，2003年9月10日，頁4。

⁶¹⁸ 何紹軍，仲裁員的民事賠償責任，中國律師，2004年6月，頁57-58。

⁶¹⁹ 徐前權，仲裁員法律責任之檢討（上）——兼評“枉法裁判罪”，探索與爭鳴，仲裁研究第九輯，2006年3月，頁40-42。

⁶²⁰ 陳清秀，仲裁人的評鑑制度，仲裁季刊第80期，2006年12月31日，頁94。

正義的條文予以刪除或修正，期使仲裁能夠真正符合國人及社會的期待。在新的仲裁法中應明確規定仲裁人的民、刑事責任，同時並制訂仲裁人評鑑制度，建立嚴格的淘汰機制，對評鑑不適任的仲裁人應予除名並淘汰，藉以確保仲裁的純潔與公正性，重拾並建立當事人對仲裁程序的信心⁶²¹。

第五節 建議

相對於訴訟而言，仲裁「一裁終結」固然有其專業、便捷、迅速、經濟、保密等優點，而這些優勢與強項，就訴訟而言，將是永遠無法超越的藩籬，因為這是制度面的問題，除非立法與司法部門能夠打破舊有的思維窠臼，大開大闢的進行法制改革，否則存在於訴訟與仲裁之間的爭論辯證，將會一直延續下去。無可諱言，仲裁雖有前述的優勢與強項，但是，仲裁也有它的缺點⁶²²。追求效率並不同於放棄自己要求公正的權利⁶²³。依據仲裁法第40條的規定，撤銷仲裁判斷之訴並不包括爭議的事實問題，亦即實體事項不是法院審查的範圍。如果仲裁人出現錯誤，在事實認定上產生問題，根據現有的司法審查機制，並沒有救濟或相對應的辦法可以糾正。仲裁人儘管專業與經驗備受當事人信賴，但仲裁人相對於法官，並不是永無過失，一貫正確的，他們同樣會犯下錯誤，出現偶然的疏忽，留下很多令人想像與推理的空間。當仲裁人在認定事實問題上出現錯誤時，對於糾紛解決的公正性很可能是致命的打擊，而司法審查排除事實審理，將使受損害的當事人投訴無門，此一結果，無疑對於仲裁的發展極其不利。

為此，本文建議可循下列三種方式修法：

⁶²¹ 李家慶、蕭偉松，工程仲裁未來之走向---先調後仲之爭端解決模式，仲裁季刊第80期，2006年12月31日，頁13-15。；林瑤、池美佳，仲裁人的評鑑制度，仲裁季刊，第80期，2006年12月31日，頁87；許瑩珍，政府採購法第85條之1第2項規定之適用範圍及程序問題，仲裁季刊第83期，2007年10月5日，頁22。

⁶²² See Jane Jenkins and Simon Stebbings, International Construction Arbitration Law, CHAPTER 3, Dispute Avoidance and Resolution, 「However, arbitration (like all other forms of dispute resolution) can have its drawbacks. In particular: ---it is not necessarily a faster or cheaper means of resolving disputes than litigation. In fact arbitration may in some cases be more costly as parties must pay the fees and expenses of the arbitral tribunal,.... --- arbitral awards (which are based on contractual agreement) are not binding on non-parties to the contract, and generally arbitrators do not have power to join or consolidate related proceedings unless all of the relevant parties involved agree to do so..... ---enforcement of the award will be problematic in countries that are not signatories to a treaty recognizing international arbitral awards (including the New York Convention) .Moreover, the practical difficulties of enforcing an award in a hostile environment should not be overlooked.....」, page79. 2006 Kluwer Law International B T, The Netherland。

⁶²³ 孟昭華，國際商事仲裁一裁終局的困境與出路，四川師範大學學報（社會科學版）第34卷第4期，2007年7月，頁16。

- 一、擴大司法審查的範圍：在仲裁實務運作上，仲裁判斷書理由不備及矛盾所造成之紛擾，並不下於未附理由之情形，理由不備或矛盾，只會使判斷更易受到質疑，一個好的仲裁判斷，可以讓當事人雙方心服口服，真正從心靈層次上消除糾紛。因此，釜底抽薪，一勞永逸之作法就是修訂仲裁法第40條，在撤銷仲裁判斷之訴事由中，增列第十款「仲裁判斷書理由不備及矛盾者」，以徹底解決長久以來紛擾不斷的爭議，俾利仲裁制度順利運作。
- 二、建立「二次仲裁」的制度⁶²⁴：仲裁是當事人協議的產物，當事人同意把他們之間已經發生的或是將要發生的爭議提交給他們自己選定的仲裁人解決。作為這樣的一種契約，依據私法自治的原則，理論上，當事人之間就應該可以自由規定仲裁的種種作法，當事人當然可以約定對於一裁終結的案件重新仲裁，也就是「二次仲裁」。採用「二次仲裁」的機制⁶²⁵，必須同時保證仲裁相對於訴訟所保有的優勢，除此之外也要盡可能的設計出保證仲裁判斷的公正性，這些作為包括前述擴大司法審查的範圍修改仲裁法第40條之規定，以及加強仲裁人職業倫理規範及建立仲裁人評鑑制度，以消除當事人對仲裁判斷的疑慮。
- 三、在法院附設仲裁庭：最早採取此種仲裁方式的是美國加利福尼亞州和賓夕凡尼亞州東部的法院。附設在法院的仲裁儘管附設在法院，接受法院形式上的管理，使得仲裁的民間色彩有所淡化，但仍然保留了仲裁的主要特徵。美國在法院設置仲裁庭，最主要的目的就是在擺脫訴訟程序所面臨的訴訟遲延、複雜、費用高昂的困境，平衡訴訟的兩大基本價值，即公平和效率之後，突出追求效率的結果⁶²⁶。仲裁設在法院可以有效的加強仲裁與法院的聯繫與互動，也可以平衡法院積案居高不下，而仲裁卻無案可辦的局面。仲裁與法院結合可以加強並改善仲裁執行的效果⁶²⁷，仲裁的權威可以相對的提升，當事人提付仲裁的意願會隨之提高，法院積案會在一定程度上自然而然的流向仲裁機構，同時，法院基於監督聯繫，對於仲裁進行適當的業務指導，將有助於處理仲裁案件的快捷效率與公正適法性⁶²⁸。

⁶²⁴ 王照宇，德國「上級仲裁庭」(Oberschiedsgericht) 制度簡介，仲裁季刊，第81期，2007年3月31日，頁91-99。

⁶²⁵ 丁穎，論當事人對仲裁裁決司法審查範圍的合意變更，法學評論(雙月刊)，2006年9月13日，第5期，頁37-38。

⁶²⁶ 黃長營，替代性糾紛解決機制效率研究，河北法學，第25卷第1期，2007年1月，頁184-187。

⁶²⁷ 王彩君，論ADR在我國的完善，山西大學碩士學位論文，2006年6月，頁27。

⁶²⁸ 黃長營，替代性糾紛解決機制效率研究，河北法學，第25卷第1期，2007年1月，頁187。

第七章 結論

仲裁制度，淵源流長，自人類部族聚落時期，即已存在，無論中、外歷史皆有類似仲裁機制的記載，其能歷久不衰維持千百年的歷史，一定有其存在的原因與優點。

政府為了符合國際立法趨勢及我國未來社經發展之需要，在民國 82 年間參考聯合國國際商務仲裁模範法及英、美、德、日、法等先進國家立法例，並以中華民國仲裁協會所提草案為藍本，將「商務仲裁條例」名稱修正為「仲裁法」。

在立法上，香港、新加坡與我國同樣均係採用模範法的國家，但採用的方式各有差異，新加坡與香港除模範法第 8 章外，其餘大多完全採用，至於我國則僅部分採用模範法的條文，採用的程度較低。雖然模範法並非目前最優良的國際商務仲裁立法例，但作為一種標準採用模範法，則不啻代表著迎合國際通用標準的意義，我國雖亦以國際化與自由化為修法目標，但與其它模範法國家相較，我國仲裁法仍有諸多待加強之處⁶²⁹。

為了配合「國際化」與「自由化」措施，行政院指示，政府各機關應將仲裁條款納入主管的各重大工程契約中，作為處理及解決與廠商間紛爭的方法，然而，經過十幾年的實際操作，特別是在台北市木柵捷運線法商馬特拉公司因機電系統爭議提出仲裁案，仲裁庭作出台北市政府應賠償廠商 20 幾億之仲裁判斷，經新聞媒體渲染披露後，引起社會各界對仲裁制度的關注。歷年來仲裁判斷的結果，引起國內各政府機關諸多疑慮，普遍認為仲裁結果比較不利於政府機關，而有利於業者，因而對於工程案件之爭議，寧捨經濟、便捷的仲裁制度，而改採調解或訴訟的方式解決糾紛⁶³⁰。揆其最大原因係對以往仲裁結果不滿，漸而產生對仲裁人不信任之心態，再者，仲裁判斷不利機關的結果，承辦工程之相關人員可能會遭到機關或者上級機關追究責任，因此普遍不願以仲裁方式解決工程爭議，而寧願循訴訟程序解決。

民國 90 年以後，交通部高速公路局、國道新建工程局、台北市政府捷運工程局、高雄市政府及台灣電力股份有限公司等政府機關或國營事業，均陸續將其工程契約範本中之仲裁條款予以刪除，應係仲裁案件數量逐年遞減的原因。而另一方面，行政院公共工程委員會在同一期間成立採購申訴審議委員會，自民國 88 年 5 月 27 日開始運作，以迄 95 年 12 月 31 日為止，其受理的調解案件

⁶²⁹ 胡偉良，兩岸仲裁法之修法建議，中國政法大學博士學位論文，2006 年 3 月，頁 43-44。

⁶³⁰ 以交通部國道新建工程局為例，該局自民國 79 年成立迄 97 年 8 月所發生的爭議案件共計 429 件，提出求償金額為 463 億，已賠償金額為 119 億。其中仲裁案有 182 件，求償金額為 204 億，判決金額為 65 億；調解案件為 183 件，求償金額為 228 億，判決金額為 53 億；訴訟案件為 63 件，求償金額為 31 億，判決金額為 4 千 3 百萬。參閱交通部國道新建工程局--工程爭訟案例與對策之研究計畫，頁 262，97 年 11 月自印。

總件數高達 3,380 件，其中調解成立案件數為 2,285 件，調解不成立案件為 1,095 件⁶³¹，96 年單年度所受理調解案件數更已破千件，業務繁忙程度可見一斑。

依據中華民國仲裁協會統計資料顯示，仲裁案件數量則正逐年萎縮，該會 90 年總收案件數量為 238 件；91 年總收案件數量為 211 件；92 年總收案件數 198 件；93 年總收案件數 188 件；94 年總收案件數 161 件；仲裁案件與調解案件，兩相比較，形成彼消我長之有趣數字，顯然，政府機關公部門對於仲裁人所主導的仲裁判斷公正性，有諸多疑慮及不信任感。而相對的，行政院公共工程委員會所屬的採購申訴審議委員會機制，則被充分的賦予較高的評價與信賴，蓋其審議委員皆受公務員相關法令的規範與約束，其監督機制亦較為完善。

民國 96 年 6 月 8 日部份立法委員主動提案將政府採購法第 85 條之 1 第 2 項後段修正通過改採「先調後仲」機制後，引起政府各機關極度的重視，紛紛針對將來採購案件採用強制仲裁後可能引發之後續效應進行內部評估與檢討；仲裁並非洪水猛獸，何以各機關在面對仲裁時，常會有杯弓蛇影的恐懼，顯然，過去一些不愉快的經驗影響了政府機關對仲裁制度的評價與觀感，但我們平心靜氣的回顧審視這些仲裁案件所做的仲裁判斷也非全然毫無根據或理由；從仲裁判斷的資料中我們發現工程機關事前未能精準的提出需求，在工程規劃、設計階段，可能即已疏漏某些工程項目，而在施工過程中始發現漏項工程，再變更設計要求增加施作，或者，在草擬合約時未能明確規定雙方權益關係，又或者，文件管理鬆散，無專人專責管理，甚至有隨處堆置情形，以致在人員工作異動調整後即散佚不知去處，在仲裁中無法提出有利的佐證，遂難獲得有利的判斷；歷年來，凡此案例，不勝枚舉，均足作為政府工程機關處理仲裁實務的寶貴經驗，以下即為我們從案例中得到的經驗，這些經驗適足提供我們作為處理工程爭議案件的參考：

一、加強文件的管理：

在每個工程案件，文件的數量均非常龐大，對於那些繼續成長的文件，使用適當的文件管理和分析系統是重要且必需的；如果管理文件的系統不適當，某些文件可能會流失或者對於某些分析無法掌握，在多數場合沒有效率的文件管理會增加程序成本並且會消耗時間審查相同的資料。國際工程仲裁協會建議可以使用電子文件管理系統 (electronic document management systems 簡稱 EDMSs 系統⁶³²)，在使用上，電子文件管理系統通常在花費及正確上比紙本的文件管理更為

⁶³¹ 李家慶、蕭偉松，工程仲裁未來之走向--先調後仲之爭端解決模式，仲裁季刊第 80 期，95 年 12 月 31 日，頁 5。

⁶³² See Jane Jenkins and Simon Stebbings, International Construction Arbitration Law,

穩定。尤其，對於鉅額的重大公共工程，由於工程項目及介面繁多，施工程期往往跨越數年，如無一套完善的文件管理系統，工程人員縱使記憶超強亦無法有效且完善的搜尋文件，何況，工程常需數年才能完成，其間人員難免調動或離職，文件管理即為一難解的問題。

二、強化機關法制業務：

調整並強化各機關法制工作，應有足夠處理法律事務之員額編制，各機關的大小法律事務，舉凡與廠商間的業務往來、契約訂立及爭議事項、內部公文會稿、法律意見諮詢、簡易訴訟處理，均可由法制單位統一對外，以單一窗口負責處理；此外，對歷年所有與廠商間的仲裁、訴訟、爭議調解案的判斷書、判決書及調解建議書內所載理由、法律見解，法制單位均應加以整理、分析、節錄，俾便提供、指導各工程單位作為處理工務程序時之參考，以避免再發生相同錯誤，或予廠商藉題發揮之理由及藉口。

三、加強監造責任：

監造顧問公司在施工過程如能確實依照施工規範要求廠商施工，並詳實記錄施工過程，嚴格控管施工進度、時程，隨時檢測系統功能、材料及品質，相信工程施作期間發生之爭議必可相對的降低。因此，應明確要求並告知監造顧問公司負起監造應負的職責，對於施工期間監造所犯下的過失或錯誤，有可能因而造成機關權益受損或廠商日後作為索賠之理由或依據時，機關應依合約追索賠償，絕不姑息，以免造成監造顧問公司僥倖苟免的心態。

四、加強現場督工管理人員的法律訓練：

現場督工之工程管理人員，例如，工地主任、工程師、監造顧問公司工程人員、工程員等均為第一線與廠商施工人員直接接觸之工作人員，平日即應加強法律專業訓練，遇工程爭議或問題發生時應即刻排解或向對方解釋、說明，同時並應注意相關證據之保存，並立即將狀況反映現場主管，如現場主管無法處理或解

CHAPTER 9 Preparation and Collection of Evidence, 「There is a growing trend in international construction arbitration for tribunals to require—or, if not require, to suggest—the use of electronic document management systems(EDMSs). EDMSS are generally less expensive to use and more accurate than paper based methods of document management, for the following reasons: --Storage; , --Coding; , --Searching:」 page189. 2006 Kluwer Law International B T, The Netherland。

決時應立即陳報上級主管長官並通知機關法制、業務等相關單位專業人員協助處理及解決。現場督工人員之明快處置及作為，除了能迅速排解爭議解決紛爭外，縱使日後雙方因而走上仲裁或訴訟，亦因事前已作妥善處置也能立於不敗之地。

五、規劃、設計務求謹慎：

在一般重大工程建設初期，工程機關往往會委託設計監造單位提出工程計畫可行性研究，評估工程施工中可能碰到的困難及克服方法，同時進行規劃及環境影響評估，此一可行性研究在提報行政院及公共工程委員會審核通過後，工程機關即應提出完工時程及初估工程經費之建設計畫陳報行政院及工程會核定並編列施工預算送立法院審議，在立法院通過預算審查後，隨即同時進行設計及用地徵收工作，此一階段時程約需一年，足見大型工程建設發包前之準備工作耗時費事。一般而言，設計監造單位所負責之工作範圍，包括工程進行最初之規劃設計，乃至工程發包後之施工監造、估驗計價，以及在完工階段協助機關辦理品管及驗收結算等工作，可以說設計監造單位與整個工程之進行，具有密不可分的關係。為了保持管理的連續性以及提升管理的績效，機關在選擇設計者時往往會考慮施工監造由同一工程顧問公司或建築師負責設計和施工監造。由於設計監造單位屬於工程機關的履行輔助人，因而，如果設計監造單位在設計規劃時不能精準提供規劃或設計圖樣，以致承包商依據錯誤圖樣施工，日後再變更設計重行施工所生之損害，工程機關自須負擔所有賠償責任。常見設計、監造之疏失有：

1. 設計圖、施工說明書，工程價目單內材料、設備之規格、數量不符或漏列。
2. 設計錯誤或施工中臨時追加工程或變更設計。
3. 設計圖面不完整，在施工中補行增列設施工程。
4. 監造單位指示錯誤，以致重行施作。

前述因設計或規劃階段所造成之疏失，在工程爭議案件中占極大比例，因此衍生紛爭而走上訴訟或仲裁、調解者更是不勝枚舉，此一教訓值得深自惕厲。

六、契約訂定務必公平合理並符合雙方利益：

雙方在訂立契約當時，均以完成共同目標並以追求雙方互惠、互利為考量，簽訂契約，因而，不論其契約係屬工程契約抑或仲裁條款，雙方均須以公平合理、符合雙方最大利益之考量作為訂約之基礎，惟有彼此抱著誠信、合作的態度，才能順利達成目標。

營建工程發生爭議的原因，常不止一端，依照實務上已發現的原因歸納不外營繕法規不周延、工程規劃設計不當、工程介面太多、管理不善工程合約規定不公平及不明確、相關當事人執行合約態度偏差等。

從國內過去工程仲裁實務案例中，不難發現諸多爭議均源自於條款用語模稜含糊、語意不夠明確、精準所致。為了避免類似情況一再發生，本文建議在擬訂工程仲裁契約或條款時，有關文字的使用以及條款的內容，除了應具體明確之外，更應力求公平、合理，俾能符合當事人雙方尋求解決爭議之意願。

政府公共工程建設屬於政府資訊的一環，政府資訊只要符合公共利益並有合理的需要，就應該公開。公共工程採購既涉及公共利益，依據政府採購法之規定，其採購程序即應公平、公開，因而與此採購後續相關作為有關的仲裁程序及其仲裁判斷，自應公開。

當事人選擇仲裁作為解決紛爭的手段，其目的無非希望藉著迅捷、快速的仲裁程序，以及仲裁人客觀、公正、獨立的專業判斷能力為其解決問題。迅捷、快速、高效率的優點，固然是當事人選擇仲裁的考量因素之一，但不能因為對迅捷、快速、高效率及法律安定性的期待，而嚴重忽略判斷的品質，以及合法性的社會正義要求，追求效率並不同放棄自己要求公正的權利⁶³³。各國風土民情不同，國際間對於司法監督是否採取程序監督與實體監督之立場亦各有見地，且亦各言之成理，以一尚具爭議之理論引用在仲裁法中是否妥適，尚有爭辯與推敲之餘地。

不論是民事訴訟法或刑事訴訟法均將「理由矛盾」列為當然違背法令並構成撤銷或改判的理由，何以仲裁法竟標新立異將「理由矛盾」排除在外？

為期仲裁法符合民眾對法律感情的期待，全面檢視仲裁法條文，實屬必要且正其時，唯有將不合時宜或不合公平、情理的條文刪除，明確規定仲裁人應負的法律責任⁶³⁴，實施仲裁人評鑑制度，建立嚴格的淘汰機制，對評鑑不適任的仲裁人予以除名淘汰，才能確保並重建民眾對仲裁機制的信心。

⁶³³ 楊軍、劉淑華，樹立正確的仲裁理念，湘潭大學社會科學學報，27卷，2003年5月，頁131。

⁶³⁴ 有關仲裁人的法律責任，相較於大陸、香港、澳門之立法例，我國似乎並不重視，在仲裁法中並無相關的條文規範，既不說明仲裁人應當承擔責任，也不明確對仲裁人進行責任豁免。請參閱詹禮願，試評中國內地與港澳台仲裁員責任，廣州仲裁委員會主辦，收納於仲裁研究（總第一輯），法律出版社，2004年9月第1版，頁31-37。

參考文獻書目

一、中文部分

(一) 書籍

中華民國

1. 張晉藩，中國法制史，五南圖書出版有限公司，民國 81 年 9 月初版。
2. 鄭秦，中國法制史，文津出版社，民國 86 年 4 月初版。
3. 陳顧遠，中國法制史概要，三民書局，民國 59 年 1 月 4 版。
4. 由嶸主編，外國法制史，原北京大學出版社，五南圖書出版有限公司，民國 82 年 10 月初版。
5. 戴炎輝，中國法制史，三民書局，民國 58 年 7 月再版。
6. 楊崇森，美國法制研究，漢苑出版社，民國 65 年 6 月初版。
7. 楊崇森，商務仲裁之理論與實際，中央文物供應社，民國 73 年。
8. 吳庚，行政法之理論與實用，三民書局，民國 97 年 9 月，增訂 10 版。
9. 藍獻林，論商務仲裁判斷之撤銷，收錄於氏著，仲裁法論叢，1988 年 7 月，自印。
10. 林俊益，法院在商務仲裁之角色，永然文化出版股份有限公司，1996 年 4 月初版。
11. 林俊益，仲裁法之實用權益，永然文化出版股份有限公司，2001 年。
12. 林俊益，國際商務仲裁淺釋，永然文化出版股份有限公司，民國 1993 年 10 月
13. 李震山，行政法導論，三民書局，2001 年 9 月修訂 4 版。
14. 陳煥文，國際仲裁法專論，五南圖書出版有限公司，1994 年。
15. 陳煥文，仲裁法逐條釋義，崗華傳播事業有限公司，2002 年 10 月 2 版。
16. 尹章華，仲裁與商務仲裁，文笙書局，2003 年 7 月，初版。
17. 商務仲裁條例研究修正實錄，法務部，1997 年 12 月出版。
18. 盧姿如，撤銷仲裁判斷之訴實務態度研究，法學研究報告合輯（第一輯）法務部司法官訓練所第 45 期，2006 年 9 月出版。
19. 方鴻愷，仲裁判斷之司法控制—以撤銷仲裁判斷之訴事由為中心，法學研究報告合輯（第二輯）法務部司法官訓練所第 44 期，2005 年 9 月出版。
20. 吳庚，行政法之理論與實用，增訂九版。

21. 楊崇森、黃正宗、范光群、張迺良、林俊益、李念祖、朱麗容等七人合著，仲裁法新論，中華民國仲裁協會，1999年9月1版。
22. 李建良、簡資修主編，憲法解釋之理論與實務，第二輯，民國89年8月。
23. 姜世明，民事程序法之發展與憲法原則，元照出版有限公司，2003年。
24. 駱永家，既判力之研究，1991年10月。
25. 寰瀛法律事務所、古嘉諄、陳希佳、顏玉明，工程法律實務研析(二)，元照出版公司，2006年2月初版。
26. 行政院採購暨公共工程委員會編印，「政府採購法申訴案例彙編(一)」，2000年12月。
36. 林麗珍，行政院公共工程委員會專案研究計劃--公共建設永續發展人才教育--各機關辦理公共工程常見司法爭議類型化之研究，行政院公共工程委員會委託研究，2002年12月出版。
37. 交通部臺灣區國道新建工程局，工程爭訟案例與對策之研究計畫，97年11月出版。
34. 羅昌發，政府採購法與政府採購法協定論析，初版，元照出版社，1999年1月。
35. 交通部台灣區國道新建工程局，國道工程仲裁判斷彙編，上冊，93年度，94年9月出版。
36. 姚瑞光發言紀錄，民事訴訟法之研討(一)，民事訴訟法研究會，三民書局，82年11月5日出版。
37. 邱聯恭，程序選擇權論，三民書局，2000年。
38. 邱聯恭，程序選擇權之法理，民事訴訟法之研討，民事訴訟研究基金會，1996年。
39. 陳計男，民事訴訟法論，三民書局，2002年8月修訂2版3刷。
40. 吳光明，仲裁法理論與判決研究，台灣財產法暨經濟法研究協會出版，翰蘆圖書出版有限公司經銷，2004年11月。
41. 仲裁法修法彙編，法務部編印，1998年3月。
42. 稽珮晶，公共工程爭議及其救濟途徑，法務部司法官訓練所第42期學員法學研究報告合輯(一)。
43. 孫森焱，民法債篇總論，1990年10月。
44. 王令麟，飛躍中的我國仲裁制度，力霸文化傳播事業股份有限公司，1995年3月，初版。
45. 交通部國道新建工程局，情牽北宜，2005年12月出版。
46. 曾陳明汝，國際私法原理，台大法學叢書，自印，1993年10月，修訂

5 版。

中華人民共和國

1. 廣州仲裁委員會主辦，仲裁研究（總第一輯），法律出版社，2004 年 9 月第 1 版。
2. 譚兵主編、陳彬副主編，國家社會科學基金資助課題，中國仲裁制度研究，法律出版社，1995 年 10 月第 1 版。
3. 陳桂明，仲裁法論，中國法政大學出版社，1993 年 6 月初版。
4. 趙鍵，國際商事仲裁的司法監督，法律出版社，2000 年版。

（二）期刊論文

中華民國

1. 藍瀛芳，撤銷仲裁判斷之訴的事由與其法律性質，商務仲裁季刊第 42 期，1996 年 6 月。
2. 林俊益，法院對仲裁之協助與監督---仲裁法施行五年法院裁判之研究，仲裁季刊第 70 期，2004 年 2 月。
3. 藍瀛芳，判斷的瑕疵與其救濟，萬國法律，1999 年 1 月。
4. 藍瀛芳，仲裁判斷的有效性與其效力，輔仁法學第 14 期，民國 84 年 6 月出版。
5. 林俊益，法院對仲裁之協助與監督---仲裁法實施後之現況分析，仲裁季刊第 75 期，2005 年 8 月 31 日。
6. 林明鏘，委託開發工業區契約之定性與仲裁容許性，月旦法學教室第 33 期。
7. 柯澤東，從貿易契約及商務仲裁論國際貿易習慣法之發展與地位，台大法學論叢，第 11 卷第 2 期，1982 年 6 月。
8. 張祥暉，政府採購爭議處理機制，月旦法學第 56 期。
9. 林俊益，論衡平仲裁判斷之撤銷，法官協會雜誌，第 2 卷第 2 期，2000 年 12 月。
10. 藍瀛芳，公共工程爭議有何訴訟外之解決途徑，商務仲裁，第 36 期，1994。
11. 藍瀛芳，衡平仲裁制度之實務探討，商務仲裁第 5 期。
12. 蕭家進，公共工程爭議處理的省思，現代營建，2001 年，第 260 期。

13. 李家慶，工程仲裁之過去、現在與未來，仲裁季刊第 75 期，2005 年 8 月 31 日。
14. 李家慶、蕭偉松，工程仲裁未來之走向—先調後仲之爭端解決模式—，仲裁季刊第 80 期，2006 年 12 月 31 日。
15. 藍瀛芳，強制仲裁的立法與其法律效果，仲裁季刊第 71 期，2004 年 5 月 31 日。
16. 古嘉諄、陳希佳，仲裁人之角色與選定，仲裁季刊第 77 期，2006 年 3 月 30 日。
17. 藍瀛芳，仲裁的守密與程序不公開，仲裁季刊第 82 期，2007 年 7 月 31 日。
18. 林曉瑩，論仲裁人之獨立性及公正性，仲裁季刊第 63 期，2001 年 12 月 20 日。
19. 林瑤、池美佳，仲裁人的評鑑制度，仲裁季刊第 80 期，2006 年 12 月 31 日。
20. 陳清秀，仲裁人的評鑑制度，仲裁季刊第 80 期，2006 年 12 月 31 日。
21. 楊敦和，仲裁人的評鑑制度，仲裁季刊第 80 期，2006 年 12 月 31 日。
22. 王寶輝，仲裁人倫理規範的法理基礎，仲裁季刊第 67 期，2002 年 12 月 31 日。
23. 陳煥文、梁堯清，撤銷仲裁判斷理論之研究（上），仲裁季刊第 66 期，2002 年 10 月 5 日。
24. 陳清雲，司法院大法官釋字第 591 號解釋之探討，仲裁季刊第 81 期，2007 年 3 月 31 日。
25. 陳煥文，「仲裁庭與時效限制條款」，萬國法律，1997 年 4 月。
26. 吳光明，美國之訴訟外糾紛解決（ADR）機制—兼論美國仲裁協會之仲裁人教育訓練，仲裁季刊第 69 期，2003 年 9 月 30 日。
27. 余文恭，論工程契約紛爭處理程序之特性，仲裁季刊第 74 期，2005 年 4 月 15 日。
28. 羅昌發，論仲裁約定對第三人效力，商務仲裁第 23 期。
29. 賴來焜，仲裁判斷之救濟程序（上），仲裁季刊第 78 期，2006 年 7 月 15 日。
30. 賴來焜，仲裁判斷之救濟程序（中），仲裁季刊第 79 期，2006 年 11 月 1 日。
31. 賴來焜，仲裁判斷之救濟程序（下），仲裁季刊第 81 期，2007 年 3 月 31 日。

32. 王照宇，德國「上級仲裁庭」(Oberschiedsgericht) 制度簡介，仲裁季刊第 81 期，2007 年 3 月 31 日。
33. 劉佐國，如何加強政府機關工程採購契約發生爭議以仲裁方式解決研析報告，仲裁季刊第 76 期，2005 年 11 月 30 日。
34. 李念祖、蔣佩華合著，「Overview of Draft of New Arbitration Law in the R.O.C.」，商務仲裁，第 48 期。
35. 藍瀛芳，撤銷判斷之訴的審理及其效果，商務仲裁第 41 期，1996 年 3 月 30 日。
36. 李家慶，論工程仲裁之仲裁人選任方法，仲裁季刊第 71 期，93 年 5 月 31 日。
37. 藍瀛芳，仲裁制度的形成與其發展的過程，仲裁季刊第 75 期，2005 年 8 月 31 日。
38. 藍瀛芳，一造的仲裁程序，仲裁季刊第 79 期，2006 年 11 月 1 日。
39. 藍瀛芳，合意公開仲裁判斷，仲裁季刊第 80 期，2006 年 12 月 31 日。
40. 李建良，法律之溯及既往與信賴保護原則，台灣本土法學，第 24 期，2001 年 7 月。
41. 李家慶，對國內工程仲裁之檢討與建議，營建知訊，第 249 期，92 年 10 月。
42. 陳希佳，先調解後仲裁之理論與實務，仲裁季刊第 75 期，2005 年 8 月 31 日。
43. 何志揚，論仲裁協議之效力—兼評最高法院 93 年度台上字第 2398 號判決，仲裁季刊第 76 期，2005 年 11 月 30 日。
44. 蔡佩芬，談仲裁判斷，仲裁季刊第 69 期，2003 年 9 月 30 日。
45. 成永裕，建立工程爭議審查機制之芻議—推動工程爭議仲裁程序規範之管見，仲裁季刊第 71 期，2004 年 5 月 31 日。
46. 吳光明，仲裁權之行使與監督，仲裁季刊第 77 期，2006 年 3 月 30 日。
47. 黃立，先調後仲機制下調解程序與仲裁程序間之關係，仲裁季刊第 83 期，2007 年 10 月 5 日。
48. 李家慶，論工程仲裁之仲裁人選任方法，仲裁季刊第 71 期，93 年 5 月 31 日。
49. 羅明通，政府採購法第 85 條之 1 第 2 項規定之適用範圍及程序問題，仲裁季刊第 83 期，96 年 10 月 5 日。
50. 李惠宗，立法行為之國家賠償責任之研究，法學叢刊第 139 期。
51. 李家慶，政府採購法「先調後仲」機制與工程仲裁制度之興革，仲裁季

- 刊第 83 期，2007 年 10 月 5 日。
52. 李震山，程序基本權，月旦法學教室，第 19 期，93 年 2 月。
53. 彭鳳至，法律不溯既往之憲法地位，台灣本土法學，第 48 期，2003 年 7 月。
54. 邱雅文，政府採購法第 85 條之 1 第 2 項修訂對工程爭議調解實務之影響，仲裁季刊第 83 期，2007 年 10 月 5 日。
55. 許瑩珍，政府採購法第 85 條之 1 第 2 項規定之適用範圍及程序問題。
56. 羅昌發，政府採購法第 85 條之 1 第 2 項修訂對工程爭議調解實務之影響，仲裁季刊第 83 期，2007 年 10 月 5 日。
57. 許宗力，基本權利對國家的拘束，月旦法學教室，第 7 期，92 年 2 月。
58. 古嘉諄、蕭美玲，論調解及調解之技巧，仲裁季刊第 74 期，2005 年 4 月 15 日。
59. 李得璋，營建工程爭議與仲裁之處理（上），商務仲裁，第 33 期，民國 82 年 8 月 30 日。
60. 許宗力，基本權利的第三人效力與國庫效力，月旦法學教室，第 9 期，92 年 4 月。
61. 黃泰鋒、陳麗嘉，非可歸責於承包商之工法變更問題試析，仲裁季刊第 82 期，2007 年 7 月 31 日。
62. 陳清秀，從公共工程仲裁結果看仲裁公平性，發表於「公共工程仲裁制度之檢討與展望」研討會，2003 年 3 月 10 日。
63. 藍瀛芳，法院對仲裁公信之建立責無旁貸——談仲裁人違反公開義務之拒却，商務仲裁，第 37 期，1984 年 8 月。
64. 楊淑文，工期展延之爭議與履約調解，月旦法學雜誌，第 143 期，2007 年 4 月。

中華人民共和國

1. 林一飛，再論中國仲裁機構的改革，中國仲裁網，2009 年 1 月 9 日。
2. 陳安，中國涉外仲裁監督機制申論，中國社會科學，1998 年，第 2 期。
3. 肖永平，論衝突法，武漢大學出版社，2002 年版
4. 郭玉軍，美國國際商事仲裁中的顯然漠視法律，法學評論，2001 年，第 2 期。
5. 肖揚，人民法院應加強對人民調解工作的支持與指導，中國司法，第 88 期，2007 年 4 月。

6. 曲坦求索，美國的工程建設合同糾紛 ADR 解決方式，建築管理現代化，第 4 期，1995 年。
7. 陳小平，司法對仲裁的監督：實體審查還是程序審查？貴州大學學報（社會科學版），第 19 卷第 4 期，2001 年 7 月。
8. 陳安，再論中國涉外仲裁的監督機制及其與國際慣例的接軌—兼答肖永平先生，仲裁與法律通訊，1998 年第 1 期。
9. 徐前權，枉法仲裁罪之批判，廣西民族學院學報（哲學社會科學版），第 28 卷第 3 期，2006 年 5 月。
10. 胡君、賀金林，仲裁司法監督的國際走向及其啟示，湖南農業大學學報（社會科學版），第 5 卷第 1 期，2004 年 2 月。
11. 胥博，從仲裁制度的保密性談起——《中國國際經濟貿易仲裁委員會仲裁規則（2005 版）》第 33 條淺析，蘇州工職院，經濟管理，2007 年 12 月。
12. 萬鄂湘、于喜富，再論司法與仲裁的關係—關於法院應否監督仲裁實體內容的立法與實踐模式及理論思考，法學評論，雙月刊，2004 年第 3 期總第 125 期。
13. 丁穎，論當事人對仲裁裁決司法審查範圍的合意變更，法學評論，雙月刊總第 24 卷 2006 年第 5 期，2006 年 9 月 13 日。
14. 姜霞，仲裁司法審查程序本質論，河北法學，第 25 卷第 6 期，2007 年 6 月。
15. 黃長營，替代性糾紛解決機制效率研究，河北法學，第 25 卷第 1 期，2007 年 1 月。
16. 徐前權，仲裁員法律責任之檢討（上）—兼評“枉法裁判罪”，探索與爭鳴，仲裁研究第九輯，2006 年 3 月。1994-2008 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. [http : //www.cnki.net](http://www.cnki.net).
17. 何紹軍，仲裁員的民事賠償責任，中國律師，2004 年 6 月。
18. 楊軍、劉淑華，樹立正確的仲裁理念，湘潭大學社會科學學報，第 27 卷，2003 年 5 月。
19. 林一飛，略論仲裁中的身分衝突，法學評論，雙月刊，2006 年第 1 期總第 135 期。
20. 陳志新，關於在發展人民調解制度中吸納國外 ADR 成果的思考，中國司法，總 64 期，2005 年 4 月。
21. 王公義，人民調解制度是解決社會糾紛的重要法律制度，中國司法，總第 68 期，2005 年 8 月。

22. 李雙全，人民調解工作的創新發展，中國司法，總第 55 期，2004 年 7 月。
23. 于語和、何苗，試論人民調解制度與 ADR 的嫁接與融合，中國司法，總第 69 期，2005 年 9 月。
24. 羅干，充分發揮人民調解作用創造穩定和諧社會環境，中國司法。
25. 張福森，充分發揮人民調解三大職能幼力開創人民調解工作新局面，中國司法。
26. 吳春平、化解社會矛盾糾紛需要多元化機制，中國司法，總第 88 期，2007 年 4 月。
27. 孟昭華，國際商事仲裁一裁終局的困境與出路，四川師範大學學報（社會科學版），第 34 卷第 4 期，2007 年 7 月。
28. 劉祥紅、鄭攀，對我國仲裁制度的缺陷反思及立法完善，法制與經濟，2007 年第 3 期（總第 141 期）。
29. 丁琦，英國法院對仲裁監督的發展趨勢及對我國的啟示，山東審判，2007 年第 4 期，第 23 卷總第 177 期。
30. 萬泳延、張一多，對我國仲裁制度幾個法律問題的思索，財經界—法律研究，2007 年 4 月。
31. 趙艷華，關於仲裁裁決撤銷的一點思考，哈爾濱學院學報，第 28 卷第 9 期，2007 年 9 月。
32. 趙婷，試論司法監督與仲裁獨立，法制與經濟，2007 年第 9 期（總第 153 期）。
33. 劉冰，論仲裁的司法監督，黑龍江教育學院學報，第 2007 年 19 月第 26 卷第 10 期。
34. 董臨瑞，論臨時仲裁的優勢及在我國的現狀，科技諮詢導報，2007 年第 30 期。
35. 李俊、邢俊霞，我國確立臨時仲裁制度的必要性和具體設計，法制與社會，2007 年 8 月。
36. 寇曉燕，論仲裁程序主體性理念，成都大學學報（社科版）2007 年第 5 期。
37. 徐昕，完善人民調解制度與構建和諧社會，中國司法，第 76 期，2006 年 4 月。

（三）學位論文

中華民國

1. 林瑤，我國仲裁法制理論與實務之分析研究，東吳大學法律學研究所碩士論文，1987年。
2. 顏旭男，仲裁判斷撤銷之研究---以撤銷之訴為中心，中國文化大學法律研究所碩士論文，1997年6月。
3. 吳艾黎，論瑕疵仲裁判斷之救濟，輔仁大學法律學研究所碩士論文，1994年12月。
4. 邱寶弘，仲裁判斷之司法監督，輔仁大學法律學研究所，2003年碩士論文。
5. 梁堯清，撤銷仲裁判斷之理論與實踐，國防大學國防管理學院法律學研究所碩士論文，2002年6月。
6. 蔡嘉政，仲裁判斷之研究，中興大學法律研究所碩士論文，1998年6月。
7. 吳家德，公共工程仲裁制度應用之研究，國立高雄第一科技大學營建工程系碩士論文，2003年7月。
8. 黃鈺華，國際商務仲裁中之法律適用問題，台灣大學碩士論文，1986年6月。
9. 黃秋田，仲裁判斷準據之研究，文化大學碩士論文，1996年12月。
10. 吳啟光，公共工程爭議調解與仲裁之研究，國立高雄第一科技大學營建工程系碩士論文，2004年1月。
11. 簡伊璟，營建工程仲裁決定要因認知強度之研究，國立雲林科技大學營建工程系碩士班碩士論文，2006年1月。
12. 駱怡明，國道履約爭議之探討，國立台灣大學土木工程學研究所碩士論文，民國95年6月。
13. 彭麗春，政府採購法上申訴制度之研究，私立輔仁大學法律學研究所碩士論文，1999年12月。
14. 周少康，仲裁人行為規範之研究，國防管理學院法律學研究所碩士論文，1998年6月。
15. 劉倩妏，政府採購法之救濟制度—以政府採購之法律性質為中心，國立政治大學法律學研究所碩士論文，1997年6月。
16. 何應明，政府採購法爭議處理程序之研究，國防管理學院法律學研究所碩士論文，2000年5月。
17. 葉英蕙，工程契約履行擔保之研究，私立東吳大學碩士論文，1994年6月。

18. 鄧民治，論工程契約爭議之仲裁，中國文化大學碩士論文，2000年6月。
19. 張南勳，情事變更原則在公共工程上之應用，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2000年。
20. 郭芳婷，公共工程契約之研究——以締結書面契約前之程序為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，92年1月。
21. 林家棋，政府採購法救濟程序之研究，中正大學碩士學位論文，2002年。
22. 羅名威，違憲審查權控制立法權的界限，國立中興大學法律研究所碩士論文，民國87年。

中華人民共和國

1. 胡偉良，兩岸仲裁法之修法建議——以兩岸、香港、新加坡之比較研究為基礎，中國政法大學博士學位論文，2006年3月。
2. 王彩君，論ADR在我國的完善，山西大學法學院碩士論文，2006年6月。
3. 辛國清，法院附設替代性糾紛解決機制研究，四川大學博士學位論文，2007年4月。

(四) 其他

1. 法務通訊，96年6月，第2344期。
2. 聯合報，民國96年7月13日A2版。
3. 法務通訊，94年3月，第2229期。
4. 行政院公共工程委員會於96年4月30日以工程企字第09600176140號函。
5. 立法院公報，第87卷第31期。
6. 立法院公報，第95卷，第28期。
7. 中國時報、聯合報及自由時報，97年8月7日及8日廣告。

二、英文文獻

(一) 外文書籍

1. Thomas E. Carbonneau & Philip J. McConaughay, Handbook on Construction

- Arbitration And ADR, American Arbitration Association (2007) .
2. Jane Jenkins And Simon, Stebbings. International Construction Arbitration Law, Arbitration in Context Series (2006) .
 3. Handbook of Arbitration Practice, Sweet & Maxwell, 1998.

(二) 外文期刊

1. Stephen J. Choi, The Problem with Arbitration Agreements. Heinonline—36 Vand. J. Transnat' lL. 2003.
2. Houston Putnam Lowry, RECENT DEVELOPMENTS IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION , Heinonline—10 LISA J. int'l & Comp. 2003-2004
3. David A R Williams QC, Arbitration And Dispute Resolution, Heinonline—2004 N. Z. L. REV. 2004.
4. Phoenix Aktiengesellschaft v, Ecoplas, Inc. Everybody Loves Arbitration : The Second Circuit Sets Pro- Arbitration Precedent in International Commercial Arbitration Cases, Heinonline—2005 J. Disp. Resol. 2005.
5. Fox v. TANNER, The Arbitrability of Arbitrability, Heinonline—2005 J. Disp. Resol. 2005.
6. Sterling Financial Inv. Group, Inc. v. Hammer, The Pro-Arbitration Policy : Is This What the Parties Really Intended? The Courts' Treatment of Forum Selection Clauses in Arbitration Agreements, Heinonline—2005 J. Disp. Resol. 2005.
7. Dunkelmann v. Cincinnati Bengals, INC. Rules for a New Game : Finding a Workable Solution for Applying Class Actions to the Arbitration Process, Heinonline—2005 J. Disp. Resol. 2005.
12. Celeste Hammond & Jeffrey J. Mayer, Arbitration Advocacy : From Clause to Hearing, Heinonline—28 Am. J. Advoc. 2004-2005.
13. Stephen J. Choi, The Problem with Arbitration Agreement, Heinonline—36 Vand. J. Transnat' l L, 2003.
14. Julia Ann Gold, ADR Through A Cultural Lens : How Cultural Values Shape Our Disputing Processes, Heinonline—2005 J. Disp. Resol.
15. Martin Odams de Zylva, Reziya Harrison, "International Commercial Arbitration" , Jordam Publishing Limited, 2000.
16. Jacquelyn A. Beatty, Recent Developments in case law Affecting Alternative Dispute Resolution , Tort & Insurance LAW Journal, Volume 37, Number 2, Winter

2002.

17. Lawrence G S BOO, ARBITRATION, SAL Annual Review 2003. Heinonline—2003 SAL Ann. Rev 2003.
18. Mistaken Interpretation: The American Arbitration Association, Green Tree Financial Corporation v. Bazzle, and the Real State of Class-Action Arbitration in North Carolina, Heinonline—82 N. C. L. Rev. 2003-2004.
19. UNIFORM ARBITRATION ACT-2000, PEPPERDINE DISPUTE RESOLUTION LAW JOURNAL, Vol. 3 :, 2003. Heinonline—3 Pepp. Disp. Resol. L. J. 2002-2003.
20. Celeste Hammond & Jeffrey J. Mayer, Arbitration Advocacy : From Clause to Hearing, Heinonline—28 Am. J. Advoc. 2004-2005.

(三) 外國法

1. UNIFORM ARBITRATION ACT-2000, PEPPERDINE DISPUTE RESOLUTION LAW JOURNAL, Vol.3 :, 2003.
2. 1996 English Arbitration Act
3. 1995 Singapore Arbitration Act
4. IBA Ethics for International Arbitrators.

(四) 網址 :

1. 香港特別行政區政府律政司「雙語法例資料系統」
<http://www.legislation.gov.hk/chi/index.htm>
2. 新加坡法律部網站：<http://statutes.agc.gov.sg/>
3. 日本商事仲裁協會網站：<http://www.jcaa.or.jp/e/arbitration-e/kisokue/kaiketsu-e/civil.html>
4. 美國加州州政府 <http://www.dgs.ca.gov/default.htm>
5. 美國紐澤西州法院 <http://www.judiciary.state.nj.us/>
6. 美國紐約東區法院 <http://www.nyed.uscourts.gov/>
7. 美國全國證券商公會公司 <http://www.nasd.com/index.htm>
8. 澳洲仲裁人與調解人機構 <http://www.iama.org.au/index.html>
9. 同儕評量
http://www.nasd.com/web/groups/med_arb/documents/mediation_arbitration/nasdw_014776.pdf