

# 國際仲裁上之衡平仲裁制度--台 法觀點比較

林恩璋\*

## 目 次

壹、前言	參、衡平仲裁制度於國際仲裁實 務上之爭議
貳、衡平仲裁制度於國際仲裁上之 輪廓	一、例外性制度的爭議
一、衡平仲裁制度之法源依據	二、排除衝突法則（Conflict of Law Rules）的爭議
二、國際仲裁之特性影響衡平仲 裁制度	肆、結論

中文關鍵詞： 仲裁、國際仲裁、衡平仲裁制度、衡平仲裁、法律  
仲裁、友誼仲裁、衡平法

Key Words: Arbitration, International Arbitration, amiable  
composition, ex aequo et bono, Equity

## 中文摘要

本文針對國際仲裁上最具特色的衡平仲裁制度，透過比較我國  
法院實務意見以及法國學說、實務資料的方式，說明衡平仲裁制

\* 東海大學法律學系助理教授，法國史特拉斯堡第三大學法學博士。作者感謝  
匿名審查人對本文的寶貴建議，受益良多。

投稿日期：100年3月2日；審查通過日期：100年6月20日。

度在國際仲裁上之實質內容及功能。並嘗試以台、法國際仲裁制度為中心進行比較提供我國仲裁以及法院實務具體的判斷標準，重新釐清國際仲裁發展上對於衡平仲裁制度基礎的觀念。

## Abstract

This article focuses on the system of “amiable composition”, which is also known as the most special feature in international arbitration. However, the conception of “amiable composition” is still abstract. The author therefore tries to provide a concrete criterion about this issue to Taiwanese legal practitioners by comparing the judgments of Taiwanese court with the French legal theories and practical materials. The author also finds that the meaning of amiable composition should be different under the international arbitration with respect to the domestic arbitration field.

## 壹、前言

「amiable composition」是在仲裁程序中，最能夠體現仲裁精神之一的制度<sup>1</sup>。此一法文法學用語在台灣法學界中，主流的翻譯將之稱為「衡平仲裁制度」<sup>2</sup>，而在中國，則稱之為「友好仲裁」

---

<sup>1</sup> Amiable composition 可謂仲裁制度上的特徵之一，這項制度具備彈性與靈活具體運用個案的功能，往往與另一個詞彙 *ex aequo et bono*（公允與善意）相提並論，並且避免與「衡平法」(Equity) 概念相混淆。參林俊益，論衡平仲裁之概念，仲裁季刊第 57 期，2000 年 6 月，頁 52 以下。

<sup>2</sup> 參考藍瀛芳，商務仲裁中之衡平仲裁制度，商務仲裁論著彙編，1988 年，頁 393；林俊益，同前註，亦有翻譯為衡平仲裁者，參吳光明，從法律文化談發展中之國際仲裁文化，國立中正大學法學集刊第 7 期，2002 年 4 月，頁 233 以下；廖緯民，論國際商務仲裁上的衡平仲裁，仲裁季刊第 61 期，2001 年 6 月，頁 69 以下。

<sup>3</sup>。姑且不論翻譯為「衡平仲裁制度」是否確實貼近法文原意<sup>4</sup>，亦不論 *amiable composition* 的性質應被歸類為實體法契約或者是一項工具性的制度<sup>5</sup>，本文為求行文便利討論起見，擬採取上開主流翻譯用語，合先敘明。

我國在 1998 年 12 月 24 日仲裁法修正公布施行前，對於何謂衡平仲裁制度，學者與司法實務間曾有不同的看法<sup>6</sup>。著名法律學者如林俊益、王澤鑑、柯澤東、廖緯民等教授，均曾對此一問題多有著墨<sup>7</sup>。一般的看法，對於我國仲裁法引進衡平仲裁制度均抱持肯定的意見。近年來，吳光明教授亦著文檢討衡平仲裁制度，以法律文化比較為出發，剖析台灣仲裁人在使用此項制度時所遭遇之盲點與問題，深具參考價值<sup>8</sup>。

在仲裁法修法後，第 31 條規定：「仲裁庭經當事人明示合意

<sup>3</sup> 參黃進、宋連斌、徐前權著，*仲裁法學*，中國政法大學出版社，2008 年 3 月，頁 4。

<sup>4</sup> 事實上中文對於 *amiable compositeur* 或可稱之為「和事佬」依此衍伸 *amiable composition* 則是指經由和事佬撮合協調的一種程序或制度，故中國法學者有依據字面翻譯為「友誼仲裁」者，確係有據。不過，語言的翻譯本來就無絕對的對等，非使用同種語言之學者亦僅能夠依照語言本身所可能表達的隱約含意去推敲這項制度的性質與功能。相關文獻並可參林俊益，*仲裁法有關衡平仲裁之英譯問題*，*司法週刊*第 950、951 期，1999 年 10 月 13 日、10 月 20 日，第 3 版。

<sup>5</sup> 相關爭議請參廖緯民，同前註 2，頁 71 以下討論。

<sup>6</sup> 見最高法院 85 年度台上字第 2289 號判決，相關批判參林俊益，*衡平仲裁判斷之判決評釋*，*仲裁季刊*第 54 期，1999 年 9 月，頁 14 以下。

<sup>7</sup> 除前揭論文外，並可參王澤鑑，*舉重明輕，衡平原則與類推適用*（上），*法令月刊*第 47 卷第 2 期，1996 年 2 月，頁 8；柯澤東，*論仲裁條款在海上運送契約中之法律地位*，*國際貿易法專論*，1981 年 6 月，頁 233，註 36；林俊益，*論我國衡平仲裁制度之創新*，*全國律師*第 3 期，1999 年 3 月，頁 20 以下；林俊益，*論衡平仲裁制度之國際立法*，*法律評論*第 66 卷第 10-12 期合刊，2000 年 12 月，頁 2 以下；博士論文部份並可參林俊益，*衡平仲裁制度之研究*，*國立政治大學法律系博士論文*，1999 年 6 月。

<sup>8</sup> 參吳光明，*論衡平仲裁制度：我國仲裁法第三十一條之檢討*，*仲裁季刊*第 71 期，2004 年 5 月，頁 1 以下。

者，得適用衡平原則為判斷。」條文所述者雖為「衡平原則」，惟一般台灣法學者對這項詞彙的理解，均係以 *amiable composition* 一詞同等觀之。對於「衡平」一詞，並有學者將之區分為抽象衡平與具體衡平二類，認為本條所規定的衡平原則，其意義應指後者，而非前者，並進一步將仲裁人依衡平原則做成之判斷，用以區別依照民法第 1 條所稱「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理」所做的判斷<sup>9</sup>。易言之，依衡平原則做成之判斷，係屬於「衡平仲裁」，而依民法第 1 條之「法理」做成之判斷，則仍屬「法律仲裁」。此一見解並陸續為台灣法院實務所接受<sup>10</sup>。

然而，上開實務見解事實上還是存在著許多模糊不清的地帶。特別是在內國仲裁程序上，或許適用「法理」因為符合民法第 1 條之規定，而得以被解釋為法律仲裁，但在國際仲裁的程序上，是否亦得為相同之解釋，實不無疑問。更棘手的問題是我們往往無法確認仲裁人是否已經「確實地」依照衡平仲裁制度下了仲裁判斷。這種焦慮來自於幾個方面，首先是衡平仲裁制度標準的抽象性與模糊性，往往使得依照衡平仲裁制度所下的仲裁判斷實質內容顯得無法挑戰；其次則是因為衡平仲裁制度概念具備如此之抽象性，導致仲裁當事人在面臨此一制度時，不禁產生一種矛盾（*paradoxe*）的心態：一方面仲裁當事人希望仲裁人能夠盡情發揮衡平仲裁制度的功能，以擺脫原有法律規範的束縛與期待，使仲裁判斷能夠達到符合公平的結果；另一方面仲裁當事人卻又希望能夠盡量有效控制衡平仲裁制度，使得仲裁判斷的結果不至於違反仲裁當事人的期待，而變的無法預測。特別是後者，

<sup>9</sup> 參林俊益，同前註 1，頁 71 以下討論。

<sup>10</sup> 例如最高法院 92 年度台上字第 1689 號、93 年度台上字第 1893 號判決等，均採此見解。

一項制度的引進，可預見性（*prévisibilité*）往往是決定這項制度是否可以被普遍地接受及運用的關鍵。特別是仲裁，仲裁結果的可預見性通常為當事人考慮採用仲裁制度的關鍵<sup>11</sup>。這使得在許多情形下，特別是仲裁當事人無法確實掌握仲裁人素質或其立場時，往往傾向於保守的態度，盡可能的迴避衡平仲裁制度的適用，因此也降低了仲裁人運用衡平仲裁制度機會<sup>12</sup>。

為求解決上述問題，本文以為實有必要就衡平仲裁制度概念，為基本之釐清。以下即從兩個方向進行此一主題之研究：首先，為釐清衡平仲裁制度在國際仲裁程序中所扮演之角色與功能問題，此方面因涉及衡平仲裁制度存在之基礎理論，故應先予分析。其次須探討者，乃衡平仲裁制度於國際仲裁實務上的發展，在我國究係如何運作？運作此一制度時所可能涉及的問題有哪些？所涉及者為衡平仲裁制度於國際仲裁實務上爭議之問題。

由於在國際仲裁法制上，法國是全世界最早適用衡平仲裁制度作為程序法律規則的國家，其衡平仲裁制度可上溯自 1806 年的法國民事訴訟法法典，具有十分悠久的歷史<sup>13</sup>。法國法院在運用衡平仲裁制度的態度上，也相對於其他國家來的開放寬容。作為衡平仲裁制度的發源國，彼邦學者的意見對於此一問題的釐清，自有相當之助益。特別是在國際仲裁的運作上，總部位於法國巴黎的國際商業公會（International Chamber of Commerce, ICC）的豐富國際仲裁經驗，對於法國法院在判斷依衡平仲裁制

<sup>11</sup> 參林俊益，*仲裁法之實用權益*，永然文化，2001年4月初版，頁198以下。

<sup>12</sup> 一般說來，衡平仲裁制度的運用，大多見於長期性、繼續性的契約爭議中。這類契約因顧及締約雙方當事人間仍須存在良好的合作關係，希望能朝向一種較為談性的方式解決爭議，而非適用可能引起更大爭議的國家法律。K. S. Weinberg, *Equity in International Arbitration: How Fair is "Fair"? A Study of Lex Mercatoria and Amiable Composition*, 12 B.U. Int'l L.J. 227 (1994), 特別在第252頁。

<sup>13</sup> K. S. Weinberg, *ibid*, p.231.

度做成之仲裁判斷效果，亦有重大之影響。觀察法國學界及法院實務對於如何建構衡平仲裁制度的理論基礎，以及分析衡平仲裁制度於國際仲裁上實現之問題，實有助於我國法院與仲裁實務者對衡平仲裁制度有更深一層的理解。故而在法制比較研究上，本文即以法國—這個在全世界最早適用衡平仲裁制度作為程序法律規則的國家—之學說及實務觀點做為參考對象，希望透過比較法制研究的方式，對衡平仲裁制度的內涵與精神為更深入的剖析。

## 貳、衡平仲裁制度於國際仲裁上之輪廓

衡平仲裁制度源於大陸法系，*amiable composition* 為文法學用語，字面上有友誼裁決之意<sup>14</sup>。一般援用此一概念時，外國文獻習慣上多直接引用原文，並與其他類似概念如 *ex aequo et bono* 相提並論<sup>15</sup>。但究其實，所謂 *amiable composition* 一詞仍極為抽象，無法以一個普遍性的定義說明之。因此本文以為，與其就 *amiable composition* 找出一項適合的定義，不如直接就其法源依據與其在國際仲裁上所表現之特性、功能等議題為探討，進一步描繪這項制度在國際仲裁上所可能呈現的輪廓。

### 一、衡平仲裁制度之法源依據

在承認及運用衡平仲裁制度的立法例上，我們可以發現幾乎都存在著這樣一個前提：仲裁人如果得以衡平仲裁制度做出判

---

<sup>14</sup> 或作「友好調解人」。相關文章請參藍瀛芳，同前註2，頁389以下。

<sup>15</sup> 有關 *ex aequo et bono* 與 *amiable composition* 的辨異，學說上有區別說與無區分說兩種。林俊益，同前註1，頁62以下討論。

斷，均必須得到當事人明示合意授權<sup>16</sup>。以聯合國國際貿易委員會（United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL）於1985年制訂之國際商事仲裁示範法（Model Law on International Commercial Arbitration）第28條第（3）項為例<sup>17</sup>，即規定：「仲裁庭只有在當事各方明確授權的情況下，才應按照公平合理的原則或作為友好調解人作出決定<sup>18</sup>。」我國仲裁法第31條制訂淵源，主要也是參酌上開條文而來。但我國仲裁法並未明確區分國內仲裁或國際仲裁，因此在解釋上，似得認為仲裁法第31條均一體適用於內國仲裁與國際仲裁之場合。故而在我國只要仲裁當事人具備明示的衡平仲裁合意，無論是內國仲裁或國際仲裁，仲裁人即得適用「衡平原則」（即衡平仲裁制度）為仲裁判斷。相較於我國之規定，法國之立法規定則較為明確。依據法國新民事訴訟法典（Nouveau Code de procédure civile, NCPC）中第5節（Titre V）「國際仲裁」，第1497條規定：「如經當事人授予權限，仲裁人得以衡平仲裁人（*amiable compositeur*）地位作成仲裁判斷<sup>19</sup>。」，從文義上觀之，似亦以經當事人明示合意授

<sup>16</sup> 比較法例上，例如德國仲裁協會（Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit，簡稱DIS）第23.3條、日本2003年仲裁法第36條及法國新民事訴訟法典第1474、1497條均有相同之規定。

<sup>17</sup> 該法並於年7月7日修正通過若干條文，中文文本可見下列網址：  
<http://www.uncitral.org/pdf/chinese/texts/arbitration/ml-arb/ml-arb-c.pdf>（最後瀏覽日：2011/12/12）

<sup>18</sup> 英文版本為：The arbitral tribunal shall decide *ex aequo et bono* or **amiable compositeur only if the parties have expressly authorized it to do so.**（粗體字部份為作者自加）

<sup>19</sup> 原文為：L'arbitre statue comme *amiable compositeur* si la convention des parties lui a conféré cette mission. 事實上，法國新民事訴訟法典第12條第4項更進一步表示，在特定情況下，訴訟當事人得就特定事項賦予國家法官得以「衡平仲裁人」地位為判決之權限（Le litige né, les parties peuvent aussi, dans les mêmes matières et sous la même condition, conférer au juge mission de statuer comme *amiable compositeur*, sous réserve d'appel si elles n'y ont pas

予衡平仲裁權限 (...parties lui a conféré cette mission) 為必要。

這項前提其實不難理解：作為有別於訴訟制度的訴訟外紛爭解決方式 (ADR)，仲裁制度係當事人基於私法自治、程序選擇與契約自由原則下，用來自主解決紛爭的手段之一。仲裁人的權限，來自於當事人仲裁協議的授權，而仲裁判斷之所以於當事人間有拘束力，是因為當事人訂立仲裁協議時，便已默示承認仲裁人的判斷將對於當事人間產生拘束力。換句話說，仲裁制度的基礎，特別是意定仲裁<sup>20</sup>，在於當事人自願服從仲裁庭判斷結果。因此無論仲裁庭的判斷是依照法律規定，或是依照衡平仲裁制度，均應以尊重當事人意願及其協議作為前提。一言以蔽之，即所謂「契約應予遵守原則 (pacta sunt servanda)」。故確認仲裁當事人是否有意願擴張仲裁人的權力，使仲裁人得於一定情形下適用非國家系統的規則 (règle anationale) 做出仲裁判斷，牽涉到此一仲裁判斷是否可能嗣後在台灣依據仲裁法第 38 條第 1 款、第 40 條第 1 項第 1 款規定提起撤銷仲裁判斷之訴之結果<sup>21</sup>。

不過，在國際仲裁時，是否亦須經當事人明示授權仲裁人得運用衡平仲裁制度，仲裁人始得援用之，在法國卻有不同的看法。法國學者 Kassis 主張，在國際仲裁的場合，如果仲裁的雙方當事人對於案件之準據法並無約定時，則仲裁人當然居於衡平仲

---

spécialement renoncé.)。此一權限之授予，法國學界通說認為亦應經當事人明示為之。G. Cornu, *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, pp.155-156. 不過在實務運作上，上開條文規定之情形甚為罕見。D. Cohen, *Arbitrage et société*, L.G.D.J., 1993, p.297.

<sup>20</sup> 即使於強制仲裁的情形，仲裁人是否得適用衡平原則為仲裁判斷，亦仍然繫於當事人是否明示授權。只是在強制仲裁的情形，由於當事人的程序選擇權相對地受到限制，故不若意定仲裁表現仲裁制度尊重當事人意願與其協議之特色明顯。

<sup>21</sup> 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，2002 年 12 月，頁 275 以下。



裁人之地位，而得依衡平仲裁制度做出仲裁判斷<sup>22</sup>。其主要的理由為當事人對案件的準據法既無約定，仲裁人自然得自由選擇其認為合適的法律規則或是逕依衡平仲裁制度進行仲裁，此為國際仲裁之特性，亦為仲裁人固有之權限，故應與國內仲裁的情形有所區別，不受衡平仲裁制度須經當事人明示授權仲裁人運用之原則的拘束。易言之，在國際仲裁的程序中，仲裁人的地位與國家法官的地位是不一樣的。除當事人有明文約定仲裁程序應適用之準據法外，仲裁人在國際仲裁程序上並無義務適用任何一個國家的法律。

從國際仲裁的特性上而言，在國際仲裁中，對於仲裁人的中立性（la neutralité）要求亦較諸內國仲裁更為明顯。特別是仲裁當事人來自於不同國家時，如果一方當事人在該國為指標性產業，或是其為具有國營、半官方色彩性質的法人時，對於仲裁的另一方當事人而言，基於可能遭遇保護主義法律的疑慮，自然不會希望仲裁人適用對方國家之法律作為仲裁判斷之依據<sup>23</sup>。故而在這種情形下，實不宜科以仲裁人適用特定國家法律之義務。事實上，要求仲裁人於國際仲裁中具有適用特定國家法律的義務這種說法，亦欠缺理論之基礎。法律仲裁的拘束性在國際仲裁中相對的較為薄弱，尤其在當事人欠缺就仲裁爭議所應適用之準據法有所明示的情形，因為欠缺當事人明示合意的拘束，仲裁人的權限事實上事被擴張的。也因此，從國際仲裁特性的角度看來，將衡平仲裁制度歸為仲裁人的固有權限之一的這種見解，似乎也不無道理。

本文認為，是否仲裁人在國際仲裁程序中須經當事人明示合

<sup>22</sup> A. Kassis, L'autonomie de l'arbitrage commercial international : le droit français en question, L'Harmattan, 2006, p. 362 s..

<sup>23</sup> M-C Moissinac d'Harcourt, La pratique de l'arbitrage au service de l'entreprise, economica, 2002, p. 8 s..

意，始得適用衡平仲裁制度，應與對於衡平仲裁制度內涵所採取的立場相對照。在採取嚴格限定衡平仲裁制度內涵的情形下，似乎毋需過分強調當事人明示合意授權仲裁人運用衡平仲裁制度的必要。事實上，即使是國際商事仲裁示範法的解釋說明中，貿易法委員會在第 40 點也僅是隱晦地表示，對於衡平仲裁制度「示範法無意規範這個領域，只是提請當事人注意有必要在仲裁協議中加以說明並具體授權仲裁庭這樣做<sup>24</sup>。」因此，依照此一解釋，顯然僅將當事人明示合意衡平仲裁制度列為訓示性的規定，特別在國際仲裁中，此一問題似仍應依照各國對於衡平仲裁制度內涵的確認範圍，決定是否將當事人明示合意作為授權衡平仲裁制度之前提要件。

無論如何，如果當事人明示合意授權仲裁人適用衡平仲裁制度，其結果將使得仲裁人得享有更大的權限彈性運用各種規則做成仲裁判斷，應無疑義。在這裡，為求與法律仲裁加以區分，所謂衡平仲裁制度往往被學者理解為是對立於法律仲裁的另一種判斷標準，至少在性質上，衡平仲裁制度所意味著的往往是非國家系統的規則<sup>25</sup>。在國際仲裁上，這類非國家系統的規則往往聯繫著國際商業習慣（*Lex mercatoria*）與商業慣例（*usage de commerce*），有時候與國家系統的規則糾結不清，甚至於難以區分<sup>26</sup>。例如在契約債務不履行的案子中，當事人明示合意授權仲

---

<sup>24</sup> 英文版本：「The Model Law does not intend to regulate this area. It simply calls the attention of the parties on the need to provide clarification in the arbitration agreement and specifically to empower the arbitral tribunal.」, Explanatory Note by the UNCITRAL secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as amended in 2006, 網站資訊請見：[http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf)（最後瀏覽日：2011/12/12）

<sup>25</sup> J. Robert, *L'arbitrage*, 6<sup>éd.</sup>, Dalloz, 1993, p. 277.

<sup>26</sup> 法國學者 Goldman 認為，適用國際商業習慣即為適用衡平仲裁制度之表現，然而此一看法亦備受其他法國學者質疑。D. Vidal, *Droit français de l'arbitrage*

裁人適用衡平仲裁制度判斷，而仲裁人考慮情事變更，因此做成有關賠償數額的多寡判斷時，其所依據的究竟是民法上之情事變更原則，或是衡量具體個案公平以後所為之結論，有時實難以分辨<sup>27</sup>。

在法國學者看來，衡平仲裁的法源依據應認為並非來自於法律的規定，而是當事人的自由意願<sup>28</sup>。因此在國際仲裁上，當事人明示授權仲裁人得以衡平原則解決紛爭，另一個意涵即是免除仲裁人依法律仲裁之義務<sup>29</sup>。這項義務通常表現在兩個方面：首先是在程序上，即使賦予仲裁人衡平仲裁制度的權限，仲裁人一般仍被要求應遵守辯論主義這類基礎的程序法原則，然而在這些基礎原則之外，仲裁程序卻得因為仲裁人適用衡平仲裁制度而顯得更加地彈性與任意，例如仲裁人得以跳過當事人間冗長的辯論，而直接給予解決方案的指示；其次是在實體上，受有衡平仲裁權限的仲裁人雖仍不得任意更改當事人間契約的結構，但對於契約的履行方式，卻可以權宜應變，以盡量促成當事人間的權義公平與合理<sup>30</sup>。

此外，賦予仲裁人衡平仲裁制度的權限，並不意味者免除衡平仲裁人做成判斷時得不附理由。傳統上在法國，學界與實務大多主張適用衡平仲裁制度仍應附理由，只是在理由的構成上，給予衡平仲裁人相當自由的空間。是以，仲裁判斷書應附理由而未

---

commercial international, Gualino éditeur, 2004, p.247.

<sup>27</sup> 台灣最高法院的見解則是採取前一種，即認為依情事變更原則解決當事人爭議所做出的仲裁判斷，仍應認屬於法律仲裁，並進一步推論此種判斷並不以事先取得當事人之同意為必要。

<sup>28</sup> D. Vidal, *Droit français de l'arbitrage commercial international*, Gualino éditeur, 2004, p.245 s..

<sup>29</sup> Y. Guyon, *L'arbitrage*, Economica, 1995, p.47.

<sup>30</sup> 仲裁人不得任意更改當事人間原契約的結構，即衡平仲裁亦然，此為法國學說與實務上之通說。C. Gavalda et C. Lucas de Leyssac, *L'arbitrage*, Dalloz, 1993, pp.80-81.

附時，無論在國內仲裁或國際仲裁的場合，均應認為構成法院駁回執行仲裁判斷聲請之事由。因此，仲裁人即使被當事人授予衡平仲裁之權限，僅係表示仲裁人得以採用更寬的標準做成仲裁判斷，但對於仲裁人究竟依據何項標準或理由，仲裁人在形式上仍負有說明之義務<sup>31</sup>。但這樣的見解近來則有了一些改變。法國最高法院（Cour de cassation）先是在 2001 年的案件中將下級審法院以「仲裁人為衡平仲裁時未解釋其仲裁判斷如何符合公平原則」撤銷仲裁判斷判決廢棄發回原審法院，確認了尊重衡平仲裁人自由裁量之原則。隨後又在 2002 年的案件中廢棄下級法院關於「衡平仲裁人未解釋其適用契約所定之違約金之約定係符合公平原則」之判決<sup>32</sup>，於此幾乎可以確定，只要衡平仲裁人形式上所為之仲裁判斷具備理由，法國法院幾乎都會予以尊重，鮮有要求衡平仲裁人應自證其依衡平仲裁制度所為之判斷符合公平原則之情形。

而如果法院採取原則上尊重仲裁人自由裁量的立場，則可能又引伸出另一個問題：當仲裁人依照其所確信的衡平仲裁制度下判斷時，是否能夠有一個客觀的、可預期的判斷標準？

對於這個問題，在學理上我們或許可將之區分為一般說與個別說兩種不同的思考方式。依照一般說的看法，其相信並主張衡平仲裁制度應該也必須受到一些規則的拘束，例如前述的「不得任意更改原契約結構」、「遵守基礎的程序法原則」、「衡平仲裁應附理由」以及其他如衡平仲裁制度與強行法規（*droit impératif*）間的關係，僅就當事人擁有處分之權利範圍內始得適用衡平仲裁

---

<sup>31</sup> J. Robert, *L'arbitrage*, op. cit., p. 158. 另參考判決 Paris, 15 déc. 1967, *Rev. Arb.* 1967, p.119 ; Paris, 20 avril 1972, *Rev. Arb.* 1973, p.84.

<sup>32</sup> 見 Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 15 février 2001, *Rev. arb.* 2001. p.135, note E. Loquin. 轉引自 D. Vidal, *Droit français de l'arbitrage commercial international*, Gualino éditeur, 2004, p.249.

制度等等。不過，在國際仲裁上，何謂強行法規的認定，其範圍要較內國仲裁時小些，易言之，在國際仲裁上擁有運用衡平仲裁制度權限的仲裁人僅受國際公序（*l'ordre public international*）的拘束，而無須考慮內國的強行法規<sup>33</sup>；而按照個別說的看法，則是根本主張所謂衡平仲裁制度指的是「具體衡平」：亦即沒有一個屬於判斷衡平仲裁制度是否成立的客觀標準。依此見解，所謂衡平仲裁制度是指衡平仲裁人就個案具體的情形，依據「『衡平原則』為判斷，所謂『衡平原則』是指具體衡平之理念，而非抽象衡平之規則，且係仲裁庭主觀認為是公正公平之基準，未必是客觀之衡平原則，是以衡平仲裁判斷在相當範圍內，受到仲裁人之人格與其個人公平概念之影響甚大<sup>34</sup>。」，也因此「『衡平仲裁』係指法律『有』明文規定，但嚴格適用法律，於當事人間將產生不公平之結果，如經當事人之明示合意，仲裁庭即得「不適用」法律之規定，改依仲裁庭認為公允善意之原則而為判斷<sup>35</sup>。」個別說的看法，目前在台灣似乎已成為主流意見<sup>36</sup>。

不過，無論是一般說或是個別說，其所勾勒衡平仲裁制度的輪廓，仍將因仲裁係屬國際仲裁或內國仲裁而有所差異，以下即進一步說明此差異性。

<sup>33</sup> 法國學說與實務多數認為，國內仲裁時，即使仲裁人擁有運用衡平仲裁制度的權限，亦應當受到法國強行法規的拘束。參考林俊益，衡平仲裁制度之研究，同前註7，頁164。

<sup>34</sup> 本文以為，儘管學者承認「在相當範圍內，受到仲裁人之人格與其個人公平概念之影響甚大」，這種說法還是很保守的。因為依上開定義，所謂「具體的衡平」事實上完全繫於「仲裁人之人格與其個人公平概念」，一言以蔽之，即仲裁人的素質上。這種近乎完全「人治」色彩的定義是否能夠忠實地傳達衡平仲裁制度的理念，值得斟酌。

<sup>35</sup> 林俊益，同前註1，頁71以下。林俊益教授將所謂衡平的概念區分為抽象的衡平與具體的衡平，前者與諸多法理有相通之處，而後者則是指仲裁法第30條所指稱之衡平仲裁概念。

<sup>36</sup> 請參考本文第叁部份以下關於我國實務見解之說明。

## 二、國際仲裁之特性影響衡平仲裁制度

在台灣，成文法源中，仲裁法並未就國際仲裁或內國仲裁有所區分，亦未對此二種仲裁下任何定義。是以判斷何謂內國仲裁，何謂國際仲裁，在定義的說明上如能援引外國立法體例以為比較參考，亦不失為一種可行的方式。

以法國為例，法國新民事訴訟法法典第 1492 條即稱：「因國際商業利益提付仲裁者為國際仲裁<sup>37</sup>。」這項以「國際商業利益」——即以經濟標準作為判斷國際仲裁的方式並受到後來法國司法實務界的肯定。巴黎上訴法院在 1990 年 4 月 5 日的判決中，亦表示判斷是否為國際仲裁，應從系爭案件之標的觀察，如果案件係針對在各國間流通或轉運之貨物、服務與金錢所生之爭議，則案件即具有國際性，為國際仲裁案件<sup>38</sup>。如對於仲裁的性質究竟為國際仲裁或內國仲裁有所爭執時，則交由高等法院對該仲裁為定性<sup>39</sup>。

聯合國國際貿易委員會之國際商事仲裁示範法第 3 條，則是對於國際仲裁的判斷採取了一種更寬鬆的認定標準<sup>40</sup>。其規定：

---

<sup>37</sup> 原文為：「Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international.」

<sup>38</sup> CA Paris, 1<sup>re</sup> Ch., 5 avr. 1990, Société Courrèges, Rev. Arb. 1992, p. 110, note H Synvet. 至於仲裁地於何處，則並非判斷是否為國際仲裁之必要條件。參 H-J Nougéin, Y. Reinhard, P. Ancel, M-C Rivier, A. Boyer et P. Genin, Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commercial, Litec, 2004, p. 120.

<sup>39</sup> J. Robert, L'arbitrage, op. cit., pp. 226-229.

<sup>40</sup> 在何謂國際商事之定義上，公約下方註解 2 特別說明：「對「商事」一詞應作廣義解釋，使其包括不論是契約性或非契約性的一切商事性質的關係所引起的事項。商事性質的關係包括但不限於下列交易：供應或交換貨物或服務的任何貿易交易；銷售協定；商事代表或代理；代理；租賃，建造工廠；諮詢；工程；使用許可；投資；籌資；銀行；保險；開發協定或特許；合營和其他形式的工業或商業合作；空中、海上、鐵路或公路的客貨載運。」（中文資

「有下列情形之一的，仲裁為國際仲裁：(a)仲裁協定的各方當事人在締結協定時，其營業地點位於不同的國家；或(b)下列地點之一位於各方當事人營業地點所在國以外：(i)仲裁協定中確定的或根據仲裁協定而確定的仲裁地點；(ii)履行商事關係的大部分義務的任何地點或與爭議事項關係最密切的地點；或(c)各方當事人明確同意，仲裁協定的標的與一個以上的國家有關。」以本條所規定的標準觀之，判斷何為國際仲裁不僅採取了經濟的標準，並且還採取了地理的標準<sup>41</sup>。

無論如何，上述的標準均提供了吾人一個觀察國際仲裁特性的角度：爭議事項牽涉多國、商事關係更形複雜、商業利益不偏向某一國、尊重當事人意思自主等等。在國際仲裁中，仲裁庭與內國的法律及司法制度的關係要較諸國內仲裁時更為淡薄，這也影響了仲裁人在做成仲裁判斷時，所受到內國強行法規或公序良俗條款拘束的強度。因此從邏輯上來說，在國際仲裁中，對於仲裁人「依法律」做成仲裁判斷的要求，相對於國內仲裁而言應該要更低，儘管在國際仲裁中仍有國際私法理論適用的餘地，但在實務上當事人卻都盡其可能地避免去碰觸這些複雜又抽象的理論，而傾向以事前的談判成果掌握己方最大的利益<sup>42</sup>。

如果說在國際仲裁中，管轄條款與準據法約定是雙方當事人角力的第一戰場，那麼衡平仲裁制度的約定，則可能做為雙方當事人角力的「第二戰場」。衡平仲裁制度既作為仲裁文化，特別

---

料部份參考前註17)

<sup>41</sup> 有學者主張關於一項紛爭是否有國際性質，大體上有法律標準及經濟標準，參張庭禎，國際商務仲裁制度之研究（下），軍法專刊第42卷第5期，1996年5月，頁13以下。而模範法第3條的規定則是很清楚地採取地理標準，而非採取與涉外因素（foreign elements）相類似的標準作為判斷。

<sup>42</sup> 例如盡量在事前諮商中插入對己方有利的仲裁管轄權條款，以避免紛爭發生後長途奔波，或是選擇與己方最熟悉或最保護己方的國家法律，作為雙方有爭議時之案件準據法等。

是國際仲裁中最明顯的特徵之一，理論上應當更為仲裁之當事人所樂於運用。一如吳光明教授所述，「為使仲裁文化能與訴訟文化較為明顯地區分，除在技術面上修改法律規定，讓仲裁程序之進行能更加迅速，俾其與訴訟程序有別外，另外一個可能之方法，應該是衡平仲裁之採用<sup>43</sup>。」有別於訴訟文化的複雜、拖延與不便，所謂仲裁文化—如果其確實存在，或者應該說是「理想中的」仲裁文化，應該關切的是如何更有效、迅速與合理地解決紛爭。衡平仲裁制度即是促成這種「理想中的」仲裁文化發生的重要工具之一，透過中立的仲裁人適時引用這項制度，以避免國際仲裁產生「訴訟化」的現象。

然而在實務上，這種「第二戰場」的開闢卻有許多的顧慮。其原因主要來自於兩方面：首先，是當事人無法完全確信仲裁人是否能夠公正不倚，在不濫用衡平仲裁制度的前提下妥善處理紛爭，易而言之，就是衡平仲裁制度內容的不確定性，增添了當事人/司法者的憂慮；其次，則是國際仲裁本身制度的問題：仲裁人是否應該受到某種程度的約制，使得其所做出的仲裁判斷得以讓當事人得到信服，或至少能夠不受到內國司法體系的挑戰，而得以適用在各個國家之中，達成順利執行仲裁判斷的結果？

就此一問題，法國有學者認為，在國際仲裁上當事人未選擇準據法的場合，仲裁人自行選擇其所認為適當之國家法律，事實上未必要比其選擇衡平仲裁制度要來的更客觀或更容易預測<sup>44</sup>。從此一角度看來，邏輯上在國際仲裁中，仲裁當事人如未約定準據法時，由於仲裁人並非國家法官，其無義務遵循或是維護任何一國家之法律，對其來說並無「法庭地法（*lex fori*）」可言，於此情形下仲裁人自然即為衡平仲裁人，得自由選擇其所認定一切

---

<sup>43</sup> 吳光明，同前註2，頁243以下討論。

<sup>44</sup> A. Kassiss, *supra* note 22, p.363 s..



適當之法律規則，包括衡平仲裁制度在內。也因此仲裁人於國際仲裁的自由裁量尺度應當更寬，甚至不需要自證其所援引之法律或商業規則是否確已存在，國家法院對其因此作成之仲裁判斷均應尊重。

本文以為，整體說來，此一問題實根源於各國法院如何看待訴訟外紛爭解決機制的態度上，即所謂「仲裁文化」是否已經成為一項被世界各國司法體制平和看待的根本問題。

但遺憾的是，從台灣司法實務的反應看來，其對於所謂「仲裁文化」的意涵，特別是國際仲裁與國內仲裁性質上差異性的體認，似乎與法國學界與實務的看法仍有差異，以下再從司法實務面方向為進一步解析。

### 參、衡平仲裁制度於國際仲裁實務上之爭議

截至目前為止，在台灣司法實務上，尚未見有何當事人主張國際仲裁中因仲裁人適用衡平仲裁制度做出不當之仲裁判斷，而聲請台灣法院撤銷仲裁之訴訟判決，但這並不表示衡平仲裁制度在台灣司法實務上並無爭議<sup>45</sup>。事實上，最高法院曾先後多次就衡平仲裁制度的內容及定義做出重要的判決，其中最具代表性的判決應屬最高法院 93 年度台上字第 1135 號判決，認為「所謂『衡平仲裁』，係指經當事人明示合意授權下，仲裁人不適用法律逕適用衡平原則做成仲裁判斷。亦即當事人間之爭議事件雖有法律規則可資適用，惟嚴格適用法律規則後，於當事人間將產生不公平結果（欠缺個案具體的公平），如經當事人明示合意授權，仲

<sup>45</sup> 相關判決可參考台灣高等法院 90 年重上字第 146 號、台灣高等法院高雄分院 93 年重上更（一）字第 18 號判決；以及最高法院 89 年度台上字第 967 號、93 年度台上字第 1135 號及 93 年度台上字第 1893 號等判決。

裁人即得「不適用」法律之任意規定，改依仲裁庭主觀上認為公允善意之基準予以判斷之制度，追求個案之實質公平正義。」

最高法院在 93 年度台上字第 1893 號判決中進一步表示：再者，依仲裁法第三十一條規定，仲裁庭經當事人明示合意者，得適用衡平法則為判斷。當事人如未有明示之合意，仲裁判斷逕依衡平法則為判斷時，固逾越仲裁協議之範圍。惟現行法律因衡平理念已融入法律，經由「抽象衡平」具體化為法律之一部分，形成法律之基本原則。如誠實信用原則、情事變更原則、公益違反禁止原則、權利濫用禁止原則等，不再屬於衡平法則所謂「具體衡平」之範疇。是以仲裁庭如有適用誠實信用原則、情事變更原則、公益違反禁止原則、權利濫用禁止原則等法律明文化之基本原則規定時，自不以經當事人明示合意為必要。」這種見解恰與與部份學者間看法一致<sup>46</sup>，顯見台灣司法實務就何謂衡平仲裁制度已有定見。

然而，如果我們將上開見解與他國的司法實務互相比較，則可明顯發現其就同一個衡平仲裁制度的概念，在某部分見解上仍有細微的差異。此外，我國司法實務之見解與國際公約上對於衡平仲裁制度之理解是否一致，似亦有研究之餘地。

本文擬先自衡平仲裁與法律仲裁之關係切入，探討二者間是否如我國司法實務所主張，存在著主要與次要（或補充）的關係；其次再進一步分析仲裁人運用衡平仲裁制度是否具有排除衝突法則適用之效果，以釐清衡平仲裁制度在實務上所應具備之功能。

---

<sup>46</sup> 林俊益，同前註 1，頁 71 以下。

## 一、例外性制度的爭議

依循上開最高法院 93 年度台上字第 1135 號判決的論點，所謂衡平仲裁制度的內容，大約可以區分為以下幾點：

（一）衡平仲裁制度，與法律仲裁有別：衡平仲裁制度乃是仲裁人具體地依照個案的情況，根據公平原則，甚至非國家的法律作成判斷的一種制度，與法律仲裁不同。法律仲裁是仲裁人依國家法律作成判斷的一種制度，按仲裁法第 40 條第 1 項第 5 款：「仲裁庭之組成或仲裁程序，違反仲裁協議或法律規定者」，當事人得對於他方提起撤銷仲裁判斷之訴，可看出仲裁人适用法律與否亦作為仲裁判斷是否撤銷之標準。從而最高法院在 89 年度台上字第 967 號判決中以情事變更原則屬私法上之原則，因之為一種法律仲裁，不屬於衡平仲裁制度之範疇，故無仲裁法第 31 條之問題，而認為仲裁人「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法律爭議事項，判斷其法律上之效果時，原即有适用法律之職權，而無待於當事人之約定，亦不受當事人所述法律見解之拘束<sup>47</sup>。」

（二）衡平仲裁制度，乃是「具體衡平」：上開最高法院見解將仲裁法第 31 條「衡平原則」之內涵定性為個案具體的公平，顯係接受了學者對於衡平仲裁制度內涵區分為「抽象衡平」與「具體衡平」的看法。仲裁法第 31 條屬於後者，而前者所謂「抽象衡平」，係指衡平理念已融入法律體系，「具體化為法律之一部

<sup>47</sup> 上開最高法院 93 年度台上字第 1135 號判決亦持相同意見，認為情事變更原則「乃屬嚴格适用法律規則之情形，而與仲裁判斷不适用法律規則之情形有間，亦不屬於『衡平仲裁』之範疇，自無違反仲裁法第 31 條之問題。」其他相同實務判決見解見最高法院 93 年度台上字第 1893 號判決、台灣高等法院 90 年重上字第 146 號判決、台灣高等法院高雄分院 93 年重上更（一）字第 18 號判決等。相關文章並參考林俊益，同前註 21，頁 293 以下。

分，立法者基於衡平理念制訂法律，使衡平理念經由法律規定而得以實踐，衡平理念成文法化，此種法律規定內之衡平，提供一般規範原則與標準」，故如「民法第 148 條『公益違反之禁止原則』、『權利濫用之禁止原則』、『誠實信用原則』、第 272 之 2『情事變更原則』，民事訴訟法第 397 條『情事變更原則』，均係抽象衡平具體化為法律之一部分，形成法律之基本原則，提供一般性之規範，均為『抽象衡平』之範疇<sup>48</sup>。」

（三）衡平仲裁制度，乃例外性制度：依照上開最高法院 93 年度台上字第 1135 號判決判決的看法，所謂衡平仲裁制度，乃相對於法律仲裁的另一種制度，屬於一種例外性的、補充性的制度。易言之，仲裁人依法律仲裁，乃為原則，除非依法律仲裁有失公允，而當事人間又有明示的合意，願意授權仲裁人以衡平仲裁制度作成仲裁判斷時，仲裁人始得例外地依衡平仲裁制度仲裁。如適用法律（隱含民法第 1 條所稱之「法理」）後均無法達成個案公平正義時，仲裁人始考慮依照衡平仲裁制度作成仲裁判斷。

針對最高法院上開立論，本文以為固然衡平仲裁制度與法律仲裁有別，然二者之間卻未必具有補充或是主隨關係。特別在國際仲裁程序中，衡平仲裁制度也不應被視為一種補充性的、例外性的制度。相反地，衡平仲裁制度乃是當事人明示合意下，授與仲裁人以非法律國家規則作成仲裁判斷的一項權限，當事人所為的這項合意，應當首先被尊重，而不是以法律仲裁為由，抑制當事人選擇以非法律國家規則解決紛爭的意願。

以法國為例，法國司法實務與學界中對於法律仲裁與衡平仲裁制度間的關係，似無上開我國最高法院主張衡平仲裁制度與法律仲裁間為補充或是主隨關係之論點出現。事實上，法國學者與

---

<sup>48</sup> 林俊益，同前註 21，頁 291

實務通說並不以「嚴格適用法律規則後，於當事人間將產生不公平結果」作為衡平仲裁制度的前提，更多時候是將法律仲裁與衡平仲裁制度立於平行的地位對待，二者間至多具有「選擇」關係，而非補充關係<sup>49</sup>。

法國學者 Fouchard 認為，儘管在實務上仲裁人常將衡平仲裁制度解釋為仲裁人適用一般法律原則、或公平原則的權限，而將此一權限與衡平仲裁制度混為一談，但在概念上衡平仲裁制度仍與法律仲裁有別。Fouchard 認為衡平仲裁制度主要特色在於以公平原則修正既存的法律規則的適用，不過此應為仲裁人權限的問題，亦即仲裁人得選擇是否運用衡平仲裁制度的公平原則概念以修正法律規則，要非為衡平仲裁制度本質的問題<sup>50</sup>。

從國際公約規定觀之，即以聯合國 1985 年國際商事仲裁示範法公約為例，我們也未發現公約採取衡平仲裁制度作為一種例外制度適用的立場。公約第 28 條第 3 款謂「仲裁庭只有在當事各方明確授權的情況下，才應按照公平合理的原則或作為友好調解人作出決定」，其中「只有 (only if)」一詞，旨在補充說明仲裁人得適用衡平仲裁制度為判斷時所得具備之條件，而非在說明衡平仲裁制度係法律仲裁制度外之一種例外制度。仲裁人在此時僅是被賦予了更大的判斷空間，得以採用非國家法律的規則處理當事人間的紛爭，似不能認為在此情形仲裁人仍必須將法律仲裁置於首要考量順位，僅在「嚴格適用法律規則後，於當事人間將產生不公平結果」後才適用衡平仲裁制度<sup>51</sup>。否則，公約大可將

<sup>49</sup> Y. Guyon, L'arbitrage, Economica, 1995, p.47.

<sup>50</sup> Trav. du Comité fr. de dr. Int. Privé, 1984-1985, p.73. 原文「Je voudrais qu'on fasse quand même attention parce qu'à l'avenir cela peut poser des problème...Je crois que l'équité devrait venir ensuite pour corriger la règle de droit qu'on a déjà posée, qu'on a appliquée et qu'on élimine pour des raisons précises.」

<sup>51</sup> 與此相反意見，林俊益，衡平仲裁判斷之判決評釋，同前註 6，頁 23 以下。其認為：「第二十八條第三項規定『僅於』當事人有明示授權之情況下，仲

上開情形明白列為衡平仲裁的限制要件，何須語焉不詳，引人疑竇？

事實上，我國實務界將所謂「嚴格適用法律規則後，於當事人間將產生不公平結果」作為衡平仲裁制度的前提還有一個問題，那就是究竟我們能不能在現實上舉出一個例子，說明其係因「嚴格適用法律規則後，於當事人間將產生不公平結果」，繼而求助於衡平仲裁原則<sup>52</sup>？又依照最高法院 93 年度台上字第 1893 號判決的看法，「現行法律因衡平理念已融入法律，經由「抽象衡平」具體化為法律之一部分，形成法律之基本原則。如誠實信用原則、情事變更原則、公益違反禁止原則、權利濫用禁止原則等，不再屬於衡平法則所謂「具體衡平」之範疇。」如果按照上開最高法院見解推論，民法第 1 條的範圍之外—亦即成文法規定、習慣以及法理等，其他的規則才能夠算是屬於衡平仲裁原則（所謂「具體衡平」）範圍內的規則，我們實在很難想像有任何案例，在適用如誠實信用原則、情事變更原則、公益違反禁止原則、權利濫用禁止原則這類範圍極廣的「法理」後，仍然會有難以達成具體公平的情形存在著。

這種一面將衡平仲裁制度解釋為「具體衡平」，另一面又極端擴張法律仲裁的範圍（包含「抽象衡平」），並將衡平仲裁制度視為例外的、補充性的制度，是否真的符合衡平仲裁制度的本質，似值商榷。至少，本文以為應當將上開將衡平仲裁制度視為次要原則的實務見解作限縮解釋，認該見解僅於內國仲裁時始有

---

裁始得依 *ex aequo et bono* or *amiable compositeur* 判斷，其中「僅有」(only) 一詞，是說明「衡平仲裁制度」是「法律仲裁制度」外之一種例外制度。」

<sup>52</sup> 就此一問題，吳光明教授認為：「事實上，並沒有人能舉出例子說明任何『嚴格適用法律之規定，於當事人間將產生不公平結果之情形』之案例，因此，採用仲裁法第 31 條之「衡平仲裁」規定將成為具文。」參吳光明，同前註 2，頁 244，註 38；吳光明，同前註 8，頁 16 以下。

適用，至於國際仲裁案件時，似不必為如此之解釋。這一方面是因為國際仲裁所受內國法的掣肘，相較於內國仲裁要更小些，另一方面，在仲裁雙方當事人均有意願適用衡平仲裁的前提下，顯見當事人其實已經有意跳脫法律仲裁的限制，而尋求更有效率，更具仲裁文化特色的衡平仲裁制度為紛爭的解決。在尊重當事人意願的前提下，本文認為似乎不宜對於衡平仲裁制度加諸過多不必要的限制，以更貼近國際商務的需求與當事人間之期待。

## 二、排除衝突法則(Conflict of Laws Rules)的爭議

如依照上開最高法院實務見解，衡平仲裁制度作為一種例外的、補充性的制度，則仲裁人即使被授權得適用衡平仲裁制度為判斷，亦無排除適用衝突法則之可能。易言之，對於仲裁人而言，依法律仲裁仍應當居於首位考量，而所謂法律仲裁，在解釋上自然也包含了適用衝突法則為仲裁。既然法律仲裁要優先於衡平仲裁制度，那麼仲裁人應當首先求助於衝突法則，如於適用衝突法則後發現仍可能造成具體個案不公平時，始有考慮衡平仲裁制度之必要。

但正如前述，這種將衡平仲裁制度視為次要原則的論點，事實上是值得懷疑的。那麼，如果我們將衡平仲裁制度與法律仲裁等量齊觀，另一個可能面對的問題是：當事人授權仲裁人得以衡平仲裁制度做出判斷，是否意味著排除任何法律原則，包含衝突法則的適用？

就此一問題，有學者認為既然當事人已經明白表示授予仲裁人依照衡平仲裁制度作成判斷的權力，對其而言，這種情形即是授權仲裁人不依照國家法律規則，而依照公平與正義的原則作成仲裁判斷：此時衡平仲裁制度條款應被認為是用來取代，而非支

援準據法的適用。易言之，基於上述理由，衡平仲裁制度條款應可被視為一種「拒絕選法規則的條款」(a negative choice of law clause)，而排除衝突法則的適用<sup>53</sup>。

但也有學者抱持不一樣的想法，認為「實際上，當事人授權仲裁員基於公平善意原則裁決，僅僅是允許仲裁員基於公平的考慮，糾正或克服適用嚴格法律規則所可能造成的不公平後果，絕沒有給仲裁員施加不適用法律的義務。仲裁員的職責，並非排除適用法律規則；授權友好仲裁的目的，也不在於剝奪仲裁員接受法律規則幫助的權利...如果遵循特定的法律規則，能夠得到一個公正的結果，仲裁員自然應當適用這些法律規則；如果適用特定法律規則，將給當事人造成不公平的後果，仲裁員即可拒絕適用這些規則—即使這種規則的適用一般來說是公平的<sup>54</sup>。」依照這種看法，即使認為衡平仲裁制度與法律仲裁間不存在著補充關係，也不會認為在適用特定法律規則能達成個案公平的情形下，衡平仲裁制度有任何取代法律（包含衝突法則）的可能。易言之，如果適用法律規則與適用衡平仲裁制度都能達成一樣的結果時，則仲裁人仍應適用法律規則，而未必適用衡平仲裁制度（非法律規則），而當事人授權仲裁人運用衡平仲裁制度，亦不當然意味著排除衝突法則的適用。

在實務上，當事人在約定仲裁案件準據法的同時，也可能授權仲裁人依據衡平仲裁制度裁決。在這種情形下，仲裁人應採取何種立場做出仲裁判斷，依照上述的學說意見即可能產生不同的看法：採取將衡平仲裁制度的授權視為當事人拒絕選法規則之主

---

<sup>53</sup> K. S. Weinberg, *supra* note 12, p.231 轉引 W. Peter, *Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements* 172 (1986).

<sup>54</sup> 朱克鵬，國際商事仲裁的法律適用，法律出版社，1999年4月，頁195以下。此一觀點與台灣最高法院實務意見將衡平仲裁制度視為輔助制度者未盡相同，故特引用之。



張者，應主張仲裁人仍應依照衡平仲裁制度裁決，而迴避衝突法則；採取原則上適用法律仲裁之主張者，則認為此時衝突法則仍有適用之餘地，僅在於適用衝突法則後，發現案件準據法的實體法內容對當事人有失公平時，始須考慮衡平仲裁制度適用的可能。

不過，上述這種理論上「衝突法則適用是否與衡平仲裁制度相容」的歧義，在實務運作上是否造成仲裁人困擾或對於仲裁判斷之作成過程有不良之影響，實不無可疑。本文認為於此情形，首先似仍應探究並尊重當事人真意，以判斷當事人授權仲裁人依照衡平仲裁制度判斷，是否產生排除衝突法則適用之效果。易言之，如依據契約或是仲裁程序進行時之狀態，可判斷當事人之真意在於藉由仲裁程序以達成雙方調解（**conciliation**）之結果時，則應認衡平仲裁制度的授權具有排除衝突法則適用的效果。反之，如無法判斷當事人之真意，或當事人對於事件調解意願甚低，爭議歧見甚巨時，似不宜主張衡平仲裁制度的授權有排除衝突法則適用之效果。主要鑑於衡平仲裁制度與法律仲裁制度彼此間並無補充或例外關係，故仲裁當事人如授與仲裁人依衡平仲裁制度裁決之權限，代表仲裁當事人全然信任仲裁人將依其經驗智識，彈性選擇解決仲裁案件之方案。仲裁當事人既然基於其自願賦予仲裁人裁決案件的權限拘束，自不宜再由其任意對於依其賦予權限之仲裁人所作成之仲裁判斷內容表示不同之意見。

## 肆、結論

根植於當事人意思自主的衡平仲裁制度，儘管仍存在著許多模糊不清的地帶，然而顧慮到國際商務爭議事件往往不在於區分是非黑白，而是著重於如何迅速有效地解決相關爭議，有時甚至

不惜以妥協法律權義的方式達成此一目標。是以衡平仲裁制度，在國際仲裁上仍具有相當之價值。仲裁的當事人一旦選擇衡平仲裁制度，所意味的往往是要求仲裁人以「非國家系統」的規則做出仲裁判斷。在國際仲裁上，當事人明示授權仲裁人得以衡平原則解決紛爭，另一個意涵即是免除仲裁人依法律仲裁之義務。

弔詭的是，司法者一方面主張衡平仲裁制度係被用以擺脫原有法律規範的束縛與期待，希望藉此一制度達到符合具體個案公平合理的結果；而另一方面司法者又往往傾向於對這項制度加以控制，或具體化其內容，使得適用衡平仲裁制度的結果不至於超越當事人的期待，而變的無法預測。這項控制主要來自於兩個方面，其一是在立法上要求仲裁人如果選擇運用衡平仲裁制度作成仲裁判斷時，必須要有當事人明示的合意作為基礎；其二是在解釋上擴大法律仲裁定義的範圍，盡可能的降低衡平仲裁制度適用的機會，以迴避衡平仲裁制度所可能帶來的不確定性結果。

在後者，台灣最高法院將仲裁法第 31 條「衡平原則」內涵區分為「抽象衡平」與「具體衡平」，進一步將衡平仲裁制度（衡平原則）定義為個案具體的公平，亦即「具體衡平」，並將之歸類為一種例外性制度。然而此一解釋，無論是從對照聯合國 1985 年國際商事仲裁示範法公約規定，或是比較法國學說實務的見解，似均難認其符合衡平仲裁制度的本質。至少，本文認為應當將上開實務見解作限縮解釋，認該見解僅於內國仲裁時始有適用，至於國際仲裁案件時，則不必為如此之解釋，以符國際仲裁之特性。

本文進一步認為，司法者存在上開這種對於衡平仲裁制度既希望其脫離法律控制，又希望其受法律控制的弔詭態度，其根源實肇因於各國如何看待訴訟外紛爭解決機制的態度上，具體而言，即所謂「仲裁文化」問題。然而遺憾的是，從台灣司法實務

---

的反應看來，其對於仲裁制度所產生的不信任感，在某種程度上似乎也影響了其對於當事人授權仲裁人依照衡平仲裁制度所作成仲裁判斷，採取一種敵意的態度。而這種態度，連帶也影響了衡平仲裁制度在台灣受到合理評價的結果。這對於在台灣推展國際仲裁，進而以衡平仲裁制度作為調和機制的願景來說，毋寧是一道亟需突破的障礙。

## 參考文獻

### 一、中文部份

1. 王澤鑑，舉重明輕，衡平原則與類推適用（上），法令月刊第47卷第2期，1996年2月，頁3-12。(Tze-Chien Wang, equitable principles and by analogy (I), The Law Monthly, 47[2], Feb. 1996, pp. 3-12.)
2. 朱克鵬，國際商事仲裁的法律適用，法律出版社，1999年4月版。(Ko-Peng Chu, The law applicable to international commercial arbitration, Law Press, Apr. 1999.)
3. 吳光明，從法律文化談發展中之國際仲裁文化，國立中正大學法學集刊第7期，2002年4月，頁233-263。(Kwang-Ming Wu, A Study on the Growing International Arbitration Culture from Legal Culture, National Chung Cheng University Law Journal, [7], Apr. 2002, pp.233-263.)
4. 吳光明，論衡平仲裁制度：我國仲裁法第三十一條之檢討，仲裁季刊第71期，2004年5月，頁1-23。(Kwang-Ming Wu, A Study on amiable composition: Reviewing Article 31 of Arbitration Law, Arbitration, [71], May 2004, pp.1-23.)
5. 林俊益，仲裁法之實用權益，永然文化，2001年4月初版。(Jiun Lin, Practice Arbitration Law, Harper Perennial Press, Apr. 2001.)
6. 林俊益，仲裁法有關衡平仲裁之英譯問題，司法週刊第950、951期，1999年10月13日、10月20日，第3版。(Jiun Lin, The Translation Question about Amiable Composition in Arbitration Law, Judicial Weekly, [950]/[951], Oct. 13/ Oct. 20,

- 1999, A3.)
7. 林俊益，論我國衡平仲裁制度之創新，全國律師第3期，1999年3月，頁20-35。(Jiun Lin, The Creation of Amiable Composition in Arbitration Law, Taiwan Bar Journal, [3], Mar. 1999, pp.20-35.)
  8. 林俊益，論衡平仲裁之概念，仲裁季刊第57期，2000年6月，頁52-82。(Jiun Lin, The Conception of Amiable Composition, Arbitration, [57], Jun. 2000, pp.52-82.)
  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，2002年12月，頁275-305。(Jiun Lin, Revocation of Arbitration Award in Amiable Composition, Judge Association Law Review, 2[2], Dec. 2002, pp.275-305.)
  10. 林俊益，論衡平仲裁制度之國際立法，法律評論第66卷第10-12期合刊，2000年12月，頁2-16。(Jiun Lin, The International Legalization of Amiable Composition, Chao Yang Law Review, 66[10-20], Dec. 2000, pp.2-16.)
  11. 林俊益，衡平仲裁判斷之判決評釋，仲裁季刊第54期，1999年9月，頁14-42。(Jiun Lin, Case Study on Amiable Composition Award, Arbitration, [54], Sep. 1999, pp.14-42.)
  12. 林俊益，衡平仲裁制度之研究，國立政治大學法律系博士論文，1999年6月。(Jiun Lin, A Study on Amiable Composition, NCCU thesis, Jun. 1999.)
  13. 柯澤東，論仲裁條款在海上運送契約中之法律地位，國際貿易法專論，1981年6月，頁233-292 (Zeu-Tung Ko, The Legal Status of Arbitration Clause in Maritime Contract, International Trade Law, Jun. 1981, pp.233-292.)
  14. 張庭禎，國際商務仲裁制度之研究（下），軍法專刊第42卷

- 第 5 期, 1996 年 5 月, 頁 13-31。(Ting-Chen Chang, A Study on International Business Arbitration System (II), The Military Law Journal, 42[5], May 1996, pp.13-31.)
15. 黃進、宋連斌、徐前權著, 仲裁法學, 中國政法大學出版社, 2008 年 3 月。(Jin Huang/Lian-Bin Sung & Chien-Chun Hsu, Arbitration, China University of Political Science and Law Press, Mar. 2008.)
  16. 廖緯民, 論國際商務仲裁上的衡平仲裁, 仲裁季刊第 61 期, 2001 年 6 月, 頁 69-91。(Wei-Ming Liao, Amiable Composition on International Business Arbitration, Arbitration, [61], Jun. 2001, pp. 69-91.)
  17. 藍瀛芳, 商務仲裁中之衡平仲裁制度, 商務仲裁論著彙編 (一), 1988 年 8 月, 頁 393-398 (En-Fong Lan, Amiable Composition in Business Arbitration, Commercial Arbitration Treatises, Vol. 1, Aug. 1988, pp.393-398.)

## 二、外文部份

1. Cohen, D., Arbitrage et société, L.G.D.J., 1993, p.297.
2. Cornu, G., L'art du droit en quête de sagesse, PUF, 1998, pp.155-156.
3. Gavalda, C. et Lucas de Leyssac, C., L'arbitrage, Dalloz, 1993, pp.80-81.
4. Guyon, Y., L'arbitrage, Economica, 1995, p.47.
5. Kassis, A., L'autonomie de l'arbitrage commercial international : le droit français en question, L'Harmattan, 2006, p. 362.
6. Moissinac d'Harcourt, M-C, La pratique de l'arbitrage au service de l'entreprise, economica, 2002, p. 8 s..

7. Nougein, H-J, Y. Reinhard, P. Ancel, M-C Rivier, A. Boyer et P. Genin, Guide pratique de l'arbitrage et de la mediation commercial, Litec, 2004, p. 120.
8. Peter, W., Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements 172 (1986).
9. Robert, J., L'arbitrage, 6éd., Dalloz, 1993, p. 277.
10. Trav. du Comité fr. de dr. Int. Privé, 1984-1985, p.73.
11. Vidal, D., Droit français de l'arbitrage commercial international, Gualino éditeur, 2004, p.247.
12. Weinberg, K. S., Equity in International Arbitration: How Fair is "Fair"? A Study of Lex Mercatoria and Amiable Composition, 12 B.U. Int'l L.J. 227 (1994)

### 三、網路文獻

1. Explanatory Note by the UNCITRAL secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as amended in 2006 , [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf)