

緒論

研究動機

當工程契約爭議發生後，如當事人不能自行解決，依目前之制度，其解決之途徑有三，即調解、訴訟及仲裁。由於工程契約事涉工程專業技術，且解決之道貴在迅速、經濟，自以仲裁方式解決較為適宜，因如透過訴訟，則法官非為工程專業人士，對於技術性事項之判斷其精確性遠不如藉仲裁制度透過專業仲裁人的判斷。又訴訟制度費時勞力，對於工程契約之雙方當事人無異浪費時間及金錢。

惟因法商馬特拉公司與台北市政府捷運工程局之間，木柵線工程十億仲裁案，使國內不少機關視仲裁為畏途。究其原因，一方面係國人對工程仲裁制度認識不深；另一方面係因國人尚未建立對仲裁公信力的共識。故本文將就工程仲裁的程序及效力作一介紹，使吾人能更了解工程適用的依據、方式及優缺點。

研究範圍及方法

本文之研究方法係參考各方文獻，加以分析、比較，並參酌各國之立法制度，以求對工程契約適用仲裁制度之了解，且輔以案例加以說明實務上工程仲裁之現況。而對工程仲裁之理論上及實務上得以明瞭。

本文將從工程及仲裁之意義分別討論，再將工程如何適用仲裁加以說明；並分析其程序及其效力，最後並輔以案例解析。

首先，緒論先說明仲裁之意義，而在第一章敘明工程之概念與工程契約之種類。接下來於第二章中說明仲裁協議之概念並說明工程契約適用仲裁之根據及適用仲裁之優缺點。

而第三章則是引用各國及本國之仲裁立法例以作為參考，第四章及第五章則是闡述工程仲裁之成立生效及工程仲裁之進程序，並說明仲裁人之地位，及其與當事人間之法律關係。

第六章乃就實務常見之糾紛態樣加以說明，另有鑑於公共工程之盛行，故另有論及公共工程契約之相關概念及公平契約於公共工程仲裁之適用。而第七章就我國實務處理工程糾紛之現況及相關案例加以分析說明，並於第八章作一總結。

本論

第一章 工程契約之基礎概念

第一節 工程契約之意義

一項工程需求提出之後，必須經過規劃、設計、施工等各階段才能完成。在規劃階段進行可行性之研究分析，一般包括擇定基地範圍、工程技術可行性分析、環境影響評估、財務及效益分析等；在設計階段將規劃之構想予以具體化，產生可據以施工之圖說、規範、工作項目及數量；在施工階段則係依據設計者所訂定之圖說、規範據以施工，並由監造者全程監造，特殊性質之工程在正式營運之前，可能由承包商提供訓練，因此就廣義而言，舉凡工程規劃、設計、施工等各階段，業者與承包商所簽訂之以工程為標的之契約，均屬工程契約，惟就狹義而言，通常係指在工程施工階段之施工合約，一般稱之為營繕工程契約或營建工程契約。

第二節 工程契約之種類

由於工程建設所涵蓋及牽涉之範圍相當廣泛，因此工程契約以不同之標準區分，可分為不同之種類：

- 一、以工程主辦單位，即以業者為區分之標準，可分為公共工程契約與民間工程契約。公共工程契約之業主為政府機關，其為達成行政上之目的而興辦工程，在擬定契約內容、進行發包程序等等，均需嚴格遵守法令之規定；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之契約。
- 二、以工程契約之承包商是否為外國公司，可分為國際工程契約與國內工程契約，國內大型或高技術之工程，通常有開國際標之情形由外國公司為承包商之工程契約，至為普遍。
- 三、以工程契約之專業領域區分，可分為土木工程契約、機電工程契約、系統工程契約（例如台北捷運工程木柵線中運量系統）、水處理工程契約（例如污水處理廠）；其中土木工程契約依結構物型態不同，又可細分為建築工程、道路工程、橋樑工程、隧道工程、港灣工程、機場工程、景觀工程等¹。

¹ 藍秉強，由木柵捷運工程仲裁案論工程遲延免責約款及風險分配，東吳大學碩士論文，民八十四年六月，頁 12。

第三節 小結

綜上所述，可知工程契約乃當事人雙方就工程有關事項所為之雙務契約（一般係屬承攬契約類型）。故為債權債務之法律行為，然因工程契約之種類及其內容繁雜，且詳細說明工程契約之類型，亦非本文主旨，故相關事項自不再贅述。

第二章 工程契約仲裁制度

第一節 仲裁之概述

所謂仲裁是由當事人雙方互相約定，將彼此間的，有關商務往來的現在糾紛或是將來可能發生之爭議，由選定的第三人來判斷是非曲直，雙方並約定服從該第三者的判斷，來解決彼此的紛爭。

仲裁與司法裁判最大的不同在於司法裁判是國家所設立的機關，基於公權力的行為，依一定的程序與證據法則，來執行其職務。而仲裁是在當事人間，依照當事人自治的原則，選定第三人來評斷曲直，除了必須踐履某些特定的形式像書面仲裁合意之外，法律對於仲裁人之選擇及仲裁程序之進行委諸當事人合意不妄加干涉。

由此看來，商務仲裁的基本要素有三：(一)仲裁必須基於當事人合意雙方；(二)當事人放棄由法律裁判是非的權利；(三)服從第三者的判斷。

聯合國國際商務仲裁模範法（UNCITRAL Arbitration Rules）第七條對仲裁協議之定義與形式規定為：「仲裁協議係指當事人約定將其間所確定不論是契約性或非契約性之法律關係上已發生成將來可能發生之一切或某種爭議提交仲裁之協議。仲裁協議可以採取契約中

之仲裁條款形式或單獨之協議形式。」協議如載於當事人簽字之文字、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。在契約中提出參照載有仲裁條款之一項文件，如該協議是書面，且參照足以使該仲裁條款構成該協議之一部時，即構成仲裁協議¹。足見，仲裁協議係雙方當事人自願將其間之有關爭議提交仲裁解決之共同意思表示；其雙方當事人既可將其間業已發生之爭議，經由書面仲裁協議之表現，提交仲裁解決；亦可將其間將來可能發生之爭議，經由包含於契約中之仲裁條款之表現，提交仲裁解決。

仲裁協議無論採取何種形式，各國法律均採一定之限制性規定。概括言之，不得違反公共秩序與公共政策，而關於此部份，各國均有不同之理解與規定。

第二節 仲裁協議之定義

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。仲裁協議一般稱為「協議」 (Agreement)，而非契約 (Contract)，蓋「協議」

¹ Gray B. Born, *International Commercial Arbitration in the United States*, (Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994), p.905.

強調「雙方一致向意」，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，契約業為成立」¹，但一般均會被認為「契約」係一系列之「要約或承諾」，而當「要約或承諾」事後達成一致時，契約才成立²。足見，雙方當事人間「意思表示之一致」，即無有效之仲裁。

依我國仲裁法第一條第一項之規定：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。」因之，仲裁協議一方面是當事人之一造將爭議提交仲裁之依據，另一方面是仲裁機構及仲裁人受理爭議案件之依據。

至於爭議之範圍，依原商務仲裁條例第一條第一項規定，凡有關商務上之爭議，得訂立仲裁契約仲裁之。為避免「商務上」文義解釋之誤會³，妨害仲裁之進行，修訂後現行仲裁法乃將「商務上」一詞刪除，並於該法第一條第二項規定：「前項爭議，以依法得和解者為限。」意即凡屬民事上不涉及公共利益或公序良俗，得自由處分者，當事人均得就其有關現在或將來之爭議，訂立仲裁契約，提請仲裁；

¹ 參閱民法第一五三條第一項之規定。

² 「協議」(Agreement)與「契約」(Contract)之區分，在英美法係較顯著，英美法將「契約」(Contract)定義為「一個或一系列之承諾」。在大陸法系中，「協議」與「契約」，基本上是相同的。

³ 曾有仲裁庭認為證券投資人與證券商營業員之行為，不能仲裁，而以程序駁回投資人之請求，似有誤會。參閱吳光明，證券糾紛之仲裁，該文中之附註五，證券交易法論，八十五年十月，頁二八二。

故乃參考德、日立法例，增訂第二項，得以仲裁解決之爭議，以依法得和解者為限¹。換言之，其所發生之糾紛必須是契約或其他財產權之爭議，否則，仲裁協議無效。例如雙方當事人約定婚姻、收養、監護、扶養、繼承糾紛等，必須提交仲裁，即超出仲裁範圍，應屬無效。

第三節 仲裁協議之類型

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。換言之，雙方當事人在簽訂契約時，在該契約中訂立之約定，將可能發生之爭議提交仲裁解決之條款。實務上，仲裁條款是仲裁協議中最常見且最重要之形式。

二、 仲裁協議書 (Submission to Arbitration)

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

¹ 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，頁二十八。

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。

依仲裁法第一條第三項之規定：「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，一九八五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條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者，依仲裁法第一條第四項之規定：「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。本條之立法理由在於，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七條第二項規定，增訂當事人間之文書、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，以符實際需要¹，蓋當事人有時在經由互換往來函電達成之仲裁協議，僅由一方簽名，發送人本身之指示，如互換相一致之意思表示，則互換本身即可證明當事人間之認可與接受。

第四節 工程契約適用仲裁制度之優缺點

第一項 前言

工程契約係屬債權行為之一，亦即其強調當事人雙方意思之自主，而在一般債權行為中，當事人雙方對其行為之內容及意思表示有所爭議時，其解決之方式不外乎為（一）和解；（二）訴訟；（三）提付仲裁。因此，工程契約中，雙方當事人如有爭議，當可提付仲裁，為一合理之判斷。

¹ 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，頁二十九。

第二項 仲裁制度之優點

然則何以仍有眾多的企業界人士要將仲裁條款明載於契約中，何以大多數標準格式的商務契約均有仲裁條款的列入¹。今天，以仲裁方式來解決商務紛爭，能如此廣泛而普遍的為商業界所採用，自有其存在的優點，茲分述於后：

一、節省時間和金錢

較之繁冗複雜的訴訟程序，簡潔明快的仲裁方式能更迅速的達成和解，節省了當事人的時間和金錢。在現代社會中，時間就是金錢，一個纏訟經年，以獲得最高賠償額的判決，就運轉中的企業而言，通常是不及一個迅速而立即的和解來的有利²。更何況仲裁費用，一般而言較訴訟費為低，因仲裁機構的仲裁人通常是不向當事人求償的³。且仲裁費用多依標的的金額以累退比例計費，標的金額愈高，仲裁費用較訴訟費用而言就愈少。

二、由具專業性知識的專家裁決

企業界人士傾向於將爭議案件交由具專業知識的專家裁決，而仲

¹ Domke, *Recent Developments in International Commercial Arbitration*. 「國際商務仲裁發展之近況」, 2, (N.Y.U.J: International L, 1969), p. 267.

² Widiss, *Arbitration Commercial Disputes, Insurance and Torts Claims*. (1979).

³ Ibid. 109.

裁人與法官之不同在於法官僅有法律專業知識，而仲裁人多兼俱法律知識及專業知識，即或少數法官具有辦理商務案件經驗，但法院分案係以送件先後次序為準，當事人不得選擇法官。反之，當事人得選任仲裁人，可依案件性質之不同，選擇具有特殊專業知識，商務經驗之仲裁人辦理，以做出更妥切合理之裁定。

三、仲裁適用法則之選定

在不違反仲裁地公序良俗之前提下，當事人得選用任何程序法、實體法以作為仲裁之法則。

四、商業秘密之保護

仲裁的隱密性較高，可在祕密非正式的氣氛下，迅速達成和解，秘密較不易洩漏，公司之商譽亦可得以保全，不致為商場上的競爭對手加以運用打擊。當事人之隱私秘密，是仲裁方式所能充分尊重保障的¹。

五、仲裁有較佳之強制執行效力

由於聯合國會議等國際會議之存在，許多雙邊條約，多邊公約均有仲裁條款，確認締約國間仲裁人之裁定，並賦予強制執行之效力²。

¹ American Almond Products Co. V. Consolidated Pecan Sales Co.144 F. 2d. 448 (1944), p.450.

² Ehrenhaft, *Effective International Arbitration 9 Law and Policy International*

反之，若依傳統訴訟方式所獲得之確定判決，基於主權獨立之原則，對他國並無拘束力。

仲裁基於上述優點，在國際上已廣泛地被採用以解決商務紛爭，美國及世界上大多數國家均正式承認仲裁之法律效力，國際間的仲裁公約廣泛的被大多數國家確認（Ratify），越來越多國家有仲裁機構的設立、仲裁法規的制定，以仲裁方式取代傳統的訴訟程序來解決國際貿易、海商貿易所衍生之法律爭端，已逐漸形成一個新的趨勢。

其他仲裁之優點¹如：

- (一)由於仲裁人通常由當事人選任之，易獲致當事人的信任。
- (二)基於同一理由，仲裁人特別能勝任特定爭議事件的解決。
- (三)在國際契約案件，仲裁人可為不同國籍之人，尤其是仲裁人中的一人或數人可有當事人國籍以外的國籍。
- (四)當事人可自由選擇仲裁地。
- (五)除非基於特定理由提起撤銷仲裁判斷之訴，仲裁判斷通常是終局的，且立即拘束當事人。

Bussiness. (1977)

¹ Francesco Berlingeri, "International Maritime Arbitration", 10 (J.M.L.& C., 1979). pp. 199-200.

第三項 仲裁制度之缺點

一、仲裁人常淪為當事人之代理人¹

仲裁人係由雙方當事人分別選任，故仲裁人對於選任自己之當事人，可能產生類似代理人之心理，致有流於為該當事人取爭利益傾向，而難期中立，在無仲裁人法之我國，實務上有些仲裁人之言行，較之訴訟代理尤有過之，偏袒尤有不及，遑論公正無私。

二、欠缺安定性與預測性²

仲裁人不受法律拘束，可依主觀見識判斷，即使同類案件，亦可能因個人不同之價值觀而有迥異之判斷，且其判斷基準，因無法律、判例規範，難期明確一致，欠缺客觀性，輒有流於主觀與恣意之危險。

三、無上訴制度救濟³

人為之判斷，難免有所失誤，仲裁制度，通常一審定案，別無上訴途徑，若有失誤，難獲救濟，對當事人權益，欠缺保障。

¹ 李得璋「營建工程爭議與仲裁之處理(上)」商務仲裁 33 期，八十二年八月三十日，頁 90；張錦源「國際貿易法」，三民，八十年五月，頁 1057；楊崇森，商務仲裁之理論與實際，中央文物供應社，民國七十三年十二月出版，7-9。

² 同上註。

³ 同上註，又參考中川善之助，兼子一監修之「實務法律大系」之「國際取引」，頁 103。

四、折衷主義鄉愿式判斷¹

仲裁人對兩造之主張，未加依理深究，僅作量的調整，即以雙方主張相加，平分為二，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，致當事人之法益有被忽視之虞。

五、程序上之缺點

- (一) 仲裁庭無指揮權：² 仲裁庭非公權力機關，法律並未賦予令證人宣誓、具結、調查證據、陳述意見等指揮權，故相關人士如不充分合作，不易加以約制。
- (二) 忽視缺席當事人之出席聽證權益：³ 仲裁為謀審理迅速，如已為審理之正當通知，即使一方當事人缺席，亦可進行審理，且通知期間相當短促，缺席當事人立場有被忽視之虞。
- (三) 當事人惡意延誤程序，導致手續冗長，費用高昂：⁴ 如當事人一方在訴訟中遭受不利，可能惡意延誤仲裁程序，或以各種藉口，轉而向法院提出訴訟，設法將仲裁判斷予以廢棄，導致程序冗長、費用高昂，甚至勞力與時間均付諸東流。

¹ 同上註，又參照中川，兼子，前揭書，頁 104。

² 同上註。

³ 同上註。

⁴ 同上註。

六、仲裁不宜解決複雜之純法律案件¹

如案件之事實並無爭議，僅涉及對文件或法律之解釋時，以訴訟方式解決此類爭端，較仲裁更為迅速低廉，因法院可依長久歷史發展出之程序法則與證據法則加以審理故也。

七、仲裁人容易被一方當事人收買²

法官為公職人員，若收受賄賂，則依較重之貪污罪懲處，仲裁人並非公職人員，縱被證明遭當事人收買，亦僅依較輕之背信罪處罰之故。

第五節 工程契約適用之仲裁

經由仲裁解決，具有迅速性及效力性，且所需費用亦較訴訟低，同時仲裁期間工程不致停工，雖非毫無缺點，但仍不失為工程糾紛最佳解決方式。

按內政部曾於七十七年間，頒訂仲裁條款³供各機關參考，其內容如下：

¹ 同上註。

² 森井清著，「國際商事仲裁」，初版，東洋經濟新報社，一九七〇，頁 245-252；同上註頁 7-9。

³ 參閱內政部七十七年四月六日以台（77）內營字第五八三六一三號函。最高法院六十四年台上四九 號判例。

- 一、 甲乙雙方如對契約條款發生爭議，且不同意工程師（建築師）之裁決時，得依商務仲裁條例之程序提請仲裁。
- 二、 仲裁由當事人雙方各選一適任之仲裁人，再由雙方選出之仲裁人共推另一仲裁人，如不能共推時，得聲請管轄法院為之選定。當事人選定仲裁人後，應以書面通知他方及仲裁人。選定經通知後不得撤回，已選定仲裁人之一方，得催告他方於受催告之日起七日內選定仲裁人，受催告之人逾期不選定仲裁人者，催告人得聲請法院為之選定仲裁人。
- 三、 仲裁人應於被選定之十日內決定仲裁處所及詢問日期，通知雙方出席陳述，並就事件關係作必要之調查後，試行和解，和解不成，於三個月內以過半數之意見決定其判斷，必要時得延長三個月。
- 四、 仲裁之判斷除送達雙方當事人外，並送請法院備案，其對雙方當事人具約束效力，雙方均應共同遵守，否則可聲請法院裁定而強制執行。

仲裁人於前項期間未作成判斷者，當事人得逕行起訴，仲裁人意見不能過半數者，應將其事由通知當事人，仲裁程序視為終結。
- 五、 仲裁費用之負擔，應記明於仲裁判斷書或和解筆錄。
- 六、 仲裁期中非經甲方之同意，乙方不得停工，並須繼續履行本契約

義務。按上開內政部訂頒之仲裁條款，於當時固以舊商務仲裁條例為準則，於今觀之，亦未脫離現行仲裁法之規定¹。

第六節 小結

綜上所言，我們可以說，凡是當事人雙方一致合意達成之私法行為，如有糾紛，皆可依訴訟、和解或提付仲裁之方式解決。而工程契約之雙方當事人，多為企業主體或政府機關，在講求效率之前提下，由專業人士組成之仲裁庭將更容易達成此目標。惟仲裁亦有其缺點存在，因此，慎選仲裁人及仲裁程序之進行、仲裁效力之判斷，便是相當重要之課題。

¹ 詳細內容請參閱吳光明，證券交易法論，證券糾紛之仲裁，八十五年九月，頁二八八至二九二。

第三章 仲裁之國際及各國立法制度

第一節 國際仲裁重要公約與規則

第一項 紐約公約

紐約公約正式名稱為「外國仲裁判斷之承認及執行公約」(the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards), 係聯合國國際商務仲裁會議 (the United Nations Conference on International Commercial Arbitration) 於 1958 年 5 月 20 日至 6 月 10 日在紐約集會後, 由與會各國所簽訂之國際公約。在此之前, 國際間有關以公約方式來統一律定商務仲裁之努力, 首推國際聯盟 (League of Nations) 分別於 1923 年 9 月 24 日及 1927 年 9 月 26 日在日內瓦簽署之「仲裁條款議定書」(Protocol on Arbitration Clauses) 與「外國仲裁判斷執行公約」(the Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards), 但因該兩公約在承認及執行外國仲裁判斷方面條件過嚴, 手續繁瑣, 已不足以適應當時全球經濟貿易日增之情事, 因此, 聯合國經濟暨社會理事會 (簡稱經社理事會) 乃於 1954 年 4 月 6 日, 依 520 號決議, 成立一臨時委員會 (由澳、比、厄瓜多

爾、埃、印度、瑞典、芬、英等八會員國代表)，著手研究由國際商會 (International Chamber of Commerce) 所草擬之公約 (以下簡稱 ICC)。該委員會在徵詢各國政府關於該公約草案意見後，於 1955 年 3 月集會討論，並另提出一份公約草案及附隨報告書，經社理事會於 1955 年 5 月 20 日依第 570 號決議，將該草案分送聯合國會員國及非會員國，以及其他具有諮詢地位之非政府組織，廣徵意見。經社理事會鑑於各國欲訂立公約之期望，遂於 1956 年 5 月 3 日依第 604 號決議，決定召開國際會議以完成公約之簽訂。此項會議於 1958 年 5 月 20 日起召開，出席國家計 54 國，另包括許多國際性組織，經無數次全會及臨時會後，最後於同年 6 月 10 日通過此一關於外國仲裁判斷之承認及執行公約，屆至 1958 年 12 月 31 日簽字日期止，共 25 個國家簽署。¹之後加入國家時有增加，該公約於 1959 年 6 月 7 日生效，至 2001 年 3 月 8 日止，已有 125 個國家簽署、加入或批准該公約²。

公約統一規定了締約國承認及執行國外仲裁判斷之義務與條件，共分 16 條條文 (Article 以下縮寫為 Art.)，前 7 條係實質性條款，後 9 條係程序性條款。³公約主要內容是要求所以締約國承認當事人

¹ 以上關於公約制訂過程參閱劉鐵錚，*國際司法論叢*，三民書局，八十三年三月，頁 279

² See UNCITRAL, *Status of Conventions and Model Laws* (updated as at 8 March 2001), (<http://www.uncitral.org/english/status/status-e.htm>).

³ 參見劉紹山，*略述《1958 年紐約公約》*，收錄於程德鈞主編，*涉外仲裁與法律* (第一輯)，中國人民大學出版社，1992 年 3 月，頁 10。

之間訂立的書面仲裁協議（包括契約中之仲裁條款）在法律上之效力，並根據公約之規定與被聲請執行地之程序，承認及執行外國仲裁判斷。所謂外國仲裁判斷係指：在被申請承認及執行地所在國以內之國家領土內作成之判斷，或在被聲請承認及執行地所在國領土內作成之判斷但被認為不是本國國內仲裁之判斷。¹此亦為紐約公約之適用範圍。

聯合國國際商務仲裁會議在討論公約時，顧及公約之適用範圍甚廣，如此要求締約國承認及執行一切外國仲裁判斷，恐難以被所有國家接受，因此，公約規定締約國可以在加入時作兩項保留，及「互惠保留」（reciprocity reservation）與「商事保留」（commercial reservation）。²互惠保留係指保留國家承認及執行在另一締約國領土內作成之仲裁判斷；商事保留則指保留國家承認及執行有關商事性質（包括契約與非契約關係）爭議之仲裁判斷。

公約規定有下列情形得拒絕承認及執行：第一，被要求執行判斷之當事人能提具證據證明，仲裁協議無效，或其未接獲適當通知，或未能給予申辯機會，或仲裁庭越權判斷，或仲裁庭之組成不當或仲裁程序與仲裁協議不符，或判斷對當事人尚無拘束力；第二，被聲請承認及執行地所在國之法院認定，爭議事項係不能以仲裁解決者，或承

¹ New York Convention, Art. I. 1.

² New York Convention, Art. I. 3.

認與執行斷有違該國公共政策者¹。

第二項 聯合國國際貿易法委員會仲裁規則

聯合國國際貿易法委員會 (The United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL), 係聯合國大會 (the General Assembly of United Nations) 於 1966 年設立之特別委員會, 設立之目的係以法律之統一作為促進國際合作之方法。基此目的, 遂於 1973 年 4 月召開大會時決議請聯合國秘書處 (Secretariat) 草擬一套常設性仲裁規則, 以利國際貿易糾紛之解決, 為使此規則中立而超然, 草起人除參考包括 AAA 及 ICC 等主要貿易國家及國際團體等之仲裁立法及仲裁規則外, 亦參照了聯合國所屬之歐洲經濟委員會及亞洲與遠東經濟委員會等主要區域性經濟委員會之仲裁規則。草案完成後並廣徵各國及國際仲裁機構意見, 幾經修訂, 終於 1976 年 4 月 28 日為委員會通過採用此一規則共計 41 條條文 (Article 以下縮寫為 Art.), 全稱為「聯合國國際貿易法委員會仲裁規則」(UNCITRAL Arbitration Rules, 以下簡稱 UNCITRAL Rules), 同年 12 月 15 日並經聯合國大會第 31 次大會第 31/98 號決議通過向各會員國推薦使用, 必統一適

¹ New York Convention, Art. V.

用於解決有關因國際商務關係所產生爭議之仲裁規則。¹

UNCITRAL Rules 雖非公約，對聯合國各會員國亦無強制性，但由於其規定涵蓋自仲裁之開始、仲裁庭之組成、仲裁人之迴避與替代、仲裁程序之進行、證據與聽審、臨時性保全措施、缺席判斷、異議權之捨棄、判斷之作成、準據法、程序之終結、判斷之補充以及仲裁費用等，因此，極適合於臨時仲裁（Ad Hoc Arbitration）類型所引用，而許多國家之常設仲裁機構，亦常直接以該規則作為機構自己或供當事人選擇之仲裁規則，另外該規則亦成為日後聯合國於 1985 年所通過之國際商務仲裁模範法的重要依據。為配合以下各章主題，茲將 UNCITRAL Rules 相關規定之重要內說明如下：

- 一、 仲裁協議須為書面（Art.1）；
- 二、 當事人如未約定仲裁人之人數（1 或 3 人），則仲裁庭應由三名仲裁人組成（Art.5）；
- 三、 如當事人未約定選定機關或所約定之選定機關拒絕選定仲裁人，則任一方當事人得請求海外常設仲裁法院秘書長指定選定機關（Art.6,7）；

¹ UNCITRAL 仲裁規則制訂過程參見藍瀛芳，國際商會之仲裁規則與聯合國國際貿易法委員會之仲裁規則的比較要點，收錄於中華民國商務仲裁協會編印，商務仲裁論著彙編（第一冊），第 8 頁；陳煥文，國際仲裁法專論，五南圖書出版公司，83 年 4 月，第 22 頁；Stewart Abercrombie Baker & Mark David Davis, *The UNCITRAL Arbitration Rules in Practice*, (Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1992), p.1.

- 四、仲裁庭有權就其有無管轄權之異議以及仲裁條款之獨立自主性做出決定，對仲裁庭無管轄權的異議至遲應該答辯書中提出，原則上仲裁庭應就其管轄權之異議作為先問題加以決定，但仲裁庭亦可繼續進行仲裁而於終局判斷中再決定此項異議（Art.21）；當事人知悉本規則未被遵守，仍繼續進行仲裁程序而不立即表示異議，應視為捨棄提出異議之權力（Art.30）；
- 五、仲裁庭對於其協議其認為必要的任何臨時性措施，此種臨時性措施得以中間判斷的形式為之，任何一方向司法機關請求採取臨時性措施，不得被視為與仲裁協議不符，亦不得被視為拋棄仲裁協議（Art.26）；
- 六、在作成判斷前，如當事人同意和解，仲裁庭即裁定仲裁程序終結，或依雙方當事人之聲請經仲裁庭同意，將和解條件作成仲裁判斷書。仲裁庭對此項判斷無須記載理由（Art.34）。

第二節 聯合國國際商務仲裁模範法

第一項 制訂經過

聯合國在 1976 年通過 UNCITRAL Rules 後，並未曾間斷統一各

國仲裁法之努力，在探求各種改革國際商務仲裁法治之方法後，UNCITRAL 決定提出模範法。在 UNCITRAL 之委託下，1976 年 6 月 30 日至 7 月 5 日，「亞非法律諮詢委員會」(the Asian-African Legal Consultative Committee, AALCC)(屬政府間組織，會員國包括日本、韓國、馬來西亞等 32 國) 於馬來西亞 Kuala Lumpur 召開第 17 次會議，會中除向各會員國推薦使用 UNCITRAL Rules 外，並提出數項改革之建議，其中包括研究是否可能於紐約公約附加一份議定書，明訂各國法律不得限制當事人自由選擇適用於仲裁之規則，以提高仲裁之效率。¹此項建議在 1977 年 UNCITRAL 會議中列為討論議題，並請秘書處研究及徵詢 AALCC、ICCA (International Council for Commercial Arbitration) 及 ICC 等機構之意見，依此，秘書處於 1978 年 9 月 7 日至 8 日邀集著名仲裁機構及專家在巴黎召開一項諮詢會議，會中各界專家認為強化國際商務仲裁法之律架構，最有效之作法即提出一份示範性法規(模範法) 蓋如該模範法為全球國家所採用，則不僅可建立一套統一之仲裁程序，符合國際貿易之需求，且可達到共通合理之標準，同時亦可消除過時之內國法與現在國際仲裁規則間之衝突。²1979 年 UNCITRAL 召開會議時，秘書處將巴黎會議之結論

¹ See UNCITRAL, *Secretariat Note Reporting AALCC Decision*, A/CN.9/127 (20 October 1976), paras. 1-4 and Annex, para. 3.

² See UNCITRAL, *Secretariat Note on Further Work*, A/CN.9/169 (11 May 1979), paras. 6-8.

於會中報告，並就紐約公約之解釋與適用提出一份廣泛之報告，委員會原則同意不修改紐約公約，亦不於公約內再附加一份議定書¹。不過，委員會仍接受多數意見，要求秘書處草擬一份模範法，以協助各國仲裁法之改革及現代化²。1979年6月25日，委員會於第220次會議中作成決定，請求秘書長（Secretary-General）徵詢有興趣參與之國際組織（特別是AALCC及ICCA之意見），並將委員會所作成之結論列入參考（特別是統一性規定之適用範圍應限於國際商務仲裁的意見）後，提出一份關於仲裁程序之模範法草案。³

委員會在著手推動仲裁法之統一化之初，及面臨究竟採取公約或模範法兩種路線的抉擇，如採取模範法之方式，則經內國依其法律所規定之方式制訂或採用後即可成為內國法律，如採取公約之途徑，則因公約屬於多邊條約，原則上經締約國批准後始成內國法律，雖然採取公約與模範法之最終目的均相同，但基於實務上之考量，委員會最後選擇採取模範法之方式，因為，依照聯合國之作法，如UNCITRAL決定訂立公約，則必須邀集聯合國所有國開會審查與通過公約條文，此一過程勢將耗費大量時間與成本，況且，完成公約條文之定案通常需要數年之久，另外，各國批准公約同樣亦須數年時間。反之，模範

¹ See UNCITRAL, *1979 Commission Report, A/34/17* (15 August 1979), para.77.

² *Ibid.*, para.78.

³ *Ibid.*, para.81.

法只要經委員會通過，即可成為各國法者之依據，另外，內國仲裁法通成均須涵蓋於程序法中，模範法之示範條文較公約易為現存之各國程序法所吸納，同時，模範法亦較公約具彈性。¹

決定訂定模範法後，秘書處開始針對支持仲裁之國家蒐集其仲裁法資料，除在 1980 年會議中請各國政府提供該項資料外，亦向許多著名機構蒐集相關仲裁資料與數據，並於 1981 年會亦提出報告，委員會在聽取報告後，決定交由「國際契約實務工作小組」(Working Group on International Contract Practices，以下簡稱工作小組，當時成員包括英、美、法、日、非等十五國²)進行模範法之籌備工作，並請秘書處協助背景資料之研究與條文之起草。1982 年 2 月，工作小組召開第一次會議，選出 Ivan Szasz 教授為主席，首先針對秘書處所提出之關鍵問題進行研討，而這些問題之答案正可反映出模範法之基本政策。委員會於 1983 年會議中決定將工作小組之成員擴充為 36 個會員國，之後，在 1982 年 2 月至 1984 年 2 月期間，工作小組共集會五次，先後提出五次草案，第五次草案於 1984 年 2 月為工作小組所通過，並作成六種語言版本以利審查。在工作小組完成草案後，委員會遂於 1984 年 6 月召開會議，請求聯合國秘書處將模範法草案傳送

¹ See UNCITRAL, *First Secretariat Note, Possible Features of a Model Law*, A/CN.9/207 (14 May 1981), para. 26; *Secretariat Comments on AALCC Proposal*, A/CN.9/127/ADD.1 (21 April 1997), paras. 5-15.

² See UNCITRAL, *1981 Commission Report*, A/36/17 (20 July 1981), paras. 67, note 23.

各會員國政府即有志參與之國際組織提供意見。¹經秘書處彙整並詳細分析各項意見後，委員會於 1985 年 6 月在維也納召開會議，共有來自 62 個主要貿易國暨 18 個國際組織之代表參加，經過熱烈討論後，模範法最後版本終於在 1985 年 6 月 21 日之委員會會議中通過，並以六種語言制訂，其全名為「聯合國國際貿易法委員會國暨商務仲裁模範法」(UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration，以下簡稱模範法)。²

截至目前，已有包括我國、澳洲、紐西蘭、香港、新加坡、韓國等三十餘國(即地區)採用模範法³，據以制訂或修改其內國仲裁法⁴，使得國際商務仲裁制度趨向統一，彌補了因各國政經法律制度迥異所造成之障礙，提升了以仲裁制度解決國際貿易糾紛之效率。

¹ See UNCITRAL, *1984 Commission Report, A/39/17* (21 August 1984), paras.101.

² 模範法制訂過程另請參見 Howard M. Holtzmann and Joseph E. Neuhaus, *A Guide to the Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, (Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989), pp. 9-15；陳煥文，*國際仲裁法專論*，五南圖書出版公司，83 年 4 月，頁 23-25。

³ See UNCITRAL, *Status of Conventions and Model Laws* (updated as at 8 March 2001), (<http://www.uncitral.org/english/status/index.htm>).

⁴ 各國在採用模範法之方式上可歸納為下列三類，第一類為直接採用，亦即在法律架構上是將模範法以附表形式附加於其仲裁法中，此類又可再細分為二，一為完全採用(一字不漏)，如澳洲及香港屬之，一為略作增修，如新加坡屬之；第二類亦以附表之形式附加於其仲裁法中，但僅保留模範法之架構(條次及條文名稱)，其內容則已作大幅修改，如紐西蘭屬之；第三類為選擇性採用，即以模範法為基本架構，但對其條文及內容加以增刪，或僅仿效模範法之基本精神及原則，如我國及韓國。

第二項 主要架構與內容

模範法共分為八章 (chapter) 計 36 條條文 (Article, 以下縮寫為 Art.), 其架構如下 :

第一章：總則 (Art.1-Art.6)

第二章：仲裁協議 (Art.7-Art.9)

第三章：仲裁庭的組成 (Art.10-Art.15)

第四章：仲裁庭的管轄權 (Art.16-Art.17)

第五章：仲裁程序的進行 (Art.18-Art.27)

第六章：仲裁判斷的做出及程序之終止 (Art.28-Art.33)

第七章：仲裁判斷的追訴 (Art.34)

第八章：仲裁判斷之承認與執行 (Art.35-Art.36)

模範法主要內容如下 :

- 一、適用範圍限於國際商事仲裁，但對「國際」及「商事」之定義，均採廣義解釋。(Art.1)
- 二、法院干預的限度限於本法所規定事項；(Art.5) 經仲裁庭同意，得請求法院協助取得證據。(Art.27)
- 三、仲裁協議須為書面，其載於往來的書信、電傳、電報或提供協議記錄的其他電訊手段時，不以當事人簽字為必要。

(Art.7)

四、當事人如未約定仲裁人之人數，則仲裁庭應由三名仲裁人組成。(Art.10)

五、如當事人未約定仲裁人選定之程序時，則任一方當事人得請求法院或其他機構代為選定。(Art.11)

六、仲裁庭可以對它自己的管轄權包括對仲裁協議的存在或效力的任何異議，做出裁定；對仲裁庭無管轄權的異議不得在提出答辯書之後提出，對仲裁庭超越其權力範圍的異議，應在仲裁程序過程中提出越權的事情後立即提出；對上述異議，仲裁庭可決定在仲裁程序中為裁定或在終局判斷中裁定。

(Art.16) 當事人如悉知有提起異議之事由，卻不提出或逾時提出，應視為捨棄提出異議之權利。(Art.4)

七、除非雙方當事各方另有協議，仲裁庭經當事一方請求，可以命令當事任一方就爭議的標的採取仲裁庭可能認為有必要的任何臨時性保全措施，仲裁庭可以要求當事任一方提供有關此種措施的適當擔保。(Art.17) 在仲裁程序進行前或進行期間內，當事一方請求法院採取臨時保護措施和法院准予採取這種措施，均予仲裁協議不相抵觸。(Art.9)

八、仲裁程序之進行應符合公平與公正原則；(Art.18) 仲裁程序

之準據優先順序為當事人約定、次為本法、然後仲裁庭。

(Art.19)

九、當事各方如在仲裁程序中達成和解，仲裁庭應終止仲裁程序，並按和解的條件以仲裁判斷書的形式記錄此和解，其效力等同於其他仲裁判斷。(Art.30)

十、向法院聲請撤銷仲裁判斷時，法院如認適當且在當事人請求下，得發回仲裁庭重新進行仲裁程序或採取仲裁庭認為能夠消除請求撤銷判斷的理由的其他行動。(Art.34)

十一、仲裁判斷不論在何國作出，均應承認具有約束力，且經向法院提出書面申請，及應予以執行。(Art.35)

十二、拒絕承認或執行的理由為：第一，被要求執行判斷之當事人能提具體證明，仲裁協議無效，或其未接獲適當通知，或未能給與陳述案情機會，或仲裁庭越權判斷，或仲裁庭之組成不當或仲裁程序與仲裁協議不符，或判斷對當事人尚無拘束力或經地國法院撤銷；第二，被聲請承認及執行地所在國之法院認定，爭議事項係不能以仲裁解決者，或承認與執行判斷有違該國公共政策者。(Art.36)

第三項 未來發展趨勢

委員會於 1998 年 6 月 10 日召開第 31 次會議，並特別紀念紐約公約簽訂 40 週年，有大約 300 位聯合國會員國及觀察員之代表與會，會中安排仲裁專家就促進紐約公約之功能、制訂及適用等事項提出報告，此項報告之內容不僅未侷限於公約本身，且同時亦涉及公約與其他有關國際商務仲裁之國際立法例的互動情形，以及目前實務上所遭遇到之困難，而這些困難係現行法律或規則尚未明文處理者。¹另外，該報告亦提出建議，請委員評估將這些實務上問題列為未來工作之可行性。委員會接受上述建議，並於 1999 年第 32 次會議中提出一份「國際商務仲裁上未來可能之工作」(possible future work in the area of international commercial arbitration) 記錄，訂出 13 項建議，供專家學者研究討論，這些建議包括：

- A. 調解 (Conciliation)
- B. 仲裁協議之書面形式要件 (Requirement of written form for arbitration agreement)
- C. 仲裁容許性 (Arbitrability)

¹ See UNCITRAL, *Working Report, A/CN.9/460, International Commercial Arbitration: Possible future work in the area of international commercial arbitration, Note by the Secretariat*, (6 April 1999), para.1. (<http://www.uncitral.org/english/session/s/unc/unc-32/acn9-460.htm>).

- D. 主權豁免 (Sovereign immunity)
- E. 仲裁案之合併 (Consolidation of cases before arbitral tribunals)
- F. 仲裁進行之資訊保密 (Confidentiality of international in arbitral proceedings)
- G. 債務抵銷請求之仲裁 (Raising claims for the purpose of set-off)
- H. 平穩仲裁庭之決定 (Decisions by “truncated” arbitral tribunals)
- I. 仲裁人之責任 (Liability of arbitrators)
- J. 仲裁庭做出利益判斷之權力 (Power by the arbitral tribunal to award interest)
- K. 仲裁程序之費用 (Costs of arbitral proceedings)
- L. 臨時性保全措施之執行 (Enforceability of interim measures of protection)
- M. 執行地國法院對於已被作成地國撤銷之仲裁判斷有無准許執行裁量權 (Discretion to enforce an award that has been set aside in the State of origin)

上述問題均是目前國際商務仲裁實務上最受爭議之問題，不論是上述紐約公約、UNCITRAL Rules、模範法，或是各國仲裁立法例，對上述議題均付之闕如。在 UNCITRAL 正式提出前，這些議題多僅止於學術界零星之探討研究，但經 UNCITRAL 提出，並交由「仲裁

工作小組」(Working Group on Arbitration , 及原前述所稱之國際契約實務工作小組 , 以下仍簡稱工作小組 , 目前成員包括澳洲、中共、日、新加坡等二十餘國¹) 後 , 已逐漸有積極、系統化之進展 , 目前 , 對於調解、仲裁協議之書面形式要件及臨時性保全措施之執行等三項議題已列為優先處理議題² , 並有具體之研究方向與成果 , 並經 UNCITRAL 作成記錄公布 , 供各界研究及提供意見。³

隨著全球採用模範法之國家增多 , 模範法之地位亦逐漸加重 , 另外 , 模範法與紐約公約之關係亦日益緊密 , 蓋如上述 , 模範法常作為解釋紐約公約之工具 , 彌補紐約公約之不足 , 而紐約公約之地位與影響力復又如此深遠廣泛 , 模範法雖非公約 , 但在國際商務仲裁上實具有指標與示範之地位 , 重要性自不待言。我國雖非紐約公約之締約國 , 但新仲裁法修正公布 , 證明我國在國際商務仲裁上之努力 , 從未因非紐約公約締約國而劃地自限 , 反而積極提昇水準與先進國家齊。目前國際商務仲裁之發展仍一刻未懈 , 我國亦然 , 仲裁法許多條文既然亦係參考模範法之精神而修正通過 , 自須跟緊腳步 , 排除內在障礙 , 同時對於上述國際商務仲裁之未來發展 , 由應密切予以注意 , 並

¹ See UNCITRAL, *Working Report, A/CN.9/485* (20 December 2000), para.9.

² See UNCITRAL, *Working Report, A/CN.9/WG.II/WP.108* (14 January 2000), para.9.

³ See UNCITRAL, *Working Report, A/CN.9/WG.II/WP.108* (14 January 2000); *A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1* (26 January 2000); *A/CN.9/468* (10 April 2000); *A/CN.9/WG.II/WP.110* (22 September 2000).

透過仲裁法規之比較與觀摩，增進與各國之互動，以免自外於世界潮流。

第三節 各國仲裁之立法例

第一項 日本

一、沿革

日本在明治維新前之法律，本係繼受我國，迨至十九世紀末，明治維新後，開始展開各項現代化之改革，法律制度亦為其中一環，而法律之繼受對象主要係為德、法兩國之制度，例如 1889 年（明治 22）制訂東亞首部成文憲法—大日本帝國憲法（明治憲法），1890（明治 23）年制訂民事訴訟法，1898（明治 31）年制訂民法。

二次世界大戰結束，日本因戰敗，而於 1945（昭和 20）年 8 月，接受波茲坦宣言，宣布無條件投降，由盟軍佔領（主要為美國）。而波茲坦宣言中，最重要的一環就是，只是日本政府修改大日本帝國憲法，最後在美國之強勢主導下，並依三項原則（天皇制的改革、戰爭的廢棄、封建制度的廢止）修改，而於 1946 年 5 月 3 日完成憲法修正公布，並於翌年（昭和 22）年 5 月 3 日施行。同時，亦因受美國佔領與介入之影響，許多法律制度亦因襲美國而制訂。不過在有關民事

方面之法律，仍維持德、法體制之特色，並未做太多改變¹。1961年6月20日，日本加入紐約公約，同年9月18日生效。

日本現行仲裁法（the Japanese Arbitration Law 以下簡稱 JAL）於1890年制定，規定於民事訴訟法第八編「仲裁程序」（Art.786-805），係繼受自德國1877年民事訴訟法第十編，但制定至今未曾大修改，已不符時代所需，特別是國際商務仲裁方面，落後國際標準甚大，但因日本先後加入許多主要之國際仲裁公約²及簽訂相互承認與執行仲裁判斷之雙邊條約³，且有發達之國內外常設機構仲裁，故而不致因仲裁法規之落後而影響國際商務爭議之解決⁴。不過 JAL 制定超過百年，期間未曾有實質之修正，由於受到世界潮流的影響，國內產官學界，早有制定一部現代化、國際化仲裁法之共識。日本法務省法制甚議會著手進行有關仲裁法之修改作業，迄至目前為止尚未提出草案。然而在日本學界，由一群學者基於改善現行民事訴訟法中，有關仲裁規定之缺失，乃於1977年成立「仲裁研究會」（the Arbitration Law

¹ See Ben Beaumont, *Arbitration Procedures In Asia*, (Sweet & Maxwell Asia, 1999), Japan-1 (page).

² 日本分別於1928年6月4日批准「日內瓦議定書」、1952年7月11日批准「日內瓦條約」、1961年6月20日批准「紐約公約」、1967年8月17日批准「解決國家與他國國民間投資爭端公約」。

³ 至目前為止，日本以與中共、英國、美國、俄羅斯、南斯拉夫、波蘭、巴基斯坦、祕魯、阿根廷、薩爾瓦多、羅馬尼亞、保加利亞及匈牙利等國訂立雙邊條約，相互承認與執行他國之仲裁判斷。

⁴ 依照日本憲法 Art.73(3)之規定，內國法律與國際公約或雙邊條約牴觸時，國際公約或雙邊條約先適用。

Study Group) 從事起草新仲裁法之工作，並參考歐、美及亞太地區等先進國家之立法例，以及模範法及紐約公約之精神，而於 1989 年擬定「仲裁法草案」(Draft of Arbitration Law 1989, 以下簡稱 JD)，惟至今尚未完成立法。目前，「仲裁研究會」仍繼續積極研修該草案中，並將納入更多模範法之規定¹，完成立法之工作指日可待。

二、架構與主要內容

JAL 已不符合現代仲裁所需，而 JD 係為改正 JAL 而制定，未來完成研修後，即將取代 JAL，故以下先略述 JAL 之缺點，之後，在介紹 JD 之內容及特色，並以之為本文主要探討比較之對象。

(一) 現行仲裁法 (JAL)

如前所述，JAL 係規定於民事訴訟法第八編，編名「仲裁程序」，共計二十條 (Art.786-805)，制定至今，未能配合時代變遷而與時並進，明顯造成下列幾項缺點²：

1. 日本雖已先後批准數項主要的國際仲裁條約，但仲裁法 JAL 卻為因應這些條約而加以修改。

¹ 參見松浦馨，"Characteristics of and Problems Associated with Revising the Japanese Arbitration Law and Arbitration Center Rules with Emphasis Primarily on International Commercial Arbitration, National Report on The Symposium of International Commercial Arbitration in Asia Oceania Region", (Japan, FFB. 2000), 22-23, p.184.

² 第一至四項缺點，參考林大侯，日本貿易仲裁調解制度與法令之調查研究，83 年 6 月，頁 29-30。

2. 在 1890 年制定之民事訴訟法中，有關判決程序、強制執行程序、保全程序等，於立法後為因應社會環境、法律環境之變化而經過修改，有關第八篇之中才規定（JAL），卻完全為因應立法後之各種變化而加以修訂。
3. 在整體民事訴訟法中，有關仲裁的條文甚少，因而不明確的地方很多。尤其是在日內瓦條約及紐約公約締約國以外國家所為之仲裁判斷，在日本是否能判決？其要件為何等，均有待法律解釋。
4. 從比較目前先進國家及仲裁機構之立法例，當事人為約定仲裁人之人數十，原則上應為三人，且採用獨任仲裁人亦成為趨勢¹，但日本原則上以二名仲裁人為典型（Art.788），若仲裁人之意見正反同數時，仲裁協議本身即失效（Art.793(2)），因此，頗不利於仲裁之達成。
5. 對於仲裁人之選定程序，幾乎無任何規定。
6. JAL 規定，法院有管轄權之事項計有(1)當事人請求代為選定仲裁人（Art.789(2)）；(2)當事人請求仲裁人迴避（Art.792）；(3)仲裁協議之終止（Art.793 及 805）；(4)仲裁協議之消滅或無效、不准許仲裁程序等（Art.805）；(5)仲裁判斷之撤銷

¹ 參見陳煥文，仲裁法逐條釋義，1999 年 10 月，頁 52。

(Art.801); (6) 仲裁判斷之強制執行 (Art.802) 等，造成法院過多干預，不利仲裁之進行。¹

7. Art.801(2) 規定，如當事人已另有協議，則不得依同條(1)之理由（仲裁程序進行中未聽取當事人之意見）請求撤銷仲裁判斷。但此項理由在今日已成為法制國家之一項重要基本原則，即「正當程序」(due process) 原則，因此，得否由當事人約定排除之，值得檢討。
8. 缺少許多目前先進國家或機構採用之國際仲裁規定，諸如(1) 仲裁人之獨立性與公正性；(2) 仲裁與調解或和解程序之結合；(3) 實體爭議得適用之規則；(4) 國際仲裁與內國仲裁之差別等未做規定。
9. 在日本及德國，對於有關當事人協議由第三人就貨物品質、損害賠償或金錢債務等作出決定之所謂「仲裁協定協議」，以及當事人合意授權第三人，就當事人間已存在之契約予以變更或補充的協議，均屬仲裁之一種，但 JAL 並無規定。

(二) 仲裁法草案 (JD)

JD 之制定，主要之目的即為修正上述 JAL 之諸多問題，同時以國際化及現代化為目標，計分九章，共五十條條文，架構如下：

¹ 許多先進立法例，已將(1)至(3)向排除法院之管轄，以簡化及加速仲裁程序。

第一章：總則 (S.1-S.5)；

第二章：仲裁協議 (S.6-S.12)；

第三章：仲裁人 (S.13-S.19)；

第四章：仲裁程序 (S.20-S.28)；

第五章：仲裁判斷與執行 (S.29-S.40)；

第六章：撤銷仲裁判斷 (S.41)；

第七章：準據法及國際裁判管轄 (S.42-S.45)；

第八章：外國仲裁判斷之承認與執行 (S.46-S.48)；

第九章：補則 (S.49-S.50)。

JD 之主要內析述如下：

1. 主要參考模範法之體例制定，在採用方式上屬選擇性採用，即條文之內容部份仿效模範法之規，或參考模範法之精神。
2. 立法形式採單獨立法，不再納編於民事法規中。仲裁制度採「合一制」，不論「國際仲裁」與「內國仲裁」均適用。
3. 總則：
 - (一)明訂管轄法院。(S.3)
 - (二)法律適用順序，以條約為先 (S.5)；次為本法，再後為民事訴訟法。(S.4)
4. 仲裁協議：

- (一)當事人問之爭議，以依法得和解者為限，並須限於自一定之法律關係所生者，始生效力；(S.6)
- (二)仲裁協議之形式應為書面；(S.7)
- (三)仲裁條款具獨立性；(S.8)
- (四)仲裁協議具有妨訴抗辯之效果；(S.9)
- (五)當事人訂有仲裁協議時，亦得於仲裁程序前或程序中向法院申請保全處分；(S.10)
- (六)仲裁協議於選定之仲裁人拒絕接受職務、死亡、迴避、辭職、解任、或其他理由出缺，以及因未能依多數合意作成仲裁判斷時，失其效力。(S.12)

5. 仲裁人：

- (一)仲裁人應為自然人；當事人亦得協議選定法人或其他機構為仲裁人，該機構並有選定仲裁人之權力。(S.13)
- (二)當事人得自由約定仲裁人之人數，單複數均可；未能達成約定時，應為三人。(S.14)
- (三)當事人得自由約定選定仲裁人之程序；無約定或未能達成約定時，在獨任仲裁人之情形，由當事人合意選定之，無合意時，得聲請管轄法院選定之；在複數仲裁人之情形，當事人各選定半數之仲裁人，如屬奇數之情形時，再由當事人已選

定之仲裁人共同另選定一位仲裁人，兩種情形均無法完成選定仲裁人時，亦得聲請管轄法院選定之。(S.15)

(四)仲裁人公正性受質疑時，當事人得請求其迴避；(S.16)

(五)仲裁人非有正當理由不得辭職；但當事人符合意解任之。

(S.17)

6. 仲裁程序：

(一)仲裁人對於交付仲裁之事件，得決定有無仲裁判斷之權限；

(S.20)

(二)仲裁人應公平對待當事人並給於充分陳述之機會（正當程序原則）；(S.21)

(三)仲裁人得於仲裁判斷前採取臨時措施；(S.24)

(四)仲裁人得依職權調查證據，或請求法院協助；(S.25)

7. 仲裁判斷與執行：

(一)仲裁判斷之種類計分終局、部份與中間判斷；(S.29)

(二)除當事人另有規定外，複數仲裁人之仲裁判斷或其他決定依仲裁人之過半數為之；(S.31)

(三)仲裁判斷為以書面為之，由仲裁人簽名並需附記理由，仲裁人之簽名已過半數為以足，但未簽名者應載明理由；(S.32)

(四)仲裁程序進行中，當事人得申請和解，達成和解者，仲裁人

應以仲裁判斷之形式作成，且無須附記理由；(S.33)

(五) 仲裁判斷作成送達當事人後，當事人聲明有錯誤或疏漏時，

仲裁人應予訂正或追加判斷；(S.34)

(六) 仲裁判斷與法院之確定判決有同一效力；(S.36)

(七) 仲裁判斷之強制執行應經法院准許，但具有撤銷之原因時，

法院不得准許。法院對於請求准許宣告執行，得不經口頭辯

論作出判決；(S.38)

(八) 除當事人合意外，仲裁判斷不得公開。(S.39)

8. 因仲裁協議之當事人無能力或仲裁協議無效、當事人對於仲裁人之選定或仲裁程序未受適當通知、仲裁判斷與爭議無關或逾越仲裁事項、仲裁庭之組成或仲裁程序未經當事人合意或違反本法時，當事人得請求法院撤銷仲裁判斷；法院亦得因仲裁判斷違反仲裁容許性或公序良俗而主動撤銷之。(S.41)
9. 仲裁協議之準據法，首依當事人之合意，次依仲裁地法，末為仲裁協議訂定地之法律。(S.42)
10. 僅在以日本為仲裁地之仲裁時，法院始得予協助、配合或作出撤銷仲裁判斷之判決。非以日本為仲裁地之仲裁時，唯有在該仲裁與日本有緊密關連時，法院始得予以協助或配合。(S.45)
11. 外國仲裁判斷之承認與執行：

(一)外國仲裁判斷除有拒絕承認與執行之事由外，其拘束力，得為執行。(S.46)

(二)拒絕承認與執行之事由與 S.41 類似，但得提出請求之當事人，須為因仲裁判斷而受不利益者並增訂 S.1(5)：仲裁判斷對當事人尚未具拘束力、以撤銷或訴訟繫屬中時，得不予承認與執行；(S.49)

12.授權第三人之鑑定契約、變更與補充契約，適用本法之規定。(S.49, 50)

第二項 韓國

一、沿革

韓國曾經日本殖民統治一段時期，法律制度受日本影響甚深，在殖民時期，仲裁制度基本上以日本仲裁法¹為依歸。甚至，1945年二次大戰結束，韓國脫離日本殖民統治而獨立後，直至1960年制訂民事訴訟法前，這段時間，韓國之仲裁制度仍襲用日本仲裁法。不過，因當時韓國之經濟條件惡劣，同時幾乎沒有仲裁案例，因此，立法者認為無制訂仲裁法規之必要，故在1960年制訂之民事訴訟法中，並

¹ 日本仲裁法係規定於民事訴訟法第八編（幾乎德國1877年民事訴訟法第十編），於1890年制訂後沿用至今。

無有關仲裁程序之規定，直到 1966 年 3 月 16 日制定公布（第 1767 號法律）單一之仲裁法後，韓國始有獨立之仲裁法律，只是架構與內容亦與日本仲裁法類似。韓國因於 1973 年 2 月 8 日加入紐約公約，同年 5 月 9 日生效，因此，配合此一締約行動，而立即於 1973 年 2 月 19 日修正公布仲裁法（第 2537 號法律修改）¹（以下稱舊法）。

由於舊法頒布至今已三十餘年，其規定早已不符時代所需，修改舊法已成仲裁學術界與實務界之共識，修法之目標則是要採用國際級之標準與先進之立法例，包括模範法在內。因此，在法務部（the Ministry of Justice）之推動下，乃邀集法律與經濟方面之學者、專家，包括韓國唯一之仲裁機構「大韓商事仲裁院」（the Korean Commercial Arbitration Board，簡稱 KCABB）成員，於 1998 年 12 月共同組成「仲裁法改革委員會」（the Arbitration Law Reform Commission），著手新仲裁法之起草工作，草案擬定後，並舉行公聽會及公開徵求各界意見，在此一過程中，亦充分顯示出，各界普遍均支持根據模範法規定來修正仲裁法，且認為與韓國法律體系不相衝突²。其後，經委員會彙整並移請國會通過後，而於 1999 年 12 月 31 日修正公布（第 6083

¹ See Song Kun Liew, reported in *International Handbook on Commercial Arbitration*, (Kluwer Law and Taxation Publishers, 1984), p Korea-1.

² 模範法經聯合國向各會員國推薦採用以來，全世界已有三十餘個國家及地區陸續根據模範法制訂或修正本國之仲裁法，參見 UNCITRAL, *Status of Conventions and Model Laws* (updated on 26 May 2000) (<http://www.uncitral.org/english/index.htm>).

號法律修改) 韓國仲裁法 (Arbitration Law of Korea , 以下稱 KAA)。

1

二、架構與主要內容

KAA 計分八章共四十一條條文 (Article , 簡稱 Art.) , 外加三款補充規定 (Addenda)。架構如下 :

第一章 : 總則 (Art.1-Art.7)

第二章 : 仲裁協議 (Art.8-Art.10)

第三章 : 仲裁庭 (Art.11-Art.18)

第四章 : 仲裁程序 (Art.19-Art.28)

第五章 : 仲裁判斷的作出 (Art.29-Art.34)

第六章 : 仲裁判斷之效力及其追訴 (Art.35-Art.36)

第十章 : 仲裁判斷之承認或執行 (Art.37-Art.39)

附則 : (Art.40-Art.41)

補充規定 : (Addenda(1)-(3))

韓國仲裁法採用之仲裁制度係屬於「合一制」, 因該法並未如模範法規定一般, 就「內國仲裁」與「國際仲裁」加以定義或設限, 只要仲裁地在韓國, 或仲裁地雖在韓國以外國家, 但所作成之外國仲裁判斷係可執行者, 均可適用該法(Art.2) 另外, 該法於 Art.38 及 Art.39

¹ 參見 <http://www.kcab.or.kr/e/kcab2.htm>, 新法全文亦公布於該 KCAB 網站。

又分別就「內國仲裁判斷」與「外國仲裁判斷」之承認或執行作出規定，其分類之標準，是以仲裁判斷是否在韓國領域內作成為一區分，目的則是因韓國係紐約公約會員國之一，依照公約規定，賦予依照該公約所作成之外國仲裁判斷的承認與執行效力。另外，因韓國在加入紐約公約時，作了「商事保留」(Commercial Reservation)之聲明¹，造成「內國仲裁判斷」與「外國仲裁判斷」之承認與執行上有所差別，故必須分別作一規定²，因此，此種區分在概念上與目的上均與前述「內國仲裁」與「國際仲裁」之區分不同³。KAA 主要之內容析述如下⁴：

- 一、 以模範法內容為架構，且採用程度高；
- 二、 在適用範圍上，本法原則上僅適用於仲裁地在韓國領域內，且不限於「商務」爭議，但如外國仲裁判斷得以執行，亦例外可適用於仲裁地不在韓國者；(Art.2)

¹ 所謂商事保留，謂該國只有在爭議起於法律關係，不論其為契約與否，而依該國國內法認為係屬商事關係者，始適用本公約。

² 外國仲裁判斷之規定一般均來自於紐約公約，公約 Art.1(1)規定：「仲裁判斷，基於自然人或法人間之爭議而作成，且在聲請承認及執行地所在國以外之國家領土內作成者，其承認與執行適用本公約。本公約對於仲裁判斷聲請承認及執行地所在國認為非內國仲裁判斷者，亦適用之。」前者係採領域說，而後者採準據法說。

³ 兩種分類亦有共通之處，即國家法院干預程度，在「國際仲裁」制度下的判斷沒有國籍歸屬，而在「內國仲裁」制度下之判所則有，判斯之國籍的存在，主要在確定「撤銷判斯之訴」的管轄，因家法院位對本國籍的判析始有管轄權，對非本國籍之判斷則無撤銷之權利。因此「國際仲裁」與「外國仲裁判斷」受到法院干預之程度均較「內國仲裁」為低。

⁴ See <http://www.kcab.or.kr/e/kcab2.htm>

- 三、 除非本法有明文規定，否則本法管轄事項法院不得干預；
- 四、 仲裁協議應以書面為之，並具獨立性。除非仲裁協議存在有無效、不能實行或不能履行之情況，否則對當事一方向法院提起仲裁協議標的訴訟時，法院應予駁回；(Art.8 及 Art.9)
- 五、 仲裁人之人數及其選定程序，得由當事人自由協議，未達成協議時，應由三名仲裁人組成仲裁庭；(Art.11 及 Art.12)
- 六、 仲裁程序之進行應符合公平與公正原則 (Art.19)；仲裁程序之準據優先順序為當事人約定，次為本法，然後仲裁庭；(Art.20 至 Art.28)
- 七、 仲裁庭應按照當事各方選定的適用於爭議實體的法律規則對爭議作出決定。在當事各方明確授權的情況下，仲裁庭得適用衡平原則作出仲裁判斷；(Art.29)
- 八、 仲裁判斷書應附記理由、仲裁日期、仲裁地及全體仲裁人之簽名；(Art.32)
- 九、 仲裁判斷與法院之判決有同一效力；(Art.35)
- 十、 當事人提起撤銷仲裁判斷之訴，應自收到仲裁判斷書正本之日起，三個月內提出。在法院對仲裁判斷之承認或執行作成判決後，仲裁判斷具終局與唯一性，不得再提起撤銷仲裁判斷之訴；(Art.36)

十一、除非仲裁判斷有撤銷仲裁判斷之理由，否則法院應儘速從其承認與執行；(Art.37 及 Art.39)

十二、政府對商工能源部所許可設立之商務仲裁組織得予補助；韓國商事仲裁院（KCAB）為依本法規定設立的組織之一。
(Art.40 及補充規則(3))

第三項 中國大陸

一、沿革

中共於 1949 年建立政權當時，並無仲裁制度。¹為確保中共之主權及符合國際經貿發展，同時保護合法從事國際經貿活動之個人及團體，1954 年 5 月 6 日，前「中共中央人民政府政務院」(the Government Administration Council of the Central People's Government of the PRC) 通過採用「關於在中國國際貿易促進委員會內設立對外貿易仲裁委員會的決定」(the Decision of the Government Administration Council of the Central People's Government Concerning the establishment of a Foreign Trade Arbitration Commission within the China Council for the Promotion of International Trade)，規定諸如管轄權、受理原則、仲裁程序、保全措施、仲裁效力及執行等。²

¹ 當時僅留有 1945 年由我國（國民黨執政時期）與美國簽訂之「中美商務聯合仲裁委員會」(Sino-U.S. Commercial Joint Arbitration Commission) 處理中美雙方經貿爭議，而該委員會實際上幾由美方所掌控。

² 該決定計十二條條文，全文請參見程德鈞主編，涉外仲裁與法律（第一輯），

依該決定，「中國國際貿易促進委員會」於 1956 年 3 月 31 日通過「中國國際貿易促進委員會對外貿易仲裁委員會仲裁程序暫行規則」¹，為中共最早自行訂定頒布關於仲裁程序之法規，並採用國際上通行之方式—仲裁，作為對外貿易爭議之解決方式（Art.2）。²並於同年 4 月 2 日宣布「對外貿易仲裁委員會」正式成立，不過，該委員會成立之初，因外界瞭解不多，故受理案件寥寥無幾，且以調解為主。之後，自 1966 至 1977 年期間，後因「文化大革命」，涉外仲裁幾至停頓³。

1978 年起，中共實施改革及開放政策，對外經貿活動急速發展，1980 年 2 月 26 日，中共「國務院」(the State Council of PRC) 發布「關於將對外貿易仲裁委員會改稱為對外經濟貿易仲裁委員會的通知」(the Notice on Renaming the Foreign Arbitration Commission into the Foreign Economic and Trade Arbitration Commission)，除更改名稱外，更授權擴大受理案件之範圍及委員之人數，以因應對外經濟貿易關係不斷發展之需要。⁴1987 年 1 月 22 日，中共加入紐約公約，同年 4 月 22 日生效。

中國人民大學出版社，1992 年 3 月，第 346-348 頁。

¹ 該暫行規則計三十八條條文，全文請參見前註，第 350-355 頁。

² 參見林俊益，國際商務仲裁（一）論文集，長弘出版社，79 年 3 月第 327 頁。

³ 此一期間僅作成 11 件仲裁判斷及 60 件調解案。

⁴ 該通知全文請參見前揭註 4，第 360 頁。

1988年6月21日，「國務院」發布「關於將對外經濟貿易仲裁委員會改名為中國國際經濟貿易仲裁委員會和修訂仲裁規則的批復」¹ (the Official Reply on Renaming the Foreign Economic and Trade Arbitration Commission into the China International Economic and Trade Arbitration Commission and Revising the Arbitration Rules)，除准予將原「對外經濟貿易仲裁委員會」改名為「中國國際經濟貿易仲裁委員會」(以下稱 CIETAC)外，並擴大受理範圍至所有因國際經濟貿易所生之爭議，授權 CIETAC 依據中共相關法律、簽訂之國際條約及國際慣例，自行修訂發布仲裁規則。依此批復，「中國國際貿易促進委員會」(中國國際商會 China International Chamber of Commerce)修訂 1956 年之仲裁程序暫行規則，而於 1988 年 9 月 12 日通過「中國國際經濟貿易仲裁委員會仲裁規則」² (the Arbitration Rules of CIETAC, 1988)，使得中共國際商務仲裁制度又向前邁出一大步。³

1989 年中共開始草擬仲裁法，當時亦曾將模範法列為參考依據⁴。1994 年 8 月 31 日，中共「第八屆全國人民代表大會常務委員會」第九次會議通過「中華人民共和國仲裁法」(the Arbitration Law of

¹ 該批復全文請參見前揭註 4，第 361 頁。

² 該仲裁規則其三章四十三條條文，自 1989 年 1 月 1 日施行，全文詩本見前註，第 362-368 頁。

³ 參見熊誦梅，大陸經濟仲裁制度之研究，台灣大學法研所碩士論文，一九九三年六月，第 65-67 頁。

⁴ See Tang Houzhi, *International Commercial Arbitration in the Far East-the PRC Example, ICCA Congress Series No.4, IXth International Arbitration Congress, Tokyo, 31 May-3 June 1988*, (Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989), p.45.

PRC 以下簡稱 CAL), 並於 1995 年 9 月 1 日起施行。由於 CAL 之通過施行, 從此將中共以往採行「內國」與「國際」仲裁分別立法之雙軌制 (dual-track System), 改為統一立法之單軌制 (Single-track System), 「國內」與「涉外」仲裁均適用。

另外, 因香港於 1997 年 7 月 1 日回歸中共主權, 但基本法律制度仍將維持五十年不變, 亦即香港仍保有自己之仲裁制度, 但彼此究與「外國」有異, 為了處理與香港間仲裁判斷之執行問題, 中共於 1999 年 6 月 18 日, 由最高人民法院審判委員會第 1069 次會議通過「關於內地與香港特別行政區相互執行仲裁裁決的安排」(Arrangement Concerning Mutual Enforcement of Arbitral Awards Between the Mainland and the Hong Kong Special Administrative Region), 2000 年 1 月 24 日公佈, 2000 年 2 月 1 日起施行。

二、架構與主要內容

CAL 計分八章, 共八十條條文 (Art.), 架構如下:

第一章: 總則 (Art.1-Art.9);

第二章: 仲裁委員會和仲裁協會 (Art.10-Art.15);

第三章: 仲裁協議 (Art.16-Art.20);

第四章: 仲裁程序 (Art.21-Art.57);

第一節: 申請和受理 (Art.21-Art.29);

第二節：仲裁庭的組成 (Art.30-Art.38)；

第三節：開庭和裁決 (Art.39-Art.57)；

第五章：申請撤銷裁決 (Art.58-Art.61)；

第六章：執行 (Art.62-Art.64)；

第七章：涉外裁判的特別規定 (Art.65-Art.73)；

第八章：附則 (Art.74-Art.80)。

大體而言，亞太地區各國仲裁法之立法，均係繼受或參酌某些先進國家之仲裁法、國際公約或 UNCITRAL 模範法等立法例而制訂，惟 CAL 顯然並未循此種立法模式，而係根據中共當時既有仲裁制度與社會、經濟環境而制訂，非常具有中共國情特色之法律，但又不甚偏離國際商務仲裁潮流。CAL 基本上仍區分「涉外仲裁」與「國內仲裁」兩類仲裁，因此立法上係採「分離制」，但不論「涉外仲裁」與「國內仲裁」均適用本法，僅「涉外仲裁」較「國內仲裁」優先及寬鬆。綜觀 CAL 之內容，主要之內容析述如下：

一、總則：

- (一) 受理仲裁之範圍，僅限於「經濟糾紛」¹。(Art.1) 身份行為 (婚姻、收養、監護、扶養、繼承等) 糾紛及依法應由行政機關處理之行政糾紛，不能仲裁。(Art.3)

¹ 所謂「經濟糾紛」，主要係指經濟合同糾紛和其他財產權益之糾紛而言。參見林俊益，大陸地區仲裁制度之研究，八十六年六月，第 68 頁。

- (二) 當事人採用仲裁方式解決糾紛，應當雙方自願，達成仲裁協議。(Art.5)
- (三) 仲裁協議具妨訴抗辯之效力。(Art.5)
- (四) 仲裁不實行級別管轄或地域管轄。(Art.6)
- (五) 宣示仲裁獨立原則。(Art.8)
- (六) 實行一裁終局制度，裁決作出後具「一事不再理」效力。
(Art.9)

二、仲裁委員會與仲裁協會：

- (一) 仲裁委員會¹由各市(直轄市及省、自治區人民政府所 在地的市)人民政府組織有關部門和商會統一組建。(Art.10)
- (二) 明訂仲裁委員會之仲裁員資格。(Art.13)
- (三) 仲裁委員會獨立於行政機關。(Art.14)
- (四) 中國仲裁協會為社團法人，以仲裁委員會為會員組成，為仲裁委員會之自律性組織，負責監督仲裁委員會及其組成人員、仲裁員。(Art.15)

三、仲裁協議：

- (一)應以書面方式為之，內容應包括請求仲裁的意思表示、
仲裁事項及選定的仲裁委員會。(Art.16)

¹ 仲裁委員會即一般通稱之仲裁機構 (Arbitration Institution)

(二)違反仲裁容許性、當事人無民事行為能力或限制行為能力、一方採脅迫手段時，仲裁協議無效；(Art.17)

(三)具獨立性；(Art.19)

(四)對仲裁協議效力之異議，得請求仲裁委員會決定或法院裁定。雙方分別請求時，由法院裁定。(Art.20)

四、仲裁程序：

(一)申請和受理

1.仲裁，應向仲裁委員會為之 (Art.22)

2.仲裁程序之開始，須仲裁委員會收到仲裁申請書且受理，並通知當事人；(Art.24)

3.仲裁程序中，當事人得申請財產保全，但須向法院為之；(Art.28)

4.當事人、法定代理人得委託律師或其他代理人進行仲裁活動；(Art.29)

(二)仲裁庭的組成

1.仲裁庭由三名或一名仲裁員組成；(Art.30)

2.仲裁庭由三名仲裁員組成者，由當事人各自選定或委託仲裁委員會選定一名，第三名（為首席仲裁員）由當事人共同選定或共同委託仲裁委員會指定；仲裁庭由一

名仲裁員組成者，由當事人共同選定或共同委託仲裁委員會指定；(Art.31)

3.仲裁庭未在規定期限內組成時，由仲裁委員會指定；
(Art.32)

4.明訂仲裁員迴避理由；(Art.34)

(三)開庭和裁決

1.仲裁以開庭進行為原則，另有協議時，得不開庭；
(Art.39)

2.仲裁以不公開進行為原則，另有協議時，符公開之；
(Art.40)

3.當事人應當對自己的主張提供證據，仲裁庭亦可自行收集證據或委託鑑定；(Art.43, 44)

4.仲裁庭應予當事人進行辯論及陳述意見之機會；
(Art.47)

5.仲裁程序申得進行和解或調解；(Art.49, 51)

6.裁決應以多數仲裁員之意見作出，無法形成多數意見時，按照首席仲裁員之意見作出；(Art.53)

7.裁決書自作出之日起發生法律效力。(Art.57)

五、申請撤銷裁決：

(一)申請撤銷裁決，應向仲裁委員會所在地之中級人民法院為之，法院有權進行實體上之審查；(Art.58)

(二)法院受理撤銷裁決之申請後，得發回仲裁庭重新仲裁，並裁定申止撤銷程序；仲裁庭拒絕重新仲裁時，法院應裁定恢復撤銷程序；(Art.61)

六、當事人應自動執行裁決，否則，另一方當事人得申請法院執行。(Art.62)

七、涉外仲裁的特別規定：

(一)涉外仲裁適用順序以第七章之特別規定優先，本法其他規定次之；(Art.65)

(二)涉外仲裁委員會得由中國國際商會設立；(Art.66)

(三)涉外仲裁委員會得聘任外籍人士；(Art.67)

(四)涉外仲裁裁決拒絕較國內仲裁寬鬆，且法院只進程序上之監督與審查。(Art.70, 71)

CAL 要之特色在於僅有「機構仲裁」，而無「個案仲裁」(ad hoc)之存在，亦即，當事人如未將爭議交付仲裁機構進行仲裁，將無法獲得中共之承認與執行，不過，此種設計可能有違當事人之自主原則。另有疑問的是，國際商務爭議之當事人，如約定交由國際仲裁機構如 ICC 仲裁，則 ICC 可否在中共境內進行仲裁？又 ICC 在中共境內所

作出之仲裁判斷可否獲得中之承認與執行？對此，依據中共學者之見解，其答案是肯定的，亦即 ICC 不但可在中共境內進行仲裁，而且 ICC 在中共境內所作出之仲裁判斷，亦可獲得與 CIETAC 及 CMAC（中國海事仲裁委員會）所作出之判斷一樣之效力，在中共獲得承認與執行。¹

依 CAL 定觀之，仍有以下缺失：(1)僅承認「機構仲裁」，而不承認「個案仲裁」，實有違當事人自主原則之精神；(2)CAL「涉外仲裁」與「國內仲裁」兩類，並均適用本法，惟法院對「國內仲裁」進行實體監督，對「涉外仲裁」則僅為程序上之審查與監督，對國內仲裁過於嚴苛，不合國際慣例；(3)仲裁協議之形式要件除書面外，尚包括仲裁機構的約定，降低當事人選擇於中共國內進行仲裁之意願；(4)由組成仲裁機構之規定看出不僅依靠行政力量來構築仲裁機構之組織，且行政機關更利用行政權來要求契約當事人選擇仲裁機構，因此，仲裁機構未完全脫離行政隸屬關係。

¹ See Chen Min, “The Arbitration Act of the People’s Republic of China—A Great Leap Forward, *Journal of International Arbitration*”, (December 1995), Vol. 12, No.4, p.44-45.

第四項 我國

一、沿革

我國仲裁相關法令真正見諸於文獻者，應追溯至民國 2 年 1 月 8 日前北京政府司法、工商二部新頒行之「商事公斷處章程」，及同年 9 月 13 日發布之「商事公斷處辦事細則」。民國 10 年 8 月 8 日，前北京政府司法部復頒行「民事公斷暫行條例」，直至民國 24 年 5 月 9 日，再由前國民政府司法行政部予以承認並加修正，全文共計三十四條條文，屬於暫行性之行政命令，該條例在政府遷台後仍適用，但功能不彰，至民國 60 年 2 月 5 日始經總統明令廢止。¹隨著國內經濟之復甦，與國際貿易之發展，民間漸感仲裁制度之需要，乃促請政府修訂該條例，並於民國 50 年 1 月 20 日經立法院制定通過「商務仲裁條例」(the Commercial Arbitration Act)(簡稱仲裁條例)，共計三十條條文，同日起施行。²

從民國 60 年底至 70 年初期，我國國際貿易擴張迅速，國際商務契約中訂定仲裁條款相當普遍，但因我國未能簽署紐約公約，導致與

¹ 1945 年時，我國與美國尚簽訂有「中美商務聯合仲裁委員會」(Sino-US Commercial Joint Arbitration Commission) 處理中美雙方經貿爭議，但該委員會因係由美方所掌控，故功能不佳。

² 參見林俊益，我國商務仲裁制度之檢討，收錄於法務部編印之「法務部商務仲裁制度研討會實錄」，八十三年六月，第 46 頁。

外國間之仲裁判斷，難以順利獲得承認與執行，有礙國際貿易之推展，爰參考紐約公約精神，修正仲裁條例，增訂第 30 條至 35 條有關外國仲裁判斷之承認與執行規定，於民國 71 年 6 月 11 日公布施行，以因應實際需要。¹

70 年初期，我國對外貿易以中小型企業為主，面臨國際貿易糾紛時，行政機關常介入調處，但僅對本國廠商有拘束力，有欠公允，且以行政干預國貿糾紛，亦違國際慣例，易為從事國際貿易者所詬病，民國 74 年，「行政院經濟革新委員會」(簡稱「經革會」)成立，並於同年 10 月通過「貿易糾紛處理方式之改進暨仲裁制度之加強方案」，情況大幅改善，嗣後，在「經革會」之建議下，於民國 75 年 12 月 26 日再度修正公布仲裁條例，增訂第 28 條之 1 及第 28 條之 2，規範對外貿易糾紛之調解及其強制執行等事項。²

70 年末期至 80 年初期，社會與經貿環境已有重大改變，為使仲裁條例能符合國際立法趨勢及我國未來社經發展之需要，民國八十年「中華民國商務仲裁協會」已有著手修法之議，並於民國八十二年成立「商務仲裁條例研修小組」，討論中多認為宜以模範法為基礎，參酌我國國情，及英、美、德、日、法等先進國家立法例，進行仲裁條

¹ 參見王令麟主編，飛躍中的我國仲裁制度，力霸文化傳播事業股份有限公司出版，1995 年 3 月，第 22 頁。

² 同上註。

例之研修工作。¹經廣徵政府機關、團體及學者意見後，於八十四、八十五年間邀請相關機關、團體及學者召開十四次研修會議，完成修正草案，並於 87 年 5 月 29 日經立法院三讀通過新「仲裁法」(the Arbitration Law)，同年 6 月 24 日奉總統公布，同年 12 月 24 日實施。新法係以「國際化與自由化」為主要指導原則下，期能符合我國經濟國際化及亞太營運中心規劃，進而提昇我國競爭力。²另依仲裁法 Art.8II 及 Art.54 規定，行政院乃會同司法院於民國 88 年 3 月 3 日發布「仲裁機構組織與調解及費用規則」與「仲裁人訓練講習辦法」，以作為仲裁人之培訓，以及仲裁機構組織、設立及仲裁與調解費用等之依據。

二、架構與主要內容

我國仲裁法分八五十六條條文 (Article 簡稱 Art.)，架構如下：

第一章：仲裁協議；(Art.1- Art.4)

第二章：仲裁庭之組織；(Art.5- Art.17)

第三章：仲裁程序；(Art.18- Art.36)

第四章：仲裁判斷之執行；(Art.37- Art.39)

第五章：撤銷仲裁判斷之訴；(Art.40- Art.43)

¹ 參見劉華垂，仲裁法立法經過與妥旨，全國律師，八十七年 10 月，第 82 頁。

² 本見立法院關係文書，院總第五四六號政府委員提案第五八七、一九九一號之一，民國八十七年一月三日印發，頁二一六。

第六章：和解與調解；(Art.44- Art.46)

第七章：外國仲裁判斷；(Art.47- Art.51)

第八章：附則；(Art.52- Art.56)

本法多數內容選擇性的採用了模範法之規定或精神而制定¹，乃外，部份規定亦參考自其他先進國家立法例，更兼顧了我國國情，綜而言之本法主要之內容析述如次：

一、仲裁協議：

(一)仲裁之適用範圍，不限於商務上之爭議，凡依法得和解者，均得提付仲裁；(Art.1)

(二)應具備書面之形式，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，不以當事人於書面簽名為必要；(Art.1III,IV)

(三)明揭仲裁條款獨立性之原則；(Art.3)

(四)仲裁協議具妨訴抗辯之效果，並採「裁定停止訴訟制」，但被告已為本案之言詞辯論後，即不得主張妨訴抗辯。
(Art.41)

¹ 依本法各條供文之立法說明，明示參考模範法規定制定之條文如下：Art.1I, 3, 4I, 9III, 12I, 14, 15II, 16I(1), 16II, 17I, 17II, 17IV, 17V, 19, 20, 22, 23I, 25I, 29I, 30, 49I(2), 50. 法務部編印，商務仲裁條例研究修正實錄，民國八十六年十二月，第 510 頁以下。另有部份條文立法說明雖未明示係參考模範法訂定，但在研修過程，亦可知與模範法之規定類似，例如有關 Art.1IV 仲裁協議之形式及 Art.31 仲裁庭是用衡平原則為判斷之規定，即均參酌模範法 Art.7(2)、Art.28 之規定，規定精神亦相符。參見商務仲裁條例研究修正實務，會議記錄中各條討論內容。

二、仲裁庭之組織：

- (一)明訂仲裁人之積極及消極資格，以提昇仲裁品質；(Art.6,7)
- (二)仲裁人應經訓練或講習；(Art.8)
- (三)仲裁人之人數原則上得由當事人約定，但須為一人或單數之數人；(Art.11)
- (四)仲裁人之人數及選定方法未約定時，本法規定人數應為三人，當事人雙方各選定一人，再由雙方選定之仲裁人共推第三仲裁人為主任仲裁人；(Art.9I)
- (五)當事人未能按本法規定程序選定仲裁人時，得聲法院或仲裁機構為之選定；(Art.9II,III,IV)
- (六)當事人之一方選定仲裁人後，應以書面催告他方，受催告者選定仲裁人期間受催告日起十四日內；(Art.11I)
- (七)對於仲裁機構或法院代為選定之仲裁人，當事人不得聲明不服 (Art.14)
- (八)仲裁人有披露義務，以確保仲裁之獨立、公正性；(Art.15II)
- (九)明訂仲裁人迴避事由及迴避程序。(Art.16II,17)

三、仲裁庭之權限：

- (一)決定仲裁人是否迴避；(Art.17I)
- (二)仲裁庭有權決定仲裁庭之管轄權；(Art.22)

- (三) 仲裁庭得通知證人或鑑定人到場應詢 ;(Art.26I)
- (四) 請求法院或其他機關協助仲裁之進行 ;(Art.28I)
- (五) 決定當事人對於仲裁程序之異議 ;(Art.29I)
- (六) 經當事人明示合意者，得適用衡平原則為判斷 ;(Art.31)

四、 仲裁程序：

- (一) 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 ;(Art.18II)
- (二) 當事人就仲裁程序未約定者，適用順序依序為本法、民事訴訟法、仲裁庭認為適當之程序 ;(Art.19)
- (三) 仲裁庭應於六個月內作成判斷書，必要時得延長三個月 ;(Art.21I)
- (四) 仲裁庭應予當事人充分陳述機會 ;(Art.23II)
- (五) 仲裁程序，除當事人另有約定外，不公開之 ;(Art.23II)
- (六) 當事人得以書面委任代理人到場陳述 ;(Art.24)

五、 法院之監督及協助：

- (一) 代為選定仲裁人 ;(Art.9III,12,13)
- (二) 裁定仲裁人是否迴避 ;(Art.17III,VI)
- (三) 命證人到場 ;(Art.26II)
- (四) 協助仲裁庭調查證據 ;(Art.28)

(五)收受仲裁判斷書，以為借查；(Art.34II)

(六)仲裁判斷執行聲請之裁定；(Art.37II,38)

(七)採取保全措施；(Art.42I,51I)

(八)撤銷仲裁判斷；(Art.41I)

(九)外國仲裁判斷執行與承認聲請之裁定；(Art.47I,49)

六、 仲裁判斷：

(一)仲裁判斷之評議不公開；(Art.32I)

(二)仲裁判斷應附記理由及由參與評議之仲裁人簽名；

(Art.33II,III)

(三)仲裁判斷於當事人間，與法院之確定判決有同一效力；

(Art.37I)

(四)撤銷仲裁判斷之理由，符合國際潮流；(Art.40)

(五)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。(Art.43)

七、 仲裁事件，於仲裁判斷前，得為和解；(Art.44)

八、 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；(Art.45I)

九、 明定在中華民國領域外作成之仲裁判斷或在中華民國領域內

依外國法律作成之仲裁判斷，為外國仲裁判斷；(Art.47I)

十、外國仲裁判斷之聲請承認與執行，應向法院提出聲請；

(Art.47II)

十一、仲裁機構，得由各級團體設立或聯合設立，不限於工商業

團體；(Art.54I)

十二、政府機關得按實際需要補助仲裁機構。(Art.55)

綜觀本法，係採「合一制」之仲裁制度，並未區分「國際仲裁」與「內國仲裁」，因此，不論「國際仲裁」與「內國仲裁」之當事人，均可選擇是否適用本法。但亦因採「合一制」，故仲裁法對於「國際仲裁」與「內國仲裁」均作同一對待，且對待之標準，並非採取「國際仲裁」之標準，導致仲裁法之國際化與自由化不足，是為本法之缺點。

第四章 工程仲裁成立生效與其仲裁人之地位

第一節 工程仲裁成立時期與生效要件

第一項 成立時期

判斷自何時方為成立，學說不一有謂以仲裁人決定其判斷之意思時，判斷即為成立者，有謂以判斷經宣示時方為成立者，有謂以仲裁人表示其所決定判斷之意思時成立，第一說以仲裁人意思之形成時為判斷之成立時期，仲裁人之意思何時形成，乃仲裁人主觀之現象，外人不得而知，欲謂此時判斷即為成立，未免言之過早。第二說以仲裁人宣示判斷時為仲裁判斷之成立時，決定基準，故甚明確，唯宣示乃判斷之生效方法，此說將成立與生效混為一談，亦有可議之處，實難令人折服。第三說以仲裁人意思之表示時為判斷之成立時期，似較合理。余意亦贊同此說，即仲裁人表示其意思時乃判斷之成立時，唯應注意者乃判斷之成立與判斷之成立時有所區別，前者為「線的問題」，後者為「點」的問題。關於判斷之成立時期，已如前述，茲就仲裁判斷之成立略為介紹，個人以為判斷乃仲裁人之意思表示，故其成立應具備實質的與形式的二種要件。亦即意思之決定及決定之表示，缺少

其一，判斷均不成立。

一、實質要件

指仲裁人意思之決定而言，就糾紛之事項，仲裁人欲為如何之判斷，當先有其心中之腹案，即其內部意思之形成，內部意思一形成，判斷之內部要件因而具備。此仲裁人內部意思之決定，在仲裁人為一人時，由其單獨決定，當無問題。在仲裁人為數人時，則由評議而決之，評議之意見如何決定，則賴於當事人間的契約或法律的明文規定，我國商務仲裁條例第十八條第一項規定：「仲裁人有數人者，互推一人為主任仲裁人，其判斷以過半數之意見定之。」我國之仲裁程序實施辦法第四十條復有補充的規定，該條略謂：「仲裁人應於詢問終結後定期召開仲裁人評議會，其判斷以過半數之意見定之。」對照兩條之內容，可知其大概也。

二、形式要件

指仲裁人決定之表示而言，仲裁人內部意思決定之後，尚須表示於外，該判斷始為成立。一般而言，判斷書作成時，判斷即成立。換言之，判斷書之作成，乃判斷之形式要件，宣示或送達，乃判斷發生效力的方法，故宣示判斷不以參與判斷之仲裁人為限，但在宣示時，判斷書尚未作成，其判斷應於通知時成立，所謂通知指宣示、交付或

送達而言，故此種情形下，未參與審理之仲裁人無從參與宣示。否則，仲裁人之參與仲裁程序即屬非法，當事人得提起撤銷仲裁判斷之訴。

第二項 區分成效及生效之實益

判斷成立之後尚須具備生效要件，判斷之法律上效果始能完全產生，所謂生效要件，乃判斷發生效力之要件，於次節將有所交待。至於何以有成立要件及生效要件之分，其理論根據為何，乃要件分類學之範圍，於茲不論。關於成立要件不具備時，是為判斷不成立，生效要件不具備時，則為判斷無效，不成立與無效在理論上或有區別，在實際上並無不同，蓋兩者均不發生法律上的效果。但在判斷成立與判斷生效之間，則有其區分實益之存在，判斷具備成立要件時，法律上的效力尚未發生，當事人、仲裁人仍不受該判斷的拘束，判斷具備成立要件及生效要件時，判斷之法律上效果隨即而產生，當事人間的權義關係，即應受判斷之拘束矣。

第三項 生效之方法

具備成立要件以及生效要件的判斷，始可發生法律上的效果，當事人應受其拘束，仲裁人亦不得任意修改或更正，但一般均以當事人

知悉該有效成立之判斷時起，當事人、仲裁人方才實際上地受其拘束，所謂知悉，非謂當事人主觀上應確實的了解，而係指客觀上已對當事人為合法的通知，使當事人處於可了解之狀態下而言，故合法的通知，即為生效的方法，一般言之，生效的方法有三，即宣示、交付或送達。就宣示而言，我國之商務仲裁條例並無明文，但就仲裁程序實施辦法第三十四條有「宣告仲裁判斷前」、第三十五條第九款有「仲裁判斷經宣告者」之字樣以觀，似亦指仲裁判斷得以宣示為生效的方法。就交付或送達而言，我國商務仲裁條例第二十條第一項規定：「仲裁人應以判斷書正本交付當事人，取其收據，或將之送交管轄法院，依民事訴訟法所訂之程序送達之。」仲裁程序實施辦法第四十三條第一項則規定為：「仲裁判斷書做成後，由本會（指商務仲裁協會）於十日內分別送達當事人，取具送達憑證，或送請管轄法院依民事訴訟法之規定送達之。」後者僅有送達的規定，假如實際上由仲裁人直接交付當事人，亦當解為係屬合法之通知也。

第二節 當事人與仲裁人之關係

第一項 概說

仲裁人係仲裁庭之組成人員，承擔具體審理之任務，仲裁人之品

質與水準直接影響到仲裁判斷之公正合法。因此，世界各國之仲裁立法中，均規定擔任仲裁人應具備一定之條件，我國現行仲裁法亦如此。該法於民國八十七年五月三讀通過，同年六月二十四日總統公布，並於同年十二月二十四日正式實施。由仲裁進行之程序觀之，仲裁程序之重心，在於當事人與仲裁人，如仲裁人有不當或不法之措施，甚至仲裁人被撤換，或者仲裁判斷被撤銷，均可能造成當事人無法彌補之損害，故當事人可否要求仲裁人盡相當之注意義務，當事人究可向仲裁人主張何種權利，不無疑問。

實務上，當事人有權選定仲裁人，然而，該仲裁人並不能代表該當事人之權益，甚至亦不能為該當事人辯論。仲裁人應獨立公正地審理案件¹，不能偏袒任何一方，更不受行政或其他之任何干擾。仲裁人不能對案件之實體問題發表意見，亦不允許與當事人私下會面，否則對造當事人可能認為該仲裁人有偏頗之虞，而要求迴避。

按仲裁人於接受選任後，有何權利義務，如其執行職務有故意或過失時，是否應負法律責任，值得探討。實務上，仲裁人之權利義務，以及仲裁人之責任基礎，均源於當事人與仲裁人間基礎之法律關係。

¹ 尤英夫，淺論仲裁人之公正性，商務仲裁彙編，第一冊，七十七年，頁二七六至二八二。

第二項 當事人與仲裁人之法律關係之性質

按仲裁法第六條規定，具有法律或其他各業專門知識或經驗，信望素孚之公正人士，具備該條第一項第一款至第五款資格之一者，得為仲裁人。當事人選定仲裁人後，該仲裁人應公正獨立審理案件，依仲裁規則，按仲裁程序行使職權。基此，當事人與仲裁人間法律關係，有下列數說：

一、準契約關係說（Quasi – Contract）

此說認為仲裁當事人與仲裁人之法律關係，係一種準契約關係。此一理論主要在說明，仲裁人對仲裁當事人之報酬請求權。以英美法而言，其契約法上有所謂「返還請求權」(restitution remedy)，該請求權之成立要件，僅須一方對他方要求服務，而預期此項服務將受有報酬為已足。仲裁當事人與仲裁人之關係，雖非契約關係，但仲裁當事人要求仲裁人為一定之服務，於選定仲裁人時，已有明確之表示，而報酬則被視為應當然具備者。因之，仲裁人基於準契約關係，得向當事人請求給付報酬。

然而，依準契約關係說，被選任之仲裁人，不但可自由決定是否接受，且當事人亦可自由決定是否撤回其選定，以終止雙方間之法律關係，在法律上地位並不明確，此顯與仲裁實務上不合。再者，仲裁

人之職權係至仲裁判斷作成時為止，此並非準契約關係說所能解釋，故此說並不值採。

二、基於特定身分（status）所生之關係說

此說認為仲裁人一旦接受選定，即具備影響當事人權益之職權，除雙方當事人同意或法院之命令外，仲裁人之職權將持續至仲裁終了時，且仲裁人之職權頗為特殊，仲裁人之地位似具有某程度之「持續性身分」（permanent status），而身份（status）似可說明當事人與仲裁人之權利義務關係。換言之，由於仲裁人之身份，且基於公序良俗（public-policy）之理由，應將某些權利賦予仲裁人，並對之課予某種義務¹。

雖主張此說者，以附隨於仲裁人身分應有之權利義務，為仲裁當事人與仲裁人間法律關係之內容，較符合仲裁制度特殊之性質，然而，「基於特定身分所生之關係說」並無法就其法律關係內容，提供一個完整之答案。「基於特定身分所生之關係」之具體權利義務關係內容，仍須視各個情況而定，為使仲裁制度健全發展，自得考慮公平合理之概念，但此種抽象概念，決定仲裁人附隨於仲裁人身分應有何種權利，換言之，就仲裁當事人與仲裁人間之具體權利義務關係內

¹ 參閱林曉瑩，商務仲裁人之比較研究，東吳碩士論文，八十三年六月，頁十；羅昌發，論仲裁當事人與仲裁人之法律關係，商務仲裁，第二十六期，頁二十。

容，仍不明確，故此說亦不值採。

三、契約關係說

傳統理論認為，仲裁當事人與仲裁人之法律關係，如學者 Rene David 主張契約關係係由「默示之合意」所形成，其契約之各項條件，均依「默示」而決定。德、日學者多數採此說。惟該「仲裁人契約」(Schicdsrichter vertrag) 在類型上，應屬何種契約類型，則又有以下數說：

(一)委任契約說

主張此說者認為，仲裁人係受當事人之委任，就爭議事項，提供勞務，予以解決，並收取報酬之勞務給付契約。基此，仲裁人自須受當事人雙方意思之拘束，而處理爭議。惟此種委任契約與一般委任契約不同之處，為仲裁契約當事人雙方之立場互異，利害相反，故不可能由當事人雙方各自授權予仲裁人。德國通說，認仲裁人契約如係無償，則為委任契約之性質¹。

我國實務上，係由當事人雙方自行就應仲裁事項以及仲裁人之權限達成協議，俾仲裁人遵守。此當事人之事先協議，即為仲裁契約，現行仲裁法稱「仲裁協議」。仲裁協議內所記載關於仲裁人應如何之事項，實際上即為委任契約之授權內容。仲裁人苟

¹ Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit 5. neubearbeitete Auflage, 1995, s.56.

非依仲裁協議所授權之事項而為判斷，係屬違反當事人之授權，依仲裁法第四十條第一項第四款規定，仲裁程序違反仲裁協議，故當事人得對於他方提起撤銷仲裁判斷之訴。

(二)僱傭契約說

主張此說者認為，仲裁當事人與仲裁人間，如係無償之法律關係，則為上述委任契約之性質；反之，如係有償之法律關係，則為僱傭契約之性質；其本質，應指仲裁當事人為僱傭人，仲裁人為受雇人，以仲裁人認定事實，作成仲裁判斷，為勞務給付之內容。按此說為德國學者之通說。

(三)承攬契約說

主張此說者認為，仲裁當事人與仲裁人間，仲裁當事人為定作人，仲裁人為承攬人，以仲裁人認定事實，作成仲裁判斷，為承攬工作之完成。

(四)特殊關係說

主張此說者認為，依「仲裁人契約」之特性，難以將此種契約強加入民法二十四種契約類型之一，故該「仲裁人契約」，應屬於特殊契約類型，德國聯邦法院判決，將仲裁人契約解釋為特殊契約類型。另我國學者則認為，由於仲裁約定與一般當事人之約定不同，前者僅約定其間權利義務爭執時之處理方法，與權利

義務無關；後者，僅發生權利義務之問題。除此之外，仲裁協議有雙層之法律效果：消極方面，排除法院之審判權；積極方面，授予仲裁人處理私權爭議之審判權。

綜合以上內容，不論從仲裁當事人與仲裁人間契約之合致、仲裁人負擔之責任與義務、仲裁人費用之取得，甚至仲裁人之撤換等觀點言之，均可見仲裁約定與一般契約有相同之成立要件，卻能另外產生公法上之法律效果，故仍以契約關係說較為可採。

第三項 仲裁人之選任

一、選定方法

基於當事人意思自由原則，當事人可自由地就仲裁人之人數與仲裁人之選任，達成協議。因此，選任仲裁人係當事人之權利¹，依仲裁法第九條第一項規定，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。此「由仲裁庭以書面通知當事人」之規定，係現行法所增訂，俾使當事人知悉。

依仲裁法第九條第二項規定，仲裁人於選定後三十日內未共推主

¹ 有關仲裁人之選任問題，參閱吳光明，論仲裁庭之組織，仲裁，期五十三，頁五十六至六十七。

任仲裁人者，當事人得聲請法院為之選定。仲裁協議約定由單一之仲裁人仲裁，而當事人之一方於收受他方選定仲裁人之書面要求後三十日內未能達成協議時，當事人一方得聲請法院為之選定。

依仲裁法第九條第三項規定，前二項情形，於當事人約定仲裁事件由仲裁機構辦理者，由該仲裁機構選定仲裁人。按第九條第二項與第三項規定，係參考聯合國國際商務仲裁模範法第十一條第三項規定，仲裁人未能於選定後三十日內共推主任仲裁人，或當事人約定由單一之仲裁人仲裁，而未能於收受他方書面要求後三十日內達成協議時，得聲請法院為之選定，俾免延宕仲裁程序¹。

依仲裁法第九條第四項規定，當事人之一方有二人以上，而對仲裁人之選定未達成協議者，依多數決定之；人數相等時，以抽籤定之。依仲裁法第十條第一項規定，「當事人之一方選定仲裁人後，應以書面通知他方及仲裁人；由仲裁機構選定仲裁人者，仲裁機構應以書面通知雙方當事人及仲裁人。舊商務仲裁條例第七條第一項原規定仲裁協會係辦理仲裁事件機構之名稱，條文中不宜逕用其名稱，故現行仲裁法第十條第一項將之修正為仲裁機構」²。

前項通知送達後，非經雙方當事人同意，不得撤回或變更。此規定之目的在維護當事人之權益。

¹ 法務部，仲裁法修正條文對照表，仲裁法彙編，八十八年三月，頁三十三。

² 法務部，仲裁法修正條文對照表，前揭書，頁三十五。

依仲裁法第十一條第一項規定，當事人之一方選定仲裁人後，得以書面催告他方於受催告之日起，十四日內選定仲裁人。其期間之計算，適用民法第一二二條第二項規定，始日不算入，自不待言。

仲裁法第十一條第二項規定，應由仲裁機構選定仲裁人者，當事人得催告仲裁機構，於前項規定期間內選定之。

依仲裁法第十二條規定，受前條第一項之催告，已逾規定期間而不選定仲裁人者，催告人得聲請仲裁機構或法院為之選定。

受前條第二項之催告，已逾規定期間而不選定仲裁人者，催告人得聲請法院為之選定。按如仍規定催告人得向仲裁機構聲請選定仲裁人，易造成程序浪費，且不合理，爰規定僅得聲請法院為之選定，以利仲裁程序之進行¹。

依仲裁法第十三條規定，仲裁協議所約定之仲裁人，因死亡或其他原因出缺，或拒絕擔任仲裁人或延滯履行仲裁任務者，當事人得再行約定仲裁人；如未能達成協議者，當事人一方得聲請仲裁機構或法院為之選定。

當事人選定之仲裁人，如有前項事由之一者，他方得催告該當事人，自受催告之日起，十四日內另行選定仲裁人。但已依第九條第一項規定共推之主任仲裁人不受影響。受催告之當事人，已逾前項之規

¹ 法務部，仲裁法修正條文對照表，前揭書，頁三十七。

定期間，而不另行選定仲裁人者，催告人得聲請仲裁機構或法院為之選定。仲裁機構或法院選定之仲裁人，有第一項情形者，仲裁機構或法院得各自依聲請或職權另行選定。

主任仲裁人有第一項事由之一者，法院得依聲請或職權另行選定。依仲裁法第十四條規定，對於仲裁機構或法院依本章選定之仲裁人，除依本法請求迴避者外，當事人不得聲明不服。

二、仲裁人之資格

仲裁制度乃依當事人意思自由原則，由當事人自行選定仲裁人，以解決爭議之制度。由於當事人對仲裁人之特殊信賴，故如當事人所合意之仲裁人係法人，實際上仍會發生法人內部究由何人擔任仲裁人之問題。許多國家之法律明文規定，不能選擇法人為仲裁人。我國現行仲裁法第五條第一項亦規定：「仲裁人應為自然人。」¹蓋仲裁人之仲裁權形同法官之審判權，必須具備專業知識及判斷能力，故限於自然人始得為之，爰予新增訂。並於該條第二項規定：「當事人於仲裁協議約定仲裁機構以外之法人或團體為仲裁人者，視為未約定仲人。」此規定目的在杜絕爭議。茲將仲裁人之積極資格與消極資格，分述如下：

¹ 參閱藍瀛芳，談仲裁人的資格問題，商務仲裁論著彙編，第三冊，七十八年，頁四十至五十。

(一)積極資格

仲裁人由具有法律或其他各業專門知識或經驗，信望素孚之公正人士擔任，不僅有利於糾紛迅速解決，更有利於爭議案件得到公正合理之解決。

現行仲裁法第六條第一項規定：「具有法律或其他各業專門知識或經驗，信望素孚之公正人士，具備下列資格之一者，得為仲裁人：

- 1.曾任實任推事、法官或檢察官者。
- 2.曾執行律師、會計師、建築師、技師或其他與商務有關之專門職業員業務五年以上者。
- 3.曾任國內、外仲裁機構仲裁事件之仲裁人者。
- 4.曾任教育部認可之國內、外大專院校助理教授以上職務五年以上者。
- 5.具有特殊領域之專門知識或技術，並在該特殊領域服務五年以上者。」

按本條明定仲裁人所應具備之資格，列舉五款具備專業素養及德高望重之上，得擔任仲裁人，以提昇仲裁品質及仲裁公正性。

(二)消極資格

現行仲裁法第七條規定：有下列各款情形之一者，不得為仲裁人：

- 1.犯貪污、瀆職之罪，經判刑確定者。
- 2.犯前款以外之罪，經判處有期徒刑一年以上之刑確定者。
- 3.經褫奪公權宣告尚未復權者。
- 4.破產宣告尚未復權者。
- 5.受禁治產宣告尚未撤銷者。
- 6.未成年人。

鑒於仲裁人之地位，有如法官，本條新增規定，明定仲裁人之消極資格，以排除不適任之人擔任之，俾提昇仲裁品質。

三、加強仲裁人之訓練

提昇仲裁之品質，為目前亟待努力之課題，惟提昇仲裁之品質，應由加強仲裁人之訓練，並對之提供便利之協助著手。蓋仲裁需要仲裁人具有豐富之經驗、專門之知識、較高之智慧與熟練之技巧。同時，仲裁人應進行研討交流，避免對相同問題作出矛盾仲裁判斷。

舊「商務仲裁條例」關於仲裁人之資格規定失之空泛，現行法第六條明定仲裁人所應具備之資格，列舉五款具備專業素養及德高望重之上，得擔任仲裁人，以提昇仲裁品質以及仲裁公正性，已如前述。再加上現行仲裁法第八條第一項明定：「仲裁人應經訓練或講習。」

以提高仲裁人之學養與素質，至於仲裁人之訓練講習辦法，依該條第二項規定：「由行政院會同司法院定之」。民國八十八年三月行政院會同司法院，依仲裁法第八條第二項規定，共同發布仲裁人訓練講習辦法¹，條文共十八條，明確揭示仲裁人訓練、講習之目的，參加本訓練之程序，訓練分基礎訓練與實務訓練，兼顧理論與實務，訓練期間之學習、行為與考評等規定。

四、仲裁人之迴避

按仲裁人雖為當事人所選任，然其地位具有超然及公正之特性，並非某一當事人之代理人，故全體仲裁人均應同時兼顧兩造當事人之權益。為促進仲裁制度之健全發展，法律乃要求仲裁人須公正、獨立、無偏頗之執行職務²。換言之，仲裁人之迴避係保障當事人平等行使權利，保證仲裁人公正處理案件之一項重要制度。由於某些事由可能將會影響到仲裁人對爭議事項作出非公正之仲裁判斷。因而各國仲裁立法中，均將仲裁人之迴避，作為一項重要事項加以規定。舊「商務仲裁條例」關於仲裁人之迴避稱為「仲裁人之拒卻」，而於該條例第十一條第一項第一款規定「有民事訴訟法所定推事應迴避之同一原因者」之內涵，雖有不同意見，但實務上最高法院認為並不包括民事訴

¹ 參閱八十八年三月三日行政院台八十八法字第 08006 號及司法院（88）院台廳民三字第 02096 號令會銜發布。法務部，前揭書，頁一七三至一八三。

² 參閱陳煥文，論仲裁庭之組織，商務仲裁，期四十七，頁三十。

訟法第三十三條第一項第二款所稱足認推事執行職務，有偏頗之虞，得由當事人聲請迴避之情形。因此，既非在推事應自行迴避之原因，自不包括在內¹。現行仲裁法修正此條文後，此問題已不再發生²。

依我國現行仲裁法第十六條規定，仲裁人有下列各款情形之一者，當事人得請求其迴避：

(一)不具備當事人所約定之資格者。

(二)有前條第二項各款情形之一者。

當事人對其自行選定之仲裁人，除迴避之原因發生在選定後，或至選定後始知其原因者外，不得請求仲裁人迴避。

又依現行仲裁法第十七條規定，當事人請求仲裁人迴避者，應於知悉迴避原因後十四日內，以書面敘明理由，向仲裁庭提出，仲裁庭應於十日內作成決定。但當事人另有約定者，不在此限。

前項請求，仲裁庭尚未成立者，其請求期間自仲裁庭成立後起算。

當事人對於仲裁庭之決定不服者，得於十四日內聲請法院裁定之。

當事人對於法院依前項規定所為之裁定，不得聲明不服。

雙方當事人請求仲裁人迴避者，仲裁人應即迴避。當事人請求獨

¹ 參閱最高法院八十三年度台抗字第二九八號裁定。

² 按有學者稱「真正關心我國仲裁制度者，對最高法院（即八十三年度台抗字第二九八號）裁定，切表異議」，參閱林俊益，法院在商務仲裁之角色，永然出版，八十五年，頁八十三。

任仲裁人迴避者，應向法院為之。

按本條係新增，參考聯合國國際商務仲裁模範法第十三條第二項第三項規定而來¹。

第四項 仲裁人之權利與義務

一、仲裁人之義務

(一)揭露 (Disclosure) 義務

按仲裁人擁有類似法官之職權，具有準司法官資格²。故仲裁人應本其獨立、公正之立場，以作成公正之仲裁判斷，何況，仲裁判斷一審終結，並無上級審之司法監督，以糾正仲裁庭認事用法之違誤。因此，依現行仲裁法第十五條第一項規定，仲裁人應獨立、公正處理仲裁事件，並保守秘密。按仲裁人處理仲裁事件，應本於獨立、公正之態度，析負有保守秘密之義務，爰將仲裁人應遵守之重要原則，明訂於第一項。

仲裁法第十五條第二項規定：「仲裁人有下列各款情形之一者，應即告知當事人：

- 1.有民事訴訟法第三十二條所定法官應自行迴避之同一原因者。

¹ 有關仲裁人之迴避問題，參閱吳光明，論仲裁庭之組織，仲裁，期五十三，頁五十六至六十七。

² 參閱楊崇森，商務仲裁之理論與實務，中央文物供應社，七十三年二月，頁四。

2. 仲裁人與當事人間現有或曾有僱傭或代理關係者。
3. 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。
4. 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。」

此係參考聯合國國際商務仲裁模範法第十二條第一項，明定仲裁人於選定前，以及仲裁程序中，負有「揭露義務」(duty of disclosure)，以維護仲裁人之獨立性、公正性，確保仲裁制度之公信力，爰增訂第二項。至於仲裁法第十五條第二項第四款規定：「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」，係指第二項第一款至第三款以外情形，例如仲裁人與當事人一方曾有同事或合夥關係，而其關係足使當事人產生懷疑其不能獨立、公正執行職務者而言¹。

(二)按期限完成仲裁之義務

由於仲裁本質上較訴訟更具迅速性，如仲裁人隨意拖延，遲不作仲裁判斷，勢必影響當事人之正當權益，尤其因仲裁判斷之作成耽誤，可能使債務人隱匿財產，導致勝訴之仲裁判斷無法獲得清償，而失去意義。

舊「商務仲裁條例」第十二條第一項，係規範仲裁人須於接獲被

¹ 法務部，仲裁法修正條文對照表，仲裁法彙編，八十八年三月，頁四十、四十一。

選為仲裁人通知日起三個月內作成仲裁判斷，必要時延為六個月。現行仲裁法第二十一條第一項改為：「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十日內，決定仲裁處所及詢問期日，通知雙方當事人，並於六個月內作成判斷書；必要時得延長三個月。」該法第二十一條第二項規定：「前項十日期間，對將來爭議，應自接獲爭議發生之通知日起算。」

蓋因案情複雜、鑑定報告遲延、天災、不可抗力或經雙方同意暫停程序試行和解等情形，均可能逾越六個月之期限，故修正為「判斷書」¹應於六個月內作成。並將原條文「仲裁人」配合修正為「仲裁庭」。仲裁法第二十一條第三項規定：「仲裁庭逾第一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。蓋強制仲裁之場合，如仲裁庭未能於九個月內作成仲裁判斷者，依強制仲裁之立法原意，當事人仍不得起訴」，故於該法第二十一條第三項增訂：「除強制仲裁事件外」，俾資澄清。而所謂「強制仲裁事件」係指其他法律規定，當事人間之爭議，不論有無訂立仲裁契約，均應以仲裁方式解決者²。又所謂「聲請續行訴訟」係指現行仲裁法第四條第一項，經

¹ 蓋因「判斷」依過去實務上，僅有「主文」，至於「判斷書」，則應依仲裁法第三十三條第二項詳細記載該項各款事項。

² 強制仲裁事件，例如證券交易法第一六六條規定。

法院裁定停止之訴訟，應於一定期間內提付仲裁，而仲裁判斷又未於法定期間內作成者，此時當事人應聲請續行訴訟而言。

最後，仲裁庭逾期未作成仲裁判斷者，依民法第一百三十三條之規定，時效視為不中斷，如因此導致時效完成時，對當事人顯有不公，爰增訂第二十一條第四項「前項逕行起訴之情形，不適用民法第一百三十三條之規定」，以資周延。

(三)守密義務

仲裁制度均嚴格要求，仲裁案件爭議事項不得對外洩漏，除非當事人願意公開仲裁之事實及其結果，否則仲裁案件整個過程僅限於仲裁人、當事人及其代理人以及仲裁機構參與。至於守密義務之內容，包括不得向外透露任何有關案件實體與程序之情況，如案情、審理過程、仲裁庭合議之情況。因之，現行仲裁機構組織與調解程序及費用規則¹第二十二條第一項第一款明文規定，仲裁人應保守秘密，否則即違反仲裁人倫理規範。

(四)適用法律義務之存否與衡平仲裁問題

有關仲裁人有無適用實體法之義務，以及衡平仲裁問題，牽涉甚多²，現行仲裁法第三十一條已規定：仲裁庭經當事人明示合意者，

¹ 參閱八十八年三月三日行政院台八十八法字第 08006 號及司法院（88）院台廳民三字第 02096 號令會銜發布。法務部，前揭書，頁九十一至一〇六。

² 參閱吳光明，衡平原則與衡平仲裁，中興法學，八十六年十二月，期四十三，

得適用衡平原則為判斷。」按該條係新增，明示仲裁庭經當事人明示合意者，得採用衡平仲裁之方法解決爭議。蓋各國仲裁系統約兩種，一為法律仲裁，一為衡平交易習慣仲裁，以呼應民法第一條：「民事，法律所未規定者，依習慣」之立法精神¹。

二、仲裁人之權利

(一)費用請求權

舊「商務仲裁條例」第二十九條規定：「商務仲裁協會之組織、仲裁費用、調解之程序與費用，由行政院會同司法院定之」，改為現行仲裁法第五十四條第二項規定：「仲裁機構之組織、仲裁費用、調解之程序與費用，由行政院會同司法院定之」，已如前述。而行政院與司法院共同頒佈之「仲裁機構組織與調解程序及費用規則」第二十五條明定繳納仲裁費之標準，從該條文義觀之，由仲裁機構進行之仲裁係有償。至於在我國國內進行而「非經仲裁機構」辦理之仲裁事件，依該法第三十八條規定，其仲裁費用之受取，得準用本規則有關之規定。足見在我國之仲裁應屬有償之性質。

按仲裁人為審理仲裁案件，必須花費相當之時間，故承認仲裁人有報酬請求權，符合公益，只是其報酬係由仲裁機構將其所收取之仲

頁三二一至三四八。

¹ 法務部，仲裁法修正條文對照表，前揭書，頁五十九、六十。

裁費依「仲裁機構組織與調解程序及費用規則」第二十八條第一項規定，按比例轉交仲裁人，而非仲裁人「直接」對當事人有仲裁費用之請求權，不可不辯。蓋依我國仲裁體制，當事人聲請仲裁，必須先向仲裁機構繳納仲裁費用，否則程序不合，經要求補正而仍未繳費，其仲裁之聲請將被駁回，故不會發生仲裁人「直接」對當事人請求仲裁費用問題¹。

(二)費用請求之數額

因財產權而聲請仲裁之事件，應依前述「仲裁機構組織與調解程序及費用規則」第二十五條第一項規定，繳納仲裁費。而仲裁人再依同規則第二十八條第一項規定，按各款比例，轉交參與各該事件之仲裁人，其餘歸仲裁機構。然而，在非經仲裁機構辦理之仲裁事件，其仲裁費用之收取，依該法第三十八條規定，得準用本規則有關之規定。依此規定，仲裁人究僅能取得仲裁費用之若干百分比，抑或仲裁費用之全部金額，新修正「仲裁機構組織與調解程序及費用規則」對此亦無明確規定，國內學者認為，仲裁人可請求之仲裁報酬，除當事人與仲裁人另有約定外，應參考外國法制所規定之「合理費用」為標

¹ 從我國仲裁實務上言之，並不會發生所謂「仲裁程序終結後，當事人仍未給付仲裁費問題」，從而亦無所謂「仲裁人亦得以契約債務不履行向法院起訴請求問題，學者此項主張，似乎有誤，參閱林曉瑩，前揭書，頁一一四。

準，如有爭執，宜由法院裁定以確定其數額¹。

第五項 仲裁人之民事豁免原則

按仲裁人於仲裁程序時，如有違反仲裁人義務，或有不當執行職務問題，當事人之損失，可否提起民事訴訟，向仲裁人請求損害賠償。換言之，仲裁人是否與法官相同，享有民事豁免原則，關於此點，學說上，有肯定說與否定說²，茲分述如下：

一、肯定說

主張此說者認為，仲裁人之功能類似於法官，故其責任亦應與法官同。因此，為避免仲裁人於仲裁判斷時，受敗訴當事人不當威脅，而影響其獨立性與公正性，自當允許仲裁人與法官同樣享有民事豁免原則。此外，為鼓勵仲裁制度之政策，發揮疏解訟源之積極功能，如仲裁人不適用民事豁免原則，將因其可能面對民事賠償，致無人敢擔任仲裁人，故為使仲裁制度之蓬勃發展，應允許仲裁人享有民事豁免權。

¹ 參閱羅昌發，論仲裁當事人與仲裁人之法律關係，商務仲裁，期二十六，七十九年九月，頁十七。

² 參閱林曉瑩，論商務仲裁人之民事責任及其豁免，商務仲裁，期三十八，八十四年一月，頁八十二、八十三。

二、否定說

主張此說者認為，仲裁人本質上與法官並不相同，故其責任亦應與法官不同。按仲裁人之權限源自於「仲裁人契約」中當事人之授權，仲裁人乃是「契約下之產物」(Creature of Contract)，而法官之權限源自於法律之規定，法官係國家為解決社會紛爭而設置之公務員。因之，仲裁人如有故意過失，致當事人權益受有損害時，應認當事人得對仲裁人請求民事損害賠償，以控制仲裁人審慎履行其仲裁職務。

再者，仲裁程序與訴訟程序，在本質上各有不同，仲裁程序不公開，且一審終結，而仲裁判斷之撤銷，限於仲裁法第四十條第一項各款之事由，為防止仲裁人濫用其權限，仲裁人實不得享有民事豁免權

三、有限之民事豁免原則

由於兩大法系在仲裁責任問題上，有兩種完全不同之主張，大陸法系之國家認為，縱仲裁人之功能類似於法官，但實際上，仲裁人之功能仍屬相當有限，仲裁人既因其專家知識而被選任，且受有報酬，則不應有民事豁免權¹。至於普通法系 (common Law) 國家，如美國，則不採大陸法系國家之基於「仲裁人契約」，以探討是否有民事豁免

¹ 例如奧地利民事訴訟法即明文規定，仲裁人如有故意過失，致當事人權益受有損害時，應對當事人負民事損害賠償責任。德國聯邦最高法院則認為，當「仲裁人契約」中，未明文約定時，應認為，當事人默示同意仲裁人享有民事豁免權。

原則之適用，美國實務上在探討 *Corey v. New York Stock Exchange*¹一案中，其最高法院強調，仲裁有司法判斷是非之功能，而仲裁人之角色，具社會公益之特性，是以原則上仲裁人應有民事豁免原則之適用。兩種法系相比較結果，本文認為，仲裁人在一定範圍內可享受豁免，但超出此一範圍則不能免除其責任較妥。蓋仲裁人之行為應可分「司法行為」與「非司法行為」，就仲裁人之「司法行為」部分，採用仲裁人民事責任豁免原則，並無問題。而仲裁人之「非司法行為」部分，如因故意過失致當事人受有損害時，仲裁人不應有民事責任豁免原則之適用，而應負民事損害賠償責任。

第三節 小結

從當事人與仲裁人間法律關係而言，學說上向有準契約關係說（quasi-contract）基於特定身分（status）所生之關係說、契約關係說（contract）等之不同。而因準契約關係說者，對當事人與仲裁人間究為如何之準契約法律關係，並無具體之說明；而基於特定身分所生之關係說者，雖較能說明「仲裁人之地位」，但其附隨於「仲裁之身分」，應如何認定其權利義務，此說之主張，亦不確定，且失之空泛。比較言之，仍以契約關係說（contract）較為可採，而契約關係

¹ 參閱林曉瑩，論商務仲裁人之民事責任及其豁免，前揭文，頁八十四。

說，又有委任契約說、僱傭契約說、承攬契約說、特殊關係說之不同。然而，鑒於仲裁制度之特性，當事人與仲裁人間法律關係存在一種「仲裁人契約」，應屬於一種特殊契約類型，故應可準用「委任」之規定。

又仲裁人基於仲裁制度之特性，應公正獨立執行其職務、並負限期內作成仲裁判斷、揭露以及守密等義務，但在權利方面，則有仲裁報酬請求權。但此仲裁報酬請求權，係由仲裁機構代收代付，不發生仲裁人以契約債務不履行向法院起訴請求之問題。

至於當事人是否可以「仲裁人違背其應盡義務，致受有損害」為由，請求損害賠償問題，大陸法系國家與英美法系國家，對此問題之規範，有所不同。英美法系國家，大多認為仲裁人亦得援用法官民事責任豁免原則；大陸法系國家，則持否定見解。本文主張，原則上，仲裁人民事責任豁免原則應有所限制；蓋仲裁人之行為應可分「司法行為」與「非司法行為」，就仲裁人之「司法行為」部分，採用仲裁人民事責任豁免原則，並無問題。而仲裁人之「非司法行為」部分，因故意過失致當事人受有損害時，仲裁人不應有民事責任豁免原則，而應負民事損害賠償責任。

然而，「有限責任豁免原則」仍應有具體豁免範圍，亦即「有限責任豁免原則」，仍有其程序上之限制，例如仲裁程序違背仲裁之自願性，即應承擔民事責任。此外，仲裁人下列幾種不當仲裁行為，可

視為仲裁人違反契約性限制，應承擔民事責任。例如仲裁人與案件有利害關係而未迴避，事後該仲裁判斷被撤銷，使當事人必須重新仲裁，花費過長之時間與過高之費用。又如仲裁人無正當理由提前退出仲裁，使當事人投入大量時間與財力變成毫無價值。再如仲裁人未按期限完成仲裁判斷，他造依法提起訴訟，致原仲裁程序無法充分有效地發揮仲裁作用。

總之，為充分有效地發揮仲裁作用，在仲裁人承擔義務與免除仲裁人責任間，必須有一適當之平衡。一方面，既要加重仲裁人一定之責任，使其不至故意或過失濫用其權限。另一方面，又必須使仲裁人能夠履行其職責，而不必擔心受不當之訴訟，故「有限責任豁免原則」較為可採。

第五章 工程契約仲裁之程序及效力

第一節 概說

工程與一般行業差異甚大，尤其承辦業務關係人員與承包商之間，往往因觀念與立場迥異，致雙方在工程上之接觸產生兩極之看法，因而發生爭議在所難免。故如何有效解決工程爭議，促使工程順利進行，實為一重要課題。

由於工程之爭議大都發生於契約條款本身，如當事人間特別於訂約時，訂定「仲裁條款」，約定以仲裁作為雙方某種事件解決之方式，此即為「仲裁契約」，而該等仲裁條款即具有以仲裁解決爭議而達成合意之性質。

本章主要在探討工程契約爭議之程序，而由於工程契約並無特別仲裁之規定，故適用仲裁法之規定。又因一般工程契約條款中，常抄襲外國「先經工程師裁決」之前置程序約定，故本文亦探討外國有關工程契約條款，包括國際顧問工程師聯合會（FIDIC）制訂之工程營建契約條款（FIDIC Condition）、國際商會（ICC）之工程仲裁、以及聯合國國際貿易委員會（UNCITRAL）之工程仲裁，經由對各該立法例之瞭解，以檢討我國工程契約爭議之仲裁。

第二節 工程契約仲裁之前置程序問題

一般公共工程契約書中，常於仲裁條款中附條件，例如約定「不同意建築師之裁決時，得請求仲裁」等項，此即一般所謂「仲裁前置程序」條款¹此問題在實務上及理論上，見解相當不一致，故有加以討論之必要。

第一項 理論上

一、肯定說

理論上，有認為仲裁前置程序未履行之瑕疵，可因仲裁判斷之作成而補正，法院不應撤銷仲裁判斷者，此為肯定說，其所持理由如下²

(一)按起訴前應經調解之事件，未經調解程序逕入判決程序而經裁判時，應認其調解程序已因判決而補正，當事人不得以此為上訴理由，最高法院三十二年度上字第五二一號著有判例，八十三年度台上字第二五四九號著有判決。基於同一程序法理，依當事人間仲裁契約之約定，一方當事人提請仲裁前，應先經建築師就其

¹ 按目前工程契約中，並未出現「仲裁前置程序」字眼，本文為便於討論，茲引用商務仲裁季刊第四十三期，法官與仲裁人座談會記錄之用語。

² 詳細理由參閱林俊益，八十五年度法官與仲裁人座談會法律問題提案，頁十六至十九。

爭議為裁決之程序，如當事人之一方未履行此一程序，他方當事人並「無異議」，表示雙方當事人對於仲裁前置程序之約定，並無異議，仲裁人依法進行仲裁，並作成仲裁判斷時，應認為他方當事人對未經前置程序之瑕疵已喪失責問權，且該仲裁前置之程序，亦因仲裁人之作成仲裁判斷而加以補正，他方當事人不得以此為撤銷仲裁判斷之訴之理由。

(二)基於同一程序法理，依當事人間仲裁契約之約定，一方當事人提請仲裁前，應先經建築師就其爭議為裁決之程序，如當事人之一方未履行此一程序，他方當事人雖「有異議」並於仲裁程序進行中提出抗辯，但經仲裁人認為不重要，仍決定進行仲裁，並作成仲裁判斷時，應認為此乃仲裁人之仲裁權限，法院不得干預，且該仲裁前置之程序，已因仲裁人之作成仲裁判斷而加以補正，他方當事人不得以此為撤銷仲裁判斷之訴之理由。

(三)仲裁前置程序僅係當事人進入仲裁程序前之另一「簡便處理」當事人爭議之程序，當事人間發生爭議後，未先依仲裁前置程序之處理程序處理，而逕付仲裁程序，仲裁人亦就當事人間之爭議作成仲裁判斷，尚難因當事人未履行仲裁前置程序，即謂當事人間之爭議並不存在，至於未履行仲裁前置程序，僅可謂仲裁人之參與仲裁程序未依當事人仲裁契約有關先進行前置程序始可進行

仲裁程序而已。但無論如何，當事人間確有爭議發生，是無可否認之事實，此從最高法院於八十四年度台上字第二五七號判決亦謂先經建築師就其爭議為裁決一語，亦可知確有其爭議存在，詎最高法院於八十四年度台上字第二五七號判決竟謂：上訴人提請仲裁前，並未依兩造仲裁條款所定，應先經建築師就其爭議為裁決之程序，仲裁契約標的之『爭議並不存在』，系爭仲裁判斷即與之無關，當事人間明明「有爭議發生且已存在多時」最高法院竟謂未履行仲裁前置程序，當事人間爭議『並不存在』，學者認為殊難贊同。

(四)否定仲裁前置程序未履行之瑕疵，因仲裁判斷之作成而補正說者

又謂：當事人之一方提請仲裁前，並未依兩造仲裁條款所定，應先經建築師就其爭議為裁決之程序。當事人之一方既未履行此一程序，自不得進行仲裁程序，仲裁人仲裁時，自應遵守當事人於仲裁契約之約定，詎仲裁人竟置他方當事人之抗辯而不顧，並作成仲裁判斷，該仲裁人之參與仲裁程序，自有違當事人間仲裁契約之約定，他方當事人依舊商務仲裁條例第二十三條第一項第四款之規定，訴請撤銷系爭仲裁判斷，固有見地。惟查仲裁人之參與仲裁程序，有背仲裁契約，係指「有背仲裁契約之約定，足以影響判斷之結果者而言」，並非所有違背仲裁契約之程序者，均

足構成撤銷之事由。況現行商務仲裁條例對此雖無規定，但現行仲裁法已於第四十條第三項加以明文規定¹。換言之，並非任何仲裁程序之瑕疵，均得以仲裁程序違反仲裁契約或法律強制規定者，為由，而撤銷仲裁判斷。必須該瑕疵亦為足以影響判斷之結果者，始得為撤銷仲裁判斷之訴之原因。當事人間仲裁契約雖約定，提請仲裁前，應先經建築師就其爭議為裁決之程序，如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仲裁判斷時，如他造以「未經建築師裁決」為由，提起撤銷仲裁判斷之訴，法院仍將可能以該項程序之欠缺，並不足以影響判斷之結果為由，駁回訴訟。另一方面，如一方當事人提請仲裁前，確先經建築師就其爭議為裁決，然建築師如裁決一方當事人之請求為無理由時，該方當事人必然會提請仲裁；建築師如裁決一方當事人之請求為有理由時，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建築師就該爭議為裁決之程序，故未履行仲裁前置程序之瑕疵，尚不足以影響判斷之結果，故依現行仲裁法之規定，亦不得撤銷該仲裁判斷。

(五)再從程序法之觀點而論，程序進行之程序瑕疵，如不影響程序

¹ 參閱新修正仲裁法第四十條第三項規定：「第一項第四款違反仲裁協議及第五款至第九款情形，以足以影響判斷之結果者為限」特別強調，足以影響判斷之結果者。」

之結論，自應認為較後或較完備之程序，對於瑕疵之程序產生補正之效果。故於兩造仲裁條款約定，仲裁前應先經建築師就其爭議為裁決之程序，之情況，就建築師之裁決與仲裁庭之判斷予以比較，學者認為兩者有如下之優劣¹：

- 1、建築師之裁決，僅係建築師之個人意見，而仲裁判斷則係三位仲裁人之評議，前者不如後者之集思廣義。
- 2、建築師之裁決，並未經過任何開庭程序，僅係書面審理之初步意見；而仲裁判斷則係仲裁庭經過仲裁程序後所為之判斷，前者不如後者慎重。
- 3、建築師之裁決，並無時間之限制；而仲裁判斷則有三個月或六個月期限之限制，更能掌握時效性。
- 4、建築師之裁決，並無法律依據，且無任何效力，當事人對之不服尚可進行仲裁；而仲裁判斷有商務仲裁條例為其依據，與確定判決有同一效力，經法院裁定後並具有執行力，當事人不得對仲裁判斷再聲明不服。故前者不如後者有保障。

由以上分析可知，前置程序之建築師裁決不如仲裁程序之慎重、嚴謹、有效，仲裁人依當事人之仲裁契約之授權，作成於當事人間有法律效力之仲裁判斷後，竟因當事人之一方未履行前置程序，即前揭

¹ 參閱林俊益，前揭文頁二十。

無法律效力、無程序保障之建築師裁決程序，以致撤銷該仲裁判斷，殊有悖於「程序(訴訟)經濟」之要求。當事人約定提付仲裁之本意，既在迅速解決紛爭，如因未履行前置程序即撤銷該仲裁判斷，而重新仲裁或訴訟，此顯非當事人當初立約之本意所在。

二、否定說

有關仲裁前置程序之瑕疵，可否因仲裁判斷之作成而得到補正，以及「仲裁前置程序」一詞，是否適當，學者意見多有不一，茲就法院仲裁實務研討中之發言，所持否定說者，敘述如下：

(一)學者陳煥文認為，工程契約有關「先經建築師就其爭議為裁決」

之約定，可追溯到「國際顧問工程師聯合會」之設立，目前國際間大型公共工程，有百分之九十以上均將此組織之規範納入工程契約中。查「先經建築師就其爭議為裁決」主要理由，在於建築師係負責監督整個工程之進行，亦即所謂監造單位，故在工程進行中任何問題之發生，建築師一定相當清楚誰是誰非，由其先作裁決，實為一最快速且最有效率之解決問題方式。在仲裁程序上，由三位仲裁人組成之仲裁庭，應先就雙方之爭議，依契約內容觀之有無仲裁管轄權之存在作一中間判斷，如判斷結果並無管轄權時，一般均判斷「不予受理」。當然，仲裁庭有無管轄權問

題，當事人應於第一次詢問庭之前提出，否則事後不能再提出¹。

(二)學者王泰銓認為，肯定說之見解，從法理事實層面觀察，尚有不足之處。先從法理言之，肯定說提到某些案件在起訴前，並未經調解程序，法官仍然判決，其未經調解程序之瑕疵已因判決而補正。然而，仲裁判斷並無此效力。蓋仲裁前置程序之有無，係當事人私法自治原則所衍生之問題，法院判決與仲裁判斷能否補正未履行前置程序之瑕疵問題，在推理上似不能已混為一談。至於最高法院判決，認未履行前置程序，仲裁契約標地之爭議，並不存在，此一見解並非正確。蓋兩造當事人在履行仲裁契約中所產生之爭議，固已存在，至經建築師裁決後，雙方對其裁決產生不同看法，則應為為新之爭議，二者性質上應有不同，而非「爭議」並不存在²。

(三)吳鴻明法官認為，肯定說之見解所引用之最高法院判決，其實是「系爭仲裁判斷與契約標的之爭議無關」，蓋因仲裁判斷所要解決之爭議，與當事人最初所要解決之爭議並不相同。因為仲裁契約條款約定，如當事人間有條款上之爭議時，應先請建築師作一裁決。至於仲裁斷則是針對損害賠償之請求而作成，兩個爭議無關，最高法院乃撤銷仲裁判斷，蓋仲裁契約在解釋上都成問題，

¹ 陳煥文，商務仲裁季刊第四十三期，頁二十八。

² 王泰銓，商務仲裁第四十三期，頁二十九。

自不能說服當事人進入仲裁程序¹。

(四)王濱仲裁人認為，前置程序有其需要，但不能惡用。前述之最高法院撤銷仲裁判斷之判決，失之草率，因法院應可暫停審理，由當事人另尋前置程序進行，如獲得解決，則爭議解決。如未獲得解決，則表示是有爭議，則仲裁結果應可有用，如此又何必撤銷仲裁判斷²。

第二項 實務上

實務上認為未履行「仲裁前置程序」而仲裁時，訴請撤銷仲裁判斷，自屬有據，是為否定說，最高法院採此見解。其理由分成二種：

一、如未履行「仲裁前置程序」，該仲裁契約標的之爭議並不存在

採此說者，認為當事人之一方聲請仲裁前，依仲裁契約條款所定，須先經建築師就其爭議為裁決，如不服其裁決，始得聲請仲裁，如當事人違反該程序而提請仲裁時，最高法院認為該仲裁契約標的之爭議並不存在，系爭仲裁判斷即與之無關。他方當事人依舊商務仲裁條例第二十三條第一項第一款、第二十二條第一款（查該等款項現已修訂為仲裁法第四十條第一項第一款及第三十八條第一款），訴請撤

¹ 吳鴻明，商務仲裁季刊，前揭書，頁二十九。

² 王濱，仲裁前置程序之我見，商務仲裁季刊，43，頁五十六。

銷仲裁判斷，自屬有據¹。

二、如未履行「仲裁前置程序」，仲裁人參與仲裁程序為違背法律

採此說者，認為依舊商務仲裁條例第二十三條第一項第四款（現修訂為仲裁法第四十條第一項第四款）規定：仲裁人之參與仲裁程序，有背於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。此之所謂「參與仲裁程序」，除仲裁人之選任外，舉凡仲裁時應遵守之契約及各項程序，乃至仲裁判斷之作成等，均應包括在內²。如當事人之一方提請仲裁前，並未依兩造仲裁條款所定，先經建築師就其爭議為裁決之程序，當事人之一方既未履行此一程序，自不得進行仲裁。仲裁人仲裁時自應遵守當事人於仲裁契約之約定，詎仲裁人竟置他方當事人之抗辯而不理，並作成仲裁判斷，該仲裁人之參與仲裁程序，自有違當事人間仲裁契約之約定，他方當事人依舊商務仲裁條例第二十二條第一項第四款之規定，訴請撤銷系爭仲裁判斷，自屬有據。

第三項 小結

上述見解，眾說紛云，採肯定說者，認為未履行前置程序可由仲

¹ 最高法院八十四年十月二十七日八十四年度台上字第二五七零號判決。

² 最高法院八十四年三月二十三日八十四年度台上字第六九二號判決。

裁判斷補正之，故法院不應撤銷該仲裁判斷，固屬方便。然依民事訴訟法第二四九條第一項但書規定之法理而言，所謂其情形可以補正者，審判長應定期間先命補正云云，係指法律規定可以補正之情況，此與上述所謂以仲裁判斷補正建築師之裁決之情形不同。況工程師（或建築師）係受業主之僱用，代理業主監督整個工作之進行，其之行使其職權乃是以其自身所具合理、客觀之專業知識提供服務。就工程契約慣例而言，工程師雖非業主與承包商間工程契約之當事人，理論上，其對二者乃為一中立者，故如工程契約爭議發生時，工程師為解決爭議之第一層選擇¹，自不容許仲裁人於作仲裁判斷時，故意忽略。

再者，工程爭議不宜以訴訟方式解決，已如前述，而訴訟外之解決途徑，除仲裁外，尚有所謂替代爭議解決辦法（ADR），基於ADR型式之多元性，其內容極為繁多²，不論直接審判方式、設立爭議審判局方式、仲裁方式等，均值吾人參酌。蓋工程爭議不但有其複雜性，且其爭議所牽涉之技術層面問題頗多，故如仲裁人欠缺工程常識，亦不熟悉工程慣例，實在無法勝任。因此，如當事人在仲裁條款中，尚

¹ 夏正台，六十八年台大碩士論文，頁二至二十四。

² 藍瀛芳，公共工程爭議仲裁，頁二十二。陳煥文，國際營建工程之仲裁制度，頁三十一。按A.D.R.係A International Disputes Resolution之縮寫。就其形成之過程言，A.D.R.係對昂貴之訴訟之變通方法，亦即在以訴訟裁判為解決爭議以外之「解決爭議之替代方法」。藍瀛芳，簡述「訴訟外解決爭議的方法」，商務仲裁，四十四期，頁三。

約定上述之 ADR 時，ADR，可濟工程仲裁之窮，而以國外例子而言，其成果較為顯著者有爭議審查委員會(Dispute Review Board 即 DRB) 等，基本上，DRB 乃是專家調解方式之改良，學者認為，其或可認為係類似仲裁預審程序之制度，於工程契約中，由契約當事人共同設立一個專司監督契約履行及爭議處理之專案性單位¹。其他涉及國際工程契約之國外立法亦非常重視，此部份容後另專章敘述。然而，無論如何，基於私法契約自由原則，工程契約之業主與承包商間既然於仲裁前，有「仲裁前置程序」之約定，雙方自應遵守，否則，即構成被法院撤銷仲裁判斷之事由，於法並非無據。因此，如契約當事人間認為此種應先經建築師就其爭議為裁決之文句不妥，或無此必要時，應於契約中予以刪除，以免無法適用。

此外，英國學者亦有認為，如雙方所約定之仲裁條款中，有「前置條件」時，因仲裁人之權限源自於當事人之授權，故如該條件尚未完成時，仲裁人應以無審判權為由，作「不受理」(dismiss) 之仲裁判斷²，值得注意。

¹ 李得璋，營建工程爭議與仲裁之處理（下），商務仲裁第三十四期，頁九十。

² 參閱 MICHAEL. J. MUSTILL, STEWART C. BOYD, *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England*, (1989), p.114.

第三節 工程契約仲裁之程序及效力

第一項 仲裁程序之開始：進行與終結

一、仲裁程序之開始：選定仲裁人

舊商務仲裁條例就仲裁人之選定，係規定於第四條、五條、六條、七條、八條、九條、十條、十一條。現行仲裁法則規定於第六、九、十、十一、十二、十三、十六條中。

第六條：「具有法律或其他各業專門知識或經驗，信望素孚之公正人士，具備下列資格之一者，得為仲裁人：

- 一、 曾任實任推事、法官或檢察官者。
- 二、 曾執行律師、會計師、建築師、技師或其他與商務有關之專門職業人員業務五年以上者。
- 三、 曾任國內、外仲裁機構仲裁事件之仲裁人者。
- 四、 曾任教育部認可之國內、外大專院校助理教授以上職務五年以上者。
- 五、 具有特殊領域之專門知識或技術，並在該特殊領域服務五年以上者。」

第九條：「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。

仲裁人於選定後三十日內未共推主任仲裁人者，當事人得聲請法院為之選定。

仲裁協議約定由單一之仲裁人仲裁，而當事人之一方於收受他方選定仲裁人之書面要求後三十日內未能達成協議時，當事人一方得聲請法院為之選定。

前二項情形，於當事人約定仲裁事件由仲裁機構辦理者，由該仲裁機構選定仲裁人。

當事人之一方有二人以上，而對仲裁人之選定未達成協議者，依多數決定之；人數相等時，以抽籤定之。」

第十條：「當事人之一方選定仲裁人後，應以書面通知他方及仲裁人；由仲裁機構選定仲裁人者，仲裁機構應以書面通知雙方當事人及仲裁人。

前項通知送達後，非經雙方當事人同意，不得撤回或變更。」

第十一條：「當事人之一方選定仲裁人後，得以書面催告他方於受催告之日起，十四日內選定仲裁人。

應由仲裁機構選定仲裁人者，當事人得催告仲裁機構，於前項規定期間內選定之。」

第十二條：「受前條第一項之催告，已逾規定期間而不選定仲裁人者，催告人得聲請仲裁機構或法院為之選定。

受前條第二項之催告，已逾規定期間而不選定仲裁人者，催告人得聲請法院為之選定。」

第十三條：「仲裁協議所約定之仲裁人，因死亡或其他原因出缺，或拒絕擔任仲裁人或延滯履行仲裁任務者，當事人得再行約定仲裁人；如未能達成協議者，當事人一方得聲請仲裁機構或法院為之選定。

當事人選定之仲裁人，如有前項事由之一者，他方得催告該當事人，自受催告之日起，十四日內另行選定仲裁人。但已依第九條第一項規定共推之主任仲裁人不受影響。

受催告之當事人，已逾前項之規定期間，而不另行選定仲裁人者，催告人得聲請仲裁機構或法院為之選定。

仲裁機構或法院選定之仲裁人，有第一項情形者，仲裁機構或法院得各自依聲請或職權另行選定。

主任仲裁人有第一項事由之一者，法院得依聲請或職權另行選定。」

第十六條：「仲裁人有下列各款情形之一者，當事人得請求其迴避：

一、不具備當事人所約定之資格者。

二、有前條第二項各款情形之一者。

當事人對其自行選定之仲裁人，除迴避之原因發生在選定後，或至選定後始知其原因者外，不得請求仲裁人迴避。」

二、仲裁程序之進行

(一) 仲裁之詢問陳述

依舊商務仲裁條例第十三條規定：「仲裁人於仲裁判斷前，應行詢問，使兩造陳述，並就事件關係為必要之調查。」現行仲裁法則於第二十三條規定：仲裁人應予當事人充分陳述機會，並就當事人所提主張為必要之調查。

(二) 仲裁程序之異議

依舊商務仲裁條例第十七條規定，全然否定當事人之異議權，此與民事訴訟法第一九七條，允許當事人就訴訟程序之違背，得提出異議之規定不同，顯非完善。惟當事人如已知悉或可得而知仲裁程序違反仲裁法規或仲裁契約，而仍進行仲裁程序者，足認其信任仲裁庭，於此情況，自不得再行異議。反之，當事人如於知悉或可得而知仲裁程序違反仲裁法規或仲裁契約時，即拒絕仲裁程序，並提出異議，其異議自應由仲裁庭決定。故現行仲裁法第二十九條，爰訂定「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」。

(三) 仲裁程序之終結

依仲裁法第三十三條、第三十四條之規定辦理。(舊商務仲裁條例為第十九條、第二十條)

第三十三條：「仲裁庭認仲裁達於可為判斷之程度者，應宣告詢問終結，依當事人聲明之事項，於十日內作成判斷書。

判斷書應記載下列各款事項：

- 一、當事人姓名、住所或居所。當事人為法人或其他團體或機關者，其名稱及公務所、事務所或營業所。
- 二、有法定代理人、仲裁代理人者，其姓名、住所或居所。
- 三、有通譯者，其姓名、國籍及住所或居所。
- 四、主文。
- 五、事實及理由。但當事人約定無庸記載者，不在此限。
- 六、年月日及仲裁判斷作成地。

判斷書之原本，應由參與評議之仲裁人簽名；仲裁人拒絕簽名或因故不能簽名者，由簽名之仲裁人附記其事由。」

第三十四條：「仲裁庭應以判斷書正本，送達於當事人。

前項判斷書，應另備正本，連同送達證書，送請仲裁地法院備查。」

第二項 仲裁判斷之效力

一、確定力

(一)形式確定力

仲裁判斷一經送達即確定，因仲裁無上訴制度，當事人不得不服，亦不得另行起訴，仲裁判斷一經作成，亦有拘束力，即不可撤回、變更、再作判斷或推翻前判斷。

(二)實質確定力

實質確定力即在仲裁爭議之範圍內，有拘束當事人、法院、仲裁人之效力。

二、執行力

依仲裁法第三十七條第二項前段規定，仲裁判斷須聲請法院為執行裁定後，方得為強制執行。蓋仲裁判斷既係合法有效作成，則法院對就仲裁判斷聲請強制執行之審查，應僅就仲裁判斷之形式與外觀審查，其是否係合法有效作成，如為合法，即以裁定准予強制執行，至仲裁判斷作成之內容是否妥當，則非所問。

至於形成力問題，仲裁判斷與法院就形成之訴所為之判決不同，仲裁判斷是否具有形成力，值得探討。蓋理論上法律雖未否定賦予仲裁判斷決定形成權之權力。惟實務上則尚未有當事人聲請主張形成權

之仲裁，因為此等仲裁結果亦無法執行，對當事人並無實益可言。

在捷運仲裁案中關於契約的效力問題捷局官員主張，兩造先後簽訂兩約，前約規定，馬特拉對於因其他廠商造成之延遲，不能向捷運局求償，且有關延期索賠，須在七日內提出證據，並以書面提出。亦即索賠期限和條件均有嚴苛限制，但捷運局在八十二年四月十五日之新協議書中，卻同意法商對其他廠商之延誤依仲裁程序求償，主張該變更合約之協議，因未經上級監審單位之同意，而不具法律效力。然過去市府均採授權捷運局自行簽約，上級單位從未過問，恐已構成捷運局表現代理之權，如今仲裁不利，方謂捷運局無權簽約，頗有予人口實，貽笑國際之嫌，且捷運局先前所簽的兩百多個標是否均屬無效，不無疑問。然以地方政府十二職等官員能逕自簽署類此鉅額協議，而不必經議會、市長或市府任何機關之監督，亦有可議之處。

第三項 仲裁判斷之撤銷問題

立法例中，仲裁判斷有瑕疵之救濟方法有三：一、得提起上訴救濟，亦即仲裁程序有二審級；二、提起再審之訴救濟；三、得提起撤銷仲裁判斷之訴，如我國即採此方式救濟。茲謹就仲裁判斷之撤銷，析述如後：

一、撤銷仲裁判斷之事由

提起撤銷仲裁判斷之訴，除應符合民事訴訟法一般訴訟要件之規定外，尚須符合仲裁法第四十條各款情形之一之規定。依該條規定共列舉九款原因，如仲裁人之仲裁判斷符合該條各款情形之一之時，當事人即可據以起訴，請求法院撤銷該仲裁判斷。茲將構成撤銷仲裁判斷原因分成三種類型：

(一) 仲裁契約無效

所謂仲裁契約無效之情形，如仲裁契約未以書面為之；仲裁契約欠缺仲裁容許性；仲裁契約當事人係無行為能力人；或仲裁契約所約定之仲裁人為偶數等屬之。而仲裁契約失效係指，如仲裁契約因當事人合意解除，或因當事人之撤銷而失效屬之。但如當事人間之契約附有仲裁條款，而本契約雖因解除、終止或撤銷而生無效或失效之結果，但基於仲裁條款獨立性原則，該仲裁條款並不隨之而無效或失效。按仲裁契約之有效成立為仲裁判斷之基礎，仲裁條款如發生無效或消滅之事由時，仲裁人應駁回其聲請；如仲裁人仍為判斷者，該仲裁判斷即非合法，當事人自得依法訴請法院撤銷。

(二) 仲裁判斷違法

仲裁判斷違法之情形，如為判斷基礎之證據、通譯內容係偽造、變造或有其他虛偽情事者（仲裁法第四十條第一項第八款）為判斷

基礎之民事或刑事上判決，及其他裁判或行政處分，依其後之確定或行政處分已變更者（同上第九款）。此外，仲裁法第三十八條各款規定之情形者，當事人亦得對於他造提起撤銷仲裁判斷之訴：

1 仲裁判斷與協議標的之爭議無關，或逾越仲裁協議之範圍者：

如仲裁人所作成之仲裁判斷內容，與當事人提付仲裁之爭議事項無關，則該仲裁判斷已逾越當事人之授權範圍，法院自不能承認該仲裁判斷之效力。但「除去該部分亦可成立者，其餘部分，不在此限」。

2 仲裁判斷書應附理由而未附，且未經補正者；或未經簽名而未經仲裁人補正者。

3 仲裁判斷係命當事人為法律上所不許之行為者。

(三) 仲裁程序違法

有關仲裁程序違法，例如仲裁人於仲裁判斷前未使當事人為陳述，或當事人於仲裁程序未經合法代理者；被聲請迴避之仲裁人仍參與仲裁程序，但迴避之聲請，經依本法駁回者，不在此限；參與仲裁之仲裁人，關於違背職務，犯刑法上之罪，經判決確定者；當事人之代理人，或他造當事人，或其代理人，關於仲裁有刑事上應罰之行為影響仲裁，經判決確定者。因此部分與本文較無關聯，茲不贅述。

二、撤銷仲裁判斷之時期

撤銷仲裁判斷之時期，依仲裁法第四十一條之規定。

第四十一條：「撤銷仲裁判斷之訴，得由仲裁地之地方法院管轄。

提起撤銷仲裁判斷之訴，應於判斷書交付或送達之日起，三十日之不變期間內為之；如有前條第一項第六款至第九款所列之原因，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，已逾五年者，不得提起。

三、撤銷仲裁判斷之效果

仲裁判斷一旦被法院撤銷時，依舊商務仲裁條例第二十六條之規定，當事人得就該爭議事項提起訴訟。現行仲裁法第四十三條，除沿襲上開規定外，並認當事人亦得因其間另有仲裁合議，而再以仲裁解決。

第四節 國際性工程契約之相關規定

第一項 序言

工程契約之種類，如以執行型態為區分之標準，有總包契約、統包契約、專業營建管理契約、聯合承攬契約。如以專業營造廠商所為

之工程工作項目分，有土木建築工程契約、衛生及排水設備工程契約、電氣設備工程契約、昇降機設備工程契約 等各種不同之工程契約¹。不論工程契約名稱為何，其所以發生爭議均與報酬計價方式有關，而其計價時所考慮之點乃在於工程成本預算、工程性質、目的與規模、工期長短及其本身設計、管理能力等因素。因此，一般工程契約報酬之計價方式有固定價格式（Fixed-Price）及成本附加式（Cost-Plus-Fee）兩大類。然而，無論何種契約、契約是否成立、契約條款之內容之不同層次問題，均屬契約之解釋範圍²。

工程契約中對於契約文件或條款抵觸所應適用之法則，如無明文規定，惟依意思表示之解釋或一般契約之法理釋示之，尤其涉及當事人就工程契約發生爭議時，有時亦可參考外國工程契約或國際性工程契約中，有關工程仲裁條款之約定。

第二項 各種國際工程契約之規定

一、國際顧問工程師聯合會（FIDIC）制訂之工程營建契約條款（FIDIC Conditions）³

¹ 盧仲昱，八十三年七月東吳碩士論文，頁三十四。

² 王澤鑑，民法總則，民法究例研習叢者，八十年八版，頁二七七。

³ 工程營運契約條款（Conditions of Contract For Works of Civil Engineering Construction，簡稱 FIDIC Condition 或 The Red Book），因本文所用之工程契約

以國際顧問工程師聯合會（FIDIC）¹制定之工程契約而言，其在契約第一部份一般條款後段及第二部份特別條款第 5.2 條前段 23 規定所有文件適用之優先順序為：(一)契約已完成之協議書(二)承諾書證(三)投標書(四)第二部份之條款(五)第一部份之條款(六)施工規範(七)圖面(八)已定價之工程數量表²，此種契約條款甚具參考價值，可提供仲裁人參酌，而除 FIDIC 外，國際商會（ICC）之工程仲裁，聯合國國際貿易法委員會（UNCITRAL）之工程仲裁，對於工程爭議及工程仲裁均有詳細規定，於我國極欲發展國際化、自由化經濟之時，此等規定自不容忽視。

一詞，意義上均限指土木工程契約，為行文方便，均省去「土木」二字。按。FIDIC Condition，係國際顧問工程師聯合會及巴蒂門特國際公共行銷聯盟（Federation International Du Batimentet Des Travaux Public 簡稱 FIBTP）兩個團體於一九五七年創訂之標準工程契約條款，其後迭經移訂，一九八七年第四版係現行最新版本，且在多數國家獲得甚多贊助團體之認可，在進行國際招標的工程施工上被業界廣泛推薦使用，係供國際和國內工程招標、投標、簽約承包之國際權威性通用標準。FIDIC Condition 分成通用條款與專用條款兩部；可普遍適用於一般契約者稱為通用條款—第一部分；須考慮工程的環境與地域性而作必要變更之條款稱為專用條款—第二部分，如涉及疏濬、填築工程時均須專門擬定第二部分之條款以適用於每一具體之工程契約，FIDIC 國際契約有關仲裁條款之特色即其「雙軌制」，第一部分係採工程師裁決及國際商會（ICC）仲裁雙軌進行，第二部分係採工程師裁決及聯合國貿易法委員會（UNTITRC）仲裁雙軌制，結合了當今世上兩大仲裁規則之特色與優點。參閱陳煥文，前揭文，頁十一；藍瀛芳，工程爭議仲裁，頁十一。

¹ 國際顧問工程師聯合會（簡稱 FIDIC）係由工程師組成之國際組織，成立於一九一四年，總部設於瑞士，至今已有七十九年歷史，提供國際性工程諮詢顧問之業務。是當今國際間最富盛譽之工程顧問組織之一。參閱陳煥文，國際營建工程之仲裁制度，頁十一。

² 盧仲昱，前揭書，頁五十五。

FIDIC 創於一九一三年，FIDIC Condition 則於一九五七年初版，其初版脫胎於英國 ICE (Institute of Civil Engineers) 契約範本，一九六三年第二版，一九七七年第三版，此第三版仍帶有英美法色彩，一九八七年第四版，後加入使用者之經驗，並經由諮詢許多不同領域專家，尤其在保險業與法律界方面，一九八八年編輯修訂再版¹。按 FIDIC 條款之內容可分為兩大部份：一即有關當事人間履約義務，包括工程契約當事人義務、工程師義務。承包商以完成工作為義務，即工作範圍之確定、履約保證之提供、工作材料之使用、瑕疵擔保、遲延責任等；而業主之義務即為「付款」。另一即工程契約之爭議及其解決之方式。本文所欲探討之主題，限於工程契約爭議之仲裁，故僅以第二部份說明之。

有關工程之爭議之解決規定，於 FIDIC 契約條款第六十七條中，共分為六個步驟，茲分述如下：

第一步驟：業主與承包商之間必須要有爭議產生，此所謂爭議，不限於因契約或施工而生之爭議，尚包括因工程師任何觀點、指示、決定、證書、或估價等引起之爭議。

第二步驟：當事人一方（通常係承包商）將此爭議以書面提交工程師裁決，且須聲明此書面係根據上開工程營建契約條款所擬

¹ 榮民工程處，FIDIC Conditions，1987 4th Edition 中譯本，1991，頁一至四。

定。

第三步驟：工程師必須在任一方提出要求後四十八天之內，將其裁定通知業主和承包商，工程師作此裁定時僅須公平、公正即可，毋須像仲裁人一樣收受、聽取當事人雙方書面及言詞之陳述。在此時期，承包商仍須依契約繼續施工。

第四步驟：此步驟分兩部分，如 1. 業主或承包商任一方對工程師之裁定不滿意，或 2. 工程師未能在八十四天之內作出裁定，則任一方得在收到通知後七十天之內或八十四天期滿後七十天之內，通知另一方開始仲裁之意願，否則該工程師裁決將具有確定拘束力。

第五步驟：此步驟係有關和解之規定，即在發出意圖仲裁之通知後，如果雙方並未首先設法對爭議進行衡平仲裁（Amiable Compositeur）¹則不能開始仲裁，條款規定第五十六天之後方可仲裁，亦即鼓勵當事人先試行和解。

第六步驟：在五十六天之和解時間過後，如任何一方不服工程師裁決而提起仲裁者，須適用國際商會之調解仲裁規則仲裁，除

¹ Amiable Compositeur 有譯為私解，如楊崇生、柯澤東；有譯為自然正義之法則，如葉永芳；有譯為善良公正之仲裁人口藍瀛芳原譯為「調停式仲裁」與「調解式仲裁」，因其認為上述均無法表達 Amiable Compositeur 之本義，而矮譯為「衡平仲裁」，參閱藍著，商務仲裁之衡平仲裁制度—Amiable Compositeur 淺釋，商務仲裁論著彙編第一冊，頁三八八。

非雙方當事人合意適用其他仲裁規則。依此規則選定仲裁人，此仲裁人擁有全權解釋、修正和複查工程師先前所作之任何裁定或意見、指示、證明、估價等事項。

換言之，依上述仲裁條款，如因契約或實施工程而發生爭議，首先提交工程師裁決，工程師應即時作出決定並通知業主及承攬人；如在規定期間內未提出仲裁，則工程師之裁決為終局裁決。但如任何一方不服此裁決，可在規定期間內，按工程契約有關仲裁條款之規定，提交有關仲裁機構仲裁。

二、國際商會(ICC)之工程仲裁

按上開工程營建契約條款第一部份適用條款中，關於工程仲裁係適用國際商會調解與仲裁規則，而國際商會自一九七七年設置「國際技術性專家中心」(International Center For Technical Expertise)後，當事人得以迅速選定獨立公正之專家，對專業性之工程爭執，立即給予意見。

在 ICC 仲裁規則特別規定，交付仲裁之爭議必屬「商務爭議」以及具有「國際因素」者始足當之。而依 ICC 調解及仲裁規則第一條規定，所謂之「國際因素」係採廣義見解，當爭議之雙方當事人均為雙重國籍時，並非即無國際因素存在。ICC 仲裁規則提供兩種解決

爭議之方法，即調解與仲裁。調解具有選擇性，由當事人之一方提出申請，而由 ICC 就其所提出之解決方式提出建議，如調解不成，則依 ICC 調解規則第五條第一項規定，即可選擇仲裁程序或進行訴訟。在 ICC 仲裁中與仲裁效力關係最大者，係第十三條審理事項(The Terms of Reference Rule)和第二十一條仲裁法院(Court of Arbitration)¹對判斷之核閱。前者確定了爭議之範圍、仲裁人權限及應適用之法律，使仲裁判斷免於受逾越審理範圍之攻擊。後者意圖維持判斷之品質於一般水準之上，但 ICC 仲裁法院只能建議而不得強迫仲裁人接受此修正意見²。

三、聯合國國際貿易法委員會(UNCITRAL)之工程仲裁

(一) 一九七六年聯合國國際貿易法委員會仲裁規則

上開工程營建契約條款 (FIDIC Condition) 第二個部分專用條款中，關於工程仲裁係適用 UNCITRAL 仲裁規則 (UNCITRAL

¹ 國際商會之仲裁院，學者翻譯為仲裁法院 (Court of Arbitration)，其原歐洲專門解決國際商亦爭議之仲裁中心。惟「仲裁法院」一詞，易引起誤會，蓋該仲裁機構為一永久性之行政單位，其；僅監督由其仲裁案件之解決，並無任何司法上之權利。再從 ICC 仲裁規則第一條規定，可以看出國際商會仲裁院是附屬於國際商會之國際仲裁機構，仲裁院之成員由國際商會理事會任命。仲裁院之任務係按照 ICC 仲裁現則，以仲裁方式解決國際爭議。故本文認為其係「仲裁院」，而非「仲裁法院」。

² 陳煥文，前揭文，頁十二，轉引自 Craig, Park & Paulsson, ICC (Publishing 2nd Ed.1990), p.341.

Arbitration Rules) 而 UNCITRAL 規則並未提及任何類似 ICC 之審理事項及法院對判斷之核閱等事項。一般而言 UNCITRAL 仲裁規則，係遵循下述之 UNCITRAL 仲裁模範法之綱要制訂者。

(二) 一九八五年聯合國國際貿易法委員會 (UNCITRAL 1985)

基於每一個案之特殊性，很難斷言某一定型化工程契約，仲裁規則或某一特定國家之法律是最好的。但仲裁模範法，基於其臨時專設 (ADHOC) 之特性，以規範特殊工程個案，較為妥當。UNCITRAL 模範法之某些條文，頗有助於當事人，選出最適合之適用法。

(三) 一九八八年擬定國際工業工程契約之法律指向 Drawing up International Contracts for the Construction of Industrial Works , UNCITRAL , NY , 1988)

此註解性文獻，共計三百四十六頁，就擬訂工程契約而言，實係極佳參考資料，然長篇累牘，過於繁瑣，亦為其缺點，較宜適用於業主與承包商間有特殊需要，必須密切規範之工程契約。

(四) 美國仲裁協會建築工程仲裁規則 (AAA's Construction Industry Arbitration Rules' as amended and in effective Jan. 1, 1990)

這種規則之制定，均與全美工程界有關之各行業組成之「全國工程爭議處理委員會」(National Construction Disputes Resolution Committee—NCDRC) 密切配合所完成。

一九九三年其再度修訂完成「工程業爭議解決局之程序規則」(Construction Industry Disputes Review Board Procedures, effective June 1, 1993)。此即所謂 DRB 程序，其在美國已應用多年，其出發點還是在進行「訴訟外之爭議處理」(out-of-court dispute settlement)。多年來美國法界即努力探討以「訴訟外」(extra-judicial)之「變通爭議解決方法」(Alternative Disputes Resolution—ADR)提供當事人使用。在 ADR 中，仲裁是其中一項，而在工程爭議中，工程界亦開創了另一種特別辦法，這即是上述 DRB 程序¹。

(五)統包式契約 (Turn-key Contract)²之工程仲裁

統包式契約係指從勘察、可行性研究、規劃、初步設計、技術設計、制定施工圖、施工安裝，以及試車，一直到開始生產，均由承攬人承包到底之工程承包契約。而與工程仲裁相關之統包式契約如：

1. 歐洲開發基金 (European Development Fund)、世界銀行等國

際金融體系對 Turn-key Basis 工程仲裁之支持：國際性工程契約

¹ 此所謂 DRB 係由業主與承包商就有經驗、公正且受敬重之工程專業人士中組成爭議審議委員會，其特色係工程開工後，雙方當事人定期向 DRB 委員報告工程內容及進度，並適時更新重要資訊，於爭議發生時，即可確實明瞭問題之癥結，俾迅速作成裁決，DRB 程序之最大缺點在於欠缺法律之確定性，除非 DRB 裁決能被定位為仲裁人之仲裁判斷，否則無法受到紐約公約之保護。參閱陳煥文，國際仲裁法專論，八十三年四月，頁四三二。

² 統包式契約之名稱源自於營建工程契約，或有稱為 Package Contract，其定義為統包商須為其設計與爾後之一貫性複合工程負全部責任，其交易內容除工程設計、採購、建造一貫作業外，還須對工程經費予以貸款。此外，統包商還須協助人員訓練、測試、操作機器設備等。參閱陳煥文，前註二十文，頁十二。

一般均採 Turn-key Basis , 並以仲裁解決衍生之紛爭。

2. 歐洲國際契約協會之標準契約 (European International Contractors Model , 簡稱 EIC): EIC 董事會和世銀於一九八七年協議制訂一統包式標準契約 (Turn key Contract Model), 其內容即將土木工程列為規範對象, 此標準格式現已經過 EIC 董事會批准, 正交由世銀作最後審查中。

第五節 小結

總之, 工程仲裁之進行有如訴訟程序一般, 有一定之定型, 而其所作成之決定, 亦如同判決一般有一定之效力存在。因此可說, 仲裁之判斷因其係經由嚴格之程序進行而獲致一具有一定效力之決定, 故其當係可視為解決當事人間私法上紛爭一極佳途徑。

第六章 工程契約仲裁處理之相關問題

第一節 工程糾紛之態樣

第一項 實務常見之態樣

一、前言

自內政部於民國七十八年六月十九日以台(78)內營字第709046號通函，謂各機關訂定工程契約時訂明有關仲裁條款後，推廣迄今，國內各機關發包之工程。其合約內大抵皆訂有仲裁條款，而近二、三年來，國內工程仲裁案件亦占中華民國商務仲裁協會仲裁案件之大宗，甚者，其比例尚高達百分之五十以上。然至馬特拉仲裁乙案於報端批露之後，據悉已有部份機關決定取消仲裁條款，然鑒於營建工程糾紛甚為複雜，又受到工期及專業技術之影響，一般仍認為以仲裁方式解決工程糾紛，較為和緩，且比較符合當事人之利益。不過，雖然工程糾紛仲裁案件幾乎已占仲裁協會全部仲裁案件百分之五十之強，惟國內各工程發包單位及一般營造業者對於工程仲裁之觀念，仍然十分欠缺或陌生，為期國內各工程發包單位及營造業者對於工程仲裁制度以及工程仲裁實務能有充分正確之了解，仲裁協會乃組設營建

工程仲裁研究委員會。

二、常見之工程糾紛態樣

國內營建工程發生糾紛的原因很多、或係因契約規定的不明確、或係因契約不公平或不完整，目前工程契約較常發生糾紛紛索賠之問題可歸納如下。

三、工程仲裁實務簡介

工程糾紛之態樣，已如前述。而解決這些工程糾紛之方式，一般來說，則不外有和解、調解、仲裁及訴訟等四種方式。對於這四種解決方式，其中又以工程仲裁具有隱密、專家審理、迅速及經濟等特性，故近年來國內工程仲裁的案件，乃有日益增加之趨勢。茲就國內工程仲裁所經常發生或遭遇之問題，提供實際案例說明如下：

(一)有關業主延遲提供土地、工地之爭議

國內公共工程由於用地取得困難，因此往往有工程施工合約業已簽訂，並已報開工，然工程施工用地之土地或工地之路權卻尚未取得之情形。針對此種情況，如果承包商已有人員機具進場時，則該等人員機具間置待命之期間是否可向業主流償，並請求延長工期？不無疑問。

又對於類似用地取得之爭議，固然有些業主於其制式合約之一般

規範內，規定業主如未能投予土地使用權或工地使用權，致使承包商蒙受損失或延誤開工時，則合約金額及工期得按合約變更之條款予以適當調整，惟業主往往又引據其他條款主張僅同意延長工期，而不同意增加給付工程款，或對承包商請求增加給付之工程款，有所刪減。因此，此類爭議之仲裁案件頗為多見。例如，79 年商仲綿字第 088 號、80 年商仲合麟字第 311 號、82 年商仲業麟字第 352 號以及 82 年度商仲聲麟字第 47 號等仲裁判斷均屬適例。因此，未避免發生類似之糾紛，業主如有，可能應在工程施工甚至發包之前，即取得土地及工地之所有權。又縱無可能，也應在合約內明確規定如遲延取得土地及工地使用權，致承包商蒙受損失時，是否同意延長工期及補償損失。

(二)工程因停工趕工及關聯承商遲延所生之工期延展及調整給付工程款之爭議

工程合約施工期間，往往有非因承包商之原因致工程中途停工或業主要求趕工之情形，關於停工及趕工期間之工期及因此所支付之費用是否可請求業主延長工期，並請求增加給付工程款，亦係常見之工程仲裁案件。例外教育部兩廳院工程，承包商即請求給付趕工費，另 82 年商仲業麟字第 1533 號仲裁判斷（即馬特拉案），馬特拉公司亦係請求因工程期限拖延所生之人員、機具閒置費用。應予注意者，在許多業主之合約內，往往規定不論承包商以任何原因申請延長工期，

如經業主同意核准其延長之請求，即視為對承包商所遭受任何損失，已作全部而圓滿之補償。亦即承包商於此時僅得請求延長工期，而不得另外請求賠償或補償，此種約定在過去也經常引起爭議。至於因關聯承商之原因，所導致之工程期限展延，例如因鄰標工地發生沈陷災變，致本標工程亦無法順利進行，發生此種情形，本標工程之包商除請求展延工期外，是否亦可請求賠償？凡此，亦應視合約的規定而定。此外，不論導致工程期限展延的原因為何，如承包商請求金額賠償，業主及承包商往往爭執所謂求費用之合理性（即所請求費用與工程停工、趕工之關聯性）。

(三)工程圖說規範及工程價目單(詳細表及單價分析表)不一致所產生之爭議

工程合約執行或施工中，每每發現有圖說與規範（特定條款或標準技術規範等）以及工程價目單記載不一致之情形，例如圖說上有記載，而合約特定條款亦規定其施工之方法，惟合約工程價目單則無計價之項目（即所謂漏項），發生此種情況，可否請求業主辦理變更加帳手續，業主可否主張該等漏項之費用應包含於其他計價項目之內，而不另計價？對於類此爭議，如業主於投標文件中業已標明「投標商如對投標文件有任何疑義時，應於七日前以書面函件向業主提請解釋，逾時概不受理。」並於工程價目單前言中規定：凡招標文件所要

求之工作項目而未列於工程報價單內者，其價款應分攤在各單價及一式總價內」其結果有無不同？實務上此類爭議頗為常見，例如 81 商仲業麟字第 242 號仲裁判斷、82 商仲聲麟字第 043 號仲裁判斷。另外，關於工程價目單中之詳細表（detail sheet）及單價分析表（cost breakdown）在合約文件中究有何特殊意義？業主與承包商亦往往發生爭議，例如政府工程發包單位往往規定單價分析表上之單價僅係供將來變更合約議定價格參考之用，而承包商則往往以單價分析表上所載之單價過低，於事後要求調整單價。

(四)計價方式之爭議

工程合約之計價方式有採乙式計價（LS）者，有採按實做數量計價者，亦有兼而有之者；則對於何一工程項目應採按實做數量計價，何一項目係採乙式計價，自應於合約相關文件內清楚載明。惟實際案件中，則時常可發現合約文件彼此規定不一或有所歧異，致充係採乙式計價抑或按實做數量計價，業主與承包商意見不一，而進行仲裁者，對於此等因合約文件規定歧異所生計價方式之爭議，基本上牽涉契約解釋之問題，故除施審視合約中有關合約文件優先順序之規定外，尤應探求當事人之真意始能決定（82 商仲聲麟字第 044 號仲裁判斷）。

(五)有關按物價指數調整工程款之爭議

公共工程合約由於合約期間較長，業主於其制式之合約條款內，往往規定有。得按物價指數調整工程款之規定（惟近年來，有些業主業已取消此等物調條款），然實務上，關於按物價指數調整工程款，仍發生有不少爭議，例如工程之招標如係三段標（即資格標、技術標與價格標）而此三段標之審標與開標如跨月份時，應如何決定開標月（82年商仲業麟字第1383號），又所謂之指數究係以台灣省之物價指數，抑或應以台北市之物價指數為準？此與工程之施工地點有無關聯？亦即如合約內規定應按台灣省之物價指數計算，可否主張因施工地點在台北市，而請求按台北市之物價指數計算？又於計算物價指數調整給付工程款時，預付款是否應先予扣除等，於工程實務亦經常發生爭議，為避免類似爭議，解決之道惟有在合約內訂明清楚。

(六)延遲驗收之爭議

雖然審計法施行細則第六十三條規定各機關辦理，定金額以上營繕工程，於開工後應事實填送施工進度表通知該管審計機關；完工後應立即辦理驗收，除有特殊事由者外，不得超過三十日惟工程合約完工後，或因部分合約爭議之責任歸屬未明，或因變更設計未完成議價手續，或因承包商申請初驗時即發現有瑕疵均可能導致工程無法辦理正式驗收，而承包商亦因此無法請求給付工程之尾款及返還履約保證

金。對於此等爭議，若任業主無限期遲延辦理驗收，則因期間之經過，將來欲再辦理正驗，恐更不容易驗收合格，而承包商更亦可能因此延遲遭致損失。故如何提請仲裁，藉以解決爭議，實值研究。82 年商仲聲麟字第 63 號及 82 年商仲聲麟字第 64 號仲裁判斷，仲裁人最終均代業主決定驗收之時點，俾業主得以辦理正驗手續，而承包商亦可因此請求尾款，可謂皆大歡喜。

(七)因意外災害所致之損失及危險應由何方負擔

工程施工中，每每遭遇意外事故，例如因颱風風災所產生之風災損失，或於工地遭遇地下不利或隱伏狀況所增加之費用，以及發生地盤沈陷之損害賠償等，可謂時有所聞，發生類此事故，是否係在工程綜合保險之範圍？承包商可否就因此事故所生之費用向業主求償？其請求之範圍為何？均極易產生爭議（78 商仲綿字第 669 號仲裁判斷）。

(八)工程延遲及付款延遲

工程施工進行中，可能發生進度落後或工程遲延之情形，此種情形如係可歸責於承包商，業主往往可依合約之規定請求遲延之賠償（liquidated damage）。至若此遲延係因不可抗力之原因所導致（即 force majeure），則承包商即毋庸負責，惟何謂不可抗力事故，每每發生爭議。另外業主如遲延辦理估驗計價，應如何請求給付，實務上亦

曾有此案例。

(九)砂石風波求償

民國 81 年因政府強力取締砂石車超載，致發生所謂之砂石風波，遇此風波之承包商除依合約中有關物調之規定，請求調整工程款外，可否另依照所謂之情事變更原則或誠信原則，請求增加給付工程款，至今尚未有定論，惟 83 年度商仲麟聲字第 11 號仲裁判斷則採否定見解，頗值注意。

(十)其他

工程糾紛態樣甚多，凡屬工程契約範圍內之爭議，均屬得仲裁之範圍。而各工程合約之內容以及工程實際施工之情形均有不同，故業主與承包商於提起仲裁之前，自須充分了解合約之規定，以及雙方爭之所在，始能於仲裁程序中做完整充分之攻擊防禦。

第二項 提起工程仲裁申請應行注意事項

一、注意合約內有無仲裁條款之約定

提起商務仲裁，應以雙方當事人行仲裁之合意為前提，而依商務仲裁條例第一條之規定，仲裁契約應以書面為之，故工程合約糾紛是否得以仲裁方式解決，首應視當事人間有無仲裁之合意，亦即唯當事人間之工程合約內訂有仲裁條款，或於工程糾紛發生後簽訂仲裁契

約，始得就所發生之工程糾紛提付仲裁。

二、注意是否已遵守仲裁條款之前置程序規定

國內公共工程合約所訂之仲裁條款，大多沒有所謂之仲裁前置程序，即在提起仲裁之前，須先踐行類似異議、裁決、再異議以及最終裁決等程序，對於此項前置之規定，發包之業主單位往往主張唯承包商踐行該前置程序後始得提付仲裁，故為免不必要之爭執，提付仲裁之前自須嚴格遵守該程序之規定。

三、慎選公平之專業仲裁人

工程仲裁因事涉工程專門技術，為期仲裁判斷不致與工程現實脫節，宜有熟悉工程之專業人士擔任仲裁。如當事人所選任之仲裁人並無工程之經驗或專門知識，仲裁程序中亦可諮詢或請工程專業人士提供專家或鑑定意見。

四、慎選有經驗之代理人

仲裁案件與法院開庭審理之情形略有不同。因仲裁程序中，雙方當事人或代理人可充分辯論陳述，且參與工程仲裁程序之仲裁人可能皆是相關行業之專家，因此，除非對系爭仲裁案件有充分之瞭解，否則，甚難回答或應付相關之專業問題，而為期獲得有利之仲裁判斷，當事人亦應委請有經驗之代理人代理進行仲裁程序。

五、保存完整之合約文件、工程紀錄及來往文件

工程仲裁程序進行中，對於雙方所爭執之程序或是實質上之爭議，均有賴雙方提出合約文件以及相關工程紀錄，甚至來往文件，以資證明。故在提付仲裁之前，即應平時作好相關之檔案管理之工作。

六、承包商與業主良好關係之維持

以仲裁程序解決工程糾紛，其目的即在平和地解決當事人間之爭議或歧見，且不致影響工程之順利進行。但是，在過去若干仲裁案件中，每每發現承包商與業主因提起仲裁而成為對立之情況，此種情形不但與仲裁制度之本意相違背，更無法達到定紛止爭之目的。故如何確保與對方當事人良好關係之維持，應是比仲裁判斷勝負結果還要重要的一件事。

第二節 公平契約於工程仲裁之適用—就公共工程仲

裁而論

第一項 公共工程之特性

公共工程是指各級政府或其他公法人為建造公共營造物而興辦

之工程。公共工程有由機關自行辦理者，但規模較大之公共工程，則依公開招標或比價、議價等方式委託公營或私營營建業（或技術服務業）承辦。今天我們討論的對象當然是指非自辦公共工程而言。由於這種工程的業主（定作人）為政府機關或其他公家單位，因此衍生出三大特點：

一、業主一方為政府（以下本詞包括各級政府及其他公法人），其與承攬人（或受委任人）訂立之工程契約（或工程顧問契約、工程管理契約），在法律上認為是國家以私法當事人地位成立之私法上的契約（學說上稱為國庫行為）。原則上公共工程契約與一般工程契約在法律上應無二致，但實際上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，公共工程契約常不免於「附合契約」，（或定型化契約）的屬性（即通常採用由業主一方製訂之標準合約，承攬人一方必須附合，不得異議，否則即無參與競標或比價、議價之權利，且公共工程契約有公法化（即具備行政契約之屬性）及社會化（即強化公益對一方當事人契約權利濫用的限制）的趨勢。

二、由於公共工程為政府行政行為之一種（國庫行為理論下，行政輔助行為中之需求滿足行為），而非單純之私法契約行為，亦即當

事人自主原則不能完全通用。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。這些法規除了「審計法」及「機關營繕工程及購置定製變賣財務稽察條例」兩大基本規範法源之外，各級政府或公法人頒訂之相關法令為數甚多，例如：行政院訂頒之各機關委託技術顧問機構承辦技術服務處理要點、行政院暨各機關營繕工程招標注意事項、台灣省各機關營繕工程投標須知、台灣省各機關營繕工程招標文件、圖說、郵購處理要點；台灣省各機關營繕工程投標押標金繳退要點、台灣省各機關營繕工程作業程序、台灣省各機關工程管理費計算標準、台灣省各機關購置定製變賣財物投標須知及台灣區殘障福利機構財務收支處理要點及支出憑證證明規則等，不勝枚舉。而為了落實這些法令規定的內容，公共工程之契約文件除了合約書、廠商保證書、工程範圍及說明、設計規範與施工說明書、設計圖說、工程數量表等一般工程契約文件外，『投標須知』構成契約之重要文件，對『投標人』一方不利（相對性而言）的規定很多均訂定在『投標須知』之條款內，此為公共工程契約之特色。

三、公共工程的另一特點是業主一方之主承辦人員通常都具有「公務員」身分。由於業主之經辦人員有公務員身分而衍生出之問題，

即經辦人員的民刑事及行政責任。在刑事責任方面，最重要的是「貪污治罪條例」第四條第一項第三款之建築或經辦公用工程或購辦公用器材物品、浮報價額、數量、收取回扣或有其他舞弊情事之重大貪污罪（無期徒刑或十年以上有期徒刑）。在民事責任方面，主要可分為：

- （甲）公務員對第三人之侵權行為責任（民法第 186 條）。
- （乙）公務員對所屬機關之侵權行為責任（僅限於「故意」不法侵害其所服務機關私法上權利者，始成立侵權行為。至於「過失」行為則不成立。參見最高法院七十年台上字第一五六一號判例。但請注意，最高法院六十五年第三次民事庭會議之決議則認為公務員處理其主管事務有過失，致其機關受有損害時，除法令別有規定外，其服務機關不應基於私法上契約之違反，而為損害賠償之請求，惟上開原則不適用於「依法成立之私法人」）
- （丙）公務員執行職務行使公權力時故意不法侵害人民之權利者，其所屬機關不負連帶賠償責任（參見最高法院六十七年台上字第一一九六號判例）
- （丁）國家賠償責任：依國家賠償法之規定。但在台灣實施之結果，不但賠償案件非常少，而且政府編列之賠償預算反而逐年下

降，顯示民眾多不依正常法律程序尋求國家賠償，而偏愛以「體制外」抗爭方式獲取「補償」，此種現象學者稱之為國家賠償法之溢流。至於行政責任方面，主要有監察院依監察法行使之彈劾、糾舉及糾正權，及司法院公務員懲戒委員會依公務員懲戒法所為之懲戒。

由於公共工程之業主方面經辦人員所負之民刑及行政責任，因此在處理因公共工程所生爭端時，必然涉及到經辦人員「自保」之心態及措施，以為辦理公共工程爭端訴訟及仲裁時不可忽略的「人的因素」。

第二項 公共工程仲裁之重要性及發展

政府現大力推行之六年國建計畫中，多項公共工程均有國際廠商參與，公共工程之規模一般均甚龐大，牽涉鉅額交易金額、眾多施工單位，又工期較一般工程為長，而由工程技術層面及法律層面衍生出的問題更是複雜，故公共工程本身之設計與施工難免隱含各項工程風險。由台灣內在環境觀之，公共建設推動不易之癥結在於人力勞工不足。用地取得不易、預算赤字過高、發包招標不順、底價搶標嚴重、營建偷工減料等困難；而國際廠商之工程顧問公司、法律專業人員所引進之各種工程契約模式、工程糾紛索賠技巧，業者多不熟悉，對業

界帶來相當大之衝擊，此三項隱憂，影響工程順利進行，勢將導致工程糾紛。因此，如何使國內業者了解，世界上重要國際組織間通用之主要工程契約與工程糾紛處理模式，以有效地解決國際工程糾紛，促進工程順利進行，減少資源之浪費、工期之延誤，進而提高工程品質，實為當前之重要課題。

而由實務觀之，無論國內外，仲裁及其代替方案已成為解決工程爭議之必然趨勢。美國仲裁協會（American Arbitration Association，以下簡稱 AAA）以仲裁方式解決工程糾紛之案件，於一九八八年已超過五萬四千件，且數量仍持續增加中¹；國際商會（ICC）之國際仲裁法院（Court of International Arbitration，簡稱 ICC COURT）在一九八九年所接之三百件個案中，工程仲裁案件即占總額四分之一以上；民國七十九年中華民國仲裁協會總共受理二十四件仲裁案，其中十七件係屬工程爭議，占全國仲裁案件百分之七十以上²；而民國七十九年至八十二年度據商務仲裁協會統計，共受理一百四十二件仲裁案，半數以上係與政府部門有關之公共工程糾紛，仲裁標的總金額約新台幣五十億元³。另據北市議員林瑞圖估計，民國八十二年各包商循仲

¹ 見 K. B. Norris, "What has Gone Rong with Construction Dispute", *Arbitration International*, Vol 6, No.2, (1990), p.15.

² 見李得璋著，營建工程仲裁，商務仲裁，商務仲裁二十九期，頁十四，民國八十六年六月。

³ 見王令麟「政府機關公共工程仲裁研習會」開幕詞，「商務仲裁 33 期」，頁八十九，民國八十二年八月出版。

裁程序向捷運局索賠之金額，更將高達九十七億元¹。可知在解決工程爭議之實務上，仲裁地位已愈形重要。有鑑於此，內政部曾於七十八年六月十九日明令所屬各機關於訂立工程契約時應加入仲裁條款²，迄今仲裁方式已於公共工程中普遍採行。惟國內有關仲裁法制堪稱簡陋，工程業者對仲裁制度尚乏了解，遑論國際仲裁組織、規則與發展趨勢。

第三項 公平契約之重要性

工程契約屬私權行為。工程機關往往為保障其權利、便利糾紛之處理及減少損失，其所提供之工程契約條款對主辦工程機關較為有利，盡量規定承包廠商應履行之義務，而對主辦工程機關應盡義務絕少提出，致產生所謂之不公平契約。投標廠商為爭取得標機會，於開標前大多不願也無法對契約之條款提出異議。等到得標後，廠商必需依照主辦工程機關於投標時所提供之契約樣本訂約。

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，依契約之規定，廠商無權解

¹ 見中國時報 14 版“捷運擔心與廠商仲裁會有後遺症”，民國八十二年十月十二日。

² 內政部台(78)內營字第 709046 號函通知各機關訂定工程契約時，應訂明有關仲裁條款，俾使工程爭議在不影響工程進度之情形下，能獲得迅速合理之解決。

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，可能使訂約之甲乙雙方均蒙受損失。

內政部為營造業之中央主管機關，亦為招標制度研究推動機關，為解決營造業長期遭受不公平工程契約之困擾，給予營造業應有之保障，提高工程施工品質，並減少工程糾紛之產生，於民國七十一年間曾頒訂工程合約範本（附件），其中特別規定甲方（業主）有按期付款之義務，否則乙方（業者）遭受損失，應由甲方賠償，另乙方於甲方違反合約之事實，或顯無能力按合約規定支付工程款時，或甲方要求減少工程連三分之一以上者，或訂約後甲方在六個月內無法使乙方開工者等情形之一時，得中止合約，甲方並必須賠償所受一切損失。該契約範本因未具有法規條件，因此頒佈時僅能提供為各機關之參考。惟據瞭解，頒佈後採用者並不多。因此內政部為進一步推動公平之工程契約，曾於七十八年六月十七日以合（78）內營字第 709046 號函請各機關訂定工程契約時，對下列各點應予明定，以便契約之公平合理。

- 1.廠商應盡之義務，由各機關依個別工程之需要於工程契約中訂定。
- 2.工程各項保證，依「行政院暨所屬各機關營繕工程招標注意事項」規定辦理。

- 3.工程契約中訂明有關仲裁條款。
- 4.工程施工期間，機關通知廠商全面連續停工或非可歸責於廠商之事由而停工超過三個月者，廠商因停工而導致之損失，於工程契約中訂明補償條款。
- 5.機關因非可歸責於廠商之事由而終止契約者，除計付廠商已完成之工程款外，並於工程契約中訂明補償廠商因終止契約而遭受損失之條款。
- 6.廠商於有左列情事之一者，得於情事發生之日起三十日內以書面通知機關終止契約，否則依原契約繼續施工。
 - (1)機關要求減少工程金額達原契約金額百分之三十者。
 - (2)訂約後六個月內無法開工。
 - (3)施工期間機關通知廠商停工或非可歸責於廠商之事由，致停工超過六個月者。
- 7.機關要求增加工程金額達原契約金額百分之三十，其增加工程部分廠商得予拒絕但員工工程契約不得終止。
- 8.工程完成時廠商提出竣工報告後，機關最遲於三十日內派員初驗。
- 9.工程契約中定明付款期限。
- 10.廠商因工程需要須在工地設置有關設施或設備製造該工程所需材料於工程契約中訂明該設施或設備僅限於該契約工程使用，不得

轉供其他工程於工程完工後立即拆除，並查驗無誤後始支付工程尾款。

第三節 小結

推行公平契約及工程仲裁制度，謂改進營造業管理之重要一環。為改進營造業之管理及輔導，內政部曾於八十一年委託中國生產力中心研擬營造業法草案，內政部依據該草案目前正積極進行立法之工作。營造業法草案中訂有承擔與契約專章，規定工程承攬契約應依公平合理之原則訂定，契約當事人並應以誠信履行之，中央主管機關得規定政府工程契約要項，交由各主辦政府工程機關於訂定工程契約時列入。該條文規定如獲採用，則將為保障廠商爭取公平工程契約最有力的法律。另同草案亦訂有仲裁之專章，規定中央主管機關得輔導營造工程相關公會及學術團體？組織工程仲裁團體，同時規定工程仲裁之仲裁人選定、處理程序及仲裁效力等，適用商務仲裁條例之規定。至於仲裁期間相對權利與義務，亦規定工程仲裁期間非經甲方同意，乙方不得停工，除仲裁之主因外，甲方不得藉詞停付乙方應得工程款。倘營造業法能依草案之內容精神立法，相信對公平契約及糾紛仲裁制度之推動，必然產生很大的助力。唯在營造業法未正式立法前，目前已有之法律及行政措施，已具有推動之模式及功能，今後尚請各

工程機關加以採用，除可配合改進營造業之管理與輔導外，亦可提高工程之施工品質。

第七章 工程契約仲裁之案例分析

第一節 我國實務處理工程糾紛之現況

第一項 司法機關處理工程糾紛現況檢視

本研究試圖從行政院法務部司法統計網站中找出民眾對於公共工程爭意義訴訟方式解決之意願。其有關因承攬而爭訟者並非有依規則可循。

另在李得章教授所專言的「建立工程糾紛仲裁制度之研究」一書中，言及以訴訟方式來解決工程糾紛者，僅佔 9.3%，遠低於以和解解決（佔 86.7%）¹。

第二項 中華民國商務仲裁協會處理工程糾紛現況檢視

法務部曾於民國八十七年五月八日於商務仲裁協會舉辦之「海事仲裁研討會」開幕中表示，仲裁制度具有迅速、經濟、保密、和諧與專家判斷等多項優點，因此法務部基於主管機關之立場，業已將仲裁

¹ 游瑞榮，台北捷運工程糾紛與仲裁之研究，國立台灣大學土木工程學研究所，民 90 年，頁 36。

業務列為重要施政項目之一，並積極推動執行，凡法務部業務上與廠商間所產生之爭議，均盡可能交付仲裁以求解決。目前經建會與 BOT 模式為基礎研擬之各等草案，法務部亦建議列入仲裁條款，以仲裁為解決紛爭之方法。為使我國仲裁立法及其水準能與世界先進國家並駕齊驅，俾仲裁制度更為完備，而為國內、外各界所樂於利用，以解決其相互間之爭端，爰參考聯合國國際貿易法委員會國際商務仲裁磨犯法及先進國家之立法例，擬具「商務仲裁條例」修正草案，修正其名為「仲裁法」，以擴大仲裁之範圍，確保仲裁人及仲裁程序之公正，增進仲裁之效率，並加強仲裁當事人權益之保障，該修正草案即是於民國八十七年五月二十九日三讀通過並更名為「仲裁法」¹。

第二節 案例一—工期延展索賠之仲裁判斷

第一項 案例請求權基礎之分析

一、原因事實

聲請人甲營造公司（以下簡稱聲請人）於民國七十八年三月三十日與相對人乙機關（以下簡稱相對人），簽訂本件工程契約，約定由聲請人負責承建該工程。依契約約定，工程應自開工日起九五〇個日

¹ 游瑞榮，前揭文，頁 36-37。

曆天完工，相對人則應簽發開工通知後，配合提供所需之土地及工地使用權。相對人簽發開工通知後，聲請人即同時進場施工，惟相對人未能依契約規定，事實完整提供系爭工程之土地及工地使用權，最後一個路權遲至八十三年五月始解決，致使該工程之工期嚴重遲延，聲請人三次申請工期展延，經相對人先後核准展延工期共一二一七天。

上述提供工程土地及工地之遲延，不僅導致聲請人無法於原約定期限內完成工程，並承受鉅額損失，如工程管理費損失、人機作業效率損失及工資、材料價格上漲之損失等等，經聲請人檢附求償申請表等，請求調整合約金額，未獲相對人同意，經循合約爭議處理之程序，提起本件仲裁之聲請，請求相對人給付五億餘元。

二、歸於聲請人請求權基礎，兩造爭點及判斷

1. 聲請人主張其係依系爭工程合約一般規範 5.6 (1) 5.6 (2) 節，及系爭工程施工規範及合約文件之補充說明 (二) 之第壹、2.節規定為請求，亦即由於相對人未能依約提供系爭工程所需土地使用權及工地使用權，致聲請人蒙受損失，僱請求相對人依一般規範第 4.5 節「合約變更」之條款予以合理調整「合約金額」，而合約金額即為承攬報酬之性質，故本件聲請人所請求者應屬承攬報酬請求全；退步言之，縱認非屬承攬報酬之性質，亦係契約上之請求權；此外，其亦可依民法第

四百九十一條視為允與報酬之規定或民事訴訟法第三百九十七條情事變更增減給付之規定為本見請求之依據。於仲裁庭詢問終結後，又具狀主張係屬「報酬的調整請求權」，並非民法上之報酬請求權。相對人則辯稱聲請人本件請求係屬承攬人對於定作人之「損害賠償請求權」，而非承攬報酬請求權，或契約上之請求權云云。

2. 仲裁庭查系爭工程合約一般規範第 5.6(1) 節規定：「乙機關於簽發開工通知後，應配合經核准之施工計畫提供所需之土地使用全集工地使用權；承包商應按規定以書面向工程司申請土地及工地使用權。」第 5.6(2) 節規定：「若乙機關未能按本條款授予使用，致使承包商蒙受損失或延誤開工時，則合約金額及工期得按 4.5『合約變更』之條款予以適當調整。」及系爭工程施工規範及合約文件補充說明(二)之第壹、2 節規定：「一般規範第 21 頁 4.5(1)c 節『工期與計價』增列第(6)項條文如下：(6) 乙機關未能授予土地使用權，承包商之求償：因乙機關未能依一般規範第 5.6 節授予土地使用權，致使承包商蒙受損失或延誤開工時，承包商得向工程司提出損失報告表及求償申請，經工程司審核後轉送乙機關核定，作為辦理合約變更通知書之依據。」可知，於乙機關未

能提供土地使用權或工地使用權，致使聲請人蒙受損失時，聲請人所得請求者，係當事人本於情事變更原則，於契約上特別約定，以所受損失為計算方法之「合約金額調整給付請求權」，而所謂「合約金額」即為承攬報酬，故可稱為報酬調整請求權，亦即報酬請求權。聲請人會後所為並非民法承攬所規定之報酬請求權之主張，似出於誤會，且與前所為係民法上承攬報酬請求權之主張，互相矛盾，自不可採。又系爭工程合約上如為特別約定「合約金額得按合約變更之規定予以適當調整」時，聲請人如蒙受損失，所得請求者，方屬一般損害賠償請求權。相對人辯稱聲請人本件請求權，係屬承攬人對於定作人之一般損害請求權，亦不足採。但此項報酬請求權既係以所受損失為計算方式，自須以因遲延提供土地使用權及工地使用權實際受有損失者為限，始得請求，與原訂之承攬報酬請求權之計算方法，並不完全一致，此乃當事人之約定使然。至於聲請人另外主張之民法第四百九十一條之規定，係以契約為約定給付報酬時，始有適用，本件系爭工程契約，既已有給付報酬支約定，及無適用該條規定之餘地¹。

¹ 請參閱中華民國商務仲裁協會八十七年度商仲麟聲信第 三號仲裁判斷書。

在本案, 仲裁庭認為不論工、料價格上漲損失補償或其他費用(含工程管理費損失及人機作業效率損失), 其請求權之基礎均為「當事人本於情事變遷原則, 於契約上特別約定, 以所受損失為計算方法之『合約金額調整給付請求權』, 而所謂『合約金額』即為承攬報酬, 故可稱為報酬調整請求權, 亦即報酬請求權。」簡言之, 關於聲請人工、料價格上之損失補償, 其請求權基礎, 在本案例仲裁庭認為係「當事人本於情事變遷原則, 於契約上特別約定之『合約金額調整給付請求權』, 即報酬請求權」。

按民事訴訟法第三百九十七條之規定, 其適用之要件為:(1) 需有情事之變更;(2) 需情事變更發生於法律關係成立後其效力終了前;(3) 情事變更需非當事人所得預料, 且有不得預料之性質;(4) 情事變更需因不可歸責當事人之事由發生;(5) 需情事變更後如仍貫徹原訂之法律效力則顯失公平。因此, 若契約當事人於訂約當時即以對訂約後可能之成本增減, 已在契約內有所規定, 則此時及應無民事訴訟法第三百九十七條之適用。就此, 最高法院八十年度台上第五二四號民事判決亦明揭:「民事訴訟法第三百九十七條第一項所謂因情事變更, 法院應為增減給付或變更其他原有效果之判決者, 以法律行為成立後, 因不可歸責於當事人之事由, 致情事變更, 非當時所得預料, 而依其原有效果顯失公平為要件。如於法律行為成立時, 即預見

情事將有變更，雙方對之應如何調整給付有所約定者，自無該項規定之適用」。準此，如認為本案仲裁判斷所持之法律見解，及系爭工、料價格上漲之損失賠償，其請求權基礎為「契約上特別約定之合約金額調整請求權」係屬正確。

至於本案例判斷認為，於乙機關未能提供土地或工地使用權，致使聲請人受損失時，聲請人所得請求者，係當事人於契約上特別約定，以所失損失為計算方法之「合約金額調整給付請求權」，可稱為「報酬調整請求權」，亦即「報酬請求權」。關於「合約金額調整給付請求權」是否即為「報酬請求權」？兩者在概念上是否一致？不無疑義。按系爭合約一般規範 5.6(1)、5.6(2) 等規定，如乙機關未能提供土地及工地使用權，致使承包商蒙受損失時，則合約金額得按一般規範 4.5「合約變更」之條款，予以適當調整，準此，聲請人檢附求償申請書等向乙機關請求調整合約金額之意思表示，如符合合約之規定，乙機關自應向聲請人為「同意調整合約金額」之意思表示。乙機關不為同意之表示時，則聲請人得按雙方既定之仲裁條款，提付仲裁，請求命相對人為「同意調整合約金額之意思表示」。因此，「合約金額調整給付請求權」，係以相對人之「意思表示之給付」為標的，而「報酬請求權」，則係以對相對人之「金錢給付」為標的，二者在概念上自不相同，至為明顯。

其區別之實益，按工程契約既係採分期估驗分期給付工程款之方式，支付承攬報酬，故聲起人之「報酬請求權」，自應以相對人依契約規定，就各該分期估驗計價款應為給付時，為其消滅時效之起算時點，蓋以此時承包商始得請求各分期估驗之工程款；至於「合約金額調整給付請求權」，其消滅時效則以聲請人得請求變更合約之時起算。

按「合約金額調整給付請求權」與「報酬請求權」，二者在概念上應屬不同，以如上述，仲裁庭如僅以「合約金額額調整給付請求權」恩請求權基礎，而為命相對人為金錢給付之判斷，似有待商榷；為如仲裁庭係以情事變更原則為法律基礎，而命相對人為金錢給付之判斷，於法理則無違誤，惟其是否符合情事變更原則之要件，而得予以適用，係屬另一問題。

第二項 相關案例補償費用之分析

關於業主提供土地、工地遲延，至承包商蒙受損失，承包商依契約規定請求調整契約金額。關於補償費用之計算方式，目前仲裁判斷亦多見仁見智：

一、有以自原訂完工日期之翌日至展延後之完工日期為補償期間，工程管理費補償計算依據為：要求聲請人提出上開其間實際支付

相關費用之單據，並就其必要性及合理性逐一加以審查者。¹

二、有以開工日至路權大部分解決日為補償期間，工程管理費補償之計算依據為：以直接工程費百分之十五為基礎，並考量系爭工程屬議價承攬，兩造均應承擔風險，及百分之十五管理費中隱含利潤且聲請人亦應負擔人機之有效調派利用之責任，經斟酌以三分之一惟其管理補償之比例。

准許補償金額： \sum 工程總金額/1.15*（各月預定進度百分比-各月計價進度百分比）*5%*（1+物調百分比）²

第三節 案例二

一、原因事實

聲請人甲建設公司於民國七十六年六月十一日與相對人乙機關，簽訂本件工程合約，約請由聲請人負責承建及養護該工程。依工程合約規定，工程應自開工日起八五〇日曆天內完工，乙機關則應於簽發開工通知後，配合提供所需之土地及工地之使用權。乙機關簽發開工通知後，未依約配合提供所需之土地及工地使用權，致聲請人甲建設公司無法如期完工，聲請人乃向負責監督工程之丙顧問公司提出

¹ 請參見中華民國商務仲裁協會八十七年商仲麟愛字第二十二號仲裁判斷書。

² 請參見中華民國商務仲裁協會八十七年商仲麟信字第三號仲裁判斷書。

該工程所需土地及工地使用權之申請，丙顧問工程公司則遲至七十九年六月十二日始以備忘錄，通知聲請人用地問題已全部解決。由於本件工程因相對人乙機關未能即時提供工程用地，且取得土地使用權後，諸多地上物（如民房、廟宇、電力設施等）亦未能配合拆遷，致系爭工程工期嚴重遲誤。聲請人遂於民國七十八年五月十七日及七十九年四月十八日，兩度申請延長工期，乙機關所聘丙顧問公司亦於七十九年六月十二日以備忘錄通知聲請人用地問題已全部解決，經相對人合併前後兩次申請，核准延長工期共八一八天在案。

前述用地取得延誤，不僅導致聲請人無法於原規定期限內完成工程，且遭受鉅額損失，聲請人所遭受之損失共有施工工料費上漲差鵝、保證金手續費、保險費、工柵、辦公室及宿舍租金、水電事務費、預力樑場租金、監工人員人事費、交通維持費及公司管理費等共新台幣一億一千八百四十萬四千二百七十八元。聲請人甲公司因而依雙方合約一般規範所定仲裁條款提起本件仲裁之申請。

二、歸於聲請人請求權基礎，兩造爭點及判斷

1. 聲請人認為相對人未能依合約期限提供所需之土地使用權，致使其蒙受重大之損失，自得依一般規範五、六（1）「乙機關於簽發開工通知後，應配合經核准之施工計畫提供所需之土地使用權及工地使用權」及五、六（2）「若乙機關未能按本條款授

予使用權，致承包商蒙受損失或延誤開工時，則合約金額及工期得分別按四、五『合約變更』之條款予以適當調整。」之規定，或情事變更之原則，請求本件調整合約金額或請求損害之賠償或補償。而相對人方面則認為依合約一般規範五、二五(1)規定得訴諸仲裁之本合約爭執，並不包括「工程司依照合約有絕對權或最後決定權之事項」，同因規範八、四(6)b規定「經核定之延長工期日數，具有決定性或承包商無爭論餘地」，八、四(7)又規定「承包商不論任何原因申請延長工期，如工程司以書面通知該核准其延長之請求，則應視為對承包商所受之任何實際，可能或延續之損失，已作全部而圓滿之補償，承包商需放棄對該一事件再提出要求之權利」。本件工程司既以書面通知核准其延長工期，依約即視為對承包商所遭受之任何損失，以作「全面」而「圓滿」之補償。從而，工程司對因工程延期所造成之損失賠償，自有最後決定權，依前開一般規範五、二五(1)之規定，聲請人自不得將本見因工程延期所造成之損害補償糾紛提付仲裁」。足見雙方所引合約一般規範五、六(1)及五、六(2)之規範與同規範八、四(6)及八、四(7)之b及八、四(7)僅係就工程完工期限加以規定而以，不能排除因延長工期所遭受之損害賠償或補償之請求，此項主

張與該規範八、四（7）之文義不合，並不足採。惟查一般規範八、四（6）所訂延長工期之有效理由中，列有八款事由，其中因乙機關徵購用地，拆遷地上物及地下管線嚴重影響施工時，亦屬延長工期有效理由之一，而就此延長工期之事由，一般規範又另於五、六（1）內規定，並於五、六（2）規定其法律效果，足見一般規範五、六（1）及五、六（2）之規定，係屬同規範八、四（6）及八、四（7）之特別規定，依特別規定優於普通規定之法理，本件自應適用一般規範五、六（1）及五、六（2）之規定。

2. 本件系爭工程因相對人延誤土地使用權及工地使用權之取得，經聲請人兩度聲請而由相對人核定延長工期八一八天，此為雙方所不爭之事實，聲請人主張核定延長之工期，幾為原合約工期八百五十天之一倍，在此期間（七十六年至七十九年間）物價飛漲，致系爭工程合約所訂之工作項目單價均大幅調整，並引據國宅處富台新村國宅建築工程糾紛案之簡報，以為證明。又另引用相對人另標後續工程，自堪採信。足見在此期間確有工資飛漲，物價調高，致影響工作項目之單價，大幅高長之事實。查民事訴訟法第三九七條規定「法律行為成立後，因不可歸責於當事人之事由，致情事變更，非當時所得預料，而

依其原有效果，顯失公平者，法院應依職權公平裁量為增減給付或變更其他原有效果之判決」，此項情事變更於原則，雖係適用於法院之訴訟程序，然查此原則，乃涉及實體案件公平裁量之原則。仲裁事件重在公平、迅速、有效之判斷，當事人之紛爭經由仲裁而獲得公平之解決，以達其定紛息爭之目的，是為仲裁制度之精髓所在，按物價工資之大幅飛漲，實非當事人當時所能預料，如不能予以適當調整，確有顯失公平之情事，是本件聲請人請求「施工工料費用」之部分，自得依情事變更原則予以調整增加。

3. 至於聲請人請求其他應增加給付之部分，包括保證費用、保險費、工棚、辦公室及宿舍費、水電事務費、預力樑場租金、監工人事費、交通維持費、交通管理費等有關費用，聲請人主張其係由於相對人提供土地及工地使用權有所延誤，致工期延長所生之損失，亦應由相對人負擔，縱其所言非虛，因係可歸責於相對人之事由所致，自無適用情事變更原則之餘地，關此，應屬聲請人可否依一般規範四、五之規定，按「合約變更」條款所定之程序請求給付補償之問題，本件聲請人對此部分尚未踐行「合約變更」條款之程序，自難准許，應予駁回¹。

¹ 摘錄自張乃良整理，關於適用情事變更原則之工程仲裁案件，載仲裁案例選輯（1），中華民國商務仲裁協會出版，民國八十五年八月，頁 162 以下。

在本案仲裁庭關於工、料價格上漲之損失補償部分，係以情事變更原則為法律基礎，引用民事訴訟法第三百七十九條，認為聲請人之請求有理由，至於聲請人請由其他應增加之給付部分（含保證費用、保險費、工棚、辦公室及宿舍費、水電事務費、預力樑場租金、監工人事費、交通維持費、交通管理費等），認為無情事變更原則之適用，而屬聲請人可否依系爭契約一般規範四、五之規定，按「合約變更」條款所訂之程序，請求給付補償之問題。簡言之，在此案仲裁庭以情事變更原則為其法律基礎。

第四節 案例三

第一項 台北捷運工程仲裁案件綜覽

台北捷運工程分別由北區工程處東區工程處、南區工程處、中區工程處、機電系統工程處五個獨立單位執行工程合約的監督與執行，其間的仲裁事件係以提付仲裁日為基準。

台北捷運工程合約一般條款中規定，舉凡工程上的糾紛或爭議係以工程司之決定、指示及澄清為準，即其 93.2 條之規定：「不論上述問題是否由承包商提出，均應以工程司之決定、指示及澄清為準，除非承包商於收到此項決定、指示及澄清後七天內，將其異議以書面通

知工程司，並詳細敘明理由，工程司將針對承包商之每一異議再行簽發其裁決」。又一般條款 93.3 條規定（提請捷運局裁決紛爭）：「承包商如對工程司再行簽發之裁決仍有異議，應於接獲工程司裁決書後七天內提請捷運局裁決，但捷運局之裁決為最終裁決，承包商應遵照其裁決辦理。如承包商未能於接獲捷運局之裁決書後七天內提出異議，則是承包商同意捷運局之裁決並放棄其在異議、訴訟、仲裁或其他之權利」。¹

第二項 台北捷運工程仲裁案剖析

第一 捷運仲裁案之爭點

報載捷運局因木柵線土木工程延誤，致承包機電工程之法商馬特拉公司人力、物力閒置造成虧損，經仲裁庭判斷，應賠償十億元。茲將本案爭點分述於後：

一、仲裁契約效力問題

捷局官員主張，兩造先後簽訂兩約，前約規定，馬特拉對於因其他廠商造成之延遲，不能向捷運局求償，且有關延期索賠，須在七日內提出證據，並以書面提出。亦即索賠期限和條件均有嚴苛限制，

¹ 游瑞榮，前揭文，頁 43-44。

但捷運局在八十二年四月十五日之新協議書中，卻同意法商對其他廠商之延誤依仲裁程序求償，主張該變更合約之協議，因未經上級監審單位之同意，而不具法律效力。然過去市府均採授權捷運局自行簽約，上級單位從未過問，恐已構成捷運局表現代理之權，如今仲裁不利，方謂捷運局無權簽約，頗有予人口實，貽笑國際之嫌，且捷運局先前所簽的兩百多個標是否均無效，不無疑問。然以地方政府十二職等官員能逕自簽署類此鉅額協議，而不必經議會、市長或市府任何機關之監督，亦有可議之處。

二、仲裁人相關問題

間有議員主張，因馬特拉指定之仲裁人，後被推為主任仲裁人，故斷言問案不公，要求廢除決議。此言差之極矣，對仲裁觀念實有不清。蓋仲裁人並非當事人之律師或代理人，必須保持客觀中立，不得為選任自己之當事人徇私爭利，且仲裁人均係學有專精、素孚眾望之社會人士，當初兩造對主任仲裁人之選定並無異議，捷運局在仲裁失利後，才表示主任仲裁人不公，似頗可議。且商務仲裁條例第四條規定：「由當事人兩造各選一仲裁人，再由兩造選出之仲裁人共推另一仲裁人。」；同法第十八條規定：「仲裁人有數人者，推一人為主任仲裁人；其判斷以過半數意見定之。」由上述法條可得二結論：一者，主任仲裁人不必由仲裁人共推之第三人任之。再者，仲裁判斷係

依多數決，而非主任仲裁人所能專擅。或有捷局官員主張，仲裁人資格規定鬆散，其自由心證易受承包商左右，且批評該仲裁庭之判斷妥協精神大於依法論法，因而質疑仲裁公正性。或有謂政府公共工程糾紛之仲裁人不應由承辦人員隨意指定，而應由議會市長等上級單位遴選，此說亦有其道理，然觀諸事實，本案仲裁人。鑑定人顯係慎重遴選，自不適用於此。

三、仲裁程序公正性問題

捷局官員不斷放話，指控仲裁程序不公平，並未獲得充分陳述的機會，且馬特拉提出的部分索賠單據並不詳實。然紀錄顯示，本案自四月六日仲裁起，仲裁期間長達半年，先後開庭（含鑑定庭）達二十餘次，每次開庭少則三小時，多則六小時，如未能充分申辯說明，恐捷局官員表達能力堪慮；又捷局官員指控，仲裁庭期間曾遭仲裁人多次制止，一般而言，仲裁對與本案無關、超過議題範圍，或一再重覆之陳述，有責任加以制止，以免仲裁程序無謂延宕；至於單據不實問題，馬特拉既就其主張求償事項提出單據證明，捷局若認其為虛報不實，則須提出反證，證明確有不行情事，且依第二十三條第八項，須為仲裁基礎之文書係偽造、變造或登載不實者，方得撤銷仲裁判斷，若僅部分單據不實，而非為仲裁基礎性文書，仍不得撤銷之，且金額如此龐大之仲裁案，仲裁程序之進行必定戒慎、仔細，使不致有

任何仲裁程序上的瑕疵，得為法院撤銷仲裁判斷之依據。以仲裁協會近四十年之運作紀錄，竟然一件仲裁案被法院撤銷仲裁判斷過，足證仲裁人的素質與仲裁協會的公正，均受到相當之肯定。至於有人謔稱，仲裁人為黑市法官，仲裁協會為地下法院，質疑由黑市法官在地下法院所作仲裁判斷之公信力問題，質言之，它不須具有公信力，因其裁決之強制性只存在於當事人間，其公正性亦不容置疑，因係雙方均肯定之偶椽，萬一真有黑幕仍可依刑法上背信罪追究仲裁人責任。惟學者仍建議，於仲裁條例修正時，加入仲裁人行為規範，如：不得在他方當事人缺席時單獨與一方當事人溝通之明文，以昭公信。

第二 檢討與建議

工程仲裁既有這麼多優點，捷局配合國際趨勢以仲裁解紛，自無可厚非，然身為業主之捷局，各工程標仲裁案為何高達二十一件？捷運局本身到底哪裡出問題了？政府未能早期規劃，及至交通問題迫在眉睫才六線同步開工、限期完成、工程高達兩百多標，此時國內並無捷運人才，理當採取統包式契約，以專責成，如新加坡捷運，因本身無經驗，採統包作業，一九九一年完工，捷運品質良好；據捷局表示，造成仲裁案層出不窮主因，係各標設計、土木、機電、分段分包，各系統整合不易，彼此遲延所致，然則何以不採統包作業，實因高官顯

爵各級民代，為一己私利，挾其法定特權進行關說、施展壓力、瓜分厚利，爭食大餅。君不見國內捷運工程為議員、民代壟斷之事實，如今百病齊發，則又轉而痛斥捷運行政人員，渾然置自身於事外，清夜捫心，何堪自問。

統包式契約之名稱，源自於營建工程契約或美國之石油天然氣業界之契約，或有稱之為 package Contract, Design and Build Contract、「啟鑰式契約」等名稱。現已被廣泛使用於國際商場，其普為世人接受之定義為：統包商須為其設計與爾後之一貫性複合工程負全部責任。其交易內容除工程設計、採購、建造一貫作業外，統包商通常被要求對工程經費作全部或一部之財務上援助（貸款），另外協助人員訓練測試操作機器設備，甚至產品之市場經營，均屬統包商所應負擔之義務。

總之，如採 Turnkey Contract 統包式工程契約，統包商即負擔了整個工程之所有責任，避免了可能之訴訟，降低許多可能發生糾紛之範圍，即使有紛爭，亦可依契約中訂為標準格式之仲裁解決。再者，統包契約並不意謂雇主不能參加整個計畫，相反的，統包商在施行事項上須給雇主經常性進度報告，諸如工程事務、採購、次承包商之選擇和其他執行事務。我政府機構如無把握如期完工，亦可考慮採取統包式工程契約，而不必自己去找小包商，造成責任劃分不清，如本次

捷運局與法商馬特拉公司延誤之糾紛。

綜上可知，捷運局之所以風波不斷，非因採行仲裁制度，而係壓力團體為處一己私利，置國家公益不顧，硬採分段分包，不採級包作業所致。此外，捷運局與馬特拉等包商簽訂之一般條款，屬政府定型化契約系統過分保護業主（捷運局），諸如因業主原因導致工程延誤，包商（馬特拉）不得求償；契約有疑義，以業主解釋為準；業主變更設計或終止合約；包商不得求償；業主要求趕工，包商不得加價；工程災害損失由包商負責，諸此不公平條款，侵犯包商權益太多，雖然當初包商為取得承包權假意接受，卻是導致日後糾紛不斷之主因。馬特拉公司以其豐富經驗，利用捷運局延誤保證金展期機會，以停工迫使簽訂較公平契約，於因業主之原因致其受損時訴諸仲裁；其他包商則以提高造價或偷工減料以分擔風險，導致問題重重。建議有司對不公平的合約內容重作檢討，並核實報價、加強監工，或許仲裁案會較少；再者，捷運局此次仲裁失利，主因有二：一則缺乏高級簽約談判人才；二則因員工流動率過大造成仲裁資料不全。公務人員待遇本即偏低，復以內有工期、責任壓迫，外有廠商高薪誘惑，眾多員工挾其捷運經驗擇木而棲，甚或反噬捷運契約。建議捷運局爾後引進新人，應簽一定期限之僱傭契約，並列入禁止不當競業條款，或能彌補闕漏，免蹈覆轍。另捷運局契約規定不完整亦是弊端，如對賠償金額

保險與總顧問公司聘用求償未明確規定，捷運工程的延誤和損失，或有因總顧問公司之設計不當產生，而擔任總顧問的美國捷運公司，係由三家美商專為擔任捷運顧問而設，本身既無資產亦無何商譽可言，且顧問工作已近尾聲，酬勞多已到手，自可不理捷局理賠求償，一走了之，捷運局又能奈它何？顯見當初高薪聘請此種專設性聯合形式總顧問之政策錯誤。再者，倘當初對工程風險有投保措施，則即使因捷運局過失賠償馬特拉十億，亦可轉而向保險公司求償以分攤風險，今後重大公共工程，對此宜多加注意。

第八章 結論

仲裁最大之有點在於仲裁判斷具有強制性，不致使當事人之權益失之空乏。一九五八年初五十多個國家所簽署之「聯合國承認之執行外國仲裁判斷公約」中，就明白表示任何簽約國將會承認並執行在其他任何簽約國境內所做成的仲裁判斷。而許多國家之間亦透過雙邊或多邊條約之約定相互承認、執行、在對方國家境內所作成之仲裁判斷縱使是未參加前述公約之國家亦多會承認及執行外國之仲裁判斷。我國商務仲裁條例對於外國仲裁判斷之規定，只要外國仲裁判斷不違反我國法律之強制禁止、公共秩序、善良風俗一般均會獲得我國之承認。而經法院裁決判斷當事人即可據以為執行名義依法聲請強制執行。

整體而言，從這裡得到的最大最實用的教訓是：工程糾紛的處理。面對國內市場即將完全開放國際參與，以後面對或是提出工程糾紛索賠之仲裁也可能常有，因此對於營建產業而言，除了在工程面上應力求品質工期進度的掌控，對於法律契約之了解也該是更加重視的課題。明瞭契約的分析，探討事實的調查整理；責任的歸屬判斷；仲裁的協商談判，促使產業進步與成長，使知識累積包含工程法律財務以創造更多的價值。

參考書目

壹、中文部分

一、專書

- 王令麟編著，飛躍中的我國仲裁制度（台北：力霸文化傳播事業股份有限公司出版，民國 84 年 3 月）。
- 王澤鑑，民法總則，八版（民法案例研習叢書，民國 80 年）。
- 吳光明著，證券交易法論（台北：三民書局，1996 年）。
- 林大侯，日本貿易仲裁調解制度與法令之調查研究（台北：台灣經濟研究院，民國 83 年 6 月）。
- 林俊益，法院在商務仲裁之角色（台北：永然文化出版社，民國 85 年 4 月）。
- 林俊益，國際商務仲裁（一）論文集（台北：長弘出版社，民國 79 年 3 月）。
- 林俊益，大陸地區仲裁制度之研究（台北：保成文化，民國 86 年 6 月）。
- 法務部，商務仲裁條例修正草案總說明（台北：法務部，民國 86 年 10 月）。

- 法務部編印，商務仲裁條例研究修正實錄，(台北：法務部，民國 86 年 12 月)。
- 陳煥文，國際仲裁法專論 (台北：五南圖書出版公司印行，民國 83 年 4 月)。
- 陳煥文，仲裁法逐條釋義 (台北：著者自行，1999 年 10 月)。
- 張錦源，國際貿易法 (台北：三民書局，民國 80 年 5 月)。
- 程德鈞主編，涉外仲裁與法律 (第一輯)(中國人民大學出版社，1992 年 3 月)。
- 楊崇森，商務仲裁之理論與實際 (台北：中央文物供應社，民國 73 年 12 月)。
- 劉鐵錚，國際司法論叢 (台北：三民書局，民國 83 年 3 月)。
- 劉紹山，略述《1958 年紐約公約》，收錄於程德鈞主編，涉外仲裁與法律 (第一輯)(中國人民大學出版社，1992 年 3 月)。
- FIDIC Conditions , 1987 4th Edition 中譯本 (台北：榮民工程處，1991)。

二、學位論文

- 林曉瑩，商務仲裁人之比較研究，私立東吳大學法律學研究所碩士論文，民國 83 年 6 月。

- 夏正台，FIDIC 海牙國際土木工程契約一般條款之研究，國立台灣大學法律研究所碩士論文，民國 68 年。
- 游瑞榮，台北捷運工程糾紛與仲裁之研究，國立台灣大學土木工程學研究所碩士論文，民國 90 年。
- 熊誦梅，大陸經濟仲裁制度之研究，國立台灣大學法律研究所碩士論文，民國 82 年 6 月。
- 盧仲昱，營建工程契約遲延問題之研究，私立東吳大學法律學研究所碩士論文，民國 83 年 7 月。
- 藍秉強，由木柵捷運工程仲裁案論工程遲延免責約款及風險分配，私立東吳大學法律學研究所碩士論文，民國 84 年 6 月。

三、期刊

- 王令麟「政府機關公共工程仲裁研習會」開幕詞，商務仲裁季刊，第 33 期（台北：中華民國商務仲裁協會，民國 82 年 8 月）。
- 王泰銓，商務仲裁季刊，第 43 期（台北：中華民國商務仲裁協會，民國 85 年 10 月）。
- 王濱，仲裁前置程序之我見，商務仲裁季刊，第 43 期（台北：中華民國商務仲裁協會，民國 85 年 10 月）。
- 吳光明著，「論仲裁庭之組織」，仲裁季刊，第 53 期（台北：中華

民國仲裁協會，1999年5月）。

- 吳光明著，衡平原則與衡平仲裁，中興法學，第43期（台北：國立中興大學法律學系，1997年12月）。
- 吳光明，證券糾紛之仲裁，證券管理，第13期（1996年10月）。
- 李得璋，營建工程爭議與仲裁之處理(上)，商務仲裁季刊，第33期（台北：中華民國商務仲裁協會，民國82年8月）。
- 李得璋，營建工程爭議與仲裁之處理（下），商務仲裁季刊，第34期（台北：中華民國商務仲裁協會，民國82年11月）。
- 李得璋著，營建工程仲裁—五月卅日營建工程仲裁座談會講詞，商務仲裁季刊，第29期（台北：中華民國商務仲裁協會，民國80年6月）。
- 林曉瑩，論商務仲裁人之民事責任及其豁免，商務仲裁季刊，第38期（台北：中華民國商務仲裁協會，民國84年1月）。
- 陳煥文，仲裁保險制度概述--兼論在我國推行仲裁保險之可行性，商務仲裁季刊第43期（台北：中華民國商務仲裁協會，民國85年10月）。
- 陳煥文，論仲裁庭之組織，商務仲裁季刊，第47期（台北：中華民國商務仲裁協會，民國86年9月）。
- 陳煥文，國際營建工程之仲裁制度，軍法專刊，第39期（台北：

軍法專刊編輯委員會，民國 82 年 9 月）。

- 劉華垂，仲裁法立法經過與妥旨，全國律師，第 22 期（台北：中華民國律師公會全國聯合會，民國 87 年 10 月）。
- 藍瀛芳，簡述「訴訟外解決爭議的方法」，商務仲裁季刊，第 44 期（台北：中華民國商務仲裁協會，民國 85 年 12 月）。
- 藍瀛芳，工程爭議仲裁，商務仲裁季刊，第 39 期（台北：中華民國商務仲裁協會，民國 84 年 6 月）。
- 羅昌發，論仲裁當事人與仲裁人之法律關係，商務仲裁季刊，第 26 期（台北：中華民國商務仲裁協會，民國 79 年 9 月）。

四、專文

- 尤英夫，淺論仲裁人之公正性，商務仲裁論著彙編（第一冊）（台北：中華民國商務仲裁協會，民國 77 年 8 月）。
- 中國時報，14 版，捷運擔心與廠商仲裁會有後遺症（民國 82 年 10 月 12 日）。
- 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（台北：法務部民國 83 年 6 月）。
- 林俊益，八十五年度法官與仲裁人座談會法律問題提案（民國 85 年）。

- 法務部，仲裁法修正條文對照表，仲裁法彙編（台北：法務部，民國 88 年 3 月）。
- 張乃良整理，關於適用情事變更原則之工程仲裁案件，裁案例選輯（1）（台北：中華民國商務仲裁協會，民國 85 年 8 月）。
- 劉興善，解決國家與他國國民間投資爭端公約之研究，商務仲裁論著彙編（第一冊）（台北：中華民國商務仲裁協會，民國 77 年 8 月）。
- 藍瀛芳著，商務仲裁之衡平仲裁制度—Amiable Compositeur 淺釋，商務仲裁論著彙編（第一冊）（台北：中華民國商務仲裁協會，民國 77 年 8 月）。
- 藍瀛芳，國際商會之仲裁規則與聯合國國際貿易法委員會之仲裁規則的比較要點，商務仲裁論著彙編（第一冊）（台北：中華民國商務仲裁協會，民國 77 年 8 月）。
- 藍瀛芳，談仲裁人的資格問題，商務仲裁論著彙編（第三冊），（台北：中華民國商務仲裁協會，民國 78 年）。

貳、外文部分

一、專書

- Baker Stewart Abercrombie & Davis Mark David, “The UNCITRAL Arbitration Rules in Practice”, (Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1992)
- Beaumont Ben, “Arbitration Procedures In Asia”, (Sweet & Maxwell Asia, 1999)
- Born Gray B., “International Commercial Arbitration in the United States”, (Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994)
- Ehrenhaft, “Effective International Arbitration 9 Law and Policy International Bussiness”, (1977)
- Domke, “Recent Developments in International, Commercial Arbitration”, 2, (N.Y.U.J International L, 1969)
- Holtzmann Howard M. and Neuhaus Joseph E., “A Guide to the Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary”, (Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989)
- Houzhi Tang, “International Commercial Arbitration in the Far East-the PRC Example, ICCA Congress Series No.4, Ixth International Arbitration Congress, Tokyo, 31 May-3 Jone 1988”, (Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989)

- <http://www.kcab.or.kr/e/kcab2.htm>
- Liew Song Kun, “International Handbook on Commercial Arbitration” (Kluwer Law and Taxation Publishers 1984)
- Mustill Michael J., Botd Stewartc, “The Law and Practice of Commercial Arbitration in England”, (1989)
- Norris K.B., “What has Gone Rong with Construction Dispute”, Arbitration International, Vol 6, No.2, (1990)
- Widiss, “Arbitration Commercial Disputes ,Insurance and Torts Claims”, (1979)
- 森井清著 ,「國際商事仲裁」, 初版 (東洋經濟新報社 , 1970)。

二、期刊

- Berlingeri Francesco, “International Mari-time Arbitration”, J.M.L.&C., 10, (1979)
- Min Chen, “The Arbitration Act of the People’ s Republic of China – A Great Leap Forward”, Journal of International Arbitration Vol. 12, No.4, (December 1995)
- 松浦馨 , “Characteristics of and Problems Associated with Revising the Japanese Arbitration Law and Arbitration Center Rules with Emphasis Primarily on International Commercial Arbitration, National Report on The Symposium of International Commercial Arbitration in

Asia Oceania Region”, Japan, FFB., 22-23, (2000)

三、 UNCITRAL 文件

- Secretariat Note Reporting AALCC Decision, A/CN.9/127 (20 October 1976)
- Secretariat Note on Further Work, A/CN.9/169 (11 May 1979)
- 1979 Commission Report, A/34/17 (15 August 1979)
- First Secretariat Note, Possible Features of a Model Law, A/CN.9/207 (14 May 1981)
- 1981 Commission Report, A/36/17 (20 July 1981)
- 1984 Commission Report, A/39/17 (21 August 1984)
- Secretariat Comments on AALCC Proposal, A/CN.9/ 127/ADD.1 (21 April 1997)
- Working Report, A/CN.9/460 (6 April 1999)
- Working Report, A/CN.9/WG.II/WP.108 (14 January 2000)
- Working Report, A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1 (26 January 2000)
- Working Report, A/CN.9/468 (10 April 2000)
- Working Report, A/CN.9/WG.II/WP.110 (22 September 2000)
- Working Report, A/CN.9/485 (20 December 2000)
- Status of Conventions and Model Laws
(<http://www.uncitral.org/english/status/status-e.htm>)