

仲裁制度與仲裁協議～兼論政府採購法 第 85 條之 1 第 2 項強制仲裁機制的若干爭議

盧世欽*

摘要

前言

壹、仲裁制度與仲裁協議

貳、政府採購法第 85 條之 1 第 2 項強制仲裁機制

參、廠商依政府採購法第 85 條之 1 申請調解的範圍與事後依同條第 2 項提付仲裁之範圍不同時，仲裁庭依法得仲裁之範圍為何

肆、撤銷仲裁判斷訴訟確定與時效中斷之爭議

伍、未來修法方向

前言

仲裁 (Arbitration) 是指糾紛的當事人基於當事人意思自主達成協議，將依法得和解之糾紛爭議提交非司法機構的仲裁庭或仲裁人審理，由此第三者作出對爭議之當事人均有法律效力的判斷制度。仲裁制度，尤其是商務仲裁之歷史源遠流長，可追溯至西元前五世紀之古希臘及古羅馬法即有仲裁之觀念¹。迨至十一～十二世紀，歐洲農業的發展和城市的興起，帶來商業的繁榮。十字軍東征和殖民運動更促進了遠距離海上貿易和陸上貿易的發展。為適應商事活動的需要，脫離封建及宗教勢力的支配，由商人們自發組織了一些具有類似裁判權的機構，通過仲裁方式自行解決商人之間的糾紛，建立了現代仲裁制度的初步雛型。又因隨著社會和經濟的發展，傳統的司法體制已無法滿足訴訟當事人之要求，另尋求訴訟外的紛爭解決機制 (Alternative Dispute Resolution, 簡稱 ADR)，而仲裁則為紛爭解決機制主要

的方法之一。尤其現代社會國際經貿交流往來頻繁，國際商事爭議案件大幅增加，仲裁制度用以解決此類國際間商務爭端無疑是具最快速且有效率之方式。仲裁既係依當事人之間的協議，將雙方當事人間爭議事項，交由當事人選任的第三者作出具有法效力的判斷，故當事人自治原則為構建仲裁制度之主要基石。易言之，合法有效的仲裁協議係仲裁庭管轄權之依據，仲裁程序之前提，仲裁判斷之基礎。職是，仲裁制度之目的，即在於全部之仲裁過程中如何落實當事人自治原則²。司法院大法官會議釋字第 519 號解釋理由書：「人民既為私法上之權利主體，於訴訟或其他程序亦居於主體地位，故在無礙公益之一定範圍內，當事人應享有程序處分權及程序選擇權，俾其得以衡量各種紛爭事件所涉之實體利益與程序利益，合意選擇循訴訟或其他法定之非訴訟程序處理爭議。仲裁係人民關於一定之法律關係，及由該法律關係所生之爭議，依當事人協議交付仲裁庭依規定之程序為判斷，以解決私法爭議之制度（仲裁法第一條、第二條及第三十七條參照）。此項解決爭議之機制，係本於契約自由原則，以當事人之合意為基礎，選擇依訴訟外之途徑處理爭議問題，兼有程序法與實體法之雙重效力，具私法紛爭自主解決之特性，為憲法之所許。」即揭櫫此旨³。

壹、仲裁制度與仲裁協議

仲裁人之判斷，於當事人間，與法院之確定判決，有同一效力（仲裁法第 37 條第 1 項參照）。仲裁判斷除少數可依法撤銷仲裁判斷之事由外（參見仲裁法第 38 條、第 40

* 本文作者係執業律師。

1. 陳煥文教授著，仲裁法逐條釋義，崗華傳播事業有限公司，2002 年增訂再版，第 1、2 頁。

2. 薛西全律師著，兩岸仲裁法理論與實務，弘揚圖書有限公司，2011 年 5 月版，第 3、4 頁。

3. 司法院大法官會議釋字第 519 號解釋理由書。

條)，原則上即「一審終結」，並無如訴訟制度有上訴審救濟之規定。仲裁具專業性、迅速性、秘密性等優點，但仲裁制度存在一定之前提條件（門檻），並非當事人可任意提出，此門檻即為仲裁協議。

所謂仲裁協議，是指關於一定之法律關係，及由該法律關係所生現在或將來之爭議，當事人合意由第三人進行仲裁並終局服從其判斷之約定⁴。

仲裁協議係仲裁庭管轄權之基礎，國內除了證券交易法第 166 條第 1 項（證券商與證券交易所或證券商相互間之有價證券交易爭議）、勞資爭議處理法第 25 條及政府採購法第 85 條之 1 第 2 項（詳下述）等之法定強制仲裁外，合法有效的仲裁協議是當事人間提付仲裁解決爭議的依據與前提條件。仲裁法第 1、2 條即規定：「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。前項爭議，以依法得和解者為限。仲裁協議，應以書面為之。當事人間之文書、證券、信函、電傳、電報或其他類似方式之通訊，足認有仲裁合意者，視為仲裁協議成立。」、「約定應付仲裁之協議，非關於一定之法律關係，及由該法律關係所生之爭議而為者，不生效力。」，是我國仲裁法之立法例就仲裁協議特別成立要件規範為書面要式契約。

貳、政府採購法第 85 條之 1 第 2 項強制仲裁機制

政府採購法第 85 條之 1 第 2 項：「前項調解屬廠商申請者，機關不得拒絕。工程及技術服務採購之調解，採購申訴審議委員會應提出調解建議或調解方案；其因機關不同意致調解不成立者，廠商提付仲裁，機關不得拒絕。」，實務就前開條文有稱為「先調後仲」強制仲裁規定。此條文為民國（下同）105 年 1 月 6 日修正公布，修正前條文則為：「前項調解屬廠商申請者，機關不得拒絕；工程採購經採購申訴審議委員會提出調解建議或調解方案，因機關不同意致調

解不成立者，廠商提付仲裁，機關不得拒絕。」，可見修法前後其中之差異在於強制仲裁之範圍由原本僅限於「工程採購」項目擴及於「技術服務採購」；且修法後之採購申訴審議委員會「應」提出調解建議或調解方案，亦即修法後擴大了強制仲裁適用之範圍與可能性。

一般營建工程採購契約涉及之契約爭議金額較大且爭議點較具專業性，依目前法院民事訴訟實務，案情較具複雜度之營建工程訴訟事件審理期間從提起訴訟至判決確定，歷經之期間達五、六年以上者屢見不鮮。故政府採購案件，於廠商與政府機關間並無仲裁協議的約定下，大部分的廠商乃冀盼可先經由政府採購法第 85 條之 1 第 2 項之規定，於採購申訴審議委員會提出調解建議或調解方案後，即使因機關不同意致調解不成立時，廠商有機會可提付仲裁，以求得較法院訴訟程序更具迅速效率且專業性的紛爭解決途徑。

參、廠商依政府採購法第 85 條之 1 申請調解的範圍與事後依同條第 2 項提付仲裁之範圍不同時，仲裁庭依法得仲裁之範圍為何？

一、如前述，政府採購法第 85 條之 1 第 2 項條文雖就強制仲裁機制之程序訂有條件，但如廠商原於採購申訴審議委員會請求調解之項目與事後廠商依政府採購法第 85 條之 1 第 2 項規定提付仲裁之項目相異時，仲裁庭得合法仲裁之範圍為何？乃生爭議。

茲舉個人曾承辦之案例為例：甲廠商向行政院公共工程委員會採購申訴審議委員會就工程採購合約 A、B、C 三項申請調解，公程會採購申訴審議委員會作成調解建議後，因乙機關不接受，甲廠商乃依政府採購法第 85 條之 1 第 2 項規定提付仲裁。甲廠商向仲裁協會提付仲裁時，除 A、B、C 三項外，另就 D、E、F 三項亦提付仲裁，就 D、E、F 三項，仲裁庭可否一併合法實體仲裁？

二、就此爭議實務存在不同看法：

4. 林俊益大法官著，仲裁法之實用權益，永然出版社，2001 年版，第 60 頁。

(一) 肯定說：

採肯定者說理由為：「本件既然已經提付仲裁，其於仲裁程序中，依法準用民事訴訟法第 255 條等規定，就雙方爭議部分予以追加，亦難認有何不符之處。」⁵。

(二) 否定說

採否定說理由為⁶：

1. 「按政府採購法第 85 條之 1 第 1、2 項規定「機關與廠商因履約爭議未能達成協議者，得以下列方式之一處理：(一) 向採購申訴審議委員會申請調解。(二) 向仲裁機構提付仲裁。前項調解屬廠商申請者，機關不得拒絕；工程採購經採購申訴審議委員會提出調解建議或調解方案，因機關不同意致調解不成立者，廠商提付仲裁，機關不得拒絕。」⁷，依此，廠商就履約爭議，既須經(一)與機關協議而未能達成協議，(二)經向採購申訴審議委員會申請調解後，又因機關不同意採購申訴審議委員會之調解建議或調解方案致調解不成立之程序後，始得提付強制仲裁，則得提付強制仲裁之事項，自以曾與機關協議，並已申請調解而因機關不同意申訴委員會之調解建議或調解方案致調解不成立之事項為限，其他事項既未經協議及調解而不成立，自非屬政府採購法第 85 條之 1 第 2 項規定強制仲裁之範圍。」。
2. 「查政府採購法第 85 條之 1 固未限制就履約爭議申請調解之項目，惟法條既明定經調解不成立後，始得提付仲裁，則得提付仲裁者，自以業經調解不成立之事項為限。若未經調解不成立之事項，亦得提付強制仲裁，則強制仲裁前採購申訴審議委員會調解之功能即難以充分發揮，並有致發生廠商僅就諸多爭議中之一項或小部分申請調解，而於調解不成立時，就全部爭議提付仲裁之情形。而政府採購法第 85 條之 1 第 2 項強制

仲裁之規定，係仲裁程序須以具有仲裁協議有前提之例外規定，本不宜過度擴張解釋，將強制仲裁標的擴張及於未經調解部分之事項，應非立法之本意。」

3. 「且仲裁乃當事人約定以仲裁之方式自治地解決紛爭之制度，故除強制仲裁事件外，仲裁判斷之成立必以雙方當事人間存在仲裁協議為前提要件。而於強制仲裁之情形，因當事人間原無仲裁協議存在，故係以法律規定得為強制仲裁之範圍擬制為當事人間之仲裁協議，而予仲裁，則未經調解不成立之事項，應非屬法律所擬制當事人間仲裁協議之範圍，被上訴人以政府採購法未限制申請調解項目，抗辯提付仲裁之標的，不以經申請調解之事項為限云云，應非可取。」。
- 三、個人以為，除強制仲裁事件外，仲裁判斷之成立必以雙方當事人間存在仲裁協議為前提要件。而於強制仲裁之情形，因當事人間原無仲裁協議存在，係因法律規定使得進入仲裁程序。前述肯定說之理由，似忽略本案之機關與廠商間原並無仲裁協議存在之事實。易言之，肯定說理由所稱：「準用民事訴訟法第 255 條等規定，就雙方爭議部分予以追加」之理由論述，仍應以廠商與機關間存在有仲裁協議為前提要件，始有適(準)用餘地，是此肯定說之見解容有未妥。否定說則由立法目的與法條要件等面向予以論述，所持理由應較妥適，殊值贊同。

肆、撤銷仲裁判斷訴訟確定與時效中斷之爭議

- 一、承上，非屬政府採購法第 85 條之 1 第 2 項強制仲裁之範圍事項，雖經仲裁庭判准廠商之請求，經機關提起撤銷仲裁判決撤銷確定後，廠商為主張權利再依民法承攬報酬之法律關係另提起民事訴訟，此時即涉及承攬人之報酬請求權二年短期時效規定(參民法第 127 條)及時效是否中斷而生爭議。

茲舉一案例為例：甲廠商與乙機關於 94

5. 台灣台北地方法院 99 年度仲訴字第 16 號民事判決。

6. 台灣高等法院 100 年度重上字第 62 號民事判決。

7. 此案例發生於 105 年 1 月 6 日修正公布前。故適用修正前條文。

年4月間訂立某工程承攬契約，系爭工程於97年10月14日驗收合格。甲廠商向行政院公共工程委員會採購申訴審議委員會就工程合約A、B、C三項申請調解，公程會採購申訴審議委員會作成調解建議後，因乙機關不接受致調解不成立，廠商遂依政府採購法第85條之1第2項規定提付仲裁。甲廠商於98年8月21日向仲裁協會提付仲裁時，除A、B、C三項外，另就D、E、F三項亦提付仲裁。仲裁庭就D、E、F三項亦做成仲裁判斷命乙機關應給付相關工程款一千三百餘萬元及遲延利息。乙機關於99年5月24日收受仲裁判斷後，遂於99年6月22日就D、E、F仲裁判斷部分向法院提起撤銷仲裁判斷訴訟。100年9月8日撤銷仲裁判斷之訴經最高法院駁回廠商之上訴，判決乙機關撤銷仲裁判斷勝訴確定。甲廠商於100年9月29日收受最高法院裁定後，轉而於100年11月17日向法院提起民事訴訟主張請求D、E、F三項之相關工程款一千三百餘萬元及遲延利息。

乙機關抗辯主張系爭工程於97年10月14日驗收合格，依民法第127條第7款規定：承攬人之報酬請求權之時效為二年，甲廠商之承攬報酬請求權於99年10月14日即系爭工程驗收合格後滿二年即業已罹於時效。甲廠商先前雖就D、E、F部分聲請仲裁，但仲裁判斷既經最高法院撤銷仲裁判斷訴訟確定，主張類推民法第133條規定，時效視為不中斷，亦即甲廠商之承攬報酬請求權於99年10月14日之後業已罹於時效。甲廠商則主張其於聲請仲裁程序時即中斷時效之進行，系爭仲裁判斷於99年4月30日作成，本件承攬報酬請求權應自99年4月30日起重新起算二年。故其於100年11月17日提起民事訴訟，請求權並未罹於時效消滅。

二、本案爭點有三：

(一) 爭點 1：

仲裁判斷作成後，嗣經法院撤銷仲裁判斷確定者，是否可類推適用民法第133條：「時效因聲請調解或提付仲裁而中斷者，若調解之聲請經撤回、被駁回、調解不成立或仲裁之請求經撤回、仲裁不能達成判斷時，視為不中斷。」之規定，時效視為不中斷？

(二) 爭點 2：

承上開爭執點，若認可類推適用民法第133條之規定，時效視為不中斷，則在法院撤銷仲裁判斷判決確定之前，債權人之請求權可否行使？

(三) 爭點 3：

承上，若認債權人之請求權不能行使，是否可類推適用民法第139條「時效之期間終止時，因天災或其他不可避之事變，致不能中斷其時效者，自其妨礙事由消滅時起，一個月內，其時效不完成。」之規定？

三、仲裁判斷作成後，嗣經法院撤銷仲裁判斷確定者，可否類推適用民法

第133條「時效因聲請調解或提付仲裁而中斷者，若調解之聲請經撤回、被駁回、調解不成立或仲裁之請求經撤回、仲裁不能達成判斷時，視為不中斷。」之規定而視為時效不中斷？

(一) 肯定說：

1. 「民法第一百三十三條雖僅規定，時效因提付仲裁而中斷者，若仲裁之請求經撤回、仲裁不能達成判斷時，視為不中斷。惟仲裁判斷作成後，經法院認仲裁庭之組成與仲裁程序違反兩造仲裁協議之程序瑕疵理由判決撤銷確定，似與「仲裁不能達成判斷」之情形類似，果爾，上訴人援引民法第一百三十一條規定之法理，抗辯上開仲裁判斷經法院撤銷確定，應視為時效不中斷，更不能重行起算時效乙節，是否全無可採？攸關上訴人就被上訴人對系爭利管費之請求權是否已罹於時效而消滅之抗辯是否可採，非無詳為探求之餘地。原審未違詳

為勾稽推求，遽以上述理由為不利於上訴人之論斷，尚嫌速斷。」⁸。

2. 「按民法第 129 條第 2 項第 2 款固規定提付仲裁為消滅時效中斷事由之一，惟仲裁不能達成判斷時，除有仲裁法第 21 條第 3 項、第 4 項、第 32 條第 4 項、第 5 項規定之情形外，依民法第 133 條規定，時效應視為不中斷。如仲裁程序有仲裁法第 40 條規定重大瑕疵情形，仲裁已喪失公正解決當事人之根本機能，仲裁庭已不能作成判斷，雖仲裁庭仍為判斷，當事人得依仲裁法第 41 條規定，提起撤銷仲裁判斷之訴，一經法院判決撤銷確定，該仲裁判斷即失其效力，與仲裁不能達成判斷之法律規定障礙相似，應依同一法理，類推適用上開第 133 條規定，時效視為不中斷。」⁹。

(二) 否定說：

1. 「民法就仲裁判斷部分，既於第一百三十三條僅就「仲裁之請求經撤回」及「仲裁不能達成判斷」二種情形，規定視為不中斷時效，未如第一百三十一條為相同之規定。參諸消滅時效制度係以確保交易安全，維持社會秩序等立法意旨，被上訴人既於消滅時效期間內提付仲裁以行使其權利，並獲有利之仲裁判斷，兩造間之交易安全及社會之秩序，原已獲確保及維持；嗣該仲裁判斷雖因上訴人訴請判決撤銷，亦不容比附援引，準用或類推適用民法第一百三十一條之規定，認被上訴人承攬報酬請求權之消滅時效，因不中斷而已完成。」¹⁰。
2. 「仲裁判斷作成後經判決撤銷確定」與「仲裁不能達成判斷」應屬二事，不應混為一談。思考關鍵在於撤銷仲裁判斷之訴之性質。按仲裁法第四十條規定法定列舉事由始得提起撤銷仲裁判斷之訴，其事由大體上是仿照民事訴訟法第四百九十六條所列各款再審事由而來，如前所述，學說及實務判例一致認為，

撤銷仲裁判斷之訴，與再審之訴同為推翻具有與確定判決同一效力之判決，具有形成之訴（訴訟法上形成之訴）之性質，法院作成之判斷具有形成判決之效力，透過形成判決使得當事人已確定之法律關係發生創設、變更或消滅之效果，其本質（性質）與再審之訴並無不同。雖然撤銷仲裁判斷之訴有溯及消滅仲裁判斷之效力，但其對象是已具有既判力之實體判斷。至於所謂「仲裁不能達成判斷」，係指提付仲裁違反兩造仲裁前置程序之約定，或仲裁庭之組織不合法，致仲裁不能進入實體判斷而言。準此以解，前者為曾經作成實體判斷，後者則未曾進入實體判斷，此觀民法第一百三十三條規定將「調解不成立」與「仲裁不能達成判斷」、「調解之聲請經撤回、被駁回」與「仲裁之請求經撤回」並列二者，均指未曾作成實體判斷之情形甚明，故似難認「仲裁判斷作成後經判決撤銷確定」與「仲裁不能達成判斷」二者，具有類推適用所必須具備之「類似性，…從民法第一百三十三條之立法理由以觀，該條於民國七十一年增訂時，其立法理由謂：「一、為配合第一百二十九條第二項第二款之修正，修正本條之規定。二、…調解不成立或仲裁不能達成判斷，應視為時效不中斷，乃屬理所當然。調解之聲請或仲裁之聲請被撤回時，亦應視為該項時效不中斷之原因，且民法總則第一百三十一條、第一百三十四條均規定有撤回之情形，故增列『經撤回』或『請求經撤回』亦可視為不中斷」，可見立法者認為「視為不中斷」之情形，均僅止於未曾進入對實體請求予以審查之前階段程序而言。」、「消滅時效因「提付仲裁」而發生與起訴相同有中斷時效之效力（民法第一二九條第二項第二款），「如仲裁達成判斷…仲裁之程序即行終結」，此時即屬於民法第一三七條第一項之「中斷事由終止時」，故新時效自此時重新開始進行（起算）」¹¹。

8. 最高法院 96 年度台上字第 1412 號民事判決。

9. 最高法院 106 年度台上字第 1193 號民事判決。

10. 臺灣高等法院 95 年度建上字第 88 號民事判決。

四、承上開爭點，若認可類推適用民法第 133 條之規定，時效視為不中斷，則在法院撤銷仲裁判斷判決確定之前，債權人之請求權可否行使？

(一) 肯定說：

「獲有利仲裁判斷之當事人，即使於撤銷仲裁判斷之訴進行中，依法亦非不得就仲裁判斷聲請准予強制執行並進而進行強制執行情序；抑有進者，獲有利仲裁判斷之當事人如認為其請求權因撤銷仲裁判斷之訴的進行有罹於消滅時效之虞，其亦非不得於撤銷仲裁判斷之訴中提起預備反訴，以生中斷其請求權消滅時效之效力。」¹²

(二) 否定說：

「又仲裁判斷債權人縱得依仲裁法第 37 條第 2 項規定，聲請法院為執行裁定，但依同法第 38 條第 1 款規定，如仲裁判斷逾越仲裁協議之範圍者，就該超逾部分，法院應駁回其執行裁定之聲請，債權人無由就該超逾部分，聲請強制執行以中斷時效；仲裁法第 37 條第 1 項復規定，仲裁判斷與法院確定判決同一效力，在法院判決撤銷該仲裁判斷確定前，依民事訴訟法第 249 條第 1 項 7 款規定，當事人不得就同一事件再行起訴。」¹³

五、承上，若認債權人之請求權不能行使，是否可類推適用民法第 139 條「時效之期間終止時，因天災或其他不可避之事變，致不能中斷其時效者，自其妨礙事由消滅時起，一個月內，其時效不完成。」之規定？

(一) 肯定說：

「又仲裁判斷債權人縱得依仲裁法第 37 條第 2 項規定，聲請法院為執行裁定，但依同法第 38 條第 1 款規定，如仲裁判斷逾越仲裁協議之範圍者，就該超逾部分，法院應駁回其執行裁定之聲請，債權人無由就該超逾部分，聲請強制執

行以中斷時效；仲裁法第 37 條第 1 項復規定，仲裁判斷與法院確定判決同一效力，在法院判決撤銷該仲裁判斷確定前，依民事訴訟法第 249 條第 1 項 7 款規定，當事人不得就同一事件再行起訴。均屬仲裁判斷作成後，撤銷該仲裁判斷判決確定前，債權人行使仲裁判斷債權之法律上障礙。倘此法律上障礙延續至時效期間終止時尚未排除，因民法未設有時效之停止制度，及就法律上障礙無法繼續行使請求權為規範，基於民法第 139 條規定之同一法理，應類推適用該規定，自該法律障礙消滅時起 1 個月內，其時效不完成。」¹⁴

(二) 否定說

個人以為民法第 139 條：「時效之期間終止時，因天災或其他不可避之事變，致不能中斷其時效者，自其妨礙事由消滅時起，一個月內，其時效不完成。」規定，所稱不能中斷時效之防礙事由，係指天災或其他相類似之不可避免事變而言。若僅係債權人債權之行使因法律規定而有受阻礙之虞，尚與民法第 139 條所定之防礙事由性質不同，自無類推適用之餘地。

伍、未來修法方向：

因現有之民法第 133 條等規範內容不足，不免當事人之權益因學說主張或不同法院之相異解釋而生風險，中華民國仲裁協會乃於仲裁法修正草案中提出建議修法條文如下：「前二項情形，當事人於法院判決撤銷仲裁判斷確定後三十日內起訴或另行提付仲裁者，自原提付仲裁日起至起訴或另行提付仲裁日止，不計入時效期間。」¹⁵，前述爭點 1、2、3 之肯定說與否定說見解均各有立論，冀希未來若能順利完成修法程序，諸如此類之法律爭議能定紛止爭，以求我國法制更趨完備妥適。

11. 吳從周教授著，撤銷仲裁判斷之訴之性質，仲裁季刊第 102 期 104 年 12 月 31 日，第 192 頁以下。

12. 李念祖教授著仲裁法新論第六章「仲裁判斷之撤銷」，中華民國仲裁協會，2009 年 6 月 3 版二刷，第 331 頁。

13. 最高法院 106 年度台上字第 1193 號民事判決。

14. 最高法院 106 年度台上字第 1193 號民事判決。

15. 中華民國仲裁協會仲裁法修正草案第 61 條第 3 項。