

RDEC-RES-099-041（委託研究報告）

以強制仲裁途徑解決公共工程採購契約
履約爭議之研究

行政院研究發展考核委員會編印

中華民國 99 年 12 月

（本報告內容及建議，純屬研究小組意見，不代表本會意見）

RDEC-RES-099-041（委託研究報告）

以強制仲裁途徑解決公共工程採購契約 履約爭議之研究

受委託單位：社團法人台灣行政法學會
主 持 人：陳副教授愛娥
協同主持人：吳助理教授從周
兼任研究助理：陳怡婷
兼任研究助理：顏佑紘

行政院研究發展考核委員會編印

中華民國 99 年 12 月

（本報告內容及建議，純屬研究小組意見，不代表本會意見）

目次

目次.....	I
提要.....	III
第一章 研究緣起、探討重點與研究方法的界定.....	1
第二章 公共工程採購履約爭議「強制仲裁」解決模式的形成與 相關法制背景.....	5
第一節 現行政府採購法第 85 條之 1「先調後仲」之「強制仲裁」規 定的濫觴.....	5
第二節 現行政府採購法第 85 條之 1「先調後仲」規定的形成背景...7	
第三節 「營造業法第 27 條條文修正草案」的重啟爭議.....8	
第四節 相關法制條件的演變：營造業法第 67 條之 1 的增訂.....10	
第三章 99 年 11 月 12 日徵詢意見座談會之擬邀對象、討論議題 與意見重點.....	11
第四章 各種訴訟外紛爭解決機制的介紹：國際上工程契約採用 之訴訟外紛爭解決機制（Alternative Dispute Resolution, ADR）.....	15
第一節 調解.....	17
第二節 爭議委員會(Dispute Board, DB)的制度.....	18
第三節 仲裁.....	20
第四節 法院體系內之附屬仲裁機制(Court Annexed Arbitration,	

C.A.A.).....	21
第五章 強制仲裁之合憲性疑義的討論.....	23
第一節 證券交易法第 166 條所定強制仲裁的違憲爭議.....	24
第二節 調整事項勞資爭議之強制仲裁制度的違憲爭議.....	26
第三節 政府採購法第 85 條之 1 第 2 項「先調後仲」模式的違憲爭議.....	28
第四節 德國法制上的借鏡.....	33
第六章 政策建議方案一：強化公共工程採購履約爭議調解機制.....	39
第七章 政策建議方案二：為稍減違憲疑義應採取之強制仲裁配套措施的建議.....	43
第八章 結論：建議意見.....	49
參考文獻.....	51
附錄一：「以強制仲裁途徑解決公共工程採購履約爭議之研究」座談會會議記錄.....	55
附錄二：審查意見之回應.....	75

提要

為求經濟、迅速、專業解決公共工程採購履約爭議，立法院於 2007 年修正通過政府採購法第 85 條之 1 第 2 項，規定公共工程採購履約爭議，因機關不同意調解建議或調解方案致調解不成立者，「廠商提付仲裁，機關不得拒絕」；嗣復有提案修正營造業法第 27 條，擬引進「無條件強制仲裁」之議。惟因此類強制仲裁始終存有違憲疑義；另一方面，假使雙方當事人不能獲致仲裁合意，致須循一般訴訟途徑解決履約爭議，亦恐曠日廢時，導致廠商承受過重負擔。因此，確有究明相關強制仲裁制度之合憲性以及，除訴訟、仲裁程序外，是否存有其他得以迅速、妥適解決公共工程採購履約爭議之紛爭解決途徑。

關於本研究採行的研究方法，考量到此政策議題歷經立法實務的長期關注，爰追溯伴隨相關立法過程的論述，藉由相關政府機關、利益團體、專家學者的諮詢意見，整理、歸納出相關議題爭點後，進一步觀察外國法制上處理此類議題的可能選項、深入檢討強制仲裁的合憲性疑義，最後再根據此等資料，初步提出兩種可能的政策建議選項（強化現行公共工程採購履約爭議調解機制、為稍減違憲疑義應採取之強制仲裁相關配套措施的建制），最後則根據前文的討論，提出相關建議意見。

藉由前述探討，本研究發現，就公共工程採購履約爭議採行強制仲裁制度確實存在重大違憲疑義；即使充實相關配套措施，亦未必能全然排除其違憲疑義。此外，除訴訟與仲裁途徑外，尚存有諸多紛爭解決機制，不須強於二者之間作出抉擇。至於本研究具體的政策建議方向，其立即可行者應係強化行政院公共工程委員會之履約爭議調解功能，就中長期角度而言，則建議充實工程專業法庭與推廣其他紛爭解決機制。

關鍵詞：工程採購、強制仲裁、訴訟外紛爭解決機制（ADR）、調解、爭議委員會(Dispute Board, DB)

第一章 研究緣起、探討重點與研究方法的界定

按依 2002 年 1 月 16 日增訂之政府採購法第 85 條之 1 規定，政府採購事件中，機關與廠商因履約爭議未能達成協議者，除一般民事訴訟途徑外，尚得向採購申訴審議委員會申請調解，或向仲裁機構提付仲裁；如經廠商申請調解，機關不得拒絕。惟依仲裁法第 1 條第 1 項之規定，相關爭議依仲裁方式解決之前提為：當事人訂定仲裁協議；倘機關拒絕訂定仲裁協議，廠商即無從循仲裁途徑解決履約爭議。嗣依 96 年 6 月 8 日修正之政府採購法第 85 條之 1 之規定，機關與廠商因工程採購契約履約爭議未能達成協議，經廠商向採購申訴審議委員會申請調解，機關不得拒絕；如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，此即政府採購中「先調後仲」之強制仲裁制度，據此，強制仲裁之進行，仍有其前提要件。惟因多數工程採購金額龐大，一旦發生爭議，對廠商權益影響甚鉅，臺灣區綜合營造工程工業同業公會等利害關係團體提出，為維護廠商權益，希能修正相關法制，俾機關工程採購履約爭議循仲裁途徑解決，以期加速解決爭議並減省訟累。惟不論以何種修法方式強制機關之工程採購履約爭議循仲裁程序解決，質言之，強制機關不得循訴訟途徑，由法院裁判履約爭議所涉權利義務，其是否違反憲法保障訴訟權之意旨？是否有悖於仲裁應經當事人合意之基本原則？相關問題之癥結何在？以強制仲裁方式解決機關工程採購履約爭議，對現行政府採購制度之影響如何？總結以言，強制仲裁此等工程採購履約爭議之解決方式在行政、法律與政治層面的可行性如何？值得進一步探究。

本件政策建議研究計畫的探討重點，依委託機關的要求原包括：

- 1、瞭解相關民間業者（如營造廠商等）及相關利害關係團體（如營造工程工業同業公會、建築師公會、土木技師公會、工業總會、商業總會、土木包工商業同業公會、結構工程技師公會）對強制仲裁方式解決公共工程履約爭議之看法。

- 2、從政府採購協定及外國法制經驗出發，探討工程採購履約爭議採行強制仲裁之可行性。
- 3、我國公共工程採購履約爭議採行強制仲裁之合憲性檢討。
- 4、工程採購履約爭議納入強制仲裁制度，對我國政府採購制度之影響（至少應包含法律、行政、政治等層面之可行性分析）。

惟按「世界貿易組織」(WTO)政府採購委員會於 2008 年 12 月 9 日的會議中，通過我國加入「政府採購協定」(GPA)之申請書，嗣由經濟部報請行政院核轉立法院審議，並諮請總統批准後，通知 WTO 秘書處，完成通知程序後 30 日，於 2009 年正式生效¹。委託機關擬釐清政府採購法第 85 條之 1 第 2 項，乃至營造業法第 27 條修正草案所定工程採購履約爭議「強制仲裁」制度與政府採購協定有無牴觸之考量，誠可理解。惟查所謂政府採購協定係世界貿易組織下的一項複邊協定，政府採購協定的締約國始享有該協定的權利並負擔其義務。換言之，某一 GPA 締約國有義務對其他締約國開放其採購市場，對其商品及勞務適用國民待遇原則(nationale treatment)，並提供一公平、透明與可預期的貿易方式。同時，該國之廠品或供應商亦享有進入其他締約國採購市場的權利。政府採購協定係要求締約國，以列舉採購機關及採購項目，以及符合一定門檻價格的方式，規定協定的適用範圍。協定中對招標程序、供應商資格、投標等細節，均有相關規定²。政府採購協定要求，締約國之間必須遵守國民待遇原則、不歧視原則（協定第 3 條），且該協定主要在確保締約國對其他締約國應享有之市場利益；其主要規定有：補償交易之禁止、透明化的要求以及，對招標程序設定完整的救濟程序³。整體以觀，政府採購協定對於公共工程採購履約爭議之採取「強制仲裁」與否，似並無令行禁止之誡命，下文應毋須就此再為論究。

¹ 廖唯宸、曾大川，〈我國正式加入政府採購協定〉，《經貿法訊第 79 期》，2009/1，頁 4。

² 廖唯宸、曾大川，前揭文（見註 1），頁 4-5。

³ 羅昌發，〈政府採購法與政府採購協定論析〉，2004/10，二版，頁 403、425。

最後，關於本研究採行的研究方法，擬明白指出的是：考量到有限的研究期程以及，此一政策議題歷經立法實務上的長期關注，爰擬追溯伴隨相關立法過程的論述（第二章）、藉由相關政府機關、利益團體、專家學者的諮詢意見（第三章），整理、歸納出相關議題爭點後，進一步觀察外國法制上處理此類議題的可能選項（第四章）與深入檢討強制仲裁的合憲性疑義（第五章），最後再根據此等資料，嘗試提出兩種可能的政策建議選項（強化現行公共工程採購履約爭議調解機制—第六章、為稍減違憲疑義應採取之強制仲裁相關配套措施的建制—第七章），最後則根據前文的討論，提出相關建議意見（第八章）。

第二章 公共工程採購履約爭議「強制仲裁」解決模式的形成與 相關法制背景

傳統公共工程履約爭議的解決方式，通常是由雙方當事人先行協商，如無法達成協議則訴諸法；惟因法院訴訟曠日廢時，而公共工程具緊急性與高度專業性之特性，法院訴訟方式常無法符合實際需要。相對於此，仲裁制度具有經濟、迅速、專業等優點，1980年代末期我國乃開始利用仲裁解決工程爭議，以求迅速經濟並達到由工程專家判定工程爭議的目的。關於政府採購合約之履約爭議，1998年5月27日公布（1年後施行）的政府採購法，已規範政府採購合約的履約爭議調解程序，但並未規定，機關不得拒絕調解；嗣於2002年1月16日增訂政府採購法第85條之1，規定政府採購事件中，機關與廠商因履約爭議未能達成協議者，除一般民事訴訟途徑外，尚得向該管採購申訴審議委員會申請調解，或向仲裁機構提付仲裁，如經廠商申請調解，機關不得拒絕；明示機關不得拒絕廠商向該管採購申訴審議委員會申請之調解⁴。相對於此，依仲裁法第1條第1項之規定，相關爭議依仲裁方式解決之前提為：當事人訂定仲裁協議；如是，倘招標機關拒絕訂定仲裁協議，廠商即無從循仲裁途徑解決履約爭議。

第一節 現行政府採購法第85條之1「先調後仲」之「強制仲裁」 規定的濫觴

嗣立法委員賴士葆等38人於2005年9月間，提案修正政府採購法第85條

⁴ 張嘉真、吳典倫，〈政府採購法第85條之1第2項修訂為「先調後仲」之強制仲裁對公共工程合約之影響及因應建議〉，《萬國法律第157期》，2008/2，頁40；吳光明，〈論政府採購法第85條之1第2項之「先調後仲」機制〉，《法學叢刊第211期》，2008/7，頁43。

之 1 第 3 項為：「第一項之爭議未能達成協議，如係簽約後履約之爭議，應向仲裁機構提付仲裁。」修正第 4 項為：「前項仲裁屬廠商申請者，機關不得拒絕。」行政院公共工程委員會為研商此項提案，於 2005 年 10 月 21 日召開會議，邀請相關機關表示意見。各機關對引進此等「強制仲裁」之制度安排，咸表疑慮；其主要理由略以⁵：(一) 此等制度設計為單方面之強制仲裁制度，似有**剝奪當事人訴訟權之疑慮**（法務部）；(二) 強制仲裁**違反仲裁法雙方平等之協議原則**（內政部、交通部台灣區國道高速公路局、台灣電力股份有限公司）；(三) 應檢討是否係因各機關合約均將仲裁條款排除於紛爭解決途徑之外，以致有強制仲裁之議，**並應探討招標機關排斥仲裁程序之原因**（法務部、交通部台灣區國道新建工程局、臺北市政府）；(四) 引進強制仲裁制度，可能導致廠商以低價搶標後，**藉由強制仲裁之規定請求追加給付、影響工期、品質**（法務部、內政部、交通部台灣區國道新建工程局）；(五) **對仲裁制度本身的質疑**（交通部台灣區國道新建工程局）。嗣後，賴委員撤回提案。

立法委員陳根德、沈智慧等復於 2006 年 3 月間提案擬訂「政府採購法第 85 條之 1 與第 85 條之 5 修正草案」（院總第 1650 號 委員提案第 6776 號），仍擬引進強制仲裁制度。就此，行政院公共工程委員會對立法院第 6 屆第 3 會期科技及資訊委員會提出之書面意見，除重申強制仲裁有違仲裁法規定、有侵害訴訟權之疑慮外，並強調：(一) **證券交易法第 166 條第 1 項但書雖有強制仲裁之規定**，惟限於「證券商與證券交易所或證券商相互間」，並不及於證券商或證券交易所與投資人間之爭議，尚不宜將該等規定比附援用於政府採購履約爭議；(二) 該會採購申訴審議委員會就履約爭議之成效應予肯定。

嗣立法委員陳根德、張慶忠、李全教、李顯榮、廖本煙等 37 人於 2006 年

⁵ 見該次會議紀錄。

12 月間提出政府採購法部分條文修正草案，建議將政府採購法第 85 條之 1 第 2 項修正為：「前項調解或仲裁屬廠商申請者機關不得拒絕」⁶；其修法理由略以：（一）政府採購法歷來將仲裁機制列為廠商得選擇之解決機制，足見行政部門亦傾向，工程專業領域透過仲裁方式解決，較符合政府採購專業特性與需求；（二）採購申訴審議委員會之履約爭議調解程序未必較仲裁制度更能發揮爭議解決功能；詳言之：政府機關之採購申訴審議委員會主導調解程序，有球員兼裁判之疑慮；調解未成立，仍須依仲裁或訴訟途徑解決，徒增程序勞費。本件修正草案嗣經立法院朝野黨團協商，協商結論：政府採購法第 85 條之 1 第 2 項修正為：「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」；此一協商結論，旋即於二讀、三讀會通過⁷，成為現行政府採購法第 85 條之 1 第 2 項條文。

第二節 現行政府採購法第 85 條之 1「先調後仲」規定的形成背景

政府採購法第 85 條之 1 第 2 項明文規定，公共工程之履約爭議（限於工程採購，而不及於其他政府採購），在經該管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之情形下，縱雙方並無仲裁合意，亦得由廠商一方之聲請進入仲裁程序，論者稱為「先調後仲」之機制，係我國公共工程紛爭解決政策上的重大變革。蓋行政機關早期對仲裁持較正面的態度，內政部於 1989 年曾函知各機關，將仲裁條款列入工程契約條款，營建署因而訂定「營建工程仲裁條款」。惟因仲裁判斷多命機關為一定之給付，使政府機關逐漸質疑仲

⁶ 立法院第 6 屆第 4 會期第 11 次會議議案關係文書（院總第 1650 號 委員提案第 7194 號）。

⁷ 立法院公報第 96 卷第 52 期院會紀錄第 182 頁至第 183 頁。

裁制度，對仲裁人之公正性與專業性有所疑慮⁸，認為仲裁人未能充分考量當事人所提事實理由，並認撤銷仲裁判斷之條件過於嚴苛，導致機關紛紛取消公共工程契約中的仲裁條款，2002年12月4日交通部甚至發布「取消工程合約仲裁條款，回歸採購法」之看法，引起工程業界一片譁然。此次明定公共工程合約廠商得在一定條件下提付仲裁，機關不得拒絕，係意圖重新強化仲裁此一紛爭解決機制的功能，蓋仲裁制度具有之迅速、經濟與專家判斷等優點，仍不容抹煞⁹。

第三節 「營造業法第 27 條條文修正草案」的重啟爭議

立法委員張嘉郡等 20 人於本（2010）年 3 月間提案修正營造業法第 27 條，除該條第 1 項內容（「營繕工程之承攬契約，應記載事項如下：……七、契約爭議之處理方式。……」）維持不變外，增列第 2 項、第 3 項內容如下：「前項第七款，應於工程承攬契約訂立機關與廠商因履約爭議未能達成協議之處理條款：一、向採購申訴委員會申請調解。二、工程採購契約約定組成協調委員會，以協調履約爭議，協調不成時，提付仲裁。三、向仲裁機構提付仲裁。四、向法院提起民事訴訟（第二項）。上列任一處理方式，經一方提出，他方不得拒絕（第三項）」。**該修正草案總說明主張：「工程糾紛的爭議調解，具有一定的工程專業性、獨特性。為符合歐美先進國家，處理工程爭議的主流模式，以『先調解、後仲裁』的二審機制。唯執行多年以來，發生數起『有條件』的強制仲裁規定，皆因執行**

⁸ 此係因部分仲裁人淪於折衷主義式的判斷，或具有代理人意識，可能危及仲裁制度的公正性與中立性：吳光明，前揭文（見註 4），頁 48。此外，王欽彥教授也指出，雖然仲裁並非制度性地對廠商有利，且理念上仲裁人應獨立公正，並非當事人利益之代言人；然而，實務上機關或許會選任具公正形象之學者專家，但廠商則可能選任有維護其利益傾向的仲裁人，該仲裁人有可能在仲裁程序中扮演廠商利益代言人之角色。如是，則仲裁庭實際運作與評議，即不無偏袒廠商利益之可能性：王欽彥，〈法定仲裁與訴訟權保障：政府採購法第八五條之一「強制仲裁」規定之違憲性檢驗〉，《東海大學法學研究第 30 期》，2009/6，頁 227。

⁹ 張嘉真、吳典倫，前揭文（見註 4），頁 40；沈冠伶、陳英鈴，〈仲裁、程序選擇權與訴訟權之保障—以政府採購法第五十八條之一第二項規定為例探討法定仲裁之相關問題〉，《月旦法學雜誌第 258 期》，2008/7，頁 218；吳光明，前揭文（見註 4），頁 43-44。

上的過度扭曲，藉由技術杯葛，讓調解個案無法順利進入仲裁階段，導致眾多營造廠商無論其規模大小，皆因資金調度發生困難，紛紛關廠倒閉，衍生嚴重社會問題，造成國內重大工程進度延宕，不利國家建設」；該草案條文說明部分另指出，「政府採購中之工程採購，基於公共利益，實有快速解決雙方爭議之必要，而仲裁法第二十一條亦肯認強制仲裁事件並不違憲，爰參考證券交易法第一百六十六條第一項證券商與證券交易所強制仲裁之規定，訂定本條」¹⁰。該案嗣經院會決議，依立法院職權行使法第 68 條第 2 項規定，「交黨團進行協商」¹¹。

針對前揭修法提案，司法院秘書長於 2010 年 5 月 21 日以秘台廳民一字第 0990011345 號函覆法務部所詢，「營造業法第 27 條修正草案，擬增訂強制仲裁制度，其有無牴觸憲法第 16 條人民訴訟權保障之虞」，略以：「依本院釋字第 591 號解釋意旨：『仲裁係人民依法律之規定，本於契約自由之原則，以當事人合意選擇依訴訟外之途徑處理爭議之制度，兼有程序法與實體法之雙重效力，具私法紛爭自主解決之特性，為憲法之所許。』觀之，係就任意仲裁制度所為之釋示。而旨揭草案第 27 條擬增訂者係於一定情形下，廠商提付仲裁，機關即不得拒絕或一方提付仲裁，他方不得拒絕之強制仲裁制度，其將致民事紛爭事件之一方當事人，不得循訴訟程序處理爭議，剝奪該當事人基於權利主體，於程序上享有之程序處分權及選擇權，恐生是否牴觸憲法第 16 條規定人民有訴訟之權之爭議」；「惟旨揭草案第 27 條擬增訂強制仲裁制度，是否合憲，牽涉大法官職權，應依司法院大法官審理案件法規定辦理」。因前揭強制仲裁制度具有合憲性之爭議，爰辦理本研究案。正是基於前述研究背景，本研究所稱「強制仲裁」意指：非基於當事人合意，而係透過法律規定，要求當事人依仲裁程序解決其契約爭議，至於其是否如現行政府採購法第 85 條之 1 第 2 項之附有條件，且僅賦予廠商選擇

¹⁰ 立法院第 7 屆第 5 會期第 4 次會議議案關係文書(院總第 802 號 委員提案第 9532 號)。

¹¹ 立法院公報第 99 卷第 31 期院會紀錄第 228 頁。

權（須「因機關不同意致調解不成立」，且須廠商選擇仲裁程序），或如前述營造業法第 27 條修正草案之不附條件，由任一方當事人選擇，他方即不得拒絕，均非所問¹¹⁻¹。

第四節 相關法制條件的演變：營造業法第 67 條之 1 的增訂

前揭營造業法第 27 條修正草案以，**公共工程採購履約爭議之專業性與迅速解決之必要性**為其引進強制仲裁之論據；業經三讀通過之營造業法第 67 條之 1 似亦取向於相同的立法目標。按立法委員張慶忠、陳根德等 24 人於 2008 年 12 月間提案增訂「營造業法第六十七條之一條文」。該條內容：「**司法院應指定法院設立工程專業法庭**，由具有工程相關專業知識或審判經驗之法官，辦理工程糾紛訴訟案件」；其說明略以：「工程爭議之內容通常具有專業性，而動輒數千萬上億龐大之工程款爭議在未解決前又無法停工情況下，工程爭議之解決亟需即時性，否則廠商資金一旦無法週轉，必然倒閉導致工程停擺，衍生下游包商糾紛。倘若設置『工程專業法庭』，以具有工程專業知識或審判經驗的法官，辦理工程糾紛訴訟，對於健全營建產業、安定經濟體制與增進公共福祉，定有相當助益」¹²。對此一提案，司法院代表表示：「司法院非常重視目前的工程糾紛問題，所以本院秘書長在今年 1 月已函覆營造公會，基本上同意此一大方向。惟設立相關專業法庭須經評估，組織及法官訓練等細節亦待規劃，因此需要一段作業時間」；該提案業經三讀通過¹³。

¹¹⁻¹ 就此而言，本研究對於「強制仲裁」的理解，與沈冠伶、陳英鈴所稱「法定仲裁」相同：沈冠伶、陳英鈴，前揭文（見註 9），頁 222。

¹² 立法院第 7 屆第 2 會期第 15 次會議議案關係文書(院總第 802 號 委員提案第 8675 號)。

¹³ 立法院公報第 98 卷第 14 期院會紀錄第 449 頁至第 450 頁。

第三章 99 年 11 月 12 日徵詢意見座談會之擬邀對象、討論議題

與意見重點

本件委託研究重點之一為：瞭解民間業者與相關利害團體對於以強制仲裁解決公共工程履約爭議的看法。為符合此一要求，且因限於時程，本研究以召開座談會的方式徵詢相關團體代表的意見行之。此外，為期廣納相關各方意見，邀請對象不限於民間業者的代表。本研究就擬邀請之相關機關、團體的選擇標準，主要基於三個面向的考量：其一是法制上的考量；慮及前揭「強制仲裁」的違憲疑義以及，其與一般仲裁制度的關係，因此，除了政府採購法的主管機關—行政院公共工程委員會、營造業法的主管機關—內政部外，也邀請了司法院、法務部的代表。另一個考量觀點是：應納入公共工程合約另一方參與者的意見，因此也邀請了重要的公共工程採購機關代表。最後，因慮及公共工程採購機關對工程仲裁實務頗有微詞，因此亦邀請相關仲裁協會的代表參與。據上考量，擬列的邀請名單如下：

司法院、法務部、內政部、行政院公共工程委員會、中華民國營造工程工業同業公會全國聯合會、台灣中小型營造業協會、台灣區電氣工程工業同業公會、台灣區電信工程工業同業公會、內政部營建署、交通部、交通部公路總局、經濟部、臺灣電力股份有限公司、國防部、國防部軍備局、中華民國仲裁協會、中華工程仲裁協會、臺灣營建仲裁協會、國立中央大學法律與政府研究所陳教授英鈴、國立中央大學營建管理研究所李兼任教授建中、國立臺灣大學法律學院羅教授昌發、古律師嘉諄、徐律師立信。

至於擬議的座談會討論議題，本研究主要是由前述現行政府採購法第 85 條之 1 第 2 項修法前後的相關論述以及，對營造業法第 27 條修正草案的相關討論，

整理出可能的議題重點，作為座談會參與者討論的基礎。座談會討論議題如下：

- (一)「強制仲裁」似被視為一種有別於一般民事訴訟、調解、約定仲裁的特殊制度，其需要進一步的正當化論據。
- (二)為正當化「強制仲裁」的制度，支持者提出的論據包括：
 1. 基於專業且快速之紛爭解決的考量；
 2. 其他法律領域(例如證券交易法第 166 條第 1 項的規定)不乏強制仲裁的立法例；
 3. 強制仲裁並未違反仲裁的本質(此可以仲裁法第 21 條為證)；
 4. 此等制度亦與歐美先進國家法制，並無不合。
- (三)質疑「強制仲裁」制度之論據則包括：
 1. 此等制度有侵害憲法第 16 條所保障之訴訟權的疑慮；
 2. 「強制仲裁」與仲裁制度之本旨相違；
 3. 我國仲裁運作實務引致之疑慮；
- (四)採購申訴審議委員會之履約爭議調解程序是否為適當替代方案之爭議。
- (五)未來「工程專業法庭」是否屬適當的替代方案？

關於參與座談會的專家學者、相關機關、團體代表的意見(其詳細意見內容，請參見本研究附件「以強制仲裁途徑解決公共工程採購履約爭議之研究」座談會會議記錄)，大致可整理歸納如下：

1. 參與者固然期許，營造業法第 67 條之 1 要求設立的工程專業法庭將來能發揮專業、迅速地對工程履約爭議作成決定，惟認相關必要的配套措施，尚需相當時日(李建中教授、中華民國仲裁協會理事長李念祖教授、法務部；司法法院代表則強調，工程履約爭議的結案期程未逾一般水準)。

2. 參與者的討論重點顯然放在政府採購法第85條之1第2項所定「先調後仲」之「強制仲裁」模式的合憲性（認無違憲疑慮，且多引用其他現行法制上的強制仲裁制度為其論據者：中華民國仲裁協會理事長李念祖教授、中華民國營造工程工業同業公會全國聯合會、中華工程仲裁協會；認確有違憲疑義者：司法院、法務部、行政院公共工程委員會）。
3. 對於政府採購法所定採購申訴審議委員會之調解功能的評價，除中華民國營造工程工業同業公會全國聯合會、李建中教授、中華民國仲裁協會理事長李念祖教授對此不無質疑，中華民國仲裁協會理事蔡碧松律師則表示肯定外，其餘則一方面肯認該調解機制之功能，惟認仍存在改進空間。
4. 一般並不質疑，現行仲裁運作實務容有弊端，亦均肯認，整體仲裁制度與運作實務，容有改進的空間。
5. 其他訴訟外紛爭解決機制亦可作為考量的選項（中華民國仲裁協會理事蔡碧松律師、法務部、行政院公共工程委員會）。

第四章 各種訴訟外紛爭解決機制的介紹：國際上工程契約採用 之訴訟外紛爭解決機制（Alternative Dispute Resolution, ADR）

針對本件決策爭議既存在前述各種不同意見，自應進一步探討，應如何針對此一議題，形成妥適的、足以代表公共利益的決策。誠如美國公共政策學者所指出的，公共政策的產生是因為某些問題的觸發，這些問題影響到某些社會部門的程度，到了必須採取行動的程度¹⁴。然則，引發訴訟外紛爭解決機制之探討的問題為何？就此，法社會學家 Thomas Raiser 教授在 1980 年代就已經指出，民事訴訟案件的增加以及，對法院處理此類案件的廣泛不滿，首先是在美國，1970 年代中期開始也在德國導致，司法之替代選項的尋找。於此，探討的主要問題是：是否？或者在何種案件類型？在何種條件？國家法院之外的其他單位可以「更低廉、更好且更友善地」解決社會紛爭？這些討論背後隱含了下述考量：有鑑於財政資源的有限性，既無法擴充對司法挹注的費用，因此希望能不增加法官，又不致影響司法裁判的品質；某些人希望，藉此能有助於社會上弱者的權利保護，提供更有利於他們的權利貫徹機會，因為相較於在法院裡運用的法律語言與遊戲規則，對他們來說，調解機構的形象比較可親，是比較能理解他們心性的紛爭解決機制；在某些社會領域裡，藉由專家學者、當事人代表的參與可以使紛爭解決程序更貼近事理；最後，相較於國家法院之嚴格地受規範拘束，其他紛爭解決機制應該更有彈性，因此可以提供更符合當事人利益的決定。為了符應前述考量，尋求適當的司法解決替代選項，除了應該檢視法院外紛爭解決機制的組成、程序與成效，探討其解決相關問題的優缺點外，在憲政國家裡當然也必須檢視，此等紛

¹⁴ Larry N. Geston 著，朱子文譯，〈公共政策的制定—程序和原理〉，2001/9，頁 22。

爭解決模式是否符合憲法規範，尤其是法治國、民主體制的要求¹⁵。以下先觀察可能的各種選項的優劣：

訴訟外的紛爭解決機制（亦有譯為「爭議解決替代方案」¹⁶、「替代性爭議解決方式」¹⁷）解決工程紛爭向為國際工程契約所採用。相較於訴訟之強調盡力追求事實真相與判斷當事人間之責任歸屬，ADR 之主要目的乃在尋求當事人間可接受的紛爭解決方案，大幅減省為了判定是非所需的人力、物力與時間¹⁸。ADR 作為爭議解決方式肇始於美國，初衷是在政府的支持下，藉由 ADR 來減輕法院沈重的訴訟負擔。美國 1998 年「訴訟外紛爭解決法」(Alternative Dispute Resolution Act of 1998)對 ADR 的定義為：「訴訟外紛爭解決程序包括，法官主持之審判之外的任何程序或過程，於此，中立的第三人藉由早期中立評價(early neutral evaluation)、調停(mediation)、迷你法庭(mini-trial)與仲裁等程序，來協助解決爭議事項」¹⁹。類此之訴訟外紛爭解決機制態樣甚多，陳煥文教授將其區分為十種類群，包含：和解、調解與調停、迷你法庭、法定強制仲裁、非拘束性之美國公共援助中心程序、爭議審查委員會、顧問（協調人）制度、技術性專家鑑定制度、情事變更之契約改定程序、急迫性之仲裁人預審程序²⁰。何伯森、劉軼群、宋毅則認為，國際上常見的 ADR 形式有下述十類：調停 / 調解、仲裁、調解—仲裁、在仲裁中調解、爭議委員會(Dispute Board, DB)、評判(Adjudication)、早期中立評價、簡易陪審團審判、迷你法庭、租借法官(Rent-A-Judge)²¹。在本研究的脈絡裡，應該毋須對所有前揭形形色色之 ADR 的意義、運作方式一一說明，毋寧應

¹⁵ Thomas Raiser, *Rechtssoziologie*, 1987, S. 204-206.

¹⁶ 陳煥文，〈仲裁與爭議解決之代替方案〉，《國防管理學院學報第 14 卷第 2 期》，1993/7，頁 121。

¹⁷ 何伯森、劉軼群、宋毅，〈ADR 面面觀〉，《國際經濟合作》，2008 年第 7 期，頁 58。

¹⁸ 顏玉明，〈公共工程履約爭議協調機制—以「爭議審查委員會」/「爭議裁決委員會」解決工程爭議之芻議〉，《仲裁季刊第 86 期》，2008/8，頁 101。

¹⁹ 何伯森、劉軼群、宋毅，前揭文（見註 17），頁 58。

²⁰ 陳煥文，前揭文（見註 16），頁 113。

²¹ 何伯森、劉軼群、宋毅，前揭文（見註 17），頁 59-64

擇其與本研究議題相關者，或者明確地說，現在與將來可能的選項，進一步加以介紹：

第一節 調解

首先應該提到的是調解。調解是指，在當事人發生爭議後，中立的第三人應雙方當事人的請求，藉由說服、勸導的方式，協調雙方的分歧，促使雙方當事人解決爭議。此一方式在國際上亦被廣泛運用。與訴訟相比，調解具有簡便、迅捷、經濟、高效率、當事人心理壓力較小等優點，並且調解以促成雙方達成合意為目標，當事人不是被動地服從由第三人作出的強制性裁決或判斷，因而更容易被接受與執行。其缺點則在於：調解的結論不具拘束力，一方不願接受，則相關努力盡付東流²²。

特別值得一提的是：為達到減輕司法負擔、程序經濟與程序加速的目標，德國制度上顯然著重於調解機制的強化，其民事訴訟法執行法第 15 條之 1 (§ 15 a EGZPO) 明定，小額財產權、相鄰關係的請求、非以嚴重手段進行的損害名譽等爭議，應先經指定的調解單位調解不成立時，始得提起訴訟²³。調解被認定是一種提升程序效能的古典手段，也被歐洲 2002 年 4 月 19 日「關於民事與商事法紛爭解決替代程序之綠皮書」(Grünbuch über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht)所採納；綠皮書的基本考量包括：應提供當事人傳統法院之外的紛爭解決替代程序；紛爭替代解決程序以當事人的合意為基礎；應確保

²² 陳煥文，前揭文（見註 16），頁 122；何伯森、劉軼群、宋毅，前揭文（見註 17），頁 59-60。

²³ Birgit Bachmann, Historische Aspekte – Die Entwicklung der ZPO, in: Uwe Blaurock (Hg.), Gerichtsverfahren zwischen Gerechtigkeit und Ökonomie, 2005, S. 12-13.

調解人的獨立性與中立性；應確保調解的隱密性；應遵守程序的正當性；應賦予當事人決定是否同意調解建議的適當時間；調解程序中應停止時效的進行²⁴。

第二節 爭議委員會(Dispute Board, DB)的制度

與調解程序近似的機制是：仲裁協會與行政院公共工程委員會在座談會中都提及的，爭議委員會的制度。工程契約的執行由於工期較長、造價高昂、範圍廣泛、人員眾多、情況複雜等多種因素，適合採用爭議委員會的方式處理紛爭。國際商會(International Commercial Chamber，簡稱 ICC)在 2004 年制定的爭議委員會規則(Dispute Board Rules，簡稱 DB Rules)，將爭議委員會分為爭議審查委員會(Dispute Review Board, DRB)、爭議裁決委員會(Dispute Adjudication Board, DAB)與綜合式爭議委員會(Combined Dispute Board，簡稱 CDB)。依 ICC DB Rules 第 4 條至第 6 條的界定，（一）DRB 原則是針對個別爭議，依當事人的請求而作成的，暫時不具拘束力的建議，當事人如未在收到建議後 30 日內以書面提出異議，該建議即對雙方當事人發生拘束力，雙方當事人即應依該建議履行，如否，他方當事人得依仲裁或訴訟程序請求履行建議；（二）DAB 則應依當事人的請求，針對個別爭議作成具拘束力之裁決，該裁決自當事人收受時起即發生效力，即使當事人在收到裁決後 30 日內提起異議，亦同；除非該項爭議最終經仲裁或訴訟程序作成相反的結果，否則該裁決對雙方當事人持續發生拘束力，當事人一方收受裁決後未依其內容履約，他方當事人亦得依仲裁或訴訟程序請求履行；（三）CDB 原則上僅針對個別爭議提出建議，但該委員會亦得在他方未表示反對建議的情形下，經當事人一方的聲請作成裁決；如一方反對作成裁決，該委員會應就是否作成裁決抑或作出建議，為最終決定²⁵。

²⁴ B. Bachmann, a.a.O.(Fn. 23), S. 24-25.

²⁵ 古嘉諄，〈爭議裁決委員會(Dispute Adjudication Board)機制之研究—以 FIDIC 1999 年紅皮書為

(Alternative Dispute Resolution, ADR)

爭議委員會最初起源於美國在 1960 年代起採用的 DRB，英國則自 1970 年代起發展出 DAB 的機制。世界銀行自 1990 年代起，建議（實際上等於要求）各項融資貸款工程採用 DRB，在其 1995 年的工程招標標準文件(Standard Bidding Documents for the Procurement of Works，簡稱 SBD-W)規定，工程規模大於 5000 萬元美金者，應採用 DRB 處理紛爭，2004 年版 SBD-W 進一步明文規定，5000 萬元美金以上的工程契約，強制要求應先將爭議提送 3 人組成之 DRB，且該委員會所為的建議除另經仲裁判斷外，於作成之時起，即對當事人具拘束力（如是，該爭議委員會雖名為 DRB，但其建議具拘束力）。FIDIC 在 1999 年新版標準條款出版後，新紅皮書(the Conditions of Contract for Construction)、新黃皮書(the Conditions of Contract for Plant and Design-Build)與銀皮書(the Conditions of Contract for EPC / Turnkey Projects)均採，所有爭議須提交 DAB 決定的方式；除非依據契約異議的相關規定，另行以仲裁或訴訟方式變更，FIDIC 的 DAB 所為裁決具拘束當事人之效力²⁶。

DRB / DAB 有在契約成立之初即組成者，稱為常設委員會(standing DRB / DAB)，亦有在爭議發生之時組成者，稱為特別委員會(ad hoc DRB / DAB)，或有在契約成立之初組成，但在爭議發生時方始運作之預備委員會(standby DRB / DAB)。實務運作上，三種方式均有所採；依 ICC DB Rules 第 3 條的規定，原則上採常設委員會的方式，除非當事人另有約定，契約當事人應於契約成立時即組成爭議委員會，並應指明其類型為 DRB、DAB 或 CDB；學理的介紹，顯然也置

例>，古嘉諱、陳希佳、顏玉明主編《工程法律實務研析（二）》，2006/2，頁 328-331；顏玉明，前揭文（見註 18），頁 102-103；李家慶、蕭偉松，〈建立國內工程爭議審議委員會機制之芻議〉，李家慶主編《工程與法律的對話》，2010/1，頁 41-43。

²⁶ 顏玉明，前揭文（見註 18），頁 103-105。FIDIC 1999 年版新紅皮書關於 DAB 的相關規定，可參見：何伯森，〈FIDIC 99 年版「施工合同條件」的特點〉，《國際經濟合作》，2000 年第 3 期，頁 61。

重於常設委員會的型態。於此，業主與承包商在訂定契約時，就爭議處理條款加以約定，指定 3 位專家組成爭議委員會，成員選定方式則係由雙方當事人各指定 1 人，第三人由已選定的 2 人共同推選；爭議委員會設立於締約之初，雙方關係良好，對於委員的選定不致發生爭執；委員在整個工程持續期間定期訪視現場、舉行經常性的會議、聽取雙方當事人關於工程內容與進度的報告，由於有定期性的進度報告，隨時更新重要資訊，因此於爭議發生時，爭議委員會的成員得以迅速進入狀況掌握問題，即時解決爭議，但相對地自然會產生長期聘任委員、舉行經常性會議的費用²⁷。

按推動工程計畫的理想情境應係：雙方當事人於公平合理的契約條款下，同心協力使工程如期如質完工，廠商獲得應有之報酬，業主亦可達到推動工程計畫的最大效益。工程進行中，雙方應盡力避免爭議發生，如爭議無可避免，則應在維持雙方和諧的情況下，迅速且公平地解決爭議，不致因爭議影響工程的進行，此應係國外工程契約廣泛採用爭議委員會之機制的理由²⁸。

第三節 仲裁

此外，應該提到的是仲裁機制。仲裁是指發生爭議的契約雙方當事人，根據契約中的仲裁條款或爭議發生後雙方共同達成的書面仲裁協議，將爭議提付仲裁機構，由組成的仲裁庭依仲裁規則居中裁決，從而解決爭議的方法。仲裁與其他 ADR 形式不同之處在於：由雙方當事人約定的仲裁機構受理爭議、雙方當事人

²⁷ 陳煥文，前揭文（見註 16），頁 123-124；何伯森、劉軼群、宋毅，前揭文（見註 17），頁 62-63；顏玉明，前揭文（見註 18），頁 105-106。

²⁸ 李家慶、蕭偉松，前揭文（見註 25），頁 28。

(Alternative Dispute Resolution, ADR)

受仲裁協議的拘束、仲裁判斷於當事人間具有拘束力並可聲請法院強制執行。仲裁程序因此具有簡捷高效率與便於執行的優點，惟其植基於當事人的合意，並賦予當事人充分的意思自主決定權利，包括自主選擇仲裁機構、仲裁人、仲裁地點、仲裁使用的語言、仲裁規則與仲裁適用的法律²⁹。關於國際工程施工索賠，許多國家都提倡藉由仲裁，而非法院訴訟的途徑解決紛爭，國際諮詢工程師聯合會(法文為 Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils，縮寫為 FIDIC) 契約條件明列仲裁條款，一方面是為了減輕法院的負擔，更主要的原因是：工程契約涉及許多工程技術上的專業問題，案情審理程序需時甚久³⁰。

第四節 法院體系內之附屬仲裁機制(Court Annexed Arbitration, C.A.A.)

最後應該提及所謂的「法院體系內之附屬仲裁機制」。據古嘉諄律師的介紹，C.A.A.兼具調解與仲裁的特性。蓋採調解作為爭議解決方法時，當事人如不同意調解建議，則先前為調解所付出的時間金錢均屬白費；採仲裁作為爭議解決方法時，如仲裁判斷之實體理由確有待斟酌，惟因無上訴救濟途徑，當事人對仲裁結果難以甘服，失去原本同意交付仲裁之美意。在 C.A.A.的機制下，當事人不滿意仲裁判斷時，仍可要求將案件交付法院正式審理，一則避免調解不成立的徒然勞費，另一方面當事人得以藉由交付法院正式審理，就其認為不當的仲裁判斷獲得救濟³¹。詳言之，在法定適用 C.A.A.案件的情形，原告起訴後，經雙方當事人同

²⁹ 何伯森、劉軼群、宋毅，前揭文（見註 17），頁 60。

³⁰ 梁鑑主編、陸繼雄審訂，〈國際工程施工索賠〉，1999/1，頁 123。

³¹ 古嘉諄，〈介紹美國法院體系內之附屬仲裁機制—兼談引進國內之可行性〉，《律師雜誌第 261 期》，2001/6，頁 3-4。

意或經法院裁定送交仲裁；進入仲裁程序的案件，或是由法官指定仲裁人，或是由當事人在法院認可的仲裁人名單中選任仲裁人；仲裁庭試行和解不成後，應於法院規定的期間內作成仲裁判斷；當事人收受仲裁判斷後，若未於法定期間內提出異議，則仲裁判斷發生拘束力；當事人如對仲裁判斷不服，得要求法院正式審理³²。

綜觀上述各種訴訟外紛爭解決機制，除 C.A.A. 附屬於法院體系，宜由司法機關斟酌是否採行外，其餘調解、爭議委員會與仲裁的機制均各有其優缺點。應明確指出的是：三者均建立於雙方當事人的合意之上，因此均得排除侵害訴訟權的違憲疑義；此外，爭議委員會的建制應係以大型工程合約為其出發點，而非可一般性地加以援用。

³² 古嘉諱，前揭文（見註 31），頁 4-5；邱琦，〈移付調解與強制仲裁—以美國依利諾州庫克郡巡迴法院為借鏡〉，《司法周刊》，第 1304 期、第 1305 期，2006/9/14，2006/9/21。

第五章 強制仲裁之合憲性疑義的討論

訴訟外紛爭解決機制有廣義與狹義之別，狹義者僅指法院外之紛爭解決程序，廣義者則包括在法院內進行爭訟，但當事人以合意終結程序的情形。無論何種模式，如前所述，訴訟外紛爭解決機制原則上均係本於當事人的合意。其或是在紛爭處理的最後結論上達成共識（如和解與調解）；或是在程序開始的選擇上有所合意，本此合意，對程序最終獲致的結果（例如仲裁判斷）應予尊重，此係基於當事人之程序主體性承認當事人享有程序選擇權，使其有機會參與程序，藉以影響事實的認定與法的發現³³。

如前所述，仲裁作為一種法律制度則指，依當事人之協議，對雙方當事人的爭議事項，由當事人選定之仲裁人組成的仲裁庭，作出公正判斷以解決當事人間之爭議³⁴。惟由法院獨占司法權（藉由適用法律，對爭議當事人產生具有拘束力的決定）為法治國原則的要素之一³⁵，因此包括公共工程的任何紛爭，本應循訴訟方式解決。惟因我國法院目前專業法院或專業法庭之建制尚非十分健全，加以訴訟程序嚴謹且設有上訴制度，以致獲致確定裁判的期間較長，就涉及複雜技術問題且因亟需資金而必須迅速解決履約爭議的公共工程廠商而言，遲來的「正義」（業主的給付），恐已非正義。因此，為使紛爭能迅速解決，學說與實務乃發展出仲裁、調解等訴訟外紛爭解決制度³⁶。其中，仲裁乃至本研究案所關注的強制仲裁已取代法院就當事人的爭議作成決定；尤其強制仲裁，係在未獲（一方）當事人的同意下進行仲裁程序，其是否合憲尤為爭議重點所在，自應加以論究。於

³³ 沈冠伶、陳英鈴，前揭文（見註 9），頁 220-221。

³⁴ 吳光明，〈證券交易爭議之仲裁〉，《月旦法學雜誌第 89 期》，2002/10，頁 200。

³⁵ 法治斌、董保城，〈憲法新論〉，2010/9，頁 68-69。

³⁶ 張嘉真、吳典倫，前揭文（見註 4），頁 41；李家慶、梅芳琪，〈我國公共工程履約爭議調解之發展現況與檢討〉，李家慶主編〈工程與法律的對話〉，2010/1，頁 1。

此，首應分別探討，在座談會乃至法律修正草案的提案中屢被提及的，現行各種強制仲裁法制的合憲性爭議：

第一節 證券交易法第 166 條所定強制仲裁的違憲爭議

證券交易法第 166 條第 1 項規定，「依本法所為有價證券交易所生之爭議，當事人得依約定進行仲裁。但證券商與證券交易所或證券商相互間，不論當事人間有無訂立仲裁契約，均應進行仲裁」，其中但書的規定被認為係我國法制上承認所謂強制仲裁的立法例。就此，有主張³⁷，該規定係藉法律強制當事人以仲裁方式解決紛爭，似有違憲疑義，故應進一步審究，其是否已違憲侵害憲法第 16 條所保障之訴訟權；憲法第 16 條保障之訴訟權的內涵應包括，向法院請求救濟之權，以及依公開、公平、公正之法定程序接受審判之權益，據此，證券交易法第 166 條第 1 項但書之規定，難謂未限制訴訟權，應進一步探討得是：此等限制是否符合憲法第 23 條所定合憲限制人民基本權利的要件；按證券交易法第 166 條第 1 項但書之立法意旨在於「迅速解決爭議」，然而，迅速解決證券商與證券交易所或證券商相互間之爭議，此等立法目的是否足夠重大，因此得以正當化此一規定對人民訴訟權的限制，非無疑義；再者，為達成「迅速解決爭議」之目的，國家可採行之方法非僅「強制仲裁」一途，尚可藉由另設金融證券專業法庭、培養金融證券專業法官，養成專業分工之金融證券律師的方式以促成之；據此認定，證券交易法第 166 條第 1 項但書之限制人民的訴訟權恐難符合憲法第 23 條所定之合憲要件。

³⁷ 黃正一，〈論證券交易法之強制仲裁〉，《法令月刊第 51 卷第 12 期》，2000/12，頁 29-31。

惟亦有主張³⁸，綜觀證券交易法第 166 條第 1 項規定內容，在一般投資人與證券商之間所生糾紛，均採任意仲裁，須當事人間有合意，才能進行仲裁，至於證券商與證券交易所間或證券商相互間發生糾紛時，則採取強制仲裁，「係為證券商與證券交易所間，有一點主管或下屬關係，或證券商相互間，均為同業關係，其間發生糾紛時，為求同業間之和諧，不願對簿公堂，故以仲裁方式解決爭議」，且既有證券交易法第 166 條第 1 項但書之明文規定，即不生違憲疑義。

細繹前揭主張證券交易法第 166 條第 1 項但書不生違憲疑義之論據，恐尚難遽爾採取。蓋「證券商與證券交易所間，有一點主管或下屬關係」之見，其能否成立，不無疑問；「證券商相互間……發生糾紛時，為求同業間之和諧，不願對簿公堂」，則儘可合意仲裁，又何須「強制仲裁」³⁹？最後，證券交易法第 166 條第 1 項但書之明文規定，僅滿足限制人民基本權利之「法律保留」的要求，尚不足以證立憲法第 23 條所定「必要性」之要求。藍瀛芳博士指出，國外證券交易市場發生的爭議，傳統上均循仲裁途徑處理，此所謂的仲裁程序非如一般仲裁之委由中立的第三人作判斷；在證券交易所發生的爭議被認為與市場交易的規範、證券市場的秩序有關，所謂的爭議須以此秩序的調整方式來處理，因此，此爭議與一般商務爭議之委請第三人依法處理有別，乃由證券界人士自己出面處理，成為證券爭議事件的「仲裁人」；嚴格而言，此所謂之證券仲裁與證券市場的交易機能有密切關係，質屬特殊仲裁，與強制仲裁有別⁴⁰。沈冠伶、陳英鈴教授更具體指出，在奧地利，證券交易法第 2 條規定，證券交易所應訂有章程，並應就證券交易事件紛爭之調解與判斷有所規定；據此，依法設立的證券仲裁法庭 (Börsenschiedsgericht)，就證券仲裁事件所生爭議具有管轄權，無庸當事人約定，

³⁸ 吳光明，前揭文（見註 34），頁 207。

³⁹ 類此疑義：經濟部商業司專門委員高靜遠於「企業與證券市場法規系列座談會」之發言：《月旦法學雜誌第 89 期》，2002/10，頁 209。

⁴⁰ 藍瀛芳，〈強制仲裁的立法與其法律效果〉，《仲裁季刊第 71 期》，2004/5，頁 49。

仲裁機構於此進行之仲裁程序亦不適用奧地利民事訴訟法上有關仲裁程序之規定⁴¹。

第二節 調整事項勞資爭議之強制仲裁制度的違憲爭議

舊勞資爭議處理法第 24 條第 1 項、第 2 項規定，「調整事項⁴²之勞資爭議，調解不成立者，經爭議當事人雙方之申請，應交付勞資爭議仲裁委員會仲裁」，「主管機關認為情節重大有交付仲裁之必要時，得依職權交付仲裁，並通知勞資爭議當事人」。其中第 2 項規定即我國勞資爭議強制仲裁制度之法源依據⁴³。關於該項規定所謂「情節重大有交付仲裁之必要」的認定，行政院勞工委員會函頒「各級勞工行政主管機關辦理勞資爭議事件應行注意事項」第 2 項規定，「公用事業勞資爭議，有事實足認有妨害公眾生活之虞者，應即依職權交付調解、仲裁」，以及「處理重大勞資爭議事件實施要點」第 3 點規定，「有左列情形或有發生左列情形之虞者，為本要點之工作範圍：（一）公營、公用及交通事業或具有危險、特殊性行業之勞資爭議，有影響公眾生活或造成公共危險者。（二）其他事業單位之勞資爭議，其爭議之勞工人數達五十人以上者。（三）發生勞資爭

⁴¹ 沈冠伶、陳英鈴，前揭文（見註 9），頁 224。

⁴² 勞動法上區分權利事項與調整事項。權利事項之爭議乃勞資雙方基於法規或契約，主張現有權利之存否的爭議，調整事項之爭議，係勞資雙方基於事實狀況主張將來權益應否調整之爭議；前者較宜由法院依法判斷，後者則否：古楨彥，〈澳洲勞資爭議強制仲裁制度引進台灣之問題探討〉，《法令月刊》第 58 卷第 11 期，2007/11，頁 55-56。

⁴³ 2009 年 7 月 1 日修正公布之勞資爭議處理法亦未捨棄強制仲裁制度。該法第 25 條第 2 項、第 4 項分別規定，「勞資爭議當事人之一方為第五十四條第二項之勞工者，其調整事項之勞資爭議，任一方得向直轄市或縣（市）申請交付仲裁；其屬同條第三項事業調整事項之勞資爭議，而雙方未能約定必要服務條款者，任一方得向中央主管機關申請交付仲裁」，「調整事項之勞資爭議經調解不成立者，直轄市或縣（市）主管機關認有影響公眾生活及利益情節重大，或應日的事業主管機關之請求，得依職權交付仲裁，並通知雙方當事人」；同法第 54 條第 2 項、第 3 項則規定，「下列影響大眾生命安全、國家安全或重大公共利益之事業，勞資雙方應約定必要服務條款，工會始得宣告罷工：一、自來水事業。二、電力及燃氣供應業。三、醫院。四、經營銀行間資金移轉帳務清算之金融資訊服務業與證券期貨交易、結算、保管事業及其他辦理支付系統業務事業」，「前項必要服務條款，事業單位應於約定後，即送日的事業主管機關備查」。細繹此等規定內容，除仍維持主管機關依職權交付仲裁之制度外，在法定條件下，並得由任一方申請主管機關交付仲裁。慮及新法公布未幾，相關論述有限，爰仍援引針對舊法之規定所為論述。

議之事業單位，有擴及其關係企業者。(四)其他勞資爭議有急速發展或擴大而影響社會秩序者。」以及，同要點第8點所定，發生重大勞資爭議事件時，依下列方式處理：「(一)發生重大勞資爭議事件時，各級勞工行政主管機關應迅速進行疏導、協調，其期間以不超過十日為原則，超過十日者，應即依勞資爭議處理法規進行調解、仲裁，或輔導勞方當事人循司法途徑解決」。前揭規定顯示，(舊)勞資爭議處理法所定強制仲裁之要件相當寬鬆，相關主管機關對於勞資爭議案件是否應依職權交付仲裁享有相當大的決定空間，因此多有其是否違反勞資誠信原則、是否侵犯爭議權之行使的疑義；惟亦有考量勞方實力不足，勞方之協商權、爭議權實質上受到一定程度的阻礙，認為強制仲裁的適當發動可作為爭議權行使的代償性措施，避免勞工因爭議權未獲充分保障導致無法以對等地位與資方設定勞動條件，因此現階段尚不宜引述外國法制質疑強制仲裁制度，毋寧應考量如何使強制仲裁的發動更具代償性功能，強化此等仲裁的中立性、客觀性⁴⁴。

持相反立場者則認為，前述支持勞資爭議中之強制仲裁制度的論述，係因未能全盤考慮集體勞工法重要原則所致。詳言之，國家僅在極端例外的情形，例如「極為重要的利益衝突或基本權利衝突」、涉及極為重要的大眾利益或特殊的緊急狀況、社會的急迫狀況、重要的公共利益時，始得正當化強制仲裁的制度，而不致違反團體協約自治的要求與國家中立原則⁴⁵。楊通軒教授指出，關於勞資爭議事項，對於調解不成立之爭議，團體協約當事人得向邦勞工官署成立之仲裁委員會(Schiedsausschuss)申請仲裁。仲裁委員會係行政機關，仲裁程序之進行適用直接、言詞審理原則，但除巴登邦外，其審理的進行不公開。仲裁程序之目的在於取得當事人的合意(所謂的合意原則，Einigungsprinzip)。仲裁決定(Schiedsspruch)為仲裁委員會為締結一集體的協議所為建議；除了在巴登邦得對仲裁決定宣告拘

⁴⁴ 曹行健，〈我國勞資爭議處理強制仲裁之探討〉，《勞工行政第121期》，1998/5，頁33-35。

⁴⁵ 楊通軒，〈勞資爭議仲裁制度之研究—兼論德國勞資爭議仲裁法制〉，《華岡法粹第27期》，1999/12，頁230-231、252、255-256；古楨彥，前揭文（見註42），頁58。

束力外，仲裁決定只在當事人事前約定受其拘束或事後接受時，始具有拘束力，具拘束力之仲裁決定具有團體協約的效力。巴登邦勞資爭議仲裁法（嗣巴登邦與符騰堡邦合併成為巴登—符騰堡邦 Baden-Württemberg，該法仍繼續有效）規定，基於一造當事人之申請，即可發動仲裁程序，在爭議具有重要的公共意義時，官署甚至可主動提起仲裁；此外，基於公共利益之必要，可對仲裁機構的仲裁決定進行拘束性宣告，由於此拘束性宣告，該仲裁成為強制性仲裁，亦因此引發學者對於此等仲裁是否侵害德國基本法第 9 條第 3 項保障之團體協約自由的爭議⁴⁶。

總結以觀，現行法制上之證券交易、調整事項勞資爭議之強制仲裁本身均存在違憲疑義。其中調整事項資爭議之強制仲裁更係本於一般性之公共利益的考量，委由特殊仲裁機構進行；證券交易強制仲裁之外國立法例，亦係交由特殊仲裁機構進行；顯示二者均具有高度的特殊性，且亦不適用一般仲裁規範，據此而論，似尚難以此二例作為強制仲裁之正當性的論據。

第三節 政府採購法第 85 條之 1 第 2 項「先調後仲」模式的違憲爭議

現行法制各種強制仲裁制度中被探討最多的應該是政府採購法第 85 條之 1 第 2 項規定的「先調後仲」模式。如前所述，由於訴訟判決似較仲裁趨於尊重契約約定，且係依據實體法（如時效）與程序法（如證據法則）之規定予以判決，判決結果較可預測，且如不服判決尚有上訴途徑可資救濟，因此，相較於仲裁程序，機關寧可採取訴訟途徑解決爭議，乃相繼刪除契約中之仲裁條款，為 2007

⁴⁶ 楊通軒，前揭文（見註 45），頁 241-243。

年間修正政府採購法第 85 條之 1 第 2 項，採行「先調後仲」模式之背景；立法者未能先深入探討，機關不能普遍信賴仲裁判斷之緣由，並檢討改進仲裁制度，即逕行推動乃至完成此一修法，因此衍生對此一制度之合憲性的爭議⁴⁷。

質疑政府採購法第 85 條之 1 第 2 項之「先調後仲」的「強制仲裁」模式者，其主要理由包括：

違反法治國原則與訴訟權保障的憲法規定。蓋憲法第 16 條規定，「人民有……訴訟之權」，除保障人民之訴訟權外，同時亦強調，應以法院作為紛爭解決途徑之法治國原則。仲裁判斷非由法院作成，卻與確定判決具有同一效力，其所以不致違背法治國原則，係因仲裁程序基於私法自治，依雙方的合意不利用法院的訴訟程序，而以仲裁程序解決其民事紛爭；政府採購法第 85 條之 1 第 2 項規定，在一定條件下，機關不得拒絕廠商提付之仲裁，不啻剝奪公共工程合約一方當事人（機關）之訴訟權，強迫其接受訴訟之外的紛爭解決途徑，有違法治國原則與訴訟權保障之憲法要求⁴⁸。

違反平等權保障的憲法要求。首先，政府採購法第 85 條之 1 第 2 項的「先調後仲」模式僅適用於政府採購中之工程合約，不包括財物與勞務採購合約，且僅有公共工程合約廠商得主張此一特殊的程序選擇權，恐已在其他非工程之政府採購廠商間及承包私人工程之廠商間造成差別待遇。此外，「先調後仲」的模式使公共工程合約的廠商片面取得交付仲裁的權利，剝奪機關的訴訟權，使同一合

⁴⁷ 張嘉真、吳典倫，前揭文（見註 4），頁 42；沈冠伶、陳英鈴，前揭文（見註 9），頁 220。

⁴⁸ 張嘉真、吳典倫，前揭文（見註 4），頁 42。

約之兩造關於紛爭解決的程序選擇權不對等，構成公共工程合約雙方當事人間的差別待遇⁴⁹。

認為政府採購法第 85 條之 1 第 2 項「先調後仲」模式不存在違憲疑義者，其主要的理據在於：此一規定並未侵害招標機關的訴訟權；甚至有進一步認為，此一規定並非欠缺仲裁協議的「強制仲裁」。主張此等規定不構成「強制仲裁」者，主要是認為，政府採購固以機關名義對外採購，但機關法理上並無獨立的權利能力，因此，中央機關之採購契約的實質當事人即為國家；國會制定此一規定，即等於國家所為「以機關不接受調解建議或調解方案為停止條件之同意仲裁的意思表示」，並賦予廠商程序選擇權，於廠商以提付仲裁表達其選擇仲裁之意時，達成仲裁協議⁵⁰。此等見解不僅為學理上的極少數見解，並且完全無視於國家各機關之間的職權劃分，也忽視了政府採購法賦予個別機關採購契約當事人地位的事實，籠統地認定國家為契約當事人，擬制其已藉由立法預先為同意仲裁的表示，尚無足採，應無須進一步申論。應該進一步探討的是：政府採購法第 85 條之 1 第 2 項的規定是否違憲侵害機關的訴訟權。

論者有謂，政府機關之訴訟權能係由立法者所賦予，非其基本人權，因此政府採購法可決定機關應循訴訟或仲裁途徑解決紛爭。然而，參照外國法制，德國學理上雖原則上否認公法人及其所屬機關具有基本權的權利能力，然而，該國聯邦憲法法院仍認定，基本法第 101 條、第 103 條的訴訟基本權不僅涉及個人主觀權利，同時也保障法治國家訴訟程序的客觀程序原則，因此，包括公法人亦得援引訴訟基本權的保障。此外，德國學界通說也認為，國家與其所屬機關，在訴訟程序上，立於與其他當事人平等之地位，因此並無任何理由剝奪國家其所屬機關

⁴⁹ 張嘉真、吳典倫，前揭文（見註 4），頁 42-43。

⁵⁰ 王欽彥，前揭文（見註 8），頁 209、212。

享有之訴訟當事人的地位。我國憲法第 16 條規定，人民享有訴訟權的保障，僅由文義觀之，似不包括國家或其所屬機關，惟法學文獻上亦多認為，公法人從事私經濟活動或單純立於類似私人地位所生之權利義務爭執，亦得提起憲法訴願，承認其訴訟權，與前揭德國學說相類⁵¹。據此，因機關在政府採購履約階段係從事私法行為，立於與私人相同地位，於此，實無針對機關為差別待遇，否認其訴訟權之理。且機關依合約撥付廠商工程款或其他給付，其財政來源均係人民繳納之稅金，若認為廠商於未必具有相關理據的情況下，仍可獲得機關的給付，不但侵害納稅人的利益，亦將對其他政府給付產生排擠效果，是機關仍有藉訴訟權保障之程序利益，藉以維護前揭公益⁵²。況且，依政府採購法第 4 條的規定，「法人或團體受機關補助辦理採購，其補助金額占採購金額半數以上，且補助金額在公告金額以上者，適用本法之規定」，即此等法人或團體亦將適用此強制仲裁之規定，此時更難以「機關之訴訟權能係由立法者所賦予，無所謂基本人權可言」⁵³一語帶過，進而主張此等規定無違憲侵害訴訟權的疑慮⁵⁴。

還應該進一步說明的是：對於訴訟權的保障，立法者固然可以有效率地解決紛爭為由加以限制，惟其仍須符合包括平等原則在內之其他憲法基本原則。若以效率為由，何以僅限制機關的程序選擇權，尚乏說明。此外，若立法者係以工程契約履約爭議涉及工程技術上複雜的專業性判斷為由，強制以仲裁程序解決，此等考量何以不適用於公共工程以外之其他工程契約⁵⁵？據此而論，前述對政府採購法第 85 條之 1 第 2 項所定「先調後仲」模式違反平等原則的質疑，自非空穴來風。持相反的立場者則認為，廠商遇到履約爭議，往往立即面臨資金周轉問題，

⁵¹ 沈冠伶、陳英鈴，前揭文（見註 9），頁 227-228。

⁵² 張嘉真、吳典倫，前揭文（見註 4），頁 43。

⁵³ 李念祖，〈「政府採購法第 85 條之 1 第 2 項規定之適用範圍及程序問題」與談稿〉，〈仲裁季刊第 83 期〉，2007/10，頁 14。

⁵⁴ 林恩璋，〈政府採購法第八十五條之一第二項「先調後仲」機制疑義：強制仲裁是否必要？〉，〈財產法暨經濟法第 17 期〉，2009/3，頁 145-146。

⁵⁵ 沈冠伶、陳英鈴，前揭文（見註 9），頁 229。

可能迫於時間與經濟上的壓力而大幅退讓，與招標機關所處地位顯然也別；此外，政府採購目的主要在規範以政府資金所為採購，於純粹私人間之工程契約，當事人是否選擇仲裁，非屬政府採購法之規範目的與範圍，國家亦不須橫加干預；據此主張，政府採購法第 85 條之 1 第 2 項的規定，無論是相對於招標機關或是其他私人間之工程契約的當事人，均不生違反平等原則的問題⁵⁶。關於私人間的工程契約姑且不論，僅以招標機關與廠商間契約上地位不對等為理據，是否即足以正當化立法對機關的差別待遇，並且豈無其他較為和緩，同樣足以達成快速解決紛爭的方式，至少是不無疑義的。

此外，法律上要求當事人應行調解與應行仲裁的規定，意義截然不同；最重大的差異在於：調解程序並未完全排除訴訟的可能性，當事人如不能達成合意，仍得進行訴訟程序，充其量只能說是起訴時點的延後，因此，與其說是「強制調解」，不如說是「調解前置」。然而，仲裁程序的進行，如無特別規定而適用仲裁法，最終則係由仲裁人為判斷，且依仲裁法第 37 條第 1 項的規定，「仲裁人之判斷，於當事人間，與法院之確定判決，有同一之效力」，當事人不得再行起訴，對於當事人的訴訟權，不僅是限制，甚至可說是剝奪，其重大性遠甚於「調解強置」，自應具有更堅強的正當性基礎，始能通過合憲性審查⁵⁷。

最後，沈冠伶、陳英鈴教授並特別提及，義大利於 1998 年制定的邦政府採購法第 75 條亦有強制仲裁之規定，但僅限於工程費用超過契約金額百分之十而欲調整工程價金之情形，其他因履約所生紛爭，則仍限於當事人間有合意時，始能進行仲裁。嗣因此等法制仍有違憲爭議，因此在 2001 年又於該法施行細則明訂，當事人亦得在一定期間內起訴以排除仲裁管轄權；此外，又就仲裁程序進一

⁵⁶ 王欽彥，前揭文（見註 8），頁 222-223。

⁵⁷ 沈冠伶、陳英鈴，前揭文（見註 9），頁 221-222。

步明訂，特別是關於仲裁人資格、仲裁庭之組成與程序。由此可見，強制仲裁因欠缺當事人間之合意基礎，與通常以仲裁協議為基礎進行的仲裁，自應有所區別，並應審慎規範⁵⁸。

第四節 德國法制上的借鏡

一、仲裁程序的採行以當事人的合意為前提

本章最後擬援引我國法制多所借鏡的德國法制以為參照。在德國，仲裁的正當性基礎也在於私法自治(Privatautonomie)，亦即，以法律行為為基礎對私法事件之審判權進行安排或規定(Anordnung)⁵⁹。內國仲裁的法政策上之意義(rechtspolitische Bedeutung)在於承認私法自治，亦即承認可以選擇解決紛爭之不同的國家司法程序(不選擇司法訴訟程序，而選擇仲裁程序)，進而減輕國家司法的負擔。內國仲裁因而成為「對於國家權力去管制化的一部分」(Die nationale Schiedsgerichtsbarkeit ist somit Teil der Deregulierung der staatlichen Gewalten.)；去管制化也是德國立法者在制定仲裁法時引用的立法目標。承認仲裁的理由很多，包括仲裁具有的許多優點：如程序期間縮短、減少審級的往返耗時與節省費用、程序不公開、仲裁人具有專業性；仲裁確實符合「經濟生活中無可否認的實際需求」，因此在一定的界限內，可以當事人的意思為基礎，創設國家以外的審判權，突破國家對私權提供司法保護的獨佔性。德國學說一般認為，這種實際上可能以私的法庭解決紛爭的需求，是德國民事訴訟法第十編規定仲裁制度的產生背景(德國仲裁法規定於其民事訴訟法法典內，成為民事訴訟法的一部分)⁶⁰。

⁵⁸ 沈冠伶、陳英鈴，前揭文（見註9），頁224-225。

⁵⁹ Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, 22. Aufl., 2002, Bd. 9, vor § 1025, Rn. 4.

⁶⁰ Stein/Jonas/Schlosser, a.a.O.(Fn. 59), vor § 1025, Rn. 1.

在私法自治的合意下，「當事人得約定放棄德意志聯邦共和國基本法第 101 條所保障的法定法官，以仲裁庭代替國家法院，對其私人紛爭作成判斷。仲裁庭作為私的法院(privates Gericht)，可據以發揮其解決紛爭之功能」，因為，「對私法關係之規範與紛爭發生時的判斷，只有在當事人需要國家保護時——基於當事人要求或公共利益的需要時，國家的法院才有必要介入。此外，當事人對國家法院的需求，並非像小孩需要保母般地必要。如果可以對當事人有拘束力之裁判解決紛爭，並不禁止將判斷的權力移轉至私的法院」⁶¹。然而，法治國家必須關注「無人受到暴力侵害」；因此「沒有人可以違反其意志地被剝奪國家對他提供的權利保障，也因此，容許私人約定審判權以取代國家法院的審判權，只有在該約定具有自願性時，才是在憲法上可接受的」⁶²。如果不是在自願仲裁中放棄某些程序保障的規定，根本是以法律特別加以規定(非基於當事人之意思)，要求「強制仲裁」(Zwangsschiedsgerichtigkeit od. obligatorische Schiedsgerichtigkeit)時，歐洲人權委員會曾質疑此種規定違反歐洲人權公約第 6 條所保障的接近使用法院之權限(Zugang zu den Gerichten)⁶³，特別是聽審請求權的保障。因為如前所述，仲裁制度的正當性基礎，必須是以法律行為對私的審判權進行規範。因此德國學者強調：「民事訴訟法第十編的仲裁規定，對於此種以法律規定要求提付仲裁而組成之『仲裁庭』(Schiedsgericht)，並無適用之餘地。此時，雖然名為『仲裁庭』，但其實是一個特別法庭，是一個行政法庭或者說是一個行政機關(ein besonderes Gericht, ein Verwaltungsgericht oder eine Verwaltungsbehörde) 」⁶⁴。

⁶¹ Rolf. A. Schütze, *Schiedsgericht und Schiedsverfahren*, 1991, S. 1.

⁶² Zöller, *ZPO*, 24. Aufl., 2004, vor § 1025, Rn. 3-4.

⁶³ 引自 Matscher, *Schiedsgerichtsbarkeit und EMRK*, FS Nagel, 1987, S. 227f.並參見沈冠伶、陳英鈴，前揭文（見註 9），頁 224。

⁶⁴ Stein/Jonas/Schlosser, a.a.O.(Fn. 59), vor § 1025, Rn. 4.

在德國，承認可以不依當事人的契約約定（法律行為），而依法律規定，循仲裁程序解決紛爭者，主要有兩個例外，規定在德國民事訴訟法(仲裁程序篇)第 1066 條⁶⁵，學說上稱為「契約外之仲裁」(ausservertragliche Schiedsgerichte)，可以準用第十編仲裁程序的相關規定⁶⁶：（一）以遺囑決定提付仲裁，此種以遺囑之終意處分(letztwillige Verfügung)規定的仲裁程序⁶⁷，一如契約約定，也是一種私的法律行為，只不過性質上是一種單方意思表示的法律行為⁶⁸；其目的在於維持家族的和諧，避免繼承人進入冗長而費時的訴訟程序中，雖係基於法律的規定而來，但因民事訴訟法第 1066 條規定⁶⁹而為學說承認其合憲性；（二）依懸賞廣告規定提付仲裁：依德國民法第 657 條規定，懸賞廣告是對完成一定行為之人給付報酬，特別是優等懸賞廣告，此時如果對報酬應給付何人發生爭執，得於懸賞廣告中約定應提付仲裁，此時，廣告是否優等之評定人⁷⁰，已非固有意義的仲裁人，因為並非私權發生爭執，而係一種對給付本身發生爭論的解決⁷¹。

適用德國民事訴訟法第 1066 條的前提，雖然是法律的特別規定，不過其結構性根據，歸根究底還是來自於當事人的私法行為，也就是單獨行為⁷²。因此這兩種例外，或者說德國民事訴訟法第 1066 條規定的例外，基本上仍未違反「仲裁」具有「私法自治」的本質。但是一般認為，如果這種以特別的法律或命令預先規定提付之仲裁程序，其組成之「仲裁庭」實際上已經不是仲裁法規定的「仲

⁶⁵ 該條規定：「以法律許可之方式，依終意處分或其他非契約約定方式之處分所規定之提付仲裁，準用本編(按指：民事訴訟法第十編仲裁)之規定」。

⁶⁶ Rolf. A. Schütze, *Handbuch des Schiedsverfahrens*, 2. Aufl., 1990, Rn. 168f.(S. 93).

⁶⁷ 例如遺囑中約定：「因本人之遺產繼承人間或繼承人與遺贈人或特留分權利人間所生之爭議，不得提起訴訟，而應依仲裁程序解決」（參見 Rolf. A. Schütze, a.a.O.(Fn. 66), Rn. 169.(S. 94).）

⁶⁸ Stein/Jonas/Schlosser, *ZPO*, a.a.O.(Fn. 59), § 1066, Rn. 2-3.

⁶⁹ 我國並無類似條文。

⁷⁰ 相當於我國民法第 165 條及第 165 條之 1 的規定。

⁷¹ Rolf. A. Schütze, a.a.O.(Fn. 66), Rn. 170.(S. 95).

⁷² 關於懸賞廣告之性質，雖然我國通說為「契約說」，但德國通說及實務則均認係「單獨行為」。

裁庭」了，而是依基本法第 101 條第 2 項組成的特別法庭或行政法庭，甚至是行政機關了，充其量只能稱為所謂的「不真正仲裁法庭」(unechte Schiedsgerichte)，或者「不真正仲裁程序」⁷³。如果根本非基於當事人的約定，也非基於德國民事訴訟法第 1066 條根據當事人單方意思表示而進行的仲裁程序，則根本不屬於仲裁法所規定的仲裁程序⁷⁴。

除前述兩項例外，德國法上並沒有其他類似我國營造業法第 27 條修正草案之強制仲裁的例子可舉⁷⁵。在文獻上唯一被提出討論者，主要是奧地利證券交易法第 2 條規定的證券仲裁法庭，就證券交易所生之爭議具有管轄權，而無庸當事人約定。不過，此等規定不論是奧地利學者或者從德國學者的角度看，都不認為此種欠缺當事人約定為其基礎的「仲裁法庭」，不屬於仲裁法規定的「仲裁」⁷⁶。

二、仲裁程序仍應遵守法治國基本原則

應該留意的是：即使基於當事人的合意，仲裁程序仍應遵守法治國的基本原則。德國民事訴訟法第 1042 條第 1 項（第十編仲裁規定的第五章有關仲裁程序之進行的第一個條文，是對仲裁程序的一般性規定）特別開宗明義地強調：仲裁程序「應平等對待當事人。應保障當事人享有法律的聽審權」。此等規定為我國仲裁法所無。該規定作了重要的提示：即使仲裁程序的進行，仲裁庭還是要如一般國家的法院，遵守法治國訴訟程序的基本要求，特別是程序上的平等權以及聽

⁷³ Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 3. Aufl., 2008, Rn. 3.

⁷⁴ Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, a.a.O.(Fn. 59), § 1066, Rn. 2.

⁷⁵ Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, a.a.O.(Fn. 59), vor § 1025, Rn. 4 FN 22.

⁷⁶ Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, a.a.O.(Fn. 59), vor § 1025, Rn. 4; § 1030, Rn. 8.

審權⁷⁷。此外，歐洲人權公約第 6 條的規定⁷⁸也具有拘束力。當事人自行約定的仲裁規則違反此等原則者，仲裁庭應認其無效而不予適用。因此，仲裁程序提供的程序保障，不能調亞於國家法院的程序保障。

「仲裁的本質，不僅是實體法上的，也是訴訟法上的一有司法權性質的制度 (prozessuale-jurisdiktionelle Institution)。仲裁是私部門化的司法 (privatisierte Rechtsprechung)，所以它在憲法上是允許的(合憲的)，此點並無爭論」⁷⁹。但仲裁協議並非指「完全放棄國家的權利保障，如此將有違憲之虞」，因為德國民事訴訟法之仲裁編規定了一連串在仲裁庭前應給予的公正程序保障，包括遵守聽審權、拒卻仲裁人、法院協助進行仲裁程序。因此如果在仲裁協議中「自願」約定放棄國家的權利保障時，特別是自願放棄的內容違反前述歐洲人權公約第 6 條第 1 項之較高位階的程序保障（包括公正程序請求權、聽審權、適時審判請求權等保障）時，此種「自願性」(Freiwilligkeit)已受到學說上的違憲質疑⁸⁰。

綜上說明，從仲裁的本質是基於當事人之的合意來看，法定之「強制仲裁」確實欠缺仲裁的正當性基礎，從歐陸民事訴訟法理論的角度觀察（德國通說亦同），因為違反國家對於人民提供的司法保護請求權、人民接近使用法院得要求之聽審權等基本的訴訟權，確實有甚高的違憲疑慮。退一步，如果認為強制仲裁是基於更高的公共利益所需，在立法政策上有創設的必要，至少應該明文規定此等仲裁程序應該落實前述的法治國之程序基本原則，要求仲裁程序的進行，仲裁庭應該如一般國家的法院，遵守法治國訴訟程序的基本要求，特別是落實程序上

⁷⁷ Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, a.a.O.(Fn. 59), § 1042, Rn. 6.

⁷⁸ 公約第 6 條第 1 項意涵下的公正程序；第 6 條規定：「任何人均有權要求，對於其民事權利義務之紛爭...由一個獨立而公正、依法審判之法院，以公正程序，公開且在適當期間內進行審判。...」。

⁷⁹ Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, Kommentar, 6. Aufl., 2000, Einl., Rn. 1.

⁸⁰ Vgl. Matscher, a.a.O.(Fn. 63), S. 241ff.

之平等權、聽審權、公開審理等程序保障⁸¹。此等法治國的基本程序要求，亦為我國司法院大法官所承認。司法院大法官釋字第 482 號解釋理由書第一段指出，憲法第 16 條「所謂訴訟權，乃人民司法上之受益權，即人民於其權利受侵害時，依法享有向法院提起適時審判之請求權，且包含聽審、公正程序、公開審判請求權及程序上之平等權等」⁸²。

⁸¹ 類似的建議，參見沈冠伶、陳英鈴，前揭文（見註 9），頁 232。

⁸² 本解釋據此否定，對再審程序為嚴格限制之法規的違憲性：「民事訴訟法中再審程序為特別救濟程序，係對於確定終局判決重新再次審理，為確保兩造當事人能立於平等、公正之程序下進行訴訟及對已確定終局判決之穩定性，故對民事再審之提起有較嚴格之限制，並不違背憲法保障人民訴訟權利之意旨」。

第六章 政策建議方案一：強化現行公共工程採購履約爭議調解 機制

觀察座談會中公共工程合約雙方當事人—工程業界與招標機關的發言，彼等均不否認調解制度本身為適宜的，公共工程履約爭議的訴訟外紛爭解決機制，惟大抵均強調，應強化調解機制。雖亦有質疑政府採購法之主管機關—行政院公共工程委員會所設採購申訴審議委員會本身作為公共工程採購履約爭議之調解人資格者。惟查著作權法亦授權其主管機關成立「著作權審議及調解委員會」，並建立調解機制；著作權專責機關應於調解成立後 7 日內，將調解書送請管轄法院審核（著作權法第 82 條之 1 第 1 項）；經法院核定的民事調解，與民事確定判決有同一之效力（著作權法第 82 條之 2 第 2 項前段）；藉由此等明確的規定，大幅增加調解的誘因⁸³。據此，似尚難概括性地質疑行政院公共工程委員會所設採購申訴審議委員會作為調解機構的適格性。應該探討的是：其調解功能的強化。

依一般的見解，履約爭議無法藉由契約雙方當事人協商解決時，應先尋找調解人（或組織），尋求藉由調解的辦法解決爭議，而不是立即訴諸法院或仲裁判斷；蓋調解解決方式具有下述優點：避免爭議雙方走向法院或仲裁機構，使爭議迅速解決；節約費用；不激化雙方的對立，有利於工程本身的推動。因此，藉由調解解決雙方當事人的紛爭，在世界各國解決國際工程契約爭議中被廣泛採用⁸⁴。然則，現行政府採購法第 85 條之 1 規劃的履約爭議調解機制能否達成上述功能？

⁸³ 馮震宇，〈新著作權法重要修正內容與爭議問題簡介〉，〈月旦法學雜誌第 101 期〉，2003/10，頁 57-58。

⁸⁴ 梁鑑主編、陸繼雄審訂，前揭書（見註 30），頁 129。

長久參與工程採購履約爭議實務的李家慶、梅芳琪律師指出，現行政府採購法第 85 條之 1 所規定的，由採購申訴審議委員會進行履約爭議調解的機制具有如下優點：廠商依此規定申請調解，機關不得拒絕；該會屬政府之行政機關，由其介入調解，並由專業調解人及專家學者共同參與決定作成的調解結果，機關接受的意願或可能性較高，且無圖利之疑義；由熟悉工程實務之專家學者擔任調解委員或諮詢委員，當其曉諭廠商其若干請求不合理，或縱或有理但機關恐難同意之原因時，廠商較可能退讓，得以促成調解之成立；調解經當事人合意而成立者，與訴訟上和解有同一之效力，無待法院再為裁定，將來亦無撤銷之問題；申請履約爭議調解，依採購履約爭議調解收費辦法之規定，其繳納之調解費較仲裁程序之收費，費用相對低廉，且請求金額愈高，差異愈大；依採購履約爭議調解規則第 20 條之規定，調解事件原則上應自收受調解申請書之次日起 4 個月內完成調解程序，較諸訴訟、仲裁等程序之時間，相對地較為迅速⁸⁵。

然而，調解委員的工作方式對調解的成敗關係甚大。調解人應站在公正的立場，不偏袒或歧視任何一方，並且應與雙方交換意見，善於疏導，提出合理的、可為雙方接受的解決方案，而非強加於任何一方⁸⁶。有鑑於公共工程契約的特性，為更能發揮該委員會的調解功能，李家慶、梅芳琪律師亦提出增益調解機制的下述建議，殊堪重視：調解委員如已形成一定之專業意見，**縱機關自始表示不同意調解之態度，調解委員仍宜提出調解建議**；由於公共工程履約爭議調解尚涉及公共利益，為使機關得以同意調解建議，**調解建議應兼顧合法性，並符合工程實務，且宜充分說明理由，俾促成調解之成立**⁸⁷。

⁸⁵ 李家慶、梅芳琪，前揭文（見註 36），頁 4-5。關於依現行採購履約爭議調解收費辦法繳納之調解費與仲裁費用、法院裁判費之比較，可參見：黃立，〈先調後仲機制下調解程序與仲裁程序間之關係〉，《仲裁季刊第 83 期》，2007/10，頁 62-63。

⁸⁶ 梁鑑主編、陸繼雄審訂，前揭書（見註 30），頁 121。

⁸⁷ 李家慶、梅芳琪，前揭文（見註 36），頁 8-11。

此外，長久參與行政院公共工程委員會採購申訴審議委員會的黃立教授，其對德國下薩克森邦之建築調解程序的介紹，也非常具有啟發性。黃教授指出，依該邦建築調解條例的規定，建築調解程序之進行植基於雙方當事人的合意；調解單位收受雙方當事人的書狀後，應與雙方協商訂定詢問會的期日；**詢問會原則上在工地舉行**，於此共同履勘與探討即為調解程序的核心；所有在場者均得表達其見解，提出解決方案；調解人於必要時，將說明關於事實的法律判斷、評估系爭事件如提起民事訴訟可能的風險分配；與民事訴訟之終局確認當事人一方在特定爭點上的有無理由不同，**詢問會之目的在於就特定爭點或全部爭議，尋求可被接受的解決方案**，就此當然也必須作事實的確認以及，基於此等事實確認的法律考量；據此進行的爭議案件，調解成立的比例高達 90%⁸⁸。

本章最後擬指出，誠如美國公共政策學者 Larry N. Geston 所指出的，在法律與具體運用之間，還存在很大的空間，這個空間可能破壞原本的政策目標；不能期待決策會自動生效，事實說明，由適當的政府機關或公共機構共同完成的決策，不過是意圖的聲明，還遠非成功的遂行。假使政策的應用與原先的意圖不一致，即欠缺實質意義。質言之，政策的成功有賴於行政部門確實地實施政府的決定，具體適用法規、遂行政策決定的正是行政部門⁸⁹。本研究認為，關於公共工程履約爭議之訴訟外紛爭解決機制，政策上仍應優先考慮，強化現行採購申訴審議委員會進行的調解機制，蓋此為雙方合約當事人所均能認同，且亦無違憲疑義的方案。此外，Larry N. Geston 很明確地把「資金」納入到「促使政策實施的條件」裡；他明確指出，對於最終達成一個公共政策的目標而言，資金投入是極為重要的因素，必須有足夠的經濟來源才能作長遠的計畫，缺乏足夠的資金來源將

⁸⁸ 黃立，前揭文（見註 85），頁 65 註 16。

⁸⁹ Larry N. Geston 著，朱子文譯，前揭書（見註 14），頁 103、105、118。

會在無形中破壞決策者制定的目標⁹⁰。因此，對於相關招標機關代表在座談會中所表達的，不具可預測性之仲裁判斷對安排公共工程財政資源，甚至對公共工程品質的影響，尚不能輕忽視之。

⁹⁰ Larry N. Geston 著，朱子文譯，前揭書（見註 14），頁 114、121。

第七章 政策建議方案二：為稍減違憲疑義應採取之強制仲裁配套措施的建制

仲裁作為有別於訴訟制度之訴訟外紛爭解決機制，係當事人基於私法自治、程序選擇與契約自由原則，用以自主解決紛爭的手段之一；此一程序選擇權的行使，不但具有排斥國家司法審判權的功能，同時關涉雙方當事人私法上實體利益的保護。仲裁人的權限來自當事人的仲裁條款或仲裁協議的授權，仲裁判斷所以於當事人間有拘束力，亦係因當事人訂定仲裁條款或達成仲裁協議時，便已默示承認仲裁人的判斷將對當事人產生拘束力。質言之，仲裁制度的基礎建立在，當事人自願服從仲裁庭的判斷結果，如是，仲裁庭的判斷亦應以當事人的意願及協議為前提。因此，求助於仲裁制度，僅於當事人同意放棄尋求法院管轄案件時，始得謂正當⁹¹。司法院大法官釋字第 591 號解釋文亦明白揭示此意旨：「民事紛爭事件之類型，因社會經濟活動之變遷趨於多樣化，為期定分止爭，國家除設立訴訟制度外，尚有仲裁及其他非訴訟之機制。基於國民主權原理及憲法對人民基本權利之保障，人民既為私法上之權利主體，於程序上亦應居於主體地位，俾其享有程序處分權及程序選擇權，於無礙公益之一定範圍內，得以合意選擇循訴訟或其他法定之非訴訟程序處理爭議。仲裁係人民依法律之規定，本於契約自由原則，以當事人合意選擇依訴訟外之途徑處理爭議之制度，兼有程序法與實體法之雙重效力，具私法紛爭自主解決之特性，為憲法之所許」。前述各種現行法制上的強制仲裁，其仲裁程序的進行並非出自當事人的意願，而是法律強行指定爭議解決途徑的結果，並非嚴格意義的仲裁⁹²。如前所述，其具有高度的違憲性疑義，

⁹¹ 林俊益，〈論仲裁法之修正〉，《法令月刊第 49 卷第 12 期》，1998/12，頁 18；吳永乾，〈私法契約所附仲裁條款的解釋〉，《法令月刊第 55 卷第 11 期》，2004/11，頁 4；林恩璋，前揭文（見註 54），頁 142-143。

⁹² 吳永乾，前揭文（見註 91），頁 4。

且其各自的制度理據，在公共工程合約上亦均難遽爾援引。因此，關於公共工程履約爭議的強制仲裁制度誠宜審慎檢視。如確實基於極為重大的公共利益而須採行此等制度時，亦須配置相關配套措施，始能稍減其違憲疑義。於此所稱必要的配套措施，依相關團體的意見與學理上的說明，大抵包括：

仲裁法第 19 條規定，「當事人就仲裁程序未約定者，適用本法之規定；本法未規定者，仲裁庭得準用民事訴訟法或依其認為適當之程序進行」，據此，關於仲裁程序，仲裁庭得準用民事訴訟法，惟此並非其義務。然而，在強制仲裁的情形，機關已不得拒絕廠商之提付仲裁，如於被強制參與之仲裁程序中復欠缺安定、可預測的仲裁進行方式，對機關而言實屬不公；於此情形，宜要求仲裁人應準用民事訴訟法之證據法則、核心法理進行仲裁程序，以提升此等仲裁判斷的可預測性，貫徹如民事訴訟法要求之突襲性判斷之禁止原則⁹²⁻¹。

申言之，此所謂依民事訴訟法的「核心法理」進行仲裁程序包括：參考前述德國民事訴訟法第 1042 條第 1 項規定之仲裁程序「應平等對待當事人。應保障當事人享有法律的聽審權」，而賦與當事人公平、平等之訴訟法律地位，並貫徹當事人聽審權之程序保障，使當事人享有閱卷權(我國民事訴訟法第 242 條)、陳述及辯論權(參照我民事訴訟法第 278 條第 2 項、第 282 條之 1 第 2 項、第 288 條第 2 項、345 條第 2 項、第 347 條第 2 項等條文)等憲法上之程序基本權。

至於證據法則，則貫徹仲裁法第 28 條由仲裁庭行使如受訴法院調查證據相同之權力，包括舉證分配責任之法則運用(民事訴訟法第 277 條)，人證、鑑定、書證、勘驗、當事人訊問等民事訴訟法第二編第一章第三節以下有關證據規定、而仲裁庭認為適當可運用之各種證據調查方法，必要時之證據保全(民事訴訟法

⁹²⁻¹ Lachmann, Handbuch(Fn.73), Rn.1320.

第 368 條至第 376 條之 2)，自由心證之證據評價方式(民事訴訟法第 222 條)等證據程序，以獲得仲裁判斷。

其次，關於仲裁人的選任，依仲裁法第 9 條第 1 項之規定，原則上「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」。在強制仲裁的情形，**為確保仲裁判斷的品質，提昇政府機關對仲裁制度的信賴⁹³**，**工程合約的雙方應得於合約中預先規範選任仲裁人的特別約定**，此亦無悖於政府採購法第 85 條之 1 第 2 項的規定意旨，蓋其僅限制在一定條件下，機關不得拒絕廠商之提付仲裁，並未限制當事人就仲裁庭之組織及程序另行約定；例如應由特定仲裁人名單中選任仲裁人，或設置特定具中立超然性之特別仲裁機構以處理此等爭議⁹⁴。

在現行制度下，一旦仲裁庭作成仲裁判斷，只有在具備仲裁法第 40 條規定的法定撤銷事由⁹⁵時，始能提起撤銷仲裁判斷予以推翻，因此有仲裁判斷之效力

⁹³ 根本的作法本應是整體性地提高仲裁人的素質，藉此確保仲裁的品質。2006 年 7 月間行政院主辦之「台灣經濟永續發展會議」就提出：「推動仲裁及其他爭端解決機制並提昇仲裁品質：結合國內各仲裁機構與民間工商業界的力量廣為宣導仲裁制度，提昇仲裁品質，檢討相關法規，嚴訂仲裁人之遴選標準，並加強相關實務經驗之訓練，另確實建立仲裁人之評鑑機制，以提高仲裁人之素質」的意見，但其顯然須經相當時間的努力。關於前揭會議意見，引述自沈冠伶、陳英鈴，前揭文（見註 9），頁 218-219。

⁹⁴ 李家慶，〈政府採購法「先調後仲」機制與工程仲裁制度之興革〉，《仲裁季刊第 83 期》，2007/10，頁 105、107；張嘉真、吳典倫，前揭文（見註 4），頁 46；沈冠伶、陳英鈴，前揭文（見註 9），頁 222。李家慶律師明白主張，為顧及雙方當事人權益的均衡，仍宜由主管機關或仲裁機構本諸專業、公正及客觀的原則，整理彙整此名單。

⁹⁵ 該條規定：「有下列各款情形之一者，當事人得對於他方提起撤銷仲裁判斷之訴：一、有第三十八條各款情形之一者。二、仲裁協議不成立、無效，或於仲裁庭詢問終結時尚未生效或已失效者。三、仲裁庭於詢問終結前未使當事人陳述，或當事人於仲裁程序未經合法代理者。四、仲裁庭之組成或仲裁程序，違反仲裁協議或法律規定者。五、仲裁人違反第十五條第二項所定之告知義務而顯有偏頗或被聲請迴避而仍參與仲裁者。但迴避之聲請，經依本法駁回者，不在此限。六、參與仲裁之仲裁人，關於仲裁違背職務，犯刑事上之罪者。七、當事人或其代理人，關於仲裁犯刑事上之罪者。八、為判斷基礎之證據、通譯內容係偽造、變造或有其他虛偽情事者。九、為判斷基礎之民事、刑事及其他裁判或行政處分，依其後之確定裁判或行政處分已變更者（第一項）。前項第六款至第八款情形，以宣告有罪之判決已確定，或其刑事訴訟不能開始或續行非因

猶強於法院判決之論。藍瀛芳博士指出，所謂「強制仲裁」是指，特定事件發生爭議時，依據法律規定一概以仲裁程序解決；其強調，仲裁自始就須出自當事人的意願，有爭議當事人的同意仲裁才有可能，沒有當事人的同意而出現的仲裁，質言之，非出自當事人的意願，而是基於外力（法律或條約之規定）的強制進行的仲裁，是否可稱為仲裁，早有爭論；兩種仲裁既然性質有別，相關撤銷仲裁判斷之事由自應有別，質言之，一般仲裁係以仲裁協議的存在為前提，因此仲裁協議的違反、不存在、失效、無效，構成提起撤銷仲裁判斷的主要事由；相對於此，強制仲裁既非基於當事人的約定，提起撤銷仲裁判斷之事由，應以仲裁庭是否違反法律規定為主⁹⁶。於違反機關意願強制進行仲裁的情形，強令機關接受此種仲裁判斷，益顯其不合理之處，因此檢討並增訂撤銷仲裁判斷事由，有其必要；例如將判斷不備理由、理由矛盾等法院判決違背法令之情形，或適用法規顯有錯誤、發現新事實、新證據等再審事由，增列為撤銷仲裁判斷之事由⁹⁷。

最後，仲裁法第 23 條第 2 項前段規定，「仲裁程序，不公開之」，同法第 32 條第 1 項規定，「仲裁判斷之評議，不得公開」；此等保密規定係為保障當事人隱私而設，有別於訴訟程序之公開原則，為仲裁制度之特色。然而，以證券交易法第 166 條第 1 項但書所定強制仲裁而論，於此涉及之證券交易爭議與證券市場之交易秩序息息相關，如秘密處理所有因證券交易所生爭議，將有礙市場交易機制之健全發展，故至少應公開其仲裁判斷書，且仲裁判斷書經公開後，可接受公開批評，俾建立客觀、公正、迅速、經濟之專業仲裁形象；況在強制仲裁制度下，當事人自治與合意之精神早已斷喪無遺，故似無須執著於保護當事人之私

證據不足者為限（第二項）。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為限（第三項）」。

⁹⁶ 藍瀛芳，前揭文（見註 40），頁 47、51-52。

⁹⁷ 張嘉真、吳典倫，前揭文（見註 4），頁 45；林恩璋，前揭文（見註 54），頁 153。

密⁹⁸。此外，誠如論者所指出的，提付仲裁的重點就在於，當事人相信仲裁人的判斷應該比擲硬幣更具有理性，仲裁判斷應提供令人信服的論證，此論證並須有事實的支持。仲裁人應根據確實的證據認定事實，據此得出法律上的結論。契約何以如此規定？契約何以應如此解釋？法律何以應如此理解？當事人提供之證據何以可採？何以不可採？仲裁判斷應儘可能加以說明⁹⁹。考量到公共工程履約爭議涉及的公共利益，已非單純私人間之商業利益，尤應以公開仲裁判斷，藉由公共監督以確保仲裁人踐履此等說理義務，既可提升仲裁判斷的公信力，亦可作為其他仲裁判斷的參考，進而提供專家學者以研究的素材，以促進工程法學的研究；論者更進一步主張，政府採購法對於機關辦理採購之過程特別要求應公平公開，故對於公共工程採購案件履約爭議的處理過程（包括仲裁程序），除有特別的因素，亦應考慮公開，使仲裁庭更加審慎處理仲裁案件，亦應有助於仲裁品質的提升¹⁰⁰。

最後應該指出，採行前揭配套措施究其實只是稍減「強制仲裁」的違憲疑義。如前所述，「強制仲裁」具有高度違憲疑義，僅得基於極為重大的公共利益考量，且僅在必要的範圍內，質言之，須別無其他同樣有效且限制較小的手段存在，始得以正當化；姑不論快速解決公共工程履約爭議，以避免廠商資金周轉困難等考量能否認係「極為重大的公共利益考量」，此等目的何以不能透過強化調解功能，或採行其他訴訟外紛爭解決機制得以實現，亦非無疑義。

⁹⁸ 黃正一，前揭文（見註 37），頁 35；張嘉真、吳典倫，前揭文（見註 4），頁 46-47；王欽彥，前揭文（見註 8），頁 228；李家慶、梅芳琪，前揭文（見註 36），頁 21。

⁹⁹ 田威，〈FIDIC 合同條件下的國際仲裁〉，《建築》，2001 年第 3 期，頁 52。

¹⁰⁰ 李家慶，前揭文（見註 94），頁 108-110。

第八章 結論：建議意見

就前述兩項初步提出的政策建議方案，本研究更傾向第一項，即應強化現行公共工程採購履約爭議調解之機制；採此立場的主要原因有二：（一）即使採行前述相關配套措施，究竟只是稍減，而不能全然排除強制仲裁的違憲疑義；（二）公共工程採購契約雙方當事人—工程業界與招標機關均不否認調解制度本身為適宜的，公共工程履約爭議的訴訟外紛爭解決機制，惟應致力強化調解機制。

一、立即可行的建議

因此，為兼顧招標機關維護公共利益、公平合理地辦理工程採購的考量（參見政府採購法第 6 條第 1 項），以及廠商得以運用經濟、迅速且專業的公共工程採購履約爭議解決途徑的要求，強化現行公共工程採購履約爭議調解機制，自屬立即可行的方向。至於強化調解機制的方法，如前文所述，包括：（一）調解委員如已形成一定之專業意見，縱機關自始表示不同意調解，調解委員仍宜提出調解建議；（二）由於公共工程履約爭議調解尚涉及公共利益，為使機關得以同意調解建議，調解建議應兼顧合法性，並符合工程實務，且宜充分說明理由，俾促成調解之成立。此等強化調解機制的方法自應由依政府採購法負責辦理該當調解事宜之行政院公共工程委員會辦理。

二、中長期的建議

然而，有鑑於營造業界對於，行政院公共工程委員會辦理公共工程採購履約爭議調解是否偏袒招標機關，始終不無存疑；由中長期的角度來看，即使不排除

該會辦理此等履約爭議調解之可能性，至少亦應考量提供廠商其他有效的爭議解決途徑。就此而言，首先應該考量，並且也被各方期許的是：充實依營造業法第 67 條之 1 設置的工程專業法庭。此一事項的主辦機關為司法院；然而，就相關專業法庭的組織、法官的訓練等事項，行政院公共工程委員會自得提供相關專業上的經驗與意見。

此外，仲裁協會與行政院公共工程委員會在座談會中都提及的，爭議委員會的建制，也值得留意。工程契約的執行由於工期較長、造價高昂、範圍廣泛、人員眾多、情況複雜等因素，適合採用爭議委員會的方式處理紛爭。然而，眾所留意的常設委員會，自然會產生長期聘任委員、舉行經常性會議的費用，因此，自應妥適界定宜採行此等機制之公共工程採購契約的範圍，以及使合約雙方當事人熟稔此等機制的運作方式；此等事項自應由行政院公共工程委員會主辦。

參考文獻

- Bachmann, Birgit (2005): Historische Aspekte – Die Entwicklung der ZPO, in: Uwe
Blaurock (Hg.), Gerichtsverfahren zwischen Gerechtigkeit und Ökonomie, S. 1-28.
- Geston, Larry N. 著，朱子文譯（2001/9）：公共政策的制定—程序和原理。
- Lachmann（2008）：Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 3. Aufl.
- Matscher（1987）：Schiedgerichtsbarkeit und EMRK, FS Nagel.
- Raiser, Thomas（1987）：Rechtssoziologie.
- Schwab/Walter（2000）：Schiedsgerichtsbarkeit, Kommentar, 6. Aufl.
- Stein/Jonas/Schlosser（2002）：ZPO, 22. Aufl.
- Schütze, Rolf. A.（1990）：Handbuch des Schiedsverfahrens, 2. Aufl.
- Zöller（2004）：ZPO, 24. Aufl.
- 王欽彥（2009/6），法定仲裁與訴訟權保障：政府採購法第八五條之一「強制仲裁」
規定之違憲性檢驗，東海大學法學研究第 30 期，頁 199-236。
- 田威（2001/3），FIDIC 合同條件下的國際仲裁，建築，頁 49-52。
- 古楨彥（2007/11），澳洲勞資爭議強制仲裁制度引進台灣之問題探討，法令月刊
第 58 卷第 11 期，頁 52-62。
- 古嘉諄（2001/6），介紹美國法院體系內之附屬仲裁機制—兼談引進國內之可行
性，律師雜誌第 261 期，頁 3-8。
- 古嘉諄（2006/2），爭議裁決委員會(Dispute Adjudication Board)機制之研究—以
FIDIC 1999 年紅皮書為例，古嘉諄、陳希佳、顏玉明主編，工程法律實務研
析（二），頁 323-341。

沈冠伶、陳英鈴（2008/7），仲裁、程序選擇權與訴訟權之保障—以政府採購法第五十八條之一第二項規定為例探討法定仲裁之相關問題，月旦法學雜誌第 258 期，頁 217-235。

何伯森（2000/3），FIDIC 99 年版「施工合同條件」的特點，國際經濟合作，頁 59-61。

何伯森、劉軼群、宋毅（2008/7），ADR 面面觀，國際經濟合作，頁 58-65。

李念祖（2007/10），「政府採購法第 85 條之 1 第 2 項規定之適用範圍及程序問題」與談稿，仲裁季刊第 83 期，頁 13-15。

李家慶（2007/10），政府採購法「先調後仲」機制與工程仲裁制度之興革，仲裁季刊第 83 期，頁 104-115。

李家慶、梅芳琪（2010/1），我國公共工程履約爭議調解之發展現況與檢討，李家慶主編，工程與法律的對話，頁 1-22。

李家慶、蕭偉松（2010/1），建立國內工程爭議審議委員會機制之芻議，李家慶主編，工程與法律的對話，頁 23-47。

邱琦（2006），移付調解與強制仲裁—以美國依利諾州庫克郡巡迴法院為借鏡，司法周刊第 1304 期、第 1305 期。

林俊益（1998/12），論仲裁法之修正，法令月刊第 49 卷第 12 期，頁 16-27。

林恩璋（2009/3），政府採購法第八十五條之一第二項「先調後仲」機制疑義：強制仲裁是否必要？，財產法暨經濟法第 17 期，頁 137-158。

法治斌、董保城（2010/9），憲法新論。

吳光明（2002/10），證券交易爭議之仲裁，月旦法學雜誌第 89 期，頁 199-208。

吳光明（2008/7），論政府採購法第 85 條之 1 第 2 項之「先調後仲」機制，法學叢刊第 211 期，頁 35-63。

吳永乾（2004/11），私法契約所附仲裁條款的解釋，法令月刊第 55 卷第 11 期，頁 4-9。

- 陳煥文（1993/7），仲裁與爭議解決之代替方案，國防管理學院學報第 14 卷第 2 期，頁 113-128。
- 曹行健（1998/5），我國勞資爭議處理強制仲裁之探討，勞工行政第 121 期，頁 32-36。
- 梁鑑主編、陸繼雄審訂（1999/1），國際工程施工索賠。
- 黃立（2007/10），先調後仲機制下調解程序與仲裁程序間之關係，仲裁季刊第 83 期，頁 54-72。
- 黃正一（2000/12），論證券交易法之強制仲裁，法令月刊第 51 卷第 12 期，頁 25-35。
- 馮震宇（2003/10），新著作權法重要修正內容與爭議問題簡介，月旦法學雜誌第 101 期，頁 51-61。
- 楊通軒（1999/12），勞資爭議仲裁制度之研究—兼論德國勞資爭議仲裁法制，華岡法粹第 27 期，頁 219-270。
- 廖唯宸、曾大川（2009/1），我國正式加入政府採購協定，經貿法訊第 79 期，頁 4-6。
- 張嘉真、吳典倫（2008/2），政府採購法第 85 條之 1 第 2 項修訂為「先調後仲」之強制仲裁對公共工程合約之影響及因應建議，萬國法律第 157 期，頁 40-48。
- 顏玉明（2008/8），公共工程履約爭議協調機制—以「爭議審查委員會」/「爭議裁決委員會」解決工程爭議之芻議，仲裁季刊第 86 期，頁 98-118。
- 藍瀛芳（2004/5），強制仲裁的立法與其法律效果，仲裁季刊第 71 期，頁 47-57。
- 羅昌發（2004/10），政府採購法與政府採購協定論析。

附錄一：「以強制仲裁途徑解決公共工程採購履約爭議之研究」

座談會會議記錄

壹、開會時間：99 年 11 月 12 日（星期五）下午 2 時

貳、開會地點：中央聯合辦公大樓北棟 B1 多功能會議室

參、主持人：陳副教授愛娥

肆、出席單位及人員：（如附簽到表）

伍、主持人說明：

今天的會議先前已函送討論提綱，主要是整理這次研究案的緣起，關於用強制仲裁來解決公共工程採購的履約爭議，委託案爭點的相關背景；完全是基於先前相關討論的發展，初步整理出相關的爭點，尤其是正當化強制仲裁的意見，跟質疑強制仲裁的論據等。這是純粹客觀的整理。另外，也提到之前發生過的一些討論：包括不管是中央的工程會的採購申訴審議委員會，或是地方政府的採購申訴審議委員會，他們的履約爭議調解的程序，是不是一個可能的選項；另一方面也觀察到，事實上營造業法第 67 條之 1 在今年通過，規定司法院應指定法院設立工程專業法庭，這可能也是一個能回應營造業界期待的一個選項。我們只是把相關的，之前發生的爭議跟現在呈現出來的選項作一個初步的整理，作為我們今天討論的提綱。研究團隊純粹是按照委託機關的要求，應該要聽取相關方面的意見，這些相關方面的意見會如實記錄，也一定要當作研究案的相關附件，要客觀忠實的呈現。從討論提綱的整理跟相關先前發展的說明可以看得出來，研究團隊還沒有任何建議的方向，純粹只是在這邊聽取大家的意見。由於李建中教授稍後有事必須提早離開，所以先請李教授發言，其他部分尊重大家的發言意願來進程序。

陸、發言內容摘要：

國立中央大學營建管理研究所李兼任教授建中：

(一) 工程常產生爭議，爭議的來源係社會對工程實行的當中很多的判斷跟裁量常有不同的看法。但必須聲明，工程如果在過程當中沒有裁量、判斷就不必實行。在工程中裁量權其實是正常的作法，全世界皆然，但因為政治上的諸多因素，使工程師受到很大的侷限和束縛，這不是好事情。

(二) 一旦產生爭議就必須透過不同爭議手段來處理，可以看到的就是依據採購法進行調解，第二個是仲裁，第三個是訴訟。近年來調解功能屢受質疑，對仲裁亦有一些意見，法庭審理又曠日廢時。對於執行工程的人而言，走投無路。所以同業希望在容許的情況下走向強制仲裁的路線，有其苦衷。個人本來不太贊成，但恐怕強制仲裁是可行的方向。工程專業法庭，如果能發揮專業和快速的效果應該是好的方向，但法庭牽涉到整個法庭制度的改變，恐怕還要一段時間才能凝聚共識。仲裁可以發揮快速、專業的效果，再加上強制，可以使爭議快速的解決。常有人提出仲裁人不公允的質疑，但這可透過制度面的改善去監督、加強。如果可能的話，強制仲裁是可行的方向。

(三) 工程人員受到太多的拘束，採購法第 51 條的審標，在整個採購過程當中是非常重要的步驟，卻只有 1 個條文。審標的作法就是要在招標文件寫清楚，事實上具有充分的彈性，但各機關就此部分作了相當程度的省略，僅做文件上的審查，只是追求減省工作，最後會造成很多的問題。根本之道是讓工程執行機關在審標上做深入、具體的審查，選擇好的廠商來執行工作，可以減少很多後續的爭議。但現在工程師都怠於作決定，只希望法律有規定。建議在這方面作加強，第 51 條審標可以根據各種不同的招標方式去訂定審標的作業內容和過程，有助於爭議的解決，從根本去解決。

中華民國仲裁協會李理事長念祖：

(一) 依照討論提綱表達看法。今天談的應該是強制仲裁解決公共工程採購契約的履約爭議，把強制仲裁跟公共工程連起來，與一般的強制仲裁不同。為何要在公共工程作強制仲裁，需要一個正當化的論據。其實在國際間都是如此，公共工程的爭議很大的比例都是交由仲裁來處理。原因是工程這類糾紛不但涉及專業，而且須要快速解決，不然可能影響公共工程的進行。公共工程安全、品質的要求是首位。但爭端出現時，常常是經濟上（錢）的問題。實務上會寫強制仲裁，是因為機關不寫仲裁條款，所以才希望有強制仲裁。爭端如果交給訴訟會使公共工程的品質、使契約的執行形成很多問題，所以開國際標，如果不寫仲裁條款，就沒有人要投標。此即仲裁在公共工程所扮演的重大角色。據我的瞭解，之所以開始不列仲裁條款，考量的其實是金錢問題。機關在專業上，可能會覺得他的預算、控管工程不希望價格與原來定的契約有不同的情形，結果導致風險由廠商單方面來承受。契約在一開始的時候很可能不是一個可以充分談判、討論出來的契約，事後又沒有任何調整的機制，仲裁也不是選擇，而必須到法院去，就造成很大的問題。為何說是金錢的考慮，因為很多機關認為仲裁判斷出來，都是對機關不利，因為現在的甲方（業主）一定是被申請人，乙方是申請人，幾乎是九成九都是這樣，所以甲方永遠都覺得他是被請求的，只要仲裁判斷要他付一毛錢，他就認為他輸了。在這樣的一個情況下，他如果都是被告的話，仲裁是一審終結，訴訟三審終結，後者對被告當然是有利的，以逸待勞。所以甲方在這樣的狀況下，其實考慮的是金錢的問題。另外一件事亦可證明，就是仲裁判斷作出後，甲方還會去撤銷仲裁判斷。撤銷仲裁判斷就是把原來的一審變成四審，而且仲裁判斷會使甲方承擔很多的額外金額，所以甲方寧願花百分之五的利率去換打三審。

(二) 關於強制仲裁的正當性根據，國際間都用仲裁，可是公共工程不用仲裁。

講到強制仲裁的論據，質疑強制仲裁違憲的話，現在很多條文都會違憲。規定強制仲裁的法律不只一部，現在講的是一個還沒寫的條文。現有的立法院寫的強制仲裁，不管是證券交易、勞資爭議都有強制仲裁的選擇，還有很多其他同業公會的強制仲裁。如此論以違憲，還滿危險的，雖然有值得思考的憲法問題，但結論下得太快。

(三)關於憲法第 16 條所定的訴訟權，當然強制仲裁是限制了當事人的選擇權。條文是否寫得妥適，可以討論。我的理解主要是限制機關的訴訟權，坦白講過去機關在仲裁條款方面有不少機關寫只有機關可以仲裁，當時機關卻不覺得不公，法條現在這樣寫卻覺得不公，這個立場滿耐人尋味。回過頭來看這是否違憲，現在是立法機關立法限制行政機關，行政機關何以能夠主張有「訴訟權」？憲法上保障的訴訟權？我不太能夠想像。訴訟權應該是公法人的訴訟權，現在是公法人的左手告訴公法人的右手不要打官司，這是公法人自己意志的展現，如何能夠說是侵害訴訟權？憲法上的訴訟權、基本人權是不是保障機關的基本人權或保障公法人的基本人權，我知道德國有很多討論。但是現在是立法去限制行政機關的訴訟地位，而且不是不讓他訴訟，不是剝奪他的訴訟權，只是給他替代的途徑，而且途徑是公認的可以做的，怎麼會說是限制訴訟權，而且到達違憲的程度，可能過於速斷。

(四)強制仲裁跟仲裁制度的本質相違，這主要是關於當事人同意不同意的問題，在我看來就是機關不同意的問題。機關認為他可以不用仲裁。為什麼機關會這麼痛惡仲裁？這點應該是公共工程上真的要問的問題。因為所有的國家制度是鼓勵仲裁的，難道要把整個仲裁制度拿掉？仲裁制度到底有什麼地方令人深惡痛決到這種程度？機關要考慮政府的立場，政府應該是鼓勵不打官司，公共工程就是最需要仲裁的地方。仲裁實務上確實有很多需要檢討的地方。仲裁協會辦的案子結果上了報，說仲裁人怎麼樣怎麼樣、檢方如何如何，如果真的有怎麼樣，是刑法上的枉法仲裁，該次仲裁協會立刻發動仲裁人的倫理機制，但機關完全不回

應。我們希望協會制裁的功能可以出來，因為仲裁的公正性非常重要。政府部門不回應，最後說整個仲裁制度有問題，令人感到痛心。對於仲裁制度，政府的立場為何，應好好思索。政府究竟是站在仲裁的一造，還是站在推動仲裁制度的立場？很擔心現在政府都站在仲裁一造的立場，來看待仲裁制度的問題。仲裁實務引起的疑慮話，不只公共工程有疑慮，會變成所有的領域都有問題，仲裁法就要廢掉了。

（五）調解雖然是適當的方案，但調解有其方法、道理、邏輯跟技巧，而現在公共工程委員會調處之機制，與一般認識的調解的原來理解有相當大的差距，調解是適當的方案，不能說完全沒有解決問題，但其程序與 ADR 講的調處程序，有相當大的距離。

（六）工程專業法庭也許可以解決法官對工程問題是否專業的問題，但不能解決訴訟程序拖延的問題。如果每個領域都設專業法庭，也會有其他問題。就算有工程專業法庭，也不等於就可以不要仲裁。這樣寫的意思就是整個不要仲裁，只聽過仲裁替代法院，沒聽過訴訟替代仲裁。對於法治的正常發展，是不是會造成一種不應該存在的陰影，我是深以為憂的。

主持人陳副教授愛娥：

提綱上提到是不是適當替代方案的問題，並不是指要取代仲裁制度。此外，李教授似乎將仲裁與強制仲裁說在一起；但此處是要指出，所以提出強制仲裁，主要是為了快速解決爭議。在強制仲裁這個部分大概相關的論據都是指出專業且快速，所以主要是就專業且快速這方面來探討，履約爭議調解程序、工程專業法庭等可否達成這樣的功能。本次提綱完全是開放的，若我的書寫方式引起誤解的話，請見諒。往下因為仲裁協會的蔡理事也在場，請蔡理事接著發言。

中華民國仲裁協會蔡理事碧松：

(一) 補充一下理事長剛才提到的部分。首先關於違憲的部分，公法人的身分與一般民間當事人不一樣，公法人注意的是公益、對整個社會國家的責任，在此前提下，假如有爭議的時候是用什麼方式來解決。現實的問題是，過去的重大工程，外國顧問公司都要求一定要有仲裁條款。重大工程動輒幾十億，國內承包商，在有爭議時若無快速的解決機制，很快就會倒閉，會使得好的營造商和顧問公司快速的遭到淘汰。我的看法是，仲裁是一定要的選項。現在的問題是政府機關認為仲裁環境不太合適；我想他們擔心的是公平性，也聽說有些具體案例，仲裁人實際是很偏袒。要克服這個問題應該有其他的辦法；例如中華民國仲裁協會就由資深仲裁人來擔任主任仲裁人。另外也建議政府機關列出可信賴之仲裁人名單，供雙方當事人選任仲裁人之參考，訂約的時候即表明將來有爭議就走仲裁，並指定由這些仲裁人中選任，不要因噎廢食。

(二) 其他機制，專業法庭以目前法院的實務情形而言，非常需要。出庭時常遇到法官不懂，所以極需建立。協會推動 DRB (Dispute Resolution Board)，我們設立委員會在推動，雙方當事人在作重大工程的時候就選任專家組成一個小組，有爭議時就由他們隨時解決，不要等紛爭擴大才來處理。外國工程界已行之有年，我國似可參考引進，在施工階段即立刻隨時解決糾紛，避免訟累。我想對於工程會的調解機制，很多人有意見。但我發現該機制有一個好處，因為委員中很多都具有專業，會提出建議，比仲裁更有彈性。

中華民國營造工程工業同業公會全國聯合會廖秘書長宗盛：

(一) 不懂為何現在營造人對工程會的調解這麼反感，一再登報反應，顯然是制度在運作上有問題。第一要指出，仲裁法在我國早有立法先例，應該是國際的趨

勢，應把仲裁納入契約。第二，強制仲裁並不違憲，像證券交易強調快速專業，工程採購更需要快速專業，證券交易都納入了，我們又有什麼問題。憲法第 16 條的規定根本不是問題，我們有提一些書面資料。我們主要是因為採購法走不通，所以走了營造業法第 27 條，但行政院秘書長出面協調要請研考會研究看是否有違憲問題，所以希望今天的主題聚焦於是否違憲方面，看是否妥當。

(二) 我個人意見，當時參與政府採購法的制定，歐僑商會與美僑商會給予政府壓力，政府採購法才有調解的規定。主管機關根本不應該做調解的動作，這屬於民法的爭議，不應由政府機關來處理。其他的地方希望由營造公會的理事補充。

中華民國營造工程工業同業公會全國聯合會沈理事華養（中華工程副總經理）：

今天的議題聚焦在強制仲裁有無違憲的問題。從憲法第 16 條的內容、歸屬範圍及字面來講，強調的是人民的權利，並非是行政機關。其規範於憲法第二章亦為人民的權利義務，並非行政機關，所以保障對象不包含政府本身。機關的訴訟權能由立法者所賦予。請願、訴願亦屬由人民向行政機關爭取權利，所以本條明顯是保障人民。接著要強調的是，即使憲法保障人民權利，仍要基於公益、訴訟經濟去考量，像是上訴最高法院仍有訴訟標的金額之限制等。所以把強制仲裁納入跟違憲無關。

中華民國營造工程工業同業公會全國聯合會李法務桂澍：

會後會有書面資料，強調一個觀念，對強制仲裁一直強調其強制性的問題，我們其實並不是強制禁止機關去訴訟，機關還是可以去訴訟，只是希望多一個解決爭議的選項。最主要還是公共工程這塊有其考量和需求，強制仲裁並沒有強制機關不得訴訟。只是提供一個多元、合適的爭議解決管道。

中華民國營造工程工業同業公會全國聯合會范先生國璋：

剛才李建中教授提過，今天為什麼營造公會有強制仲裁的需求，是因為營造業者已經走投無路。剛剛我們廖秘書長也講了，為什麼從公共工程委員會調解制度開始，業界也沒有反對、攻擊過，為什麼到民國 97 年 5 月份以後，業界會有這麼強力的反彈，這是值得去思考的問題。營造業界在推動工程專業法庭、強制仲裁都是不得不走上的一條路。想提出一個讓大家思考，大家也都公認 FIDIC 是國際上承認的公平、合理的合約。以前外商所詬病的就是：在 FIDIC，工程師是一個獨立的第三者，施工期中有爭議時由他來裁判。但我國國內合約一開始接受 FIDIC 時就是把工程師當作業主的代理人，是工程處處長。並且大家都很怕有公務人員圖利罪之嫌，所以公務人員在處理公共工程時就非常保守。在這種環境之下，在工程執行中對於營造廠商有很多東西就變成很不公平合理。在 FIDIC 裡面，如果有一個獨立、公正的機制來解決，或是像 DRB 的機制可以在施工期間解決，如果雙方都不滿意的話還是可以走向仲裁，這樣比較能公平、合理的解決。而不是工程師本身是政府機關人員，又相當保守，很多決定讓廠商不能得到公平合理的解決，使廠商不得不訴求強制仲裁。公共工程是有需要仲裁來解決爭議。目前的方式是使業者沒有辦法生存的一種方式。

中華工程仲裁協會鄒常務理事啟騁：

(一) 看提綱給我的感覺是：要重新討論強制仲裁存在的必要性，即政府採購法第 85 條之 1 是否要廢掉，如果從這個角度來考量我覺得有點可怕，這樣仲裁協會就沒有存在的必要。強制仲裁制度的產生，並非訂在法律裡面，最近我們有建議公共工程委員會，針對一些調解中不恰當的地方提出建議。結果公共工程委員會表示他們不是強制仲裁的主管機關。所以我們又去函表示依中央法規標準

法，你們就是主管機關，連自己是主管機關都不知道，真是可怕。我不知道是誰委託，由研考會委託？目的事業主管機關自己不管，由通案的機關去管，這樣合理嗎？連自己是主管機關都不知道，還訂定很多辦法，憑什麼。提升仲裁品質配套的建議，有關調解的方案。我們把營造業的建議跟公共工程委員會調解的條文作了整理，有書面建議。關於仲裁人，其中限制很多身分的人都不能做，乾脆不要做算了。

(二) 如果仲裁制度確實有存在必要的話，請政府不管是作法還是立場上應該給予支持。別的不說，仲裁毫無疑問比法院經濟快速。如果政府要支持的話，除了勞資糾紛另外有仲裁單位外，有關這部分的仲裁，目前有三個仲裁協會。目前來講，我們跟營建仲裁的案件量，都不能維持這兩家。如果政府真的要扶植仲裁業健全發展的話，建議在強制仲裁的部分有個主管機關，就是工程會，現在案子全集中在同一家仲裁協會，建議將來以抽籤輪判，不然其他仲裁協會無法經營下去。

主持人陳副教授愛娥：

剛剛把相關協會、工會走了一輪，往下依照簽名順序邀請發言。

司法院周法官舒雁：

(一) 強制仲裁的違憲疑慮，司法院在法務部函詢時已表示過書面意見。各工會代表講到政府機關的問題，不過因為司法院大法官釋字第 591 號解釋文裡其實有提到這個部分，仲裁是人民依法律規定本於契約自由原則依當事人合意選擇，依訴訟外之途徑處理爭議之程序，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。並且不管法律怎麼修訂，都還是必須要在合乎大法官解釋的前提下來作修法的動作，如此比較不會有違憲的疑慮。另外，仲裁標的原則上恐怕還

是要以私經濟行為作為前提，如果強調政府機關的公法人地位，或者是行政機關的地位，最後是不是有可能導致相關爭議變成公法行為或是公法關係，可能它的相關的爭議程序就要走到行政爭訟程序，而不是仲裁的範圍。如果我們今天還是承認政府機關簽訂的公共工程契約是私經濟行為的話，那其所應得到的訴訟權的保障應該與一般人民是一致的。所以在私經濟行為中看仲裁的問題，我想會比較有意義。民事訴訟程序是對等的，沒道理行政機關來法院就不給他保障，這在法理上是站不住腳的。至於法第 16 條保障的訴訟權只有人民，不及於行政機關這點，在民事訴訟上是保障私法關係的訴訟權，如果我們承認機關得作為民事訴訟的當事人，則我們當然也要給予機關與人民相同的保障，這是民事訴訟基本的原理。至於剛剛與會者提到上訴第三審有 150 萬的限制，是對訴訟權的限制，憲法第 16 條保障的是人民以訴訟解決紛爭的權利，而上訴第三審金額的限制與憲法保障人民訴訟權利似乎是不同層次、不同面向的問題，這兩個問題應該不能混為一談。

(二) 還有證交法的部分，證交法第 166 條不清楚其制訂背景，目前也還沒有機關對其提出是否違憲的聲請釋憲的動作，而證交法規定的立法理由是基於證券商跟集保公司平日有非常頻繁的業務往來及快速的需要才会有這個規定。但公共工程上機關與承攬廠商是否亦有類似這樣的關係，如此密集頻繁的業務往來，而有做帳務交互計算的情形，是否可以比附援引，不無疑義。

(三) 仲裁法第 21 條的適用仍以仲裁法第 1 條當事人之間有仲裁條款為前提，是否能作為強制仲裁的正當化依據，不無討論空間。

(四) 採購申訴履約爭議調解程序能否作為替代方案，仍要看具體運作情形。

(五) 關於司法院的工程專業法庭，台北地院從今年 9 月 1 日開始就設有工程專庭，目前有 2 庭 10 到 12 位法官受理工程民事事件。我有去跟我們統計處調統計資料出來看，台灣高等法院受理第二審的工程糾紛事件，97 年的平均結案日數是 293.81 日，98 年是 321.81 日，99 年 1 月到 10 月是 335.09 日；台北地院是我

們全國受理工程糾紛事件最多的法院，97年平均結案日數是253.13日，98年227.29日，99年是256.40日，其實是遠遠低於司法院對於一、二審法院辦案期限的規定，我們一審法院辦案期限是1年4個月，第二審法院辦案期限是2年，但是我們看到即使是以台灣高等法院99年的平均結案日數335.09日來看，它的平均結案日數也是遠低於司法院的要求，台北地院第一審的結案日數算起來差不多不到9個月的時間，更是遠低於1年4個月的要求。當然我們也很希望工程專業法庭的設立能有效解決工程糾紛的民事部分，這是我們司法院口頭的意見。

法務部李科長世德：

(一)我把重點放回到公共工程本身的特性和進行仲裁的需求。公共工程的特性在於在有限的時間內可能要投入大量人力、物力、資金，希望糾紛解決可以快速有效的方式來達到，在這樣的一個情形之下，本部在仲裁法這個機制上一貫的立場是支持政府機關與民間業者盡量能夠以合意的方式擬定所謂的仲裁條款來解決爭議。目前有關正反兩方就強制仲裁是否合憲的內容，之前已提供相關資料給研究團隊，這部分不再重述。

(二)今年看到成功大學科技法律研究所陳耀光所寫的公共工程爭議與強制仲裁之研究，他也是把目前大家擔心的一些問題點，比方說擔心仲裁庭適用法律見解不同的風險、仲裁人不公正的風險等，點出為什麼機關思考時會有疑慮。仲裁與強制仲裁，我覺得是兩件事情。因為基本上仲裁就是合意下簽訂的仲裁協議。好比結婚與強制結婚，是兩個不同的問題。強制性一旦出現就會勾勒出許多不同的討論，包含契約自由原則、造成程序選擇權是否受到侵害，有賴研究團隊參照國外的發展去瞭解。本部目前的想法希望仲裁的機制政府機關及民間業者能多多採用。在還沒確定是否要採取強制仲裁的機制前，有其他功能可以一併使用，不必然是排斥。想辦法改善政府採購法中的調解機制，就此曾發生產生很大的爭端，

如果在此階段就能解決，就不要吵說是否要用強制仲裁。

(三) 公共工程委員會在今年的6月、7月開始，也在針對我們現有的公共工程的契約範本，希望能夠再去增列一些，比方說，仲裁程序公開等相關事項，讓政府機關能夠有更多意願加入這樣一個仲裁協議，這樣的結果比目前兩元論地說到底違不違憲的去決定要不要強制仲裁更好。另外就是多增加一些現有的國外不錯的機制，這些新的公共工程的解決機制，如同前面所說的，如果能並用的話會更好，而不是誰替代誰的問題。本部立場希望仲裁能多方廣泛使用，但是否要強制仲裁，希望還要作深入研究。

內政部營建署陳專員榮界：

本部尊重法務部和工程會的意見。

內政部營建署劉正工程司宇凡：

營建署有營造業法管理及工程執行的部分，就工程執行的部分，我們認為採購法的部分已有先調後仲的機制，應該已經有達到那個功能。強制機關仲裁使政府受到限制，這是有爭議的。我們也知道專業法庭已在加速審理，對於營造公會的疑慮已可以解決。仲裁判斷條件太嚴苛的疑慮，已透過先調後仲機制的設計去解決。這個部分可能還要持續改善才能使運作更順暢。調解已有很大的改善，而工程會也持續改善調解書的品質，機關不同意時亦可提出合意仲裁的一個救濟的方式，使機關在拒絕方案之後有一個審慎評估之目的。若修改法規，在廠商本身不同意調解建議方案的時候可以提出仲裁，就忽略了調解本身就是雙方會作出合理退讓的協議，若調解建議不符合廠商期待，廠商基於其本身利益考量而寄望於仲裁，反而更會延長爭議處理的時間。應是由主管機關增強其功能，以符合營造

公會的期望。

交通部周科長光華：

類似的議題在 94 年及 96 年工程會開的會議裡已做過討論。交通部所屬國公局曾經統計 96 年以前一百多件仲裁案件，我們得到的結論是，這些仲裁判斷不論在程序或實體上，顯然是比較不合理的。我們同時也擔心仲裁結果的不可撤性，所以經常在預算上有比較大的困難，而且擔心將來會讓一些廠商會低價搶標，最後還有一個門去調整，我們是比較擔心這樣子的問題。我們也看到工程會就業界反映出來的一些問題在採購契約範本中逐步地在作調整，國公局本身在交通部裡面也在契約的相關條款作了改進，讓風險分配可以更合理。像契約責任和賠償或是補償辦法，我們都有把它訂在契約裡面。甚至從去年以來，參加過的調解案件，爭議比較多的，像一些外勞的扣款問題現在也明白訂在契約中，目前在業界的反應也覺得有個依據，對這些風險具可測性。在交通部的立場仍認為目前調解的機制是可以改進、修正的，從契約角度去作才是根本的，公平性、合理性能跟上世界的潮流才是合理的。所以政府採購法第 85 條之 1 第 2 項的放寬，我們認為已經是很大的放寬，不建議更加放寬強制仲裁的可能性。

臺灣電力股份有限公司黃法務師奎焜：

從紛爭解決的理念來談，採購法規定，廠商申請調解機關不能拒絕，問題是工程會最後作出的調解建議，機關有權不同意。這與訴訟的概念一樣，被告不能拒絕訴訟，但萬一輸掉了，被告也有二、三審的救濟途徑。但強制仲裁，機關根本不能拒絕，而撤仲又比登天還難，從紛爭解決、事後救濟的角度來看，我們認為非常有問題。台電不反對仲裁，我們契約中有合意仲裁條款，我們公司有很多

外購案件依照國際上我們認為合理的國際商會 ICC 規定來處理。我們認為國內的仲裁制度是有滿多問題的。舉例還講，我們遇到有違反雙方協議的仲裁判斷，也有仲裁人當廠商的代理人，也有我們已在仲裁庭明確表達反對衡平原則，仲裁庭卻仍依此判斷，使我們不得不提起撤仲。而台電的標的都非常的大，動輒上億、十幾億，使得我們對仲裁的信任降低，我們電力公司並非反對仲裁，而是反對強制仲裁，認為不應該剝奪機關選擇的權利。過去在仲裁上公部門總是失利的情形，也使我們對仲裁機制產生信心危機。

臺灣電力股份有限公司張課長惠群：

我們台電公司基本上並不反對仲裁，但目前的仲裁機制在沒有配套措施下對公家機關不太公平。我們台電公司在工程會的統計上的爭議案件幾乎佔仲裁協會一半的案件。台電工程進行過程中並未假借理由刁難廠商，有爭議的部分會有協商，沒有爭議的部分就先行處理，所以對廠商來說傷害會降到最低。仲裁協會李理事長其所舉的案例就是我們碰到的，提出訴訟是因為仲裁判斷有兩個重大的疑義，仲裁判斷未依雙方約定的時間提出及仲裁判斷逾越雙方合意的範圍，提到仲裁協會的內容超出當初雙方的約定，也就是超出原爭議範圍很多。

軍備局郭技正東陽：

(一) 目前調解制度面臨需要改革、精進的地方，才會讓營造業認為活不下去。目前仲裁為什麼各機關不想採用還是有其原因存在，現在還要變成強制仲裁，我們軍備局提出幾點看法：除強制仲裁事件外，不應將強制仲裁形成通例。現行採購法既已提供先調解後仲裁的規定，則不應修法成為強制手段。

(二) 仲裁不一定有助於爭議解決，調解在 4 個月內須作出決定，經雙方合意得

延長，若調解能順利完成，比仲裁更迅速。且調解不像仲裁判斷有後續無救濟途徑的問題，明顯對雙方的權利較有保障，也不會造成機關不受憲法保護的誤解。

(三) 工程專業法庭看起來是個不錯的解決紛爭方式，有司法體系完善的優點。在現在的工程環境下是不錯的方案。

中華民國營造工程工業同業公會全國聯合會廖秘書長宗盛：

營造公會主張(訴求)的是先調後仲以後的強制仲裁，而不是無條件的強制仲裁。希望討論時不要誤會。

行政院工程會吳主秘國安：

(一) 簡單說明一下工程會在處理這個案子的一些背景跟前提。97年7月4日立法院完成一個所謂黨政協商要進行的一個程序裡面，當時是全面的無條件的強制仲裁。當時因為新政府5月20日上任，它只有1個月的時間去溝通，有一個很重要的觀點，就是我現在要報告的。工程會是負責採購法的主管機關，但他在修訂法的過程中，他不能僅依本身的意向去做一個獨立性的單獨的判斷。他必須知會相關機關，大家凝聚共識，經過行政院核定的大前提下才可以往下走。全面的強制仲裁這個前提是不可行的，當初在短短的一個月內將所有的機關意見都彙整出來。就在那個過程裡面，包括法務部提出全面的強制仲裁有違仲裁法合意的前提。仲裁法的主管機關是法務部，採購法的主管機關是工程會，所以在彙整之後，經過法務部提供意見，認同不能急於定案，所以7月4日那個協商往後延長，其實沒有暫停任何溝通，一直到97年底，開始有比較清楚的共識。在那個共識裡面，也包括今天提到的工程協調機制(DRB)，但未達到書面之協議處理。

(二) 工程會基本上是接受多元化的紛爭解決方式，原有的方式（訴訟、調解、仲裁）之外，包括剛剛提到的 DAB、DRB 的制度我們都接受。為何接受呢？因為 DAB、DRB 不只在契約內要訂明（這個已經是一個合意的前提），在契約執行的過程中，還要成立專家協調委員會，由大家信賴的第三人組成協調委員會，協調不成就提付仲裁。這是營造公會早期所說先調後仲的機制。我們不反對，只是要求需要配套措施。因為這種委員會需要的經費較大，必須在一定規模以上的工程才有可能採行。但由於公會一直希望能走強制仲裁，所以這部分就沒有再進行後續的討論。

(三) 98 年底營造業法修法的過程是：該法是內政部營建署主管的法規，修法過程中也知道營造公會希望可以透過營造業法來達到其解決爭議的目的。在營造業法裡面只針對工程採購的部分，希望作一些溝通，作一些調整。這與我們當初提出的工程協調組織相去不遠，這是沒有衝突的。只是現階段所改的先調解後仲裁方式，我們看來，在採購法中是調解與仲裁兩者都是可以選擇之方式。採購法 97 年修法後有了一個我個人稱為「先調解後強制性的有條件仲裁」，從來沒有一個先調解後仲裁的制度。先調解後仲裁原來是由 DAB 引申出來的。可是這個概念在 99 年初營造業法修法討論時，法務部認為仍有很大的再思考空間，所以主動到立法院去協商能不能保留一段時間，並要求工程會一併配合，其後並由秘書長出面率相關部會至立法院協調。97 年之後的溝通程序不是單由工程會在做，因為依行政院規定修法案件，必須整合相關部會意見並經行政院同意後，才可續行據以協商，大家好像都誤解由工程會一手遮天在做這件事情。

(四) 今年年初我們林秘書長主持，協調之後達成所謂的先調解後仲裁納入營造業法之原則。就修法的權責來說，營造業法的主管機關是內政部，我們是協辦機關，故表達尊重之意。

(五) 關於調解制度好不好的問題。我們要說明，採購法所訂之調解制度不是只針對營造公會，調解包含工程、勞務、財物都包含在採購法的適用範圍內。其對

象除工程單位外，機關也不同、規模大小也不同，我的看法是，臺灣區營造公會是一個比較大的公會，所以我們討論的範圍應該針對較大的工程爭議來做討論，因為他牽涉到的金額比較高。但要完全抹殺調解的功能，我認為不甚妥當。從 88 年到現在，整個調解案總收案數是 8,270 件，實體終結的大概是 6,073 件，實體終結中成立的是 4,041 件，也就是大概 47%、48%，因此不能抹殺工程會現有調解的功能。

(六) 其實多元化的制度選擇，我們同意也支持。我們針對仲裁制度並沒有特別不同意，我們一直支持的是合意仲裁。在今年我們做了些調整，不管是哪一個制度，我們不會因為其有缺失、疑慮，就排斥它；我們有去探求各界的意見，在處理上，我們今年在契約範本做一個處理，就是希望在契約範本中訂定仲裁條款，這個仲裁條款是經過機關認可就訂在契約裡面，已經先符合合意的前提之後將來就可以往下走了。這樣處理就是因為法的修訂不夠快，但是從行政上可以比較迅速處理的部分來著手，這是一個公開討論的過程，可能對條款訂定內容還有討論意見，大家就誤以為工程會不接受這個東西，這是不正確的。

(七) 工會代表認為，以往亦曾擔任本會的申訴會兼副主委，並依原有的機制，主導調解程序，運作順暢，為何更換了申訴會的主食人，就引發諸多爭議。我目前是工程會申訴會的兼副主任委員，申訴會是一個委員會的組織，委員的獨立性與委員會的運作，每二年一任，既是委員制，我們充分尊重亦不主導任何個案，以往制度運作順暢，現行制度亦無窒礙。我相信大家都希望任何機關都能夠愈變愈好，我們也確實在機制改革上作改善。

(八) 回到多元化的前提，我們希望作一個比較完整的配套措施。所謂的配套措施，如果現在仲裁機制有這麼大的疑慮，想要監督仲裁人的機制，並非僅是如仲裁協會代表所言找一個很好的主任仲裁人就可以解決問題。仲裁法修法程序由工程會來做是逾越了法定職掌，仲裁法不是工程會主管的，只能提供意見供參考，而應由法務部主導。至於公共工程履約爭議調解部分，工程會責無旁貸，也持續

進行改善中。關於配套措施裡的 DAB、DRB 等制度，很大的困擾是，訂出來以後要去用，誰來用呢，是工程機關。因此機關的認知亦屬重要，同時國內的仲裁機制亦應積極調整體質，提升仲裁機制的公信力，機關自然樂於採用。至於工程專業法庭，自有司法院的監督。

（九）還有一個很困擾的問題。今天有保守的機關，難道沒有惡劣的廠商？我們不能否認。如何讓保守的機關敢去做事，不要造成廠商損失，惡劣的不敢伸手，正是工程會調解制度採公開透明的目的。我們有誠意也想改善，但不要因為問題不能用較快速的方法解決就否定該制度；調解制度不完美，但不能否定其存在的必要與以發揮的功能，為保障機關與廠商的權益，所以要追求的是多元化和配套措施。

（十）據工程會前副主委李建中教授轉述，當初採購法在制定的時候確實是美商、日商、歐商的介入，是立法委員要求加入調解機制的，不是工程會要求的。調解本身有其功能，我們也覺得必須拿捏，調解本身是沒有裁判性的，李建中教授也說當初採購法立法的前提就是不希望有強烈的裁判性在內。但因為機制上有專業判斷上的需求，如果找了專家就已經具有了裁判的性質在裡面，非僅強調達成合意即可成立調解，回過頭來這並不會與仲裁、訴訟的裁判性發生牴觸。非要變成先調後仲，非我們的原意，如果真的要走到這裡，原先公會是認為調解不好所以要去仲裁，現在若變成要先調解才能仲裁，會形成前置程序之疑慮，這在立論上就有落差。工程會從未對先調後仲提出意見。這次的研究案並非由工程會委託學會辦理，就是希望能夠更客觀地交換意見，針對營造業法要把仲裁規定擺在第 27 條，我們表示尊重，沒有意見，只是希望在法制程序中作多元的配套。既然是多元化，就無替代與否的問題，而是不同功能、不同的選項。

中華工程仲裁協會鄒常務理事啟騁：

不要開太多的路，現在的路能走的就好好的把它走到底。

主持人陳副教授愛娥：

本件政策建議書的研究是行政院指示研考會去辦的，工程會只是基於相關單位的立場來表示意見。我們都會尊重，作忠實的紀錄，列在政策建議書的附件裡面。

行政院工程會許參事瑩珍：

(一)其實我們的立場是：履約爭議的解決方式是多元的，只要具備一定的程序、效果我們都歡迎。我們從不反對仲裁，只是依仲裁法第 1 條的規定，本來就應該基於雙方都願意來用這個制度，才能專業、快速、有效。今天的問題在於廠商想用，機關則有顧慮。站在採購法主管機關的立場，我們從 96 年開始，即使不是仲裁法的主管機關，仍然希望健全仲裁制度，建立一個平台使雙方願意用這個制度。先調後仲的強制仲裁，跟憲法及仲裁法就會有疑慮或不合。本會亦查詢外國規定，到底有沒有強制仲裁的立法，其實歐美先進各國都是合意仲裁，沒有強制仲裁的立法例。考慮到有沒有違憲的問題，剛剛司法院的代表也提到，在私經濟行為下，都是契約雙方的當事人，訴訟權是一致的，立於對等的地位。

(二)證券交易法的強制仲裁，我們從文獻中看出，亦有學者提出違憲的疑慮。

中華民國營造工程工業同業公會全國聯合會廖秘書長宗盛：

要重視訴求無門的問題，因為把不同意仲裁列入契約之中，根本就沒有合意仲裁的空間，這個問題必須解決。所以我們營造公會才不得不退讓到先調後仲，把機關不同意改成雙方不同意後強制仲裁。是不是透過仲裁判斷、程序的公開透明消

除大家對仲裁判斷的疑慮，我想這樣才能快速的解決爭議。這是我的個人意見，非公會意見。

主持人陳副教授愛娥：如果未遺漏大家發言的狀況，那今天的會議就到此為止。

柒、會議結束：(下午 4 時 20 分)

(未出席單位：台灣區中小型營造業協會、台灣區電氣工程工業同業公會、臺灣營建仲裁協會、內政部、交通部公路總局、經濟部、國防部；未出席專家學者：國立中央大學法律與政府研究所陳教授英鈴、國立臺灣大學法律學院羅教授昌發、古律師嘉諄、徐律師立信)

附錄二：審查意見之回應

委託機關審查意見	研究小組的相關回應
<p>一、鑑於本案既屬探討「強制仲裁」之合憲性為重心，似宜先就「強制仲裁」之概念予以釐清，俾凸顯後述配套措施所需之強度及必要性。以本案指涉之「營造業法」第 27 條修正條文草案(以下簡稱本草案)為例，其係於本草案增列第 2 項「前項第七款，應於工程承攬契約訂立機關與廠商因履約爭議未能達成協議之處理條款：…三、向仲裁機構提付仲裁。…」及第 3 項「上列任一處理方式，經一方提出，他方不得拒絕。」，如依本草案之規定，工程承攬契約草擬之一方(如擬議中之契約雙方分別為機關與廠商時，實務上草擬之一方應為機關)，逕於契約內記載，履約爭議未能達成協議時，依本草案第 2 項選擇以「向仲裁機構提付仲裁」，造成他方(廠商)依本草案第 3 項僅能選擇接受契約參與投標或放棄不投標之結果，此時他方(廠商)既有選擇接受契約與否之權利，與初稿中所舉證券交</p>	<p>已依審查意見之建議，說明本研究對「強制仲裁」的界定，以及採取此等理解方式的考量基礎(本文第 9 頁倒數第 3 行起至次頁)。</p>

<p>易法第 166 條或舊勞資爭議處理法第 24 條第 1 項、第 2 項規定之「強制仲裁」之情況似有不同，是否仍屬「強制」抑或屬他方（廠商）已合意採行仲裁程序，僅係後續細節有待協議訂定？反而言之，如工程承攬契約草擬之一方，於契約內，並無訂定履約爭議未能達成協議時之處理條款，致他方於契約訂定前或於契約訂定後，始依本草案要求選擇以「向仲裁機構提付仲裁」時，對於工程承攬契約草擬之一方是否仍屬「強制」或應認其未於契約中規定係屬已同意不排除以仲裁程序為之？由於此均涉及後續機制應配合修正通常仲裁程序之強度及必要性，爰建議研究團隊能予釐清。</p>	
<p>二、有關初稿第 40 頁末段「宜要求仲裁人應準用民事訴訟法之證據法則、核心法理進行仲裁程序…」之說明，為利日後相關政府機關據以研擬相關規範，建議研究團隊能再作具體說明，俾瞭解準用民事訴訟法那些條文之規定。</p>	<p>已依審查意見之建議，補充說明（本文第 44 頁第 3 段至第 45 頁第 2 行）。</p>
<p>三、有關第 32 頁第 2 行末「…亦即承認可以選擇國家的司法，進而減輕國家</p>	<p>已依審查意見之建議，作必要的澄清（本文第 33 頁第 2 段第 4 行至第 5 行、</p>

<p>司法的負擔。」，係指可以對國家的司法制度選擇接受與否，或係指選擇國家司法制度中之不同之程序(如合意第一審管轄之法院、合意簡易訴訟程序)，有無釐清之必要？另第33頁及第34頁援引之德國仲裁法第1066條及民事訴訟法第1066條是否有再加檢視之必要？均請研究團隊斟酌。</p>	<p>第33頁末行、第35頁第2行至第3行)。</p>
<p>四、本案之辦理或主因於本草案之提出，惟既不乏其他因素，故指涉本案辦理之機關背景似無必要，第11頁第2段末「…因前揭強制仲裁制度之合憲性爭議之重啟，行政院乃指示其所屬研究發展考核委員會辦理本研究案。」建議可修正如「因前揭強制仲裁制度具有合憲性之爭議，爰辦理本研究案。」。</p>	<p>已依審查意見之建議，修正相關文字（本文第9頁倒數第4行至第3行）。</p>
<p>五、本研究目的之一應係為更有效率的解決公共工程採購履約的爭議，及如何選擇訴訟外妥適的爭端處理機制，非僅就司法制度的立場探討如何減少訴訟，達到訴訟經濟的目的思考。</p>	<p>本研究亦同此意見（參見本文第5頁、第15頁的說明）。</p>
<p>六、另請酌整合法律外之「法律經濟學」、「法律社會學」等研究方法之分析，包括訴訟程序如果延滯，反而有高</p>	<p>法律經濟學、法律社會學的研究面向對本議題自有其意義；惟限於研究期程的限制，依委託意旨，本研究的探討重點</p>

<p>於市場之 5% 利息；為何有「強制仲裁」之呼聲？「法律強制」與「仲裁合意」是否矛盾？仲裁及訴訟統計資料、訴訟結果、相關人士之偏好、是否合乎公平正義（或者「法治國家」）之要求等議題，以利提出具體可行之政策建議。此外，研究方法應考量經濟分析，宜先瞭解現行公共工程採購履約產生爭議的類型、成因及爭議解決方式，與對廠商、機關及社會影響衍生之成本。若採用仲裁解決爭議的整體成本大於其他爭端處理機制，且解決爭議類型的金額又小，利益相對有限，強制仲裁僅徒增社會耗損而已。若現有仲裁案件少，除非先證明採用仲裁解決爭議的整體成本低於其他爭端處理機制，且足以適用於解決爭議類型的金額較大的工程，產生較大利益，否則似無討論強制仲裁之需要，併請研究團隊酌參。</p>	<p>並未及於此二面向，誠難就此勉強插入相關論述。</p>
<p>七、建議可補充強化他國公共工程實際採用仲裁解決爭議產生效益的案例進行分析。例如，香港連接赤鱸角國際機場之青馬大橋（全球最長的行車鐵路雙用懸索吊橋及全球第七長的懸索吊橋）</p>	<p>依委託意旨，本研究探討重點置重於外國法制經驗的參照，尚不及於個案的探討。此外，仲裁得以快速解決相關爭議尚非爭議所在，似亦無援引個別案例加以證實之必要。</p>

<p>八、建議可充實並以列表方式比較「仲裁」與「訴訟」間之優缺點。考量德國政府採購制度，係見於其「限制競爭防止法」第4章，履約爭議應屬該國「民法」問題，爰建議研究報告參考文獻宜補充「競爭法」、「採購法」（行政院公平交易委員會競爭資料中心有許多競爭法文獻）方面之參考書籍，如根岸哲所著《公共工事入札（投標）談合（圍標）與獨占禁止法》（日文）等書。</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. 本研究並非主張，應於「仲裁」與「訴訟」二者間為抉擇，因此，似尚無比較二者之優劣，以為制度選擇基礎之必要。此外，本研究探討的重點並非整個「仲裁」制度，毋寧更置重於「強制仲裁」與其他訴訟外紛爭解決機制的關係。因此，實難於文中勉強插入「仲裁」與「訴訟」優缺點之表列比較。 2. 按德國政府採購制度雖規定於該國限制競爭防止法，惟其相關規定主要處理招標程序與審查程序，並不及於履約爭議的處理（參見吳秀明、梁哲瑋譯，德國限制競爭防止法，收錄於：臺北大學法學論叢第66期，頁183-218，相關條文為該法第97條至第129條）。就研究小組所知，德國政府採購法教科書所處理者亦為招標程序與審查程序，而非履約爭議部分（例如：Jan Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2007, S. 137-166）。因此，實難據以援引而為補充。
<p>九、如果需要解決勝訴廠商假執行未果之「資金週轉」問題，可從限制政府機關「免假執行」著手。如果需要迅速解</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. 本文所處理者係解決履約爭議之程序選擇的問題，似尚不及於個別程序之細節問題的探討；因此尚難針對諸如

<p>決「何家廠商得標」之爭議，可參考德國制度；此與「其他政府採購爭議」不同。採購程序之「遲延」，可藉「事先規劃」加以紓緩，德國《聯邦預算法》「未來承諾之授權」，對於「中長期計劃」有重大參考價值。另外仲裁人及仲裁協會費用、「仲裁人」於《刑法》及《貪污治罪條例》之地位，建議加以討論。</p>	<p>「免假執行」之類的課題加以說明。</p> <p>2. 關於「何家廠商得標」、採購程序「遲延」等爭議應屬招標、審標、決標階段之議題，非屬本文所稱「履約」爭議之課題；故擬不於本研究中加以論列。</p>
<p>本研究主題為「履約爭議」，應屬民法（承攬、委任等）之問題，宜增加（履約商品不良）「競爭訴訟」及「住民訴訟」（可否仲裁？）之討論。裁判上或裁判外之「減價收受」，得標廠商及政府機關，是否要「連帶」對「未得標之次高價廠商」負賠償責任？正因為「政府採購」（大部分為公共工程）有其外部性（第三人效果），仲裁或調解能否顧及「公共利益」，實有疑慮。另一方面，若進行「訴訟」程序，「法官」心態上是否偏袒政府機關（仲裁組是否偏袒民間？），亦值得研究；改進之道，應如同「刑事訴訟」，建立「判決引述法律條文」之制度，以上併請研究團隊</p>	<p>1. 本研究之重點在於解決履約爭議之程序選擇的問題，尚非「履約爭議」本身；因此，尚難就個別履約爭議之課題加以論列。</p> <p>2. 限於委託意旨與本研究探討的重點，關於法官、仲裁人之心態，實難於本研究的脈絡裡加以論述。</p>

參酌。	
<p>十一、本研究宜先釐清「前提」(強制仲裁)是否違憲或顯然偏差，似與「為避免違憲疑義應採取之強制仲裁配套措施的建議」無關。政府採購履約爭議牽涉「公共利益」及「平等原則」(以政府資金使個別廠商取得平等之獲利機會)，「繼續性之互利關係」(所謂「以和為貴」)不應為考慮之重點，反而「以訴訟判決彰顯法治原則」，亦即追求「垂諸永遠之普遍法則」(法律即客觀生活原則)，始足以兼顧公共目的及兩造之利益。另有「各國法治發展階段」問題(猶如羅斯托 Rostow「經濟發展階段論」)，有關外國法院判決，或者外國仲裁如果值得取法借鑑，似不應在我國法律中強制規定「國內仲裁」，本問題以推理比較之邏輯論述為妥。</p>	<p>在憲政國家中，立法者為制度選擇，確應以合憲為前提。就此，本研究已加以補充(本文第 47 頁末段、第八章)。</p>
<p>十二、有關本研究報告印制格式應修正部分如次(本會委託研究報告併參)：</p> <p>(一)封面應書明「編碼」、「研究主題」、「行政院研究發展考核委員會編印」、「印製年月」等文字，封面裏頁除上述文字外，應再加書「受委託單位」、</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. 相關格式要求，謹如要求調整。 2. 中文提要、關鍵詞已加以補充；至於建議意見則增列第八章加以說明。

「研究人員」，並均以粗體打印，研究報告並加上「本報告內容及建議，純屬研究小組意見，不代表本會意見」。書脊應依序書明「研究主題」、「行政院研究發展考核委員會」及編碼數字 RDEC-RES-099-041。

(二) 目次中各「章次」、「附錄次」、表次中之「表號」及圖次中之「圖號」，均以細明體加粗體打印。本文中各「章標題」、「節標題」及「圖(表)號、標題」，均以細明體加粗體打印。各類圖表標題，圖置於下方，表置於上方；資料來源列於圖表下方。

(三) 本文前應加列中文提要(頁碼延續目次、表次、圖次，以羅馬數字編列)，簡略說明研究緣起、研究方法及過程、重要發現及主要建議意見，並加註關鍵詞(至多5個)。

(四) 建議意見分「立即可行建議」及「中長期建議」2類，以條列方式逐條臚列敘述，並說明理由，並明列其主、協辦機關。研究主持人之就審查意見之修正說明，應列入研究報告附錄。

<p>(五) 研究報告目次、表次、圖次、提要、章、參考書目及附錄均請自單頁打印。研究報告每頁均請加註頁眉，單頁註明「章名」(置於單頁之右)，雙頁註明「研究主題」(置於雙頁之左)。頁碼註記於每頁文字下方(以阿拉伯數字編列)，與頁眉同側。</p>	
---	--

委託機關補充審查意見	研究小組的相關回應
<p>一、第 14 頁 99 年 11 月 12 日座談會歸納第 3 點：「對申訴會調解功能評價顯有爭議」一項，按該次座談會之討論重點係政府採購法第 85 條之 1 第 2 項強制仲裁之合憲性(詳歸納第 2 點及後附之會議紀錄)，尚未列入申訴會調解功能相關議題，故出席人員未就本項議題具體表示意見(如臺電公司)，建議宜將部分人員之發言具體評價及統計內容刪除。惟如仍須保留上開內容，因交通部、國防部軍備局對調解功能表示肯定，宜調整「對調解功能不無質疑」之論述方式。另內政部營建署亦肯認調解發揮相當功能，建議予以增列。</p>	<p>為如實呈現座談會重要內容，仍維持該點說明；惟說明方式已再次檢視相關紀錄，並參採審查意見，調整說明方式(本文第 13 頁第 3 點)。</p>

<p>二、第 62 頁有關行政院公共工程委員會主任秘書提出調解案之案件數，成立案件約為 47%、48% 之數值，係舊有資料，最新資料實際成立率之數值為 66%~67%，請予以修正。</p>	<p>已依審查意見補充註明（第 71 頁）。</p>
<p>三、第 39 頁標題「柒、政策建議方案二：為避免違憲疑義應採取之強制仲裁配套措施的建制」一項：</p> <p>（一）綜觀本研究報告初稿文意，係認對立法強制仲裁有違憲之疑義，而本段內文亦敘明「如確實基於極為重大的公共利益而須採行此等制度時，亦須配置相關配套措施，始能稍減其違憲疑義」（見 p.40 第 12~13 行），其意為施行配套措施仍不免有違憲之虞。為免致誤解為施行配套措施即無違憲疑義，標題建議修正為「柒、政策建議方案二：為稍減違憲疑義應採取之強制仲裁配套措施的建制」。</p> <p>（二）另就本文內容亦說明立法強制仲裁之前題須符合憲法第 23 條之要件，本段結論列出「如確實基於極為重大的公共利益而須採行」之條件，請研究團隊考量就現有情況是否符合「極為重大的公共利益而須採行」要件，而可能通過憲法第 23 條規定之檢視，提出具體</p>	<ol style="list-style-type: none">1. 採納審查意見之建議，將相關標題調整為「為稍減違憲疑義應採取之強制仲裁配套措施的建制」。2. 關於現有情況是否符合「極為重大的公共利益而須採行」之要件，而可能通過憲法第 23 條規定之檢驗，已補充說明本研究小組之見解（第 47 頁第 2 段）。

意見。	
<p>四、若將修法條文（即調解不成立後，一方提付仲裁他方不得拒絕）納入採購契約範本中，供採購機關一體適用，依本案所蒐集之資料、現行制度與環境，是否仍會有研究報告第 39 頁所稱「不具可預測性之仲裁判斷對安排公共工程財政資源，甚至對公共工程品質的影響」等等疑慮？政策上是否妥適？行政院可否以行政命令方式，強制各適用採購法之機關及團體，將前述條文必須列入契約？若某招標機關違反此行政命令，漏將此條文列入招標文件，該標案廠商可否以行政命令據以提付強制仲裁？及其他可能衍生之相關問題。上開議題請研究團隊一併參酌納入研析。</p>	<p>本研究的重點在於，解決履約爭議之程序（包括訴訟、仲裁、調解以及，其他訴訟外紛爭解決機制）的選擇，而非個別程序的細節問題，尤其不及於，將相關強制仲裁規定納入採購契約範本，供招標機關一體適用的相關問題；因此，實難於研究本身的脈絡裡，就此等問題加以論列，爰僅於此稍作回應。關於（一）「若將修法條文（即調解不成立後，一方提付仲裁他方不得拒絕）納入採購契約範本中，供採購機關一體適用，依本案所蒐集之資料、現行制度與環境，是否仍會有研究報告第 39 頁所稱『不具可預測性之仲裁判斷對安排公共工程財政資源，甚至對公共工程品質的影響』等等疑慮？政策上是否妥適？」之問題。按於此所稱「修法條文」意指不甚明瞭，如係指「營造業法第 27 條條文修正草案」，則內容並不相符，蓋該修正草案之提付仲裁並不以調解不成立為前提，爰不加以討論。如「修法條文」意指現行政府採購法第 85 條之 1 第 2 項之內容，或指稱對現行政府</p>

	<p>採購法第 85 條之 1 第 2 項別為修正之草案，研究小組認為，在政策上均未見其當。如指前者，即誠無必要；蓋只須符合現行政府採購法第 85 條之 1 第 2 項之要件，廠商提付仲裁，機關即不得拒絕，本無庸在契約條文別為約定。如指後者之情形，則更未見妥適；蓋如契約所定強制仲裁之要件與(修法完成前之)法定要件不一致，反將導致適用上之困擾（究應以契約或法律所定為準？）。況且政府採購法之主管機關依該法雖得檢討審定「標準採購契約」(第 10 條第 3 款)、訂定「各類採購契約之要項」(第 63 條第 1 項)，惟本於依法行政原則，其訂定之內容自不應牴觸相關法律規定；在修法完成前，由政府採購法主管機關另行依循訂定採購契約範本之途徑，作與現行法不同的安排，不無違法的疑慮。至於其是否仍會有「不具可預測性之仲裁判斷對安排公共工程財政資源，甚至對公共工程品質的影響」之疑慮，亦難以一概而論。關鍵應在於，提付仲裁前之調解的運作功能如何。倘若先前的調解機制能相當程度地發揮解決紛爭的功能，廠商投標前</p>
--	---

大體仍預期其履約爭議將依循以雙方合意為基礎的調解機制得以解決，則前述疑慮自將緩減；倘先前的調解機制功能有限，淪為單純提付仲裁的前階段，即其影響與不附條件的強制仲裁相去不遠。(二) 至於「行政院可否以行政命令方式，強制各適用採購法之機關及團體，將前述條文必須列入契約？若某招標機關違反此行政命令，漏(未)將此條文列入招標文件，該標案廠商可否以行政命令據以提付強制仲裁？」的問題。研究小組認為，此等作法仍未見妥適。蓋假使將所稱條文理解為現行政府採購法第 85 條之 1 第 2 項之內容，則如前所述，並無另以行政命令要求納入契約條款之必要。如相關條文意指對現行政府採購法第 85 條之 1 第 2 項別為修正之草案，其不妥適亦如前述；蓋如契約所定強制仲裁之要件與(修法完成前之) 法定要件不一致，將導致適用上之困擾，且行政命令之內容亦不應違反相關現行法律之規定。此外，行政院基於最高行政機關的立場，固得對所屬機關下達命令，惟其拘束力顯然不能及於非行政院所屬之其他政府機關。再者，

	<p>如前所述，政府採購法本身對契約範本之訂定權限已有所規定，行政院縱為政府採購法所定主管機關之上級機關，亦不應違反法定管轄權限的規定(行政程序法第 11 條第 1 項明定，「行政機關之管轄權，依其組織法規或其他行政法規規定之」)。至於如招標機關未依行政命令要求納入相關契約條款之法律效果，基於行政命令的對內屬性(即其規範對象為所屬機關)，原則上，廠商尚無從直接援引該行政命令作為提付強制仲裁之根據。</p>
--	--