

# 論仲裁協議之妨訴抗辯

吳光明\*

## 壹、概說

仲裁制度之產生，係私法自治、契約自由原則之實踐。仲裁制度係一種進步之制度，其具快速、經濟、秘密、專業、技術等特性，使其在國際性爭議處理之適用上，非常普遍。

然而，由於仲裁協議是仲裁之基礎。因此，仲裁協議存在中，如當事人之一方，就雙方所約定應提付仲裁之爭議，提起訴訟，或在仲裁程序進行中，當事人之一方，另行提起訴訟，此時應如何處理，乃仲裁法上應解決之問題。

舊商務仲裁條例<sup>1</sup>第3條規定：「仲裁契約，如一造不遵守，而另行提起訴訟時，他造得據以請求法院駁回原告之訴。」即為仲裁協議妨訴抗辯之主要具體表現。換言之，仲裁協議之功能，主要表現在妨訴抗辯上<sup>2</sup>。而「妨訴抗辯」於民訴訟法中之定位，以及其法理基礎，早即甚受論者重視。

現行仲裁法第4條規定：「仲裁協議，如一方不遵守，另行提起訴訟時，法院應依他方

聲請裁定停止訴訟程序，並命原告於一定期間內提付仲裁。但被告已為本案之言詞辯論者，不在此限。原告逾前項期間未提付仲裁者，法院應以裁定駁回其訴。第1項之訴訟，經法院裁定停止訴訟程序後，如仲裁成立，視為於仲裁庭作成判斷時撤回起訴。」亦即將仲裁協議「妨訴抗辯」之功能，從最初的「駁回訴訟制」，改採「停止訴訟制」，此一修正，是否有解決原「駁回訴訟」所衍生之問題，則有探討空間。

再者，證券交易法第166條第1項但書，亦有關於仲裁之規定，此規定與仲裁法第4條規定之差異，及其適用問題，亦存疑義。基於此，本文擬對舊「商務仲裁條例」第3條、現行仲裁法第4條，以及證券交易法第166條等規定進行探討，並針對仲裁協議妨訴抗辯之效力，以及其適用時期、法院之處理等問題，從立法論及解釋論進行探討。另外，本文亦從仲裁妨訴抗辯之爭點延伸，探討政府採購法第85條之1第2項所涉之相關爭議問題。最後，提出檢討與建議，以作為本文之結論。

\* 本文作者係執業律師，台北大學法律學系教授

註1：商務仲裁條例原訂於1961年1月20日，新名稱：仲裁法訂於1998年6月24日，歷經多次修正，最近一次修正於2015年12月2日。

註2：林俊益（1996.4），《法院在商務仲裁中之角色》，第27頁，永然出版社。

## 貳、妨訴抗辯在民事訴訟法上之地位

### 一、民事訴訟法之妨訴抗辯

法院對仲裁協議之協助，主要表現在妨訴抗辯上。在雙方間存有仲裁協議時，如當事人中的一造，逕就雙方約定應提付仲裁之糾紛，向法院提起訴訟；或於仲裁程序繫屬中，一造提起訴訟之情況，另一方以雙方有仲裁協議為由，提出妨訴抗辯，而法院之處理方式，依舊商務仲裁條例第3條，係採「駁回訴訟制」，依現行仲裁法第4條則改採「停止訴訟制」<sup>3</sup>，已如前述。

惟我國民事訴訟法條文中，並無「妨訴抗辯」文字，學理上所稱之「妨訴抗辯」，係指被告以訴訟要件欠缺或訴訟障礙存在為由，主張起訴不合法，或請求駁回原告之訴。

訴訟要件中，法院不待當事人主張，即應依職權斟酌之事項，稱為「職權事項」；非經被告主張法院不必過問之事項，稱為「抗辯事項」。訴訟要件大多為「職權事項」，其屬於「抗辯事項」者，例如，民事訴訟法第98條供訴訟費用擔保之聲請、民事訴訟法第442第2項上訴案件不於一定期間補正，以及仲裁法第4條仲裁協議之存在等<sup>4</sup>，此種抗

辯事項，法院不得依職權調查，須經被告主張後，始成為訴訟之障礙，是以又稱為訴訟障礙之事項相對之訴訟要件<sup>5</sup>。而當事人據前述理由以請求法院駁回訴訟或停止訴訟，是為妨訴抗辯。

有學者認為，仲裁契約之訂立乃程序法（民事訴訟法及商務仲裁條例）所認程序處分權之一種行使形態。強化仲裁契約之妨訴抗辯效力，實即意味保障人民，更有機會選擇循仲裁程序參與「法」之探尋過程<sup>6</sup>。吾人對此見解深表認同。

### 二、仲裁協議妨訴抗辯修正之理由

依現行仲裁法第4條規定：「仲裁協議，如一方不遵守，另行提起訴訟時，法院應依他方聲請裁定停止訴訟程序，並命原告於一定期間內提付仲裁。但被告已為本案之言詞辯論者，不在此限。原告逾前項期間未提付仲裁者，法院應以裁定駁回其訴。第1項之訴訟，經法院裁定停止訴訟程序後，如仲裁成立，視為於仲裁庭作成判斷時撤回起訴。」此規定之所以將原來之妨訴抗辯採「駁回訴訟制」改採「停止訴訟制」，係因依民法第131條之規定，訴訟因不合法而被駁回確定者，原告之請求權時效視為不中斷。如原告之請求權係短期時效，被告極可能因時效完

註3：吳光明（1998.9），《證券交易爭議之仲裁》，第16-17頁，蔚理有限公司。

註4：駱永家（1995.10），《民事訴訟法1》，第88頁。〈該書最近一次增訂於2015年9月，惟上開觀點並未變更〉。

註5：楊建華、鄭健才、王甲乙合著（1995.8），《民事訴訟法新論》，第230頁〈該書經多次增訂，最近一次增訂於2010年6月，惟上開觀點並未變更〉，三民書局。

註6：邱聯恭，〈仲裁契約之妨訴抗辯效力——評最高法院八十一年度第三次民庭會議決議〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第22卷第1期，第317-349頁。

成而主張時效抗辯權，致原告即使於一定期間內提付仲裁亦無實益，為保護原告之權利，爰參考美國聯邦仲裁法、英國仲裁法及1998年仲裁法草案，將駁回訴訟修正為法院應依他方聲請裁定停止訴訟，並命原告於一定期間內提付仲裁。另參考聯合國國際商務仲裁模範法第8條第1項之規定，限制被告已為本案之言詞辯論者，即不得主張妨訴抗辯，以免當事人故意延滯訴訟程序。

又為確保當事人權益，避免原告不提付仲裁及終結法院之停止訴訟程序，對於原告不於期間內提付仲裁之效果宜予明定，爰增列仲裁法第4條第2項，俾資周延。再者，原告遵期提付仲裁並經仲裁庭作成判斷，原法院停止之訴訟程序如何終結，亦宜予明定，爰參考鄉鎮市調解條例第25條第1項、公害糾紛處理法第42條第2項規定，增訂第3項<sup>7</sup>。

### 三、立法評析

現行仲裁法第4條固然規定為：「仲裁協議，如一方不遵守」云云。然而，當事人間在各式「仲裁協議」中，有約定「應仲裁」者，也有約定「得仲裁」者。此種「應」，與「得」二字之不同，判定「一方不遵守」之標準自亦有所不同。

至於在涉外仲裁方面，凡有涉外因素之仲裁協議或仲裁條款，例如當事人間約定在國外為仲裁之外國仲裁契約，解釋上仍應依現

行仲裁法第4條之規定，採取「停止訴訟制」以解決部分問題。

再者，如雙方當事人之仲裁協議為「得提付仲裁」時，當事人雙方就仲裁與否均有選擇權，只要其中一方無意仲裁，即可不受仲裁規定之規範，而如雙方當事人之仲裁協議為「應提付仲裁」，而其中一方有違反時，法院即應依他方聲請裁定停止訴訟程序，並命原告於一定期間內提付仲裁。但被告已為本案之言詞辯論者，不在此限。原告逾前項期間未提付仲裁者，法院應以裁定駁回其訴。

## 參、我國證券爭議仲裁之妨訴抗辯

### 一、法律基礎

依證券交易法<sup>8</sup>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。

再依「臺灣證券交易所股份有限公司證券經紀商受託契約準則」<sup>9</sup>相關規定，投資人買賣證券除填寫委託書外，應先簽訂「委託買賣證券受託契約」，經查現行契約範本第13條，雖已改訂「雙方間因本契約所生爭議，同意以臺灣某某地方法院為第一審管轄法院」，而無仲裁條款，但在此範本修正前，

註7：法務部（1999.3），〈仲裁法修正對照表〉，《仲裁法規彙編》，第26-28頁。

註8：按證券交易法訂於1968年4月30日，歷經多次修正，最近一次修正於2021年1月17日。

註9：按「臺灣證券交易所股份有限公司證券經紀商受託契約準則」訂於1987年6月20日，歷經多次修訂，最近一次修訂於2019年7月10日。

其仲裁條款已曾行諸多年<sup>10</sup>。於此情形，投資人與證券經紀商因本契約所生之爭議，仍應依證券交易法關於仲裁規定辦理。

依上所述，證券爭議仲裁須先有仲裁之約定，始有仲裁判斷之可能。而仲裁無論為商務仲裁，或證券爭議之仲裁，其仲裁判斷於當事人間與法院之確定判決，均有同一之效力。

至於證交法第166條第1項但書之規定，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，其立法意旨，認為其間平素業務往來密切，遇有爭議事項，應先以協調之方式解決，而仍維持強制仲裁，此種證券法上之特別規定，與上述一般商務仲裁不同，依同條第2項規定意旨，自應優先適用證交法之規定，此為證券糾紛仲裁之另一特色，其法律基礎亦另成一體。

## 二、證券仲裁制度之設計

### (一) 證券仲裁之種類

證交法第166條第1項之規定，係仿照美國之證券交易爭議之仲裁制度<sup>11</sup>，將證券爭議之仲裁制度分為二，即證券行業爭議之仲裁與投資人爭議之仲裁；前者採強制仲裁，後者採任意仲裁。茲分述如下：

1. 強制仲裁其適用範圍為「證券商與證券交易所」或「證券商相互間」，於發生

依證交法所為有價證券交易所生之爭議時，依法「應」進行仲裁，以仲裁解決紛爭。

2. 任意仲裁其適用範圍為強制仲裁以外之情形，如證券商與投資人之間、交易所與投資人之間，當事人「得」依約定進行仲裁。且該約定仲裁之方式，須符合仲裁法規定之約定仲裁之要式要件：即須以書面為之。

換言之，亦即投資人在證券商辦理開戶時，須簽訂委託買賣證券受託契約書<sup>12</sup>，且該書面中應約定有仲裁條款（109年3月委託買賣證券受託契約範本修正前所簽者屬之）。

### (二) 「有價證券交易所生之爭議」之定義

所謂「依本法所為有價證券交易所生之爭議」，原則上，在證券集中交易市場或店頭市場所為之有價證券買賣所生之爭議固屬之。然倘非「依證券法」所為有價證券交易是否亦有本條之適用問題，例如投資人或證券商之一方，違約未履行交割而生之爭議；或如證交法規定以外之有價證券所為買賣之爭議，仍屬之。蓋解決當事人間因合法證券交易所引起之爭議，必較違法之證券交易之爭議為少，故對前兩例均應包括在內；至於證交法規定以外之有價證券，如非公開發行之公司股票，則不應包括，蓋其實際上，已與證交法無甚關聯。又如委託人與證券商間

註10：中華民國證券商業同業公會公布之「中華民國證券商業同業公會委託買賣證券受託契約（範本）」，係於109年3月12日修正。

註11：吳光明（1998.9），《證券交易爭議之仲裁》，書中第五章，美國證券交易之仲裁，第39-63頁，蔚理有限公司。

註12：證券商於投資人開戶時，投資人所簽訂之「受託買賣證券受託契約」以及「證券商客戶開設有價證券集中保管帳戶契約書」。

之行紀契約所生之爭議；或發行人、投資人與承銷商之間，因承銷契約所生之爭議；或如投資人與證券商之間，因買賣證券佣金之爭議等<sup>13</sup>，是否均屬條文之「依本法所為有價證券交易所生之爭議」範圍，有學者認為，上述所舉者，嚴格而論，均非證交法第166條所稱「依本法所為有價證券交易所生之爭議」。因本條範圍欠明確，以證券商與證券交易所之間，使用有價證券集中交易市場契約所生之爭議而言，其並非於證券交易市場或店頭市場所為之有價證券交易<sup>14</sup>。然而，本文認為，上開情形應可採廣義解釋，將其內容擴及因證券交易而產生直接、間接之一切爭議。此由於現行證券仲裁將強制仲裁範圍僅限於證券商之間或證券商與證券交易所之間，而任意仲裁之程序幾完全適用一般商務仲裁，故擴大解釋本條之適用範圍並無不妥，反而可提供當事人間多一項解決糾紛之途徑，俾更有效解決因有價證券交易所生爭議。另一方面，亦可使仲裁案之相對人，不必一直再對「有價證券交易所生之爭議」之定義問題提出抗辯，拖延程序之進行。

### 三、證交法第166條之立法沿革、目的

#### (一) 1988年之前之證交法第166條

##### 1. 立法沿革

於1988年之前之證交法舊法第166條，原係規定：「依本法所為有價證券

交易所生爭議，不論當事人間有無訂立仲裁契約，均應進行仲裁。」而將有關證券交易之爭議，均採強制仲裁。

##### 2. 立法目的

當時，之所以將有關證券交易之爭議採強制仲裁制度理由，略以：「因為證券交易不同於一般商業行為，故其糾紛亦異，如證券交易糾紛不先經仲裁而逕向法院提起訴訟，可能因法官不太了解證券交易各種技術問題，反會增加法院許多負擔。如證券交易糾紛先經過仲裁程序，可使許多複雜問題趨於簡單，也可使許多糾紛因仲裁而獲得解決，無須再經訴訟，...。」<sup>15</sup>

##### 3. 未依法進行證券仲裁之法律效果

###### (1) 證交法與仲裁法仲裁效果比較

依證交法第167條規定：「爭議當事人之一造違反前條規定，另行提起訴訟時，他造得據以請求法院駁回其訴。」此即妨訴抗辯。即在爭議當事人之一造，違反證交法第166條，而不依法仲裁，逕予訴訟時，他造得據以請求駁回其訴<sup>16</sup>。

依仲裁法第4條第1項已改為規定：「仲裁協議，如一方不遵守，另行提起訴訟時，法院應依他方聲請裁定停止訴訟程序，並命原告於一定期間內提付仲裁。但被告已為本案之言詞辯論者，不在此限。」

註13：賴英照，前揭書，第512頁；賴源河，《證券管理法規》，第391-392頁。

註14：賴英照，前揭書，第513頁。

註15：證期會於本條修正時於立法院之說明。

註16：臺灣高等法院83年度抗更（一）字第9號有關天弘證券與台育證券間之糾紛所為裁定。

依前述，如因「有價證券交易所生之爭議」且一方違反仲裁協議，對造係可據以請求法院駁回其訴。如係一般之商務爭議，一方縱違反仲裁協議，對造主張之結果，法院僅係停止訴訟。

## (2) 法院對應否仲裁之審酌

強制仲裁或已約定仲裁而未依法進行證交仲裁，他造固得據以請求法院駁回其訴。然其僅為訴訟程序上之抗辯，倘一造未依法進行仲裁，而他造亦未提出妨訴抗辯時，則法院應否依職權審酌「應仲裁」而駁回其訴。換言之，其時應依訴訟或仲裁程序解決紛爭，此間顯然值得研究。

妨訴抗辯，既僅為訴訟程序上之抗辯，屬抗辯權之一，故他造倘未主張，依民事訴訟採當事人進行主義，該紛爭自仍應依訴訟解決。

倘當事人未主張妨訴抗辯，法院不得依職權審酌而駁回其訴。

但亦有學說認為，此於任意仲裁，可視為雙方合意解除仲裁，殆無疑義；然於強制仲裁，未依法進行仲裁，而提起訴訟，倘他造未據以請求法院駁回其訴，即依訴訟解決紛爭，如雙方仍得合意規避「強制仲裁」，則證交法強制仲裁制度之規定將失其立法之目的<sup>17</sup>，本文同意此種見解，亦即雙方間之爭議

如存有應強制仲裁之情形，即使雙方未有主張，法院仍可依職權審酌「應仲裁」而駁回其訴。

## (三) 1988年1月29日之後證交法第166條

### 1. 修正後規定

證交法第166條規定：「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。」，僅將有關「證券商與證券交易所或證券商相互間」之爭議，保留以但書規定，仍採強制仲裁，其餘則為「得依約定進行仲裁」，而不再採取強制規定。

### 2. 修法之立法理由

參照外國立法例，對有價證券交易所生之爭議，並不採強制仲裁（如日本證券交易法第157條）。以我國已開辦僑外證券投資信託業務，在海外發行受益憑證有關事項發生爭議，依現行規定須強制仲裁，恐有窒礙難行之處，故非證券商之間，及證券商或交易所與投資人之間之爭議宜改採任意仲裁。至於證券商與證券交易所或證券商相互間，因平時業務往來密切，遇有爭議事項，應先以協調之方式解決，而宜仍維持現行強制仲裁，爰修正第1項<sup>18</sup>。

### 3. 1988年1月29日證交法第167條

1988年1月29日證交法修正第166條時，第167條並未修訂，仍規定：「爭

註17：范光群（1992.11），〈大陸與臺灣商務調解及仲裁制度之比較〉，載於《中興法學》，第34期。

註18：1988年1月29日證交法第166條之立法理由。

議當事人之一造違反前條規定，另行提起訴訟時，他造得據以請求法院駁回其訴。」

然「強制仲裁」之理論，既然依照證交該法第166條但書之規定，僅存於證券商與證券交易所或證券商相互間，則167條條文，應該配合修正規定為「爭議當事人之一造違反前條『但書』規定，另行提起訴訟時，他造得據以請求法院駁回其訴。」，如此前後條文意旨方能一貫。

## 肆、政府採購法第85條之1之仲裁規定

### 一、採購法之適用

我國政府採購法於1998年頒布，1999年施行，其內容包括總則、招標、決標、履約管理、驗收、爭議處理、罰則、附則，共八章114條，係政府機關辦理採購時之主要依據。

依政府採購法第3條規定，政府機關、公立學校、公營事業（以下簡稱「機關」）辦理採購，依本法之規定；本法未規定者，適用其他法律之規定。政府採購法第4條第1項規定：「法人或團體接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，並應受該機關之監督。」公共工程屬政府機關之採購事項，且金額普遍龐大，其所涉自優先適用政府採購法。

## 二、政府採購法第85條之1立法緣起

### （一）立法緣起

我國於1980年代末期，開始利用仲裁解決工程爭議。依仲裁法第1條第1項意旨，履約爭議若擬採仲裁方式解決，當事人須訂定仲裁協議。按此，倘機關拒絕訂定仲裁協議，於政府採購案發生履約爭議時，廠商即無從循仲裁途徑解決。

為因應機關與廠商間政府採購履約爭議之需，我國於2002年間增訂政府採購法第85條之1，嗣於2007年、2016年兩度修正<sup>19</sup>（2019年5月22日政府採購法最近一次之修正，則未涉及該條文）。

惟有關公共工程之仲裁，自應受政府採購法第85條之1的規範，但一般工程因並非政府採購法第3條、第4條規範之範圍，自亦無適用政府採購法第85條之1的餘地。

### （二）現行（2016年1月6日）政府採購法第85條之1條文

政府採購法第85條之1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。（第一項）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。〈第二項〉……」。

依此規定，如機關與廠商因履約爭議未能達成協議者，得以向採購申訴審議委員會申請調解，或向仲裁機構提付仲裁。

註19：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53卷第3期，第35-63頁。

由於本條修正前，實際運作上，採購申訴審議委員會對於申請調解之案件，有不提出「調解建議或調解方案」之情事發生，故第85條之1第2項，嗣修正明定採購申訴審議委員會應提出調解建議或調解方案，以發揮調解之功能；且調解屬廠商申請者，機關不得拒絕。

公共工程屬前開「工程及技術服務採購」，採購申訴審議委員會對於申請調解之案件，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，於廠商提付仲裁時，機關不得拒絕。此與仲裁法第1條第1項「當事人訂立仲裁協議」之前提，明顯有別。惟仲裁機構對於該等仲裁案件之仲裁方式，並不因其係公共工程之爭議，而有不同。

### 三、制度之探討

政府採購法第85條之1所衍生之議題，屢受討論者，包括先調後仲原則、特殊仲裁機制及該條文之違憲疑義<sup>20</sup>。

#### (一) 先調後仲原則

所謂「先調後仲」原則，即指廠商與機關間之政府採購履約爭議。調解屬廠商申請者，機關不得拒絕。經採購申訴委員會提出調解建議或是調解方案後，假若機關不同意該調解而致調解不成立，廠商可以直接提付仲裁，此時，機關不得拒絕該仲裁<sup>21</sup>。

「先調後仲」之要件，分析如下：1.須為工程或技術服務採購。2.採購申訴審議委員會應提出調解建議或調解方案。3.須為機關拒絕接受調解建議或調解方案。4.廠商提付仲裁，機關不得拒絕<sup>22</sup>。

#### (二) 特殊仲裁機制之推動

行政院公共工程委員會（以下簡稱「工程會」）為使機關更樂於採用仲裁機制，自2012年2月起推動「特殊仲裁機制」，以有別於仲裁法之綱要規定。嗣經由研擬「工程採購契約範本」第22條，修正「公共工程專案管理契約範本」、「公共工程技術服務契約範本」、「統包工程採購契約範本」、「節能績效保證專案統包工程採購契約範本」及「災害搶險搶修開口契約範本」，使特殊仲裁機制趨於落實。

特殊仲裁機制內容為：

- 1.仲裁人之選定由雙方互提10位仲裁人名單供對方選擇；
- 2.由雙方共推主任仲裁人，不以雙方選定之仲裁人共推為限；
- 3.公開仲裁程序及仲裁判斷書；
- 4.仲裁判斷書應記載事實及理由；
- 5.仲裁庭得不適用衡平原則為判斷<sup>23</sup>。

#### (三) 政府採購法第85條之1有無違憲疑義

依政府採購法第85條之1，廠商提付仲裁，機關不得拒絕，雖有認為，形同強制機關不

註20：吳光明（2021.1），〈法院在工程爭議仲裁中角色之探討〉，載於《當代營建工程暨法律》，第286-290頁，元照出版。

註21：嵇珮晶、吳光明（2000.9.1），〈論仲裁與調解之結合〉，《仲裁》，第58期，第43-72頁。

註22：林家祺（2016.12），〈公共工程履約爭議處理機制暨實務運作之檢討〉，《財產法暨經濟法》，第48期，第11頁。

註23：陳月端（2018.3），〈工程採購履約爭議於新仲裁機制之探討〉，《高大法學論叢》，第13卷第2期，第14頁。

得循訴訟途徑解決履約爭議，有否違憲法疑義<sup>24</sup>。

其實，所謂「機關不得拒絕」，係指機關不得拒絕以仲裁程序解決爭議之方式。至於應如何進行、如何選定仲裁人、仲裁地點為何，仍應依仲裁法相關之規定為之<sup>25</sup>。

實務上，最高法院略以「政府採購法有關履約爭議之救濟途徑並非僅有仲裁，立法者於衡量後為不同之規定，屬立法自由形成之範疇，既賦與機關經由合法、迅速、專業、省費之仲裁程序以解決紛爭之機會，其實體法上之權益，亦不因擇採仲裁救濟程序而受影響，與憲法揭示之平等原則並無抵觸。」<sup>26</sup>亦即認為政府採購法第85條之1並無違憲疑義。

## 伍、對仲裁妨訴抗辯之延伸討論與爭點分析

### 一、政府採購法第85條之1第2項是否為「強制仲裁」？

「強制仲裁」抑或是證券交易「法定仲裁」之規定，係指不論爭議當事人雙方間是否有仲裁契約之約定，對於是否採取仲裁程

序，法律不賦予選擇權。換言之，只要有爭議，即須提付仲裁。

我國法上目前之強制仲裁規定，有證券交易法第166條第1項但書之規定，此條之立法目的在於考量證券商與證券交易所之專業特殊性與所涉爭論屬高度規範，且有特殊專門技術性之特性而制定，且於同法第167條明定於違反時可提起「妨訴抗辯」。

然而，政府採購法第85條之1所規定者，主要為公共工程爭議，至其是否與證券交易相同，俱備高度規範性與專門技術性，則不無爭議。

有論者認<sup>27</sup>，依該條修法之理念，應係在欠缺仲裁協議下，強制機關須仲裁之「強制仲裁」，有論者亦對前述持肯定見解<sup>28</sup>，認本規定為所謂完全不具仲裁協議之基礎，而由法律規定應行仲裁之「真正強制仲裁」。

然本文認為，政府採購法第85條之1，條文中所規範之仲裁，僅謂「廠商提付仲裁，機關不得拒絕」文字，但並未禁止廠商於爭議發生時逕行提起訴訟，亦即廠商如不經仲裁程序即提起訴訟，並不違反規定，法院亦不可能據此駁回其訴。故該條文規定之仲裁，

註24：李念祖、李劍非（2012.12），〈強制仲裁制度的憲法原理與我國政府採購法第八五條之一第二項之合憲性——從美國憲法案例談起〉，《法學新論》，第39期，第13-49頁。另參閱林恩璋（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，第137-158頁。

註25：王國武（2020.4），《政府採購契約之管理與爭議研析》，第433頁，新學林。

註26：最高法院106年度台上字第723號民事判決。

註27：張嘉貞、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分析及因應建議〉，《萬國法律》，第157期，第42頁。

註28：沈冠伶、陳英鈺（2008.7），〈仲裁；程序選擇權與訴訟權之保障——以政府採購法第八五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》，158期，第220頁。另參閱李怡芳（2009.5），〈政府採購法第85條之1修法問題研究——關於強制仲裁之立法〉，《法令月刊》，第60卷5期，第75-94頁。

實非「強制仲裁」。惟該條文規定之仲裁雖並非強制仲裁，但又以全憑雙方意願約定之任意仲裁有別，如一定要歸類，則可認定為特殊仲裁即可

## 二、如有違反政府採購法第85條之1第2項之仲裁規定，有無妨訴抗辯問題？

按政府採購法第85條之1第2項，非屬強制仲裁，已如前述。再者，該條文並未規定違反之效果，亦無妨訴抗辯之具體規定。但是，有關仲裁之規範，於特別法中如無規定，理論上自應回歸適用仲裁法之規定。

以政府採購法言，廠商對於爭議事項固然可以選擇放棄調解與仲裁，而直接起訴，但因「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」，故本文認為，如廠商已依序聲請仲裁，機關卻提起民事訴訟，廠商仍可主張妨訴抗辯，聲請法院依仲裁法第4條規定裁定停止訴訟程序。倘機關仍不進行仲裁者，法院應以裁定駁回其訴。蓋非如此，則政府採購法第85條之1第2項之規定，恐難落實。

## 三、政府採購法第85條之1第2項仲裁之範圍是否僅限於經調解前置程序之範圍？

適用政府採購法第85條之1第2項為仲裁之前提，須符合以下4個要件：

- (一) 屬政府採購法上之工程採購案件。
- (二) 經採購申訴審議委員會提出調解建議或調解方案。
- (三) 因機關不同意致調解不成立。
- (四) 廠商提付仲裁。

換言之，本條應為「先調後仲」之規定，且為調解程序與仲裁程序間有明顯界分之類型，而本條並未限制調解委員不得於後續程序中擔任仲裁人，且調解建議或方案並非判斷，亦即調解與仲裁間並無前後審之關係，是應無需適用民事訴訟法422條及第32條第7款之規定。

至於若廠商提付仲裁之範圍與調解不同時，廠商針對不同部分是否仍可主張進行仲裁呢？此爭議有正反不同之看法，以下分述之。有論者認，依仲裁法第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。」是如符合民事訴訟法第255條但書訴之變更追加之例外情形下，可逾越原調解之範圍而於仲裁程序中提出。

惟另有論者認<sup>29</sup>，若容許廠商於仲裁程序中再為變更、擴張或追加其他仲裁請求，又未經採購申訴審議委員會提出調解建議或方案，機關將無從對該事項表示意見，將損及其程序利益，且不合於本條「先調後仲」之規定，除此外將使不同意調解建議之風險大增<sup>30</sup>。

本文認為，關於仲裁之範圍，應可將前置

註29：鄭漢蓁（2001.12），〈淺論政府採購法第85條之1第2項規定〉，《萬國法律》，第108期，第4頁。

註30：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，第68頁。

之調解程序認定為後提起仲裁之停止條件，是若無經調解之事項，基於當事人之程序保證與公平性，應不可納入仲裁之範圍。

#### 四、政府採購法第85條之1第2項之仲裁是否限於調解程序中雙方之攻擊防禦範圍、調解建議內容？

理論上言之，在比較仲裁與調解範圍時，調解申請之範圍依據，係以廠商申請調解之聲明文字觀之即可，抑或須佐以調解程序中雙方之攻擊防禦範圍及調解建議內容一併判斷。

有論者認，依本條之「先調後仲」程序判斷，前開仲裁之發生前題，係因機關不同意調解建議方案而來，而調解建議方案則係採購申訴審議委員會聽取雙方針對申請人調解項目之攻擊防禦方法後所提出，是調解之範圍應限定經當事人攻擊防禦方法後由採購申訴審議委員會所提出之建議方案為準。

本文認為，基於當事人之程序利益，仲裁之範圍，亦限為當事人經攻擊防禦後由採購申訴審議委員會提出之調解建議，而非僅以調解聲明文字觀之，如此當事人方得有紛爭解決之可預見性，亦不受程序上之突襲，對於紛爭之解決亦較為明確。

#### 陸、結語

仲裁法第1條第1項規定，「有關現在或將來之爭議，當事人得訂立仲裁協議，約定由仲裁人一人或單數之數人成立仲裁庭仲裁之。」已將舊仲裁條例中有關「商務上」及「依本條例」等文字刪除，並於第2項增列：

「前項爭議，以依法得和解者為限」，故已無所謂「商務仲裁契約」或「非商務仲裁契約」之分別或限制。換言之，基於私法自治、契約自由原則，當事人得自由訂立仲裁協議，使仲裁制度之功能得以發揮。

在妨訴抗辯方面，當事人以有仲裁協議或法定之仲裁規定為據，主張妨訴抗辯後，法院之處理方式從「駁回訴訟制」改採「停止訴訟制」，且為免原告不提付仲裁及終結法院之停止訴訟程序，以確保當事人權益，對於原告不於期間內提付仲裁之效果宜予明定，爰於仲裁法第4條增訂「原告逾前項期間未提付仲裁者，法院應以裁定駁回其訴」，俾資周延，自有其正面效益。

惟現行仲裁法第4條條文所謂「一方不遵守仲裁協議」，解釋上應限於違反「應」仲裁之約定或強制仲裁之規定，使屬之。蓋如雙方當事人僅係約定「得」仲裁，屬於「任意仲裁」，則當事人享有「訴訟」或「仲裁」之選擇權，如其選擇提起訴訟，則不會發生仲裁法第4條條文所謂「一方不遵守仲裁協議」之問題。亦即當事人間如約定「得」提付仲裁，此即所謂「任意仲裁」，自不生「妨訴抗辯」問題，當人自無法主張妨訴抗辯（或「停訴抗辯」）。

有關強制仲裁，最常見者僅在證券交易法第166條第1項但書之規定。當事人「妨訴抗辯」之權明定於證券交易法第167條中，惟該第167條未敘明係針對第166條第1項之但書而規範，仍有待修正。

又，證券交易法第166條第1項及政府採購法第85條之1第2項，對於仲裁之規定，均為仲裁法之特別法，其不足之處，似應回歸適

用仲裁法。但相同之「妨訴抗辯」，於證券交易法與仲裁法中，卻發生不同之訴訟法效果，顯然不妥。因此，為仲裁制度之完整性，實不宜讓二者之「妨訴抗辯」效果不一，相互牴觸<sup>31</sup>。

另外，政府採購法第85條之1，條文中僅謂「廠商提付仲裁，機關不得拒絕」文字，並無強制廠商必須優先採取仲裁程序，惟機關

又不得拒絕，故其規定並非強制仲裁，也非任意仲裁，可歸類為特殊仲裁。但倘機關拒絕仲裁，廠商卻無法據以主張妨訴抗辯（或停訴抗辯），亦非合理。以現況言，似仍應允由廠商主張妨訴抗辯（或停訴抗辯），並適用仲裁法第4條之規定。惟為期法制之完備，政府採購法第85條之1第2項有關仲裁之規定，仍有再行研酌之必要。

---

註31：吳光明（1998.11），《證券交易法論》，修訂版，第299頁，三民書局。該書現已增訂14版，2019年2月，第459-460頁。