

# 辯論賽題目分析

## 壹、本案之準據法為何？除中華民國法以外，是否得以其他規範作為仲裁判斷之依據？

雙方可能主張之理由為：

聲請人	相對人
<p>一、 分包合約雖有規定依中華民國法，但並不排除以 <i>lex mercatoria</i> 作為仲裁之依據，因此不得僅以中華民國法作為論斷本案之「唯一」法律根據，否則即喪失以仲裁作為紛爭解決機制之目的。</p> <p>二、 尤其本件係涉外仲裁案件，且又係工程案件，因此除中華民國法外，並不因此就排除國際工程慣例以及 <i>lex mercatoria</i> 解決本案爭議。尤其是本案除興業公司外，其餘法律關係之主體皆為普國公司，因此不可能完全排除普國法於本案當中之適用。因此除中華民國法外，並無排除 <i>lex mercatoria</i> 以及普國法之適用。</p> <p>三、 且本案已經雙方合意於賠償額之部分，根據仲裁法第 31 條之規定，採取衡平仲裁 (<i>amiable compositeurs; ex aequo et bono</i>)<sup>1</sup>，則於判斷第一階段之債務不履行責任是否存在時，自亦得根據衡平原則，而非僅根據中華民國成文法進行仲裁判斷。且中華民國法中亦有誠信原則、情事變更原則等衡平法則之規定，審判實務亦予以肯定<sup>2</sup>，因此仲裁人若根據誠信原則或情事變更原則據以判斷本案，仍屬依中華民國法為判斷之依據。</p>	<p>一、 契約既已明定以中華民國法為準據，則並無其他理由可要求仲裁庭依照其他準據法作為判斷之依據。</p> <p>二、 <b>Arrow</b> 工程公司所主張根據 <i>lex mercatoria</i> 作為仲裁判斷之依據，實際上其所主張之內容，亦非根據 <i>lex mercatoria</i>，而係根據普國法，此與分包合約「依中華民國法」之約定有所違背。縱使根據所謂「仲裁條款獨立性理論」或稱「分離原則」(<i>separability doctrine</i>)<sup>3</sup>，將仲裁條款與分包合約獨立看待，本案之，工程進行地、簽約地，仲裁庭之所在地均在中華民國，唯一之涉外因素 (<i>foreign element</i>) 為原分包人為普國公司，因此準據法若按照「關係最切」(<i>the most important relationship</i>) 之理論來判斷，自然也是中華民國法。</p> <p>三、 至於運用衡平原則或誠實信用原則進行仲裁，由於準據法中華民國法亦有類似之規定，故依中華民國法，仍可得出適當之裁判結果，自然亦無須以 <i>lex mercatoria</i> 或衡平原則，作為本案判斷之準據法。</p>

<sup>1</sup> 參見仲裁法第 31 條：「仲裁庭經當事人明示合意者，得適用衡平原則為判斷」。

<sup>2</sup> 參見民法第 148 條第 2 項：「行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法」；民法第 227 之 2 條第一項：「契約成立後，情事變更，非當時所得預料，而依其原有效果顯失公平者，當事人得聲請法院增、減其給付或變更其他原有之效果。」；民事訴訟法第 397 條第一項：「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、給付或變更其原有效果之判決。」；並請參照最高法院 89 年度台上字第 967 號判決。

<sup>3</sup> 參見仲裁法第 3 條：「當事人間之契約訂有仲裁條款者，該條款之效力，應獨立認定；其契約縱不成立、無效或經撤銷、解除、終止，不影響仲裁條款之效力。」並請參考最高法院 85 年度台上字第 2441 號判決。

## 貳、Arrow 工程公司與興業公司有無仲裁合意？

雙方可能主張之理由為：

聲請人	相對人
<p>一、原本之承攬契約雖存在於興業公司及 Arrow 公司之間，但由於 Arrow 公司業已改組，故承攬契約及仲裁約款，亦應直接由依法承受該契約之當事人，即 Arrow 工程公司加以承受。因此 Arrow 工程公司，根據普國法律，已成為承攬契約之當事人，自可依仲裁約款提起仲裁。</p> <p>二、而所謂之「整體繼受」，和「轉包」在分包合約中已有規定兩者之不同。本案適用分包合約第十八條之「自願清算或重組」規定之情形，而非第十九條「轉讓」之情形，此亦為興業公司在第約時已經明瞭，否則即不可能於締約時，於另為「自願清算或重整」非屬違約之規定。因此根據改組結果，Arrow 工程公司係「自動依法承受」該分包合約，而並非根據所謂之「轉讓」，因為並無個別之「轉讓」合意存在於 Arrow 公司及 Arrow 工程公司之間，因此自能認定 Arrow 工程公司與興業公司有仲裁合意。</p> <p>三、又本案因屬業務概括承受之情形，故並無「仲裁條款獨立性理論」或稱「分離原則」(seperability doctrine) 之適用，而由於本案之分包合約係根據普國法律，法定、當然移轉至 Arrow 工程公司，因此 Arrow 公司原先基於分包合約所生之一切法律上之權利、義務、地位，均移轉與受讓人。<sup>1</sup>因此仲裁條款獨立原則，並不能適用在本案當中。因此，Arrow 工程公司自屬與興業公司有仲裁合意，自可提起仲裁。</p>	<p>一、原先承攬契約之當事人並非 Arrow 工程公司，而係 Arrow 公司，因此仲裁約款亦當然存在於興業公司及 Arrow 公司之間。因此，若由 Arrow 工程公司提起仲裁，應屬當事人不適格，仲裁庭得逕駁回其聲請。縱原本契約當事人 Arrow 公司業經改組，但改組後之契約當事人並非 Arrow 工程公司，因此仲裁約款之當事人並非 Arrow 工程公司，其聲請仲裁仍不合法。且中華民國仲裁法第一條第三項規定「仲裁協議，應以書面為之」，而興業公司所簽訂之仲裁約款，相對人係 Arrow 公司，自始至終未與 Arrow 工程公司簽有仲裁協議，自無可能認定 Arrow 工程公司得提起仲裁。<sup>2</sup></p> <p>二、本案於形式及實質上，Arrow 公司與 Arrow 工程公司均屬不相同之法律個體，因此本案自有分包合約第十九條「轉讓」之情形，而構成違約。</p> <p>三、所謂仲裁條款獨立原則或分離原則，於本家中確無主張之餘地，惟理由並非如 Arrow 工程公司所言，而係本案根本無有效之契約當事人移轉，故自無須討論「分離原則」在本案當中是否得以適用之必要，而 Arrow 工程公司自始均無與興業公司有履約或仲裁之合意，分包合約亦無合法有效之移轉，故無須以此理論去討論興業公司與 Arrow 工程公司間，有無仲裁合意。</p>

<sup>1</sup> 並請參考最高法院 87 年台抗字第 630 號裁定。

<sup>2</sup> 並請參考最高法院 64 年台抗字 239 判例。

**參、分包合約之契約當事人，在改組之後係由何人繼受？是否須興業公司同意？**

雙方可能主張之理由為：

聲請人	相對人
<p>一、 由於 <b>Arrow</b> 公司業已改組，故承攬契約及仲裁約款，亦應直接由依普國法承受該契約之當事人加以承受。由於依照普國法之規定，公司之改組即因改組所生之債之移轉，其效果係自動依法律所發生，且 <b>Arrow</b> 公司、<b>Titan</b> 公司以及 <b>Mercury</b> 公司皆為依普國法所設立之普國公司，因此公司改組所生之債之移轉效力，亦應依普國法之規定加以決定。因此，依普國法之規定，該合約之繼受人為 <b>Arrow</b> 工程公司加以承受。</p> <p>二、 又依普國法之規定，該等承受並無需由債權人事先同意，而係依法律規定所當然發生之效果，因此 <b>Arrow</b> 工程公司自可直接承受，無須興業公司同意，更無須根據中華民國法之規定為通知或公告。且此等改組對興業公司之工程進行並無影響，故分包人自無須有所謂「規避中華民國法律拘束」之行爲可言。</p>	<p>一、 承攬契約之當事人原本係 <b>Arrow</b> 公司，縱 <b>Arrow</b> 公司業已改組，但由於承攬契約約款已明訂契約之解釋及爭議解決，均應以中華民國法為準據法。而根據分包合約之規定，非經興業公司之同意，<b>Arrow</b> 公司不得將工程轉包，而 <b>Arrow</b> 公司逕將工程移轉與 <b>Arrow</b> 工程之行爲，已構成轉包，並已構成違約。因此系爭契約依法依約均屬尚未移轉，縱依普國法之規定可能有移轉之情形，亦不能以此拘束或對抗興業公司。</p> <p>二、 縱該等工程由 <b>Arrow</b> 公司加以履行非屬「轉包」，而屬於「債之移轉」或「契約承擔」，根據中華民國公司法第三百十九條準用第七十三條之規定，公司之合併及分割應分別向債權人為通知，因此 <b>Arrow</b> 公司在未通知興業公司之情況下，所爲之各改組事宜，無法對抗債權人即興業公司，自無法據此主張工程已可由 <b>Arrow</b> 工程公司繼續進行。且縱認該等改組事宜需根據普國法認定其效力，但並不代表興業公司需受其效力所「拘束」或「得對抗」興業公司，否則即代表 <b>Arrow</b> 公司可在不於事先告知興業公司任何消息之情形下，任意改組，而規避分包合約中關於中華民國法之拘束。因此若有移轉分包人之情形，自然須經興業同意，始得爲之。</p>

**肆、根據普國法律所為之「部分資產出資」，應依何國法律定其效力？興業公司可否以合約之規定否認其效力？**

雙方可能主張之理由為：

聲請人	相對人
<p>一、 <b>Arrow</b> 公司、<b>Titan</b> 公司、<b>Mercury</b> 公司以及 <b>Arrow</b> 工程公司皆為依普國法所設立之普國公司，因此公司改組所生之法律效果，亦應依普國法之規定加以決定。</p> <p>二、 且契約並無規定有關債權人或債務人公司改組效力之準據法，因此自應依公司所在地及其成立所根據之法律作為準據法，因此應依普國法之規定判斷該「部分資產出資」之法律效力。且中華民國公司法根本無「部分資產出資」之制度，因此該等改組所造成之法律效果，無法依中華民國法加以決定，故僅能依普國法加以決定。而依照契約約款，並無針對公司改組之部分加以約定，則在無約定情形下，自應依法律（普國法）判斷其效力。</p> <p>三、 縱認應該以中華民國法來認定，也應該根據最接近普國法規定之中華民國法，亦即普國法認該等改組已生「概括承受」之法律效果，則在中華民國法律中亦應根據最接近之法律規定，即民法第三百零五條之規定，認為 <b>Arrow</b> 工程公司已經「概括承受」<b>Arrow</b> 公司工程部門之一切權利義務。因此，無論就普國法、中華民國法或合約之約定，興業公司均無法否定該「部分資產出資」之行為係合法有效，分包人之地位已由 <b>Arrow</b> 公司移轉至 <b>Arrow</b> 工程公司。</p>	<p>一、 承攬契約約款既已明訂契約之解釋及爭議解決，均應以中華民國法為準據法，因此除非有另外之約定，否則契約約款解釋及爭議處理之準據法，均應依中華民國法律為之。</p> <p>二、 又所謂的「部分資產出資」於中華民國法中雖無規定，但由於在普國法中，「部分資產出資」之法律效果，係準用合併及分割之規定，因此普國法中公司之「部分資產出資」，亦應根據中華民國公司法中公司合併及分割之規定，判斷其法律效果，否則契約約款當中之準據法約定，即成具文。在合約已有規定準據法之情況下，雖然中華民國法中並無「部分資產出資」之法律規定，但因「部分資產出資」之法律效果仍可在中華民國法中找出「準用公司分割」之規定，亦即，根據中華民國法中公司分割之相關規定加以判斷「部分資產出資」之法律效果。</p> <p>三、 根據中華民國民法第三百零五條之規定，欲發生概括承受之法律效果，需經通知或公告，且原分包人需負兩年之連帶責任時，方有該條之適用。<sup>1</sup>而無論是 <b>Arrow</b> 公司、<b>Arrow</b> 工程公司或 <b>Mercury</b> 公司、<b>Titan</b> 公司，均未對興業公司進行通知或公告，且並未負提出擔連帶責任之意願或提供擔保，因此 <b>Arrow</b> 工程公司並不因 <b>Arrow</b> 公司之改組，即可根據普國法或中華民國法，取得分包人之資格，並據此主張其有資格聲請仲裁。</p>

<sup>1</sup> 並請參考最高法院 23 年上字第 2136 號民事判例。

伍、關於 Arrow、Mercury、Titan 以及 Arrow 工程等公司依普國法所為之改組，所形成之合約移轉，是否已構成所謂「轉讓」而屬違約？此一改組所生之效果，應依照何國法令認定其效力？又其效果為何？

雙方可能主張之理由為：

聲請人	相對人
<p>一、 該等公司皆係依普國法成立、主事務所並皆設於普國之公司，因此該等公司所為改組之法律效果，應依普國法之規定，並無疑問。而契約雖有約定準據法係中華民國法，但因該等公司之改組行為，中華民國法中並無完全相同之法律規定，因此若需適用中華民國法，恐會造成部份法律關係無法依中華民國法決定其法律效果之情形，此種法律之分割適用，依法依約均無根據。</p> <p>二、 依照普國法之規定，因 Arrow 公司之改組，而由 Arrow 工程公司履行分包合約，並非屬於契約之「轉讓」，而係依法律所發生之概括承受而來，因此自無違約之疑問，Arrow 工程公司得繼續履行分包合約。</p>	<p>一、 既然契約已規定分包合約不得轉讓（第 2 條第(3)項），而轉讓之意，即表示不得由 Arrow 公司以外之任何人履行分包合約，因此由 Arrow 工程公司履行分包合約，形式上即屬「轉讓」而構成違約。且縱該等公司改組行為之效果需依照普國法律認定其效果，但「認定法律效果」以及是否「拘束」、「對抗」契約相對人，係屬兩事，不能直接以該等改組依普國法所為之，即認為足將該法律效果拘束興業公司。</p> <p>二、 契約準據法明訂為中華民國法，除非有依中華民國法完全無法解釋或適用之情形，否則分包合約轉由 Arrow 工程公司履行之情形，並不符合中華民國民法中「概括承受」之要件，因此自屬「轉讓」無疑，且該等轉讓並無經過興業公司同意，因此已屬違反合約規定，興業公司自得終止合約。</p>

陸、興業公司以 Arrow 公司違約轉包工程而終止分包合約，是否已構成「不合理之終止合約」，而違反分包合約或法律之規定？其效果為何？

聲請人	相對人
<p>一、 根據合約第 18 條第(4)項之規定，終止契約不得以不合理之方式為之，而 Arrow 工程公司實際上履約之能力與 Arrow 公司完全相同，且繼受該分包合約之依據亦屬合法，故興業公司僅因 Arrow 工程公司依法概括承受 Arrow 公司之工程，即稱其以違反分包合約，既無合法之理由，自屬「以不合理之原因之終止合約」。</p> <p>二、 而所謂「不合理之原因」，可參酌本案準據法即中華民國民法第 148 條「誠信原則」及「禁止權利濫用」之規定<sup>1</sup>，亦即在 Arrow 公司之改組係合法有效之情況</p>	<p>一、 興業公司終止合約，係根據分包合約第 2 條第(3)項之規定為之，而原本之分包人為 Arrow 公司，而後竟轉由 Arrow 工程公司要求履行分包合約，前後二公司名稱並不相同，且財務狀況亦差異甚大，所以確實符合「轉讓」之定義，而足以構成終止分包合約之事由，而並非「不合理之終止」，而係符合分包合約之規定。</p> <p>二、 興業公司係以合理之理由終止之，因此類改組行為，若僅可根據普國法即完全認定其效力，則結果即為，Arrow 公司所為之任何改組行為，只要係依普國法為之者，</p>

<sup>1</sup> 民法第 148 條第 1 項：「權利之行使，不得違反公共利益、或以損害他人為主要目的」；民法第 148 條第 2 項：「行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法」；並請參考最高法院 88 年度台上字第 357 號民事判決；59 年度台上字第 3940 號民事判決。

<p>下,改組亦不影響 Arrow 工程公司之履約能力,則縱使 Arrow 公司之改組為 Arrow 工程公司係屬「轉讓」(聲請人否認之),由於對於興業公司之權益完全無影響,甚至就財務面向而言更為「有利」,因此興業公司以 Arrow 公司之改組為由終止合約,確屬「以不合理之理由」為之,其終止違法無效,分包合約仍然有效存在。</p>	<p>均可生其效力並對抗興業公司,則此即代表 Arrow 公司可任意改組,而興業公司均無權過問,無論於事前或事後,均僅能被動接受分包人之任何改組行為,無異使興業公司承擔過度之風險,且規避合約中準據法之約定。因此,興業公司之終止行為係屬合法合理,並無違反「誠信原則」之規定,且就財務面向而言,因 Arrow 工程公司規模過小,對興業公司而言須承擔較高之風險。故分包合約已因興業公司之合法終止而失效。</p>
--	--

柒、興業公司以 Arrow 工程公司之財務狀況較 Titan 公司為差,而要求 Titan 公司擔任保證人,否則拒絕 Arrow 工程公司履約,此等主張是否妥適?是否有法律之依據?

聲請人	相對人
<p>一、 根據普國法之規定, Arrow 工程公司已依法繼受 Arrow 公司原工程部門之一切權利義務,故無論就履約能力、人員、有形及無形資產等各方面來看, Arrow 工程公司就分包合約之履行,與原先由 Arrow 公司履行,完全相同,因此興業公司之要求並無依據。</p> <p>二、 中華民國法並無要求於債之移轉、債務承擔或契約承擔時,須由原契約當事人供擔保之規定,因此興業公司之要求並無法律根據。</p> <p>三、 根據 Arrow 工程公司及 Titan 公司之資產負債表顯示, Arrow 工程公司之資產減去負債後之餘額(股東權益)大於 Titan 公司甚多,因此就財務面向而論,興業公司之要求亦無理由。</p>	<p>一、 就法律觀點而言, Arrow 工程公司並非契約當事人,因此由其履約即屬於「轉包」而需要經興業公司同意,故興業公司自可於同意轉包時,附加條件,否則興業公司依法仍無須接受由 Arrow 工程公司履約,並可以 Arrow 公司債務不履行之事由,終止分包合約,興業公司之要求,實屬合法有據。</p> <p>二、 若 Arrow 工程公司主張其取得分包人之資格,係以概括承受之方式取得,則根據中華民國民法關於概括承受之規定(民法第三百零五條),原債務人應與概括承受之人負連帶責任,因此要求 Arrow 公司實際之繼受人 Titan 公司為擔保人,依法有據。</p> <p>三、 根據 Arrow 工程公司及 Titan 公司之財務報表顯示,雖然 Titan 公司之業主權益較 Arrow 工程公司為低,但期總資產卻高於 Arrow 工程公司甚多,因此就財務面向而言,要求 Titan 公司擔任履約保證人,並無不當。</p>

## 爭點相關參考資料

### 註釋 2 參考資料

最高法院裁判：89 年度台上字第 967 號【依情事變更判斷屬法律仲裁】

#### 【裁判字號】

89 年度台上字第 967 號

#### 【裁判日期】

89/04/27

#### 【案由】

請求撤銷仲裁判斷

#### 【相關法條】 民法第一百五十三條(0890426)

#### 【裁判全文】

最高法院民事判決

八十九年度台上字第九六七號

上訴人 交通部台灣區國道新建工程局

法定代理人 鄭文隆

被上訴人 工信工程股份有限公司

法定代理人 潘俊榮

訴訟代理人 李勝雄律師

趙梅君律師

右當事人間請求撤銷仲裁判斷事件，上訴人對於中華民國八十八年一月五日台灣高等法院第二審判決（八十七年度重上字第三六號），提起上訴，本院判決如左：

#### 主 文

上訴駁回。

第三審訴訟費用由上訴人負擔。

#### 理 由

本件上訴人主張：兩造就關於北部第二高速公路中和至鶯歌段中和隧道工程（下稱系爭工程）所生損害賠償仲裁事件，經中華民國商務仲裁協會（下稱仲裁協會）八十四年商仲麟聲忠字第六三號仲裁判斷（下爭系爭仲裁判斷），伊應給付被上訴人新台幣（下同）一億一千三百五十二萬元本息。惟系爭仲裁判斷之仲裁人，未經當事人之同意，亦未使兩造為必要之陳述，濫用法定職權，適用法律所未賦予適用之衡平法則、情事變更原則，而為折半判斷，違背修正前商務仲裁條例第十三條規定等情，爰依修正前同條例第二十三條第一項第三款之規定，求為撤銷系爭仲裁判斷之判決。被上訴人則以：系爭仲裁判斷並未適用衡平原則，且仲裁人於仲裁判斷前已使當事人為充分陳述，本件仲裁人適用情事變更原則為仲裁之判斷，為仲裁人職權之行使，法院應僅就原仲裁判斷是否有修正前商務仲裁條例第二十三條第一項第三款規定情形為判斷，至於原仲裁判斷所持之法律見解、仲裁判斷之實體內容及法規之適用是否妥適，此乃仲裁人之仲裁權限，法院不得加以審查等語，資為抗辯。

原審以：仲裁人之仲裁判斷，於當事人間，與法院之確定判決有同一效力，故撤銷仲裁判斷之訴，其本質並非原仲裁程序之上級審或再審，法院僅能就原仲裁判斷是否有上訴人所主張之違反行為時即修正前商務仲裁條例第二十三條第一項第三款之情形為審認，而為是否撤銷系爭仲裁判斷之判決。又情事變更原則為私法上之原則，此原則之適用，旨在對於當事人不可預見之情事變更予以救濟，乃有關法律效力之問題，自不能以我國以明文規定在民事訴訟法中，即謂此項原則之適用，專屬法院之職權，因此仲裁人於仲裁判斷時，依情事變更原則解決當事人之爭議，亦非法所不許。查系爭仲裁判斷結論稱：「整體而言，相對人交通部台灣區國道新建工程局（即上訴人）雖難謂有何明顯過失；聲請人工信工程股份有限公司（即被上訴人）因修挖引發北上線崩坍，連帶南下線發生擠壓，確有若干違約情事，已如上述，惟毋庸諱言，此次災害之範圍擴大若此，天然因素包括崩坍段上方存在不明廢棄礦坑，地表之地形地貌改變及連日陰雨等等，致使附近地質條件相當脆弱敏感，一受擾動即生連鎖反應，有以致之。而此等天然

因素原非承包商承攬本件系爭工程時，所得預料。倘若所生搶修及修復費用，全部令由聲請人負擔，顯然有失公平。本仲裁庭謹按民事訴訟法第三百九十七條所示情事變更原則，公平裁量，認由相對人負擔新台幣壹億壹仟參佰伍拾貳萬元正及.....利息為適當」等語，已就情事變更原則如何適用於系爭仲裁爭議為陳述，而上訴人並未舉證證明其所謂之「衡平法則」，與民事訴訟法第三百九十七條規定「情事變更原則」有何不同，則上訴人主張本件仲裁人係以「衡平法則」作為判斷之依據，已嫌無稽。再按行為時即修正前商務仲裁條例第二十三條第一項第三款所謂仲裁人於判斷前未使當事人陳述者，係指仲裁程序中未予當事人有任何陳述理由之機會而言，如當事人已接受仲裁人之合法通知，且於仲裁程序中有陳述之機會，仲裁人認其陳述內容已達於可為判斷之程度而作成仲裁判斷，縱當事人言有未盡，仍難謂「仲裁人於判斷前未使當事人陳述」，經查系爭仲裁事件歷經六次詢問庭，每庭均逾二小時，兩造除提出書狀、資料外並作言詞陳述之事實，有調閱之仲裁協會資料可憑，上訴人主張仲裁人於判斷前未使當事人陳述云云，自不足採。再依上訴人於八十五年五月三日仲裁程序提出之答辯狀所載：「.....災害發生前即八十二年二月下旬起即已陰雨多時，又因隧道上方山坡因建商開發整地，致原有之地表裸露，又此段地層多屬破碎、風化之頁岩或砂岩，有遇水易軟化並降低抗壓強度之特性，倘發生地表水下滲情事，將使地盤水壓增大並改變地層特性，自將對隧道上部岩體之穩定性產生潛在不利影響，亦可能為本事件發生之部份原因。」，暨被上訴人提出之八十五年六月二十八日補充理由狀：「本件工程施工後現場地質因不明廢礦坑道之影響、天候狀況、地表過度開發及地下水滲等之綜合影響，致生抽心災變。地表環境發生變化、過量降雨和地震荷載等與南行線隧道變形和北行線隧道崩坍之關係，.....」，八十五年九月十四日補充理由（五）狀：「自然因素為災變發生之原因.....」等，足證天然因素為系爭隧道工程發生大規模抽心災變之部分原因，為兩造於仲裁程序進行中所不爭執，則仲裁人自無特別調查之必要，仲裁人據此而為判斷，並無不當云云，為其心證之所由得。查兩造於系爭仲裁程序中就不明廢礦坑道及連日陰雨使地盤水壓增大改變地層特性等天然因素，為系爭隧道工程發生災害之部分原因，為兩造所是認，此有仲裁判斷書所載兩造攻擊、防禦要點（見第一審卷外放證物，仲裁判斷書第二二、二三、四三頁）可證，足徵兩造於系爭仲裁程序中，就仲裁協會所為上開天然因素與系爭損害間有相當因果關係之認定乙節，均有所陳述，已難謂與行為時即修正前商務仲裁條例第二十三條第一項第三款「仲裁人於判斷前未使當事人陳述」之規定有違。且仲裁契約，係基於私法上契約自由原則，由雙方當事人將其紛爭交付第三人即仲裁人為判斷之合致意思表示。仲裁人基於其得為仲裁判斷之法律上地位，於解決當事人間之實體法律爭議事項，判斷其法律上之效果時，原即有適用法律之職權，而無待於當事人之約定，亦不受當事人所述法律見解之拘束。職是仲裁人於為仲裁判斷時，依情事變更原則，以解決當事人間之爭議，解釋上自為法之所許，並不以事先取得兩造之同意為必要。又兩造既同意就系爭工程災害原因及責任歸屬交付仲裁，而又無從排除上開天然因素為系爭災害發生之原因，則仲裁人據此審酌天然因素，亦難謂逾越兩造約定之範圍。而本件仲裁庭認定上訴人並無何明顯過失，被上訴人確有若干違約情事，然因系爭災害範圍擴大若此，乃天然因素有以致之，倘若所有費用全部由被上訴人負擔，顯然有失公平，而按民事訴訟法第三百九十七條所示情事變更原則，公平裁量上訴人應負擔一億一千三百五十二萬元本息，有仲裁判斷書為憑（見仲裁判斷書，第一〇七頁），俱見系爭仲裁判斷除適用情事變更原則外，並無上訴人所主張適用衡平原則之情事。原審因以維持第一審所為上訴人敗訴之判決，駁回上訴人之上訴，經核於法洵無違誤。上訴論旨，就原審其他取舍證據、認定事實之職權行使暨贅述理由，指摘原判決不當，求予廢棄，非有理由。

據上論結，本件上訴為無理由。依民事訴訟法第四百八十一條、第四百四十九條第一項、第七十八條，判決如主文。

中 華 民 國 八 十 九 年 四 月 二 十 七 日

最高法院民事第六庭

審判長法官 朱 錦 娟

法官 蘇 達 志

法官 顏 南 全

法官 陳 碧 玉



右正本證明與原本無異

法官 劉 福 聲

書 記 官

中 華 民 國 八 十 九 年 五 月 八 日

### 註釋 3 參考資料

最高法院裁判：85 年度台上字第 2441 號【仲裁條款獨立性原則】

---

#### 【裁判字號】

85 年度台上字第 2441 號

#### 【裁判日期】

85/10/24

#### 【案由】

撤銷仲裁判斷事件

【相關法條】 商務仲裁條例第二十二條(0751226)

商務仲裁條例第二十三條(0751226)

#### 【裁判全文】

最高法院民事判決

八十五年度台上字第二四四一號

上訴人 高雄市政府工務局新建工程處

法定代理人 賴光政

訴訟代理人 黃勇雄律師

被上訴人 遠東工程股份有限公司

法定代理人 王洪罕

訴訟代理人 柯尊仁律師

王國論律師

右當事人間請求撤銷仲裁判斷事件，上訴人對於中華民國八十四年二月十三日台灣高等法院高雄分院第二審判決（八十三年度上字第五四五號），提起上訴，本院判決如左： 主 文  
上訴駁回。

第三審訴訟費用由上訴人負擔。

#### 理 由

本件上訴人法定代理人已更易為賴光政並依法承受訴訟，合先 明。次按上訴人主張：被上訴人依兩造於民國八十年六月二十九日簽訂之工程契約第二十四條仲裁約定，於八十二年七月二十八日向中華民國商務仲裁協會聲請仲裁，經其作成仲裁判斷。惟兩造間之工程契約已經伊合法解除而自始無效，該契約之仲裁條款當然失效，前開仲裁判斷自非適法。且該仲裁判斷，就伊所為有關水電工程與被上訴人承攬工程係不相同工程，被上訴人不得向伊請求賠償，及伊得以被上訴人應給付伊之違約金相抵銷之主張，均未具論斷理由，顯係仲裁判斷書不附理由，伊依商務仲裁條例第二十三條第一項第二款、第一款、第二十二條第一款、第二款之規定，自得訴請撤銷仲裁判斷等情，求為撤銷中華民國商務仲裁協會八十二年商仲聲麟字第三十九號仲裁判斷關於 上訴人應給付被上訴人新台幣（下同）一百七十七萬零一百六十元及自八十二年八月二十一日起至清償日止按週年利率百分之五計算之利息。 兩造簽訂之「高雄市立凱旋醫院新建工程」其工程期限應延展四十九個工作天。 仲裁費用由上訴人負擔百分之二之部分；並駁回被上訴人該部分仲裁聲請之判決。被上訴人則以：上訴人片面解除本件工程契約並非合法，縱令工程契約已解除，其效力亦不及於仲裁契約。其次，因上訴人之水電工程未發包配合施工，致伊無法繼續施工；上訴人工程款遲延給付並要求變更樑筋結紮方式，及政府取締砂石車超載等原因，致伊增加成本支出，要求上訴人賠償及其數額之爭議，均為兩造契約所未約定，及契約條款尚待解釋之事項，伊自得提請仲裁。原仲裁判斷並無不合，亦無不附理由之情事等語，資為抗辯。原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：仲裁契約不因其中仲裁條款所存在之商務

契約之無效或被撤銷而失其效力，即所謂仲裁條款獨立原則。兩造既於所簽訂之工程承攬契約中，就契約可能發生之爭議，訂有仲裁條款，則該工程承攬契約縱經解除，其所附之仲裁契約亦不因而無效。上訴人主張兩造間之工程承攬契約業經其合法解除，所約定之仲裁條款當然失效，依商務仲裁條例第二十三條第一項第二款之規定，該仲裁判斷應予撤銷云云，即嫌無據。次按同條例第二十二條第一款所稱：仲裁判斷與仲裁契約標的之爭議無關者，係指仲裁人所作仲裁判斷事項，與仲裁契約約定可提請仲裁之爭議事項完全無關者而言。本件被上訴人承攬上

訴人之凱旋醫院新建工程，於工程施工期間，因工資及用料成本上漲，致多支出工程費用，而請求上訴人於承攬合約外再增加工程費用，惟發生爭議，乃提付仲裁。仲裁人就該爭議事項為仲裁判斷，命上訴人為給付等情，業經調借該仲裁卷宗核閱無訛，核係就兩造於系爭工程契約第二十四條所約定之「契約未明訂而發生爭議或雙方對契約條款之解釋發生爭議」仲裁條款之事項為仲裁判斷。上訴人主張該仲裁判斷與仲裁契約標的之爭議無關，依同法第二十三條第一項第一款請求撤銷仲裁判斷，亦非可取。未按商務仲裁條例第二十二條第二款所謂仲裁判斷不附理由者，係指仲裁判斷書完全不附理由者而言，若已附理由，縱其理由不完備，僅為判斷之理由未盡亦與判斷不附理由有間，尚不得據以請求撤銷仲裁判斷。查原仲裁判斷既於理由欄內就上訴人主張之事項分別予以審酌論列，並另就上訴人所為與仲裁判斷結果無關之主張，說明不予審究之理由，縱上訴人認為不完備，亦非不附理由之仲裁判斷。其據以請求撤銷仲裁判斷，自屬無據，為其心證所由得。復說明對上訴人其他主張之取捨意見，爰維持第一審所為上訴人敗訴判決，駁回其上訴，經核於法洵無違誤。上訴論旨，仍執陳詞指摘原判決不當，聲明廢棄，難認有理由。

據上論結，本件上訴為無理由。依民事訴訟法第四百八十一條、第四百四十九條第一項、第七十八條，判決如主文。

中 華 民 國 八 十 五 年 十 月 二 十 四 日

最高法院民事第六庭

審判長法官 吳 啓 賓

法官 洪 根 樹

法官 謝 正 勝

法官 劉 福 來

法官 黃 熙 媽

右正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 八 十 五 年 十 一 月 五 日

#### 註釋 4 參考資料

最高法院裁判：87 年度台上字第 630 號【債權讓與對仲裁條款之影響】

---

【裁判字號】

87 年度台抗字第 630 號

【裁判日期】

87/11/27

【案由】

聲請選任仲裁人

【相關法條】 保險法第五十三條(0861029)

【裁判全文】

最高法院民事裁定

八十七年度台抗字第六三〇號

再 抗 告 人 明台產物保險股份有限公司

法定代理人 陳曉堂

代 理 人 程學文律師

右再抗告人因與相對人尙志貨櫃股份有限公司間聲請選任仲裁人事件，對於中華民國八十七年八月三十一日台灣高等法院裁定（八十六年度抗字第三三五三號），提起再抗告，本院裁定如左：

主 文

原裁定廢棄，應由台灣高等法院更為裁定。

理 由

本件再抗告人以：訴外人崑航國際股份有限公司（下稱崑航公司）與相對人間，簽訂貨物併櫃服務合約，由相對人就崑航公司承運出口之貨物，免責堆存、保管、理貨、裝櫃及封櫃等。相對人於民國八十四年五月間，因其作業人員疏失，未將崑航公司承運之貨物裝填入櫃，經原法院判令崑航公司應賠償已取得該貨物損害代位求償權之保險人華僑產物保險公司新台幣（下同）二百五十四萬一千七百三十八元。嗣經協議以二百零三萬三千三百九十一元達成和解。因再抗告人為崑航公司運送責任保險之保險人，已依約理賠，並受讓本件損害賠償請求權，自得依保險代位及債權讓與規定，為本件請求。惟因崑航公司與相對人間貨物併櫃服務合約規定有關該契約所生爭議，若無法達成和解，即應提付仲裁。經再抗告人依法請求相對人賠償後，均藉詞拒賠。乃依法向中華民國商務仲裁協會聲請本件仲裁。因相對人拒不依法選任仲裁人，雖經再抗告人函催相對人依法選任仲裁人，仍置之不理。爰依商務仲裁條例第九條規定，聲請台灣台北地方法院（下稱台北地院）為相對人選任仲裁人。經台北地院八十六年度仲聲字第一五號裁定選定林曉瑩律師為中華民國商務仲裁協會八十六年仲麟聲仁字第〇三〇號案相對人之仲裁人。相對人不服該裁定，提起抗告。原法院以：再抗告人主張之事實，固據其提出合約書、民事判決、商務仲裁協會函、收據、催告函及回執等為證，惟查再抗告人與相對人間並無仲裁條款之約定，而再抗告人僅係債權受讓人，並未承受原契約當事人之地位而繼受全部之權利義務，與契約承擔不同。相對人與崑航公司之仲裁約定之效力不及於債權受讓人之再抗告人，再抗告人依債權讓與之法律關係，聲請為相對人選任仲裁人，尚屬無據，不能准許。爰將上開台北地院裁定廢棄，並駁回再抗告人之聲請。惟按債權讓與係以移轉特定債權為標的之契約，其受讓人固僅受讓債權，而非承受契約當事人之地位，惟對於債之同一性不生影響，因此附隨於原債權之抗辯權，亦不因債權之讓與而喪失。且所謂得對抗讓與人之事由，不獨實體法上之抗辯，訴訟法上之抗辯亦包括在內，如合意管轄之抗辯及仲裁契約之抗辯等。查本件再抗告人已依保險契約理賠訴外人崑航公司，依保險法第五十三條規定取得保險代位求償權，並依債權讓與規定受讓本件損害賠償請求權。倘相對人與崑航公司間所簽訂之貨物併櫃服務合約確有仲裁之約定，約定仲裁地點又在台北，則再抗告人依保險法第五十三條行使代位權及受讓崑航公司之債權，對相對人求償時，自應同受此約定之拘束。於提起訴訟前，先交付仲裁。因相對人拒絕選定仲裁人，而有本件之聲請。乃原法院以再抗告人與相對人間並無仲裁條款之約定，且相對人與崑航公司間之仲裁條款契約效力亦不及於債權受讓人即再抗告人，遽為再抗告人不利之裁

定，不無違誤。再抗告論旨，指摘原裁定不當，求予廢棄，非無理由。又原裁定據上論結欄漏引法條，案經發回，併予指明。至再抗告人在其提出之抗告狀所載「相對人即聲請人」，其中「相對人」顯為「再抗告人」之誤載，於其抗告效力不生影響，附此說明。

據上論結，本件再抗告為有理由。依非訟事件法第二十八條、民事訴訟法第四百九十二條第二項，裁定如主文。

中 華 民 國 八 十 七 年 十 一 月 二 十 七 日

最高法院民事第二庭

審判長法官 曾 桂 香

法官 劉 延 村

法官 徐 璧 湖

法官 劉 福 聲

法官 黃 秀 得

右正本證明與原本無異

中 華 民 國 八 十 七 年 十 二 月 十 四 日

書 記 官

## 註釋 5 參考資料

最高法院判例：64 年度台抗字第 239 號【仲裁條款須以書面為之】

---

### 【判例字號】

64 年台抗字第 239 號

### 【裁判日期】

64/05/23

### 【案由】

損害賠償

【相關法條】 商務仲裁條例第一條(0751226) 商務仲裁條例第三條(0751226)

### 【判例全文】

再抗告人 益利輪船股份有限公司

法定代理人 許文華

訴訟代理人 徐 傑律師

右再抗告人因與華僑產物保險股份有限公司、國泰產物保險股份有限公司、中央產物保險股份有限公司、華南產物保險股份有限公司等間，請求損害賠償事件，對於中華民國六十四年一月三十一日台灣高等法院裁定（六十四年度抗字第一〇五號），提起再抗告，本院裁定如左：

主文

再抗告駁回。

再抗告訴訟費用，由再抗告人負擔。

理由

本件再抗告人為載貨證券之發給人，訴外人聯華實業股份有限公司等三十七家麵粉廠商，均為載貨證券之持有人，相對人等乃依據保險法第五十三條第一項規定，代位被保險人（即訴外人聯華實業股份有限公司等三十七家麵粉廠商）行使請求權，對再抗告人提起損害賠償之訴，第一審法院以載貨證券上第十條有 **Centrocon** 傭船契約之仲裁條款適用之之約定，依商務仲裁條例第三條之規定，相對人不遵守而逕行起訴，為不合法，以裁定予以駁回，相對人不服，提起抗告。原法院以商務仲裁條例第三條雖明定：「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」，惟必須先以書面依商務仲裁條例訂立仲裁契約由當事人簽名，始為相當，否則不生效力。再抗告人於第一審法院主張載貨證券第十條載有「**Centrocon** 傭船契約之仲裁條款適用之」等語，應經仲裁，不得逕行起訴云云。載貨證券係由運送人或船長簽名之證券難謂係當事人雙方簽訂書面之商務仲裁契約自無依該證券之記載而主張適用商務仲裁條例第三條之餘地，爰將第一審法院所為駁回相對人之訴之裁定廢棄發回，並無不合。至於民法第六百二十七條所謂關於運送事項，指以運送契約內容（如運費、運送物之種類、品質、數量等）為前提，有關運送法律關係所生之事項而言。仲裁契約法律既明定應以書面訂立，又非關於運送事項，殊無依提單（載貨證券）記載之餘地。再抗告論旨謂，依海商法第一百零四條既有準用上開法條之規定，如有記載應付仲裁者，自應先經仲裁，指摘原裁定不當，顯有誤會，再抗告不能認為有理由。

據上論結，本件再抗告為無理由。依民事訴訟法第四百九十二條第一項，第九十五條，第七十八條，裁定如主文。

中華民國六十四年五月二十三日

**注釋 6 參考資料(1)**

最高法院裁判：79 年度台上字第 2247 號【公司營業讓與之概括承受，應優先適用公司法之規定】

**【裁判字號】**

79 年度台上字第 2247 號

**【裁判日期】**

79/10/30

**【案由】**

請求給付佣金

**【相關法條】** 民法第三百零五條(0181122) 公司法第一百八十五條(0791110)

**【裁判全文】**

上訴人 立鈺有限公司  
 法定代理人 曾武龍  
 被上訴人 亞裔股份有限公司  
 法定代理人 程春居  
 訴訟代理人 趙建國律師

右當事人間請求給付佣金事件，上訴人對於中華民國七十九年六月十一日台灣高等法院台中分院第二審判決（七十八年度重上字第二六號），提起上訴，本院判決如左：

**主 文**

上訴駁回。

第三審訴訟費用由上訴人負擔。

**理 由**

本件上訴人主張：第一審共同被告青水工業股份有限公司（以下簡稱青水公司）前因上訴人促成其出售訴外人百和公司水泵座，積欠上訴人佣金新台幣（以下同）七百五十二萬二千三百九十九元，嗣青水公司因財務困難，接連虧損，乃召開債權人會議，上訴人亦派員參加，在該次會議上，被上訴人之訴訟代理人賴利水律師以被上訴人公司代理人之身分，宣布被上訴人概括承受青水公司之資產債務，事後被上訴人並開具公司支票，為青水公司償還部分之債務，被上訴人當眾宣布，依民法第三百零五條第一項規定，已生通知或公告之效力，上訴人自得請求被上訴人與該青水公司連帶給付上訴人上開佣金等情，求為命被上訴人與青水公司如數連帶給付之判決。

被上訴人則以：青水公司雖因負債而召開債權人會議，商討解決之道，惟會議中並無作成由被上訴人概括承受其財產或營業之決議，被上訴人之代理人賴利水律師在會議中亦未宣布由被上訴人概括承受。依公司法第一百八十五條第一項規定，公司讓與全部或主要部分之營業或財產，應有代表已發行股份總數三分之二以上股東出席之股東會，以出席股東表決權過半數之同意行之。本件青水公司未經股東會決議讓與其全部營業或財產，姑不論青水公司否認被上訴人有概括承受之事實，即或有之，亦因未經上開股東會之特別決議，其行為無效，上訴人自不得以此無效之法律行為，請求被上訴人給付佣金云云，資為抗辯。

原審以：按公司法第一百八十五條第一項第二款規定，股份有限公司讓與全部或主要部分之營業或財產，應有代表已發行股份總數三分之二以上股東出席之股東會，以出席股東表決權過半數之同意行之。青水公司與被上訴人俱為股份有限公司，有關雙方讓與全部或主要部分之營業或財產之效力，自應優先適用上開公司法之規定，而非依民法第三百零五條之規定辦理。被上訴人及已判決確定之青水公司均否認被上訴人有概括承受青水公司全部資產或負債之事實，被上訴人縱然代償青水公司之債務，仍非概括承受其債務，上訴人提出之青水公司信函，賴利水律師致百和公司函、電傳影本、青水公司及被上訴人致美商 **PACIFIC TECHNOLOGICAL TRADING CORPORATION** 信函等件，及證人游傳枝、程春居、謝益銅、楊忠正之證言，均不能證明青水公司已經依公司法第一百八十五條第一項所定之股東會特別決議，將公司之全部或主要部分之營業或財產讓與被上訴人。又青水公司既未召開股東會，討論讓與營業或財產，亦無上開特別

決議之存在，乃上訴人以青水公司之股東未起訴請求撤銷股東會決議，據以推論青水公司曾有上開決議存在，亦不可採，爰維持第一審所為駁回上訴人之訴之判決，於法並無違背。按公司法為民法之特別法，民法第三百零五條第一項規定就他人之財產或營業概括承受其資產及負債，與公司法第一百八十五條第一項第二款所定股份有限公司讓與全部或主要部分之營業或財產，二者同其範疇。故股份有限公司之概括讓與其營業或財產，自應優先適用公司法之規定。本件上訴人既主張被上訴人概括承受青水公司之營業及財產，自須就青水公司是否合法讓與其營業或財產之特別要件，即青水公司經依公司法第一百八十五條第一項之規定作成特別決議之事實，負舉證責任。上訴論旨，指摘原判決違法，求予廢棄，非有理由。據上論結，本件上訴為無理由。依民事訴訟法第四百八十一條、第四百四十九條第一項、第七十八條，判決如主文。

中 華 民 國 七 十 九 年 十 月 三 十 日

最高法院民事第五庭

審判長法官 李 錦 豐

法官 范 秉 閣

法官 葛 浩 坡

法官 洪 根 樹

法官 張 仁 淑

右正本證明與原本無異

書記官

中 華 民 國 七 十 九 年 十 一 月 十 九 日



**注釋 6 參考資料(2)**

最高法院判例：23 年度上字第 2136 號【概括承受須經通知或公告】

---

裁判字號：上字第 2136 號

裁判日期：民國 23 年 01 月 01 日

資料來源：最高法院判例要旨 (上冊) 第 193 頁

相關法條：民法 第 205 條

要 旨：

國家接收民營事業概括承受其資產及負債者，固立於私人之地位同受私法之適用，惟依民法第三百零五條規定，就他人之財產或營業概括承受其資產及負債者，因對於債權人爲承受之通知或公告而生承擔債務之效力，是承受人未對於債權人爲概括承受資產及負債之通知或公告，則承擔債務之效力尙未發生，債權人自不得以未發生承擔效力之債務，向承受人爲清償之請求。

## 注釋 7 參考資料(1)

最高法院裁判：59 年度台上字第 3940 號【權利濫用之禁止】

---

裁判字號：台上字第 3940 號

裁判日期：民國 59 年 11 月 20 日

資料來源：中華民國裁判類編－民事法（十二）第 467-468 頁

相關法條：民法 第 148 條

要 旨：

凡以惡意方法所獲致權利取得之主張，常有權利濫用之存在，本件系爭地上房屋殘餘部分，如果尚可居住或供其他之使用，上訴人予以修復，在客觀上能否謂無必要，倘在客觀上有此必要，而被上訴人故意不為同意，以冀獲得租約終止權，並據以請求上訴人拆屋還地及賠償損害，能否謂為非權利之濫用，殊非無推究之餘地。

參考法條：民法 第 148 條 (18.05.23)

## 注釋 7 參考資料(2)

最高法院裁判：88 年度台上字第 357 號【損害他人為主要目的之範圍】

最高法院民事判決

八十八年度台上第三五七號

上訴人 劉長華

訴訟代理人 曾肇昌律師

被上訴人 臺北縣土城市公所

法定代理人 劉朝金

右當事人間請求排除侵害事件，上訴人對於中華民國八十七年四月二十二日臺灣高等法院第二審判決（八十六年度上字第一七八〇號），提起上訴，本院判決如左：

主 文

原判決廢棄，發回臺灣高等法院。

理 由

本件上訴人主張：坐落臺北縣土城市清水坑段外冷水坑小段一三二之三七號土地為伊與他人所共有，詎被上訴人於民國八十三年間施作下水道時，未經伊與共有人之同意，又未依法徵收，竟將臺北縣土城市國際路（原為仁愛路）由原來之八米寬拓寬為十二米寬，而在系爭土地上如第一審判決附圖（下稱附圖）所示 A 部分面積〇・〇一一〇公頃及通往門牌國際路四九號、五一號、五三號如同附圖所示 B 部分面積〇・〇〇二四公頃土地上鋪設柏油路面，侵害伊之權益等情，爰本於所有權之作用，求為命被上訴人剷除上開道路設施，將前開系爭土地如附圖所示 A、B 部分回復原狀，返還與伊及其他共有人之判決。

被上訴人則以：系爭土地如附圖所示 A、B 部分面積係供公眾通行達二十餘年之既成道路，伊僅依舊有道路面積於八十三年間施作下水道、鋪整路面，並未拓寬道路面積等語，資為抗辯。原審維持第一審所為上訴人敗訴之判決，無非以：上訴人主張之事實，固據提出土地登記謄本及地籍圖為證，並經會同地政機關人員至現場勘驗測量無訛，堪信為真實。

惟按供不特定之公眾通行所必要之既成道路，於公眾通行之初，土地所有權人無阻止之情事，且經歷之年代久遠而未曾中斷者，成立公用地役關係，經司法院大法官會議釋字第四〇〇號解釋在案。查附圖所示 B 部分巷道連接同圖所示 A 部分國際路，前經被上訴人應市民高青海之請求，於六十七年九月一日以六七北縣土建字第一二七〇二號函出具證明為通行十年以上之既成道路，且經臺北縣政府於同年月二十五日以六七北建五字第八九九八號公告指定建築線在案，上訴人曾因請求撤銷該建築線之指定，提起訴願、再訴願及行政訴訟，經駁回確定各情，有被上訴人所提該證明書、訴願決定書及行政法院裁定可稽，上訴人對於各該公文書之真正亦不爭執。臺北縣政府工務局於八十六年六月十三日會同被上訴人及板橋地政事務所與土城戶政事務所會勘現場，依分割圖、航測地形圖等研判，認定系爭土地於六十六年間即有巷道連接同市仁愛路（即國際路）供公眾通行使用，亦有臺北縣政府暨該工務局函及附件足憑。並經履勘現場查明，臺北縣土城市國際路（含系爭土地如附圖所示 A 部分）為一寬八米至十二米之交通要道，該通往同路四九號、五一號、五三號之巷道（含附圖所示 B 部分）確為供不特定之公眾通行所必要，非僅為通行之便利或省時，且經歷之年代久遠而未曾中斷，上訴人亦未舉證證明上開既成道路及巷道於公眾通行之初，曾有出面阻止之情事。足見臺北縣土城市國際路及上開巷道確為二十年以上之既成道路，且核與前開司法院大法官會議解釋成立公用地役權關係之要件相符合。又系爭土地供公眾通行之時間與其道路兩旁興建房屋之時間、建物門牌之編訂或設立戶籍之日期係屬二事，上訴人謂國際路五十三號房屋於六十八年十月興建編訂門牌，自六十九年二月起始有人設籍，系爭土地供通行係六十九年以後之事，迄今僅十五年云云，尚不足資為其有利之認定。上訴人主張附圖所示 A 部分包括 A 1 即原仁愛路八米寬之道路用地，A 2 即八米道路外嗣後擴張為十二米道路及下水道佔用部分，至少 A 2 部分應歸還與伊云云，請求測量 A 2 之確定位置，以便緘縮訴之聲明；但為被上訴人所否認，且經會同臺北縣板橋地政事務所測量人員勘測結果，系爭土地 A 部分全部鋪設柏油路面，無法區分出為原道路占用與未占用部分，亦即無法應上訴人之要求測量出 A 2 之確定位置、範圍及面積，該 A 2 部分既無法測出其確定位置、範圍及面積，上訴人提起本件給付之訴，即有未合。至上訴人主張系爭土地如附圖所示

B部分，現為臺北縣土城市國際路四九號、五一號、五三號各四層樓住戶之私行便道，架設活動車庫供特定人使用，固經勘驗現場查明屬實，且為兩造所不爭，上訴人此部分之訴縱有理由，惟B部分土地上之活動車庫並非被上訴人所架設亦非其所有，被上訴人並無拆除之權能，上訴人訴請被上訴人將之回復原狀返還B部分土地，亦無理由。按權利之行使，不得違反公共利益或以損害他人為主要目的，民法第一百四十八條第一項定有明文。縱認系爭土地供公眾通行不足二十年，尙未因時效而取得公用地役權關係，上訴人本於所有權之作用，得請求被上訴人拆除前開既成道路、巷道及下水道等設施後應返還系爭土地與上訴人及其他共有人，惟該拆除部分之面積雖然不大，但將嚴重妨害公眾之通行及排水設施，並有礙市容觀瞻及都市發展，上訴人本身或其他共有人依建築法規亦不能單獨作為建築使用，獲益不多，而對公共利益之損害則甚大，亦與前開權利濫用禁止之規定有違，仍不應准許。從而上訴人本於所有權之作用，請求被上訴人將系爭土地如附圖所示A部分及B部分道路設施除去後，返還該土地與上訴人及其他共有人，不應准許等詞，為其判斷之基礎。

按權利之行使，不得違反公共利益或以損害他人為主要目的，固為民法第一百四十八條第一項所明定。倘權利之行使，自己所得利益極少而他人及國家社會所受之損失甚大，非不得視為以損害他人為主要目的。惟行使權利，是否以損害他人為主要目的，應就權利人因權利行使所能取得之利益，與他人及國家社會因其權利行使所受之損失，比較衡量以定之。原審未詳加調查審認本件上訴人行使其所有權之結果，所能獲取之利益若干，及被上訴人或國家社會因該權利之行使，所受之損失多少？僅以系爭土地上訴人或其他共有人依建築法規不能單獨作為建築使用，及拆除系爭道路設施，將嚴重妨害公眾之通行及排水設施，並有礙市容觀瞻與都市發展，即認上訴人為權利濫用，已嫌速斷。次按因不特定之公眾通行所必要之既成道路成立公用地役關係，土地所有人行使所有權應受限制者，應限於原供公眾通行之既成道路部分，難謂因公眾通行之必要得任意變更其位置或擴張其範圍。上訴人始終主張臺北縣土城市國際路原僅八米寬，被上訴人於八十三年間始於其所有土地路段拓寬為十二米，並提出航照圖供比對（見一審卷第一〇六頁）。乃原審未查明系爭道路有無拓寬情形，徒以前揭情詞，遽謂該道路為供不特定之公眾通行所必要之既成道路，已成立公用地役關係，亦屬可議。再者，附圖所示B部分道路，依原審勘驗現場所繪製之略圖（見原審卷第五四頁）觀之，似僅供通往門牌國際路四九號、五一號、五三號房屋之用，並為原審所是認（見原判決理由欄四之（三）），其是否為供「不特定之公眾」通行所必要，亦非無疑。而上訴人係請求被上訴人將系爭道路設施除去，並未請求將住戶私設之活動車庫拆除，原審以活動車庫非被上訴人架設，被上訴人無拆除之權能為由，為上訴人不利之判決，尤欠允洽。上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。

據上論結，本件上訴為有理由，依民事訴訟法第四百七十七條第一項、第四百七十八條第一項，判決如主文。

中 華 民 國 八 十 八 年 二 月 二 十 五 日

最高法院民事第六庭

審判長法官 蕭 亨 國

法官 吳 正 一

法官 楊 隆 順

法官 陳 淑 敏

法官 黃 義 豐

右正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 八 十 八 年 三 月 十 六 日