

促參案件之協調委員會程序對於仲裁程序之影響

王寶玲律師*、黃雍晶律師* *

目次：

一、案例

二、問題提出

三、目前法令及相關配套措施中就協調委員會之定位為何？

四、雙方因投資契約之執行所生爭議未經協調程序即付仲裁時，仲裁庭應如何處理？

五、結論

一、案例

某機關依促進民間參與公共建設法（下稱「促參法」），與廠商簽訂投資契約，並於投資契約中明訂：「雙方就關於契約所載事項、協調契約履行之任何爭議，於提付仲裁、提起訴訟或其他救濟程序前，應先依投資契約約定之程序提交協調委員會處理協調程序」，嗣雙方發生爭議，廠商請求召開協調委員會，然主辦機關均未回應，民間機構遂逕向仲裁協會提出仲裁之聲請。

二、問題提出

主辦機關與民間機構依促進民間參與公共建設法所簽訂投資契約中，經常約定雙方發生爭議後，應先經過協調程序，協調不成後，始能提付仲裁、抑或提起訴訟，然爭議發生後，民間機構請求由召開協調委員會進行協調程序時，卻面臨主辦機關消極不配合之狀況，致使紛爭解決延宕，以下謹目前法令及相關配套措施中就協調委員會之定位為何？暨雙方因投資契約之執行所生爭議，未經協調程序即提付仲裁時，仲裁庭應如何處理？試析如下。

三、目前法令及相關配套措施中就協調委員會之定位為何？

* 王寶玲律師為美國哥倫比亞大學法學碩士，現任理律法律事務所合夥律師

* * 黃雍晶律師為輔仁大學法學碩士，現任理律法律事務所資深律師

- (一)目前依促參法執行之促參案件，有關促參計畫之爭議解決方式，僅於促參法第 11 條規定：「主辦機關與民間機構簽訂投資契約，應依個案特性，記載下列事項：…八、爭議處理及仲裁條款」，然基於投資契約之當事人自治性質，促參法並未提供具體之執行方式，僅屬訓示性質，不具強制性，因此，個案之爭議處理仍須視個案投資契約條款之約定而定。
- (二)另，促參法施行細則於 89 年制訂時，於第 22 條第 2 項原即定有：「主辦機關與民間機構簽訂投資契約，『得』明定由雙方組成協調委員會，協商處理契約履行及其爭議事項。」因此，當時若干促參案件之投資契約中，即訂有協調委員會之組織章程，並有若干運作之實例，迨至 97 年促參法施行細則修正時，又將該規定修正為：「投資契約，『應』明定協調委員會之組成時機、方式及運作機制，以協商處理契約履行及其爭議事項。」至此，協調委員會由「得組成」轉變為「應組成」，且雙方應具體明訂其「組成時機、方式及運作機制」。易言之，促參法施行細則之修訂，更強化協調委員會於促參案件中之定位。
- (三)惟依工程會 97 年 5 月 26 日工程技字第 09700198870 號函釋及 100 年 10 月 11 日工程促字第 10000361750 號函釋揭櫫意旨，除經雙方當事人同意，符合促參法第 12 條及「機關辦理促進民間參與公共建設案件作業注意事項」第 8 章修約規定，並經雙方協議後同意辦理修約以外，該「應」組成協調委員會之規定並不溯及適用於 97 年 1 月 21 日前已簽訂之投資契約。因此，就實務運作而言，凡屬 97 年 1 月 21 日以後簽定之投資契約，多已定有協調委員會之組織章程；至於在 97 年 1 月 21 日前簽定之投資契約，可能沒有協調委員會之相關規定，或者該組織僅係另經雙方同意後「得組成」之組織。
- (四)然因協調委員會之具體運作方式須依各投資契約之內容而定，投資契約中縱有協調委員會之約定條文，兩造間之爭議如何運用協調委員會之機制解決、甚至爭議無法透過協調委員會解決時，後續處理程序為何，仍無定論。

四、雙方因投資契約之執行所生爭議未經協調程序即付仲裁時，仲裁庭應如何處理？

(一)目前促參案件投資契約中常見之爭議處理條款，多以公共工程委員會¹於99年間所發佈「促參招商文件及投資契約參考範本」為範本²，而大致區分為協商、協調、訴訟或仲裁三階段，其之具體規定則略為：

- 1.雙方就投資契約有關之事項發生爭議時，應本於誠信原則，先以協商方式解決之。
- 2.如無法以協商方式解決，雙方均得提送協調委員會決議之。
- 3.雙方應於投資契約簽訂後一定日期內，依協調委員會組織章程成立協調委員會。
- 4.雙方就關於契約所載事項、協調契約履行之任何爭議，於提付仲裁、提起訴訟或其他救濟程序前，應先依投資契約約定之程序提交協調委員會處理。
- 5.協調委員會對於投資契約之各項爭議所為之決議，除任一方於收受決議後一定時間內（例如：○○日）以書面提出不服或異議外，視為協調成立，雙方應完全遵守。協調委員會就會議之過程應作成書面紀錄。
- 6.雙方之爭議事項，除雙方另有約定外，經提交協調委員會協調後一定期間內（例如：○○日）仍無法做成協調決議，或一方請求召集協調委員會後一定期間內（例如：○○日）仍未能召開協調委員會時，提出協調之一方始得依投資契約之約定提起仲裁或訴訟。另外，亦有不少投資契約中約定，倘爭議事項經協調委員會決議提付仲裁時，當事人得提付仲裁。

(二)由上述投資契約之約定可知，協調程序之法律性質係類似於「第三人調解」，即雙方當事人於契約中事先約定，以一定方式選任委員組成調解委員會，擔任未來爭議的調解人，本質上應為「任意調解」；然因目前投資契約中，多於協調程序後續賦予當事人提付仲裁之權利，而就當事人立場而言，因促參案件投資契約所涉爭議事項介面紛雜，且多有商業安排及商機掌握之問題，而仲裁程序與訴訟程序相較，當事人較有機會選任對於各不同領域學有專精之仲裁人且其

¹ 促進民間參與公共建設業務原係由行政院公共工程委員會所管，自102年1月1日起因應機關組織整併，移撥財政部，財政部並同時成立「推動促參司」專責促參。

² 公共工程委員會促參籌備處（目前財政部推動促參司之前身）99年所發佈之98年「促參招商文件及投資契約參考範本」專業服務案研究報告

處理程序具時效性，故通常希望透過仲裁程序以解決雙方爭議事項，因此，協調程序之進行與否，對於後續提付仲裁是否有所影響，即為實務上常見議題之一。

- (三)實則，以往政府機關與承包商間簽訂之公共工程契約中亦多有約定，雙方如因契約發生爭議，需將爭議交由工程司、工程師或建築師裁決，或踐行一定程序後始能提付仲裁³，此即實務上所稱「仲裁前置程序」，上述促參案件投資契約中之協商及調解程序，與此類似，因此，實務上部分仲裁判斷亦認應屬於「仲裁前置程序」之一。
- (四)仲裁法第 1 條第 1 款及第 3 款「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。」「仲裁協議應以書面為之。」因此，上述促參案件投資契約所約定之「仲裁前置程序」（即協商及協調），是否為雙方投資契約所約定仲裁協議之一部份，以致於當事人之一方是否僅能於特定爭議事項已踐行協商及協調後，始得提起仲裁並由仲裁庭為實質判斷，於實務上亦屢生爭議，且大致有下列不同見解：

1.認為爭議事項未由「協調委員會」進行協調之仲裁前置程序即逕行提起仲裁，該聲明即不在雙方仲裁協議之仲裁標的範圍內者

(1)最高法院 92 年度台上字第 671 號判決謂：「按當事人於仲裁契約約定，一方於提付仲裁前，應先踐行前置程序，其目的乃賦予他方充分考量之機會，以權衡『接受求償』與『提付仲裁』間之利弊，並決定就何項爭議得提付仲裁之權利，故前置程序係本於雙方當事人之自由，為雙方合意有效之仲裁約款，有確定當事人間具體爭議之功能，進而過濾此等爭議是否適宜提付仲裁，當事人一方倘未依約履踐仲裁前置程序，則因當事人間就提付仲裁之爭議無法確定，且此等爭議原非當事人願以仲裁程序解決者，即非屬仲裁契約標的之爭議，自不得就此等爭議事項提出仲裁聲請」，易言之，倘兩造之爭議未經調解之前置程序，該爭議即非仲裁協議範圍，仲裁庭應不受理，否則即為仲裁法第 40 條第 1 項第 1 款之撤仲事由。

(2)就促參案件之仲裁案例中，亦有採取此一見解者：

A.中華民國仲裁協會 97 年度仲雄聲義字第 006 號仲裁判斷

本件爭議投資契約之約定係：「第十八章爭議處理第 18.1 明訂：

³ 例如：交通部臺灣區國道新建工程局一般條款

「仲裁或訴訟之前置程序—協調。甲乙雙方就關於本契約或因本契約所生之任何爭議，於提付仲裁或其他救濟程序前應先依本契約規定程序進行協調。」第 18.2.1 明訂：「組織：協調委員會由甲方指定一人、乙方指定一人，雙方共同遴選之學界或業界代表一人，合計三人共同組成。」第 18.2.3 明訂：「決議程序。協調委員會對於前項各款爭議，應以全體委員均通過之同意做成決議，提供雙方解決爭議之建議，雙方接受視為協調成立，雙方應完全遵守，不得再異議。協調委員會就會議之過程應作成書面記錄。」第 18.3.1 明訂：「於協調委員會決議提付仲裁時，雙方不得拒絕。如爭議事項經協調委員會協調 120 日後仍無法解決，亦未決議提付仲裁時，甲乙雙方得選擇以仲裁或訴訟方式解決爭議。」因此，仲裁庭認為由上開約定內容觀之，本件兩造就關於系爭投資契約發生之爭議，「應踐行上開約定之程序，須將爭議提出協調委員會協調，經協調委員會決議提付仲裁，或經協調 120 日後仍無法解決，始得提付仲裁。」並進而認為，本件聲請人提起本件仲裁，並未踐行上述前置程序，依據前述最高法院 92 年度台上字第 671 號判決，違反仲裁法第 1 條第 1 款及第 3 款「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。」「仲裁協議應以書面為之。」之規定，而予駁回。

B. 中華民國仲裁協會 98 年仲聲信字第 67 號仲裁判斷

本件投資契約係約定：「甲乙雙方就關於本契約或因本契約所生之任何爭議，於提付仲裁或其他救濟程序前，應先依本契約規定之程序進行調解」，本件爭議於提起仲裁以前未進行調解程序，故仲裁庭諭示暫停仲裁程序並由兩造就該爭議事項補正協調程序後，始援引民事訴訟法第 249 條第 1 項第 6 款「原告之訴，有下列各款情形之一者，法院應以裁定駁回之。但其情形可以補正者，審判長應定其間先命補正：…六、起訴不合程式或不備其他要件者。」，作成實體判斷。

C. 易言之，自上述仲裁判斷以觀，部分仲裁庭似認為，一旦投資契約中係要求當事人就爭議事項提起仲裁以前，應先經協調程序，倘該爭議事項未經協調即逕行提起仲裁，即非雙方仲裁協議範圍內之仲裁標的，仲裁庭應駁回之。縱仲裁庭未予駁回而做成實體判斷，將來該仲裁判斷恐亦有仲裁法第 40 條第 1 項第 1 款、仲裁法第 38 條第 1 款「仲裁判斷逾越仲裁協議之範

圍者」之撤銷仲裁判斷事由。

2.認為爭議事項未由「協調委員會」進行協調之仲裁前置程序即逕行提起仲裁，應屬仲裁程序違反仲裁協議者

(1)最高法院 92 年度台上字第 405 號判決認為：「經查兩造所定系爭工程仲裁條款補充規定第一條約定：系爭合約有效期間兩造對於合約之履行如有爭議，經書面通知洽議而未能協議時，除另有書面特別約定外，得依中華民國商務仲裁條例（已修正為仲裁法）之規定辦理。此之所謂合約有效期間，係指兩造在系爭合約有效期間內，有關履行合約已經發生或可能發生之一切爭議而言。是以凡就系爭合約有效期間內所發生之履約爭議事項所為之仲裁判斷，即未逾越仲裁協議之範圍。…系爭工程仲裁條款補充規定第二條約定：合約之履行發生爭議時，應依下列規定辦理後，始得提請仲裁：(一)、合約之履行發生爭議，提出異議之一方，經洽議而未能達成協議時，應先以正式書面函交另一方。任一方提出書面函送達後十四日內，另一方應以書面將其決定函覆通知；(二)、如未依前款所限日數函覆或收到前款函覆內容十四日內得將爭議內容提請仲裁，係屬仲裁程序之前置程序。惟仲裁判斷若有違反前置程序係屬仲裁程序違反仲裁協議，並非屬仲裁判斷逾越仲裁協議。」

(2)上述最高法院判決雖未以「仲裁程序違反仲裁協議」為由撤銷仲裁判斷，然此係因該案件中提起撤銷仲裁判斷之訴之原告，並未以仲裁法第 40 條第 1 項第 4 款為其主張之撤銷仲裁判斷事由所致。亦即，依上述最高法院見解，倘當事人就該爭議事項未依投資契約約定經過協調即逕行提起仲裁，該爭議事項固仍屬於雙方仲裁協議範圍內之仲裁標的，但該仲裁判斷似仍有仲裁法第 40 條第 1 項第 4 款「仲裁程序違反仲裁協議」之撤銷仲裁判斷事由。

3.認為爭議事項未由「協調委員會」進行協調之仲裁前置程序即逕行提起仲裁，並未違反當初協議以仲裁解決爭議之初衷，亦與前置程序約定之本質無悖者

(1)最高法院 93 年台上字第 2008 號判決曾表示：「仲裁前置程序係屬雙方「試行和解」或「第三人調解」之性質，任何一方不能接受，和解即無法成立，由其設置之目的而言，無非在仲裁程序以外，另設一更迅速解決糾紛之方法，期能更加快速排解爭議，而

非為仲裁契約設定停止條件或額外之程序障礙，以增加契約雙方進入仲裁程序解決爭議之困難，如當事人之一方或雙方認為已無經由此前置程序達成協議之可能，即得將爭議逕付仲裁，而由仲裁人作成判斷，不得以未踐行此項程序作為撤銷仲裁判斷之事由。」、最高法院 93 年度台上字第 992 號判決亦同此見解而謂：「按仲裁制度乃當事人基於私權自治及處分自由之原則，本於程序選擇權以解決私權紛爭之重要機制。是當事人既得協議以仲裁解決爭議，為賦予他方充分考量之機會，以權衡「接受求償」與「提付仲裁」間之利弊，自亦得約定於提付仲裁前先踐行特定之前置程序，該本於雙方合意之前置程序，固屬有效之仲裁約款，並有確定當事人間具體爭議，進而過濾如透過訴訟外和解或第三人調解等簡便程序為磋商、斡旋，以避免進入仲裁程序，減省勞費支出之功能。惟當事人之一方若認已無和解或調解可能，無從以簡便程序解決爭議，或當事人約定最終僅得以仲裁解決爭議者，為避免因進入前置程序之拖延浪費，逕行提付仲裁，自未違反當初協議以仲裁解決爭議之初衷，自與仲裁前置程序之本質無悖。」若採此立場，若當事人一方認已無和解或調解可能時，縱未將爭議事項先行協調即逕行提付仲裁，仲裁庭似亦應為實體判斷，且他方當事人不得以此理由撤銷仲裁判斷。

- (2)事實上，倘係因一方當事人、抑或第三人怠為契約約定之作為時，實務上亦有認為不應影響他方當事人提付仲裁之權利，否則即與誠信原則有違。例如：最高法院 94 年度台上字第 248 號民事判決：「…（一）依系爭工程契約第十四條之約定，於提付仲裁前，雖應先經建築師及上訴人裁決，但由被上訴人之八十八年七月十三日存證信函所載內容以觀，被上訴人於提付仲裁前，除中庭樓板滲水裂縫灌注 EPOXY 修補之工程款外，已就系爭仲裁判斷之爭議事項提請上訴人及建築師裁決，而上訴人於收受上開存證信函後之同年八月四日表示拒絕給付並通知建築師，惟建築師收受該存證信函後，直至八十九年一月十二日被上訴人提付仲裁，則未作出任何裁決，且被上訴人於八十八年十二月三十日函催上訴人及建築師儘速裁決給付，建築師仍未裁決，有存證信函可憑，並為兩造不爭執。於此情形，倘認被上訴人不得提付仲裁，非僅兩造爭議無法解決，且無異剝奪被上訴人依約得以仲裁方式解決紛爭之權利，已非妥適。況上訴人及建築師就爭議事項既有裁決之權，且為系爭工程監造人之建築師，其性質上亦屬上訴人之代理

人或使用人，故渠等若拒絕或怠於裁決，即與民法第一百四十八條規定有違，被上訴人應得提付仲裁。」

(3)就促參案件之仲裁案例中，亦有採取類似立場，對於爭議事項未能完成協調程序時，採取有利於仲裁之立場：

A. 中華民國 95 年仲聲孝字第 100 號仲裁判斷中，仲裁庭即認：縣政府無意組成協調委員會，且提出不相干之前提要求，並逕向行政院公共工程委員會採購申訴審議委員會提出「履約爭議協調申請書」。從以上探求當人真意，雙方之間已經嘗試協調達成協議，但終究無法達成。聲請人亦業於提付仲裁之日 30 天前以書面通知相對人。因此，本件仲裁前置程序已經完成，而逕行作成實體判斷。

B. 中華民國仲裁協會 98 仲聲信字第 117 號仲裁判斷認為：依據興建營運合約第 20.2.3 條約定：於聲請人或相對人向他方提出協調事項提案後一個月內，無法完成推選協調委員，視同協調不成立。另，第 20.2.2 條復約定：於協調委員會決議提付仲裁時，雙方同意以仲裁方式解決爭議。如經協調委員會協調 3 個月後仍無解決方案，亦未決議提付仲裁時，雙方同意以仲裁解決。當事人任一方就協調方案提出異議時，雙方亦同意逕付仲裁，可見雙方確有以仲裁方式解決將來爭議之合意，且該合意已行諸書面，具備仲裁法規定「仲裁協議」成立要件。綜上，雖然興建營運合約第 20.3.1 條並未具體約定，若兩造之一方向他方提出協調事項之提案後，未能於一個月內推選協調委員，可否提請仲裁？然該契約第 20.2.3 條已規定，於聲請人或相對人向他方提出協調之請求未能於一個月內完成協調委員之推選，即應視同協調不成立，故未能推選委員時任何一方均得請求以仲裁方式解決爭議。

C. 另外，中華民國仲裁協會仲裁判斷書 98 年度仲雄聲義字第 24 號仲裁判斷更曾進一步指明，若協調委員會係因一方之程序受杯葛而未能召開，應以「視為條件成就」⁴之方式，使爭議之一方得提起仲裁維護權利。

五、結論

(一)綜上說明，有關促參投資契約之爭議處理程序，如係分為協商、協

⁴ 民法第 101 條第 1 項參照

調、訴訟或仲裁三階段進行，則協調委員會所進行之協調程序是否為仲裁前置程序乙節，實務上，似多數採承認之立場；惟該前置程序尚未辦理，是否影響當事人後續提起仲裁之權利，則有不同見解。

- (二)惟促參法之主管機關即財政部推動促參司（下稱「推動促參司」）有鑑於此一「前置程序」效力認定之紛擾，目前亦建議各促參案件之主辦機關將爭議處理程序，改採併行之方式，即投資契約中，不再約定以協商、協調、訴訟或仲裁三階段處理爭議事項，而係由當事人自行決定該爭議事項是否進行協商、協調，或逕行依法起訴訟或經雙方同意後，提付仲裁⁵，以避免上述困擾。
- (三)除採取上述三種爭議解決程序程序並行，以避免協調程序是否為仲裁前置程序之爭議及困擾外，為鼓勵促參案件就爭議事件多採取協調程序、或仲裁程序，以減省當事人間勞費，俾利商機之掌握及公共建設之持續服務，推動促參司於「促參履約爭議協調委員會運作機制之研析」中亦擬定協調委員會組織章程之參考條文，嗣並就投資契約之具體條文於 101 年 12 月 25 日工程促字第 10100480400 號函發佈參考爭議處理及仲裁條款及說明（101 年 12 月版），供各主辦機關辦理促參案件擬定投資契約相關條款、抑或辦理修約時之參考。其中，參酌政府採購法工程採購契約範本中，選任仲裁人之機制，由雙方推薦協調委員（或仲裁人）名單，一方再由他方推薦之名單中選定協調委員會（仲裁人），以確保協調委員會組成人員（或仲裁庭）之公正性，以提供當事人透過協調程序、或仲裁程序，俾利雙方解決能有效率的一次解決，惟於促參案件於具體爭議中，是否為主辦機關及民間機構所採用，及實際運作上是否有無其他問題，仍待將來持續觀察。

⁵ 財政部推動促參司 101 年發佈之「促參履約爭議協調委員會運作機制之研析」專業服務案-結案報告