

臺灣高等法院臺南分院民事判決

109年度重上更三字第14號

上訴人 鴻華聯合科技股份有限公司

法定代理人 許鴻章

訴訟代理人 吳詩敏律師

李惠貞律師

古嘉諄律師

黃泰鋒律師

被上訴人 科技部南部科學工業園區管理局（即科技部南部科學園區管理局）

法定代理人 蘇振綱

訴訟代理人 蔡東賢律師

吳冠龍律師

陳筱文律師

邱雅文律師

黃郁炘律師

吳小燕律師

吳文賓律師

上列當事人間請求撤銷仲裁判斷之訴事件，上訴人對於中華民國100年10月31日臺灣臺南地方法院100年度仲訴字第1號第一審判決提起上訴，經最高法院第三次發回更審，本院於111年3月23日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

原判決關於撤銷中華民國仲裁協會九十八年度仲雄聲義字第十一號仲裁判斷書所為本請求部分主文第一項命被上訴人給付逾新臺幣1億2,587萬2,095元及自民國98年3月27日起至清償日止，按年息百分之5計算之利息及負擔該部分仲裁費用、反請求部分主文第一項駁回被上訴人請求、主文第二項命被上訴人負擔仲裁費用部分之仲裁判斷部分，暨訴訟費用之裁判均廢棄。

01 上開廢棄部分，被上訴人在第一審之訴駁回。

02 其餘上訴駁回。

03 第一、二審及發回前第三審訴訟費用，由被上訴人負擔百分之十
04 一，餘由上訴人負擔。

05 事實及理由

06 一、被上訴人之法定代理人原為林威呈，嗣於本院訴訟進行中變
07 更為蘇振綱，有科技部函及行政院令各1件為證（見更三卷
08 二第239頁、卷三第25頁），是被上訴人聲明由蘇振綱承受
09 本件訴訟，自應准許。

10 二、本件被上訴人主張：上訴人承攬伊「臺南科學工業園區減振
11 工程（下稱系爭工程）細部設計與施工案契約」（下稱系爭
12 契約），伊已給付至第12期之估驗款，嗣發現上訴人使用之
13 彈性減振材材質不符施工規範，乃暫停估驗後續施作部分。
14 上訴人遂於完工前就未估驗之工程款項，向中華民國仲裁協
15 會（下稱仲裁協會）聲請仲裁，經仲裁協會作成95年度仲雄
16 聲義字第16號仲裁判斷（下稱95年第16號仲裁判斷），命伊
17 給付扣除按工料差額減價並扣減違約金後之彈性減振材工程
18 款新臺幣（下同）2億1,936萬8,680元，及保護蓋工程款1,2
19 46萬3,709元，合計2億3,183萬2,389元本息（下合稱95年第
20 16號仲裁判斷命給付款項），則該仲裁判斷已具既判力。詎
21 上訴人於系爭工程完工後，竟又向仲裁協會聲請仲裁（下稱
22 系爭仲裁事件），請求伊給付包括95年第16號仲裁判斷命給
23 付款項在內之尾款6億5,300萬938元，及已估驗彈性減振材
24 工程款差額4億15萬1,362元，伊則提起反請求之聲請，請求
25 上訴人給付伊1億1,720萬7,158元（包括應扣減夜間趕工費
26 用計8,644 萬6,863元，及主張抵銷金額，總計4億5,192萬
27 8,844 元，其中不足抵之餘額3,076萬295元列入反請求）。
28 仲裁協會以98年度仲雄聲義字第11號仲裁判斷（下稱98年第
29 11號仲裁判斷），命伊給付10億2,301萬7,399元本息（下稱
30 系爭款項），駁回上訴人其餘本請求，及伊之反請求之聲
31 請。惟因(一)上訴人就95年第16號仲裁判斷命給付款項重複請

01 求仲裁，系爭仲裁事件仲裁庭（下稱本件仲裁庭）重複審理
02 並命伊重複給付，有仲裁法第38條第1款、第3款、第40條第
03 1項第1款、第4款規定之撤銷事由；(二)98年第11號仲裁判斷
04 否定95年第16號仲裁判斷確定之未估驗彈性減振材違約金，
05 重複審理，且未經兩造明示合意，逕適用衡平原則為判斷，
06 有同法第38條第1款、第3款，第40條第1項第1款、第4款規
07 定之撤銷事由；(三)98年第11號仲裁判斷明知有重複請求問
08 題，卻以上訴人攻防書狀不具體、不確定之單方面聲明，表
09 示95年第16號仲裁判斷之估驗款清償後，絕不重複就同額尾
10 款聲請強制執行，作為將來98年第11號仲裁判斷強制執行之
11 限制條件，並命伊依原契約價格給付已估驗彈性減振材之價
12 差，使伊為法律上不許之行為，有同法第38條第3款、第40
13 條第1項第1款規定之撤銷事由；(四)本件仲裁庭未使當事人就
14 逾期違約金是否過高？期末報告業否經行政院國家科學委員
15 會（下稱國科會）核定？等項為陳述，即逕採為判斷之理
16 由，有同法第40條第1項第3款、第4款所定之撤銷事由；(五)
17 伊於系爭仲裁事件程序進行中聲請仲裁人林美惠迴避，本件
18 仲裁庭由其餘2位仲裁人評議決定，駁回伊之聲請，並由林
19 美惠簽名，該駁回決定因仲裁庭組織不合法而無效，林美惠
20 仲裁人參與系爭仲裁判斷，影響判斷結果，另主任仲裁人謝
21 定亞亦違反同法第15條第2項之告知義務，有同法第40條第1
22 項第4款、第5款規定之撤銷事由；(六)伊於系爭仲裁事件所提
23 反請求與系爭契約無關，兩造亦無仲裁合意，本件仲裁庭仍
24 為實體判斷，且98年第11號仲裁判斷就反請求部分既認未經
25 系爭契約第21條爭議協調程序，卻仍為實體判斷，屬衡平判
26 斷，有同法第38條第1款、第40條第1項第1款、第4款規定之
27 撤銷事由等情，伊自得依上開規定，請求撤銷98年第11號仲
28 裁判斷中關於(一)本請求部分主文第1、3項命伊給付系爭款項
29 及負擔仲裁費用；及(二)反請求部分主文第1、2項，駁回伊之
30 反請求聲請及命負擔仲裁費用部分之仲裁判斷（下稱系爭仲
31 裁判斷）。原審准伊前開請求，並無不當等語，並答辯聲

01 明：上訴駁回。

02 三、上訴人則以：98年第11號仲裁判斷認定「估驗款」與「工程
03 結算尾款」係不同之法律關係，為不同仲裁標的，所持法律
04 見解是否妥適，乃仲裁人之仲裁權限，不構成撤銷仲裁判斷
05 之事由。當事人請求仲裁人迴避，依仲裁法第17條規定，應
06 由原仲裁庭而非另組新仲裁庭決定。林美惠仲裁人既未參與
07 聲請迴避之評議，本件仲裁庭駁回迴避之聲請，自屬合法，
08 亦不構成撤銷仲裁判斷之事由。另主任仲裁人謝定亞並無違
09 反仲裁法第15條第2項規定告知義務之情事。況95年第16號
10 仲裁判斷理由項下未就被上訴人主張抵銷之主動債權成立與
11 否加以判斷，不生既判力，亦無爭點效可言，98年第11號仲
12 裁判斷認被上訴人無抵銷債權存在，未違反法律規定。該仲
13 裁判斷非屬衡平仲裁判斷，亦無「命當事人為法律上所不許
14 之行為」、「仲裁庭於詢問終結前未使當事人陳述」、「仲
15 裁程序違反仲裁協議或法律規定」，及「仲裁判斷與仲裁協
16 議標的之爭議無關或逾越仲裁協議之範圍」等情事，被上訴
17 人據以請求撤銷系爭仲裁判斷，並無理由，原審准被上訴人
18 之請求，顯有違誤，為此提起上訴，並聲明：(一)原判決廢
19 棄。(二)被上訴人在第一審之訴駁回。

20 四、兩造不爭執之事項：（見更三卷四第19-25頁）

21 (一)兩造於93年11月29日簽訂系爭契約，約定由上訴人以原契約
22 總價80億5,986萬8,000元承攬系爭工程，系爭工程為限制性
23 招標。

24 (二)被上訴人曾按契約所訂5萬9,928.97元/立方公尺之單價，於
25 第10期、第11期及第12期估驗計價程序，支付上訴人總計5
26 億3,569萬1,075元之彈性減振材估驗款（估驗數量計8,938.
27 77立方公尺）。

28 (三)上訴人於95年11月15日向仲裁協會提出仲裁聲請，請求被上
29 訴人給付尚未估驗部分之「未估驗彈性減振材工程款」及
30 「保護蓋工程款」，金額總計9億3,560萬5,166元，仲裁協
31 會受理後作成95年第16號仲裁判斷。

01 (四)95年第16號仲裁判斷主文略以：1. 相對人（即被上訴人）應
02 給付聲請人（即上訴人）2億3,183萬2,389元（含營業
03 稅），暨自95年11月17日起至清償日止，按年利率百分之5
04 計算之利息。…3. 聲請人其餘請求駁回…。其判斷理由，有
05 關「彈性減振材工程款」部分，有如附件1之記載。

06 (五)被上訴人就上訴人持95年第16號仲裁判斷聲請之強制執行事
07 件提起債務人異議之訴，業經本院103年度重上更(二)字第12
08 號判決被上訴人敗訴，被上訴人對該判決不服，提起上訴，
09 最高法院106年度台上字第305號判決廢棄發回，經本院以10
10 6年度重上更(三)字第11號判決上訴人敗訴，上訴人對該判決
11 不服，提起上訴，經最高法院以109年度台上字第2743號判
12 決廢棄發回。又上訴人曾對95年第16號仲裁判斷提起撤銷仲
13 裁判斷之訴，經原審法院97年度重訴字第21號民事判決駁回
14 其訴，本院98年度重上字第59號民事判決、最高法院99年度
15 台上字第1788號民事判決均駁回其上訴而確定。

16 (六)系爭工程完工驗收後，上訴人於97年8月29日就系爭工程之
17 「因彈性減振牆位置變更所增加之費用」等6個工作項目之
18 工程款向仲裁協會提出仲裁聲請，請求被上訴人給付3億1,7
19 83萬4,859元，經仲裁協會97年度仲雄聲義字第17號（下稱9
20 7年第17號）案受理。被上訴人於97年第17號仲裁案主張：
21 第10、11、12期已估驗付款之彈性減振材，應依95年第16號
22 仲裁判斷決定之合理價額計算減價金額，並依約處以上訴人
23 工料差額之6倍違約金，繳還7億3,086萬0,917元之差額溢領
24 款、違約金及利息，並主張先以灌漿材料不符規定之違約金
25 債權（第一順位主動債權）相抵，如有不足，再以施工便道
26 材料與規定不符之違約金債權（第二順位主動債權）於上訴
27 人的被動債權餘額範圍內相抵，最後若仍不足，才以已估驗
28 彈性減振材料與規定不符之扣罰款、違約金及利息債權（第
29 三順位主動債權）於被動債權餘額範圍內主張抵銷。

30 (七)仲裁協會於99年5月31日作成97年第17號仲裁判斷，判斷主
31 文如下：1. 相對人（即被上訴人）應給付聲請人（即上訴

人) 8,481萬1,802元…2.聲請人其餘請求駁回…。其判斷理由有如下之記載：…相對人就系爭三期已估驗付款之彈性減振材，均係在監造單位依系爭契約第11條「工程品管」第2項規定，對該彈性減振材所使用之橡膠粒抽樣檢驗合格後，始允許聲請人進場施作，施作後並依系爭契約第五條第1項第2款估驗後付款。相對人於施作前抽樣及施作後估驗均未對聲請人使用「廢輪胎橡膠粒」表示任何反對意見，足證系爭三期彈性減振材金額均經相對人核定，認為聲請人之施作及所用材料，均未違反契約施工規範明定「彈性減振材應為天然橡膠或合成橡膠或其二者混合物」之材質，始給付聲請人系爭三期工作期間估驗款。是相對人直至檢調單位介入調查後，始持聲請人使用「廢輪胎橡膠粒」不符施工規範為由，主張依約聲請人應繳還就系爭三期已給付部分之差額溢領款、違約金及利息共7億3,086萬917元，應屬無據。3.綜上，因聲請人未有相對人所主張之違約情形，故與系爭契約第11條第5項第7款、第4條第1項及第5條第3項扣罰款及減價金額6倍之違約金之規定要件不符，難認基此發生對聲請人之違約金債權。從而，相對人主張依序抵銷之三項主動債權即不成立，無從依民法第334條第1項與本件聲請人依原契約請求給付之承攬報酬共8,481萬1,802元互為抵銷。」，兩造並未就97年第17號仲裁判斷提起撤銷仲裁判斷之訴。

(八)系爭工程完工驗收後，上訴人對於被上訴人就系爭工程全部工作項目（包含彈性減振材）之工程竣工結算書所載結算金額及扣款項目有爭執，向仲裁協會聲請仲裁，請求被上訴人給付按上訴人結算金額扣除已付工程款的餘額作為尾款之6億5,300萬938元及「已估驗彈性減振材」承攬報酬與依契約單價結算承攬報酬之差額4億15萬1,362元，經仲裁協會系爭仲裁事件受理，於100年2月18日作成98年第11號仲裁判斷。其判斷主文略以：相對人（即被上訴人）應給付聲請人（即上訴人）10億2,301萬7,399元（含5%營業稅），暨其中5億9,172萬6,564元（未含營業稅）自98年3月27日起，暨其中3

01 億8,109萬6,536元（未稅）自99年1月7日起，均至清償日
02 止，按年利率百分之5計算之利息。

03 (九)被上訴人於系爭仲裁判斷程序曾具狀聲請林美惠仲裁人迴
04 避，經系爭仲裁庭另2位仲裁人，於99年3月12日評議作成98
05 年度仲雄聲義字第11號仲裁決定書，駁回被上訴人迴避之聲
06 請。該件決定書由3位仲裁人具名，該決定書末尾加註「本
07 項決定之評議，林美惠仲裁人未曾參與」。被上訴人就該決
08 定書並未依仲裁法第17條第3項規定聲請法院裁定之。

09 (十)系爭仲裁判斷之結論，林美惠仲裁人有參與仲裁評議，且有
10 林美惠仲裁人以外之李玲玲仲裁人，於評議簿提出不同意見
11 書。

12 (十一)被上訴人於100年3月7日收受98年第11號仲裁判斷書，並於1
13 00年4月1日向原法院提起本件撤銷仲裁判斷之訴。

14 (十二)兩造間關於系爭工程契約之仲裁約定，並未合意得適用衡平
15 原則為判斷。

16 (十三)系爭仲裁事件有關反請求部分，反請求聲請人（即被上訴人
17 ）主張抵銷金額總計為4億5,192萬8,844元，被上訴人就抵
18 銷金額扣除上訴人得請求金額不足抵之餘額3,076萬295元列
19 入反請求，系爭仲裁判斷就此部分係以「本請求部分經核聲
20 請人（即上訴人）得請求工程款額，業已超出反請求聲請人
21 主張之抵銷金額4億5,192萬8,844元，故無反請求聲請人主
22 張之抵銷金額不足抵銷情事」為由，駁回被上訴人之反請
23 求。

24 (十四)上訴人對於被上訴人就「彈性減振材製作及置放（未估驗部
25 分）」以減價辦理結算之減價金額6億4,009萬4,044元等五
26 項請求，向仲裁協會提出仲裁聲請，經該會受理，嗣於101
27 年8月22日作成100年度仲雄聲義字第15號仲裁判斷（下稱10
28 0年第15號仲裁判斷）。判斷主文略以：相對人（即被上訴
29 人）應給付聲請人（即上訴人）5億7,552萬4,350元，及其
30 中5億4,811萬8,430元自97年6月13日起至清償日止，按年息
31 百分之5計算之利息。被上訴人對100年第15號仲裁判斷提起

01 撤銷仲裁判斷之訴，經原審法院101年度仲訴字第2號民事判
02 決撤銷該仲裁判斷，上訴人提起上訴，該撤銷仲裁判斷之訴
03 事件業經本院103年度重上字第31號判決：廢棄原判決，駁
04 回被上訴人之訴，被上訴人對該判決不服，提起上訴，經最
05 高法院於106年1月25日以106年度台上字第312號駁回上訴確
06 定。

07 五、兩造爭執事項：(見更三卷四第25-26頁)

08 (一)系爭仲裁判斷有無就95年第16號仲裁判斷確認之事項重複審
09 理並重複命給付？如有，重複請求金額為若干？是否構成仲
10 裁法第38條第1款或第3款之事由？或同法第40條第1項第4款
11 之事由？

12 (二)98年第11號仲裁決定書，由林美惠簽名，是否因仲裁庭組織
13 不合法而無效？林美惠參與系爭仲裁程序及系爭仲裁判斷是
14 否構成仲裁法第40條第1項第4款或第5款之撤銷仲裁判斷事
15 由？是否足以影響仲裁判斷之結果？

16 (三)系爭仲裁判斷有無適用衡平原則為判斷？如有，是否違反仲
17 裁協議及法律規定？是否構成仲裁法第38條第1、3款或同法
18 第40條第1項第4款等事由？

19 (四)系爭仲裁判斷理由書第285頁第10至17行表示：95年第16號
20 仲裁判斷之估驗款清償後，絕不重複就同額尾款聲請強制執
21 行，作為將來系爭仲裁判斷強制執行之限制條件，並命被上
22 訴人給付尾款，是否構成仲裁法第38條第3款、第40條第1項
23 第1款之撤銷仲裁判斷事由？

24 (五)系爭仲裁判斷命被上訴人依原契約價格給付「『彈性減振材
25 製作及置放』已估驗部分」之價差，是否有「命當事人為法
26 律上所不許之行為」，構成仲裁法第38條第3款、第40條第1
27 項第1款之撤銷仲裁判斷事由？

28 (六)系爭仲裁庭於詢問終結前，是否未使當事人就「『減振效能
29 分析報告』逾期違約金」是否過高為陳述，即逕為違約金之
30 酌減？是否未使當事人就「期末報告是否業經國科會核
31 定」、「國科會何時核定」及「系爭契約附件一、二是否均

01 為一張紙，並無內容」等事實為陳述，即逕採為判斷理由？
02 如是，是否構成仲裁法第40條第1項第3款，仲裁庭於詢問終
03 結前未使當事人陳述之情事，或仲裁法第40條第1項第4款，
04 仲裁程序違反法律規定等撤銷仲裁判斷事由？

05 (七)被上訴人於系爭仲裁事件所提起之反請求，兩造對此有無達
06 成仲裁合意？是否未經系爭契約第21條爭議協調程序，仍為
07 實體判斷？若無，本件仲裁庭就反請求仍為實體判斷，是否
08 構成衡平判斷？是否構成仲裁法第38條第1款、第40條第1項
09 第1款或同條項第4款之撤銷仲裁判斷事由？

10 (八)95年第16號仲裁判斷有無審認確定「未估驗彈性減振材違約
11 金」？如有，是否符合民事訴訟法第400條第2項規定？系爭
12 仲裁判斷認被上訴人無「未估驗彈性減振材違約金」抵銷債
13 權存在，是否構成仲裁法第38條第1款、第3款或同法第40條
14 第1項第1款、第4款等事由？

15 六、本院之判斷：

16 (一)有關前揭兩造爭點(一)（系爭仲裁判斷有無就95年第16號仲裁
17 判斷確認之事項重複審理並重複命給付？如有，重複請求金
18 額為若干？是否構成仲裁法第38條第1款或第3款之事由？或
19 同法第40條第1項第4款之事由）部分，經查：

20 1.首按仲裁制度不同於訴訟制度，乃基於私法自治及契約自由
21 原則而設之私法紛爭自主解決之制度，具有迅速、經濟、專
22 家判斷等特點，凡具有法律或其他各業專門知識或經驗、信
23 望素孚之公正人士俱得為仲裁人，實難苛求仲裁人必依正確
24 適用法律之結果而為判斷。又仲裁法第37條第1項規定仲裁
25 人之判斷，於當事人間，與法院確定判決有同一效力，當事
26 人即應受其拘束，是仲裁判斷對於當事人本即有拘束力，僅
27 於仲裁判斷有重大瑕疵時，法院始得介入予以撤銷，使仲裁
28 判斷失其效力。故撤銷仲裁判斷之訴，本質上並非原仲裁程
29 序之上級審或再審，受訴法院祇得就仲裁判斷是否具有仲裁
30 法第40條第1項所列各款撤銷之事由予以審查，至於仲裁判
31 斷所持之法律見解是否妥適，仲裁判斷之實體內容是否合

01 法、妥適，乃仲裁人之仲裁權限，受訴法院應予尊重，此為
02 法院處理撤銷仲裁判斷，應有之基本認識（最高法院100年
03 度台上字第671號、103年度台上字第1565號裁判要旨參
04 照）。

05 2.次按所謂仲裁判斷與仲裁契約標的之爭議無關，或逾越仲裁
06 協議之範圍，係指仲裁人所作成判斷之事項，與仲裁契約約
07 定可提仲裁之爭議事項完全無關，或就未請求仲裁事項作成
08 判斷而言。至於契約當事人就已經仲裁判斷之爭議，對同一
09 爭議之標的再提付仲裁，仲裁庭復為實體上相反之判斷者，
10 亦僅係該仲裁程序是否違反既判力之法律規定及得否依仲裁
11 法第40條第1項第4款規定撤銷該仲裁判斷之問題而已，究難
12 謂該仲裁判斷與仲裁契約標的之爭議無關或逾越仲裁之範圍
13 （最高法院103年度台上字第1565號裁判要旨參照）。準
14 此，本件縱如被上訴人所主張，系爭仲裁判斷有對具既判力
15 之仲裁判斷重複為仲裁判斷之情形，依上說明，充其量僅係
16 該仲裁程序有無仲裁法第40條第1項第4款違反法律規定之問
17 題，並不構成仲裁法第38條第1款「仲裁判斷與仲裁契約標
18 的之爭議無關或逾越仲裁之範圍」及第40條第1項第1款之撤
19 仲事由。被上訴人主張系爭仲裁判斷有對具既判力之仲裁判
20 斷重複為仲裁判斷之情形，符合仲裁法第38條第1款之要件，
21 得依同法第40條第1項第1款請求撤銷仲裁判斷云云，要
22 非可採。

23 3.被上訴人主張承攬契約之工程款債權仍為一體，僅係其付款
24 方式為可分期給付而已，則無論估驗款（含未估驗待估驗計
25 價之款項）或工程尾款或工程結算款，應均屬承攬報酬之一
26 部分，定作人就工程款預為給付之估驗款，難認有融資予承
27 攬人之意，是定作人於系爭工程履約期間，依承攬契約所為
28 之各項給付，自應認屬承攬報酬範圍。又彈性減振材經國科
29 會於96年4月4日函准減價收受（見更二卷二第79頁），而減
30 價收受係於驗收階段始得適用，95年第16號仲裁判斷既准予
31 減價收受，足認95年第16號仲裁判斷所命給付之未估驗彈性

01 減振材款項乃終局判斷，而為一部驗收，並非暫時性之估驗
02 款，上訴人於系爭仲裁事件，就業經95年第16號仲裁判斷認
03 定違約之同一體積之未估驗彈性減振材請求工程尾款，顯係
04 重複請求，系爭仲裁判斷顯已違反95年第16號仲裁判斷之既
05 判力及爭點效等語。惟查：

06 ①按「受發回或發交之法院，應以第三審法院所為廢棄理由之
07 法律上判斷為其判決基礎。」，民事訴訟法第478條第4項定
08 有明文。又按「第三審發回更審之事件，受發回之法院應受
09 其拘束者，依民事訴訟法第478條第3項規定，以關於法律上
10 之判斷即法律上之見解為限。至發回之意見，非法律上之判
11 斷，而為調查事實之指示，或事件發回後，經調查證據之結
12 果，與發回時所依據之事實不一致者，受發回之法院均不受
13 其拘束。」（最高法院85年度台上字第2584號判決意旨參
14 照）。

15 ②本件第一次經最高法院103年度台上字第1565號判決發回意
16 旨稱：「又工程估驗款，係指按工程完成之數量、進度付款
17 之方式，施工期間，承包商得定期申請估驗計價，經業主核
18 實後付給該期內完成工程數量之一定比例金額，即就承攬人
19 已施作未經正式驗收之工作先為估驗計價，僅在確認估驗期
20 內已完成工程之數量與價值，與工作完成後，經定作人驗收
21 合格，結算全部應給付報酬，扣除已給付部分款項後之工程
22 尾款（結算款），尚有不同。是承攬人依約請求定作人估驗
23 計價，與依約請求定作人給付工程尾款，核係二個不同之法
24 律關係，承攬人因定作人拒未估驗而請求仲裁，該仲裁判斷
25 之效力乃是定作人應否估驗給付估驗款而已，承攬人於工程
26 完工後，請求定作人給付工程尾款，其範圍縱然包括業經仲
27 裁判斷確定之估驗款，該估驗款之仲裁判斷，於工程尾款之
28 仲裁程序，或有爭點效之效力，但兩者訴訟標的究屬不同，
29 仍難認違反既判力之規定。」，依前開說明，本院自應受前
30 開法律見解之拘束。

31 ③依據兩造不爭執事項(三)、(八)，及被上訴人仲裁代理人於95年

第16號仲裁詢問會三次表明95年第16號仲裁案係就未估驗之彈性減振材暫停估驗計價、當時系爭工程尚未驗收、沒有所謂最後工程款之問題等語（見重上卷三第134頁96年5月12日第一次詢問紀錄、第136頁96年5月26日第二次詢問紀錄、第139頁96年7月30日第三次詢問紀錄），堪認95年第16號仲裁判斷乃就系爭工程之估驗款所為，而系爭仲裁判斷則係就系爭工程之工程尾款所為。且依系爭工程97年1月17日驗收紀錄所載（見更一卷三第249頁），雖曾記載彈性減振材業經上級機關（國科會）函同意辦理減價收受，此部分由業務單位逕依契約規定辦理結算扣款作業等語，然通觀該驗收紀錄，並無何時已就彈性減振材為一部驗收之記載，自應認95年第16號仲裁判斷乃就系爭工程之估驗款所為之認定。

- ④而觀之95年第16號仲裁判斷書、仲裁聲請狀、言詞辯論意旨狀（見重上卷三第89-96頁、卷四第137頁、原審卷一第324-325頁）及98年第11號仲裁判斷書，可知：上訴人曾於95年1月15日就系爭工程之「未估驗彈性減振材」及「保護蓋」工程款扣除10%保留款後之款項，向仲裁協會聲請仲裁，主張依系爭契約第5條第1項第2款、民法第490條第1項及系爭契約第19條第1項、第3條第1項、第2項、第491條第1項規定，請求被上訴人給付9億3,560萬5,166元本息，經仲裁協會於96年12月8日作成95年第16號仲裁判斷書。上訴人於前開仲裁事件，固以系爭契約第5條第1項第2款(4)、(5)、(6)及民法第490條第1項作為「未估驗彈性減振材」之請求權基礎，仲裁庭就減振材橡膠粒部分，則依WTO原產地協定之說明，認定未經過實質轉型，故不符合新品之條件，由仲裁庭以實際交付之材料決定合理價格，由原契約單價5萬9,928.97元/立方公尺減為2萬1,485.21元/立方公尺（即彈性材橡膠粒減為8,399.8元/立方公尺+運輸費等其他成本1萬3,085.41/立方公尺），惟未載明其據以判斷之請求權基礎為何。而98年第11號仲裁判斷係認上訴人於95年第16號仲裁事件係依系爭契約第5條第1項第2款約定請求「彈性減振材製作及置

放（未估驗部分）」自第12期以後未估驗計價之估驗款，於系爭仲裁事件則係於驗收合格後，依系爭契約第5條第1項第3款、民法第490條、第505條請求含「彈性減振材製作及置放」等工項之工程尾款，與95年第16號之訴訟標的不同，非該仲裁判斷既判力所及（見更一卷五第586-588頁、第594-595頁、第600-605頁），即系爭仲裁事件仲裁庭所採取之事實認定（95年第16號仲裁判斷之標的為驗收前之估驗款）及法律見解（估驗款請求權與工程尾款請求權為不同之訴訟標的），確與被上訴人所採取之前開事實認定（95年第16號仲裁判斷之標的為一部驗收後之工程款）及法律見解（估驗款與工程尾款為同一之訴訟標的）不同。

- ⑤惟依前開說明，仲裁法第40條第1項第4款所定：「仲裁庭之組成或仲裁程序，違反仲裁協議或法律規定者」，僅係為「仲裁程序」上有瑕疵之仲裁判斷所設之救濟方法。參酌仲裁法（全文修正前名稱為「商務仲裁條例」）第40條第1項所列各款事由，並未如民事訴訟法第468條定有「判決不適用法規或適用不當」或同法第496條第1項第1款之「適用法規顯有錯誤」等事由，益見仲裁判斷實體之內容，不以有法律依據為必要，在準據法無誤之情況下，依我國仲裁法規定，自不許當事人再以仲裁判斷適用法規不當或有誤為由，請求撤銷仲裁判斷。撤銷仲裁判斷之訴，非就原仲裁判斷認定事實、適用法規是否妥當，再為審判，法院僅得就原仲裁判斷有無仲裁法第40條第1項各款所列情形（含第1款所稱第38條各款情形），加以審查。原仲裁判斷持如何之法律見解及實體內容如何判斷，為仲裁庭之權限，非法院所得過問（最高法院93年度台上字第1690號、99年度台上字第1007號、94年度台上字第492號民事裁判參照）。是以，就95第16號仲裁判斷係就「估驗款請求」為認定，及「估驗款之請求」與「工程尾款之請求」是否屬於同一事件，仲裁庭本其職權所為之事實認定及採用之法律見解，縱與被上訴人有所不同，亦仍屬仲裁人之仲裁權限，仲裁庭所為前開認定，實

屬仲裁庭之實體判斷。被上訴人所指摘者乃屬「仲裁判斷本身」之瑕疵，自難認係「仲裁程序違反法律規定」，而有仲裁法第40條第1項第4款所定之撤仲事由。

⑥被上訴人另主張系爭仲裁判斷關於未估驗彈性減振材未違約之判斷，違反95年第16號仲裁判斷及該案撤仲訴訟所認定未估驗彈性減振材違約之爭點效云云，惟查：

(1)按訴訟制度係法院依國家賦予之職權，依民事訴訟法規定，就當事人請求之訴訟標的及聲明，使當事人為完全聲明及陳述，踐行調查證據程序，行言詞辯論後為判決，並有三審之審級救濟，其程序對當事人程序權保障有縝密及周延規定，基於誠信原則及訴訟經濟，於確定判決理由判斷之事項，除有顯然違背法令之情形，或當事人已提出新訴訟資料，足以推翻原判斷之情形外，在同一當事人之另件訴訟中，法院及當事人就已經法院判斷之重要爭點法律關係，皆不得任作相反之判斷或主張。惟仲裁制度本質為當事人自行合意之訴訟外紛爭解決機制，仲裁人之資格不以有相當法律訓練者為限，適用之程序與實體規則可由當事人或仲裁庭選擇或為衡平仲裁（仲裁法第19條、第31條規定參照），無如民事訴訟法程序相同嚴謹之調查證據、審理程序及程序之拘束力，所為仲裁判斷相對欠缺法之安定性與預測性，其救濟亦只有嚴格限制之撤銷仲裁判斷訴訟（仲裁法第40條規定參照）之有限司法審查，與訴訟程序本質上不同，關於當事人之程序權保障與民事訴訟制度相差甚遠。是仲裁判斷於當事人間，除與法院之確定判決有同一之既判力（仲裁法第37條第1項規定參照）外，仲裁判斷理由中所為其他非聲請仲裁標的之重要爭點法律關係判斷，對當事人不生拘束力。同一當事人間提起另件民事訴訟，就相同爭點法律關係，法院或當事人仍得為相反之判斷或主張，始符仲裁制度之本質，亦無違訴訟經濟與誠信（最高法院106年度台上字第305號判決參照）。

(2)次按撤銷仲裁判斷之訴，足使原具確定力之仲裁判斷失其效力，性質上屬於形成之訴，其訴訟標的之法律關係係撤銷仲

裁判斷之形成權（最高法院94年度台抗字第61號裁定參照）。而系爭仲裁判斷之請求標的為系爭契約第5條第1項第3款、民法第490條、第505條之工程尾款報酬請求權，兩者之訴訟標的顯然不同。而「爭點效」並非法律規定，觀之本院98年重上字第59號民事確定判決之理由，乃遵循「僅就原仲裁判斷是否有原告所主張之仲裁法第40條第1項所列舉之重大事由加以形式審查，至於原仲裁判斷所持之法律見解及對於實體內容之判斷是否妥適，則為仲裁人之權限，尚非法院所得過問」之審理原則，並未就「彈性減振材是否為新品」、「95年第16號仲裁庭依據WTO原產地協定認定彈性減振材非新品是否妥適」予以實質審理，則其雖認為仲裁庭未提示「WTO原產地協定」乙節，不該當仲裁法第23條、第40條第1項第3款「未使當事人為陳述」之撤仲事由，亦僅屬95年度第16號有無撤仲事由之範疇，與系爭仲裁事件工程款之請求要屬二事，況被上訴人所指摘者，亦屬「仲裁判斷本身」之瑕疵。是被上訴人主張系爭仲裁判斷違反95年第16號仲裁判斷及該案撤仲訴訟關於未估驗彈性減振材違約判斷之爭點效，構成「仲裁庭之組成或仲裁程序，違反仲裁協議或法律規定者」之撤仲事由，為不可採。

4.被上訴人雖另主張：系爭仲裁判斷係就95年第16號仲裁判斷確認之事項重複審理並重複命給付，有仲裁法第38條第3款「命當事人為法律上所不許之行為」之情事云云。惟按撤銷仲裁判斷之訴，非就原仲裁判斷認定事實、適用法規是否妥當，再為審判，法院僅得就原仲裁判斷有無仲裁法第40條第1項各款所列情形（含第1款所稱第38條各款情形），加以審查，故仲裁法第38條第3款規定仲裁判斷係命當事人為法律上所不許之行為者，自係指仲裁判斷主文所命之給付行為或其他行為，有違法律強制或禁止之規定，或有背於公共秩序或善良風俗者而言；至於當事人於實體法上有無請求權，仲裁人所命給付是否有誤，並非所問，仲裁人縱因認定事實或適用法規有誤，而命無給付義務之一方為給付，亦非該款所

01 稱之「命當事人為法律上所不許之行為」（最高法院94年度
02 台上字第492號、103年度台上字第1565號裁判意旨參照）。
03 查系爭仲裁判斷主文係命被上訴人給付10億2,301萬7,399
04 元，暨其中5億9,172萬6,564元（未含營業稅）自98年3月27
05 日起，暨其中3億8,109萬6,536元（未稅）自99年1月7日
06 起，均至清償日止，按年息百分之5計算之利息等語（見原
07 審卷一第79-1頁），該命為金錢給付之行為，並無任何違反
08 法律強制或禁止之規定，或有背於公共秩序或善良風俗之情
09 事；至於當事人於實體法上究有無請求權，或仲裁人所命給
10 付是否有誤，或仲裁人認定事實或適用法規是否有誤，均非
11 仲裁法第38條第3款所定「為法律上所不許之行為」之情
12 事，已如前述，是自難認本件有仲裁法第38條第3款所稱
13 「命當事人為法律所不許之行為」之撤銷仲裁判斷事由。

14 5.細究被上訴人此部分之主張，實係對於系爭仲裁判斷之法律
15 見解與實體內容之指摘，惟依首開說明，此應屬仲裁人之仲
16 裁權限，非撤銷仲裁判斷訴訟所得審究，被上訴人此部分之
17 主張，自無足採。

18 6.綜上，被上訴人主張上訴人於系爭仲裁事件，就業經95年第
19 16號仲裁判斷認定違約之同一體積之未估驗彈性減振材請求
20 工程尾款，顯係重複請求，系爭仲裁判斷就95年第16號仲裁
21 判斷確認之前開事項重複審理並重複命給付，有仲裁法第38
22 條第1款「仲裁判斷與仲裁協議標的之爭議無關，或逾越仲
23 裁協議之範圍」、第3款「仲裁判斷係命當事人為法律上所
24 不許之行為」、第40條第1項第4款「仲裁程序違反法律規
25 定」之情事，執此訴請撤銷系爭仲裁判斷，為不可採。

26 (二)有關前揭兩造爭點(二)（98年第11號仲裁決定書，由林美惠簽
27 名，是否因仲裁庭組織不合法而無效？林美惠參與系爭仲裁
28 程序及系爭仲裁判斷是否構成仲裁法第40條第1項第4款或第
29 5款之撤銷仲裁判斷事由？是否足以影響仲裁判斷之結
30 果？）部分，經查：

31 1.本件第一次經最高法院103年度台上字第1565號判決發回意

旨稱：「按當事人請求仲裁人迴避者，應於知悉迴避之原因發生後14日內，以書面敘述理由，向仲裁庭提出，仲裁庭應於10日內作成決定，但當事人另有約定者，不在此限；前項請求，仲裁庭尚未成立者，其請求期間自仲裁庭成立後起算；當事人對於仲裁庭之決定不服者，得於14日內聲請法院裁定之；當事人對於法院依前項規定所為之裁定，不得聲明不服；雙方當事人請求仲裁人迴避者，仲裁人應即迴避；當事人請求獨任仲裁人迴避者，應向法院為之；合議仲裁庭之判斷，以過半數意見定之，仲裁法第17條、第32條第2項分別定有明文。依上規定，當事人請求仲裁人迴避者，除當事人另有約定外，應由仲裁庭決定，如係獨任制仲裁庭，該獨任仲裁人不得參與迴避與否之決定，且仲裁庭無其他仲裁人可為迴避與否決定，故該請求僅得向法院為之，並由法院決定應否迴避；至當事人請求合議仲裁庭中之一仲裁人迴避者，仲裁庭尚有他仲裁人可為決定，得由仲裁庭他仲裁人過半數意見為迴避與否決定，當事人就該決定如有不服，得聲請法院裁定之；如未向法院聲請裁定，或法院就聲請已為裁定，該迴避之聲請即告確定，不得再聲明不服。」，依民事訴訟法第478第4項規定，本院自應受前開法律見解之拘束。

2. 查被上訴人於系爭仲裁事件程序中固曾具狀聲請林美惠仲裁人迴避，然經本件仲裁庭另二位仲裁人於99年3月12日評議作成98年度仲雄聲義字第11號仲裁決定書，駁回被上訴人迴避之聲請，有該決定書在卷可稽（見原審卷一第314頁）。又該件決定書雖係由三位仲裁人具名，然該決定書末尾有加註「本項決定之評議，林美惠仲裁人未曾參與」等語，被上訴人就該決定書並未依仲裁法第17條第3項規定聲請法院裁定之，此為兩造所不爭，則依上說明，該迴避聲請業經駁回確定，被上訴人不得再聲明不服。從而，林美惠仲裁人參與後續之仲裁程序及仲裁判斷，自不構成仲裁法第40條第1項第5款「仲裁人被聲請迴避而仍參與仲裁」之撤銷仲裁判斷事由。

01 3.林美惠仲裁人經被上訴人聲請迴避既經駁回確定，則由謝定
02 亞主任仲裁人、林美惠仲裁人及李玲玲仲裁人共同組成之
03 「仲裁庭」作成系爭仲裁判斷，即無「仲裁庭之組成違反仲
04 裁協議或法律規定」可言。更何況被上訴人對於由謝定亞主
05 任仲裁人、林美惠仲裁人及李玲玲仲裁人等所組成之「仲裁
06 庭」於99年3月12日所作成上開駁回迴避聲請之決定，不但
07 未依仲裁法第17條第3項之法定救濟程序向法院聲請裁定，
08 甚且於該案99年5月13日召開第一次詢問會，就主任仲裁人
09 謝定亞詢問「關於仲裁庭組成是否有意見」時，相對人（即
10 被上訴人）之代理人邱雅文律師更明確表示：「沒有意見」
11 （見原審卷二第570頁反面），益徵被上訴人於仲裁程序中
12 對於林美惠仲裁人參與本件仲裁，並無任何異議或反對之表
13 示，再觀諸被上訴人於本件仲裁庭所召開之八次詢問會中，
14 均未曾就仲裁庭之組成或林美惠仲裁人參與仲裁乙節，提出
15 異議或表示反對，甚至具狀請求本件仲裁庭將被上訴人之反
16 請求與原仲裁程序合併進行之（見更一卷六第345-346
17 頁），益徵系爭仲裁判斷並無「仲裁庭之組成違反仲裁協議
18 或法律規定」之情事。

19 4.基上，林美惠仲裁人參與系爭仲裁程序及仲裁判斷，並不構
20 成仲裁法第40條第1項第5款「仲裁人被聲請迴避而仍參與仲
21 裁」之撤銷仲裁判斷事由，本件仲裁庭之組成亦無「違反仲
22 裁協議或法律規定」之情事，被上訴人執以訴請撤銷系爭仲
23 裁判斷，自非可採。

24 5.至被上訴人另主張上訴人仲裁代理人黃泰鋒律師與主任仲裁
25 人謝定亞熟識，並擔任主任仲裁人謝定亞之婚宴招待，足認
26 其二人關係非比尋常，卻未告知當事人其二人之關係，違反
27 仲裁法第15條第2項規定之告知義務等語，惟按仲裁法第15
28 條第2項規定：「仲裁人有下列各款情形之一者，應即告知
29 當事人：一、有民事訴訟法第32條所定法官應自行迴避之同
30 一原因者。二、仲裁人與當事人間現有或曾有僱傭或代理關
31 係者。三、仲裁人與當事人之代理人或重要證人間現有或曾

有僱傭或代理關係者。四、有其他情形足使當事人認其有不能獨立、公正執行職務之虞者。」，惟揆諸前開仲裁法第15條第2項第4款立法理由，該款所規定有其他情形足使當事人認其不能獨立、公正執行職務之虞，係指同項第1至3款以外之情形，例如仲裁人與當事人一方曾有同事或合夥關係，而其關係足使當事人產生懷疑其不能獨立、公正執行職務者而言。經查系爭仲裁判斷係於100年2月18日作成，而主任仲裁人謝定亞之婚宴係在100年5月20日舉行，黃泰鋒律師固自承有參加前開婚宴，然否認有擔任招待乙事，而被上訴人並未能舉證證明黃泰鋒律師有擔任前開婚宴招待之情事，又前開婚宴既係在系爭仲裁判斷作成之後，自無於系爭仲裁事件程序告知當事人其有參加婚宴之可能。況縱黃泰鋒律師基於與謝定亞主任仲裁人之友誼而參加婚宴，此亦屬正當之交誼往來，不能以此反推其二人之私交確為特殊，在客觀上足使當事人認謝定亞主任仲裁人執行職務有不能獨立、公正執行職務之虞。另由謝定亞擔任仲裁人或主任仲裁人之另3件仲裁案件（98年仲聲孝字第52號、99年仲聲義字第16號、99年仲聲義字第30號）及系爭仲裁案件，均非由黃泰鋒律師或其代理之當事人選定謝定亞為仲裁人，有上訴人提出之仲裁協會函、臺灣臺北地方法院100年度仲聲字第7號裁定、仲裁人選定書、仲裁聲請書、主任仲裁人共推書為證（見重上卷五第216-223頁），自難認被上訴人主張謝定亞與黃泰鋒律師關係非比尋常乙節為可採。是以，被上訴人以此主張謝定亞主任仲裁人違反仲裁法第15條第2項之告知義務，系爭仲裁判斷有仲裁法第40條第1項第5款所定之撤仲事由，亦屬無據，而無可採。

(三)有關前揭兩造爭點(三)（系爭仲裁判斷有無適用衡平原則為判斷？是否構成仲裁法第38條第1款、第3款或同法第40條第1項第4款等事由？）部分，經查：

1.按仲裁庭未經當事人明示合意，適用衡平法則為判斷，僅是仲裁程序是否違反仲裁法第40條第1項第4款所定仲裁協議之

問題，而非「仲裁判斷與仲裁協議標的之爭議無關，或逾越
仲裁協議之範圍」，是不論仲裁判斷是否適用衡平原則而為
判斷，要非仲裁法第38條第1項第1款、第40條第1項第1款
「仲裁判斷與仲裁協議標的之爭議無關，或逾越仲裁協議」
之適用範圍（最高法院103年度台上字第1565號裁判要旨參
照）。準此，本件被上訴人主張：系爭仲裁判斷有未經當事
人明示合意，適用衡平法則為判斷之情事，而有「仲裁判斷
與仲裁協議標的之爭議無關，或逾越仲裁協議之範圍」之撤
仲事由云云，顯非可採，合先敘明。

2. 次按仲裁程序違反仲裁協議或法律規定者，當事人得對於他
方提起撤銷仲裁之訴，此觀仲裁法第40條第1項第4款規定自
明。而仲裁法第40條第1項第4款所謂「仲裁程序違反仲裁協
議或法律規定」，係指仲裁人非依法律或契約正當程序而參
與仲裁，或其仲裁未依當事人於訂約及履約時所共同認知之
實體法律規定，任意自為判斷而言；若合法選定仲裁人，並
適用當事人所共同認知之實體法以為判斷，即不得據以請求
撤銷仲裁判斷；至於仲裁判斷之結果是否允當，以及其適用
法律是否不當等情形，則非屬該條項款規定之範圍（最高法
院92年度台上字第1689號裁判要旨參照）。又仲裁法第31條
所謂之衡平仲裁，係指仲裁庭如發現適用法律之嚴格規定，
將產生不公平之結果者，得經由當事人之明示合意授權，基
於公平、合理之考量，摒除法律之嚴格規定，改適用衡平原
則為判斷而言；倘仲裁人已就當事人約定應適用之契約約定
所抽象描述之構成要件為符合具體案件事實之認定，縱其解
釋契約或認定事實有誤，仍屬法律仲裁（最高法院100年度
台上字第419號裁判要旨參照）。

3. 查系爭仲裁判斷明確指明上訴人依據系爭契約第5條第1項第
3款、民法第490條、505條規定請求工程尾款，為有理由，
並認定95年第16號仲裁判斷係就「估驗款」所為判斷，與系
爭仲裁事件所請求之「尾款」係屬不同法律關係，復參酌被
上訴人所提臺灣高等法院96年度建上字第49號判決、97年度

重上更(一)字第28號判決、97年建上字第35號判決理由，亦認估驗款與工程尾款係屬不同法律關係，方認定尾款不受95年第16號仲裁判斷之既判力所拘束，並於系爭仲裁判斷書第281至285頁、第290至294頁詳細交代其法律見解（見原審卷一第90-94頁、第99-103頁），依上說明，堪認系爭仲裁判斷乃依據法律及契約之嚴格規定而為判斷，並非衡平仲裁。

4. 又系爭仲裁判斷認定上訴人所施作之彈性減振材材質符合契約規範，係援引經被上訴人核定且具契約效力之彈性減振材施工規範第2.2條至第2.3條等規定（見原審卷一第108-111頁系爭仲裁判斷書），再參酌兩造於系爭契約簽訂後，原本均依契約所訂單價進行系爭彈性減振材之估驗計價，並無任何爭執，直到95年4月24日檢調以被上訴人涉犯圖利等罪展開刑事搜索偵查程序後，被上訴人始開始質疑彈性減振材使用「回收輪胎」製作之「橡膠粒」涉及不法；惟被上訴人就彈性減振材之材質是否符合施工規範，曾三度函詢監造單位，經監造單位分別以95年5月25日（95）興科振M311750號函、95年6月2日（95）興科振M031786號函、95年8月15日（95）興科振M032053號函三度函覆，均確認以回收輪胎製作之橡膠粒製作系爭彈性減振材，無論材料或成品均符合契約與施工規範等情，作為其認定本件彈性減振材之材質係符合施工規範規定之證據資料（見原審卷一第111-112頁系爭仲裁判斷書）。準此，系爭仲裁判斷認定上訴人所施作之彈性減振材材質符合契約規範，應認係「適用法律」（即解釋具契約效力之施工規範）與相關證據資料後所為之判斷，依上說明，應屬法律仲裁，而非「不適用法律規定，改依仲裁庭認為公允善意原則而為判斷」之「衡平仲裁」。

5. 基此，系爭仲裁判斷乃依據法律及契約之嚴格規定而為判斷，而非衡平仲裁；又系爭仲裁判斷認定上訴人所施作之彈性減振材材質符合契約規範，亦係「適用法律」（即解釋具契約效力之施工規範）與相關證據資料後所為之判斷，應屬法律仲裁，而非衡平仲裁。被上訴人主張：系爭仲裁判斷係

適用衡平原則為判斷，有「仲裁判斷與仲裁協議標的之爭議無關，或逾越仲裁協議之範圍」或「仲裁程序違反仲裁協議或法律規定」之情事及仲裁法第38條第1項第3款之撤仲事由云云，均不足採。

(四)有關前揭兩造爭點(四)、(五)（系爭仲裁判斷理由書第285頁第10至17行表示：95年第16號仲裁判斷之估驗款清償後，絕不重複就同額尾款聲請強制執行，作為將來系爭仲裁判斷強制執行之限制條件，並命被上訴人給付尾款，是否構成仲裁法第38條第3款、第40條第1項第1款之撤銷仲裁判斷事由？系爭仲裁判斷命被上訴人依原契約價格給付「『彈性減振材製作及置放』已估驗部分」之價差，是否有「命當事人為法律上所不許之行為」，構成仲裁法第38條第3款、第40條第1項第1款之撤銷仲裁判斷事由？）部分，經查：

1.系爭仲裁判斷主文係命被上訴人給付10億2,301萬7,399元，暨其中5億9,172萬6,564元（未含營業稅）自98年3月27日起，暨其中3億8,109萬6,536元（未稅）自99年1月7日起，均至清償日止按年息5%計算之利息等語（見原審卷一第79-1頁），該主文並無任何「不明確、不具體」之情事，而被上訴人之金錢給付義務亦未附任何條件，被上訴人主張：系爭仲裁判斷係以上訴人將來不重複強制執行已獲償款項為限制條件，命被上訴人給付尾款云云，顯與系爭仲裁判斷主文之內容不符，難認可採。又系爭仲裁判斷所命金錢給付之行為，並無任何違反法律強制或禁止之規定，或有背於公共秩序或善良風俗之情事。系爭仲裁判斷命被上訴人就「已估驗彈性減振材」應依契約價格結算，並給付與其自行結算金額之價差，自難認有何命被上訴人為法律上所不許行為之情事。

2.又「估驗款」與「工程尾款」乃屬不同性質之給付，二者彼此間之訴訟標的並不相同，已如前述。而被上訴人提出系爭仲裁事件時，95年第16號仲裁判斷雖就估驗款為判斷，但實際上被上訴人並未給付估驗款，依約未給付之估驗款於驗收

01 後即應依尾款規定給付，是上訴人於系爭仲裁事件依約本得
02 請求被上訴人給付尚未給付之結算尾款，本件仲裁庭考量日
03 後強制執行時，倘其中一款項已受滿足，另一款項即不能再
04 為執行，諭知聲請人（即上訴人）具狀陳明「日後於依98年
05 度仲雄聲義字第11號判斷為執行名義之強制執执行程序，不
06 重複聲請執行該筆已獲償之款項」等語，並未違反任何強制
07 或禁止之法律規定。至於當事人於實體法上究有無請求權，
08 或仲裁人所命給付是否有誤，或仲裁人認定事實或適用法規
09 是否有誤，均非仲裁法第38條第3款所定「為法律上所不許
10 之行為」之情事，已如前述，是自難認本件有仲裁法第38條
11 第3款所稱「命當事人為法律所不許之行為」之撤銷仲裁判
12 斷事由。

- 13 3.被上訴人雖另主張：依據司法院大法官會議釋字第591號解
14 釋，仲裁法第38條第3款所謂「仲裁判斷，係命當事人為法
15 律上所不許之行為」，不以仲裁判斷主文為斷，而應審究
16 「實質內容」云云。惟查，觀諸司法院大法官會議釋字第59
17 1號解釋文：「…中華民國八十七年六月二十四日修正公布
18 之仲裁法規定『仲裁判斷書應附理由而未附者』，當事人得
19 對於他方提起撤銷仲裁判斷之訴（第40條第1項第1款、第38
20 條第2款前段），雖未將仲裁判斷之理由矛盾列為得提起訴
21 訟之事由，要屬立法機關考量仲裁之特性，參酌國際商務仲
22 裁之通例，且為維護仲裁制度健全發展之必要所為之制度設
23 計，尚未逾越立法機關自由形成之範圍，與憲法第十六條保
24 障人民訴訟權之本旨並無牴觸」等語，可知該號解釋係在闡
25 釋：立法機關未將仲裁判斷之理由矛盾列為得提起撤銷訴訟
26 之事由，要屬立法機關考量仲裁之特性，參酌國際商務仲裁
27 之通例，且為維護仲裁制度健全發展之必要所為之制度設
28 計，尚未逾越立法機關自由形成之範圍，與憲法第16條保障
29 人民訴訟權之本旨並無牴觸，並非就仲裁法第38條第3款所
30 定「法律上所不許之行為」內容為解釋甚明，被上訴人此部
31 分之主張，亦非可採。

01 4.又本件減振工程細部設計與施工工法乃上訴人研發首創，且
02 僅於系爭工程施作，從未在其他地方施作過，並無得標廠商
03 （即上訴人）之相同市場條件之相同工程價格可資比較，此
04 有國科會95年11月17日臺會秘字第0950056863號函、財團法
05 人中華顧問工程司95年1月18日（95）KS減振第0717號函、9
06 5年4月26日華顧（95）大地字第003677號函為證（見更一卷
07 三第56-61頁），觀諸訂約時政府採購法第59條第1項之規定
08 內容（機關以選擇性招標或限制性招標辦理採購者，採購契
09 約之價款不得高於廠商於同樣市場條件之相同工程、財物或
10 勞務之最低價格），即可知本件並非政府採購法第59條第1
11 項之規範對象。從而，系爭仲裁判斷命被上訴人依原契約約
12 定單價給付彈性減振材尾款，自難認有被上訴人所指命其為
13 法律上所不許行為之情事，被上訴人此部分之主張，亦非可
14 採。

15 5.基上，被上訴人以前開事由主張系爭仲裁判斷有「命當事人
16 為法律上所不許之行為」之情事，依仲裁法第38條第3款、
17 第40條第1項第1款規定請求撤銷系爭仲裁判斷，為不可採。

18 (五)有關前揭兩造爭點(六)（系爭仲裁庭於詢問終結前，是否未使
19 當事人就「減振效能分析報告逾期違約金是否過高」、「期
20 末報告是否業經國科會核定」、「國科會何時核定」及「系
21 爭契約附件一、二是否均為一張紙，並無內容」等事實為陳
22 述，即逕採為判斷理由？是否構成仲裁法第40條第1項第3款
23 或第4款之事由？）部分，經查：

24 1.按「仲裁庭應予當事人充分陳述機會，並就當事人所提主張
25 為必要之調查」、「仲裁庭於詢問終結前未使當事人陳述
26 者，當事人得對於他方提起撤銷仲裁判斷之訴」，固為仲裁
27 法第23條第1項、第40條第1項第3款所分別明定；惟仲裁法
28 第40條第1項第3款前段規定，仲裁庭於詢問終結前未使當事
29 人陳述，係指仲裁庭就其形成判斷之事實及證據未使當事人
30 陳述而言，如當事人已接受仲裁庭合法通知，且於仲裁程序
31 中有陳述之機會，而仲裁庭認其陳述內容已達於可為判斷之

01 程度而作成仲裁判斷者，縱當事人言有未盡，亦難謂「仲裁
02 庭於詢問終結前未使當事人陳述」（最高法院99年度台上字
03 第1007號、103年度台上字第1565號裁判要旨參照）。

04 2.查系爭仲裁程序自99年5月13日召開第一次仲裁詢問會議起
05 至100年2月12日詢問會議終結，共召開八次仲裁詢問會，每
06 次詢問會議均長達數小時，歷次詢問會議筆錄多達數百頁，
07 且兩造除均委任多名代理人出席仲裁詢問會進行完整陳述
08 外，更均提出諸多書狀及證物，此有歷次詢問會議筆錄及系
09 爭仲裁卷內相關書狀資料等可證。而有關被上訴人所主張之
10 違約金酌減部分，於系爭仲裁程序中，上訴人於100年1月13
11 日第六次詢問會時，已陳述請求酌減違約金，兩造就此並曾
12 於詢問會中有所攻防，被上訴人亦表示將以書狀陳述（見原
13 審卷二第613頁以下之第六次詢問紀錄），且被上訴人於後
14 續第七、八次詢問會仍有機會表示意見。是被上訴人既已接
15 受仲裁庭之合法通知，且於仲裁程序中有完整陳述之機會，
16 並以言詞陳述及書面表達意見，依上說明，自難認系爭仲裁
17 程序有「仲裁庭於詢問終結前未使當事人陳述」之情事。

18 3.依據98年第11號仲裁判斷理由記載：「…而本件契約訂立
19 時，工法規劃技術服務案之期末報告書尚未經國科會核定，
20 為兩造不爭執，是系爭工程契約第2條第2項(二)『履約標的：
21 廠商應依據規劃技術服務案成果（附件一）、減振工程準則
22 與規範（附件二…）辦理南科園區減振工程…』，其附件
23 一、二均為一張紙，並無內容，迨於年月日始經國科會核定
24 期末報告（聲證25、相證附件E）…依據期末報告附錄C台南
25 科學工業園區減振工程施工綱要規範第07930章彈性減振材
26 第2.1條材質及製造規定…及94年10月22日核定修訂之彈性
27 減振材規範（聲證48）應為系爭工程定案之彈減振材施工規
28 範」等語（見原審卷一第107-108頁），可知98年第11號仲
29 裁判斷認定：「本件契約訂立時，期末報告書尚未經國科會
30 核定」、「系爭契約附件一、二均為一張紙，並無內容」、
31 「於94年10月22日核定修訂之彈性減振材規範，應為系爭工

程定案之彈減振材施工規範」等情，乃分別依據兩造不爭執事項、聲證25號、相證附件E、聲證48號而來。再依98年第11號仲裁判斷書第279頁所載兩造不爭執事項(二)：「依系爭工程契約補充條款第3條，期末報告書，以國科會核定為準，為契約之一部分（參見聲證1，第46頁背面）。工法規劃案期末報告書（94.05.修訂版）國科會係於94年8月24日核定（相證100～101、聲證69、聲證55）」等語（見原審卷一第88頁），足見本件仲裁庭如此認定，確係依據兩造於系爭仲裁程序所分別提出之證據資料而為；又兩造已於系爭仲裁程序中就聲證48號94年10月22日核定修訂之彈性減振材施工規範所載內容為充分攻防（見98年第11號仲裁判斷書第149至250頁所整理之相對人主張）；依上說明，就此部分亦難認系爭仲裁程序有「於詢問終結前未使當事人陳述」之情事。況依仲裁法第33條第2項規定，兩造爭執或不爭執事項並非仲裁判斷書之應記載事項，仲裁法更未要求仲裁庭應進行爭點整理或要求以何種方式紀錄兩造爭點或不爭執事項。縱系爭仲裁事件仲裁庭依兩造提出之卷證資料，認定「依系爭工程契約補充條款第3條，期末報告書，以國科會核定為準，為契約之一部分（參見聲證1，第46頁背面）。工法規劃案期末報告書（94.05.修訂版）國科會係於94年8月24日核定（相證100～101、聲證69、聲證55）」，並將之列為不爭執事項，而未將其所列出之不爭執事項再提示予兩造表示意見，然此僅屬仲裁庭就實體判斷內容是否正確妥適之範疇，尚難謂系爭仲裁判斷有未使當事人陳述之撤仲事由。

4.系爭仲裁程序既難認有「仲裁庭於詢問終結前未使當事人陳述」之情事，則被上訴人主張有上開情事，並據以推論：系爭仲裁判斷有仲裁法第40條第1項第4款「仲裁程序違反仲裁協議或法律規定」之情事云云，自非可採。

(六)有關前揭兩造爭點(七)（兩造對於被上訴人於系爭仲裁事件所提起之反請求有無達成仲裁合意？是否未經系爭契約第21條爭議協調程序，仍為實體判斷？若無，本件仲裁庭就反請求

01 仍為實體判斷，是否構成衡平判斷？是否構成仲裁法第38條
02 第1款、第40條第1項第1款或同條項第4款之撤銷仲裁判斷事
03 由？）部分，經查：

04 1.按有關現在或將來之爭議，當事人得訂立仲裁協議，約定由
05 仲裁人一人或單數之數人成立仲裁庭仲裁之，前項爭議，以
06 依法得和解者為限；仲裁協議，應以書面為之，當事人間之
07 文書、證券、信函、電傳、電報或其他類似方式之通訊，足
08 認有仲裁合意者，視為仲裁協議成立，仲裁法第1條定有明
09 文。經查：

10 ①依兩造簽立系爭契約第21條「爭議處理」第1項約定：「機
11 關與廠商因履約而生爭議者，應依法令及契約規定，考量公
12 共利益及公平合理，本誠信和諧，盡力協調解決之。其未能
13 達成協議者，不得逕行訴訟，應先依採購法第85條之1規定
14 向行政院公共工程委員會（下稱工程會）之採購申訴審議委
15 員會申請調解，或先向中華民國仲裁協會提付仲裁，並依中
16 華民國仲裁法令及該仲裁機關相關規定進行仲裁，並以中華
17 民國高雄市為仲裁地。仲裁判斷無須經法院裁定即得逕為強
18 制執行。」（見原審卷一第176背面及第177頁），是依上開
19 契約約定，兩造就履約爭議，原應先向工程會之採購申訴審
20 議委員會申請調解，或先向仲裁協會提付仲裁，不得逕行起
21 訴。

22 ②惟嗣被上訴人為「臺南科學工業園區減振工程細部設計與施
23 工案」彈性減振材原料材質疑慮及後續計價事宜，以95年8
24 月21日南營字第0950019312號函予上訴人召開討論會議。兩
25 造乃於95年8月24日，雙方法定代理人均參與會議下，召開
26 討論會議，且依該次會議紀錄結論第4點記載有「有關本工
27 程相關履約爭議事項，將依工程契約第21條規定，以向仲裁
28 協會提付仲裁方式解決。」之結論，被上訴人並以95年9月1
29 2日南營字第095021188號函檢附上開會議紀錄予上訴人，此
30 有上開函文及工程爭議事項討論會議紀錄各1份在卷可參
31 （見更一卷六第331-333頁），可見兩造於95年8月24日會議

中所為之仲裁協議，亦具有仲裁法第1條應以書面文書為之之要件。又就該會議紀錄結論內容觀之，亦認兩造就系爭契約履約爭議為仲裁之協議，並依仲裁方式為起訴前置程序之合意。

③被上訴人雖另主張上開會議僅就該日討論之彈性減振材原材料質疑慮及後續計價事宜工程爭議，未包含本件工程爭議云云，惟依仲裁法第1條第1項規定，仲裁協議訂立不限以當時發生爭議範圍為條件，則兩造於上開會議中既已合意相關履約爭議將提付以仲裁方式為起訴前置程序解決，被上訴人復將會議紀錄函予上訴人，兩造上開仲議協議自屬適法有效。至被上訴人雖聲請傳喚證人董俊德到庭證稱：開會時僅就開會通知所要討論之事由進行討論等語，然其亦證稱其不記得會議有無提到整體減振工程驗收後附尾款的問題，因為已經是12年前的事情等語（見更二卷二第444頁），足認證人董俊德係因時隔久遠記憶不清，始為前開證言；又證人呂光武則到庭證稱：當時因為刑案發生，才會有彈性減振材的問題，管理局不敢大意，所以才會找鴻華公司協商，在會議中大家有針對上開事由「研商彈性減振材材質疑慮及估驗計價相關議題」進行討論，當然依照會議記錄伍的第4點，這部分也有討論，我印象中是講所有減振工程，並非只針對彈性減振工程，我不記得是否有提到驗收後附尾款等語（見更二卷二第445-446頁），足認當時開會事由雖為「研商彈性減振材材質疑慮及估驗計價相關議題」，然之後確有達成「有關本工程相關履約爭議事項，將依工程契約第21條規定，以向仲裁協會提付仲裁方式解決。」之結論，堪以認定。

④再者，95年8月24日會議後，兩造就系爭契約之履約爭議亦均向仲裁協會提出仲裁聲請，經該會以96年度仲雄聲義字第2號、97年第17號作成仲裁判斷，堪認兩造就系爭工程履約爭議，皆循系爭契約第21條及上開會議之約定，以仲裁為起訴前置程序為之。

2.查被上訴人於系爭仲裁事件所提出之反請求，係屬「本工程

01 相關履約爭議事項」，自應屬系爭仲裁協議之範圍。又被上
02 訴人於系爭仲裁事件所提出之反請求聲請狀亦肯認「兩造因
03 履約而生之爭議，包括違約金之扣罰等，均在仲裁協議之範
04 圍內」（見更一卷六第343-346頁），堪認被上訴人亦認其
05 於系爭仲裁事件所提出之反請求，確屬兩造仲裁協議之範
06 圍。

07 3.再觀諸被上訴人於系爭仲裁事件提出之反請求聲請狀及反請
08 求補充理由(一)狀（見更一卷六第343-353頁），亦可知被上
09 訴人提出反請求時，確實係認為其所提出之反請求，屬兩造
10 因履約所生爭議，而在仲裁協議範圍內，方才提出反請求。
11 此由被上訴人提出反請求時，不僅未為任何程序抗辯，反而
12 請仲裁庭「將相對人之反請求與原仲裁程序合併進行之」
13 （見更一卷六第346頁），即足證明。

14 4.上訴人對於被上訴人所提出之反請求，並未爭執該反請求不
15 在系爭仲裁協議範圍內，而係提出應先進行協調之抗辯，就
16 此，於系爭仲裁事件第六次仲裁詢問會中，主任仲裁人亦曾
17 詢問上訴人：「因為實體的事實部分基本上是交織的，關於
18 這前置程序的部分，聲請人（即上訴人）覺得還有抗辯的實
19 質必要嗎？就是說他事實上等於是已經討論過了，是不是我
20 們就從實體問題繼續進行？可以嗎？」，上訴人即答稱：
21 「可以」（見原審卷二第604頁反面），足見上訴人亦同意
22 兩造無再為協調之必要而為實體答辯，堪認兩造確已同意就
23 反請求進行仲裁，自難認反請求之爭議係「逾越仲裁協議範
24 圍」。

25 5.又系爭仲裁判斷就反請求部分，援引系爭契約補充條款第2
26 條約定及仲裁法第19條、民事訴訟法第277條規定，認被上
27 訴人就系爭工程契約價金與工期編定，委有專業顧問辦理職
28 司管控，倘被上訴人認原契約價金中包含趕工費用在內，則
29 在95年3月30日核准展延工期時(聲證92)，自會因為認定上
30 訴人已無趕工必要，雙方議價條件發生改變，而依系爭契約
31 第19條約定辦理契約變更。然被上訴人自核准工期展延之

01 後，從未向上訴人主張契約條件有所改變，足見被上訴人所
02 稱契約價金包含趕工費用乙節，並非事實。認被上訴人未詳
03 實舉證證明其編列預算時已合理包含夜間加班費用內，依據
04 民事訴訟法第277條舉證責任分配之原則規定，被上訴人就
05 民法第227條之2規定要件之舉證尚有所不足（見98年第11號
06 仲裁判斷書第340-343頁，原審卷一第150-152頁），堪認系
07 爭仲裁判斷就反請求部分乃依據法律及契約之嚴格規定，依
08 據兩造所提出之證據資料而為判斷，並非衡平仲裁。被上訴
09 人主張該項爭議係「逾越仲裁協議範圍」，並據以主張系爭
10 仲裁判斷該爭議作成實體判斷，係屬衡平判斷，構成仲裁法
11 第38條第1款、第40條第1款、第4款之撤仲事由云云，即非
12 可採。

13 (七)有關前揭兩造爭點(八)（95年第16號仲裁判斷有無審認確定
14 「未估驗彈性減振材違約金」？如有，是否符合民事訴訟法
15 第400條第2項規定？系爭仲裁判斷認被上訴人無「未估驗彈
16 性減振材違約金」抵銷債權存在，是否構成仲裁法第38條第
17 1、3款或同法第40條第1項第4款等事由？）部分，經查：

18 1.按「主張抵銷之請求，其成立與否經裁判者，以主張抵銷之
19 額為限，有既判力。」、「仲裁人之判斷，於當事人間，與
20 法院之確定判決，有同一效力。」，民事訴訟法第400條第2
21 項、仲裁法第37條第1項分別定有明文。再按主張抵銷之請
22 求，雖非訴訟標的，惟經法院於判決理由中判斷其主張抵銷
23 之請求成立或不成立，而成為終局裁判者，以主張抵銷之額
24 為限，依民事訴訟法第400條第2項規定，仍有既判力，以求
25 訴訟經濟，避免當事人間訟爭再燃，俾達到徹底解決紛爭之
26 目的，因此，訴訟中倘當事人為抵銷請求之主張時，法院應
27 將該項主張與訴訟標的同列為兩造最上位之爭點，使當事人
28 有充分攻擊防禦之機會，以集中於此為適當完全之辯論，且
29 法院並應於判決理由中就當事人主張抵銷之請求成立與否，
30 明確加以審認及說明，以確定判決既判力客觀之範圍，而平
31 衡保護當事人間程序利益與實體利益（最高法院100年度台

上字第1982號判決要旨參照）。依上開規定及說明，可知經
仲裁判斷之抵銷抗辯，有既判力，當事人不得重行請求仲
裁，仲裁庭亦不得重行仲裁。

2.查，系爭工程經被上訴人當時之上級機關國科會以96年4月4
日臺會協字第0960013636號函（見更二卷二第79頁）同意辦
理減價收受，被上訴人遂於95年第16號仲裁案中主張減價收
受扣款及六倍違約罰款，且主張就彈性減振材之處罰「違約
金」為抵銷，上訴人雖辯稱：被上訴人於95年第16號仲裁案
中，就未估驗彈性減振材僅主張減價收受，違約金債權則僅
對保護蓋工程款部分主張抵銷，95年第16號仲裁判斷僅係就
未彈性減振材定估驗價格，並未就違約金債權為抵銷判斷云
云。然查：

①95年第16號仲裁事件於96年9月8日第五次詢問會中，王明德
仲裁人就此抵銷部分詢問被上訴人之代理人蔡東賢律師，就
所提出之瑕疵及罰6倍部分，究僅係說明還是另有主張？蔡
律師主張減價收受部分及違約金部分，被上訴人對於上訴人
是有債權存在的，以這兩個債權在仲裁庭主張抵銷，先用減
價部分抵銷，如果不足，再用違約金部分抵銷等語，有該次
詢問紀錄在卷可憑（見重上卷四第380頁、更一卷二第268頁
背面、第269頁、更二卷一第581頁），是被上訴人於該仲裁
庭有主張就違約金部分為抵銷，甚為明確。且上訴人亦曾具
狀表示被上訴人於95年第16號仲裁程序中有主張以處罰之違
約金為抵銷之情事（見更二卷一第297、298頁）。又兩造間
就系爭工程之另件撤銷仲裁判斷事件（本院103年度重上字
第31號），上訴人就被上訴人於95年第16號仲裁中有以該違
約金債權主張抵銷之意思表示乙節，已明確表示無意見，惟
主張該件之仲裁庭並無為抵銷之認定而已，有該事件104年3
月31日準備程序筆錄可稽（見更一卷二第280頁）。是上訴
人前開主張，難認有據。

②而依不爭執事項(四)所示內容，參酌95年第16號仲裁判斷書理
由貳、實體部分之一之1.5(2)認為：「依聲證147單價分析

表，減振材製作及搬運，每立方米單價為5萬9,928.97元…，此單價扣除8,399.80元，再依契約第4條第1項及第11條第5項第7款『工料不合規定時，按工料差額之6倍處罰違約金，直至契約材料費扣完為止』之約定，且橡膠粒亦有部分係國內採購，其成本較進口者將更低，故本仲裁庭認定會算結果不可能有餘額，故橡膠粒部分相對人無需付款。」、「減振材除橡膠粒之原料因為懲罰性違約金的關係全部不計價…」等語（見原審卷一第305、306頁），可知：95年第16號仲裁判斷認為上訴人之加工程式僅係將廢輪胎橡膠粒與膠合劑拌合及低溫高壓壓成塊狀，其主要原料廢輪胎橡膠粒之物理性質並無轉變，不符合構成新品之條件。仲裁庭認為兩造對彈性減振材之材質認知不同，即應依實際交付之材料決定合理之價格供兩造遵循，乃依系爭契約第4條第1項及第11條第5項第7款之規定，認為被上訴人之主張為可採，故採取政府採購法第72條之減價收受，並依據前開規定科處上訴人差價6倍違約罰款。上訴人於末次詢問會中請求依民法第252條為違約金之酌減，仲裁庭認為，將此差價6倍之違約罰款限於彈性減振材之廢輪胎橡膠粒材質部分之價款為適當。又系爭契約雖約定減振材製作及搬運每立方公尺單價5萬9,928.97元，惟95年第16號仲裁判斷認被上訴人可依政府採購法第72條減價收受，因而將每立方公尺單價減為2萬1,485.21元，又因被上訴人可主張懲罰性違約金，減振材橡膠粒之原料（每立方公尺單價8,399.80元）全部不計價，減振材製作及搬運每立方公尺單價減為1萬3,082.41元（21,485.21－8,399.80元＝13,085.41元），再乘以尚未付款之減振材體積1萬4,298.72立方公尺，為1億8,710萬4,613.68元。即95年第16號仲裁判斷，認被上訴人可主張抵銷之懲罰性違約金，合計為1億2,587萬2,095元〔（8,399.80×14,298.72）×1.109（一式計價項目工程款）×1.05（營業稅）×0.9（扣除10%保留款）＝125,872,095元，元以下四捨五入〕（見原審卷二第650、651頁）。因此，95年第16號仲裁判斷以上訴人施

01 作之彈性減振材並非新品，認為被上訴人主張之違約為可
02 採，且上訴人請求違約金酌減，認定被上訴人主張「未估驗
03 彈性減振材違約金」有抵銷債權存在，於抵扣後塑膠粒部分
04 無餘額，被上訴人不必給付該塑膠粒部分之價金，被上訴人
05 主張抵銷之違約金罰款部分已具體確定，只是95年第16號仲
06 裁判斷理由中未列明抵銷數字1億2,587萬2,095元，而直接
07 計算出抵銷之結果，其所稱「扣完」，自應為「抵銷結果」
08 之意義，僅其未計算出抵銷數額而已，不能因此謂95年第16
09 號仲裁判斷未作抵銷判斷或抵銷金額未特定。是以，95年第
10 16號仲裁判斷確有以懲罰性違約金1億2,587萬2,095元抵銷
11 應給付上訴人橡膠粒原料之同額工程款金額，否則，何以判
12 命被上訴人給付上訴人之金額減少1億2,587萬2,095元？因
13 此，堪認95年第16號仲裁判斷，已認定被上訴人主張以處罰
14 之違約金為抵銷之主動債權成立，且已發生抵銷之效力，至
15 於抵銷方式被上訴人於本院準備程序已陳稱：95年第16號仲
16 裁是就已經做好還沒有估驗的部分，我們也主張有6倍差價
17 罰金，我當時的主張我們就拿前面已經估驗過的部分的6倍
18 罰款來抵銷就綽綽有餘了，可是萬一認為若那部分還是不夠
19 的話，我們就以未估驗部分的違約罰金來抵銷，這個在紀錄
20 裡面包括我自己以及蔡東賢律師他都講的非常明白，所以關
21 於有沒有主張抵銷以及用哪一部分來作為主動債權，都敘述
22 的非常明白等語（見更二卷一第339頁），故95年第16號仲
23 裁判斷縱採用如上訴人指稱被上訴人主張先以減價抵銷，如
24 不夠再用違約金抵銷之方式而為抵銷判斷，仍無礙於其所為
25 抵銷成立之判斷。

- 26 ③再依仲裁協會110年11月26日(110)仲雄業字第11000294號函
27 （下稱第二次為回函）檢附之附件一，仲裁人明確回覆：
28 「參、說明：從筆錄可以看見，相對人的抵銷主張，就是扣
29 除不符合規範之材料價格部分，然後此一餘額依據契約規
30 定，再處以六倍罰款。以此餘額與六倍罰款之金額與相對人
31 應付款項抵銷。聲請人代理人主張：這個也沒所謂抵銷…他

主張的是我們有違約的時候他要減價收受，還要請求違約金，這樣的話在契約應該是以減振材的價錢扣完為止，最高上限是扣完為止，不能去扣別的工程款。仲裁判斷採取了此一見解，以減振材的價錢扣完為止。」、「本仲裁庭判斷時，針對南管局所主張之違約金請求，認為該六倍罰款違約金之金額應以扣完本仲裁庭所認定之減振材之價格為限，故本仲裁庭應對此部分已有判斷。」，並引用95年第16號仲裁判斷第88至90頁判斷理由為據，顯見仲裁庭有依被上訴人之違約金抵銷主張計算違約金，也有依上訴人之請求為違約金之酌減，並在被上訴人本應給付上訴人之工程款中予以扣減金額，確實已就被上訴人主張之違約罰款抵銷一節為判斷。就「仲裁庭是否有就南管局主張之違約金請求為抵銷之判斷？或僅在『定未估驗彈性減振材之估驗價格』？」，仲裁人亦說明：「因本仲裁庭認為該違約金僅能以本仲裁庭所認定之減振材之價格為限，故本仲裁庭於判斷給付鴻華公司之判斷金額中，已將此部分減振材之金額扣除在案」等語（見更三卷三第258-259頁）。上訴人雖辯稱仲裁庭上開第二次回函說明，與第一次回函（仲裁協會110年3月12日(110)仲雄業字第11000064號函）回覆稱「因此59,928.97元（雙方未提供單價分析表，但主要項目為59,928.97元），扣除8,399.8元，差價在51,529.17元，乘以差額六倍罰款計達309,175.02元，已超出原計價金額59,928.97元，故本仲裁庭認定結果不可能有餘額。故對相對人主張之違約為判斷，且因相對人並未對6倍罰款提出反請求及抵銷之抗辯。既然罰款已經從彈性減振材橡膠粒工項金額全部扣除，就沒有進一步就抵銷問題進行處理。」不一致云云，然第一次回函所稱「相對人並未對6倍款提出抵銷之抗辯」已與卷內事證及兩造之主張相違，經仲裁人於第二次回函中更正如上，可認第一次回函所稱「沒有進一步就抵銷問題進行處理」，乃基於錯誤之前提認知所為之回覆。且前二份回函均明確說明，仲裁庭確實有認定上訴人違約，並准許被上訴人關於違約減價收受

01 及差價六倍違約金之抵銷請求，於酌減違約金後而就違約金
02 抵銷為判斷，因而將違約罰款由減振材應付工程款金額中扣
03 除，自堪認定95年第16號仲裁判斷確實有以違約罰款與減振
04 材應付工程款金額相互抵銷。至上訴人雖謂95年第16號仲裁
05 判斷採用加法計算，與上開第二次回函計算邏輯不符云云，
06 惟上開第二次回函已說明「因本仲裁庭認為該違約金僅能以
07 本仲裁庭所認定之減振材之價格為限，故本仲裁庭於判斷給
08 鴻華公司之判斷金額中，已將此部分減振材之金額扣除在
09 案」等語，與95年第16號仲裁判斷第91頁判斷理由「減振材
10 除橡膠粒之原料因為懲罰性違約金的關係全部不計價」相
11 符，乃經仲裁庭就減振材先予以減價，再扣除限縮於減振材
12 橡膠粒價格之違約罰款，因會算後已無餘額，其後累計上訴
13 人主張之「其餘成本項目」時，自不會再加計已無餘額之減
14 振材橡膠粒價格（即減振材橡膠粒價格因與違約金抵銷、扣
15 除而全部不計入），故上訴人前揭主張亦不足採。

16 ④至上訴人雖主張若95年第16號仲裁庭有做抵銷判斷，何以保
17 護蓋工程款均未為扣減，是95年第16號仲裁庭並未做抵銷判
18 斷云云，然95年第16號仲裁判斷係依據上訴人違約金酌減之
19 請求，而將違約金減至未估驗彈性減振材之橡膠粒價金範
20 圍，自不會再於保護蓋工程款部分為扣減，上訴人前開所
21 述，自不可採。

22 ⑤依民事訴訟法第400條第2項規定及上開說明，95年第16號之
23 上開抵銷判斷自發生抵銷既判力之效力，並拘束以後之其他
24 仲裁庭，不得在實體上就該抵銷之未估驗彈性減振材違約金
25 債權是否成立予以爭執而為相反之判斷。依首開說明，系爭
26 仲裁判斷就前開已發生既判力之未估驗彈性減振材違約金1
27 億2,587萬2,095元為重覆而相反之判斷，雖不構成仲裁法第
28 40條第1項第1款、第38條第1款「仲裁判斷與仲裁契約標的
29 之爭議無關或逾越仲裁之範圍」之撤銷仲裁事由。然其既違
30 反民事訴訟法第400條第2項規定，則被上訴人主張系爭仲裁
31 判斷有仲裁法第40條第1項第4款「仲裁程序違反法律規定」

之情事，應為可採。上訴人抗辯系爭仲裁判斷認定被上訴人無抵銷債權存在，且認定95年第16號仲裁判斷理由並未就被上訴人主張抵銷之主動債權成立與否及其數額加以判斷等節，均屬系爭仲裁庭就實體事項之仲裁權限，不構成仲裁法第40條第1項第4款之情事云云，為不可採。

3.上訴人抗辯系爭仲裁判斷除去該「未估驗彈性減振材違約金1億2,587萬2,095元」部分，仍可成立，自不得撤銷全部仲裁判斷等語，為被上訴人所否認，經查：

①按仲裁法第40條第1項第1款規定：有仲裁法第38條各款情形之一者，當事人得對於他方提起撤銷仲裁判斷之訴。又仲裁法第38條第1款規定：「仲裁判斷與仲裁協議標的之爭議無關，或逾越仲裁協議之範圍者。但除去該部分亦可成立者，其餘部分，不在此限。」。仲裁法第40條第1項第4款，雖無如同法第38條第1款但書之規定，惟按民法第1條規定：「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理」，所謂法理，乃指為維持法秩序之和平，事物所本然或應然之原理；法理之補充功能，在適用上包括制定法內之法律續造（如基於平等原則所作之類推適用）及制定法外之法律續造（即超越法律計畫外所創設之法律規範）。觀之仲裁法增訂第38條第1項但書「但除去該部分亦可成立者，其餘部分，不在此限」之修法理由：「『商務仲裁條例修正草案總說明』其中之『修正重點』記載：『十七、使仲裁判斷易於有效成立…（三）修正法院應駁回仲裁判斷執行裁定之聲請之規定，並增訂但書，使仲裁判斷除與標的爭議無關之部分仍可成立者，該可成立部分之聲請執行裁定，仍應准許（修正條文第三十六條）』、『十九、修正提起撤銷仲裁判斷之訴之規定，使其趨於合理。按仲裁制度設置之宗旨，乃在實現當事人以程序自治而解決爭議，仲裁判斷，除非有明確的原因，自不宜輕易撤銷…以符合國際商務仲裁之潮流。』」（見更三卷一第398-399頁）。可知87年6月24日修正仲裁法第38條第1款與第40條有關撤銷仲裁判斷訴訟之規定，修法

目的為：(1)增訂仲裁法第38條第1項但書「但除去該部分亦可成立者，其餘部分，不在此限」，使仲裁判斷易於有效成立。(2)修正仲裁法第38條與第40條有關提起撤銷仲裁判斷訴訟之規定，使撤銷仲裁判斷之訴趨於合理。(3)修正仲裁法第38條與第40條有關提起撤銷仲裁判斷訴訟之規定，實現當事人以程序自治而解決爭議，除非有明確之原因，不宜輕易撤銷仲裁判斷。是以，若仲裁程序僅有部分違反法律規定者，其餘不受該程序瑕疵影響之仲裁判斷內容，依據前揭「使仲裁判斷易於有效成立」、「使撤銷仲裁判斷之訴趨於合理」及「實現當事人以程序自治而解決爭議，除非有明確之原因，不宜輕易撤銷仲裁判斷」等修法理由，縱使仲裁法第40條第1項第4款無如同法第38條第1款但書之規定，應得以仲裁法第38條第1款但書作為法理而填補之，俾使法院對同一事件所作之價值判斷得以一貫，以維事理之平。是如果仲裁判斷之標的是量的一部可分（例如金錢請求）或請求權單純合併時，應可類推適用仲裁法第38條第1款但書之法理，撤銷仲裁判斷之一部（此亦為學者通說之見解，見更三卷一第501頁）。至仲裁法第38條固為駁回仲裁判斷執行裁定聲請之「非訟程序」規定，然仲裁法第40條第1項第1款明訂：「有下列情形各款之一者，當事人得對他方提起撤銷仲裁判斷之訴：一、有第38條各款情形之一者。」，則仲裁法第38條第1款同時為得撤銷仲裁判斷訴訟之要件之一，而具有「撤銷仲裁判斷訴訟」之性質，仲裁法第38條第1款但書規定，自得作為仲裁法第40條第1項第4款撤銷仲裁判斷之法理，被上訴人抗辯仲裁法第38條與第40條性質不同，不能比附類推適用云云，為不可採。

- ②95年第16號仲裁判斷確認抵銷之「未估驗彈性減振材違約金1億2,587萬2,095元」，依民事訴訟法第400條第2項規定，業已生抵銷既判力，兩造及本件仲裁庭應受拘束，不得為重覆而相反之判斷，然系爭仲裁判斷卻認定被上訴人主張之未估驗彈性減振材違約金1億2,587萬2,095元債權不存在，就

01 此部分重行實體審理，已違反仲裁法第37條第1項與民事訴
02 訟法第400條第2項之既判力，構成仲裁法第40條第1項第4款
03 「仲裁程序違反法律規定」之情事。而系爭仲裁判斷之標的
04 為金錢請求，屬量的一部可分，除去該「未估驗彈性減振材
05 違約金1億2,587萬2,095元」部分，仍可成立，依前開說
06 明，類推適用仲裁法第38條第1款但書之法理，被上訴人自
07 得訴請撤銷該部分金額（含法定遲延利息）之仲裁判斷。

08 4.上訴人雖抗辯被上訴人主張之「未估驗彈性減振材違約金債
09 權1億2,587萬2,095元」業經兩造另件100年第15號仲裁判斷
10 所得請求金額中扣除而獲得清償，是其請求撤銷系爭仲裁判
11 斷關於命被上訴人給付1億2,587萬2,095元部分，已無權利
12 保護必要云云。惟被上訴人有無就「未估驗彈性減振材違約
13 金債權1億2,587萬2,095元」部分重複受償乙節，實屬實體
14 爭執之範疇。依仲裁法第37條第1項規定，仲裁判斷於當事
15 人間，與法院之確定判決有同一之效力，系爭仲裁判斷就業
16 經95年第16號為抵銷判斷之「未估驗彈性減振材違約金1億
17 2,587萬2,095元」債權，認定不存在，就此金額及其法定遲
18 延利息部分仍命被上訴人為給付，就該部分仍有既判力，則
19 被上訴人依仲裁法第40條第1項第4款規定，請求撤銷該部分
20 之仲裁判斷，以排除該部分之既判力，自難謂無權利保護必
21 要。上訴人抗辯被上訴人提起本件撤銷仲裁判斷訴訟，欠缺
22 權利保護必要云云，為不可採。

23 七、綜上所述，系爭仲裁判斷就95年第16號仲裁判斷已確認抵銷
24 而生既判力之「未估驗彈性減振材違約金1億2,587萬2,095
25 元」債權，認定不存在，就此部分重行實體審理，違反仲裁
26 法第37條第1項及民事訴訟法第400條第2項之既判力，構成
27 仲裁法第40條第1項第4款之情事。被上訴人依仲裁法第40條
28 第1項第4款規定，請求撤銷系爭仲裁判斷關於命被上訴人給
29 付上訴人1億2,587萬2,095元及自98年3月27日起至清償日
30 止，按年息百分之5計算之利息，暨負擔該部分仲裁費用部
31 分，為有理由，應予准許，逾此範圍之請求，為無理由，應

予駁回。原審將系爭仲裁判斷關於本請求部分主文第一項命被上訴人給付逾1億2,587萬2,095元及自98年3月27日起至清償日止按年息百分之5計算之利息，暨負擔該部分仲裁費用部分、反請求部分主文第一項駁回被上訴人請求、主文第二項命被上訴人負擔仲裁費用等部分予以撤銷，尚有未洽。上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為有理由，爰由本院予以廢棄，並改判如主文第2項所示。至上開應予准許部分，原審為上訴人敗訴之判決，並無不合。上訴意旨就此部分指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回其上訴。

八、本件事證已臻明確，兩造其餘之攻擊或防禦方法及所用之證據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，爰不逐一論列，併此敘明。

九、據上論結，本件上訴為一部有理由、一部無理由，依民事訴訟法第450條、第449條第1項、第79條，判決如主文。

中 華 民 國 111 年 5 月 25 日
民事第五庭 審判長法官 藍雅清

法 官 陳春長

法 官 張季芬

上為正本係照原本作成。

如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提出理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）上訴時應提出委任律師或具有律師資格之人之委任狀；委任有律師資格者，另應附具律師資格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第466條之1第1項但書或第2項（詳附註）所定關係之釋明文書影本。如委任律師提起上訴，發回更審後為訴之變更（追加、擴張）部分應一併繳納上訴裁判費。

中 華 民 國 111 年 5 月 25 日

【附註】

民事訴訟法第466條之1：

(1)對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。

(2)上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。

民事訴訟法第466條之2第1項：

上訴人無資力委任訴訟代理人者，得依訴訟救助之規定，聲請第三審法院為之選任律師為其訴訟代理人。

附件1：

1.(一)減振材部分

1. 橡膠粒：雙方對於彈性減振材之材質有激烈攻防，仲裁庭考量以下因素：

1.1 本工程契約附件二B-減振工程施工規範第07930章明定彈性減振材之材質應為天然橡膠或合成橡膠或其二者混合物；依據上開施工規範第2.2條之規定為：『成品材質及製造：(1)彈性減振材之塊狀成品係以橡膠粒材料加工製成，橡膠粒之粒徑大小為10mm以下，其原料可為天然橡膠或合成橡膠或其混合物，經拌合膠合劑後，再以高壓模具膠合成方塊狀（膠合劑之重量為總重之3%~15%），主要成品方塊尺寸需大於0.4M×0.5M×2.0M。配合現場施工時得以其他尺寸進行製作，其規格須符合下節要求。』故本件彈性減振材材質之組合只有三種可能，即(1)100%純天然橡膠；(2)100%純合成橡膠；或(3)天然橡膠與合成橡膠依各種不同比率混合，不可能有『天然橡膠及其他之混合物』或『合成橡膠及其他之混合物』之情形。

- 01 1.2本案施工過程中有關彈性減振材之施工規範及橡膠粒材質之
02 檢驗，均經監造單位（中興工程顧問公司）依規定取樣，並
03 經試驗認定合格（參見聲證56號至60號等材料試驗報告），
04 顯示彈性減振材之材料及成品均符合原設計及施工規範之要
05 求（參見聲證61號三、有關品質之說明部分）。
- 06 1.3相對人主張，依契約應使用之『素材』應為『天然橡膠、合
07 成橡膠或二者混合物』且為『新品』。聲請人則以廢輪胎橡
08 膠粒，經加壓工序固結為塊狀物就是新品抗辯。不過依據WTO
09 原產地協定之說明，如果產品未經過實質轉型（substantial
10 transformation），並不會成為新的產品。本件聲請人之加
11 工程式僅係將廢輪胎橡膠粒與膠合劑拌合及低溫高壓壓成塊
12 狀，其主要原料廢輪胎橡膠粒之物理性質並無轉變，不符合
13 構成新品之條件。
- 14 1.4仲裁庭也考量，在當初報價時，聲請人與相對人及監造單
15 位，對所用之彈性減振材之材質究竟為廢輪胎橡膠粒，或
16 『天然橡膠或合成橡膠或其混合物』，顯有不同之認知，但
17 相對人僅作減價收受之主張，未作其他之聲明。…故本仲裁
18 庭認為兩造對彈性減振材之材質認知不同，彼此既然有疑
19 義，則本仲裁庭即應依實際交付之材料決定合理之價格供兩
20 造遵循。…本仲裁庭依系爭工程契約第4條第1項及第11條第5
21 項第7款之規定，認為相對人之主張為可採，故採取政府採購
22 法第72條之減價收受，並依據前開規定科處聲請人差價6倍違
23 約罰款。…聲請人既然在末次詢問會中請求本庭依據民法第2
24 52條為違約金之酌減，仲裁庭認為，將此差價6倍之違約罰款
25 限於彈性減振材之廢輪胎橡膠粒材質部分之價款為適當。
- 26 2.彈性減振材橡膠粒每立方公尺為8,399.80元，依聲證147單價
27 分析表，減振材製作及搬運，每立方米單價59,928.97元，…
28 故本仲裁庭認會算結果不可能有餘額，故橡膠粒部分相對人
29 無須付款。
- 30 3.減振材除橡膠粒之原料因為懲罰性違約金的關係全部不計價
31 外，其餘成本項目相加為13,085.41元（10,070.53+581.88

01 +1,983+450=13,085.41)，乘以尚未付款之減振材體積1
02 4,298.72立方公尺（詳聲請人附表24），為187,104,613.68
03 元。又，減振材之放置部分未付價額，依據聲請人附表24為2
04 09,320,260.68元，此部分在最後詢問會時雙方並無異議，因
05 此前述減振材成本187,104,613.68元加上減振材之放置費用2
06 2,215,647元，得出209,320,260.68元，然後乘以（1+10.
07 9%，一式計價項目工程款），再乘以（1+5%，營業稅）及
08 乘（1-10%，扣除保留款）為219,368,679.79元，此即為聲
09 請人就彈性減振材工程款部分所得主張之數額。…相對人雖
10 主張應就系爭工程所有減振材部分予以計算違約罰款，然因
11 相對人並未提出反請求，故本仲裁庭就本案而言，僅係針對
12 聲請人聲明仲裁之範圍予以判斷。

13 臺灣高等法院臺南分院民事裁定

14 本件判決主文第四項：「第一、二審及發回前第三審訴訟費用，
15 由被上訴人負擔百分之十一，餘由上訴人負擔」，應更正為「第
16 一、二審及發回前第三審訴訟費用，由上訴人負擔百分之十一，
17 餘由被上訴人負擔」。

18 中 華 民 國 111 年 5 月 31 日
19 民事第五庭 審判長法官 藍雅清

20 法官 陳春長

21 法官 張季芬

22 上為正本係照原本作成。

23 如對本裁定抗告，須於本裁定送達後10日內向本院提出抗告狀
24 （須附繕本），並應繳納抗告費新台幣1千元，但對於判決已合
25 法上訴者不在此限。

26 中 華 民 國 111 年 5 月 31 日

27 書記官 王雪招

