臺灣臺北地方法院民事判決

107年度仲訴字第11號

原　　告　交通部高速公路局
法定代理人　趙興華
訴訟代理人　孔繁琦律師
　　黃豐玢律師
　　吳宛亭律師
被　　告　興松有限公司
法定代理人　林志郎
訴訟代理人　李佳翰律師
被　　告　泉安營造事業有限公司
法定代理人　林寶堂
　　簡崇志
　　張敏雄
　　李正富
　　李建興
　　汪建華
　　汪秀如
　　利佳投資股份有限公司(法定代理人：呂義塗)
訴訟代理人　張仁龍律師

上列當事人間撤銷仲裁判斷事件，本院於民國108年8月2日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

原告之訴駁回。

訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

壹、程序事項

一、按撤銷仲裁判斷之訴，得由仲裁地之地方法院管轄，仲裁法第41條第1項定有明文。查，本件原告訴請撤銷中華民國仲裁協會（下稱仲裁協會）於民國107年8月29日作成之95年度仲聲孝字第091號仲裁判斷（下稱系爭仲裁判斷），而仲裁協會位於本院轄區內之臺北市○○路○段○○○號14樓，故本院

自有管轄權。

二、次按，提起撤銷仲裁判斷之訴，應於判斷書交付或送達之日起，30日之不變期間內為之，仲裁法第41條第2項前段定有明文。查，原告於107年8月31日收受仲裁協會於107年8月29日以系爭仲裁判斷作成之仲裁判斷書後，業於同年9月27日提起本件訴訟，已據本院調閱系爭仲裁判斷全卷查明屬實，並有本院收狀戳章在卷可稽（見本院卷一第5頁），原告提起本件訴訟並未逾30日之不變期間，於法即無不合，合先敘明。

三、按公司經中央主管機關撤銷或廢止登記者，應行清算程序；解散之公司，於清算範圍內，視為尚未解散；有限公司之清算，以全體股東為清算人，但本法或章程另有規定或經股東決議，另選清算人者，不在此限，公司法第26條之1 規定準用同法第24條、第25條、同法第113條第2項準用同法第79條分別定有明文。查被告泉安營造事業有限公司（下稱泉安公司）業經經濟部商業司於92年5月7日經授商字第09201135830號函廢止登記，迄今未向法院呈報清算人等情，此有公司基本資料查詢、本院民事紀錄科查詢表在卷可稽（見本院卷四第219至223頁），是依前述規定，應以其全體股東為法定清算人，各該股東為泉安公司法定代理人，並各有代表泉安公司之權，是利佳投資股份有限公司於言詞辯論期日到庭，即生代表泉安公司到場之效力，故泉安公司部分無一造辯論之問題，不因本院筆錄有依原告之聲請，對於泉安公司其餘法定代理人一造辯論之程序記載而有異，併予敘明。

貳、實體事項

一、原告主張：被告興松有限公司（下稱興松公司）與泉安公司），以短期結合方式，共同承攬原告發包之「北宜高速公路第二標石碇至彭山段」工程（下稱系爭工程），該兩家公司並基於共同承包商地位，與原告締結工程合約(下稱系爭契約)。系爭工程於84年5月15日開工，初由泉安公司擔任主辦公司並委派工地主任，嗣因財務問題致影響系爭工程之施作

，造成施工進度落後，至85年11月止實際施工進度僅4.1%，較預定進度落後進度6.58%。嗣興松公司於85年11月25日函原告，並稱因泉安公司之負責人無從聯繫，為工程進度，其將接手主辦公司續行推動系爭工程之施工。然系爭工程之施工進度仍持續落後，是原告遂函知被告等人，其已構成系爭工程契約一般規範（下稱一般規範）8.10（1）d.h.兩節之違約行為，請於函到次日起30日內改正。惟被告等人之施工人力、機具、設備不足及施工管理不善，經原告函請改正後仍未見改善，整體工程施工進度仍嚴重落後，原告復函知被告等人，因要徑工作之橋梁上部結構設備進場時程已落後達90日以上，故依一般規範8.1（7）d節規定，暫停估驗，且已同時構成一般規範8.10（1）d.h.兩節之違約行為，請於函到次日起30日內儘速改正。嗣於88年1月21日召開系爭工程暫停估驗案爭執檢討會議，因至88年1月底止施工進度已較預定進度落後7.74%，是該日會議結論為，請被告等人於同年1月底前提出趕工計畫，如經工程司核可且當月份之施工進度亦能確實依趕工計畫改善達成時，將視實際情形審酌是否恢復估驗。被告等人後依前揭會議結論提出趕工計畫，監造單位中興工程顧問股份有限公司(下稱中興公司)隨即於88年2月5日召開系爭工程承包商提送之趕工計畫檢討會議，依該會議記錄第4點，被告等人應提送承諾書並送達原告後，即恢復系爭工程之估驗計價，惟原告將逐月檢討被告等人於承諾書中所提出之進度達成率，倘任何一項進度未能如期達到時，依承諾書所載，被告等人同意原告得依一般規範之違約規定辦理，絕無異議。然原告接獲中興公司備忘錄，系爭工程88年2月份之實際施作進度為0.92%，未達被告等人之承諾進度1.89%，且承諾書中所載應完成工項為8項，惟實際完成工項為0。則依被告等人所提之88年2月10日承諾書，實已構成一般規範8.10（1）d節之違約行為，原告本得依前揭承諾書及一般規範第8.10（3）節規定為逐離接管，且依一般規範第8.10（3）a節規定，原告之逐離接管並不構成違約

。原告為系爭工程得以順利推動，多次函請被告等人改善、給予其改正機會，惟被告等人施工遲緩，致系爭工程要徑工作及整體工程進度落後，仍未有效改善，原告最終僅得函知將於89年9月22日進行接管，並於是日接管工程進入工地，而將被告等人逐離。渠興松公司竟於95年11月16日提付仲裁，幾經追加變更並擴張縮減仲裁聲明後，請求原告給付新臺幣（下同）12 億3, 761萬5,538元，原告並於系爭仲裁程序中就因被告等人工進遲延所生之損害總計1億278萬5,49 6元，於96年4月4日提出仲裁反請求之聲請，案經仲裁庭作成系爭仲裁判斷。惟因系爭仲裁判斷有以下法定撤銷事由存在，爰依仲裁法第40條第1項第1、2、3、4款規定，提起本訴：

㈠、系爭仲裁判斷有仲裁法第40條第1項第2款仲裁協議於仲裁庭詢問終結時尚未生效之撤銷事由：

1.依系爭工程契約補充說明修訂後之一般規範(下稱一般規範補充說明㈠)第5.26（1）至5.26（10）節約定，系爭工程如發生有關合約或由合約引起之爭執時，於提付仲裁前，依約須踐行包含誠意磋商、工程司書面決定、申訴、覆決在內之相關前置程序。興松公司雖曾以93年1月2日興宜字第000000-0號函，請求原告就本工程之工程款、工期爭議、違法違約接管驅離、評值、違約剋扣款項及棄土費用等項目辦理磋商，惟上開項目除「棄土費用」外，興松公司前已提出請求，經原告另案答覆後，興松公司已另提起仲裁在案（即91年度仲聲孝字第65號，下稱前案仲裁），是其餘部分顯重複請求辦理磋商而有重複提付仲裁之虞，故原告以93年1月13日國工三工字第0930000076號函通知興松公司時，僅通知就棄土費用之爭議召開誠意磋商，其餘不在本次磋商會議範圍內。嗣因雙方就棄土費用無法達成共識，興松公司遂函請工程司決定，惟工程款、工期爭議、違法違約接管驅離、評值、違約剋扣款項等項目既未經誠意磋商程序及書面決定等前置程序，則興松公司依約自不得片面進行後續請求仲裁之程序。依民法第99條第1項規定，興松公司提起系爭仲裁前，未踐

行仲裁前置程序，契約所定之停止條件既未成就，仲裁協議自無從產生。

㈡、系爭仲裁判斷有判斷與仲裁協議標的之爭議無關及逾越兩造間仲裁協議之範圍等仲裁法第38條第1款之情事，構成同法第40條第1項第1款之撤銷事由：

依一般規範8.4（6）b款約定可知，工期應否展延之爭議依約屬非得提付仲裁之範圍，是系爭仲裁判斷無權審查原告是否有故意未核給工期之情，亦無從置喙原告所為不同意展延工期之決定是否適當，則系爭仲裁判斷認「原告未核給應有之工期，難認被告等人有工進遲延之情形，原告逐離接管工地實有不當，並據此認定興松公司所請求之已進場未估驗材料費、工程估驗款、收費棄土場設施費用、契約變更費用、烏塗隧道逾期罰款、工程估驗保留款、履約保證金、未返還機具、設備之損失等項目為有理由」、「原告未依約展延工期、不當逐離興松公司，而任意終止契約，應賠償契約任意終止前已發生之給付價款或報酬請求權」、「原告未依約展延工期、不當扣留逾期罰款」、「原告未依約展延工期、不當逐離興松公司」之部分，已逾越兩造間仲裁協議之範圍。

㈢、系爭仲裁判斷構成仲裁法第40條第1項第4款之撤銷事由：

系爭工程係由被告等人共同承攬，興松公司以自己名義提出仲裁聲請，當事人適格應有欠缺，且仲裁人選任程序未依一般規範補充說明㈠第5.26（11）節為之，則興松公司單獨提起系爭仲裁及系爭仲裁庭之組成自不合法。又依一般規範補充說明㈠5.26（11）節就仲裁人選定方法之特別約定，如未依該約定之方式推選出仲裁人及主任仲裁人，視為雙方不同意仲裁，任一方得逕行起訴，則兩造間之仲裁協議依約當然失其效力。次依合約一般規範內容變更協議書（下稱系爭變更協議書）第1條第1、2項規定可知，倘雙方原簽訂之合約一般規範為76年3月修正版或80年10月訂定版，則係於訴諸仲裁乙節加入上列條款，並未刪除原條文內容，系爭變更協議書並未完全替代一般規範（76年3月修正版或80年10月訂

定版），於系爭變更協議書有特別規定時從其規定，無特別規定時回歸一般規範之規定，兩者互為補充關係。是系爭變更協議書第1條第1、2項僅就仲裁人之選任方式為特別規定，但未就未能推選出主任仲裁人之效果為約定，應回歸適用一般規範補充說明㈠第5.26（11）節之規定，方符契約文義。查興松公司係於95年11月16日向仲裁協會提出系爭仲裁聲請，依一般規範補充說明㈠第5.26（11）節規定，本應於96年1月15日前選定各方之仲裁人，並推選出主任仲裁人，惟興松公司遲至96年4月16日始提出仲裁人選定同意書，兩造選任仲裁人及主任仲裁人乙事已逾越2個月之期間，則依前揭規定，興松公司未於提出仲裁聲請2個月內選定仲裁人，亦未共同推選出主任仲裁人，應視為雙方不同意仲裁，兩造間之仲裁協議已然失效。 再者，系爭仲裁判斷徒以⑴施工環境有客觀難度、被告等人有趕工誠意、原告應積極任事，秉持公正、客觀等為由，即逕予認定原告之逐離接管行為不當，完全無視兩造間系爭工程契約之規範內容、⑵系爭仲裁判斷竟認興松公司得向原告請求已進場未估驗材料之工程款，並認原告就此負有保管義務云云，其認定顯與契約規定相悖、⑶系爭仲裁判斷徒以可減輕相對人負擔、以昭平允等為由，認定以興松公司請求金額之半數範圍內，作為其免為完補本項工程中尚未完全給付及保固部分等給付義務、⑷原告未考量被告等人之施工狀態、為求公允等為由，逕予認定原告扣罰逾期違約金為不當等，實屬衡平仲裁，然兩造業於系爭仲裁程序中明示不得適用衡平原則，系爭仲裁判斷實與仲裁法第31條規定有違。

㈣、系爭仲裁判斷有仲裁法第38條第2款應附理由而未附之情事，構成同法第40條第1項第1款之撤銷事由：

系爭仲裁判斷逕自認定由興松公司一人單獨聲請仲裁、兩造真意係以系爭變更協議書之內容取代一般規範補充說明㈠、原告有故意未核給工期、興松公司前開求償金額及請求權基礎之更易是否符合民事訴訟法第255條第1項但書之訴之追加

變更要件、認定原告短計30萬3,372元之部分、逕以興松公司提出之手寫資料為判斷依據、認定「聲請人將土方運棄至平溪鄉信逸棄土場，即會造成棄土場設施費用變更」及「本標變更實際狀況與第三標相同，故聲請人得請求與第三標之價差」乙節、酌按興松公司工作項目之實際完成情形，以請求金額之半數範圍內，作為其免為完補本項工程中尚未完全給付及保固部分等給付義務，所應扣除之所得利益及應得利益、以原告不爭執有收受被告等人之履約保證金，即遽認興松公司請求返還有理由、據興松公司所提證物即作為認定未返還機具、設備數量之證據等情，有應附理由而未附之撤銷事由。

㈤、系爭仲裁庭於詢問終結前未使當事人陳述，構成仲裁法第40條第3款之撤銷事由：

於興松公司請求契約變更費用及請求返還烏塗隧道逾期罰款之爭議，系爭仲裁判斷於認定本項逾期違約金酌減時，未就違約金是否過高、何等金額始為相當、一般客觀事實、社會經濟及當事人所受損害情形如何等問題，未使兩造進行陳述。

㈥、並聲明：系爭仲裁判斷應予撤銷。

二、興松公司則以：

㈠、系爭仲裁判斷並無仲裁法第40條第1項第2款規定仲裁協議於仲裁庭詢問終結時尚未生效之撤銷事由：

興松公司於提付仲裁前確曾就本件工程款爭議進行溝通協調，即已踐履協商程序，要非須經原告同意協商始得進人協商程序及後續仲裁程序；因此，縱興松公司踐行之前置程序有疵累，亦僅說明本件無和解或調解之必要，而非提付仲裁之障礙。兩造間因系爭契約爭議已函件往來多次，興松公司於提付仲裁前已踐履仲裁前置程序，並於提付仲裁前之94年11月23日即已向原告表示將提付仲裁，興松公司亦無原告所稱就棄土費用外之部分未為仲裁前置程序等情形，且原告既已明確拒絕興松公司請求，顯見已認定雙方間之爭議，無法以

和解或調解之方式達成，縱認興松公司未建置前置程序，最後兩造間之爭議，仍難免於提付仲裁，故興松公司提付仲裁並不發生所謂違反前置程序之問題。

㈡、系爭仲裁判斷並無判斷與仲裁協議標的之爭議無關及逾越兩造間仲裁協議之範圍等得撤銷事由：

原告以89年9月19日以國工局八九處三字第20770號函所引之一般規範8.10（3）規定接管工程逐離興松公司，該函件雖未記載終止之意，但由原告之書函及實際之逐離、接管，其真意已明示不願興松公司繼續施作系爭工程，雖不符一般規範8.10（3）規定，仍屬依民法第511條規定之任意終止合約，是系爭工程合約自應於89年9 月22日接管系爭工程時終止，興松公司提付仲裁判斷之請求，乃係主張契約任意終止後之適用或類推適用民法第511條規定、一般規範8.10（4）約定及不當得利等規定，請求原告應賠償因終止合約所生債務不履行、不當得利等，則系爭仲裁判斷並無就請求仲裁事項聲請以外之事項為仲裁判斷，或就未請求仲裁事項作成判斷，亦無就當事人約定仲裁以外之事項作成判斷，原告主張系爭仲裁判斷有仲裁法第38條第1款、第40條第1項第1款情事，顯不可採。又系爭仲裁判斷於理由中就「原告未核給應有之工期，難認被告等人有工程遲延之情形，原告逐離接管工地實有不當」為認定，並不屬於仲裁法第38條第1款前段之情形。另兩造就系爭爭議確有仲裁協議存在，是系爭仲裁判斷並無原告指摘之違反仲裁法第38條第1款之情形。

㈢、系爭仲裁判斷並無仲裁法第40條第1項第4款之撤銷事由：

系爭仲裁判斷已就原告所提當事人適格與否之爭執予以審認，並認興松公司與泉安公司以短期結合方式與原告簽約共同承攬本工程，其性質並非屬合夥或類似合夥契約，並不生興松與泉安公司必須合一確定之問題，另參諸原告與泉安公司間臺灣高等法院104年度抗字第346號民事裁定已確認定系爭變更協議書第1條與一般規範補充說明㈠第5.26節等約款間並非互為補充關係。系爭仲裁判斷所組成之仲裁庭之主任仲

裁人黃陽壽，係由原選任之仲裁人歐宇倫及劉俊良所共同推選，縱原仲裁人歐宇倫嗣後辭任仲裁人，然依仲裁法第13條第2項但書規定及立法理由，黃陽壽之主任仲裁人身分並不受原仲裁人歐宇倫之辭任而影響，自無仲裁庭之組成違反仲裁法而應撤銷系爭仲裁判斷之事由。又，系爭仲裁之請求基礎則是依80年10月施工標準一般規範第5.25節、第8.10(4)節及第8.10(7)節，其中第8.10(4)節及第8.10(7)節條款係為規範接管及逐離後兩造間之權利義務作為請求之依據，另適用或類推適用民法第511條規定終止後之損害賠償、不當得利、民法第227條之2第項情事變更原則。有關外勞臨時設施費用、機具材料損失之請求權為施工標準規範一般規範第5.25節、適用或類推適用民法第511條規定終止後之損害賠償、民法第179條及197條第2項不當得利規定，故系爭仲裁之請求權基礎，係基於系爭契約終止以前的履行契約請求權、債務不履行的損害賠償請求權、契約終止後的不當得利返還請求權及因相對人任意終止契約而生之損害賠償請求權、民法第227條之2第1項情事變更原則等，與前案仲裁不同，並無就已起訴之事件重複聲請仲裁。再者，仲裁庭之採證調查是否適當？仲裁判斷依其調查之證據所認定之事實是否得當？所認定之理由是否不完全或矛盾？分別屬事實調查及契約之解釋與運用問題，均為仲裁人於仲裁判斷中得依職權為之者，法院並無得加以審酌之餘地，與仲裁庭之仲裁程序是否違反仲裁協議無涉，自無仲裁法第40條第1項第4款之情形。故原告主張系爭仲裁判斷認定原告應給付興松公司機具、材料及設備之損害，違反仲裁法第40條第1項第4款之撤銷仲裁判斷事由，要無可採。

㈣、系爭仲裁判斷並無應附理由而未附之撤銷事由：

系爭仲裁判斷業已將心證形成之演繹過程逐一記載，則系爭仲裁判斷就此部分既已附具理由，系爭仲裁判斷之作成，並無原告所指仲裁判斷應附理由而未附之情形，況系爭仲裁判斷書末亦已表明「兩造其餘攻擊防禦方法及舉證，核與本件

判斷結果無影響，爰不予逐一論述，附此敘明」等語，即與仲裁判斷應附理由而未附之情有間，原告上開主張，顯不足採。

㈤、系爭仲裁判斷並無仲裁法第40條第1項第3款之撤銷事由：系爭仲裁庭就興松公司請求之金額5,768,498元，扣除興松公司之所得利益及應得利益，藉以適度減輕原告之負擔，以昭平允，已讓原告與興松公司充分陳述意見並調查證據。且，就興松公司得否請求返還烏塗隧道逾期罰款之爭議，兩造均受合法通知，委任代理人以言詞及書狀於前述詢問會為陳述，原告並提出多份書狀陳述意見，仲裁庭亦曉諭兩造可做最後補充陳述，最後亦再詢問兩造有無其他要補充說明，始宣示終結，堪認仲裁庭已給予兩造充分陳述之機會，始認原告與興松公司陳述內容已達於可為判斷之程度，宣示辯論終結，繼而作成系爭仲裁判斷無訛。

㈥、答辯聲明：原告之訴駁回。

三、泉安公司則以：

㈠、本件係因原告不同意前置程序之磋商，且兩造無以前置程序解決爭議之望，均已如系爭仲裁判斷書所認定，則興松公司逕付仲裁，自屬合法。

㈡、臺灣高等法院104年度抗字第346號裁定（最高法院105年度台抗字67號裁定駁回原告之再抗告，該裁定已確定），認定系爭變更協議書第1條與原訂之一般規範補充說明㈠5.26節約定間並非補充關係，依嗣後修訂之系爭變更協議書，已無雙方不同意仲裁任一方得逕行起訴之效果。且依最高法院101年度台上字第2142號判決見解，原告主張工期應否延展之爭議依約屬非得提付仲裁之範圍云云，並不足採。

㈢、泉安公司與興松公司並非合夥，無公同共有關係，且泉安公司已將工程款等債權全部讓與興松公司，訴訟標的並無合一確定之必要，故興松公司單獨提起系爭仲裁，並無當事人不適格。依仲裁法第13條第2項但書之規定，系爭仲裁原共推之主任仲裁人黃陽壽先生，並不受原仲裁人歐宇倫辭任之影

響。另依臺北高等行政法院93年度訴更一字第179號判決係認定「原告（指興松公司）主張其施工進度並無落後，係被告（指本件原告）違約強制接管工程，驅離原告，致本工程停工，若由其繼續施工，工期只需一年云云，亦屬兩造之民事之爭議，應循民事訴訟程序請求救濟。」該爭議既須另循民事訴訟解決，則自無爭點效可言。再者，系爭仲裁判斷係依據民法第148條所揭示之「禁止違反公益」、「禁止權利濫用」及「誠實信用」三大基本原則所為之前述判斷，並未跳脫法律規範，與衡平仲裁有間。而前案仲裁與本仲裁請求金額不同，請求權基礎亦不同，無重複聲請仲裁之情形。又泉安公司與興松公司固為連帶債務人，惟訴訟標的並無合一確定之必要，自不得以反訴方式追加泉安公司為當事人。系爭仲裁判斷考量原告本即意欲對於泉安公司及興松公司一併向本院起訴，為求裁判一致，及避免因仲裁約定不一致，而生程序混亂之後果，而將原告對於興松公司之反仲裁請求為程序駁回，亦難謂有未適用民事訴訟法第259條規定之違法。

㈣、原告認依原證42可知興松公司否認前述系爭變更協議書之效力云云，惟系爭變更協議書業經原告與興松公司簽名用印，況原證42函文之主旨係「請貴局速選任仲裁人，以利程序進行事」，何來興松公司否認系爭變更協議書效力之有？原告據此主張「仲裁判斷書應附理由而未附」違反仲裁法第23條第1項規定云云，自不足採。系爭仲裁判斷就興松公司更易求償金及請求權基礎乙節，考量案情複雜，為期合理保障兩造之救濟權及程序權，仲裁庭准許兩造於仲裁及反仲裁聲請事項中為變更或追加，亦請兩造分別提出綜合言詞辯論意旨書狀。此外，系爭仲裁判斷通篇均多在論述原告逐離興松公司之不當，則原告自無沒收或扣留該履約保證金正當理由，難謂系爭仲裁判斷未敘明理由。

㈤、答辯聲明：原告之訴駁回。

四、本院得心證之理由：

興松公司與泉安公司共同承攬原告發包之系爭工程，該兩家公司並基於共同承包商地位，與原告締結系爭工程契約。因履約爭議，興松公司於95年11月16日向仲裁協會提付仲裁，業經該仲裁協會作成系爭仲裁判斷，判定原告應給付興松公司5億8,569萬888元等情，有系爭工程契約、系爭仲裁判斷判斷書影本等件附卷可稽（見本院卷一第101至242頁、卷二第17至411頁），自堪信為真實。然原告主張系爭仲裁判斷有仲裁程序違反仲裁協議或法律規定、應附理由而未附、仲裁判斷與仲裁協議標的之爭議無關、仲裁協議尚未生效、仲裁判斷逾越仲裁協議之範圍、仲裁庭於詢問終結前未使當事人陳述等之撤銷事由，則為被告所否認，並以前詞置辯。是本院應審酌之爭點厥為：㈠、系爭仲裁判斷是否有仲裁法第40 條第1項第2款，仲裁協議尚未生效之撤銷仲裁判斷事由？㈡、系爭仲裁判斷是否有仲裁法第40條第1項第1款、第38條第1款，仲裁判斷與仲裁協議標的之爭議無關之撤銷仲裁判斷事由？㈢、系爭仲裁判斷是否有仲裁法第40條第1項第4款，仲裁程序違反仲裁協議或法律規定之得撤銷仲裁判斷事由？㈣、系爭仲裁判斷是否有仲裁法第40條第1項第1款、第38條第2款，仲裁判斷應附理由而未附之撤銷仲裁判斷事由？㈤、系爭仲裁判斷是否有仲裁法第40條第1項第3款，仲裁庭於詢問終結前未使當事人陳述之得撤銷仲裁判斷事由？茲論述如下：

㈠、系爭仲裁判斷是否有仲裁法第40條第1項第2款規定，仲裁協議於仲裁庭詢問終結時尚未生效之得撤銷仲裁判斷事由部分：

1.按仲裁協議無效，或於仲裁庭詢問終結時尚未生效者，當事人得對於他方提起撤銷仲裁判斷之訴，仲裁法第40條第1項第2款定有明文。觀諸上開條文內容，依此規定提起撤銷仲裁判斷之訴者，必以仲裁協議無效或於仲裁庭詢問終結時尚未生效為其前提。又仲裁前置程序約定，屬於仲裁協議之約款，與仲裁協議同時成立生效，與民法第99條第1項規定「

附停止條件之法律行為，於條件成就時發生效力」，係將法律行為之生效，繫於將來特定事實之發生，在該事實發生前，法律行為尚不生效之情形有間。系爭契約一般規範補充說明㈠第5.26（1）至5.26（10）節，係約定系爭工程如發生有關合約或由合約引起之爭執時，於提付仲裁前，依約須踐行包含誠意磋商、工程司書面決定、申訴、覆決在內之相關前置程序。然查此約款內容，並未見須依循踐行上開相關前置程序，兩造仲裁協議始發生效力之約定，依照前開說明，兩造關於提付仲裁前，應踐行前置程序之約定，尚非兩造仲裁協議之停止條件。原告主張兩造間仲裁協議附有應踐行前置程序始為有效之停止條件，自非可採。是兩造仲裁協議，既非附有應踐行前置程序始為有效之停止條件，則兩造間仲裁協議之效力為何，即與興松公司是否曾經踐行前置程序無關。

2.次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。且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，以增加契約當事人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、93年度台上字第2008號裁判意旨參照）。查，就棄土費用請求部分，興松公司先以93年1月2日興宜字第000000-0號函請求磋商，原告以93年1月13日國工三工字第0930000076號函通知召開誠意磋商會議；93年2月18日興松公司以興宜字第930218號函請求工程司決定，原告以93 年2月26日函覆；93年3月2日興松公司以興宜字第930302號函請求覆決，原告以93年3月10日國工局管字第0930004201號函覆；93年3月12日興松公司以興宜字第930312號請求仲裁，原告以93年3月19日國工局管字第0930005262號函覆等情，經本院調取系爭仲裁判斷卷宗(下稱系爭仲裁卷)核閱無誤(見本院卷二第109頁之系爭仲裁判斷書影本、系爭仲裁卷1之聲證2至6、卷5之聲證43-1至43-4），堪認兩造就棄土費用請求爭議已踐行前置程序。另興松公司就工程款、工期爭議、違法違約接管驅離、評值、違約剋扣款項等項目，已於94年3月21日以興宜字第0000000號及94年3月29日興宜字第0940329號函請求磋商，原告以94年10月6日國工三工字第0940006380號函通知召開誠意磋商會議，並以94年10月27日國工三工字第0940007251號函檢送誠意磋商會議紀錄；94年10月27日興松公司以興總字第941027號函請求工程司決定，原告以94年11月10日函覆；94年11月11日興松公司以興總字第941111號函請求覆決，原告以94年11月17日國工三工字第0940019899號函覆；94年11月23日興松公司以興總字第000000號請求仲裁，原告則以94年11月30日國工局管字第0940020629號函覆（見本院卷二第109頁之系爭仲裁判斷書影本、系爭仲裁卷7之聲證126至133）。原告固稱工程款、工期爭議、違法違約接管驅離、評值、違約剋扣款項等項目既未經誠意磋商程序及書面決定等前置程序，興松公司依約自不得片面進行後續請求仲裁之程序等語，惟依上開說明，興松公司

已磋力為前置程序，係因原告拒絕磋商而無法進行誠意磋商程序，客觀上足認兩造就上開項目爭議協調成功之可能性近乎於零，興松公司於此無從以簡便程序解決爭議之際，逕行提付仲裁，以避免強制要求應依循完成前置程序，造成爭議解決之拖延浪費，自應准許，此與當初協議以仲裁解決爭議之初衷及仲裁前置程序之本質，並無違悖。從而，原告與興松公司仲裁協議已經成立生效，已詳述如前，是原告主張仲裁協議因興松公司未踐行前置程序而無效，據此請求依仲裁法第40條第1項第2款撤銷系爭仲裁判斷，自非有據。

3.系爭仲裁協議並非無效，業如前述，是原告再主張「系爭仲裁判斷關於工程款、工期爭議、違法違約接管驅離、評值、違約剋扣款項等項目既未經誠意磋商程序及書面決定等前置程序，興松公司依約自不得片面進行後續請求仲裁之程序，是此部分應構成仲裁法第40條第1項第1款、第38條第1款之撤銷仲裁事由」、「依民法第99條第1項規定及最高法院實務見解可知，興松公司提起系爭仲裁前，未踐行仲裁前置程序，契約所定之停止條件既未成就，仲裁協議自無從產生，系爭仲裁判斷卻仍認定被告等人提起系爭仲裁屬合法，顯已構成仲裁法第40條第1項第4款之撤銷事由」等語，應無理由，茲不再贅述。

㈡、系爭仲裁判斷是否有仲裁法第40條第1項第1款、第38條第1款規定，仲裁判斷與仲裁協議標的之爭議無關，或逾越仲裁協議範圍之得撤銷仲裁判斷事由部分：

1.按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，當事人得對於他方提起撤銷仲裁判斷之訴，仲裁法第40條第1 項第1 款、第38條第1 款定有明文。所謂仲裁判斷與仲裁契約標的之爭議無關，或逾越仲裁協議之範圍，係指仲裁人所作成判斷之事項，與仲裁契約約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判斷而言（最高法院106年度台上字第428號判決意旨參照）。

2.原告固主張依司法實務及一般規範 8.4（6）b款約定可知，

工期應否展延之爭議依約屬非得提付仲裁之範圍，是系爭仲裁判斷並無權審查原告是否有故意未核給工期之情，亦無從置喙原告所為不同意展延工期之決定是否適當，則系爭仲裁判斷認「原告未核給應有之工期，難認被告等人有工進遲延之情形，原告逐離接管工地實有不當，並據此認定興松公司所請求之已進場未估驗材料費、工程估驗款、收廢棄土場設施費用、契約變更費用、烏塗隧道逾期罰款、工程估驗保留款、履約保證金、未返還機具、設備之損失等項目為有理由」、「原告未依約展延工期、不當逐離興松公司，而任意終止契約，應賠償契約任意終止前已發生之給付價款或報酬請求權」、「原告未依約展延工期、不當扣留逾期罰款」、「原告未依約展延工期、不當逐離興松公司」之部分，已逾越兩造間仲裁協議之範圍等語。惟查，一般規範第8.4（6）b約定：「工程司在調查所有工期延長之要求後，若發現工期之延誤，係屬事實上之需要，而非承包商之錯誤，工程司應將工期作合理之延長，呈報國工局批准後轉報交通部與審計部備查，並以書面通知承包商。經核定之延長工期日數，具有決定性，承包商無爭論之餘地」（見本院卷一第531頁）。由上述一般規範之約定，就承包商工期延長之准予，須經工程司之調查、國工局之批准、轉報交通部與審計部備查，難認工程司有最後決定權，且一般規範第8.4（6）b所謂「經核定之延長工期日數，具有決定性，承包商無爭論之餘地」，係指經工程司合理延長工期，呈報國工局批准轉報交通部、審計部備查而言，而非指工程司有最後決定權，合先敘明。

3.依一般規範補充說明㈠第5.26節「修訂如下：除國工局或工程司依照合約有絕對權或最後決定權或承包商不得提出異議之事項，或工程司行使其職權而命令任何工程挖開檢驗之事項外，在工程進行或完工後，不論是否違約或合約終止，如發生有關合約或由合約引起之爭執，雙方同意依下列程序進行仲裁。」而一般規範補充說明㈠第5.26（8）約定：「如

承包商對國工局所作之裁決仍不能接受時，承包商應於收到國工局書面裁決之次日起14天內將欲提起仲裁之要求以書面通知國工局，並扼要說明發生爭執或求償之事項」、第5.26(9)約定：「國工局於收到承包商之要求書之次日起42天內，得扼要答覆承包商，若承包商對國工局之答覆仍不滿意或無答覆時，則承包商可依據下述5.26(11)之約定及中華民國商務仲裁條例之規定提出仲裁」，足見除國工局或工程司依照合約有絕對權或最後決定權或承包商不得提出異議之事項，或工程司行使其職權而命令任何工程挖開檢驗之事項，不得提付仲裁外，其餘之爭議事項，非不得提付仲裁。興松公司請求因契約終止、受原告逐離或原告不同意展延工期等所受損害，應屬履行系爭工程合約所發生之爭議，非不得異議之事項，核屬前揭一般規範補充說明㈠第5.26節之除外事項，自得提付仲裁。從而，仲裁協會所為系爭仲裁判斷，尚難認有與仲裁協議標的之爭議無關，或逾越其協議之範圍。

㈢、系爭仲裁判斷是否有仲裁法第40條第1項第4款規定，仲裁程序違反仲裁協議或法律規定之得撤銷仲裁判斷事由部分：

1.按仲裁人之仲裁判斷，於當事人間，與法院確定判決有同一效力，當事人即應受其拘束。於仲裁判斷有重大瑕疵時，固得因法院之介入，而撤銷該仲裁判斷使之失其效力，但法院仍不得就當事人間之爭議加以改判。故撤銷仲裁判斷之訴，本質上並非原仲裁程序之上級審或再審，法院應僅就仲裁判斷是否有仲裁法第40條第1項所列各款事由加以審查。其中第4款所稱仲裁人參與仲裁程序有悖法律規定，係指仲裁人在參與仲裁之程序上，違背法律所規定之仲裁人參與程序者而言。至於仲裁判斷所持之法律見解是否妥適，仲裁判斷之實體內容是否合法、妥適，係仲裁人之仲裁權限，法院自應予以尊重，不宜再為審查。此觀仲裁法第40條第1項第4款：「仲裁庭之組成或仲裁程序違反仲裁協議或法律規定」，均係關於仲裁庭之組成及程序事項之規定即明。況仲裁制度不

同於訴訟制度，乃基於私法自治及契約自由原則而設之私法紛爭自主解決之制度，具有迅速、經濟、專家判斷等特點，凡具有各業專門知識、信望素孚之公正人士俱得為仲裁人（仲裁法第6條規定參照），實難苛求仲裁人必依「正確適用法律」之結果而為判斷。再觀之仲裁法第40條第1項規定，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，依我國仲裁法之規定，實不允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（最高法院93年度台上字第1690號裁判意旨參照），是以如何取捨當事人所提供之證據並據以為仲裁判斷之基礎，本係專業之仲裁人依仲裁協議及仲裁之本旨所得為之職權事項，非受不利仲裁判斷之一方，得於仲裁判斷作成後任意加以指摘，而損及仲裁判斷之專業性，更何況仲裁法第23條第1項僅規定仲裁庭應為必要之調查，若仲裁庭對當事人之主張，依其他卷證已得為專業之認定時，仲裁庭即無一一就當事人之主張為調查之必要，否則即無法達到仲裁判斷迅速解決爭議之目的。又仲裁事件之請求有無違反一事不再理原則，屬實體判斷結果，非撤銷仲裁判斷程序所得置喙（最高法院93年度台上字第2431號、最高法院87年度台上字第2340號判決意旨參照）。查，原告主張系爭仲裁判斷有違反仲裁法第19條準用民事訴訟法第286條、第288條、第253條、第249條第1項第7款、第279條、第277條、第259條規定及違反仲裁法第13條第2項但書規定意旨等事由等語，揆諸上開說明，均係對仲裁庭認事用法為指摘，並非係針對程序上瑕疵為指摘，自與仲裁法第40條第1項之要件有別，自非可採。

2.次按87年6月24日修正公布之仲裁法第31條，固引進聯合國國際貿易法委員會國際商務仲裁模範法第28條第3項之規定，增設「法律仲裁」外之「衡平仲裁」制度，惟該條所稱之「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，此與一般「法律仲裁」所適用之程序法理，未盡一致，是否係「衡平仲裁」自需就仲裁判斷有無刻意摒除法律之嚴格規定或當事人之約定，另以公平、合理之考量而為衡平判斷以為斷（最高法院99年度台上字第1007號、92年度台上字第1689號、96年度台上字第1047號裁判要旨參照）。倘仲裁庭已就當事人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，或適用現有之法律規定原則，則屬法律仲裁，而非衡平仲裁（最高法院105年度台上字第1886號判決意旨參照）。查：

⑴系爭仲裁判斷未準用民事訴訟法第196條第2項部分：

原告主張就興松公司屢屢更易求償金額及請求權基礎乙節，系爭仲裁判斷竟以衡平仲裁認定無庸依民事訴訟法第196條第2項規定駁回等語。然按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，仲裁法第19條定有明文。是仲裁法並未強制仲裁庭須準用民事訴訟法之規定，是否準用民事訴訟法端視仲裁庭認為是否適宜而定。是系爭仲裁判斷認「本件系爭工程當事人間之履約過程，自84年4月17日簽訂工程合約書起，至89年9月22日相對人(指原告)以工期嚴重落後為由，強制逐離聲請人(指興松公司)止，先後長達約5年半之久，其衍生之爭議事項及相關事證之搜集，及各項工程款、不當得利、損害賠償等可得請求金額之計算及確定，可謂不僅繁多而且複雜，更非一蹴可及，是雖於第六次詢問會仲裁庭曾向聲請人確認聲明而核定其仲裁標的價額，然雙方隨著爭議事件之發展及相關事證之搜集掌握，而為請求項目、金額及相關事證理由等之增減更正，藉符實際，要屬難免，為期合理保障雙方之救濟權、維護程序正義，認定上實不宜過苛。復以本件案情甚為複雜，雙方當事人間攻防上爭執亦頗為劇烈，自仲裁程序續行後，已兩度達成合意延長

仲裁期限，俾雙方就程序上及實體上之一切攻擊防禦方法得以從容充分提出，並為適當完全之辯論」等語(見本院卷二第171頁之系爭仲裁判斷書影本)，並無刻意摒除法律之嚴格規定或當事人之約定，另以公平、合理之考量而為衡平判斷等情形，自非屬衡平仲裁，故原告此部分主張，仍非可採。

⑵至原告主張系爭仲裁判斷認定「原告應給付已進場未給付材料費，顯與契約規定相悖」、「原告之逐離接管行為不當」、「原告應再給付興松公司契約變更費用」、「興松公司得依民法第267條規定，扣除其因免給付義務所得利益及應得利益」、「原告有未依約展延工期等情，原告應返還烏塗隧道洞口機房逾期罰款」等部分，屬衡平仲裁，與仲裁法第31條規定有違等語。惟系爭仲裁庭已說明系爭仲裁判斷之判斷理由等情，係憑藉事實及相關證據，並斟酌全仲裁程序兩造之陳述及所提證據，或有依系爭工程合約之約定、民法第511條、第179條及民法第227條之2等規定作為判斷依據，未有刻意摒除法律之嚴格規定或當事人之約定，改以公平、合理之考量而為衡平判斷之情事，自仍屬法律仲裁判斷之範疇。且原告所為上開主張，甚包括原告主張仲裁庭以興松公司所提證物，推定興松公司受有未返還機具數量損害等情，乃系爭仲裁判斷所持法律見解、證據取捨及對於實體內容判斷是否妥適的問題，尚非未經當事人同意之衡平仲裁。故原告此部分主張，仍非可採。

3.原告另主張興松公司係與泉安公司共同承攬系爭工程，自應共同提付仲裁，系爭仲裁庭竟允予興松公司獨自提付仲裁，當事人適格應有欠缺，有仲裁法第40條第1項第4款得撤銷仲裁判斷之事由等語。惟按營造業法第3條第7款規定：「聯合承攬：係指二家以上之綜合營造業共同承攬同一工程之契約行為」。政府採購法第25條第1項、第2項、第5項亦規定：「機關得視個別採購之特性，於招標文件中規定允許一定家數內之廠商共同投標」、「前項所稱共同投標，指二家以上之廠商共同具名投標，並於得標後共同具名簽約，連帶負履

行採購契約之責，以承攬工程或提供財物、勞務之行為」、「共同投標廠商應於投標時檢附共同投標協議書」。又共同投標廠商全體，均為採購契約主體，而為共同承攬人之一，縱非共同投標採購契約之代表廠商，惟各成員之主辦工程項目、所占契約金額比率，併價金請（受）領之方式、項目及金額等，既已載明於共同投標協議書，堪認各成員基於共同投標採購契約所生之工程款債權，明確而適於執行，各成員非不得本於契約法律關係，逕向採購契約之對造機關，請求給付主辦項目之工程款」（最高法院100年度台上字第467號判決意旨參照）。即聯合承攬對業主之工程款債權，應視統包團隊與業主間是否有所約定，或法律有無另有規定，若性質上為可分之金錢債權，應屬民法第271條規定之可分之債。查，興松公司與泉安公司共同投標系爭工程，並與原告簽立系爭契約，原告與興松公司、泉安公司自屬共同投標之聯合承攬行為，為兩造所不爭。依上揭說明，興松公司辯稱其依系爭工程合約書所取得及所得主張之各項債權，均得單獨對原告行使權利，屬民法第271之可分之債，堪稱有理。況，興松公司嗣後已經與泉安公司協議，將泉安公司平均分受之50%工程款等債權讓與興松公司受讓取得（見系爭仲裁卷19之聲證278），並經相對人同意（見系爭仲裁卷4之相證35，以及卷19之107年4月19日第13次詢問會筆錄第108頁第18列），則興松公司至此已取得對於原告之全部系爭工程款等債權，則原告持以主張興松公司應與泉安公司共同提付仲裁，其當事人方為適格，而認系爭仲裁判斷，有仲裁法第40條第1項第4款規定應予撤銷之違法，顯非足取。

4.原告再主張兩造原依系爭變更協議書約定之選任程序，選定歐宇倫及劉俊良為仲裁人，並由兩位仲裁人共同推選黃陽壽為主任仲裁人，嗣歐宇倫辭任，故經興松公司陳報仲裁人名單後，原告重新選定李復甸為仲裁人。系爭仲裁程序之仲裁人既經重新選定，則黃陽壽擔任主任仲裁人已失其正當性，應由新仲裁人李復甸及劉俊良依系爭變更協議書第1條約定

重新選任，惟系爭仲裁判斷竟未遵循仲裁法第13條第2項規定等語。然查，原告與興松公司固簽訂系爭變更協議書，但該協議書並未排除仲裁法之適用(見本院卷二第525頁)。按「當事人選定之仲裁人，如有前項事由之一者，他方得催告該當事人，自受催告之日起，十四日內另行選定仲裁人。但已依第九條第一項規定共推之主任仲裁人不受影響」，仲裁法第13條第2項定有明文，揆其立法理由，乃避免當事人選定之仲裁人可能於仲裁進行至一定程度，發現對其所由選定之當事人不利時，即以拒絕履行職務來拖延時間，甚或藉故辭去仲裁人之職務，以達更換主任仲裁人之目的，致對他方及主任仲裁人不公平。是以，系爭仲裁庭無論李復甸及劉俊良是否重新推選黃陽壽為主任仲裁人，均無礙於黃陽壽為系爭仲裁庭之主任仲裁人地位，本件自無仲裁庭之組成違反仲裁法而應撤銷系爭仲裁判斷之事由。原告此部分主張，為無理由。

㈣、系爭仲裁判斷是否有仲裁法第40條第1項第1款、第38條第2款規定，仲裁判斷書應附理由而未附之得撤銷仲裁判斷事由部分：

1.按仲裁判斷書應附理由而未附者，應指完全不附理由，或所附理由與仲裁判斷主文無關而言，至於理由不完備或一部缺漏或欠缺縯繹說明者，均非所謂之仲裁判斷書不附理由。且仲裁人就仲裁標的之仲裁判斷，其心證之形成，亦係斟酌全仲裁程序兩造之陳述及所提證據，依自由心證判斷之結論，仲裁判斷理由之論述，有無將心證形成之演繹過程，逐一記載於仲裁判斷書之必要，仲裁庭仍有權衡之權限（參最高法院106年度台上字第383號判決要旨）。

2.原告主張①系爭仲裁判斷未說明何以不採納原告於系爭仲裁程序中所提出之工程會函及司法實務見解，即逕自認定由興松公司一人單獨聲請仲裁，暨由其一人與原告進行爭議程序並共同選定仲裁人、組成仲裁庭；②系爭仲裁判斷完全未說明何以不採納原告所提證據，即逕認定兩造真意係以系爭變

更協議書之內容取代一般規範補充說明㈠；③系爭仲裁判斷全然未說明何以不採納臺北高等行政法院93年度訴更一字第179號判決，即逕自認定原告有故意未核給工期之情，並認工進落後有諸多可歸責於原告或不可歸責於興松公司之情；④系爭仲裁判斷未審酌並詳為調查，興松公司數次更異求償金額及請求權基礎是否符合民事訴訟法第255條第1項但書之訴之追加變更要件；⑤系爭仲裁判斷依聲證220據以認定原告短計30萬3,372元之部分，業經原告於系爭仲裁程序中一再爭執，惟系爭仲裁判斷卻完全未說明何以原告之主張不可採，即逕以興松公司提出之手寫資料為判斷依據，且系爭仲裁判斷亦全然未說明何以得直接據興松公司所提證物即作為原告確應給付證據之理由；⑥系爭仲裁判斷完全未說明何以原告之主張不可採、何以得直接據興松公司所提證物即作為原告確有應再給付估驗款證據之理由，斷然推定興松公司於89年3月1日至89年9月21日期間確有施作且原告應給付估驗款，又就交通部業已明確表明聲證49-1、49-2並非正式報告之函覆，及原告爭執聲證49-1、49-2之真實性等主張，亦未說明不採納之理由；⑦系爭仲裁判斷認定「聲請人將土方運棄至平溪鄉信逸棄土場，即會造成棄土場設施費用變更」及「本標變更實際狀況與第三標相同，故聲請人得請求與第三標之價差」乙節，全然未說明其認定理由、依據為何，亦未說明為何不採納原告對此所提出之主張，即逕予認定原告應再行增加給付收費棄土場設施費用；⑧系爭仲裁判斷認定「聲請人不能完全給付本項契約變更增加之工作項目，係因可歸責於相對人之任意終止所致」乙節，全然未說明其認定理由與依據為何，又系爭仲裁判斷認定酌按興松公司工作項目之實際完成情形，以請求金額之半數範圍內，作為其免為完補本項工程中尚未完全給付及保固部分等給付義務，所應扣除之所得利益及應得利益，亦完全未說明該數據是如何計算得出等之認定理由與依據；⑨系爭仲裁判斷逕以原告不爭執有收受被告等人之履約保證金，即遽認興松公司請求返還有

理由，然全然未說明何以興松公司對原告有本項返還履約保證金213,000,000元之請求權存在之認定理由與依據為何；⑩就興松公司得否請求返還機具、設備所生相當於租金損害之爭議，系爭仲裁判斷卻完全未就何以原告之主張不可採、何以得直接據興松公司所提證物即作為認定未返還數量之證據等情說明之，即逕以興松公司提出之自製表格資料為判斷依據。本院就此分論述如下：

⑴就原告主張①：

系爭仲裁判斷就仲裁庭得心證之理由，已於「理由」欄「壹、程序部分」「甲、本聲請仲裁部分」第一點「C、就此，本仲裁庭審查結果認為」內容中，以「興松公司與泉安公司間無公同共有之約定，自非屬合夥之性質，亦不成立公同共有關係」、「依公司法第13條第1項之規定，公司不得為合夥事業之合夥人」、「各合作廠商為共同承攬所作之短期結合，亦不具獨立法人格，因此，外部契約關係實際上係存於業主與各成員間，自應回歸適用民法有關多數債權人與債務人關係之規定」，認定興松與泉安公司所訂短期結合契約非屬合夥契約或類似合夥契約，而係無名之合作（資）契約之性質，並因「泉安公司將平均分受之50%工程款等債權讓與興松公司受讓取得（見聲證278），並經相對人同意(見相證35及107.4.19第13次詢問會筆錄第108頁第18列），則興松公司至此已然取得對於相對人之全部系爭工程款等債權，職是，聲請人興松公司自得以工程契約固有的債權人及另一債權人泉安公司之債權受讓人地位單獨提起系爭仲裁，自不發生仲裁標的，對於興松與泉安公司必須合一確定之問題」等語（見本院卷二第89至91頁之系爭仲裁判斷書影本），故系爭仲裁判斷已就原告所提當事人適格與否之爭執予以審認，足見系爭仲裁判斷就此部分認定已附詳盡之理由。

⑵就原告主張②：

系爭仲裁判斷就仲裁庭得心證之理由，已於「理由」欄「壹、程序部分」「甲、本聲請仲裁部分」第三點「C、就此，

本仲裁庭審查結果認為」內容中，以「假設應如相對人主張將整個變更協議書第1、2、3項約定勉強加入80年10月訂定版一般規範5.26(8)訴諸仲裁乙節中而使形式上與5.26(11)條款並存以論，依後約優於前約之原則，就仲裁人之選任及效果仍應優先適用變更協議書第1條之規定，而排斥一般規範5.26(11)規定，原工程合約一般規範5.26(11)規定要已名存實亡，職此探求變更協議書訂立時兩造當事人之訂約真意，同應解為該二條款實為取代關係，而非補充關係，方為洽當」、「解釋意思表示所應探求者，既非表意人內心之意思，亦非相對人主觀上所了解之表意人意思，而係法律行為所呈現之客觀意義，俾資保障相對人之信賴及交易安全.....。相對人以其一般規範定型化約款擬定之內部簽呈過程主張該變更協議書第一條條文真意為補充關係據以拘束聲請人，亦不可取」、「苟如相對人所言，原合約經訂立變更協議書，仍應受80年10月訂定版一般規範5.26(11)所定『如兩造不能在一方向中華民國商務仲裁協會提出仲裁聲請之日起二個月內就該仲裁事件選定各方之仲裁人並共同推選出主任仲裁人時，視為雙方不同意仲裁，任一方得逕行起訴。』條款之拘束，則聲請人豈會先於超過兩個月期限後之96年4月16日始選定歐宇倫先生為仲裁人，而相對人又豈會於超過兩個月期限後之96年9月10日始選定劉俊良先生為仲裁人，且嗣亦始終未為提醒兩位仲裁人有關逾期視為雙方不同意仲裁之規定，而任令其等迄至97年6月4日始再由兩位仲裁人共同推選出主任仲裁人黃陽壽先生，終於成立本仲裁庭。以上舉措，難道係兩造閒極無聊而有意成立違反兩個月期限而應視為雙方不同意仲裁規定之不合法仲裁庭乎？衡之常情常理，非但當不致此，反而從此兩造共同推選仲裁人及主任仲裁人之過程事實，益足佐證兩造訂立變更協議書時之真意」等語(見本院卷二第130至135頁之系爭仲裁判斷書影本)，詳細臚列判斷結論之過程，並無原告所稱應附理由而未附之情形。

⑶就原告主張④：

系爭仲裁判斷就仲裁庭得心證之理由，已於「理由」欄「壹、程序部分」「甲、本聲請仲裁部分」第八點內容中，以「仲裁庭就興松公司變更追加聲請範圍應否准許及變更追加有無逾越仲裁協議範圍，須否作成中間判斷，仍屬仲裁庭於程序進行中指揮權限之裁量範疇」、「本件聲請仲裁伊始，祇係一部請求，其聲明範圍尚未確定，而保留將來視情為增減給付之聲明。而本件系爭工程當事人間之履約過程.....衍生之爭議事項及相關事證之搜集，以及各項工程款、不當得利、損害賠償等可得請求金額之計算及確定，可謂不僅繁多，而且複雜，更非一蹴可及，是雖於第六次詢問會仲裁庭曾向聲請人興松公司確認聲明而核定其仲裁標的價額，然雙方隨著爭議事件之發展及相關事證之搜集掌握，而為請求項目、金額及相關事證理由等之增減更正，藉符實際，要屬難免，為期合理保障雙方之救濟權、維護程序正義，認定上實不宜過苛。復以本件案情甚為複雜，雙方當事人間攻防上爭執亦頗為劇烈，自仲裁程序續行後，已兩度達成合意延長仲裁期限，俾雙方就程序上及實體上之一切攻擊防禦方法得以從容充分提出，並為適當完全之辯論」等語詳加論述（見本院卷二第170至171頁之系爭仲裁判斷書影本），足見系爭仲裁判斷並無原告所指應附理由而未附理由之實。

⑷就原告主張⑧：

系爭仲裁判斷就仲裁庭得心證之理由，已於「理由」欄「貳、實體部分」「甲、本聲請仲裁部分」「(甲)整體攻防部分」「C、就此，本仲裁庭審查結果認為」內容中，以「相對人雖於89年9月19日以國工局八九處三字第20770號函依一般規範第8.10（3）規定將於89年9月22日起接管系爭工程並進入工地（見反原聲證5號），而未有終止契約之明示，惟探求相對人發函之真意，相對人既強制逐離聲請人接管工地不願聲請人繼續施作系爭工程，應為默示任意終止系爭工程合約」、「又依民法第267條.....之本文規定，聲請人非不

得請求本項請求其中不能完全給付之對待給付，但依該條但書規定，應扣除其因免給付義務所得利益或應得之利益，均應由其所得請求之對待給付中扣除之。就此應扣除之所得利益及應得利益（包含聲請人應負責完補及保固等各項費用在內）究竟若干之有利於相對人之待證事實，應由相對人負舉證證明之責任，惟相對人就此卻無法確實證明。本仲裁庭乃酌按聲請人就本項請求契約變更費用（不含加值營業稅在內）5,768,498元之應完成工作項目之實際完成情形，而以請求金額之半數即2,884,249元範圍內，作為聲請人免為完補本項工程中尚未完全給付及保固部分等給付義務，所應扣除之所得利益及應得利益，藉以適度減輕相對人之負擔，以昭平允」等語（見本院卷二第238至239、337至338頁之系爭仲裁判斷書影本），詳加論述其認定及計算之依據，足見系爭仲裁判斷並無原告所指應附理由而未附理由之實。

⑸就原告主張⑨：

原告雖主張系爭仲裁判斷逕以原告不爭執有收受被告等人之履約保證金，即遽認興松公司請求返還有理由，然全然未說明何以興松公司對原告有本項返還履約保證金213,000,000元之請求權存在之認定理由與依據為何等語。然揆之興松公司就履約保證金之請求，係在系爭契約終止之前提下所為之請求，如前所述，系爭仲裁判斷已於前開理由中說明原告乃默示任意終止系爭工程合約，殊難指摘系爭仲裁判斷未說明興松公司對原告有返還履約保證金213,000,000元之認定理由與依據，縱系爭仲裁判斷未加以論及該請求權依據，至多僅係屬理由不完備，不得謂其未附理由。

3.至原告主張③、⑤、⑥、⑦、⑩之部分，仲裁庭就其心證形成之演繹過程，本有決定是否逐一記載於仲裁判斷書之權限，已如前述，縱系爭仲裁判斷理由未論及何以援引興松公司所提證據或未採納原告之主張作為判斷依據，充其量僅欠缺引證說明之「理由不完備」。則原告以上開主張認系爭仲裁判斷有未附理由之違法等語，皆與「仲裁判斷書未附理由」

有間，故原告主張系爭仲裁判斷有仲裁法第38條第2款未附理由情形，而有同法第40條第1項第1款之撤銷事由等語，亦無理由。

4.基上，原告所執部分，揆諸前揭最高法院判決意旨，不屬於仲裁法第38條第2款之應附理由而未附之情形。即便有上揭原告所指述部分爭執事項未予以說明，然此至多僅為系爭仲裁判斷理由不完備，核與仲裁法第38條第2款前段所謂「應附理由而未附理由」有別。況系爭仲裁判斷對於認定興松公司單獨提起仲裁無當事人不適格問題、允許興松公司為訴之變更追加、原告乃默示任意終止系爭工程合約、契約變更費用之計算方式、原告應返還履約保證金等，其所持之法律見解及對於實體內容之判斷是否妥適，乃為仲裁人之權限，並非法院所得過問。從而，原告自不得執此為由，認系爭仲裁判斷有應附理由而未附理由之情事，據以訴請撤銷系爭仲裁判斷，應堪認定。

㈤、系爭仲裁判斷是否有仲裁法第40條第1項第3款規定，仲裁庭於詢問終結前未使當事人陳述之得撤銷仲裁判斷事由部分：

1.按仲裁法第40條第1項第3款固規定「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：三、仲裁庭於詢問終結前未使當事人陳述者」。惟所謂「未使當事人陳述」，係指完全未予當事人陳述之機會（臺灣高等法院88年度重上字第224號判決參照）；申言之，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，並以言詞陳述或以書面表達意見，仲裁人認達於可為判斷之程度而作成仲裁判斷，即屬仲裁人「已予當事人陳述之意見」並「已予當事人充分之陳述」（最高法院91年台上字第467號判決意旨參照）。

2.原告固主張於興松公司請求契約變更費用之爭議，系爭仲裁庭並未使原告陳述，即逕自認定興松公司得依民法第267條規定，扣除其因免給付義務所得利益及應得利益；於興松公司請求返還烏塗隧道逾期罰款之爭議，系爭仲裁判斷於認定

本項逾期違約金酌減時，未就違約金是否過高、何等金額始為相當、一般客觀事實、社會經濟及當事人所受損害情形如何等問題，使兩造就上開問題之酌減考量參數進行陳述，即逕行認定酌減金額等語。惟查，系爭仲裁庭為系爭仲裁判斷前，已先後召開14次詢問會，有系爭仲裁卷可稽，並分別於106年12月28日召開第10次詢問會進行爭點整理、107年1月25日招開第11次詢問會續就逾期部分提出攻防(見系爭仲裁卷16之第10次、第11次詢問會筆錄)、107年3月2日召開第12次詢問會就契約變更費用部分，給予兩造充分陳述意見之機會(見系爭仲裁卷17之第12次詢問會筆錄第72頁第18行至第73頁第4行)、107年6月1日第14次詢問會終結前使兩造作最後補充陳述，且當事人就上開會議均已受合法通知，並委任代理人以言詞及書面為陳述，此均製有詢問會紀錄之事實，業據本院調閱系爭仲裁判斷卷宗核閱屬實，已如前述，則原告既受仲裁人合法通知，且於仲裁程序進行中，多次以言詞陳述及書面表達意見，仲裁人認本件仲裁事件達於可為判斷之程度而作成仲裁判斷，堪認仲裁人已予當事人陳述之機會，並已予當事人充分陳述。

3.再按，撤銷仲裁判斷之訴，受訴法院所得審查者，僅侷限於「仲裁程序」事項之檢驗，不得擴張及於「實體」仲裁內容之審查，故仲裁庭未調查當事人主張之證據方法，既屬實體仲裁內容之判斷，即不構成仲裁法第40條第1項第3款所定「仲裁庭於詢問終結前未使當事人陳述」之撤銷仲裁判斷事由（臺灣高等法院89年重上字第346號判決參照）。縱仲裁庭未依原告主張證據方法進行調查，亦因其屬實體仲裁內容之判斷，不屬仲裁法第40條第1項第3款所定「仲裁庭於詢問終結前未使當事人陳述」之規範範圍，原告自不得據以提起撤銷仲裁判斷之訴，亦甚明確。

4.準此，原告主張仲裁庭有於詢問終結前未使當事人陳述情形，而依仲裁法第40條第1項第3款之規定，系爭仲裁判斷應予撤銷云云，要非可採。

五、綜上所陳，原告主張系爭仲裁判斷有仲裁法第40條第1項第1款、第2款、第3款、第4款之撤銷事由，均無足取。從而，原告訴請撤銷系爭仲裁判斷，於法不合，應予駁回。

六、本件事證已臻明確，兩造其餘之攻擊防禦方法及舉證，經本院審酌後，認均不足以影響本判決之結果，毋庸一一論列，併此敘明。

七、訴訟費用負擔之依據：民事訴訟法第78條。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　9　　月　　12　　日

民事第六庭　　法　官　汪曉君

以上正本係照原本作成。

如對本判決上訴，須於判決送達後20日內向本院提出上訴狀。如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　9　　月　　12　　日

書記官　洪仕萱