臺灣高等法院民事判決

107年度上字第1240號

上　訴　人　行政院農業委員會漁業署
法定代理人　黃鴻燕
訴訟代理人　邱雅文律師
複　代　理人　王雅雯律師
訴訟代理人　姜照斌律師
　　陳建安律師
被上訴人　昇鴻建設開發股份有限公司
法定代理人　鄧湘齡
訴訟代理人　孫丁君律師
　　陳展穎律師
　　黃泰鋒律師
　　蘇怡文律師
　　陳麗嘉

上列當事人間請求撤銷仲裁判斷事件，上訴人對於中華民國107年8月9日臺灣臺北地方法院107年度仲訴字第1號第一審判決提起上訴，本院於108年2月26日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

上訴駁回。

第二審訴訟費用由上訴人負擔。

事實及理由

一、上訴人主張：伊為活化八斗子漁港區之利用及促進發展，乃依促進民間參與公共建設法（下稱促參法）辦理公開招商，並與經評選為最優申請人之被上訴人訂立「八斗子漁港遊艇泊區委託營運（OT）案投資契約」（下稱系爭契約），而將遊艇泊區浮動碼頭（下稱系爭浮動碼頭）等設施委由被上訴人進行營運。嗣系爭浮動碼頭因異於常情之颱風、巨浪及暴潮而受損，而經履約爭議協調委員會（下稱協調委員會）認定此已造成系爭契約之主要目的未能達成，構成系爭契約所定不可歸責於兩造之除外情事，兩造就此協商補救方案因歧見過大，經被上訴人聲請仲裁，中華民國仲裁協會於民國10

6年10月13日作成106仲聲仁字第019號仲裁判斷書（下稱系爭仲裁判斷），主文為：「一、本「『八斗子漁港遊艇泊區委託營運（OT）案』契約期間應展延2年。二、本『八斗子漁港遊艇泊區委託營運（OT）案』以仲裁判斷予以展延後契約期間之倒數第二、三年營運績效作為評估能否續約之基礎。」然依系爭契約第13.1條約定，伊每年應就被上訴人之營運績效進行評估，經評鑑委員會綜合考量公益性、勞工安全及港區建物之整建進度等因素後，給予被上訴人第一年之營運績效77.97分，則依系爭契約第13.2.4條約定，被上訴人已無申請優先定約之資格。被上訴人第一年營運績效成績77.97分，係經嚴謹程序作成，符合系爭契約第13條約定及「機關辦理促進民間參與公共建設案件營運績效評估作業指引」之相關規定，已生確定之效力。仲裁庭就77.97分與80分之差距是否微小一事，並無裁量餘地。另依促參法第51條之1規定及其立法理由，暨財政部105年7月1日台財促字第10525510550號函，營運績效評定等事項及優先定約等機制須於契約中明定，始得據以辦理，而被上訴人第一年及第二年營運績效均經伊評定為良好者，始得向伊申請優先定約，為系爭契約第13.2.4條所約明，而被上訴人第一年營運績效評鑑分數為77.97分，故仲裁庭倘認營運績效評鑑成績為判斷爭點形成心證之事證，自應就此調查證據之結果加以採納，並以之為作成系爭仲裁判斷之依據。然系爭仲裁判斷未援引任何系爭契約約定、法律規定或法理為基礎，曲解營運績效評鑑委員會作成之分數，將77.97分與80分之差距由2.03分更改為0.03分，並稱「第一年的履約績效本不應計入評定營運績效之列」、「不宜讓第一年些微不及格分數致影響聲請人依照契約本可享有申請優先定約之資格」，不顧兩造不適用衡平仲裁之約定，逕以其認為之「公平理念」為衡平仲裁，而准被上訴人得以展延契約期間之倒數第二、三年營運績效作為優先定約之基礎，故系爭仲裁判斷主文第2項自有仲裁法第38條第1款「逾越兩造協議範圍」之撤銷仲裁判斷事

由。且系爭仲裁判斷未敘明係以何一契約條文或法律規定為依據，排除已依法完成之第一年營運績效評鑑效力，亦屬仲裁法第38條第2款所稱「仲裁判斷書應附理由而未附」，並與系爭契約不符，已違優先定約事項應明訂於契約之法律上義務，上訴人倘依系爭仲裁判斷主文第2項辦理優先定約相關事宜，即有違法令、公平原則及依法行政原則，實已構成仲裁法第38條第3款所稱「命當事人為法律上所不許之行為」。又系爭仲裁判斷不附理由，逕認被上訴人不應因該些微差距分數失去優先定約資格，顯見仲裁庭確未依調查證據結果作成系爭仲裁判斷，違反民事訴訟法證據調查之規定。又系爭仲裁判斷未經雙方當事人明示合意而逕自適用衡平原則，此亦屬程序上違法，是系爭仲裁判斷應有程仲裁法第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」事由。爰依仲裁法第38條第1款、第2款、第3款及第40條第1項第1款、第4款規定，求為命撤銷系爭仲裁判斷主文第2項之判決。原審為上訴人敗訴之判決，上訴人不服原判決，提起上訴，並聲明：㈠原判決廢棄。㈡中華民國仲裁協會106年度仲聲仁字第19號仲裁判斷主文第二項「本『八斗子漁港遊艇泊區委託營運（OT）案』以仲裁判斷予以展延後契約期間之倒數第二、三年營運績效作為評估能否續約之基礎」撤銷。

二、被上訴人則以：系爭仲裁判斷將上訴人第一年營運績效評鑑分數與80分之差距記載為0.03僅係誤寫誤算，就仲裁判斷結果不生影響。仲裁庭係依據系爭契約第16.4.2條規定作成系爭仲裁判斷，該條第7項約定之損害補救方式乃兩造同意之措施，兩造復以系爭契約第13條以下同意上訴人就伊每年營運情形為績效評估，則仲裁庭依其適用契約約定之結果所為判斷，顯非衡平仲裁。至仲裁庭援引系爭契約第13條作為系爭契約第16.4.2條之損害補救措施是否適當、系爭契約第13條以下之細部規定如何適用、應以哪幾年作為營運績效評鑑標準等，及本件適用情事變更原則是否妥當，則均屬仲裁庭

實體判斷結果，而非撤銷仲裁判斷事由。另仲裁庭依據民法情事變更原則作成系爭仲裁判斷，顯非衡平仲裁。又所謂「仲裁判斷書應附理由而未附」，係指仲裁判斷書完全不附理由，若已附理由，縱不完備，僅為判斷之理由未盡，系爭仲裁判斷已有記載以展延後契約期間之倒數第二、三年營運績效作為評估能否續約基礎之理由，自無仲裁法第38條第2 款之情形。另仲裁法第38條第3 款「命當事人為法律上所不許之行為」，係指仲裁判斷「主文」所命之給付行為有違法律強制或禁止之規定，至於仲裁人所命給付之「判斷理由」縱有不當，亦僅屬「法規適用是否妥適」之問題。而系爭仲裁判斷第2 項係命當事人以展延後契約期間之倒數第二、三年營運績效作為評估能否續約之基礎，正是執行系爭契約第13條約定，顯無命當事人為法律上所不許之行為。至上訴人主張系爭仲裁判斷第2 項有違促參法第51條之1規定及財政部105 年7 月22日台財促字第10525510550 號函意旨，惟此乃實體法上有無請求權之理由問題，與仲裁判斷之主文毫無關係，故其無法作為撤銷仲裁事由。另仲裁法第40條第1 項第4 款「仲裁程序違反法律規定」限於「仲裁庭之組成或仲裁程序」違反法律規定，即限縮於程序事項，而未包含上訴人指稱仲裁庭如何得出距及格些微分差之心證、得心證之理由、記載心證之方式等仲裁判斷之實體內容。且仲裁庭已詳盡敘明其得心證之諸多理由，仲裁判斷書並載：「兩造間其餘攻擊防禦方法及所舉證據，因無礙於本件仲裁事實之認定及本於仲裁判斷之作成，爰不逐一論列，併此指明」，是以仲裁理由雖無具體論述分數差距不大心證之演繹，惟此乃屬仲裁庭心證之形成，其既已認定首年之績效評鑑分數與標準相去不遠，並謂其餘攻防證據無礙仲裁判斷之作成，而未記載其適用法律之條文於仲裁判斷書，亦屬仲裁庭之權限，非上訴人得任意指責之範圍等語，資為抗辯，並答辯聲明：上訴駁回。

三、兩造不爭執之事項（見本院卷第170頁）：

㈠兩造於104年1月19日簽訂系爭契約。

㈡被上訴人第一年營運績效評鑑分數為77.97分，此分數經被上訴人申覆後維持，並因被上訴人未提出後續救濟程序而確定。

㈢被上訴人聲請仲裁判斷，業經中華民國仲裁協會即於106年10月13日作成系爭仲裁判斷，系爭仲裁判斷主文為：「一、本八斗子漁港遊艇泊區委託營運（OT）案契約期間應展延2年。二、本八斗子漁港遊艇泊區委託營運（OT）案以仲裁判斷予以展延後契約期間之倒數第二、三年營運績效作為評估能否續約之基礎。」。

㈣兩造未合意仲裁判斷可適用衡平原則。

㈤上訴人依促參法第51條之1第1項規定，負有每年對被上訴人營運表現進行營運績效評鑑之義務。

四、得心證之理由：

上訴人主張因兩造並未明示合意仲裁庭得適用衡平原則為判斷，系爭仲裁判斷主文第2 項部分逕為衡平仲裁，且就此判斷未附理由，又使上訴人應再次評估被上訴人得否優先定約，命上訴人為法律所不許之行為，均屬仲裁法所定撤銷仲裁判斷事由，爰依仲裁法第40條第1 項第1 款、第4 款規定請求撤銷等語，為被上訴人所否認，並以前揭情詞置辯。故本件之爭點為：㈠系爭仲裁判斷主文第2 項是否有仲裁法第40條第1 項第1 款之違反第38條第1 款之「仲裁判斷逾越仲裁協議範圍」之撤銷仲裁判斷事由？㈡系爭仲裁判斷主文第2 項是否有仲裁法第40條第1 項第4 款之「仲裁程序違反法律規定」之撤銷仲裁判斷事由？㈢系爭仲裁判斷主文第2 項是否有仲裁法第40條第1 項第1 款之違反第38條第2 款之「仲裁判斷應附理由未附」之撤銷仲裁判斷事由？㈣系爭仲裁判斷主文第2 項是否有仲裁法第40條第1 項第1 款之違反第38條第3 款之「命當事人為法律上所不許之行為」之撤銷仲裁判斷事由？茲論述如下：

㈠系爭仲裁判斷主文第2 項是否有仲裁法第40條第1 項第1 款

之違反第38條第1 款「仲裁判斷逾越仲裁協議範圍」之撤銷仲裁判斷事由：

1.按仲裁判斷有違反仲裁法第38條第1 款所定與仲裁協議標的之爭議無關，或逾越仲裁協議範圍之情形，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 款定有明文。然所謂仲裁判斷逾越仲裁協議之範圍，則係指就當事人約定仲裁以外之事項作成判斷而言（最高法院98年度台上字第543 號、92年度台上字第405 號判決意旨參照）。

2.按系爭契約第17.1條約定：「甲乙雙方（即兩造）對於本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。」「一方以書面提出協商之請求後30日內無法達成共識時，任一方均得以下列方式之一處理：…2.經甲乙雙方同意並訂立仲裁協議後，依本契約約定及仲裁法規定提付仲裁。」，有系爭契約在卷可參（見原審卷第57頁反面）。又系爭浮動碼頭因異於常情之颱風、巨浪及暴潮而受損，而經被上訴人向協調委員會聲請協調，經105 年3 月4 日協調委員會認定「系爭浮動碼頭因陸續遭逢異於常情之颱風、巨浪及暴潮，其損害情況確屬雙方締約時無法預見，亦非雙方得合理控制或縱加以相當注意可得防止、避免或排除，而為不可歸責於雙方之事由所致者。原申請人（即被上訴人）投資執行計畫書所載營運項目中之遊艇教學、推廣及活動等，因浮動碼頭損壞及安全疑慮，無法依契約原定計畫進行。以上因素造成契約主要目的未能達成，致申請人營運之執行發生重大不利影響，且其發生非可歸責於雙方，經協調委員會認定，係屬契約條款中之除外情事者。有關本案有無財務狀況發生不利影響事由，雙方合意另行協商。」，兩造乃就此協商補救方案未能達成共識，另於106 年2 月24日會議中約定：「有關八斗子漁港遊艇泊區委託營運（OT）案」所生合約爭議，依合約第17.1.2⑵約定，雙方同意依仲裁法規定提付仲裁解決。」，有上開105 年3 月4 日第四次協調會議記錄及106 年2 月24日會議紀錄附於中華民國仲裁協會106 年仲

聲仁字第19號案件卷宗可參，堪認兩造間合意交付仲裁之範圍，係為解決系爭契約因發生除外事項後關於兩造損害補救措施等爭議，而何年度之營運績效得作為能否優先定約之判斷基礎乙節，亦為系爭契約所生之爭議事項，自屬於系爭契約第17.1條所稱關於本契約有關之事項所生之爭議，亦為仲裁協議效力之所及，故依上揭約定內容既已明白記載關於系爭契約規定或因履約而生之任何爭議，均屬得提付仲裁之範圍，亦即舉凡兩造有關履行系爭契約已經發生或可能發生之一切爭議，均應屬仲裁協議效力所及。

3. 至上訴人主張系爭仲裁判斷逕以其認為之「公平理念」為衡平仲裁，而准被上訴人得以展延契約期間之倒數第二、三年營運績效作為優先定約之基礎為由，主張系爭仲裁判斷主文第2項有「逾越兩造協議範圍」之撤銷仲裁判斷事由乙節。然系爭仲裁判斷此部分判斷應屬法律仲裁，而非衡平仲裁（理由詳後㈡所述），故上訴人此部分主張，並非可採。況系爭仲裁判斷是否未經當事人明示合意而為衡平仲裁，此亦不屬於仲裁法第38條第1款前段「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」之情形。因此，上訴人主張系爭仲裁判斷違反仲裁法第38條第1款，有同法第40條第1項第1款之撤銷仲裁判斷事由，而請求撤銷系爭仲裁判斷，並非有據。

㈡ 系爭仲裁判斷主文第2項是否有仲裁法第40條第1項第4款之「仲裁程序違反法律規定」之撤銷仲裁判斷事由？

1. 按仲裁庭之組成或仲裁程序，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判斷之訴，仲裁法第40條第1項第4款定有明文。次按仲裁庭經當事人明示合意者，得適用衡平原則為判斷，仲裁法第31條亦定有明文。又87年6月24日修正公布之仲裁法第31條，增設「法律仲裁」外之「衡平仲裁」制度，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。與所謂衡平判決係法院於法律無明文規定之情形下，探求立法之真意，本於一般原則，類推適用相關法律規定而作成之判決者，二者並不相同。若當事人間之契約內容或約定不明者，仲裁庭僅依民法第1條、第148條及第227條之2規定之「法理」、「誠實信用原則」或「情事變更原則」進一步探究、解釋而為判斷，並未將法律之嚴格規定加以摒棄，自仍屬「法律仲裁」判斷之範疇，不生上述經當事人明示合意始得「衡平仲裁」之問題。則是否「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105年度台上字第1886號判決、106年度台上字第104 號判決意旨參照）。是以，若當事人間之契約內容或約定不明者，或有契約漏洞情事者，仲裁庭僅依民法第1條、第148條及第227條之2規定之法理、誠實信用原則，或情事變更原則進一步探究、解釋而為判斷，或依契約補充解釋契約漏洞而為判斷，並未將法律之嚴格規定加以摒棄，自仍屬法律仲裁判斷之範疇。

2.經查，兩造並未明示合意仲裁庭得適用衡平原則為判斷乙情，已如前述。本件上訴人固主張系爭仲裁判斷逕行適用衡平原則，排除被上訴人第一年營運績效評鑑之成績，而以展延後契約期間倒數第二、三年之營運績效作為評估能否續約之依據云云。惟依系爭仲裁判斷書第38頁至第39頁之記載，系爭仲裁判斷主文第2 項作成之理由為：「⑴系爭契約第13.2.4條約定：『如乙方（即被上訴人）於營運期間之評分達80分（含）以上者，得評定為『營運績效良好』。如乙方營運第一年及第二年皆經甲方（即上訴人）評定為營運績效良好者，乙方得向甲方申請優先定約，委託乙方繼續營運。』，系爭OT案申請優先定約之資格，係以聲請人（即被上訴人）營運第1 年及第2 年之營運績效分數達80分（含）以上為要件。就此，相對人（即上訴人）主張聲請人第1 年營運績效評鑑分數為77.97分，第2 年之營運績效評鑑分數為80.22分

，因聲請人第1年之分數已明確未達80 分，故依前揭契約約定聲請人已喪失優先定約之申請權等語，惟如前所述，依照協調委員會105年3月4 日結論，系爭浮動碼頭因遭逢異颱風、巨浪及暴潮，導致聲請人投資執行計畫書所載營運項目中之遊艇教學、推廣及活動等，無法依契約原定計畫進行、契約主要目的未能達成，致聲請人營運之執行發生重大不利影響，係屬契約條款中之除外情事，自此以觀，如果以聲請人第1年之營運績效評鑑分數為77.97分，距及格80分僅有0.03差距為由，而論以不能續約，有失公平，故解釋上，如第一年履約期間因發生除外事由，致使聲請人僅以些微分數差距未達80分及格標準時，聲請人該第一年的履約績效本不應計入評定營運績效之列；⑵本會業已依據契約第16.4.2條認定契約期間應展延2年，觀契約第16.4.2 條之目的在『損害之補救』，考量補救聲請人因為除外事由導致未能依照原來投標規劃推展OT業務一節，解釋上，不宜讓第一年些微不及格分數致影響聲請人依照契約本可享有申請優先定約之資格，從而，本會認為聲請人請求第二項：本『八斗子漁港遊艇泊區委託營運（OT）案』以仲裁判斷予以展延後契約期間之倒數第二、三年營運績效作為評估能否續約之基礎為有理由。」等語（見原審卷第39頁反面至第40頁）。

3. 由上可知，系爭仲裁判斷係依系爭契約第16.2.3條約定，以本件經協調委員會105 年3 月4 日結論認定屬於除外情事，而依據系爭契約第16.4.2條約款，將系爭契約期間展延2 年。另關於被上訴人請求以展延後契約期間倒數第二、三年營運績效作為評估續約基礎部分，系爭仲裁判斷則以因第一年履約期間發生遭逢颱風、巨浪及暴潮，導致被上訴人營運主要目的未能達成，致此時系爭契約第13.2.4條所定以營運第1年績效評鑑分數為計算標準如於發生除外情事時應如何補救乙節，因系爭契約就此部分未有約明（系爭契約均僅針對損害賠償之補救作補救約定），並審酌上開除外事項之發生為不可歸責於兩造，而認應依契約漏洞補充之方法為目的性

擴張解釋，應以展延後契約期間之倒數第二、三年營運績效作為評估能否續約之基礎，核與系爭契約第16.4.2條約定之精神相符，並未明示摒除何種法律之嚴格規定，自仍屬法律仲裁判斷之範疇，而非衡平仲裁。被上訴人主張系爭仲裁判斷未經兩造明示合意，逕適用衡平原則為判斷，其仲裁程序違反仲裁法第31條規定，構成仲裁法第40條第1項第4款之撤銷事由，難以憑採。

4.至上開系爭仲裁判斷載有「…第1年之營運績效評鑑分數為77.97分，距及格80分僅有0.03差距為由，而論以不能續約，有失公平，故解釋上，如第一年履約期間因發生除外事由，致使聲請人僅以些微分數差距未達80分及格標準時，聲請人該第一年的履約績效本不應計入評定營運績效之列」等語，而77.97分與80分之差距應2.03分，乃係一望即知者，不論仲裁庭係因誤寫誤算，或其認2.03分之差距仍係微小差距，亦屬仲裁判斷心證之形成，非撤銷仲裁判斷程序所得置喙者，且仲裁庭適用契約解釋所為判斷結果及內容之當否，亦非得據以請求撤銷仲裁判斷之事由。是上訴人此部分主張，並無可採。

㈡系爭仲裁判斷主文第2項是否有仲裁法第40條第1項第1款之違反第38條第2款之「仲裁判斷應附理由未附」之撤銷仲裁判斷事由？

1.按仲裁法第38條第2款所稱之仲裁判斷應附理由而未附理由，係指仲裁判斷書於當事人未依同法第33條第2項第5款但書約定無庸記載其理由時，就聲請仲裁標的之判斷應附理由而完全未附理由之情形而言，該條款規範之事由與民事訴訟法第469條第6款所定判決不備理由或理由矛盾者為當然違背法令者未盡相同，倘仲裁判斷書已附具理由，縱其理由不完備，亦僅屬其判斷之理由未盡，尚與該條款所謂仲裁判斷應附理由而未附理由者有間，自不得據以提起撤銷仲裁判斷之訴（最高法院95年度台上字第1078號、94年度台上字第266號判決意旨可參）。

2.是依最高法院上開見解，仲裁判斷書之應附理由而未附理由，與民事訴訟法第469 條所稱判決不備理由顯然有別，僅須仲裁判斷並無完全未附理由之情況，不問其理由是否完備，均不符合仲裁法第38條第2 款所稱之仲裁判斷應附理由而未附理由。查系爭仲裁判斷書第38頁第三點即就有關被上訴人請求第二項：本「八斗子漁港遊艇泊區委託營運（OT）案」以仲裁判斷予以展延後契約期間之倒數第二、三年營運績效作為評估能否續約之基礎為說明，顯然與最高法院上述裁判意旨所稱就聲請仲裁標的之判斷應附理由而完全未附理由之情形迥然有別，縱系爭仲裁判斷書未就上訴人於仲裁程序中所為關於第一年營運績效評鑑分數已經確定，仲裁庭對該評鑑分數與80分間之差距是否微小，並無裁量餘地等各項抗辯逐一論述，亦非仲裁法第38條第2 款所稱之仲裁判斷應附理由而未附理由。

㈣系爭仲裁判斷主文第2 項是否有仲裁法第40條第1 項第1 款之違反第38條第3 款之「命當事人為法律上所不許之行為」之撤銷仲裁判斷事由？

1.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，亦非該款所稱之「命當事人為法律上所不許之行為（最高法院94年度台上字第492號判決意旨參照）。

2.上訴人主張系爭仲裁判斷主文第2 項具有「命當事人為法律所不許之行為者」，無非係以此部分仲裁判斷違反促參法第51條之1 規定及財政部105 年7 月11日台財促字第10525510

550 號函。經查，促參法第51條之1 規定：「主辦機關應於營運期間內，每年至少辦理一次營運績效評定。經主管機關評定為營運績效良好之民間機構，主辦機關得於營運期限屆滿前與該民間機構優先定約，由其繼續營運。優先定約以一次為限，且延長期限不得逾原投資契約期限。第一項營運績效評估項目、標準、程序、績效良好之評定方式等作業辦法，應於投資契約明定之。營運績效評定，應納入民間機構營運績效及品質查核紀錄。」；前述財政部函文內容則為：「促參個案營運績效評估、評定及得否優先定約等機制，應於投資契約明訂，始得據以辦理。依來函所述，投資契約未約定營運績效評估、評定及優先定約等機制，尚不得透過契約變更辦理優先定約，以維公平合理原則。」（見原審卷第243 頁）；是以，促參法第51條之1 及前述財政部函文係規定：主辦機關每年應至少辦理一次營運績效評定，經評定為營運績效良好者，得於營運期限屆滿前聲請優先定約，及優先定約之次數、延長期限等，該等情形如未於契約約定，不得以變更契約之方式辦理優先定約之事等節。然對於應以何年度之營運績效作為評估能否優先定約，及可否因契約展延而變更作為優先定約基礎之營運績效年度乙事，則均未規定。是以，系爭仲裁判斷主文第2 項為：「本『八斗子漁港遊艇泊區委託營運（OT）案』以仲裁判斷予以展延後契約期間之倒數第二、三年營運績效作為評估能否續約之基礎。」，此部分主文既在宣示於系爭契約以因除外事項予以展延後，應以何年度之營運績效作為能否優先定約之基礎，則難認係違背前述規定，而屬命上訴人為法律上所不許之行為者。因此，上訴人主張系爭仲裁判斷有仲裁法第38條第3 款所定「仲裁判斷係命當事人為法律上所不許之行為」之情形，構成同法第40條第1 項第1 款規定之撤銷事由，亦非可採。

五、綜上所述，系爭仲裁判斷並無仲裁法第40條第1 項第1 款、第4 款規定之撤銷事由，上訴人據此請求撤銷系爭仲裁判斷，並無理由，應予駁回。原審據此為上訴人敗訴之判決，於

法並無不合。上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應予駁回。

六、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及未經援用之證據，經本院審酌後，認均不足以影響判決之結果，自無逐一論駁必要，併此敘明。

七、據上論結，本件上訴為無理由，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　3　　月　　19　　日

民事第十七庭

審判長法　官　黃雯惠

法　官　石有為

法　官　林佑珊

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者，應一併繳納上訴審裁判費。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　3　　月　　19　　日

書記官　張永中

附註：

民事訴訟法第466條之1（第1項、第2項）：

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。

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。