

工程爭議審查委員會功能與組成之初探

■謝定亞教授

一、前言

運用訴訟以外之機制 (Alternative Dispute Resolution, ADR) 解決工程爭議已廣受業主方與廠商方所接受，公共工程爭議以調解方式解決更係政府採購法所明文規定。而去年政府採購法關於「強制仲裁」之修法，亦正式將仲裁程序納入公共工程爭議解決機制中。但是對於經常參與工程爭議實務之仲裁人、調解委員或律師而言，上述的爭議解決機制仍然無法在解決爭議的時點取得先機，即一項工程爭議即使能避免訟累，以調解或仲裁方式解決，仍然無法在爭議發生之最初期，發現並立即處理。由工程從業者之立場觀察，其實運用調解或仲裁機制，最大效用是在避免訟累，其次方為可經由具備工程與法律專業之人士提供客觀之決定或判斷。如果相同的爭議可以早在契約雙方發現事實認識不同或法律關係不明之時即交由同樣具備工程與法律專業之人士提供客觀意見，或許此爭議根本無須進入調解或仲裁程序。能夠在問題最初期、證據最新鮮、雙方對抗性最低的時間點，由第三者介入處理，其爭議解決所需成本與時間必然較低；更重要的是，如果爭議能迅速解決，工程爭議的狀態即可縮短，工程因爭議衍生的其他牽累亦將減至最少，工程執行必然更形順遂，這才是工程執行的雙贏、乃至多贏。

最常受到討論的即時性ADR即為爭議調解委員會 (Dispute Review Board, DRB) (註1、2)。DRB與調解或仲裁機制所不同的是，後者為獨立設立的常設爭議解決制度，而前者係繫於工程專案的「特設」機制，因此此機制須以約定或協議設立。因此，DRB約款可以是三方 (業主、廠商與調解委員) 約定/協議或是兩方 (業主與廠商) 約定/協議。最基本的DRB組成三人委員會 (本文將以此為討論之假設)，此三人委員會針對個別爭議事項提出非拘束性 (Non-binding) 的建議 (Recommendation)，而此建議係協助契約當事人解決對契約或工程專業事項的認知差異，故其目的係避免爭議升高與實質化，致須以調解、仲裁或訴訟方式解決。

二、DRB之組成

一般而言，三人委員會之組成方式與仲裁庭組成方式相仿，即當事人各指定一位委員，第三位委員則由選任之兩位委員推薦、選任，此第三位委員則擔任該委員會之主席。由當事人一方所選任之委員，須經他方當事人同意 (Approve)，第三位委員則須經雙方當事人同意。基於這個同意程序，當事人方有對委員會所做成各種建議之信任基礎。

當事人選任調解委員必須依據一定之專業資格，因此工程爭議事件之調解委員必

須對於工程領域具備相當之專業知識與經驗。換言之，調解委員做成建議之根據並非立場，而係專業之判斷，故調解委員對於為選任決定之當事人並無受託人之忠誠義務 (Fiduciary Duty)，調解委員必須是中立且公平的執行協調的職務。有趣的是，因為調解委員所提供的建議為非拘束性的，如果一方當事人認為DRB所做成的建議有不公平或立場偏頗的情形，其實DRB的功能已經喪失。因此雙方當事人對於DRB的持續與無保留的信任，也是DRB存在的基礎，失去這個基礎，DRB即使未解散，也名存實亡。相反的，倘若當事人對於DRB仍具備充分的信賴，該專案的爭議亦可能減少，因為當事人知道在個別工程爭議進入調解、仲裁或訴訟程序前，已經過專業委員審查，倘該當事人明知DRB之審查意見係客觀與公正的，其以其他機制解決爭議之堅持亦不存在。

在DRB約款中不能忽略的是當事人終止調解委員職務之權利。細究此種終止權，又可分為「有理由」 (For Cause) 與「無理由」 (Without Cause) 之終止。通常無理由的終止權利用途較低，畢竟當事人一旦選任特定之調解委員，嗣經他造之同意，在無理由的情形下終止該選任，將直接影響DRB之運作。可以想見，如果當事人一方持續行使無理由終止權，DRB停留在殘缺狀態，自然無法正常運作。他造當事人尚須行使無實益之同意權，更是無謂的耗費，徒增雙方衝突。或許無理由終止權最重要的優點是當事人免除調解委員之職務時無須指明其理由，在人情考量下，不失為一種選擇。但無論如何，無理由終止權勢必僅存於行使選任權之當事人與其所選任之調解委員之間，他造當事人實不得在無理由的前提下免除對造所選任之調解委員。同理，當事人亦不得於無理由之前提下免除第三位調解委員之職務。而有理由終止權則較為彈性。在最核心的部份，當事人在特定情形下，有免除其所選任調解委員職務之權利。即

“DRB members may be terminated for cause only by their original appointer; the OWNER may only terminate the OWNER-appointed member, the CONTRACTOR may only terminate the CONTRACTOR-appointed member, and the first two members must agree to terminate the third member.”³

因為僅選任權人被賦予終止權，故第三位調解委員之終止權乃另兩位調解委員所共有。此機制設計之特色是，當一方當事人免除其選任之調解委員，並嗣後補充替選委員，第三位調解委員 (即DRB主席) 之選任時點即先於該替選委員，且並非替選委員所選任。此時，該替選委員即須主張其調解委員選任權利，倘若該委員

在第一次DRB會議前並未提出該主張，DRB主席開始主持爭議調解會議，將視為替選委員同意原第三位調解委員之選任。倘若替選委員於第一次會議前主張欲行使其選任權，則該選任程序與一般第三位調解委員之選任程序同。

其中較為有趣的課題是，當事人對於他造所選任之調解委員是否有行使終止權之可能。顯然，這個課題的真正意涵是當事人對抗程度與契約自由原則之權衡考量。免除他造所選任之調解委員職務自然是程序上的攻擊方法；可以想見，他造亦可能用同樣的方法防禦，DRB立即喪失存在意義，縱令DRB勉強維持運作，其嗣後提出之任何建議，對於已經劍拔弩張的雙方，非拘束性的建議有何實益？因此，較建設性的機制設計方式，應朝解散DRB，並賦予當事人重新組成DRB之權利，當事人對於特定調解委員已經失去信心之前提下，雙方所必須面對的課題是如何重新建構一個值得雙方共同信賴的DRB。在這個重建信心的過程中，任何程序都必須確保當事人間的互信，避免此動盪過程中，令當事人暴露在更多對抗、甚至攻擊的互動環境中。

三、DRB行使職務之考量

DRB行使職務的首要前提是熟悉該專案的內容。這可以透過工地的查訪以及參與專案會議而達成，因此DRB成立的最佳時機應該是在工程專案甫成立時，而非等到有具體爭議，方徵詢專家，再完成選任。當然，在專案初期即成立的DRB仍須待具體爭議出現時，才可能針對該爭議召開調解會議，並提供解決該爭議之建議。為求各調解委員能充分了解專案之背景與執行細節，DRB成員必須定期或不定期進入工地訪視、參與進度會議並閱覽專案文件 (包括契約文件、進度表、估驗資料、品質查核資料及與專案執行相關之各式報表)，DRB並得針對特定文件要求取得備份，以備未來解決爭議時，隨時能有第一手資訊可資參考。DRB能隨時掌握最新鮮與正確的資訊，也同時增加兩造對於DRB之信任度。

DRB最關鍵的功能就是提出調解建議。但DRB介入調解解決爭議的前提是

契約兩造無法在專案 (即兩方) 層次解決問題。換言之，DRB介入時，須先確認這是雙方已經嘗試解決過的問題，這個程序要求可以強化兩造的互信，並且避免一方當事人認為DRB是為了維護單方利益，即介入處理他方認為不是問題的問題。實務上，最直接的做法是一方當事人欲提出爭議時，需徵得他方的「合意」。此「合意」與一般情形所不同的是，他方的合意，並非「同意」將爭議提交DRB處理之意思表示，而是「確認」系爭問題無法經由兩方模式解決之意思表示。如果該合意是前者，則一方不願意將爭議送入DRB程序，顯然違反DRB設立之目的，故要求此種合意並無意義。相對的，如果他方當事人明確表示「同意」將爭議提交DRB處理，顯然亦「確認」系爭問題無法經由兩方模式解決，故要求後者之標準即足。

DRB開始審查系爭問題時，必須指定相當時間供當事人準備調解會議所需資料或文件。調解會議中，各方當事人皆須有充分的機會表達其立場與見解，並以相關之資料或文件加以支持。然而，在DRB會議前，當事人應無權利要求他方提供資料或文件，因為即使在DRB程序中，兩方的各種行為仍為執行專案的行為 (DRB亦為契約之特別約定程序)，故當事人是否得要求他方提出任何形式的資料或文件，端視契約約定內容而定。更重要的是，DRB倘不依循約定程序要求各種資料或文件之準備或提出，DRB無法解決該爭議之事實，將影響當事人如何選擇後續爭議解決機制，即自認較為優勢的一方，通常會傾向選擇對抗性高之機制，如訴訟。同時，DRB不依循約定程序處理爭議，亦將損及其可信度。

在調解會議後，DRB須迅速作成非拘束性建議，並要求雙方於一定期限內回應。當事人之可能做法包括：(1) 同意、(2) 不同意、(3) 不於期限內回應及(4) 有條件同意。因此雙方得到DRB建議後，將形成三類結果：(1) 爭議順利解決、(2) DRB仍有後續努力空間、(3) 雙方選擇其他爭議解決途徑，各種可能情境示於下表，並針對2、3類之情形簡要說明如下。

廠商	業主	同意	不同意	未回應	有條件同意
同意	爭議已解決	後續DRB 4	後續DRB 5	後續DRB 6	後續DRB 6
不同意	後續DRB 1	其他ADR 1	其他ADR 4	其他ADR 7	其他ADR 7
未回應	後續DRB 2	其他ADR 2	其他ADR 5	後續DRB 7	後續DRB 7
有條件同意	後續DRB 3	其他ADR 3	其他ADR 6	後續DRB 8	後續DRB 8

註：1. 請參看R. M. Matyas et al., Construction Dispute Review Board Manual, p. 13-17 (1996)。
2. 請參看Technical Committee on Contracting Practices Of the Underground Technology Research Council, American Society Of Civil Engineers, Avoiding & Resolving Disputes During Construction, p. 1 (1991)
3. 同前註1, Three Party Agreement 第9條。

下接三版



日盛銀行 SMART BANKING 智富理財中心

日盛全球「基」優班招生中

您的基金理財成績及格嗎？您是基金理財資優生嗎？

日盛智富 動態鎖利 投資計劃

分級收益
長期投資
投資組合

本計劃投資之基金均經金管會核准或同意生效，惟不表示無風險。基金經理公司以往之經理績效不保證基金之最低投資收益；基金經理公司除盡善良管理人之注意義務外，不負責基金之盈虧，亦不保證最低之收益，投資人申購前應詳閱基金公開說明書。

智富理財專線 0800-060-888 按3再按9 www.2.jhsun.com.tw 或洽詢日盛銀行各分行智富理財顧問



行事穩健、態度踏實、滿足客戶需求

管理精簡、技術求新、達成永續經營

國立海洋生物博物館世界水域館新建工程

高雄縣勵志新村新建工程

新亞建設開發股份有限公司

地址：台北市八德路四段760號15樓 電話：(02) 2528-8008