

# 請求仲裁人迴避之處理及其效力 —以德國文獻見解之再介紹為出發

吳從周\*

## 摘要

合議仲裁庭進行的仲裁程序中，仲裁當事人一方聲請他方選任之仲裁人迴避時，就該迴避事件究應如何處理？迴避事件處理中，仲裁程序應否停止進行？現行仲裁法第17條規定並不清楚。關於前者，實務判決傾向於：被請求迴避之仲裁人不得參與該仲裁決定，而應該另組仲裁庭；關於後者，實務判決及學說見解則仍相當分歧。本文擬在此實務歧見之基礎上，進一步詳細介紹德國法的修法過程與理論實務之見解，供我國思考此一問題之參考。

## 壹、實務見解之概況

由三人組成之合議仲裁庭進行的仲裁程序中，仲裁當事人一方聲請他方選任之仲裁人迴避時，就該迴避事件究應如何處理？現行仲裁法第17條第1項僅規定「當事人請求仲裁人迴避者，應…向仲裁庭提出，仲裁庭應於十日內做成決定」，此所謂應於十日內作成迴避請求之決定的「仲裁庭」，是否指包括被請求迴避之仲裁人在內的「原仲裁庭」？或者是指被請求迴避之仲裁

\*吳從周：現為台灣大學法律學院助理教授，台灣大學法學博士，德國科隆大學博士候選人，曾任法官。

人以外的「原仲裁庭」？抑或應另組仲裁庭處理？由於條文規定並不清楚，因而發生解釋適用上之疑義。

關於此一問題，在最高法院96年度台上字第1845號判決一案中，第二審台灣高等法院（95年度重上更（一）字第61號）曾採取「被請求迴避之仲裁人以外的『原仲裁庭』說」。認為：「仲裁法第十七條…第一項：當事人知有迴避原因，向仲裁庭聲請仲裁人迴避時，仲裁庭應於十日內作成決定。及第五項：當事人請求獨任仲裁人迴避者，應向法院為之等規定，再參酌各該規定之修訂，係參考聯合國模範法第十三條第二項、第三項之規定，可知上開法條第一項所指之仲裁庭應為原仲裁庭，否則當無可能於十日內作成決定。是以上訴人主張須重新選任仲裁人，另組一仲裁庭以為迴避聲請之決定，亦無可採。上訴人在系爭仲裁庭由主任仲裁人黃○榮、仲裁人施○興、詹○林三人組成後，雖於九十一年十月二十四日依仲裁法第十五條第二項第三款、第四款規定，具狀聲請主任仲裁人迴避。但仲裁人施○興已於九十二年一月十四日會議開始告知兩造代理人：『詹教授（即詹○林仲裁人）我們現在無法聯絡到，我們在九十一年十二月三十一日就你們的聲請為裁定，當時主仲（主任仲裁人）有迴避，詹教授和我都認為這不構成迴避的理由』…足見該迴避聲請之決定，被聲請迴避之主任仲裁人並未參與，而係由另二位仲裁人於九十一年十二月三十一日作成一致之決定，已達多數決，於法應無不合。」

但最高法院廢棄該判決，揭露出否定「原仲裁庭處理說」合法性之見解。理由謂：「按仲裁人之判斷，於當事人間，與法院之確定判決有同一效力，仲裁法第三十七條第一項定有明文。準此，仲裁庭既具實質法庭之性質，仲裁人之不偏頗，乃仲裁制度得以存續、被信賴之基礎，此為仲裁法第十五條第一項規定仲裁人應獨立、公正處理仲裁事件並保守秘密之所由設。是以當事人以仲裁人有上開第十五條第二項各款規定之迴避事由，聲請此仲裁人迴避時，即攸關該被聲請迴避之仲裁人得否繼續擔任仲裁之職務。於仲裁庭未依同法第十七條規定，作成駁回聲請之決定或當事人不服該決定，聲請法院為裁定之前，被聲請迴避之仲裁人，自不得參與是否迴避之評決（決定），及仲裁事件之判斷，始符仲裁法所定聲請仲裁人迴避之本旨。又仲裁庭評決之合法，係以仲裁庭之組織合法為前提。依同法第一條第一項有關除

獨任仲裁人外，仲裁庭應由單數之數仲裁人組成之規定觀之，系爭決定上訴人聲請主任仲裁人迴避之是否有理由，倘僅由原仲裁庭中之其他二位（偶數）仲裁人而非單數之數仲裁人組成仲裁庭為之，其組織能否謂為合法？由組織不合法之仲裁庭所作成之決定，其效力如何？均應先予釐清。」

據此見解，在其後之下級法院對不服仲裁人迴避請求之決定聲明不服所為之裁定，均沿襲此一見解（註一）。

應特別指出者係，下述之下級法院判決雖然均為地方法院之判決，但依據仲裁法第17條第3項及第4項之規定：「當事人對於仲裁庭之決定不服者，得於十四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」，故地方法院對此等迴避規定之裁定見解，均屬具有確定效力之終局見解，其見解即代表法院實務所宣示之確定見解，因此非常值得注意與重視，不應僅將之與一般地方法院不具有統一法律見解之功能等同看待。

在台南地方法院100年度仲聲字第2號裁定中，被聲請迴避之仲裁人參與仲裁請求之決定，對此，該法院裁定強調「參…當事人以仲裁人有仲裁法第15條第2項各款規定之迴避事由，請求該仲裁人迴避時，即攸關該被請求迴避之仲裁人得否繼續擔任仲裁之職務，於仲裁庭未依同法第17條規定，作成駁回請求之決定或當事人不服該決定，聲請法院為裁定確定之前，被聲請迴避之仲裁人，自不得參與是否迴避之評決（決定）及仲裁事件之判斷，始符仲裁法所定請求仲裁人迴避之本旨（參照最高法院96年度台上字第1845號判決意旨）。肆…仲裁庭既具實質法庭之性質，仲裁人之不偏頗，乃仲裁制度得以存續、被信賴之基礎，而受聲請迴避之仲裁人基於聲請迴避之本旨及保障當事人之信賴，自不得參與仲裁庭迴避之決定。故聲請人既向仲裁庭為謝O亞主任仲裁人迴避之聲請，該經聲請迴避之仲裁人自不得再參與是否迴避之評決（決定）及仲裁事件之判斷，然系爭仲裁決定竟仍由被聲請迴避之謝O亞主

註一：至於如果仲裁庭三人中之二仲裁人均遭請求迴避，則依據最高法院97年度台上字第2094號判決之見解，應類推適用仲裁法第17條第6項之規定，逕向法院聲明不服。該判決理由（四）謂：「…是以仲裁庭如係三人所組成之合議仲裁庭，其中二人遭請求迴避者，實難期待二位被請求迴避之仲裁人尚能為合理之決定，故於此情形，應類推適用仲裁法第17條第6項規定，被聲請迴避之仲裁人及仲裁庭不得自為無庸迴避之決定。」

任仲裁人參與仲裁程序而作成，參前諸法條及判決意旨，自有未洽。」

在高雄地方法院100年審仲訴字第2號裁定中，被聲請迴避之仲裁人固未參與迴避決定，但法院依然否定由原仲裁庭其餘二位仲裁人所作成之迴避決定之效力。理由謂：「二…當事人以仲裁人有仲裁法第15條第2項各款規定之迴避事由，請求該仲裁人迴避時，即攸關該被請求迴避之仲裁人得否繼續擔任仲裁之職務，於仲裁庭未依同法第17條規定，作成駁回請求之決定或當事人不服該決定，聲請法院為裁定確定之前，被聲請迴避之仲裁人，自不得參與是否迴避之評決（決定）及仲裁事件之判斷，始符仲裁法所定請求仲裁人迴避之本旨（最高法院96年度台上字第1845號判決意旨參照）…三…觀諸該仲裁決定書之記載，該案係由主任仲裁人楊○文及仲裁人蘇○江組成之仲裁庭作成准許相對人關於薛○全仲裁人迴避聲請之仲裁決定，則本件仲裁人薛西全經聲請人聲請迴避後，係由原仲裁庭中之其他偶數2位仲裁人而非單數之數仲裁人組成仲裁庭為之。依上開說明，其組織即難謂為合法，則由組織不合法之仲裁庭所作仲裁人薛○全應行迴避之決定，自難認為有效。另我國雖無常設之仲裁庭，然評決迴避聲請有無理由之仲裁庭組成，非不得依仲裁法第9條第1項、第2項、第4項之有選任仲裁人之規定或法理辦理，在實務運作上無窒礙難行之處，附此敘明。」此裁定最值得注意者係，法院在判決理由最後附帶的旁論中，更要求應該另組仲裁庭處理迴避事件（註二）。

最近，台灣高等法院暨所屬法院於100年11月16日舉行之 100 年法律座談會民事類提案第65號再度討論此一法律問題：仲裁程序中，當事人依仲裁法第 16 條規定請求仲裁人迴避，除獨任仲裁人應向法院為之外，仲裁法第 17 條所稱之仲裁庭，其組成是否包括被請求迴避之仲裁人？或應另組仲裁庭以作成應否迴避之決定？

討論意見之甲說，綜合上開最高法院96年度台上字第1845號判決及其下級法院之見解，認為「應排除被聲請迴避仲裁人之參與，而另由單數仲裁人組成之仲裁庭作成應否迴避之決定。」

註二：關於上開最高法院判決及其後下級審裁定之討論，可參見筆者參與之中華民國仲裁協會於100年6月13日舉辦之仲裁實務問題座談會之討論內容，會議紀錄刊載於仲裁季刊第93期，100年9月30日，頁42-69。對於此一判決之詳細評析，沈冠伶教授早有為文檢討，參見：仲裁人迴避爭議之處理程序與仲裁判斷之撤銷，載仲裁季刊，86期2008年8月，頁58-66。

討論意見之乙說則在結論上採取前述96年度台上字第1845號判決之高等法院（95年度重上更（一）字第61號）判決之見解，「被聲請迴避之仲裁人應迴避，由其餘仲裁人以多數決評決」，蓋「（一）依仲裁法第 19 條規定，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。故仲裁程序是否準用民事訴訟法之規定，仲裁庭原有裁量之權限。關於當事人請求仲裁人迴避時，其仲裁庭之組成，仲裁法並未明定準用民事訴訟法之規定，固非當然準用民事訴訟法第 35 條第 2 項規定而排除該被請求之仲裁人參與決定之權限。如該仲裁庭決定準用民事訴訟法，該被請求人應依民事訴訟法第 35 條第 2 項規定迴避，不得參與評決；如決定不準用民事訴訟法之規定，始應參酌其所選用程序之相關規定。（二）被聲請迴避之仲裁人依準用民事訴訟法第 35 條第 2 項規定結果，不得參與仲裁庭迴避之決定，應由其餘仲裁人以多數決評決；如仲裁庭之意見各不達半數或遲不為決定時，參酌民事訴訟法第 35 條第 1 項之規定意旨，可由主任仲裁人決定之。（三）如因仲裁人被聲請迴避而須另組仲裁庭，將曠日廢時，有違仲裁程序追求迅速及經濟效益之目的。另依國際仲裁實務及德國新仲裁法關於缺角仲裁之理論，亦無仲裁庭組織不合法之問題」。

值得注意者係，研討結論並不採取上開二說，而採丙說：該仲裁庭為「應包括被請求迴避之仲裁人」在內之原仲裁庭。理由為：「（一）仲裁法第 17 條除於第 6 項規定當事人請求獨任仲裁人迴避者，應向法院為之外，並未規定當事人請求仲裁人迴避時，應另選定仲裁人遞補或另組成新仲裁庭，以作成應否迴避之決定。故另選定仲裁人，或另就是否迴避之決定組成仲裁庭，並無法源依據。（二）仲裁法第 32 條第 2 項規定，合議仲裁庭之判斷，以過半數意見定之；第 4 項規定，合議仲裁庭之意見不能過半數者，除當事人另有約定外，仲裁程序視為終結。如此時仲裁庭之組成不包括被請求迴避之仲裁人，將難以達成多數決，而無法作成決定。（三）依仲裁法第 30 條第 5、6 款規定，當事人主張仲裁人欠缺仲裁權限（同法第 16 條第 1 項第 1 款之迴避事由），或其他得提起撤銷仲裁判斷之訴之事由（包括同法第 40 條第 1 項第 5 款被聲請迴避而仍參與仲裁者），經仲裁庭認其無理由時，仍得進行仲裁程序，並為仲裁判斷。已明文規定該欠缺仲裁權限者，或被聲請

迴避者，於經認定無仲裁權限或應迴避，仍得參與判斷。故而，依仲裁法第19條規定，就關於聲請仲裁人迴避之程序，即無再準用民事訴訟法之餘地。

（四）況仲裁法就聲請仲裁人迴避之程序，採二階段審查之立法例，第一階段由仲裁庭審查，第二階段由法院審查，如當事人就仲裁庭所作成應否迴避之決定不服者，仍得依仲裁法第17條第3項規定，聲請法院裁定之；或仲裁庭已進而作成仲裁判斷者，得依同法第40條第1項第5款規定，提起撤銷仲裁判斷之訴，已足以保障當事人之權益。又參酌德國新仲裁法之修法過程，及奧地利2006年修正通過之新仲裁法，明文規定迴避之聲請，由包括被聲請迴避之仲裁人在內之仲裁庭評決等，應認仲裁法第17條所稱之仲裁庭，即指原仲裁庭。（五）如被聲請迴避之仲裁人不參與迴避聲請之評決，而由其餘二仲裁人組成之仲裁庭為之，將僅餘聲請迴避之當事人所選任之仲裁人及主任仲裁人，仲裁庭之組成將失去平衡，而使得聲請迴避之當事人一造可能受到過度之保護，反失其公平性；或因難以作成決定而拖延仲裁程序，反不利仲裁程序之迅速進行（參考：沈冠伶著，仲裁人迴避爭議之處理程序與仲裁判斷之撤銷）。（註三）」

雖然，該座談會結論不採甲說所引述之最高法院96年度台上字第1845號判決之看法，就上開法律見解之事實上拘束力而言，最高法院上開判決之拘束力恐仍較高等法院座談會之結論為強。但就國際仲裁之潮流與比較法之規定而言，受到學說批判的此一最高法院上開判決之見解，其實在理論與實際操作上均甚有疑問。特別是，上開研討結論提及影響我國理論繼受甚深的德國仲裁法規定，為此，本文擬在此實務歧見之基礎上，進一步詳細介紹德國法的修法過程與理論實務之見解，供我國思考此一問題之參考，包括仲裁人迴避之請求如何處理，及其請求後之效力如何。

## 貳、仲裁人迴避請求之處理程序

涉及此一問題的我國仲裁法第17條共設有6項規定：「（第一項）當事人請求仲裁人迴避者，應於知悉迴避原因後十四日內，以書面敘明理由，向仲

註三：此一結論顯然受到前述註2文沈冠伶教授見解之影響。為因應此一實務見解之變化，中華民國仲裁協會於101年5月22日舉辦「聲請仲裁人迴避相關問題研討會」，本文見解曾於該研討會上宣讀作為引言。

裁庭提出，仲裁庭應於十日內作成決定。但當事人另有約定者，不在此限。（第二項）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。（第三項）當事人對於仲裁庭之決定不服者，得於十四日內聲請法院裁定之。（第四項）當事人對於法院依前項規定所為之裁定，不得聲明不服。（第五項）雙方當事人請求仲裁人迴避者，仲裁人應即迴避。（第六項）當事人請求獨任仲裁人迴避者，應向法院為之。」

相應的類似規範，德國民事訴訟法第1037條則規定：「（第一項）當事人得約定請求仲裁人迴避之程序，但應遵守第三項之規定。（第二項）無前項約定時，當事人請求仲裁人迴避，應在仲裁庭組成後，或當事人知悉第1036條第2項之情事後兩週內，向仲裁庭以書面提出請求迴避之理由。被請求迴避之仲裁人如不辭去其職務，或他方當事人不同意迴避時，由仲裁庭對該迴避做成決定。（第三項）依當事人約定之程序或前項規定之程序請求迴避被駁回者，請求迴避之當事人得於收受駁回裁定後一個月內，聲請法院作成裁定；當事人得另行約定期限。該聲請繫屬於法院後，包括被請求迴避之仲裁人在內之仲裁庭，得繼續進行仲裁程序並得作成仲裁判斷。」

相較而言可以發現，德國法與我國法相同，均採取兩階段審查方式：仲裁庭審查作為先前程序或前置程序，法院審查則作為第二階段的審查程序。

究竟，被請求迴避的仲裁人得否參與該仲裁庭作成迴避與否之決定，德國法上開條文與我國法一樣，均未明文規定，我國通說不同於前揭最高法院判決之否定見解，而多數採肯定見解（註四）。德國通說亦採肯定見解，但也有少數反對看法。本文在結論及說理上亦贊同我國通說及德國通說實務之見解。德國學說上強調之正反理由不一，茲綜合整理如下：

### 一、德國學說之正反見解

#### （一）肯定見解

綜合德國文獻上肯定見解，其贊成之理由包括：

註四：對此問題，我國已有基本之文獻專文從比較法之觀點詳細介紹，主要參見陳煥文、周少康，論仲裁人之迴避，載軍法專刊44卷1期，頁12-13；沈冠伶，仲裁人迴避爭議之處理程序與仲裁判斷之撤銷，載仲裁季刊，86期2008年8月，頁58-66之詳細論證。

### 1.贊成理由一：參考聯合國國際商務仲裁模範法

「仲裁庭仍應在期限內以書面，做出合法且有理由的決定…以通常的仲裁庭組織為之，包括被請求迴避之人在內，這也是聯合國國際商務仲裁模範法及德國民事訴訟法明白表示的見解（註五）」。

聯合國國際商務仲裁模範法第13條第3項即規定仲裁庭「得」繼續進行仲裁程序。

### 2.贊成理由二：由法院作第二階段之審查

「不同於民事訴訟法第45條第1項規定（註六）有關法官迴避的規定，所有仲裁人，包含被請求迴避之仲裁人均可參與作成迴避與否之決定。『任何人不得作為自己案件之法官』的原則，在此被打破。因為由仲裁庭作成的迴避決定，嗣後可以由法院再作審查，故先由包括被請求迴避之仲裁人在內之仲裁庭作成決定，並無大礙（註七）」。

「政府草案中規定的文字『應由不包含被請求迴避在內之仲裁人組成之仲裁庭對迴避請求為決定』，並未被採納，所以可以不予理會。因為依照第3項規定嗣後還有法院審查的程序，因此，任何人不可以在自己的案件當法官的原則，可以加以突破（註八）。」

3.贊成理由三：是否迴避最終仍取決於法院，所以不採取德國民事訴訟法中被請求迴避的法官不得參與裁判的規定

「由於最終仍應該依民事訴訟法第1037條第3項規定，取決於法院，因此應由包含被請求迴避的仲裁人在內的整個仲裁庭對迴避請求作決定。這種明顯與德國民事訴訟法第45條第1項規定的不同作法，因為仲裁程序的特性，應可接受（註九）。」

註五：MünchKomm-Münch, ZPO, § 1037 Rn.8.

註六：德國民事訴訟法第45條第1項規定：「迴避之聲請由被聲請迴避之法官所屬法院裁定之，被聲請迴避之法官不得參與。」相當於我民事訴訟法第35條第2項規定。

註七：Musielak/Voit, ZPO, § 1037 Rn.4.

註八：Saenger, ZPO, Handkommentar, 2.Aufl., 2007, § 1037 Rn.4.

註九：PG/Prütting, ZPO Kommenrat, 1,Aufl., 2010, § 1037 Rn.3.



4.贊成理由四：限制『任何人不得作為自己案件之法官』原則的適用，以防止請求迴避的當事人掌握優勢

5.贊成理由五：使被請求迴避的仲裁人有自我檢視的機會

亦有強調，「雖然由被請求迴避之仲裁人來參與決定，將違反『任何人不得作為自己案件之法官』的原則，聯邦議會的法律委員會卻認為，此一原則在仲裁程序並非毫無限制地可以適用，以防止請求迴避的當事人掌握絕對優勢…。因此，除非聯邦憲法法院宣告民事訴訟法該條文違憲，否則被請求迴避的仲裁人未參與決定，就是違反程序法之規定，因為依該條規定『他有參與決定之義務（註一〇）』，使其有自我檢視的機會（註一一）。」

### （二）否定見解

不過，文獻上也有採取反對之見解者，但在德國文獻上仍僅屬於少數說。其理由包括如下可供參考：

1.反對理由一：牴觸「任何人不能在自己的案件當法官」之原則

2.反對理由二：政府草案中原本有排除被聲請迴避之仲裁人參與決定之規定

不過，通說此種見解，不乏學者的嚴厲批評，認為舊民事訴訟法第1037條第2項條文未排除「由仲裁庭對該迴避做成決定」，只是一個「美麗的錯誤」（Schönheitsfehler），解釋上該仲裁庭應該不包括「被請求迴避之仲裁人」（此點，在1037第2項之政府草案中有規定：「應由未被請求迴避之仲裁人組成之仲裁庭對迴避請求為決定（註一二）」，否則將牴觸「任何人不能在自己的案件當法官」之原則（註一三）。）

3.反對理由三：德國民事訴訟法第1037條第3項第二句之反面推論

從德國民事訴訟法第1037條第3項第二句規定：「（第三項）…該請

註一〇：Jens-Peter Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 3.Aufl., 2008, Rn.1072; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 1037 Rn.4.

註一一：Stein/Jonas/Schlösser, ZPO, § 1037 Rn.4.

註一二：BT-Drucks. 13/5274, S.7.

註一三：例如Schwab/Walter, Kommentar, 6.Aufl., 2000, S.139 Rn.59，在我國，同此見解，范光群，仲裁法新論，頁180：為確保仲裁之公正性，如當事人未約定，解釋上應依本法第19條準用民事訴訟法第35條第2項解為不得參與仲裁庭之決定。

求繫屬於法院後，包括被請求迴避之仲裁人在內之仲裁庭，得繼續進行仲裁程序並得作成仲裁判斷」，反面推論可知，在該請求繫屬於第二階段法院的審查之前，「被請求迴避的仲裁人，不得參與作成迴避與否的決定（註一四）」。

## 二、德國實務之肯定見解

德國實務見解亦採肯定見解，但代表性之判決理由僅簡短強調：「從立法史上來看，被聲請迴避之人可以參與作成該請求之決定（註一五）」。

## 三、兩階段審查程序間之關係

應特別補充說明者係，德國實務見解（OLG München, MDR 06, 946）曾在其判決中特別強調：第二階段向法院聲請作成迴避裁定，「並不是對於仲裁庭之決定聲明不服的救濟程序，而是對於迴避聲請的獨立的法院程序，法院不再審查先前第一階段的前置程序中仲裁庭之組織是否合法，以及其他可能的程序瑕疵（按：包括仲裁程序是否停止等）。這些程序瑕疵只有在足以引發法院懷疑被聲請迴避之仲裁人的公正性與獨立性時，法院才會再加以審查。」換言之，兩階段的審查程序是各自獨立的程序，而非第二階段是第一階段的審級救濟程序，因此，法院如果認為被聲請迴避之仲裁人的公正性確實有疑慮，仲裁庭之不迴避決定並不適當，則即使原仲裁庭之組織不合法，法院也應該自行獨立作成仲裁人應否迴避之判斷，而非將原仲裁庭作成之決定撤銷發回原仲裁庭，否則將與仲裁程序目的在迅速而有效率地解決紛爭相抵觸。

可惜，我國法院實務見解似未認清此點，其作法與德國法院之見解不相同，均就第一階段仲裁庭之組織是否合法再作審查，而自居於是對於仲裁庭決定的審級救濟程序。

例如本文一開始曾引述之高雄地院100年審仲訴字第2號裁定（作成日期

註一四：Zimmermann, ZPO, 8.Aufl., 2008, § 1037 Rn.2.

註一五：這句話是最具代表性的德國慕尼黑高等法院（OLG München, MDR 06, 946）判決中明白的宣示，幾乎被所有針對此問題撰寫的文獻所引用。

100.3.25) 即謂：「觀諸該仲裁決定書之記載，該案係由主任仲裁人楊○○及仲裁人蘇○○組成之仲裁庭作成准許相對人關於薛○全仲裁人迴避聲請之仲裁決定，則本件仲裁人薛○全經聲請人聲請迴避後，係由原仲裁庭中之其他偶數二位仲裁人而非單數之數仲裁人組成仲裁庭為之，依上開說明，其組織即難謂為合法，則由組織不合法之仲裁庭所作仲裁人薛○全應行迴避之決定，自難認為有效」

又台南地院100年度仲聲字第2號裁定（作成日期100.5.18）亦謂：「受聲請迴避之仲裁人基於聲請迴避之本旨及保障當事人之信賴，自不應參與仲裁庭迴避之決定。…然系爭仲裁決定竟仍由被聲請迴避之謝定亞主任仲裁人參與仲裁程序而作成…自有未合。」

台北地院100年度仲聲第7號裁定（作成日期100.7.19）更明白指出：「仲裁法第17條規定…由仲裁庭適用之迴避程序，需仲裁決定先行，亦即，於仲裁庭為應否迴避之決定後，當事人不服該決定，始由法院判斷其不服是否有理由。故系爭仲裁程序係由仲裁庭所為，於本院撤銷系爭仲裁決定後，依仲裁法第17條規定，仍應由合法組成之仲裁庭就主任仲裁人謝定亞應否迴避之事，做成決定後，始由法院判斷聲請人主張其應迴避是否有理由，從而本件應由本院將系爭仲裁決定書撤銷後，另由合法組成之仲裁庭，就系爭主任仲裁人謝定亞迴避事項為適法之決定。」

筆者臆測，實務此種作法，或許是拘泥於我國仲裁法第17條第3項有「當事人對於仲裁庭之決定不服」字樣，而非德國法規定之「依…前項規定之程序請求迴避被駁回者，請求迴避之當事人得…聲請法院作成裁定」所致。不過，如果從仲裁制度的目的來加以解釋，我國法之規定實無與德國作不同解釋之理由，上開實務之作法應有修正之必要。

### 參、當事人請求仲裁人迴避時，仲裁程序是否當然停止？

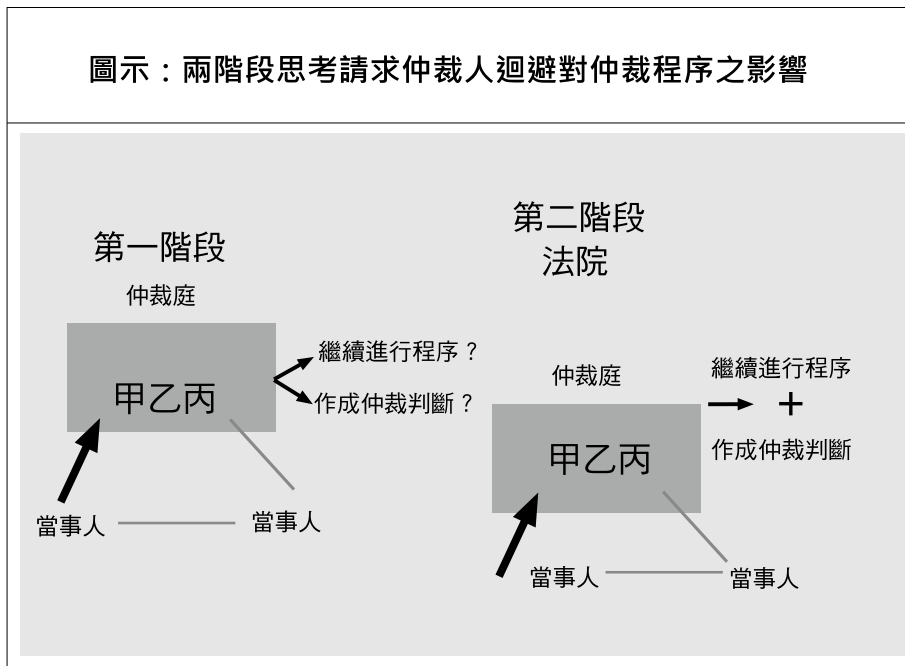
一、向仲裁庭請求仲裁人迴避時，該仲裁人得否繼續進行仲裁

## 程序?

關於此問題，有必要再進一步區分是在第一階段（向仲裁庭請求仲裁人迴避時，仲裁庭處理之階段）以及第二階段（仲裁庭作成不必迴避之決定後，當事人對仲裁庭決定聲明不服，在法院對該不服仲裁庭迴避請求之決定提出之聲請作成裁定前，法院處理之階段），仲裁人得否繼續進行仲裁程序？仲裁程序是否應當然停止？以進行討論。

為期容易進行對話，茲先圖示本文對此一問題之思考如下：

由於依我國仲裁法第十七條規定，當事人請求仲裁人迴避時，仲裁庭應



在十日內作成決定，因此，討論在仲裁庭作成迴避與否之決定前，仲裁人能否繼續仲裁程序，實益似乎並不大。或許也因此，在文獻上較少見到對此一階段之仲裁程序是否停止之討論。

然而即使如此，理論上這十日內仲裁人仍然有進行仲裁程序之可能，故是否應該停止仲裁程序，仍有討論之必要。對此，如果依照前述德國通說及實務有關仲裁人迴避之請求，應由包括被請求迴避之仲裁人在內之仲裁庭作成仲裁決定，則似乎可以推論，該仲裁程序沒有停止之必要，亦即，不論是

向仲裁庭提出迴避請求的期間或者是向法院對仲裁庭駁回迴避之請求聲請裁定之期間，仲裁庭均可以繼續進行包括調查證據及言詞辯論內在之仲裁程序（註一六）。

不過，如果從上開德國民事訴訟法第1037條第3項第二句規定之反面推論，則似乎只有在「不服迴避決定之聲請已經繫屬於法院後」，才可以繼續進行仲裁程序，在此之前由仲裁庭決定該迴避請求的第一階段（前置階段），即應停止仲裁程序（註一七）。準此，則在仲裁庭本身對於迴避請求作成決定之前，似乎應該要暫停仲裁程序，始較合理。蓋相對於仲裁庭已經重新檢視過仲裁人是否應該迴避而作成決定，僅係由法院作第二階段的審查而言，在仲裁庭尚未作成仲裁決定之前，仲裁程序之進行實較欠缺正當性；況此時暫停之程序理論上僅有十天，並不致於違反仲裁程序要求迅速終結的特性，且能兼顧公平之要求。

## 二、在法院對不服仲裁庭迴避請求之決定提出聲請之裁定作成前，仲裁程序是否停止？

### （一）仲裁理論上的兩種可能性

關於此點，我國仲裁法並未明文規定，但我國民事訴訟法第37條就法官被請求迴避時，訴訟程序應否當然停止，則設有規定：「（第一項）法官被請求迴避者，在該請求事件終結前（註一八），應停止訴訟程序。但其請求因違背第三十三條第二項（註一九），或第三十四條第一項或第二項之規定

註一六：Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Rn.1081.

註一七：但Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Rn.1081.並不贊成此種反面推論之方式。

註一八：所謂「請求事件終結前」，最高法院80年度第一次民事庭決議認為係指地院的合議庭作成駁回聲請之裁定後，如有抗告，尚須待抗告法院裁定確定後，被聲請迴避之法官始得進行訴訟程序，在此之前，事件均尚未終結，訴訟程序應停止。（同院78年台上字第1943號判例亦同）

註一九：亦即當事人已經就該訴訟有所聲明或陳述後，始以法官有偏頗之虞為由請求迴避。

（註二〇），或顯係意圖延滯訴訟而為者，不在此限。（第二項）依前項規定停止訴訟程序中，如有急迫情形，仍應為必要處分。」問題在於，本條規定應否或可否依仲裁法第19條規定，準用於請求仲裁人迴避？換言之，以下此即涉及到是否應準用民事訴訟法第37條規定停止仲裁程序的兩種觀點：

在仲裁理論上，此一問題，有兩種不同之觀點（註二一）：

第一種觀點從強調仲裁庭「公正」的觀點出發，仲裁庭應該停止行使仲裁權，直到法院或仲裁機構做出最後決定，例如荷蘭仲裁法第1035條，即規定請求迴避的理由應由請求的一方當事人通知被請求的仲裁人、仲裁庭及其他成員和另一方當事人，仲裁庭在收到通知之日起，停止仲裁程序。

第二種觀點則強調「效率」，認為當事人請求迴避並不當然有停止或撤銷仲裁人行使權利之效力，例如奧地利或瑞士。如果最終決定該仲裁人應迴避，則在組成新的仲裁庭之後，再由當事人請求或者由仲裁庭決定所進行過的程序是否應重新進行。蓋當事人自主選定仲裁人乃當事人之權利，不該因為他方當事人請求迴避即不能行使，應待請求迴避之理由被確定以後，才能在法律上肯定仲裁權主體之瑕疵及已進程序之無效，並防止因為一方當事人濫用請求權，而故意延滯仲裁程序之進行。

## （二）德國學說之爭論

### 1. 通說：不停止程序

德國民事訴訟法第1037條第3項則有明文規定，「依當事人約定之程序或前項規定之程序請求迴避被駁回者，請求迴避之當事人得於收受駁回裁定後一個月內，聲請法院作成裁定；當事人得另行約定期限。該聲請繫屬於法院後，包括被請求迴避之仲裁人在內之仲裁庭，得繼續進行仲裁程序並得作成仲裁判斷。」

該國通說強調，依該條項規定，儘管請求仲裁人迴避之程序已經繫屬於

註二〇：亦即請求法官迴避未依程序舉其原因向法官所屬法院為之，或者未就該原因於請求之日起三日內釋明之。

註二一：此部分介紹，參見喬欣，仲裁權研究——仲裁之程序公正與權利保障，法律出版社，2001年5月，頁64-66。

法院且仍在進行當中，仲裁庭仍然可以在被請求迴避之仲裁人的參與下，繼續仲裁程序，甚至作成仲裁判斷。這是為了加速仲裁程序，避免程序遭到故意阻斷。

但是這樣作，學說上同時也強調含有如下危險，亦即：如果迴避事由被法院認定成立，因而撤銷仲裁判斷時，前仲裁程序將因而不合法。因此，仲裁庭亦得在法院作成裁定前，停止仲裁程序。因此，學說上乃建議在法院尚未作出相應的裁定前，先停止仲裁程序。但並不具有強制力，因此，無論如何，不可忽略「不考量迴避請求而繼續進行之仲裁程序，本身隱含著重大的危險（註二二）」。

### 2.利益衡量決定說

德國學說上亦有強調，仲裁庭在決定是否要繼續仲裁程序時，應該要考量下列因素對案件情形進行利益衡量（註二三）：

（1）一般認為，請求迴避期間仍然進行仲裁程序，應該只是例外情形，應該謹慎行之，否則仲裁庭將會處在強大的正當性壓力之下；

（2）如果高等法院的裁定就繼續仲裁程序，一旦仲裁判斷被撤銷，將對當事人造成重大的勞費損害；

（3）相應地也應該考量順暢繼續仲裁程序對於他方當事人的利益；特別是如果有證據顯示，請求迴避的一方當事人是因為財產資力不佳，希望藉由迴避以及漫長的等待法院對迴避聲請之裁定（註二四），目的僅是企圖延滯仲裁程序，就有必要繼續進行仲裁程序；

（4）仲裁庭認為迴避請求顯無成立之可能（aussichtslos），也可以繼續進行仲裁程序（註二五）。

---

註二二：Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, Kommentar, 6.Aufl., 2000, Kap.14, Rn.26 (S.141)。

註二三：Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Rn.1082-1085.

註二四：法院應該在多久的時間內作成裁定，法未有期間限制之明文，德國實務上也顯示，法院常常數月之久始作成裁定。Vgl. Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Rn.1082.

註二五：Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, § 1037 Rn.8.但也有反對用這個價值判斷的標準決定應否繼續仲裁程序的Vgl.Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Rn.1084.

### （三）我國學說上的兩種見解

對此問題，我國學者范光群教授特別指出：「學者見解有採肯定說，認應繼續進行的，有採否定說，認應停止進行的，也有採折衷說，認仲裁庭有權決定是否繼續或停止的，無論何說，均各有利弊。本法雖無明文規定，但如仲裁庭認為當事人迴避的請求無理由時，依本法第三十條第六款規定，仍得進行仲裁程序，如認為請求非無理由者，則可依本法第十九條規定，準用民事訴訟法第三十七條規定，停止仲裁程序。因此，仲裁程序是否繼續或停止，仲裁庭應有決定權，而屬折衷說。（註二六）」似傾向肯定見解。

范教授此一見解與中國大陸的仲裁實務結論相同。按大陸仲裁法對此亦未規定，該國實務操作主要是透過參照該國民事訴訟法第46條規定，即：「被請求迴避的人員在人民法院作出是否迴避的決定以前，應當暫停參與本案的工作，但案件需要採取緊急措施的除外（註二七）。」

我國學者沈冠伶教授則以仲裁法的立法理由進一步詳細論證，結論採否定見解，認為仲裁法沒有再準用民訴訟法停止程序規定之餘地。理由謂：仲裁法第30條第5款「仲裁人欠缺仲裁權限」或第6款「其他得提起撤銷仲裁判斷之訴之事由」，應可包括「仲裁人應予迴避」之情形。蓋仲裁法第30條之立法理由中已謂：「參考聯合國國際商務仲裁模範法第13條第3項後段、第16條第3項後段及德國民事訴訟法第1037條、日本民事訴訟法第797條規定，增訂本條文，以符程序經濟之目的。」由該立法理由可知，立法者係有意將仲裁程序停止之問題整體規定於第30條，而宣示一個基本原則：有關仲裁之程序上爭議，在該項程序爭議確定前或繫屬中，仲裁庭仍「得繼續仲裁程序，並為仲裁判斷」。因此，於仲裁法第17條即未再重複規定，而非疏漏未定。故依仲裁法19條應該優先適用，而不再準用民事訴訟法上有關法官迴避

註二六：范光群，仲裁庭之組織，於仲裁法新論，中華民國仲裁協會出版，2009年6月，頁181。該處註54並引用日本學者小島武司之見解，認為縱有迴避之請求，仲裁庭仍得續行仲裁程序；只不過日後判決確定仲裁人應迴避時，當事人得據以提起撤銷仲裁判斷之訴。聯合國模範法第13（3）條亦同認，在請求迴避事件尚未終結以前，包括被請求迴避之仲裁人在內的仲裁庭，仍可繼續進行仲裁程序，並作成仲裁判斷。

註二七：喬欣，前揭書，頁66。



之規定（註二八）。

### （四）我國實務的三種可能看法

我國實務見解，即便僅依有限的裁定以及裁定中所表示的短暫的見解，似亦可歸納出三種不同看法：

#### 1.應停止程序說

台北地院100年度仲聲字第7號民事裁定裁定理由最後一點（第六點）謂：「聲請人雖聲請準用民事訴訟法第37條第1項規定，裁定仲裁程序予以停止等情。然民事訴訟法第37條第1項規定之應停止訴訟程序係屬當然停止，毋庸為停止訴訟程序之裁定，故依準用民事訴訟法第37條第1項規定之結果，聲請人經聲請主任仲裁人謝OO迴避，系爭仲裁程序即當然停止」。

#### 2.無庸停止程序說

高雄地院100年度聲再字第5號民事裁定謂：「又依同法第30條第5、6款規定當事人主張仲裁人欠缺仲裁權限（同法第16條第1項第1款之迴避事由），或其他得提起撤銷仲裁判斷之訴之事由（包括同法第40條第1第5款被聲請迴避而仍參與仲裁者），經仲裁庭認其無理由時，仍得進行仲裁程序並為仲裁判斷，業已明文規定該欠缺仲裁權限或被聲請迴避之仲裁人，於經認定無仲裁權限或應迴避前仍得參與判斷，核與民事訴訟法第37條應停止訴訟程序之規定迥異，可知仲裁法第19條規定關於此部分聲請仲裁人迴避之程序，當無再準用民事訴訟法之餘地。況仲裁法針對聲請仲裁人迴避之程序乃係採取二階段審查之立法例，第一階段由仲裁庭審查，第二階段由法院審查，如當事人就仲裁庭所作成應否迴避之決定不服者，仍得聲請法院裁定之或提起撤銷仲裁判斷之訴，此舉適足以保障當事人權益。且若被聲請迴避之仲裁人不得參與該項迴避聲請之評決，將使仲裁庭無從依法以單數意見作成迴避與否之決定，進而拖延仲裁程序，反不利仲裁程序之迅速進行。綜此以觀，仲裁法第17條有關決定仲裁人迴避與否一節，其仲裁庭之組成本得包括受請求迴避之仲裁人在內，當無疑義。準此，聲請人所指定之仲裁人李O玲律

註二八：沈冠伶，仲裁人迴避爭議之處理程序與仲裁判斷之撤銷，載仲裁季刊，86期2008年8月，頁65-66。

師雖經相對人對其聲請迴避，然揆諸前揭說明，受迴避聲請之仲裁人即李O玲律師依法本仍得參與仲裁庭之組成，並於審認系爭工程糾紛之前，由該仲裁庭審認聲請迴避之聲請案，故聲請人主張相對人既已聲請仲裁人李O玲迴避，則於該聲請迴避事件終結前，應停止系爭仲裁程序，相對人自不得聲請鈞院選定主任仲裁人云云，洵非可採。」

本文一開始提及之台灣高等法院100年法律座談會民事類提案65號討論意見中丙說之理由第三段中，亦與上開高雄地院100年度聲再字第5號民事裁定同樣指出：「依仲裁法第30條第5、6款規定，當事人主張仲裁人欠缺仲裁權限（同法第16條第1項第1款之迴避事由），或其他得提起撤銷仲裁判斷之訴之事由（包括同法第40條第1第5款被聲請迴避而仍參與仲裁者），經仲裁庭認其無理由時，仍得進行仲裁程序，並為仲裁判斷。已明文規定該欠缺仲裁權限者，或被聲請迴避者，於經認定無仲裁權限或應迴避前，仍得參與判斷。故而仲裁法第19條規定，就關於聲請仲裁人迴避之程序，即無再準用民事訴訟法之餘地。」

### 3. 視是否違反仲裁人獨立公正性而定

高雄地院100年度仲聲字第5號裁定之理由二謂：「仲裁庭既具實質法庭之性質，仲裁人不偏頗，乃仲裁制度得以存續、被信賴之基礎，此為仲裁法第15條第1項規定仲裁人應獨立、公正處理仲裁事件…之所由設。是以當事人以仲裁人有仲裁法第15條第2項各款規定之迴避事由，聲請此仲裁人迴避時，即攸關該被聲請迴避之仲裁人得否繼續擔任仲裁之職務。於仲裁庭謂依同法第17條規定作成駁回聲請之決定或當事人不服該決定，聲請法院為裁定之前，被聲請迴避之仲裁人，固不得參與是否迴避之評決（決定），及仲裁事件之判斷，以符仲裁法所定聲請仲裁人迴避之本旨；惟如不違上揭仲裁人獨立公正處理仲裁事務之旨，在仲裁法並無如民事訴訟法第37條所定於仲裁人遭聲請迴避時，應停止仲裁程序相類規定之情形下，被聲請迴避之仲裁人，在聲請迴避事件未確定前，應非不得依上述仲裁法第19條之規定為必要且無違仲裁人中立、客觀之程序，以利仲裁程序進行。…」又理由三（二）謂「…本案系爭仲裁決定，既非就被聲請迴避人謝定亞應否迴避所為之評決或決定，亦非就系爭仲裁事件進行判斷，僅係就原主任仲裁人謝定亞應否迴避，應另組成程序仲裁庭之決定，縱被聲請迴避人謝定亞亦參與該仲裁決

定，客觀上尚無違仲裁人中立、公正之要求…（三）況本案系爭仲裁決定，既係就系爭仲裁事件中，有關主任仲裁人謝定亞應否迴避，決定應另組成程序仲裁庭，則客觀上亦應無影響系爭仲裁事件之判斷結果…」

### （五）小結

應先說明者係，細繹高雄地院100年度聲再字第5號民事裁定涉及程序停止之事實，其實為：聲請人聲請仲裁人李律師迴避，在該聲請迴避事件終結前，相對人又聲請選定主任仲裁人，未停止系爭仲裁程序。故該裁定是針對：該聲請迴避事件在第一階段仲裁庭作成決定前，毋庸停止仲裁程序而發，值得注意。其餘實務見解之裁定似均針對第二階段毋庸停止仲裁程序而發。

如前所述，本文認為第一階段仲裁程序應當然停止，蓋在第一階段仲裁庭尚未作成仲裁決定之前，仲裁程序之進行實較欠缺正當性；且此時暫停之程序僅有十天，並不致於違反仲裁程序要求迅速終結的特性，並兼顧公平之要求。但第二階段仲裁程序得停止，但非當然停止，而是原則上停止，但得由仲裁庭衡量具體情形決定是否繼續仲裁程序。

此外，在立法政策上或許可考慮與第一階段相同規定仲裁庭應於十日內作成決定之規定，增設規定法院應於一定時間內作成迴避裁定之期間限制，以加速仲裁程序之進行，並使仲裁庭在第二階段之法院作成裁定前，即使停止仲裁程序，亦不致於延宕程序過久，以緩和仲裁庭是否應決定停止仲裁程序之兩難。

**肆、一方當事人對仲裁庭作出「被請求迴避之仲裁人不需迴避」之決定不服，請求法院裁定，在法院裁定前，倘仲裁程序不停止進行，且在仲裁庭作成仲裁判斷後，法院始裁定該被請求迴避之仲裁人應行迴避時，此時，當事人應如何救濟？**

仲裁人迴避的結果，是由雙方當事人重新選定仲裁人，問題在於：仲裁人更換後，仲裁程序是繼續進行抑或重新進行？中國大陸仲裁法第37條第2款規定：「因迴避而重新選定或指定仲裁人後，當事人可以請求已進行的仲裁程序重新進行，是否准許，由仲裁庭決定。仲裁庭也可以自行決定已進行的仲裁程序是否重新進行」，以同時尊重當事人意思與仲裁庭之決定權（註二九）。

范光群教授謂：「如仲裁程序繼續進行並作成仲裁判斷，而最後仲裁人迴避的請求又未被駁回者，當事人得以仲裁人請求迴避而仍參與仲裁為理由，提起撤銷仲裁判斷之訴（本法第40條第1項第5款）（註三〇）」。

按當事人向法院對仲裁庭之決定聲明不服，是一種「形成聲明」而非確認聲明。仲裁人之職務將因法院之迴避裁定而終結，並非僅確認當事人之迴避權存在而已。故從法院作成迴避之裁定確定時起，被聲請迴避之仲裁人職務權限因而喪失，不得再參與任何包括緊急處置在內的行為。應重新選任並組成仲裁庭，重新進行仲裁程序。

附帶言者係，有理由之迴避請求僅向將來發生效力（*ex nunc*），在請求迴避之前，被請求迴避之仲裁人已為之行為，仍有其效力

註二九：劉敏、陳愛武主編，現代仲裁制度，中國人民公安大學出版社，2004年11月，頁61-62。

註三〇：范光群，仲裁庭之組織，於仲裁法新論，中華民國仲裁協會出版，2009年6月，頁182。