違法判斷的積極救濟途徑（下）

藍瀛芳*

摘要

仲裁判斷的監督有行政監督與司法監督的不同型態。前者是仲裁庭、仲裁機構或其監督單位於判斷送當事人前或其後所行使的監督，而後者僅指判斷在送交當事人，因當事人認其有違法事由，經向法院起訴後由法院所進行的監督。在司法監督的類型上，有積極的救濟途徑與消極的救濟途徑兩種不同的措施。這兩種措施皆見於國際法與各國的國內法。本文將以積極的救濟途徑做探討的內容。在積極的救濟途徑中，又有激烈的撤銷判斷的訴訟與和緩的發回判斷的訴訟等不同措施。這兩種訴訟制度已普遍見於國際法與國內法，可是我國法尚未有發回判斷的訴訟制度。前項訴訟制度形成較早，其存在的價值觀在八十年代起有了更迭，影響了各國的新立法。尤其在撤銷判斷事由的立法上，國際法一再要求這些事由的減縮與局限於程序事由，以呈現判斷的終局效。可是各國法卻基於判斷的合法性與其品質的提昇，而有所保留。因而出現許多仲裁法進步的國家法院迄今還堅持某些實體事由的維護，以監督判斷的實質合法與其品質的基本要求。文內特別對國際法的期待標準與國內法及其實務上所存在的特殊現象加以分析，即在說明期待與現實的落差情況。至於撤銷判斷訴訟事由的擴充、限縮與捨棄以及法院判決的效果等重要問題，因篇幅所限，無法在此敘述。後項發回判斷的訴訟制度雖然已普遍見於各國法，但因形成較晚，各國間分歧性較大。後段的文中先做一般性的說明後，再就現行各國制度的情況，做些比較的觀察。

關鍵詞：積極救濟用途Active remedies、消極救濟用途Passive remedies、發回判斷Remission、撤銷判斷Setting aside / Annulment、越權判斷Ultra petita、怠權判斷Infra petita、發回的更新判斷Award following remission、仲裁職務終了Functus officio

* 藍瀛芳：法國巴黎大學法學博士，目前爲元貞聯合法律事務所主持律師。除擔任仲裁法課程教職外，還曾多次擔任國內及國際上仲裁案件之仲裁人與仲裁律師。謝謝數位匿名審查委員非常用心的審查，並提供寶貴之意見，使作者獲益良多。

貳、發回判斷的訴訟

引述

積極的救濟途徑僅承認撤銷判斷一途時，因判斷的被撤銷，使做成的判斷隨即消滅，當事人間的爭議如同未曾仲裁，而須再行仲裁或訴訟解決。這種效果不僅延誤解決爭議的時間，也增添當事人的經濟負擔。又，這樣的單一救濟途徑，使法院僅能選擇撤銷與不撤銷，別無其他選項，欠缺和緩的折衷措施，實有待改善。而發回判斷的訴訟途徑，即是彌補撤銷判斷產生過於激烈效果的一種機制。判斷發回的程序不但不使判斷消滅，也使職權已終了的仲裁庭恢復其職權，以促使發回的判斷有更正的機會，並且一方面能徹底解決爭議，另一方面也有發揮快速與經濟的功能。

這裡使用的「發回判斷」係概括性的用語，雖然模範法僅使用remission一語，可是在外國法上尚無統一的用語。例如英文尚有referring back, re-institution, revocation, remand, remanding等的稱呼。在法文也同樣有révision, reformation, révocation, requet civile 等稱謂。這種現象也許與其制度尚未發展到完善的程度或欠缺統一化有關。又，發回判斷訴訟在有關事件的法院管轄及法律性質等皆與撤銷判斷訴訟事件相近，因此不對這些問題再加重述。

以下將先就目前有關發回判斷訴訟做個別的介紹，然後再對此制度與相關制度做些綜合性的比較觀察。

一、發回判斷訴訟的制度概況

上級審判機構將確定判決發回原審判機構更爲審判的非常途徑，早已見諸國際法與國內的民事訴訟法。可是這種非常的救濟途徑在一般國內仲裁法中，卻長期被忽視。這裡先以國際立法的情況做說明，然後觀察國內法的情況。

（一）國際立法的概況

1899年的海牙公約（Art.55）與1907年海牙公約（Art.83）皆因倡導使用和平方法解決國際爭端，對於確定判決與判斷在後來發現「新事實」時，皆允許有再審的途徑。關於得提出再審的具體條件則規定在1907年國際法院章程（Art.83）內。1920年設立的國際常設法院的章程[Art.61]也規定再審的機制（註一四四）。自八十年代以來每個年代皆見到有國際法院做出再審判決的案例（註一四五）。這項原則也見於目前的公法上的仲裁判斷。例如世界銀行的投資爭議仲裁中心的仲裁規則[Art.51(3)]即有這項規定。另外，伊美索賠仲裁院的仲裁規則雖然仿傚自聯合國的「仲裁規則」，該規則雖然無相關發回判斷的規定，可是在其實務中，如判斷係以詐術或諸如由僞造文書、僞證等嚴重事由而獲得者，皆有獲得發回再審的機會（註一四六）。在民事訴訟法上，當事人須遵守已確定的判決所拘束，不能就已解決的爭議再行訴訟。可是此判決有時是依照不法的方法或證據所做成，只是到判決確定後才知悉或發現新事證，於有此情況時，法律爲貫徹正義，不得不另外開闢所謂「再審之訴」做爲非常的救濟途徑予以補救，並彌補一般救濟途徑之「上訴」的不足。再審爲各國訴訟法所規範。可是仲裁法基於快速程序的特性，以肯定判斷終局性的需要，因而未見類似再審的程序機制。如果有再審之訴所規定的事由存在，受不利判斷的敗方當事人也可以在判斷的承認與執行程序中，以勝方的判斷已違反公序爲由使其不生效力。因而有人認爲仲裁法無需此機制，且認爲仲裁法無此規範係故意的不做立法，而非無意間的立法上之疏忽。近來有人認爲上述見解並不正確，因爲只有在立法上有類似再審的程序時，才可以使違法的判斷在予以撤銷外，另有補救的機制，而無須只以積極的方法使違法判斷消失。因而認爲一般羅馬日耳曼法系國家的仲裁法在此問題上欠缺規範，實係出於過去的疏忽。而在普通法系國家的發回判斷訴

註一四四：文內所述資訊，引自Dominique Hascher, La revision en arbitrage international, in Liber Amicorum Claude Reymond, Litec Paris, 2004, pp.111及其註一到註四。

註一四五：上述專文的註5列舉這些系列判例，可供進一步參考。

註一四六：案例見上揭專文註18及Yearbook Comm. Arbi.Vol.XIX （1994）, pp.11,22. 另見C. Brower and J Brueschke, The Iran-U.S. Claims Tribunal, Martinus, 1998,pp.242.

訟之機制即形成一面借鏡。自從模範法在規範撤銷判斷事由的第34條內另導入其第4項才使此問題受到重視與探討，並被認爲與撤銷判斷訴訟同爲積極的救濟途徑，且有其特殊的功能，其詳將另述於後。這項國際立法影響到後來各國的國內立法，且相當普遍的被繼受（註一四七）。

（二）國內法與其實務概況

在處理仲裁判斷的積極救濟途徑問題上，羅馬日耳曼法系國家與普通法法系的國家有不同的傳統立場。前法系國家在長期間僅承認撤銷判斷一途，後來有些國家才逐步以立法或判決方式，允許有發回判斷的途徑。可是各國在彼此間各自保有特色，少有一致性，且迄今尚有少數國家未接受此機制的。相反的，在後法系國家則在其立法上一致的規範到判斷的撤銷與發回的兩種救濟途徑（註一四八）。因此，對本問題情況的探討，宜就法系的不同分別觀察：

1、 羅馬日耳曼法系國家的情況

在這以成文法做爲主要法源的法系國家，相關制度皆須以有法律規定做依據。爲迎合時代潮流，已有不少國家採用了發回判斷訴訟做爲其積極的救濟途徑，並以立法方式予以規範，也有些國家則以判決方式加以承認（註一四九）。以下觀察這法系幾國國內法的不同情況:

(1) 法國法

採用雙軌制的法國法，在內國判斷與國際判斷的救濟途徑上也有兩套不同的機制。以下就這項發回判斷的問題分別說明：

註一四七：依據P. Sanders所收集的資訊，僅保加利亞與埃及兩國在採用此條時，排除了發回判斷的機制。見，P. Sanders, Unity and Diversity in the Adoption of the Model Law, AI, Vol11, No,. 1（1995）, p.21.事實上，這位著名的國際專家還沒注意到台灣法的情況！

註一四八：事實上，計劃經濟法系的中國法[Art.61]也採有此制度。

註一四九：例如西班牙在實施新法以前就曾經以判決承認發回判斷的訴訟制度。資訊，引自International Handbook on Commercial Arbitration, Suppl. 13, Spain, by B. Cremades, p.20.

A、內國判斷事件

在國內的判斷方面，「撤銷判斷的救濟」（Recours en annulation）與「發回判斷的救濟」（recours en revision）兩者皆受到同樣的重視。有關後項救濟途徑已被明文規定[Art.1491]其「適用有關判決所規定的情況與條件」。在過去的舊法期間，這種判斷的特殊救濟途徑也被稱爲判斷的「再審」（requete civile）。目前的新法稱其爲「發回判斷的救濟」，此制度準用民事訴訟法第593條到第603條係有關民事再審的規定，其中的第595條係有關提出再審訴訟的四項法定事由。其內容如下：

(a) 如於判決後，始發現勝方的判決係以詐術獲得者；
(b) 如於判決後，發現重要文件係由一方所持有者；
(c) 如判決所依據的文件，經承認或經法院認定爲不實在者；
(d) 如判決所依據的証明（attestations）、證人的證詞（temoignages）或法庭的宣誓（serments）在判決後，經法院認定爲不實者。

值得注意的是，以上事由皆與公序有關。可見判斷發回的救濟權不得事前捨棄，與撤銷判斷的訴訟權顯有不同。

B、國際判斷事件

在國際的判斷事件方面，法律規定[Art.1507]上揭國內判斷[Art. 1491]的規定於此無其適用。詳言之，有關內國判斷的發回規定，不適用於國際判斷。立法者做出此措施的主要目的是在維護判斷的終局效，以嚴格的限縮判斷的救濟途徑。1981年的新法無此規定，因而曾經引起學界關心。學者間對仲裁法應否有此機制也引發過爭論。例如Fouchard教授就曾認爲此類情事發生的機率不高，縱使發生也有防衛權的保障或公序等理論可資救濟，並不見得須有此措施才算有救濟途徑。可是多數學者認爲新法將此機制廢除後，如果在撤銷判斷的訴訟權屆滿後，才發現有詐欺或證據不實等情事時，更難有救濟的途徑，實有欠妥（註一五〇）。由於此爭論不斷，終使最高法院在1992

註一五〇：以上資訊，引自Fouchard,Gaillard et Goldman, op. cit., p.932, para.1599。

年的判決（註一五一）中，再度承認了此制度。下面即此件事件的判決理由，內中就說明承認此機制的必要：

『雖然新民事訴訟法第1507條已將發回判斷的救濟予以排除，而依據欺騙行爲情事的一般法律原則，國際仲裁事件在法國做成的判斷，在做成判斷後仲裁庭存在（或得重新集合），發現有欺騙情事時，應例外的允許予以發回（使仲裁庭更新組成）』（Il résulte des principes généraux du droit en matière de fraude que, non-obstant l'exclusion du recours en révision par l'article 1507 du nouveau Code de procédure civile, la rétractation d'une sentence rendue en France en matière d'arbitrage international doit etre exceptionnellement admis en case de fraude lorsque le tribunal arbitral demeure constitué après le prononcé de la sentence （ou peut à nouveau réuni）。

在此判例法的發展情況下，法律條文[Art.1483]所規定不服判斷的當事人向法院提出申訴的救濟時，法院所給與的救濟途徑有給予廢棄的，也另有更爲裁判的。換言之，依據條文[Art.1483]規定法院對申訴的救濟途徑即對判斷予以變更或予以撤銷（la voie de l'appel est seule ouverte, qu'elle tende à la reformation de la sentence ou à son annulation）。受理此申訴的法院如認爲申訴無理由時，即駁回其請求。此駁回之裁定，形同法院確認判斷的執行力。如果法院認爲當事人的申訴爲有理由，受理法院有兩種措施可採用：(i)即得自行判決，即以判決予以撤銷或(ii)將之「發回」由原仲裁庭更爲判斷。如果受訴法院更爲判決時，此時即依據一般訴訟程序更爲審理，並依原仲裁協議與仲裁的聲明內容循實體法規定自行判決[Art. 1487]。此判決已與仲裁判斷無關，爲一般法院的判決，有布魯塞爾公約（Art. 27）的適用。如果法院將其發回原仲裁庭爲更新判斷時，法院在裁定書內往往表明其意見，供仲裁庭參考（註一五二）。

註一五一：這判決即 Cass: Ire civ., 25 mai 1992, Fougerolle c. Procofrance, JDI, 1992,974, note E. Loquin；Rev. arb., 1993, pp.91。

註一五二：採用法國這套機制的有葡萄牙[1986年法Art.29]、秘魯、加拿大、突尼西亞等，資料見P. Sanders, op. cit., p.153, para.225。

(2) 荷蘭法

採用單軌制的荷蘭法，在這項問題的法條中迄今還使用request civiel的訴訟來稱呼這類機制。因其訴訟法係繼受自法國法，而以requete civile（民事再審）稱之，而有再審的意義，惟英文將之譯爲revocation，宜有所注意（註一五三）。這種訴訟與撤銷法院判決的訴訟相近，但實質上完全不同。因此宜以「發回」（request civiel）訴訟稱之。荷蘭法對判斷的變更（發回）與前面所述判斷的撤銷有相同的效果，可是兩者的訴訟事由完全不同。詳言之，判斷的撤銷事由與程序事由有關，而判斷的發回則僅涉及實體的事由。依據第1068(i)條的規定，僅於有下列三種情事時，始得提出這種訴訟（註一五四）：

1、全部或部分判斷係以詐術獲得，惟在判斷制作後才發現該詐術在程序進行中爲他方所知悉下進行；此情況與訴訟詐欺相同；

2、全部或部分判斷係依據僞造文件所制作，惟此僞造文件在判斷作成後才發現；

3、在判斷後一方獲得對仲裁庭的判斷具影響力的文件，而此文件爲他方持有。

依據第1068條第2項的規定此發回事件的管轄法院與撤銷判斷事件的管轄法院不同。發回訴訟的管轄法院直接歸撤銷判斷事件的上訴法院，且當事人須於知悉文件僞造或獲得該文件後，三個月期間內提起。又，此同第1068條

註一五三：Dr. J van den Berg, National Report: The Netherlands, Yearbook Comm. Arbitration, Vol.XII（1988）,pp.33。

註一五四：荷蘭法在此問題上與比利時法[Art.1704(3)]規定原則相近。以下將比利時法所規定的下列三項事由列出，供參考：
(i) 如判斷以詐術獲得者；
(ii) 如判斷所依據之證據經判決認定或經受益方自認爲不實者；
(iii) 如在判斷後發現決定性的證據爲對方所持有者。
在比利時法，這項救濟途徑與撤銷判斷的訴訟不同，後項措施須不服判斷的當事人於收悉判斷書後三個月內行使其訴訟權，而本項救濟途徑則於發現此事由後三個月內提出訴訟，且其最長期限不得超過五年[Art.1707(3)]。事實上，此項救濟形同其再審制度。

第2項宣示前第1067條於本條也有適用。詳言之，判斷經發回再審時，與判斷經撤銷相同，使法院恢復對爭議事件的管轄權，當事人的仲裁協議也隨即失效。換言之，所謂的發回已非發交原仲裁庭審理，因此當事人的爭議就改歸法院管轄。這項立法在其國內引起學者的嚴厲評擊，並指稱這項規定將無法在實務上被實現（註一五五）。

(3) 瑞士法

瑞士的仲裁法係採用雙軌制，有關發回訴訟的立法須分就內國判斷與國際判斷觀察：

A、在國內仲裁事件

邦際仲裁法第七章「無效的申訴與發回」（Nichtigkeitsbeschwerde und Revison）內，先以第36條規定撤銷判斷（判斷無效的申訴），然後再以第41條到第43條所規定判斷的「更新審理」（révision即「發回判斷」）。此第41條所規定之事由，有(i)因依據瑞士法所宣判的犯罪行爲，而影響到判斷時，或(ii)因於判斷當時，當事人對重要事實與其證據無從知悉者等之一情事時，當事人得訴請判斷的發回，以更新判斷。這些事由係依循聯邦的民事訴訟法（La loi fédérale de l'organisation judiciaire –OJ）第137條所規定的內容制訂（註一五六）。這類事件的管轄法院歸仲裁地的邦法院，其訴訟程序依各邦的民事訴訟法。有須在此先說明的是，瑞士新近剛通過邦聯的民事訴訟法，此新法將於2011年元旦開始實施。以上所敘述的內容將有所更動。

B、在國際仲裁事件

國際私法的第十二章國際仲裁內僅就撤銷判斷的訴訟加以規範，而有關判斷的更審或發回則無任何條文。這項缺陷是立法的疏忽，卻不是故意的遺漏（註一五七）。有學者認爲這項遺漏應該類推適用聯邦民事訴訟法第

註一五五：Poudret et Besson, op.cit., par. 844, note 475-476.

註一五六：有關瑞士法的較完整資訊，見Dr. R. Briner, Switzerland, Interl' Handbook on Commercial Arbitration, Suppl.27, Dec. 1998。

註一五七：資料，見Poudret et Besson, op. cit., p.834。

137條的規定，允許聯邦法院有權將判斷發回。可是學者Bucher期待瑞士也有發回判斷的制度，但不認同聯邦法院有上揭類推適用原則的權力。另有學者Briner主張只要有犯罪行爲存在，皆得引用憲法[Art.4]的規定，做爲發回判斷的依據（註一五八）。聯邦最高法院爲迎合學者的呼籲，於1992年以判決回應各界的要求，並填補了這項立法的漏洞（註一五九）。依照法律規定[上揭Art.137OJ]，如果判斷曾受過犯罪行爲的影響，縱使該行爲未受判決也得爲此事由；或如果聲請救濟方知悉重要事實或證據在判斷前已存在，但非因其過失而不能引用者也得爲其事由。換言之，於有以上事由時當事人須於九十天以內訴請救濟，其最長的期間不能超過十年。這類事件原則上歸聯邦法院管轄。最高法院在一則判決中還陳明「於裁定發回時，其並不歸屬聯邦法院自行更新爲實體判決。參考邦際仲裁法第43條之例，該事件應發交判斷的原仲裁庭或重新組成的仲裁庭」（“en cas d'admission de la révision, il n'appartient pas au Tribunal fédéral de statuer lui-meme à nouveau sur le fond. A l'exemple de l'article 43 CIA, la cause doit etre renvoyée au tribunal arbitral qui a statué ou à un nouveau tribunal arbitral à constituer.”）（註一六〇）。換言之，此1992年的判決係以立法者係有意限制判斷的救濟途徑，才無此立法。法院認爲對這項遺漏可以依據聯邦的民事訴訟法（第137條、第140條到第143條）的規定做類推適用（註一六一）。過七年後同法院在宣示法院有權受理這種法條所未規定的發回，也判令由仲裁庭更新判斷的訴訟程序（註一六二）。

註一五八：資料，見Poudret et Besson, op. cit., p.834。

註一五九：資料，見Poudret et Besson, op. cit., p.834。

註一六〇：P c/ S Ltd. ATF 118 II 199, SJ 1992； Bull. ASA 1992, p.356. 此判決書一開始就說明「判斷的發回依據國際私法第176條等的規定須承認其爲法律狀態所必然的後果。因而這是法律漏洞的填補而已」（“la révision des sentences arbitrales au sens de l'article 176 et s.LDIP s'impose comme une conséquence indispensable de l'état de droit. Il y a des lors lieu de combler une lacune de la loi.”）

註一六一：資料，見Poudret et Besson, op. cit., p.834。
有待補述的是，在1989年以前有關國際仲裁事件還在適用此國內法的規定。

註一六二：這即是1999年5月11日聯邦最高法院民事庭的判決。此判決書未對外公開（arret non publié / Nicht in der Amtlichen Sammlung veroeffenlicht），但部份內容則登載於 ASA Bulletin 1999, p.323.

這類國際判斷的發回訴訟歸聯邦法院管轄。判斷經發回後，受理的仲裁庭須遵循法院的發回意旨，爲更新判斷。仲裁庭有無開庭審理的需要，由仲裁庭自行決定。對於更新的判斷如有不服，當事人得向法院提出撤銷判斷的訴訟（註一六三）。

瑞士自2007年開始實施新的聯邦法院組織法（Loi sur le Tribunal Federal – LTF），內中許多規定與規範國際仲裁的國際私法有關，其第107條第2項就規定「聯邦法院受理救濟者，法院得自行審核實體事項或將事件發交原審理機構，使其更新審判。法院亦得將事件發回原判斷的初審機構」（Si le Tribunal fédéeral admet le recours, il statue lui-meme sur le fond ou renvoie l'affaire à l'autorité précédente pour qu'elle prenne une nouvelle décision. Il peut également renvoyer l'affaire à l'autorité qui a statué en première instance.）。自此新法實施的前後，在聯邦最高法院就出現了兩件發回判斷的判決。第一件是2006年發回判斷的判決，此案涉及俄羅斯公司的洗錢事件的判斷［見ASA Bull.,550,（2007）］，另一件2009年發回判斷的判決，此件爲國際商會仲裁庭於1996年就拉法葉艦隊買賣傭金事件（L'affaire des fregates de Taiwan）的判斷。關於後一件判斷，因巴黎的刑事預審法官（juge d'instruction）Mr. van Ruymbeke雖然以其中一位被告Mr. Sirven在審理中死亡，而予以「不起訴處分」（ordonance de non lieu），可是在國防機密被解除後，發現被告關某與Mr. Sirven在仲裁庭所謂向中國關說的證述，都是Mr. Sirven所編造，此等行爲形同「訴訟詐欺」（escroquerie au procès），依據此不實的證述所做的判斷，已構成聯邦法院組織法[Art.123]所規定，縱使已逾時十三年，還允許有特殊的

按這是涉及兩公司集團的子公司間，就兩棟在西班牙旅館及其高爾夫球場的投資事件，因出售公司的負責人個人擔保一定金額的獲利未達成所引發的爭議。仲裁庭在1998年1月做出1993年度與1994年度的賠償判斷，但駁回其他年度的請求。聲請人於1998年9月以有新事證，聲請發回交由另一仲裁庭審理，在同（1998）年10月間又因發現1995年與1996年損失的新證據，再追加請求這兩年度的更新判斷。這兩項更新判斷的聲請皆爲受理法院所接受。這項判決即宣示雖然瑞士法在法條上無明文規定，但判斷的發回更新判斷已有可能。

註一六三：資料，引自International Handbook on Commercial Arbitration, Suppl.27, by R. Briner, p.38。

救濟途徑的機會。最高法院也將此原則適用於國際判斷（註一六四）。

(4) 義大利

義大利的仲裁係採用單軌制，可是在發回判斷的規範上卻呈現出雙軌制。詳言之，義大利法[Art.831(1)]宣示判斷的發回訴訟僅適用於國內的仲裁判斷，而法條[Art.838]另規定其不適用於國際判斷，但當事人另有約定時，不在此限。國際判斷的無其適用是在確保判斷的終局效。這項立法是否正確曾引起學者的質疑。又依據條文這種判斷的變更（per revocazione）是指於當事人於無法撤銷判斷時，才有這種救濟途徑。另者，最高法院在1952年的判決中，認爲此變更判斷的事由不得做爲撤銷判斷的事由。既然兩種事由有別，這也說明這兩種程序爲不同的救濟措施。

有關這種判斷變更（per revocazione）事宜，法律規定[Art.831]判斷如有民事訴訟法[Art.395 (1)(2)(3) e (6)]所規定的事由時，即得提出此訴訟。這些事由可歸納如下：

(a) 如一方對他方施以「詐術」（dolus）而獲得判斷者；

(b) 如判斷所依據的證據經自認爲不實或經認定不實，且爲他方所不知悉者；

(c) 如於判斷後發現對判斷所依據的證據爲他方所持有或因有不可抗力的情事而無法提呈者。

於有以上事由之一時，當事人得依規定程序[Art.828]訴請法院予以變更（註一六五）。

(5) 德國法

依照舊民事訴訟法[Art.1041(1)(6)]規定判斷於有如同判決書之發回更審

註一六四：A. Rigozzi and E. Leimbacher, The Swiss Supreme Court Refits the Frigates - ICC Award Set Aside After More than Thirteen Years, in LIA, Vol.27, No.3, 307。

註一六五：資料，引自Prof. Avv. Giorgio Bernini, Report: Italy, from Handbook on Commercial Arbitration, Suppl.3,（1985）, p.50。

的情事時，也得發回由原仲裁庭更新判斷。可是依照模範法制訂的民事訴訟法內的新「仲裁篇」內已無此規定（註一六六）。詳言之，目前德國法在對不法判斷的積極救濟途徑上之立法[ZPO Art.1059(4)]上，完全仿傚了模範法[Art.34(4)]的規定，法院在受理撤銷判斷的訴訟中，因當事人的聲請，經法院認爲妥善時，得將判斷發回由原仲裁庭更爲判斷。可是在實務上此發回由原仲裁庭的更新程序，僅限於判斷書在形式上的錯誤或瑕疵的更正，而排除實體方面的更新審理（註一六七），這項實務與瑞典法相同，而與荷蘭法不同。2008年漢堡法院就以當事人間是否有「編列引用」的仲裁條款爭議事件，仲裁人採用聲請人的肯定主張，未理會相對人所指有僞造文書的抗辯，竟然未加調查逕行判斷，此受理法院即將之發回命原仲裁人更新審理。

(6) 瑞典法

瑞典法[Art.35]允許法院在審理撤銷判斷的訴訟程序時，得在一定期限內停止其審理程序，並命令做成判斷的仲裁庭，在一定期間內更新其程序，以更正其判斷，俾防止判斷被撤銷。受訴法院會採用此措施者，通常僅認爲有使判斷充實堅固的需要或是雙方當事人提出此項請求時，才會採用到此程序措施。例如法院發現判斷中欠缺一位仲裁人的簽名情況時，即停止其程序，命仲裁庭（人）於一定期限內爲簽名補正。原則上，這種情況僅限於形式上的補正而已。換言之，更新審核的仲裁庭不得爲實質的更新審理（註一六八）。

2、普通法法系國家的情況

在這以判例法做主要法源的法系國家，其訴訟制度與前法系國家也有別，在這些國家，尤其法官在程序法上有甚大的裁量權，爲前法系國家所無。爲避免判斷的撤銷，法官有權發回判斷，並命原仲裁庭更爲判斷。這項

註一六六：資料，見Poudret et Besson, op. cit., p.838。

註一六七：資料，引自Prof. K-H Boeckstiegel, Report: Germany, from Handbook on Commercial Arbitration, Suppl.26,(1998), p.29.

註一六八：資料，引自Lars Ulrichs and R. Akerman, The New Swedish Arbitration Act, ARIA, Vol.10, No.1(199) pp.73-74.

機制，早已出現於英格蘭，而到十九世紀中葉，才以立法方式予以規範。以下以此法系內的英格蘭法與美國法做觀察的對象：

(1) 英格蘭法

在英格蘭法的觀念中，如果判斷有遺漏（缺失）或錯誤時，宜由受訴法院將之發回（remission／referring back）原仲裁庭令其自行補救，以免被撤銷。例如判斷理由牽強無明確事證或欠完備，經發回後由原仲裁庭更新審理，由中獲取的新事證（additional findings）或追加理由（additional reasons）重新判斷。如果有「怠權判斷」（infra petita）情事時，由原仲裁庭做出「追加判斷」（additional award）。詳言之，更新程序後的判斷爲一新判斷（a fresh award），原判斷即自行消失。原判斷也有可能因而獲得補正。對當事人而言，在解決爭議上不但這種程序具有避免不公（判斷）的安全網（註一六九），且還有省錢與省時的優勢。如此一來總比判斷被撤銷，其所剩留下來的爭議還須重起仲裁或訴訟的情況爲佳。自此機制在十九世紀中被運用以來，法院在發回的裁定中通常會表明「法院的意見」（court's opinion），供仲裁庭審理時的參考。至於此「意見」（opinion）與法院的decision或determination是否有相同的性質，在經長期間有過爭議，後來採取否定說。換言之，對更新的判斷不得以與「意見」不同做爲撤銷的理由（註一七〇）。

英格蘭的這種制度形成於十九世紀，在運作上因時代的推移屢有變動，五十年代與七十年代的法律與目前的新法也有不同。由於撤銷判斷與發回判斷的訴訟在同一程序進行，判斷須撤銷或須發回完全由受理法官依職權裁量。而法官在行使此裁量權時，也有一定的遵循標準。如果判斷的違法是出於仲裁人的嚴重違誤與不正當的行爲或當事人以不正當行爲所獲得等情事時，法官即予以撤銷。相反的，如果無以上情節，且判斷的瑕疵不嚴重，且

註一六九：“As a safety net to prevent injustice” 資料引自Redfern and Hunter, op.cit.,p.433, note 67。

註一七〇：關於這項爭議的過程與演變，見Mustill and Boyd, op.cit., pp.618-620.

能予以補正時，即將之以發回方式處理（註一七一）。例如判斷書雖已記載理由，可是法院認爲這些記載的理由欠說服力或不完善。這時法院可將之發回原仲裁庭予以補足其理由（given further reasons）。

1996年新修訂的仲裁法在這機制上，除了做很少部分的澄清外，皆維持舊法的原則，因此大多數原則未有變動。判斷全部發回，其更新程序後的判斷爲一新判斷。如果僅部分發回時，新法[s.69(3)(c), s.71(3)]明訂仲裁庭「應僅就發回部分做出新的判斷」（the tribunal shall make a fresh award in respect of the matters remitted），無需提及未發回部分的判斷。這點與舊法[s.22 of 1950 Act]要求在新判斷書中也連帶提述（those parts of the award not remitted to be reproduced in their original form in the fresh award），以示有新判斷的情況不同。詳言之，發回判斷使仲裁庭僅恢復發回部分的裁判權。在此原則下，仲裁庭只能考慮這部分的新證據，但對新發生的爭點無管轄權。這種經發回後更新作成的判斷，通常稱之爲「發回的更新判斷」（awards following remission）。

在審理的仲裁人方面，以原仲裁人續行審理爲原則。可是原仲裁人死亡、辭職、不願續約擔任此職務時，仲裁人依原約定或法律規定[s.27]的原則選定之。如果當事人對原仲裁人沒信任時，應如何處理？新法對此無規定。依照舊法的原則，當事人不同意由原仲裁人續行審理時，法院即應將該判斷撤銷。這項原則在新法中也宜做相同的解釋（註一七二）。如果新舊仲裁人恢復其審判權以審理發回的判斷時，不問是全部發回或部分發回，須於裁定發回日起三個月內做出新判斷。此三個月爲原則性的規定，法院依法[s. 85(5)]有權予以延長或縮短（註一七三）。

註一七一：這些標準即是1959年仲裁第22條(s.22)所規定的撤銷與第23條(s.23)所規定的發回仲裁人再考慮（to the reconsideration of the arbitrator）的制度。詳細資料，見Mustill and Boyd, op.cit., p.548。

註一七二：As in Re Fuerst and Stephenson[1951] 1 Lloyd's Rep 429.引自 Merkin op.cit. par.18.30 fin。

註一七三：以上詳情，見Merkin, op.cit., par. 18.29[remission of an award]。

(2) 美國法

在受理撤銷判斷事件中，美國法院也繼受英格蘭法的傳統，有判斷發回仲裁庭更爲判斷的措施。這種措施僅限於判斷有撤銷的情事爲前提，與英格蘭法的情況相同。換言之，判斷無撤銷事由時，根本無考慮發回的可能。這項原則，也皆見於州法（註一七四）與聯邦法。通常法院會將判斷發回更新審理有以下兩種情況：(1)一種是在撤銷判斷的訴訟時，法院認爲不宜撤銷判斷時所做的措施；(2)另一種是在請求執行判斷的程序中，輸方當事人以判斷有不法情事，不宜允許執行時，所做的發回措施。執行法院會將之予以發回者，通常僅於有下列情況時才會做此措施，以便判斷可以發生執行的效果：(1)判斷主文所記載數目有誤；(2)當事人姓名記載有誤或欠完整；(3)所記載執行的財產權狀態欠明確；(4)判斷有越權判斷或怠權判斷的情事。綜合觀察，這些內容與判斷書的形式問題有關。因此，發回後的更正判斷，其內容不能涉及爭議的實體問題（註一七五）。這項原則不但見諸法條（註一七六），法院在其實務上也做嚴重的限制（註一七七）。

至於發回判斷的措施，也有兩種不同：（i）一種是發回由原仲裁庭（人）更新判斷；（ii）另一種則是發回由新仲裁庭（人）更新判斷。當事人

註一七四：在紐約州，在仲裁規則除允許仲裁人更新審核判斷（review of the award）外，法院在確認仲裁判斷的所謂「判決書的登錄」（entry of judgment）程序中，以認定此判斷之具合法性，在此程序中還有權將判斷命令仲裁人更新審理（remittal to the arbitrators for rehearing），或於有文字上的錯誤或計算上的錯誤時，命令仲裁人予以更正（modification by the court）。資訊與資文獻，見M. Rubino-Sammartano, op.cit., p.463, note 63.

註一七五：例如在紐約州法院的一則判決（Matter of Wolff & Munier（Diesel Constr. Co.,）41 A.D. 2d 618,340 N.Y.S 2d（1st Dep. 1973）中，法院發現仲裁庭的原判斷有形式上的缺陷，經發回後的更新判斷竟然涉及對原判斷的實體更動，上訴法院除了維持後判斷的撤銷之外，還以原判斷未依當事人的聲請內容爲判斷也一併予以撤銷。此資訊，引自Lawyers' Arbitration Letters 1970-1979, The Free Press, New York,p.156.本頁另有其他類似案例，可參考。

註一七六：諸如 Uniform Arbitration Act, Art.9, Art.13(a)(1)(3),N.Y. CPLR 7509, 7511(c), California CCP Arts. 1284, 1286(a)(c)

註一七七：以上資訊，引自Lawyer's Arbitration Letters 1970-1979, The Free Press, New York,p.156.

對法院的這種措施，不得異議。法院對其措施的不同，完全視仲裁庭行爲不法的情況做決定。法院認爲判斷之得撤銷係因仲裁人非故意的過失（honest mistake），而法院不願予以撤銷時，就將之發回，由原仲裁人更爲判斷。法院的措施使仲裁人的職權恢復，不發生「職務終了」的問題。如果法院認爲得撤銷的判斷係仲裁人有「明顯的不當行爲」（an obvious misconduct），且已造成當事人受害時，即將之發回由重新選定的仲裁人更新爲判斷。這項原則僅是基本而已，應否由新仲裁人判斷，最後還是由受理法院裁量決定。以上實務見於聯邦法院，也見於州法院（註一七八）。

在相關立法上，可參考美國聯邦仲裁法[Art.10.a]與一些州法。事實上，在有些州的仲裁法中，即保留上揭濃厚的普通法的機制，不對違法判斷逕行撤銷，而將之發回更審。例如Ohio州的法律[s.2712.70（C）]就規定「法院…於認爲妥當時，也得令將當事人間的全部或部份爭議向同仲裁庭或另一新仲裁庭再提請仲裁」（“A court… may also order that all or part of the dispute between parties be resubmitted to the same or a new arbitral tribunal as it finds appropriate”.）。類似此規定的立法還見於其他州（註一七九）。

二、發回判斷訴訟制度的比較觀察

在對發回判斷訴訟於國際法與國內法的概況做過說明後，以下將其與其他近似制度做異同的比較觀察，以發現發回判斷訴訟的特徵（一），然後再概括的敘述其提出的時程與事由（二）（三）以及法院發回判斷後的救濟措施（四）。

註一七八：Martin Domke, The Law and Practice of Commercial Arbitration, pp.317-319, par.35.03[Remanding to Same or Other Arbitrator]。

註一七九：例如北卡（North Carolina）的法律[s.567.13（c）]也宣示 “The Court may order a rehearing before new arbitrators or [in cases specified] before the arbitrators who made the award or their successors.”。與此相同的還有Florida Article 684.23（3）等。以上資料，引自 P. Sanders上揭文 p.22。

（一）關於發回判斷訴訟的特徵

對特徵問題的探討，宜採用與其他類似制度的比較，以凸顯出發回判斷訴訟的特徵。其比較的對象爲瑕疵判斷的救濟與撤銷判斷的訴訟，其內容如下：

1、發回判斷訴訟與瑕疵判斷的救濟的比較

仲裁庭在做成判斷時，仲裁人的職權即隨同終止（functus officium），這項原則爲仲裁法的基本。可是法律在承認發回判斷訴訟與承認有瑕疵判斷的救濟途徑時，現代的仲裁法皆認爲仲裁人的職權隨即恢復，使仲裁人有更新程序與更正判斷或追加判斷的機會。這是發回判斷訴訟與瑕疵判斷救濟機制所共同的原則。可是這兩種機制有其基本的差異，如下：

有關瑕疵判斷的救濟措施得因仲裁人的自行發動與當事人的聲請而開啓。相反的，發回判斷的訴訟則僅能由當事人提出此訴訟而開啓。仲裁人無權發動。瑕疵判斷的救濟通常屬於情況輕忽，影響到判斷執行效，藉由救濟措施使判斷的形式與內容更爲完善。相反的，發回判斷通常是因判斷本身的不法爲當事人難以接受。因而以訴訟方法發回判斷，使仲裁人更新判斷的訴訟。詳言之，瑕疵判斷的救濟，在使原判斷獲得補救，其爲原判斷的更新，其內容以判斷的形式有瑕疵或不法爲對象。而發回判斷的訴訟係以更新的判斷替代舊的發回之判斷，其內容則不限於判斷形式的不法，而且及於判斷實體的違法，在透過訴訟判決的發回，以獲得更新的判斷。

2、發回判斷訴訟與撤銷判斷訴訟的比較

發回判斷訴訟與撤銷判斷訴訟的結果皆使原判斷消滅，可是法院於以裁判發回判斷時，使仲裁人的審判權恢復，以便仲裁人能更新判斷。然而法院將判斷撤銷時，不僅判斷隨即消滅，仲裁人的權能並不恢復。在發回判斷後所進行的仲裁程序原則上爲原仲裁程序的延續。可是判斷經撤銷後，當事人如再以仲裁處理其爭議時，此仲裁爲新的仲裁程序，與原仲裁程序無關。另在羅馬日耳曼法系國家，發回判斷與撤銷判斷爲不同的訴訟。以下就此兩訴訟程序在不同法系的情況，簡述之。有關其各自之不同的特定事由，另敘述於後。

在普通法系的國家，發回判斷的程序並不是做爲個別的救濟程序而設計，它僅是在撤銷判斷程序架構的一部分而已（註一八〇）。因此，在英格蘭法制中，發回判斷訴訟通常是當事人不滿判斷而向法院訴請其撤銷時，經受理法院認爲其尚有補救的機會，而裁定發回原仲裁人更新判斷。由此可見這兩種訴訟互相關連，有時難以區隔。在這樣的架構，兩種措施皆基於相同的事由，法院將採用何種救濟措施，完全依照仲裁庭違法的情況以做出其裁量權。

在羅馬日耳曼法系國家，這兩種訴訟的差異性卻很明顯，不僅訴訟事由互相不同，且各自有其獨特的程序。還值得注意的是，在此問題上縱使法系不同，所有國家採用發回判斷的訴訟目的相當一致，即在避免判斷的被撤銷，使判斷經更正後能獲得其應有的效力。這種功能顯然與撤銷判斷的目的在消滅此判斷，使其不存在，並使判斷效力失所附麗的目的完全相反。因而在此架構下，判斷須撤銷或須發回完全依照當事人的訴訟目的或其聲明來決定。法院無決定撤銷判斷與發回判斷的裁量權。

在以上差異外，發回判斷的訴訟既然使爭議在發回後，由原仲裁庭或新的仲裁庭更爲判斷。因此，發回的判決對原仲裁協議不生影響。此與撤銷判斷有影響到仲裁協議的爭議，也有不同。

（二）關於發回判斷訴訟的提出時間

就事由的存在形態言，撤銷判斷之訴的事由皆發生於程序終結與在當事人收到判斷書後發生，而且法律還規定於判斷後短期內提出訴訟。相反的，發回判斷之訴的事由僅限於判斷後始發現或知悉的「新事證」者，通常當事人能獲得提出此訴訟的機會不大（註一八一）。綜合觀察，發回判斷之訴爲

註一八〇：“The procedure is not conceived as a separate remedy but place in the framework of setting aside proceedings.” Holtzamnn and J. Neuhaus, op.cit.,p.967

註一八一：“In the United Kingdom, remission have proved a very valuable remedy by avoiding the choice between completely quashing the award and allowing no relief at all. It was very rare in practice in the United Kingdom for an award to be set aside；a court had to intervene, the less drastic remedy of the remission was usually granted.” See Holtzmann and J. Neuhaus, op.cit., p.984.

一種特殊的或非常的救濟途徑，與撤銷判斷訴訟的一般性救濟途徑不同。

（三）關於發回判斷訴訟的事由

在普通法系的國家，由於撤銷判斷的訴訟程序與發回判斷的訴訟難有區分，因此兩者間的訴訟事由當然不易區隔。

在羅馬日耳曼法系國家除了採用模範法國家，也許有相同的事由的可能外，在這些國家間幾乎「各有其制」。詳言之，在發回訴訟的事由上，彼此間互相不同，更難見其一致性。進一步分析，更見發回判斷的訴訟事由與撤銷判斷訴訟的事由全然不同。發回判斷的事由大多涉及實體的公序，這類事由不得事前捨棄，而撤銷判決的事由多涉及程序上的事由。此情況與普通法系國家的情況完全有別。

另外，還值得進一步探討的是，在撤銷判斷之訴的事由方面，因有國際立法的要求，有較大的統一性。可是在發回判斷之訴的事由上，許多羅馬日耳曼法系國家因有準用民事訴訟法的再審事由，而有較多的相近事由，且還以詐術爲中心，還擴及僞造文件與僞證等事由。可見各國間在發回判斷之訴的事由上差異性尚大。美國法在這方面亦與此相近，而在聯邦仲裁法[Art.10, a]中也列出詐欺也爲撤銷判斷的事由，也成爲的發回的事由。如果就兩種訴訟的事由再進一步分析，發回判斷之訴的事由大多涉及公序的性質，而撤銷判斷之訴的事由則僅少數涉及公序。

（四）關於判斷發回後的救濟措施

發回判斷的訴訟爲有理由，經法院依其裁量決定發回或是依據當事人聲請發回後，當事人間的爭議將循何途徑獲得解決。對此問題，以上的法律資訊顯示出有下列三種不同的救濟措施：

(i)由原仲裁庭更新審理與判斷：英格蘭法，法國、瑞士等判例法；

(ii)由新仲裁庭更新審理與判斷：英格蘭法，法國判例法；及

(iii)由法院審理與判決：荷蘭法。

前兩類型的程序爲仲裁程序的接續，最後類型則爲法院訴訟程序的接替。

發回判斷之訴先由法院裁定發回交仲裁庭，由仲裁庭續行審理及更新判斷。不問仲裁庭爲原本的仲裁庭或重新組成的仲裁庭，續行的或更新的爲原仲裁程序的延伸。這項原則使原仲裁庭因做成判斷而宣示職務終了的原則獲得改變，允許恢復其審判權。詳言之，新舊仲裁庭因這種權能的恢復，以新判斷替代舊判斷，而解決了當事人間的爭議。這是爲積極救濟途徑的發回判斷之訴，發揮了正面的功能。相反的，在撤銷判斷之訴的結果，如果法院肯定原告的請求而撤銷判斷，當事人間的爭議並未解決。這即所謂欲解決爭議而未完全解決爭議的措施，使得爲積極救濟途徑的撤銷判斷之訴未能發揮正面的積極功能。

結語

判斷的撤銷使解決爭議的判斷，因法院的裁判而消滅，當事人間的爭議既然等同未曾解決，而須重新仲裁或訴訟。對當事人言，這不僅是金錢的浪費，也有時間的浪費，嚴重的危害到判斷的終局效。如果仲裁人的判斷無明顯的或故意的違法，這種判斷可以經由法院的糾正而獲得更改，以滿足當事人的需要。這樣的措施比起法院過於激烈的撤銷措施更有利當事人。換言之，在以積極的方式處理違法判斷的措施中，宜允許有較爲溫柔的發回判斷以做補救。國際立法與近代的國內法，在面對違法判斷的積極救濟途徑上，已普遍的承認撤銷判斷訴訟與發回判斷訴訟的兩套措施，這說明發回判斷訴訟在現代仲裁法上的重要性。我國在1998年制訂的仲裁法對此制度並無任何規定，法院在實務上，也未若過去法國或瑞士法院的開明，以裁判採用這種機制，實在可惜。國內新仲裁法的立法說明書中，一再宣稱這部仲裁法是『參考聯合國國際貿易法委員會的國際商務仲裁模範法及英、美、德、日、法等先進國家立法例』（詳，見法務部陳報行政院「商務仲裁條例修正草案」函及總說明與條文對照表），可是這些先進立法例中的發回判斷訴訟並未受到注意，更使人懷疑上揭總說明的眞實性。

在探討發回判斷之訴的事由與撤銷判斷之訴的事由後，我們發現這兩種事由皆同時見諸於我國仲裁法第40條有關撤銷判斷之訴的事由內。例如此條第6項到第9項有關仲裁人參與犯罪行爲之罪行、判斷基礎之證據係僞造或變造及其他虛僞情事等等事由涉及實體與公序，與國際立法將撤銷判斷的事由限縮於程序事由的情事不同。既然在撤銷判斷之訴的事由裡，也有發回判斷訴訟的事由，這就難怪我國撤銷判斷之訴的訴訟事由項目之多，是世界各國中最多的特殊立法例！如果再研閱新法前身的「商務仲裁條例」的相關規定（即第23條），我們亦發現新法內的條文係源自上揭舊條例，而非引自「先進國家立法例」。這也說明上揭立法說明書所陳述與事實不符。事實上，新法第40條第6項等的事由與民事訴訟法上的再審之訴的事由有關。這更說明新法的思維還停留在舊思維的年代，不是現代仲裁所期盼的制度。

發回判斷的訴訟既然是處理違法判斷的一種重要的積極救濟途徑，期盼我國法院也能如歐陸國家以判決承認此機制，使國內的仲裁法也能迎合國際潮流，在撤銷判斷的訴訟外,另有此和緩與經濟的措施。如果法院持續墨守成規，無法開拓，最後只得期待立法者能確實的仿照「先進國家立法例」，予以立法規範。