

# 衡平仲裁與法律仲裁的實務判別 —兼以撤銷仲裁判斷訴訟見解之分析歸納為中心

楊智守\*

## 摘要

目前國際間就衡平仲裁以*amiable composition*（法國觀）與*ex aequo et bono*（瑞士觀）為二大不同類型，本文先就其主要差異進行比較說明，再試圖解析我國仲裁法第31條衡平仲裁之歸類定位，分別以事實認定與法律適用進行歸納分析最高法院判決以探求衡平仲裁的實務判斷標準，發現以我國法定義及立法說明，偏屬瑞士觀；從法院判斷標準來看，則偏屬法國觀；但就當事人對法律仲裁的理解，又偏屬英格蘭定義；最後從司法採形式審查的發展，則趨向美國仲裁制度。為能讓衡平仲裁制度在我國發揮更大效益，可考慮修法採聯合國商務仲裁模範法第28條雙類型併列規定模式，明確化仲裁庭得調整填補當事人契約條款之要件，增列仲裁判斷不備理由或理由矛盾為撤銷事由，並促使仲裁庭踐行闡明義務，俾使衡平仲裁出最妥善之判斷。

### 關鍵字

衡平仲裁、法律仲裁、撤銷仲裁判斷、*amiable composition*、*ex aequo et bono*

## 壹、前言

仲裁制度，乃國家因應社會經濟活動多樣化，為期定分止爭，在訴訟制度之外，提供人民得以衡量紛爭事件所涉之實體利益與程序利益，本於程序處分權及程序選擇權，合意擇循的私權紛爭解決機制。

仲裁法自民國87年6月24日修正原名稱「商務仲裁條例」及公布全文56條（並自修正公布日後6個月施行），即屬立法機關考量仲裁特性，參酌

\*楊智守：臺灣大學法律系畢業、高雄大學法律學系研究所畢業；曾任臺灣高雄地方法院法官兼任庭長、臺灣橋頭地方法院法官兼任庭長；現任臺灣高等法院高雄分院法官。

國際商務仲裁之通例，且為維護仲裁制度健全發展之必要所為之制度設計（註一）。

即使當事人基於私權自治及處分自由原則（註二）而選擇仲裁，立法者仍於仲裁法設計下列三種權益保護機制：一、當事人於特定狀況仍得逕行起訴（判斷逾期（註三）或判斷不能（註四））；二、仲裁判斷應聲請執行裁定為原則（判斷範圍及內容限制之審查（註五））；三、訴請撤銷仲裁判斷（仲裁程序重大瑕疵（註六））。其中，當事人提起撤銷仲裁判斷訴訟，常見以主張仲裁庭有未經當事人合意逕以衡平原則為判斷之重大瑕疵為事由。

因仲裁法第31條「仲裁庭經當事人明示合意者，得適用衡平原則為判斷」之規定，為原商務仲裁條例所無，又是我國法律中，第一次採用「衡平原則」作為法律條文內容之法律（註七），依該條立法說明，既明示「採納衡平仲裁的方式解決紛爭」，依衡平交易習慣來仲裁；又表明呼應民法第1條「民事，法律所未規定者依習慣」的立法精神（註八），則該條所稱「衡平原則」究係指擺脫法律規範之衡平交易習慣？抑或僅限於法律所未規定時所適用之具體衡平（註九）？

此攸關仲裁庭適用基於抽象衡平理念為法理之規定，是否仍須經當事人明示合意？且因該條增訂衡平仲裁制度，而改變了最高法院此前所認為

註一：參照司法院大法官會議釋字第591號解釋文。

註二：最高法院93年度台上字第992號民事判決意旨。

註三：仲裁法第21條。

註四：仲裁法第32條。

註五：仲裁法第37條、第38條。

註六：仲裁法第38條、第40條及司法院大法官會議釋字第591號解釋理由書。

註七：林俊益（2000），〈論衡平仲裁之撤銷〉，《法官協會雜誌》，2卷2期，頁276。

註八：立法院公報87卷，31期，院會紀錄頁295。

註九：立法者基於衡平理念制定某項規定或制度，使衡平理念經由法律規定本身而獲實踐，德國著名的民法學者Oertmann稱之為abstrakte Billigkeit（抽象衡平）。與抽象衡平應該加以區別的是具體衡平（konkrete Billigkeit），此為固有意義的衡平，指應於個別案件斟酌相關情事，以實現正義（個別正義）。見王澤鑑（1996），〈舉重明輕、衡平原則與類推適用（下）〉，《法令月刊》，47卷3期，頁3。

## 《仲裁研討會》

衡平仲裁與法律仲裁的實務判別  
—兼以撤銷仲裁判斷訴訟見解之分析歸納為中心

「仲裁判斷之內容不以有法律依據為必要（註一〇）」，在仲裁法上揭修正公布施行之當年，臺灣高等法院暨所屬法院88年度法律座談會民事類提案第16號即針對「仲裁庭未經當事人明示合意，逕適用情事變更原則為判斷」是否構成撤銷仲裁判斷事由之法律問題，呈現審查意見與研討結果相異之結論（註一一），可徵其爭議。

惟仲裁法第31條施行迄今已逾20年，實務與學說見解就其內涵已漸趨穩定，為供當事人合意選擇仲裁時之參考，應有整理探明之實益。本文擬先簡要說明各國仲裁系統有關衡平仲裁之類型與差異，次則歸納我國就仲裁法第31條「衡平原則」之實務見解，解析該條實務運用及違反時的撤銷形成權依據，嘗試釐清衡平仲裁與法律仲裁的判別標準，最後試圖將我國衡平仲裁套入各國仲裁系統予以歸類定位，藉以提出仲裁法第31條之修正建議，以達健全仲裁制度發展之規範目的。

## 貳、外國衡平仲裁制度

我國仲裁法第31條之立法說明既表示係參酌各國仲裁系統，則為探求該條規範意義，自應先認識外國仲裁系統（註一二）。

註一〇：最高法院81年度台上字第2196號、85年度台上字第2722號民事判決意旨。

註一一：審查意見認為仲裁法第31條之規定，為原商務仲裁條例所無，既已有明文規定，採撤銷仲裁判斷之訴有理由說；研討結果則認為仲裁庭適用情事變更原則為判斷，是適用「私法上之原則」為判斷，仍屬於一種「法律仲裁」，不屬於「衡平仲裁」範疇而採撤銷仲裁判斷無理由說，見臺灣高等法院暨所屬法院88年法律座談會彙編，頁56-60。

註一二：李復甸（2018），〈「衡平仲裁」鯁議—最高法院106年度台上字第104號判決平議〉，《裁判時報》，第67期，頁26；陳月端（2014），〈論工程爭議衡平仲裁〉，《仲裁季刊》，第100期，頁67，均直指我國仲裁法第31條是來自（參考）聯合國國際貿易委員會國際商務仲裁模範法第28條（第3項）規定，其原因乃因仲裁協會草擬「商務仲裁條例修正草案」第28條時有說明參考聯合國國際商務仲裁模範法第28條及學說增列，其中草案第2項規定「除前項規定外，經當事人明示合意者，仲裁庭得適用衡平原則為判斷」，然該規定於行政院送立法院審議之「仲裁法修正草案」時予以刪除。見吳光明（2014），〈商事爭議之仲裁〉，頁106-107。

仲裁基本類型分為法律仲裁與衡平仲裁（註一三），衡平仲裁本有不同類型，彼此互有差異，惟近來國際立法予以單純化，以各國使用文字可分為三類：①使用*amiable composition*（法國觀：有法國、比利時的提付仲裁、荷蘭法、葡萄牙法、西班牙法、摩洛哥法、魁北克法、墨西哥法、拉美國家等（註一四））；②使用*ex aequo et bono*（瑞士觀：有瑞士、義大利法、德國法、希臘法、匈牙利法（註一五））；③使用*amiable composition*與*ex aequo et bono*併列的立法例（聯合國模範法、土耳其法及其他採用聯合國立法的國家（註一六））為主，並以「能否排除強制規定」、「是否獨立於法律體系」、「應否得當事人合意」、「判斷應否附理由」等4方面進行主要比較說明。

### 一、歐陸法系

各國通認仲裁人與法官相同，就受理的爭議事件得自行引用法律原則，諸如禁止權利濫用、情況變更、誠實信用或善意等原則，做判決或判斷的依據。尤其是權利濫用的禁止更是歐陸各國學說所強調（註一七）。目前，絕大多數國家皆已要求判斷書應記載其理由，雖不涉及公序問題，但若未簡單的交代其作成衡平判斷的理由時，即有構成撤銷判斷的事由（註一八）。

#### （一）法國

註一三：吳光明，同註12，頁117；藍瀛芳（2012），〈衡平仲裁意義與類型的解析—從比較的法制觀看國內的立法與實務〉，《仲裁季刊》，第95期，頁4。

註一四：藍瀛芳，同註13，頁15。

註一五：藍瀛芳，同註13，頁16。

註一六：藍瀛芳，同註13，頁16。有關*amiable composition*與*ex aequo et bono*的辨異，學說上有區別說與無區別說二種。林俊益，同註7，頁62以下討論。轉引自林恩璋（2011），〈國際仲裁上之衡平仲裁制度—合法觀點比較〉，《東海大學法學研究》，第35期，頁284。

註一七：藍瀛芳，同註13，頁17。

註一八：藍瀛芳，同註13，頁17-18。

### 1.重要特色及使用範圍

使用「*amiable composition*」為衡平仲裁（註一九）之代表性國家，重要特色在於，衡平仲裁人為了當事人間和諧關係的重建，得使用法律規範以外的原則，其行為是以和解的方式在處理爭議，而不在以衡平原則為爭議做判斷（註二〇），將「法律規範」與「非法律規範」完全區隔，互不相隸屬的兩種社會規範（註二一），要求仲裁人須消極的避開法律規範，並在這法律規範以外的其他規範中或所謂的「非法律的」、「法規範外」、「超越法律」等以外的規範中，尋找出建構公平的基礎（註二二）。也就是完全不受法條之規範或拘束，而自行依據法律規範以外之原則加以判斷（註二三）。但也有認為衡平仲裁制度主要特色在於以公平原則修正既存的法律規則的運用，亦即仲裁人得選擇是否運用衡平仲裁制度的公平原則概念以修正法律規則，不過此應為仲裁人權限的問題，要非為衡平仲裁制度本質的問題（註二四）。

因此，對於短期性的契約及行業公會的標準契約，並無適用實益，而在長期性契約之目的達成前，因為影響到當事人履行條件的變動因素所衍生的爭議，只得以衡平仲裁，降低當事人的對立，並可促成和諧關係的重建（註二五）。

註一九：此法文用語在臺灣法學界之主流翻譯為衡平仲裁人（制度），在中國則稱之為友好仲裁。見林恩璋，同註16，頁284；藍瀛芳，同註13，頁4稱為衡平仲裁。陳月端，同註12，頁67譯為「友好調解人」；李復甸，同註12，頁26譯為「友好協調人」。早期則翻譯為「和解」、「和解人」、「自然正義之法則」、「善良公正之仲裁人」、「調停式之仲裁」、「調解式之仲裁」，見林俊益（1999），〈論我國衡平仲裁制度之創新〉，《全國律師》，3卷3期，頁27。

註二〇：藍瀛芳，同註13，頁6。

註二一：藍瀛芳，同註13，頁14。

註二二：但近年來法國最高法院已認為若衡平仲裁人認為依照法律規則，也能為當事人獲得衡平與和諧的結果時，也得依照法律規定的原則作判斷，惟須於判斷理由內，予以敘明。見藍瀛芳，同註13，頁7-8、12。

註二三：陳月端，同註12，頁60。

註二四：林恩璋，同註16，頁303。

註二五：藍瀛芳，同註13，頁8-9。

### 2. 應得當事人明確合意及意義

允許衡平仲裁，等同是對當事人利益與權利保護特權的捨棄，此捨棄的意思「須以書面與明示」或「依照明白的合意」作成，亦即當事人要有免除仲裁人適用法律規定的合意（註二六）。

亦即，當事人授權仲裁人適用「非法律的規範」，或避開「法律規範」去處理爭議，以重建和諧關係。這種判斷顯然不是依據法律規範的衡平仲裁判斷。所以這種仲裁，在實質上不是法律現象，而是異於法律，甚至於與法律對立（註二七）。

### 3. 衡平仲裁人的權限與限制

衡平仲裁人有廣泛的權限，得完全忽略各種法律規定，除了在法規的自由解釋外，還及於衡平原則、交易慣例與仲裁人的良心等（註二八），其作成衡平仲裁的依據，不僅包括瑞士的*ex aequo et bono*（公平與善良），連德國法的*Billigkeit*（衡平）、普通法的*equity*（衡平）、*fairness*（公平），甚至於「非法律的」公平觀念等，也都在其內（註二九）。

但衡平仲裁人仍不能違反公序性的強行法，審理契約爭議時，除了不能違背強行法，更應遵循程序法的基本原則。在內國事件，不能違背國內公序，在國際事件更不能違反國際公序。在審酌契約條款時，除了不能變動當事人協商的基本條款以外，尚得不須嚴格的適用契約的約定（註三〇）。詳言之，在契約條款的適用上，如仲裁人認為嚴格的解釋與適用將造成契約的不公平的結果時，衡平仲裁人即須以調解人的功能予以調整，使契約條款有所寬鬆（註三一）。但衡平仲裁人沒有當事人的授權，不得違反當事人的本

註二六：藍瀛芳，同註13，頁7-8。但陳月端，同註12，頁63指出法國2011年修正民事訴訟法第1478條及第1512條，僅有合意即可，不以明示為必要。

註二七：藍瀛芳，同註13，頁14。

註二八：藍瀛芳，同註13，頁9。

註二九：藍瀛芳，同註13，頁15。

註三〇：藍瀛芳，同註13，頁9。

註三一：藍瀛芳，同註13，頁9-10。

意，替代當事人進行契約的調整，而更動當事人的契約目的。換言之，衡平仲裁人如同一般仲裁人，都是由當事人授權以解決契約爭議，而不是委以代理權，為當事人就情況的變更或替當事人調整契約或填補契約的遺漏（註三二）。

### 4. 仲裁判斷的救濟途徑

從過去一直被認為當事人約定衡平仲裁時，也同時捨棄對判斷的撤銷權，已修正為須有明示捨棄，始能認當事人已喪失對判斷的救濟途徑，而且予以撤銷的法官還須以衡平仲裁人的地位，做出其衡平的判決（註三三）。

## （二）瑞士

### 1. 重要特色

以與法國的*amiable composition*同源於羅馬法的「*ex aequo et bono*」為衡平仲裁，係侷限於法律規範的制度（註三四），不同於法國法的直接避開法律規範，瑞士觀衡平仲裁是直接訴諸衡平原則（註三五），將衡平仲裁的立場建立在法律規範內，且以之做為出發點，而不能擺脫法律規範。為獲得衡平的仲裁，允許仲裁人就適用於爭議事件的法律規範，予以修正與變動，且有甚大的權限，以獲得公正（註三六）。

嚴格說來，瑞士觀衡平仲裁在實質上還是「法律仲裁」，與在法國觀下，由當事人共同授權仲裁庭得不依據法律規範促成「和解」的處理，顯然不同（註三七）。義大利學者M.Rubino-Sammatano即形容法國觀為共同授權

註三二：藍瀛芳，同註13，頁10。

註三三：藍瀛芳，同註13，頁10-11。

註三四：藍瀛芳，同註13，頁13。

註三五：藍瀛芳，同註13，頁11-12。

註三六：藍瀛芳，同註13，頁13。

註三七：藍瀛芳，同註13，頁14。

的和解，而瑞士觀則是緩和嚴格法的裁量權的決定（註三八）。

## 2. 應得當事人授權及意義

由當事人授權仲裁庭，允許其在適用法律規範時，排除其嚴格的適用或規避適用致生不公平的結果，使仲裁庭在解釋法規上充分的裁量權，即是以擴充解釋或變更解釋的方法，在適用法律作判斷（註三九）。

亦即，瑞士觀的衡平仲裁雖經特別授權，也只是允許仲裁庭緩和嚴格法的適用。因此，這種判斷是仲裁庭依據法律的決定（註四〇）。

## 3. 衡平仲裁人的權限與限制

理論上，仲裁人可以適用的規範，諸如「法規範內（*infra legem*）」、「法規範間的（*intra legem*）」、「次要的法規範（*secundum legem*）」、「（法官的）實務法規範（*praeter legem*）」等等，以尋找出衡平的原則。在其實質上，這種判斷的依據都還是在法律規範範疇內（註四一）。

仲裁人在解釋法律時，可以適用到「法律的一般原則」。對國際事件，還可以有「文明國家普遍性的共同實務」或所謂的一種「現代自然法」等抽象法律原則的適用。於遇有情事變更情況時，也有權修正、變更或廢止法律規範，以防制拒絕正義情事的發生。換言之，仲裁人雖然無立法的權限，卻可因當事人的授權，發揮填補法律遺缺的功能（註四二），但其作成衡平仲裁的依據，仍侷限於「法律規範」內（註四三）。

### （三）荷蘭

以仲裁人須依據法律判斷為原則，若經當事人授權者，得以衡平仲裁人

註三八：藍瀛芳，同註13，頁14-15

註三九：藍瀛芳，同註13，頁14。

註四〇：藍瀛芳，同註13，頁14。

註四一：藍瀛芳，同註13，頁13。

註四二：藍瀛芳，同註13，頁14。

註四三：藍瀛芳，同註13，頁15。



## 《仲裁研討會》

衡平仲裁與法律仲裁的實務判別  
—兼以撤銷仲裁判斷訴訟見解之分析歸納為中心

的地位作判斷（註四四）。將強行法分為具公序性的強行法與非公序性的強行法。衡平仲裁人的判斷僅於違反公序性的強行法時，才作成撤銷判斷的事由。以上與法國法相同（註四五）。

不同於法國法之處，在於荷蘭仲裁協會的仲裁規則承認以衡平仲裁為原則（註四六），僅於當事人已約定法律仲裁時，其判斷才須依據法律的規定。但在國際仲裁事件，則規定仲裁庭須依據法律規定作判斷，不能推定有衡平仲裁人的權限（註四七）。

### （四）德國

德國於1998年1月1日施行新仲裁法，其中仿聯合國商務仲裁模範法第28條第3項而於第1051條第3項規定：「仲裁庭僅於當事人明確授權時，始應依衡平原則判斷之。當事人於仲裁庭作成仲裁判斷前均得為如此之授權」（註四八）。

### （五）芬蘭、瑞典

均肯定衡平仲裁制度，雖有反對立場，但瑞典最高法院在1934年的一項判決中指出，衡平仲裁（*amiable composition*）雖然有其優點，但仍無法遇到法官審判所展現之某些利益，「關於案件之實體，仲裁人得適用他們認為的法律及依據他們的良知（*their conscience*）去裁決當事人之紛爭，而無須受到任何特定法律制度規定之拘束，縱使有相同判決先例被確立，亦無庸受該判決先例之拘束（註四九）。」

註四四：條文使用的是「依據善良（衡平的）人」（*als goede mannen naar billijkheid*）的地位作判斷，見藍瀛芳，同註13，頁16。

註四五：藍瀛芳，同註13，頁16。

註四六：藍瀛芳，同註13，頁16-17。

註四七：藍瀛芳，同註13，頁17。

註四八：林俊益，同註19，頁26。

註四九：林俊益，同註19，頁26。

## （六）日本

不同於歐洲傳統，日本要求紛爭之解決，應依調解而非依嚴格的法律，因此被認為，當事人有權要求amicable composition而非依法律仲裁。有學者指出根據日本法律，仲裁人並不受程序法或實體法之拘束，仲裁人不得違反公共秩序外，應依商業習慣、誠信與衡平作成判斷（註五〇）。

## 二、普通法系

在普通法國家的民事法裡，有普通法（common law）（註五一）與衡平法（equity/equity law）的對立。當事人的權利無法在普通法內獲得保護時，可以另循衡平法的途徑，訴請法院救濟。這種衡平（equity）與羅馬法上的aequitas有相類似的觀念（註五二）。

### （一）英格蘭

基於裁判者須依法裁判的傳統觀念，英格蘭法一向認為仲裁人須依據法律判斷，只要呈現出違反法律的情事時，即須予以撤銷，不可能允許衡平仲裁的存在（註五三）。又採所謂「特別案件」（special case/case stated）審查機制（註五四），縱使當事人約定，仲裁人得不依法作成的判斷，這種判斷並不生效，且任何有關類似仲裁人得不依法判斷的「君子約定」以及排除這

註五〇：林俊益，同註19，頁26。

註五一：指普遍適用的法律，於1066年諾曼征服後，由皇家法院將現有的習慣加以普遍化或創造新的法律，逐漸適用於英國全地。普通法的特色在於程序先於權利，權力源於程序，程序則依令狀為之。見王澤鑑（1996），〈舉重明輕、衡平原則與類推適用（上）〉，《法令月刊》，47卷2期，頁8。

註五二：藍瀛芳，同註13，頁18。不過，有認為「Equity」是衡平仲裁的用語，即英美法中之衡平法，與「ex aequo et bono」之觀念極為相似（見吳光明，同註12，頁117、119），但有不同意見認為ex aequo et bono公允善意，究與equity性質不同，前者更遠離法律之色彩commercial practice之技術要求（林俊益，同註19，頁27）。

註五三：藍瀛芳，同註13，頁18。

註五四：藍瀛芳，同註13，頁19。

## 《仲裁研討會》

衡平仲裁與法律仲裁的實務判別  
—兼以撤銷仲裁判斷訴訟見解之分析歸納為中心

項「特別案件」機制的約定，也一概不能生效。認為歐陸的衡平仲裁，只是調解人的行為而已（註五五）。

但也由於英格蘭不承認未依據法律規定的判斷有強制力，使外國的衡平仲裁的判斷，無法在英格蘭生效的壓力（註五六）。從1997年起，仲裁法第46條第1項b款的制訂，使equitable clause的地位有了合法性，宣示「如當事人合意，依據當事人所同意的或仲裁所決定的其他需要考慮的情事（other considerations）時所作成的判斷，也是合法的判斷」。其中，所謂的其他需要考慮的情事有廣泛的內容，可以包括特定法制下契約共識的解釋、交易慣例、國際法，連法律規範外的衡平考慮，也在其內。總之，衡平仲裁在英格蘭也已成爲制度（註五七）。

### （二）美國

雖繼受英格蘭法，也同樣要求仲裁人須依法律規定進行程序與依法作成判斷，可是美國法卻允許其判斷可以不具理由（註五八），這項實務不僅使判斷規避了接受司法監督的機會，也連帶使其判斷必須依照法律規定作成的要求，形同虛設，美國也隨即出現仲裁人得不依法判斷，而得依照交易慣例判斷的實務（註五九）。早在19世紀中已有法院判決認為「除非提付仲裁的約定已有限制，仲裁人得忽視法律的嚴格規定或證據，而依照衡平的情感作判斷」，仲裁人既然可以依據個人的正義感作判斷，在此情況下，美國早已有amiable composition制度的存在，只是不使用上揭法文稱呼，而以「自然正義」（natural justice）等文字作表達而已（註六〇）。

最重要的是仲裁人沒義務在其決定或判斷具明理由。因而使與成文

---

註五五：藍瀛芳，同註13，頁19。

註五六：藍瀛芳，同註13，頁21。

註五七：藍瀛芳，同註13，頁21-22。

註五八：1969年In re Aimcee Wholesale Corp. & Tomar Prods一案中法院明確表示，見陳月端，同註12，頁72。

註五九：藍瀛芳，同註13，頁22。

註六〇：藍瀛芳，同註13，頁23。

法規定不同的判斷，及與法院判決所解釋有不同的判斷，皆得被聲請執行（註六一）。美國的衡平仲裁相當普遍，且無書面約定的要求（註六二）。此可由美國有49州採用的統一仲裁法全文共33條規定，並未明文要求仲裁人須依法仲裁，亦即縱使當事人未明確授權仲裁人衡平仲裁，仲裁人亦可在法律仲裁或衡平仲裁予以擇定（註六三）。

公平的判斷既然不一定依據法律規定才能獲得，仲裁庭僅於當事人間，已有特定適用法的約定時，始排除衡平仲裁的必要（註六四）。

### 三、國際立法例

國際仲裁事件，有關爭議適用的實體法律，原則依當事人自主約定，於當事人未約定時，始由仲裁人決定。仲裁人爲期妥善處理爭議，往往訴諸於法律的一般原則或尋求國際交易慣例等不屬於內國法或無所屬國的規則作爲適用法律規則。有些國際機構或仲裁人更期盼當事人能授與仲裁人有衡平仲裁人（*amiable compositeur*）的權能，使其能適用交易慣例，爲爭議當事人尋求和諧的解決途徑。基於這樣的期待，國際立法與國際仲裁機構的仲裁規則皆將國際交易慣例與衡平仲裁等列爲適用法的內容，使得國際交易慣例等「非內國的規則」與衡平仲裁，在國際事件中有替代內國法的功能。在適用內國法時，有時還有彌補內國法不足的功能（註六五）。也由於一般有衡平仲裁條款的存在，通常皆因當事人不想適用內國法或對方國家的法律，而期待能適用國際的交易慣例。所以，在國際立法，往往將交易慣例與衡平仲裁同時並列規範，實有其需要（註六六）。

註六一：藍瀛芳，同註13，頁23-24。陳月端，同註12，頁72。

註六二：藍瀛芳，同註13，頁24。

註六三：陳月端，同註12，頁71。

註六四：藍瀛芳，同註13，頁24。

註六五：藍瀛芳，同註13，頁25。

註六六：藍瀛芳，同註13，頁26。

### （一）國際仲裁機構的仲裁規則

國際仲裁機構的仲裁規則（註六七），從1922年版本就有衡平仲裁（*amiable composition*）的規定，到1998年新版開始，於衡平仲裁後增列「公平與善良」（*ex aequo et bono*），係參考最近的國際立法，使其能在*amiable composition*外，也包含*ex aequo et bono*在內的其他可能類型的衡平仲裁（註六八）。其他國際仲裁機構的仲裁規則，就衡平仲裁也受到模範法的影響，將*amiable composition*與*ex aequo et bono*並列，諸如瑞典斯德哥爾摩商仲裁規則、瑞士全邦聯商會共用的國際仲裁規則、前蘇黎世工商會仲裁規則、美國仲裁協會仲裁規則、世界智慧財產權保護組織仲裁規則（註六九）。

依仲裁規則，衡平仲裁皆須附理由，須有當事人的授權，仲裁人於依規則規定準備「審理範圍書」時，即須將此衡平仲裁的約定記載其內，以提醒仲裁庭注意（註七〇）。

衡平仲裁人得依交易慣例作判斷。但若當事人僅約定依交易慣例作判斷時，則仲裁庭並未被授權得為衡平仲裁。其中，可以作為交易慣例要素的所謂國際慣例、法律的一般原則、仲裁實務等等，也同時都是衡平仲裁所依據的內容（註七一）。

### （二）聯合國商務仲裁模範法

---

註六七：國際商會(International Chamber of Commerce – ICC)不是仲裁機構，國際商會底下設立的「國際仲裁院」(International Court of Arbitration)才是其仲裁機構，通稱其為國際商會仲裁院。可是長期以來，一般約定在國際商會仲裁時，皆已約定俗成的被解釋為「依照國際商會(仲裁)規則仲裁，並受國際商會仲裁院的監督」(conducted under ICC rules and administered by ICC court)。見藍瀛芳(2015)，〈是否應承認非機構仲裁〉，《仲裁季刊》，第102期，頁93。

註六八：藍瀛芳，同註13，頁27；2012年版本亦同，見陳月端，同註12，頁69；2017年版本，請瀏覽<https://www.international-arbitration-attorney.com/ja/2017-icc-arbitration-rules/>。

註六九：藍瀛芳，同註13，頁28。

註七〇：藍瀛芳，同註13，頁27。

註七一：藍瀛芳，同註13，頁27。

聯合國國際貿易法委員會工作小組認為將來各國都會採用衡平仲裁，模範法的制訂不應僅承認特定國家的衡平仲裁制度，而排除其他國家的衡平仲裁制度或類似的制度，更何況所有的仲裁皆在減少法院的訴訟負擔，因而仲裁的推展即不應有此區隔，這即是其採用*amiable composition*與*ex aequo et bono*並列的立法原因。且上開二者並非各國通用，如此並列可以使仲裁有更廣泛使用的機會，也使一些國家在其國內法所適用，尤其條文已約定須有明示的約定，更使約定的當事人不致輕率（註七二）。亦即，模範法第28條第3項規定「仲裁庭只有在當事各方明確授權之情形下，應按照公平合理之原則（*ex aequo et bono*）或作為衡平（友好）調解人（*amiable compositeur*）做出決定」（註七三）。例如當事人約定仲裁人得在不違背其所屬國的國際公序範圍內作成公平與衡平的判斷，都是合乎此標準的衡平仲裁（註七四）。

同條第4項要求仲裁庭在審理時，還須考慮到契約條款與適用的交易慣例，更須「遵循特定國家的強制規定，以確保（國際）公序的維護（註七五）」。也就是在爭議涉及契約之任何情形下（包括以公平合理之原則進行仲裁），仲裁庭必須依據契約條款，並考慮適用該項交易之貿易慣例做出決定（註七六）。

### 參、我國衡平仲裁實務見解

外國衡平仲裁規則既以*amiable composition*與*ex aequo et bono*為主要類型，在國際立法單純化和兼容並蓄的考量下，亦以二者併列為模式，則我國仲裁法第31條既規定「仲裁庭經當事人明示合意者，得適用衡平原則為判斷」，則當事人自應知悉其內涵，始得決定是否合意，仲裁庭亦應知悉所謂

註七二：藍瀛芳，同註13，頁30。

註七三：陳月端，同註12，頁67。

註七四：藍瀛芳，同註13，頁30。

註七五：另有譯為「(4) 於所有案件中，仲裁庭作成仲裁判斷時均應依據契約條款，並應考慮適用於該項交易的商業習慣。」見李復甸，同註12，頁26。

註七六：陳月端，同註12，頁68。

的「適用衡平原則為判斷」以定其權限，以下就最高法院闡述仲裁法第31條規定之見解進行說明。

### 一、仲裁法第31條的立法說明

學者及實務多以仲裁法第31條是來自（參考）聯合國國際貿易委員會國際商務仲裁模範法第28條（第3項）規定，其原因乃因仲裁協會草擬「商務仲裁條例修正草案」第28條時，有說明係參考聯合國國際商務仲裁模範法第28條及學說而增列（註七七），然該草案規定於行政院送立法院審議之「仲裁法修正草案」時即予刪除（註七八），立法委員於審查會中主張應增列衡平仲裁條款，再透過協商解決條文內容爭議後增訂（註七九），並於立法說明記載「一、本條增訂。二、增訂第三十一條『仲裁庭經當事人明示合意者，得適用衡平原則為判斷。』亦即審查會採納衡平仲裁的方式解決紛爭。此因各國仲裁系統約有兩種，一為依法律仲裁，一為依衡平交易習慣來仲裁，以呼應民法第一條：『民事，法律所未規定者依習慣』的立法精神（註八〇）」，全未敘及所採納之衡平仲裁之類型與參考依據，其所指「依衡平交易習慣來仲裁」是否如前述國際仲裁機構仲裁規則所定之衡平仲裁人得依交易慣例作判斷？抑或指仲裁人得依衡平所具有補充法律，緩和法律嚴格性的功能（註八一）為仲裁判斷？

雖然有認為我國仲裁法第31條「衡平仲裁制度」之規定，與法國、義大利、德國、英國之規定大致相同，僅我國無規定「仲裁庭應依據法律為判

註七七：李復甸，同註12，頁26；陳月端，同註12，頁67。最高法院92年度台上字第1689號判決亦指出仲裁法第31條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。

註七八：吳光明，同註12，頁106-107。另就刪除原因可參照李復甸，同註12，頁26-27；林俊益，同註19，頁21-23。

註七九：立法討論過程請參閱立法院公報86卷，53期，委員會紀錄頁89-90、122-123；立法院公報86卷，56期，委員會紀錄頁24-25。

註八〇：立法院公報，87卷，31期，院會記錄頁295。

註八一：王澤鑑（1996），〈舉重明輕、衡平原則與類推適用（上）〉，《法令月刊》，47卷2期，頁9。

斷」之不同而已（註八二），但對於上開規定本身的疑問，以下以「衡平仲裁」為關鍵字，使用司法院裁判書查詢系統，篩選出值得參考探討的判決，分別以仲裁判斷理由（含當事人對仲裁判斷的意見）、事實審法院判決理由及最高法院判決意旨，予以分析歸納。

## 二、未經合意的衡平仲裁之撤銷仲裁判斷依據

仲裁法第31條既規定「經當事人明示合意」，仲裁庭始得適用衡平原則為判斷，雖未限定合意應以書面為之，則當事人主張仲裁庭有未經合意而為仲裁判斷，應以何款為撤銷仲裁判斷事由？

有認為應以仲裁法第40條第1項第1款為依據，其理由為仲裁法修正後已於第38條第1款後段新增「逾越仲裁協議之範圍」為同法第40條第1項第1款所定之撤銷仲裁判斷事由（註八三）。

但自最高法院以103年度台上字第1565號判決明確闡述「仲裁庭未經當事人明示合意，適用衡平法則為判斷，僅是仲裁程序是否違反仲裁法第40條第1項第4款所定仲裁協議之問題，而非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」（註八四），實務上即確立當事人就此之爭執，應以仲裁法第40條第1項第4款之形成權為訴訟標的法律關係。

## 三、衡平仲裁的實務判斷標準

從民事判決係由法院依照證據，認定事實，適用法律所作成的過程而言，對應事實審法院應就當事人所主張之要件事實加以調查及認定，再就其

註八二：林俊益，同註19，頁31。

註八三：亦即，已無必要再援用延續商務仲裁條例時期之最高法院84年度台上字第692號、85年度台上字第2289號判決意旨將仲裁程序包括仲裁判斷之作成的見解，將仲裁法第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者」擴張解釋為「包括仲裁判斷之作成」。見林俊益，同註7，頁304。

註八四：最高法院103年度台上字第1565號判決發回意旨。



所認定之事實涵攝於其所適用之法律，以獲得一定之結論（註八五），綜合檢索的最高法院判決可知，實務上對於衡平仲裁的判斷標準可分為事實認定與法律適用二部分：

### （一）事實認定部分

仲裁庭就當事人之具體爭議，倘已就當事人約定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，縱其解釋契約或認定事實有誤，仍屬法律仲裁。

倘仲裁庭對當事人約定應適用之契約約定抽象描述之構成要件，全未為符合具體案件事實之認定，卻依與本應適用之契約約定抽象描述之構成要件全然無關之具體事實而得出結論，則為衡平仲裁，蓋其並非適用契約、認定事實所導出之結論（註八六）。

### （二）法律適用部分

最高法院自92年度台上字第1689號判決以來一致認為：「衡平仲裁，係指仲裁庭如遇適用法律之嚴格規定，將產生不公平之結果，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。」因此，是否為衡平仲裁，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。

此判決見解，經過實務發展闡述多年以來，在當事人間之契約內容或約定不明，當事人有所爭議時，仲裁庭：①依民法第98條探求契約當事人之真意，適用民法第1條、第148條及第227條之2規定之法理；②適用民法第217條第2項與有過失規定；③適用民事訴訟法第222條第2項規定；④依誠實信用原則；⑤依情事變更原則等，進一步探究、解釋而為判斷之情形，

註八五：最高法院101年度台上字第906號判決意旨參照。

註八六：從最高法院98年度台上字第995號、100年度台上字第419號判決之事實審判決所發起，經105年度台上字第1886號判決予以闡述確定。

均為法院認定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（註八七），值得參考。

## 四、衡平仲裁的審查趨勢

本於民事訴訟所採辯論主義，舉凡法院判決之範圍及為判決基礎之訴訟資料均應以當事人之所聲明及所主張者為限（註八八），除法律別有規定外，不得斟酌當事人未提出之事實（註八九）。因而，也有必要先瞭解當事人所主張仲裁判斷應為衡平仲裁之情形，再予歸納整理法院審查基準。

### （一）當事人指摘為衡平仲裁之情形

綜合檢索所得判決基礎之仲裁判斷事由及當事人之攻擊防禦方法，可整理出下列為當事人所常主張為衡平仲裁之情形：

1.理由空泛（註九〇）：此為最多主張事由，即仲裁判斷敘及「基於合約公平合理」、「顯非公平合理」、「考量公平原則及誠信原則」、「公平合理原則」、「方為合理」、「契約精神」、「那樣的時空環境氛圍」、「衡平原則」、「法理」、「為期公平」、「一般經驗法則」等，甚至未具體說明依據。

註八七：參照最高法院92年度台上字第1689號判決、96年度台上字第1047號判決、100年度台上字第180號判決、101年度台上字第1578號判決、103年度台上字第1565號判決、105年度台上字第1886號判決、106年度台上字第104號判決、106年度台上字第383號判決、106年度台上字第463號判決。

註八八：最高法院71年台上字第2808號民事判例。

註八九：最高法院60年台上字第2085號民事判例。

註九〇：請見最高法院92年度台上字第1689號、93年度台上字第992號、93年度台上字第1893號、94年度台上字第248號、95年度台上字第1402號、95年度台上字第1865號、96年度台上字第1047號、97年度台上字第2477號、98年度台上字第995號、99年度台上字第1788號、100年度台上字第180號、100年度台上字第419號、101年度台上字第1578號、95年度台上字第1865號、104年度台上字第12號、106年度台上字第104號、106年度台上字第383號、106年度台上字第2005號、106年度台上字第2160號、106年度台上字第463號。

## 《仲裁研討會》

衡平仲裁與法律仲裁的實務判別

—兼以撤銷仲裁判斷訴訟見解之分析歸納為中心

2.基礎錯誤（註九一）：仲裁庭所認定事實之基礎資料與卷證不合，或以無關之事實為判斷依據。

3.依據不合（註九二）：仲裁判斷認定事實或判斷結論之依據，為當事人所未約定或法律所未明定之事項，自設判斷依據。

4.結論突襲（註九三）：仲裁庭超越契約約定與法律規定，擴張減縮契約所定之給付單價、數量、條件或計算公式，進而為當事人預料外之判斷結論。

然而，上述當事人指摘的情形，並非經法院認為全屬衡平仲裁或法律仲裁，雖大部分仍經認屬法律仲裁，但亦有經確定認屬未經合意而適用衡平仲裁者；或經事實審判決認屬衡平仲裁，但為最高法院廢棄，故單以當事人指摘情形或仲裁判斷使用之文字尚難得出法院審查準則。

### （二）實務審查衡平仲裁趨勢

以前揭最高法院所闡述之衡平仲裁判斷標準，法院勢必就仲裁判斷內容予以審查，亦即審查仲裁庭在認定事實時，是否針對符合具體案件之契約構成要件；在適用法律時，是否因適用嚴格規定而產生不公平之結果，而另以公平、合理之考量而為衡平判斷。

早期最高法院雖曾贊同事實審判決針對仲裁判斷內容進行實質審查，認為在當事人契約約定明確時，縱使仲裁判斷形式上援引法律規定，但以契約未約定的計算方式，或作成與契約約定不同的結論時，即屬「實質上排除契

---

註九一：請見最高法院103年度台上字第1565號、106年度台上字第463號。

註九二：請見最高法院97年度台上字第2094號、99年度台上字第369號、99年度台上字第1788號、100年度台上字第180號、100年度台上字第419號、100年度台上字第1875號、102年度台上字第683號、105年度台上字第1886號、106年度台上字第383號、106年度台上字第463號。

註九三：請見最高法院92年度台上字第1689號、93年度台上字第992號、93年度台上字第1893號、94年度台上字第248號、95年度台上字第1402號、95年度台上字第1865號、96年度台上字第1047號、97年度台上字第2094號、98年度台上字第995號、99年度台上字第369號、101年度台上字第1578號。

約約定而以衡平原則判斷」（註九四）。

嗣後最高法院逐漸專採形式審查見解，未再贊同事實審判決所採實質審查（註九五），可見其確立以下列二審查基礎：

## 1. 法院在撤銷仲裁判斷之訴的審查定位

「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。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，毋庸再為審查（註九六）」。

## 2. 仲裁判斷理由的應具備程度

「仲裁法第38條第2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書應附理由而未附者有間，自不得據以提起撤銷仲裁判斷之訴（註九七）」。

### （三）仲裁庭的相應之道

最高法院既已確立其審查判斷，仲裁庭為避免仲裁判斷被認為是未經合意為衡平仲裁，得採取以下相應：

## 1. 仲裁判斷的理由應記載對於契約構成要件事實存否之認定意旨

---

註九四：最高法院95年度台上字第1402號、97年度台上字第2094號判決意旨。

註九五：最高法院102年度台上字第983號、103年度台上字第1565號、106年度台上字第104號判決參照。

註九六：最高法院101年度台上字第1534號判決意旨。

註九七：最高法院94年度台上字第266號判決、司法院大法官會議釋字第491號解釋、95年度台上字第1078號至104年度台聲字第799號裁定意旨。

仲裁庭已於仲裁判斷理由敘及就契約約定之構成要件事實予以認定，在法院形式審查標準下，即可被認屬法律仲裁；縱當事人主張仲裁判斷解釋契約或認定事實有誤，亦不虞遭認係衡平仲裁。

### 2. 仲裁判斷的理由應引用法律規定或契約約定之內容

因應法院應認定仲裁庭之「主觀」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，故若仲裁庭於仲裁判斷中已引用法律規定或契約約定，以法院形式審查標準，即為法律仲裁。

若理由未引用法律規定或契約約定，依最高法院於106年度台上字第104號判決所為闡述，法院亦應本於尊重仲裁人權限，進一步探究是否依民法第1條、第148條及第227條之2規定之法理、民法第217條第2項與有過失規定、民事訴訟法第222條第2項規定、誠實信用原則，或情事變更原則之解釋而為判斷，若得將仲裁判斷之理由涵攝於上開規定的抽象衡平理念範圍內，即可認為不於具有刻意摒除法律之嚴格規定或當事人之約定之主觀意思，仍屬法律仲裁範疇。此端賴當事人於撤銷仲裁判斷訴訟之攻擊防禦，但仍不免有法院為尊重仲裁人權限，具有盡量維護仲裁判斷之潛在意識。

### （四）實務審查衡平仲裁的檢討

實務見解既確立尊重仲裁人權限，不再審查仲裁判斷認事用法的妥適，依前揭判斷標準與審查趨勢，要能被認定係未經合意適用衡平原則之衡平仲裁，實屬少見。以下為值得檢討之處：

#### 1. 重申衡平仲裁的規範目的

在國際商會的判斷中，經常出現所謂的國際私法的一般原則、法律的一般原則、基本原則、接受的一般原則、法律與正義的一般原則、國際交易應支配的一般法律原則、國際仲裁實務所接受的一般原則、國際商事法所適用的一般原則、適用於國際經貿關係的一般法律原則、作為交易慣例部分的一般原則等原則作成的判斷，皆被認為是衡平仲裁判斷（註九八），但在我

註九八：藍瀛芳，同註13，頁28。

國，仍會因法院事後解讀、涵攝仲裁判斷所適用之「原則」，仍屬法律規定的抽象衡平理念範圍，而認為尚屬法律仲裁。

其原因在於，我國民法屬歐陸法系，衡平理念已融入法律，經由「抽象衡平」具體化為法律之一部分，形成法律之基本原則（註九九），但既然具體化為法律之一部分，必然有其適用要件。所以，基於私法自治、契約自由原則，當事人透過契約約定其債權債務關係，在發生履約爭議時，依契約條款符合上揭抽象衡平理念之法律規定要件時，仲裁人援用該法律規定，自屬法律仲裁無疑。

但在不符合抽象衡平理念之法律規定時（如契約已約定或契約約定不明），仲裁人僅能在當事人明示合意時，始能為衡平仲裁，此時依歐陸主流衡平仲裁制度，若以重建當事人和諧關係而非爭議對錯判斷為目的者，則係法國觀衡平仲裁（*amiable composition*）；若仍以爭議對錯判斷為目的，衡平仲裁人得依衡平理念（即美國法所稱「自然正義」*natural justice*）予以調整適用法律的結果，則係瑞士觀衡平仲裁（*ex aequo et bono*）。於後者，仲裁人所依衡平理念，即上揭所稱的法律或正義或交易或仲裁實務的一般原則，但因為不合法律規定要件，故應屬具體衡平。

換言之，並非適用法律一般原則，即均屬抽象衡平之法律仲裁，在不合法律規定要件而仍依衡平理念，則屬衡平仲裁。而衡平仲裁的規範目的，即在於使當事人合意使仲裁人能為和諧關係之重建或自然正義之實現，不在於適用法律之結果。當事人並未合意為衡平仲裁，仲裁人僅能適用法律（包含符合法律規定之抽象衡平理念）。

從而，在仲裁判斷有引用契約約定或法律規定時，法院仍應形式審查是否具備契約約定或法律規定之構成要件事實存在，若不合該法律要件仍予引用該衡平理念於個案判斷上，即係以具體衡平原則為判斷，已屬衡平仲裁。

也就是，將抽象衡平理念限制於法律規定，不合該法律規定要件之衡平理念，於個案判斷上即屬具體衡平原則，此一結論亦符合當事人對法的預見與預知，概不能以有引用法規條款之客觀形式，對於當事人所主張與該約定

註九九：最高法院106年度台上字第104號判決意旨。

或規定不合之事實，率認係仲裁判斷是否合法、妥適之不受審查事項。

進言之，若仲裁判斷對於構成要件事實並未明確認定其具體存在，而以一般性、不具關連性之事實作為援用基礎，則其所引用之契約約定或法律規定或法理原則，即欠缺對應之具體事實，仲裁判斷就此難謂應附理由而未附之瑕疵，若未表明援引之法律規定，逕以抽象衡平理念為判斷依據，應認已援用具體衡平原則為判斷，不宜由法院事後片面解讀仲裁庭主觀意念，以免流於恣意。

### 2. 注重仲裁的程序保障

從當事人指摘仲裁庭未經合意而為衡平仲裁之情形，可觀察出共同點，在於當事人並未預料仲裁庭會以「所謂的法理原則」為仲裁判斷理由。

若因此造成當事人受到判斷突襲，應屬仲裁庭未踐行闡明義務，因而未能使當事人各盡其攻擊防禦之能事，即與仲裁法第19條準用民事訴訟法第199條第1項、第2項及第296條之1第1項規定有違（註一〇〇），該仲裁判斷縱經法院認為尚屬法律仲裁，當事人亦應得主張仲裁庭進行之仲裁程序，違反法律規定之撤銷仲裁判斷事由。

## 五、我國衡平仲裁的歸類定位

由於仲裁法第31條之立法說明並未明文記載參考來源，已如前述，是以前述的外國仲裁制度為基礎，試圖將我國仲裁法第31條所定衡平仲裁予以歸類。

### （一）就衡平仲裁之定義及立法說明而言

以實務通說所採定義「衡平仲裁，係指仲裁庭如遇適用法律之嚴格規定，將產生不公平之結果，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」，實質上將衡平仲裁的立場建立在法律規範內，以之為出發點，在有為獲得公平結果之考

註一〇〇：最高法院43年台上字第12號判例、98年度台上字第2426號民事判決意旨參照。

量時，允許仲裁人直接訴諸衡平原則予以修正與變動，及依仲裁法第31條呼應民法第1條立法精神的立法說明，可見衡平仲裁具有在法律仲裁下的緩和嚴格法適用之作用，應偏屬瑞士觀衡平仲裁（*ex aequo et bono*）。

### （二）就是否為衡平仲裁之判斷而言

以最高法院前揭對於衡平仲裁認事用法的判斷標準，認為「依與本應適用之契約約定抽象描述之構成要件全然無關之具體事實而得出結論」、「是否為衡平仲裁，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」，則指衡平仲裁係消極避開法律規範，在法律規範以外的其他規範（包括公平合理原則）中，尋求建構公平的基礎，修正既存的法律規範或契約約定的運用，則偏屬法國觀衡平仲裁（*amiable composition*）。

### （三）就當事人對法律仲裁的理解而言

因仲裁法第31條增訂衡平仲裁後，當事人即認為未經合意適用衡平法則，仲裁庭即應為法律仲裁，一般所認為的法律仲裁，即仲裁人等同法官，須依據法律判斷，只要呈現出違反法律的情事時，即須予以撤銷，僅於經當事人合意衡平仲裁時，仲裁庭始得基於其他考量以衡平原則為判斷。偏屬英格蘭仲裁制度。

### （四）就司法審查所致仲裁制度的發展趨勢而言

我國實務見解既確立尊重仲裁人權限，不予審查仲裁判斷認事用法的妥適，就仲裁判斷理由亦僅限縮「在完全未附理由」的情形，始為撤銷仲裁判斷之事由，顯然相異於目前絕大多數國家所要求判斷書應記載其理由，若未簡單的交代其作成衡平判斷的理由時，即構成撤銷判斷的事由。最明顯案例，即最高法院104年度台上字第12號判決基礎事實之仲裁判斷，全以「本庭依雙方同意適用之衡平原則」為判斷理由依據，仍未經法院予以判決撤銷。因此，我國仲裁制度在司法形式審查的趨勢下，可得見與契約約定不同的判斷，或者與法律規定的普遍見解不同的判斷，也都能不被撤銷，我國仲裁制



度之發展趨近美國仲裁制度。

綜合以上，尚難把我國衡平仲裁逕予歸類分屬目前外國衡平仲裁制度類型，尚待繼續觀察後續發展。

### 肆、代結論：仲裁法第31條修正建議

我國仲裁法第31條所增訂之衡平仲裁，相較於外國衡平仲裁制度，雖採應經當事人明示合意及應附理由之原則，但在實務運作經過20年後，卻因為仲裁法所賦予法院在仲裁判斷撤銷訴訟的定位與法院對仲裁判斷採取形式審查的趨勢，反致其存在感漸趨模糊，故有學者認為仲裁法第31條之規定並無必要（註一〇一），亦有認為上開審查趨勢正在否定我國法有「法律仲裁」與「衡平仲裁」的區分（註一〇二）。

但衡平仲裁條款具有提供當事人不想適用內國法或對方國家的法律時，能適用國際交易慣例的需求或彌補內國法不足的功能，不宜逕予廢除，亦不應放任現況持續。

是在立法上，可考慮仿聯合國商務仲裁模範法第28條規定，將交易慣例與衡平仲裁兩項同時並列規範，且併列*amiable composition*與*ex aequo et bono*為衡平仲裁類型，明確化仲裁庭得以調整填補當事人契約條款之要件。

此外，在撤銷仲裁判斷訴訟，亦增列仲裁判斷不備理由或理由矛盾為撤銷事由，促使實務改變目前形式審查趨勢，也將使仲裁庭就得心證之理由記明於仲裁判斷，不再由法院事後解讀其適用之法理原則係抽象衡平或具體衡平。

又在仲裁程序上，促使仲裁庭踐行闡明義務，使當事人得各盡其攻擊防禦之能事，俾使衡平仲裁具有相當之可預測性，依客觀且透明化之判斷標準，基於當事人之和諧，對個案作出最妥善之仲裁判斷（註一〇三）。

註一〇一：吳光明，同註12，頁133。

註一〇二：藍瀛芳，同註13，頁39。

註一〇三：參照陳月端，同註12，頁77-78關於工程爭議衡平仲裁之期許。