

工程採購「先調後仲」修法之影響

沈勁利¹、楊滿慧²、柯亞先³、葉根⁴

¹ 德霖技術學院企業管理系、營建科技系助理教授

² 真理大學總務處採購組組長

³ 德霖技術學院企業管理系副教授兼主任

⁴ 德霖技術學院營建科技系助理教授

摘要

立法院於去(96)年6月通過修正政府採購法(以下簡稱採購法),並於7月4日經總統公佈實施,其中採購法第八十五之一條第二項內容增訂:「工程採購經採購申訴審議委員會提出調解建議或調解方案,因機關不同意致調解不成立者,廠商提付仲裁,機關不得拒絕」,即所謂的「先調後仲」機制,期以仲裁手段快速解決公共工程爭議,此項修正勢必對公共工程之爭議處理方式產生莫大影響。本文即對「先調後仲」機制之立法起源、適用範圍、程序要項,以及可能發生之問題與產生之影響,做初步之研究分析,進一步則嘗試探討機關與廠商對於此一機制如何因應,以供相關單位、人員之參考。

關鍵字: 政府採購法、先調後仲、調解、仲裁

The Influence of “First do Mediation then Arbitration” on the Revise for Construction Procurement

Jine-Lih Shen¹, Man-Huei Yang², Ya-Hsien Ko³, and Ken Yeh⁴

¹ Assistant Professor, Department of Business Administration, De Lin Institute of Technology

² Procurement Division Leader, Office of General Affairs, Aletheia University

³ Chairperson, Department of Business Administration, De Lin Institute of Technology

⁴ Assistant Professor, Department of Construction Technology, De Lin Institute of Technology

Abstract

Legislative Yuan passes to revise the Government Procurement Law (GPL) in June of last (2007) year, and was announced by president on July 4 implement. Among them increase the contents at Article 85-1: "The construction procurement was reported by the Complaint Review Board for Government Procurement (CRBGP) to put forward the intermediation suggestion or intermediation projects, because of the different idea in entity with the result that intermediation the one who does not establish, the supplier asks to pay the arbitration, the entity can't refuse". This namely so-called "first do mediation then arbitration". Expect to solve the public infrastructure controversy quickly with the arbitration means. This revise certainly will bring about great influence on the controversy processing method of the public infrastructure. This text then to the lawmaking origins of "first do mediation then arbitration" mechanism, apply the scope, procedure to want the item, and the problem of the possible occurrence and the influence of the creation, be the research analysis of the first step. Further then try to inquire into the entity and supplier for this mechanism how to respond, to provide the reference of the parties concerned, personnel.

Keywords: Government Procurement Law(GPL), First do Mediation then Arbitration, Mediation, arbitration.

壹、前言

立法院於去年（96年）6月8日甫通過修正政府採購法（以下簡稱採購法），並於7月4日經總統公佈實施，其中對採購法第八十五條之一條文內容增訂為「先調後仲」。本案原以該條文第二項進行修訂為「前項調解或仲裁屬廠商申請者，機關不得拒絕」，即調解與仲裁並列之方式，後經協商並於6月4日達成決議而三讀通過[1]內容如下：

第八十五條之一 機關與廠商因履約爭議未能達成協議者，得以下列方式之一處理：

- 一、向採購申訴審議委員會申請調解。
- 二、向仲裁機構提付仲裁。

前項調解屬廠商申請者，機關不得拒絕；工程採購經採購申訴審議委員會提出調解建議或調解方案，因機關不同意致調解不成立者，廠商提付仲裁，機關不得拒絕。

採購申訴審議委員會辦理調解之程序及其效力，除本法有特別規定者外，準用民事訴訟法有關調解之規定。

履約爭議調解規則，由主管機關擬訂，報請行政院核定後發布之。

上述條文中，第二項後段以斜體字加劃底線表示之文字為增訂部份，對工程採購發生履約爭議時，明訂雙方若無法達成協議，機關除不得拒絕廠商申請之調解外，若機關仍不同意採購申訴審議委員會提出之調解建議或方案，則廠商若提付仲裁，機關亦不得拒絕。

本條文之增修乃是由立法機關發起，其修法原意如下：原條文「調解屬廠商申請者，機關不得拒絕」僅對調解具有強制性，對仲裁則不具強制性，使以仲裁機制解決紛爭之功能無法充分發揮。依立法委員之提案說明，認為調解未必較仲裁更能發揮爭議解決之功能，乃基於以下考量[2]：

1. 履約爭議，本質上同於民事契約執行問題，若嚴重至解約或停權程度，違約責任之歸屬，仍應循訴訟、仲裁等既有民事糾紛解決機制，始能釐清。
2. 政府出面調解，固然出於善意，然由同為政府機關之採購申訴審議委員會主導調解，亦難免球員兼裁判之議，益生紛擾。
3. 強制進行調解程序，若調解未成，依法仍得依訴訟或仲裁尋求爭議解決，不惟徒增程序勞費，政府採購進度亦同受影響。相對而言，仲裁節省時間及金錢並迅速解決爭端，仲裁判斷為雙方權利義務最終結果，兼顧程序與實體正義。
4. 調解即使成立亦為妥協結果，妥協之餘所犧牲者不惟廠商營運成本，政府方面所承擔風險，輕如展延工期或交貨，重則有危公共安全之虞，雙重利益風險之特徵，至為明顯，未若由雙方均信任之專業仲裁人士，依據專門知識經驗，作出符合技術規範與專業要求之仲裁判斷，不論仲裁判斷有利何方，至少可謂兩害相權取其輕。

由於歷年來之仲裁案件，公務機關多因對仲裁程序不夠熟悉，或因對證據之保全工作不夠完整，或因參與人員之層級不足。

貳、工程爭議解決方式

採購法對於政府採購案產生之爭議，已明訂相關解決機制，如在招標、審標、決標（即採購發包過程）產生之爭議，廠商可提出“異議”、“申訴”；履約過程之爭議則有“調解”與“仲裁”。其中“異議”為向招標機關提出，“申訴”與“調解”則向採購申訴審議委員會申

請，而“仲裁”則是向仲裁機關提付仲裁。

而採購法規定廠商提出異議後，若無法解決其中之爭議，可再提出申訴。故解決採購發包過程之爭議時，異議與申訴之使用具有程序上之前後順序關係。但解決履約過程爭議之調解與仲裁，則無此前後順序關係。基本上，廠商可以在調解無效時提出仲裁，或不經調解直接向仲裁機關提付仲裁。惟依仲裁法之規定，提付仲裁之成立，乃是當事人對於現在或將來可能產生之爭議，事先訂立仲裁協議，才能在當事人產生爭議且一方提付仲裁，他方不得拒絕。如未事先訂立仲裁協議，則依採購法第八十五條之一未修法前之原條文內容，在履約過程發生爭議時，廠商申請調解並經採購申訴審議委員會提出調解建議或調解方案，但機關不同意致調解不成立時，廠商若再提付仲裁，機關仍可以拒絕，此時恐僅剩訴訟一途可明確處理彼此之爭議了。

參、相關問題探討

就修改後之條文內容觀之，先調後仲之案件必須在若干必要條件皆符合之情況下方能適用，這些要件即：

- 採購性質必須為“工程採購”。
- 需有採購申訴審議委員會所提出調解建議或方案。
- 機關不同意上述提出之調解建議或方案。

此時如廠商提付仲裁，機關不得拒絕。當然，先調後仲之案件乃是以廠商提出者為限，若為機關所提之調解案，則並不適用。

以下針對上述要件及修正條文之其他執行疑義，作進一步探討。

(一) “工程採購”方為適用

依據採購法規定，採購有“工程”、“財物”或“勞務”三種性質（本法第二條）。而採購法第七條第一項：「本法所稱之工程，指在地面上新建、增建、改建、修建、拆除構造物與其所屬設備及改變自然環境之行爲，包括建築、土木、水利、環境、交通、機械、電氣、化工及其他經主管機關認定之工程。」對“工程採購”一詞已有詳細規定。但實務上與工程相關之採購則類型繁多，包含諸多“財物”或“勞務”性質之採購。例如屬勞務採購之委託技術服務、委託專案管理、委託營運管理等；屬財物採購之機電設備採購案、購置電聯車等。這些案件雖屬廣義之工程生命週期範圍之工作，與工程密切相關，但在採購法之分類下，並不屬於工程採購案件，無法適用此次修法之「先調後仲」情況。

對於此一課題，土木技師公會全國聯合會與臺北市土木技師公會、臺灣省土木技師公會及工程技術顧問商業同業公會曾於 96 年 8 月 7 日拜訪工程會，向吳主委反應，建議將 96 年 7 月 4 日公布施行之採購法第 85 條之 1 修正條文中「工程採購」解釋為「與工程相關之採購」，並於日後進行修法[3]。惟因採購法第七條對「工程採購」已有明確規定；且工程會對於工程採購強制一方接受仲裁之情形，本即認為此乃違背仲裁法合意之精神，故對於辦理工程規劃設計之勞務採購及財物採購，工程會仍持反對強制仲裁之立場，認為仍應回歸仲裁法之精神，須經雙方合議後才提付仲裁。故相關人士認為此乃本次修法美中不足之處。

(二) 需有採購申訴審議委員會所提出調解建議或方案

工程爭議調解過程中，調解委員得依職權提出調解建議或方案，如兩造均同意其內容，爭議問題即告解決。但依據採購法第八十五條之三第二項「調解過程中，調解委員得依職權以採購申訴調解委員會名義提出書面調解建議」，亦即調解委員係「得」提出建議，並非絕對之義務。在雙方意見差距過大時，可能無法形成調解建議或方案，致調解委員直接作成調解不成立之意見，此時並無調解建議或方案。依本次修法內容，此種情形亦不符合「先調後仲」之要件。

有關調解委員應依職權之相關修正規定，工程會已計畫修訂為調解委員「應」依職權提出書面調解建議，就兩造主張有無理由予以指明（詳工程會「採購履約爭議調解規則」修正草案第十八條第一項）[4]。

以往調解案例，調解委員多於聆聽雙方意見陳述後，即作成調解建議或方案。採購法第八十五條之一第二項之修正，有以仲裁作為促成機關接受調解建議或方案之意，而藉以提高調解成立之機會，此即「先調後仲」以有調解建議或方案為前提之故。因此，在調解建議或調解方案成為廠商提付仲裁要件後，有關調解程序之證據調查程序是否應更加嚴謹，鑑定報告或雙方協商等資料，是否足以作為仲裁程序中佐證資料等事項，皆應詳加考量[5]。

(三) 機關不同意上述提出之調解建議或方案

調解委員提出調解建議或方案後，如兩造中有一方不接受，則調解不成立。採購法第八十五條之一第二項之修正，僅規定機關不同意此調解建議或方案時，若廠商提付仲裁，機關不得拒絕。如拒絕接受調解委員所提之調解建議或方案之一方為廠商時，並非本次修法之規定範圍。因「先調後仲」機制之目的在於促進機關接受調解建議或調解方案，故如廠商拒絕接受調解建議或方案，自非修法之目標範圍。但若兩造均表示不同意調解建議或方案時，並未排除適用，惟此時若廠商提付仲裁，應考量需接受原調解建議或方案成為仲裁結果之可能。

(四) 本次修法公布前案件之適用

本次修法經總統於 96 年 7 月 4 日公布施行，惟因修正條文對於能否溯及既往並未有特別規定，故此一課題成為多數專家學者所關注之焦點。工程會於 96 年 8 月 2 日召開「從法理上探討政府採購法第 85 條之 1 第 2 項修正條文公布施行前已經調解不成立之工程採購案件是否適用」會議紀錄顯示，相關公務機關皆持「否定說」（即不溯及既往），而與會的律師、教授則能持平從學理與實務面作多面向之分析探討，最後並未作出明確決策，僅以本次會議各與會人員意見彙整後，分送各機關並做為決策參考作為結論[6]。

(五) 仲裁之強制性

仲裁是傳統於工程履約中訴訟以外之最常見之爭議解決方式。但仲裁之提起，以有仲裁之「合意」為前提。依據「仲裁法」第一條第一項：「有關現在或將來之爭議，當事人得訂立仲裁協議...」，及第四條第一項：「仲裁協議，如一方不遵守，另行提起訴訟時，法院應依他方聲請裁定停止訴訟程序，並命原告於一定期間內提付仲裁。...」。故雙方如事先以書面約定仲裁為解決爭議方式之一，則兩造皆不得拒絕對方提起仲裁。但如未於事先約定仲裁為解決爭議之選項，即雙方並無「合意」，則任一造皆可拒絕對方所提之仲裁。

此項合意可於簽約之初即明列於契約，亦可於爭端發生以書面合意。但須注意的是，如契約文字僅寫明「得提起仲裁」者，機關或廠商均得向法院起訴或聲請仲裁，但以先行

繫屬者優先。換言之，一旦有人先起訴，在後者即不得就同一爭議再提起仲裁。又契約寫明「經機關同意，得提起仲裁」者，等同於無仲裁之合意，如欲提起仲裁，應得到機關之同意方可[7]。

由以上說明，仲裁之使用乃以當事人事前或事後經由「合意」下，方得以行使。採購法第八十五條之一第二項之修正，則形成「強制仲裁」之現象。工程會對於工程採購強制一方接受仲裁之情形，亦表達此乃違背仲裁法合意之精神，惟此為立法院依朝野協商結果所進行之法規修正，發布施行後仍需依法執行。故未來將產生何種問題，有待時間的考驗。

肆、結論

自從台北捷運之法商馬特拉公司與台北市捷運工程局之仲裁事件後，政府機關對工程仲裁可謂談虎變色。加以機關業務人員之專業多在工程而非法律，仲裁參與人員專業不足、層級太低、缺乏證據保全觀念，故仲裁結果常有不利於機關者。故公共工程之主要承辦機關紛紛自其標準合約範本中刪除仲裁條款。

對工程承包廠商而言，多數之工程爭議是對有權益上的損失（多為契約價金、時程方面的損失），因此透過爭議解決管道所爭取的，可能是自己原本該有的權益。換言之，在多數情況下，機關並不會因爭議解決結果不利於本身，而遭受損失。

而工程爭議處理方式中，除仲裁與訴訟兩種方式外，其餘之異議、申訴與調解三種途徑，提出異議的廠商所面對的另一個當事人是工程主辦機關，而接受廠商提出申請的也是公務機關，致對廠商而言常有球員兼裁判之慮。若採訴訟方式進行，則程序繁複、時間冗長，對廠商而言，可能又構成一次重大的傷害。故善用仲裁機制，由工程與法律背景之專業人士作公正、立即的判決，可能是一種方便、迅速而有效率的方式。

「先調後仲」機制在實施之後，主辦工程採購之機關與承攬工程之廠商皆應對修法所產生之權利與義務進行了解，同時熟悉其行使之時機與流程。法令之修改，其原始構想必然經過一段時間的醞釀以及廣泛的討論之後，針對其中需要解決之問題，以多數人可以接受之方式進行調整。其結果不一定能完全解決問題，或期望能百分之百滿足所有人的期望，甚至實施結果亦可能產生原先所未曾預料到的問題。因此，本文期望以粗略之見解，能拋磚引玉激起各界對此課題之興趣，進行多方面廣泛的探討，進而使相關之典章制度益臻完善。

參考文獻

1. 立法院公報第 96 卷第 52 期院會紀錄，第 182~183 頁。
2. 立法院第 6 屆第 4 會期第 11 次會議議案關係文書，95 年 12 月 6 日印發，第 17~18 頁。
3. 「『政府採購法第 85 條之 1』修正條文及『機關委託技術服務廠商評選及計費辦法』修正草案討論會會議紀錄」，技師報第 559 期，台灣省土木技師公會發行，96 年 8 月 25 日。
4. 行政院公共工程委員會，採購履約爭議調解規則部分條文修正草案總說明，96 年 8 月 7 日發布。
5. 施義芳、陳錦芳，「政府採購法第 85 條之 1 第 2 項增訂「先調解後仲裁」對工程履約爭議之影響」，技師報第 559 期，台灣省土木技師公會發行，96 年 8 月 25 日。

6. 行政院公共工程委員會，「從法理上探討政府採購法第 85 條之 1 第 2 項修正條文公布施行前已經調解不成立之工程採購案件是否適用會議」紀錄，96 年 8 月 2 日。
7. 羅明通，「法律與生活－公共工程與申訴、調解、仲裁」，臺大校友雙月刊第 47 期，95 年 9 月。