

出國報告 (出國類別：研究訪問)

中國清華大學

「2011 年中文數位出版與數位圖書館國際研討會」研討會

服務機關：國立臺北大學法律學系

姓名職稱：吳光明教授

派赴國家：中國

出國期間：100.8.28~100.9.4

報告日期：100.11.23

班機：

直飛： 航空公司

100年8月28日桃園出發 19：25 抵北京

100年9月4日北京出發 16：40 回台北。

規劃：

吳光明教授

數位出版與數位圖書館與法律文化體系一系列研討會

參加人：

吳光明

法律學院法律學系教授

兼財經法律研究中心主任

地點：

中國清華大學

主題：

「2011年中文數位出版與數位圖書館國際研討會」研討會。

參加人：

海峽兩岸、美國、日本、澳洲、韓國、香港等共 17 個國家圖書館館長與學者專家等，總共參與人數約 250 人針對各項議題提出報告，會中更有主持人、評論人以及諸多專家精彩對話。清華大學法學院碩博士生等亦踴躍參加，盛況空前。

吳光明教授參與之報告題目為：「**The impact of Multi-Culture Dispute Resolution--With reference to Article 31 of Taiwan's Arbitration Law**」（其內容詳如下頁）。

目次

- 壹、概說
- 貳、多元文化
 - 一、意義
 - 二、法律移植
 - 三、本土法律文化
- 參、ADR 發展之多元化
 - 一、「文化趨同」問題
 - 二、ADR之功能與價值
- 肆、仲裁文化（Arbitration Culture）、訴訟文化（Litigation Culture）與和解文化（Conciliation Culture）
 - 一、各國爭議解決之文化
 - 二、仲裁與訴訟、和解之異同
 - 三、仲裁文化在各國發展之限制
 - 四、仲裁文化可能之調整
- 伍、國際商事仲裁文化發展上之先天性障礙（innate barriers）
 - 一、實體法方面－內國公序問題
 - 二、程序法方面－不同法系文化下規定之差異
- 陸、我國仲裁文化法之特色
 - 一、我國仲裁法之沿革
 - 二、衡平仲裁制度之法理
 - 三、我國仲裁法第 31 條之盲點
 - 四、在仲裁詢問會上遭遇之問題
- 柒、結論

*吳光明教授為國立臺灣大學法學博士、國立臺北大學法學系教授，奧地利維也納大學、德國慕尼黑大學、美國喬治城、加拿大多倫多大學訪問學者，法務部「民法物權編」修正委員、法務部「仲裁法」修正委員、2003 年榮獲 Fulbright 獎學金赴美參加美國仲裁協會舉辦仲裁人訓練與講習。

壹、概說

從文化學之角度言之，法律是文化之一種，而文化無國界，一國法律被移植到另一個國家，完全是正常現象。換言之，法律與文化密切相關，文化對法律之移植效果產生絕對性之影響。當異質文化與本土文化相遇時，產生三種如下結果：

1. 本土文化完全控制外來文化：此時法律移植之推展異常艱難。
2. 外來文化完全征服本土文化：此時法律移植之效果良好，但前提是本土文化水準低落，且無深厚根基。
3. 外來文化與本土文化結合良好：此種文化環境才是具有深厚文化傳統國家坐享法律移植利益之可行性選擇。

因此，各種理論體系與觀點，在價值取向與基本理念上，會呈現出明顯之衝突與多元文化狀態。本文有必要從多元文化意義談起，就法律移植、本土法律文化分別加以論述，同時，在有某些社會成員「好訟」心態之文化傳統與法律意識下，或某些關注「以訴訟制度為核心」之糾紛解決機制之制度性設計與建構制度保障下，更有必要從多元文化觀點，論述仲裁之功能與價值。

基此，本文首先擬探討多元文化之意義，包括法律移植、本土法律文化等；次則探討 ADR 發展之多元化多元文化「文化趨同」問題、ADR 之功能與價值；再次探討仲裁文化（Arbitration Culture）、訴訟文化（Litigation Culture）與和解文化（Conciliation Culture），並說明仲裁文化在各國發展之限制、仲裁文化可能之調整。同時，亦探討國際商事仲裁文化發展上之先天性障礙（innate barriers），包括實體法方面內國公序問題與程序法方面，不同法系文化下規定之差異，然後，再提出我國仲裁法之特色，以茲對應。最後提出檢討與建議。

貳、多元文化

一、意義

法律是社會之上層建築，法律必須與社會結構之下層基礎相適應。因之，每一個社會、每一個民族與每一個時代均有一個特殊之世界觀。

由於各個社會各個時代之經濟制度，反映出民眾各種生活需求，而形成種種社會意識，此種社會意識再加入「正義意識」後，即形成法律。

傳統法律文化存在於民眾之法律意識、心理、習慣、行為方式、

以及生活過程中，而後由於傳統法律文化所賴以存在之經濟、政治與社會條件發生巨大變化，人們便思考，如何擺脫傳統法律觀念之精神束縛，消除某些阻礙社會進步與發展之法律意識之影響，形成一種新法律價值觀念。

由於人類文化之多元性，決定東西法律文化之差異特點，政治體制、經濟發展、文化背景之獨特性是導致法律衝突之基本原因，此為多元發展之必然現象。其中，法律本質有社會主義與資本主義之差異，法律精神有集體主義與個人本位主義之差異，法律模式有成文法與判例法之差異，法律運作有法學家與法官之作用等之差異，此不僅構成東西方法律文化之歷史區別，而且決定著二十一世紀法文化建設之未來表徵。換言之，不同經濟、地域、民族之國家中，會形成不同之法律文化背景。例如，西方人崇尚個人主義，日本人崇尚義理，阿拉伯國家崇尚宗教教義，我國封建社會崇尚禮治主義等，均給法律文化打下極深之印記。

多元文化亦有稱為價值多元論，是一個普遍流行之觀念，這是由於世界各國文化不同，而可認為文化規範以及涉及此予以此相關之道德價值，亦會是多樣化¹。而吾人正處在一個文化多元與法律趨同化並存之時代，法律文化作為大文化之一部分，亦應是多元的。西方殖民體系崩潰後，各國法律之本土化，即是鐵的例證。

二、法律移植

法律移植係指不同文化背景下，各國法律間橫向之相互借鑒、吸收、利用與移植。當同一時代各國法律及法律背後之社會經濟發展不平衡時，法律則從法律發展水準先進之國家，向法律發展水準低較慢或較後之國家移植。例如日本明治時代政府對德國法律之移植，二次世界大戰後，日本又對美國法之移植等。

一般言之，先前近代之日本法律，在形式上諸法合體，民刑不分，其並無獨立完整之民法體系。明治維新後，日本經由移植，繼受西方法律，成功地實現法律現代化。日本民法典是比較法之產物，具有混淆之性格，其混淆主要表現在日本民法典同時繼受法國法與德國法雙重構造上。

三、本土法律文化

¹ 參閱 WITTMANN, Roland 著，何佳昇譯，「多元價值論」應對「價值相對論」，載於劉幸義編，多元價值、寬容與法律，五南，2004年4月，初版一刷，頁526。

本土法律文化是一個包含傳統法律文化與現代法律文化之綜合概念。本土化與現代化並不是一對矛盾之範疇，如認為本土化僅談論本土，而不論及現代，或者現代化僅談論現代而拒絕本土均係錯誤。

事實上，在當前經濟全球化、一體化迅速發展之形式下，各國法之本土性亦會長期存在。除政府因素外，各國各地區自然因素條件不同，文化傳統不同，風俗習慣不同，法律規範也就會有所區別，只要上述因素不變，法之本土性亦不會完全改變。

另一方面，每個國家之法律現代化均有其自己之特色，此特色亦即傳統在現在化之活力中之體現。

又隨著交通與通訊事業之蓬勃發展，國際間經濟貿易範圍逐漸擴大，法律文化亦有趨同一致之現象。各經濟區域間之互相合作，導致區域間經濟合作之法律規範之出現，此種法律規範甚至超越於國家之上，是各合作國家間之法律淵源，如歐洲共同體法等是也。

參、訴訟外糾紛解決機制（ADR）之多元化

一、「文化趨同」問題

理論上，法律移植與法律本土化中，有許多基本問題，如法律移植之內涵、法律移植之必要性與可行性、法律移植之相關條件、法律移植與法律之本土資源、法律移植與國家主權、法律移植與國家意識形態等。因此，法律移植與融合是由多種因素形成，主要是由各國內部政治經濟變革之要求而定，即使在當前經濟全球化、一體化迅速發展之形式下，各國法之本土性亦會長期存在²。

另一方面，由於現代傳輸與信息，快速地將各種社會編織在一起，連帶使經濟文化亦緊密連在一起，致現代法律亦日益增強其國際性，即所謂全球化問題。再由於商業交往頻繁，又跨越國界，國內之法院及律師，必須更加頻繁地處理此種交往中之法律問題，亦導致發展另一種是經由發展解決爭議之國際體系---ADR。

雖然任何法律制度都有其獨特性，也有其歷史背景，但是全球化後，也會有「趨同」問題，不過仍會有一些細節上之差別，均為人類文化之多元性結果。同理，當代ADR發展最顯著之特徵與趨勢，即在於發展格局與形式之多元性與多樣化。在多元化糾紛解決機制中，各色各樣之糾紛解決方式，以其特定之功能與特點，相互協調地

² 總之，法律移植仍須有其成功之條件，包括各國各地區之自然條件、文化傳統、風俗習慣、生活方式等，供體與受體間之相似性，親和力等。

共同存在，所結成之一種互補的、滿足社會主體多樣需求的程序體系與動態之調整系統。多元化糾紛解決機制以人類社會價值與手段之多元化為基礎，不排除來自民間與社會之各種自發力量，在訴訟解決中之作用與積極性。

二、ADR之功能與價值

ADR之功能與價值主要在於，現代社會與當事人間在利益、價值觀、偏好以及其他各種實際需求等方面之多元化，本質上需要多元化之糾紛解決方式，使社會與當事人有更多之選擇權。

從ADR之功能言之，解決糾紛即為ADR之基本功能。此正是ADR與法院之民事訴訟程序相互銜接與互補之根本聯結點。基於此一功能，各色各樣之替代性糾紛解決方式與訴訟和審判，共同構成一種多元化之糾紛解決機制。

因此，ADR發展之社會價值觀，至少應包括效益觀念、自治觀念、實質正義觀念等三方面。故為擴張ADR之功能，必須建立與社會自治、自律、誠信、理性及合作之程度相適應之多元化糾紛解決之機制。

另一方面，ADR從下列三個層面，挑戰正式之訴訟制度：即1.ADR使社會規範「非法律化」；2.ADR使律師非專業化；3. ADR使法律程序非正式化。此種非正式之ADR與正式之訴訟間之矛盾，反應出一個問題，即必須在正式之「程序正義」與「個別正義」之自由裁量間，找出一個適度平衡。

總之，ADR之形式、類型、性質、功能、價值取向、主體之多樣化，在不同層次上，為當事人與社會主體提供更多樣之選擇可能性，構成更多糾紛解決機制或系統，亦為充分尊重並發揮各種社會規範之作用提供更廣大之空間。足見，糾紛解決與ADR是當代社會一種極富生命力之實踐活動。

肆、仲裁文化、訴訟文化（Litigation Culture）與和解文化（Conciliation Culture）

一、各國爭議解決之文化

一般而言，每個國家之法律均有其自己之特色³，此特色即傳統在

³ 例如美國人有極強烈之權利觀念，以及美國人對法律之強烈依據。因此，在美國，訴訟與法律不可分地聯繫在一起，以致造成訴訟爆炸現象。。

現代化中活力之體現，故比較中西文化差異，西方人崇尚抽象理性，東方人注重現實經驗，西方人強調規範調節秩序，東方人依賴倫理約束行爲，西方人往往經由訴訟主張權利，東方人寧願選擇「和解」處理爭議問題⁴，已如前述。

從各個國家或區域解決爭議之主要方式觀之，爭議解決文化可以區分爲訴訟文化、仲裁文化與和解文化。西方世界儘管有程度上之差別，傳統上均認爲屬於訴訟文化之國家，關於私人間之爭議強調經由訴訟方式解決，美國可說是訴訟文化國家中較爲典型之代表⁵。反之，在亞洲，由於爭議解決方法之選擇上大都重視和解方式，社會對於訴訟持有負面之態度，一般人民不願甚至羞於提起訴訟，使得和解在此一區域得以興盛，因而被認爲屬於和解文化之國家⁶。但無論是訴訟文化之國家或者是和解文化之國家，背後均存在著一個長久之社會意識型態（Social Ideology）造成各自不同爭議解決文化。

在訴訟文化之國家中，人們相信權利並非他人所賦予，而是必須經由自己努力去贏取⁷，一百多年前學者 Rudolf von Jhering 在一篇著名文章「爲法律而奮鬥」(Der Kampf ums Recht)⁸中，所提出之四點：即 1.奮鬥是法之生命；2.爲權利而奮鬥是對自己之義務；3.主張權利是對社會之義務；4.爲國民生活權利而奮鬥之重要性⁹。凡此種種，均表達權利必須由個人去爭取、捍衛。在此想法之下，如不積極主張自己之權利，在道德上將會是一個負面評價，對於社會亦會產生不利影響，因此人人均應勇於主張權利，而主張自己權利最爲直接之手段，便是提起訴訟。

反觀和解文化之國家，例如在中國、日本以及阿拉伯回教國家中，一方面對於個別之權利並不同於訴訟文化國家般地重視，所強調者毋寧是整個社會之和諧、融洽，而訴訟制度帶有強烈對立之性質，

⁴ 何勤華主編，法的移植與法的本土化，湯唯著，法律西方化與本土化的理性思考—也論中國法律文化現代化，法律出版社，北京，2001年5月一版，頁311。

⁵ 例如人們常說美國人「權利意識高強」或者說他們「好打官司」，或者說他們常掛在口頭上之「找我的律師談」時，該人就是在評價美國之法律文化。

⁶ YASUHEI TANIGUCHI, Is There A Growing International Arbitration Culture ?An Observation from Asia”, A.J. van den BERG, ed., International Dispute Resolution: Towards An Arbitration Culture ,ICCA Congress Series No.8 (Kluwer Law International 1998),p.31.

⁷ 如果自己不去努力去爭取權利，就會讓權利睡著了。

⁸ 王澤鑑，民法總則，三民書局，1995年3月，頁1。

⁹ Rudolf von Jhering，胡寶海譯，爲權利而鬥爭，中國法制出版社，初版，北京，2000年10月，頁8-40。

提起訴訟對於當事人彼此之關係有極大之傷害；另一方面，又認為人與人之間個別糾紛過於多樣及複雜，是無法預先經由法律給予一般性之規定，因而對法律產生不信任之態度，例如在阿拉伯回教國家，解決爭議之方法並非提起訴訟，主張法律規定，而是求助於具有聲望、受到大家敬重、有智慧之長者，由該長者對當事人爭議依照公平（Fairness）及正義（Justice）理念做出決定，而該決定僅具道德上之拘束力，並無法律上之拘束力，做成該決定之依據通常亦非法律之規定，遑論該決定做成之過程是否符合一般之司法程序¹⁰，以現在法治之眼光來看，此為最嚴重之缺失。

在今日，並無任何國家或區域被認為屬於仲裁文化之中心，其主要原因包括仲裁制度背後並無如訴訟或和解般有著一定之社會意識型態存在¹¹，並且仲裁制度通常不是一個國家或區域解決爭議之主要手段，仲裁通常配合著訴訟或是和解、調解（Mediation）、協商（Negotiation）加以運用¹²。而仲裁實際運作之情形，亦會因為不同之國家而有所差異¹³，十九世紀末，英國、德國、法國等國家則均制訂勞動爭議與仲裁之專門法規。

由於仲裁並無法在任何一個國家或區域被普遍使用，僅在特定領域才有被使用之機會，例如前所提及之勞資爭議、工程爭議等等。因此，如果仲裁文化所指者係仲裁是否能被普遍地使用之情形，則所謂「仲裁文化」將只僅會發生在特定領域中¹⁴。

二、仲裁與訴訟、和解之異同

仲裁係指爭議雙方當事人在爭議發生前或者在爭議發生後達成協議，自願將其爭議提交管轄法院以外之第三者，由一人或數人居中評

¹⁰ Ahmed Sadek El-Kosheri, Is There A Growing International Arbitration Culture in the Arab-Islamic Juridical Culture? ,A.J.van den BERG, ed. ,International Dispute Resolution :Towards An Arbitration Culture, ICCA Congress Series No.8 (Kluwer Law International 1998),p.47。

¹¹ Ibid.pp.36-37。

¹² 理論上，替代性糾紛解決方式之設計，必須考慮到如何更合理地為當事人提供一種公平之協商活動途徑，以調解而言，就有所謂「判斷型調解」、「交涉型調解」、「教化型調解」、「治療型調解」等基本類型。

¹³ 例如在北美洲，關於勞工爭議問題，則廣泛使用仲裁，而其他國家中，亦有的在工程爭議中以仲裁作為主要爭議解決方法。

¹⁴ 此種特定領域，例如勞工仲裁文化、工程仲裁文化或者海事仲裁文化（Maritime Arbitration Culture）。

斷是非，並做出仲裁判斷。

法官與仲裁人之區別，並非僅係身分與地位之區別。在訴訟程序中，法官必須審理案件，並挑出可適用之規範。從而，決定當事人何種權利之取得或受侵犯。然而，在仲裁程序中，仲裁人係在當事人成敗之中斟酌其利益，並使當事人知悉其利益。因此，仲裁人必須估計延長當事人間之爭議時，當事人所付出之代價。其結果使仲裁人比較重視當事人之利益，而較不重視法律規範。

仲裁判斷對於爭議雙方均具拘束力，而雙方當事人均有義務履行之一種終局解決爭議之方式。仲裁通常被認為同時具有訴訟及和解之特徵，因為仲裁判斷係指對於雙方當事人具有拘束力之決定(a binding Decision)，此一特徵使得仲裁與訴訟相類似¹⁵。我國仲裁法第三十七條第一項規定「仲裁人之判斷，於當事人間，與法院之確定判決，有同一之效力。」不但明文規定仲裁之效力，並且更可看出仲裁所具有之訴訟性質。另外，當事人將爭議提交仲裁，係以當事人雙方自願為前提，因此仲裁必須基於當事人雙方之協議，以仲裁協議(Arbitration Agreement)作為仲裁依據，從而充分顯示仲裁之「當事人意思自由原則」¹⁶。而此一當事人之協議便是仲裁所具有之和解特徵，亦即仲裁協議具有和解之性質¹⁷。

仲裁協議是仲裁之根據，通常是以仲裁條款呈現。雙方當事人在簽訂契約時，在該契約中約定，將可能發生之爭議提交仲裁解決之條款。相較於和解係雙方當事人對於已經發生之紛爭之協議，在訂立仲裁條款時，雙方當事人間並無具體之紛爭存在。因此，仲裁所具有之和解特徵，在大量採取仲裁條款之契約實務中，其和解性質並不明顯，除非是在衡平仲裁之情形，必須雙方當事人明示之合意，和解之性質才得以加強¹⁸。

然而，反觀仲裁所具有之訴訟特徵，卻十分受到重視，認為仲裁為準司法手段，與訴訟有極為密切之關連，且普遍認為仲裁人必須依據法律仲裁，除非當事人明示合意授權下方得依公允善良之原則進

¹⁵ 在仲裁詢問終結後，仲裁庭應於十日內做成判斷書；在訴訟達於可為裁判之程度者，法院應為終局判決，就此部分言仲裁與訴訟相類似。

¹⁶ 吳光明，商事爭議之仲裁，五南圖書出版公司，1999年9月，頁3。

¹⁷ 仲裁協議能夠多少減輕當事人之對抗性並多少吸收和解之長處。

¹⁸ 有關衡平仲裁之內涵，在我國學者之見解非常分歧，參閱林俊益，衡平仲裁判斷之判決評釋，仲裁，第54期，1999年10月9日頁24。由於見解非常分歧，筆者在法務部舉辦之仲裁法修正草案研修會中舉出理由主張，不必要訂定仲裁法第31條，行政院版時刪除，後來立法院時又增訂仲裁法第31條。但其成效如何有待觀察。

行衡平仲裁（decide ex aequo et bono or as amiable compositeur），使得仲裁程序設計與訴訟程序極為相似，在立法體例上，仲裁常規定於民事訴訟法中。因此，有認為仲裁人最好是由律師或退休法官擔任，因為渠等較為熟悉訴訟程序，自亦便於進行與訴訟程序相近之仲裁程序。再者，由律師或法官擔任仲裁人，更有助於仲裁程序進一步訴訟化，例如加強仲裁程序當中關於證據調查之程序，甚至於在仲裁制度中增設上訴制度。

長久以來，一般認為仲裁較訴訟更具彈性、簡易、迅速，甚至較訴訟更為經濟，但是如將仲裁程序如上開所述地訴訟化，是否真能運作出理想中具有彈性、簡易、迅速，經濟之仲裁程序，抑或早已與一般所追求之仲裁制度偏離，所產生者不過是形式上不同，實質上卻與訴訟程序極為相似之仲裁程序¹⁹。從而，仲裁文化與訴訟文化更加難以區分。質言之，仲裁程序過度訴訟化之結果，將導致仲裁文化不過是訴訟文化變相之延伸。仲裁儘管亦具有和解之特徵，但實際上運作結果，對於仲裁制度之建立，所能產生之影響卻極其有限。

三、仲裁文化在各國發展之限制

在比較仲裁與訴訟及和解之後，可發現仲裁雖然同時具有訴訟及和解之特徵，但實際上仲裁運作結果卻與訴訟較為近似，以致於儘管想要試著從仲裁與訴訟及和解在制度上之差異，從個別制度內容之面向，探討仲裁文化獨立存在之可能性，亦由於仲裁制度在設計上較類似於訴訟制度，仲裁文化與訴訟文化更是難以區分，主要原因便是仲裁與訴訟過於相似。

在仲裁與訴訟過於相似情形下，所產生之問題，在和解文化之國家中，一般大眾排斥訴訟之態度，是否亦會發生在仲裁的運用上問題，在和解文化之國家，其長久之社會意識型態已如上述，特別是對於法律規定抱持不信任態度，而仲裁除了在衡平仲裁之情形外，普遍認為仲裁人有依法律仲裁之義務²⁰，仲裁要在和解文化之國家中被普遍採用，恐怕有所困難。儘管先不論此一問題，光是仲裁程序如同訴訟程序般繁複，而不如和解簡易、迅速，在和解文化之國家中，可能

¹⁹ Whitmore Gray, "Is There A Growing International Arbitration Culture?" ,A.J.van den BERG, ed., International Dispute Resolution : Towards An Arbitration Culture ,ICCA Congress Series No.8 (Kluwer Law International 1998),pp.28-29.

²⁰ 我國實務上認定仲裁人有依法律仲裁之權限，參閱最高法院 90 年度台上字第 1844 號民事判決。

早已令人望之卻步。因此，在仲裁與訴訟過於相似之情況下，於和解文化之國家中，較難以經由仲裁制度之採用而形成仲裁文化。反之，在訴訟文化之國家中，由於仲裁與訴訟之相似，仲裁之運用較為普及，對於仲裁之接受度亦較和解文化之國家為大。然而，由於仲裁程序仍過於漫長，仲裁本質上與訴訟之差別不大，故在特定領域所出現之爭議，如不願意採取訴訟方式解決，往往亦不願意提交仲裁²¹。

四、仲裁文化可能之調整

一九九六年英國新仲裁法規定：「仲裁庭必須公平、公正地給予當事人合理（Reasonable）機會陳述案情，以及與相對人討論案情」²²，相較於「模範法」（UNCITRAL Model Law）、「聯合國國際貿易法委員會仲裁規則」（UNCITRAL Arbitration Rule；以下簡稱仲裁規則）規定之：「必須給予每一位當事人充分（full）之機會陳述案情」²³，以及我國仲裁法第二十三條前段亦規定：「仲裁庭應與當事人充分陳述機會，並就當事人所提主張為必要之調查。」，英國一九九六年新仲裁法之上開規定，頗值重視。蓋所謂充分（full）與合理（Reasonable）概念上有何不同，實待探討。或有認為如給予當事人一個不充分之機會陳述案情，所給予之機會即屬不合理²⁴。如持此觀點，英國仲裁法規定給予當事人「合理的機會」陳述案情，在實際運作之下與模範法、仲裁規則及我國仲裁法之規定等等，均應無不同。

然而，本文以為，所謂「合理」較之「充分」一詞，在概念上應較具彈性，在具體案例之適用上，如有當事人主張以未有「充分」機會陳述案情為由，恣意拖延仲裁程序，而事實上此一主張顯無理由時，用「合理」一詞能使仲裁庭有權斟酌惡意遲延之當事人之主張，

²¹ 例如作為訴訟文化中心之美國，仍有學者認為某些爭議循訴訟管道並無法圓滿解決，例如在家庭糾紛（Family Dispute）方面，其所建議之紛爭解決方式並非仲裁，而是依和解之方式解決，較能得到令人滿意之結果。

²² Sec.33(1)(a)Arb. Act 1996of U.K. “The tribunal shall act fairly and impartially as between the parties, giving each party a reasonable opportunity of putting his case and dealing with that of his opponent.”

²³ Art.18 Model Law;Art.15(1)Arbitration Rule, “each party shall be given a full opportunity of presenting his case”。

²⁴ Gerold Herrmann, “UNCITRAL’s Basic Contribution to the International Arbitration Culture” ,A.J.van den BERG,ed., International Dispute Resolution : Towards An Arbitration Culture, ICCA Congress Series No.8 (Kluwer Law International 1998),p.52.

仲裁程序因此可較為迅速。在仲裁文化與訴訟文化難以區別之現在，英國仲裁法此一規定，較之模範法、仲裁規則及我國之規定，更能使仲裁程序保有其彈性與迅速，以別於訴訟程序之繁瑣²⁵。

為使仲裁文化能與訴訟文化較為明顯地區分，除在技術面上修改法律規定，讓仲裁程序之進行能更加迅速，俾期與訴訟程序有別外，另外一個可能之方法，應該是衡平仲裁²⁶之採用。在衡平仲裁之情形下，仲裁庭所作仲裁判斷依據並非嚴格之法律規定，而是在個別之爭議中尋找與其他相類似爭議細微之差別，並依據公平（Fairness）及正義（Justice）或者稱為衡平原則而作出仲裁判斷。此有兩點必須強調，首先所謂「公平」、「正義」或「衡平」，與法律並非完全對立存在，事實上採用衡平仲裁，應該用比較屬於和解文化之社會意識型態來看待，例如對於法律規定之不信任態度，即屬於此種意識型態之一。

其次，在衡平仲裁之情形下，由於雙方當事人並非遵循嚴格之法律規定，而無一套明確之對錯標準，此可降低雙方當事人對立之性質。又由於程序規定之事項對於仲裁判斷較無影響，故當事人對於相關程序規定較不重視，仲裁程序之進行亦因而較為簡易、迅速。

伍、國際商事仲裁文化發展上之先天性障礙（innate barriers）

一、實體法方面－內國公序問題

所謂公安或公共秩序（Public Order）或公共政策（Public Policy），其意義如何，常因時因地，隨各國之風俗習慣及倫理道德觀念之不同而異，殊難有一客觀的認定標準；惟公序良俗係反應一國家或團體基本之經濟、法律、道德、政治、宗教和社會之標準，則極為明確。

在國際商事仲裁之領域中，公序良俗似可分作二個層次來討論，即內國公序及國際公序。而在仲裁判斷之承認及執行之階段，執行地國之公序扮演著關鍵性之角色，蓋國際仲裁人所作之仲裁判斷，如未符合執行地國之公共政策或公序良俗，其仲裁判斷之效力極可能為執行地國法院所否定，使當事人之前所進行之仲裁程序及結果，束之高

²⁵ 英國仲裁法有關此規定，或可視為想要讓仲裁文化能脫離訴訟文化所做出之努力。

²⁶ 關於衡平仲裁更詳細之說明，參照吳光明，前揭文，頁 321-348。另參閱吳光明，論衡平仲裁制度—我國仲裁法第三十一條之檢討，仲裁法理論於判決研究，翰蘆，2004 年 11 月，頁 105-135。

閣，徒然耗費勞力、時間及費用而已。

由於國際商事仲裁法庭係一非內國之機構，故並不須對任何主權國家負忠誠之義務，國際商事仲裁之仲裁人於選擇法律作成判斷時，亦無義務遵守任何內國公序。惟此並非表示公序觀念在國際商事仲裁進行中，毫無重要性。事實上，仲裁人對個別仲裁當事人及一般國際交易之維護，均有其責任。仲裁人於作成仲裁判斷時，在必要程度，仍須考慮內國公序問題。是故，仲裁人無法忽視仲裁執行地之內國公序。此外，仲裁人亦必須注意其所作判斷，是否與執行地之公序相抵觸，使內國公序在國際仲裁文化之發展上，成爲一不可避免之先天性障礙。

二、程序法方面—不同法系文化下規定之差異

就仲裁人而言，其所面臨之內國程序法規範之包袱，主要在於當事人與仲裁人對於仲裁程序之進行，是否有共同之認識。亦即當事人（或其訴訟代理人）與仲裁人間，對於仲裁程序應如何進行之預期，是否相同。蓋雙方對程序進行主觀認知之差異，將會提高仲裁程序進行之困難度，導致程序延滯之後果。

陸、我國仲裁文化法之特色

一、我國仲裁法之沿革

民國50年1月20日總統令制定公布「商務仲裁條例」，全文共30條；71年6月11日總統令修正公布全文36條，75年12月26日總統令修正公布第 21、28、29 條；並增訂第 28-1、28-2 條條文；87年6月24日爲促使我國仲裁立法「國際化」與「自由化」，並配合國際貿易之發展，爰參考多數國家之立法，將「商務仲裁條例」修正名稱爲「仲裁法」，以擴大仲裁法之適用。仲裁法全文56條；並自修正公布日後六個月施行；91年7月10日修正公布第 8、54、56條條文；並自公布日施行。

二、衡平仲裁制度之法理

因爲與外國不同之仲裁文化，有學者認爲衡平仲裁制度可使許多不是研習法律之仲裁人，充分發揮其解決爭端之長才，在專家審理之情況下，此種制度確能較一般「法律仲裁」展示其快速、經濟與和諧

之特殊功能²⁷。該學者更引述立法院關係文書條文對照表，主張我國採納衡平仲裁方式解決紛爭，並呼應民法第一條之立法精神。此規定與 UNCITRAL 模範法第 28 條第 3 項與各國立法例之相關規定一致，堪稱世界之潮流²⁸，固非無見。然而，此種變體仲裁方式，在英美國家仍有爭議²⁹。

以我國之「現行法」而言，理論上，原規定為「得適用衡平原則為判斷」，其立法理由為：「明示仲裁庭經當事人合意者，得採用衡平仲裁的方式解決糾紛。此因各國仲裁系統約有兩種，一為法律仲裁，一為衡平交易習慣仲裁，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」³⁰。

然而，在實務運作上，要適用該仲裁法第 31 條規定尚有嚴格之條件，即「當事人合意」以及舉證證明「嚴格適用法律會產生不公平之結果」，二者缺一不可。其結果，因為一方面無人能舉證證明「嚴格適用法律會產生不公平之結果」，另一方面，爭議當事人均無法知道三位仲裁人內心之「衡平原則」是否相同情況下，亦不敢貿然同意「衡平仲裁」，因此，實務上，當仲裁庭詢及雙方當事人是否同意「衡平仲裁」時，大多不敢表示同意，尤其是當事人之一造為官方單位時，更是如此。再者，法院如何對「衡平仲裁」加以監督，均成問題，則該條之適用，在我國成效如何，自有待觀察³¹。

事實上，仲裁庭所做之友誼磋商（amicable consultation 或 amicable composition），對當事人並無拘束力（non-binding），該友誼磋商之結果，本需經雙方當事人同意，方能發生效力，如雙方當事人並不同意，則仲裁庭應繼續審理該案，以解決爭議，本是天經地義。換言之，依雙方當事人之授權與要求，仲裁人按照公允及善良之原則，解決爭議者，則為衡平仲裁，如雙方當事人，並未授權與要求，此時之仲裁人，性質上僅為友好調解人。如雙方當事人，均同意友誼磋商之結果，方可發生法律拘束力。

三、我國仲裁法第 31 條之旨點

²⁷ 陳煥文，仲裁法逐條釋義，前揭書，頁 346。

²⁸ 陳煥文，仲裁法逐條釋義，前揭書，頁 349。

²⁹ 法國、比利時、荷蘭、瑞士等大陸法係國家承認衡平仲裁，在普通法系之英國、美國，只要當事人授權，仲裁庭可進行衡平仲裁。

³⁰ 法務部，仲裁法規彙編，88 年 3 月，頁 59-60。

³¹ 吳光明，衡平原則與衡平仲裁，載於商事爭議之仲裁，五南，91 年 10 月，初版二刷，頁 111-114。

理論上，如能靈活地運用衡平仲裁制度，讓仲裁制度融入較多和解文化之精神，應可以將仲裁文化與訴訟文化加以區別，而造作出一套較為獨立之仲裁文化。然而，仲裁法第 31 條之規定為：「仲裁庭經當事人明示合意者，得適用衡平原則為判斷。」該條文中之「衡平原則」，依台灣高等法院四六號民事判決³²，係指「嚴格適用法律之規定，於當事人間將產生不公平結果之情形」云云。可是，事實上，並沒有人能舉出例子說明任何「嚴格適用法律之規定，於當事人間將產生不公平結果之情形」之案例。何況，該法之立法理由也無如上述內容。再者，學者間就「衡平原則」之諸多著作³³，亦與上述仲裁法第 31 條之得適用「衡平原則」為判斷不同，相同「衡平原則」法律用語，會有完全不同之解讀，並非吾人所樂見。換言之，我國實務上運用衡平仲裁制度之情況，與我國仲裁法第 31 條規定之文義，並不相同，縱使衡平仲裁在理論上，立意甚佳，但與仲裁法第 31 條規定之本意不合，此為我國仲裁法第 31 條之盲點。

何況，在我國短短幾十年之仲裁文化下，不能否認，有些當事人選任之仲裁人不免仍「為當事人處理事務」之心態，而產生所謂「代理人戰爭」之情況，有些當事人選任之仲裁人也不喜歡對造選任之仲裁人掌控主任仲裁人，也常有逾期無法選出主任仲裁人，而需交由法院選定之問題，甚至，似乎有些當事人懷疑仲裁制度之存在價值，值得各界深思。

此外，民國65年雖有「商務仲裁人並非個個是法律專家」而主張「仲裁人不必依法律為判斷」者，以當時之時空背景，固非無見³⁴，然三十年後之今天，法治建設大進，如仍認為衡平仲裁制度可使許多不是研習法律之仲裁人，充分發揮其解決爭端之長才，其說服力似稍嫌不足。再者，於「增訂第31條」同時之88年間，行政院、司法院曾會銜發布「仲裁人訓練講習辦法」，以提昇仲裁品質、效率及公信力，亦可知悉「衡平仲裁」並非讓「非法律專家」之仲裁人便宜之用。此部分學者亦同意，「仲裁人未必是法律人」即可推出「仲裁人不必依

³² 台灣高等法院 90 年 9 月 11 日 90 年度重上字第 146 號民事判決。

³³ 王澤鑑，舉重明輕、衡平原則與類推適用(上)，法令月刊，第47卷2期，民國85年2月1日，頁3-12。王澤鑑，舉重明輕、衡平原則與類推適用(下)，法令月刊，第47卷3期，民國85年3月1日，頁3-14。王澤鑑，不當得利制度與衡平原則：定作人依民法第五一一條規定終止時，承攬人就承攬工作之全部支出費用得主張不當得，法學叢刊，第32卷第1期，民國76年1月，頁1。

³⁴ 葉永芳，商務仲裁人並非個個是法律專家---最高法院有關商務仲裁案例評釋，商務仲裁論著彙編，第1冊，頁256-274。

法律為判斷」之結論，並不正確³⁵。

四、在仲裁詢問會上遭遇之問題

法律適用程序本屬技術規定，法律如何規定，人民即應如何守法，並遵照執行。然因涉及仲裁文化，歷次最高法院實務上對「衡平原則」之解釋，與仲裁法第31條規定之立法理由不同，而認為該條之「衡平原則」係指「嚴格適用法律會產生不公平之結果」；學者也認為對該條「衡平原則」之解釋，與一般英美法之對「衡平原則」不同³⁶，以致當事人對仲裁人心目中之「衡平原則」之意義，無法瞭解，沒有把握，也無「期待可能性」。

換言之，如一方當事人對案情以及相關「衡平仲裁」之定義之信息缺乏，則有可能處於十分不利之地位，則要求其事先同意仲裁庭「衡平仲裁」，反而不能反映當事人之真正意圖，則依現行法規定之解決方式，顯然是不公平的。因此，實務上，仲裁詢問會議中，只要仲裁庭詢及，兩造當事人是否同意仲裁法第31條之判斷問題，幾乎沒有當事人敢同意仲裁法第31條之判斷，尤其當事人一造為官方單位時，更不敢同意，也就不足為奇了。

總之，民眾對於法律之態度、評價、意見和預期，在世界各國既各有不同，則在我國之法律文化下，當事人想同意適用仲裁法第31條之判斷之機會，將少之又少。如何保障雙方當事人能夠充分地瞭解「衡平仲裁」之定義之信息，是我國建構ADR制度所必須考慮之問題。

柒、結論

法律多元（Pluralism）不僅承認非西方國家法律文化與傳統之特殊價值，即使是現代社會中，在國家法治之指導下，實際上可能同時存在一種多元化之規範體系與秩序。此種理論亦直接為訴訟外糾紛解決機制（ADR）存在之合理性與必要性提供依據。至此，人們亦開始認識到，訴訟雖係解決糾紛之最終手段，卻並非係衝突衡平之最優選擇。從而亦開始重視選擇爭議解決方式，以及訴訟錢之糾紛衡平機制。

訴訟外糾紛解決程序使法律學者認為，法律文化之重心與發展主要之動力不在於由政府所設置之司法制度中尋求，而應見於社會本身。事實上，法院亦不斷鼓勵爭議之當事人訂定協議，經由訴訟外糾紛解決機制以解決當事人間之爭議。

³⁵ 林俊益，衡平仲裁制度之研究，前揭博士論文，頁 42。

³⁶ 林俊益，衡平仲裁制度之研究，前揭博士論文，頁 411。

此外，訴訟外談判或調解之哲學與技巧，乃受到法律文化之高度評價。在佛教與儒教傳統力量下，例如在日本與台灣，此種訴訟外糾紛解決程序中之調解與仲裁頗受推崇。

仲裁主要在避免法院對訴訟之干涉，但其中某些方法亦可能導致對公益之嚴重損害。因此，源於人民與公權力間之爭議，究應由法院處理抑或應由仲裁解決，在不同法系間一直爭論不休。理論上各國因其仲裁文化之不同，而有所謂「仲裁容許性」問題³⁷。

因此，探討仲裁文化，必須從法學、文化學、政治學之結合上，進行比較分析，但在涉及「公共秩序」方面之爭議，則不能在正規法院之外加以解決。

³⁷ 徐豪駿，國際商務仲裁中「仲裁容許性」之研究，玄奘大學法律學系碩士論文，2006年7月，頁1至59。