

我國法院調解制度與 調解原則之不協調性

姜世明*

目次

壹、前言

貳、調解之意義及種類

一、意義

二、調解之種類

參、調解之原則

一、程序的私密性

二、中立性／全面當事人性

三、調解當事人之知情（知悉）

四、調解程序之自願性、任意性

五、當事人的自我負責性

六、對結果之開放性

肆、我國法院內民事調解制度

* 政治大學法學院教授；德國慕尼黑大學法學博士。

伍、調解之變形或出軌

一、對調解法理之挑戰

二、民事訴訟法目的論之轉向或失衡

三、所為何來——從支流到主流之路？

陸、結論——解決問題，還是終結案件？

壹、前言

人民因有紛爭到法院尋求對法之確認，亦即對於爭議關係（權利義務關係）狀態之確認。而紛爭之發生，亦屬衝突之一種，需要解決。衝突的解決，可能係依訴訟方式，亦可能係以訴訟外紛爭解決機制，例如仲裁、調解、調處、斡旋等類。在訴訟中，基於處分權主義，當事人亦得成立訴訟上和解，而得不以裁判方式解決紛爭。

有疑慮者係，在民事訴訟法中另設調解制度，因調解制度有其特定意義及基本原則，法院內調解若合適地配合其制度原理加以設計，或有其可取之道。但若因制度設計，存在太多對終結案件有效性之想像，而未了解調解之本質，則難免在制度設計上會背離調解之基本法理，而呈現其特殊性。

我國最高法院近來甚至在最高法院行調解程序，對於權利義務關係確認與紛爭解決之民事訴訟目的論之爭議，以及在法律審行調解程序之突兀感，究竟係對於司法失能之反映，抑或有意識地對於民事訴訟法目的論轉向之準備，抑或係對於調解本質欠缺認識所使然？均有待對調解制度進一步研究，始能適當評價。

貳、調解之意義及種類

一、意義

調解，基本上是 ADR 的一種。ADR 是指法院以外紛爭解決機制。通常是指具有私密性、不公開、自主性，而由當事人以合意解決紛爭者。

調解制度之發展起源於美國 1960 年代，而於 1976 年公眾對於司法行政不滿成因全國會議之討論更對於此制度發展給予助力。Nader 指出調解係基於和諧之意識形態，合意之和諧取代訴訟。其中所需反省者乃美國之律師是否太過敵對及人民是否太過好訟，而司法效能又無法滿足人民之需求，司法之改革有必要思考 ADR 之發展，而將調解等制度作為和諧意識形態之制度化，具有反訴訟之意義，亦即和諧法模式乃係反法律、反對抗、反憤怒¹。亦有強調 ADR 有利於司法效率，係開創法院之多元之門²。

現代調解制度於 1970 年代後在美國具其規模，1980 年代被引入英國及澳大利亞，1990 年代引入歐洲及南非。在美國之發展，1970 年代係實驗階段，在地區司法中心及小額請求程序試行調解制度。在 1980 年代則擴及兒童監護及家事事件適用之。1990 年代則適用於所有財產事件，以減輕法院負

¹ 相關見解，BROOKER, *MEDIATION LAW* 12 (2013).

² 相關見解，BROOKER, *supra* note 1, at 12.

擔。實驗階段中法院透過各種觸發機制使當事人利用調解，例如以鼓勵自願方式，強迫出庭或所謂附隨法院之調解（court-annexed mediation）³。1990年後加緊制度化之進程，制度化及主流化乃ADR程序在此階段之特徵。此時透過法院之程序或法院之轉介，促使進入調解程序。1998年以後聯邦法院要求提供ADR程序及法院轉介之方法，2003年有一半邦法院及幾乎所有聯邦法院均有調解程序。對於此一調解程序之前置或轉介，有不同關於如何退出或異議之規定⁴。

美國的文獻上探討，Mediation、Conciliation之區分，德國則是Mediation、Schlichtung之區分。然德國是Mediation，英文亦為Mediation。美國則有Conciliation，德國則另有Schlichtung。在文獻上，有認為Conciliation基本上係與Mediation可以互換的名詞，但也有認為Conciliation基本上是指中立第三人會提供一沒有拘束性建議或偶爾亦有給予得有拘束性之決定者。在德國，有所謂Mediation，另又有Schlichtung。德國的Schlichtung的調處人亦會給建議。調解、調處或調停，基本上均有中立第三者介入。提供一個溝通平台，促使雙方自行達成協議以解決紛爭。差別在，是否中立第三人需加以評價及提供建議方案。學者亦有建議將調解認為係中立第三人促進合意而不給建議或裁決者，而Conciliation則係會給建議或為一定拘束力之決定者⁵。

3 相關見解，BROOKER, *supra* note 1, at 14.

4 相關見解，BROOKER, *supra* note 1, at 15.

5 BROOKER, *supra* note 1, at 5.

有認為中立而不給予意見者係 Mediation，而有給予建議或評價則為 Conciliation。美國的 Conciliation，基本上會給建議，但 Mediation 基本上比較強調是不會給建議方案。德國的 Mediation 基本上原始型亦不給方案，Schlichtung 則給之。Schlichtung 大部分設立在一些機構。在台灣基本上泛稱調解，有時用調解，有時用調處稱之，但調解與調處難以區分，因而民事調解法草案乃亦包括調處。

在台灣，法律上未定性調解是否屬於促進型，而為不給建議者。實際運作上，民事訴訟法中法院之調解，法院調解人常會給建議。公共工程委員會，採購申訴審議委員會之調解，委員會更會給建議，且建議之影響甚大，如廠商接受，而機關不接受，效力乃強制仲裁。調解、調處在台灣之名詞使用上，未必均得與 Mediation、Schlichtung 或 Conciliation 相對應。

我國民事調解法草案第 3 條規定調解是指經由調解人的協助，促進當事人自願達成解決紛爭合意的程序。其範圍較廣，有一個中立的第三人，亦即為調解人，促進當事人自願達成解決紛爭的合意。由當事人自主性的合意形成，最後當事人會受其拘束，即為調解。

在台灣，如制定法律時，就相關制度區分清楚，較有助於概念的理解。調解，典型上，即指促進型調解，基本上調解人並不作建議。調解人係公正、中立之程序引導性角色。其聽取雙方爭議，有不明白處，協助使當事人明白及瞭解，作溝通橋樑，此為消極型調解，乃 Mediation。調處，通常用在土地糾紛，行政調處到最後委員會將會作成處斷。如此，

若能定性調處就是調解加上處斷（裁決），處斷程序相當於土地法的相關程序。如此之調處，即類似德國的 Schlichtung。因 Schlichtung 會給建議，會進行評價，因而如能將存在評價的稱為調處，不評價的消極式程序則稱為調解，則相關程序之定名就甚為清楚。然而此定名嘗試並不容易，即使在美國亦一樣混亂，其亦有稱為 Mediation（調解），有稱為 Conciliation（調處、調停），前者不作評價或建議，後者則給評價或建議。然而，Conciliation 與 Mediation 是否果真能做截然劃分？事實上，部分 Mediation 程序，最後也會作建議，因而其二者最終仍難以明確區分。

德國法上，到最後亦類似，其調解法基本上係消極型。積極型給建議的是 Schlichtung，Schlichter 會給建議，甚至有部分會作裁決，作決定、決斷。類似我國公共工程委員會的調解會作決斷，或金融消費評議中心亦會作評議書。在德國，其納入 Schlichtung 的或納入 Ombudsman（評議人）的，基本上到程序最後乃須作決斷。德國的 Schlichtung 制度，有調處人（Schlichter），然而，美國文獻上將 Schlichter 翻成英文，仍將之翻譯為調解人（Mediator）。

德國調解法（Mediationsgesetz）第 1 條第 1 項規定：調解係私密性及結構性之程序，在此程序中當事人藉由一位或數位調解人而得自願地、自己負責地致力於紛爭之合意和解（解決）。奧地利民事調解法（ZivilMediatG）規定：調解係基於當事人自願之行為，在此由一經專業訓練之中立調解人藉由方法而在當事人之溝通中系統性地促進由當事人能自己負責地尋求紛爭解決之目的得以達成。

二、調解之種類

關於調解之種類，有以 MIKADO 模式表示者，M 指典型調解（Mediation Klassisch），I 指體系內調解（Innersystemische），K 指綜合模式調解行為（Kombinationsmodelle meditative Verhandeln），A 指律師調解行為（Anwaltliche Verhandeln），D 指對話性調解行為（Dialogisch-mediative Verhandeln），O 指一造當事人調解（One-Party-Mediation）⁶。典型調解係二衝突當事人引入第三中立調解人之模式。體系內調解係在企業內藉由專責調解單位之人員或有調解能力之同事進行調解。綜合模式調解行為之主體可能 1 至百人以上，有內部或外部衝突時，藉由一調解人或調解團隊以調解或其他各種方式（例如教練因素或將來會議）進行調解。律師調解行為係當事人外引入支持者，可能係律師或其他同事、專家、教練或朋友，如其具有調解能力，未引入調解人下，由此等當事人之支持者自己協調。對話性調解行為係衝突當事人本身具有調解能力，雙方自己對話協調。一造當事人調解則在未有他造當事人參與下，將他造當事人以虛擬方式呈現，由調解人進行虛擬調解，此可作為雙方調解之前置擬定策略之用⁷。

基本上，對於調解操作模式或規範模式，可能有多重思考方向，可能採取提供對話平台，傾聽雙方對案情圖像之描

⁶ Hertel, Professionelle Konfliktlösung, 2013, S. 253.

⁷ Hertel, a.a.O., S. 253 ff.

述，給予雙方自己尋找可接受之解決方案。可能有採取闡明釐清案情，給予法律效果之評價，作出建議方案，但無強制性。可能採取闡明釐清案情，給予法律效果評價，作出建議方案，並給予附隨不利之效果。有採取對於某等專業問題，藉由調解程序進行鑑定，對於部分爭點作初步確認，但不給建議者⁸。甚至，在部分情形，有將調解作為程序選擇之前置平台，例如家事事件法中乃將調解擴大適用於不得處分之家事訴訟事件，以致於該調解並非指向實體調解成立之目標，而係為使撤回或使轉化為合意進入裁定程序（家事事件法第33條參照）。

學理上較常討論者係評價式或促進式調解，亦即調解人於促成紛爭當事人合意過程中，其或擔任積極的對立平息者，或扮演中立之觀察與監督者。學理上依調解人進行調解之方式不同，側重於判斷或中介之功能，可區分為「評價式調解」與「促進式調解」。評價式調解，指調解人實質介入個案，對案件決定並予以評價，進行調解時，力勸當事人應互為退讓，並直接提供當事人解決方式的建議，具有判斷功能。此種由調解人評價紛爭各方之主張，綜合衡量，以社會常識、法律規範、紛爭本身之事實關係與當事人潛在的合意為基礎，提出非強制性之解決方案，供當事人參考，勸導當事人和解，公斷說和以止息紛爭，為評價式調解。調解人提出建議後，尚待雙方當事人接受，雙方願意依調解人建議解

⁸ 在德國之部分醫療調處程序乃強調醫療瑕疵、可歸責性或因果關係等類事實之鑑定。