

由實務觀察促進式 與評價式調解之邊界問題

林建中*

促進式調解，基本上由1981年哈佛法學院教授Roger Fisher、與當時自該校畢業的社會人類學博士William Ury，在Getting to Yes一書奠定基礎。二人共同在哈佛大學所推動的Program on Negotiation (PON)、與該書所倡導的“interest-based” negotiation (利益導向談判)，也共同建立現代以促進為調解方向的趨勢。然而實際操作上，由於台灣的法院在爭端解決扮演的獨大角色，使得其他的爭端解決機制，面對一定的壓抑。特別是促進的調解模式，間或會與評價式調解、或調解人強力主導的調解風格間，產生一定的衝突。因此本文希望能從實際操作的觀點，提出兩種調解類型在交界區域的觀察與思考，並希望能因此減少操作上可能產生的困惑。

一、首先，調解過程時間安排必須保守。

即便在促進式調解，對於爭議相關事實的充分瞭解，仍屬必要

經常在調解時，特別是在法院的調解程序中，由於時間的限制，調解人會有無法充分瞭解爭議事實的情形。此種情況，對於經驗豐富的調解人，或是在案型不太複雜的情況

下，不見得會造成太多問題。但相反的，如相關爭議涉及一定的技術層面，調解人對於案件實體爭執的相關爭點與爭訟過程，如能有充分時間準備，將有助於建立當事人對於調解人能力的正面反應，同時後續也有助於三方間信賴的建立。此一步驟，其實並不會因為調解採促進式（相對於評價式）而變得較為不重要。

二、調解人的專業知識仍具意義

依循類似的思路，調解人的專業知識（不論是法律、商業或特定領域），在促進式調解中仍扮演一定的重要性。專業知識在此的功能，主要在於協助當事人釐清可能的偏見或舒緩固執，同時確保程序在公正進行的前提下，雙方能有一定的參考基準，而不會輕易發生意見衝突。當然，即便不具備領域知識，如果調解人是有經驗的律師或調解人，仍可能憑藉其專業能力、邏輯、溝通技巧與一般性常識，去分析問題或進行爭點整理，在結果上較有效率地進程序並針對真實爭議進行討論。情緒上，也比較不容易隨著當事人的語言或情緒有所起伏。

* 本文作者係交通大學科技法律學院教授

但於此需注意，專業知識的妥善使用可成為當事人思考的校正或參考。但此專業知識並不應該變成一力推銷調解人本身意見的情形。此一中立角色，實際上也就是「促進v.評價」兩種調解間的核心分野。

三、調解人對於程序的安定與信任建立，可發揮強大角色

在調解過程中，我們也常見到調解人由於對於自身能力或程序掌握的信心不足，導致調解無法順利推展的情形。事實上，調解人本身具備的社會地位或經歷（或者另一種常見的說法是「威望」或「懇切」），從有些人的觀點，確實會有助於當事人的調解意願甚至達成最後的和解。不過關於這一點，也常見到相反的質疑，認為在利益關頭的情況下，實際上也常常出現「信者衡信、不信者衡不信」、只一味堅持自身的利益的當事人。在這種情形下，調解人的社會經歷或程序公正，也很可能不會造成任何實際的影響。

關於此點，不論採取的角度為何，筆者傾向認為調解人對於自身的整體呈現、程序上的公正、或採取一定的作法以使雙方敵意降低等，於透過面對面的接觸情況下，或多或少都還是能發揮一定功能。因此，即便在促進式調解中，調解人仍應以程序為出發點，儘可能穩定妥適地表達自己的能力與中立性，以建立兩造的信心；同時注意態度上「積極」、「中立」與「穩定」等要求的平衡展現。並希望能透過程序參加與信任建立，使雙方當事人能夠獲得達成共識所需的基礎。

四、「建議」與「鼓勵」間的差別，其實在於尊重當事人意志與否。並應嚴格避免對當事人以「如未達成和解，後續程序可能會出現不利情況」相類說法施加壓力

另外，在調解的過程中，調解人應該避免對當事人施加不當壓力。這些情況，有時出現的原因，可能是出於調解人主觀上的過度熱情、或是夾雜對某一造當事人隱形的偏好等。這些壓力，不論是刻意或不小心，甚至是出於善意或真心，對於調解人來說都仍是嚴重的職業違規。同時，就結果論，在使用此種壓力的情況下，雙方當事人即便達成協議，實際上仍常有事後反悔或高度不穩定的狀態。因而調解人對於此種行為，必須隨時保持警覺，以避免違反的情況出現。

五、善用雙方代理人或第三人的助力。並適當瞭解調解的極限，如當事人已經有非常強烈的主觀認定，應勇敢考慮中止調解

最後，在促進式調解中，調解人應可以更自由或正面的態度，鼓勵當事人自願引入第三人輔助或參加調解。此一作法，目標是在此類第三人的協助下，讓當事人更充分有效評估己方與對方的立場、可能提出與接受的方案、與談判協商不成功情況下所有的替代方案。這些參與，在當事人信賴的情況下，其實有助於消除當事人的不安與不信任感，對於達成協議與穩定的承諾，都有正面的意義或效果。

但在處理調解的動態過程中，我們其實也鼓勵調解人隨時評估中止調解的可能性。特

別是在當事人一方已有大量成見（例如在審判接近末段時由法院移來的調解。此時在審判中如法院已表達一定心證，當事人中一方就可能自忖勝券在握而全無協調意願）時，這時調解人就必須適當評估當事人與案件情況，進行中止調解與否的判斷，並避免不必要地浪費整體程序與時間。

由於促進式調解在台灣系統性的引進，據

筆者所知，大約是在2009年由中華民國仲裁協會開始。在此一相對仍短的歷史中，促進式調解的實際操作上，仍偶有與評價式調解無法明確區分的狀態。希望透過本文非常簡單的分析，能有助於在實際操作上區分兩者中間偶而會出現的模糊疆界問題，進而避免調解人在個案中不慎出現的越界或混用行為。