東吳大學法學院法律學系碩士班

碩士論文

公共工程履約爭議調解機制之研究

A Study on Mediation for Public Construction Performance Disputes

指導教授：鄭冠宇 教授

研 究 生：游 凱

中 華 民 國 一 0 五 年 七 月

摘要

我國現行制度於公共工程履約階段發生爭議之處理機制，架構上概可分為司法訴訟及替代性紛爭解決制度(Alternative Dispute Resolution, ADR)二種體系，而ADR 又以仲裁與調解為政府採購法第 85 條之 1 所明定。然政府採購法相關條文之立法過程及制度演變，其架構建置的動機與考量方向係由上而下發生，即先以司法訴訟作為處理工程爭議的方式，於審判效率與判決品質不彰，並為減輕法院負擔紓減訴源，則期許仲裁制度之專業與快速特性，嗣後又於實務操作之現實影響下，政策擺盪於訴訟及仲裁間，其間又修正有「先調後仲」條文，惟對調解程序處理爭議之角色及功能並未積極強化，於制度設計上反有僅將調解視為先行程序，誠為可惜。

政府採購法立法之初，就履約爭議之處理，即訂有調解機制，一則以此和平非對抗的方式處理雙方爭議，再則得以在事件發生之最近時間點解決爭議，三則亦創造有利公共工程契約繼續完成之氛圍。然我國長期以來，就調解之法治制度及實務操作研究較為缺乏，公共工程履約爭議之調解方式亦承襲有鄉紳仕宦之老舊觀念，甚或在不同法律之間對於「調解」程序採有不同名詞、翻譯及內涵意義，此一混淆情形對於我國政府採購與世界接軌，或是公共工程履約爭議處理的實務操作，均有不利影響。故本文對於現行調解，將對其定義與運作，於法制面及實務操作面再檢視並作建議，以期符合並建構更為完整的爭議處理機制。

ABSTRACT

According to the regulation of Government Procurement Act Article 85-1, contract performance disputes for public construction can be resolved through litigation procedure or by Alternative Dispute Resolution (ADR) which including arbitration and mediation. Since the legislation reason and its consideration of performance disputes resolution for this Government Procurement Act is a top-down idea trying to release cases congestion in the court house, the arbitration still a more efficient and professional way comparing with litigation. While the legislator introducing a mediation precede arbitration mechanism afterward, it did not properly to interpret mediation's characteristics and function in this mechanism systematically.

From the Government Procurement Act's point of view for resolving disputes between two parties by mediation, there are several advantages on different aspects. First of all, mediation is a peaceful but not confrontational process. Secondly, mediation can deal with dispute on a closest timing and finish event more quickly. And finally, mediation creates a good atmosphere for both parties to complete the unfinished construction work. However, lack of study on system mechanism and practical exercise domestically made existing mediation for public construction inadequate, and which will result this procedure toward a negative development. This study will try to analyze the similar and difference between mediation and conciliation, based on individual definition and operation, then to make proper conclusions and recommendations legally and practically for the requirement of constructing a functional and comprehensive disputes resolving mechanism for public construction.

公共工程履約爭議調解機制之研究

目次

第一章 緒論 1

第一節 研究動機 1

第二節 研究目的 3

第三節 論文章節架構 4

第二章 公共工程契約爭議處理 6

第一節 公共工程契約的類型 6

第一項 涉外契約與非涉外契約 7

第二項 規劃契約、設計契約、施工契約或監造契約 8

第三項 承攬契約或委任契約 9

第二節 工程契約之法律性質 11

第一項 公法與私法二元論 11

第二項 私法契約說 13

第三項 行政契約說 13

第四項 小結 15

第三節 工程契約紛爭解決機制 17

第一項 訴訟 18

第二項 和解 19

第三項 調解 20

第四項 仲裁 21

第一款 仲裁的定義 22

第二款 仲裁的特性 22

第三款 公共工程爭議之仲裁 24

第三章 調解制度之運作及解析 26

第一節 我國調解制度 26
第一項 民事訴訟法之調解 27
第一款 調解之意義 27
第二款 調解程序 28
第一目 調解之事件 28
第二目 調解之聲請 29
第三目 調解程序之進行 30
第四目 調解程序之終結 32
第三款 檢討與小結 33
第二項 鄉鎮市調解條例 36
第一款 調解之事件 37
第二款 調解之聲請 37
第三款 調解程序之進行 37
第四款 調解程序之終結 38
第五款 檢討與小結 39
第三項 政府採購法之調解 40
第一款 調解之事件 40
第二款 調解之聲請 40
第三款 調解程序之進行 41
第四款 調解程序之終結 42
第五款 檢討與小結 42
第四項 民間調解 43
第一款 調解之事件 44
第二款 調解之聲請 44
第三款 調解程序之進行 44
第四款 調解程序之終結 46
第五款 檢討與小結 46
第二節 調文名詞解析 48
第一項 調解 48
第二項 調處 51
第三項 名詞解析 52
第四項 小結 55

第三節 外國調解制度 56
第一項 Mediation 調解 56
第二項 Conciliation 調停 60
第三項 調解與調停之適用 61

第四章 公共工程履約爭議之調解機制 63
第一節 爭議調解機制之立法沿革 63
第一項 民國 87 年制定 63
第二項 民國 91 年修正 64
第三項 民國 96 年修正 66
第四項 民國 104 年修正 68
第二節 公共工程爭議調解現況 71
第一項 公共工程採購申訴審議委員會 71
第二項 履約爭議調解作業 73
第一款 申請調解之範圍 73
第二款 調解程序 73
第三款 調解之效力 76
第四款 調解程序之終結 77
第五款 調解不成立後之特別規定 78
第三項 政府採購爭議處理事件 78
第三節 爭議調解機制運作 80

第五章 結論與建議 82
第一節 結論 82
第二節 建議 85

參考文獻及書目 88

圖表

表 1 含調解文字之法律條文

表 2 含調處文字之法律條文

圖 1 工程及技術服務採購履約爭議處理方式

SOOCHOW UNIVERSITY 東吳大學 UNTO A FULL GROWN MAN

公共工程履約爭議調解機制之研究

第一章 緒論

第一節 研究動機

現代化國家社會之經營與發展，工程建設為重要基石，其工程契約係業主與承包商雙方間之權利義務依據，並以為維繫彼此互動關係之準繩。公共工程契約相較於一般契約，有內容多樣化、高度專業性、施工期間漫長、金額龐大等特性。尤其於大型公共工程建設例如捷運等，全程計畫自工程的規劃、設計、施工乃至完工後使用與運轉，在各階段常見由業主分與不同之承包商簽訂契約，以完成各該階段或特定部分之工作，在此情形下，公共工程契約較諸一般工程契約，更有介面複雜、一定時效性、公共安全和社會利益等特殊的需求與性質，尤其近年來在民意高漲，社會權利意識抬頭下，更影響公共工程順利進行，一旦發生抗爭之情形，對於後續或相關契約如何順利進行勢必產生衝擊。故公共工程之風險性與不確定性遠高於一般營建工程。由於公共工程可能發生問題之可能涉及層面甚為廣泛，一旦發生契約爭議，處理及影響將極為複雜，衍生問題的責任歸屬亦甚難釐清，因而衍生相關當事人及社會有形與無形成本之增加，對社會活動和經濟發展影響甚鉅。至於爭議發生的態樣，除了招標過程外，從工程契約履行，工作物瑕疵責任，故意或過失侵害業主、承包廠商或他人權利，及債務不履行所負擔債務行為，甚至違背工程技術成規所引發公共危險行為事實，均可能造成業主、承包廠商或第三人間爭端。

基於公共工程的特性，產生契約爭議因子與態樣眾多且複雜，殊難於契約文字一一規範，以期消彌爭議於始，就此公共工程契約高風險性下所生爭議的高度可能性，有賴於良好的爭端處理機制做為解紛止息的工具。實務上工程契約爭端處理機制包括非司法之解決機制，例如談判、斡旋、調停、調解、爭端裁決委員會、仲裁等，及以司法

為解決機制之訴訟。國內早年曾倡導以仲裁為公共工程爭端解決之主要方式，民國 82 年 10 月 7 日，國內各大媒體皆以頭條報導「商務仲裁協會判定：台北市捷運局延誤工期，需賠償馬特拉十億元」之消息，一夕間「仲裁」成為國人交相談論之話題，此不僅震驚社會大眾，也使政府機關開始對於引進仲裁制度作為解決公共工程爭端方式產生疑慮，期後在其他個案中諸多不利於政府機關的仲裁判斷及對於仲裁判斷的法院判決相繼而生，至民國 96 年爆發桃園國際機場捷運系統 BOT 履約保證金仲裁案涉嫌收賄護航[1]，更造成國內公共工程對以仲裁為爭端解決方式極度不信任，嗣後亦發生有仲裁案中兩名仲裁人均涉案，之後一人無罪而另一人遭依刑法收賄罪判刑情事[2]，更使仲裁制度之公信力遭致結構性的破壞。

公共工程委員會在早年對於推動以仲裁為公共工程爭端解決之主要方式不遺餘力，並於招標文件範本中訂定仲裁條款，後或因對仲裁人及仲裁程序的信賴感降低，以致政府採購契約採用仲裁條款的比率呈現出大幅下降的趨勢，至公共工程委員會民國 95 年函文各政府機關，要求不論原契約有否訂定仲裁條款，廠商如有提付仲裁之請求，原則上應予配合[3]。次又民國 95 年間修訂政府採購法期間，在立法院

[1] 自由電子報 http://news.ltn.com.tw/news/focus/paper/141069，機場捷運仲裁傳弊 疑 A 政府 9.7 億 檢搜長億，2007/7/13。

[2] 蘋果電子報 http://www.appledaily.com.tw/realtimenews/article/new/20150713/644921/，涉仲裁護航業者　南開前校長無罪，2015/7/13。
自由電子報 http://news.ltn.com.tw/news/society/breakingnews/1378164，被控收賄 南開科技大學前校長陳猷龍無罪，2015/7/13。

[3] 行政院公共工程委員會 95 年 8 月 9 日工程訴字第 09500301860 號函發中央各機關、省市政府及各縣市政府，表示：「關於廠商與機關因採購履約爭議事件，如依政府採購法(下稱本法)第 85 條之 1 規定向採購申訴審議委員會申請調解時，請監督所屬並嚴格審核是否無正當理由不同意調解建議、方案或拒絕仲裁；另廠商與所屬機關如經調解程序，因當事人對調解建議或調解方案不能合意，致調解不成立者，基於快速有效解決爭端及增進採購效益之考量，不論原契約有否訂定仲裁條款，廠商如有提付仲裁之請求，原則上應予配合，是請監督所屬機關或於所屬機關報核時，審慎審酌是否有不備正當理由之任意拒絕仲裁情事」。
行政院公共工程委員會復於 95 年 11 月 10 日以工程企字第 09500397410 號函覆臺北縣政府有關「為加速解決爭議，故廠商如有提付仲裁之請求，機關若顯無正當理由原則上應配合」一文中，對臺北縣政府以 95 年 10 月 14 日北府採二字第 0950005670 號函質疑「廠商如有提付仲裁之請求，機關原則上應予配合」的依據，該會再次釋示表明：「... 二、按政府採購法)下稱本法)第 85 條之 1 條 1 項規定履約爭議調解，係為快速有效解決政府採購履約爭議而創設之機制，於爭議雙方無法合意時，調解即不成立，惟該爭議並未獲得最終解決，雙方仍得循仲裁或訴訟程序為之。三、基於政府採購應加速解決爭議之必要性、推動仲裁及其他爭端解決機制並提升仲裁品質，並就特殊或重大公共工程，提升解決爭端之效率，乃為經續會之共同意見，考量仲裁機制得快速有效達到解決爭議之優點，故由本會函請各機關於調解不成立後，如廠商對之提付仲裁，機關原則

就倡議政府採購合約中均加入強制仲裁的條文，當時遭法務部及交通部反對，但是在 96 年修正的政府採購法第 85 條之 1 第 2 項，卻仍加入了「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。」的條文。

就政府採購法第 85 條之 1 第 2 項修正為先調後仲之後，業已歷經相當時間運作，調解及仲裁程序在作為公共工程爭議以訴訟之外解決之機制，至嗣 105 年 1 月復作修正，除工程採購外復增加技術服務採購於調解時，採購申訴審議委員會應出具調解建議或調解方案，其因機關不同意致調解不成立時，廠商提付仲裁時，機關即不得拒絕，如此勢將大幅擴大調解之作用範圍及影響，惟爾后是否能順利運作，我國現行公共工程爭議解決機制是否仍有精進之空間，容或有值得深入探討之餘地。

第二節 研究目的

對於目前政府各公共工程主辦機關在公共工程契約發生爭議時，因對於仲裁公信力降低以致的不信賴，導致其爭議解決方式即非能一般心態面對，例如可能以「迴避」仲裁程序為「原則」，包括取消契約中之仲裁約定條款的做法，進而使公共工程仲裁案件日漸減少的反射現象；而新法的先調後仲規定，使得公共工程契約發生爭議後，於爭議解決過程中幾無可避免將歷經調解之過程，而此一調解過程中雙方當事人與調解方之間又應如何妥切互動，以期發揮調解之正面功能；最後對於現行先調後仲規定下，調解相對仲裁應扮演之角色為何，二種制度間是否有所取捨之關係等，係本文在研究上得探討之情形。進一步言，倘若以和平為手段之調解機制，得以解決問題，並維持良好關係及互動，爭端雙方自然無須訴諸仲裁甚或對簿公堂，公共工程亦能在此基礎下順利進行至完工，自非以其他對抗性程序作為解決爭端方式所能比擬。

上應予配合，在顯無正當理由拒絕之情形下允宜同意，不得任意拒絕，此與仲裁法第 1 條規定尚不相違，亦符合本法之立法意旨。」

本文之研究目的是希望就公共工程履約爭議解決制度下的調解程序，分別進行制度面與結構面的探討，於此探討過程中對於現行調解在程序的進行與作法進行理論架構與實務狀況之檢驗，此檢驗將發現現行規範之優缺面向，或者有偏離程序目情形的可能，將可藉此發現以提出解決之方法。另如對於調解之定義與進行方式進行探討，並檢視現行各種不同法律之調解過程中所發生的現象，以討論調解程序進行方式容有可調整餘地，而公共工程履約爭議在此法定解決程序可能之導引或偏向，甚或對調解國際化再確認。

以上種種，本文將先就調解及仲裁運作之基本性質進行比較分析，以瞭解在作為訴訟之外程序選擇差異，進一步將就公共工程爭議解決制度的結構設計進行分析，以瞭解調解程序選擇上對於當事人的影響及利弊，期能對於現今公共工程爭議解決制度運作架構提出思考方向與作成建議。

本文探討之工程履約係專指公共工程之履約，故本文範圍乃以公共工程之履約爭議及之爭端調解解決作為研究對象。本文將就上述各項議題之研究與探討，以釐清公共工程主辦機關對於目前履約爭議以調解方式進行產生疑慮的原因，並以實務操作的觀點，提出現行法規定與解釋以及改進與配套之方案。

第三節 論文章節架構

為對本文針對調解程序與工程履約實務間機制作用進行研究之題旨，能夠作成詳盡而完整的敘述並進而推論合宜之建議，本文章節架構即以此為目標，將全文概分為五章據以論述。

首先，第一章就先就為何引發本文題旨之研究動機作引述，包括近年在公共工程實務一些重大的法律及社會層面事件，及其所產生心理與制度的各類變化與影響。而因目前在法律規範及制度運作上已顯見相當的負向趨勢，本文之研究目的即在探討在公共工程範疇之內，契約履行爭端處理機制的整體架構運作時，為何一般國際上所通用的

仲裁制度，於我國反而在近年有仲裁案件排斥的情形，其間對公共工程爭端處理的仲裁制度下作成的仲裁判斷結果，與主辦機關或工程實務上對於契約履行的觀念與做法的差異見解，甚或在目前仲裁制度運作時弊端產生之效應下，於立法上近年又以調解為趨勢，故必要有對調解機制有進一步研究的必要。

第二章工程契約爭端處理部分，目的在介紹目前制度上公共工程爭端處理的各種方式，並概述國內工程仲裁的現況與瓶頸。本章先自公共工程契約之性質作定性，及在公共工程履約時所生爭端的態樣作一概要敘述。而對於公共工程履約之爭端事件，目前制度上主要處理爭端的方式係調解、仲裁及訴訟，兼之對於其他可能爭端處理機制的基本運作方式進行體系介紹，而政府採購法第 85 條之 1 第 2 項，在所謂「先調後仲」機制下，調解、仲裁及訴訟基本關係的架構與運作方式，相關的變化情形亦在此作說明。

第三章係就調解作一法規面之彙整，自本國各類調解作重點摘要，並分析現行操作上得為注意部分，再就散見各種法律條文之調解一詞進行整理，以求瞭解字詞定義與運用之差異性。最後再參考外國調解制度實務操作，若本國之調解制度，尤其在公共工程國際化普遍性下，於國際接軌時是否能完整且正確的適用，觀念與實務是否尚有調整與精進的空間。

第四章為政府採購法規範下，就調解制度之引進與發展作整理及討論，而政府採購法第 85 條之 1 第 2 項之規定，及調解程序於採購申訴審議委員會之運作方式，於此有必要作說明。而現行此一運作所衍生之可能問題與評析，則是此章重點。

最後第五章則為本文綜結之結論與建議。

第二章 公共工程契約爭議處理

公共工程之履約期間一般而言均相當長，尤其是大型公共工程契約之複雜度高，試以捷運之機電系統工程契約為例，履約過程可能包括概念設計階段、細部設計階段、製造階段、安裝施工階段、系統測試階段、試運轉階段、工程驗收及接管階段、營運可靠度驗證階段、瑕疵改善及保固階段等，各階段間又互為重疊及影響，是以工程及契約之各種爭議自然難免，目前學界及業界對於履約爭議處理方式多有討論，除以訴訟作為手段之外，ADR 之研究也有相當發達的成果，然若回歸現行政府採購法第 85 條之 1 條所定義之爭議處理方式，即僅為調解及仲裁二種程序為法律所明確規範。

而於討論工程契約爭議之處理程序前，就工程契約履約爭議之類型與其法律性質應先作辨識及定義，是以在研究分析工程契約爭議之處理程序時，得立於正確之基礎上進行觀察，以使研究分析不致因基本性質誤認，而發生偏差的情事。

第一節 公共工程契約的類型

探討公共工程施工契約之法律關係性質，首先需就公共工程契約標的內容作必要之分類，公共工程的項目眾多，分類的方式亦有多種，如就公共建設的計畫分類，可以分類為公路、鐵路、捷運、高鐵、水利、電力等；如就專業工作內容分類，則可分類為路工、橋樑、隧道、建築、水電、空調等。一般公共工程發包實務則將各種不同的建設計畫，拆解成各種不同專業工作內容加以發包，如一個工程標大部分為道路工作，小部分為橋樑及隧道(夾雜少數幾座短小橋樑隧道)，則一般將之歸類為路工標；如果一個工程標其施作之標的為一座主要橋樑或隧道，雖然一般皆會為了施工場地需要而將橋樑或隧道前後少許長度之路堤劃歸同一標之工作內容，然一般仍將之歸納為橋樑標或隧道標。很多不同建設計畫，其工作內容會有部分相似亦有部分內容不同，例如道路工程、鐵路工程、捷運工程反高鐵工程，同建設計畫皆會有

路工、橋樑及隧道工程標，而這些建設計畫不同在於其路面以上部分之工作不同，道路計畫在路工、橋樑及隧道工作完成後會有路面工程，包含鋪柏油路面及路面土之標誌、號誌及路燈工程。而鐵路、捷運與高鐵計畫在路工、橋樑及隧道完成後另有軌道工程、交通控制系統工程、及車廂之工作[4]。

第一項 涉外契約與非涉外契約

公共工程包羅萬象，具有高難度的工程必須結合高科技的專業機具設備與人才，其中尤以重大公共工程建設所需的資金、人才、機具、設備最為顯著，因而，業主可能直接向國外招商，或者採取國內廠商與國外廠商合作的模式，合組臨時性的合夥公司參與工程投標。由於受限於國內營建業之技術層面問題，國內大型或高技術之工程，通常皆由外國公司或外國與本國公司合組之公司得標。因此，依得標廠商是否為外國公司所簽訂之公共工程契約區分，可分涉外契約朽與非涉外契約媚。惟依據政府採購法第 17 條第 1 項規定：「外國廠商參與各機關採購，應依我國締結之條約或協定之規定辦理。」，因此，對於未與我國締結政府採購條約、協定之國家其廠商或廠商生產的產品，我國並無開放其參與我國公共工程定作市場的義務。但未與我國締結條約或協定之外國所屬廠商並非毫無機會參與我國各機關的採購作業，該法第 17 條第 2 項規定：「前項以外情形，外國廠商參與各機關採購之處理辦法，由主管機關定之。」依據此項規定行政院公共工程委員會特別於民國 88 年 5 月 6 日以(88)工程企字第 8806100 號令發布「外國廠商參與非條約協定採購處理辦法」。依據此一辦法對於適用的範圍、外國廠商之認定、工程採購之原產地認定、允許非條約協定外廠商參與之條件及相關限制以及互惠限制外國廠商參與之情形，均有詳細規定。若允許非條約協定國之廠商參與供應之招標採購案件，可由機關視實際需要在招標文件中規定得由外國廠商參與[5]。

---

[4] 陳純敬，我國公共工程施工契約常見爭議法律關係研究，東吳大學法律學系碩士在職專班法律專業組碩士論文，民國 90 年 7 月，頁 26。

[5] 郭芳婷，公共工程契約之研究一以締結書面契約前之程序為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，民國 92 年 1 月，頁 41-42。

工程契約之承包商是否為外國公司，又可分為國際工程契約與國內工程契約，國內大型或高技術之工程，通常有開國際標之情形，由外國公司為承包商之工程契約至為普遍[6]。

第二款 規劃契約、設計契約、施工契約或監造契約

公共工程契約，廣義的說應該包括從規劃、設計、施工、監造等各個階段串通而成的契約；而各個不同階段的作業均須獨立的各個專業廠商分別訂定契約，因此依其不同階段來區分[7]，可分為工程規劃契約、工程設計契約、工程施工契約、工程監造契約。其區分的實益在於，不同階段的契約類型，其契約性必須適用不同的有名契約規範；且不同工程階段所訂定之契約，其招標方式可能因其契約法律性質之影響，而必須採取不同的招標方式

工程規劃契約係工程採購機關委託專家或工程顧問公司承辦，多屬委任契約之性質，若採分別發包之招標方式，則其招標程序須以勞務採購程序辦理。

工程設計契約則分為基本設計契約及細部設計契約，不論其承辦者為建築師或顧問公司，必須視其具體內容，將其定性為委任契約或承攬契約，也有可能係委任及承攬之混合契約。若認定為委任契約時，則須以勞務採購之招標程序辦理招標；若認定為承攬契約，則應以工程採購之招標程序辦理招標；若認定為委任及承攬之混合契約，則因其招標程序究須適用工程採購或勞務採購將有所爭議，故必須以政府採購法所定統合工程採購及勞務採購之統包招標程序為之。

工程施工契約為工程採購機關與承包之營造業者所簽訂，性質為承攬契約。

工程監造契約為工程採購機關與工程顧問公司或建築師所簽訂，在工程施工過程由工程顧問公司或建築師擔任監造人，隨時監督工程

[6] 李盈達，工程仲裁之研究，私立東海大學法律學研究所碩士學位論文，民國 91 年 6 月，頁 4。
[7] 吳家德，公共工程仲裁制度應用之研究，高雄第一科技大學碩士論文，2003 年 7 月，頁 5-6。

之施作及品質控管、估驗計價，並於工程完工時協助業主即工程採購機關辦理驗收及工程款之驗收結算工作[8]。

惟以上規劃契約、設計契約、施工契約或監造契約，大多屬於一般土木工程之形式，此外，對於公共工程之機電系統，部分可能包含於土木工程契約中，但就大型之機電系統，例如捷運系統於興建時，其電聯車、號誌系統、供電系統、通訊系統、自動收費系統、機廠設備，甚至電梯/電扶梯等，均未包含於土木工程契約中，而是以分別單獨或整合方式發包，而因機電系統之獨特性與介面特性之故，一般常將設計及施工合併為同一契約，而有所不同。至於規劃部分常由業主依其系統特性自為訂定，監造部分則為業主自辦或委由工程顧問公司或其他機關辦理。

第三款 承攬契約或委任契約

在實務上將公共工程契約定性為私法契約，故在契約發生爭議時，應適用民法債編規定予以解釋適用之。即使採用公法契約說，其契約之特性及當事人雙方之權利義務，亦可以類推適用民法之規定解決之。由於民法債編規定有 24 種有名契約，若契約之性質屬於特定之有名契約者，雙方當事人之法律關係即須適用該有名契約之條文解決之，故必須探討特定型態之公共工程契約究屬民法何種特定有名契約，方能決定其應適用之法律。工程規劃、設計及施工契約必須於工作完成時，債權人方能獲得報酬之給付，故其法律性質為民法債編之承攬契約；而工程監造契約之報酬則並非於完成一定內容給付後始給付債權人，係於監造行為持續進行中分期給付之，故其性質應為委任契約[9]。

至於就承攬契約部分，民法尚非僅有單純性質之契約形式，亦有承攬與買賣混合性質或其他形式，或另有認為係「製造物供給契約」。最高法院於民國 102 年台上字第 1468 號判決，認為工程合約為「承

[8] 郭芳婷，公共工程契約之研究一以締結書面契約前之程序為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，民國 92 年 1 月，頁 42。
[9] 郭芳婷，公共工程契約之研究一以締結書面契約前之程序為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，民國 92 年 1 月，頁 45。

攬契約」或「製造物供給契約」，判斷關鍵在於「是否移轉工作物所有權」。

按民法第 490 條規定：「稱承攬者，謂當事人約定，一方為他方完成一定之工作，他方俟工作完成，給付報酬之契約。約定由承攬人供給材料者，其材料之價額，推定為報酬之一部。」最高法院判決指出除非當事人之意思重在工作物（或材料）財產權之移轉，有買賣契約性質者外，當事人之契約仍應定性為單純承攬契約。

而所謂製造物供給契約[10]，最高法院指出乃當事人之一方專以或主要以自己之材料，製成物品供給他方，而由他方給付報酬之契約。此種契約之性質，究係買賣抑或承攬，仍應探求當事人之真意釋之。如當事人之意思，重在工作之完成，應定性為承攬契約；如重在財產權之移轉，即應解釋為買賣契約；兩者無所偏重或輕重不分時，則為承攬與買賣之混合契約，並非凡工作物供給契約即屬承攬與買賣之混合契約。

承上可以得知，承攬關係重在勞務之給付及工作之完成，而買賣關係著重在財產權之移轉，而承攬關係中，材料應由何方當事人供給，通常係依契約之約定或參酌交易慣例定之，其材料可能由定作人提供，亦可能由承攬人自備。因而最高法院得出工程合約究為「承攬契約」抑或「製造物供給契約」，關鍵應在於「是否移轉工作物所有權」而定，至材料由何人提供，並非承攬定性之必然要件。

本件判決中，法院認為原審僅憑材料大多數是被上訴人供應的，遽認系爭契約之法律性質為承攬與買賣混合性質之不動產製造物供給契約，過於速斷，而未說明工作物所有權移轉之認定依據，因而廢棄原審判決。

[10] 詳細內容可參考林誠二，民法債編各論(中)，瑞興圖書股份有限公司，初版，2002 年，頁 82~84。

第二節 工程契約之法律性質

第一項 公法與私法二元論

我國司法救濟程序係採取公私法二元制，依其原因事實之法律關係屬公法關係或私法關係，而分別採取行政爭訟或民事訴訟之途徑[11]。依據我國行政訴訟法第2條規定，公法上之爭議，除法律別有規定外，得依本法提起行政訴訟。是以當人民與政府間權利義務發生爭執情形時，其訴訟之審判權範圍，係採取公私法區別說[12]。制度上係以行政爭訟與普通法院分別管轄，此為公法事件與私法事件分別由兩種不同管道救濟途徑。此處以公法與私法二元論以區別公法的公權力行政與私法的私經濟行政，其主要目的在於公法與私法之管轄法院、訴訟程序、強制執行程序、行政程序法適用與否、損害賠償制度及適用之法律原則等均有不同[13]。

公法行為若有侵害人民權利時，依據國家賠償法之規定尚可向國家請求賠償。同時，公法關係亦應有行政法一般原理原則之適用，例如平等原則、誠信原則[14]、信賴保護原則、明確性原則、比例原則、禁止恣意原則、禁止不當連結原則、公益原則等之拘束，以及基本權之限制。

至於私法事件之管轄法院為普通法院，人民之權利受侵害時則依民法侵權行為(§184)、不當得利(§179)或債務不履行(§§225, 226)等之規定求償。私法事件所適用之原理原則，除有違反公序良俗(§72)或法律強制禁止(§71)規定之情事外，一般均依當事人意思自治原則及契約自由原則處理，法律不作任何干涉。

就政府訂定公共工程契約之行為究係公法事件或私法事件，此一

[11] 曹志仁，從美國聯邦採購規則論我國政府採購法之爭議處理制度，國立政治大學法律學研究所碩士論文，民國 91 年 7 月，頁 15。
[12] 李震山，行政法導論，三民書局，修訂 4 版，2001 年，頁 21。
[13] 吳家興，工程仲裁之研究，國立政治大學法學院碩士在職專班碩士論文，2000 年，頁 19。
[14] 關於民法上誠信原則可參考，鄭冠宇，民法總則，承法數位文化有限公司，初版，2012 年，頁 195 以下。

問題，可自行政法之相關理論作探討，一般常將政府的行政施為（國家機關的行為）細分為干預行政、稅捐行政、計畫行政、給付行政（含公法性質的給付行政與私法性質的給付行政）、營利性質的企業活動及行政補助行為等，其中干預行政、稅捐行政、計畫行政及公法性質的給付行政均屬於行使公權力的行為；而私法性質的給付行政、營利性質的企業活動及行政補助行為，則均屬於國庫行為或國庫行政行為，其性質屬於私法行為。就此分別說明如下[15]：

（一）行政補助行為：行政機關為推行行政事務需要物資而購買或訂製財務或取得勞務之支援，係屬國庫行為之一環，而應納入私法範圍，且應直接適用民法之規範。

（二）營利性質的企業活動：此係以私法組織型態或特設機構方式所從事之營利行為，諸如國營事業與其交易相對人之間所訂定的契約（包括採購契約），亦應屬於私法的契約關係。應納入私法範圍，且應直接適用民法之規範。

（三）私法性質的給付行政（廣義的國庫行為）：此係行政機關為完成公共任務或達成一定之行政目的，而以私法手段達成者（此間包括例如興建公共工程而與廠商訂定承攬契約），行政法論者仍認為屬於私法行為。此等私法行為，自應適用民法之規範。

（四）其他類型之國家機關行為，均不屬於私法行為，且多數此種國家機關行為均與採購無關（例如稅捐行政）。政府機關因此等國家機關行為而與人民發生契約關係，其契約之性質，亦應歸為公法契約。惟亦有適用政府採購情形，包括一般行政事務委託（如委託民間收集垃圾），另亦有公權力之行政委託（如委託民間進行汽車檢驗）。

由於多數政府採購行為所締結之契約，性質上可以歸為私法行為，故此部分適用民法應無疑義，而就公共工程而言，自屬私法行為而適用民法，此公共工程契約為私法契約。

[15] 羅昌發，政府採購法與政府採購協定論析，元照出版公司，3 版，2008 年，頁 52。

第二項 私法契約說

公共工程案件所發生爭議之法律性質，依爭議發生的時間點為區別，概可分為公共工程契約簽訂前的招標階段爭議，及契約簽訂後的履約階段爭議。

依據行政法的雙階理論[16]，政府採購法所規範之範圍，凡工程之定作、財物之買受、定製、承租及勞務之委任或、僱傭等民法上債之關係，在一定金額以上者均適用該法所定之招標訂約手續，但有關「廠商與機關間關於招標、審標、決標之爭議，得依本章規定提出異議及申訴」（政府採購法第 74 條），申訴提出後由設置於公共工程委員會之採購申訴審議委員會審議判斷；審議判斷，視同訴願決定（政府採購法第 82 條及 83 條），是關於契約訂定前之前階段招標、審標等行為，政府採購法將之定位為行政處分，適用行政爭訟作為救濟途徑，亦即機關與廠商在此招標、審標階段為公法上的關係。

而在履約階段，機關與廠商既以契約相繫，則此種私經濟行政態樣下的私法型態之輔助行為[17]，自為民法上債之關係，機關與廠商間為私法上的關係；依據政府採購法第 85 條之 1 第 1 項規定，履約爭議發生後得向採購申訴審議委員會申請調解或向仲裁機構提付仲裁，然除調解或仲裁之選項外，訴訟之提起仍為受憲法所保障的程序權利，自不待言。本文將僅就公共工程履約階段爭議處理之方式作探討。

第三項 行政契約說

就公共工程案件所發生爭議之法律性質，對於通說雙階理論所認為之履約階段爭議係屬私法關係，有不同意見，認為依大法官釋字第 533 號解釋文意旨，謂判斷公共工程契約或協議是否屬於行政契約，應採契約主體、契約標的及契約目的綜合判斷之。是謂，若契約主體一方為行政機關，契約標的為增進公共利益之行政目的時，此項協議

[16] 吳庚，行政法之理論與實用，增訂 10 版，2007 年，頁 148。
[17] 吳庚，行政法之理論與實用，增訂 10 版，2007 年，頁 12。

即具有行政契約之性質[18]。公共工程採購行為，表面上由機關以私當事人之地位與廠商訂立私法契約，實則機關於行政資源及經濟力量上，均與他方當事人立於顯不相當地位，難與擺脫私法上附合契約（又稱為定型化契約）之屬性，自不能與私當事人間契約行為同等看待，因而並無當事人自私自主原則之適用。機關的採購行為除受私法規範外，公共工程契約之內容及公共工程契約之成立（程序），必須受到一般民商法以外行政法規的拘束，或必須經由「強制同意」的方式加以適用。其中與工程相關者有審計法及其施行細則、政府採購法及其施行細則以及公共工程委員會針對相關工程採購疑義所作的函文及解釋令。為了落實這些法令的要求機關經常將其實質內容訂入招標文件並以「投標須知」或「工程招標補充說明書」之型式拘束投標廠商，而可能影響採購契約的內容，造成不利廠商的結果。此為公共工程採購行為的特色[19]，故認為公共工程契約非單純之私法契約行為。

是以此一見解認為，依照公共工程之定義，其係政府機關所興建，為提供公眾使用及提供公眾需要之設施與設備，其效益係為全民所共享之工程，例如高速公路、機場、博物館、公立醫院、核能電廠等等。因而此等行為帶有直接且強烈的公行政目的，具有直接達到公行政目的的行政給付行為，且該行為有可能為了特殊公益的考量，對締約對象的選擇及決定時機有特殊的決定。因其特性在於直接給予人民利益及服務，故其決定的本身具有公法性質[20]，與行政輔助的間接性不同。

公共工程契約之成立，係由廠商投標之行為，即要約意思表示，與採購機關決標行為即承諾之意思表示所構成，是採購機關所為之採購決定係公法性質，則其與廠商所簽訂之公共工程契約的性質，自屬公法性質，而有認為採購機關所為之採購決定與行政處分之定義相當

[18] 林明鏘，委託開發工業區契約之定性與仲裁容許性，月旦法學教室，第 33 期，2005 年，頁 110-111。

[19] 邱雅文，政府採購法第 85 條之 1 條第 2 項修訂對工程爭議調解實務之影響，仲裁季刊，第 83 期，民國 96 年 10 月，頁 37。

[20] 李震山，行政法導論，三民書局，修訂 4 版，2001 年，頁 220。

[21]，故政府採購行為之法律性質應為公法性質。

另有認為任何行政行為均須受基本權之限制，且政府採購法，亦有限制因行政機關為當事人一方而可能造成地位不平等之規定，如制定招標文件不得限制競爭或採購決定不得違反平等原則等，若行政機關仗其優勢地位造成廠商權益受損，在行政爭訟程序中，則法院可援引對人民有利之公法上一般原理原則判決，而若於普通法院進行該爭議之審理時，則會造成普通法院可否援引該等原則之疑慮[22]。

故有認為將公共工程契約定性為行政契約較能符合現行法制之需求，且採購申訴審議委員會處理採購爭議事項所踐行之程序，與行政爭訟所踐行者，殊無二致，不能因為政府採購法第 85 條之 1 至第 85 條之 4 之規定，明文準用民事訴訟法有關調解之規定以及以仲裁作為解決紛爭之程序，而否定公共工程契約為行政契約之本質[23]。

第四項 小結

行政機關向來認定政府採購行為所發生之法律關係為私法關係。法務部與政府採購法主管機關行政院公共工程委員會之行政函釋亦均認定，「政府採購法係以政府機關、公立學校、公營事業辦理工程之定作、財物之買受、定製、承租及勞務之委任或僱傭等私經濟行政為適用範圍」，並據此認定此等採購事項，並無行政程序法之適用[24]。

司法實務就政府採購行為法律性質直接做出解釋者，僅有行政法院 27 年裁 22 號判例[25]，其認定「人民向公務機關承包工程因而發生爭議乃屬私法關係，應依民事訴訟程序以求解決」，此一判例至今仍被援用，可知我國司法實務認定政府採購行為係私法行為之立並未改

---

[21] 張祥暉，政府採購法爭議處理機制之問題探討，月旦法學雜誌，第 56 期，2000 年，頁 120。
[22] 郭芳婷，公共工程契約之研究---以締結書面契約前之程序為中心，國立台灣大學法學學研究所碩士論文，2003 年，頁 38。
[23] 吳家興，工程仲裁之研究，國立政治大學法學院碩士在職專班碩士論文，2000 年，頁 24。
[24] 行政院公共工程委員會(89)工程法字第 89023741 號函釋。
[25] 最高行政法院判例要旨彙編 (22 年至 88 年 11 月) 第 930 頁，行政法院判例要旨彙編（81 年 6 月版）第 902 頁。

變[26]。

雖有論者認為政府採購中，國家機關或其他行政主體行使公權力仍色彩仍為濃厚，且純以保護私人權益之解度觀察，公權力行政受較多之法律羈束，而主張公共工程契約為行政契約之不同意看法[27]，惟現行主要學說及實務見解，公共工程契約為私法契約應已無太大爭議。

[26] 季嵩茂，政府採購招標爭議之法律性質與政府採購法草案招標爭議處理制度之評析，經社法制論叢第 22 期，民國 87 年 7 月，頁 113。

[27] 曹志仁，從美國聯邦採購規則論我國政府採購法之爭議處理制度，國立政治大學法律學研究所碩士論文，民國 91 年 7 月，頁 29。

第三節 工程契約紛爭解決機制

所謂工程契約紛爭係指工程契約進行期間，雙方當事人於問題發生後，彼此就應有之權利與義務認定不一，或是責任歸屬不清而引起之爭執。工程契約因其內容複雜及履約期長等特性下，通常或不可避免的容易發生各類事件。例如工程進行中因發生天災地變或不可抗力的偶發事件，或歸責於一方或雙方之有意或無意的因素[28]，其一般多於工程契約條款設有溝通及解決的機制，以方便儘速解決爭議，並避免現場證據資料遺失，以防爭執擴大而影響工期或增加費用。

工程施工履約期限長，資源投入程度不易掌握，甚至情境變異不確定性等原因，要在契約內即詳細規劃細節本有困難。再加工發包業主及承攬廠商之立場迥異，在履約過程中極易產生爭議糾紛。為防範此情況之發生，或處理履約中引發之衝突及爭議等，在契約訂定適當的爭議處理機制，以規範其履約功能、執行與協調則更形重要。

合理推論，在公共工程進行中，無論業主或承包廠商都是希望工程能夠順利圓滿、儘早完工。大多數的承包廠商或是業主都不願紛爭擴大，所以在工程進行期間並非所有的爭議及不滿都會走上訴訟之路。然而，承包廠商施作在先，業主付款在後，倘工程進度落後或有瑕疵，業主可依約主張暫停計價或抵銷；因此，發生工程爭議時，若未能迅速解決爭議，承包廠商即可能因遲未受領工程款項而有現金流量上的問題、周轉困難，故承包廠商多希望工程爭議能透過有效率的途徑迅速解決。否則，工程進行中一旦產生爭議，不僅會對工程進度造成極大影響，甚至對廠商耗費之成本亦可能大幅增加。因此，對於工程所發生的爭議事項，業主和承攬廠商雙方應該都希望能夠儘速解決，避免爭端擴大影響工程進度及廠商利潤。目前常見的一般工程爭議處理方式主要有「和解」、「調解」、「仲裁」及「訴訟」[29]。

---

[28] 關於可歸責之事由可參考，鄭冠宇，民法債編總論，新學林，一版，2015 年，頁 137 以下。

[29] 李玲瑜，政府採購法工程爭議處理制度之研究，國立政治大學法律科際整合研究所碩士論文，民國 98 年 1 月，頁 19-20。

第一項 訴訟

訴訟係指當事人一方或雙方向法院提出請求，主張自己法律上權利，由國家司法機關依法律所規定的程序管轄處理，當事人在取得法院確定並具有執行名義之判決後，得聲請法院強制執行，以終結彼此間的爭議。由於訴訟係由國家公權力直接介入，並以判決作為執行依據，故最具強制力。因為訴訟不講求情面，只追求法律正義的實現，所以在傳統觀念上，以講求和諧及合作關係的商場，雙方為了維持彼此情誼，非有必要，均儘量避免以訴訟作為解決爭議的手段[30]。

「人民有請願、訴願及訴訟之權」為憲法第 16 條明定。當人民權利受到侵害，或發生權利義務衝突，乃至法律關係爭議時，當事人雙方向法院提出請求主張自己法律上權利，至可向國家司法機關提起民事訴訟以為救濟，當事人可以得到具有強制執行力的判決，以終結彼此間爭議。

私人間就私法上之權利或利益發生爭執，得依照民事訴訟程序請求國家司法機關以公力保護之[31]。在政府採購事件中，如機關與廠商業已成立契約，履約過程中產生爭議，係私法上之產生之紛爭，故權利或利益受損者，得依民事訴訟程序尋求救濟。

民事訴訟最大之優點為有效性，蓋法院之最終確定判決有絕對之強制，執行力，得逕為強制執行。然於政府採購此種希冀較迅速解決紛爭之專業領域中，採行民事訴訟程序，相較於調解及仲裁等程序，訴訟的優、缺點分析如下：

訴訟的優點在於：一、程序公開透明，三級三審，保障完善。二、裁判確定後，具有強制執行名義，可聲請法院強制執行，法定效力最強。三、民事訴訟可委託律師代理。四、可作為各項爭議處置之後盾。

其缺點在於：一、法官缺乏工程技術專業素養，需借重專業單位鑑定釐清; 責任。二、三級三審繳納訴訟費用以及負擔律師費用，所費不

[30] 吳家興，工程仲裁之研究，國立政治大學法學院碩士在職專班碩士論文，2000 年，頁 61。
[31] 吳明軒，中國民事訴訟法，自版，2004 年，第六版，頁 2。

貲。三、法律程序冗長，審理費時，爭訟期間難以估計，往往纏訟多年。四、審判公開，業務機密容易洩漏。五、審判過程雙方當事人常易形成尖銳對立，影響和諧關係。六、注重各種訴訟程序上之法則，程序較無彈性。七、專家參審程序有待建立。八、爭訟期間，導致工程停擺，影響工程品質與進度。

這種方式由國家公權力介入，以判決方式處理，雖比和解、調解等以私人地位處理當事人間爭議更具強制力，但因專業法院或專業法庭建置未臻健全及審級救濟制度，致使確定判決之作成曠日廢時。我國法院審理工程案件的期間，每一審級大多需時一年以上，很難符合承包廠商實際上的需求，故承包廠商多傾向循「訴訟外紛爭解決途徑」(例如仲裁或調解等)解決工程爭議[32]。

第二項 和解

此處所謂之和解，乃指訴訟外之和解[33]。可謂契約的一種，主要指當事人約定，互相讓步，以終止爭執或防止爭執發生之契約，和解的基礎在於雙方互相讓步，且意思表示相對一致，始能成立。實務上在和解過程當中，往往一方當事人要求他方讓步，而自己卻堅持不予退讓，以致難以達成和解。民法第 736 條規定：「稱和解者，謂當事人約定，互相讓步，以終止爭執或防止爭執發生之契約。」，第 737 條則有說明：「和解有使當事人所拋棄之權利消滅及使當事人取得和解契約所訂明權利之效力。」，而民法第 738 條則亦規定：「和解不得以錯誤為理由撤銷之。」

就其法律效果而言，違反和解約定，充其量只是構成契約的違反，相較於當事人在訴訟中，於受理法院或受命法官前，約定互相讓步以終止爭執，或終結訴訟之一部或全部為目的的訴訟上和解，具有民事訴訟法第 380 條「和解成立者，與確定判決有同一之效力」確定判決

[32] 李玲瑜，政府採購法工程爭議處理制度之研究，國立政治大學法律科際整合研究所碩士論文，民國 98 年 1 月，頁 20。

[33] 和解之詳細內容可參考林誠二，民法債編各論(下)，瑞興圖書股份有限公司，初版，2002 年，頁 243 以下。

及和解筆錄得成為執行名義，效果顯著不同。但是，和解方式終究是最低廉、便利與和睦的糾紛解決制度，所以包括仲裁法[34]及破產法都將和解予以條文化。和解制度最大的優點就是在於當事人得以協議解決爭議，節省時間、程序費用，同時並維持雙方良好合作關係，不至於對簿公堂。而在和解過程中，雙方為當事人，掌握證據資料最為完整，有利合理解決方案之達成。而和解制度之缺點，則可能會因為雙方爭議金額太大，難以形成共識；或因爭議內容複雜且牽涉專業技術，當事人本身無能力釐清或研擬解決方案；又或者當事人雙方主觀防衛意識過強，無法坦誠協議等等。此外， 若當事人之一方為公務機關，於契約規定不明或受法令限制時，亦可能無法接受解決方案；又或者主辦人員為免上級機關或審計機關之質疑，或唯恐誤觸刑事責任，不願作裁量決定。總而言之，現階段要以協議方式解決公共工程契約爭議十分困難。

第三項 調解

調解係指透過第三者介入居間調和雙方爭議之制度。與雙方互相讓步和解，不以第三人從中斡旋為必要不同。實務上雙方當事人各持己見，均不願讓步下，若能藉由第三者介入從中居間斡旋，或許較易促成讓步。「調解」一般有訴訟上及訴訟外調解兩種，一是依民事訴訟法第 404 條第 1、2 項「訴訟上調解」。除法律規定強制調解事件外，當事人得於訴訟前，聲請法院調解，由於調解程序進行係在法院法官面前進行，與訴訟和解具有同一效力。二是訴訟外調解，就如鄉鎮市調解委員會或勞資爭議調解委員會等，這些訴訟外的調解機制中，依鄉鎮市調解條例所為之調解及仲裁法由仲裁人所作調解書均有與民事確定判決效力。如當事人一方，不願意配合進行調解或不接受第三人之調解方案，調解即不成立，所以當事人具有相當自主權力；然而當事人並無接受調解之義務，因此降低該方式之成效。調解制度最大的優點就在於調解費用低廉且解決爭議效率較高。而且調解書經雙方同意後有與民事判決同一效力，可以逕為強制執行。此外，對雙方當

[34] 仲裁法第 44 條：仲裁事件，於仲裁判斷前，得為和解。和解成立者，由仲裁人作成和解書。前項和解，與仲裁判斷有同一效力。但須聲請法院為執行裁定後，方得為強制執行。

事人而言，調解程序與效力具彈性且隱密，可不對外公開，最後調解方案仍須商方同意，而可維持一定程度之和諧。

如果該爭議工程為公共工程，則可依政府採購法第 85 條之 1 提起調解，而機關不得拒絕。惟若調解不成立，仍須經由其他程序救濟，徒增費用及時間之成本。

第四項 仲裁

仲裁(Arbitration)制度具有之特色，無非是解決市場經濟中商業行為之糾紛，相當恰當之方式，又市場經濟是意思自治的經濟，所以仲裁規範直接服務於市場經濟，必須充分體現意思自治的精神。按我國現行仲裁法第一條規定：「當事人就現在或將來之爭議，訂立仲裁協議，約定由仲裁人一人或數人成立仲裁庭解決的一種程序」，所以仲裁係以仲裁協議為基礎，經由仲裁庭指揮進行程序，做成仲裁判斷。其與一段訴訟具有(一)一審終結，費用比訴訟低廉的經濟性；(二)與法院確定判決有同一效力的有效性；(三)由當事人選定相關專家擔任仲裁人的專家性； (四)仲裁程序進行應於六個月內作成判斷書，必要時得延長三個月的迅速性； (五)仲裁進行，應保守秘密的隱密性；及(六)當事人得彈性選擇仲裁地點和仲裁人等特性，故為過去廣泛運用。而採取仲裁制度之最大優點，則在於可依雙方合意選擇仲裁機構、程序規定、地點、準據法，且隱密性高，不致洩漏業務機密，對於最後仲裁結果亦可選擇不對外公開，避免損害商譽。此外，當事人可委託代理人出席，不必親自前往，藉以維持雙方和諧關係與氣氛。更重要的是當事人雙方可以選擇公正、中立之仲裁人參與處理，可做出客觀公正、足以令雙方信服之判斷，而該仲裁判斷同時具有拘束力及強制執行效力，可保雙方當事人之權益。

仲裁制度的發展，淵源流長，歷史悠久。我國自民國 87 年 6 月 24 日將「商務仲裁條例」公布修正，改為「仲裁法」之後，整個仲裁制度的發展與運作已漸趨成熟完備。近年來，仲裁儼然已成為企業普遍選擇作為解決國際貿易或國際工程衍生爭端的方式。

第一款 仲裁的定義[35]

仲裁亦稱為公斷，係指發生。爭議的雙方當事人，根據其在爭議發生之前或爭議發生之後所達成的協議，自願將他們之間發生的私法上爭議提交給他們所同意的第三者(仲裁人)進行裁決判斷，以求爭議最終解決的制度和方法[36]。所以，仲裁是在法院訴訟之外，解決私法紛爭的一種制度， 亦是當事人基於私法自治及契約自由原則，依據程序選擇權自主決定採行仲裁程序，，以解決私法紛爭的制度[37]。依據仲裁法第 1 條第 1 項規定「有關現在或將來之爭議，當事人得訂立仲裁協議，約定由仲裁人一人或單數之數人成立仲裁庭仲裁之」，從上述法條文義觀之，舉凡私法上的爭議，例如，公共工程、商品買賣、金融保險、證券交易、智慧財產權、不動產交易、海上船舶糾紛、消費爭議、勞資爭議等均屬當事人自治的範疇，原則上當事人均能在紛爭發生前或紛爭發生後訂立仲裁契約(Arbitral Agreement)，將其由一定法律關係所生之紛爭，提付第三人之私人仲裁人(Arbitrator)，經由仲裁人所主持之仲裁程序(Arbitral proceeding)，作成於當事人間終局確定且有拘束力之仲裁判斷(Arbitral Award)之制度[38]。仲裁係屬一「私的審判制度」(private system of adjudication)，仲裁人擁有類似法官的職權，具有準司法之性格，由當事人而非國家賦予仲裁人權力與義務，故有稱仲裁人為「民間法官」，仲裁協會為「民間法院」的說法[39]。

第二款 仲裁的特性

依據仲裁法的立法精神，不僅當事人可以選擇自己中意並具有專業背景的仲裁人來解決紛爭，而且也可以約定仲裁地及仲裁程序，且紛爭一次解決，不得上訴；除合於撤銷仲裁判斷之訴條件的案件，在

---

[35] 吳家興，工程仲裁之研究，國立政治大學法學院碩士在職專班碩士論文，2000 年，頁 69。

[36] 陳煥文，仲裁法逐條釋義，崗華傳播事業有限公司，2002 年 10 月，二版，頁 3；楊崇森等七人合著，仲裁法新論，中華民國仲裁協會，1999 年 9 月 1 版，頁 1；蔡佩芬，談仲裁判斷，仲裁季刊第 69 期，民國 92 年 9 月 30 日，頁 45；萬泳延、張一多，對我國仲裁制度幾個法律問題的思索，財經界，法律研究，2007 年 4 月，頁 269。

[37] 林俊益，仲裁法之實用權益，永然出版股份有限公司，2001 年，頁 18。

[38] 林俊益，法院在商務仲裁之角色，永然出版股份有限公司，民國 85 年 4 月，頁 12。

[39] 楊崇森，商務仲裁之理論與實際，中央文物供應社，民國 73 年 12 月，頁 40。

提起撤銷之訴，並經撤銷確定後，可另行提起訴訟外，可謂別無救濟途徑，因而案件一經仲裁庭作成仲裁判斷，案件即告終結並經確定。與此相較，仲裁制度的彈性顯然比僵化、冗長、曠日廢時，往往纏訟經集約制式訴訟制度更具快速解決紛爭的優點，所以更適合解決當事人的私權紛爭。

因而，在一切講求速度、效率，高度發展的工商科技社會，尤以視時間即金錢的企業界，寧可選擇快速解決紛爭的仲裁制度作為解決商務中的爭議與紛爭。所以近年來企業界人士選擇將仲裁條款納入契約中作為解決商務糾紛的現象已極為廣泛且普遍，至於公共工程亦觀察到此一特性，故自政府採購法訂定之初，即將仲裁程序納入公共工程紛爭之解決機制的選項。茲將仲裁優點分述如下：

一、仲裁程序簡便明快、費用低廉，可以節省時間耗費及金錢支出
二、專家裁決，容易抓住重點，贏得信賴
三、審理程序隱密，可以保護當事人隱私與秘密
四、仲裁對適用的程序、法律、語文、人選及處所之選定有較大的彈性
五、仲裁有較佳的強制執行力，適於解決跨國爭議
六、仲裁可以維持雙方較佳的和諧性，有益彼此日後的合作與交往

至於仲裁缺點亦有：

一、無上訴救濟管道
二、欠缺安定性及可預測性
三、仲裁人因係當事人所選任心理上難脫代理人的心態，其公正性及獨立性易遭質疑
四、撤銷仲裁判斷審議範圍只限程序不論實體，無法迅速解決問題爭議
五、程序上的缺點
六、折衷主義鄉愿式判斷
七、仲裁事件之程序適用非訟事件法或準用民事訴訟法，應有明確之規定
八、仲裁制度應充分尊重雙方當事人接受仲裁之意願，不宜在一方尚未踐行相關前置程序前，即強制另一方接受仲裁判斷，徒生爭議

及不滿

九、仲裁易淪為被求償的工具

十、仲裁判斷案例缺乏系統化管理與運用[40]

第三款 公共工程爭議之仲裁

工程爭議傳統上之處理模式，無非就訴訟與仲裁程序中擇一作為解決紛爭的救濟途徑。由於工程爭議具有複雜性及技術性，因而特別需要專業性的紛爭處理制度，反觀訴訟則係由法官作為程序之主導者，在講求專業判斷為主的工程實務，法官實難擔負此一重責大任；尤以，在採取嚴格的程序法則下，所有、訴訟程序之進行必須在處分權主義、辯論主義、職權進行主義、公開原則下，依照審級制度的程序進行，以確保案件能夠在公平、公正、公開下進行審判，嚴格遵守訴訟程序之結果，反而使訴訟程序成為解決爭議最為耗費時間、勞力及金錢的機制，因而，此一機制實非解決工程爭議的有效途徑[41]。

因此，工程契約中，雙方當事人如有爭議，當可提付仲裁，為一合理之判斷。經由仲裁解決，具有迅速性及效力性，且所需費用亦較訴訟低，同時仲裁期間工程不致停工，雖非毫無缺點，但仍不失為工程糾紛最佳解決方式。

按內政部曾於 77 年間，頒訂「仲裁條款參考條文」供各機關參考[42]，其內容如下:

一、甲乙雙方如對契約條款發生爭議，且不同意工程師(建築師)之裁決時，得依商務仲裁條例之程序提請仲裁。

二、仲裁由當事人雙方各選一適任之仲裁人，再由雙方選出之仲裁人共推另一仲裁人，如不能共推時，得聲請管轄法院為之選定。當事人選定仲裁人後，應以書面通知他方及仲裁人。選定經通知後不得撤回，已選定仲裁人之一方，得催告他方於受催告之日起七日內選定

[40] 吳家興，工程仲裁之研究，國立政治大學法學院碩士在職專班碩士論文，2000 年，頁 73-83。
[41] 嵇珮晶，公共工程爭議及其救濟途徑，法學研究報告合輯，法務部司法官訓練所第 42 期，頁 439。
[42] 內政部 77 年 4 月 6 日台(77)內營字第 583613 號函。最高法院 64 年合上 490 號判例。

仲裁人，受催告之人逾期不選定仲裁人者，催告人得聲請法院為之選定仲裁人。

三、仲裁人應於被選定之十日內決定仲裁處所及詢問日期，通知雙方出席陳述，並就事件關係作必要之調查後，試行和解，和解不成，於三個月內以過半數之意見決定其判斷，必要時得延長三個月。

四、仲裁之判斷除送達雙方當事人外，並送請法院備案，其對雙方當事人具約束效力，雙方均應共同遵守，否則可聲請法院裁定而強制執行。仲裁人於前項期間未作成判斷者，當事人得逕行起訴，仲裁人意見不能過半數者，應將其事由通知當事人，仲裁程序視為終結。

五、仲裁費用之負擔，應記明於仲裁判斷書或和解筆錄。

六、仲裁期中非經甲方之同意，己方不得停工，並須繼續履行本契約義務。

按上開內政部訂頒之仲裁條款，於當時固以舊商務仲裁條例為準則，於今觀之，亦未脫離現行仲裁法之規定[43]。

過去，由於許多機關不信任仲裁判斷、無法面對仲裁結果，認為「仲裁條款易被不良承包商濫用，淪為廠商有恃無恐之依據，因此已取消工程契約之仲裁條款… 」，民國 91 年 12 月交通部發佈「取消工程合約仲裁條款，回歸採購法」，遂逐漸取消公共工程契約中之仲裁條款，使得仲裁在公共工程爭議解決之過程無法發揮功能，雖然機關對於仲裁之疑慮亦非無據，惟也為日後政府採購法第 85 條之 1 於民國 96 年的修法埋下種子。而在 97 年的修法之後，明定公共工程廠商得在一定條件下提起仲裁，主辦機關不得拒絕，開啟了先調後仲的強制仲裁機制，重新賦予公共工程履約仲裁制度新的生命，可謂我國公共工程履約爭議政策之重大變革[44]。然而此一變革過程，因為修法僅憑黨團協商結果，法律條文未作體系性考量，且純僅自廠商角度作思考，不免粗糙是謂缺憾，實亦為後續實務操作隱藏不利因子。

[43] 吳光明，證券交易法論，證券糾紛之仲裁，民國 85 年 9 月，頁 288-292。
[44] 李玲瑜，我國公共工程爭議處理制度之研究，台灣工程法學會工程法學論文，2009 年，頁 1。

第三章 調解制度之運作及解析

依據政府採購法第 85 條之 1 條第 1 項所規範公共工程之履約爭議處理方式，為向採購申訴審議委員會申請調解或向仲裁機構提付仲裁，故在公共工程發生履約爭議時，糾紛處理方式除以提起訴訟請求司法裁判外，依法即為調解及仲裁二種程序。本章將對於我國調解制度進行研究，以期瞭解什麼是調解，調解又須如何進行，進一步將分析在政府採購法規範下的調解應如何定位，及採購爭議調解的現況。

什麼是調解？調解又應該如何進行？為討論調解在公共工程履約爭議的處理上所扮演之角色及功能，前二問題應先予釐清，以利明確定位在現行法律架構下，調解應如何在公共工程履約時的糾紛處理上發揮其作用。然本文所以提出疑問，原因乃國內法律條文所規定者未臻明確，操作上亦尚未建立一套完整規則，至於學者或實務家對此也鮮見詳細論述，故為期正確操作政府採購法第 85 條之 1 的先調後仲的程序要求，自應對於調解再作認識，以使調解功能在此爭議處理制度中得以正確且充分發揮。

第一節 我國調解制度

調解是什麼？調解程序係指透過當事人合意參加，經調解人之協助使當事人充分瞭解其爭端後，由雙方當事人自行提出多種可能之解決方案，並試圖就多種可能之解決方案之一達成合意，進而解決糾紛之程序[45]。亦即於當事人間發生糾紛時，雙方為共同謀求解決其爭端，合意委由調解人協助居間為當事人溝通協調意見，進而就多種可能解決方案異中求同取得共識，最後由當事人達成解決方案的共識。

我國以調解作為解決當事人間糾紛之程序，就不同法律所對應適用的調解程序，因民事訴訟法本係私權發生糾紛時須循何種程序以解決爭端之作用法，自應首先以民事訴訟法為討論，故本節將自民事訴訟法說明及分析其調解程序，再依序對鄉鎮市調解條例與政府採購法

[45] 李紀宏，調解人的公正義務，台北律師公會叢書(十二)- 法律倫理，五南，2011 年，頁 387-388。

之調解進行說明，除以政府所進行各種調解外，本節最後再將說明民間調解之規定與面貌。

第一項 民事訴訟法之調解

第一款 調解之意義

調解作為民事紛爭之處理程序，惟於民事訴訟法條文並無定義明文，然既以調解作為私法自治以解決民事紛爭的方法，在學理上，學者對之有不同解釋，以說明調解之意義。有謂，調解者，法院依當事人之聲請，於起訴前就有爭執之民事事件，勸諭杜息爭端，由當事人自行成立合意，以避免訴訟之程序也[46]；又有謂，當事人就私法上權利義務之爭執，本應依民事訴訟程序提起訴訟，請求法院為裁判，惟若於訴訟之前或進入訴訟程序之後，經由法院調停排解，達成合意，避免進入訴訟程序或終結訴訟程序，而以和諧自治的方式解決紛爭，俾達疏減訟源之功效，自為最佳途徑，此調解制度之所由設也[47]；亦有稱，調解者，乃法院依當事人之聲請，於起訴前就兩造間之民事法律關係爭執，從中調停排解，促使兩造達成協議以避免訴訟之程序[48]；另亦有稱，所謂調解程序，係由紛爭當事人向管轄法院聲請，由法官、調解委員居於當事人間，勸導兩造當事人相互讓步以解決紛爭[49]。此外，另有謂，調解者，法院就當事人間發生爭議之法律關係，勸導兩造為息爭之合意，以避免訴訟之程序也。與民法第 736 條所謂之和解無異，亦有民法第 737 條所定創設之效力[50]。

就以上民事訴訟學者對調解意義之解釋可知，自民事訴訟法之角度以觀，調解係起訴前因當事人聲請或第一審訴訟繫屬中經兩造合意移付，而經由法院勸諭調停，以期當事人相互讓步杜息爭端自行成立和解，以減少訟源之制度，其性質為非訟事件程序。而既屬非訟事件

[46] 姚瑞光，民事訴訟法論，2004 年，頁 565。
[47] 楊建華，民事訴訟法要論，2005 年，頁 382。
[48] 陳計男，民事訴訟法論，增訂三版，2006 年，三民書局，頁 181。
[49] 駱永家，新民事訴訟法 II，初版，2011 年 10 月，頁 241。
[50] 吳明軒，民事調解、簡易及小額訴訟程序，二版，五南圖書出版公司，2000 年，頁 7。

程序，不屬於訴訟一般程序之範圍，調解於我國民事訴訟法並非核心重要的一環，僅視為訴訟法的附帶性程序選項，故而民事訴訟學者對於調解作業須以如何方式進行並無過多著墨。

第二款 調解程序

在民事訴訟法第二編第一審程序的第二章調解程序中共計 31 條文，就調解程序相關條文內容規範主要包括數部分，以下分別敘述。

第一目 調解之事件

應經調解之事件者，於原告起訴前必須先經法院踐行調解程序之訴訟事件也，學者以「強制調解」稱之，或稱「調解前置主義」，亦無不可[51]。下列事件，除有第四百零六條第一項各款所定情形之一者外，於起訴前，應經法院調解（民事訴訟法第 403 條第 1 項）：

一、不動產所有人或地上權人或其他利用不動產之人相互間因相鄰關係發生爭執者。

二、因定不動產之界線或設置界標發生爭執者。

三、不動產共有人間因共有物之管理、處分或分割發生爭執者。

四、建築物區分所有人或利用人相互間因建築物或其共同部分之管理發生爭執者。

五、因增加或減免不動產之租金或地租發生爭執者。

六、因定地上權之期間、範圍、地租發生爭執者。

七、因道路交通事故或醫療糾紛發生爭執者。

八、雇用人與受雇人間因僱傭契約發生爭執者。

九、合夥人間或隱名合夥人與出名營業人間因合夥發生爭執者。

十、配偶、直系親屬、四親等內之旁系血親、三親等內之旁系姻親、家長或家屬相互間因財產權發生爭執者。

十一、其他因財產權發生爭執，其標的之金額或價額在新臺幣五十萬元以下者。

[51] 吳明軒，民事調解、簡易及小額訴訟程序，二版，五南圖書出版公司，2000 年，頁 11。

應經調解之事件所列舉情形以外之事件，當事人亦得於起訴前，聲請調解（民事訴訟法第 404 條第 1 項）。此外，有起訴前應先經法院調解之合意，而當事人逕行起訴者，經他造抗辯後，視其起訴為調解之聲請。但已為本案之言詞辯論者，不得再為抗辯（同條第 2 項）。

第二目 調解之聲請

調解之聲請以任意聲請為原則。調解，依當事人之聲請行之（民事訴訟法第 405 條第 1 項）。不問訴訟事件之種類為何，亦不問訴訟標的之金額或價額若干，當事人均得於起訴前向法院聲請調解（民事訴訟法第 404 條第 1 項），而調解程序即因當事人之聲請而開始。

除當事人自為聲請調解外，亦有擬制聲請之情形，係指當事人本無聲請調解之意思，而以法律擬制其為調解之聲請；換言之，係採義務調解制度，不問當事人之意思為何，而於起訴前應經法院調解程序。其情形有二[52]：

一為擬制起訴為聲請調解，如民事訴訟法第之事件，如無第 406 條第 1 項所定事由而逕行起訴者，視為調解之聲請（民事訴訟法第 424 條第 1 項）；然以一訴主張數項標的，其一部非屬第 403 條第 1 項之事件者，不適用前項視為調解聲請之規定（同條第 2 項）。其他有起訴前應先經法院調解之合意，而當事人逕行起訴者，經他造抗辯後，視其起訴為調解之聲請（民事訴訟法第 404 條第 2 項）。

次為擬制支付命令之聲請為聲請調解，如債務人對於支付命令，於法定期間提出異議者，支付命令失其效力，以債權人支付命令之聲請，視為起訴或聲請調解（民事訴訟法第 519 條第 1 項）。

就調解之聲請，調解程序，由簡易庭法官行之。但依第四百二十條之一第一項移付調解事件，得由原法院、受命法官或受託法官行之（民事訴訟法第 406 條之 1 第 1 項）。

而法院認調解之聲請有下列各款情形之一者，得逕以裁定駁回之

[52] 吳明軒，民事調解、簡易及小額訴訟程序，二版，五南圖書出版公司，2000 年，頁 11。

（民事訴訟法第 406 條第 1 項）：

一、依法律關係之性質，當事人之狀況或其他情事可認為不能調解或顯無調解必要或調解顯無成立之望者。

二、經其他法定調解機關調解未成立者。

三、因票據發生爭執者。

四、係提起反訴者。

五、送達於他造之通知書，應為公示送達或於外國為送達者。

六、金融機構因消費借貸契約或信用卡契約有所請求者。

前項裁定，不得聲明不服（同條第 2 項）。

調解之開始，除以聲請為之，另第一審訴訟繫屬中，得經兩造合意將事件移付調解（民事訴訟法第 420 條之 1）。

第三目 調解程序之進行

當事人向法院聲請調解，或有依法視為調解之情形，經法院認調解之聲請未有得逕以裁定駁回各款情形者，法院應即開始調解程序。調解程序之進行由簡易庭法官行之(民事訴訟法第 406 條之 1 第 1 項)。調解由法官選任調解委員一人至三人先行調解，俟至相當程度有成立之望或其他必要情形時，再報請法官到場。但兩造當事人合意或法官認為適當時，亦得逕由法官行之（同條第 2 項）。當事人對於前項調解委員人選有異議或兩造合意選任其他適當之人者，法官得另行選任或依其合意選任之（同條第 3 項）。

至調解委員之選任部分，地方法院應將其管轄區域內適於為調解委員之人選列冊，以供選任；其人數、資格、任期及其聘任、解任等事項，由司法院定之（民事訴訟法第 406 條之 2 第 1 項）。法官於調解事件認有必要時，亦得選任前項名冊以外之人為調解委員（同條第 2 項）。

就調解之處所及形式部分，調解程序於法院行之，於必要時，亦得於其他適當處所行之。調解委員於其他適當處所行調解者，應經法官之許可（民事訴訟法第 410 條第 1 項），就此調解程序原則上應於

法院行之，然經法官認為必要時，調解委員方得例外於法院外適當處所行調解。法院或調解委員行調解程序，得不公開（同條第 2 項），此時除得以對調解事件有保密功能外，法官、調解委員及當事人間也易因此有一較為緩和之空間，以利調解成立。

就調解期日之指定部分，調解期日，由法官依職權定之，其續行之調解期日，得委由主任調解委員定之；無主任調解委員者，得委由調解委員定之（民事訴訟法第 407 條第 1 項）。聲請書狀或言詞聲請之筆錄應與調解期日之通知書，一併送達於他造（同條第 4 項）。前項通知書，應記載不到場時之法定效果（同條第 4 項）。

就法官及調解委員參與調解之順序部分，調解由法官選任調解委員一人至三人先行調解，俟至相當程度有成立之望或其他必要情形時，再報請法官到場。但兩造當事人合意或法官認為適當時，亦得逕由法官行之（民事訴訟法第 406 條之 1 第 2 項）。

就調解程序之指揮部分，法官行調解時，應由法官指揮其程序，自不待言，惟調解委員行調解時，由調解委員指揮其程序，調解委員有二人以上時，由法官指定其中一人為主任調解委員指揮之（民事訴訟法第 407 條之 1）。而調解委員行調解時，認調解有第 406 條第 1 項各款所定得逕以裁定駁回情形之一者，報請法官處理之（民事訴訟法第 410 條之 1）。

對於法官或調解委員之處置部分，因當事人或法定代理人本人對於為調解標的有處分權限，且為真正知悉爭端之所在之人，為調解程序之順利進行，有時有命當事人或法定代理人到場之必要，而法官於必要時，得命當事人或法定代理人本人於調解期日到場；調解委員認有必要時，亦得報請法官行之（民事訴訟法第 408 條）。當事人無正當理由不於調解期日到場者，法院得以裁定處新台幣三千元以下之罰鍰；其有代理人到場而本人無正當理由不從前條之命者亦同（民事訴訟法第 409 條第 1 項）。另為達成調解目的之必要，法院得依當事人之聲請，禁止他造變更現狀、處分標的物，或命為其他一定行為或不行為；於必要時，得命聲請人供擔保後行之（民事訴訟法第 409 條之

1 第 1 項）。於調解標的涉及第三人之權利義務時，就調解事件有利害關係之第三人，經法官之許可，得參加調解程序；法官並得將事件通知之，命其參加（民事訴訟法第 412 條）。行調解時，為審究事件關係及兩造爭議之所在，得聽取當事人、具有專門知識經驗或知悉事件始末之人或其他關係人之陳述，察看現場或調解標的物之狀況；於必要時，得由法官調查證據（民事訴訟法第 413 條）。調解時應本和平懇切之態度，對當事人兩造為適當之勸導，就調解事件酌擬平允方案，力謀雙方之和諧（民事訴訟法第 414 條）。關於財產權爭議之調解，經兩造同意，得由調解委員酌定解決事件之調解條款（民事訴訟法第 415 條之 1 第 1 項）。調解委員不能依前項規定酌定調解條款時，法官得於徵詢兩造同意後，酌定調解條款，或另定調解期日，或視為調解不成立（民事訴訟法第 415 條之 1 第 3 項）。關於財產權爭議之調解，當事人不能合意但已甚接近者，法官應斟酌一切情形，其有調解委員者，並應徵詢調解委員之意見，求兩造利益之平衡，於不違反兩造當事人之主要意思範圍內，以職權提出解決事件之方案（民事訴訟法第 417 條第 1 項）。

最後就經辦調解人員之保密義務部分，法官、書記官及調解委員因經辦調解事件，知悉他人職務上、業務上之秘密或其他涉及個人隱私之事項，應保守秘密（民事訴訟法第 426 條）。

第四目 調解程序之終結

調解程序終結之原因，不外調解成立、調解不成立、當事人撤回調解之聲請等。

當事人兩造於調解期日，在法官前合意成立調解者，為調解成立。調解經當事人合意而成立；調解成立者，與訴訟上和解有同一之效力（民事訴訟法第 416 條第 1 項），而和解成立者，與確定判決有同一之效力（民事訴訟法第 380 條第 1 項）。而另有依法律之規定而為擬制調解成立者，有調解委員酌定之調解條款，應作成書面，記明年月日，或由書記官記明於調解程序筆錄，由調解委員簽名後，送請法官審核；其經法官核定者，視為調解成立（民事訴訟法第 415 條之 1 第

4 項)。及於關於財產權爭議之調解，當事人不能合意但已甚接近者，法官應斟酌一切情形，其有調解委員者，並應徵詢調解委員之意見，求兩造利益之平衡，於不違反兩造當事人之主要意思範圍內，以職權提出解決事件之方案（民事訴訟法第 417 條第 1 項)，二種情形。

調解不成立可能情形有 4 種。一為在任意聲請調解事件，當事人兩造於期日到場而調解不成立者，法院得依一造當事人之聲請，按該事件應適用之訴訟程序，命即為訴訟之辯論。但他造聲請延展期日者，應許可之（民事訴訟法第 419 條第 1 項)。二為調解委員不能依前項規定酌定調解條款時，法官得於徵詢兩造同意後，酌定調解條款，或另定調解期日，或視為調解不成立(民事訴訟法第 415 條之 1 第 3 項)。三為依據民事訴訟法第 417 條第 1 項法官以職權提出解決事件之方案後，當事人或參加調解之利害關係人於不變期間內提出異議者，視為調解不成立（民事訴訟法第 418 條第 2 項前段)。四為當事人兩造或一造於期日不到場者，法官酌量情形，得視為調解不成立或另定調解期日（民事訴訟法第 420 條)。

調解之聲請經撤回者，視為未聲請調解(民事訴訟法第 425 條)。調解之聲請人，於調解程序終結前，得撤回調解之聲請。

第三款 檢討與小結

自民事訴訟法調解程序相關條文觀之，條文大多作為為要件、規範、或效力等制度面規定，而涉及調解人及當事人間之如何互動以促使雙方產生排除爭執意願，達成各當事人均可接受解決方案的共識，則似無一套運作規則作為調解程序進行的準則與綱要。此時為達調解之目的，調解之進行與技術的運作應將當事人視為核心，以人心與人性的角度觀察並解決事的爭執，方能使當事人對解決方案能夠合意，雙方願意誠心履行解決方案中各自義務，如此爭端方能真正解決。

現行民事訴訟法下的調解程序的運作方式本質上仍是以法院作為整體核心，而法院程序原則上分為訴訟程序及非訟程序。調解程序

既非訴訟程序，調解程序的規定自然依循非訟事件法下非訟事件程序的處理模式，因而也承襲非訟事件程序的職權主義色彩，且於調解程序進行時法官仍然是法官的身分而非單純的調解人，法官在調解程序的指揮方式也近似在訴訟程序的指揮方式，雖於條文中有調解時法官應本和平懇切之態度，對當事人兩造為適當之勸導，就調解事件酌擬平允方案，力謀雙方之和諧（民事訴訟法第 414 條）的規定，惟此條款所規範至多僅為訓示性質，法官在訴訟庭與調解處所（民事訴訟法第 410 條調解程序原則於法院行之）間之角色變換能否如法條規範一般理想順利，對於法官本人也會是一大考驗。

至於調解程序得由法官選任調解委員一人至三人先行調解，俟至相當程度有成立之望或其他必要情形時，再報請法官到場（民事訴訟法第 406 條之 1 第 2 項），而以調解委員作為法官本人進行調解之先行調解作業，調解委員行調解時雖可酌定解決事件之調解條款（民事訴訟法第 415 條之 1 第 1 項），惟仍須送請法官審核，其經法官核定者，視為調解成立（同條第 2 項）。依民事訴訟法進行調解程序時，調解委員之選任似可緩和法官的角色，調解委員在調解程序中對於調解當事人的態度，較易於貼近民事訴訟法第 414 條所訓示之本和平懇切之態度，對當事人兩造為適當之勸導，就調解事件酌擬平允方案，力謀雙方之和諧。

為調解作業之順利，法官選任調解委員時，宜依事件之性質，斟酌調解委員之能力，選任具備解決該事件專門知識或經驗之調解委員進行調解（法院設置調解委員辦法第 12 條）。作為調解程序進行的主要推手，調解委員之選任適當與否，與調解之成立與否有相當關連性，故調解委員應具備一定之專業或技能方能勝任，依據法院設置調解委員辦法第 4 條對於調解委員聘任資格規定，具備下列資格之一者，得聘任為調解委員：

一、品行端正，著有信譽。

二、對調解工作富有熱忱。

三、生活安定且有充裕時間。

四、身心健康有說服能力。

五、對解決民事或家事紛爭具有專門經驗。
六、具有豐富社會知識經驗。
七、其他經認為適當者。
另為使調解委員熟悉或提升相關專業或技能，法院視實際需要，得舉辦調解委員講習會或座談會，受通知之調解委員無正當理由不參加者，法院得解任之（法院設置調解委員辦法第 11 條）。

另對於家事調解案件，依據法院設置家事調解委員辦法第 4 條規定，家事調解委員應具有性別平權意識、尊重多元文化及下列資格之一：
一、品行端正，著有信譽。
二、對調解工作富有熱忱。
三、生活安定且有充裕時間。
四、身心健康有說服能力。
五、具有豐富社會知識經驗。
六、曾任法官。
七、心理師。
八、社會工作師。
九、醫師。
十、律師。
十一、具有心理諮詢或心理諮商之學經歷。
十二、具有家事調解專業經驗。
該辦法並要求家事調解委員受聘任前，應接受司法院所舉辦之專業訓練課程至少三十小時；任期內，應接受司法院或各法院每年定期舉辦之專業講習課程至少十二小時，並依法院通知參加座談會（家事調解委員辦法第 5 條第 1 項）。前項聘任前之專業訓練課程，應包括關於家事相關法令、家庭動力與衝突處理、社會正義與弱勢保護（含兒童少年保護、性別平權、新移民與多元文化等）、家庭暴力處理、家事調解倫理及案例演練等核心能力專業訓練課程（同條第 2 項）。

由前有關調解委員的要求可知，法院對於帶領調解事件進行程序一事須具有一定之專業性已有認知，因而訂有相關辦法以對調解委員

之資格與選任作出相當規範，然除就調解所爭執事件之本質所涉及之不同專業知識以外，要使當事人間由爭執不能解決的情形，改變兩造的堅持，而能趨向合意解決方案，其如何進行調解實也有特殊之技術，是以若能參考國外進行調解之方法，創造平和對話的環境，取得當事人信賴，強化對於爭執事件之認識，發掘兩造各自堅持之背景，爭取雙方平衡解決機會，及促成一致的共識方案等，將使調解成功的機率更為增加，本章嗣後將對國外調解之進行再作介紹。

至因為我國民事訴訟法下的調解仍有相當程度的職權主義色彩，而對法官或調解委員在處置部分，賦予一定的權限，包括命當事人或法定代理人到場（民事訴訟法第 408 條）、不於調解期日到場者處罰鍰（民事訴訟法第 409 條第 1 項）、禁止變更、處分或命為其他一定行為或不行為等（民事訴訟法第 409 條之 1 第 1 項），此外可對調解事件酌擬方案(民事訴訟法第 414 條)或酌定解決事件之調解條款(民事訴訟法第 415 條之 1 第 1 項)，甚至於不違反兩造當事人之主要意思範圍內，以職權提出解決事件之方案(民事訴訟法第 417 條第 1 項)。就前述相關職權範圍及其內容而言，法官或調解委員可對調解事件之人、事、物作相當之處分，此際調解事件即便屬強制調解，其所謂強制亦至多解為必須進入調解程序之事件而已，而非賦予法官或調解委員過多處分權力，我國民事訴訟法下調解程序實已背離調解應為雙方合意開啟直至雙方合意終結之原則。

第二項 鄉鎮市調解條例

除民事訴訟法訂有調解程序專章，我國現行其他調解相關程序規定，另於法律層級者有鄉鎮市調解條例，餘均以行政命令為類型者，概如仲裁機構組織與調解程序及費用規則、再生能源發電設備設置者與電業爭議調解辦法、性騷擾事件調解辦法、法院設置家事調解委員辦法、消費爭議調解辦法、採購履約爭議調解規則、勞資爭議調解辦法、著作權爭議調解辦法等。

鄉鎮市調解謂於鄉鎮自治機關，設置調解機關，就民間發生之民

刑事糾紛，勸解當事人雙方互相讓步，以終止爭執或防止爭執之制度。建立鄉鎮市調解制度之初的主要理由為我國施政上歷史傳統，係以「政簡刑清」，「訟期無訟，刑期無刑」為最高理想，力求爭訟減少、防止爭訟發生；且我國社會民間習慣，素重禮儀，敬老尊賢，個人人格聲望之影響，每超越法律，民間爭論多訴之於鄉里長輩或聲望卓著之人士，求其公斷或說和，此種公斷或說和辦法，足以止息紛爭；民間紛爭減少，社會即因此安定。在施行地方自治之初，對自治團體內之組成分子間之糾紛，自謀解決，有促進地方自治之功效[53]。

第一款 調解之事件

鄉、鎮、市公所應設調解委員會，辦理下列調解事件：一、民事事件。二、告訴乃論之刑事事件（鄉鎮市調解條例第 1 條）；此外，鄉鎮市調解條例第 36 條規定調解委員會就法院移付鄉鎮市調解委員會調解辦法移付調解之事件亦為辦理範圍，鄉鎮市調解條例第 12 條第 1 項即規定第一審法院得將下列事件，裁定移付調解委員會調解：

一、民事訴訟法第四百零三條第一項規定之事件。

二、適宜調解之刑事附帶民事訴訟事件。

三、其他適宜調解之民事事件。

第二款 調解之聲請

聲請調解，由當事人向調解委員會以書面或言詞為之（鄉鎮市調解條例第10條第1項前段)。聲請調解，民事事件應得當事人之同意；告訴乃論之刑事事件應得被害人之同意，始得進行調解（鄉鎮市調解條例第 11 條）。

第三款 調解程序之進行

調解委員會接受當事人之聲請或法院之移付後，應即決定調解期日，通知當事人或其代理人到場（鄉鎮市調解條例第 15 條第 1 項）。調解委員會調解時，應有調解委員三人以上出席。但經兩造當事人之

[53] 楊與齡，鄉鎮市調解條例之理論與實務，初版，1957 年，頁 7-8。

同意，得由調解委員一人逕行調解（鄉鎮市調解條例第 7 條）。

調解，由調解委員於當地鄉、鎮、市公所或其他適當之處所行之（鄉鎮市調解條例第 19 條第 1 項）。調解程序，不公開之。但當事人另有約定者，不在此限（同條第 2 項）。調解委員、列席協同調解人及經辦調解事務之人，對於調解事件，除已公開之事項外，應保守秘密（同條第 3 項）。

調解應審究事實真相及兩造爭議之所在；並得為必要之調查（鄉鎮市調解條例第 21 條第 1 項）。調解委員應本和平、懇切之態度，對當事人兩造為適當之勸導，並徵詢列席協同調解人之意見，就調解事件，酌擬公正合理辦法，力謀雙方之協和（鄉鎮市調解條例第 22 條第 1 項）。

第四款 調解程序之終結

調解程序之終結，概分為調解成立或調解不成立。調解成立時，調解委員會應作成調解書，記載下列事項，並由當事人及出席調解委員簽名、蓋章或按指印：

一、當事人或其法定代理人之姓名、性別、年齡、職業、住、居所。如有參加調解之利害關係人時，其姓名、性別、年齡、職業、住、居所。

二、出席調解委員姓名及列席協同調解人之姓名、職業、住、居所。

三、調解事由。

四、調解成立之內容。

五、調解成立之場所。

六、調解成立之年、月、日（鄉鎮市調解條例第 25 條第 1 項）。

鄉、鎮、市公所應於調解成立之日起十日內，將調解書及卷證送請移付或管轄之法院審核（鄉鎮市調解條例第 26 條第 1 項）。然若法院因調解內容牴觸法令、違背公共秩序或善良風俗或不能強制執行而未予核定者，應將其理由通知鄉、鎮、市公所。法院移付調解者，並應續行訴訟程序（鄉鎮市調解條例第 26 條第 4 項）。

調解成立後之效力，調解經法院核定後，當事人就該事件不得再行起訴、告訴或自訴。經法院核定之民事調解，與民事確定判決有同一之效力；經法院核定之刑事調解，以給付金錢或其他代替物或有價證券之一定數量為標的者，其調解書得為執行名義（鄉鎮市調解條例第 27 條）。

調解不成立之情形，除未能達成調解內容之合意外，當事人無正當理由，於調解期日不到場者，視為調解不成立（鄉鎮市調解條例第 20 條前段）。

第五款 檢討與小結

我國自 1955 年公布施行的鄉鎮市調解條例，以調解程序之進行方式觀之，調解時調解委員由鄉、鎮、市長遴選鄉、鎮、市內具有法律或其他專業知識及信望素孚之公正人士（鄉鎮市調解條例第 3 條第 1 項），而調解之方式為調解委員應本和平、懇切之態度，對當事人兩造為適當之勸導，並徵詢列席協同調解人之意見，就調解事件，酌擬公正合理辦法，力謀雙方之協和（鄉鎮市調解條例第 22 條第 1 項）。由前二條文試圖說明何謂調解可知，鄉鎮市調解條例對於調解的程序概僅止於宣示性的概念敘述，其餘條文並無明確對於調解進行方式的規定，另對於調解委員是否對於調解之方法或技術應有一定的專業或知能也無要求。

我國鄉鎮市調解條例所規定的調解屬性乃傳統社會延續至今的一種慣例，係以地方上具有一定聲望或權位之仕紳耆老等人物，為排解鄉里間各類糾紛，居間於糾紛當事人進行調停排解，促使各方達成協議並避免訴訟，以期鄉里和諧之程序。雖鄉、鎮、市長及民意代表均不得兼任調解委員（鄉鎮市調解條例第 5 條），然實務上常見鄉、鎮、市長及民意代表以其至親好友兼任調解委員情形，鄉鎮市調解委員進行調解時，有當事人或懾於調解委員的身分威望或畏懼調解委員的各種勢力，甚或時有強暴、脅迫或詐術進行調解，阻止起訴、告訴或自訴（鄉鎮市調解條例第 24 條）情形，因此對於調解委員所提出

的協議辦法未敢不從之情形也所在多有，此時即使調解達成合意作成調解書，然此合意下之調解書內容是否為當事人真意則不無疑問。

第三項 政府採購法之調解

政府採購法之訂定旨在為建立政府採購制度，依公平、公開之採購程序，提升採購效率與功能，確保採購品質，惟一俟採購契約訂定，在契約進行期間難免爭議情形發生，就此履約爭議若機關與廠商未能達成協議者，尚得向採購申訴審議委員會申請調解，以期避免爭議擴大，影響公共工程之進行，其應如何進行調解，政府採購法主管機關公共工程委員會依據政府採購法第 85 條之 1 第 4 項規定另訂有採購履約爭議調解規則，據以規範該等公共工程採購履約爭議之調解程序。

第一款 調解之事件

公共工程履約在發生爭議情形時，機關與廠商因履約爭議未能達成協議者，得向採購申訴審議委員會申請調解（政府採購法第 85 條之 1 第 1 項第 2 款）。採購履約爭議調解規則規範下之調解事件，顧名思義，自然是公共工程履約在發生爭議情形的事件，而機關與廠商就此履約爭議未能達成協議者。

第二款 調解之聲請

有政府採購法第 85 條之 1 第 1 項第 2 款之向採購申訴審議委員會申請調解情形時，調解事件屬中央機關之履約爭議者，應向主管機關所設採購申訴審議委員會申請；其屬地方機關之履約爭議者，應向直轄市、縣 (市) 政府所設申訴會申請（採購履約爭議調解規則第 2 條第 1 項）。對於調解事件，應先為程序審查；其無程序不合法之情形者，再進行實體審查（採購履約爭議調解規則第 4 條第 1 項）。至於調解屬廠商申請者，機關不得拒絕（政府採購法第 85 條之 1 第 2 項前段）。故有廠商申請調解時，為強制調解情形。

第三款 調解程序之進行

調解事件經審查無應不受理之情形者，由申訴會主任委員指定委員一人至三人為調解委員，進行調解程序，並應速定調解期日，通知當事人或代理人到場（採購履約爭議調解規則第 11 條第 1 項）。前項調解之進行，申訴會得按事件需要，指定諮詢委員若干人，以備諮詢（同條第 2 項）。此時採購履約爭議調解中的調解委員乃由主任委員所指定，並無當事人合意選任之可能。

調解程序於申訴會行之；必要時，亦得於其他適當處所行之（採購履約爭議調解規則第 12 條第 1 項）。前項調解，以不公開為原則（同條第 2 項）。

調解委員行調解時，為審究事件之法律關係及兩造當事人爭議之所在，得聽取當事人、具有專門知識經驗或知悉事件始末之人或其他關係人之陳述，察看現場或標的物之狀況；於必要時，得調查證據（採購履約爭議調解規則第 15 條第 1 項）。當事人無正當理由拒絕陳述、提供資料，調解委員得就現有資料採為出具調解建議之參考（同條第 2 項）。

調解時應本和平懇切之態度，對當事人為適當勸導，就調解事件酌擬平允之解決辦法，力謀雙方之和諧（採購履約爭議調解規則第 16 條）。調解過程中，調解委員於審酌當事人提出之所有資料後，本於第 16 條酌擬平允之解決辦法，以申訴會名義提出書面調解建議，並酌定相當期間命當事人為同意與否之意思表示（採購履約爭議調解規則第 18 條第 1 項）。機關不同意調解建議者，應先報請上級機關核定後，於前項指定期間內以書面向申訴會及廠商說明理由。廠商為政府機關、公立學校或公營事業時，亦同（同條第 2 項）。當事人未於第一項期限內為同意與否之意思表示，經申訴會再酌定一定期間命其為同意與否之意思表示，逾期仍未回復者，得以該當事人不同意調解建議處理（同條第 3 項）。

採購申訴審議委員會除可依據調解委員審酌所有資料酌擬平允

之解決辦法，並以申訴會名義提出書面調解建議外（採購履約爭議調解規則第 18 條第 1 項），對於履約爭議之調解，當事人不能合意但已甚接近者，採購申訴審議委員會應斟酌一切情形，並徵詢調解委員之意見，求兩造利益之平衡，於不違反兩造當事人之主要意思範圍內，以職權提出調解方案（政府採購法第 85 條之 4 第 1 項）。當事人或參加調解之利害關係人對於前項方案，得於送達之次日起十日內，向採購申訴審議委員會提出異議（同條第 2 項）。

第四款 調解程序之終結

調解事件應自收受調解申請書之次日起四個月內完成調解程序。但經雙方同意延長者，得延長之（採購履約爭議調解規則第 20 條第 1 項）。

調解經當事人合意而成立；當事人不能合意者，調解不成立（政府採購法第 85 條之 3 第 1 項）。調解過程中，調解委員得依職權以採購申訴審議委員會名義提出書面調解建議；機關不同意該建議者，應先報請上級機關核定，並以書面向採購申訴審議委員會及廠商說明理由（同條第 2 項）。當事人或參加調解之利害關係人對於採購申訴審議委員會調解方案，於送達之次日起十日內提出異議者，視為調解不成立；其未於前項期間內提出異議者，視為已依該方案調解成立（政府採購法第 85 條之 4 第 3 項）。

調解委員應就調解事件作成調解成立書、調解方案通知書或調解不成立證明書，載明調解經過，並檢具相關卷證文件，提申訴會委員會議審議（採購履約爭議調解規則第 19 條第 2 項）。

第五款 檢討與小結

公共工程履約爭議之調解程序，依據政府採購法條文以申請代以聲請，此際採購履約爭議調解程序之開啟使用「申請」一詞，而非一般程序開啟所使用之「聲請」，其原因是公共工程委員會有意將採購履約爭議的調解視為對行政機關為一定行政行為事項，或是純屬誤會，

尚不得而知。然若將履約爭議事件定性為行政事件，使提出調解作為向行政機關請求之行為，並由行政機關受理調解申請，此際調解似將成為公法行為，且行政機關將具有一定介入之權力，但至於此，是否與調解原有意義與原則不一致，又是否與雙階理論定義此時雙方所繫為私法上之契約關係相左，不無疑問。

採購履約爭議調解規則共 26 條文中，對於調解人（委員）及當事人間如何進行調解的說明，大致為調解時應本和平懇切之態度，對當事人為適當勸導，就調解事件酌擬平允之解決辦法，力謀雙方之和諧（採購履約爭議調解規則第 16 條），以及調解過程中，調解委員於審酌當事人提出之所有資料後，本於第 16 條酌擬平允之解決辦法，以申訴會名義提出書面調解建議，並酌定相當期間命當事人為同意與否之意思表示（採購履約爭議調解規則第 18 條）。依前述相關規定，調解人依其對爭議事件於調解過程中進行調查與瞭解（採購履約爭議調解規則第 15 條參照），就其個人所認知的平允方式擬具解決辦法，再命當事人為意思表示同意與否。甚且政府採購法第 85 條之 4 第 1 項進一步賦予採購申訴審議委員會介入的權力，對於履約爭議之調解，當事人不能合意但已甚接近者，應斟酌一切情形，並徵詢調解委員之意見，求兩造利益之平衡，於不違反兩造當事人之主要意思範圍內，以職權提出調解方案，此種形式的調解似已近乎裁判或仲裁，並與調解原意之認知完全脫離。而依此由上至下調解人主導的調解進行方式，得否確能達到當事人相互讓步以解決紛爭之目的自然大有疑問，且並不符合調解本為糾紛的調停排解促進當事人達成解決辦法合意之原意，即便調解成立而其作成之調解書亦常為調解人主觀意念所導引，此時當事人之真意亦恐不能完全滿足。

第四項 民間調解

除各種由各政府機關辦理之調解外，調解亦得由民間的機構辦理。仲裁法第 45 條第 1 項規定，未依本法訂立仲裁協議者，仲裁機構得依當事人之聲請，經他方同意後，由雙方選定仲裁人進行調解。調解成立者，由仲裁人作成調解書。我國目前民間仲裁機構有調解中華民

國仲裁協會、中華工程仲裁協會、及台灣營建仲裁協會等，其中中華民國仲裁協會設有爭議調解中心，並訂有中華民國仲裁協會爭議調解中心調解規則。

第一款 調解之事件

依仲裁法第 45 條規定，未依本法訂立仲裁協議者，仲裁機構得依當事人之聲請，經他方同意後，由雙方選定仲裁人進行調解。調解成立者，由仲裁人作成調解書。前項調解成立者，其調解與仲裁和解有同一效力。但須聲請法院為執行裁定後，方得為強制執行。是以當事人間之糾紛若符合相關法律可調解事件規定依程序提起調解聲請外，亦得向其他規定之非政府機關提起調解聲請，此時所謂可調解事件自然如仲裁法第 1 條之有關現在或將來之爭議均為調解範圍。中華民國仲裁協會爭議調解中心對於受理之調解事件，範圍更為擴大，不以仲裁法規定之調解事件為限（調解規則第 4 條第 3 項）。

第二款 調解之聲請

仲裁機構就調解當事人之調解聲請，依私法自治之精神，應有雙方當事人之合意方可行之，故仲裁機構於收受調解聲請書後應即檢附繕本，通知他方當事人於收受通知書之日起七日內提出調解同意書（仲裁機構組織與調解程序及費用規則第 40 條第 1 項）。他方當事人未於前項期間內提出調解同意書者，視為拒絕調解（同條第 2 項）。另依中華民國仲裁協會爭議調解中心調解規則第 11 條規定，當事人兩造或一造於期日不到場者，調解人酌量情形，得另定調解期日續行調解；倘調解人認為調解顯無希望者，亦得通知雙方當事人於收受通知十五日後視為調解不成立。

第三款 調解程序之進行

對於調解進行的方式，仲裁機構組織與調解程序及費用規則並無特別規定，而中華民國仲裁協會所訂定之爭議調解中心調解規則[54]，

[54] 中華民國仲裁協會，http://www.arbitration.org.tw/rule04-cn.php，最後瀏覽日：2016/05/17。

仍本於私法自治精神，規定當事人同意將爭議提交本中心調解者，適用本規則之規定。但當事人另有約定者，不在此限（中華民國仲裁協會爭議調解中心調解規則第 2 條第 2 項）。其他符合此私法自治精神者，包括本中心之調解人，不以具本會仲裁人資格者為限（同調解規則第 3 條第 1 項）。第四條當事人得約定調解進行之場地及方式。當事人未約定者，由調解人決定之（同調解規則第 4 條第 1 項）。本中心受理之調解事件，不以仲裁法規定之調解事件為限（同調解規則第 4 條第 2 項）。

中華民國仲裁協會爭議調解中心調解規則第 5 條就調解時調解人之指揮規定有，調解人得指揮調解程序。但當事人另有約定者，從其約定。調解人應獨立公正，親自處理調解事件。調解人應本平和懇切之態度，協助兩造為適當之溝通，以謀調解之達成。

為使調解程序得以順利進行，於調解之初即應使當事人明確瞭解調解程序的基本原則，避免當事人因對調解程序不瞭解，甚至存有疑慮，使得程序進行中雙方無法坦然面對並解決爭議焦點，中華民國仲裁協會爭議調解中心調解規則在第 6 條要求對於調解人應於調解程序開始時告知當事人並促其明瞭下列事項：

一、調解係基於當事人自願原則，當事人得隨時終結調解程序。
二、調解程序之進行方式。
三、調解人之權限及其中立性。
四、代理人須具備達成調解之授權。
五、調解成立之效果。
六、調解程序及調解內容之保密。
七、其他依法律或當事人約定應告知事項。

調解於進行時，調解人應審究事實真相及雙方爭議之所在，必要時，並得就事件關係為必要之調查（仲裁機構組織與調解程序及費用規則第 46 條第 1 項）。

第 17 條調解人應予當事人充分陳述機會，並視需要就當事人所提主張促請提出證據，必要時得察看現場或調解標的物之狀況，並為

其他符合調解意旨之行為(中華民國仲裁協會爭議調解中心調解規則第 17 條第 1 項)。

第十八條調解人於調解程序進行中，認有必要時，得與當事人分別單獨會談，但調解人須就其內容保密，非經當事人同意，不得對他造當事人揭露，亦不得公開。調解程序及資料均不公開。當事人、調解人、證人、其他參與調解人員及本中心工作人員均應遵守保密義務。前二項保密規定,如當事人另有約定或法律另有規定者,不在此限(中華民國仲裁協會爭議調解中心調解規則第 18 條)。

第四款 調解程序之終結

當事人兩造或一造於期日不到場者，調解人酌量情形，得另定調解期日續行調解；倘調解人認為調解顯無希望者，亦得通知雙方當事人於收受通知十五日後視為調解不成立(中華民國仲裁協會爭議調解中心調解規則第 11 條)。

當事人未能達成協議，但請求調解人作成調解建議時，調解人得以書面就調解事項提出建議並附理由說明。當事人未請求調解人就調解事項提出調解建議者，調解人仍得依職權提出，但雙方當事人均不同意其提出者，不在此限(中華民國仲裁協會爭議調解中心調解規則第 25 條)。

經雙方當事人書面同意，調解人得就關於財產權爭議之事項，於當事人同意之數額及條件範圍內，酌定調解條款，作成調解書。前項調解書作成時，調解成立，無須另經當事人簽署(中華民國仲裁協會爭議調解中心調解規則第 26 條)。

第五款 檢討與小結

就中華民國仲裁協會爭議調解中心所進行之調解，可以見到調解程序非常尊重當事人意思，無論程序之開啟，調解合意之達成，甚至當事人得隨時終結調解程序，均以當事人作為程序之中心，如此當可

使調解書符合當事人意願，並避免作成調解書後反悔之情形。

中華民國仲裁協會爭議調解中心調解人之要求，除一定之專業知能外，並設有「調解人倫理委員會」掌理有關違反規範之事件，並就維護調解人倫理相關事項向調解中心提供建議（中華民國仲裁協會爭議調解中心調解規則第 31 條第 1 項）。

中華民國仲裁協會爭議調解中心調解規則之訂定，與前述之各種政府機關辦理調解有所差異，規則內容與原則基本上與國際商會(International Chamber of Commerce)之調解規則(ICC Mediation Rules)大致相符，相當程度在國際化上進行了接軌，就此部分應予肯定。

第二節 條文名詞解析

對於政府採購法及其採購履約爭議調解規則對於調解方式的疑義，本文認為對於何謂調解應再作定義。首先，對在何種法律中包含有調解一詞做一整理並比較其異同，並期待就現行法律條文查其英文作何翻譯，藉以進一步自比較法學觀點明瞭其作用，最後再自法律立法目的及類型檢視公共工程履約爭議之調解程序，確認政府採購法下之調解應如何再定義。

第一項 調解

我國法律規定下的調解一詞散見各處，然其英文翻譯則各有不同，首於憲法第 154 條即見：「勞資雙方應本協調合作原則，發展生產事業。勞資糾紛之調解與仲裁，以法律定之」，其英文為：Capital and labor shall, in accordance with the principle of harmony and cooperation, promote productive enterprises. ***Conciliation*** and arbitration of disputes between capital and labor shall be prescribed by law。餘於其他各種法律中，例如民法第 15 條之 2 第 1 項第 4 款為「和解、調解、調處或簽訂仲裁契約」，其英文為：agreeing to compromise, ***conciliation***, adjustment, or signing arbitration contract；第 129 條第 2 項第 2 款「聲請調解或提付仲裁」，其英文為：Application for ***conciliation*** or submission to arbitration；第 133 條「時效因聲請調解或提付仲裁而中斷者，若調解之聲請經撤回、被駁回、調解不成立或仲裁之請求經撤回、仲裁不能達成判斷時，視為不中斷」，調解一詞之英文亦為 conciliation；然而於第 1052-1 條「離婚經法院調解或法院和解成立者，婚姻關係消滅。法院應依職權通知該管戶政機關」，調解一詞之英文則以 mediation 解。另民事訴訟法中共有 39 條文[55]含調解一詞，其英文均以 mediation 解。

[55] 民事訴訟法第 77-20 條、第 77-21 條、第 397 條、第 403 條、第 404 條、第 405 條、第 406 條、第 406-1 條、第 406-2 條、第 407 條、第 407-1 條、第 408 條、第 409 條、第 409-1 條、第 410 條、第 410-1 條、第 411 條、第 412 條、第 413 條、第 414 條、第 415-1 條、第 416 條、第 417 條、第 418 條、第 419 條、第 420 條、第 420-1 條、第 421 條、第 422 條、第 423 條、第 424 條、第 425 條、第 426 條、第 436-12 條、第 496 條、第 515 條、第 516 條、第 519 條、第 529 條等。

是以調解一詞之英文翻譯為何？如以下表 1 所示，彙整我國既有憲法及 42 種法律之條文中包含有調解一詞，有稱之為 mediation 者，亦有稱之 conciliation 者，其中除前述憲法條文以 conciliation 解，民法總則編以 mediation 解，民法親屬編又作 conciliation，民事訴訟法則均作 mediation 外，其他如鄉鎮市調解條例作 mediation，仲裁法作 mediation，政府採購法作 mediation，另外又有如金融消費者保護法稱調解為 conciliation 又稱 mediation 為調處，地方制度法及有線廣播電視法又似乎誤稱調解為 arbitration（仲裁），此時似乎我國法律對於調解可為 mediation 或 conciliation，而同時調處又成了另一個調解的代名詞或同意字。

表 1 含調解文字之法律條文

順序	法律名稱	含調解文字之條文數	調解之英譯
1	中華民國憲法	1	conciliation
2	工廠法	1	無
3	公害糾紛處理法	1	mediation
4	公務人員協會法	9	mediation
5	少年及家事法院組織法	1	無
6	民事訴訟法	39	mediation
7	平均地權條例	1	conciliation
8	戶籍法	3	mediation
9	民刑事訴訟卷宗滅失案件處理法	1	無
10	民法	4	mediation conciliation
11	仲裁法	3	mediation
12	再生能源發展條例	1	無
13	地方制度法	4	arbitration
14	有線廣播電視法	1	arbitration
15	性騷擾防治法	5	conciliation

16	法官法	1	mediation
17	法律扶助法	5	mediation
18	法院組織法	1	無
19	金融消費者保護法	3	mediation(調處) conciliation(調解)
20	政府採購法	5	mediation
21	原住民族基本法	1	mediation
22	家事事件法	16	無
23	原住民族工作權保障法	1	mediation
24	家庭暴力防治法	2	mediation
25	消費者保護法	10	mediation
26	消費者債務清理條例	3	無
27	專利法	1	mediation
28	強制執行法	3	無
29	勞資爭議處理法	31	mediation
30	就業服務法	1	mediation
31	提存法	1	無
32	期貨交易法	1	mediation
33	著作權法	7	mediation
34	貿易法	1	conciliation
35	鄉鎮市調解條例	36	mediation
36	會計師法	1	mediation
37	經濟部智慧財產局組織條例	2	mediation
38	農地重劃條例	1	mediation
39	農會法	1	mediation
40	團體協約法	1	mediation
41	漁會法	1	mediation
42	積體電路電路布局保護法	1	mediation
43	證券投資人及期貨交易人保護法	1	mediation

資料來源：全國法規資料庫

若再進一步就我國法律之條文中包含有調處一詞作整理分析，如以下表 2 所示，彙整我國既有 23 種法律之條文中包含有調處一詞，可知不同法律有稱 conciliation、facilitate、settlement(和解)、mediation、adjustment 甚至 arbitration 者，此時似又對於調處、調解、mediation 及 conciliation 之間究竟關係為何產生混淆。部分文章主張 mediation 與 conciliation 為相同意義之二字，調解作 mediation 或 conciliation 皆可，而無區分之必要，惟於國外實務及學理上 mediation 與 conciliation 二者之運作方式雖然大致相同，但在觀念與本質實有相當程度的差異，故調解作為公共工程履約爭議的處理程序之一而言，而政府採購法又係因應政府採購協定（Government Procurement Agreement）而制定，為利我國法制與世界接軌，我國現行調解制度的運作方式應可參考國外制度，藉以釐清我國法律目前尚有未清之處。

第二項 調處

如以下表 2 所示，彙整我國既有 23 種法律之條文中包含有調處一詞，除有稱之為 mediation 者，或稱之 conciliation 者外，尚有 facilitate、settlement、adjustment、及 arbitration，此時我國法律對於調處之英文又究竟為何解，然雖英文翻譯之字詞選用應符合前後文義及其實際作用功能而定，但就現時狀況作觀察，似乎尚不能有一明確脈絡。

表 2 含調處文字之法律條文

順序	法律名稱	含調處文字之條文數	調處之英譯
1	土地法	6	conciliation
2	工會法	1	facilitate
3	工業團體法	1	settlement
4	公害糾紛處理法	30	mediation
5	公務人員協會法	2	mediation
6	公務人員保障法	5	mediation
7	公寓大廈管理條例	1	mediation

8	天然氣事業法	1	mediation
9	水土保持法	1	mediation
10	平均地權條例	3	conciliation
11	民用航空法	1	mediation
12	民法	1	adjustment
13	地籍清理條例	5	mediation
14	有線廣播電視法	2	arbitration
15	金融消費者保護法	3	mediation
16	建築法	1	mediation
17	商業團體法	1	mediation
18	森林法	1	mediation
19	農地重劃條例	2	mediation
20	漁業法	2	mediation
21	醫療法	1	mediation
22	離島建設條例	1	mediation
23	礦業法	2	settlement

資料來源：全國法規資料庫

第三項 名詞解析

自 ADR 整體架構觀察，ADR 所包含之爭議處理機制類型，並非有一定共識，有認為包括 1.和解（settlement）；2.調解（conciliation）與調停（mediation）；3. 迷你法庭（Mini-trial）；4.仲裁或強制仲裁（Arbitration or compulsory arbitration）；5.爭議審查委員會（Dispute Review Board）6. 爭議顧問（Dispute Advisor）7.技術性專家鑑定（Technical Expert Appraisal）等[56]。或有認為包括和解（Settlement）、調解（Conciliation）、調停（Mediation）、仲裁（Arbitration）、先調解後仲裁（Med-Arb）、迷你審（Mini-Trial）、爭議審查委員會（DRB）

[56] 陳煥文，國際仲裁法專論，五南，1994 年，頁 29-44。

等[57]不一而足。

惟本文認為就英文 mediation 一詞應譯為調解，而 conciliation 一詞則應譯為調停，原因在於就英文名詞之定義而言，其程序上 conciliation 之介入程度較 mediation 為強，在調停程序後期，conciliator（調停人）就糾紛常直接提出建議方案，此時主觀上已直接的介入當事人間糾紛，而甚或直接提出解決方案提示當事人作為和解方案，此就定分止爭觀之[58]，調停仍有類似裁判或仲裁的定分色彩，當事人若能合意接受調停人之建議，爭議自然得以平和解決，或是調停人之建議再經當事人不同意見修正後，也能有平和解決爭議的機會，惟於調停人主觀意志過於強烈時，所提建議方案可能無法同時符合當事人之利益或期待，就此建議方案而可達成合意之可能性自然極低，此與調解原欲由雙方當事人自行提出可能之解決方案，並試圖就可能之解決方案達成合意，進而解決糾紛程序之意義有所相左，是以為作區分，此種由中間人提出方案作為建議之程序模式，且此種方案之得以擬訂常係因中間人所具有一定公部門權力所致，本文稱之為調停。此時調停之停字，亦代表有因具有一定公權力調停人之居間，並就其權力進行判斷並作成某種專業上之建議方案，以試圖取得當事人合意，並解決原來爭議，爭議即因此停止，而有定分之意。又我國法律上所使用之調處，其語意上亦有居間而作處理，使爭議因有一定處置（解決方案）之提出，當事人即因本於該處置作成合意，解決爭議，其作用性質與調停相一致。而本文就 conciliation 之意義取調停而未作調處，原因在於其本質雖皆基於居間作調，而停較之於處，在文字上則更能明白表示其包含之定分特性。

至於 mediation 一詞作調解，則係基於其止爭特性，由一公正不偏頗中間人，協助使當事人充分瞭解其爭端後，由雙方當事人自行提出多種可能之解決方案，並試圖就多種可能之解決方案之一達成合意，進而解決糾紛，此時當事人對其所爭議所由在此程序協助下，不僅對

[57] 李家慶，我國訴訟外紛爭解決機制之發展現況與檢討，訴訟外紛爭解決機制，理律法律事務所，2012 年，頁 29。

[58] 禮記‧禮運：故百姓則君以自治也，養君以自安也，事君以自顯也，故禮達而分定。管子曰：法者，所以興功懼暴也；律者，所以定分止爭也。

於對造當事人之爭執與期待有所明瞭，更可再次檢視自己對於事件所爭之核心與界限，兩造不同的意見將在調解人協助引導之下去異求同，終至雙方合意之解決方案，此真乃所謂止爭所在，爭議在調的機制作用下終告於解，而達到調解目的之合意解決方案，此亦即 mediation 一詞實際運作之機制。

是以我國不同法律規定下，何者是應是 mediation 調解，又何者是應是 conciliation 調停，例如民事訴訟法、民法債編、鄉鎮市調解條例及仲裁法等所涉之法律關係均為私法，當事人間位於平等地位，又基於私法自治原則，此時居間作調之人自應避免直接涉入爭議解決之實質方案，不宜以公權力為基礎作成建議方案，而宜以導引方式使當事人趨於一致意見並成合意，此時機制作用應是 mediation 調解。

另例如民法親屬編、土地法、平均地權條例、性騷擾防治法等所涉之法律關係雖為私法，惟考量一定公共利益，權衡當事人權力不對等，則居間作調之人自得於必要時以公權力為基礎作成建議方案，然仍應基於私法自治原則，導引當事人趨於共識並致合意，此時機制作用應是 conciliation 調停。

我國其他法律規定，其應是 mediation 調解或是 conciliation 調停，本文認為均應各別觀察其法律關係之性質方能確定，部分現行法律所用名詞於立法之時，恐未能細查其中微小差異，以致所用法律名詞紊亂不一致，行政機關亦不能明確其執行差異所致之影響，自然混用至今，此部分應值得立法機關與行政機關合作重作研究與檢討，另就現行法務部全國法規資料庫提供之法條英文翻譯，翻譯方式琳瑯滿目莫衷一是，此點對於我國法制與外國接軌，或提升我國之國際競爭力而言，均使我國法律定義混沌不清而呈現為較不利因素，以此而言，行政機關對於法條專有名詞之英譯作業，應尚有精進之空間，而對於一致性問題，亦應建立相當之審議與勾稽機制。

此以金融消費者保護法為例，對於金融消費者申請評議後，爭議處理機構得試行調處；當事人任一方不同意調處或經調處不成立者，爭議處理機構應續行評議（金融消費者保護法第 23 條第 2 項）。此處

調處之英譯作 mediation，而於第 23 條第 6 項、24 條第 2 項第 8 款及第 32 條提及之調解英譯則作 conciliation，惟檢視金融消費者保護法規定，其為公平合理、迅速有效處理金融消費爭議，以保護金融消費者權益，應依本法設立爭議處理機構（金融消費者保護法第 13 條第 1 項）。而爭議處理機構為處理評議事件，賦予相當程度之行政權，此時處理評議事件其性質自然為調處，然其英譯卻作 mediation，而將其他調解譯作 conciliation，就此顯然有值得商榷餘地，而應將此處調處作 conciliation，而將其他調解譯作 mediation 方為正解。

至於本文核心所在之政府採購法下，對於採購履約爭議調解規則對於調解的方式，條文所謂調解究係 mediation 或是 conciliation，首先，其法律關係為私法關係應無疑義，於全國法規資料庫之法條英文翻譯係作 mediation，故而此時政府採購法條文所規範之調解即為 mediation，亦應無爭議。然對於政府採購法第 85 條之 3 及第 85 條之 4 二條文觀察，此時條文又賦予採購申訴審議委員會相當程度之權力以直接介入爭議之調解程序，使得政府採購法條文之調解又近乎 conciliation 程序，此情形似又使政府採購法之調解程序陷於不明。

第四項 小結

本文認為，基於政府採購協定之精神及與國際接軌要求下，應堅持採購履約爭議之私法關係，其調解仍應使採購機關與廠商之間維持平等權利基礎，且唯有在此平等權利基礎下，為解決採購履約爭議之調解方能維持公平性，而此時調解程序之進行自然應依 mediation 方式，且對於外國廠商而言，更能對於在我國進行之調解程序充分瞭解與信賴。

第三節 外國調解制度

我國法律條文中，對於調解存有不同之翻譯名詞，其中應以 Mediation 及 Conciliation 為其主要對應文字，然而就此英文二名詞之使用，雖於國內多處論述中皆認為並無差異，或是認為在我國制度下無實質差異，惟本節仍將對於 Mediation 及 Conciliation 之概念作相關說明，以期做更明確定義，並自此二種程序操作面分析，以作為我國調解機制精進的參考。

為便於論述，本節將 Mediation 作以調解，而將 Conciliation 作調停，以利分別。

仲裁、調停和調解等以上各種 ADR（替代性糾紛解決）流程，以當事人而言是有著極大助益的，並可視為可與司法制度互為補充。在美國，調解也許已經成為是最主要的 ADR 過程，因為它可以提供各方形成一個實際的、經濟的、耐用的和解機會。對於商業糾紛上，調解也提供了較傳統法律權利救濟上更可以增益當事人特殊利益的創造創新解決方案機會，因為 鼓勵雙方考慮的爭議所有尺寸，包括法律問題和企業的利益，就此意義，調解過程更接近於“以商業方法解決商業糾紛”。

第一項 Mediation 調解[59]

Mediation（調解）是 ADR 的一種方式，是由一個中立和公正的第三者作為調解人(mediator)，在一個結構化的多階段過程中促進爭議雙方進行對話，並協助雙方達成最終且均能滿意的協議。調解人協助雙方當事人確定和闡明自己的利益、優先事項、需求、以及對於對方的期待。調解是一種“和平”解決糾紛的工具，是補充現行司法制度和仲裁的做法。

如同仲裁一般，調解也是在促進同樣的理念，如接近正義、即時

[59] Alessandra Sgubini, Mara Prieditis & Andrea Marighetto, Arbitration, Mediation and Conciliation: differences and similarities from an International and Italian business perspective, August 2004, http://www.mediate.com/articles/sgubinia2.cfm, 最後瀏覽日期 2014 年 3 月 3 日。

審理、公平的結果、以及在減少法庭擁塞等，然而相較於司法體系，調解是一個自願性且不具約束性的過程，是一種創造性的替代程序。調解之所以能夠成功的原因，在於提供各方直接表達自己的利益和有關爭端憂慮的難得機會，此外，調解亦提供各方得以量身定製一個獨特的解決方案以滿足各自需求結果的機會。調解人作為中立和公正的一方，並不做任何決定或評價，而是在談判過程中作為當事人之間催化劑，調解人應用特定的溝通技巧及談判技術以協助獲致最佳的解決方案。

調解的程序是一個結構化的過程，其中包括數個程序性階段，而在過程中調解人協助解決當事人間的爭端。調解人及當事人間遵循一整套特定規則據以共同合作，這整套規則使調解人和爭論各方得以專注於當事人之間的實際問題和實質困難，甚且在討論環境的安排上，相較於法庭也顯得較不具有對抗性，可使當事人開誠佈公自由表達自己的利益。調解的主要目的是幫助人們願意以更多的時間和精力來建立一個自願性，功能性和長久性的協議，當事人間共同擁有過程中的控制權，並有權決定該協議的的內容。在調解過程中，當事人也有權在任何時點停止程序的進行並將爭議提交法院審判或交付仲裁。

除了經濟及法律上的專業技能外，調解人是擁有解決糾紛的專門技術培訓的專業人士。調解人在調解過程中具有雙重角色，一則作為當事人間正面關係的促進者，二則作為檢視爭議的不同面向的評估者。在對爭端進行分析後，調解人可協助當事人闡明最終協議，並解決他們的糾紛。在調解過程最終所產出的協議是各方經由討論並決定的。調解的目的是要找到一個雙方都可滿意的協議，各方都認為這是對其有益處的，這個協議具有里程碑的意義，並提醒他們曾存在一段對抗的時期，而最終將協助各方預期未來爭端的可能。

一般情況下，透過調解過程所達成的協議會具體要求一定時間內的作為，而這些作為通常是具體的、量化的、可達成的、及實際的。就此，須強調的是各方將其協議作成書面文件，以成為爾後共同完成後續工作的實體證據。這份書面協議提醒各方他們所新建立的共同點

並避免爾後發生爭議或誤解，更重要的是書面協議是作為調解過程的終點。協議書以契約形式對雙方當事人作成約束，當發生是否遵守調解協議的糾紛（例如，一方是否履行了協議），或是執行調解協議的糾紛（例如，對於協議的明確條款實行的糾紛），該協議可具有契約上的強制力，因為此時這將形同契約上的不履行情形。強制執行對於調解是必要的，作為一種 ADR 程序，須得以對於當事人加諸其法律上的權利或是免除其責任。而當敘明是，在美國，遵守調解的和解協議的比例是極高的，原因在於和解協議的條款是由各方自己所擬訂的，因此，強制執行程序是比較少見的，因為當事人願意履行自己的協議。

以調解或仲裁等 ADR 方式取代一般訴訟方式存在一些獨特的優點，首先是考量爭端解決在經濟上的可觀成本，仲裁和調解程序的費用遠較普通司法訴訟為低，調解費用的收取取決於調解人的人時單價與調解會議所需時間，而通常是由參與調解的各方均攤。替代性糾紛解決程序的另一個重要優點，是時間上較普通司法訴訟為短，而調解是被認為較之仲裁更具時間效率，所需時間甚至有可能在 3 小時內完成。調解相較於仲裁，形式上較不正式，且調解可用各種不同的技巧，依據調解人的性格，當事人的人格，以及爭端的複雜性作出調整，調解是一個極為靈活而實用的過程。調解與傳統上司法訴訟程序的實質差異，在於當事人是力求找出雙方的共同基礎，並且合力形成共識的結論，而無須借助外來力量如法官或仲裁人所強加的決定。調解過程的效率是顯而易見的，因為它的目標是避免爭端於未來更趨複雜，且調解當事人間更為敵意，調解人積極使用專門的溝通和談判技巧，引導各方實現了互惠互利的協議。調解另一個特別的優點，是其所尋求產生的協議是實際可行的，兼顧了各方的財務狀況以及所有其他相關情況及因素，同時調解是一個自願的過程，一般而論所產出的結果是符合當事人需求的，因為它允許當事人直接表達自己的利益和憂慮，以協助他們創造一個合適的解決方案。

一般而言，當事人選擇仲裁或調解是因為相較於法庭上或在訴訟程序中，在程序上可更直接參與，但在仲裁中，仲裁人仍須對責任及

補償作最終判斷，而各方皆必須就如同由法官作出的判決一般接受這些決定。此外，仲裁程序是由正式規則所規範，各方律師的作用仍然是表達利益。但在調解人的協助下，各方都得以直接參與這一進程，並自己決定爭議的結果，從而調節和保護自己的利益。

仲裁和調解之間的另一個重要區別在於如何選擇中立的一方，選擇仲裁人時，當事人會考量選擇具有特定的法律技能、知識和能力的個人，除了衡平仲裁外，仲裁人須按照傳統的法律原則作成判斷，是以仲裁人對於相關問題必須具有高度的法律知識。在調解中，調解人可以在諸多一定學位及特殊經驗或者經過糾紛調解專長訓練等人士作選擇，調解人常被認是調解作業的專家，然而若可指定同時具有某種程度的學科知識的調解人將會更有助益。最終，調解是所有參與者協力合作的成果，以期產出滿意的結果，這需要取決於各方能夠互相合作與尊重的意願。

調解過程既是非正式的和保密的，相較於仲裁及其相對正式的證據和程序規則，調解在證據、程序和手續等方面是較寬鬆的。就調解與仲裁的程序均要求保密，因為此時當事人將允許中立的第三者參與討論或決定，而又不致洩露當事人間的商業關係，而為外界所知悉或評論，具體而言，當事人在調解過程中的陳述是保密的，未經書面同意，不得揭露。

一般情況下，調解的保密性也包括到專門為調解撰寫的文件，就調解過程的有效性言，保密是至關重要的，只有在此條件被建立下，各方可以更能坦然開放討論彼此間的糾紛，而無須擔心所說的話會在爾後造成不利，保密性促成相關各方在所涉及的問題上得以開放溝通的氣氛。

有關調解的機密性部分，在調解開始之前，雙方可以先簽署保密協議，以承諾所有在調解過程中所作的發言，以及調解的各項文件是保密的，不受他方任何後續的民事法律程序。參與調解的任何人都受到保密協議規範，包括當事人、調解人、以及相關人員。保密的範圍很廣，通常包括調解的各項聲明與書狀。通常而言，在發生協議條款

不被履行而須強制執行時，調解的和解協議本身可被視為例外不保密。不過，為促進開放的溝通和相關訊息的披露，在調解過程中有較高的保密要求。

調解的另一個特性是任何一方單方面在任何時候可以決定停止調解，例如因為這個作業在需要建立共同同意的基礎上，然而認為進程卻無法達成成效。要能有效的運作，當事人必須視調解為一種工具或儀器，雙方可以直接用以處理彼此間爭端得以解決，相對於仲裁是由仲裁人運作的程序，調解之焦點在於直接的積極參與，雙方在調解會議開始之前即簽署保密協議，而此保密協議具有契約的效力和作用且是不可或缺的元素。

第二項 Conciliation 調停[60]

調停(Conciliation)是另一種建構糾紛當事人之間的正面關係以解決糾紛的過程，但是，調停相較調解和仲裁在幾方面有根本的不同。調停通常是在大陸法系國家(如意大利)採用的方法，相較於調解 mediation 而言，是一種較常見概念。調停常用於勞動和消費糾紛，以意大利為例，法官就相關糾紛常鼓勵尋調停解決。“調停人”是一個公正的人以協助各方，經由推動各方進行協商並導引各方獲致一個滿意的協議。調停不同於仲裁，是一個較不具對抗性的一種程序，調停是尋求確認已被違背的權利並試圖尋求發現最佳解決辦法。

調停試著找出最佳解決辦法並導引當事人達成一個滿意的共同協議，雖然這聽起來驚人與調解非常地相似，但此二種解決糾紛的方法間仍有重要不同點。調停時，調停人就糾紛的實際方案相對上較直接的介入，甚或直接提出方案提示當事人以作為和解。在調停時，中立性往往被看作是一個權威人士以負責找出對各方的最佳解決方案。調停人，而不是當事人，經常形成並提出和解條款，當事人尋求調停人指導，並就調停人提出的建議作出決定。以此而言，調停人的角色

[60] Alessandra Sgubini, Mara Prieditis & Andrea Marighetto, Arbitration, Mediation and Conciliation: differences and similarities from an International and Italian business perspective, August 2004, http://www.mediate.com/articles/sgubinia2.cfm, 最後瀏覽日期 2014 年 3 月 3 日。

與調解人的角色截然不同。調解人在調解過程的全程均維持其中立性和公正性，調解人不會專注於是非對錯的傳統概念上，且調解人並不認為須承擔形成解決方案全權的責任，相反地，調解人與當事人間是共同工作的夥伴關係，以協助當事人尋找最佳解決方案以促進其利益。調解人的首要任務是促進各方進行討論及表達自身利益，並引導他們到適合的解決方案，一個好的共用解決方案，並且是公正的，持久的和可行的。調解中，當事人的角色是主動的，包括確認利益、建議可能解決方案、及對於他方所提方案作決定。調解人是受當事人請託以協助當事人尋求自己最佳解決方案。

調停時律師的作用與在調解時也有不同，律師在調解時更積極地創造和形成創新的解決方案，而在調停時，律師一般是對由調停人提出的建議提供意見，並指導客戶。

調停和調解都是期待維持當事人間既有的業務關係，並彌補當事人之間的權利失衡。調停和調解在概念上有時被作為同義詞使用，但實質上在程序進行部分確有很大差異，在調解過程中，調解人控制整個過程的進行，包括幾個特定階段：如簡介(introduction)、聯合會議(joint session)、預備會議(caucus)、並達成結論，反之，當事人是控制調解的結果。相對的，在調停的調停人也許不遵循一個結構化的過程，在某些案件形式的不同情況，可能以傳統談判的方式管理調停程序。

調停之作用多為預防性的，當只要爭議或誤解浮現時，調停人會促使實質爭議不再形成，調解與在是否“介入”實質爭議的面向與仲裁較為類似，因為此時實質爭議已經浮現，爭議的解決較為困難而須仰賴“專業”的協助，雙方因為認知到爭議的嚴重性已經發展到訴訟的程度，故而尋求調解作為解決糾紛的替代方法。調解的應用時機可在任何的時候，包括糾紛出現的早期階段。

第三項 調解與調停之適用

由前分析可知，調解與調停雖於外觀上具有相當的相似性，甚或

有時被作為同義詞使用，但在機制的運作上，仍有相當程度的不同，其相同及相異之處，此處再作比較。

調解與調停相同點包括：目的都在找出最佳解決辦法並導引當事人達成一個滿意的共同協議；程序的居間人，調解人或調停人，是中立和公正的第三者；進行的方式是在一個較不正式的但保密的結構化的多階段過程中，促進爭議雙方進行對話，並協助雙方達成最終且均能滿意的協議；程序的精神，是一種“和平”解決糾紛的工具，以期待維持當事人間既有關係，且是一個自願且不約束的過程。

調解與調停的主要相異點包括：在調停時，調停人就糾紛的實際方案相對上較直接的介入，甚或直接提出方案提示當事人以作為和解；而調解則是由調解人促進各方進行討論及表達自身利益，並引導他們到適合的解決方案。

Mediation（調解）是 ADR 的一種方式，是由一個中立和公正的第三者作為調解人(mediator)，在一個結構化的多階段過程中促進爭議雙方進行對話，並協助雙方達成最終且均能滿意的協議。調解人協助雙方當事人確定和闡明自己的利益、優先事項、需求、以及對於對方的期待。調解是一種“和平”解決糾紛的工具，是補充現行司法制度和仲裁的做法。

第四章 公共工程履約爭議之調解機制

第一節 爭議調解機制之立法沿革

政府採購法於民國 87 年 5 月 1 日制定迄今，曾經 5 次修正，其中履約爭議相關條文之修正，計有民國 91 年、民國 96 年及民國 104 年等 3 次。

第一項 民國 87 年制定

政府採購法於民國 87 年 5 月 1 日制定(民國 87 年 5 月 27 日公布)之初，即對於採購申訴審議委員會調解之程序及效力訂於第 69 條：機關與廠商因履約爭議未能達成協議者，得向採購申訴審議委員會申請調解；其屬廠商申請者，機關不得拒絕。
採購申訴審議委員會辦理前項調解之程序及其效力，準用民事訴訟法有關調解之規定。

其立法理由部分[61]，明定對於履約爭議，經協商未能達成協議者，除得視其實際需要依法律規定或契約約定提起訴訟或提付仲裁外，並得向上級機關申請調處。本條規定上級機關調處之途徑，可供契約當事人雙方利用，以減少爭訟，加速解決履約爭議，其程序則於施行細則中規定。

政府採購法制定之初，第 69 條係屬第四章「履約管理」之規定範圍，而非屬第六章「異議及申訴」，可見該條文主要作為履約期間發生爭議時，除提起訴訟或提付仲裁外，額外增加得以調解方式解決爭議；惟有疑義者，第 69 條條文明定係以調解為程序，並準用民事訴訟法有關調解之規定，但其立法理由又為上級機關作調處，作為上較傾向直接介入雙方之爭議，故可見於政府採購法立法當時，即未對

[61] 立法院法律系統，87 年 5 月 1 日政府採購法異動條文及理由，http://lis.ly.gov.tw/lglawc/lawsingle?00142752B4D000000000000000000014000000004FFFFFA00^023080870501^0000C001001，最後瀏覽日期 2016/05/27。

於調解或調處作明確定性及區別，致使之後發生法律條文明為調解，但應提出調解建議或調解方案之差異現象。

第二項 民國 91 年修正

政府採購法後於民國 91 年 1 月 16 日修正(民國 91 年 2 月 6 日公布)，因調解與異議申訴同為爭議解決機制，應置於同章，故刪除第 69 條，新增訂調解條文第 85 條之 1、85 條之 2、85 條之 3、及 85 條之 4 等 4 條文，分述如下

第 85 條之 1：

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。

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。

本條立法理由為[62]：

一、本條新增。

二、第六十九條之調解與第六章之異議申訴，同為本法之爭議解決機制，應同置於第六章，故將本條及新增訂之調解條文列於第八十五條之後，第八十六條之前。

三、第一項照朝野協商結論修正。

四、原條文第一項末段修正移列為第二項，並作文字修正。

五、原條文第二項移列第三項。有關調解之程序及效力，仍以本法為主要依據，如本法無特別規定，方準用民事訴訟法相關規定，故文字並酌予修正。

六、增訂第四項，明定履約爭議調解規則授權由主管機關擬訂，報請行政院核定後發布。

[62] 立法院法律系統，91 年 1 月 16 日政府採購法第 85 條之 1 異動條文及理由，http://lis.ly.gov.tw/lglawc/lawsingle?00142752B4D000000000000000000014000000004FFFFFD^023080910116^0000C001001，最後瀏覽日期 2016/05/27。

第 85 條之 2：

申請調解，應繳納調解費、鑑定費及其他必要之費用；其收費標準、繳納方式及數額之負擔，由主管機關定之。

本條立法理由為：

一、本條新增。

二、調解性質與仲裁、訴訟相似，後二者均有收費規定，基於使用者付費之原則，採購申訴審議委員會辦理調解應得收取費用，而此限制人民權利之事項應以法律定之，故增訂本條文。

三、有關調解費等費用之收取標準、繳納方式及分擔標準，授權主管機關擬訂收費辦法。

第 85 條之 3：

調解經當事人合意而成立；當事人不能合意者，調解不成立。

調解過程中，調解委員得依職權以採購申訴審議委員會名義提出書面調解建議；機關不同意該建議者，應先報請上級機關核定，並以書面向採購申訴審議委員會及廠商說明理由。

本條立法理由為：

一、本條新增。

二、第一項明定調解成立、不成立之要件。

三、第二項明定調解過程中，除第一項結果外，調解委員為促成爭議之解決，得斟酌情況，提出調解建議。亦即以提出建議之方式，促機關以該建議為據，完成行政報核程序，俾其儘速決定是否接受該建議，並據以決定是否合意成立調解。

四、基於政府採購具公共利益性質，為避免調解程序進行後，機關又任意拒絕調解結果，造成雙方時程及資源之浪費，延宕爭議之解決，故於第二項後段規定機關不同意調解建議者，應先報經其上級機關核准，並向採購申訴審議委員會及廠商敘明理由。

第 85 條之 4：履約爭議之調解，當事人不能合意但已甚接近者，採購申訴審議委員會應斟酌一切情形，並徵詢調解委員之意見，求兩造

利益之平衡，於不違反兩造當事人之主要意思範圍內，以職權提出調解方案。
當事人或參加調解之利害關係人對於前項方案，得於送達之次日起十日內，向採購申訴審議委員會提出異議。
於前項期間內提出異議者，視為調解不成立；其未於前項期間內提出異議者，視為已依該方案調解成立。
機關依前項規定提出異議者，準用前條第二項之規定。
本條立法理由為：
一、本條新增。
二、第一項準用民事訴訟法第四百十七條之規定，明定履約之爭議，採購申訴審議委員會得依職權提出調解方案。
三、第二項及第三項準用民事訴訟法第四百十八條之規定，明定對調解方案之異議及調解成立之擬制。
四、第四項規定機關對調解方案提出異議者，準用第八十五條之三第二項之規定。

次外，於第 86 條部分，配合前述各條文之規定，增列採購申訴審議委員會處理機關與廠商間之履約爭議調解一項，並調整委員名額使更具彈性。

此次政府採購法之修正，為歷次修正幅度最大，將調解機制調整為除訴訟外，於履約爭議未能達成協議時，與仲裁擇一選用之爭議處理程序；且明定調解屬廠商申請者，機關不得拒絕。此次修正大幅強化調解程序於履約爭議解決之重要性，亦奠定調解於公共工程履約爭議解決之特殊程序基礎。

第三項 民國 96 年修正

政府採購法後經民國 96 年 6 月 8 日修正(民國 96 年 7 月 4 日公布)，第 85 條之 1 修正第 2 項為：「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。」；

此即所謂政府採購履約爭議之先調後仲條款，而立法理由為照黨團協商條文通過[63]。

此次政府採購法之修正，為學界爭議最大的一次，學者為文討論不計其數。其中最大問題即在於仲裁自古以來就基於當事人自主原則，不能強制。目前仲裁法如此發達，且發展出一系列的學理與仲裁法的原則，都是基於這項當事人的自主原則[64]，而此一「強制仲裁」則明顯與之不同[65]。

至於政府採購法修正後之「先調解後強制仲裁」，由於機關不得拒絕，是以，即不需仲裁合意，廠商即得提付仲裁，故性質上應屬「強制仲裁」，但僅是適用於廠商之「強制仲裁」。然依修正條文規定，廠商若欲提付「強制仲裁」，必須符合下列要件[66]：

一、工程採購所生之履約爭議

二、廠商須先依政府採購法規定申請調解

三、採購申訴審議委員會須提出「調解建議」或「調解方案」

四、必須係因機關不同意調解建議或調解方案，致調解不成立

採購申訴審議委員會受理後有無提出調解建議或方案為強制仲裁之前提條件。因此，廠商提出調解申請後將企盼申訴會提出調解建議或方案，不論其請求有無理由，或二者是否容易達成合意；又調解建議之內容亦將成為雙方攻防之重要依據，因此調解建議之擬具，及其內容的明確性、理由之記載愈發重要。如此，調解委員在調解過程中，可能由以往「和事佬」的角色，轉變為類似「公道伯」的角色(即由原本著重在 Resolution 轉為 Adjudication 性質)。調解委員更需力求

---

63 立法院法律系統，96 年 6 月 8 日政府採購法第 85 條之 1 異動條文及理由，http://lis.ly.gov.tw/lglawc/lawsingle?024145EEEF8000000000000000014000000004FFFFFA00^023080960608^0000C001001，最後瀏覽日期 2016/05/27。

64 藍瀛芳，先調後仲機制下調解程序與仲裁程序間之關係，仲裁第 83 期，民國 96 年 10 月，頁 76。

65 歐洲人權公約[Art.6 (1)]與聯合國民權與政治權公約[Art.14]規定個人的私權爭議須受到公開程序的審理原則，審理程序不公開不能強制。歐洲人權法院在 1999 年的 Scarth v. United Kingdom 事件中，就判決英國「小額索賠」(Small Claims)法對其爭議事件的強制仲裁違反國際公序。參藍瀛芳，先調後仲機制下調解程序與仲裁程序間之關係，仲裁第 83 期，民國 96 年 10 月，頁 76。

66 許瑩珍，政府採購法第 85 條之 1 第 2 項規定之適用範圍及程序問題，仲裁第 83 期，民國 96 年 10 月，頁 16。

以一公正專業之立場，出具調解建議，並具體指出廠商或機關有無理由之處[67]。惟此一情形，又回至根本問題，此政府採購工程調解程序並準用民事訴訟法有關調解之規定，但又以上級所屬機關作調處，介入雙方之爭議，又有與調解本質不一致情形。

第四項 民國 104 年修正

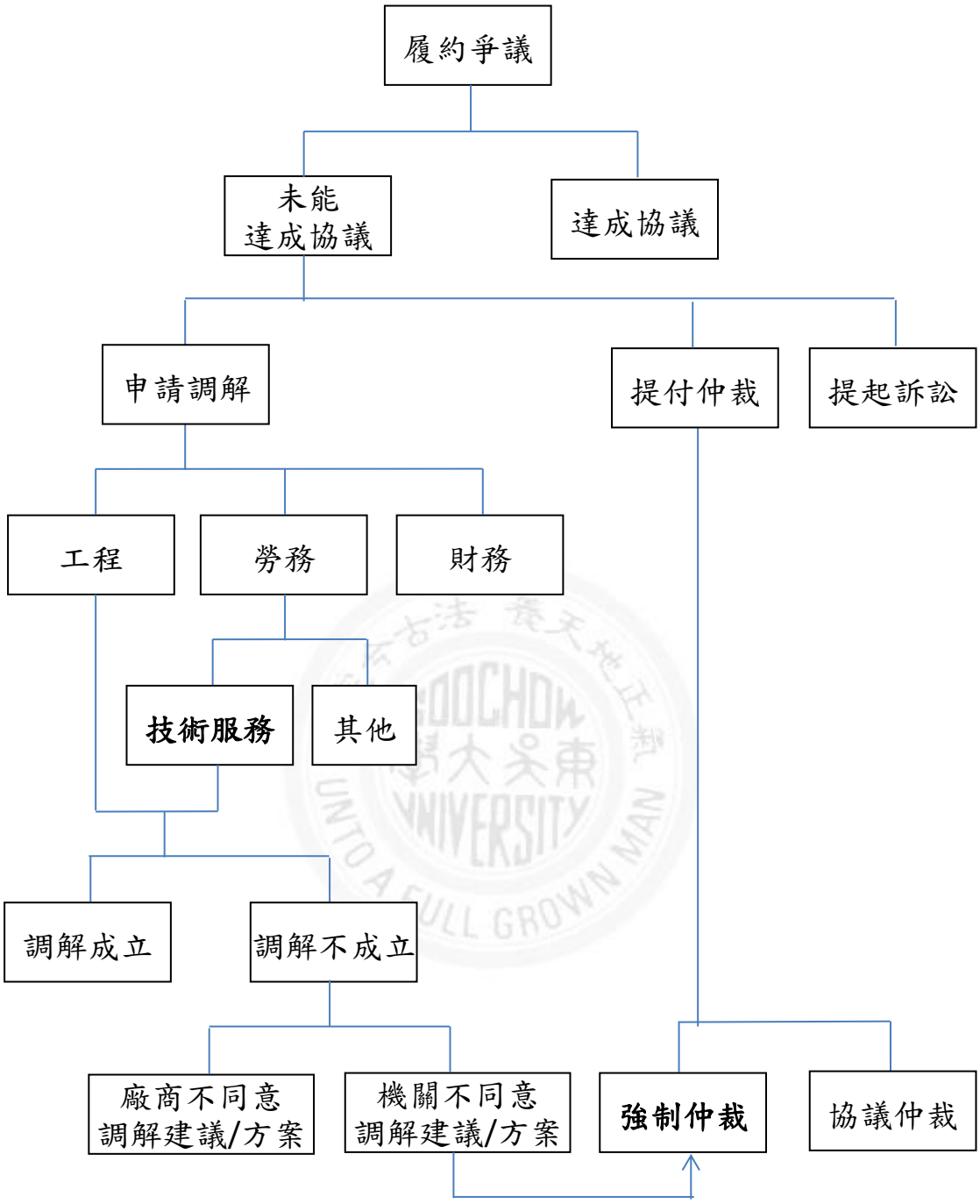
政府採購法又經民國 104 年 12 月 18 日修正(民國 105 年 1 月 6 日公布)，第 85 條之 1 修正第 2 項為：「前項調解屬廠商申請者，機關不得拒絕。工程及技術服務採購之調解，採購申訴審議委員會應提出調解建議或調解方案；其因機關不同意致調解不成立者，廠商提付仲裁，機關不得拒絕。」；其修正理由為：「第二項明定採購申訴審議委員會應提出調解建議或調解方案，以發揮調解之功能；另先調解後仲裁之規定，考量技術服務常與工程之設計、監造及專案管理事項有關，為儘速處理技術服務案件所衍生之履約爭議，爰增訂技術服務採購亦適用本項規定。[68]」；同時修正第 86 條部分，為提升爭議案件處理品質及效率，並減輕委員處理案件之負擔，將有關置委員之人數上限，由 25 人修正為 35 人。

就此次政府採購法修正，其內容及機制如圖 1[69]所示，而有數項應注意部分。首先，依政府採購法第 2 條規定：「本法所稱採購，指工程之定作、財物之買受、定製、承租及勞務之委任或僱傭等。」；是以政府採購概可分為工程、財物及勞務等三種，而 85 條之 1 第 2 項之先調後仲適用，原僅含工程採購部分，此次修正增加適用勞務採購部分之技術服務類型。而修正理由中雖敘明「考量技術服務常與工程之設計、監造及專案管理事項有關」，惟若發生履約爭議之技術服

[67] 許瑩珍，政府採購法第 85 條之 1 第 2 項規定之適用範圍及程序問題，仲裁第 83 期，民國 96 年 10 月，頁 20。

[68] 立法院法律系統，104 年 12 月 18 日政府採購法第 85 條之 1 異動條文及理由，http://lis.ly.gov.tw/lglawc/lawsingle?0024145EEEF800000000000000000140000000004FFFFFD^023081041218^0000C001001，最後瀏覽日期 2016/05/27。

[69] 架構參考黃豐玢，政府採購法「先調後仲」機制暨工程會有益仲裁機制條款介紹，中華民國仲裁協會 2016 年 3 月 4 日「政府採購法之技術服務先調後仲」研討會，http://www.arbitration.org.tw/seminar-con.php?seqno=9，最後瀏覽日期 2016/05/17。



民國 105 年 1 月 6 日政府採購法修正

圖 1 工程及技術服務採購履約爭議處理方式

務確為獨立不依附於某工程採購案件時，是否仍應適用先調解後仲裁之規定，其實益何在，容或不無疑問。例如，某機關電腦系統之套裝軟體升級或更新之案件，依其性質係屬勞務採購部分之技術服務類型，而發生履約爭議依政府採購法新修正規定，應循先調後仲作爭議處理。

其次，於此次 85 條之 1 第 2 項修正前，採購申訴審議委員會於調解過程，未必一定提出調解建議或調解方案，惟條文修正為調解建議或調解方案應提出；惟政府採購發生之原因及情形千百種，採購申訴審議委員會若均應作成並提出調解建議或調解方案，該調解建議或調解方案之合宜性且是否兼顧爭議兩造之利益，符合調解之和平合意基本原則，甚而質變為另一形式之機關裁決，尚待後續觀察。

其三，就立法趨勢觀之，先調解後仲裁之範圍更為擴大，在此情形下勢必將影響機關對於履約爭議處理之態度，尤其採購申訴審議委員會應提出調解建議或調解方案，且嗣後就該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。故機關對於調解建議或調解方案若非完全不能接受，在考量契約之完工壓力，且調解建議或調解方案係由上級採購機關所作成，責任已有所分攤及轉嫁下，機關同意調解建議或調解方案之可能性必然大增。

第二節 公共工程爭議調解現況

政府機關所辦理之採購，種類龐雜，其契約相關文件、資料繁多，契約條款不明確、不完整在所難免，且履約過程亦常因外在環境之變更或不可抗力之情事，而使履約發生困難。故廠商與機關履約過程之爭議即不可免。政府採購法施行前可用之履約爭議解決途徑是仲裁及訴訟。但仲裁向不為政府機關所喜用。至若訴訟，則有法院審理時間較長、及費用較高等因素。基此，政府採購法復就機關採購履約爭議設計「履約爭議調解的機制」，準用民事訴訟法調解程序之規定，以求快速、有效解決廠商與機關履約之爭議。

政府採購法第 85 條之 1 第 2 項規定，於民國 96 年增修，對於工程採購於採購申訴審議委員會出具調解建議或調解方案後，機關不同意致調解不成立時，廠商提付仲裁時，機關即不得拒絕。嗣於民國 105 年 1 月 6 日復修正公布，對於工程及技術服務採購之調解，採購申訴審議委員會應出具調解建議或調解方案，其因機關不同意致調解不成立時，廠商提付仲裁時，機關即不得拒絕。

政府採購法第 85 條之 1 第 2 項於民國 105 年之條文修正說明中，明定採購申訴審議委員會應提出調解建議或調解方案，以發揮調解之功能；另先調解後仲裁之規定，考量技術服務常與工程之設計、監造及專案管理事項有關為儘速處理技術服務案件所衍生之履約爭議，爰增訂技術服務採購亦適用本項規定。另政府採購法第 86 條第 1 項同時修正，為提升爭議案件處理品質及效率，並減輕委員處理案件之負擔，爰將現行條文第一項有關置委員之人數上限，由二十五人修正為三十五人。

第一項 公共工程採購申訴審議委員會

按政府採購於簽約後，廠商與機關立於平等地位，雙方就履約階段所生爭議，屬民事爭議，依現行制度機關與廠商可向法院提起民事訴訟、向仲裁機構提付仲裁或向公共工程採購申訴審議委員會(以下

簡稱申訴會)申請調解，因此調解不是解決爭議的唯一途逕，也不是仲裁的先行程序，調解與其他制度比較：

一、申訴會之調解，本質為尊重當事人意願、雙方合意始為成立，與訴訟或仲裁係由第三人作出裁判或判斷不同

申訴會調解之本質，係基於當事人意思自主，在促成雙方合意以解決紛爭，惟為積極建構儘量以調解方式解決爭議，政府採購法規定廠商申請調解機關不得拒絕，另機關不同意調解建議，須檢附理由報經上級機關同意。申訴會調解委員立於公正、公平之立場提出調解建議，促成雙方以和解方式解決爭議。申訴會之調解建議需經雙方同意後，調解才成立，調解成立，其效力依政府採購法第 85 條之 1 第 3 項、民事訴訟法第 416 條第 1 項及第 380 條第 1 項之規定，與確定判決有同一效力。但是調解建議只要廠商或機關任一方不同意時，則調解不成立，必須由其他制度解決。

至於仲裁制度，係基於爭議雙方之書面協議，仲裁判斷視同確定判決，當拘束雙方。

二、申訴會之調解建議，與一般鄉鎮市之調解不同

政府採購契約係透過私法契約完成國家公共性任務，與一般純民間之私法契約的處理方式不同；調解成立後由政府機關支付之費用，均屬全民納稅所得，故機關對費用之支出或讓步，應受相關法律約束，無法與鄉鎮市調解僅係人民就自己財產可任意處分一樣之情形相提並論。又由於政府採購具有公益性質，故申訴會之調解，於過程中不得僅憑雙方合意就做出調解建議，尚須立於公正專業立場作出公平合理的建議，經雙方當事人同意後調解成立才生拘束力，否則應循其他方式解決。

三、申訴會運作採合議審議以確保公正客觀

依據政府採購相關法令，工程會申訴會為委員會組織，理應採合議審議機制，而工程會申訴會第 232 次委員會議並決議，調解建議應經委員會議審議，以廣納不同委員專業意見，提高品質，並避免同一

爭議，有不同結果導致不公平之情事發生。另且採購法之調解，一造為機關且涉及標的屬公帑，其性質如前所述與一般調解不同，故採合議審議調解建議，亦屬適當。

又工程會申訴會採合議審議是否有延宕案件處理時程之情事，經統計申訴會審議後絕大比例(95.3%)仍維持原建議，不到 5%之案件則由委員再予調整。目前委員會議之運作，係採通過調解委員所提調解建議之方式進行。亦比照一般委員會運作之原則，先採共識決之溝通，若有不同意見採表決方式，即委員會議仍以 1/2 以上委員出席，出席委員過半數同意之制度[70]。

第二項 履約爭議調解作業[71]

第一款 申請調解之範圍

政府採購法第 85 條之 1 規定「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」。「履約」包含「驗收、保固」，故第 85 條之 1 調解範圍「履約」爭議，包含「驗收、保固」。

第二款 調解程序

調解程序之啟動

按政府採購法第 85 條之 1 關於機關與廠商間之履約爭議固得向採購申訴審議委員會申請調解，惟其適用先決條件須機關與廠商就履約爭議事項先進行協議，協議不成，始得申請調解。至於得向採購申訴審議委員會申請調解之當事人，廠商、機關均得申請，僅係廠商申請，機關不得拒絕而已。而所謂機關不得拒絕，係指不得拒絕調解

[70] 公共工程電子報第 10 期，民國 98 年 5 月 1 日，https://www.pcc.gov.tw/epaper/9805/buy01.html，最後瀏覽日期 2016 年 4 月 24 日。
[71] 政府採購爭議處理，公共工程委員會，http://www.pcc.gov.tw/pccap2/FMGRfrontend/DownloadQuoteFile.do?fileCode=F2012100035，最後瀏覽日期 2016 年 4 月 24 日。

程序之啟動而言，並非指機關必須接受廠商實體上之要求內容。

惟如係機關申請調解者，則必須廠商同意，否則應為調解不受理之決議。（採購履約爭議調解規則第 10 條第 9 款）

調解受理機關

目前臺北市政府、高雄市政府、新北市政府、臺中市政府及臺南市政府均已設立採購申訴審議委員會，故前揭政府所屬機關、學校、公營事業之採購履約爭議調解事件，廠商應向前揭政府採購申訴審議委員會提出申請。至於其他各縣(市)政府雖未設立，但均已將彼等調解事件委請中央主管機關處理，故現階段各廠商對中央或地方機關(臺北市政府、高雄市政府、新北市政府、臺中市政府及臺南市政府除外)採購案件如擬申請調解者，均應向中央主管機關所設採購申訴審議委員會提出。

調解書狀之撰寫與繳費

1. 調解申請時，應以中文繕具申請書表明：「請求調解之事項、調解標的之法律關係、爭議情形及證據」，並按他造人數分送副本。他造當事人則應自收受調解申請書副本之次日起 15 日內，以書面向採購申訴審議委員會陳述意見，並副知申請人。

2. 申請調解，應繳納調解費。（政府採購法第 85 條之 2）以請求或確認金額為調解標的者，其調解費按採購履約爭議調解收費辦法第 5 條各款所定級距，繳納調解費新臺幣 2 萬元至 100 萬元；如非以請求或確認金額為調解標的者，其調解費為新臺幣 3 萬元。（採購履約爭議調解收費辦法第 6 條）

3. 調解程序進行中，因請求事項變更或追加，應加收調解費時，依採購履約爭議調解收費辦法第 5 條至第 7 條規定追繳之。

4. 申請人撤回調解之申請者，所繳調解費不退還。但申請人於第 1 次調解期日之次日起 10 日內以書面撤回調解者，無息退還所繳

納調解費二分之一。未退還之調解費逾新臺幣 20 萬元者，以新臺幣 20 萬元為收費上限。前項已繳納而尚未發生之鑑定費及其他必要費用，應無息退還。（採購履約爭議調解收費辦法第 14 條）

5. 調解申請不予受理者，免予收費。已繳費者，無息退還所繳調解費之全額。但已通知調解期日者，收取新臺幣 5,000。（採購履約爭議調解收費辦法第 10 條）

調解程序之審查與進行

1. 程序駁回

採購申訴審議委員會認調解之申請，有程序上應予駁回之情形者，如：「未繳納調解費」、「當事人不適格」、「已提起仲裁、民事訴訟者」、「曾經法院判決確定者」、「經法定其他調解機關調解未成立者」、「申請調解不合程式不能補正，或可補正而逾期未補正者」、「廠商不同意調解者」等等，得經委員會議為不受理決議。

2. 指定調解期日

除調解申請不受理者外，採購申訴審議委員會主任委員應指定委員 1 人至 3 人為調解委員，速定調解期日，將期日通知書，於調解期日前，一併送達於兩造當事人或其代理人，通知其於期日到場，並得按事件需要，指定諮詢委員若干人，以備諮詢。

3. 調解之處所及形式

調解程序由採購申訴審議委員會於委員會所設地點行之，必要時，亦得於其他適當處所(如於勘驗現場)行之。且調解時，以不公開為原則。

4. 調解程序中之處置

（1）通知當事人到場而未到場之處置：當事人兩造或一造於期日未到場者，調解委員酌量情形，得視為調解不成立或另定調解期日。

（2）許可或通知第三人參加調解：就調解事件有利害關係之第

三人，得經調解委員之許可，參加調解程序，調解委員亦得通知請其參加。經許可或經通知而參加調解之第三人，因非調解之當事人，故不受調解之拘束，但對於所輔助之當事人，不得於其他訴訟主張調解結果不當(民事訴訟法第 63 條)。

（3）調查證據：採購申訴審議委員會調解委員行調解時，應審究事件關係及兩造爭議之所在，於必要時得調查證據。

調解建議與調解方案

1. 調解建議

調解過程中，調解委員得依職權以採購申訴審議委員會名義提出書面調解建議，先送雙方當事人，讓彼等有時間考量。而後，廠商及機關於收受調解建議後之一定期間內，必須函復採購申訴審議委員會是否同意接受調解之建議。又為避免調解程序進行後，機關任意拒絕調解建議，造成雙方時間及資源之浪費，乃規定機關如不同意該建議者，應先報請上級機關核定，並以書面向採購申訴審議委員會及廠商說明理由，以促機關慎重考量該「調解建議」。

2. 調解方案

採購申訴審議委員會調解後，當事人不能合意，但已甚接近者，採購申訴審議委員會應斟酌一切情形，並徵詢調解委員之意見，求兩造利益之平衡，於不違反兩造當事人之主要意思範圍內，以職權提出調解方案。前項方案，應以通知書送達於當事人及參加調解之利害關係人。

當事人或利害關係人對於前開之調解方案，得於送達次日起 10 日內之不變期間內，向採購申訴審議委員會提出異議 。

當事人或利害關係人於前項期間內提出異議者，視為調解不成立；其未於前項期間提出異議者，視為已依該方案調解成立。

第三款 調解之效力

調解成立

按採購申訴審議委員會辦理履約爭議調解，其效力準用民事訴訟法有關調解之規定(本法第 85 條之 1 第 3 項)，而調解經當事人合意而成立，「調解成立者，與訴訟上和解有同一效力」 。「訴訟上和解與確定判決有同一效力」(民事訴訟法第 380 條第 1 項)，故經調解成立者，與確定判決有同一效力。

調解不成立

當事人兩造於指定調解期日到場不能合意而調解不成立或當事人兩造或一造於期日不到場，經調解委員酌量情形，視為調解不成立者，採購申訴審議委員會應付與當事人調解不成立證明書。調解既不成立，雙方當事人自得依契約約定或其他法定程序救濟。

雙方當事人未於一定期限內就調解建議為同意與否之意思表示，經採購申訴審議委員會再酌定一定期間命其為同意與否之意思表示，逾期仍未回復者，得以該當事人不同意調解建議處理。

調解之撤回

調解之申請，申請人得撤回。調解之申請經撤回者，視為未申請調解。申請人撤回調解之申請，採購申訴審議委員會應通知他造當事人。

其他注意事項

爭議事件經調解成立時，調解費及其他相關之鑑定費與必要費用之數額及負擔，採購申訴審議委員會應記明於調解成立書。如調解不成立，則調解費、鑑定費及其他必要之費用由已繳費之當事人負擔(採購履約爭議調解收費辦法第 15 條)。

第四款 調解程序之終結

不論調解之結果如何（成立或不成立），只要該程序踐行完畢，調解程序即告終結。廠商不得就相同案件之相同請求，再行提出調解之申請；又依民事訴訟法第 422 條規定，調解程序中，調解委員或法官所為之勸導及當事人所為之陳述或讓步，於調解不成立後之本案訴訟，不得採為裁判之基礎。

第五款 調解不成立後之特別規定

總統於 105 年 1 月 6 日以華總一義字第 10400154101 號令修正公布本法第 85 條之 1 第 2 項規定：「前項調解屬廠商申請者，機關不得拒絕。工程及技術服務採購之調解，採購申訴審議委員會應提出調解建議或調解方案；其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。」上述修正條文，適用情形僅限於：(1) 工程及技術服務採購；(2) 須向採購申訴審議委員會申請調解；(3) 採購申訴審議委員會應提出調解建議或調解方案；(4) 調解不成立係因機關不接受採購申訴審議委員會提出調解建議或調解方案所致；(5) 廠商提付仲裁。如前開要件有其一不符者，即無本修正條文之適用。

第三項 政府採購爭議處理事件

履約爭議之發生，常係因招標文件與契約內容規範內容衝突、規範不清，或招標程序或履約過程中，機關或廠商疏於注意招標文件與契約內容所致。

以合約管理之角度而言，發生履約爭議後再由廠商與機關進行處理，通常將耗費較多之時間及人力成本，非但將導致機關與廠商支出額外之爭議解決費用、相關人員工時之成本，甚至對於整個採購案之推展時程，亦將發生嚴重之影響。從機關之角度而言，訂定公平合理而明確之招標文件以及契約，實為避免爭議之首要環節，從而機關採購人員熟悉政府採購相關法令、確實掌握採購需求，實有相當之重要性。

近年來工程會針對機關辦理採購，已分別制有相關作業手冊，擬定政府採購契約範本（包括工程、財務以及勞務採購），並公告政府採購行為錯誤態樣；機關如於辦理採購前，對於相關規定有一定之認識與參考，將有助於擬定合理可行之招標文件以及採購契約。此外，機關如能多方蒐集同類型之相關採購契約，或參考相關採購案件所發生之爭議以為借鏡，更可防範爭議之發生。

其次，廠商於機關辦理招標過程中，即應對於相關履約條件進行充分之瞭解，如有疑義，應立即與機關作澄清與溝通，俾確認履約之條件。於履約過程中，廠商與機關亦應切實作好合約管理，建立完善之履約、監管機制，妥適保存相關文件，如日後發生爭議，可作為佐證之資料，俾雙方共同尋求合理、合法之爭議解決方案。

按調解須經當事人合意方能成立；當事人不能達成合意者，調解即不成立。依研究單位之經驗及所蒐集之資料顯示，部分案例中廠商與機關間仍係採取對立之立場，而非共同完成採購案之共利關係，致雙方於調解程序中相互指責，互不退讓，調解自無法順利成立。如雙方能摒棄對立之立場，將有助於溝通之進行以及爭議之解決，對於機關以及廠商皆屬有利。

案例顯示，機關與廠商間採購履約爭議向工程會採購申訴審議委員會申請調解者，有相當比例之案件中，機關與廠商得透過採購申訴審議委員之居中協調，就紛爭解決之方式達成共識。故工程會採購申訴審議委員會就履約爭議之解決，確實已提供一有效之管道[72]。

[72] 政府採購爭議處理事件案源及問題類型分析，行政院公共工程委員會委託研究計畫，民國 92 年 12 月。

第三節 爭議調解機制運作

ADR 制度是有一個光譜，爭議發生當下應該先協商(Negotiation)，當協商無法得到結果，接著則有斡旋制度(Good Offices)可作運用，由某人出面來拉近雙方是否談一談解決問題，此位主持人不能介入案件，僅是做為一個中間人；斡旋如果產生效果，就會回到協商，如果協商不出來結果，就會進入調解(Mediation)，調解人不會出具調解違議或方案，調解是為釐清案件，協助聲請人及相對人分析案件，過程是單獨請聲請人在場幫調解人分析聲請人之請求或對方的請求，再把相對人找進來，請聲請人出去，以同樣方式進行案件了解，目的是讓雙方知道繼續爭執下去不一定都對，能夠有退場關鍵，可以息爭止訟，但是退場方案是由當事人提出，調解人是不出具意見的，國際間制度原本即是如此。

假使再無法解決，會有更積極的制度出來，就是調停 Conciliation。日本將 Mediation 翻譯作調停，惟調解與調停其實是不同的兩個功能。然於國內對於這兩種制度並不區分，而混稱調解。調停有兩種，一種是中間人會出具意見，在雙方同意下，會要求 Conciliation 組織的委員會做成判斷；另一種是不出具結論，只釐清事實。Conciliation 結論也有兩種可能，一種是對社會公布的，當事人要不要接受會有社會壓力，另一種是不公布，將答案交給爭執兩造，將所觀察到的事實做成建議供雙方參考。

假設再無法解決，就到仲裁 Arbitration 階段，此時將非常接近法庭型態，會依法或依約審查雙方權利基礎，審查證據內容，仲裁因為還是在 ADR 範圍內，還是以止爭為重點，不是非常詳細解決雙方是非與責任制度。再來就進到訴訟，可能歷經三審。

國內制度在條文上把調解與調停分得不是很清楚，變成有調解建議也有建議方案。總之，在調解及調停都很強調讓步，是非常重要的關鍵，不能用訴訟方式看待調解、調停及仲裁制度。常所謂「訴訟替

代救濟」，把 ADR 跟訴訟劃上等號，是完全誤解[73]。

另關於調解制度與其實務運作的問題上，國內的調解制度有不少引自國外，但國內調解在其實際的運作上，完全自成體系，少有國際的交流或吸收國外經驗。詳細觀察，國內調解人在處理爭議的方法都形同法官或仲裁人在審理爭議，因此在調解程序中還有開庭與全體人士開會審議的制度出現。在法院的調解與行政院公共工程委員會的爭議調解都在這種型態下進行，因而都有開庭或全體相關人士出席下開會的制度。在此庭訊與會席中，主持的調解人當然就高高在上，由其主導的程序甚有威風，而有法官或仲裁人的架勢。這些都是調解的錯誤示範。因為調解的目的在解決爭議，不重視其程序的形式，更不在乎調解人的架勢。調解人是以其專案技術，營造當事人間和諧的氣氛，使當事人自願的接受紛爭解決的方式。

就國內的發展情況，在家事事件的調解方面，對事件的處理因有社工等人員的參與，引進了國外經驗，使國內在此調解程序上已不再見開庭審理，反而重視調解人與當事人間的個別協商等技術的運用。可是在行政院公共工程委員會的爭議調解事件，一直由律師們所主導，因此調解機制形同法庭或仲裁庭，其調解功能當然未見改善。若不在實務運作上有所改變，仍堅持對抗性開庭的程序機制，其功能也將無何期待可言。尤其有「強制仲裁」的威力，其後果也許將更加嚴重。

庭審與全體人員出席的開會，使氣氛緊繃而對當事人形成威嚇壓力。這項情況就違背了調解的基本價值。調解的基本方式是以個別與當事人見面，以了解當事人的心理與其需要，在當事人間穿梭引導，進行當事人間的協商，以達到當事人自願妥協的目的。詳言之，調解人有其協商的專業，幫助當事人解決爭議。開庭與開會的威嚇，不是調解的基本機制[74]。

---

[73] 李復甸，先調後仲機制下調解程序與仲裁程序間之關係，仲裁季刊，第 83 期，民國 96 年 10 月，頁 74。

[74] 藍瀛芳，先調後仲機制下調解程序與仲裁程序間之關係，仲裁季刊，第 83 期，民國 96 年 10 月，頁 77。

第五章 結論與建議

第一節 結論

調解、仲裁及訴訟之架構面

綜觀我國現行制度規範下，對於在公共工程履約階段發生爭議之處理機制，架構上概可分為司法訴訟及替代性紛爭解決制度(ADR)二種體系，其中替代性紛爭解決制度又以仲裁與調解為政府採購法第85條之1第1項所明定。

然而觀察政府採購法相關條文立法過程及制度演變進程，可發現我國整體公共工程履約爭議處理機制基本架構之建置，其動機與考量方向係由上而下發生，即先意識在以司法訴訟作為處理工程爭議的方式時，其審判效率與判決品質有不彰之處，並為減輕法院負擔而紓減訴源，且期許仲裁制度之專業與快速特性，故立法明定仲裁條文，並在行政指導下廣推公共工程契約納入仲裁條款，惟其時我國仲裁制度之立法規範與人員實務上，實有不及國際仲裁規則與操作慣例完備處，又以許多公共工程紛爭案件在採以仲裁方式，時生仲裁過程及判斷之爭議，造成公務機關紛紛避開仲裁而回歸以司法訴訟處理工程履約爭議。其後在利益團體遊說立法機關下，又有民國96年修正政府採購法第85條之1第2項為先調後仲之立法，此一修正除引發強制仲裁之法理疑問外，實務上也造成以調解為解決履約爭議之強化效果。

以ADR光譜而論，就以解決爭議為目的之角度而言，調解相較帶有裁判性質的仲裁更為和平、快速及經濟，是以若履約爭議的本體，並非當事雙方非以得到一個第三方所作終局性裁判為結果的情形下，調解應該是雙方當事人所應優先考量的爭議處理合理方式。此時原本不迨政府採購法介入並規範現行條文的「調解屬廠商申請者，機關不得拒絕」，機關作為履約單位，自身即負有如期如質完工之責任，在一般合理判斷下，若機關以調解解決履約爭議時最為有利時，自然優先考量採用，何有機關拒絕廠商申請調解情事。惟當時普遍上機關不

願調解並迴避仲裁，而寧願採取曠日廢時之訴訟程序，應非無因而致。

又以履約機關立場而言，自首長以降至基層主管及承辦人員，於履約爭議發生時，無論以何種方式或程序進行處理，其首要考量點必然是合法性問題及有無可能造成圖利廠商之刑事責任問題，因而即便賦予公務機關首長一定之決策權限，並要求所屬公務人員勇於任事，對於履約爭議自依權責，必要時對廠商作出之請求或須完成事項作出讓步以期積極工進，以人性而論，自然是不能達成的空談。故在訴訟加上 ADR 的光譜上，在訴訟端時機關責任最小，然而隨著向光譜另一端的仲裁、調停、調解、斡旋、和解等趨近，機關的可裁量範圍會漸次增大，同時可能擔負責任亦隨之加大。就此，機關各級人員若適逢特定事件，社會趨向指謫機關的氛圍下，心態亦將隨之保守而僅求以法院訴訟之判決為最終依循的依據。

故在架構上，政府採購法第 85 條之 1 第 1 項的調解、仲裁及訴訟三種工程履約處理機制，原則上應是調解不成才進行仲裁或訴訟，換言之調解既已成立，則無需仲裁或訴訟之程序進行。而調解之能夠成立，主觀上應使雙方當事人信任調解之過程及結果，以致能達成合意，客觀上則調解制度及過程須能滿足雙方當事人主觀需求。最終，調解方能提供雙方當事人平和的解決方式，俾免後續時間及金錢虛擲於仲裁或訴訟程序中。

調解程序面

政府採購契約之法律性質屬私法性質應無異議，而政府採購工程履約爭議之處理，在調解時，其程序應回歸其法律性質，應以調解(Mediation)方式為之，而非以以調停(Conciliation)方式為之。

雖調解與調停外觀上相當相似，甚或被作為同義詞使用，但在機制的運作上仍相當程度的不同。雖然目的都在找出最佳解決辦法並導引當事人達成一個滿意的共同協議;程序的居間人,調解人或調停人,是中立和公正的第三者;進行的方式是在一個較不正式的但保密的結

構化的多階段過程中，促進爭議雙方進行對話，並協助雙方達成最終且均能滿意的協議；程序的精神，是一種“和平”解決糾紛的工具，以期待維持當事人間既有關係，且是一個自願且不約束的過程。

但調解與調停差異重點在於，調停時調停人就糾紛的實際方案相對上較直接的介入，甚或直接提出方案提示當事人以作為和解；而調解則是由調解人促進各方進行討論及表達自身利益，並引導他們到適合的解決方案。此一差異點，係應就其法律關係之性質不同，及視雙方當事人立足點不同或資訊落差，而作調整或區分。例如金融消費者保護法中以「調處」一詞（條文英文版作 Conciliation），而究其條文內容，即具有強烈直接的介入的性質。

現行我國法律條文對於調解、調處、調停、Mediation、Conciliation等名詞及翻譯混雜使用，無明確定義及標準下，使得法律條文未依其法律性質適當訂定之情形即發生於政府採購法，造成現行條文規定有單方調解、強制仲裁、強提調解建議或調解方案等扭曲現象，以往部分應以行政法規或手段處理之個案或情形，在利益團體遊說立法機關後，再以黨團協商方式通過修正條文，以達框制機關之目的，實非從根本上有效解決履約爭議的手段。

故對於調解程序，仍應回歸基本面作討論，以正常且正確的調解程序作為解決履約爭議的方式，即以 Mediation 方式作為公共工程調解的方式。

第二節 建議

法制面

一、制度上，對於國內各種調解須作更為精準細緻的定義、分類及應用，現行散見不同法律條文中大多均以調解（另目前不同法律中或可見調處）作為通用詞，條文之英譯版本時見 Mediation 或用 Conciliation 不定，然則 Mediation(調解)及 Conciliation (調停)二者之內涵及方式並不相同，建議須先作性質及程序上差異的定義，於各種不同法規時，在依其目的及特性作不同之適用；嗣後再對於散見各不同法律中之調解或調處名詞，依其性質作一致性的名詞修正，以利正確應用，並有利於國際接軌。

二、就政府採購契約之法律性質屬私法性質已為定論，應無異議。然政府採購法於 85 條之 1 第 2 項前段「調解屬廠商申請者，機關不得拒絕」文字，此一單方面拘束一方當事人之條文，否定調解程序係應透過當事人合意參加之和平自主本質，明顯違背私法關係中雙方應為平等地位之基本架構，此一以法律方式置契約雙方於不平等地位，錯亂基本法律關係，建議應予修正。

至於此一條文背景之機關拒絕參與調解情形，則應另透過行政指導方式（例如訂定相關調解要點），在政策上以正面角度帶領機關積極面對調解，至於始終拒絕調解之機關則可以督導考核方式作矯正（例如審計）。

三、政府採購法 85 條之 1 第 2 項後段「其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」文字，此一照黨團協商所通過之「強制仲裁」條文，並不符合大部分法律原則，如前項建議之契約私法性質理由，建議應予修正，以符合私法關係並回歸仲裁法與國際慣例之當事人自主精神。

此一條文之機關拒絕仲裁情形，則亦可如前項建議之方式，以行政指導（如相關仲裁要點）及督導考核方式作引領及矯正。

四、綜合前建議第一及第二項之理由，政府採購契約之履約爭議調解

應是 Mediation(調解)而非 Conciliation (調停),理由就在於私法關係下,應由調解人促進各方進行討論及表達自身利益,並引導到適合的解決方案,而不宜以調停人直接介入糾紛的實際方案,甚或直接提出方案提示當事人以作為和解。

五、政府採購法 85 條之 1 第 2 項對於工程及技術服務採購之調解,採購申訴審議委員會「應」提出調解建議或調解方案之文字,如前項建議,於調解精神下,自無一定有調解建議或調解方案之提出,甚且若要求調解一方原無理由或明顯無理由,此情形下,調解本無可能成立,則自應以調解不成立結案,此時將如何「應」提出調解建議或調解方案,建議應予修正,並刪除整段文字。

實務操作面

一、強化採購申訴審議委員會辦理履約爭議調解之能力,因調解乃高度專業之作業,調解人專業能力應包括法律面、工程技術面及居間協助雙方達成最終且均能滿意的協議(技巧及心理層面)等各方面能力,並且須避免發生於調解過程中,調解人有老大心態升堂問案情形,以助調解成立之可能。建議採購申訴審議委員會之調解委員,應具備相關知能之資格認證,定期訓練並作考核,並訂定於採購申訴審議委員會組織準則條文。

二、開放部分履約爭議調解案件,經雙方當事人合意或經採購申訴審議委員會委託,交由民間專業調解機構辦理,一則可以減輕採購申訴審議委員會調解案件數量,提升調解品質,二則可以比較民間調解機構與採購申訴審議委員會辦理調解之成效,互為學習並形成良性循環之環境。

三、在現行公共工程履約爭議之調解程序作精進調整後,機關於面對履約爭議時,心態上應作正面加強,如前所述,此可透過行政指導在政策上正面角度帶領機關積極面對調解,而對拒絕調解之機關則可以督導考核方式作矯正。

四、加強公共工程契約條款之修正，對於單方面為保護機關而設之部分契約條款，或者於契約公開閱覽期間之條款建議事項，機關或上級機關應正面檢討並適時採納，以期根本上減少履約爭議之發生。

五、對於廠商明顯無理由或技術性提出爭議之調解案件，常屬多見，就此情形，應建立政府採購法 101 條第 1 項第 10 款「因可歸責於廠商之事由，致延誤履約期限，情節重大者。」之得以適用，以減少廠商無意義或故意之爭議情形。

SOOCHOW UNIVERSITY 東吳大學 UNTO A FULL GROWN MAN

參考文獻及書目

（依筆畫排列）

一 書籍：

1. 吳光明，證券交易法論，證券糾紛之仲裁，三民書局，民國 85 年 9 月。
2. 吳庚，行政法之理論與實用，增訂 10 版，2007 年。
3. 吳明軒，中國民事訴訟法，第六版，自版，2004 年。
4. 吳明軒，民事調解、簡易及小額訴訟程序，二版，五南圖書出版公司，2000 年。
5. 李紀宏，調解人的公正義務，台北律師公會叢書（十二）- 法律倫理，五南，2011 年。
6. 李家慶，我國訴訟外紛爭解決機制之發展現況與檢討，訴訟外紛爭解決機制，理律法律事務所，2012 年。
7. 李震山，行政法導論，三民書局，修訂 4 版，2001 年。
8. 林俊益，仲裁法之實用權益，永然出版股份有限公司，2001 年。
9. 林俊益，法院在商務仲裁之角色，永然出版股份有限公司，民國 85 年 4 月。
10. 林誠二，民法債編各論(中)，瑞興圖書股份有限公司，初版，2002 年 3 月。
11. 林誠二，民法債編各論(下)，瑞興圖書股份有限公司，初版，2002 年 3 月。
12. 姚瑞光，民事訴訟法論，2004 年。
13. 陳計男，民事訴訟法論，增訂三版，三民書局，2006 年。
14. 陳煥文，仲裁法逐條釋義，二版，崗華傳播事業有限公司，2002 年 10 月。
15. 陳煥文，國際仲裁法專論，五南，1994 年。
16. 楊建華，民事訴訟法要論，2005 年。
17. 楊崇森，商務仲裁之理論與實際，中央文物供應社，民國 73 年 12 月。
18. 楊崇森等七人合著，仲裁法新論，1 版，中華民國仲裁協會，1999 年 9 月。
19. 楊與齡，鄉鎮市調解條例之理論與實務，初版，1957 年。
20. 鄭冠宇，民法債編總論，新學林，一版，2015 年。
21. 鄭冠宇，民法總則，承法數位文化有限公司，初版，2012 年 9 月。

22. 駱永家，新民事訴訟法 II，初版，2011 年 10 月。

23. 羅昌發，政府採購法與政府採購協定論析，元照出版公司，3 版，2008 年。

二 法令規範、計畫、文件：

1. 最高行政法院判例要旨彙編 (22 年至 88 年 11 月)。
2. 行政法院判例要旨彙編（81 年 6 月版）。

三 碩博士論文：

1. 吳家德，公共工程仲裁制度應用之研究，高雄第一科技大學碩士論文，2003 年 7 月。

2. 吳家興，工程仲裁之研究，國立政治大學法學院碩士在職專班碩士論文，2000 年。

3. 李玲瑜，政府採購法工程爭議處理制度之研究，國立政治大學法律科際整合研究所碩士論文，民國 98 年 1 月。

4. 李盈達，工程仲裁之研究，私立東海大學法律學研究所碩士學位論文，民國 91 年 6 月。

5. 曹志仁，從美國聯邦採購規則論我國政府採購法之爭議處理制度，國立政治大學法律學研究所碩士論文，民國 91 年 7 月。

6. 郭芳婷，公共工程契約之研究－以締結書面契約前之程序為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，民國 92 年 1 月。

7. 陳純敬，我國公共工程施工契約常見爭議法律關係研究， 東吳大學法律學系碩士在職專班法律專業組碩士論文，民國 90 年 7 月。

四 期刊：

1. 李復甸，先調後仲機制下調解程序與仲裁程序間之關係，仲裁季刊，第 83 期，民國 96 年 10 月。

2. 季嵩茂，政府採購招標爭議之法律性質與政府採購法草案招標爭議處理制度之評析，經社法制論叢，第 22 期，民國 87 年 7 月。

3. 林明鏘，委託開發工業區契約之定性與仲裁容許性，月旦法學教室，第 33 期，2005 年。

4. 邱雅文，政府採購法第 85 條之 1 條第 2 項修訂對工程爭議調解實務之影響，仲

裁季刊，第 83 期，民國 96 年 10 月。

5. 張祥暉，政府採購法爭議處理機制之問題探討，月旦法學雜誌，第 56 期，2000 年。

6. 許瑩珍,政府採購法第 85 條之 1 第 2 項規定之適用範圍及程序問題,仲裁季刊，第 83 期，民國 96 年 10 月。

7. 萬泳延、張一多，對我國仲裁制度幾個法律問題的思索，財經界，法律研究，2007 年 4 月。

8. 蔡佩芬，談仲裁判斷，仲裁季刊，第 69 期，民國 92 年 9 月。

9. 藍瀛芳，先調後仲機制下調解程序與仲裁程序間之關係，仲裁季刊，第 83 期，民國 96 年 10 月。

五 研討會論文及研究計畫

1. 李玲瑜，我國公共工程爭議處理制度之研究，台灣工程法學會工程法學論文，2009 年。
2. 政府採購爭議處理事件案源及問題類型分析，行政院公共工程委員會委託研究計畫，民國 92 年 12 月。
3. 黃豐玢，政府採購法「先調後仲」機制暨工程會有益仲裁機制條款介紹，中華民國仲裁協會 2016 年 3 月 4 日「政府採購法之技術服務先調後仲」研討會。
4. 嵇珮晶，公共工程爭議及其救濟途徑，法學研究報告合輯，法務部司法官訓練所第 42 期。

六 網路資料：

1. 公共工程電子報，https://www.pcc.gov.tw。
2. 公共工程委員會，http://www.pcc.gov.tw。
3. 中華民國仲裁協會，http://www.arbitration.org.tw。
4. 立法院法律系統，http://lis.ly.gov.tw/lglawc/。
5. 自由電子報，http://news.ltn.com.tw。
6. 全國法規資料庫，http://law.moj.gov.tw。
7. 蘋果電子報，http://www.appledaily.com.tw

七 外文資料：

1. Alessandra Sgubini, Mara Prieditis & Andrea Marighetto, Arbitration, Mediation and Conciliation: differences and similarities from an International and Italian business perspective, August 2004.