國立政治大學法律學系法律研究所

碩士論文

指導教授：姜世明 博士

訴訟外紛爭解決機制於我國之實踐

--以評價式調解為中心

研究生：董佩宜　撰

中　華　民　國　一〇四　年　一　月

謝辭

在此論文完成之際，首先感謝恩師姜世明老師，在研究所期間對於學生的照顧與提攜，老師的教誨指引學生走向理想的道路，帶給學生知識的力量與寶貴的處世哲學，並且在老師的寬容之下，學習讓自己堅強一些。老師的恩重，學生感念並銘記於心。

感謝口試委員許政賢老師與吳從周老師的費心指教，給予學生受用的建議，有如醍醐灌頂，學生獲益良多。

得以完成研究所學業，必須感謝親愛的媽，給予我任性揮霍的自由，使我能夠追求自己想做的事。謝謝可愛的弟弟妹妹，一路長大了，你們的腳步走得比姐姐快，步入社會的你們，站在工作崗位上的認真負責，姐姐引以為傲。

對於愚拙的我而言，論文寫作過程，是看不見終點的長跑。謝謝親愛的朋友，作新、稚尹、曉凡、逸恩、郁荃、育峘、芝瑩、雅涵、彥君，在生活中扶持著我的軟弱，相伴的喜樂與哀愁，寫入友情的扉頁。一同奮戰的晉源、陳瑀，不時的鼓舞與打氣，為我增加前進的動力。謝謝貼心的學弟妹，協助印製資料。謝謝欣佑在我修改論文階段，提供寶貴的文獻。

兩年半的研究所時光，有幸能向優秀的學長姐們看齊，與一群有趣的同學們一起成長。律訓時期，結識了來自各方，洋溢才華、懷抱理想的夥伴，如此珍貴。

論文寫作期間，因緣際會進入了安盛法律事務所實習，我想這是多麼幸運，能在研究所階段歷經兩位民訴大家的洗禮，謝謝林慶苗律師傾囊相授，用心培植晚輩，洪聖濠律師亦師亦友的關懷，同事培貞與智俊的提點與照顧，使我每天感到充實愉快。

我是一個幸運的孩子，人生旅途獲得許多幫助。感謝蔡小弟的爹啟發我學習法律的熱忱，點燃我繼續進取的火苗。來到台北的生活，感謝喬安拾豆像大家庭一般，提供我溫暖與溫飽，在這瀰漫咖啡香的場所，和阿斌、Vera、Joyce、雀雀、斯斯、小郭、Alex、Dance 與 Dora 一起歡笑，是我最輕鬆自在的一段回憶。感謝 Tina 作為我的榜樣，互相鼓勵與切磋，總是讓我充滿鬥志。

謹此感謝每位愛護我的人。

董佩宜 2015.2

國立政治大學 National Chengchi University

中文摘要

民事爭議主要解決途徑，仰賴法院訴訟，惟司法程序過於複雜冗長，欠缺效率，使人民權益不能即時獲得保障，司法人員對於特殊案件之專業無法面面俱到，折損司法公信力，以至於司法雖力求革新，卻一直趕不上時代的需要，不能滿足人民的需求。從而，透過訴訟外紛爭解決機制以補缺，利用訴訟以外之多元管道，得以針對紛爭性質的不同，依照其衝突的內容及內在結構的不同，提供特殊之程序形式，尋求更適切的解決方法，以資解決。其中，調解制度是當事人相互讓步的自主解決紛爭方式，除了民事訴訟法之調解程序外，訴訟外調解種類十分多元豐富，散落在各個相關規定中，本文亟欲以具有多樣類型之訴訟外調解為核心，探討訴訟外調解於我國之發展。

我國訴訟外調解之相關規範，多係以評價式調解模式建構調解程序，借重調解人之專業，針對特定領域之紛爭，調解人根據專門知識與經驗提出調解建議、調解方案，供雙方當事人參考，促成當事人合意解決紛爭。本文遂以近來修正且與公共利益密切相關之《金融消費者保護法》、《政府採購法》及《勞資爭議處理法》中之調解程序，即金融消費爭議之評議、公共工程履約爭議調解及勞資爭議調解為觀察對象，探討瞭解訴訟外紛爭解決機制之價值與實益。

目錄

第一章 緒論 1

第一節 研究動機暨研究目的 1

第一項 研究動機 1

第二項 研究目的 1

第二節 研究範圍 3

第三節 研究架構 3

第二章 訴訟外紛爭解決機制概說 5

第一節 訴訟外紛爭解決機制之介紹 5

第一項 訴訟外紛爭解決機制之意義 5

第二項 訴訟外紛爭解決機制之起源 5

第三項 訴訟外紛爭解決機制之發展 6

第四項 訴訟外紛爭解決機制之功能 8

第五項 訴訟外紛爭解決機制之優缺點 8

第一款 ADR 之優點 9

第二款 ADR 之缺點 10

第二節 訴訟外紛爭解決機制於我國之法理探求 11

第一項 裁判權壟斷原則 11

第二項 程序主體性原則 11

第三項 釋字 591 號解釋 13

第三節 訴訟外紛爭解決機制之態樣 14

第一項 和解 14

第二項 調解 15

第三項 仲裁 16

第四節 調解制度於我國發展之觀察 17

第一項 民事訴訟法調解程序之改革 17

第二項 訴訟外調解之概述 20

第一款 調解之意義 20

第二款 調解之特徵 21

第三款 調解之功能 22

第五節 調解之運作模式 23

第一項 調解之目標 23

第二項 調解之模式 24

第一款 根據調解對應審判處理而形成之模式 24

第二款 根據調解運作功能取向而形成之模式 26

第三項 評價式調解之規範 27
第六節訴訟外調解之型態 29
第一項 鄉鎮市調解 29
第二項 仲裁法上之調解 30
第三項 其他特別調解 30
第七節 小結 31
第三章 金融消費爭議之評議 32
第一節 金融消費者保護法之介紹 32
第一項 金融消費者保護法草案總說明 32
第二項 金融消費爭議處理機制之沿革 32
第一款 過去金融消費爭議處理機制 32
第二款 金融消費者保護法制之檢討 36
第三款 金融消費爭議處理機制之立法例 36
第三項 金融消費者保護法之規範重點 39
第一款 規範對象 39
第二款 金融消費者保護之實體規範 40
第三款 金融消費爭議之處理 45
第二節 金融消費爭議評議之運作 46
第一項 爭議處理機構 46
第二項 金融消費者保護法之評議程序 47
第一款 申訴 47
第二款 試行調處 48
第三款 評議 48
第三項 評議之效力 50
第一款 小額案件之片面拘束力 50
第二款 法院核可及其效力 52
第四項 金融消費爭議處理流程圖 54
第三節 金融消費評議機制之改善 55
第一項 金融消費爭議評議之問題 55
第一款 評議機制使用方面 55
第二款 評議結果拘束力方面 56
第三款 評議結果核可方面 58
第二項 金融消費評議制度展望 58
第四節 小結 60
第四章 公共工程履約爭議調解 62
第一節 公共工程之介紹 62
第一項 公共工程之意義 62

第二項 公共工程契約之特性 63
第三項 公共工程履約爭議之探討 65
第一款 公共工程爭議之原因 65
第二款 公共工程爭議之型態 68
第三款 公共工程爭議處理原則 68
第二節 公共工程履約爭議解決機制之運作狀況 70
第一項 爭議處理機關 70
第一款 申訴會之設置 70
第二款 申訴會委員 71
第三款 諮詢委員 71
第二項 政府採購法之調解程序 72
第一款 調解程序之開啟 72
第二款 調解程序之進行 72
第三款 調解建議 74
第四款 調解方案 75
第五款 履約調解程序流程 77
第三項 調解之效力 77
第一款 調解成立 77
第二款 調解不成立 78
第三款 調解之無效、撤銷 78
第四項 履約爭議調解之特色 79
第三節 先調後仲之模式 80
第一項 先調後仲之修法緣由 80
第二項 適用要件 81
第一款 工程採購所生之履約爭議 82
第二款 採購申訴委員會已作成調解建議或調解方案 82
第三款 因機關不同意致調解不成立 82
第三項 先調後仲修正之影響 83
第四項 先調後仲之意義 84
第四節 公共工程履約爭議解決機制之改善 85
第一項 現行公共工程履約爭議之問題 85
第一款 調解建議與調解方案之適用疑義 85
第二款 調解成立之效力未受司法審查 86
第三款 先調後仲之強制仲裁合憲性 86
第二項 其他履約爭議處理方式 88
第一款 爭議審議機制(DB) 88
第二款 混合程序 91
第三款 外國解決工程爭議之趨勢 93

第五節 小結 94
第五章 勞資爭議之調解 97
第一節 勞資爭議之概述 97
第一項 勞資爭議之定義 97
第二項 勞動關係之特性 98
第三項 我國勞資爭議之現況 100
第二節 勞資爭議調解機制之運作 102
第一項 勞資爭議處理法之修正 102
第二項 爭議處理機關 102
第三項 勞資爭議處理法之調解程序 104
第一款 權利事項與調整事項之區分 104
第二款 調解程序之開啟 104
第三款 「指派調解人」之調解程序 106
第四款 組成「勞資爭議調解委員會」之調解程序 108
第五款 行為限制 110
第四項 調解之效力 110
第一款 調解成立 110
第二款 調解不成立 111
第五項 調解與仲裁之關係 111
第三節 勞資爭議調解機制之改善 113
第一項 勞資爭議調解機制之問題 113
第一款 調解人與調解委員之檢視 113
第二款 調解程序與調解機關之檢討 115
第三款 調解成立之效力問題 116
第二項 比較法上勞資爭議處理模式介紹 117
第一款 德國制度 117
第二款 美國制度 119
第三項 勞資爭議調解機制之展望 120
第四節 小結 123
第六章 調解機制之比較檢視 124
第一節 調解機制主要內涵 124
第一項 爭議特性 124
第一款 爭議性質 124
第二款 處理原則 125
第二項 規範模式 125
第一款 法源依據 125
第二款 規範目的 125

第三款 規範對象 126
第三項 爭議處理機構 126
第一款 爭議處理機構型態 126
第二款 主管機關 127
第四項 爭議處理程序 128
第一款 程序之開啟 128
第二款 處理流程 129
第三款 審理原則 130
第五項 處理時效 130
第六項 決定之拘束力 131
第二節 調解機制圖表比較 133
第三節 調解機制之合憲性評估 134
第七章 結論 137

國立政治大學 National Chengchi University

第一章 緒論

第一節 研究動機暨研究目的

第一項 研究動機

紛爭，並非本質之惡，而是人與人之間關係的自然表現，爭端適度的存在，證明了社會的健全發展[1]，爭議發生首重解決，紛爭調整過程本身即是引導出解決方法之本體。隨著社會情勢之快速變遷及價值觀之多元化，有關社會上之價值、利益分配、對立狀況趨於流動化及複雜化，紛爭事件之質與量不僅多且異於往昔，在型態、內容上產生多樣、繁複之趨勢。此種變化，不但實際上擴大了紛爭解決過程之困難，亦引發紛爭解決機能觀之嬗變。紛爭之處理如何因應社會交往之多元化、快速化、資訊科技化、國際化等需求，已成為重要課題。

民事爭議主要解決途徑，仰賴法院訴訟，由司法機關介入私人爭執，並賦予確定力及執行力，達到定紛止爭之效，惟司法程序過於複雜冗長，欠缺效率，使人民權益不能即時獲得保障，司法人員對於特殊案件之專業無法面面俱到，折損司法公信力，以至於司法雖力求革新，卻一直趕不上時代的需要，不能滿足人民的需求。從而，透過訴訟外紛爭解決機制以補缺，利用訴訟以外之多元管道，如和解、調解、仲裁等，得以針對紛爭性質的不同，依照其衝突的內容及內在結構的不同，提供特殊之程序形式，尋求更適切的解決方法，以資解決。其中，「和解」為當事人間之契約，由其自主形成，「仲裁」訂有仲裁法規範其程序運作，「調解」除了民事訴訟法之調解程序外，訴訟外調解種類十分多元豐富，散落在各個相關規定中，本文亟欲以具有多樣類型之訴訟外調解為核心，探討訴訟外調解於我國之發展。

第二項 研究目的

[1]井上治典，《ブリッジブック民事訴訟法》，頁 3，2006 年 2 月。

調解係藉由調解人協助當事人解決紛爭之方式，依據調解人之調解方法，可區分為「促進式調解」與「評價式調解」。在促進式調解中，調解人是程序的促進者，協助各方釐清各別的立場與利益，鼓勵各方理解、甚至肯認他方的利益；輔佐各方發展、提出適切反映利益的方案。調解人會避免提出調解方案，也避免對各種方案提出評價，以維持調解人中立的地位。評價式調解則是透過調解人對於紛爭做出評價，提供與爭議有關的法律、事實和證據的意見，嘗試藉此說服爭議各方解決糾紛，為我國訴訟外調解之規範特色。

本文以評價式調解為開展，觀察訴訟外紛爭解決機制於我國之實踐，欲瞭解訴訟外紛爭解決機制之價值與實益，探討訴訟外調解於法規範及實務操作層面之發展。我國訴訟外紛爭解決機制之評價式調解，多與行政權結合，吾人試想，由專家介入調解程序，以其專業與經驗，輔以行政之權威性，促成紛爭之解決，有助於行政目的之達成。

在觀察主題之選擇上，鄉鎮市調解可謂係訴訟外調解之重要篇章，由於鄉鎮市調解發展較為悠久，已有相當之研究文獻，故本文不再納為探討對象。為彰顯訴訟外調解對於訴訟程序之缺乏效率與專業之彌補功能，本文採擇特定專法中之調解機制為研究。

《金融消費者保護法》於民國 100 年 6 月 29 日公布，於同年 12 月 30 日施行，建立金融消費爭議之評議機制；《政府採購法》於 91 年 2 月 6 日修正，將履約爭議調解置於第六章爭議處理，並增訂相關規定；《勞資爭議處理法》於 95 年開始全面、完整之修訂作業，98 年 6 月 5 日公布全文 66 條，明訂本法之立法目的、勞資爭議處理之解決原則，以示消弭勞資糾紛，保障勞工權益，穩定勞動關係之意。以上三法，所涉及者均係影響公共利益甚大之爭議事件，與公眾生活息息相關，成為本文所欲觀察其實踐之對象。

本文於個別之調解程序，以調解機構之設置、調解程序之進行及調解成立之效力為三大重點，檢視金融消費爭議之評議、公共工程履約爭議調解及勞資爭議調解之運作與成效，並分析三者之間模式之差異，提出三者目前運行所產生之問題，期能拋磚引玉，引起對於訴訟外調解制度之通盤檢討。

第二節 研究範圍

我國訴訟外調解種類十分多元豐富，除鄉鎮市調解、仲裁法上之調解外，現行法針對特殊爭議類型，有不同的調解規範，亦由不同之機關為之，可見調解於訴訟外紛爭解決機制中，扮演十足輕重之角色，於紛爭之處理發揮一定之功能。

吾人可觀察到，我國訴訟外調解之相關規範，多係以評價式調解模式建構調解程序，本文遂以近來修正且與公共利益密切相關之《金融消費者保護法》、《政府採購法》及《勞資爭議處理法》中之調解程序，即金融消費爭議之評議、公共工程履約爭議調解及勞資爭議調解為觀察對象，蒐集立法資料，自法規範層面理解調解程序之設計，參考期刊文獻，以探求制度之問題與改進之道，輔以外國立法例及比較法上其他爭議處理方式做為借鏡，思以對於觀察對象為一概略性研究。

第三節 研究架構

本文以訴訟外紛爭解決機制之概念為出發，自第二章開始概述訴訟外紛爭解決機制，探求訴訟外紛爭解決機制之意義及背景，分析訴訟外紛爭解決機制之功能及優缺點，探求訴訟外紛爭解決機制於我國之法理，提出訴訟外調解於我國發展之觀察，以我國訴訟外調解之重要特色—評價式調解模式為本文之核心。

第三章至第五章，分別介紹金融消費爭議之評議、公共工程履約爭議調解及勞資爭議調解。首先，自爭議之特性與規範層面了解爭議之概況，進而檢視爭議

處理程序之運作，以爭議處理機構之設置、爭議處理程序及爭議處理之效力為三項研究重點，討論評價式調解與行政權結合之實益，末就爭議處理機制現有問題進行檢討，並以外國立法例或其他爭議處理模式作為比較借鏡之對象，期能改善現制，展望未來。

第六章為調解機制之比較檢視，回顧第三章至第五章金融消費爭議評議、公共工程履約爭議調解及勞資爭議調解之研究內容並且彙整分析，檢視其主要內涵，比較其間之差異，提出調解機制比較圖表。對於金融消費爭議評議、公共工程履約爭議調解及勞資爭議調解，其評價式調解模式採取行政權介入方式為之，進行合憲性評估。

第七章結論為本文之研究心得，我國受大陸法系影響，司法壟斷之想法根深蒂固，調解制度之設置本意，以降低成本方式尋求法律上正確解決之意味濃厚，評價式調解實係訴訟程序之替代品。評價式調解與行政權結合之重要性在於紛爭解決與行政目的之達成。在評價式調解中，借重調解人之專業，針對特定領域之紛爭，調解人根據專門知識與經驗提出調解建議、調解方案，供雙方當事人參考，促成當事人合意解決紛爭。金融消費爭議評議、公共工程履約爭議調解及勞資爭議調解採取行政性 ADR，行政權適度介入，使得各該立法目的得以實現。

第二章　訴訟外紛爭解決機制概說

第一節 訴訟外紛爭解決機制之介紹

第一項 訴訟外紛爭解決機制之意義

依 Black's law dictionary 之定義，訴訟外紛爭解決機制(Alternative Dispute Resolution)係:「依訴訟以外之方式解決紛爭之程序，例如仲裁或調解，簡稱為 ADR[2]。」

ADR 可以被定義為所有法律允許的訴訟以外解決紛爭之程序，此定義(或類似定義)被廣泛使用，但 ADR 的支持者可能會反對，因為這樣的定義會給人一錯誤印象，即訴訟是紛爭解決之常態或是標準程序，而 ADR 是異常的或非正規的途徑，即有認為 ADR 乃現代社會伴隨複雜多樣化的法律紛爭增加的裁判外各種代替的紛爭解決程序[3]。實則，訴訟外紛爭解決方式早於訴訟程序被頻繁的使用，尤其是協商，即便是有律師涉入之紛爭，協商之於紛爭之解決仍係較訴訟廣泛使用之途徑。ADR 並非因訴訟為正統而被定義為訴訟以外之程序，ADR 被定義為訴訟以外紛爭解決方式係因訴訟為法律上預設之方式使然[4]。

第二項 訴訟外紛爭解決機制之起源

訴訟外紛爭解決機制(以下簡稱為 ADR)可謂係「美國人的發明」。在 1960 年代，美國法治社會之形成過程中，面臨了太多的法律、太多的訴訟、太多的法律糾纏及太多的律師(too many laws, too many lawsuits, too many legal entanglement, too many lawyers[5])，法院案件逐漸堆積(pileup in the courts)，產生訴訟爆炸(litigation explosion)之現象，儼然係一訴訟社會(litigious society)。如此情形，不

[2]Bryan A. Garner, editor in chief. Black's law dictionary. West, 9th ed.(2009).
[3]田中成明，《現代社会と裁判ー民事訴訟の位置と役割》，頁 45，1997 年，1 月。
[4]Ware,Alternative Dispute Resolution §1.5, at5-6(2001) 轉引自註 2 書。
[5]The New York Times(July 13, 1983), New York law school appoints a new dean, By William G. Blair.

僅判決品質受影響，連帶導致民間與政府行政效率大減，民怨橫生。當時，哈佛大學法學院校長 Derek Bok 即出面呼籲美國司法制度應進行重大改革，對於爭議的解決尋找訴訟外的解決辦法[6]。自此之後 ADR 便在美國逐步發展。

ADR 在美國司法制度之運作情形為，各法院在開始審理程序以前，先研究爭議事實，並選擇妥善之 ADR 方法，作為解決爭議之處理。詳言之，法院先將 ADR 作為審理前之程序或輔助性程序來解決糾紛，以替代傳統訴訟。若 ADR 能達成解決爭議之任務，即無需進一步的使用訴訟程序來解決爭議[7]。經由法院、行政單位之重視、民間團體支持及律師公會之配合，ADR 在美國推展之成效斐然。

第三項 訴訟外紛爭解決機制之發展

由於產業複雜化及社會變遷，民事紛爭之數量及態樣日趨多元，各國之訴訟案件，隨著人民權利意識之覺醒或抬頭，已有逐漸增加之趨勢[8]，「訴訟洪水」(Prozessflut)造成堆積如山之未結案，終致法院不勝負荷而導致訴訟嚴重拖延，難以有效實現權利、伸張正義；含律師報酬在內之訴訟費用過於高昂，招致利用裁判制度之困難；限於人力、物力、法院難再擴大其處理事務之能量；多樣化之紛爭事件亦有特需深入探求其發生背景者，並非均宜由法院依法處理(legalism)而循裁判制度解決之[9]，蓋隨時代發展而生之紛爭多樣複雜，許多私權爭執尚涉及高度專門知識與技術，囿於目前法學教育及法官養成制度，職司審判之職業法官，於其他專業領域恐不具有相當之能力，自難期待其作出符合專業之判斷與判決，於此難以獲得人民之信賴[10]。

[6]藍瀛芳，簡述訴訟外解決爭議的方法(A.D.R)，商務仲裁，44 期，頁 2，1996 年 12 月。
[7]藍瀛芳，同註 6 文，頁 3。
[8]李家慶，「我國訴訟外紛爭解決機制之發展現況與檢討」，收錄於理律法律事務所著《訴訟外紛爭解決機制》，頁 23，2012 年 2 月。
[9]邱聯恭，《程序選擇權論》，頁 181，2000 年 9 月。
[10]李家慶，同註 8 文，頁 23。

訴訟與訴訟外紛爭解決機制均係人民解決紛爭之管道，期能發揮定紛止爭之功能，但無可諱言者係，因訴訟制度所面臨之外界壓力及其固有特性，反映其所處之困境，體現在:人民權利意識抬頭，訴訟量激增，積案嚴重；訴訟遲延，遲來的正義已非正義，削弱解決糾紛之功能；訴訟費用高昂，當事人負擔增加；程序複雜，當事人參與訴訟往往需借助律師；判決結果不符合當事人期望；訴訟之對抗性使當事人之關係難以修復；公開審判使當事人之隱私及商業秘密暴露於眾等等，成為阻礙通往正義的主要原因[11]。顯見訴訟制度無法充分保障人民權利，達到司法為民之目的。從「質」的角度，ADR 係一與訴訟異質且具有多元特性之爭端解決途徑，自「量」的立場，藉由多樣性的 ADR 回應當今社會紛爭解決之需求。ADR 的目標係在提升紛爭解決之品質[12]，訴訟外紛爭解決機制乃應運發展。

推廣 ADR 運動的目的在於，減輕法院案件負荷與開支、減少當事人所耗費的費用和時間、迅速解決擾亂社會關係和當事人生活的糾紛、改善公眾對司法系統的滿意程度、鼓勵符合當事人需要的解決方案、增加對解決方案的自覺遵守程度、恢復社會價值的影響及凝聚力、為發生糾紛的人們提供可以使用的公用討論場所、教導公眾用比訴訟更有效之方式解決糾紛[13]。現代 ADR 的制度理念乃「解決爭議」到「援助自主的紛爭交涉」，即對於當事人作為程序主體的尊重及援助，激化對於爭議關係的了解，導入多元價值及利害關係[14]。

20 世紀的司法改革，開始推動司法融入多元訴訟外紛爭解決機制。透過對於司法或正義的擴大解釋，將正義與司法(法院)區分開來，把糾紛解決的功能從

[11]齊樹潔，「訴訟調解制度」，收錄於氏者編《糾紛解決與和諧社會》，頁 103-104，2010 年 7 月。
[12]若林安雄，「イギリスにける正義へのアクセス」，收錄於小島武司、谷口安平編著《裁判 • 紛争処理の比較研究(上)》一書，頁 26，1982 年，5 月。
[13]斯蒂芬.B.戈德堡等著，蔡彥敏、曾宇、劉晶晶譯，《糾紛解決:談判調解和其他機制》，頁 8，，2004 年 12 月。
[14]和田仁孝，「現代における紛争処理ニーズの特質と ADR の機能理念—キュアモデルからケアモデルへ」，收錄於早川吉尚等人編著《ADR の基本座視》一書，頁 179-182，2004 年 7 月。

法院向社會化的 ADR 轉移，通過 ADR 強化社會解決紛爭的能力，使更多的社會主體及當事人能及時、便捷、經濟、平和地處理爭議[15]。

第四項 訴訟外紛爭解決機制之功能

ADR 作為以訴訟制度解決紛爭以外之「解決爭議的替代方法」，其係訴訟外解決爭議之概括性用語。考量諸如紛爭之性格、專門知識之必要性，透過訴訟外紛爭解決機制而非法院解決更為適切[16]。ADR 之運作主要功能如下[17]:

1. 由第三人擔任專家角色，提供專業服務。

   在 ADR 程序中，第三人可以擔任專家的角色，提供其專業服務。有就爭議之內容，提供意見供雙方參酌；有就爭議內容提供 ADR 的方法，而由當事人選擇其方法或設計解決此爭議之 ADR 程序者。

2. 第三人介入，發揮穿梭外交之功能。

   按私權爭議之所以無法解決，最基本的原因是當事人的溝通中斷，雙方意見無法暢通。此時藉由第三人之介入，使當事人之談判得以暢通，進而找尋解決問題之方法。

3. 當事人參與解決實體問題。

   ADR 程序中，緩和強制要素，重視柔軟的解決紛爭[18]，當事人本身有參與解決爭議之機會，ADR 的運作及結果主要取決於當事人的處分權和合意。縱使解決方案係由第三人所提議，是否接受仍須經過當事人本身決定。因而，依 ADR 而解決之爭議往往被認為係基於當事人共同接受之正義，此乃 ADR 被稱之為更徹底的「新當事人主義」緣由所在[19]。

第五項 訴訟外紛爭解決機制之優缺點

[15]范愉，《糾紛解決的理論與實踐》，頁 168-169，2007 年 11 月。
[16]小林秀之，《新民事訴訟法がわかる》，頁 89，1999 年 7 月。
[17]以下參照藍瀛芳，同註 6 文，頁 8。
[18]新堂幸司，《新民事訴訟法》，頁 13，2006 年 11 月。
[19]范愉，同註 15，頁 143。

相較於訴訟制度而言，ADR 具有去法制化(delegalization)、去形式化(deformalization)及去職業法官審判化(deprofessionalization)之特性[20]，即 ADR 程序上的非正式性、紛爭解決基準上的非法律化、紛爭解決主體的非職業化、糾紛解決過程的非對抗性[21]。ADR 所具有之優缺點，簡述如下[22]:

第一款 ADR 之優點

1. 接受性容易

對當事人而言，只要經過專人說明，很容易了解其程序。且當事人可自行決定其出席時間及地點，且氣氛和諧，無法庭上嚴肅、對立氣氛，可使當事人感受自身利益及責任所在而親自參與，結果亦較易被接受。

2. 迅速性

在訴訟制度下，爭議之解決需經法院形式嚴格之訴訟程序，其過程可能費日耗時。然而多數之 ADR 因程序之自由化，且有當事人參與，糾紛往往得以較為迅速解決。

3. 經濟性

訴訟之對抗性最大的癥結就是其程序緩慢，可能隨時間產生龐大之費用負擔。ADR 之迅速性與其程序之簡單化，使當事人得以節省鉅額費用。

4. 變通性

[20]石川明，「我が国における裁判外紛争解決制度(ADR)の諸問題」，收錄於石川明、三上威彦編著《比較 裁判外紛争解決制度》，頁 4，1997 年 12 月。
[21]小島武司，《裁判外紛争処理と法の支配》，頁 153，2000 年 7 月。
[22]以下整理自藍瀛芳，同註 6 文，頁 9-10；藍瀛芳，訴訟外解決爭議的方法(ADR)之現代功能與展望，全國律師，第 37 期，頁 38，1999 年 3 月；李尚宇，公共工程履約爭議解決機制之比較研究-以訴訟外紛爭解決機制為中心，東吳大學法律學系碩士論文，頁 40-41，2012 年 7 月。

ADR 存在自由性及併存性。特定之 ADR 係經當事人決定選用，然若其後認為所選定之 ADR 對於爭議之解決有所不妥，亦得在嗣後予以改用其他 ADR 程序。在特殊情形，只要當事人合意，亦可針對爭議性質，設計或規劃妥適之 ADR，具有極大彈性及程序規則自主性，得以靈活運用。

5. 重要問題的解決

ADR 程序中，當事人就特殊性或專業性之爭亦可委請專家協助解決，於程序中發現之爭論，亦可經雙方同意予以一併解決。有別於訴訟，法官僅能針對當事人請求之爭議事項予以判斷。

6. 交易關係之維護

ADR 係以非對抗性程序進行，無從激化雙方對立，經由 ADR 程序解決問題之雙方當事人多能繼續維持交易關係，不致因而喪失往後繼續合作之機會。

7. 守密性

與訴訟之公開原則不同，ADR 不但程序不公開，且第三人亦有守密義務，尤其商業上機密，不因 ADR 的特定程序使用而曝光，此在維護商業機密之功能上，顯然勝出。

第二款 ADR 之缺點

除了仲裁判斷之外，當事人依 ADR 程序所達成之解決方法，唯有雙方同意始具「終局性」，此種終局性僅具契約性質，即相對性，與訴訟之確定判決不同。另 ADR 本質為無拘束性的程序，此種程序制度之採用有時候不但不能徹底解決爭端，甚至產生新的糾紛。例如雙方若欠缺彼此所必要之誠信而使用 ADR，程序進行的結果恐怕只是時間、精力的

浪費，此時的 ADR 毋寧成了 Another Drain Resources(另一種資源的浪費)的代用語而已。又如有心之當事人欲以 ADR 達成不當目的(例如收集對方資料),此種濫用可能衍生雙方怨懟,而使 ADR 成為 Apocalyptical Dispute Resurrection(啟示式爭端的復燃)之肇因。由於 ADR 效力之侷限，因此，只有雙方當事人基於誠心解決爭議時，始能發揮解決紛爭之實益。

第二節 訴訟外紛爭解決機制於我國之法理探求

第一項 裁判權壟斷原則

基於法治國原則及權力分立原則，可推得國家之裁判權壟斷原則，又稱法官壟斷原則，紛爭之解決，最終應確保其能獲得獨立、公正之法官審判。國家剝奪人民自力救濟之權利後，即應保障其有受法院裁判之權利，而為國家基本任務之一[23]。惟在民事私權糾紛，當事人對於其權利或法律關係具有處分權，基於特殊考量，設立訴訟外紛爭解決機制，承認其為裁判權壟斷原則之例外[24]。

第二項 程序主體性原則

我國《憲法》在承認國民主權之同時，亦保障國民享有自由權、訴訟權、財產權、平等權及生存權。論者基於憲法基本權保障規定認為，在一定範圍內，應肯定國民之法主體性，並對於當事人及程序之利害關係人賦予程序主體權(程序主體地位)，即所謂程序主體性原則[25]。本此原則，紛爭當事人作為程序主體，應為參與形成、發現及適用「法」之主體，民事程序制度之構思、設計及運作應兼顧程序主體之實體利益(發現真實)與程序利益(促進訴訟)，以追求確定發現真實與促進程序之平衡點上之「真實」即「法」為首要目標，並應在無害於公益(全

[23]姜世明,《法院組織法》,頁 13-14，3 版，2012 年 2 月。
[24]姜世明，裁判權壟斷原則與強制仲裁之違憲性，月旦法學教室，124 期，頁 34，2013 年 2 月。
[25]邱聯恭，同註 9 書，頁 30。

國納稅人使用程序制度之利益)之一定範圍內，賦予人民及程序當事人有程序選擇權，俾其得有機會選擇較有助於平衡追求實體利益與程序利益之程序制度(紛爭解決制度)，而確保、鞏固其程序主體地位[26]。

本於憲法上法理基礎，程序選擇權具有程序法上基本權性。論者指出，程序選擇權之運用於以裁判外紛爭處理方式代替裁判，值得重視[27]。蓋裁判外紛爭之處理，可由下列三點評價。其一，擴大接近正義之可能性。對於不適合使用訴訟裁判制度解決紛爭之事件類型，如果能擴大使用裁判外紛爭解決制度之可能性，則對於此類案件，亦相對地等於擴大了其接近正義之機會與可能性。其二，合理分配司法資源。這是因為擴大了裁判外紛爭解決制度之利用可能性，相對地減輕了法院法官之負擔，有利於適當調整司法資源之分配，使司法資源能夠合理分配於其他更需求循裁判方式解決紛爭之事件類型。其三，謀求具體妥當解決紛爭。亦即，適度擴大裁判外紛爭解決制度之利用可能性，對於一些不適合於利用訴訟裁判，而比較適合於循裁判外紛爭解決方法處理之事件類型而言，可說賦予其有具體妥當解決紛爭之機會。並且，裁判外紛爭解決制度具有節省勞力、時間、費用之長處，就特定之紛爭類型(即需求利用裁判外紛爭解決制度之紛爭類型)而言，亦可說賦予相關當事人達成迅速而經濟的解決紛爭機會之程序保障。不僅強調慎重而正確之程序保障，而是同時賦予迅速而經濟地利用程序制度之程序保障[28]。從而，自人民立場而言，當事人有權依照其紛爭事件類型，請求國家給予即時且適當之訴訟、非訟及各種紛爭解決程序，以便當事人主張權利、解決紛爭。即國家負有按照事件類型不同，給予人民適合解決該事件之程序[29]，憲法應擴大人民擁有請求國家普設替代法院訴訟的多元、多樣排解人民間糾紛的靈活機制的權利[30]。法律紛爭的合理且和平地解決是法治國家權利保護之課題與義務。即使發生

[26]邱聯恭，同註 9 書，頁 35。
[27]邱聯恭，《程序制度機能論》，頁 274-275，1996 年 8 月。
[28]邱聯恭，同註 27 書，頁 274-275。
[29]邱聯恭，《司法之現代化與程序法》，頁 321，1998 年 9 月。
[30]林輝煌，發展精緻多元的糾紛解決機制疏減訟源，司法新聲，100 期，頁 100，2011 年 10 月。

紛爭，透過當事者間的協議得出合意的話，也能夠和平地解決。這樣的程序基本上是關於紛爭解決之有效率的方法，然而交涉決裂，或者從一開始就要求司法程序的話，就必須透過國家的介入來解決。此時，國家即遵循實定法規定，步入司法程序。裁判請求權與對於國家的各種請求權是依據憲法的規定，作為保護權利的方法而被制定。但是，這樣的司法保障的典型方法，會碰上許多的現實上的問題，無法完全地保護權利[31]。21 世紀民事紛爭處理制度之改革，除應繼續設法健全裁判制度以外，亦應同時著力於探討擴充調解、仲裁、談判交涉等各種訴訟外紛爭處理制度之可能性，藉以促使其發揮近於或同於裁判制度之解決紛爭功能，並探尋足資利用之「民事司法之代替制」或「裁判之代替制」[32]。

憲法第 16 條對於訴訟權之權利內涵，非僅止於救濟程序之存在而已，更有人民得創設、參與、形成一定救濟程序之意義[33]。是以，人民可選選擇合理途徑解決爭端，於法院訴訟外，和解、調解及仲裁制度，均是法律上確實存在的訴訟替代選擇，亦是充實權利保護請求權之機制，廣義訴訟權應包括選擇等同於審判機制以保護權利或解決爭端之權利，此即「程序選擇權」[34]。

第三項 釋字 591 號解釋

司法院大法官釋字第五九一號解釋之解釋文指出：「憲法第十六條所保障之訴訟權，旨在確保人民於其權利受侵害時，有依法定程序提起訴訟，並受法院公平審判之權利。惟訴訟應循之程序及相關要件，立法機關得衡量訴訟案件之種類、性質、訴訟制度之功能及訴訟外解決紛爭之法定途徑等因素，為正當合理之規定；倘其規範內容合乎上開意旨，且有其必要性者，即與憲法保障訴訟權之意旨無違。民事紛爭事件之類型，因社會經濟活動之變遷趨於多樣化，為期定分止爭，國家除設立訴訟制度外，尚有仲裁及其他非訴訟之機制。基於國民主權原理及憲法對

[31]金湲謙，「憲法上の司法保障請求権と ADR」，收錄於小島武司編著《ADR の実際と理論 II》一書，頁 319-320，2005 年 3 月。
[32]邱聯恭，同註 9 書，頁 181。
[33]曾品傑，我國消費爭議調解制度之回顧與前瞻，中正財經法學，第 1 期，頁 131，2010 年 1 月。
[34]李念祖，《司法者的憲法》，頁 113，2000 年 8 月。

人民基本權利之保障，人民既為私法上之權利主體，於程序上亦應居於主體地位，俾其享有程序處分權及程序選擇權，於無礙公益之一定範圍內，得以合意選擇循訴訟或其他法定之非訴訟程序處理爭議[35]。」亦可見將訴訟外紛爭解決機制立於憲法之基礎加以闡釋。

第三節 訴訟外紛爭解決機制之態樣

所謂之 ADR，係當事人自主、自決、雙方合意之共同解決紛爭之方法[36]。詳言之，ADR 提供一些爭議處理解決之程序，由當事人就案件之特殊性質，任擇其中一種程序獨立解決或數種程序搭配運作，甚至只要當事人同意，由其自行發明紛爭解決方法亦可，態樣眾多。由於現代社會生活多元而複雜之需求，本質上需要多樣化之糾紛解決方式，使社會與紛爭當事人有更多之選擇權。當代 ADR 發展最顯著之特徵與趨勢，在於發展格局與形式之多元性與多樣化，各色各樣之紛爭解決機制，以其具有之功能與特性，連結成互補、得以靈活運用，滿足社會實際需求的程序體系，ADR 乃當代社會一種極富彈性及生命力之機制[37]。紛爭之解決途徑或方法，包括:1.和解(settlement)；2.調解(conciliation)與調停(mediation)；3.仲裁(arbitration)；4.迷你法庭(Mini-trial)、爭議審查委員會(Dispute Review Board)等[38]。於我國目前 ADR 之發展，以和解、調解、仲裁較為常見，以下概略介紹之。

第一項 和解

按《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。蓋和解係私人間之合意行為，雙方當事人約定互相讓

[35]司法院釋字第 591 號解釋。
[36]陳希佳，「訴訟外紛爭解決機制(ADR)的態樣有哪些？」，收錄於古嘉諄等人合著《民事調解理論與技巧：100 個重要問題》，頁 7，2010 年 12 月。
[37]吳光明，從金融風暴論訴訟外糾紛解決(ADR)機制，法令月刊，第 60 卷第 10 期，頁 88-89，2009 年 10 月。
[38]李家慶，同註 8 文，頁 22。

步，以終止爭執或防止爭執發生之法律行為[39]。和解須由當事人互作讓步，以達止息爭議之目的。私權紛爭，如能由當事人自行和解解決，則雙方當事人得以維持和睦關係[40]。且出於誠意之表現，通常均能依約定內容履行和解。

按《民法》第 737 條意旨，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。惟因和解僅係一種契約，倘當事人不依和解自動履行，無法僅憑和解契約請求法院施以強制力強迫履行，仍須依和解契約之約定訴請法院裁判之，和解結果並無絕對保障。

和解制度有其無法根本解決紛爭之缺陷，相較於此，訴訟上和解，反而較具有爭端解決之實質效果。所謂訴訟上和解，係指當事人於訴訟繫屬中，在受訴法院或受命法官、受託法官前，約定互相讓步以終止爭執，同時以終結訴訟之全部或一部為目的之訴訟行為[41]。依《民事訴訟法》第 377 條第 1 項規定，法院不問訴訟程度如何，得隨時試行和解。受命法官或受託法官亦得為之。訴訟上和解，依《民事訴訟法》第 380 條第 1 項規定，與確定判決有同一之效力，且法院之和解筆錄得成為執行名義，《強制執行法》第 4 條第 1 項第 3 款定有明文，是故，較具有爭議解決之效果。

第二項 調解

和解係當事人雙方互相讓步，不以有第三人從中斡旋為必要，然而，在當事人雙方各持己見，形成僵持，若能藉由第三人介入居中協調，或許較易促使雙方達成讓步之共識，進而解決紛爭[42]。對於此種透過第三者介入居間調和雙方爭執之制度，是為調解。

[39]姜世明，《民事訴訟法上冊》，頁 51，3 版，2014 年 9 月。
[40]陳榮宗、林慶苗，《民事訴訟法(上)》，頁 21，8 版，2013 年 11 月。
[41]李家慶，如何利用和解、調解或仲裁程序解決爭議？-第三者出面別爭了，法律與你，第 64 期，頁 62-63，1999 年 2 月。
[42]李家慶，同註 41，頁 64。

調解在我國法律上可分為民事訴訟法之調解程序及訴訟外調解。前者係指法院之調解，係基於疏減訟源政策或為簡化對輕微事件之迅速處理，或基於身分關係之特性要求，由法院依《民事訴訟法》第 403 條以下之調解程序，勸諭當事人互相讓步解決民事糾紛之制度[43]。進行法院調解之民事事件分為兩類，一為強制調解事件，另一為任意調解事件。民事訴訟法規定，起訴前應先經法院調解而未成立，始得提起訴訟之事件，係為強制調解事件，例如《民事訴訟法》第 403 條規定之事件。所謂任意調解事件，依《民事訴訟法》第 404 條規定，係指不合於強制調解規定之事件，當事人於起訴前自行聲請法院為其進行調解之事件。法院調解成立者，與訴訟上和解有同一之效力，是故，法院成立之調解，其效力與法院確定判決相同，得據以對當事人為強制執行[44]。

至於訴訟外調解，其種類甚多，係由中立之第三人，即調解人，協助雙方當事人溝通，就爭議之解決方式提出不具拘束力的意見[45]，使當事人接受，或利用其技術促使雙方進行談判，自願達成協議以解決紛爭。例如，由職業團體進行之調處、政府機關之調解或調處、鄉鎮市公所調解委員會、耕地租佃委員會、勞資爭議委員會之調解或調處等是。

第三項 仲裁

仲裁係當事人間依「意思自主、契約自由」之原則，由當事人就其現在或將來之爭議，訂定仲裁協議，於雙方所約定之私權發生糾紛時，選任仲裁人就紛爭事件為仲裁判斷之解決方式[46]。仲裁協議乃訴訟契約之一種，為程序選擇權之一

[43]陳榮宗、林慶苗，同註 40，頁 24。
[44]姜世明，同註 39，頁 53。
[45]井上治典，同註 1，頁 5。
[46]山田文「裁判外紛争処理方法と手続法」,收錄於小島武司、伊藤真編著《裁判外紛争処理法》，頁 25，1999 年 5 月。

環。仲裁人組成之仲裁庭最終須做出裁決，其判斷基礎為案件事實，應適用法律及所謂「公平正義原則」，裁決內容不一定為雙方同意，但必須接受[47]。

仲裁制度之特性，包括:1.仲裁係私人之仲裁人所進行之法定程序，仲裁人由當事人自行選任，具有信賴之意義，當事人對自己選任之仲裁人所為之判斷結果較能信服。2.當事人之爭議事項多為各種專門行業之特殊問題，非一般法官之專長，由當事人就爭議事項有關之專家人士選為仲裁人，重視專業內之實際公平，其所為仲裁結果較能為同係該行業之雙方當事人所接受，不生外行人判斷內行人之不妥現象。3.仲裁程序僅係一次仲裁判斷而確定終結，並無上訴救濟程序，能迅速解決商務糾紛，同時在費用負擔方面較訴訟為低。4.在國際貿易上各國司法效能不一，欠缺信賴基礎，因而仲裁之需要乃被強化。5.依據《仲裁法》第 37 條之規定，仲裁之判斷，於當事人間，與法院之確定判決有同一之效力，具有解決紛爭之實效性。6.仲裁程序之進行，可由當事人充分彈性地選擇仲裁地點、程序。並依《仲裁法》第 23 條規定，程序之進行不公開之。復依《仲裁法》第 15 條，仲裁人負有守密義務。具有隱密性，可藉此維持當事人和諧[48]。

第四節 調解制度於我國發展之觀察

第一項 民事訴訟法調解程序之改革

我國在 ADR 的發展上，將調解納入司法改革之一環，民國八十八年公布施行之民事訴訟法修正條文，展現了法院調解程序之新容貌，於九十二年、九十六年酌予修正。擴大強制調解之範圍，使當事人間因事件性質、居處環境或一定之親誼，特別需要維持彼此間之和諧關係；或系爭標的金額、價額太小，或所需調查之證據，認定事實特別繁瑣困難，進行訴訟程序顯然違反費用相當性原理；或事件具有濃厚非訟色彩，為解決紛爭所需之判斷主要在於斟酌決定兩造日後所應

[47]陳桂明，《程序理念與程序原則》，頁 213，2002 年 9 月。
[48]姜世明，同註 39，頁 55；陳榮宗、林慶苗，同註 40，頁 26-27。

有之權利義務關係，而非論斷當是非之過去者，納入調解前置主義[49]；擴大調解委員制並強化其功能，調解委員應選由各該紛爭事件具有其所需特殊專業知識之人充任，提供切合各該紛爭事件特性、需求之專業知識[50]；增設兼具仲裁性質之酌定調解條款[51]；導入程序法理交錯適用與程序轉換論之認知，紛爭當事人得以衡量糾紛所涉程序利害及實體利害之大小輕重，為程序之轉換運用[52]。

民事訴訟法之調解程序自當事人聲請、擬制聲請及合意移付調解開始，依民事訴訟法第 406 條之一規定，調解程序之實施，原則上先由簡易庭法官選任調解委員 1 人至 3 人進行調解，俟調解至相當程度有成立之望或有其他必要情形時，再報請法官到場。惟如當事人合意由法官調解，或案情簡單、爭執不大或特別需要迅速處理而經法官認為適當者，亦得逕由法官行之。

立法者認為，為擴大民事訴訟中調解程序之功能，辦理調解事件之法院應盡可能深入普及民間，以便利當事人使用調解制度[53]。調解委員制度之建立，可藉由具有專門知識或生活經驗豐富之社會公正人士參與調解，提升調解成立率，確實發揮調解消弭訟爭、減輕訟累之功能，同時更擴大國民參與司法運作，實現司法民主化之理念[54]。調解委員調解能否成功，繫乎當事人對於調解委員之信賴程度，如當事人對於法官選任之調解委員人選有異議，或兩造合意選任其他適當之人者，法院自宜另行選任或依其合意選任之[55]。訴訟繫屬中經兩造合意移付調解事件，原承審法官對案情知之最詳，由原承審法官依事件類型選任適當之調解委

[49]邱聯恭，同註 9 書，頁 184。
[50]邱聯恭，同註 9 書，頁 189-191。
[51]邱聯恭，同註 9 書，頁 192。
[52]邱聯恭，同註 9 書，頁 199-202。
[53]立法院法律系統，民事訴訟法修法沿革，
http://lis.ly.gov.tw/lgcgi/lglaw?@298:1804289383:f:NO%3DE04527*%20OR%20NO%3DB04527$$10$$$NO-PD (最後瀏覽日:2014/12/04)
[54]同註 53 (最後瀏覽日:2014/12/04)。
[55]同註 53 (最後瀏覽日:2014/12/04)。

員行調解，有助於促成調解，此類事件，亦得由原法院、受命法官或受託法官行之，俾彈性運用，以提昇調解成立率[56]。

調解程序進行中，法官或調解委員為使調解容易成立，得依職權為必要之處置，調解委員或法官行調解時，為審究事件關係及兩造爭議所在，得聽取當事人及其他關係人之陳述，並對事件有專門知識經驗之人之意見，察看現場或調解標的物之狀況，俾供參考之用。必要時，得由法院調查證據[57]、法院得禁止他造變更現狀、處分標的物、或命為一定行為或不行為[58]。按《民事訴訟法》第 414 條規定，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。意在要求法官或調解委員調解時之態度方法，法官或調解委員雖得酌擬平允方案，然雙方當事人不受其拘束[59]。

為加強調解功能，《民事訴訟法》第 415 條之一第 1 項規定，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。財產權爭議之調解，如兩造均有成立調解之意願，惟因無法即就具體調解內容獲致結論，而願由調解委員酌定調解條款者，調解委員自宜予以酌定，以杜訟爭，而保護當事人選擇程序之機會[60]。此在雙方當事人由於情感對立、利益衝突，難以做出公允判斷之場合，中立之調解人提出折衷方案以供爭議雙方斟酌，尤具意義[61]。同條第 4 項規定，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。同條第 3 項，調解委員不能依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。復依同條第 6 項規定，法官酌定之調解條款，於書記官記明於調解程序筆錄時，視為調解成立。

[56]同註 53 (最後瀏覽日:2014/12/04)。
[57]參見民事訴訟法第 413 條規定。
[58]參見民事訴訟法第 409 條之一規定。
[59]陳榮宗、林慶苗，《民事訴訟法(下)》，頁 864，5 版，2010 年 1 月。
[60]同註 53 (最後瀏覽日:2014/12/04)。
[61]何兵，《現代社會的糾紛解決》，頁 149，2003 年 1 月。

為強化調解制度之運用，依《民事訴訟法》第 417 條第 1 項規定，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。由法官所提出之解決方案，雙方當事人不能等閒視之，應慎重考慮可否接受此項方案，若不能接受時，應於送達後 10 日內提出異議，否則視為已依該調解方案成立調解[62]。

第二項 訴訟外調解之概述

於民事訴訟法調解程序之外，訴訟外調解以豐富多元之方式發展，值得吾人關注。

第一款 調解之意義

關於調解之定義，從字義上言，對於雙方爭議，從中調和排解，謂之調解[63]。在英文中，”Conciliation”和”Mediation”都可以翻譯成調解[64]。在 Black’s law dictionary 中，”Conciliation”是指和顏悅色的糾紛解決之道，由中立第三人協同雙方探求紛爭可能之解決方式[65]。論者指出，一般認為定義 Conciliation 是一個有點困難的任務。是因為 Conciliation 之用語在各種不同場合下有不同意義。其中一個定義為，指由第三人提供一個讓紛爭當事人討論的場合的程序，其中第三人的任務，在於進行調解場所或其他事項的安排並召集紛爭當事人，但該第三人不會介入當事人的紛爭解決本身。然而，也有其他的定義認為，第三者的角色不僅止於搓合紛爭當事者談判的場地等，而是及於一切有助於紛爭解決的事項。再者，也有人將 Conciliation 視為是 Mediation 的同義字來處理，有時它也被用來作為涵括非對立型爭端解決程序的所有概念。如此一來，Conciliation 便有許許多

[62]陳榮宗、林慶苗，同註 59，頁 865。
[63]姚瑞光，調解制度之研究，法令月刊，第 36 卷第 1 期，頁 3，1985 年 1 月。
[64]論者指出，對”Mediation”與”Conciliation”之嚴格區分在現代爭議解決體系中並無特殊之實際意義，隨著調解在全世界的迅速發展，人們更注重的是調解在糾紛解決中的實用價值。”Mediation”和”Conciliation”只是表達習慣不同，二者之涵義應是趨同而非擴大，甚至可互為換用。本文從之。參閱王生長，《仲裁與調解相結合的理論與實務》，頁 50，2000 年 1 月。
[65]同註 2。

多的意思，而成為一個極為不明確的概念[66]。“Mediation”係不具強制力的爭議解決方式，由中立第三人協助各方當事人，以期達成雙方合意的爭議解決方案[67]。係紛爭當事人在中立第三人的協助下先為爭點之整理，接著對於各項爭點的解決方法交換意見，最終互相讓步，對調和各項請求之解決方案達成雙方合意的程序[68]。

由於調解之意義難以精確定義，有時對於調解的詮釋，是透過列舉調解之要素為之。例如 1999 年美國統一州法全國委員會在其關於《統一調解法》的建議稿之說明報告中，有關調解之定義，其舉出 1.調解人不代表任何一方當事人之利益；2.調解人在當事人自己磋商解決其爭議時起協助作用，無權作出對當事人有約束力之裁定；3.調解人由一個合適的機構或當事人進行指定。其後於 2001 年正式公布之《統一調解法》，將調解定義為「一個由調解人促進雙方當事人的溝通和協商以協助他們就其爭議自願達成解決協議的程序[69]。」

綜合上述，本文將調解依據其性質與機能，界定為:「在中立第三人協助下，當事人自主解決糾紛之程序。」是以，第三人所扮演之角色、程序之進行及其如何發揮解決紛爭之功能，即成為本文所欲透過金融消費爭議、工程履約爭議及勞資爭議中調解制度之運作，觀察訴訟外調解制度於我國之實踐。

第二款 調解之特徵

調解之定義有其困難，吾人不妨自調解機制的特徵觀察其樣貌，調解制度所具有之特性在於[70]:

1. 調解之進行以紛爭當事人自願為前提

[66]赤羽智成「オーストラリア Mediation 制度の概要とその問題点」收錄於註 20 書，頁 144-145，1997 年 12 月。
[67]同註 2。
[68]赤羽智成，同註 66 文，頁 144-145。
[69]尹力，調解含義界說，貴州師範大學學報(社會科學報)，第 129 期，頁 17，2004 年 4 期。
[70]以下整理自齊樹潔，同註 11 文，頁 95-97；蔡文育，調解制度之研究-從訴訟外紛爭解決制度的角度出發，台灣大學法律研究所碩士論文，頁 28-30，1994 年 6 月。

調解程序之啟動、程序運作及調解結果之履行均取決於當事人之共同意願。由紛爭當事人自主形成合意、解決紛爭。

2. 調解是在中立第三方協助下進行紛爭解決活動

透過第三人居間協調，整理爭點，使紛爭明確化，協力提出解決方案，促成當事人解決紛爭之共識。

3. 調解之程序和適用規範具有廣泛選擇性

在調解程序，紛爭之解決係依當事人合意而形成，調解往往是在一種非對抗性、和諧的氣氛中進行，且其不受限於實體法之要件事實、法律效果及程序法上之訴訟程序要求，較能針對問題作成各種因應措施與安排，修正實定法的剛直性[71]。

4. 調解協議相當於契約，但是否具有司法性則取決於具體調解機構之性質和各國立法與實踐

調解協議本質上為當事人契約，惟根據各國法律規定規定，若調解係由司法機構或準司法機構主持，或調解協議經法院確認，調解協議即有與生效判決相同之效力。

第三款 調解之功能

面對法院一刀兩斷之裁判方式，與訴訟程序之花錢費時，未必能真正妥適地解決紛爭，日本學者井上治典提倡「第三波理論」，即主張應避免訴訟判決之非黑即白、全有全無式的判斷[72]。調解程序，得以簡易迅速以及根據糾紛的實際情況靈活多樣地加以解決，於紛爭解決成本與解決內容二方面充分發揮，帶來良好效果。調解制度之運作，所展現之功能有[73]:

1. 費用之減省

[71]石川明，《調停法学のすすめ—ADR 私論》，頁 5，1999 年 1 月。
[72]王亞新，《對抗與判定—日本民事訴訟的基本結構》，頁 220，2 版，2010 年 6 月。
[73]以下整理自古嘉諄、蕭美玲，論調解及調解之技巧，仲裁季刊，第 74 期，頁 39-41，2005 年 4 月；陳希佳，「調解的優點是什麼?」，同註 36 書，頁 12-13。

相較於法院之訴訟程序，調解程序之進行，法律專業知識並非當然必須，故當事人可斟酌具體情形，決定是否委由律師代為處理。爭執各方無須忙於冗長而繁瑣複雜之法律程序，自可節省相關費用。

2. 耗時之減少

調解程序所需時間往往較訴訟及仲裁節省許多，當事人可免除因解決紛爭所耗損時間帶來之程序不利益或其本身權益因紛爭之處理速度而受影響。

3. 決定之接受度提高

調解之成立係由雙方當事人合意而形成，在協議過程中，具有高度之自主性。因之，對於調解之內容，雙方已有所體認，調解之決定，履行之可能性較大。

4. 不受前例拘束

按每一調解方案係針對特定爭執所擬定，過去已發生之其他當事人間所生爭議之調解，充其量僅為雙方調解時之參考，不生任何拘束力。

5. 不受僵化法律限制

調解程序具有彈性，且調解係在尋求雙方當事人間利益之調和，調解所獲得之解決方案，係當事人互相讓步之結果，期能產生兼顧各方利益之積極解決方案，達到雙贏。

6. 有助於當事人維繫其間之關係

調解較不具對立性，不論斷當事人是非，爭執各方在調解過程中，為共同之目標尋求解決方法，而非爭執於輸贏。

第五節 調解之運作模式

第一項 調解之目標

作為訴訟外紛爭解決機制(ADR)當中，廣泛被運用之調解制度，其設立之政策目標，值得吾人探求。自調解之特性與功能，吾人可發現，透過調解程序實現之核心價值如下:

1.富有效率地解決糾紛

迅速與經濟地解決紛爭乃 ADR 存在之重要理由，以彌補法院訴訟程序之耗時費力。效率意味著減少法院積案、法官的工作量、當事人的成本、國家司法系統的耗費以及所有糾紛參與人的時間[74]。藉由調解程序之彈性與自由化體現。

2.接近正義

過去司法與正義之間的等號，在近代遭到破除，ADR 被接納為一種基本途徑，訴訟開始與各種非訴訟機制形成一種多元化格局。調解作為發展最為迅速的一種 ADR，此種程序之選擇，賦予當事人得以克服經濟、組織與程序上之障礙，增加人民利用司法之機會，透過司法的社會化，使人民有機會獲得具體而符合實際的正義。

3.當事人自治

調解係透過紛爭當事人任意地、自發地參與糾紛解決過程，具有民主色彩[75]。調解之運作，期能達到使紛爭當事人認識自己的需求與利益，中立第三人之介入，協助提出實現各方當事人最大化利益之方案，創造雙方當事人皆可接受之結果。

第二項 調解之模式

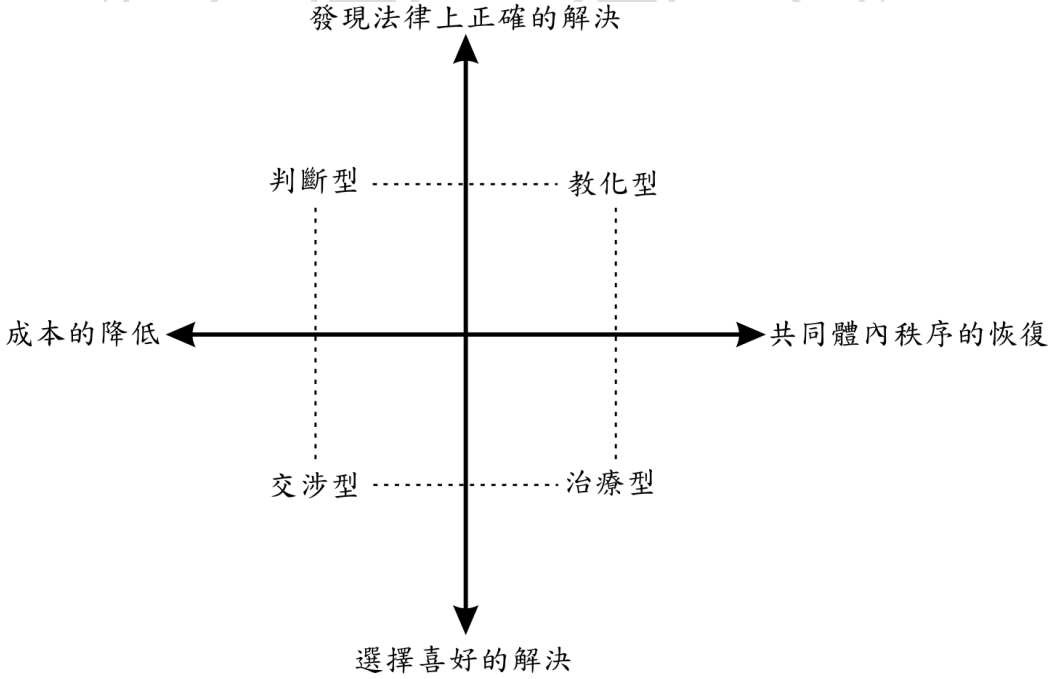
根據調解之功能與目標，學理上對於調解之運作劃分出不同的模式。

第一款 根據調解對應審判處理而形成之模式

[74]娜嘉 • 亞歷山大，「全球調解趨勢:乘上第三次浪潮」，收錄於氏者主編，王福華等譯《全球調解趨勢》一書，頁 9，2 版，2011 年 5 月。
[75]赤羽智成，同註 66 文，頁 157。

論者根據調解對應審判之處理，區別調解所採取的兩種截然相反之方向:其一為積極回答對審判式處理的期待，努力要求保持一致的方向(同向的調解)，作為補救審判不足的輔助體系；另一個相反方向是，尋求與審判不同的調解，依其自身固有方式處理(異向的調解)，係獨立於審判外存在之糾紛解決方式[76]。

本此論點，依據調解在功能上強調重點的不同，分析其性質分化，建立兩條軸線，一條軸線表現調解之目標是發現法律上正確的解決抑或讓當事者選擇自己所喜好的解決，另一條軸線反映成本的降低或者尋求共同體內秩序的恢復。兩條軸線形成的四個象限，得到四種調解模式。分別為:判斷型調解，以發現在法律上正確的解決方案為第一目標，同時降低解決程序成本；交涉型調解，當事人雙方在評估、衡量可能得到的解決及所需成本之基礎上，尋求對自己最有利之解決方案；教化型調解，以發現調解自身特有的正義，把發現法律上正確解決此一目的相對化，謀求糾紛圓滿解決；治療型調解，把糾紛視為人際關係的一種病理，以調整、恢復人際關係為宗旨[77]。以下圖表示其關係。



[76]棚瀨孝雄著，王亞新譯，《糾紛的解決與審判制度》，頁 52，2004 年 1 月。
[77]棚瀨孝雄著，王亞新譯，同註 76，頁 53-69。

第二款 根據調解運作功能取向而形成之模式

調解人於促成紛爭當事人合意過程中，可採用多種方法，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」(Evaluative Mediation)與「促進式調解」(Facilitative Mediation)[78]。

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[79]。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，提出非強制性的解決方案，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決爭端，調解始能成功[80]。於此模式下，著重調解人角色之利用，經由調解人之身分、地位、專業、學養等客觀條件，並透過爭議當事人對調解人之信賴，進而勸導當事人於調解程序中達成合意解決爭議，為我國現行調解制度之重要特色[81]。

在促進式調解中，調解人扮演促進者及溝通橋樑的角色，發揮中介機能，於爭議雙方之間對話有困難時，提供溝通管道，在調解人介入之過程中將當事人的要求轉化為更具為明確、客觀的主張[82]。協助雙方釐清各別的立場及利益，鼓勵各方之相互理解，為合意的形成創造條件，調解人不對爭議提出任何評價，亦避免提出調解方案[83]，即透過公正第三方之幫助，使當事人能協商解決紛爭，或為成就一種交易計畫的機制之體現[84]。調解人於開場時說明調解程序進行方式後，

[78]Leonard L. Riskin, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed*, Harvard Negotiation Law Review, Vol. 1, No. 7,1.(1997).
[79]棚瀨孝雄，《紛争と裁判の法社会学》，頁 222，1992 年 12 月。
[80]林瑤，「台灣民間及行政調解之制度與實踐」，收錄於註 8 書，頁 326；冷涵芸，我國訴訟外調解之機制與實踐，法令月刊，第 64 卷第 7 期，頁 119，2013 年 7 月。
[81]李紀宏，調解理論暨實務—促進式調解簡介，仲裁季刊，93 期，頁 100-101，2011 年 9 月。
[82]棚瀨孝雄，同註 79，頁 217。
[83]李念祖，「訴訟外紛爭解決機制導論」，收錄於註 8 書，頁 6。
[84]Leonard L. Riskin& James E. Westbrook, *Dispute Resolution and Lawyers*,286.(2003)

雙方當事人分別陳述紛爭之發生背景及其主張，再由調解人協助整理爭點，並引導當事人就爭點進行討論，對當事人而言，調解人的角色只是程序輔助者，係使當事人瞭解自身需求後，以不拘泥於法律之方式，共同研擬解決方案，俾使其主動發現真實利益[85]，而非擔任爭議決定者。我國《著作權爭議調解辦法》第 12 條之規定，調解委員對於當事人意見為適當之勸導，就實際情況及爭議重點為調解，即為促進式調解。

第三項 評價式調解之規範

我國現行調解之規範上，係以評價式調解為主要運作模式。評價式調解中，調解人之定位，偏向於以評估方式，直接給予紛爭當事人建議，規勸雙方當事人互為退讓，或提議雙方當事人就其爭議立場，以折衷方式達成協議，進而結束紛爭[86]。足見調解人扮演之重要角色，調解人依其專業對爭議之建議分析或價值判斷，乃評價式調解之重點。

茲將散見於個別調解規範中，評價式調解之作成整理如下:

規範名稱	評價方式
民事訴訟法 第 414 條； 第 415 條之 1； 第 417 條 (家事事件法第 32 條第 3 項準用之)	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。 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。 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。
鄉鎮市調解條例 第 22 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

[85]李紀宏，調解的種類，仲裁報季刊，第 16 期，頁 2，2011 年 9 月。
[86]李紀宏，同註 81，頁 100。

	解事件，酌擬公正合理辦法，力謀雙方之協和。
消費者保護法 第 45 條之 2 第 1 項	關於消費爭議之調解，當事人不能合意但已甚接近者，調解委員得斟酌一切情形，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，依職權提出解決事件之方案，並送達於當事人。
金融消費者保護法 第 27 條第 2 項	評議委員會應公平合理審酌評議事件之一切情狀，以全體評議委員二分之一以上之出席，出席評議委員二分之一以上之同意，作成評議決定。
政府採購法 第 85 條之 3 第 2 項； 第 85 條之 4 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。 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。
勞資爭議處理法 第 12 條第 5 項； 第 18 條	調解人應於開始進行調解十日內作出調解方案，並準用第十九條、第二十條及第二十二條之規定。 調解委員會應有調解委員過半數出席，始得開會；經出席委員過半數同意，始得決議，作成調解方案。
公害糾紛處理法 第 27 條	調處事件，達成協議有困難者，調處委員會得斟酌一切情形，求雙方當事人利益之平衡，經全體委員過半數之同意，作成調處方案，並定四十五日以下期間勸導雙方當事人同意；必要時，得再延長四十五日。

由以上評價式調解之作成，吾人可知，我國現行調解規範中，有自始即要求調解人積極介入，給予紛爭當事人建議或判斷，供其參考；有在雙方當事人不能合意但已甚接近時，提出調解方案以促成合意；或於雙方當事人達成協議有困難時，提供調解方案，發揮中立第三方折衝緩解之功能。較為特別者係，金融消費評議之決定具有雙重性質:對於金融消費者及金融業者超出一定額度之事件，評議決定對其無拘束力，僅係「調解方案建議」；符合一定金額要件下對於金融業者具有片面拘束力，該評議之性質類似「仲裁判斷」，具有「決定」之意味[87]。

[87]姜世明，法院對於金融消費評議中心評議決定之核可程序，月旦法學教室，第 130 期，頁 22，2013 年 8 月。

第六節訴訟外調解之型態

我國訴訟外調解種類十分多樣，我國現行法針對特殊爭議類型，有不同的調解規範，亦由不同之機關為之。以下就相關法制簡介之。

第一項 鄉鎮市調解

鄉鎮市調解可謂係我國現行最大宗之一種調解方式，民事事件及刑事告訴乃論事件均得透過《鄉鎮調解條例》辦理調解[88]。依據《鄉鎮市調解條例》之規定，鄉鎮市調解之調解委員，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擔任[89]。調解委員應本於和平懇切之態度，對當事人為適當之勸導，並徵詢列席偕同調解人之意見，就調解事件酌擬公正合理辦法，力謀雙方和諧[90]。對於調解委員、列席偕同調解人及經辦調解事務之人，訂有保密義務之規範[91]。

於調解成立時，調解委員會應製作調解書。調解成立書經法院核定後，具有與民事確定判決同一效力，如係以給付金錢或其他代替物或有價證券一定數量為標的者，其調解得為執行名義[92]。此外，鄉鎮市調解除勘驗費應由當事人核實開支外，不收任何費用[93]，藉以鼓勵當事人利用此制解決紛爭。

---

[88]鄉鎮市調解條例第 1 條:
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。

[89]鄉鎮市調解條例第 3 條第 1 項:
調解委員會委員 (以下簡稱調解委員) ，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，提出加倍人數後，並將其姓名、學歷及經歷等資料，分別函請管轄地方法院或其分院及地方法院或其分院檢察署共同審查，遴選符合資格之規定名額，報縣政府備查後聘任之，任期四年。連任續聘時亦同。

[90]鄉鎮市調解條例第 22 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。

[91]鄉鎮市調解條例第 19 條第 3 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。

[92]鄉鎮市調解條例第 27 條第 2 項:
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

第二項 仲裁法上之調解

《仲裁法》第 45 條規定，未依仲裁法訂立仲裁協議者，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，由仲裁人做成調解書。依仲裁法成立之調解，與仲裁和解有同一之效力，即與仲裁判斷具同一效力、與法院確定判決有同一效力[94]。但須聲請法院為執行裁定後，方得為強制執行。

第三項 其他特別調解

訴訟外之調解，除了上揭調解制度外，依調解之爭議性質，尚有散落在各個相關規定中之特殊爭議之調解。如依《金融消費者保護法》處理之金融消費爭議評議、依《消費爭議調解辦法》之消費爭議調解、依《政府採購法》、《採購履約爭議調解規則》之履約爭議調解、依《勞資爭議處理法》之勞資爭議調解、依《著作權法》、《著作權爭議調解辦法》之著作權爭議調解等是。

調解制度係以程序選擇權之保障及紛爭解決之專業化為其法理奠基。對於調解之程序構成，有學者以「二重獲得合意」詮釋之。指糾紛處理的開始和最終方案的提示此二階段，都必須獲得當事人的合意。並以當事人合意作為程序正當化之依據及擔保[95]，調解的本質為當事人的私法自治，自行解決爭端。

論者指出，調解制度，已漸由最初「和事佬」或「鄉紳族老決斷是非」之運作型態或認知轉為配合都市化之後社會變遷實況，日益講求專精甚或專業化[96]。從法律社會學角度觀之，有鑑於現代社會分工細膩，以法院訴訟之解決紛爭方式，

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。

[93]鄉鎮市調解條例第 23 條:
調解，除勘驗費應由當事人核實開支外，不得徵收任何費用，或以任何名義收受報酬。

[94]仲裁法第 44 條第 2 項:
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。
仲裁法第 37 條第 1 項:
仲裁人之判斷，於當事人間，與法院之確定判決，有同一效力。

[95]棚瀨孝雄，同註 79，頁 210-211。

[96]梁松雄，序言，收錄於李宏仁著《我國現行調解制度與理論之研究》，頁 I，2003 年。

因其威權性格，具有權威性、官僚性、繁複的程序及形式要求，使得人民難以接近，而引起反思。如何透過比起一般司法途徑更便宜的、更好的、更快速的、對人民更友善的來解決私人爭端，使紛爭解決程序平易近人、使人民有某程度之參與感。就某些亟需特殊性或專業性判斷之紛爭事件，如能以較為接近的參與者來協助爭端解決，相較於對此相當陌生司法裁判者，都較能接近爭執現實、較有彈性、較符合當事人利益地處理問題，此即「爭端處理的接近衝突理論」。針對紛爭性質的不同，依照其衝突的內容及內在結構的不同，提供特殊之程序形式，方能柔軟的因地、因事、因時而制宜，有效的解決爭執[97]。

由以上規定，可以發現調解制度所能發揮之和諧、專業機能，其實已蘊涵在我國法制規範中，惟其實務上之運作是否得以落實，為本文之觀察重點。

第七節 小結

訴訟為法律上預設之紛爭解決方式，以法官審判為定紛止爭之原則。調解作為法官壟斷原則之例外，係由於私權爭議當事人之程序主體地位，對於其權利或法律關係具有處分權，為謀求紛爭之解決，基於效率、接近正義及當事人自治之考量而建置。

我國現行相關法規中設有諸多針對特定爭議之調解機制，調解制度之發展可謂十分豐富多元。規範上顯示出，評價式調解為我國調解制度主要之運作模式。本文試以金融消費評議、公共工程履約爭議調解及勞資爭議調解為對象，自調解機構之設置、調解程序之進行及調解之效力三大面向進行比較，藉以觀察訴訟外紛爭解決機制-訴訟外調解制度於我國之實踐。

[97]林佳和，台灣勞動爭議的行政調解—國家性認知、勞動法貫徹困局與 ADR 本質的微妙暨緊張關係，月旦法學雜誌，第 173 期，頁 86，2009 年 10 月。

第三章 金融消費爭議之評議

第一節 金融消費者保護法之介紹

第一項 金融消費者保護法草案總說明

鑒於一般大眾購買金融服務業所提供之金融商品及服務，日益普遍，而金融服務業所提供之金融商品及服務型態日趨複雜專業，金融消費者與金融服務業在財力、資訊及專業面實質不對等，致易發生交易糾紛，一旦發生相關爭議時，若循司法途徑救濟往往曠日費時，所耗費之成本亦不符經濟效益，因此有必要於訴訟途徑外，提供金融消費者一具金融專業且能公平合理、迅速有效處理相關爭議之機制。另由於金融服務業不斷推出創新、多樣、複雜之金融商品及服務，一般金融消費者對此類金融商品之資訊取得與風險認知時有落差，故金融服務業從事廣告、業務招攬或營業促銷活動時若有內容不實之情形，或與金融消費者訂立契約前未充分瞭解金融消費者以銷售適合之商品或服務，或對商品、服務之重要內容及風險未充分說明及揭露，將可能造成金融消費者損害，影響金融消費者權益。故除建立金融消費爭議處理機制外，並有必要定明有關金融消費者保護之規範，以落實金融消費者權益保護，健全金融市場運作[98]。

第二項 金融消費爭議處理機制之沿革

第一款 過去金融消費爭議處理機制

在《金融消費者保護法》(以下簡稱金保法)制定前，金融消費爭議之處理係依銀行、證券、保險等金融業別有其各自的爭議解決機制，散見於各金融產業間之相關法規中。

[98]立法院法律系統，金融消費者保護法草案，
http://lis.ly.gov.tw/lgcgi/lgmeetimage?cfc8cfc8cfcec8cdc5cec8c6d2cec6c9(最後瀏覽日:2014/10/10)。

在與銀行業務有關之爭議解決機制方面，金融消費者與金融機構因金融商品或服務所生之爭議，除可向銀行業者申訴，由雙方當事人直接溝通解決問題外，中華民國銀行商業同業公會(以下簡稱銀行公會)及行政院金融監督管理委員會(以下簡稱金管會)銀行局亦處理相關申訴案件[99]。其中，較具有代表性且實務上處理爭議之機構為銀行公會之金融消費評議委員會。當消費者與銀行業之金融機構發生爭議後，消費者向金融機構提出申訴，未獲適當回應及處理時，消費者可向銀行公會之金融消費爭議案件單一申訴窗口提出申訴。銀行公會會請受訴銀行提出說明與解決方案，此為評議之前置程序，若案件無法於此程序中達到解決，將進入評議委員會審議。評議委員會做成評議結論後，當事人應於收到評議結論之日起 10 個工作日內回覆是否接受評議結論，如逾期未回覆，視為接受評議結論。值得注意者係，如賠償或返還之金額不逾新台幣 100 萬元者，受訴銀行應予遵守[100]。

有關證券相關消費爭議，除有同業公會所設調處人外[101]，主要仰賴「財團法人證券投資人及期貨交易人保護中心」(以下簡稱投保中心)處理。投保中心係依《證券投資人及期貨交易人保護法》(以下簡稱投保法)成立之機構，負責提供投資人證券及期貨相關法令之諮詢及申訴服務、買賣有價證券或期貨交易民事爭議之調處，亦得為投資人提起團體訴訟或仲裁求償[102]。證券投資人或期貨交易人因證券或期貨交易所生之民事爭議，得向投保中心申訴，投保中心受理申訴後，通知爭議雙方當事人說明爭議情形，申訴人認未獲妥適處理時，可續行申請調處。調處之成立取決於雙方當事人是否達成協議，依《投保法》第 25 條規定，調處事件經雙方當事人達成協議者，調處成立(第一項)。調處事件，達成協議有困難

[99]郭大維，金融消費爭議解決機制之研究─我國法與英國法之比較，中正財經法學，第 4 期，頁 52，2012 年 1 月。
[100]邱昀潔，我國金融消費爭議之解決機制，逢甲大學財經法律研究所碩士論文，頁 32-37，2010 年 2 月。
[101]參見中華民國證券商同業公會有價證券交易紛爭調處辦法及中華民國期貨商同業公會期貨交易糾紛調處辦法之規定。
[102]財團法人證券投資人及期貨交易人保護中心捐助章程第 8 條。

者，調處委員會得斟酌一切情形，求雙方當事人利益之平衡，經全體委員過半數之同意作成調處方案，並定四十五日以下期間勸導雙方當事人同意；必要時，得再延長四十五日(第二項)。當事人未於前項所定期間內為不同意之表示者，視為雙方當事人依調處方案調處成立(第三項)調處委員會無法強制任何一方當事人接受調處，其本質上與和解或調解相當[103]。為使調處當事人尊重調處程序並紓減訟源，調處成立經法院核定後，與民事確定判決有同一效力[104]。

保險業務產生之爭議，除可向保險產業公會申訴外，實務上之處理為，由消費者先向保險公司提出申訴，若無法獲得適當回應或處理時，再向金管會保險局提出申訴，保險局在受理申訴後，將案件分為理賠案件與非理賠案件，理賠案件交由財團法人保險事業發展中心(以下簡稱保發中心)受理，而非理賠案件由金管會保險局處理。保發中心為使消費者與保險公司間之糾紛能快速、經濟地解決，於 2002 年成立保險申訴調處委員會，由保險專家學者本於中立、公正之立場，為消費者及保險公司解決保險理賠爭議[105]。申訴調處委員會受理案件後，視案件情況得先試行和解，如雙方無法達成和解者，將進行後續之調處程序[106]。調處委員會之調處結果對於雙方當事人並無拘束力，僅係基於保險專業學識及公正立場促成雙方和解。雙方當事人均同意委員會之調處結果者，調處成立，委員會應以書面載明其意旨，通知雙方當事人。當事人有一方不同意調處結果或未於前條期限內以書面確答者，申訴案件應以調處不成立結案，委員會並應以書面載明其意旨通知雙方當事人[107]。

《金融消費者保護法》制定前，我國主要之金融消費處理爭議機制，整理如下圖：

[103]蔡鐘慶，我國金融消費爭議處理機制之研究，財產法暨經濟法，第 32 期，頁 5-8，2012 年 12 月。
[104]投保法第 26 條。
[105]保發中心網站，http://www.tii.org.tw/fcontent/consumer/consumer-center.asp (最後瀏覽日:2014/10/10)
[106]保發中心作業細則第 14 條。
[107]保發中心作業細則第 16 條。

處理機構	銀行公會 評議委員會	投保中心 調處委員會	保發中心 保險申訴委員會
受理範圍	諮詢及消費者服務中心申訴窗口受理與銀行業務相關之爭議；評議委員會受理符合要求之爭議	投資人與發行人、證券商、證券服務事業、期貨、交易所、櫃檯買賣中心、結算機構或其他利害關係人間，因有價證券之募集、發行、買賣或期貨交易及其他相關事宜所生民事爭議	要保人、被保險人以及受益人如因保險契約之理賠事項與保險公司產生之糾紛
處理程序	1.金融消費者需先向爭議之銀行提出申訴 2.金融消費者向銀行公會之申訴窗口提出申訴，先由爭議雙方協議解決方案 3.申訴人不滿協商結果，申請進入評議程序	1.投保中心受理申訴後，通知爭議雙方當事人說明爭議情形 2.申訴人申請調處 3.調處事件經雙方當事人達成協議者，調處成立 4.達成協議有困難者，調處委員會得斟酌一切情形，求雙方當事人利益之平衡，經全體委員過半數之同意作成調處方案，並定四十五日以下期間勸導雙方當事人同意；必要時，得再延長四十五日。	1.金融消費者向保險公司申訴未果，方得像保發中心提出申訴 2.申訴調處委員會受理案件後，視案件情況得先試行和解 3.雙方無法達成和解者，將進行調處程序
決定效力	評議結果，若賠償金額在 100 萬以下，對銀行具拘束力；100 萬以上經其同意後遵守。 申訴人同意或是評議結果與其請求一致時，受其拘束	調處決定經法院核定，與民事判決具有同一之效力	對雙方當事人均無法律上之拘束力

第二款 金融消費者保護法制之檢討

關於金融消費爭議之處理，我國多元申訴管道之採行引發不少弊端，因申訴途徑多元，並無統合，多種申訴方式疊床架屋，導致消費者選擇申訴途徑時無所適從，且支出之社會成本龐大，加以金融環境變遷，金融商品越趨多樣，跨業經營之模式日益普遍，導致銀行、證券、保險之分野逐漸模糊，傳統金融行業之區分已無法因應[108]。當金融消費爭議發生，消費者可能因本身資訊不足，或案件本身難以判斷其歸屬於何種金融服務類型，多頭馬車進行之結果，消費者可能面臨各金融爭端解決機構間互踢皮球、推諉卸責，將使金融消費者權益受損。

另一方面，各申訴管道本身亦有許多待解決之問題存在，由於金融產品及服務之專業性，金融消費爭議之處理亟需專業人士予以解決，若處理人員專業性不足，不僅無法有效解決紛爭，亦無法使金融消費者信服[109]，訴訟外紛爭解決機制成為徒然，人民仍須訴諸法院解決爭議，造成勞力、時間、費用之浪費。另外，由於處理申訴案件者係產業公會或公益團體，立場本身即有偏頗，並非超然公正之角色，其所為之裁決多不具拘束力，如何定紛止爭。同時，各金融消費爭議處理機制處理程序及內容並不一致，而有保障不一致之情形，對於案件處理之品質之外部與內部監督機制，亦付之闕如[110]。在在顯示對於金融消費爭議解決公信力不彰，無法有效解決問題之癥結。

第三款 金融消費爭議處理機制之立法例

第一目 英國金融公評人機制

英國的金融整合，首見於 1997 年將原有之證券暨投資管理委員會(Securities and Investment Board Ltd,SIB)改制為金融服務總署(Financial Service and Market Authority，以下簡稱“FSA”)，並依據 2000 年之《金融服務及市場法》(Financial

[108]郭大維，同註 99，頁 50、60。
[109]蔡佳真，英國金融服務公評人制度之研究─兼比較我國金融申訴制度，政治大學風險管理與保險研究所碩士論文，頁 117，2007 年 7 月。
[110]蔡佳真，同註 109，頁 136。

Service and Market Act 2000，以下簡稱“FSMA”)行使金融監理職權。FSA 除了整合英國的金融監理系統外，亦將過去分設之各種金融服務之公評人機制(Ombudsman)予以集中及整合，依據 FSMA 規定，成立了單一之公評人服務機構—「金融公評人服務機構(Financial Ombudsman Service Ltd.以下簡稱“FOS”)」[111]。FOS 係處理各種態樣的金融消費爭議之專責機構，提供金融消費者單一之爭議處理窗口，以迅速、非正式及獨立地處理金融消費爭議案件為目的[112]。

英國之金融消費爭議處理程序，採取強制企業處理申訴之前置主義，若欲透過 FOS 解決紛爭，消費者須先向金融業者提出申訴，受訴人針對消費者所提出之申訴於 8 週內處理，並發出書面最後回覆。要求受訴之金融機構自發自律，站在第一線解決因本身金融商品產生之爭議。消費者於提出申訴後逾 8 週未獲回覆或對於企業之最後回覆不滿意時[113]，始可利用 FOS 處理機制。

符合 FOS 受理要件後，案件將進入「初階裁判人調處(mediate by Adjudicator)」。此階段係以達成雙方當事人和解為目的，初階裁判人先使雙方當事人進行協調，透過調解或建議等較非正式之方式，促成雙方達成協議。雙方無法合意解決爭議時，初階裁判人將在調查事證、考量案件相關資料後，做出裁決[114]。初階裁判人做出裁決後將通知「不利」方，要求其於 2 週內回覆是否接受裁決，若不利方接受該裁決，案件於其按該裁決履行後結案；若其不接受，初階裁判人須重新審理。對於重新審理之決定，當事人不服時，則可申請「評議人評議(appeal to the Ombudsman)」[115]。

[111]楊麗萍，建立單一金融消費爭議處理機制之法制研究，政治大學法學院碩士在職專班論文，頁 30，2011 年 8 月。
[112]Section 225(1) of FSMA
[113]FSA Handbook,DISP2.8.1
[114]邱昀潔，同註 100，頁 86。
[115]林繼恆，《金融消費者保護法之理論與實務》，頁 67，2012 年 5 月。

評議人審議案件，原則上採書面審理，考量案件所有情事，以公平原則做出決定[116]。若申訴人接受評議決定，該決定對申訴人及受訴人生法律拘束力，如該決定係命受訴人給付或賠償金錢，受訴人須履行之，且受訴人不得就實質問題訴諸法院變更。申訴人不接受評議決定時，仍得循司法途徑解決爭議[117]。

第二目 新加坡金融業爭議調處中心

新加坡金融業爭議調處中心(Financial Industry Disputes Resolution Centre Ltd. 以下簡稱“FIDReC”)係由新加坡金融管理局於 2005 年成立，做為單一且獨立公正之金融消費爭議處理機構，提供金融消費者一足堪負擔的爭議處理途徑[118]。

FIDReC 之爭議處理程序，亦要求消費者在申請 FIDReC 處理前，需先向金融業者提出申訴，於消費者對於金融業者之回應或提出之解決方式不滿意時，抑或金融業者逾 4 週仍未進行處理時，始可向 FIDReC 提出申請[119]。

FIDReC 對於金融消費爭議處理係採先「調處(Mediation)」後「評議(Adjudication)」。在調解階段由案件管理人進行，協助爭議雙方了解紛爭之情況，並居中協調，鼓勵爭議雙方以溫和、公正之方式解決紛爭，惟其無權作出任何決定或是強制雙方當事人和解[120]。案件無法經由調處階段解決者，將進入評議階段。

評議程序由評議人或評議小組進行聽證及評議[121]。評議決定對金融業者係最終決定且有拘束力，但對申訴人則否，申訴人可自由決定是否接受評議決定[122]。一旦申訴人接受評議決定，金融業者即受該決定拘束，此時雙方當事人須依據評議決定簽訂和解同意書，此和解同意書經評議人或評議小組核准後，交由雙方當

[116]Section 228(2) of FSMA；FSA Handbook,DISP3.6.1
[117]Section 228(3)、(4)、(5)、(6)、(7) of FSMA
[118]http://www.fidrec.com.sg/website/mission.html；
http://www.fidrec.com.sg/website/background.html (最後瀏覽日:2014/10/10)
[119]FIDReC Terms of Reference,Rule12、13
[120]FIDReC Terms of Reference,Rule27
[121]http://www.fidrec.com.sg/website/disputerp.html (最後瀏覽日:2014/10/10)
[122]http://www.fidrec.com.sg/website/processdisp.html (最後瀏覽日:2014/10/10)

事人履行之[123]。若申訴人不接受評議決定，則爭議未獲解決，雙方當事人仍得另行主張其他司法救濟之權利[124]。

第三項 金融消費者保護法之規範重點

第一款 規範對象

一、金融服務業

《金保法》第 3 條規定:本法所定金融服務業，包括銀行業、證券業、期貨業、保險業、電子票證業及其他經主管機關公告之金融服務業(第一項)。前項銀行業、證券業、期貨業及保險業之範圍，依行政院金融監督管理委員會組織法第二條第三項規定。但不包括證券交易所、證券櫃檯買賣中心、證券集中保管事業、期貨交易所及其他經主管機關公告之事業(第二項)。第一項所稱電子票證業，指電子票證發行管理條例第三條第二款之發行機構(第三項)。

按本法主要在規範金融消費者之保護及金融消費爭議訴訟外之處理，故將但書所示實際上並無直接與金融消費者發生金融消費法律關係者予以排除[125]。

二、金融消費者

《金保法》第 4 條規定:本法所稱金融消費者，指接受金融服務業提供金融商品或服務者。但不包括下列對象：一、專業投資機構。二、符合一定財力或專業能力之自然人或法人(第一項)。前項專業投資機構之範圍及一定財力或專業能力之條件，由主管機關定之(第二項)。

依本條之立法說明，金融消費爭議處理程序係為建立訴訟外公平合理、迅速有效、專業之紛爭解決途徑，供財力與專業能力較弱勢之金融消費者選擇使用，故對於得適用本法之金融消費者宜予設限，排除具充分財力或充分金融商品專業知識或交易經驗者，以免耗費爭議處理機構資源。參考我國境外結構型商品管理

[123]FIDReC Terms of Reference,Rule26(4)
[124]FIDReC Terms of Reference,Rule26(7)
[125]同註 98(最後瀏覽日:2014/10/10)。

規則第三條第三項規定之精神，於第一項但書規定得適用本法之金融消費者範圍，不包括專業投資機構及符合一定財力或專業能力之自然人或法人，並於第二項授權主管機關另定上述對象之範圍，以符本法金融消費爭議處理程序之精神並保持彈性。此外，參考國外立法例，例如英國 FOS 及新加坡 FIDReC 對於得申請處理紛爭之金融消費者亦訂有適格性要件，例如英國 FOS 規定須係自然人、小規模企業、小規模公益團體或低淨值信託，且若本身為專業客戶或合格交易相對人即不具申請處理紛爭之適格性[126]。

三、金融消費爭議

依《金保法》第 5 條規定，本法所稱金融消費爭議，指金融消費者與金融服務業間因商品或服務所生之民事爭議。

由於本法目的在於全面性地解決消費爭議，為使金融消費者與金融服務業間之多數爭議均能依本法有效解決，故有將金融消費爭議定義適度擴大之必要[127]，因此凡金融消費者與金融服務業間因商品或服務所生之民事爭議，均得適用本法。

第二款 金融消費者保護之實體規範

一、引入消費者保護之概念

在《金保法》制定前，關於金融消費爭議是否有《消費者保護法》(以下簡稱消保法)之適用，實務上將消費行為與投資行為區隔而持否定見解。蓋《消保法》所稱之「消費」，並非純粹經濟學理論上之概念，而是事實生活上之一種消費行為，指不再用於生產情形下之「最終消費」而言[128]。然實務上認為，金融消費者係以投資為目的，係為獲取金錢利益並於日後再用於投資，與企業經營之概念相近[129]。投資契約所欲達成之目的，並非獲取生活上所需之商品或服務[130]。投

[126]同註 98 (最後瀏覽日:2014/10/10)。
[127]同註 98 (最後瀏覽日:2014/10/10)。
[128]行政院消費者保護委員會 84 年 4 月 6 日消保法字第 00351 號函。
[129]行政院消費者保護委員會 93 年 10 月 13 日消保法字第 0930003053 號函。

資之本質具有高度風險，投資人以迅速累積資本為目的之射倖性交易，係超出個人日常家居生活之理財行為，與消費係以生活為目的，在食衣住行育樂方面所為滿足人類欲望之行為有別[131]。但在外國立法例，對於金融商品之消費者現在的投資認為是為將來的消費所預做的消費行為[132]。

在 2011 年施行之《金保法》將《消保法》之架構及重要原則整合於其中，確立了「金融消費者」之概念，並構築一套對於金融消費者之保護規範，詳見下述。

二、金融商品服務契約

本於私法自治原則，契約內容應由當事人自行商議，就其自由意識所為之約定自負其責。然而隨著經濟之發展，造成社會貧富的差距與經濟地位的懸殊，經濟力強勢者與弱勢者於議約過程中之地位優劣、資訊取得程度，自有差異，為免經濟力強勢一方假契約自由之名，行不公平締約之實，須以契約正義調和之[133]。於金融商品服務交易上，金融機構自屬經濟力強者，締約雙方實力不對等，由於金融商品之性質，因其通常非具體存在，無從外觀判斷其價值，而須依賴金融業者提供商品或服務資訊，雙方當事人於事前取得商品資訊之能力、事後舉證與救濟之能力居於懸殊地位。且為減少締約過程之成本、簡化交易過程、提高締約效率，係以定型化契約方式為之，加以約款細節多且複雜。《金保法》明定義務強制化[134]與契約內容公平合理之要求[135]。

三、廣告、業務招攬及促銷活動

---

[130]臺灣高等法院 99 年度消上字第 5 號判決參照。
[131]行政院消費者保護委員會 97 年 9 月 4 日消保法字第 09700076831 號函參照。
[132]陳國華、李珮瑄等人合著，《金融消費者保護法解析》，頁 16，2012 年 3 月。
[133]陳國華、李珮瑄等人合著，同註 132 書，頁 31。
[134]金保法第 6 條:
本法所定金融服務業對金融消費者之責任，不得預先約定限制或免除。
違反前項規定者，該部分約定無效。
[135]金保法第 7 條:
金融服務業與金融消費者訂立提供金融商品或服務之契約，應本公平合理、平等互惠及誠信原則。
金融服務業與金融消費者訂立之契約條款顯失公平者，該部分條款無效；契約條款如有疑義時，應為有利於金融消費者之解釋。

常見金融服務業以廣告或促銷方式推廣商品招攬業務，以提升績效，此種方式往往係金融消費者接觸金融服務業相關資訊之主要來源，如金融服務業髓為之廣告、促銷或業務招攬，於實質內容或表達方式有虛偽、詐欺、隱匿或足致他人誤信之情事，將嚴重影響金融消費權益，且易滋生爭議，為免使社會大眾因廣告或促銷手段錯估風險，應對於金融商品服務之廣告訂定某程度之規範。金保法第8條規定，金融服務業刊登、播放廣告及進行業務招攬或營業促銷活動時，不得有虛偽、詐欺、隱匿或其他足致他人誤信之情事，並應確保其廣告內容之真實，其對金融消費者所負擔之義務不得低於前述廣告之內容及進行業務招攬或營業促銷活動時對金融消費者所提示之資料或說明(第一項)。前項廣告、業務招攬及營業促銷活動之方式、內容及其他應遵行事項之辦法，由主管機關定之(第二項)。金融服務業不得藉金融教育宣導，引薦個別金融商品或服務(第三項)。

四、適合度與風險揭露

《金保法》第9條第1項規定，金融服務業與金融消費者訂立提供金融商品或服務之契約前，應充分瞭解金融消費者之相關資料，以確保該商品或服務對金融消費者之適合度。

由於金融商品服務種類繁多，商品內涵具高度專業性，加以風險及報酬具不確定性，銷售對象為廣大投資人，於財力、知識經驗上均有不同。金融服務業於銷售過程中多會進行“Know Your Customer”（簡稱為KYC)程序，係指與金融消費者訂立提供金融商品或服務之契約前，應充分瞭解所需之客戶基本資料、財務背景、所得與資金來源、風險偏好及過往投資經驗等各種資料，據以評估適當性、建立風險管理機制，並遵循主管機關依不同金融消費者類型區別管理之法令[136]。為防止金融服務業為自己利益濫行提供金融商品或服務，損害金融消費者權益，金融服務業提供金融商品或服務時，應確保該商品或服務對金融消費者之適合度(suitability)。所謂適合度，指金融服務業提供金融消費者金融商品或服務時，應

[136]同註98 (最後瀏覽日:2014/10/10)。

有合理基礎相信該交易適合金融消費者,包括考量銷售對象之年齡、知識、經驗、財產狀況、風險承受能力等。其規範目的在防止金融服務業為自己利益濫行提供金融商品或服務，損害金融消費者權益[137]。關於適合性原則(suitability rule)，係指金融業者應依投資人的知識、經驗、財力、投資目的而進行契約勸誘及販賣，即對投資人不為不適合之契約勸誘行為。有自投資勸誘不得違反投資人之意向與實情之面向解釋，有從要求金融業者對投資人之投資目的、財產狀況、必要性等為相當調查後，推薦該投資人適合之產品之觀點闡述[138]。值得注意者係，我國對於適合性原則，常只論及 KYC，並侷限於締約前推介階段之適用，而忽略適合性原則之目的除了給予投資人合適的建議，避免金融業過度與盲目的行銷，更重要的是與說明義務結合，達到使投資人充分瞭解金融商品服務之風險程度，詳言之，金融業者應落實依投資人之屬性配合適合度而盡其說明義務，方能建立公平合理之交易環境[139]。

另一方面，於銷售金融商品服務時，金融服務業應將重要內容及所涉風險，忠實並詳實地告知金融消費者[140]，此係由善良管理人注意義務中之告知義務所衍生。《金保法》第 10 條第 3 項復規定，金融服務業對金融消費者進行之說明及揭露，應以金融消費者能充分瞭解方式為之，其內容應包括但不限交易成本、可能之收益及風險等有關金融消費者權益之重要內容。

適合度、說明義務與資訊揭露義務之規範重點皆為投資人進行投資「進場前」之保護。金融業者於推介銷售金融產品時，須依據投資人知識、經驗、財力及需求評估其風險承擔能力，如有合理理由相信投資人適合投資該商品服務時始得向

[137]同註 98 (最後瀏覽日:2014/10/10)。
[138]杜怡靜，論對金融業者行銷行為之法律規範ㄧ以日本金融商品販賣法中關於「說明義務」及「合適性原則」為參考素材，臺北大學法學論叢，第 57 期，頁 291，2005 年 12 月。
[139]杜怡靜，金融商品交易上關於說明義務之理論與實務上之運用ㄧ對於連動債紛爭之省思，月旦民商法雜誌，第 26 期，頁 63，2009 年 12 月。
[140]金保法第 10 條第 1 項:
金融服務業與金融消費者訂立提供金融商品或服務之契約前，應向金融消費者充分說明該金融商品、服務及契約之重要內容，並充分揭露其風險。

其推介，於推介過程中，對於相關資訊應予公開或提出，藉由充分之說明，使投資人在受完整告知及瞭解之情形下，得以自我決定投資標的，並依自我負責原則自行承擔風險、自負盈虧[141]。

五、損害賠償責任

《金保法》將金融服務業之義務內涵明確化，103 年將第 7 條第 3 項於善良管理人注意義務外增加忠實義務，規定:「金融服務業提供金融商品或服務，應盡善良管理人之注意義務；其提供之金融商品或服務具有信託、委託等性質者，並應依所適用之法規規定或契約約定，負忠實義務。」所謂忠實義務，主要是利益衝突的問題，係指為客戶處理事務時，不得圖謀自己或第三人之利益，應做公正且誠實之判斷[142]。忠實義務乃在忠實關係下所生，，一方信賴他方並將自己權利託付與他方，被信賴託付者應盡忠誠而篤實之義務，是一種以他人利益優先於自己利益而行為之義務，被信賴託付之一方稱為忠實義務人，他方為託付人，忠實義務人不為自己或他人利益，只為託付人之最大利益處理事務，有時尚需負擔揭露訊息之義務[143]。

有鑑於金融服務業對於所提供之金融商品或服務不僅掌控關鍵資源及重要資訊，且其通常強調其在金融領域之專業地位，對金融消費者提供專業性之金融商品或服務，以創造金融消費者之財富或保全其資產價值，處於弱勢地位之金融消費者則因信賴其專業性而順從其建議。因此，金融服務業應對金融消費者負有受任人義務或受託人義務，不僅應負有專業之注意義務，且應負有忠實義務，防範或揭露利益衝突，並避免獲得不正利益[144]。

[141]施弘文，有價證券買賣之適合性原則與證券詐欺之研究，銘傳大學法律學系碩士論文，頁 76，2012 年 6 月。
[142]劉連煜，《現代公司法》，頁 120，10 版，2014 年 9 月。
[143]謝哲勝，忠實關係與忠實義務，月旦法學雜誌，70 期，頁 127-128。2001 年 3 月。
[144]同註 98 (最後瀏覽日:2014/10/10)。

《金保法》第 11 條復將金融服務業所負責任嚴格化，規定金融服務業之責任為無過失責任，並將因果關係之舉證責任轉換由金融服務業負擔[145]。蓋相對於金融消費者，金融服務業具有在資訊、交涉能力上之高度優越地位，故應課予高度責任。在此情形下，即使業者所銷售者為其他業者所發行之金融商品，該銷售業者等亦不得主張其不知悉該商品之風險而無從說明，並主張免責[146]。如此一來，金融消費者求償之可能性，將可望提升。

第三款 金融消費爭議之處理

為保護金融消費者權益，公平、合理、有效處理金融消費爭議，以增進金融消費者對市場之信心，並促進金融市場之健全發展。立法者參考英國金融服務暨市場法、英國金融公評人（FOS）與新加坡金融業調解中心（FIDReC）設立爭議處理機構[147]，透過「向金融服務業申訴」及「向爭議處理機構申請評議」之處理程序，期能先由金融消費者與金融業者經由協商解決紛爭，較為有效便利，並促使業者發揮自律功能，若無法獲得解決再由公正第三人即爭議處理機構處理。建立解決金融消費爭議之專責處理機構與專門程序。

關於《金保法》制定前分散之金融消費爭議處理途徑，銀行公會於 2012 年召開之理監事會議聯席會議中，決議公會設立之評議委員會正式退場[148]。保發中心於《金保法》施行及金融消費評議中心(以下簡稱評議中心)成立後，已正式停止受理申訴業務[149]，此後有關銀行、保險之金融消費爭議，將透過評議中心處理。

[145]金保法第 11 條:「金融服務業違反前二條規定，致金融消費者受有損害者，應負損害賠償責任。但金融服務業能證明損害之發生非因其未充分瞭解金融消費者之商品或服務適合度或非因其未說明、說明不實、錯誤或未充分揭露風險之事項所致者，不在此限。」

[146]同註 98 (最後瀏覽日:2014/10/10)。

[147]同註 98 (最後瀏覽日:2014/10/10)。

[148]中華民國銀行商業同業公會全國聯合會網站，http://www.ba.org.tw/Notice/Detail/49?returnurl=%2FNotice%2FIndex%3Fpage%3D4%26type%3DNews (最後瀏覽日:2014/10/12)

[149]財團法人保險事業發展中心網站，http://www.tii.org.tw/fcontent/consumer/consumer-center.asp (最後瀏覽日:2014/10/12)

至於投保中心在《投保法》之法源基礎下，仍有處理爭議之機能，與《金保法》之評議中心於此形成金融消費法制之競合。惟兩者之性質不盡相同，《投保法》第 1 條開宗明義揭示，為保障證券投資人及期貨交易人之權益，並促進證券及期貨市場健全發展，特制定本法。投保中心係站在保護投資人之立場運作，旨在協助投資人向金融機構主張權益；評議中心則為中立之評議機構，毋寧更接近判斷者之角色，以消彌金融市場之衝突，衡平爭議雙方當事人之利益[150]。目前證券期貨相關之爭議，投資人仍可向投保中心申訴，由投保中心進行協助與調處，或是對金融機構提起團體訴訟。文獻指出，評議中心表示，未來將逐步整合投保中心相似業務，將個人申訴部分轉由評議中心處理，投保中心則著重於團體訴訟之部分[151]。論者指出，儘管《投保法》與《金保法》二者之立法目的與保護對象略有不同，後者保護範圍較廣泛，然而兩法之本質均係為處理金融糾紛，均係以財團法人之方式建立保護機構，在合併上的困難度並不高，僅需法規整合，即可達成法規精簡，節省社會資源之耗費，並且發揮綜效之理想[152]。

第二節 金融消費爭議評議之運作

第一項 爭議處理機構

《金保法》第 13 條規定:「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。」金融消費評議中心採財團法人方式，於 2012 年 1 月 29 日揭牌運作。立法者於設置之意，係參考我國目前對民眾權益保護運作有實績之機構多採財團法人之型態，如投保中心、保發中心，故認為以財團法人之形式較為適宜。由於評議中心不具公權力，卻得以作為訴訟外紛爭解決機制，因此需透過主管機關嚴格監督，提升評議機構之公信力，並達

[150]林繼恆，同註 115 書，頁 34-35。
[151]林繼恆，同註 115 書，頁 35。
[152]蔡鐘慶，金融消費者保護法之研究─以訴訟外紛爭解決機制為中心，國立中正大學法律研究所博士論文，頁 266-267，2014 年 7 月。

到防弊之作用。《金保法》第 14 條第 3 項規定，有關爭議處理機構之組織設立、財務、業務監理、費用計算、基金運用及董監事職權等事項，由主管機關定之。金管會已針對此等事項制定《金融消費爭議處理機構設立及管理辦法》及《金融消費爭議處理機構評議委員資格條件聘任解任及評議程序辦法》監管評議中心之運作。評議中心設有金融消費者服務部門，辦理協調金融服務業處理申訴及協助評議委員處理評議事件之各項審查準備事宜[153]。為處理爭議事件，設評議委員會，置評議委員九人至二十五人，必要時得予增加，其中一人為主任委員，均由董事會遴選具備相關專業學養或實務經驗之學者、專家、公正人士，報請主管機關核定後聘任。評議委員均由董事會遴選具備相關專業學養或實務經驗之學者、專家、公正人士，報請主管機關核定後聘任[154]。

第二項 金融消費者保護法之評議程序

第一款 申訴

在金融消費爭議案件進入評議前，設有「申訴先行程序」，亦即當消費者遇有金融消費爭議時，應先向金融服務業申訴，許多金融消費爭議的發生可能來自於誤解或者處理不當，金融服務業應有機會對於發生的糾紛採取補救或處理。若消費者未先向金融服務業申訴，逕向評議中心尋求解決，將由評議中心金融消費者服務部門移交金融服務業，由金融機構直接與金融消費者進行第一線之溝通與處理，消費者於一定期間內未獲金融業者回覆或處理結果未令其滿意，即得申請評議。為避免金融消費者權利遭到延宕，對於金融機構設有申訴處理期限。《金保法》第 13 條第 2 項規定:「金融消費者就金融消費爭議事件應先向金融服務業提出申訴，金融服務業應於收受申訴之日起三十日內為適當之處理，並將處理結果回覆提出申訴之金融消費者；金融消費者不接受處理結果者或金融服務業逾上述期限不為處理者，金融消費者得於收受處理結果或期限屆滿之日起六十日內，

[153]金保法第 16 條第 1 項。
[154]金保法第 17 條第 1 項。

向爭議處理機構申請評議；金融消費者向爭議處理機構提出申訴者，爭議處理機構之金融消費者服務部門應將該申訴移交金融服務業處理。」

第二款 試行調處

於申訴過程中無法解決爭議之案件，始得申請評議。依《金保法》第 23 條第 2 項規定:「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。」評議中心於 102 年 3 月 1 日成立調處組。調處程序著重於消弭金融消費者與金融服務業者之間的誤解與糾紛，經由調處人員講解法規，釐清疑義、法律關係與達成和解之可行方向，供雙方當事人參考。若當事人雙方就爭議達成自主性和解協議時，即為調處成立，除載明於調處筆錄外，並製作調處書寄給當事人雙方。若當事人雙方無法調處成立者則續行評議程序。此外另有部分雙方無法調處成立之案件，經調處人員說明相關契約條款或法律規定後，申請人同意撤回[155]。本法之調處乃任意性程序，當事人仍有選擇權，若當事人不願試行調處，則評議中心應即續行評議。

依據評議中心統計資料[156]，102 年第 4 季申請評議案件共有 225 件試行調處，其中調處成立 158 件，不成立 39 件，經調處後撤回 28 件，調處成立比率達 70%。103 年第 1 季申請評議案件共有 221 件試行調處，調處成立 170 件，比率達 76.9%。103 年第 2 季申請評議案件共有 149 件試行調處，其中調處成立 127 件，不成立 22 件，調處成立比率達 85%。此項數據資料似在彰顯調處程序所發揮之解決紛爭機能，可慮者係，其調處成立比率之計算方式可信度堪疑，蓋其僅以試行調處之案件作為統計分母，實無法顯示試行調處案件之於申請評議案件所能發揮之功效，必須以收案總數作為基數，方能確實表示調處成立所佔總體案件之比例。

第三款 評議

[155]財團法人金融消費評議中心網站，https://www.foi.org.tw/Article.aspx?Lang=1&Arti=517&Role=1 (最後瀏覽日:2014/10/12)

[156]財團法人金融消費評議中心統計資料，102 年第 3 季申訴暨評議案件統計說明，頁 4；102 年第 4 季申訴暨評議案件統計說明，頁 16；評議中心揭露 103 年度第 1 季申訴案件暨申請評議案件統計資料。

金融消費者於依本法第 13 條及第 23 條經過申訴及試行調處之程序後，金融爭議仍無法獲得妥適之處理者，將進入評議程序。或金融消費者已依其他法律規定調處或調解不成立者，得於調處或調解不成立之日起六十日內申請評議[157]。

第一目 預審委員先行審查

依《金保法》第 25 條第 1 項規定，爭議處理機構於受理申請評議後，應由評議委員會主任委員指派評議委員三人以上為預審委員先行審查，並研提審查意見報告。《金融消費爭議處理機構評議委員資格條件聘任解任及評議程序辦法》(以下簡稱評議委員條件及評議程序辦法)第 4 項規定，預審委員審查評議事件時，認為案件事實、爭點或相關細節有釐清必要者，得經全體預審委員三分之二以上之同意後，委請諮詢顧問提供專業意見。

第二目 評議委員做成評議

預審委員應將審查意見報告提送評議委員會評議[158]。為求程序迅速，評議程序係以書面審理為原則，並使當事人有於合理期間陳述意見之機會。評議委員會認為有必要者，得通知當事人或利害關係人至指定處所陳述意見；當事人請求到場陳述意見，評議委員會認有正當理由者，應給予到場陳述意見之機會。爭議處理機構應於陳述意見期日七日前寄發通知書予當事人或利害關係人[159]，以使其有合理期間準備並提出意見，作為程序保障。由於評議中心之性質係財團法人，並無行使公權力之資格，於個案中有時須報請主管機關發動行政權，以協助資料取得[160]，故本法第 20 條第 2 項規定，爭議處理機構為處理金融消費爭議事件，得於合理必要範圍內，請求金融服務業協助或提出文件、相關資料。受請求之金融服務業未協助或提出文件、相關資料者，爭議處理機構得報請主管機關處理。

[157]金保法第 23 條第 6 項。
[158]金保法第 27 條第 1 項。
[159]金保法第 26 條第 2 項。
[160]同註 98 (最後瀏覽日:2014/10/10)。

評議委員會應公平合理審酌評議事件之一切情狀，以全體評議委員二分之一以上之出席，出席評議委員二分之一以上之同意，作成評議決定[161]。評議委員應依公平合理原則，超然獨立進行評議[162]，使得評議中心之角色毋寧接近「準金融民事法庭」[163]。

又所謂「公平合理原則」，係參考依英國 FSMA 第 228 條，FOS 之公評人應斟酌事件一切情狀後作成公平合理之決定。公平合理原則不僅是衡酌有無權利有無之實體規範，同時亦為一種裁決規則[164]。因實務上金融消費爭議之態樣多樣，並非現行法令或司法判解所能含括處理，故賦予爭議處理機構得依公平合理原則，將法律、命令、判決先例、產業界習慣均考量在內，作成判斷，以補充法令及司法判解之不足，較能保護金融消費者，並提升信服度[165]。

第三目 評議決定之處理期限

依《評議委員條件及評議程序辦法》第 18 條第 1 項規定，評議決定，原則上應自爭議處理機構受理評議申請之日起三個月內為之；必要時，得予延長，並通知當事人。延長以一次為限，最長不得逾二個月。

第三項 評議之效力

第一款 小額案件之片面拘束力

依《金保法》第 29 條第 1 項規定，當事人應於評議書所載期限內，以書面通知爭議處理機構，表明接受或拒絕評議決定之意思。評議經當事人雙方接受而成立。人民基於程序主體地位，享有程序處分權及程序選擇權。本法所設訴訟外

[161]金保法第 27 條第 2 項。
[162]金融消費爭議處理機構評議委員資格條件聘任解任及評議程序辦法第 17 條第 2 項。
[163]張瑜鳳，《金融消費爭議案件之紛爭解決機制─兼論臺北地院民事調解制度與金管會評議中心評議制度》，司法院研究年報第 30 輯民事類第 1 篇，頁 64，2013 年 12 月。
[164]王怡蘋，金融消費爭議評議決定與法院核可程序之研究，政大法學評論，第 138 期，頁 161，2014 年 9 月。
[165]同註 98 (最後瀏覽日:2014/10/10)。

之爭議處理程序亦應保障金融消費者及金融服務業合意使用本法爭議處理機制與處理結果之程序選擇權及程序處分權[166]。

本法為達迅速解決紛爭，針對小額案件，定有評議決定具片面拘束力之規定，此參同條第 2 項規定，金融服務業於事前以書面同意或於其商品、服務契約或其他文件中表明願意適用本法之爭議處理程序者，對於評議委員會所作其應向金融消費者給付每一筆金額或財產價值在一定額度以下之評議決定，應予接受；評議決定超過一定額度，而金融消費者表明願意縮減該金額或財產價值至一定額度者，亦同。此係參考英國 FSMA 第 229 條第 4 項至第 6 項、第 9 項、附錄第 17 及 FIDReC 業務規則第 28 及第 29 條，均有評議給付金額上限規定，英國 FSMA 明定未超過上限之評議決定一經金融消費者接受，金融服務業即受拘束並得以強制令執行之，超過此上限之評議決定則僅具建議性質[167]。關於片面拘束力之適用情形如下:

	金融機構事先表明適用	金融機構未事先表明適用
一定金額以上	須經金融機構同意	須經金融機構同意
一定金額以下	金融機構應予接受 無同意權	須經金融機構同意

論者有謂，對於金融消費者及金融業者超出一定金額之事件，評議決定對其並無拘束力，係類似調解方案建議性質，須雙方合意後，評議始為成立。於金融服務業事前同意適用《金保法》之爭議處理程序，包含同意依評議委員會之決定解決紛爭，如同依據仲裁條款之授予，仲裁判斷對當事人所生之拘束力一般，而具有準仲裁之性質。是以，評議決定兼有調解建議及仲裁判斷之效力[168]。

依據金管會公告[169]，該一定額度之規範因產品性質而有不同，區分為投資型金融商品或服務之爭議案件在新台幣 100 萬以下及非投資型金融商品或服務之

[166]同註 98 (最後瀏覽日:2014/10/10)。
[167]同註 98 (最後瀏覽日:2014/10/10)。
[168]王怡蘋，同註 164，頁 63。
[169]行政院金管會 100 年 12 月 30 日金管法字第 10000423911 號公告:
一、銀行業及證券期貨業所提供之投資型金融商品或服務，包括信託業辦理特定金錢信託業務或

爭議案件在新台幣 10 萬以下者；保險業之財產保險給付、人身保險給付及投資型保險商品或服務，核定理賠額度新臺幣 100 萬元以下，多次給付型醫療保險金給付及非屬保險給付爭議類型，核定理賠額度為新臺幣 10 萬以下者。茲整理如下表:

業別	商品或服務類型	一定額度
銀行業及 證券期貨業	投資型金融商品或服務	新台幣 100 萬元
	非投資型金融商品或服務	新台幣 10 萬元
保險業	財產保險給付、人身保險給付及投資型保險商品或服務	新台幣 100 萬元
	多次給付型醫療保險金給付及非屬保險給付爭議類型	新台幣 10 萬元

第二款 法院核可及其效力

為達評議程序解決紛爭之功能，本法第 30 條第 1 項規定，金融消費者得於評議成立之日起90日之不變期間內，申請爭議處理機構將評議書送請法院核可。爭議處理機構應於受理前述申請之日起 5 日內，將評議書及卷證送請爭議處理機構事務所所在地之管轄地方法院核可。蓋評議成立後，金融消費者若信賴金融服務業將依評議書內容履行，則無必要強制評議書均須送法院核可。金融消費者認

特定有價證券信託業務，受託投資國內外有價證券、短期票券或結構型商品；信託業辦理具運用決定權之金錢信託或有價證券信託，以財務規劃或資產負債配置為目的，受託投資國內外有價證券、短期票券或結構型商品;信託業運用信託財產於黃金或衍生性金融商品;共同信託基金業務；信託資金集合管理運用帳戶業務；銀行與客戶承作之衍生性金融商品及結構型商品業務；黃金及貴金屬業務；受託買賣非集中市場交易且具衍生性商品性質之外國有價證券業務；證券商營業處所經營衍生性金融商品及槓桿交易商經營槓桿保證金契約交易業務;證券投資信託基金及境外基金;期貨信託基金;全權委託投資業務及全權委託期貨交易業務,其一定額度為新臺幣 100 萬元。
二、銀行業及證券期貨業所提供之非投資型金融商品或服務，其一定額度為新臺幣 10 萬元。
三、電子票證業所提供之非投資型金融商品或服務，其一定額度為新臺幣 10 萬元。
四、保險業所提供之財產保險給付、人身保險給付（不含多次給付型醫療保險金給付）及投資型保險商品或服務，其一定額度為新臺幣 100 萬元。
五、保險業所提供多次給付型醫療保險金給付及非屬保險給付爭議類型（不含投資型保險商品或服務），其一定額度為新臺幣 10 萬元。

有取得強制執行名義之需求而申請爭議處理機構將評議書送法院核可時，始將評議書送管轄法院核可，可減省程序並減輕法院負擔[170]。

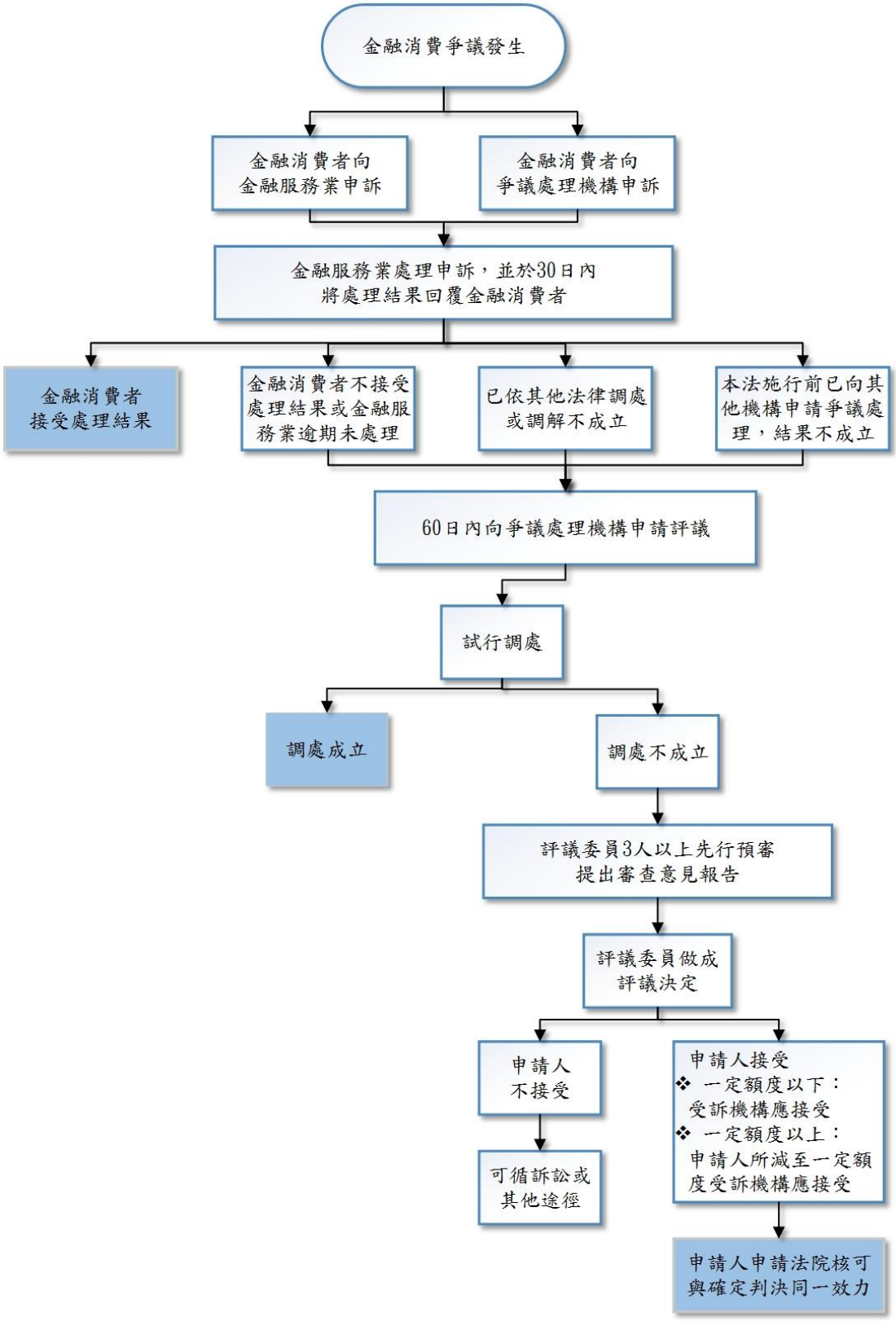
法院對於送請核可之評議決定，採取「原則核可，例外不核可」，同條第 2 項規定，法院對於前項之評議書應予核可。法院核可後，應將經核可之評議書併同評議事件卷證發還爭議處理機構，並將經核可之評議書以正本送達當事人及其代理人。同條第 3 項規定，因評議書內容牴觸法令、違背公共秩序或善良風俗或有其他不能強制執行之原因而未予核可者，法院應將其理由通知爭議處理機構及當事人。論者提出，應以公正程序保障及專業尊重原則建構法院審查體系[171]，於核可程序上，應注意審查事項及方向為，對於程序面上之合法性須予以審查。對於具片面拘束力事件，評議決定應附具詳細理由，作為單面拘束性之正當化基礎，法院應審酌評議有無矛盾及恣意裁決之情形。對於保險詐欺等類高度道德風險之評議，法院應可以公序良俗加以審查。對於啟動公平合理條款之程序，若係有利於消費者，而消費者已表明同意者，原則上法院對於評議決定應予尊重[172]。

評議書經法院核可者，與民事確定判決有同一之效力[173]，當事人就該事件不得再行起訴或依本法申訴、申請評議，以達評議程序解決紛爭之功能。評議書經法院核可者，依法如有無效或得撤銷之原因，仍例外准許評議當事人得提起宣告評議無效或撤銷評議之訴[174]，其性質類同再審之訴。

[170]同註 98 (最後瀏覽日:2014/10/10)。
[171]王怡蘋，同註 164，頁 92。
[172]姜世明，同註 87，頁 23。
[173]金保法第 30 條第 4 項。
[174]金保法第 30 條第 5 項。

第四項 金融消費爭議處理流程圖

茲將金融消費評議爭議處理程序整理為下圖:



第三節 金融消費評議機制之改善

第一項 金融消費爭議評議之問題

第一款 評議機制使用方面

自程序使用者之「人」的觀點，檢視評議機制，可能有道德風險之問題[175]。依《金融消費爭議處理機構設立及管理辦法》第 24 條規定，爭議處理機構收入來源除捐助財產外，尚包括自金融服務業收取之年費及服務費，金融消費者利用金融消費評議程序無須付費。另依本法第 11 條金融服務業之無過失責任及舉證責任倒置之規定，可見金融消費者使用評議程序之成本相對較小，如此可能造成金融消費者積極向評議中心申請評議，增加金融服務業應訴成本與評議中心之工作負擔，而有評議資源濫用之疑慮。

制度之穩定運作，仍須財力支應，基於使用者付費，另方面，為免金融消費者濫行申訴，論者提出，評議中心可預先訂立費用負擔規則，於申訴人行為係不當或不合理，或可歸責於申訴人之評議程序遲延之情形，要求申訴人支付進行評議程序之費用，作為使用評議程序之規費[176]。

另從「事」的角度來看，值得思考的是，是否有區別簡易或複雜問題處理方式之必要[177]。按《評議委員條件及評議程序辦法》第 18 條規定，評議決定原則上應於受理評議申請之日起 3 個月內為之，至多僅得延長 2 個月。在重大案件，則有《金保法第 22 條》之特殊處理程序，金融消費爭議事件涉及眾多金融消費者或金融服務業且事件類型相似者，或涉及重大法律適用爭議者，爭議處理機構對該等爭議事件得暫時停止處理，並針對該等爭議事件擬訂爭議處理原則經報請主管機關同意後，依該處理原則繼續處理，或向有權解釋法令之機關申請解釋後，

[175]林繼恆，同註 115 書，頁 138。
[176]張瑜鳳，同註 163 書，頁 136。蔡鐘慶，同註 103=，頁 76。
[177]林繼恆，同註 115 書，頁 142。

據以繼續處理。然在小額金融消費爭議，當金融消費者決定採取評議程序解決問題，需先向金融機構提出申訴，歷經試行調處、預審委員審議、評議委員作成決定等程序，是否符合費用相當性。若小額事件之評議結果，未能依本法第 29 條獲得拘束力，金融消費者尚須循其他途徑尋求救濟，先前所付出之程序成本，毋寧成為一場耗費。

第二款 評議結果拘束力方面

評議之程序，係由申訴人發動，且評議結果只能對金融業者不利，不得命申訴人對金融機構負擔任何義務或給付，如申訴人不接受評議結果，對其不生拘束力，申訴人仍可採取其他途徑主張權利。惟就相對人金融機構部分，如評議決定單方面拘束金融機構卻不拘束申訴人，顯有就申訴人及金融機構為差別待遇，似有違反《憲法》第 7 條平等權。《金保法》第 29 條第 2 項之前提乃金融服務業事前以書面同意適用本法之爭議處理程序，論者指出，雖然絕大多數金融服務業均已簽署《金保法》第 29 條第 2 項之書面同意，簽署比例達 84%，此等同意書在形式上，或可認為具有釋字 591 號解釋理由書闡述之「當事人合意選擇循訴訟或其他法定之非訴訟程序處理爭議」之外觀，但此等概括式之同意，是否合於明確性原則，容有疑慮[178]。參照民事訴訟上之「合意管轄」，其設定目的主要係為當事人間公平及考慮訴訟進行之方便，現行法基於尊重當事人自主原則，在不妨礙公益範圍內，容許當事人合意定其管轄法院，為一「訴訟契約」。當事人雙方定合意管轄以關於一定法律關係而生之訴訟為限，換言之，當事人間不得就雙方不特定之一切訴訟為合意管轄。此乃學理上所謂「確定性原則」[179]。

大法官解釋釋字第 485 號指出:「憲法第七條平等原則並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，立法機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待。」因此差

[178]王怡蘋，同註 164，頁 107。
[179]姜世明，同註 39，頁 100-102。

別待遇是否合憲，應視其差別是否合理而定。在此種不涉及憲法第 7 條所列之「男女、宗教、種族、階級、黨派」高度嫌疑分類，縱以中度審查標準檢視其合憲性，視法律所欲達成之目的是否屬重要公共利益，且所採取分類標準及差別待遇之手段與目的之達成是否具有實質之關係，本法對於金融消費者及金融機構所為之差別待遇，仍屬合乎事理。蓋本法之目的係為調和金融消費者與金融服務業就專業、經濟地位上之實質不對等，保護金融消費者權益，公平、合理、有效處理金融消費爭議事件，以增進金融消費者對市場之信心，並促進金融市場之健全發展，應屬重要公共利益。為達此一目的，設置爭議處理機構並建立評議機制，由於金融服務業者已事前同意使用此機制，故就一定額度以下之評議決定得以片面拘束金融服務業，提供金融消費者迅速有效之權利救濟，適度平衡雙方當事人實力之懸殊，評議之效力規定，有助本法目的之達成，手段與目的間具有實質關聯性，應屬合理之差別待遇，而未牴觸《憲法》第 7 條實質平等之旨。

英國 FOS 機制，僅申訴人單方有權決定是否接受評議決定，爭議雙方之權利並非平等，明顯向申訴人即金融消費者一方傾斜，係來自對於金融業務之高度監理之概念，以傾斜式立法方式實質衡平金融消費者在專業性、經濟上之弱勢地位[180]。

此外，評議決定之拘束力適用上實有弔詭之處。蓋評議決定對於金融服務業之片面拘束力，以金融業者事前曾表明願意適用金保法之爭議處理程序為前提，在一定金額範圍內之評議決定，一經金融消費者接受，金融業者即受拘束。然而，若金融業者未事先表明願意適用此一程序，且事後拒絕接受評議決定，則其不受評議結果拘束。是否會發生金融業者事前持保留態度，而不表明願適用評議程序，待視評議結果對其是否有利，決定是否予以同意。縱最後不滿評議程序表示拒絕，至少已經拖延評議期間金融消費者起訴時效。如此一來，不啻將程序選擇之利益

[180]楊麗萍，同註 111，頁 40。

歸由金融業者享有，評議程序反而成為金融服務業投機的機會[181]。此一規定設計之妥適性，容有疑義，為免評議程序保護消費者之目的落空，對於金融業者之拒絕接受應予適當規制，以爭議案件之數額區分得否拒絕接受評議結果固屬方法之一，亦可考慮對於金融服務業拒絕評議之事由加以限制[182]。

第三款 評議結果核可方面

依《金保法》第 29 條第 1 項規定，評議經當事人雙方表明接受之意即為成立，本不以經法院核可為必要，為該評議書在法院核可前，僅為民法上和解契約之性質[183]，尚不得據以直接聲請法院強制執行。復依同法第 30 條第 1 項規定，僅金融消費者申請爭議處理機構將評議結果送請法院核可，金融業者無申請權，爭議處理機構亦不得主動依職權送請法院核可。經法院核可之評議決定，具有與民事確定判決之效力，始得發揮定紛止爭之效。然而於評議結果已經具有拘束力，金融業者須依法給付或已為給付後，金融消費者若不申請送法院核可，則該評議結果並不生與確定判決同一之效力，金融消費者似得就其不滿意之部分，繼續以訴訟或其他方式請求，如此一來，有違本法迅速解決紛爭之美意，亦違反紛爭解決一次性之理想。而有放寬金融服務業者亦得申請將評議書送請法院核可之建議[184]，或是於評議成立時由評議中心立即將評議書請法院核可[185]。

第二項 金融消費評議制度展望

2008 年雷曼兄弟兄弟公司破產，連動債事件爆發，金融消費危機突顯我國金融消費爭議處理機制之缺漏，無法快速、有效地使受損害之金融消費者權益確

[181]林育廷，新金融爭端效解決─替代性金融爭端解決機制之過去、現在、未來，月旦法學雜誌，第 199 期，頁 35-36，2011 年 12 月。蔡永泰，淺論金融消費者保護法之評議程序─以當事人合意要件為中心，存款保險資訊季刊，第 24 卷第 3 期，頁 121-122，2011 年 9 月。
[182]蔡永泰，同註 181 文，頁 123。
[183]陳國華、李珮瑄等人合著，同註 132 書，頁 76。
[184]蔡鐘慶，同註 103 文，頁 79。
[185]蔡仲威，替代性金融消費爭端解決機制，東吳大學法律系碩士論文，頁 117，2013 年 7 月。

實獲得保障，為了改善此等缺憾，始有《金融消費者保護法》之產生[186]，於實體面與程序面，制定保護金融消費者權益之規範。

訴訟外金融紛爭解決機制主要價值與實益，係為減少當事人主張權利過程中所需遭受時間與資源上耗費，並協助金融消費者以迅速有效之方式尋求權利救濟，始金融消費者權益獲得適足保障，進而減少訟源，減輕法院負擔。

評議機制運作至今，可以觀察到申訴案件及申請評議案件有逐漸遞減及趨於穩定之趨勢[187]，據統計資料顯示，將近一半之案件於金融消費者項金融服務業者申訴時，即由金融服務業者處理，實際向評議中心申請評議之案件並沒有這麼多。評議中心於 2014 年公布 101 年度案例彙編，對金融服務業者產生實質拘束力，輔以調處比例升高，可以預見將來申請評議之案件應該會逐漸減少，大部分之金融消費爭議可在紛爭當事人雙方間達成共識解決[188]。

參考英國 FOS 機制，於處理金融消費爭議時，係採三階段程序，先由消費者顧問蒐集資料並使爭議雙方直接面對面處理，再由初階裁判人進行雙方調處及做成初階決定，如當事人仍不服，始由公評人做成最後決定，此分層處理案件方式，使得許多爭議在第一階段即可成立和解，約僅有 20%之案件會進入第二階段，最後進入評議程序之案件更降低至所有申訴案之 10%左右[189]。評議程序仍可努力之方向為，強化前階段之申訴及調處機制，以利迅速有效處理爭議，共創金融業者與消費者之雙贏。

訴訟外紛爭解決機制之多元，雖得提供當事人多種採用解決紛爭途徑，然為達成迅速有效解決爭議，紛爭解決機制之整合實有必要。其中尤以評議中心與投保中心之整併最值得吾人期待，投保中心已累積多年處理證券期貨案件之經驗，

[186]林國全，財團法人金融消費評議中心，金融消費評議快訊，第 1 期，頁 2，2012 年 4 月。
[187]https://www.foi.org.tw/Article.aspx?Lang=1&Arti=57&Role=1
[188]蔡鐘慶，同註 152，頁 287。
[189]林繼恆，同註 115 書，頁 138。

並有保護基金、團體訴訟等完整程序，與評議中心間並無排斥關係，實有互補之作用，未來應可建立二者間之流通機制，發揮綜效。

第四節 小結

鑒於金融商品或服務具跨業性，型態多元、複雜，且商品內涵具高度專業性；存有資訊不對稱、締約雙方實力不對等之問題，因金融商品通常非具體存在，無從外觀判斷其價值，而須依賴金融業者提供商品或服務資訊，金融消費者與金融業者雙方於事前取得商品資訊之能力、事後舉證與救濟之能力居於懸殊地位；金融商品與服務具有風險及報酬之不確定性；在交易過程上，使用定型化契約以減少締約成本，簡化交易過程，提高締約效率等特質，於發生爭議時，法院之訴訟程序通常並非解決紛爭之最適切管道，因此乃有思考以專門處理金融消費者與金融業者間紛爭之解決機制之必要，以期公平、合理、有效處理金融消費爭議事件。

評議程序之運作，評議委員實質介入，依法律及契約條款進行評議，依公平合理原則衡平爭議雙方之責任風險，審酌雙方當事人間之資訊對稱性、合理期待可能性、舉證困難、證據資料之保存及專擅性等，評議結果考量具體缺失之情節輕重、金融消費者之年齡、職業、經驗、專業知識背景等情狀及保護必要性，依個案事實之特殊性作成決定。評議中心被視為「準金融民事法庭」，評議委員居於公正獨立之第三人地位，運用其專業知識，經由充分實質審理後作成評議決定，評議決定具有雙重性質:對於金融消費者及金融業者超出一定額度之事件，評議決定對其無拘束力，僅係調解方案建議；符合一定金額要件下對於金融業者具有片面拘束力，該評議之性質類似仲裁判斷[190]，使得評議決定具有強制機能[191]。

[190]姜世明，同註 87，頁 22。
[191]棚瀨孝雄，同註 79，頁 229。

統計資料顯示，截至101年度10月底止，評議中心總計受理評議案件有2,062件，平均處理天數為62天，於3個月內結案之件數高達90%[192]。截至2012年3月底止，評議案件總計2368件，評議中心處理結果紛爭已解決或有利於金融消費者(撤回+調處成立+金融業者應賠付)之比率為56%[193]，值得注意。

國立政治大學 National Chengchi University

[192]金融消費評議中心案例研討會圓滿成功，中央社 2012 年 11 月 26 日報導 http://www.cna.com.tw/postwrite/Detail/116867.aspx#.VIVDkWcVHMw(最後瀏覽日:2014/12/08)
[193]財團法人金融消費評議中心，金融消費評議快訊，第 5 期，頁 6，2013 年 5 月。

第四章 公共工程履約爭議調解

第一節 公共工程之介紹

第一項 公共工程之意義

公共工程，廣義而言，係指都市計畫所稱公共設施之興辦，如道路、橋樑、學校等凡與公眾的安全和福利有關之工程，不論施工單位為何，皆稱為公共工程。而狹義的觀點，則是指專由政府興建的工程，並以服務公眾為目的或為大眾所使用之工程而言，稱之為公共工程[194]。

公共工程建設，或有機關自行辦理者，規模較大之公共工程，因機關人力、物力有限，則依公開招標或比價、議價等方式，委託公營或私營之營建業承辦，此類工程之業主為公務機關，即係指政府機關、公立學校、公營事業興辦或機關依法核准由民間投資興辦或參與投資之工程[195]。

按《政府採購法》(於本章以本法或《採購法》代用簡稱之)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。第 3 條規定，政府機關、公立學校、公營事業辦理採購，依本法之規定。復按本法第 7 條第 1 項規定，本法所稱工程，指在地面上下新建、增建、改建、修建、拆除構造物與其所屬設備及改變自然環境之行為，包括建築、土木、水利、環境、交通、機械、電氣、化工及其他經主管機關認定之工程。本條對於工程之定義係以工程施工為內容之營建活動[196]。是以政府機關興建公共工程建設，應遵守《政府採購法》之規定。

---

[194]國家發展委員會網站， http://www.ndc.gov.tw/m1.aspx?sNo=0012547#.VFleOPmUeAk(最後瀏覽日:2014/11/5)

[195]參照公共工程基本法草案第 3 條條文。

[196]黃紋綦，工程契約風險之研究—以公共工程為中心，國立台灣大學法律學院法律學研究所碩士論文，頁 5，2005 年 7 月。

第二項 公共工程契約之特性

公共工程契約係以政府或其他公法人為主體而興建公共營造物或公有建築物，在法律上以私法當事人地位與承包商成立私法契約，即所謂「國庫行為」，其契約之標的為一定工作之完成，其契約之內容與民法中之承攬契約相符，就契約性質而言與一般民間工程契約無異[197]。

惟公共工程是政府最大支出項目之一，如何將國家資源有效分配，攸關經濟發展與社會正義。公共工程之經費來源須經立法機關加以監督，行政機關之行為亦須受法令規束。公共工程建設由政府機關作成決策、執行，資金來自全民稅收及發行各類公債，必須先行編列預算，並接受民意機關審核及會計、審計與上級機關之監督，各項作業程序須依相關法令規章辦理。完成之公共建設屬全民共有共享，並由政府或授權單位管理[198]。因此衍生出以下特性:

1. 業主一方為政府

   公共工程契約之業主為政府而與承包商訂立之工程契約，政府具有行政資源及經濟交涉力量的優勢及公權力之優越地位。公共工程契約多以附合契約(即定型化契約，通常採用由業主一方擬定之標準合約，承包商必須附合，多無異議機會，否則即無參與競標、比價或議價之權利)為之。且公共工程契約具有行政契約之屬性，及強化公益對一方當事人契約權利濫用之限制的趨勢[199]。

2. 投標須知構成契約重要文件

   公共工程為政府行政行為之一種(國庫行為理論下，行政輔助行為中之「需求滿足行為」)，並非單純之私法契約行為，公共工程契約之成立

[197]蕭家進，公共工程爭議處理的省思，現代營建月刊，第 260 期，頁 65， 2001 年 8 月。
[198]李玲瑜，政府採購法工程爭議處理制度之研究，政治大學法律科技整合研究所碩士論文，頁 36，2009 年 1 月。
[199]邱雅文，政府採購法第 85 條之 1 第 2 項修訂對工程爭議調解實務之影響，仲裁季刊，第 83 期，頁 37，2007 年 10 月。

及其內容須受行政法規之拘束，例如《審計法》及《政府採購法》兩大基本法源外，各級政府或公法人須訂之相關法令不勝枚舉。為落實法令要求，公共工程之契約除了合約書、履約保證書、工程範圍及說明、設計規範與施工說明書、設計圖說、工程數量表等一般工程契約文件外，「投標須知」亦構成契約之重要文件，投標須知中常有若干箝制廠商之條款[200]。

3. 承辦人員具公務員身分

公共工程契約另一特點是業主一方之承辦人員通常具有公務員身分，因而衍生該等公務人員之民事、刑事及行政責任等問題，面對法律責任與政治責任之潛在危險，承辦人員出於自保的心態，在解釋契約條款時不免趨於嚴格與保守，對承包商較為不利[201]。

4. 公共工程規模龐大，施工時間較長

公共工程涉及國家重大建設，施工難度高，執行期間長，有些風險並非訂約時可得預見，又契約之金額往往動輒數億或更多，廠商固然可由承攬工程獲得相當之報酬，但須承擔資金周轉、物價波動等諸多問題與風險。政府機關為使工程順利完成並保證其品質，藉由要求承攬人繳交一定比例之履約保證金、保固保證金並以定期估驗之方式付款，此攸關承包商之資金周轉與財務狀況，當雙方發生爭議時，應謀求迅速有效的解決之道，以免承包商發生財務困難，亦可防止公共工程因而中輟，確保順利完工[202]。

5. 涵蓋產業面廣泛，相關主體間關係複雜

蓋公共工程係以業主為核心向外形成網絡之契約關係，業主可能與工程顧問公司、設計公司及營造公司分別簽訂企畫合約、設計契約及工程合

[200]邱雅文，同註 200，頁 38。
[201]邱雅文，同註 200，頁 38。
[202]林智育，公共工程以仲裁解決紛爭可行性分析，經社法制論叢，頁 202，1998 年 1 月。

約，承包商亦可能就機電、水電、土木等各項工程項目與次承包商訂立次承攬契約。另外，還有銀行、保險公司、建築師等，於公共工程契約中扮演一定的角色[203]。可知公共工程之參與者，除主辦機關外，涵蓋了營造、機電、水電和土木等行業，尚涉及其他服務業、金融業等各類型產業[204]，影響層面廣泛，衍生契約極為複雜，關係角色眾多，當爭議發生時，不僅牽涉對象繁多，責任歸屬之認定亟需高度專業性判斷。

第三項 公共工程履約爭議之探討

第一款 公共工程爭議之原因

工程契約固然係基於當事人合意，約定權利義務關係之承攬契約，惟因工程本身之複雜性，難以文字涵蓋所有情形，契約文件又何其繁多，履約事項本即繁瑣細碎，又因履約時間拉長而常有意外情形出現，使得工程契約不詳盡之部分顯現，各方當事人往往出於維護自身利益而對於契約有不同之認知與解釋[205]。公共工程契約之訂定，多係主辦機關以定型化契約制定，行政院公共工程委員會(本章簡稱工程會)亦公布工程採購契約範本，供各機關援用，惟該範本中不乏過度保護業主及顯失公平之情形，形成「權歸甲方，責歸乙方」之不平等現象[206]。

[203]林智育，同註 203，頁 202。
[204]李玲瑜，同註 199，頁 38。
[205]黃鈺華、蔡佩芳、李世祺，《政府採購法解讀-逐條釋義》，頁 304，3 版，2008 年 9 月。
[206]主辦機關為保障自身利益，訂立獨厚於機關之條款，例如:公共工程採購契約範本第 21 條(契約終止解除及暫停執行)第 4 項規定:契約經依第 1 款規定或因可歸責於廠商之事由致終止或解除者，機關得自通知廠商終止或解除契約日起，<u>扣發廠商應得之工程款，包括尚未領取之工程估驗款、全部保留款等，並不發還廠商之履約保證金</u>。至本契約經機關自行或洽請其他廠商完成後，如扣除機關為完成本契約所支付之一切費用及所受損害後有剩餘者，機關應將該差額給付廠商；無洽其他廠商完成之必要者，亦同。如有不足者，廠商及其連帶保證人應將該項差額賠償機關。同條第 5 項規定，契約因政策變更，廠商依契約繼續履行反而不符公共利益者，機關得報經上級機關核准，終止或解除部分或全部契約，並與廠商協議補償廠商因此所生之損失。<u>但不包含所失利益</u>。參見公共工程採購契約範本 103 年 1 月 22 日修正版本。
另有指出，公共工程契約給予業主過度保護，承包商權利規定較少，例如無付款保證規定。參見鄧勝軒，公共工程履約爭議問題背後原因探究，營造天下，第 143 期，頁 31，2009 年 3 月。

工程之進行歷經數階段，從締約、規劃設計、開工、施工到完工、驗收、保固等，皆有發生爭議之可能[207]。公共工程係由主辦機關基於要約引誘，辦理招標程序，廠商根據機關提供之招標文件計算標價，而後進行投標。廠商於投標前是否詳細審閱各項招標文件，對於工程品質及各項規範之要求是否充分瞭解，並基此計算標價，均影響得標後是否能夠確實依契約施工[208]。

對於工程爭議發生之原因，可歸納整理如下:

1. 工程本身具有潛在風險

公共工程多為大規模建設，複雜變異頻繁，工期較長，隱藏較多不確定、突發性因素，風險不易完全掌控，且工期越長，承包商所需承擔之風險益增[209]。另一方面，公共工程所涉及廠商及產業甚多，在整體的整合與分工過程中，主辦機關與各廠商之間彼此直接或間接以不同類型的契約互相連結，主辦機關與承包商訂立主約，承包商再與專業分包商、材料供應商、機具租賃買賣廠商分別訂約，此外，週邊尚有配合之業者，儼然形成公共工程密不可分之分工網。具有契約關係的各級廠商或業者之間，均有可能因為彼此的權利義務關係產生爭議。

2. 工程契約條款不明確、不完整或不平等

論者指出，公共工程之採購交易在經濟學分類上屬獨買市場，亦即每件商品(工程設施)交易雙方的數目，買方(業主)只有一家，但賣方(承商)有許多家，因此買方取得極大優勢與主導權[210]。各機關在研訂契約時，多因襲舊規，契約條款難免有所疏漏或偏向自身權益，因此契約不平等與風險分擔不均為工程糾紛之首要原因[211]。自雙方談判力強弱而言，居

[207]查心如，論爭議審查委員會(DRB)機制與工程爭議預防，世新大學法律研究所碩士論文，頁 8，2003 年 7 月。
[208]廖肇昌、曾一平，公共工程契約爭議類型之探討，營建管理季刊，第 64 期，頁 63，2005 年 9 月。
[209]李玲瑜，同註 199，頁 43。
[210]王明德，機關與廠商對於先調後仲應如何因應，仲裁季刊，第 83 期，頁 101，2007 年 10 月。
[211]王伯儉，《工程契約法律實務》，頁 21-22，2 版，2008 年 10 月。

於優勢者，往往可以透過契約條款，將風險轉嫁至弱勢之一方。公共工程之合約條文多由業主單方擬定，廠商須遵循辦理，難有置喙餘地，主要施工風險落在承攬廠商身上。

3. 公部門本位主義影響

公部門之官僚體系，易產生本位主義之思想，一旦工程發生缺失，均責成廠商應負責到底，並鮮少主動給予協助，爭議發生時，更缺乏團隊互助精神。公共工程之經辦人員多係公務員，於執行業務中，受限於法令規定，常抱持保守謹慎態度應事，導致對於契約解釋限縮或解釋偏差之結果，再者，公部門中尚有會計單位嚴格把關，政風單位自防弊角度監督，內部意見無法整合，自難以解決問題[212]。

4. 未建立適當爭議處理條款

公共工程之內容繁複，影響工程之因素甚多，具風險及不確定性，無法於事前預料並完整規範所有情況。即使契約規定鉅細靡遺，亦可能發生用詞模糊、舉證困難等情事。在工程實務運作上，常是無事則已，一旦發生糾紛，爭議之釐清便成為難題。自訂立契約時，仍應力求契約條款之明確，如工程標的、範圍、目的、規範、權利、義務、工程爭議規則等，甚至訂明共同分擔原則，使發生工程糾紛時，雙方得有所依循，對於爭議解決途徑，更應有所規範[213]。

5. 工程人員欠缺法律思維

一般工程人員大多未經過法律訓練，在工程契約之解讀上，多僅限於契約條文中關於工程專業部分，對該條文可能產生之法律效果缺乏足夠之認識。契約條款中之工程用語是否能精準以法律概念含括，亦涉及契約解釋之問題。我國係屬大陸法系國家，較注重契約歸責性，不若英美法

[212]楊英君，公共工程履約爭議處理制度之研究，台灣科技大學營建系碩士論文，頁 7，1998 年 7 月。
[213]李玲瑜，同註 199，頁 45。

系國家重視契約風險之公平合理分擔，法律之解釋適用對於工程人員而言又係一弱勢之處[214]。

第二款 公共工程爭議之型態

由於公共工程契約之政府屬性、專業性、複雜性，並且涉及公共安全及公共利益，而有時效性之要求，工程進度若有延宕或是終止，往往會對國家社會產生重大影響，使得其相較於一般工程契約具有更高之風險與不確定性，因而關於爭議之處理更形複雜。論者指出，我國公共工程爭議型態可歸類為 5 種[215]:

1.工程展延或因展延所生之損失補償

2.工程項目計價方式、數量差異或漏項爭議

3.災損責任或損害賠償爭議

4.有關借、棄土之計價爭議

5.其他如物價指數調整、消滅時效等爭議。

以上常見之公共工程爭議類型，呼應了公共工程契約施工期間長、工程契約解釋認知問題、具有高風險性與不確定性與涉及利益龐大之特性。

第三款 公共工程爭議處理原則

公共工程除具備一般工程之複雜性、專業性之外，由於其規模、金額、技術、範圍及適用法令更為龐雜，固然於工程雙方當事人於訂立契約時，即應對於工程內容為詳細規定，俾利雙方遵循，縱事先有所規劃，難免有所遺漏，產生爭議，有鑒於公共工程具有涉及社會、公共利益之特殊性質，於爭議之處理特需注意[216]:

[214]鄧勝軒，同註 207，頁 32。
[215]李尚宇，同註 22，頁 18-20。
[216]根據統計，工程業者對於糾紛處理方式主要考量因素依序為:1.處理結果能令當事人信服；2.處理結果具有拘束力；3.能允許公正、中立之工程專業人士參與處理；4.處理所需花費時間之長短；5.能避免損害商業信譽；6.能避免破壞雙方當事人爾後和諧合作機會等。參見李得璋，營建工程仲裁—5 月 30 日營建工程座談會講詞，商務仲裁，第 29 期，頁 20，1991 年 6 月。

1. 必須以公共利益為優先

政府採購係行政機關為推行行政事務需要，而以私法行為取得物資或勞務之行為，屬私經濟行政(國庫行政)中之之「需求滿足行為」。行政乃達成國家存立目的之重要手段，行政機關負有形成符合社會正義之生活關係、規劃及推動基本建設、引導及維持合於公益之發展等任務。政府採購既屬行政之一環，自負有達成上述任務之目的，含有「以公共利益為優先」之意涵[217]。

2. 秉持公平合理原則

工程糾紛往往肇因於工程契約之風險分攤不均，業主為保護自身權益，普遍透過定型化契約之方式，將工程風險轉嫁至承包商，而承包商基於成本考量及其自身能力有限，無法承擔過多之風險與責任，極易產生工程爭議。爭議之處理，必須合乎「公平合理」之要求，不偏不私，顧及雙方情形，始能獲得爭議雙方當事人之信服與信賴，而得以解決問題。

3. 講求快速、有效之精神

公共工程因涉及公眾安全與公共利益，工程之進行若因爭議之發生產生延宕或終止，往往會對國家社會產生重大影響。蓋工程若因履約爭議而中斷，人員機具閒置，恐造成雙方當事人難以收拾之社會經濟損失。又公共工程往往須挹注龐大資金，工程履約爭議常導致廠商之工程款未能如期計價，造成廠商沉重之資金負擔。因而對於爭議雙方及社會大眾而言，如何迅速有效解決爭端以免影響工程進行，實屬重要課題。

事實上，我國關於公共工程履約爭議之處理模式，在《政府採購法》公布施行前，主要藉由訴訟或仲裁程序，以解決爭議，惟鑑於以訴訟程序解決政府採購履約爭議，或因法院欠缺法律以外之專業，或因法院訴訟審理期間曠日廢時，恐不適宜；至於仲裁程序雖有專業及迅速之優點，但常遭機關批評不公正，而遭到

[217]李玲瑜，同註 199，頁 46。

機關拒絕適用仲裁程序解決紛爭。是行政院公共工程委員會前乃設置「公共工程爭議處理委員會」，以辦理公共工程履約爭議之調處。在《採購法》施行後，行政院工程會正式成立「採購申訴審議委員會」(以下簡稱申訴會)，除了辦理投標、招標爭議及不良廠商通知之申訴審議外，並同時兼辦政府採購履約爭議之調解業務。

第二節 公共工程履約爭議解決機制之運作狀況

第一項 爭議處理機關

第一款 申訴會之設置

按《採購法》第 86 條規定，主管機關及直轄市、縣（市）政府為處理中央及地方機關採購之廠商申訴及機關與廠商間之履約爭議調解，分別設採購申訴審議委員會。

《採購履約爭議調解規則》(以下簡稱《調解規則》)第 2 條規定，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(第一項)。直轄市、縣(市)政府未設申訴會而委請主管機關處理者，得向主管機關所設申訴會申請(第二項)。申訴會之設置，除中央之行政院工程會採購申訴審議委員會外，於臺北市[218]、新北市[219]、臺中市[220]、臺南市[221]及高雄市[222]皆設有地方申訴會。

---

[218]參見台北市政府採購申訴與調解業務資訊網，http://www.laws.taipei.gov.tw/bid/index.jsp(最後瀏覽日:2014/11/11)

[219]參見新北市政府法制局網站，http://www.law.ntpc.gov.tw/_file/1962/SG/22380/D.html(最後瀏覽日:2014/11/11)

[220]參見台中市政府法制局網站，http://www.legal.taichung.gov.tw/lp.asp?CtNode=13822&CtUnit=676&BaseDSD=7&mp=122010(最後瀏覽日:2014/11/11)

[221]原台南縣及台南市政府於 99 年 12 月 25 日合併升格為直轄市政府，合併升格前均依政府採購法第 76 條第 1 項後段規定，委請中央主管機關處理採購申訴及履約爭議案件。合併升格後，本府於 100 年 3 月 14 日以府秘採字第 1000191932 號函頒實施「臺南市政府採購申訴審議委員會設置要點」，並依該要點成立「臺南市政府採購申訴審議委員會」，自 100 年 7 月 1 日起正式運

第二款 申訴會委員

申訴會置委員 7 人至 25 人，由主管機關及直轄市、縣（市）政府聘請具有法律或採購相關專門知識之公正人士擔任，其中三人並得由主管機關及直轄市、縣（市）政府高級人員派兼之。但派兼人數不得超過全體委員人數五分之一。

由《採購申訴審議委員會組織準則》(於本章簡稱《組織準則》)第 4 條[223]及第 5 條[224]規定可知，申訴會係由行政部門、法律界、工程界具有相關專門知識之學者專家擔任申訴委員所組成，本質上係「專家調解」。調解之目的在勸諭當事人互相讓步以終止紛爭，調解之成立繫於雙方當事人之合意，由於調解委員為該方面之專家，在聽取雙方意見後，以超然客觀之立場，提供專業意見以供參考。依《組織準則》第 7 條，申訴會委員應超然、公正行使職權，並親自出席會議。跳脫與政府機關監督之關係，以客觀、獨立之第三人立場，以公正、公開、超然之方式運作。

第三款 諮詢委員

由於機關採購標的包羅萬象，牽涉關係複雜，申訴會委員人員有限，專長無法涵蓋各領域，申訴會得視其業務需要，遴聘學者、專家為申訴會諮詢委員。實

作。參見台南市政府秘書處網站，http://www.tainan.gov.tw/sec/page.asp?nsub=H1A100(最後瀏覽日:2014/11/11)

[222]參見高雄市政府採購申訴審議委員會網站，http://pwbgis.kcg.gov.tw/wen/(最後瀏覽日:2014/11/11)

[223]採購申訴審議委員會組織準則第 4 條:
申訴會置委員七人至二十五人，除主任委員、副主任委員為當然委員外，由主管機關或直轄市、縣 (市) 政府就本機關高級人員或具有法律或採購相關專門知識之公正人士派(聘)兼之。
前項委員，由本機關高級人員兼任者最多三人，且不得超過全體委員人數五分之一。
第一項聘任之委員，任期二年；期滿得續聘之。

[224]採購申訴審議委員會組織準則第 5 條:
前條第一項公正人士，應具備下列資格之一：
一、曾任實任法官、檢察官或行政法院評事者。
二、曾執行律師、會計師、建築師、技師或其他與政府採購有關之專門職業人員業務五年以上者。
三、曾任教育部認可之國內、外大專校院副教授以上職務三年以上，且教授法律或採購相關專門學科者。
四、具有與政府採購相關領域之專門知識或技術，並在該領域服務五年以上者。

務上，行政院工程會申訴會之諮詢委員人數近 170 名，分為土木、機械、造船、林業、法律、建築工程、大地工程等 19 類[225]。

第二項 政府採購法之調解程序

第一款 調解程序之開啟

按《採購法》第 85 條之 1 第 1 項規定，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。履約爭議之處理方式，雖條文中未併列民事訴訟程序，解釋上應可於民事訴訟程序、提付仲裁與依《採購法》之調解機制擇一行使，以提供機關與廠商更多解決爭議之管道。

調解程序之開啟，不論機關或廠商均得依其需要選擇適用。惟在進行調解程序前，機關與廠商就履約爭議事項應先進行協議，協議不成，才得申請調解。調解之申請，須以書面為之[226]，並須繳納調解費用[227]。所謂協議，是指契約雙方當事人，在法律、法規、條款之規範下，透過事實之陳述及平等自願原則，自行解決紛爭，又協議之方式，不拘其形式，以口頭或書面均無不可[228]。

復按同條第 2 項規定，調解屬廠商申請者，機關不得拒絕。調解之申請得由廠商提出，亦得由招標機關提出。若由招標機關提出者，依條文之反面解釋，廠商是否同意調解容有自由，是以廠商可拒絕調解。由於機關相對於廠商係處於強勢地位，為保護廠商之權益，機關不得拒絕廠商向申訴會申請之調解程序，換言之，機關不得拒絕調解程序之啟動，不得拒絕出席調解會議，但非即指機關應接受廠商提出之實質調解條件及內容[229]。

第二款 調解程序之進行

[225]林鴻銘，《政府採購法之實用權益》，頁 264-265，10 版，2010 年 12 月。
[226]參見採購履約爭議調解規則第 6 條規定。
[227]參見政府採購法第 85 條之 2 規定。
[228]房樹貴，解決公共工程履約糾紛問題之研究，世新大學法學院碩士論文，頁 62，2007 年 6 月。
[229]陳建良，如何依據政府採購法辦理採購，中信通訊，第 206 期，頁 9，1999 年 10 月。

按本法第 85 條之 1 第 3 項規定，申訴會之調解程序，除本法有特別規定者外，準用民事訴訟法有關調解之規定。《民事訴訟法》第 403 條至 426 為調解程序之規定，所謂準用，須在本質相同、相容之範圍內為之，且倘若採購法本文或相關子法已有不同規定者，則係採購法基於特殊考量，而不再適用《民事訴訟法》之規定。例如，《調解規則》第 17 條規定，當事人兩造或一造於調解期日未到場者，調解委員得斟酌其情形，視為調解不成立或另定調解期日予以調解。此處無類如《民事訴訟法》第 409 條對無正當理由不到場之當事人處以罰鍰之規定，基於限制人民權利義務須有法律明文規定之法理，調解委員自不得對無正當理由不到場之當事人處以罰鍰[230]。

調解程序之進行，遵循「先程序，後實體」之方式審理，依《調解規則》第 4 條規定，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。程序上若無不受理之情形者，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，指派時斟酌調解個案性質、委員專長與經驗、及承辦單位對人選的建議等綜合考量，予以指派。並定調解期日，通知當事人或代理人到場。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[231]。調解委員及諮詢委員均係由申訴會指定，究其原因，應係考量由行政機關指定較無引發外界認為係圖利廠商之可能，機關接受調解建議之意願或可能性較高，亦得防免當事人私下運作，或選任立場特定之委員進行調解，影響調解程序公正性。

調解程序於申訴會行之；必要時，亦得於其他適當處所行之。調解，以不公開為原則[232]。調解程序，除當事人到場參與外，就調解事件有法律上利害關係之

[230]黃鈺華、蔡佩芳、李世祺，同註 205，頁 306。
[231]參見採購履約爭議調解規則第 10 條規定。
[232]參見採購履約爭議調解規則第 12 條規定。

第三人，調解委員得依職權審酌通知其參加調解程序[233]。此類似民事訴訟之訴訟參加制度，利害關係人得以參加調解程序，使紛爭一次解決並兼顧第三人權益。

依《調解規則》第 13 條第 1 項規定，申訴會於調解時，得囑託具專門知識經驗之機關、學校、團體或人員鑑定，並得邀請學者或專家諮詢、通知相關人士說明或請當事人提供相關文件、資料。同規則第 15 條規定，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(第一項)。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(第二項)。

第三款 調解建議

依《採購法》第 85 條之 3 第 2 項及《調解規則》第 18 條之規定，調解過程中，調解委員於審酌當事人提出之所有資料後，本於和平懇切之態度，對當事人為適當勸導，酌擬平允之解決辦法，力謀雙方之和諧，得依職權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。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。詳言之，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[234]。

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，若機關位於合理期限內遲未表示意見，調解委員自得依實際情況認定機關是否係不同意調解結果，而決

[233]參見採購履約爭議調解規則第 14 條規定。
[234]立法院法律系統，
http://lis.ly.gov.tw/lgcgi/lglaw?@74:1804289383:f:NO%3DE02308*%20OR%20NO%3DB02308$$10$$$NO-PD(最後瀏覽日:2014/11/12)

定是否因此終結調解程序[235]，故《調解規則》第 18 條第 3 項規定，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。

第四款 調解方案

本法第 85 條之 4 第 1 項規定，乃參照《民事訴訟法》第 417 條增訂，明定履約爭議之調解，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。而當事人或參加調解之利害關係人對於調解方案，得於送達之次日起十日內，向採購申訴會提出異議。論者指出，因為當事人對於調解方案異議之時間只有 10 日，過於短暫，對機關而言，尤其要經過上級機關批核之情形，公文程序所需時間遠不只 10 天，故實務上逕就爭議作成調解方案者較為罕見[236]。

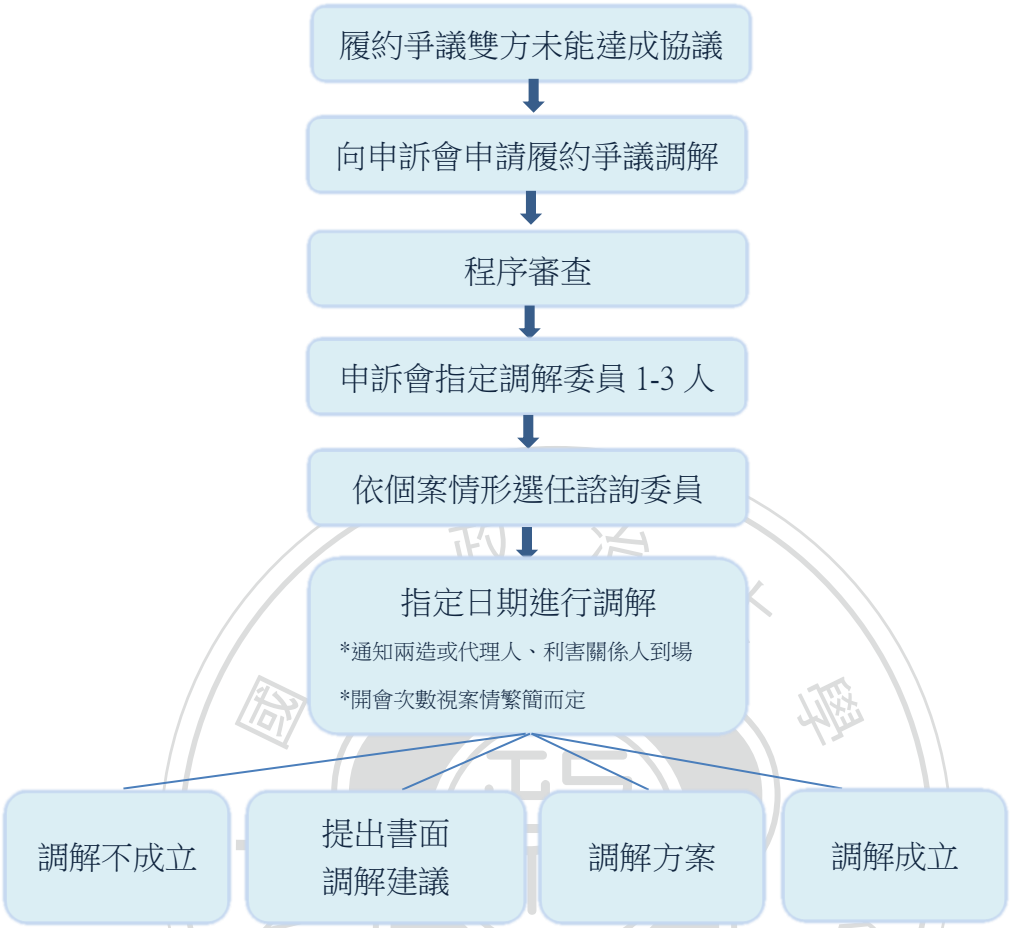
公共工程履約爭議由調解委員提出解建議或調解方案，供爭議雙方當事人參考，以求促成合意解決紛爭，採取評價式調解。茲將調解建議與調解方案比較如下圖所示:

[235]黃建雄，政府採購履約爭議處理制度之研究─兼評「先調後仲」之立法，國防大學管理學院法律學系碩士論文，頁 53，2009 年 6 月。
[236]黃立，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，頁 59，2007 年 10 月。

公共工程履約爭議由調解委員提出解建議或調解方案，供爭議雙方當事人參考，以求促成合意解決紛爭，採取評價式調解。茲將調解建議與調解方案比較如下圖所示:

	調解建議	調解方案
法源依據	《採購法》第 85 條之 3 第 2 項	《採購法》第 85 條之 4
提出主體	調解委員以申訴會名義	申訴會
提出要件	1. 審酌當事人提出之所有資料 2. 酌擬平允之解決辦法 3. 以書面為之	1. 當事人不能合意但已甚接近 2. 斟酌一切情形 3. 徵詢調解委員之意見 4. 求兩造利益之平衡 5. 不違反兩造當事人之主要意思範圍
當事人決定期間	酌定相當期間命當事人為同意與否之意思表示	調解方案送達之次日起十日內異議
機關不同意之處理	應先報請上級機關核定後，於指定期間內以書面向申訴會及廠商說明理由。	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。

第五款 履約調解程序流程



第三項 調解之效力

按本法第 85 條之 1 第 3 項明定調解之效力準用《民事訴訟法》之規定。茲就調解結果分述其效力如下。

第一款 調解成立

按調解係以當事人合意為基礎解決紛爭，本法第 85 條之 3 第 1 項規定，調解經當事人合意而成立。而於某些情況，法律擬制調解成立。本法第 85 條之 4 第 3 項規定，當事人或參加調解之利害關係人未於調解方案送達之次日起 10 日內提出異議者，視為已依該方案調解成立；本法第 85 條之 3 第 1 項準用《民事訴訟法》第 415 條第 1 項、第 4 項規定，使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。調解委員不能依過半數定調解條款時，

法官得於徵詢兩造同意後，酌定調解條款。調解調款應作成書面，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。

依《民事訴訟法》第 416 條第 1 項規定，調解成立者，與訴訟上和解有同一之效力。而訴訟上和解，依同法第 380 條第 1 項規定，與確定判決效力相同。確定判決具有形式上確定力與實質上確定力，使當事人不得以上訴方法請求將調解結果廢棄或變更，當事人不得就經調解之法律關係更行起訴、申請調解或提付仲裁，即所謂一事不再理。且所成立之調解內容適於強制執行者，當事人得以之為執行名義，聲請法院強制執行，並以調解成立書正本為證明文件[237]。

第二款 調解不成立

當事人若無法於調解程序達成合意，調解不成立，此時僅得依其他途徑解決紛爭。調解不成立之情形，除爭議雙方當事人未能獲得共識之外，調解委員提出調解建議，當事人未於期間內為同意與否之表示，酌定第二次期間逾期仍未回復者，得以該當事人不同意調解建議處理[238]；當事人兩造或一造於調解期日未到場者，調解委員得斟酌其情形，視為調解不成立[239]。當事人或參加調解之利害關係人對於申訴會依職權所提出之方案，於送達之次日起十日內，向採購申訴會提出異議者，視為調解不成立[240]；兩造同意由調解委員酌定解決事件之調解條款。調解委員不能酌定調解條款時，視為調解不成立[241]。

第三款 調解之無效、撤銷

[237]張靜薰，政府採購法爭議處理機制之研究，中國文化大學法律學研究所碩士論文，頁 102，2007 年 7 月。
[238]參見採購履約爭議調解規則第 18 條第 1 項規定。
[239]參見採購履約爭議調解規則第 17 條。
[240]參見政府採購法第 85 條之 4 規定。
[241]政府採購法第 85 之 1 第 3 項準用民事訴訟法第 415 條之 1 第 3 項。

調解之無效，有實體法上無效之原因，例如調解內容違反強制禁止規定或有悖於公序良俗;另訴訟法上無效原因,例如調解標的在前已有確定判決或和解者。調解之得撤銷，例如係被詐欺或脅迫而成立之調解。

依本法準用《民事訴訟法》有關調解之規定,履約調解經申訴會調解成立後，若有無效或得撤銷之原因,當事人得向原法院提起宣告調解無效或撤銷調解之訴，《民事訴訟法》第 416 條第 2 項規定參照。若經法院宣告調解無效或撤銷調解，將溯及調解成立時失其效力，使雙方回復爭議原狀[242]。

第四項 履約爭議調解之特色

論者指出，工程會採購申訴審議委員會自民國 88 年 5 月受理政府採購履約爭議調解案件以來,調解成立之比例甚高,幾乎已占實體終結案件之 3 分之 2[243]。履約爭議調解程序，所以能發揮一定定紛止爭之功能，係因其具有以下之特色:

1. 強制機關參與調解

   依《政府採購法》第 85 條之 1 第 2 項規定，廠商申請調解者，機關不得拒絕。此較諸仲裁程序須當事人間訂有書面之仲裁合意為便利，且不受機關意見影響[244]。

2. 有效性

   於調解成立之效力，準用《民事訴訟法》第 416 條規定，調解經當事人合意而成立者，與訴訟上和解有同一效力。此較諸仲裁判斷做成後尚須經法院裁定,始得為執行名義,且仲裁判斷做成後,尚有被撤銷之可能，調解成立之效力強烈，可吸引爭議雙方當事人[245]。

3. 行政調解與專家調解

[242]黃建雄，同註 236，頁 58。
[243]李家慶，同註 8 文，頁 41。
[244]李家慶，同註 8 文，頁 41。
[245]李家慶，同註 8 文，頁 41。

採購申訴審議委員會，係屬政府之行政機關，由其介入調解，並在專業之調解委員及諮詢委員共同參與程序進行下，其作成之調解結果，機關接受之意願及可能性較高，且較無圖利之問題[246]。

4. 經濟性

申履約爭議調解，依《採購履約爭議調解暨收費辦法》規定，其所應繳納之調解費用，依爭議標的之不同，調解費用介於新台幣二萬至二十五萬元之間。較諸於訴訟或仲裁程序之收費，其費用相對低廉，且請求金額越高，差異越大[247]。

5. 迅速性

履約爭議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[248]。是其原則上花費之時間相對於訴訟、仲裁程序而言，較為迅速。

第三節 先調後仲之模式

第一項 先調後仲之修法緣由

本法於 96 年 7 月 4 日增列第 85 條之 1 第 2 項後段，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。乃針對「工程採購」，採取「先調解後仲裁」（以下簡稱先調後仲）之強制仲裁機制。

修法前，公共工程發生糾紛，廠商固然可以向採購申訴審議委員會申請調解，機關不得拒絕。但調解之成立實繫於雙方之合意，始能終局有效解決紛爭，若機關認為調解建議或調解方案對其不利，而不願意接受時，調解無法發揮功能，若

[246]楊英君，同註 213，頁 41。
[247]楊英君，同註 213，頁 41。
[248]參見採購履約爭議調解規則第 20 條第 1 項規定。

此時雙方無仲裁協議之約定，廠商必須走向訴訟一途。惟訴訟程序有上訴制度，往往須歷經數年之久使得確定，確定權利之時間相對於仲裁程序長[249]，且對於具有專業性之工程案件，欠缺足夠之處理能力，實難符合當事人解決爭議之需求。公共工程具有利益數額鉅大，需求簡速解決爭議並本於重大公益，為提升公共工程爭議解決之效率，推動訴訟程序之外其他爭端解決機制，考量仲裁機制得快速有效解決紛爭，故將強制仲裁納入本法規定。

紛爭欲透過仲裁程序解決，須以雙方對於爭議訂有書面之仲裁協議，此參《仲裁法》第 1 條規定，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(第一項)。仲裁協議，應以書面為之(第三項)。本法創設強制仲裁條款，蓋此時爭議雙方當事人間並無仲裁協議，於法定要件下，廠商仍可提付仲裁，具有強制仲裁之效果。希望以此使機關在斟酌衡量是否接受調解方案或調解建議時，能更為審慎，強化調解機制之功能，期能藉此提高調解成立之機率[250]。蓋如因機關不同意致調解不成立者，則廠商提付仲裁時，機關將無拒絕之權，且仲裁程序之進行除須花費人力及費用外，仲裁判斷之結果亦不見得對機關有利。另一方面，由於機關對於仲裁人及仲裁判斷之不信任，不願適用仲裁機制解決爭議，紛紛於其工程契約範本中刪除仲裁條款。先調後仲之規定有助於活躍已漸式微的仲裁制度。

又本項規定具有「相對強制仲裁」之色彩，僅片面適用於機關不同意致調解不成立，廠商提付仲裁時，機關不得拒絕。解決承包商於無法依調解程序解決爭議時，僅得依訴訟救濟之不利[251]。

第二項 適用要件

[249]依仲裁法第 21 條規定，仲裁程序原則上應於仲裁庭組成後六個月內作成判斷書，必要時得延長三個月。
[250]鄭渼蓁，淺論政府採購法第 85 條之 1 第 2 項規定，萬國法律，第 180 期，頁 3，2011 年 12 月。
[251]李尚宇，同註 22，頁 37。

依《政府採購法》第 85 條之 1 第 2 項規定，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，可知強制仲裁之適用要件為:1.工程採購所生之履約爭議。2.需採購申訴委員會已作成調解建議或調解方案。3.因機關不同意致調解不成立。茲說明如下:

第一款 工程採購所生之履約爭議

本項規定，限於工程採購方有強制仲裁之適用。本法第 7 條第 1 項規定對於工程採購有明確定義。惟公共工程常以統包契約方式為之，即設計、施工併於同一採購契約內，工程部分固無疑問，設計部分原屬一般勞務採購，於統包契約中，因工程部分所占金額較高，故將之認定為工程採購，是以，如於履約過程中發生設計部分爭議，應可適用強制仲裁規定[252]。

第二款 採購申訴委員會已作成調解建議或調解方案

強制仲裁之設置係以調解為前置程序，爭議雙方當事人需先經過調解程序，該調解程序係由廠商或機關申請發動均無影響，且該調解無不受理原因，並需繳納費用，調解程序進入實質審理，進行至作成調解建議或提出調解方案始可。主要目的在於過濾差距較小或案情單純之事件，促使其能在調解程序中解決。

第三款 因機關不同意致調解不成立

本條規定係以機關不同意調解建議或調解方案致調解不成立為強制仲裁之要件，惟於雙方皆不同意調解建議或調解方案之情形，是否仍有適用?有認為，條文僅規定機關不同意致調解不成立，廠商即可提付仲裁，法條文意並無廠商必須同意調解建議或調解方案之限制，為加速解決爭議，於雙方皆不同意時，應認廠商仍得提付仲裁[253]。對此，公共工程會 97 年 4 月 25 日工程企字第 09700137980

[252]許瑩珍，政府採購法第 85 條之 1 第 2 項之適用範圍及程序問題，仲裁季刊，第 83 期，頁 17，2007 年 10 月。

[253]李家慶、蕭偉松，「公共工程先調後仲爭端解決模式相關問題探討」，收錄於註 8 書，頁 89-90。

號函釋謂，本法第 85 條之 1 第 2 項規定，如因機關不同意致調解不成立者，始有適用。此外，由於本項規定賦予廠商提付仲裁之權限，縱使廠商認為調解建議對其並非決定公平，但如欲取得該項權限，其仍必須同意調解建議，故本條項應可增加廠商同意調解建議之機會[254]。蓋仲裁程序之進行本係立基於爭議雙方當事人間之仲裁合意而來，本法先調後仲之規定，乃立法者為解決公共工程仲裁所面臨之困境，而為例外於無仲裁條款之情況下，得以提付仲裁，此例外規定，並非現行文義所及，自不宜擴大解釋。

第三項 先調後仲修正之影響

過去政府為實踐建立工程糾紛仲裁制度之政策，曾倡導於工程契約中約定仲裁條款，其後由於機關屢屢在仲裁程序中遭受不利判斷，致使機關對於仲裁產生不信任感，機關為排除使用仲裁程序，於工程契約範本限制約定仲裁條款，或以其他不合理、不誠信之手段規避之[255]。本法修正後，採行先調後仲機制，對機關之衝擊不可謂不大，機關不同意調解建議或調解方案時，廠商取得主動提付仲裁之優勢，機關為避免仲裁可能之不利益，其考量接受調解建議及調解方案之可能性將提高。

對廠商而言，在修法後之調解程序中，其所為之所有準備與說服，經由充分的陳述與論理，一旦調解委員能確認事實、形成心證，進而提出調解建議，不論廠商對於調解建議之內容是否完全滿意，該調解建議已是廠商解決糾紛之重要參據。廠商如不接受，仍可依其他途徑尋求解決。若廠商決定接受，即使機關不同

[254]羅昌發，政府採購法第 85 條之 1 第 2 項修訂對工程爭議調解實務之影響，仲裁季刊，第 83 期，頁 30，2007 年 10 月。

[255]曾見機關於工程契約中約定，如兩造不能在一方向仲裁協會提出仲裁聲請之日起二個月內就該仲裁事件選定各方之仲裁人並同時推選出主任仲裁人時，視為雙方不同意仲裁，任一方得逕行起訴。參見最高法院 93 年台上字第 2618 號判決。倘機關利用消極不為選任之方式，即可達成排除仲裁程序之目的。

意，廠商可透過提付仲裁，迅速取得拘束性之仲裁判斷，令整個履約爭議畫下句點[256]。

第四項 先調後仲之意義

《政府採購法》係以「先調後仲」之架構，結合調解與仲裁兩種爭議解決制度。就仲裁之前經歷調解程序而言，有指出，履約爭議之進行，以多種爭議處理方式組合之程序，乃吸收各處理方式之優點，發揮其各自特性所帶來之效益，相當適合處理長期性、持續性之契約爭議。仲裁前設有非對抗程序之運用，具有冷卻雙方衝突情緒、避免雙方對立之功用[257]。

過去，工程履約發生爭議時，首先由廠商與業主進行誠意磋商，如協議不成，再依法提出調解，藉由專業委員之參與，促使解決爭議，惟調解之成立，關鍵仍在於業主及廠商雙方當事人之妥協與讓步，否則調解充其量僅為另一個消極的誠意磋商程序而已[258]。先調後仲之紛爭處理模式，調解成為廠商進入仲裁程序之門票，紛爭當事人基於各方利益之考量，應可期待其參與調解程序之積極程度，強化調解制機制解決紛爭功能。又強制仲裁之規定，使調解不成立之案件，有進入仲裁之機會，透過專家參審、借重仲裁程序之效率，俾利迅速解決工程履約爭議，擴大仲裁制度之適用，減少紛爭進入訴訟程序[259]。

吾人認為，先調後仲乃係訴訟外紛爭解決機制之活用，調解與仲裁皆係透過中立公正之專業第三人解決紛爭，調解之目的在勸諭當事人互相讓步以止爭，仲裁則係專家仲裁人就紛爭事件作出於當事人間終局確定且有拘束力之仲裁判斷。其具有履約爭議調解制度費用低廉、程序彈性、維持和諧，並具有公信力之優點，並結合仲裁之迅速有效性、準司法性。惟透過法律規定「相對強制仲裁」，實為

[256]謝定亞，機關與廠商對於先調後仲應如何因應，仲裁季刊，第 83 期，頁 81，2007 年 10 月。
[257]楊英君，同註 213，頁 43。
[258]李玲瑜，同註 199，頁 105。
[259]許瑩珍、駱忠誠，公共工程履約爭議先調後仲之探討，政府審計季刊，第 28 卷第 2 期，頁 29，2008 年 1 月。

限制採購機關之訴訟權(接近法院權)及程序選擇權(實體利益與程序利益之處分自由)[260]，值得進一步討論。

第四節 公共工程履約爭議解決機制之改善

第一項 現行公共工程履約爭議之問題

第一款 調解建議與調解方案之適用疑義

《採購法》及《調解規則》關於調解建議及調解方案定有不同之適用要件及效果。調解建議乃調解過程中，調解委員於審酌當事人提出之所有資料後，得依職權以申訴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，並以書面向申訴會及廠商說明理由。調解方案係申訴會於當事人不能合意但已甚接近時，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，當事人或參加調解之利害關係人得於方案送達之次日起十日內提出異議，機關提出異議，亦須報請上級機關核定，並以書面向申訴會及廠商說明理由。

學說上有強調，申訴會提出之調解建議，僅係「建議」，不具有強制力，調解建議尚待當事人雙方確認同意始生效力，如當事人未加理會，該調解建議並不生任何效力。而調解方案則須於期限內提出異議，視為調解不成立，反之，視為已依該方案成立調解[261]。

實則調解建議與調解方案之區別有其模糊之處。按《調解規則》第 18 條第 3 項規定，當事人逾期未回復調解建議，得以該當事人不同意調解建議處理。於機關不同意調解建議或調解方案致調解不成立，將生強制仲裁之效果。於實務運

[260]沈冠伶、陳英鈐，仲裁、程序選擇權與訴訟權之保障─以政府採購法第八五條之一第二項為例探討法定仲裁之相關問題，月旦法學雜誌，第 158 期，頁 225，2008 年 7 月。
[261]黃鈺華、蔡佩芳、李世祺，同註 205，頁 315-316。

作上，由於調解建議規定較為寬鬆，將架空調解方案之適用[262]。論者認為，本法調解建議之規定，應係將民訴法第 414 條之平允方案「書面化」，然而，民訴法第 414 條之酌擬平允方案，係法官或調解委員在調解過程中探求兩造爭議所在及爭執發生原因，為勸導雙方互相讓步，力謀雙方意見接近所為之嘗試之程序性規定，而本法將之納為促成調解成立之內容性規定，容有誤會。調解委員為促成調解成立，解決爭議，其重點應置於本法第 85 條之 4 之調解方案[263]。

第二款 調解成立之效力未受司法審查

申訴會辦理調解之效力，除採購法有特別規定者外，係準用《民事訴訟法》有關調解之規定。是以調解經當事人合意而成立者，即與訴訟上和解有同一效力。然而，申訴會係行政機關組織，並非法院，其所辦理之調解，亦非民事訴訟法之調解程序，何以得具有與訴訟上和解相同之效力?

訴訟上和解或民事訴訟法調解程序之所以具有與確定判決相同之效力，係因其在法官面前作成，法官對該程序具有一定之審查與監督。且與鄉鎮市調解條例、金融消費者保護法互核以觀，其調解成立時，經法院核定、核可，使與民事確定判決有同一效力，甚者，依勞資爭議處理法調解成立者，僅視為紛爭當事人間之契約[264]。論者提出，ADR 之紛爭處理結果原則上應接受司法審查。按依據行政、立法、司法三權分立原則，確定當事人間爭議之法律關係或命一方對他方為給付，乃屬司法權之範疇[265]。本法調解成立之效力，似有行政權侵害司法權之疑慮，違反權力分立原則。

第三款 先調後仲之強制仲裁合憲性

[262]吳從周，政府採購法第 85 條之 3 調解委員提出書面調解建議之適用疑義，台灣法學雜誌，第 245 期，頁 107，2014 年 4 月。
[263]吳從周，同註 263，頁 108-111。
[264]李嘉慶、梅芳琪，我國公共工程履約爭議調解之發展現況與檢討，收錄於註 6 書，頁 385。
[265]黃明陽，行政調解機制之比較─以消費爭議調解為中心，頁 34-35，2008 年 10 月。

本法第 85 條之 1 第 2 項後段:「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。」係一片面強制仲裁之規定。

按《憲法》第 16 條規定，人民有請願、訴願及訴訟之權。本條規定除在保障人民之訴訟權，同時亦強調應以法院作為紛爭解決途徑之法治原則。訴訟外之紛爭處理，原則上係本於當事人之合意，或在紛爭處理之最終結論上達成共識；或在程序開始之選擇上有所合意，而本於此合意，就程序之結果應予尊重，不能任意推翻，此係基於尊重當事人之程序主體性而承認當事人享有程序選擇權，使其有機會參與程序而影響「真實」之確定並發現具體紛爭在當事人間應遵循之「法」[266]。詳言之，訴訟外紛爭解決機制，乃是由爭議當事人依爭議性質，自主選定以功能為取向解決糾紛方式。仲裁程序運作之基礎，係基於私法自治、程序選擇權與契約自由原則，自主解決紛爭，爭議雙方當事人依事前的仲裁條款或事後的仲裁協議，將爭議提交中立第三人之仲裁人進行裁決判斷，而其判斷對於當事人具有終局確定性之拘束力。本法先調後仲機制之採行，在一定要件下強令機關進行仲裁，性質上屬於強制仲裁。有認為，支持仲裁程序運作之根本理念係當事人之意思自主，是以，本法規定在一定條件下，機關不得拒絕廠商提付之仲裁，強迫其接受訴訟外紛爭解決途徑，不啻剝奪機關一方之訴訟權[267]。

論者有謂,《憲法》第 16 條關於訴訟權之保障，係表徵「有權利必有救濟」之法理，使人民權利於其遭受侵害時，得以行使訴訟權，依法定程序提起訴訟及受公平審判。訴訟權之核心領域在於,使用法院的權利、受獨立法院審判的權利、受公正有效之審判的權利等內涵。而訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件，則由立法機關衡量訴訟案件之種類、性質、訴訟政策目的，以及訴訟制度之功能等因素，以法律為正當合理之規定（釋字第 396、512、574、591 號解釋參照）。國

[266]沈冠伶、陳英鈐，同註 261，頁 221。
[267]黃建雄，同註 236，頁 112。

內已有強制仲裁之立法先例,《證券交易法》第 166 條第 1 項即明訂:「依本法所為有價證券交易所生之爭議,當事人得依約定進行仲裁。但證券商與證券交易所或證券商相互間,不論當事人間有無訂立仲裁契約,均應進行仲裁。」。足徵立法者實可基於公共利益及訴訟經濟之考量,對特定種類事件規定不同之訴訟程序。強制仲裁雖使爭議雙方須循仲裁程序解決,然其仍提供權利救濟之管道,而非剝奪人民權利救濟之機會,而不違背《憲法》第 16 條之意旨[268]。

本法第 85 條之 1 第 2 項後段之片面強制仲裁規定,具有限制訴訟權與程序選擇權,排除國家審判權之性質,非無違憲疑慮。調解人提出調解建議或調解方案成為進入仲裁程序之重要關卡,成為調解委員不可承受之重,幾已變成其職務之義務[269]。如此之操作,無異對於政府機關受到公正獨立裁判機關之制度性保障之否認[270]。在現行運作下,至少應對該條文採取合憲性解釋,嚴格限制其適用範圍,不宜認為調解委員應作成調解建議或調解方案[271]。

第二項 其他履約爭議處理方式

國際上通用之契約範本及各國法制,均針對工程履約爭議,設計出相關 ADR 及配套措施,並依該爭議類型之不同,發展出多元之程序內涵,相較於訴訟制度更合乎當代之需求,值得吾人借鏡參酌[272]。茲就國際上重要之工程履約爭議處理程序以及其運用介紹如下:

第一款 爭議審議機制(DB)

第一目 爭議審議機制之介紹

[268]李家慶、蕭偉松,同註 254,頁 83-84。
[269]羅明通,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,頁 10,2007 年 10 月。
[270]姜世明,同註 24,頁 34。
[271]政府採購法部分條文修正草案(發文日期:101/09/25),第 85 條之 1 第 3 項修正建議:
工程採購之調解,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,或機關對於調解建議或調解方案不為同意與否之表示,致採購申訴審議委員會未能於受理後六個月或當事人合意展延之期間內完成調解者,廠商提付仲裁,機關不得拒絕。
[272]李尚宇,同註 22,頁 91。

爭議審議機制(Dispute Board，簡稱為 DB)，係工程契約之當事人於簽約後，共同合意選任雙方所信賴之公正獨立專家組成 DB，DB 之成員透過隨時審閱工程進展報告與資料，且定期進行現場訪查，持續掌握工程近況，並對於可能發生爭議之問題，提早提供適當之處理建議，以防免爭議發生。於爭議發生時，DB 應即時開會，於最短期間內做出決定，以收迅速解決紛爭之效[273]。此一機制，因將爭議交由最瞭解工程實際狀況且被雙方完全信賴之專家審理，故作成之決定往往可被雙方當事人接受。

工程之執行由於工期長、造價高昂、範圍廣泛、人員眾多、情況複雜等因素，尤其適合以 DB 方式處理紛爭，DB 成員於工程契約簽訂時即行選任，由技術專家參與，合乎解決爭議之實際，且處理爭議程序不影響工程進度，避免爭議拖延導致工期延誤、損害擴大。

DB 之運作模式，可分為 DRB(Dispute Review Board)及 DAB(Dispute Adjudication Board)。前者之爭議評審委員會，係針對個別爭議，依當事人請求而做成暫時不具拘束力之「建議」，當事人得自由選擇是否依該建議履行，若當事人未在收到建議後 30 日內，以書面提出異議，則該建議對雙方當事人發生拘束力，當事人即應依爭議評審委員會之建議履行契約，不得再提出異議。倘若當事人之一方在建議發生拘束力後，雖未提出異議，但亦未依建議履行契約，則他方當事人得依仲裁或訴訟程序請求履行建議[274]。後者之爭議裁決委員會，係針對

[273]李家慶、蕭偉松，建立國內工程爭議審議委員會機制之芻議，仲裁季刊，第 86 期，頁 76-77，2008 年 8 月。

[274]ICC DB Rules Article 4:

1.DRBs issue Recommendations with respect to Disputes.

2.Upon receipt of a Recommendation, the Parties may comply with it voluntarily but are not required to do so.

3.If no Party has sent a written notice to the other Party and the DRB expressing its dissatisfaction with a Recommendation within 30 days of receiving it, the Recommendation shall become binding on the Parties. The Parties shall thereafter comply with such Recommendation without delay, and they agree not to contest it insofar as such agreement can validly be made.

4.If any Party fails to comply with a Recommendation when required to do so pursuant to this Article 4, the other Party may refer the failure itself to arbitration, if the Parties have so agreed, or, if not, to any court of competent jurisdiction.

5.Any Party that is dissatisfied with a Recommendation shall, within 30 days of receiving it, send a

個別爭議，依當事人請求而做成具拘束力之「裁決」，該裁決自當事人收到時即刻發生效力，即使當事人在收到後 30 日內提起異議，亦同。除非該項爭議最終經過仲裁或訴訟做成相反之結果，否則該裁決對於雙方當事人持續發生效力。倘若當事人一方在收受裁決後，未依其內容履行契約，則他方當事人得依仲裁或訴訟程序請求履行[275]。此外，尚有結合以上二者之 CDB(Combined Dispute Boards)，原則上僅針對個別爭議提出「建議」，此時依 DRB 模式辦理，但亦得在他方未表示反對建議之情形下，經當事人一方聲請後作成「裁決」，當事人自應履行該裁決內容，倘若他方反對作成「裁決」，委員會應就是否做出「裁決」，抑或作成「建議」，為最終決定[276]。

---

written notice expressing its dissatisfaction to the other Party and the DRB. For information purposes, such notice may specify the reasons for such Party's dissatisfaction.
6.If any Party submits such a written notice expressing its dissatisfaction with a Recommendation, or if the DRB does not issue its Recommendation within the time limit prescribed in Article 20, or if the DRB is disbanded pursuant to the Rules before a Recommendation regarding a Dispute has been issued, the Dispute in question shall be finally settled by arbitration, if the parties have so agreed, or, if not, by any court of competent jurisdiction.

[275]ICC DB Rules Article 5:
1.DABs issue Decisions with respect to Disputes.
2.A Decision is binding on the Parties upon its receipt. The Parties shall comply with it without delay, notwithstanding any expression of dissatisfaction pursuant to this Article 5.
3.If no Party has sent a written notice to the other Party and the DAB expressing its dissatisfaction with the Decision within 30 days of receiving it, the Decision shall remain binding on the Parties. The Parties shall continue to comply with the Decision, and they agree not to contest it insofar as such agreement can validly be made.
4.If any Party fails to comply with a Decision when required to do so pursuant to this Article 5, the other Party may refer the failure itself to arbitration, if the Parties have so agreed, or, if not, to any court of competent jurisdiction.
5.Any Party that is dissatisfied with a Decision shall, within 30 days of receiving it, send a written notice expressing its dissatisfaction to the other Party and the DAB. For information purposes, such notice may specify the reasons for such Party's dissatisfaction.
6.If any Party submits such a written notice expressing its dissatisfaction with a Decision, or if the DAB does not issue its Decision within the time limit prescribed in Article 20, or if the DAB is disbanded pursuant to the Rules before a Decision regarding a Dispute has been issued, the Dispute in question shall be finally settled by arbitration, if the Parties have so agreed, or, if not, by any court of competent jurisdiction. Until the Dispute is finally settled by arbitration or otherwise, or unless the arbitral tribunal or the court decides otherwise, the Parties remain bound to comply with the Decision.

[276]ICC DB Rules Article 6:
1.CDBs issue Recommendations with respect to Disputes, pursuant to Article 4, but they may issue Decisions, pursuant to Article 5, as provided in paragraphs 2 and 3 of this Article 6.
2.If any Party requests a Decision with respect to a given Dispute and no other Party objects thereto, the CDB shall issue a Decision.
3.If any Party requests a Decision and another Party objects thereto, the CDB shall make a final decision as to whether it will issue a Recommendation or a Decision. In so deciding, the CDB shall

第二目 FIDIC 國際工程標準契約之規範

國際諮詢工程師聯合會(下稱「FIDIC」)所訂定之國際工程標準契約條款是通用於世界 70 餘國的工程契約範本，具有國際性、通用性及權威性。其自 1997 年版的紅皮書(the Red Book, the Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction,4th ed.)及黃皮書(the Yellow Book, the Conditions of Contract for Electrical and Mechanical Works,3rd ed.)開始，明文規範所有爭議需提交爭議裁決委員會(DAB)決定。進而在 1999 年 FIDI 新版標準條款出版後，新紅皮書(the New Red Book, the Conditions of Contract for Construction)、新黃皮書(the New Yellow Book,the Conditions of Contract for Plant and Design-Build)及銀皮書(the Silver Book, the Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects)均採所有爭議須提交爭議裁決委員會(DAB)決定之方式。FIDIC 之 DAB 所為之裁決具拘束當事人之效力，除非依據契約異議相關規定，另行以仲裁或訴訟方式變更，若有一方未依裁決內容履行，該當事人將被視為具有可歸責之違約行為[277]。

第二款 混合程序

第一目 混合程序之運作

由於 ADR 係一非對抗性程序，本質上之無拘束性，可能造成不能徹底解決紛爭，徒增時間與精力上之浪費，或引發爭端之復燃。為改良此種缺陷，發展出運用 ADR 程序之內部組合以及 ADR 程序與對抗性程序之組合。例如調解後仲裁(Med-Arb)，以調解與仲裁二階段為其結構，調解人與仲裁人均係爭議事項之專家，先以調解方式試行解決爭議，調解人亦可能主動提出調解方案供當事人選

---

consider, without being limited to, the following factors:
- whether, due to the urgency of the situation or other relevant considerations, a Decision would facilitate the performance of the Contract or prevent substantial loss or harm to any Party;
- whether a Decision would prevent disruption of the Contract; and
- whether a Decision is necessary to preserve evidence.

4.Any request for a Decision by the Party referring a Dispute to the CDB shall be made in the Statement of Case under Article 17. Any such request by another Party should be made in writing no later than in its Response under Article 18.

[277]顏玉明，採用爭議審議機制及早預防與解決工程履約爭議之研究，政大法學評論，第 129 期，頁 22，2012 年 10 月。

擇採用，於調解不成時，即進入仲裁程序，達成之仲裁判斷具有拘束力[278]。另有採 ADR 與對抗性程序組合，於仲裁、訴訟之前，利用多種 ADR 程序之安排，降低雙方對立，並使雙方有多種解決糾紛之機會[279]。

第二目 香港新國際機場契約

香港國際機場自 1992 年正式動工，1998 年 7 月 6 日正式啟用，其興建計畫包含 10 個連結性的基礎工程建設，規模龐大複雜，大致上可分為:香港政府出資即興建之新生土地填築暨交通基礎建設契約(以下稱為「政府契約」)；機場興建契約及大眾運輸鐵路興建契約等數個契約[280]。

在政府契約中，將履約爭議之處理分成四個階段[281]:

1.工程師的決定:任一方當事人對工程師發出書面通知時，爭議即發生，工程師應在收到通知後 28 天內做出決定。

2.調解:任一方當事人對工程師的決定不滿意時，必須在 28 天內將爭議交付調解，調解係嗣後進行其他爭議解決程序之強制先決條件。

3.裁決:若調解無法解決爭議,任一方當事人均可在28天內將爭議交付裁決，裁決程序應在 42 天內完成。

4.仲裁:若無法經由裁決解決爭議，任一方當事人均可在 90 天內將爭議交付仲裁，但在全部工作完成前，任一方當事人在仲裁程序中均不可採取任何攻防步驟。

[278]藍秉強，工程契約爭議解決制度之評議─以制度中涉及人之因素為重點，www2.ce.ntu.edu.tw/~cecef/alumnus/21c/doc/blue.doc(最後瀏覽日:2014/11/16)
[279]藍瀛芳，混合式的仲裁程序，商務仲裁，第 49 期，頁 57，1998 年 6 月。
[280]李尚宇，同註 22，頁 73-74。
[281]古嘉諄，香港新國際機場興建契約所採用之爭議解決方式，商務仲裁，第 52 期，頁 33，1999 年 2 月。

根據統計，在政府契約履約過程中，業主及承商共發生 126 個爭議，絕大多數的爭議在調解程序獲得解決，證明調解程序之功效，透過調解人以專家立場提出專業意見，大幅提升當事人雙方達成合意之空間[282]。

第三款 外國解決工程爭議之趨勢

國際上在法制面及工程契約範本中，對於工程履約爭議，設計出相關爭端解決方式，觀察外國解決工程爭議之趨勢如下:

一、獨立、公正與專業性之要求

國外參與工程履約爭議處理者，均為獨立之專家，具有法律、建築、土木或設備等專門知識，並且要求其獨立於當事人之外，公正行使職權[283]。

二、新版 FIDIC 以爭議裁決委員會(DAB)制度，事前建立解決爭議機制

新版 FIDIC 紅皮書、黃皮書及銀皮書皆採爭議裁決委員會(DAB)作為履約爭議解決機制，於工程開始前即設立委員會，要求裁決委員居於公正、獨立、超然地位行使職權，定期巡視工地，以瞭解工程各項進度以及可能發生之問題，以便日後在施工階段隨時準備接受當事人之請求，針對各項具體問題做成裁決，以使糾紛得以立即解決。

三、運用多層次 ADR 解決紛爭

當爭議發生時，不容許將爭議逕付訴訟或仲裁，而係經過專案工程師、調解、裁決、仲裁等各層次，階段性將爭議過濾，期使問題儘早釐清與解決[284]。

四、重視仲裁制度，以仲裁作為爭議處理之重要手段

仲裁係國際爭議中最常用以解決爭議之方式，國際上大多數的工程契約均含有仲裁條款，將仲裁作為最終解決爭議之方法[285]。

[282]古嘉諄，同註 281，頁 37。
[283]古嘉諄，同註 281，頁 38。
[284]古嘉諄，同註 281，頁 38。
[285]李尚宇，同註 22，頁 64。

第五節 小結

在公共工程契約之爭議處理上，對於廠商而言，基於工程估驗款、履約保證金、保固保證金皆握於機關手中，而背負財務週轉之壓力，同意補償及延展工期之權限亦為機關所有，甚至享有依採購法將廠商刊登採購公報(停權)之特權，廠商往往處於下風。爭議雙方當事人之地位不平等，甚至是存在極大之落差。

現行《採購法》於履約爭議調解方面，由於機關相對於廠商係處於強勢地位，為保護廠商之權益，採取強制機關進行調解程序，經由具有專業背景之調解委員介入紛爭，居於公正中立地位，在調解程序中提出調解建議或調解方案，促成調解成立。根據資料顯示，調解乃廠商與機關認為最能有效解決之爭議解決方式[286]。惟在調解程序運作方面，現行規範係準用《民事訴訟法》規定，本文認為有值得改進之處，蓋法院之調解係以給予當事人建議，規勸當事人互為退讓之評價模式，追求和諧性。訴訟外調解有其特殊目的存在，重視專業性色彩，公共工程履約爭議調解，即係基於事實上之需要，引入專業之調解委員，運用其專門知識經驗，提供爭議案件建議與分析。特定領域之爭議多以專法規範調解程序運作，政府採購法於 91 年之修正，將履約爭議調解置於第六章之爭議處理，日後如能完整規範調解程序規定，而不需準用《民事訴訟法》之規定，豈非更形完備?

先調後仲之採行，使得調解與仲裁互相搭配，在一定條件下，強令機關進行仲裁，擴大訴訟外紛爭解決機制之適用，強化調解與仲裁機能，雖對此制仍有諸多疑慮，然而究其根本，乃係源於機關對於仲裁制度之不信任。參以國際上關於工程履約爭議，依爭議類型之不同而發展出多元之程序內涵，重視調解與仲裁程序之運作。吾人以為，在現行規範採取合憲性解釋嚴格適用之前提，我國工程履約爭議實應自健全仲裁制度之思考層次予以檢討。政府機關之所以不願使用仲裁

[286]公共工程委員會處理政府採購爭議事件成效評估及修法事宜之研究，頁 67-68，下載網址: http://www.pcc.gov.tw/pccap2/BIZSfront/MenuContent.do?site=002&bid=BIZS_C00000070(最後瀏覽日:2015/1/31)

程序解決爭議，實係由於仲裁人與仲裁制度本身問題所致。如何挽回政府機關對於仲裁制度之信心，毋寧是健全仲裁制度之首要問題，論者呼籲，應自建立完善工程仲裁人選任機制著手，以改善仲裁人淪為選任當事人之代理人之疑慮，可由仲裁機構提供仲裁人名冊，交由爭議雙方當事人篩選，排列其可接受之仲裁人選及順位，再由有指定仲裁人權限之機構選任，以符合專業公正之要求並體現當事人自治之精神[287]。此外，加強工程仲裁人之持續進修訓練、建立適當之仲裁人評鑑與淘汰制度、整理工程爭議案件類型，作為相關工程爭議案件處理之參考，皆有助於提升仲裁制度之公信力[288]。

值得注意者係，工程會為提升採購履約爭議處理效能，嘗試推動履約爭議處理新作法，尤其為鼓勵契約雙方採用仲裁解決履約爭議，修正「工程採購契約範本」、「統包工程採購契約範本」等有關爭議處理條文，增訂有益於契約雙方選用仲裁機制之條款，包括仲裁機構之擇定、仲裁人與主任仲裁人之選定方式、公開仲裁程序及仲裁判斷書、仲裁判斷書應記載事實及理由等[289]。交通部為配合工程

[287]陳煥文，論仲裁人之選任方式與程序，商務仲裁，第 58 期，頁 33，2000 年 9 月。
[288]李家慶、蕭偉松，工程仲裁未來之走向─先調後仲之爭端解決模式，仲裁季刊，第 80 期，頁 12-16，2006 年 12 月。
[289]參見工程採購契約範本(101.11.12 修正版本)第 22 條:
(二)依前款第 2 目後段(指先調後仲機制)或第 3 目(指仲裁協議)提付仲裁者，約定如下：
1.由契約雙方協議擇定仲裁機構。如未能獲致協議，屬前款第 2 目後段情形者，由廠商指定仲裁機構；屬前款第 3 目情形者，由機關指定仲裁機構。上開仲裁機構，除契約雙方另有協議外，應為合法設立之國內仲裁機構。
2.仲裁人之選定：
(1)當事人雙方應於一方收受他方提付仲裁之通知之次日起 14 日內，各自從指定之仲裁機構之仲裁人名冊或其他具有仲裁人資格者，分別提出 10 位以上(含本數)之名單，交予對方。
(2)當事人之一方應於收受他方提出名單之次日起 14 日內，自該名單內選出 1 位仲裁人，作為他方選定之仲裁人。
(3)當事人之一方未依(1)提出名單者，他方得從指定之仲裁機構之仲裁人名冊或其他具有仲裁人資格者，逕行代為選定 1 位仲裁人。
(4)當事人之一方未依(2)自名單內選出仲裁人，作為他方選定之仲裁人者，他方得聲請法院或指定之仲裁機構（由機關於招標時勾選；未勾選者，為指定之仲裁機構）代為自該名單內選定 1 位仲裁人。
3.主任仲裁人之選定：
(1)二位仲裁人經選定之次日起 30 日內，由雙方共推或雙方選定之仲裁人共推（由機關於招標時勾選）第三仲裁人為主任仲裁人。
(2)未能依(1)共推主任仲裁人者，當事人得聲請法院或指定之仲裁機構（由機關於招標時勾選；未勾選者，為指定之仲裁機構）為之選定。
4.以機關所在地或本工程所在地或其他：_____為仲裁地（由機關於招標時載明；未載明

會本次工程契約範本增訂事項，召開「研商如何落實執行工程採購契約範本增訂有益仲裁機制條款」會議，並提出採用仲裁解決履約爭議之新作法，包括所屬機關應於 1 個月內完成修訂仲裁協議約定之定型化工程契約版本、建議所屬機關工程採購案件發生履約爭議，原則上應尊重及配合廠商所提爭議處理方式、所屬機關應於每年定期彙報上半年採用協議仲裁方式處理之統計表、依所屬機關交付仲裁個案需要，提供仲裁人相關資料庫名單作為選定仲裁人之依據等[290]。

國立政治大學 National Chengchi University

者，為機關所在地）。
5.除契約雙方另有協議外，仲裁程序應公開之，仲裁判斷書雙方均得公開，並同意仲裁機構公開於其網站。
6.仲裁程序應使用國語及中文正體字或其他語文：_____。(由機關於招標時載明；未載明者，為國語及中文正體字)
7.機關同意或不同意（由機關於招標時勾選；未勾選者，為不同意）仲裁庭適用衡平原則為判斷。
8.仲裁判斷書應記載事實及理由。
[290]公共工程電子報，http://www.pcc.gov.tw/epaper/10110/column_3.htm(最後瀏覽日:半2014/11/16)

第五章 勞資爭議之調解

第一節 勞資爭議之概述

第一項 勞資爭議之定義

按《勞資爭議處理法》(於本章以本法或《勞資法》代用簡稱之)第5條第1款指出:「勞資爭議：指權利事項及調整事項之勞資爭議。」同條第2款及第3款分別就權利事項及調整事項定義為:「權利事項之勞資爭議：指勞資雙方當事人基於法令、團體協約、勞動契約之規定所為權利義務之爭議。」「調整事項之勞資爭議：指勞資雙方當事人對於勞動條件主張繼續維持或變更之爭議。」權利事項之勞資爭議係對現在權利之有無與否有爭議，當事人基於法令或契約規定，而主張權利存在與否，或有無受到侵害，或對於有無履行債務等之爭執，簡言之，即債務不履行或違約等之「履約」問題。例如雇主解雇勞工是否符合《勞動基準法》(以下簡稱為勞基法)之規定、工資之給付是否符合勞動契約，抑或工作時間是否符合團體協約之規定。解決此種爭議須適用相關法規、勞動契約或團體契約，因此又稱為「法律上之爭議」[291]；至於調整事項之勞資爭議係對將來權益的調整，勞資雙方當事人基於社會經濟狀況變遷與發展，對於構成彼此之間權利義務內容之勞動條件，主張繼續維持現存條件或予以變更調整之爭執例如工資、津貼、獎金之調整、工時減少、休假日數之增加或休閒設備之增設等，屬「換約」或「締約」之問題，又稱為「利益上之爭議」或「事實上之爭議」[292]。

國內學者對於勞資爭議之意義，認有廣義、狹義之分，廣義的勞資爭議係指「所有因勞動關係所引起的一切爭議」，其中包括雇主與個別勞工因勞動契約所生之糾紛、雇主或雇主團體與工會因團體契約所產生之爭議、雇主或雇主團體與工會內部關係所產生的糾紛，以及雇主與國家之間因勞工相關法規之適用所發生

[291]黃越欽，《勞動法新論》，頁458-459，4版，2012年09月。
[292]黃越欽，同註291，頁459。

之紛爭，至於狹義的勞資爭議則以雇主與個別勞工之間因勞動關係所產生之糾紛，以及雇主或雇主團體與工會之間因勞動關係所發生之爭議為限[293]。觀諸《勞資法》第 3 條規定:「本法於雇主或有法人資格之雇主團體（以下簡稱雇主團體）與勞工或工會發生勞資爭議時，適用之。」可知本法所指之勞資爭議係狹義之勞資爭議，換言之，適用本法之勞資爭議僅包括雇主與勞工間、雇主與工會、雇主團體與勞工、雇主團體與工會間之爭議至於雇主與雇主、雇主與國家、勞工與勞工或工會內部之紛爭不在本法適用範圍內[294]。

勞資爭議另得依爭議主體之不同分為「個別爭議」與「集體爭議」。前者係指雇主與個別勞工間因勞動契約相關問題所產生之爭議;集體爭議則係雇主或雇主團體與工會或有組織之多數勞工間為其所屬會員有關勞動關係之問題所產生之爭議[295]。

第二項 勞動關係之特性

勞動關係係指勞動者與雇主之權利義務關係，雙方就勞務之提供及報酬之給付，互負義務及權利。勞動者對於雇主有提供勞務之義務，而雇主對於勞動者則有給付報酬之義務。勞動者對於雇主有請求報酬之權利，雇主對於勞動者則有請求提供勞務之權利[296]。勞資關係的範圍廣泛，舉凡一切勞動條件包含工資、工時、休假、請假及安全衛生、福利設施與童工、女工保護等[297]。

參照《勞基法》第 2 條第 6 款規定，勞動契約謂約定勞雇關係之契約，及《勞基法施行細則》第 7 條，關於勞動契約約定事項之內涵[298]，吾人可謂勞工與雇主

[293]陳繼盛，《勞工法論文集》，頁 378，1994 年 6 月。
[294]鄭津津，我國勞資爭議處理制度之現況與檢討，國立中正大學法學集刊，第 6 期，頁 67，2002 年 1 月。
[295]鄭津津，同註 294，頁 67-68。
[296]陳繼盛，同註 293，頁 43。
[297]黃英忠，《現代人力資源管理》，頁 371，1989 年 4 月。
[298]《勞基法施行細則》第 7 條:勞動契約應依本法有關規定約定左列事項：
一、工作場所及應從事之工作有關事項。
二、工作開始及終止之時間、休息時間、休假、例假、請假及輪班制之換班有關事項。
三、工資之議定、調整、計算、結算及給付之日期與方法有關事項。

間之從屬性[299]為勞動關係之一大特徵。此從屬性可自幾個面向觀之:(一)人格從屬性，受僱人在雇主企業組織內，服從雇主權威，並有接受懲戒或制裁之義務。(二)親自履行，不得使用代理人。(三)經濟上從屬性，即受僱人不是為自己之營業勞動，而係從屬於他人，為該他人之目的而勞動。(四)納入雇方生產組織體，並與同僚間居於分工合作狀態[300]。

由於勞資雙方當事人之利益狀態並非一致，而係處於相互衝突對立之地位[301]，當其間之利益關係失衡即產生勞資爭議。勞方相對於資方而言，屬於經濟弱勢之一方，勞資爭議發生，首當其衝便係勞方之薪津收入，進而影響勞方家庭生計，且若該爭議擴大，亦可能使得資方經營受到某程度之衝擊，甚至需付出社會成本方得平息，詳言之，勞資爭議之發生不僅影響勞資雙方當事人，如係集體勞資爭議行為，可能波及社會穩定，甚而影響國家整體經濟發展與政局穩定[302]。因而勞動關係並非僅是個別當事人間之個別權利義務關係，而必須擺在整體的社會關聯下來觀察[303]。

傳統的私法規範，特別是民法體系，並不含有符合勞動關係中「人與身份」這種社會意涵的內容，缺乏「社會思考」的問題。詳言之，傳統民法乃以契約為

四、有關勞動契約之訂定、終止及退休有關事項。
五、資遣費、退休金及其他津貼、獎金有關事項。
六、勞工應負擔之膳宿費、工作用具費有關事項。
七、安全衛生有關事項。
八、勞工教育、訓練有關事項。
九、福利有關事項。
一〇、災害補償及一般傷病補助有關事項。
一一、應遵守之紀律有關事項。
一二、獎懲有關事項。
一三、其他勞資權利義務有關事項。

[299]此由民國 25 年制定迄今尚未施行之勞動契約法第一條:「稱勞動契約者，謂當事人之一方，對於他方在從屬關係提供其職業上之勞動力，而他方給付報酬之契約。」可知，從屬性乃勞動關係核心特徵。

[300]王松柏，勞動契約之特性ー最高法院 88 年台上字第 1864 號判決，收錄於《勞動法精選判決評釋》，頁 1，2013 年 8 月。

[301]黃程貫，勞動法中關於勞動關係之本質的理論，政大法學評論，第 59 期，頁 243，1998 年 6 月。

[302]林福來，活用訴訟外紛爭解決機制解決勞資爭議問題ー以檢視協調、調解機制為中心，中正大學法學集刊，第 41 期，頁 81，2013 年 10 月。

[303]林佳和，同註 97，頁 93。

出發點及基本類型，以債及債法之概念建構私法運作，已無法適切處理勞動關係中當事人截然不平等之社會關係，是而勞動關係與爭議處理，有脫離傳統民事法領域制約之必要[304]。再就勞資爭議案件之特性觀察，於個別勞資爭議中，爭議金額標的不大，然而勞工須有工資收入維持生活，故需求迅速、經濟的解決紛爭，過度冗長及費用過高之紛爭解決機制並不適合之。於集體勞資爭議案件，因涉及勞工人數眾多，在一定程度下會對社會秩序及公共利益產生影響[305]。且勞資爭議之處理，有時企求了解社會經濟狀況之專家參與，予以妥當公正之裁決。

現實上，由於勞資關係具有繼續性，十分重視勞方與雇主間和諧之維持，如有可能應盡量透過自主對話溝通之方式解決紛爭，而不適於直接進行會急遽升高雙方對立之訴訟程序，爭議的處理解決應是一個溝通強化的過程[306]。會就權利事項之爭議加以主張者，通常發生在勞方之一側，有鑑於勞方在經濟及資訊上所處之弱勢地位，循民事訴訟程序，在處分權主義、辯論主義之架構下，不僅勞方於本身條件上即處於不利地位，訴訟進行之時間、費用成本，往往使勞工視訴訟為畏途。另一方面，關於調整事項之爭議，所涉及者乃未來勞動條件之調整，本應透過勞資雙方之談判協商，達成合意，然為增加己方談判時之籌碼，勞工組成之工會常透過罷工、站哨行動或杯葛等爭議行為手段，迫使資方接受工會要求；資方則以鎖廠等手段予以反制，如此一來，不僅嚴重破壞勞資間之和諧關係，同時對整體社會亦產生負面影響。準此，勞資爭議處理法之本意即在避免訴訟之進行與爭議行為之發生[307]。

第三項 我國勞資爭議之現況

[304]林佳和，同註 97，頁 93-94。
[305]張哲航，我國勞資爭議處理機制程序法理初探—以仲裁和調解為例，台灣勞工雙月刊，第 10 期，頁 92，2007 年 11 月。
[306]童淑枝，民事調解制度與相關調解案例分析ㄧ以鄉鎮市調解為中心，國立政治大法學院碩士在職專班論文，頁 164，2009 年 10 月。
[307]黃國昌，《勞資爭議處理法下調解及仲裁機制之檢討》，行政院勞工委員會編印，頁 7-8，2007 年 3 月。

勞資爭議之處理，乃憲法層次之問題，按我國《憲法》第 154 條規定:「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。」勞資雙方之間利益狀態雖然對立，然於勞務提供與事業發展之層面上則處於互相依存之地位，雇主仰賴勞工之貢獻發展事業並謀取利潤，勞工則藉由雇主提供之工作機會發揮所長，取得報酬得以安身立命。然而，倘雇主及勞工對於勞動關係發生歧見，產生勞資爭議，輕則影響事業發展及個別勞工之生計，重則發生大規模之罷工，不但牽涉其中的事業單位及勞工身受其害，社會處於不安狀態。勞資爭議之調解與仲裁屬基本國策之制度性保障，故政府對於勞資糾紛不宜單純以私人糾紛視之，依《憲法》第 154 條之精神，政府應立法並積極介入勞資爭議，期能促進勞資和諧，化解勞資糾紛[308]。

勞動爭議處理程序之目的，係希望藉由此一程序而使得勞資爭議能在不訴諸罷工、站哨行動或杯葛以及鎖廠等方式，而得以平和解決，以維產業和平，透過協調合作，達到共存共榮[309]。

觀察我國勞資爭議之現況，係以權利事項爭議為主，其中工資爭議為主要爭議原因，其次則是給付資遣費爭議。詳見下表《勞資爭議原因-按受理件數》[310]:

年別	主要爭議類別												
	總計	權利事項											調整事項
		小計	契約爭議	給付資遣費爭議	給付退休金爭議	勞工保險給付爭議	職業災害補償爭議	工資爭議		工會身分保護爭議	其他權利事項爭議	
									積欠工資			
97 年	24,540	24,230	1,737	8,343	762	327	1,381	9,186	8,769	8	2,486	310
98 年	30,385	29,807	2,230	10,372	852	497	1,412	9,756	9,280	8	4,680	578
99 年	23,865	23,595	1,773	6,722	746	371	1,598	9,217	8,637	11	3,157	270
100 年	22,629	22,447	1,557	5,817	853	402	1,865	9,290	8,693	10	2,653	182
101 年	23,223	23,087	1,544	5,758	904	392	1,693	10,353	9,554	13	2,430	136

[308]余天琦，「我國勞資爭議之調解」同註 8 書，頁 358。
[309]中華民國勞資關係協進會，《調處勞資爭議實務—斡旋、調解、仲裁》，頁 16，1992 年 9 月。
[310]勞動部網站，http://www.mol.gov.tw/cht/index.php?code=list&ids=369(最後瀏覽日:2014/10/25)

論者指出，積欠工資與資遣費爭議，二者俱有「勞動關係即將瀕臨消滅」之重要特徵。有趣的是，關於此二爭議類型，《勞基法》皆有明確規定，參見《勞基法》第 27 條規定，雇主不按期給付工資者，主管機關得限期令其給付。同法第 17 條則訂有關於資遣費之數額的規定。然此二爭議成為勞資爭議處理案件之大宗，顯現出運用勞資爭議處理程序並非藉此形成權利義務，而係作為貫徹權利之途徑，再對照其爭議內容，大多是雇主不依法給付，而非給付內容認定之歧異，我國勞資爭議之主要類型為「既有契約上之法定權利的貫徹」益明[311]。

第二節 勞資爭議調解機制之運作

第一項 勞資爭議處理法之修正

《勞資爭議處理法》於 98 年 7 月 1 日修正通過，100 年 5 月 1 日勞動節施行。本於處理勞資爭議，保障勞工權益，穩定勞動關係之立法目的，勞資雙方當事人應本誠實信用及自治原則，解決勞資爭議。於勞資爭議調解機制部分，在新法規範下，不論是權利事項爭議或是調整事項爭議，皆可透過調解予以解決。新增由獨任調解人進行調解，建立專業多元勞資爭議處理管道，以有效處理勞資爭議。並將調解程序之時程予以明確規定，期使調解程序快速化。

第二項 爭議處理機關

勞資爭議調解之管轄係由勞方當事人勞務提供地之直轄市或縣（市）主管機關為之，勞方當事人有二人以上者，各勞方當事人勞務提供地之主管機關，就該調解案件，均有管轄權[312]。我國勞資爭議之處理係透過政府、勞工、雇主三方共同參與，以地方級之行政調解組織作為爭議處理機關，台北市係由台北市政府勞

[311]林佳和，同註 97，頁 83-84。
[312]參見勞資爭議處理法第 9 條第 1 項、第 4 項規定。

動局處理勞資爭議，其設立旨在保障勞工權益，使爭議問題得以圓滿獲得解決，減少勞資雙方因爭議事件涉訟[313]。

行政調解之模式運作，自國家設立角度而言，係為了防止勞資爭議之惡化，維繫一定程度之社會和平，國家決定對於勞資關係領域內之私人爭端，國家行政系統不以實質介入干預之方式來做任何實質層面的決定，而是補充性的，提供一法律程序化之機制，制定制度性框架，讓勞資雙方當事人去自主形成，以私法自治之手段，對於勞資爭議為自主調整[314]。

茲將各地方勞資爭議處理單位整理如下:

縣市名稱	勞資爭議處理單位
台北市	台北市政府勞動局勞動基準科
新北市	新北市政府勞工局勞資關係科
台中市	台中市政府勞工局勞動基準科
台南市	台南市政府勞工局勞資關係科
高雄市	高雄市政府勞工局勞資關係科
基隆市	基隆市政府社會處勞工行政科
新竹市	新竹市政府勞工處勞資關係科
嘉義市	嘉義市政府社會處勞資關係科
桃園縣	桃園縣政府勞動及人力資源局
新竹縣	新竹縣政府勞工處
苗栗縣	苗栗縣政府勞動及社會資源處勞資關係科
彰化縣	彰化縣政府勞工處
南投縣	南投縣政府社會處勞資關係科
雲林縣	雲林縣政府勞工處勞工關係科
嘉義縣	嘉義縣政府社會局勞資關係科
屏東縣	屏東縣政府勞工處勞資關係科
宜蘭縣	宜蘭縣政府勞工處勞資關係科
花蓮縣	花蓮縣政府社會暨新聞處勞資科
台東縣	台東縣政府社會處勞工行政科

[313]台北市政府勞動局網站，http://www.bola.taipei.gov.tw/ct.asp?xItem=41083873&ctNode=62848&mp=116003(最後瀏覽日:2014/11/20)

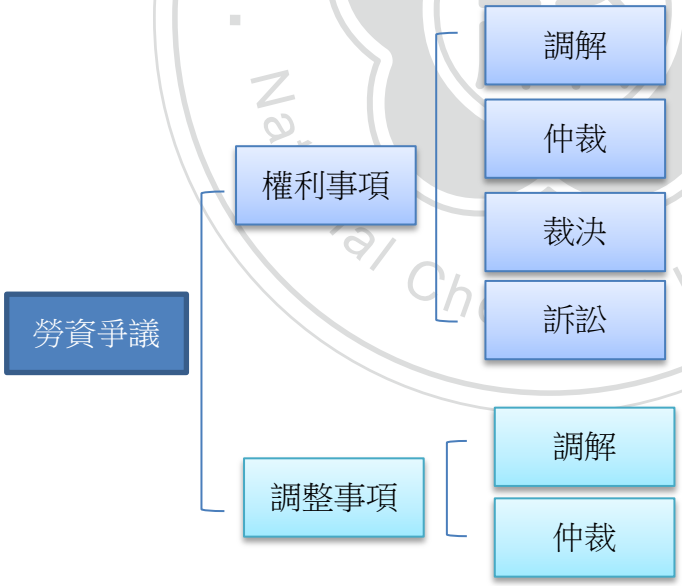
[314]林佳和，同註 97，頁 89。

澎湖縣	澎湖縣政府社會處勞工行政科

第三項 勞資爭議處理法之調解程序

第一款 權利事項與調整事項之區分

我國《勞資爭議處理法》將勞資爭議之類型區分為權利事項及調整事項，係以司法審理之可能性加以區分。傳統見解有謂，權利事項係「法律上之爭議」，此種爭議屬於違約或債務不履行的問題，應遵守契約嚴守原則，故認為由法院處理此種爭議較為妥適。至於調整事項乃「事實上之爭議」，此種爭議屬於締約的問題，依循締約自由原則，不適合由法院解決此種爭議，宜透過雙方當事人之合意以調解或仲裁方式解決[315]。然於行政處理程序，此種區分並無必要，不問是可循司法途徑解決之權利事項爭議或是非屬司法體系執掌之調整事項爭議，二者均得依調解、仲裁程序解決之[316]。茲將勞資爭議處理程序以下圖表示：



第二款 調解程序之開啟

[315]黃越欽，同註 291，頁 459。
[316]黃程貫，台灣勞資爭議處理之法律規定與檢討，發表於 2007 健全勞資爭議訴訟上及訴訟外紛爭處理機制國際學術研討會，2007 年 9 月 26、27 日。

勞資爭議調解之啟動，得由勞資爭議當事人一方提出調解申請書為之[317]。主管機關認為必要時，亦得依職權交付調解，並通知勞資爭議雙方當事人[318]。權利事項勞資爭議之資方當事人包含雇主或有法人資格之雇主團體，勞方當事人包含個別員工、多數勞工或工會。而調整事項爭議之資方當事人為雇主或有法人資格之雇主團體，然由於調整事項之爭議並非個別勞工與雇主間之個別爭議，而係勞工以其團體力量行使集體交涉之集體爭議[319]，本法第 7 條第 2 項規定，調整事項之勞方當事人，應為工會，未加入工會，而具有相同主張之勞工達十人以上或受僱於僱用勞工未滿十人之事業單位，其未加入工會之勞工具有相同主張者達三分之二以上者，亦得為勞方當事人。若事業單位所屬勞工已成立工會，個別勞工或多數勞工與雇主發生權利事項爭議時，該發生爭議之勞工可委託工會代表其提出調解之申請，爭議當事人仍為該個別勞工或部分勞工；若以工會為當事人申請調解時，必須經會員(代表)大會或理事會決議之授權(調解申請書上應附上會議記錄)，在此情況下，工會為調解之當事人，且若調解成立，調解方案可拘束公會所屬會員[320]。

《勞資法》第 11 條規定，直轄市或縣（市）主管機關受理調解之申請，應依申請人之請求，以下列方式之一進行調解：一、指派調解人。二、組成勞資爭議調解委員會（以下簡稱調解委員會）(第一項)。直轄市或縣（市）主管機關依職權交付調解者，得依前項方式之一進行調解(第二項)。第一項第一款之調解，直轄市、縣（市）主管機關得委託民間團體指派調解人進行調解(第三項)。新法為使調解程序符合快速性、經濟性及多元性之需求，提供二種調解程序可供選擇，其一為指派調解人制度，求其快速及彈性，於此可委託具專業知能之民間團體辦

[317]參見勞資爭議處理法第 9 條第 1 項、第 10 條規定。
[318]參見勞資爭議處理法第 9 條第 3 項規定。
[319]黃越欽，同註 291，頁 463。
[320]余天琦，同註 308，頁 362。

理，以補行政機關之不足；其二為現行調解委員會制度，程序較為嚴格、慎重[321]。爭議當事人於申請調解時，於調解申請書得載明其選定之方式。

為使申請人得以瞭解調解程序並做適當選擇，《勞資爭議調解辦法》(以下簡稱調解辦法)第 2 條第 2 項明定地方主管機關於受理調解申請時之揭露義務，以強化對當事人之程序保障。受理機關應向申請人說明下列事項：一、得選擇透過地方主管機關指派調解人，或組成勞資爭議調解委員會之方式進行調解。二、選擇透過地方主管機關指派調解人之方式進行調解時，地方主管機關得委託民間團體指派調解人進行調解。三、得請求地方主管機關提出調解委員名冊及受託民間團體名冊，供其閱覽。四、得要求調解人說明其身分及資格。

第三款 「指派調解人」之調解程序

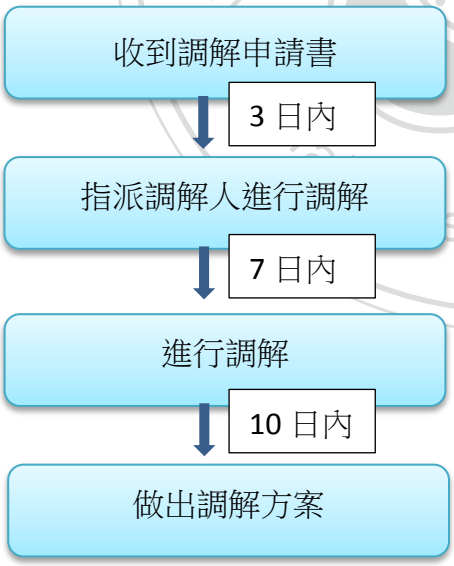
新法增訂之「獨任調解人」，係將過去行政主管機關大量運用的體制外制度「協調」[322]予以法制化。修法前行政機關對於協調機制之運用，因欠缺法源依據

[321]立法院法律系統，
http://lis.ly.gov.tw/lgcgi/lglaw?@117:1804289383:f:NO%3DE01143*%20OR%20NO%3DB01143$$11$$$PD%2BNO(最後瀏覽日:2014/10/26)

[322]關於協調機制之濫觴，是內政部 49 年 11 月 5 日台內勞字第 42361 號函:「查協調勞資關係、協調勞資爭議，為各級勞工行政主管官署重要執掌。勞資爭議案件所涉人數，雖未符合勞資爭議處理法第一條規定，仍應予受理。又勞資糾紛依『動員戡亂期間勞資糾紛處理辦法』之規定處理時，有交付評斷時，可依據執掌先予協調。」據此命令，勞工行政主關機關得以「協調」方式處理勞資爭議事件。行政院勞委會 76 年 11 月 25 日臺(76)勞資字第 8255 號函頒定之「處理重大勞資爭議事件實施要點」第 8 點第 1 款規定:「發生重大勞資爭議事件時，各級勞工行政主管機關應迅速進行疏導、協調，其期間以不得超過 10 日為原則，超過 10 日者，應即依勞資爭議處理法規進行調解、仲裁，或輔導勞方當事人循司法途徑解決。」各級勞工行政主管機關源依據此行政命令得以協調方式處理重大勞資爭議案件。過去勞委會為建立協處勞資爭議多元管道，妥善利用民間專業資源，協助地方勞工行政主管機關處理勞資爭議，提升行政效率，定有「行政院勞工委員會 96 年度補助各級勞工行政主管機關運用民間勞資關係中介團體協處勞資爭議實施要點」(下稱補助要點)，該補助要點第 3 條規定:「主管機關得評估轄內全國性或地方性中介團體，斟酌其能力並經向勞資爭議申請當事人充分說明與調解差異處，且徵得其同意後，將勞資爭議案件轉介至該團體處理。」於補助要點中，並未就協調程序如何進行為具體規範，然而協調本即為一不正式而靈活之程序。參見林福來，同註 302，第 108 頁。
根據勞委會統計資料，在 1998 年至 2010 年間約有 75%~90%之勞資爭議透過協調程序處理，在此形成非法定之協調程序之紛爭解決能量遠大於法定之調解程序。轉引自，鄭津津，健全我國之勞資爭議調解與仲裁機制—以獨任調解人及獨任仲裁人為中心，臺北大學法學論叢，第 80 期，頁 121。2011 年 12 月。

與拘束力不足而受到詬病，新法於是將協調納入調解範圍，解決協調機制合法性之疑慮[323]。

按《勞資法》第 12 條規定，直轄市或縣（市）主管機關指派調解人進行調解者，應於收到調解申請書三日內為之(第一項)。調解人應調查事實，並於指派之日起七日內開始進行調解(第二項)。考量調解之調查，或有要求提出說明、進入事業單位訪查必要，而此等措施均涉及公權力之行使，為使權責分明並使受通知對象易於辨明[324]，故明定直轄市或縣（市）主管機關於調解人調查時，得通知當事人、相關人員或事業單位，以言詞或書面提出說明；調解人為調查之必要，得經主管機關同意，進入相關事業單位訪查(第三項)。並規定受通知或受訪查人員之配合義務，受通知或受訪查人員，不得為虛偽說明、提供不實資料或無正當理由拒絕說明(第四項)。違反爭議事實調查規定者，依本法 63 條規定，將處以罰鍰[325]。而調解人應於開始進行調解十日內作出調解方案，其調解效力並準用調解委員會之相關規定(第五項)。茲將獨任調解人之調解程序以下圖表示:



[323]黃國昌、林常青、陳恭平，勞資爭議協調程序之實證研究—以「政府協調」與「民間協調」之比較為中心，中研院法學期刊，第 7 期，頁 214，2010 年 9 月。
[324]同註 310(最後瀏覽日:2014/10/25)。
[325]勞資爭議處理法第 63 條:
違反第十二條第四項、第十七條第三項、第三十三條第四項或第四十四條第四項規定，為虛偽之說明或提供不實資料者，處新臺幣三萬元以上十五萬元以下罰鍰。
違反第十二條第三項、第十七條第三項、第三十三條第四項或第四十四條第四項規定，無正當理由拒絕說明或拒絕調解人或調解委員進入事業單位者，處新臺幣一萬元以上五萬元以下罰鍰。

調解之成立與否，取決於雙方當事人之合意，惟作為程序中介者之調解人，在程序中扮演相當重要的角色，倘若調解人無法居於專業公正地位進行調解，難以期待調解程序獲得圓滿結果[326]。由於獨任調解人對於程序之進行，較調解委員會之調解方式具有更高之掌握地位，從而於《調解辦法》中對於調解人之資格訂有嚴格要求[327]。

第四款 組成「勞資爭議調解委員會」之調解程序

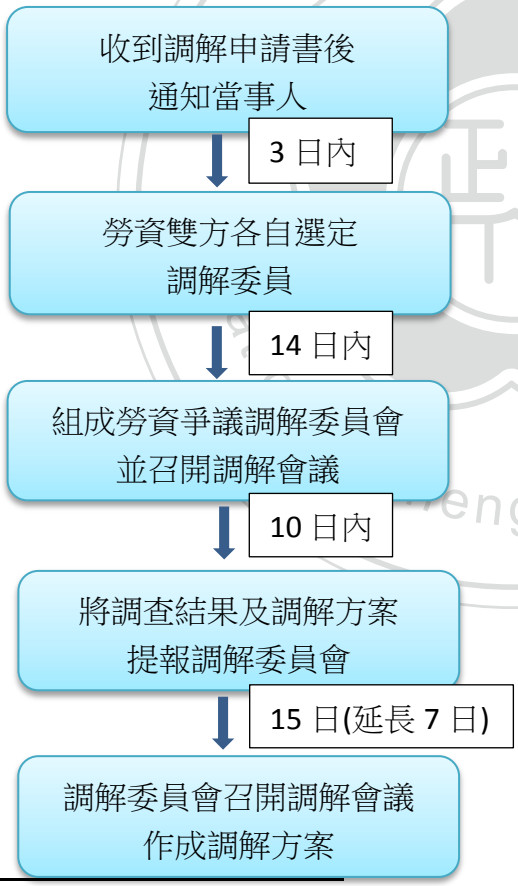
依《勞資法》第 14 條第 1 項規定，直轄市、縣（市）主管機關以調解委員會方式進行調解者，應於收到調解申請書或職權交付調解後通知勞資爭議雙方當事人於收到通知之日起三日內各自選定調解委員，並將調解委員之姓名、性別、年齡、職業及住居所具報；屆期未選定者，由直轄市、縣（市）主管機關代為指定。本法第 13 條就調解委員會之組成，規定調解委員會置委員三人或五人，由勞資爭議雙方當事人各自選定一人，直轄市、縣(市)主管機關指派一人或三人，並由直轄市或縣(市)主管機關代表一人為主席。第 15 條復規定，於調解委員完成選定或指定之日起十四日內，應組成調解委員會並召開調解會議。

調解委員會應指派委員調查事實，除有特殊情形外，該委員應於受指派後十日內，將調查結果及解決方案提報調解委員會。調解委員會應於收到前項調查結果及解決方案後十五日內開會。必要時或經勞資爭議雙方當事人同意者，得延長七日[328]。調解委員會開會時，調解委員應親自出席，不得委任他人代理；受指派

[326]余天琦，同註 308，頁 365。
[327]參見勞資爭議調解辦法第 13 條第 1 項規定:
調解人應具備下列資格之一：
一、執行律師業務，並於最近三年內曾辦理勞資爭議案件者。
二、曾任或現任教育部認可之大專校院講師以上，並教授勞資關係或法律相關課程三年以上，且有實務經驗者。
三、曾任各級勞工行政主管機關，處理勞資爭議或擔任法制工作具三年以上經驗者。
四、具備第四條第一款資格，並依第十四條規定取得中央主管機關核發之勞資爭議調解人認證證書。
為提升調解人素質，地方主管機關應辦理評量，且要求調解人參加研習。此可參調解辦法第 16 條、第 17 條之規定。
[328]參見勞資爭議處理法第 16 條規定。

調查時，亦同。直轄市、縣（市）主管機關於調解委員調查或調解委員會開會時，得通知當事人、相關人員或事業單位以言詞或書面提出說明；調解委員為調查之必要，得經主管機關同意，進入相關事業單位訪查。前項受通知或受訪查人員，不得為虛偽說明、提供不實資料或無正當理由拒絕說明[329]。違反爭議事實調查規定或爭議當事人無正當理由未依通知出席調解會議者，依本法 63 條，以罰鍰制裁之[330]。

調解方案之作成，依本法第 18 條規定，應有應有調解委員過半數出席，始得開會；經出席委員過半數同意，始得決議。茲將勞資爭議調解委員會之運作模式以下圖表示:



[329]參見勞資爭議處理法第 17 條規定。

[330]勞資爭議處理法第 63 條:
違反第十二條第四項、第十七條第三項、第三十三條第四項或第四十四條第四項規定，為虛偽之說明或提供不實資料者，處新臺幣三萬元以上十五萬元以下罰鍰。
違反第十二條第三項、第十七條第三項、第三十三條第四項或第四十四條第四項規定，無正當理由拒絕說明或拒絕調解人或調解委員進入事業單位者，處新臺幣一萬元以上五萬元以下罰鍰。
勞資雙方當事人無正當理由未依通知出席調解會議者，處新臺幣二千元以上一萬元以下罰鍰。

第五款 行為限制

《勞資爭議處理法》第 8 條規定，勞資爭議在調解、仲裁或裁決期間，資方不得因該勞資爭議事件而歇業、停工、終止勞動契約或為其他不利於勞工之行為；勞方不得因該勞資爭議事件而罷工或為其他爭議行為。此規定旨在保障勞資雙方藉由政府依法所提供之爭議處理機制解決紛爭之合法行為，同時使勞資爭議在此期間得以暫為冷卻，避免爭議事件擴大[331]。

第四項 調解之效力

第一款 調解成立

《勞資法》第 19 條規定，勞資爭議調解委員會所作成之調解方案，經爭議雙方當事人同意在調解記錄簽名之後，調解即為成立。復依同法第 23 條，該調解方案之內容即自動轉換為爭議雙方當事人間之契約；當事人一方為「工會」時，則視之為當事人間之團體協約。此效力與透過其他法定調解程序所成立之調解，通常將其效力界定為「與確定判決有同一效力」有所不同。

《勞資法》第 59 條規定，勞資爭議經調解成立或仲裁者，依其內容當事人一方負私法上給付之義務，而不履行其義務時，他方當事人得向該管法院聲請裁定強制執行並暫免繳裁判費；於聲請強制執行時，並暫免繳執行費(第一項)。由於調解成立而負一定之給付義務者通常為雇主，從而此等准予聲請強制執行及免繳裁判費與執行費之規定，意在提供勞工進一步之保護。該聲請案件，勞資爭議處理法新法並強制法院應於七日內做成裁定(第二項)。上述當事人向法院聲請強制執行時，法院有下列各款情形之一者，方得為駁回之裁定：1、調解內容或仲裁判斷，係使勞資爭議當事人為法律上所禁止之行為。2、調解內容或仲裁判斷，與爭議標的顯屬無關或性質不適於強制執行。3、依其他法律不得為強制執行[332]。

[331]邱昀薇，淺談勞資爭議處理法第 8 條「調解、仲裁及裁決期間」規定之意涵，台灣勞工季刊，第 30 期，頁 82，2012 年 6 月。
[332]參見勞資爭議處理法第 60 條規定。

第二款 調解不成立

依《勞資法》第 20、21 條規定，勞資爭議當事人對於勞資爭議調解委員會之調解方案若不同意，或經調解委員會主席召集會議，「連續二次」調解委員「出席人數未過半數」，或「未能做成調解方案」，均為調解不成立。調解不成立者，不論係屬於權利事項或調整事項之勞資爭議，爭議雙方當事人均可選擇勞資爭議處理法之仲裁程序解決[333]。此外，屬權利事項者，尚可循司法途徑解決[334]，相較於資方，勞方常處於經濟上較為弱勢之地位。有鑒於權利事項之勞資爭議，勞方如欲提起訴訟或依仲裁法提起仲裁，常需花費相當之費用，為使其於維護自身權利時無所顧慮[335]，故本法規定中央主管機關得給予適當扶助；其扶助業務，得委託民間團體辦理[336]。

值得注意者係，本法第 53 條規定，勞資爭議，非經調解不成立，不得為爭議行為；權利事項之勞資爭議，不得罷工。所謂爭議行為，依本法第 5 條第 4 款之定義為，勞資爭議當事人為達成其主張，所為之罷工或其他阻礙事業正常運作及與之對抗之行為。蓋調整事項之爭議無法透過訴訟方式得到解決，僅能仰賴資方於調解時之善意，如同「集體行乞」，因此，必須有爭議權之行使為後盾，方能使勞資雙方基於平等地為進行協商與談判，以某爭議解決。惟權利事項之勞資爭議如未依本法及其他法律之調解、仲裁程序加以解決，當有尋求司法救濟，以訴訟解決方式得以為之，與調整事項截然不同，爰於規定此種情形不得罷工[337]。

第五項 調解與仲裁之關係

[333]參見勞資爭議處理法第 6 條第 1 項及第 7 條規定。
[334]參見勞資爭議處理法第 6 條第 2 項規定。
[335]同註 310(最後瀏覽日:2014/10/25)。
[336]參見勞資爭議處理法第 6 條第 3 項、第 4 項規定。
[337]同註 310(最後瀏覽日:2014/10/25)。

權利事項與調整事項之勞資爭議皆得透過仲裁程序解決，由獨任仲裁人或勞資爭議仲裁委員會進行仲裁[338]，做成仲裁判斷。就權利事項之勞資爭議作成之仲裁判斷，於當事人間具有與確定判決同一之效力，就調整事項之勞資爭議作成之仲裁判斷，視為當事人間之契約，當事人一方為工會時，視為當事人間之團體契約[339]。

依《勞資爭議處理法》第 25 條第 1 項規定，勞資爭議調解不成立者，雙方當事人得共同向直轄市或縣（市）主管機關申請交付仲裁。但調整事項之勞資爭議，當事人一方為團體協約法第十條第二項規定之機關（構）、學校時，非經同條項所定機關之核可，不得申請仲裁。是以勞資爭議無法經由調解程序解決者，得由爭議當事人雙方共同申請交付仲裁，循仲裁程序解決糾紛。為緩和特定對象或事業領域勞工罷工權之禁止或限制，於該等情形亦賦予調整事項之勞資爭議一方當事人單方申請交付仲裁之權利[340]。勞資爭議當事人之一方為教師或國防部及其所屬機關（構）、學校之勞工者，其調整事項之勞資爭議，任一方得向直轄市或縣（市）申請交付仲裁；於自來水事業、電力及燃氣供應業、醫院或經營銀行間資金移轉帳務清算之金融資訊服務業與證券期貨交易、結算、保管事業及其他辦理支付系統業務，此種影響大眾生命安全、國家安全或重大公共利益之事業，

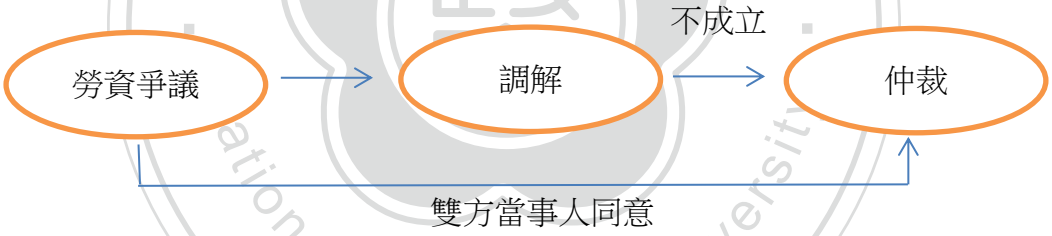
[338]勞資爭議處理法第 26 條第 1 項:
主管機關受理仲裁之申請，應依申請人之請求，以下列方式之一進行仲裁，其為一方申請交付仲裁或依職權交付仲裁者，僅得以第二款之方式為之：
一、選定獨任仲裁人。
二、組成勞資爭議仲裁委員會（以下簡稱仲裁委員會）。
[339]勞資爭議處理法第 37 條規定:
仲裁委員會就權利事項之勞資爭議所作成之仲裁判斷，於當事人間，與法院之確定判決有同一效力。
仲裁委員會就調整事項之勞資爭議所作成之仲裁判斷，視為爭議當事人間之契約；當事人一方為工會時，視為當事人間之團體協約。
對於前二項之仲裁判斷，勞資爭議當事人得準用仲裁法第五章之規定，對於他方提起撤銷仲裁判斷之訴。
調整事項經作成仲裁判斷者，勞資雙方當事人就同一爭議事件不得再為爭議行為；其依前項規定向法院提起撤銷仲裁判斷之訴者，亦同。
勞資爭議處理法第 27 條第 3 項:
第三十二條、第三十三條及第三十五條至第三十七條之規定，於獨任仲裁人仲裁程序準用之。
[340]同註 310(最後瀏覽日:2014/10/25)。

調整事項之勞資爭議，而雙方未能約定必要服務條款者，任一方得向中央主管機關申請交付仲裁[341]。

調整事項之勞資爭議經調解不成立者，直轄市或縣（市）主管機關認有影響公眾生活及利益情節重大，或應目的事業主管機關之請求，得依職權交付仲裁，並通知雙方當事人[342]。有鑑於調整事項勞資爭議之仲裁，一旦作成仲裁判斷，即視為當事人間之契約，此與調解方案須經同意始為調解成立有所不同，效力較為直接，基於比例原則，主管機關依職權交付仲裁，除以調解不成立為其前提外，並有影響公眾生活及利益情節重大，或應目的事業主管機關之請求之要求。

為尊重爭議當事人之程序選擇權，本法第 25 條第 3 項規定，勞資爭議經雙方當事人書面同意，得不經調解，逕向直轄市或縣(市)主管機關申請交付仲裁。

茲將調解與仲裁之關係，以下圖簡示:



第三節 勞資爭議調解機制之改善

第一項 勞資爭議調解機制之問題

第一款 調解人與調解委員之檢視

評價式調解，係在藉由中立第三人之介入，周旋於爭議當事人之間，調查雙方要求，作成適當之建議，促使勞資爭議雙方當事人本於勞資自治與當事人自主之精神，謀求爭議之解決。由於調解人擔負判斷機能，調解程序之公正乃基本要

[341]參見勞資爭議處理法第 25 條第 2 項、第 3 項規定。
[342]參見勞資爭議處理法第 25 條第 4 項規定。

求，調解人須居於公正中立地位，不偏頗地基於專業判斷提出建議，方得獲致爭議雙方之信服。論者指出，現行之勞資爭議調解機制，欠缺調解人、調解委員中立性之要求[343]。

依《勞資爭議處理法》規定，調解委員會係由主管機關指派一人或三人，勞資爭議雙方當事人各自選定一人，共三人或五人組成，勞資政三方，分別代表爭議當事人及公權力。然而在此運作之下，出於利己心，勞資雙方所選定之調解委員均為代表其各自利益之「代言人」，調解委員根本喪失其居中協調之性格，如此一來，勞資爭議中雙方利益衝突之立場繼續延伸至調解程序，如何使人信服紛爭解決機制所能發揮之效用。

當勞資爭議雙方當事人選定之調解委員成為各自利益之代表，無法展現調解委員應有之公正、客觀，最後主導調解者往往是主管機關指派之公務員，再加上調解委員會之主席應由主管機關所指派調解委員中之一人擔任，可能造成主管機關過度介入調解之過程。

此外，本法第 11 條第 4 項規定，調解之相關處理程序、充任調解人或調解委員之遴聘條件與前項受託民間團體之資格及其他應遵行事項之辦法，由中央主管機關定之。而於《調解辦法》之第三章中訂有調解委員之遴聘及義務，於第 4 條訂定調解委員之積極資格[344]，第 5 條則係消極資格[345]之規定。第四章規範調解

[343]陳慧敏，勞動法上訴訟外紛爭解決機制(ADR)之研究─以勞資爭議處理制度為中心，國立政治大學碩士在職專班論文，頁，2007 年 7 月。

[344]勞資爭議處理辦法第 4 條:
地方主管機關遴聘之調解委員，應具備下列資格之一：
一、有勞資爭議調解或協調實務經驗二年以上者。
二、曾任或現任各級勞工行政工作二年以上者。
三、曾任或現任各級行政主管機關擔任法制工作二年以上者。
四、曾任或現任工會或雇主團體理事、監事或專任會務工作五年以上者。
五、曾任或現任事業單位管理職五年以上者。
六、符合第十三條所定調解人資格者。
七、符合勞資爭議仲裁委員資格者。

[345]勞資爭議處理辦法第 5 條:
有下列情形之一者，不得擔任調解委員：
一、經褫奪公權宣告尚未復權。
二、受破產宣告尚未復權。

人之資格、認證及義務，要求調解人應具律師、大專院校講師或處理勞資爭議經驗之資格[346]，並須參加認證、研習及評量。觀諸系爭辦法之規範內容，著重於調解人及調解委員之專業能力，但卻未見對於調解人與調解委員之客觀、中立與公正性之要求。

第二款 調解程序與調解機關之檢討

在新修正之《勞資爭議處理法》規範下，勞資爭議當事人一方提出調解申請時，可選定由調解人或調解委員會進行調解，表面上看似提供爭議當事人多一種調解方式，然而獨任調解人係由直轄市、縣(市)主管機關指派或依法委託民間團體指派調解人進行調解，此於地方行政機關職權交付調解時，亦同。即爭議當事人並無共同選定獨任調解人之權限。惟調解機制是否發揮功能與調解人扮演之角色有密切關係，爭議當事人需對於調解人具有信任基礎與信心，才容易接受調解人提出之調解方案，使紛爭得以獲得解決[347]。

此外，調解機制之啟動，得由爭議當事人一方提出申請或由直轄市、縣(市)主管機關依職權將爭議交付調解。就前者而言，如爭議他方當事人無意透過調解解決爭議，且調解人或調解委員做成之調解方案對爭議雙方當事人並無拘束力，仍需經爭議雙方當事人同意接受，調解始得成立，此時，單方申請開啟之調解程序，強迫他方參與，欲達成雙方合意解決紛爭實有困難，毋寧只是徒增人力、時間與資源之浪費。就後者而言，於爭議當事人一方或雙方不具進行調解之意願時，則有行政機關強迫當事人進行調解之問題，產生公權力過度介入與程序主體權之

三、依消費者債務清理條例開始清算程序尚未復權。
四、受監護或輔助宣告尚未撤銷。
五、未成年人。

[346]勞資爭議處理辦法第 13 條:
一、執行律師業務，並於最近三年內曾辦理勞資爭議案件者。
二、曾任或現任教育部認可之大專校院講師以上，並教授勞資關係或法律相關課程三年以上，且有實務經驗者。
三、曾任各級勞工行政主管機關，處理勞資爭議或擔任法制工作具三年以上經驗者。
四、具備第四條第一款資格，並依第十四條規定取得中央主管機關核發之勞資爭議調解人認證證書。

[347]鄭津津，同註 322，頁 130。

拉鋸。此外，由於《勞資法》第 8 條之規定，勞資爭議在調解、仲裁或裁決期間，資方不得因該勞資爭議事件而歇業、停工、終止勞動契約或為其他不利於勞工之行為；勞方不得因該勞資爭議事件而罷工或為其他爭議行為。行政院勞工委員會於民國 101 年 4 月 16 日作出勞資 3 字第 1010125649 號函對上開法條所謂的「勞資爭議在調解、仲裁或裁決期間」加以定義，該函釋指出，所謂「調解期間」，是指直轄市或縣（市）主管機關依職權交付調解，並通知勞資爭議當事人之日，或接到勞資爭議當事人一方或雙方之完備調解申請書之日起算，至調解紀錄送達之日終止[348]。因此若主管機關強制進行調解，亦可能影響勞工行使爭議行為之時機與效益。

另就調解機制之可利用性觀察，我國勞資爭議處理機關係地方級之行政調解組織，由於近年來勞資爭議案件數量大幅提升，許多地方政府無力負荷沉重的案件負擔，遂自 2000 年開始，將勞資爭議轉介由政府鼓勵設置之「勞資關係中介團體」負責處理，當時形成「政府協調」與「民間協調」分化之現象[349]。亦有指出，地方政府囿於人力編制，承辦人除需協處勞資爭議事件，尚有其他勞資關係業務之負擔，而使勞資爭議之處理欠缺效率[350]。顯現爭議處理機關並不具有足夠之解決紛爭能量，弱化紛爭處理機制之可接近性。

第三款 調解成立之效力問題

依《勞資爭議處理法》第 23 條規定，勞資爭議經調解成立者，視為爭議雙方當事人間之契約；當事人一方為工會時，視為當事人間之團體協約。此效力與透過其他法定調解程序所成立之調解，通常將其效力界定為「與確定判決有同一效力」有所不同。有謂此乃為穩定勞動關係，期於調解成立後，展望未來，提供

[348]勞動部網站，勞動法令查詢系統，http://laws.mol.gov.tw/Chi/FINT/FINTQRY04.asp?sel_word=%B1%60%A5%CE%A6r%A7O&N1=&N2=&Y1=101&M1=4&D1=16&Y2=101&M2=4&D2=16&kw=&sdate=20120416&edate=20120416&keyword=&ktitle=&etype=*&chkNow=1&EXEC2=%ACd++%B8%DF&datatype=etype&typeid=*&recordNo=2(最後瀏覽日:2015/1/31)

[349]黃國昌、林常青、陳恭平，同註 323，頁 214-215。

[350]蕭惠文，勞資爭議處理法之修法方向，台灣勞工雙月刊，第 10 期，頁 75，2007 年 11 月。

雙方當事人保障，並落實當事人自主，有其特殊考量[351]。然而，吾人以為調解成立未經由法院賦予一定效力，能否使調解發揮終局解決紛爭之功能，不無疑慮。

按調整事項之勞資爭議，由於其係勞資雙方當事人就勞動條件主張繼續維持或變更之爭議，於經由調解程序達成雙方同意而成立調解時，視為爭議雙方當事人間之契約或團體契約，使當事人未來依此調解內容形成彼此間之權利義務關係，固有其合理性。惟就權利事項之勞資爭議，本質上屬爭議雙方當事人基於法令、團體協約、勞動契約之規定而生之權利義務爭議，即法律上之爭議，其調解成立之效力僅與當事人間和解有同一效力，實有未當[352]。

蓋調解程序之進行，雙方當事人付出相當之勞力、時間、費用，經由調解人或調解委員之介入，獲致雙方當事人之同意後，而使調解成立。調解成立，未經法院之核可，意味著勞資爭議調解逸脫司法審查，不具既判力，欠缺解決紛爭之實效性。人民對由國家機關所設置之紛爭解決途徑，通常對其程序進行之公正性以及經由該程序所達成之調解成立有一定程度之期待，盼使紛爭獲得終局徹底之解決。再觀諸其他調解程序之法律效力，訴訟上之調解，係在法官面前做成，調解成立與法院之確定判決有同一效力[353]，其他訴訟外調解經法院核定後，與民事確定判決有同一之效力[354]，本法關於調解成立之效力，尤其於權利事項爭議，實有加以檢討之必要。

第二項 比較法上勞資爭議處理模式介紹

第一款 德國制度

[351]冷涵芸，同註 80 文，頁 134。
[352]黃國昌，同註 307，頁 95。
[353]例如民事訴訟法第 416 條第 1 項:「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 380 條第 1 項:「和解成立者，與確定判決有同一之效力。」
[354]例如鄉鎮市調解條例第 27 條第 2 項:「經法院核定之民事調解，與民事確定判決有同一之效力。」消費者保護法第 46 條準用之。金保法第 30 條第 4 項:「評議書依第二項規定經法院核可者，與民事確定判決有同一之效力，當事人就該事件不得再行起訴或依本法申訴、申請評議。」

德國法關於勞資爭議，基本上區分權利事項與調整事項之爭議。在權利事項爭議之場合，涉及的是藉由法律上之規範與原則解決衝突，因勞資雙方之利益，事實上已透過國家法令或有效契約做出有拘束力之規定，因此解決爭議之重點毋寧在於，如何正確地去適用與客觀事實相符之法律狀態；調整事項之爭議，涉及當事人間之利益尚未存在有拘束力之規範基礎，須經由雙方相互協商形成[355]。

權利事項爭議之處理，主要係透過勞動法院之國家權利保障體系，按國民所有的權利爭議，原則上皆有尋求國家法院裁判與救濟之可能性，以貫徹其權利，即所謂司法裁判請求權，乃法治國原則之重要要求。德國設置勞動法院以處理權利事項之勞資爭議，勞動法院之特殊性在於，除職業法官外，尚有分別來自勞方與資方之榮譽職法官加入，期能貼近實務，並提升法院判決在勞動生活中之公信力。例外於團體協約上之爭議事項，容許協約當事人交付仲裁[356]。

在調整事項方面，則由勞資爭議雙方自行形成，以協約自治之精神，達成攸關勞資關係未來導向之合意。原則上依循團體協約之調解條款進行自願調解程序，國家之調解機制則是例外、少見之爭議處理方式，論者指出，當代德國對於勞動市場的國家介入干預，不在於透過強制調解，而係藉由制定最低保護規範而為之，例如最低工資保障。調解程序之進行，係由勞資一方自願召集調解委員會，團體協約並課予雙方當事人參與調解之義務。調解委員會之組成，依團體協約而定，有以勞資雙方各自選定委員，加上一經雙方同意選任之具有投票權之中立主席而組成；亦有由勞資雙方代表組成調解委員會，雙方委員輪流擔任主席，在此種形式下，主席之功能主要在於會議協商之引導，性質上無需亦無法強求中立[357]。調

[355]Rüdiger Krause，德國勞動法上勞資爭議處理行為相關事項之紛爭處理，發表於健全勞資爭議訴訟上及訴訟外紛爭處理機制國際研討會，頁 38-40，行政院勞工委員會舉辦，2007 年 9 月 26、27 日。
[356]Rüdiger Krause，同註 354，頁 42-44。
[357]Rüdiger Krause，同註 354，頁 44-46。

解方案之內容，通常僅係對協約當事人之有關協約內容之建議，得任其自由決定接受與否，當事人雙方一旦接受，則該調解方案與團體協約具同一效力[358]。

第二款 美國制度

美國並未針對勞資爭議處理設置調解機制，不同種類之爭議，皆可透過同一調解制度解決。由於美國調解制度之設計與運作具有彈性、專業、客觀等特質，頗值我國參考[359]。

在調解程序中，調解人之主要功能在於:促使雙方當事人溝通對談，並為雙方當事人傳遞資訊、協助雙方當事人了解調解程序、協助雙方當事人了解問題與爭點，並去除雙方當事人不合理之期待、為當事人設定調解議程、提供一個有利於協調溝通的環境並維護調解過程之秩序、協助雙方當事人溝通並提出解決方案、勸說雙方當事人接受可行的解決方案。調解人能否成功地協助爭議當事人解決紛爭，與該調解人是否具備知識、專業、公正以及誠意有絕對關係[360]。

調解人在美國所扮演之角色，主要在於協助爭議雙方當事人設定談判議程、重新進行討論以及提出可能解決爭議之建議。以調解人為中心建立之調解程序指導原則如下[361]:

1.勞資爭議調解人與勞資爭議雙方當事人的初步接觸

建立勞資爭議雙方當事人對勞資爭議調解人之信任與對勞資爭議調解制度之信心。

2.針對特定勞資爭議選擇勞資爭議調解策略

勞資爭議調解人在此階段協助勞資爭議雙方當事人評估解決特定勞資爭議的各種可能方向，並擇一作為該次勞資爭議調解之策略。

[358]黃越欽，同註 291，頁 484。
[359]鄭津津，同註 294，頁 84。
[360]鄭津津，同註 322，頁 136。
[361]鄭津津，同註 322，頁 149-151。

3.收集並分析所有背景資訊

勞資爭議調解人收集相關資訊，並給予勞資爭議雙方當事人充分表達立場、陳述意見及提出證據之機會。

4.針對特定勞資爭議之調解設計一套勞資爭議調解之計畫

在收集所有相關資訊並確認其正確性後，勞資爭議調解人應為該次爭議定性，確認該特定勞資爭議調解之詳細計畫。

5.建立勞資爭議雙方當事人之信任與合作

勞資爭議調解人於此階段要為勞資爭議雙方進行心理建設，使其做好談判之準備，並協助建立起雙方之間對彼此的信任，減少不必要的情緒反應，確保雙方順暢溝通。

6.開始勞資爭議調解程序

開始勞資爭議調解程序後，勞資爭議調解人應使勞資爭議雙方當事人瞭解該特定爭議之爭點所在並協助爭議雙方當事人發現隱藏的利益，徵得雙方當事人同意，使當事人聚焦於爭點上進行討論。

7.為解決勞資爭議開發各種解決方案並且評估可行性

勞資爭議調解人於此階段，要瞭爭議解雙方當事人之底線，並使爭議雙方瞭解其所處立場之優、劣勢，以及達成協議之利益何在，盡可能提出各項可行的解決方案，評估不同解決方案之成本、優缺點及滿足勞資爭議雙方當事人利益之可能性。

8.最後協商並達成正式協議

在勞資爭議雙方當事人完成最後協商，並達成協議後，勞資爭議調解人應協助爭議雙方當事人做成可執行的書面協議。

第三項 勞資爭議調解機制之展望

新修正之《勞資爭議處理法》關於調解程序運作之設計，吾人可發現含有追求時效性之規定，使人民在可預測之相當迅速之時間內完成紛爭之處理及解決，固值讚許。惟在程序之運作上，可參酌美國調解制度下之程序指導原則，建立調解秩序，提供勞資爭議雙方當事人與調解人遵循之方向與步驟，使調解程序更具有效率。

根據勞動部統計資料，在勞資爭議之處理方面，在 98 年後係以調解方式處理居多，為兼顧勞資爭議雙方權益保障，100 年 5 月 1 日起，組成勞資爭議調解委員會已可簡化為指派調解人以「調解」方式處理，致 101 年有處理結果之勞資爭議案件以「調解」處理之案件占了將近 95%，其中調解成立者，約有 55%[362]。新法之修正，確有擴大調解制度解決爭議之功能。然而有關獨任調解人及調解委員之客觀中立性、調解程序之啟動以及調解成立之效力方面，仍有待檢討之處。

欲健全勞資爭議之調解，吾人以為，可自以下幾點思考:

關於調解人及調解委員，現行由主管機關指派獨任調解人或委託民間團體指派調解人之規定，若亦能由勞資爭議雙方當事人合意選定，應有助於調解之順利進行，並增加調解結果之信服感，且亦與調解之本旨「當事人合意解決紛爭」相符。論者有建議於現行第 11 條條文中增訂第六項為:「申請人與相對人如以合意選任調解人，除選任之調解人顯不適任外，主管機關或受託之民間團體應尊重其意願，毋庸再為調解人之指派。[363]」

另一方面，強化地方主管機關建立之調解人與調解委員名冊效力，勞資爭議雙方應自主管機關所遴選、通過認證之具有處理勞資爭議專業之人選中選定調解人及調解委員，以兼顧「由當事人選任其所信任之調解人、調解委員」及「調解

[362]同註 310(最後瀏覽日:2014/10/25)
[363]林福來，勞資爭議處理法制之研究，中正大學法律學系研究所博士論文，頁 223，2013 年 8 月。

人、調解委員中立性專業性之確保」[364]，解決現行法下，調解人及調解委員欠缺客觀中立性，爭議雙方各自選任其利益代表人，恐無法達到充分溝通、磋商達成合意之缺陷。

論者有指出，鑒於勞資關係之不平等、保護弱勢勞工之理念，為使勞資爭議處理法得以適切落實，輔助勞工得循適當之程序進行勞資爭議處理，宜於各地方主管機關下建立「勞資爭議處理中心」，設置專門調解機構，配置專業調解人員，負責提供關於勞資爭議紛爭解決管道之資訊，並協助勞工進行爭議處理程序。藉由此中心之設立，使其成為勞工進行爭議處理之窗口，以使勞工更為容易地「接近、使用」現行勞資爭議處理途徑，落實勞本法處理勞資爭議，保障勞工權益，穩定勞動關係之精神[365]。

調解程序之啟動，除由爭議當事人一方申請外，亦得由主管機關依職權交付調解，然如爭議當事人無調解意願，卻由勞工行政主管機關強制進行調解，容易造成社會成本支出與資源浪費，且亦會因《勞資爭議處理法》第 8 條規定，影響勞工進行必要的爭議行為的權益。論者建議，勞資爭議調解之進行應以雙方合意為原則，若勞資爭議當事人無調解意願，應從其意願，避免無益之調解程序並影響當事人進行爭議行為之權益，應該強制調解之規定予以刪除，惟若任強制調解有其存在之必要，可將現行第 9 條第 3 項條文修正為:「第一項直轄市、縣（市）主管機關對於勞資爭議認為必要時，得依職權交付調解，並通知勞資爭議雙方當事人。但經當事人一方明示無調解意願，調解程序視為終結。[366]」

關於調解成立之效力，至少應賦予權利事項之勞資爭議，經法院核定後，具有與確定判決相同之效力，擴大調解制度解決紛爭之功能。同時，應慮及若調解成立過程中存有重大瑕疵，應賦予當事人事後救濟機會之程序保障。參酌《民事

[364]黃國昌，同註 307，頁 87。
[365]黃國昌，同註 307，頁 83-84。潘世偉，建構有效的勞資爭議處理機制─從我國勞動關係政策談起，勞資關係月刊，第 18 卷第 6 期，頁 13，1999 年 10 月。
[366]林福來，同註 362，頁 225。

訴訟法》第 416 條及《鄉鎮市調解條例》第 26 條規定，應增設使當事人於收受該調解書後 30 日內，得提起宣告調解無效或撤銷調解之訴之規定，以資救濟[367]。

第四節 小結

勞資爭議調解之評價方式，係由具有勞資爭議專業之調解人或調解委員進行調解程序，調查事實，於法律規定之時限內，做出調解方案。為使利益關係不一致之雙方當事人信服，調解人及調解委員除須具備專業能力外，須建立調解人及調解委員中立不偏私之要求，現行勞資爭議之處理，對此仍有待檢討。

一般調解機制之特性，可從是否自願、有無拘束力、第三人介入之程度如何、程序之正式性、結果的形式與是否公開進行等方面為之。《勞資爭議處理法》關於調解程序之啟動，得以當事人申請之自願調解為之，亦有主管機關職權交付之強制調解。我國勞資爭議調解程序之運作，值得吾人思考的是，行政調解中主管機關之角色與行為之界限為何?在目前勞資爭議處理法調解機制之規定中，多處顯現公權力過度介入，蓋調解係在透過中立第三人協助爭議雙方當事人達成合意解決紛爭之過程，程序進行中，行政機關不宜扮演主動積極之角色，而應係在於提供必要之協助，方符調解本旨。

建立一公平合理之勞資爭議處理法制，實對確保勞工權益、持續經濟發展、促進勞資關係，消弭勞資爭議與減少社會成本付出所不可或缺。基於勞動關係之特性，吾人相信，調解程序所能發揮之替代訴訟、解決紛爭、勞資自治之長處，皆有助於勞資爭議之解決，98 年修正之勞資爭議處理法，顯示政府欲透過訴訟外紛爭解決機制以處理勞資爭議之決心，開啟了勞資爭議處理之新紀元，自 100 年施行至今，固有一定成效，然而吾人期待，主管機關持續檢討調解程序運作規範面與實際面值得改進之處，以提供更完善的勞資爭議調解機制。

[367]黃國昌，同註 307，頁 96。

第六章 調解機制之比較檢視

第一節 調解機制主要內涵

紛爭解決機制之結構是由主體要素、客體要素及規範要素所組成。主體要素係指進入紛爭解決程序之主體，包括紛爭當事人、紛爭解決者、紛爭之參與人。客體要素則指，紛爭事項及解決方式。規範要素係，紛爭解決程序所應適用之規範[368]。調解程序係在中立第三人協助下，當事人自主解決糾紛之過程，於評價式調解中，調解人對於爭議作出建議或判斷以協助當事人達成合意，著重調解人角色之利用，是以，第三人所扮演之角色、程序之進行及其如何發揮解決紛爭之功能，為本論文所探討之重點。本章以金融消費爭議評議、公共工程履約爭議及勞資爭議之調解模式進行比較。

第一項 爭議特性

第一款 爭議性質

金融商品或服務具有複雜性、高度專業性，交易往往以定型化契約為之，銷售對象為廣大之金融消費者，牽連甚廣，然而締約雙方處於資訊不對稱、實力不對等之地位；公共工程本身具有高度風險、業主一方為政府，佔有優勢，契約條款難以事先預作完整詳盡之規畫，工程所涵蓋產業面廣泛，契約關係複雜，公共工程係為公共建設，涉及公共安全與公共利益；勞工於勞資關係中居於從屬性地位，於經濟及資訊上處於弱勢，於集體勞資爭議事件，因涉及勞工人數眾多，在一定程度下會對社會秩序產生影響。

由上可知，金融消費爭議、公共工程履約爭議及勞資爭議事件，俱有複雜性、專業性、契約雙方不平等、影響層面廣泛及公共利益之因素涉入。

[368]張哲航，同註 305，頁 87。

第二款 處理原則

金融消費者與金融服務業在財力、資訊及專業面實質不對等，致易發生交易糾紛，一旦發生相關爭議時，若循司法途徑救濟所耗費之成本不符經濟效益，因此有必要於訴訟途徑外，提供金融消費者一具金融專業且能公平合理、迅速有效處理相關爭議之機制；公共工程糾紛往往肇因於工程契約之風險分攤不均，此亦係源於業主與承商之地位不平等而來，於爭議之處理講求公平合理，另公共工程有其時效性之考量，如何迅速有效解決爭端以免影響工程進行，實屬重要課題；由於勞資關係具有繼續性，雇主與勞工關係之和諧應予重視，當事人間不平等之地位，亦須於爭議處理程序顧及之，此類爭議由於關涉勞方生計及資方生產，亦存有迅速、經濟解決紛爭之需求。

金融消費爭議、公共工程履約爭議及勞資爭議事件於爭議處理程序中，需以促進實質平等之角度，追求解決紛爭之效率。

第二項 規範模式

第一款 法源依據

金融消費爭議案件，係以《金融消費者保護法》為其法源依據；公共工程履約爭議之處理，須受《政府採購法》之規範；勞資爭議係以《勞資爭議處理法》為處理之專法。

第二款 規範目的

《金融消費者保護法》之立法意旨在保護金融消費者權益，公平、合理、有效處理金融消費爭議事件，以增進金融消費者對市場之信心，並促進金融市場之健全發展，規範金融消費者之保護與金融消費爭議處理，兼有實體法與程序法色彩；《政府採購法》之規範目的係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，於本法第六章專章規定爭議處理，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；

《勞資爭議處理法》係為處理勞資爭議，保障勞工權益，穩定勞動關係而制定之程序性規定。

第三款 規範對象

《金融消費者保護法》以金融消費爭議為規範對象，目的在於處理金融消費者與金融服務業間因商品或服務所生之民事爭議。受規範之金融服務業，包括銀行業、證券業、期貨業、保險業、電子票證業及其他經主管機關公告之金融服務業，並排除實際上無直接與金融消費者發生金融消費關係者。金融消費者指接受金融服務業提供金融商品或服務者，為免資源浪費，不包含具充分財力或具備足夠專業知識與交易經驗之投資機構或一定財力、專業能力之人；政府機關、公立學校、公營事業辦理採購，須依《政府採購法》為之，工程之定作為政府採購型態之一。公共工程契約係以政府或其他公法人以私法人地位與承包商成立私法契約，當機關與廠商發生履約爭議，得依《政府採購法》之規定處理；《勞資爭議處理法》於雇主或有法人資格之雇主團體與勞工或工會發生勞資爭議時，適用之。勞資爭議指勞資雙方當事人基於法令、團體協約、勞動契約之規定所為權利義務之爭議及勞資雙方當事人對於勞動條件主張繼續維持或變更之爭議。

第三項 爭議處理機構

第一款 爭議處理機構型態

金融消費爭議係以金融消費評議中心為爭議處理機構，評議中心為財團法人之性質，其設置係參考我國目前對民眾權益保護運作有實績之機構多採財團法人之型態，如投保中心、保發中心，故認為以財團法人之形式較為適宜；公共工程履約爭議由行政院採購暨公共工程委員會及直轄市、縣(市)政府為處理中央及地方之履約爭議案件，設置之採購申訴審議委員會處理；勞資爭議調解，係由勞方當事人勞務提供地之直轄市或縣（市）主管機關負責，台北市政府勞動局、高雄市政府勞工局，屬地方級之調解組織。

關於爭議處理機構之設置，可從兩個面向觀察，首先，自爭議處理機構之可接近性而言，金融消費評議中心為僅此一家；公共工程履約爭議，視其為中央機關抑或地方機關之履約爭議，分別由行政院公共工程委員會採購申訴審議委員會或地方之採購申訴審議委員會處理，地方未設採購申訴審議委員會而委請行政院公共工程委員會處理者，得向其提出調解申請；勞資爭議調解則於各直轄市或縣（市）政府組織中設置，具有易近性。

再者，就爭議處理機構之型態而言，評議中心則係一財團法人，不具公權力，卻得以作為訴訟外紛爭解決機制，因此需透過主管機關金管會嚴格監督，提升評議機構之公信力，並達到防弊之作用。公共工程履約爭議及勞資爭議之處理，採行政調解模式，在國家行政機關的主持下，進行調解程序。透過行政機關之介入，於公共工程履約爭議可以達到消除圖利之疑慮，在勞資爭議反映了人民期待行政機關之介入，藉由公權力介入以保護、貫徹其權利。

第二款 主管機關

金融消費者保護法之主管機關為行政院金融監督管理委員會，有關爭議處理機構之組織設立、財務、業務監理、費用計算、基金運用及董監事職權等事項，由主管機關定之。金管會已針對此等事項制定《金融消費爭議處理機構設立及管理辦法》及《金融消費爭議處理機構評議委員資格條件聘任解任及評議程序辦法》監管評議中心之運作；政府採購法係以行政院採購暨公共工程委員會為主管機關，為處理履約爭議之調解，訂定採購《履約爭議調解規則》及《採購履約爭議調解收費辦法》，以供遵循。勞資爭議處理法之主管機關：在中央為行政院勞工委員會[369]；在直轄市為直轄市政府；在縣（市）為縣（市）政府。由中央主關機關制定《勞資爭議調解辦法》，規範受理勞資爭議調解案件之相關處理程序、調解人

[369]2014 年 1 月 29 日，制定公布《勞動部組織法》及相關組織法。2014 年 2 月 17 日，改制升格為勞動部。

或調解委員之遴聘條件、受託民間團體指派調解人進行調解之資格及其他應遵行事項。

第四項 爭議處理程序

第一款 程序之開啟

金融消費者就金融消費爭議事件應先向金融服務業提出申訴，金融服務業應於收受申訴之日起三十日內為適當之處理，並將處理結果回覆提出申訴之金融消費者；金融消費者不接受處理結果者或金融服務業逾上述期限不為處理者，金融消費者得於收受處理結果或期限屆滿之日起六十日內，向爭議處理機構申請評議。金融消費者申請評議，應填具申請書，載明當事人名稱及基本資料、請求標的、事實、理由、相關文件或資料及申訴未獲妥適處理之情形；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。亦即，調解程序不論機關或廠商均得依其需要選擇適用。調解屬廠商申請者，機關不得拒絕。履約爭議調解申請書須記載標的名稱，註明系爭採購案之採購編號及他造當事人機關代碼，具體表明調解事項，扼要敘明爭議事實，並將請求所涉及之法律關係、請求權之基礎、理由及其證據等，予以明確記載；勞資爭議調解之開啟，得由勞資爭議當事人一方申請為之，調解之申請，應提出調解申請書，並載明當事人姓名、性別、年齡、職業及住所或居所；如為法人、雇主團體或工會時，其名稱、代表人及事務所或營業所；有代理人者，其姓名、名稱及住居所或事務所、請求調解事項及選定之調解方式。主管機關對於勞資爭議認為必要時，得依職權交付調解，並通知勞資爭議雙方當事人。

以上調解程序，非由當事人合意開啟。金融消費者循金融服務業申訴未果，即得開啟評議程序；公共工程履約爭議調解屬廠商申請者，機關不得拒絕；於勞資爭議調解甚至得由主管機關介入，強制開啟調解程序。立法上或有其特殊考量，蓋金融消費者既已尋求爭議相對人未獲解決，斯時要求雙方合意申請調解，恐有

困難，又金融消費者在專業、資訊及財力方面，均難與金融服務業抗衡，為免金融消費者之權利遭到延宕，並使金融消費爭議得以迅速解決，賦予其開啟調解程序之權。行政院公共工程委員會頒訂之工程採購契約範本第 22 條訂有爭議處理條款，機關與廠商得於締約時選擇爭議處理途徑，於發生爭議協議不成時，爭議一方當事人得向採購申訴審議委員會申請調解，惟廠商申請者，機關不得拒絕。論者提出，立法者於制定本項規範時，已等同代我國政府採購法上之機關預先同意，由於立法機關與政府採購法上之行政公務機關，皆屬政府分支之一部，屬於政府之手足，立法機關位於國家法律意思形成決策之位置，立法者之選擇已代表政府及其所屬機關預先同意[370]。勞資爭議亦得由一方當事人提出申請，然而由於勞資爭議調解成立效力薄弱，縱一方開啟調解程序，如他方無意藉此解決糾紛，爭議雙方欲達成調解成立之合意恐難以期待。又公權力介入開啟勞資爭議調解，亦存有爭議當事人如無透過調解程序解決爭議之意願，反而形成人力、時間與資源的浪費。

第二款 處理流程

金融消費爭議進入評議前，設有申訴先行程序，於評議中心受理評議申請後，得試行調處，調處為一任意性程序，當事人有程序之選擇權。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。進入評議程序後，由預審委員先行審查，將審查意見報告提送評議委員會評議，評議委員會應公平合理審酌評議事件之一切情狀，以全體評議委員二分之一以上之出席，出席評議委員二分之一以上之同意，作成評議決定；公共工程履約爭議於進行調解前，機關與廠商就履約爭議事項應先進行協議，協議不成，始得申請調解。調解受理後，由調解委員進行調解程序。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。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

[370]李念祖、李劍非，強制仲裁制度的憲法原理與我國政府採購法第 85 條之一第 2 項之合憲性，法學新論，第 39 期，頁 41，2012 年 12 月。

之主要意思範圍內，以職權提出調解方案；勞資爭議調解，提供二種調解程序更爭議當事人選擇，其一為指派調解人制度，由主管機關指派調解人，調查事實，進行調解，做出調解方案。其二為勞資爭議調解委員會，由爭議雙方當事人選定及主管機關指派組成調解委員會，並召開調解會議。調解委員會應指派委員調查事實，將調查結果及解決方案提報調解委員會，經調解委員會開會，由調解委員過半數出席，出席委員過半數同意，決議作成調解方案。

第三款 審理原則

考量程序運作之效率，並減少當事人之勞費成本支出，保障當事人之程序利益，評議程序以書面審理為原則，並使當事人有於合理期間陳述意見之機會。評議委員以當事人之申請書、相關文件資料為其判斷基礎。惟為顧全實體利益之平衡，保障當事人之聽審權，於必要時仍須賦予當事人到場說明之權利，是以評議委員會認為有必要者，得通知當事人或利害關係人至指定處所陳述意見；當事人請求到場陳述意見，評議委員會認有正當理由者，應給予到場陳述意見之機會；採購申訴審議委員會辦理調解之程序係準用民事訴訟法有關調解之規定，須訂調解期日，通知當事人或代理人到場，調解委員得依職權審酌通知有法律上利害關係之第三人參加調解程序。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；勞資爭議調解併採言詞及書面審理，主管機關於調解人或調解委員會調查時，得通知當事人、相關人員或事業單位，以言詞或書面提出說明。

第五項 處理時效

金融消費評議決定，原則上應自爭議處理機構受理評議申請之日起三個月內為之；必要時，得予延長，並通知當事人。延長以一次為限，最長不得逾二個月；工程履約爭議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，延長之；勞資爭議處理法要求主管機關應於收到申請之三日內指派調解人，指派之日起七日內開始調解，進行調解十日內作出調解方案。雙方當事人應於收到主管機關通知後三日內各自選定調解委員，加上主管機關指派之調解委員，於完成選定或指定日起十四日內組成調解委員會，交由指派之委員調查事實，於十日內將調查結果及解決方案提報調解委員會，由調解委員會於十五內(得延長七日)開會決議。使得勞資爭議得以在二十日至三十九日的時間解決，追求時效性。

第六項 決定之拘束力

評議委員會之評議經當事人雙方接受而成立。針對小額案件，定有評議決定具片面拘束力之規定，金融服務業於事前表明願意適用金融消費者保護法之爭議處理程序者，對於一定金額範圍內之評議決定或金融消費者表明願意縮減至一定額度者，應予接受。金融消費者得於評議成立之日起九十日之不變期間內，申請將評議書送請法院核可。經法院核可者，與民事確定判決有同一之效力。本於程序主體權之地位，於爭議雙方達成合意時，評議成立，惟金融消費者保護法為迅速解決紛爭，訂有片面拘束力之規定，然而片面拘束力之規定於適用上恐產生金融服務業事前持保留態度，不表明願意適用評議程序，再視評議結果對其是否有利而決定之投機情形，宜加以檢討此規定之妥適性。

採購履約爭議調解之效力準用《民事訴訟法》之規定。經當事人合意或法律擬制情形調解成立，調解成立者，因準用《民事訴訟法》規定而具有與確定判決相同效力。然而，基於行政、立法、司法三權分立，逕賦與行政調解之結論具有與民事確定判決同一效力，實有行政權僭越司法權之疑慮。此外，公共工程履約爭議於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，開啟了先調後仲之強制仲裁程序。此種程序設計，係考量於調解不成立之情形，若無仲裁協議之約定，廠商必須走向訴訟一途。惟訴訟程序漫長，且欠缺

工程專業，實難符合當事人解決爭議之需求，而以調解結合仲裁之方式，活用訴訟外紛爭解決機制，值得吾人重視。

勞資爭議調解委員會所作成之調解方案，經爭議雙方當事人同意後，調解即為成立，視為爭議雙方當事人間之契約。此與透過其他法定調解程序所成立之調解，通常將其經由司法核定或核可後，具有確定判決同一效力有所不同，調解效力過低，能否使調解發揮終局解決紛爭之功能，不無疑慮。調解不成立者，雙方當事人得共同向主管機關申請交付仲裁，調整事項之勞資爭議中，任一方當事人於特定情形具有申請交付仲裁之權利或主管機關得依職權交付仲裁，並通知雙方當事人。亦屬調解與仲裁方式結合之爭議處理模式，可見此類爭議透過中立、專業第三人介入，以促成雙方合意，或為雙方作出公平判斷。此外，勞資爭議調解，行政權過度介入之現象反映在各個程序主管機關皆得職權開啟，於此亦可見一斑。

國立政治大學 National Chengchi University

第二節 調解機制圖表比較

	金融消費爭議評議	公共工程履約爭議調解	勞資爭議調解
法源依據	金融消費者保護法	政府採購法	勞資爭議處理法
規範模式	兼有實體法與程序法色彩	調解程序及效力準用民事訴訟法規定	爭議處理之程序性規定
爭議處理機構	財團法人金融消費評議中心	中央及地方之採購申訴審議委員會	地方之調解組織（如台北市政府勞動局）
主管機關	行政院金融監督管理委員會	行政院採購暨公共工程委員會	中央為行政院勞工委員會及直轄市、縣（市）政府
申請方式	金融消費者以書面申請評議。	爭議一方當事人以書面申請。廠商申請者，機關不得拒絕。	爭議一方當事人以書面申請。
處理程序	申訴先行 試行調處 評議	協議先行 調解 片面強制仲裁	調解(調解人) 調解(調解委員會) 仲裁
運作特色	具有準金融法庭色彩之調解程序	結合調解與仲裁 活用 ADR	結合調解與仲裁 活用 ADR
處理時效	原則:三個月 例外:延長(二個月)	原則: 四個月 例外:延長	各階段具有時限性要求
決定之拘束力	原則:經雙方當事人合意，評議成立。 例外:小額案件片面拘束力。	經雙方當事人合意，調解成立。	經雙方當事人合意，調解成立。
法院核可	金融消費者申請法院核可。 評議經法院核可具有確定判決相同效力。	調解成立具有確定判決相同效力，無法院核可程序。	調解成立視為當事人間之契約，無法院核可程序。

第三節 調解機制之合憲性評估

有權利即有救濟為《憲法》第 16 條訴訟權之重要內涵，救濟方式依照紛爭事件類型，設置訴訟、非訟及各種紛爭解決程序，以便當事人主張權利、解決紛爭，為立法形成自由。調解的本質是當事人自治，具有靈活、彈性與之特徵，為保障人民基本權利與公共利益之調和，仍需受到法律控制，規劃調解制度之內容，確保司法救濟之環節，人民受到不公正對待時，應有訴訟之機會，以司法作為最終之審查。日本學說上認為，奠定訴訟為最終強制爭端解決程序，處於爭端解決機制統的中心，外圍為其下位之概念，即訴訟外紛爭解決程序，非訟程序再次之。訴訟外紛爭處理與非訟程序之結果必須經過訴訟之再審查[371]。

金融消費爭議評議、公共工程履約爭議調解及勞資爭議調解，其評價式調解模式，採取行政權介入方式，行政機關基於一定之行政目的，並為協助解決糾紛、有效疏減訟源，於法令依據所規定之權限範圍內處理爭議，即所謂行政調解[372]。在三權分立原則下，私人間之權利義務糾紛係屬司法權之範圍，行政與立法機關不得加以置喙，以免侵害司法權。在不侵害司法權之前提下，由於事實上之需要，為彌補訴訟程序之不足，本於尊重私法自治原則，容許行政調解作為訴訟外紛爭解決機制。行政調解之合憲基礎，須有法律授權，由立法者本諸其立法權，創設程序制度。行政介入之結果，仍應接受司法審查，使法院有審查之機會，才不致侵害司法權[373]。

行政調解，結合行政執法與糾紛解決，發揮專家優勢，回應解決紛爭之專業化與效率之需求，更適於處理社會上常發性、多量性和群體性之糾紛。評價式調解採取行政權介入之方式，行政權應確保其中立性，對於爭議提出公正客觀之建議或解決方案，調解之結果，仍應尊重雙方當事人之意願而定。

---

[371]小林秀之，《プロブレム • メソッド新民事訴訟法》，頁 44，2005 年 2 月。
[372]黃明陽，我國行政機關 ADR 制度之理論探討ー以行政調解制度為中心(上)，政大法學評論，第 89 期，頁 9，2006 年 2 月。
[373]黃明陽，同註 372，頁 40-43。

在金融消費爭議評議、公共工程履約爭議調解及勞資爭議調解，機構設置方面，確立了行政調解方式。在程序啟動方面，原則上由爭議一方當事人提出申請，調解之進行，基於當事人自治之任意調解精神，應以當事人之意願為依歸，惟為免爭議當事人之隨意抵制，反而減損調解機制解決紛爭之機能，又有行政目的上之特殊考量，爭議他方應配合進行調解程序。在法律上要求當事人進行調解，調解程序並未完全排除訴訟之可能，當事人如不能達成合意時，仍得進行訴訟程序。較值得檢討者係，勞資爭議調解成立效力薄弱，縱一方開啟調解程序，如他方無意藉此解決糾紛，爭議雙方欲達成調解成立之合意恐難以期待。又勞資爭議得由主管機關職權交付調解，亦存有爭議當事人如無透過調解程序解決爭議之意願，反而形成人力、時間與資源的浪費。

就調解之效力而言，金融消費評議決定具片面拘束力之規定，單方面拘束金融機構，係為調和金融消費者與金融服務業就專業、經濟地位上之實質不對等，保護金融消費者權益，公平、合理、有效處理金融消費爭議事件，以增進金融消費者對市場之信心，並促進金融市場之健全發展，屬於重要公共利益，而於申訴人與金融機構間作出合理差別待遇，應無牴觸《憲法》第 7 條揭示之實質平等原則。然而，我國採取令金融服務業於事前以書面為概括同意之意思表示，不符「確定性原則」，仍應思考如何改正其妥適性。此外，由於定紛止爭屬司法權之範疇，經由法院核可賦予既判力、執行力，並得由法院審視評議書，及時發現評議決定牴觸法令、違背公序良俗或有其他不能強制執行之原因等不妥適之處，此乃評價式調解司法審查之重要環節，現行規定僅金融消費者得申請將評議結果送請法院核可，實有放寬之必要，賦予金融服務業者申請權或由評議中心依職權送請法院核可。

採購履約爭議調解固經當事人合意而成立，經調解成立者因準用《民事訴訟法》之規定，具有與確定判決相同效力。然而，基於三權分立之原則，逕賦與行政調解之結論具有與民事確定判決同一效力，未受司法審查實有行政權僭越司法

權之嫌，應加以檢討。調解成立之效力，涉及當事人間合意之契約性質，以及司法權本質所具有之拘束性，即法院所為之最終宣告具有之終局拘束力，本文以為，調解成立之效力應經由法院核可較為妥適。值得注意者係，先調後仲機制，使採購履約爭議調解之效力與仲裁程序發生連動，由於片面強制仲裁之採行，存在違憲疑慮，吾人應本於合憲解釋之方法，對現行規範嚴格適用。

勞資爭議調解成立之當事人合意固為契約性質，卻無法院核可之規定，使得勞資爭議調解逸脫司法控制，且不具終局解決紛爭之實效性，殊值改進。

國立政治大學 National Chengchi University

第七章 結論

金融消費爭議、公共工程履約爭議及勞資爭議事件，爭議型態多樣複雜，牽涉專業知識或需深入探求其發生背景，且可能涉及龐大人員、高額金錢及爭端連續發生之糾葛，此類紛爭，若循訴訟程序解決，囿於法院之人力、物力及處理能量有限，並因法院訴訟之權威性、官僚性、繁複的程序及形式要求，使得人民難以接近，實難期待得以妥速解決紛爭。如何透過比起法院訴訟途徑更便宜的、更好的、更快速的、對人民更友善的來解決私人爭端，使紛爭解決程序平易近人、使人民有某程度之參與感，成為亟待解決的問題。

訴訟外調解，緣其程序自主性、中立第三方居間協調、調解程序之和諧彈性、調解協議本質上為當事人合意達成之契約，透過司法權之確認，即有與生效判決相同之效力，而得以終局解決紛爭。相較於訴訟制度，達到費用之減省、耗時之減少，尋求雙贏局面。調解制度於我國之發展可謂十分豐富多元，現行相關法規中設有諸多針對特定爭議之調解機制，對此，論者有謂，特定調解機制之法規對於調解成立之效力有不同之規定，極易造成國內有關訴訟外紛爭解決機制之混亂，不同機關分別辦理各項調解業務，其相關制度之建立，包含法律之規範、調解委員之遴選、調解書之製作等，恐各自為政，欠缺統一之整理與規則，應由司法院進行統一研究整理[374]。吾人以為，我國對於訴訟外調解機制，分散於特定爭議所涉之專法中，貴在對應紛爭之內容及內在結構之不同而設，具有必要性，由主管機關監督或設置爭議處理機構，接近紛爭現實，符合當事人利益，相關程序運作層面之設計，得以各該爭議類型量身訂做，此即「爭端處理的接近衝突理論」。

金融消費爭議評議、公共工程履約爭議調解及勞資爭議調解採行評價式調解模式，吾人認為，我國受大陸法系影響，司法壟斷之想法根深蒂固，尚在從司法專屬往多元化糾紛解決機制邁進，調解制度之設置本意，以降低成本方式尋求法

[374]李家慶，同註 8 文，頁 46。

律上正確解決之意味濃厚，訴訟外調解實係訴訟程序之替代品。金融消費爭議評議、公共工程履約爭議調解及勞資爭議調解程序採行當事人申請，即訴訟上之不告不理；評議委員得請求金融機構提出文書資料；申訴調解委員得囑託鑑定、請當事人提供文件、資料，聽取陳述，必要時得調查證據；勞資爭議調解人及調解委員會應調查事實等規定，即訴訟之調查證據程序。詳言之，以評價式調解為調解制度設計，係以訴訟程序為藍本，簡化訴訟程序之運作，加以時效之要求，達到於訴訟程序之外迅速經濟解決紛爭之效。而簡化程序之正當性基礎，即係當事人自治，由紛爭當事人基於其程序主體地位之選擇。

另一方面，金融消費爭議評議、公共工程履約爭議及勞資爭議均存有紛爭當事人地位不對等之問題，若調解程序中調解人僅扮演促進者、溝通橋樑，協助各方當事人瞭解紛爭狀況，期以圓融、和諧方式，鼓勵爭議雙方理解或肯認他方之利益，促成雙方當事人之談判，則實體法律地位之不平等延續至紛爭解決程序之倚強凌弱情景或許可得預見，調解程序中雙方合意解決紛爭之目標難以實現。

在評價式調解中，借重調解人之專業，針對特定領域之紛爭，調解人根據專門知識與經驗提出調解建議、調解方案，供雙方當事人參考，促成當事人合意解決紛爭。金融消費爭議評議、公共工程履約爭議調解及勞資爭議調解均以「國家提供調解機制，當事人自由啟動」為原則，採取行政調解模式，借行政權以紓減訟源。此外，行政權適度介入，得以調節契約自由之流弊，實現契約正義，調整金融消費爭議評議、公共工程履約爭議及勞資爭議當事人之實質不平等，達到行政目的。

評價式調解之成立，依循自願原則，由當事人合意自主達成，並以司法權為最後的確認與把關。於金融消費者保護法、政府採購法及勞資爭議處理法，以行政調解之模式，以國家權力之合理行使與當事人自治為程序運作之核心理念，緣

其爭議特性及立法目的之不同，於調解程序之實踐或有差異，亦有值得省思、改進之處，然其所發揮之解決紛爭機能，值得重視與肯定。

參考文獻

一、中文專書(按姓氏筆畫順序排列)

1. 王生長，仲裁與調解相結合的理論與實務，2000 年 1 月。
2. 王伯儉，工程契約法律實務，2 版，2008 年 10 月。
3. 王亞新，對抗與判定—日本民事訴訟的基本結構，2 版，2010 年 6 月。
4. 古嘉諄等人合著民事調解理論與技巧:100 個重要問題,2010 年 12 月。
5. 何兵，現代社會的糾紛解決，2003 年 1 月。
6. 李宏仁，我國現行調解制度與理論之研究，2003 年。
7. 李念祖，司法者的憲法，2000 年 8 月。
8. 林鴻銘，政府採購法之實用權益，10 版，2010 年 12 月。
9. 林繼恆，金融消費者保護法之理論與實務，2012 年 5 月。
10. 邱聯恭，司法之現代化與程序法，1998 年 9 月。
11. 邱聯恭，程序制度機能論，1996 年 8 月。
12. 邱聯恭，程序選擇權論，2000 年 9 月。
13. 姜世明，民事訴訟法上冊，3 版，2014 年 9 月。
14. 姜世明，法院組織法，3 版，2012 年 2 月。
15. 范愉，糾紛解決的理論與實踐，2007 年 11 月。
16. 娜嘉•亞歷山大主編，王福華等譯，全球調解趨勢，2 版，2011 年 5 月。
17. 張瑜鳳，金融消費爭議案件之紛爭解決機制—兼論臺北地院民事調解制度與金管會評議中心評議制度，2013 年 12 月。
18. 理律法律事務所著，訴訟外紛爭解決機制，2012 年 2 月。
19. 陳桂明，程序理念與程序原則，2002 年 9 月。
20. 陳國華、李珮瑄等人合著，金融消費者保護法解析，2012 年 3 月。
21. 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法(上)，8 版，2013 年 11 月。
22. 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法(下)，5 版，2010 年 1 月，。
23. 陳繼盛，勞工法論文集，1994 年 6 月。
24. 斯蒂芬.B.戈德堡等著，蔡彥敏,曾宇,劉晶晶譯，糾紛解決:談判調解和其他機制，2004 年 12 月。
25. 棚瀨孝雄著，王亞新譯，糾紛的解決與審判制度，2004 年 1 月。
26. 黃英忠，現代人力資源管理，1989 年 4 月。
27. 黃國昌，勞資爭議處理法下調解及仲裁機制之檢討，2007 年 3 月。
28. 黃越欽，勞動法新論，4 版，2012 年 09 月。
29. 黃鈺華、蔡佩芳、李世祺，政府採購法解讀-逐條釋義，3 版，2008 年 9 月。
30. 黃明陽,行政調解機制之比較—以消費爭議調解為中心,2008 年 10 月。
31. 劉連煜，現代公司法，10 版，2014 年 9 月。

二、專書論文

1. 王松柏，勞動契約之特性—最高法院 88 年台上字第 1864 號判決，收錄於《勞動法精選判決評釋》，頁 1-11，2013 年 8 月。
2. 齊樹潔，「訴訟調解制度」，收錄於氏者編《糾紛解決與和諧社會》，頁 94-139，2010 年 7 月。

三、中文期刊

1. 王怡蘋，金融消費爭議評議決定與法院核可程序之研究，政大法學評論，第 138 期，頁 71-179，2014 年 9 月。
2. 王明德，機關與廠商對於先調後仲應如何因應，仲裁季刊，第 83 期，頁 79-103，2007 年 10 月。
3. 尹力，調解含義界說，貴州師範大學學報(社會科學報)，129 期，頁 14-19，2004 年 4 期。
4. 古嘉諄、蕭美玲，論調解及調解之技巧，仲裁季刊，74 期，頁 37-59，2005 年 4 月。
5. 古嘉諄，香港新國際機場興建契約所採用之爭議解決方式，商務仲裁，第 52 期，頁 32-42，1999 年 2 月。
6. 沈冠伶、陳英鈐，仲裁、程序選擇權與訴訟權之保障—以政府採購法第八五條之一第二項為例探討法定仲裁之相關問題，月旦法學雜誌，第 158 期，頁 217-235，2008 年 7 月。
7. 冷涵芸，我國訴訟外調解之機制與實踐，法令月刊，64 卷 7 期，頁 114-142，2013 年 7 月。
8. 李紀宏，調解理論暨實務，仲裁季刊，93 期，頁 96-110，2011 年 9 月。
9. 李紀宏，調解的種類，仲裁報季刊，第 16 期，頁 2，2011 年 9 月。
10. 李家慶，如何利用和解、調解或仲裁程序解決爭議？-第三者出面別爭了，法律與你，64 期，頁 60-70，1999 年 2 月。
11. 李家慶、蕭偉松，建立國內工程爭議審議委員會機制之芻議，仲裁季刊，第 86 期，頁 75-97，2008 年 8 月。
12. 李家慶、蕭偉松，工程仲裁未來之走向—先調後仲之爭端解決模式，仲裁季刊，第 80 期，頁 1-44，2006 年 12 月。
13. 李得璋，營建工程仲裁—5 月 30 日營建工程座談會講詞，商務仲裁，第 29 期，頁 13-37，1991 年 6 月。
14. 李念祖、李劍非，強制仲裁制度的憲法原理與我國政府採購法第 85 條之一第 2 項之合憲性，法學新論，第 39 期，頁 13-49，2012 年 12 月。
15. 杜怡靜，論對金融業者行銷行為之法律規範—以日本金融商品販賣法中關於「說明義務」及「合適性原則」為參考素材，臺北大學法學論叢，第 57 期，頁 269-328，2005 年 12 月。
16. 杜怡靜，金融商品交易上關於說明義務之理論與實務上之運用—對於連動債紛爭之省思，月旦民商法雜誌，第 26 期，頁 50-66，2009 年 12

月。
17. 吳光明，從金融風暴論訴訟外糾紛解決(ADR)機制，法令月刊，第 60 卷第 10 期，頁 74-96，2009 年 10 月。
18. 吳從周，政府採購法第 85 條之 3 調解委員提出書面調解建議之適用疑義，台灣法學雜誌，第 245 期，頁 101-113，2014 年 4 月。
19. 邱雅文，政府採購法第 85 條之 1 第 2 項修訂對工程爭議調解實務之影響，仲裁季刊，第 83 期，頁 23-53，2007 年 10 月。
20. 邱昀薇，淺談勞資爭議處理法第 8 條「調解、仲裁及裁決期間」規定之意涵，台灣勞工季刊，第 30 期，頁 80-87，2012 年 6 月。
21. 林智育，公共工程以仲裁解決紛爭可行性分析，經社法制論叢，頁 195-222，1998 年 1 月。
22. 林輝煌，發展精緻多元的糾紛解決機制疏減訟源，司法新聲，100 期，頁 98-100，2011 年 10 月。
23. 林佳和，台灣勞動爭議的行政調解，月旦法學雜誌，173 期，頁 79-102，2009 年 10 月。
24. 林育廷，新金融爭端效解決—替代性金融爭端解決機制之過去、現在、未來，月旦法學雜誌，第 199 期，頁 26-40，2011 年 12 月。
25. 林福來，活用訴訟外紛爭解決機制解決勞資爭議問題—以檢視協調、調解機制為中心，中正大學法學集刊，第 41 期，頁 77-136，2013 年 10 月。
26. 姜世明，法院對於金融消費評議中心評議決定之核可程序，月旦法學教室，第 130 期，頁 21-23，2013 年 8 月。
27. 姚瑞光，調解制度之研究，法令月刊，36 卷 1 期，頁 3-5，1985 年 1 月。
28. 許瑩珍，政府採購法第 85 條之 1 第 2 項之適用範圍及程序問題，仲裁季刊，第 83 期，頁 2-22，2007 年 10 月。
29. 許瑩珍、駱忠誠，公共工程履約爭議先調後仲之探討，政府審計季刊，第 28 卷第 2 期，頁 28-36，2008 年 1 月。
30. 郭大維，金融消費爭議解決機制之研究—我國法與英國法之比較，中正財經法學，第 4 期，頁 47-86，2012 年 1 月。
31. 張哲航，我國勞資爭議處理機制程序法理初探—以仲裁和調解為例，台灣勞工雙月刊，第 10 期，頁 86-95，2007 年 11 月。
32. 曾品傑，我國消費爭議調解制度之回顧與前瞻，中正財經法學，第 1 期，頁 123-177，2010 年 1 月。
33. 陳建良，如何依據政府採購法辦理採購，中信通訊，第 206 期，頁 9-11，1999 年 10 月。
34. 黃國昌、林常青、陳恭平，勞資爭議協調程序之實證研究—以「政府協調」與「民間協調」之比較為中心，中研院法學期刊，第 7 期，頁 209-267，2010 年 9 月。

35. 黃立，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，頁54-78，2007年10月。
36. 黃明陽，我國行政機關ADR制度之理論探討—以行政調解制度為中心(上)，政大法學評論，第89期，頁1-53，2006年2月。
37. 黃程貫，勞動法中關於勞動關係之本質的理論，政大法學評論，第59期，頁227-245，1998年6月。
38. 廖肇昌、曾一平，公共工程契約爭議類型之探討，營建管理季刊，第64期，頁63-72，2005年9月。
39. 蔡永泰，淺論金融消費者保護法之評議程序—以當事人合意要件為中心，存款保險資訊季刊，第24卷第3期，頁115-127，2011年9月。
40. 蔡鐘慶，我國金融消費爭議處理機制之研究，財產法暨經濟法，第32期，頁1-85，2012年12月。
41. 潘世偉，建構有效的勞資爭議處理機制—從我國勞動關係政策談起，勞資關係月刊，第18卷第6期，頁6-15，1999年10月。
42. 鄧勝軒，公共工程履約爭議問題背後原因探究，營造天下，第143期，頁30-35，2009年3月。
43. 鄭渼蓁，淺論政府採購法第85條之1第2項規定，萬國法律，第180期，頁2-7，2011年12月。
44. 鄭津津，健全我國之勞資爭議調解與仲裁機制—以獨任調解人及獨任仲裁人為中心，臺北大學法學論叢，第80期，頁117-160，2011年12月。
45. 鄭津津，我國勞資爭議處理制度之現況與檢討，國立中正大學法學集刊，第6期，頁65-104，2002年1月。
46. 蕭家進，公共工程爭議處理的省思，現代營建月刊，第260期，頁65-70，2001年8月。
47. 蕭惠文，勞資爭議處理法之修法方向，台灣勞工雙月刊，第10期，頁73-85，2007年11月。
48. 藍瀛芳，簡述訴訟外解決爭議的方法(A.D.R)，商務仲裁，44期，頁1-12，1996年12月。
49. 藍瀛芳，訴訟外解決爭議的方法(ADR)之現代功能與展望，全國律師，37期，頁36-39，1999年3月
50. 藍瀛芳，混合式的仲裁程序，商務仲裁，第49期，頁55-64，1998年6月。
51. 謝哲勝，忠實關係與忠實義務，月旦法學雜誌，70期，頁127-140。2001年3月。
52. 謝定亞，機關與廠商對於先調後仲應如何因應，仲裁季刊，第83期，頁79-103，2007年10月。
53. 顏玉明，採用爭議審議機制及早預防與解決工程履約爭議之研究，政

大法學評論，第 129 期，頁 1-73，2012 年 10 月。
54. 羅昌發，政府採購法第 85 條之 1 第 2 項修訂對工程爭議調解實務之影響，仲裁季刊，第 83 期，頁 23-53，2007 年 10 月。
55. 羅明通，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，頁 2-22，2007 年 10 月。

四、學位論文

1. 李尚宇，公共工程履約爭議解決機制之比較研究-以訴訟外紛爭解決機制為中心，東吳大學法律學系碩士論文，2012 年 7 月。
2. 林福來，勞資爭議處理法制之研究，中正大學法律學系研究所博士論文，2013 年 8 月。
3. 邱昀潔，我國金融消費爭議之解決機制，逢甲大學財經法律研究所碩士論文，2010 年 2 月。
4. 李玲瑜，政府採購法工程爭議處理制度之研究，政治大學法律科技整合研究所碩士論文，2009 年 1 月。
5. 房樹貴，解決公共工程履約糾紛問題之研究，世新大學法學院碩士論文，2007 年 6 月。
6. 查心如，論爭議審查委員會(DRB)機制與工程爭議預防，世新大學法律研究所碩士論文，2003 年 7 月。
7. 施弘文，有價證券買賣之適合性原則與證券詐欺之研究，銘傳大學法律學系碩士論文，2012 年 6 月。
8. 黃建雄，政府採購履約爭議處理制度之研究—兼評「先調後仲」之立法，國防大學管理學院法律學系碩士論文，2009 年 6 月。
9. 黃紋綦，工程契約風險之研究—以公共工程為中心，國立台灣大學法律學院法律學研究所碩士論文，2005 年 7 月。
10. 張靜薰，政府採購法爭議處理機制之研究，中國文化大學法律學研究所碩士論文，2007 年 7 月。
11. 童淑枝，民事調解制度與相關調解案例分析—以鄉鎮市調解為中心，國立政治大學法學院碩士在職專班論文，2009 年 10 月。
12. 楊麗萍，建立單一金融消費爭議處理機制之法制研究，政治大學法學院碩士在職專班論文，2011 年 8 月。
13. 楊英君，公共工程履約爭議處理制度之研究，台灣科技大學營建系碩士論文，頁 7，1998 年 7 月。
14. 陳慧敏，勞動法上訴訟外紛爭解決機制(ADR)之研究—以勞資爭議處理制度為中心，國立政治大學碩士在職專班論文，2007 年 7 月。
15. 蔡鐘慶，金融消費者保護法之研究—以訴訟外紛爭解決機制為中心，國立中正大學法律研究所博士論文，2014 年 7 月。
16. 蔡佳真,英國金融服務公評人制度之研究—兼比較我國金融申訴制度，

政治大學風險管理與保險研究所碩士論文，2007 年 7 月。
17. 蔡仲威，替代性金融消費爭端解決機制，東吳大學法律系碩士論文，2013 年 7 月。
18. 蔡文育，調解制度之研究-從訴訟外紛爭解決制度的角度出發，台灣大學法律研究所碩士論文，1994 年 6 月。

五、外文文獻

(一)英文

1. Bryan A. Garner, editor in chief. Black's law dictionary. West, 9th ed. (2009)
2. Leonard L. Riskin, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed*, Harvard Negotiation Law Review, Vol. 1, No. 7.(1997)
3. Leonard L. Riskin& James E. Westbrook, *Dispute Resolution and Lawyers*.(2003)

(二)日文

1. 小島武司、谷口安平編著，裁判・紛争処理の比較研究(上)，1982 年，5 月。
2. 小島武司，裁判外紛争処理と法の支配，2000 年 7 月。
3. 小林秀之，プロブレム・メソッド新民事訴訟法，2005 年 2 月。
4. 小林秀之，新民事訴訟法がわかる，1999 年 7 月。
5. 山田文，「裁判外紛争処理方法と手続法」，收錄於小島武司、伊藤真編著《裁判外紛争処理法》，1999 年 5 月。
6. 井上治典，ブリッジブック民事訴訟法，2006 年，2 月。
7. 田中成明，現代社会と裁判―民事訴訟の位置と役割，1997 年，1 月。
8. 石川明，「我が国における裁判外紛争解決制度(ADR)の諸問題」，收錄於石川明、三上威彦編著《比較 裁判外紛争解決制度》，1997 年 12 月。
9. 石川明，調停法学のすすめ―ADR 私論，1999 年 1 月。
10. 赤羽智成，「オーストラリア Mediation 制度の概要とその問題点」，收錄於石川明、三上威彦編著《比較 裁判外紛争解決制度》，1997 年 12 月。
11. 和田仁孝，「現代における紛争処理ニーズの特質と ADR の機能理念―キュアモデルからケアモデルへ」，收錄於早川吉尚等人編著《ADR の基本座視》，2004 年 7 月。
12. 金湲謙，「憲法上の司法保障請求権と ADR」，收錄於小島武司編著《ADR の実際と理論 II》一書，2005 年 3 月。

13. 若林安雄，「イギリスにける正義へのアクセス」，收錄於小島武司、谷口安平編著《裁判・紛争処理の比較研究(上)》一書，1982 年，5 月。
14. 棚瀬孝雄，紛争と裁判の法社会学，1992 年 12 月。
15. 新堂幸司，新民事訴訟法，2006 年 11 月。

國立政治大學 National Chengchi University