

簡介「促進式調解七要素」

張宇維*

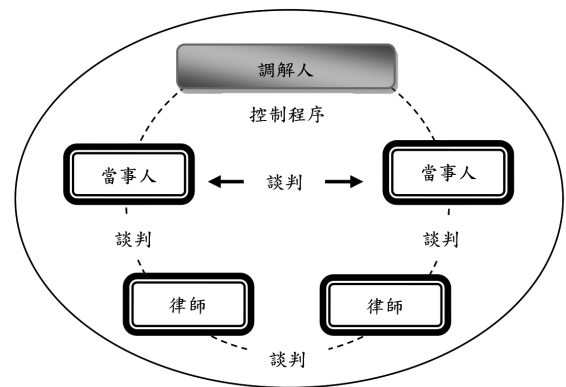
壹、關於「調解」之定義及功能

布萊克 (Black's) 法律字典定義：「調解」係不具強制性的爭議解決方式（即調解程序的啟動與參與有賴當事人的意願），由中立的第三人協助各方當事人，以期達成相互同意的爭議解決方案。（“A method of nonbinding dispute resolution involving a neutral third party who tries to help the disputing parties reach a mutually agreeable solution.”）；根據美國調解著名學者Folberg和Taylor所提出的定義：「調解」是一種延續協商解決糾紛的方法，即透過曾接受專業調解訓練的中立第三者，協助衝突雙方以商議的方法處理及解決糾紛，達到互相和解及滿足雙方的訴求（“mediation is a process in which the participants with the assistance of a neutral person or persons, systematically isolate disputed issues in order to develop options, consider alternatives and aim to reach a

consensual agreement that will accommodate their needs.”）¹。

由此可知，「調解」在某程度的意義上，是調解人以貼近爭議雙方當事人之真意主導調解程序中的「溝通」繼續發生，調解人在「調解」除須控制整個調解程序外，亦負有「說服」衝突雙方以「協商」或「溝通」的方法處理及解決糾紛之義務，促使紛爭雙方達成和解並滿足雙方的訴求的可能，其關係可以下圖表示²：

圖表1：調解人與紛爭雙方之關係圖



通常糾紛當事人請「調解人」介入雙方的

* 本文作者係美國加州柏克萊大學法學碩士、臺灣大學商學碩士、臺灣大學法學碩士；執業律師、台北地方法院民事調解委員、新竹地方法院勞動調解委員、勞動部勞資爭議仲裁委員、中華民國仲裁協會爭議調解中心仲裁人／調解人、法官學院調解技巧專題研習會課程講座、中華民國仲裁協會爭議調解中心專業調解人課程講師、台北市公務人員發展訓練調解實務研習班授課講座

註1：Folberg, Jay and Taylor, Alison. 1984. "Mediation: A Comprehensive Guide to Resolving Disputes without Litigation" San Francisco: Jossey-Bass；江仲有（2004），《調解技巧》（Guide to Mediation），香港萬里書店，第26頁。

註2：Michael Noone，《法律調解之道》（Mediation），（譯）楊利華，法律出版社，2006年第1版，第13頁。

溝通，是希望調解人能像潤滑油一樣促進雙方交流並解決問題，不是希望調解人來判斷他們的是非，為了達到這個目的的先決條件，調解人必須先建立其與當事人間的「信任關係」，並在整個調解過程中保持「公平（Impartiality）、中立（Neutrality）」³。這兩個目標互相影響，「信任關係」有賴調解人的出色能力、正直、公平和中立性；而「公平、中立」則是當事人信賴調解人的基本要素，只有在「信任、公平和中立」同時存在下，一個成功且有效的調解才會發生。

因此，一個受過專業調解訓練的調解人，在調解開始前，對於該次調解案件之整體評估，即顯的相當重要，應考量的因素包括⁴：

- 一、紛爭當事人的需求與利益：探求紛爭各方的需求與利益，而非各自的立場。
- 二、紛爭雙方之間過去、現在以及將來可能的關係：如果紛爭雙方打算繼續保持先前的關係，那麼將比較適合採「整合型」的調解模式。（詳後敘述）
- 三、存在達到理想方案的可其他退路：思考即使調解失敗，雙方是否有其他可行的其他退路。

關於上述三大項評估議題，美國哈佛大學經過長時間的研究，找出調解人幫助兩造當事人解決紛爭的七個重要因素⁵，即調解程序中影響當事人「如何（how）」及「為何

（why）」做出決定的七個影響因子，亦為調解人幫助兩造當事人解決紛爭的有利工具，合稱「促進式調解七要素（The Seven Elements of Mediation）理論」。每個調解個案，各有不同的故事，有時是情緒爭議，有時是實體歧見，以下茲重點介紹美國哈佛大學的「促進式調解七要素」如下，以提供調解實務工作之各位先進，作為案件操作之參考。

貳、美國哈佛大學之「促進式調解七要素」

一、第一要素：利益（Interests）

「利益（Interests）」是「調解七要素（The Seven Elements of Mediation）理論」的第一要素⁶。「利益」的定義不是指對自己有好處的事情，而是和「立場（Position）」相對的概念，「立場」是紛爭雙方所提出來的「要求」，例如：要求100萬和解金、要求道歉等；而「利益」則是他之所以提出這個要求的「原因」，可能是關係、商譽、名譽、金錢、安全、商業機會、認知、組織、感情、個人發展或正義等，通常隱藏在「要求」之下，無法直接被發現，但這些「利益」是當事人爭議背後的動機，代表了當事人在本案中真正需要（Needs）和所關心的事

註3：Michael Noone，《法律調解之道》（Mediation），（譯）楊利華，前揭註2，第31-34頁。

註4：Dianna Tribe，《法律談判之道》（Negotiation），（譯）高如華，法律出版社，2006年第1版，第27-28頁。

註5：Program on Negotiation at Harvard Law School，請參見其網站：

<http://www.pon.harvard.edu/glossary/seven-elements/>

註6：Danny Ertel, Turning Negotiation into a Corporate Capability, Harvard Business Review, 1999.

項 (Concerns)，用英文「Interests」來表達，更能真切形容「利益」這個概念。

「立場」與「利益」的關係，就如同水面上及水面下的冰山，「立場」像是浮在水面上的冰山一角，如果只執著於「立場」及「要求」，只能表象的解決表面上的問題，或許無法真正碰觸到當事人爭議的核心及真正需要和所關心的「利益」。茲舉以下二個故事，即可發現「立場」與「利益」，是迥然不同的概念，以及為何必須探究「利益」的重要性：

(一) 案例說明一：「姊妹分橘」

有一對姊妹在爭奪一顆橘子，兩位都想要將這顆橘子，但是桌上只有一顆橘子。當爸爸（第三人）到場時，爸爸問姊姊你想要橘子嗎？姊姊回答想要；爸爸接著問妹妹同樣的問題，妹妹也回答想要橘子，於是傷腦筋的爸爸，只好把橘子切成兩半，各給了一人一半的橘子。當天晚上，媽媽回到家，發現垃圾桶裡有一半的橘子皮和一半的橘子肉，感到很奇怪。

隔天媽媽又買了一顆橘子回家，姊妹又吵著爭相要這顆橘子，媽媽想起了昨晚垃圾桶的情形，於是，媽媽問姊姊：為何 (why) 需要這顆橘子？姊姊回答她需要用橘子汁，來烤橘子口味的麵包。接著，媽媽詢問妹妹為何 (why) 需要這顆橘子？妹妹回答她的食譜中需要用到橘子皮。媽媽恍然大悟，於是，將全數的橘子皮撥給了妹妹，然後把全數的果肉給了姊姊，並且向這對姊妹說：「妳們可以擁有各自想要的，妳們可以各自滿足自己的利益，我們所需要做的是榨出橘子汁供姊姊烤麵包，而橘子皮可以留下來用於妹妹

的食譜中。」當天晚上，家裡的垃圾桶裡也沒有出現剩餘的橘子皮或果肉了。

從上面這個簡單的小故事，即可清楚地發現何謂「立場」？何謂「利益」？兩姊妹都想要橘子，這叫「立場」；而姊妹各自想要橘子的背後動機和原因，叫做「利益」。

在這個故事中，爸爸只著重在雙方陳述的「立場」上，也就是兩人都想要同一顆橘子，那麼，他只能滿足姊妹各自表象上的「要求」，但姊妹各自都沒有獲得最大利益的滿足；相反的，媽媽看到的是她們的基本「利益」，即一位要橘子汁、另一位要橘子皮，雙方間的「立場」衝突，但「利益」不見得衝突，甚至可以相容，解決紛爭也變得指在一秒之間，而媽媽之所以能發掘「利益」，即是以「為何 (why)」作為開頭的關鍵問句，將雙方的「立場」之爭，導向了「利益」的發現。

因此，調解七要素的第一要素，首重強調調解人不應執著於冰山上的「立場」，而應專注於各方相反「立場」背後的「利益」，透過對於潛在的「利益」經過仔細的探索，試著找出可以相容的「利益」，會發現各方兼容的「利益」確實存在，進而以共同的「利益」作為協議的基礎。這就是在解決紛爭中，「利益」扮演了舉足輕重的關鍵角色。

(二) 案例說明二：「圖書館員的煩惱」

再以美國著名談判學者 Roger Fisher 與 William Ury 合著的經典名著《Getting to Yes》一書中，亦曾舉兩人在圖書館爭吵的故事為例，來說明「立場」和「利益」的不同：一個人想打開窗戶，另一人想關掉它。他們吵

來吵去，爭論窗子要打開多少：一小縫、一半或四分之三。沒有任何辦法可同時滿足他們兩個。圖書管理員進來了。她問其中一人為什麼要打開窗戶：「想呼吸點新鮮空氣」；她又問另外一個為什麼要關掉窗戶：「想避開風面」。考慮了一會兒，她把隔壁房間的一扇窗子全部打開，引進了新鮮空氣而沒有直吹的氣流。由此可知，圖書管理員同樣採用了「利益」分析法，她看到的是他們的基本「利益」，即要新鮮空氣，不要直接受風，而不是執著於是否關窗戶的衝突「立場」上。

因此，調解紛爭時，要處理的問題不在於「立場」的衝突，而在於雙方的需要、顧慮及恐懼的衝突，這些便是「利益」。利益使人產生動機：它們是「立場」之爭背後沈默的原動力，所以，在相反「立場」背後，有著共同一致的「利益」，也有互相衝突的「利害」，受過專業訓練的調解人，能抽絲剝繭的，幫當事人發掘出共同「利益」的所在，進而解決紛爭。

（三）區分「利益」與「立場」的不同

上引的二個例子，都非常傳神地說明了「立場」與「利益」的區別，其並進而闡述：幾乎在所有的協商中，每一方都有很多利益，而不是只有一項利益。比如身為房客在討論租約時，房客都會希望有利的租金協議、盡快達成而不花費太多心神，而且能與房東保持良好的合作關係；房東也同樣有此想法，因此雙方都希望能達成協議，並且希望此協議有效益，這就是雙方同時追求獨立的和共同的利益。

但相反的，當兩方為其「立場」而爭論

時，猶如已經打結的一根繩子，只會越拉越緊，也容易深陷於自己的「立場」之中，無法自拔。因此，調解人要協助當事人之處，即是努力發掘能滿足雙方「利益」的方法，只要是能滿足「利益」的方法，皆有可能是「立場」之下所隱藏的潛在解決方案。如果只侷限在雙方當事人表面上的主張（「立場」），往往無法發現水面下隱藏的冰山（即「利益」）是多麼的廣大，而因此可能錯失了解決紛爭的機會。

由上可知，「調解七要素（The Seven Elements of Mediation）」的第一個也是最重要的要素「利益」，告訴我們以下這個道理：兩個表象上看來相衝突的「立場」，並不必然代表雙方當事人間沒有能共存的「利益」，因此調解人不要僅著眼於「立場」的爭執，而是要試圖去發現可能共同利益的所在，並藉由反覆詢問當事人「為什麼（Why）」及「為什麼不（Why not）」來發現隱藏在歧異立場下的共同利益，才能碰觸到解決問題的核心。

這些當事人真正關注的「利益」，通常隱藏在「要求」（「法律主張」）之下，無法直接被發現，但這些「利益」是當事人爭議背後的動機，代表了當事人在本案中真正需要（Needs）和所關心的事項（Concerns）。也就是說，如果想要解決事情，調解人需要進一步瞭解當事人的「利益」為何；如只執著於當事人的「立場」及「要求」，只能表象的解決表面上的問題，或許無法真正碰觸到當事人爭議的核心。這種鼓勵當事人去發掘在他們各自堅持立場底下的利益（需求），在調解理論中，又稱為「以利益為基準的協

商調解模式」(interest-based bargaining approach)⁷。

因此，調解委員必須透過不同的專業技巧，協助雙方建立溝通及互信，幫助雙方分析實際情況，讓他們知道自己最有利的條件，拉近雙方距離，達成共識，這種調解方式強調協助當事人發現「共同利益」而非「立場」⁸，進而探求解決爭議的「方案」，並以「客觀標準」來衡量「方案」本身的可行性，同時也讓當事人考慮若無法解決爭議，是否有其他其他退路。整個調解過程著重在關係的建立、溝通的重要性，以創造爭議當事人雙贏的結果。

故在「調解七要素理論」的第一要素，首重強調調解人不應執著於冰山上的「立場」，而應專注於各方相反「立場」背後的「利益」，透過對於潛在的「利益」經過仔細的探索，試著找出可以相容的「利益」，會發現各方兼容的「利益」確實存在，進而以共同的「利益」作為協議的基礎。

二、第二要素：方案 (Options)

調解人協助兩造當事人嘗試找出「利益」後，接下來要讓這些「利益」能夠具體被滿足，即需要「方案」，因此「方案」的定義

是：使「利益」得到滿足的手段或方法。

「利益」有時是很抽象的，尤其是情緒上的感受，包括委屈、正義、難受、氣憤等，故而如何透過「方案」具體化「利益」的內容，使得當事人在乎或關注的事情得到滿足，即要透過調解人與雙方間的努力，想出可以滿足「利益」的方法，或提出或創造出對雙方都是可能接受（最佳是雙贏，至少不是雙輸）的建議，最後在這些可能的「方案」選擇中，找出一個最佳的方案。

(一) 區分「提出方案」與「確定方案」兩個階段

應留意的是，「討論方案程序」區分為「提出方案」與「確定方案」兩個階段，調解人要協助當事人將「提出方案」與「確定方案」此二階段明確區分開來，亦即「方案」的提出，不代表就是最後確定的「方案」，而是讓雙方盡可能的提出各種可能的選項後，通過共同討論來，再決定出能有最終共識的方法，因此在「提出方案」階段，雙方皆無須承諾、不予歸咎、不予批評，這樣才能使得雙方暢所欲言，並且盡可能把餅做大，等到雙方都能接受眾多方案之中，最有利的一個或數個方案時，才進入「確定方案」階段，讓雙方對該一個或數個方案做最

註7：Roger Fish and William Ury, *Getting to Yes* (New York: Viking Penguin Inc., 1981).

註8：「立場與利益差異，基本問題不在於立場的衝突，而在於雙方的需要、慾望、顧慮及恐懼的衝突。這樣的慾望及顧慮便是利益。利益使人產生動機：它們是騷擾的立場之爭背後沈默的原動力。在相反立場背後有著共同一致的利益，也有互相衝突的利害。……幾乎在所有的協商中每一方都有很多利益，而不是只有一項利益。比如身為房客在討論租約時，你會想得到有利的租金協議、盡快達成而不花費太多心神，而且能與房東保持良好的合作關係。你不但很想達成協議，並且希望此協議有效益。你們會同時追求獨立的和共同的利益。當談判者為其立場而爭論時，他們容易深陷於自己的立場之中，無法自拔。你愈闡明自己的立場，愈保護它免受攻擊，愈不能從中脫身；愈想說服對方你不可能改變立場，你愈不容易達到這樣的目的。」請見：古嘉諄、黃世芳、林怡芳、陳希佳、鄭曉如（2011），《民事調解理論與技巧：100個重要問題》，台灣本土法學雜誌有限公司，第64-65頁。

後細節的討論，並進而做出承諾，直至雙方均為承諾後，整個「討論方案程序」才算終結。

舉例而言：調解人應先請紛爭雙方就各自認為能解決問題的方法，提出想法，此時即為「提出方案」階段，假設某甲對提出A1、B1、C1、D1方案，某乙提出C2、D2、E2、F2方案，此時雙方在最大共識上，可以達到討論C、D二方案的想法，就可以進入「確定方案」階段，讓雙方就C、D二方案進行細節的討論，達成的結果或許是C1+D2或C2+D1，甚至可能是C3+D3的結果；如果雙方討論後，就C、D二方案仍無法達成最終共識，則應從「確定方案」階段回到「提出方案」階段，讓雙方再次提出更多可能的解決方法，並找出最大的交集，直到雙方對一個或數個解決方案達成一致看法，並願意做出承諾後，整個「討論方案程序」才能停止。

以上是探討程序面的問題，區別「提出方案」與「確定方案」兩個階段，但在各式樣的調解個案中，還需要視紛爭事件的實體性質不同，略分為「分配型爭議」與「整合型爭議」二種，二者最大的不同在於：如果調解爭議涉及的利益是「固定」的，而一方的所得就是另一方的所失的話，我們就稱這種爭議類型是「分配型調解」（Distributive Mediation）。

舉例而言：例如車禍案件一方少賠，另一方可能就會覺得吃虧了，因為雙方只是就固

定的利益總額在進行分配，「分配型調解」的結果多半是「零和賽局」（zero-sum games）⁹，也就是「一旦達成交易，在分配過程中，我多你就少，我少你就多」的賽局，因此在這樣的過程中，由於自利的雙方知道對方每一步的妥協都代表者退讓以及損失，並沒有創造出新價值的空間；反之，如果雙方調解的爭議，不是只就固定的利益總額進行分配，而是能藉由溝通後，找出冰山下雙方各自關注的「利益」，就能為原本看似一直環繞在「賠多少錢」的「分配型爭議」裡，「增加」進入新的利益，然後使得雙方均能分享新增加的利益，不會出現一方所得就是另一方所失的情形，此時，這樣的調解即已被轉型為「整合型調解」（Integrative Mediation）。

區別這兩者的實益在於：「分配型調解」雙方往往膠著於「公平分配」，但卻未能就何謂「公平」達到共識，最後不歡而散；而「整合型調解」則更重視如何將冰山表面拉鋸的主張，找出冰山下各自關注的「利益」，然後為雙方在調解中「創造價值」，並且努力讓彼此互相交換，而不致於陷入拉鋸膠著在唯一爭議議題上的僵局，因此，如果調解人發現紛爭性質屬於「分配型爭議」，則應努力為紛爭「增加」進入新的「利益」，調整成「整合型調解」，而這個「創造價值」的過程，在「提出方案」與「確定方案」階段，都應努力為之。

註9：「零和賽局」（zero-sum games）係指「一旦達成交易，在分配過程中，我多你就少，我少你就多」的賽局，相對應的名詞是「常和賽局」（constant-sum games）。在「常和賽局」中，因為參賽者間利益雖然有衝突，但是所有參賽者在賽局中所得的報酬總額，不一定就剛好為零，如果參賽者所得報酬總額會剛好為零，那此種賽局便可稱為「零和賽局」。

申言之，「整合型調解」的核心概念是基於對各議題「價值」認知不同，透過分配使雙方「各取所需」而使整體價值最大化。也就是說，大多數的紛爭調解案件，即使原先屬於「分配型調解」，只要各議題的「價值」對紛爭當事人各不相同，則紛爭當事人都有可以藉由「把餅做大」而將之轉化為「整合型調解」。

(二) 案例說明一

以下表為例，假設共有5件物品A、B、C、D、E要進行分配，每件物品對於當事人甲及乙而言有不同的價值¹⁰：

表1

物品	Value to 甲	Value to 乙	甲獲得	乙獲得
A	4	2	★	
B	3	8		★
C	2	3		★
D	1	5		★
E	10	2	★	
總價值	20	20	14	16

若要全部分配給甲、或是全部分配給乙，他們將會各自得到20的價值，但現在兩人要進行分配這5件物品，若是以「分配型調解」的角度而言，雙方如何平均分配A、B、C、D、E等5項物品，爭議頗滋，而且總價值為20不會因為「分配方式」的改變而有所不同，但在此例中，利用「整合型調解」的概念操作，由於各自對於這5件物品的價值認知

不同，假設讓對他而言價值較高的當事人能得到該項目，也就是甲獲得A、E，乙獲得B、C、D，則甲得到的總價值將會是4+10=14；乙得到的總價值將會是8+3+5=16，而整體的總價值也由原本的20提升為14+16=30。

由此可知，要將「分配型調解」轉化成「整合型調解」，簡單地說就是透過兩造雙方對「利益認知的差異」來讓雙方都能得到更多的利益。因為每個人對同一件事物或同一項議題的評價都會不一樣，重視的程度也會有不同，所以如果在一方較不看重但對方卻反而是看重的議題或事物上讓步，來換取對方在其較不看重，但一方卻較為看重的議題或事物上讓步，這樣無論是哪一方當事人的所得利益都會是超過讓步所帶來的損失。

因此分析雙方對利益的「認知差異」，就是找出整合可能機會所在的第一步。在「整合型調解」中，雙方最後的所得利益都會是「正值」，也就是一種雙贏的局面，這和「分配型調解」中，必定會有一方所得會是「負值」的情形有很大的不同。

至於如何把餅做大，根據哈佛談判學大師Howard Raiffa教授所說，創造的機會在於差異，所以在各自不看重的地方上讓步所損失的部分，將會由對方在一方看重的地方讓步彌補回來，並且會因為對方在一方比較看重的地方讓步，而使得一方獲得的比損失的更多。

(三) 案例說明二

茲舉下例說明，假設有A、B兩個紛爭當事

註10：張宇維，《解決紛爭和達成交易「談判」的科學與藝術》，國立臺灣大學法學院法律學系研究所碩士論文，100年7月，第35頁。

人，分別有X、Y兩個議題，每個議題有三種處理方式，分別為X1、X2、X3；Y1、Y2、Y3，兩個人對於不同的處理方式有不同的評價，對於兩個議題也有不同的權重：

報酬表 (payoff)	Value to 當事人A	Value to 當事人B
協議X	X1 : 80 X2 : 50 X3 : 20	X1 : 0 X2 : 10 X3 : 20
協議Y	Y1 : 0 Y2 : 10 Y3 : 20	Y1 : 80 Y2 : 50 Y3 : 20

如果X與Y都採用第二個方案來處理（即A、B都選X2和Y2），則A和B都可以得到60分的報酬；但如果A在Y議題上讓步而採用Y1，B在X議題上讓步而採用X1，則兩個人分別可以得到80分，由此很明顯的可以看出雙方小幅讓步的損失都可經由對方的讓步大幅彌補回來，因為A和B看重的地方不同，而紛爭調解的大餅就是因為雙方的差異而被創造出來了。

因此，在記「方案」討論過程中，有兩項最重要的核心，即是先「創造價值」，後才進行「分配」，一場調解中，雙方之所以最後接受了和解協議（即「方案」），是因為該結果都能使得雙方比原本自己預期最差的狀況來的更好（討論過程創造了能滿足利益的價值，且確實被分配到享有該價值），所以能夠接受這樣的結果。

三、第三要素：標準（Criteria，亦有稱 Legitimacy、Standard）

當各種可能的「方案」在討論中，逐步形

成後，接下來會面臨到一個問題：在調解過程中，各方都會站在自己的立場，提出不同的標準去評判什麼「方案」才是公平，當雙方時常僵持不下時，如何處理？此時，就需要「標準」來協助當事人評估每一個「方案」的可行性。

在調解過程中，沒有一個所謂「正確」或「最公平」的答案，各方都會提出自己不同的標準，這時即應考慮引進客觀第三者的標準，才能有效說服雙方當事人其個人「標準」的不可行，例如：一方提出極度不合理的天價賠償「方案」時，就需要仰賴客觀的「標準」，來協助判斷這個「方案」是否公平、合理，甚至可以接受，譬如：有先例存在嗎？有依據嗎？有標準鑑價流程嗎？有風俗或傳統習慣嗎？有行業慣例嗎？有市場價值可以參考嗎？諸如此類等等，都不失為判斷標準的參考依據。

調解的雙方都希望任何自己得到公平且合理的對待，也只有覺得符合內心的公平且合理後，才會考慮接受各種可能的「方案」。因此，公平性和合理性在調解過程中即顯的相當重要，無論是任何一方，都不應覺得自己是在被迫的情況下達成一場遺憾的交易，所以那些或可稱為「客觀」的外界標準，通常可以用於確立調解的公平性與合理性。

引進客觀標準時，或可無常花費大量的時間針對「最好的」標準取得共識，「客觀標準」只是一種用來使紛爭雙方發現達成協議比不達成協議對雙方而言更有利的工具，因此，只要紛爭雙方能意識到並同意引進該「客觀標準」可以有助於縮小雙方分歧的範圍，並有可能助於拓寬達成協議的潛力，則

紛爭雙方即應考慮引進該項「客觀標準」以協助解決紛爭。

除此之外，若雙方對於程序有各自堅持時，也可以引進「標準」以確立雙方可接受的公平程序，例如：將程序設計成由一方切蛋糕，再由另一人先進行選擇（One cuts, other chooses）、輪流決定（Taking turns）、抽籤決定（Drawing lots）及由中立的第三方決定（Letting a neutral party decide）來解決紛爭雙方的爭議議題等。

最後，要特別提到的是：倘若一方提出極度不合理的天價賠償「方案」，另一方亦同意接受時，雖然似乎不合於第三者的「客觀標準」，但基於調解具有高度的自主性，在適度婉轉提醒當事人後，雙方仍就此看似不合理的「方案」達成合意，則應尊重當事人間合意接受的「標準」，因為調解人使用「標準」的目的，不是用以製造產生更多問題，而是如何拉近雙方間對於公平性與合理性的認知差距，以期解決紛爭。因此，倘若雙方間均已就公平與合理達成共識，則此時調解人應予尊重：當事人自行尋找出的共同「標準」，即是該個案中的好「標準」。

四、第四要素：其他退路（Alternatives）

在調解人努力協助當事人找尋「方案」或「標準」的同時，有時會發生一方或兩方無法接受目前提出的「方案」或「標準」，而欲直接終止調解程序繼續進行，此時一個有利的工具，將會是一個可以繼續引領紛爭一方或兩方留在調解室的方法：即「其他退路」的分析。

「其他退路」之定義是：如果無法透過調

解解決紛爭，當事人將會如何處理？有其他更好的退路（包含解決途徑和解決方法）嗎？舉例來說：在法律議題紛爭中，以交通事故的損害賠償為例，當事人多半會先試著和解，尋求達成協議確定損害賠償金額數目或賠償方式，以解決此一關於損害賠償的爭議，但有時可能無法達成和解，因此爭議雙方便有可能會決定向法院提起訴訟，依照法院的裁決來決定雙方的損害賠償爭議，由此可知，就如果所涉及的議題是可以提起訴訟的，將法院引進成為無法解決爭議時最可能的最佳其他退路（BATNA）。

由上可知，在「解決紛爭」調解案件中，相較於使用其他紛爭解決程序，「訴訟程序」對當事人所費的成本較高，其可能出現的成本表現於兩方面：第一是實際的金錢支出，包括裁判費、律師費，都是一筆較大的金錢支出；第二，無形成本的支出，包括當事人為了進行訴訟所必須付出的時間以及可能因而減少的收入，通常在所有解決紛爭的手段中，「訴訟程序」最為花費時間，即使是簡易程序都會比起和解、調解等程序耗去更多當事人的時間，因為「訴訟程序」的設計是要透過嚴謹的證據認定和充分的言詞辯論，使事實重新呈現，再由法官基於這些事實來判決雙方的法律關係，因此如果當事人選定透過「訴訟程序」來解決法律爭議，就要有付出較多時間成本的準備。此外，也因為在訴訟程序中當事人可能必須出庭陳述意見或是進行言詞辯論，而導致當事人收入的減少，這也就是為何要將損害賠償的糾紛（無論短暫或長期關係）從當事人偏好的「訴訟程序」導回「協商、調解」的理由了。

(一) 案例說明：利用「決策樹」進行糾紛解決的評估

在不確定的情況下，「決策分析」提供了對決策的定量分析。商管領域專業很久以前就已經應用「決策分析」來模擬商事決策，但在法律界，決策分析直到近十年來才被確認為一種複雜訴訟案件的決策工具。「決策分析」一詞原本專指決策樹（decision tree）分析，即以樹型的決策模型以表示該情況的不確定性，而即使是比較簡單的決策樹也可以大大改善許多法律的決策，在模擬選擇訴訟或是和解的時候，律師可以較為自信的預測判決賠償金額的範圍以及相關的法律費用，同時律師也可根據以前所代理的類似案件的經驗，估算各種裁定或判決出現的機率，此外，因大多數的法律決策都以具有多種不確定性為特徵，而決策樹可以將訴訟案件分解成不同的階段，衡量不同爭點、不同階段在整個案件中的重要性，以發揮評估的作用。吾人都知道，當訴訟上的勝訴仰賴於許多不確定的因素（證據資料的蒐集完善程度、故意過失的舉證、法官的心證等）時，沒有決策分析的幫助，有時很難分析案件的價值，而有經驗的律師有時可以憑直覺判斷案件的價值，然而，在訴訟戰略或裁判結果的變化方面，往往還是難以掌握，因此，瞭解決策樹有關的架構和術語將有助於我們模擬典型訴訟中的和解決策問題。

決策樹是按照時間順序從左至右組織而成

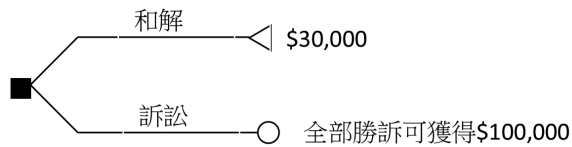
的，其中的事件按照其可能發生的順序排列，並由三種分支點（或稱「節點」(nodes)）所展開，這三種分支點分別為：

1. 決策節點（■）：是指決策者須要從兩個或者更多的選項中做選擇的地方。
2. 機會節點（○）：是不同的結果可能出現的地方，決策者並無法對此進行人為之控制。機會節點之後的可能結果都反應在相對應的分支上，每一個分支都代表了發生某種結果的可能。
3. 終結節點（◁）：代表最後的結果。每一個終結節點都帶有一個結果價值（payoff value），代表和該結果相關的金錢成本淨值及所得淨值。

對於法律糾紛而言，決策分析用於衡量當事人的非訟解決方案，即如果案件不能達成和解，則預測訴訟將如何發展。訴訟決策樹通常有兩個分支：訴訟與和解。和解分支上可能反映了對方最近的和解要約，或者反映了律師對對方可能接受的和解條件的預測；而訴訟分支通常是一個延長的機會樹，它的分支代表了訴訟中可能發生的事件。以下即以一簡單之假設數值說明決策樹於法律糾紛案件中之應用¹¹：

假設原告必須接受3萬美元的和解邀約，或者選擇繼續訴訟而有機會獲得10萬美元的賠償，而你是原告的律師，並就本案的法律服務收取勝訴酬金，則可以如下之決策樹表示現在的狀況：

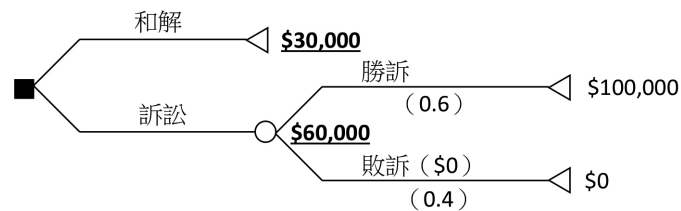
註11：Stephen B. Goldberg; Frank E.A. Sander; Nancy H. Rogers; Sarah Rudolph Cole，《糾紛解決：談判、調解和其它機制》（Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, and Other Processes），（譯）蔡彥敏、曾宇、劉晶晶（2004），中國政法大學出版社，第357-359頁。



由上可知，原告面臨兩個選擇，即訴訟或和解，這兩者都是由左邊的決策節點（實心正方形）所引出來，如果原告選擇和解，則問題到此為止，原告將得到3萬美元，糾紛結束；反之，如原告選擇訴訟，則有兩個可能的結果：勝訴（10萬美元的收益）和敗訴（0

萬美元的收益）。而為了簡單化說明，和訴訟有關的其他所有不確定性都先不予列入。

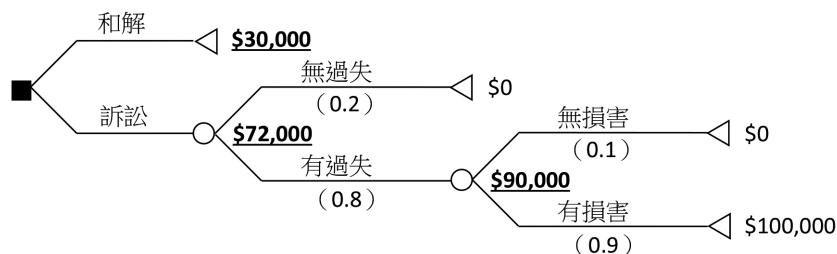
為了做出明智的決定，原告必須估算自己選擇訴訟時勝算機率的大小，倘原告有很大的機會贏得10萬美金的賠償，那麼3萬美金的和解要約顯然不夠；反之，如果原告勝訴的機會較小，則原告即有可能選擇和解。**假設根據律師的專業判斷，原告有60%的勝訴機率（0.6），有40%的敗訴機率（0.4），則此些機率將分別顯示在「勝訴」和「敗訴」這一機會節點的下面：**



由上簡單的計算可知，放入估計的勝敗訴機率後，訴訟的結果（期望值）明顯優於目前的和解要約，因此除非有其他的因素（例如原告急須現金、原告完全不能承受敗訴的風險），否則原告應考慮進入訴訟放手一搏，這樣的預測是基於預測價值（expected value）或預測的金錢價值（expected monetary value）的結果。同理，由這樣的預測價值數值可知，倘對方提出6萬元以上的和解金額（ $\$100,000 \times 0.6 + \0×0.4 ），從實務及風險承受度的角度，或以現在可得收入優於將來

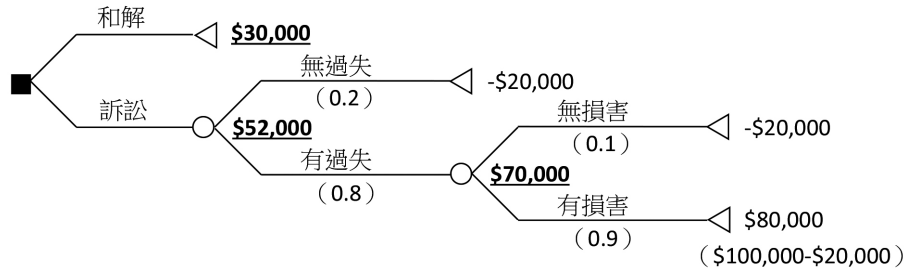
收入的原理以觀，原告都應考慮接受和解方案，方為一明智的選擇。

現在，將上述的案例再複雜化一點，假設在這個侵權的訴訟中，設根據律師的專業判斷，法官認定被告有過失的機率為80%（0.8），且有90%的機率（0.9）認定原告確實受有損害，則在這樣的情況下，由下圖可知，原告的期望價值為72,000元美金（ $\$100,000 \times 0.8 \times 0.9$ ），因此倘被告願意出價高於72,000元美金作為和解的條件，原告即應可考慮是否接受：



但是，在現實的操作中，當事人委任律師代理進行談判也須付出一定的律師費用，因此假設無論由律師進行訴訟或代理談判，律師須收取2萬美元，則原告從訴訟中可獲得的

期望價值減少為52,000元美金（\$72,000 - \$20,000），此一數值方為真正做為原告考慮和解條件之參考數值：



當然，如時間延宕等其他可能會使金額效用遞減的因素都應考慮在內，例如，假設原告進行訴訟要等到一年後才能取得勝訴判決並獲得真正的賠償金，以每年5%折現來算，原告現在的期望價值則應為49,524元美金（\$52,000 ÷ 1.05），同理，如果每年的折現率為10%，則原告現在的期望價值即變成47,273元美金（\$52,000 ÷ 1.1）。

「決策分析」的優點：除了能幫助律師以及他們的當事人進行訴訟或和解的選擇外，「決策分析」亦能大幅降低調解人使用評價式調解所固有的風險。在調解過程中，調解人面臨最大的風險是，受到負面評價的一方會把調解人看成是敵人，看作是對方當事人的辯護人，因而不視調解人為「可信的中立第三人」，進而無法有效的發揮調解的功效；然而，「決策分析」在調解人和評價之間創造了某種距離，並因此而迴避或者減少了此一被視為不中立的風險，因為倘決策樹的計算結果和當事人對於案件的估計值相仿，則將可大大減低當事人對於調解人因誤會而產生的負面評價，此外，因為「決策分

析」是一個數字的計算，這樣一種過程透明的分析方法亦會使得當事人難以懷疑調解人有操縱調解程序或偏袒任何一方當事人之型為，進而能建立調解人在當事人心目中公正且中立的地位。

此外，雖然「訴訟程序」相較於其他紛爭解決程序對當事人有著較高的成本，但縱使損害賠償事件最後無法經糾紛雙方達成和解而必須進入「訴訟程序」，當事人之間還是可以繼續進行「協商、調解」，如果達成協議，仍可以成立和解契約，並撤回訴訟，因此在這種損害賠償的糾紛調解中，建議先由當事人自行協商尋求解決（包括調解人的介入），將那些不必要成本的開支轉為調解桌上的價值，以擴大可能分配的利益，如真無法達成和解時，再將進入「訴訟程序」作為當事人的其他退路。

由此可知，在調解過程中，當事人離開了調解室，可以有的「其他退路」，包括：走向訴訟、拉倒作罷、找媒體或是其他的可能途徑等，因此，當事人是否能正確瞭解自己的「其他退路」是非常重要的事，如果無法

瞭解到自己離開了調解室，無論是走向訴訟、拉倒作罷、或是其他的可能途徑和結果，是否能比使用調解來的更好時，就會很容易有錯誤的判斷，並且會因為一時無法接受「方案」或「標準」的情緒，錯失了以調解方式取得最有利結果的機會。

因此，調解人遇到這樣的狀況時，應協助當事人瞭解自己各種可能的「其他退路」，以能理性評估調解程序對自己的優劣，進而繼續留在調解室，為自己的最大利益而努力。

（二）「最佳退路（BATNA）」之概念

「其他退路」又可分為「最佳退路（BATNA）」及「最差退路（WATNA）」，通常在調解過程中，常派上用場的是「最佳退路」，可以有效地為當事人理性的分析現有的情狀。

「BATNA」為Best Alternative to a Negotiated Agreement的縮寫，中文即為：調解不成時的「最佳退路方案」。指當調解的任一方，如果無法透過現在這場調解，取得原先預想的結果，那麼最能接受的結果是什麼？就經濟學的角度而言，BATNA的含意接近機會成本，要考量的不是這個調解結果是不是能從中得利，而是考量這個調解結果是不是能「比我所能夠選擇的其它結果，都還要來的好」。

所以，通常只有在「調解方案」？「最佳退路（BATNA）」的情況時，才能調解成功。故而，調解人應努力的分析及轉變當事人對於「最佳退路」的想像，因為有時調解無法繼續進行的原因，在於當事人對於「最佳退路」過度樂觀或錯認，譬如：認為打訴訟可以獲得「更多」等想法。

如能將對現在要參與的調解所預期想獲得的結果，和所有其他退路的結果都予以數字化，將能使紛爭當事人更容易比較出，何者會是最佳的途徑，茲以下例說明：對一場車禍案件而言，被害方必定希望賠償價格越高越好，假設被害方某甲提出求償100萬元的「方案」，也就是他「只能接受100萬元以上的賠償金額」，此時如果肇事方某乙提出90萬元的「方案」，某甲可能因為無法接受此90萬元的「方案」，即欲終止此調解程序，並考慮以訴訟方式取得高於100萬元以上的賠償金額，此時其必定認為訴訟將是他調解不成時的「最佳退路」。

然而，某甲可能沒有考慮到：如果要以訴訟方式解決紛爭，或許可能可以爭取到高於100萬元以上的賠償，但在這一訴訟過程中，或許需要額外支付律師費、時間、精神折磨等各種有形或無形的「成本」，扣除該些成本後，實際所能獲得的賠償，也許比90萬元更低的許多，此時，兩相比較後，無法得到「最佳退路（BATNA）」？「調解方案」的結果，理性之人通常會重新考慮採取調解方式，以獲取最大利益。

除此之外，以前揭交通事故損害賠償為例，通常發生交通事故都會伴隨著人、車受損的情形，因此，對於這種可能符合我國刑法第284條所規定的過失傷害罪，利用法院產生「以刑逼民」的情形，即由被害人先提起刑事告訴或是強調要提起刑事告訴，然後用以逼迫對方在民事賠償金額或方式上讓步，都是「最佳退路（BATNA）」的運用結果。

故而，調解人如何活用「最佳替代解決方案（退路）」的分析，轉變當事人過度樂觀

或錯估的想法，重新認識現在所處的「調解程序」或「調解方案」，優於其想像的「最佳退路（BATNA）」，即是讓當事人能留在調解室繼續溝通對話的重要關鍵影響因素。

（三）「最佳退路（BATNA）」之應用及效果

傳統的「調解」多為「評價式調解」，即調解人主觀上有評價式傾向，客觀上亦有評價式行為，通常調解人的評價能適度指引各方調解的方向，也會敦促各方接受以利益為基礎的和解，並主動建議解決方案或最佳退路（Best Alternative to a Negotiated Agreement, BATNA），因此往往「結果取向」重於「過程取向」；反之，在「促進式調解」的程序中，調解人主觀上是程序的促進者，對於調解結果不預設立場，客觀上也只負責協助各方釐清個別的立場與利益，鼓勵各方理解、甚至肯認他方的利益，協助各方發展、提出適切反映利益的方案，避免表示個人的價值或是非觀，不介入評斷當事人的是非，不表露對案件的情緒，也盡可能避免提出調解方案或對各種方案提出評價，以維持調解人中立的地位，因此通常「過程取向」重於「結果取向」。

這兩種調解，何種較易促成爭議的解決？目前尚無定見，但有學者認為基本的立場是：只有在必要的時候，才進行評價，特別是應該儘量在調解程序的較後階段才進行評價，以使調解人可以先充分了解阻礙當事人

和解的障礙，並試圖排除該障礙；或讓調解人有時間可以建立並增強當事人對他的信賴與信心，以及當調解人先以問題及討論的方式來進行時，當事人通常會以比較實際、務實的態度來檢視其案件。實務上，在一些調解程序中，調解人也可能交互使用「評價式調解」與「促進式調解」兩種不同的特色，例如，可能先以促進式調解的方法進行調解，嗣後在調解人認為適當的階段，再斟酌採用評價式調解的技巧。因此，關於何時適合用促進式調解？何時適合用評價式調解？此一問題，很難有個非常具體、明確的答案，而須視個案的情況來適當調整¹²。

而調解最終的目的在使所有問題達成一致，並用一種既有效且長久的方式結束爭議，進而促使雙方當事人的權利義務能夠最終界定¹³，因此一個成功的「調解」可以協助尋找引發衝突或爭議的真正原因、幫助糾紛雙方制定一些溝通管道而有效的控制管理衝突的進展，並能營造一個良好的氣氛使糾紛當事人再次展開「協商」或「調解」，進而協助雙方解決衝突並達成共識；即使該次調解最終未能成功的解決有關衝突或糾紛，但歷經了「調解」程序仍可能提供爭議雙方以下之益處¹⁴：

1. 協助爭議雙方了解本身的憂慮。
2. 減少爭議雙方的敵意及不滿的情緒。
3. 列出有關須要爭議雙方去解決的爭議項目。

註12：古嘉諄、黃世芳、林怡芳、陳希佳、鄭曉如，前揭註8，第66-68頁。

註13：Michael Noone，《法律調解之道》（Mediation），（譯）楊利華，前揭註2，第118頁。

註14：江仲有，前揭註1，第35-36頁。

4. 協助爭議雙方同意及建立一個機制去尋求獨立專家（例如，測量師、估價師等）的意見或協助。
5. 同意某些事實遺漏須要加以補充。
6. 顯露能影響爭議雙方決策的第三者（例如，親屬、律師等）。
7. 製造合理的疑惑，動搖爭議雙方堅定不移的立場，打破調解僵局。
8. 協助爭議雙方創造一系列的解決方案。
9. 協助爭議雙方如何去面對糾紛，不再逃避現實，立下決心解決有關問題。
10. 提供一個富有同理心的解決衝突模式予爭議雙方，以解決未來的衝突。
11. 如最後仍須進入訴訟或仲裁，亦能減少爭議項目，加快訴訟或仲裁的進度。

由此可知，「調解」程序強調的即是避免出現在糾紛雙方間自行談判可能產生一方贏家一方輸家的「勝者通吃」結果，因此藉由尋求建設性、協商性解決方法的過程中避免對抗立場的出現，從而促進雙方的利益，是以，透過「調解」的一個主要優點即在於，中立性調解人的出現能夠幫助調整雙方之間的力量失衡，且能為弱勢一方提供一定程度的保護，並降低強勢一方企圖損害弱勢一方投機行為的可能¹⁵，或能適度控制及緩和紛爭對立的氣氛，進而破解衝突性所造成的僵局。

五、第五要素：關係（Relationship）

一件紛爭的形成，除了「事情」以外，必定牽涉「人」在內，而上述的前四個要素，

主要在處理的都是調解中有關「事情」的實體爭議，第五要素及第六要素，即是在處理「人」的問題。

一件調解紛爭，可能來自兩個互相從不認識的陌生人（例如車禍糾紛、房屋買賣糾紛等），也可能來自兩個從以前就長期認識的人（例如鄰里糾紛、勞資關係等），因此，調解人在處理紛爭時，應先特別留意該案件的性質，是屬於「一次性偶發的短暫衝突」？還是屬於「關係持續相互影響的衝突」？

如果是前者，重點則在如何「化解爭端（Dispute Resolution）」，即調解的實體內容是一場偶發性紛爭，而雙方未來再接觸的可能性不大，應該以解決「目前」的該場紛爭作為重點；然而，如果現在處理的紛爭是屬於後者，則偏向「衝突管理（Conflict Management）」的性質，即調解的實體內容是一場持續性紛爭，因為在「未來」雙方接觸機會仍然很多，因此除了解決當前的該場紛爭外，也要考慮到雙方之間的關係是否阻礙達成和解？未來可能的衝突狀況為何？

申言之，紛爭的「性質」（或也可以理解為調解時所涉及的「議題重點」），可分為「解決紛爭型調解」（resolve disputes）與「達成交易型調解」（make a deal）兩種，再以「紛爭目的」是「交易（Deal）or紛爭（Dispute）」以及「協議影響期間」的「一次性協議（Transaction）or長期關係（Relationship）」作為矩陣的兩個維度，可再細分成下表中的四種調解案件類型¹⁶：

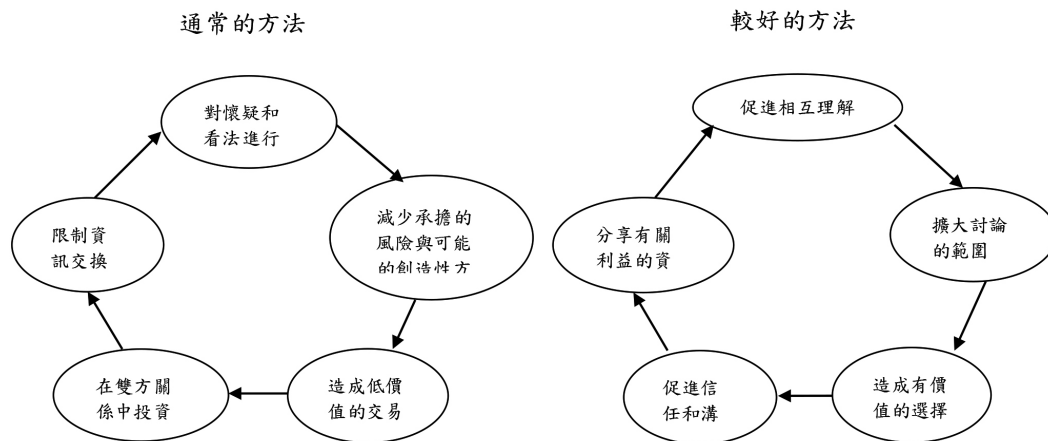
註15：Michael Noone，《法律調解之道》（Mediation），（譯）楊利華，前揭註2，第10-12頁。

註16：Michael Watkins, Negotiation Analysis: A Synthesis, Harvard Business Review, May 8, 2002.

	協議 (Transaction)	關係 (Relationship)
達成交易 (Deal)	目的：完成交易 (Deal Making)	目的：建立關係 (Relationship Building)
	類型：僅一次性的商業交易行為	類型：關係影響長遠的交易行為
	舉例：土地競標拍賣	舉例：合資企業
解決紛爭 (Dispute)	目的：化解爭端 (Dispute Resolution)	目的：衝突管理 (Conflict Management)
	類型：短暫的衝突	類型：關係持續相互影響的衝突行為
	舉例：侵權行為糾紛	舉例：勞資糾紛

在其中具有「關係」特性的調解案件中，——關係循環的現象¹⁷：
美國談判專家Danny Ertel即以下圖說明了交易

圖表2：交易——關係循環圖



由上圖可知，在「通常的方法」中，一方對交易之利用會使對方產生不信任並且保留資訊的惡性循環，最終交易和雙方關係都會遭受損失，並使調解趨向於零和賽局；反之，在「較好的方法」中，紛爭當事人主觀未感受到被迫用良好的關係換取好交易，則紛爭各方將更能自由的交換資訊，並透過溝通將紛爭各方的利益、能力、關注點和創造性想法進行交流，進而擴大交易的可能性，而形成一種增進信任、滿足各方核心利益的

良性循環。由此可知，正確處理紛爭當事方的關係至為重要。準此，無論屬於「一次性偶發的短暫衝突」，或屬於「關係持續相互影響的衝突」，調解人在調解程序中，須注意妥適處理以下三個面向的「關係」：

- ◆ 第一，彼此對互相的認知，應留意提醒設身處地、換位思考替對方想一想，以及不要隨意推斷對方的想法等；
- ◆ 第二，情緒的展現，應適度的導引，允許傾訴，但應保持理性平等的對話方式，

註17：Danny Ertel, Turning Negotiation into a Corporate Capability, Harvard Business Review, 1999.

若有不理性的情緒發生時，應適時中斷調解程序的進行，以緩和雙方的情緒；

- ◆ 第三，持續透過對話的方式，建立彼此繼續溝通的關係。

俗話說：「心情沒有處理好，事情必定無法處理好。」換句話說，「要把事情處理好，先把心情處理好」，雙方當事人之間彼此間的「關係」（包含對他造的認知、自己情緒的抒發等），通常都會對於調解的進展或結果具有一定的影響，因此，調解人應時刻警覺，雙方期望在這場調解程序中，有什麼樣的關係？如果當前的關係與期望的關係，有很大的不同，是什麼原因導致了這種差異？各方當事人可以採取什麼步驟，將當前的關係轉變成所期望的關係？如果對關係的問題做出積極的回應，是否存在任何激勵因素？等等，必須時刻留意。

因此，在調解過程中，雙方之間的關係可能產生以下問題：雙方的關係是否阻礙達成和解？如果對關係的問題做出積極的回應，是否存在任何激勵因素？雙方期望具有什麼樣的關係？如果當前的關係與期望的關係有很大的不同，是什麼原因導致了這種差異？各方當事人可以採取什麼步驟將當前的關係轉變成所期望的關係？等等，紛爭雙方當事人之間彼此間的關係通常都會對於調解的進展或結果具有一定的影響，因此必須時刻留意。

六、第六要素：溝通（Communication）

誠如前述，因「調解」最大的功能：在於

透過曾接受專業調解訓練的中立第三者，協助衝突雙方以商議或溝通的方法處理及解決糾紛，使溝通或協商解決糾紛得以於「調解」程序中延續，並以貼近爭議雙方當事人之真意主導調解程序中的「溝通」繼續發生，並透過紛爭雙方於調解桌上或私下所揭露的資訊，進行判斷與評估，重建雙方溝通的橋梁，並「說服」紛爭雙方最終能接受一個互相和解及滿足訴求的結果。因此，調解的過程即是一連串的「溝通」，是一種意識的交流，各方參與者就各自議題對於所涉及的利益，作認知的交流，是適合也不過。

（一）以良好的開端啟動「調解」

一旦成功的說服紛爭雙方坐上調解桌，那麼下一步要做的事情即是使調解得以順利的開始，而調解的環境通常會影響紛爭當事人的緊張程度和彼此的坦率程度，因此，此時調解人要努力試著緩解傳統「調解」一詞帶給雙方的緊張壓力，可以透過「禮貌寒暄」的方式驅散紛爭當事人的緊張感、降低本能的自我防衛，並藉此開始建立紛爭各方間的良好互動，此時，有三項事情是調解人必須在「禮貌寒暄」過程中明顯傳達，以助於使紛爭者能在放鬆的狀態下，對彼此所述事實的真實性進行評估，體認資訊交換的互惠以尋求那些能夠創造價值的機會¹⁸：

1. 陳述具備對於紛爭事件的專業知識及經驗。
2. 積極的表述調解任務是共同努力的目標。
3. 強調對於紛爭雙方的利益和關注點的彈

註18：參見Richard Lueche，《談判》（Negotiation），（譯）馮華，哈佛商業圖書，機械工業出版社，2005年第1版，第65頁。

性和包容性。

常言道「好的開始是成功的一半」，在調解程序的一開始幾分鐘內，調解人的言行舉止就決定了未來整個調解程序的氣氛，雙方很快的就可以察覺到調解人是否誠心的尋求雙贏的調解結果，因此，在調解程序的初期要避免雙方敵對，必須謹言慎行，即使完全不贊同對方的觀點，也要盡可能稍安勿躁、不做爭論，與其一開始就與雙方當事人爭辯不休，徒然導致不信任敵對的立場，倒不如先認同當事人的感受，再迂迴陳述自己的看法，此時最理想的緩衝技巧即是運用3F（Feel, Felt, Found）的公式陳述意見¹⁹：

「我完全了解你現在的感覺（Feel），很多人和你有過同樣的感受（Felt），但是再深入了解後，我們發現（Found）……」

這樣說法的好處是，調解人沒有對雙方的陳述作出任何爭論，反而表現出理解的觀點，進而可以逐步瓦解雙方的競爭心態；此外，對調解人而言，在表達完這些話後，不僅能為自己爭取一些思考的時間，更知道接下來該說些什麼，情緒也可能已經緩和下來，而能扭轉敵對或不信任的氣氛。

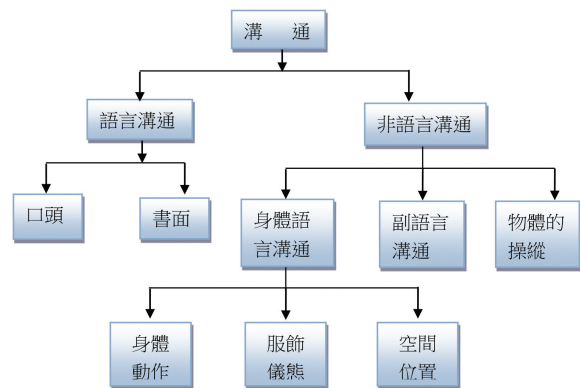
（二）調解「溝通」的方法

調解人的溝通方法，可分為「接收（Receiving）」、「傳達（Conveying）」及

「理解（Understanding）」三部份。所謂「接收」，也就是聆聽（Listening）他人的陳述，以利於瞭解他人真正的想法；而「傳達」則是說明（Speak），不論是調解人或是當事人，每次陳述之發言要言之有物，並能使他人輕易得以瞭解；至於「理解」，則是要達到澄清雙方對糾紛之態度的目的。「溝通」不僅是信息的傳達，更是建立關係及處理實質問題的方法，因此在溝通時，要時時留意所使用的詞彙、音調、身體語言等，此些都將會影響調解時雙方溝通的成效。

而「溝通」以訊息載體來區分，可分成「語言溝通」和「非語言溝通」。「語言溝通」又可進一步區分成口頭溝通和書面溝通；「非語言溝通」的範圍又更為豐富，包括身體姿態的動作、號誌等物體的操縱以及語調等都屬於非語言溝通的範疇。謹將溝通的種類圖示如下²⁰：

圖表3：溝通的種類



常言道，言語是門藝術，由上可知，調解時時充滿了「藝術」性。因為人與人之間的互動

註19：Roger Dawson (1999)，《優勢談判》(Secrets of Power Negotiation)，成智出版社，第49-50頁。
 註20：該圖取自戴比·阿克利著(2004)，MBA核心課程編譯組編譯，《談判與溝通》(上)，讀品文化，第28頁。

溝通是如此地多元與複雜，要透過敏銳的洞察力來觀察對方的心理，而且不同的經驗也會讓每個紛爭當事人在調解過程中表現出不一樣的作風，這也就是調解具有「藝術」的一面。在調解的過程中，各方（包含調解人、紛爭當事人）就是要使用各種「溝通」的方式來傳遞訊息，因此在調解過程中對各方參與者的一舉一動都有必要加以注意並予以分析，藉此獲得有助於調解進行的各式訊息。

總括來說，調解人作為介入紛爭雙方的「第三者」所扮演的角色，即是致力於「重建溝通管道」、「使糾紛當事人回歸理性」、「提供讓步的下台階」及「促成對紛爭雙方均有利益的解決方案」，因此調解人應該具備良好的判斷力，在調解的過程中，調解人必須決定該對誰說話、該說些什麼話、什麼時候說、讓當事人說多少話…等，以為當事人提供一個適切的溝通平台，因此，調解人必須具備良好的判斷力，才可以使調解程序順暢進行。

以下介紹調解人可以使用的溝通方式，包括「看」、「問」、「聽」三個部分：

1. 「看（觀察）Watch」：肢體語言常被認為是調解中重要的一項資訊來源，因此所謂的「看」即係指觀察紛爭當事人的肢體語言，並注意自己的肢體動作。調解過程中，應保持同爭議雙方視線接觸的適當與公平性，當一方說話時予注視，以表現出對於調解程序的尊重；同時，亦應觀察另一方是否出現任何消極或負面的訊息，例如：是否正視說話者、身體是否背離說話者、是否沉默、嘆氣、憤怒、看錶、搓弄雙手、玩弄桌

上的紙筆、不耐煩等，以試圖瞭解雙方陳述內容的心理狀態或認知反應，並進行適切的評估，並為接下來的調解程序走向預做準備。

2. 「問Ask」：所謂的「問」即是「發問」，用來獲取情報的方式。透過發問，我們可以知道當事人的困難、喜好、意圖、對於時間的偏好、以及對於其立場的堅持程度等等。「問」有五種功能，分別是：

(1)獲取資訊：例如詢問「你認為應該賠償100萬，是怎麼算出來的呢？」用意就是要獲取想要得到的資訊，這是最常使用的技巧。

(2)釐清與確認資訊之正確性：很常發生當事人表達的內容，與調解人所接收到的訊息，不見得完全一致，而產生更多的誤會，因此在當事人陳述完畢後，應詢問：「就你剛才所說的，我有以下的理解，不知道是不是正確理解你的意思？」或「讓我看看我是不是瞭解你的想法。你的想法是……，對不對？」以釐清與確認資訊之正確性。

(3)以開放式問題，刺激雙方思考更多的解決方案：在尋求雙方共同可以接受的「方案」過程中，常會面臨「意見分歧」、「陷入膠著」或「形成僵局」等情形，此時不妨利用開放式問題，例如詢問：「你對這件事的看法如何？」、「除了目前提到的方法外，你覺得還有其他你能接受或考慮的解決方法嗎？」或者「假如對方考慮以這樣的方式來補償，你願意考慮接受嗎？」，這

樣的詢問法，不僅能從爭議雙方獲取更多內心想法的資訊外，亦刺激雙方思考更多的解決方案，避免循環陷於僵局或困境。

3. 「聽Listen」：調解是雙方為特定事情欲達成最終一致而交換資訊的交流過程，因此，為了能有效交流，除了要適切的表達外，光用「看」和「說」是不夠的，還要從「聽」去獲取雙方所需要的資訊，而這裡所說的「聽」並非消極的聽或單純保持沉默的聽，而是「積極的聽」，即聽話的人除了聆聽以外，還須用自己的話語重覆對方的意見，因此，也可以說「聽」和「說」只是一線之隔，透過：對說話者保持正視、適當作紀錄、注意談話人的身體語言、透過提問獲得更多的資訊，並鼓勵說話者繼續、用自己的語言重述所聽到的內容，以確信瞭解對方所表達的觀點，同時也使對方明白調解人對於其所表達的內容正進行思考。

研究顯示如果在調解中，調解人沒能積極參與、極瞭解爭議一方談話的內容，或分心走神，都將可能喪失了蒐集重要資訊的機會，並往往可能會漏失或誤解紛爭當事人談話透露出的資訊，從而失去達成妥協或和解的機會，因此，調解人於調解程序中，「單純保持沉默的聽」和「積極的聽」，會產生明顯不同的成效，這種「聽」和「問」結合的方式，稱為「雙邊焦點」(bilateral focus)，也是在調解中達到雙贏的重要關鍵之一。

(三) 調解人應具備之基本能力與技巧

調解人作為要介入一個衝突，進而協助解決衝突的第三者必須具備一些基本條件才能有效協助化解衝突，否則不介入則已，一介入就有可能反變成「公親變事主」，連自己都成了衝突的一方，而陷入衝突之中。因此，在衝突中成為一位能協助衝突得到化解的「調解人」，應具備以下的十項基本能力²¹：

1. 耐力(耐心傾聽)：通常衝突持續的時間愈久，就愈難以輕易解決，因此介入此類衝突的調解人如要有效地協助衝突雙方解決衝突，就必須要有足夠的耐心，不可操之過急，對於當事人的陳述，也必須耐心傾聽，才能從當事人的話語中，找到調解案件所應了解的事實、當事人的利益所在及宜關注的重點。
2. 專注力：有些當事人在發表意見時，可能會過於冗長或瑣碎，調解人仍應專注，否則將可能因此而遺漏掉重要訊息，包括當事人的陳述、肢體動作及氣氛的變化。
3. 觀察力：調解人應該具備良好的觀察力。雖然人們有時候可能不願意說出內心的真正想法，但是人們的言行舉止往往會透露出一些訊息。如果調解人具備良好的觀察力，得以藉由當事人的言行舉止而察悉他們的想法，則將可使調解的進行更為順暢。
4. 說服力：一位沒有說服力的調解人，難以得到當事人的信服，更無法掌控全局。一位好的調解人必須具備說服力，

註21：古嘉諄、黃世芳、林怡芳、陳希佳、鄭曉如，前揭註8，第39-40頁。

才能塑造出自己的權威感，進而得到當事人的信賴。

- 5.知識力：有時衝突雙方無法解決衝突是因為沒有足夠的知識來找出解決的方案，這時候只要有具備足夠知識的調解人介入，協助衝突雙方找到解決方案，衝突馬上就能平息。舉例來說，兩個人要分蛋糕，卻不知到要如何分才能讓彼此都認為很公平，以致於一直擱置在那根本無法分這個蛋糕。這時只要有個第三者告知他（她）們只要讓一個人負責切蛋糕然後讓另一個人先選的程序，這可以讓分蛋糕的衝突得到解決。
- 6.資訊力：調解人除了須要有知識外，對於糾紛型態與狀況的掌握也是非常重要，此即為資訊力。有時衝突的解決方案之所以一直都無法產生，是因為雙方瞭解的資訊不夠而無法找到解決方案，此時只要調解人能提供重要且相關的資訊，就會對解決衝突的情況大有幫助，進而解決眼前的衝突。
- 7.聲望力：有時能幫忙解決衝突的調解人不一定要有非常多的知識或資訊，只需要具備相當的聲望即可。聲望是個很難具體形容的名詞，但是卻是個確實存在的東西，舉凡品德、年紀、操守、血緣、過去的紀錄等等，在某些糾紛當中，都可以為調解人帶來強大的力量，進而使糾紛雙方看在調解人的「面子」各退一步，化解衝突。
- 8.判斷力：調解人應該具備判斷力。在調

解的過程中，調解人必須決定該對誰說話、該說些什麼話、什麼時候說、讓當事人說多少話…等，以為當事人提供一個適切的溝通平台，因此，調解人必須具備良好的判斷力，才可以使調解程序順暢進行。

- 9.開放力（開放的態度）：一個能協助衝突雙方透過協商解決衝突的調解人一定要具備開放的態度，因為這表示此調解人對該如何解決衝突並沒有預設的立場，而且願意傾聽衝突雙方的心聲，兼顧衝突雙方的利益。只有具備開放心態的調解人介入衝突時，才能容易得到衝突雙方的信任，進而協助糾紛雙方找到適合的解決衝突方案。
- 10.應變力：雖然是最後一力，但其更為重要，調解人應該是個戰略家，必須時刻按照調解進程中雙方之間的實際互動情況對程序進行調整，因為沒有任何的案子是一模一樣，因此調解人必須具備一定的應變力才能成功。孫子兵法云：「變者不拘常法，臨事適變，從宜而行之之謂也。」每個調解人都應該發展出一套最適合自己特點的個人化自然風格，也不應該存在固定的標準行為模式，因為一個優秀的調解員應該是能夠根據特定的糾紛各方設計出需要的調解程序²²。

（四）調解人應透過「溝通」探詢有價值的「資訊」

由上可知，在調解程序中，「資訊」確實

註22：Michael Noone，《法律調解之道》（Mediation），（譯）楊利華，前揭註2，第37頁。

是一件重要且有價值的無形資產，如糾紛雙方無法就各自所擁有的資訊互相揭露、交換，則不僅無法「創造價值」，甚至會空留許多價值在調解桌上的遺憾，因此作為介入紛爭「第三者」的調解人即必須具備良好的交流技能，使得來尋求協助的糾紛雙方能因「調解人」的幫忙而互相信任進而揭露資訊。

然而，究竟有多少的資訊能透過「調解」程序而解密？端視「調解人」的功力如何，因此在瞭解「資訊」對於調解的重要性後，以下即將探討「調解人」應具備的交流技能為何，方能促使糾紛雙方揭露資訊，或由調解人自行探知，進而達到促成和解的可能：

1. 傾聽 (Listening)：傾聽是調解的必要技能，成功的調解人必須掌握傾聽並且理解當事人需要的能力，這不僅需要調解人在當事人陳述和討論時到場，也需要調解人向當事人傳達自己正在留意、關注並且已經理解的訊息。
2. 詢問 (Questioning)：調解人不是訊問員，調解人詢問主要的目的是為了幫助各方當事人真正了解對方在調解協議上的利益要求是什麼，因此調解員應避免僅僅只是為了滿足對事實的好奇心而詢問。此外，調解人也不是法官，所以也不需要調查清楚事實的基礎上做出任何的是非判斷，調解關注的焦點在於澄清問題、揭示當事人心中隱藏的真意，以便更好的瞭解糾紛的內情，因此調解的詢問方式應該以「開放問題」、「假

設問題」及「澄清問題」為核心，以下分別說明之²³：

- (1) 開放問題 (Open question)：「開放問題」是指將細節性的「封閉問題」，換句話說，以提高發掘新話題的機會，進而帶來新的資訊或達成最終協議的主意。例如，「這件事是你做的嗎？」可以改成「你為什麼要這麼做？」；「商業損失是多少？」可以改成「你是如何看到商業損失？」
- (2) 假設問題 (Hypothetical question)：假設問題是指給定被詢問的當事人一個特定的場景，並且詢問他如果這些場景是真的話，對此他真實的想法是什麼。這樣的問題可以用來改變當事人已闡述的立場，探討並檢驗有關調解協議新方案的可行性，也可以用來檢驗當事人對調解結果最樂觀和最壞的打算。通常都以「如果…那麼…」的文句所構成。例如，「假如對方願意增加15%的賠償金，那麼你會怎麼想？」
- (3) 澄清問題 (Clarifying question)：澄清問題是用來充分理解當事人的意思，或瞭解相關的背景情況，以掌握導致衝突的癥結所在。除此之外，透過非威脅性的詢問澄清問題，調解人也可以幫助被問的當事人更好的理解自己的建議。例如，當事人：「我的觀點是我覺得我的公司不會接受X的建議。」調解人（尋求澄清）：「你的

註23：Michael Noone，《法律調解之道》(Mediation)，(譯)楊利華，前揭註2，第37-45頁。

公司認為問題的關鍵是什麼？」

- 3.總結 (Summaring)：調解人用自己的話對當事人的陳述或建議以準確的口頭綱要進行重述，即是「總結」，其目的是用以促進當事人間之交流，並意味一個階段程序的結束。而一個好的總結不僅可以向當事人證明調解人的確已經聽見並注意到當事人所有的問題和關注所在，也能鼓勵當事人透過已經取得的進展事實做進一步的交流。
- 4.重組 (Reframing)：所謂的「重組」是將當事人陳述的語言或內容稍加修改，從而正面、積極的加以表述。這是一種調解人用來推動當事人逐漸向正確方向前進的技術，即從衝突轉向和解。例如，當事人X：「除非Y將車開過來讓我修理，否則我不會遵守擔保責任。」調解人：「你的意思是，做為出售者，你希望首先有基會檢查並且確定Y的轎車的問題所在？」這樣的重組可以軟化一方當事人的立場陳述，從而使得對方當事人較容易接受；當事人A：「我的營業利潤有賴B能夠將零件按時供應給我。」當事人B：「遲延交付在我們這一行是不可避免的。」調解人：「你們雙方都希望實現高效率的商業行為和商業關係？」這樣的重組目的是試圖交換當事人雙方的陳述。
- 5.理解身體語言 (Understanding body language)：正確解釋身體語言需要專業知識和經驗，而事實上不同種族和文化背景會使用不同甚至矛盾的非語言暗示，使得解讀的工作變得更加困難。然

而，儘管身體語言有時甚為含糊，但正確掌握、解讀當事人非語言暗示的能力是成為一個成功調解人的重要技能。人們說的往往和他們想的或感受的其實不一樣，而姿勢、手勢、眼神及面部表情都很有可能會給有經驗的調解人提供有關當事人真實態度、想法和情感的重要訊息。

誠如前述，糾紛當事人透過「調解」追求兼具效率、滿意、公平及效果的解決糾紛方案，而調解人則是以貼近爭議雙方當事人之真意主導調解程序中的「調解」繼續發生，並「說服」衝突雙方以「協商」或「溝通」的方法處理及解決糾紛，而使糾紛處理程序之主體從「兩造」變成「三方」，就此而言，「調解人」與「當事人」間亦具有某程度的「調解」味道，且「調解人」必須時刻按照調解進程中雙方之間的實際互動情況對程序進行調整此，因此，對於紛爭兩造當事人可能會於「調解」程序中採用的「溝通模式」，調解人亦必須有所了解，方有促使雙方達成和解並滿足雙方的訴求的可能。

七、第七要素：承諾 (Commitment)

「承諾」是用來回顧第一至四個要素是否均得到滿足的工具，即當雙方當事人的「利益」已明確的瞭解，並就此做出重要性排序，而創造或發現得以滿足這些利益的「方案」，並已根據客觀或公正的「標準」評估案這些方案的可行性，且考慮如無法由這些方案解決爭議時的「其他退路」為何，並再

次確認是否所有的議題皆已得到解決後，即為做出「承諾」的時機（Timing），且紛爭雙方應即以清楚且明確的文字撰擬書面契約，以避免雙方對於達成合意的內容有不同解讀。也就是說，「承諾」就是當調解的某一方對於爭議提出建議方案，並獲得另一方的同意時，即為雙方當事人就此方案達成共識並為同意的合致，此時調解人最重要的工作即是：最後一次為紛爭雙方仔細檢查，是否已涵蓋了所有雙方想解決的問題，以減少將來再產生爭端的可能性。

參、結語

本文參考與「促進式調解」相關之國內外法律、商管、經濟、心理及藝術科學等研究文獻，嘗試勾勒出「促進式調解」兼具「藝術」和「科學」特色的概貌，一位優秀的調解人，包含以下特質：

- （一）必須兼顧調解的「科學」與「藝術」兩大特質、並重「創造共享價值」及「公平分配價值」之兩大核心概念，讓雙方都能夠透過調解程序而獲得利益，而不是只注重自己的利益，並盡可能將「分配型調解」轉為「整合型調解」，並以效率邊界上的協議達成調解結果，如此不但能讓紛爭雙方均透過調解程序而獲利，更能夠使自己的利益最大化。
- （二）應重視並正確處理紛爭各方之關係以朝良性方向發展，以期望能運用互惠原則達成協議，因此紛爭各方關係極

為相當重要，透過自由的資訊交換，開放的交流紛爭各方的利益、能力、關注點，方有創造調解價值得的可能性。

- （三）調解人必須充分瞭解調解的相關理論、程序與策略，並應以貼近爭議雙方當事人之真意主導調解程序中的「溝通」繼續發生，糾紛當事人透過「調解」追求兼具效率、滿意、公平及效果的解決糾紛方案，而調解人則是以貼近爭議雙方當事人之真意主導調解程序中的「溝通」繼續發生，並「說服」衝突雙方以「商議」或「溝通」的方法處理及解決糾紛，而使糾紛處理程序之主體從「兩造」變成「三方」，就此而言，「調解人」與「當事人」間亦具有某程度的「調解」味道，必須時刻按照調解進程中雙方之間的實際互動情況對程序進行調整此，因此，對於紛爭兩造當事人可能會於「調解」程序中採用的「溝通模式」，調解人亦必須有所了解，方有促使雙方達成和解並滿足雙方的訴求的可能。但調解人亦應時刻注意區分他的工作是以一個中立、公正的角色「主導雙方於調解程序中繼續進行『協商』或『溝通』」，間接改變原本存在於糾紛雙方間的力量，至於「主導調解內容與結果」則是糾紛當事人的要務，調解人千萬不要因介入反而「公親變事主」，連自己都成了衝突的一方，而陷入衝突之中。
- （四）調解的終極目標在於得到一個兼具

「效率」、「公平」、「經濟」且「有效果」的結果，無論調解的目的是為了「解決紛爭」或是「達成交易」，調解過程是否有「第三者」的介入，所有參與者（包括紛爭當事人、代理人、調解人等），都應以獲得一個兼具「效率」（盡可能創造價

值且沒有任何價值殘留在調解桌上）、「公平」（對紛爭雙方主觀而言是公平且可接受的）、「經濟」（較快速且省成本）且「效果」（糾紛雙方對於「結果滿意度」高）的結果，做為「促進式調解」的終極目標。