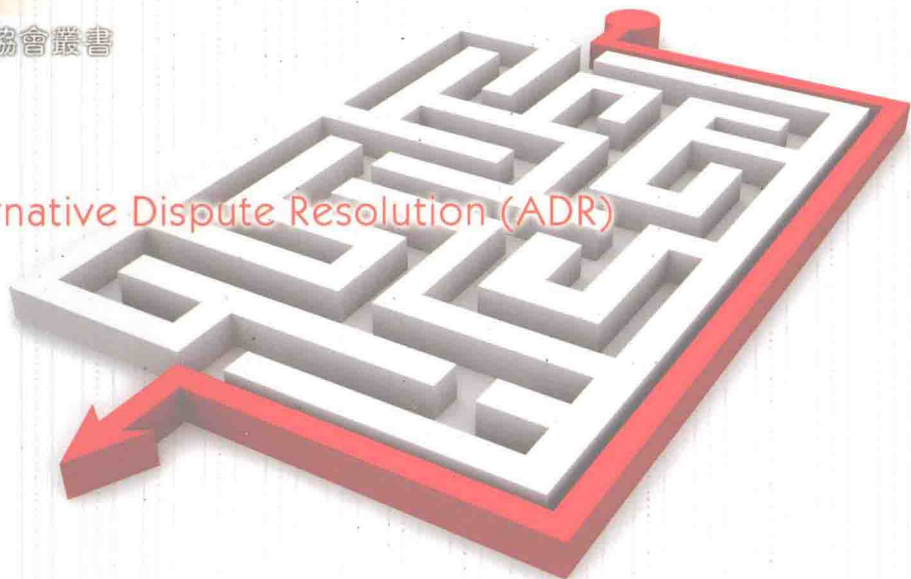


理律法律叢書

中華民國仲裁協會叢書

Alternative Dispute Resolution (ADR)



訴訟宛如迷宮，欲走出迷宮往往費時耗力！

透過訴訟外的紛爭解決機制，給您一條化解爭議的捷徑！

訴訟外紛爭 解決機制

理律法律事務所 著
李念祖 李家慶 主編

三民書局



財團法人理律文教基金會
LEE AND LI FOUNDATION



中華民國仲裁協會

理律法律叢書

中華民國仲裁協會叢書

Alternative Dispute Resolution (ADR)

訴訟宛如迷宮，欲走出迷宮往往費時耗力！
透過訴訟外的紛爭解決機制，給您一條化解爭議的捷徑！

訴訟外紛爭 解決機制

理律法律事務所 著
李念祖 李家慶 主編

 三民書局



財團法人理律文教基金會
LEE AND LI FOUNDATION



中華民國仲裁協會

國家圖書館出版品預行編目資料

訴訟外紛爭解決機制 / 理律法律事務所著. — 初
版一刷. — 臺北市: 三民, 2012

面; 公分. — (理律法律叢書)

ISBN 978-957-14-5633-1 (平裝)

1. 仲裁 2. 文集

586.4807

101000875

◎ 訴訟外紛爭解決機制

著 作 人 理律法律事務所

主 編 李念祖 李家慶

責任編輯 陳亞璇

美術設計 陳宛琳

發 行 人 劉振強

發 行 所 三民書局股份有限公司

地址 臺北市復興北路386號

電話 (02)25006600

郵撥帳號 0009998-5

門 市 部 (復北店) 臺北市復興北路386號

(重南店) 臺北市重慶南路一段61號

出版日期 初版一刷 2012年2月

編 號 S 586100

行政院新聞局登記證局版臺業字第〇二〇〇號

有著作權・不准侵害

ISBN 978-957-14-5633-1 (平裝)

<http://www.sanmin.com.tw> 三民網路書店

※本書如有缺頁、破損或裝訂錯誤，請寄回本公司更換。



理律法律叢書序

1999年夏，理律法律事務所捐助成立財團法人理律文教基金會。理律法律事務所長期致力於社會與文教公益事務，成立基金會，是為了更有系統、有效率，也更專注、持續地將理律的資源運用到公益服務上，這是理律善盡企業社會責任的具體實踐。

理律法律事務所創立於1960年間，在數十年提供專業服務的過程中，深感提倡法治觀念於社會的重要性。法治觀念若未根植，不僅守法精神難以落實，立法闕漏、乃至執法失當，也在所難免。凡此種種，對從事法律工作者而言，不僅增加了業務負擔，也斷傷了法律的理想與尊嚴；就社會而言，法律制度非但未能定紛止爭，甚且成為公義的障礙，毋寧是極大的諷刺。

有鑑於此，本基金會乃以提倡及宣導法治為宗旨，舉辦或贊助法治議題之座談、研討與學術論文，並出版相關之叢書或刊物；在贊助法律人才之養成方面，除了設置獎助學金，贊助法律學生之學習與競賽活動以外，每年並舉辦兩岸「理律盃」校際法律學生模擬法庭辯論賽，結合學生課堂上與實務上的學習，多方面協助推廣法治教育，期能有助於培養法律人才的寬廣視野與專業能力。

在學術界與實務界廣泛投注心力下，法學論著及刊物可謂汗牛充棟，惟社會的演進瞬息萬變，法律議題的新興領域有如雨後春筍，實務變化與特殊案例亦與時俱增，徒生難免有應對維艱梗概之歎，胥賴學術界與實務界本諸學理或經驗攜手共進，分享知識泉源。基於此一認識，本基金會忖將理律法律事務所同仁提供法律服務歸納的心得，加上在法律學院所擔任教席、講授法律課程累積的材料，以及參與法律政策的研究分析，佐以相關法律之最新理論與國際立法趨勢，集腋成裘。此外，理律舉辦或贊助專題研討會的成果，由與會賢達共同編纂之書冊（例如前曾

與政治大學傳播學院定期共同舉辦「傳播與法律」系列研討會，出版一系列傳播法律知識之書籍，先後約有 10 年），亦循適當規劃列入「理律法律叢書」。

理律法律叢書將理律在實務上累積的知識資源提供予有意修習相關課題的讀者參考，並藉此拋磚引玉，邀請法律界先進賜教。深盼假以時日，本基金會的努力對於法治的提昇有所助益。

財團法人理律文教基金會 謹識

2012 年 2 月



推薦序

現在大家都已經習慣了用 Alternative Dispute Resolution 來總括所有訴訟外的紛爭解決機制，alternative 常常被譯為另類、替代等，聽起來已經有點山寨的味道，難道和解、仲裁、調解、爭議審議等，得到的真的只是打折扣的正義？

法律人類學給我們的答案也許剛好相反，紛爭解決的原型機制在所有人類社會都是民間的，訴訟反而較晚發生，而且相當長的時間，國家建立的訴訟程序都只用來處理少數貫徹公權力的案件，一直到某種形式的市場經濟出現，單純紛爭解決機制已經不能滿足市場交易者的需要——除了「止爭」，為了下一次交易風險的排除，最好還有人能「定紛」，也就是由權威人士給個終局確定的「說法」——這件事除了讓國家獨占以外，真的沒有別的办法，司法才躍升為第三權（德文的司法直譯真的就是「說法」：Rechtsprechung）。等到國家開始無所不在的介入社會生活的各個層面，訴訟的定紛功能就更不可或缺了。現在法律人從入行開始，想到的就只是訴訟，學校學的是訴訟法，書店裡長賣的也是訴訟法，讓很多人真的以為法院才是解決紛爭的正途，就難怪法院外的解決開始有山寨的味道了。

這樣的理解當然遠離現實，而且一點也不符合理想。且不說我們認定的法治先進國家，無不存在諸多訴訟外紛爭解決機制，種類和內容都與時俱進，讓國家有限的司法資源儘量只處理少數而能發揮最大外部效益的案件。這些機制不僅存在於訴訟外，而且常常在訴訟法中加上在前端或程序中相互配套的設計。相對於訴訟程序的規格化和為了除錯而存在的反覆性，形式的自由和快速，加上只求不違法而能有效解決紛爭，不一定要有正經八百、顛撲不破的說法，使得這些機制，儘管有時可能要付出比較昂貴的使用對價，卻自始即有可觀的競爭力。現代社會很多

爭議真正關鍵的爭點不在法律，而在工程、理化、會計、醫藥等專業的正確認定，也使得組織和程序上無法充分吸納專業的訴訟程序，未必都能做出更有說服力的判斷。更不要說在法律明顯落後於社會發展，或根本鞭長莫及的領域，這些機制更能起到不只是替代，而已經是主導和鞭策的作用。從國際和兩岸法律不足、不明或不力的區塊，人們如此仰賴這些機制，已可充分說明。因此從人類社會長期的發展來看，訴訟和訴訟外紛爭解決機制的關係，一直是既競爭又合作、此消彼長此長彼消、像麻花一樣糾纏的關係。眼睛只看到一半的法律人，對於法治國家的認識，當然是大大不夠的。

最希望消除這種偏知和偏見的，應該就是被每年大大小小不下三百萬件司法案件壓得透不過氣的司法院。所以當念祖和家慶兩位大律師和老朋友告訴我有這樣的出版計畫，把他們帶領的一群傑出的法律工作者組織起來，很系統而深入的整理了 ADR 的理論，以及我國和亞太地區近年發展出來的相關實務，並要我為這本大書寫序時，我從心裡覺得高興和鼓舞，很希望這樣一本分享經驗、移轉技術的好書，能帶動更多的研究，什麼時候法律書店在訴訟制度的專櫃旁邊，也有一個其他紛爭解決機制的專櫃，我們的法治就更臻成熟了。

司法院副院長

蘇永欽

2012 年 2 月於司法院



理律法律事務所序

人與人之間難免發生衝突或摩擦，有些情況可以因彼此的退讓而解決，然而有些紛爭無法輕易獲得解決，以致於當事人及相關的社會關係都受到影響。良好的紛爭解決制度不但有助於有效解決人與人之間的問題，亦可化戾氣為祥和，提升群體的正向力量。

中國人古諺有云，「訟則兇，和為貴」；西諺對於訴訟的勞心傷財也有「Throw good money after bad」的說法。以往除了訴訟以外，法律制度並未給予當事人太多「謀和」的機制，當事人難免走上對簿公堂、歷經訴訟三級三審的漫漫長路；選擇以訴訟之外的方式「謀和」而達成的解決方案由於欠缺與訴訟相同的判決效力，在沒有公權力的介入保障下，訴訟外紛爭解決制度也就難以有效發展。

隨著訴訟案件大量增加，各級法院的負擔都十分繁重；而近代社會經濟多元發展，爭議的內容日趨複雜，往往涉及各種專業領域，法院對於訴訟的品質與效率，也面臨愈來愈大的挑戰。傳統法學教育的訓練與考試制度的設計，著重於培養法官「適用法律」的一面，卻未必涵蓋法律以外的專業能力，以致於難以期待法院可精準迅速地處理複雜的案件。雖然目前法院已經建立若干特別屬性的分工，例如設置智慧財產法院，然而在設置金融、勞工、工程等專業法庭方面，成效還有待擴大。

法官的任務在於「認事用法」，歐美先進國家的法官大多由具備豐富社會歷練者所擔任，法律理性與其他專業知識結合，以期促成合理妥適的裁判，實踐正義之同時不忘貼近社會理解。相較於此，臺灣目前的法律人大多數是高中畢業即進入法學院，二十幾歲通過考試擔任法官者所在多有。法律學子為準備低錄取率的司法考試，花費大量時間精力於教材背誦，無力關注考試以外的學科，更遑論對非法律學門的涉獵、人文素養的培育、與國際觀的建立。另外，專業分科欠缺整合機制，造成法

律人宏觀不足，甚至於認知、判斷與現實脫節。學門基礎的薄弱、生活經驗的缺乏，非短暫司法官訓練得以補足，大大影響司法威信之建立。

前司法院翁岳生院長十餘年前曾率直地指出司法公信力不能建立的三個主要原因：一、司法改革多非以人民觀點及訴訟當事人的權益為取向；二、司法程序過於複雜冗長，欠缺效率；三、司法人員學養不足。司改大業，固非一蹴可幾，然而人民的權益不該作為司改緩進過程的犧牲品，當法院不足以即時、有效地為人民排難解紛時，除了從根本的法律人教育養成制度、司法人員考試任用，到法院審級設計、法院組織重新定位等等著手改革以外，同時必須著重「訴訟外紛爭解決機制」(Alternative Dispute Resolution, ADR)的建立，讓更多具有彈性或能夠更迅速地處理爭端之機制得到發展，以分擔定紛止爭的功能。

常見的訴訟外紛爭解決機制，包括調解、仲裁，以及工程爭議審議委員會等。我國仲裁法將仲裁判斷視為與法院確定判決具有相同之效力，而得直接作為強制執行名義，實現當事人的法律上權利。至於調解及工程爭議審議委員會等機制，雖然未必具有與法院判決相同的效力，但也是以當事人自治原則（和為貴）為基礎，程序迅速經濟，氣氛亦相對和諧，故也是當事人可以選擇的紛爭解決方式。事實上，無論是調解、仲裁或工程爭議審議委員會，都已經超脫一般訴訟程序的窠臼，認為紛爭解決機制是為了當事人而存在，所以著重於依照不同案件的需求，尋求最合適的紛爭解決途徑。以工程糾紛為例，如以訴訟處理，可能因為承辦法官未具工程技術專業知識，難以迅速掌握爭點而做出即時、妥適的裁決；若提付仲裁或由工程爭議審議委員會處理，由於仲裁人或審議委員多具備工程專業知識或技術背景，經由較訴訟有效率的程序，不但可能迅速掌握爭議的本質而提供適切的解決方案，更重要的是，工程計畫必須持續進行，當事人權利義務與相關法律關係亦不斷變化，爭議一旦獲得即時而適切的解決，使可以避免無謂的對立、建設的延宕與經濟上

的損失。

我國的民事訴訟法、鄉鎮市調解條例以及政府採購法等，均就調解制度有所規範。現行民事訴訟法所定的訴訟上調解制度以擴大法院調解功能為旨，期使辦理調解事件的法院深入民間；其調解機關包括調解法官及調解委員。調解委員重在就爭議具備特殊的專業知識，以掌握癥結而尋求解決方案，至和解有望時報請法官到場。如此以爭議核心領域專業與法律專業相輔相成的機制，應該是很完整有效的。然而，訴訟上調解制度目前推行的成果仍屬有限，還需要法官投以積極的態度，並建立調解委員的人才庫，逐漸獲得人民的信賴，才能發揮預期的功能。

此外，立法於民國 50 年的商務仲裁條例，在民國 87 年全面修訂並更名為仲裁法，數十年來已有相當的基礎。根據仲裁協會的統計，十餘年來以仲裁處理的工程爭議為數不少，部分原因在於早期內政部曾函示各機關於工程合約中納入仲裁約定。然而，近年來政府採購或工程合約中不再納入事先的仲裁約定，顯示政府機關對仲裁制度的信任有所保留，究其原因，或與部分仲裁人的專業表現不無關係。選任適當的仲裁人本非易事，若爭議雙方各自選任的仲裁人有「代理人化」的傾向，仲裁庭所作的判斷即難以服人，而當事人不若訴訟尚有尋求救濟的途徑。因此，政府機關難免對選擇仲裁作為紛爭解決機制降低了意願。此外，在金融、證券、勞資、海事、醫療、智慧財產權等議題方面，訴訟外紛爭解決機制尚未獲得普遍採用。是以吾人在推動訴訟外紛爭解決機制上還有許多努力的空間。

隨著全球化的發展，國際經貿問題引起的跨國爭端解決成為不可避免的課題。訴訟外紛爭解決機制的重要性在跨國商業紛爭尤其明顯，因為跨國紛爭牽涉到外國語言、專業知識、複雜的準據法適用，以及當事人對於當地法院的不信賴等因素，是以訴訟外紛爭解決機制往往是跨國爭端當事人共同的選擇。近五十年來，各國無不致力於發展跨國的訴訟

外紛爭解決機制，許多超國界的機構也相繼成立，以提供相關資源。例如：國際商會 (International Chamber of Commerce)、香港國際仲裁中心 (Hong Kong International Arbitration Center)、新加坡國際仲裁中心 (Singapore International Arbitration Center)、中國國際經濟貿易仲裁委員會 (China International Economic and Trade Arbitration Commission)，以及中華民國仲裁協會 (The Arbitration Association of Republic of China) 等。

隨著兩岸先後加入世界貿易組織，兩岸經貿往來愈趨蓬勃。2009 年 6 月簽署「海峽兩岸經濟合作架構協議」 (Economic Cooperation Framework Agreement, ECFA) 後，臺灣與大陸的經濟體更加緊密結合。在海峽兩岸關係邁入新里程碑的同時，如何有效保障兩岸人民的投資權益，實屬不可輕忽的課題。面對未來兩岸的投資與貿易紛爭，考量到兩岸之特殊環境，應該以超越傳統之宏觀思維，採行具有效力且符合兩岸需求的紛爭解決機制，尤其是仲裁與調解，如能運用及發揮得宜，不僅可消極地排解兩岸間的民商糾紛，更有助於促進法治體系的成熟。

本書由具有豐富經驗的理律法律事務所同仁執筆，涵括涉及各專業領域的訴訟外紛爭解決機制議題，例如：資本市場、銀行、公司投資、併購、勞工、稅務、醫藥、政府契約、專利權、商標權、著作權等，期可就教於各界，俾對推動訴訟外紛爭解決機制略盡心力。

理律法律事務所所長

陳晨文

2012 年 2 月



中華民國仲裁協會序

孔子說過，「聽訟，吾猶人也；必也使無訟乎？」「必也使無訟」，正是本書的主題。當事人若能自行和解，自可無訟；有中人為之緩頰，扮演魯仲連，當然也可避免訟爭；若是由雙方商定的第三人出面裁斷是非，省卻對簿公堂的麻煩，也不失為「必也使無訟」的方法。簡而言之，法律存在之目的，係為有效解決人與人間所生之紛爭，提供更為良善健全之社會制度。而紛爭之解決，無論是否採取強制性的紛爭解決機制，並不以法院訴訟為必要，而尚有多種訴訟外紛爭解決機制的選擇。這不但是國際發展之潮流，在臺灣也已是逐漸成熟的觀念。紛爭愈趨複雜的今日，體認訴訟外紛爭解決機制的關鍵角色，當是臺灣積極參與國際社會、提升企業競爭力的藍海策略。

法律服務的天職，是要協助當事人解決紛爭，而非為當事人製造紛爭。鼓勵當事人息訟止爭，更是司法倫理的要項；如果有其他的方法可以解決爭端，而不必走進法院，包括律師在內的法律實務工作者自有責任為當事人提供建議，這也正是理律文教基金會與本協會共同出版此書的立意所在。本書介紹各種訴訟外紛爭解決機制，包括調解、仲裁、爭議審議委員會等，均是本會長期推動的工作，本協會所處理之仲裁案件，包括工程、金融、證券、海商、勞資、醫療、智慧財產權等，莫不有其特色存在，且類型相當廣泛，除了辦理各種爭議類型之仲裁案件外，本協會另設有調解中心，以處理爭議調解之案件，並辦理調解人之訓練。此外，本協會亦成立爭議審議委員會 (DRB) 協助當事人及時處理工程契約爭議，惟目前國內尚無實踐，有待推廣。

本書之付梓，要感謝理律法律事務所的許多同仁透過理律文教基金會的贊助推廣公益，結合了學說理論及豐富之實務經驗，持續撰寫與訴訟外紛爭解決機制相關的文章，終能彙編成冊，以饗讀者。當然也要感

謝理律文教基金會在本協會未提供任何經費資源之情形下，同意將本書亦列為本協會之叢書，本協會特此表示敬忱。

中華民國仲裁協會理事長



2012 年 2 月

作者學經歷簡介

主編 李念祖

學歷：哈佛大學法學碩士、臺灣大學法學碩士、東吳大學法學士

資格：中華民國仲裁協會仲裁人、英國仲裁人協會仲裁人、中國國際經濟貿易仲裁委員會仲裁員、香港國際仲裁協會仲裁員、香港國際仲裁中心亞洲域名爭議解決中心委員、行政院勞工委員會勞資爭議仲裁委員會委員

經歷：中華民國仲裁協會理事長、臺北律師公會理事長、東吳大學法研所、臺灣大學政研所兼任教授、Contemporary Asia Arbitration Journal Senior Editorial Committee Member、中華民國憲法學秘書長、財團法人民間司法改革基金會董事

主編 李家慶

學歷：政治大學法學碩士、政治大學法學士

資格：中華民國仲裁協會仲裁人、中國國際經濟貿易仲裁委員會仲裁員、北京仲裁委員會仲裁員

經歷：行政院工程會法規會及訴願會委員、臺北律師公會理事長、中華民國律師公會全國聯合會理事及秘書長、律師研習所執行長、中華民國仲裁協會工程仲裁委員會主任委員、交大科法所及東吳大學兼任助理教授、講師

王寶玲

學歷：美國哥倫比亞大學法學碩士、臺灣大學法學士

資格：中華民國律師、美國紐約州律師、中華民國仲裁協會仲裁人

經歷：內政部營建署污水下水道建設推動委員會委員、臺北市政府促進民間參與公共建設推動委員會委員、臺北醫學大學教師申訴評議委員會委員

曲以文

資格：澳洲律師、澳洲醫師

余天琦

學歷：英國倫敦大學國王學院法學碩士、政治大學法學士

資格：中華民國律師

李紀宏

學歷：北京清華大學法學博士候選人、美國西北大學法學碩士暨凱洛格管理學院結業、美國康乃狄克大學保險法學碩士

資格：美國芝加哥地方法院暨芝加哥爭端解決中心 (Center for Conflict Resolution, Chicago) 調解人、中華民國仲裁協會爭議調解中心調解人

經歷：中華民國仲裁協會爭議調解中心副執行長、中國文化大學法律系兼任講師

李俊瑩

學歷：美國南加州大學法學碩士、臺灣大學法律研究所民商法組碩士、臺灣大學法學士

資格：中華民國律師、中華民國仲裁協會仲裁人、新北市政府勞資爭議調解委員、勞資爭議仲裁委員、勞資爭議主任仲裁委員、勞資爭議仲裁人、臺北市政府勞資爭議仲裁委員

林 瑤

學歷：美國哥倫比亞大學法學碩士、東吳大學法學碩士、臺灣大學法學士

資格：臺北律師公會會員、美國紐約州律師、中華民國仲裁協會仲裁人、中華民國仲裁協會調解中心調解人、新加坡調解中心助理調解人

經歷：中華民國律師公會全國聯合會副秘書長、臺北律師公會理事、臺北律師公會國際事務委員會主任委員、臺北律師公會訴訟外爭端處理業務委員會主任委員、臺北市政府採購申訴審議委員會諮詢委員、世新大學法律系講師、東吳大學法律系講師

涂榆政

學歷：紐約市立大學刑事司法學碩士、輔仁大學法學士

資格：中華民國律師、中華民國仲裁協會仲裁人

經歷：臺中市政府採購申訴審議委員會委員

梅芳琪

學歷：臺灣大學法學士

資格：中華民國律師、中華民國仲裁協會仲裁人

經歷：臺北市政府法規委員會諮詢委員

莊惠萍

學歷：臺灣大學法律研究所民商事法組碩士、臺灣大學法律學士

資格：中華民國律師、專利代理人

張朝棟

學歷：東吳大學法學碩士、政治大學法學士

資格：中華民國律師、中華民國仲裁協會仲裁人

經歷：行政院公營事業民營化監督與諮詢委員會委員、臺北／新竹／臺中律師公會會員、專利代理人、財團法人中華電信基金會董事

陳仕振

學歷：東吳大學法律學研究所碩士、臺灣大學獸醫學士

資格：中華民國律師、獸醫師、專利代理人、中華民國仲裁協會仲裁人

經歷：法律扶助基金會臺北分會審查委員會委員

陳緯人

學歷：臺灣大學法律研究所民商法組碩士、臺灣大學法學士

資格：中華民國律師、專利代理人

黃欣欣

學歷：英國倫敦大學國王學院法學碩士、東吳大學法學碩士、臺灣大學法學士

資格：中華民國律師

經歷：臺北市政府採購申訴審議委員會委員

蔡步青

學歷：北京大學法學博士候選人（國際經濟法方向）、臺灣大學國家發展研究所法學碩士、中正大學法學士

資格：中華民國律師、中華人民共和國司法考試及格

經歷：真理大學兼任講師、臺灣綜合研究院兼任助理研究員

蔡東賢

學歷：東吳大學法學碩士、臺灣大學法學士、美國亞太法學院進修

資格：中華民國律師、中華民國仲裁協會仲裁人、高雄律師公會監事

經歷：高雄律師公會全聯會代表、理事、泛太平洋律師協會 (Inter-Pacific Bar Association) 海事法委員 2002~2004 年主席、高雄／臺南／基隆／臺北／律師公會會員、專利師

蔡瑞森

學歷：美國康乃爾大學法學碩士、臺灣大學法學士

資格：中華民國律師、中華民國專利師、中華民國專利代理人、中華民國仲裁協會仲裁人

經歷：交通大學科技法律研究所兼任助理教授、臺北律師公會資訊及著作權法委員會主任委員、中華民國全國工業總會智慧財產權委員會委員、司法院智慧財產法院籌劃小組諮詢委員

蕭偉松

學歷：東吳大學法律專業碩士班碩士、臺大土木工程研究所碩士、臺大土木工程學士

資格：中華民國律師、土木技師、中華民國仲裁協會仲裁人

經歷：臺北市政府訴願委員、臺北律師公會工程法律委員會主任委員、臺灣工程法學會理事

* 以上順序係依姓名筆劃排序