論調解的主要障礙與排除方法

文／陳賜良

壹 前言

自從民國 106 年司法院正式宣示擴大 ADR[1]利用之後[2]，近期司法院又繼續推動調解基本法，最高法院也建立了有史以來協助民眾和諧解決紛爭的調解機制。在這之前，法院的民事調解更早已行之數十年，之後有家事事件法正式將調解納入家事事件紛爭訴訟之外的另一種解決紛爭模式。109 年國人期待已久的勞動事件法正式施行，也利用了強制調解的模式協助民眾解決紛爭，而勞動事件紛爭的解決，更早在勞動事件法施行前的數十年已開始利用調解，俾協助勞資雙方和諧解決紛爭，提高國家生產力。另外解決醫病雙方醫療相關爭議的法令－醫療事故預防及爭議處理法的強制調解，現也正在立法院審議當中。由此可見不久的將來，調解將成為我國社會及法院協助民眾解決紛爭最重要體制化的解決機制之一，甚至將成為國人解決紛爭的主要模式。

在美國根據統計，進入審判訴訟程序的民事案件只有 0.2-5%，而刑事案件較高也僅有 10%，也就是在美國不論是刑事與民事案件 90% 到 98% 都不是利用訴訟模式解決，而是利用 ADR 解決[3]。我國根據司法院的統計，全國各地方法院 108 年民事新收案件為 2561185 件，調解件數為 164980 件，全國調解成功率為 48.46%，足見國人解決紛爭的模式尚處於以利用訴訟為主的階段，但我們仍期待在司法院如此積極努力推動下，以 ADR 解決紛爭的趨勢也可以在台灣實現。

調解是 ADR 的紛爭解決程序方法之一，更是被利用最廣的紛爭解決程序方法，調解在世界各國及我國內既然被廣泛利用，我們期待調解的品質以及成功率不斷地提升，以提高民眾改變解決紛爭的模式且更有意願利用調解，並避免大量已利用調解解決的紛爭因為調解沒有成功以致於案件又再次湧進法院，除浪費司法資源外也延滯了當事人實現公平正義的時間引來抱怨，更將降低國人利用調解解決紛爭的意願，故有必要就如何提升調解品質及研究調解過程中所發生的種種障礙予以排除，才能讓調解品質與成功率提升，發揮 ADR 的功能。

調解是以紛爭當事人是理性的為基礎，然後進行利弊得失的分析或經由程序轉化讓當事人透過理性的思考，合作探討出最有利於彼此利益的方案解決問題，因此當事人無法作理性思考的紛爭並不適合利用調解解決。但縱使是理性的人，往往仍存在著人性權力與掌控的慾望、情緒的作用以及心理偏見等影響人們決定的因素。紛爭當事人的行為，尤其在調解過程中所做的決定更深受上述慾望、情緒及各種心理偏見因素所驅使或影響。

調解中常發生最主要的障礙有 3 大類：（1）人們自然流露的情緒障礙，（2）人們在解決紛爭作決定過程中因心理偏見而生的障礙，（3）因錯用紛爭解決方法，即利用權力解決紛爭的障礙。本文將這 3 種障礙分別稱之為「情緒的障礙及作成決定過程心理偏見障礙、權力遊戲的障礙」。本文就此等障礙及解決方法予以論述。

貳 情緒的障礙與排除

情緒是一種力量，它無時無刻都在，而且讓人難以駕馭（Roger Fisher and Daniel Shapiro, Beyond Reason 2005）。當情緒出現在紛爭解決程序時，它會變成影響紛爭是否和諧解決的重要因素。

情緒是「一種症狀，這種症狀是一種無法定義其本質的普通綜合症候群的反應」[4]，這些症候群包括明顯臉部的表情、獨特的主觀感覺、被激發出來一系列的生理反應模式、並且將促使人們做一些行為反應。情緒症狀通常伴隨著特殊的臉部表情以及獨特的主觀感覺，並促使人準備進行一系列的反擊動作。脫離情緒的掌控甚難辦到，我們不僅可以想像情緒的存在，也同時感受到它確實存在，更具體的說：「當某個人做了或說了某件對你重要的事時，你的情緒會伴隨著思考、身體及生理同時起變化而希望可以做些反應」。這些情緒不論是無聊、興奮、害怕、悲傷、驚訝、厭惡、疑惑、興趣或鄉愁等等，它對我們的影響終將是無法避免的[5]。

一、引起情緒的原因

引起情緒的原因種類繁多，其中有我們自身神經、生理及基因所引起的情緒。紛爭解決過程中的情境也會促使情緒產生，例如初次解決紛爭的生手會感到焦慮與緊張，若又處在陌生的環境更會有不安全感；自身的感受與想法也可能引起情緒的反應。對對方行為或態度的想法，也是促使情緒產生的原因。思考這些引起情緒的各種變數，有利於對變數隨時做處置，並進而消除或掌握並利用。

二、情緒對我們的影響

情緒可能會讓人轉移真正的問題焦點、破壞關係，但利用得宜則可以讓雙方當事人容易達成實質的協議、建立良好的關係。

單純把情緒與問題切割並無法解決問題，因情緒往往會不知不覺的再次出現，且以負面的方式再現。人們無法聽進去對方的意思，通常是不懂得如何表現自己的情緒。如果無法將自己的情緒感覺說出來，會阻礙傾聽的能力，當自己感覺未被理解時，通常也會不想或無法瞭解別人，這就是情緒未解決產生的嚴重結果。把情緒與問題區隔，雖是解決問題的好方法，但當情緒才是真正的問題時，若不先將情緒問題解決，問題將永遠存在。

情緒對認知也會產生影響，在挫折時想法會較為負面，快樂時想法就會較正向，強烈的情緒也會造成思維與視野的狹隘（tunnel vision）。

三、情緒對紛爭解決的功能

當事人在紛爭解決的過程中，期待可達成的目的基本上有兩種，一是感情上的滿足（affective satisfaction），即是在過程中的感覺是否良好，另一則是實質上的滿足（instrumental satisfaction），就是解決的結果是否符合當事人的期待[6]。如果將情緒區分為正向的情緒與負面的情緒，正向的情緒可幫助當事人完成上述兩項目的，負面的情緒則剛好相反。如何處理負面的情緒將影響紛爭解決過程中的情感滿意度，例如夫妻之間若有下面 4 種行為：批評對方人格、輕蔑的態度、反擊的行為、利用技巧閃躲對方的態度，會促使負面情緒產生，若未妥善處理，久而久之恐造成夫妻雙方離婚。也就是負面的情緒如果不加以妥善處理，將影響紛爭解決過程中雙方當事人的感情滿意度[7]。

情緒也會影響當事人實質上的滿意期待。善用負面情緒有時對當事人的實質滿意期待會有好的結果，例如在只有一次交易且屬分配利益無需維持彼此關係的情形、非輸即贏（zero-sum trading）的交易、對方可選擇的退路（BATNA - best alternative to a negotiated agreement）較弱的情形，當事人若利用負面的情緒會得到較好的協商結果[8]。但這卻有相當大的風險，因此在紛爭解決上並不被視為是一種明智的策略。除了上述不良影響外，負面的情緒更會產生重大的不良作用，最主要的是會阻礙思慮，並引來對方相同的負面情緒對應，因為情緒是會感染的，思慮一旦被阻礙加上雙方以負面的情緒跟態度互相對待，惡性循環的結果必然讓紛爭無法解決。故絕大部分可以和諧圓滿解決彼此紛爭的案例，多來自於雙方收斂負面的情緒並且營造正面的和諧情緒。

四、消除自己與對方負面情緒的原則

解脫情緒束縛的方法就是充分瞭解自己的情緒或感覺是什麼？然後與自身情緒溝通後，決定是否將之表現出來。消除對方負面情緒的方法就是做有建設性的行動，這些行動就是對對方表示感激及尊重對方的自主[9]。

受感激是人主要的需求之一，因每個人都希望被理解、肯定、聲音被聽見。一旦人感受到真誠的感激，他們將更可能合作而不會有敵意產生。

當人的自主受侵犯時會有負面的情緒反應，因此不論能力或權力如何強大，任何時候向對方尋求建議或請其提供方案，都是對彼此有利的舉動。隨時諮詢對方的意見會讓對方有受尊重的感受而容易消弭其負面的情緒。

（文轉三版）

註釋

1 關於 ADR 的定義，通常將之著重在衝突解決方法或程序的目的，若其程序或方法的目的有一種或多種的功能是可以增進當事人的關係、避免訴訟的耗時耗費、可疏減訟源、對當事人間的衝突解決具更有效或更有建設性的助益、衝突的解決有益於促進社區的介入或者可增進程序正義者，都可將之歸為 ADR。更詳細的 ADR 意義資料可參閱 Dictionary of conflict resolution 或參閱 Nancy F. Atlas 等著 Alternative Dispute Resolution, 2000 American Bar Association USA。ADR 在美國實務上的應用相當廣泛，學校、社區、機關、團體等到處均可見 ADR 相關組織或機構的建制存在，這些機構有時候也執行法院移付或交付的 ADR 程序任務。司法制度上已漸將 ADR 法制化，如 1998 年柯林頓總統所簽署的 ADR 法案（Alternative Dispute Resolution Act），便要求美國聯邦的 94 個區法院（district court）所有的民事案件，甚至包括對立性極強的破產程序（bankruptcy），幾乎少有例外的必須提供 ADR 程序供利用；美國「約 98% 的聯邦法院民事案件，均利用非法庭訴訟的程序即 ADR 解決，而各州的民事案件也高達 85% 是利用非法庭訴訟的程序解決」，請參閱 http://www.law.uoregon.edu.aba/。美國許多民間的商業組織、貿易團體及特別的機構，也都為了因應其個別的需求，而創造或訂定出其特有的 ADR 程序以解決其間的紛爭。在刑事方面，由於 ADR 的注入法學領域，改變刑事法對犯罪本質的重新思考，ADR 也被極廣泛的利用，諸如修復正義程序中經常被利用的幾種程序，像是被害人與侵犯者的調解（victim and offender mediation 簡稱 VOM）、家族成員會議（family group conference 簡稱 FGC），以及社區調解（community mediation）等均是。犯罪的處刑主導權已經不全部在法官。ADR 讓法官更有彈性的可依案件的性質，決定最好的處遇方式或程序，對當事人、法院、社會及國家都是好事。

2 司法周刊 106 年 3 月 3 日第 1839 期第 1 版。

3 STUDY MATERIALS, SC56 ALI-ABA 265-267，或請參閱網址：https://lawshelf.com/shortvideoscontentview/introduction-to-alternative-dispute-resolution/

4 Michael L. Moffitt, and Robert C. Bordone, The Handbook of Dispute Resolution. p.67, San Francisco: Jossey-Bass, 2005.

5 同上註 p.68.

6 同上註 pp.70-71.

7 同上註 p.72.

植根法律 劃撥帳號：07929998 戶名：植根雜誌社有限公司 TEL:(02)2707-2848 FAX:(02)2708-4428 黃茂榮 著作 定價 900 元 訂購未滿 請自付郵 植根法律書 JUDICIAL 司法 訂閱辦法 本刊每 全年 費用新臺 如蒙 請郵政 帳 5005 帳 司法院

法律網
的最佳平台
法學方法與現代民法
增訂七版）二刷
1000元者
贈 65 元
書城熱賣中
WEEKLY
周刊
閱出刊
訂閱
幣400元
訂 閱
劃撥
號
4377
戶
司法周刊

（文接二版）

五、營造正面的和諧情緒的原則

正面的情緒是可以自己創造的，建立連結關係可讓彼此更易合作且更正向。連結關係有兩個層面，其一是社會的連結結構，例如雙方是校友或同鄉會會友。另外一層就是個人的事物或嗜好，例如對方喜歡下棋，或彼此有共同的運動嗜好。

處理對方憤怒的方法如下：

走入對方並同意分責、瞭解憤怒的原因、展現同理心、必要時保持沈默，無須心生恐懼，以寬闊心胸展現友誼應對，因為他們是在為自己爭權利而不是在對你吼叫。

總而言之，要消弭負面情緒並營造正向的情緒，調解人及雙方當事人可以朝以下 6 個原則進行：

1. 程序過程中及對對方的作為，均持續地展現感激的態度應對。
2. 與對方建立連結關聯。
3. 務必尊重彼此的自主。
4. 尊重彼此的角色與地位，讓彼此都可發揮其角色與地位應有的功能。
5. 對雙方自認為彼此互動關係的自主形象（relational identity）務必尊重。因為我們會出現情緒，並不只是單純對某種特定行為或情境的一種行為反應而已，通常是在傳達一種我們所期待的價值，即是期待對方應如何對待我們，例如對方對我們的人格、意見或經濟狀況是否有輕蔑鄙視的感覺，或以尊重的態度來應對[10]。
6. 調解人分隔雙方有助於處理情緒問題，必要時則可與其中一方單獨溝通以教導他如何表達情緒。

參 作成決定過程的心理偏見（decision perspective bias）障礙與排除

偏見會影響決定，因此「在作成決定的過程，當事人除了要預測對方可能的行為反應之外，更應該瞭解自身所存在的偏見盲點，並且予以矯正才能讓我們解決問題達到更圓滿的結果」，這個障礙的理論觀點來自於學者 Howard Raiffa 1982 年的論點，他認為：我們與其將紛爭解決談判上的對手認為都是理性的，還不如就對手的行為模式做一種詳細的研究。紛爭當事人需要的不只是應如何採取理性策略的建議，更需要可以預測對方行為模式的方法，以及指導他們如何矯正本身作成決定過程偏見的方法。

根據上述的前提，學者 M. H. Bazerman 及 M. A. Neale 提出當事人之所以會偏離理性來作決定的原因，這些原因就是造成談判雙方或者是紛爭當事人無法圓滿達成協議及和解的重要障礙。

這些令人們產生偏見進而構成障礙的心理原因及解決方法如下[11]：

一、陷在固定且有限利益的迷思（The mythical fixed pie）：

人們一直都有許多迷思，通常會阻礙思考方向讓人們陷在框架中。當事人一旦坐在調解桌時，他們通常設定自己的任務就是在瓜分一個固定且有限的資源與利益的競爭，這也就是陷在固定且有限利益的迷思心態。這種心態通常是來自於日常生活所經歷的各種競爭習慣所致，然而實際上絕大多數的紛爭都不是一種純粹有限利益的分配而已，畢竟那只是少數。但這種心態卻會讓紛爭當事人不重視對方所做的退讓，看不到彼此有許多可以交換的互利情形存在。

要解決這種心態障礙，雙方應先建立互信、分享彼此的資訊；清楚且誠懇地表達彼此所在乎的需求，是最直接可以讓雙方創造共同利益的方法。第二步，雙方可以提出有意義的問題，仔細的傾聽，以及提問後演繹出新的資訊是非常重要的。第三步，雙方可以同時提出多樣的交換條件。在彼此大致上都有共識之後，最後可再尋求是否有讓彼此更互利的情形存在。

二、自我中心主義（egocentrism）也稱作自利性偏差（self-serving）：

人通常會對自己的作為或應該獲得的，有較高評價與期待。譬如我們會將自己的成功歸因為自己能力強，自己的失敗歸因為環境不好，對別人則相反。因此當事人會輕忽對方有價值與較有利的優勢。自利性的偏差讓當事人認為自己應該要獲得比對方多，縱使中立第三人中肯的建議也很難讓當事人接受。當自利性偏差主導了當事人，雙方便很難一起合作創造共利。

對自利性偏差的障礙我們可以利用無知之幕（veil of ignorance），讓當事人嘗試作決定解決之，也就是讓當事人處在一種假使他與本件紛爭都沒有任何關聯，就其中的細節也無所知時，他們會作如何的決定？

另外一種可以降低自利性偏差的方法，就是從頭到尾鉅細靡遺的檢視對方所有一切觀點，當事人即可較清楚看清自己並作較正確的決定。

三、過度的自信（overconfidence）：

過度自信與自利性偏差有相似的心理因素。過度自信將導致不切實際的期待，難以脫離當事人原先所設的既定目標，故對於如何解決紛爭便失去彈性，簡而言之，過分自信將不利所有必須作決定的環境[12]。解決過分自信的方法就是客觀標準的利用以及中立客觀第三人的建議，另外可以使用的方法包括協助當事人仔細緊密的觀察自己的錯誤。

四、為達目的投入成本加劇累積的障礙（escalation of commitment）：

不論是勞資紛爭的罷工行為或一樁監護權的爭執，在爭鬥開始前，雙方必然已選擇了既定行動，並按照行動計畫無止境的投入巨大成本，以期達到目的。當事人成為這些成本負擔受害者的原因為：（1）雙方將紛爭視為一種競爭，甚至是你死我活的格鬥，因此他們會盲目不惜一切的投入達到目的的成本。（2）雙方在爭鬥之初就信誓旦旦地表明自己將如何作為，之後即使退讓對他們有利，基於面子以及為了贏回之前投入的成本，他們仍不可能退讓。（3）忽視對方的有利地位，如此便讓自己很公然的樂觀會贏對方，會更積極的投入自己既定的行動而不會妥協。（4）沈陷並執著已經投入的巨大成本，故很難回頭。

要讓當事人脫離受已投入龐大成本負擔拖累，可以利用：審慎考慮對方的地位優勢、勸解當事人拋棄已投入沉重的成本、尋求當事人以外較客觀第三者的分析協助以緩解上述沈陷。

五、過於重視眼前可見而且鮮明的利益資訊，忽視長遠的各種更有價值的未來利益訊息（overweighting vividness）：

眼前可見的，會較未來尚未可知的利益資訊容易吸引注意力，一對爭奪子女監護權的夫妻，在爭奪當時他們只看到有了監護權可以與子女朝夕相處享受親子之樂的當下資訊，但卻忽略了子女的長遠幸福，因為那是屬於較不易預見的未來資訊。

解決方法是讓當事人明白，眼前他們認為較有利的資訊同樣會讓人們產生一種偏見，應該用正面存疑的態度去檢驗它。另外當事人於調解前的事前演練準備，有助於看清事實，避免眼前明顯有利資訊的誘惑，因此調解前的會前會也有助此種障礙的排除。

六、錯誤地過於專注在自己想要達成的目的上（errors in focus）：

此稱之為「過於聚焦產生的錯覺」，即生活中的事物並沒有如自己想像的重要，而是人們把焦點專注在所思考的事物上，因而覺得這些事物對自己而言是重要的。當事人作決定時都會有一種傾向，只會在意現有的相關資訊，卻忽略了其他看不到但同等重要的相關資訊。因此調解桌上雙方協商的議題，有可能讓當事人產生過於聚焦的錯誤現象，這就是當事人為何經常抓著自己想要的東西不放手的重要原因之一。

破除當事人「過於聚焦產生的錯覺」的方法：（1）讓當事人明白如此做會讓更重要的需求，成為過度聚焦需求的犧牲品。（2）讓當事人放鬆心情考慮長遠的決定，退讓或達成和解是明智之舉。（3）讓雙方清楚每個人的視野都有所侷限，要拓展視野就是與更多人審慎思考與討論，並盡量接近對方的見解。當事人應瞭解創新的互易須在雙方都敞開心胸、共同討論互利的議題才有可能。

肆 權力遊戲的障礙與排除

調解是雙方合作解決紛爭的程序，也是非拘束型的紛爭解決方法，更是溝通與談判，有學者稱之為「第三者監督與協助的談判」。在調解程序中，當事人雙方、代理人律師及調解人，都是在進行一場談判以達目的[13]，一旦當事人間有紛爭，權力的運用通常會隨之而來[14]，期利用權力解決紛爭為自己帶來較有利的結果。權力的利用又可分為 4 個面向，即權力壓制（power over）、權力分享（power with）、全無權力的依附（powerlessness and dependence）及獨立的賦權（empowered and independence）[15]，當事人陷在紛爭當中，通常會錯用權力，使問題的解決陷入一場所謂的權力遊戲，即利用權力壓制（power over），以「權力遊戲的談判態度」來解決問題— 一方威脅或強制對方，然後對方做出反擊，這種態度常令調解程序破局。調解時遇此情形應有的作為是[16]：

（一）讓當事人知道，與其使用權力壓制，不如使用你的權力去教育對方，讓對方知道他獲勝的唯一方法就是讓雙方的需求都得到滿足，即和諧解決的益處。

（二）讓當事人知道，無法和諧解決的嚴重性與代價，明白自己的行為會引起對方如何的反應。

（三）提出善意提醒的建議，但不要用威脅的口語。

（四）請當事人提出其他有利選項（BATNA）[17]讓對方知道，但避免使用刺激的語氣。

（五）中性化一切攻擊作為。

伍 結語

調解是一種紛爭解決程序，在程序中當事人不免有許多障礙，雖產生的原因有所不同，如能跨越障礙終能圓滿和諧解決紛爭。當局者迷，因此調解人更須明白當事人間存在哪些障礙，才能協助他們破除障礙達成和解。

調解的品質與成功率是民眾是否有意願利用調解的兩項最重要因素，兩者缺一都將讓民眾對調解失去信心。提升調解品質及成功率，重點在於如何克服各種障礙。期待本文有助各類利用調解解決紛爭機制成功率的提高，增進國人利用 ADR 解決紛爭的意願，俾疏減訟源，促進社會和諧。

（作者為律師）

註釋

8 同上註 pp.73-74.
9 Roger Fisher and Daniel Shapiro, Beyond Reason, pp.25-51, 72-93, Penguin Group (USA), 2005.
10 同註 8, pp.77-78.
11 同註 8, p.53.
12 同註 8, p.57.
13 David A. Hoffman. Mediation: A practice guide for Mediators, Lawyers, and Other Professionals, P.2-2. Massachusetts Continuing Legal Education, Inc. 2013.
14 Deutsch, Morton and Coleman, Peter T. The Handbook of Conflict Resolution, p.108. San Francisco: Jossey-Bass, 2000.
15 同上註 p.110.
16 William Ury, Getting past NO, p.105, Bantam Dell, 1993.
17 同註 4, pp.97-102.