

行政院國家科學委員會專題研究計畫 成果報告

「裁判外紛爭解決制度與法之支配」之研究

計畫類別：個別型計畫

計畫編號：NSC93-2414-H-004-051-

執行期間：93年08月01日至94年07月31日

執行單位：國立政治大學法律學系

計畫主持人：劉宗德

報告類型：精簡報告

處理方式：本計畫可公開查詢

中 華 民 國 94 年 10 月 31 日

# 行政院國家科學委員會補助專題研究計畫成果報告

計畫題目：「裁判外紛爭解決制度與法之支配」之研究

計畫類別： 個別型計畫       整合型計畫

計畫編號：NSC 93-2414-H-004-051-

執行期間： 93 年 08 月 01 日至 94 年 07 月 31 日

計畫主持人：劉宗德

成果報告類型：精簡報告

處理方式：本計畫可公開查詢

中 華 民 國 94 年 10 月 31 日



# 摘要

## 中文摘要

關鍵詞：裁判外紛爭解決制度(Alternative Dispute Resolution, ADR)、法之支配(rule of law)、訴訟、完整無漏洞而有實效之權利保護途徑、監察使(Ombudsman)、仲裁、調解、調停

健全發展的人類社會，不在於沒有紛爭，而在於能提供最適當之紛爭解決途徑。如同完整無漏洞而有實效之權利保護途徑，為法治國家之保證般，多元而最適的紛爭解決途徑，亦為健全社會之基礎。因此，世界各國莫不提供各種正式或非正式之紛爭解決途徑，以供其人民選擇運用。其中，除經由法院以審判方式解決紛爭之訴訟途徑外，其餘可統稱為「裁判外紛爭解決制度」(Alternative Dispute Resolution)。

在法學研究領域中，學者對於上開各種正式或非正式紛爭解決途徑，多集中心力於訴訟制度，至於其他例如仲裁、調解、訴訟上和解、陳情、監察使(Ombudsman)等主要的法定紛爭解決途徑，雖亦有所涉及，惟相對於訴訟制度言，多居於訴訟之從屬地位，而少有將之並列為整體紛爭解決制度之一環，並自整體觀點適切檢討各項紛爭解決途徑之功能與關聯者。甚至對於法定紛爭解決途徑以外之其他紛爭解決途徑，例如各種民間調停、斡旋、協商、苦情處理、心理諮商等雙邊或單邊紛爭解決制度，更是向少為法律學者所關注。

鑑於上述裁判外紛爭解決途徑，不僅具有補充訴訟制度之缺失與疏減訟源之作用，因其具有各種優於訴訟制度之功能，例如便宜、迅速、彈性、合意、私密等特性，無論在理論上或事實上，多數紛爭均係經由此一裁判外紛爭解決途徑獲得解決。此點，於面臨多元化社會，更顯示此一紛爭解決途徑在扮演定紛止爭及穩定社會秩序角色上之重要性。因此，對此類紛爭解決途徑進行體系化研究，即有其重要性與實用性。

有鑑於此，吾人即擬於法學觀點，檢討當前既存之各種裁判外紛爭解決制度之特色與功能，並在「紛爭解決」目的下，針對各種裁判與裁判外紛爭解決制度予以體系化整理，除提供一個學問檢討框架外，並嘗試分析、安排各式各樣紛爭解決途徑之關聯性，使各該紛爭解決制度不再為孤立的單一機制，而係彼此緊密聯繫形成一種動態紛爭解決網絡。

## 英文摘要

A well-developed society must provide the most appropriate mechanism to resolve disputes. Also, the ideal of “Rule of Law” includes a comprehensive and effective remedial mechanism for protection of rights. Therefore, a multi-faceted

optimal mechanism of dispute resolution is the foundation of society. Accordingly, most countries provide various sorts of dispute resolution mechanisms, formal or informal, for their citizens. In addition to the formal judiciary, the rest of those mechanisms could be called as “Alternative Dispute Resolution” (ADR).

Legal circles pay much attention to the judiciary, but largely underemphasize the other formal dispute resolution mechanisms such as arbitration, negotiation, settlement in judicial process, complaint, Ombudsman and so forth, despite their formal legal status and significant practical functions. As for the more informal mechanisms like grievance or consultation, the legal academics regrettably neglect them more.

Nevertheless, ADR not only supplement the judicial system, but also has a number of advantages over the judiciary, such as cost-saving, rapid, flexible, agreement-based, private etc. Most disputes were resolved by ADR. It indicates that ADR assumes a crucial role in stabilizing social order. Thus, to engage in a systematic study on ADR is important and practical.

In accordance with the observations noted above, we plan to review the characteristics and functions of the existing ADR mechanisms in light of legal perspectives. Against the backdrop of the purpose of “disputes resolution”, we will also make a systematic analysis of a variety of judicial and non-judicial disputes resolution mechanisms. In addition to offering an academic system for analysis, this research tries to analyze the relationships among the various kinds of disputes resolution mechanisms, and accordingly discover their interconnection. In the end, such a study will give rise to a dynamic network of disputes resolution mechanisms.

# 目 錄

摘要.....	I
中文摘要.....	I
英文摘要.....	I
第一章 序論.....	1
第二章 紛爭之意義與處理.....	3
第一節 紛爭之概念.....	3
第二節 影響紛爭處理之因素.....	5
第一項 當事人主觀之法意識.....	5
第二項 資源因素.....	8
第三項 環境因素.....	9
第四項 制度因素.....	10
第三節 紛爭之終結.....	11
第一項 紛爭終結之概念.....	11
第二項 紛爭處理之手段.....	13
第三章 裁判外紛爭處理制度.....	17
第一節 裁判外紛爭處理之各國發展.....	17
第一項 概說.....	18
第二項 美國之發展.....	19
第三項 德國之發展.....	23
第四項 日本之發展.....	26
第二節 裁判外紛爭處理之擁護論與批判論.....	29
第一項 裁判外紛爭處理制度之擁護論.....	29
第二項 裁判外紛爭處理制度之否定論.....	32
第三節 裁判外紛爭處理之類型.....	35
第一項 以主體來做區分.....	36
第二項 紛爭處理之方法區分.....	37
第四節 裁判外紛爭處理機關之機能.....	38
第四章 行政介入處理民事紛爭與法之支配—代結論.....	40
第一節 現代國家與紛爭.....	40
第一項 現代國家—行政利害調整機能的重視.....	40
第二項 民事紛爭與行政之關係.....	41
第三項 行政上紛爭處理制度之類型.....	45
第二節 行政處理民事紛爭之制度.....	50

第一項 公害糾紛處理機關與程序.....	50
第二項 消費紛爭處理機關與程序.....	55
第三項 建設工事紛爭處理機關與程序.....	59
第三節 行政處理民事紛爭之方法.....	63
第一項 權力性手段.....	63
第二項 非權力性手段.....	66
第四節 行政處理民事紛爭問題點.....	69
第一項 利用度高低及其改進之方法.....	69
第二項 行政上苦情處理與司法制度之斷層問題.....	70

# 第一章 序論

## 一、研究計畫之背景及目的

健全發展的人類社會，不在於沒有紛爭，而在於能提供最適當之紛爭解決途徑。如同完整無漏洞而有實效之權利保護途徑，為法治國家之保證般，多元而最適的紛爭解決途徑，亦為健全社會之基礎。因此，世界各國莫不提供各種正式或非正式之紛爭解決途徑，以供其人民選擇運用。其中，除經由法院以審判方式解決紛爭之訴訟途徑外，其餘可統稱為「裁判外紛爭解決制度」(Alternative Dispute Resolution)。

在法學研究領域中，學者對於上開各種正式或非正式紛爭解決途徑，多集中心力於訴訟制度，至於其他例如仲裁、調解、訴訟上和解、陳情、監察使(Ombudsman)等主要的法定紛爭解決途徑，雖亦有所涉及，惟相對於訴訟制度言，多居於訴訟之從屬地位，而少有將之並列為整體紛爭解決制度之一環，並自整體觀點適切檢討各項紛爭解決途徑之功能與關聯者。甚至對於法定紛爭解決途徑以外之其他紛爭解決途徑，例如各種民間調停、斡旋、協商、苦情處理、心理諮商等雙邊或單邊紛爭解決制度，更是向少為法律學者所關注。

鑑於上述裁判外紛爭解決途徑，不僅具有補充訴訟制度之缺失與疏減訟源之作用，因其具有各種優於訴訟制度之功能，例如便宜、迅速、彈性、合意、私密等特性，無論在理論上或事實上，多數紛爭均係經由此一裁判外紛爭解決途徑獲得解決。此點，於面臨多元化社會，更顯示此一紛爭解決途徑在扮演定紛止爭及穩定社會秩序角色上之重要性。因此，對此類紛爭解決途徑進行體系化研究，即有其重要性與實用性。

有鑑於此，吾人即擬於法學觀點，檢討當前既存之各種裁判外紛爭解決制度之特色與功能，並在「紛爭解決」目的下，針對各種裁判與裁判外紛爭解決制度予以體系化整理，除提供一個學問檢討框架外，並嘗試分析、安排各式各樣紛爭解決途徑之關聯性，使各該紛爭解決制度不再為孤立的單一機制，而係彼此緊密聯繫形成一種動態紛爭解決網絡。

## 二、研究方法

鑑於裁判外紛爭解決極為多樣，且各國因其政、經、社、文環境之差異，而顯示各自不同之特色。因此，本研究方法，除採傳統文獻分析外，擬就我國現行各種裁判外紛爭解決途徑，分別就各主要類型中，選定其一代表制度，進行深度訪談與實證研究，期盼找出我國裁判外紛爭解決途徑，於實際運作上所面臨之課題。

由於裁判外紛爭解決途徑之研究，首先面臨者為無論在比較法制上或我國法制上，事實上均存有相當數量之個別裁判外紛爭解決途徑。因此，研究上事實上無法完整分析、檢討所有裁判外紛爭解決途徑，而不得不自「紛爭解決」觀點，選定若干具有重要意義之裁判外紛爭解決制度，作為研究對象。

此外，就此類制度與法之支配之關係言，所涉及面向亦相當廣泛，無法一一論述。本研究擬自構成「裁判與裁判外紛爭解決體系」基礎之要素，例如裁判外紛爭解決制度之基本理念、各種裁判外紛爭解決制度之定位與其彼此關聯(如資訊交流、程序互換)、各種裁判紛爭解決制度參與者之角色定位、各種裁判外紛爭解決制度之組織結構、各種裁判外紛爭解決制度之基本程序要求、各種裁判外紛爭解決制度與(民事)實體法之關聯等，為主要研究主題。

## 第二章 紛爭之意義與處理

### 第一節 紛爭之概念

於日常生活中，紛爭時常發生。然何謂「紛爭」，何行為構成「紛爭」，以法律概念予以清楚定義，並非易事，實定法中即少見有就「紛爭」一語加以定義者。例如：民事訴訟固為解決民事紛爭之制度，但於民事訴訟法條文中並未出現紛爭一詞<sup>1</sup>；又，於其他民事實體法中，如消費者保護法第二條規定：「消費爭議：指消費者與企業經營者間因商品或服務所生之爭議」，公害糾紛處理法第二條第二項規定：「本法所稱公害糾紛，指因公害或有發生公害之虞所造成之民事糾紛」等，均僅直接稱「糾紛」，並未對「紛爭」之內涵作定義性說明<sup>2</sup>。此一情形，乃表現出「紛爭」一語並非法律概念，故即有法律學者指出：「紛爭不是法律概念，應以社會學、心理學的概念來掌握」<sup>3</sup>。

從法社會學之觀點，法社會學者說明「紛爭」之概念，可歸納為：「於具體且特定之行為主體間，基於生活上直接實質利害之對立所生爭執，係對立之當事人間由於爭執所產生之行為過程。其行為性質，具有阻害對方達成目標與達成自己目標之雙重性（具有要求與拒絕同時傳達的爭執）」<sup>4</sup>。

---

<sup>1</sup> 紛爭之概念於民事訴訟法法典中，並不存在，僅有「訴」、「訴訟」、「事件」等概念，參高橋宏志「紛爭與訴訟及機能」岩波講座『社會科學及方法 第VI卷』（岩波書店，1993），200頁。

<sup>2</sup> 「爭執」、「爭議」、「糾紛」、「紛爭」等詞，雖散見於我國法規中，但並無統一用語，於本文，除非法有明文使用，用語上以「糾紛」統稱之。

<sup>3</sup> 參谷口安平『口述民事訴訟法』（成文堂、1987），19頁；高橋宏志『民事訴訟法講義』（有斐閣、1993），6至7頁。

<sup>4</sup> 參六本佳平「紛爭とその解決」收於『基本法學 8—紛爭』（岩波書店、1983），3頁以下；同『法社會學』（有斐閣、1986），96頁以下；川島武宜「紛爭解決と法的制御」

進一步闡釋，則可分析出以下特徵：

一、當事人：

紛爭之當事人應為具體且特定之行為主體間，不特定人間不足以為行為之主體。當事人間應係基於生活上實質利害對立之爭執或衝突<sup>5</sup>。人之行為均來自一定之動機，以滿足自己對於物或事之慾望，此慾望之對象即成為利益，例如：吃、住之生理利益，個人生活價值之精神利益，財產之物質利益，人身安全之肉體利益等。特定之二行為主體間，其相互間有無法同時互為滿足之慾望時，則該二主體間即有無法兩立之對立存在。

二、當事人間之紛爭行為：

當事人意識到自己之目標與他方當事人之目標無法兩立，即認知雙方對立狀況之存在，仍然以自己欲望滿足為目標，並為達成目標之行為<sup>6</sup>。其雙方之行為態樣，並非並行而係朝著相反方向，即相互地對於他方之行為而為自己行為之發動，即一方當事人對於另一方當事人，除了妨礙對於自己不利之行為外，並引出另一方為對自己有利之行為，此雙方行為稱為紛爭行為。就其行為之型態則有（1）當事人間使用說服、哀求、互相交換條件等任意之交涉方法；（2）當事人對於相對人使用

---

氏編『法社會學講座5—紛爭解決と法』（岩波書店、1972），11至37頁；和田安弘「裁判外紛爭處理」棚瀨孝雄編『現代法社會學入門』（法律文化社、1994），182頁；和田仁孝『民事紛爭處理論』（信山社、1994），36頁，

<sup>5</sup> 六本佳平稱此時為「conflict」，可以「對立」「競爭」「紛爭」「爭論」之任一詞來涵蓋，參氏，註4，31頁。川島武宜則將「糾紛（dispute）」解為「抗爭（conflict）」之下位概念；亦即，所謂「抗爭」係指兩當事人知其目標之不可兩立性，且以此為指向之行為狀態，而「糾紛」係指互以其目標之正當性而為不可兩立之爭執。認為此為立於法的糾紛之特別性所做之區別，參川島武宜「紛爭解決と法的制御」11-12頁。

<sup>6</sup> 學者稱此時為「狹義之紛爭（dispute）」，參和田安宏「日常の中の紛爭處理（二）」（1984）收於氏『法と紛爭の社會學』（世界思想社、1994），102頁以下。

種種制裁力來壓制對方使其服從，此時另一方亦可能為其他制裁力之行使；（3）當事人主張自己行為是正當的，此種主張可依照法律、道德、或任何被承認之規範。此三種行為型態於現實紛爭過程中，可能並用或混和進行。

於紛爭過程中，倘當事人間無法予以終結，即有第三者介入之可能，以促使雙方紛爭之終結。

## 第二節 影響紛爭處理之因素

當事人利用法機制下之紛爭處理機關為紛爭處理，影響當事人紛爭處理之因素，可從當事人主觀之法意識、當事人個人所具備之資源、制度設計與相關社會環境等方面加以分析。此為一般對於當事人利用法制度紛爭處理機關，所考察之諸因素。

### 第一項 當事人主觀之法意識

法意識指當事人選擇紛爭處理機制之動機開始，日本學者研究紛爭處理時，即指出當事人利用或不利用法院，第一個提出之原因即法意識。法意識之意義可分兩方面說明：

（一）對於現行實定法規範內容之知識，及其面對之態度（好惡、價值、評斷等），可就各法領域作區分，如憲法意識。

（二）對於法體制本身之理解方式（如法是什麼、具有何種機能）及其面對態度（如法體制以及所欲完成之任務、好惡及價值評價等），相關法體制以及法過程之各個要素分析（如規範意識、權利觀念、順法精神、契約觀念等等）<sup>7</sup>。

學問用語上，於前者，德文主要以「Rechtsbewußtsen」或「Rechtsgefühl」稱之，近年來歐洲亦有以「KOL（Knowledge and Opinion about Law）」

---

<sup>7</sup> 學者六本佳平特別稱此為「法觀念」，以示與前者作區別。

為標題作調查研究；英語則以「general sense of justice」稱之；於後者，德文稱為「Rechtsvorstellung」，英文稱為「idea of law」。上述二者，日本學者使用上，一般未作此區分，然實質上，其關於法意識之論述大致以後者內容為中心。<sup>8</sup>

以日本為例，研究日本人處理紛爭之特徵，其首要因素，常被提出者，即為法意識之問題，且於處理紛爭之行動中，往往將法意識作為獨立之變數。例如，學者川島武宜即指出，日本訴訟事件較少之原因，應係現代裁判制度及日本人法意識分歧之狀態所致<sup>9</sup>，氏認為日本人處理、解決民事上紛爭之手段，有迴避使用訴訟或第三者裁定方式之情形；此種法意識之特徵，乃由於近代法意識以及權利或權利義務關係觀念欠缺或不發達，且對法意識之理解係以權利意識為中心<sup>10</sup>，日本人裁判制度利用率比較低之原因，亦在此<sup>11</sup>。其特別重視權利意識，乃是因為在明治以來所移植西洋近代型法即是裁判制度，此種制度與日本社會實際生活有代溝為背景之思考。戰後希望採取法律革命之形式使制度民主化為實質化，此種思想基礎來自於耶林（Rudlf von Jhering）為了權利而鬥爭之思想而提出之命題。

川島武宜此一見解對於日本學界影響很大，只要提到「日本人法意識」之問題，在最主要和訴訟行動之關連上，特別是以權利意識為中心而提出是難以否定，並且形成一種通說<sup>12</sup>。認為日本訴訟率偏低與愛好調

---

<sup>8</sup> 參六本佳平「『日本人の法意識』研究概観」法社會學第三五號，15頁，氏特別區分二者之不同，且稱後者為「法觀念」。

<sup>9</sup> 參川島武宜『日本人の法意識』（岩波書店、1967）139頁。

<sup>10</sup> 參川島武宜，註9，139至140頁。

<sup>11</sup> 惟學者六本佳平認為，川島之見解因其對權利意識有廣狹不同意義，應區分之；於此，係指「權利觀念」而非「權利意識」之問題，即本文所述法意識之第二意義，參六本佳平「紛爭の非公式解決の原因」氏『法社會學』，269至271頁。

<sup>12</sup> 參六本佳平前揭註8書，19頁。

解，為來自於法意識過低。不過川島武宜的見解，以利用裁判制度之迴避利用直接推論當事人欠缺法意識，對於其他因素之影響未考量，其他學者也提出批判，例如裁判制度本身在時間的精神的物質的成本考量，而成為手段選擇之重要考量。律師較少且集中於大都市、對於貧弱者民事法律扶助制度等法的手段現實使用可能性受到限制。同樣為移植自西方法制度之國家，反觀我國對於人民法意識之研究卻幾乎是空白，於近年持續進行之司法改革中，就法意識之調查似亦未成為議題<sup>13</sup>。有關法意識之研究，於我國，以蘇永欽教授於民國七十五年『我國認知及處理法律事務障礙因素之研究』及民國八十五年『法治認知與台灣地區的政治民主化：從人民的執法行為探討』二篇論文，先後兩次對於我國國民之法意識作調查分析，主要以前述所提及之「KOL ( Knowledge and Opinion about Law ) 」為標題作研究，調查內容係以前述法意識為對象，就我國司法問題之癥結加以剖析。氏結論上認為，我國人民法律認知之問題在於「人民始終不信任法院和法官」，而我國人民對於法院與法官之不信任，並非源於裁判制度本身之問題，而係對法官之負面印象。而就人民循司法途徑解決紛爭之意願，近十年來雖有提昇，然氏認為此乃某些傳統解決紛爭之機制式微所致<sup>14</sup>。而對於我國民事訴訟案件比率高於日本，王甲乙教授則認為，係表示我國權利意識高於日本，訴訟案件之增加適與和解案件之

---

<sup>13</sup> 參照司法院網站<http://www.judicial.gov.tw>，相關司法改革之長期計畫中，均無此項議題。闡板橋地方法院於民國八十七年七月至十二月舉辦司法滿意度調查中，對訴訟當事人之背景特徵及不滿意問題提出分析。此一報告關於滿意度調查之結果，與蘇永欽教授調查之結果相異，亦即，訴訟當事人中不滿意者僅有 4.8%，因網路所公開者，僅調查結果之數據，對於問卷設計及實施調查之方法，並未進一步說明，僅可謂對其調查結果存疑。

<sup>14</sup> 參蘇永欽『司法的改革再改革』（月旦出版社、1998），20 頁。

增加成反比，其亦認為此為國人好訟之表現<sup>15</sup>。惟「權利意識高漲」與「好訟」二者是否可等同看待，令人存疑，蓋對於司法之需求於社會變遷中，因人際關係或內心自我調適不良而高漲，此並未表示司法功能即獲充分發揮，反而可能恰如其反；換言之，司法之社會控制功能不彰，以致其輸出之決定，非但未排解衝突，嚇阻偏差行為或為政治體制提供正當性，亦可能使人際關係變得不可預期或防險成本大幅增加<sup>16</sup>。因此，好訟是否等同於權利意識，似應有更多之實證調查，始足證明之。

### 第二項 資源因素

當事人所擁有之資源亦將影響其對紛爭之處理。例如：

(1) 當事人之知識高低，不僅影響權利意識，對於一般人使用紛爭處理之方式及途徑，亦較為清楚；

(2) 資力之不同，形成利用法處理制度之不平等為傳統之因素，此不僅涉及是否有錢請律師，而對於長期間訴訟解決之遲延，導致當事人是否有耐力繼續為紛爭處理，其影響更大；

(3) 社會關係中人際關係對於紛爭處理亦有影響，發生紛爭通常先求助於當事人社會關係範圍內之第三人；

(4) 從社會組織構造之資源分配，對於處理紛爭之經驗亦有影響。通常於不同之社會構造下，對於利用律師制度亦有不同情形；亦即，於財產制度下，為獲取財產，維護財產，並進一步增加財產，雇用律師乃成必要，故裁判制度通常較有利於上層階級。於上揭蘇永欽教授之報告中，即指出「台灣式階級司法 (class justice a la Taiwan)」之現

---

<sup>15</sup> 參『戰後中日法學之變遷與展望研討會專刊』（中國比較法學會、1987），168至171頁〔王甲乙教授發言〕。

<sup>16</sup> 參蘇永欽，註14，13頁。

象，即教育程度、所得水準愈高者，對於司法之印象愈趨於負面，雖然他們更容易接觸法界中人，實際使用法律專業資源之資源亦愈多，採取司法途徑之意願亦愈高，然於歷經十年之調查中，此一負面印象卻絲毫未減；其次，有「法律對富人及權貴較有利」之觀念，就大企業或營業上有必要經常紛爭處理之營業者，其相對於一般人係立於有利地位<sup>17</sup>。

### 第三項 環境因素

社會組織中個人與集團之相互作用，對於選擇、促進或抑制紛爭之處理有極大影響。例如：社會組織中是否有各種非訴訟制度之紛爭處理程序存在，亦影響當事人對於紛爭處理制度之選擇，如有較為簡易之方法可達成目的時，通常會選擇該方式。另外，社會組織對於使用訴訟制度者之態度，亦影響當事人之選擇，例如：提起訴訟後，因恐受到某種社會制裁而產生抑制訴訟之作用。而於繼續性關係之紛爭中，如商業上之交易伙伴，對於循法律手段解決，亦會引起相對人一定之反感。如果是相鄰關係日本之「鄰人訴訟」案例中，由於受害一方提起訴訟引起同社區的反感，而不與之往來。透過媒體之報導引起各種騷擾電話或匿名信，導致一審勝訴的原告撤回起訴以及提起的上訴的

---

<sup>17</sup> 參蘇永欽，註14，28頁。

被告撤回上訴<sup>18</sup>。或者是提起訴訟後，予親朋好友留下不良印象<sup>19</sup>。

當事人於社會階層中之人際關係，亦會影響選擇紛爭處理之途徑。依美國學者之調查，亦指出因當事人之社會階層而使得當事人與他人間關係之不同，而影響紛爭處理之選擇<sup>20</sup>。

#### 第四項 制度因素

紛爭處理制度本身亦會影響使用該制度之動機，當事人使用紛爭處理制度所需之費用及其他成本，與使用該制度所需之費用及利益必須合算夠本才可以<sup>21</sup>。於金錢費用、時間、程序本身之煩雜、所獲得判決結果之執行比率高低，對於使用紛爭處理制度之各種促進制度等必須配合，而為使低所得者容易利用裁判制度，於律師服務亦應有制度上之

---

<sup>18</sup> 「鄰人訴訟」案（昭和 52 年津地裁），係發生於昭和五十二（1977）年五月八日三重縣鈴鹿市，當時三歲四個月大之 A 溺死在自家附近之水池為事件開端，A 於溺死當日午後曾與鄰居 B 一同騎腳踏車遊玩，二人在水池附近及公寓內道路遊玩，A 之母親要去買東西並要 A 一塊去，A 答不願同去。A 之母親只好將 A 托給 B 之母親，但後來 A 溺死在附近水池裡。A 之葬禮儀式上，B 之雙親雖參加，但僅止於燒香並未說明事故發生經過，其後，A 之母親前往 B 家請求說明事故發生之經過，但 B 之雙親拒絕開門，A 之雙親於 A 死亡當年十二月，乃向津地方法院起訴，以 B 之雙親及鈴鹿市為被告，對於 A 之死亡請求損害賠償，隔二年再追加國家、三重縣及從水池取砂石之建設公司為被告。

津地方法院於昭和五十八年二月五日之判決中，認為 B 之雙親應向 A 給付約五百二十六萬日圓之賠償，其餘之訴以無理由判決駁回。判決當日報紙晚報大幅刊出，各類侮辱及威脅匿名信、匿名電話湧至原告之住所，原告乃不得不為訴之撤回。而提起上訴之被告，亦受到相同情形之壓力，同意原告訴之撤回。

<sup>19</sup> 參『戰後中日法學之變遷與展望研討專刊』前揭註 15 書，168 至 171 頁〔新堂幸司發言〕。

<sup>20</sup> 參六本佳平，註 11，110 至 111 頁。

<sup>21</sup> 如佐佐木吉男教授於有關裁判制度迴避原因之調查中認為，主因來自於訴訟制度本身之缺點，程序煩雜、費用高昂及解決遲延等因素。此與傳統上對於迴避裁判制度之原因專注於法意識之研究有不同之觀點，乃直接求諸於制度本身予以討論，參佐佐木吉男「調停制度」收於岩波講座『現代法 5』（岩波書店、1965），203 至 214 頁。

設計，如訴訟扶助制度及律師之免付費法律商談制度<sup>22</sup>。所以一個制度整體之配套之設計，亦影響當事人選擇紛爭處理之因素。

以上為關於影響紛爭處理之諸原因，個別紛爭選擇何種紛爭處理制度，與上列諸原因共同作用。雖然法意識很重要，但各種制度因素亦有很大之影響，應就整體來看。

### 第三節 紛爭之終結

#### 第一項 紛爭終結之概念

私人間之紛爭，由當事人或第三人介入以解決或消除紛爭之努力過程，稱為「紛爭處理」，就紛爭之解消稱為「紛爭解決」。傳統上之用語並不區分紛爭之「解決」或「處理」，但民事訴訟法學者一般均稱為「紛爭解決」，例如：一般民事訴訟法教科書，均可見有民事訴訟目的之論爭，於日本之通說即採「紛爭解決說」。惟亦有認為無需區分二者之不同，一律稱為「紛爭解決」<sup>23</sup>。

法社會學者一般使用「紛爭處理」<sup>24</sup>，並認為民事訴訟制度所解決者係紛爭中關於法之層面問題，但就其他非法之層面則無法解決，且紛爭

---

<sup>22</sup> 美國於1960年之近鄰法律中心，為使貧困者亦能利用裁判制度，即對於律師提供公費，使貧困者得免費利用法律商談之制度。

<sup>23</sup> 田中成明『法の考え方と用い方』（大藏省印刷局，1992），306頁。

<sup>24</sup> 日本法社會學者早期並不嚴格區分糾紛之「解決」與「處理」，例如：學者川島武宜於其1972年所編著之『法社會學講座』第五卷與第六卷，名稱分別為『紛爭解決法』及『紛爭解決と法』，惟觀其內容，多使用「紛爭處理」。近來法社會學者則認為，應區分此二者，並以「紛爭處理」為較恰當之用語，參千葉正士『法社會學』（成文堂，1988），87至92頁；守屋明『紛爭處理法理論』（悠悠社，1995）；和田仁孝『民事紛爭處理論』（信山社，1994），第十六頁，同『民事紛爭交渉過程論』（信山社，1991），1至8頁，氏一再強調因使用糾紛解決制度，導致對於糾紛之終結有不正確之概念，稱其為「制度理念之魔咒」，其並提出「糾紛交渉論」來代替糾紛解決概念。

於向法院起訴前在當事人間已發生，乃使用社會中之紛爭處理手段失敗，方訴諸法院。縱使經由法院訴訟判決確定，亦必須再經過相當時間及程序始可能終結，但亦有可能無財產可供執行之結果，則其紛爭仍未終結，故使用紛爭處理一語較佳。就法之層面以言，訴訟制度是對於紛爭關於法的爭論，在法制度上下最後判斷而使當事人間對立自體解消，就這個部份可稱為紛爭「法的解決」，而其最典型之方式即為「裁判」。

就紛爭處理之過程，其解決方式可分類為「合意型」與「決定型」<sup>25</sup>。「合意型」指紛爭處理過程中兩當事者對於紛爭處理之一定方法或內容為同意，並以此解決紛爭。例如：透過當事人及利害關係人間之自由商談，形成合意而使紛爭終結。「決定型」指紛爭之解決方案經由一定第三者加以決定，第三者之決定具有拘束當事人之效力，例如：裁判。

於紛爭處理過程中，上述二者並非截然區分，於合意過程中有時亦有強制因素<sup>26</sup>。「合意型」亦可就其合意係經由第三者之參予而形成，稱之「調解型」或「當事人間交涉型」。「決定型」之紛爭處理程序，亦可就第三者之決定權限來自於當事人之事前合意或經由一方之程序聲請而區分為「仲裁型」與「裁定型（裁判及裁定）」。就紛爭之法的處理，當事人間自主成立合意之和解及法官依照法律規定以判決強制解決，為紛爭處理中合意與決定之兩個極端。

---

<sup>25</sup> 參川島武宜「紛爭解決と法的制御」收於氏編『法社會學講座 5』（岩波書店、1972）；棚瀨孝雄「紛爭解決過程の理論枠組」及「準裁判過程の基礎理論」後收於『紛爭と裁判及法社會學』（法律文化社、1992）。川島教授則區分為「合意型」與「裁定型」，「裁定型」之內容再區分為「裁判型」與「準裁判型」，準裁判為裁判以外之裁定及準裁定，內容包含「仲裁」、「行政決（裁）定」、「調停」、「斡旋（巧勻六氏）」，參川島武宜編『法社會學講座 6 紛爭解決法』（岩波書店、1972）〔序言部分〕。

<sup>26</sup> 棚瀨孝雄，註 25，14 至 18 頁。

## 第二項 紛爭處理之手段

以下，就目前紛爭處理之手段加以歸納：

### 一、當事人間交涉型

私人間之紛爭以當事人自主交涉為原則，紛爭於當事人間終結之社會過程有三：

(一) 一方當事人之強制力，致使另一方屈服，此種終結並非真正之終結，當此種強制力不再存在時，紛爭必會再起。此種終結方法對於現存秩序殘留有不安定；

(二) 一方當事人之迴避放棄，即自發地終止紛爭處理行為；

(三) 當事人間之合意，即兩當事者就紛爭之處理方法及結論獲得一致之見解。此種情形，一般認為係最佳終結方式，將會使秩序回復安定。惟此種合意，常非當事人之任意，而係背後某些強制力或制裁之運作，迫使一方當事人不得不合意<sup>27</sup>。

當事人間自主交涉而成立和解，於現行法制度係依據當事人交涉所生之合意內容，委由私法自治（民法第七百三十六條至第七百三十八條）。而為避免上述不自由意志強迫或詐欺之情形，有得撤銷之情形（民法第九十二條及第七百三十八條之情形），但和解不得以錯誤為由撤銷，蓋和解於民法上有創設之效力，以前之效力在所不問，縱令和解當事人意思表示有錯誤，以致和解所確定之權利義務關係，與以前之真實法律關係不符，此為和解所難免之現象，因和解之目的並非在究明以前事實之真相，而在於終止爭執或防止爭執之發生，故雖有錯誤，亦不得撤銷和解<sup>28</sup>。換言之，和解著重於當事人間透過交涉過程所產生合意之合理性。

### 二、斡旋·調解·商談·苦情處理

<sup>27</sup> 川島武宜則區分「合意」與「妥協」不同，參氏，註25，25頁。

<sup>28</sup> 參鄭玉波『民法債編各論』（自刊、1972），815頁。

「斡旋」指為援助促進當事人間自主交涉而為之仲介。「調解」<sup>29</sup>指為使雙方當事人基於合意互為讓步以解決紛爭，而為當事人間之仲介，其較斡旋更為積極，給予第三人可提出解決案並勸使當事人為合意之權限，調解為現行法制度上最常使用之方法<sup>30</sup>。

「商談」為聽取紛爭當事人之事件內容，提供相關法問題及其他相關問題之知識及資訊，建議適切之解決方法。「苦情處理」為聽取苦情，就適切之解決方法作商談，在某些情形下作事實之調查，與相對人為交涉折衝，對於資訊偏在一方之修正，使當事人間之對等交涉力回復。其中，就其紛爭處理之方式，亦有採取斡旋或調解之方法。近年來此二種方式為各種行政機關及民間團體所廣為使用，商談與苦情處理為對於紛爭之早期處理，此部份所處理之紛爭，可能尚不符合狹義之紛爭，但由於提供相關之建言、資訊，亦使當事人於後續紛爭解決之展開得以獲得適切處理。

此四種方式之終極目標，均為促使當事人合意而為和解，其間不同之處，在於第三人之介入程度或注重當事人主動程度而有不同。斡旋較注重當事人之主動，第三人僅止於仲介之程度，有時係於紛爭處理展開過程之不同時期所採取之方法，通常紛爭初期階段第三人以斡旋之方式介入，斡旋無法解決時採取調解之方式，學者論述上將其統稱為調解<sup>31</sup>。調解方法使用上，東方與西方有很大差距。於日本之調解程序

---

<sup>29</sup> 日本稱為「調停」，並有民事調停法，於各個法規均稱為調停。我國一般而言稱為「調解」，如民事訴訟法之調解程序，鄉鎮市調解條例、耕地三七五減租條例第二十六條耕地租佃爭議之調解、土地法第三十四條之一土地分割紛爭之調解、勞資爭議處理法等。但在土地法第五十九條及第一百零一條、公害糾紛處理法卻稱為「調處」，不知其在立法之時是否有特別考量行政上之糾紛處理。

<sup>30</sup> 參和田安弘「多元的紛爭處理」東京都立大學法學會雜誌 22 卷 1 號（1986），5 頁。

<sup>31</sup> 參萩原金美「調停」小島武司、伊藤真編『裁判外紛爭處理法』（1998，有斐閣）。  
訴訟上和解為當事人於訴訟繫屬中，於受訴法院、受命推事、受託推事前，約定互相讓

中，由調解人提出解決方案勸諭雙方同意乃屬常見，但於美國，則強調中立第三者之功能，調解人僅作為中立之第三者，聽取雙方當事人意見，必要時給予助言，並對雙方提出之議論為整理，調解主要內容為使兩當事人心中之意見為表達，及感情之表示，調解人提出解決案並不常見。因此，提出解決案全是雙方同意之日本式調解，與美國所認知之調解有一段差距。

### 三、仲裁

仲裁為關於一定之法律關係，就其現在或將來發生之紛爭處理，基於當事人之合意，放棄受國家法院裁判，而委由私人第三者判斷，此判斷有拘束當事人之效力，如同判決一般。此為最古老之紛爭處理制度，乃歐美自古以來所使用，亦是一種無國界之紛爭處理制度，通常跨國紛爭多採此一處理制度。此制度與裁判最大之不同之處，在於其係基於當事人間之合意而選擇之紛爭解決方法，當事人對於仲裁人通常有選任權，就仲裁之程序應如何進行，亦於當事人合意之範圍，法律並不強制性規定。仲裁之紛爭通常具有一定之專門性，仲裁人通常為某一方面之專家。仲裁決定有規範當事人之效力，除非仲裁程序有瑕疵或仲裁決定有無效之情形。

### 四、裁定

裁定係以紛爭之處理委由行政機關之決定，其有可能基於當事人之申請或行政機關主動而開始，裁定通常需經過一定之程序。此為裁定之行政機關，其組織通常採委員會方式，以確保其中立性、獨立性、專

---

步，以終止爭執或防止爭執之發生，同時用以終結訴訟之全部或一部為目的之合意。單就其行為態樣而言，如不論該第三者機關之性質，與調解相同。於我國，一般而言，為與民法上和解區分其效力，學術及判例上對於鄉鎮調解委員會成立之調解、鄉鎮市耕地租佃委員會成立之調解調處、民事訴訟法第二編第二章成立之調解，及依破產法成立之商會和解，法院之和解、調解等，均稱為「訴訟上和解」，參陳計男「論訴訟上和解」收於氏『程序法之研究』（自刊本、1986），16頁。

業性、準司法性。

### 五、裁判

裁判為法院基於當事人一方之聲請，就當事人間之紛爭依照一定之程序，以法律為依據來做判決，判決有拘束當事人之效力。訴訟程序係經過一定之程序，判決依據為一定之法規範，如同 Weber 所言，其為排除傳統決鬥、神判、宣示等超自然啟示之形式的非合理性裁判，為一形式的、合理的裁判<sup>32</sup>。

上述紛爭解決方法除了裁判外，其餘稱為「裁判外紛爭處理或替代性紛爭解決途徑（Alternative Dispute Resolution =ADR）」。一般而言，對於 ADR 之範圍，其最廣義為除經由訴訟程序而為判決外之方法，其餘均是，故訴訟上之和解、調解及仲裁均在範圍內。惟美國學者論及 ADR 時，就狹義而言，乃從為促進合意，利用中立第三者沒有拘束力之代替紛爭解決，有拘束力之仲裁及某些私的裁判（private judge），因其本質上近於裁判（adjudication），故不包含之<sup>33</sup>。不過，就仲裁作為最傳統之裁判外紛爭處理制度而言，目前很多裁判外紛爭解決之制度設計係以仲裁程序為基礎而作各種變形，例如：訴訟附屬型之強制仲裁，其程序接近於仲裁，但仲裁結果對於當事人沒有拘束力，論及裁判外之紛爭處理，對於仲裁仍不可忽視之。

---

<sup>32</sup> 參六本佳平『法社會學』，355 頁。

<sup>33</sup> 參 Edward F.Sherman（大村雅彥、清水宏譯）「合眾國における ADR—過去十年間の實驗の成果を中心として」收於 E・シャーマン著大村雅彥編譯『ADR と民事訴訟』（中央大學出版社、1997），22 頁。

民事訴訟係近代國家禁止當事人就民事紛爭為自力救濟，所設計具強制性之法解決制度。傳統上，論及紛爭處理制度必係以裁判制度為中心，但裁判制度之建立與創設有其歷史，其處理之對象、內容亦有界限，本文於第二章將從裁判之特質探討其處理紛爭之界限。

### 第三章 裁判外紛爭處理制度

如前章所述，裁判制度之審理方式、判決方式均受有來自制度本身一定之制約。就其利用所需之時間、費用等成本考量，難以避免地，判決方式係一刀兩斷，且就其實效有難以預測之風險；再者，對於現代型紛爭之複雜多樣化，法制度機能之擴大，縱使以裁判為彈性處理，亦有不能適切處理之情形。而職業法官之判斷，對於日趨複雜之案件，面對專門技術及政策決定，其處理亦有界限，倘使裁判外紛爭處理制度更為完備，紛爭處理制度多元化，則當事人選擇適合紛爭處理制度，當有助於紛爭之解決。

裁判外紛爭處理制度於各國之發展，因各國歷史背景及社會環境，對於制度之內容及評價，亦有不同。

#### 第一節 裁判外紛爭處理之各國發展

近來由於各國裁判外紛爭處理（ADR）制度之增加，有關其制度之探討，漸引起注意。日本學者石川明認為，各國對於ADR之態度可分成三種，「重視型」、「輕視型」與「中間型」，美國為ADR重視型，德國為輕視型，日本為中間型<sup>34</sup>。其研究係觀察三個國家ADR制

---

<sup>34</sup> 石川明「我互國下云行月裁判代替的糾紛解決制度（ADR）及諸問題」法の支配 101 號（1996.4）後收於石川明編著『比較 裁判外紛爭解決制度』（慶應義塾大學出版會，1997）1-17 頁。

度之發展，相當具有啟發性。

### 第一項 概說

美國在 1990 年司法改革後，各種法院附屬型之 ADR 相當完備，行政機關、公益法人、營利事業及純民間型服務事業之 ADR 也非常多。石川氏認為，美國重視 ADR 制度，有下列四原因：（1）美國為多種族社會，異種族間之紛爭不得不訴之於法院，但同種族間之紛爭 ADR 即為有用之制度，且此亦為美國民間型 ADR 成長之原因之一；（2）美國法律家比率較高，訴訟事件多，訴訟社會化之結果成為法院負擔，為減輕法院負擔，設計 ADR 制度即為其方法之一；（3）美國採取陪審制，國民對於司法運作有參加之思想，市民間紛爭自主解決之風氣及國民性，為其 ADR 發展之基礎；（4）於英美法上，相對於普通法（Common law），有衡平法（Equity）之存在，對於無法可適切適用於前者之案件，可依照法院之智慧，創造後者之發展。就這個法制度之發展經驗，成為和依法適用之裁判異質之 ADR 制度的基礎<sup>35</sup>。

德國為 ADR 輕視型國家，其理由：（1）法官對於裁判之中立性，維持紛爭解決適法性，ADR 則不能保障之；（2）市民法意識高，日常生活之行為規範與裁判規範相近；（3）法院之種類及數量，法官及律師之數量均比日本多，心態上，德國市民較日本市民較易接近法院<sup>36</sup>。

日本發展之原因為：（1）日本自古即有調停法，但自一百年前移植自西歐之法律制度，裁判制度為其中一環，透過翻譯法典之方式，即以德國法為中心而急速近代化，此過程中，使其市民之日常生活與法規間產生疏離之現象，此種疏離現象仍殘留於現代社會。因此裁

---

<sup>35</sup> 石川明前揭文 6-7 頁。

<sup>36</sup> 石川明前揭文 7-8 頁。

判未必為當事人所接受，較接近市民生活者，為依據條理所為調解之紛爭解決，其往往發揮較大機能；（2）日本自古以來即有以和為尊之觀念，此觀念為調停制度之基礎。

以下，就美國、德國及日本之發展加以論述，惟實際上，縱使如ADR輕視型之德國，於1970年代以來，亦漸漸重視此一議題，於行政機關與民間亦設有相當多之ADR制度<sup>37</sup>。

## 第二項 美國之發展

美國為訴訟社會，其裁判外紛爭解決制度（Alternative Dispute Resolution，簡稱ADR）之使用，近十年來，於司法改革中佔有重要地位<sup>38</sup>。ADR在美國之發展亦非新現象，早於一九二五年即有仲裁法存在，其美國仲裁協會（American Arbitration Association 簡稱ABA）一九二六年以來，目前在全美有三十五個分支辦公室，提供調停與仲裁，一年大約處理六萬件案件<sup>39</sup>。而美國聯邦地方法院在一九三〇年以來，大多數案件未進入正式審判程序（trial）而以和解終結<sup>40</sup>。

有關美國ADR發展之背景，可由下列三點說明：①社會經濟環境之變化，使損害賠償事件發生增加，以及社會上社區之崩壞，使得

---

<sup>37</sup> 三上威彥「裁判外紛爭解決手續」收於石川明編著『比較 裁判外紛爭解決制度』36頁。

<sup>38</sup> 稻葉一人「ADRの現状と課題（一）」判例時報1525號7頁；同「司法改革の展開と實施の方向（上）（下）」判例時報1522號12頁、1523號17頁參照。

<sup>39</sup> 三木浩一「アメリカ合衆國連邦地裁における訴訟附屬型ADR」收於石川明編著『比較 裁判外紛爭解決制度』（慶應義塾大學出版會，1997）76頁。

<sup>40</sup> 三木浩一，前掲文83頁；マルコム・M・フィーリー（田頭章一譯）「裁判外糾紛處理手續の動向」ジュリスト920號76頁。

規範喪失，多量紛爭增加，訴訟事件增加，產生訴訟遲延及費用增加。再者，對於美國對於訴訟程序開始簡易性、訴訟費用及律師報酬制度特質造成提訴容易，造成批評。<sup>②</sup>市民對於法院正義幻想之覺醒，訴訟程序過剩及其形式性、煩雜性、律師費用高額化之非效率因素，醞釀出對現行司法制度之不滿。<sup>③</sup>一九六〇年代之近鄰紛爭解決中心（Neighborhood Justice center=NJC）<sup>41</sup>發生效用，對於社區成員（非專家）參與成立，並為利用之紛爭處理機構，成為使地方的社區自治之組織化的強化手段<sup>42</sup>。

過去五十年關於ADR之發展，從最初一九三〇年代之勞動爭議與勞工苦情領域開始，此種調停係為了社會利益，希望經營者與勞工雙方能妥協，具有社會介入之性質，期待達成一定社會目的，有所謂「強力調停（muscle mediation）」，其具有指導之色彩。其次，為家事調停領域，一九三〇年代美國離婚法院開始對於當事人行使調解，負責家事調停之人很多具有心理學素養，對於當事人之紛爭處理具有治療特質。一九六〇年代末期開始，因都市化而使地域關係崩解，關於日常生活中家事、租賃、近鄰等紛爭大量湧入法院，而消費紛爭、環境紛爭大量發生，其結果，造成法院處理案件之時間拖長，裁判遲延及高額訴訟費用等情形，而引起利用法院之困難性問題。為處理此等問題，乃提出裁判外紛爭處理方法，以市民如何簡便容易地使用紛爭處理方法為目標，採取於非法院之非正式程序，以較簡易、不具形式之紛爭處理手段解決，並活用調解方法。其類型上有：①法院內附設調解，例如小額訴訟程序內結合調解、仲裁程序。②NJC

---

<sup>41</sup> NJC運動詳如後述。

<sup>42</sup> 山田文「裁判外紛爭解決制度における●T手續法的配慮の研究(一)(二)(三)」北大法學 58 卷 1.2.5 號 (1994) 47 頁。

(Neighborhood Justice Center) 運動，以一九七六年所謂 Pound 會議 (民眾關於司法行政不滿之全國會議) 為契機，在全美各地展開<sup>43</sup>。此種機構在各地有各式各樣組織，有附屬於政府機構如警察局、檢察機關、法院，或成立非營利組織進行<sup>44</sup>，採取調解程序，其對象，除民事案件外，尚包含輕微之刑事案件。③共同社會委員會 (Community Board Program in San Francisco 簡稱 CBP)，此為完全獨立於法院之近鄰社會內自律之紛爭處理，其具有地方草根運動之性質，由地方居民組成調解委員會和當事人雙方透過公開討論，為近鄰社會紛爭處理，著重在紛爭社會學與心理學之根本<sup>45</sup>。其後受此一時期之影響，各種公私 ADR 機關急遽增加。此一時期主要為法院外之 ADR 機構設置，法院內程序與調解相結合也漸漸於各州開始使用。

1970 年 ADR 制度發展，促使各種法院內 ADR 發展，一九八〇年代各州法院對於訴訟爆炸問題，在法院內有事件管理運動 (case management movement)，為使事件迅速處理實現，而由法官或法院職員積極實施事件管理。為達成目標，其方法之一，係於訴訟程序中早期促進和解，即把調解或無拘束力之仲裁程序與訴訟程序結合，法院附屬型 ADR (Court annexed ADR<sup>46</sup>) 目前最為發達。此一方式為目前

---

<sup>43</sup> 和田安弘「多元的紛爭處理の試ろ」東京都立大學法學會雜誌 22 卷 1 號(1981)，四頁以下對於 NJC 運動之背景內容詳細介紹；關於其詳細基礎理論參照氏著「輕微紛爭處理における理論的一考察」東京都立大學法學會雜誌 26 卷 2 號(1981) 69 頁。

<sup>44</sup> 關於機構性質對糾紛處理之影響及相關影響因素，參照和田安弘「多元的紛爭處理の試ろ」31-49 頁。吉村德重「裁判外紛爭處理の動向とその分析」法政研究 51 卷 3.4 期 (1984) 260-261 頁。

<sup>45</sup> 詳細過程參照吉村德重前揭文 262 頁。

<sup>46</sup> 此為訴訟程序利用 ADR 最常被使用之用語，一般而言 court-connected ADR，

發展之主流，亦為美國近年來司法改革之主要內容<sup>47</sup>。

而法院附屬型 ADR，主要方式有：① Mini-Trial：主要做為企業間大規模紛爭，為了於裁判外快速且廉價之處理，一種私的無拘束力的仲裁（arbitration）。這個程序開始於 1977 年對於長期化、高額化之專利紛爭所發展之處理方式。嚴格言之，並非一個審判程序，係依據當事人間之交涉，作中立性之評價，此一評價無拘束力，為調停和其他判定程序之組合，屬於混和型程序。目前廣泛適用於所有紛爭。除法院外，並廣為一般公私機關所採用。② 早期中立評價（Early Neutral Evaluation）：這個程序以促進當事人早期和解，於訴訟早期提供當事人事件現實之評價。程序上分為二階段實施，當事人在中立評價人指揮下作言詞之主張、討論，給予當事人合意之交涉機會，如不能達成合意，再由中立人作無拘束力之判定。③ 簡易陪審審理（Summary jury Trial）：在法院內透過簡易審判程序進行，即當事人（通常是律師）在陪審團前進行簡易程序，程序不公開，再由陪審團下一個沒有拘束力之判定，以促進當事人進行和解，其程序通常在一天內終結。④ 特別輔助法官之事件付託（Reference to Special Masters）：法院可就訴訟程序上特定事項，任命特別輔助法官。依聯邦民事訴訟規則第五十三條規定，法院任命特別輔助法官為自己之手足，於英美法衡平法上

---

court-related ADR，court-based ADR 均有使用。此種訴訟附屬型 ADR，與我國強制調解制度類似，但其所採用之方式較多元。但與日本調停制度為不同，日本有獨立之民事調停法，但仍然是在法院內進行調解，並非訴訟程序之一部份。

<sup>47</sup> 美國 1990 年民事司法改革法（Judicial Improvement Act of 1990）為對於訴訟肥大化，影響美國經濟之國際競爭力之認識下，以訴訟程序遲延及費用高漲解消為目的之短期民事司法改革之聯邦法。其後並在 1994 年提出實施報告。稻葉一人「司法改革の展開と實施の方向（上）（下）」判例時報 1522、1523 號 12 頁，17 頁。

自古即有，大陸法系並無相應之制度。雖然法律規定任命需得當事人同意，但通常特別輔助法官在選任上以獲得當事人之同意為前提，其在藥害訴訟、環境訴訟、公民權訴訟等集團訴訟，就複雜紛爭事實之釐清、專門技術與知識、媒體政治運動之對應、多數當事人間關係等方面補充法院之不足。此種特別輔助法官有和解之仲介，促進此類集團訴訟和解之機能。⑤訴訟附屬型仲裁（Court-Annexed Arbitration）：一人或多數之仲裁人在聽取當事人大概之主張與舉證後，而為無拘束力之判斷程序。在一定種類案件上為強制付託（compulsory referral）仲裁，即實施仲裁前置主義。此種仲裁裁定之效力，為非拘束性（non-binding），對於裁定不服之當事人，在一定之期間內，可向法院為正式審判之請求，正式審判程序與仲裁程序之關係為覆審（de novo），仲裁程序之過程及結果全然不考慮。此一程序在美國之訴訟附屬型 ADR 具有最古老之歷史，於 1952 年即有之<sup>48</sup>。①②③④種均為混合型程序，其如在訴訟程序中進行，即成為訴訟附屬型 ADR，而簡易陪審審理則成為最典型之訴訟附屬型 ADR。

### 第三項 德國之發展

德國關於 ADR 議題在 1970 年始被注意，其背景可從兩方面來說，一為德國 1965 至 1970 年間社會變化<sup>49</sup>，一為比較法上之影響，當

---

<sup>48</sup> 關於美國訴訟附屬型 ADR 其詳細程序實施，參照稻葉一人前揭註38文；三木浩一前揭註39文；E・シャーマン著「合眾國におけるADR」「失丢侂市及訴訟不可欠卅部份午仄化及ADR」「裁判所及命元月代替的紛爭解決」均收於（大村雅彦編譯）『ADRと民事訴訟』（中央大學出版社，1997）1頁，27頁，41頁；六軾範雄「ADR（代替的紛爭解決）」法學本立瓜□459期（1993）3頁；橋本聰「紛爭處理柔軟化と多樣化（一）（二）」民商法雜誌105卷3.4號（1991.3）66頁，49頁。

<sup>49</sup> 德國 1968 年之學生運動，超越年輕人而影響至整個社會，對於社會內部引起很

時美國、日本及北歐諸國等在特定領域，於促進裁判外紛爭處理為強力之潮流。尤其是美國 NJC 運動、北歐 ombudsman 制度、日本調解制度均有很大之影響。1977、1981 年相繼有研討會討論這個議題<sup>50</sup>。此一時期為對於市民所不知紛爭調解制度，廣為宣傳使之週知。80 年代，案件量增加，對於裁判危機之體認，聯邦司法部對於這個議題相當重視，並有「調解比裁判好（Schlichten ist besser als richten）」標題之冊子編印。1990 德國統一，舊東德諸省採用西德裁判制度所產生之問題，舊東德欠缺法官、司法輔助官及其他法院職員等司法人員不足，法院負擔過重之問題再次浮現，而為了從新出發賦予法治國家保障之裁判機能，對於紛至沓來之案件，乃模仿舊東德時期即存在，為了勞動裁判權之接近，而設置紛爭委員會，而有仲裁所（Schiedsstelle）之設計。在民法領域司法負擔過重，為了節約人力物力資源，1990 年有司法簡素化法（Rechtspflegevereinfachungsgesetz）及 1993 年有司法負擔減輕法（Rechtspflegeentlastungsgesetz）。但各省對司法形式負擔減輕之議題相當重視，法院外紛爭解決擴大可能性，仍為重點議題<sup>51</sup>。

德國目前 ADR 制度主要在行政機關或類似機關之行政機關主導

---

大之變化。1965 至 1970 年為戰後發展之最終點，同時逐漸從戰敗之戰爭心理學及實體歸結中解放，為一個現代社會之開始。ハンス・プリュッティング（Hans Prütting）（三上威彦譯）「裁判外及紛爭解決（ADR）」收於石川明編著『比較裁判外糾紛解決制度』22 頁。

<sup>50</sup> 1977 年為法社會學者對於裁判外紛爭處理制度所開之研究會，主要是以美國相關試驗或研究之制度為主，這個階段主要以糾紛處理之觀點來討論，裁斷及合意不同處理觀點。1981 年為對於急遽訴訟案件增加，法院負擔過重問題，提出另一種糾紛處理管道，這個研討會係由司法部召開。參照吉野正三郎「ハンス・プリュッティング（Hans Prütting）『調停反裁判代替仄丹月井』—」判例タイムズ 563 號（1985.10.25）74<sup>上</sup> 頁。

<sup>51</sup> 參照ハンス・プリュッティング前掲文 24 頁。

型及民間團體型，究其存在之依據，有法律規定型與未必有法律規定型，前者某些與訴訟制度結合，為起訴前強制 ADR。

其情形，（一）基於法律規定且起訴前強制 ADR 有：①關於受雇人發明專利報酬紛爭；②關於著作權使用費紛爭③關於不正競爭之紛爭④關於汽車事故補償基金之紛爭⑤職業訓練之紛爭⑥使用者與經營協會之紛爭。（二）基於法律規定但非起訴前強制，①仲裁程序德國民事訴訟法第一千零二十五條以下有關於仲裁程序之規定，在商務、國際交易被廣為利用<sup>52</sup>②仲介人（Schiedsfrau/Schiedsman）<sup>53</sup>，在某些省有仲介人法（Schiedsmannordnung）規定，針對輕微刑事案件中關於民事部份實施。③關於消費紛爭調停：此為 1971 年第一次消費者問題報告書中所建議，提出為了消費者設置調停所之提案。其結果，依據商工業法而設立之商工會議所□□，為苦情處理與調停，某些類型可用電話或口頭方式提出申請。其他如手工業會議所、及各種同業公會（建築業、律師等）等設置。④公共法律資訊及和解所（Öffentliche Rechtsauskunft und Vergleichsstelle=ÖRA）：1922 年做為國家制度被創設，關於輕微刑事案件及民事案件為調停，對於貧困者提供法律商談。（三）未必基於法律規定之設置：①行政型之紛爭調停：各個公法人職業團體，例如手工業會議所、建設家協會、各省醫師會之醫療事故等。②私人組織之 ADR：各種經濟上之聯盟或團體如中古車販賣業者、

---

<sup>52</sup> Hans Prütting 認為這個制度只有在企業間有重要意義，一般市民並不關心。吉野正三郎前揭 50 文 78 頁。

<sup>53</sup> 學者對於 Schiedsman 為與聯邦民事訴訟法上仲裁人（Schiedsrichter）做區別，將其翻譯為仲介人。吉野正三郎前揭註 50 文，79 頁。波多野雅子「裁判と裁判外の紛爭解決制度との關係—西獨・オ—ストリ」判例タイムツ 619 號（1986.12.25）22 頁。三上威彥「裁判外紛爭解決手續」收於石川名編著『比較裁判外紛爭解決制度』40 頁。

建築家會議所、汽車修理公會（Kfz-Handwerk）。基本上德國學者認為德國從種類或處理案件量來看，ADR 制度都是很少<sup>54</sup>。

德國學者對於 ADR 制度之評價與期待為相當消極，只對於 ADR 紛爭處理之司法補充機能相當歡迎，但是不認為可以根本減輕司法負擔<sup>55</sup>，並提出下列幾點評價：（一）ADR 對於紛爭處理只是一個階段，不可輕視裁判權利保護機能，做為最後紛爭處理之機制。（二）調解制度程序上有其缺點，①提出調解申請，不中斷消滅時效，對於消費者損害賠償之短期消滅時效相當不利。②調解程序保障，調解委員之中立性、公平性及每個調停委員之嚴格同等性等，均與裁判及仲裁有一段距離。③在消費者保護之權利實現上，ADR 程序為不公開，有可能縱容企業之過失。（三）裁判制度之接近使用觀念，與 ADR 制度為不相容之概念。（四）法律扶助上，1981 年訴訟費用修正，不包含 ADR 之任何救助，反而不利。（五）裁判之法創造機能為 ADR 所無法取代。整體而言對於 ADR 制度之期待相當低。

#### 第四項 日本之發展

目前日本 ADR 處理制度除了自古即已存在之制度外，近來又創設了相當多的各種公私的多種多樣的 ADR 程序和制度。雖然就目前 ADR 制度運作是否理想，不可一概而定，惟各個制度有其獨自特色，難以一律之評價。對於 ADR 制度程序全體的評價，日本在最近二十年來有很大轉變，雖然目前對於各 ADR 制度程序仍有對立見解存在，但原則上已從「全面性否定」、「現實上消極肯定論」，而至「理論上

---

<sup>54</sup> ハンス・プリュッキング前掲註50文，27頁。

<sup>55</sup> ハンス・プリュッキング前掲註50文，吉野正三郎前掲註50文 32-34頁。波多野雅子前掲註53文 29頁。

積極肯定論」<sup>56</sup>。

日本於六十年代，受到近代形式合法（legalism）主義支配，認為僅以訴訟判決為合理的法的紛爭處理方式。調停等裁判外紛爭解決制度是非「法」的解決，屬於前近代之法意識，其利用為有害於權利意識之近代化及裁判之改革及利用，乃給予否定之評價。這個理論背景乃是建立於川島武宜博士，其認為日本自明治維新以來直至戰後，相關調停等法規，例如：小作調停法（耕佃爭議）、人事調停爭議及金錢債務臨時調停法等，均是以因舊社會解體而導致市民權利關係之成長時，有關市民間之紛爭，係以阻止或解消市民權利意識成長為目的，這些制度背後之意圖，乃為打擊市民之權利意識，依照義理人情所為非權利之紛爭處理，乃以對於近代權利義務關係及其意識未成熟為前提<sup>57</sup>。換言之，調停制度之廣泛利用，是為了從法院逃避，利用這一個事實做為阻止權利意識之成長<sup>58</sup>。這些調停制度很多都是會了當時各種社會經濟因素，有其獨自之政治意圖而設置。就紛爭解決應有之合理性，在當時並不被考慮，將政治責任轉嫁與當事者，國家則迴避紛爭解決責任。學者認為調停制度如要做為現代國家紛爭解決制度，其存在理由，應嚴格斷絕這種政治意圖之理由，始可做為現代國家紛爭解決制度之合理存在理由<sup>59</sup>。

戰後人們權利意識主張積極化，因此對於較以前裁判制度為積極

---

<sup>56</sup> 田中成明『法の考え方と用い方』（大藏省印刷局，1990）311頁。

<sup>57</sup> 川島武宜『近代社會と法』（岩波書店，1952）第三章順法精神，55-77

<sup>58</sup> 川島武宜前掲書 158-162頁。

<sup>59</sup> 佐佐木吉男「調停制度の役割」收於三俣月章、青山善充編『民事訴訟法争点』（1979，有斐閣）27頁。

之利用，而對於調停等裁判外紛爭處理制度，基本上為和以前同樣之利用。但是面對新型態之法紛爭不斷增加，法紛爭多樣化、複雜化，調停等既存制度應加以改革，而有各種裁判外紛爭處理制度創設之政策推進。此時，裁判外紛爭處理程序利用及擴充之理由，係從當初所主張之比起裁判之黑白二極判斷等，調停協商與日本之國民性較合之傳統見解。次第地，認為為了彌補裁判遲延及裁判接近困難等裁判制度不備及實務之缺點，不得不承認裁判外程序之存在及利用。這個見解並獲得廣泛之支持。不過這見解是建立於改善裁判制度或裁判實務自體。如果裁判制度整備的話，裁判外制度就不需要了。但是，雖然是消極的見解，裁判外制度存在理由及現實機能之修正，縱使如調停制度及訴訟上和解是自古即有之，也有所謂「舊瓶裝新酒」之努力或提議<sup>60</sup>。

現代理論上縱然認為裁判制度為理想之制度，但其原則上有如前章所述之一定界限，各種裁判外紛爭程序，有裁判所不具備之優點，有補充或代替裁判獨自之機能，就法的紛爭處理制度之全體構造來看，仍具有不可欠缺之地位，漸次成為有力說之地位。

學者小島武司從正義的綜合制度觀點，認為基於紛爭之多樣化與複雜化，從靜態的多元救濟方法及動態各個方法間之交流，主張應設置多重之紛爭處理途徑以為因應<sup>61</sup>。「手續保障第三波」學者則認為，裁判外程序之優點，有如：利用簡便、非正式程序之融通、簡易迅速

---

<sup>60</sup> 佐佐木吉男「民事調停」收於『法社會學講座 6』（岩波書店，1972）169頁。

<sup>61</sup> 小島武司「正義の総合システムを考える」民商法雜誌 78卷臨時增刊號 3（末川先生追悼論集，1978）1頁；小島武司「紛爭處理制度の全體構造」收於『講座民事訴訟① 民事紛爭と訴訟』（弘文堂，1984）355頁；小島武司「正義総合システム再考」法曹時報 41卷 7號（1989.7.1）1805頁。

救濟之可能、彈性柔軟之救濟與解決方法等，此為傳統上所被主張之理由，就紛爭之特殊性採用適合之專門技術判斷，對於現代型紛爭為衡平地解決之視野等理由，更進一步地，為民事紛爭處理之私的自治原則的尊重，此為民事訴訟第三波學者所主張<sup>62</sup>。

## 第二節 裁判外紛爭處理之擁護論與批判論

### 第一項 裁判外紛爭處理制度之擁護論

美國 ADR 雖然蓬勃發展，但贊同裁判外紛爭處理制度存在之理由則有不同。事實上目前各國發展 ADR 之理由也是以此三點為主。學者擁護之觀點有<sup>63</sup>：

一、從司法營運之效率化觀點，積極活用 ADR，此為司法界指導

---

<sup>62</sup> 吉村德重「民事紛爭處理の多様性と訴訟機能の展望」法政研究 51 卷 1 號(1984) 148 頁；同「裁判外糾紛處理の動向の分析及その分析」法政研究 51 卷 3.4 號(1985) 711 頁；井上治典「紛爭處理機關の多様化及その利用及訴訟及選擇」ジュリスト 875 號收於井上治典『民事手續論』（有斐閣，1993）217 頁；井上治典「裁判手續の手續の利用及その利用」原載於龍崎喜助先生還曆紀念『紛爭處理と正義』（1988）後收於『民事手續論』67 頁。

<sup>63</sup> 下列三種分類主要係參考田中成明「民事司法改革の背景とその射程（一）（二）（三）」法曹時報 47 卷 5 號 1053 頁，6 號 1253 頁，7 號 1495 頁（1995），後收於氏著『現代社會と裁判』（弘文堂，1996）98 頁；山田文前掲文；和田仁孝『民事紛爭處理理論』（信山社，1994）130-135 頁。田中成明與山田文主要之構想來自於 Susan Silbey & Austin Sarat, Dispute Processing in Law and Legal Scholarship: From institutional Critique to the Reconstruction of the Judicial Subject, in 66 Denver Univ. of L.REV (1989), 445-58 頁。田中成明認為雖然分類相同但是重點特徵或評價有不同。另外 G.Alan Tarr『Judicial Process and Judicial Policymaking』（West Publish Company,1994）Chaoter7Civil Justice and Courts 250 頁。對於美國近年司法政策走向亦有敘述。

立場之人所提倡<sup>64</sup>。其基本觀點並非批判傳統訴訟程序基本理念構造本身，而係對於現代裁判之危機，超越法院所能負荷之事件以及不適於法院處理之事件，提出除了訴訟外之紛爭處理方法。基本上，後述德國之ADR與日本實務界就法院實務之改善及和解調解活用論之觀點，與此點具有相當親近性<sup>65</sup>。

二、從接近（access）正義途徑之擴充、權利之實效化觀點：特別是針對社會經濟弱者的法的權利在司法救濟制度中實效救濟手段的重視，主要由法、裁判的平等主義的社會改革者所主張<sup>66</sup>。學者就美國接近（Access）司法運動之改革，就年代順序提出「三個波」理論，正義接近使用運動之第一波為貧困當事人之法律扶助，使用法律商談、法律扶助給予貧困紛爭當事人訴訟上救助。第二波為，關於集團訴訟（class action），所謂就擴散利益為救濟之公共利益法（public interest law）整備運動。第三波並非針對裁判制度，而係對於裁判外紛爭處理制度，從歷來勞動關係、商務仲裁為出發，包含家事、租賃、相鄰紛爭以調解程序為中心之紛爭處理程序為展開，更進一步對於消費紛爭、環境紛爭，也提出以調解為中心之紛爭處理程序。第三波係以

---

<sup>64</sup>W.E. Berger（曾擔任美國最高法院法官）Agenda for 2000 A..D. — Need for Systematic Anticipation, in 70 Federal Rules Decisions（1976）； Burger, Isn't There a Better Way?, in American Bar Association Journal, Vol.68（1982）, ; Frank .A. Sander, Varieties of Dispute Processing, in 70 Federal Rules Decision（1976）參照，並為 ABA 協會等為首的法曹高層的保守派所主張。轉引自田中成明註63書，159 頁。

<sup>65</sup> 田中成明前揭註63文 126 頁。

<sup>66</sup>L.M. Friedman 為此傾向之主張，著作為 Total Justice（1985）；而 Mauro Cappelletti 為中心而參加”Access To Justice”之人，而後有 M・カペレッティ（M. Cappelletti）=B・がース編，（小島武司譯）『正義のアクセス』（有斐閣，1981）；M・カペレッティ（小島武司、谷口安平編譯）『正義のアクセスと福祉國家』（中央大學出版部，1987）等書參照。轉引自田中成明前揭63文，160 頁。

司法漸進改革為目標，與前述司法效率觀點有部分重疊。日本學者小島武司為日本展開「接近司法」運動之先驅者<sup>67</sup>。

三、依照 ADR 處理糾而為紛爭處理之品質的提昇，主要之提倡者為批判的法學研究者及問題解決型交涉理論<sup>68</sup>。此一觀點認為對於現行裁判中當事人對立主義的形式主義程序，以黑白二分之方式判定的過去志向的訴訟，裁判對於法爭點背後紛爭自體無法的確的把握。ADR 有助於當事人狀況之瞭解，針對個人需要予以對應，提高當事人或社會自律解決之能力，其理想是以合意方式，回復平和、安定之關係為目標，以未來作導向，給予建設性、創造性地解決。其相當注重相關當事人及各團體自律性之紛爭解決，重視調整能力之回復與強化。因而對於有訴訟構造之 ADR 及法院附屬型 ADR 等國家強制權力和關連程序持反對態度，並認為在近鄰正義中心<sup>69</sup>等法院外程序，由國家為資金援助並以國家法統治傘下的構造為警戒。認為其對於紛爭處理之圓滿性有礙。

更進一步，做為問題交涉型一環提倡，特別強調權利義務責任二

---

<sup>67</sup> 日本學者小島武司為日本「正義的接近」運動展開的提出者，並有「正義的綜合制度」構想提出，並為一種司法政策提出。惟近來則傾向第三觀點，從問題解決型交涉理論導入，不僅從制度面，也從糾紛解決技法來導入。如小島武司編『法交涉學入門』（商事法務研究會，1991）；小島武司=大澤恒夫「正義の總和システムにおける法的交渉」收於小島武司、加藤新太郎編『民事實務讀本 IV』（東京布井出版，1993）3 頁。

<sup>68</sup> 美國主要以 Austin Sarat, The “New Formalism” in Disputing and Dipute Processing, in 21 Law & Society Rev. (1988) 695-715 頁及 Carrie Menkel-Meadow, Dispute Resolution : The Periphery Becomes the core, 69 Judicature (1986) 300-4 頁，為代表者。轉引自田中成明前揭註63文，160 頁。

<sup>69</sup> 此為 NJC 運動中所設立之機構。

分法等裁判判定的當事人對立的訴訟程序，以及全有與全無（zero-sum game）的零和狀況有其界限，ADR為對於當事人雙方利益與需求為平和調整的宥恕位置。換句話說有否定現行法制度、規範、程序等規範拘束性，對於法學家之專門為否定之態度，反法化傾向很強<sup>70</sup>。日本法社會學者對於民事紛爭處理過程研究者<sup>71</sup>，以及民事訴訟理論之第三波學者見解，為相當親近於此一觀點。

## 第二項 裁判外紛爭處理制度之否定論

關於否定之見解，如前所述之擁護論，亦各有立場，有從民事訴訟傳統理論程序基本上採取支持立場者，同時也有對於現行法制度及司法制度本身採取批判性立場者。主要有三種：

一、從重視訴訟=判決公的・規範的立場而為批判，為就判決為權利判定及權利救濟重視社會改革機能的司法積極主義立場<sup>72</sup>。認為（1）訴訟對於當事人間資力等力之不均衡因素，可藉由法官平衡，在ADR反而不能減輕此種差距。（2）ADR以當事人間個人基於合意而受合意結果拘束，但事實上社會上很多個人，在與律師、保險公司間之合約無法自律的決定。（3）相對於訴訟，依照ADR解決，對於解

---

<sup>70</sup> 田中成明前揭註63文，129頁。

<sup>71</sup> 例如和田仁孝『民事糾紛處理論』即為基於此一觀點所做之糾紛處理過程之全體果成提示。

<sup>72</sup> 以O. M. Fiss為代表，Fiss為制度改革訴訟之提出者，對於憲法上價值侵害之問題，不僅是個人而係大規模組織，如不將組織從新再編成，則侵害無法除去，而稱其為「構造改革訴訟（Structural Reform）」。例如，關於精神病療養院所收容者之人權侵害案件。參照大澤秀介『現代型訴訟の日米比較』（弘文堂，1988）35-52頁。Fiss批判ADR的著作為，Against settlement, in 93 Yale L.J (1984) 1073-90頁；Out Of Eden, in 94 Yale L.J (1985) 1669-73頁。

決案之變更要求當否或其內容之強制實現為困難的，乃缺乏司法權強力行使基礎。(4) 訴訟為法官依照公法規定所賦與之權，法官職務為對於當事人目的之最大化努力，不僅平和確保其權利，對於憲法制定法為權威本文(text)的具現，使法價值明確，與現實價值合致。但和解等會剝奪法院為本文的解釋機會，造成社會價值矛盾，失去匡正不正義的機會<sup>73</sup>。

惟由批判論所舉之例以觀，田中成明認為，並非應全然反對ADR，而係應區分事件之不同，以事件之質的不同而定，就特殊事件應用判決形式，而一般事件則可用和解。故非一種反對論，而係一種「二分戰略」<sup>74</sup>。

二、重視適正程序保障之立場，此為對於法官為積極事件管理(case management)強化，此一程序有損適正程序(due process)保障的批判<sup>75</sup>。法院所實施之各種ADR行為(法院附置仲裁、和解協議、調解等)程序中，有相當多不符合正當程序保障。例如：有未公開之情形，且未有記錄，亦無義務寫附理由意見書、無上級之再審查活動。而本人對於程序之直接參加、當事人同意之處理等重視，導致訴訟和

---

<sup>73</sup> 近來日本關於水埤<sup>1</sup>病第三次訴訟、川崎公害訴訟、血友病患者因使用未加熱血液製劑感染愛滋病之訴訟等均以和解收場，為關於和解之有用性及必要性之說明，Fiss之批判並非必然。田中成明「民事司法改革の背景とその射程(二)」<sup>9</sup>」法費時報47卷6號(1995)1277頁。

<sup>74</sup> 田中成明前揭73文1277頁。

<sup>75</sup> 主要的學者為Judith Resnik，其著作為Managerial Judges, in 96 Harvard L. Rev (1982)374-448頁。Resnik, Failing Faith: Adjudicatory Procedure in Decline, in 53 Univ. of Chicago L. Rev. (1986) 494-560頁。轉引自田中成明前揭註63文161頁。

其他活動之界線曖昧不清，動搖了以法律家為信賴基礎的當事人對立主義的訴訟模型的基礎，對於訴訟的合理性、公正、公平的基準，有必要再為從新定義。程序上與訴訟認為此種管理的裁判和 ADR，為對於傳統當事人對立主義的訴訟程序的信賴衰退。同時對於管理的裁判可以有遲延減少、處理增加、訴訟費用低下等效率性高之結果，認為缺乏實證證明，可做為正當化之理由，持一種懷疑的態度。此一立場與前說均為信賴現行法制度、訴訟機能、程序之正統性，並以其權威保持為其共通點。

三、現行法制度及司法制度自體批判的立場，此一立場之學者多為馬克斯主義研究及批判法學研究對於 ADR 之批判<sup>76</sup>。由於其對於 ADR 嚴厲批判之結果導致出對於現行訴訟制度擁護之立場。認為美國司法制度儘管受自由平等正義的約束，但就其運作不良導致不滿的提高中，ADR 只會使對於法制度、司法制度缺陷的注意錯過，縮減對於社會安定的潛在威脅，而去擁護現行國家社會體制。國家認為 ADR 之正當化理由為當事人同意及廉價費用，但代之以強制的說服、威嚇損益計算等，擴充法統制的範圍，不受各種形式制約，而為各種權利權威行使。招來國家對於個人社會法介入的強化，或者欠缺法保障，曝曬在經濟、政治、社會力底下。強調合意妥協的 ADR 擴充反倒是抑制少數者、弱者現行法制度所主張保障的正統權利。不過主張此項見解之學者，形式上係不充分，很少有固執於在公開場所的受到程序保障權利之關於權利攻防的訴訟程序。在日本並不限於馬克斯主義學者，和此種 ADR 批判基本上是相同的論法，嚴厲批判 ADR，相對地現行訴訟程序擁護論展開，特別是律師之間。

---

<sup>76</sup> 主要為 Richard L. Abel, 主要著作為 *The Contradictions of Informal Justice*, in Abel (ed.), *The Politics of Informal Justice*, Vol. 1 (1982) 267-320 頁。轉引自田中成明前揭註63文，161 頁

### 第三節 裁判外紛爭處理之類型

ADR 之類型可就其第三者機關之性質作分類，也有就其處理方法作分類。以設立主體做區分最常被學者提出<sup>77</sup>，主要區分為「司法型」、「行政型」、「民間型」。也有學者就其是否有法律規定而區分為「正式」與「非正式」，所謂「正式」即為上述三型紛爭處理機關，「非正式」例如法律專家之律師或準法律家之代書所參與之裁判外紛爭處理。但是社會上非法律家之民間業者或企業為裁判外紛爭處理之情形也很多。例如民間債權收取業者（討債公司）、破產公司之整理屋、離婚調解業者、保險業者、運送公司之事故、汽車修理業者不動產業者等非正式之紛爭處理機關，往往其處理程序是否公正，即成為問題，而有民事暴力介入之情形<sup>78</sup>。此一情形雖非本文所討論，但是在社會經濟不景氣時往往成為社會問題。

另一種區分方式為就紛爭處理方法作區分，從傳統「合意型」、「決定型」做區分，此種分類之效果，為對於解決案之拘束力產生不同效果，其值得注意者為近年來在行政機關處理民事紛爭常用之不具拘束力之裁定。行政機關之裁定是否對於當事人發生拘束力取決於當事人是否在一定時間內起訴，著重在當事人自主之情形。

---

<sup>77</sup> 這個依照糾紛處理制度機關之性質作分類為吉村德重、小島武司、石川明、田中成明學者所通用。參照吉村德重「民事紛爭處理の多樣性と訴訟機能の展望」法政研究 51 卷 1 號（1984）148 頁；小島武司「裁判外紛爭處理機關の理論的法政策的検討」判例タイムズ 728（1990.8），4 頁；石川明「我が國における裁判代替的紛爭解決制度（ADR）の諸問題」法の支配 101 期（1996.4）收於石川明三上威彦編著『比較裁判外紛爭解決制度』3 頁；田中成明『法の考え方と使い方』第六章 306 頁。

<sup>78</sup> 六本佳平『民事紛爭の法的解決』（有斐閣，1971）85 頁。

## 第一項 以主體來做區分

日本裁判外紛爭處理制度相當多，以設立主體來做區分，裁判外紛爭處理機關可區分為司法型（即附設於法院的 ADR）、行政型指由國家行政機關或其他機關處理的 ADR 及民間型指由民間團體（可從是否接受國家財政援助及指導監督做區分）的 ADR。

司法型，係指在法院內進行之程序包含訴訟上和解、調停。調停一般而言以民事事件及家庭事件為主，以民事調停法及家事審判法為依據。民事調停法第一條以民事調停係以就實情適用法理<sup>79</sup>為紛爭解決，其本質為一種當事人合意。解決基準具有近於日常生活規範，具有非法化之情形。

行政型，乃是其設立之主體為行政機關，為國家機關或地方公共團體所設置，例如勞動省設置之勞動委員會（勞動省、都道府縣）、公害等調整委員會、公害審查會（內閣、都道府縣）、建設省設置之中央建設工事紛爭審查會，都道府縣地方公共團體所設置之建設工事紛爭調停委員會（例如東京都建設工事紛爭審查會）、國民生活・消費生活中心（內閣、都道府縣）。行政機關之性質有行政委員會、審議會等性質者。<sup>80</sup>行政機關型之 ADR，對於紛爭處理一般而言以調解為主，在法律有特別規定時有採仲裁及調停之方式。行政型由於關連行政機關可做為事實關係之調查機構，就特定領域就精通之專門委員為實施紛爭處理，其資料蒐集能力及判斷能力較裁判為優，客觀上較

---

<sup>79</sup> 此為日本民事調停法第一條所明定。

<sup>80</sup> 石川明則將公益法人所設置者，亦列入此類行政機關性質，例如：關於交通事故有日本律師連合會之交通事故商談中心，財團法人交通事故紛爭處理中心等。包含建築糾紛等一般法的糾紛之為對象，由律師公會所設置之 ADR，如第二東京律師會仲裁中心。石川明前揭註34文，10頁。

易做出妥當之解決。對於紛爭之早期處理亦具有功效，近年來苦情處理，利用商談方式，使紛爭在顯在化之前即為處理有很大績效。

民間型，有以財團或社團等公益法人形式例如國際商事仲裁協會（社團法人）、日本海運集會所（社團法人）、交通事故紛爭處理（財團法人，除了東京外全國有八家）、交通事故商談中心（財團法人，各地律師公會所在地）、轉包承攬苦請處理委員會（社團法人或財團法人，各都道府縣）。業界設置者如醫事紛爭處理委員會（都道府縣醫師公會）、洗衣賠償問題協議會（洗衣業界）。一般而言，業界設置者對於其中立性較差，對於紛爭處理有不利之影響。

## 第二項 紛爭處理之方法區分

紛爭處理之方法，如前所述有合意型以及決定型，調解、斡旋、商談、苦情處理為合意型，裁定及仲裁為決定型。

一般而言，調解、斡旋成立合意，原則上當事人間僅生民法上和解釋契約之效力。惟為了強化調停斡旋決定之效力，而與民事訴訟法為配合架橋之規定，會在法律條文中明文規定其與確定判決有同一之效力。所謂「有同一之效力」指有羈束力、確定力、執行力，但無形成力。一般而言，所謂調解或和解與判決有同一之效力，於判決之執行力上，具有重大意義。仲裁判斷亦與確定判決有同一之效力，此為立法者強化裁定之效力。

近年來行政上紛爭處理則有採取片面仲裁之方式，仲裁與裁定之區別在於交付第三機關前是否需當事人事前合意，仲裁以當事人在事前有合意為原則，裁定則不需。仲裁程序為近於訴訟程序公式化、法化，本係為了確保仲裁判斷之正統性而為之。但相對而言，卻失去仲裁程序之簡易迅速性以及柔軟性。其發展方向為，仲裁程序調解程序

化，使得仲裁判斷或裁定效力只具有片面或不完全之效力，使當事人一方或雙方對於解決案為是否同意受諾的選擇機會的方法。例如：日本公害糾紛等調整委員會之責任裁定，因當事人之任何一方提起訴訟而失其效力。交通事故紛爭處理中心之裁定，以被害人（申請人）之拒絕而失其效力。此種沒有制度擔保效力的仲裁程序及裁定程序，第三機關其主要任務在謀求促進當事人間辯論交涉為相互瞭解的形成，裁判外紛爭處理的仲裁及裁定程序其運用上會接近於調解程序。決定型之紛爭處理方亦趨向合意型，注重當事人意思自主。

#### 第四節 裁判外紛爭處理機關之機能

ADR 機關一般而言其本質為當事人合意，近來如前所述裁定與仲裁在使用上亦漸漸趨於調解著重在當事人合意。當事人之合意就其過程來看為一種二重合意的形成即 ADR 機關其作用之基本條件為成為起點之利用及最終解決案之提示的階段，均應獲得當事人之合意。合意的正當化機能及固有之紛爭解決機能，以其在真正自由合意條件下所獲得為妥當。紛爭處理機關為達成對於解決案同意的合意形成努力，應有三大機能。

一、為當事人間溝通的仲介機能，因種種理由而不能圓滑進行溝通時，修正相互狀況認識的分歧，整理形成合意的條件。二、為就當事人主張之是非，紛爭處理機關為獨自的判斷提示。例如調解委員提示調解案，並為接受之勸告的情形，這個側面的機能就很明顯。除此之外，片段的對於當事人各個主張為第三者評價，形成合意的重要作用。三、為對於形成合意，紛爭處理機關為直接間接的統制的資源動員，有強制解決的側面。給予紛爭處理機關提示判斷的力，促進對於其判斷的合意形成。

第三者機關之參與最主要在於促進當事人間交涉，打開當事人間停滯之狀態，促進自律交涉之活性化以達成合意之機能，即為一種交涉促進之機能。因而，增進當事人之間之交涉能力，提供完全之資訊，或者在某些情形下代替當事人一方與相對人交涉，將相對人主張傳達與相對人之仲介機能。除了斡旋調解外在商談與苦情處理之情形，以促進當事人間交涉促進合意形成為目的，第三者機關多為一種資訊提供。不過通常此種資訊提供包含一第三者機關評價的評價判斷資料提供，使當事人對於自己主張的再檢討，並為更進一步合意的形成。

關於仲裁機關的機能，則並非在誘導當事人間之合意，係以做出一個解決案的仲裁判斷即可。仲裁以當事人事間事前對於紛爭處理機關處理解決案的合意，但由裁判外紛爭處理機關所為之仲裁，如以個人信賴做為仲裁基礎，僅與包含善與衡平為仲裁規範而判斷當事人是否能接受為有疑問，因而仲裁程序為近於裁判的公式化，以確保其仲裁判斷正統性。但因此仲裁程序失去其簡易迅速性與柔軟性。因而仲裁程序目前有調停程序化，當事人間對於仲裁判斷或裁定之效力，為不完全的片段的，給予當是一方或雙方選擇是否同意接受解決案。；例如交通事故處理中心的裁定，僅被害人之拒絕而失效，公害等調整委員會之責任裁定，因任何當事人一方之起訴而失效。此種缺乏制度擔保的仲裁或裁定程序，做為第為三者機關其以謀求促進當事人間辯論交涉，形成相互瞭解。

## 第四章 行政介入處理民事紛爭與法之支配—— 代結論

### 第一節 現代國家與紛爭

#### 第一項 現代國家—行政利害調整機能的重視

十八、十九世紀近代法治國家裁判係為了保持社會和平，解決調整社會構成員間之紛爭。行政權之行使則以國家公共秩序維持為目標，國家對於私人之紛爭應採取中立立場。在近代自由主義的法思想下，市民和市民社會自主自律的立場下，國家乃至公行政和市民社會為峻別的二分立場。公行政對於市民生活介入僅限於違反市民社會秩序行為的取締，限定於消極的警察行政。對於市民社會的助成育成等積極目的，為國家干涉市民社會，被強烈的否定。

惟這個夜警國家的理想，由於行政統合作用於各個階層之市民，很難均維持中立之立場，縱在十八世紀牧歌的農業國家中的警察作用，分析其效果對於市民各階層有利害相反之影響效果。例如在地主與佃農爭議中，警察便常以維持社會秩序之名而對於佃農為鎮壓，為有利於地主側的作用事實，此為大家所週知。

進入二十世紀高度資本主義的體制，行政理念不能再維持於中立的秩序維持者地位。現代國家標榜的福祉國家理想，行政必須積極作用於市民社會，為所得再分配，負有確保國民特別是社會的弱者生存權的保障。在二次大戰後，急遽得技術革新，都市生活樣式的普及，人與人之間的關係複雜，而產生各種對立摩擦並且日益尖銳。公害、藥害、消費金融或製造物責任、醫療事故、都市建築紛爭等高度技術社會特有之現代型紛爭一一發生，其結果為了調整複雜利害關係，預防市民間之紛爭，從社會危害防止進入市民生活的擁護。公行政之責任任務增加。

當然法院對於現代型紛爭解決完成之任務不小，但公害裁判及藥害裁判的

判決不僅對於患者為救濟，對於公害及藥害對策形成發展之契機。而且此類就分多涉及社會集團間複雜構造利害關係，其解決除了需要高度科技術，更需要就多方面為政策衡量的要求，現代型紛爭之解決裁判有界限已如前述。例如裁判在損害賠償請求部份僅能事後救濟或者裁判長期化現象等原則上還能獲得救濟，但是在關於危險行為之禁止，對於社會生活為一般的影響，民事訴訟所達成之成果則極低<sup>81</sup>。

再者，現代社會伴隨產業技術高度化，各種潛在危險亦增加。而且各種技術開發所帶來的危險，人為的防止措施使其未然的防止為不可欠缺。這個責任應透過國家行政權作用實現。現代行政法制調整市民錯綜複雜的利益狀況<sup>82</sup>，構成危險管理與紛爭預防。

## 第二項 民事紛爭與行政之關係

現代行政與市民間並非無關係之第三者，無寧謂是市民社會中紛爭預防之調整者。就其與紛爭之關係可從兩個面向來看：

### 一 行政為一般紛爭預防作用之局面

現代行政為市民間紛爭預防，同時具有市民社會調和與秩序維持之作用。在現代國家，立法權透過其立法活動訂定市民社會自由及潛在危險的調整規制基準，形成具體危險管理與紛爭預防之構造。行政權透過一般法規範（包含法律和法規）管理社會的危險<sup>83</sup>，事前人為的抑止如放置不理將導致成為紛爭的原

---

<sup>81</sup> 關於此類不作為訴訟之成果，已如第二章所述，請求之一方幾乎沒有勝訴過。

<sup>82</sup> 行政法傳統上論及行政之利害調整，主要在國家補償法上，對於損害之填補與救濟被害，從負擔公平之觀點，就國家與被害者之間具有利害調整之構造之性格，以利害調整為基準，而適用公平負擔原理。遠藤博也『國家補償法』（青林書院、1981）48頁。

<sup>83</sup> 遠藤博也認為，現代行政不是一種國家作用而係一種社會管理機能。例如關於東京武藏野市公寓的指導要綱等都市生活環境問題、都市問題，因社會所發生之問題而為處理，此即為社會管理機能。社會管理機能成為近代行政法之對象的國家作用，均將此種社會管理機能集中於國家。行政不是超越國家作用，不過釋將社會管理機能之制度化。社會管理機能之內容為決定關係當事人、關係社會集團間的力關係或或關係當事人間之妥協。國家機關介在期間，以制度作外在。遠藤博也此一社會管理機能理論與此處之危險管理機能應係相同。遠藤博也『行政法Ⅱ（各論）』（青林書院、1987）3-17頁。

因，在警察行政等規制行政領域很多在今日，不僅具有純然國家公共秩序維持的公益作用，尚有社會行為危險或有害行為的禁止限制，未然地防止紛爭，對於市民生活的保護作用。對危險管理的構造為適卻的整備，圓滑的運作，找出市民生活的平和，未然地摘除社會的危險，阻止某種程度紛爭之顯在化。例如在公害藥害上，行政未然防止制度如發會所期之效果，那麼就可以避免嚴重深刻的被害，防止司法紛爭發展。所以現代行政具有紛爭預防之機能<sup>84</sup>。

以警察行政為始之規制行政<sup>85</sup>，其具有紛爭預防之功能，並能直接表現出來，但是傳統上行政法對於規制行政的市民紛爭預防面不重視，而專注於社會秩序維持作用的理解，警察等只有在對於市民生命、健康、財產有危險時為性為之防止或鎮壓，此種以公共秩序與公益為指向做解釋，無視於市民私益之保護的要素<sup>86</sup>。此種關係在現代亦導致，把規制行政作為規定市民間紛爭預防制度規定的一種違和感。但規制行政為將市民間成為紛爭之種子的社會有害及危險行為未然地防止，摘除紛爭的芽，維持社會和平的功能為不容否定。規制行政此種抑止事業者或開發者等危險活動，有維護市民國民大眾之安全危險管理作用的側面。因此在憲法國民主權及社會國家之理想，把行政作用乃至制度作為作為市民權利擁護之第一義的紛爭預防制度，應該是一種直接的看法吧<sup>87</sup>。

<sup>84</sup> 原田尚彥「行政と紛爭解決」收於岩波講座『基本法學 8』（岩波書店、1983）341 頁；阿部泰隆『行政の法システム（上）〔新版〕』（有斐閣、1997）

<sup>85</sup> 規制行政概念為現代行政為強調秩序行政之質的變化所提出，提出者為田中二郎，氏定義所謂「規制」為「基於維持或增進公共福祉之積極目的，具權利性地規範人民的活動，並課予相對應的公的義務之作用。」參照田中二郎『新版行政法〔全訂二版〕』（弘文堂、1983）第三章規制法，84 頁以下。雖仍有學者認為「規制行政」僅宜做為分類概念或說明概念，不過，亦有學者舉公害規制為例，潤為規制行政之概念，有的無法納入警察法所強調之消極目的原則、比例原則、民事不介入原則等架構中，但是「規制法」概念之提倡，在明瞭該領域之特色方面仍有其積極之意義。遠藤博也「規制行政の諸問題」收於雄川一郎等編『現代行政法大系第 1 卷』（有斐閣、1983），45 頁以下。

<sup>86</sup> 關於警察行政傳統觀念，參照田上穰治『警察法』（有斐閣、1958）31 頁以下。田中二郎前掲書 29 頁以下。

<sup>87</sup> 參照原田尚彥，前掲註 84 文，342 頁。

行政上危險管理作用在現代社會重要性大增，前所提到現代社會技術革新，以都市為中心之工業化社會，人們社會關係複雜，社會危險增大，市民各階層利害對立摩擦頻生且複雜，其結果為對於紛爭預防功能越發的精巧且多面相的需求，積極的利害調整為必要。例如防止亂開發的開發規制，防止公害或藥害的安全規制，從消費者保護觀點的事業規制，為了國土計畫的利用調整而有土地分區管制，為了秘密保護的資訊管理，排除經濟力集中的經濟規制等等<sup>88</sup>，現代國家行政權為規制行政範圍很廣，市民活動受到多面的行政法規規制。例如：大氣污染公害，訂定明確基準使得企業有其行動基準，未然地防止被害發生；訂定環境影響評估制度，為了未然防止公害，對於影響環境之事業為事前之環境影響評估；日照權的保障，建築基本法的改正使得建築確認階段就可以為事前的防止日照權侵害；卡拉 OK 噪音規制、消費者受害的救濟、消防規制、食品安全性規制、住宅土地造成規制、高科技（high-tech）產業污染規制<sup>89</sup>等，中央與地方訂定各種法律與條例，為行政事前地為抽象危險、被害發生可能性的階段即為介入，被害或紛爭發生未然的防止。

這些規制行政不問為依法律或依條例，全部均是企圖在現代社會生活為危機管理，調整市民間利害對立，於潛在階段使紛爭顯在化為未然地防止為其目的作用。

## 二 行政權對個別紛爭之因應

---

<sup>88</sup> 參照南博方則提出「整序行政」的概念，所謂「整序行政」係指對於環境、經濟、地域空間的秩序，為積極的整備形成為目的的行政作用。進入二十世紀，社會國家理念的強調及代替神之手的國家之手，應為積極秩序的形成。國家整序行政於各行政分野擴大，例如生活自然環境秩序（如國民經濟之健康與生活、自然及歷史環境的保全創造）、經濟秩序（如基於國民經濟之健全發展而規制、導正經濟活動）、地域空間秩序（如對生活區域空間的利用為有效之規畫與調整）等內容。不過氏之重點仍在秩序的整序。南博方等著『新版行政法（1）〔補訂版〕』（有斐閣、1992）8-9 頁（南博方執筆）；南博方「國民の權利實現と行政活動原理の變遷」（1986）收於氏『紛爭の行政解決手法』（有斐閣、1993）32-33 頁。

<sup>89</sup> 參照阿部泰隆，前揭註84書，5 頁。

行政權如前所述對於防止紛爭顯在化，但就算整備所有制度紛爭仍會發生。個別紛爭發生時以能迅速確實解決紛爭的制度為必要，近代法治國以來，紛爭之解決均歸屬於司法權的任務。行政權僅止於社會秩序之維護，對於民事紛爭行政權並不參與。而所謂民事紛爭不介入原則為近代行政法原則之一<sup>90</sup>。但現代社會各種新型態之紛爭其解決需要高度專門技術的知識與政策考慮的必要，其解決需要就配合人們的價值變化與既存的法規範相異的尺度來解決，裁判程序無法因應已如第二章所述。此時與其說是行政行政介入，無寧謂是沒有其他適當手段，行政無論如何一定要處理，不得不依賴行政來處理，為其意識之起因<sup>91</sup>。現代民事紛爭的處理由行政依照中立公正立場來對應或以專門立場對應，不拘擬於法院的程序形式，實質上為較簡易之處理，不必要依賴律師等職業代理人也不需要支出這筆經費等，國民對於行政機關的應為如此積極對應的期待，為很確實的<sup>92</sup>。

關於此種行政上解決任務的擴大之原因，學者認為有下列諸點原因，下列幾點原因在前面第一章均已詳述過，此處只大略提出：①國民感情的非近代性，此為一般學者所提到<sup>93</sup>。②裁判機關之缺點，例如法院的窗口對應的官僚、訴訟實務的專門性、訴訟所需之各種成本時間金錢。③但②所提裁判機關之缺失如改正，但現代型紛爭通常需要高度的科學調查與專門知識，而且通常非個別之衝

<sup>90</sup> 行政法學所謂的警察權，為以社會秩序維護為目的的行政權，對於人民民事上生活不為干涉法原則稱為民事不介入原則。菊井康郎「民事不介入」收於成田賴明編『行政法の争点』238頁。而學者早期再討論消費者保護相關問題也曾提出疑問，例如在關於地方公共團體在消費糾紛的苦情處理委員會在法制度上應有何種定位，亦提出疑問，參照伊藤進「消費者保護法制の仕組心午課題」ジュリスト總和特集13・消費者問題（1979），182頁。關於消費者保護條例中，行政中立性與民事不介入原則也成為問題，奧村忠雄「消費者保護條例概觀」前掲書・消費者問題259頁。

<sup>91</sup> 參照新井隆一「民事糾紛の行政處理」收於雄川一郎等編『行政法大系第5卷』（有斐閣、1984）8頁。

<sup>92</sup> 參照原田尚彥「行政と糾紛解決」收於『基本法學8紛争』（1983、有斐閣）

<sup>93</sup> 詳見第一章所提及川島武宜之日本人的前近代法意識的原因。

突，涉及社會各階層或集團之對立，或者形式上為個別之主張但實質上對於未來社會的形成有所主張，為對於一般政策展望請求法院判斷等。現代型紛爭或多或少具有對過去裁判和對未來選擇的政策，此二種兩面性。例如核能使用安全相關訴訟。關於科學與政策的事件，法院的判決有其界限，此種問題與其用裁判程序不如透過法律論政策論，以綜合的視野，就國民所展望之未來而選擇決定，始為正道。現代型紛爭依照行政權請求為政治的調整的背景，亦為重要因素。

本文為民事紛爭之行政處理，著重於第二點上之行政與紛爭之關係，為就具體發生之紛爭處理之問題，所以主要論述第二面向的相關問題，但由於第一面向之關係為紛爭之預防，與第二點具有不可分之關係，一併論之。

### 第三項 行政上紛爭處理制度之類型

行政機關處理民事紛爭的類型有很多學者一般分類為，一、行政審判制度；二、正式紛爭處理制度；三、事實上紛爭處理；四、行政上被害救濟制度。

一、行政審判制度：在職務上係由具有獨立性保障之專門行政委會（或稱獨立規制委員會）或者類似機關，依據類似裁判之慎重程序（準司法程序）而審理市民社會所發生之紛爭，謀求紛爭解決之作用<sup>94</sup>，為行政機關最正式之紛爭解決制度。例如：①日本專利權存否及效力範圍之爭執，由專利廳（特許廳）所為之專利審判；②關於海難原因或責任，由海難審判廳所實施之海難審判（海難審判法）；③關於獨佔或不公正競爭，由公正取引委員會所為之審決；④關於不當勞動行為的紛爭，由勞動委員會所為之裁定（勞動團體法）；⑤關於礦區或礦業權之紛爭及關於公害糾紛之責任裁定，由公害等調整委員會所為之裁定（礦業等土地利用調整法、公害糾紛處理法）<sup>95</sup>等。以上典型之行政審判為專利審判與海難審判。多為專門技術事項之審理，以有專門知識之成員組成合議制之委員會。

<sup>94</sup> 此為一般對於行政審判之定義，高柳信一「行政審判」收於田中二郎等編『行政法講座 3』（有斐閣、1965）98 頁；厚谷襄兒「行政審判的法理」收於『現代行政法大系第 4 卷』（有斐閣、1983）71 頁。

<sup>95</sup> 關於公害糾紛之處理只有此二種其組織之型態為行政委員會，並為行政審判。其餘之組織型態為審議會性質。

其程序為依據準司法程序<sup>96</sup>，具有下列之特色：①告知程序：對於相對人或利害關係人告知，使其就關於審判程序中關於自己權利利益給予充分保障之機會；②確保行政審判之公正排除偏見，採取行政審判官<sup>97</sup>除斥、忌避、迴避規定；③為了減輕審判機關之職務，行政審判程序之一部由與行政機關有別之職員進行，採取職能分離制度。④公開言詞辯論程序；⑤程序構造上採取糾問程序，訴追機關與審判機關為同一機關。為了減少其為自然正義法則，而用前述之職能分離原則<sup>98</sup>中和之，但如要完全將審判機關與訴追機關完全分離，則違反設置行政委員實施規制行政之目的<sup>99</sup>。⑥為了在事實認定的證據調查程序中，就事實認定之證據，需由當事人一方提出，並受對造當事人批判。

其審決包含其專門判斷部份，受法律上尊重。受法律上尊重可就兩方面言之：①和審判撤銷程序之關係：關於行政審判之裁決救濟，採取行政救濟方法，提起撤銷訴訟。在法有明訂之下可為審級之審略，例如獨佔禁止法第八十五條，關於礦業等土地利用調整程序第七十五條等，均以東京高等法院為專屬管轄。②對於審判所提出之撤銷訴訟適用「實質證據法則」，此說原則上亦以法有明訂為必要<sup>100</sup>。實質證據法則為法院在審查時，關於事實問題，以在行政審判所認定之事實基礎為限定，來做合理證據有無之調查<sup>101</sup>。

---

<sup>96</sup> 參照厚谷襄兒前掲註94文，96頁。

<sup>97</sup> 此處行政審判官係指受行政官署或參與機關之委任，實施行政審判程序一部之官職。關於行政審判官之用語、由來、權限、機能公平性保障，參照中川正直「行政審判官論」收於前掲『行政法大系 7』53頁。

<sup>98</sup> 職能分離原則，參照厚谷襄兒前掲註94文，90頁。

<sup>99</sup> 參照<sup>3r</sup>野宏『行政法Ⅱ第二版』（有斐閣、1994）39頁。

<sup>100</sup> 學說也有認為不以法有明訂為必要，此一說法亦為有利說。參照雄川一郎「司法審查下關允月一問題」『行政爭訟の法理』（有斐閣、1986）562頁；原田尚彥「行政審判の司法審查」『訴之利益』（弘文堂、1973）195頁。

<sup>101</sup> 關於「實質證據法則」之論文有兼子一「審決の司法審查」岩松裁判官還曆紀念『訴訟と裁判』（1956）457頁以下；原田尚彥『訴之利益』（弘文堂、1973）192頁；厚谷襄兒「公正取引委員會の審決における不服申立の實際」收於小室直人=小山昇先生還曆

行政審判之程序為準司法作用，具有司法前審裁判之性質，屬於廣義裁判<sup>102</sup>，不具有裁判外紛爭解決之性質，故在本文後述之民事紛爭行政上處理制度原則上不包含之。

二、正式紛爭處理制度：不如前述慎重之行政審判的慎重程序，但由行政官署就民間之紛爭為仲介、調解、仲裁等參與，並法律上有明文規定之情形也有不少，例如：①公害糾紛之斡旋、調處、仲裁（公害糾紛處理法），②關於建築承攬契約等所生紛爭之斡旋、調停、仲裁，③消費者苦情處理程序（消費者保護基本法），④關於伴隨中高層建築物建築，關於建築主與附近住民紛爭之調整，此多為地方公共團體以條例<sup>103</sup>規定。例如關於東京都中高層建築物建築紛爭之預防與調整條例。

通常此類紛爭處理機關為採取審議會<sup>104</sup>形式，審議會性質上為國家組織法第八條「第三條各行政機關，在法律所定之範圍內，依照法律或政令之規定，關於重要事項調查審議、由有不服審查或其他學識經驗者等和議處理為適當之事務，得設置合議制機關。」所規定<sup>105</sup>，而第三條機關係指成為行政官署之府、省、委員會、廳等，審議會為為了附屬的調查審議、不服審查等的合議制附屬機

---

紀念『裁判と上訴下』（1988）285頁。太田幸夫「公害等調整委員會の裁定の事實認定と實質證據」判例タイムズ 930號（1997.4.10）314頁。

<sup>102</sup> 參照關哲夫「行政機關とその民事糾紛の處理」收於市原昌三郎先生古稀紀念論集『行政紛爭處理の法理と課題』（法學書院、1993）29頁。新井隆一前掲91文，18頁。

<sup>103</sup> 條例為地方公共團體議會所訂定（地方自治法第九十六條），條例在日本國憲法下，限定於法律範圍內且其效力具有地域之界限，但其無須法律之委任即可賦予地方公共團體之執行機關，以廣泛限制私人權利、自由權限之功能。

<sup>104</sup> 一般而言概念上稱審議會，在法令上一般而言亦以審議會為名稱，但亦有稱為協議會、調查會、審查會、會議等名稱。審議會主要構成員多為學識經驗豐富者；協議會多為關係行政機關的職員會關係團體之利益代表者，就其間之意見做調整；調查會透過文字做事項之調查；審議會關於法律關係及法律事實存否認定。

<sup>105</sup> 關於第八條立法沿革請參照金子正史「審議會行政論」收於前掲『行政法大系 7』117頁註7。

關。地方公共團體依據地方自治法第一百三十八條之四第三項、第二百零二條之三第一項規定，審議會可做為普通公共團體的首長等的執行機關的附屬機關而設置。其地位與國家組織法上審議會之地位相同。關於審議會與行政委員會在日本其區分為相當清楚，從其根據法規，與適用程序，行政委員會具有除了一般行政權外具有準司法準立法功能為，並能獨立行使職權。就行政委員會之性質內容惟國內學者對於行政委員會與審議會並不作明確區分，認為行政委員會稍微弱化，亦可將審議會歸類其中<sup>106</sup>。

此種正式程序之處理程序之類型有仲裁、調解、斡旋、商談等四種。程序原則上均不公開。關於此四種類型之定義與處理結果之效力，原則上與第一章所述相同，於此不在贅述。

#### 三、事實上紛爭處理

在地方公共團體中關於日照權等建築紛爭，或關於大規模商店進出所引起之近鄰地區商業紛爭，訂定要綱等基準，為斡旋調解等行為。從公害至薪水階級消費借貸的日常生活紛爭，地方公共團體的關係部局、警察、保健所、法務省人權擁護局等窗口均有苦情、陳情、商談等受理，這些機關事實上為斡旋、仲介的解決。

#### 四、行政上受害者救濟制度

公害糾紛，目前法院每年受理大約二三十件，但是地方公共團體行政機關窗口所受理之苦情案件高達六萬多件，由此可知紛爭大部份在進入法院前為經由行政機關之手來解決。紛爭進入法院無寧謂是嚴重的例外之情形，不過是冰山一角。現代型紛爭之處理實際上由非正式的行政機關參與解決，此一事實不容否認。

行政機關不僅對於紛爭處理為盡力，更進一步對於市民因不法行為所發生之損害為確實迅速之救濟，設立基金為被害救濟也不少，以金錢為直接被害之

---

<sup>106</sup> 參照黃錦堂「行政組織法上之基本問題」收於翁岳生等著『行政法上冊』（自刊本、1998）270頁。

救濟。例如汽車損害賠償保險、公害健康被害補償、核子損害賠償、醫藥副作用被害救濟、犯罪被害補償等制度為其例。關於公害與藥害被害救濟，除了加害企業外，國家並非全然無責任，在スモン訴訟諸判決中以及熊本水俣病第三次訴訟第一次判決（熊本地昭和 62.3.30 判時 1235 號 3 頁）中均肯定國家的危險管理責任，同時成立國家責任。但是國家相對於直接加害者之第一次終局的責任，國家是第二次的輔助責任。可對於直接加害者為求償，由直接加害者負全面的責任。因而國家責任為先在對外關係負責，一種為了被害救濟確保的義務履行的暫時代替制度。

此種救濟制度，儘管因人之不法行為導致發生嚴重之健康被害，在加害者不能特定或無法確認不法行為責任等情形，為求被害之迅速救濟或者加害者無支付能力時，為了給予確實救濟而設計之制度。救濟之資金以各種方來負擔，以保險金<sup>107</sup>或其他原因者預先為徵收，或採取公金負擔之方式<sup>108</sup>等。行政機關依照簡略程序交付被害者救濟資金，因而對於受害者為確實之救濟，為其制度之共通點。此種行政上救濟制度能代替司法上救濟，防止預防市民社會紛爭顯在化而為解決，此為其不容否認之最大功能。

以上為行政與個別紛爭參與之關係，其中正式紛爭處理制度為本文所討論之重點，關於勞動紛爭也是行之有年的民事紛爭之行政處理制度，考量其勞動關係之特殊性，本文不討論之。以下僅就日本制度上之公害糾紛、消費紛爭、建築工事紛爭與建築所引起之相鄰關係紛爭分類論述如下。

---

<sup>107</sup> 也有以強制責任保險方式預先由直接加害者為義務履行確保的措施。例如汽車損害賠償保障法，關於核能損害賠償的法律。

<sup>108</sup> 例如公害被害補償法上由污染原因者負擔一半，一半由公費負擔，並由污染者繳納賦課金。醫藥副作用品被害救濟的據出金由製造業者於申請藥品製造輸入販賣許可時，以前年度的藥品總數量為基礎來計算，而成立基金。參照遠藤博也『實定行政法』（有斐閣、1989）314 頁。

## 第二節 行政處理民事紛爭之制度

### 第一項 公害糾紛處理機關與程序

#### 一、公害等調整委員會組織與設立經過

公害糾紛處理係因為日本在昭和 30（1955）年代後半期經濟急速發展，所帶來之後遺症，於昭和 30（1960）年代水俣病、痛痛病、四日市氣喘病為代表各種公害疾病於各地發生，形成嚴重社會問題。被害者與加害企業間只能用民事訴訟的司法解決途徑，但民事訴訟在因果關係的舉證證明上需有高度專門科學知識之必要，被害者不易舉證；提起訴訟需要一筆為數不小之訴訟費；而起訴至勝訴確定需長時間等問題，對於公害受害之救濟未必充分，因此有別於民事訴訟由行政機關依照簡單迅速程序解決糾紛之公害糾紛處理制度的創設為有必要，於昭和四十五（1980）年制定公害糾紛處理法，依照同法在國家設中央等公害調整委員會，在都道府縣設置都道府縣公害審查會。於昭和四十七年為充實強化公害糾紛處理制度，將公害審查委員會與土地調整委員會統合，設立公害等調整委員會（以下簡稱公調會）。

公調會其性質上係基於國家組織法第三條第二項規定設置於總理府之外局（公害等調整委員會設置法=以下簡稱設置法第二條），此種外局組織本即得行使人事任命權及規則制定權等而具有一定之獨立性。而公調會與公正取引委員會及勞動委員會為典型之行政委員會。除行政權外更賦予其有準立法權（規則制定權）及準司法權而具高度獨立性<sup>109</sup>。

公調會非僅做為諮詢機關，係得決定行政主體之意思並表示於外之合議制行政機關。其由委員長一人及委員六人（其中三人兼任），其中必須有據律師資格者（公害糾紛處理法第三十九條第三項、第四十二條之二第三項），組成委員會之構成不僅法律之領域也包含其他個領域之專家選任。委員長採任命制，委員

---

<sup>109</sup> 參照南博方「環境紛爭の特色と處理の手法」收於『紛爭の行政解決手法』（有斐閣、1993）142 頁。

長及委員均由人格高潔及見識廣博者選任，得參眾兩院同意後，由內閣總理大任命之。其任其為五年連選得連任。為了確保其政治中立性，委員長及委員被限制參加政治活動（設置法第十一條第二項）。其下並設有事務局，員額為十四人，旗下除總務課外並設有審查官及調查官，受委員會之名處理斡旋、調停、仲裁、裁定及裁決等業務。因應處理公害糾紛之專門性，因應其特殊性總理府出身職員外，厚生省、環境廳、通產省、農水省及運輸省職員並為職員之輸出集合之，部份並有律師資格。

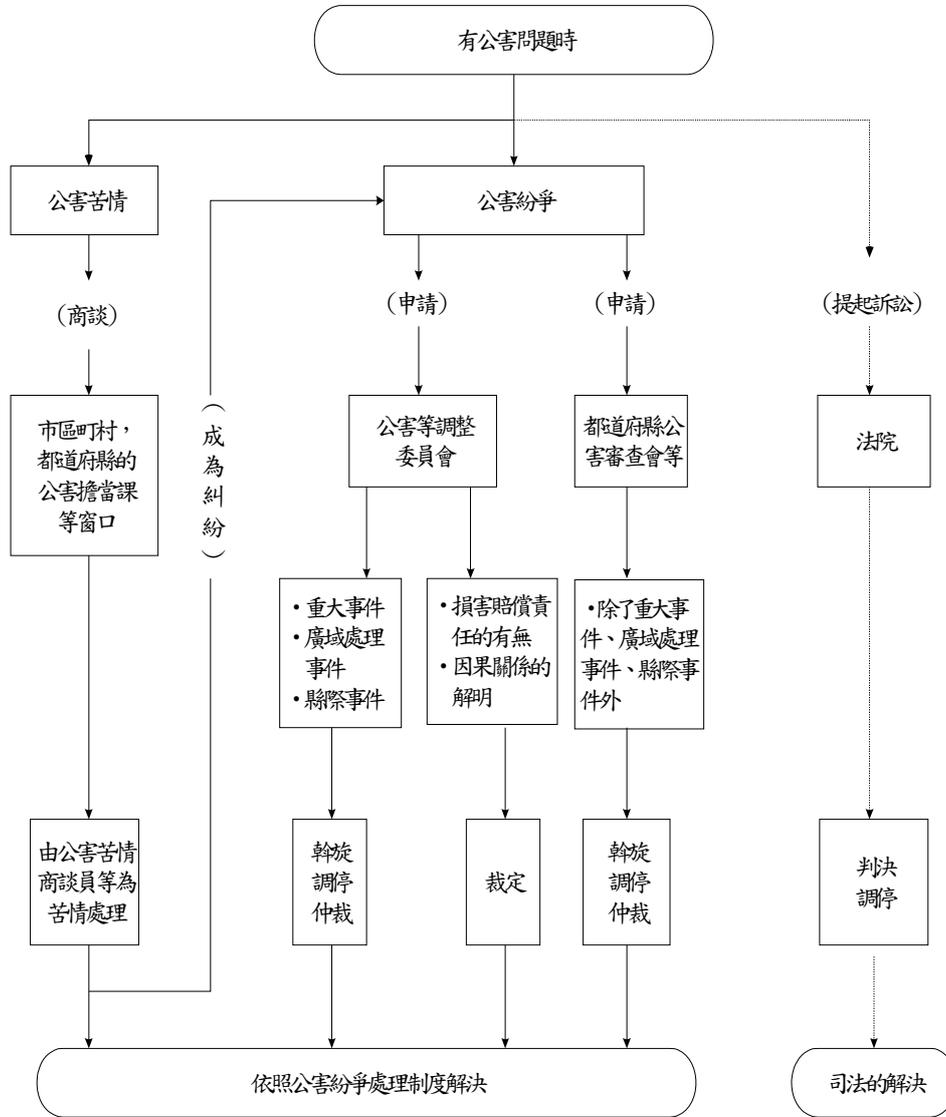
## 二、公害等調整委員會處理之事件

公調會處理之事件為關於公害的損害賠償糾紛及其他民事上糾紛（公害糾紛處理法=以下簡稱公糾法第二十六條第一項）。此處公害係指環境基本法第二條第三項之典型七公害：大氣污染、水質污濁、土壤污染、噪音、震動、地盤下陷、以及惡臭。日照、電波、食品藥品公害不包含之。民事上糾紛係相對於行政上糾紛，調停之對象限定於私人間法律關係之糾紛。行政處分之撤銷、變更或課予義務不包含之。公調會另外尚有處理關於礦業等土地利用調整等案件。

關於處理案件之地方與中央之區別，除了中央之公調會外在地方都道府縣也設有都道府縣公害審查會。兩者並非上下級關係，而係對等關係。公害糾紛關於①水俣病、痛痛病等健康被害之事件或超過五億元之案件；②關於機場或新幹線噪音事件；③被害地或加害地為複數都道府縣或者該事件具有一定重要性由公調會管轄。其餘之事件由都道府縣之公害審查會管轄。（公糾法第二十四條）

## 三、公害等調整委員會處理程序

公害糾紛處理法所定之糾紛解決手段有斡旋、調停、仲裁、裁定（公糾法第二十四條、四十二條之十二、四十二條之二十七）。關於其流程如下頁圖所示：



公害糾紛處理制度的構造圖

公害糾紛處理程序係為緩和訴訟程序之形式嚴格性，因此程序係以機動、主動程序來進行，考量關於當事人間舉證能力不平等、因果關係證明困難，關於程序採取職權進行主義。就程序費用則減輕當事人之負擔，再者，處理事件之時活用專門知識並與相關之行政機關聯繫採取適當行政措置，此為公害糾紛處理之特色。

其程序上之特色，可從下列幾點論之：

(一) 程序之機動性與效率性（程序嚴格性之緩和）

公害糾紛給予社會重大影響不少，迅速解決之必要性提高，為了程序能機動主動進行，有下列之設計：

1 多數當事人之對策

公害糾紛一般常涉及多數當事人，為了程序圓滑進行，有必要為特別之設計，除了一般代理制度外，關於斡旋、調停、仲裁程序設有代表人制度，對裁定程序則設有代表當事人制度。後者較民事訴訟法上選定當事人制度更為進步，將美國法上「集團訴訟（class action）」其適用範圍及法律效果稍加限制後，於行政審判程序適用之。

2 資料的收集

成為判斷基礎之資料收集，不待當事人申請而得逕以職權為之。除法定資料收集程序外及證據調查程序外，亦的進入當事人之工廠、事業場所等地而檢查與事件有關之文書物件，此種調查事實之制度，能柔軟、機動為資料之收集。

(二) 職權主義之引進

於公害糾紛中一般於因果關係或損害賠償金額等之舉證發生困難。尤其是被害人舉證能力居於弱勢，故於調停仲裁程序中，除得依職權收集資料外，調停（仲裁）委員或事務局職員並得以非定型之資料收集手段，調查事實。裁定程序中，除依當事人申請外，亦得以職權調查證據及事實。實際上，公調會為求事實關係之解明以求迅速解決糾紛，場活用其專門性調查能力，積極以職權收集資料

及證據。

(三) 費用負擔之減輕

申請調停及仲裁者須繳納手續費，其金額約為民事調停之三分之一以下，申請責任裁定約為民事訴訟四分之一。公害糾紛處理程序中所須之費用，原則上游當事人負擔，但事實上大多數費用，均由國庫負擔。實際當事人所負擔者，僅為當事人及代理人等到場所須之費用，對代理人所須之報酬而已。申請手續費之低廉及其他手續費用大部份均由國庫負擔之理由，係因公害問題深具社會性及公共性，故應減輕當事人尤其是被害人之負擔，以歲救濟之實。

(四) 專門知識之活用

為了解決公害糾紛，須具備法律知識及其他各種領域專門技術性之知識及經驗，公調會之委員長及委員係由各種不同領域出身中選任，且為彌補其知識經驗之不足，除設有專門委員之制度外，事務局之職員亦由各行政領域中具有專門知識及經驗之人才出任。公調會對於相關行政機關亦得請求協助提供資料及技術支援，對於其他國家行政機關、公共團體、學校、實驗研究所、事業者團體或學者專家亦得委託其調查，以收集專門知識。

(五) 與公害行政之協力

為解決公害糾紛，除須確定發生源與被害人間損害賠償支付義務外，亦須取得公害規制行政領域中行政措施之配合及協助。法院處理公害糾紛時，難以取得公害行政之協助配合，本身亦為行政機關之公調會，能順利取的行政措施配合以解決眾多之糾紛。公害糾紛之處理之結果若能充分反映於公害行政，將有助於將來類似事件之重複發生或防止既存公害之擴大。公調會得對內閣總理大臣或相關行政機關首長，就所長事務所取得之防止公害改善措施之知識及經驗，陳述其意見。於原因裁定時，公調會應訓將其內容通知相關行政機關及地方公共團體之首長，且為防止公害之繼續擴大，並得向其陳述意見，建議採取必要措施。公調會所參與處理成立的調停，透過行政政策或立法給予影響者也有不少，例如：關於水俣病調停對於國家衛生行政的影響，大阪國際機場調停對於國家航空政策影響均是重大。關於高爾夫球場事件調停中，促使各自治團體就大規模休閒設施開

發政策及指導要綱做修正<sup>110</sup>。

#### 四、公害等調整委員會今後之課題與展望

1970 年代之產業型公害，已漸漸減少，近來之廢棄物處理、休閒設施、道路建設、都市再開發等都市型、生活型公害為多，此種公害不若產業型公害係以加害事業事後的損害賠償請求為主，此種生活型公害其解決多涉及複雜困難利益調整。此外具有下列特色：①其受害多非僅止於典型七公害，多樣環境被害主張。②被害發生之前階段，為了未然防止，為設施建設或作業停止等的要求。③以國家或都道府縣等公共團體為相對人，縱使不是相對人，其實質上亦為爭執行政處分是否適當。

糾紛特色從公害時代救濟形式的糾紛解決走向環境時代社會諸利益與環境利益調整的時代。擴大公害糾紛之對象或在有公害之虞的階段即承認調停。更進一步，在環境調停條項中加入環境保全之條項，以因應時代之要求。

### 第二項 消費紛爭處理機關與程序

日本全國消費生活中心與國民生活中心，一年之內從一般消費者所參與處理的商談件數，大約五十七萬件<sup>111</sup>。商談件數中有原則上需要為斡旋等行為的苦情、也有單純諮詢、也有請求行政或企業為改善的希望。關於製品商談大約佔 53%，關於服務約佔 42.5%，其他 4.0% 為繼承問題及相鄰噪音問題。苦情之紛爭處理大約佔七成左右。

#### 一、消費紛爭處理機關

日本消費者行政機構如下圖。國民生活中心係依據國民生活中心法設立，

---

<sup>110</sup> 南博方「公害等調整委員會の實績と課題」ジュリスト 1008 號，收於同氏著『紛爭の解決手法』（有斐閣、1993）161 頁。

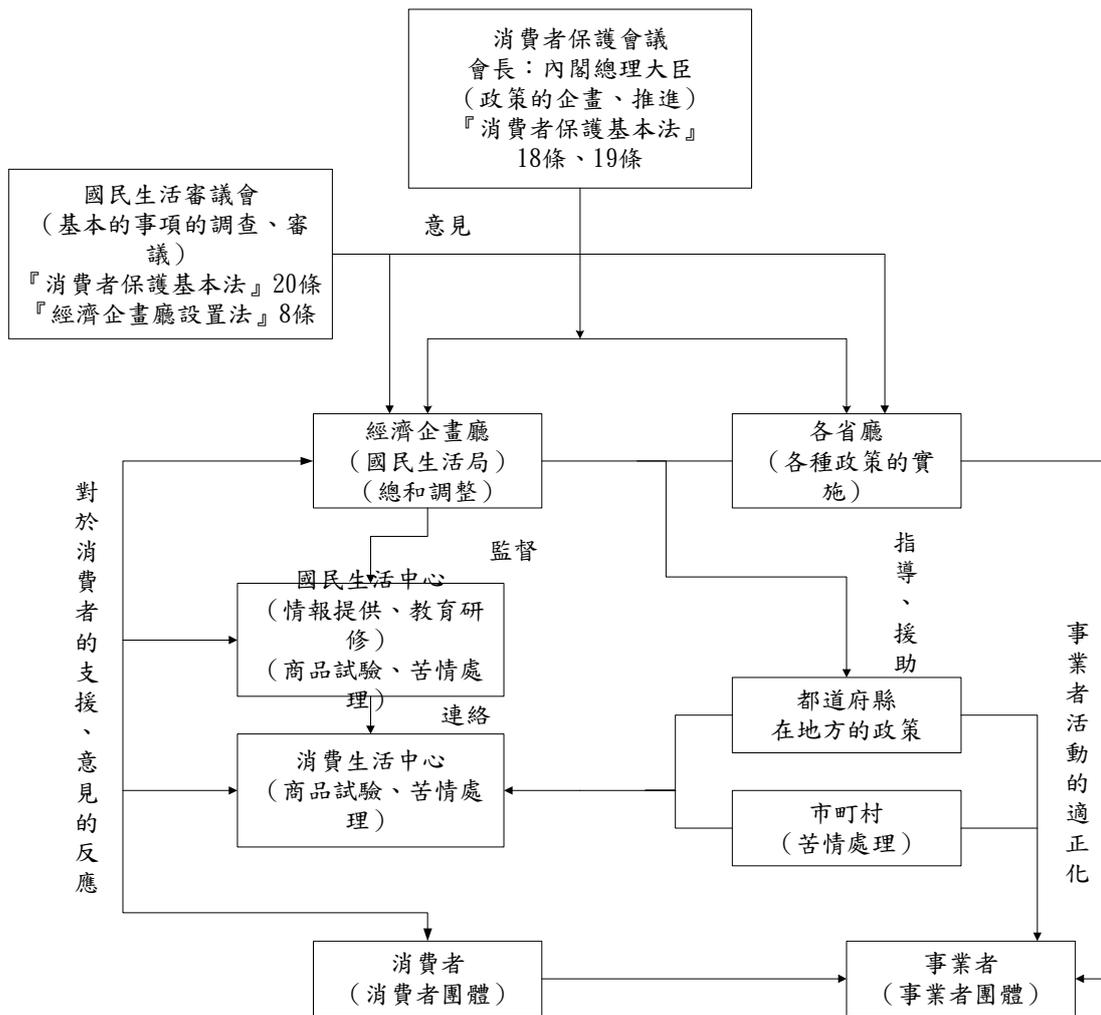
<sup>111</sup> 國民生活センター編『消費生活年報 1997』（1997）。國民生活センター網址：<http://www.kokusen.go.jp/>。

經濟企劃廳作為監督機關之特殊法人<sup>112</sup>。國民生活中心處理苦情並無法律明確依據規定，只能從設立之國民生活中心法中找出間接的事實上斡旋之依據。

消費生活中心為昭和 40 年設立，其後伴隨消費者行政之發展，全國有 331 個消費生活中心成立。消費生活中心原則上處理苦情業務，其法律依據係消費者保護法第十五條規定。而在各都道府縣亦有相關條例與要綱制定，對於申請消費生活受害的消費者，提供迅速救濟，知事並為是當之行政措施。

---

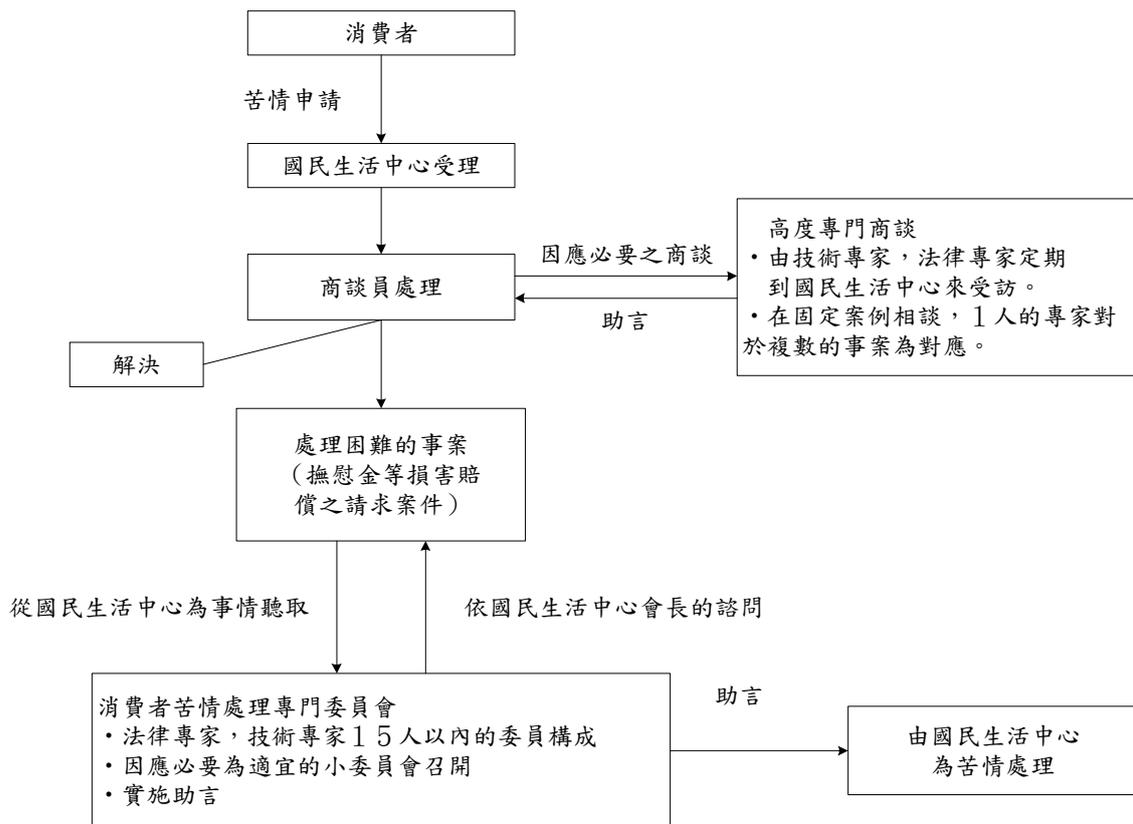
<sup>112</sup> 特殊法人在日本其概念目前學界意見相當分歧。尚無一致之見解。作為日本法令上、行政上用語係以總務廳設置法第四條第十一號（款）之規定「應依法律直接設立或依特別法律以特別設立行為所設立之法人」，特殊法人成為應受總務廳審查之對象。此為狹義特殊法人概念之說法。參照舟田正之「特殊法人論」收於雄川一郎等編『行政法大系第七卷行政組織』（有斐閣、1985）254 頁；塩野宏「特殊法人に關する一考察」同氏著『行政組織法の諸問題』（有斐閣、1991）5 頁；林偉如『政府運用民間活力之研究』（國防管理學院法研所碩士論文、1998）58 頁。



消費者行政的機構

## 二、消費紛爭之苦情處理程序

主要處理之方法為苦情處理，並無像公害糾紛處有法律明文規定程序，其程序之進行，如下列之流程圖。



國民生活中心之苦情處理流程

三、消費紛爭處理之展望與問題點

消費紛爭商談的案件多是以簡易或受損極小的小額受害，處理苦情大多數是教導消費者交涉的觀點，如何與事業者交涉，促進達成和解，一種資訊的提供立場。不過受限於財政限制，國民生活中心仍有職員數不足；而紛爭處理機關無進入檢查權與強制業者參加出席的權限，制度上仍有不備<sup>113</sup>。

### 第三項 建設工事紛爭處理機關與程序

關於建設承攬紛爭具有專門性、定型性、不明確性、高額性、迅速解決的要求<sup>114</sup>，用既存之訴訟制度解決有其困難。

#### 一、建設工事紛爭審查會之組織

建設工事紛爭審查會於昭和三十一年（1956）建設業法改正時被創設。中央建設工事紛爭審查會係國家行政組織法第八條建設省之付屬機關，都道府縣審查會為依據地方自治法第一百三十三條之四第三項規定都道府縣之附屬機關，因而係由建設大臣或都道府縣知事監督，但就紛爭處理程序之判斷則不受建設大臣及知事監督權之制約。中央設置於建設省下，委員十五名及特別委員一百零四名。委員及特別委員由人格高潔者有高事件者中由建設大臣任命，任期兩年，採兼任制。都道府縣審查會於各都道府縣設置（採取必設置）十五人以內委員組織，委員由人品高潔高識見者擔任，由知事任命之。此外並設置特別委員，認命基準與委員同。特別委員僅於申請件數多數委員無法適切處理，或者特殊領域的判斷要求時，委員中無適任者時，備用之制度。

建設工事紛爭審查會之委員及特別委員除了法律專家外，尚有關於建築、土木、設備、電器等技術專家，以及具有建設工事學者，共同紛爭解決為其特色。

#### 二、建設工事紛爭審查會處理程序

限定於處理建築工事之紛爭，即關於承攬契約當事人間，就關於該契約之

---

<sup>113</sup> 參照島野康「消費者相談。苦情處理」收於小島武司、伊藤真編『裁判外糾紛處理法』129頁。

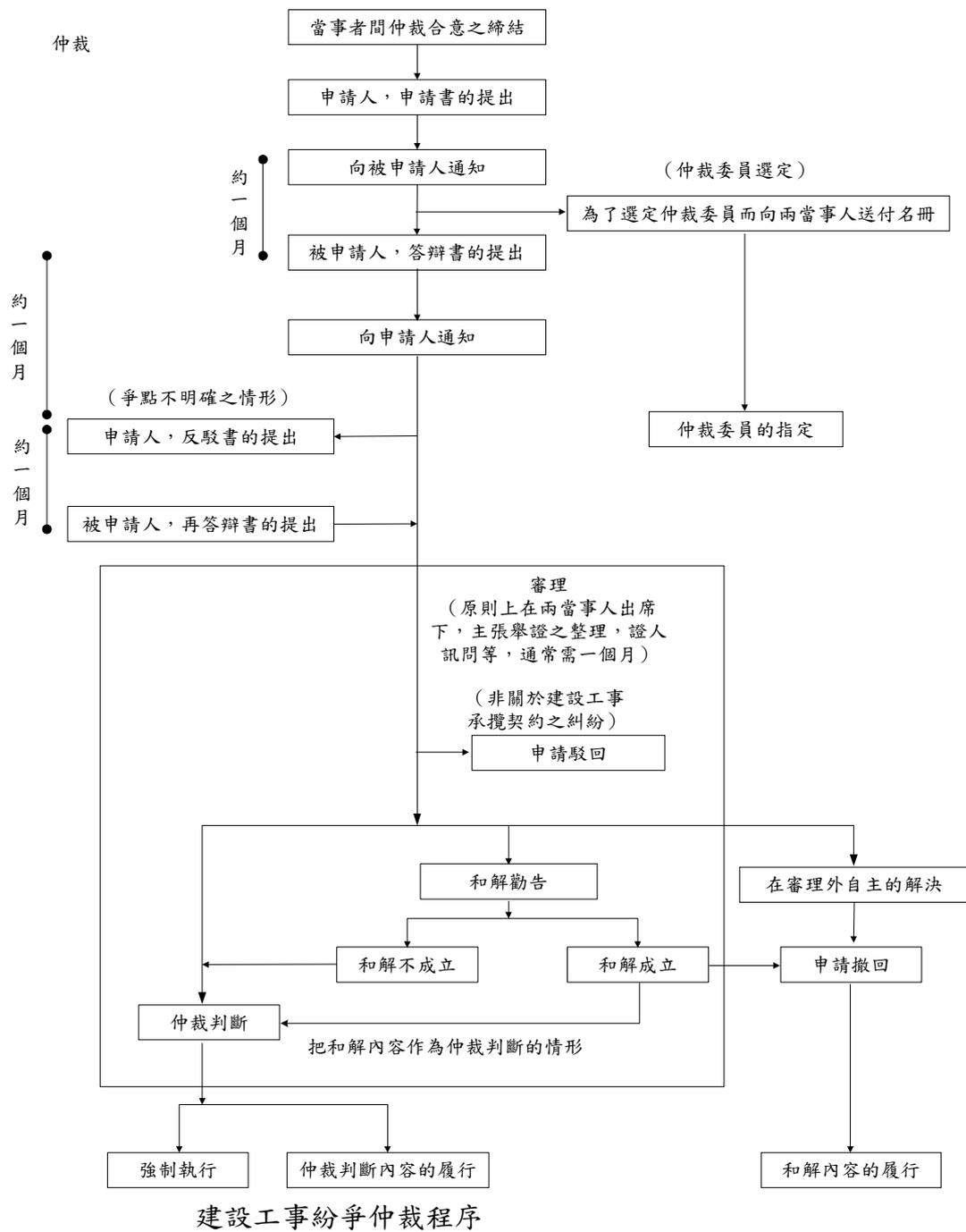
<sup>114</sup> 參照安藤一郎『建設工事紛爭と仲裁程序』（三省堂、1995）1頁。

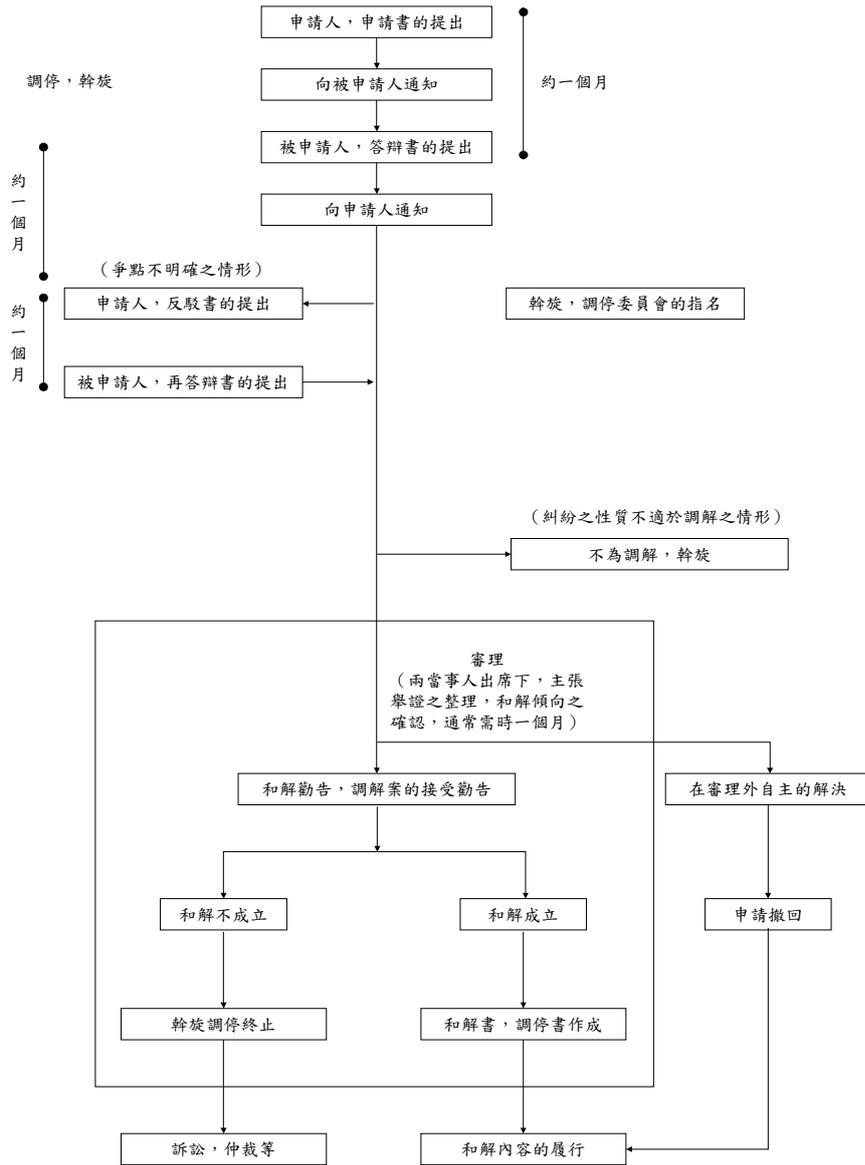
解釋的紛爭及該契約權利行使、義務履行的紛爭。具體而言如：工事的報酬支付請求、完成建築物之瑕疵修補請求、伴隨工事遲延之損害賠償請求、伴隨契約解除之各種請求。不分公共契約或一般民間契約均適用之。

中央審查會處理之紛爭如下：①當事人一方或雙方受建設大臣許可（指設置營業所之許可）之建築業者；②當事人雙方是建設業者，但由不同都道府縣知事受到許可。上面之法定管轄，如當事人雙方合意，亦可定由當該事件之都道府縣審查會管轄。都道府縣之管轄：①當事人雙方由該當知事許可之建設業者。②僅有當事人一方是建設業者，且受到當該知事之許可。③當事人一方或雙方未受到許可，而經營建設業者，關於紛爭之建設工事現場在該都道府縣之區域內。亦可由當事人雙方合意由特定都道府縣審查會管轄之。

關於其法定程序有：①斡旋：斡旋委員由會長就該事件指定委員或特別委員處理。②調停：調停委員由會長就每個事件，指定三名委員或特別委員。③仲裁：委員或特別委員中，由當事人合意選定之，再由會長指名之。關於斡旋、調停、仲裁程序流程如下圖。

「裁判外紛爭解決制度與法之支配」之研究





建設工事紛爭調停程序

### 三、建設工事紛爭審查會今後之課題與展望

建設工事紛爭審查會近年來，審請件數大為增加，但利用之狀況仍有偏於大都市之情形。其次關於審理之對象，指限定於建設工事承攬契約部分，但就建設工事紛爭來看，常有發生於設計監造契約中之紛爭，建築工事紛爭常有設計監理者、承攬人以及定做人之間的紛爭，如能並同處理設計監理者問題，有助於紛爭之完全處理。

對於審查會之調停申請並無中斷時效之效力，為了提高審查會紛爭解決機能有必要立法解決此一問題。

## 第三節 行政處理民事紛爭之方法

行政處理民事紛爭其方法，可就其是否帶有權力性手段而區分為權力性手段與非權力性手段<sup>115</sup>。民事紛爭之行政處理，原則上應尊重當事人的意思自主，較不適合採取權力性手段。

### 第一項 權力性手段

#### 一、行政規則—指導要綱

所謂行政規則，指行政機關所制訂之規定，而與國民權利、義務無直接關係，亦即不具備外部效果。其種類大約有五類：①有關組織之規定；②有關具有特別關係之者之規定；③有關以各機關名義人之各行政機關行動基準之規定④補助金交付之際，所制定之行政規則或交付要綱；⑤行政相對人之行政指導基準而以明文規定者，所謂建築指導要綱屬之。

與本文有關者為第⑤指導要綱之問題，在日本各地方公共團體廣為使用，

---

<sup>115</sup> 塩野宏（劉宗德、賴恆盈譯）『行政法 I』（月旦出版社、1996.5）11 頁。

而有所謂「要綱行政」<sup>116</sup>，地方公共團體依據預先訂定之指導要綱而為行政指導。一般而言有三方面，①宅地開發指導要綱②建築規制指導要綱③自然環境保護要綱。因地方公共團體受「法律先佔理論」之拘束，依都市計畫法、建築基準法無法為充分之規制。而地方公共團體不能制訂較中央為嚴格之行政事務條例，故僅能以「指導要綱」應急。

此種要綱行政最典型為宅地開發指導要綱，日本在 1970 年以來，建築急速發展，帶來都市過密化、地價高漲，促進都市土地高度利用，為良好地域環境整備成為地方公共團體之課題。這些市町村開發指導要綱，為對於宅地急遽開發所帶來社會資本所需之整備，補充其財源不足，而對於開發業者等請求關於公共公益設施的設置提供或公共負擔金的支付，制訂要綱。而近來為了防止近鄰環境紛爭或者做為地區獨自的適正街道發展，而做為規制手段<sup>117</sup>。其內容很分歧，大多市對於開發業者①事業開始前需獲得近鄰住民同意；②關於事業計畫應和地方公共團體協議，因應地方公共團體改善勸告；③因應法定外各種規制；④對於地方公共團體為公共設施或用地提供的應負擔的負擔金；⑤不遵從要綱時，公共設施等利用拒絕的制裁措施。

此種要綱做為行政指導之基準，其所衍生者為行政指導，並非權力性法律行為之行政處分，故性質上不生對外效力，不生外部效果。但現實之行政指導，事實上系依據要綱為之，而要綱係裁量基準之一種，故得據以爭執違反該要綱之行政指導。行政指導本身，因非法律行為，故無法提起行政指導之撤銷訴訟，於實際上之情形，行政指導有作為最低規制要求基準功能。

---

<sup>116</sup> 學者對於要綱行政的評價，一般而言趨向負面，認為會導致地方公共團體行政陷於法治主義空洞化。劉宗德「試論日本之行政指導」原刊載於政大法學評論 40 期（1989）75 頁，後收於氏著『行政法基本原理』（學林、1998）190 頁。

<sup>117</sup> 原田尚彥「要綱行政の法的性格と問題點」ジュリスト特集：日照權（1974.1）142 頁；同氏著『行政法要論〔全訂第四版〕』（學陽書房、1998）190 頁；三邊夏雄「地方公共團體における開發指導要綱」收於『國際化時代の行政と法』成田賴明先生橫濱國立大學退官紀念（良書普及會、1993）233 頁。

此種要綱行政近來學者之主張已從早期認為是行政指導等法外手段的既存法制度上捕風捉影，透過其而為間接之表示，嘗試從行政法認知。轉向積極肯定論，這種開發指導要綱為生成中的法，認為他可以做為未來慣習法法源<sup>118</sup>。

## 二、行政處分

行政處分為典型權力性行為，以民事不介入原則下，行政處分不介入民事紛爭解決，但在行政審判制度下，行政審判之審決直接當做為一個行政處分，於行政訴訟程序中提起撤銷之訴。

有問題者係行政機關以裁定方式所做之決定是否為行政處分，民事上紛爭行政機關以裁定方式所做之決定，儘管有所謂民事不介入，私法關係行政介入應受制約之理論。

依照行政處理之簡易迅速性、柔軟性的現實要求，仍在現實中形成民事紛爭之行政處理。所謂私法上權利確定=司法事項為前提之理論。關於裁定應如何界定其效力，即有討論之餘地。例如公害糾紛處理法上的責任裁定？關於公害糾紛之賠償責任由公害等調整委員所實施之裁定，其後兩當事人未提起民事訴訟或經撤回其訴時，視為雙方依裁定書達成合意。（公害糾紛處理法第四十條之二十）並明文排除成為行政事件訴訟法上的訴訟對象（公害糾紛處理法第四十二條之二一）。在立法當時國會委員及提出質疑，並由當時小澤文熊委員提出答辯，即此乃因責任只生「擬制合意之效果」，當事人若有不服可提起損害賠償之訴，故不需保障其行政事件訴訟之權利，以免妨礙公害糾紛處理之迅速性<sup>119</sup>。

---

<sup>118</sup> 參照原田尚彥「宅地開發指導要綱建築規制」法律時報 51 卷 9 號，25 頁。

<sup>119</sup> 參照齋藤誠「私人間紛爭における行政の權利關與」收於西谷剛等編『政策實現と行政法』（有斐閣、1998）170 頁。

## 第二項 非權力性手段

## 一、行政指導

行政指導行政機關為實現一定之行政目的，就其所掌事務，已非公權力之任意手段，於特定個人或公私法人同意協助下，為求其為一定之做為或不作為之行政作用。其具有任意性、事實行為、單方性、主動性、優月性、社會性等特質。行政指導學者一般區分為規制性行政指導、調整性行政指導助成性行政導等三種。調整性行政指導通常依據上述之要綱來做，此種調整型行政指導為確保其實效性，而有公布已為行政指導之事實或不服從行政指導之事實、進行行政指導之際保留部份權限不行使如建築執照不發給或不發給中型車輛通行執照、利用其他權限（權限融合），對不服從者加以制裁如拒絕供給水電或公共下水道。此三種實效性行為是否合法，超越行政指導的界限引起相當多之爭議。

近來學者則從紛爭迴避文化觀點從新定義行政指導。從 Michael K.Young 教授研究<sup>120</sup>認為日本法院對於行政指導之適法性於司法審查時，對於行政機關介入為行政指導所做之某種程度之紛爭迴避（或者是紛爭擴大迴避），可做為行政指導之適法性評價標準<sup>121</sup>。氏認為行政機關真摯且在社會通念範圍內，和市民所為之交涉，可做為行政活動適法性評價之試金石。此一觀點，藤田宙靖教授為進一步分析<sup>122</sup>，並從德國紛爭文化（Streitkultur）與紛爭迴避文化

<sup>120</sup> Michael K.Young "Judicial Review of Administrative Guidance: Governmentally Encouraged Consensual Dispute Resolution in Japan" Columbia Law Review, Vol.84 No.4 (1984) 935-983 頁。後由納谷廣美譯『行政指導的司法審查』收於和田英夫編『訴訟制度と司法救済』（勁草書房，1989）113 頁。

<sup>121</sup> 此為從日本建築確認保留訴訟適法性（昭和 53 年 5 月 21 日東京地裁判決行判例集 28 卷 9 號 973 頁）及車輛限制令第十二條道路管理者認定之保留的（昭和 53 年 5 月 29 日東京地裁判決，判例時報 931 號 79 頁）

<sup>122</sup> 參照藤田宙靖「行政指導の法的位置付けに關する一試論」收於兼子仁、萊崎良夫編高柳信一先生古希紀念論集『行政法學の現狀分析』（1991.7）167 頁。

(Streitvermeidungskultur) 觀點來討論行政指導之適法性<sup>123</sup>。並認為日本之法文化比起紛爭解決更重視紛爭迴避的構造。法院在為行政活動適法性審查時，一部地以紛爭迴避文化為裁判規範之適用。

## 二、行政商談（苦情處理）

行政商談或行政上苦情處理制度，由於其處理紛爭具有簡便輕易利用之特質，近年來其利用率居高不下。一般而言如不區分紛爭種類，國家層次有行政管理廳、行政商談委員，地方成次則有市民商談及公聽。在公害行政及消費者行政或建築領域，行政還設置公害苦情商談中心、國民生活中心、消費者苦情理中心等。此種商談對於市民一般民事輕微簡易的紛爭，做為身邊的機關而為一種簡易便利使用，通常也是不收取任何費用。而通常進入商談窗口之案件，也有很多只是敘述自己之不滿，尚未至法的紛爭層次，而不需要為法的商談也佔多數<sup>124</sup>。在學者實態調查中消費者對於此種行政商談制度，使用的當事人約有九成的要求獲得實現，並願意再為使用<sup>125</sup>。法制化之公害苦情處理，一般而言，地方公共團體與關係行政機關協力為關於公害苦情的適切處理，為公害糾紛處理所規定。具體地在地方公共團體設置公害苦情商談員，因應住民的商談，必要之調查、指導助言，如涉及其他機關，則必須通知之。對於公害苦情處理狀況目前仍是維持在高解決率、中滿意度、短期間解決之特色<sup>126</sup>。

## 三、行政協定

行政協定行政協定在日本實務上有兩方面常使用到，一為公害防止協定

---

<sup>123</sup> 參照藤田宙靖前掲文，184頁。

<sup>124</sup> 參照田中成明『現代日本法の構圖』（悠悠社，增補版，1992）229頁。

<sup>125</sup> 參照竹下守夫等消費者紛爭解決手續研究會「消費者糾紛解決過程の實態3」ジュリスト 711號（1980.3）122頁。

<sup>126</sup> 參照平成十年度公害糾紛處理白書 132頁。

<sup>127</sup>，一為建築協定<sup>128</sup>。前者為地方公共團體或居民與公害發生源之設置企業間，基於相互合意，約定事業者對事前防止公害或公害發生後之 事後處理，需採取一定措施約與對策，此種合意之方式有以「協定」「備忘錄」「契約」「確認書」或「誓約書」等型態為之。被做為除了法律與條例之外的第三公害規制手段<sup>129</sup>。關於其效力有紳士協定說、民事契約說、行政契約說，未有定論。後者為建築協定，為增進使建築物利用，改善土地環境，一定區域所有者等合意所締結的協定。在建築基準法第六十九條以下並規定要件、程序的方式。此為一種一定土地當事人間的自治。此一協定其性質亦有爭議，有私法契約說、公法契約說、行政機關的監督手段、準條例性質說等，由於性質的爭議涉及違反建築協定可否依據建築基準法第六十九條為建築確認之拒絕等或基於建築基本法第九條，因違反建築協定而成為特定行政機關的違反修正措施對象。如採私法契約說，則終其全部均是民事訴來實現契約內容，相對於此，行政機關可動用公權力為規制。學者認為就現行法之解釋，解為土地所有者任意合意的自治規制，較為恰當，行政機關要有地建築確認拒絕及成為行政機關修正措施對象，仍以日後法律有明文規定為必要<sup>130</sup>。

#### 四、其他事實行為

斡旋、仲裁、調解等一般紛爭處理方法，行政機關在處理民事紛爭以常用之。例如公害糾紛處理法、建設工事紛爭審查委員會的關於建設工事紛爭的處理

<sup>127</sup> 公害防止協定之意義與沿革，類型與機能、法律性質、評價與展望，參照劉宗德「日本公害防止協定之研究」原文刊載於政大法學評論 38 期（1988）187 頁，後收於氏著『行政法基本原理』161 頁。

<sup>128</sup> 關於建築協定，參照荒秀「建築協定の法的性質」收於ジュリスト『特集・日照權』（1974.1）110 頁；植田光彥「建築協定の實施狀況」ジュリスト『特集・日照權』（1974.1）118 頁；市川清文「横濱市における建築協定」ジュリスト『特集・日照權』130 頁；前田武久「建築協定—西宮市における具體例」ジュリスト『特集・日照權』139 頁。

<sup>129</sup> 參照原田尚彥『行政法要論』200 頁。

<sup>130</sup> 參照石井昇「建築協定。綠化協定の性質」成田頼明編行政法の争点（新版）（有斐閣、1990）289 頁。

均有用到此三種手段。

## 第四節 行政處理民事紛爭問題點

### 第一項 利用度高低及其改進之方法

正式之民事紛爭處理制度，除了苦情處理外，其利用率均不高<sup>131</sup>。關於其利用率不高，依據公害糾紛處理制度實證調查之結果，學者認為係①制度之效果未廣為週知，在調查中國民有半數均不知，但是卻沒有人不知道法。②處理機關太少，公害等苦情處理機關全國只有一個，都道府縣的公害審查會於各都道府縣亦只有一個。對於機關之接近有其地理上不便。有時後反而比不上法院遍佈在各地，市民很難便宜的使用<sup>132</sup>。③關於行政機關之處理紛爭較易受到質疑處，公害糾紛處理多為住民受害之救濟，對於應為法規制之公害或對於法規制內的公害行政機關未為規制，從而對於行政機關未為規制，而向行政機關告發之效果，造成和行政機關對決之情形。就行政機關之經營而言，紛爭處理制度較難去利用<sup>133</sup>。

而關於制度存在、的廣報活動也是很重要，透過具體的活動，利用電視、廣播，新聞週刊雜誌等廣告，區公所或市公所的手冊印發、記者會等方式，使得制度為眾所皆知，提高其利用率。對於潛在利用者使其知道制度存在，並促進其利用，成為苦情或紛爭發生源之交易行為時，提醒當事人使用約款，有助於事後之利用。

---

<sup>131</sup> 此可從公害糾紛處理白書、建設工事紛爭中看出關於斡旋、調停、仲裁案件每年受理之案件並未逐年增加。建設工事紛爭審查會平成六年處理狀況，全國包含都道府縣總共有 261 件申請，處理了 507 件。公害糾紛等調整委員會申請斡旋、調停、仲裁共有 26 件。

<sup>132</sup> 參照南博方「公害等調整委員會の實績と課題」ジュリスト 1008 號，收於同氏著『紛爭の解決手法』（有斐閣、1993）162 頁。

<sup>133</sup> 參照第二東京律師會紛爭處理機關等對策委員會「紛爭處理機關等の研究 1」（川崎隆司）判例タイムズ 359 號，64 頁。

利用制度網路之形成，各種紛爭處理制度之間應建立一個相聯繫的網路，為了利用者利用便宜及利用促進，一旦利用者進入裁判外紛爭處理制度，即能給予最適切的救濟。此可從兩方面來說，即人的網路系統和制度的網路系統，所謂人的網路系統例如設計消費生活商談員或消費生活諮詢員等資格制度設計，或公開研修制度，取得一定資格或研修參加間形成人際網路。制度化的網路，首先在地方，與中央公害等調整委會、建設工事紛爭審查會、國民生活中心，東京都消費者被害救濟委員會。其地方支部與中央間相對應之制度，對於案件之送付、聲明不服、情報交換、指導、研修、人事異動等情形，於中央與地方形成一個網路聯繫系統。

## 第二項 行政上苦情處理與司法制度之斷層問題

行政上苦情處理的盛況，從歷年來公害糾紛處理白書以及消費生活年報中，不管是消費相談或公害相談的窗口均廣為一般民眾所利用。但對於苦情處理結果就算不滿意，大多數之當事人也不會再尋求其他手段，而在消費者苦情處理上，實際上是把國民生活中心或消費者生活中心作為惟一最終處理機關<sup>134</sup>。另外，對於建設工事紛爭、公害糾紛、消費紛爭等，利用行政仲裁、調停的人卻很少<sup>135</sup>，對於越類似司法制度的制度，利用度就越低<sup>136</sup>。有學者提出認為類似消費者利益的消費者行政反映，住民對於向地理上較為接近的地方自治體有較高之期待，而非中央機關<sup>137</sup>。

對於此種行政上利用與最後司法利用之斷層，對於整體權利救濟之觀點並

---

<sup>134</sup> 參照竹下守夫等註125文，ジュリスト 711 號 151 頁。

<sup>135</sup> 在東京都設有「東京都消費被害救濟委員會」，其從昭和五十（1975）年設置，至平成二年（1990）總共只處理九件糾紛。參照五十嵐宏「東京都消費者被害救濟委員會」判例タイムズ 728 號（1990.8.10）。公害糾紛中公害等調整委會至平成 8 年總共受理 727 件案子（包含調停、仲裁、斡旋、裁定），平成九年版公害糾紛處理白書，20 頁。

<sup>136</sup> 當然此類機關通常只有中央或各都道府縣只設置一個，對於利用的地理方便上，仍有不便，會導致民眾覺得法院反而比較方便。

<sup>137</sup> 北川善太郎、及川昭伍編『消費者保護法の基礎』38 頁（村松岐夫執筆）。

「裁判外紛爭解決制度與法之支配」之研究

非好現象，民眾大量利用行政上苦情處理，而使得對於行政機關會有過高期待，對於行政之信賴反而不利。



## 1. 中文文獻

### (一) 專書或專論

1. 鄭玉波『民法債編各論』（自刊本、1972）
2. 陳新民『行政法總論〔三版〕』（自刊本、1992）
3. 陳計男『民事訴訟法論（上）（下）』（三民書局、1994）
4. 邱聯恭『程序制度機能論』（自刊本、1996）
5. 蘆部信喜，李鴻禧譯『憲法』（月旦出版社、1995）
6. 沈冠伶『公害制止請求之假處分程序』（台大碩士論文、1994）
7. 劉宗德等『公害糾紛處理政策與法制之研究』（行政院研考會委託研究報告、1995）
8. 孟德斯鳩（Montesquieu 1689-1755）著張雁深譯『論法的精神』（De l'esprit des lois）（台灣商務印書館、1998）
9. 蘇永欽『司法的改革再改革』（月旦出版社、1998）
10. 黃旭田『科學技術之司法審查』（政大法研所碩士論文，1992年三月）
11. 陳敏『行政法總論』（自刊本、1998）
12. 沈政雄『資金交付行政之法統治』（政大法研所碩士論文，1998）
13. 林倬如『政府運用民間活力之研究』（國防管理學院法研所碩士論文，1998）

### (二) 單篇論文

1. 陳計男「論訴訟上和解」收於氏『程序法之研究』（自刊本、1986）
2. 翁岳生「司法權發展趨勢」收於氏著『法治國家之行政法與司法』（月旦出版社、1994）
3. 翁岳生「論西德司法制度」『行政法與現代法治國家』（自刊本、1976）
4. 陳新民「德國十九世紀法治國概念的起源」政大法學評論五十五期，

八十五年六月。

5. 翁岳生「論西德司法制度」『行政法與現代法治國家』（自刊本、1976）
6. 湯德宗「權力分立與違憲審查」收於氏著『權力分立新論』（自刊本、1998）67頁。
7. 陳石獅「不作為請求之特定」『民事訴訟法之研討（三）』（民事訴訟法研究基金會、1980）
8. 王甲乙「當事人適格理論之擴張與界限」收於『民事訴訟法之研討（六）』（民事訴訟法研究基金會、1997）
9. 『戰後中日法學之變遷與展望研討會專刊』（中國比較法學會、1987）

## 2. 日文文獻

### （一）專書或專論

1. 谷口安平『口述民事訴訟法』（成文堂、1987）
2. 高橋宏志『民事訴訟法講義』（有斐閣、1993）。
3. 六本佳平『法社會學』（有斐閣、1986）
4. 和田仁孝『民事紛爭處理論』（信山社、1994）
5. 川島武宜『日本人の法意識』（岩波書店、1967）
6. 佐佐木吉男『增補民事調停之研究』（法律文化社、1974）
7. 田中英夫、竹內昭夫『法の實現における私人の役割』（東京大學出版會，1987）
8. 小島武司、C・アティアス、山口龍之著『鄰人訴訟の研究』（日本評論社，1989）田中成明『現代日本法の構圖（增補版）』（悠悠社，1992）
9. 田中成明『法の考え方と用い方』（大藏省印刷局，1992）

10. 千葉正士『法社会学』（成文堂、1988）
11. 守屋明『紛争処理の法理論』（悠悠社、1995）
12. 和田仁孝『民事紛争処理論』（信山社、1994）
13. 和田仁孝『民事紛争交渉過程論』（信山社、1991）
14. 棚瀬孝雄『紛争仲裁及法社会学』（法律文化社、1992）
15. 川島武宜編『法社会学講座6 紛争解決法』（岩波書店、1972）。
16. 佐藤幸治『現代国家の司法権』（有斐閣、1988）
17. 兼子一、竹下守夫『裁判法〔第三版〕』（有斐閣、1994）
18. 兼子一『實體法の訴訟法』（有斐閣、1957）
19. 高田敏『社会的法治国の構成—人権の變容と行政の現代化—』（信山社、1993年）
20. 高田敏「互国における法治行政論の構成」收於廣岡隆等編杉村敏政先生還暦紀念『現代行政と法の支配』（有斐閣、1978）
21. 小島武司編著『現代裁判法』（三嶺書房、1987）
22. 伊藤正己『憲法〔新版〕』（弘文堂、1990）
23. 戸松秀典『司法審査制』（勁草書房、1989）
24. 佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』（日本評論社、1984）
25. 佐藤幸治『憲法〔新版〕』（有斐閣、1990）
26. 新堂幸司『民事訴訟法〔第二版〕』（筑摩書房、1981）

27. 中野貞一郎編『民事訴訟法入門』（法律文化社、1985）
28. 南博方編『條解行政事件訴訟法』（弘文堂、1987）
29. 原田尚彦『訴之利益』（弘文堂、1973）
30. 田中成明『裁判における法の政治』（有斐閣、1979）
31. 兼子一等著『條解民事訴訟法』（弘文堂、1986）
32. 上田徹一郎『民事訴訟法〔第二版〕』（法學書院、1997）
33. 伊東乾『辯論主義』（學陽書房、1975）
34. 黒木三郎編『現代法社會學』（青林書院、1989）
35. 六本佳平『法社會學』（有斐閣、1986）
36. 太田勝造『民事紛争交渉過程論』（信山社、1991）
37. 大澤秀介『現代型訴訟の日米比較』（弘文堂、1988）
38. 平井宜雄『現代不法行為理論の一展望』（一粒社、1980）
39. 六本佳平『現代型訴訟とその機能』法社會學第43號（1981）
40. 北川善太郎『消費者法』（岩波書店1980）
41. 下山瑛二『健康權と國の法的責任』（岩波書店、1979）
42. 淡路剛久『スモン事件と法』（有斐閣、1981）
43. 富喜貞夫『水俣病事件と法』（石風社、1995）
44. 中野次雄編『判例とその考え方』（有斐閣、1986）
45. 小島武司『民事訴訟の基礎法理』（有斐閣1988）

46. 吉野正三郎『民事訴訟における裁判官の役割』（成文堂、1990）
47. 小林秀之『アメリカ民事訴訟法』（弘文堂、1985）
48. 井上治典『民事手續論』（有斐閣、1993）
49. 石川明編著『比較 裁判外紛争解決制度』（慶應義塾大學出版會，1997）
50. 川島武宜『近代社會と法』（岩波書店，1952）
51. 田中成明『現代社會と裁判』（弘文堂，1996）
52. 和田仁孝『民事紛争處理理論』（信山社，1994）
53. 小島武司編『法交渉學入門』（商事法務研究會，1991）

## （二）單篇論文

1. 高橋宏志「紛争と訴訟の機能」岩波講座『社會科學及方法第VI卷』（岩波書店，1993）
2. 六本佳平「紛争とその解決」收於『基本法學 8—紛争』（岩波書店、1983）
3. 川島武宜「紛争解決と法的制御」氏編『法社會學講座 5』（岩波書店、1972）  
和田安弘「裁判外紛争處理」棚瀬孝雄編『現代法社會學入門』（法律文化社、1994）
4. 和田安宏「日常の中の紛争處理（二）」（1984）收於氏『法と紛争の社會學』（世界思想社、1994）
5. 六本佳平「『日本人の法意識』研究概觀」法社會學第 35 號
6. 新堂幸司「現代型とその訴訟役割」『基本法學—8 紛争』（岩波書店 1983）  
棚瀬孝雄「紛争解決過程の理論枠組」收於『法社會學講座 5』（岩波書店、1972）

7. 棚瀬孝雄「準裁判過程の基礎理論」收於『法社會學講座 6』（岩波書店、1972）
8. 和田安弘「多元的紛争處理の試み」東京都立大學法學會雜誌 22 卷 1 號（1986）
9. 萩原金美「調停（巧勻六氏・相談）」收於小島武司、伊藤真編『裁判外糾紛處理法』（有斐閣、1998）
10. 蘆部信喜「司法における權力性」岩波講座『基本法學 6』（岩波書店、1983）
11. 高田敏「法治主義の概念と動向」公法研究第 57 號（1995）
12. 碧海純一、伊藤正己、村上淳一等編著『法學史』（東京大學出版會、1976）。
13. 噢捩鳥「民事訴訟における司法審査の限界」『民事訴訟法争點（新版）』（有斐閣、1988）
14. 新堂幸司「宗教團體内部の紛争と裁判所の審判權」『特別講義民事訴訟法』（有斐閣、1988）
15. 野箔泰司「宗教上の教義に関する紛争と司法權」『憲法判例百選Ⅱ〔第三版〕』（有斐閣、1994）
16. 維龜捨銘「宗教法人の代表役員の地位における紛争と司法權」『憲法判例百選Ⅱ〔第三版〕』（有斐閣、1994）
17. 林屋禮二「裁判における權利と非訟事件」小島和司編『憲法争點〔新版〕』（有斐閣、1985）
18. 新堂幸司「訴訟と非訟」『民事訴訟法及争點』（新版，有斐閣，1988）
19. 濱田純一「情報収集及自由」『憲法訴訟判例百選Ⅰ〔第三版〕』（有斐閣、1994）
20. 小島武司「現代型訴訟の役割と特質」『民事訴訟法の争點』（有斐閣、1988）
21. 棚瀬孝雄「裁判毛什月インフルエンズ活動」收於川島武宜『法社會

- 學講座 5・紛争解決と法』（岩波書店，1972）。
22. 北川善太郎「取引社会における紛争解決」民商法雑誌 75 卷第 1 期（1976）。
  23. 中村睦男「校則裁判」兼子仁編『教育判例百選（第三版）』
  24. 太田勝造「新しいタイプの訴訟の出現と民事訴訟制度」ジュリスト 971 号（1991）
  25. 小島武司「現代型訴訟の役割と特質」『民事訴訟法の争点』（有斐閣、1988）
  26. 小島武司「攻撃的・防禦的消費者訴訟」『民事訴訟及基礎法理』（有斐閣、1988）
  27. 萩原金美「消費者保護と民事訴訟」『民事訴訟法及争点』（有斐閣、1988）
  28. 高橋宏志「紛争と訴訟の機能」『岩波講座社会科学の方法第 VI 卷』（岩波書店，1993）
  29. 「特集。森永立伏弁中毒事件判決」ジュリスト 552 号（1974・1・15）
  30. 竹下守夫「救済の方法」收於『基本法學 8』
  31. 竹下守夫「差止請求訴訟の問題点」收於『民事訴訟法の争点』
  32. 竹下守夫「生活妨害の差止と強制執行・再論」判例タイムズ 428 号（1981.2）
  33. 「差止訴訟における強制執行の意義と役割」ジュリスト 971 号（1991.1）
  34. 「訴訟機能と手続保障」收於民事訴訟雑誌第 27 期（1981）
  35. 井上治典「手続保障の第三の波」收於新堂幸司編著『特別講義民事訴訟法』（有斐閣、1988）。
  36. 井上正三「訴訟内における紛争当事者の役割分擔」民事訴訟雑誌第 27 期（1981）
  37. 特集 法律時報 68 卷 10 号（1996）

38. 淡路剛久「水俣病事件と和解」法學教室 194 號 (1996.11)
39. 淡路剛久「HIV 訴訟と和解」ジュリスト 1093 (1996.7.1)
40. 齋藤誠「藥事法制・藥務行政における國家責任の考察」ジュリスト 1093 號
41. 小島武司「試験訴訟の實態と理論」判例時報 1086.1087 號 (1983) ,
42. 奈良次郎「判決效における最近の理論と實務」收於鈴木忠一、三ヶ月章監修『新・實務民事訴訟講座』(日本評論社, 1981)
43. 西埜章「西淀川公害訴訟(二次~四次)」法學教室 182 號 (1995.11)
44. 橋本博之「國道四三號訴訟」法學教室 182 號 (1995.11)
45. 田尾桃二「紛争の一回的一舉的解決—『學說と實務』の視點—」民事訴訟雜誌第 40 期 (1994)
46. 竹下守夫「生活妨害の差止と強制執行・再論」判例タイムズ 428 號 (1981)
47. 松浦馨「差止請求權の強制執行」『新版民事訴訟法演習 2』(有斐閣, 1983)
48. 新堂幸司「民事訴訟の目的論」法學教室 1-17 號 (1980-82) , 後收於『民事訴訟制度の役割』(有斐閣, 1993)
49. 石川明「我が國における裁判代替的糾紛解決制度(ADR)の諸問題」法の支配 101 號 (1996.4)
50. 山田文「裁判外紛争解決制度における手續法的配慮の研究(一)(二)(三)—アメリカ合衆國の制度を中心として」北大法學 58 卷 1.2.5 號 (1994)
51. 和田安弘「多元的紛争處理の試み」東京都立大學法學會雜誌 22 卷 1 號 (1981) ,
52. 和田安弘「輕微紛争處理に関する理論的一考察」東京都立大學法學會雜誌 26 卷 2 號 (1981)
53. 吉村徳重「裁判外紛争處理の動向とその分析」法政研究 51 卷 3.4 期

- (1984)
54. 平野範雄「ADR（代替的紛争解決）」法學本立瓜 459 期（1993）
  55. 橋本聰「紛争處理柔軟化と多様化（一）（二）」民商法雜誌 105 卷 3.4 號（1991.3）
  56. 佐佐木吉男「調停制度の役割」收於三ヶ月章、青山善充編『民事訴訟法の争点』（1979，有斐閣）
  57. 佐佐木吉男「民事調停」收於『法社會學講座 6』（岩波書店，1972）
  58. 小島武司「正義の総合システムを考える」民商法雜誌 78 卷臨時増刊號 3（末川先生追悼論集，1978）
  59. 小島武司「紛争處理制度の全體構造」收於『講座民事訴訟① 民事紛争と訴訟』（弘文堂，1984）
  60. 小島武司「正義総合システム再考」法曹時報 41 卷 7 號（1989.7.1）
  61. 吉村徳重「民事紛争處理の多様性と訴訟機能の展望」法政研究 51 卷 1 號（1984）
  62. 吉村徳重「裁判外糾紛處理の動向とその分析」法政研究 51 卷 3.4 號（1985）
  63. 井上治典「紛争處理機關の多様化およびその訴訟の選擇」ジュリスト 875 號收於井上治典『民事手續論』（有斐閣，1993）
  64. 田中成明「民事司法改革の背景とその射程（一）（二）（三）」法曹時報 47 卷 5 號 1053 頁，6 號 1253 頁，7 號 1495 頁（1995）
  65. 小島武司=大澤恒夫「正義の總和システムにおける法的交渉」收於小島武司、加藤新太郎編『民事實務讀本 IV』（東京布井出版，1993）
  66. 吉村徳重「民事紛争處理の多様性と訴訟機能の展望」法政研究 51 卷 1 號（1984）
  67. 小島武司「裁判外紛争處理機關の理論的法政策的検討」判例タイムズ 728（1990.8）