

# 法治國圖像變遷下 司法權功能之再探討 ——德國行政訴訟中法官調解制度之研究\*

劉 建 宏\*\*

## 要 目

壹、前 言	參、德國行政訴訟中法官調解制度 評介
一、一次德國行政訴訟中法官調解 程序之親身觀察	一、調解之意義及其功能
二、德國行政訴訟中法官調解制度 之發展過程及現況	二、調解之類型 (一)起訴前之調解 (二)法院相關調解
貳、法治國圖像變遷下司法權功能之 演變	三、行政訴訟中法官調解制度之 本質爭議
一、從履行國家到保證國家	肆、德國行政訴訟中法官調解制度所 面臨之問題與挑戰：完整建構 法官調解之程序
二、將競爭之觀念導入司法體系	
三、合作國家理念對於紛爭解決 機制之影響	

DOI : 10.3966/102398202015090142006

\* 本文為科技部101年至103年度（2012年8月1日至2015年7月31日）一般型研究計畫101年度之研究成果。感謝匿名審查人對於本文之指正。

\*\* 中正大學法律系教授，德國佛萊堡（Freiburg）大學法學博士。

投稿日期：一〇二年十二月二十七日；接受刊登日期：一〇三年七月二十四日

責任校對：蘇淑君

- |                                 |               |
|---------------------------------|---------------|
| 一、法官調解程序之開啟及終結                  | 伍、結 論         |
| 二、調解人之迴避義務                      | 陸、重要相關條文德中對照表 |
| 三、調解程序之私密性與調解人及<br>參與調解程序者之保密義務 |               |



元照出版提供 請勿公開散布。

## 摘 要

二〇〇〇年二月，德國法官學會以「調解與行政訴訟程序」為題，在Trier召開年會，研究法官調解制度在行政訴訟程序中適用之可行性。該次會議中決議：於Freiburg和Berlin之行政法院試辦法官調解。

二〇一二年六月，德國聯邦眾議院通過行政法院法第一七三條修正案，賦予行政訴訟中法官調解制度實證法之依據。至此，行政訴訟中法官調解正式從試辦程序成為常備程序。

德國行政訴訟中法官調解制度自二〇〇〇年試辦至今，已逾十年，其成效如何？又所謂行政訴訟中法官調解，應如何精確定義？與其他制度有何區別？調解程序之內容如何？本文擬探討彼邦此一制度之內容，以供我國行政訴訟學說及實務參考。

關鍵詞：多元門戶法院、法治國圖像變遷、合作國家理念、裁判外紛爭解決、行政訴訟中法官調解

## 壹、前言

### 一、一次德國行政訴訟中法官調解程序之親身觀察

二〇一二年八月二十七日，筆者為執行科技部<sup>1</sup>之研究計畫，透過德國Nordrhein-Westfalen邦高等行政法院調解業務辦公室（Mediationsgeschäftsstelle beim Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen）之聯繫協調，前往拜訪該邦某行政法院<sup>2</sup>，並於事先徵得兩造當事人同意，於當天下午二時至四時三十分參與由調解法官所主持之行政訴訟調解庭，並於次日接獲該行政法院以電子檔傳送之調解筆錄。

本案之原告為該邦某法院法官，因退休事件與該邦涉訟，其案情約略如下：原告與其所任職之法院院長因故長期不和，二〇一一年間，原告請休病假，因請假之事由及其工作態度問題，與該院院長之衝突加劇，原告遂提出提前退休之申請。程序進行中，又因主張病假期間之休假權利問題與人事部門發生衝突，乃致電法院以口頭撤回提前退休之申請。該院院長得知後，仍快速批准其提前退休之申請，並將核准退休之公文送達原告。原告不服，提起行政訴訟，並由承審法官經兩造同意後將事件移付調解程序。

調解庭之出庭者，包括：原告及其配偶、原告律師、被告訴訟代理人即該邦高等法院人事部門之二位主管（調辦事法官）。本案經調解法官居中調解，雙方當事人同意以下調解方案：

（一）原告之退休令生效日自二〇一二年三月一日延至同年八月一日（原告可多領五個月全薪）。

<sup>1</sup> 本計畫之原委託機關為行政院國家科學委員會，自2014年3月3日起已改制為科技部。

<sup>2</sup> 為保障當事人之隱私，並遵守參與調解程序者之保密義務，本文盡量將案情去識別化，故隱匿法院之名稱及部分相關資訊。

(二)有關退休金之給付，視為原告在二〇一二年三月一日已退休（毋庸返還已受領之退休金）。

(三)被告同意撤回繫屬於該邦地方法院職務法庭之事件。

(四)本案之訴訟費用，由雙方當事人各自負擔。

(五)雙方當事人同意本案之爭執已解決（erledigt）。

(六)雙方當事人保留對於上述調解方案同意之撤回權至二〇一二年九月十四日。

行政訴訟中法官調解程序，其整體之氛圍與訴訟程序迥異。當事人出席時，氣氛較為融洽，非如法院訴訟程序中雙方當事人之劍拔弩張。時有雙方當事人於調解成立後，互相握手擁抱，甚至相約喝咖啡者。法院「平息紛爭」之功能，充分發揮。本件行政法院調解事件，原告與被告之二位代理人均為現職法官，程序開始前均表明無意繼續訴訟程序。程序進行中，原告不斷敘述其在所任職之法院遭受如何之不公對待，與本件撤銷訴訟之攻防並無關聯，惟調解人並未制止，被告代理人亦不加反駁，認真聆聽。雙方充分陳述之後，調解人提出調解方案。調解程序經短暫中斷，由被告代理人電詢高等法院院長確認後，同意調解方案，調解成立。由於原告已表明其無意續任法官，本案如未經調解成立，當事人續行訴訟之結果，縱使原告獲得勝訴，退休令經撤銷，未來之糾紛衝突仍將難免。對於原告而言，無異「要麵包，給石頭」（Stein statt Brot）。調解成立，被告亦可終結被自家法官提告之醜聞，可謂雙贏。短短二點五小時之調解程序，成果豐碩。

## 二、德國行政訴訟中法官調解制度之發展過程及現況

二〇〇〇年二月，德國法官學會以「調解與行政訴訟程序」為題，在Trier召開年會，研究法官調解制度在行政訴訟程序中適用之可行性。該次會議中決議：於Freiburg和Berlin之行政法院試辦法官

調解，可謂德國行政訴訟中法官調解制度之濫觴<sup>3</sup>。

德國行政訴訟中法官調解制度，其根本之理論依據，緣起於一九七〇年代在美國所發展之「多元門戶法院」（Multi-Door-Courthouse）理念，認為：國家應積極提供除裁判外更為多元之紛爭解決方式或程序，以供人民選擇。法院之功能，並非僅止於裁判而已。除了通往法庭的門戶之外，應有通往其他紛爭解決之門戶可供選擇。法院並應引導人民前往最適於解決其紛爭之途徑<sup>4</sup>。此種新思維模式，強調以「裁判外紛爭解決」（Alternative Dispute Resolution, ADR）之機制取代訴訟，避免傳統訴訟所造成「全輸或全贏」（alles oder nichts）之結果，促使雙方當事人讓步，達成「雙贏」<sup>5</sup>。

調解制度在司法程序中，早已存在。在民事訴訟程序中，調解制度已存在多年。在德國，尤以家事事件之調解案件最多。然而，在行政訴訟程序中，調解則為全新之概念。蓋傳統之行政法學著重依法行政原則之貫徹，司法機關之任務在於審查行政行為之合法性，何能「調解」官民紛爭？且行政訴訟調解制度存在之必要性，亦受質疑。蓋行政訴訟程序中已有和解制度可資運用，何需另行創設調解制度<sup>6</sup>？

然而，自一九八〇年代以降，隨著國家任務之日趨繁複，人民對於國家功能之期望不斷升高，國家之角色與以往已有不同。在所

<sup>3</sup> Ortloff, *Mediation außerhalb und innerhalb des Verwaltungsprozesses*, NVwZ 2004, S. 385.

<sup>4</sup> 有關「多元門戶法院」理念之內涵，參閱Gottwald, *Gerichtsnahe Mediation*, in: *Handbuch Mediation*, 2. Aufl., 2009, § 39 Rn. 4-6.

<sup>5</sup> von Barga, *Konfliktlösung mittels richterlicher Mediation als Alternative zum konventionellen Verwaltungsprozess*, *Die Verwaltung*, 2010, S. 410.

<sup>6</sup> 相關批評，詳閱von Barga, aaO., S. 411-417; Ortloff, aaO. (Fn. 3), S. 385-386.

謂「新公共管理」(New Public Management)理念之影響下,傳統之「法治國圖像」(Rechtsstaatsleitbild)亦發生根本之變化<sup>7</sup>。國家不再壟斷紛爭解決之權力,而是提供多元管道,由人民選擇最符合其利益之途徑。法院之功能不僅在於裁判紛爭,更應積極提供當事人更多紛爭解決途徑,以供其選擇。因此,是否於傳統之和解程序外,另行創設行政訴訟調解制度,尤其法官調解制度,即成為熱門之議題。

行政訴訟中法官調解係由第一審法院自覺發起,並非由各邦司法部所推動。事實上,各邦司法部多對此持懷疑態度,稱之為「過渡性解決方案」(Übergangslösung),認為行政訴訟事件裁判外紛爭解決機制還是以發展法官調解以外(尤其律師調解)之制度為主。然而,法官調解制度並未如各邦司法部所言僅係過渡性解決方案而消失,反而日趨重要<sup>8</sup>。甚至社會法院、財稅法院亦加入試辦行列<sup>9</sup>。法官調解制度一如發起者法官協會所言,成為改善司法品質之「持續性解決方案」(Dauerlösung)<sup>10</sup>。雖然各邦司法部態度依然消極,然而至二〇一一年為止,全德國各邦之行政法院均已開辦法院調解業務<sup>11</sup>。

依據學者分析研究,行政訴訟事件中,約有10%的案件適於法官調解。其特徵為:長時間持續性爭議,不斷有衝突點發生之事

<sup>7</sup> 有關「新公共管理」(New Public Management)理念對於國家任務乃至於法治國圖像之影響,參見Ziekow, *Mediation in der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, NVwZ 2004, S. 393; 詳下述。

<sup>8</sup> Ortloff, aaO. (Fn. 3), S. 385.

<sup>9</sup> von Barga, aaO. (Fn. 5), S. 408-409.

<sup>10</sup> DRiZ 2005, 276 f.; von Barga, *Mediation in Verwaltungssachen*, in: *Prozesse in Verwaltungssachen*, 2. Aufl., 2011, § 10 Rn. 12.

<sup>11</sup> von Barga, aaO., § 10 Rn. 11.



件，諸如：建築法以及環境法上之鄰人訴訟、學生或教職員對學校措施之訴訟、公務員法上之訴訟，以及營業及交通法規領域之訴訟事件<sup>12</sup>。尤其當事人間懷有強烈情緒因素之案件，最適於調解<sup>13</sup>。反之，如當事人係以訴訟為社會運動之策略，且未來將有不特定多數人涉入之事件，則不適於調解<sup>14</sup>。依據數據顯示，行政訴訟事件一旦移付法官調解，調解成立之比例頗高。在Berlin行政法院約有60%之成功率<sup>15</sup>，Freiburg行政法院則有70%之成功率<sup>16</sup>。在推動調解制度最力之Niedersachsen邦的Göttingen行政法院，甚至有90%的調解成功率，且平均每一調解事件所需時間（指法院開調解庭之時間）僅二小時<sup>17</sup>。縱使調解不成立，對於改善兩造間對立氣氛、釐清案情亦有助益<sup>18</sup>。總之，法官調解制度對於行政法領域爭議事件之解決，頗具貢獻。

德國行政訴訟中法官調解制度試辦至今，已逾十年，其成效如何？又所謂行政訴訟中法官調解，應如何精確定義？與其他制度（例如：和解、訴訟程序外之調解等）有何區別？其特點為何？凡此問題，均為本文所欲探討者。尤其二〇一二年七月二十五日德國修正公布行政法院法之相關規定（詳後述），賦予行政訴訟中法官調解制度實證法之依據，行政訴訟中法官調解正式從試辦程序成為常備程序。本文擬探討彼邦此一制度之內容，以供我國行政訴訟學說及實務參考。

<sup>12</sup> von Barga, aaO. (Fn. 5), S. 421.

<sup>13</sup> von Barga, Mediation im Verwaltungsprozess, DVBl. 2004, S. 472.

<sup>14</sup> von Barga, aaO. (Fn. 5), S. 422.

<sup>15</sup> Ortloff, aaO. (Fn. 3), S. 389.

<sup>16</sup> von Barga, aaO. (Fn. 13), S. 472.

<sup>17</sup> von Barga, aaO. (Fn. 13), S. 474.

<sup>18</sup> Ortloff, aaO. (Fn. 3), S. 389.



## 貳、法治國圖像變遷下司法權功能之演變

在有關法官調解制度之相關問題中，法官調解是否屬於司法權之內容，此一問題在德國曾引起廣泛之爭議。欲探求此一問題，必須對於司法權之內容作一界定。晚近，因傳統「法治國圖像」（*Rechtsstaatsleitbild*）發生巨大變化，司法權之內容隨之而有極大不同。以下擬從「從履行國家到保證國家」、「將競爭之觀念導入司法體系」以及「合作國家理念對於紛爭解決機制之影響」三種觀察角度詳加論述。

### 一、從履行國家到保證國家

晚近，由於人民對於國家功能之期望不斷升高，國家之任務日趨繁複，逐漸超出其所能負荷之程度，而成為「過度負擔之國家」（*überforderter Staat*）<sup>19</sup>。此種「國家失靈」（*Staatsversagen*）<sup>20</sup>之現象，其層面極為廣泛。以司法之角度觀察，其重要現象之一，即為：訴訟案件不斷增加，審判時程變長，人民因而不滿意司法之品質<sup>21</sup>。

過去有關司法改革之措施，均集中於「減輕法院負擔」之層次。但似乎成效不彰，且備受批評<sup>22</sup>。論者認為，要徹底解決此等國家司法功能失靈之問題，必須對於國家之角色重新定義。

<sup>19</sup> *Ellwein/Hesse, Der überforderte Staat, 1997, S. 7, 67.*

<sup>20</sup> *Jänicke, Staatsversagen: die Ohnmacht der Politik in der Industriegesellschaft, 1986, S. 1ff; vgl. auch Hoffmann-Riem, Modernisierung von Recht und Justiz, 2001, S. 15.*

<sup>21</sup> *Hoffmann-Riem, aaO., S. 56.*

<sup>22</sup> *Hoffmann-Riem, aaO. (Fn. 20), S. 56-57.*

法治國之實現，是國家的任務，但並非國家保留事項<sup>23</sup>。國家未必每件事均須親力親為，可以從履行者的角色轉換成監督者。此即所謂從「履行國家」（Erfüllungsstaat）到「保證國家」（Gewährleistungsstaat）之角色轉變<sup>24</sup>。國家任務的內涵從履行責任轉變為保證責任，是一種國家操控力形式的轉換。國家的任務並未縮減，只是履行任務之方式有所不同。國家應評估社會機制運作不良的風險，當社會機制運作不良時，國家則須介入。以紛爭解決為例，國家可將紛爭解決之權力（部分）釋出，交由社會中現存的各種紛爭解決機制處理，改扮監督者的角色，當其運作不彰時再行介入。質言之，紛爭裁判權本身或許尚不能私人化，但解決紛爭的機制，即權利保護機制，並不一定要由國家壟斷<sup>25</sup>。

## 二、將競爭之觀念導入司法體系

上述思想，進一步促使「法治國圖像」（Rechtsstaatsleitbild）發生根本之變化。論者有倡議將競爭之理念導入國家司法體系中，重新建構司法權之功能者。從當事人的角度觀察，司法之本質，也是一種（解決爭端的）「服務」（Dienstleistung）。既為服務，就應考慮使用者（當事人）之需求，建構「以供給為導向的權利保護法規範」（angebotsorientierte Rechtsschutzordnung）。蓋「有紛爭待解決者，應有機會從諸多社會及國家所提供之程序中，選擇對於解決其紛爭最有利之途徑」<sup>26</sup>。如此，不但可以提升人民對於紛爭解決方案之接受度，如能將訴訟標的擴大為「紛爭解決標的」

<sup>23</sup> Hoffmann-Riem, aaO. (Fn. 20), S. 37.

<sup>24</sup> Hill, Neue Organisationsformen in der Staats- und Kommunalverwaltung, in: Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, S. 69.

<sup>25</sup> Hoffmann-Riem, aaO. (Fn. 20), S. 25-27, 37.

<sup>26</sup> Hoffmann-Riem, aaO. (Fn. 20), S. 58.

(Konfliktbewältigungsgegenstand)，更能避免後續爭訟<sup>27</sup>。

詳言之，國家所提供之傳統的紛爭解決途徑為訴訟，是一種「若p則q」的「線性思考方式」(auf einem linearen Denken beruhen)。訴訟標的經法院裁判，但當事人的問題是否已被真正解決，並非重點。當事人負責提供法院裁判所需資訊，但不能預測裁判結果(不為裁判結果負責)。這種現象，經常造成法律人與社會大眾認知的裂痕。從社會角度觀察，紛爭的當事人，以及所爭執之標的，其範圍往往遠比訴訟之主體及客體廣泛。如能用其他社會所提供之途徑(例如：私人和解、調解)解決紛爭，將訴訟標的擴張為「紛爭解決標的」(Konfliktbewältigungsgegenstand)，更能有效達成止息紛爭之目標<sup>28</sup>。

論者甚至進一步指出，紛爭解決機制也應該市場化，導入競爭之觀念。國家以裁判之方式提供人民紛爭解決之途徑，或許仍有其必要性。蓋現代社會中，家庭及其他小型社會之功能退化。在工業化的匿名社會，仍需要法院以裁判之方式解決紛爭。但國家無須壟斷紛爭解決機制，可與其他社會上現存之紛爭解決機制共存、競爭，甚至應設法促使社會紛爭解決機制能優先適用。蓋自我責任的社會，應有自行解決紛爭之能力。國家介入是社會規範不能自我實現的徵兆。國家應尊重此等社會現存紛爭解決機制之功能<sup>29</sup>。

### 三、合作國家理念對於紛爭解決機制之影響

除上述法治國圖像變遷之外，晚近在行政法領域中興起之「合作國家」、「公私協力」等理念，對於行政法領域中紛爭解決機制

<sup>27</sup> Hoffmann-Riem, aaO. (Fn. 20), S. 59.

<sup>28</sup> Hoffmann-Riem, aaO. (Fn. 20), S. 64-65.

<sup>29</sup> Hoffmann-Riem, aaO. (Fn. 20), S. 22-23, 38, 53.

之內容亦有極大影響，促成行政訴訟中法官調解制度之發展。以下詳述之。

晚近行政權之角色，有極大變化。所謂行政，不再只是一種單方下命的國家公權力作用。行政程序是行政權與人民對話的平臺。行政權與人民的關係，不再只是點狀的接觸（in punktuellen Kontakten），應該是長時間、持續性的接觸、對話、溝通，才能使個人的自我責任（die Eigenverantwortung des einzelnen）成為民主國、法治國的基石<sup>30</sup>。

上述思想影響所及，德國行政法規之中，乃出現大量人民參與行政決定過程之條文。某些條文中所規範之參與行政決定主體，其範圍甚至遠大於因該行政決定而權利或法律上利益將受影響之利害關係人，成為所謂「公眾參與」（Popularteiligung）之條款。學者以為：人民參與行政決定之程序，不能僅以保障個人權利之觀點加以觀察。此等規定，尚具有以下之功能<sup>31</sup>：

- ～提供行政機關資訊，使其決定過程更為合理。
- ～建立公私協力、溝通之基礎。
- ～提升行政決定之可預測性及可預見性，以提高行政效能。
- ～增進人民對於行政之信賴，避免後續之爭訟程序。
- ～資訊公開，以公意監督行政措施。

傳統之見解，認為行政之目的，在於追求公益。在十九世紀「自由主義國家理念」（liberalistische Staatsidee）之中，不能想像官民之間有如此緊密的互動關係。至少人民不可能在行政機關作成

<sup>30</sup> Schmidt-Aßmann, *Verwaltungsverfahren*, in: *Handbuch des Staatsrechts (HdbStR)*, Band III, 1996, §70 Rn. 4.

<sup>31</sup> Schmitt Glaeser, *Partizipation als verantwortliche Mitwirkung an der Gemeinwohlkonkretisierung*, in: *Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie*, 1984, S. 58.

行政決定時，如此公然且制度性的參與（*Mitwirkung*）。官民之間必須保持適當距離，各自代表其利益。國家代表者係公益，人民代表私益；公益可說是國家的同義詞，如同私益是個人的同義詞<sup>32</sup>。

德國學者Henke如此描述十九世紀國家的形象<sup>33</sup>：國家是一個結合一切制度與規範，以追求公共福祉為目的之組織。在國家之中，一切個人利益都已被包含，同時也不復存在。國家以追求公益為其存在之正當性基礎，其意志之形成是由內（國會、政府）而外（影響社會、個人）。國家的意志不僅在於追求公益，因為國家之內部秩序是為公益而存在，可以說國家意志就是公益。國家意志和個人意志不能相容。個人可以透過申請、訴願、訴訟等制度，使自己成為國家內部秩序的一部分，藉以使國家行為之適法性受到審查。但個人不能基於自己的利益考量而影響行政行為的內容，否則將使得國家意志腐化，使國家追求公益的目標落空<sup>34</sup>。

惟所謂公益與私益之區別，實為法學上重大難題之一。在程序法之領域中，理論上而言，當然也可區分為保障私益（個人權利）而設，以及為維護公益（例如：發現真實、程序經濟）而設之條文。然而，私人參與行政程序之規定，其功能固然係為保障個人之程序權利，惟其亦有發現真實（尤其是由當事人以外之第三人參與時）、促進程序經濟（當事人因充分參與而接受行政決定，不提起行政救濟）等維護公益之功能。尤其在某些法領域中（例如：計畫行政），公益與私益可謂已結為一體，無從區別。當立法者規範諸多私人參與行政程序的條文，而其參與之主體範圍已遠超過法律上

<sup>32</sup> Häberle, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 1979, S. 60ff., S. 95ff., Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, 1980, S. 126ff., 140f.

<sup>33</sup> Henke, *Das Recht der Wirtschaftssubventionen als öffentliches Vertragsrecht*, 1979, S. 23.

<sup>34</sup> Schmitt Glaeser, aaO. (Fn. 31), S. 59-60.

利害關係人，接近公眾參與之程度，想要在這些條文中區別哪些是為私益而設，哪些是為公益而設，似乎誤解了這些條文的用意。只有以「結合公益與私益的角度」（in einer Öffentlichkeits- und Privatinteressen verbindenden Sinnrichtung）觀察，才能真正瞭解上述法規中程序參與規定的真意<sup>35</sup>。

上述法規中程序參與規定的真正目的，應為「確保行政決定之實質正確性」（Gewähr materieller Richtigkeit der Entscheidung）<sup>36</sup>。每一個行政程序，都是使公益具體化（Gemeinwohlkonkretisierung）的過程。人民參與行政程序，是一種對於公益具體化之「協力」（Mitwirkung）。藉由私人參與之制度以「發現公共福祉」（Gemeinwohlfindung），追求行政決定之實質正確性<sup>37</sup>。換言之，「實現公共福祉」（Gemeinwohlverwirklichung）並非僅是國家的職權，也是人民和人民團體的任務<sup>38</sup>。在具體個案中，公益之意義為何？與其說此為一實質問題，不如說其為「權限問題」（Kompetenzfrage）。蓋此一開放性問題的回答「權限」（Kompetenz），並非由國家獨占，亦不專屬於法學研究之文獻。這個問題必須透過

<sup>35</sup> Scholz, *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDSRL)*, 1976, S. 207.

<sup>36</sup> Schmitt Glaeser, aaO. (Fn. 31), S. 61.

<sup>37</sup> Schmitt Glaeser, *Partizipation an Verwaltungsentscheidungen*, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDSRL)*, 1973, S. 190ff.

<sup>38</sup> Leibholz, *Staat und Verbände*, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDSRL)*, 1966, S. 5ff.; Winkler, *Staat und Verbände*, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDSRL)*, 1966, S. 34ff.; von Simson, *Das demokratische Prinzip im Grundgesetz*, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDSRL)*, 1971, S. 28f.; Häberle, aaO. (Fn. 32), S. 52, 88.



「競爭之多元主義」(Kompetenzpluralismus)，亦即「多元參與的行政程序」(ein pluralistisches und partizipatives Verfahren)，由相關人民與有權決定之機關共同加以回答<sup>39</sup>。由此，市民參與(bürgerschaftliche Partizipation)成為國家機關行使主權程序之一部分，「多元之公益理解」(pluralistisches Gemeinwohlverständnis)成為私人參與的正當性基礎，國家法秩序也因此成為市民參與之法秩序(bürgerschaftliche Partizipationsordnung)<sup>40</sup>。當然，在具體個案中「決定」公益之內涵，仍然是國家的任務。但是，「發現公共福祉」不再只是行政機關之任務，也是參與人民之「權限」(Kompetenz)<sup>41</sup>。

上述公私協力之思想(Kooperationsgedanke)對於傳統行政法學產生極深之影響。新觀念認為：行政程序，是一種「公私協力使公益具體化的秩序概念」(Ordnungsidee kooperativer Gemeinwohlkonkretisierung)<sup>42</sup>。行政行為既然已從「單方之層級式拘束效力」(einseitig-hierarchische Verbindlichkeit)轉變為「合作開放」(kooperative Offenheit)的行為模式<sup>43</sup>，以監督行政行為為重要任務之行政訴訟審判權，其根本之思想亦應調整。蓋行政訴訟之功能，不僅止於「裁判紛爭」(Streitentscheidung)，亦應包含(以裁判外方式)「終止紛爭」(Streitbeendigung)。因此，行政訴訟審判權之內容，亦應適度擴張<sup>44</sup>。

<sup>39</sup> Häberle, aaO. (Fn. 32), S. 499.

<sup>40</sup> Schmitt Glaeser, aaO. (Fn. 31), S. 62.

<sup>41</sup> Schmitt Glaeser, aaO. (Fn. 31), S. 62.

<sup>42</sup> Schmidt-Aßmann, aaO. (Fn. 30), § 70 Rn. 4.

<sup>43</sup> Ortloff, Mediation und Verwaltungsprozess, in: Handbuch Mediation, 2. Aufl., 2009, § 41 Rn. 1.

<sup>44</sup> Ziekow, aaO. (Fn. 7), S. 391.



在個案中，立法者所要求之目標，不再透過行政機關以單方下命之方式加以實現，而是透過行政機關與人民以「目標協議」（Zielvereinbarung）之方式達成。如此，行政機關就擁有較大的彈性空間（Flexibilitätsspielräume），以建構公私協力的程序，創造官民對話的溝通平臺（Kommunikationsarenen），進而選取解決紛爭之形式，使法律所設定之目標得以符合當時情勢（situationsgerecht），在對話的環境之下達成。此種公私協力的思想，對於行政法院的角色亦產生影響。法院在審理爭訟事件時，除傳統的裁判者角色之外，亦應思考如何在法院程序中創造官民（被告與原告）對話的機會，扮演調解人的角色，使在行政程序中一度失敗的對話重新開啟<sup>45</sup>。

## 參、德國行政訴訟中法官調解制度評介

### 一、調解之意義及其功能

二〇一二年七月二十一日修正公布之德國「推動調解及其他裁判外紛爭解決程序法」（Das Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung，下稱「調解法」（Mediationsgesetz））<sup>46</sup>第一條規定：「（第一項）調解為一私密性、結構性之程序；當事人在此程序中，藉由調解人之協助，以自願且自己責任之方式，合意解決其紛爭。（第二項）調解人為一獨立、中立且對於該事件不具有裁判權之第三人，透過調解程序引導當事人合意解決其紛爭。」

調解為公私協力之自律性（Selbstregelung）紛爭解決方式。當

<sup>45</sup> Ziekow, aaO. (Fn. 7), S. 392.

<sup>46</sup> Vgl. BGBl. I S. 1577.

事人間之利益衝突，在中立第三人斡旋下，以裁判外方式加以解決<sup>47</sup>。調解人立於中立地位，協調雙方，尋求解決紛爭方案。重點則為當事人需有自行解決紛爭之心理準備，以獨立及自我責任之方式，在調解人之協助下，自行考量決定參與調解程序之人、事範圍，訂定自律規範，以求整體性（*ganzheitlich*）解決紛爭<sup>48</sup>。

同為紛爭解決之機制，調解與裁判之不同，在於其所關注之重點有極大差異。裁判所關注者，以紛爭解決方案之合法性為主。在調解程序中，當事人所關注者，往往並非調解方案之合法性，而是其可接受性及可執行性。德國學說論及調解制度時，經常舉一虛擬之「柳橙案例」（*das Orangen-Beispiel*）如下：兩姊妹從母親處得到一柳橙，對於誰擁有柳橙爭執不下，要求母親裁判。母親詢問兩姊妹需要柳橙之目的之後，發現姊姊想要果肉榨汁，妹妹則想要果皮烘烤蛋糕，於是將果肉給姊姊，果皮給妹妹，成功調解此一紛爭。此一事件如須裁判解決，姊妹二人均須主張對於柳橙有全部之所有權。如能瞭解其主張之目的，則有合意解決紛爭之可能<sup>49</sup>。

上述「柳橙案例」固為虛擬，真實之案例在實務上卻屢見不鮮。以二〇〇二年發生於Freiburg之「加油站事件」為例，某石油公司向縣政府申請延長位於某鄉加油站之營業時間，經縣政府否准，乃向Freiburg行政法院提起行政訴訟，並經原、被告及參加人鄉公所之同意後，移付調解法官調解。調解人瞭解案情後，發現本案被告縣政府之所以否准原告延長營業時間之申請，係因加油站所

<sup>47</sup> Bader, *Gerichtsinterne Mediation am Verwaltungsgericht*, 2009, S. 27; Kopp/Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 11. Aufl., 2010, Einf. Rn. 77.

<sup>48</sup> Bader, aaO., S. 27; von Barga, aaO. (Fn. 13), 470; Hoffmann-Riem, aaO. (Fn. 20), S. 66-69.

<sup>49</sup> Breidenbach, *Mediation: Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt*, 1995, S. 72; Haft, *Verhandeln. die Alternative zum Rechtsstreit*, 1992, S. 107.

在地之鄉公所不同意（其為同意申請之要件）。而鄉公所之所以不同意，係因附近住戶反對所致。因此，經原、被告及參加人同意後，邀請附近住戶之代表及加油站之承租人（Pächter）即實際上之營運人參加調解程序。再深究附近住戶反對之原因，發現重點並不在於營業時間，而是因該加油站及其附設之商店已成為附近青少年聚集之場所，經常夜間在此飲酒、喧鬧，製造噪音。最終原告石油公司同意出資為附近鄰居裝置隔音氣密窗，加油站承租人亦同意加強勸導夜間聚集之青少年降低音量，住戶代表及鄉公所不再反對加油站延長營業時間，被告縣政府承諾將准許原告之申請，本案調解成立<sup>50</sup>。

由上述案例中，可知法律上之「利益」（Interesse）和法律上之「地位」（Position）的不同。系爭法律地位是撤銷營運許可之請求權，利益則是防制噪音。調解不是要當事人放棄其利益（容忍噪音），只是要「移動」各方當事人之法律地位。調解成功的祕訣在於：每一當事人將其評價為較少價值之法律地位放棄，以從對造獲取對己相對較有價值之部分<sup>51</sup>。當事人如果不想（可能）全輸，就要避免爭訟這種「零和遊戲」（Nullsummenspiel）式的解決紛爭方式。如能調解成功，可達成所謂「合作雙贏」（Kooperationsgewinn, Win-Win-Situation）之目標<sup>52</sup>。

<sup>50</sup> 有關「加油站事件」之評述，參閱von Barga, aaO. (Fn. 13), S. 472; 本案法官調解程序之文檔，在Freiburg行政法院的官方網站中可供下載：<http://vgfreiburg.de/servlet/PB/show/1197583/VGFRMediationdokumentation.Pdf>，最後瀏覽日：2015年10月4日。

<sup>51</sup> Breidenbach, aaO. (Fn. 49), S. 72.

<sup>52</sup> Hoffmann-Riem, aaO. (Fn. 20), S. 70-71; 類似案例，亦可參閱Hoffmann-Riem, aaO. (Fn. 20), S. 72.

## 二、調解之類型

調解之類型，可區分如下：

### (一)起訴前之調解

以調解之方式解決紛爭，向為司法制度中極為重視之課題。在行政法之領域中，對於調解制度亦不陌生。尤其在環境法、建築法、公務員法等領域中，調解為極為普及且成效卓著之紛爭解決機制<sup>53</sup>。

傳統之調解，多於起訴前進行，又稱為「起訴前之調解」(vorprozessuale Mediation)<sup>54</sup>。在訴願程序進行中，亦可進行調解<sup>55</sup>。論者有主張將部分行政訴訟規定為強制調解事件，並取消其訴願程序者<sup>56</sup>。惟學說上多數見解仍認為其應屬選擇性之程序<sup>57</sup>，且當事人仍應遵守各種不變期間<sup>58</sup>。

### (二)法院相關調解

調解不僅能在提起行政訴訟之前為之，亦可在行政訴訟繫屬於法院之後為之<sup>59</sup>，稱為「法院相關調解」(gerichtsbezogene Media-

<sup>53</sup> von Barga, aaO. (Fn. 5), S. 421; 有關環境法領域中之調解案例，可參考 Kopp/Ramsauer, aaO. (Fn. 47), Einf. Rn. 77b.

<sup>54</sup> Ziekow, aaO. (Fn. 7), S. 392.

<sup>55</sup> Ortloff, aaO. (Fn. 3), S. 387.

<sup>56</sup> Vetter, Mediation und Vorverfahren, 2004, S. 131ff., S. 185ff.

<sup>57</sup> Pitschas, Mediation als Methode und Instrument der Konfliktmittlung im öffentlichen Sektor, NVwZ 2004, S. 401; Maaß, Mediation in immissionsschutzrechtlichen Widerspruchsverfahren? Zu einigen Gesichtspunkten eines geänderten Verwaltungsbewußtseins, VerwArch 88 (1997), 710ff.

<sup>58</sup> Ortloff, aaO. (Fn. 3), 387.

<sup>59</sup> Ortloff, aaO. (Fn. 3), 387.

tion)。又可分為：「接近法院之調解」以及「法院內部調解」二種<sup>60</sup>。所謂「接近法院之調解」(gerichtsnahe Mediation)，係指行政訴訟事件繫屬法院中，由法院將其移付法院以外之其他調解人調解，又可稱為「法院外調解」。此一制度曾於二〇〇二年至二〇〇五年間在Niedersachsen邦試辦，其調解之範圍不限於行政訴訟事件，多數由律師擔任調解人<sup>61</sup>。所謂「法院內部調解」(gerichtsinterne Mediation)，係指訴訟繫屬中，由法院將其移付其他不具審判權限之「調解法官」(Richtermediatoren)調解<sup>62</sup>。此即所謂「法官調解」制度，為本文研究之重點<sup>63</sup>。依此制度，法官(在不同程序中)將扮演審判者及調解人之不同角色<sup>64</sup>。

元照出版提供 請勿公開散布

<sup>60</sup> 有關行政訴訟法院相關調解之類型及其實證法依據，參閱Kopp/Schenke/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 19. Aufl., 2013, § 1 Rn. 34a.

<sup>61</sup> 有關「接近法院之調解」的試辦過程及其成效，可參閱Ortloff, aaO. (Fn. 3), S. 387-388; Ziekow, aaO. (Fn. 7), S. 392 Fn. 18.

<sup>62</sup> von Bargaen, aaO. (Fn. 5), S. 411. 部分學者認為：法官調解未必須由其他不具審判權限之法官進行，也可由本案之承審法官進行調解，只要法官自己能釐清角色即可，不必拘泥形式；參閱Ziekow, aaO. (Fn. 7), S. 392-393. 有關調解法官必須是無審判權法官的重要原因，參閱Ortloff, Neue Methoden des Verhandeln: Über den Einfluss der Mediation auf den Verwaltungsprozess, in: Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, 2003, S. 727; Ortloff, aaO. (Fn. 3), S. 388.

<sup>63</sup> 除此之外，學說上另有主張整合型調解(integrierte Entscheider-Mediation)者，係由當事人選出利益代表人，並由審判長加以調解；參閱Trossen, Integrierte Mediation, in: Handbuch Mediation, 2. Aufl., 2009, § 40; Ziekow, aaO. (Fn. 7), S. 393. 惟實務上並未採行。

<sup>64</sup> Vgl. Ortloff, Kommentierung zu § 104 VwGo, in: Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 22. Ergänzungslieferung 2011, Vorb. § 81 Rn. 11ff.

### 三、行政訴訟中法官調解制度之本質爭議

如前所述，德國行政訴訟中法官調解制度係於二〇〇〇年二月由德國法官學會主動提出試辦。惟其實證法上之依據為何？是否與行政訴訟之性質相容？是否有存在之必要？曾引起廣泛之爭議。

反對者認為法官調解制度為錯誤之發展（*Fehlentwicklung*），在行政訴訟制度中實施調解程序具有「去國家化權利保護」（*Entstaatlichung des Rechtsschutzes*）之傾向，成為「沒有法的國家」（*Staat ohne Recht*）<sup>65</sup>，並譏諷調解是司法權作用的私生子（*ein illegitimes Kind Justitias*）<sup>66</sup>。惟支持者亦提出諸多理由反駁，肯定法官調解制度存在之必要性。以下詳述之。

首先，反對法官調解制度者認為：調解並非基本法所規定司法權之任務。縱使認為行政訴訟事件具有可調解性，亦應發展法院外調解（*außergerichtliche Mediation*）制度，使其回歸行政權之範疇，而非由法官調解<sup>67</sup>。

司法權之功能為解決紛爭。裁判固然為解決紛爭之重要方式，但並非唯一方式。詳言之，司法權之任務不僅止於裁判而已，還包括和平解決紛爭。舉例而言，當事人於訴訟中達成和解時，法官並未解決（裁判）其紛爭，而是當事人自行達成解決紛爭之合意，法官只是從旁協助而已。此種協助達成當事人間合意之活動，仍屬司法權的範疇<sup>68</sup>，且其重要性日漸增加，此可由法院和解比例愈來愈

<sup>65</sup> *Ronellenfitsch, Entstaatlichung des Rechtsschutzes? -Mediation vor der Garantie staatlicher Rechtsschutzgewährleistung-, DÖV 2010, S. 373.*

<sup>66</sup> *Greger, Justiz und Mediation – Entwicklungslinien nach Abschluss der Modellprojekte, NJW 2007, S. 3258.*

<sup>67</sup> *Pitschas, aaO. (Fn. 57), S. 402.*

<sup>68</sup> *Vofßkuhle, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 74.*



高之趨勢得知<sup>69</sup>。論者既然並不否認和解屬於司法權之任務範疇，何以認為法官調解並非基本法所規定司法權之任務<sup>70</sup>？法官調解之性質為司法行政行為，亦包含於司法權之範疇中<sup>71</sup>。

事實上，由二〇〇〇年二月德國法官學會主動提出試辦法官調解之事件，可知德國法官的自我認識中，已經產生「品質意識」（Qualitätsbewusstsein），希望能將司法任務最佳化（Optimierung）<sup>72</sup>。法官意識到：不能僅憑裁判解決紛爭，並開始關心如何平衡眾人之利益，不再只是關注法律保留、請求權等抽象之問題<sup>73</sup>。部分學者亦主張：並非在所有案例中，權利與正義的實現都優先於其他目標<sup>74</sup>。德國法院長久以來一直致力於縮短審判期間，然而成效始終有限，尤其行政訴訟事件之審理期間較之於行使其他審判權之法院為長。以二〇〇八年統計數據為例，每一訴訟事件之平均結案期間，民事訴訟區法院為四點五個月，地方法院為八點一個月，行政訴訟則需要十二點三個月<sup>75</sup>。在行政訴訟程序中引進法官調解制度，非但能疏減訟源，進而縮短行政法院裁判所需期間，更能提升司法之品質，提升國際競爭力<sup>76</sup>。

<sup>69</sup> 相關數據，參閱 von Bargaen, aaO. (Fn. 5), S. 413.

<sup>70</sup> von Bargaen, Gerichtsinterne Mediation, 2008, S. 266ff.

<sup>71</sup> von Olenhusen, Mediation durch Richter – ein Projekt mit Zukunft, DRiZ 2003, 396; Ortloff, aaO. (Fn. 3), S. 389.

<sup>72</sup> Eckertz-Höfer, „vom guten Richter“, DÖV 2009, S. 740; Schoch, Gerichtliche Verwaltungskontrollen, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band III, 2009, § 50, S. 782.

<sup>73</sup> von Bargaen, aaO. (Fn. 5), S. 418.

<sup>74</sup> Schlink, Der Preis der Gerechtigkeit, in: Rechts- und staatsrechtliche Schlüsselbegriffe: Legitimität - Repräsentation - Freiheit: Symposium für Hasso Hofmann zum 70. Geburtstag, 2005, S. 18ff., 32.

<sup>75</sup> von Bargaen, aaO. (Fn. 5), S. 418 Fn. 65.

<sup>76</sup> Schuppert, Staatliche Ressourcen – verantwortung für eine funktionsfähige Justiz,



其次，反對法官調解者，質疑其存在之必要性，認為：行政訴訟法上已有法院和解之制度，何以還需要法官調解？事實上，法官調解與其他現存於法院訴訟程序中之裁判外紛爭解決機制，尤其法院和解有頗多不同之處。最重要之區別在於：擔任調解人之法官並非承審法官，並無本案之審判權限，將來亦不得在本案訴訟程序中擔任審判職務<sup>77</sup>。依據實務經驗，法官試行和解時，由於和解不成立，仍須由同一法官繼續進行審理程序，故當事人往往態度消極保留，不願開誠布公說出訴訟之動機（利益）及其可接受之底線，以免「揭露底牌」、「自打耳光」，在後續訴訟程序中產生不利之結果<sup>78</sup>。法官調解則不同，一方面，調解人具有法官之地位，容易獲得當事人之信任。信任是調解的基礎，唯有當事人能充分信任，調解才能成功<sup>79</sup>；另一方面，由於調解人並非具有審判權限之本案承審法官，當事人比較不會將訴訟程序中所積累之情緒帶到調解程序中，態度也較為積極且具有彈性，往往願意將心中真實之動機及可接受之底線說出，增加調解成功之機會<sup>80</sup>。依據實務經驗，當事人在承審法官面前和在擔任調解人之法官面前之態度頗不相同<sup>81</sup>。和解常因當事人立場不同而失敗，當和解失敗，仍可移付法官調解，實務上不乏和解不成其後法官調解成立之案例<sup>82</sup>。

此外，參與和解程序者，以訴訟之當事人為主。然而，行政訴訟事件，尤其環境法、建築法以及營業及交通法規等領域之訴訟，

---

DRiZ, 2006, S. 82.

<sup>77</sup> von Bargaen, aaO. (Fn. 5), S. 425.

<sup>78</sup> von Bargaen, aaO. (Fn. 13), S. 470.

<sup>79</sup> von Bargaen, aaO. (Fn. 5), S. 424.

<sup>80</sup> von Bargaen, aaO. (Fn. 5), S. 423.

<sup>81</sup> Ortloff, aaO. (Fn. 3), S. 388.

<sup>82</sup> Ortloff, aaO. (Fn. 3), S. 386.

往往牽涉多數人利益。當事人以外第三人經常扮演關鍵角色<sup>83</sup>。以前述發生於Freiburg之「加油站事件」為例，被告縣政府之所以否准原告延長營業時間之申請，係因加油站所在地之鄉公所不同意。而鄉公所之所以不同意，係因附近住戶反對所致。因此，調解人經原告、被告及參加人同意後，邀請附近住戶之代表及加油站之承租人即實際上之營運人參加調解程序。最終達成協議，調解成立。如係法院和解程序，根本不可能將參與和解之人的範圍擴大至如此程度。然而實際上，附近住戶以及加油站承租人之態度才是本案能否和平解決之關鍵。法官調解與訴訟上和解之另一相異處即在於：法官調解能不拘泥於法規，邀請行政訴訟法上未必有訴訟權能，但實際上扮演關鍵角色者參與調解程序，增進調解成功之機率。此一功能，亦非法院和解制度所能及。

最後，反對法官調解制度者認為：並非所有行政訴訟事件之性質，皆適於調解。且調解需要許多心理學之知識及溝通技巧，並非法律人所長。僅憑幾小時週末課程，非但無法訓練出具有調解能力之法官，反而更增法官之負擔<sup>84</sup>。

就行政訴訟事件之性質而言，有些事件確實不適於調解，有些事件或許以訴外調解之方式進行較為適宜，但不能據此而否定法官調解制度存在之價值。依據客觀數據顯示，部分領域之行政訴訟事件，法官調解成功比率高達75%，成效卓著。縱使法官需為此而增加勞費，就其整體效益觀之，法官調解制度仍有極高價值。如果認為擔任調解人之法官訓練不足，應該就此部分予以加強。目前德國已有專為法官調解業務而開設之完整訓練課程。僅因為部分行政訴訟事件不適於由法官調解，就全盤否定法官調解制度存在之合理

<sup>83</sup> Ziekow, aaO. (Fn. 7), S. 393.

<sup>84</sup> 相關批評，參閱Greger, aaO. (Fn. 66), S. 3260-3261.

性，無異於「把小孩連同洗澡水一起倒掉」（das Kind mit dem Bade auszuschütten）<sup>85</sup>。

二〇一二年六月，德國聯邦眾議院通過行政法院法（Verwaltungsgerichtsordnung, VwGO）第一七三條修正案<sup>86</sup>，明文規定民事訴訟法第二七八條第五項<sup>87</sup>法官調解制度在行政訴訟程序中準用之<sup>88</sup>。修正條文於二〇一二年七月二十五日經聯邦總統公布，賦予行政訴訟中法官調解制度實證法之依據。至此，德國有關行政訴訟中法官調解制度應否存在之爭議，暫時告一段落。行政訴訟中法官調解正式從試辦程序成為常備程序。

#### 肆、德國行政訴訟中法官調解制度所面臨之問題與挑戰：完整建構法官調解之程序

德國行政法院法官調解制度雖已取得實證法依據而正式上路，惟其所面臨之問題與挑戰仍多。尤其行政訴訟中法官調解制度係準用民事訴訟法第二七八條第五項規定而來，而該條僅規定：法院得使用包括調解在內之一切方法解決紛爭。至於其他程序性規定，則付之闕如。同時間公布施行之「推動調解及其他裁判外紛爭解決程序法」即「調解法」雖有部分程序之規定可資適用，惟其內容亦僅

<sup>85</sup> von Barga, aaO. (Fn. 5), S. 414-415.

<sup>86</sup> 新修正之德國行政法院法第173條第1句規定：「本法未規定者，準用法院組織法及民事訴訟法（包括第278條第5項及第278條a）之規定，但以其性質與行政訴訟不相牴觸者為限。」

<sup>87</sup> 德國民事訴訟法第278條第5項規定：「法院得基於調解或試行調解之目的，將當事人移付不具本案審判權限之法官（法官擔任調解人）進行調解。擔任調解人之法官得運用包含調解之一切方法解決紛爭。」

<sup>88</sup> Vgl. BGBl. I S. 1580-1581.

寥寥九個條文，且真正涉及調解之程序者，僅第二條而已，法律密度明顯不足。論者雖強調：調解為當事人自願參與，基於自我責任，自行追求利益平衡之非公開的程序<sup>89</sup>，對於其程序進行之方式，應賦予一定之彈性，不需要太多程序性規定<sup>90</sup>。惟法官調解制度既為公設之紛爭解決機制，對於人民之權利義務亦有重大之意義，法律保留之密度似不宜過低。法官調解程序應於何種情況下開啟、如何進行、如何終結，此等問題均有待法律加以規範，以及實務及學說上進一步開展其內容。

有關法官調解之程序，以下依據德國調解法之規定，並綜合學說及實務見解，分述如下：

### 一、法官調解程序之開啟及終結

調解法第二條規範調解程序之開啟、終結，以及第三人參與調解等重要之調解程序。

調解法第二條第一項規定：「調解人由當事人選任之。」擔任調解人之法官，其選定不適用基本法第一〇一條第一項第二句<sup>91</sup>之法定法官原則<sup>92</sup>，其選任規則亦無須由法律定之<sup>93</sup>。

法官調解程序應如何開始？一般而言，應依兩造當事人之合意聲請而為之。行政訴訟事件審理中，法官亦得經兩造當事人同意後，移付其他法官進行調解。有疑問者，法官得否不經兩造當事人

<sup>89</sup> Hartmann, Sicherung der Vertraulichkeit, in: Handbuch Mediation, 2. Aufl., 2009, § 44 Rn. 1f.

<sup>90</sup> Ziekow, aaO. (Fn. 7), S. 394.

<sup>91</sup> 德國基本法第101條第1項第2句規定：「任何人其受法律所定法官審判之權利，不得剝奪」，是為所謂法定法官原則。

<sup>92</sup> von Bargen, aaO. (Fn. 70), S. 296ff.; von Bargen, aaO. (Fn. 5), S. 426.

<sup>93</sup> Ziekow, aaO. (Fn. 7), S. 394.

之同意而將案件移付調解？調解法第二條第二項規定：「調解人應確認當事人瞭解調解程序之原則及其進行，並自願參與調解程序」。惟學者認為：法官調解程序並不完全適用自由意願原則（*Freiwilligkeitsgrundsatz*），法院亦得依職權將行政訴訟事件移付法官調解，無須當事人同意，並得命當事人到場<sup>94</sup>。惟調解制度之本質既係當事人以自我責任解決紛爭，自應尊重當事人之意願。如當事人明示反對，或者事件顯無和諧之望者，不應進行調解程序<sup>95</sup>。

法官調解程序得於訴訟程序之任何階段行之。但凡起訴後，訴訟仍繫屬於法院中，任何階段均無不可。一般而言，法官調解程序多由本案法官於行準備程序時徵得雙方當事人同意後，將案件移付調解法官。惟縱使在言詞辯論程序進行中，甚至言詞辯論終結後，如本案法官發現有適於調解之情形者，亦得將案件移付其他法官調解。先前曾經（無論何種形式之）調解失敗，仍得再行移付法官調解<sup>96</sup>。

調解人應居於公正之立場，進行調解程序。調解法第二條第三項規定：「調解人對於兩造當事人負有等量之義務。調解人應促使兩造當事人溝通，並確保當事人在合宜並公正的情況下參與調解程序。調解人得在所有當事人瞭解認同的情況下，與當事人進行個別對話。」

調解法第二條第四項規定：「第三人參與調解程序，應得全體當事人之同意。」參與調解程序者，不限於本訴訟程序之當事人，

<sup>94</sup> Hartmann, in: *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozessordnung*, 69. Aufl., 2011, § 278 Rn. 35; Ziekow, aaO. (Fn. 7), S. 393.

<sup>95</sup> Ziekow, aaO. (Fn. 7), S. 393.

<sup>96</sup> Ziekow, aaO. (Fn. 7), S. 394.

亦包括其他利害關係人。此之所謂利害關係人，並不限於法律上利害關係。即令係事實上利害關係牽涉其中者，亦得參與。只要經本案程序之雙方當事人同意者，均得參與調解程序<sup>97</sup>。調解程序參與主體擴大之最主要原因，係為增進調解成功之機率。藉此將對於本案具有重要影響力，卻因訴訟結構之原因無法參與訴訟程序之第三人（例如：本文所引加油站事件之加油站所在地鄉公所、附近居民及加油站之承租人）納入調解程序中，以求有效整合眾人之法律地位，達成調解之目的。

法官調解程序之進行及其結果，應記明於筆錄<sup>98</sup>。調解筆錄之記載格式，並無法律明文。通常記載調解法院之名稱、日期、案件號碼、調解人（法官）姓名、調解程序起訖時間、本案訴訟事件原、被告、代理人、到場之其他關係人（例如：在本文所舉筆者親身經歷之調解事件中，原告之配偶亦出席調解庭）、調解成立之條款等，並由調解人簽名。

調解法第二條第五項規定：「當事人得隨時終止調解程序。調解人亦得終止調解程序，尤其當其認為當事人間自我責任之溝通或其合意已屬不可期待時。」法官調解如不能成立，應將事件移付原法院繼續審理程序<sup>99</sup>。法官調解如成立，就實質之觀點而言，當事人間之紛爭固已解決。惟因現行行政訴訟制度中尚未明確將法官調解成立規定為終結訴訟繫屬之原因，故在程序上，當事人尚需另以訴訟上和解、原告撤回之方式，終結訴訟繫屬<sup>100</sup>。當事人間如有確認爭點或訴訟費用之必要時，應由本案法院以裁定為之<sup>101</sup>。

<sup>97</sup> von Barga, aaO. (Fn. 5), S. 427.

<sup>98</sup> von Barga, aaO. (Fn. 5), Ortloff, aaO. (Fn. 3), § 104 Rn. 92.

<sup>99</sup> von Barga, aaO. (Fn. 5), S. 427.

<sup>100</sup> von Barga, aaO. (Fn. 5), S. 427; Löer, Richterliche Mediation, ZJP 2006, S. 209.

<sup>101</sup> von Barga, aaO. (Fn. 5), S. 427; Löer, aaO. S. 209.



調解為當事人基於自我責任而自行尋求解決紛爭之方法，故其不適用律師強制原則。為維護當事人之權益，調解法課予調解人特殊之教示及闡明義務。調解法第二條第六項規定：「當事人間達成合意時，調解人應確保當事人明瞭案情，並理解合意之內容。當事人如無專業諮詢人員陪同，應告知其得將合意內容交付外部諮詢人員審查。經當事人同意時，得將所達成之合意記明於終局協議之中。」

## 二、調解人之迴避義務

調解人為一獨立、中立第三人，透過調解程序引導當事人合意解決其紛爭（調解法第一條第二項參照）。為達成其調解紛爭之目的，調解人之立場必須公正，使當事人能夠對其充分信任。如有影響其立場公正性之情事時，調解人負有告知及迴避之義務。詳述如下：

調解法第三條第一項規定：「調解人應將一切足以影響其獨立性及中立性之情事向當事人揭露。有上述情事存在時，調解人只有在當事人明示同意的情況下，得繼續執行職務。」例如：調解人曾受當事人一造之委任處理事務，縱使該事務與目前調解之紛爭並無關聯，仍應將此一情事向他方當事人揭露。經他方當事人明示同意時，始能繼續執行職務。

調解法第三條第二項第一句規定：「於調解前已為一方當事人處理事務者，不得就同一事件之爭議擔任調解人。」例如：當事人已委任律師代理訴訟，該律師自不得就該委任事件再擔任調解人，以免角色混淆。調解法第三條第二項第二句規定：「調解人在調解期間及調解後不得就同一事件為當事人處理事務。」律師如已擔任調解人，在調解期間，固不得就同一事件再受當事人一造之委任處理事務。如調解未成立，在調解程序終結後，該律師亦不得受當事



人一造之委任處理事務，以確保調解人立場之公正性，避免利益衝突。

調解法第三條第三項第一句規定：「同一職業團體中，有成員在調解前已為一方當事人處理事務者，其他成員不得就同一事件之爭議擔任調解人。」例如：當事人已委任某律師事務所之律師處理事務，該律師事務所之其他律師不得再就該事件擔任調解人。調解法第三條第三項第二句規定：「調解人所屬職業團體之其他成員在調解期間及調解後不得就同一事件為當事人處理事務。」某律師事務所之律師如已擔任調解人，在調解期間，該律師事務所之其他律師自不得就同一事件再受當事人一造之委任處理事務。如調解未成立，在調解程序終結後，該律師事務所之其他律師亦不得受當事人一造之委任處理事務。按擔任調解人之律師與受委任之律師固非同一人，惟其既屬同一事務所，為確保調解人立場之公正性，避免利益衝突，自應迴避。

調解法第三條第三項之迴避規定，固然有其必要，唯有時不免過苛。德國之律師事務所，較具規模者，其所屬律師往往有數十人，甚至上百人。如事務所中一位律師受當事人之委任處理事務，其他律師即不得就該事件擔任調解人；一位律師擔任調解人，其他律師在調解後即不得為當事人處理事務，顯然有迴避過度之問題。為緩和此種情形，調解法第三條第四項規定：「第三項之限制，於相關當事人在個案中已表示同意，且與權利保護之重要性並未牴觸時，不適用之。」

調解人既負有引導當事人合意解決其紛爭之責任，當事人對於調解人必須完全信任。如當事人對於調解人個人之學經歷、專長等專業背景不甚明瞭，得請求調解人告知。調解法第三條第五項規定：「調解人應依當事人之請求，告知其與調解領域相關之專業背景、教育及經驗等資訊。」

### 三、調解程序之私密性與調解人及參與調解程序者之保密義務

調解制度之成敗，往往取決於能否營造雙方當事人互信之氛圍。是以其具有私密性（*Vertraulichkeit*），不適用公開原則，以避免因不特定之人到場而使當事人產生疑慮，影響調解程序之順利進行<sup>102</sup>。

為使雙方當事人開誠布公，將心中底線全盤托出，以「移動」各方當事人之法律地位，和平解決紛爭，必須確保調解人、雙方當事人及其他參與調解程序者在調解程序中之陳述，及其所提供之資料，不致對外洩露。否則，當事人必然因擔心其「揭露底牌」之結果，在將來調解不成立而進行訴訟程序時，變成「自打耳光」，對其產生不利之影響，因而在法官調解程序時有所保留，影響調解之成立。因此，調解法第四條第一項課予調解人及所有參與調解程序者保密義務，其規定如下：「除法律另有規定外，調解人及其他參與調解程序者對於其因參與調解程序所知悉之一切資訊，負有保密義務。但下列情況不在此限：1. 披露在調解程序中協議之內容為實現或執行該協議所必要者。2. 披露係基於公共秩序優先理由之要求，特別是為了防止對於兒童利益之危害，或者避免對於個人身體或心理完整性之重大影響者。3. 相關事實已顯著，或者依其內容已無保密之必要者。」為使當事人明瞭其保密義務及其範圍，調解法第四條第二項規定：「調解人應告知當事人其保密義務之範圍。」

此外，如調解不成立而續行訴訟程序時，曾參與調解程序之當事人、利害關係人及其他任何人，甚至擔任調解人之法官，均應免除擔任證人之義務<sup>103</sup>。

<sup>102</sup> Greger, in: Zöller, Zivilprozessordnung, 25. Aufl., 2005, § 278 Rn. 5; Hartmann, aaO. (Fn. 94), § 278 Rn. 35.

<sup>103</sup> Groth/von Bubnoff, Gibt es „gerichts feste“ Vertraulichkeit bei der Mediation?,

## 伍、結 論

一、綜合以上所述，本文結論如下：

(一)晚近，由於人民對於國家功能之期望不斷升高，國家之任務日趨繁複，逐漸超出其所能負荷之程度，而成為「過度負擔之國家」。要徹底解決此等國家功能失靈之問題，必須對於國家之角色重新定義。法治國之實現，是國家的任務，但並非國家保留事項。國家未必每件事均須親力親為，可以從履行者的角色轉換成監督者，亦即從「履行國家」到「保證國家」之角色轉變。以紛爭解決之機制為例，國家可將紛爭解決之權力釋出，交由社會中現存的各種紛爭解決機制處理，改扮監督者的角色。

(二)上述思想，進一步促使「法治國圖像」發生根本之變化。論者倡議應將競爭之理念適度導入國家司法體系中，重新建構司法權之功能，建構「以供給為導向的權利保護法規範」。國家無須壟斷紛爭解決機制，可與其他社會上現存之紛爭解決機制共存、競爭，甚至應設法促使社會紛爭解決機制能優先適用。

(三)行政訴訟之功能，不僅止於裁判紛爭，亦包含以裁判外方式終止紛爭。行政訴訟審判權之內容，應適度擴張。法院在審理爭訟事件時，除傳統的裁判者角色之外，亦應思考如何在法院程序中創造官民（被告與原告）對話的機會，扮演調解人的角色，使在行政程序中一度失敗的對話重新開啟。

(四)二〇〇〇年二月，德國法官學會以「調解與行政訴訟程序」為題，在Trier召開年會，研究法官調解制度在行政訴訟程序中適用之可行性。該次會議中決議：於Freiburg和Berlin之行政法院試辦法官調解，可謂德國行政訴訟中法官調解制度之濫觴。惟法官調解制

---

NJW 2001, S. 339; von Bargaen, aaO. (Fn. 5), 2010, S. 424-425.

度之實證法上依據為何？是否與行政訴訟之性質相容？是否有存在之必要？曾引起廣泛之爭議。

1. 反對法官調解制度者認為：調解並非基本法所規定司法權之任務。惟司法權之任務不僅止於裁判而已，還包括和平解決紛爭。當事人於訴訟中達成和解時，法官並未裁判其紛爭，而是當事人自行達成解決紛爭之合意。此種協助達成當事人間合意之活動，仍屬司法權的範疇，且其重要性日漸增加。既然和解屬於司法權之任務範疇，法官調解亦應屬基本法所規定司法權之任務。

2. 反對法官調解者，質疑其存在之必要性，認為：行政訴訟法上已有法院和解之制度，何以還需要法官調解？惟法官調解與法院和解有頗多不同之處。擔任調解人之法官並非承審法官，並無本案之審判權限，將來亦不得在本案訴訟程序中擔任審判職務。因此，當事人態度往往較為積極且具有彈性，願意將心中真實之動機及可接受之底線說出，增加調解成功之機會。此外，參與和解程序者，以訴訟之當事人為主。然而行政訴訟事件，往往牽涉多數人利益。當事人以外第三人對於紛爭之解決經常扮演關鍵角色。法官調解能不拘泥於法規，邀請行政訴訟法上未必有訴訟權能，但實際上扮演關鍵角色者參與調解程序，增進調解成功之機率。

(五)二〇一二年六月，德國聯邦眾議院通過行政法院法第一七三條修正案，明文規定民事訴訟法第二七八條第五項法官調解制度在行政訴訟程序中準用之。修正條文於二〇一二年七月二十五日經聯邦總統公布，賦予行政訴訟中法官調解制度實證法之依據。至此，德國有關行政訴訟中法官調解制度應否存在之爭議，暫時告一段落。行政訴訟中法官調解正式從試辦程序成為常備程序。

(六)有關法官調解之程序，其重要內容如下：

1. 法官調解程序應依兩造當事人之合意聲請而為之。行政訴訟事件審理中，法官亦得經兩造當事人同意後，移付其他法官進行調

解。法院亦得依職權將行政訴訟事件移付法官調解，無須當事人同意，並得命當事人到場。惟當事人明示反對，或者事件顯無和諧之望者，不得進行調解程序。

2. 調解人由當事人選任之。擔任調解人之法官，其選定不適用基本法第一〇一條第一項第二句之法定法官原則，其選任規則亦無須由法律定之。

3. 調解人對於兩造當事人負有等量之義務，應居於公正之立場，促使兩造當事人溝通，並確保當事人在合宜並公正的情況下參與調解程序。調解人得在所有當事人瞭解認同的情況下，與一方當事人進行個別對話。

4. 法官調解程序之進行及其結果，應記明於筆錄。調解為當事人基於自我責任而自行尋求解決紛爭之方法，故其不適用律師強制原則。第三人參與調解程序，應得全體當事人之同意。參與調解程序者，不限於本訴訟程序之當事人，亦包括其他利害關係人。只要經本案程序之雙方當事人同意者，均得參與調解程序。

5. 調解人之立場必須公正，使當事人能夠對其充分信任。如有影響其立場公正性之情事時，調解人負有告知及迴避之義務。如當事人對於調解人個人之學經歷、專長等專業背景不甚明瞭，得請求調解人告知。

6. 調解程序中最為重要之規範，即為調解人與參與調解程序者之保密義務。除法律另有規定外，調解人及其他參與調解程序者對於其因參與調解程序所知悉之一切資訊，負有保密義務。如調解不成立而續行訴訟程序時，曾參與調解程序之當事人、利害關係人及其他任何人，包括擔任調解人之法官，均免除擔任證人之義務。此外，於調解程序中所取得之任何資訊，當事人均不得對外洩露。

7. 當事人得隨時終止調解程序。調解人認為當事人間自我責任之溝通或其合意已屬不可期待時，亦得終止調解程序，法官調解如



不能成立，應將事件移付原法院繼續審理程序。法官調解如成立，當事人尚需另以訴訟上和解、原告撤回之方式，終結訴訟繫屬。當事人間如有確認爭點或訴訟費用之必要時，應由本案法院以裁定為之。

二、上述德國行政訴訟中法官調解制度之實施經驗，對於我國司法制度而言，亦具有參考價值。我國司法改革之進行，方興未艾。其中，對於各級法院解決紛爭功能之發揮，尤為重視。事實上，主管機關亦已體察司法權功能轉變之世界潮流。尤其在民事紛爭解決之制度中，一再強調各種裁判外紛爭解決機制之重要性。然而在行政爭訟中，調解則為全新之概念。按調解之性質及其可容許性，在德國亦曾引發極大爭議<sup>104</sup>。我國實務界對於行政爭訟程序中調解制度之運作，恐亦將產生諸多疑問。尤其行政訴訟中法官調解制度，調解者為行政法院之法官。其是否願意由單純裁判者之角色，轉變為調和各方利益、引導當事人合意解決其紛爭之調解人？甚至如同德國行政法院法官主動產生「品質意識」，體察司法權功能之轉變，進而對於其本身之職責重新認識，實需假以時日始能斷言。

## 陸、重要相關條文德中對照表

德文條文	中文翻譯
§ 173 S. 1 VwGO: Soweit dieses Gesetz keine Bestimmungen über das Verfahren enthält, sind das Gerichtsverfassungsgesetz und die Zivilprozessordnung einschließlich § 278 Absatz 5 und § 278a entspre-	德國行政法院法第173條第1句： 本法未規定者，準用法院組織法及民事訴訟法（包括第278條第5項及第278條

<sup>104</sup> 參閱本文參、三。

德文條文	中文翻譯
Chend anzuwenden, wenn die grundsätzlichen Unterschiede der beiden Verfahrensarten dies nicht ausschließen.	之1之規定，但以其性質與行政訴訟不相牴觸者為限。
§ 278 Abs. 5 ZPO: (5) Das Gericht kann die Parteien für die Güteverhandlung sowie für weitere Güteversuche vor einen hierfür bestimmten und nicht entscheidungsbefugten Richter (Güterichter) verweisen. Der Güterichter kann alle Methoden der Konfliktbeilegung einschließlich der Mediation einsetzen.	德國民事訴訟法第278條第5項： (第5項) 法院得基於調解或試行調解之目的，將當事人移付不具本案審判權限之法官（法官擔任調解人）進行調解。擔任調解人之法官得運用包含調解之一切方法解決紛爭。
§ 278a ZPO: (1) Das Gericht kann den Parteien eine Mediation oder ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorschlagen. (2) Entscheiden sich die Parteien zur Durchführung einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung, ordnet das Gericht das Ruhen des Verfahrens an.	德國民事訴訟法第278條之1： (第1項) 法院得勸諭當事人調解或進行其他法院外之紛爭解決程序。 (第2項) 當事人同意調解或進行其他法院外之紛爭解決程序時，法院應以裁定停止訴訟程序。
§ 1 Abs. 1 des Mediationsgesetzes: (1) Mediation ist ein vertrauliches und strukturiertes Verfahren, bei dem Parteien mithilfe eines oder mehrerer Mediatoren freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts anstreben. (2) Ein Mediator ist eine unabhängige und neutrale Person ohne Entscheidungsbefugnis, die die Parteien durch die Mediation führt.	調解法第1條： (第1項) 調解為一私密性、結構性之程序；當事人在此程序中，藉由調解人之協助，以自願且自己責任之方式，合意解決其紛爭。 (第2項) 調解人為一獨立、中立且對於該事件不



德文條文	中文翻譯
	具有裁判權之第三人，透過調解程序引導當事人合意解決其紛爭。
<p>§ 2 des Mediationsgesetzes:</p> <p>(1) Die Parteien wählen den Mediator aus.</p> <p>(2) Der Mediator vergewissert sich, dass die Parteien die Grundsätze und den Ablauf des Mediationsverfahrens verstanden haben und freiwillig an der Mediation teilnehmen.</p> <p>(3) Der Mediator ist allen Parteien gleichermaßen verpflichtet. Er fördert die Kommunikation der Parteien und gewährleistet, dass die Parteien in angemessener und fairer Weise in die Mediation eingebunden sind. Er kann im allseitigen Einverständnis getrennte Gespräche mit den Parteien führen.</p> <p>(4) Dritte können nur mit Zustimmung aller Parteien in die Mediation einbezogen werden.</p> <p>(5) Die Parteien können die Mediation jederzeit beenden. Der Mediator kann die Mediation beenden, insbesondere wenn er der Auffassung ist, dass eine eigenverantwortliche Kommunikation oder eine Einigung der Parteien nicht zu erwarten ist.</p> <p>(6) Der Mediator wirkt im Falle einer Einigung darauf hin, dass die Parteien die Vereinbarung in Kenntnis der Sachlage treffen und ihren Inhalt verstehen. Er hat die Parteien, die ohne fachliche Beratung an der Mediation teilnehmen, auf die Möglichkeit hinzuweisen, die Vereinbarung bei</p>	<p>調解法第2條：</p> <p>(第1項) 調解人由當事人選任之。</p> <p>(第2項) 調解人應確認當事人瞭解調解程序之原則及其進行，並自願參與調解程序。</p> <p>(第3項) 調解人對於兩造當事人負有等量之義務。調解人應促使兩造當事人溝通，並確保當事人在合宜並公正的情況下參與調解程序。調解人得在所有當事人瞭解認同的情況下，與當事人進行個別對話。</p> <p>(第4項) 第三人參與調解程序，應得全體當事人之同意。</p> <p>(第5項) 當事人得隨時終止調解程序。調解人亦得終止調解程序，尤其當其認為當事人間自我責任之溝通或其合意已屬不可期待時。</p> <p>(第6項) 當事人間達成合意時，調解人應確保當事</p>

德文條文	中文翻譯
<p>Bedarf durch externe Berater überprüfen zu lassen. Mit Zustimmung der Parteien kann die erzielte Einigung in einer Abschlussvereinbarung dokumentiert werden.</p>	<p>人明瞭案情，並理解合意之內容。當事人如無專業諮詢人員陪同，應告知其得將合意內容交付外部諮詢人員審查。經當事人同意時，得將所達成之合意記明於終局協議之中。</p>
<p>§ 3 des Mediationsgesetzes:            (1) Der Mediator hat den Parteien alle Umstände offenzulegen, die seine Unabhängigkeit und Neutralität beeinträchtigen können. Er darf bei Vorliegen solcher Umstände nur als Mediator tätig werden, wenn die Parteien dem ausdrücklich zustimmen.            (2) Als Mediator darf nicht tätig werden, wer vor der Mediation in derselben Sache für eine Partei tätig gewesen ist. Der Mediator darf auch nicht während oder nach der Mediation für eine Partei in derselben Sache tätig werden.            (3) Eine Person darf nicht als Mediator tätig werden, wenn eine mit ihr in derselben Berufsausübungs- oder Bürogemeinschaft verbundene andere Person vor der Mediation in derselben Sache für eine Partei tätig gewesen ist. Eine solche andere Person darf auch nicht während oder nach der Mediation für eine Partei in derselben Sache tätig werden.            (4) Die Beschränkungen des Absatzes 3 gelten nicht, wenn sich die betroffenen Parteien im Einzelfall nach umfassender Information damit</p>	<p>調解法第3條：            (第1項) 調解人應將一切足以影響其獨立性及中立性之情事向當事人揭露。有上述情事存在時，調解人只有在當事人明示同意的情況下，得繼續執行職務。            (第2項) 於調解前已為一方當事人處理事務者，不得就同一事件之爭議擔任調解人。調解人在調解期間及調解後不得就同一事件為當事人處理事務。            (第3項) 同一職業團體中，有成員在調解前已為一方當事人處理事務者，其他成員不得就同一事件之爭議擔任調解人。調解人所屬職業團體之其他成員在調解期間及調解後不得就同一事件為當事人處理事務。</p>

德文條文	中文翻譯
<p>einverstanden erklärt haben und Belange der Rechtspflege dem nicht entgegenstehen. (5) Der Mediator ist verpflichtet, die Parteien auf deren Verlangen über seinen fachlichen Hintergrund, seine Ausbildung und seine Erfahrung auf dem Gebiet der Mediation zu informieren.</p>	<p>(第4項)第3項之限制，於相關當事人在個案中已表示同意，且與權利保護之重要性並未牴觸時，不適用之。 (第5項)調解人應依當事人之請求，告知其與調解領域相關之專業背景、教育及經驗等資訊。</p>
<p>§ 4 des Mediationsgesetzes: (1) Der Mediator und die in die Durchführung des Mediationsverfahrens eingebundenen Personen sind zur Verschwiegenheit verpflichtet, soweit gesetzlich nichts anderes geregelt ist. Diese Pflicht bezieht sich auf alles, was ihnen in Ausübung ihrer Tätigkeit bekannt geworden ist. Ungeachtet anderer gesetzlicher Regelungen über die Verschwiegenheitspflicht gilt sie nicht, soweit 1. die Offenlegung des Inhalts der im Mediationsverfahren erzielten Vereinbarung zur Umsetzung oder Vollstreckung dieser Vereinbarung erforderlich ist, 2. die Offenlegung aus vorrangigen Gründen der öffentlichen Ordnung (ordre public) geboten ist, insbesondere um eine Gefährdung des Wohles eines Kindes oder eine schwerwiegende Beeinträchtigung der physischen oder psychischen Integrität einer Person abzuwenden, oder 3. es sich um Tatsachen handelt, die offenkundig sind oder ihrer Bedeutung nach keiner Geheim-</p>	<p>調解法第4條： (第1項)除法律另有規定外，調解人及其他參與調解程序者對於其因參與調解程序所知悉之一切資訊，負有保密義務。但下列情況不在此限： 1. 披露在調解程序中協議之內容為實現或執行該協議所必要者。 2. 披露係基於公共秩序優先理由之要求，特別是為了防止對於兒童利益之危害，或者避免對於個人身體或心理完整性之重大影響者。 3. 相關事實已顯著，或者依其內容已無保密之必要者。 (第2項)調解人應告知當事人其保密義務之範圍。</p>

德文條文	中文翻譯
haltung bedürfen. (2) Der Mediator hat die Parteien über den Umfang seiner Verschwiegenheitspflicht zu informieren.	



元照出版提供

請勿公開散布。

## 參考文獻

1. *Bader, Jochen Frank*, Gerichtsinterne Mediation am Verwaltungsgericht, 2009.
2. *Breidenbach, Stephan*, Mediation: Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt, 1995.
3. *Eckertz-Höfer, Marion*, „vom guten Richter“, DÖV 2009, S. 729ff.
4. *Ellwein, Thomas/Hesse, Joachim Jens*, Der überforderte Staat, 1997.
5. *Gottwald, Walther*, Gerichtsnahe Mediation, in: Handbuch Mediation, 2. Aufl., 2009, § 39.
6. *Greger, Reinhard*, in: *Zöller*, Zivilprozessordnung, 25. Aufl., 2005, § 278, S. 811ff.
7. *Greger, Reinhard*, Justiz und Mediation – Entwicklungslinien nach Abschluss der Modellprojekte, NJW 2007, S. 3258ff.
8. *Groth, Klaus-Martin/von Bubnoff, Daniela*, Gibt es „gerichts feste“ Vertraulichkeit bei der Mediation?, NJW 2001, S. 338ff.
9. *Häberle, Peter*, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 1979.
10. *Häberle, Peter*, Die Verfassung des Pluralismus, 1980.
11. *Haft, Fritjof*, Verhandeln. die Alternative zum Rechtsstreit, 1992.
12. *Hartmann, Christoph*, Sicherung der Vertraulichkeit, in: Handbuch Mediation, 2. Aufl., 2009, § 44, S. 1087ff.
13. *Hartmann*, in: *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, Zivilprozessordnung, 69. Aufl., 2011, § 278, S. 1075ff.
14. *Henke, Wilhelm*, Das Recht der Wirtschaftssubventionen als öffentliches Vertragsrecht, 1979.
15. *Hill, Hermann*, Neue Organisationsformen in der Staats- und Kommunalverwaltung, in: Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, S. 69ff.
16. *Hoffmann-Riem, Wolfgang*, Modernisierung von Recht und Justiz, 2001.
17. *Jänicke, Martin*, Staatsversagen: die Ohnmacht der Politik in der Industriegesellschaft, 1986.
18. *Kopp, Ferdinand O./Ramsauer, Ulrich*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 11. Aufl.,

2010.

19. *Kopp, Ferdinand O./Schenke, Wolf-Rüdiger/Schenke, Ralf Peter*, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 19. Aufl., 2013.
20. *Leibholz, Gerhard*, Staat und Verbände, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL), 1966, S. 5ff.
21. *Löer, Lambert*, Richterliche Mediation, ZZP 2006, S. 199ff.
22. *Maaß, Rainald*, Mediation in immissionsschutzrechtlichen Widerspruchsverfahren? Zu einigen Gesichtspunkten eines geänderten Verwaltungsbewußtseins, VerwArch 88 (1997), S. 701ff.
23. *Ortloff, Karsten-Michael*, Kommentierung zu § 104 VwGO, in: Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 22. Ergänzungslieferung 2011, S. 11ff.
24. *Ortloff, Karsten-Michael*, Mediation außerhalb und innerhalb des Verwaltungsprozesses, NVwZ 2004, S. 385ff.
25. *Ortloff, Karsten-Michael*, Mediation und Verwaltungsprozess, in: Handbuch Mediation, 2. Aufl., 2009, S. 1007ff.
26. *Ortloff, Karsten-Michael*, Neue Methoden des Verhandeln: Über den Einfluss der Mediation auf den Verwaltungsprozess, in: Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, 2003, S. 727ff.
27. *Pitschas, Rainer*, Mediation als Methode und Instrument der Konfliktmittlung im öffentlichen Sektor, NVwZ 2004, S. 396ff.
28. *Ronellenfötsch, Michael*, Entstaatlichung des Rechtsschutzes? -Mediation vor der Garantie staatlicher Rechtsschutzgewährleistung-, DÖV 2010, S. 373ff.
29. *Schlink, Bernhard*, Der Preis der Gerechtigkeit, in: Rechts- und staatstheoretische Schlüsselbegriffe: Legitimität - Repräsentation - Freiheit: Symposium für Hasso Hofmann zum 70. Geburtstag, 2005, S. 9ff.
30. *Schmidt-Aßmann, Eberhard*, Verwaltungsverfahren, in: Handbuch des Staatsrechts (HdbStR), Band III, 1996, S. 623ff.
31. *Schmitt Glaeser, Walter*, Partizipation als verantwortliche Mitwirkung an der Gemeinwohlkonkretisierung, in: Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, 1984, S. 35ff.




32. *Schmitt Glaeser, Walter*, Partizipation an Verwaltungsentscheidungen, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDSStRL), 1973, S. 179ff.
33. *Schoch, Friedrich*, Gerichtliche Verwaltungskontrollen, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band III, 2009, § 50, S. 687ff.
34. *Scholz, Rupert*, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDSStRL), 1976, S. 145ff.
35. *Schuppert, Gunnar Folke*, Staatliche Ressourcen – verantwortung für eine funktionsfähige Justiz, DRiZ, 2006, S. 82ff.
36. *Trossen, Arthur*, Integrierte Mediation, in: Handbuch Mediation, 2. Aufl., 2009, § 40, S. 987ff.
37. *Vetter, Stefan*, Mediation und Vorverfahren, 2004.
38. *von Bargaen, Jan Malte*, Gerichtsinterne Mediation, 2008.
39. *von Bargaen, Jan Malte*, Mediation in Verwaltungssachen, in: Prozesse in Verwaltungssachen, 2. Aufl., 2011, § 10, S. 1002ff.
40. *von Bargaen, Joachim*, Konfliktlösung mittels richterlicher Mediation als Alternative zum konventionellen Verwaltungsprozess, Die Verwaltung, 2010, S. 410ff.
41. *von Bargaen, Joachim*, Mediation im Verwaltungsprozess, DVBl. 2004, S. 468ff.
42. *von Olenhusen, Peter Götz*, Mediation durch Richter – ein Projekt mit Zukunft, DRiZ 2003, S. 396ff.
43. *von Simson, Werner*, Das demokratische Prinzip im Grundgesetz, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDSStRL), 1971, S. 3ff.
44. *Voßkuhle, Andreas*, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993.
45. *Winkler, Günther*, Staats und Verbände, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDSStRL), 1966, S. 34ff.
46. *Ziekow, Jan*, Mediation in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, NVwZ 2004, S. 390ff.

# **A Further Study on the Functions of Judicial Power in a Changing Image of a Rule-of-law Nation: A Study on the Institution of Court Mediation in Germany's Administrative Proceedings**

Chien-Hung Liu<sup>\*</sup>

## **Abstract**



In February, 2000, at the annual meeting of Germany's Judges Association held in Trier, the topic of "the Mediation and Administrative Proceedings" was presented and discussed in order to understand whether the institution of court mediation ("Court Mediation") can be practicable in administrative proceedings. At that meeting a resolution was made that two administrative courts in Freiburg and Berlin would run Court Mediation experimentally.

The theoretical foundation of Court Mediation is derived from the concept of the Multi-Door-Courthouse formed and developed in the United States since the 1970s. Such a concept contends that a nation (and its government) should positively provide more types of me-

---

<sup>\*</sup> Professor of Law, National Chung Cheng University; Dr. jur, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Germany.

Received: December 27, 2013; accepted: July 24, 2014

chanisms as an alternative dispute resolution (“ADR”) which can be used by its people. The concept emphasizes that ADR can replace traditional litigations, because parties may have incentives to reach an agreement getting a win-win situation in order to avoid unpredictable, and usually zero-sum litigation results.

As a matter of fact, the institution of mediation has existed in judicial proceedings for a long time, especially in civil proceedings. In Germany, many disputes concerning domestic relationships were solved through mediation. In administrative proceedings, however, mediation should be a wholly new idea. Since the 1980s, the role of the nation (and its government) has been changed with more expectations among its people calling for more public services. Under the influence of New Public Management, the traditional Image of Rule-of-law Nation has fundamentally changed. A nation never monopolizes all powers for dispute resolution, but should offer a variety of mechanisms utilized by its people if they think such a mechanism fits their benefits. Courts shall not only adjudicate cases but also offer more ADRs for usage for the people. Thus, in addition to traditional settlements, a topic whether to create other ADRs (especially Court Mediation) has been hotly discussed.

In June, 2012, Germany’s Parliament (*Der Deutsche Bundestag*) passed an amendment to Article 173 of Administrative Court Act. The amendment introduced Court Mediation into administrative proceedings, from what was originally provided in Paragraph 5, Article 278 of the Code of Civil Proceedings. Such an amendment was promulgated on July 25, 2012 by the German President providing a statutory basis for Court Mediation in administrative proceedings. Since then, Court

Mediation has officially become a regular procedure instead of an experimental procedure.

However, some questions have been raised since Court Mediation was initially introduced more than 10 years ago. How does it function? What is its precise definition? Compared with other institutions, what different characteristics does it have? What is the procedure in Court Mediation? This study is expected to have a comprehensive study on Germany's Court Mediation for references for academics and practice in administrative proceedings.

**Keywords:** Multi-Door-Courthouse, Rechtsstaatsleitbild, Gedanke des Kooperationsstaates, alternative dispute resolution, Court Mediation in administrative proceedings



元照出版提供

請勿公開散布