

中國大陸行政訴訟法引入調解問題研究

陳銘聰^{*}

【目次】

- 壹、前言
- 貳、行政訴訟法引入調解的爭議
 - 一、行政訴訟法的沿革
 - 二、行政訴訟法引入調解的態度
 - 三、行政訴訟法不適用調解的理由
- 參、當前行政訴訟法所面臨的問題
 - 一、大調解機制的建立
 - 二、信訪機制的衝擊
 - 三、多元化糾紛解決機制的出現
- 肆、行政訴訟法引入調解的構想
 - 一、不適用調解的原因
 - 二、行政訴訟法引入調解的趨勢
 - 三、行政訴訟法適用調解的具體實踐
- 伍、行政訴訟法引入調解的建構
 - 一、法理基礎
 - 二、引入調解的規劃
 - 三、未來修法建議
- 陸、結論
- 參考文獻

^{*} 作者為國立臺灣大學國家發展研究所博士班。聯繫電話：0911121277，聯繫地址：35045 苗栗縣竹南鎮建國路 150 巷 5 弄 2 號，E-mail:d06341002@ntu.edu.tw.

摘 要

訴訟調解是法院解決糾紛、化解矛盾的重要方式，在發揮化解社會矛盾、增進社會和諧發揮重要功能，並減少當事人的訟累。行政訴訟制度原則上是人民告政府，但作為訴訟當事人一方的行政機關，容易運用公權力迫使另一方當事人接受調解方案，進而侵害當事人的訴訟權。由此可見，若允許任何行政訴訟案件都能適用調解，容易造成人民迫於行政機關的權威，而輕易接受行政機關所提出的調解條件，而無法確保公平審判的保障。在 1990 年代，中國大陸開始制定《行政訴訟法》時，為了避免此一情況發生，就明確規定行政訴訟不適用調解，而現行《行政訴訟法》第六十條明確規定，法院審理行政案件，不適用調解。不過，隨著時代的變遷，這樣的規定已經不符合當前社會環境的現實需求，因為《行政訴訟法》明文禁止的規定，導致當事人無法使用調解，反而使用案外協商的方式將紛爭解決，與其用這種變相的調解方式來規避法律的規定，還不如名正言順以法律明文承認調解的合法性，以解決目前實踐上和法制上脫節的奇怪現象。未來《行政訴訟法》進行修法時，應該適當引入調解，給予合理的規範，體現法律對社會發展的與時俱進，以符合全面推動依法治國的主張。

關鍵詞：行政訴訟；訴訟調解；多元化糾紛解決機制；司法公信力；依法治國。

壹、前言

中國大陸正處於社會轉型和經濟高速的發展期，社會矛盾不斷發生，糾紛日趨複雜，訴訟是糾紛解決的主要管道之一，司法作為社會正義的最後一道防線，應該解決透過其他手段都解決不了的糾紛。不過，部分人民對司法的不信任感正在逐漸泛化成普遍社會心理，這對中國大陸的法治發展和社會穩定是極其不利的¹，會造成這樣的原因，包括：法制不夠健全，立法跟不上經濟發展；人民法律意識不高，很多依法作出的判決不符合人民的期待；司法去行政化不夠，容易受行政力量干擾；法院被媒體或輿論所影響，容易作出一些妥協性判決。由此可見，引發社會矛盾的因素是多方面的，要解決這些社會矛盾的手段，也應當是多方面的，如何加快促進多元化的糾紛解決，緩解日益緊張的司法資源，對促進社會向正面發展，具有非常重要的作用。

調解只是其中的一種方式，並不能涵蓋多元化糾紛解決機制的全部理念²，但是不得不承認，中國大陸社會正急遽轉型中，多元化糾紛解決機制，其所帶來的「非訟化」趨勢正逐漸改變原有的訴訟結構，「訴訟契約化」³成為這一改變的具體表現，例如處分權主義或程序選擇權等，這是當事人意思自治在訴訟法領域的體現⁴。這意味著訴訟契約化思路對訴訟體制進行修正，以使其滿足社會轉型的需要，在訴訟制度的具體表現之一就是訴訟調解⁵。作為解決社會糾紛的一種重要機制，調解制度以其

¹ 沈德詠，部分群眾對司法不信任漸成普遍社會心理，人民日報，2009年8月19日。

² 陳銘聰，行政訴訟法中應設置調解制度，甘肅警察職業學院學報，第4期，頁5，2012年。

³ 王德新，民事訴訟的契約化及其邊界，山東師範大學學報（人文社會科學版），第3期，頁124-128，2011年。

⁴ 張衛平，轉換的邏輯--民事訴訟體制轉型的分析，頁288-314，法律出版社，2004年版。

⁵ 楊海坤、黃學賢，行政訴訟基本原理與制度完善，頁353，中國人事出版社，2005年版。

經濟性、快捷性、靈活性的優勢，根植於「和為貴」⁶的傳統的社會文化土壤中，備受推崇。

貳、行政訴訟法引入調解

訴訟調解，又稱法院調解，係指雙方當事人在法院審判人員的主持下，就實體權利的爭議，自願協商達成協議，解決糾紛的活動。調解案件時，雙方當事人應當出庭，若無法出庭，可以由經過特別授權的委託代理人到場協商⁷，調解可以由法官一人主持，也可以由合議庭主持，並盡可能就地進行，除法律規定的特殊原因外，一般應當公開調解。在訴訟調解中，被邀請的單位和個人，應當協助法院進行調解，在審判人員的主持下，在雙方當事人自願協商的基礎上達成調解協議，協議內容只要符合法律規定，就應該給予批准。調解達成協議，人民法院應當製作調解書，調解書內容應當寫明訴訟請求、案件的事實和調解結果，由法官、書記員署名，加蓋法院印章，送達雙方當事人簽收後，即具有法律效力。

一、行政訴訟法的沿革

中國大陸首部《行政訴訟法》於第七屆人民代表大會第二次會議於1989年11月4日通過，自1990年10月1日施行。在《行政訴訟法》的促動下，還制定不少單行的行政程序法規、規章，如《鹽業行政執法辦法》、《違反水法規行政處罰程序暫行規定》、《法規規章備案規定》、《國境衛生檢疫行政處罰規則》、《技術監督行政案件辦理程序的規定》等。

⁶ 陳新民，和為貴--由合作行政的概念論行政調解的法制改革，政大法學評論，第121期，頁107-160，2011年。

⁷ 陳銘聰、伏子瑾，中國大陸訴訟調解制度在民事訴訟案件適用之研究，法界天平，第2期，頁45，2014年。

在這些法規和規章中，現代《行政程序法》的一些基本制度的雛形都開始出現，如文件公開制度、表明身份制度等。但是由於這期間《行政程序法》主要還是來自《行政訴訟法》的催促，所以對行政程序的立法還處於較低層次上運行，還缺乏對行政程序的專門立法。

在 1990 年後，中國大陸行政立法歷經翻天覆地的改變，許多重要的行政法規紛紛制定，例如 1994 年的《國家賠償法》、1996 年的《行政處罰法》、1999 年的《行政複議法》、2000 年的《立法法》、2003 年的《行政許可法》、2005 年的《治安管理處罰法》、2012 年的《行政強制法》等等。而在 1990 施行的《行政訴訟法》已經跟不上時代，無法符合社會的需求，因此，新《行政訴訟法》於 2014 年 11 月 1 日通過，並在 2015 年 5 月 1 日起施行。

二、行政訴訟法引入調解的態度

中國大陸一直對《行政訴訟法》引入調解採取否定的態度，早在 1986 年最高人民法院《關於人民法院審理經濟行政案件不應進行調解的通知》就曾經指出：「人民法院審理這種行政案件，不同於解決原、被告之間的民事權利義務關係問題，而是要以事實為根據，以法律為準繩，審查和確認主管行政機關依據職權所作的行政處罰決定或者其他行政處理決定是否合法、正確。因此，人民法院不應進行調解，而應在查明情況的基礎上作出公正的判決……⁸」。而 1990 年《行政訴訟法》⁹施行時，第五十條規定，除行政賠償訴訟外，人民法院審理行政案件不適用調解，而 2015 年《行政訴訟法》¹⁰第六十條還是維持人民法院審理行政案件，不適用調

⁸ 本法規已被最高人民法院決定廢止的 1979 年至 1989 年間發佈的司法解釋目錄（第二批）廢止（原因：該司法解釋已被 1989 年 4 月 4 日全國人民代表大會通過並公布的中華人民共和國行政訴訟法代替）。

⁹ 此為中國大陸第一部《行政訴訟法》，1989 年 4 月 4 日公布，1990 年 10 月 1 日施行。

¹⁰ 現行《行政訴訟法》分別在 2014 年 11 月 1 日和 2017 年 6 月 27 日進行兩次修正，並分別於 2015 年 5 月 1 日和 2017 年 7 月 1 日施行。

解的規定，除了行政賠償、補償以及行政機關行使法律、法規規定的自由裁量權的案件之外，法院在審理行政訴訟案件，原則上不適用調解，如下表一所示：

（表一：行政訴訟法關於調解的規定）

法規	原則	例外
1986 年最高人民法院通知	人民法院不應進行調解	無例外
1990 年行政訴訟法第五十條	人民法院審理行政案件不適用調解	行政賠償訴訟可以適用調解
2015 年行政訴訟法第六十條	人民法院審理行政案件，不適用調解	行政賠償、補償以及行政機關行使法律、法規規定的自由裁量權的案件可以調解

（資料來源：作者自行整理）

三、行政訴訟法不適用調解的理由

長期以來，學界往往從「訴訟理論」和「司法現況」來闡述《行政訴訟法》不適用調解的理由。就訴訟理論而言，《行政訴訟法》不適用調解的理由主要有以下四個：一是公權力不可處分性，早期行政法學界普遍認為行政權是國家法定的權力，行政機關沒有處分權，因而不能隨意作出轉讓或放棄的處置。進行訴訟調解的前提，就是訴訟當事人必須對訴訟標的享有處分權，不過，行政機關並無處分權，也就是不能放棄或

轉讓職權，其目的是行政機關必須依法行政和遵守法治原則¹¹，所以禁止行政機關出於訴訟勝負和其他動機，放棄、交換法律賦予的管理職權¹²。二是行政訴訟只審查具體行為的合法性，而根據《行政訴訟法》第六條：「人民法院審理行政案件，對行政處分是否合法進行審查。」法院審查的結果只能是合法與違法兩種，由此可見，調解制度特有溝通交流和妥協讓步的特點，在行政訴訟不可能出現。這導致雙方當事人在產生爭議之後，無法自願協商並達成協議，僅能透過行政訴訟活動，對行政行為的正確性與合法性進行審查，並由法院依據事實和法律、法規作出裁判。三是行政機關與行政相對人的地位並不平等，形成兩者之間特殊的指揮、命令和服從的關係，兩者很難在不平等的基礎上達成調解協議。四是行政機關的行政處分¹³往往涉及公共利益，公共利益具有整體性和普遍性兩大特點，公共利益在主體上是整體的而非局部的利益，在內容上是普遍的而非特殊的利益，由此可見，公共利益涉及多數人與少數人的利益問題，不適合透過協商讓步的方式來實現糾紛的解決¹⁴。

就司法現況而言，《行政訴訟法》不適用調解主要是基於以下三點考慮：一是法治化水準不高。《行政訴訟法》在制定時期是 1990 年代，當時改革開放正逐漸展開，社會環境尚不健全，法律制度也不完善，行政執法很不規範，司法水準相對較低，在這樣的社會環境下，如果把調解作為《行政訴訟法》的一項原則，導致行政訴訟無法開展；二是審判人員水準不高。對調解如何理解和操作在審判實踐中難以恰當地把握，導致行政審判無法發揮保護其人民、法人、非法人團體和其他組織的合法權益以及監督行政機關的作用；三是執法人員水準不高。如果將調解作為一項訴訟原則，既無法使調解達到真正平息訴訟的目的，也不利於執法人員提高執法水準¹⁵。

¹¹ 姜明安，行政法和行政訴訟法，頁 60，法律出版社，2003 年版。

¹² 于安、江必新、鄭淑娜，行政訴訟法學，頁 86，法律出版社，1997 年版。

¹³ 行政處分在中國大陸稱為具體行政行為。

¹⁴ 胡尚華，權力與權利的博弈，頁 333，中國法制出版社，2005 年版。

¹⁵ 王振清，行政訴訟法前沿實務問題研究，頁 319，中國方正出版社，2004 年版。

參、當前行政訴訟法所面臨的問題

一、大調解機制的建立

（一）產生背景

隨著中國大陸民主與法制建設的加強，調解制度也走上一條不斷完善和發展的道路。《憲法》明確人民調解委員會的地位，1989 年國務院發布的《人民調解委員會組織條例》和 2002 年司法部發布的《人民調解工作若干規定》，對人民調解工作的性質、任務和原則等作出規定，確立中國大陸現行的人民調解制度。1991 年發布的《民事訴訟法》將 1982 年《民事訴訟法（試行）》規定的應當著重進行調解改為自願合法調解，確立現行的訴訟調解制度。1999 年發布的《行政複議法》取消 1990 年《行政複議條例》關於「複議機關審理複議案件，不適用調解」的規定，2007 年國務院發布的《行政複議法實施條例》明確規定兩種案件可以適用調解，在行政複議中最終確立調解制度。

隨著經濟社會發展，中國大陸進入社會轉型期和矛盾凸顯期，各類矛盾糾紛呈現出多樣性、複雜性、群體性等特點。與此同時，傳統的調解類型也面臨種種困境，適應緩和大量糾紛的現實需要，其在解決糾紛上的作用日趨下降。2003 年 4 月，江蘇省南通市借鑒社會治安綜合治理工作經驗，結合重建調解網路，率先在全中國大陸建立「黨政領導、政法牽頭、司法為主、各方參與」的大調解機制¹⁶，其他地方如山東陵縣、浙江諸暨、上海浦東等也都建立各具地方特色的大調解機制，並在實踐中取得良好效果¹⁷。

對於大調解機制的功能定位，人民調解制度是前車之鑒。根據《人民調解委員會組織條例》第二條：「人民調解委員會是村民委員會和居民

¹⁶ 王嘉浩，我國大調解制度的問題及對策，山西省政法管理幹部學院學報，第 1 期，頁 30-32，2012 年。

¹⁷ 魏曉欣，論西部少數民族地區大調解機制的特殊價值，經濟研究導刊，第 24 期，頁 54-57，2015 年。

委員會下設的調解民間糾紛的群眾性組織。」可知，人民調解是一種爭端解決機制，屬於 ADR 即替代性解決糾紛機制的一種，同時也是中國大陸多元化民事糾紛解決體系中不可缺少的組成部分。但現實中的人民調解委員會還承載著超越糾紛解決的功能，如宣傳法律與政策的功能，教育公民遵紀守法的功能，參與社會治安綜合治理的功能等等。在有關人民調解的研究中，很難發現爭端解決機制的闡釋，卻用大量的篇幅論述人民調解妥善解決人民內部矛盾的政治意義和維護社會穩定的社會意義。可以說，過多強調人民調解政治功能的做法，不僅是對其性質的誤解，而且阻礙人民調解功能的正常發揮，客觀上也嚴重影響人民調解的進一步發展。

最高人民法院主張在「能動司法」¹⁸的基礎上，強調以調解手段解決糾紛，注意加強調解機制建設，包括推動建立大調解的糾紛解決機制，實現司法調解、人民調解、行政調解的並用，形成「三位一體」的大調解格局¹⁹，並努力促成法院在這一格局中的主導作用。有鑑於此，應當嚴格定位大調解機制，將其定位於糾紛解決，嚴格限制強加其上的其他功能，以避免重蹈人民調解的覆轍。將大調解的功能單純化，就是要保證其能全力做好糾紛解決工作²⁰。

（二）調解協議的效力

大調解機制下所出具的調解協議效力是目前困擾理論界和實務界的一個重大問題。如果調解協議僅僅限於當事人之間的「君子協定」，使得一方可以隨意反悔，這對認真協商並打算切實履行協議的另一方當事人來說，是很不公平的。為賦予此種調解協議的效力，各地都進行有益探索，比較有代表性的是上海市楊浦區的「三會一代理」制度（即聽證會、

¹⁸ 顧培東，能動司法若干問題研究，中國法學，第 4 期，頁 8，2010 年。

¹⁹ 王越飛，三位一體調解體系的基本原理，河北學刊，第 2 期，頁 169-173，2015 年。

²⁰ 大調解機制，百度百科，<https://baike.baidu.com/item/大調解機制/262436?fr=aladdin>，2018 年 12 月 16 日瀏覽。

協調會、調解會和群眾代理)²¹。其運行機理是：當群眾信訪時，調處中心主動召集當事人和有關部門召開聽證會，充分聽取群眾意見；然後再召開相關職能部門參加的協調會，商討解決措施；在聽證會和協調會的基礎上，各方當事人達成一致可以出具調解協議書的，糾紛移交至同級人民調解委員會，由人民調解委員會及時召開調解會，對於調處成功的案件及時出具人民調解協議書。「三會一代理」制度透過人民調解委員會以人民調解協議書的形式將大調解所達成的成果固定下來，賦予其法律效力，從而改變大調解沒有法律效力的尷尬局面，但是人民調解協議書本身就帶有效力不強的問題。

根據最高人民法院 2002 年 9 月 5 日《關於審理涉及人民調解協議的民事案件的若干規定》第一條：「經人民調解委員會調解達成的、有民事權利義務內容，並由雙方當事人簽字或者蓋章的調解協議，具有民事契約性質。」它賦予人民調解協議以民事合同的性質，使人民法院參照《合同法》來對人民調解協議進行審理。如果人民調解協議按照《合同法》的要件是有效的，當事人就必須履行協議；不履行義務的，人民法院可以強制執行，從而解決人民調解協議沒有法律上的約束力的問題。

從上述規定可知，《關於審理涉及.....》，《關於審理涉及人民調解協議的民事案件的若干規定》有其進步性。但它在實際操作中也會遇到一些困難，例如人民調解所涉及的糾紛並不限於民事糾紛，它還涉及非民事法律關係的、比如純屬道德問題方面糾紛的協議，或者屬於輕微刑事違法行為引起的糾紛的協議？再如一般民事契約被撤銷，或宣告無效後，其法律後果是退還財產或請求損害賠償，而人民調解協議被撤銷或被宣告無效後，其原糾紛並未得到解決，因此，賦予人民調解協議以民事契約性質的作法是值得商榷的。從某種意義上講，人民調解作為一種法定的解紛方式，與仲裁並無二致。作為經過法定程序而產生的結果，法律就應當賦予其具有相應的確定力以及對當事人的拘束力，因此，可

²¹ 打浦橋街道社區信訪工作“三會一代理”紀實，上海市人民政府，<http://www.shanghai.gov.cn/nw2/nw2314/nw2315/nw4411/u21aw105009.html>，2018 年 12 月 16 日瀏覽。

從立法層面考慮賦予調解協議與仲裁協議相當的法律效力。惟有如此，大調解機制下所出具的調解協議效力才真正建立在堅實的基礎之上。

（三）推動大調解機制的問題

大調解精神是「和為貴」，當前中國大陸正在建構和諧社會，以人民調解、行政調解和司法調解為主，信訪、仲裁、法律服務等為補充的「大調解」工作體系在各級政府已初步形成。隨著區域經濟快速發展、都市化加快推進、利益格局加劇調整、人口流動更為頻繁的複雜背景下，大調解機制也面臨著巨大的壓力和挑戰，存在一些不容忽視的問題等待解決，至少包括以下四點：

第一，大調解機制的制度保障還有待加強。由於目前「大調解」機制仍處於探索創新階段，實踐中存在立法缺失問題，導致在開展工作時缺乏相應法規制度支援，尤其是在機構設置、人員編制、經費保障等方面缺乏相應的制度保障，部門達成共識有一定難度，制約著「大調解」機制深入有效開展。

第二，大調解機制的銜接協調有待完善。「大調解」資源主體間的銜接缺乏有效的溝通機制，在沒有統一調解機構的情況下，工作體系的各部門包括法院、派出所、司法所²²等各有業務管理範圍，各有上級主管部門，相互銜接運行還不夠完善，各自優勢發揮不夠，影響矛盾糾紛能夠及時有效化解的功能。

第三，越權或違規調解行為時有發生。如對個別屬於行政機關越權、資格認定、行政許可與處罰進行人民調解，有礙法律適用和程序上的公正；少數調解員在涉及本單位、本部門利益的調解中，為促成調解，對當事人進行誘導，或故意不告知糾紛當事人應享有的法律權利，侵犯當事人的合法權益。

²² 司法所是司法行政機關最基層的組織機構，是市（區、縣）司法局在鄉鎮（街道）的派出機構，負責具體組織實施和直接面向廣大人民群眾開展基層司法行政各項業務工作。

第四，各類調解員的綜合素質待提高。一些偏遠地方的調解人員不足，專職和專業調解能力還十分薄弱，特別是鄉村偏遠地區調解員數量偏少、素質不高、能力不強，調解員的法律知識相對缺乏，大多沒有受過正規的法律專業教育，難以熟練運用法律法規解決糾紛，影響糾紛解決的效率和品質²³。

二、信訪機制的衝擊

（一）涉訴信訪對司法公信力的影響

信訪機制（Petition）是具有中國特色的制度，係指公民、法人或者其它組織採用書信、電子郵件、傳真、電話及走訪等形式，向各級人民政府、縣級以上人民政府工作部門反映情況，提出建議、意見或者投訴請求，依法由有關行政機關處理的活動²⁴。信訪機制是一種聽取民聲、反映民意，化解糾紛，監督行政機關的有效途徑。《信訪條例》²⁵已經於 2005 年 1 月 5 日國務院第 76 次常務會議通過，並自 2005 年 5 月 1 日起施行。

信訪機制可以分為「一般信訪」和「涉訴信訪」²⁶。一般信訪，係指公民、法人或者其它組織採用書信、電子郵件、傳真、電話、走訪等形式，向各級人民政府、縣級以上人民政府工作部門反映情況，提出建議、意見或者投訴請求，依法由有關行政機關處理的活動。涉訴信訪是指，針對那些應當被人民法院受理的糾紛或是已經進入訴訟、執行程序的案件，有利害關係的公民、法人或其它組織對人民法院的作為或不作為、或是生效裁判採用書信、電子郵件、傳真、電話、走訪等形式，提出申

²³ 南京政協，http://www.njzx.gov.cn/zxzt/2014zxlh/wyzs/201401/t20140113_2410421.html，2018 年 12 月 16 日瀏覽。

²⁴ 信訪，百度百科，<http://baike.baidu.com/view/149918.htm?fr=aladdin>，2018 年 12 月 16 日瀏覽。

²⁵ 楊偉東，我國信訪制度的重構--兼論新信訪條例的缺失，國家行政學院學報，第 6 期，頁 4，2005 年。

²⁶ 古強，涉訴信訪糾紛解決機制探索--以 X 市法院為分析物件，天中學刊，第 1 期，頁 53-56，2018 年。

訴、申請再審或是提出其它與人民法院審理案件有關的事項，從而依法由人民法院處理的活動。由於傳統的法律文化、特殊的國情、制度的本身缺陷等原因，造就涉訴信訪的現象，這對司法公信力造成巨大的衝擊。一般信訪對司法公信力較小，而對於行政訴訟衝擊較大的，主要是涉訴信訪。

2004 年 11 月，最高人民法院在長沙召開的信訪工作會議上，首次提出涉訴信訪的概念，係指訴訟案件已經法院審理終結，而當事人或其親屬，除了依法向法院提出申訴的同時，又透過信訪機制向其它機關（通常是人大、黨委或政府）去信訪，其它機關接訪後，透過一定的方式促使法院作出處理的行為。涉訴信訪的特色就是被訪人限於法院，而信訪原因就是信訪人認為無法透過司法途徑實現或保障其權益，故而轉向司法以外的途徑，尋求實現或保障其權益。過去，涉訴信訪對於中國大陸司法制度產生以下三個影響²⁷：

第一，從司法公信力而言，涉訴信訪機制與司法公信力存在衝突。司法公信力通常表現為當事人對判決的信服，使得司法判決得到順利執行，當事人對法院和法官的信任等。司法權是一種以公平正義為表徵，以強制為保障的權力，人民訴求法院，希冀獲得公平正義的裁決來改變其不公正的境遇，而這種希冀本身就包含其對法院裁判的服從。法院是作為解決利益爭端、為個人提供權利救濟的權威性機關，在審理任何案件中，都必須給出一個最終的裁決方案，並使該方案在法律效力上具有穩定性。法院作出的裁判一經生效，就具有法律上的強制力，任何人民、法人、非法人團體就應當按照法院的生效裁判去執行。不過，按照過去的涉訴信訪的結果來看，任何人不管裁判在何時生效，甚至對生效裁判視而不見，總是要求將已經生效的裁判予以改變或者廢止，那麼訴訟程序將會是一個永遠沒有結束的程序。

第二，從程序正義角度而言，涉訴信訪與程序正義之間存在衝突。

²⁷ 陳銘聰，中國大陸行政訴訟調解制度改革研究，南臺財經法學，第 4 期，頁 123-125，2018 年。

法治的精神就在於重視程序正義的價值，包括法律程序自身的正當性和合理性，它是法律程序的內在價值的追求。法律制度的建構，只有在其內在的道德標準符合正義的要求時，才具有完全的正當性，由此產生的實體結果才能為人們所接受，如果案件在正常審理程序中沒有發現或是無法發現的事實真相，那麼就沒有借助訴訟程序對該案件再進行處理的必要。不過，涉訴信訪從根本上就是罔顧程序正義的制度設計，因為信訪者希望借助信訪找到程序內無法發現或根本沒有的真實，進而達到自己實體利益的訴求，而程序真實所強調的是訴訟活動所追求的是程序內的真實，應當在程序內所限定的範圍內尋求真實，對真實的尋求應當受到程序的約束。涉訴信訪的「非程序性」和「不確定性」和程序正義的理念存在嚴重的矛盾，造成因救濟對象、救濟目標、受理主體、時事政策甚至因運氣而變化不定的救濟制度，它與程序正義的理念無法調和²⁸。

第三，從司法獨立角度而言，司法獨立原則在《刑事訴訟法》第四條規定，人民法院依照法律規定獨立行使審判權，人民檢察院依照法律規定獨立行使檢察權，不受行政機關、社會團體和個人的干涉。這一規定確立了人民法院、人民檢察院依法獨立行使職權的原則。不過，涉訴信訪卻與司法獨立原則存在衝突，一方面，從法院與其它部門的關係來看，涉訴信訪為信訪者提供權利救濟的同時，也為其它機關干預司法機關提供制度性的條件。在現實中，有不少信訪者在法院的訴訟敗訴之後，不願意接受敗訴的事實，卻千方百計向人大、黨委或政府部門頻繁信訪，這對作出生效判決的法院和法官形成莫大壓力，已經嚴重影響司法的威信和公信力。

（二）中央政法委關於涉訴信訪的三個文件

負責統一管理全中國政法機關²⁹的「中國共產黨中央政法委員會」

²⁸ 王敏遠，再論法律中的真實，中國法學，第6期，頁16，2004年。

²⁹ 政法機關在中國大陸主要包括檢察院、法院、公安機關、司法行政機關（含監獄勞教）、國家安全部門、反邪教部門這6個部門。

（簡稱中央政法委）針對涉訴信訪出現的突出問題，制定三個文件，分別是《關於建立涉訴信訪事項導入法律程序工作機制的意見》《關於建立涉訴信訪執法錯誤糾正和瑕疵補正機制的指導意見》《關於健全涉訴信訪依法終結制度的實施意見》，目的在推動政法機關建立健全「導入、糾錯、退出」機制，解決涉訴信訪案件的「入口不順」、「程序空轉」、「出口不暢」等問題。要用法治方式解決涉訴信訪這個問題，要善於用法治思維來思考改革中遇到的問題，要善於用法治方式來解決改革中遇到的困難，要切實做到每一個環節都依法按程序辦理，每一個處理結果都依法有據。

第一，防止入口不順，加強銜接配合確保及時受理。《關於建立涉訴信訪事項導入法律程序工作機制的意見》著眼於解決防止踢皮球和入口不暢的問題，確保符合條件的涉訴信訪事項在法律程序內得到及時處理，防止一些案件游離在法治軌道外，形成越級信訪和違法信訪。《意見》重點明確了「訴」與「訪」的標準，對什麼是訴類事項、什麼是訪類事項進行嚴格區分，以及導入相應法律程序的各種具體情形；為防止界限不清、相互推諉、案件積壓，要求政法機關建立內外部銜接配合機制，加強督導檢查，確保導入工作依法有序進行。2013年，各地政法機關登記涉訴信訪上升38.5%；2013年前7個月，中央政法機關接待人民來訪同比上升7.1%³⁰。來自中央政法委的統計資料顯示，從2013年開始，政法機關涉訴信訪事項受理率和立案率皆有明顯提高，表明依法治訪逐步成為社會各界的共識，涉訴信訪人民也逐步回歸法治軌道解決訴求³¹。

目前，中國大陸信訪管道比較窄，無法適應現代資訊化時代的新要求。「訴」與「訪」的界限不清、標準不明，工作中難以準確地分類處理。受理立案的門檻高，一些符合條件的訴求進不了法律程序，而各單位之間還存在踢皮球的問題，一些人民反映的問題得不到及時受理。針對這

³⁰ 彭波，十八大以來政法綜治部門推進平安中國建設綜述，人民日報，2014年11月5日。

³¹ 中央政法委出臺三個文件解決涉法涉訴信訪突出問題，人民日報，2014年9月12日。

些問題，中央政法委要求各地多管齊下，通過開展「網上信訪」、「視頻信訪」、加強辦信工作³²等方式，引導案件當事人多來信，少來訪。同時探索建立網上受理流轉、網下複查辦理、網上答覆化解的資訊化工作機制，逐步形成「就近的來人訪、遠處的上網視頻訪、不方便的來信訪」的接待受理格局，解決信訪管道不通暢的問題。同時要降低受理門檻，加強銜接配合，解決合理訴求進不了法律程序、部門間相互推諉扯皮等問題，確保符合條件的信訪案件都能得到及時受理，在進入法律程序後，都能得到依法解決。

第二，防止程序空轉，規範救濟手段糾正錯誤瑕疵。《關於建立涉訴信訪執法錯誤糾正和瑕疵補正機制的指導意見》主要著眼於防止法律程序空轉，解決有錯不糾的問題。特別是對實體沒有問題，但辦案程序、司法文書等方面存有瑕疵的案件，提出了原則性解決辦法，要求政法機關制定具體實施意見，在法律程序內解決。《指導意見》提出執法錯誤、瑕疵的認定標準，以及依法糾正錯誤、補正瑕疵的辦法；從健全內部糾錯機制、加強外部監督制約、嚴格責任查究等方面提出了意見；從矛盾化解、輿情引導、源頭治理三個方面，就增強工作效果提出了具體要求。法律程序空轉，一直飽受詬病。一些涉訴信訪案件雖然進入了法律程序，但由於辦案單位態度不端正，辦案不認真，有錯不糾，有瑕疵不補正，使得法律問題始終得不到依法公正解決。事實上，在涉訴信訪案件中，存在執法錯誤、執法瑕疵的案件占了大多數。

凡是有錯誤的案件必須得到依法糾正，凡是有瑕疵的案件都要給當事人一個說法，讓當事人切實感受到依法按程序就能公正解決問題。必須確保執法錯誤依法得到公正解決，辦理回避制度、異地審查、提級審查、案件評查等多種模式。同時要求嚴格落實「倒查問責制」³³，對存在

³² 國家信訪局出臺加強初信初訪辦理工作辦法，人民網，<http://politics.people.com.cn/n/2014/1016/c1001-25843347.html>，2018年12月16日瀏覽。

³³ 熊傳莉，我國錯案責任倒查問責制的實現方式--以呼格吉勒圖案為例，蘭州文理學院學報(社會科學版)，第4期，頁37-43，2015年。

執法錯誤、瑕疵，久拖不決的，不僅要倒查原辦案單位、辦案警察的責任，也要倒查信訪辦理部門和警察的責任。對於執法瑕疵案件，中央政法委要求以規範的救濟手段，妥善彌補瑕疵。對每一個執法瑕疵，都要向當事人耐心說明，通過釋法析理，努力消除當事人誤解。對文書製作疏漏、事實表述不准、法條引用失誤等方面的瑕疵，要依法予以補正；對辦案程序不嚴格、證據收集不規範，對待當事人簡單粗暴等態度作風問題，應當向當事人作出合理解釋，爭取諒解。此外，要求依法公開執法辦案的依據、流程、結果、裁判文書、信訪事項的處理情況等，對重大敏感信訪事項、存在重大執法過錯的案件，也要及時發布事實真相和案件處理情況。對問題已經依法公正解決，仍纏訪纏訴的，把政法機關的處理情況和當事人的訴求公之於眾。

第三，防止無限申訴，建立協調機制保證終結品質。《關於健全涉訴信訪依法終結制度的實施意見》主要著眼於解決防止無限申訴和出口不暢的問題，防止終而不結、無限申訴，切實維護司法權威。《實施意見》重點明確依法終結的範圍和法律依據，細化了終結標準和程序，確保終結案件品質；對問題已經依法公正解決仍然纏訪纏訴的個案，明確了綜合化解的具體要求，以確保終結事項依法有序退出法律處理程序。建立涉訴信訪依法終結制度，是信訪改革的重要內容之一。但從改革的實際情況來看，一些已經走完法律程序的信訪案件，仍退不出處理程序，案件當事人仍然不斷反復纏訪鬧訪，嚴重影響正常的信訪秩序和社會秩序。究其原因，既有政法機關與地方黨委政府溝通不暢，導致問題解決不到位的原因，也有法律裁定不執行，當事人無法獲得賠償的原因。針對這些情況，對當事人反映問題已經依法按程序處理完畢，合理訴求已經依法按政策公正處理的，對該信訪事項依法終結，不再啟動複查程序。對信訪事項的終結，必須經過「複查」、「申報」、「審查」、「備案」、「告知」等五個環節，並經中央政法機關或省級政法機關審批。在此基礎上，通過建立協調機制，動員各方力量，做好對信訪人的教育疏導、幫扶救助和矛盾化解工作，促使信訪人停止信訪，使信訪終結事項依法有序退

出法律處理程序。對那些遭受犯罪侵害或民事侵權，無法通過訴訟獲得有效賠償，造成生活困難的當事人，符合國家司法救助條件的，按規定及時給予救助，幫助當事人擺脫生活困境。對無法納進司法救助範圍又確有實際困難，或是救助以後困難仍沒有得到明顯緩解的，引導當事人按規定申請社會救助，依靠當地黨委、政府解決好實際困難³⁴。

三、多元化糾紛解決機制的出現

在當今世界各國，訴訟案件的劇增是一種普遍的社會現象，傳統的訴訟機制面對日益增加的案件，開始顯得力不從心；而訴訟的高成本和審判的遲延成為世界性的問題，從而構成人民「接近正義」的障礙和司法制度的危機，由此引發全球範圍內的司法改革運動，多元化糾紛解決機制（Alternative Dispute Resolution，簡稱 ADR）³⁵應運而生。多元化糾紛解決機制的概念源於美國，係指各種訴訟外的糾紛解決方式，逐漸得到各國立法、司法機關的重視，現已成為訴訟以外的非訴訟糾紛解決機制的總稱。多元化糾紛解決機制所結成的一種互補的、滿足社會主體的多樣需求的程序體系和動態的動作調整系統。所謂「多元化」是相對於「單一性」而言，其意義在於避免把糾紛的解決單純寄予某一種程序，並將其絕對化，包含價值認同的多元化和行為手段的多元化，目的在於為人們解決問題提供多樣選擇，為當事人提供選擇引導³⁶。

多元化糾紛解決機制具有多樣性，包括訴訟（Litigation）和非訴訟（Non-litigation）解決方式，例如調解（Mediation）、協商（Consultation）、談判（Negotiation）、仲裁（Arbitration）等等。在多元化糾紛解決機制

³⁴ 中央政法委出臺三個文件解決涉法涉诉信訪突出問題，金昌市信訪局，http://xfj.jc.gansu.gov.cn/art/2017/3/16/art_18941_313842.html，2018 年 12 月 16 日瀏覽。

³⁵ 吳光明，從金融風暴論訴訟外糾紛解決（ADR）機制，法令月刊，第 10 期，頁 80，1992 年。

³⁶ 陳銘聰，中國大陸行政訴訟調解制度改革研究，南臺財經法學，第 4 期，頁 102，2018 年。

的背景下，非訴訟糾紛解決方式逐漸被關注，重視和發展各種非訴訟糾紛解決機制，其在糾紛解決的方法論上，已經成為世界性的時代潮流。非訴訟解決方式，具有替代性、代替性或選擇性之形成意³⁷，具有以下六個特徵：一是常以簡易性和靈活性體現程序上的非正式性，這主要是針對訴訟程序的複雜性和高成本及延遲等問題強調非訴訟糾紛解決方式的程序利益。二是糾紛解決非法律化，在法律許可的框架內，不完全適用實體法規定，體現較大的靈活性。三是處理糾紛的主體可以非職業化，可以由非法律職業人士承擔，使糾紛解決脫離職業法律家的壟斷，將常識思維、人情世故、和諧理念引進糾紛解決過程。這可以是全非職業模式，也可以是職業加非職業組合模式，例如近年來中國大陸興起的「人民監督員³⁸」與「人民陪審員³⁹」制度。四是非訴訟弱化了糾紛解決者裁判、裁定、裁決意識和職權，強化了協助當事人意思自治、談判契約成份。五是糾紛解決過程和結果的互利性和平和性，非訴訟糾紛解決方式的目的絕非取代司法和訴訟，但其發展與司法改革卻在一定程度上不謀而合，並成為司法改革的重要內容⁴⁰。

在 2008 年，建立和完善多元化糾紛解決機制已經被最高人民法院列

³⁷ 範愉，當代中國非訴訟糾紛解決機制的完善與發展，學海，第 1 期，頁 77-85，2003 年。

³⁸ 人民監督員，係指為了加強外部監督，切實防止和糾正檢察機關查辦職務犯罪工作中執法不公的問題，根據憲法和法律關於一切國家機關必須傾聽人民的意見、接受人民的監督的規定，最高人民檢察院經全國人大常委會同意，從 2003 年 9 月起開展人民監督員制度試點工作。百度百科，<http://baike.baidu.com/view/852736.htm?fr=aladdin>，2018 年 12 月 16 日瀏覽。

³⁹ 人民陪審員制度，係指國家審判機關審判案件時吸收非職業法官作為陪審員，陪審與職業法官或職業審判員一起審判案件的一種司法制度。人民陪審員制度是中國大陸司法民主化、人民當家作主的具體體現，是人民監督法院審判工作，確保司法公正的基本途徑，也是對人民進行法制教育、宣傳法律的重要形式。《人民陪審員法》在 2018 年 9 月 27 日正式公布施行。百度百科，<http://baike.baidu.com/view/6141505.htm>，2018 年 12 月 16 日瀏覽。

⁴⁰ 陳銘聰，中國大陸行政訴訟調解制度改革研究，南臺財經法學，第 4 期，頁 104，2018 年。

為重點改革專案⁴¹，建立和完善多元化糾紛解決機制目的，就是使糾紛解決管道多樣化，以便更好地化解矛盾，實現公平正義，為實現經濟社會又好又快發展創造和諧穩定的社會環境。自改革開放以來，一個重要的特點就是利益訴求及矛盾爭議趨於多元化，這就決定必須以多元的手段來解決多元的矛盾糾紛，而實踐也證明，不同的矛盾用不同的方式去解決，效果會更顯著。司法程序在解決那些對社會具有指導意義的個案時能發揮出最大功效，但對於婚姻家庭、私人糾紛或行業系統內部的糾紛，由民間調解組織及相關行業協會來解決則更為有效，如果所有糾紛都湧入司法程序去解決，國家的資源在司法投入將是永無止盡的。

肆、行政訴訟法引入調解的構想

一、行政訴訟法不適用調解的原因

行政訴訟中的被告是依法行使行政管理職權的行政機關，它所作出的行政處分是法律賦予的權力，是代表國家行使職權，因此，作為被告的行政機關應當依法行政，沒有隨意處分的權力。同時，作為執法機關的人民法院，在審查行政處分時，必須以事實為根據，以法律為準繩，行政處分合法的就應當判決維持，行政處分違法的就是應當判決撤銷或依法予以變更。《行政訴訟法》禁止法院在審理行政案件適用調解的規定，在理論上和具體實踐中，主要有以下三個原因⁴²：

第一，訴訟權的保障。基於有權利即有救濟原則，人民權利遭受侵害時，必須給予向法院提起訴訟，請求依正當法律程序公平審判，以獲及時有效救濟之機會，此乃訴訟權保障之核心內容。而訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件，則由立法機關衡量訴訟案件之種類、性質、訴

⁴¹ 多元化機制解決社會矛盾糾紛，光明日報，2008年3月16日。

⁴² 陳銘聰，中國大陸行政訴訟調解制度改革研究，南臺財經法學，第4期，頁106-108，2018年。

訟政策目的，以及訴訟制度之功能等因素，以法律為正當合理之規定⁴³。另外，一個法治國家的憲法，均對人民訴訟權予以明文規定。在英國，1215年《大憲章》中就已經規定人民得以訴訟程序解決糾紛的權利。在美國，《憲法》第十四修正案關於正當法律程序的規定，蘊含著人民的司法救濟權。在德國，《基本法》第十九條第四項：「如權利遭受公權力侵犯，任何人都有權向法院提起訴訟」；而第一百零三條第一項也明文保障任何人有請求法院裁判的權利。在日本，《憲法》第三十二條：「不得剝奪任何人在法院接受裁判的權利。」在臺灣，《憲法》第十六條：「人民有請願、訴願及訴訟之權。」在中國大陸，《憲法》並無訴訟權的明文規定，但可以從第三十三條、第一百二十五條、第一百二十六條等規定可以推斷出人民的訴訟權也是受到憲法所保障的⁴⁴。另外，也有學者主張《憲法》也保障人民的訴訟權⁴⁵，包括「接受審判請求權」、「適時救濟請求權」及「接受法院公平審判」等內容。訴訟調解作為在訴訟進行中的一種多元化糾紛解決機制，其調解書與判決書具有同等法律效力⁴⁶。再從行政訴訟當事人地位不平等角度來看，作為高權地位一方的行政機關，可以隨意運用公權力迫使另一方當事人的人民接受調解方案，這將侵害人民的訴訟權。因此，行政訴訟不適用調解的理由之一，即保障人民的訴訟權，具體包括兩層涵義：一是調解不能作為法院審理行政案件受理必經程序；二是調解不能作為行政案件的結案方式⁴⁷。

第二，就公平審判保障而言，1948年《世界人權宣言》第十條規定，保障任何人在接受私法上的權利及義務之判決或在接受刑事追訴時，有

⁴³ 司法院大法官會議釋字第396、512、574、591號解釋。

⁴⁴ 《憲法》第三十三條：「中華人民共和國人民在法律面前一律平等」；第一百二十五條：「人民法院審理案件，除法律規定的特別情況外，一律公開進行。被告人有權獲得辯護」；第一百二十六條：「人民法院依照法律規定獨立行使審判權，不受行政機關、社會團體和個人的干涉。」

⁴⁵ 楊劍，論訴訟權的憲法保障，學術界，第5期，頁179-183，2007年。

⁴⁶ 《民事訴訟法》第八十九條第三項：「調解書經雙方當事人簽收後，即具有法律效力。」

⁴⁷ 陳銘聰，中國大陸行政訴訟調解問題之研究，育達科大學報，第39期，頁67-68，2014年。

透過依據法律設置的且公平的法院，在合理的期限內，接受公正的公開審理的權利。這一規定明確地揭示接受公平法院審判是一項基本人權。1953 年《歐洲人權公約》第六條第一項：「在決定某人的公民權利和義務或者在決定對某人確定任何刑事罪名時，任何人有理由在合理的時間內受到依法設立的獨立而公正的法院的公平且公開的審訊。」明文規定公平審判之權利。1966 年《公民權利與政治權利國際公約》第十四條第一項：「所有的人在法庭和裁判所前一律平等。在判定對任何人提出的任何刑事指控或確定他在一件訴訟案中的權利和義務時，人人有資格在一個依法設立的合格的、獨立的和無偏倚的法庭之前，進行公正的和公開的審訊。」由上述國際公約的規定可知，任何人都有接受公正裁判的權利。不過，要實現法院公平審判的目標，便是要求訴訟當事人武器的平等，使當事人基於平等地位而進行攻擊防禦。行政機關因為具有公權力和強大的資源作為後盾，便會產生訴訟武器不平等的現象，若允許任何行政訴訟案件都能適用調解，容易造成人民迫於行政機關的權威，而輕易接受行政機關所提出的調解條件，公平審判的法治目標就無法確保。中國大陸於 1998 年 10 月 5 日在聯合國總部簽署《公約》，並多次宣布將實施該公約，但是由於《公約》與其現行法律有諸多衝突之處（比如關於死刑的適用範圍，如公約規定只有「最嚴重犯罪」才可以判處死刑，其中要排除財產犯罪、經濟犯罪和政治犯罪，但根據 2018 年最新修正的《刑法》，一共規定 49 種犯罪可以適用死刑，部分與政治、經濟犯罪有關，導致就無法批准該公約。不過，中國政府不斷宣布，會盡快批准該公約⁴⁸。

第三，就行政訴訟的審判方式來看，《行政訴訟法》禁止適用規定，可以說是得到貫徹執行，但是卻無法禁止法官在判決前對雙方當事人做

⁴⁸ 2008 年 3 月，第十一屆全國人大閉幕時溫家寶在記者會上回答記者有關胡佳受審一案時回應，中國是法治國家，這些問題都會依法加以處理，並承諾儘快施行公民權利與政治權利國際公約。參見公民權利和政治權利國際公約，互動百科，<http://www.baike.com/wiki/公民權利和政治權利國際公約>，2018 年 12 月 16 日瀏覽。

思想工作⁴⁹。例如法官為達到平息訴訟的目的，而促使原告認識其訴訟請求不足以勝訴而主動撤訴，或使被告認識到行政行為的錯誤，因而主動改變行政處分而取得原告的諒解並主動撤訴。因此，大量的行政訴訟案件是雙方在法官的默許下，甚至在法官主動積極介入下，透過「案外協商」的方式解決。換言之，大部分行政訴訟案件並非用《行政訴訟法》第七章規定「審理和判決」的方式來解決，而是以「案外協商」的合法形式來掩蓋「適用調解」的實際過程，這已經是公開的秘密，而且還是目前中國大陸行政訴訟實踐中最生動的寫照⁵⁰。因此，行政訴訟高比率撤訴的背後隱藏著許多規避法律的禁止調解規定，法院調解作為法律原則上禁止的制度，導致大量案件是雙方當事人在法院的默許乃至動員下透過「協調」、「案外協商」等方式解決。在這樣的實踐背景下，顯然，《行政訴訟法》原則不適用調解的規定已經不符合時代的需求。

二、行政訴訟法引入調解的趨勢

如前所述，《行政訴訟法》引入調解的規定已是趨勢，與其面對行政訴訟案件的案外協商而導致的撤訴，其背後隱藏的立法時所始料不及的突出問題，與其讓這種變相的調解成為規避法律的工具，不如名正言順地從法制上加以規範，以解決目前實踐上和法制上脫節的奇怪現象。因此，《行政訴訟法》引入調解勢在必行，立法者不應該對此再持漠然或否定態度。換言之，《行政訴訟法》不適用調解的規定，已經不符合當前中國大陸的社會現狀和時代潮流，必須進一步加以檢討和修正⁵¹。

毋庸諱言，《行政訴訟法》引入調解並不能解決當前在行政訴訟中所發生的所有問題，但是調解作為多元化糾紛解決機制的方式之一，屬於

⁴⁹ 按臺灣說法，即法官事先對當事人透露心證，讓當事人了解未來判決的可能走向。

⁵⁰ 楊海坤、黃學賢，行政訴訟基本原理與制度完善，頁 355，中國人事出版社，2005 年版。

⁵¹ 陳銘聰，中國大陸行政訴訟調解制度改革研究，南臺財經法學，第 4 期，頁 109，2018 年。

低成本、自願性、非強制性的手段，且具有不受時空限制、增強當事人參與、溝通交流和妥協讓步的特點，仍具有關鍵性作用，在歷史上和社會現實中發揮著定紛止爭的重要功能。由於社會各功能系統分工日益專業化，以訴訟作為核心的糾紛解決模式，事實上也不斷受到挑戰和質疑。多元化糾紛解決機制能夠以比較理想的方式，貼近人民需求，不受形式法律拘束的，但也未超出法律許可範圍外的解決紛爭⁵²。

再者，《行政訴訟法》第六十條規定並無法禁止法官在判決前對雙方當事人做相關的協商工作，所以大量訴訟案件是雙方在法官的默許之下，甚至在法官主動積極介入下透過「案外協商」解決的。例如法官為達到平息訴訟的目的，促使原告認識其訴訟請求不足以勝訴而要求主動撤訴，或是使被告認識到行政行為的錯誤，主動改變行政處分而取得原告的諒解並主動撤訴。就在這樣「和諧」的背景下，大部分行政訴訟案件並非以「判決」方式來解決，而是以「案外協商」的合法形式來掩蓋「調解」這個條文本來要禁止的手段，另外遺憾的是，這已經是公開的秘密，還是當前中國大陸行政訴訟實踐中最生動的寫照⁵³。因此，行政訴訟高撤訴率的背後隱藏著許多規避法律的禁止性規定，卻又大行其道透過「案外協商」的方式結案，當初立法的美意卻在司法實踐中被陽奉陰違，究竟是法院走法律漏洞，還是立法規定的不切實際⁵⁴？

另外，行政訴訟案件大部分是民告官，但是行政案件內容不但包羅萬象，並且涉及許多專業領域，行政機關能夠搬出一堆連法官都沒看過的法律、法規和規章，法官若具備相關專業知識，很多時候根本沒有辦法做出正確、適當的判決，最後只能判決民眾敗訴，行政機關經常是贏家。所以，行政訴訟法直接適用調解之後，調解的協商機制可以擴大法

⁵² 林佳和，勞資爭議處理法草案中裁決處理程序相關問題研究，行政院勞工委員會專案研究計畫，頁 17-18，2004 年。

⁵³ 楊海坤、黃學賢，行政訴訟基本原理與制度完善，頁 355，中國人事出版社，2005 年版。

⁵⁴ 陳銘聰，中國大陸行政訴訟調解問題之研究，育達科大學報，第 39 期，頁 68，2014 年。

院糾紛解決的功能，並大幅減少一定的信訪數量⁵⁵。

傳統行政法理論認為，行政機關行使職權屬於公權力行使，基於公權力不可處分性原則⁵⁶，因而行政機關無權處分其職權，倘若允許行政機關與相對人妥協，勢必損害國家利益和公共利益。正是基於這一考慮，行政訴訟法明文禁止調解。然而，在行政訴訟審判實踐中，人民法院以協調方式促成當事人妥協讓步，最終撤訴結案的現象卻是大量存在。由此可知，調解機制這一實務上的智慧應用，在司法實踐早已暗渡陳倉，已經悄然突破《行政訴訟法》不適用調解的規定，而事實上大量存在的訴訟調解，對《行政訴訟法》第六十條規定也提出挑戰。正視現實，進行反思，了解調解的法理基礎，妥善規劃調解制度，建構《行政訴訟法》的調解制度，無疑具有現實意義。

三、行政訴訟法適用調解的具體實踐

2017年6月13日，最高人民法院公布「最高人民法院行政審判十大典型案例」，其中排行第一的是林建國訴濟南市住房保障和房產管理局房屋行政管理案件，這是2015年5月1日《行政訴訟法》修正施行後，依法以行政調解書方式結案的重要案件，顯示出調解社會衝突矛盾解決的重要性⁵⁷。

（一）基本案情

原告林建國是濟南市退休工人，本身肢體重度殘疾，行走存在嚴重障礙。2007年9月，其向濟南市住房保障和房產管理局（以下簡稱市房

⁵⁵ 陳銘聰，行政訴訟法中應設置調解制度，甘肅警察職業學院學報，第4期，頁11，2012年。

⁵⁶ 陳銘聰，中國大陸行政訴訟調解問題之研究，育達科大學報，第39期，頁65，2014年。

⁵⁷ 中國法院網，<https://www.chinacourt.org/article/detail/2017/06/id/2893977.shtml>，2018年12月16日瀏覽。

管局)提出廉租房實物配租申請,通過搖號取得該市槐蔭區世紀中華城一套廉租房,簽訂了租賃契約。2010年5月,市房管局接他人實名舉報後調查認定其存在取得廉租房後連續六個月未實際居住等情形。林建國主張因其肢體二級殘疾,該住房位置偏遠、地處山坡、交通不便,故居住不久後即搬出。同年7月13日,市房管局收回該房,並於同年9月給其辦理了廉租房租金補貼。林建國又於2011年重新申請並取得廉租房實物配租資格,後以房源不適合自己居住為由放棄「搖號選房」⁵⁸。2011年4月,林建國將市房管局訴至法院,請求依法確認該局取消其實物配租資格的行政行為違法,判令該局賠償其退房次日起至重新取得實物配租房之日止的相應租金損失。

(二) 裁判結果

濟南市市中區人民法院一審認為,根據《濟南市城市低收入家庭廉租住房管理辦法》有關規定,房產行政主管部門應在作出取消當事人實物配租資格的書面處理決定生效情況下才能收回房屋。本案中,市房管局未作出書面處理決定而直接收回,造成林建國該次廉租住房實物配租資格被取消,影響其相關權利。遂判決確認市房管局收回房屋、取消林建國實物配租資格的行為違法,由該局按廉租房租金標準賠償林建國從2010年7月13日次日起至2010年8月31日的租房損失,駁回林建國其他訴訟請求。雙方當事人均提出上訴。

濟南市中級人民法院二審認為,林建國存在連續六個月以上未實際居住情形,且在退房證明上簽字履行了手續,市房管局依照有關規定取消其實物配租資格並收回廉租房的行為並無不當。同時,城市低收入家庭只能在租金補貼、實物配租等保障方式中享受一種,林建國已在當年9月取得租金補貼保障待遇,市房管局取消其實物配租資格結果正確,

⁵⁸ 搖號選房是指開發商先公布要銷售的樓宇,在特定的時間段內,發放固定數量的VIP選房卡,在指定時間到指定地點進行公開搖號選房。郭偉明,試論搖號選房的道義公平,上海房地,第9期,頁22-23,2018年。

未作書面決定僅屬程序上的瑕疵。遂撤銷一審判決，改判駁回林建國的訴訟請求。

最高人民法院提審本案後，2016 年 4 月，時任行政庭庭長賀小榮親自擔任審判長並親赴當地開庭審理，市房管局局長到庭參加訴訟。雙方當事人本著互諒互讓原則達成協議，林建國獲得按新政策調配的公租房及救助金 7 萬元。本案最終透過調解方式結案。

（三）典型意義

本案典型意義在於，為殘疾人提供公正、高效、便捷的司法服務，不僅是法院履行司法為民的內在要求，也是中國大陸加入《殘疾人權利公約》後的莊嚴承諾。本案系最高人民法院首次赴基層法院開庭審理殘疾人權益案件，也是新《行政訴訟法》實施後，首次以調解方式結案。不僅充分照顧到殘疾人權利行使方式與實現途徑，也通過行政負責人積極出庭應訴配合調解等舉措，凸顯對依法行政的重視，是共同貫徹落實立法精神的具體實踐。包括媒體在內的社會各界對本案一致好評，現場旁聽的全國人大代表、政協委員和殘疾人聯合會的代表對庭審活動給予高度評價，中國殘聯為此也向最高人民法院致信感謝。本案對健全殘疾人權益司法保障制度，推進殘疾人事業健康發展具有重要示範意義⁵⁹。

（四）本案評析

不過，此案例一出，引起學者嚴重批評，不少「行政契約」⁶⁰是用來取代行政處分，因此舉凡有關行政處分的禁止規定，也必須適用在行政契約之上。所以，本案這種類型的行政契約的解約必須從嚴解釋，涉及到誠信原則、行政合法性和衡平原則適用的重要問題。

首先，誠信原則作為公法的重要原則（如同比例原則），已為行政契

⁵⁹ 林建國訴濟南市住房保障和房產管理局房屋行政管理案，法治政府網，<http://fzzfyjy.cupl.edu.cn/info/1075/7021.htm>，2018 年 12 月 16 日瀏覽。

⁶⁰ 行政契約在中國大陸稱為行政合同。

約的基本原則，本於行政契約的履行必須遵守法規，必須實質上符合法規以及公共利益。因此本案的主管機關基於承租人違約不住廉租房而收回房子，並無權力濫用的情形。這也是基於社會福利的資源有限，必須做最合理的分配。原告所取得廉租房，本應依法定條件自行居住，如果不符個人需要，也應將機會讓給其他同樣符合資格、但自認可以符合需要的其他公民。這也是法治社會成熟公民應當具有的法治觀。因此可以援引誠信原則作為約束行政機關與相對人應當互守的行為準則。

其次，從行政合法性來看，房管局已既違反書面解約的通知程序，可視為違反契約行為，應承擔此違法行為的法律後果。但如何決定法律後果的內容，應否回復原狀，讓原告繼續擁有承租權，還是賠償損失即可？本案最高人民法院是採取第一種見解。此舉將牴觸實質正義與依法行政的原則，因為主管機關認為原告實質上已違背契約義務而終止契約，取回廉租房，具有實體法上的理由。如許可承租人能繼續此違反契約與福利政策之行為，將牴觸該福利政策所要達到的公共利益。法院不應讓此屬於權利濫用的情形的繼續存在。這也是現代法治國家所講究實施的法治主義，乃是實踐法律的正義內涵，以保障公共利益，因此行政合法性的判斷，便不在講求行政行為是否在形式上具有合法性，而是必須在實質已達到法治主義的精神，也是所謂的行政實質合法性。

最後，以衡平原則來衡量雙方的損失，據以論定其法律責任。房管局終止原告繼續違法利用承租權利，而制止此權利濫用行為後，將廉租房分配給更需要住房的殘障人居住，更是充分實踐廉租房政策的公共利益，比起原告的不居住該房所得的利益，要大得多，故基於衡平考量，沒有理由讓房管局失衡！更何況，如給予收回房後的租金補貼，已經讓原告填補了未獲分配房子（與絕大多數殘障人一樣）的損失，也已經平衡了違約對象的損失。本案件若能夠在違反解約書面規定，但具有實質解約正當性的案件，能夠援引誠信原則與衡平原則，作為論定違約的法律責任與內容，成為獲得最高人民法院一個突破性的見解，那就不枉為

本案作為最高人民法院第一個指導性典型案件的歷史定位⁶¹。

伍、行政訴訟法引入調解的建構

一、法理基礎

訴訟程序的本質使命，在於有效且恰當地解決社會衝突，任何一項具體訴訟制度的確立，均應有助於提升訴訟程序的社會衝突排解能力和效果，調解制度與行政訴訟運行機制相符、相融，有利於行政訴訟目的之實現和功能的發揮。關於《民事訴訟法》調解制度的法理基礎，主要有以下三點：

首先，調解符合行政訴訟的解決糾紛目的。所謂糾紛的解決，其最直觀的效果便是糾紛在形式上的化解和消除，為了實現化解和消除糾紛的效果，在一定的前提下，應允許當事人之間進行必要的妥協和禮讓。行政訴訟是解決行政糾紛的一種法律制度，作為一種社會糾紛的解決機制，行政訴訟的直接目的仍是解決糾紛，而調解無疑是解決糾紛的有效手段。在行政訴訟中，當事人或第三人在不損害公共利益的前提下，就訴訟標的具有處分權，完全可以處分其實體上和程序上的權利⁶²。當行政機關享有處分權限時，當事人之間在法官的主持下自願協商，達成協議，即可解決行政糾紛⁶³。根據《行政訴訟法》第六十二條：「人民法院對行政案件宣告判決或者裁定前，原告申請撤訴的，或者被告改變其所作的行政行為，原告同意並申請撤訴的，是否准許，由人民法院裁定。」明確規定在行政訴訟中，雙方當事人享有處分權。再根據《人民調解法》第二十三條：「當事人在人民調解活動中享有下列權利：（一）選擇或者

⁶¹ 陳新民，論殘疾人士廉租房的權利與行政訴訟的保障界線，行政法學研究，第4期，頁80-94，2018年。

⁶² 林騰鶴，行政訴訟法，頁456，三民書局，2011年版。

⁶³ 陳銘聰，中國大陸行政訴訟調解問題之研究，育達科大學報，第39期，頁70-71，2014年。

接受人民調解員；(二) 接受調解、拒絕調解或者要求終止調解；(三) 要求調解公開進行或者不公開進行；(四) 自主表達意願、自願達成調解協議。」在相當多的情形下，行政訴訟調解所能發揮的徹底平息糾紛、保護相對方合法權益的功效，是法院裁判方式所無法達到的。在實現解決行政糾紛之目的的同時，訴訟調解還有利於當事人降低訴訟成本，減輕訟累。在完善訴訟程序的進程中，與其信奉訴訟學理中的某種原則和邏輯，還不如實際分析具體的訴訟程序到底在何種程度上能使衝突易於解決。對訴訟程序的功利評價，應依據於該程序在解決社會糾紛方面的實際效果。調解機制的現實應用狀況，已充分說明了訴訟調解在解決行政糾紛中所具有的獨特意義，應予肯定。

其次，調解不能違反行政訴訟監督行政的目的。《民事訴訟法》目的之一在於監督行政權力的行使，促進依法行政。對於經調解結案的案件，人民法院無需再就被訴行政行為的合法性作出評價，而行政機關似乎就可以循調解路徑，規避法律監督。然而，在法院協調過程中，行政機關之所以同意退讓，最根本的原因是行政機關認識到其行政行為違法或不當，若達不成調解，依照行政訴訟法的規定將會被判決撤銷或變更。法律作為一種行為規範，具有可預測性，行政機關和相對人均可能依據相關法律規定，確立各自的行為預期，並據以選擇適用程序手段。當行政機關根據其預期判斷而選擇接受調解時，法律實際上已被變通適用，行政機關規避的只是被法院判決撤銷或變更的顯性訴訟結果，法律的原則和精神卻已在調解結案暗中實現。況且，當事人達成的調解協定還須經法院審查。法院對協議的審查，一方面是維護公共利益與他人利益，另一方面也內含對被訴行政行為的合法性監督，可見，在行政訴訟調解中，行政行為的合法性已被預審，就可以實現監督行政以保障相對人的合法權益。

最後，調解結案具有廣泛的社會認同基礎。調解功能的發揮和調解的適用範圍，始終和社會文化狀況緊密聯繫。調解制度在中國有著獨特的文化背景，中國的傳統文化承受著數千年的歷史積澱，傳統的儒家仁

學體系追求無訟境界，崇尚和為貴，強調以調和作為解決糾紛的最佳途徑，因而調解制度在中國大陸長盛不衰。作為解決糾紛的一種方式，行政訴訟的調解也易於被社會接受，而行政案件中若內含民事因素，或者行政機關存有退讓空間的場合，法院介入調解往往獲得當事人的尊重和歡迎。司法實踐中，大量行政案件是已協商的合法行是來掩蓋調解的實際過程和內容，已經是公開的秘密⁶⁴，這一現象本身說明法院調解的社會認同程度。因此，《行政訴訟法》若引入具有廣泛社會認同基礎和具有徹底平息糾紛優勢的訴訟調解制度，無疑可以強化行政訴訟的糾紛解決能力，有助於行政訴訟實現消除政府與人民矛盾的社會效果，更有利於行政訴訟制度的健康發展。

二、引入調解的規劃

現行《行政訴訟法》第六十條第二項規定，調解應當遵循自願、合法原則，不得損害國家利益、社會公共利益和他人合法權益。因此可知，《行政訴訟法》引入調解，應該從自願原則、合法原則、公益原則、中立原則及經濟原則等方面進行規劃。

第一，尊重當事人處分權，貫徹自願原則。調解的本質是當事人意思自治，是在當事人在自願的前提下，並在協商的基礎上達成共識，達到糾紛的解決。在訴訟進行中，法院可以提出調解建議，但應充分尊重訴訟當事人的意願，不得強迫任何一方接受調解，更不得為求達成調解而壓案不判，以拖促調。行政訴訟目的就是透過訴訟監督行政機關依法行使行政職權，以保護人民、法人和其它組織的合法權益，既然行政機關為必須依法行政，同樣在訴訟調解，也必須遵循相關法律規定。根據《人民調解法》第三條：「人民調解委員會調解民間糾紛，應當遵循當事人自願原則。人民調解委員會調解民間糾紛，應當遵循不違背法律、法

⁶⁴ 陳銘聰，中國大陸行政訴訟調解問題之研究，育達科大學報，第39期，頁68，2014年。

規和國家政策。」訴訟調解中當事人的私權力特徵更多的體現為當事人的處分自由，這種處分權的自由的前提條件是必須堅持自願原則，具體係指進行調解工作和達成調解協議都必須以雙方當事人完全自願為前提，不能強迫。此外，訴訟雙方都應該是絕對理性的，在審判前的調解程序中，雙方應該有效權衡自身利益，從而作出理性判斷，沒能達成調解合意，就是放棄調解這一程序選擇權⁶⁵，應立即回到訴訟程序繼續審判。另外，調解是雙方基於合意而達成的法律行為，是一種雙方利益的權衡，並進行部分權利的放棄。所以，當調解無法達成合意時，基於調解過程而獲得的證據，皆不能作為審判過程中的證據，否則雙方在調解過程中都會有所畏懼，調解也就會流於形式，無法發揮其制度上的優勢。

第二，嚴守法律界限，遵循合法原則。訴訟調解的公權力介入性質要求這項活動必須遵循合法原則，具體指人民法院主持的調解活動和雙方當事人達成調解協定的內容，必須符合法律的規定。合法原則要求調解活動必須依照法定程序進行，當事人雙方達成的調解協定內容，不得違反國家政策、法律的規定，不能損害國家和社會公共利益。另外，訴訟調解協議也不能損害其他善意第三人的合法權益。對調解協議的合法性的要求與判決合法性的要求程度不同。法院調解不僅僅是法院運用審判權解決民事糾紛，同時，也是法院行使審判權和當事人行使處分權的結合。當事人可以在不違反法律禁止性規定的情況下，對自己的實體權利和程序權力自由處分，當然在具體的訴訟調解過程中，更多的是權利方作出讓步。訴訟調解工作必須規範和合法，而「依法、公平、公正」是調解成功的保證。只有做到以事實為根據，以法律為準繩，正確運用法律，做到公平、公正，才能保證調解協議的合法性、權威性和約束力，不存在違反法律、行政法規的強制性規定的內容，不違背善良風俗和社會公共道德

第三，維護各方權益，體現公益原則。訴訟調解的成敗，關乎各方

⁶⁵ 陳銘聰，中國大陸行政訴訟調解問題之研究，育達科學報，第 39 期，頁 72-73，2014 年。

當事人的權益，以及通過訴訟調解方案使得自身在經濟活動中的機會平等，經歷訴訟調解過程尋求的方案實施後，是否獲得滿足。當然，在訴訟調解過程中，會經常面臨調解與保護當事人合法權益的矛盾，因為在司法實踐中，調解能否成功，很大程度上取決於權利一方的讓步程度，在設計調解方案時或者在確認當事人之間的調解方案時，是否維護各方權益是考量的重要因素，不因為了盲目追求調解達成率，對利益失衡的調解協議聽之任之。對於當事人做虛假陳述或使用訴訟技巧意在以調解拖延訴訟的，對一方當事人提出的方案顯示公平，勉強調解可能縱容違法者、違約方，應當及時作出判決；對雙方當事人惡意串通的，應當認真履行對調解協議審查確認職責，必要時可以以職權主動調查取證，確保調解協議不存在侵害國家利益、社會公共利益和他人的合法權益情形⁶⁶。

第四，保障資訊對稱，體現中立原則。在訴訟調解過程中，法官的角色應當是中立，這種中立不僅體現在保障當事人實體權利平等的中立，而且體現在保障當事人程序權利上的中立。法官在調解中要保障當事人雙方平等地行使訴訟權利，在程序上不能厚此薄彼。從訴訟地位平等的角度，當事人各方均享有訴訟知情權，法官無權對當事人的訴訟知情權加以剝奪，在向當事人傳遞資訊時，應當以當事人資訊對稱為原則，而不得為調解需要對訴訟資訊任意取捨，刻意向一方或雙方當事人隱瞞訴訟資訊，使當事人在資訊缺乏的情況下作出決定，使調解結果利益失衡。如果因法官的原因使當事人獲得的資訊不對等，最終導致調解結果不公平，權利受損一方得以此為由提起申訴。在過去實踐經驗中，許多法官向當事人傳遞不對等資訊，造成當事人心理壓力，最終促成調解，這種方法雖然有效的，但是不對等傳遞資訊勢必損害一方當事人的利益，不應鼓勵提倡。

第五，實現效率和便捷，突出經濟原則。訴訟調解活動在一定意義

⁶⁶ 陳銘聰，中國大陸行政訴訟調解制度改革研究，南臺財經法學，第4期，頁156-157，2018年。

上是為了實現訴訟效率，達到訴訟效益，所以訴訟調解工作應避免時限過長、久調不決、代價過高，給當事人帶來過重負擔；同時，在訴訟調解時就當事人履行義務的方式也要求經濟快捷而非耗時費力。如果訴訟調解方案對於當事人而言履行起來失於效率和效益，則這一調解方案不會被當事人認同，進而會影響到實際執行的效果。如果一方當事人毫無調解誠意，以調解為幌子，拖延訴訟，法官需要當即結束調解程序，儘快裁判，以及時保護當事人的合法權益。如果從訴訟資源的消耗、訴訟效率的保證、節約訴訟時間成本的角度來考慮，行政訴訟調解，目的就是為了簡化程序，快速解決糾紛。另外，二審和再審程序也應禁止調解，因為二審和再審程序，其目的在糾正一審法院或二審法院判決的瑕疵或錯誤，調解制度在節省時間、人力、物力及成本的設計目的，就已經不存在。

三、未來修法建議

2011 年 4 月 22 日，中共中央社會治安綜合治理委員會、最高人民法院、最高人民檢察院、國務院法制辦、公安部、司法部、人力資源和社會保障部、衛生部、國土資源部、住房和城鄉建設部、民政部、國家工商行政管理總局、國家信訪局、全國總工會、全國婦聯、共青團中央等十六個部門聯合印發《關於深入推進矛盾糾紛大調解工作的指導意見》⁶⁷，正式提出「大調解」作為糾紛解決機制之一。提出堅持調解優先，依法調解，充分發揮人民調解、行政調解、司法調解的作用。把人民調解工作做在行政調解、司法調解、仲裁、訴訟等方法前，立足預警、疏導，對矛盾糾紛做到早發現、早調解。大調解的精神是以和為貴，當前中國大陸正在建構和諧社會，以人民調解、行政調解和司法調解為主，信訪、仲裁、法律服務等為補充的「大調解」工作體系在各級政府已初

⁶⁷ 人民網，<http://politics.people.com.cn/GB/1027/14557800.html>，2018 年 12 月 16 日瀏覽。

步形成。隨著區域經濟快速發展、都市化加快推進、利益格局加劇調整、人口流動更為頻繁的複雜背景下，大調解機制也面臨著巨大的壓力和挑戰，存在一些不容忽視的問題等待解決⁶⁸。

2017年10月18日，中共十九大政治報告指出，中國特色社會主義進入新時代，中國社會的主要矛盾已經轉化為人民日益增長的美好生活需要和不平衡不充分發展之間的矛盾。當前，中國大陸正處於社會轉型和經濟高速發展期，社會矛盾不斷發生，糾紛日趨複雜，訴訟是糾紛解決的主要管道之一；然而，引發社會矛盾的因素是多方面的，要解決這些社會矛盾的手段，也應當是多方面的，司法作為社會正義的最後一道防線，應該解決透過其它手段都解決不了的糾紛，而人民對司法的不信任感正在逐漸變化成普遍社會心理，這是一種極其嚴重的現象。大調解機制是化解新形勢社會矛盾糾紛的有效方法，所牽涉的部門多，解決的方法也多，需要配套措施也多，因此，需要將一些基層創造的行之有效的做法和經驗上升到法律法規的高度，從法制層面上予以規範和強化。

立法者制定法律時，應確保當事人有機會參與程序，並影響真實的確定、法律的發現和裁判的形成，所以，調解的好處並非它一定是比判決更好、更有效的解決糾紛的方式，其主要功用體現在以下二個方面：一是為糾紛當事人提供判決之外的其它選項，增加當事人的比較和選擇各種解決糾紛方式的機會，降低當事人和社會解決糾紛的費用。二是司法機關也可以從民眾的大量選擇中獲得一些相關資訊，改革和完善相應的制度⁶⁹。就此而言，判決和調解之間有一種長期的制度互補又相互競爭的關係，在此意義上，立法上應充實、健全相關制度，避免紛爭當事人未受程序上利益，反而先受其害。由此可見，行政訴訟調解，使糾紛當事人於發現真實，尋求法的過程中，獲得相當的機會，藉此避免或表

⁶⁸ 南京政協，http://www.njzx.gov.cn/zxzt/2014zxlh/wyzs/201401/t20140113_2410421.html，2018年12月16日瀏覽。

⁶⁹ 陳銘聰，中國大陸行政訴訟調解制度改革研究，南臺財經法學，第4期，頁159，2018年。

明如何防止過大或不甘願的勞務付出⁷⁰。

在行政訴訟的實踐，如果能用調解方式結案會取得比判決更好的社會效果，並且減少法院工作量，合理分配司法資源。過去因為行政訴訟對調解採取否定態度，因此，《行政訴訟法》對調解規定僅寥寥數條，但參照 2011 年 1 月 1 日起施行的《人民調解法》，可知調解制度在糾紛解決機制具有相當的重要性，發揮調解制度在減少當事人的訴累，化解社會矛盾，增進社會和諧方面的功能與作用。未來《行政訴訟法》再度修法時，也應該引入調解規定，因此，有學者建議《行政訴訟法》再度修法時，應該明確作出以下規定：「人民法院審理案件，在雙方自願、被告行政機關對訴訟標的享有自由裁量權的情況下、不損害國家、社會公共利益及第三人利益的情況下，可以適用調解⁷¹。」

綜上所述，《行政訴訟法》第六十條應該做以下的修正：「人民法院審理行政案件，有下列情形之一的，可以適用調解：（一）法律、法規設定行政處罰有法定種類的；（二）法律、法規設定行政處罰有法定幅度的；（三）法律適用條件確認上有自由裁量範圍的；（四）行為制度選擇上有自由裁量權的；（五）法律規定的其它可以調解的情形。」並且增定以下規定：

第一，調解協議的規定。成立訴訟調解者，應做成調解協議。調解協議具有與判決相同的法律效力，除當事人外，對於訴訟系屬後為當事人之繼受人者以及為當事人或其繼受人占有請求之標的物者，也有效力。原行政行為或行政決定經判決撤銷後，行政機關若重為行政行為或行政決定者，原則上必須依調解協議意旨為之。

第二，當事人請求繼續審判的規定。當調解協議有無效或可以撤銷之原因者，當事人得在法定期限內請求繼續審判，以維護當事人的訴訟權利。

⁷⁰ 邱聯恭，民事訴訟法學之回顧與展望，頁 30 以下，三民書局，2000 年版。

⁷¹ 莫于川，人民合法權益保護優先是行政訴訟立法的重要原則，中國人民大學學報，第 5 期，頁 7，2005 年。

第三，二審和再審程序禁止調解的規定。《行政訴訟法》引入調解，目的是為了簡化程序，快速解決糾紛，因為二審和再審程序的目的在糾正一審法院或二審法院判決的瑕疵或錯誤，調解制度設計上的節省時間人力物力成本的目的已經不存在。從保證審判的公正性角度考慮和體現正義價值，二審和再審程序應該禁止調解。

陸、結論

中國大陸《行政訴訟法》引入調解，並不能解決當前所面臨所有的社會矛盾問題，不過，在中國大陸法治進程不斷推進的時代背景下，仍具有穩定社會的關鍵性作用。調解作為一種多元化糾紛解決機制的方式，具有低成本、自願性、非強制手段、不受時空限制、增強當事人參與、溝通交流和妥協讓步的特點，在中國大陸歷史上和社會現實中都發揮著定紛止爭的重要功能。由於社會各功能系統分工日益專業化，以訴訟為核心的糾紛解決模式，事實上也不斷受到挑戰和質疑。多元化糾紛解決機制能夠以比較理想的方式，貼近人民的需求，不受形式法律的拘束，在未超出法律許可範圍內解決紛爭。以中國大陸的社會現狀而言，《行政訴訟法》引入調解已經無庸置疑，不過，作為一種法律制度，尚存許多現實的法律障礙，迫切需求在法治上創新。在行政訴訟的實踐中，如果能用調解方式結案，可以取得比判決更好的社會效果，並且合理分配司法資源，減少法院的工作量。對此，《行政訴訟法》也應該對此作出回應，再度修正時，應該引入調解規定。

參考文獻

一、書籍

- 於安、江必新、鄭淑娜，行政訴訟法學，法律出版社，1997 年版。
- 王振清，行政訴訟法前沿實務問題研究，中國方正出版社，2004 年版。
- 林騰鵠，行政訴訟法，三民書局，2011 年版。
- 林佳和，勞資爭議處理法草案中裁決處理程序相關問題研究，行政院勞工委員會專案研究計畫，2004 年。
- 姜明安，行政法和行政訴訟法，法律出版社，2003 年版。
- 邱聯恭，民事訴訟法學之回顧與展望，三民書局，2000 年版。
- 胡尚華，權力與權利的博弈，中國法制出版社，2005 年版。
- 張衛平，轉換的邏輯--民事訴訟體制轉型的分析，法律出版社，2004 年版。
- 楊海坤、黃學賢，行政訴訟基本原理與制度完善，中國人事出版社，2005 年版。

二、期刊論文

- 王越飛，三位一體調解體系的基本原理，河北學刊，第 2 期，2015 年。
- 王敏遠，再論法律中的真實，中國法學，第 6 期，頁 16，2004 年。
- 王德新，民事訴訟的契約化及其邊界，山東師範大學學報（人文社會科學版），第 3 期，2011 年。
- 王嘉浩，我國大調解制度的問題及對策，山西省政法管理幹部學院學報，第 1 期，2012 年。
- 古強，涉訴信訪糾紛解決機制探索--以 X 市法院為分析物件，天中學刊，第 1 期，2018 年。
- 莫於川，人民合法權益保護優先是行政訴訟立法的重要原則，中國人民大學學報，第 5 期，2005 年。

吳光明，從金融風暴論訴訟外糾紛解決（ADR）機制，法令月刊，第 10 期，頁 80，1992 年。

陳新民，論殘疾人士廉租房的權利與行政訴訟的保障界線，行政法學研究，第 4 期，2018 年。

陳新民，和為貴--由合作行政的概念論行政調解的法制改革，政大法學評論，第 121 期，2011 年。

陳銘聰，行政訴訟法中應設置調解制度，甘肅警察職業學院學報，第 4 期，2012 年。

陳銘聰，中國大陸行政訴訟調解問題之研究，育達科大學報，第 39 期，2014 年。

陳銘聰，中國大陸行政訴訟調解制度改革研究，南臺財經法學，第 4 期，2018 年。

陳銘聰、伏子瑾，中國大陸訴訟調解制度在民事訴訟案件適用之研究，法界天平，第 2 期，2014 年。

楊偉東，我國信訪機制的重構--兼論新信訪條例的缺失，國家行政學院學報，第 6 期，2005 年。

顧培東，能動司法若干問題研究，中國法學，第 4 期，2010 年。

範愉，當代中國非訴訟糾紛解決機制的完善與發展，學海，第 1 期，2003 年。

楊劍，論訴訟權的憲法保障，學術界，第 5 期，2007 年。

魏曉欣，論西部少數民族地區大調解機制的特殊價值，經濟研究導刊，第 24 期，2015 年。

郭偉明，試論搖號選房的道義公平，上海房地，第 9 期，2018 年。

熊傳莉，我國錯案責任倒查問責制的實現方式--以呼格吉勒圖案為例，蘭州文理學院學報(社會科學版)，第 4 期，2015 年。

三、報紙

信訪，百度百科，<http://baike.baidu.com/view/149918.htm?fr=aladdin>，2018

年 11 月 11 日瀏覽。

彭波，十八大以來政法綜治部門推進平安中國建設綜述，人民日報，2014 年 11 月 5 日。

中央政法委出臺三個文件解決涉法涉訴信訪突出問題，人民日報，2014 年 9 月 12 日。

多元化機制解決社會矛盾糾紛，光明日報，2008 年 3 月 16 日

沈德詠，部分群眾對司法不信任漸成普遍社會心理，人民日報，2009 年 8 月 19 日。

四、網頁資料

大調解機制，百度百科，<https://baike.baidu.com/item/大調解機制/262436?fr=aladdin>，2018 年 12 月 16 日瀏覽。

打浦橋街道社區信訪工作“三會一代理”紀實，上海市人民政府，<http://www.shanghai.gov.cn/nw2/nw2314/nw2315/nw4411/u21aw105009.html>，2018 年 12 月 16 日瀏覽。

南京政協，http://www.njzx.gov.cn/zxzt/2014zx1h/wyzs/201401/t20140113_2410421.html，2018 年 12 月 16 日瀏覽。

信訪，百度百科，<http://baike.baidu.com/view/149918.htm?fr=aladdin>，2018 年 12 月 16 日瀏覽。

中央政法委出臺三個文件解決涉法涉訴信訪突出問題，金昌市信訪局，http://xfj.jc.gansu.gov.cn/art/2017/3/16/art_18941_313842.html，2018 年 12 月 16 日瀏覽。

人民監督員，百度百科，<http://baike.baidu.com/view/852736.htm?fr=aladdin>，2018 年 12 月 16 日瀏覽。

人民陪審員制度，百度百科，<http://baike.baidu.com/view/6141505.htm>，2018 年 12 月 16 日瀏覽。

公民權利和政治權利國際公約，互動百科，<http://www.baike.com/wiki/公民權利和政治權利國際公約>，2018 年 12 月 16 日瀏覽。

中國法院網，<https://www.chinacourt.org/article/detail/2017/06/id/2893977.shtml>，2018 年 12 月 16 日瀏覽。

林建國訴濟南市住房保障和房產管理局房屋行政管理案，法治政府網，<http://fzzfyjy.cupl.edu.cn/info/1075/7021.htm>，2018 年 12 月 16 日瀏覽。

人民網，<http://politics.people.com.cn/GB/1027/14557800.html>，2018 年 12 月 16 日瀏覽。

南京政協，http://www.njzx.gov.cn/zxzt/2014zxlh/wyzs/201401/t20140113_2410421.html，2018 年 12 月 16 日瀏覽。

國家信訪局出臺加強初信初訪辦理工作辦法，人民網，<http://politics.people.com.cn/n/2014/1016/c1001-25843347.html>，2018 年 12 月 16 日瀏覽。

Research on the Introduction of Mediation into Administrative Procedure Law in China

CHEN, MING-TSUNG

Abstract

Litigation mediation is an important way for courts to resolve disputes and contradictions. It plays an important role in resolving social contradictions, promoting social harmony and reducing litigation burden of the parties. In principle, the administrative litigation system is that the people sue the government, but as one of the litigant's administrative organs, it is easy to use public power to force the other party to accept the mediation plan, thereby infringing on the litigant's litigation rights. Therefore, if mediation is allowed to be applied in any administrative litigation case, it will easily cause the people to be forced by the authority of the administrative organs, and easily accept the mediation conditions proposed by the administrative organs, without guaranteeing a fair trial. In the 1990s, when China began to enact the Administrative Procedure Law, in order to avoid this situation, it was clearly stipulated that mediation should not be applied in administrative litigation. Article 60 of the current Administrative Procedure Law clearly stipulates that mediation should not be applied in court hearing administrative cases. However, with the changes of the times, such provisions are no longer in line with the actual needs of the current social environment, because the provisions explicitly prohibited in the Administrative Procedure Law lead to the parties unable to use mediation,

but use the way of out-of-case consultation to resolve disputes. Instead of using this disguised mediation method to circumvent the provisions of the law, it is better to admit the legality of mediation in good faith, in order to solve the strange phenomenon that the current practice is out of touch with the legal system. In the future, when amending the Administrative Procedure Law, mediation should be introduced appropriately, and reasonable norms should be given to reflect that the law keeps pace with the times of social development, so as to conform to the idea of promoting the rule of law in an all-round way.

Keywords: administrative litigation; litigation mediation; diversified dispute resolution mechanism; judicial credibility; rule of law.

參考文獻

一、中文文獻

王澤鑑，回復原狀與金錢賠償—損害賠償方法的基本架構，月旦法學雜誌，第 127 期，2005 年 12 月，頁 196-207。

王澤鑑，信賴利益之損害賠償，收錄於「民法學說與判例研究第五冊」，1998 年 5 月，頁 229-252。

王澤鑑，商品製造人責任與純粹經濟上損失，收錄於「民法學說與判例研究第八冊」，2006 年 2 月，頁 233-273。

王澤鑑，損害概念與損害分類，月旦法學雜誌，第 124 期，2005 年 9 月，頁 201-212。

王澤鑑，損害賠償，2017 年。

王澤鑑，舉重明輕、衡平原則與類推適用，收錄於「民法學說與判例研究第八冊」，2006 年 2 月，頁 1-98。

吳從周，論民法第一條之「法理」—最高法院相關民事判決判例綜合分析，東吳大學法律學報，第 15 卷第 2 期，2004 年 2 月，頁 1-104。

林誠二，民法總則新解（下），三版，2012 年。

姚志明，債務不履行之研究（一），給付不能、給付遲延與拒絕給付，2003 年。

孫森焱，民法債編總論，上冊，2013 年。

郭冠甫，美國契約法中違約損害賠償責任之探討：以信賴利益為中心，靜宜法學，第七期，2018 年 12 月，頁 267-294。

陳自強，契約法講義 I，契約之成立與生效，二版，2012 年。

陳自強，契約法講義 II，契約之內容與消滅，四版，2018 年。

陳自強，契約錯誤法則之基本理論—契約法之現代化 IV，2015 年。

陳聰富，民法總則，二版，2016 年。

陳聰富，物之損害賠償，月旦法學雜誌，第 257 期，2016 年 10 月，頁 61-82。

黃立，德國新債法之研究，2009 年。

楊佳元，侵權行為損害賠償責任研究—以過失責任為中心，2009 年。

楊芳賢，民法債編總論（上）（下），初版，2017 年。

葉新民，德國民法上違反締約時說明義務之損害賠償責任—兼論以契約之回復原狀做為損害賠償方法在我國法上適用的可能性，臺北大學法學論叢，第 86 期，2013 年 6 月，頁 51-124。

劉昭辰，履行利益、信賴利益，月旦法學雜誌，第 116 期，2005 年 1 月，頁 95-109。

二、外文文獻

Ackermann, Thomas: Der Schutz des negativen Interesses, 2007.

Bähr, Otto: Ueber Irrungen im Kontrahiren, in: Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts, Bd. 14 1875, 393ff.

Bamberger, Heinz Georg/ Roth, Herbert/Hau, Wolfgang/Poseck, Roman (Hrsg.): Beck'scher Online-Kommentar BGB, 48. Edition, Stand: 01.08.2018.

Canaris, Claus Wilhelm: Schadensersatz wegen Pflichtverletzung, anfängliche Unmöglichkeit und Aufwendungsersatz im Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, DB 2001, 1815ff.

Canaris, Claus Wilhelm: Äquivalenzvermutung und Äquivalenzwahrung im Leistungsstörungenrecht des BGB, in: FS Wiedemann, 2002, S. 3ff.

Canaris, Claus-Wilhelm: Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, 499ff.

Canaris, Claus-Wilhelm: Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971.

Dauner-Lieb, Barbara/Konzen, Horst/Schmidt, Karsten (Hrsg.): Das neue Schuldrecht in der Praxis, 2002.

Dauner-Lieb, Barbara/Lange, Werner, Nomos Kommentar BGB Schuldrecht,

Band 2/1, 3. Aufl. 2016.

Dedek, Helge: Negative Haftung aus Vertrag, 2007.

Derleder, Peter: Sachmängel- und Arglisthaftung nach neuem Schuldrecht. NJW 2004, 969ff.

Esser, Josef/Schmidt, Eike: Schuldrecht, Band I: Allgemeiner Teil, Teilband II, 8. Aufl. 2000.

Fleck, Wolfgang: Begriff und Funktion der "Billigkeit" bei § 284 BGB, JZ 2009, 1045ff.

Flessner, Axel/Kadner Graziano, Thomas Michael: Neue Widersprüche zum Gebrauchsentgang - BGHZ 99, 182 und 101, 325, JZ 1989, 879ff.

Grigoleit, Hans Christoph/Riehm, Thomas: Schuldrecht IV Deliktsrecht und Schadenersatzrecht, 2011.

Grundmann, Stefan: Der Schadensersatzanspruch aus Vertrag, AcP 204(2004), 569ff.

Gsell, Beate: Aufwendungsersatz nach § 284 BGB, NJW 2006, 1225ff.

Hanau, Peter/Wackerbarth, Ulrich: Positives und negatives Interesse, in FS Hyung-Bae Kim, 1995, S. 205ff.

Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band II, Schuldrecht: Allgemeiner Teil, 1. Teilband, 2007.

Huber, Peter/Faust, Florian: Schuldrechtsmodernisierung - Einführung in das neue Recht, 2002.

Huber, Ulrich: Schadensersatz statt der Leistung, AcP 210(2010), 319ff.

Huber, Ulrich: Zur Haftung des Verkäufers wegen positiver Vertragsverletzung, AcP 177(1977), 281ff.

Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch 17. Aufl. 2018.

Jhering, Rudolf von: Culpā in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, in: Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts, Bd. 4 1861 1ff.

- Keuk, Brigitte: Vermögensschaden und Interesse, 1972.
- Küppers, Karsten: Verdorbene Genüsse und vereitelte Aufwendungen im Schadensersatzrecht, 1976.
- Lange, Hermann/Schiemann, Gottfried: Schadensersatz, 3. Aufl. 2003.
- Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Band I: Allgemeiner Teil, 14 Aufl. 1987.
- Larenz, Karl: Nutzlos gewordene Aufwendungen als ersatzpflichtige Schäden, in Festschrift für Oftinger, 1969, S. 151ff.
- Leonhard, Marc: Der Ersatz des Vertrauensschadens im Rahmen der vertraglichen Haftung, AcP 199(1999), 660ff.
- Lorenz, Stephan: Grundwissen – Zivilrecht: Aufwendungsersatz (§ 284 BGB), JuS 2008, 673ff.
- Medicus, Dieter/ Lorenz, Stephan: Schuldrecht I – Allgemeiner Teil, 19. Aufl. 2010.
- Medicus, Dieter/Petersen, Jens: Bürgerliches Recht, 25. Aufl. 2015.
- Mommßen, Friedrich: Zur Lehre vom dem Interesse (Beiträge zum Obligationenrecht), 1855.
- Müller, Georg: Der Ersatz entwerteter Aufwendungen bei Vertragsstörungen, 1991.
- Müller-Laube, Hans-Martin: Vertragsaufwendungen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung, JZ 1995, 538ff.
- Münchener Kommentar zum BGB, 7 Aufl. 2016.
- Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 66. Aufl. 2007.
- Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 70. Aufl. 2011.
- Prütting, Hanns/Wegen, Gerhard/Weinreich, Gerd (Hrsg.), BGB Kommentar 13. Aufl. 2018.
- Reim, Uwe: Der Ersatz vergeblicher Aufwendungen nach § 284 BGB, NJW 2003, 3662ff.

- Savigny, Friedrich Carl von: Das System des heutigen Römischen Rechts, 3. Band, 1840.
- Schackel, Torsten: Der Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses bei Nichterfüllung von Verträgen, ZEuP, 2001, 248ff.
- Schmidt, Eike: Die verpatzte Jubiläumsfeier, in: Festschrift für Gernhuber, 1993, S. 423ff.
- Schulze/Dörner/Ebert/Hoeren/Kemper/Saenger/Scheuch/Schreiber/Schulte-Nölke/Staudinger/Wiese (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 10. Aufl. 2019.
- Soergel, Hans-Theodor (Begr.): BGB-Kommentar, Band 2: Schuldrecht I, §§ 241-432, 12. Aufl. 1990.
- Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1993ff.
- Stoll, Hans: Anmerkung zu BGH Urteil v. 10.12.1986, VII ZR 349/85, JZ 1987, 517ff.
- Stoll, Hans: Die bei Nichterfüllung nutzlosen Aufwendungen des Gläubigers als Maßstab der Interessenbewertung. Eine rechtsvergleichende Studie zum Vertragsrecht, in: FS Konrad Duden, 1977 S. 641ff.
- Tuhr, Andreas von: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts.: Erster Band: Allgemeine Lehren und Personenrecht, 1907. (Duncker & Humblot reprints, 30. Juli 2013)
- Tuhr, Andreas von: Der Schaden nach dem BGB, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV), Dritte Folge, Vol. 11 (47), No. 1/2 (1907), S. 63-96.
- Unholtz, Jörg Sebastian: Der Ersatz "frustrierter Aufwendungen" unter besonderer Berücksichtigung des § 284 BGB, 2004.
- Weitemeyer, Birgit: Rentabilitätsvermutung und Ersatz frustrierter Aufwendungen unter der Geltung von § 284 BGB, AcP 205(2005), 275ff.
- Wiedemann, Herbert/Müller, Georg: Anmerkung zu BGH Urteil v. 19.04.1991,

V ZR 22/90m JZ 1992, 467ff.

Wiedemann, Herbert: Schadensersatz und Freizeichung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Individualverträgen, in: FS Ulmer, 2003, S. 1273ff.

Wiedemann, Herbert: Thesen zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung, in: FS Hübner, 1984, S. 719.

Windscheid, Bernhard: Lehrbuch des Pandektenrechts, 6. Aufl.1887.

Würthwein, Susanne: Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit einer Sache oder für entgangene Gebrauchsvorteile, 2001.

Compensation for Frustrated Expenses instead of Damages for Breach of Contract – Focused on German Law

Hsin-min Yeh

Abstract

The so-called frustrated expense is a matter of reliance. The creditor is willing to pay such expenses because he trusts that the debtor will perform his obligations of the contract. This payment of expenses will become meaningless (frustrated) when the debtor breaches the contract. In this case the creditor can claim for compensation of damage of positive interest according to the civil code of Taiwan. However, the nature of this damage caused by frustrated expenses refers to the restitution of the negative interest. Due to a lack of causality the relating regulation of civil code cannot be applied here. The jurisprudence and the legal praxis in Taiwan are rarely aware of this problem so far. The reason is that the traditional theories of damage cannot provide the solution to this problem.

In contrast, since more than one hundred years this issue has been steady discussed in Germany, but a consensus could not be reached. In 2002 the German obligation law was amended to solve this problem. Since then debates around this new regulation of § 284 BGB are still ongoing. This essay is focused on the legal problems of frustrated expenses before and after the amendment of BGB in Germany. Based on this research the possibility to receive the German law in Taiwan will be under study.

Keywords: frustrated expenses, compensation for damage, performance interest, reliance interest, positive interest, negative interest, theory of frustration, § 284 BGB.