

德国调解制度的新发展

[德] 彼得·哥特瓦尔德 著
曹志勋 译

摘要：与民事诉讼相关的调解可以细分为若干具有不同内涵的调解制度，在比较法上各法域之间也有比较明显的差异。与美国法上对于诉讼外/替代性纠纷解决方式的强调不同，德国语境下的调解有其特色。本文作者作为德国民事诉讼法领域的领军人物，在本文中介绍了立法修改的情况和新法实施五年后的最新进展。在原有法院外的调解、法院相关的调解和法院内调解的实践基础上，2012年的新《调解法》提供了清晰的法律规范框架。同时，新《调解法》为上述调解制度提供了就诉讼时效期间和其他时间限制、调解保密性、调解结果的执行力和调解费用方面的配套制度，对于调解员资格的认定也给出了相对明确的答案。新《调解法》的施行本身并未终结旧调解制度的争议，相反在解决一部分问题的同时，又导致了新争议的产生。本文作者进而认为，诉讼程序应当和各种形式的法院外纠纷解决机制自由竞争，这包括调解、和解、仲裁等各类被主动提供和被各方要求的程序。

关键词：纠纷解决；法院外调解；委托调解；诉讼调解；调解员；和解法官

[中图分类号] D951.65 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180(2020)03-0144-15

引言

调解，正如这里并未加上“德国的”这一限制，并非德国的原创，而是或多或少地移植自美国法。过度的审前证据开示程序和至少在重大案件中与之相伴的巨额花费和消耗，导致不同形式

【作者简介】彼得·哥特瓦尔德（Peter Gottwald）为德国雷根斯堡大学民法、程序法和国际私法荣休教授，曾任国际诉讼法学会主席。本文原文为英文，发表于 Peter Gottwald, Mediation in Germany, in: Festschrift für Hiroyuki Matsumoto, S.767-784 (2017)。值得注意的是，此前周翠教授于《北大法律评论》“纠纷解决的新展望”专题研讨中以《调解在德国的兴起与发展——兼评我国的人民调解与委托调解》（《北大法律评论》第13卷第1辑，北京大学出版社2012年版，第64-92页）对德国2012年之前的情况作了详尽介绍和讨论。此外，在本文作者作为当代执笔人的罗森贝克、施瓦布、哥特瓦尔德的《民事诉讼法》（第18版，德国C.H. Beck出版社，2018年）经典教材中，与2010年第17版相比最显著的修改即增加了独立的“第88节 法院外纠纷解决程序”，具体讨论了律师参与的纠纷解决、强制性法院外调停、包括消费者调停程序在内的调停程序、调解程序以及仲裁程序和仲裁鉴定。在体例上对已有90岁“高龄”的经典教材的调整，至少从一个侧面体现出纠纷解决机制在当代德国民事程序法领域中越来越重要的地位。

【译者简介】曹志勋，北京大学法学院助理教授，法学博士。译者特别感谢傅郁林教授对译文提出数十处修改意见，感谢廖树衡、李逸梦同学在论文翻译过程中予以的协助。

的替代性纠纷解决程序已经在美国有了超过 30 年的发展。⁽¹⁾ 替代性纠纷解决程序的目的在于，在司法权利保护的公共系统之外，使纠纷和争议得到更有效的解决。调解一直属于这一程序，并且在美国非常热门。哈佛大学为调解员提供了特别的培训课程，即所谓的哈佛课程。⁽²⁾ 并不奇怪的是，欧洲企业和学术界也对上述程序可能性喜闻乐见。因此，调解风暴也席卷了德国，但并不像龙卷风那么剧烈，因为德国法院的权利保护通常不但不昂贵，而且保持了高效和高质量。与普通法系的法官相比，通常民商事和家庭法领域的德国法官有义务（德国《民事诉讼法典》第 278 条第 1 款和第 2 款，德国《家事事件及非讼事件程序法》第 36 条第 1 款后句）并且也愿意通过和解来结束诉讼程序。就此而言，德国法官并不仅仅将当事人达成的和解协议记录在案，而是积极地参与到促成当事人达成和解协议的过程之中。德国诉讼法甚至允许法院提议，和解协议的诉讼标的应当扩大到诉讼程序中争议的实际诉讼标的之外，以便终局且全面地解决双方当事人之间的冲突。⁽³⁾ 在德国，也不存在昂贵的审前证据开示程序。由上可见，德国对替代性纠纷解决机制的需求远不如美国那样强烈。易言之，调解在德国仍然处于发展的阶段。

然而，由于案情复杂或者包含情感因素，法律的各个领域中都有一些案件适宜通过非公力的协商得到解决。这种方式比依照法律的主权性裁断甚至比由法官在法律边界内促成的和解协议都更有优势。

当然，从某种程度来说，调解在德国也一时流行。相当多的律师都试图以调解员的身份显示出在同行中的特殊之处。即使在德国并没有关于诉外调解的统计数据，也可以发现各领域中实际的诉讼数量并没有由于调解程序的建立而减少。只有相当少数的案件被法院移送至调解程序。在这些案件中，自由协商且不必对照法官权威裁判的纠纷解决方案看起来更为恰当。

不过，这些案件分布在不同的法律领域中。在民法上，调解程序在商事争议⁽⁴⁾、知识产权和专利法⁽⁵⁾、公司法⁽⁶⁾、住宅所有权人社团相关问题、继承法⁽⁷⁾、家族企业和建筑工程法⁽⁸⁾ 领域中都十分常见，在保险法⁽⁹⁾ 和医疗法⁽¹⁰⁾ 领域也如此。进而，调解程序也在家事程序、离婚后的

(1) Cf. P. Murray, ADR und die amerikanische Ziviljustiz, in: Gottwald, Aktuelle Entwicklungen des europäischen und internationalen Zivilverfahrensrechts, 2002, S. 25; F. Steffek, Rechtsvergleichende Erfahrungen für die Regelung der Mediation, RablsZ 74 (2010), S. 841.

(2) Cf. R. Fisher/W. Ury/B. Patton, DAS HARVARD-KONZEPT, 23. Aufl. 2009; G. Hösl, Mediation, die erfolgreiche Konfliktlösung, 4. Aufl. 2008, S. 69 f.

(3) Cf. Federal Supreme Court (BGH), Order of 3 August 2011, BGHZ 191, 1 = NJW 2011, 3451.

(4) Cf. Ch. Stubbe, Wirtschaftsmediation: Perspektiven der großen Unternehmen, in: Greger/Unberath, Die Zukunft der Mediation in Deutschland, 2008, S. 133.

(5) Cf. A. Schmelz-Buchhold, Mediation bei Wettbewerbsstreitigkeiten, 2010; Prinz, Mediation im Urheberrecht, UFITA 2011, S. 9.

(6) Raeschke-Kessler, Mediation und Schiedsverfahren in Gesellschaftsstreitigkeiten, AnwBl 2011, 441.

(7) Töben/Schmitz-Vormoor, Möglichkeiten der Konfliktvorsorge in der erbrechtlichen Beratungs- und Gestaltungspraxis, RNotZ 2014, 527.

(8) Cf. Bornheim, Möglichkeiten zu außergerichtlichen Streitbelegungsverfahren, BauR 2011, S. 596; Hauptmann/Hajek u.a., Mediation eine Alternative zur gerichtlichen Auseinandersetzung für die Bauindustrie?, FWW 2011, 30.

(9) Cf. Wendt, Konfliktmanagement und Mediation in der Versicherungswirtschaft, in: Klowitz/Gläßer, Mediationsgesetz, 2014, S. 557.

(10) Cf. St. Hattemer, Mediation bei Störungen des Arzt-Patient-Verhältnisses, 2012.

财产处理争议、监护权争议以及不享有监护权的父母一方对孩子的接触和探望权的争议⁽¹¹⁾中得到了广泛应用。

除此之外，调解程序还出现在劳动法争议⁽¹²⁾、企业内部争议⁽¹³⁾、与行政公权力机关发生的争议、行政和社会法院诉讼程序中的先决争议⁽¹⁴⁾之中。其中最后一类争议，当然并不涉及个别社会福利受益人提出的请求，而是发生在不同的社会福利机构或者发生在医院、医师协会和健康保险之间。

一、德国的调解

在德国，对调解的理解与其他欧盟国家并无差异，调解也被认为是那些并非主要基于法律状况分析而解决复杂案件⁽¹⁵⁾的程序。因此，调解是一个双方或者多方当事人之间具有明确结构形式的程序，即在自愿的基础上，当事人通过中立调解人的协助，试图达成协议以解决他们之间的纠纷（参照《欧盟调解指令》第3条第a项，德国《调解法》第1条）。⁽¹⁶⁾有批评意见指出，上述定义过于模糊⁽¹⁷⁾，但我们别无良策。

（一）法院外的调解

典型的调解程序通常发生在诉讼程序之前，比如在没有提起任何请求，其目的多在于解决那些没有法律解决方案的个人或社会争议。调解当事人在法律上各执一词并且无法达成协议，于是引入了第三方的参与以便解决纠纷。就此而言，这一程序当然并非美国法的发明。本文讨论的调解的特殊之处在于，第三方就冲突和谈判管理已经接受了专门培训，同时其对纠纷的解决不是通过提出自己的建议，原则上也并非通过适用法律。第三方的主要任务则是协助双方当事人在平等的基础上理解各自的主张，比如通过分析各方的利益，弥合他们之间的分歧并且达到协商一致的结果。当事人在达成协议时可以抛开责任的划分，上述协议也被认为具有恢复安宁（peace-making）

(11) Cf. Ch. Paul, Die Familien-Mediation in Deutschland, in: Greger/Unberath (N. 4), S. 153; Ch. Paul, Familien- und Scheidungsmediation, in: Klowait/Gläßer (N 9), S. 511; R. Schröder, Familienmediation, 2004; Greger, Mediation und Gerichtsverfahren in Sorge- und Umgangsrechtskonflikten, 2010.

(12) Cf. Bürger, Möglichkeiten für den Einsatz der Mediation im Arbeitsrecht, 2014; Lehmann, Mediation zur Konfliktbeilegung: Instrument für die Betriebs- und Tarifvertragsparteien?, BB 2013, 1014; Lembke, Mediation bei Arbeitsstreitigkeiten, Festschrift für v. Hoyningen-Huene, 2014, S. 241; Lukas, Mediation in individual- und kollektivarbeitsrechtlichen Konflikten, in: Klowait/Gläßer (N 9), S. 499.

(13) Cf. Hollich, Konflikte mit Mitarbeitern, NJW-aktuell 2011, Issue 27, S. 14; Markowski, Wenn intern nichts mehr geht, AiB 2011, 162.

(14) Cf. N. Friedrich, Mediation und die Herstellung von Verfahrensgerechtigkeit in sozialrechtlichen Konflikten, ZKM 2012, 180; Zimmerer, Mediation in der Bayerischen Verwaltungsgerichtsbarkeit, BayVBl 2014, 129; T. Weitz, Gerichtsnaher Mediation in der Verwaltungs-, Sozial- und Finanzgerichtsbarkeit, 2008.

(15) Breidenbach, Das Besondere der Mediation, die Sicht eines Wirtschaftsmediators, in: Greger/Unberath (N. 3), S. 27.

(16) Breidenbach, Mediation, 1995, S. 137 ff.; Hess, Mediation und weitere Verfahren konsensueller Streitbeilegung, Gutachten F, 67. Deutscher Juristentag, 2008, S. F 15 ff.; Unberath, Mediationsverfahren, ZKM 2011, 4; R. Jordans, Das neue Mediationsgesetz-Chancen und Anforderungen für Rechtsanwälte, MDR 2013, 65.

(17) Risse, Das Mediationsgesetz-eine Kommentierung, SchiedsVZ 2012, 244, 245.

的作用。⁽¹⁸⁾

这种自由调解主要存在于商事领域，在商法、公司法、知识产权法和保险法领域中都广泛存在。

只要调解员尝试的只是促使当事人相互妥协，其活动就仅属于调解，而非法律服务（德国《法律服务法》（Rechtsdienstleistungsgesetz）第2条第2句第3项）。但是，法律并未对该程序作出明确规定，当事人可以在调解协议中自由决定对调解员提出何种要求。因此，当事人可以授权调解员在谈判过程中加入法律考量或者甚至就纠纷的解决提出独立方案。在这种情况下，调解员的工作就属于法律服务，一般只能由律师完成（德国《联邦律师法》第3条）。因此，此时调解员必须具有律师资格。⁽¹⁹⁾至于这应当被称为调解还是和解性讨论，则不那么重要。无论如何，上述复合型程序并未被法律禁止。

如果当事人在调解中达成一致，由于协商结果通常会被立即履行，在调解程序中并不需要作出执行依据。在确有必要时，当事人也可以提起诉讼，请求对方履行合同。如果当事人有意愿，上述协议中明确的给付义务也可以经过公证员公证（德国《民事诉讼法典》第794条第1句第5项），或者采取具有执行力的、律师和解协议的形式（德国《民事诉讼法典》第796a条）。

当事人决定诉讼外调解进行的具体方式。如果双方未作特殊约定，调解员将与当事人一同安排程序。任意一方当事人可以随时终止调解程序（调解指令前言第13条，德国《调解法》第2条第5款第1句）。⁽²⁰⁾当调解员预见到双方当事人的沟通或者和解协议没有可能时，他也同样有权终止调解程序（德国《调解法》第2条第5款第2句）。

为了消除当事人就调解程序是否适当以及各方当事人的权利义务所产生的不确定性，许多机构都已经颁布了示范性调解规则，供调解员作为指引，也为双方当事人起草调解协议提供参考。⁽²¹⁾比如，德国仲裁协会（Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit）就改革其仲裁和解程序的过程中，于2010年5月1日颁布了调解规则。⁽²²⁾除了可以直接采纳上述本国的程序规则之外，德国的自由调解并没有不同于其他国家的特殊之处。

（二）法院相关的调解

德国法的第一个特殊性在于，德国法院有权在恰当的案件中将当事人移送至诉外调解。德国《民事诉讼法典》第278a条第1款规定，法院可以向当事人提议诉外调解或者其他的纠纷解决程序。如果当事人决定接受上述建议（这极少发生），将发生诉讼程序中止的效果（德国《民事诉讼法典》第278a条第2款）。如果调解程序最终达成协议，诉讼程序则将被终止；如果未能达成协

(18) Cf. A. Sarhan, Der Stellenwert der Mediation im Recht und in der Justiz, JZ 2008, 280, 282.

(19) Cf. M. Plassmann, Das Mediationsgesetz-eine Steilvorlage für die gesamte Anwaltschaft, BRAK-Mitt. 2012, 194, 199.

(20) B. Grundmann, Grußwort zum Mediationsgesetz, SchiedsVZ 2012, 229.

(21) 关于国际商会替代性纠纷解决规则：H. Tümpel, Bringing the parties to the table, ZKM 2012, 162.

(22) Cf. Breidenbach/Perres, Die DIS-Mediationsordnung, SchiedsVZ 2010, 125.

议, 法院将恢复并继续推进诉讼程序。就此而言, 上述程序的特殊之处仅在于法官并不是亲自参与当事人的和解过程, 而是基于案件的特殊性, 引导他们考虑诉外调解的可能性。因此, 从诉讼程序到诉外程序的“中场休息”, 并不会产生任何法律上的不利后果。此时, 诉外调解员组织双方调解的过程将与完全自由的诉外(调解)中的程序相同。

法院同样有权建议在家事案件中适用诉外和解。⁽²³⁾ 争讼性家事案件的法律依据是德国《家事事件及非讼事件程序法》第 113 条第 1 款第 2 句, 亲子案件(涉及孩子的监护权、对孩子的接触和探望权或者归还孩子的纠纷)中的法律依据则是德国《家事事件及非讼事件程序法》第 156 条第 1 款第 3 句。根据德国《家事事件及非讼事件程序法》第 135 条第 1 款的规定, 法院可以命令夫妻一方或双方参加免费信息咨询(information session), 以了解处于系属中的离婚后续纠纷的调解可能。⁽²⁴⁾ 在家事案件之外, 法院很少将案件移送至诉外纠纷解决机构。

(三) 法院内调解

德国法的另一特点是允许法院内调解的存在。⁽²⁵⁾ 在 2012 年之前, 大多数的德国联邦州都允许庭审与法院内调解并行。适当的民事案件将在当事人同意的前提下, 由独任法官或者合议庭移交给法官调解员(judge-mediator)。法官调解员是案件所在法院中的法官, 他接受过调解员特别培训, 但是并不参与案件的裁判。在从德国标准来看非常充分的庭审中(两到三小时), 法官调解员依照调解的原则试图促成当事人达成协议。如果当事人达成协议, 协议将被记录为由受托法官作出的诉讼和解(Prozessvergleich), 因此成为执行依据。而在当事人未能达成协议时, 法官调解员则将案件送回到审判法官处, 并由后者继续推进诉讼程序。⁽²⁶⁾ 这一示范项目在下萨克森州、柏林州和其他的德国联邦州获得了很好的实施效果。⁽²⁷⁾ 在巴伐利亚州, 法院内调解成为所谓的和解法官项目(Güterichterprojekt)的一部分。⁽²⁸⁾ 这种法官主持的调解显得非常成功, 在被移送至法院内调解程序的案件中, 有约四分之三的案件最终通过和解方式得到解决。⁽²⁹⁾ 通常都是“困难”(hard)而不是简单的案件有必要避免漫长而昂贵的证据调查程序, 因而才会被移送调解程序, 故

(23) 但是在实践中很少真正出现: Cf. N. Etscheid, Verweisung in die außergerichtliche Mediation, in: Gläßer/Schroeter, Gerichtliche Mediation, 2011, S. 143; R. Fritz/E. Fritz, Richter als gerichtssinterne Mediatoren, FPR 2011, 328, 329 f.

(24) Cf. Brandt/Rüll, Gerichtliche Anordnung eines Informationsgesprächs über Mediation, ZFE 2011, 217.

(25) Cf. Greger, Gerichtssinterne Mediation, RabelsZ 74 (2010), 781; Nistler, Die Mediation, JuS 2010, 685, 688.

(26) Cf. Trossen, in: Haft/von Schlieffen, Handbuch Mediation, 2. Aufl. 2009, § 40, S. 987; von Bargen, Gerichtssinterne Mediation, 2008, S. 70 ff.; Hess, Perspektiven der gerichtssinternen Mediation in Deutschland, ZZP 124 (2011), 137; Greger, Gerichtssinterne Mediation, RabelsZ 74 (2010), 781; Probst, Gerichtliche Mediation in der ordentlichen Gerichtsbarkeit-Entwicklung und Perspektiven, JR 2008, 364; Löer, Richterliche Mediation, ZZP 119 (2006), 199.

(27) Cf. Spindler, Gerichtssnahe Mediation in Niedersachsen, 2006; W. Gottwald, Das Projekt Gerichtssnahe Mediation in Niedersachsen, in: Festschrift 300 Jahre OLG Celle, 2011, S. 571; Greger, Gerichtssinterne Mediation auf dem Prüfstand, ZKM 2013, 9; T. Štruc, Die in den Zivilprozess integrierte Mediation im französischen Recht, 2009, S. 85 ff.

(28) Cf. Greger, Justiz und Mediation, NJW 2007, 3258; Hess, Gutachten 67. DJT 2008, F 46.

(29) Cf. Isermann, Richtermediation in Deutschland, Recht und Politik 2011, 9, 11.

上述成功显得更为显著。⁽³⁰⁾

但是，法院内调解一个略显刻意为之的优势是，由法官调解员主持的调解在排期上远远早于正式民事诉讼程序中的开庭期日。⁽³¹⁾ 实务工作者也指出，法官调解员不必依法处理案件，而只须建设性地引导双方当事人进行讨论。同时，讨论在有利于双方沟通的氛围下于特殊会议室中举行，讨论本身也可以超过通常民事诉讼所花费的时间。⁽³²⁾ 笔者认为，上述法院内调解的成功也建立在一般的司法公信力之上，而且相比通常纯粹形式化的和解辩论（参照德国《民事诉讼法典》第 278 条第 2 款第 1 句）而言，当事人更重视他们在调解程序中所享受的特别关注。

换个角度看，对法院内调解在事实上缺乏法律依据的批评意见确实成立。根据旧德国《民事诉讼法典》第 278 条第 5 款第 1 句的规定，法院可以将当事人移送至受命法官或受托法官。受命法官是本案合议庭的成员，而法官调解员则不是。根据德国《民事诉讼法典》第 362 条的规定，受托法官是案件审理法院之外另一法院的法官。因此，作为同属一个法院的法官调解员来说，至多只能类推适用上述规则。

以上是德国立法者起草新《调解法》时的状况。

二、2012 年 7 月 26 日的新《调解法》

（一）新法的历程

除了前述法律规则之外，德国并没有其他关于调解的法律规定。根据欧盟议会和欧盟理事会于 2008 年 5 月 21 日作出的、关于民商事调解若干问题的 2008/52/EC 号指令⁽³³⁾，欧盟成员国应当在 2011 年 5 月 21 日之前制定关于民商事调解的法律和行政规则。

2011 年 2 月 4 日，德国联邦政府提出了《关于调解和其他法院外纠纷解决程序的法律》（Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung）⁽³⁴⁾ 的官方草案。该草案包括了法院外的调解、法院相关的调解和法院内的调解。在联邦下议院对草案一读之后，联邦下议院司法委员会于 2011 年 5 月 25 日召开了专家会议，会上辩论激烈。其中，草案缺乏关于调解质量的规定，法院内调解也被赋予了与法院外调解相同的、经济上的优势，这两点是会上被重点批评的对象。随后，司法委员会对草案作出了根本性修改，删除了法院内调解，而只是增设了和解法官（conciliatory judge）。最终，修改后的草案被德国下议院完全接受。但是，第二议会、德国上议院作为德国各州政府的代表，拒绝接受该草案，并且将其提交议会两院协调委员会。协调委员会采纳了纯粹政治上的折中方案，各州的法院内调解得以继续，但是只能作为

(30) Cf. E. Schmalfuß, Das Mediationsgesetz-auf dem richtigen Weg!?, SchlHA 2011, 253.

(31) Cf. Isermann, Recht und Politik 2011, 9, 12.

(32) Cf. Isermann, Recht und Politik 2011, 9, 13.

(33) ABl EU 2008 L 136/3; cf. Wagner/Thole, Die europäische Mediations-Richtlinie, FS Kropholler, 2008, S. 915.

(34) Bundesrat-Drucks. 60/11 of 4.2.2011 = BT-Drucksache 17/5335.

“和解法官”制度而非“法院内调解”(in-court mediation)。这一折中方案最终在议会得到通过⁽³⁵⁾，并且于2012年7月26日生效。自2013年8月1日起，只有法院外纠纷解决中的第三人，才能被称为“调解员”(德国《调解法》第9条)。

(二) 新法的内容

德国立法者希望并不只是照搬欧盟关于调解的规定，而是以此为契机，建立适用于各种调解的制度框架，并且为法院内调解提供法律基础。⁽³⁶⁾

最终施行的《调解法》只对调解规定了非常抽象的条款。在调解的定义之外，法律明确指出调解员是无权裁断案件的、处于独立地位的中立方(德国《调解法》第1条)。⁽³⁷⁾

德国《调解法》第2条勾勒了调解程序的基本要求和调解员的任务，其中强调了调解程序的自愿属性和调解员的中立性。而且，虽然达成的最终协议当然能够记录调解协议的内容，但是本条仍然对此加以明确规定。在调解之初，调解员必须确定当事人已经知悉调解的原则和过程，并且自愿参与其中(德国《调解法》第2条第2款)。⁽³⁸⁾调解员对双方负有相同的义务，他应当促进双方之间的沟通，并且确保当事人以恰当且公平的方式参与调解程序(德国《调解法》第2条第3款)。调解程序是保密的，即使是作为长期法律顾问的第三方，也必须所有当事人同意的前提下，才能参与调解程序(德国《调解法》第2条第4款)。⁽³⁹⁾在所有当事人同意时，调解员也可以和当事人分别讨论案件(德国《调解法》第2条第3款第3句)。

法律进一步要求调解员披露任何与其独立性和中立性相关的情形，并且告知当事人其在调解领域中的既往经历(德国《调解法》第3条第1款)。曾为一方当事人提供服务的人，不能成为相同案件中的调解员，在担任调解员之后也不能为其中一方提供服务(德国《调解法》第3条第2款)。如果某人曾经尝试代表一方当事人达成和解协议，那么他也不具有担任调解员的资格。⁽⁴⁰⁾与职业律师相同，只要某人的律所同事或者甚至只是与其共享办公室的其他律师曾经为某一方当事人提供服务，他就不能担任本案的调解员。不过，正如当事人有权自由选择调解员一样，他们也可以在明知某人被法律排除的情况下，仍然将其共同指定为案件的调解员(德国《调解法》第

(35) Cf. BGBl. 2012 I, 1577.

(36) Cf. Kraft/Schwerdtfeger, Das Mediationsgesetz, ZKM 2011, 55; Nebe, Das neue Mediationsgesetz, NWB 5/2011, 384; D. Diop/A. Steinbrecher, Ein Mediationsgesetz für Deutschland: Impuls für die Wirtschaftsmediation, BB 2011, 131; Greger, Die Reglementierung der Selbstregulierung, ZRP 2010, 209; Horstmeier, Das neue Mediationsgesetz, 2013; D. Wenzel, "Justitia ohne Schwert", 2014; Goltermann/Hagel/Klowait/Levien, "Das neue Mediationsgesetz" aus Unternehmenssicht, SchiedsVZ 2012, 299 u. 2013, 41. 全面评论: Fritz/Pielsticker, Mediationsgesetz, 2013; Greger/Unberath, Mediationsgesetz, 2012; Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2014.

(37) Cf. U. Hinrichs/Hinrichs, Praxishandbuch Mediationsgesetz, 2014, S. 7.

(38) Cf. M. Stoldt, Verfahren und Ablauf der Mediation, in: Hinrichs (N 37), S. 108.

(39) 根据以下观点: J. Seybold, Mediation und gerichtliches Verfahren, 2009, S. 39 (The "structure of the mediation proceeding" excludes representation by a lawyer). 正确的反对意见: Henssler, in: Henssler/Koch, Mediation in der Anwaltspraxis, 2. Aufl. 2004, S. 93 para. 68.

(40) Cf. R. Jordans, MDR 2013, 65, 67.

3 条第 4 款)。无论如何, 调解员不能同时成为一方当事人的代理人。⁽⁴¹⁾

于我而言, 重要的是调解员和调解程序中助手的保密义务, 这将间接产生在随后诉讼程序中拒绝作证的义务(德国《调解法》第 4 条)。法律并没有规定当事人、其代理律师和其他被准许参加的第三方的保密义务。职业律师可能有职业上的保密义务, 但是在此之外, 当事人必须与其约定单独的保密协议。

令人奇怪的是, 法律根本没有提及调解合同⁽⁴²⁾, 而这正是法院外的调解和法院相关的调解的基础所在。法律只规定了当事人应当选择调解员(德国《调解法》第 2 条第 1 款)。

关于调解的质量控制, 德国立法者的态度发生了 180 度的变化。⁽⁴³⁾ 在政府最初的立法草案中, 初始和后续的培训应当只是调解员自己的责任。然而, 新法却确定了两步的法律培训模式。正常的调解员仍应自行获得必需的理论支持和实务经验(德国《调解法》第 5 条第 1 款)。德国《调解法》第 5 条第 1 款第 2 句只列明了调解员需要具备的能力。此外, 新法引入了所谓的“认证调解员”(certified mediator), 获得这一身份的人必须通过符合特别规定所要求的相应培训(德国《调解法》第 5 条第 2 款和第 3 款及第 6 条)。不过, 到 2014 年 2 月为止, 德国联邦司法部尚未发布供进一步讨论的特别规定草案。

法律如今为法院相关的调解和法院内的调解提供了清晰的法律依据。上述调解的合法性被规定在新的德国《民事诉讼法典》第 278 条第 5 款和第 278a 条第 1 款中。⁽⁴⁴⁾ 类似的规定也出现在家事程序(德国《家事事件及非讼事件程序法》第 36 条第 5 款和第 36a 条), 劳动法院程序(德国《劳动法院法》第 54 条第 6 款和第 54a 条)⁽⁴⁵⁾, 社会法院程序(德国《社会法院法》第 202 条), 行政法院程序(德国《行政法院法典》第 173 条第 1 款)⁽⁴⁶⁾, 财政法院程序(德国《财政法院法典》第 55 条)以及专利法院程序(德国《专利法》第 99 条和《商标法》第 82 条)。

与联邦政府提出的草案相反, 法院外调解协议本身不具有执行力。⁽⁴⁷⁾ 迫于律师协会的压力, 最终通过的法律仅规定了获得执行依据的通常方式, 即诉讼中和解、负有强制执行力的公证书, 以及双方律师之间达成的具有执行力的文书。其结果是, 不具备律师资格的调解员在事实上无法促成可成为执行依据的调解协议。

最后, 贫困的一方当事人所获得的法律援助可以负担法律新增的、和解法官程序的费用。但

(41) Cf. G. Wagner, Das Mediationsgesetz-Ende gut, alles gut?, ZKM 2012, 110, 112.

(42) 支持建立合同模式的观点: Cf. Ropeter, Mediationsvertrag und Mediationsklauseln, in: Hinrichs (N 37), para. 240.

(43) Cf. M. Plassmann, Bekenntnis zur Justiz, AnwBl 2012, 151.

(44) Cf. M. Ahrens, Mediationsgesetz und Güterichter, NJW 2012, 2465; Fritz/Schroeder, Der Güterichter als Konfliktmanager im staatlichen Gerichtssystem, NJW 2014, 1910; Greger, Verweisung vor den Güterichter und andere Formen der konsensorientierten Prozessleitung, MDR 2014, 993; Th. Thole, Mediation im und an der Schnittstelle zum Zivilprozess, ZZP 127 (2014), 339; F. Schreiber, Mediationsgesetzgebung als Justizreform, KritV 2013, 102.

(45) Cf. Hartmann, Alternative zum Arbeitsgerichtsprozess-Das neue Mediationsgesetz, AuA 2011, 340.

(46) Cf. Guckelberger, Einheitliches Mediations-Gesetz auch für verwaltungsrechtliche Konflikte?, NVwZ 2011, 390.

(47) R. Jordans, MDR 2013, 65, 69.

是,即使法官提议当事人选择法院外调解,法律援助也不能承担相应的调解费用。⁽⁴⁸⁾而只有在涉及相关研究项目时,比如涉及家事案件,才能够向贫困的当事人提供财政资助(德国《调解法》第7条第2款)。

三、调解的配套制度

为了确保调解的顺利进行,一系列的配套制度不可或缺。⁽⁴⁹⁾

(一) 诉讼时效期间和其他时间限制

2001年的债法改革重新规定了时效制度,根据《德国民法典》第203条的规定,当债权人和债务人就请求及其所依据的事实协商时,诉讼时效将中止计算。只有在一方当事人拒绝继续协商时,上述中止效果才消失。随后,诉讼时效中止效果消失的三个月后,诉讼时效期间将完成。选择适用调解程序的当事人正处于协商状态,因此不必担心由于诉讼时效的原因权利遭受减损。单方要求启动调解程序则不满足上述要求。就此而言,德国法对调解持鼓励态度。⁽⁵⁰⁾

不过,上述规则也有例外。在特殊案件中,德国法也规定了特别的时间限制。只要未能在特定期限内向法院起诉,某些请求将罹于诉讼时效。法律中并没有关于这一时间限制中止的规定,如果受影响的当事人寻求调解,将承受权利丧失的风险。⁽⁵¹⁾新《调解法》在这方面也没有作任何特别安排。⁽⁵²⁾当调解失败后,诉讼时效将继续计算。不过,此时当事人仍然可以在三个月内向法院起诉。⁽⁵³⁾

(二) 保密性

法院外调解(德国《调解法》第1条第1款)和法院内和解(德国《法院组织法》第169条)都是非公开的。⁽⁵⁴⁾调解的参与人只包括调解员、争议双方或者其负责人。包括法律顾问在内的第三人,都只有在所有当事人同意的前提下,才能参加调解程序。⁽⁵⁵⁾

法院内调解则有所不同。在律师强制代理制下,律师也将陪同其当事人参加调解程序。不过,如果在达成诉讼和解之前,当事人不实施任何诉讼行为,那么他也可以在没有律师代理的情况下参加调解程序。⁽⁵⁶⁾

(48) Cf. Büttner/Wrobel-Sachs/Gottschalk/Dürbeck, Prozess- und Verfahrenskostenhilfe Beratungshilfe, 7. Aufl. 2014, para. 10; Effer-Uhe, Prozess- und Verfahrenskostenhilfe für die gerichtsnaher Mediation, NJW 2013, 3333.

(49) Cf. Hopt, Mediation-Eine Einführung, RabelsZ 74 (2010), 723, 725.

(50) Cf. Wagner, Grundstrukturen eines deutschen Mediationsgesetzes, RabelsZ 74 (2010), 794, 799 f.; Schekahn, Außergerichtliche Mediation und die drei großen “V”-Vollstreckung, Verjährung, Vertraulichkeit, JR 2013, 53.

(51) Cf. Münchener Kommentar BGB/Grothe, 7. Aufl. 2015, § 203 notes 1, 5.

(52) 主张增加新规定的观点: Steffek RabelsZ 74 (2010), 841, 861.

(53) G. Wagner, Das Mediationsgesetz-Ende gut, alles gut?, ZKM 2012, 110.

(54) 和解法官的行为并不属于“裁判法庭”: Cf. Greger/Weber, MDR 2012 Sonderheft, S. 5.

(55) BT-Drucks. 17/5335, S. 15; R. Jordans MDR 2013, 65, 67.

(56) Greger/Weber MDR 2012 Sonderheft, S. 4.

根据德国《调解法》第4条的规定，私人调解员和参与调解程序的所有人都有义务对所有在程序中获得的信息保密。但是，在有必要实施或者执行调解程序中达成的协议时，则不存在保密义务。在基于公共政策上更重要的原因，有必要开示信息时，特别是涉及对儿童健康威胁的排除或者是为了避免对某人身体或精神上可能造成的严重损害的情况下，也不存在保密义务。此外，当案件事实因为众所周知或者无关紧要从而没有保密的必要时，同样不存在保密义务。

上述规定仅涉及调解员及其员工，而不包括当事人及其律师或者其他被准许参加调解程序的第三人。就此而言，当事人应该特别约定调解的保密性⁽⁵⁷⁾，否则任意一方随后将有权使用在调解中获取的所有信息。至于德国《调解法》第4条是否适用于和解法官，仍属于未决问题。一部分观点持否定态度，并且主张该规则仅适用于消亡的法院内调解员。⁽⁵⁸⁾其他观点则持肯定态度，因为上述规定并非指向特定职业，而是指向某种任务。⁽⁵⁹⁾

（三）调解结果的执行力

至少在学术讨论中，调解的结果可以被宣告具有执行力。当当事人申请时，调解的结果可以被宣告具有执行力，这被认为是《调解法》中的一项重要制度。在法院外的调解中，应当考虑安排律师和解（德国《民事诉讼法典》第796a条）或者获得具有强制执行力的公证书（德国《民事诉讼法典》第794条第1款第5项）。⁽⁶⁰⁾当事人也可以约定仲裁协议并且将调解员作为仲裁员，要求他将调解协议的内容宣告为仲裁裁决（德国《民事诉讼法典》第1053条）。⁽⁶¹⁾

根据联邦政府的法律草案，无论仲裁员身份为何，当事人是否被律师代理或者有没有获得法律建议的机会，调解协议都能够被法官宣告具有执行力（德国《民事诉讼法典》第796d条草案）。这一提议未能成为法律的正式内容。如前所述，在新法下，调解协议只有在由两名律师共同作出（德国《民事诉讼法典》第796a条第1项）或者随后被公证员或法官（德国《民事诉讼法典》第794条第1款第1项和第3项）记录时，才能够转化为执行依据。

和解法官主持的和解协议的执行力是德国新《调解法》的基础之一。如今，德国《民事诉讼法典》第278条第5款第2句明确规定，和解法官有权使用包括调解在内的所有纠纷解决手段。因此，当事人仍然可以在和解法官的主持下，以可执行的法院和解的形式达成和解协议。⁽⁶²⁾

（四）成功调解程序的费用

从实务的角度看，成功的调解程序的花费均低于法院的两审程序和仲裁程序。⁽⁶³⁾但是，法律

(57) Cf. G. Wagner ZKM 2012, 110, 111; Fritz/Pielsticker (N 36), § 4 MediationsG Notes 21, 23.

(58) Fritz/Pielsticker (N 36), § 4 MediationsG Note 21.

(59) Röthemeyer ZKM 2012, 116, 118.

(60) Cf. Lörcher/Lörcher, Durchsetzbarkeit von Mediationsergebnissen, in: Haft/Schlieffen (N 26), § 45 para. 19 ff.; Wagner RabelsZ 74 (2010), 794, 801 ff.; 基于过高费用的批评意见: Wagner ZKM 2012, 110, 111.

(61) Cf. Lörcher/Lörcher (N 60) § 45 para. 30 ff., S. 44.

(62) G. Wagner ZKM 2012, 110, 114; Fritz/Pielsticker (N 36), § 278 ZPO para. 72.

(63) Cf. Horst, Die Kosten der Mediation, in: Haft/Schlieffen (N 26), § 47 para. 144; 相对保守的观点: M. Engels/T. Müller, Mediation und ihre Kosten, ZKM 2012, 39.

并未规定调解员的收费标准，因此当事人应当自由协商约定调解员的报酬。当调解员是执业律师时，德国《律师报酬法》（RVG）规定律师应当按照报酬约定完成其调解工作。在没有上述约定时，律师应当按照《德国民法典》的规则收取报酬。比如根据《德国民法典》第612条第2句的规定，在没有价目表的情况下收取通常报酬。所谓“通常”⁽⁶⁴⁾，可能意味着基于耗时而非争议标的额计费。由于通常费率的判断非常混乱，只有书面约定报酬才能消除调解费用数额的不确定性。⁽⁶⁵⁾

如果法官在审理案件过程中提议当事人参与法院外调解，当事人将不得不为法院、相应的律师服务以及调解程序重复付费。立法者意识到了这一问题。如果当事人在成功调解之后从法院撤诉，法官则不必作出裁判，因此应当考虑减少诉讼费用。然而，联邦立法者并未自行制定减少诉讼费用的规定。根据修改后的德国《法院费用法》（GKG）第69b条的规定，联邦立法者授权各联邦州的立法者，在规章中作出此时减少甚至免除诉讼费用的规定。⁽⁶⁶⁾

四、谁能成为调解员？

在德国，直到《调解法》最终通过时，就调解员的身份问题仍然存在争议。

（一）不具备律师资格的人

法院外调解的调解员并不必受过法律教育，最多只需参加过一定的调解员培训。但是，就此而言仍然没有明确的法律规定。“调解员”这一身份本身并不受法律保护，在实践中，直到近期，只有少数几家协会提供培训项目和内部标准，并且允许参加过活动的人将自己称为该协会的调解员。但是除此之外，并无法阻止招摇撞骗的发生。一方面，新《调解法》第5条第1款第1句规定，调解员应当自觉确保已经并且正在接受恰当的培训⁽⁶⁷⁾，从而有能力主持调解程序。该法第5条第1款第2句也列举了上述培训应当满足的基本要求。另一方面，只有在调解员满足了法律对于培训、职业经验和进阶培训的要求之后，才能够使用“认证调解员”的身份。⁽⁶⁸⁾只不过，法律尚未就上述要求作出明确规定。

由于调解员并没有提供法律意见的义务，如果当事人在参与调解程序时仍没有聘请律师又即将达成有约束力的调解结果时，调解员必须提醒当事人考虑聘请律师，审查最终的调解协议（德国《调解法》第2条第6款）。⁽⁶⁹⁾

(64) Cf. R. Jordans MDR 2013, 65, 68.

(65) Cf. Horst, in: Haft/Schlieffen (N 26), § 47 para. 34 ff., S. 51.

(66) Crit. Fritz/Pielsticker (N 36), § 69b GKG para. 3 (“More political compromise than well considered rule”).

(67) 批评意见：Fritz/Fritz FPR 2011, 328, 333；主张私人“批准章”（Seal of Approval）模式的观点：Wagner RabelsZ 74 (2010), 794, 824 ff.；相似意见：Greger, Qualitätssicherung der Mediation im internationalen Vergleich, JZ 2011, 229.

(68) Cf. R. Greger, Der “zertifizierte Mediator”-Heilsbringer oder Schreckgespenst?, ZKM 2012, 36；M. Plassmann, Das Mediationsgesetz-eine Steilvorlage für die gesamte Anwaltschaft, BRAK-Mitt. 2012, 194, 196 f.；R. Jordans MDR 2013, 65, 66.

(69) Cf. Fritz/Pielsticker (N 36), § 2 MediationsG para. 135 ff.

（二）律师

由于至少在理论上，调解员应当不考虑双方当事人之间在法律上的状况而促成协议的达成⁽⁷⁰⁾，存在争议的是调解员的工作是否应当与律师职业相统一。虽然德国《联邦律师法》并未就此作出任何规定，但是联邦律师协会则在《律师职业准则》（*Berufsordnung für Rechtsanwälte, BORA*）第1条第3款中明确规定，作为独立顾问的律师应当“保护（其委托人）免受权利损失，与委托人一同确定其权利、避免发生冲突并且解决纠纷”。与之相关的是《律师职业准则》第7a条的规定，如果律师能够通过曾参加适当培训证明其精通调解业务，就可以自称为调解员。这种证据就包括担任调解员的工作。⁽⁷¹⁾

另外，并非只有律师才能担任调解员。因此，德国《法律服务法》第2条第3款第4项明确规定，调解工作本身并非一项法律服务。⁽⁷²⁾但是，不具备律师资格的调解员不能自行提出解决纠纷的方案。这种调解员也只能向当事人说明法律资料，而不能说明他对于这些资料的看法。⁽⁷³⁾

（三）公证员

因为德国公证员通常并不会代理任何一方当事人，而是必须独立且无偏见地向当事人提供法律意见（德国《联邦公证法》第14条第1款），看起来他们在应当公证的案件中能够成为适格调解员。⁽⁷⁴⁾就此而言，当涉及公证时，公证员必须遵守《联邦公证人法》（*Bundesnotarordnung*）和《联邦公证法》（*Beurkundungsgesetz*）的规定。而当公证员就上述公证之外的纠纷被选为调解员时，则公证员需要遵守与其他调解员相同的要求。⁽⁷⁵⁾

（四）法官

在德国的既有讨论中，法官是否应当被准许成为调解员或者是否适于从事调解工作，存在高度争议。相当多观点认为，调解员的工作不是适用法律的司法任务的一部分，而最多只是可以被指派给法院的杂项任务（参照德国《法官法》第4条）。不过，也有观点认为，法官并不应从事调解工作。⁽⁷⁶⁾与此相反，多数意见则持更为宽松的观点。

一般而言，恢复和平也是法官的任务之一。因此，在调解和司法之间并不存在对立关系。⁽⁷⁷⁾无论何时，法官所进行的调解被认为包含在其于和解期日中成为和解人的职权之中，因为和解的

〔70〕 Cf. Engel, *Konsensuale Konfliktlösung und anwaltliche Beratungspraxis*, ErbR 2014, 510.

〔71〕 主张律师担任调解员时的行为应该区别于其律师执业的观点：Römermann/Praß, *Anwalt vs. Mediator*, AnwBl 2013, 499.

〔72〕 Sarhan JZ 2008, 280, 286.

〔73〕 Grunewald/Römermann, *Rechtsdienstleistungsgesetz*, 2008, § 2 RDG para. 129 ff., 134 ff.; Unseld/Degen, *Rechtsdienstleistungsgesetz*, 2009, § 2 para. 55 f.

〔74〕 Cf. Walz, *Der Notar als Mediator*, in: *Haft/Schlieffen* (N 26), § 37 para. 1 ff.; Schmitz-Vornmoor/Vornmoor, *Mediations- und Verhandlungspraxis im Notariat*, ZKM 2012, 51.

〔75〕 Cf. Walz (N 74), § 37 para. 119 ff.

〔76〕 Cf. Prütting, *Ein Plädoyer gegen Gerichtsmediation*, ZJP 124 (2011), 163, 166 f.

〔77〕 Cf. Isermann, *Recht und Politik* 2011, S. 9, 15; Probst, *Mediation, Recht und Justiz*, Festschrift D. Reuter, 2010, S. 1309, 1318; Oehlerking, in: *Greger/Unberath* (N. 4), S. 55, 62; Jahn, *Richter als Friedensstifter*, AnwBl 2011, 451.

概念长久以来植根于德国程序法之中。⁽⁷⁸⁾同时,从多部程序法典的既有规定中也可以推导出,法律默许法官调解的存在。尤其在家事案件中,法官的调解符合当事人的尤其是儿童的利益。整体而言,法官调解的价值不仅在于降低诉讼费用,而且在于通过提供不同类型的纠纷解决程序的方式,强化司法恢复和平的功能。⁽⁷⁹⁾

目前,德国《调解法》第1条第2款和德国《民事诉讼法典》第278条第5款对上述问题作出了澄清。依照这两条规则,任何不享有裁判本案的司法权的独立第三方,都有权成为案件的调解员。因此,法官可以在其副业中成为私人调解员。如果双方当事人将法官指定为调解员,他也会获得从事调解工作的官方许可(德国《法官法》第30条)。自2013年8月1日起,即使单纯从事调解程序的组织,从事其审判主业的法官也被称为“和解法官”。新《调解法》所引入的“和解法官”与纯粹的调解并不相同,因为他有权向当事人作出案件的法律分析⁽⁸⁰⁾,并且自行提出纠纷解决的方案。单纯的调解员则不能从事上述行为。

五、对新《调解法》的评价

首先,本法将其立法目的不限于规制跨境案件中调解的做法,得到了普遍认可。但是,部分意见则批评新法仅将调解规定为处理法院外纠纷解决的唯一程序,而没有提及其他程序。进而,也有批评意见认为,立法几乎没有向当事人提供选择法院外纠纷解决而非诉讼程序的激励机制。因此,如果法院促成当事人成功地通过法院外调解解决纠纷,当事人本应获得诉讼费用上的减免。还有意见认为,当事人之间即使未能调解成功,也应当在随后的诉讼程序中得到费用上的优惠。

其次,批评意见还指出,虽然法院能够提示当事人考虑法院外或者法院相关的调解,但是无论是一般而言还是特别是在家事案件中,现行法仍未对困难的当事人提供经济上的支持。⁽⁸¹⁾与此不同,在诉讼程序中,困难的当事人则可以获得完全的财政资助。

再次,关于新法的主要争议在于,一部分德国联邦州曾施行的法院内调解在当时或者现在是否是合法的,上述做法应否被认为只不过是另一种形式的调解,以及这种法院内调解是否由于其并入法院之中而应获得某种特别对待。

新法体现了政治上的妥协,自由执业的调解员和私人执业的律师在立法博弈中获得了胜利,因为自2013年8月1日起,只有在法院外调解中才能使用“调解员”和“调解”的术语(德国《调解法》第9条第1款)。如今,只有自由执业的调解员才能发布广告宣传其调解工作。在最终达成

(78) 根据以下观点: Bamberger, Verfassungsrechtliche und politische Aspekte der Richtermediation, in: Haft/Schlieffen (N 26), § 42 para. 32 ff.; 深入分析: von Barga, Gerichtsinterne Mediation, 2008, S. 211 ff., 227 ff., 235 ff.

(79) Cf. Bamberger (N 78), § 42 para. 57 ff.

(80) Cf. H. Weber, Methoden des “neuen” Güterichters-Erkenntnisse aus der Praxis einer Güterichterin, in: Fischer/Unberath, Grundlagen und Methoden der Mediation, 2014, S. 143, 147 f.

(81) Cf. Prütting/Helms/Prütting, FamFG, 3. Aufl. 2014, § 36a notes 16, 17 (法律援助律师的费用可以被国家支付,而调解员的费用则与此不同); 主张法律援助应当覆盖调解费用的观点: Wagner RabelsZ 74 (2010), 794, 836; Steffek RabelsZ 74 (2010), 841, 872.

调解协议前，也只有律师才能提供法律意见。当事人在调解程序结束时所达成的协议可以转化为执行依据，不过这种转化以支付额外的费用为前提。

与此同时，各种形式的法院内调解仍然以“和解法官”的名义继续存在，因为如前所述，该法官可以“使用包括调解在内的所有纠纷解决手段”（德国《民事诉讼法典》第 278 条第 2 款第 2 句）。与法院外调解相比，由和解法官通过法院内“调解”处理案件具有很多优势，比如不会产生额外费用，和解法官也能够依照正式的和解协议，制作执行依据。⁽⁸²⁾这种做法的缺点则不那么明显。和解法官的人选取决于案件分配的一般规则，当事人无权选择。同时，和解法官主持的程序虽然并不公开，但是德国《调解法》第 4 条所规定的保密义务并不适用于该程序。

最后，迄今为止，法院内调解只是特定若干法院才会使用的程序。在全部一审法院中建立一整套和解法官制度需要更多努力，因为受训成为调解员的法官的数量仍然相当有限。因此在 2013 年 8 月 1 日之前，法院系统本应当为每个法院或者至少为每几个法院配备一名和解法官。

六、结语

根据《欧盟调解指令》序言第 2 条的规定，引入替代性法院外程序旨在使接近正义更容易实现。对德国法而言，这一思路则很难说是有益的。毕竟，商人和普通公民都有能力负担德国民事司法程序和其他诉讼程序，在必要时各方当事人均能获得法律援助。一般而言，德国司法程序耗时较短，也能够提供高质量的法律保护。德国程序法要求法官向当事人作出指引，引导其在本案裁判作出前尽可能达成和解。就此而言，涉争案件之外的情形也能够被考虑其中。与当事人无法负担普通民事程序和由于法院案件数量过多而无法及时提供有效法律保护的其他国家相比，通常情况下德国并没有引入更多替代性纠纷解决程序的必要。

然而，确实也存在无法通过通常的诉讼程序获得妥善结果的领域，此时确有必要提供各种形式的替代性纠纷解决方式，特别是在纠纷的解决完全或者部分需要由一方向另一方要求执行的案件中，比如在企业内部的争议、家族企业间的争议和继承人之间或者继承人与遗嘱执行人之间就企业管理方针产生的争议。司法实践也表明，当事人经常未经充分考虑便向法院起诉，那么在起诉之后仍然努力促成调解也是明智的。因此，法院外调解程序和特别的、法院内和解的适用具有正当性。在法律中承认调解和法院内和解，能够提升法律保护的通常水平。

但是，我认为没有必要进一步推进或者规定商事调解、遗产继承调解或者公司调解。⁽⁸³⁾事实上，上述案件的当事人几乎不会通过在法院提起诉讼的方式解决纠纷，而是利用仲裁庭、仲裁性意见或者调解程序。如果法院不能解决父母对子女的监护权或者探视权争议，而提议当事人考虑法院外或法院相关的调解，国家也应当支付额外产生的费用。

在“和解法官”的新名称下，德国过去这些年发展出来的法院内调解从整体上得以保存。除

(82) Fritz/Pielsticker (N 36), § 278 ZPO Rn. 72, 74.

(83) Risse/Bach, Wie frei muss Mediation sein?, SchiedsVZ 2011, 14.

此之外，诉讼程序应当和各种形式的法院外纠纷解决机制自由竞争，这包括调解、和解、仲裁等各类被主动提供和被各方要求的程序。

Mediation in Germany

CAO Zhixun

Abstract: The mediation institutions which relate to the civil procedure law have different groups with divergent contents. From the perspective of comparative law, there are differing systems of mediation as well. Compared to the emphasis on the alternative dispute resolution mechanism in the United States, the mediation under German law has its specialty. The author of this article, as the leading researcher in the field of civil procedure law in Germany, shows the general picture of revised statutes in Germany and the five-year development in practice since the enactment of the Mediation Law in 2012. Based on the existing extra-judicial mediation, court-related mediation together with in-court mediation, the new Mediation Law provides with clear legal framework for them. Besides, a number of attractive framework conditions are discussed, among which are the suspension of limitation periods and other time limits, confidentiality of the mediation, the enforceability of the result of mediation and costs of successful mediation proceedings. And the question of who may act as mediator was resolved with the Mediation Law. Taking effect of this Mediation Law itself has not terminated the disputes on the mediation, whereas the new law gives rise to some new issues. Finally, the author argues that there should be free competition between court proceedings and all forms of out-of-court dispute resolution (mediation, conciliation, arbitration etc.) that are being offered and demanded for.

Keywords: Dispute Resolution; Extra-judicial Mediation; Court-related Mediation; in-Court Mediation; Mediator; Conciliation Judge

(责任编辑：卢佩)