

# 论民事诉讼和解制度的立法定位

肖建华 王 勇

(北京航空航天大学法学院,北京 100038)

**摘要:**我国民事诉讼立法缺乏关于诉讼和解程序规则的规定;在民事司法实务中,诉讼和解很多时候被处于“边缘化”地位。这与新形势下要求健全社会矛盾纠纷预防化解机制,完善多元化纠纷解决机制的顶层设计不相吻合。对民事诉讼和解进行以建立程序规则为中心的制度化处理有利于激活其解纷功能。具体地,通过加强法官对诉讼和解程序的管理、尊重当事人在诉讼和解过程中的自愿性、完善律师参与诉讼和解的制度措施、坚持诉讼和解的双重性质、改进诉讼和解法律效力的程序规则来增强诉讼和解程序的驱动力,藉此达到切实发挥诉讼和解解纷功能的目的。

**关键词:**民事诉讼和解;立法定位;制度化

中图分类号:D925.1 文献标识码:A 文章编号:2095-3275(2017)02-0018-08

在民事诉讼法学界,诉讼和解一直被看作多元化纠纷解决机制中的一种替代性纠纷解决方式。按照学者的理解,和解是一种解决社会冲突振荡最小的方式<sup>[1]</sup>;诉讼和解与诉讼外和解相比具有解决纠纷更为高效、迅速,和解协议内容更具合法性,所获得的纠纷解决状态更具稳定性的优点;与法院调解相比具有法院调解的一些优点,而又避免了后者的一些弊端,具有更为优越的社会功能<sup>[2]</sup>;诉讼和解还具有判决无法比拟的优势<sup>[3]</sup>。根据我国《民事诉讼法》第五十条,双方当事人可以自行和解。然而,相对于一项纠纷解决制度而言,这并不意味着我国立法上已确立了真正意义上的民事诉讼和解制度。因为,现行法上并没有明确有关诉讼和解制度基础的成立要件、性质、效力、相关配套措施等方面的规定。以此观之,该条规定充其量只是观念意义上的制度操作结果。另一方面,有关民事诉讼和解程序规范的付之阙如,法官缺乏对诉讼和解的司法操作依据,导致诉讼和解在民事司法实践上更是表现出一系列的适用困境。有鉴于此,对民事诉讼和解进行制度化处理,强化其解纷功能具有非常重要的司法实践意义,这也正是十八届四中全会审议通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》中确立的深入推进多元化纠纷解决机制改革的应有之义。

## 一、制度化解析民事诉讼和解

尽管现行法就民事诉讼和解规定粗略,但法律对于通过和解方式解决纠纷总体上持肯定的和鼓励的态度,如我国的《合同法》《物权法》等法律法规均规定当事人可以通过和解的方式解决纠纷或者争议<sup>[4]</sup>。《民事诉讼法》第五十条更是从当事人享有诉讼和解权利的角度作出规定,既然当事人享有诉讼和解的权利,当事人就能够进行诉讼和解的行为<sup>[5]</sup>。但由于有关民事诉讼和解程序规则立法的缺失,其很多时候只是一个空泛的口号,而从未作为一个程序设计周延的解纷制度出现过。实际上,诉讼和

\* 收稿日期:2016-12-09

作者简介:肖建华,男,北京航空航天大学法学院教授,博士生导师,研究方向为民事诉讼法;王勇,男,北京航空航天大学法学院博士研究生,研究方向为民事诉讼法。

解作为一种纠纷解决方式,不仅是一个复杂的制度,更是一个系统化的程序制度。由此,对民事诉讼和解进行制度化解析,使其实现本来的诉讼角色并在诉讼中发挥其应有的解纷价值应是完善我国民事诉讼和解制度的应有之意。在制度化的内在要求下,首先,有必要对民事诉讼和解的内涵准确界定,明晰其在纠纷解决程序中的价值和功能;其次,解析民事诉讼和解的解纷机理,厘清其在程序运行中的构造,为对其制度化处理提供规范和指导。

### (一) 民事诉讼和解的内涵

对民事诉讼和解制度解析之前涉及一个亟须阐明的问题:什么是民事诉讼和解?实际上,我国学者理解的和司法实践上适用的“民事诉讼和解”的内涵是不同的,进而他们对民事诉讼和解的认识也有所出入。在学理上,学者普遍理解的民事诉讼和解是指双方当事人诉讼过程中通过自主协商,达成解决纠纷的协议,并共同向法院陈述协议的内容,以终结诉讼的活动<sup>①</sup>。按照这种界定,只要当事人达成诉讼和解协议并向法院表示,那么,诉讼和解协议就具有当然的终结诉讼效力。若按照最高人民法院在“吴梅案”中表述的民事诉讼和解来理解,当事人在达成诉讼和解后须向法院申请制作调解书才构成诉讼和解<sup>②</sup>。纵观域外国家将和解协议记入笔录即生效的民事诉讼和解观,我国司法实践上制作调解书意义的诉讼和解很难说构成了一般意义上的“民事诉讼和解”,因为它最终以指向调解书的形式结案而并非承认诉讼和解协议本身的终结诉讼效力,而这种分歧正是民事诉讼和解问题纷争的关键。从理论上讲,民事诉讼和解是以当事人为中心设计的一项制度,是当事人双方自己协商,达成协议、解决纠纷的活动,并无人民法院或者其他机关的人员主持<sup>[6]</sup>,并不受法官意志的约束<sup>[7]</sup>。诉讼和解是民事诉讼处分原则在诉讼中的当然体现,反映了社会主体自觉地清除自身冲突的能力<sup>[8]</sup>。在这个意义上,学理上对民事诉讼和解的认识比较准确地界定了其涵义,体现了其特有的解纷价值和功能。本文所论述的民事诉讼和解正是遵从学界对民事诉讼和解理解的逻辑来展开,即承认诉讼和解本身的效力,而非将诉讼和解异化为制作调解书意义上的民事诉讼和解。

### (二) 民事诉讼和解的解纷机理

诉讼和解的解纷价值是通过其在程序运行中的解纷机理来体现的,解析民事诉讼和解解纷机理可为制度化处理民事诉讼和解提供规范基础。在大陆法系主要国家民事诉讼和解的制度体系中,诉讼和解具体是通过诉讼主体的程序角色、诉讼和解的性质和效力来展现其解纷机理的。

#### 1. 法官在民事诉讼和解中发挥积极作用

在当今世界,诉讼爆炸是一种普遍的社会现象。传统的审判机制面对日益增长的诉讼负荷,开始显得力不从心,诉讼的高成本和迟延成为世界性的问题,由此引发了全球范围的司法改革运动<sup>[9]</sup>。自20世纪70年代以来,在世界性民事诉讼改革的潮流中,各国都把促进和解作为一个重要的目标<sup>[10]</sup>。为了谋求诉讼和解过程的迅速、公平及充实,法官为实现和解而积极地进行着周旋工作。正因为如此,在大陆法系主要国家的民事诉讼中法官参与诉讼和解均是法律所允许的,也是没有异议的。在日本,诉讼和解被认为是法官为了促进诉讼及谋求纠纷解决方法措施的一种诉讼指挥权<sup>[11]</sup>。根据日本《民事诉讼法》第89条,法院在诉讼程序的任何阶段都可以向当事人提出进行和解的建议<sup>[12]</sup>。在法国,把对当事人施行和解列为法官的任务,这一原则得到《新民事诉讼法典》第21条的确认<sup>[13]</sup>。在德国,法官在程序的任何状态都应当注意和好解决诉讼或者和好解决某些争点<sup>[14]</sup>。其目的是:寻求和好解决双方当事人之间争议的途径并使对席的辩论成为多余。

#### 2. 当事人在民事诉讼和解中发挥主导作用

一般认为,诉讼和解属于当事人发挥主导作用的场。即便和解具有特有的解纷优点,法官也不能迫使当事人和好解决争议。如果在诉讼和解程序的推进中,法院无视当事人的意向,那么一般也无法期待程序顺畅进行。因此,法院应听取当事人本人的意见,并让本人心悦诚服,这对于诉讼和解成立而言,是必要且妥当的<sup>[15]</sup>。在大陆法系主要国家的民事诉讼和解制度中,当事人在诉讼和解中的自愿性

<sup>①</sup> 我国学界主流观点认为当事人在达成诉讼和解协议后就具有当然的终结诉讼效力,而非再向法院申请制作调解书来终结诉讼。参见柴发邦主编《民事诉讼法学新编》,法律出版社1996年版,第247页;常怡主编《民事诉讼法学》,中国政法大学出版社2013年版,第276页;江伟主编《民事诉讼法》,中国人民大学出版社2000年版,第169页。

<sup>②</sup> 详见最高人民法院于2011年12月20日公布的第一批指导案例2号“吴梅诉四川省眉山西城纸业公司买卖合同纠纷案”。

并不因法官的参与而消除或减弱。在日本,当案件已至适合于裁判之阶段,当事人也要求进行裁判时,如果法院仍基于纠纷友好解决思想之考虑,仍然强行引导和解,那么会导致和解期日无谓的重复,事实上也拖延了判决的时间,进而容易产生“拒绝裁判”之嫌疑<sup>[16]</sup>。法国法也同样强调当事人的合意性在民事诉讼和解中的重要性,和解尝试有必要事先经当事人一致同意,在当事人同意达成和解协议的情况下,法官宣告其认可该和解协议<sup>[17]</sup>。在德国,法院应就实体状态和证讼状态与双方当事人一道,在律师诉讼中与律师一道,在自由评价所有情形之后,也即不经收集证据就进行探讨、提问和听取出席的双方当事人本人的意见<sup>[18]</sup>。如果双方当事人均未参加和解辩论并且也没有代之出席的有权阐明和有权和解的代理人,则通常情况下法院确认和解努力失败<sup>[19]</sup>。

### 3. 民事诉讼和解具有双重性质

对诉讼和解性质的说明皆是全面认识民事诉讼和解制度的关键性技巧。大陆法系主要国家关于民事诉讼和解性质的两面性定位可为我们认识民事诉讼和解制度提供理论指导,日本学界主流学者认为,诉讼和解包含有实体法和诉讼法的双重性质:一方面具有双方当事人自主解决的性质,但在另一方面,由于这种纠纷解决在法院中进行,并使诉讼因此而终结,故而诉讼上的和解又具有与确定判决相同的效力。两性说也为判例的主流所采纳<sup>[20]</sup>。法国司法性和解的两面性已在法国《民法典》和《民事诉讼法典》的规定中得到具体体现,《民法典》第2052条的规定具有两面性,而这两面性不过是和解这一“准司法制度”的两面性在制定法层面上的表现<sup>[21]</sup>。民事诉讼和解的两面性也在德国学界成为通说,诉讼和解既是私法合同又是诉讼合同,诉讼和解的双重性质理论在今天几乎是普遍持有的观点<sup>[22]</sup>。诉讼和解被深深地打着诉讼法和实体法的烙印,其不仅有程序上的意义,还涉及实体权利的处分。因此,我们应当从实体法和诉讼法两方面的立场综合考虑诉讼和解的性质。

### 4. 民事诉讼和解具有当然的法律效力

基于对民事诉讼和解性质的两面性认识,这里的民事诉讼和解效力也表现为实体法和诉讼法的两个方面。诉讼和解把当事人自治解决纠纷的和解制度引入到诉讼轨道中来,使普通意义上的契约获得了如同确定判决一般的法律效力,产生了良好的社会效益<sup>[23]</sup>。正因为如此,大陆法系民事诉讼通行理论认为民事诉讼和解具有实体法和诉讼法的双重效力。在德国,如果达成诉讼和解并且只要它还有效,它就有时具有实体法上的效力,有时具有诉讼上的效力。从实体法上,诉讼和解根据其内容通常是修订当事人之间此前的债权债务关系;只有在特殊的约定中,此前的债权债务关系才被新的关系代替(债务更新)。在诉讼上,诉讼和解作为和解终结法律争议,并以此结束诉讼系属(无需法院的裁判,即使该和解不能执行)。只要它具有可以执行的内容,诉讼和解就是执行名义<sup>[24]</sup>。在日本,当和解笔录制作完成后,其具有与确定判决相同的效力,换言之,和解笔录制作完成就意味着诉讼的终结,和解的内容产生执行的效力<sup>[25]</sup>。至于“和解笔录是否产生既判力”的问题,大陆法系民法学界对此存在较大争议,大致看来,关于此问题的学说可以分为既判力肯定说、限制的既判力说与既判力否定说三种。既判力否定说成为当前的多数说,既判力否定说主张,应当允许当事人对和解中的“实体法上的无效及撤销原因”再次提出主张<sup>①</sup>。

## 二、我国民事诉讼和解的非制度化及其成因

我国民事诉讼立法仅从形式层面对诉讼和解做出规定,而缺乏对其程序运行规则的关注,导致其在司法解纷实践中被处于“边缘化”地位。长此以往,民事诉讼和解制度也就沦为了一种原则而抽象的“纯理论”。在该文看来,这一缺陷主要源于立法和司法对诉讼和解运行程序的非制度化设计,具体表现为:

第一,现行民事诉讼法中有关诉讼和解程序规范的缺失。我国现行法仅规定了当事人享有诉讼和解的权利,而缺失对诉讼和解程序运行规则方面的规定。具体而言,诉讼和解需要什么样的成立要件?

<sup>①</sup> 大陆法系主要国家学界和司法实务界主流观点都秉持诉讼和解既判力否定说。参见[日]高桥宏志《民事诉讼法制度与理论的深层次分析》,林剑锋译,法律出版社2004年版,第639页;[德]罗森贝克、施瓦布、戈特瓦尔德《德国民事诉讼法》,李大雪译,中国法制出版社2007年版,第974页;[法]洛伊克·卡迪耶《法国民事司法法》,杨艺宁译,中国政法大学出版社2004年版,第341页。

诉讼和解的性质如何?诉讼和解成立后的效力如何?诉讼和解程序具体如何展开?诉讼和解出现瑕疵时是否可以申请救济?各程序角色在诉讼和解程序中的具体作用、地位等,都需要在民事诉讼和解制度中予以充实和规范。

第二,法官并未对民事诉讼和解的司法适用形成正当化的逻辑进路。虽然我国民事诉讼法没有规定诉讼和解的运行程序,但诉讼和解仍作为一种解纷方式在司法实践中使用。不过,多数时候是以复函、公报、指导案例或类推适用执行和解的形式对有关诉讼和解制度基础的性质、效力、程序、救济措施等予以明确<sup>①</sup>。但必须看到,这种解决民事诉讼和解问题的方式决定了它只能是具体问题具体解决,而现实中的民事诉讼和解问题却是千变万化的,未必总是能被特有的解释所涵盖。民事诉讼和解在司法实践中的适用困境还体现在诉讼和解的结案方式上。在不同情况下,诉讼和解只是导致撤诉或者调解达成的原因而已<sup>[26]</sup>。一方面,若当事人想赋予达成的诉讼和解以法律效力,则和解的结果必须转化为法院制作的调解书后才具有“法律效力”<sup>[27]</sup>。这时,和解协议的性质实际上发生了蜕变,变成了一种类似于调解所形成的合意。这种蜕变的结果是,和解与调解的界限变得模糊不清<sup>[28]</sup>。另一方面,除上述将诉讼和解结案异化为法院调解结案外,撤诉则是另一种诉讼和解的结案方式。当事人达成和解协议并不能直接产生终结诉讼的后果,欲达到这一目的,必须由原告向法院申请撤诉<sup>[29]</sup>。但我国现行法对当事人撤诉没有任何拘束力,即和解撤诉不具有终结诉讼的效力,没有次数限制,可以无限再提起诉讼<sup>[30]</sup>。那么,原告撤诉后再起诉时是以原纠纷还是以和解协议为争议对象?若原纠纷的诉讼时效逾期后,当事人能否就和解协议提起诉讼?若一审判决的执行期限逾期后,当事人能否申请执行二审审理期间达成的和解协议?若原告就民事诉讼二审审理期间达成的和解协议反悔,则会产生一审生效判决与和解协议竞合的问题,这时是申请执行一审判决还是尊重当事人和解协议的约定更使问题变的复杂。有的法院认为二审法院裁定准许诉讼中当事人撤回上诉后,一审判决书便自动发生法律效力,可以根据一方当事人的申请强制执行一审判决;有的法院认为双方在二审期间达成和解协议,即意味着不再执行一审判决,而应按和解协议执行,所以,无权申请法院强制执行一审判决书<sup>②</sup>。还有法官认为,诉讼中的和解协议不具有阻止执行的效力。当然,执行一审生效判决,并非就意味着诉讼中的和解协议对当事人没有约束力。一方当事人可以以对方当事人违反和解协议约定为由另行提起诉讼,要求其承担违约责任<sup>③</sup>。那么,这种允许一方当事人就和解协议另诉的结果是,在原纠纷的基础上再次衍生出就诉讼和解协议是否违约的纠纷,甚至可能是,和解协议违约之诉的判决结果会变动原纠纷的判决效力,这显然是不妥的。

第三,学界更未就民事诉讼和解的司法适用困境提供权威的处理策略。为就民事诉讼和解在司法实践中的适用困境得以妥当处理,诉讼法学界试图基于不同的诉讼理论来弥补诉讼和解制度的缺失,这已体现于学者对最高人民法院于2011年公布的第一批指导案例中“吴梅案”评述所适用的理论基

<sup>①</sup> 比如,《最高人民法院公报》2009年第11期刊登的《杨培康与无锡活力保健品有限公司侵犯发明专利权纠纷案》,确立了满足诉讼和解的要件:“诉讼和解协议是案件当事人为终止争议或者防止争议再次发生,通过相互让步形成的合意,和解协议的内容不限于当事人的诉讼请求事项”;确认了不能对和解协议申请再审的情形:“当事人具有较高的文化程度,并有代理律师一同参与诉讼、调解、和解活动。当事人在和解协议上签字同意并收取了对方当事人按照和解协议支付的款项,此后又以调解违背其真实意愿为由申请再审的,其再审申请不符合《中华人民共和国民事诉讼法》第一百八十二条规定的情形,应予驳回。”最高人民法院公布的第一批指导案例中“吴梅诉四川省眉山市西城纸业有限公司买卖合同纠纷案”的裁判要点中指出,“双方当事人达成和解协议,人民法院准许撤回上诉的,该和解协议未经人民法院依法制作调解书,属于诉讼外达成的协议”,那么,言外之意是,诉讼和解协议是当事人在诉讼中达成的并经法院以调解书确认的和解协议;根据裁判要点中的“一方当事人不履行和解协议的,人民法院可以根据对方当事人的申请,恢复对原生效法律文书的执行”可知,该案在和解效力方面又类推适用了执行和解的法律规定。《最高人民法院公报》2009年第12期刊登的《上海市弘正律师事务所诉中国船舶及海洋工程设计研究院服务合同纠纷案》在一定程度上确立了诉讼和解的自愿原则。该案裁判摘要中指出:“当事人在诉讼过程中自愿接受调解、和解,是对自身权益的处分,是当事人依法享有的诉讼权利。律师事务所及其律师作为法律服务的提供者,在接受当事人委托代理诉讼事务中,应当尊重委托人关于接受调解、和解的自主选择,即使认为委托人的选择不妥,也应当出于维护委托人合法权益的考虑提供法律意见,而不能为实现自身利益的最大化,基于多收代理费的目的,通过与委托人约定相关合同条款限制委托人接受调解、和解。”

<sup>②</sup> 我国司法实务中对一审判决和和解协议的竞合问题并没有形成统一的路径。参见北大法宝《卓美公司等与珂兰公司虚假宣传纠纷上诉案》的一审承办法官的编后补评。

<sup>③</sup> 显然这种方案是迂回,不利于保护胜诉当事人的合法权益。参见“本案应执行一审生效判决还是二审达成的和解协议”,《人民司法》2009年第13期“司法信箱”。

础。如有学者认为应就一审判决与和解协议竞合问题类推适用执行和解的规定<sup>①</sup>。有学者基于最高人民法院对诉讼和解认识的逻辑,认为这里的和解并非是诉讼和解,因此其并无诉讼法效力,也不能类推适用执行和解<sup>[31]</sup>。更有学者考虑到我国并不存在真正意义上的诉讼和解,为回避法理上的难题放弃了从诉讼法理论上寻找解决方法的路径,转而诉诸于实体法理论来解释有关诉讼和解问题<sup>②</sup>。这些理论不再牵强附会于诉讼法性质上的和解,而单纯从和解的私法性质论述,其中,债的更新说在一定程度上说明了和解协议对生效判决的创设效力。然而,这些单纯以和解的私法性质为前提论述,其理论上的共同难题在于,回避了诉讼和解的诉讼法特征,忽略了诉讼和解的诉讼法效果。

### 三、民事诉讼和解制度化处理的程序规则

民事诉讼和解的制度化,主要是通过立法对这种解纷方式设置适当的程序规则,激活民事诉讼和解程序,为其在民事司法实务中适用提供操作依据。本节将以民事诉讼和解解纷机理为基础,从诉讼和解程序中当事人和法官的程序主体角色、诉讼和解的性质和效力及律师在诉讼和解中扮演的作用方面对诉讼和解程序规则予以充实和明确。

#### (一) 加强法官对民事诉讼和解程序的管理作用

和解是当事人合意解决纠纷的一种方式,但在和解机制中不必刻意排斥第三者的作用,而是应当把着重点放在纠纷解决的结果性特征上<sup>[32]</sup>。换言之,法官在和解程序中并不为双方当事人提出具体的和解方案,而不是说法官只能对当事人之间的和解持观望态度<sup>[33]</sup>。基于法官在诉讼和解过程中的实际地位及资源占有量的考虑,离开了法官对诉讼和解的诉讼指挥权是让人无法想象的。当事人的诉讼行为只有与法院的诉讼行为相结合,才能引发民事诉讼法律关系发生、变更和消灭的结果<sup>[34]</sup>。在这个意义上,尽管诉讼和解本质上体现为双方当事人以合意解决纠纷,但并不意味着法院完全不起任何作用<sup>[35]</sup>。具体就法官在诉讼和解程序中的作用而言,法官在诉讼和解过程中可为当事人传递事实和法律的信息,逐渐增进当事人对争点共识,进而双方对在诉讼上力量对比关系越来越清晰的认识,以及相关法律知识了解的增多,当事人逐渐能理智地对待纠纷,从而出现和解的意向,并开始自主协商<sup>[36]</sup>;法官在诉讼和解中可为当事人创造友好的和解氛围,甚至为当事人提出折衷的建议,以便当事人找到纠纷解决的方案;法官就当事人达成的和解协议审查确认,就和解协议确认的权利义务关系的适法性和正当性给予当事人释明,以便保证诉讼和解协议确定的实体权利义务关系大体公正和为诉讼和解产生法律效力提供程序外观。由此,我国民事诉讼和解的制度化处理应重视法官对和解程序的引导和管理作用。但必须注意的是,诉讼和解中法官的积极介入似一把“双刃剑”:既有利于和解的达成,又容易带来强制的契机<sup>[37]</sup>。基于尊重当事人在诉讼和解中合意的内在要求,立法上应为法官在民事诉讼和解中的职权行使设定一个规范性指南和约束机制,其中最重要的是,法官在诉讼和解中的权力仅限于对和解程序的推进上,至于如何解决纠纷,则完全由当事人自己去磋商<sup>[38]</sup>。

#### (二) 尊重当事人在民事诉讼和解中的自愿性

诉讼和解行为是当事人自己的行为,当事人是和解中的主导者和主动者<sup>[39]</sup>,当事人在诉讼和解过程中对其实体权利和诉讼权利的自由处分,是民事诉讼处分原则在和解程序中的具体体现。因此,尊重当事人的自愿性是对民事诉讼和解制度化处理的基础和出发点。即便需要法院参与的和解,仍要避免通过法官主持、主导所施加的种种违背当事人合意的行为,否则,不仅往往难以达成和解协议,即使勉强达成,其基础也是不牢固的,当事人随时都可能翻悔,撕毁达成的协议,引起新的纷争,从而使其诉讼进一步复杂化<sup>[40]</sup>。这表明,一方面从技术方面的确存在引入法官的必要,另一方面又要避免法官的参与可能带来的强制当事人和解的负面效应。当事人自愿性体现于诉讼和解程序的整个过程:在诉讼和解的启动环节,当事人有决定是否启动和解程序的自愿;在诉讼和解的过程中,应当保障当事人亲自

<sup>①</sup> 比如,“执行力替代说”,参见王亚新《一审判决效力与二审中的诉讼外和解协议——最高人民法院公布的2号指导案例评析》,《法学研究》2012年第6期。“不执行契约说”,参见吴俊《指导案例2号的程序法理》,《法学》2013年第1期。

<sup>②</sup> 比如,“债的更新”理论,参见郑金玉《和解协议与生效判决关系之债法原理分析——兼论吴梅案的规则解释》,《比较法研究》2015年第4期。“合同解除权说”,参见贺剑《诉讼外和解的实体法基础——评最高人民法院指导案例2号》,《法学》2013年第3期;“债的解除理论”,参见彭隋生《诉讼外和解协议的生效与解除——对最高人民法院〈指导案例2号〉的实体法解释》,《中国政法大学学报》2012年第4期。

到场,给当事人充分的参与和解程序机会;对最终是否达成及达成何种内容的和解协议,必须出自双方当事人自愿,而不能有任何外来的强迫或变相强迫,任何一方当事人也不得将自己的意志强加给对方当事人或以虚假的承诺来骗取对方当事人与自己达成和解协议<sup>[41]</sup>;在诉讼和解失败时,若对纠纷事实的认定还需庭审辩论,立法上应从技术层面设置相应的措施来保障诉讼和解程序与审判程序衔接,进而使这些纠纷及时、简便的进入判决程序。

### (三) 完善律师参与民事诉讼和解的制度措施

民事诉讼和解过程中经常会遇到这样那样的法律技术问题,律师作为拥有法律知识的职业人士,具有良好法律专业知识和社会良知,律师参与和解展示了化解法律技术难题的一种可能;另一方面,充分发挥律师在诉讼和解程序中与当事人的联系,律师在听取当事人意见后可为当事人提供充分的法律信息和合理的法律建议,使当事人更加理性的面对纠纷,从而可在很大程度上提高当事人自治的能力和减轻当事人的诉讼负担,又能通过诉讼和解来促进纠纷的解决,减轻法院的审判负担。对此,我国司法实践中已经显现出赋予对律师参与的诉讼和解以特殊法律效力的倾向,如《最高人民法院公报》2009年第11期刊登的《杨培康与无锡活力保健品有限公司侵犯发明专利权纠纷案》的表述中,当事人具有较高的文化程度,并有代理律师一同参与诉讼、调解、和解活动。在此情形下,当事人在和解协议上签字同意并收取了对方当事人按照和解协议支付的款项,此后又以调解违背其真实意愿为由申请再审的,应予驳回<sup>①</sup>。我国民事诉讼和解的制度化处理中要建立律师参与诉讼和解的机制,如当事人可委托律师全程代理诉讼和解;对有和解可能的纠纷,法院可委托律师一道推动当事人达成诉讼和解;可根据律师参与诉讼和解的程度来决定诉讼和解的实效;建立律师在诉讼和解程序中的法律援助制度。与此同时,为鼓励律师参与诉讼和解的积极性,立法应制定保障律师参与诉讼和解的激励机制,如当事人应为参与诉讼和解的律师支付报酬,当和解失败后进入诉讼程序,对在和解中提供法律援助的律师也应当支付报酬。

### (四) 坚持民事诉讼和解的双重性质

当事人在民事诉讼和解过程中受实体法与诉讼法交错影响,当事人间达成的和解协议不仅具有确定了当事人间实体法上权利义务的契约性质,同时又具有终结当事人间诉讼的裁判性质。就民事诉讼和解的契约性质而言,我国学界主流学者认为,应当根据和解协议的具体内容而确定,其既可以发生创设效力,也可以发生认定效力<sup>②</sup>。在这个意义上,诉讼和解合同一旦有效成立,既可能是对原有法律关系的确定,也可能在原有法律关系的基础上形成一种新的权利义务内容。就民事诉讼和解的裁判性质而言,当事人达成诉讼和解后申请法院就和解协议确认,经法院确认后的和解协议就具有了裁判性质的外观。“确认”既适用于争讼行为,也就是说,适用于有“争议”的状况;它也适用于非讼行为,也就是说,在没有争议的情况下也同样适用这一概念。通过“确认”来对“法律状况”进行审查,只有这种“确认”才构成司法权性质的行为。在进行“认可”(行为)的同时既要进行“合法性”监督,又要进行“正当性”监督<sup>[42]</sup>。当诉讼和解协议中的记载具有给付内容时,和解协议具有强制执行效力。因此,忽略民事诉讼和解的实体法或诉讼法的任何一面谈论诉讼和解性质都是不准确的,未来我国完善民事诉讼和解制度时应坚持诉讼和解的双重性质来具体展开。

### (五) 增强民事诉讼和解的法律效力

诉讼和解的效力是决定民事诉讼和解制度适当、有效运行的基础,这在司法实践中主要表现为当事人在达成诉讼和解后的结案方式上。我国目前司法实务中以调解或撤诉替代诉讼和解结案的做法,已严重限制了民事诉讼和解制度的适用,甚至让该制度规范的目的落空。反观大陆法系主要国家民事诉讼立法中关于诉讼和解效力的设置,民事诉讼和解在司法实践中是一种当然的结案方式。在我国,这样的诉讼和解效力设计也存在相当的合理性和可行性。不过,学界在“以何种方式赋予诉讼和解效力”问题上尚存在分歧。有学者主张将法院审查确认后的诉讼和解协议记入笔录即发生法律效力<sup>③</sup>;有

① 详见《最高人民法院公报》2009年第11期《杨培康与无锡活力保健品有限公司侵犯发明专利权纠纷案》。

② 我国民事实体法学界主流学说认为诉讼和解既具有确定当事人间实体权利义务的性質,又具有终结诉讼的性質。参见王利明《论和解协议》,《政治与法律》2014年第1期;李双元、黄为之《论和解合同》,《时代法学》2006年第4期。

③ 持这种观点的学者主要是借鉴德、日民事诉讼法关于诉讼和解效力的规定。参见张嘉军《诉讼和解观与我国诉讼和解制度之重构》,《政治与法律》2009年第5期;章武生、吴泽勇《论诉讼和解》,《法学研究》1998年第2期;单丽雪《建立我国诉讼和解制度的构想》,《锦州师范学院学报》2003年第5期。

学者坚持以法院将和解协议制作和解书的形式更为妥当<sup>①</sup>;还有学者提出应以法院制作和解书为原则,以将和解内容记入笔录为例外的方式<sup>②</sup>。笔者认为,未来我国关于民事诉讼和解效力的立法形式宜采用第三种观点。具体做法是,原则上以当事人共同申请法院就诉讼和解协议审查确认并由法院将其制作和解协议书。法院在制作和解协议书后,双方当事人、审判员、书记员在和解书上签名,并加盖人民法院印章,诉讼和解协议生效;对在简易程序中达成的和解协议或达成和解协议后即时履行的可以不制作和解协议书,而只须将和解内容记入笔录,由双方当事人、审判人员、书记员署名或盖章,并加盖法院印章,即具法律效力。究其原因,首先,我国诉讼笔录效力制度还不完善,在我国民事诉讼中,无论特定化还是非特定化的笔录,只是一种单纯的事实记载载体,并没有将其作为一种具有法定证明效力的文书<sup>[43]</sup>。因此,现阶段以将和解协议记入笔录即生效的方式赋予诉讼和解效力的做法不太严谨。其次,就采用上述第三种方式赋予诉讼和解效力的做法,我国民事诉讼法已有类似规定<sup>③</sup>,即在司法实践中可具体仿照法院制作调解书的形式外观实施。涉及诉讼和解效力的另一个可能的问题是,经法院审查确认后生效的和解协议是否具有既判力。我国学者对此还有认识上的分歧,有学者赞成生效的诉讼和解协议具有既判力<sup>④</sup>;有些学者否定生效后的诉讼和解协议具有既判力<sup>⑤</sup>;还有学者认为,应一般意义上承认生效后的诉讼和解具有既判力,但存有无效或可撤销事由时应限制诉讼和解的既判力<sup>⑥</sup>。笔者认为,诉讼和解协议不应具有既判力,因为,和解协议中记载的事项没有判决主文那样简洁,如此一来,对于“哪些和解条款产生既判力以及怎样产生既判力”的问题很难定论<sup>[44]</sup>;再者,将针对法院判决的既判力作用于当事人合意性的诉讼和解中,这对和解当事人而言不免显得过于苛刻。

#### 四、结语

我国民事诉讼立法缺乏对诉讼和解程序规则的关注,民事诉讼和解在司法实践中出现了一系列的适用困境。对我国民事诉讼和解以充实程序规则为核心的制度化处理,对完善我国民事诉讼和解制度,摆脱诉讼和解在民事司法实践中的适用困境可提供规范和基础。民事诉讼和解作为一种替代性纠纷解决机制具有特有的解纷价值,激活民事诉讼和解程序,切实发挥民事诉讼和解的解纷功能又是健全我国社会矛盾纠纷预防化解机制,完善多元化纠纷解决机制的内在要求。

#### 参考文献:

- [1]柴发邦.体制改革与完善诉讼制度[M].北京:中国人民公安大学出版社,1991.19.
- [2][36]章武生,吴泽勇.论诉讼和解[J].法学研究,1998,(2).
- [3][37]熊跃敏.诉讼上和解的比较研究[J].比较法研究,2003,(2).
- [4][23][28][32]赵旭东.论和解协议效力的司法确认[J].山东警察学院学报,2009,(5).
- [5]张晋红,易萍.论民事诉讼和解制度的完善[J].法律科学,1999,(5).
- [6][38]李浩.查清事实、分清是非原则重述[J].法学研究,2011,(4).
- [7][33][40][41]曾昭度,赵钢.试论民事诉讼中的和解[J].法学评论,1988,(1).

① 这种观点主要是仿照我国现行关于当事人达成调解后制作调解书的规定。参见王宏彩《浅议民事诉讼中的和解》,《山东法学》1996年第3期;张晋红、易萍《论民事诉讼和解制度的完善》,《法律科学》1999年第5期。

② 这种观点的主要依据是当事人在达成诉讼和解后是否可对具有给付内容的和解协议当庭履行。参见李岭《论民事诉讼中的和解》,《当代法学》1999年第1期;曾昭度、赵钢《试论民事诉讼中的和解》,《法学评论》1988年第1期。

③ 我国《民事诉讼法》第九十七条规定:调解达成协议,人民法院应当制作调解书。调解书应当写明诉讼请求、案件的事实和调解结果。调解书由审判人员、书记员署名,加盖人民法院印章,送达双方当事人。调解书经双方当事人签收后,即具有法律效力。第九十八条规定:下列案件调解达成协议,人民法院可以不制作调解书:(一)调解和好的离婚案件;(二)调解维持收养关系的案件;(三)能够即时履行的案件;(四)其他不需要制作调解书的案件。对不需要制作调解书的协议,应当记入笔录,由双方当事人、审判人员、书记员签名或者盖章后,即具有法律效力。

④ 这种观点认为当事人达成的诉讼和解协议具有替代判决的效力。参见章武生、吴泽勇《论诉讼和解》,《法学研究》1998年第2期;曾昭度、赵钢《试论民事诉讼中的和解》,《法学评论》1988年第1期。

⑤ 这种观点主张诉讼和解是当事人自治解决纷争,理应与判决不同。参见包冰峰《民事诉讼和解效力之研究》,《内江师范学院学报》2009年第1期。

⑥ 持这种观点的学者是基于既判力的肯定说和否定说而选择的中间路线。参见康万福《试论民事诉讼中和解制度》,《中央政法管理干部学院学报》1996年第4期;李岭《论民事诉讼中的和解》,《当代法学》1999年第1期。



- [8]李岭.论民事诉讼中的和解[J].当代法学,1999,(1).
- [9]齐树洁.台湾法院调解制度的最新发展[J].台湾研究集刊,2001,(1).
- [10]范愉.非诉讼纠纷解决机制研究[M].北京:中国人民大学出版社,2000.146.
- [11][15][16][日]新堂幸司.新民事诉讼法[M].林剑锋译.北京:法律出版社,2008.290-291,257,258.
- [12][20][25][44][日]高桥宏志.民事诉讼法制度与理论的深层次分析[M].林剑锋译.北京:法律出版社,2004.637,631,639-640.
- [13][17][42][法]让·文森,塞尔日·金沙尔.法国民事诉讼法要义[M].罗结珍译.北京:中国法制出版社,2005.730,856,226-229.
- [14][19][22][德]汉斯-约阿希姆·穆泽拉克.德国民事诉讼法基础教程[M].周翠译.北京:中国政法大学出版社,2005.172,55,175.
- [18][德]奥特马·尧厄希尼.德国民事诉讼法[M].周翠译.北京:法律出版社,2003.408.
- [21][法]洛伊克·卡迪耶.法国民事司法法[M].杨艺宁译.北京:中国政法大学出版社,2004.342.
- [24][德]罗森贝克,施瓦布,戈特瓦尔德.德国民事诉讼法[M].李大雪译.北京:中国法制出版社,2007.974.
- [26]章武生.我国法院调解制度的发展与规范[J].公民与法,2010,(6).
- [27]周建华.论和解协议的法律效力——从法国法的比较角度探析“吴梅案”的理想逻辑[J].苏州大学学报(法学版),2015,(4).
- [29]张嘉军.诉讼和解观与我国诉讼和解制度之重构[J].政治与法律,2009,(5).
- [30]范愉.诉讼与非诉讼程序衔接的若干问题——以《民事诉讼法》的修改为切入点[J].法律适用,2011,(9).
- [31]吴泽勇.“吴梅案”与判决后和解的处理机制——兼与王亚新教授商榷[J].法学研究,2013,(1).
- [34]吴英姿.诉讼契约及其边界[J].南京大学法律评论,2015,(1).
- [35]江伟,熊跃敏.德国民事诉讼上的和解制度介评——兼论对改革我国法院调解制度的启示[J].福建政法管理干部学院学报,2001,(4).
- [39]张晋红.法院调解的立法价值探究——兼评法院调解的两种改良观点[J].法学研究,1998,(5).
- [43]张卫平.论庭审笔录的法定化[J].中外法学,2015,(4).

责任编辑:郭 奕

## On the Legislation Orientation for the System of Civil Lawsuit Reconciliation

Xiao Jianhua Wang Yong

(School of Law Beihang University Beijing 100038)

**Abstract:** The legislation of civil action in our country lacks the regulations on the rules of the lawsuit reconciliation's procedure. Therefore in the civil judicial practice litigation settlement was in a "marginalized" position on many occasions, which doesn't match with the top design of improving the mechanisms of prevention and resolving of social conflicts and disputes and perfecting diversified dispute resolution mechanism. It is advantageous for activating the functions of dispute solution of reconciliation to process it institutionally with the establishment of procedural rules as the center. Specifically, by strengthening the management function of the judge in the lawsuit reconciliation procedure, respecting voluntarily of the parties in the lawsuit reconciliation procedure, perfecting systems and measures of lawyer participating in litigation settlement, adhering to the dual nature of the settlement and strengthening the procedural rules of legal effect of the settlement, the driving force of the lawsuit reconciliation procedure could be enhanced in order to achieve the purpose of actually playing reconciliation's functions of disputing resolutions.

**Keywords:** civil lawsuit reconciliation; legislative orientation; systematism