

程序保障视角下诉讼调解既判力分析

杨会新*

目次

- 一、引言
- 二、诉讼调解既判力的不同立场
- 三、诉讼调解既判力的正当性基础
- 四、诉讼调解既判力之否定
- 五、结语

摘要 诉讼调解是否应当具有既判力,关键在于当事人是否获得了充分的程序保障,诉讼调解的效力与程序保障相适应方为正当。我国在未能给予当事人充分程序保障的前提下认可诉讼调解的既判力,将再审设置为唯一的救济途径,抬高了当事人救济的门槛,其正当性本身应予质疑。而且,既判力的赋予在客观上有利于减少司法资源的投入,在案多人少的当下,更易成为强制调解的诱因。而否定既判力有利于形成倒逼机制,通过降低诉讼调解在“节约”司法资源方面的优势,消减强制调解的诱因,进而促进调解的理性回归。

关键词 诉讼调解 既判力 程序保障 再审

一、引言

近年来的诉讼调解实践表明,人们所预想的“案结事了”的制度优势并未出现,相反,调解案件呈现出高反悔率、高申请再审率和高进入强制执行率的“三高”态势。在申请再审的调解案件中,尽管较多案件以调解违反自愿原则为由申请再审,但仅有极少案件能够进入再审程序。有报告显示,在2009年12月6日至2012年12月5日某市中级人民法院受理审查的95件以调解方式结案而申请再审的案件中,当事人以调解违反自愿原则为由申请再审的占48件,其中仅2件法院裁定进入再审;以调解违反法律规定而申请再审的占47件,其中6件法院裁定进入再审。以调解违反自愿原则申请

* 杨会新,国家检察官学院副教授、法学博士。本文系2016年度国家法治与法学理论研究项目“‘立案登记制’后民事案件受理制度研究”(项目号16SFB3023)的阶段性研究成果。

再审的当事人,基本对原审法院和承办人的调解工作表示出极度不满和不信任。^[1]由于申请再审路径的不通畅,致使大部分案件进入信访。中原 M 省 L 市中级人民法院课题组在调研中发现,784 件信访案件中有 279 件的当事人反映法官强制调解,占全部信访案件的 35.59%。^[2]以上数据直观地揭示了一个问题:法院强制调解现象严重,但当事人难以获得有效救济。

学界对于强制调解的成因进行了深刻剖析,认为“调解优先”的司法政策导致了调解行为的异化,法官基于错案规避、考核指标等自身利益的考虑倾向于采取调解方式结案,这便将强制调解的诱因植入了调解实践。^[3]现有研究将司法政策的不当影响纳入讨论视野,对于深刻理解调解异化现象具有助益。在此基础上需要进一步思考的是,司法政策何以能够任意地、过度地影响司法实践,致使调解背离双方自愿这一根本性原则?首先可以肯定的是,基于司法政策在我国特殊地位与作用,使其能够借助“社会效果”挤压“法律效果”,成为影响司法行为的重要因素。此外,诉讼调解本身尚需存在某种制度缺口,从而为司法政策的不当渗入提供可能。本文无力置喙司法政策的理性化与科学化,而仅将目光聚焦于诉讼调解制度内部。我国法律规定除非通过再审,否则不得对诉讼调解的效力提出质疑,即赋予诉讼调解以纠纷解决的终局性效力。诉讼调解是否应该具有终局性效力,这一效力是否与强制调解的发生具有关联?文章拟从诉讼调解的效力入手,探寻诉讼调解的效力与调解异化之间存在的关联,进而尝试通过制度完善防范司法政策的不当影响。

二、诉讼调解既判力的不同立场

我国的诉讼调解与大陆法系国家和地区的诉讼和解具有高度的同质性,均为诉讼启动后,当事人在法官面前所进行的合意纠纷解决方式,且法官在其中发挥着积极的作用。基于此,大陆法系关于诉讼和解的理论研究与立法实践可以成为讨论我国诉讼调解制度的重要参照。诉讼和解作为纠纷解决的重要方式之一,应当具有相应的效力方能确保纠纷解决的实效。人们对于诉讼和解的形成力与执行力(限于具有给付内容的)并无异议,而对诉讼和解是否具有既判力则有不同观点。这关系到诉讼和解是否具有纠纷解决的终局性效力,也关系到诉讼和解具有无效或者可撤销事由时如何救济。

(一) 诉讼和解是否具有既判力的判断标准

在学说上,关于诉讼和解是否具有既判力有否定说、肯定说和限制说三种不同的观点。否定说认为,诉讼和解在性质上与民法上的和解契约一样,应当遵从私法的相关规则,当诉讼和解存在实体法或程序法上无效、可撤销事由,允许当事人主张无效或撤销,而且,这种主张不需要通过再审之诉来提出。肯定说认为,只有当诉讼和解具有再审事由时,才允许当事人通过再审之诉要求撤销和解。限制说在实质上采用否定说立场,但认为只要诉讼和解没有瑕疵、是有效的,将产生既判力。^[4]

既判力作为防范当事人对判决或者诉讼和解所确定的法律关系再度争执的效力,与纠纷解决的终局性密切相关。上述不同学说争论的焦点在于,当诉讼和解出现特定事由时,可以通过何种程序加以救济:肯定说出于维护诉讼和解终局性的目的,主张只能通过再审程序;否定说则否认诉讼和解的

[1] 参见尚丽丽:《对我国民事诉讼调解制度的反思与重构——以民事申请再审案件为基础的实证分析》,来源: <http://cdfy.chinacourt.org/article/detail/2014/02/id/1219973.shtml>, 2017年2月6日访问。

[2] 参见张嘉军:《民事诉讼调解结案率实证研究》,载《法学研究》2012年第1期。

[3] 参见曹云吉:《审判风险与诉讼调解》,载《国家检察官学院学报》2015年第5期。

[4] 参见[日]新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第259、260页。

终局性,主张无需再审程序,当事人可以申请继续审判。以上哪种学说更为合理暂且不论,但不同学说之间的争论焦点为我们提供了判断诉讼和解是否具有既判力的外在标准,即:当诉讼和解具有实体法或者程序法上无效、得撤销原因时,当事人是否必须通过再审这一特殊救济程序主张无效或者撤销。如果必须通过再审,即说明和解具有既判力;如果可以通过继续审理等再审以外的其他程序予以救济,则说明和解不具有既判力。以此为标准,可以对相关国家和地区的诉讼和解是否具有既判力进行分析。

(二)大陆法系国家和地区关于诉讼和解既判力的立场

在立法上,德国仅规定和解笔录得为执行名义(《德国民事诉讼法》第794条第1款第1项),至于是否具有既判力没有规定。但在判例方面,当诉讼和解有无效或者可撤销原因时,大多采取继续审判的救济方法。据此可认为,德国实务上采取既判力否定说立场。^[5]

日本法规定诉讼和解与确定判决具有同一效力(《日本民事诉讼法》第267条),依文义解释,应认为诉讼和解具有既判力。但判例却采取了“不需要准用再审之诉”的既判力否定说立场。判例根据提出不服申请当事人的不同态度,分别认可以下两种方法:(1)当事人向和解法院提出指定期日申请,并继续前诉程序。在这种情况下,法院指定期日对诉讼和解的效力进行审查,当法院认为和解有效时,做出“因成立诉讼上和解,诉讼终结”之终局判决。相反,认为诉讼和解无效或者应予撤销时,则对原告的请求进行审理、判决。(2)以另诉提起确认和解无效之诉。^[6]学者也认为,采用上述已经稳定化的判例立场,允许当事人对两种方法进行选择是稳妥的。^[7]由于日本判例允许对诉讼和解提起无效的确认之诉,且当当事人无效或者撤销的主张经审理被肯定时,原来的诉讼将继续进行,这就在事实上否定了诉讼和解的既判力。

台湾地区“民事诉讼法”首先规定诉讼和解与确定判决具有同一效力,同时又规定和解有无效或者得撤销之原因者,当事人得请求继续审判(第380条第1项)。台湾地区判例亦认为,诉讼和解行为如有私法上或者诉讼法上无效或者得撤销之事由存在,不问何者,均属“民事诉讼法”第380条第2项和解有无效或者得撤销之原因,当事人自得以之为请求继续审判之理由。^[8]台湾在认可诉讼和解具有既判力的同时,又规定得因无效或者可撤销而申请继续审判,这从实质上否定了诉讼和解的既判力,可认为是向既判力否定说的逃遁。

综上,尽管大陆法系不同国家和地区之间在立法上稍有差异,但他们在司法上大都采用既判力否定说的立场。^[9]究其原因,诉讼和解尽管是在法院参与下进行的,但法院的参与程度千差万别,其间的程序保障远不如判决充分。因而,诉讼和解在本质上并非确定判决,否定诉讼和解的既判力更为妥当。

(三)我国关于诉讼调解既判力的立场

与大陆法系国家和地区的立场不同,我国在立法或者司法上均肯定诉讼调解的既判力,学理上也

[5] 参见[德]罗森贝克等:《德国民事诉讼法》(下),李大雪译,中国法制出版社2007年版,第980、981页;[德]汉斯-约阿希姆·穆泽拉克:《德国民事诉讼法基础教程》,周翠译,中国政法大学出版社2005年版,第176、177页;[日]新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第260-264页;陈荣宗、林庆苗:《民事诉讼法》(中),三民书局2010年版,第572、573页。

[6] 参见[日]新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第263、264页;[日]中村英郎:《新民事诉讼法讲义》,陈刚、林剑锋、郭美松译,法律出版社2001年版,第251页。

[7] 参见[日]新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第264页。

[8] 参见陈荣宗、林庆苗:《民事诉讼法》(中),三民书局2010年版,第572、573页。

[9] 参见陈荣宗、林庆苗:《民事诉讼法》(中),三民书局2006年版,第572页;[德]罗森贝克等:《德国民事诉讼法》(下),李大雪译,中国法制出版社2007年版,第975页。

未提出异议。

我国《民事诉讼法》规定调解书具有法律效力,而“法律效力”是否包括既判力,法律并未言明。从体系解释的角度,答案应是肯定的。根据《民事诉讼法》的规定,调解书经当事人签收后即确定为确定,调解书内容违法或者具有欺诈、胁迫、强制情形而违反自愿原则的,当事人只能与错误判决的救济方式一样申请再审,而没有规定再审之外的其他救济途径,这即是认可了调解书非经再审不得推翻的效力。另外,最高人民法院《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》第10条规定,调解协议约定一方不履行协议,另一方可以请求人民法院对案件作出裁判的条款,人民法院不予准许。该条规定表明最高人民法院禁止当事人就诉讼调解的案件要求重新裁判的态度。由此,应认为我国采取的是诉讼调解既判力肯定说立场。学理上的主流观点亦认为,诉讼调解是人民法院行使审判权的方式之一,调解书与生效判决具有相同的法律效力,包括形式上的约束力、既判力、形成力和执行力。^[10]

调解被赋予纠纷解决的终局性效力,其效力非经再审不得质疑。在客观上,调解的达成可以免除法院续行审理与作成判决,节省法院的劳力与费用。在各类诉讼案件急剧增加,“案多人少”矛盾日趋突出的当前,节约司法资源无论对于作为组织的法院,还是对于作为个体的法官都具有难以抵抗的诱惑力。^[11]可以说,调解所具有的既判力一方面植入了强制调解的诱因,另一方面又限制了对强制调解的救济。但仅据此尚不足以否定诉讼调解的既判力,诉讼调解是否应具有既判力,还应从既判力的正当性基础谈起。

三、诉讼调解既判力的正当性基础

(一) 诉讼调解既判力的根据

既判力的正当性基础或者既判力的根据,是指当事人承受既判力的拘束尤其是不利拘束的正当性。当前通说认为,判决之所以有既判力而拘束当事人,是因为当事人在之前的诉讼程序中被赋予充分的机会,能够尽力主张自己的权利并展开有效防御。当然,当事人实际上是否利用或者如何利用这种机会,取决于当事人的意思自由,但作为其结果,则应当由其自己负责。^[12]该学说将程序保障与自我责任相连接,“使国家权力强制力获得正当化根据,而且,在近代社会中,这个命题也成为一种说服私人并使其心悦诚服的逻辑”。^[13]从当事人角度而言,既判力的正当性应从意思自治与自我责任中谋求,即当事人之所以要承受既判力的拘束,在于判决或者和解是自己行为的结果,而该行为又是出于自我意思与自我决定的,自然要对此结果承担责任。从逻辑上讲,即是因为确定判决或者和解是当事人基于自我意思与自我决定实施(或不实施)一系列诉讼行为的结果。

但当事人的自我意思与自我决定并非单凭当事人一己之力就能形成,而有赖于法院提供一定的程序保障。即程序保障的意义表现为两个方面:一是为当事人实施诉讼行为提供机会;二是为当事人作出决定提供必要的资讯,如法官释明等,当事人只有在了解必要资讯的基础上才能作出真正符合自

[10] 参见张卫平:《民事诉讼法》,法律出版社2013年版,第303页。

[11] 相关司法解释也将节约司法资源作为推动调解的主要目的之一,如最高人民法院在《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》(2004年8月18日最高人民法院审判委员会第1321次会议通过法释[2004]12号)即规定:“为了保证人民法院正确调解民事案件,及时解决纠纷,保障和方便当事人依法行使诉讼权利,节约司法资源,根据……制定本规定。”

[12] 参见[日]新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第474页。

[13] [日]新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第474、475页。

我意思的决定。由此,程序保障的意义在于实现当事人自我意思与自我决定的实质化,即所实施的诉讼行为是真正的自我意思的体现。换言之,既判力的正当性基础在于自我责任,即对出于自我意思与自我决定的自我行为承担责任,而程序保障在于提升当事人承担自我责任(尤其是承受不利后果)的正当性。同时,当事人在诉讼和解中的诉讼行为是否出于其真实的自我意思和自我决定,单从外观上难以分辨,而法院是否提供了程序保障则是外在的,可以予以分辨和判断。因此,将程序保障作为当事人意思自治的外观,并据此判断诉讼和解是否具有既判力是可行的。另外,为程序安定考虑,只要法院提供了必要的程序保障,便可以推定当事人作出的诉讼行为符合其真实意思。

(二)大陆法系国家和地区对诉讼和解的程序保障

诉讼和解之所以具有区别于当事人和解的效力,原因在于诉讼和解中的程序保障。在德、日及我国台湾地区,随着立法及实务对法官促成和解的强调,法官在诉讼和解中的作用越发深入,也同样存在强制和解的诱因。为避免强制和解的发生,加强对当事人的程序保障便成为重点。

1. 和解方案应尽可能接近正义。《德国民事诉讼法》2001年增设法院应于言词辩论前进行诉讼和解辩论,此规定系仿《德国劳动法院法》第54条所设,目的在于提高和解率以减轻法院负担、促进诉讼经济。但实施后和解率未见提升,案件负担并未减轻,法官对该制度也持保留态度。这表明,未充分考虑纷争的实际状况、程序阶段与当事人需求等因素与要求,即单纯以促成和解为程序运作指标,在实践中行不通。台湾实践也表明,当事人多是在受诉法院斡旋或者提示心证后才开始互相让步的,在法院先行整理争点、了解当事人纷争状况的基础上提出的和解方案更易于被当事人接受。^[14]

2. 法院讨论义务或者心证公开。《德国民事诉讼法》第278条第2款规定了法院的讨论义务,法院应在自由评价所有情况的前提之下,与当事人讨论案件与争讼状况。该规定一方面有利于促成和解,另一方面也是对当事人的重要保障。在当事人对案件的事实状况、法律状况、诉讼风险等情况不明的情况下,本就难以达成和解,即便达成,其正当性亦应予质疑。因而,法官应就法律、事实、证据上的判断、评价与当事人进行讨论或者告知当事人,并为当事人提供就上述情况充分表达意见的机会,以便当事人斟酌、衡量其程序利益与实体利益并作出选择。诉讼和解作为当事人自由解决纷争的一种方式,应依照自己自由的意思提出纷争解决的基准,并对自己所为的判断、决定负责任。自己责任的正当化根据即在于选择与决定是在充分的信息保障下做出的。同时,法院在对话中能够充分顾虑当事人的利益,在此基础上提出的和解建议更容易被当事人所接受。我国台湾地区未规定法院在诉讼和解中的讨论义务,但学者认为“民事诉讼法”第199条规定的法官心证公开可以适用于和解程序,并认为心证公开具有解明事实或者纷争全貌并确保当事人对此形成一定共识的功能。^[15]当事人在明了其实体利益与程序利益后,自主选择是否和解,方能成为当事人程序选择行为所具效力之正当化基础。

3. 事实心证的避免。在和解失败而必须做出判决时,应以证据调查所获得的心证事实作为判决的依据。如果法官在试行和解中因当事人陈述或者让步而获得了心证,并因此而影响和解不成后的判决,则是违背程序法原则的。为此,美国与法国将审前程序法官与开庭审理法官相分离,从而使审前试行和解中形成的事实心证无从影响开庭审理。德国和日本未采审前程序法官与开庭审理法官相分离的做法,而是规定不得将和解中的陈述作为判决中认定事实的根据。台湾地区“民事诉讼法”第

[14] 参见周廷翰:《诉讼上和解之程序保障初探》,载《法学丛刊》第233期(2014年)。

[15] 参见周廷翰:《诉讼上和解之程序保障初探》,载《法学丛刊》第233期(2014年)。

422 条规定,调解程序中,调解委员或者法官所为之劝导及当事人所为之陈述或者让步,于调解不成立后之本案诉讼,不得采为裁判之基础。但对于和解程序中当事人所为之陈述或者让步,能否作为本案诉讼的裁判基础,法律未予规定。^{〔16〕}试行和解中当事人有此顾虑的,可以将案件移付调解。^{〔17〕}

4. 强制和解的事后救济。诉讼和解的基础在于处分原则与私法自治,因此,法院不得通过恐吓、欺诈等强制手段迫使当事人达成和解,否则当事人得请求撤销该诉讼和解,并请求原法院继续审判。法官告知一方当事人如不能达成和解将面临败诉判决,可被认为恐吓。法官夸大诉讼风险而致当事人产生和解意愿,或者单纯为了避免继续审理、拟写判决书的麻烦、逃避法律适用上的困难而促使当事人达成和解的,都可构成法官欺诈。上述恐吓和欺诈情形还可认为违反法官的中立性,有偏颇一方当事人的嫌疑,构成法官回避的理由。^{〔18〕}

(三)我国诉讼调解中的程序保障情况

尽管我国民事诉讼法将自愿作为诉讼调解的基本原则,但就如何保障自愿原则的实现却没有规定。正如有学者指出的,上述规定大都是对调解结果的制约,应属诉讼调解的“实体性规范”,没有在程序上通过具体规范逐一落实,没有内含对诉讼调解进行程序性规制的理念。^{〔19〕}

首先,事实清楚、分清是非的法律规定未能落到实处。按照法律规定,法院要在事实清楚的基础上,分清是非进行调解,并在调解书中写明案件事实。但山东省高级人民法院的一组数据显示,在随机抽查的 300 份调解书中,没有写明任何案件事实的占 72%,写明当事人诉求和争议问题的占 15%,写明法院认定事实的仅占 13%。课题组认为,为促成调解而模糊处理案件事实是上述问题产生的重要原因之一。对于有些案件,明确案件事实会导致一方当事人感到“吃亏”,从而放弃调解,法官为促成调解而对案件事实进行模糊处理。^{〔20〕}在基本事实未查清的情况下就进行调解,调解协议的内容难言是当事人真实意思的体现,这无疑违背了自愿原则。

其次,法官的资讯提供义务未受到必要关注。调解的自愿性是调解正当性的基础,调解自愿的实现需要法院的积极作为,具体表现为法官的讨论义务或者心证公开义务。当前,由于以劝压调、以拖压调、以诱压调、以判迫调、久调不决等强制调解现象频发,人们的关注点多停留在不强制调解这一低级层面上,认为不强制即为自愿,如何实现自愿原则的实质化却少有研究。如有观点认为,由于我国民事诉讼实行“调审合一”,从事调解的法官同时也是调解失败后对案件进行审判的法官,法官的双重身份使得调解中的强制或者变相强制成为可能,进而主张通过“调审分离”来切断调解法官强制调解的可能性。^{〔21〕}实际上,即便不存在强制,当事人在缺乏基本信息的基础上所做出的决定又何尝属于自愿?显然,如何实现自愿原则的实质化这一问题,尚未引起我国理论与实务的关注。

最后,何为及时判决缺乏明确标准,为以拖压调提供了可能。尽管法律规定调解不成的应及时判决,不得久调不决。但由于法律未能提供可资参照的标准,这一条文也沦为宣示性规定,缺乏可操作性。在司法政策的作用下,为提高调解结案率,以拖压调便成为强制调解的惯用手法之一。

〔16〕 实践中有试行和解中书记员不予记录的做法。参见周廷翰:《诉讼上和解之程序保障初探》,载《法学丛刊》第 233 期(2014 年)。

〔17〕 参见周廷翰:《诉讼上和解之程序保障初探》,载《法学丛刊》第 233 期(2014 年)。

〔18〕 参见刘明生:《诉讼上和解程序之研究——以德国法为中心》,载《辅仁法学》第 47 期(2014 年)。

〔19〕 参见熊跃敏:《诉讼上和解的比较研究》,载《比较法研究》2003 年第 2 期。

〔20〕 其他原因还包括:开庭查明事实前就完成调解、追求快速结案、双方当事人要求不写明案件事实等。黄明春等:《案件事实须查明 分清是非促调解——山东高院关于民商事调解书写明案件事实情况的调研报告》,载《人民法院报》2014 年 12 月 4 日第 8 版。

〔21〕 参见李浩:《调解归调解,审判归审判:民事审判中的调审分离》,载《中国法学》2013 年第 3 期。

值得肯定的是,为避免法官在调解中获得的心证影响判决,《民事诉讼法解释》第107条对事实心证的避免做出规定,可看作我国在诉讼调解程序保障中的一项进步。但总体而言,我国对于诉讼调解的程序保障还相当薄弱。而在调解优先的司法政策下,法院难有程序保障的积极性。首先,无论是查明事实亦或是资讯提供,都是以增加法院的司法投入为代价的。其次,充分的程序保障在实现自愿原则的同时,也会降低诉讼调解的成功率,而调解率已然成为评判法院和法官工作业绩的重要指标。由此观之,《民事诉讼法解释》第107条何尝不是通过消除当事人的后顾之忧而鼓励当事人选择调解、达成调解协议的一种举措?

四、诉讼调解既判力之否定

(一)我国程序保障与既判力之间的矛盾

上已述及,大陆法系国家和地区在强化程序保障的同时,依然坚守诉讼和解不具有既判力的立场,认可在诉讼和解出现实体法、程序法上无效或者得撤销原因时,当事人可申请继续审判。之所以如此,在于诉讼和解与判决之间,以及不同的诉讼和解案件之间在程序保障上的差别。这种差别表现在:一方面,诉讼和解不同于确定判决。判决的本质在于由作为国家机关的法院在全面检讨案件的基础上作出国家判断,其既判力的根据来源于充分的程序保障。在诉讼实践中,诉讼和解乃因以法院为媒介并于口头辩论期日记载于庭审笔录始得生效的经验事实^[22],其间的程序保障远不如判决充分。另一方面,诉讼和解尽管是在法院的参与下进行的,但法院的参与程度却是千差万别的。既有可能法官没有做任何促成和解的努力,当事人自发的相互让步妥协而达成了和解合意,也有可能是经过重要的证人询问后,法院已经对案件形成了心证,判决内容也已经成型,且在法官强力劝导下成立诉讼和解。既有可能在第一次期日中达成和解,也有可能在上诉审中才达成和解。因而,诉讼和解成立的形态各不相同,当事人在其中得到的程序保障各异,如果一律将诉讼和解视为判决,进而将主张和解无效的途径限定于再审,不免有失稳妥。^[23]可以说,德日否定诉讼和解的既判力,是正视诉讼和解程序保障现状的实践要求。

与之相反,我国在未能给予当事人充分程序保障的前提下认可诉讼调解的既判力,将再审设置为唯一的救济途径。与继续审判相比,再审作为非常规救济途径,其启动条件更为严格,当事人获得救济的难度更大。程序保障水平的提升绝非一日之功,在司法政策的影响下更是困难重重,因此,当务之急在于否定诉讼调解的既判力,在此基础上再谋求程序保障的充实。

(二)诉讼调解效力的理性回归

否定诉讼调解的既判力,当出现无效或者可撤销事由时,允许当事人申请继续审判。如此,一方面形成与程序保障相适应的效力制度;另一方面,继续审判降低了诉讼调解在“节约”司法资源方面的优势,从而一定程度上消减了强制调解的诱因。

1. 诉讼调解无效、可撤销的事由

从范围上看,我国《民事诉讼法》规定的“调解书内容违法”大致相当于大陆法系诉讼和解的无

[22] 参见[日]中村英郎:《论裁判和解制度》,段文波译,载陈刚:《比较民事诉讼法》(2006年卷),中国法制出版社2007年版,第102、103页。

[23] 参见[日]新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第260、261页。

效事由,而“违反自愿原则”与诉讼和解撤销事由大体相当。但显然,无论“调解内容违法”还是“违反自愿原则”都过于抽象,这为法官决定是否启动救济程序提供了过大的裁量空间,使得当事人能否获得救济变得不确定。

为进一步明确诉讼调解无效、可撤销事由,首先需判明实体法上的瑕疵是否影响诉讼调解的效力。换言之,当出现实体法上的无效或者可撤销事由时,当事人可否申请继续审理?通说认为,由于诉讼和解兼具私法行为与诉讼行为的性质,须实体法与诉讼法两个方面的要件全部具备时,诉讼和解始得有效。因此,当出现实体法上瑕疵时,应允许当事人以此为由主张诉讼和解的无效或者撤销。而且,作为诉讼行为的和解以作为私法行为的和解有效为前提,作为私法上的和解无效抑或被撤销将导致诉讼和解整个失效。^[24]这一主张得到有关立法和司法实务的支持。我国台湾地区“民事诉讼法”第380条第2款规定,“和解有无效或得撤销之原因者,当事人得请求继续审判”。台湾“最高法院”43年台上字第1075号判例即认同该观点:诉讼和解之行为如有私法上或诉讼法上无效或得撤销之事由存在,不问何者,均属民事诉讼法第380条第2项所谓和解有无效或得撤销之原因,当事人自得以为之请求继续审判之理由。^[25]此即认可了私法上无效原因可致诉讼和解整个无效。德、日尽管对此未作规定,但亦认可当存在实体法或者诉讼法上无效、得撤销事由时,当事人可申请继续审判。^[26]

据此,诉讼和解无效的原因,可分为实体法上的无效原因及诉讼法上的无效原因。实体法上的无效原因依我国民法的规定,应包括:调解内容违反强制性法律规定、违背公序良俗或者不依法定方式等。诉讼法上无效原因包括:无诉讼能力人所为调解、部分必要共同诉讼人所为调解、诉讼代理人未经特别授权所为调解等。实体法上可撤销原因(诉讼法上无得撤销之原因)包括:因受他造当事人或者法官欺诈、胁迫而为意思表示,因错误而为意思表示等。在因错误而为意思表示的情形,行为人自身难言毫无过错,为对方当事人利益考虑,在因错误而撤销时通常会受到一定限制。如《德国民法典》将下列情形的错误规定为和解无效的原因,“在依合同内容作为确定根据的情节不符合实际事实,并且此争执或者不确定性在知悉事实情况时将不会发生的,其合同不生效力。”但同时认为,由于和解通常不考虑案件情况和法律情况而订立,对这些情况以及对可能存在的证据手段的错误想法不能成为根据《民法典》第119条进行撤销的理由。^[27]在台湾地区,诉讼和解因错误而主张撤销时,受到“民法典”第738条的限制,即因错误而撤销仅限于以下情形:(1)和解所依据之文件,事后发现为伪造或变造,而和解当事人若知其为伪造或变造,即不为和解者;(2)和解事件,经法院确定判决,而为当事人双方或一方于和解当时所不知者;(3)当事人之一方,对于他方当事人之资格或对于重要之争点有错误,而为和解者。^[28]我国民法未采纳大陆法系的错误概念,而代之以重大误解,将可撤销的范围限于

[24] 对于诉讼和解性质的不同认识直接决定了对其效力的理解。诉讼行为说纯粹从诉讼法角度出发,甚至将裁判和解与法院裁判等同视之,仅于存在再审原因时得以再审之诉予以救济。若将该理论贯彻到底,必将裁判和解的效力从实体法上的无效及撤销原因中全面解放出来并不受其所左右。该说与现代诉讼在实践上的要求大异其趣。两行为并存说及竞合说为当前的多数观点所认可,因而,认可和和解的诉讼行为性质的同时,亦强调其私法行为的性质。参见刘学在:《和解制度所涉实体及程序问题研究》,载《国家检察官学院学报》2016年第2期。

[25] 陈荣宗、林庆苗:《民事诉讼法》(中),三民书局2006年版,第572、573页。

[26] 参见[德]汉斯·约阿希姆·穆泽拉克:《德国民事诉讼法基础教程》,周翠译,中国政法大学出版社2005年版,第175-178页;[德]罗森贝格等:《德国民事诉讼法》(下),李大雪译,中国法制出版社2007年版,第981页;[日]中村英郎:《论裁判和解制度》,段文波译,载陈刚主编:《比较民事诉讼法》(2006年卷),中国法制出版社2007年版,第119、120页。

[27] 参见[德]罗森贝格等:《德国民事诉讼法》(下),李大雪译,中国法制出版社2007年版,第982页。

[28] 杨建华、郑杰夫:《民事诉讼法要论》,北京大学出版社2013年版,第300页。

性质错误、对他方当事人认识错误及重大内容错误。对于诉讼调解中的重大误解,应依此予以认定。

2. 明确诉讼调解具有上述事由时,当事人得申请继续审判

在法理上,之所以可以申请继续审判,系因和解有无效或得撤销之原因,原来提起的诉尚系属于法院,未合法终结。^{〔29〕}在具体程序上,受诉法院依据当事人的申请,重新展开已经终结的辩论,确认调解的无效与撤销事由。若根据审理的结果确认调解无效或者可撤销,则应重新辩论作出判决。反之,则应确认调解有效,并以调解终结诉讼程序为由,判决驳回当事人继续审理的申请。

为程序安定考虑,除了表明调解具有何种无效或者可撤销的具体情由外,尚需遵守期间的规定。对此,台湾“民法典”规定,继续审判之请求,应于30日不变期间内为之,此项期间,自和解成立时起算,但请求继续审判之原因知悉在后者,自知悉时起算(台湾“民法典”第738条之一)。但为避免和解法律关系长期不确定,法律同时规定,请求继续审判,自和解成立起已逾5年者,不得为之,但未经合法代理,发现已有确定判决、和解或调解的不受此限(台湾“民事诉讼法”第380条第3款、第500条)。和解在实体法上有无效原因的,基于无效之法律行为系当然确定绝对无效的法理,应解为不因该不变期间经过而成为有效。

五、结语

通常认为,诉讼调解具有彻底解决纠纷、及时化解矛盾、节约司法资源等比较优势。但上述所有优势的实现都有赖于自愿原则的贯彻。如果调解不是基于当事人的自愿,调解如何能够彻底解决纠纷、化解矛盾?即便一时节约了司法资源,也是以大量案件进入信访,影响社会稳定为代价的。我国诉讼调解实践中的高反悔率、高申请再审率和高进入强制执行率,已经为上述观点提供了充分注解。在制度建设上,我国存在着将目的作为手段的倾向。为了实现彻底解决纠纷、节约司法资源的目的,不顾程序保障的实际状况,执意赋予诉讼调解以纠纷解决的终局性效力,加上司法政策的不当激励,本就不容乐观的程序保障进一步恶化,程序保障与既判力之间的矛盾加剧。在当前,可行的途径或许是:否定诉讼调解的既判力,当能够为当事人提供充分的程序保障时,再考虑赋予诉讼调解以纠纷解决的终局性。

另一方面,司法政策受多方面因素的影响,具有灵活性、针对性有余而系统性、严谨性不足的特点,当一项司法政策被强力推动,其优势得以发挥的同时,对于司法方向也会产生强烈的指引作用,甚至“入侵”法律的适用。通过法律制度自身的完善,形成完备的制度供给与运作体系,有利于将司法政策的影响控制在可以承受的限度内。根据我国当前的程序保障情况否定诉讼调解的既判力,此为完善诉讼调解制度的必然要求。否定既判力有利于形成倒逼机制,降低司法政策的不利影响:当诉讼调解具有无效或可撤销事由时,法院需要继续审判,诉讼调解在节约司法资源方面的优势降低,有利于消减强制调解的诱因,促进调解的理性回归。

(责任编辑:官 雪)

〔29〕 姚瑞光:《民事诉讼法论》,中国政法大学出版社2011年版,第351-353页。