

# 论诉讼和解的性质和效力

周良慧<sup>1</sup> , 冯 娇<sup>2</sup>

(北京航空航天大学 1. 法学院; 2. 经济管理学院, 北京 100191)

**摘要:** 对诉讼和解性质定位, 理论上可用“私法行为说”为基点来加以说明, 当事人可在和解协议中约定具有诉讼效力, 由于和解协议的达成发生在诉讼过程中, 和解协议是经过法院审查确认的, 此时便具有了诉讼效力正当性基础。和解协议具有诉讼效力, 也保证了诉讼和解的强制性和权威性。遵循对诉讼和解的实质化、要件化、具体化这一发展路径, 并对今后可能的发展方向进行讨论, 从诉讼和解制度的具体建构中明确其在司法实务中的功能和价值。

**关键词:** 诉讼和解; 和解协议; 本质问题; 外部因素

**中图分类号:** D925      **文献标识码:** A      **文章编号:** 1000 - 579( 2014) 06 - 0055 - 06

## On the Nature and Efficiency of Settlement of Action

ZHOU Lianghui<sup>1</sup> , FENG Jiao<sup>2</sup>

( 1. School of Law; 2. School of Economics and Management, Beijing University of Aeronautics and Astronautics, Beijing 100191, China)

**Abstract:** Based on the theory of “private law behavior”, we can define and explain the nature of settlement of action. And each of the parties can reach an agreement to make the settlement valid. For the settlement agreement is reached in the process of litigation, and examined and affirmed by the court, it has litigation efficiency. Because of the legal effectiveness of the agreement, the mandatory and authority of reconciliation in an action can be ensured. We should abide by the essence, requirements and specific of reconciliation in an action, discuss the possible development direction for the future, and clarify its function and value in the judicial practice from the construction of lawsuit reconciliation system.

**Key words:** settlement of action; settlement agreement; inherent problems; external factors

### 一、研究途径的选择

诉讼和解是当事人在诉讼过程中就某种和解方案达成了合意, 而且在法院的认可和参与下将此方案以一定的形式记录下来并就此终结案件。<sup>[1]</sup> 诉讼和解作为多元化纠纷解决的一种方式, 本具有独特的功能和价值, 由于我国立法上对诉讼和解性质和效力规定的缺失, 导致其应有的纠纷解决功能没有得到发挥。在司法实务中, 诉讼和解模糊而又不规范的运用, 已是不争的事实。笔者认为只有对诉讼和解

收稿日期: 2014 - 10 - 15

基金项目: 教育部人文社科重点研究基地中国政法大学诉讼法学研究院 2012 年基地项目( 项目批准号: 10912259); 中国政法大学 2012 年度横向科研项目( 项目编号: 2021—23212099)

作者简介: 周良慧( 1988 - ), 男, 江西泰和人, 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。

冯 娇( 1987 - ), 女, 河北石家庄人, 北京航空航天大学经济管理学院博士研究生。研究方向为社会学习。

的性质和效力进行定位,才能对诉讼和解理论进行完善,在司法实务中才能合理地运用。

当前,学界已基本就赋予诉讼和解法律效力达成共识——要建立诉讼和解制度,赋予其法律效力。但作为其前提的和解过程中法官是否参与、诉讼和解的性质、诉讼和解的效力、瑕疵救济等问题,学者站在不同的层面和立场有不同的认识。关于诉讼和解的性质和效力,有主张诉讼行为说,如吴泽勇认为,作为一种纠纷解决方式,诉讼和解只能被看作“诉讼行为”,并赋予其确定判决效力。<sup>[2]</sup>有主张“两性说”,如张晋红认为,诉讼和解具有诉讼行为与民事法律行为并存的两种法律性质,并赋予其确定判决的法律效力。<sup>[3]</sup>李曼认为,尽管当事人和解发生于民事诉讼过程中,但其仍属于私法行为,并认为和解协议经司法审查后,可获得调解结案效力,具有强制执行力。<sup>[4]</sup>杨路认为,对诉讼中和解的法律性质,可以行为两性质说为主,兼采诉讼行为说的某些合理成分,将我国的民事诉讼中和解视为既具有民法上和和解的性质,又具备诉讼法上的效力。<sup>[5]</sup>通过梳理这些观点,发现学界对诉讼和解性质的认识还没有形成共识,虽都主张赋予诉讼和解法律效力,但侧重点有不同,如有的主张赋予判决效力,有的主张仅有强制执行力,有的主张有判决效力但有时不具有既判力。而对诉讼和解在司法实务中规范操作和诉讼和解的理论研究,实际上无法回避对诉讼和解性质和效力的定位。

笔者试图通过对我国的司法实践的考察,以判决为蓝本,通过对判决的分析归纳,考察我国司法实务中法官的思维逻辑和偏好,<sup>①</sup>来对诉讼和解的性质和效力予以定位,对困扰我国司法实务中的现实问题做出回答。

## 二、司法实务的分析

对判例的分析,是我们研究的一种途径,并且考察司法实务中诉讼和解的适用情况,对判决进行评析,可以看出法官对诉讼和解的逻辑和思维。本文选用了裁判文书库的 11 个判决,这当然不是中国法院涉及诉讼和解的全部裁判文书,但对我们讨论的问题而言,应该说具有相当的代表性。

1. 本案在审理过程中,刘军、程伟与邱桢晓签订了一份《和解协议》……程伟、邱桢晓应当按照《和解协议》的约定,偿还任尔翔借款本金、利息及违约金 14 万元,现程伟、邱桢晓未按约定的时间还款已构成违约,应当承担逾期还款的违约责任。<sup>②</sup>

2. 在二审期间,原、被告双方在庭外达成和解,并签订《和解协议》,该协议签订后原告履行了和解协议约定的全部付款义务。本院认为:本案系确认之诉,被上诉人请求原审法院确认双方当事人签订的和解协议是否是双方自愿协商一致合法有效的民事行为。和解协议是双方当事人未经法院主持,庭外协商一致达成的,并不涉及二审诉讼程序。签字是当事人的民事行为。<sup>③</sup>

3. 本院经审理查明,诉讼中搜狐公司与秦涛签订了和解协议,秦涛向本院撤回对搜狐公司的起诉,本院向双方当事人送达了准许秦涛撤诉的民事裁定书。本院认为,双方签订的《和解协议》系当事人真实意思表示,合法有效,对双方均有约束力,当事人协商一致可以解除合同。<sup>④</sup>

4. 在本案审理过程中,衡准公司与梦通公司自愿达成和解协议……衡准公司以此为理由向本院提出撤回上诉申请。本院经审理认为,衡准公司的撤诉申请未违反有关法律规定,应予裁定准许。<sup>⑤</sup>

5. 原告曾向法院起诉后与被告达成庭外和解,本院认为,双方因系争房屋中户口迁出事宜产生纠纷

① 这种偏好的获取与我国的法制环境、法制传统、制度体系分不开。

② (2012)南市民二终字第 186 号,载中国法院网: <http://www.chinacourt.org/paper/detail/2012/10/id/872128.shtml>,最后访问时间 2014 年 6 月。

③ (2009)南民一终字第 464 号,载中国法院网: <http://www.chinacourt.org/paper/detail/2009/10/id/115844.shtml>,最后访问时间 2014 年 3 月。

④ (2007)海民初字第 6419 号,载中国法院网: <http://www.chinacourt.org/paper/detail/2007/06/id/17619.shtml>,最后访问时间 2014 年 4 月。

⑤ (2008)中民终字第 4051 号,载中国法院网: <http://www.chinacourt.org/paper/detail/2008/09/id/10950.shtml>,最后访问时间 2014 年 4 月。

而订立《和解协议书》,其中约定由被告将案外人叶某某户口迁出,并于迁出不能时承担每日200元的违约金……被告继续履行不能的情况下,原告仍要求其继续承担案外人户口不能迁出的违约责任,双方权利义务显失公平,故不应再行承担责任。<sup>①</sup>

6. 原告起诉至法院,在法院调解下,双方在法庭上达成和解协议。本院认为,虽然原被告曾与达成和解协议,但被告未按诚实信用原则全面履行协议,且在该协议未得到履行之时即将房屋产权过户,致使该协议无法成就,现原告要求撤销该协议,本院予以准许。至于原告所主张的修复费用及因修复需外出租房费用,本院将结合原告方的受损范围、受损程度并扣除被告已支付的人民币1000元。<sup>②</sup>

7. 二审期间,双方当事人自愿达成和解协议,并请求法院制作予以确认。本院经审查认为,上述和解协议是当事人的真实意思表示,依据当事人的申请按和解协议的内容制作调解书,符合相关法律规定,本院依法予以确认。<sup>③</sup>

8. 本院认为,本案原、被告虽曾因房权登记与扶养纠纷导致夫妻感情破裂,但其扶养纠纷经本院主持调解,双方已达成和解协议,其夫妻关系已得以改善。<sup>④</sup>

9. 在审理过程中,原告与被告单某某于达成庭外和解协议,原告即向法院申请撤诉,本院做出了准许原告撤回起诉的民事裁定,后因被告未按约履行……本院认为,被告单某某向原告借款,但未能按约归还,对此理应承担相应的民事责任,故对原告要求被告归还借款和支付逾期利息的请求,本院予以支持。<sup>⑤</sup>

10. 原审法院经审理查明,汪晓平与搜狐公司在诉讼中达成和解协议,后汪晓平撤回第20162号案对搜狐公司的起诉……原审法院认定该协议为双方真实意思表示具有事实依据。汪晓平认为搜狐公司单方面修改协议,但不能说明所修改的内容,认为该协议不具有真实性,但不能提供证据予以证明,其相关主张本院不予支持。根据《和解协议书》,汪晓平授权搜狐公司使用包括搜狐网已经转载的汪晓平享有著作权的作品,由搜狐公司支付补偿金及作品使用费,该协议的履行是搜狐公司对汪晓平权利的彻底补救。不再就搜狐网使用《交》文之行为向搜狐公司主张权利。故原审法院认为,汪晓平的主张无事实和法律依据,不予支持。<sup>⑥</sup>

11. 原告曾向原审法院提出申请,要求对其房屋遮光情况进行司法鉴定。之后原告在没有进行遮光司法鉴定的情况下与被告达成了和解协议。原告自愿撤诉,并在被告处领取了补偿款。后原告以自己不知情,受被告蒙骗的情况下与被告达成和解,遂向法院起诉。本院认为,该协议实属原告对自己权利处分行为,且和解协议是双方真实意思表示,内容亦不违反法律和行政法规的强制性规定,因此合法有效。在被告已履行了协议补偿内容后,原告又以相同的政府令作为依据和以被告隐瞒了时间,欺骗原告与其签订的协议无效为由,要求对其重新进行补偿,不符合法律规定,也无事实依据,原审法院判决驳回原告诉讼请求。<sup>⑦</sup>

① (2012)沪二中民二(民)终字第1776号,载中国法院网: <http://www.chinacourt.org/paper/detail/2012/12/id/953823.shtml>,最后访问时间2014年7月。

② (2009)杨民一(民)初字第5233号(2)载中国法院网: <http://www.chinacourt.org/paper/detail/2010/12/id/420794.shtml>,最后访问时间2014年7月。

③ (2010)潭中民一终字第154号,载中国法院网: <http://www.chinacourt.org/paper/detail/2013/05/id/1039396.shtml>,最后访问时间2014年8月。

④ (2010)新法民一初字第1512号,载中国法院网: <http://www.chinacourt.org/paper/detail/2013/01/id/991802.shtml>,最后访问时间2014年8月。

⑤ (2010)奉民一(民)初字第4550号,载中国法院网: <http://www.chinacourt.org/paper/detail/2012/11/id/910992.shtml>,最后访问时间2014年8月。

⑥ (2010)一中民终字第6328号,载中国法院网: <http://www.chinacourt.org/paper/detail/2011/08/id/530476.shtml>,最后访问时间2014年8月。

⑦ (2011)沈中民二终字第1206号,载北大法宝: <http://Vip.chinalawinfo.com/case/displaycontent.asp?Gid=118262604>,最后访问时间2014年9月。

笔者认为在上述判决中,诉讼和解有以下问题存在模糊和不规范,如和解协议的性质和效力定位不规范,和解过程中法官的作用不明确,和解和调解在实务中混用,造成了和解协议的达成只是当事人撤诉的一个理由,可是我国现行法规定撤诉后当事人是可以再诉的,这样就会使诉讼反复进行;和解协议不具有任何效力,当事人对和解协议可以随意的反悔不履行,造成了达成和解协议后,当事人随意的另行起诉,使之前进行的和解过程流于形式,造成了司法资源的浪费,增加了当事人额外的诉讼成本,阻却了当事人对和解协议利用的热情,制约了诉讼和解功能和价值的发挥。

在对这些裁判文书进行研读过程中,笔者认为可以总结出针对诉讼和解性质与效力的辨析方法,即将问题归纳为两个角度:内部本质因素与外部实践因素。以实务判决为背景分析诉讼和解的内部本质因素,总结和解协议的性质与效力问题,并以此为理论依据,分析其外部因素,探讨法官在当事人达成和解过程中的作用,并就法官如何审查提出一定的见解。

### 三、诉讼和解内部与外部因素的辨析

#### (一) 诉讼和解的内部因素

##### 1. 和解协议的性质问题

和解协议具有民事合同性质,但又不同于民事合同的效力。当事人一方不履行协议义务就构成违约,但若一方不履行和解协议则债权人不能以和解协议的内容起诉违约,要求履行和解协议的内容,只能就原争议另行起诉,因为和解协议只是当事人处理诉讼事项或权利的合意,不同于处理实体内容的权利,和解协议的达成是当事人原有纠纷延伸的协议,并不是原有纠纷。因此和解协议是双方当事人诉讼过程中,自愿对实体权利义务协商处分的合意,和解协议本身并不具有约束当事人和法官的诉讼效力,当事人可就和解协议的内容再行起诉。<sup>[6]</sup>如判决1中“程伟、邱桢晓未按约定的时间还款已构成违约”;该份判决,法官认定当事人在达成和解协议后一方不履行,就构成了违约,可以看出法官把和解协议当成了民事约定的行为;判决5中“原告曾向法院起诉后与被告达成庭外和解,本院认为,被告继续履行不能的情况下,原告仍要求其继续承担案外人户口不能迁出的违约责任,双方权利义务显失公平,故不应再行承担责任”该份判决中,一方履行不能的情况下,仍要求承担违约义务显失公平,法官认定协议是否违约参照了民事合同的约定。判决9中“本院认为,被告单某某向原告借款,但未能按约归还,对此理应承担相应的民事责任,故对原告要求被告归还借款和支付逾期利息的请求,本院予以支持”该份判决认定,一方未按约履行义务,理应承担民事责任。判决11中“和解协议是双方真实意思表示,内容不违反法律和行政法规的强制性规定,因此合法有效”,该份判决法官认为和解协议的达成是双方当事人意思表示真实的结果,是私法自治的合意。因此,上述判决中法官不约而同地把诉讼和解协议定位于民事合同的私法行为性质。

和解协议的达成是当事人对自己实体权利义务处分的法律行为,和解协议本具有民事契约的性质。<sup>[7]</sup>当事人达成和解协议后,申请法院制作和解协议书,由法院予以审查、确认。和解协议达成后,赋予当事人在协议达成后修正和反悔的机会,若当事人对和解协议的达成不满意,当事人反悔的,允许当事人另行起诉,保证当事人对原有纠纷接受一次实体审判的机会。或许是法官对民事实体法合同的偏好,或许基于立法上的缺失,认为把和解协议定位于私法上的合同不会“出错”,因为和解协议是双方当事人意思一致的结果,没有法院的参与,这样就避免了由于法院的错误成为当事人上诉的理由;即使是出错,当事人可以基于合同的错误或义务方不履行而另行起诉,因此认为协议的达成就是当事人订立的合同,民事合同仅具有私法效力。定位私法行为说,符合法官一贯的逻辑思维,也充分尊重当事人的合意。

##### 2. 和解协议的效力问题

效力的赋予是当事人合意的结果,是当事人在和解过程中真实意思表示,使达成的实体权利义务处分得到法律效力的确定。和解协议具有司法性质,因为这种和解协议是在诉讼过程中法官的参与下达成的,若当事人在和解协议中约定,和解协议达成后当事人不能另行起诉,诉讼程序终结,只能以和解协

议要求履行,经法院审查后,则当事人在和解协议达成后再次起诉,法院将以和解协议约定为由驳回起诉。若和解协议达成后债务人不履行和解协议的,债权人可申请以和解协议强制执行。这种诉讼效力的赋予,是因为诉讼和解是在诉讼过程中达成的,当事人对实体和诉讼权利的处分得到了法院的确认,此时达成的和解协议就有了诉讼效力和判决的既判力。而现实的立法允许当事人另行起诉,这也正是对当事人合意的尊重,契合了和解协议私法行为私法自治的原则,此时的和解协议没有判决上的既判力。若当事人在和解协议达成后债务人已经履行,则原有纠纷得以解决,诉讼程序终结,此时便具有了判决既判力。若债权人再次起诉要求履行或以和解协议要求履行,则法院审查后以不具有诉的利益驳回起诉。因为和解协议的达成是在诉讼过程中达成的,和解协议的结果就是对原有纠纷的处理方案,这种方案的达成是法院审查确认后达成的,具有了诉讼中公法的效力,这时不仅仅是双方当事人行为,还要考虑到法院的利益。当事人不能随意地撤销,这也正是诉讼和解诉讼效力的体现。否则就会使当事人已经进行的活动和法院之前进行的诉讼和解努力流于形式,损害了法院的权威,使之前进行的司法资源归于浪费,还会造成当事人反复诉讼,不符合诉讼效率价值的追求,使当事人对和解的信赖价值落空,违背了和解设置的初衷,使和解的价值和优势得不到体现,损害当事人对诉讼和解利用的热情。

## (二) 和解协议的外部因素

### 1. 诉讼和解过程中法官的作用

在上述判决中,对法官是否参与和解表述存在分歧,从判决中梳理和分类,一类是判决中根本没有说明法官是否参与,只是说双方当事人达成和解协议,如第1、3、4、7、10、11例判决;二类是明确说明是当事人在法庭外达成的和解协议,如2、5;第三类是明确说明是在法官的参与下达成的和解协议,如6、8。对于是否需要法官的参与,笔者认为,双方当事人把纠纷诉讼到法庭,说明双方的纠纷由不满已经达到了激化的状态,若在诉讼过程中仅凭当事人的协商达成和解,这样的期待可能很难。

和解协议具有民事合同的性质,是双方当事人私法自治的结果。对和解是否达成及和解的内容要充分尊重当事人的程序主体地位,我们认为和解中纠纷主体自身解决纠纷是本质要素,但和解发生在诉讼过程中,法官的作用是不言自明的,这也正是和诉讼外的调解的重要区别。但法官的参与是要受到程序限制的,在和解过程中,当事人具有程序的主体地位,法官的作用是提供对话信息的机会,使当事人了解争点、案件基本事实、证据的认定、法律的适用,为和解顺利进行提供条件和保障。若在诉讼中当事人对庭审证据和案件事实完全不知,当事人的法律意识又不高,就没有了和解的基础,因此,法官的引导是有必要的。只有当事人得知证据和案件事实后,使双方当事人交换意思表示,双方的诉讼力量对比越来越清晰,双方以此为砝码进行协商,当事人理性地衡量多方面的利益,此时当事人也就有热情和动力去参与和解过程。当事人更能理性地对话,协商,双方当事人在洞悉对方证据之后作出能否胜诉及能在多大程度上胜诉的预断及诉讼成本的投入,使当事人的对抗情绪转为对话。在发现自己胜诉的几率较低时,为了避免更大的不利,在和解中就会主动与对方当事人沟通达成和解而终结诉讼。因此,在诉讼过程中法官的作用是不容忽视的,但法官的介入会是一把双刃剑,可能会为法官强制和解带来机会,因此,法官对和解的方式、条件、内容不能干预,否则会违背当事人合意、私法自治的原则,这也正是和解和调解的重要区别,也是诉讼和解相对于调解产生弊端的一种优势。

法官在此过程中,就双方的证据及法律适用进行释明,开示心证,使当事人对双方证据有一个清晰的认识,防止在和解协议达成后当事人以意思表示不真实为由请求和解协议无效。法官处于中立的立场,对案情讨论,争点说明,控制程序的进程,防止一方借此拖延诉讼,对当事人陈述不清和不明确指出予以澄清。在和解过程中,为对立情绪的双方提供对话的渠道和机会,此时才有了和解的可能。这个过程中需要法官引导,但不得参与和解条件、方式、内容的制定。此外还要完善庭前准备程序,给当事人提供更多的对话协商机会,对争点、证据的整理,完善证据调查和证据交换,使当事人对判决的结果有一个大致的预期。

### 2. 法官对和解的审查与确认

上述判决在和解过程中,法院对和解协议的审查是依据民事实体法,参照合同事由,如意思表示真实、合法有效、不违反法律,显失公平等。如判决 3 中,本院认为,双方签订的《和解协议》系当事人真实意思表示,合法有效,对双方均有约束力;判决 11,本院认为,该协议实属原告对自己权利处分行为,且和解协议是双方真实意思表示,内容亦不违反法律和行政法规的强制性规定,因此合法有效;判决 7 中,本院经审查认为,上述和解协议是当事人的真实意思表示。判决 10 中,原审法院认定该协议为双方真实意思表示具有事实依据。汪晓平认为该协议不具有真实性,但不能提供证据予以证明,其相关主张本院不予支持。如判决 5,法院认为被告履行不能够的情况下,继续要求履行显失公平,这样法院判决,和解协议有效;判决 6,本院认为,虽然原被告曾达成和解协议,但被告未按诚实信用原则全面履行协议,且在该协议未得到履行之时即将房屋产权过户,致使该协议无法成就,现原告要求撤销该协议,本院予以准许。

诉讼和解协议具有民事合同性质,若当事人在协议中约定协议具有终结诉讼的效力,法院审查后便具有了诉讼效力,因此,法院依职权对和解协议审查,要使和解协议符合实体法,保证和解的合法性,使和解协议不偏离法律的轨道。若一方当事人主张和解协议无效或撤销时,可以向法院提出撤销或请求法院确认无效的请求,对原有纠纷进行诉讼解决。法院对和解协议进行审查,参照民事合同的无效或撤销事由,审查意思表示是否真实,和解内容是否合法有效。

#### 四、结语

诉讼和解的内外部因素互具逻辑关系,内部因素的认定是外部因素产生的前提,而外部因素在实践中的改变又反过来推动内部因素变革。如何对民事诉讼和解的性质和效力进行定位,取决于我们如何看待诉讼和解的功能,诉讼和解是诉讼法和实体法共同作用的场,同时要兼顾诉讼和实体的价值,不能离开任何一方去单独谈另一方的价值。通过对内部因素的分析把诉讼和解定位于民事合同的性质,保证了当事人在纠纷解决过程中最大程度的合意,但在和解协议中当事人可以约定和解具有诉讼效力。这种诉讼效力根据的是外部因素的内容,和解协议的达成是在诉讼过程中,和解协议是经过法院审查确认的,此时便具有了诉讼效力,也保证了诉讼和解的强制性和权威性。这种效力的定位保持了诉讼和解实体法的属性,同时与诉讼效力之间有一个很好的衔接,也符合法官判案的偏好。

现代社会多元化纠纷解决方式的构建,诉讼和解有其特有的功能和价值,立法应赋予当事人多元化的纠纷解决方式。诉讼和解如何设计并运用,只能根据我国的立法实践和法治背景,在绝对的合意性自治和绝对的决定型审判中间寻找一条适合我国实际的诉讼和解路线。

#### 参考文献:

- [1]刘阅春.和解与调解:翻度置换的法学思考[J].司法改革评论,2002(1).
- [2]吴泽勇.论诉讼和解[J].法学研究,1998(2).
- [3]张晋红,易萍.论民事和解制度的完善[J].法律科学,1995(5).
- [4]李曼.调解语境下的民事诉讼和解[J].南京理工大学学报,2011(12).
- [5]杨路.诉讼中和解制度研究[J].法学适用,1998(12).
- [6]张永泉.执行前和解协议法律效力研究[J].法学家,2011(1).
- [7]王利明.论和解协议[J].政治与法律,2014(1).

(责任编辑:余小江)