

doi:10.11835/j.issn.1008-5831.2014.05.016

论民事诉讼恶意调解之救济

廖浩

(中国政法大学民商经济法学院,北京 100088)

摘要: 规制恶意调解是本次民事诉讼法修改的重要议题之一。恶意调解包含一方恶意调解与双方恶意调解。调解不仅适用诉讼法的规定,也应受到民法法律行为规范的调整。调解书的效力有别于判决的既判力;判决再审的某些规定无法直接套用于调解书的再审。根据不同的瑕疵原因,可以赋予一方恶意调解的受害人的若干救济途径,而不宜仅限于再审。在双方恶意调解的情形,首先需要考量调解书对第三人是否发生效力以及发生何种效力,继而以调解所涉及的实体法律关系为基准分别确定案外人的救济手段。

关键词: 恶意调解;诉讼上和解;两性说;既判力否定说;再审

中图分类号: D915 **文献标志码:** A **文章编号:** 1008-5831(2014)05-0109-07

2012年民事诉讼法修改的重要议题之一,是规制当事人滥用诉权或诉讼程序实施恶意诉讼。恶意诉讼不仅包括当事人恶意串通,企图侵害他人合法权益的情形,也涵盖一方当事人恶意滥用诉权或诉讼程序以损害对方当事人利益的行为。恶意诉讼的一种表现形式,是当事人通过法院调解,图谋损害对方当事人或案外人的合法权益。学者称这种形式为“恶意调解”(Vergleichsbetrug)^①。按照双方当事人是否有恶意串通的行为,恶意调解可以划分为一方恶意调解与双方恶意调解^[1]。一方恶意调解不仅指一方当事人在调解中实施欺诈、胁迫等等导致意思表示瑕疵的行为,还包括运用其他手段导致调解书所确定的法律关系存在实体法上无效、可撤销、效力待定等;大体上,在客观方面,行为人的手段不受严格限定,而主观上以恶意损害对方当事人的利益为必要。这两种恶意调解中的受害人,均应得到有效救济。

此前,中国民诉法第201条已有当事人对调解书申请再审这一救济途径,不过与判决的再审救济相比,其种类不够齐全。近年来,恶意诉讼乃至恶意调解愈演愈烈;在调解率不断升高的同时,法院对调解书的实体公正的重视程度并未随之提升。这些情况似乎是新民诉法第56条、198条、208条修订的缘由。本文将探讨调解书的性质与效力,进而分析恶意调解的救济途径。

需要说明的是,中国民诉法上的法院调解是指诉讼中当事人在法院的参与下,按照查明事实、分清是非的原则,自愿、合法地就诉讼标的权利义务关系达成互让协议的活动^②,调解具有终结诉讼的效果,其结果——调解书或调解笔录可以作为执行根据。在比较法上,与中国的法院调解近似的制度^[2],有德国的诉讼和解(Prozessvergleich)、日本的诉讼上和解(日本民诉法267条)。因此,本文之论述将不再区分诉讼上和解(域外)与中国民诉法上的调解。

一、调解的性质与调解书的效力

(一) 调解的性质争议及其实益

日本及中国台湾学者对诉讼上和解的性质多有论述,大致分为以下四种学说^[3]。

修回日期:2014-04-16

基金项目:教育部人文重点研究基地重大项目“诉讼真实与民事诉讼立法建构”(2007JJD810172)

作者简介:廖浩(1986-),男,江苏盐城人,中国政法大学民商经济法学院博士研究生,主要从事民事诉讼法与强制执行法研究。

① “恶意调解”被界定为“民事纠纷的当事人怀有不正当目的,参与调解活动,利用调解为自己谋取非法利益,损害对方当事人利益或诉讼外的第三人的利益”。参见李浩论文《虚假诉讼中恶意调解问题研究》(江海学刊,2012年第1期,第136页)。

② 如果并非互相让步,则为承认、放弃诉讼请求。即使当事人约定设定或形成诉讼标的范围外的权利义务关系,也构成调解;不过,新权利义务关系不能完全与诉讼标的的无关,否则构成撤诉的合意。

1. 私法行为说

此说认为,诉讼上和解(也就是中国的调解)是当事人在诉讼期日中就诉讼标的法律关系所实施的私法上的和解契约。由于诉讼上和解达成后,诉讼中的关于诉讼标的的争执已经终止,因此诉讼目的已经消灭,所以能够发生终结诉讼这种诉讼法上的效果。如果和解在实体法上有效力瑕疵(无效、被撤销等)时,则和解所发生的终结诉讼的效果也要受到影响。

2. 诉讼行为说

此说区分了私法上的和解与诉讼上和解,认为私法上的和解只是诉讼上和解的原因;诉讼上和解所发生的诉讼法上的效果(例如诉讼终结、执行力)^[4],并不因为私法上的和解存在实体法上的效力瑕疵(例如欺诈、胁迫等意思表示的可撤销情形)而当然地受到影响。

持诉讼行为说的学者中,既有承认诉讼上和解有既判力者,也有否定其既判力者^[5]。前者认为,仅当诉讼上和解存在判决的再审事由时,当事人才能对诉讼上和解的效力加以争执^[6];后者认为,当事人可以就私法上的和解所存在的实体法上的效力瑕疵加以争执,但诉讼上和解不因此而当然无效,也就是说,不承认诉讼上和解的终结诉讼的效果消灭(原有的纷争并不复活)。

3. 两行为并存说

此说认为,诉讼上和解是民法上的和解与终结诉讼的合意的诉讼行为(称为“民法上的和解”以及“诉讼法上的和解”)的并存。在实体法与诉讼法分离的制度下,和解这一法律行为不能发生诉讼法上的效果;同样,诉讼行为也不能发生实体法上的效果。

此说没有特别讨论诉讼上和解的两行为的效果关系。持此说的部分学者认为,如果严格遵循并存说的上述逻辑,并存的两行为分别受到实体法与诉讼法的调整,两行为的效力彼此独立,法律行为的效力瑕疵不影响诉讼行为的诉讼法效果^{[5]631}。但也有部分学者认为,并存的两行为中,民法上的和解有效是诉讼法上的和解的前提,和解根据民法所发生的效力与诉讼法上的效力之间有依存关系;民法上的和解如果无效或被撤销,诉讼法上的和解也应当失去其效力,民法上的和解(实体法)效力瑕疵直接影响到诉讼法上的和解效力。

4. 两性说(两行为竞合说)

此说认为,诉讼上和解只有一个行为,但兼有私法行为与诉讼行为两面的性质。此说根据“单一行为”的解释,不承认诉讼行为与私法行为的分离,在诉讼上和解因为私法的原因或诉讼法上的原因发生效力瑕疵时,均能影响到该行为在另一面的效力。此说为德日通说^③,也为德日的判例所采^[7]。不过,与其说是并存的两种性质,倒不如说是单一的生活事实,可以接受实体法与诉讼法的评价,产生实体法与诉讼法上的效果,这两种效果也可能不发生或被撤销。

诉讼上和解的性质争论,一方面是要明晰法学概念体系,将诉讼上和解归类于特定的上位概念之下;另一方面,在满足贯彻法学概念区分的逻辑这一需求的同时,性质论也要从既定前提推论诉讼上和解是否有既判力以及和解的意思表示出现瑕疵时,根据实体法与诉讼法的处理方式。后一方面构成了性质争论在实践上的价值。将诉讼上和解认作是诉讼行为的观点,倾向于将它的效果等同于判决的效果,更容易认为诉讼上和解有既判力;反之,私法行为说、两行为并存说,则有否定、限制和解的既判力的意味^④。然而,从上面的讨论可见,各学说内部并不是严格地遵循着出于性质而进行的推论的逻辑。例如部分持诉讼行为说的学者否定和解有既判力,而部分的两行为并存说学者根据“民法上的和解有效是诉讼法上的和解的前提”,否定了“两行为并存、效力上独立”之结论。这种现象表明,各学说并未彻底遵循从性质进行推论的进路,而是基于其他的考量因素确定了诉讼上和解是否有既判力,以及和解的意思表示出现瑕疵时,根据实体法与诉讼法的方式处理这些问题的答案。即使认定了诉讼上和解的性质,学者们也可以加入或修改推论的一些内容,得出自己的结论。例如,日本学者三ヶ月章认为,诉讼上和解既然具有诉讼法上的效力,那么应将其认作诉讼行为;但是诉讼上和解没有既判力^[8]。

由此,日本学者新堂幸司主张:“从性质论出发推论既判力的有无以及对意思表示瑕疵的处理,这是一种错误的逻辑”;应当先判断“赋予诉讼上和解什么样的效果才是妥当的”,然后“在认为必要的情况下,才应当从其被赋予的效果出发归纳出诉讼上和解的性质”。从新堂幸司对诉讼上和解的效力立场出发,认为诉讼上和解“应被视为当事人在法院面前实施了与私法上和解一样的行为”,法院确认并记载和解的内容,赋予诉讼法上的效果。新堂幸司总结说,这类似为私法行为说;但其多次强调,性质论争无实际意义^{[9] 261-262}。本文亦将扬弃性

^③德国通说,参见奥特马·尧厄尼希著作《民事诉讼法》(周翠译,法律出版社,2003年,第251-252页)。

^④按私法行为说,诉讼上和解这一私法行为难以被认为有既判力;而按照两性说,诉讼上和解在诉讼法上的效果,受到诉讼上和解在实体法效力瑕疵的影响,因此要否定或限制它的效力(既判力)。参见新堂幸司著作《新民事诉讼法》(林剑锋译,法律出版社,2008年,第262页)。

质立论的思维方式,直接探讨调解书的效力以及效力瑕疵的影响问题。但是,调解除了具有终结程序、具有执行力等诉讼法上的效果外,也应当受到民法有关法律行为效力瑕疵的一般规定的调整;虽然中国民法立法体系尚不完整,仍欠缺民法上和解契约的特别规定。

(二)调解书的效力

前已提及,生效调解书有执行力,以及终结诉讼、当事人不得就生效调解书不服提起上诉的效力(形式确定力)^{[5]638}。本部分主要探讨生效调解书是否与判决一样具有既判力(实质确定力)。

有关调解既判力存否之学说,约有三种。

一是既判力肯定说。持此说的学者,根据日本民事诉讼法第267条的明文规定“与确定判决有同一效力”^⑤、以及立法修改的历史沿革,认为诉讼上和解是判决的代用品,法律赋与形式上属于自主解决纷争的和解与形式上属于国家审判权的行使的判决有同一的效果,因此,和解应当有既判力。

作为这种学说的延伸,当和解存在实体法上效力瑕疵(无效、被撤销等等)时,当事人不得通过再审以外的途径获得救济。要打破诉讼上和解的既判力,就应当类推再审的规定。不过,民事诉讼法所规定的再审事由较为狭窄,无法涵盖实体法上效力瑕疵的事由,那么和解在实体法上存在无效、可撤销事由时,当事人即无法通过再审主张^⑥。

但是,日本学者中野贞一郎认为,诉讼上和解的再审事由,除准用于判决的再审事由规定外,可以另外扩大到适于和解的事由(实体法上效力瑕疵等);但也容许再审以外的救济途径。按这种思路,即使赋予诉讼上和解以既判力也不会产生实践方面的疑难,而且这种“既判力”不遮断当事人争执和解存在实体法上的效力瑕疵,变更了判决既判力“不容许争执”的绝对的遮断的观念^⑦;此外,再审事由的扩大,似乎有超越法律解释的合法界限的问题,再审的概念也发生了变动。由于之前既判力肯定说的“既判力”概念,取之于判决既判力,因此高桥宏志教授评价道,中野说与之前的既判力肯定说不处于同一层次^{[9]508}。

二是既判力否定说。此说认为,诉讼上和解本质上是当事人的自主性的纠纷解决方法,以当事人和解的合意为核心。法院仅负责主持调解活动、记载调解结果等,并未实质审理诉讼上和解是否有实体法上的效力瑕疵并作出判决,因此不能承认诉讼上和解有既判力,足以遮断当事人主张和解存在实体法的效力瑕疵。

既判力产生于公权力解决纠纷的要求,是出于裁判的特有的一事不再理的要求,与自治性纷争解决方式无关;再审事由则专门针对裁判的瑕疵,将其直接适用于和解的瑕疵显然不当。诉讼上和解的效果意思发生瑕疵时,与裁判的瑕疵显然轻重不同。此外,日本的和解笔录不存在主文与理由的区分,如果承认其既判力,则既判力的客观范围也难以判断^⑧。三月章认为,既判力否定说虽然有违反日本民事诉讼法第267条明文规定的嫌疑,但立法体裁本身“无理”,采用既判力否定说是“迫不得已”^{[3]261}。既判力否定说是德国通说及日本的多数说,新堂幸司^{[3]260}、高桥宏志均采既判力否定说。

三是限制的既判力说。此说虽然承认诉讼上和解有既判力,但如果存在重大误解、无权代理等情形时,当事人可主张效力瑕疵,在上述事由的范围内不发生既判力;诉讼上和解内容正当有效时则有既判力。此说认为,如果采用既判力否定说,则在诉讼上和解内容正当有效的情形里,其合法效力将难以维持;那么,将无法防止原诉纷争再燃。因此,必须遮断当事人的和解无效主张,就要承认这种情况下的既判力^⑨。

但是,正如此前所指出的,既判力带有绝对的不容争执的意味,当然也就不能区分正当有效与否,分别认定诉讼上和解有无既判力。况且,限制的既判力说既然承认诉讼上和解有实体法效力瑕疵时,诉讼上和解就没有既判力;从这种实际效果看,该说实际上属于既判力否定说。日本的判例倾向于此说^{[5]481},中国台湾地区多数学者似乎也采用此说。

⑤相当于中国台湾地区“民事诉讼法”380条1项。

⑥中村英郎认为,诉讼上和解存在实体法上的瑕疵时,须经过一定的诉讼程序,依据法院的决断使其无效或撤销,这与再审的情形相同;在此之前它具有对后诉的遮断力。但是,这一说法并未考虑到当事人另诉争执诉讼上和解效力的救济途径;将当事人的另诉也视为再审的话,恐不妥当。

⑦判决既判力的宗旨,要求不考虑判决内容是否正当有效的问题。如将这种逻辑贯彻到到诉讼上和解的“既判力”,当然的结果就是:不问和解笔录(我国的调解书)是否正当有效,均有既判力。但调解之情形显然并非如此。

⑧这一点理由只是表明实务操作上的困难,然判定当事人就何种事项(达成诉讼上和解的诉讼标的法律关系及相关的权利义务关系)达成合意绝非不可能。在既判力肯定说内部,学者们对和解笔录哪些部分发生既判力、如何发生既判力,提出不同观点。参见高桥宏志著作《民事诉讼法:制度与理论的深层分析》(林剑锋译,法律出版社,2003年,第640页)。

⑨中国有学者认为,生效调解书有终结诉讼的效力,但不具备预决效力;这种立场被称为部分既判力说。参见廖永安论文《论法院调解的既判力》(烟台大学学报哲学社会科学版,2009年第1期)以及洪冬英文《论调解协议效力的司法审查》(法学家,2012年第2期)。但本文认为,这一观点与日本的既判力否定说近似。中国其他的一些调解书既判力(既判力限缩说)的观点,参见廖永安论文《论法院调解的既判力》(烟台大学学报哲学社会科学版,2009年第1期)。

本文采用既判力否定说,主要根据以下理由(其中第二点最为重要)。

第一,诉讼上和解中,法院的参与程度有强有弱。当事人可能在诉讼中迅速达成诉讼上和解,也可能在法院强力劝导下成立诉讼上和解。但是,诉讼上和解是当事人行使处分权的表现,其中的自主性解决纠纷的色彩强于公权力介入的因素;而既判力则适合于被理解为,经由当事人在诉讼中经过充分的攻防以及法院的实质审理后,就系争诉讼标的作出的裁判所发生的效力,这两种情况的差距还是很大的。有观点认为,现代既判力的根据,是当事人在诉讼中所受的程序保障^[10];就诉讼上和解的运作实情看,它达不到判决的程序保障水平,也就是说,诉讼上和解达不到能够产生既判力的程序权保障要求。单纯地出于“排除当事人争执诉讼上和解效力的机会”的意图以实现纷争的划一解决而不去思考是否有必要保障当事人争执和解效力的权利,还不足以正当化既判力;同样地,出于“维护调解法官努力(促成)的结果”这一考虑,恐怕也不能忽视法官在某些情形不会也不太可能详细探明和解达成的背后是否有恶意调解的因素作祟^⑩。

第二,当事人达成诉讼上和解时,基于其意思合致,终结双方的权利争议并使双方当事人互相负有债务,这是诉讼上和解在民法上的效果,因此可被视为诉讼期日中达成的诉讼契约(Prozessvertrag)^[11]。按当事人的真实意思,当事人不问系争权利的真实状态,在权利归属仍存在疑问时,依据诉讼上和解创设彼此间的法律关系;如果诉讼上和解约定权利的归属,但之后出现与约定不符的和解前的权利归属的确证时,发生权利的移转或消灭。例如,双方当事人争执一串项链的所有权归属,之后达成诉讼上和解,规定项链为原告所有,原告给付被告若干元,如果日后有证据表明项链确实为被告所有,则在诉讼上和解生效时,项链的所有权移转于原告,此时诉讼上和解有创设的效力(形成效果);反之,如果日后证据表明项链确实为原告所有,则没有必要消灭原告旧有的所有权再创设取得“新”的所有权,这时诉讼上和解仅有认定的效力^[12]。日本民法第696条特别规定第一种效力。不过,即使没有明文规定,诉讼上和解根据当事人的意思自治、法律行为的规定,也能产生这种契约效果,因此无须法律特别规定(另外,探究诉讼上和解达成前“既往”之权利义务关系是否存在,对于诉讼上和解解决纷争而言,并无意义)。即使否定诉讼上和解有既判力,在其内容正当有效时,依据诉讼上和解的上述实体法效果,也能遮断当事人提出违反诉讼和解条款的诉讼及主张。既判力肯定说混淆了这种实体法的效力与既判力,故而出现了将判决的诸规定套用于调解时的“不适反应”(容后详述);部分既判力否定说的学者,则并未认识到调解在实体法上的效力,因此有限地承认所谓“既判力”的存在,导致其说理前后矛盾。

第三,诉讼上和解的上述实体法效果,虽然与既判力实体法说对于既判力本质的解释颇有相似之处^⑪,然而再提倡既判力实体法说已不合时宜,德日现时的主流观点早已摒弃既判力实体法说,因此将这种实体法效果与既判力的作用混为一谈也不妥当。

第四,东方国家尤其是中国的调解,在古代历史上与判决差异不大;调解中蕴含裁判的色彩,裁判也渗入调解的方式。中国的现行调解制度则起源于“马锡五审判方式”,当时无论是审判还是调解,都带有强烈的职权主义特征,吸纳了群众工作的若干因素^[13]。因此如果主张那时的调解结果的效力弱于裁判,是很难想象的。不过现代的调解实务,与往日农业社会中的调解大不相同。特别是当下恶意调解滋生,而法院不能在诉讼中有力应对,赋予调解书太强的效力恐不合时宜。

不过,若切换到中国的语境,这一问题可能有不同的答案。中国民事诉讼法第182条、修正草案第197、205条规定了对调解书的再审,而再审被公认为是打破既判力的制度,因此似乎可以认为,中国立法者承认调解书有既判力。如果按上述学说归类看,与中野贞一郎之立场颇有近似之处^[14];不同之处在于,中国立法并未规定其他判决的再审事由是否适用于调解,以及除调解书再审外是否容许其他救济途径的问题。然而无论如何,调解书的“再审”与判决的再审实在不宜等同视之。

二、调解实体法效力瑕疵的当事人救济

在一方恶意调解的情形,当事人在调解中实施了欺诈、胁迫或以其他恶意方法使得调解书在实体法方面产生无效、可撤销、效力待定的事由或诉讼法上的无效事由;而本部分主要探讨,调解根据实体法存在效力瑕疵时,其诉讼法上的效力受到的影响以及当事人的救济途径。之所以采用这种思路,因为恶意调解的行为样态众多,与其考虑繁多的行为、事象之样态而分别赋予救济渠道,毋宁转换思维,针对恶意调解行为所导致的效力瑕疵类型提出对策。这样既符合思维经济原理,也可以对未能预见之原因所产生的效力瑕疵进行救济。

^⑩当事人在调解中可以自行对法律关系进行创设或确认,而诉讼本质上应当是根据被认定的事实适用法律作出裁判的过程;若出现坚持辩论主义所产生的不符合真实的裁判,那只是一种病理现象。参见三月章著作《日本民事诉讼法》(五南图书出版公司,1997年,第186页)。

^⑪既判力实体法说认为,既判力可按与真实法律关系不符的不当判决,将实体法的状态变更为判决所规定的内容;换言之,既判力实体法说下的判决本质,应被视为双方当事人达成关于这一判决内容的和解协议。参见高桥宏志著作《民事诉讼法:制度与理论的深层分析》(法律出版社,2003年,第478页)。

根据德日民诉理论,导致诉讼上和和解效力动摇的事项,既可能是实体法上的效力瑕疵,也可能是诉讼法上的原因(例如调解主体不具备诉讼代理权^{[3]263}、诉讼上和和解的标的物事后无法确定、管辖法院错误等等);有时某些事由,既可以在诉讼法上被评价为无效理由,也可以根据民法被评价为效力瑕疵事由^[15]。但如果诉讼上和和解在诉讼法上无效、不发生诉讼终结的效果,和解契约的效力是否因此受到影响,则应视案件情形具体确定^{[5]632}。日本法院曾经作出判决,认为诉讼上和和解,作为诉讼行为,因为无权代理而无效;但作为私法行为,根据日本商法中董事表见代理的规定,它对于公司有效^{[3]264}。

有关诉讼上和和解的既判力不同学说所推导出的救济方法也不同。如果采用“不需要准用再审之诉”的既判力否定说或限制既判力说,有以下三种途径:(1)当事人向原和解的法院提出指定期日申请,继续审理前诉(消除诉讼上和和解的形式确定力,“复活”原诉讼程序)。(2)当事人提起确认和解无效之诉。(3)提起执行异议之诉以消除和解笔录的执行力。德国的主流观点采用第一种途径^⑫,日本判例则承认了上述三种途径。其中,第三种途径具有独立的意义,可以与前两种途径并行不悖;就前两种途径而言,互有利弊,因此将当事人的救济途径限定在其中的一种过于苛刻^[16]。在一般的一方恶意调解而导致调解无效、被撤销时,容许当事人从上述两种途径中择一行使比较适宜;而当诉讼上和和解是在上级审中达成时,以提起确认和解无效之诉救济较为妥当。

就中国以言,现行民诉法已明文规定调解可以再审。对于一方当事人恶意调解,导致当事人调解违反自愿原则或调解协议内容违反法律,当事人可以申请再审。然而新民诉法第205条并未规定调解书再审的申请期限。假设申请调解书再审的期限准用判决再审的申请期限的规定(6个月,第205条),将有必要容许当事人另行提起确认调解无效之诉。因为,调解既然同时适用于诉讼法与民法通则的调整,即使申请再审期限已过,无法依据诉讼法进入原诉的审理(再审本质上是原审的再开与继续),也可以根据法律行为效力瑕疵的一般规定主张调解书所载明的法律行为无效、撤销(其方法不是提起形成诉讼,而是提起消极确认之诉)^⑬。法律行为无效,是自始、当然、确定的无效,因此主张不受期限限制;当事人撤销法律行为,受到中国民法通则规定的除斥期的限制,该除斥期比判决再审的申请期限长。故倘若申请判决再审的6个月的期限准用于调解书的再审,将导致实体法与程序法规定的龟裂;除非选择无视“保障当事人主张实体法上权益”的要求,否则只能动用确认和解无效之诉的方法赋予当事人救济途径^⑭。如果沿用民诉法2012年修正前申请再审期限(2年)的规定,反而与民法的规定协调,而无须另外允许提起确认调解无效之诉。此外,当事人申请再审调解书所单列的两个事由可能比较狭窄,似乎没有完全涵盖一方恶意调解所产生的所有的调解无效或可撤销事由;其仅仅重视了调解书在实体法效力方面的瑕疵,忽视了诉讼法方面的无效事由以及准用判决再审的部分事由的可能性与必要性,因此可以说是矫枉过正,对当事人的保护不够周全。在比较法上,德日等国并未明文规定诉讼上和和解的无效以及可撤销事由,其学者归纳了若干种诉讼法及实体法上无效的事由。

三、双方恶意调解的第三人救济

(一)现行民诉法上调解书的审判监督程序

权益受到恶意调解的不当影响的第三人不是诉讼当事人^[16],因此其除符合《审判监督程序若干问题的解释》第5条规定外,不能提起再审,上述规定要件严格、适用范围较窄,难以满足维护第三人权益途径多样化的需要。

为此,新民诉法第198条增加了法院对调解书的再审,再审事由为“发现确有错误”,笔者认为,法院依职权启动调解书的再审,限于法律关系自始、当然无效的情形(例如违反法律的强制性、禁止性规定),以及其他的调解在诉讼法上无效的应由法院依职权调查的事由(例如代理权欠缺、无管辖权)。如果调解有重大误解、欺诈、胁迫等效力瑕疵事由,按照民事法律,应由相对人透过形成权撤销调解的法律关系,倘若表现在诉讼法上提起再审之诉或由法院依职权直接对该法律关系进行再审不妥;同理,调解也可能出于诉讼法上的原因而存在效力瑕疵,这时可以考虑类推适用新民诉法第200条1款7至9项的规定及其他一些效力瑕疵事由,“发现确有错误”这一规定的含义,可能需要最高人民修改或出台司法解释予以明确。如果调解自身存在的效力瑕疵,是因为当事人间恶意串通引发的,法院即可以通过再审维护第三人的权益。

至于调解书的检察监督,新民诉法第208条1、2款规定检察院对调解书的抗诉事由为“发现调解书损害国家利益、社会公共利益的”,其解释较难把握。法院与检察院依职权再审、抗诉,虽然能够维护第三方的利益,起到一定的消除恶意调解的功能;但它们的公权力机关的地位,决定了它们不宜过多介入。本文则主要考量,赋

^⑫这也是中国台湾地区的做法,但在当事人迟误了申请的期日时,也认可第二种途径。

^⑬这是日本、中国台湾地区的通说。参见杨建华论文《民诉实务问题试释》(《司法周刊》,1990年)以及李木贵著作,《民事诉讼法(下)》(《民书局股份有限公司》,2006年,第7-19页)。

^⑭从这一点推论,既判力肯定说已经因为其自身产生的、难以克服的悖论,而无法坚持。

予第三人自己可以行使的诉讼上权能。

不过,在此之前,本文将先讨论调解书对于第三人发生何种效力,如果结论是否定的,那么就没有必要先将调解书的效力波及至第三人,而后考虑赋予第三人相应的救济。以下将就双方恶意调解的两种情形研判调解书效力的主观范围。

(二) 债之关系的双方恶意调解

当事人就债权债务关系达成民法上的和解,和解的效力仅及于达成和解的当事人^{[13]319}。如前所述,和解虽然带有创设当事人间的权利义务关系(处分行为)的意味,然而当事人就债之关系达成和解时,和解的客体是债权债务关系,和解所创设或确认的同样也是债权债务关系,由于债之关系具有相对性,因此和解的债权人通常只能对和解的相对人主张权利。债之关系的和解的此种“相对性”,即使是诉讼上和解也不例外;诉讼上和解亦受民法和解的规定的调整,前已论及^{[3]264}。退万步而言,即使承认调解书有既判力,由于既判力亦有相对性,调解书依旧不能对未成为调解当事人的第三人发生法律效力。

当事人以原法律关系为基础达成和解,在不超过原法律关系的性质、数额等范围内,与原法律关系仍有同一性,原债务的担保人(保证人或物上担保人)仅在此范围内承担责任;即使和解约定债务额度缩减,也对担保人有利益,但如果担保人未同意主债权人与债务人的和解,也不能援用和解的内容^{[17]868}。由上述结论推论调解,就担保关系看,若主债权人与主债务人恶意调解,增加主债务额度,对于担保人不发生效力。

如果债务人与第三人恶意调解,制造实际上不存在的债权,调解书并不能拘束第三人。按照德日等国民法,诉讼上和解将影响其他债权人的债权实现时,其他债权人可以将债务人与第三人作为共同被告,提起撤销权诉讼^[17]。中国《合同法》容许撤销的对象范围较小,因此可以考虑类推解释,容许第三人行使撤销权。作为行使撤销权的结果,调解的债务人可以根据不当得利的规定请求返还。当然恶意调解的双方当事人恰恰是要通过给付达到损害第三人债权实现的目的,所以恶意调解的债务人不会行使返还的权利;此时如果符合代位权的其他要件,其他债权人可以提起代位权诉讼,请求返还债务人偿付的金钱。

在追偿关系中,债权人与债务人(追偿权人)的和解不能拘束最终责任的承担者(被追偿人)^⑮。类似地,责任保险中的被保险人(加害人)与“(虚假的)受害人”进行的责任诉讼中,双方达成恶意调解、假造事故,规定“受害人”的损害赔偿权存在;这一调解并不拘束保险人,在“受害人”与保险人进行的赔偿诉讼中,仍由“受害人”证明事故的发生^⑯。

(三) 所有权关系的双方恶意调解

如果当事人恶意串通,就第三人所有的标的物规定为当事人一方所有,并不能发生确定所有权归属的效果。当事人就所有权关系达成调解,必须就该物有处分权限,在调解的双方当事人都不拥有处分权限时,调解在实体法上处于效力待定的状态,而无法使调解约定的权利受让人取得该权利。而且,调解并非基于占有或登记的信赖而取得物权的民事行为,因此调解的受让人不能主张善意取得^{[13]333};更何况双方均为恶意,不符合善意的要件。真正的所有权人有权追及至物所在之处,对调解当事人主张权利(诉请返还原物、排除妨害等);调解当事人不能以调解书对抗真正的所有权人,而可以提出证据证明调解的相对人有系争物的处分权限或自己合法拥有所有权,以资对抗^{[12]869}。

但就恶意调解所形成的调解书本身而言,它仍能拘束调解双方当事人。因此如果标的物动产被调解的“出让人”占有,或者不动产登记在“出让人”名下,调解的“受让人”可以请求“出让人”交付动产或办理不动产宣示登记^⑰;“出让人”不得对“受让人”主张该物为自己或真正的所有权人所有,尽管这并不妨碍真正的所有权人行使权利。如果调解的“出让人”并没有标的物的公示手段(占有或登记),则当调解的“受让人”请求“出让人”交付动产或办理不动产宣示登记时,调解在实体法上并非无效(我国物权法第15条),调解的“出让人”违约,具体责任应根据调解的详细内容判断;这时可能涉及调解书的解除,本文不赘。

^⑮ 示例参见陈自强论文《民法上和解之效力》(政法法学评论,1999年第61期,第319页)。

^⑯ 中国台湾地区“保险法”第93条规定,责任保险人可以与投保人约定,保险人有参与被保险人与受害人和解的权利,如果保险人有正当理由未同意被保险人与受害人就赔偿义务所为的和解、赔偿、承认,则和解不拘束保险人。我国保险法没有类似的规定,但保险人可以将这一规定列为保险条款以防止。参见汪信君论文《责任保险人之参与权》(月旦法学教室,2004年,第21期)。但是,如果责任诉讼中,法院作出了“受害人对被保险人的损害赔偿请求权存在”的判决,赔偿诉讼中保险人是否受到拘束尚有疑义。德日实务及学者均承认此时前诉判决对后诉发生某种拘束力。

^⑰ 当事人因判决、调解取得不动产所有权,物权在判决确定、调解书生效时发生移转;其后办理的登记为宣示登记(非经登记,不得处分)。参见我国物权法第28条、31条,以及史尚宽著作《物权法论》(中国政法大学出版社,2000年,第35-36页)。如果正当调解的双方当事人中,“受让人”本来就有该物所有权的公示(占有或登记名义),而且物权并不归属于第三人时(仅在双方当事人间争执),在调解书生效时,“受让人”依照类似于简易交付的方法获得调解所确定的所有权。

所有权以外的一些权利,例如中国的建筑物区分所有权、出让使用权等等,在涉及处分性质的调解时,大致可以沿用上述讨论。由这些讨论可知,基于调解实体法效力的相对性,第三人的权利均有救济手段。但是,调解书在形式上仍然存在,为了防止不当的权利凭证可能造成的后果,新民诉法第56条增订第3款规定第三人撤销之诉,赋予案外人除去恶意调解的结果的权利。本条规定因繁就简,便利了第三人的权利救济^[18]。新民诉法将第三人撤销之诉的对象范围扩大到调解书,是我国立法的一大创举,有助于简化第三人的权利主张,颇值赞同。此外,也可以考虑透过检察监督的方式救济第三人受损之利益^[19]。

参考文献:

- [1] 李浩. 虚假诉讼中恶意调解问题研究[J]. 江海学刊,2012(1):137.
- [2] 李立新. 诉讼和解与诉讼调解制度辨析[J]. 法律适用,2008(6):27.
- [3] 新堂幸司. 新民事诉讼法[M]. 林剑锋,译. 北京:法律出版社,2008:261.
- [4] 熊跃敏. 诉讼上和解的比较研究[J]. 比较法研究,2003(2):82.
- [5] 高桥宏志. 民事诉讼法:制度与理论的深层分析[M]. 林剑锋,译. 北京:法律出版社,2003:630.
- [6] 中村英郎. 新民事诉讼法讲义[M]. 陈刚,译. 北京:法律出版社,2001:250.
- [7] 骆永家. 既判力之研究[M]. 台北:台大法学丛书编辑委员会,1975.
- [8] 三ヶ月章. 日本民事诉讼法[M]. 汪一凡,译. 台北:五南图书出版公司,1997:332. 507.
- [9] 王甲乙,杨建华,郑健才. 民事诉讼法新论[M]. 台北:广益印书局,1983.
- [10] 史尚宽. 债法各论[M]. 北京:中国政法大学出版社,2000:857.
- [11] 陈自强. 民法上和解之效力[J]. 政法法学评论,1999(61):314-318.
- [12] 唐力. 在“强制”与“合意”之间:我国诉讼调解制度的困境与出路[J]. 现代法学,2012(3):86-87.
- [13] 张大海. 诉讼调解既判力论[J]. 政法论坛,2008(9):109.
- [14] 刘成祥. 新时期加强法院调解工作若干问题的思考[J]. 当代法学,2011(4):160.
- [15] 奥特马·尧厄尼希. 民事诉讼法[M]. 周翠,译. 北京:法律出版社,2003:254-255.
- [16] 骆永家. 民法研究 II[M]. 台北:台湾大学法律系法学丛书编辑委员会,1986:41.
- [17] 黄立. 民法债编总论[M]. 北京:中国政法大学出版社,2002:485.
- [18] 肖建华,杨兵,论第三人撤销之诉——兼论民事诉讼再审制度的改造[J]. 云南大学学报:法学版,2006(7):38-39.
- [19] 吴如巧,谢锦添. 论中国法律监督的主体混同与独立[J]. 重庆大学学报:社会科学版,2012(2):135.

The Remedy of Malicious Settlement in Litigation

LIAO Hao

(College of Civil and Economic Law, China University of
Political Science and Law, Beijing 100088, P. R. China)

Abstract: “Vergleichsbetrug” in litigation is growing swiftly in China, is one of the main topics in the amendment of civil procedure law. “Vergleichsbetrug” in litigation comprises malicious settlement by one party and malicious settlement by both sides. Settlement in litigation, is not only applied with procedure law, but also is regulated by civil law. According to different defects in effect, the injured party should be entitled with several remedies, and the remedies shouldn't be limited to rehearing. In the case of “Vergleichsbetrug” the effects upon the parties should be ascertained, so may measures against, “Vergleichsbetrug” successively be determined.

Key words: vergleichsbetrug; prozessvergleich; lehre vom doppelnatur; keine materielle rechtskraft; rehearing

(责任编辑 彭建国)