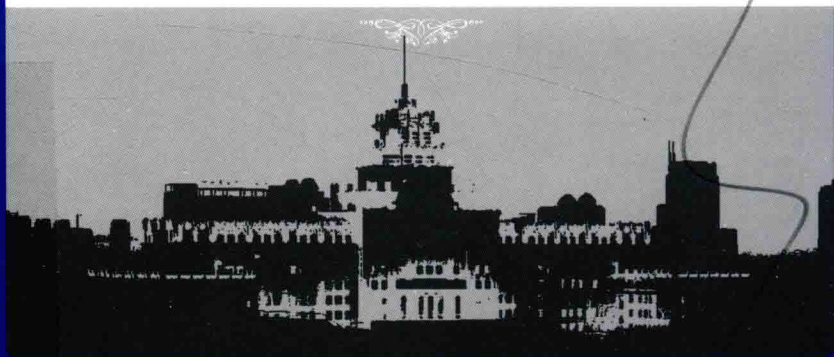




黑 龙 江 大 学 法 学 文 库

和解合同研究

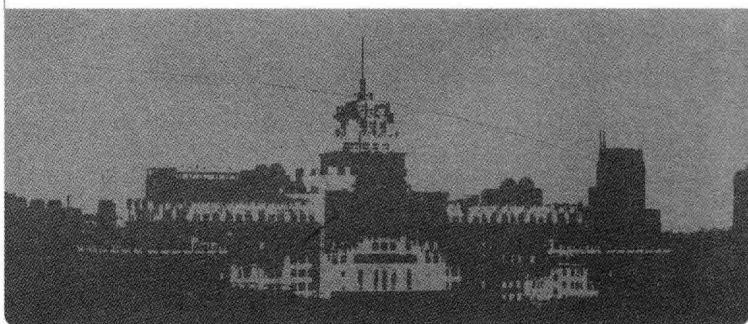
于 锐 / 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

解除合同研究

于 锐 / 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

和解合同研究 / 于锐著. —北京:法律出版社,
2016. 11

ISBN 978 - 7 - 5197 - 0107 - 9

I. ①和… II. ①于… III. ①和解—合同—研究
IV. ①D913. 604

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 251400 号

和解合同研究

于 锐 著

责任编辑 周丽君
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 9.5 字数 255 千

版本 2017 年 4 月第 1 版

印次 2017 年 4 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 独立项目策划部

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

责任校对 杜 进

责任印制 张建伟

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071010/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 0107 - 9

定价:32.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介



于锐 辽宁盘锦人，法学博士，黑龙江大学法学院副教授，硕士生导师，黑龙江省法学会民事诉讼法学研究会常任理事，主要从事民事诉讼法及仲裁法研究。主持或参与省部级、厅局级等科研项目十余项；发表学术论文二十余篇，出版学术专著3部。



黑 龙 江 大 学 法 学 文 库

俄罗斯矿产资源法律制度研究 李连祺 / 著

刑事责任与民事责任比较研究 刘彦辉 / 著

有限责任公司股权转让限制制度研究 陈彦晶 / 著

俄罗斯远东地区移民犯罪研究：

以1990—2007年俄罗斯远东地区华人犯罪为

主要研究视角 庞冬梅 / 著

民事权利救济模式的选择：

在公力救济与私力救济之间 翟羽艳 / 著

● 和解合同研究 于锐 / 著

知识产权国际法治问题研究 杨 健 / 著

总 序

作为省部共建高校的黑龙江大学地处祖国边陲,虽属地经济并不发达,然心系祖国法治事业之心拳拳。黑龙江大学法学院历经三十余年风雨,步履艰辛,目前处于黑龙江省法学学科领军地位,在国内法学领域拥有一定的影响力。黑龙江大学法学院目前拥有法学一级学科省级重点学科,民商法学、法学理论、经济法学、刑法学为省人力资源与社会保障厅领军人才梯队学科;2012年获国家首批卓越法律人才(应用型、复合型)教育培养基地,是黑龙江省唯一入选的国家级卓越法律人才教育培养基地;法学院设有《北方法学》编辑部、黑龙江省地方立法研究中心、黑龙江大学法治研究中心、民商法学研究中心、法学理论与法治发展研究中心、俄罗斯法研究中心、知识产权法研究中心、经济法研究中心、国际法研究中心、诉讼法研究中心。现有师资力量雄厚,梯队结构合理,教师中有国务院特殊津贴专家3人,有21世纪百千万人才工程国家级人选1人,有突出贡献中青年专家1人,全国优秀教师1人,省级教学名师1人;全国法学会专业学会副会长2人、常务理事10人,黑龙江省法学会专业研究会会长11人。老年教师带头力量大,中年教师示范作用强,青年教师发展势头猛。

此次黑龙江大学法学文库的出版,是黑龙江大学法学院积多年

之成果,集众人之智慧,形成的一批多学科教师成果的呈现,尤其是民商法学科、俄罗斯法的研究占据了相当大的比例,进一步突出了黑龙江大学民商法学科、俄罗斯法研究的特色。黑龙江大学民商法学科是黑龙江大学法学学科当中的传统强势学科,在全国民商法学研究中占有一席之地,也是黑龙江大学法学院的第一个博士点获批学科,多年来为黑龙江省乃至全国培养了大量的专业人才。俄罗斯法研究一直是黑龙江大学法学院的特色,现有师资队伍中,有16位教师第一外语为俄语,且多数拥有俄罗斯留学或访学经历,每两年召开一次的中俄法律理论研讨会目前已形成常态,成为国内俄罗斯法研究的重镇,也为“一带一路”战略和中俄关系的建设发挥着智库的作用。

此次文库的出版,感谢法律出版社及周丽君编辑对黑龙江大学法学院的大力支持,感谢兄弟院校、学界同仁对黑龙江大学法学院的关怀,感谢法学院全体教师的共同努力。当然,虽有法学院同事之精诚致力,但疏漏之处在所难免,请各位练达不吝赐教,黑龙江大学法学院必当聆听教诲、勤勉更正。相信此次文库的出版必将使黑龙江大学法学院的科研工作更上一层楼!

楊震

2016年8月

目 录

导 论	1
一、研究的意义	1
二、国内外研究综述	7
三、主要的研究方法	15
 第一章 和解合同的基本问题	17
第一节 和解合同的概念与要件	18
一、和解合同的概念界定	18
二、和解合同的要件	23
三、和解合同与相关概念辨析	32
第二节 和解的主体	47
一、和解当事人	48
二、和解参与人	50
第三节 和解的客体	54
一、和解客体之范围	54
二、和解客体之限制	59

第四节 和解合同的类型	60
一、传统型和解合同与调解型和解合同	61
二、确认型和解合同与更改型和解合同	68
三、民法上和解合同与诉讼上和解合同	74
第二章 和解合同的源流与发展	80
第一节 和解合同的起源	80
一、和解合同在罗马法的规定	80
二、罗马法关于和解合同的规定对后世的影响	83
第二节 我国和解合同的历史发展	87
一、我国和解合同的历史概览	87
二、我国和解合同的发展现状	91
第三节 其他国家和解合同的发展	96
一、大陆法系国家	96
二、英美法系国家	114
三、其他国家和解合同之发展对我国的启示	124
第三章 民法上和解合同的效力	134
第一节 和解合同的核心效力	134
一、“认定效”与“创设效”之争论	134
二、“确定效”观点之提出	138
三、“确定效”的理论基础	144
四、“确定效”的具体内容	147
第二节 和解合同的效力范围	150
一、效力的主体范围	151
二、效力的客体范围	156

三、效力的时间范围	160
第三节 和解合同的效力障碍	162
一、和解合同的无效	162
二、可撤销事由的限制	170
三、和解合同的解除	178
第四章 诉讼上和解合同的效力	183
第一节 诉讼和解合同的性质	184
一、两大法系的观点	184
二、诉讼和解合同的双重性质	188
第二节 我国“当事人和解”制度之检讨	193
一、“当事人和解”非“诉讼和解”	194
二、问题产生的根源	197
三、完善方向	200
第三节 诉讼和解合同的要件及效力	201
一、诉讼和解合同的要件	201
二、和解笔录的效力	210
三、诉讼和解合同的救济途径	214
第四节 执行和解合同的效力	218
一、执行和解合同的性质	219
二、执行和解合同与生效判决的关系	223
三、执行和解合同的可诉性	226
四、执行和解合同的诉讼法效力	229
第五章 和解合同效力的实现	232
第一节 和解合同的典型化	232

一、典型化的必要性	232
二、典型化模式的选择	235
三、建议条文及立法理由	238
第二节 和解合同诉讼法效力的获得	245
一、和解合同欠缺诉讼法效力的根源	245
二、获得诉讼法效力的最佳司法途径	246
三、获得诉讼法效力的其他途径	251
第三节 和解、调解的契约化重构	254
一、和解、调解契约化的背景	254
二、和解、调解契约化的理论基础	258
三、和解、调解契约化的制度基础	259
四、和解、调解契约化的完善思路	262
 结 语	 273
 参考文献	 276
 后 记	 292

导 论

一、研究的意义

(一) 纠纷解决机制优化的内在需要——和解的规范化

资源的有限性、利益诉求的多元性决定了民事纠纷不可避免,纠纷解决机制的创设为恢复和重塑新的秩序,实现公平、正义等价值创造了可能。我国正处于社会转型时期,矛盾的多元化、复杂化对既有的纠纷解决体系提出了严峻的挑战,立法者和学界为疏导复杂高涨的利益诉求,纷纷聚焦于纠纷解决机制的优化。在党和国家极力倡导多元化纠纷解决机制的时代背景下,作为最经济、最便捷的和谐解纷之道——“和解”应当承担怎样的历史使命?正如法谚所云:“瘦的和解胜过胖的诉讼”(Ein Mager Vergleich ist Besser als ein Fetter Prozess),无论多么完美的诉讼制度,也只能解决民事纷争中冰山之一角。生活中究竟有多少纠纷通过主体间协商让步得以化解很难有精确的统计数字,^①因为和解本身便拥有“解纷于无形”的特点。实践中,形态万千的侵权纠纷、合同纠纷,甚至在刑事诉讼

^① 仅以人民调解协议为例,2010年全国调解协议的数量高达8,418,393件,主要集中于婚姻家庭、邻里、损害赔偿、房屋、宅基地等案件类型。参见《中国法律年鉴》2011年卷,中国法律年鉴出版社2011年版,第1068页。而在人民调解等诉讼外调解之外,尚有多少纠纷通过自行和解或者经他人调和得以化解显然难以作出精确的统计数字。

中均广泛存在当事人达成的和解协议。“发生争议——协商让步——解决争议”的逻辑契合了我国民众快速息事宁人的厌讼心理,不仅能有效降低解决纠纷的成本,还能够较好地维系原有的关系与秩序,符合当事人的利益考量。

“和解”作为一只“看不见的手”,在纠纷解决机制中起到重要的调节作用:和解不成的纠纷,当事人才会求诸其他解纷方式或选择诉讼,诉讼中又极可能通过达成和解而终结诉讼……和解作为纠纷解决的首要途径,与“实现正义的最后一道防线”——诉讼之间竞争融合,相得益彰。可以断定,一国的法律实践中,如果和解被广泛地认同,不仅能有效地分流诉讼案源,缓解司法体系所面临的沉重负担,还将对纠纷解决机制的优化产生重要作用。然而,和解在实践中却未能发挥出神奇的解纷功效,不仅当事人漠视、随意撕毁和解协议,^①甚至司法机关对和解协议在效力认定上也存在极大的不确定性。在很多侵权纠纷中,许多法官在查明侵权行为造成的实际损失后,即使当事人之间已经就该侵权行为的赔偿问题达成了和解合同,法官也常以和解合同与侵权损害赔偿关系不一致为由直接否定和解合同的全部效力,从而引发了和解合同的效力危机。因和解协议继发新纠纷的怪象比比皆是,究竟是什么原因致使和解协议解纷不成,却异化为纠纷之源?我们在价值层面大力宣扬和解的同时却忽视对其内在机理的研究,而使得和解制度欠缺效力的规范性。和解制度体现了私权自治在解纷领域的自然延伸,当事人自主协商

① 作为本书和解合同表现形式的行政调解协议、民间调解协议均面临着此种困境。例如,工商部门主持制作调解协议之后,因该协议效力不明确,经营者反悔或不履行协议内容的现象非常普遍,消费者不断地向媒体投诉、去政府上访或者提起诉讼。行政机关迫于压力,常以不处罚经营者在经营中的其他过错行为作为调解筹码,促使经营者履行调解协议的义务。这些调解协议严重背离了和解合同的本质,抹杀了应有的法律效力,更引发了深层次的社会矛盾。

的过程似乎无须法律的过多干涉,而承载着双方动态交涉结果的和解协议却是法律规制的对象。根据合同自由原则,诉讼外和解、诉讼和解、执行和解等过程中达成的和解协议均为民事合同,这些合同能够产生何种法律效力,其无效与撤销是否应当具有共通的特殊规则,应获得怎样的救济措施?这些问题的解决是发挥和解功能的关键。因此,在优化我国纠纷解决机制的进程中,和解协议的规范化乃不可或缺之环节。

(二) 和解协议的效力困境——“和而不解”

1. 和解合同功能与效力之内在冲突

和解的主要目的在于解决纠纷,和解协议达成意味着争执终止,协议理应被遵守并具有终局效力,故《法国民法典》第2052条第1款规定:“和解在诸当事人之间,具有终审判决的既判力。”^①直接赋予和解既判力,契合了定分止争之功能,然而,和解的合同本质使其无法等同于司法裁判,故而其所拥有的“既判力”与裁判固有的“既判力”的外延并不相同。法国的许多学者也对和解合同拥有既判力的规定提出了质疑,认为该规定“容易在司法裁判依附的真实推定和既判力抗辩产生的遵守技术方面导致混乱。”^②因此,除法国外,多数国家如德国、日本等国的民法典均认为和解合同与其他合同一样,不具备既判力和直接的强制执行效力^③。修改后的《意大利民法典》也删除了原法典中关于“和解在当事人之间有如生效判

① 参见《法国民法典》,罗结珍译,法律出版社2005年版,第1496页。

② 参见C. BOILLOT, *La transaction et le juge*, op. cit., pp. 25-26. 转引自周建华:“法国民法典中的和解合同”,载《人大法律评论》(第1辑),法律出版社2012年版,第116页。

③ 宋旭明:“传统和解立法矛盾之检讨”,载《湖南师范大学社会科学学报》2006年第6期。

决一般,不可撤销”的相关规定。^① 定分止争是和解之目的而不是其固有的法律效果。医疗纠纷、交通事故等纠纷中普遍存在双方就责任、损害赔偿问题达成的和解合同,一方依和解合同全部或部分履行之后,双方常因和解合同对基础关系发生何种效力而产生分歧,或因违反和解合同的约定而引发新的诉讼……本应为纠纷终结者的和解却异化为纠纷制造者,这是学界和实务界始料未及的。不断上演的“和而不解”怪象昭示出和解功能与效力之间的冲突:和解协议性质虽为合同,但其调整对象为有争议的法律关系,解决纠纷乃其核心功能,若将其效力与救济手段完全等同于普通民事合同,势必无法实现其核心功能,并将直接影响纠纷解决的效率与质量。

2. 和解合同效力的不确定性

传统观点认为,和解合同与其他广泛存在的无名合同一样,无须法律作出特别的规定^②。然而,以无名合同的法律适用规则应用于和解合同之中存在一定的问题。首先,一般的民事合同以普通的交易行为为调整对象,其目的是设立、变更或终止民事权利义务关系。而和解合同是当事人专门为解决原法律关系争议而订立的合同,其调整对象为发生争议的法律关系,不同于其他民事合同。其次,和解合同本质既为合同,当然应适用民法上法律行为之规定以及合同之一般理论。但在许多国家和地区的立法中,和解合同的无效、撤销、解除等多有特殊规则。例如,我国台湾地区“民法”第738条规定:“和解不得以错误为理由撤销之”。《法国民法典》第2052

① 肖俊:“意大利法中的和解合同研究”,载《苏州大学学报》(法学版)2015年第4期。

② 《瑞士债法典》即没有将和解合同规定为典型合同。立法者认为,“和解并无神秘之处,其基础为一般的契约法。”参见 David Foskett, *The Law and Practice of Compromise*, 2nd Ed., London, 1985, p. 3.

条第2款规定,“对和解不得以对法律的误解,也不得以显失公平之原因提出攻击。”医疗纠纷诉讼中较为普遍的情况是:患者依和解协议获得赔偿后又依原侵权损害赔偿关系主张更多的侵权损害赔偿,此时法院应否支持?对该问题的回答,我们不能完全依赖于个案的利益衡量,因为实践中该类案型的处理已经引发了“和而不懈”的滥诉、缠诉之蝴蝶效应。如果不在立法中明确和解合同的效力及可撤销事由的限制,将造成其效力的空洞化,还会助长民事主体恣意违约的不诚信风气。最后,我国《合同法》第124条是非典型合同的法律适用规则,而构成和解合同类型特征的主给付义务并不鲜明,是否一定为双务有偿合同也存在争议,依该条原则经常难以准确地类推适用其他典型合同,从而存在法律漏洞。审判实践中对拟处理的和解合同纠纷的案型,须运用“创造性的补充”^①方法才能找到法律规范的依据。“创造性的补充”是填补法律漏洞的方法之一,乃广义的法律解释,其实质为法官造法。^②这也正是不同法院在和解合同的法律适用上存在偏差的一个现实因素。

(三)和解合同是沟通诉讼外和解与诉讼和解的切入点

正如德国学者 Bork 所言:“和解之历史,基本上乃诉讼上和解之历史,和解契约之实体法层面,经常处于其阴影之下。”^③于此背景下,和解常被归属于诉讼法学者的研究领域,在民事实体法领域少有问津。严重的学科壁垒割裂了和解问题的体系性,陷入自说自话的研究困境。

无论是诉讼外和解还是诉讼和解,其共同本质为和解合同,因此,对和解制度的研究应当以和解成果的最终体现——和解协议为

① 黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第403页。

② 黄为之:“和解合同研究”,湖南师范大学2006年硕士学位论文,第7页。

③ Reinhard Bork, Der Vergleich, Berlin: Duncker & Humblot, 1988, S. 1.

切入点进行解构及重构。首先,明确诉讼外和解与诉讼内和解的同质性才能利用民法的理念规则对和解的两种主要类型进行评价和调整。认为诉讼和解为单纯诉讼行为的观点忽视了诉讼和解协议中当事人对实体权利的处分,更无法对和解协议效力瑕疵的救济途径自圆其说。我国现阶段民事诉讼中的“当事人和解”不具有明确的法律地位及效力,当事人达成的和解协议如果经法官确认并制作调解书,则转化为法院调解,但产生执行力的仍然为调解书而非和解协议;如果当事人并未请求制作调解书,结果通常是原告撤诉。因此,我国诉讼中的当事人和解不具有独立的法律地位,和解协议的性质与效力也不尽明确。抹杀其私法性质无异于使诉讼和解游离于法律规制之外。其次,厘清和解合同与调整普通交易行为的其他合同之间的差异性,并在民事法律规范方面有所回应,才能最终发挥和解制度的功能与优势。再次,明确和解合同的外延能够为“大调解”热潮中形态各异的诉讼外调解协议的效力提供法律适用上的指引。多种形式的调解本质上都是当事人在第三方主持下所进行的和解,和解与调解之间并无不可逾越的鸿沟;相反,二者存在着转换的契机。长久以来,各种诉讼外调解协议“性质不明、效力不定”,严重制约了其生存空间。将其纳入和解合同的范畴内调整,可以为调解协议的司法审查、变更撤销等提供民法上的评价依据。最后,和解合同规范体系的构筑有利于解决审判实务中的疑难问题,如侵权纠纷中当事人所达成的和解协议与原法律关系之间为何种关系;当事人在诉讼系属后自行达成的和解协议拥有何种法律效力?能否就发生既判力的判决事项再为和解?对调解协议应否准许反悔?执行和解协议是否具备可诉性……零打碎敲式的司法解释与批复之间常常存在内在冲突,这些问题的解决呼唤着和解机制的规范化、体系化。作为民事实体法与程序法共同发生作用的