

# 德国诉讼和解制度的改革对重构我国法院调解制度的意义

方晓阳<sup>1</sup>,陈玉珍<sup>2</sup>

(1. 厦门大学法学院,福建厦门 363300;2. 福建省云霄县人民法院,福建云霄 363300)

**摘要:**2002年1月1日,德国《民事诉讼改革法》正式生效并产生了巨大影响。在这次以激励效率、增加透明度为鲜明价值取向的民事诉讼法改革中,以低成本、高效率为特点的诉讼和解制度成为消除诉讼迟延、缓解司法压力、节约司法资源的重要武器,其意义和地位获得空前的瞩目和提升。德国的和解制度与我国法院的调解制度有许多共同点,研究德国诉讼和解制度的改革必将对重构我国法院调解制度具有重要意义。

**关键词:**民事诉讼;和解制度;司法改革;德国

**中图分类号:**D920.4 **文献标识码:**A **文章编号:**1008-2603(2004)03-0045-04

20世纪下半叶以来,由于产业复杂化与经济的迅猛发展,许多国家出现“诉讼洪水”和“诉讼爆炸”现象,法院不胜负荷而致诉讼严重拖延;民众获取司法救济的途径受到了高额诉讼费用、拖沓的诉讼程序等因素的严重障碍。司法制度的运作不能适应社会经济发展的需要已成为全球性的问题,并由此引发了世界范围内司法改革的浪潮。在德国,民事司法制度的运作总体上是比较高效的,但也同样经历着某种程度的“危机”,联邦政府始终未能下决心对现有的民事程序规则进行全面变革。直到德国社民党上台之后,才第一次把民事诉讼制度的变革列入执政党的政治日程表上。

## 一、德国诉讼和解制度的改革目标与制度设计

以效率为目标,以简化诉讼程序、建立小额审判制度为内容的诉讼程序的改革乃是上个世纪下半叶以来西方国家司法程序改革的普遍趋势。其中,德国民事诉讼法的修改也是朝着程序简化与效率提高的方向不断努力。1977年,德国通过了《简易修正法》,新设了“不拘任何形式的通知”以简化和加快送达,简化了审判形式和判决书等;1990年12月17日的《审判简化法》又规定了小额

诉讼程序。但是,实践证明近十年来德国民事诉讼法的改革并未触及民事诉讼制度的深层次问题,改革成效有限,未能真正减轻司法负担,有效提高诉讼效率。相反地,德国民事诉讼的结构缺陷日益显露:案件数量过多,积案率上升,案件审理程序受阻;法院运行经费捉襟见肘;法官数量有限及分配失衡;和解结案率低;程序法透明度不足,程序规则越来越复杂,难以为普通人所理解。

德国《改革法》的起草者在审视了德国民事诉讼制度的运行状况之后,提出了改革的基本目标:使民事诉讼更具效率、更为透明而且更易为一般民众所理解。为能在审判力量有限的情况下,保证在合理的期限内完成对不断增加的案件的较高质量、使当事人较为满意的审理,同时又确保将成本耗费控制在国家能承受得起的范围内,德国选择了一种以“追求妥协”来“达至正义”的改革路径,在提升效率的问题上给予了前所未有的巨大关注并进行了具体的制度设计。主要体现在以下方面:强化和解程序,努力提高和解结案率,发挥和解制度效率和自由的价值;强化法官的实质诉讼指挥权,使当事人更有效率地把握诉讼的进程;扩大法官独任制适用的范围,以更高效地配置司法资源;分化上诉程序的功能及简化无意义上诉

收稿日期:2004-03-26

作者简介:方晓阳(1980—),女,福建漳州人。厦门大学法学院诉讼法专业2002级硕士研究生。

程序的处理,以加快诉讼进程等等。

## 二、德国诉讼和解制度

在德国,1924年的《德国民事诉讼法》规定了强制和解,即在地方法院起诉前必须进行和解,后因遭致过于浪费时间的批判而于1950年废止。1976年的《德国民事诉讼法》第279条规定了法官的和解义务,不论诉讼进行到何等程度,法院应注意使诉讼或各个争点得到良好解决。在诉讼进程中,法官通常鼓励当事人和解,但如涉及案件实质问题的协商和谈判,则要把案件移交给受命法官或受托法官来进行。为努力促成当事人和解,在庭审开始前,法庭对案件以中立者的立场进行陈述,解释证据与最终取胜的机会。使双方当事人看到,经过准备程序之后,法院是怎样看待这一案件的。这对促成当事人的和解至关重要。关于诉讼和解方案,德国法律规定是当事人之间的协议,只在法官案卷上作为合同进行登记,在法庭上公开宣读,并经当事人同意后,即具有强制执行力。其适用的规则是《德国民法典》第779条的规定,即当事人以互相让步的方式终止一法律关系的争执的契约,如果依照契约内容作为确定基础的情节,不符合事实,则该契约无效。诉讼中的和解在诉讼程序进行中的任何阶段都可以达成,和解在它所涉及的争执的限度内具有终止诉讼的效力,在一方当事人不履行和解协议时,具有强制执行力。

然而,和解的理念在德国的民事司法制度中始终未能获得足够的重视。在实践中,一审案件的和解率始终徘徊在案件总数的25%左右。为此,德国《民事诉讼法改革法》致力于和解理念的强调与程序的强化,通过以下方面得以展现:

### 1. 诉讼中增设强制性和解程序。

为过滤无裁判必要性的案件,以促进诉讼效率,德国《改革法》特增设“和解辩论程序”于言辞辩论开始之前。法官除应于诉讼各阶段注意诉讼或个别争点之和解外,还负有在言辞辩论开始之前适用和解辩论程序的义务。强制和解程序适用于所有一审民事案件诉讼程序,但在二审及法律审中则不予适用。就一审而言,法官于是否适用和解辩论程序并无裁量权,除非当事人双方已于法院外调解处试行了和解或是和解辩论程序显无成功希望。其中法院外调解处包括联邦司法行政所设立或承认的调解处和其他例如医师工会、牙

医工会所设立的调解处。而和解辩论显无成功之望则需依个案而定,在“审查上,首先应知诉讼有经和解及其他一部或全部终结诉讼方式(如撤回)获得解决之机会;其次应确认显无成功之望。”和解辩论有无成功可能,一般而言据当事人双方书状交换的情况就可作出相应的判断,但对于因特定当事人(例如大公司或相互十分敌视的当事人之间)而使该案件显无和解成功希望的判断,其合理性则处于争议之中,仍有待进一步厘清。

### 2. 加强和解中的心证开示。

心证开示的法理基础来源于防止突袭性裁判,除致力于防止“认定事实的突袭”及“法律适用的突袭”外,亦着力于防止“推理过程的突袭”和“促进诉讼的突袭”,以确保获得值得当事人信赖的裁判。法官的心证开示在诉讼和解中十分重要。通过法官的心证开示,当事人能够获得此时关于法律与事实上的信息,在掌握了较全面的信息之后,当事人能够就是否和解自由地进行决断。所以,心证开示被视为劝告和解的当然前提。《民事诉讼法改革法》规定,法官于和解程序,应注意依自由评价有关案件事实与法律状态的所有情形与当事人进行讨论,以促进当事人达成和解。这里的自由评价所有情况具有双重意义,其一,法院在此阶段无证据调查义务;其二,法院在此阶段的评价具有暂时性的意义。另外,法院在此阶段应对当事人阐明继续诉讼的利弊,例如诉讼时间与费用的浪费,维护双方和平关系的价值及其是否可能在和解中获得更为优厚的条件等等。

### 3. 和解中法官的法律拘束性。

只要不违反法律的强制性规定,当事者在民事诉讼中自由地选择和解或妥协是民事诉讼最基本的内容之一。但是,在于由法官劝试和解,并向当事人提示和解方案时,也应受实体法的拘束。原因在于:首先,法官与调停人不同,即使是劝试和解,也是在国家的审判程序中行使职权;其次,法官有中立的义务,中立的表现就是要在审判程序中正确适用制定法;再次,司法行为请求权支配全部诉讼程序,也会给作为诉讼程序一环的法官的和解劝告带来影响。当和解不成时,法官就要运用公权力以判决解决纠纷。《民事诉讼法改革法》规定,“在和解辩论中,如未达成和解即进行言辞辩论”。因此,法官必须使自己的和解提案与法律状态相一致。法的拘束性主要体现在法官所揭示的和解方案中,而当事人双方一致认可或经当

事人修改的和解方案由于受处分原则的支配,只要不违反强行法的规定即可。

#### 4. 和解的场所与当事人的对席。

在德国以往的诉讼实务中,诉讼和解在公开的法庭上以双方对席的形式进行。它不同于日本民事诉讼“辩论兼和解”程序中在和解室等法庭外的非公开场所法官与当事人“交互面谈方式”的诉讼和解。这是德国民事诉讼上对和解予以程序保障的鲜明特点。对此,德国《改革法》明确要求,在和解辩论程序中,法官应就事实与法律状态的全部情形与当事人讨论,有必要时予以提问;就此,当事人应亲自到场听讯,若当事人双方均未于和解辩论程序到场,法院应裁定诉讼停止。和解制度作为审判程序的组成部分,法官试行和解的行为也要遵循公正审理的基本要素——公开主义与言辞主义的要求。不仅如此,当事人双方的对席也是对其听审请求权——在诉讼中获知有关信息的权利——的保障。同时,在当事人对席的法庭上,法官同双方当事人就和解的可能性进行讨论,陈述法院的见解,当事人在冷静地听取法官的意见后再作决定,既有利于公正和解,也有利于对法官行为的监督。

此外,德国《民事诉讼法改革法》还坚持了调审法官各自独立的原则,即法院得为和解辩论将当事人移送给受命法官或受托法官以及禁止强制和解的原则,若法官为诉讼和解所作的努力超越了界限——尤其是程序保障的界限时,法院对当事人的过度压迫则可能构成和解被撤消的事由。

### 三、对德国和解制度改革的初步评价

基于本国司法实践对效率的迫切呼唤和对和解制度的理念和价值的重新认识与强调,德国对和解制度进行了全方位的改革和设计,并体现出以下特点:

#### 1. 法官的作用更突出。

和解劝试并不以当事人申请为前提条件,法官除了得在诉讼各个阶段注意使诉讼或各个争点得到良好解决外,还必将在言辞辩论之前,依法强令和解辩论程序的开始,劝试双方当事人和解的达成。此外,法官还在和解辩论中开示心证,与双方当事人就该案事实与法律状态进行讨论,或提供适当的和解方案。通过突出法官的作用与职权,有利于更好地促进和解的达成,提高效率,节约司法资源。

#### 2. 加强“合意纯化”的程序保障。

为谋求合意的获得,和解需要程序的灵活性。但诉讼上和解与诉讼外和解不同,“法院调解具有双重性质,结合了诉讼程序上的行为和双方订立协议的行为。因此,为了让调解生效,程序和实体法律的先决要求必须满足。”诉讼和解作为诉讼程序组成部分之一,其最终达成的和解协议被赋予强制执行的效力,同时由于法官的积极介入,为避免合意为恣意,自愿沦为强制,和解的过程与结果也应具备正当性的外观,获得一定的程序保障。就此,法官在和解中的受法拘束性可视为实体法上的保障,而调审法官各自独立,法官在劝试和解时的心证开示,在公开法庭上于双方当事人在场时主持和解辩论则构成和解的程序保障。通过程序上对法官在和解中的作用设定必要的限度,有利于保障当事人的“合意纯化”。

但是,德国和解制度的新构设并非完美无缺,在突出法官作用、极力追求效率的同时,当事人的程序选择权却遭到了某种程度的侵袭。民事程序选择权是立法充分尊重当事人意思自由,对当事人进行程序关怀的体现。它强调当事人在诉讼活动中的主观积极性,鼓励当事人选择对自己最有利的程序,实现自己利益的最大化,即“民事选择权的精髓在于让当事人自己在发现案件真实与促进程序两者之间权衡”。具体而言,它是指当事人在诉讼过程中,选择以判决、和解、调解、撤诉方式结案的权利。<sup>①</sup>德国1877年的民事诉讼法规定了起诉前的任意和解制度,1924年改行起诉前的强制和解,但于1950年废止。现在《改革法》又实行言辞辩论之前的强制和解,虽非强制当事人以和解终结诉讼,但终究是对和解的强制作用,限制了已进入诉讼的当事人选择和解或诉讼继续、不受干扰地进行的权利和自由。<sup>②</sup>然而,无论是一开始对和解程序的启动和利用,还是最终和解协议的形成,都必须尊重当事人的意愿,使其牢牢建立于自愿的基础上。

### 四、德国诉讼和解制度的改革对我国法院调解制度之重构的意义

若仅就制度的形式而言,德国的和解制度与我国法院调解制度具有许多共同点:两者都以当事人合意解决纠纷为制度基础;运作过程都由法院和当事人参加,是法官职权行为与当事人处分行为交互作用的产物;最终达成的协议均具有与

确定判决相同的效力。<sup>⑩</sup>这些共同点表明了它们在民事诉讼中发挥着基本相同的功能。

但是,若从立法理念和制度构架的角度审视,德国和解制度和我国法院调解制度之间的差异迥然。

首先,程序定位不同。

在德国,民事诉讼程序是围绕形成正当的判决而构建的,“和解并不具有决定整个民事审判程序品格的意义。”<sup>⑪</sup>通过正当的程序获得公正和可信赖的判决才是诉讼程序所要追求的最终目标。为此,尽管诉讼中法官积极劝试和解,但也仅限于对双方当事人开示心证、提示和解方案、说明根据。至于是否达成和解协议,则完全尊重当事人的意愿。和解不成,随即续行审理。在我国,程序构造上形成了颇具特色的“调解型”审判模式,这种模式的主要特征是以调解结案为诉讼目标,以法官的职权调查及调解活动为中心来展开审判程序。由此决定在具体制度的设计上,不强调程序的严密,不关注当事人参与程序的主体性,当事人的诉讼权利无法对审判权形成制约,审判人员的主观随意性强。

其次,对当事人自由合意的程序保障力度不同。德国设定了法官劝试和解的必要限度,为当事人合意的自由提供了程序保障。而在我国,无论理论界还是实务界都普遍重视调解制度灵活性的价值,而相对缺乏调解应合于最低限度程序公正的理念:从民事诉讼法上看,法院调解程序仅有原则性的规定;在实务中,调审法官合一,法官追求调解程序的灵活性,同时缺乏来自程序法的约束,强制调解也就在所难免;就理论而言,提倡“背靠背”式调解模式的学术观点并非鲜见,并且较普遍的观点亦认为调解过程具有非程序化的特征,调解方式灵活多样,程序可自由组合、不拘泥于程序法的规定。

在我国,法院调解制度的重构是个历久弥新的话题,虽然调解的自愿原则越来越获得重视,但强制调解的现象仍挥之难去。通过对德国诉讼和解制度的探讨与借鉴,我们不难发现,对当事人自由合意的程序保障不足正是我国法院调解制度陷入困境的病灶所在。在我国,要加强程序保障,对法官调解活动设定必要限度以实现当事人“合意纯化”,应包括两个方面的内容:第一,必须更新程

序结构理念,摒弃以调解决定整个民事审判程序品格的“调解型”程序结构,围绕形成正当的判决来设计民事诉讼程序;与此同时,进一步调整诉权与审判权的关系,形成诉权对审判权的适当制约,使当事人能基于实体利益和程序利益选择以调解还是以判决结案。第二,以当事人自由合意的程序保障为中心进行制度创设,主要包括调审法官独立,法官在调解中的阐明职责、受法拘束性以及调解的公开与对席,摒弃“背靠背”的传统型调解方式<sup>⑫</sup>。为了纯化合意,实现真正的自由,牺牲调解的部分灵活性而使其走向程序化、制度化当是必然的选择。

注 释:

王建勋. 调解的法律社会学思考[J]. 中外法学, 1997(1).

谢怀轼译. 德意志联邦共和国民事诉讼法[M]. 北京: 中国法制出版社, 1983.

汤维建. 两大法系民事诉讼制度比较研究[A]. 民事诉讼法论丛[C]. 第1卷. 北京: 法律出版社, 438.

郑冲、贾红梅译. 德国民事诉讼法[M]. 北京: 中国法制出版社, 186.

汤维建. 两大法系民事诉讼制度比较研究[A]. 民事诉讼法论丛[C]. 第1卷. 北京: 法律出版社, 435.

姜世明. 2002年德国民事诉讼法改革——总则与第一审部分[J]. 月旦法学教室, 2002(1).

江伟、熊跃敏. 德国民事诉讼的和解制度介评[J]. 福建政法干部管理学院学报, 2001(4).

季卫东. 程序比较论[J]. 比较法论丛, 1993(1).

宋冰. 读本: 美国与德国的司法制度及司法程序[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 317.

邱联恭. 程序选择权之法理[A]. 民事诉讼法研讨[C](四). 台湾三民书局, 580.

<sup>⑩</sup>左卫民、谢鸿飞. 论民事程序选择权[J]. 法律科学, 1998(6).

<sup>⑪</sup>吴行政. 海峡两岸法院调解制度之比较[J]. 法律适用, 2000(11).

<sup>⑫</sup>宋朝武、刘小飞. 从国际诉讼和解动向看我国法院调解改革[A]. 杨荣新主编. 民事诉讼法修改的若干基本问题[C]. 北京: 中国法制出版社, 252.

<sup>⑬</sup>章武生. 司法现代化与民事诉讼制度的建构[M]. 北京: 法律出版社, 335.

<sup>⑭</sup>张晋红、易萍. 论民事诉讼和解制度的完善[J]. 法律科学, 1999(5).

(责任编辑:李潇雨)