

商事调解协议执行力研究

——兼论商事调解协议性质

廖鸽铃 严慧文

(广东财经大学, 广东 广州 510320)

【摘要】商事调解协议是双方当事人在中立第三方的主持下就纠纷解决达成的合意,是一种自治型纠纷解决方式。关于商事调解协议的性质,不管是“合同说”还是“裁决同质说”“证据材料说”都存在研究视角受限,无法正确界定调解协议的性质。商事调解兼具契约和司法的双重属性,其协议的性质应当介于合同和裁决之间。基于此性质,商事调解协议本身具备一定的执行力,其正当性基础来源于当事人意思合意的内因和程序正义主义的外因。

【关键词】商事调解; 商事调解协议; 调解协议性质; 执行力

一、引言

自2017年粤港澳三地政府建立合作战略以来,大湾区经济融合程度的逐步深化,国际商事主体加速进驻大湾区,商事纠纷日益增多且类型日益多元。为了减轻法院负担、扩大保证社会成员实现法律争议的途径及平等权利、避免审判解决纠纷的零和结果和僵化性^[1],多元纠纷解决机制应运而生。前海法院“一带一路”国际商事诉调对接中心将当事人自愿启动调解程序的案件委托合作的调解机构,调解员采用案例引导和中立第三方评估等方式协助当事人沟通和客观梳理案情,推动达成商事调解协议的模式。相比诉讼或仲裁程序,区域商事调解机制实施“内地调解员+港籍调解员”“法官+港籍调解员”联合调解,更具高灵活性和效率性,符合粤港澳大湾区营商环境的法治需求。但当今我国商事调解协议仍不具备强制执行,其实现只能依赖于当事人的自觉履行,或者调解协议经过转化才获得强制执行。这也引发了一个现实困惑,即商事调解是否能成功解决纠纷?对其进行理论转化,其实就是商事调解协议的执行力问题。

笔者从商事调解协议的性质出发,借助前海法院委托商事调解的司法实践,按照性质决定效力进而影响执行力的逻辑链条回答商事调解协议的执行力问题。不管是“合同说”还是“裁决同质说”“证据材料说”都存在研究视角受限,无法正确界定调解协议的性质。商事调解兼具契约性和司法性,其协议的性质应当介于合同和裁决之间。因此,商事调解协议本身具有一定的执行力,其执行力来源于当事人意思合意的内因和调解程序正义的外因。

二、对既有调解协议性质的梳理及反驳

关于调解协议的性质问题,学者们分别从“调解

的行为模式”“纠纷解决的职能作用”以及“调解委员会的地位”出发,提出“合同说”“裁决同质说”“证据材料说”三种观点。

(一) 合同说

合同说从调解协议纠纷解决的合意与合同意思自治的本质契合以及调解协议在构成要件上与合同的基本特征相符的角度^[2]出发,认为调解协议对纠纷当事人具有合同上的约束力,当事人不能任意反悔。从以合意为核心的行为模式看,调解协议具有“合同”的表象,但仅此推论出“调解协议定性为合同”这一结论,难以存在偏差。首先,合同说难免忽视了调解员的定位,混淆了和解、谈判、磋商等当事人自治性纠纷解决方式。虽然调解员没有表现出类似行使审判权那样的指挥性权力,但也往往积极扮演着咨询、协调、评估者的其他角色。其次,由于调解协议服务于定纷止争的目的,调解协议相较于高度意思自治的一般合同,具有更严格的程序保障和法律基础。若是简单地将调解协议定性为合同,难免降低了纠纷解决的效率,无法实现其制度目标。

(二) 裁决同质说

裁决同质说从调解纠纷解决的作用效能出发,调解、诉讼与仲裁同为我国法定的纠纷解决方式,其本质都是在法定组织下基于相应的法定程序对原有争议法律关系及其权利义务的一种确定,调解协议的性质与裁决等在本质上等同。裁决同质说肯定了调解的程序价值和目标属性,但若以此将调解协议摆放在裁决同等的高度,就过度抬高了公权力在调解中的作用而忽视了当事人的意思自治。三者介入第三方行使权力属性上存在本质区别。司法权作为一种公权力,直接来源于国家主权,是国家公权干预意志的体现。

仲裁裁决虽是由没有公权力的社会性、民间性组织作出的，但现行法律赋予了其同于审判权的判案权。而调解则欠缺类同仲裁的法律规范支持。

（三）证据材料学说

早期少数学者从人民调解委员会的地位出发，提出调解协议不具有法律效力，只能充当一种证据材料，它的履行只能依靠社会公德和当事人的自觉性。该学说以调解机构的地位推论调解协议性质并不能有效成立，且将调解协议定性为证据材料也实际上否认了调解制度存在的价值，不符合发展多元化纠纷解决机制的政策，也违逆了调解制度的发展趋势。

可见，由于研究视角的局限性，不管是强调契约性的“合同说”，还是重视司法性的“裁决同质说”，抑或较为偏激的“证据材料说”，都难免存在观点瑕疵。

三、对商事调解协议性质的重构

商事调解协议是指纠纷当事人在调解程序结束时，就商事纠纷的处理所达成的解决方案，是调解成功的结果。依托前海法院的商事调解经验，本文认为商事调解的属性应当介于契约性和司法性之间，或者说商事调解兼具契约和司法的双重属性。那么，商事调解协议的性质介于合同和裁决之间，即形式上类似于合同、效力上高于合同但又低于裁决。

（一）与“合同”形式契合

从调解的目标定位和运行模式来看，调解是一种自治型纠纷解决方式，当事人对纠纷解决结果享有控制权。一方面，调解旨在形成双方纠纷解决的共识，而不在于纠纷在法律上的正确解决。换句话说，调解协议达成的解决方案，是各自立场的最佳妥协点，与严格要求依法裁判的诉讼形成本质区别。另一方面，调解是纠纷当事人在第三者的主持和“诱导”下交涉形成的纠纷解决。调解员是自由合意的促进者而非强制裁决者。^[3]前海法院委托商事调解机构采用了案例引导和中立第三方评估的方法推进调解进程，但这仅仅只是起到使当事人明确诉讼预期的作用，并没有对调解协议产生实质性的控制。

同时，商事调解虽与法院调解、仲裁调解在调解的自愿、合意、第三方中立等核心要素上具有同质性^[4]，但其本身具有更强的“独立性”。法院调解和仲裁调解中，第三方主持者一般是由审理该案件的法官、仲裁员兼任调解员。同一主体制作调解协议和调解书、裁决书，极易发生角色混同并影响调解走向。商事调解则不同。前海法院通常委托其认可的调解机构或调解员组织商事调解，调解员、调解机构本身独立于法院，其调解的过程和结果并不完全受制于法院。法官和调解员角色的剥离，弱化了“强制合意”

的可能性，进一步保障了商事调解的自治性。

（二）效力介于“合同”与“裁决”之间

第一，商事调解协议的效力高于合同。虽说商事调解协议和合同都是当事人自治的结果，但若单纯地将商事调解协议等同于合同，未免有些偏颇。一方面，调解的首要目标在于使当事人之间存在争议的法律关系变得确定和没有争议，必然要求确定其具有诉讼法的效力。^[5]另一方面，商事调解是法律正义下的利益妥协，商事调解的公平公正也离不开正当程序的保障。前海法院针对商事调解制定了一系列程序规则，大体涉及商事调解的运行程序规范以及调解机构以及调解员的准入标准和监督惩戒措施等。正是这些不可或缺的严密规范，为商事调解协议提供了外部保障，使得商事调解协议兼具实体法和诉讼法双重效力。

另外，前海委托商事调解的实践经验也证明了商事调解协议的效力高于合同。在法院审理中，合同仅作为证据材料，需严格按照审判程序实质审查涉案合同的效力和内容，作用限于厘清案件事实，涉及纠纷解决需另行处理。商事调解协议则不同，由于前期公正的调解程序保障，其司法确认程序一般采用“书面审查为主，听证为辅”的方式。

第二，商事调解协议的效力低于裁决。商事调解主要基于纠纷双方主体的合意，依靠社会力量来解决民事纠纷的方式或制度，系介于公力救济、私力救济之间的第三种类型——社会救济。^[6]无论在制度、程序构建的微观环节，还是在原则、价值等宏观方面，商事调解与诉讼、仲裁或多或少存在联系。但基于商事调解机构的权力属性，无法将商事调解协议抬高至裁决的高度。商事调解更多地偏向于私权自治，调解规则和程序更为弹性，受到当事人的影响极大，规范性不及诉讼和仲裁。商事调解协议不具有与裁决同等的裁判力和执行效力，也不存在仲裁“一裁终局”式的便利。

四、商事调解协议执行力的来源

基于商事调解协议介于合同和裁决之间的性质，对于商事调解协议执行力的回答，应当破除全然的强制与全然的自愿的两极思维。由于商事调解协议形式上类似于合同，具有自愿属性，那么该协议对当事人当然具有拘束力。但是，完全的自由主义过于弹性，显得过分放任以及效率低下，具有难以实现纠纷解决职能之嫌。而完全的强制主义，也违背了调解的自决属性。因此，商事调解协议的执行力应当在其中寻找平衡点。商事调解协议本身具有一定的执行力，其执行力的实现得益于当事人的自愿履行。同时，通过建立调解与诉讼程序的衔接机制，由诉讼程序为调

解程序的有效性和可执行力背书。

（一）当事人意思合意的内因

当事人意思合意是商事调解协议具有拘束力的内在依据，是当事人自愿履行承诺的根本原因，赋予了商事调解协议正当性。意思自治意味着当事人具有决定自由，相对应的要责任自担。换言之，当事人在法律规定的范围内，有权依据自己的意志实施民事行为，并对民事行为的后果承担责任。在不违反强行法的前提下，民事主体自愿达成的协议优先于任意性法律规范在当事人之间适用。可见，当事人意思自治不仅在民事实体法领域得到贯彻体现，在民事程序法领域也逐渐成为主线和基调，民事诉讼法的处分原则就是当事人意思自治在公法领域的直接延伸。[7] 协议的履行依赖于当事人的自觉。由于调解协议本质上是一种利益的交换，当事人自觉遵守协议的原因在于他能得到其他当事人的给付，即利益的期待。道德原则仅起到辅助性的作用。

（二）调解程序正义的外因

作为一种自治型的商事调解协议，必须出于双方当事人自愿、真实的意志。因此，商事调解协议离不开国内法和国际法对于公平正义、社会秩序和当事人合法权益的保护。

一方面，商事调解是置于法律正义之下的利益再分配。现代商事调解协议完全具备合法性基础，其产生于法定程序，内容不得法律强制性和禁止性规定。这里的“法”不局限于法律条文，包含道德规范、乡规民约、习俗惯例、公序良俗等更为广义的规范体系。[8] 另外，前海法院充分理解和吸收《纽约公约》《新加坡调解公约》等国际公约的商事纠纷调解理念、先进商事调解经验，不断完善域外法律查明体系，积极推进粤港澳诉讼规则衔接。因此，商事调解协议的形成离不开“情、理、法”的支撑，是当事人比照现实处境和相关法律规范的基础上进行合理性预判的结果。

另一方面，商事调解具有公平公正的程序保障机制。相较于第三人控制下的他治型纠纷解决模式，调解程序的正当性更多关注当事人的真实自由意愿，而非对第三者的权力制约。首先，商事调解的程序保障侧重于调解员的作用。调解员能够通过公平的信息披露、畅通当事人表达渠道、适当照顾弱势当事人等方式保证双方当事人调解程序中平等对话和势均力敌的谈判。其次，商事调解不断完善程序规范机制、促进机制和诉调对接机制，进一步提高商事调解的合意性和正确性。

商事调解是“一种沐浴在自治阳光下的司法实现产物”，即肇始于调解程序启动之初的意思自治一直

贯穿整个调解的全过程，符合私权自治的基本精神。独立、公正、中立的第三方调解员，在尊重当事人对等权利下推进调解进程以此充分保护当事人权益，其程序本身具备合理及合法性。另外，为了更好地服务争议纠纷的解决，调解全过程不受嗣后作为不利证据提交司法程序的安排，体现了调解作为私权基于意志自由的处分产物的定位。基于“嫁接私法的意志自由与司法性的类公权干预”的角度，商事调解程序具备正义性。

五、结语

纵观 20 世纪 70 年代以来的全球调解发展趋势，商事调解的价值得到了越来越多的认可，不少国家将调解作为等同于诉讼和仲裁的一种争议解决方式，执行力研究是考察商事调解制度合理性基础的重要标准之一。商事调解兼具契约性和司法性的双重属性，其性质介于合同和裁决之间。基于当事人意思自治原则，在不违背法律法规强制性规定的情况下，当事人拥有决定自由的同时也要责任自担。同时，商事调解协议内容具备合法性基础以及调解程序正义主义，也为商事调解协议的履行和当事人利益的保护增添了一道外部屏障。正是这种“自律+外律”的双重保护，赋予了商事调解协议执行力的合理性和可行性。

参考文献：

- [1] 范愉. 当代世界多元化纠纷解决机制的发展与启示 [J]. 中国应用法学, 2017 (3): 48-64.
- [2] 占善刚. 人民调解协议司法确认之定性分析 [J]. 法律科学 (西北政法大学学报), 2012(3): 141.
- [3] [日] 棚瀬孝雄, 王亚新译. 纠纷的解决与审判制度 [M]. 中国政法大学出版社, 1994.11.
- [4] 范愉. 非诉讼程序 (ADR) [M]. 中国人民大学出版社, 2020.98.
- [5] 赵秀举. 论民事和解协议的纠纷解决机制 [J]. 现代法学, 2017(1):59.
- [6] 邵明. 民事诉讼法 [M]. 中国人民大学出版社, 2007.7.
- [7] 张卫平. 转换的逻辑——民事诉讼体制转型分析 (修订版) [M]. 法律出版社, 2007.227.
- [8] 范愉. 非诉讼程序 (ADR) [M]. 中国人民大学出版社, 2020.98.

作者简介：

廖鸽铃 (1998.10-), 女, 浙江衢州人, 广东财经大学法学硕士研究生在读, 研究方向: 法社会学; 严慧文 (1998.04-), 女, 广东广州人, 广东财经大学法学硕士研究生在读, 研究方向: 法社会学。