

# 一审判决效力与 二审中的诉讼外和解协议

——最高人民法院公布的 2 号指导案例评析

王亚新<sup>\*</sup>

---

**内容提要：**对指导案例 2 号归纳的程序规则，理论上可用“执行力替代说”来加以说明。引入诚实信用原则并明确其在法律解释中的作用亦为本案的观点之一。指导性案例应当随时间的推移而呈现出系列性，使规则的流变和连续这两种司法实务的需要有机地结合起来。在此意义上，本案能够成为程序规则发展的一个起点或中间项。通过对案情基本事实多种演化形态的示例性延伸，本案程序规则的内容及其参照运用能够体现出微妙地调整变化却又保持前后一贯稳定性的独特机制和作用。本案所提炼出来的裁判规则既可能循着诚实信用原则的实质化、要件化这一路径发展，也可能根据司法实务中对“撤回上诉还是撤回原审起诉”的现实问题作出的回答而演变。对指导案例 2 号的分析表明，可以把“类似”或“参照”等对指导性案例制度具有重要意义的关键概念逐渐地加以具体化和类型化。

**关键词：**执行力替代说 诚实信用原则 类似案件 参照 类型化

---

2011 年 12 月 20 日，最高人民法院公布了第一批四个指导性案例，并下发《关于发布第一批指导性案例的通知》，要求各级法院认真组织学习这批案例，深刻领会和正确把握其精神实质和指导意义，严格参照指导性案例审理好类似案件。<sup>〔1〕</sup>自 2010 年 11 月 26 日最高人民法院发布《关于案例指导工作的规定》以来，时隔一年有余，终于迎来了指导性案例的首次公布。这无疑是建构中国特色指导性案例制度的另一个良好开端，对于司法实务和法学研究都具有重要意义。值得注意的是，第一批发布的共四个指导性案例，除涵盖刑事与民事两大领域外，还包括了一个有关民事诉讼程序的案例，即指导案例 2 号。从这样的内容分布也能看到法院对程序问题的重视，以及在审判工作中形成和发展程序规则的必要性。指导性案例的发布以及今后在司法实务中

---

<sup>\*</sup> 清华大学法学院教授。

本文为北京市支持中央在京高校共建项目“民事诉讼法修改与多元化争议解决机制的完善”的部分成果。清华大学博士生袁中华在资料查找及论点形成等方面、徐响在论点形成方面对本文的写作亦有贡献。

〔1〕 关于最高人民法院的相关通知、首批四个指导案例和作为权威性说明的“答记者问”等资料，参见《人民法院报》2011 年 12 月 21 日。

的运用并非制度建构的全部，学术界理应对实务界的这些相关努力作出回应，积极地参与指导性案例制度的建构过程。

对指导案例进行评析，就是学术界能够为相关制度建构作出贡献的一项重要工作。一般而言，案例评析的作用首先在于析出法院通过特定指导案例作为某项法律条文的权威性解释而提示或确立的规则规范，对其内容及参照运用范围等予以梳理界说或批评商榷。同时，从规则的具体分析出发，案例评析还可就指导性案例制度现存的问题点和今后可能的发展方向等更为一般的论点进行讨论，并立足于对技术性细节的深入了解提出评析者自身的观点。基于对案例评析之意义作用的这些理解，本文以最高人民法院发布的指导案例2号“吴梅诉四川省眉山西城纸业有限公司买卖合同纠纷案”（以下简称“吴梅案”或“本案”）为对象，运用民事诉讼法学的相关法理，对该案的裁判理由、裁判要点及其所展示的程序规则进行解读和分析，并在此基础上进一步思考指导性案例制度的发展和完善。

## 一、指导案例2号提示的程序规则及其法理阐释

吴梅案的大致案情为：吴梅起诉四川省眉山西城纸业有限公司，请求其支付货款251.8万元及利息，一审判决全部认可吴梅的诉讼请求，宣判后西城纸业公司提起上诉。二审审理期间，西城纸业公司于2009年10月15日与吴梅签订了还款协议，吴梅则放弃了其利息请求。同年10月20日，西城纸业公司以自愿与对方达成和解协议为由申请撤回上诉并得到法院准许。后因西城纸业公司未完全履行和解协议，吴梅向一审法院申请执行一审判决并得到支持，西城纸业公司向眉山市中院申请执行监督，主张不予执行一审判决。眉山市中院于2010年7月7日作出复函，认为一审法院受理执行已生效法律文书并无不当，应当继续执行。

从本案的“裁判理由”中可以抽象出三个具有一般意义的法律命题：其一，二审中上诉人申请撤回上诉，一旦法院裁定准予撤回，一审判决即为生效判决，具有强制执行的效力。其二，二审期间当事人在诉讼外达成的和解协议，未经法院确认制作调解书，不具有强制执行效力。其三，当事人不履行和解协议是违背双方约定和诚实信用原则的行为。从这三个命题出发，本案的“裁判要点”概括出了有关处理诉讼外和解协议与判决效力之间关系的程序规则：民事案件二审期间双方当事人达成诉讼外和解协议，法院准许撤回上诉，一方当事人不履行和解协议，另一方当事人申请执行一审判决的，人民法院应予支持。本案裁判援引民事诉讼法第207条第2款作为法律依据：“一方当事人不履行和解协议的，人民法院可以根据对方当事人的申请，恢复对原生效法律文书的执行。”该条第1款的内容为：“在执行中，双方当事人自行和解达成协议的，执行员应当将协议内容记入笔录，由双方当事人签名或者盖章。”根据文义解释方法审视第207条上下两款的关系，可以看出第2款中的“和解协议”原本只是指执行和解协议。因此，吴梅案中援引这一法条应当理解为对民事诉讼法第207条第2款的类推适用，并对该条文中的“和解协议”作了扩大解释，将其扩展为可包摄“诉讼外的和解协议”在内的概念。

从法理上看，当事人针对一审判决提起上诉，在二审期间撤回上诉并经法院准许，法院一旦送达准予撤回上诉的裁定，一审判决即确定生效。判决发生的法律效力主要可分为既判力和强制执行效力。<sup>〔2〕</sup>既判力包括消极和积极两方面内容。消极的既判力意味着当事人不得就同一案件再次向法院提起诉讼，即产生一事不再理的效果；积极的既判力是指生效判决中既决的某些事项必

〔2〕关于判决效力的内容及分类，我国民事诉讼法学界已有基本的共识。以下论述可参见江伟主编：《民事诉讼法》，中国人民大学出版社2008年版，第316页以下。

须为此后的诉讼审判所遵循，后诉的法官不得为与之相异的裁判。强制执行指判决确定的权利人在义务人不主动履行义务的情况下得向法院申请强制执行，法院则必须启动执行程序。吴梅案的一个重要情况是当事人双方于二审期间在诉讼外达成和解协议，上诉人据此撤回上诉，此后又试图以该和解协议来对抗执行程序的启动和进行。这就带来了二审阶段达成的和解协议和一审判决二者之间效力的关系问题。诉讼外的和解协议不发生既判力自不待言，但就当事人之间实体权利义务关系的实现而言，确实可能出现某种使和解协议和生效判决的效果“重叠”或者“竞合”的状态。根据意思自治和处分权原则，双方当事人在诉讼外签订的和解协议自成立时起即告生效，对当事人具有约束力，如不履行则产生违约责任。因此，就本案双方当事人之间的民事权利义务关系如何具体实现而言，实际上同时存在两种解决方案，一是“公法方案”，即对一审生效判决的执行，另一则为“私法方案”，即对二审中双方在诉讼外达成的和解协议的履行。不能简单地认为其中一种方案的效力绝对优于另一种，于是出现了两种方案在实现权利和履行义务的效力上重叠或竞合的问题。这个问题在司法实践中时有遭遇，围绕应当如何处理存在着某种程度的意见分歧。<sup>〔3〕</sup>学术界对于相关的法理迄今未给予充分的关注和讨论。

面对此问题，有必要回到当事人在诉讼外签订和解协议的目的和性质这个基本层面。二审中当事人签订和解协议，本意是当事人自身对双方之间的实体权利义务关系作出某种有别于一审判决的重新安排。由于并未要求法院审查并出具调解书，当事人之间这种协议的性质并非诉讼上的和解而更接近于私法契约。不过与民事领域纯粹的私法契约有所区别的是，其处理的实体权利义务关系与一审判决息息相关。与实体法高度强调当事人意思自治的精神相一致，民事诉讼程序应当尊重和鼓励当事人的这种处分行为。在一审判决业已生效的情况下，这种处分并不会影响判决的既判力，但可以暂时性地替代或“冻结”判决的执行力。因为生效判决的强制执行力只是意味着当事人拥有请求法院启动执行程序的权利及可能性，如果当事人能够通过和解协议等方式获得实际履行，就没有必要行使这种权利，或者说诉诸于国家权力强制性的可能也没有必要成为现实。只要义务人实际履行和解协议，原生效判决可以视为得到替代性履行从而使其执行力归于消灭。但如果义务人违反和解协议而不履行，判决的执行力则自动恢复，权利人仍可请求法院强制执行。

上述这种解释可称为“执行力替代说”。在吴梅案中法院引入的诚实信用原则正好构成对这种学说的重要补充。义务人违反双方约定而不履行时，和解协议是否失效还未经司法程序并获得权威性的认定，因此义务人似乎有理由主张存在该协议而对抗一审判决。这种情形在法解释学上可以被视为“不当诉讼状态”的一种表现。所谓“不当的诉讼状态”，指的是“当事人使用不正当手段制造出能够适用有利于自己的诉讼法规，或者能够回避适用不利于自己的法规”等情形。根据诚实信用原则可以否定此类当事人所期待的法律后果，消除通过不正当方法形成的诉讼状态。<sup>〔4〕</sup>此外，双方当事人达成和解协议，一方当事人不履行该协议中所约定的己方义务，实际上已经以自己的行动否定了和解协议，但在对方当事人依据此前已生效的判决主张权利时，却又重新援引该和解协议对抗其权利主张，前后言行自相矛盾。这种情形也可以视为违反了诚实信用原则中有关“禁反言”或“禁止矛盾诉讼行为”的具体规则。<sup>〔5〕</sup>就吴梅案而言，对于西城纸业公司的行为，上述两种理解都能够成立。而法院正是援引诚实信用原则，作出了对西城纸业公司以和解协议为由主张不予执行原生效判决的请求不予支持判断。

〔3〕 参见隋宝礼：《本案应执行一审生效判决还是二审达成的和解协议？》，《人民司法》2009年第13期。

〔4〕 关于通过诚实信用原则的运用消除“不当诉讼状态”的论述，参见〔日〕谷口安平：《程序的正义与诉讼》，王亚新、刘荣军译，中国政法大学出版社1996年版，第146页。

〔5〕 关于作为诚实信用原则具体内容之一的禁反言规则，参见刘荣军：《诚实信用原则在民事诉讼中的适用》，《法学研究》1998年第4期。

## 二、与本案“最相类似”的情形和程序规则的参照适用

从上文的分析可以看到，2号指导案例运用诸如“上诉撤回一审判决即生效”等得到一般承认的法理，在解决个案问题的同时归纳出合理的程序规则，而引入诚实信用原则来支持裁判结论更成为其一个观点。本案的最终处理结果维护了当事人的合法权益，符合实质正义的一般标准，达到了法律效果和社会效果的有机统一。不过，作为指导性案例，对于吴梅案的解读分析不能仅仅停留在适用某种程序规则妥善处理解决了个案问题的层次上。指导性案例的独特价值必须体现于形成发展可供实务一般参照运用的规则之中。区别于英美法系法官造法或司法代行立法功能的传统，以成文法典为前提的大陆法系强调的是案例提供权威性法律解释的作用。就我国目前建立的指导性案例制度而言，其在作出权威的法律解释这一点上还不具备司法解释那样的拘束力，只是要求实务中处理同类案件时必须参照指导案例。我国指导性案例制度的一个独特之处就在于强调指导性案例拥有各级法院审理“类似案件”都“应当参照”的作用或效力。<sup>〔6〕</sup>

但是，关于什么是类似案件、具体又如何参照等，自最高人民法院《关于案例指导工作的规定》甫一公布即遭致不少人的质疑。<sup>〔7〕</sup>确实，仅仅从一般规定的字面上是不可能把“类似”或“参照”等具有模糊性的概念彻底澄清的，只有在特定案例的评析中才能使这些概念得到具体化、形象化的梳理。以下拟研究吴梅案中概括出来的程序规则在今后的司法实践中可能遭遇哪些类似的案情，又应当如何参照运用，以期为解决这些概念的模糊性问题提供某种有益的素材。此外，既然区别于采取条文形式的司法解释，包括吴梅案在内的四个指导案例所提示的规则就不应理解为已经在一般规范层面固定下来。通过指导性案例而生成的规则应当位于一系列类似案件的处理过程之中，并逐渐调整变化而呈现出发展的动态。但由于本次的四个指导性案例是首批发布，这一特点表现得并不明显。<sup>〔8〕</sup>为了回应这个对于指导性案例制度的建构而言至关重要的问题，本文关于吴梅案的评析还将涉及该案提示的规则在今后处理类似案件时可能发展变化的方向。

从指导性案例为此后处理同类案件提供权威性参照的方法这一角度来看，可以把通过指导案例中的法条解释来形成和发展实体和程序上的裁判规则作如下分类。首先，实务中对某个法条的解释适用已呈现出大致相同的走向或趋势，但仍有一些不很清晰的逻辑环节或相对模糊之处，指导性案例可以对此类走向或趋势予以归纳和确认，把模糊的地方明确化，总结出某种内容更为清楚的规则，可称为“规则确认”的方法。其次，法条的理解有歧义或对同一法条存在若干不同的解释适用，指导性案例可以选择其中某一种作为更具权威性的解释，并澄清其内涵、划定其适用范围等以形成规则。一般所说的“同案不同判”等现象就属于指导性案例可以采取这种方法来解决的问题。最后，实务中还可能已有某种权威的或者约定俗成的解释适用方法，但在社会生活或条件环境等发生重大变化的情况下，指导性案例能够修改乃至推翻原有的习惯做法，树立或发展出对特定法条应如何解释适用的新规则来。这个分类亦反映了指导性案例在形成规则的作用上力度不同的三个层次，包括从较弱到较强或者从“中规中矩”的稳健到动作较大的程度。

〔6〕 最高人民法院《关于案例指导工作的规定》第7条规定，各级法院在审判类似案件时应当参照指导性案例。关于这个规定的解释，参见周道鸾：《构建符合我国国情的案例指导制度》，《人民法院报》2012年1月18日。

〔7〕 关于当时学界和媒体在这方面的反映，可参见题为“人民法院案例指导制度的构建”的报道中记者向最高人民法院相关负责人提出的问题，《法制日报》2011年1月5日。

〔8〕 一位学者明确指出，由于本次公布的指导性案例提示规则采取了“典型制定法的条文形式”，于是产生了下列疑问：“那么它们是否值得用案例形式来公布呢？是否现有的司法解释的机制就完全可以应对这些条文适用的问题呢？”参见王晨光：《制度构建与技术创新——我国案例指导制度面临的挑战》，《国家检察官学院学报》2012年第1期。

与上述分类相对照,吴梅案提示的裁判规则可以定位为对一般存在的趋势予以确认,属于比较稳健的规范类型,针对规则本身提出批评、进行商榷的空间并不大。不过,在规则形成发展的过程中,特定的指导性案例往往只是起点或一个中间项,规则的内容及可能涵盖的范围等还需要通过在一系列“类似案件”中的运用才能得到逐渐的澄清。鉴于此,有必要把吴梅案中提炼出来的规则和今后有可能遇到的“类似案情”加以对照并作延伸性讨论。

根据吴梅案的裁判要点,本案归纳的程序规则可分为“基本事实”(也可称为“前提事实”或“要件事实”)和“法律效果”两部分。基本事实为:①二审期间双方当事人达成诉讼外的和解协议;②上诉人撤回上诉且经法院准许;③一方当事人不履行和解协议;④另一方当事人申请执行一审判决。一旦具备这四项前提事实,即产生“⑤法院对一审判决予以强制执行”的法律效果。作为司法实务中有可能出现的案件,可设想如下几种与这些基本事实最相吻合且达到的法律效果也与法理和实质正义一致的情形:

1. 一审被告全部败诉,被告上诉,双方达成和解协议后原审被告撤回上诉,但其不履行和解协议,原审原告申请执行一审判决;

2. 一审原告部分胜诉(如一审判决被告西城纸业给付原告吴梅100万元),被告上诉,双方达成和解协议(如约定西城纸业给付吴梅80万元)后原审被告撤回上诉,其余事实同1;

3. 一审原告部分胜诉,原被告都上诉,双方达成和解协议后都撤回上诉,其余事实同1。

上列第1种情形即为吴梅案的基本案情。今后司法实践中如果遇到同样情形的案件并具有需要处理的同样问题,则构成了从本案抽象出来的程序规则最典型的“参照”或适用对象。第2和第3种情形都可以视为第1种情形的变种,或者可定位为与其“最相类似”的案情。法院在审理符合这两种情形的案件时,都“应当参照”即必须适用本案程序规则,这样处理才能够达到法律效果和社会效果的统一。符合设例1、2、3这几种情形的案件可称为“最相类似案件”,法院“参照”本案程序规则进行的处理其实就是“适用”这项规则本身。

不过,如果把作为前提的基本事实稍加改变,则案件的“类似”和对程序规则的“参照”就可能遇到某种问题。例如在司法实务中也可能出现以下情形:

4. 除原审被告仅部分履行和解协议之外,其余事实同1,或同2,或同3。<sup>〔9〕</sup>

这种情形只是基本事实之③略有改变,但接下来的问题是:原审原告还能够采取④的步骤,并得到⑤的法律效果吗?比如说在本案中西城纸业只履行了和解协议的部分金额(如一半或三分之一)就不再履行,吴梅还能向法院申请执行一审判决吗?回答应当为“是”。因为支撑本案程序规则的法理对于这种情形依然有效,申请执行一审判决仍是因对方违反诚信原则的行为而遭受损害的当事人最便捷的救济途径,对这种申请法院也应予以支持。不过,由于债务已得到部分履行,执行应当限于一审判决扣除已履行金额的给付部分。符合这种情形的仍为“类似案件”,对本案程序规则的“参照”仍可称为“适用”。

### 三、“部分类似案件”与立足于诚信原则的规则发展

另一方面,司法实务中还可能出现一些案件,虽然形式上同本案程序规则的基本事实有部分吻合或相互近似,但如果机械地“参照适用”本案规则,在法理上和实质正义目标的达成方面会遇到若干更为困难的问题。关于此类案件,首先可以设想一种比较特殊、但实务中并非决不会发

〔9〕 吴梅案的真实案情有可能属于这第4种情形,因为最高人民法院公布的本案“基本案情”部分有“西城纸业公司未完全履行和解协议”这样的表述。不过即便真是如此,也不会影响到上文按照本案“裁判要点”所归纳的程序规则的内容。

生的情形：

5. 一审原告全面胜诉，被告上诉，双方达成和解协议后原审被告撤回上诉，但原审被告将和解协议履行完毕之后，原审原告却申请执行一审判决与和解协议的差额部分。

这种情形也仅是基本事实③出现变化，但是对于采取④之步骤的原审原告，却不能再赋予其⑤的法律效果。在此意义上，本案程序规则对于设例5的情形并不“适用”。因为按照“执行力替代说”，原生效判决在这种情形下已经得到了替代性履行。虽然判决的既判力仍然存在，但执行力已归于消灭，即使只允许原审原告执行差额部分，也无法避免理论上的冲突矛盾。另一方面，在此设例中，违反诚实信用原则、企图“制造”出不当诉讼状态的一方当事人不是原审被告，而是原审原告。如果允许其重新执行一审判决的申请，则意味着放纵违背双方约定和诚信原则的行为，反而惩罚了守信的另一方。从这些道理看来，又可以说本案程序规则仍得到了“参照”，甚至还可以说不允许原审原告申请执行一审判决正是依据贯穿本案规则的法理而在逻辑上达到的必然结论。

需要注意的是，在这种情形下不允许执行已生效的一审判决，意味着在法院作出的生效判决和当事人自己达成的和解协议之间，确实存在着“公法方案”与“私法方案”在实现权利、履行义务的效力上可能重叠或竞合的关系问题。上述对于设例5的处理，表明在某些特殊情况下确有让“私法方案”的效力高于“公法方案”的必要。此外，与设例5的情形相类似，实务中在案件执行阶段也会发生当事人之间达成执行和解协议，在一方按照约定主动履行义务完毕之后另一方却申请继续执行原生效法律文书的现象。<sup>〔10〕</sup>对于这种情况，当然应当根据本案程序规则背后的法理驳回不遵守诚信原则的当事人继续执行的申请。道理是共通的：在判决生效且进入强制执行程序之后，当事人双方达成的执行和解协议虽然不能排除判决的既判力，却可以暂时“冻结”生效判决书的执行力。一旦被执行人将执行和解协议履行完毕，判决的执行力也因被“替代”而归于消灭。区别仅在于案件是否进入执行程序以及法院是否经常介入当事人之间的和解过程。

接下来，还可考虑与设例5有较大区别的另外几种情形：

6. 一审原告部分胜诉（如一审判决被告西城纸业给付原告吴梅100万元），原告上诉，双方达成诉讼外和解协议（如约定西城纸业给付吴梅150万元），原审原告撤回上诉后，原审被告不履行和解协议；

7. 一审原告部分胜诉，原、被告都上诉，双方达成诉讼外和解协议，原审原、被告都撤回上诉，其余事实同6；

8. 一审判决驳回原告诉讼请求，原告上诉，双方达成诉讼外和解协议（如约定西城纸业给付吴梅50万元），其余事实同6。

以上几种情形的基本事实从①到③都与本案程序规则的前提相符合，因而具有类似性，但不违反诚信原则的一方当事人却因为⑤的法律效果对其不利而很难采取④的步骤。换言之，如果照原样“参照适用”本案程序规则的话，违背双方约定和诚信原则的一方当事人反而可以因其不诚信的行为而获利。更具体地看，假如在设例6和7中原审原告在二审中通过提出新的证据等方式很有可能获得对自己有利的改判，原审被告因此以给付对方150万元的条件达成和解，但在上诉被撤回后却不履行双方的约定，原审原告如果只能请求履行内容为给付100万元的一审判决，则本来通过二审程序有可能获得的实体和程序利益都遭受了损失。但如果其希望向法院以和解协议的存在主张自己的权利，又因为一审判决已经生效而和解协议非经法院出具调解书而不能得到支持。尤其是设例8的情形，对于原审原告不利的败诉判决无可执行的内容且已经发生既判力，原

〔10〕 笔者曾了解到这种情形在一些法院的执行过程中已经实际发生，并曾接受过一线执行法官关于应如何处理的咨询。

审原告甚至可能因对方的蓄意违约才放弃其在二审进行争议的程序利益,最后由于“一事不再理”的效果却不得不承受这种损失,从实质正义的角度来看显得很不公平。

符合以上三种情形的案件可以称为“部分类似案件”,对此类案件的处理仍应当“参照”本案程序规则。但这种参照却不再能够称为“适用”,而只是对本案程序规则部分地或有条件地引照或参考。关于处理这些“部分类似案件”时参照运用本案程序规则的具体操作,可以设想位于两极端的两种方案。一种“保守”的方案就是严格按照本案程序规则来操作,即设例6和7的原审原告只能申请执行一审判决,对于和解协议超出判决的金额则不得再提出争议,且设例8的原审原告因一审判决已发生既判力,对原审被告不履行和解协议的违约行为也不再具有救济方法。这几乎是一种对本案程序规则“排他”式的参照方式。而位于另一极的方案则意味着把本案程序规则引入的诚实信用原则予以最大限度的实质化,即当原审被告不履行和解协议时,以其违背诚信原则为由而允许原审原告“冲破”一审判决的既判力重新起诉。

关于前一种方案,优点在于能够让当事人获得明确的预期。一旦把本案程序规则限定在这个范围内,今后遇到设例6、7、8的情形,原审原告要想防止对方有违背诚信原则的行为,就必须事先请求法院对双方达成的和解协议出具调解书,否则将不能获得救济。不过,这一方案的问题除了已涉及的实质正义有所欠缺之外,还在于本案形成的程序规则很可能因此而固定化,不再发展。也容易令人产生“通过指导性案例明确的规则究竟与司法解释的一般规定有无区别”的疑问。另一方面,后一种方案虽然具有将诚信原则予以实质化的好处,但允许当事人据此对生效的一审判决“推倒重来”,则显得过于轻率。而且凭借内容不易明确的诚信原则直接否定既判力,在理论上和逻辑上都嫌根据薄弱。作为对本案程序规则涵盖范围的解释,似有必要在此两极端之间寻找某种妥协的方案。

笔者认为,可以把设例6、7和8分为两种不同的情形分别考虑。首先,对于设例8的情形,为了尽可能回避对生效判决及其既判力的冲击,希望防止对方违背和解协议的原审原告只有通过请求法院出具调解书才能避免一审判决发生既判力,即完全采取“排他”式的参照方法。与此相对,在设例6和7的情形下,如果对方违背诚信原则和双方约定,原审原告不仅可以申请执行一审判决,还应允许其就和解协议超出一审判决的部分重新提起诉讼。这样就可能既尊重生效的判决,在保障遵守诚信原则的方面也给予当事人适当的救济,可称为对本案程序规则“部分适用”的参照方法。当然,新的诉讼以原一审判决已经发生既判力作为前提,为此可以要求另行起诉的原审原告能够提出新的主张和证据等资料。如果进一步把允许另行起诉的前提条件设定为原审原告持有在以前的诉讼第二审程序中本来打算提出、但因达成和解协议撤回上诉而未能提出的证据等情形,则意味着对设例6和7的情形参照本案程序规则的范围作了更明确的限定。如在设例6的情形下,原审原告一审只是部分胜诉,一审判决仅支持其100万元的请求,原告上诉后双方达成诉讼外的和解协议,约定被告支付150万元,但原告撤回上诉后被告违背双方约定不履行和解协议,原告除可以申请执行有关支付100万元的一审判决之外,还可以就双方约定中剩下的50万元另行起诉。一审判决已经发生既判力,虽然原审提出过的证据仍可连同判决书等一并作为参考提出,但双方对原审已经认定的事实不得再行争议,案件的审理原则上只能以和解协议本身及原来的一审没有提出或审查过的事实证据等为对象而展开。而且,还可能进一步缩小范围,将受理原审原告另行起诉的条件限定为必须持有本来在原审上诉阶段能够提出、却因对方违背诚信的行为而未能提出的新的证据等。<sup>〔11〕</sup>

〔11〕此外还可以设想其他有可能“部分类似”的案件。例如对当事人在和解协议中就一审程序的审理对象之外的双方权利义务也作了约定的情形等,也应作同样的“参照”处理。不过,因篇幅关系不再涉及这些更为精细微妙的情形。

换个角度来看,严格遵守本案规则的本来形态并排他地照原样“适用”的方案又意味着把设例6、7、8看作与设例1、2、3、4“同案”的情形,因此必须给出同样的结论或导致同样的法律效果,即做到“同判”。与此相对,依据诚信原则允许当事人冲破一审判决既判力的解决方案,则意味着把与本案“类似”程度不同的两类设例区别为“不同案”。虽然在抽象表述的层面上两类情形的基本事实如上所述从①到③都一致,但如果进一步考虑提出上诉的是原审被告还是原审原告以及诚信原则在其中的不同作用等更细微的事实内容,则设例1、2、3、4和6、7、8并非同样的案情,于是“不同判”即改变结论或法律效果也属理所当然了。两种方案在法律解释论上都是可以采用的技术性手段,如何具体选择则取决于特定的问题场景中其论证是否合理、结论是否满足实质正义的要求。

再者,上文为了解释本案规则的参照运用范围而指出的这些位于两极端或其中间的方案,还能够作为这项程序规则今后逐步变化发展的不同环节或阶段来加以理解。换言之,不仅能够从针对“类似”程度不同的案件考虑如何参照或是否参照本案规则的角度来看待上述解决方案,还可以把不同的方案视为同一程序规则的内容自身随时间推移而可能出现的变化发展,其往往体现为法律效果有所改变。具体说来,本次作为指导案例发布的吴梅案所确立的程序规则可以看成是一个起点,适用于上列设例从1到4的各种情形,在解释上采用最为明确却相对“保守”的方案。但随着今后社会发展的需要,各地法院对相当于设例6、7和8的案件可能继续尝试某种将诚实信用原则的内容予以实质化的处理。根据这些司法实践所积累的经验,最高人民法院可在适当的时候通过发布新的指导性案例,朝着加强诚信原则作用和明确其内容及适用条件的方向,对本案程序规则内容作出权威性的调整和发展。如果确有必要,上文所述“凭借诚信原则突破一审判决既判力”的所谓最“极端”的方案亦可成为选项之一。当然,要实现这样的发展,还需要通过列举要件等方式将诚实信用原则的内容加以具体化、明确化等前提条件,而且是否真的朝着这个方向努力也取决于今后社会的现实需求和法院采取的司法政策。但无论如何,指导性案例应当随时间的推移而呈现出系列性,使流变和连续这两种需要有机地结合起来。换言之,在司法实务对指导性案例动态地持续运用中,通过指导案例归纳的裁判规则才体现出其微妙的调整变化却又能保持前后一贯稳定性的独特机制和作用。单独的某个特定指导性案例如果不能成为规则发展的起点或中间项,其确立的规则越是明确或者抽象,其形式和作用就越是难以同法条本身及司法解释相区别,作为指导性案例的独特性乃至必要性都有可能大幅度减损。

#### 四、本案规则与“撤回起诉”问题的关联

以上讨论的是今后的司法实践中从强调诚实信用原则的作用和将其内容实质化的角度来发展本案程序规则的方向。除此之外,限定在设例6、7、8等涉及原审原告上诉并撤诉的情形下,还可以从“撤回上诉还是撤回原一审起诉”这个角度来考虑本案规则的另一条可能的发展路径。由于我国民事诉讼法并未明文规定二审中当事人可以撤回一审的起诉,二审程序的实务中已经遇到当事人是否只能撤回上诉,抑或还可以允许其撤回最初的起诉这个问题。<sup>[12]</sup> 最高人民法院在《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第191条规定,“当事人在二审中达成和解协议的,人民法院可以根据当事人的请求,对双方达成的和解协议进行审查并制作调解书送达当事人;因和解而申请撤诉,经审查符合撤诉条件的,人民法院应予准许。”但是关于这条司法解释中规定的“撤诉”究竟只是指撤回上诉还是可以包括撤回起诉,实务界存在着意见分歧,

[12] 例如朱福勇:《析二审过程中撤回起诉程序的处理》,《人民司法》2010年第4期。

实际处理上也因未达成共识而有不同的做法。总体而言,坚持当事人在二审中只能撤回上诉的观点和做法似乎更为普遍,不过认为应当允许二审的当事人撤回一审起诉的意见也相当有力。<sup>[13]</sup>

就设例6、7、8的情形而言,另一种可能的处理方案是:提出上诉的原审原告因双方在二审中达成诉讼外的和解协议而申请撤诉,经法院释明其真意究竟是撤回上诉还是撤回一审起诉后,对撤回起诉的申请亦予以许可。这样尚未生效的一审判决根据当事人的意愿而不发生法律效力,万一出现对方违反双方约定不履行和解协议的情况,原审原告仍可重新起诉,从而消解一方当事人可能因违背诚信原则而得利这种有违实质正义的不公平问题。在此处理方案中,本案程序规则的基本事实②即“上诉人撤回上诉”扩展到作为原审原告的上诉人直接“撤回一审起诉”,因此其能够不受一审判决生效的拘束,当对方不履行和解协议时另行起诉已无制度和法理上的障碍。从这个角度看,与吴梅案“部分类似”的设例6、7、8等情形,在其处理上仍对本案程序规则有“部分的参照”。但更为精确地说,把“撤回的是上诉还是起诉”这一问题纳入本案程序规则内容的发展方向上,也意味着规则本身有了实质性的调整或发展。

关于原审原告在二审中撤回起诉的根据,允许撤诉的观点一般都以高度尊重当事人意思自治为理由,而且司法实务中确实存在着因二审不允许撤回起诉而带来难以处理的复杂问题等现实情况。<sup>[14]</sup>在比较法上,德国民事诉讼法的相关规定是,一旦案件事实上发生诉讼系属并且只要其还处于诉讼系属状态中,原告都可以撤诉。这种制度设计意味着在判决发生既判力之前,原告可以在第二审或第三审等所有的审级中撤回诉讼,甚至在被告提起上诉且原审原告尚未为上诉审选任律师的情况下也可以通过原审代理律师表示撤回起诉。<sup>[15]</sup>再如日本民事诉讼法第261条明确规定,“在判决确定之前,诉讼可以撤回其全部或一部分”;第262条则规定,“诉讼,对于撤回诉讼的部分视为自始未系属”。这些条文的含义同样是只要案件还处于上诉程序中,原审原告以征得对方当事人同意为条件,随时可以提出撤回最初起诉的申请,且撤诉的效果是原审原告可重新起诉。<sup>[16]</sup>

不过也必须看到,对原审原告于二审阶段撤回起诉持否定或慎重态度的意见能够在我国实务界获得广泛支持,其道理值得认真考量。确实,如果允许二审中的原审原告撤回起诉,则一审败诉、二审胜算也不大的原告就可以采取这种方法或策略来否定一审判决,从而使对方当事人已经进行的攻击防御活动和法院投入的司法资源都有遭受虚耗浪费的危险。为了防止这种情况的发生,德国和日本的民事诉讼制度上均规定,如果被告已经作出了防御或者进行了本案辩论,则撤诉应当取得被告的同意,日本法上甚至规定,如果法院制作了本案的终局判决后当事人撤诉,则禁止其再行起诉。<sup>[17]</sup>而在我国,无论当事人在一审还是二审阶段申请撤诉,均以法院的批准为前提条件。实际上,我国并未从制度上禁止当事人在二审中申请撤回起诉,只是法院在审查时必须考量是否存在浪费对方当事人及法院资源的可能,如果法院判断确无此种危险,对该申请也不见得会一律予以驳回。

从这样的角度来看,将本案程序规则的内容向允许原审原告撤回起诉的方向予以扩展,就意味着对防止上述危险的前提条件作出明确的限定。即只有当双方达成诉讼外的和解协议时,原审

[13] 参见李海涛:《论民事二审程序中原告申请撤回起诉的几个问题》,《法律适用》2011年第2期。

[14] 例如一位法官指出,如果“无论当事人的和解内容是什么,二审法院都只能准予撤回上诉,致使一审裁判生效,且当事人仍可申请强制执行。这种完全无视甚至直接对抗双方当事人共同意愿的裁判,明显违背私权自治和民事诉讼鼓励和解的原则,不仅站不住脚,更可能造成严重后果”。他还举例说明这一点:“现实中还可能出现原、被告均到庭的离婚案件在二审程序中双方虽未和好,但均愿意暂不离婚,原告申请撤回起诉的情形,这种案件并未调解和好,不能或双方不同意以调解方式结案,但如果以二审程序中不能撤回起诉为由予以否定,致使一审法院的离婚判决生效,就更显荒谬了。”参见前引[12],朱福勇文。

[15] 参见[德]罗森贝克等:《德国民事诉讼法》下册,李大雪译,中国法制出版社2007年版,第964页。

[16] 参见[日]新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第243页。

[17] 参见前引[15],罗森贝克等书,第966页;前引[16],新堂幸司书,第239页,第246页。

原告于二审期间提出的撤回起诉申请才可能得到法院许可，且只是在对方违反双方约定和诚实信用原则而不履行和解协议的情况下，才允许其重新或另行起诉。此外，还可以加进二审法院在允许原审原告撤回起诉之前必须征求对方当事人意见等条件。换言之，本案程序规则将来可能的发展并不仅仅为扩展其内容，也可以采用明确案件的“类似”程度和限制“参照”的条件及范围等技术。

## 结 语

以上是关于指导案例2号所提示的程序规则在将来的参照运用中可能遇到的案件类型和发展方向的讨论。显然，这些讨论无法穷尽所有可能出现的案件情形，对于今后有关的司法实务究竟会循哪种路径又如何发展，恐怕也很难作出确有把握的预测。不过，通过这种深入至技术性细节的具体研究，我们有可能把诸如“类似”、“参照”等对于我国目前的指导性案例制度非常重要却又模糊含混的一般概念具体化到形象或直观的层次去加以把握。虽然本文只是对吴梅案的内容及从中析出的程序规则所作的一个并不全面完整、系统性也有限的考察，但仍然发现可以将“类似案件”区分为“最相类似”和“部分类似”等不同程度，所谓“参照”也能够“适用”、“部分适用”以及“排他式的参照”等不同的运用方式之间作出选择。相信以不同领域的不同指导性案例作为素材展开深入的评析，还可能找出更多更丰富的案件类似形态和参照运用指导性案例的方法来。要是我们能够更加积极地利用这些难得的材料，对于已经和今后将会发布出来的指导性案例都努力去做同样的工作，或许能推动这项制度的建构走向某种新的层次或阶段。

---

**Abstract:** Guiding Case No. 2 promulgated by the Supreme People's Court touches upon the effective conflict or concurrence between the compromise contract outside the action in the second instance and the judgment of the first instance. The procedural rules contained in it say, when both parties come to compromise outside the action in the second instance, and the people's court permits the withdrawal of the appeal, if one party defaults and the other party applies for the enforcement of the first instance judgment, the people's court should permit, which may be interpreted by the theory of alternative execution. The introduction of the principle of good faith and the expression of its role in the legal interpretation are also remarkable in Guiding Case No. 2.

Guiding Cases should appear in series as time goes on, so that they can reconcile the relationship between flexibility and consecutiveness of rules both of which are demanded by the legal practice. In this sense, Guiding Case No. 2 could play the role as a starting point or an intermediate item in the development of the procedural rules. In this article, from the fictional scenario 1 to scenario 8 factually similar to the basic facts of Guiding Case No. 2, rules contained in it change subtly but with consistent characteristics, in the respects of both their contents and applications. Rules contained in Guiding Case No. 2 may develop through the approach in which the principle of good faith develops into a substantive and elementary one, or evolve in accordance with the answer from the legal practice to the choice between withdrawal of the appeal and withdrawal of the originating claim. The analysis of Guiding Case No. 2 indicates that the key concepts in regard to the guiding case system as “similarity” and “reference” may be specified and typed gradually.

**Key Words:** the theory of alternative execution, the principle of good faith, similar case, reference, typology

---