

民事调解书的检察监督

李 浩^{*}

内容提要：对民事调解书进行检察监督是2012年民事诉讼法的新规定，也是我国检察机关的新任务。对调解书的监督与对判决、裁定的监督存在多方面的差异，只有充分认知和把握两者的区别，对民事调解书的检察监督才能顺利进行。民事诉讼法第208条中的“调解书”，解释上应包括调解笔录、司法确认裁定书，但不包括仲裁调解书。对调解书的监督，应当采用依职权监督的方式。授权检察机关对损害国家利益、社会公共利益的调解书进行监督的规定属于法律中的一般性条款，检察机关正确实施监督的关键在于恰当界定调解书是否损害这两种利益。对国家利益、社会公共利益应当采用目的性扩张的解释方法，调解书违反法律的禁止性规定、严重违背社会公德、损害集体经济组织利益、损害社会弱势群体利益的，也应当视为损害国家利益、社会公共利益。损害案外人利益的虚假诉讼的调解书，也应成为监督的对象。适用民事诉讼法第208条时，还应注意国家利益与社会公共利益在一些情况下难以精确地界定和区分。

关键词：民事调解书 检察监督 国家利益 社会公共利益

引言：民事诉讼检察监督中的新问题

经过2012年对民事诉讼法的修订，法院的调解书终于列入了检察监督的范围。根据新法第208条的规定，人民检察院应当采用抗诉或者检察建议的方式对损害国家利益、社会公共利益的发生法律效力的调解书实施监督。对调解书实施检察监督是民事诉讼法的新规定，〔1〕也是民事检察监督工作面临的新问题。

* 南京师范大学法学院教授。

本文系作者主持的国家社科基金重大招标项目“维护司法公正和社会公平正义研究”（项目批准号：10ZD&043）的阶段性研究成果。本文的写作得到江苏高校优势学科建设工程资助项目的经费支持。

〔1〕我国民事诉讼法经过三次修订，由此形成1982年民事诉讼法（试行）、1991年民事诉讼法、2007年民事诉讼法和2012年民事诉讼法。本文中如果没有特别说明，指的是2012年民事诉讼法。

检察机关对调解书实施监督,有一系列问题迫切需要厘清,包括如何界定调解书损害国家利益、社会公共利益,实施监督时是否需要具体指明损害了上述两种利益中哪一种利益,对于违反法律、违背社会公德、损害弱势群体利益的调解书应否监督,损害国家利益、社会公共利益的调解笔录、司法确认裁定书、仲裁调解书是否也属于监督的范围,等等。只有对上述问题进行深入探讨并形成正确认识,才能顺利实施对调解书的检察监督。

研究这一问题的意义还在于,如果通过广泛深入的讨论,在理论上能够明晰对调解书的监督范围,理论界和实务界对此问题能形成基本共识,即使无法完全避免检察机关认为属于监督范围予以监督而法院认为不属于监督范围拒绝监督的现象,也可以在相当大的程度上减少这一现象的出现。^{〔2〕}考虑到经过2012年对民事诉讼法的修订,调解愈益成为我国法院审理民事案件优先选择的方式,^{〔3〕}我国民事诉讼实务中调解结案率已在相当程度上超过判决结案率,^{〔4〕}研究这一问题也更具实践意义。

一、对调解书实施检察监督的特点

检察机关对判决、裁定实施监督始于1991年民事诉讼法,迄今已有23年的历史,已积累了丰富的经验,但是对调解书实施监督,则是一项全新的工作。尽管都是对民事审判活动的监督,对调解书的监督与对判决、裁定的监督在许多方面存在重大差异。只有充分认识两者之间的区别,把握对调解书实施检察监督的特点,监督工作才能卓有成效地进行。

(一) 监督的对象是否超出法条字面含义不同

对判决、裁定实施监督,监督的对象是法院的判决与裁定,未以判决、裁定表现于外的法院行为,不在监督的范围。对调解书实施监督则不然,作为监督对象的调解书的范围可能会超出法条的字面含义。

民事调解书是法院司法文书的一种,是法院调解成功后为当事人出具的法律文书。调解书的内容是当事人达成的调解协议。由法院进行调解形成的调解书无疑是监督的对象,无论该调解书是一审案件的调解书、二审案件的调解书还是再审案件的调解书;一审案件的调解书中,也无论调解发生在起诉与受理阶段、审前准备阶段还是开庭审理阶段。如果法院按照民事诉讼法第122条的规定,在受理诉讼前就对当事人进行先行调解,哪怕法院采用的是委托调解的方式,只要达成的调解协议最终转化为法院的调解书,同样在第208条规

〔2〕在民事诉讼法把调解书规定为监督对象之前,司法实务中曾出现过人民检察院对调解书提出抗诉,人民法院认为调解书不属于抗诉范围,对人民检察院提出的抗诉以于法无据为理由不予受理的情形。参见《最高人民法院关于人民检察院对民事调解书提出抗诉人民法院应否受理问题的批复》(法释〔1999〕第4号)。

〔3〕民事诉讼法第9条关于法院调解原则的规定,要求法院能够调解的,先进行调解,调解不成的,应当及时判决。在2012年的修订中,在起诉与受理阶段,增加了“先行调解”的规定,在审理前的准备阶段,增加了“开庭前调解”的规定,从而使调解的优先性更为突出。

〔4〕自2008年最高人民法院提出“调解优先”的司法政策以来,法院的调解结案率开始超过判决结案率。2012年,全国法院审结民事案件7206331件,其中调解结案3004979件,判决结案1979079件,调解结案数占41.70%,判决结案数占27.46%。参见《2012年全国法院司法统计公报》,《中华人民共和国最高人民法院公报》2013年第4期。

定的监督范围之内。〔5〕即使是诉讼过程中当事人自行达成和解，只要法院根据当事人的请求，依据和解协议为当事人出具了调解书，该调解书也同样属于检察监督的范围。〔6〕总之，只要外观上存在一份已经发生法律效力法院调解书，该调解书就属于监督的对象。

这里需要讨论的，是那些在外观上没有以法院调解书的形式表现出来，但在效力上与调解书相同的情形。

1. 调解笔录

法院调解成功后并非都要制作调解书。根据民事诉讼法第98条的规定，有四类案件法院可以不制作调解书，即调解和好的离婚案件、调解维持收养关系的案件、能够即时履行的案件以及其他不需要制作调解书的案件。对于这些案件，可以用调解笔录替代调解书。

应当说，在以上四种用调解笔录替代调解书的案件中，是不能排除调解笔录存在损害国家利益、社会公共利益的情形的。在上述四类案件中，能够即时履行的案件出现损害国家利益、社会公共利益的可能性最大。在需要监督的调解书中，因虚假诉讼形成的调解书占有相当大的比例，而在虚假诉讼案件中，借款合同纠纷是常见的类型。〔7〕一些当事人为了逃避强制执行或者为了在离婚时侵占原本应分配给配偶的财产，与其亲朋好友合谋虚构借贷关系，伪造借款合同，然后到法院进行诉讼。这类案件多数采用调解解决。在调解中，不仅原被告之间很容易达成调解协议，而且被告也常常在达成协议的同时即时履行调解协议。依照民事诉讼法的规定，此种案件是无需出具调解书的。

2. 司法确认裁定书

司法确认裁定书，是指人民法院对当事人于诉讼外达成的调解协议（主要是经人民调解达成的协议），根据双方当事人的申请，进行审查后，对符合法律规定的作出裁定，确认调解协议有效的司法文书。〔8〕对人民调解协议进行司法确认，赋予其强制执行效力，是我国法院在构建多元纠纷解决机制过程中的一项创新。2010年颁布的人民调解法第33条规定：人民法院可以根据双方当事人的共同申请，对调解协议进行审查后依法确认调解协议的效力，司法确认由此上升为法律规定的制度。2012年修订民事诉讼法时，在特别程序中专门增设了确认调解协议案件的程序。随着新民事诉讼法的实施，司法确认案件会逐步增多。

〔5〕为构建诉讼与非诉讼相衔接的纠纷解决机制，我国不少基层法院在法院内设置了人民调解工作室或人民调解窗口，受理诉讼前（也有的法院采用预立案的方式，因而是在受理诉讼后），把适合调解的案件交给工作室或窗口的调解人员调解，达成调解协议后，再根据当事人的要求由法院为当事人出具调解书。

〔6〕最高人民法院《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》第4条规定：当事人在诉讼过程中自行达成和解协议的，人民法院可以根据当事人的申请确认和解协议制作调解书。

〔7〕2007年，浙江省高级人民法院对虚假诉讼进行了调研，发现虚假诉讼案件一般都是以调解方式结案。在虚假诉讼案件中，借款合同纠纷是常见的类型。参见魏新璋等：《对虚假诉讼有关问题的调查与思考——以浙江法院防范和查处虚假诉讼的实践为例》，《法律适用》2009年第1期。江苏省高级人民法院对2011年、2012年经审判监督程序认定为虚假诉讼的104件案件进行了分析，发现在这些案件中，以判决方式结案的只占7.7%，以调解或者确认调解协议方式结案的占92.3%。借款合同纠纷也是一类常见的虚假诉讼案件。参见唐伯荣等：《净化诉讼秩序，维护司法权威——江苏高院关于治理虚假诉讼的调研报告》，《人民法院报》2014年1月9日。

〔8〕2012年民事诉讼法修订前，法院在实务中用决定书的方式进行司法确认，最高人民法院在《关于人民调解协议司法确认程序的若干规定》中也规定用决定书。2012年民事诉讼法改为采用裁定书的优点在于，裁定是该法第224条明文规定的执行依据，而当事人申请司法确认，目的在于使调解协议具有强制执行效力。

司法确认裁定书虽然不是法院的调解书，但无论是从法理上说还是从法律的内在逻辑上说，都应当把这样的裁定书作为检察监督的对象。司法确认的对象虽然是诉讼外达成的调解协议，但这些由人民调解委员会主持调解达成的调解协议，经法院司法确认后，已打上了司法的印记，其效力也发生了质变，从原来具有高于一般民事合同的效力，^{〔9〕}变为具有强制执行的效力，在效力上与法院的调解书并无二致。另一方面，当事人请求确认的调解协议也可能存在损害国家利益或者社会公共利益的情形，而法院在审查中被当事人蒙混过关也是有的。现实生活中，有的当事人先进行虚假调解，骗取人民调解委员会的调解协议，然后利用司法确认制度，共同到法院申请司法确认。^{〔10〕}相对于那些法院自己调解都无从发现的虚假诉讼案件，没有理由认为法院在对人民调解协议进行审查时就能够发现当事人纠纷的虚假性。就危害性而言，这样的司法确认裁定与法院就虚假诉讼案件出具的调解书并无区别。

3. 仲裁调解书

调解是我国仲裁机构处理纠纷的一种重要方式，仲裁机构制作的调解书也可能存在损害国家利益或者社会公共利益的情形。事实上，无论在民商事仲裁中还是在劳动争议仲裁中，都出现过虚假仲裁。^{〔11〕}虚假仲裁案件的判决书、调解书损害了案外人的合法财产权益，同时也损害了仲裁机构的公信力，其造成的危害并不比虚假诉讼小。^{〔12〕}就防范和打击虚假仲裁而言，检察机关实施监督是必要的，^{〔13〕}但这与适用第208条无关，因为民事诉讼法第208条关于对法院调解书实施检察监督的规定，显然不是针对仲裁调解书的。

然而，如果认为虚假纠纷的仲裁调解书与检察机关的诉讼监督完全无关，显然也是不正确的。虚假纠纷的当事人在骗取仲裁调解书后，往往会向法院申请强制执行，案外人通常也只有在这个阶段，才发现仲裁调解书损害了自己的利益。此时，案外人可能向检察机关申诉，请求检察机关予以监督。对此种申请，检察机关应当受理并进行必要的调查。检察机关掌握了确实为虚假仲裁的确切证据后，完全可以向受理执行案件的法院提出检察建议，由执行法院作出不予执行的裁定。^{〔14〕}当然，这属于检察机关对执行行为的监督，不属于本文讨论的范围。

〔9〕 王亚新教授曾详细论证了经人民调解达成的调解协议在效力上高于一般的合同、低于法院的判决、裁定和调解书。参见王亚新：《〈民事诉讼法〉修改与调解协议的司法审查》，《清华法学》2011年第3期。

〔10〕 我国法律要求双方当事人共同向法院提出司法确认的申请。在实务中，由于债务人往往不愿意申请司法确认，所以人民调解协议申请司法确认的比例较小。但如果是虚假纠纷达成的调解协议，则双方当事人愿意申请司法确认。

〔11〕 例如，根据《人民法院报》的报道，仲裁员梁某在审理拖欠工资案时，明知刘某等人是在实施虚假仲裁，仍然采信了伪造的证据，作出了支持申请人的26份判决书，金额达200多万。针对虚假仲裁案件多发的情况，浙江省劳动人事争议仲裁委员会于2013年11月8日发布了《关于防范和查处虚假仲裁案件的若干意见》，金华仲裁委员会发出了《关于做好防范虚假仲裁案件有关工作的通知》。

〔12〕 仲裁虽然不是国家的司法制度，但也是国家认可的纠纷解决制度。虚假仲裁破坏仲裁制度，也是对国家利益、社会公共利益的损害。

〔13〕 例如，在江苏省高级人民法院、江苏省人民检察院、江苏省公安厅、江苏省司法厅联合下发的《关于防范和查处虚假诉讼的规定》中，虚假仲裁也被列入了监督的范围。参见陈士莉：《打击虚假仲裁，亟待完善法律》，《江苏法制报》2013年8月30日。

〔14〕 参见屠春技、李平：《策划“虚假仲裁”，栽在“执行监督”》，《检察日报》2013年8月30日。

（二）法律文书的内容、卷宗材料不同

检察机关的监督离不开查阅和分析法院的法律文书。虽然无论是对判决、裁定进行监督，还是对调解书进行监督，都需要查阅法律文书，但调解书与判决书、裁定书（尤其是与判决书）存在明显不同。判决书中包含了完整、丰富的案件信息。在判决书中，法院除了需要写明判决结果以外，还要写明原告的诉讼请求、被告的答辩意见、双方争议的事实和各自提出的理由与证据、法院归纳的争议焦点、质证和认证的情况以及法院对证据的分析和判决认定的事实和理由、适用的法律和理由等。而对于调解书，民事诉讼法只要求写明诉讼请求、案件的事实和调解结果。由于调解结果并非建立在法院对案件事实作出认定的基础之上，法院在调解书中往往只是写明双方争议的事实，然后说明经法院调解达成何种内容的调解协议，甚至只写明达成调解协议的具体内容。^[15] 法律文书的上述区别决定了判决书能够为检察监督提供重要的线索，通过仔细阅读和认真分析判决书，有可能发现判决书存在的错误，而调解书则无法起到同样的作用。

不仅如此，在判决书和调解书形成过程的法庭笔录和证据材料上，两者也存在相当大的差异。以判决结案的案件，法院对开庭会作详细的笔录，而调解案件的笔录就非常简略，尤其是那些在立案阶段、审前准备阶段就调解结案的案件。以判决结案的案件，当事人之间对案件事实一般存在争议，因而法院的卷宗中会有相关的证据材料，不少案件的证据材料还相当多。在调解结案的案件中，当事人对事实往往并无争议，在一方当事人主张的不利于对方的事实为对方承认时，法院不再要求当事人举证，所以出现在卷宗中的证据材料相当之少。^[16] 那些经先行调解结案或者在开庭前就调解结案的案件更有可能出现上述情况。

（三）监督的着眼点不同

民事诉讼法在确定检察监督的对象时，没有采用已经发生法律效力“判决书”、“裁定书”的表述，用的是“判决”、“裁定”的表述，而在调解问题上，用的则是“调解书”的表述。这一表述使用上的细微差别绝非立法者的疏漏，也并非无关紧要，它表明了立法者看来，对判决、裁定的监督并不只是针对法院审理案件形成的最终结果，案件审理的过程也在监督的范围之列。现代法律极为重视程序公正，认为程序公正不仅对实现实体公正具有重要作用，而且它本身也具有独立的价值和意义。有鉴于此，我国2007年修订民事诉讼法时，立法机关不仅把程序违法的再审事由（也是检察机关应当提出抗诉的情形）具体化、精细化，而且把程序性再审事由独立化，不再以程序违法可能造成实体裁判错误作为再审事由。^[17] 立法对监督对象表述上的差异，表明在对判决、裁定实施监督时，法院的裁判结果和作出裁判的过程都在监督的范围之内，而对调解书的监督并不包括调解的程序

[15] 参见杜连重与汤阴县裕丰针织服装厂财权权属一案再审民事调解书，最高人民法院（2013）民提字第179号；王乔、湖北广电房地产开发有限公司与孙秀琴民间借贷合同纠纷申请再审民事调解书，最高人民法院（2013）民提字第254号。详情可见中国裁判文书网。

[16] 在被称为“调解抗诉第一案”的大连市人民检察院办理的范某诉王某、李某借贷纠纷案中，法院卷宗中的唯一证据就是一份借条的复印件。此案详情参见王艺、李亚希：《民事调解抗诉：让正义的阳光照进现实》，《大连日报》2012年9月12日。

[17] 根据1991年民事诉讼法的规定，程序违法不是独立的再审事由，只有在违反法定程序可能影响法院作出实体上正确的判决、裁定时，法院才应当根据当事人的申请进行再审（第179条第4项）。

问题。^[18]

具体而言，对判决、裁定实施监督，检察机关的着眼点集中在以下四个方面，或者说会聚焦于以下四个方面的问题：一是诉讼程序问题，即法院在裁判形成过程中是否存在严重违反程序的行为，如是否把当事人从未主张的事实、未经辩论的事实作为判决的依据，原裁判是否遗漏或超出了原告的诉讼请求。二是认定事实方面是否存在严重的错误，如是否采信了一方当事人提供的虚假证据，是否在证据明显不足的情况下认定了案件的基本事实。三是在法律的适用上是否存在明显错误，如适用的法律与案件性质是否明显不相符，认定法律关系性质或法律行为效力是否错误等。四是审判人员是否存在贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判行为。^[19]

对调解书的监督则不同。检察机关在审查时无需关注法院在调解中是否采用了“以判压调”等强制调解的行为，无需关注调解协议的内容是否超出了原告诉讼请求的范围，也不必关注法院如何看待案件事实、如何为案件事实定性，不必关注法官是根据什么样的法律规定进行调解。对于检察机关来说，唯一需要关心的是，调解书的内容，也即调解协议的内容，是否对国家利益、社会公共利益造成了损害。只有确认损害了上述利益，实施监督才具有合法性和必要性。也只有充分论证了调解书是如何对上述利益造成损害的，提出的检察建议才会被法院采纳，提出的抗诉才会成功。

（四）法官应负的责任不同

无论是判决、裁定存在检察监督的事由，还是调解书存在检察监督的事由，通常都与审理案件的法官有密切的联系，或者说正是由于审理案件的法官没有依法履行职责，才导致案件出现了问题。不过，法官未能履行职责的情形，在调解和裁判中会呈现不同的形态。

在对判决、裁定实施监督的案件中，法官的责任主要表现为未能正确地认定案件事实，或者未能正确地理解和适用法律，或者未能依法组织、运作程序，而在对调解书实施监督的案件中，法官的责任主要表现在未能依法审查当事人达成的调解协议。

调解协议的形成有两种情况。一种是由法官根据案情提出调解方案，双方当事人法官提出的方案的基础上进行协商，达成调解协议。另一种主要是由双方当事人自己进行协商，达成调解协议后告知法官，请法官制作调解书。无论调解协议是如何形成的，均应当符合合法性的要求。把调解协议转化为调解书的过程，也是法院对调解协议的合法性进行审查的过程。在此阶段，法官需要对调解协议的内容进行审查，对不违反合法原则的调解协议确认其效力。为明确和细化合法性的审查标准，最高人民法院在司法解释中明确规定：调解协议具有下列情形之一的，人民法院不予确认：（1）违反法律、行政法规强制性规定的；（2）侵害国家利益、社会公共利益的；（3）侵害案外人合法权益的；（4）损害社会公序良俗的。^[20]调解书出现损害国家利益、社会公共利益的情形，要么是法官提出的调解方案本身存在问题，要么是法官让这样的调解协议通过了审查，与法官未能尽到审查的职责

[18] 与判决须严格按照程序作出不同，法律并未对调解的程序作出规定，法官在调解中可以根据案件的具体情况灵活地组织、安排程序。

[19] 以上四个方面是对民事诉讼法第200条规定的13种应予抗诉或提出检察建议的情形的划分。这13种情形可分为四类：程序错误、认定事实错误、适用法律错误、其他错误。

[20] 参见最高人民法院《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》第12条，《关于人民调解协议司法确认程序的若干规定》第7条。

直接相关。

法官的责任具体来说有三种情况。其一是法官对法律、法规研究不够,未能准确把握法律精神,未能意识到当事人的民事行为是无效的行为,把无效行为作为有效行为进行调解。^[21]二是对虚假诉讼警惕不够,在处理案件时未能及时发现当事人进行的诉讼是虚假诉讼。有些虚假诉讼案件,当事人在诉讼中已经露出了一些蛛丝马迹,如果法官足够警惕、足够细心,原本是能够发现当事人的不轨图谋,不让案件发展到形成法院调解书这一步的。^[22]三是法官明知当事人进行虚假诉讼,但由于接受了当事人的贿赂,和当事人一起炮制损害国家利益、社会公共利益的调解书。^[23]在前两种情况下,法官存在过失,而在后一种情况下,法官存在故意。

当然,也存在尽管出现了损害国家利益、社会公共利益的调解书,但法官对这样的结果并无责任的情形。这主要发生在虚假诉讼案件中。有的虚假诉讼案件,当事人经过精心准备,无论是从当事人提供的诉讼资料、证据资料,还是从当事人在庭审和调解中的表现,法官都不会产生是虚假诉讼的怀疑。对此种因虚假诉讼而形成的调解书,不能归责于法官。

(五) 是否依职权实施监督不同

如果判决、裁定存在应予监督的情形,原则上采用依申请监督的模式,除非这些应予监督的情形同时也损害了国家利益、社会公共利益。经过2012年对民事诉讼法的修订,当事人申请再审与申请检察监督已由原来的“并列型”改为“先后型”。根据第209条的规定,申请再审已经成为申请检察监督的前置程序,如果当事人认为存在再审事由,需要先向法院申请再审,只有在再审申请被法院裁定驳回,或者法院未在规定期限内对再审申请作出裁定时,当事人才能够向检察机关申诉,请求检察机关提出检察建议或者抗诉。

法律作这一修改的蕴意在于:在立法机关看来,生效裁判中如果存在再审事由,会损害其中一方当事人的利益,当事人为了维护自身的利益,会选择向法院申请再审。而当事人是否申请再审,则是当事人处分权范围内的事,完全听凭当事人决定。换言之,即使生效裁判确实存在再审事由,只要当事人认为裁判结果可以接受,或者考虑到申请再审需要付出的时间、精力、费用方面的成本而决定不申请再审,法律并不干涉。^[24]即使当事人决定继续寻求救济,在程序上也必须先向法院申请再审,只有在申请法院再审受挫的情况下,才能申请检察监督。这将显著减少检察机关介入那些无涉国家利益、社会公共利益的民事案件。检察机关对民事诉讼实施监督的案件信息,几乎完全依靠当事人以申请监督的方式

[21] 这主要由于在社会急剧变革的过程中,一些原先法律、政策界限清晰的问题变得模糊起来,人们产生了认识上的分歧,如企业之间拆借资金的问题。

[22] 为了应对虚假诉讼,一些法院已发出通知,要求法官警惕虚假诉讼案件,对疑似虚假诉讼的案件进行认真、细致的审查。如2008年12月浙江高院发布了《在民事审判中防范和查处虚假诉讼案件的若干意见》;2010年10月广东高院发布了《关于强化审判管理防范和打击虚假民事诉讼的通知》;2012年12月江苏高院发布了《关于在民事审判中防范和查处虚假诉讼若干问题的讨论纪要》;最高人民法院于2013年6月发出了《关于房地产调控政策下人民法院严格审查各类虚假诉讼的紧急通知》。

[23] 例如,为了规避北京市出台的机动车摇号政策,北京某4S店的工作人员找到河北某基层法院的法官,与法官联合炮制虚假诉讼,让当事人虚构债务到法院进行诉讼,然后在法院的调解下达成用旧机动车抵债的调解协议。参见展明辉等:《假诉讼办车牌,法院当事人被停职》,《新京报》2011年12月20日。

[24] 这实际上是法律把程序问题的选择权交给当事人,由当事人在权衡申请再审可能带来的实体利益和所支出的成本、承担的风险后再作出决定。

向其提供，离开了当事人这一信息源，检察机关很难获悉需要监督的案件。申请再审前置的制度安排说明立法机关并不希望检察机关依职权启动对完全事关私益的民事诉讼案件的监督，即使是在当事人已决定寻求再审的情况下，也要推迟检察机关的介入时间。

对调解书的监督则不同，民事诉讼法选择的是依职权监督的模式。选择这一模式的原因在于：从法理上说，当民事诉讼中出现损害国家利益、社会公共利益的行为或现象时，作为这两种利益维护者的检察机关，应当采取与对待完全涉及私人利益的行为或现象截然不同的态度，应当主动采取措施来制止违法行为，消除违法现象，正如法院在民事诉讼中对涉及国家利益和社会公共利益的事项应当依职权采取行动一样。^[25]从实践层面看，在调解书损害国家利益、社会公共利益的案件中，双方当事人一般是此种调解协议的始作俑者，也是调解书的受益者，他们不可能就法院的调解书向检察机关申诉。

当然，这类案件的线索虽然不可能从诉讼当事人那里获得，但案外人却能够向检察机关提供案件的线索，如在国家经济利益受到损害的案件中，国有企业的职工；在起因于虚假诉讼的调解案件中，利益受到损害的案外第三人。为了使检察机关能够及时获得此类案件的线索，检察机关应当鼓励人们进行举报。

二、第 208 条中的国家利益、社会公共利益

法律并未授权检察机关对所有的法院调解书实施监督，只是规定了对损害国家利益、社会公共利益的调解书进行监督，这意味着立法者把损害这两种利益作为启动检察监督程序的必要条件。国家利益、社会公共利益（尤其是社会公共利益）是我国法律中常用的概念，是法律中的一般条款，具有相当的抽象性和不确定性。“对于一般条款，从字面意思上相对而言看不出多少东西，其内容要由司法判例和法学界来补充。”^[26]并且，当“国家利益”、“社会公共利益”出现在不同的法律中时，有着不同的意旨和功能。^[27]因而，如何恰当理解和把握对调解书实施检察监督语境下的国家利益和社会公共利益，便成为正确适用新规定的核心问题。

（一）国家利益

在汉语中，利益是指好处，经济利益指经济上的好处，政治利益指政治上的好处。根据享有利益的主体不同，可以把利益区分为个人利益、集体利益、社会利益、国家利益等。

国家利益一般是指能够满足国家的生存与发展的各方面需要并且对国家有好处的各种事物。国家利益涉及的范围很广。多数学者认为，国家利益包括国家的经济利益、政治利益、安全利益三个方面。“经济利益是整个国家利益的物质基础，政治利益是经济利益的集

[25] 根据最高人民法院颁布的司法解释，对涉及可能有损国家利益、社会公共利益或者他人权益的事实，法院在审理中应当依职权主动收集证据（《关于民事诉讼证据的若干规定》第 15 条）；对当事人未申请再审、人民检察院未抗诉的案件，人民法院发现原判决、裁定、调解协议有损害国家利益、社会公共利益等确有错误情形的，应当依职权发动再审（《关于适用中华人民共和国民事诉讼法审判监督程序若干问题的解释》第 30 条）。

[26] [德] 迪特尔·施瓦布：《民法导论》，郑冲译，法律出版社 2006 年版，第 75 页。

[27] 如物权法第 42 条关于征收规定中的“公共利益”、专利法第 49 条关于专利实施强制许可规定中的“公共利益”，与民事诉讼法第 208 条关于检察监督规定中的“公共利益”，就具有不同的功能。

中表现,而安全利益在一定意义上也是政治利益,是政治利益在国际关系中的延伸。”〔28〕也有学者认为,国家利益具有双重涵义,“一个涵义是国内政治范畴的国家利益,指的是统治阶级的利益或者政府所代表的全国性利益。另一个涵义是国际关系范畴的国家利益,是指在国际交往中,作为整体的民族国家的利益”。〔29〕就民事诉讼而言,同国家的政治利益、安全利益虽然并非完全无涉(如涉外民事诉讼程序中关于外国法院的判决、裁决的承认和执行,法院要对判决、裁决是否违反我国法律的基本原则、国家的主权、安全、社会的公共利益进行审查,不违反的,才裁定承认其效力,需要执行的,发出执行令),但多数情况下,民事调解书不会涉及国家的政治利益、安全利益,可能涉及的是国家的经济利益和其他方面的利益。就国内关系范畴中的国家利益和国际关系范畴中的国家利益而言,民事调解书所涉及的一般也是国内关系范畴中的国家利益。国家利益主要包括:

1. 国家的经济利益

国家为了生存与发展,为了提供公共服务,需要一定的资金。这些资金是通过税收、国有资源的使用费等方式获得的。国家的资金、国有的资产,虽然由国家有关部门占有和管理,但比起由私人直接占有的属于私人所有的财产,往往更容易受到侵害。社会主义国家的宪法往往规定社会主义公共财产神圣不可侵犯,其实是基于这一财产特别容易受到侵犯这一现实,不得不赋予它特殊的法律地位,试图通过在法律上强调它的神圣性,来加强对它的保护。〔30〕在民事活动中,当事人为了自己获利而损害国家经济利益的现象大量存在。一些当事人会想方设法逃避依法应当缴纳的税费来为自己谋取更多的利益,如在商品房买卖中,双方当事人恶意串通,通过订立阴阳合同的方式,少交依法应当缴纳的税金;买卖走私物品,逃避关税,造成国家关税减少。利用民事诉讼造成国有资产流失的现象也是在损害国家经济利益,如国有企业改制中,企业的负责人与他人恶意串通,贱卖国有资产,造成国有资产流失;〔31〕企业、事业单位的法定代表人与他人恶意串通,虚设或虚增债务后由他人把单位告上法院,然后利用法院的调解书侵吞国有资产。〔32〕

2. 国家的经济秩序

如果说税收、土地出让金是表现为货币形态的、属于国家的具体经济利益,经济秩序则属于国家抽象形态的经济利益。国家为了保证经济平稳有序地发展,需要制定和实施调控经济活动和经济关系的法律、法规。这些法律、法规的有效实施,契合了国家的利益,违反法律、法规的行为,不利于经济秩序的形成和维护,有损国家利益。如高利贷行为、伪装成合法借贷的赌债、非法集资等,损害了国家的金融秩序。破坏国家经济秩序的行为,当然也损害了国家利益。

〔28〕 唐永胜等:《国家利益的分析与实现》,《战略与管理》1996年第6期。

〔29〕 程晓勇:《国家利益的多维视角解读》,《广州社会主义学院学报》2011年第2期。

〔30〕 我国宪法第12条一方面规定社会主义公共财产神圣不可侵犯,另一方面规定国家保护社会主义的公共财产,禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏国家的和集体的财产。

〔31〕 在企业改制的过程中,一些地方存在相当严重的国有资产流失现象。如在检察机关与国有资产管理局共同调查的一个案件中,有一笔价值1亿元的国有资产,被以300万元的价格转让给一个私有企业。参见杨立新:《民事行政诉讼检察监督与司法公正》,《法学研究》2000年第4期。

〔32〕 例如,青岛市某学院的法定代表人孙某就采用此种方法侵吞国有资产。参见黄曙、陈艳:《虚假诉讼问题的调查与思考》,《人民检察》2011年第14期。

3. 社会管理秩序

社会管理秩序是指国家、社会组织对社会生活的各个领域进行规划、指导、组织、协调、监督、控制和通过上述活动形成的正常的生产、生活秩序。^[33]我国现阶段社会组织的力量还比较薄弱,社会管理主要表现为国家通过各级政府对社会的管理,所以,破坏了社会管理秩序,也就损害了国家利益。

现代社会的生产、生活日趋多样化和复杂化,新知识、新技术、新的生活方式不断涌现,国家对社会的管理也面临着改革和创新,需要根据社会管理中出现的新问题采取新的管理措施。例如,国家为履行社会保障方面的职责,为城市低收入人群提供经济适用房,为了落实经济适用房政策,政府对经济适用房的取得、买卖、使用需要作出特别规定。为了遏制城市机动车数量增长太快带来的交通拥堵、环境污染问题,一些城市的政府对机动车牌照采取摇号政策。非法获取、买卖经济适用房,恶意串通规避摇号政策,都会对国家的社会管理秩序造成破坏。此外,买卖管制刀具,买卖毒品,非法生产、销售窃听、窃照等专用间谍器材,明知是犯罪所得的赃物而予以收购或者代为销售等行为,也明显破坏了社会管理秩序。

(二) 社会公共利益

与国家利益相比,社会公共利益是我国法律中更常见、在法律文件中使用更多的概念。^[34]我国立法对国家利益、社会公共利益这两个概念的运用,大体有两种情况:一种是国家利益与社会公共利益并用,另一种是只用社会公共利益,只用国家利益的则比较少见。相比之下,单独使用社会公共利益的法律较多,尤其是在民事法律中,我国民法通则、物权法、合同法都在基本原则中明文规定了不得损害社会公共利益。

对社会公共利益的理解并不完全一致。在我国,一般把它解读为全体社会成员的共同利益。^[35]如果某项活动对个人有利或对小团体有利,而对社会公共利益有害,法律需要保护社会的公共利益,任何民事行为损害了社会公共利益,便不具有法律效力。但也有人认为,社会公共利益一般是指社会中不特定的多数人的利益,既可以是整个社会中不特定的多数人利益,也可以是指某一区域中不特定多数人的利益。在英美法中,公共利益用“public interest”来表述,根据《布莱克法律词典》的解释,它有两种含义,一是指应予认可和保护的公众普遍利益;二是指与作为整体的公众休戚相关的事项,尤其是证明政府管制正当性的利益。^[36]在英美法中,还有一个与公共利益相近的词——公共政策(public policy),《布莱克法律词典》的解释是:“公共政策,也称法律政策,是指被立法机关或法院视为与整个国家和社会根本相关的原则和标准,法院有时将其作为判决的正当理由,例如以合同‘违反公共政策’为由宣告该合同无效。”^[37]本文认为,对第208条规定的社会公共利益,

[33] 广义的社会管理秩序,也包括对经济活动的管理而形成的秩序。本文之所以把经济秩序单独作为国家利益的一种形态,是由于我国民法通则、合同法、物权法都在立法目的中强调了维护社会经济秩序。

[34] 曾有人作过统计,在我国的宪法、法律、行政法规、行政规章以及规范性文件中,使用社会公共利益或公共利益这个概念共有1259件(次)。参见冯宪芬、王萍:《从法学视角探析社会公共利益的研究现状》,《西安交通大学学报(社会科学版)》2011年第4期。

[35] 参见许崇德总主编:《中华人民共和国法律大百科全书:民法卷》,河北人民出版社1998年版,第21页。

[36] Black's Law Dictionary, 8th ed., p. 3883.

[37] Black's Law Dictionary, 8th ed., p. 3886.

不宜仅仅理解为损害了整个社会的利益,虽然这无疑是对公共利益造成损害的一种极致形态。只要调解书损害了我国一定区域、一定范围内的不特定多数人的利益,就可以认定调解书损害了社会公共利益。

社会公共利益涵盖的范围相当广,可以说社会生活的各个方面都存在着公共利益问题。如污染环境损害了一定区域的不特定多数人的环境利益,给人们的健康甚至生命造成损害。酒后驾车增加了交通肇事的危险,给不特定多数人的通行利益造成损害。生产或者销售质量不合格的商品,可能给不特定消费者的安全、健康或财产造成损害。

需要注意的是,国家利益与社会公共利益常常是难以清晰地区分和界定的。在具体的经济上的利益受到损害时,如国有资产被侵占、国家税收因逃税而减少,我们可以说调解书侵害了国家的利益。^[38]但是,当抽象的、非物质的利益受到损害时,似乎就很难说清楚损害的究竟是国家利益还是社会公共利益。如良好的经济管理秩序、社会管理秩序产生的利益,既可以界定为国家利益,也可以界定为社会公共利益,因为经济管理秩序、社会管理秩序受到破坏,社会公众的利益显然也会受到影响。

鉴于国家利益、社会公共利益之间界限的模糊性,检察机关在进行监督时,可以笼统地说明调解书损害了国家利益、社会公共利益,而不必具体说明损害的究竟是哪一种利益,除非有把握分清损害的究竟是哪一种利益。^[39]

三、值得探究的几个问题

(一) 内容违反法律的调解书是否属于监督对象

民事诉讼法第201条把“调解协议的内容违反法律”规定为当事人申请再审的事由,但在第208条中却没有把它规定为可以提出检察建议或者抗诉的情形。因此,就第208条的字面含义看,似乎内容违反法律的调解书不在检察监督的范围之内。不过,这种简单的结论可能是错误的。

民事纠纷所涉及的法律可能不只是民事法律,因而对于调解书违反法律,应当从广义上理解,不能只理解为违反了民事法律。当事人的民事活动大致有两种情况,一种是纯粹民事性质的,只同民事法律相关,另外一种则是既有民事性质,又有其他法律属性,同时受到民事法律和商事、行政等法律的调整。因而,当事人之间的民事纠纷,也会出现两种不同的情况,即仅受民事法律调整的纠纷和受到两种甚至两种以上法律调整的纠纷。所以,讨论调解书内容违反法律,不能局限于物权法、合同法、侵权责任法、婚姻法、收养法、继承法等民事法律,还要把反垄断法、反不正当竞争法、环境保护法、产品质量法、食品安全法等法律考虑进去,甚至需要把刑法纳入考量的范围。

调解协议的内容不得违反法律,实际上体现了民事诉讼法第9条规定的调解合法原则的

[38] 即使是国有资产受到损害,把它界定为损害了社会公共利益,也不能说定性错误,因为国有财产属于全体公民所有,国有财产的损失,会造成全体国民财产的减损,也就损害了全社会公众的利益。

[39] 日本法院在适用违反公序良俗这一规定确认法律行为无效时,在判决书中常常笼统地说当事人的行为违反了公序良俗,而不去细分该行为究竟是违反了公共秩序还是违反了善良风俗。参见梁慧星:《市场经济与公序良俗原则》,《中国社会科学院研究生院学报》1993年第6期。

要求。对于调解中的“合法”，应当作宽松的解释，不应把“合法”解释为调解协议的内容应当符合民商事实体法相关条文的规定，而应当把“合法”解释为不触及法律的底线，也就是不违反法律的基本原则，不违反法律的禁止性规定，不损害国家利益、社会公共利益和第三人的合法权益。

法律规范可分为强制性规范和任意性规范。强制性规范，指法律规定当事人应当为或不为某种行为，不允许当事人违反或者变通法律的规定。强制性规范包括义务性规范和禁止性规范两种类型，前者要求当事人必须作出某种行为，后者则禁止当事人为某种行为，如不得买卖赃物、毒品、盗版音像制品，不得赌博、不得放高利贷等。在民事法律中，虽然也有一些强制性规范，违反了这样的规范，将导致民事行为无效，如合同法第53条关于造成对方人身伤害的、因故意或者重大过失造成对方财产损失的免责条款无效的规定，物权法第211条关于“质权人在债务履行期届满前，不得与出质人约定债务人不履行到期债务时质押财产归债权人所有”的规定。但是，就民事法律尤其是合同法而言，大多数规范是任意性规范。任意性规范允许当事人（多数情形是双方当事人协商一致）以自己的意思变更或者排除法律规范规定的内容，谈不上违反的问题。如果调解书的内容未遵循任意性规范的要求，则不存在调解书内容违反法律的问题。

应当看到，法律中的禁止性规定与国家利益、社会公共利益具有相通之处，对它们的违反往往会造成对国家利益或者社会公共利益的损害。例如，合同法第52条规定的合同无效情形中，有的本身就把“损害国家利益”作为认定合同无效的条件，如“一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益”、“恶意串通，损害国家利益”，有的虽然未出现“国家利益”、“社会公共利益”的字样，但这类无效合同实质上也会对国家利益造成损害，如“以合法形式掩盖非法目的”、“违反法律、行政法规的强制性规定”。对于前者，如果法院在调解中没有认定合同无效，而是把无效合同误认为有效合同，在有效合同的基础上达成调解协议并出具调解书，检察机关可以直接根据第208条的规定提出检察建议或者抗诉。对于后者，检察机关可以通过合目的性的解释方法，把以合法形式掩盖非法目的的调解书、违反法律或行政法规强制性规定的调解书，解释为损害国家利益或者社会公共利益的调解书，实施检察监督。

事实上，法律、行政法规之所以作出强制性规定，往往是出于维护公共利益的考量。例如，反垄断法禁止具有竞争关系的经营者达成固定或者变更商品价格的协议、限制商品生产数量或销售数量的协议，是为了保护市场的公平竞争，提高经济运行的效率。产品质量法禁止伪造或者冒用认证标志等质量标志，禁止伪造产品的产地，禁止伪造或者冒用他人的厂名、厂址，禁止在生产、销售的产品中掺杂、掺假，以假充真，以次充好，旨在维护正常的生产经营秩序，保护公众的生命健康。没有人会认为法律中的这些禁止性规定与社会公共利益无关。如果调解书的内容违反了上述法律中的禁止性规定，检察机关以损害社会公共利益为由提出检察建议或者抗诉，恐怕不会有人提出异议。另一方面，违反法律的行为比损害公共利益的行为的范围要小，“违法是阐释公共利益更为严厉的方式，因此通常只有在公共利益受到较为严重的侵犯时才适用”，^[40] 所以，只有当某一行为严重损害公

[40] [英] P. S. 阿狄亚：《合同法导论》，赵旭东等译，法律出版社2002年版，第338页。

共利益的时候,才会被法律规定为应当禁止的行为。

然而,也不能断言所有违反法律、行政法规的调解书都事关社会公共利益。也存在调解书的内容虽然违反法律、行政法规,但并未损害社会公共利益的情形。如债务人在调解中采取欺诈手段,使债权人误认为债务人的清偿能力已相当弱,只好在作出相当大的让步后同对方达成调解协议,诉讼结束后,债权人才知悉债务人调解时隐瞒了财产的真实情况。^[41]对此种情形,如果与国家的经济利益无关,检察机关就不需要实施监督。

由以上分析可知,违反法律的行为与损害社会公共利益的行为存在着交叉、重叠。那些严重损害国家利益、社会公共利益的行为,同时也是被规定为违法的行为、法律所禁止的行为。因而,损害国家利益、社会公共利益的行为有两种情况,有的已经被法律所禁止,有的尚未被法律禁止。一方面,对一些已经出现的损害国家利益和社会公共利益的行为,其严重性和危害性还未充分显现,立法机关对于制定具体规范禁止这些行为还没有充分的把握;另一方面,随着社会生活不断发展和变化,还会出现新的损害国家利益、社会公共利益的行为,在立法上禁止这些行为需要时间。对于那些尚未为法律明文禁止的损害国家利益、社会公共利益的行为,司法机关可以根据不得损害国家利益、社会公共利益的原则性规定将这样的行为宣告为无效。从这个意义上说,损害国家利益、社会公共利益的一般条款,是对法律中已经作出的具体的禁止性规范的补充。

(二) 违反社会公德的调解书是否属于监督对象

如同未把违反法律的调解书列入监督的范围一样,民事诉讼法第208条也未把违反社会公德的调解书规定为应予监督的情形。但这是否意味着违反社会公德的调解书就不属于检察监督的范围?

仅从字面上得出否定性结论显然是不可接受的。违反社会公德的调解书应成为监督的对象,这可以从民法通则、物权法、合同法中找到依据。民法通则把禁止权利滥用规定为民事活动应当遵循的原则之一,要求当事人在进行民事活动时应当尊重社会公德,物权法、合同法在基本原则中亦要求当事人在取得和行使物权、订立和履行合同时,应当尊重社会公德。在上述基本原则中,尊重社会公德与不得损害社会公共利益是并列关系,它们之间存在内在关联,尊重社会公德是对当事人民事活动的正面要求,而不得损害社会公共利益则是对民事活动的反面规制。它们之间的逻辑关系是,违反了社会公德就有可能损害社会公共利益。

从比较法的视角看,没有哪个国家的法律会容忍严重违背社会公德的民事行为。德国民法典明确规定了违反善良风俗的行为无效(第138、139条),法国民法典则同时用了公共秩序和善良风俗这两个概念,对违反公共秩序和善良风俗的行为作出否定性评价(第6条),日本民法典也规定“以违反公共秩序或善良风俗事项为目的的法律行为,无效”(第90条)。根据日本学者的解释,“公序和良俗,无法明确区分。两者的区别仅在于,前者着眼于国家社会的秩序,而后者着眼于道德观念。两者都是着眼于社会妥当性,应当统括在一起”。^[42]我国台湾民法明确规定:“法律行为有背于公共秩序或善良风俗者,无效”(第72条)。该条文的意思是,“判断法律行为无效者,不是具体的法律规范,而是存在于法律本

[41] 向债权人和法院表示自己经济上遇到严重困难,实在无力清偿债务,是债务人在调解中常用的策略。债务人的这种做法,违反了民事诉讼法规定的诚实信用原则。

[42] [日]山本敬三:《民法总则I》,解亘译,北京大学出版社2004年版,第179页。

身的价值体系（公共秩序），或法律外的伦理秩序（善良风俗）”。^[43]善良风俗是一个社会公认的道德，善良风俗与我国法律中的社会公德是可以划等号的，是对同一事物的不同表述。

需要注意的是，在上述国家和地区的法律中，均未使用“社会公共利益”这个概念，但无论是“善良风俗”还是“公序良俗”，与我国法律中的“社会公共利益”在解释上和功能上大致是相同的。我国民法学者普遍认为，民法通则中“社会公共利益”的概念，相当于法、德、日及我国台湾法上的“公序良俗”概念。^[44]起草物权法的机构对该法进行解释时，也把基本原则中应当遵守法律、尊重社会公德，不得损害公共利益和他人合法权益的规定解释为传统民法中的公序良俗原则。^[45]

违反社会公德的行为，很可能是一种损害社会公共利益的行为。很难想象调解书严重违反了社会公德却未对社会公共利益造成损害的情形。所以，对公共利益作目的性扩张解释，^[46]把严重违反公共道德的调解书解释为违反社会公共利益的调解书，是符合第208条的内在含义的。

当然，检察机关在以调解书违反社会公德为理由进行监督时，需要十分谨慎。首先，要正确把握社会公德的标准。“在这样做的时候，不应该把带有极端要求的树得很高的道德标准拿来做成法律规范，毋宁说，应当是更靠近中等水平的道德标准，即那种被推定在‘大众意识’中生根落脚的道德标准。”^[47]其次，要充分注意法律与道德的复杂关系。耶林曾说过：“法律与道德的关系问题是法学中的好望角；那些法律航海者只要能征服其中的危险，就再无遭受灭顶之灾的风险了。”^[48]再次，还应关注社会公德的流动性。社会公德并非固定不变，它的某些方面、某些内容会随着社会的发展、大众观念的变迁而变迁。例如，在上世纪50—80年代，结婚前先同居，然后视同居后的情形再决定是否结婚的试婚行为，还被认为是违反社会公德的行为，后来随着采取试婚方式的年轻人日益增多，社会对此种现象的看法越来越宽容。现在，人们更倾向于把此种行为看作是当事人之间的私事，无关乎社会公德。

但是，也有一些早已形成共识的违反社会公德的行为，如立遗嘱人为了使第三者与他长期保持不正当关系，把遗产全部或者部分指定由第三者继承；因妻子不能生育而与其他女子签订借腹生子的合同等。^[49]如果调解书把这类有悖社会公德的行为作为有效行为来处

[43] 王泽鉴：《民法总论》，中国政法大学出版社2001年版，第289页。

[44] 我国一些民法学者把民法通则规定的禁止权利滥用原则称为“公序良俗”原则。参见魏振瀛主编：《民法》，北京大学出版社、高等教育出版社2000年版，第27页；马俊驹、余延满：《民法原论》上册，法律出版社1998年版，第70页以下；前引[39]，梁慧星文。

[45] 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编著：《中华人民共和国物权法解读》，中国法制出版社2007年版，第16页。

[46] 目的性扩张解释是补充法律漏洞的方法之一，指当法律文义所涵盖的案件类型，相对于该规定之立法意旨显然过窄，以至于不能贯彻该规范的意旨，因而有必要越过该规范的文义时，通过解释，将其适用范围扩张至原本不包括的案件类型。参见黄茂荣：《法学方法与现代民法》，中国政法大学出版社2001年版，第400页。

[47] 前引[26]，施瓦布书，第475页。

[48] [美]罗斯科·庞德：《法律与道德》，陈林林译，中国政法大学出版社2003年版，第121页。

[49] 德国法院曾认定代孕合同是把婴儿降格为法律行为的客体，违反了善良风俗。在2001年，德国还在《领养中介法》中禁止代孕母亲的中介。参见[德]汉斯·布洛克斯、沃尔夫·迪特里希·瓦尔克：《德国民法总论》，张艳译，中国人民大学出版社2012年版，第213页。英国上议院在1978年裁定，代孕合同是买卖孩子的合同，不能强制执行。英国还通过立法，规定订立商业性的代孕合同是刑事犯罪行为。参见何美欢：《香港合同法》上册，北京大学出版社1995年版，第396页。我国广东中山市顺德区法院2008年曾对一起抚养权纠纷案作出判决，认定双方签订的代孕协议无效。

理, 检察机关对此实施监督是必要的。

(三) 损害集体利益的调解书是否属于监督对象

为了厘清对调解书实施监督的范围, 还需要讨论检察机关对损害集体利益的调解书是否有权实施监督。

在讨论这一问题时, 首先需要对集体利益作出界定。有学者认为, 集体是对范围不等的人群共同体的理论抽象。在使用集体利益的概念时, 要注意区分大集体和小集体。社会、国家、民族、阶级可以算作大集体, 某一阶层、团体、企业、部门是小集体。^[50] 也有学者指出: “单就利益主体的范围而论, 集体利益可以是家庭或企业这一小集体的, 也可以是地区性的, 还可以是全国性的乃至世界范围内的。”^[51] 在谈到正确处理不同的利益关系时, 一般会提到三种利益——国家利益、集体利益和个人利益。而在法律中, 除个人利益之外, 或者说与个人利益相对应的, 会有三种利益, 即国家利益、集体利益、社会公共利益。因此, 法律中的集体利益, 应当与国家利益、社会公共利益存在着区别。^[52]

集体利益复杂多样, 多元的利益主体决定了集体利益本身的复杂性和多样性, 民事诉讼法对调解书的监督又没有使用集体利益这个概念, 我们似乎原本可以不去讨论调解书损害集体利益的问题。不过, 如果以为可以完全忽略这一问题, 则是不正确的。讨论集体利益的必要性在于: 一方面, 它同我国宪法确定的所有制有关, 同我国的企业形态有关; 另一方面, 同实际生活中存在着损害集体经济组织利益的调解书有关。

劳动群众集体所有制, 是宪法规定的与全民所有制并列的社会主义公有制形式之一, 城乡集体经济组织是宪法确认的经济组织形式。我国物权法把集体所有权作为所有权的一种形态, 法律规定属于集体所有的土地和森林、山岭、草原、荒地、滩涂, 集体所有的建筑物、生产设施、农田水利设施, 集体所有的教育、科学、文化、卫生、体育等设施, 集体所有的其他动产和不动产, 都可以成为集体所有权的客体。我国合同法把恶意串通损害集体利益规定为导致合同无效的情形之一。

在民事活动中, 双方当事人恶意串通损害集体利益的现象并不少见, 这在集体企业的改制中表现得尤为典型和突出。^[53] 进入本世纪后, 我国开始了对集体企业的改制。对集体企业进行改制, 离不开处置集体所有的资产, 而正是在处置集体资产的过程中, 有些集体企业的法定代表人与他人恶意串通, 通过低价处置集体企业的资产来为自己谋取利益; 也有的集体企业的法定代表人利用职务之便, 化公为私, 把集体的财产据为己有。^[54] 低价处置或侵吞集体企业资产的行为, 表面上都采用了合法的形式, 尤其是会用合同这一法律形式, 有的集体企业的法定代表人还会通过诉讼中的调解、和解来掩盖其损害集体利益的行为。于是, 就出现了调解书损害集体利益的问题。

[50] 参见梁禹祥:《集体利益辨析》,《道德与文明》1986年第3期。

[51] 曾军平:《集体利益:一种理论解说》,《财经研究》2006年第9期。

[52] 在民法通则第58条关于无效民事行为的规定中,同时用了“国家利益”、“集体利益”、“第三人利益”、“社会公共利益”四个概念。合同法第52条关于合同无效情形的规定也同样如此。

[53] 在各地发现的虚假诉讼案件中,以改制中的集体企业为被告的案件是常见的一类。

[54] 如江苏涟水县集体企业白云棉麻公司的法定代表人黄某,为了把公司所有的一栋大楼据为己有,与亲属方某(方某系外商)恶意串通,以方某名义购买该楼,然后再由方某以赠与的方式,将该栋楼过户到黄某名下。参见于飞、樊离:《击碎“狱中富豪”梦,检察官追回千万大楼》,《清风苑》2013年第12期。

也许有人认为,调解书损害集体利益与损害国家利益、社会公共利益不同,可以由利益受损的那个集体向法院申请再审。仔细推敲,会发现这一观点难以成立。调解书损害集体利益,多发生在集体企业作为一方当事人的诉讼中,从调解书中获得利益的法定代表人显然不会向法院申请再审。在上述情形中,利益受到损害的是该集体企业的职工,而企业的职工又无权代表企业申请再审。所以,在企业改制中一旦出现此种情形,集体企业的职工往往会向政府有关部门反映情况甚至上访。由于侵吞集体财产也构成犯罪,所以政府有关部门会把材料转给检察机关;也有职工直接向检察机关举报的。通过这样的渠道,检察机关获得了需要监督的案件的资料。

当检察机关掌握了调解书损害集体企业利益的情况时,如果机械地认为集体利益不属于国家利益、社会公共利益,对此种调解书放任不管,显然不是正确的选择。由于恶意串通侵吞集体企业财产的行为常常造成集体财产大幅度减少,原本不必下岗的工人下岗、不必领救济金的工人需要领救济金,加重了社会的负担,同时增加了社会的不稳定因素。检察机关把这样的结果解释为损害了社会公共利益,^[55]然后再适用第208条实施监督,应当是符合立法宗旨的。

(四) 损害弱势群体利益的调解书是否属于监督对象

弱势群体是相对于强势群体而言的。例如,相对于经营者,消费者是弱势群体;相对于成年人,未成年人是弱者;在劳动关系中,相对于用人单位,劳动者是弱势群体;在拆迁关系中,相对于拆迁方,被拆迁人是弱势群体。^[56]弱势群体需要更多的关爱和保护。切实有效地保护弱势群体的利益,对实现社会的公平正义,维护社会的和谐稳定,具有极其重要的意义。

在西方国家的法律中,一般会把向法律关系中处于弱势地位或者更容易受到损害的一方提供最低限度保护的的规定解释为具有强制性的规定,对这种规定作出变通时,只能作出有利于受保护的弱势方的变通。^[57]例如,德国的立法者把以高利贷剥削弱者的行为视为违反公序良俗的行为,在德国民法典第138条中把高利贷与违反善良风俗的法律行为并列,先在第1款中规定“违反善良风俗的法律行为无效”,接着在第2款中规定“特别是当法律行为系趁另一方穷困、没有经验、缺乏判断能力或者精神耗弱,使其为自己或者第三人的给付作出有财产上的利益的约定或者担保,而此种财产上的利益与给付显然不相称时,该法律行为无效”。在德国学者看来,民法典第138条第2款的规定明确指出高利贷行为是违反善良风俗的行为,即“该特别规定旨在进一步澄清第138条第1款的规定”。^[58]再如,在美国,律师为贫困的当事人代理诉讼被视为是为了实现公共利益,即公共利益“这一术语

[55] 比较法上也存在社会救济负担的加重会损及社会公共利益甚至违反善良风俗的观点(参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第530页)。在我国,集体企业资产被侵吞后,常常造成改制企业多数职工下岗,再就业如果不能顺利实施,就会损害广大职工的利益,就可能形成新的社会不和谐、不稳定因素,对社会的公共利益造成损害。这在我国劳动法学界已基本达成共识。

[56] 例如,最高人民法院近期公布了人民法院保障民生的7个典型案例,第一个案例是“申请再审人河南省修武县郟封镇郟封村村民委员会与被申请人薛海金承包合同纠纷案”,该案的典型意义在于法院保护了处于弱势的被拆迁的养殖户的利益。参见《人民法院保障民生典型案例》,《人民法院报》2014年2月18日。

[57] 参见前引[26],施瓦布书,第39页。

[58] [德]维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第449页。

指律师把他的时间用在民事诉讼中代理贫困的当事人”。〔59〕

在涉及弱势群体时，我国法律常常会强调保护他们的合法权益是全社会共同的责任。如未成年人保护法规定：“保护未成年人，是国家机关、武装力量、政党、社会团体、企业事业组织、城乡基层群众性自治组织、未成年人的监护人和其他成年公民的共同责任”（第6条）。消费者权益保护法针对消费者、妇女权益保障法针对妇女，也作了类似的规定。这样规定的目的实际上是要强调，对未成年人、妇女、消费者的保护事关社会的公共利益。

为了保护弱者的权益，我国法律还作出了一些具体的规定。如为保护消费者权益，合同法规定：提供格式合同条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的条款无效；对格式合同有两种以上解释的，应当作出不利于提供格式合同条款一方的解释（第40条、第41条）。这样的规定，从表面上看，只是保护格式合同条款的相对方，但由于该条款是为保护处于弱势地位的消费者而制定的，它的适用关乎社会公共利益。

民事诉讼常常发生在属于弱势群体的当事人与属于强势群体的当事人之间，这些诉讼也可能采用调解方式解决。如果调解书明显损害了弱势群体一方当事人的利益，检察机关以损害社会公共利益为由进行监督，也是符合第208条的精神的。

（五）损害案外第三人利益的虚假诉讼调解书是否属于监督对象

近年来，虚假诉讼在许多地方都有出现，一些地方的虚假诉讼还呈愈演愈烈之势。虚假诉讼案件多数甚至大多数是通过调解方式结案的。有的虚假诉讼直接损害了国家的经济利益，损害了社会管理秩序；有的虽未对上述利益造成损害，但损害了案外第三人的利益。

对损害国家经济利益、社会管理秩序的调解书，检察机关应当适用第208条进行监督。但对于损害案外第三人利益的调解书检察机关是否应当实施监督，有不同认识。一些人会认为，对此类调解书，可以由利益受损的案外第三人通过提起撤销之诉的方式来寻求救济，无需检察机关动用公权力实施监督。但是虚假诉讼的调解书损害的不仅仅是案外人的利益，它还给正常的民事诉讼秩序造成了极大的破坏。就此而论，它同时也损害了国家利益、社会公共利益，应当成为检察监督的对象。〔60〕

结 语

对调解书实施法律监督是检察机关的新任务。立法机关将此项任务交给检察机关，是要让检察机关与法院共同承担起保证法院调解中的合法原则得到切实贯彻的任务，从而使调解这一最具中国特色的处理民事诉讼的方式能够充分发挥积极作用。

调解书是记载调解协议内容的司法文书。调解协议的达成，是当事人对其民事权益行使处分权的结果。民事诉讼法明确规定当事人有权处分其民事权利和民事诉讼权利，但同时也规定当事人须在法律规定的范围内行使处分权（第14条第2款），这意味着当事人的处分行为不能逾越三个方面的红线——不得违反法律的禁止性规定，不得损害国家的、社会的、集体的利益，不得损害其他公民的民事权益。对于后两方面，民事诉讼法本身虽然未

〔59〕 [美] 彼得·G. 伦斯特洛姆编：《美国法律辞典》，贺卫方等译，中国政法大学出版社1988年版，第262页。

〔60〕 这一问题相当复杂，限于篇幅，本文只提出这一观点，详细的论证容笔者另行撰文。

作规定，但这是根据宪法关于“中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候，不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法自由和权利”的规定而得出的结论。^[61]另一方面，调解在我国民事诉讼中被定性为法院行使审判权的一种重要方式，调解书是法院的一种重要的司法文书，私人性质的调解协议转化为调解书时，法院对调解书的合法性即负有责任。如果调解书损害了国家利益、社会公共利益，就会对司法的公信力、司法公正产生严重的负面影响。^[62]因而，正确理解和适用民事诉讼法第 208 条关于对调解书实施检察监督的规定，对于维护司法公正意义重大。

Abstract: Bringing civil mediation awards under the supervision of procuratorial organs is the objective of a new provision in the 2012 Civil Procedure Law as well as a new task of Chinese procuratorial organs. Supervision over civil mediation awards differs in many ways from supervision over judicial judgments and verdicts and a full understanding of these differences is the basis of such supervision. The “civil mediation awards” provided in Article 208 of Civil Procedure Law covers several types of documents, including mediation record, judicial confirmation verdict, etc. However, arbitration awards do not fall within the scope of supervision provided in this article. Supervision over civil mediation awards should take the form of ex officio supervision. A provision on procuratorial organs’ power to supervise over civil mediation awards that harm state or public interests is a general provision of law, and the key to the exercise of such supervision power is to properly determine whether an award has damaged either of these interests. When interpreting the implications of state or public interests, the method of purpose expansion should be employed. A civil mediation award should be regarded as damaging to state or public interests if it violates a prohibitive provision of law, seriously breaches social morality, damages the interests of a collective economic organ, or harms the interests of a disadvantaged group of society. In addition, a civil mediation award of fraudulent civil litigation that damages a third party’s interest should also be subject to procuratorial supervision. When applying Article 208 of the Civil Procedure Law, we should also keep in mind that under some circumstances it is difficult to properly define state and public interests or to distinguish one from the other.

Key Words: civil mediation award, procuratorial supervision, state interests, public interests

[61] 参见柴发邦主编：《民事诉讼法学新编》，法律出版社 1992 年版，第 96 页。

[62] 在我国制度设计中，法院不仅是裁判机关，而且是国家利益和社会公共利益的维护者。在诉讼中维护这两种利益是法院的职责。