

对民事二审中撤回起诉的再认识

王杏飞^{*}

内容提要 在第二审程序中原审原告能否撤回起诉,是民事诉讼立法没有明确规定的问题,学理上有不同的观点,实务中也有不同的处理方式。民事诉讼法司法解释第338条从尊重当事人处分权的角度出发,允许原告在征得其他当事人同意且不损害国家利益、社会公共利益与他人合法权益的前提下撤回起诉。但同时规定原告撤回起诉后重复起诉的,不予受理。遵循民事诉讼法理与有效解决纠纷的现实需要,应依据案件类型来分设不同的规则,即禁止原告对财产性质的案件再行起诉,对人身关系的案件,则允许原告再次起诉。无条件地允许原审被告另行起诉也不尽合理,应斟酌具体情况来决定。

关键词 民事诉讼 二审 撤回起诉 另行起诉

DOI:10.14111/j.cnki.zgfx.2017.03.014

一、问题的提出

案例1: 张某和李某婚后感情不合, 张某诉至法院要求离婚, 一审判决离婚。李某不服提起上诉。在第二审中, 双方虽未和好, 但愿意暂不离婚, 于是张某申请撤回起诉。法院允许。半年过后, 张某又以同一事由诉请离婚。^① 法院应否受理?

案例2: 原告周某以建筑材料租赁合同为由, 诉请被告林某支付租金及租赁物赔偿款。一审查明被告已付清全部款项, 判决驳回原告的诉讼请求。原告提起上诉。上诉期间, 原告申请撤回对本案的起诉及上诉。二审法院裁定撤销一审判决, 准许撤回起诉、上诉。后周某又起诉林某要求其支付租金及赔偿款。^② 法院应否受理?

从案例1来看, 张某诉李某要求离婚, 与国家利益、社会公共利益、他人合法权益并无直接冲突。第二审程序中, 在双方均愿意暂不离婚, 同意撤回起诉的情况下, 法院允许撤回起诉并裁定撤销一审的离婚判决并无不当。问题在于, 如果没有新的事由, 6个

^{*} 西南政法大学高等研究院研究人员, 法学博士。本文系作者主持的国家社科基金项目“司法规则制定权的基本理论与制度构建研究”(项目批准号: 13CFX050) 的阶段性成果。

① 参见沈德咏主编《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用》(下), 人民法院出版社2015年版, 第895页; 李海涛《论民事二审程序中原告申请撤回起诉的几个问题》载《法律适用》2011年第2期。

② 参见李磊、罗海《原告上诉后在二审期间可申请撤回起诉》, 载《人民司法》2015年第4期。

月之后, 张某又起诉要求离婚时, 法院应否受理? 依据《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的司法解释》(以下简称《民诉法解释》)第338条第2款的规定, 原审原告在第二审程序中撤回起诉后重复起诉的, 不予受理。如果仅从文义的角度看, 该规定明确禁止原审原告在二审中撤回起诉后再行起诉。而依据民事诉讼的一般法理与我国《民事诉讼法》(以下简称民诉法)的规定, 当事人有权在法律规定的范围内处分自己的民事权利与诉讼权利, 这是私法上意思自治原则在民事诉讼中的集中体现, 也是当事人程序主体性的必然要求。依据处分原则, 无论是在一审还是二审, 原告均有权撤回诉之申请, 要求法院不再对案件进行审理。否则诉讼就会成为强加给原告的外在之物, 当事人自我决定的权利也就得不到实现。并且依我国的通说, 撤回起诉之后, 诉讼系属视为自始没有发生, 原告可以再行起诉。这样看来, 司法解释禁止二审中撤回起诉后再诉的规定似乎就与现行民诉法的规定(第124条)及通说之间存在紧张的关系。^③此外, 禁止原告再行起诉离婚, 明显有违婚姻自由原则! 因此, 需要在文义解释方法之外, 运用目的解释、体系解释等方法才可能得出妥当的结论。

而从案例2来看, 原告提起的是给付之诉, 一审查明被告已付清全部款项, 原告败诉。原告上诉后, 在二审中申请撤回起诉并得到法院的允许。如原告可以再起诉, 则被告可能会不堪其扰(基于一审裁判结果的诉讼信赖利益丧失); 原告想起诉就起诉, 想撤诉就撤诉, 出尔反尔, 视诉讼为儿戏, 置法律的威严于不顾; 宝贵的司法资源也会被虚耗。因此, 在这种情形下禁止原告再起诉似乎具有天然的合理性。此外, 在原告申请撤回起诉时, 如果被告认为一审判决于己有利(在案例2中确实也是如此), 完全可以不同意原告撤回起诉, 从而使一审判决发生法律效力, 以实现维护自身权益的目的。就此而言, 在这种情形下是否应该允许一审被告另行提起诉讼, 也是值得深思的问题。

对于二审中原审原告能否撤回起诉, 现行民诉法缺乏明确的规定, 理论界也存在肯定说与否定说两种针锋相对的观点, 司法实务中也是各行其是。^④基于统一司法裁判的需要, 最高人民法院在吸纳理论研究成果、总结审判经验的基础上, 在《民诉法解释》第338条对此作出了明确的规定。^⑤由此似乎从规范层面终结了对这一问题的争议。^⑥但这一规定是否符合民事诉讼的基本法理与民事撤诉制度的内在逻辑, 能否有效解决二

③ 有学者对“法学通说”提出了独到的见解, 参见黄卉《论法学通说》, 载《北大法律评论》2011年第2期。

④ 参见周强《关于撤诉的几个问题》, 载《人民司法》1986年第5期; 梁书文主编《民事诉讼法实施问题研究》, 人民法院出版社2000年版, 第290页; 肖建华主编《民事诉讼法学》, 厦门大学出版社2011年版, 第360页; 严仁群《二审和解后的法理逻辑: 评第一批指导案之“吴梅案”》, 载《中国法学》2012年第4期; 王亚新《二审中申请撤诉的处理》, 载《中国审判》2013年第2期。

⑤ 该规定为“在第二审程序中, 原审原告申请撤回起诉, 经其他当事人同意, 且不损害国家利益、社会公共利益、他人合法权益的, 人民法院可以准许。准许撤诉的, 应当一并裁定撤销一审裁判。原审原告在第二审程序中撤回起诉后重复起诉的, 人民法院不予受理。”

⑥ 学者对此有客观的评价, 参见潘剑锋《论建构民事程序权利救济机制的基本原则》, 载《中国法学》2015年第2期。

审中撤诉的现实问题,尚待时间的检验。鉴此,本文拟在整理既有研究成果的基础上,^⑦结合实务中的典型案例,以应否允许原告在二审中撤回起诉、撤回起诉后是否应当允许其再起诉这两个极具争议性的问题为中心展开探讨。就问题意识而言,乃是源于对适用《民诉法解释》第338条可能产生的实践难题的思考与回应;就研究方法而言,将主要运用法解释论的方法,具体分析民诉法第13条、124条、145条、174条,《民诉法解释》247条、338条等法条之间的内在关联,并试图以此为切入点揭示一审与二审程序之间的相互关系;同时结合我国司法实践中的案例进行经验分析;当然也不可避免会运用到比较分析的方法,正所谓“从世界看中国”。^⑧笔者认为,构建二审程序中的撤诉制度,需要综合考虑原告与被告的平等保护、诉权行使的自由与限制、二审与一审的关系、诉权保障与诉讼效率、重复诉讼的识别等理论与制度问题,只有将这些因素全盘思考,才可能统筹兼顾,设计出良善的程序制度。

二、关于原告在二审中能否撤回起诉的争议

撤诉又称为诉的撤回,是指原告在起诉后,就诉讼的全部或者部分向法院表示不再请求为裁判的意思表示。从广义上来说,撤诉包括撤回起诉、撤回上诉、撤回本诉、撤回反诉及撤回第三人之诉等。狭义的撤诉仅指撤回起诉,即诉讼系属之后,原告向法院撤回诉讼以终结诉讼程序的行为。诉讼系属是大陆法系民事诉讼中非常重要的概念,指特定诉讼上的请求处于法院审理的状态。诉讼系属的始算点以“诉讼送达说”为通说,^⑨该说认为起诉状送达被告后,被告才知晓对他提起的诉讼,原告、被告与法院三方的诉讼架构始搭成,案件才真正进入到法院审理的状态。诉讼一旦系属,意味着国家裁判权和被告被纳入到由原告启动的诉讼程序中,后续的诉讼流程由三方共同完成。自然而然,诉讼的进行不应该是原告单方面就可以决定的事了。因为,裁判权的启动意味着国家权力介入到市民社会,裁判权的运行也必然带有国家政策性的考量因素。另一方面,被拉进诉讼的被告必然会耗费一定的诉讼成本。换言之,诉讼系属中,诉讼绝非原告单方的“私事”,因此诉讼系属中原告单方面撤诉而导致诉讼终结就意味着对这些

⑦ 除前引文献外,代表性的研究成果还有张晋红《论撤诉的后果与对撤诉的控制》,载《法律科学》1996年第5期;熊跃敏《中日民事诉讼撤诉制度比较研究》,载《沈阳师范学院学报》(社会科学版)1999年第3期;王福华《正当化撤诉》,载《法律科学》2006年第2期;郭毅《民事诉讼原告能够在二审中撤回起诉吗——一个“陌生”话题引发的理念之争》,载《山东审判》2006年第3期;刘晓军《原审原告能否在二审撤回起诉》,载《人民法院报》2006年3月28日;朱福勇《析二审过程中撤回起诉程序的处理》,载《人民司法》2010年第4期;彭志新《原审原告有权在二审中撤回起诉》,载《人民法院报》2011年9月1日;李潇潇《民事一审撤诉的类型化研究》,载《华东政法大学学报》2015年第4期;吴克坤《原审原告在二审中可撤诉》,载《人民法院报》2016年8月25日。

⑧ 此外借用周有光先生的观点与表述,“要从世界看国家,不要从国家看世界”。参见周有光《从世界看中国》,生活·读书·新知三联书店2015年版,插页。

⑨ 关于诉讼系属的起算点主要有三种代表性的观点“诉状提出说”,以原告提出诉状为诉讼系属起点“受理说”,以法院受理为诉讼系属起点“诉状送达说”,以诉状送达到被告为诉讼系属的起算点。参见张卫平《重复诉讼规制研究:兼论“一事不再理”》,载《中国法学》2015年第2期。

因素的无视。鉴于此,各国对撤诉都有一定的限制,原告申请撤诉并不必然发生诉讼终结的法律效果,法院要对原告的撤诉申请予以审查。我国民事诉讼法中并未采用诉讼系属的概念,常以“诉讼中”来代替。大陆法系诉讼系属阶段对应到我国,就是案件的一审阶段和二审阶段,再审阶段因为之前的生效判决而终结诉讼系属。^⑩相应的,在案件一审系属和二审系属中,原则上当事人享有撤诉的权利,但也应当受到合理的限制,审判权对诉权形成有效制约,防止权利滥用。

基于意思自治原则,当事人可自由处分其权益;民诉法也赋予当事人处分权,即允许当事人在法律规定的范围内处分自己的民事权利与诉讼权利。起诉是当事人行使诉权,维护自身权益的一种方式,撤诉同样也是当事人行使诉权(撤诉权)、消灭诉讼的一种选择。正是基于尊重当事人意思自治与处分权的考量,民诉法在第145条明确规定,案件宣判前原告有权申请撤回起诉。然而,由于民诉法第145条是在第一审普通程序中作出的规定,而其能否直接适用于第二审程序,即在第二审程序中原告能否撤回起诉,却向来存有争议,主要有肯定说与否定说两种观点。

肯定说提出的主要理由在于:首先,允许原告在二审中撤诉具有法理依据。持这种观点的认为,允许二审中撤诉是遵循当事人意思自治与诉讼程序主体性原则的应有之义,诉讼程序的启动、撤销均属当事人自由处分的范畴,法律不得禁止。而如果禁止原告撤诉,无异于将当事人强行卷入诉讼的战争之中,不允许当事人放弃为权益的争斗而选择和平。因此,无论是在一审、二审中原告均可撤诉。^⑪

其次,允许原告在二审中撤诉具有法律依据。民诉法第13条明确规定了当事人的处分权;第174条则规定了法院审理上诉案件可适用第一审普通程序,因此第一审普通程序中宣判前原告可撤诉的规定在第二审程序中可以适用。^⑫

再次,允许原告在二审中撤诉符合我国民事司法实践的现实需要,能有效解决司法实务中的难题。^⑬从案例1的情形来看,如果在二审中不允许一审原告(张某)撤回起诉,只允许上诉人(李某)撤回上诉,则依据我国民事诉讼法的规定与基本的诉讼法理,撤回上诉意味着第一审的判决发生法律效力,即第一审的离婚判决生效,当事人之间的婚姻关系就解除了。这是直接违背当事人意志的,无异于法院强制当事人离婚!^⑭

最后,允许原告在二审中撤回起诉有比较法上的经验可资借鉴。如德国、日本及我国台湾地区的“民事诉讼法”均规定,在判决确定之前原告均可撤诉,无论是在一审、还是二审之中。

^⑩ 在大陆法系国家,诉讼系属一般终于判决确定。我国民事诉讼法没有使用确定判决的概念,大陆法系的确定判决大致相当于我国的“发生法律效力判决”。

^⑪ 参见占善刚《关于撤诉的几个问题》,载《法学评论》2003年第4期。

^⑫ 参见彭志新《原审原告有权在二审中撤回起诉》,载《人民法院报》2011年9月1日;吴克坤《原审原告在二审中可撤诉》,载《人民法院报》2016年8月25日。

^⑬ 前引④,王亚新文。

^⑭ 参见曾献文《不准原告撤诉:强迫离婚?合法保护?》,载《检察日报》2004年10月20日。

否定说的理据在于:第一,允许原告在二审中撤回起诉的法理依据不充分。依据一般的诉讼法理,起诉是原告申请法院裁判的行为,当一审判决作出以后,起诉的目的即已实现,原告就已经“无诉可撤了”,此时原告撤回起诉的权利也就相应地终止了。因此原告申诉撤回起诉的权利只能在一审判决宣告或者确定前行使,也只存在于一审程序之中。而上诉审程序是因行使上诉权而启动的,行使上诉权的既可能是一审原告,也可能是一审被告或者判决承担民事责任的第三人。即使是因一审原告提起上诉而开启二审程序,一审原告作为上诉人也只能是撤回上诉。因为二审程序中只有上诉权而无起诉权的存在空间,因此不能撤回起诉。如果二审不是由一审原告上诉引起的,可以说二审程序的启动与一审原告没有直接关系,更不应该允许原告申请撤回起诉,否则依附于一审程序的二审程序就没有存在的可能了。^⑮

第二,允许原告在二审中撤回起诉缺乏法律依据。从民诉法第145条与第173条的表述来看,是将“撤诉”与“撤回上诉”作了严格区分的。^⑯在第二审程序中,立法只规定了“撤回上诉”,并没有直接规定撤回起诉。因此,在二审中允许撤回起诉没有明确的法律依据。况且,民诉法第13条规定的处分权也有“法律规定的范围内”的明确限制,这就表示当事人行使处分权不可“任性”,而是必须以法律为依据。既然民诉法只规定可撤回上诉,而没有规定二审中可撤回起诉,也就是表示不允许撤回起诉。民诉法是当事人的行为规范与法院的裁判规程,因此在法律没有明确规定二审中原审原告可撤回起诉的情况下并不能想当然地认为可以撤回起诉。从实务来看,最高人民法院也曾明确表达过不允许当事人在二审中撤回起诉的观点:

民诉法第145条规定,宣判前,原告申请撤诉的,是否准许,由人民法院裁定。该条规定的“宣判”,应当理解为法院就当事人之间诉争的实体性事项作出的裁判。也就是说,当事人向法院申请撤回起诉,应当在一审法院就当事人之间的实体性争议事项宣判前提出。在一审宣判后,当事人之间诉争的事项由于已经法院开庭审理并作出判决,具有国家公权力解决矛盾纠纷的性质,即使该判决因当事人提起上诉尚未发生法律效力,当事人也不得再行申请撤回起诉。^⑰

当然,极有意思的是,最高人民法院在上述裁定书中既明确表达了不许原告在二审中撤回起诉的观点,却又另辟蹊径,以该案诉的构成要件尚不具备,处于第二审中管辖异议的审查期间为由,认为原告申请撤回起诉符合法律规定,从而作出允许撤回起诉的裁定。^⑱

^⑮ 参见毕玉谦主编《民事诉讼判例实务问题研究——程序公正的理性思考》,中国法制出版社1999年版,第356页。

^⑯ 有关撤诉的问题,民诉法及司法解释使用了“撤诉”、“撤回上诉”、“撤回起诉”三种表述。具体而言,仅在民诉法第173条、《司法解释》第320条、第337条使用“撤回上诉”,且都是针对第二审程序作出的规范;在《民诉法解释》第338条、410条使用“撤回起诉”;其余均使用“撤诉”的表述。

^⑰ 参见最高人民法院(2013)民二终字第21号民事裁定书。

^⑱ 参见林剑锋《设定与限制:论民事上诉审中的撤诉》,载《中外法学》2015年第3期。

应该指出的是,二审法院对于本案诉讼要件是否具备,当然具有审查的职权。^{①⑨}因此对于不具备诉讼要件的,有权直接裁定允许原告撤回起诉。因此,这一裁定的结论是值得肯定的,但该裁定中适用的法律依据是民事诉讼法第145条第1款、第154条、第171条。然而无论如何,从上述法律条文中找不到准许原告在二审中撤回起诉的直接、明确的法律依据。

第三,从利益衡量的角度考量,允许原告在第二审程序中撤回起诉,可能侵害被告的程序利益,也可能有违实体正义。因为如果上诉程序是由一审被告上诉启动的,此时允许一审原告在二审程序中撤回起诉,则对被告而言,不仅支出的一审、二审的诉讼成本将“付之东流”,而且还有被再次起诉的风险,对双方权益的保护明显失衡,有悖当事人平等的原则。且在二审程序中,一审法院已经对当事人的实体争议作出了裁判,如允许当事人撤回起诉,不仅造成法院的人力、物力损失,也会对判决的严肃性和稳定性造成影响。^{②⑩}

公允而论,上述观点各有合理之处,但也存在明显的不足。首先,从学理上说,诉权是当事人的基本权利,具有人权的属性。^{②⑪}诉权的行使既可以积极方式为之,如起诉、应诉,又可以消极方式行使,如撤诉、放弃上诉等,只要无损于其他合法权益,法院就不应过多干预。^{②⑫}撤诉是当事人行使诉权的重要方式,撤诉权是诉权的重要内容,是一项完整的权利,既可存在于一审程序,又可存在于二审程序之中,只是其表现方式不同而已。因此,认为原告在二审中不存在撤回起诉权是站不住脚的。其次,必须坦承,现行民事诉讼法对二审程序中原告能否撤回起诉确实是缺乏明确的规定,这是立法所不应有的“漏洞”。也正是由于立法不明确,有关这一问题的探讨自20世纪80年代以来,一直延续至今。因此,试图通过法律解释的方法,即通过适用民事诉讼法第174条之原则性规定来适用145条的具体规范,^{②⑬}由此直接得出现行法允许原告在二审中撤回起诉的结论,尽管可以满足司法实践的需要,但恐怕还需要做更充分的论证与说明,否则难以令人信服,也与前述最高人民法院的裁判观点相抵触。^{②⑭}如前所述,民法严格区分了“撤诉”与“撤回上诉”的概念,不能将二者相互混淆,更不可以等同视之;民事诉讼法第173明确规定了“上诉人”可申请撤回上诉,即将撤回上诉的主体限定于上诉人,将申请的时间限定为

^{①⑨} 关于法院民事审判权的具体内容,参见张卫平《民事诉讼法》(第4版),法律出版社2016年,第79-93页。

^{②⑩} 参见朱福勇《析二审过程中撤回起诉程序的处理》,载《人民司法》2010年第4期;邱青霞《浅谈原原告在二审中能否撤回起诉》,载《人民法院报》2013年10月21日。

^{②⑪} 吴英姿《论诉权的人权属性——以历史演进为视角》,载《中国社会科学》2015年第6期。

^{②⑫} 张卫平教授指出,“国家利益、社会公共利益或者他人合法权益”正是职权干预的根据所在。从照顾国家利益、社会公共利益和他人合法权益来看,法院的职权干预似乎是言之成理的,但实际上却缺乏合理性。参见前引^{①⑨}张卫平书。

^{②⑬} 《民事诉讼法》第174条规定“第二审人民法院审理上诉案件,除依照本章规定外,适用第一审普通程序。”第145条规定“宣判前,原告申请撤诉的,是否准许,由人民法院裁定。”

^{②⑭} 林剑锋博士通过对中国裁判文书网上案例的分析,指出实务界的主流观点也倾向于将二审中的撤诉理解为“撤回上诉”。参见前引^{②⑩}林剑锋文。

“第二审人民法院判决宣告前”其文意是清晰的、明了的。依据现行法的明确规定,上诉人即便是一审的原告,也只能申诉撤回上诉。所以,肯定说认为允许原告在二审中撤回起诉具有立法依据,显得理据不足,牵强附会。最后,否定说所提出的论据之一是允许原告在二审中撤回起诉有侵害被告权益、浪费司法资源等诸多弊端。应该说,如果任由原告在二审中撤回起诉,确实会产生上述弊害。但这不足以成为限制原告在二审中撤回起诉的充分理由,而且这些弊害是可以通过对撤回起诉的适当限制来加以有效克服与化解的。允许原告在二审中撤回起诉与对撤回起诉进行必要的限制是一体两面、相依相存的,正如任何权利的行使都有必要的限度一样。

笔者原则上赞成肯定说,并试图在已有研究成果的基础上,作如下进一步的强调、阐述与论证:第一,基于程序主体性原则,当事人享有处分权。当事人是程序的主体而非客体,这是现代民事诉讼所公认的基本原理。^⑤因此,当事人是将其私权争议提请法院裁判,还是选择其他方式处理,其提出何种诉讼请求,均取决于当事人的意志。换句话说,民事诉讼程序开启、终结的决定权、主导权应归属于当事人,这是程序主体性原则的应有之义。否则,当事人便不能主宰自己的生活。因此,原告起诉或者撤回起诉,诉请的范围等均由其自我决定,也由其自行承担责任的。撤回起诉作为行使处分权的重要方式,理应贯穿于民事诉讼程序的始终,在诉讼程序启动之后,只要在判决确定之前,原则上原告均可以申请撤诉,要求法院终结诉讼程序。在实践中,原告基于各种考虑,不愿再通过诉讼来解决纠纷而申请撤诉时,只要在法律所允许的范围之内,无论是在一审还是二审中,法院均应允许。事实上,从实践来看,当原告所提供的证据不足以证明其主张,即遇到“事实真伪不明”时,原告往往有撤诉的意愿,法院也可能动员原告撤诉。在本文所举的例1中,当事人在二审中达成了和解,同意暂不离婚而维持婚姻关系,在这种情况下,申请撤诉,完全符合我国对离婚诉讼调解前置的立法价值取向,以及“宁拆十座庙,不拆一对婚”的民情与传统,理应得到法院的许可。相反,如果原告只有起诉的自由,而无撤诉的权利,则处分权就成了不完整的权利,自我决定也是“有始无终”了。

第二,基于确保司法与法官中立性、公正性的考虑。司法的中立性、公正性是程序正当的基本要素,是实现实体公正的必要条件,是裁判的生命力之所在。不论原告基于何种考虑,在二审中申请撤回起诉,是想放弃一审裁判的结果,从而结束诉讼。在原告不想再继续诉讼的情况下,无论其是想利用诉讼程序以外的途径,还是想暂时搁置争议以待时机,法官都应保持中立,无需作过多的干涉。否则,就会有强迫当事人继续诉讼的嫌疑,违背了司法的被动、中立与公正的要求。

第三,允许原告在二审中撤回起诉是有条件的。权利的本质在于自由与利益,但权利的行使不可“任性”,而是有界限的。允许原告在二审中撤回起诉,首先需要平衡好原告与被告之间的程序利益。应该承认,当事人是自我利益的最佳判断者,因此是否起诉,如何起诉,是否撤诉,理性的当事人是经过了精心“计算”与周密思考的,无需法院来

^⑤ 参见江伟主编《中国民事诉讼法专论》,中国政法大学出版社1998年版,第3页。

替其操心。上诉人之所以上诉,是基于对一审裁判所确认权益的不满,如果一审程序的启动者即原告在二审时不仅要放弃一审确认的权益,而且想放弃整个诉讼程序,而被告又表示同意。则可以认为,双方当事人对终结诉讼程序达成了合意,原告撤诉并不会损害被告的权益。因为如果被告认为原告撤回起诉有损其权益,完全可以表示反对意见。由此可见,允许原告在二审中撤回起诉会产生“帕累托最优”,是应该得到允许的。

另一方面,任何诉讼均需要耗费国家的司法资源,具有不可否认的公益性与社会性。^{②6}换言之,诉讼程序的运行有“外部效应”。因此,诉讼程序的启动与终结,法院有适当审查的必要。我国的二审程序是终审程序,既是对当事人权益再次进行救济的程序,又是对一审进行审级监督、依法纠错的程序。因此,即使当事人合意撤诉,法院也有适度审查的必要,不允许在法官眼皮底下发生错误。^{②7}当然,何谓“适度”审查,虽然难以一般地、抽象地定义与描述,但在具体的审判实践中还是相对清楚与明晰的。如果发现一审判决确有错误,或者当事人之间恶意串通损害国家利益、社会公共利益与他人合法权益的,就不应准许撤诉。因此,既赋予原告在二审中撤回起诉的申请权,又由法院依法进行必要的审查,是尊重当事人处分权与法院适度审查的结合,有利于第二审法院依法行使审判监督职权,不会损害法院的权威,无损于“裁判利益”。

第四,允许原告在二审中撤回起诉有域外的镜鉴。简单地说,允许原告在二审程序中撤诉具有一定的普适性,是众多国家(地区)的共同选择。正如有学者指出的,“从比较法的角度看,即使到了二审阶段,允许当事人撤回起诉也是一种相对普遍的制度安排。”^{②8}如德国立法上并没有对撤诉所适用的案件范围作出限制,原告可就任何案件之一部分或全部撤回起诉。在准许撤诉的期限上,根据德国《民事诉讼法》第269条第3款的规定,只要在判决尚未确定之前,都可以撤回起诉。这种制度安排意味着在判决发生既判力之前,在第二审或第三审程序中原告均可撤回起诉,甚至在被告已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的意愿。在日本,根据新《民事诉讼法》第261条的规定,只要在判决尚未确定之前,在一审及上诉审中均可以实施撤销诉讼。我国台湾地区“民事诉讼法”也规定,原告在起诉后,判决确定前,无论是在一审、二审还是三审中,均可撤回起诉。

三、原告在二审中撤回起诉后再行起诉的容许性分析

依据《民诉法解释》第338条第2款的规定,原审原告在二审程序中撤回起诉后重

^{②6} 参见王杏飞《论释明的具体化:兼评〈买卖合同解释〉第27条》,载《中国法学》2014年第3期。

^{②7} 如在审理民间借贷纠纷案件中,法官发现存在“出借人起诉所依据的事实与理由明显不符合常理”、“当事人双方对借贷事实的发生没有任何争议或者诉辩明显不符合常理”等情形时,应综合审查是否属于虚假民间借贷诉讼,对虚假民间借贷纠纷,原告申请撤诉的,法院不予准许。参见《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》(法释〔2015〕18号)第19条、20条。

^{②8} 前引④,王亚新文。

复起诉的,法院不予受理。原审原告在二审程序中撤回起诉后再行起诉是否属于重复诉讼,是否应该一概禁止,以下对此展开分析。

禁止重复诉讼是民事诉讼法上不言自明的基本法理。我国民法对何谓重复诉讼并没有明确的规范,《民诉法解释》第247条首次将重复诉讼作为规制对象,并确立了判断重复诉讼的标准,有效弥补了民诉立法禁止重复诉讼规则的缺失。但目前对重复诉讼的认识并不完全一致。如《人民法院报》特约法治评论员师安宁将我国民法中的重复诉讼分为两类,一是基于法院已经作出过实体裁判结论的重复诉讼;二是基于法院已经进行过实体审理程序但尚无生效裁判结论的重复诉讼。第二种情形即指原审原告在第二审中撤回起诉后重复起诉的情形。此类重复诉讼的特点是法院虽然审理过前诉,但基于程序性规则,该审理结论虽未发生法律效力,但又不允许当事人再次行使诉权的情形。最为典型的是在第二审程序中,原审原告申请撤回起诉,经其他当事人同意,且不损害国家利益、社会公共利益、他人合法权益的,法院可以准许。准许撤诉的,应当一并裁定撤销一审裁判。原审原告再次涉诉的,系重复诉讼。^{②9}

作为最高人民法院机关报的《人民法院报》上推出的“民法重点实务问题解析”的系列文章,尽管不能代表最高人民法院的观点,但至少可以反映某种倾向,或者具有一定的代表性。笔者认为,上述对于重复起诉的分类,逻辑上并不周延,也无法有效解决实务中的问题。首先,第二种情形包含的类型并不限于二审程序中撤回起诉后重复起诉的情形。其次,进入诉讼系属的案件,无论是否经过实体审理,都可能构成重复起诉。最后,如果依据这一理解来适用《民诉法解释》第338条第2款的规则,则会得出本文开头引例1中禁止原告再行起诉离婚的错误结论。

张卫平教授曾深刻地指出,重复诉讼被作为一种诉讼病理现象来对待。相应的诉讼规制应当对此予以防止和禁止。禁止重复诉讼的主要根据在于:违背诉讼经济原则或价值追求。诉讼应当尽可能地低成本运行,权利的维护或救济应当符合诉讼经济原则。这也是人们在民事诉讼中所追求的价值之一。同一案件重复诉讼必然导致诉讼的不经济,造成国家司法资源浪费,加重当事人诉讼经济负担;重复诉讼有可能造成后诉与前诉的矛盾裁判,由此损害司法裁判的权威;重复诉讼加重被告的讼累。既然原告已经在前诉中行使了诉权启动了诉讼程序,被告也就必须应诉,参与诉讼。对同一案件原告再次提起诉讼,无疑加重被告的应诉负担,是不正义的。张卫平教授将重复诉讼分为两种类型,即存在生效裁判的前诉与后诉,基于既判力的效力禁止后诉;前诉于诉讼系属中,基于诉讼系属的效力规则禁止后诉。^{③0}这一观点在我国《民诉法解释》第274条的禁止重复诉讼规则得到了具体而鲜明的体现。

而《民诉法解释》第338条所指称的情形,前诉尽管作出了裁判,但该裁判尚未生

^{②9} 参见师安宁《民法重点实务问题解析》(八),载《人民法院报》2015年12月7日,考虑到《人民法院报》的官方色彩,上述观点至少应该具有一定的代表性。

^{③0} 参见张卫平《重复诉讼规制研究:兼论“一事不再理”》,载《中国法学》2015年第2期。

效,而且由于第二审中原告的撤回起诉(实务中称为一撤到底)而被裁定撤销,因此不存在发生既判力的可能;原告撤回起诉之后,诉讼系属已终结,因此也不属存在于诉讼系属之中。所以,难以将《民诉法解释》第338条的重复诉讼归入上述两种类型。换句话说,《民诉法解释》第338条所指的“重复起诉”与第247条所称的“重复起诉”存在差异,有其自身的特殊性。

应该承认,禁止二审中撤回起诉的原告再起诉有多方面的理据:首先是基于诉讼效率原则的考虑。^①第一审程序中原告撤回起诉后可以再行起诉,^②而在第二审程序中,由于第一审法院已经进行实体审理并且作出了裁判,若允许当事人自由撤诉而使该判决无效,相当于使此前所有程序的结果归于零,无疑是对司法资源的极大浪费,有悖于诉讼效益原则。故在尊重当事人撤诉自由的前提下,应对其撤诉后的起诉权作出必要的限制,原审原告在二审中撤回起诉后重复起诉的,不予受理。^③应该说,无论是原告、被告,还是法院,在一审中均付出了相当多的人力、物力与财力资源,而其最终的结果就是一审的裁判——从程序与实体上对当事人之间的纠纷作出了权威性的判断。原告作为诉讼程序的发动者,无论是否愿意接受,均应该尊重这一裁判的结果。在进入第二审程序后,如果任由其撤回起诉,从而撤销一审的裁判结果,则意味着一审投入的诉讼成本所产生的全部“收益”荡然无存。如果又任由原告再行起诉,相当于一切又回到了起诉前。这不仅是对司法资源的极大浪费,同时也可能纵容了原告轻率、随意、不负责任的诉讼行为。司法的大门应该向国民敞开,但法院不是菜园,任其自由出入。特别是在当前我国“案多人少”矛盾相当突出的情况下,更应该将有限且宝贵的司法资源投入到有效率的领域。^④

其次,诉权耗尽理论。争讼完结后,原告的诉权即归于消灭。此后,原告不得就同一争议事项再次起诉,法官也不得再次赋予其以同一种诉(*actio*)或诉讼程式(*formula*)——此即“一案不二讼”之法律效果。以争讼完结为标准的“一案不二讼”效力,阻止了同一种诉或诉讼程式的重复赋予,从而对原告的再次起诉形成障碍。^⑤需要注意的是,“一案不二讼”并不能当然消灭被告的诉权。这就表示败诉的被告可以针对原告再次起诉,重新发动“讼战”,重复起诉无法避免,由此才有“既决案件”,即“一事不再理”原则存在的必要。在我国两审终审的制度框架下,原告在起诉并获得一审裁判结果之后,无论是全胜或者部分胜诉,抑或败诉,如果接受这一裁判结果,则原告行使诉权的目的即已实现——诉权即行消灭;如果不愿意接受这一裁判结果,则可以继续行使诉

^① 沈德咏主编《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用》(下),人民法院出版社2015年版,第895页。

^② 参见《民诉法解释》第214条。

^③ 即使是奉“自由主义”为主臬的美国,其《美国联邦诉讼规则》第41条对原告撤诉后再起诉也进行了必要的限制。参见[美]理查德·D.弗里尔《美国民事诉讼法》,张利民等译,商务印书馆2013年版,第403页。

^④ 参见何帆《法官多少人才够用》,载《人民法院报》2013年6月7日;姜峰《法院“案多人少”与国家治道变革——转型时期中国的政治与司法忧思》,载《政法论坛》2015年第2期;蒋惠玲《中国法官的压力管理策略》,载《人民法院报》2015年11月18日。

^⑤ 参见黄右昌《罗马法与现代化》,北京大学出版社2008年版,第293页。

权——上诉开启第二审程序。也就是说,只有在具备上诉利益的前提下,当事人才可以上诉,也才有继续审理与裁判的必要。^{③⑥}但现行民诉法对上诉利益缺乏明确的规定,似乎只要当事人“不服”、“不满”就可以启动第二审程序。这与我们对上诉权性质的理解存在非常密切的关系。“上诉权系公民民主权利在诉讼中的表现,是当事人依法享有的一项重要诉讼权利。法律赋予当事人上诉权的目的在于使第一审人民法院的错误判决、裁定能及时有效地得到纠正,保证当事人的合法权益不因原审的错误裁判而丧失。”^{③⑦}正是基于这样的认识,保障上诉权才是至关重要的。但自相矛盾的是,现行立法又规定对没有提出新的事实、证据或者理由,以及合议庭认为不需要开庭的,可以不开庭审理,^{③⑧}上诉程序的启动过于自由,上诉程序的运行显得过于随意,由此可能导致缺乏实体利益保护的“程序空转”,极大地浪费了有限的司法资源。^{③⑨}因此,以诉的利益理论来重构上诉制度,适当地限制上诉权确有必要。^{④①}在第二审程序中,原告要求撤回原来的起诉,则不仅表示其放弃上诉,也意味着其放弃一审裁判的结果,相当于放弃了行使诉权(起诉权与上诉权),对于原告已经放弃的诉权自然没有再次保护的必要,因为已经给予了原告充分的程序保障,因此原则上应禁止其再次起诉。

最后,在第二审中原告申请撤回起诉,被告基于对原告的信赖,基于平衡自身实体权益与程序利益的考虑,才可能同意原告的撤诉,从而终结诉讼程序。被告基于对原告不再行起诉的信赖,而作出同意原告撤回起诉的意思表示,这种程序上的信赖利益需要司法加以确认与保护。这一点在案例2中表现得特别突出。一审已查明被告付清了全部款项,驳回了原告的诉讼请求。在二审中原告申请撤回起诉时,如果被告能预计到有可能被再次起诉,在一审判决结果有利于己的情形下,怎么可能同意原告撤回起诉呢?或许《民诉法解释》第338条正是基于这一考虑,从而作出了禁止原告重复起诉的规定。一方面是贯彻落实民诉法上诚实信用原则的要求,不允许原告出尔反尔、反复无常——起诉、撤诉、再起诉;另一方面,又有效、合理地保护了被告对原告、对司法程序的信赖利益,值得肯定。但不无疑问的是,原告申请撤回起诉需要征得被告的同意,是否可以理解为是当事人合意撤回起诉,放弃一审裁判的结果呢?如果撤回起诉是当事人合意的

③⑥ 参见杨建华《民事诉讼法要论》,北京大学出版社2013年版,第373页。

③⑦ 全国人大常委会法制工作委员会民法室编著《中华人民共和国民事诉讼法理解与适用》,人民法院出版社2012年版,第275页。

③⑧ 参见《民事诉讼法》第169条、《民诉法解释》第333条。

③⑨ 从实践来看,民事案件的上诉率有上升的趋势,但二审的改判率却逐年下降。参见娄必县、张仁虎《司法公信力的检讨与重塑》,载《法律适用》2013年第1期;李杰《博弈下的合作——民事二审发回重审与改判的实证研究》,载《法律适用》2013年第11期。

④① 在西方国家,从一种非常一般的意义上讲,上诉权并没有被尊崇为正当程序的重要组成部分。参见[美]米尔伊安·R.达玛什卡《司法和国家权力的多种面孔》,郑戈译,中国政法大学出版社2015年版,第79页。在民事诉讼中,无理由的上诉可能受到法院制裁并承担赔偿责任,参见石菲《两大法系关于滥诉的界定》,载<http://www.chinacourt.org/article/detail/2016/04/id/1846392.shtml>,最后访问时间:2017年4月26日;对刑事诉讼中的上诉权也存在限制,参见刘静坤《英国刑事程序对上诉的限制及其启示意义》,载《人民法院报》2015年1月30日。

结果,^⑪为何又单方面禁止原告起诉,而不禁止被告的起诉呢?事实上,正是基于允许原告在第二审中撤回起诉可能会损害对方当事人权益的考虑,《民诉法解释》第338条才要求原告撤回起诉必须征得其他当事人的同意。如果被告既想维护一审裁判所获得的收益,又不主动提起上诉,而只是想搭原告的“便车”,则这样的投机行为也不值得给予过多的保护。可以说,司法解释的这一规定,事实上隐含着这样一种预设:被告可能不知道原告撤回起诉会损害其权益才同意(原告申请撤回起诉)。司法解释对被告给予了“强制的爱”,一种“保姆式”司法观跃然纸上。^⑫

然而,无论是从诉讼效率、诉权耗尽原理出发,还是基于保护被告的信赖利益的角度来限制原告的再次起诉,均存在一个无法回避的重要问题,即上述价值的保护是否要以禁止原告再行起诉为必要代价,《民诉法解释》的相关规定是否违反了比例原则?^⑬

对于案例2中所列情形,原告提起的是金钱给付之诉,一审查明被告已付清全部款项,从而驳回原告的诉请。原告在上诉期间又申请撤回对本案的起诉及上诉。原告撤回起诉与上诉,均是在法律许可的范围内处分自己的权利,法院无需干预,因此允许撤回起诉。禁止其重复起诉,是原告行使处分权所产生的法律后果与必要代价。从比较法的角度来看,似乎也具有相当的普遍性。如日本《民事诉讼法》第262条第2款规定:“一旦对本案做出过终局判决,撤诉后则不允许提起同一诉讼。”传统的主流观点认为,既然法院做出了判决,而原告撤诉将使法院的努力付之东流,那么就不允许当事人就同一纠纷获得再次的救济。兼子一、三月章、新堂幸司等教授均持此观点,这种观点倾向于从国家制裁的角度解释“禁止再诉”。也有观点从原告滥用诉权的角度来解释“禁止再诉”。还有观点基于双方当事人公平、失权效等立场解释“禁止再诉”。^⑭我国台湾地区“民事诉讼法”规定原告在起诉后,判决确定前,无论是在一审、二审还是三审中,均可撤回起诉。原告撤回起诉后,视为未起诉,本得再行起诉,并无一事不再理之问题。如已为终局判决者,如许原告再行起诉,不仅有违诉讼经济原则,对被告多次应诉之烦,也不公平,因此限制其重复提起同一之诉(第263条第2项)。^⑮与此不同,根据德国《民事诉讼法》第269条第1款之规定,被告就本案开始了言词辩论的,原告撤回起诉则需要

^⑪ 在实践中可能存在的情形是,当事人在第二审程序中达成了诉讼外和解,从而撤回上诉、起诉。最为典型的是最高人民法院指导性案例第2号即“吴梅诉四川省梅山西城纸业有限责任公司买卖合同纠纷案”。该案确立的裁判规则“民事案件二审期间,双方当事人达成和解协议,人民法院准许撤回上诉的,该和解协议未经人民法院依法制作调解书,属于诉讼外达成的协议。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。”该裁判规则解决了当事人不履行诉讼外和解协议时可执行一审判决;但遗留的问题是,二审中只撤回了上诉,但一审裁判并没有撤销,如果和解协议得以履行,一审的裁判效力如何?在某种意义上说,《民诉法解释》第338条是对指导性案例第2号裁判规则的发展。

^⑫ 参见刘练军《论父爱主义司法》,载《东吴法学》2013年第1期;孙笑侠、郭春镇《法律父爱主义在中国的适用》,载《中国社会科学》2006年第1期。

^⑬ 潘剑锋《论建构民事程序权利救济机制的基本原则》,载《中国法学》2015年第2期。

^⑭ 参见[日]角森正雄《撤诉与再诉的禁止》,载《中野贞一郎先生古稀祝贺——判例民事诉讼法的理论》(下),有斐阁1995年版,第35页。

^⑮ 参见杨建华《民事诉讼法要论》,北京大学出版社2013年版,第231-232页。

征得被告的同意,在此之前,则无需征得被告的同意。在德国,撤诉后当事人权利争议终止,诉讼系属被溯及既往地消灭,已经作出但还没生效的判决不再发生法律效力。在原告撤诉后是否禁止再诉的问题上,德国民诉法原则上不禁止原告撤诉后再次提起诉讼,但是如果在原告未向被告偿付前诉的诉讼费用之前,被告可以拒绝应诉。^{④⑥}从上述比较法的考察可知,德国原则上不禁止原告撤诉后再次起诉,但被告有权要求原告支付前诉的诉讼费用;日本和我国台湾地区原则上禁止在有确定判决时原告撤诉后再次起诉。

那么,我国是否可以不区分案件的性质,一概禁止原告再行起诉呢?从常理上推断,原告在二审中撤回起诉,也许只是暂时搁置了争议,并没有从实体上、实质上最终解决纠纷。正如案例1中的情形,在第二审中双方当事人未完全和好,但均同意暂不离婚,愿意为重归于好再作努力,因此双方同意撤回起诉。可问题随之而来,依据《民诉法解释》第338条第2款的文义,禁止原告再次提起离婚诉讼,这样一来,如果双方关系恶化,原告就无法通过诉讼来解除婚姻关系。《婚姻法》确立的婚姻自由原则,对原告而言,异化成提起一次离婚诉讼的自由;对于被告而言,却是自由行使诉权。原告只能央求被告,“请你把我离了吧!”婚姻自由、法律面前人人平等的原则被消弥于无形!附带提及的是,现行法对不准离婚的案件,在“六个月”内禁止起诉的规定,似乎也有斟酌的余地。^{④⑦}因此,对于人身关系的诉讼(主要包括婚姻、收养、监护等),不应该禁止原告再行起诉。当然,允许原告再次起诉的同时,可以考虑要求原告补偿被告为第一次诉讼所支付的合理的、必要的费用,赋予被告相应的给付请求权。^{④⑧}在制度设置上,可以规定如果被告提出了该给付请求,则原告应先行给付,如果不支付该笔款项,则以诉不合法为由驳回原告的起诉。

因此,《民诉法解释》第338条第2款所称的禁止原审原告再行起诉,不能理解为一概禁止原告再行起诉,而是应该合理区分案件的性质而采取不同的处理规则。事实上,对财产案件与非财产案件不加区分,适用相同的诉讼程序与规则,是现行民诉法所存在的一个明显缺陷。^{④⑨}对于财产案件,由于其涉及的是财产权,当事人可自由处分,在原告撤回起诉后,应该禁止其重复诉讼。即使禁止再起诉,原告的民事实体权利并没有当然消灭,仍然可以通过诉讼之外的途径来加以解决。而对于人身关系的案件,由于可能涉

^{④⑥} 参见谢怀栻译《德意志联邦共和国民事诉讼法》,中国法制出版社2001年版,第64-65页。

^{④⑦} 如日本最高法院大法庭在2015年12月16日就首次裁定,日本民法中“禁止女性在离婚后六个月内再婚”的规定违反了日本宪法。

^{④⑧} 实践中也有这样的案例,参见江苏省徐州市中级人民法院(2008)徐民二终字第578号民事判决书。该案的裁判要旨指出,公民依法享有诉权,但因诉权的行使给他人造成直接经济损失的应承担赔偿责任。

^{④⑨} 学理上的探讨如范愉主张将家事程序(包括离婚、三费、继承、抚养权等案件)从普通民事诉讼程序中分离出来,建立独立的前置性调解程序,引进具有专门资质的社会人士担任家事调解员先行调解,最终实现家事审判非讼化。参见范愉《以多元化纠纷解决机制保障司法改革整体目标的实现》,载《人民法院报》2016年1月20日;陈爱武《论家事审判机构之专门化》,载《法律科学》2012年第1期。从实践来看,2016年最高人民法院在全国选择100个左右基层法院或者中级法院开展家事审判方式和工作机制改革试点。

及婚姻关系、伦理关系、情感关系、家庭关系,不能机械地适用财产案件的处理程序与规则。与财产案件相比,人身关系诉讼确有其特殊性。在财产性案件中,法官只需作出要件事实成立与否的判断,而在人身关系案件中,法官要对人身关系有无存续的必要进行审查。以离婚诉讼为例,其特殊性表现在:首先,离婚案件的审理对象是夫妻关系这一“连续体”,自登记结婚开始到一方起诉离婚,夫妻关系都可能会因为各种共同生活的事实而发生变化,在诉讼系属中仍然在发生着变化。这与财产案件中法官只须认定过去某一事实(如案例2中的款项给付)是否发生即可完成事实认定有重大区别。其次,准许离婚的实体标准为“夫妻感情确已破裂”,这一要件看似明确实则很难找到统一的适用标准。同样程度的家庭暴力在有的案件中会被认为是夫妻感情确已破裂的表现,有的案件中则不能作为认定夫妻感情破裂的依据,“不幸的家庭各有各的不幸”,法官很难做到“同案同判”。最后,离婚事由具有“单向性”,同样以家庭暴力为例,丈夫打妻子和妻子打丈夫应当视为不同的事由。如前诉中,丈夫以妻子对其施暴为由诉请离婚,法院判决不准离婚后,妻子复以家暴(丈夫打妻子)为由起诉离婚。此时,如果法院适用《民诉法解释》第247条第1款,当事人相同(只是前后诉原被告诉讼地位互换)、诉讼标的相同(婚姻关系)、诉讼请求相同(解除婚姻关系的请求),认定后诉与前诉系重复诉讼不予受理的话,显然不可取。

从比较法上观察,人身关系诉讼与财产关系诉讼适用不同的原则与规则也具有相当的普遍性。在大陆法系国家,身份诉讼又称“家事诉讼”或“人事诉讼”,主要包括涉及婚姻关系、亲子关系、收养关系的诉讼。通常认为,家事纠纷虽然表面上看属于私人之间的争议,但实质上关系国家和社会的利益,因为家庭是社会的基本构成要素,家庭关系的稳定是社会稳定的基础。为了维系家庭关系的稳定,国家需要适当干预。^{⑤0}家事诉讼或人事诉讼的诉讼标的涉及人身关系,诉讼的结果不仅影响诉讼当事人的权益,也有可能影响到社会秩序与国家利益。^{⑤1}正因为家事纠纷的特殊性,一些国家如日本制定了专门的“人事诉讼法”。与普通的民事诉讼不同,在人事诉讼中实行职权干预主义,限制当事人的处分权。在制度上实行调解前置、强调职权探知、限制诉的变更和反诉、裁判生效后禁止相关诉讼等。^{⑤2}在一些国家或地区,检察机关可以作为家事诉讼的当事人或诉讼参与人参加诉讼,以维护国家利益、社会利益和特定人的利益。^{⑤3}

我国法院在处理人身关系诉讼时,既要履行好居中裁判的审判职能,又要积极运用调解、心理咨询等多种方式,对婚姻关系等人身关系进行适度的修复与治疗,从而促进婚姻家庭关系的稳定与和谐。^{⑤4}如在案例1中,允许原告撤回起诉,实际上是为当事人

^{⑤0} 参见张乃根《西方法哲学史纲》,中国政法大学出版社1997年版,第302页。

^{⑤1} 参见陈计男《民事诉讼法论》,台湾三民书局1994年版,第412页。

^{⑤2} 参见[日]松本博之《人事诉讼法》,东京弘文堂2006年版,第16-17页。

^{⑤3} 参见张晓茹《家事裁判制度研究》,中国法制出版社2011年版,第130-136页;赵蕾《家事审判中的特殊规则》,载《河南财经政法大学学报》2016年第4期。

^{⑤4} 参见周斌《推进家事审判改革维护婚姻家庭关系稳定》,载《法制日报》2016年3月4日。

修复婚姻关系提供了契机。但若经过努力,婚姻确已“死亡”,感情无法挽回,此时再禁止原告起诉离婚,而将通过诉讼途径解除婚姻关系的权利仅仅赋予被告一方,则直接违背婚姻自由原则。回归到生活的常识,“强扭的瓜不甜”,在“感情破裂”的情况下,又禁止原告通过起诉来解除婚姻关系,原告可能会“铤而走险”,作出伤害被告的行为来迫使被告无法忍受而不得不主动起诉要求离婚。这会引发家庭暴力,酿成更大的悲剧。事实上,“民事转刑事”与民事纠纷解决机制不顺畅也是存在关联的。假如我们不体察到这种潜在的可能性,是极其危险的。此外,民诉法第124条第7项只限制原告再次起诉,而被告则不受6个月的期限限制的规定尽管具有相对合理性,但也并不是无可挑剔的。依第124条第7项的规定,判决不准离婚和调解和好的离婚案件,判决、调解维持收养关系的案件,没有新情况、新理由,原告在6个月内又起诉的,不予受理。此项实际上是采取了“二分肢说”作为离婚案件诉讼标的的识别标准,以离婚事由和离婚请求的同一为参照来识别重复诉讼。但是,机械套用“二分肢说”于人身关系案件中也有明显的缺陷。判决不准离婚后6个月内,丈夫再次打妻子算不算“新理由、新情况”?妻子在6个月内再次起诉离婚,法院应否受理?在适用《民诉法解释》第338条第2款时,如果再以民诉法第124条第7项作为识别重复诉讼的标准,难免造成类似案1中不合理的情况。在我国没有确立独立的家事案件审判程序的情况下,针对人身关系案件的特殊性,区别对待是极其必要的。

四、二审中撤回起诉的其他相关问题探讨

(一) 一审撤诉与二审中撤回起诉之比较

二审中撤回起诉是发生在一审作出裁判之后,其法律后果自然也应该不同于一审中的撤诉。根据《民诉法解释》第214条的规定,原告撤诉后以同一诉讼请求再次起诉的,法院应予受理。我国通说也认为,在一审中的撤诉,对当事人而言,是请求法院不再对案件进行审理;对法院来说,也不需要再对案件进行审理与裁判。当事人撤诉仅处分了自己的诉讼权利,并没有处分自己的实体权利,法院也没有对当事人之间的实体权利义务关系加以认定。因此,当事人在一审撤诉后可以再行起诉。^{⑤⑤}从实践来看,原告提起诉讼后想撤诉,也许是改变了想法,也许是觉得胜诉希望不大,也许是当事人之间解决了纠纷,达成了协议。不论是何种情形,均应该尊重当事人的意思自治与自由处分。如果不允许撤诉,或者要对撤诉的目的的合法性等进行实质性审查、或者规定苛严的撤诉后果,则可能侵害到当事人的处分权,也会产生不良的后果。^{⑤⑥}当然,对原告基于不正当的目的而在一审中撤诉,撤诉之后无正当理由又反复起诉,尽管现行法律与司法解释并

^{⑤⑤} 参见前引①⑨,张卫平书。

^{⑤⑥} 参见张卫平《我国处分原则重述》,载《现代法学》2003年第5期。

没有禁止其再行起诉,但依据诚信原则的要求,法院也可能对其作出不利的评价。^{⑤7}

而在二审中,由于法院已经对纠纷作出了实体裁判,换言之,已为当事人提供了一次完整的诉讼程序保障,这也是一审与二审中撤诉最大的区别之所在。可以认为,一审中撤回起诉仅涉及原告对自身权利的处分;而在二审中已存在一审的裁判,此时撤回起诉会对当事人的权利义务产生重大影响,因此撤回起诉要征得其他当事人的同意;二审中撤回起诉后舍弃了一审的裁判结果,如果再任由原告另行起诉,则会影响司法资源的合理分配与有效利用,因此二审中原审原告撤诉后,原则上禁止其重复起诉。否则,就可能引发当事人滥用起诉权,徒增讼累,浪费司法资源。在这方面,美国规则有其显著特点。依据《美国联邦民事诉讼规则》第41条的规定,原告可以单方面提交撤销诉讼通知,也可以签署撤诉约定来撤销诉讼,并且通常都不影响实体权利。但如果原告之前撤销过联邦或州法院的基于或包含相同请求的诉讼,撤诉通知作为实体裁决。有美国学者指出,限制原告可以在不影响实体权利情况下单方面自愿撤销案件的次数是有意义的。如果不这样,原告就能够通过不断地提出和撤销诉讼来骚扰被告。^{⑤8}一方面,美国规则给了当事人充分的自由,原告可以自由地撤诉且不影响实体权利。另一方面,这种自由也是有限制的,即如果第二次起诉是在联邦法院,并且原告是通过撤销通知来撤诉,则原告就失去了再次起诉的机会。当然,如果当事人是通过签署撤诉约定来撤销诉讼的,就不会影响实体权利。由此可见,依据美国联邦民事诉讼规则,即使是在一审中的撤诉,如果是由原告单方面提出且第二次诉讼是在联邦法院,原告重复起诉同样会被禁止。在我国,第二审中原告申请撤回起诉且其他当事人也表示同意,可以推定为当事人均同意放弃一审的裁判结果,放弃一审裁判的利益。因此,对于财产性纠纷,禁止原告再行起诉并无不当。

此外,在处理一审撤诉的问题时,合理区分原告是舍弃实体权利而撤诉还是仅撤回程序意义的诉讼是具有积极意义的,如果属于前者,应该一概禁止重复起诉;如果属于后者,可以再行起诉。对此可通过法官的释明来明确,并记载于裁定书中。对一审中原告撤诉后再起诉有无必要给予次数上的限制,仍有待进一步的研究。

(二) 允许原告在二审程序中撤回起诉后一审裁判的效力

按民事诉讼法理,当事人于法定期间内提起上诉的,则原裁判因合法上诉而未生效(阻止其确定)。当事人撤回上诉前,诉讼系属始终存在;撤回上诉后,上诉的效力消灭,原裁判生效(确定)。^{⑤9}然而,《民诉法解释》第338条所指的是在二审中撤回起诉,与在第二审中仅撤回上诉显然有别。如依指导性案例2号的裁判规则,当事人因在二审中

^{⑤7} 对于一审中撤回起诉后,原告能否以同一诉讼标的,同一理由重新起诉,我国也曾经存在认识上的重大分歧。参见周强《关于撤诉的几个问题》,载《人民司法》1986年第5期。直到《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》(法发[1992]22号)第144条才加以明确,《民诉法解释》第214条沿用第144条,对此仅加以文字上的修改。

^{⑤8} 参见[美]理查德·D. 弗里尔《美国民事诉讼法》(上),张利民等译,商务印书馆2013年版,第399—401页。

^{⑤9} 参见林洲富《民事诉讼法理论与案例》,元照出版公司2015年版,第287页。

达成了诉讼外和解而撤回上诉时,一审裁判即生效。在一方当事人不履行和解协议时,对方可以申请执行一审的裁判。在和解协议得以履行时,尽管一审的裁判已经生效,但当事人不需要申请强制执行,该生效裁判也无必要再发生强制执行的效力。王亚新教授将此称为“执行力替代说”。^⑩但这就意味着,一审生效裁判的执行力处于不确定的状态,最终取决于当事人是否履行和解协议。^⑪在部分履行的情况下,可以申请恢复执行原来的裁判,但要扣除已履行的部分。这是否表示裁判文书部分生效呢?同时,还面临一审的裁判生效,但却不能执行的尴尬局面。如权利人接受履行后反悔,申请法院执行一审生效的裁判时,尽管可以依据诉讼诚信原则来否认其请求,但毕竟还是欠缺明确的法律依据。因此,在二审中允许撤回起诉的情况下,为了避免一审裁判的效力处于不确定、不明朗的状态,《民诉法解释》第338条规定,准许撤诉的,应当一并裁定撤销一审裁判。学理上可能的解释是,既然撤回了对第一审的起诉,则诉讼系属自始消灭,没有了原告的起诉,当然也就没有一审裁判存在的可能与必要了。当然,此时撤销一审裁判,并非因为裁判结果的错误与严重违反法定程序(民诉法第170条),而是基于尊重当事人意思自治的私法精神与民事诉讼法上的处分权。换句话说,双方当事人合意撤回起诉的行为使得一审裁判没有存在的必要了。《民诉法解释》不允许再行起诉,可能隐含纠纷因撤回起诉而得以实质性解决的期待。因此,这种情形下的撤销一审裁判并非对一审裁判结果与审判过程的否定性评价。

(三) 二审法院对申请撤回(一审)起诉的处置

基于处分权原则与辩论主义,二审的审查范围受当事人上诉请求的限制。现行民诉法第168条明确规定,第二审的审查范围只限于当事人上诉请求的有关事实和适用法律。当事人没有提出请求的部分,不属于上诉审查的范围。撤回第一审的起诉是否属于第二审法院的权限范围,涉及到第一审法院与第二审法院职权划分这一重要问题,不容含糊。依据审级关系的一般原理,^⑫第二审法院有权对上诉请求、以及撤回上诉等事项进行审查,而对撤回起诉的审查属于一审法院的职权。可以类比的问题是,在对一审受理错误,二审如何处理的问题上,《民诉法解释》第330条沿用了1992年《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第186条,规定“人民法院依照第二审程序审理案件,认为依法不应由人民法院受理的,可以由第二审人民法院直接裁定撤销原裁判,驳回起诉。”有关解释书指出,这样规定的优点在于:一是强化上级法院对下级法院的监督,第二审法院发现一审受理错误的,可以直接改判。如规定只能由第一审法院驳回起诉,第一审法院接到重审裁定后坚持原意见,则第二审法院因为没有直接驳回起诉的权利,将导致上级法院的监督权形同虚设。二是符合“两便原则”,第二审法院发现案件不属于法院受理范围,可以尽快作出相应的结论,使当事人尽早采用其他方式

⑩ 参见王亚新《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》,载《法学研究》2012年第4期。

⑪ 依据《民事诉讼法》第230条的规定,我国执行和解协议的效力,大体也处于这样的状态。

⑫ 参见傅郁林《审级制度的建构原理——从民事程序视角的比较分析》,载《中国社会科学》2002年第4期。

保护自己的权利,减少当事人的诉累,也减少了法院的工作量。^③正是基于诉讼效率、贯彻“两便原则”的考虑,与其由第二审法院将案件发回第一审法院,由第一审法院裁定允许撤回起诉,还不如由第二审法院裁定允许撤回起诉且一并撤销原裁判。

(四) 禁止重复起诉的释明与审查

对原告而言,在二审中撤回起诉后禁止再行起诉事关重大,可能直接影响其实体利益与程序利益。在法律规范日益复杂的今天,我们不能苛求每个当事人都通晓法律,特别是在当前本人诉讼居多,当事人本身的法律素养参差不齐的现实条件下,在审查撤诉申请时,法官应向当事人释明,告知其相应的法律后果,^④在作出允许原告撤回起诉的裁定时,应一并记载禁止重复起诉的法律后果。这一事项应作为准许二审中撤回起诉裁定书的必要记载事项。

禁止原告重复诉讼是法院依职权查明的事项,还是被告抗辩的事由?如依现行法关于重复诉讼审查的一般规则,当然应当属于前者。而且从学理上来看,由于“诉讼要件的满足通常情况下体现了公共利益”,^⑤因此属于法院依职权审查的事项。但此处禁止原告再起诉与禁止重复诉讼也有不同之处,由于第一审裁判结果已被撤销,当事人之间的法律纠纷并不存在终局的判决,也可能没有得到实质性的解决。况且,原审原告为了规避禁止起诉的规则,可能将诉讼“重新包装”或者“改头换面”,甚至选择原审法院以外的法院起诉。后诉法院如何知晓、查明原告就该案件曾经“在第二审程序中撤回起诉”也是一个实践难题(尚需要法院立案庭之间的联网、互通信息、查重检索系统的支持,可见推进法院信息化建设任重而道远);在改立案审查为立案登记制度的现实约束下,由法院审查也可能存在客观的困难。因此,此类重复起诉的审查不宜适用重复诉讼的规则,而应作为一种例外,由对方当事人主动提出抗辩,如此既可减轻法院的审查负担,也更具有现实的可操作性。因此,赋予被告以禁止重复起诉的抗辩权,相当于被告有权选择应诉与拒绝应诉。

结 语

《民诉法解释》第338条是本次司法解释新增加的条款,从前文的分析可知,该条款与其说是对《民事诉讼法》的解释,还不如说是创制了司法规则。^⑥这一规则的效果如何,尚待司法实践的适用与检验。撤回起诉,应当遵循处分权与意思自治原则,原告在

^③ 参见沈德咏主编《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用》(下),人民法院出版社2015年版,第871-872页。

^④ 参见王杏飞《论释明的具体化:兼评〈买卖合同解释〉第27条》,载《中国法学》2014年第3期。

^⑤ [德]汉斯-约阿希姆·穆泽拉克《德国民事诉讼法基础教程》,周翠译,中国政法大学出版社2005年版,第81页。

^⑥ 有学者深刻地指出,民诉法司法解释不仅是《民事诉讼法》的规定在文意上的简单展开,也包含着大量的补充性、甚至建构性的规范设定。参见张卫平《判决效力理论研究与制度建构》,载《国家检察官学院学报》2016年第4期;张卫平《转型时期我国民事诉讼法学的主要任务与重心》,载《北方法学》2016年第6期;赵钢、王杏飞《论民事司法权中的司法规则创制权》,载《中国法学》2011年第3期。

第二审程序中申请撤回起诉,仍然适用撤回起诉的一般法理,即遵循当事人处分权与法院审判权适度审查的诉讼法理,无过度干涉的必要。但由于处于第二审程序之中,司法已为当事人提供了一审的程序保障,确有其特殊性。为了减少当事人的讼累与优化司法资源的配置,在诉讼效率与程序保障之间寻求合理的平衡,《民诉法解释》规定第二审中撤回起诉要征得其他当事人的同意,并经法院审查,具有相当的合理性。原告撤回起诉后一律禁止其重复起诉于法理不符,也会引起实践中的困境,应该依据案件的性质而设置不同的规则。这种情形下的“重复起诉”的识别、判断与审查有其独特之处。依据本文的研究,从法解释与适用的角度而言,当前适用《民诉法解释》第338条第2款时,需综合考虑规则的体系、规则的目的等多种因素,对其作限缩解释,即禁止原告重复起诉仅适用于财产性质的案件。而从立法权与审判权的应然关系考虑,这一问题最终还是需要通过修订立法来解决。实践发展永无止境,立法的完善也是永无止境的。建议在今后适时修订《民事诉讼法》时规定为,“原审原告在第二审程序中撤回起诉后再次起诉的,人民法院不予受理,但人身关系的案件或者被告同意应诉的除外。被告为前诉而支出的合理费用,可以要求原告支付。”

Abstract: Whether the plaintiff in the original trial can withdraw a prosecution in the procedure of the second trial is not clearly defined in the legislation of civil litigation, and there are different opinions in theory and different handling methods in practice. Article 338 in the Judicial Interpretation of Civil Procedure Law permits the plaintiff to withdraw the prosecution with the approval of the defendant and without damaging national interests, public interests and others' legal interests from the perspective of respecting the parties' right of disposing. However, it also stipulates that the prosecution which has been withdrawn by the plaintiff will not be accepted again. With the realistic demand of legal theory of civil litigation and effectively solving disputes, it is necessary to establish different rules according to the case type, that is, prohibiting the plaintiff to prosecute an action on properties again, while the repeated prosecution for the case on personal relation by the plaintiff is permitted. It is unreasonable to permit the defendant in the original trial to prosecute separately without conditions, and it should depend on specific details.

(责任编辑: 陈贻健)