

关于撤诉的几个问题 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E5_85_B3_E4_BA_8E_E6_92_A4_E8_c122_486411.htm 关键词: 撤诉/二审程序/按撤诉处理 内容提要: 本文以诉讼法理为基础,分析了撤诉之条件、二审程序中的撤诉、按撤诉处理等三个问题。本文认为,撤诉应以被告同意为条件庶免原告之滥诉,二审程序中应允许原告撤诉但应从诉讼后果上予以制约俾程序之安定性得到维护,而按撤诉处理制度因直接与诉讼理论有违故应予废除。

撤诉,一称诉之撤回,谓诉讼系属中,原告求受诉法院毋就其所提之诉继续为裁判之意思表示。诉经由原告撤回后,得生诉讼系属消灭之效力。衡诸诉讼法理,笔者认为,现行民事诉讼法关于撤诉制度之规范颇失允洽,端以撤诉条件之缺失、二审程序中撤诉之失范、按撤诉处理之不当等三者为著。本文不揣谫陋,拟就此略陈己见,俾于立法之完善有所助益。

一、关于撤诉之条件 在民事诉讼,原告既可一任其意愿为诉之提起,按诸私权自治之旨,诉讼系属中,原告自可不问诉讼之进展程度如何得为诉之撤回。苟仅以此为断,对于原告为撤诉行为,立法初不得附以种种条件以为约束。惟撤诉因仅生诉讼系属消灭之诉讼法上的效果,要与原告所享有之实体权利无损,故撤诉后,原告复可提起同一之诉,[1]庶几徒增被告之讼累,于被告未免过酷。为杜原告滥诉之弊,以衡平原被告两造之利益,于原告之撤诉要非不得附以条件以为掣肘。依民事诉讼法第131条第1款:“宣判前,原告申请撤诉的,是否准许,由人民法院裁定。”原告为撤诉行为在现行法上似得解为无外部条件之制约。惟征诸立法,原告为撤诉行为在现行法亦非得直接生诉讼系属消

灭之效力,尚须由受诉法院于原告撤诉之申请为准许之意思表示(裁定)始为已足。准此以言,似可认现行法实乃期冀藉助受诉法院之裁判行为以约束原告之撤诉行为庶免因原告之滥诉而损害程序之安定性。惟原告所为之撤诉行为得否生诉讼法上之效力例皆委诸于受诉法院之裁判殊难达此目的。盖因撤诉条件在现行法上之付之阙如,受诉法院于何种情形下得许原告撤诉,于何种情形下得不许原告撤诉自皆一任受案法官之个人喜好以为断,撤诉制度在适用上易生失序、紊乱之弊自不待言。《适用意见》第161条虽明定:“当事人申请撤诉或者依法可以按撤诉处理的案件,如果当事人有违反法律的行为需要依法处理的,人民法院可以不准撤诉或者不按撤诉处理。”然仍难达立法所蕴含的藉审判权掣肘原告恣意撤诉之目的。良以受诉法院即便裁定不准许原告撤诉而对当事人两造“违反法律的行为”予以“依法处理”,衡诸司法权消极性、被动性之特质,受诉法院所能做的仅为就原告所提之诉继续审理并为裁判。就裁判之结果而言,在原告,其所受之最大不利益亦仅为其所提之诉讼请求被受诉法院认为无理由而判决驳回。受诉法院断不能于判决驳回诉讼请求之外,为原告更为不利之裁判。准此以解,该项司法解释徒有具文,初无任何实益。凡此种种,足认现行法上原告为诉之撤回须经由受诉法院为准许之裁定始生效力断难成立。依笔者之见,以被告之同意作为原告撤诉之条件方为正当。何则?原告之撤诉关乎被告之利益至巨故也。盖与原告相比,被告虽在民事诉讼处于防御性之诉讼地位而与原告在民事诉讼中处于进攻性之诉讼地位有别,然则求得受诉法院为终局性判决以结束彼此之间争执之权利状态于原被告两造究为同一。所不同者惟原告所得之裁判利益乃

一积极确定利益,而被告所得之裁判利益乃一消极确定利益耳。故苟受诉法院无视被告之意思而许原告撤诉,在被告,其即无由获得受诉法院就其与原告所争执之权利为终局性判决之机会。依前揭撤诉视同未起诉之特质,被告在精神上仍须忍受随时受原告告诉之痛苦。衡诸常情,于被告殊为苛刻。被告固可就其与原告所争执之权利向有管辖权法院提起一消极消认之诉以确定所争执之权利之归属从而消弭该私权争执。惟被告所提该诉究为一新诉,衡诸诉讼经济原则,自与被告之利益有违。苟原告之撤诉端赖被告之同意始生诉讼系属消灭之效力,在被告,其即可就同意原告撤诉所生之不利益与不同意原告撤诉而由受诉法院为终局判决之结果两相权衡以为于其有利之选择。果复如此,于被告利益之保护既不失周全,与原被告两造应平等受法律保护之旨更是若合符节。从比较法上观察,以被告之同意作为原告撤诉之条件殆为通例。德国民事诉讼法第269条第1款:“原告只能在被告未就本案开始言词辩论前,可以不经被告同意而撤回诉讼。”日本民事诉讼法第261条第2款:“撤回诉讼,如果是在对方当事人对于本案已经提出准备书状或在辩论准备陈述中已经陈述或者已经开始口头辩论后提出的,非经对方当事人的同意,不发生其效力。”我国台湾地区民事诉讼法第262条第1款:“原告于判决确定前得撤回诉之全部或一部。但被告已为本案之言词辩论者,应得其同意。”皆为适例。依前揭德国、日本及我国台湾地区立法例,原告为诉之撤回,须经由被告之同意初非不问诉讼进展到何等程度皆为如此,率皆以被告已为本案之言词辩论为断。盖德、日及我国台湾地区民事诉讼皆采辩论主义、受诉法院须以当事人两造所为之本案言词辩论之事实作为裁判基础,故被告若已为本案之言

词辩论,适足表征其已就本案为实质性防御,原告于此情形下若为撤诉行为,即有损害被告之实质性利益之虞。现行法因未采辩论主义,言词辩论仅为开庭审理之一环,尚未为一独立之程序。故依笔者之见,日后修正民事诉讼法,似以案件是否开庭作为原告之撤诉是否得经由被告之同意之经界为宜。

二、关于二审程序中之撤诉问题 依民事诉讼法第131条,原告向受诉法院为撤诉之申请,至迟得于一审法院判决宣告之前提出。故在现行法上遽难认二审程序中,一审原告得向二审法院为诉之撤回。惟《适用意见》第191条一反立法之旨,明定于二审程序中,一审原告得向二审法院为诉之撤回。该项司法解释规定:“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。”衡诸诉讼法理《适用意见》第191条许一审原告于二审程序中得向二审法院为诉之撤回洵属的论。盖撤诉既云乃原告向受诉法院为撤回其所提之诉之意思表示,在法律行为之层面上,当可目为原告于起诉之意思表示发生法律效力之前得向受诉法院为该项意思表示之撤回。因原告起诉之目的乃在求受诉法院为终局性之确定判决以解决其与对造间所生之权利争执。衡诸“受诉法院不得拒绝裁判”之旨,受诉法院对于原告所提之诉,倘认其成立即负有就该诉之意思表示为终局性判决之义务。准此以言,受诉法院所为之判决确定之前,即可认原告起诉之目的尚未为实现,原告起诉之意思表示自亦得认尚未真正发生法律效力。虽诉因原告之提起而系属于受诉法院,惟诉讼系属仅为原告起诉当然所生之诉讼法上之效果,断难认诉讼系属于受诉法院即谓原告起诉之意思表示已为满足。又一审法院所

为之判决宣告后,有上诉利益之当事人得于法定之上诉期间内为上诉之意思表示。原告所提之诉在一审中之系属固因一审法院为判决之宣告而消灭,却又因上诉人所为之上诉行为而系属于第二审法院,一审法院所为之判决之确定亦因之而阻断。由于我国采两审终审制,二审法院为判决宣告后,因当事人已丧失经由上诉予以救济之途,判决于此始谓业已确定。循此以解,一审程序中固得许原告向受诉法院为诉之撤回,二审程序中亦无不许一审原告向二审法院撤回其所提之诉之理。[2] 惟《适用意见》第191条以两造间之和解作为原告为撤诉行为之前提尚不无疑问。揆该项司法解释,似认原告与被告既已就私权之争执为和解,受诉法院即无庸就原告所提之诉继续为裁判,许原告为撤诉行为于理于法自皆未有不合。惟该种解释殊难成立,盖本诸私权自治之旨,诉讼系属中,原被告两造虽得不问诉讼进展程度如何皆得以和解之方式解决彼此间之私权争执,受诉法院亦无不许当事人两造为和解之理。然则在现行法上两造间之和解对原告被告两造断无任何法律上之约束力,故若当事人任一造未遵守两造间所达成之和解协议,以和解之方式解决私权争执之目的即未为实现。原告因和解而撤诉亦因之要无实益。为求私权争执之解决,原告只得再次起诉。庶已不惟于程序安定性之损害为烈,于法院裁判之权威之损害亦是至巨。[3] 是故,在第二审程序中,于原告之撤诉自得附以比第一审程序中原告为撤诉行为更为苛严之条件始为允当。依前开解释,在比较法上,第一审法院为终局判决后原告固得为撤诉行为,惟得使原告蒙受一定之不利益以为其撤诉之制约。从总体上而言,殆有两种作法:一者,原告于终局判决后撤诉,虽得再次起诉,惟应偿付被告由此而支出之诉讼费用。被告在该诉讼费用偿付前

得拒绝应诉。[4]另者,原告于终局判决后撤诉,不得复提起同一之诉。[5]从全面维护程序之安定性与尊重法院裁判之权威性考量,笔者认为,第二种作法更值得日后修正民事诉讼法时借鉴。

三、关于按撤诉处理 依民事诉讼法第129条:“原告经传票传唤,无正当理由拒不到庭的,或者未经法庭许可中途退庭的,可以按撤诉处理……。”[6]在现行法上似可解为原告为撤诉之意思除得以明示的书面或口头方式向受诉法院为表示(民事诉讼法第131条之申请撤诉即明斯旨)外,尚得以“经传票传唤,无正当理由拒不到庭”(不作为)或“未经法庭许可中途退庭”(作为)等行为方式向受诉法院为表示。[7]因撤诉在性质上究乃一诉讼法律行为,故私法上为意思表示之方式于诉讼法律行为自非不得准用之。准此以解,原告为撤诉之意思表示断非不得以行为之方式向受诉法院为表示。惟必也该行为能合乎逻辑地推断出原告有撤诉之意思表示始为已足。而衡诸诉讼法理,断难认原告经受诉法院传票传唤无正当理由拒不到庭或未经法庭许可中途退庭即有撤诉之意思表示。盖在现行法上,出庭行为从性质上讲非为一独立诉讼行为,当事人两造于庭审期日出庭,目的不外乎乃就彼此间有争执之事实为言词辩论俾资为受诉法院裁判之基础。在原告,若其仅于庭审期日到庭而不为各种攻击方法之提出或不为本案之言词辩论俾其所提之诉有事实支撑,其到庭与不到庭、在庭与不在庭,就结果而言殊无分别。质言之,原告之不到庭或中途退庭无论是基于何种原因似仅关乎其是否能有效地为各种诉讼资料之提出及能否与被告为本案之言词辩论,从结果上讲,也即仅关乎其所提之诉于事实层面上多大程度能被受诉法院认为有理由,初与其所提之诉本身是否消灭无涉。故原告之不到庭或中途

退庭的行为与诉之撤回之意思表示在逻辑上尚非处于同一层面。是以原告经传票传唤无正当理由拒不到庭或未经法庭许可中途退庭于原告间或生某种不利益。惟该不利益似仅为此情形下其所提之诉在裁判上可得之保护可能性较其出庭积极为本案之言词辩论较小而已,要难生由受诉法院裁定按撤诉处理而使原告所提之诉消灭之后果。依民事诉讼法第130条:“被告经传票传唤,无正当理由拒不到庭或未经法庭许可中途退庭可以缺席判决。”[8]现行法上,同为经传票传唤无正当理由拒不到庭或未经法庭许可中途退庭,在被告得为缺席判决,在原告则为按撤诉处理,殊与“同一行为应为同等之处理”之诉讼法理大相睽异。一言以蔽之,现行法上之按撤诉处理不惟在逻辑上立论难以立足,且在诉讼结果上于当事人两造利益之保护皆难称周全,于程序之安定性更是有损。将来修正民事诉讼法时废除该项制度方为允当。注释:[1]《最高人民法院关于适用若干问题的意见》(以下简称《适用意见》)第144条:“当事人撤诉或人民法院按撤诉处理后,当事人以同一诉讼请求再次起诉时,人民法院应予受理。”即示斯旨。[2]征诸国(地区)外立法例,判决确定之前得许原告为诉之撤回殆为通例。德国民事诉讼法第269条第3款:“诉经撤回后,视为未发生诉讼系属;如判决已经宣誓而尚未确定,裁判失其效力,无须经过明白的撤销。……”日本民事诉讼法第261条第1款:“在判决确定之前,诉讼可以撤回其全部或一部。”我国台湾地区民事诉讼法第262条第1款:“原告于判决确定前得撤回诉之全部或一部。……”皆为著例。[3]一审法院判决宣告之前,原告向受诉法院为诉之撤回,因受诉法院尚未就原告所提之诉为裁判之意思表示,故尚难认一审程序中原告为撤诉行为于受诉

法院裁判之权威有损。第二审程序中,第一审法院已就原被告间之权利争执为终局性判决,因原告之撤诉而使得该终局性判决失去拘束力(即判决宣告后,非经法定程序不得更易之效力)。苟原告撤诉后复又起诉,要难认其与受诉法院所为之判决之权威性无损。[4]德国民事诉讼法第269条第4款即为适例。[5]日本民事诉讼法第262第2款,我国台湾地区民事诉讼法第263条第2款皆为适例。[6]依《适用意见》第143条、第158条、第159条,按撤诉处理于下列三种情形亦得适用之:其一,原告应当预交而未预交案件受理费,在受诉法院通知之期间内仍未预交或者申请减、缓、免未能获受诉法院批准而仍未预交;其二,原告无民事行为能力,其法定代理人经受诉法院传票传唤无正当理由拒不到庭的;其三,有独立请求权的第三人经受诉法院传票传唤,无正当理由拒不到庭或者未经法庭许可中途退庭的。依笔者之见,因无诉讼行为能力原告之法定代理人乃以原告之名义为诉讼行为,有独立请求权之第三人究其本质实乃作为参加之诉之原告为诉讼行为,故《适用意见》第158条、第159条所定之按撤诉处理尚未逸出民事诉讼法第129条之旨,殊无单独分析之必要。而《适用意见》第143条认原告未预交案件受理费即由受诉法院裁定按自动撤诉处理则殊失允当。盖在逻辑上初难认原告起诉后,旋因未预交案件受理费即有撤诉之意思表示。依笔者之见,将原告预交案件受理费作为其所提之诉一外在成立条件似更为允洽。申言之,原告为诉之提起后,若于受诉法院指定之期限内预交了案件受理费,可认前此所提之诉成立要件之欠缺已予补正。若原告于受诉法院指定之期限内仍未预交案件受理费,自可认该诉成立要件之欠缺未能补正,得由受诉法院裁定驳回起诉。[7]现行法

上之按撤诉处理究其本质即谓受诉法院以裁定的方式赋予“原告未经传票传唤,无正当理由拒不到庭”或“未经法庭许可中途退庭”两类行为与原告申请撤诉之行为相同之后果。故上开正文立论在逻辑上尚非不成立。 [8]依民事诉讼法第100条及《适用意见》第112条,负有赡养、抚育、扶养义务及不到庭就无法查清案情之被告,若经两次传票传唤,无正当理由拒不到庭,受诉法院得拘传其到庭,无缺席判决之适用。 100Test 下载频道开通,各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com