

我国民事一审撤诉的程序设计研究

李潇潇

(北京大学法学院, 北京, 100871)

摘要: 基于我国一审撤诉率的持续畸高、法院对于撤诉过于高涨的制度偏好以及被告在撤诉制度空间内应然权利的完全架空, 应当根据我国撤诉制度的实践运行特征及制度理念对我国民事一审撤诉制度设置予以理性矫正。合理的思路是赋予原告从立案到判决生效前的完整撤诉申请权, 创设被告对于原告申请撤诉的程序性对抗权, 此外, 应当明确法院对于撤诉事项的心证公开义务, 以达致撤诉制度场域内的权利横平以及撤诉制度的正当化运行。

关键词: 民事一审; 撤诉; 法官职权; 当事人合意

中图分类号: D990

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2016)02-0051-10

撤诉, 意指原告撤回以诉讼提起的审判要求之意思表示, 从而终结案件诉讼程序的诉讼行为。在民事诉讼研究视野中撤诉表现为多元化的复杂形态, 如以诉的类型不同, 可以将撤诉划分为一审普通程序的撤诉、二审撤诉、再审撤诉、公益诉讼的撤诉、被告撤回反诉及有独立请求权的第三人撤回参加之诉; 以原告撤诉方式的不同又可以将撤诉分为申请撤诉、和解撤诉及拟制撤诉等类型。由于不同撤诉形态涉及的法律关系的复杂性及撤诉机制的多样性, 限于文章篇幅, 本文仅就普通民事一审程序中原告主动申请撤诉这一最为经典且常发的撤诉形态予以研究, 如无特别说明, 本文所指撤诉即为此种狭义的撤诉。同时, 鉴于不同撤诉形态的实质牵连性, 对于一审原告主动申请撤诉这一常态撤诉模式的研究及理性定位对于其他撤诉形态中制度的合理化设置也将有着正本清源的基础性作用。

撤诉并非纯粹技术性制度, 相反, 撤诉由于涉及诉讼主体的全面性和诉讼法律关系的双重性从而面临着如何平衡当事人处分权与法院职权的重大课题, 也进而直接决定着撤诉制度范畴中程序推进的应然控制模式及权利分配机制, 而且基于我国撤诉实践运行不同于其他国家和地区的现状, 应当据此对于我国撤诉制度予以个别化的特殊制度构建。我国目前的一审撤诉制度设置为法院职权对当事人程序性权利的单边控制模式, 脱离了民事诉讼等腰三角诉讼架构下诉讼主体间应然的程序控制力和向心力, 从而需要通过法院

职权的纵向控制和当事人合意机制的横向控制来重构我国一审撤诉的诉讼主体合理关系模式, 赋予我国民事一审撤诉应然的程序张力, 增加撤诉程序的可接纳性与正当性, 以期为我国一审撤诉的制度合理设置和应然定位提供有益的立法思路和技术尝试。

一、我国一审撤诉的实证分析

虽然撤诉制度在我国立法和理论研究中均处于边缘化态势, 但是其在司法实践中却表现出极为旺盛的制度生命力。笔者通过对《中国法律年鉴》的数据进行系统整理分析, 我国民事案件一审撤诉的运行现状及趋势基本可以在表1得以全面呈现。不难发现, 我国民事案件的结案方式中撤诉呈现出逐年迅速攀升的态势, 撤诉结案的数量几近判决结案的一半左右, 占结案总数的二成以上, 比例之高远远超出了其他国家的平均水平, 为此很多法官颇有感慨地将我国民事纠纷的结案方式总结概括为“调解多、撤诉多, 判决少”^[2]。

虽然撤诉是原告行使处分权的重要程序性权利之一, 但是面对如此庞大且持续走高的撤诉数字, 就需要对我国现有的撤诉制度予以反思和审视, 以发现其是否存在相当程度的不合理性。实质上, 笔者认为撤诉在我国理论与实践呈现的上述二反态势并非撤诉制度的应然属性, 撤诉率的畸高在很大程度上表明

收稿日期: 2015-04-30; 修回日期: 2015-12-21

基金项目: 2015年国家社会科学基金国家级重大课题项目“审判中心视角下的刑事、民事和行政诉讼制度改革”(14ZDC014)

作者简介: 李潇潇(1989-), 男, 宁夏中卫人, 北京大学法学院博士研究生, 主要研究方向: 民事诉讼法

表1 全国法院审理民事一审案件情况统计表(单位:件)

| 年份 | 结案 | 其中 | | | | | | |
|------|-----------|-----------|--------|-----------|--------|-----------|--------|---------|
| | | 判决 | 驳回起诉 | 撤诉 | 终结 | 调解 | 移送 | 其他 |
| 2003 | 441 616 8 | 1 876 871 | 57 998 | 914 140 | 59 272 | 1 322 220 | 25 669 | 159 998 |
| 2004 | 4 303 744 | 1 754 045 | 61 226 | 931 732 | 58 476 | 1 334 792 | 25 496 | 137 977 |
| 2005 | 4 360 184 | 1 732 302 | 55 183 | 965 442 | 55 169 | 1 399 772 | 27 268 | 125 048 |
| 2006 | 4 382 407 | 1 744 092 | 51 473 | 986 780 | 43 663 | 1 426 245 | 26 451 | 103 703 |
| 2007 | 4 682 737 | 1 804 780 | 63 426 | 1 065 154 | 48 977 | 1 565 554 | 27 981 | 106 865 |
| 2008 | 5 381 185 | 1 960 452 | 64 975 | 1 273 767 | 41 538 | 1 893 340 | 35 377 | 111 736 |
| 2009 | 5 797 160 | 1 959 772 | 71 052 | 1 494 042 | 41 097 | 2 099 024 | 35 770 | 96 403 |
| 2010 | 6 112 695 | 1 894 607 | 70 565 | 1 619 063 | 37 272 | 2 371 683 | 31 969 | 87 536 |
| 2011 | 6 558 621 | 1 890 585 | 68 695 | 1 746 125 | 34 285 | 2 665 178 | 26 649 | 127 104 |
| 2012 | 7 206 331 | 1 979 079 | 68 333 | 1 906 292 | 35 301 | 3 004 979 | 26 313 | 186 034 |

了我国撤诉制度设置与制度属性间的割裂化运作及诉讼主体在撤诉中程序控制力配置的失衡,进而致使我国撤诉案件中有很大一部分为非正当撤诉,是诉讼主体借用撤诉机制实现其非正当目的诉讼技术性后果。结合我国现有的撤诉制度来看,在我国撤诉制度空间内被依法赋予权利的诉讼主体分别为原告和法院。从原告方的视野观察我国的民事撤诉制度设置,原告不仅对诉讼的开启和终结都具有着决定性的程序权利,且缺乏来自与其对抗方的被告的直接力量抗衡,原告的此种程序推进的垄断性权利就会在客观上使撤诉权利滥用更为容易实现。在司法实践中就存在着原告形态各异的非正当撤诉场景,如在诉讼过程中,随着当事人双方辩论的展开和案件争议焦点的明确化,原告可能需要对被告的主张提出新的证据抗辩,但是碍于举证时限的限制,原告往往会选择以退为进,在撤诉后又再次提起诉讼或者甚至在感觉诉讼对自己不利的情况下主动申请撤诉,从而将自己从行将败诉的边缘拯救回纠纷进入诉讼程序前的状态,被告为此进行的答辩及抗辩活动也都随之付之一炬,并随时有可能对原告就纠纷的再次纠缠和困扰。

就享有撤诉裁决权的另一主体人民法院而言,我国法官的结案率、错案追究、绩效考核及职位晋升等因素形成了一个循环制约的内在体系,其中法官的结案率对其他因素具有着制度化的辐射效应。在这一司法行政体系下,追求高结案率也成为了法官队伍竞争的主要资源标准,而撤诉作为计入考核的结案方式之一尤为受到法院的青睐和追捧。因为撤诉不需要对案件实体权利义务作出认定就可以结案,一方面大大减轻了审判人员的工作负担,使之尽快从案件的审理任务中解放出来,且绝对不会有错案的发生,从而极大

地减轻了法官审理案件的负担;另一方面,撤诉减半收取诉讼费用,虽然撤诉后的案件视为从未发生过诉讼系属,但是法院却因此并未全部丧失案件带来的费用收入。因此,撤诉自然成为法院在掌管案件审判权后内心预期的首选结案方式,由此导致法院主动鼓励原告撤诉,甚至以判压撤等非正当化撤诉现象的频发,撤诉制度中设置的法院对原告撤诉申请的审查也大多都沦为徒有虚名的制度走秀。

由此,不难从撤诉率中观察出我国撤诉制度中存在的严峻问题,即制度空间内权利配置的失衡和功能紊乱。我国目前的撤诉制度体现为原告撤诉权与法院职权的纵向控制模式,缺乏来自被告的横向控制力。而原告与法院在撤诉问题上恰恰均具有着极为强烈的非正常撤诉欲望,从而造成我国撤诉制度中权利配置失衡的畸形化运作,使撤诉沦为原告或法院维护自身最大化利益的工具性制度,被告成为庞大的撤诉案件数字背后真正任人宰割的羔羊,撤诉制度中亦应体现的诉讼权威性及程序公信力更是无从谈起,从而需要结合撤诉制度属性来重构撤诉场域内原告、被告及法院三方主体的权利义务分配模式,使程序的参加者在角色就位之后,各司其职,互相既配合又牵制,恣意的余地自然就会受到压缩。^[3]

理想形态中的民事诉讼关系模式设置应当是尽量使法官保持不偏不倚的中立裁量地位,最大程度地给予能够保持双方当事人实质平等对抗的制度性装备,使原被告双方当事人始终与法官保持着同等距离,进而由此勾勒出民事诉讼动态运行中始终应当保持的等腰三角形结构模式。但是此种诉讼理想模式的描绘需要具体的制度和程序来予以支撑,不同民事诉讼制度的功能和可能面对的诉讼障碍各异,进而决定了需要

结合自身应有的制度场景来分别设置诉讼主体的具体关系模式定位。撤诉作为民事诉讼制度体系的有机组成部分，面对着我国撤诉的无序现状，需要根据其自身特有的功能属性及制度容量，分别以原告、被告和法院三方主体为观察视角对其角色职能及合理关系模式予以全面研究和合理定位，进而使我国撤诉制度的配置真正体现撤诉的本质属性及实践需要。

二、来自原告的程序性支配地位—— 撤诉启动权的最大限度保障

民事诉讼是运用国家公权力解决民事纠纷的活动，诉讼对象的私权性为当事人处分权的行使提供了极大的制度保障空间，不告不理和司法被动成为了民事诉讼程序推进的制度性源头，民事诉讼程序启动的力量来自于当事人，法院只能对当事人提起的诉讼裁定受理与否，此为民事诉讼程序启动阶段当事人与法院的权利制约与平衡。而诉讼一旦系属于法院以后并不意味着当事人对于诉讼的推进脱离了程序控制力，相反，民事诉讼不告不理及司法被动原则始终在程序的动态运行中发挥着其基础性的约束功能，当当事人已无继续诉讼的意思表示时，应当赋予其启动终结诉讼程序继续推进的权利。诉讼当事人享有从国家提供的竞技场中退出的绝对权利，被认为是一项重要的指标，表明驱动法律程序运转的能量不会超越纠纷解决的目标。^[4]虽然因此而终结的诉讼程序将产生诉讼系属视为自始不存在的效力，当事人之间的权利义务关系也可能因此恢复到诉讼的初始无序状态，但是其因为当事人的自愿选择将被赋予实质合理性，所以赋予当事人要求终结诉讼程序的权利应当在完整的民事诉讼程序中始终得到最大程度保障，而这一制度理念具体落实到民事撤诉微观制度中显然应当是对原告撤诉权行使的全面落实。

结合我国目前的撤诉制度设置来看，我国《民事诉讼法》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。”据此可以将我国撤诉规范拆分为两项要件：一项是撤诉的启动要件，即原告需主动申请撤诉，且只能在宣判前作出此种申请；另一项是撤诉裁定要件，即需得到法院对撤诉的准许。分析我国设置的撤诉启动条件，不难发现其实质上将完整的一审民事诉讼程序划分为了两个运行阶段：案件受理后至判决结果作出及判决结果作出至发生法律效力阶段，原告的撤诉启动权被限定在了前一阶段，在判决结果作出至发生法律效力阶段并无原告撤诉权行使的制度空间。然而完整的民事一审程序应当是涵

盖了案件从受理到裁判发生法律效力始终，就第二阶段而言，虽然一审法院已经作出本案裁判，但是其未发生法律效力，对于当事人和法院都仍无实质拘束力，案件尚处于诉讼系属状态，从而在效力上与裁判作出前的程序阶段并无实质区分，不当以此为由限制原告撤诉权的正当行使。对此《日本民事诉讼法》第116条的理念值得借鉴，“如果当事人在上诉期间内提起了上诉，判决的确定将被遮断，纵使上诉期间届满，判决也不确定，在驳回上诉请求之判决获得确定前，原判决未获得确定”，正如当事人在此程序阶段可以自主决定是否行使上诉权使裁判不发生法律效力一样，同样体现为当事人处分权的撤诉权在此程序阶段应当依旧可以被纳入其中。“民不告，官不纠”是国家权力对市民社会中发生的民事纠纷的基本态度，当原告在等待裁判生效期间无要求诉讼程序继续推进的内心意思表示时，应当赋予其将此种意思表示能够表达之权利而并不构成对司法公信力和裁判既判力的妨碍。

从比较法的角度观察国外民事诉讼制度中关于原告撤诉权的设置，几乎都不存在诸如我国此类的程序阶段限制。如德国民事诉讼法第269条第3款就明确规定“诉撤回后，视为未发生诉讼系属。如判决已宣判而尚未确定，判决失其效力，无需经过明白的撤销”，即诉可以在判决发生既判力之前的诉讼程序的任何状态被撤回。^[5]对此，《日本民事诉讼法》第261条第1款也明确规定，在判决确定前，当事人可以就民事诉讼撤回一部分或者全部，此处的“判决确定”即指判决发生终局效力。我国将完整的诉讼系属状态制度性地割裂为两个阶段，并以此为安排来决定原告撤诉权的存在空间就在很大程度上弱化了原告撤诉权在诉讼动态运行中的始终保障。从制度的应然角度出发，具体到诉讼程序的动态运行，应当赋予原告从立案到判决生效前的完整撤诉申请权。

纵观我国目前的撤诉制度研究，对于我国现有撤诉制度批评最多的声音集中于撤诉制度中原被告程序性权利设置的失衡，即原告权利过剩，而被告在撤诉制度空间内几乎无任何权利可为。对此笔者认为，我国目前撤诉制度场域内原告权利的倾斜性设置并不妨碍需要进一步加强原告撤诉权在诉讼过程中的最大限度保障，虽然原告撤诉权的最大限度赋予可能会导致权利的滥用和对被告利益的损害，但是只要存在着权利，就存在着被滥用的可能性。对于权利滥用的合理规制并非武断的限制甚至剥夺此种权利的行使，只要这种权利确有存在的合理性就应当最大程度地保障此种权利的正常运行，至于权利可能被滥用的危险应当

是通过权利行使过程中的控制与约束机制来予以预防和治理,而并非从源头上就杜绝此种权利的存在。所以就本部分讨论的撤诉权的启动而言,合理的思路应当是首先最大程度地保障原告此种权利的存在和行使。

三、来自被告的横向对抗权—— 撤诉合意机制的确立

原告撤诉权最大化保障机制的建立就意味着从撤诉制度源头上明确了原告的角色定位,使其在撤诉制度运行空间内的权利义务坐标得以明晰。但是此时在撤诉场域内的民事诉讼等腰三角结构仅仅建构了一边,此种制度构造由于缺乏来自其他诉讼主体力量的支撑和平衡极易引发权利的滥用而最终导致撤诉制度的倒塌和破产。这一权利滥用的发生实际是撤诉制度在我国司法实践中常有的制度场景,我国撤诉率畸高的重要原因就是来自于恶意撤诉的频发,这其中又有很大一部分表现为原告撤诉权的滥用。倘若在制度上确立原告在裁判作出至生效阶段也具有申请撤诉权,这种情形更为可能发生。对此的治理路径不应当是限制权利的存在,而是应当在诉讼中寻求另一方力量对原告撤诉权形成对抗与制衡,从而将其限定在合理范畴内运行。从比较法角度考察,至今尚无一个国家允许当事人可以不附任何条件地撤诉。^[6]从而使此种对抗权应当归结于法院还是被告就成为必须要予以慎重考量的核心问题,考量的思路应当是对撤诉所影响的诉讼法律关系和实体法律关系及诉讼利益形态进行多重考察,并在考察基础之上寻求此种对抗权的合理行使模式。

(一) 从撤诉涉及的诉讼法律关系分析

从撤诉与诉讼法律关系的视野出发,虽然具体的诉讼是由原告提起的,是否提起诉讼以及提起何种诉讼并不受被告程序性意思的左右,但是这并不意味着对于诉讼的撤回也应当将被告置身于事外。相反,诉讼一旦被法院受理,系属于法院之后,就进而由当事人之间原先存在的实体法律关系衍生出诉讼法律关系。从诉的理论和诉讼法律关系来看,原告的诉既是向法院提出的,同时也是通过法院向被告提出的,由此而形成的是诉的三方组合而非两方组合,并在原告与法院、被告与法院、原告与被告之间形成诉讼上的权利义务关系。而撤诉将使诉讼系属产生自始消灭的法律后果,^[7]所以此时原告的撤诉就不仅仅完全属于私权作用范围,不能将原告的撤诉权仅仅视为是原告与法院的事情,仅基于原告与法院之间的诉讼法律关

系而为定夺。既然被告同样作为诉讼法律关系的主体,对于撤诉这一要求消灭诉讼法律关系的诉讼行为,其应当同样具有话语权,进而需要从应然角度使原告的撤诉权受到来自被告对抗权的制约。

纵观我国目前撤诉制度中对于被告权利的设置,其几乎处于真空状态,被告对于撤诉与否无辩论权更无处分权,更未将被告方作为民事诉讼的平等主体而赋予其同等的攻击防御权利。这样就形成了被告在撤诉场域内的尴尬弱势地位,其程序地位为诉讼法律关系的主体,但是却对于是否终结诉此种诉讼法律关系无决定权,只能听任原告和法院的摆布。我国撤诉制度设置的来源为前苏联的高度集权制度模式,这种制度蕴藏的理念为在处理撤诉这一程序问题上已经假设原告就是真正的权利享有者,而被告的行为就一定带有违法性,从而对两者在诉讼权利上实行差别待遇。而这对于被告利益的保护十分不利,从而为制造恶意诉讼提供了可乘之机。^[8]在我国民事诉讼体制面向从高度集权的职权主义模式向当事人主义模式转型的当前过程中,这一撤诉制度的设置显然已经无法适应民事司法改革的需要。从私人博弈角度分析,需要既承认原告自由撤诉的权利,也应当赋予被告必要的防御措施,而我国高度集权主义的撤诉规则过度坚持公共利益的目标定位,缺乏对私人利益的直接关照。^[9]当事人意思自治及其诉讼主体地位始终是现代民事诉讼制度的核心和基石,是“意思自治型”的现代诉讼制度中配置当事人与法院之间的权利—权力及相应责任时不可偏离的基本准则。^[10]

(二) 从撤诉涉及的利益形态分析

就撤诉制度的利益平衡而言,诉讼在启动后通过撤诉而终结,原告付出的代价仅仅是一半的诉讼费用,被告一旦应诉,他因为原告的起诉行为已经付出人力、物力、财力和时间成本,而随着原告撤诉的提起,这些努力全部都付之一炬。被告在撤诉后不仅得不到相应的补偿,甚至还会随时面临被原告再次起诉而需要再次奔波于与原告的纠缠之中,所以被告一旦应诉,他就也具有了追求案件胜诉进而获取应有的诉讼利益的权利。^[11]从当事人诉讼权利平等的角度出发,被告一旦花费资源进行应战,无视他已经付出的成本而允许原告在可能重新起诉的前提下自由撤诉也会悖于公正。为此基于原被告利益的平等保护也应当在撤诉制度中设置容纳被告意志的空间。这也可以进而解释为何在比较法上同样体现为可能终结诉讼程序的撤诉和放弃诉讼请求会有着不同的制度安排:撤诉需要经过被告的同意,而放弃诉讼请求无需被告的同意,只要原告明确作出放弃诉讼请求的意思表示即可认定其发

生法律效力。^[11]这是因为撤诉无损于原告的实体权利，只是对其权利的暂时保留，但有可能对被告造成利益的损害。对此法国学者让·文森和塞尔日·金沙尔就指出：“撤回诉讼并不触及有争议的权利，原告所希望的仅仅是熄灭诉讼、熄灭诉讼程序，但仍然保留其权利。”^[12]而放弃诉讼请求属于处分实体权利的范畴，产生与原告败诉判决相同之法律效力，需要受到既判力的制约。虽然诉讼关系已经终结，但当事人之间的实体权利义务纠纷视为已经解决，当事人也无权就同一纠纷再次提起诉讼，从而使被告的权益被因此固定。“无利益无诉权”这句古老的法谚，在此时应当成为被告享有撤诉同意权的最好注释。为此，基于撤诉中原被告利益形态的平衡兼顾，需要制度性的安排来体现对被告利益的同等照顾和重视。而且作为实体法律关系主体的原被告双方自然对于撤诉问题最具有发言权，因为只有其最了解案件的真实情况和权利义务应然归属，被告的利益是否因原告的撤诉而受到影响以及受到多大影响也只有被告自己能够确定。当事人是自己利益及纠纷是否有必要继续通过国家公权力途径解决的最佳判断者，而且根据其判断而选择的后果由其自己承担，也符合现代法治“自我归责”的基本原理。^[8]即使在以对抗为基调的诉讼结构下，双方当事人表现于程序中的相互作用也不仅仅是对立、争斗，同时还有协力合作的成分或侧面^[13]，充分体现了原被告合意的撤诉裁定结果才能真正达到利益分配的均衡，使当事人信服，做到实质的案结事了，进而在很大程度上将避免原告撤诉后再次起诉所造成的司法资源浪费及对被告人力物力的无尽拖耗。

（三）被告撤诉对抗权的多元行使形态设置

在确定了被告对于原告撤诉申请的对抗权以后，此种对抗权利的具体行使途径就成为必须要予以明确的事项。对此我国绝大多数学者在有关撤诉制度的研究中都主张应当赋予被告对于原告撤诉申请的同意权，在被告不同意撤诉的情况下诉讼继续进行。这一结论的得出在很大程度上正是借鉴国外撤诉制度的相关规定，从比较法的视野研究观察国外民事撤诉制度体系中的权利义务配置。无论是大陆法系国家，还是英美法系国家，当事人一方撤诉须经另一方同意是通例。^[14]其立法思路即是保障被告的诉讼利益置于突出位置，以被告的诉权制约原告的诉权。如《德国民事诉讼法》第269条明确规定：“原告撤回起诉原则上要经过被告同意才能生效，但如果撤诉发生在进入言词辩论前或者被告尚未进入诉讼状态前，可以不经被告同意。”^[4]日本民法明确规定：“如果原告是在对方当事人就本案已经提出准备书状或者已经在准备

程序中进行陈述或已进行口头辩论后提出的，非得到对方当事人同意不发生效力。”^[15]法国民事诉讼法第395条对于撤回起诉的条件规定为，仅在被告接受时始为完全，但是如果原告在申请撤诉时，被告还未提出任何实体上的辩护，可以不经被告同意。^[16]我国澳门地区民事诉讼法第238条也是明确规定诉之撤回于被告做出答辩后声请者，须经被告同意方得为之。^[17]笔者赞同在撤诉制度中此种合意机制的建立，只要被告提交了答辩意见，不论此种答辩是书面答辩还是言词答辩，诉讼的控制就不仅仅受制于原告的处分权，还需要得到被告撤诉同意权的对抗。对此中村英郎教授曾作过经典的表述，“被告提交了书面材料，在辩论准备程序中已做了申述，或者在口头辩论中已作出过辩论，这就表明被告已进入应诉状态，其目的是要通过利用诉讼，谋求驳回原告请求的法院判决，故而诉的撤销须经过对方同意。”^[18]需要强调的是2015年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的司法解释》第238条对我国现有的一审撤诉制度进行了修改：“法庭辩论终结后原告申请撤诉，被告不同意的，人民法院可以不予准许。”虽然此条规定看似赋予了被告一定的撤诉同意权，但是此种制度安排显然并未实现申请撤诉中法院裁决权向被告同意权的移交。被告不论对于撤诉申请同意与否都依旧不能实质性地影响撤诉结果的最终作出，撤诉裁决权仍然被法院实质控制。因此此种撤诉制度空间内的被告权利设置与笔者主张的被告撤诉同意权依然存在着实质性差异，撤诉制度场域内被告的应然权利设置依旧未能得到制度落实和程序保障。

此外，笔者认为对于被告的同意形式应当允许其多元化存在。即被告可以对撤诉申请附条件同意，倘若原告接受被告的条件，也应当视为原被告之间就撤诉问题达成了合意。在实践中最为常见的撤诉形态是原告在诉讼过程中主动申请撤诉，被告同意撤诉使自己尽快摆脱诉累，但是被告认为自己已经为诉讼付出了相当多的资源和投入，花费了一定的成本，这时被告往往以要求原告赔付自己为诉讼支出的费用为条件而同意撤诉。笔者认为应当允许被告提出此种附条件同意机制，也只有这样才能真正实现双方当事人的实质平等对抗以及撤诉机制中的最大程度合意。此外，也可以责令原告向法院交付一定数额的金钱作为预先赔付被告进行诉讼的损失，或者有权要求原告在撤诉时向被告出示特定的证据，以防止再次诉讼时原告仍然处于有利地位而对被告造成不便等。只要原被告在此种多元化的撤诉条件下达成了撤诉共识，且此条件不违反国家社会或者他人公共利益，也不违反法律的

禁止性规定,就可以视为撤诉合意机制的建立。

四、来自法院的纵向辅助控制力量—— 心证公开义务的确定

原告与被告在撤诉制度空间内各就其位后意味着撤诉制度属性下的民事诉讼等腰三角形的两边已经建立,法院审判权的如何安排就成为该制度的最终落脚点。法院在撤诉制度体系内的职权配置也是保障原被告在撤诉场域内平等攻防进退的最后一道防线,其职权的强弱将直接决定着撤诉的制度走向及程序品质。我国民事审判方式改革的方向,应当在强调民事审判权是保障当事人诉讼权利和实体权利的手段的基础上来确定。在民事审判方式改革中,无论是对审判工作方式的改革,还是对审判程序制度的变革,都应当以审判权服务于当事人的诉权为基点。^[19]就撤诉制度中的审判权设置而言,应当强制性剥离法院现有的撤诉裁定权,在撤诉问题的纵向控制上将其柔化为法院的心证公开义务,以实现撤诉合意机制的彻底性与治疗性。

(一) 基于当事人主义诉讼模式原理的分析

依据我国现有的撤诉制度规定,撤诉结果是当事人处分权的行使与国家干预相结合的,不是由当事人任意决定的^[20],对于原告的撤诉申请,法院享有最终裁量权。这一权利配置结果显然是高度集权的职权主义模式理念作用的结果,属于对法院在撤诉制度场景内角色职能定位的错位所致。长期以来,我国民事诉讼是一种政策实施型的程序,在程序终结问题上奉行这样的立法理念:程序的终结也应当由官方来加以控制,如果允许私人将某项事务从官方审查机制中撤回,实际上就等于允许私人宣布政府行动无效或者排除国家认为重要的信息流通。^[21]在我国民事诉讼由职权主义模式向当事人主义模式全面转型的当前,民事诉讼制度的设置更应当逐渐摒弃这一理念,更加注重当事人程序主体性原则在民事诉讼制度场域内的宏观支配地位,即当事人在国家创设的并由审判权运作的纠纷解决的法的空间内所具有的能够受到尊重,并享有权利保障其自我决定的自由。^[22]对此我国台湾学者邱联恭先生也多次强调在保障国民有自由权、诉讼权、财产权及生存权的基础上,应肯定国民的程序主体地位,程序主体性原理是立法者从事立法活动、法官运用现行法律必须遵守的原理。^[23]

就撤诉制度而言,虽然撤诉属于程序性事项范畴,但是与管辖等其他程序性事项不同,撤诉所要解决的是在原告已明显无继续诉讼之意思表示时应如何处理

的程序性问题。撤诉不仅归属于当事人可处分权利范畴之内,且直接涉及民事司法裁判权的被动性和不告不理等民事诉讼基本原则。从而使法院需要脱离职权主义模式的作用,在该程序性事项处理的过程中保持超然的被动中立地位,不依职权主动查明是否存在正当的撤诉事由,也不扮演撤诉最终裁决者的角色,而是交由纠纷的双方主体通过对抗与交涉来作出最后程序性结果。倘若将撤诉的裁定权赋予法院,那么法院是否准许当事人撤诉,其所考虑的往往可能不是当事人的利益,而是法院自己的利益和已经完成的工作量。因此,法院在此制度空间内必须很大程度上被淡化职权主义色彩,从而将撤诉裁定权让渡于当事人。当事人的撤诉合意对系属人民法院产生拘束力,是诉权对抗审判权的结果,是近代宪政和法治理念在民事诉讼中的体现,也是当事人诉权与人民法院审判权之间应然关系的体现。^[24]

(二) 从解决我国撤诉现实困境的需要分析

强制性剥夺法院对于撤诉事项的裁定权在我国还具有着尤为重要的司法需要及价值。来自美国民事诉讼的经验告诉我们,“由于自由裁量权的行使渗透在其临时职务的各个层面,审判人员在审判过程中的超然姿态基本上是一种受无为而治意识形态支撑的自我节制观。不过,就像一座暂时休眠的火山一样,他可能在某些特定的情境中突然展开积极主动的行动。”^[21]在我国特有的司法行政管理体制背景下,基于结案率、绩效考核、职位晋升、错案追究等一系列因素的循环作用,法院在撤诉问题上就有着强烈的展开积极行动的欲望,使我国的撤诉不再被看作是当事人自己的事情,相反,法院对于撤诉表现出极不符合常态的热情,其经常以积极的姿态出现在撤诉程序运作中,通过动员当事人撤诉来实现尽快结案的愿望初衷。此外,由于撤诉案件的安全系数高,几乎不会出现严格意义上的错案问题,这就使法院对于撤诉有着更为强烈的制度偏好。我国撤诉率居高不下的原因很大程度上就是因为法官的撤诉积极性高,法院经常积极怂恿当事人撤诉,甚至可能向当事人发出错误或者威胁等案件讯号,使当事人误以为案件继续推进只会对自己不利,为了避免将自己陷入此种“被动局面”,从而选择退出诉讼机制。在司法实践中也经常存在法院主动扩大适用按撤诉处理的情形,在原告无法送达、联系不上或者开庭迟到的情况下直接按撤诉处理,进而引发当事人对法院的极大不满。因此,在我国很多准许撤诉裁定的作出只是表现为法官视野下的当事人同意,而未必真正实现当事人的合意,这也体现了我国民事撤诉制度受传统观念影响以维护实体法的实施为重心,强

调实体公正,忽视程序的独立价值,将程序法视为实体法之附法,在程序设计上不重视对审判权力的制约,从而容易导致对当事人诉讼权利的侵犯。^[25]

撤诉的生命线是当事人的自愿性,这是私权意思自治在民事诉讼领域的必然要求,在掌握着国家审判权的司法机关对于撤诉有着非正常的制度偏好的情况下,赋予其对于撤诉的最终裁决权显然属于制度设置中的权力配置失衡,无疑只会使我国已有的撤诉无序现状雪上加霜。对此,美国诉讼法学理论就特别强调:法官应抵制成为鼓动者的诱惑,或者因为渴望终结诉讼而支持和解,或者因为有责任保护非和解参与者的权利而抵制和解。和解的建议者、和解的反对者和不参加和解的人都不应受到偏袒。法院应广泛听取受和解影响者的意见,而不管他们是否有合法的被听审地位。^[26]而在我国民事诉讼制度体系中,诉讼和解和撤诉在适用中界限模糊,和解往往与撤诉制度捆绑适用,和解在某种程度上就意味着撤诉,因此在短期内改变我国司法行政体制无望的背景下,更为可行的制度出路只能是将已有的法院撤诉裁定权放入应有的权利牢笼之中。

(三) 法院心证公开义务在撤诉制度中的合理确立路径分析

需要强调的是法院不再享有撤诉的裁定权并不意味着撤诉制度空间内来自法院参与力量的缺失,法院在此制度范畴内可以无所作为,相反,完整的撤诉制度构建亦应当体现审判权的作用。正如德国著名法官瓦塞曼(Rudolf Wassermann)在《社会民事诉讼》一书中所强调的,诉讼由以当事人双方和法院构成的共同体来协作运作,在法院和双方当事人之间设立对话的桥梁,通过对话促进纠纷的早期解决。^[27]在通常的民事诉讼架构中,原告和被告不直接发生法律关系,往往需要以法院为中介来互相作用,即诉讼制度都体现了原告、被告和法院三方主体的完整参与。其中法院在绝大多数诉讼场景中发挥着运用国家公权力传递诉讼信息的辅助作用,如现代民事诉讼制度中诉讼代理人权限的变更、起诉状的递交等。应然的撤诉制度构建也不例外,其同样应当体现来自原告、被告及法院三方主体程序向心力的共同作用,法院的参与机制不能被关上程序之门。

理想的法院审判权设置方式应当是将原来的最终撤诉裁决权演化为被告撤诉同意权的辅助型职权。具体来说,即为法院在原告申请撤诉时,应当将撤诉的法律后果和撤诉申请作出节点时法院对案件争议焦点、证据的采纳认定及法律适用所形成的全部或者部分心证向当事人予以公开,在此公开的基础上由被告

决定是否同意撤诉,法院对此并不干涉。此种法院心证公开义务的设置实质源自于现代民事诉讼中的法官心证公开理念。现代民事诉讼所强调的司法公开包括实质意义上的公开和形式意义上的公开,前者表现为庭审过程中的举证公开、质证公开、认证公开、庭审中法官的心证公开及判决公开,后者表现为案件的审判对当事人、对社会公开。^[28]就实质意义上的公开中的心证公开而言,其要求将法官在案件庭审过程中和庭审结束后的裁判中将其对所有证据所形成的内心确信,包括对案件事实和法律上的见解向当事人公开,使其对法官的心证有所知悉。之所以强调法官在诉讼中公开对事实和证据的判断,表明法律见解,是因为可以因此防止法官在事实认定和法律适用中可能出现的恣意和擅断,有利于当事人公正审判请求权的实现,有利于提高裁判的可接受性,提升人民群众对司法的信赖度。^[29]而这一现代民事司法理念已经在较多国家得到法律的明确规定和指引。如法国民事诉讼法第16条规定:“法官于任何情形都应遵守两造审理原则,法官依职权指出法律上的理由,事先未提请诸当事人陈述意见的,不得为裁判决定的依据。”第442条规定:“在辩论程序中,为了正确理解当事人的辩论内容,法庭庭长与法官可以提请当事人提出其认为必要的法律上与事实上的说明,或者提请当事人具体说明看来尚不清楚的问题。”1977年生效的德国民事诉讼法第139条第1项规定:“审判长应当使当事人就一切重要的事实作充分的说明,并且提出有利的申请,特别是在对所提事实说明不够时要加以补充,还要表明证据方法。为达此目的,在必要时,审判长应当与当事人共同从事实和法律两个方面讨论案件的事实情况和争议情况,并且提问。”该法第278条规定:“双方辩论后,应该随即调查证据,调查证据结束后就案件情况与争议情况再与当事人讨论。”我国《民事诉讼法》虽然还未规定法官在庭审过程中的心证公开义务,但已有较多的学者对这一制度进行了广泛的研究并就我国的设立提出了有益的构想及路径。这就为撤诉场域中法院心证公开的制度设置奠定了合理性基础。撤诉制度空间内法官心证公开的制度设置也是心证公开在民事诉讼过程中全面落实必须迈出的制度尝试和探索先步。

就心证公开的形式而言,其既可以是书面形式也可以是口头形式。如果原告在诉讼过程中临时提出撤诉申请,法院可以当即对案件争议焦点及证据的认定形成初步心证的,可以口头当庭向被告公开;如果无法当即形成此种心证,应当限定法院在合理期限内以书面形式作出此种心证公开,并依职权送达至被告,由被告根据法院心证内容决定是否同意撤诉。倘若原

告在庭审外提出撤诉申请,法院应当依职权将撤诉申请书及书面心证公开内容在法定期间内送达被告,并限定被告在合理期限内作出是否同意撤诉的意思表示。如果被告在期限届满后未作出任何意思表示,默视为其同意撤诉。撤诉制度安排中的法院此种辅助对抗权也真正符合我国民事诉讼体制转型的需要。在当事人主导型诉讼模式下,法院只应适当行使阐明权,是否撤诉由原告自行决定。^[1]美国的民事撤诉制度中,也有类似规定。法院在对原告提出的撤诉申请进行裁量时,应当对当事人进行必要的询问。进行询问是法院命令撤诉得以成立的主要要件,询问的目的是防止被告方因原告的撤诉受到利益损害,法院应当按照“只要被告没有蒙受法律上的不利益,就应当认可撤诉申请”的原则,作为裁量是否许可原告撤诉申请的标准。

之所以主张在撤诉程序中设置法院的此种心证公开辅助型义务,是因为一方面,前述所提及的原被告双方在撤诉制度空间内申请撤诉权与同意权的制约与平衡只是一种理想意义中的制度场景,倘若没有法院心证公开义务的辅佐,其很难达致原被告双方的实质平等对抗。原告一方主动提起撤诉申请,通常是以自身的诉讼利益为核心进行了全面慎重的考量后才作出的最优制度选择和安排。面对原告的此种撤诉进攻,被告虽然享有着撤诉同意权,但是对于原告突然提出的撤诉申请,被告在有限的时间内实质上很难去合理把握和衡量是否应当同意的判断标准。基于其在撤诉中的被动性,其难以如同原告一样以自身的诉讼利益为核心作出最优的判断和抉择。尤其是在我国目前绝大多数民事诉讼缺乏律师代理的情况下,被告一般欠缺法律知识,很难对诉讼情况及自己诉讼行为的法律后果清楚地知晓,更难以指望被告能够在撤诉制度场域内向原告发动力量均衡的防守,从而只能使绝大多数案件中被告同意撤诉决定的作出只是基于被告的感性判断而盲目跟从原告意思之表示。或者可能产生的另一种制度运行场景为基于诉讼双方的利益对抗性,被告对于凡是来自于原告的主张全部加以否决,其中就包括原告的撤诉申请。这样的撤诉结果是建于被告的非理性判断基础之上作出,一方面极大损害了原告正当处分权的行使,另一方面可能造成诉讼资源的极大耗费,在诉讼明显已无继续推进的必要时基于被告此种撤诉同意权实质全部转化为撤诉否决权的控制模式而被迫继续。鉴于被告的上述弱势及非理性地位,在撤诉制度场景内需要类似于举证责任倒置的特殊性制度装置提升被告的程序对抗力,使被告在制度的辅佐下能够实现与原告的实质平等谈话与对抗,进而需

要法院职权心证公开制度的介入。此外,诉讼程序中向当事人放权总是一把双刃剑,在增加程序民主性的同时也会引发诉讼效率低下、程序拖延等不良后果,而效率和成本的控制目标只有通过裁判者掌握过程控制权才能实现,这也正是近年来西方各国纷纷强化法官在程序推进方面的权限的社会基础和理论基础。^[9]法院心证公开义务的辅助设置就能在一定程度上缓解此种不利程序性后果。通过法院的心证公开辅佐,当事人尽快做出合理的撤诉判断。德国和日本民法关于撤诉制度的规定亦体现了向当事人放权后法院对诉讼进程适当控制的制度理念,其规定若原告的撤诉申请书依职权送达被告2周内且告知其后果后被告未异议的,则视为同意撤诉。^[30,31]这一规定的实质目的就是为了避免使是否撤诉的问题长期处于不确定状态而能尽快作出。

另一方面,法院此种心证公开义务的附加在我国存在特殊的制度性需要,其对于缓解法院极不适当的撤诉热情具有着辐射效应。在实践中法院之所以热衷于撤诉结案是因为此种结案方式相较于判决和调解结案而言,法院压力最小,负担最轻,既无需对当事人的争议焦点作出回应,也无需对案件的实体权利义务归属作出认定,只需作出格式化的准许撤诉裁定书即可完成对案件的全部处理。而一旦赋予法院在原告申请撤诉时将撤诉的法律后果和对案件争议焦点、证据的采纳认定及法律适用所形成的全部或者部分心证予以公开的义务,就强化了法院在撤诉程序中的审理义务,使得法院对于撤诉问题的处理不再是仅进行形式上的书面处理,而是需要进一步体现审判权的作用,从而也将使撤诉不再被定性为纯粹的程序技术性制度,具有了自身完整的制度品质构建。

需要强调的是,为了保障法院在撤诉程序中的客观中立性,法院的心证公开义务应当只包括对撤诉法律后果、案件争议焦点、证据的采纳认定及法律适用所形成的全部或者部分心证告知当事人,最终由被告自行决定是否同意撤诉。此心证公开在功能定位上只是为被告同意撤诉与否决定合理作出的辅助型制度,此种程序机制类似于德国法院在处理程序性事项时的职权定位。如德国法院一旦发现自己管辖错误,其不会主动纠正管辖错误,而是依职权将这一错误通知被告,由被告自行决定是否提出管辖权异议,倘若被告没有提出管辖权异议,则就视为法院具有管辖权,诉讼程序继续推行。^[32]对于撤诉问题,法院应当是中立的,其只具有心证公开义务,而不能直接干预结果的作出。同样,借鉴德国对于程序性事项的安排处理,在是否应当准许撤诉问题悬而未决时,不能对案件作

出进一步审理。一旦被告作出是否同意撤诉的决定，就应当按照其意旨作出相应的程序安排。即使事后证明被告的撤诉同意是基于法院的错误裁判而作出，也不会影响本诉讼中撤诉所产生的法律效果，被告认为其民事权益受到损害的可以另行提起诉讼主张其权利。

五、结语

既然已经启动了诉讼程序，就应当通过另一个正当程序的处理才可以合理解释为何可以终结此程序，并使之产生视为从未发生诉讼系属的法律效果。故撤诉问题的研究首先应当解决撤诉程序的正当性问题，即何种撤诉机制的设置才能更为彻底地体现撤诉应有的制度功能及属性。正当化的撤诉程序设置和一般的诉讼程序一样应当归属于一种角色分配体系。由于需要撤回的诉讼已经具有诉讼系属，其不再仅仅属于原告处分权作用范畴，而是需要通过原告告诉权、被告对抗权及审判权的合力来实现撤诉领域内原被告双方的实质平等对抗。合理的设置途径应当是原告撤诉权在被赋予程序最大化保障的同时，需要来自被告撤诉同意权的对抗，此外，需要设置被告同意机制合理运行的审判权辅佐屏障，让法官对撤诉的法律后果及自己在原告申请撤诉节点对案件争议焦点和证据的采纳认证及法律适用所形成的心证向当事人予以公开，由被告在此基础上自行决定是否撤诉。以此理念为指导的撤诉程序设置可以达致撤诉中三方主体权利义务的制约平衡，也能在根源上化解法院因为撤诉效率高、负担轻、免于承担责任而滥用撤诉同意权甚至怂恿原告撤诉的司法困境，使撤诉制度场域内的民事诉讼结构最大化体现平等的控辩关系及审判权的客观中立，从而在根源上保证撤诉制度的合理运行和应然功能的完全实现。

参考文献：

[1] 王福华. 正当化撤诉[J]. 法律科学, 2006(2): 108-118.
 [2] 季卫东. 法治秩序的建构[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1999: 17.
 [3] 米尔伊安. R. 达玛什卡. 司法和国家权力的多种面孔[M]. 郑戈译. 北京: 中国政法大学出版社, 2004: 164.
 [4] 奥特马. 尧厄尼希. 民事诉讼法: 第27版[M]. 周翠译. 北京: 法律出版社, 2003: 228.

[5] 张家慧. 当事人诉讼行为法律研究[M]. 北京: 中国民主法制出版社, 2005: 100.
 [6] 严仁群. 二审和解后的法理逻辑: 评第一批指导案例之“吴梅案”[J]. 中国法学, 2012(4): 165-175.
 [7] 张晋红. 论撤诉的后果和对撤诉的控制[J]. 法律科学, 1996(5): 89-92.
 [8] 霍海红. 论我国撤诉规则的私人自治重构[J]. 华东政法大学学报, 2012(4): 112-117.
 [9] 傅郁林. 新民事诉讼法中的程序性合意机制[J]. 比较法研究, 2012(5): 55-56.
 [10] 王亚新. 对抗与判定——日本民事诉讼的基本结构[M]. 北京: 清华大学出版社, 2002: 58.
 [11] 傅郁林. 迈向现代化的中国民事诉讼法[J]. 当代法学, 2011(1): 8.15.
 [12] 中村英郎. 新民事诉讼法讲义[M]. 陈刚等, 译. 北京: 法律出版社, 2001: 254.
 [13] 让·文森, 塞尔日·金沙尔. 法国民事诉讼法要义[M]. 罗结珍译. 北京: 中国法制出版社, 2005: 1044.
 [14] 何文燕, 廖永安. 民事诉讼理论与改革的探索[M]. 北京: 中国检察出版社, 2002: 343.
 [15] 兼子一, 竹下守夫. 民事诉讼法[M]. 白绿铨译. 北京: 法律出版社, 1995: 136.
 [16] 法国新民事诉讼法典[M]. 罗结珍译. 北京: 中国法制出版社, 2001: 417.
 [17] 赵秉志. 澳门民事诉讼法典[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 1999: 84.
 [18] 中村英郎. 新民事诉讼法讲义[M]. 陈刚等, 译. 北京: 法律出版社, 2001: 245.
 [19] 潘剑锋. 从民事审判权谈民事审判方式改革[J]. 法学家, 2000(6): 77-82.
 [20] 常怡. 论撤诉[J]. 现代法学, 1984(3): 49-52.
 [21] 让·文森, 塞尔日·金沙尔. 法国民事诉讼法要义[M]. 罗结珍译. 北京: 中国法制出版社, 2005: 229.
 [22] 唐力. 民事诉讼构造研究——以当事人与法院作用分担为中心[M]. 北京: 法律出版社, 2006: 71.
 [23] 邱联恭. 程序选择权之法理——着重于阐述其理论基础, 并予以展望新世纪之民事程序法学, 民事程序法论文选萃[M]. 北京: 中国法制出版社, 2004: 494.
 [24] 陈娴灵. 我国民事诉讼中的撤诉契约研究[J]. 法商研究, 2008(5): 43-48.
 [25] 邱阳戎. 民事撤诉制度研究[J]. 上海市第一中级人民法院编: 审判论文选, 2004: 291.
 [26] 陈俊杰. 案子送不出法院出新招[N]. 新京报, 2005-9-2: (149).
 [27] 江伟, 刘荣军. 民事诉讼当事人与法院作用的分担——兼论

- 民事诉讼模式[J]. 法学家, 1999(3): 18-27.
- [28] 刘敏. 论司法公开的扩张与限制[J]. 法学评论, 2011(5): 45-50.
- [29] 唐静. 论民事诉讼庭审中的心证公开[J]. 法律适用, 2014(4): 111-115.
- [30] 汉斯-约阿希姆·穆泽拉克. 德国民事诉讼法基础教程[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2005: 154.
- [31] 兼子一. 民事诉讼法[M]. 北京: 法律出版社, 1995: 136.
- [32] 罗森贝克. 德国民事诉讼法[M]. 李大雪译. 北京: 中国法制出版社, 2007: 237.

On system design of first instance civil withdrawal in China

LI Xiaoxiao

(School of Law, Peking University, Beijing 100871, China)

Abstract: Based on persistently high rate of first instance civil withdrawal, the court's obvious preference of civil withdrawal application and complete negligence of the defendant's rights in withdrawal, the present essay believes that first instance civil withdrawal in China should be reasonably rectified according to the practice and system ideas of Chinese withdrawal system. Reasonable thoughts include endowing the plaintiff with the right of withdrawal application during the period from the court, accepting the case to the verdict coming into force, creating the right of withdrawal agreement for the defendant, and clearing inner conviction disclosure obligations of the judge so as to achieve right balance in the withdrawal system field and proper operation of withdrawal system.

Key Words: first civil instance; accusation withdrawal; authority of judge; agreement both parties

[编辑: 苏慧]