

|| 法学学科新发展丛书 ||
New Development of Legal Studies

民事诉讼法的新发展



叶自强 \ 著

New Development of Legal Studies

中国社会科学出版社

法学学科新发展丛书

New Development of Legal Studies



- 法理学的新发展
- 中国法律史学的新发展
- 比较法学的新发展
- 人权法的新发展
- 宪法学的新发展
- 行政法的新发展
- 刑法理论研究新视界
- 刑事诉讼法学的新发展
- 行政诉讼法的新发展
- 公益诉讼的新发展
- 中国商法的发展研究
- 经济法学的新发展
- 信息社会的知识财产
- 传媒法学的新发展
- 社会法前沿问题研究
- 环境法的新发展
- 中国法学教育的现状与发展趋势
- 国际公法学的新发展
- 民事诉讼法的新发展
- 国际私法学的新发展
- 海洋法的新发展

ISBN 978-7-5004-7285-8



9 787500 472858 >

定价:28.00元

法学学科新发展丛书
New Development of Legal Studies

民事诉讼法的新发展



叶自强\著

New Development of Legal Studies

中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

民事诉讼法的新发展/叶自强著. —北京: 中国社会科学出版社, 2008. 10

(法学学科新发展丛书)

ISBN 978 - 7 - 5004 - 7285 - 8

I. 民… II. 叶… III. 民事诉讼法 - 研究 - 中国
IV. D925. 104

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 156474 号

出版策划 任 明
特邀编辑 李 丽
责任校对 李 莉
封面设计 杨 蕾
技术编辑 李 建

出版发行 **中国社会科学出版社**

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 邮 编 100720

电 话 010 - 84029450 (邮购)

网 址 <http://www.csspw.cn>

经 销 新华书店

印 刷 北京奥隆印刷厂

装 订 广增装订厂

版 次 2008 年 10 月第 1 版

印 次 2008 年 10 月第 1 次印刷

开 本 710 × 980 1/16

印 张 12.75

插 页 2

字 数 217 千字

定 价 28.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社发行部联系调换

版权所有 侵权必究

总 序

景山东麓，红楼旧址。五四精神，源远流长。

中国社会科学院法学研究所位于新文化运动发源地——北京大学地质馆旧址。在这所饱经沧桑的小院里，法学研究所迎来了她的五十华诞。

法学研究所成立于1958年，时属中国科学院哲学社会科学学部，1978年改属中国社会科学院。五十年来、尤其是进入改革开放新时期以来，法学研究所高度重视法学基础理论研究，倡导法学研究与中国民主法治建设实践紧密结合，积极参与国家的立法、执法、司法和法律监督等决策研究，服务国家政治经济社会发展大局。改革开放初期，法学研究所发起或参与探讨法律面前人人平等、法的阶级性与社会性、人治与法治、人权与公民权、无罪推定、法律体系协调发展等重要法学理论问题，为推动解放思想、拨乱反正发挥了重要作用。20世纪90年代以后，伴随改革开放与现代化建设的步伐，法学研究所率先开展人权理论与对策研究，积极参与国际人权斗争和人权对话，为中国人权事业的发展作出了重要贡献；积极参与我国社会主义市场经济法治建设，弘扬法治精神和依法治国的理念，为把依法治国正式确立为党领导人民治国理政的基本方略，作出了重要理论贡献。进入新世纪以来，法学研究所根据中国民主法治建设的新形势和新特点，按照中国社会科学院的新定位和新要求，愈加重视中国特色社会主义民主自由人权问题的基本理论研究，愈加重视全面落实依法治国基本方略、加快建设社会主义法治国家的战略研究，愈加重视在新的起点上推进社会主义法治全面协调科学发展的重大理论与实践问题研究，愈加重视对中国法治国情的实证调查和理论研究，愈加重视马克思主义法学和中国法学学科新发展的相关问题研究……

五十年弹指一挥间。在这不平凡的五十年里，法学所人秉持正直精邃理念，弘扬民主法治精神，推动法学创新发展，为新中国的法治建设和法学繁荣作出了应有贡献。

法学研究所的五十年，见证了中国法学研究事业的繁荣与发展；法学研究所的五十年，见证了中国特色社会主义民主法治建设的进步与完善；法学研究所的五十年，见证了中国改革开放与现代化建设事业的成就与辉煌。

今天的法学研究所，拥有多元互补的学术背景、宽容和谐的学术氛围、兼收并蓄的学术传统、正直精邃的学术追求、老中青梯次配备的学术队伍。在这里，老一辈学者老骥伏枥，桑榆非晚，把舵导航；中年一代学者中流砥柱，立足前沿，引领理论发展；青年一代学者后生可畏，崭露头角，蓄势待发。所有的这一切，为的是追求理论创新、学术繁荣，为的是推动法治发展、社会进步，为的是实现公平正义、人民福祉。

在新的历史起点上，我们解放思想，高扬改革开放的大旗，更要关注世界法学发展的新问题、新学说和新趋势，更要总结当代中国法学的新成就、新观点和新发展，更要深入研究具有全局性、前瞻性和战略性的法治课题，更要致力于构建中国特色社会主义法学理论创新体系。

为纪念中国社会科学院法学研究所建所五十周年，纪念中国改革开放三十周年，我们汇全所之智、聚众人之力而成的这套法学学科新发展丛书，或选取部门法学基础理论视角，或切入法治热点难点问题，将我们对法学理论和法治建设的新观察、新分析和新思考，呈现给学界，呈现给世人，呈现给社会，并藉此体现法学所人的襟怀与器识，反映法学所人的抱负与宏愿。

五十风雨劲，法苑耕耘勤。正直精邃在，前景必胜今。

中国社会科学院法学研究所所长李林 谨识

二〇〇八年九月



序

我国民事诉讼法学最新一轮的发展是从2001年年底开始的。是年12月6日，最高人民法院审判委员会通过了《关于民事诉讼证据的若干规定》，并于12月21日公布。随后，民事诉讼法学界和民事司法界立即掀起了研讨的热潮。主要体现在三个方面：一是研究民事证据法；二是研究民事证据与民事诉讼程序之间的关系；三是研究民事证据与诉讼体制之间的关系。发表了为数极为可观的文章，涌现了一批有代表性的研究成果。

广泛且比较深入的学术研究有力地推动了民事诉讼法的立法工作。2008年4月，全国人民代表大会重新颁布了修订后的《中华人民共和国民事诉讼法》，着重就民事再审和民事执行作出了新的规定，这显然吸收了学术界的研究成果。我们民事诉讼法学界应该为此感到自豪。然而，毋庸讳言，民事诉讼法还存在不少问题，这是民事诉讼法学将来应该解决的问题。

2001年以来，我秉承本人一贯的理论与实际相结合的作风，积极投入民事诉讼法和民事证据法的研究活动中。本书即收录了我从那时以来至现在的若干重要研究成果，其中五篇论文曾经公开发表过。

最后，我要特别感谢中国社会科学院法学研究所陈苏、李林、冯军等领导的关心与支持。感谢法学所科研处蒋熙辉同志的支持。感谢中国社会科学出版社任明编辑和李莉同志等的辛勤工作。

叶自强
2008年5月8日

目 录

第一章 撤诉的理论、制度解释与立法建议	(1)
一、引言	(1)
二、撤诉的基本理论	(2)
三、撤诉是否须经过被告同意	(6)
四、撤诉是否要提出“合法理由”	(9)
五、撤诉的时间范围	(10)
六、撤诉的方式	(11)
七、撤诉的法律后果	(13)
八、撤诉的无效问题	(15)
九、撤回上诉或控诉的后果与既判力的关系	(16)
十、共同诉讼中的撤诉	(18)
十一、诉之撤回的推定	(19)
十二、因撤诉申请“涉及争议中的实体权利”因而不准 原告撤诉的问题	(21)
十三、混淆撤诉与放弃诉权的区别，把撤诉当做放弃诉 权来处理的问题	(23)
十四、起诉之后因证据不足而撤诉、收集充分的证据后 再起诉的问题	(24)
十五、追求较高“调解撤诉率”的问题	(25)
十六、结论	(30)
第二章 撤回公诉的制度解释和立法完善	(32)
一、引言	(32)
二、撤回公诉的时间范围	(34)
三、撤回公诉的方式	(38)
四、撤回公诉的后果	(39)
五、撤回公诉须有理由	(42)
六、法院对撤回公诉的准许权和审查权	(44)

七、撤回公诉的结案方式	(47)
八、撤回公诉须经过对方当事人同意	(48)
九、检察官的迅速告知义务	(49)
十、上诉的撤回	(50)
十一、撤回上诉的效果	(51)
十二、上诉的推定和撤回上诉的推定	(51)
十三、再审理求的撤回	(52)
十四、被害人对撤案要求的异议	(53)
十五、撤回公诉的三则案例及其分析	(54)
十六、我国撤回公诉的制度缺陷与完善	(57)
十七、结论	(59)
第三章 放弃请求诉讼的理论、制度解释和立法建议	(61)
一、引言	(61)
二、放弃诉讼请求的性质和特征	(62)
三、放弃诉讼请求的方式问题	(64)
四、法院对放弃诉讼请求的决定权问题	(68)
五、放弃诉讼请求的结案方式	(68)
六、放弃诉讼请求的时间范围	(70)
七、放弃诉讼请求的法律后果	(72)
八、放弃诉讼请求的无效问题	(74)
九、共同诉讼中放弃诉讼请求	(75)
十、无独立请求权的第三人在二审程序中是否有权放弃 诉讼请求的问题	(76)
十一、如何处理一审原告胜诉后在二审中放弃诉讼请求的问题	(77)
十二、我国放弃请求制度的基本框架、缺陷与立法建议	(79)
第四章 秘密录音的分类、证据资格和司法政策	(83)
一、为什么要讨论秘密录音问题	(83)
二、秘密录音的定义、特征、种类和范围	(87)
三、按照录音场所对秘密录音的分类, 以及不同场合下秘密 录音资料的证明资格	(89)
四、最高人民法院 1995 年 2 号批复的缺陷	(94)
五、总结与设想	(95)

第五章 20 世纪 20 年代以来美国秘密监听政策的变化	(101)
一、1924—1960 年期间秘密监听的司法实践	(101)
二、1960—1978 年期间的立法和司法实践	(103)
三、1978—2000 年期间的立法和司法实践	(105)
四、“9·11”恐怖袭击事件之后的立法和司法实践	(108)
五、几点启示	(116)
第六章 推定的根据	(117)
一、为什么要探讨“推定的根据”	(117)
二、“推定的根据”之客观性	(118)
三、“推定的根据”之种类和作用	(120)
四、两个以上推定的根据之间的冲突及处理原则	(127)
五、同一案件中两个并不矛盾的推定之合理顺序	(129)
六、医疗责任事故诉讼中过错推定的根据	(132)
七、建筑悬挂物脱落致人损害诉讼中过错推定的根据	(134)
八、在亲子关系推定中须慎用 DNA 技术	(135)
九、通过法律推定界定亲子关系的原则和方法	(141)
十、结论	(142)
附录	(144)
1. 德、法、日及我国澳门特区民事撤诉制度之比较研究	(144)
2. 德、法、日及我国澳门特区放弃请求制度之比较研究	(160)
3. 德、日、意、法、美及我国澳门特区撤回公诉制度之 比较研究	(175)

第一章 撤诉^①的理论、制度 解释与立法建议

一、引言

近年来，随着某些超级明星不断涉讼，^②“撤诉”这个公众昔日并不熟悉的词汇，一下子吸引了国内众多媒体的注意力，知名度一时陡增。^③在“撤诉”借“明星效应”扩大知名度的同时，也暴露出不少问题。其一，撤诉后是否还能重新起诉？撤诉与放弃诉讼有无区别？其二，撤诉由法院完全控制的做法是否正确？被告在原告的撤诉中是否应该有发言权？其三，将诉讼调解率作为考核法院审判工作的指标，迫使法院不惜一切代价予以追求，以提高“诉讼调解率”，这种做法是否合理、科学？其四，在撤诉案件中，有的法院需要理由，有的法院不需要理由，到底有没有统一的标准？“理由”是不是撤诉的要件之一？这些问题不仅令当事人感到困惑，许多实务工作者也感到难以把握，迫切需要理论工作者作出回答。^④

① 本章所论及的“撤诉”，专指撤回民事诉讼，以示与第二章的“撤回公诉”相区别。

② 在近年的一些案件，特别是涉及明星的案件中，屡屡出现这个词汇。见：

《“飞人”刘翔诉北京媒体侵犯肖像权案败诉》，<http://www.sports.cn/2005-05-2520:57:00>，来源：新华网；《刘晓庆撤诉，光明日报出版社反诉索赔》，载《兰州晨报》2002年1月18日；《饶颖撤诉法院没通过：撤诉内容看不出是自愿行为》，<http://www.qianlong.com/2004-11-2709:48:03>；《“撤诉风波”未了 饶颖不放弃将继续告赵忠祥》，<http://www.enorth.com.cn/2004-11-2915:07>；《双方均撤诉 赵本山诉物业公司侵权案庭外和解》，中安网，2005-03-17 11:25；《韦唯名誉权纠纷案悄悄撤诉 被告王学仁要变原告》，<http://ent.sina.com.cn/2005-11-1504:43>，来源：《北京晨报》；《朱军撤诉放弃20万索赔 被告停止了所有产品广告》，<http://www.qianlong.com>，2004-12-20 16:37:38。

③ 另据统计，上海2006年上半年有4.8万件撤诉的案件。（《第一时间化解矛盾纠纷 上海法院上半年调解撤诉案件4.8万余件》，www.sh.gov.cn，2006-07-28。）

④ 此外，还有一些潜在的问题，或者已经暴露但没有引起关注的问题，如推定撤诉、代理人的撤诉、共同诉讼中的撤诉等等，都值得认真研究，以防患于未然。

上述问题涉及撤诉的不同方面，但都与撤诉的基本理论有关。由于没有准确把握撤诉的基本理论，立法机关作出了不当规定；基于同样的原因，有的法官将撤诉与放弃诉讼等同，以致有的当事人提出“撤诉之后还能重新起诉吗？”的疑问；有的法院甚至采取法律之外的措施，以追求较高的调解撤诉率，等等。因此，只有首先弄清撤诉的基本理论，才能有效地澄清撤诉实践中的各种疑团，并探讨相应的方法，较好地解决它们。

二、撤诉的基本理论

其实，关于撤诉的基本理论，国外学者早已进行了深入探讨，取得了成果。因此，我们在这里仅仅作些介绍，个别地方作点必要的评论。

（一）撤诉的概念和性质

撤诉，亦称诉的撤销或者诉的撤回，是指原告撤回自行提起的诉讼。具体而言，是指原告撤回诉讼上请求审理和判决的申请而向法院进行的意思表示。撤诉是单方法律行为，是原告单方撤回在诉讼法上的申请的行为。诉的撤回一旦实施，其诉讼视为未向法院起诉，从而终止诉讼程序，诉讼程序的终止是撤诉所引起的诉讼法上的效果。法国学者让·文森和塞尔日·金沙尔指出：“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，但仍保留其权利。”^①

就撤诉的诉讼范围来说，中村一郎认为：“诉的撤回可适用于所有诉讼类型（诉讼对象不能由当事人自由处分的诉讼也可实施诉的撤销）。撤诉可分为全部撤诉和部分撤诉。前者是指原告可诉的全部实施撤销行为；后者是指可就诉的一部分实施撤销行为。在诉成为可分的情况下，也可以就合并的数个请求中的某一个或一个请求中的某一部分实施诉的撤销。”^②

^① [法] 让·文森和塞尔日·金沙尔著，罗结珍译：《法国民事诉讼法要义》（下），中国法制出版社2001年版，第1044页。

^② [日] 中村一郎著，陈刚、林剑峰、郭美松译：《新民事诉讼法讲义》，法律出版社2001年版，第244页。

（二）撤诉的要件及方式

一是撤诉须受到一定的时间限制。通说认为，在判决确定之前的任何阶段，均可撤诉。中村一郎说，诉在判决确定之前，也就是说从第一审至控诉审和上告审均可实施撤销。^①

二是须经过对方同意。撤诉本是原告单方撤回在诉讼法上的申请的法律行为，为什么须经过被告同意呢？中村一郎认为，被告提交了书面材料，在辩论准备程序中已经作了申述，或在口头辩论中已经作过辩论，这表明被告已经进入应诉状态，其目的是要利用诉讼，谋求驳回原告请求的判决，因而诉的撤销须经过对方同意。^②中村一郎进一步指出：“撤诉是原告对法院进行的意思表示。被告进入应诉状态后，为保护被告的利益，其撤销行为须经过被告的同意，在这种情形下，不是依原告、被告的合意而使诉的撤销成立，仅仅是以被告的同意为其效力发生要件。诉讼之外，原告即使向被告承诺撤销诉讼，也不能构成诉的撤销。诉的撤销是原告单方撤回在诉讼法上的申请，相应地发生诉讼终结这一诉讼法上的效果。诉讼的撤销尽管是一种诉讼行为，但它和一般的诉讼行为不同。”^③

法国学者让·文森和塞尔日·金沙尔持有同样的观点，他们指出：一审撤诉是否有效，根本条件是其须经被告接受。这种观点被法国法律所采纳。《法国新民事诉讼法典》第395条规定：“撤回起诉，仅在经被告接受时，始为完全。”^④被告接受撤诉得以任何形式为之，例如，可以采取与原告撤诉相同的形式（《新民事诉讼法典》第397条）。^⑤

三是提起撤诉的当事人须具有诉讼能力。中村一郎说，原告须具有诉讼能力。若代理人实施撤销行为，需要给代理人特别授权或委托。^⑥让·文森和塞尔日·金沙尔说：在这里，并不是要求有“处分争议权利的能力”，而仅仅是要求有“进行诉讼的能力”。^⑦

① [日] 中村一郎著，陈刚、林剑峰、郭美松译：《新民事诉讼法讲义》，法律出版社2001年版，第245页。

② 同上。

③ 同上。

④ 罗结珍译：《法国新民事诉讼法典》，中国法制出版社1999年10月第1版，第81页。

⑤ 同上。

⑥ [日] 中村一郎著，陈刚、林剑峰、郭美松译：《新民事诉讼法讲义》，第245页。

⑦ [法] 让·文森和塞尔日·金沙尔：《法国民事诉讼法要义》（下），第1045页。

四是通常应采用书面形式。中村一郎说,原则上要求以书面形式向法院提起。在口头辩论、辩论准备程序或和解的期日,也可以口头形式进行。^①法国学者让·文森和塞尔日·金沙尔说,尽管《新民事诉讼法典》第397条规定“撤诉得为明示或为默示”,但最常见的情形还是“明示撤诉”,并且往往都使用一项司法性质的行为或司法外行为来表示这种明示撤诉:所谓用“司法性质的行为”来表示撤诉是指,诸如在法庭上口头上提出一项撤诉声明(例如,在商事法院口头提出撤回诉讼)。法庭在此时将依据这种口头陈述作出判决,以认可当事人撤回诉讼。撤诉,也可以通过律师间的文书提出,这一文书应当由当事人本人以及律师签字。在这种情况下,律师被推定是依据专门的授权而(在撤诉文书上)签字(《新民事诉讼法典》第417条)。法国学者让·文森和塞尔日·金沙尔还说,如果是以司法外文书提出撤诉,这种文书可以是执达员送达的文书,也可以是经公证的文书,或者甚至是一份私署文书、一封由原告寄给被告的平信。在撤诉是通过信件或私署文书提出时,如果原告认为这样做有好处,则可以请求法院作出判决,对其撤诉予以确认。^②

(三) 撤诉的效果

中村一郎认为,诉的撤销一旦实施,诉讼就其撤销部分归属于未起诉。撤诉意味着诉讼从开始之初便归于消失,因而不妨碍就同一实践进行再次起诉。然而,为防止无谓诉讼审理的反复,致使同一事件前后判决矛盾现象的出现,本案终局判决作出后,撤销诉讼人不能就同一事件再次提起诉讼。依诉的撤销,时效中断效力溯及并消灭。^③

让·文森和塞尔日·金沙尔持有大致相同的观点。他们指出,撤诉一经接受,便不可撤销地产生效果。撤诉的效果主要是,使诉讼当事人回到诉讼开始之前的状态,因此,诉讼时效视为从来未中断,至少在无条件撤诉的情况下是如此;同时,撤诉使延期的利息视为未发生。撤诉,仅产生消灭诉讼的效果,但并没有舍弃诉权。《新民事诉讼法典》第398条规定:“撤回诉讼并不引起舍弃诉权,仅引起诉讼消灭。”(参见第385条)撤诉也可以是部分

① [日] 中村一郎:《新民事诉讼法讲义》,第245页。

② [法] 让·文森和塞尔日·金沙尔:《法国民事诉讼法要义》(下),第1045—1046页。

③ [日] 中村一郎:《新民事诉讼法讲义》,第246页。

撤诉：原告仅限于撤回其诉讼请求的某个争点，而其他请求争点仍然保留。^①

（四）放弃请求与撤诉的区别

关于撤诉与放弃请求的区别，中村一郎作了极为精当的阐述。他说：

它们在原告撤回主张这一点上有所类似，在私法诉权说^②占统治的时代，认为诉权是依据于实体法上的请求权，未将诉和请求加以区别，因而，诉的撤销与请求的放弃两者的区别不太明确。至公法的诉权说问世后，人们才清楚地认识到它们是两个不同的概念。公法诉权说^③认为，诉是面向被实体法分割的法院的一种公权，从而使长期以来诉与请求模糊不清的局面得到了彻底改变，将两者作了明确的区分。进而使人们认识到诉的撤销与请求的放弃是两个不同的东西。即诉的撤销是指当事人从法院撤回审判要求；而请求的放弃是指原告撤回并放弃向被告提出的诉讼上的请求，这是他们间本质性的差异，与之相应的，在程序上也产生如下差别：

（1）诉的撤销一旦实施，诉讼从开始之初便属于未起诉，而请求的放弃将产生与原告败诉确定判决相同的效力。

（2）本案终局判决作出后，若实施诉的撤销，再诉将被予以禁止，但可再次进行同一诉讼的提起。而请求的放弃决定作出后，由于受既判

① [法] 让·文森和塞尔日·金沙尔：《法国民事诉讼法要义》（下），第1048页。

② 诉权私权说（亦称实体诉权说、私权解释说）认为，诉权是基于私法而产生的权利，是当事人所享有的实体权利的直接内容，它的主观指向是实体权利所对应的义务主体。这一学说的创始人萨维尼认为，诉权具有与债相近似的实体法的本性。在诉讼提起前，是债的法律关系的胚胎；在提起诉讼后，便成为真正的债。把诉权视为私权的观点早在罗马时期就已经形成。因此，诉权私权说与其说是德国学者的学术成就，倒不如说是萨维尼等历史法学家对民族主义尊崇的结果。（柴发邦主编：《中国民事诉讼法学》，中国人民公安大学出版社1992年版，第275—276页。）

③ 包括抽象诉权说和具体诉权说。抽象诉权说从自由主义立场出发，主张诉权是不依赖任何实体条件而存在的公法权利，是人权不可缺少的组成部分。它第一次揭示了诉权的公法性质，同时，就对抗封建司法制度而论，有一定的历史进步意义。但是在普鲁士专制国家强大封建势力面前，这种学说并不产生很大的实际效果。继之而起的是具体诉权说。具体诉权说的基本观点是：诉权是公法性质的权利，但它是基于实体权利为基础，私人请求国家给予自己判决的权利。这一学说是同19世纪末强化国家权力的思想相呼应的。与既往的学说相比，它强调了国家对于诉权存否的决定作用和国家在民事纠纷解决中的主导地位，从而使诉权的意义与国家主权的基本观念相吻合。（柴发邦主编：《中国民事诉讼法学》，第276页。）

力的对抗，新诉将被驳回。

(3) 被告应诉后，要撤销诉讼，须取得其同意，而请求的放弃则无此要求。^①

以上区别极为重要，它使我们更能看清和精确掌握撤诉的性质和特征，从而准确地用于司法实践。反之，就很容易将两者混同，从而铸成难以弥补的错误。

三、撤诉是否须经过被告同意

通说认为，原告撤诉一般须经过被告同意。德、法、日本及我国澳门特区的民事诉讼法均就此作出明确规定。

《德意志联邦共和国民事诉讼法》（以下简称《德国民事诉讼法》）第269条规定：“（1）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。（2）撤回诉讼以及使撤回生效的必要的被告的同意，应向法院表示。未在言词辩论中表示的撤回诉讼，须提出书状而表示之。（3）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，判决失其效力，无须经过明白的撤销。关于诉讼费用，如未经判决确定，原告有负担费用的义务。没有减免诉讼费用的规定。前两种效力，依申请，以裁定宣誓之。此裁定不经言词辩论为之。对此裁定可以提起即时抗告。（4）诉（在撤回后）如重新提起时，被告在收到诉讼费用的偿付前，可以拒绝应诉（法国、日本没有此规定）。”^② 根据上述规定，原告撤诉是否必须经过被告同意不能一概而论，必须根据一定的诉讼阶段才能确定。具体而言就是：（1）言词辩论之前撤回诉讼，不经被告同意。可以采用口头或者书面形式，且应向法院表示。（2）言词辩论之中撤回诉讼，要经被告同意。可以采用口头或者书面形式，且应向法院表示。（3）言词辩论结束之后，以及判决作出并宣誓之后，而尚未确定（不具有既判力）的，撤回诉讼，要经被告同意。只能采用书面形式，且应向法院表示。

法国法与德国法基本一致。《法国新民事诉讼法典》第395条规定：“撤回起诉，仅在经被告接受时，始为完全。但是，如在原告撤诉时，被告

^① [日] 中村一郎：《新民事诉讼法讲义》，第254页。

^② 谢怀拭译：《德意志联邦共和国民事诉讼法》，中国法制出版社2001年版，第65页。

尚未提出任何实体上的辩护，或者未提出不受理的请求，被告只接受并非必要。”^① 根据该条规定，一般来说，经被告同意是撤回起诉的要件之一。但是，如果在原告撤诉的时候，被告尚没有提出任何实体上的辩护，或者没有提出不受理的请求，在这种情况下，原告的撤诉不一定经过被告的同意，这就是说，可经过被告的同意，也可不经过被告的同意。无论是否经过被告的同意而撤诉，都是民事诉讼法所认可的行为，无须由法官来裁定，法官均应予以认可。

必须指出，尽管经被告同意是撤回起诉的要件之一，但不能绝对化，因为在另一些情况下，原告撤诉不需要经被告同意。为了更好地理解第 395 条，还需要根据撤回起诉的时间来进一步作出细致分析：（1）在被告进行辩护之前，原告可以不经被告同意而撤回起诉（与德国法相同）。（2）在被告辩护之后，原告必须经被告同意才能撤回起诉（与德国法相同）。（3）在被告进行辩护之前，如果被告未提出不受理请求，则原告可以不经被告同意而撤回起诉（德国法无此规定）。（4）在被告进行辩护之后，如果被告未提出不受理请求，则原告可以不经被告同意而撤回起诉。（德国法无此规定）（5）在被告进行辩护后、法院判决之前，原告撤回起诉，必须经被告同意（与德国法相同）。（6）原告在法院作出判决后，但该判决尚未确定时撤回起诉，必须经被告同意（与德国法相同）。

从上面可以看出，总的来说，在被告“辩护之前”，原告撤诉可以不经被告同意。在被告“辩护之后”，原告撤诉必须经被告同意。而且一旦“被告进行辩护”，就意味着诉讼进入言词辩论阶段。从这个意义上说，法、德关于“是否经过被告同意”的撤诉要件，其规定是一致的。不过，由于两者之间存在些微的差别（如法国法对“被告未提出不受理请求”的情况作了规定，而德国法则没有），所以在司法实践中，仍需要正确地区分不同诉讼阶段，才能准确适用。

《日本民事诉讼法》第 261 条规定：“（一）在判决确定之前，诉讼可以撤回其全部或一部分。（二）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程序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。但是，在本诉撤回的情况下，撤回反诉，则不在此限。（三）撤回诉讼，应以书状进行。但是，在口头辩论、辩论准备程序或和解的期日，不妨以口头进行。（四）在本条第二款本

^① 罗结珍译：《法国新民事诉讼法典》，中国法制出版社 1999 年版，第 81 页。