

浦东法院

民事案例选编

主编：丁寿兴

1999-2009



上海三联书店

浦东法院 民事案例选编

主编：丁寿兴

1999-2009



上海三所书店

图书在版编目(CIP)数据

浦东法院民事案例选编(1999—2009)/丁寿兴主编.
—上海:上海三联书店,2010.2
ISBN 978-7-5426-3210-4

I. ①浦… II. ①丁… III. ①民法—案例—汇编
—中国—1999—2009 IV. ①D923.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 026278 号

浦东法院民事案例选编(1999—2009)

主 编 / 丁寿兴

特约编辑 / 徐林林

策 划 / 朱美娜

装帧设计 / 王文杰

监 制 / 研 发

出版发行 / 上海三联书店

(200031)中国上海市乌鲁木齐南路 396 弄 10 号

<http://www.sanlian.com>

E-mail: shsanlian@yahoo.com.cn

印 刷 / 上海展强印刷有限公司

版 次 / 2010 年 2 月第 1 版

印 次 / 2010 年 2 月第 1 次印刷

开 本 / 640×960 1/16

字 数 / 460 千字

印 张 / 28.5

ISBN 978-7-5426-3210-4

D·162 定价: 56.00 元

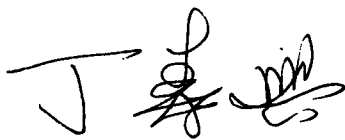
序

浦东法院近十年来的民事审判工作适逢我国民事立法成果丰硕的十年,也是浦东发展最快的十年,所涉及的新情况、新问题层出不穷。浦东法院的民事审判工作始终坚持以科学发展观为统领,坚持社会主义法治理念,坚持“三个至上”重要指导思想,不断增强司法能力,提高司法水平,努力为浦东的开发,开放提供有力的司法保障。在这一过程中形成的每一个案例都是司法活动的最终体现,而且由于很多案例对普通百姓的生活都产生了深远的影响,因此受到社会的普遍关注。民事审判涉及的社会领域广阔,适用的法律条文浩繁。我们把近十年来浦东法院民事审判中有影响的案例编撰成册,通过这些案例将我院近十年来的民事审判工作展现给大家。

尽管成文法国家不承认判例具有创造法律的效力,但案例的编撰仍然具有重要意义。案例编撰与研究可以推进成文法的立法进程。浦东法院近十年来的民事案例中不少是在成文法规定缺失的情况下,运用法律原则,填补法律漏洞,使矛盾纠纷得以解决。有些案例所引发的争议,由于后来成文法的出台得到了解决,但也有些案例所揭示的法律漏洞至今仍然没有得到解决,或许这些争议还将进行下去,甚至比较激烈,正如北京大学朱苏力教授所言“越是有争论,越可能有影响”,希望这些案例所引发的争论可以为今后的立法积累一些宝贵的经验。案例编撰与研究可以丰富法学教学的内容,提高法学教学的水平。在法学教学领域很多法学院均在开展案例教学法,人民法院的案例是案例教学法最好的素材,希望专家、学者和法学院的学生从中进行深层次的理论探索,使案例在法学教学中发挥应有的作用。案例编撰与研究也是法院指导人民调解工作的重要组成部分。将人民法院的案例提供给基层人民调解组织,人民调解员可以进一步了解法官的法律思维方式与法院适用法律的标准。同时,人民法院的案例也可以作为法制宣传的内容,作为送法下乡、送法进社区的载体。

2009年,在南汇并入浦东成立新的浦东法院之际,编写这本案例意义更为深远。这些民事案例记录着浦东法院的司法足迹,是浦东法院法官智慧的体现,是浦东法院司法为民的体现,是浦东法院秉公执法的体现。

上海市浦东新区人民法院院长

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized Chinese characters, likely '丁少兴' (Ding Shaoxing).

2009年12月1日

目 录

第一编 总则及程序

1. 被代理人身份不公开的代理及其效力分析 1
2. 离婚案件撤诉后六个月内再起诉的法律适用 6
3. 评析“一事不再理”原则下当事人可否就判决履行中签订的
抵押合同另行提起诉讼 10
4. 无独立请求权第三人的确认标准及其诉讼地位 17
5. 不配合法院委托的鉴定部门进行鉴定应承担的责任 24

第二编 婚姻家庭

6. 对《婚姻法解释(二)》中“离婚协议”的涵义辨析 28
7. 亲子关系确认之诉中举证责任的分配 35
8. 离婚后原夫妻共同财产中公司股权的分割 40
9. 法定赡养义务不因协议约定而免除 46
10. 遗嘱效力的认定与公序良俗原则的适用 52
11. 口头遗嘱的法定形式要件 62

第三编 合同

12. 要约·承诺·缔约过失责任 67
13. 民间借贷违约金条款的效力认定 73
14. 人身保险合同投保人如实告知义务的解析 79
15. 立约定金适用当事人过错原则 86
16. 网络游戏运营商保障协助义务的判定 92
17. 网络游戏运营商行使处罚权前的告知义务 99
18. 《消费者权益保护法》中惩罚性赔偿制度的适用分析 106
19. 公路客运承运人的救助义务 111
20. 储蓄合同中的强制交易与缔约过失 119

21. 航空承运人迟延运送民事责任的承担	125
22. 违约责任中的不可抗力抗辩	131
23. 航班合理延误时实际承运人的义务	139
24. 航空公司对旅客签证问题应负有注意并告知的附随义务	147
25. 抵押房产转让合同的效力	155
26. 合同被撤销后信赖利益的损害赔偿	159
27. 土地权利瑕疵担保责任的认定	166
28. 抵押合同项下非合同当事人合法权益的保护	171
29. 房屋出卖人隐瞒违章搭建事实应担责	177
30. 房屋承租人优先购买权的限制性保护	183
31. 预约违约及房屋差价损失的赔付	190
32. 传真合同效力的认定及预期违约的判断	198
33. “买卖不破租赁”的适用	206
34. “明知”不是房屋出卖人瑕疵担保责任的绝对免责条件	215
35. “套贷”合同的认定及后果处理	222

第四编 侵权

36. 超市非法搜身民事责任认定	229
37. 转述新闻报道的侵权责任	234
38. “光污染”的法律定性及司法救济	244
39. 工伤事故的侵权赔偿与工伤保险补偿关系	249
40. 对环境污染损害赔偿案件举证责任倒置的理解	257
41. 共同侵权行为的认定与各侵权人责任比例的分析	263
42. 信用卡法律关系中特约商户的民事责任	269
43. 认定与规制“群租”行为的法律思考	273
44. 法人名誉权纠纷中责任主体与客观要件的认定	280
45. 产品缺陷的理解与法律适用	286
46. 出借身份证所购机动车发生交通事故的责任承担	294
47. 物业公司对业主被盗应承担的法律责任	302
48. 构筑物致害责任的理解与适用	309
49. 软件免费下载亦不能免除充分告知义务	317
50. 侵权责任因果关系的认定	321



51. 权利人滥用权利的认定及其法律后果	327
52. 道路交通事故人身损害赔偿纠纷案件中受害人损失范围的具体认定	333
53. 交强险中被保险人未变更的法律后果	339
54. 损害赔偿调解协议中重大误解的认定	345
55. 损害赔偿案件中公平原则的适用	351
56. 擅自处分他人“骨灰盒”引发的财产及精神损害赔偿研究	357

第五编 物权

57. 要求业主拆除搭建、改建物的请求权主体的确定	361
58. 平衡个体利益与公共利益规制不可量物侵害	367
59. 不动产登记权属推定效力的否定及第三人善意取得的判断	371
60. 业主撤销权行使条件与责任承担的法律分析	378
61. 浅析机动车所有权变动时点	385

第六编 劳动争议

62. 追索加班工资纠纷举证责任的分配	390
63. 用人单位派遣劳动者出国培训的性质界定	396
64. 企业改制中劳动关系的处理	400
65. 民办非企业单位与劳动者因履行劳动权利义务产生纠纷的处理	406
66. 特殊岗位劳动者私盖公章纠纷的处理与防范	410
67. 劳动者承担赔偿责任的原则及范围	416
68. 工伤保险与民事赔偿的关系	421
69. 未约定竞业限制补偿不影响竞业限制协议的效力	425
70. 职业球员事实劳动关系的认定	430
71. 劳动者对用人单位应负忠诚义务	437
72. 劳动合同订立过程中的缔约过失责任	444



第一编 总则及程序

1. 被代理人身份不公开的代理及其效力分析

——原告长春市丰润经贸公司诉被告上海浦东
新区房地产交易市场川沙分市场房屋买卖合同纠纷案

【提要】 实践中,代理人不公开被代理人身份与名字,而以自己的名义与第三人为民商事法律行为的活动逐渐增多。由于《合同法》引入了英美法系代理制度中“被代理人身份不公开的代理”理论,这有别于《民法通则》中有关代理的规定。

一、案情

原告长春市丰润经贸公司(以下简称丰润公司)。

被告上海浦东新区房地产交易市场川沙分市场(以下简称川沙分市场)。

被告上海欣华实业公司(以下简称欣华公司)。

浦东法院经审理查明,1995年2月13日,原告丰润公司与被告川沙分市场签订了一份《房屋买卖合同》,约定:川沙分市场将浦东新区洋泾港桥西南首办公公寓A型7号,建筑面积229平方米的房屋出售给原告丰润公司,房价为人民币1632000元。川沙分市场保证上述房屋权属清楚无纠葛,若产权上发生异议,或存有其他未清事项,川沙分市场应承担所引起的法律责任,并负责处理善后工作。合同签订当日,原告即向川沙分市场付清全部房款,并实际受领了系争房屋。后由于原告无法取得系争房屋的房地产权证,遂提起诉讼。审理中,法院查明系争房屋系欣华公司所有,土地性质为集体用地。1993年3月1日,欣华公司委托川沙分市场代售包括系争房屋在内的26幢房屋,委托期限自1993年3月至房屋全部售完为止。欣华公司在原告起诉川沙分市场后主动来法院陈述有关委托事实,经原告丰润公司申请,法院依法追加欣华公司为被告参加诉讼。庭审中欣华公司对上述委托事实予以承认,且认可房款最终由其收取,表示愿意承担系争房屋的债权债务关系。

二、法院审判

浦东法院经审理认为：第一，房屋买卖合同的出售应由对房屋拥有权利的民事主体予以实施，且合同内容必须符合法律法规的规定；而代理人在行使代理权限时，则应以被代理人的名义实施民事法律行为。本案被告川沙分市场受被告欣华公司的委托销售系争房屋，理应以被告欣华公司的名义与原告签订房屋买卖合同，但被告川沙分市场却以自己名义所为，且未告知原告，故被告川沙分市场应对合同后果直接承担民事责任。第二，根据《中华人民共和国城市房地产管理法》的规定，集体所有的土地，经依法征用转为国有土地后，该土地的使用权方可有偿转让。本案被告将集体土地上房屋进行转让，违反了上述法律规定，应属无效。对此无效民事行为，两被告应承担法律责任。现原告要求确认双方签订的房屋买卖合同无效，由被告川沙分市场退还房款，支付利息，理由正当，依法应予支持。因被告欣华公司系房屋的权利人，其对本案的事实亦予以认可，并同意承担本案的民事责任，故可由其对上述返还款项承担连带责任。法院根据《中华人民共和国民事诉讼法》第五十八条、第六十一条第一款之规定，判决如下：1. 原告长春市丰润经贸公司与被告上海浦东新区房地产交易市场川沙分市场签订的《房屋买卖合同》无效。2. 被告上海浦东新区房地产交易市场川沙分市场应于本判决生效后十日内退还原告长春市丰润经贸公司购房款人民币 1632000 元，并按中国人民银行同期固定资产贷款利率支付该款自 1995 年 2 月 13 日起至本判决生效日止的利息损失。3. 被告上海欣华实业公司对上述第二项付款义务承担连带责任。4. 原告长春市丰润经贸公司应于本判决生效后 10 日内将浦东新区洋泾港桥西南首办公寓 A 型 7 号房返还给被告上海欣华实业公司。

一审判决后，原、被告均未上诉。

三、评析

有关代理问题的研究必然涉及代理的类别与概念。世界上两大法系对代理制度的规定大相径庭。大陆法系将代理分为直接代理与间接代理。这里所谓间接代理，是指代理人为了被代理人的利益，以自己的名义与第三人开展商事活动，其效果间接地归于被代理人。行纪就是大陆法系间接代理的主要形式。英美法系对代理的分类是显名代理、隐名代理和被代理人身份不公开的代理。这里所谓隐名代理，是指第三人在与代



理人缔结法律关系时知道存在被代理人,但不知道被代理人姓名的代理关系。所谓被代理人身份不公开的代理,是指第三人在与代理人缔结法律关系时不知道存在被代理人的代理关系。被代理人身份不公开的代理是英美法系独特的代理制度。

本案川沙分市场受欣华公司的委托以自己的名义与丰润公司签订房屋买卖合同,从大陆法系对代理的分类来看应属间接代理,从英美法系的分类来看则属于被代理人身份不公开的代理。而英美法上被代理人身份不公开的代理与大陆法上间接代理存在本质区别。两大法系有关代理理论在不同阶段给我国的立法造成了深远的影响。这集中反映在我国《民法通则》与《合同法》的有关规定上。

大陆法系国家的代理制度其理论基础是区别论。它将委任合同与代理权限严格区分。委任合同仅仅指向与被代理人有关的代理人的义务及能力,而代理权限的概念却使得代理人有权在与第三人缔结法律关系时拘束被代理人。这项理论自从德国法学家拉邦德 1866 年发表《代理权授予及其基础关系的区别》一文后,即为大多数大陆法系国家的立法例所采用,这表明,大陆法系十分强调代理人在对外进行民事活动时必须表明其代理身份。对于既不披露被代理人姓名,也不表明自己是代理人,并以自己的名义进行民事活动的情形,大陆法系国家大多不认为是代理。另外,大陆法系国家的民法典分则中常有行纪一节,但行纪作为间接代理的主要形式,具有自身的特点:其一,行纪主要涉及动产买卖,在不动产交易中通常不适用行纪;其二,行纪往往作为经营活动牟取利益,对于无偿行为,行纪关系亦无法调整。一般而言,大陆法系国家除了规定行纪以外,在民法典中对间接代理的规定较少。我国《民法通则》第六十三条继受大陆法系的传统,仅规定了直接代理:“代理人在代理权限内,以被代理人名义实施民事法律行为。被代理人对代理人的代理行为,承担民事责任。”上述丰润公司诉川沙分市场与欣华公司房屋买卖纠纷一案发生在《合同法》1999 年 10 月 1 日施行以前,对此适用的法律应是《民法通则》。

可是,在新的《合同法》出台以后,对类似案件的处理变得就有些复杂。因为《合同法》中的规定表明,我国立法不仅对大陆法系传统的行纪制度作了明文规定,而且还把英美法系代理理论中的隐名代理与被代理人身份不公开的代理引入了我国的合同法理论中。这些变化对今后的司法实践将产生重要影响。

《合同法》第四百零三条第一款规定,受托人以自己的名义与第三人



订立合同时,第三人不知道受托人与委托人之间的代理关系的,受托人因第三人的原因对委托人不履行义务,受托人应当向委托人披露第三人,委托人因此可以行使受托人对第三人的权利,但第三人与受托人订立合同时如果知道该委托人就不会订立合同的除外。该款实际上即规定了被代理人身份不公开的代理。过去,这类代理在理论上极易同隐名代理相混淆,事实上这两种代理是存在着很大差别的。代理人在隐名代理中会向第三人披露抽象的被代理人存在,但不会披露被代理人的真实身份与名字。而在被代理人身份不公开的代理中,代理人不告知第三人有被代理人的存在,而以自己的名义为法律行为,以致第三人认为代理人就是其法律行为的唯一相对人。在本案中川沙分市场的代理行为就是被代理人身份不公开的代理。根据《合同法》第四百零三条第二款:受托人因委托人原因对第三人不履行义务,受托人应当向第三人披露委托人,第三人因此可以选择受托人或委托人作为相对人主张其权利,但第三人不得变更选定的相对人。这一条是未披露被代理人的代理中有关第三人享有选择权的规定。这意味着第三人对被代理人与代理人选择其一作为被告,即使他对最终判决不满意,也无权对另外一人再行起诉。因为从法理上讲,第三人仅仅和一个人进行交易,基于公平的原则,他只能要么起诉代理人,要么起诉被代理人。除了上述原则规定,还有一项例外,即《民法通则》第六十七条:代理人知道被委托代理的事项违法仍然进行代理活动的,或者被代理人知道代理人的代理行为违法不表示反对的,由被代理人和代理人负连带责任。在本案中川沙分市场明知欣华公司的房产是集体土地上房屋,而受托销售。两被告对集体土地上房屋不能转让的禁止性规定是明知的,明知违法而为之,两被告理应负连带责任。所以第三人在这种情况下可以不受选择权的一般规定,而将代理人与被披露的被代理人一并列为被告,要求他们负连带责任。

综上所述,本案的适用法律应当是《民法通则》,法院的判决理由与判决结果完全符合法律的规定。但是对于《合同法》实施后发生的类似纠纷,在委托事项不违反法律规定的情况下,未披露被代理人的代理人与第三人订立的合同有效。第三人可以在被代理人披露后选择代理人或被代理人主张其权利,且不得变更选定的相对人。但是代理人知道被委托的事项违法仍然进行代理活动的,则第三人可以要求代理人与被代理人负连带责任,这是未披露被代理人的代理中第三人行使选择权的例外情况。



五、案例索引

一审：(2000)浦民初字第 4188 号

审判人员：审判长张敏 人民陪审员蒋学琴 人民陪审员顾秋英

案例编写人：王佳



2. 离婚案件撤诉后六个月内再起诉的法律适用

——姜某诉陈某离婚纠纷案

【提要】 本案是一起普通的离婚案件,但由于原告在不同情况下提出多次离婚请求,引发了作者对离婚案件撤诉后对原告的再次起诉权的限制这一问题的深入思考。作者认为,司法解释虽对此问题作了弹性规定,但尚欠明确,导致了法律适用上的不统一和司法实践中的不一致。在对立法现状进行分析之后,作者进一步提出了建议。

一、案情

原告:姜某。

被告:陈某。

原、被告于1992年通过报刊征婚相识恋爱,1994年11月16日登记结婚,双方均系再婚。自1997年起原告为家庭琐事及住房问题先后5次向法院起诉离婚,第一次撤诉,第二次被判决不准离婚,第三次起诉后于2001年1月10日经法院调解和好。不日,原告第四次起诉离婚,因未满6个月,无新情况、新理由,立案庭口头告知不予受理。后原告多次多处上访,2001年3月法院受理原告第四次离婚之诉,但后原告却又以“起诉未满6个月,无新情况、新理由”申请撤诉,法院于2001年8月31日裁定准许原告撤回起诉。2001年10月22日,原告第五次起诉,要求离婚。

原告姜某诉称,由于原、被告性格不合,双方常为生活琐事发生争吵,且被告经常对原告进行辱骂,致使原、被告间夫妻感情破裂,故要求与被告离婚,依法分割夫妻财产。

被告陈某辩称,原、被告系自由恋爱后成婚,有一定的婚姻基础,婚后双方关系尚可。近年来,由于原告欲将其房屋让与原告侄女,原、被告为此经常发生争执,但原、被告间夫妻感情并未破裂,故不同意离婚。

二、法院审判

上海市浦东新区人民法院经审理后认为,原、被告虽系自主结合,有一定的婚姻基础,婚初双方关系尚可,但近年来,由于原、被告均未能妥善处理家庭生活中产生的矛盾,双方经常为生活琐事发生争吵,导致夫妻关系失和;特别是息诉期间,原、被告为住房问题多次发生争吵,致使夫妻关

系进一步恶化。鉴于原、被告间已无和好可能,为有利于原、被告晚年生活在一个祥和的环境中度过,对原告坚持要求与被告离婚之请求,依法予以准许。据此于2002年2月8日作出一审判决,准予原、被告离婚,并对有关财产、债务等作了处理。

被告对此不服,以原告在离婚案撤诉后未满6个月无新情况、新理由再次起诉,违反法定程序为由,向上海市第一中级人民法院提起上诉,要求撤销原判。二审法院认为,《民事诉讼法》第一百一十一条第七项及《最高人民法院关于适用民事诉讼法若干问题的意见》(以下简称《意见》)第一百四十四条第二款规定,判决不准离婚和调解和好、原告撤诉或者按撤诉处理的离婚案件,没有新情况、新理由,6个月内又起诉的,人民法院不予受理。一审法院受理姜某起诉并作出离婚判决,与法有悖,故于2002年6月24日裁定撤销原判,驳回了姜某的起诉。

三、评析

这是一起普通离婚案件,但其中离婚诉讼请求权的行使却一波三折。民诉法第一百一十一条第七项规定,判决不准离婚和调解和好的离婚案件……没有新情况、新理由,原告在6个月内又起诉的,不予受理。民诉法若干意见第一百四十四条第二款又规定,原告撤诉或者按撤诉处理的离婚案件,没有新情况、新理由,6个月内又起诉的,可比照民诉法第一百一十一条第七项的规定不予受理。这两条是关于在一定期间内限制婚姻关系当事人离婚请求权的规定。我国婚姻法历来坚持离婚自由,但反对轻率离婚。因为婚姻关系是一种社会关系,家庭是社会的细胞,一个婚姻一个家庭的解体,必将对社会产生一定的影响。轻率离婚的危害性,不仅会及于当事人及子女,对周围的人也会造成直接或间接的、物质和精神上的损害,甚至会败坏社会风气,影响安定团结。反对轻率离婚,既是公共利益的需要,也是婚姻本质的要求。上述两条规定中关于6个月期间的设置,就是为了防止草率离婚而对那些法律认为感情尚未破裂、有和好可能而被判决不准离婚的当事人或经法院调解和好的当事人在此次离婚未果后特意设置的一个调适、考察的期间。它不是对原告起诉权的剥夺,而是对那些曾经起诉过离婚的原告一定期限内不得再起诉的暂时性限制,目的是给予那些经实体处理后发现仍有望“破镜重圆”的夫妻双方一段继续磨合的时间,从而为夫妻之间矛盾的调与感情裂痕的修复,及最终重建幸福美满的家庭创造条件,体现了法律对婚姻案件当事人的人



文关怀。而这6个月,就是法律认为缓和夫妻关系所需的合理期间。但是,如果婚姻关系在此法定期间内更趋恶化,或者在此期间后夫妻关系仍无改善,一方坚持离婚的,法律仍准许其再次行使离婚请求权,以体现离婚自由之原则。故笔者认为,离婚案件中“无新情况、新问题,6个月内不得起诉”的规定,主要是指当事人在法院对离婚之诉作了实体处理之后,无新情况、新理由6个月内不得起诉;如果法院对离婚之诉未作实体处理,则一般不应对原告的再次起诉权加以期间上的限制。如果对上述两条法律规范试加分析,我们不难得出以下结论:

第一,判决不准离婚和调解和好的以及原告撤诉或者按撤诉处理的离婚案件,有新情况、新理由,原告在6个月内又起诉的,人民法院应予受理。这一点毋庸置疑。

第二,判决不准离婚和调解和好的离婚案件,无新情况、新理由,原告在六个月内又起诉,人民法院不予受理。这一点亦无可非议。

第三,驳回起诉的离婚案件,原告再次起诉的,不受上述“6个月”的限制。笔者认为,驳回起诉是对原告的起诉行为在法律上的一种否认,其结果是导致使原告起诉行为的效力归于消灭,起诉行为自始无效。因此,案件被驳回起诉后,原告再行起诉的,对其再行起诉不应有期间上的限制。民诉法及司法解释作此规定,笔者认为可能正基于此。当然,对于驳回起诉的案件,原告再行使离婚请求权的,仍应受民诉法第一百一十一条第七项和意见第一百四十四条第二款的约束。也就是说,驳回起诉的离婚案件,原告无新情况、新问题而再请求离婚之条件,仍须与原告此前离婚诉讼的情况相结合而定。例如,原告的再次起诉与此前最后一次判决不准离婚的案件生效之日未超过6个月,无新情况、新理由,原告再次起诉的权利仍应受6个月的限制。

第四,原告撤诉或者按撤诉处理的离婚案件,没有新情况、新理由,六个月内又起诉的,可比照民诉法第一百一十一条第七项的规定不予受理,也就是说可予受理也可不予受理。民诉法若干意见第一百四十四条第二款在立法语言上选用“可比照”,而未用“应当比照”,从而在法律适用上为法官设置了自由裁量的空间,其原因何在呢?法官在这个空间内又如何“自由”裁量呢?立法上并未对此作明确说明,笔者认为,关键在于要分析撤诉的原因何在,并基于此作出正确的裁量。

推究离婚原告的撤诉原因,有两种情形,一是纯粹程序上的原因,如未交诉讼费而导致案件被按撤诉处理;二是涉及实体上的原因,如当事人



双方自行和好而撤诉。因为,根据诉讼法的要求,法院须对撤诉理由进行实体上的审查和处理。在离婚诉讼中,有些案件经法院主持调解后,原告为表示其和好之诚意,通常会撤诉。也有些案件经庭外调解和好,当事人放弃诉讼,不交诉讼费、不到庭,而使该诉讼按撤诉处理。对于这些行为,应认为其既消灭了程序意义上的诉权,又放弃了实体意义上的诉权。因为,此类原告撤诉的情形,如果法院裁令准许,表面上看是准予原告撤回起诉,实际上也是对原、被告之间和好意愿的一种认可,从某种意义上也可视为法院已就双方离婚的实体问题作出了处理,与调解和好案件并无二致。如前所述,法律为那些感情尚未完全破裂,有和好可能的当事人设置了6个月调和夫妻矛盾的继续磨合期。因此,笔者认为,如果法官有理由相信原告再次起诉前一次诉讼虽以撤诉或按撤诉处理终结,但有夫妻和好之情节的,原告无新情况、新理由,再次起诉则应受6个月期间的限制,以实现立法者通过对6个月期间的设定来挽救婚姻的本意。可见,对于原告撤诉或者按撤诉处理后,无新情况、新理由,未满6个月再行起诉的离婚案件,要区别不同情况处理,不能一概将其等同于被驳回起诉的情形,而使原告起诉不受6个月期间的约束;也不宜不分情由,一概要求原告得过6个月再起诉,关键是看原告撤诉的原因,是否与夫妻关系、夫妻感情有关。笔者认为,民诉法意见作此了弹性规定,其原因大抵应在于此。但遗憾的是,民诉法意见没有就此作出明确的说明,导致了司法实践中对此有不同的理解,造成了法律适用上的不统一。因此,有必要在司法解释中对此问题进一步加以明确。根据上述分析,笔者认为对于离婚诉权问题可考虑作如下较为明确的规定:“判决不准离婚和调解和好的离婚案件……没有新情况、新理由,原告在6个月内又起诉的,不予受理。原告撤诉或者按撤诉处理的离婚案件,没有新情况、新理由,原告在6个月内又起诉的,如前次撤诉系因调解和好或自行和好等实体原因,不予受理;如前次撤诉系因未交诉讼费等纯属程序上的原因,则应予以受理。”

四、案例索引

一审:(2001)浦民初字第9734号

二审:(2002)沪一中民一(民)终字第785号

审判人员:代理审判员夏燕华

案例编写人:夏燕华

