

家事审判中离婚冷静期的合理性证成与完善

民商焦点

◇ 刘万成 郑永建

2018年5月,最高人民法院党组副书记、副院长江必新在全国部分法院家事审判方式和体制机制改革试点工作座谈会上强调,要拓展人性化工作路径,创新个性化机制制度,延伸化理服务职能,不断推进家事审判改革向纵深发展。今年是家事审判改革两年试点期的收官之年,在当前家事案件日益增多且矛盾日趋复杂的形势下,最高人民法院任务重、压力大,引入离婚冷静期制度,则既能推进家事案件有效分流,缓解法官办案压力,又能充分发挥甄别和挽救婚姻危机的功能。所谓离婚冷静期制度,指对原告要求离婚而被告坚决不同意的离婚案件,设置1-6个月长度不等的期间,要求双方在期间内冷静思考离婚一事,以便作出最理性的决定。

一、离婚冷静期的理论基点

1. 离婚自由为正义价值优先所阻碍。法律应当保障夫妻双方离婚的自由,这是程序正义、强调程序的独立性与稳定性。但法律亦应考虑离婚所带来的家庭问题和社会问题,此乃实体正义,强调结果的正当性、合理性及道德性。如果自由不加以限制,那么任何人都将成为滥用自由的潜在受害者。婚姻除了自然属性外,还具有社会属性,即离婚自由应受到社会秩序的约束。波斯纳曾指出:当离婚变得越来越容易时,人们对于婚姻的忠诚度也会随之降低,婚前也没有耐心寻找适合自己的伴侣,婚后也不愿意花费足够的精力来维系彼此间的感情,从而增加了离婚的随意性。因此,正义作为法律的先导,在特定阶段阻碍离婚自由的实现反而更符合自由的本质属性。

2. 确保当事人程序与实体权益实现。探索在家事审判中对离婚案件设定1-6个月的冷静期限与诉讼程序相关规

定并无矛盾。根据民事诉讼法规定,一审简易程序审理期限为3个月,普通程序为6个月。有特殊情况需要延长的由本院院长批准,可以延长6个月;还需要延长的,报请上级人民法院批准。6个月冷静期的设置时间与诉讼时限是不同概念,且能同时运用。同时,在冷静期内配套实行财产强制申报制度,实现双方共同财产的相对固定,防止案件中止审理一方恶意转移财产,保障离婚冷静期内当事人的财产权。

3. 强化职权探知符合家事诉讼规律。离婚冷静期是法院偏中立强化职权探知的体现,更是践行家事诉讼规律的制度创新。实践中,离婚纠纷案件涉及到家庭隐私、道德伦理、情感纠葛、裁判结果的辐射效应等特点,案件裁判所涉及到的各方权益正是法院所审慎考量的。在以往的离婚纠纷案件中,法院和当事人的关注焦点通常集中于身份解除和财产分割问题,容易忽视对婚姻危机的诊断、治疗和心理修复,以及所牵涉到的未成年子女权益保障问题。因此,离婚冷静期制度并不是所谓的法院“第一次判不离”惯例的异化形式,而是对离婚纠纷中家庭稳定第一位、当事人财产和人格利益保护、心理疏导以及未成年子女权益全方位考量的积极实践。

二、离婚冷静期的实践需求

1. 打破“第一次判不离”的固守与局限。民事诉讼法第一百二十四条规定:判决不准离婚和调解好的离婚案件,没有新情况、新理由,原告在6个月内又起诉的,不予受理。司法实践中,原告第一次起诉离婚但没有充分的证据证明被告有重大过错,而被被告不同意离婚时,法院通常判决不准离婚。“第一次判不离”的惯例和6个月的法定期饱受学术界和在当事人诟病。但离婚冷静期的探索适用正是对该固守惯例与程序的突破,且冷静期限的设置是经双方当事人协商同意而适用,充分尊重当事人的处分权。探索适用离婚冷静期绝不是法院对案件裁判

的推诿,而是促成双方当事人冷静期内深思熟虑离婚纠纷所引发的各种问题。冷静期满后,如果双方仍无法达成和好或调解的可能,法院应及时作出准予离婚的第一次判决,即可实现第一次判决离婚。

2. 优化资源配置助力司法供给侧改革。突出的人案矛盾在法院由来已久,且短时间内并未得到实质性化解,而离婚冷静期正是基于家事审判方式和体制机制改革,以及探索推进案件繁简分流、优化司法资源配置的创新成果。离婚诉讼是复合之诉,包含了身份、财产、人格、情感多种因素,法律关系的复杂多样给案件审理增加了难度,特别是在调解上要花费大量时间和精力。离婚冷静期制度的适用不仅实现家事案件有序分流,加之心理疏导和专职调解的及时介入也能极大减轻家事法官工作压力,其他案情复杂、影响重大的家事案件亦能实现“繁案精审”。如此,有限家事审判资源作用得以最大化发挥。

3. 延伸职能参与基层社会管理创新。我国当前正处于社会转型时期,各种矛盾凸显、复杂,以往的社会管理模式在诸多领域或环节中逐渐暴露出问题,法院作为社会管理体系中的重要组成部分,如何运用和发挥家事审判职能推进基层社会管理创新俨然已成为一项重要任务。而离婚冷静期制度作为家事审判改革的一项重要创新举措,心理服务的及时介入对于缓和夫妻矛盾、维护家庭团结和社会稳定发挥了积极作用。因此,探索运用心理服务与公正司法裁判有机结合,将促进运用法律知识、人文情怀和心理学习方法疏导当事人心态、融法、理、情于一体,不仅“息事”,而且“宁人”,可进一步发挥法院工作平复社会矛盾、指引社会行为、引领价值导向的社会治理作用。

三、完善离婚冷静期的建议

1. 完善家事案件诉讼程序。一方面,在案件审限管理中扣除离婚冷静期限。家事案件的复杂性以及利益的多变性导致审理或调解均需耗费大量时间和

精力,囿于审理期限的限制,实践中的离婚冷静期往往局限于6个月以内,但过多设置冷静期容易导致公众产生“久拖不决”的质疑。因此,建议在审判管理系统中通过技术性处理对离婚冷静期限予以扣除。另一方面,适当调整家事法官分案规则。即在冷静期内和好或达成调解后再次起诉离婚的案件,原则上由原承办法官继续审理。如此既能充分运用前期案件的调查情况,又能避免法官不加区别地利用冷静期制度推诿疑难复杂离婚案件的审理。

2. 建立冷静期间配套机制。一方面,探索离婚案件子女抚养承诺书制度。冷静期内,针对离婚后未成年子女监护以及探望权、抚养费支付等问题予以充分释明,促成当事人双方对子女抚养和探望行使签署承诺书,确保子女基本生活、受教育和受探望的权利。另一方面,婚姻家庭咨询师及时介入疏导进行心理释明。安排专业心理咨询师介绍未成年子女对父母离婚的感受,并分析可能出现的问题和应对方式。对双方矛盾较为激化的案件,在法院宣判前或宣判后,对当事人或相关涉案人员进行心理评估和辅导,进一步疏导当事人情绪,妥善化解矛盾,达到调整、修复和治疗家庭关系之目的。

3. 健全家事审判辅助机构。一方面,利用社会购买服务方式建立健全家事调查员队伍。在妇联和基层群众组织推荐基础上选任若干家事调查员,调查员在冷静期内根据法院指派对双方当事人的性格、经历、身心状况、家庭情况、财产状况、教育程度、工作情况以及法院认为需要调查的其他特定事项展开调查,并向法庭出具书面调查报告接受质证,为法庭作出判决提供参考。另一方面,借助综治社会综合治理平台,进一步强化家事调解员队伍建设。联合综治部门和基层司法所选任若干家事调解员,在冷静期内推动当事人双方进行家庭调解,最大限度争取将矛盾纠纷化解在基层。

(作者单位:浙江省平阳县人民法院)

审判实践

发明及实用新型专利侵权诉讼中,如何适用等同理论确定专利权保护范围向属难题,其疑难不仅在于等同理论的适用标准不易把握,关于适用等同理论是否需要权利人主张、法院可否主动适用等理论确定专利权保护范围,亦争论不休。有观点认为(似乎也是目前实践中的通行做法),适用等同理论需权利人明确主张,法院不应主动适用等同理论确定专利权保护范围。该观点的立论前提是,等同理论突破了专利权利益限定的保护范围,属法律给予的额外和例外的保护,因此需要当事人在诉讼过程中明确主张,不主张则视为放弃;法院如主动适用等同理论,相当于代替权利人主张权利,有违民事诉讼中的当事人处分原则。从等同理论的目的和性质看,上述观点值得商榷,具体分析如下:

一、等是事实问题
专利侵权属民事侵权范畴,其侵权行为与一般民事侵权并无二致,所考虑者无非加害行为、损害结果、因果关系、主观过错四要件。由于专利权保护的客体为无形之技术方案,导致是否存在加害行

践中,原告往往主张被控侵权产品或方法落入专利权保护范围进而被告构成侵权,而不具体指明技术特征究竟是相同还是等同,或者只指控相同而不提及等同,此时不能认为原告未主张等同并进而认为其已放弃基于等同理论可主张的权利,或认可其已就相同及等同侵权概括地提出了主张,法官应主动向其释明法律并询问其是否放弃相应权利。原告在法官释明并征询意见后,应当作出明确的意思表示,如表示不放弃相应权利的,则应陈述相应技术特征如何构成等同,即依法阐明两技术特征之间在手段、功能和效果方面的实质相同之处,被告亦须作出相应抗辩。如缺失此过程,则技术特征是否等同的事实未予查明。对于技术特征相同双方达成一致意见的,可直接作为事实予以认定。如相同侵权主张在一审中未得到支持,原告进而在二审中提出等同侵权的主张,基于基本事实未查清以及不能剥夺当事人上诉权考虑,二审法院最佳处理方式发回重审。

三、权利人可明示放弃
专利侵权诉讼中原告的权利基

适用等同理论无需权利人主张

◇ 徐卓斌

成为专利侵权诉讼中的主要争议点,即运用全部技术特征规则判断被告产品使用的技术方案是否全部覆盖了原告专利技术方案,如全部覆盖则意味着被告实质上使用了原告专利技术方案,或者说被控侵权产品或方法落入原告专利权保护范围,即认定被告实施了加害行为。权利人有权对其权利进行处分,其实施了何种处分行为,应依据其真实意思表示确定。基于等同理论扩张的保护范围,权利人当然可以通过明确作出意思表示而放弃,比如庭审中针对法官的询问明确答复不主张等同侵权。当事人对于等同问题的沉默,不应认定为权利人对基于等同理论的权利的默示放弃。案件中,被告也可以主动提出相应技术特征之间不构成等同。当前司法实践中,对于技术特征之间是否等同当事人往往不进行证据攻防,似乎使等同问题变成了纯粹的法律问题,但是否等同本质上是事实问题,权利人就此负有举证责任,被告亦可举证反驳。对于原告仅主张等同而不具体说明两技术特征之间如何在手段、功能、效果方面实质相同的,应认为其未尽初步举证义务而承担举证不能的法律后果。

综上,等同理论是界定专利权的法律技术,目的是公正且准确地界定专利技术方案的保护范围,据此可判定被告是否侵犯了专利权保护范围即是否实施了加害行为,因此技术特征之间是否等同本质上仍属事实认定问题,即使原告未明确主张所谓的等同侵权,法院也应主动释明并展开事实调查,应有原告明示放弃予以免定其对于基于等同理论所享有的权利进行了处分。对于原告仅主张等同而不作具体陈述及举证的,可依证据规则驳回其主张。

(作者单位:上海市高级人民法院)

析疑断案

◇ 张成东

【案情】

2017年7月,张某的父亲在李某家帮工建房时,不慎从房顶滑落身亡。李某和张某签订了赔偿协议,李某支付首期10万元赔偿金后,拒付剩余赔偿金5万元,张某遂起诉。2018年1月,法院判决:赔偿协议有效,李某在判决生效后十日内支付张某赔偿金5万元,双方均未上诉。2月,李某以重大误解为由,起诉要求撤销赔偿协议。

【分歧】

一种意见认为,合同法第五十四条规定,“下列合同,当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销:(一)因重大误解订立的;(二)在订立合同时显失公平的。”李某认为在订立合同时存在重大误解,且权利行使未超过一年,当然可以提起撤销之诉。

另一种意见认为,赔偿协议已经生效前诉判决确认为有效,判决已经发生法律效力,李某起诉请求撤销赔偿协议,实质上是否定前诉确认赔偿协议有效的裁判结果,构成重复起诉,应当裁定不予受理李某的起诉。

【评析】

笔者赞同第二种意见,理由如下:1.有效合同是确定有效的合同,一个合同被生效判决确认为有效,就排除了可撤销的可能。

我国理论界认为,合同效力是法律赋予依法成立的合同所产生的约束力,合同的效力可分为四类:有效合同,无效合同,效力待定合同,可变更、可撤销合同。我国合同法没有明确有效合同的构成要件,但一般认为,民法通则第五十五条规定的民事法律行为有效要件对于合同有效同样适用。根据民法通则第五十五条,有效合同应满足以下要件:行为人具有相应的民事行为能力;意思表示真实;不违反法律或者社会公共利益。而撤销合同通常是意思表示不真实,或者意思表示存在瑕疵的合同,可撤销合同不满足有效合同的“意思表示真实”构成要件。因此,存在可撤销情形的合同不能被确认为有效合同。法院在审理确认合同有效的案件时,必然要对合同的效力进行审查。既然有效合同的构成要件包括“意思表示真实”,那么被法院确认为有效的合

同,自然排除了因意思表示不真实而被撤销的可能。

2.人民法院的生效判决具有既判力。

既判力是判决实质上的确定力,是指生效判决对诉讼标的之判断对法院和当事人产生的约束力。张某起诉要求确认双方的赔偿协议有效,法院的生效判决一旦确定,针对张某请求所作出的判断就成为规制双方当事人今后法律关系规范的规范。法院作出的确认双方赔偿合同有效的判决,对双方当事人均具有约束力。在前诉已经确认合同有效的情况下,如果后诉又判决撤销该合同,势必导致法院对同一合同价值判断的冲突,既有生效判决的既判力,也会导致当事人无所适从。

3.后诉撤销之诉实质为否定前诉确认之诉的裁判结果,构成重复起诉。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第二百四十七条第一款规定了重复起诉的构成条件,其中第二项为“后诉与前诉的诉讼请求相同,或者后诉的诉讼请求实质上否定了前诉裁判结果”。李某对法院生效判决确认为有效的合同提起撤销之

诉,实质上是要否定前诉确认合同有效的裁判结果,符合重复起诉的构成要件。

4.可撤销合同在撤销之前是有效的不能推出可撤销合同是有效合同,更不能推出有效合同是可以撤销的。

有观点认为,可撤销合同在撤销前是有效的,因此有效合同是可以撤销的,并由此推出,经法院确认为有效的合同当事人也可以申请撤销,这种推理存在逻辑上的漏洞。因为可撤销合同虽然在撤销前是有效的,但可撤销合同并不是真正的“有效合同”,而是相对有效合同,或可称之为“在撤销前有效合同”,不能把可撤销合同直接作为有效合同。司法实务中确认合同有效,实际是确认合同真正有效,而不包括相对有效,相对有效合同有其专门名称,即可撤销合同。对当事人来说,确认合同可撤销没有任何意义,因为对于可撤销合同,当事人可以直接主张撤销。

综上,对业经法院确认为有效的合同,不能再提起撤销之诉,法院对此应裁定不予受理。

(作者单位:湖南省湘潭市中级人民法院)

对业经法院确认有效的合同可否提起撤销之诉

公告

人民法院报2018年7月11日(总第7407期)

中太建设集团股份有限公司、中太投资控股集团有限公司、李文健:本院受理原告中国农业银行股份有限公司成都卡若支行诉被告中太建设集团股份有限公司西藏分公司、中太建设集团西藏分公司、中太投资控股集团有限公司、李文健、马功云、西藏中太恒源实业有限公司借款合同纠纷一案,现依法向中太建设集团股份有限公司、中太投资控股集团有限公司公告送达起诉状副本、应诉通知书、举证通知书、开庭传票,告知合议庭组成人员通知书,自本公告之日起经过60日即视为送达,李文健提出答辩状的期限及举证期限分别为公告期届满后的15日内,并定于举证期届满后的第3日上午10时整(遇法定节假日顺延)在本院第五法庭公开开庭审理本案,逾期将依法缺席裁判。

西藏自治区高级人民法院
本院根据湖南省有色金属控股集团有限公司的申请,于2018年6月25日裁定受理湖南省有色重型机器有限责任公司破产清算一案,并依法指定北京市中闻律师事务所为湖南省有色重型机器有限责任公司管理人。湖南省有色重型机器有限责任公司的债权人应在2018年8月27日前向湖南省有色重型机器有限责任公司管理人(地址:湖南省长沙市高新开发区东方红中路568号办公大楼;联系人:杨阳;联系电话:15001096273,0731-88671290;邮政编码:410205)申报债权,书面说明债权数额,有无财产担保及是否属于连带债权,并提供相关证据材料。湖南省有色重型机器有限责任公司的债务人或者财产持有人应当尽快向湖南省有色重型机器有限责任公司管理人清偿债务或交付财产。本院于2018年9月6日9时30分在本院南栋第三审判庭召开第一次债权人会议,请依法申报债权的债权人携带身份证明材料和授权委托书准时参加债权人会议。

湖南省长沙市中级人民法院
本院于2015年11月12日裁定受理无锡市惠山区锦江中小

送达裁判文书

彭红影:本院受理上诉人高同星、程皓璐、张琳琳、孙伟、王俊兰与被告北京八达岭玫瑰山庄社区服务有限公司、原审被告曹甲伟、彭红影老人科技开发有限公司一案,已审理终结。现依法向你公司公告送达本院(2018)京01民终960号民事判决书。自公告之日起60日内来本院领取民事判决书,逾期则视为送达。本判决为终审判决。

北京市第一中级人民法院
万玲莉:本院受理的上诉人武汉飞嘉尔农业科技开发有限公司,湖北省中微吧湖法有限公司,武汉肥老人科技开发有限公司与被告上诉人王振宇、原审被告甘霖、王玉桃及民间借贷纠纷一案,现依法向你公告送达(2018)鄂01民终3355号民事判决书及民事裁定书,自公告之日起经过60日即视为送达公告。

湖北省武汉市中级人民法院
常州江南电力环境工程有限公司:本院受理原告大连双龙泵业制造有限公司诉你公司买卖合同纠纷一案,已向本法院送达上诉状及副本,上诉于辽宁省大连市中级人民法院。逾期本判决即发生法律效力。

辽宁省大连市旅顺口区人民法院
常州江南电力环境工程有限公司:本院受理原告大连双龙泵业制造有限公司诉你公司买卖合同纠纷一案,已向本法院送达上诉状及副本,上诉于辽宁省大连市中级人民法院。逾期本判决即发生法律效力。

辽宁省大连市旅顺口区人民法院

送达起诉状副本及开庭传票

胡朝:本院受理原告丁波、黄钧诉你合同纠纷一案,案号为(2018)粤0306民初13640号,因你下落不明,依照《中华人民共和国民事诉讼法》第九十二条的规定,现依法向你公告送达起诉状副本、开庭传票、应诉通知书、合议庭组成人员通知书、举证通知书等,自公告送达之日起60日内限为送达。你提出答辩状的期限为公告送达期满后15日内;举证期限为公告送达期满后15日内。本院定于2018年9月25日14时30分在宝安区人民法院第三审判庭开庭,请准时出庭,预期将依法裁判。【广东深圳市宝安区人民法院