

【民事诉讼法学】

民事第二审审理范围及其例外

陈杭平

【摘要】民事第二审审理范围原则上受当事人上诉请求的拘束。但由于二审具有“续审”与监督的双重审级职能,且上诉请求受到制度及人为的不恰当限制,“上诉请求拘束原则”存在例外。实务上围绕《民诉法解释》第323条第2款规定的例外情形尚未形成规范操作,存在适用错误、裁量权滥用现象。当前应对例外的“射程”进行归纳、总结,使该款规定的不确定概念具备规范的实体内容。而从长远来看,民诉法应设立附带上诉制度,使上诉请求与二审的审级功能更趋契合,达到当事人处分自由与二审纠正裁判错误的平衡。

【关键词】二审审理范围;上诉请求;附带上诉;社会公共利益

【作者简介】陈杭平,清华大学法学院副教授、法学博士,清华大学仲英青年学者(北京 100074)。

【原文出处】《国家检察官学院学报》(京),2018.4.156~170

一、问题的提出

2018年1月23日,“电梯劝阻吸烟案”二审判决一经公布,即在微博、微信等社交平台上引发热议。^①但与民法学界、司法实务界、社会公众几乎一边倒的叫好、点赞不同,民事诉讼法学界产生了明显分歧。^②争论主要围绕二审法院能否在原审原告部分胜诉且仅有其上诉的情况下,判决驳回其全部诉讼请求而展开。换言之,二审法院能否通过改判,致使上诉人处于较之一审判决更为不利的法律地位。不少学者对二审判决提出质疑,认为该判决既违反当事人处分原则,逾越二审审理范围的限制,又违背上诉“禁止不利益变更原则”。

自20世纪80年代末“从(超)职权主义向当事人主义转型”的命题被引入我国以来,“不告不理”、“不诉不审”已成为民事一审程序的基本原理。但与此同时,当事人处分权与二审审理范围的关系始终有些暧昧不清。“电梯劝阻吸烟案”即以—种较极端的方式揭示了其中所蕴含的问题:如何确定二审审理范围,具体说如何理解《民事诉讼法》第168条规定的

二审法院“应当对上诉请求的有关事实和适用法律进行审查”及《民诉法解释》第323条第1款规定的“应当围绕当事人的上诉请求进行审理”?哪些情况属于这一原则的例外,也即符合《民诉法解释》第323条第2款规定的“一审判决违反法律禁止性规定,或者损害国家利益、社会公共利益、他人合法权益”?二审法院根据《民事诉讼法》第170条第1款行使审级监督职能,能否逾越上诉请求的范围,甚至作出对上诉人更加不利的判决?这些问题构成本文探讨的重点。

二、第二审审理范围之确定

众所周知,在新中国成立后相当长时期里,我国民事二审对一审裁判实行全面审查,对发现的错误予以纠正。^③在这一历史时期,二审审理范围并非一个有实质意义的话题。但自1991年《民事诉讼法》第151条对第二审程序作了“最重要的修改”,^④开始明确二审法院“应当对上诉请求的有关事实和适用法律进行审查”,也即引入“上诉请求拘束原则”,实行有限审查。之后,如何确定二审审理范围就成了

绕不开的课题。而首当其冲的,便是何为“上诉请求”,以及上诉请求与二审审理范围是何关系。

所谓“上诉请求”,即当事人合法地向第二审法院提出对一审裁判予以撤销或改判的不服申请。^⑤针对上诉请求,二审法院应通过再次审理,判断其妥当与否。在此意义上,二审并非像一审那样,直接对以诉提起的救济请求之妥当与否进行审判,而是以上诉人针对原裁判的不服申请之妥当与否作为审判标的,原则上也在此范围内进行审理。^⑥换言之,当事人上诉虽然旨在请求二审法院对作为诉讼标的之私法上的权利义务关系或请求权再次审理并作出确定判决,但是通过对原审裁判声明不服并谋求撤销或改判的方式实现这一目的。故在“诉讼请求(从中识别诉讼标的)——一审裁判——上诉请求(不服申请)”相互关联的意义上,二审以上诉人对原审裁判的不服申请而非一审诉讼标的本身作为审判标的。^⑦

这是二审旨在对因不当裁判而遭受不利益之当事人予以救济的应有之义。因此,上诉人原则上所承受的最大风险是上诉请求被驳回。如其已在一审判决中取得部分利益,不因上诉请求撤销原判而视为放弃。规范意义上,“撤销原判决”应理解为“撤销原判决不利于上诉人的部分”。^⑧学理上称之为“禁止不利益变更原则”。也因此,二审法院所承担的审级职能具有“双重性”:一方面在原审的基础上对一审诉讼标的继续审理,以作出终局且确定的判断,是为“续审”的本义;^⑨另一方面围绕上诉请求,对原审的事实认定、法律适用(含诉讼法)再次审查并纠正错误,这是审级监督使然。

为了使上诉请求与二审审理的“双重性”尽可能相契合,原则上允许上诉人在原审判决的范围内对上诉请求予以变更、追加。在审判实务中,有部分法院认为上诉人超过上诉期间不得变更、增加上诉请求,显属不当。^⑩上诉期间是约束“上诉”这一诉讼行为的不变期间,但并不阻断上诉人在期间届满后变更其意思表示(请求内容)。而依据《民事诉讼法》第174条,二审程序无特殊规定的,适用第一审普通程

序;《民事诉讼法》第140条及《民诉法解释》第232条则规定,当事人有权在一审“法庭辩论终结前”增加(变更)诉讼请求。^⑪由此出发,上诉人可在二审法庭辩论终结前变更、增加上诉请求。如二审采用书面审的方式,则不妨理解为作出判决之前上诉人均可行使该权利。当然,如果变更、增加的上诉请求超出原审判决的范围(假定原审判决无漏审漏判情况,涵盖了全部诉讼请求),即构成诉的变更、追加,属于新案件的范畴。为了保护当事人的审级利益,除非双方当事人同意,否则二审法院不应审判(《民诉法解释》第328条第2款)。

在域外,为了平衡上诉人与被上诉人的利益,一方面允许上诉人在二审期间通过变更、增加上诉请求扩张二审审理范围,另一方面赋予被上诉人在规定期限内提起附带上诉的权利。^⑫被上诉人在收到送达的上诉理由书一个月内(德国)或口头辩论终结前(日本、我国台湾地区)提起附带上诉,与上诉人变更、增加上诉请求一样,均是根据二审攻击防御展开情况而扩大不服申请的范围。这在客观上使二审对原审裁判进行较为全面而广泛的审查,进而作出更加符合实体法律状态的判决,与二审“双重”职能更趋契合。故域外也称之为“实质而正确裁判保障原则”。^⑬遗憾的是,我国民法尚未确立该项制度。

当然,仅有当事人提出的上诉请求,二审法院并不能判断其妥当与否。上诉人须围绕上诉请求提出相应的事实及法律理由,被上诉人在必要时也会针对上诉请求提出答辩及理由。由于理论上我国二审实行“续审制”,当事人符合法定情形的还可提出新的事实主张及新的证据,也有权申请二审法院调取新的证据。不过,与一审贯彻辩论主义——法院受制于当事人的事实主张、证据提出——不同,二审法院并不受当事人所提出之事实及法律理由的拘束。为了行使审级监督职能,其可通过查阅原审案卷材料、开庭审理或询问当事人,在上诉人提供的诉讼资料之外,对与上诉请求有关的事实认定、法律适用(含诉讼法)进行审查。^⑭故现行《民诉法》第168条规定的是对与上诉请求“有关事实和适用法律”,而非

仅对当事人提出的事实理由及法律理由进行审查。该条用语稍显模糊,但在“上请求——事实认定(法律适用)——证据资料”多层次实体内容上,二审法院得以在第二个层次保留必要的裁量权与灵活性。有鉴于此,即使上诉人所提的事实及法律理由、证据资料不够充分或恰当,二审法院仍得在充分审理的基础上作出独立判断,与原审裁判相比较,决定上请求是否妥当、应否支持。

由于二审法院不受当事人所提之事实及法律理由的拘束,在围绕上请求展开审理的过程中,难免会发现一审裁判存在的与上请求无关的错误。如果坐视不理,有违《民事诉讼法》第170条赋予二审法院的审级监督职能。而等到裁判生效后通过审判监督程序、第三人撤销之诉等予以纠正,也不符合维护裁判终局性、诉讼经济性的原理。另外,上诉人的请求不当、不全,被上诉人未及合法提起上诉等情形在实务中并不少见。^⑮有鉴于此,相关司法解释向来为二审法院超越上请求,扩大审理范围留有余地。

例如,尽管1991年《民法》一改1982年《民事诉讼法(试行)》关于二审“不受上诉范围的限制”的(超)职权主义表述,但1992年《民法意见》迅速作出补充,在第180条规定二审法院“对上诉人上请求的有关事实和适用法律进行审查时,如果发现在上请求以外原判确有错误的,也应予以纠正”。不过,随着当事人主义逐渐深入人心,突破上请求的情形慢慢变成了一种例外。1998年《关于民事经济审判方式改革问题的若干规定》第35条规定,仅在“判决违反法律禁止性规定、侵害社会公共利益或者他人利益的”,二审法院才能超越上请求进行审查(理)。而2015年《民法解释》第323条第2款则将例外情形限定在“一审判决违反法律禁止性规定,或者损害国家利益、社会公共利益、他人合法权益”。对此,最高法院解释称:“在二审程序的价值取向和功能定位上,对当事人处分权的尊重与法律严肃性的确保,对解决纠纷的追求和对纠正错误的重视,都是不可偏废的,必须综合平衡”。^⑯

不过,由于上请求与二审审理范围之关系本

身存在弹性,且二审法官的态度颇为不同,有的出于尊重当事人处分权不愿“多管闲事”,有的为避免出现错案倾向于“有错必纠”,因此实务上围绕这一条款并未形成确定、可预期的规范操作。下引两则案例大致展示了其中的诸多可能性:

案例一:买卖合同纠纷案件中,原告(卖方)上请求被告支付货款及违约金。一审判项一支持原告有关货款的诉讼请求,判项二驳回了关于违约金的诉讼请求。被告对判项一的应付货款数额不服,上请求改判。二审经审理,除认为一审有关货款判项有误外,还认为事实认定有误,上诉人(买方)存在逾期付款行为,应承担违约责任,遂根据《民法解释》第323条第2款改判其支付违约金。^⑰

案例二:不当得利返还纠纷案件中,法院依据原告的诉讼请求判决被告返还款项并支付同期银行贷款利息。二审法院认为原告有权获得不当得利的孳息,但根据《物权法》第116条第2款及按照交易惯例,应为同期银行存款利息。由于被告未上请求改判,根据《民法解释》第323条第2款,对此法律适用错误不予审理。^⑱

“案例一”中,二审法院援引《民法解释》第323条第2款作为增加违约金判项的依据,但一审裁判既未违反法律的禁止性规定,从案情来看也不涉及国家利益、社会公共利益或他人合法权益,严格说并不符合该款规定,有错误适用法律之嫌。单从新增的支付违约金的判项来看,二审法院不仅有违“上请求拘束原则”,也突破了“禁止不利益变更原则”,使上诉人处于较之一审更为不利的法律地位(支付违约金),很难回避不尊重当事人的处分权(未上请求撤销或改判即视为服判)、进行职权式“有错必纠”的责问。与此相反,在“案例二”中,二审法院虽认为一审适用法律有误,但由于当事人未上请求改判相关判项,且该错误不符合《民法解释》第323条第2款的规定,不予审理并改判。当然,“案例二”的二审判决生效后,不排除原审被告就此申请再审甚至向检察院申请检察监督,因此存在一些不确定性。^⑲这是部分二审法官为避免终审判决被再审撤销,一

旦发现一审裁判存在上诉请求之外的错误,即引用《民诉法解释》第323条第2款予以撤销或改判的重要原因。

如果被上诉人有提起附带上诉的权利,只要其在二审法庭辩论终结前自行主张或经法官释明,增加改判买方支付违约金或仅支付同期存款利息的上诉请求,即可彻底消除违反处分原则、“有错必纠”的责问与纠结。域外恪守“上诉请求拘束原则”及“禁止不利益变更原则”,应当说与被上诉人有资格提起附带上诉而获得充分之程序保障密切相关。从这一视角来看,我国并未设立附带上诉制度,不应过分狭隘、僵化地理解《民事诉讼法》第168条及《民诉法解释》第323条第1款。^③

总的来说,原则上我国民事二审的审理范围受当事人的上诉请求拘束,但由于上诉请求遭到制度或人为不恰当的限制(被上诉人无权提起附带上诉,上诉人变更、增加上诉请求则可能被错误禁止),且审级监督职能内含于民事二审的“双重性”当中,二审法院在必要时可以逾越上诉请求,对一审裁判进行审查及纠错。在现行法(含司法解释)体系中,主要规范依据就是《民诉法解释》第323条第2款。因为该款使用的是极具裁量空间的不确定概念,法官在适用时必须作价值补充,如上引案例所示,实践中蕴含着法律适用错误及司法不统一的风险,因而构成法教义或法解释作业的主要对象。第三部分即以该款为中心,尝试确定第二审审理范围之例外的覆盖区域或“射程”。

三、第二审审理范围之例外

最高法院在解释《民诉法解释》第323条时提醒下级法院注意,如果非上诉部分的错误属于违反法律禁止性规定,或者损害国家利益、社会公共利益、他人合法权益的,二审应当直接予以纠正;否则,二审一般不予干预。^④不过,无论最高法院编写的“理解与适用”还是市面上的主流民诉法学教科书,几乎都未对这几个概念加以界定与解释。有鉴于此,下文主要结合笔者检索获得的案例,通过实然与应然相结合的分析,尝试总结二审审理范围之例外的“射

程”,并提炼出可普遍适用的判断标准。^⑤

(一)“违反法律禁止性规定”

“违反法律禁止性规定”可谓二审法院逾越上诉请求的最常见的事由。此处的“法律”应作宽泛理解。^⑥“禁止性规定”通常表现为条文中包含“不得”、“禁止”、“应当”等强制性用语,或表达类似含义。典型的如,《审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第30条^⑦、《民诉法解释》第330条、331条^⑧。二审如发现一审判决借款人承担的违约金或其他费用总计超过24%,即使借款人未上诉请求改判,均会以违反法律的禁止性规定为由予以撤销或改判。^⑨另外,二审如认为案件依法不应由法院受理或违反专属管辖的,也会不顾上诉请求,直接裁定撤销原裁判,驳回起诉或移送有管辖权的法院。

不过,《民诉法解释》第323条第2款的“禁止性规定”既不同于判断法律行为效力的强制性规定,^⑩主要也不是用以判断一审裁判行为效力的法律规定。例如,《合同法》第200条规定:“借款的利息不得预先在本金中扣除。利息预先在本金中扣除的,应当按照实际借款数额返还借款并计算利息。”这是对借款合同效力的强制性规定,在诉讼中作为法院裁判的法律依据。如果一审未查明利息已预先扣除,仍判决按借款合同约定的数额偿还,实践中二审法院一般视为违反法律禁止性规定而依职权予以改判。^⑪二审判决的逻辑并非一审法院有违反该条规定的行为,而是一审应当适用该条而未适用,构成严重的裁判错误。换言之,除了专门针对裁判行为的禁止性规定以外,其他的法律规定只有转化为裁判评价规范,才具备适用“违反法律禁止性规定”的基础。

1. 一审判决违反诉讼法禁止性规定

案例三:民间借贷纠纷案件中,原告起诉请求被告返还借款并支付银行同期存款利息。一审判决被告还款,并根据《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》第9条判决其支付银行同期贷款利息。被告以借款未实际交付为由,上诉请求撤销一审判决,驳回原告的诉讼请求。二审经审理驳回上诉请求,但认

定一审判决关于利息的判项超出原告的诉讼请求,改判上诉人(被告)支付同期存款利息。^②

案例四:原告诉请确认双方签订的合同有效,继续履行合同。被告反诉请求解除合同。一审判决双方继续履行合同相关条款。被告上诉请求驳回原告的诉讼请求,支持其反诉请求。二审认为,一审针对确认合同有效的诉请“虽在论理部分加以确认,但在判决主文部分没有体现”,应予以纠正,遂变更相关判决主文,增加确认合同有效的内容。^③

“案例三”与“案例四”恰如一枚硬币的两面,前者属于超过诉讼请求而为判决(“超裁”),后者属于对诉讼请求未作完全判决(“漏判”)。当事人未注意这一程序错误,也未上诉请求二审法院予以撤销或改判。但根据《民事诉讼法》第200条第11项的规定,“原判决、裁定遗漏或者超出诉讼请求的”属于再审应予立案再审的情形,可以视为性质最严重的程序违法。由此来看,二审法院当作违反诉讼法的禁止性规定,显属正当。不过,《民诉法解释》第392条又对该项规定以“但书”的形式作了限制,“但当事人未对一审判决、裁定遗漏或者超出诉讼请求提起上诉”,以相同理由申请再审的法院不予立案再审。换言之,是否对该程序错误申请撤销或改判属于当事人处分权的范畴,法院不应依职权干预。就此而言,将这两种情形归入违反诉讼法的禁止性规定似乎又缺乏根据。

当然,最高法院在解释该条制定目的时,提到另一种意见认为遗漏或超出诉讼请求是法院依职权审查事项,即使当事人未提出上诉,二审也应当纠正,否则二审判决即为错误判决。^④上述“案例三”中,二审对一审“超裁”改判在结果上有利于上诉人,不违反“禁止不利益变更原则”。而上诉请求系撤销一审判决及改判驳回原审原告的诉讼请求,故二审的审判标的是一审判决应否撤销或改判,二审法院在此范围内纠正一审适用法律错误,并未超出“上诉请求拘束原则”。严格来说,二审不援引《民诉法解释》第323条第2款也可作出改判。“案例四”中对判决主文的变更主要具有形式意义,未改变一审判决形成的

权利义务格局。

2. 一审判决违反实体法禁止性规定

案例五:遗产继承纠纷案件中,当事人上诉请求撤销一审判决第二项,改判四个继承人关于A房屋及B临时用地证范围内的房屋的继承份额。二审法院审理认为,B临时用地证范围内的建筑物使用期限已超过2年,违反了《土地管理法》的相关规定,对该建筑物的认定属于国家有关行政机关的职权范围,不宜通过民事审判进行认定或处理。各方当事人虽对此没有提起上诉,但一审法院直接认定并作出分配不当,依法予以纠正。^⑤

案例六:借款合同纠纷案件中,法院判决支持原告的诉讼请求。被告以未收到案涉款项为由提起上诉,请求撤销原判决,驳回诉讼请求。二审法院依据职权调查的事实认定,原审被告在没有依法报经批准的情况下开展发放贷款的金融业务,构成了“从事经常性放贷业务”,违反《银行业监督管理法》及相关行政法规的禁止性规定。有鉴于此,尽管双方均未就合同效力问题提起上诉,双方的《借款协议》无效,据此改判。^⑥

“案例五”中一审法院未注意《土地管理法》对临时用地的用途及使用期限均有规定,导致涉嫌非法占地的建筑物被作为合法遗产加以分割。关于临时用地上的永久建筑物是否违法,应否责令拆除、交还土地及处以罚款,属于行政机关的职权范围而非法院的民事诉讼主管范围。一审法院正确的做法是根据《民事诉讼法》第124条第3项,告知原告向有关机关申请解决。因此,也可理解为一审判决违反了民法关于法院主管范围的强制性规定。

“案例六”的二审法院根据职权调查发现,原审被告仅于2017年1月3日至8月11日期间,就向辖区内同一基层法院提起同类民间借贷诉讼达124件,立案标的金额达1838万余元,遂认定其构成“从事经常性放贷业务”。二审法院认为,原告的行为违反法律的禁止性规定,且双方的借贷合同旨在规避国家信贷政策和房地产调控政策,对金融市场监管和金融秩序维护产生不利影响,应认定为无效。显然,由于

双方当事人签订的借款合同违反法律的禁止性规定而无效,一审判决有效,等于纵容了当事人的违法行为,错误严重,应予纠正。

(二)“损害他人合法权益”

之所以将一审裁判损害他人合法权益作为二审审理范围的例外情形,主要是因为有些民事诉讼会牵涉案外人的合法权益,而案外人无权通过提起上诉请求获得救济,在判决生效后也仅在极有限的情况可以申请再审(《民事诉讼法》第227条)或提起第三人撤销之诉(《民事诉讼法》第56条第3款)。如果一审裁判损害的是诉讼当事人,当事人不上诉即视为对裁判错误的服从与接受,除非违反法律的禁止性规定或损害国家利益、社会公共利益,二审法院不予审查及纠正。当然,“合法权益”是一个相对宽泛的概念,并不限于法定的民事权利义务。故损害他人合法权益,不限于直接侵害他人的民事权利或加重他人的民事义务。

案例七:甲公司(破产管理人代表)诉请乙公司支付货款,乙公司辩称货物质量有瑕疵,原告尚欠其三包索赔款若干,另计算出应付质保押金若干,主张从货款中予以扣除。一审判决从应付货款中扣除三包索赔款,但不扣除质保押金。乙公司不服,上诉请求改判甲公司支付质保押金。二审除驳回乙公司的上诉请求外,认为一审错误认定乙公司的抵销权,导致未经法定前置程序确认了乙公司的破产债权人地位和债权数额损害了甲公司其他破产债权人的利益。二审遂撤销一审判决,改判乙公司全额支付拖欠货款。^④

案例八:在执行异议之诉中,案外人起诉请求停止对案涉商铺的拍卖执行程序,判令相关房产归其所有。一审判决停止执行,且第三人(被执行人)协助原告办理案涉商铺的产权过户手续。被告(申请执行人)不服,上诉请求撤销原判决,改判在300万元范围内第三人不协助办理过户手续,不停止执行。二审法院经审理认为,案外人排除执行的异议成立,但一审判决被执行人协助办理产权过户手续错误,尽管上诉人仅请求对300万元份额部分予以撤销,由于

该判项超出原审原告的诉讼请求,损害他人合法权益,一并予以撤销。

“案例七”中二审法院认为,根据《企业破产法》第40条的规定,只有取得破产程序中的债权人资格,才有权向破产企业管理人主张抵销;而破产债权人须经过债权申报、管理人审查、编制债权表、债权人会议核查、法院裁定确认等法定程序确认。一审认定被告的抵销权,相当于未经法定程序直接确认了其破产债权人的地位。这一法律适用错误使破产中企业的财产不当减少,损害了其他破产债权人的民事权益。显然,这是一种事实上的经济利益受损,而非法律上的民事权利义务受影响。

“案例八”中的上诉请求为300万元范围内对原审判决予以撤销及改判,这是上诉人(申请执行人)的上诉利益(执行债权)决定的。而二审法院之所以超出上诉请求的范围对判令第三人协助过户的整个判项予以撤销,除了一审判决有“超裁”错误之外,主要原因在于可能损害被执行人(本案无独立请求权第三人)及被执行人的其他债权人的民事权益。本案原审原告的诉讼请求除了排除执行,实为要求法院判决第三人履行合同义务,而非对案涉商铺的产权予以确认。在第三人缺席且其可能的债权人均不在场的情况下,直接判决确认所有权,有损害他人合法权益的风险。^⑤

总的来说,在笔者的检索范围内,一方面二审裁判援引《民诉法解释》第323条第2款的案件总量相对有限,符合该款作为二审审理范围之例外的定位;^⑥另一方面,引用该款几乎全适用的是“违反法律禁止性规定”及“损害他人合法权益”,损害国家利益、社会公共利益的案件尚未发现一例。其中,违反法律禁止性规定主要不是指一审违反禁止性、强制性裁判规定(包含在诉讼法及用于指导裁判的各类司法解释中),而是一审裁判未正确适用的法律本身含有禁止性或强制性。常见的如行政法、经济金融管理类法中的有关条款,民法中涉及民事行为有效无效的条款(《民法总则》第153条、《合同法》第52条、53条)等。至于损害他人合法权益,往往并非指

向具体的案外人或案外人提出明确的主张,而是作为一种二审裁判说理或论证的手段,增强一审裁判事实认定或法律适用错误的不可接受性。而且,这几个事由经常一并使用,相互补强。

对于上述发现,大致可以作如下总结:其一,第二审审理范围之例外的“射程”并没有确定不变、清晰可辨的边界,而在很大程度上取决于个案中二审法官的司法裁量。其二,剔除像“案例一”那样有滥用《民诉法解释》第323条第2款之嫌的案件外,在二审法官有意识地作为例外适用该款并展开说理的案件中,主要衡量因素包括(1)错误适用法律条文的性质(禁止性还是授权性、强制性还是任意性);(2)裁判错误的严重程度(对当事人的权利义务是否产生重大影响);(3)裁判错误是否可能影响案外人的权益。其三,“禁止不利益变更原则”似乎并未获得实务界的明确承认,二审法官在改判时往往并不将是否会给上诉人带来不利益纳入考虑范围。例如,“案例五”、“案例七”的二审判决均不利于上诉人。

四、“电梯劝阻吸烟案”二审判决评析

如上文所述,实践中二审法院以损害国家利益或社会公共利益为由突破上诉请求进行审理的情况很少见。而“电梯劝阻吸烟案”恰好提供了一个典型样本,使本文的分析得以继续展开。

围绕本案二审判决有无违反当事人处分原则,是否违反“禁止不利益变更原则”,民诉法学界可谓众说纷纭,莫衷一是。归根结底,争论应回归至一个问题:本案是否处于二审审理范围之例外的“射程”内?由于二审认为一审错误适用《侵权责任法》第24条,^⑤从条文用词及语义来看并非禁止性或强制性法规,难以构成最常见的“违反法律禁止性规定”;而从案情来看,本案既不涉及国家利益,也很难拟制出受一审裁判损害的案外人,故也不属于损害国家利益或他人合法权益。二审判决认为,一审判令杨某分担损失,“让正当行使劝阻吸烟权利的公民承担补偿责任,将会挫伤公民依法维护社会公共利益的积极性,既是对社会公共利益的损害,也与民法的立法宗旨相悖,不利于促进社会文明,不利于引导公众共

同创造良好的公共环境”。由此,问题进一步缩小为:本案一审判决是否构成“损害社会公共利益”?

(一)“损害社会公共利益”

有评论认为,本案原告田某以诉的方式请求法院裁判的是一起侵犯公民生命权的民事纠纷,诉讼标的在于《侵权责任法》第6条第1款规定的过错损害赔偿请求权是否成立,因而是一起典型的私益诉讼。社会公共利益通常体现在环境污染、侵犯消费者权益、家事纠纷等案件类型中。这是基于当事人攻击防御及法院审理判决的标的或对象来识别社会公共利益。如果诉讼标的具有公益性,意味着公众(不特定的多数人)与裁判结果具有法律上的利害关系,如一审作出错误裁判,由公众共同承受错判带来的不利益,即公共利益受损;^⑥反之,如果诉讼标的不具有公益性,公众不为裁判效力所及,也就无所谓公共利益受损。从判决效力相对性(就主观范围而言,原则上仅拘束当事人及其继承人)出发,这种观点合乎诉讼法理。^⑦由此看来,本案一审裁判适用法律错误仅损害原审被告杨某的利益,并不构成损害社会公共利益。

但是,通过诉讼标的、判决效力范围来判断案涉利益是否具有公共性,存在以下几方面的疑问。第一,我国法院尚未完全接受判决效力相对性原则,^⑧既然判决会超越诉讼“主观范围”而对案外人的民事权益产生影响(从而适用第三人撤销之诉),遵循同一逻辑,也可视为在例外情况下对处于延长线上的公众之利益产生影响;第二,在解释论上,一审法院未对公益诉讼作出正确裁判,就构成损害社会公共利益,二审法院可以不顾上诉请求而对全案审查、进行“有错必纠”,则在此类型案件中“上诉请求拘束原则”名存实亡,故严格按诉讼标的的公益性来决定《民诉法解释》第323条第2款的适用性并不妥当;第三,作为特定时空下社会价值之体现的“公共利益”,在社会主义国家中的外延要比大陆法系国家为宽,更不用说普通法系国家,^⑨仅从诉讼标的、判决效力范围来判断公共利益是否因错误裁判受损,似乎与一般政策不吻合。

重返法规本身,在《民诉法解释》第323条构建的二审审查制度语境下对“损害社会公共利益”的界定恐怕不宜过窄,而应保持适当的开放性和包容性。本案中,一方面公共场合吸烟行为有害公众健康,影响公共环境,故各地制定的规范文件、公约都规定公民有权制止公共场合的吸烟行为。^④但因为劝阻吸烟引发的纠纷不在少数,整体上未形成明确的行为规范。另一方面,本案一审判决经过媒体的报道,已成为公众关注的热点话题,裁判结果无疑会对公众理解行为规范产生影响,具有超越判决效力主观范围的“外部性”或溢出效应。这种外部效应由不特定的公众分享或共担,影响社会风气、公共道德的形成。^⑤本案一审判决不考虑杨某的行为与受害人的死亡之间是否构成法律上的因果关系,判令其承担补偿责任,有可能向公众释放错误的司法信号,导致公众在劝阻吸烟时有更多顾虑(对方是否有隐疾?会不会因此承担民事责任?),影响“禁烟”政策的执行,最终损害公共利益。

必须承认,这种解释进路有将“社会效果”纳入司法判断之嫌。故在普通民事案件中,如果一审判决不存在明显的外部性或溢出效应,不会对公众关于行为规范、社会道德的认知产生重大影响,应尽量遵循判决效力的相对性原则,仅从诉讼标的是否具有公益性来判断一审判决有无损害社会公共利益。但在本案这种特殊个案中,将其归入二审审理范围之例外的“射程”,对上诉请求之外的一审裁判错误予以纠正,释放正确的司法信号,减轻甚至解除劝阻吸烟者的后顾之忧,有其正当性与必要性。由于我国不存在附带上诉制度,对“损害社会公共利益”这一例外作稍稍宽泛的界定,也符合二审审级职能的“双重性”。

(二)本案恰当的处理方式

本案一审判决属于典型的法律适用错误。根据《民事诉讼法》第170条第1款第2项,原判决适用法律错误的,以判决方式依法改判、撤销或者变更。换言之,对法律适用错误有三种纠正方式。其中,撤销、变更两种处理方式由2012年《民事诉讼法》修改

时增加。据称,目的是为了弥补原《民诉法》第153条仅规定了维持原判、改判、发回重审三种方式,不足以回应实践中常见的事实认定或法律适用有误,但裁判结果正确的情形。^④就此而言,二审撤销、变更仅适用于理由有误而结果正确的一审裁判。但是,实务中变更、撤销也用于纠正一审裁判主文的瑕疵(如表述有误、有遗漏、多余)。甚至在案件被“发(回)改(判)”相当于“错案”的审判质效考核机制下,有些二审法官以变更替代对主文的改判,从而减轻一审法官的考核压力。^⑤

原则上,当事人提起上诉承担的最大风险是上诉请求被驳回。由于本案仅原审原告田某上诉请求撤销原审判决并改判,而杨某放弃上诉,甚至在二审中表示愿意捐赠田某一定费用,出于尊重当事人处分权,二审只应在驳回田某上诉请求与支持其上诉请求的范围内进行审判。本案二审判决撤销原审判决并驳回田某的诉讼请求,等于职权干预处分权,违反禁止不利益变更原则。有多位学者提出,本案以指出一审适用法律错误,但驳回上诉维持原判为妥。或者说,变更法律适用错误之处,但对原判决主文不予改判。这样既非对一审适用法律错误坐视不理,而是根据《民诉法解释》第323条第2款进行了“审理”,并按照《民事诉讼法》第170条通过“变更”予以纠正,又尊重了当事人的处分权,不违反“禁止不利益变更原则”。这的确是一种颇为妥当、周全的裁判方式。

当然,从二审裁判文书来看,杨某之所以放弃上诉甚至主动表示愿意捐赠,应当说与遭到死者子女“殴打”,被逼迫“下跪道歉”,因被起诉而“承受了巨大的心理压力”有关。而《民事诉讼法》第170条增加“变更”这一裁判方式,主要是为了应对裁判理由有误而裁判结果正确的情形。但本案一审判决通过错误适用《侵权责任法》第24条,使杨某不当地分担了不应承担的补偿责任,裁判结果显属有误。在“改判”与“变更”之间,理由与结果一并予以纠正的改判似乎更加可取。如不对一审判决结果进行改判,二审判决生效后也存在一定的被再审撤销的不确定

性。另外,上文的案例检索分析发现,二审法官普遍还未形成不得作不利于上诉人利益之改判的规范意识。综合这些方面来看,本案二审并没有特别可责备之处,在现阶段属于可接受、未明显滥用裁量权的方案之一。

结语

我国民事二审自实行全面审查转型以来,审理范围一直处于变动不居的状态。这不仅体现在司法解释始终对“上诉请求拘束原则”设置例外,而且例外情形在实务中常常沦为空洞的标签或修辞,缺乏规范的实质内容。鉴于民事一审裁判品质、当事人代理率、上诉请求受不当限制等现实情况,为该原则设置若干例外情形有其合理性。在当下阶段,有必要从理论与实务上进行梳理、归纳、提炼,充实《民诉法解释》第323条第2款规定之四种例外的内容,使其成为判断、拘束二审法院滥用司法裁量权的规范工具。上文总结二审审理范围之例外的“射程”,用意就在于此。但从长远来看,应把握下一次民诉法修改的机会,增设附带上诉制度,赋予被上诉人在二审审理终结前提起附带上诉的权利,从而使上诉请求与二审“双重”审级职能更为契合,达到当事人处分自由与二审纠正错误的平衡。届时,可逐渐减少例外并对例外作缩小解释,直至像域外那样收敛于“上诉请求拘束原则”,彻底取消例外规定。

注释:

①本案案情较为简单:杨某在电梯中劝阻段某吸烟引发争执,后段某猝死。段某遗孀田某起诉杨某,请求赔偿损失共计40万元。一审认定双方均无过错,适用《侵权责任法》第24条的“公平原则”,判决杨某补偿田某1.5万元。田某不服,提起上诉。二审认为一审事实认定正确,但适用法律错误,改判驳回原告的诉讼请求。参见(2017)豫0105民初14525号、(2017)豫01民终14848号判决书。

②参见吴泽勇、刘哲玮、陈杭平、董少谋、郝振江、刘家良等民法学者先后就此发表的评论,载《中国法律评论》、《法学学术前沿》等微信公众号。

③例如,《民事案件审判程序(草稿)》(最高人民法院刑、民诉讼经验总结办公室,1957年)第57条规定:“上诉审人民法院应当就上诉或抗议的请求进行审理。对未经提起上诉或抗议的部分及未提起上诉的与当事人有关部分,如果发现原判决或者裁定适用政策、法律、法令有错误的时候,也应当进行全面审理。”《民事诉讼法(试行)》(1982年)第149条规定:“第二审人民法院必须全面审查第一审人民法院认定的事实和适用的法律,不受上诉范围的限制。”

④参见唐德华:《民事诉讼法立法与适用》,中国法制出版社2002年版,第412页。作者系《民事诉讼法》主要起草人之一。

⑤常见的上诉请求如“撤销原审判决,驳回原告的全部诉讼请求”“撤销原审判决第二项,改判……”“撤销原审裁定,指令一审立案受理”等。所谓“合法”,即上诉须满足要件,如须在法定期间届满前提起,须以上诉状的形式提出,上诉人须具有上诉利益,等。

⑥[日]新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第627~628页。

⑦参见[德]卡尔·奥古斯特贝·特尔曼:《声明不服和撤销——对于民事诉讼法中的法律救济的正确理解》,载[德]米夏埃尔·施蒂尔纳:《德国民事诉讼法学文萃》,赵秀举译,中国政法大学出版社2005年版,第492~493页。

⑧姜世明:《民事诉讼法》(下册),新学林出版股份有限公司2015年版,第397~398页。

⑨“续审”与“复审”的根本区别在于后者切断二审与一审的联系,二审以原诉讼标的本身作为审判对象,进行重新审理;而前者则是在原一审的基础上,在例外情况下允许当事人提出新的事实主张及证据资料,围绕上诉人的不服申请进行再次审理。

⑩例如,“陈优明、温治平、雷志辉、全南县荣鑫商务实业有限公司合伙协议纠纷二审民事判决书”,(2015)赣民一终字第167号。该程序操作甚至得到了最高法院的支持,参见“温治平、雷志辉与陈优明合伙协议纠纷申诉、申请民事裁定书”,(2016)最高法民申464号。另可参见“姜迪、黄冈市嘉昶汽车销售服务有限公司民间借贷纠纷二审民事判决书”,(2016)鄂民终540号。

⑪关于相关条文的解释,参见陈杭平:《发回重审案件当事人变更诉讼请求之探析——以〈民诉法解释〉第251条和第252条为起点》,《华东政法大学学报》2015年第6期。

⑫当然,附带上诉的性质究竟是一种上诉(须满足相关要件)还只是一种被上诉人为获得更有利的判决而请求变更原判决的诉讼攻击行为(无须满足上诉要件),理论上存在争议。参见[德]罗森贝克等:《德国民事诉讼法》(下),李大雪译,中国法制出版社2007年版,第1052-1053页;同前注⑧,第413~415页。

⑬同前注⑧,第413页。

⑭这在比较法上有据可查。例如,《日本民事诉讼法》第302条第2款规定,第一审判决即便依上诉理由不正当,依其他理由为正当时,仍应驳回控诉请求。换言之,对第二审上诉(控诉)请求应否驳回,并不完全取决于当事人提出的上诉理由,法院仍可审查其他理由。

⑮王亚新等:《中国民事诉讼法重点讲义》,高等教育出版社2017年版,第268页。

⑯最高人民法院修改后民事诉讼法贯彻实施工作领导小组:《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用》(下),人民法院出版社2015年版,第860页。

⑰“四川天丰路桥有限公司与四川瑞源石油化工有限公司买卖合同纠纷二审民事判决书”,(2014)川民终字第730号。

⑱“成都木林木商贸有限公司与贾宜骞不当得利纠纷二审民事判决书”,(2015)渝高法民终字第00156号。

⑲当然,不应过分夸大这种不确定性。当事人无合理理由未上诉而申请再审的,最高法院在新近裁判中倾向于不对再审事由进行审查,以免再审这一特殊救济程序异化为普通救济程序。参见(2015)民申字第2925号、(2016)最高法民申2505号裁定书的裁判见解。而《人民检察院民事诉讼监督规则(试行)》第32条规定,当事人可以提起上诉而未提起的,检察机关原则上不受理当事人的检察监督申请。

⑳欠缺附带上诉制度已在实践中产生了负面影响。例如,在一起金融借款合同纠纷中,被上诉人在答辩中称原判决第一项关于利息的判项错误,二审法院以不属于上诉请求为由不予审理。参见“中国农业银行股份有限公司海口金贸支行与儋州华诺房地产开发有限公司、儋州惠安庄园开发有限公司金融借款合同纠纷二审民事判决书”,(2016)琼民终60号。被上诉人不服,申请再审。最高法院认为,当事人无正当理由未上诉而申请再审的,一般不应对其再审事由进行审查。参见(2016)最高法民申2505号裁定书,同上注。

㉑同前注⑩。

㉒笔者使用“无讼”案例检索系统,以“三百二十三条第二款”为关键词,共检索获得212份裁判文书,其中多数仅引用而未说理,存在较为明显的随意性。笔者在逐一阅读后,从中筛选出可作为分析样本的数十份。另外,笔者使用“中国裁判文书网”、“元典智库”等作为辅助检索工具。

㉓包括狭义的法律、法规、有法律效力的立法及司法解释、行政机关为执行法律而制定的规范性文件等;既包括诉讼法,也包括实体法;不限于公法,也包括私法。

㉔该款规定:“出借人与借款人既约定了逾期利率,又约定了违约金或者其他费用,出借人可以选择主张逾期利息、违约金或者其他费用,也可以一并主张,但总计超过年利率24%的部分,人民法院不予支持。”

㉕第330条规定:“人民法院依照第二审程序审理案件,认为依法不应由人民法院受理的,可以由第二审人民法院直接裁定撤销原裁判,驳回起诉。”第331条规定:“人民法院依照第二审程序审理案件,认为第一审人民法院受理案件违反专属管辖规定的,应当裁定撤销原裁判并移送有管辖权的人民法院。”

㉖“钟祥市盛世小额贷款有限责任公司、唐维民与张仁清、张学琴借款合同、担保合同纠纷二审民事判决书”,(2016)鄂08民终700号;“敖滕岱、阿拉善盟海洋工贸有限责任公司与孟克达来、拿顺等借款合同纠纷二审民事判决书”,(2017)内29民终565号;等。

㉗《民法总则》第153条第1款规定:“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效,但是该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。”关于这种强制性(禁止性)规定的理解,参见朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2013年版,第288~292页;[德]汉斯·布洛克斯、沃尔夫·迪特里希·瓦尔克:《德国民法总论》,张艳译,中国人民大学出版社2014年版,第144~145页。

㉘“夏靖与万慧民间借贷纠纷二审民事裁定书”,(2016)苏01民终3605号;“雷冬荣与刘明元、秦明、欧阳军、黄维民间借贷、保证合同纠纷二审民事判决书”,(2017)鄂08民终59号;等。

㉙“程定田与陆渭常民间借贷纠纷”,(2015)穗中法金民终字第1584号。案涉司法解释规定“公民之间的定期无息借贷,出借人要求借款人偿付逾期利息,或者不定期无息借贷经催告不还,出借人要求偿付催告后利息的,可参照银行同类贷款的利率计息”。根据《关于审理民间借贷案件适用法律若干

问题的规定》(法释[2015]18号),该条已被废除。

⑩“庄河市交通公共汽车有限公司与庄河中然城市燃气发展有限公司供气合同纠纷二审民事判决书”,(2015)大民三终字第1286号。

⑪同前注⑩,第1038页。

⑫“陈某1、陈某2法定继承纠纷二审民事判决书”,(2017)粤02民终1360号。案涉《国土地管理法》第57条第2、3款规定:“临时使用土地的使用者应当按照临时使用土地合同约定的用途使用土地,并不得修建永久性建筑物。临时使用土地期限一般不超过二年。”

⑬“彭少利、广州市时代物业管理有限公司借款合同纠纷二审民事判决书”,(2017)粤01民终18305号。案涉《银行业监督管理法》第19条规定:“未经国务院银行业监督管理机构批准,任何单位或者个人不得设立银行业金融机构或者从事银行业金融机构的业务活动。”国务院《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》第5条第1款规定:“未经中国人民银行依法批准,任何单位和个人不得擅自设立金融机构或者擅自从事金融业务活动。”

⑭“北京汽车制造厂有限公司与北京弘大汽车空调散热器有限公司对外追收债权纠纷二审民事判决书”,(2015)高民(商)终字第1171号。

⑮案外人异议之诉作为诉讼上的形成之诉,其诉讼标的除了对是否排除执行的判断,是否还包括对执行标的物权属的确认,在理论上也存在争议。

⑯相比之下,以“三百二十三条第一款”为关键词,在“无讼”上可检索到裁判文书1192份,为引用第二款的五倍多。在中国裁判文书网上,两款的裁判文书分别为1254、231,大致也是五倍多。

⑰该条规定:“受害人和行为人对损害的发生都没有过错的,可以根据实际情况,由双方分担损失。”

⑱根据《民事诉讼法》第55条的规定,仅法定的行政机关、社会组织及检察机关有资格提起公益诉讼。

⑲公共利益具有消费的不排他性(受益者人数的增加不会导致人均受益的减少)、不可分性(不能化约为个体利益,也不是个体利益的叠加)、供给的外部性(利损均沾、荣辱与共)等特征。像环境污染、侵犯消费者权益纠纷中受损的自然人、法人或其他组织的人身财产利益,均不属于公共利益。

⑳吴泽勇:《第三人撤销之诉的原告适格》,《法学研究》2014年第3期。

㉑大体上,在大陆法系国家,公共利益被视为对社会共存或国家负责的共同利益,或者因公务人员负责实现而公共化的私人利益;在社会主义国家中,由于私人经济权利被取消或限制,公共利益得以扩张,且往往与国家利益相互交织;而在普通法系国家,公共利益被视作与国家利益相分离甚至相对立的利益。Vera Langer, "Public Interest in Civil Law, Socialist Law, and Common Law Systems: The Role of the Public Prosecutor," *Am. J. Comp. L.* no.36.2(1988): 279 ~ 280.

㉒例如,本案发生的郑州市早就出台《公共场所禁止吸烟条例》,第3条规定禁烟的公共场所,第10条规定“公民有权制止在禁止吸烟的公共场所的吸烟者吸烟”。

㉓不能低估裁判的这种外部效应。例如,时至今日仍有不少人将社会道德滑坡、人情冷漠归因于“彭宇案”一审判决。

㉔江必新:《新民事诉讼法理解适用与实务指南》,法律出版社2012年版,第646~647页。

㉕感谢西北政法大学董少谋教授向笔者提供这一信息。