

# 禁止不利变更原则之教义学分析

——兼评“劝烟猝死案”

严 仁 群<sup>\*</sup>

**摘要:**基于对《中华人民共和国民事诉讼法》第168条及《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323条的深入解读,可知它们是否包含禁止不利变更原则是不确定的。从现行法下的处分原则也无法导出该原则。通过结合案情做细化分析、诉诸法的任务、排除不当观念、做适当类比、考虑解释者所处的时代背景等方法可以对案件是否涉及“公共利益”作相对确定的把握,并可大致认定“劝烟猝死案”的判决涉及公共利益。现行法未规定更关乎公平正义的附带上诉,因此禁止不利变更原则即便存在也是“片面”的,不能以背离它为由否定正确的二审结果。

**关键词:**禁止不利变更原则      公共利益      处分原则      程序正义      附带上诉

“劝烟猝死案”<sup>①</sup>引起了社会的广泛关注。该案的基本案情是:某人在电梯里吸烟,受到同乘的一位医生劝阻,遂发生争执,该吸烟者不久死亡,其亲属起诉医生,要求赔偿。一审法院判决部分支持原告的赔偿请求,责令被告赔偿1.5万元。原告上诉后,二审法院以涉及公共利益为由,撤销一审判决,驳回全部诉讼请求。该案的程序问题引发了广泛争议,争议主要围绕禁止不利变更原则展开,各方意见似乎难分伯仲,给人的感觉是该案并无正确答案。既然禁止不利变更原则是该案的关键词,那么为了相对彻底地把握此类案件,就有必要认真探究在本土情境下关于该原则我们应做何种考量。该问题可细化为若干子问题:现行法下是否存在该项原则?如果存在此原则,那么现行法设定的除外条款该如何把握?等等。对这些问题的分析显然是教义学上的。

本文对于禁止不利变更原则的教义学分析涵盖4个方面:现行法下的具体规范是否规定了禁止不利变更原则?现行法下的基本原则是否包含该原则或能否从中导出该原则?如何对“涉嫌”规定该原则的规范中的“公共利益”之“但书”条款作相对确定的把握?该原则与程序正义、附带上诉之间是何关系?第4个方面的讨论对于现行法而言有所“逸出”,但法教义学并不排斥对正义等价值的考量,<sup>②</sup>把握学科的概念体系也是教义学的一个重要任务,而附带上诉是禁止不利变更的周边概念,它们之间的紧密关系是民事诉讼法学体系的组成部分。法教义学并非注释法学,法教义学的讨论虽然应始于现行法,但并不止步于现行法。因此,第4个方面的讨论大致仍可归入教义学分析的范围。

本文对禁止不利变更原则的分析将紧密结合“劝烟猝死案”,前述4个方面的讨论都将如此。而关于(疑难)案件的分析首先应该也是教义学的,因为我们首先需要就应当如何处理案件或已有的裁判是否正确得出结论,而这个结论通常首先是应该基于本国现行法(如果现行法有相关规定)而给出的。

本文(正文)的4个部分分别对应于前述的4个方面。经过讨论,笔者认为,我们不能确定现行法下存

<sup>\*</sup> 南京大学法学院教授、博士生导师

<sup>①</sup> 即“田九菊与杨帆生命权纠纷案”。参见郑州市金水区人民法院(2017)豫0105民初14525号民事判决书,河南省郑州市中级人民法院(2017)豫01民终14848号民事判决书。

<sup>②</sup> 参见杨仁寿:《法学方法论》,中国政法大学出版社2013年版,第185页。

在禁止不利变更原则，“劝烟猝死案”的二审判决在结论上是可接受的。

## 一、具体规范中有无禁止不利变更原则并不确定

“劝烟猝死案”争论中的一个重要争点是，现行法是否规定（包含）了禁止不利变更原则。要对其做出恰当的回答，就应当对现行法下相关的具体规范和一般条款作出合理的解读。<sup>①</sup>对禁止不利变更原则的教义学分析同样需要做这方面的工作。这一部分先尝试对相关法条（具体规范）做深入、细致的考察，以避免（几乎）不加分析地直接给出判断。这部分的讨论可谓是较“艰苦”的。

### （一）《民事诉讼法》第168条之不确定性

对于争议较大的法条（语句）我们可以尝试对其结构进行分析。这种结构分析应从正反两方面进行，这样分析才可能较为彻底。所谓正面的结构分析就是正面考察它的“框架”，以弄清楚它的主题是什么，至于它就主题做出了何种具体规定则暂且予以忽略。在进行正向分析后，可以对其做反向分析，即分析它没有规定什么。

《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）中与“劝烟猝死案”关系最紧密的具体规范是其第168条，它规定：“第二审人民法院应对上诉请求的有关事实和适用法律进行审查”。就该法条结构进行正向分析时，我们可以“剥离”它的细节，将它简化为“二审法院应对……进行审查”。由此可以看出，该条文规定的是二审的审理范围或审理对象。由于裁判范围和审理范围（至少通常）应该是一致的，因此，也可以说它规定了二审的裁判范围。对该法条的反向分析，由于其的结构单一，只有一个主题，即仅仅规定了审理范围或裁判范围，因此，我们可以认为它没有进一步就以下问题做出规定：二审法院在规定的审理范围内进行审理后，在不超出该范围的前提下，该如何进行裁判。

在此基础上，我们来考察在做结构分析时所忽略的事项：《民事诉讼法》第168条是怎样规定具体审理范围的？该范围到底有多大？应该说，该条文规定的审理范围是清楚的，即“上诉请求有关的事实和适用法律”。这个短语或词组的中心语显然是“事实和适用法律”，而非“上诉请求”或“上诉请求有关”，后（两）者只是定语或修饰语，但它们也是不可忽略的。所谓对“事实和适用法律”进行审查，通常不过就是指实体性审查（若不考虑程序性问题的审查）。但由于定语的存在，因此这一实体审查不一定是全面的，而是“（与）上诉请求有关”的实体审查。

接下来应当追问的是，此种实体审查的结果到底对上诉人有利还是不利？在回答这一问题之前，有必要对何谓“上诉请求”做出说明。<sup>②</sup>在现行法下，何谓“上诉请求”本应是清楚的，但遗憾的是在“劝烟猝死案”的讨论中出现了对它的不当理解。《民事诉讼法》第165条规定上诉状应当包括“上诉的请求和理由”等内容，由此可见，上诉请求不是法官对上诉主张的归纳性表述，<sup>③</sup>而是上诉人自己在上诉状中对其请求的表述。上诉请求应是上诉人在上诉状中所为的关于二审法院应如何裁判的请求。因此，法院（及研究者）在上诉请求的确定方面不可越俎代庖，不可将自己的意志或表述强加给上诉人。<sup>④</sup>另外应注意的是，从《民事诉讼法》第168条的表述看，它是将上诉请求与上诉的事实、法律等方面的理由区分开的。实践的情况也是如此。最高人民法院在其网站上公布的上诉状的样式中，有专门的“上诉请求”条目，而且明确区

① 没有任何立法文件或资料告诉我们，《中华人民共和国民事诉讼法》的立法者在设置相关条文时就已经有意设立禁止不利变更原则。因此，试图通过澄清立法目的探究现行法下有无该原则，是不现实的。我们的分析只能针对现行法下若干可能相关的规范进行。

② 为避免或减少误解，或可考虑用上诉声明替代上诉请求。“所谓上诉之声明，系指废弃或变更第一审判决全部或一部之声明而言。”参见姜世明主编：《民事诉讼法判解导读》，台湾新学林出版股份有限公司2011年版，第791页。

③ 现行法未规定上诉状应写明声明不服的范围，也未将上诉利益规定为上诉的要件。《德国民事诉讼法》第520条要求控诉理由书载明对裁判不服的程度，写明要求做出何种变更；第511条对提起控诉的要件的规定中有关于判决对当事人不利的金额的要求（如果低于此金额，那么控诉须经一审法院批准）。美国也要求有上诉利益，即“只有受到委屈的当事人或因判决而受到损害的当事人能够对其提起上诉”。[美]杰克·H·弗兰德泰尔等：《民事诉讼法》，夏登峻等译，中国政法大学出版社2003年版，第602页。

④ 尽管法院在上诉请求不清楚或明显不当时应做必要的释明，但是否响应释明仍应由上诉人决定。这是一种澄清性释明。

别于上诉理由。<sup>①</sup>“劝烟猝死案”二审法院的判决书也是如前段的界定那样使用“上诉请求”一词的。<sup>②</sup>

在澄清了何谓“上诉请求”后,我们来分析审理“上诉请求有关的事实和适用法律”会有什么样的结果。

首先,如果上诉请求指向整个原判决,如对于原判决的各项主文都有所请求(即便是要求维持其中某一项),或者如“劝烟猝死案”原告的上诉请求那样请求“撤销原判”,则此时对“上诉请求有关的事实和适用法律”的审理,就是对一审判决关于全案的事实认定和适用法律进行的审理。其结果自然是“两可”的,即:既可能有利于上诉人,也可能不利于上诉人。

其次,如果上诉请求指向的仅是原判决的一部分,此时对“上诉请求有关的事实和适用法律”的审理,有可能是对一审判决的部分事实(认定)和适用法律的审查,但也可能仍然是对一审判决关于全案的事实认定和适用法律进行审理。因为,与上诉请求有关的事实和适用法律有可能是独立的,与未被上诉的那部分一审判决无关,但也可能与之有关。在“有关”的情况下,上诉的部分与未上诉的部分甚至可能是基于相同的事实(认定)和法律适用。如果是独立的或无关的,则审理结果(法官的内心判断)不会不利于上诉人。但如果是“有关”的,则仍然有可能不利于上诉人。

更重要的是,如前所述,《民事诉讼法》第168条并未规定基于这样的审理结果应做何种裁判,至少没有规定二审法官不可基于实体审理后产生的对上诉人不利的内心判断做出对上诉人不利的裁判。因此,尽管就前段所述的“无关”情形而言,裁判不应不利于上诉人,但对于“有关”的情形而言,裁判仍然可能对上诉人不利。

由此可见,《民事诉讼法》第168条是否规定(或包含)禁止不利变更原则并不确定。这取决于与上诉请求有关的事实和适用法律是否具有独立性,是否独立于一审判决未被上诉的事实(认定)和适用法律。

## (二)《民诉法解释》第323条之不确定性

与“劝烟猝死案”紧密关联的另一个具体规范是《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》(以下简称《民诉法解释》)第323条。该条规定:“第二审人民法院应围绕当事人的上诉请求进行审理,当事人没有提出请求的,不予审理。但判决违反法律禁止性规定、侵害社会公共利益或他人利益的除外。”相对于前一条文而言,这一条文的争议更大。显然,基于前述之结构分析,同样可以看出它的第一句规定的(主题)也是审理范围,且是从正反两个方面进行规定,“但书”规定的是在哪些情况下可以超出此审理范围。但麻烦的是,所谓“围绕上诉请求进行审理”到底意味着什么?

我们先来讨论“围绕上诉请求进行审理”的可能结果(法官的内心判断)。由于关于“劝烟猝死案”的争论主要是二审法院该如何否定上诉请求(是仅驳回上诉,还是也可以对上诉人作更不利的判决),因此,本文主要分析二审法院经过审理后,否定上诉请求的各种可能情况。

设若上诉请求为Q(它可能实际包括数项具体的上诉请求,即Q1、Q2等),在针对Q进行审理的情况下,法院在审理后可能形成的实体性的判断是:Q成立与Q不成立。即:

Q 和  $\neg Q$

如果Q只是一个有关定性问题的上诉请求,如在原告请求确认所有权的诉讼中,被告在一审败诉后提起上诉,其请求是确认原告不是所有权人,则对审理结果的分析或可就此止步,因为审理结果只有肯定和否定两种。但如果Q是量化性请求,则应当作进一步分析,因为对它审理后可能出现更多的结果。

“劝烟猝死案”原告起诉时提出的诉讼请求是:杨帆(被告)赔偿田九菊(原告)死亡赔偿金326 796元、丧葬费22 960元、精神抚慰金50 000元,医疗费755.8元,以上共计400 511.8元。而一审判决的主文有两项(忽略诉讼费的判项):杨帆于判决生效后十日内补偿田九菊15 000元,驳回田九菊的其他诉讼请求。对此,原告在上诉时提出的上诉请求(本)可能有多种类型(若被告上诉可能也是如此)。此处仅对以下3种情形进行分析(“劝烟猝死案”原告实际提出的上诉请求是第二种)。为简便起见,本文假设原告起诉时

① 参见《民事上诉状(当事人提起上诉用)》, <http://www.court.gov.cn/susongyangshi-xiangqing-379.html>, 2018-05-20。

② 参见河南省郑州市中级人民法院(2017)豫01民终14848号民事判决书。

请求给付的总金额为 40 万元。

情形 1: 原告的上诉请求是“撤销一审判决主文的第二项, 判决被告赔偿 38.5 万元”。对于这种上诉请求, 二审法院审理后可能的否定性判断有两种: 部分成立(如被告应再赔偿 10 万元)、完全不成立(不应再判给任何金额的赔偿)。若将它们分别表示为 +、0, 则审理后的情况可抽象化表示为:

$$A(\neg Q) = \{+, 0\}$$

$A(\neg Q)$  是关于  $\neg Q$  的各种可能情况(元素)的集合

情形 2: 上诉请求是“撤销原判, 支持原告的全部诉讼请求”。对此, 法官的否定性实体判断可能有 4 种: 被告的总赔偿额应大于 1.5 万元但小于 40 万元(应撤销原判, 支持大于 1.5 万的赔偿请求)、被告只应赔偿 1.5 万元(应维持原判)、被告的赔偿额应小于 1.5 万元(撤销原判, 判给更低的赔偿金)、被告不应赔偿(撤销原判, 驳回全部诉讼请求)。对上诉人而言, 后两种都是更不利的判断, 都是在一审基础上“作减法”的判断, 可把它合并为一种类型, 都以符号“-”表示。由此, 此种情形下, 对上诉请求的否定性审理结果可表示为:

$$A(\neg Q) = \{+, 0, -\}$$

情形 3: 上诉请求是“维持一审判决主文第一项, 撤销主文第二项, 支持其他诉讼请求(判被告再赔偿 38.5 万元)。”对此上诉请求审理后, 法官的否定性实体判断也可能有 4 种: 应另外再判给小于 38.5 万的赔偿、应维持一审判决、变更主文第一项(被告应在小于 1.5 万的范围内赔偿)、撤销主文第一项(驳回全部诉讼请求)。后两项同样都是对上诉人不利的判断。由此可见, 此情形应有与情形 2 相同的表达式, 即:

$$A(\neg Q) = \{+, 0, -\}$$

在情形 1 中, 之所以没有出现对上诉人更不利的判断, 是因为如果做这样的判断, 就不是“围绕上诉请求”进行审理, 而是也针对未上诉的部分。即: 不但完全否定了上诉请求, 还削减或完全否定(未被上诉的)原判决主文第一项。这样就超出了《民诉法解释》第 323 条第一句规定的审理范围。但在情形 2 中则不同, 它的上诉请求有两项, 就第二项请求而言, 即便认为被告仅应赔偿 0.5 万元, 也仍然是针对该上诉请求所做的判断, 仍是“围绕上诉请求”审理的。因为它对“支持原告的全部请求”这部分上诉请求的回答是“不支持全部诉讼请求”。情形 3 与情形 2 相仿, 之所以  $A$  中有“-”的元素, 是因为, 若二审法院认为应撤销主文第一项(驳回全部诉讼请求)或仅应变更主文第一项(被告在小于 1.5 万的范围内赔偿), 此种判断仍是直接针对上诉请求的, 即: 认为不但第二项上诉请求不成立, 第一项上诉请求也不成立。此种审查和判断并未超出法定的审理范围或审理对象, 并未“偏题”。

前述分析提示我们, 当上诉请求的实际表述不同时, 二审法院的实体判断也会受到影响。而前述上诉请求之 3 种表述, 在句法和文义上并无明显不妥。<sup>①</sup> 上诉人在上诉时请求维持一审判决对其有利的部分, 本属无可厚非。尤其在现行法并未明文规定“二审法院不得做出对上诉人更不利的裁判”时, 更应可以理解。由此, 对于前述不同的情形, 如果法院根据其审理后获得的实体性判断做出裁判, 那么相应的裁判也会出现差异。在情形 1 之下, 法院不会做出对上诉人(较原判决)更不利的裁判, 至少会维持一审判决。但在情形 2 和情形 3 之下, 法院则有可能做出对上诉人更不利的判决。因此, 就情形 1 而言, 适用《民诉法解释》第 323 条的效果就相当于现行法规定了禁止不利变更原则, 而在后两种情形下, 则并非如此。由此可见, 《民诉法解释》第 323 条中是否包含禁止不利变更原则, 是不确定的。

这种分析结果乍一看是不可接受的: 对于同一个法律文本(语句)的解读怎么会有不确定的结果? 但如果考虑到现行法并未规定上诉人应如何表述其上诉请求, 而实际的上诉请求又可能有不同的表述形式, 产生这种不确定的状况就是可以理解的了。决定上诉请求如何表述的毕竟是上诉人自己, 而非法院。

由此, 前述分析提示我们: 由当事人决定的法律要素, 可能会导致条文的意义具有不确定性。因为当

① 至少情形 1、3 是如此。情形 2 中上诉请求的表述或许略有瑕疵, 法院可能会认为: 你的目的是要法院支持你的全部诉讼请求, 但一审已经支持你一部分了, 怎么能要求撤销原判之全部? 但从语言表述习惯看, 原告这种表述并没有大的问题。至少, 如果法院按照其上诉请求那样处理, 也能实现其最终目的。



事人各不相同,各自的决定可能也不同,所以由当事人决定的法律要素实际可能是一个“动态”要素。

### (三)本土规范与域外相关规范的差别

解读争议条文的一个辅助方法是将它与看似相同或相似的域外法的条文进行比对。也就是说,比较法的方法也可用于教义学分析。

《德国民事诉讼法》与禁止不利变更相关的规定是其第528条,即“对于一审的判决,只能在申请变更的范围内变更之”。<sup>①</sup>《日本民事诉讼法》的相关条文是其第304条,即“撤销或变更第一审判决,只在声明不服的范围内可以进行”。<sup>②</sup>这两个条文有相同的重要表述——“只(能)在……的范围内(进行)变更”。而可予变更的范围无论是“申请变更的范围”,还是“声明不服的范围”,实际上都是相同的。因为,若上诉人申请变更,则一般应是就其不服的范围(如原判决主文的第几项或哪几项)申请变更。此外,广义的变更包括撤销在内。由此可见,德、日民事诉讼法的这两个条文实质是相同的。《民诉法解释》第323条看似与它们相似,但它既未提及“只在……的范围内变更”,也未明确该范围仅是“声明不服的范围”。而即便不服的范围相同,上诉请求的(表述)也可能不同。上诉请求所涉及的原判决范围可能会宽于“不服的范围”。例如,前述情形3中上诉请求不但说明了“申请变更的范围”(请求之第2、3项),而且要求“维持一审判决主文第一项”(请求之第1项)。如前所述,这种表述在文法和逻辑上并无问题。

由此可见,我国的这一条文与德、日等国的相关条文是不一致的,存在质的差异。这也大致表明为什么可以称德、日民事诉讼法规定了禁止不利变更原则,而我国是否有此规定是不确定的。至于《德国民事诉讼法》第528条的标题为“控诉请求拘束原则”,那不过是禁止不利变更原则另一角度的称谓而已(若不考虑“禁止更有利变更”的情形)。<sup>③</sup>

需要附带提及的是,我国台湾地区“民事诉讼法”的相关条文是第450条,即“二审法院认为有理由者,应于上诉声明范围内,为变更原判决之判决”。其与德、日民事诉讼法的相关条文有相似之处,因为它也有“在……的范围内变更”之表述,但它至少在语气上明显要弱,因为它少了“只”或“仅”字。更关键的是,它的可变更“范围”是“上诉声明范围”,而非如德、日民事诉讼法那样是“声明不服的范围”或“申请变更的范围”。它的这一范围倒是与《民诉法解释》第323条中的“上诉请求”近似或相同。因而,我国台湾地区学界和实务界并不认为其“民事诉讼法”规定了禁止不利变更原则,<sup>④</sup>尽管他们是普遍认可该原则的,<sup>⑤</sup>但那可能是因为在教义学上我国台湾地区深受德、日等国影响之故,<sup>⑥</sup>该原则对我国台湾地区法官的约束可谓“通过法律教义学的约束”。<sup>⑦</sup>

## 二、从现有的处分原则无法导出禁止不利变更原则

在“劝烟猝死案”的讨论中,部分论者将处分原则当作重要论据来使用。使用方式之一是,主张根据该原则可导出禁止不利变更原则。

一般条款与具体规范之间存有较大跨度,如果认为可以从一般条款导出未被法律规定的具体规范,则应做充分论证。从处分原则直接推出禁止不利变更原则,就需要这样的论证。但我们似乎未见到这样的

① 《德国民事诉讼法》,丁启明译,厦门大学出版社2016年版,第117页。

② 白绿铨编译:《日本新民事诉讼法》,中国法制出版社2000年版,第106页。

③ 若直接就禁止不利变更原则做表述,表述应该是“二审法院不得……”,这才像一个“禁止”性规则,而不是“仅能……”这种表述。德、日之相关法条之所以采用后一种表述,“可能是规定上诉请求拘束原则相较直接规定禁止不利益变更原则能够更加彻底地贯彻当事人主义。运用它来规定禁止不利益变更原则,含义更宽泛,不仅包含禁止不利益变更而且具有禁止利益变更的意义”。郝振江:《论民事上诉中的禁止不利益变更原则》,《宁夏大学学报》(人文社会科学版)2010年第2期。

④ 参见陈计男等:《不利益变更禁止之原则》,载台湾“民事诉讼法”研究基金会编:《民事诉讼法之研讨》(七),台北三民书局有限公司1998年版,第297页。

⑤ 参见杨建华:《民事诉讼法问题研析(一)》,北京大学出版社2013年版,第363页。

⑥ 尽管如此,我国台湾地区对于在同时履行判决、因确认抵销而驳回原告请求等情形中,上诉审的审理范围为何,存在争议。参见姜世明:《民事诉讼法》(下册),台湾新学林出版股份有限公司2015年版,第384~385页。

⑦ “当法律教义学被贯彻之时,它同时事实上约束着法官……这归功于它的稳定化和区别化功能。”参见[德]考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2001年版,第285页。

论证。实际上,基于以下的考虑,这种“导出”关系是不成立的,至少是很可疑的。

上诉人固然有权设定上诉请求(上诉声明),而法院通常也应当尊重这种设定,应当在此范围内进行审理,<sup>①</sup>《民诉法解释》第323条大致也就是这样规定的,这些或许可以说成是处分原则的要求。但是,某些上诉人设定的上诉范围较宽(不只涉及一审判决对其不利的部分,如前述的情形3),法院在此范围内审理仍然可能会得出对其不利的实体性判断。二审法院在适用《民事诉讼法》第168条进行审理时,由于与上诉请求有关的事实和适用法律可能不仅仅与上诉请求有关,因此,法院在审理后也可能形成对上诉人不利的判断。而此时可不可以对其做不利的判决就不是处分原则所能决定的,我国现行法所规定的处分原则并没有这方面的含义或功能。

《民事诉讼法》第13条第2款对于处分原则的规定极其简略,仅称“当事人有权在法律规定的范围内处分自己的民事权利和实体权利”。德、日民事诉讼法都没有这样的条文。该条文的关键词是“处分”或“有权处分权利”。国内对于“处分”的理解通常更多的是“放弃”(少数情况下或会理解为“转让”),而很少理解为当事人对于若干事项的选择权(这种选择权的行使未见得就是在放弃某项权益),如设定或选择诉讼标的或审判对象的权利,而大陆法系的处分原则或处分权主义就有这样的内容或含义。<sup>②</sup>从《民事诉讼法》第13条第2款的用语看,这种“理解”现状似乎是可接受的。但问题是,这样的理解如果运用于上诉,那么上诉人到底处分或放弃了什么权利?这种放弃又如何意味着法院不能对上诉人做更不利的裁判?这些至少都是需要解释的,并非不言自明。

实际上,就前述之情形3而言,上诉人要求“维持一审判决的主文第一项”,她在提这一项上诉请求时并没有放弃什么。既然没有,那么二审法院当然可(应)就此项上诉请求进行审理,而其裁判当然就有可能不利于上诉人。换言之,在法院审理后(内心)形成了对上诉人不利判断的情况下,如果不允许就此做出对上诉人更不利的裁判,立法者就应当做出明确规定。立法者要么规定仅可在声明不服的范围内变更(所谓上诉声明拘束原则),要么直接规定二审判决不得对上诉人更不利(所谓禁止不利变更)。若是前者,二审法官需要识别“声明不服的范围”到底是多大;若是后者,二审法院则需要在拟作出的判决与一审判决之间进行比较。

我们应当注意的是,不但从现行法下的处分原则不能直接导出禁止不利变更原则,即便结合《民事诉讼法》第168条和《民诉法解释》第323条,也不能导出该原则。退而言之,在这三者各自都不能导出禁止不利变更原则的情况下,它们的结合如何能产生质的变化,如何能产生导出效果,这需要充分论证。需要附带说明的是,部分论者对处分原则还有另一种援用方式,即直接根据处分原则指责二审判决是错误的,<sup>③</sup>但是,这种援用也是有问题的,因为其中包含有不当的涵摄。

当事人有没有行使处分权,有没有处分某项权利,这至少主要是一个事实问题。在“劝烟猝死案”中,被告没有上诉,我们可以说他事实上处分了其权利。但是他处分了何种权利,则需要甄别。

既然被告在规定的期间内可上诉而实际未上诉,那么通常应可认为他放弃了上诉权。但是,我们不能进而认定被告同时也放弃了实体性利益。上诉期间届满后,被告自然就失去了上诉权。但是,就实体性利益而言,法律并没有规定同样的失权期间,也没有规定若当事人放弃上诉权就视为其一并放弃了相关的实体权益。因此,仅基于被告未上诉的事实就认定被告处分了其实体利益,可谓是一种不当的涵摄,是对处分原则的不当适用。

① 二审裁判的对象未见得“天然”应限于上诉请求。在查士丁尼大帝以前,罗马法中并无禁止不利变更原则(它们并不认为这有违“不告不理”),也无附带上诉制度。查士丁尼时代,有禁止不利变更原则,但它被认为是一种弊端。在公元530年,《罗马法大全》规定上诉审法院也应给予被上诉人保护(即便其未到场主张原判决不当)。参见吴从周:《附带上诉之研究》,《台北大学法学论丛》2006年第2期。类似的是,德国普通法时期的民事上诉程序,“适用上诉共通原则……上诉审法官,亦应依职权考虑被上诉人之有不服。只须实体真实有利于被上诉人,即应将原判决变更”。陈计男等:《不利益变更禁止之原则》,载台湾“民事诉讼法”研究基金会编:《民事诉讼法之研讨》(七),台北三民书局有限公司1998年版,第296页。

② 参见[日]新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第229页。

③ 参见吴泽勇:《实体正义实现了,程序正义有隐忧——评“电梯劝烟猝死案”二审判决》,http://m.sohu.com/a/218751530\_671251, 2019-09-30。

即便是对上诉权的处分,也未见得完全是出于自愿的。有些被告看似处分了上诉权,但实际上是因为在上诉期的最后时刻才得知原告上诉,从而来不及上诉,因为这些被告原本采取的是一种带有息事宁人意味的消极防御策略。在这种情况下,基于其未上诉而推定其放弃了实体利益,显然更不合理。

明确当事人到底处分了何种权益,这一点很重要。因为,如果被告只是放弃了上诉权而未放弃实体利益,法院也并未审理被告的类似上诉请求的主张(要求更有利的裁判),但基于其他原因法院判给被告更多的实体利益,则并不构成对处分原则的违反。这种情况是可能存在的。因为,虽然被告处分了其上诉权,但原告可能设定了宽泛的上诉请求(如前述之情形3那样),将整个一审判决(对应于原告的全部诉讼请求)置于待审状态。二审法院遵循《民诉法解释》第323条,围绕这种上诉请求进行审理,便可能做出对原告不利的判决,而这种判决对于未上诉的被告却可能是有利的。

由此可见,在适用处分原则时,不能只看到一方行使了处分权,而要同时考察双方的状况,以防止做出片面的判断。“劝烟猝死案”的讨论也表明,我们在适用处分原则的过程中可能存在不当的“推定”。即不去探究当事人是否真正有意识地处分了权利,而只是根据其某种行为不恰当地推定其处分了权利。

### 三、对“公共利益”条款可做相对确定的把握

《民诉法解释》第323条第2句是一个有关“公共利益”的“但书”,因此,即便第1句规定了禁止不利变更原则,该“但书”也是对适用该原则的一个限制,有必要也对它进行讨论。就“劝烟猝死案”的论辩而言也是如此,即便假定现行法下存在禁止不利变更原则,肯定论(对二审的结论持肯定意见)若能表明该案涉及公共利益,则也能击倒否定论。但是,这种论述并不容易,因为“公共利益”这一概念或要素(在前述“但书”中“判决侵害公共利益”是一个法律要件)显然有很大的不确定性,尽管如此,我们仍可通过多方面努力,并结合具体案情,对它作相对确定的把握。

#### (一)对“公共利益”作相对细化的分析

虽然对“公共利益”这样的概念很难做到精准把握,但这并不意味着我们在下判断时可以恣意为之。我们仍然应当做力所能及的分析工作。

基于分析的目的,将“公共利益”拆解成“公共”和“利益”两个概念应该是可以的,如果将这两个拆分后的概念组合一起,应该不会导致“公共利益”概念的失真。首先,可对“利益”进行分析,分析案件可能涉及哪些利益。从案由看,“劝烟猝死案”仅是一个侵权纠纷,仅涉及双方当事人的利益(应否赔偿)。但从起因看,它涉及一个基本问题:普通公民平和地劝阻违法行为时,如果发生意想不到的后果,那么是否应承担法律责任。这个问题就与案外人有关,因为案外人可能就是这样一个普通公民。换言之,它已经涉及案外人以下方面的利益:合理地阻止违法行为,维护公共卫生,享受良好的社会秩序。其次,分析案件是否与社会公众有关。如果一个案件仅涉及案件本身的少数几个当事人及少量的关联人员,则认定它与社会或公众有关较为困难。但如果案件不仅涉及前述这些主体,而且与众多不特定的案外人甚至“全体”公民有关,则它可能就具有了“公共”性。“劝烟猝死案”大致就是如此,至少它在一审阶段就已经引起社会的广泛关注,<sup>①</sup>而这些关注中应该有众多前述之“案外人”。

综合这两方面分析,可以认为“劝烟猝死案”涉及社会公众的利益。因为前述的利益相关者(案外人)有不特定的多数,“劝烟猝死案”的一审裁判已经影响到不特定多数人甚至全体公民的利益及行为选择,它的二审裁判也(将)如此。法院对案件的裁判将至少影响两个方面的公共利益:维护公共卫生(环境方面的利益),减少违法行为(秩序方面的利益)。如果这些利益得到维护,“生活在这样一个具有如此特性的社会中,众生受其沾溉”。<sup>②</sup>相反,如果合理的劝阻行为因为该案的判决事实上受到“遏制”,则这些利益将受到损害。尽管从个人角度看,这些利益可能很小,甚至微不足道,但并不能就此否定它是社会公共利益。正

① 法官在做这方面的判断时甚至不妨依职权做必要的调查,因为是否事关“公共”在某种程度上是一个事实问题。

② 转引自[英]丹尼斯·劳埃德:《法理学》,许章润译,法律出版社2007年版,第221页。

如某些个别主体的违法排污行为对全体(许多)公民的环境利益的损害可能并不算大,但这并不妨碍国家准许部分主体提起公益诉讼。

## (二)诉诸相关的高位阶规范

《民事诉讼法》有一个条文是德、美等主要西方国家所没有的,<sup>①</sup>即第2条:“中华人民共和国民事诉讼法的任务,是保护当事人行使诉讼权利,保证人民法院查明事实,分清是非,正确适用法律,及时审理民事案件,确认民事权利义务关系,制裁民事违法行为,保护当事人的合法权益,教育公民自觉遵守法律,维护社会秩序、经济秩序,保障社会主义建设事业顺利进行”。法律明文规定的任务显然包含了立法者的价值判断,我们不应忽略这种内含于实在法之中的价值。<sup>②</sup>

这一关于民事诉讼法任务的设定大致相当于或近似于对于民事诉讼目的的设定。这些目的或任务所表明的也正是立法者所期待的,它们产生于立法者“推进社会整体利益这一愿望”。<sup>③</sup>这一处于开篇位置的重要条文提醒我们,在我国,以“解决纠纷”简单概括民事诉讼的任务并不恰当。该条文明确规定了多项任务,而“教育公民自觉遵守法律”“维护社会秩序、经济秩序”是其中的两项。后一项任务与“民事诉讼目的论”中的“法秩序维持说”有一定的相似度,而前者则正契合于法理学上经常提及的法的教育功能。<sup>④</sup>

长期以来,民事诉讼法的这两项法定任务似乎已经被遗忘。但由于现行法明文规定的民事诉讼法的任务对于民事诉讼法的立法及司法应当具有指导作用,因此,我们不可以无视它们,我们应当重温和正视这两项任务(以及其他任务)。而在努力完成这两项任务的过程中,社会普遍关注的、与公众利益相关的案件恰恰能够提供极好的机会。

就“劝烟猝死案”而言,如果二审法院适用民事诉讼法处理案件的结果是维持一审判决,那么将会挫伤广大公民劝阻违法行为的积极性,同时将会反向激励潜在的违法行为(的主体)。如果这样,民事诉讼法前述两项法定任务在此个案中就不能完成。相反,“劝烟猝死案”二审法院所作的——“一审判决适用法律错误,损害社会公共利益……将会挫伤公民依法维护社会公共利益的积极性”——的判断则与这两项法定任务相契合。这种受到广泛关注案件的裁判在这方面的作用是众多仅为少数人(当事人)所知的个案的裁判所不能比拟的。《民事诉讼法》的适用者(司法者)应该致力于法的任务的实现,而这种广泛受关注且涉及前述基本问题的案件,正是实现法任务的重要“工具”。

在面对极不确定的法律要素时,诉诸“法的任务”应该是一个重要的解释路径。它即便不能作为独立的解释论基准,至少也可以作为一个辅助的基准。<sup>⑤</sup>值得庆幸的是,我国法律明文规定了民事诉讼法的任务。<sup>⑥</sup>这种法律所明定的法的任务应该比所谓“法共同体的合意”要确定得多。<sup>⑦</sup>

值得注意的是,本案中,保护当事人(被告)的合法利益与保护社会公共利益是一致的。这种案件有助于使“社会整体上变得更好,尽管某些社会成员的状况却显然恶化了”。<sup>⑧</sup>就实质而言,本案原告本无应受保护的权利,因而司法者可以无视此种“恶化”。因此,“劝烟猝死案”二审法院对公共利益的把握,实际同时还大致契合于《民事诉讼法》规定的另一项任务——保护当事人的合法权利。

## (三)顾及解释者所处的时代背景

① 《德国民事诉讼法》第一章的标题是“法院”,第1条是关于事物管辖的。《美国联邦民事诉讼规则》第1条虽然大致可谓规定了诉讼目的(“公正、快速、不昂贵地处理每个诉讼和事件”),但其内容与我国的差别很大。

② 参见[德]乌尔夫里德·诺伊曼:《法律论证学》,张青波译,法律出版社2014年版,第127页。

③ [英]丹尼斯·劳埃德:《法理学》,许章润译,法律出版社2007年版,第221页。

④ “被实施的法能够形成法律意识,它使得在法的有效期内对法的遵守成为对法的确信或曰法信仰。”参见[德]魏德士:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2013年版,第43页。

⑤ 关于诉讼目的论在作为立法论及解释论基准方面的作用,参见[日]高桥宏志:《民事诉讼法:制度与理论的深层分析》,林剑锋译,法律出版社2003年版,第14~15页。

⑥ 它是一个一般性条款,它的位置应该高于处分原则。如果要用“嵌入一般条款”的方法完成法官填补法律空隙的作业的话,毋宁应该运用此条款。参见[英]丹尼斯·劳埃德:《法理学》,许章润译,法律出版社2007年版,第537页。

⑦ “法律共同体的合意”这种学说较为常见,参见[德]乌尔夫里德·诺伊曼:《法律论证学》,张青波译,法律出版社2014年版,第122页。

⑧ [美]德沃金:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社2008年版,第232页。



就绝大多数民事纠纷而言,法院在两造之间做出的判决,只对双方当事人及极少的关联主体有法律上的拘束力。但是,当下我们处于互联网时代,信息的传播速度较之以往任何时代都要迅疾。原本只是两造关注的案件,当受到媒体的广泛报道后,加之案件本身的新闻性,案件信息极有可能在短时间内就在全中国得以传播,它的裁判有可能对社会产生很大的冲击力。尽管我国不是判例法国家,这种冲击力不是法律上的效力,但是它的实际影响是客观存在的。不能以它不是法律拘束力为由而无视这种实际的冲击力(影响力)。事实上,网络媒体的快速传播能力使得“劝烟猝死案”及其裁判对社会产生了巨大影响。它会影响到不特定多数人甚至全体公民今后的行为选择(是否劝阻违法行为,是否会“心安理得”地实施情节较轻的违法行为)。因此,在这种时代背景下,一个在传统年代可能尚难谓涉及公共利益的案件,可能在今天会变得与公共利益直接相关。就此而言,在对公共利益的界定上,我们可能不得不考虑到我们所处时代的特征,这大概是在做法解释时无法“逃离”的情境。

考虑案件是否已经受到广泛关注,是否已经关涉到公共利益,并不是要顺从舆论。即便有所谓的舆论,法官也应应对案件依法做出独立判断。更不用说,本案所涉及的法教义学原理及两大法系的相关共识,(在结论上)原本就大致契合于关于本案的社会舆论,也“倾向于”支持二审裁判。

#### (四)做合理的类比性考量

对于不确定法律要素的把握,在可能的情况下,可以考虑做一定的类比性考量。如果相似的案件涉及公共利益,则大致可认定“本案”也涉及公共利益。就“劝烟猝死案”而言,可以选择的比较对象是“彭宇案”。从案由的角度看,“彭宇案”也仅是一个侵权纠纷。但是,它也涉及一个基本问题:扶起倒地者是否会被推定为撞人者。这个基本问题关系到案外的众多不特定人员,关系到他们是否还敢于帮扶倒地者。由此,它的一审裁判(尽管实际并未生效)的负面影响远远超出了案件本身,对整个社会造成了很大的冲击,影响了不特定多数人(某一方面的)行为选择。“彭宇案”的这种前车之鉴,对于“劝烟猝死案”很有参考价值。将它们进行类比,可以大致预测,如果“劝烟猝死案”的一审判决得到维持或者二审做出了对被告更不利的裁判,那么它对社会公共利益的损害将不会亚于“彭宇案”所造成的损害。从这个角度看,认定“劝烟猝死案”涉及社会公共利益是恰当的。

#### (五)排除不合理的考量

把握“公共利益”这种不确定法律概念的另一种可能方法是排除各种可能的不合理的考虑。就“劝烟猝死案”而言,可以做以下两个方面的排除:

##### 1.排除“标的论”

在“劝烟猝死案”的讨论中,一种观点认为只有在案件的诉讼标的直接涉及公共利益时才可认定案件与公共利益有关。<sup>①</sup>这种论断的合理性是可以较为确定地排除的。《民诉法解释》第323条“但书”的表述是“但判决……侵害社会公共利益……的除外”。由此,至少从文义看,它没有将判决所侵害的社会公共利益限定于已经成为诉讼标的(诉讼对象)之公共利益。换言之,对社会公共利益做此种狭窄的界定不合乎现行法。这种文义解释与可能的目的解释应该是一致的。因为《民诉法解释》第323条设置这样的“但书”条款,其目的无非要维护社会公共利益,因此只要判决会实际侵害公共利益,就应在此“但书”所及的范围内,至于被侵害的公共利益是否诉讼对象,则在所不问。

##### 2.排除不必要的泛化之忧

对于“劝烟猝死案”二审法院关于社会公共利益的表述,既有的讨论中有一种担心:这样会导致“公共利益”概念的泛化。<sup>②</sup>关于这种担心的争论似乎不会有结果,很难得出一个相对确定的结论。但我们不必太悲观。因为,诸如“劝烟猝死案”或“彭宇案”这样的热点民事案件,其数量极为有限。这一点应该是确定

<sup>①</sup> 参见吴泽勇:《实体正义实现了,程序正义有隐忧——评“电梯劝烟猝死案”二审判决》,http://m.sohu.com/a/218751530\_671251, 2019-09-30。

<sup>②</sup> 参见吴泽勇:《实体正义实现了,程序正义有隐忧——评“电梯劝烟猝死案”二审判决》,http://m.sohu.com/a/218751530\_671251, 2019-09-30。

的。这甚至可作为一个事实问题大致得以查明(虽然也有一定的弹性)。因此,即便将《民诉法解释》第323条之“但书”条款适用于“劝烟猝死案”“彭宇案”这样的热点民事案件,也不会造成“公共利益”概念之泛化。

#### 四、无配套机制的禁止不利变更与程序正义之距离

在“劝烟猝死案”的讨论中,对于二审裁判的一种批评是指责它背离了禁止不利变更原则,背离了程序正义。但是,对该原则的违反是否就意味着背离了程序正义,这本身是有疑问的,更不用说现行法下是否有禁止不利变更原则并不确定。

##### (一)配套机制之缺失与后果

###### 1.未规定附带上诉

在现行法下禁止不利变更原则即便存在也是有重大缺陷的。德、日及我国台湾地区的著述在讨论禁止不利变更原则时多会提及附带上诉,<sup>①</sup>它们给禁止不利变更原则下的定义往往也以对方当事人没有提起独立上诉和附带上诉为前提。<sup>②</sup>所谓附带上诉是指一方当事人在对方当事人上诉时才附随提起的上诉。顾名思义,附带上诉不具有独立性,<sup>③</sup>如果对方当事人撤回上诉,则附带上诉也将随之失效。

就立法而言,承认禁止不利变更原则的国家或地区,普遍配套设立了附带上诉制度(只是在具体细节上有差别)。<sup>④</sup>例如,《法国新民事诉讼法典》第548条、《德国民事诉讼法》第524条、我国台湾地区“民事诉讼法”第460条,都是这方面的条文。<sup>⑤</sup>而在普通法系,它的名称是交叉上诉或附随上诉。《美国联邦民事诉讼程序规则》中的相关条文是第4条之(a)(3),它规定:“如果一方当事人及时提交了上诉通知,其他任何当事人可以在第一份上诉通知提出后的14天内,或在本法规定的其他时间内,提交上诉通知”。<sup>⑥</sup>因此,“一个本可独立提起上诉的当事人,可以在其提起独立上诉的期间结束后,提起附随上诉”。<sup>⑦</sup>

由此可以初步判断,不以附带上诉为配套机制(前提)的禁止不利变更原则是“片面”的。

###### 2.缺少附带上诉的后果

不以附带上诉之配套为前提的“禁止不利变更”至少有以下弊端:

其一,强迫对方当事人上诉。若一审中双方当事人均非完全胜诉,且只有一方上诉,则基于禁止不利变更原则该方不会获得更坏的结果,但另一方却可能如此。就此而言,不希望获得这种结果的当事人都应该(不得不)提起上诉。而事实上,有些并非完全败诉的当事人本来是不愿上诉的,虽然他们并不认为一审判决完全正确。但是,片面的禁止不利变更原则的存在会迫使这些当事人提起上诉。

其二,当事人可能会“非自愿地”失去上诉机会。如前所述,有些不愿主动上诉的当事人可能由于对方在上诉期的最后时刻提起上诉而错失提起上诉的机会。现行法下这种情况很容易发生。因为,根据《民事

① 例如,日本学者新堂幸司在首次提及禁止不利变更原则时便称:“一旦存在附带控诉,这种不利益变更也成为可能”。参见[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页。又如,姚瑞光称:“在通常情形,第二审法院不得变更第一审判决使更不利于上诉人,但被上诉人亦为上诉或附带上诉者,不在此限”。姚瑞光:《民事诉讼法论》,中国政法大学出版社2011年版,第440页。

② 例如,“所谓不利益变更禁止原则系指在被上诉人未声明请求上诉审法院对其为更有利判决之前提下……”姜世明:《民事诉讼法》(下册),台湾新学林出版股份有限公司2015年版,第383页。

③ 2001年,《德国民事诉讼法》在修订时已经取消了所谓独立的附带上诉。参见吴从周:《附带上诉之研究》,《台北大学法学论丛》2006年第2期。

④ 例如,附带上诉的提起是否必须以有上诉利益为前提,或者原告方在提起附带上诉时可否扩张其诉讼请求,在这些方面各国或地区存在差异。德国主流观点允许扩张诉讼请求,而我国台湾地区则不允许。此外,附带上诉是否也可以针对其他被上诉人提起,是否可以由非被上诉人提起,也存在差异。法国法持肯定态度,参见[法]让·文森、塞尔日·金沙尔:《法国民事诉讼法要义》,罗结珍译,中国法制出版社2001年版,第1194页。美国多数司法区大致也是如此,参见[美]杰克·H·弗兰德泰尔等:《民事诉讼法》,夏登峻等译,中国政法大学出版社2003年版,第604页。而我国台湾地区则持否定态度。参见吴从周:《附带上诉之研究》,《台北大学法学论丛》2006年第2期。

⑤ 国内早前已有学者主张基于对被上诉人的公平保护,应当考虑建立附带上诉制度。参见邱星美:《建立我国民事诉讼附带上诉制度刍议》,《政法论坛》2004年第6期。

⑥ See Federal Rules of Appellate Procedure Rule 4(A)(3), 28 U.S.C.A.

⑦ Paul G. Reiter, Right to Perfect Appeal, Against Party Who Has Not Appealed, By Cross Appeal Filed After Time For Direct Appeal Has Passed, 32 American Law Reports, 1290(1970).

诉讼法》第166条和第167条,如果上诉是直接向二审法院提出的,那么二审法院在5日内将上诉状移交原审法院,而原审法院收到上诉状后则在5日内将上诉状副本送达被上诉人。由此,如果“劝烟猝死案”的原告是在收到一审判决书的5日后向二审法院上诉的,被告在收到上诉状副本时就可能已无法上诉。若知道这种可能性及其后果,在仅存在“片面”的禁止不利变更原则的情况下,本不愿主动上诉的当事人可能就不得不被动为主动,即不待对方当事人上诉而先行提起上诉。换言之,“他造……突袭上诉,造成不公平且易使当事人有预防性任意提起上诉之动机”。<sup>①</sup>

## (二)附带上诉更关乎公平正义

设置附带上诉有利于消除片面禁止不利变更的弊端。“经验表明,通常只有当一方当事人提起上诉后,另一方才会采用上诉手段。附带上诉保证自己的行为能够视对方的行为而定,因而不会迫使当事人预防性地提起上诉。”<sup>②</sup>附带上诉的存在不会迫使当事人“纯粹为了遵守期间而预防性地递交控诉”。<sup>③</sup>此外,若仅有片面的禁止不利变更原则,则当事人可能会轻率提起上诉,而附带上诉会迫使这些当事人在上诉前认真评估上诉的合理性。

更重要的是,附带上诉关乎公平正义的维护。在大陆法系民事诉讼法的教义学看来,给被上诉人提起附带上诉的权利,有“诉讼衡平”方面的考虑。“上诉人受到上诉不可分原则与禁止不利变更原则之保护,为维持均衡计,乃许被上诉人提起附带上诉。”<sup>④</sup>“附带控诉使被控诉人在另一方当事人于控诉期间届满前很短时间内提起控诉的情况下,也还有机会进行自己的上诉攻击。”有时,被上诉人未上诉可能是因对方的欺骗或其他行为而相信其不上诉,准许未上诉人提起附带上诉,可以避免不公平的结果,使被上诉人不至于因自己的善意而陷于不利境地。<sup>⑤</sup>因此,设置附带上诉的“公平视角”是很明显的,<sup>⑥</sup>该制度的目的“主要系维持双方当事人之诉讼公平”,<sup>⑦</sup>是为了“平等保护当事人两造利益”。<sup>⑧</sup>美国上诉规则的制定者在这方面有类似的考量。有关文献表明,美国法设置附带上诉规则的目的在于应对以下困难:一方当事人本不希望上诉(除非其对手上诉),而其在独立的上诉期结束后才知道对方提起了上诉。<sup>⑨</sup>也就是说,该规则旨在让那些只想在对方上诉时才上诉的当事人能够提起上诉。<sup>⑩</sup>

附带上诉不仅与程序上的公平正义有关,而且有助于促进实质正义的实现。也就是说,它“亦有助于在诉讼上实现整体利益,保障个人实体上权利,贯彻学说上所称之‘实质而正确裁判保障原则’……使得上诉审需对原审判决进行较全面而广泛之审查,并对该诉讼事件作更完整之阐明,进而作成一個较符合实体法律状态之判决。”<sup>⑪</sup>

就我国现行法而言,赋予被上诉人提起附带上诉的权利,符合《民事诉讼法》明文规定的诉讼权利平等原则。立法者及司法者应当将该原则具体化,以避免其仅停留于宣示(而无实际运用或较少适用)的状态。设置附带上诉恰可谓是对该原则的一种具体实施。

在“劝烟猝死案”的讨论中,“否定论”过度强调了处分原则,而不够关注公平正义(尽管有所提及,却将背离个别程序规范等同于背离程序正义)。其实,处分原则并没有诚信原则那样的“至尊”地位。即使在大陆法系国家,德、日等国也承认处分原则有若干例外。并且,有学者主张应增加这种例外,如“在损害赔偿

① 姜世明:《民事诉讼法》(下册),台湾新学林出版股份有限公司2015年版,第413页。

② [德]罗森贝克、施瓦布、戈特瓦尔德:《德国民事诉讼法》,李大雪译,中国法制出版社2007年版,第1052页。

③ [德]汉斯-约阿希姆·穆泽拉克:《德国民事诉讼法基础教程》,周翠译,中国政法大学出版社2005年版,第302页。

④ 骆永家:《附带上诉》,《台大法学论丛》1977年第1期。

⑤ Klamaris, Nikolaos, Das Rechtsmittel Der Anschlussberufung, Tübingen, 1975, S.64ff. 转引自吴从周:《附带上诉之研究》,《台北大学法学论丛》2006年第2期。

⑥ 参见[德]罗森贝克、施瓦布、戈特瓦尔德:《德国民事诉讼法》,李大雪译,中国法制出版社2007年版,第1052页。

⑦ 陈荣宗、林庆苗:《民事诉讼法》,台湾三民书局2011年版,第698页。

⑧ 姜世明主编:《民事诉讼法判解导读》,台湾新学林出版股份有限公司2011年版,第801页。

⑨ See Advisory Committee Note, 39 Federal Rules Decisions, 69(1966).

⑩ See Charles Alan Wright, Arthur R. Miller, Edward H. Cooper, Catherine T. Struve, Federal Practice & Procedure(Volumes 16A), West Publishing Company, 2008, p.3950.

⑪ 姜世明:《民事诉讼法》(下册),台湾新学林出版股份有限公司2015年版,第413页。

请求等因非交易行为发生之纷争,应该缓和适用处分权主义……如此始可贯彻处分权主义之采用系为保护当事人之目的,否则反而损害当事人”。<sup>①</sup>奥地利更有著名学者给出过“警告”:对于穷人来说,所谓当事人的权限(如处分权)是“很容易伤害到其自身的武器”。<sup>②</sup>

在美国,民事诉讼法的著作很少专门讨论所谓的处分原则。《美国联邦民事诉讼规则》第54条之(c)甚至明确允许超请求裁判,这就实质性“远离”了大陆法系的有关规则。<sup>③</sup>此外,在美国多数司法区也允许法院在某些情况下强制合并当事人。

而在我国,《民事诉讼法》虽然明文规定了处分原则,但它实际也未获得尊崇的地位。例如,《民事诉讼法》有若干强制追加当事人的规定,并且允许判决无独立请求权第三人承担责任。在司法解释中,突破处分原则的规定也并不罕见,而它们并不限于公益性的民事案件。例如,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第42条规定法院判决保证人承担保证责任或者赔偿责任的,应当在判决书主文中明确保证人享有向债务人追偿的权利。<sup>④</sup>此外,我国并无德、日等国那样的关于舍弃的规定。《德国民事诉讼法》第306条规定了法院可基于舍弃作出舍弃判决。

### (三)不可轻以程序正义之名推翻实体正义

程序正义是一个宏大的主题,我们当然应当致力于“永远禁止不公正的程序”,<sup>⑤</sup>但我们在做这方面的讨论时,也应尽量避免做可能有失粗率的判断,如以下这种判断:背离现行的程序规范就是背离了程序正义。现行的程序规范是实在法的组成部分,但如果将现行程序规范完全对应于程序正义,或者认为现有的程序规范都是公正的,那么这种思维未免有失严谨。因为,至少在某些情况下,两者之间是有距离的。例如,个别现行的程序规范本身就可能存在较为严重的缺陷,本身就不合乎程序正义的要求。而其有缺陷的原因可能是多方面的,立法者在设置程序规范时缺乏周到的考虑可能是主要的原因。因此,我们在指责某一司法行为违背程序正义之前,至少应当弄清楚它所背离的程序规范本身有无严重的缺陷。当然,在此之前还需要确认它是否确实背离了该程序规范。

此外,即便程序规范本身的正当性并无问题,也不意味着所有违背程序规范的行为就一定应予以否定或推翻。即使在非常重视正当程序的美国,它的国会在1919年就指示联邦法院忽略那种非实质性的错误。<sup>⑥</sup>片面的禁止不利变更原则的重大缺陷再次提示我们,应当认真对待程序正义与实体正义的关系。既然即便现行法下存在禁止不利变更原则,它也是有严重缺陷的,那么我们就不应以违背该原则为由指责“劝烟猝死案”的二审判决,尤其在二审的结果合乎实体正义之时更是如此。

就方法论而言,如果某些程序规范的含义很模糊,对它存在严重对立的不同解释,法官就应谨慎从事。倘若程序运行的结果是合乎实体正义要求的,法官就应当尽量做有利于维护该结果的解释。同样,研究者在面对此种情况时,也务必保持克制,不能以维护程序正义之名要求推翻合乎正义的实体结果。

### (四)为维护正义在必要时当为法的续造

#### 1.若坚持适用有严重缺陷的规范应进行必要的法的续造

假设现行法下确实存在片面的禁止不利变更原则,此时我们是否就应严格适用该原则?由于该原则存在重大缺陷,片面适用它有违程序正义并可能伤及实质正义,因此,果真要在“劝烟猝死案”中追求程序正义,也应在主张并适用这种片面的禁止不利变更原则的同时,勇于进行法的续造,引入附带上诉。当然,如果案件涉及公共利益,则不必进行法的续造,因为援用《民诉法解释》第323条中的“但书”条款同样可以

① 邱联恭:《口述民事诉讼讲义》(三),2008年台湾自版,第19页。

② 转引自[德]鲁特尔夫·瓦瑟尔曼:《社会的民事诉讼——社会法治国家的民事诉讼理论与实践》,载[德]米夏埃尔·施蒂尔纳编:《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91页。

③ 《德国民事诉讼法》第308条第1款(“当事人申请的拘束力”)规定:“法院无权将当事人未申请的事项判给当事人。特别是果实、利息和其他附属请求,亦应如此。”参见《德国民事诉讼法》,丁启明译,厦门大学出版社2016年版,第74页。

④ 这些规定即便未突破现行法下的处分原则,至少也违背了不告不理原则,也与大陆法系的处分原则相悖。

⑤ [美]约翰·V·奥尔特:《正当法律程序简史》,杨明成、陈霜玲译,商务印书馆2006年版,第63页。

⑥ See Stephen C. Yeazell, The Misunderstood Consequences of Modern Civil Process, 1994 Wisconsin Law Review, 631(1994).



达到同样的目的。

## 2.合理适用续造之法

就附带上诉为法的续造,并非一定要做出对上诉人不利的裁判,而仅仅是要给被上诉人提起附带上诉的权利,至于他是否提起附带上诉则由其自主决定。就本案而言,法官若决定引入附带上诉,就应当告知被告可提起附带上诉,并就何为附带上诉及如何提起附带上诉做出说明。因为提起附带上诉是一个新的权利,所以这种释明是必要的。<sup>①</sup>在释明后,如果被告提起附带上诉,那么二审法院就可以作对上诉人不利的判决,反之则不能。

就“劝烟猝死案”的实际情况看,被告很可能会提起附带上诉。“劝烟猝死案”一审判决令被告给付原告1.5万元,并称如果未按期履行给付义务,就应加倍支付迟延履行期间的债务利息。被告未提起上诉,但他在二审中的主张有矛盾之处。他一方面称“一审程序合法,认定事实清楚,适用法律正确”,又一方面却又称“被告对段小立的死亡不应当承担法律责任,但考虑到原告失去了亲人,即使原告不起诉,被告也愿意对其进行一定费用的捐赠”。从后一种表述看,他对一审判决实际是有异议的,即不认为自己应当承担法律责任。因此,被告在形式上虽未上诉,但实质上提出了类似上诉请求的主张。在这种情况下,他如果被告知可以提起附带上诉,就有可能行使此项权利。

当然,附带上诉的提起有时间限制。若参照日本等国的立法,这种限制不会妨碍本案被告提起附带上诉。因为他们的民事诉讼法规定附带上诉可以在二审的言词辩论结束前提起。<sup>②</sup>而若参照美国或德国的立法,则可能构成妨碍。在“劝烟猝死案”中,在二审法官决定引入附带上诉时,可能早就过了14天(美国法<sup>③</sup>),或1个月(德国法<sup>④</sup>)的提起附带上诉的期限。但即便二审法院如美国法或德国法那样为附带上诉设定较短且固定的期间,考虑到该案是首次引入附带上诉,附带上诉的提起期间也应当自法官告知被告可提起附带上诉之日起计算。因为在此之前,被告尚不知有此权利,他无法遵守相关的期间。

## 五、结语

归结而言,基于对《民事诉讼法》第168条和《民诉法解释》第323条的细致解析,可知它们是否规定了禁止不利变更原则其实是不确定的。而从现行法所规定的处分原则也不能导出禁止不利变更原则。“公共利益”概念虽然有很大的不确定性,但若结合具体的案情,对它作相对细化的分析(分析案件涉及何人的何种利益),援用现行法所规定的民事诉讼法的任务(如教育公民守法和维护社会秩序)的规定,与相似的涉及公共利益案件(如“彭宇案”)做比对,排除不当的观念,考虑解释者所处的时代背景(在网络时代热点案件会很快受到广泛关注)。基于这些努力,仍有可能对案件是否涉及公共利益做出相对确定的把握。遵循这种路径,可以大致认定“劝烟猝死案”的判决已经涉及公共利益,从而可以排除禁止不利变更原则的适用(假设它存在)。现行法下即便有禁止不利变更原则,它也是“片面”的,有若干弊端,因为现行法没有设定应作为配套机制的附带上诉,而后者更关乎公平正义。因此,背离此种“片面”的禁止不利变更原则并不意味着就背离了程序正义,更不可以此为由否定或推翻合乎实体正义要求的实体裁判。

责任编辑 王虹霞

① 即便反对这种释明,由于被告在二审中的主张有自相矛盾的问题,法院也应当要求其予以澄清(这也是一种释明),说明其真实意愿。如果他坚持主张一审判决不应判决其承担法律责任,则可视为他提起了附带上诉。

② 参见[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页。

③ 美国的附带上诉规则为最初上诉的当事人以外的当事人规定了一个特别的上诉期间,而当事人的独立上诉期是30天(美国政府等特殊主体的上诉期是60天)。这种关于附带上诉的规定,在各州的上诉规则中也是普遍存在的。例如,《亚利桑那州高等法院民事诉讼规则》第73条之(b)。

④ 2001年修订后的《德国民事诉讼法》第524条第2款明文规定附带上诉“自上诉人之上诉理由送达一个月之不变期间内提起”。德国法此前未规定提起附带控诉的时间,但通说与日本法规定相同。参见吴从周:《附带上诉之研究》,《台北大学法学论丛》2006年第2期。