

# 我国民事上诉制度改革研究

付永雄<sup>1</sup>,黎蜀宁<sup>2</sup>,宋宗宇<sup>3</sup>

(1. 重庆市高级人民法院,重庆 401147;2. 西南政法大学,重庆 400031;3. 重庆大学 法学院,重庆 400044)

**摘要:**当前进行正酣的民事审判方式改革中,上诉审程序并未引起理论界和司法实务界应有关注。本文从比较法制先进国家及地区的上诉制度角度,结合我国司法实践,进而提出上诉审查制度应当采用间接规制审查模式,明确审查范围与裁判范围的关系以及裁判范围是否受当事人上诉请求的限制等改革措施。而且,文章还主张区分质的审查与量的审查;对上诉裁判形式的条件进行修正,以消除裁判形式与有限审查原则之间的冲突;为平等保护双方当事人的利益,应确立附带上诉制度;经对方当事人同意,一方可在二审中追加、变更诉讼请求或提起反诉;扩大可上诉裁定范围;防止不当减损二审程序功能。

**关键词:**上诉制度;裁判范围;质的审查;附带上诉

**中图分类号:**DF51 **文献标识码:**A **文章编号:**1008-5831(2003)04-0096-06

## Research on the Innovation of the Civil Appellate System

FU Yong-xiong<sup>1</sup>, LI Shu-ning<sup>2</sup>, SONG Zong-yu<sup>3</sup>

(1. Higher People's Court of Chongqing, Chongqing 401147, China; 2. Southwest University of the Politics and Law, Chongqing 400031, China; 3. College of Law, Chongqing University, Chongqing 400044, China)

**Abstract:** In the innovation of the civil trial, people don't pay enough attention to the procedure of the appellate jurisdiction. This article compares the appellate system of the developed countries and districts, reviews the justice practice in China and suggests that we should adopt the innovation measures such as the indirect censor of the appellate instance system, definite censor field and adjudication range and the limit of the appellate claim from the parties. Moreover, the article claims that it is necessary to distinguish qualitative censor and quantitative censor, amend the conditions of the forms of the appellate jurisdiction to eliminate the conflicts of the judgment forms and the limited censor principle, establish the collateral appeal system to equally protect interests of the both parties, allow one party to supplement and alter the claim or institute a countersuit in the second instance if the other party agree, extend the range of the appealable adjudication, avoid the improper reduction of the function of the second instance.

**Key words:** appellate system; adjudicative limits; qualitative censor; collateral appeal

法官裁判属于司法者运用专业知识技能对客观事物进行认知判断的过程,由于受主客观条件制约,裁判很难确保绝对公正。为保证裁判公正和为受不利裁判的当事人提供程序上的救济,各国民事诉讼法都普遍设置了防错纠错机制,上诉审程序即为其一。我国的民事二审程序也是为此目的而设。我国的上诉制度为维护社会经济秩序、解决民事纠纷起过重要作用。但随着社会主义市场经济的建立、生产力的迅猛发展,二审程序日益显示出其不能适应某些新形势、新情况的尴尬局面。而从我国近年来民事审判方式改革的情况看,二审程序的改革尚未引起司法实务界、理论界的应有关注。因此,借鉴其他国家和地区有关上诉制度的先进立法经验,从理论上探讨我国二审程序的改革与完善应成为民

事审判方式改革的重要课题。

一、上诉审查制度:区分质的审查与量的审查,明确审查范围与裁判范围的关系

(一)我国上诉审查制度经历了从全面审查到有限审查为主、国家干涉为辅的变迁

纵观世界各国和地区的民事诉讼法,关于上诉审查制度的规制不尽相同。主要概括为三种类型:一种是全面审查,不受当事人上诉范围的限制,这主要体现在以前苏联为代表的社会主义法系国家的民事诉讼法中。另一种是受当事人上诉范围限制,即法院实行有限审查。法国、德国等国家采用此制度。第三种是折衷主义,即法院有限审查与正当干涉相结合的一种制度<sup>[1]</sup>。日本等国家和我国台湾地区采取此制度。

收稿日期:2003-04-28

作者简介:付永雄(1970-),男,重庆人,重庆市高级人民法院法官,硕士,主要从事民事诉讼法学和民商法研究。

这些分类方法是以审查范围是否涵盖上请求划分,是民诉理论界对上诉审查制度模式的传统划分方式。但笔者为研究上诉制度的需要,从审查范围与裁判范围以及上请求的关系出发,将上诉审查制度分为两类:直接规制审查型与间接规制审查型。直接规制审查型即民法典中直接规定上诉审查范围与上请求的关系,对裁判范围与上请求的关系不作规定。我国便是采此立法例的国家之一。而间接规制审查型则是在民法典中只表述裁判范围与上声明的关系,根本不规定上诉审查范围。大多数大陆法系国家和地区的民法典是采此制度,如德、日等国。需强调的是,法院正当干涉的事项也只限于法律明文规定的事项,上诉人未声明的其他事项,上诉法院仍无权干涉。

我国民法试行时实行全面审查原则,即第二审人民法院全面审理上诉案件,不受上诉范围限制。实践证明,这一审理原则并不科学。因为,第二审程序是基于当事人提起上诉而启动,当事人是自己利益的最佳判断者,当事人就某些裁判事项提起上诉与否是他的诉讼权利。人民法院对当事人服判的部分一般没有必要依职权再去审查。否则,第二审人民法院对当事人已接受的判决内容重新处理,不仅浪费二审法院的有限司法资源,而且可能侵犯当事人的处分权,给当事人造成不必要的讼累。基于此,现行民法借鉴国外的有益经验,结合中国国情,重新确立了上诉案件审理原则。即第二审人民法院对上请求的有关事实和适用法律进行有限审查原则。新的审查原则反映了民事诉讼的特点,顺应了当代民事诉讼由职权主义转向当事人主义的趋势,是我国上诉制度的一个重大发展。同时,由于我国的处分原则并非绝对的处分权主义,所以现行民法赋予了法院对某些上请求以外的事项进行正当审查的权利。

(二)我国的上诉审查制度仅指明了二审法院的审理范围与上请求的关系,但没有明确是否将二审裁判拘束在上请求范围内,更没有明确是否对量的审查予以限制

我国民法第151条、《关于贯彻民诉意见若干规定》第180条、《最高人民法院关于民事经济审判方式改革问题的若干规定》第35条等法律、司法解释明确了我国以法院有限审查为主、国家正当干涉为辅的上诉审查制度。很明显,我国上诉审查制度仅指明了审理范围与当事人上请求的关系,即审理应围绕当事人上请求的范围进行,但二审裁判是否受当事人上请求范围的拘束却语焉不详。可见,我国是典型的采直接规制审查制度的国家。反观某些大陆法系国家和地区的民法典却对此规定得相当细致。如德国民事诉讼法第536条之规定“对第一审判决,只能在申请变更的范围内变更之”。台湾地区民事诉讼法第450条:“第二审法院认上诉为有理由者,应于上声明之范围内,为变更原判决之判决”。这些国家和地区的上诉审查制度是采间接规制审查模式。与我国的上诉审查制度相比较,间接规制审查模式有以下特点:(1)其上请求审查范围与裁判范围同一。该模式虽未规定上诉审查范围,但对裁判范围的规制显然足以控制上诉审查范围,使其与裁判范围保持一致。而我国的上诉审查范围与裁判范围却有可能不相同。“第二审案件的审理应当

围绕当事人上请求的范围进行”,但裁判是否受当事人上请求的拘束?至少目前的民法典及相关司法解释对此未作明确规定。所以,有理由相信在“实事求是,有错必纠”原则指导下,裁判范围有可能超越当事人的上请求,从而裁判范围与审查范围出现背离。(2)其上请求审查范围内含了质的审查及对量的审查的限制。笔者认为,上诉审查应包含两方面审查:质的审查与量的审查。质的审查指对当事人上不服的事项进行审查,不包含对该事项的数量或金额的审查。量的审查指对当事人上请求的可享有权益或应履行义务的数量或金额的审查。对质的审查与量的审查的统一便构成了上诉审查的全部内容。采用上述方法解构德国民事诉讼法第536条,“对第一审判决,只能在申请变更的范围内变更之”至少应当包含两层意思:在申请变更事项的范围内变更;在申请变更事项的金额或数量范围内变更。可见,对事项及其金额或数量的拘束分别体现了对质与量的审查限制。而我国的上诉审查制度仅规定了质的审查,对量的审查是否予以限制却未明确。“审理应当围绕当事人上请求的范围进行”,但裁判却并不一定拘束于上请求。“审理应当围绕当事人上请求的范围”肯定了质的审查基本围绕当事人的请求范围进行,裁判亦然。但基于对量的审查作出的裁判受民事诉讼追求客观真实的理念影响,我国法院通常不受当事人上请求范围的限制。(3)其上请求审查制度中量的审查包含两个原则:禁止不利益变更原则和不得超过上诉人上请求金额或数量的原则。而我国的上诉审查制度中并无此两项原则。(4)其正确处理了审理范围与裁判范围的关系,这也正是这些国家和地区民诉立法的先进与高明之处。它们的民法通过对裁判范围的限制来达到对审理范围制约的目的。例如,德国民法仅规定了二审裁判范围,即“只能在申请变更的范围内变更之”。那么,可以推断得出审理范围也应限于当事人申请变更的范围内。而我国则相反,仅规定了审理范围,即“审理应当围绕当事人上请求的范围进行”,但裁判是否也应在当事人上请求的范围内作出却不甚明了。即使对裁判范围与上请求的关系作出界定,也会因同时对审查范围与裁判范围的分别规定而使法条显得重复、繁琐、冗长,有违立法应简练、精致的要求。

(三)我国上诉审查制度不仅要设立质的审查的例外规定,而且应明确对量的审查的限制

第一,质的审查及其例外。如前文所述,上诉审查事项以当事人申请为限进行有限审查。但由于我国民事诉讼法中规定的处分原则是当事人自由处分与国家干预相结合,所以当原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,法院不受当事人申请的限制,可以主动审查。然而,“原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”系一个相当不确定及高度抽象的概念,具有灵活、适应、发展及引入法律外道德规范的功能,适用时应在个案的基础上归纳总结出一定的案例类型,以使抽象的法律规定具体化。笔者认为,在审判实践中大致有以下几类法院可以主动审查:(1)关于民事法律行为的效力。民事法律行为效力是属于法院审查的事项。即使一审法院认定行为有效,上诉

人在二审中并未请求确认行为无效,但如果法院认为该行为无效,即可在二审中认定行为无效。我国台湾学者也持这种观点:“无效无待当事人在诉讼上主张,法院应以职权认其为无效,是为无效的绝对性”。<sup>[2]</sup>(2)合同中约定的违约金条款,法院也可主动干涉(见《中华人民共和国合同法》第114条),这主要是基于契约正义的理念。(3)法院审理组织是否合法。(4)法院是否违反专属管辖规定而受理案件。当然,以上类型是开放、有弹性的,不是闭锁、一成不变的,随社会经济发展、案例类型多样化而具有创设发展的可能性。

第二,量的审查应遵守两个原则:禁止不利益变更原则以及不得超过上诉人诉请金额或数量原则。(1)禁止不利益变更原则。这是民事诉讼中与刑事上诉不加刑相对应的一项原则。如前文所述,在德国民诉法第536条、台湾地区民诉法第450条及日本民诉法第425条:“判决对上诉人为不利益变更者,以对造以上诉或附带上诉之方法随判决不符之部分为限,始得为之”都有所体现。禁止不利益变更原则指上诉人于上诉法院所遭受的不利判决不得大于上诉请求全部被驳回。亦即上诉人在上诉法院所遭受的最坏结果为其上诉请求被驳回,上诉法院不得以任何理由包括事实认定错误或法律适用错误作出比一审判决更不利于上诉人的判决<sup>[3]</sup>。但下列情形除外:对方当事人提出上诉或附带上诉;原审判决违反了法律禁止性规定或损害社会公共利益、他人的合法权益。笔者认为,确立禁止不利益变更原则有其相当的合理性。首先,禁止不利益变更原则是设置上诉制度目的必然要求。通说认为,立法机关设立上诉制度的目的有四:给遭受一审不利判决的当事人提供救济;为一审法官设置裁判者;确保一审裁判公正;统一法律适用<sup>[4]</sup>。这四个目的并非处于同等位阶。其中给一审败诉方提供救济为设置上诉制度的首要目的,其他目的则为从属目的,是在实现首要目的过程中实现。可见,禁止不利益变更原则将会有助于实现上诉目的,使上诉人打消上诉顾虑,使上诉机制更好地发挥作用。其次,禁止不利益变更原则也是贯彻处分权原则的客观要求。法律赋予当事人各方平等的上诉权,如果一方上诉而另一方未上诉,足以表明未上诉方对一审判决是服判的,所以放弃了上诉权。这是对自己的诉讼权利的处分,以达到处分实体权利的目的。如果二审法院加重上诉人的责任,就等于把未上诉方已处分的实体权利又判给了他。这种做法不仅违背了处分原则,而且还有失诉讼公正。“因为这时法院一身兼具了提出权利请求的当事人与裁判者的双重角色,丧失了其作为裁判者应有的中立立场”<sup>[5]</sup>,必然导致诉讼不公。所以禁止不利益变更原则应成为我国上诉制度的一个基本原则,对于我国民事诉讼法向民主化、科学化迈进起着重要作用。(2)不得超过上诉人诉请金额或数量的原则。这是当事人主义和处分原则在二审程序中的具体体现。比如上诉人不服一审判决,请求二审法院判决被上诉人赔偿损失100万元。二审法院经审理,发现上诉人损失为120万元,但受上诉人声明范围的约束,只能判被上诉人赔偿上诉人损失100万元。根据处分原则,上诉人对自己的权利进行了处分,那么法院就没有必要把当事人已处分的权利再判给上诉人。

综上所述,我国的民法典对审查范围的规制确有不当之之处。从立法技术看,不对上诉审查范围作专条规定,而采用裁判范围限制上诉审查范围的间接规制审查的立法模式较可取。该种模式也内含质的审查与量的审查的限制,因而是一种较完善的制度,我国在修改民法时可予考虑。

## 二、民事裁判形式的改进

如前文所述,我国民事诉讼法对上诉审查采有限审查与国家正当干涉相结合的原则,由于审查与判决形式之间的紧密关系,决定裁判形式必须与审查制度相适应。然而,从我国现行民法的有关规定看,裁判形式与有限审查原则之间的冲突显而易见。

(一)关于驳回上诉、依法改判与有限审查原则之间冲突的解决

民诉法第153条第一款第(一)、(二)、(三)项规定了驳回上诉、依法改判的条件。从该条内容看,似乎实行的是全面审查原则。按此精神,如果原判决在上诉请求事项之外认定事实和适用法律方面有不正确之处,就不能适用该种判决。显然,这与上诉案件有限审查原则和处分原则的立法精神不符<sup>[6]</sup>。按照有限审查原则,只要上诉请求的有关事实和法律适用正确,原则上就可以维持一审判决的全部内容;同理,对于依法改判的情形也是如此。与大陆法系的法制先进国家和地区的立法比较,他们对于驳回上诉的条件采“认为上诉无理由”;对于依法改判的条件采“上诉为有理由”,而且都是限定在上诉声明范围之内进行审查,实现了有限审查与判决形式的有机统一。如台湾民诉法第449条:“第二审认上诉为无理由者,应为驳回之判决,原判决依其理由虽属不当,而依其他理由为正当者,应以上诉为无理由。”同法第450条:“第二审法院以上诉为有理由者,应于上诉声明之范围内,为变更原判决之判决。”笔者认为,我国民法对裁判形式的规定应参照上述立法体例进行修改。

(二)关于发回重审与有限审查原则之间冲突的解决

民诉法第153条第一款第(三)、(四)项规定了发回重审的条件。第三项“原判决认定事实错误或者原判决认定事实不清,证据不足的,裁定撤销原判决,发回原审人民法院重审……”表现出与上诉审查实行有限审查的不适之处,在于缺乏“当事人上诉请求有关部分认定事实错误……”这样的限制性条件。第四项为“原判决违反法定程序,可能影响案件正确判决的,裁定撤销原判决,发回原审人民法院重审”,大多数国家和地区都对违反法定程序作了发回重审的规定,但仅有我国附加了“可能影响案件正确判决的”条件。这充分表明了立法“重实体轻程序”的倾向。在英美法系国家,程序公正的理念已深入人心,人们判断实体是否公正是从程序是否公正的角度观察评价。有必要进一步树立程序公正理念。另外,在原判决违反法定程序的情况下是否都有必要发回重审呢?我国台湾民法设立了需要发回重审的案件,如果双方当事人合意交由二审法院裁判的,二审法院可直接作出判决规定。笔者认为,该规定充分体现了当事人的程序主体地位,尊重了当事人的处分权,提高了诉讼效率,减少了当事人的讼累。因而,在完善立法时应予借鉴。

### (三)增设移送审理的裁判类型

法院受理一审案件后,被告在答辩期内提出受诉法院无管辖权,法院经审理,若认为异议成立,则裁定移送有管辖权的法院管辖。法院虽无管辖权,但被告应诉答辩且未提起管辖权异议的,理论上通常认为该法院因被告的答辩而享有默示管辖权。二审中被告若以原审法院无管辖权为由提起上诉,二审法院一般不会因此而撤销原判。但若是违反了专属管辖的规定呢?专属管辖是属于法律的强制性规定,任何人都不得违反。若违反了专属管辖的规定,二审法院就应撤销原判。由专属管辖性质所决定,不可能发回重审,只能移送到有专属管辖权的法院审理。由于我国的民事诉讼法在上诉程序中并没有这种裁判类型,为适应司法实践,就必须增设该种裁判类型,移送有专属管辖权的法院审理。如台湾地区民事诉讼法第452条规定:“第二审法院不得以第一审法院无管辖权而废弃原判决,但违背专属管辖权之规定不在此限。因第一审法院无管辖权而废弃原判决者,应以判决将该事件移送于管辖法院”。

### 三、确立附带上诉制度

按照我国《民事诉讼法》的规定,当事人双方在收到法院送达判决书之后15日内有权提起上诉。如果一方上诉之后,另一方超过15日不提起上诉,即使未上诉方在答辩状中提出对一审判决不服,请求二审法院改判的诉请,二审法院对此也不予审查。那么,当另一方提出上诉,未上诉一方在超过上诉期间之后,能否就自己不服部分提起上诉呢?我国现行民事诉讼法是不允许的。

笔者认为,这种立法规定不科学,不利于平等保护双方当事人。该规定有以下弊端:首先,与设立上诉制度的目的不符。如前文所述,在上诉制度的设置目的中,为一审遭受不利判决的当事人提供救济是其首要目的。但是遭受不利判决的当事人并非仅指上诉人。被上诉人因为各种原因在自己的权利受到一审不正当对待的情况下也会放弃上诉权,希望一审判决生效,免遭讼累。但对方当事人却不甘寂寞,提出上诉,打破了被上诉人早日结束诉讼的希望,被上诉人不得不进行防御,却丧失了一把攻击的利剑——对一审判决不服部分提出上诉的权利。其次,与诉讼权利平等原则相悖。虽然一审判决生效后,双方都有提起上诉的权利,但一方上诉之后,未在法定期限内上诉的一方仅有答辩权,与一审时原告享有起诉权被告拥有答辩、反诉权的结构相比较,二审时双方地位显然失衡。再次,有违民事诉讼追求客观真实的目的。就二审而言,被上诉人在上诉期间届满后提出上诉请求,二审法院对上诉双方的请求进行审理的范围均不会超过一审审理范围。即二审法院是在一审审理基础上作出裁断,不会过多增加二审法院的审理负担。那么,为追求客观真实,为何不允许被上诉方在上诉期届满之后提出上诉?因为,针对当事人双方的诉请进行审理能够充分发挥庭审功能,真理越辩越明,更能使法院查明事实,作出符合客观真实的裁判。最后,不利于民事诉讼制度的体系化。比如,设立禁止不利益变更原则,必须有附带上诉制度与之衔接,才能保障被上诉人的合法利益。

把视角转向其他具有悠久历史传统的大陆法系国家和地区,便可发现有一种称为附带上诉的制度值得借鉴。附带上诉指一方当事人提出上诉以后,被上诉人如未在上诉期间内提起上诉,则可以在已开始的上诉程序中提出上诉。如德国民事诉讼法规定,被控诉人即使在舍去控诉或已逾控诉期间的仍可提起附带控诉。控诉经撤销或控诉因不合法而被驳回时,附带控诉失其效力。被控诉人在控诉期间内提起附带控诉的,视为他独立提起控诉。日本民事诉讼法规定,在控诉审中,被控诉人即使其控诉权消灭后,但在口头辩论之前仍可提出附带控诉。在完善民事诉讼法时,为平等保护双方当事人利益,真正为一审遭受不利裁判的当事人提供救济,应当确立附带上诉制度:(1)附带上诉应当针对上诉人提出,无上诉人则无附带上诉。如上诉人撤回上诉,则被上诉人不能提起附带上诉。(2)附带上诉只能在被上诉人上诉期间届满后至法庭辩论终结前提出。(3)被上诉人应当提交附带上诉状并载明理由,而且应当预缴提起附带上诉需交纳的诉讼费用。

### 四、关于二审期间的诉之追加、变更与提起反诉

根据现行民事诉讼法及其司法解释,“在第二审程序中,原审原告增加独立的诉讼请求或原审被告提出反诉的,第二审人民法院可以根据当事人自愿的原则就新增加的诉讼请求或反诉进行调解,调解不成的,告知当事人另行起诉”(见《关于适用中华人民共和国民事诉讼法若干问题的意见》第184条)。这是对二审中诉之追加和提起反诉的原则性规定。而关于二审中诉之变更,民事诉讼法未予明确。最高人民法院制定的《关于民事诉讼证据的若干规定》第34、35条对变更诉讼请求作出了规定。笔者认为,第35条针对二审程序可适用。从关于增加诉讼请求、变更诉讼请求以及提起反诉的规定看,现行民事诉讼法对二审中作出这些行为的限制十分严格。对于增加诉讼请求、提起反诉,二审中是采禁止的规定,但从调解的角度又是允许的。大多数学者认为,这种处理方式既避免了二审人民法院直接作出裁判而造成事实上的一审终审,剥夺了当事人的审级利益,导致当事人的上诉权被无形取消;又可防止因发回重审而导致的诉讼迟延。所以,告知当事人另行起诉是一种两全的处理。而对于诉讼请求,司法解释允许当事人对法律关系性质或民事行为效力认识错误的情况下,经法院行使释明权后,可以变更。但忽略了《合同法》第110条所规定情形:“当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的,对方可以要求履行。但有下列情形之一的除外:(一)法律上或者事实上不能履行……”可见,当出现某种特殊情况,比如上诉人要求被上诉人交付所购房屋,但由于不可抗力,导致该房毁损灭失,此时上诉人要求被上诉人交房已不可能,只得转而请求退还购房款并承担违约责任。因此,对于因情势变更而不得不变更诉讼请求者应当允许。最为关键的是虽然增加诉讼请求、提起反诉的处理一定程度上体现了当事人的意志,允许调解,并可以此制作调解书,从而解决纷争。但包括变更诉讼请求制度在内都忽略了一种情形:当事人合意把纷争提交二审法院审理。

笔者认为,对于二审期间新增诉讼请求或提起反诉,在调解不成的情况下,要求当事人一律另行起诉,实际上意味

着在上诉阶段法院不对当事人新增诉讼请求或反诉进行审理。这种做法忽视了当事人双方的意愿,不利于诉讼效率的提高。因为,在调解不成的情况下,新增诉讼请求、提起反诉的一方不一定愿意另行起诉,而对方当事人也希望在二审阶段解决纠纷,即双方都愿意把纷争提交二审法院审理并作出裁判。实际上,为提高诉讼效率,及时解决双方当事人之间的纠纷,他们都愿意放弃自己的审级利益。当事人的审级利益属于私人利益,在不损害社会公益和他人利益的前提下,应当允许当事人自由处分。对于变更诉讼请求也是如此。虽然不符合变更诉讼请求的条件,但对方当事人同意,也应视作双方当事人对自己审级利益的处分。我国台湾民法法在上诉审程序编第446条规定:“诉之变更、追加或提起反诉,非经他造同意,不得为之;但第256条第二款至第四款情形,不在此限”,充分体现了对当事人程序主体地位的尊重。我国正在进行的民事审判方式改革的基本方向也应尊重当事人的程序主体地位,尊重当事人的程序选择权。如果当事人愿意放弃审级利益,法院应当对新增诉讼请求、变更诉讼请求、反诉进行审理。此举既有助于扩大民事诉讼解决纠纷的机能,节省司法资源和当事人的诉讼成本,又尊重了当事人的程序主体地位,也不损害当事人的审级利益。建议在完善立法时规定:在二审程序中,一方当事人变更、增加诉讼请求或提起反诉,经对方当事人同意,可以进行。但因情势变更而不得不变更诉讼请求者,不在此限。

#### 五、扩大可上诉裁定范围

现行民法法关于上诉程序适用范围包括一审判决和部分裁定。除最高人民法院作出的一审判决、裁定属于终审判决、裁定,不存在对其上诉的问题以外,其余各级人民法院作出的一审判决都可成为上诉对象。但只有三种裁定可上诉:不予受理的裁定、驳回起诉的裁定、管辖权异议的裁定。在司法实践中,人民法院较常使用的裁判文书主要有判决、裁定、决定和通知。民事判决指人民法院审理民事案件和非讼案件完结时,依据事实和法律对案件作出的权威性判定,起定纷止争、明确当事人权利义务的作用;民事裁定指人民法院对民事审判和执行程序中的问题以及个别实体问题所作的权威性判定。主要针对程序性问题作出判定。虽然民事裁定一般不针对实体问题作出,但某些裁定的适用直接涉及相关当事人的实体权益甚至人身利益<sup>[7]</sup>。在这种情况下,程序的进行或终止并未解决双方当事人之间的实体争议,但必然影响其实体权益的实现,如财产保全、管辖权异议等。就财产保全裁定而言,民法法规定当事人可以申请复议,但复议通常是向作出保全裁定的法院提起。可想而知,撤销保全裁定的可能性有多大。所以,对保全裁定可申请复议仅赋予当事人形式上的救济权利,一般没有任何效果。

笔者认为,可能影响相关当事人实体权益是否得以实现的裁定事实上除包括法律规定的三种外,至少还有财产保全裁定、中止或者终结执行、中止或者终结诉讼、不予执行仲裁裁决、不予执行公证机关赋予强制执行效力的债权文书等。它们或者因诉讼程序的非正常终结(比如中止或者终结诉讼),或者因执行中出现的特殊情况(中止或者终结执行、不

予执行仲裁裁决、不予执行公证机关赋予强制执行效力的债权文书)可能导致权利无法实现。“哪里有权利,哪里就有救济”<sup>[8]</sup>,根据设置民事上诉权的基本法理,应该赋予受这些裁定影响的当事人以上诉权,即对可上诉的裁定范围应扩大至前述裁定类型。

#### 六、上诉程序不当省略之克服

在司法实践中,出现了一些本应适用二审程序而不适用或者不当地减损二审程序功能的情况。主要体现:逕行裁判的扩大和滥用;当事人选择抗诉或申诉以替代上诉救济;下级法院通过请示汇报变相剥夺当事人上诉权等。对此,应采取以下措施加以矫正。

##### (一)严格遵守程序法规定,防止逕行裁判适用的扩大化

现行民法法第152条规定:“第二审人民法院对上诉案件,应当组成合议庭,开庭审理。经过阅卷和调查,询问当事人,在事实核对清楚后,合议庭认为不需要开庭审理的,也可以逕行判决、裁定”。《关于适用民法法若干问题的意见》第188条规定下列案件,可以适用逕行裁判:(1)一审就不予受理、驳回起诉和管辖权异议作出裁定的案件;(2)当事人提出的上诉请求明显不能成立的案件;(3)原审裁判认定事实清楚,但适用法律错误的案件;(4)原判判决违反法定程序,可能影响案件正确判决,需要发回重审的案件。可见,程序法对逕行裁判的适用规定了严格的限制条件。在实践中,有的法院适用逕行裁判中的调查程序审理案件很多。虽然逕行裁判要求在“原裁判认定事实清楚,但适用法律错误的案件”时适用,但在二审中即使上诉人对一审认定的事实有争议的情况下,合议庭也指定承办人进行阅卷和调查,然后将调查情况向合议庭汇报,合议庭根据承办人汇报的案情对案件做出裁判。由于合议庭的其它两个成员并未参加庭审,他们是通过承办人的汇报了解案情。而承办人可能受各种因素影响,比如语言表达能力或其它原因,使汇报的案情可能与实际情况不符。这些都有可能致导致二审改变一审确认的事实。而合议庭署名的其它两个成员,当事人连面都未见过。这实际上剥夺了当事人“未经正当程序不得对争讼纠纷作出裁判”的权利。因为,根据司法解释,从保护当事人经正当程序而获审判的权利出发,当事人对事实有争议,应推定为原审裁判认定事实不清,不能适用逕行裁判。诚然,在当今诉讼爆炸的时代,民事纠纷呈几何级数绝对上升,而司法资源的相对稀缺决定了逕行裁判在二审法院的广泛适用。但是,在民事诉讼的两大价值目标——程序公正与诉讼效率发生冲突时,我们应毫不迟疑地舍弃诉讼效率而追求程序公正。“因为诉讼制度或程序真正永恒的生命基础则在于它的公正性”<sup>[9]</sup>。

为克服上述弊端,在司法改革中应注意加大司法资源投入,让大批通过司法资格考试的年轻的大学本科以上人士担当法官重任;树立程序正义理念,严守程序法规定。

##### (二)严格限制下级法院的请示汇报,真正保障当事人的上诉权

请示汇报制度指下级法院在审理案件过程中,就案件的事实认定和法律适用以口头或书面形式向上级法院请示,上级法院研究后予以答复的制度。请示汇报在司法实践中非

常普遍。最高人民法院于1986年3月24日和1990年8月16日分别下发了《关于报送请示案件应注意的问题的通知》和《补充通知》,对此加以规范,使之制度化。对于下级法院的请示,上级法院的答复按照答复方式和答复法院级别高低以及效力的不同可分为三种:一是口头或电话答复;二是一般的书面答复;三是最高人民法院以司法解释的方式答复。从理论上,前两种答复没有任何效力,仅供下级法院定案时参考,但实际上,下级法院通常都会将此作为定案依据。这种请示汇报制度在案件比较复杂、法官业务素质较低的情况下,对于保证案件质量确实起到了一定作用。但其也有不可克服的弊端,具体表现:(1)违背了我国的独立审判原则。法院作为司法机关不仅独立于立法与行政机关,而且独立于其他各级法院,也包括上级法院。独立审判原则要求上级法院不得干预下级法院对具体案件的审理。上级法院对下级法院的监督必须通过法定程序如二审、再审进行,而不应通过请示汇报直接拿出处理意见。否则,必将架空审级制度,使审级制度徒有虚名。<sup>[10]</sup>(2)请示汇报实际上是上下级法院暗箱操作,通过请示汇报使法律规定的上诉救济渠道成为虚设,因为下级法院既然已得到上级法院指示,即使一方上诉,二审法院必然会维持原判,实际上剥夺了当事人的上诉权。(3)违背直接审理原则。下级法院的请示汇报,由上级法院未参加庭审的审判人员通过下级法院汇报的案情了解案件、作出指示,这实际上是变相的间接审理。(4)不利于审判人员的素质提高。错案追究制的推行使一审法院法官想方设法与上级法院之间沟通,了解上级法院的意见,而不是认真研究案情和法律适用。长此以往,肯定不利于审判能力的提高。(5)请示汇报必然会延误审理期限,降低诉讼效率。综上,请示汇报不是提高案件质量的途径。要真正提高案件质量,必须坚持不懈地提高审判人员素质,切实落实独立审判,改革现有的错案追究制,严格限定错案范围,排除正常的自由裁量权适用错误等。<sup>[7]</sup>

(三)合理引导当事人,完善诉讼费收费制度,减少当事人选择以抗诉或申请再审替代上诉的途径

在司法实践中,有些当事人在一审裁判作出后,虽然对裁判不服,甚至持有能证明该裁判确有错误的证据,但在法定期间内却不提出上诉,而是在上诉期间届满后向检察院申请抗诉或向法院申请再审。为什么当事人不选择常规的救济手段——上诉,而选择申请抗诉或再审呢?笔者认为,这与部分当事人认为上诉需交诉讼费,而申请抗诉或再审不需交纳诉讼费用有关。但从立法意图看,当事人对一审裁判不服的救济首先是行使上诉权,其次才是申请抗诉或申请再审。可见,申请抗诉或申请再审实际上是特殊情况的补救措

施,并不是救济的常规手段。这种以非常规手段请求救济的方式将会带来许多弊端:(1)由于我国民事诉讼法对再审的启动规定了严格的限制条件,当事人舍弃上诉而申请再审,可能会因不符合再审条件而导致权利得不到应有保护。特别是2002年4月1日施行的《证据规则》对启动再审程序的“新的证据”作了限缩性解释之后,更不容易启动再审程序。(2)由于案件当事人放弃上诉权而申请抗诉或申请再审,会加重基层人民法院和检察院的工作负担,使本可由二审法院纠正的案件进入一个较复杂的程序:先申请立案,进入复查,再交审委会讨论,最后交由审监庭审理。重复工作,重复劳动,重复审理,浪费大量司法资源。(3)不利于树立法院生效裁判的权威。生效判决具有既判力,非经法定程序不得任意撤销。这种以申请抗诉或申请再审代替上诉的作法将大大降低社会公众对法院生效裁判的权威的信赖和敬仰。综上所述,当事人放弃上诉权而以申请抗诉或申请再审替代上诉实在是弊大于利。应设置若干合理减少当事人选择直接申请抗诉或再审的途径:(1)加大法制宣传力度,使当事人能够了解不正确行使诉讼权利的危害,从而减少以申请抗诉或申请再审代替上诉的现象发生。(2)改革诉讼收费制度,大力推进司法救助制度的改革,对确有困难的上诉人可准予其免交、减交或缓交诉讼费。(3)对再审案件规定申诉人或申请再审人提供一定比例的诉讼费担保,如胜诉则可免除,败诉则由担保人交纳相应诉讼费。

#### 参考文献:

- [1]章武生.论民事上诉案件的审理范围和判决[J].河北法学,1993,(6):18.
- [2]王泽鉴.民法总论[M].北京:中国政法大学出版社,2001.479.
- [3]孙帮清.论民事上诉中的禁止不利益变更原则[J].法学杂志,2000,(1).
- [4]陈桂明.诉讼公正与程序保障[M].北京:中国法制出版社,1996.84.
- [5]孙帮清,韩春利.论民事上诉中的禁止不利益变更原则[J].山东法学,1999,(3):51.
- [6]章武生.论民事上诉案件的审理范围和判决[J].河北法学,1993,(6):18.
- [7]冯仁强.司法公正与民事上诉制度改革[A].司法改革评论第一辑[C].北京:2001.328.
- [8]黄胜春,韩俊.民事上诉权的法理透视[J].江西法学,1994,(4):26.
- [9]景汉朝,卢子娟.经济审判方式改革若干问题研究[J].法学研究,1997,(5):12.
- [10]张卫平.论我国法院体制的非行政化—法院体制改革的一种基本思路[J].法商研究,2000,(3):7.