

法学研究

上诉请求拘束原则的适用^{*}

——兼评“劝阻吸烟猝死案”

孔金萍

【摘要】 上诉请求是上诉审的诉讼标的，由上诉书中的上诉声明和上诉理由决定，上诉请求决定着上诉审的审理范围，这是上诉请求拘束原则的内涵。上诉请求拘束原则要求上诉审的审理范围应止于对上诉理由的审理。上诉请求拘束原则包含上诉不利变更禁止原则和上诉有利变更禁止原则。我国《民事诉讼法》第13条、第168条以及《民诉法解释》第323条基本确立了上诉请求拘束原则，还应当增设附带上诉制度作为配套制度。劝阻吸烟猝死案中二审法院误判案件诉讼标的涉及公共利益，以当事人双方皆未主张的法律适用错误为由改判违反了上诉不利变更禁止原则。我国应当对处分权主义和职权探知主义适用的案件类型分别立法，不应在立案后判断案件诉讼标的是否涉及公共利益。

【关键词】 上诉请求拘束原则 上诉不利变更禁止原则 处分权主义 公共利益 附带上诉

【作者简介】 孔金萍，法学博士，中国社会科学院大学法学院副教授。

【中图分类号】 D915.2 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 1000-2952(2021)02-0071-11

一、引言

2017年5月发生在郑州的劝阻吸烟猝死案^①引起了社会的广泛关注。本案中，段某与被告杨某先后乘坐电梯，因段某在电梯内吸烟，被告予以劝阻，二人发生言语争执，走出电梯后仍继续争执，被物业人员劝阻后，被告离开，段某则随物业工作人员进入物业公司办公室，后段某心脏病发作猝死。之后段某的妻子田某将杨某告上法庭，请求被告支付死亡赔偿金、丧葬费、精神抚慰金、医疗费等共计40余万元，一审法院驳回了原告的损害赔偿请求，同时判决被告补偿原告1.5万元。一审

* 本文系国家重点研发计划课题“跨地域跨层级‘一人多案’的关联预警与协同处置关键技术研究”(2018YFC0831302)的阶段性成果。

① 一审判决为河南省郑州市金水区人民法院(2017)豫0105民初14525号民事判决，二审判决为河南省郑州市中级人民法院(2017)豫01民终14848号民事判决。

原告上诉,请求撤销一审判决并改判支持其全部诉讼请求。上诉理由为一审法院认定事实有误:一审法院未调取相关证据影响了对案件事实的认定;被告存在过错,且其过错行为与段某死亡之间存在因果关系,但一审法院却未予认定。被上诉人认为一审法院认定事实清楚、适用法律正确。二审法院以当事人双方皆未主张的法律适用错误、违反社会公共利益为由撤销一审判决中的支付补偿金部分,并驳回上诉人的所有上诉请求。查阅相关案例发现,侵权案件中原告主张侵权损害赔偿时,法院一般会在驳回侵权损害赔偿请求的同时依职权判断是否应当补偿,这种做法也获得了最高人民法院的肯定。^①

劝阻吸烟猝死案引起了社会特别是法学界的广泛关注。对于本案的二审判决,与民法学界的一致赞誉不同,民事诉讼法学界不乏批判的声音,而且围绕我国是否确立了上诉请求拘束原则或上诉不利变更禁止原则、本案判决结果是否涉及公共利益、二审法院以双方当事人均未主张的一审判决适用法律错误为由改判是否正确等问题展开了激烈的讨论。

二、上诉请求拘束原则在我国的确立及适用

(一) 我国立法确立了上诉请求拘束原则

与上诉请求拘束原则相比,在我国讨论更多的是上诉不利变更禁止原则。对于我国是否确立了上诉请求拘束原则或上诉不利变更禁止原则这一问题,有的学者认为我国确立了上诉请求拘束原则,但无法推导出上诉不利变更禁止原则;^②有的学者认为我国《民事诉讼法》第13条和第168条确立了上诉不利变更禁止原则;^③还有的学者认为我国立法上没有确立上诉不利变更禁止原则,也无确立的必要。^④有鉴于此,有必要分析我国是否确立了上诉请求拘束原则或上诉不利变更禁止原则以及二者之间的关系。

上诉不利变更禁止原则是指,一方当事人提起上诉时,如果对方当事人既未上诉也未提起附带上诉,则法院不得作出比一审判决对上诉人更加不利的判决的原则。上诉请求拘束原则是指对于一审判决是否正当的审理限于上诉或提起附带上诉者不服申请的范围,一审判决中谁都没有提起不服申请的部分,不能作出有利或不利的变更。^⑤上诉请求拘束原则中的“上诉请求”实为上诉审的审理对象,亦即上诉审的诉讼标的,由上诉声明和上诉理由两部分决定。上诉理由包括事实和法律适用两方面,上诉法院的审理范围应止于对不服理由的审理。^⑥为了防止混淆,本文将上诉书中的上诉请求称为上诉声明。

上诉请求拘束原则与上诉不利变更禁止原则存在密切关联。从法制史的角度来说,上诉审的审判范围所适用的原则经历了从上诉共通原则到上诉不利变更禁止原则再到上诉请求拘束原则的变化。上诉共通原则旨在通过法官的职权参与探知案件真实,是指在只有一方当事人提起上诉、被上诉人未上诉时,被上诉人也可以向法院表示不服原判决,而且即使被上诉人缺席,法官也应依职权考虑其不服。^⑦上诉不利变更禁止原则是上诉请求拘束原则的前身,后被上诉请求拘束原则吸收,其适用的前提是只有一方当事人上诉、被上诉人既未上诉也未提起附带上诉。上诉请求拘束原则包含上诉

① 参见最高人民法院(2018)最高法民申971号民事判决书、最高人民法院(2018)最高法民申4976号民事判决书等。

② 参见严仁群:《禁止不利变更原则之教义学分析——兼评“劝阻吸烟猝死案”》,《法商研究》2019年第6期,第152页。

③ 参见郝振江:《论民事上诉中的禁止不利变更原则》,《宁夏大学学报》(人文社会科学版)2010年第2期,第85页。

④ 参见刘哲玮:《劝阻吸烟案二审判决的诉讼技术分析》, https://mp.weixin.qq.com/s/wEuX4RY27gl_t5zLLyYFVg, 2021年3月2日。

⑤ [韩]李時潤:《新民事訴訟法(第4版)》,博英社2008年版,第771页。

⑥ 参见[日]新堂幸司:《民事訴訟法(第四版)》,東京:弘文堂,2009年,第848页。

⑦ 参见[日]小室直人:《上訴制度の研究》,東京:有斐閣,1961年,第100頁。

不利变更禁止原则和上诉有利变更禁止原则。上诉审应在当事人提起的不服申请的范围内进行审判。因此，不允许超出该范围进行审判（禁止利益变更），也不允许在该范围以下变更原判决（禁止不利变更）。^① 广义的上诉不利变更禁止原则也包括上诉有利变更禁止原则。^② 从内涵的角度来说，上诉共通原则与上诉不利变更禁止原则相反，附带上诉制度与上诉不利变更禁止原则相伴而生，互相配套。上诉请求拘束原则强调审判范围，上诉不利变更禁止原则和上诉有利变更禁止原则强调审判结果，三者本质上都体现了当事人的上诉权对法院的审判权的限制。

学者们一般认为与规定上诉不利变更禁止原则相比，直接规定上诉请求拘束原则能够更加彻底地贯彻当事人主义，且含义更广泛，因为其还包括上诉有利变更禁止原则。因此，上诉不利变更禁止原则最终为上诉请求拘束原则所吸收和取代。^③ 很多国家的民事诉讼法都规定了上诉请求拘束原则，而非上诉不利变更禁止原则。^④

上诉请求拘束原则是处分权主义在上诉审的体现，它的确立意味着，与追求案件的客观真实、有错必纠相比，更尊重当事人的意思自治权，结果是更注重程序的公正。^⑤ 发现一审判决存在当事人未主张的错误时，止于对当事人上诉理由的审理恰恰是为了保证公平。反之，审查当事人未主张也不属于法院应依职权审查的事项，将存在以下弊端：第一，只要无法对所有未上诉的一审判决全面审查，则仅对上诉的一审判决进行全面审查就是一种不平等，而且会抑制上诉。第二，二审法院以当事人未主张的事由改判，即使意在纠正错误，也不仅会造成裁判突袭，而且就结果而言法院也起到了代理一方当事人、帮助其对抗另一方当事人的效果，损害了中立原则。

如上所述，上诉请求拘束原则包括上诉不利变更禁止原则，立法上如果确立了上诉请求拘束原则，则只有一方上诉时，上诉不利变更禁止原则会发挥作用，二审判决结果不会比一审判决更不利于上诉人。

关于我国是否确立了上诉请求拘束原则，亦即我国上诉审中当事人的上诉声明和上诉理由能否限制二审的审判范围，我国立法历经变迁。从起初的“完全不受约束”到“划定受到约束的基本范围”，再到“受到约束，但有错必纠”，直至现在的“原则上受到约束，但存在例外”。^⑥ 有学者认为现行《民事诉讼法》第168条规定的是“上诉请求的有关事实和适用法律”，并非仅对当事人提出的事实理由及法

① [日] 高桥宏志：《重点讲义民事诉讼法》，张卫平、许可译，法律出版社2007年版，第443页。

② [韩] 金洪奎、姜泰源：「民事訴訟法 (제 2 판)」，三英社2011年版，第828页；[韩] 孫漢琦：「민사소송법 (제 2 판)」，弘文社2019年版，第490页。

③ 参见郝振江：《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，第83~84页。

④ 《韩国民事诉讼法》第415条（上诉的范围）规定：“仅能在不服的范围内变更一审判决。但是支持抵销的情况除外。”《日本民事诉讼法》第304条（撤销及变更一审判决的范围）规定：“只能在不服的限度内撤销或变更一审判决。”

⑤ 《韩国民事诉讼法》第1条规定了民事诉讼追求的终极理想是诉讼程序公正、迅速、经济；《日本民事诉讼法》第2条规定：法院应当为公正、迅速地审理案件而努力。

⑥ 1982年《民事诉讼法（试行）》第149条规定的“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”属于“完全不受约束”的情形。1991年《民事诉讼法》第151条规定的“第二审人民法院应当对上诉请求的有关事实和适用法律进行审查”属于“划定受到约束的基本范围”的情形。1992年7月14日《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第180条规定的“第二审人民法院依照民事诉讼法第一百五十一条的规定，对上诉人上诉请求的有关事实和适用法律进行审查时，如果发现在上诉请求以外原判确有错误的，也应予以纠正”属于“受到约束，但有错必纠”的情形。1998年7月6日《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》（法释〔1998〕14号）第35条规定的“第二审案件的审理应当围绕当事人上诉请求的范围进行，当事人没有提出请求的，不予审查。但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除外”属于“原则上受到约束，但存在例外”的情形。现行《民事诉讼法》第168条规定的“第二审人民法院应当对上诉请求的有关事实和适用法律进行审查”属于“划定受到约束的基本范围”的情形。《民诉法解释》第323条规定的“第二审人民法院应当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、他人合法权益的除外”属于“原则上受到约束，但存在例外”的情形。

律理由进行审查,因为二审肩负监督功能,不适用辩论主义。^① 笔者无法认同这种观点,理由如下:首先,因为辩论原则与处分原则规定在我国民事诉讼法的总则部分,所以其适用范围包括一审、二审和再审,上诉请求拘束原则便是处分原则在上诉审的体现,理应适应于二审。其次,从历史解释的角度出发,相对于1982年《民事诉讼法(试行)》第149条所规定的“必须全面审查一审法院认定的事实和适用的法律,不受上诉范围的限制”,可以认为1992年《民事诉讼法》第149条(现行《民事诉讼法》第168条)所规定的“应当对上诉请求的有关事实和适用法律进行审查”,意在强调上诉审的审理范围受制于上诉请求范围,且明确上诉请求范围包括事实主张和法律适用两个方面。再次,2015年颁布的《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^②第2款更是明确“当事人没有提出请求的,不予审理,但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、他人合法权益的除外。”据此,因为我国已经明确规定原则上“当事人没有提出请求的,不予审理”,所以可以认为我国民事诉讼法已经确立了上诉请求拘束原则,且根据现行《民事诉讼法》第168条可知上诉请求范围包括事实主张和法律适用两个方面,所以此处“没有提出请求的”应指上诉声明和上诉理由都没有提及的事项。

有学者认为虽然我国通过《民事诉讼法》第13条和第168条确立了上诉请求拘束原则,但是无法推导出上诉不利变更禁止原则。^③ 其得出错误结论的原因在于错误地理解了上诉请求拘束原则中“上诉请求”的含义。我国目前多数学者都将上诉请求拘束原则中的“上诉请求”等同于上诉书中的上诉请求,即“请求部分或全部撤销一审判决,改判……”,^④ 但这种废弃或变更全部或部分一审判决的声明实为上诉声明。如前所述,上诉请求拘束原则中的“上诉请求”实为上诉审的审理对象,由上诉声明和上诉理由两部分决定。上诉理由包括事实主张和法律适用两个方面,我国很多学者都忽视了上诉审的审理范围受到不服理由的限制这一点。

(二) 我国司法实践未贯彻上诉请求拘束原则

鉴于长期以来职权探知主义的影响,虽然我国立法上已经确立了上诉请求拘束原则,但是实务中该原则并未获得统一适用:在发现一审判决存在当事人未主张的错误时,有的坚持适用该原则,对上诉理由之外的错误不予审理;^⑤ 有的则违反该原则,超越当事人的上诉请求变更一审判决。^⑥ 之所以会这样,主要是因为我国在司法上存在根深蒂固的职权探知主义传统。

具体而言,一方面,尽管我国立法上没有明确规定处分权主义,但相关司法解释以认可处分权主义为前提,法学界以及司法实践也都认可处分权主义。随着对普通民事诉讼仅仅涉及当事人私益这一观念的认同,我国民事诉讼法已经确立了处分权主义。尽管根据文义解释,我国《民事诉讼法》第13条仍然规定当事人行使权利需先获得法律授权,只有法律授权的事项才可以处分,但是,目前我国大多数民事诉讼法教材都将其解读为处分权主义,即在确定诉讼的审判范围、诉讼程序的启动、

① 参见陈杭平:《民事第二审审理范围及其例外》,《国家检察官学院学报》2018年第4期,第157页。

② 基本内容与《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》(法释〔1998〕14号)第35条相同。

③ 参见张家勇:《也论“电梯劝阻吸烟案”的法律适用》,《法治研究》2018年第2期,第34页;陈杭平:《民事第二审审理范围及其例外》,《国家检察官学院学报》2018年第4期,第164页。

④ 参见严仁群:《禁止不利变更原则之教义学分析——兼评“劝烟猝死案”》,《法商研究》2019年第6期,第151页;陈杭平:《民事第二审审理范围及其例外》,《国家检察官学院学报》2018年第4期,第159页;张家勇:《也论“电梯劝阻吸烟案”的法律适用》,《法治研究》2018年第2期,第33~34页。

⑤ 参见最高人民法院(2017)最高法民终232号民事判决书、重庆市高级人民法院(2015)渝高法民终字第00156号民事判决书等。

⑥ 参见四川省高级人民法院(2014)川民终字第730号民事判决书等。

终结等方面当事人处于主导地位。^①我国法学界已经认可法院的审判范围受到当事人诉讼请求的约束。学界通常将司法实务中的审理范围解释为“争议的法律关系”，这是一种典型的旧诉讼标的理论。依据《民诉法解释》第247条和第248条可以认为我国采用的是旧诉讼标的理论。此外，案件发生时仍然有效的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（法释〔2002〕21号）第35条第1款^②的前提是认可法院的审判范围受当事人诉讼请求的约束。实务方面，由于我国严格适用民事案由制度，可以认为实务中原则上适用旧诉讼标的理论，^③但也存在例外。^④上诉请求拘束原则本质上是处分权主义在上诉审的体现。旧诉讼标的理论在上诉审中也应当发挥作用，结果是由上诉声明和上诉理由确定的上诉请求决定着上诉审法院的审理范围。

另一方面，现阶段我国的民事诉讼也还处于从职权探知主义到处分权主义的过渡阶段，职权探知主义的影响犹存。首先，民事诉讼法制定之初并未区分家事诉讼与普通民事诉讼，一开始都实行所谓的职权探知主义，追求客观真实，强调国家干预主义，其结果是有错必纠。^⑤其次，现行《民事诉讼法》还保留着职权探知主义的痕迹。例如，第2条规定民事诉讼法的任务之一是“保证人民法院查明事实，分清是非，正确适用法律”；第7条规定“人民法院审理民事案件必须以事实为根据，以法律为准绳”。这显然是追求客观真实、法院审判权不受当事人的诉讼请求（诉讼标的）限制的体现，直接遵循这些条款就会导致有错必纠。另外，依据第170条、第198条以及第208条，二审法院或作出判决的法院以及其同级和上级检察院都有权纠正。这其实不符合处分权主义，因为对于适用处分权主义的私益民事诉讼，如果当事人没有纠正的意愿，比如未提起上诉或上诉审中未主张相关理由，以及未申请再审的，则没有必要纠正，实际上法院也无法一一纠正。

须知，职权探知主义与处分权主义在很多情况下相互对立、无法兼容，这也是其他大陆法系国家在民事诉讼法之外单立家事诉讼法的原因所在。在当事人未提出相关请求或未主张相关事实和理由时，职权探知主义将程序的主导权交给法官以追求客观真实，当事人的请求和主张无法制约法官行使职权，不管当事人是否主张，法院都坚持有错必纠；而处分权主义则将程序的主导权交给当事人，当事人未提出的请求或未主张的事由，即使与客观事实不符或存在错误，除非涉及公益，否则法院不予审理。除去家事诉讼的普通民事诉讼，因仅仅关涉私益，原则上应当交由当事人主导，适用处分权主义，舍弃职权探知主义和有错必纠的理念，否则就会牺牲民事诉讼程序中最为核心的公正原则。

在普通民事诉讼中应当认可处分权主义。在此前提下，上述民事诉讼法中体现职权探知主义的条款都应当重新解释，法官应当在当事人主张的范围内行使审判权。例如现行《民事诉讼法》第2条规定的“保证人民法院查明事实，分清是非，正确适用法律”的适用前提是在当事人对案件事实认定或者法律适用存在分歧；第7条“以事实为根据”中的事实应当解释为法律事实，而非客观事实。“以法律为准绳”的前提也应当是当事人对法律适用存在分歧。同样，对于第170条上诉审中纠

① 参见李浩：《民事诉讼法学》，法律出版社2016年版，第26页；江伟、肖建国主编：《民事诉讼法（第六版）》，中国人民大学出版社2013年版，第57页；张卫平：《民事诉讼法（第五版）》，法律出版社2019年版，第48页。

② 从2020年5月1日起开始实施的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（法释〔2019〕19号）第53条已删除释明程序。根据该条，当事人主张的法律关系性质或者民事行为效力与人民法院根据案件作出的认定不一致的，人民法院应当将法律关系性质或者民事行为效力作为焦点进行审理。当事人根据法庭审理情况变更诉讼请求的，人民法院应当准许并可以根据案件的具体情况重新指定举证期限。

③ 参见江必新主编：《新民诉法解释法义精要与实务指引》上册，法律出版社2015年版，第560页；杜万华主编：《最高人民法院民事诉讼法司法解释实务指南》，中国法制出版社2015年版，第396页；沈德咏主编：《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用》上册，人民法院出版社2015年版，第634～635页。

④ 参见严仁群：《禁止不利变更原则之教义学分析——兼评“劝阻吸烟猝死案”》，《法商研究》2019年第6期，第91～109页。

⑤ 参见〔韩〕孫漢瑋：「中國民事訴訟法之原理與解釋中國民事訴訟法的原理与解释」，弘文社2014年版，第19～24页。

正一审判决适用法律适用错误,除非违反的是法律强制性规定,一般应以双方对法律适用是否错误存在分歧为前提。同样,以法律适用错误为由启动再审,也应以当事人主张法律适用错误且用尽普通救济程序为前提。^① 因为与追求客观事实相比,公正原则更值得保障,特别是在案件双方当事人均聘请律师代理的情况下,法院保持中立和公正就显得尤为重要。

三、劝阻吸烟猝死案判决违反了上诉请求拘束原则

本案一审法院之所以会在原告未主张的情况下直接判决被告应当补偿原告,二审法院以一审判决违反公共利益和当事人未主张的法律适用错误为由改判,主要是因为受职权探知主义追求客观真实、有错必纠理念的影响,以致忽略了民事诉讼程序中最为重要的程序公正原则。

(一) 本案应适用上诉请求拘束原则

因为本案二审判决认为本案涉及公共利益,并以此为由改判,所以本案诉讼标的是否涉及公共利益决定着本案是否应当适用上诉请求拘束原则。

1. 上诉请求拘束原则适用于私益诉讼,但违反强制性法律规定时存在例外

上诉请求拘束原则源于处分权主义,是处分权主义在二审中的当然体现。处分权主义与职权探知主义相对应。德国、日本、韩国等大陆法系国家,对私益案件(也称普通民事诉讼案件)与公益案件分别规范。规范私益案件的是民事诉讼法,适用处分权主义和辩论主义;规范公益案件的则是家事诉讼法或人事诉讼法、行政诉讼法等特别法,当处分权主义和辩论主义的适用受到限制时,适用职权探知主义。判决的效力方面,对私益案件作出的判决严守既判力的相对性原则,而对公益案件作出的胜诉判决一般会向第三人扩张。

在韩国,狭义的民事诉讼指纯粹私益的案件,即除去家事诉讼和行政诉讼之外的民事诉讼。基于民事实体法上的私法自治原则,韩国也在私益民事诉讼里确立了当事人主义即处分权主义和辩论主义。而家事诉讼、行政诉讼以及公司关联诉讼^②因其可能涉及第三人的利益、存在公共利益,所以处分权主义的适用受到一定的限制。^③ 比如,韩国审理家事诉讼中的GA类(确认诉讼案件)、NA类(形成诉讼案件)案件适用职权探知主义,^④ 所以即使是当事人未主张的事实和证据,法院也可以依职权调查,而且可以随时讯问当事人或其法定代理人。^⑤ 另外,该两类案件的胜诉判决的既判力及于第三人。^⑥

① 参见李浩:《再审的补充性原则与民事再审理由》,《法学家》2007年第6期,第6~12页。

② 此种公司关联诉讼主要指的是韩国《公司集团诉讼法》中的相关规定。

③ 参见[韩]孙汉琦:「민사소송법(제2판)」,第170页。

④ 家事诉讼案件包括GA类、NA类和TA类三种。GA类案件主要是婚姻无效、亲子关系否认等确认诉讼案件,因为该类案件的生效判决具有对世效力,所以依据职权探知主义审理,当事人不能自由处分诉讼标的、不能调解。NA类案件是以形成身份关系为目的的诉讼案件,该类案件的生效判决具有对世效力,所以应依职权主义审理,除裁判上离婚和裁判上解除收养关系等案件允许当事人自由处分外,其他案件不允许,但是NA类案件可以调解。TA类家事诉讼主要是以解除婚约为由请求损害赔偿的案件、以离婚为由请求精神抚慰金等的赔偿案件、请求恢复原状等的案件以及请求第三人赔偿的案件,因为这些案件是纯粹的财产案件,本质上应属于民事诉讼,所以原则上不适用职权主义,而适用处分权主义和辩论主义。

⑤ 参见《韩国家事诉讼法》第17条。

⑥ 参见《韩国家事诉讼法》第21条(有关既判力的主观范围的特别规则)。另,既判力对第三人的扩张,有以下几种情形:(1)有限扩张,只对一定范围内的利害关系人扩张既判力,例如破产债权人确定诉讼的判决的既判力,对全部破产债权人有效,整顿债权、整顿担保权确定诉讼判决的既判力,对整顿债权人、整顿担保人有效。(2)对于一般第三人的扩张,身份关系诉讼中,家事诉讼法第2条中的GA、NA类诉讼案件胜诉时对第三人具有约束力,败诉时对于有正当理由未能参加诉讼程序者没有效力,行政诉讼中抗告诉讼判决的既判力也是在胜诉时才对一般人具有约束力(韩国行政法第29条),而且撤销股东会决议之诉、公司设立无效之诉等公司法上的团体关系诉讼的既判力,也是在胜诉时才对第三人有效,败诉时对第三人无效。

值得一提的是，即使是在适用处分权主义的私益民事诉讼法中，也存在着不受当事人处分权约束的事项以及依职权探知的事项，比如存在违反强制性法律规定等违反公共利益的情形。因为民事诉讼法上的处分权主义源自民法上的意思自治，而强制性法律规定适用的情形与社会公序良俗亦即公益有关，因此不允许当事人意思自治，也就不允许当事人行使处分权。公益性规定包括实体强制性规定和程序强制性规定。^① 上诉审法院发现一审法院违反强制性规定时，即使当事人未主张也可以直接纠正，此时二审判决有可能比一审判决对上诉人更不利。^②

2. 本案不涉及公共利益，应当适用上诉请求拘束原则

对于本案判决结果是否涉及公共利益这一问题，存在不同观点。有的认为不涉及，因为本案诉讼标的仅涉及当事人双方。^③ 有的认为涉及公共利益，但理由有所不同，有的认为案外人也可能置于类似情境下，且本案被社会高度关注。^④ 有的则认为我国未确立判决效力的相对性原则且对于公共利益的界定较为宽泛。^⑤

本案二审法院认为一审法院损害社会公共利益，理由是“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”，即认定存在社会公共利益的标准是本案判决结果对不特定的第三人产生了间接影响。如果采用这样的“间接损害标准”，则因为每个生效判决对后来发生的类似案件均具有指引作用，所以可以认为每个案件都具有公共利益。这样一来，民事诉讼中就没有处分权主义和辩论主义存在的空间了。因此判断案件诉讼标的是否涉及公共利益的标准只能是判决结果是否与不特定的多数人的利益直接相关。

本案是传统侵权纠纷，诉讼标的是生命权侵害损害赔偿，不管法院如何判决，本案判决结果直接影响的仅仅是被告的经济利益，与被告之外的第三人没有直接的利害关系。^⑥ 毕竟当事人才是诉讼程序的主体和直接利害关系人。判决首先应当面向的是本案当事人，而非无直接利害关系的案外人。即使本案二审判决维持原判也不会影响所谓的社会公共利益，因为如若将来发生类似本案一审情况的其他案件，届时二审法院如何判断仍应取决于案件当事人的主张：若劝阻吸烟人认为自己无责，则可以提起上诉，以超判、适用法律错误或违反释明程序等为由请求上诉法院改判。二审法院若认定存在上述错误，则可以改判。

相反，如果案件诉讼标的与不特定的第三人存在利害关系，且本案判决结果直接关系到社会公共利益，则为公益诉讼。根据我国《民事诉讼法》第55条，民事公益诉讼针对污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为，且并非任何公民都可以提起，只有法律授权的组织才可以提起。而本案诉讼标的是原告家属生命权的损害赔偿权，且原告已经提起了民事诉讼。这些都说明本案诉讼标的仅涉及私益，不涉及公共利益。

① 程序性强制规定是指违反法院（审判组织）组成、法官除斥、公开审判主义、不变期间、诉讼要件、上诉要件、再审要件等程序性规定。根据韩国《民事诉讼法》第151条的但书条款（对于诉讼程序的异议权：当事人知道或应当知道违反程序事项的，应当立即提出异议。但是，该权利如果不能放弃，则不在此限），对违反具有公益性质的强制性程序规定的情形，法律禁止当事人放弃程序异议权。参见 [韩] 孙汉琦：《韩国民事诉讼法导论》，陈刚、陶建国、朴明姬译，中国法制出版社2010年版，第191页。

② 参见 [韩] 孫漢琦：「민사소송법 (제2판)」，第492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》，<https://mp.weixin.qq.com/s/kj-slJLlZWMYwHo2nKL7Q>，2021年3月2日。

④ 参见严仁群：《禁止不利变更原则之教义学分析——兼评“劝烟猝死案”》，《法商研究》2019年第6期，第156页。

⑤ 参见陈杭平：《民事二审审理范围及其例外》，《国家检察官学院学报》2018年第4期，第159页。

⑥ 参见吴泽勇：《关于电梯劝烟案二审判决的回应与补充——答哲玮教授等》，<https://mp.weixin.qq.com/s/8XMXrhS3Np3qvac39DJ5-A>，2021年3月2日。

此外,因为案件诉讼标的是否具有公共利益决定着审理案件是否应当适用职权探知主义,所以对此问题的判断应当在立案前完成,也正是基于此,很多大陆法系国家都在普通民事诉讼之外单设了家事诉讼法或人事诉讼法。因此案件诉讼标的是否具有公共利益的判断标准应当是事先而不是事后,更不应结合案件的社会效果进行判断。^①立案之后法院判断是否具有公共利益只能是对案件诉讼标的之外的其他事项,如是否回避、专属管辖等。

试想如果本案当事人没有对簿公堂,而是私下和解,和解方案是劝阻吸烟人支付死者家属1万元,此事就此了结,则法院没有机会干预。本案中一审被告没有上诉说明其愿意接受一审判决。二审法院改判后,劝阻吸烟人依然通过其代理律师转交了1万元给原告,以此坚持接受一审判决的内容。如果死者家属收下,则本案就此了结。在双方可以和解或调解的情况下,无需适用法律。只有在双方当事人各执一词、无法通过和解或调解解决、需法院居中判断时才有必要适用法律。而且,此时法院的审理范围也应受限于当事人请求和争议的范围。总之,在本案所属的普通民事诉讼案件中,因仅仅涉及双方当事人的利益,即使法院干预也未必能够最终落实,所以应当充分尊重当事人的意思自治,谨慎干预。

(二) 本案二审判决违反了上诉请求拘束原则

本案一审原告请求的是损害赔偿金,并未请求被告补偿,所以一审法院判决被告补偿原告构成超判。^②同时,一审判决违反了当时有效的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第35条第1款所规定的释明程序,^③且适用法律错误。尽管一审法院存在上述错误,但双方当事人并未在二审中主张,在此种情况下,二审法院是否应当审理并纠正一审判决的适用法律错误?有的学者认为应当审理并纠正,理由是符合《民事诉讼法》第170条第1款第2项规定的改判情形;^④有的则认为上诉请求是“请求撤销一审判决,支持一审原告的诉讼请求”,所以有关一审的所有事实认定和法律适用均属于上诉审的审理范围;^⑤还有的则认为不应在判决主文中作出判断,因为当事人没有主张,但可以在判决理由部分予以明确。^⑥

有学者以《民事诉讼法》第7条规定的“以事实为依据,以法律为准绳”或《民事诉讼法》第170条第1款第(二)项的规定为由,认为适用法律错误时法院应当依职权予以纠正。^⑦就此而言,如前文所分析的那样,因为处分权主义与上诉请求拘束原则是贯穿于民事诉讼法始终的原则,所以“以法律为准绳”的前提应当是双方对适用法律存在分歧,且上诉人主张适用法律错误。同样,根据《民事诉讼法》第170条第1款第(二)项改判的前提也是上诉人主张适用法律错误。还有人可能会认为即使二审法院未纠正适用法律错误,当事人也可以根据《民事诉讼法》

① 参见吴泽勇:《揭开“社会公共利益”的面纱——就电梯劝烟案答陈杭平教授》, <https://mp.weixin.qq.com/s/wwMhCmODLUsRhaEaptzrsA>, 2021年3月2日。

② 尽管我国《民事诉讼法》第200条第11项规定的再审事由包括超出诉讼请求这一事由,但是如果二审法院不予纠正,劝阻吸烟人事后仍然可以申请再审。因为我国《民事诉讼法》第200条规定的再审事由中的原判决是指生效判决,若二审判决不予纠正,维持原判,则因为二审判决合法、不存在超判情形,所以不能以此为由申请再审。若当事人未上诉,一审判决直接生效,虽然一审超判,但是根据《民诉法解释》第392条,当事人未上诉的情况下不得再以超判为由启动再审。可以认为,我国对于超判、漏判这一再审事由已经确立了再审补充性原则。笔者认为立法应当继续扩大再审补充性原则的适用范围。

③ 修订后的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(法释〔2019〕19号)第53条已经删除了释明程序。

④ 参见刘哲玮:《劝阻吸烟案二审判决的诉讼技术分析》, https://mp.weixin.qq.com/s/wEuX4RY27gl_t5zLlyYFVg, 2021年3月2日。

⑤ 参见陈杭平:《民事二审审理范围及其例外》,《国家检察官学院学报》2018年第4期,第158页。

⑥ 参见张家勇:《也论“电梯劝阻吸烟案”的法律适用》,《法治研究》2018年第2期,第37页。

⑦ 参见陈杭平:《民事二审审理范围及其例外》,《国家检察官学院学报》2018年第4期,第158页。

第200条申请再审。笔者认为再审之诉审理的对象应为生效判决。若本案二审判决维持原判，则因二审判决不存在法律适用错误，所以不应对其启动再审程序。但是可能存在的问题是，如果当事人双方均未对一审判决提起上诉，一审判决生效，这种情况下当事人可能会基于“法律适用错误”启动再审程序。这确实是现行法的漏洞，但解决该问题应当通过扩大“再审补充性原则”的适用范围，^①即当事人未上诉（普通救济程序未用尽）的情况下，无权启动作为特别救济程序的再审程序。

综上所述，因为本案是私益诉讼，不涉及公共利益，所以应适用处分权主义。对于当事人未主张的事由，二审法院不应审理。尽管本案上诉人主张撤销一审判决的请求可以被理解为将一审判决中的被告补偿原告部分也一并撤销，但是因为其上诉理由不能支持其上诉请求，所以二审法院应当驳回上诉请求，维持原判。可见，本案二审判决违反了上诉请求拘束原则，滥用了“损害社会公共利益”这一事由。有学者主张可以在判决理由部分明确一审法院错误适用《侵权责任法》第24条，^②但因为双方当事人均未主张，所以不予改判。^③虽然从彻底贯彻上诉请求拘束原则的角度来说，对于当事人未主张的事项不应审理，但是考虑到我国司法所处的阶段以及生效判决的社会效果，二审判决指出因双方当事人均未主张一审判决法律适用错误所以不予改判的处理是兼顾多方面的平衡之策。

四、我国应引入附带上诉制度

上诉请求拘束原则着眼于处理当事人的上诉请求与法院的审判范围之间的关系，是为了保障当事人可以毫无压力地提起上诉。但是如果仅有该原则，当事人可能会为了获得更有利的二审判决、防止对方独享上诉不利变更禁止原则的益处，不管是否真的对判决不服，作为兜底策略，会预先提起上诉，后面可以根据情况决定是否撤回上诉。相反，虽然当事人对一审判决并不满意，但考虑到上诉的时间、金钱等成本，在自己独立的上诉期内未提起上诉，上诉期限届满后才知道对方上诉，此时已经不能提起上诉而非非常被动。所以，为了保障诉讼当事人的武器平等并制裁滥用上诉权、拖延诉讼、恶意消耗对方当事人的上诉人，^④在确立上诉请求拘束原则的同时，应当增设附带上诉制度作为配套制度，如此则滥行上诉者将多一顾忌。^⑤

附带上诉，是指当事人之一方对于第一审判决不利于己部分提起上诉后，被上诉人亦对原判决声明不服，请求废弃或变更第一审判决不利于己部分，而扩张有利于己部分之判决之行为。^⑥增设附带上诉制度后，上诉期限除了收到判决之日起一定期间内可以上诉的独立上诉期间外还包括附带上诉期间，即收到上诉状之日起至二审庭审结束前。在附带上诉期间内被上诉人可以提起附带上诉。如此一来，在独立的上诉期间内，当事人只需基于自己对一审判决是否满意决定是否提起独立上诉，不必担心因自己未上诉而对对方上诉时的被动情况。

① 可以认为我国《民诉法解释》第392条针对超判、漏判的情形初步确立了再审补充性原则，应当继续扩大适用。但是，实务中却有萎缩之势：《人民检察院民事诉讼监督规则（试行）》第32条规定的“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”为《最高人民法院人民检察院关于停止执行〈人民检察院民事诉讼监督规则（试行）〉第三十二条的通知》（高检发研字〔2018〕18号）所废止。

② 《侵权责任法》第24条规定的“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”已被修改为《民法典》第1186条：“受害人和行为人对损害的发生都没有过错的，依照法律的规定由双方分担损失。”

③ 参见张家勇：《也论“电梯劝阻吸烟案”的法律适用》，《法治研究》2018年第2期，第37页。

④ 参见邱星美、唐玉富：《民事上诉程序中的利益变动》，《法学研究》2006年第6期，第78~79页。

⑤ 参见王甲乙、杨建华、郑健才：《民事诉讼法新论》，台湾广益印书局1981年版，第587页。

⑥ 杨建华：《民事诉讼法实务问题研究》，台湾广益印书局1985年版，第359页。

附带上诉的范围与附带上诉的性质密切相关。有关附带上诉的性质，韩国通说和判例采非上诉说，即附带上诉人不需要具有上诉的利益，一审败诉方提起上诉时，被上诉人即使在一审中全部胜诉也可以提起附带上诉。^①与韩国不同，日本则采上诉说，即只有具备上诉利益的当事人人才有权提起附带上诉，一审中全部胜诉的一方无权提起附带上诉。有关附带上诉是否需要交纳诉讼费用这一问题，韩国司法实务中认为提起附带上诉者需要交纳上诉费，^②在日本提起附带上诉则无需交纳诉讼费用。^③根据《韩国民事诉讼法》第393条^④、《日本民事诉讼法》第292条^⑤、《德国民事诉讼法》第516条^⑥可知，上诉人可以在二审判决宣告前撤回上诉，无论被上诉人是否提起附带上诉都无需经其同意。而根据我国台湾地区“民事诉讼法”第459条第1款^⑦可知，上诉人撤回上诉，若被上诉人已经提起附带上诉，则应征得其同意。这说明韩、日、德的做法更加看重附带上诉的附属性以及当事人对一审判决的态度，因此不赋予附带上诉人对撤回上诉的同意权。而我国台湾地区的处理方式则在某种程度上认可附带上诉的“独立属性”，更重视附带上诉人在上诉审中可能获取的利益——提起附带上诉后二审判决可能更有利于附带上诉人。

可以说，上诉请求拘束原则体现的是当事人的上诉权利与法院的审判权力之间的关系，仅有该原则可能会鼓励当事人上诉，甚至滥行上诉，而附带上诉制度体现的则是当事人之间的制衡关系，可以有效预防当事人滥行上诉。

五、结语

涉及公共利益判断标准不应是此案对彼案的间接影响，而是本案判决结果是否直接影响到不特定的第三人的利益。因案件诉讼标的是否涉及公共利益所适用的审理程序以及判决的效力范围不同，所以应当在民事诉讼法之外单立家事诉讼法，以此事先区分处分权主义与职权探知主义适用的领域，而不应在立案后判断案件诉讼标的是否涉及公共利益。

普通民事诉讼除非涉及违反强制性法律规定等，否则因为仅仅涉及当事人双方的私益，不涉及公共利益，所以原则上应当适用处分权主义，作为其延伸，上诉审也应适用上诉请求拘束原则。此处的上诉请求是指上诉审的诉讼标的，由上诉声明和上诉理由决定。我国《民事诉讼法》第13条第2款规定的处分原则可以认为是处分权主义的雏形。我国《民事诉讼法》第168条和《民诉法解释》第323条确立了上诉请求拘束原则。上诉请求拘束原则包含上诉不利变更禁止原则和上诉有利变更禁止原则。确立上诉请求拘束原则的同时，还应当增设附带上诉制度作为配套制度，二者同时存在可以在保障当事人上诉权的同时避免其滥行上诉。

因为我国正处于由职权探知主义到处分权主义的过渡阶段，现行法律法规在确立处分权主义的同时仍保留了部分职权探知主义的色彩。因为职权探知主义追求客观真实、有错必纠，而处分权主

① 参见[韩]李時潤：「新民事訴訟法（第4版）」，博英社2008年版，第760～761頁。

② 参见[韩]金洪奎、姜泰源：「民事訴訟法（제2판）」，第817頁。

③ 参见[日]新堂幸司：「民事訴訟法（第四版）」，第848頁。

④ 根据《韩国民事诉讼法》第393条（撤回二审上诉）第2款可知，撤回二审上诉不适用第266条（撤诉）第2款（撤诉在被告就本案提交准备书面或在辩论期日进行陈述或辩论之后需经被告同意）的规定。

⑤ 根据《日本民事诉讼法》第292条（撤回二审上诉）第2款可知，撤回二审上诉不适用第261条（撤诉）第2款（撤诉在被告就本案提交准备书面或在辩论期日进行陈述或辩论之后需经被告同意）的规定。

⑥ 《德国民事诉讼法》第516条（二审上诉的撤回）规定：二审上诉人可以在二审判决宣告前撤回上诉。撤回二审上诉应当向法院作出意思表示。未在口头辩论中作出的，应当以书面的形式向法院作出。因撤回二审上诉导致提起上诉的效力丧失，二审上诉人有义务承担因提起上诉产生的费用。这一效果应当通过决定的形式进行宣告。

⑦ 我国台湾地区“民事诉讼法”第459条第1款规定：上诉人于终局判决前，得将上诉撤回。但被上诉人已为附带上诉人者，应得其同意。

义尊重当事人在诉讼程序中的意思自治，只要当事人未主张且不属于依职权调查的事项，则即使有错也应坚持不予审判，所以职权探知主义与当事人处分权主义不能并存，只能择一。普通民事诉讼只能选择处分权主义，对于当事人未主张的事项，应当坚持有错不纠，否则就会违反更为重要的公正原则。

在劝阻吸烟猝死案中，一审法院存在超出原告的诉讼请求作出判决、违反释明程序、适用法律错误等错误，皆是由于不尊重当事人的处分权所导致。若一审法院依据当时有效的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第35条释明后询问当事人是否变更诉讼请求，则可以避免超判以及被改判的风险。尽管一审判决存在上述错误，但因双方当事人皆未主张，所以二审法院以法律适用错误为由予以改判，违反了上诉请求拘束原则和上诉不利变更禁止原则。本案诉讼标的不涉及他人利益或公共利益，过多考虑本案对后续其他案件的影响、漠视本案当事人的主张其实是在喧宾夺主。

(责任编辑：龚赛红)

Application of the Principle of Restraint on Appeal **—Comments on the Case of Sudden Death from Discouraging Smoking** *Kong Jinping*

Abstract: The appeal is the subject of the appeal trial. The declaration of appeal and the grounds of appeal determine the scope of the appeal trial, which is the connotation of the restraint principle of appeal. The principle of restraint on appeal requires that the scope of the hearing of an appeal should be limited to the hearing of the grounds of appeal. The principle of restraint on appeal includes prohibition of alteration with prejudice and prohibition of alteration with interest. Article 13 and 168 of China's Civil Procedure Law and Article 323 of the Interpretation of the Civil Procedure Law basically establish the principle of restraint on appeal, and a supplementary appeal system should be added as a supporting system. In the case of sudden death from discouraging smoking, the court of second instance misjudged that the subject matter of the lawsuit involves public interest. Changing the judgment on the grounds that both parties did not claim the wrong application of law also violated the prohibition of alteration with prejudice. China should legislate separately on the types of cases to which dispositionsmaxime or power-of-inquisition applies, and should not judge whether the subject matter of a case involves public interest after filing.

Keywords: the principle of restraint on appeal; the principle of prohibition of alteration with prejudice; dispositionsmaxime; public interest; incidental appeal