

# 禁止不利益变更原则在我国确立的可行性问题

周奕宇

宁波大学法学院, 浙江 宁波  
Email: yiyuzhou0917@126.com

收稿日期: 2021年7月14日; 录用日期: 2021年8月17日; 发布日期: 2021年8月24日

## 摘要

禁止不利益变更原则是大陆法系国家在上诉审制度中遵循的一项基本原则, 我国至今仍未在立法中明确规定该原则。本文通过对“电梯劝阻吸烟案”评析明确我国现有关禁止不利益变更原则在司法实务中的实践情况, 继而进一步从制度、理论层面探讨该原则在我国立法确立的可行性问题。

## 关键词

上诉审, 禁止不利益变更原则, 处分权主义

# The Feasibility of Establishing the Principle of Prohibiting Non-Benefit Change in Our Country

Yiyu Zhou

Law School of Ningbo University, Ningbo Zhejiang  
Email: yiyuzhou0917@126.com

Received: Jul. 14<sup>th</sup>, 2021; accepted: Aug. 17<sup>th</sup>, 2021; published: Aug. 24<sup>th</sup>, 2021

## Abstract

The principle of prohibiting non-benefit change is a basic principle that the civil law countries follow in the appellate trial system, but it has not been explicitly stipulated in the legislation in China. This paper analyzes the “elevator case of dissuading smoking” to clarify the practice of the principle of prohibiting non-benefit change in judicial practice in China, and then further discusses the feasibility of establishing the principle in Chinese legislation from the institutional and theoretical aspects.

## Keywords

### Appeal Trial, The Principle of the Prohibiting Alteration for Interests, Disposition Doctrine

Copyright © 2021 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 引言

禁止不利益变更原则作为大陆法系诉讼法学领域的一项重要原则在我国的民事诉讼法并未真正确立，但从世界各国特别是大陆法系国家民事诉讼法有关规定来看，该原则在上诉审制度中的重要作用都是不言而喻的，英美法系国家虽然在立法上未对该项原则做出相关的规定，但是其奉行“没有申请就没有救济”、“法院不得对未向其诉求的事项有所作为”等等，可见该原则的学术价值。

我国虽未在立法中确立禁止不利益变更原则，但该项原则对我国上诉制度的改革，包括明确上诉审理范围与裁判范围以及实现上诉审目的和功能都有着重要意义。本文对于禁止不利益变更原则的内涵、“不利益”的含义、范围及识别标准以及其核心的法理基础和制约机制，都将予以说明，并在此基础上对该原则在我国确立的可行性做进一步的探讨。

## 2. 禁止不利益变更原则概述

### 2.1. 禁止不利益变更原则

所谓“禁止不利益变更”，是指在只有一方当事人上诉的情况下，对于该上诉人，上诉法院不能作出比初审判决更不利于上诉人的判决。换言之，上诉法院只能在当事人上诉请求范围以内作出判决[1]。有关禁止不利益变更原则的核心要点可概括为以下三点，第一，前提条件，民事诉讼中仅有一方当事人上诉的情况下，才有禁止不利益变更原则适用的可能性；第二，阻却要件，被上诉人未提起独立上诉或附带上诉；第三，实质要件，上诉法院不能作出较下级审法院更不利判决之裁判结果。

#### 2.1.1. 禁止不利益变更原则的演变

禁止不利益变更原则是大陆法系国家上诉审中遵循的一项基本原则。一般认为其源于德国，是为了克服上诉共通原则的弊端用以维护上诉人的利益而设置的[2]。上诉共通原则是指在仅有一方当事人上诉时，被上诉人即使没有提起上诉也可陈述对判决的不服。上诉审法官依职权对此不服进行裁量，只要实体真实有利于被上诉人即可变更原判决。此后学者葛娜、亚诺德等人对上诉共通原则提出批判，认为基于对处分主义的尊重应将上诉审范围限定在当事人的意思范围内[3]。

也有学者认为禁止不利益变更原则可能源于刑事审判上的强烈要求，即“上诉不加刑原则”，但在民事诉讼中未必不言自明，对此还需要立法者的判断，该观点未形成通说。笔者认为该观点值得商榷。上诉不加刑原则与禁止不利益变更原则产生的理论基础、规制等诸方面都存在不同，不能简单地将两个原则进行类比。如上诉不加刑原则是为了保护被告人，为了最大程度地消解被告人上诉的顾虑，该原则侧重于对被告人的利益保护，该目的之下的程序设计存在一定程度的繁琐是可以被接受的。但是民事诉讼中的禁止不利益变更原则的基础是处分权主义，是通过当事人的处分权对法院的裁判进行拘束，从附带上诉制度的设置的目的也可以反推民事诉讼的程序设计实则并不鼓励当事人上诉。

此外，英美法系国家在上诉审中也基本遵循了禁止不利益变更原则[4]，其采用的是异议保留制度，该制度是指若当事人提起上诉，上诉范围只能限于在原审中已经提出的异议事项，若当事人未提出异议，则视为放弃了上诉权，上诉法院将不予受理[5]。避免突袭以及鼓励当事人做好充分的准备，美国上诉复审的范围局限在特定事项上，仅限于提出那些在上诉中递交的文书当中列出的错误，且上诉法院一般不轻易干预第一审判决的结果[6]。

### 2.1.2. “不利益”的含义、范围和识别标准

“不利益”的含义是指二审判决损害了上诉人在一审判决已经获得的利益。

对于“不利益”的范围，学界主要存在着三种观点：认为“不利益”在范围上包括实体性利益和程序性利益；认为“不利益”包括实体利益和属于上诉人可以自由处分的程序性利益；认为“不利益”仅仅包括实体性利益[7]。廖中洪学者对此认为“不利益”在范围上主要指的是有损于上诉人在一审判决中，已经获得或者一审判决中已经归上诉人的实体利益，这种实体性利益可以是实体法上的权利，也可以是实体法上的地位。

有关“不利益”识别标准的问题，学者一般从既判力客观范围的角度进行论述，学界主要有两种观点，一种观点认为对于是否“不利益”的判断和识别，以判决主文为标准；另一种观点认为除了判决主文，对“不利益”的判断和识别还应当参考判决理由。该两种观点的理由在于，第一种观点认为只有产生既判力的判决书内容才对“不利益”的判断和识别产生影响，而判决书中存在既判力的只有判决主文的部分。日本学者对此认为，根据处分主义，“不利益”只与判决主文相关，判决理由中的判断不产生既判力，对判决理由的变更便不会与禁止不利益变更原则发生冲突；第二种观点认为，许多案件实体问题的判断不仅仅以判决主文为依据，判决理由及其判断对实体问题的判断都会产生一定的影响，因此“不利益”的判断和识别也应当参考判决理由。现学界的有关“不利益”识别标准问题的通说为以判决主文的变更为依据。

### 2.1.3. 禁止不利益变更原则与禁止利益变更原则

禁止利益变更原则是指“当事人对原判决未声明不服之部分，若对方未上诉或未附带上诉时，即使原判决有不当，上诉法院亦不得对上诉人为更有利之判决。”[8]根据禁止不利益变更原则与禁止利益变更原则的含义解读可知禁止利益变更原则为禁止不利益变更原则的应有之义，该原则同样也是处分权原则的在上诉审中的体现，是重视当事人意志与处分权的上诉审原则的选择。

## 2.2. 禁止不利益变更原则的理论基础——处分权主义

民事诉讼中实行禁止不利益变更原则的核心法理依据是处分权主义。首先，禁止不利益变更原则广泛的存在于世界诸多国家的民事诉讼制度中，是解决私权利纠纷的裁判机制，私权利的行使以意思自治为核心。法院及裁判者必须在相关的诉讼活动中尊重当事人的处分权。上诉人对一审判决不服从而提起上诉是在积极行使自己的处分权。被上诉人没有提起自己的独立上诉或附带上诉，表明其是在主动地放弃诉的权利，裁判者不能破坏自己的中立地位，强制要求某一方当事人进行上诉，否则就有违背当事人的处分权的嫌疑。其次，禁止不利益变更原则要求裁判者在上诉人提出的请求内容范围内作出裁判，这也是尊重当事人处分权的体现。可以说，禁止不利益变更原则的核心法理基础就是民事诉讼贯彻的处分权主义。

### 2.3. 禁止不利益变更原则的制约机制——附带上诉制度

“附带上诉制度首创于查士丁尼大帝的罗马法大全，为诸多大陆法系国家及地区所继承。”该制度是大陆法系国家民事诉讼立法普遍规定的一项民事上诉制度，是指当事人一方上诉后，被上诉人依附于

该上诉程序而提起的特殊上诉，即使上诉期间已满或被上诉人此前已经舍弃上诉或撤回上诉。

附带上诉制度作为禁止不利益变更原则的调节机制，对可能滥用禁止不利益变更原则的上诉人起到一定的规制作用。原因在于，从上诉人的角度，其上诉后得到的法院的二审裁判在该原则的约束下不会出现比原审裁判更不利的情况，除却诉讼中耗费的时间与金钱不需要承担任何更不利裁判后果的风险，该原则对上诉人产生的上诉利益诱惑容易造成上诉人对于上诉权的滥用，但附带上诉制度的建立使得这类无理好讼之徒及滥行上诉者在肆无忌惮地上诉时要考虑一下由此带来的后果很可能是因对方提出附带上诉而使法院的裁判不再受禁止不利益变更原则的约束，最终的裁判结果仍有可能对己方更为不利。

此外，附带上诉制度一定程度上可以有力地化解“禁止不利益变更原则”下上诉制度中容易出现的“竞争上诉”的问题。大大减少了许多因为担心自己不提出上诉，若对方提出上诉而自己又错过上诉期限，二审中只能处于被动地位的当事人所提出的上诉<sup>[9]</sup>。该问题产生的原因在于一审判决作出之后对于意图服判息讼的一方当事人而言为了避免单方上诉可能最终造成裁判结果对其不利的结果，本不想上诉却也“被逼”上诉。

### 3. “电梯劝阻吸烟案”中的“禁止不利益变更原则”问题

2018年“电梯劝阻吸烟案”的终审判决的公布再一次引发了民法学界有关“禁止不利益变更原则”的讨论。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”以及本案一审判决是否构成“损害社会公共利益”是本案争论的焦点。

#### 3.1. “电梯劝阻吸烟案”二审判决程序正当性问题

2018年1月23日，“电梯劝阻吸烟案”二审判决一经公布，便在微博、微信等社交平台上引发热议。但与民法学界、司法实务界、社会公众几乎一边倒的叫好不同，民事诉讼法学界产生了明显分歧。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？

首先，不少学者对二审判决提出质疑，认为该判决违背上诉“禁止不利益变更原则”，是不尊重当事人行使处分权的表现。吴泽勇教授就本案认为，该案二审判决的实体结果是非常值得赞赏的，但“二审超出了当事人上诉范围，让原告因为上诉遭受了不利益。被告尽管因为一审判决‘吃亏’，但是他并没有上诉。这可以理解为被告对其处分权的行使，对此法院应该尊重。现在二审不仅驳回原告上诉，而且在被告没有上诉的情况下判决撤销原判决，明显违反了民事诉讼的处分原则。”但刘哲玮教授对此持反对意见，其认为我国的民事诉讼法从未明确确立“禁止不利益变更原则”也没有确立该原则的必要，同时也没有对该原则的反制措施，由此既然该原则在我国无适用的空间就无须以此为基础对该案进行讨论。笔者认为刘哲玮教授的观点值得商榷，以现下的法律建构否定该原则在未来的确立可能有所不妥。

其次，二审法院以一审判决违反“社会公共利益”为由改判驳回原告的诉讼请求，这个判决说理显得较为牵强，原因在于现行民事诉讼法明确规定与公共利益有关的包括消费者诉讼、环境保护诉讼以及某些家事诉讼，对于这几类案件法院若以“社会公共利益”的理由对案件进行改判便具有足够的正当性与说服力，但本案与上述案件的类型并无关联，那么以此为改判理由难免会造成此后司法实务对“公共利益”判断和界定的进一步混淆，因为从广义上讲，任何错误判决都会危及社会公共利益，都有可能间接地影响社会公共利益，但对公共利益的解释若过于随意，把一种间接的、不确定的公共利益影响纳入法律适用当中，有可能导致这一概念的滥用。另有观点认为，本案属于特殊的个案，将其归入“社会公共利益”使其列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，有其正当性和必要性。

对此，有多位学者认为，本案以指出一审适用法律错误，但驳回上诉维持原判为妥。这样既尊重了当事人的处分权，又不违反“禁止不利益变更原则”。但如此判决的问题又在于不同的法律适用对应的裁判结果是不同的，若二审法院只变更法律适用却维持原审判决结果，那么该裁判的错误是显而易见的，双方当事人二审裁判生效后都可以以此为理由申请再审，程序的反复与繁琐将不言而喻。

### 3.2. 从“电梯劝阻吸烟案”看我国现行上诉审裁判规则

从以上有关“电梯劝阻吸烟案”的学界及实务界的讨论可以看出，决大多数学者所认同的是我国在立法上并没有明确“禁止不利益变更原则”，但对于实践中是否已然以“禁止不利益变更原则”为裁判规则以及今后是否需要通过立法确定“禁止不利益变更原则”存在较大分歧。

笔者认为，受“有限审查为原则，全面审查为例外”的审查范围规则及法官个人裁判理念的影响，“禁止不利益变更原则”在部分个案中定是有所体现的，但并未达到形成统一“裁判规则”的程度，否则“电梯劝阻吸烟案”何来讨论的空间与必要？

此外，确立“禁止不利益变更原则”为上诉审的裁判规则实属必要。理由在于，从最容易理解的理性预期的角度来看，当事人提起上诉的目的乃是希望得到比一审裁判结果更为有利的裁判，如果上诉审法院可以不顾当事人上诉请求的范围，将上诉人置于比一审判决更加不利的境地，那么大部分当事人就可能放弃对上诉权的积极行使，转而保守地接受一审裁判，长期以往最终导致上诉审制度形同虚设，同时这也与上诉制度的立法目的即给予当事人二次救济的立法目的相悖。

## 4. 我国立法确立“禁止不利益变更原则”的问题讨论

### 4.1. 支持引入“禁止不利益变更原则”

支持我国引入“禁止不利益变更原则”并以立法形式加以确立的学者认为该原则确立的法律意义在于：

首先，有利于明确上诉审程序的审查范围。对于上诉审的审查范围，现行的民事诉讼法和有关的司法解释规定不相协调，使得司法部门在实务操作时标准不一。确立“禁止不利益变更原则”能够将上诉审查范围限制在当事人上诉请求的范围内<sup>[10]</sup>。

其次，有利于防止法院滥用司法审查权，更好的保持其中立裁判者的地位。二审法院超越当事人上诉请求范围审理上诉请求外的事项，实则是“公权”对“私权”的不当干预，是民事诉讼中职权主义倾向的表现，与民事诉讼法的基本原则——处分原则相悖。并且这种毫无约束性的裁判权极易造成对当事人的突袭性裁判，违背的是程序公正的起码要求。“禁止不利益变更原则”对处分原则的贯彻性要求能够最大程度地强化当事人诉权对法院审判权的制约。

最后，有利于保障当事人上诉权和实现上诉制度的目的。从理性预期的角度，虽然民事诉讼不像刑事诉讼事关上诉人的人身自由，但并不意味在民事诉讼中不存在当事人害怕上诉会加重民事责任而不上诉的情况，其当然地也期望通过上诉获得比一审判决更为有利的裁判结果，那么“禁止不利益变更原则”的确立将很大程度消除当事人的顾虑，使其敢充分地行使上诉权，上诉制度的目的得以充分实现。

### 4.2. 引入“禁止不利益变更原则”缺乏现实基础

结合有关学者对于该问题的讨论，笔者认为“禁止不利益变更原则”在我国的确立目前仍缺乏现实基础，包括理论基础、诉讼理念基础以及制度基础，分析如下。

#### 4.2.1. 理论基础未确立

如上文所述，禁止不利益变更原则的核心法理基础就是民事诉讼贯彻的处分权主义，但我国的处分权主义因在确立及发展过程中过多的受到了前苏联民事诉讼理论及事实探知绝对化的影响，表现为限制

处分原则。尽管随着经济社会的逐步发展,处分权主义发展到强调“处分自由”,强调国家不得随意干预当事人的处分权的阶段,但我国民事诉讼制度中的许多程序设计仍与处分权主义相抵触,由此可见处分原则在我国并未得到深入的贯彻实施。那么“禁止不利益变更原则”在我国的确立将当然地缺少核心的理论基础。

#### 4.2.2. 诉讼理念不适配

我国民事诉讼的诉讼理念受早期重实体轻程序的价值影响,表现为“实事求是,有错必纠”实体正义的理念,追求实体正义对我的民众、裁判者以及立法者都产生了深远的影响。但笔者认为有错必纠作为刑事诉讼的原则不应当以与其一样的标准在民事诉讼的司法领域被加以贯彻实施。民事诉讼“有错必纠”原则中的“错”应当与刑事诉讼“有错原则”中的“错”做相应的区别理解,即民事诉讼“有错必纠”原则中的“错”应当以“程序错误”为标准,而不能以“实体错误”为标准<sup>[11]</sup>。因此民事诉讼贯彻处分原则,对于当事人未上诉的一审判决,即便确实存在与查明事实不符的错误也应当视为当事人行使处分权的结果。如若裁判者与民众对于“有错必纠”原则的理解仍停留在现下即以实体真实、实体正义为根本准则,那么该诉讼理念将会成为“禁止不利益变更原则”在我国确立的极大的障碍。

#### 4.2.3. 配套制度不完善

虽然我国学界在“不利益变更原则是否是附带上诉的必要前提”及“是否有必要确立附带上诉制度”等问题上仍处于争论状态,但不可否认的是,如上文所述并纵观设有附带上诉制度的国家中该制度运行情况,附带上诉制度对于禁止不利益变更原则确实存在一定的规制以及调节作用,该制度对于避免禁止不利益变更原则带来的弊端也切实起到了积极作用。但我国目前并未确立附带上诉制度也未设置任何预防和惩罚滥诉的机制,那么确立禁止不利益变更原则之后带来的滥诉弊端该如何消解又将成为亟待解决的问题。

### 5. 结语

禁止不利益变更原则在我国的立法确立及诸如此类的法律移植问题正如汪太贤学者所言“法律的移植是客观存在的,但是由于是由他国的法律或制度作为本国法律有机体的组成部分,必须谨慎、严肃,必须思考移植的可能性。因此法的移植不是随意的,而是有严格条件的。”<sup>[12]</sup>因各国国情与现有法律体系的不同,法律的移植若仅是简单的照搬照抄,则不但可能达不到期望的立法效果,还会减损现行的法律制度的实施效果及各类原则、法律解释上的冲突。综上,在现下我国有关禁止不利益变更原则的理论基础、诉讼理念以及配套制度未确立之时,贸然在上诉审中确立该原则将会给司法实践带来新的难题。

### 参考文献

- [1] 廖中洪. “禁止不利益变更”原则若干问题研究[J]. 现代法学, 2009, 31(1): 161-163.
- [2] 张卫平. 民事诉讼法[M]. 北京: 法律出版社, 2016: 362.
- [3] 赵泽君, 蒋丽华. 禁止不利益变更原则的反思与引入[J]. 西北民族大学学报(哲学社会科学版), 2019(4): 105-115.
- [4] 孙邦清. 论民事上诉中的禁止不利益变更原则[J]. 法学杂志, 2000(1): 36.
- [5] 汤维建. 美国民事司法制度与民事诉讼程序[M]. 北京: 中国法制出版社, 2001: 516-517.
- [6] 沈达明. 比较民事诉讼法初论[M]. 北京: 对外经济贸易大学出版社出版社, 2015: 549.
- [7] 陈泓言. 对我国引进禁止不利益变更原则的一些思考[J]. 法制与社会, 2009(18): 327.
- [8] 邱星美, 唐玉富. 民事上诉审程序中的利益变动[J]. 法学研究, 2006(6): 74.
- [9] 陈虹. 建立附带上诉制度的必要性探析[J]. 法制与经济(上旬), 2014(2): 76.

- 
- [10] 严本道, 马前. 民事上诉审中确立禁止不利益变更原则之构想[J]. 律师世界, 2003(1): 26.
- [11] 尹勃, 张雪萍. 论民事上诉中禁止不利益变更原则[J]. 河北法学, 2006(2): 137.
- [12] 汪太贤. 论法的移植条件和模式[J]. 理论与现代化, 1999(1): 40.