

# 民事诉讼法律审的功能及构造

张卫平\*

---

---

**内容提要:**为了满足法律适用的统一性要求,有必要在我国民事诉讼中实行有条件的法律审制度。引起法律审的事由应当是裁判违法,包括违反法院应当适用的法律规范,违反日常经验法则等,裁判违法应当与裁判结果具有因果关系;当事人提起法律审应经由原审法院;法律审仅审理法律适用问题且仅以上诉人主张的范围为限;法律审的裁决对重审法院应当具有约束力。

**关键词:**民事诉讼 法律审

---

---

## 一、法律审的功能

众所周知,法律适用的一个基本原则和要求是法律适用的统一性。法律适用的统一性具体地体现为“同案同判”,即裁判机关对于相同情形的案件应当作出同样的裁判。虽然法律适用统一性原则是法治运行的一项基本要求,在认识上,“同案同判”也已经成为人们判断司法是否公正的一个“默认点”,人们不能容忍同案不同判的结果,但在法律适用的现实中,却依然大量存在着不统一的现象。除了法律适用中,司法人员故意错误地适用法律导致法律适用的不统一以外,还存在着因对法律规定认识上的偏差而导致的不统一。一方面,法律、法规和司法解释的规定虽然是明确的,但适用者在读取法律、法规和司法解释的文本时,则可能受不同知识框架、个体认知背景、经验和价值评价等影响,而导致对法的文本理解的差异。另一方面,法律、法规也不可能将社会中的万千现象全部并具体地加以规定,即使作为细化和补充性的司法解释也不可能做到;同样也因为人们不可能对未发生的所有社会现象加以预测,从而超前地予以规范,所以需要裁判者根据案件的具体情形,按照法律、法规的精神在一定的范围内对没有具体规定的事项作出裁判,在这种情形下也最容易发生法律适用的不统一。

从理论上讲,裁判机构越是分散,司法者的人数越多,就越容易出现法律适用不统一的情形。而我国大约有几千个基层法院,几百个中级法院,几十个高级法院,法官的数量也已经达到10万人。如此众多的裁判机构和司法人员无疑也构成了中国司法的一个特点。因此在我国,法律适用的统一性问题就更具有现实意义。随着信息交流的日益增强,人们对法律适用的统一也有了更为迫切的要求。

过去,人们并非没有意识到法律适用统一性的重要性。为了实现法律适用的统一,人们也采取了

---

\* 清华大学法学院教授。

许多措施,例如:1. 加强对司法人员的职业培训,以便正确理解法律、法规,以求对法律、法规理解的一致性;2. 召开各种专业审判工作会议,总结审判工作经验以求得法律适用的统一;3. 发布典型案例,以典型案例指导司法人员的法律适用;4. 由最高法院针对各高级法院上报的个案疑难情况做出司法解释,以便使那些模糊或没有明确规定的法律问题能够得以明确,以达到法律适用的统一性;5. 通过第二审的审理使相同情形案件的法律适用在一定的地域内得到统一。这些措施对法律适用的统一性无疑起到了重要的作用。但也应当承认这些措施的作用是十分有限的,有的措施还存在着司法行政化的负面意义。前三项措施均属于通过抽象阐释的方法求得司法人员对法条认识的统一,并不针对具体个案的情形,虽然具有积极的作用,但与从个案法律问题的审理过程中得出确定的结论相比,在案件的针对性方面两者不能相提并论。只有通过案件的具体审理,才能更好地对具体案件中法律问题的相同与不同进行比较。最高法院针对个案情形的所作出的司法解释,例如“批复”、“答复”等,虽然具有针对性,但由于这种批复性的解释并不是产生于案件的审理过程中,因此其解释就缺乏其实证性,同时也保留了司法行政化的色彩。

因此,我们还需要进一步完善有利于实现法律适用统一性的有关制度,最大限度地消除法律适用不统一的现象。从各国司法制度的设计来看,独立的法律审程序是一种比较有效地实现法律适用统一的制度安排。在大陆法系国家,法律审作为上诉审级中的第三级,也是裁判的最高级或终级,其目的不仅在于纠正下级裁判机关的错误裁判,还在于通过这一级审理在一定程度上实现法律适用的统一性。这样的制度设计是值得我国借鉴的。

我国现行的审级制度实现的是两审终审制,即案件经过两级法院审理之后即告终结,当事人不得再行上诉。不可否认,在我国,上诉审不仅具有事实审的功能,也具有法律审的意义,上诉法院不仅可以就上诉的原审法院的事实问题进行审理,重新予以确认,也当然可以对上诉的原审法院在法律适用的问题进行审理,根据法律,纠正原审法院在法律适用上的错误。但由于我国两审终审的这种制度安排,决定了对于更高程度地实现法律适用的统一性,其作用必定是十分有限的。我国实行的是四级法院体系,实践中绝大多数案件的第一审在基层法院,这些案件的终审法院即为中级法院,而如此众多的中级法院作为终审法院就难以保证较高级别的法律适用的统一。法律适用统一性的最高要求应当是全国统一,仅仅在中级法院的辖区内实现统一是远远不够的。因此,为了实现在更高程度上的法律适用统一性,应当考虑审级制度的改革,设置有条件的三审终审制度。这不仅有利于提高审判的质量,也有利于法律适用的统一性。当然,如果将所有案件的审理均设计为三审终审,其诉讼和审理的成本又太高,因此,在审级制度的重构时应当考虑多重因素的衡平问题。笔者主张,我国的审级制度应实现“多元审级制”,即对于部分争议数额小的财产纠纷案件或简单的非讼案件实行一审终审,部分争议数额大的案件实行三审终审,其他案件实行两审终审。这样的审级设置既考虑了被救济权利的大小与救济手段成本的协调问题,还考虑了事实审和法律审与多次审理的审理绩效问题。

这里的“审理绩效”是指,案件的审理对于实现实体正义和程序正义的实际效果。应当注意的是,虽然我们从哲学意义上可以说,人们对事物本质的认识往往不能一次完成,需要多次、反复的认识,才能达至其本质,但从记忆信息衰减的一般法则而言,时间越长,人们对案件事实的记忆信息就会不断衰减,因此,多次审理并不一定能够使人们对案件原发事实的认识变得更加清晰。所以,在案件事实的认定上,应当充分尊重初审法院的判断。出于对上诉救济价值的一般认识,将事实审限定在两审之中是比较妥当的。将第三审设置为独立的法律审,即审理案件争议所涉及的法律问题,而不涉及事实问题,这样既有利于保障法律适用的统一性,也充分尊重了初审和二审法院对事实的认定判断,还兼顾了诉讼救济的成本。应当注意的是,由于法律审仍然是上诉救济体系的构成部分,因此法律审也同样具有程序救济的功能,即当事人对二审法院的裁判不服时可以有条件地寻求第三审法院的法律救济,如果符合法律审的条件,一旦法院受理,就会阻断原审裁判发生法律效力。当二审法院的裁判在适用法律方面存在错误时,法律审法院应当撤销其裁判发回重审或直接予以纠正。也有的外国

学者将救济功能作为法律审的第一功能,而将追求法律适用的统一性作为次一级或第二功能。<sup>[1]</sup>

权利救济都是有成本的,如何协调权利救济的收益与成本之间的衡平关系始终是权利救济程序建构的一个问题。法律审程序的建构也同样面临这样的问题,尤其是作为叠加的更高一级的法律审程序更是如此。作为一种复审的救济程序必然会因为过程的再次重复而消耗诉讼资源,所以必须谨慎对待。从原理上,越是高级的程序,其运行的成本就将越高,它的启动控制就应当越发严格。

法律审程序的基本或主要的限制在于,法律审的对象只能是法律问题,而不是事实问题。从法院审理的权限角度来讲,就是法律审法院的审理权限仅在于法律问题的审理和判断,而事实问题的审理和判断的权限在第一审法院和第二审法院。因此,这里就涉及事实问题与法律问题的区分。如果不能将案件的问题区分为事实问题和法律问题,也就难以适用法律审程序。从理论上讲,事实问题和法律问题的区别在于,判断某一事实或行为存在与否的问题,属于事实问题。事实问题的判断不涉及人的主观认识问题,仅就客观存在与否进行判断,而判断某一事实或某一行为是否存在法律上的价值,则属于法律问题。法律问题涉及法律上对特定事实或特定行为的评价问题。例如,被指控加害的加害人是否实施某一加害行为是事实问题,而该行为属于加害行为还是正当行为则属于法律问题。事实问题必须由当事人通过证明加以解决,法官只判断是否已经加以证明。法律问题不需要当事人加以证明,而是由法官根据自己的判断予以解决。

虽然事物之间存在差异,但也同样存在联系,且联系又是复杂多样的,因此有时这种差异又可能因为它们相互之间的密切联系在特定情形下变得模糊。事实问题与法律问题的区别也是如此。例如,关于经验法则的适用问题、法律行为的解释问题、<sup>[2]</sup>不确定的法律概念的解释问题<sup>[3]</sup>等等,这些问题究竟属于事实问题,还是法律问题就存在争议。(这也是成文法国家在司法运行中,概念先行所必然要遇到的问题)。因此,也有的学者认为区分事实问题与法律问题没有意义。不过,尽管事实问题与法律问题在某些情形下难以清晰界定,但不等于在一般情形下均不能界定。在通常情形,事实问题与法律问题按照上述标准依然是可以区分的,因此,法律审作为独立的程序是可行的。

## 二、法律审事由

所谓法律审事由,是指法律审法院撤销原判所依据的理由。如前所述,考虑到权利救济的成本、法律审法院的裁判负担以及法律适用统一性这三个因素,应当将法律审事由规定为原审法院的裁判违法。<sup>[4]</sup>

原审“裁判违法”与判决、裁定的再审事由——“确有错误”一样,是一个相当抽象的概念,对此,人

[1] [日]伊藤真:《民事诉讼法》,有斐阁2002年补订第2版,第654页。

[2] 在日本,理论界和实务界最初认可法律行为的解释问题属于事实问题,但后来逐渐认为属于法律问题。因为关于法律行为的解释在于解释法律效果的内容,即是对法律行为进行评价的过程,而不是确认当事人主观上的意思,因此法律行为的解释的问题属于法律问题,关于法律行为的解释问题也就成为提起上告审(第三审)的理由。见[日]小室直人:《上诉制度研究》,有斐阁1961版,第201页。

[3] 在法律条文中有一些概念本身是不确定的,裁判中对不确定的法律概念的解释能否成为法律审的对象,在国外理论界也存在争议。最典型的不确定概念当属民法中的“诚实信用”。诚实信用的适用必须根据具体案件的具体情形,与一般确定的法律概念相比较具有更大的解释余地。由于诚实信用的解释与具体事实的认定十分密切,以致有学者认为诚实信用这一概念的适用很难区分究竟是事实问题还是法律问题。但也有学者认为法律中尽管存在着不确定的概念,如“重大过失”、“善良风俗”、“重大事由”等,但在实务中判例已经将这些概念逐渐加以确定,如果法官的解释违反这些判例,其解释也就成为提起法律审的理由。只有属于法官自由裁量的事项,才不能成为提起法律审的理由。

[4] 我们在表述法律审提起的理由时,也可以将“裁判违法”表述为“适用法律确有错误”,这种表述的思维方式与再审启动的理由:生效判决、裁定“确有错误”是相同的。但笔者认为“裁判违法”更为妥当一些。错误是相对于正确而言的,违法是相对于合法而言的,对于法律审的启动理由而言,以正确与否来加以界定是不够的,是模糊的,而将“裁判违法”作为法律审提起的理由就更直接地表达了法律对于裁判的基本要求,即裁判必须合法,否则裁判不具有法律效力这样的基本理念。

们在运行再审程序时无疑有着相当深刻的体会。裁判违法具体应该包括哪些情形是应当加以探讨和界定的,否则不利于法律审的正确运行。

第一,裁判违法中的“法”是一个广义的概念,包括法院应当遵守、适用的所有法律、法规和司法解释,也包括习惯法和国际条约等。行政行为、私人之间的契约因为不是严格意义上的法律,因此也就不能成为法律审的审查对象。普通的贸易约定、保险条款、公司章程、企业劳动协议、企业制定的就业规则等虽然其效力对多数人有约束力,而且还具有一般抽象性规范的内容,但同样因为不是基于国家立法权而产生的,因而不是严格意义上的法律,也就不能成为法律审的审查对象。<sup>[5]</sup>

第二,违法包括以下几种情形:(1)裁判应该适用此法律,但却适用了彼法律,即所谓适用法律错误;(2)存在应当适用的法律、法规和司法解释,却没有适用;(3)不应当适用该法律、法规和司法解释,却适用了该法律、法规和司法解释。例如适用了已经废除或失效的法律、法规和司法解释,或适用了尚未生效的法律、法规和司法解释。应当注意的是,法院在裁判中如果没有按照法律条文中的任意性规定,则不能构成法律适用的违法,因此也就不能成为法律审的事由。

关于事实认定的违法,在性质上属于违反程序或违反程序法的行为,因此也属于法律审的事由之一。虽然事实认定的违法涉及到事实本身存在与否的问题,但对于法院在认定该事实时是否符合程序或程序法的要求所发生的问题,也是法律适用的问题。例如证据调查收集违法、错误地认定了自认的效力、明显不正当地行使了释明权等等。但将违法程序或违反程序法规定的行为作为法律审的事由时,还要求其行为与裁判结果有因果关系。

第三,裁判违法的行为与裁判结果之间应具有因果关系。也就是说,原审法院的法官在适用法律时发生上述所说的几种情形之一的,并不一定当然成为提起法律审的事由,还必须是违法裁判的行为实际影响了裁判的结论。<sup>[6]</sup>

一般情形下,只要裁判时发生了上述情形,通常就会产生当事人不满的裁判结果,但有的情形则并非如此,这主要发生在程序法的适用上,即违反程序法关于诉讼程序的规定,其审理行为未必与裁判的结果有直接的因果关系,也就是说,即使没有违反程序法的规定也会发生这样的裁判结果。因为程序法的某些规定只在于实现程序公平或程序正义的价值,与实体正义的实现关系不大。这里就涉及到程序正义的保障与权利救济、法律适用统一、诉讼成本的相互关系平衡与协调的问题。程序规定不同于关于实体权利的规定,有关程序的规定存在比较明显的“程序差序结构”,即违反程序的行为在效果上是不同的,在对待程序违法行为时处理的方式也不相同,有些违反程序的行为将导致对实体结果的否定,有的则不会影响实体结果,尤其是在民事诉讼中,如果将所有违反程序规定的行为全部与实体结果联系起来,则将导致诉讼成本无限增大。与第二审程序的启动相比较,法律审程序的启动有着严格的限制,这一限制也反映了程序成本对程序正义实现的限制。

当然,这并不是说所有违反程序法的情形,都要求违法行为与裁判结果之间具有因果关系,对于一些重要的程序规定,一旦违反就可以作为提起法律审的事由。违反哪些程序规定可以独立成为法律审上诉成立的理由,需要认真研究探讨,并在修订民事诉讼法时加以明确规定,否则难以具体适用。例如以下几种情形就应当属于这种情况:审判组织的构成不合法;应当回避的法官没有回避;不属于法院民事审判权行使的范围;裁判法院违反专属管辖的规定;<sup>[7]</sup>当事人的诉讼代理人不合法;违反言词原则;应当公开审理而没有公开审理;裁判没有依据或裁判理由明显自相矛盾等。在大陆法系国

[5] [日]三月章:《民事诉讼法》,成文堂1985年第2版,第540页;[日]兼子一等:《民事诉讼法》,弘文堂1986年版,第1207页。

[6] 同上引,兼子一等书,第1205页。

[7] 我国虽然规定了专属管辖,理论上也承认专属管辖的某些效力,例如,当事人的管辖协议不得违反专属管辖的规定,但是却没有在法律上明确专属管辖与一般管辖规定的效力差异,因此难以体现专属管辖的特殊效力。国外通常规定,违反专属管辖可作为提起法律审的理由,而违反一般管辖不可以作为提起法律审的理由。

家,一般把这些提起法律审的理由作为“绝对理由”,其他理由属于相对理由,例如德国、奥地利、日本、韩国等。之所以称为“绝对理由”,是相对一般作为法律审的理由,即原则上要求裁判违反法律的行为须与判决结果之间存在因果关系,而以上述事由提起法律审则没有“因果关系”这一条件,因此是绝对的。<sup>[8]</sup>

第四,关于违反判例的问题。作为成文法国家,判例被认为不是制度上的法源,原审裁判与判例冲突时,也就不能直接认定为裁判违法。但由于作为最高裁判机构的法院的判例对下级法院具有拘束力,因而也就具有类似法源的机能。也有一些学者在理论上强调判例就是一种法源,<sup>[9]</sup>因此当事人主张裁判违反判例时也可以作为法律审的理由。由于我国还没有承认最高法院的判例对下级法院以及自身的约束力,因此,还不具备将违反判例作为法律审的事由。随着我国司法制度的发展,大陆法系式的判例制度也将建立,因此,对于是否将违反判例作为法律审提起的理由依然是值得探讨的。

第五,关于违反经验法则。经验法则虽然是大陆法系国家法院在审判案件时所应当遵守的规则,但在我国经验法则还没有在审判中成为一种“显规则”,尽管在审判实践中,法官会自觉或不自觉地运用经验法则来认定事实。所谓经验法则,是指人们从生活经验中归纳获得的关于事物因果关系或属性状态的法则或知识。经验法则既包括一般人日常生活所归纳的常识,也包括某些专门性的知识,如科学、技术、艺术、商贸等方面的知识。不仅人们在生活中会运用经验法则进行逻辑推理判断,在审理案件中,法官也要运用经验法则进行裁判,经验法则的意义就在于法院在认定作为裁判依据的事实时均需适用经验法则。在最高法院《民事诉讼证据若干规定》中第一次使用了“经验法则”这一概念,其第9条明确规定,对于“根据法律规定或者已知事实和日常生活经验法则,能推定出的另一事实”,当事人主张该事实的无需加以证明。在这一规定中,经验法则是推定的根据。

在国外理论界,一般认为违反经验法则即可视为违反法律,因此可以作为提起法律审的理由,判例对此也持肯定态度。<sup>[10]</sup>也有学者认为,经验法则虽然不是法律,但经验法则是解释法律的一种辅助手段,如果法律的适用是依赖该经验法则的结果,那么违反经验法则,就将导致法律适用的错误,鉴于这种关系,违反经验法则也应当视为提起法律审的事由。<sup>[11]</sup>另有持肯定论的学者不是从经验法则与法律适用的关系来论证违反经验法则为何可作为提起法律审的理由,而是从自由心证原则与经验法则的关系来论证违反经验法则时的可上诉性,即认为自由心证原则的本质不是法官可以根据自己主观意愿随意裁判,而是要求法官应根据推理和日常经验适用法律,违反经验法则也就违反了自由心证的原则,所以可以作为提起法律审的理由。<sup>[12]</sup>

值得探讨的是,经验法则虽然是法官认定事实的规则,但认定事实的同时也涉及对经验法则的认定问题,而事实判断权限在第二审法院,因此,如果将经验法则作为提起法律审的理由,则可能模糊法律审与事实审的界限,使得事实审和法律审的区别陷入尴尬的境地。例如,鉴定人必须依据与专业有关的经验法则才能作出鉴定,而鉴定人的鉴定结论是否正确的问题就难以判断是事实问题还是法律问题。于是有学者认为,不能将所有违反经验法则的情形一律作为提起法律审的理由,应当区分日常经验法则和专门性的经验法则,日常经验法则系法官能够判断的事项,法官违反经验法则可作为提起法律审的理由,而专门性的经验法则对于法官而言,也是无法判断的,因此指责第二审法官在裁判中

[8] 前引[5],兼子一等书,第1212页。

[9] 在日本刑事诉讼法405条中将违反判例作为提起第三审即法律审的理由,日本民事诉讼法中却没有明确加以规定,有学者认为应当与刑事诉讼法一样,将违反判例作为提起第三审的理由。[日]伊藤真、德田幸和:《民事诉讼法》第3册,有斐阁1998年版,第13、18页。

[10] 前引[5],三月章书,第533页。

[11] Stein - Jonas, ZPO. 20. Aufl. §549. S. 207. 转引自陈荣宗、林庆苗:《民事诉讼法》下册,台湾三民书局股份有限公司2005年版,第724页。

[12] [日]斋藤秀夫:《注解民事诉讼法》第6册,第一法规出版社1971年版,第270页。

违反专门性经验法则没有意义,也就没有必要作为提起法律审的理由,对于违反专门性经验法则的救济仅限于第二审程序。<sup>[13]</sup>

### 三、法律审的程序构造

#### (一) 法律审审理的机关

从理论上讲,法律适用的统一当然是以全国范围内(港、澳、台地区除外)的统一为最高要求。在其他国家,如德国、日本、韩国等原则上均以最高法院为法律审的法院。<sup>[14]</sup>这样的设置能够保证在全国范围内法律适用的统一性,也利于法律审制度的另一个副产品——判例制度的形成。可以利用法律审制度,使得那些法律上没有明确规定,但又需要在审判实践中加以明确的法律问题通过最高法院的判例予以明确,对全国法院在处理此类问题时形成有效的约束力。长期下去,这种判例制度逐渐作为“次一级”或“补充性”法源得到认可,将对我国的法治建设有着积极、深远的影响。

但对于我国这样幅员辽阔的国家,是否应将最高法院设为法律审法院是一个需要斟酌的问题。如果以最高法院作为法律审法院,则第一审法院应当是中级法院,二审法院为高级法院。这样一来最高法院将面临几十个高级法院的法律审案件,但以我国目前最高法院审理案件的承受能力来看,其能否承受还是个问题。有的学者基于防止地方保护主义的考虑,提出了设立大区法院作为最高法院派出机构的设想,这一设想如果能够成立,无疑有助于减轻最高法院作为单一法律审法院的裁判压力。问题是大区法院尽管名义上是最高法院的派出机构,依然无法成为单一的最终审理机构,只是相对于高级法院而言集中一些。不过尽善未必是最为适当,法律审法院的设置多种因素制约的情况下只能考虑适当性。

#### (二) 法律审的启动

1. 法律审提起的主体。法律审是上诉审的最终程序,因此,提起法律审的主体与第二审提起的主体范围是相同的,即原审案件的当事人。在对一审裁判有上诉权的当事人均有权提起作为第三审的法律审。按照民事诉讼处分原则,法律审程序既不能由法院依职权启动,也不能通过检察院提起抗诉启动。

#### 2. 法律审的客体

法院裁决的方式在我国有判决、裁定和决定。对哪些裁决方式可以采取法律上的救济措施与救济的权利和成本有关。判决裁决的是当事人的实体权利,毫无疑问应当成为法律审审理的客体,当事人对原审判决不服,并符合其他要件的,可以提起法律审。法院的决定由于一般不涉及重大的程序事项和实体权利的处置,因此不宜作为法律审的审理客体。比较难以处理的是裁定,从我国民事诉讼法现有的规定看,裁定的事项一般不直接涉及实体权利,但有的裁定却涉及比较重大的诉讼事项,例如不予受理的裁定、驳回起诉的裁定等。当然对于所有不予受理的裁定和驳回起诉的裁定全都作为法律审的裁定似乎过于宽泛,因此可否将那些以不属于法院主管、违反一事再理原则等为由不予受理或驳回起诉的裁定作为法律审的审理客体,是可以考虑的问题。

如果今后我国民事诉讼法认可当事人双方协议约定不服一审判决时,可直接就法律问题上诉于法律审,那么作为法律审上诉的客体,就不一定是第二审的终局判决,也包括第一审判决。日本将直接向法律审法院提起的上诉称为“飞跃上告”。从民事纠纷的特性来看,给予当事人对程序的选择自由是必要的。<sup>[15]</sup>

[13] 兼子一:《民事法研究》第2卷,酒井书店1969版,第201页。

[14] 在日本,由简易法院作为第一审法院的案件,法律审的法院为高等法院。

[15] 参见张卫平:《民事诉讼的契约化——民事诉讼修改的基本作业》,《中国法学》2004年第3期。

### 3. 法律审上诉状的提交

基于减轻法律审法院负担的考虑,国外均规定法律审上诉状只能向原审法院提交,不得向法律审法院提交。这一点与第二审上诉状的提交有所不同,第二审上诉状通常既可以向原审法院提交,也可以向上诉法院提交。法律审制度中规定须向原审法院提交上诉状,其目的就在于使原审法院在移交案卷材料给法律审法院之前可以对当事人提起的上诉是否合法进行审查,以减轻法律审法院的审查负担。上诉状虽然提交给原审法院,由原审法院对上诉的合法性进行审查,但由于这种审查具有代替法律审法院审查的意义,因此,当上诉状提交给原审法院时起,就已经发生移审的效力。

上诉状须在一定的期间内提出,这也是上诉的形式要件之一。日本民事诉讼法规定,上诉状提出期间为两周内,且该期间为不变期间。

上诉状需记载上诉理由。出于限制法律审程序适用的需要,法律审的提起与第二审上诉的提起有所不同,要求法律审的上诉人必须在上诉时说明上诉的具体理由,上诉状中没有载明上诉理由的,要求上诉人在一定的期间内补充上诉理由书。基于对法律审适用的限制,有的国家对上诉理由的记载方式也有明确的要求,如果违反要求,也将以不合法为由驳回上诉。例如,上诉人认为原审裁判违法的,应当具体指明违法的情形。如果是违反程序法的规定,则必须指出违反了程序法的何种规定。日本判例指出仅仅在上诉状理由中指出“违反法律的精神”是不符合关于上诉理由记载方式要求的。<sup>[16]</sup>我国在设置法律审制度时,是否需要如此严格地加以限制应仔细斟酌,认真评估法律审法院的负担和限制的效果。

对于上诉人的上诉,要求被上诉人在上诉状送达后的一定期间内向原审法院提出答辩状。在大陆法系国家,这一规定并不严格,即使没有在规定的期限内提交答辩状,也并不当然丧失在法律审中的答辩权,在判决以前,被上诉人也可将答辩意见交给法律审法院。

### 4. 原审法院对法律审上诉要件的审查及处理

原审法院对法律审上诉的审查是主要是审查当事人的上诉是否符合法律审上诉的要件,并不对上诉的法律审事由进行审查。对于上诉有缺陷的,法院可以命当事人限期予以补正,如果没有补正者,原审法院应当裁决予以驳回。上诉状中没有记载法律审提起的理由的,法院将要求上诉人在一定期间内补充,没有补充上诉理由的,同样也将驳回上诉。

#### (三) 法律审法院的审理

1. 法律审法院对法律审启动是否合法进行审查。法律审法院首先要审理法律审提起的合法性问题,即使原审法院已经对上诉人的法律审上诉进行了审查。法律审法院认为法律审的上诉不符合要件时,可以裁决驳回上诉。

大陆法系国家在民事诉讼中实行当事人主导的诉讼体制,因此明确区分当事人主张事项和法院职权调查事项。对于当事人主张的事项,如果没有当事人的主张,法院不能主动进行调查。如果属于职权调查的事项,则即使当事人没有主张,法院也可以依职权进行调查。法律审上诉是否符合要件的事项就属于职权调查事项,法院有权在当事人没有主张时主动进行调查,并根据结果作出裁决。

2. 法律审法院审理的范围。处分原则和辩论原则是民事诉讼的基本原则,因此与第二审上诉相同,法律审的审理范围同样限于当事人上诉主张的范围,法律审法院无须对整个原审裁判是否违法进行审理。

#### (四) 法律审的审理方式

法律审的审理方式既可以是书面审,也可以是言词审。如果法院认为通过书面审理不能明确上诉理由是否成立时,法院应实行口头辩论。这一点与第一审和第二审的审理方式均有所不同。采用这种审理方式与法律审的特点有直接关系。在大陆法系国家,初审和第二审中,口头辩论是审理的一

[16] 日本最高裁判所 1956 年 11 月 11 日判例。

般原则,不经过口头辩论而作出的实体上判决是严重违法的。<sup>[17]</sup>是否应当在法律审中坚持言词辩论或口头辩论也是一个有争议的问题。口头辩论使当事人双方能够在法庭上公开进行质辩,公开的、口头的辩论被认为是一种基本的民主权利。如果仅考虑审理的效率和审理的负担,而不顾及当事人基本权利的行使也是一个问题。

由于法律审的审理涉及案件争议的法律问题,仅有缺乏专业法律知识的当事人的参加不利于法律问题的辩论,因此即使在普通的诉讼中不实行强制代理的国家,通常也要求必须委托律师参加法律审的诉讼,而且不仅是在法律审程序中,在提起法律审的上诉时也必须委托律师实施上诉行为。

#### (五) 原审事实确定的约束力

法律审审理的对象是原审裁判中所涉及的法律问题。虽然法律审对法律问题的判断也会牵连或间接涉及到案件事实,但法律审法院必须受原审法院对案件事实认定的约束,对法律问题的判断应当以原审法院认定的事实为基础,不能够重新对案件事实加以认定。另一方面,当事人在法律审中也不能主张原审法院对事实认定的不当。

法律审法院所依据的事实关系应当是第二审程序辩论终结时所确认的事实,因此,第二审辩论终结以后发生的事实在法律审中法院不应当予以考虑。对于第二审辩论终结以后发生的事实,当事人可以就该事实所发生的争议另行提起诉讼,即使原判决已经发生法律效力,按照既判力的理论也对该事实争议没有约束力。但应当注意的是,在原审辩论终结以后发生的事实并非绝对不能作为法律审裁判依据的事实,例如那些明显存在的、没有争议又无需证明,而且对案件的终局裁决具有作用的事实。具体而言,这类事实有:对于请求停止专利侵权的诉讼,在法律审程序中,专利行政机关作出新的行政决定使专利权发生或消灭的事实;在要求返还金钱的诉讼中,第二审法院没有认可当事人关于禁止债的抵销的特殊约定,使得抵销成立,但在法律审的审理中原告被宣告破产的,在这种情况下,根据破产法的规定,关于禁止抵销的约定无效。宣告破产的事实尽管发生在原审辩论终结之后仍然可以提出;对于附期限的金钱给付请求诉讼,在法律审过程中期限到来。<sup>[18]</sup>哪些后发的事实应当作为法律审法院考量的事实,需要根据我国法律的规定予以确定。

#### (六) 发回重审以及移送后的程序适用问题

在我国民事诉讼中,如果上诉法院经过审理认为原审法院认定事实不清的,将撤销原判发回重审。对此,重审的程序应始于什么阶段,我国民事诉讼法中没有规定,理论和实务界也存在争议。<sup>[19]</sup>如果我国设置了法律审程序,同样会面临这一问题。从国外的理论和判例来看,在法律审撤销原判发回重审的场合,原则上只要原审程序没有违法,该程序依然具有效力。判断原审程序是否具有效力,需要根据法律审撤销原判的理由来看。撤销原判发回重审,有的是一直发回到第一审程序,如第一审审理案件的法官应当回避而没有回避的情形。但此种情形并不会导致所有程序无效,开庭审理前的程序就是有效的,如证据交换、当事人的更换、诉讼请求的变更等等。

不过从撤销原判的理由来看,多数情形下原审程序都可能是无效的,因此一般撤销原判,发回第二审的案件,第二审程序都需要重新展开。当事人是否可以提出新的主张、新的攻击和防御方法,甚至提出新的请求,要根据民事诉讼法的规定。在我国民事诉讼实务中,第二审程序中不允许提出新的请求。根据现行的民事证据规定,如果不属于该规定中的“新证据”也不允许在第二审中提出。由于民事案件的事实产生并不因为原审裁判的作出而停止,因此,法律审过程中以及重审过程中,还会有

[17] 在我国民事诉讼法中规定,二审可以不开庭审理而径行判决。现在看来作为事实审的第二审,仍然应当坚持开庭审理,实行口头辩论原则或言词辩论原则。法律审可以考虑以书面审理为一般情形。

[18] 前引[5],兼子一等书,第1227页;Rosenbeg - Schwab, aa. O., §146(2) 3h, F. Mattern, Neues Vorbringen in der Revisioninstanz, JZ 1963 S. 652f.

[19] 有学者主张,因为法律没有规定,因此重审就应当重新开始全部审理程序。有的则认为仅仅是重新开庭审理。分歧的要点在于,原第一审中开庭审理前的程序是否应当有效。



新的事实发生,这些事实能否在重审中提出,按照国外的规定和判例,原审辩论终结以后发生的事实,当事人也可以在重审中提出,法院在重审裁判时应当斟酌这些事实。<sup>[20]</sup>

## 四、法律审的终局裁判

### (一) 终局裁判

法律审法院对上诉进行审理之后,必须对上诉进行终局性处理。

1. 当事人的上诉不符合上诉形式要件的,裁决驳回上诉,维持原判。例如没有在上诉期限内提起上诉;要求有委托律师提起上诉的没有委托律师;没有按照规定提出上诉理由等等。裁决的形式可以根据我国的传统采用裁定的方式。

2. 当事人在上诉状中提出的法律审事由不能成立的,属于缺乏上诉成立的实质要件,法院应当驳回上诉,维持原判。因为此种情形与第一种上诉不符合形式要件有所不同,所以在裁决的形式上可以考虑以判决的方式作出,以示差异。

3. 当事人的上诉事由成立的,法院应当裁定撤销原判。从国外的法律规定和实践来看,撤销原判具体有以下几种情形:

(1) 原审判决违反专属管辖的,法律审法院应当撤销原判,将案件直接移送给有管辖权的第一审法院。因为原审已经经过两审,因此撤销原判就要撤销原第一审和原第二审两个判决,仅仅撤销第二审判决是不够的。

(2) 原审判决超出法院审判权行使范围的,法律审法院应当撤销原判(一审判决和二审判决),直接驳回当事人的起诉。如果只是撤销原判发回重审,由二审法院再撤销一审判决发回重审,最后由一审法院驳回起诉没有必要。

(3) 案件缺乏诉讼要件,如不属于正当当事人、没有诉讼行为能力、违反一事不再理原则等,法律审法院应当撤销原判直接驳回当事人的诉。<sup>[21]</sup>

(4) 除上述三种情形外,应当发回原审法院重审的情形。

法律审法院之所以在撤销原判后要发回重审,是因为撤销原判的理由中有的严重地违反了程序或程序法的规定,属于绝对上诉理由的情形,如没有开庭审理、诉讼代理人无权代理、应当回避的法官没有回避、判决没有理由、判决书理由记载相互矛盾等等主要属于程序上的问题,需要重新进行审理后作出判决;有的则属于违反程序法的规定错误地认定事实以及适用法律的问题。违反程序法的规定错误认定事实的,当然涉及案件事实的重新认定问题,即使涉及法律适用的问题,也还涉及根据案件的具体事实如何适用法律的问题,因此也需要发回原审法院重新审理作出判断。

### 4. 法院自行改判

其一,当原审判决适用法律错误,不涉及案件事实认定的,法律审法院可以在撤销原判的基础上直接改判。其二,案件涉及事实认定,但该事实的认定属于法院可以依据职权认定的事实的,法律审法院可以撤销原判,在事实认定的基础上自行改判。其三,其他法律审法院认为没有必要发回重审的

[20] 参见〔日〕铃木正裕、铃木重胜编集:《注释民事诉讼法》第8册,有斐阁1998年版,第341页。

[21] 按照我国现行民事诉讼的规定和通说,上述情形被认为是起诉的条件,因此属于上述情形的,法院应当以裁定驳回起诉。这种认识的问题在于,将诉讼要件(实体判决要件)与起诉条件混淆起来,如果这一认识在民事诉讼修改时得到纠正,则当案件缺乏诉讼要件(实体判决要件)时,就不再是驳回起诉,而应当改为驳回诉,更为准确。参见张卫平:《起诉条件与实体判决要件》,《法学研究》2004年第6期。

情形,法院可以自行改判。<sup>[22]</sup>

## (二) 终局裁判的约束力

在民事诉讼中,上诉法院撤销原判发回重审后经常遇到的一个问题是,原审法院重审以后仍然作出了与上诉法院判断相反的判决。这样就可能导致当事人再次上诉,上诉法院再次撤销原判发回重审。为了防止原审法院在撤销原判以后再次作出维持原判或实质上维持原判的裁判,上诉法院往往不得不更多地实行自行改判的做法。

要避免这一问题的发生,就必须承认法律审法院裁判的约束力。即重审的法院在重审时应当以法律审法院的裁判理由为基础作出新的裁判。例如,法律审已经认定原审法院的审理程序违法,如错误地认定不正当的当事人为正当当事人,那么,在重审中法院就不得坚持认为该当事人仍然是正当当事人,而应该更换当事人或驳回当事人的诉。在理论上这种约束力被称为撤销判决的约束力。<sup>[23]</sup>承认撤销判决约束力的目的在于防止下级法院与上级法院在同一案件的审理上发生冲突。

我国民事诉讼法中没有明确上诉审撤销判决的裁判的在这方面的约束力,导致了实践中上述问题的发生,目前解决的方法是通过司法解释明确只能一次发回重审,如果重审依然有问题时,上诉审法院直接改判。以后有必要在民事诉讼法或法院组织法中明确撤销原审判决的约束力。

---

**Abstract :** In order to satisfy the requirement of the oneness for legal application , it is necessary to practice conditional legal trial system in Chinese civil lawsuit. The judgment that the law is violated should lead to legal trial , which include the violation of legal regulations and the violation of daily principles. The judgment should be closely related to the trial result. The party should ask his primary courthouse to fling the legal trial. The legal trial should only be limited to requirements of legal problems and the treatment of appealing party. The retrial courthouse shall take into account of the decision made by the legal trial court.

**Key Words :** civil litigation ; legal trial

---

[22] 我国民事诉讼法关于上诉裁判的处理规定二审法院可以直接改判,而无需撤销原判发回重审。在实务和理论上一般称为“自行改判”。这里需要注意的是,大陆法系国家民事诉讼中的“破弃自判”这一概念中的“自判”既包括了上诉法院撤销原判直接改判的情形,也包括撤销原判直接驳回当事人诉的情形,而我国民事诉讼一般不将撤销原判驳回当事人起诉的情形称为“自判”。

[23] 关于撤销原判的约束力的性质,在外国民事诉讼理论中存在争议。一种观点认为这种约束力属于既判力。也有的观点认为属于形成力。还有一种观点认为应当属于基于维持审级制度的特殊效力。参见前引[5],兼子一等书,第1234页;前引[20],铃木正裕等编集书,第350页以下。