

民事诉讼撤销原判决之程序违法事由

占善刚*

内容提要：在民事诉讼中，程序违法乃当事人不服判决的原因。二审法院撤销原判决应以程序违法与判决结论之间有因果关系为要件，这不仅是判决理由没有既判力的内在要求，也是对上诉以纠正错误裁判为目的的必然回应。现行民事诉讼法将“严重违反法定程序”作为撤销原判的程序违法事由，不仅未能因应当事人的不服，也抹煞了撤销原判决与发回重审之间应有的功能界限，侵蚀了当事人的上诉利益。撤销原判决的程序违法事由应回归“原判决违反法定程序，可能影响案件正确判决”之立法设计。程序违法与判决结论之间因果关系的认定采“可能性”标准，“民诉法解释”中规定的“严重违反法定程序”具有不可反驳地推定程序违法与判决结论之间有因果关系之意义。

关键词：程序违法 撤销原判 因果关系 严重违反法定程序

我国民事诉讼采用两审终审制，不服一审判决的当事人可以经由上诉向二审法院寻求进一步的救济。对于合法的上诉，二审法院应在当事人声明不服的范围内作出相应的裁判。也即，如果二审法院认为当事人的上诉无理由，应判决驳回上诉请求维持原判；如果认为当事人的上诉有理由，应在撤销原判决的基础上自行判决或发回重审。根据2017年民事诉讼法第170条第1款第4项的规定可知，现行民事诉讼法乃是将“严重违反法定程序”设定为撤销原判决的程序违法事由。笔者认为，这样的立法安排不仅未能彰显程序违法乃当事人不服原判决的原因，违背了程序违法与判决结论之间应有因果关系的基本原理，也抹煞了撤销原判决与发回重审之间应有的功能界限，更是在客观上侵蚀了当事人的上诉利益。应将什么样的程序违法设定为撤销原判决的程序违法事由，或者说导致撤销原判决的程序违法事由应具有怎样的特质，不能也无法从程序违法的性质或程度中获得正当性依据，而只能从当事人不服原判决的意义、上诉的目的以及撤销原判决与发回重审的机能界分中寻求解答。

一、撤销原判决之程序违法事由应满足因果关系要件

（一）程序违法乃当事人不服判决的理由

在民事诉讼中，上诉利益乃上诉的合法要件之一。当事人有无上诉利益，恒以其是否有不服的利益为判断基准。依“形式不服说”，判断当事人有无不服的利益，应比较判决主文与本

* 武汉大学环境法研究所、法学院教授。

本文系国家社科基金一般项目“审判程序违法的类型化处理研究”（17BFX053）的研究成果。

案请求是否一致。^{〔1〕}就原告而言,如果本案请求未能在判决主文中获得全部支持,其即有不服的利益。就被告而言,如果驳回原告本案请求的诉讼上的申立未能全部满足,其即有不服的利益。当事人有不服的利益时,即可向二审法院上诉主张其不服。^{〔2〕}当事人不服原判决的原因,或为原判决存在判断错误,或为原判决程序违法。判断错误是指原审法院就诉讼上的请求的判断出现事实认定或适用法律上的错误,程序违法是指诉的提起直至判决的形成违反了应当遵守的诉讼规范。^{〔3〕}程序违法为当事人不服原判决的原因,基于两个方面的考虑:其一,合法的程序展开乃民事诉讼正当性的基础。作为解决民事纠纷的司法程序,民事诉讼是由诉讼主体实施的诉讼行为环环衔接互动生成的。当事人和法院在实施诉讼行为时遵守诉讼法规尤其是强行性规范,不仅是保持诉讼行为法律效力的前提要件,也是维系诉讼程序顺畅进行、确保国民对司法信赖的坚实基础。其二,合法的程序展开乃判决具有可接受性的内在要求。判决主文也即判决的结论是否正确,直接关系到当事人之间的私权纠纷是否得到了妥适的解决,故判决结论正确乃裁判具有可接受性的第一要义。判决乃是法官在当事人双方提供的诉讼资料的基础上,经由事实认定与法的适用形成。在此过程中,诉讼主体是否遵守了法定程序,不仅攸关当事人受合法裁判的权利能否得到保证,更直接决定诉讼资料能否适时、完整地呈现在法官面前,进而影响裁判结论的正确形成。因此,遵守法定的诉讼程序乃裁判具有可接受性的内在要求。

民事诉讼二审以上诉人的不服是否有理由为审理对象。^{〔4〕}二审法院在认为当事人的上诉合法而进入本案审理后,应判断当事人的不服是否有理由。如果认为当事人的不服没有理由,即原判决认定事实无误、适用法律正确、未违反作为判决基础的诉讼规范,应以上诉无理由驳回上诉;相反,如果认为当事人的不服有理由,即原判决事实认定或法律适用错误,或者违反了作为判决基础的诉讼规范致使不能维持原判决结论时,应以上诉有理由撤销原判决。

(二) 程序违法与判决结论之间应有因果关系

当事人不服原判决并据之提起上诉,只要原审存在违反诉讼规范的情形,不问所违反的诉讼规范是强制性规范还是任意性规范,也不问违反诉讼程序的情形是“严重的”还是“一般性的”,均可为当事人不服原判决的原因。^{〔5〕}不过,当事人以程序违法为由向二审法院主张

〔1〕“形式不服说”因判断当事人不服的利益的基准明确,成为各国通说,我国民事诉讼法也采纳此说。不过,德国联邦法院认为,对于原告可以直接依“形式不服说”判断其有无不服的利益,而对于被告,因其没有本案的申立(Sachantrag)而仅有诉讼上的申立,无法借助判决主文与本案申立之比较判断其有无不服的利益,故应依实体上的不服判断有无不服的利益(BGH NJW 1994, 269; BGH NJW-RR, 2011, 1285)。德国联邦法院的这一见解受到德国学者的强烈批评,认为判决结论仅依原告的本案申立而定,被告是否受有不利利益,从判决主文中也可作出判断,故应同样适用形式不服原则,区分原、被告而设不同的不服判断基准,既无意义也没必要(Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl., 2018, § 134, Rn. 21-22)。在日本,“形式不服说”也为其判例一贯立场。参见日本大审院1943年12月23日判例(昭和18年(才)第704号离婚请求事件)、日本最高法院1956年4月3日判例(昭和29年(才)第431号土地所有权移转登记程序等请求上告事件)。

〔2〕不服(Beschwer)与不服的标的(Beschwerdgegenstand)并非同一概念,应予严格区分。不服的标的仅指当事人意欲经由上诉予以消除的不服。例如,原告诉请被告赔偿损失1万元,一审法院判决被告赔偿损失4千元。原告不服提起上诉,请求二审法院判决被告赔偿损失8千元。在该例中,原告在6千元的范围内有不服存在,因其请求二审法院判决被告赔偿损失8千元,故不服的标的为4千元。Vgl. Musielak/Voit, Grundkurs ZPO, 14. Aufl., 2018, Rn. 922; Musielak/Voit, ZPO, 17. Aufl., 2020, § 512, Rn. 18.

〔3〕参见〔日〕兼子一等:《条解民事诉讼法》,弘文堂2011年版,第12页以下。

〔4〕参见〔日〕小島武司:《民事诉讼法》,有斐阁2014年版,第852页。

〔5〕违反训示规范对诉讼行为的效力不产生任何影响,故原审诉讼程序违反了训示规范,并不能成为当事人不服原判决的原因。参见〔日〕贺集唱、松本博之、加藤新太郎:《民事诉讼法》(III),日本评论社2014年版,第70页;〔日〕松本博之、上野泰男:《民事诉讼法》,弘文堂2012年版,第805页。

不服，要求二审法院撤销、变更原判决，必须以程序违法与判决结论之间有因果关系为要件。在该要件具备的范围内，当事人不服原判决的程序违法原因与二审法院撤销原判决的事由相一致。譬如在德国，根据其民事诉讼法第 513 条第 1 款的规定，当事人以法律违反〔6〕为由对原判决表示不服，不问违反实体规范还是诉讼规范，均必须以判决建立在该法律违反的基础上为前提，也即法律违反与判决结论的形成之间有因果关系。德国民事诉讼法第 561 条更是明确规定，控诉法院的判决虽有法律违反，但依其他理由能维持原判决结论时，仍应认定当事人的上告无理由。在德国，控诉审法院与上告审法院均有权审查下级法院适用法律是否有错误，法律违反在控诉审与上告审中具有同一意义，〔7〕因此，德国民事诉讼法第 561 条所蕴含的基本意旨同样适用于控诉审中。事实上，德国学者也是以其民事诉讼法第 561 条为依据阐释二审法院撤销原判决的程序违法事由。〔8〕具体而言，如果原审诉讼程序没有该法律违反，法院的裁判结果可能会不一样，即表明这两者之间有因果关系。与此相反，如果原审诉讼程序虽存在法律违反，但对法院的裁判结果不产生影响，即表明这两者之间缺乏必要的因果关系。〔9〕法律违反与判决结论的形成欠缺因果关系要件时，即便存在更严重的诉讼程序违反，二审法院也不会考虑撤销原判决。

日本民事诉讼法虽未像德国民事诉讼法那样，明确规定法律违反在控诉审与上告审中具有同一意义，但其第 302 条第 2 款也明确规定，判决理由虽有不当，从其他理由能维持原判决的结论时，仍驳回当事人的控诉。日本学者普遍认为，程序违法只有在不能维持原审判决的结论时，二审法院始能肯定当事人的上诉有理由，进而撤销原审判决。〔10〕日本学者在阐释其第 305 条时进一步认为，原判决即便存在当事人所主张的违反诉讼程序的情形，也不是必须一律撤销原判决。毋宁认为，由于原审违反诉讼程序致使判决的结论不能维持时，始可撤销原判决。如果剔除该诉讼程序违反，原判决的结论尚能维持，二审法院仍驳回上诉。〔11〕日本的判例也持同一立场。〔12〕需要特别指出的是，根据日本民事诉讼法第 306 条的规定，原审判决的成立程序违法时，不考虑其与判决之间是否有因果关系而一律撤销。不过从日本最高法院为数不多的相关判例来看，其或属于拟制程序违法与判决之间有因果关系的事项，或属于可以裁定更正的判决表示错误，或属于责问权的规制对象，故将判决的成立程序违法单独作为撤销原判决的程序违法事由，并无太大的意义。日本最高法院也在 1974 年 11 月 29 日的判例（昭和 49 年（才）第 347 号不当得利返还请求事件）中认为，即便原审判决的成立程序违法，只要判决的内容未受影响，就不能由二审法院撤销。因此，在日本的民事诉讼中，原审程序违法也仅在达到

〔6〕 在德国，作为控诉理由的法律违反与作为上告理由的法律违反均是指法律规范未适用或未正确地适用。Vgl. Rimmelspracher, Münchener Kommentar zur ZPO, 5. Aufl., 2016, § 513, Rn. 10.

〔7〕 Jauernig/Hess, Zivilprozessrecht, 30. Aufl., 2011, S. 305; Grunsky/Jacoby, Zivilprozessrecht, 16. Aufl., 2018, Rn. 712.

〔8〕 参见前引〔6〕，Rimmelspracher 书，第 513 条，边码 12；上引 Grunsky/Jacoby 书，边码 712。

〔9〕 Schilken, Zivilprozessrecht, 7. Aufl., 2014, S. 438.

〔10〕 参见〔日〕中野贞一郎、松浦馨、铃木正裕：《新民事诉讼法讲义》，有斐阁 2018 年版，第 649 页；前引〔3〕，兼子一等书，第 1577 页。

〔11〕 参见〔日〕斋藤秀夫：《注解民事诉讼法》（6），日本第一法规出版株式会社 1982 年版，第 170 页；前引〔3〕，兼子一等书，第 1577 页，第 1589 页。

〔12〕 参见日本大审院 1933 年 6 月 19 日判例（昭和 7 年（才）第 3022 号损害赔偿请求事件）、日本大审院 1937 年 10 月 4 日判例（昭和 12 年（才）第 966 号借款请求事件）、日本最高法院 1954 年 4 月 27 日判例（昭和 27 年（才）第 18 号赊销货款请求事件）；〔日〕新堂幸司、铃木正裕、竹下守夫：《注释民事诉讼法》（8），有斐阁 1998 年版，第 160 页。

影响判决结论形成的程度即与原判决结论有因果关系时,才能成为二审法院撤销原判决的事由。

(三) 程序违法与判决结论之间应有因果关系的法理根据

程序违法与判决结论之间应有因果关系,可以从判决理由没有既判力与上诉以纠正裁判错误为目的两方面寻求根据。

1. 判决理由没有既判力。在民事诉讼中,判决主文体现了法院对当事人诉讼请求的判断。在此范围内,判决具有既判力。法院的事实认定与法律适用以及关于诉讼程序规范的遵守,仅为判决主文中结论形成的理由,不受既判力的约束。判决理由没有既判力的原因有二:其一,诉讼上的请求直接涉及当事人私法上的权利义务是否存在,当事人围绕诉讼请求实施诉讼行为,进行必要的主张、立证,有助于解决当事人之间的私权争执。其二,有助于明确当事人攻击防御的方向,避免当事人过于谨慎而实施一些无关的诉讼行为,譬如主张对判决无重要性的事实、提出无证据调查必要性的证据等,进而使得法院能够集中审理,灵活且迅速地展开诉讼,确保民事诉讼目的妥当地实现。^[13]一审判决作出后,当事人不服原判决请求上级法院撤销、变更,只能以判决主文中的结论为对象,而不能将判决结论形成的理由作为不服的标的。^[14]撇开判决结论,单独考察判决理由是否正当,即便可能,也因不具有实益而无必要。对二审法院而言,判决理由只有结合判决结论一并考察才有其诉讼法上的意义。因此,判决理由即使不当,但依其他理由能维持判决结论时,便不能认为当事人有不服的理由。其结果,二审法院仍驳回当事人的上诉。例如,原告请求被告返还10万元借款,一审法院认为原被告之间不存在借贷的事实并据此驳回原告的诉讼请求。原告上诉后,二审法院认为,一审法院认定原被告之间不存在借贷的事实固然不正确,但被告主张已清偿的事实成立,该事实足以维系一审法院判决驳回原告请求的结论。故二审法院虽然认为一审判决认定事实不当,但仍驳回当事人的上诉。^[15]因此,当事人以实体判断错误为不服原因,固应以其能改变原判决结论为前提,当事人以程序违法为不服的原因,也应以其能对原判决的结论产生影响为条件。^[16]

2. 上诉以纠正裁判错误为目的。民事诉讼中,法院根据法律所规定的诉讼程序,基于当事人提出的诉讼资料及实体法律规范进行裁判。在采行辩论主义的背景下,法院裁判多基于当事人的意思而形成,当事人往往基于主观的利害而实施诉讼行为,从而提高了法院错误裁判的风险。错误的裁判如果不能及时纠正,就个案而言,将导致有正当权利的当事人无从实现其权利,无义务负担的人被强制履行义务;就裁判整体而言,将使得其品质降低进而影响国民对司法的信赖。为提升裁判的品质及权威,保证国民对司法的信赖,必须对错误的裁判予以及时纠正,上诉制度即是缘此而设。无论各国民事诉讼立法就上诉制度作何种设计,均必须回应纠正错误的裁判之目的,给予当事人进一步的救济。从本质上讲,经由上诉而开启二审程序,实乃委诸二审法院从事实认定与法律适用两个方面,在当事人不服的范围内对当事人的私权争执再次进行判断。^[17]二审法院虽然以当事人对原判决的不服为审判对象,但从根本上讲,仍脱离

[13] 参见前引〔4〕,小岛武司书,第651页以下;〔日〕新堂幸司:《新民事诉讼法》,弘文堂2013年版,第698页。

[14] 参见〔日〕高田裕成、三木浩一、山本克己、山本和彦:《注释民事诉讼法》(第5卷),有斐阁2015年版,第15页;〔日〕伊藤真:《民事诉讼法》(第5版),有斐阁2016年版,第702页。

[15] 参见上引高田裕成等书,第204页。

[16] 参见〔日〕秋山幹男等:《民事诉讼法》(VI),日本评论社2014年版,第228页。

[17] 参见前引〔1〕,Rosenberg/Schwab/Gottwald书,第134节,边码20;上引秋山幹男等书,第5页;前引〔13〕,新堂幸司书,第877页;前引〔14〕,伊藤真书,第696页。

不了对当事人的私权争执的判断。在此意义上讲，二审法院关于私权争执所作的判断为一审法院所作判断的继续。因此，如果一审法院判决结论正确，二审法院为因应上诉的目的，自当认定当事人的上诉无理由，判决维持原判决。如果一审法院判决结论错误，无论该错误是由实体判断不正确所致还是缘于程序违法，二审法院均应认定当事人的上诉有理由而撤销原判决。此乃因应上诉以纠正错误裁判为目的的必然之举。因此，着眼于上诉的目的，也应强调撤销原判决的程序违法事由必须满足程序违法与判决结论之间有因果关系之基本要求。

二、基于“严重违法法定程序”撤销原判决违背基本诉讼法理

（一）未能因应当事人对原审判决的不服

根据我国民事诉讼法第164条第1款的规定，当事人，无论其为原告还是被告，只要对一审判决有不服的利益，即有权提起上诉，请求二审法院撤销、变更对其不利的一审判决。又依同法第165条，并结合《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（法释〔2015〕5号，经法释〔2020〕20号修改，以下简称“民诉法解释”）第320条的规定可进一步得知，当事人提起上诉，须以递交上诉状的形式进行，并应在上诉状中表明对原判决表示不服的范围并详细陈明不服原判决的理由。由于二审法院以当事人所主张的不服为审理对象，故二审法院对于上诉，应在上诉请求的范围内对不服判决的理由进行判断。^{〔18〕}但是，依民事诉讼法第170条第1款第4项的规定，只有原审判决存在“遗漏当事人或者违法缺席判决等严重违法法定程序”的情形时始撤销原判决，并未将程序违法与判决结论之间必须有因果关系纳入考量范畴，这显然是不正确的。如前所述，撤销原判决的程序违法事由必须满足程序违法与判决结论之间有因果关系这一要件，不仅是判决理由没有既判力的内在要求，也是对上诉以纠正错误裁判为目的的必然回应。现行民事诉讼法虽未效仿大陆法系立法通例，明确规定既判力的客观范围，但既判力理论的内在要求无论是在立法上还是在司法实践中皆得到了最基本的体现与遵循。民事诉讼法第124条第5项即蕴含了既判力理论所要求的禁止重复起诉之要义。“民诉法解释”第247条的规定则是对既判力范围的最直接表达。“民诉法解释”第334条进一步昭示了判决理由没有既判力的意旨，并隐含了判决理由虽有不当，但以其他理由能维持原判决结论时无需撤销原判决的认知。

此外，我国民事诉讼虽实行两审终审制，不同于德国、日本等大陆法系国家的三审终审制，但就二审的诉讼构造而言，两者并无不同。^{〔19〕}作为当事人不服原判决的通常救济手段，上诉均是以纠正原审裁判的错误为目的。征诸民事诉讼法第164条第1款的意旨，上诉人只要有不服原判决的利益即可提起上诉，至于是以原判决存在判断错误为不服的理由，还是以原判决存在程序违法为不服的理由，端视当事人的意思而定，并无定例。当事人以程序违法为不服的理由上诉时，只要该程序违法对判决结论的形成产生影响即足当之，至于其为严重的程序违法还是一般的程序违法，则在所不问。二审法院经过审理，如果认为当事人所主张的不服的理

〔18〕 二审法院仅能在上诉请求的范围内撤销、变更一审法院的裁判，上诉人不能遭受比驳回上诉请求更为不利的二审裁判，此为不利益变更禁止原则。详见〔日〕川嶋四郎：《民事诉讼法》，日本评论社2013年版，第903页。

〔19〕 在实行三审终审制的大陆法系国家，上诉审程序由控诉审与上告审两级程序组成。在上告审中，法院只审查控诉审判决适用法律是否正确，称为法律审。在控诉审中，控诉法院不仅审查一审判决适用法律是否正确，也审查一审判决认定事实是否正确，并允许当事人在特定情形下提出新的诉讼资料，称为事实审。

由成立,即应撤销原判决。易言之,无论何种类型的程序违法,只要其能维系当事人的不服,即可成为不服原判决的理由,进而成为二审法院撤销原判决的事由。显而易见的是,由于程序违法是否会影响原判决的结论与程序违法的性质无涉,故仅“严重违法法定程序”才能撤销原判决,必将使得不属于“严重违法法定程序”却影响判决结论形成的程序违法不能成为撤销原判决的事由。由此观之,现行民事诉讼法第170条忽视程序违法与判决结论之间的因果关系,仅将“严重违法法定程序”规定为撤销原判决的事由,不仅违反了民事诉讼既判力客观范围的基本原理,事实上也背离了当事人不服原判决的应有之义。

(二) 抹煞了撤销原判决与发回重审之间的功能界限

根据我国民事诉讼法第170条第1款第4项的文义,“严重违法法定程序”不仅是二审法院撤销原判决的程序违法事由,同时也是二审法院发回重审的程序违法事由。笔者认为,这样的立法安排显然混淆了撤销原判决与发回重审之间应有的功能界限。这是因为,第二审程序以当事人对原判决的不服为审理对象。二审法院如果认为当事人的不服有理由而撤销原判决后,原判决结论即失去效力。基于“法院不得拒绝裁判”之原则,二审法院在撤销原判决后,有必要对诉讼上的请求继续作出应有的判断。^[20]二审法院对诉讼上的请求的裁判有两种方式:其一,自行裁判,其二,发回重审。由此观之,发回重审与撤销原判决虽同为二审法院的意思表示,但前者以诉讼上的请求为对象,后者以上诉请求为对象。发回重审固然须以撤销原判决为基础,但发回重审并非二审法院唯一的裁判方式。在民事诉讼中,二审为事实审,且为一审程序的续行,^[21]二审法院在撤销原判决后,原则上应就诉讼上的请求自行作出判决,发回重审仅为例外。^[22]因此,发回重审的程序违法事由虽然首先是撤销原判决的程序违法事由,但撤销原判决的程序违法事由中只有一部分甚至是极少的一部分构成发回重审的程序违法事由。

在德国,只有重大的程序瑕疵可以作为发回重审的程序违法事由。德国民事诉讼法第538条第2款规定了七种发回重审的程序违法情形,^[23]除第2项至第7项将“不合法地驳回回复原状申请”“被声明不服的裁判仅就诉的合法性作出了裁判”“不合法地作出原因判决”“在证书诉讼及票据诉讼中不合法地作出了保留判决”“不合法地作出缺席判决”“违反第301条作出部分判决”这六种严重程序违法明确列为发回重审的事由以外,同款第1项一般性地规定重大的程序瑕疵为发回重审的程序违法事由。尽管在个案中,妥善地判断程序违法是否构成重大的程序瑕疵存在困难,特别是令人信服地划定其与普通的程序瑕疵的界限并不成功,德国学者还是普遍认为,如果一审法院不当地限制了当事人充分地提出对裁判具有重要性的攻击防御方法,并且由此对判决结论产生了实际影响,该程序瑕疵即是重大的。^[24]德国联邦法院也认为,如果由于程序违法削弱了当事人在一审中对事实主张及证据的提出,以至于一审程序不能成为法院裁判合法的基础,即满足了程序瑕疵“重大性”的基本要求。^[25]此外,德国联邦

[20] 参见前引〔4〕,小島武司书,第852页;前引〔5〕,贺集唱等书,第52页。

[21] 参见前引〔3〕,兼子一等书,第1563页,第1567页;前引〔14〕,伊藤真书,第714页。

[22] Vgl. Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, 36. Aufl., 2020, § 538, Rn. 10; 前引〔6〕, Rimmelspacher书,第538条,边码2;前引〔5〕,松本博之等书,第794页;前引〔3〕,兼子一等书,第1587页;〔日〕长谷部由起子:《民事诉讼法》,岩波书店2014年版,第376页。

[23] 在德国,二审法院仅能基于该款规定的七种程序违法事由发回重审,法院不能基于其他的程序违法事由,及基于合目的性考量或当事人双方的同意而发回重审。Saenger, ZPO, 8. Aufl., 2019, § 538, Rn. 1.

[24] 参见前引〔2〕,Musielak/Voit书,第538条,边码9;前引〔6〕,Rimmelspacher书,第538条,边码9。

[25] BGH NJW-RR 2003, 131; BGH NJW 2008, 1672.

法院认为，民事诉讼法第574条列明的绝对上告理由均构成重大的程序瑕疵。^[26] 法官违反其应尽的指示义务，未考虑当事人的证据调查申请也构成重大的程序瑕疵。^[27] 在德国，一审程序存在重大的程序瑕疵因而需要发回重审，尚需进一步满足两个条件：第一，有进一步辩论的必要；第二，需要广泛的且高费用的证据调查。如果在二审中判决已经成熟或者不需要广泛的且高费用的证据调查即可作出判决，就不存在进一步辩论的必要。^[28] 根据德国联邦法院的见解，如果证据调查涉及多个要证事实或多个证明标的，证据调查即是广泛的。如果证据调查不能在一个期日内完成，或者需要借助司法协助途径才能完成，即是费用高的。^[29]

日本民事诉讼法未像德国民事诉讼法第538条那样，一般性地规定重大的程序瑕疵为发回重审的程序违法事由，仅在第308条规定，一审违反诉讼程序时，由二审法院裁量是否发回重审。不过，日本学者普遍认为，如果一审存在剥夺了当事人审级利益的重大程序违法，必须发回重审，因为此种程度的程序违法已经不能使一审法院的判决成为二审法院继续审理的基础。相反，如果一审诉讼程序虽然违法，但尚未达到剥夺当事人审级利益的程度，即不构成重大的程序违法，二审法院可以在消除或纠正该程序违法后对当事人的请求自行作出判决，不必发回重审。^[30] 日本的判例与学说持相同立场，认为一审违反诉讼程序，致使有必要进一步辩论时，应发回重审。例如，一审法院在不知晓被告于诉状送达后死亡的情形下作出了判决，^[31] 一审法院由于疏忽未审查代表人欠缺代表权限作出了判决，^[32] 一审法院在当事人由于不可归责于己的事由未能出庭的情形下作出了判决，^[33] 等等。日本最高法院同时认为，一审诉讼程序虽然违法，但只要尚未达到有必要在一审法院进一步辩论的程度，该程序违法即不属于重大的程序违法。^[34]

不难看出，在德国、日本的民事诉讼中，均是立足于程序违法的性质将重大的程序违法作为发回重审的程序违法事由。就此而言，我国民事诉讼法第170条第1款第4项将“严重违法法定程序”作为发回重审的程序违法事由，庶几成立。但是，德国、日本民事诉讼法立足于程序违法的性质将重大的程序违法作为发回重审的程序违法事由，乃是以程序违法与判决结论之间有因果关系为前提要件，并且发回重审的程序违法事由仅为撤销原判决的程序违法事由的一部分，撤销原判决与发回重审有严格的功能区分。我国民事诉讼法第170条第1款第4项立足于程序违法的性质，将重大的程序违法作为发回重审的程序违法事由，并非以程序违法与判决结论之间有因果关系为前提要件，并且发回重审的程序违法事由与撤销原判决的程序违法事由完全同一，因而抹煞了撤销原判决与发回重审之间应有的功能界限。

[26] BGH NJW 2011, 769.

[27] BGH NJW 2001, 3480; 前引 [23], Saenger 书, 第 538 条, 边码 85。

[28] 参见上引 Saenger 书, 第 538 条, 边码 1。

[29] BGH NJW-RR 2006, 1678.

[30] 参见前引 [12], 新堂幸司等书, 第 160 页; 前引 [13], 新堂幸司书, 第 899 页; 前引 [5], 贺集唱等书, 第 55 页; 前引 [14], 高田裕成等书, 第 229 页; 前引 [4], 小島武司书, 第 856 页。

[31] 日本东京高等法院 1966 年 10 月 31 日判例 (昭和 41 年 (ネ) 第 94 号所有权转移登记程序请求控诉事件)。

[32] 日本最高法院 1966 年 12 月 25 日判例 (昭和 41 年 (才) 第 645 号土地租金增额请求事件)。

[33] 日本东京高等法院 1959 年 9 月 3 日判例 (昭和 33 年 (ネ) 第 1789 号建筑物所有权转移登记涂销登记程序请求及假处分执行撤销反诉请求控诉事件)。

[34] 日本最高法院 1952 年 11 月 18 日判例 (昭和 27 年 (才) 第 211 号居民小区内禁止假处分申请上告事件); 日本最高法院 1973 年 11 月 29 日判例 (昭和 45 年 (才) 第 189 号赊销货款请求事件)。

三、基于“严重违法法定程序”撤销原判决侵蚀了当事人的上诉利益

在我国民事诉讼中，当事人以“严重违法法定程序”以外的程序违法作为不服原判决的理由时，无论该程序违法是否原判决形成的基础、有无影响原判决结论的形成，只能被二审法院判决驳回。由于“严重违法法定程序”乃不确定概念，内涵极富伸缩性，因而何种程序违法构成“严重违法法定程序”，事实上具有广泛的解释空间。从民事诉讼法第170条第1款第4项的规定看，其采用了例示列举规范的立法技术，将“遗漏当事人”“违法缺席判决”作为“严重违法法定程序”的例示事项予以规范。着眼于例示列举规范的基本特质，不难推断，凡与“遗漏当事人”“违法缺席判决”具有同一性质或同等程度的程序违法，均可解释为“严重违法法定程序”。

笔者认为，在司法实务中，法官如果能合理运用法律解释方法对“严重违法法定程序”作妥当的解释，在程序违法与判决结论之间的因果关系要件缺失的立法背景下，也能够使影响判决结论形成的程序违法尽可能地得到纠正，最大程度地保障当事人的上诉利益。不无遗憾的是，这一合理路径由于“民诉法解释”第325条对“严重违法法定程序”的内涵的封闭式解释，至少部分地被阻断了。根据该条规定，仅“审判组织的组成不合法”“应当回避的审判人员未回避”“无诉讼行为能力人未经法定代理人代为诉讼”“违法剥夺当事人辩论权利”这四种程序违法情形被解释为“严重违法法定程序”。如此一来，本来有着广泛解释空间的“严重违法法定程序”被限缩为特定的程序违法情形。我国司法实务中，最高人民法院发布的司法解释向来被各级人民法院的法官奉为裁判之圭臬，可以想见，在民事诉讼法第170条第1款第4项被“民诉法解释”第325条改造为限制列举规范后，民事司法实务中，二审法院以原审程序违法为由撤销原判决，将恒以民事诉讼法第170条第1款第4项列举的两种程序违法以及“民诉法解释”第325条明定的四种程序违法情形为限。当事人以其他程序违法情形作为不服原判决的理由提起上诉，二审法院最终认定为构成“严重违法法定程序”进而撤销原判决的，定当少见。

以各高级人民法院的二审裁判为例，笔者在中国裁判文书网中以“高级法院”“民事二审”“违反法定程序”“撤销原判决发回重审”为关键词检索相关裁判文书发现，截至2020年9月5日，各高级人民法院适用民事诉讼法第170条第1款第4项，以“严重违法法定程序”为由撤销原判决发回重审的裁判文书共863份，其中以民事诉讼法及“民诉法解释”明确规定的六种“严重违法法定程序”以外的程序违法为由撤销原判决并发回重审的裁判文书共83份，占比9.62%。该83份裁判文书具体分布如下表所示。

类型	数量(份)	占比(%)
漏判〔35〕	10	12.05
超请求判决〔36〕	16	19.28

〔35〕 例如，贵州省高级人民法院（2018）黔民终644号民事裁定书；湖北省高级人民法院（2018）鄂民终681号民事裁定书；河南省高级人民法院（2017）豫民终374号民事裁定书；江西省高级人民法院（2016）赣民终519号民事裁定书等。

〔36〕 例如，云南省高级人民法院（2019）云民终1244号民事裁定书；吉林省高级人民法院（2019）吉民终124号民事裁定书；海南省高级人民法院（2015）琼民二终字第21号民事裁定书；河南省高级人民法院（2014）豫法民三终字第00092号民事裁定书等。

(续表)

类型	数量 (份)	占比 (%)
未组织质证〔37〕	22	26.51
未尽释明的义务〔38〕	16	19.28
送达程序不合法〔39〕	8	9.64
诉讼代理人无代理权〔40〕	6	7.23
未答复证据调查申请〔41〕	2	2.41
应中止诉讼而未中止〔42〕	1	1.20
违法先行判决〔43〕	1	1.20
违法不公开审理〔44〕	1	1.20

分析上表可知,在我国民事司法实务中,只有少部分高级人民法院未拘泥于民事诉讼法及“民诉法解释”列举的“严重违反法定程序”的六种情形,从而事实上扩张了当事人据以上诉的程序违法事由。并且,相比于可能影响判决结论的形态多样的程序违法情形,被裁判文书认定的其他“严重违反法定程序”的情形只占其中的一部分,因而并不足以涵盖当事人不服原判决的全部程序违法事由。更为重要的是,各人民法院就民事诉讼法及“民诉法解释”未规定的程序违法情形是否认定为“严重违反法定程序”,并未形成一致的立场。同样以各高级人民法院的二审裁判为例,笔者在中国裁判文书网中以“高级人民法院”“民事二审”“违反法定程序”“驳回上诉”为关键词检索相关裁判文书发现,前文援引的裁判文书中所认定的属于可撤销原判决并发回重审的程序违法事由,在不同的高级人民法院甚至同一高级人民法院却又被认定为不属于“严重违反法定程序”。例如,针对法院在进行证据调查时未组织当事人质证,河北省高级人民法院在(2019)冀民终299号民事判决书中认为,一审法院未组织开庭对当事人第一次开庭结束后提交的证据进行质证并且未采纳该证据,并不属于“严重违反法定程序”的情形。湖北省高级人民法院在(2017)鄂民终1840号民事判决书中也认为,鉴定意见的补充意见仅是对鉴定意见的进一步说明和解释,并未对鉴定意见作实质性修改,一审法院未组织

〔37〕 例如,安徽省高级人民法院(2019)皖民终699号民事裁定书;湖南省高级人民法院(2019)湘民终236号民事裁定书;山东省高级人民法院(2017)鲁民终1009号民事裁定书;广东省高级人民法院(2017)粤民终574号民事裁定书等。

〔38〕 例如,云南省高级人民法院(2019)云民终1082号民事裁定书;江西省高级人民法院(2019)赣民终260号民事裁定书;广东省高级人民法院(2017)粤民终393号民事裁定书;贵州省高级人民法院(2018)黔民终148号民事裁定书;辽宁省高级人民法院(2017)辽民终528号民事裁定书等。

〔39〕 例如,江西省高级人民法院(2018)赣民终435号民事裁定书;云南省高级人民法院(2018)云民终703号民事裁定书;河北省高级人民法院(2017)冀民终210号民事裁定书;河南省高级人民法院(2016)豫民终1246号民事裁定书等。

〔40〕 例如,江苏省高级人民法院(2018)苏民终1123号民事裁定书;湖南省高级人民法院(2018)湘民终801号民事裁定书;吉林省高级人民法院(2017)吉民终399号民事裁定书等。

〔41〕 参见海南省高级人民法院(2018)琼民终47号民事裁定书;浙江省高级人民法院(2012)浙商终字第42号民事裁定书。

〔42〕 参见云南省高级人民法院(2019)云民终118号民事裁定书。

〔43〕 参见江苏省高级人民法院(2016)苏民终571号民事裁定书。

〔44〕 参见山东省高级人民法院(2014)鲁民一终字第436号民事裁定书。

双方对此进行质证,并不属于“严重违法法定程序”的情形。^[45]又如,针对法院未尽释明的义务,广东省高级人民法院在(2018)粤民终1102号民事判决书中认为,一审法院在对涉案《合作协议》效力的认定上与原告的认识不一致,在没有向原告进行释明并征求其是否变更诉讼请求的意见的情况下,直接判决驳回其诉讼请求,虽有不当之处,但不属于严重违法法定程序的情形。甘肃省高级人民法院在(2017)甘民终215号民事判决书中也认为,一审法院认为本案的实际情况达不到欺诈的认定标准,但构成重大误解,应对当事人释明是否变更确认无效的诉讼请求,一审法院未予释明即作出判决确有不当之处,但不构成应当发回重审的严重的程序违法情形。^[46]再如,针对法院送达不合法,山东省高级人民法院在(2017)鲁民终523号民事判决书中认为,一审法院在本案无需再次开庭审理的情形下,为传唤当事人向其送达“开庭传票”的方式有欠妥当。因该程序瑕疵未对其诉讼权利产生不利影响,不属于民事诉讼法第170条第1款第4项规定的严重违法法定程序的情形。江苏省高级人民法院在(2015)苏商终字第00051号民事判决书中也认为,原审判决送达程序虽然存在瑕疵,但并没有剥夺当事人举证、质证和辩论的权利,不构成严重违法法定程序。^[47]以上皆为适例。此外,诸如当事人以原审中诉讼代理人无代理权、法院未对证据调查申请作出答复、应中止诉讼而未中止等程序违法事由上诉,而被二审法院认为不属于“严重违法法定程序”并驳回上诉的实例,所在多有。^[48]总之,在现行立法框架下,不考虑程序违法与判决结论之间有无因果关系,将撤销原判决的程序违法事由限定为“严重违法法定程序”,使得当事人以“严重违法法定程序”以外的程序违法情形作为不服原判决的理由上诉时,无论该程序违法是否影响原判决结论的形成,均无法得到二审法院的救济,当事人的上诉利益被侵蚀也就在所难免。在我国民事诉讼尚未建立责问权^[49]制度的背景下,该问题尤为突出。^[50]

四、立足于因果关系要件重构撤销原判决的程序违法事由

(一) 撤销原判决的程序违法事由应重新引入因果关系要件

自立法沿革以观,将“严重违法法定程序”作为撤销原判决之程序违法事由,肇端于

[45] 另参见山东省高级人民法院(2018)鲁民终989号民事判决书;安徽省高级人民法院(2016)皖民终987号民事判决书;广东省高级人民法院(2017)粤民终591号民事判决书;黑龙江省高级人民法院(2015)黑民终字第61号民事判决书等。

[46] 另参见广东省高级人民法院(2018)粤民终921号民事判决书;辽宁省高级人民法院(2018)辽民终266号民事判决书;湖北省高级人民法院(2018)鄂民终574号民事判决书等。

[47] 另参见浙江省高级人民法院(2019)浙民终1504号民事判决书;河南省高级人民法院(2018)豫民终1379号民事判决书;贵州省高级人民法院(2017)黔民终43号民事判决书;广东省高级人民法院(2014)粤高法民三终字第576号民事判决书等。

[48] 例如,浙江省高级人民法院(2019)浙民终929号民事判决书;山东省高级人民法院(2017)鲁民终1942号民事判决书;上海市高级人民法院(2017)沪民终237号民事判决书;河北省高级人民法院(2017)冀民终505号民事判决书等。

[49] 责问权又称程序异议权,是指当事人享有的向法院陈述异议,主张法院或对方当事人所实施的诉讼行为违法因而无效的权利。责问权制度一方面具有监督民事诉讼程序合法运行的机能,另一方面具有治愈诉讼行为的程序瑕疵进而维护诉讼程序安定、顺畅进行的机能。详见占善刚:《民事诉讼中的程序异议权研究》,《法学研究》2017年第2期,第115页以下。

[50] 我国民事诉讼如果建立责问权制度,至少可以部分地使一审诉讼中的程序违法因当事人的适时责问而即时地得到纠正。而在现行立法框架下,诸如传唤、送达、证据调查等领域存在的程序违法情形,二审法院多认定为不属于“严重违法法定程序”的情形。其结果,不属于“严重违法法定程序”的程序违法事实上便一直“适法”地存在,不能获得有效的纠正。

2012年民事诉讼法的修改。此次修法将一直沿用的撤销原判决的程序违法事由“原判决违反法定程序，可能影响案件正确判决”，更易为“严重违反法定程序”。根据全国人大常委会法制工作委员会民法室的官方解读，作这样的修改是因为，“原判决违反法定程序，可能影响案件正确判决”在内涵上不易确定，具有较为弹性的裁量空间，为杜绝二审法院法官恣意地将案件发回重审，故易之以“严重违反法定程序”。^[51]但是，仅因“违反法定程序可能影响案件正确判决”在判定上具有较大的裁量空间就将其删除，循此逻辑，民事诉讼法中但凡出现包含类似的不确定概念的法条，如有“无正当理由”字眼的第144条、出现了“有正当理由”表述的第146条等等，岂不统统要删除？从立法技术上讲，基于所规范的事项之特质，无论是实体法还是程序法，立法条文中出现不确定概念在所难免，前者如“善良风俗”“诚实信用”等，后者如“正当理由”“不正当的事由”等。对于不确定法律概念，应合理运用法律解释方法，在个案中对其进行合目的性解释，使其得到正确的适用。将其一删了之，既不科学，更不能解决问题。但仔细推究最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》（法发〔1992〕22号，以下简称“民诉法意见”），笔者认为，2012年民事诉讼法修改时，对撤销原判决的程序违法事由的修改可以说其来有自。在该项司法解释中，最高人民法院采用例示列举规范（“民诉法意见”第181条），对“违反法定程序，可能影响案件正确判决”的内涵作了阐释，除明确列举“审理本案的审判人员、书记员应当回避未回避”等三项程序违法为“可能影响案件正确判决”的违反法定程序情形外，还运用概括性条款将“可能影响案件正确判决”的违反法定程序情形解释为“其他严重违反法定程序的情形”。这至少表明，在最高人民法院看来，“违反法定程序，可能影响案件正确判决”的情形与“严重违反法定程序”的情形具有同一内涵。考虑到最高人民法院所持实务见解对立法的影响，2012年民事诉讼法修改时，将此前一直沿用的撤销原判决之程序违法事由“违反法定程序，可能影响案件正确判决”修改为“严重违反法定程序”，便不能说完全没有根据了。

结合前文的论析，笔者认为，2012年民事诉讼法修改前的立法安排不仅因应了当事人不服原判决的程序违法原因，彰显了程序违法与判决结论之间应有的因果关系要件，而且蕴含了因果关系认定上的“可能性”标准，诚属正确的立法。事实上，在我国民事司法实务中，一些法院在判断当事人据以上诉的程序违法事由是否成立进而决定是否撤销原判决时，至今仍然自觉地遵守程序违法与判决结论之间应有因果关系之基本原理。譬如，新疆维吾尔自治区高级人民法院在（2018）新民终244号民事判决书中认为，当事人认为一审法院已调取的部分证据不全面而提出异议，一审法院对此未予答复，亦未在判决中进行说明，存在程序瑕疵。但一审法院的程序瑕疵并未影响裁判结果，故驳回上诉。又如，广东省高级人民法院在（2018）粤民终921号民事判决书中认为，原审法院对于追加第三人未在判决前告知其他当事人，程序确有瑕疵，但由于该瑕疵并未实际影响当事人的实体权利，也未影响本案的实体审理结果，故驳回上诉。再如，吉林省高级人民法院在（2018）吉民终82号民事判决书中认为，原审法院

[51] 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编：《〈中华人民共和国民事诉讼法〉条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社2012年版，第281页，第285页。通说持同一立场，参见张卫平主编：《最高人民法院民事诉讼法司法解释要点解读》，中国法制出版社2015年版，第294页。也有学者指出，本次修法体现了立法者已经意识到程序公正所具有的独立价值与重要性，纠正了以往的“重实体、轻程序”问题，实现了程序保障理念上的转变。详见赵泽君：《民事诉讼发回重审制度的反思与建构——以民事诉讼法修正案草案为视角》，《政法论坛》2012年第4期，第72页以下。

在举证期限未满足的情况下召开庭前会议存在程序违法，但双方当事人原审庭前会议及庭审中均已充分举证、质证。即使原审法院在审理前的准备程序上存在瑕疵，也没有影响当事人的诉讼权利及案件判决结果，故驳回上诉。凡此种种，不一而足。^[52]这至少表明，民事诉讼法将来进一步修改时，在撤销原判决的程序违法事由的设定上，从“严重违反法定程序”回归“原判决违反法定程序，可能影响案件正确判决”，重新强调撤销原判决的程序违法事由必须以程序违法与判决结论之间有因果关系为要件，不仅有理论上的支撑，也有实践的根基。

（二）程序违法与判决结论之间因果关系的认定标准

由于绝大多数的程序违法属于当事人责问后法院才予以斟酌的事项，^[53]满足何种条件可认定原审程序违法与判决结论之间有因果关系，不仅关涉法院心证的自由，更会影响当事人的证明负担。此外，因果关系的认定标准直接涉及程序违法在多大范围内成为二审法院撤销原判决的事由，以及当事人的上诉利益在何种程度上得到满足，故攸关当事人的利益至巨。

在德国，法律违反作为控诉理由与作为上告理由具有同一意义，依其民事诉讼法第513条、第545条的规定，判决若是基于法律违反产生的，即可认为该法律违反与判决结论之间具有因果关系，因而立法上并未区分实体法律违反与诉讼程序违反而设定不同的因果关系标准。不过，德国学者普遍认为，应区分实体法律违反与诉讼程序违反而采用不同的因果关系标准。具体而言，原判决违反实体法律规范时，仅在如果没有该法律违反，上诉人能获得更为有利的裁判结果的情形下，可认定法律违反与判决结论之间有因果关系，理论上称之为“盖然性说”。与之相反，原判决违反诉讼程序规范时，在如果没有该法律违反，上诉人有可能（möglicherweise）得到不一样的裁判结果的情形下，即可认定法律违反与判决结论之间有因果关系，理论上称之为“可能性说”。^[54]德国联邦法院的判例持同一解释立场。^[55]不难看出，在德国的民事诉讼中，程序违法与判决结论之间的因果关系标准比实体法律违反与判决结论之间的因果关系标准要低。这是因为，实体法律规范的适用是否存在错误较易发现，相应地，其与判决结论之间是否存在因果关系也较易认定；而程序违法通常是潜在的，即使存在程序违法，其与判决结论之间是否有因果关系在认定上也存在困难。^[56]

与德国民事诉讼法不同，日本民事诉讼法仅将法律违反作为上告理由予以规范。不过，在日本的民事诉讼中，控诉审也具有审查原判决是否存在法律违反的功能，故作为上告理由的法律违反同样适用于控诉审中。根据日本民事诉讼法第312条第1款、第318条的规定，当事人

[52] 另参见河北省高级人民法院（2017）冀民终717号民事判决书；山东省高级人民法院（2017）鲁民终1079号民事判决书；河南省高级人民法院（2016）豫民终410号民事判决书；江西省高级人民法院（2016）赣民终219号民事判决书等。

[53] 在民事诉讼中，实体法的适用乃法官的职责，当事人以实体法适用错误为由不服原判决时，二审法院应依职权主动探明原判决是否存在法律适用错误，不受当事人不服的拘束。与此不同的是，当事人以程序违法为由不服原判决时，必须明确地向二审法院进行责问。除法院应依职权考虑的程序违法外，二审法院只能在当事人明确表示不服的并予以具体指摘的程序违法事由范围内进行审查。参见前引〔9〕，Schilcken书，第437页；前引〔2〕，Musielak/Voit书，第551条，边码11；前引〔5〕，贺集唱等书，第70页；〔日〕高桥宏志：《重点讲义民事诉讼法》下，有斐阁2014年版，第690页。

[54] 参见前引〔23〕，Sanger书，第513条，边码2；前引〔6〕，Rimmelspracher书，第513条，边码12。

[55] BGH NJW 1995, 1847.

[56] 参见前引〔1〕，Rosenberg/Schwab/Gottwald书，第134节，边码33以下；前引〔9〕，Schilcken书，第438页。有学者认为，严格来讲，确认程序违法与判决结论之间是否有因果关系，只能通过重开没有瑕疵的诉讼程序，通常并不切实可行。因此，如果没有瑕疵的程序具有产生其他裁判的可能性，在没有令人信服的反驳理由的情况下，即可推定程序违法与判决结论之间存在因果关系。Vgl. Braun, Lehrbuch des Zivilprozessrecht, 1. Aufl., 2014, S. 984.

以法律违反为理由上诉时，必须以该法律违反“使判决显然受到影响”为前提。日本学者在阐释“使判决显然受到影响”的内涵时见解不一，有学者认为，应立足于立法文义所强调的“盖然性”标准，无论是实体法律规范的违反还是诉讼程序规范的违反，均应将“无该法律违反，不同的判决结果会盖然性地存在”作为认定因果关系的标准。^[57]有学者则认为，无论是实体法律规范的违反还是诉讼程序规范的违反，均应以“若无该法律违反，不同的判决结果可能会存在”作为认定因果关系的标准。^[58]更多的学者则认为，由于实体法律规范的违反容易发现，其对判决结果的影响也容易判断，故在实体法律规范违反时，应坚持立法文义中的“盖然性”因果关系标准；而诉讼程序规范的违反较为隐蔽，其对判决结论的影响也不易判定，故应采“可能性”的因果关系标准，从而与德国判例学说持相同的解释立场。^[59]

据此，德国与日本的民事诉讼法在原审程序违法与判决结论之间的因果关系标准的设定上虽存在不同的文义表达，但着眼于程序违法的隐蔽性以及程序违法与判决结论之间因果关系认定上的难度，为减轻当事人的证明负担与法院认定的困难，无论是德国的判例学说还是日本的通说，均持“可能性”说的解释立场，强调只要程序违法达到使判决结论的形成有不同的可能性时，即可认定其与判决结论之间有因果关系进而撤销原判决。我国2012年民事诉讼法修改之前，一直将“原判决违反法定程序，可能影响案件正确判决”表达为撤销原判决的程序违法事由，因而立法文义即蕴含了程序违法与判决之间的“可能性”因果关系标准，与德国的判例学说以及日本的通说若合符节。因此，我国民事诉讼法将来如果回归程序违法与判决结论之间应有因果关系的立场，“原判决违反法定程序，可能影响案件正确判决”不失为关于撤销原判决的程序违法事由的简便、正确的立法表达。

（三）“严重违法法定程序”之情形在因果关系认定中的意义

很多情形中，当事人证明程序违法与判决结论之间有因果关系显非易事，这种证明困难并不因为“可能性”的因果关系证明标准而有实质上的改变。故为进一步减轻当事人对程序违法与判决结论之间因果关系的证明难度，防止程序违法由于因果关系要件的证明困难而得不到规制，德国民事诉讼法第547条和日本民事诉讼法第312条第2款均将直接关系到当事人的实体权利保障与裁判结果的特定的严重程序违法事由，如未公开进行口头辩论、不能参与判决的法官参与了判决、当事人未经合法代理等，从其他的程序违法事由中抽取出来，规定为绝对的上告理由，并赋予其在程序违法与判决结论之间因果关系的认定上以特别的意义。^[60]德国民事诉讼法第547条采用“视为”之立法技术，规定对于作为绝对上告理由的程序违法，总是视其为判决产生的基础。因此，在德国的民事诉讼中，作为绝对上告理由的程序违法向来被解释为不可反驳地推定该程序违法与判决结论之间有因果关系。^[61]德国联邦法院也认为，绝对上告理由仅有的意义在于，不可反驳地推定程序违法与判决结论之间有因果关系。^[62]德国民

[57] 参见前引〔13〕，新堂幸司书，第910页；前引〔16〕，秋山幹男等书，第308页。

[58] 参见前引〔3〕，兼子一等书，第1617页。

[59] 参见前引〔12〕，新堂幸司等书，第261页；前引〔5〕，贺集唱等书，第64页；前引〔53〕，高桥宏志书，第690页；前引〔14〕，高田裕成等书，第283页。

[60] Vgl. Wolfgang Lüke, Zivilprozessrecht, 10. Aufl., 2011, § 37, Rn. 46; 前引〔9〕，Schilcken书，第438页；前引〔14〕，高田裕成等书，第252页；前引〔16〕，秋山幹男等书，第282页。

[61] 参见前引〔2〕，Musielak/Voit书，第547条，边码2；Krüger, Münchener Kommentar zur ZPO, 5. Aufl., 2016, § 547, Rn. 1.

[62] NJW 2003, 585, NJW 2007, 909; 前引〔23〕，Saenger书，第547条，边码2；前引〔22〕，Vorwerk/Wolf书，第547条，边码6。

民事诉讼法第547条是封闭性的法律规定,不允许扩张适用。不在该条所列举的绝对上告理由之列的程序违法,即便是违反了基本法上的法定听审请求权,也需要当事人责问并证明因果关系的存在。^[63]日本民事诉讼法第312条第2款采用了与德国民事诉讼法第547条不同的立法技术,将绝对上告理由作为同条第1款所规定的明确要求因果关系存在的上告理由的例外情形予以规范。其被解释为,存在作为绝对上告理由的程序违法时,不需要当事人证明其与判决结论之间有因果关系,也不允许对方当事人反证推翻该因果关系的存在。^[64]因此,尽管德国、日本的民事诉讼法在绝对上告理由的安排上存在立法技术上的差异,但绝对上告理由所具有的无需当事人证明而可直接认定程序违法与判决结论之间有因果关系的意义,并无不同。

比较我国“民诉法解释”第325条与德国民事诉讼法第547条及日本民事诉讼法第312条第2款可以发现,“民诉法解释”第325条明确列举的“审判组织的组成不合法”“应当回避的审判人员未回避”“无诉讼行为能力人未经法定代理人代为诉讼”“违法剥夺当事人辩论权利”,属于“严重违法法定程序”的程序违法情形,与德国、日本民事诉讼法所规定的绝对上告理由相当,内涵上亦近乎同一。因此,笔者认为,我国民事诉讼立法将来如果也采取程序违法与判决结论之间应有因果关系之立法例,在立法论上,不妨对“民诉法解释”第325条所列举的程序违法事由赋予与德国、日本民事诉讼法所规定的绝对上告理由相同的意义,即不可反驳地推定原审程序违法与判决结论之间有因果关系。

Abstract: In civil litigation, procedural violation is one of the reasons for a party's refusal to accept the judgment. The revocation of the original judgement by the appeal court should be based on the causal relationship between the procedural violation and the judgment, which is both the inherent requirement of the principle that the judgment reason has no *res judicata* and the inevitable response to the appeal for the purpose of correcting the wrong judgment. The current Civil Procedure Law, by taking “serious violation of statutory procedure” as the procedural violation cause of revocation of the original judgment, not only fails to respond to the parties' dissatisfaction, but also obliterates the functional boundary between revocation of the original judgment and remand for retrial, thereby eroding the appeal interests of the parties. The procedure violation cause for the revocation of original judgment should return to its original legislative design, namely “in the original judgment a violation of the prescribed procedure may have affected the correctness of the judgment”. The standard of “possibility” should be adopted to determine the causal relationship between procedural violation and the judgment. The “serious violation of statutory procedure” stipulated in the People's Supreme Court's Interpretation of Civil Procedure Law can be irrefutable presumption of the causal relationship between procedural violation and judgment.

Key Words: procedural violation, revocation of original judgment, causation, serious violation of statutory procedure

[63] NJW 2003, 3205; 前引〔2〕, Musielak/Voit书, 边码994。

[64] 前引〔3〕, 兼子一等书, 第1608页。