

## 【民事诉讼法学】

## 论民事上诉利益

唐 力

【摘 要】我国上诉制度对上诉的条件仅作形式规定,对当事人无理由、无利益的上诉,并无程序上的处置措施,法院也必然要对上诉请求进行审理,因此导致诉讼迟延和司法资源的浪费。上诉利益作为判断当事人提起上诉合法性的条件,是法院是否有必要对上诉请求进行审理的前提,无上诉利益的上诉无审理之必要,法院应当将上诉予以驳回。制度构建上,要为当事人上诉利益的实现提供保障。

【关键词】上诉利益;识别标准;上诉拘束力;附带上诉

【作者简介】唐力,西南政法大学教授、博士生导师。

【原文出处】《华东政法大学学报》(沪),2019.6.101~104

上诉,是当事人对一审判决申明不服,请求二审法院予以撤销并加以改判的诉讼行为。我国《民事诉讼法》及司法解释对当事人提起上诉作出了相应的规定,当事人因不服第一审裁判提起上诉,需要具备以下条件:(1)有权提起上诉的主体为一审当事人(第164条);(2)在法定期间提起上诉(第164条);(3)可提起上诉的对象为一审判决、裁定(第123条、第164条);(4)以书面形式提起上诉(第165条)。依诉之成立与合法二阶化理论,上述立法规定其实质上既包涵了上诉之成立要件(立案登记),也包涵了部分诉之合法性要件,上诉符合上述条件,即产生上诉提起的效力——阻却一审裁判生效及案件移审,二审法院也将对当事人上诉请求进行审理。可以认为,我国上诉采取的是普遍理念,当事人有无上诉利益并不是二审法院对上诉请求进行审理的程序要件,对当事人欠缺上诉利益、无理由上诉等行为,程序上并无处置措施,这就不可避免地会产生在强调保障当事人程序利益的同时,上诉程序可能会被不当利用而造成司法资源无意义耗费的问题。

按照诉之原理,当事人提起之诉若为法院审理并作出判决,则诉必须具有必要性和实效性,此即谓

之诉的利益。诉之利益,是作出本案判决的必要性以及为审查各个请求内容实效性而设置的条件,<sup>①</sup>是为了考量“具体请求的内容是否具有进行本案判决之必要性以及实际上的效果(实效性)”而设置的一个要件。与管辖、当事人能力等纯程序性诉讼要件不同,诉之利益是与当事人适格、当事人提出的诉讼请求等实体性内容密切相关的一个诉讼要件。从法院(国家)的视角看,诉之利益所考量的因素是,该诉是否具有解决的必要性,是否给法院造成了不必要的负担或者是否是在浪费有限的司法资源来进行把握;从当事人的角度看,该诉是否为毫无解决的实际意义而给对方当事人造成了不应有的负担来进行把握的。

在第一审程序中,诉之利益作为法院对本案进行审理并作出判决的一个前提条件,当原告的起诉不具备诉之利益的情况下,因不具有审理本案的必要性,法院将驳回原告的起诉。同理,“上诉人提起上诉,<sup>②</sup>与提起诉讼需要具有诉之利益同样,必须具有上诉利益,也即是说原判决必须是对上诉人存在不利利益的必要。”<sup>③</sup>如同一审提起诉讼需要具备诉之合法性要件一样,当事人因不服第一审裁判而提起上诉也应当具备诉之合法性要件。

类似于一审程序中的立案与审理程序结构,上诉审程序实际上也存在上诉案件的受理与审理两个程序阶段,对应的是上诉的成立与上诉的合法。上诉案件的受理,应是上诉人提起的上诉符合上诉的形式要件,此即表示上诉的成立,但并不意味着当事人的上诉请求会被法院审理并作出判决。上诉人的上诉必须具备合法性要件,其上诉请求才会被法院审理并作出判决,此即上诉中的诉讼要件。我国立法并没有诉讼要件审理与本案审理之区分,特别是上诉审程序也没有像一审程序那样规定立案审查程序。从程序安排上来看,一审法院主要是接收当事人的上诉状并依法完成送达等程序性事项,同时将原案材料(一审裁判资料)及当事人上诉状、答辩状等一并移送二审法院。原审法院对当事人的上诉并不进行审查(也可以理解为法律并未赋予原审法院对当事人上诉行为合法性的审查权)。而从法律条文的规定来看,二审法院在收到一审法院移送案件后也没有类似于一审中法院对当事人起诉审查程序的规定(第123条)。由此看来,法律对上诉采取较起诉更为宽松的态度,对当事人上诉的合法性不予审查而直接进入审理程序,更加体现了我国立法对当事人上诉权给予充分程序保障的立法意图。不过,这种粗放式的立法现状并不能与我国当下进行的案件受理制度改革相适应,从某种意义上讲,在充分保障当事人诉权的同时,却缺少对当事人滥用诉权(上诉权)的规制。

### 一、上诉利益的界定

上诉的提起,是当事人基于其享有的上诉权而为之诉讼行为,如同诉权的产生需要有纠纷的存在一样,上诉权的产生是基于受到一审不利益之判决,因而,无论是原告还是被告,只有其受到一审不利益判决者方才享有上诉权。“控诉权,是第一审中的原告、被告中受到不利益判决的一方,也即败诉一方所享有的权利”<sup>④</sup>,而对于没有受到一审不利益判决的当事人来说,就无不服一审判决而提起上诉的必要,此即谓上诉利益。“上诉利益是指,上诉人对第一审判决可以申明不服,仅限于该判决对其造成了不利

益的场合。不服申请不具有不利益的场合,上诉将以不具有合法性而被驳回。”<sup>⑤</sup>“没有受到不利益判决的当事人没有认可其提出不服申请的必要,从不利益相反的角度来看,此即称为控诉利益。”<sup>⑥</sup>具有上诉利益,是当事人提起上诉具有合法性的诉讼要件之一,当提起上诉的一方当事人不具有上诉利益时,即没有遭受一审不利益判决的一方当事人提起不服之申明,显然会增加法院的审理负担,浪费有限的司法资源;同时,对相对方当事人来讲也是不公平的,因为会增加对方当事人的诉累。

作为诉讼开始的第一审程序因当事人起诉成立而启动,在采立案登记的民事案件受理机制下,诉讼程序启动的条件低阶化,通常以形式要件来规制。为避免不必要的司法资源耗费以及考虑对被告的程序利益保障问题,大陆法系国家立法通常设置了本案审理和判决的前置性条件——诉讼要件。诉讼要件,是大陆法系国家诉讼法理论上上的一个概念,是法院作出本案判决的要件,无论是认可当事人所提之诉讼请求,还是驳回当事人之诉讼请求,诉讼要件是法院作出本案判决所必要的条件。“诉讼要件,是认可请求或者驳回请求之本案判决之条件。作为一项原则,当该要件存在欠缺时,诉将被驳回。”<sup>⑦</sup>诉之利益是一个极为重要的诉讼要件,但其并非是一个法定化的诉之合法性要件,而是一个存在于观念上或者理论上的一个诉之合法性要件。作为一个程序法上的概念,诉之利益“是指当民事权利受到侵害或者与他人发生民事纠纷时,需要运用民事诉讼予以救济的必要性与实效性。”<sup>⑧</sup>其与诉权概念相关联,即所谓“无利益即无诉权”,诉之利益是利用民事诉讼制度解决纠纷的必要性所必须具备的条件,在不具备诉之利益的场合下,诉将以不具有合法性而被驳回。<sup>⑨</sup>同理,作为一个程序合法性要件,当事人之上诉亦必须具备上诉利益。但是需要注意的是,诉讼要件并不是诉讼成立或者诉讼程序启动的条件,而是作为本案审理和判决的前提条件而存在。“在大陆法系国家的民事诉讼理论中,诉讼要件并不是起诉的要件或者诉讼开始的要件。在我国的民事诉讼制

度中没有诉讼要件审查制度,类似诉讼要件或者本案要件的内容都被归入起诉要件之中。”<sup>⑩</sup>从这一论断可以看出,具备诉讼要件是法院对具体案件进行实体审理的前提条件,而作为诉之合法性要件之一的诉之利益,则“针对的是具体的诉讼请求是否有进行诉讼或者本案判决的必要性和实效性”。<sup>⑪</sup>依据这一诉讼原理,就上诉审而言,构成法院对上诉请求进行审理并作出裁判的前提也应当满足相应的诉讼要件,其主要包括:上诉对象为第一审法院作出的可以提起上诉的终局判决;以合法有效的方式提起上诉;在法定上诉期间提起上诉;具有上诉利益。<sup>⑫</sup>其中,具有上诉利益这一要件其实隐含了当事人适格这一程序要件,即具有上诉利益的当事人提起之上诉方为有效。“如同提起诉讼需要具备诉的利益一样,上诉人提起上诉必须具有上诉利益,也即上诉人必须遭致原判决所带来的不利益。”<sup>⑬</sup>上诉利益这一上诉构成要件,并非产生于法律的直接规定,而是从诉讼原理上考量减轻上级法院审理负担,避免不必要的司法资源支出。上诉利益不是一个纯粹的程序性要件,其是与一审判决内容存在密切关联的一个诉讼要件。换句话讲,上诉具有上诉利益时,法院方有对上诉请求之妥当性进行审理和判决之必要;在不存在上诉利益的情况下,二审法院理应判决驳回提起上诉人之上诉,无须对上诉请求有无理由进行判断,更不会对原审判决予以撤销或者改判。

上诉审制度,是为遭受第一审不利益判决的当事人提供救济以确保法院裁判的公正性而设立的;同时,在我国,上诉审既是事实审也是法律审,因而,上诉制度还给予了二审法院审查一审法院适用法律妥当性的制度契机,以保证法律在个案中是被统一适用的。但是,从减轻上诉法院的负担以及避免对方当事人不至因上诉人滥用上诉权而遭受过度的诉累,上诉必须具有合法性二审法院方可对上诉人之上诉请求予以审理,而上诉利益则正是作为上诉合法性要件之一被要求的。但是,我国民事诉讼审理程序构造上,没有区分程序事项(诉讼要件)审理和实体事项审理(本案审理),在未对诉讼要件先行审

理的情况下,即展开对当事人诉讼请求的审理,此乃是我国民事审判程序构造上的一个制度性缺陷。尽管从实证的角度看,诉讼要件审理与本案审理的顺序并非那么泾渭分明,但从法院对纠纷作出裁判的视角看,在诉讼要件未审理清楚的情况下,法院是无法对案件实体作出判决的。作为诉讼要件之一的诉之利益,无论是当事人起诉还是上诉,不具备诉之利益时,法院无须对本案(实体请求)进行审理,即应作出驳回诉的判决;只有当事人提起的诉具备诉之利益时,诉才具有合法性,法院才有对当事人提起的实体请求的妥当性进行判断的必要,才能作出本案判决。

有学者认为诉的利益之功能具有消极与积极两个方面。诉的利益的消极功能,是基于对国家、原告、被告三者利益的平衡,一方面,国家基于设立民事诉讼制度的目的及其实现的考虑,通过诉的利益界定国民可以行使诉权的范围;另一方面,国家法律赋予国民利用诉讼制度权利并获得相应利益的同时,也禁止当事人滥用诉讼制度从而避免对方当事人不必要的应诉。诉的利益的积极功能主要表现在三个方面:(1)保障当事人接受裁判的权利,防止法院推诿民事裁判义务的承担;(2)约束法院在受理案件时的恣意行为;(3)促进新的民事权利的形成。<sup>⑭</sup>从上诉制度的功能来看,上诉利益更多的是着眼于诉的利益之消极功能的作用,规制当事人上诉权的行使,消除毫无意义的上诉行为,避免毫无意义的耗费司法资源和给对方当事人带来不必要的诉累;同时,确保纠纷的迅速解决。

## 二、上诉利益识别之理论基础

上诉人能够对第一审判决提出不服之申明,应当仅限于该判决对其产生了不利益的场合,当不服申明之利益不存在时,上诉将以不合法而被判决驳回。<sup>⑮</sup>此即无上诉利益,法院便不得对上诉请求进行审理和判断。然而,如何判断上诉人之上诉是否具有上诉利益?其判断基准是什么?对此,理论上存在“旧实体不服说”“形式上的不服说”和“新实体不服说”三种学说。<sup>⑯</sup>



### (一) 上诉利益识别的学理论争

有关上诉利益的判别标准,学理上存在多种观点的争论。“形式上的不服说”认为,是否具有上诉利益得从当事人一审中提出的诉讼请求与法院一审判决内容之比较来加以确定,只要法院判决没有满足当事人所提之诉讼请求,即可认为其具有上诉利益。“当事人的请求与第一审判决的主文(具有既判力的内容)相比较,只要后者没有满足前者,即认可具有不服之上诉利益。”<sup>①</sup>“旧实体不服说”认为,“当事人在具有通过上诉能够获得比第一审判决更为有利判决可能性的场合下,即认可具有上诉的利益可提起上诉”。<sup>②</sup>“新实体不服说”则认为,“当事人如果遭受了确定判决所具有的既判力等其他效力任何致命的不利益的场合,具有不服之上诉利益”。<sup>③</sup>上述三学说中,“形式上的不服说”强调的是当事人所提出的诉讼请求与所获得的法院判决内容之形式上的比较有无差异,当请求未获得满足的情况下,无论是实质内容上还是量上,当事人即具有了上诉利益。“旧实体不服说”和“新实体不服说”看重的是当事人通过上诉可获得比一审判决更有利的判决,或者一审判决对其产生了不能通过后诉救济效力的重大不利益的情况,当事人具有上诉利益。相较“形式上的不服说”而言,新、旧实体学说更注重当事人通过上诉所能获得的实质利益或者遭受一审判决实质上的不利益的考量。不过,从具体判别的操作来看,新、旧实体说因判别的基准更为主观化而存在不确定性,而“形式上的不服说”因仅从当事人请求与法院判决的外在形式上之比较来识别,易于判别。基于此,“形式上的不服说”获得了学理上通说的地位,也得到了实务判例的支持。<sup>④</sup>

### (二) 上诉利益识别的考量因素

#### 1. 上诉审程序的目的、功能

我国民事诉讼法教科书一般将上诉程序的目的概括为:败诉的当事人通过上诉程序使其权利得到救济。上诉制度既为救济当事人而制定,也为上级法院实现对下级法院的审判监督而存在。日本学者对上诉功能的理解稍有不同,他们着眼于从当事人

的角度来认识上诉制度的目的与功能,认为,上诉制度的目的是确保给予受到不当的第一审判决之不利益的当事人以救济,在保证裁判正当性的同时,也试图实现法令解释适用的统一性。<sup>⑤</sup>从制度设计层面考查,上诉制度为当事人的权利救济而制定:一方面,如果从上诉程序的开始是由当事人提出上诉而引起,以及需要遵循上诉审禁止不利益变更原则来考虑的话,上诉制度显然不可否认的是以对当事人的权利救济为目的的;另一方面,从事实审和法律审三审终审的审级制度来考查的话,毫无疑问是为确保法律解释适用的统一性。<sup>⑥</sup>我国民事诉讼实行两审终审,着眼于为当事人能够获得上级法院审理救济提供契机,以撤销下级法院不当裁判对其所带来的不利益后果。当然,我国上诉审既是事实审也是法律审,通过上诉审理可以纠正下级法院事实认定方面存在的问题,同时也对法律适用的妥当性作出判断。无论从哪个角度看,上诉制度首先为当事人权利救济而设置,此谓上诉制度设立的基本目的和功能。其二,理论上论及上诉之目的时,通常还认为上诉还具有上级法院实现其对下级法院审判监督之功能。不过,这一功能不过是上诉制度的附带功能而已。此乃因上诉程序的开始须以当事人行使上诉权为依托,且因对当事人处分权的尊重,上诉审理范围原则上限于上诉人请求的范围,而非由法院依职权为之,这实际上意味着上诉制度的本来目的是为当事人权利救济而设立,只不过在纠正下级法院一审不当裁判的同时,实现了上级法院对下级法院审判监督的功能,上诉程序并不以此为主要目的。由此而言,无论是对当事人的救济,还是上诉法院对法律解释适用统一性的考虑,其制度出发点和归宿都以当事人为根本。

既然民事上诉制度是基于对当事人的程序保障以及权利救济,那么对当事人上诉权的行使一方面必须给予充分的程序保障,另一方面,对于滥用上诉权也应进行必要的规制。对当事人滥用上诉权进行必要的规制,考量的一是国家承担的司法运营成本支出的正当性,即从制度设计上尽可能减少司法资源的不

当耗费;二是当事人行使权利必须具有合法性,即当事人提起的上诉必须具备诉之合法性,法院方能对其上诉请求进行审理。作为二审之诉的合法性要件均以立法的形式作了必要的规定,比如,上诉提起之主体、上诉提起之期间、上诉提起之方式等,此等条件可以理解为法定化的诉之合法性条件。但这里不可忽略的一个问题是,当事人提起之诉必须具有可诉之利益,即诉之利益。诉之利益作为一个诉讼要件用于判断当事人提起之诉(上诉)是否具有合法性,进而以此判断本案审理的必要性或者作出判决的必要性。

从程序功能上讲,上诉程序本为救济当事人以及统一法的解释适用而设定,着眼于当事人利益的法的保障。然而,上诉人意图通过提起上诉要求二审法院对其不服的一审判决进行审理并予以撤销或者改判,其提起之上诉必须满足诉之合法性要件,法院方可进行审理并加以判决。如此考虑,是在制度上对当事人的救济与诉讼成本、诉讼效率的考量之间寻求利益上的平衡,以使上诉制度不至于因当事人滥用上诉权而不当消耗司法资源;同时,也考虑不至于因一方当事人滥用上诉权而导致另一方当事人不必要的诉累。对此,除立法所规定之形式上的上诉要件之外,上诉利益便是一个很合适的利益平衡工具。“上诉制度的目的与诉讼迅速终结之间,保障上诉机会可能导致诉讼终结迟延之间存在一定的紧张关系。而且,关于诉讼迅速终结本身,原审中胜诉当事人与败诉当事人之间的利益存在冲突是裁判的通例,在上诉制度中对此相反的请求如何进行调和则成为问题。也即,因错误判决而败诉的当事人希望通过无论多少次改判直至达到胜诉结果,而胜诉一方当事人则希望尽可能早的使裁判加以确定。然而,如果允许无限制的争议,一则有害于法秩序的安定,二则也有害于利用裁判制度迅速地处理其他更多案件,因此,上诉的容忍性,其自身必须有一个限度。”<sup>③</sup>尤其是,当提起一个毫无理由的上诉对裁判进行无限制的争议之时,其不只是对该案件的处理,也会对其他正常上诉的案件的迅速处理也构成妨害,因而损及民众对司法的信赖。对当事人无意义之上

诉行为的限制,除从立法上进行程序性条件的制约(比如上诉的方式、上诉的时间等)外,上诉应当具备上诉利益则是一个核心的考量因素。上诉利益作为上诉应当具备的诉讼要件,一方面是由于上诉利益承载着败诉一方当事人因一审判决所带来的不利益所需要的上诉救济之程序保障;另一方面,因上诉利益强调上诉必须具有可救济之利益,因而,可以避免毫无利益之上诉行为。

## 2. 上诉审的程序构造

不同的上诉审程序构造,对上诉利益的识别会存在差异。上诉审的程序构造,指的是一审和二审的程序关系,其存在“覆审主义”构造、“续审主义”构造和“事后审主义”构造三种程序结构关系。

“覆审主义”构造,是上诉审与第一审没有程序衔接的一种程序构造,上诉审中重新收集诉讼资料,并在此基础上对案件进行审理并作出判决。这种程序构造表明,上诉审是不依赖于一审的对案件重新进行审理的程序结构,一审和二审并不存在程序上的衔接关系。“覆审主义”构造下,当事人重新提出与基于纠纷案件的诉讼标的的关联的主张与立证材料,并且法院基于此对案件作出判决。这一上诉审构造,可以理解为是对第一审审理的重复,但只要是基于同一请求的基础,当事人可以对原审中的诉讼标的的进行变更,在原审审理中已经提出的证据资料可再次提出,同时,新证据资料的提出原则上也是不受限制的,这一程序构造尚有续审制的特点。但是,上诉法院并不就原判决在事实认定、法律适用方面是否妥当进行审查,而完全独立地对案件重新进行审理。<sup>④</sup>这一构造存在完全忽视一审审理而导致当事人不重视一审、增加上诉审法院审理负担等问题,很少有国家采用此上诉审构造。

所谓“事后审主义”,是一种限制上诉审的程序构造,“上诉审的诉讼标的、证据资料等以原审中主张、提出的为限,仅就原判决、决定的妥当性进行事后审查”。<sup>⑤</sup>与覆审主义上诉审构造相对,“事后审主义”构造,强调的是上诉审对一审判决内容的妥当性进行审查,因此,作为一项原则,诉讼资料以一审中提

出的为限制,不接收新的诉讼资料;上诉审程序基于原有的诉讼资料,审查一审判决中的事实认定以及判断理由是否存在问题,并根据具体情况作出裁判。

“续审主义”构造,是介于“覆审主义”构造和“事后审主义”构造之间的一种上诉审程序构造,上诉审法院以第一审法院的审理结果为基础,在上诉审程序中允许当事人提出新的诉讼资料,上诉审法院结合一审已经提出的诉讼资料和当事人在上诉审中新提出的诉讼资料,在认为原判决需要撤销的场合下,作为一项原则,上诉法院应当自行作出新判决,从这一点来看,其与“覆审主义”相近;另一方面,上诉审法院将自己审理判断的结论与原判决相比较,如果两者是一致的话,即使判断理由存在差异,上诉法院也应驳回上诉维持原判决,如果两者不一致的话,则撤销原判决,从这一点来看,其又与“事后审主义”上诉审程序构造相近。<sup>⑤</sup>

上诉利益的有无之判断基准,可以说与上诉审构造不无关系。“覆审主义”构造中,上诉审与第一审不存在任何关系,上诉审重新收集诉讼资料并对案件重新审理,上诉利益的识别并不存在将当事人所提出之诉讼请求与第一审判决的对比关系,也不存在上诉审的判断与第一审的判断的比对关系。由此而言,当事人只要有通过上诉审获得更有利判决的可能性,即具备上诉利益。上诉利益之“实体不服说”识别标准可以比较恰当地解释“覆审主义”上诉构造中的上诉利益之判断,当然,由于缺乏较为确定的判断标准,可以说“覆审主义”上诉构造对上诉利益的有无之判断,采取了更为宽容的态度。

“事后审主义”上诉构造中,由于禁止在上诉审中提出新的主张和新的证据,作为一项原则,上诉审是基于一审中所形成的诉讼资料进行审理和判断,第一审是上诉审的基础,两者之间存在密切的联系。上诉审法官根据其自身的判断与第一审判决之比较来把握是否维持原判决或者撤销原判决,上诉审与第一审之间存在着“严格”的比对关系。从这个意义上来看,“形式上的不服说”更加适合“事后审主义”上诉审构造中上诉利益有无之识别,一审中全部

胜诉之当事人显而易见是不具备上诉利益的,只有在完全败诉或者部分胜诉、部分败诉的场合下,当事人具有上诉利益。

“续审主义”上诉审构造下的上诉利益之识别有其复杂性,这是源于“续审主义”上诉审构造允许当事人提出新的主张和新的证据方法,此被称为“辩论更新权”<sup>⑥</sup>。上诉审中可以提出新的诉讼资料和证据方法,无异于支持当事人在上诉审中追求更大的利益;同时,“续审主义”上诉审构造之裁判,又依赖于与第一审裁判之比较,上诉审法院之判断与一审法院裁判一致者,维持原判决、驳回上诉;上诉审法院之判断与一审裁判不一致者,撤销原判决,作出新判决。从“续审主义”上诉审构造之裁判自身来看,其尽管综合一审之诉讼资料和上诉审中新收集的诉讼资料为基础作出独立的判断,但其对一审法院作出的判决予以维持或者撤销,一定是基于两者之比较,从上诉审裁判这一实质意义来讲,“形式上的不服说”上诉利益有无之识别标准更为恰当。因为尽管在“续审主义”构造下,上诉审程序中允许当事人提出新的诉讼资料以获取更有利的裁判,但其受限于一审判决对当事人诉讼请求的满足度,即在一审中完全胜诉一方当事人当无上诉利益。不过,由于给予当事人提出新主张和新证据方法之机会,使得上诉利益之识别显得更为复杂,应当在“形式上的不服说”基础上考虑例外情形,需要结合诉讼中的具体情况加以判别。

考察我国上诉审程序,毫无疑问是属于“续审主义”程序构造。在上诉审程序中,当事人不但可以提出新的事实主张、提出新的证据方法,同时,原审原告还可以提出新的诉讼请求(《民诉法解释》第328条),原审被告也可以在二审程序中提出反诉(《民诉法解释》第328条)。可以说,我国上诉审程序给予了当事人更多选择权。不过,这里值得我们注意的一个问题是,当事人在上诉审程序中增加诉讼请求或者提出反诉,并不是当事人针对一审裁判不服的审理对象,因为对当事人在上诉审程序中新增加之诉讼请求,法院只能依当事人自愿进行调解,调解不成



的告知当事人另行起诉加以解决。故而,当事人并不能以提出新的诉讼请求来启动上诉审程序,增加诉讼请求或者提出反诉,应当是以当事人的上诉成立并具有合法性为前提的。由此,尽管我国立法上给予当事人在上诉审程序中较其他大陆法系国家更为宽泛的“辩论更新权”,但并不代表当事人上诉无需具备上诉利益。

从我国立法关于上诉审裁判的表述来看,上诉审法院应当在当事人上诉请求的范围内进行审理,并根据自身的审理判断与第一审法院裁判结论之比较,作出相应的裁判。在其判断与第一审法院的判决结果一致时,应当作出判决驳回上诉、维持原判决(《民事诉讼法》第170条第1款);当其判断与第一审法院的判决结果不一致时,其要么裁定撤销一审判决,发回原审法院重审;要么直接加以改判(《民事诉讼法》第170条第2款、第3款、第4款)。从立法规定我们可以得出这样的结论:上诉审裁判是以一审裁判相比较下的裁判(包括事实认定和法律适用)。从这一角度看,“形式上的不服说”适宜于作为我国法院判断当事人上诉是否具有上诉利益的基准。

### 三、不同裁判形态下上诉利益的识别

#### (一)不具备诉讼要件下驳回诉讼之上诉利益

在欠缺诉讼要件的场合下,当事人所提起之诉将被法院以诉不合法予以驳回。诉讼要件,并不是诉成立的条件,而是法院对本案作出判决的条件,即使欠缺诉讼要件,诉仍为成立并促使法院对案件进行审理,但法院并不能对本案作出判决,而应当驳回当事人提起之诉。<sup>⑧</sup>诉讼要件中分为积极要件与消极要件,积极要件为诉必须具备才具有合法性的要件;消极要件为诉不存在该种情况的场合即具有合法性的要件。我国《民事诉讼法》第119条、120条和121条所规定的起诉条件,即为诉合法性的积极要件;第124条规定的即为诉合法性的消极要件。归纳起来,诉讼要件大致包括以下几类:(1)诉的提起合法;(2)实施了合法送达;(3)案件属于法院主管且受诉法院对案件具有管辖权;(4)具有当事人能力且存在对立的双方当事人;(5)当事人具有诉讼行为能力

或者虽不具有但有法定诉讼代理人代理;(6)不属于重复诉讼(包括诉讼系属中的重复起诉;发生效力判决既判力禁止再诉或者另诉的场合);(7)具备诉的利益;(8)不存在仲裁协议。<sup>⑨</sup>

上述诉讼要件中,有一些是可补救的要件,如诉提起的合法性、当事人诉讼能力等;有一些是不可补救的要件,比如法院主管等。当事人提起之诉不具备诉讼要件时,诉即不具合法性,法院便不得对本案(当事人诉讼请求)作出判决,而只能驳回当事人提起之诉。对于原告而言,由于诉被回后其权利请求无法得到法院的认可,因而,其对法院驳回其诉之裁判具有上诉利益,这一点毋庸置疑。我国民事诉讼法也明确规定当事人对法院驳回起诉之裁判,可以提起上诉(《民事诉讼法》第154条)。然而,对于法院驳回原告起诉之裁判,于被告而言虽可理解为一种“胜诉”裁判,但由于一些诉讼要件是可补救之诉讼要件,而且法院驳回原告起诉之裁判仅解决了程序上的问题,即法院因原告起诉不具备对本案作出判决的诉讼要件而终结审理程序,当事人实体上的权利请求或者说实体上的争议并未得到法院的处理,在当事人再次起诉并具备诉讼要件时,法院仍应当对本案进行审理并作出判决。从这个意义上讲,对于谋求法院作出驳回原告诉讼请求之本案裁判的被告而言,也应当认可被告对于法院驳回原告起诉之裁判具有上诉利益方为妥当。<sup>⑩</sup>

#### (二)法院作出本案判决下的上诉利益

法院经审理作出本案判决表达了两层意思:一是当事人的诉讼符合诉讼要件或者实体判决要件的要求;二是法院通过判决确定当事人之间的实体法律关系。由此而言,从形式上来看当事人可以争执或者不服的范围包括两个方面,一是法院关于诉之合法性的判断(满足诉讼要件的判断);二是法院对本案实体内容的判断(认可原告请求或驳回原告请求,或部分认可、部分驳回原告请求)。

从诉讼要件审理与本案审理的程序结构来看,理论上讲,诉讼要件为本案判决的前提条件,法院理应将诉讼要件先行审理清楚之后,方有必要对本案

进行审理并作出判决。在当事人提起之诉欠缺诉讼要件之时,法院应当驳回原告的诉而无需对本案进行审理。因此,从理想的程序构造讲,诉讼要件的审理(诉之合法性的审理)与本案审理,应当是二阶化的具有顺序性的审理结构。论及诸诉讼要件自身的审理顺序,有学者认为应当从容易判断的诉讼要件开始审理,而这些容易审理的诉讼要件通常是与本案没有紧密联系的一些抽象的诉讼要件,比如法院的管辖、起诉行为的有效性(主要是指当事人具有诉讼行为能力)、当事人实际存在、当事人能力、诉讼费用担保等,而后审理与本案联系紧密的诉讼要件,比如诉的利益、当事人适格等。<sup>⑧</sup>由于诉讼要件是本案判决的前提条件而并非本案审理的条件,因此,在立法上并没有一个明确的审理顺序之规定。理想化的程序构造当然是先行审理清楚诉讼要件后,再为本案审理较为妥当。不过,诉讼要件中的部分要件与本案存在密切的内在联系,实际上也很难做到诉讼要件先行审理而后为本案审理这样泾渭分明的审理程序结构。因此,诉讼要件的审理与本案的审理通常是并行的。“通说认为,由于诉讼要件是本案判决的要件,在诉讼要件的存在得到确认后,才能作出本案判决。”<sup>⑨</sup>当然,这是在判决认可原告的诉讼的情况下,诉讼要件必须具备作为判决的条件。然而,在诉讼要件尚未审理清楚而法院已确认原告的请求无理由的场合下,法院实际上可以不待诉讼要件调查清楚便可作出驳回原告诉讼请求的判决,在这种情况下,诉讼要件的审理也就变得没有实际意义了。

针对法院对诉讼要件和本案两个层面的判断,当事人提起上诉是否具备上诉利益应区别对待。一是法院在诉讼要件的审理过程中,若发现当事人的诉不具备某一项或几项诉讼要件,以诉不合法作出驳回原告的诉之裁判,此种情形下当事人之上诉利益在上节已作分析。二是法院对本案作出裁判的情形又分两种情况:第一种是法院认为原告之请求没有理由而判决驳回其诉讼请求,此种情况下的裁判是否是在法院确认具备诉讼要件的情形下作出的并无关系,原告一方均对法院的实体判决具有不服的

上诉利益,而被告一方没有上诉利益;第二种是法院作出认可原告诉讼请求的本案判决,被告方无论是对法院就诉讼要件的判断还是对本案的判断,均具有上诉利益,而原告方没有上诉利益;第三种情况是法院作出部分认可、部分驳回原告之诉讼请求,被告方对法院就诉讼要件的判断以及就本案认可部分请求的判断均具有上诉利益,而原告方仅就法院驳回部分请求的判断具有上诉利益。

### (三)我国上诉审规范解释下的上诉利益识别

《民事诉讼法》第164条(上诉主体、上诉期间、上诉对象、上诉法院)、第165条、第166条(上诉方式)对当事人提起上诉作了程序性条件的规定;从我国民事诉讼立法及司法解释的情况来看,诉讼要件(起诉条件)不仅是第一审程序中当事人可以争议的对象,同时也是在上诉审程序中当事人可以争议的对象。除个别诉讼要件如管辖问题(因有应诉管辖以及管辖异议审理前置之规定,当事人丧失了在本案判决后将管辖错误作为上诉对象的可能性)、存在仲裁协议等,其他诉讼要件均可成为上诉对象加以争议(因涉及诉的合法性问题是本案判决的前提条件)(《民诉法》第170条第4项、《民诉法解释》第325条第3项、第327条、第330条等)。尽管我国民事诉讼立法并没有区分诉之成立、诉之合法性以及本案判决等分别加以程序规制,但从制度的规定来看,诉之合法性的判断是本案判决合法性的前提之观念,在制度中已有体现。

但是,这并不代表上述立法内容已就当事人提起上诉需要具备上诉利益具有规范意义。从立法条文本身的内容来解读的话,我国民事诉讼法给予了当事人普惠的上诉救济,即无论当事人上诉是否具备上诉利益,法院均会对本案(上诉请求)进行审理,并作出相应的判决。其实,这样的立法规定在保障当事人上诉权的同时,也可能产生消极的影响,即当事人可能因不当行使上诉权而致国家司法资源无意义的耗费和给对方当事人不应有的应诉劳顿,同时还迟延了纠纷的迅速解决。因此,在法院作出本案判决的情况下,当事人上诉是否具有上诉利益,应从



法院对诉讼要件和本案两个方面的判断,分别情况来识别当事人的上诉是否具备上诉利益。

依我国现行立法及司法解释的规定:原审原告在上诉审中可以增加诉讼请求、原审被告可以提出反诉(《民诉法解释》第328条)。从这一解释来看,显然司法解释给予了当事人可以通过上诉审程序获得较第一审判决更为有利结果的机会。由此而言,即使第一审完全胜诉的当事人,由于潜在的可以通过上诉审获得较一审判决而言更多的利益,其也肯定有上诉利益。当然,此仅仅是基于立法条文本身的文意解释而已,其实践中如何把握却成为问题。由于当事人在上诉审中增加新的诉讼请求或者提出反诉,考虑到贯彻两审终审制度以利于保障当事人的上诉权,二审法院对新请求并不能依职权作出判决,而只能在当事人自愿的前提下就新增加的诉讼请求或者反诉进行调解,调解不成的,告知当事人另行起诉。由此看来,尽管司法解释给予当事人在上诉审程序中提出新的诉讼请求或者反诉,但当事人并不能因此而获得更有利于一审判决的判决。故而,承认其具有上诉利益并没有什么实际意义。再者,上诉审是因当事人不服第一审法院之判决而生上诉利益,其产生的基础为一审法院之裁判使当事人遭受了不利益,其上诉对象应当仅限于一审法院之裁判。特别是,上诉审法院审理的范围也仅限于当事人上诉讼请求之范围所涉及的有关事实和适用的法律(《民诉法》第168条),并且二审法院之裁判也是在与第一审判决相比较的基础上作出相应的判决。由此推论,最高人民法院《民诉法解释》赋予当事人在二审中增加诉讼请求或者提出反诉之机会,并不能当然理解为当事人可以通过二审获得较一审判决更有利之判决而生上诉利益。因此,笔者坚持当事人是否具有上诉利益,原则上应当是与第一审判决之比较,判别当事人是否因第一审判决遭受不利益而需要通过二审来加以救济这一上诉利益之识别标准,以此避免因过于抽象的二审“请求更新权”而产生滥用上诉权的情况发生。

当然,论及上述司法解释之规定,不可回避的一

个问题是:《民诉法解释》第328条第2款允许在当事人同意的情况下,二审法院就当事人新增加的请求或者反诉作出判决。那么,这是否意味着在这种场合下当事人就具有了上诉利益了呢?这的确是一个值得深入讨论的问题。在日本早期的学术研究中也认为,当事人在获得全部胜诉的场合下,在上诉审中可以扩大诉讼请求或者提出反诉而获得利益,则承认具有上诉利益。不过,当今作为一项原则,否认这种情况具有上诉利益已成为通说。此乃因当事人在上诉审中增加的请求或者反诉可以通过另诉来加以解决,因此理解为不具有上诉利益更为妥当。<sup>③</sup>根据这一观点,尽管获得当事人同意法院即可对新增加请求或者反诉作出二审判决,但其并不是必须通过上诉才能解决或者救济,当事人本可寻求另诉来解决,当然就不具有通过上诉解决的必要性或者实效性。<sup>④</sup>因此,应当理解为不具有上诉利益更为妥当。

#### 四、上诉利益保障之上诉拘束效力

上诉拘束的效力,是指当事人提起上诉对一审判决、案件和法院所产生的约束效力。上诉一旦合法提起,将阻却一审判决生效和案件从一审法院移送二审法院审理的效力。“上诉提起后,将产生遮断第一审判决停止确定的效力,以及案件从第一审移送上诉审的移审效力。”<sup>⑤</sup>从我国民事诉讼法的规定来看,当事人不服第一审判决的,有权在法定期间提起上诉,即表明当事人提起之上诉将阻断第一审判决的生效(确定);同时,上诉提起后,原审法院有将案件移送二审法院的义务,即产生移审的效力。以上因上诉提起而产生的拘束效力,对于保障当事人上诉利益的实现具有积极意义。

上诉利益一方面体现了国家(立法)对当事人行使诉权(上诉权)的允许限度,是一种控制恣意上诉提起的制度,无利益即无诉权,避免当事人滥用上诉权而可能导致迟延解决纠纷和降低纠纷解决的实效性,以及可能产生的降低民众对司法的信赖等不良后果。但另一方面,一旦当事人具备上诉利益之时,国家就必须保障其能够通过制度加以实现,上诉所能产生的效力一是拘束法院:一审法院必须将案件

移送二审法院,二审法院必须启动上诉审程序审理当事人的上诉请求是否妥当;二是拘束案件,一审判决因上诉而阻却产生生效判决之效力,以及整个案件系属于二审法院,一审法院不再享有审判权。上诉所产生的对上诉利益保障的这两个方面的效力,尤以对案件本身所产生的拘束力为显著。

### (一) 上诉遮断一审判决确定(生效)之效力

无论是实行两审终审制或是三审终审制的国家,除个别案件、程序(如小额诉讼)外,一审法院对案件作出判决之后,在法定期间当事人均可提起上诉。当当事人所提起之上诉具有合法性(具备上诉利益)的场合下,二审法院将对上诉请求进行审理并作出判决。如若在法定期间无人提起上诉,一审判决将得以确定,产生生效判决所具有的效力:拘束力、既判力、执行力和形成力。上诉提起的最直接效力,即是阻却一审判决的确定,不产生生效判决的效力。我国没有类似于其他国家或地区的假执行制度,故而不存在判决确定(生效)前可以实施强制执行的问题。在有假执行制度的国家,一审判决作出后确定前,胜诉一方当事人可以向法院申请假执行,即可以实施强制执行,此为避免败诉一方通过上诉拖延债务的履行而具有意义。在具有上诉利益的一方当事人提起上诉后,一审判决因此而被遮断确定的效力,相应的判决效力也不会发生。但是,由于胜诉一方当事人依假执行决定而实施的强制执行,实际上预支了确定判决的效力,在此种情况下对提起上诉一方当事人而言无疑是不利益的。因此,为平衡双方当事人的利益关系,提起上诉一方当事人在提起上诉后可以向法院申请中止对一审判决的执行行为。

遮断一审判决确定的效力,是对提起上诉一方当事人上诉利益的保障,也是二审审理进行的基础和具有实际意义,特别是上诉人上诉之目的是要求二审法院撤销或者改判一审判决,上诉的遮断效力为此提供了制度保障。

### (二) 上诉不可分效力

在实际的诉讼中,一审中的诉讼形态可能是较

为简单的,也可能是较为复杂的。特别是在存在诉的合并、反诉等诉讼的场合下,上诉的提起形态也会变得复杂起来。当事人不服一审判决,可能针对的是整个案件的判决,也可能是针对一审判决的部分内容;可能是仅针对本诉判决的不服,也可能是只针对反诉判决的不服。上诉审中,关于审理对象的确定问题,各国普遍遵守的基本原则是尊重当事人的处分权,将二审法院的审判范围限定在当事人上诉请求的范围。那么,上诉提起的遮断效力和移审效力的作用范围则是值得思考的问题,也即当事人未提起上诉的那部分判决内容,是否也受上诉提起之遮断效力和移审效力的覆盖?从国外相关国家的立法规定来看,法院上诉审的范围限定在当事人上诉请求的范围,但当事人在上诉审中有权扩张不服的范围,当然对方当事人对上诉人未提起上诉部分的一审判决,可以向法院申请假执行。由此,上诉提起的遮断效和移审效拘束一审判决整体,此即为上诉不可分效力。“确定遮断的效力和移审的效力,对于一个案件的一审判决的全部提起上诉场合自不待言,即使仅针对判决的一部分提起上诉的场合,也产生对整个判决发生拘束力,不限于上诉人提起上诉不服的部分,此即上诉不可分原则。”<sup>⑥</sup>我国民法法对此并没有明确的规定,但从现有立法规定我们可以推论,当事人依法提起上诉后,无论当事人上诉的范围如何,一审判决整体上是不发生法律效力,因为二审法院可以撤销原判决发回重审(《民事诉讼法》第170条),二审中原审原告可以在对方同意的情况下撤回起诉(《民诉法解释》第338条)等规定,即表达了上诉不可分性这一层意思。

上诉不可分效力涉及的另一个命题是对法院的拘束力,即一审法院应当将案件整体移送二审法院,而不是仅仅针对上诉人不服提起上诉的那部分内容的案件材料。《民事诉讼法》第167条也规定,原审人民法院收到上诉状、答辩状,应当在5日内连同全部案卷和证据,报送第二审法院。此即意味着二审法院审理上诉请求所涉及的事实和法律问题时,可以根据当事人二审中提出的新证据综合一审中所有的证据

材料,来判定一审法院判决就当事人上诉请求所涉及的事实认定的正确性,以及法律适用的妥当性。一审法院受上诉不可分效力的拘束,有义务依法移送案件的全部诉讼资料,作为二审法院审理的基础。

### (三) 上诉禁止不利益变更效力

上诉利益另一个制度性保障,是上诉禁止不利益变更原则。该原则表达了两层意思:一是二审法院审理的范围仅以当事人上诉请求为限;二是上诉人不得遭受比第一审判决更不利的判决。“上诉审,是对上诉(包括附带上诉)的审判。也即是对当事人提出的不服所确定之范围的审判,不得超越不服申请的范围进行裁判(利益变更禁止),也不得作出比不服范围更不利的判决(不利益变更禁止)。在上诉中,上诉请求的拘束原则,可以认为是处分权主义在上诉审程序中的表现。据此原则,上诉人在上诉审中即使全部败诉,也只不过是本判决驳回上诉而已。”<sup>⑤</sup>这一原则,是使败诉一方当事人能够安心提起上诉,无疑会增加更正错误判决的机会,以确保当事人的上诉利益得以实现。当然,这一制度的出发点是值得肯定的。不过,实践操作中也可能由于无不利后果之诱导会促使当事人滥用上诉权的可能性大为增加,对方当事人也可能会遭受不必要的诉累。在制度安排上,被上诉人可针对上诉人之上诉提起附带上诉来加以平衡(此问题将在下一节中予以讨论)。

我国并未规定“上诉禁止不利益变更原则”,《民事诉讼法》第168条尽管表达了二审法院的审判对象限于当事人上诉请求所涉及的事实和适用的法律,但在一定条件下法院可以突破这一范围进行裁判(《民诉法解释》第323条)。从立法和司法解释本身存在的问题来看,一方面没有将上诉利益这样的诉讼要件作为上诉合法性的制度规制;另一方面也没有对被上诉人针对上诉人之上诉的对等保障,从而均衡当事人上诉救济与国家司法资源的合理利用以及纠纷解决的迅速性之间的平衡。

### 五、上诉利益平等保护之附带上诉

一审判决作出后,当事人提起的上诉请求若要被法院审理,其上诉本身必须具有合法性。如前文

所讨论,上诉除了符合法律所规定的程序性形式要件外,极为重要的是上诉必须具有上诉利益,不具备上诉利益之上诉将被驳回,其提出的上诉请求也将不予审理。在一审判决后双方都具有上诉利益而仅一方当事人提起上诉的情况下,另一方当事人实际上因上诉期间的经过等原因,已经丧失了上诉权,被上诉人不提起上诉是其对诉讼权利的处分,此当无问题。在上诉审理过程中,审理对象的确定应当是以上诉人提起上诉之时的范围为依据,受当事人处分权的制约,法院不得超越上诉请求的范围进行审理。为确保上诉人的上诉利益(不服的利益)之实现,立法上通常允许上诉人在上诉审理中扩大上诉范围,当然这样的制度规定除了保障当事人的上诉利益之外,也可以理解为确保判决的正当性所使然。不过,需要引起我们特别注意的是,允许提起上诉一方当事人在上诉审理中扩大其上诉审理的范围,很显然从程序平等或者权利平等保护的视角看,对已丧失上诉权之被上诉人来看,若不允许其在上诉审程序中针对上诉人上诉请求的“变更权”而享有获得有利判决的权利,显然有失公平。“上诉人在上诉审的过程中,可以扩大上诉审理对象的范围,因此而认为被上诉一方也有扩大有利于自己的审理对象范围应当是一种公平。”<sup>⑥</sup>这是上诉制度中,双方当事人诉讼权利的一种制衡关系,制约一方当事人提出无意义的上诉请求而导致诉讼迟延,此即附带上诉制度产生的基础。由此,所谓附带上诉,“是指上诉人为了获得有利于自己而请求变更原判决,从而扩大由上诉人提出不服申请所限定的审理范围,被上诉人提出的不服申请”<sup>⑦</sup>。

从上述附带上诉仅存在于双方都具备上诉利益的场合,如果双方当事人均提起上诉,当然也就不存在附带上诉的问题。从制度设立的初衷来看,附带上诉是试图抑制不必要的上诉的提起,籍以平衡双方对诉讼利益的追求,不过,也因此引起了对附带上诉本质认识上的争论。有学者认为,可以通过附带上诉变更诉讼请求,甚至提起反诉,而使其成为上诉审理的对象,进而认为附带上诉并不需要具备上诉



之益。也有学者认为,附带上诉可以理解为上诉权的回复,其通常的上诉不同是不受上诉期间的限制而已,这就意味着不具备上诉利益就不能提起附带上诉,因此,对于一审全部胜诉的一方来说,是不能提起附带上诉的。<sup>⑩</sup>

本文赞同后一观点,因上诉是基于不服第一审判决而引起,上诉制度的目的也在于给予遭受一审判决不利益的当事人以救济机会,以及确保法律解释适用的统一性。因此,上诉请求包括附带上诉请求应当是针对第一审未确定之裁判提出,方可成为上诉审理的对象。一方未在法定期间提起上诉,不能因上诉一方在上诉审理中扩大了不服的审理范围,而被赋予超越原有上诉权所能涵盖的范围,提出一审中未提出而未被审理的新的诉讼请求。我国《民诉法解释》尽管允许原审原告和被告在上诉审理中增加新诉讼请求,以及提出反诉,但并不能因此而认为当事人的上诉权可以超越一审裁判的范围提出上诉,这里隐含了附带上诉的“影子”,但不能因此使其成为审判的对象,因为法院对上诉审理中的新请求是不能判决的,只能谋求当事人的和解解决,否则应当通过另诉解决纠纷。

在附带上诉制度中,还有一个问题是值得关注的,即上诉禁止不利益变更原则的适用问题。在仅一方提起上诉的情况下,上诉人不会因上诉而遭受比一审裁判更不利的二审判决。然而,在被上诉人提起附带上诉的场合,这一原则将会被突破。上诉人提起的上诉因受上诉禁止不利益变更原则的约束,二审法院不能作出比一审更为不利于上诉人的判决,这就意味着二审判决对被上诉人不利的可能性是存在的。那么基于平衡双方当事人利益的视角,在上诉人扩张有利于自己的不服一审判决范围的场合,被上诉人通过附带上诉提出有利于自己的不服一审裁判的范围,则将可能使上诉人遭受不利益判决。因此,上诉不利益变更禁止原则的适用具有一定的相对性,其适用必须考量双方当事人的程序平等和利益平衡。

我国民事诉讼上诉制度过度重视对当事人提起

上诉之权利保障,无论一审判决如何,也无论当事人上诉是否有理由,也都必定会引起二审程序的开始和法院对上诉请求的审理。我国上诉制度的立法及实践,忽略了在对当事人救济与司法资源的妥当利用、纠纷解决的迅速性和对其他人利用司法制度解决纠纷的关照之间的平衡,在制度上没有将上诉利益作为上诉之合法性的考量因素;同时,在上诉审理中缺乏对上诉利益的保障,也欠缺抑制不当上诉行为和对双方当事人平等追求诉讼利益的制度保障,这些都是今后我国修改上诉制度时必须加以注意的问题。

#### 注释:

①[日]高桥宏志:《重点讲议民事诉讼法(上)》,有斐阁2004年版,第295页。

②日本民事诉讼制度中的上诉不同于我国,字面意义上的上诉,其包括类似于我国二审上诉的控诉和再审上诉的上告。

③[日]菊井维大、村松俊夫:《评注民事诉讼法Ⅵ》,日本评论社2014年版,第16页。

④[日]高桥宏志:《重点讲议民事诉讼法(上)》,有斐阁2004年版,第253页。

⑤[日]菊井维大、村松俊夫:《评注民事诉讼法Ⅵ》,日本评论社2014年版,第23页。

⑥[日]高桥宏志:《重点讲议民事诉讼法(上)》,有斐阁2004年版,第253页。

⑦[日]高桥宏志:《重点讲议民事诉讼法(下)》,有斐阁2004年版,第1页。

⑧廖永安:《论诉的利益》,载《法学家》2005年第6期。

⑨参见[日]野村秀敏:《诉之利益的概念与机能》,载《讲座民事诉讼法》(2),新堂幸司主编,弘文堂1984年版,第127-129页。

⑩张卫平:《诉的利益:内涵、功用与制度设计》,载《法学评论》2017年第4期。

⑪张卫平:《诉的利益:内涵、功用与制度设计》,载《法学评论》2017年第4期。

⑫参见[日]井上繁规:《民事控诉审的判决与审理》,日本

第一法规2017年版,第4-7页。

⑬[日]秋山幹男等:《评注民事诉讼法Ⅵ》,日本评论社2014年版,第16页。

⑭参见廖永安:《论诉的利益》,载《法学家》2005年第6期。

⑮参见[日]秋山幹男等:《评注民事诉讼法Ⅵ》,日本评论社2014年版,第23页。

⑯参见[日]高桥宏志:《重点讲议民事诉讼法(下)》,有斐阁2004年版,第454页。

⑰[日]井上繁规:《民事控诉审的判决与审理》,日本第一法规2017年版,第7页。

⑱[日]井上繁规:《民事控诉审的判决与审理》,日本第一法规2017年版,第8页。

⑲[日]井上繁规:《民事控诉审的判决与审理》,日本第一法规2017年版,第8页。

⑳[日]参见井上繁规:《民事控诉审的判决与审理》,日本第一法规2017年版,第8页。

㉑参见[日]井上繁规:《民事控诉审的判决与审理》,日本第一法规2017年版,第7页。

㉒参见[日]秋山幹男等:《评注民事诉讼法Ⅵ》,日本评论社2014年版,第5页。

㉓[日]秋山幹男等:《评注民事诉讼法Ⅵ》,日本评论社2014年版,第6页。

㉔参见[日]高桥宏志,加藤新太郎:《实务民事诉讼法讲座》,日本评论社2013年版,第63、64页。

㉕[日]高桥宏志,加藤新太郎:《实务民事诉讼法讲座》,日本评论社2013年版,第64页。

㉖参见[日]秋山幹男等:《评注民事诉讼法Ⅵ》,日本评论社2014年版,第18、19页。

㉗在“续审主义”上诉审程序构造下,当事人被赋予提出在第一审中未提出的攻击与防御方法之机会,这被称为上诉审辩论的更新权。参见[日]新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第628页。

㉘参见[日]高桥宏志:《重点讲议民事诉讼法(下)》,有斐

阁2004年版,第1页。

㉙参见[日]秋山幹男等:《评注民事诉讼法Ⅲ》,日本评论社2014年版,第11、12页。我国著名学者张卫平教授将诉讼要件概括为:(1)当事人实际存在;(2)具有当事人能力;(3)当事人适格;(4)当事人实施起诉行为;(5)实施了有效送达;(6)不属于重复诉讼;(7)属于法院裁判权范围;(8)属于审理本案的法院管辖;(9)具有诉的利益。参见张卫平:《诉的利益:内涵、功用与制度设计》,载《法学评论》2017年第4期。

㉚参见[日]秋山幹男等:《评注民事诉讼法Ⅵ》,日本评论社2014年版,第26页。

㉛参见[日]高桥宏志:《重点讲议民事诉讼法(下)》,有斐阁2004年版,第9页。

㉜[日]高桥宏志:《重点讲议民事诉讼法(下)》,有斐阁2004年版,第10页。

㉝参见[日]秋山幹男等:《评注民事诉讼法Ⅵ》,日本评论社2014年版,第32、33页。

㉞诉之利益强调的是诉讼进行的必要性和有效性。同理,上诉利益本质上强调的是通过上诉解决纠纷或救济的必要性和有效性。既然二审中新增加的请求或者反诉可以通过另诉来解决,很显然其就不具有通过上诉来解决或救济的必要性和实效性了。

㉟[日]秋山幹男等:《评注民事诉讼法Ⅵ》,日本评论社2014年版,第81页。

㊱[日]井上繁规:《民事控诉审的判决与审理》,日本第一法规2017年版,第16页。

㊲[日]高桥宏志:《重点讲议民事诉讼法(下)》,有斐阁2004年版,第480页。

㊳[日]高桥宏志:《重点讲议民事诉讼法(下)》,有斐阁2004年版,第480页。

㊴[日]高桥宏志:《重点讲议民事诉讼法(下)》,有斐阁2004年版,第467页。

㊵参见[日]高桥宏志:《重点讲议民事诉讼法(下)》,有斐阁2004年版,第468、469页。