

# 民事上诉审程序中的利益变动

邱星美 唐玉富\*

---

**内容提要:**许多国家和地区的民事诉讼中,上诉利益是上诉的诉讼要件或有效要件之一。在上诉程序中,是否允许变更上诉人利益,也有相应规则的约束和制衡。加之附带上诉制度的平衡作用,形成了上诉利益变与不变的复杂现象。这些法律规则体现了民事诉讼法上的当事人主义与诉讼公平理念。我国民事诉讼法上也应当设置上诉利益要件、不利益变更禁止原则、利益变更禁止原则及附带上诉制度。

**关键词:**上诉利益 不利益变更禁止 利益变更禁止 附带上诉

---

民事诉讼程序的启动是以利益纷争的存在为前提的,诉的利益构成整个诉讼程序的基点。在许多国家或地区的民事诉讼中,是否有诉的利益决定着诉讼案件的实体审理程序开启与否以及法院是否作出实体裁判;上诉人上诉后,是否有上诉利益决定着法院是否作出本案判决。上诉案件审理进程中,当事人诉的利益的变动不但决定当事人的胜负,而且是否允许变动实质性地规制着诉讼结果。上诉程序不但以上诉的利益为基点,还以双方当事人利益变动为主线,制约着相关制度的构造。我国的上诉审程序未要求以上诉利益为上诉要件,没有不利益变更禁止原则、利益变更禁止原则及附带上诉制度。本文从诉的利益的动态视角分析、探讨我国民事诉讼上诉程序中存在的问题。

## 一、诉的利益与上诉利益

在外国民事诉讼中,原告起诉时应当具备诉的利益,若无诉的利益而提起诉讼将会被驳回。当事人不服法院裁判提出上诉时应当有上诉的利益,若无上诉利益其上诉将会被法院驳回。

诉的利益是大陆法系民事诉讼理论中极其重要的概念。作为诉权要件的诉的利益是当事人能够使其诉讼请求获得法院裁判的前提。所谓诉的利益是指,当事人所提起的诉求中所应具有的、法院对当事人的诉讼请求作出判断的必要性和实效性。“并非所有的争议都能够凭借主体的起诉行为而当然地进入到国家司法评价的领域,而是在制度上预先设置一道关口,使得那些符合某种要求的诉请才能够获得法院的确定判决。”〔1〕而这种“关口”就是诉的利益。如果原告的起诉不具有诉的利益,其诉讼请求就不会得到法院的受理。诉的利益使得法院建立了一种利益的筛选机制。这种利益筛选机

---

\* 邱星美,中国政法大学副教授;唐玉富,河北工业大学教师。

〔1〕 常怡、黄娟:《司法裁判供给中的利益衡量:一种诉的利益观》,《中国法学》2003年第4期。

制不但划定了当事人行使诉权的范围,而且界定了法院权力运作的边界。只有通过这种筛选的民事争议才能获得法院的裁判。相反,一些民事争议却被限制在法院之外而不能进入法院的诉讼轨道。

诉的利益不仅关乎诉讼的启动,而且一定程度上发挥着权利形成的功能,特别是当现代化新型诉讼大量涌现时,既有的实定法的局限性更加突出,这就要求法院根据具体的事件斟酌以使纠纷便利地进入诉讼程序,认可当事人的正当性权利。现代化的民事诉讼已非完全的封闭化的诉讼空间,诉讼的开放性渐获优位。正如谷口安平所言,“诉的利益的概念不仅是掌握着启动权利主张进入诉讼审判过程的关键,而且也是通过诉讼审判而创制实体法规范这一过程的重要开端。”〔2〕诉讼的权利形成功能为“形成中的权利”和将来的不确定利益提供了诉讼空间,换言之,诉讼的开放性扩张了诉的利益的范围。

诉的利益从本质上说是当事人的权利和法院权力之间的利益衡量。民事诉讼的公力性和强制性使得法院控制着权力的话语空间。在这种利益衡量中,法院的国家优位明显彰化,原告提起的诉讼是否有诉的利益由法院依职权审查。但是,随着当事人权利意识的提高和接近司法正义的利益诉求的增长,当事人的权利话语空间不断扩大。当事人的诉讼行为对法院产生了一定的制约作用,法院在进行利益衡量时必须考虑到诉讼者的利益。这不仅包括提起诉讼一方的利益,而且包括被拉进诉讼的另一方的利益,以此避免诉权的不正当行使。笔者认为,当事人权利张扬和法院的权力限制之间并不一定存在着正相关的关系。也就是说,诉的利益的扩张可能同时意味着当事人权利的张扬和法院权力的扩张,例如曾经的“日照权”,如今的“受教育权”,不但使得当事人实体权益扩张而且也在一定程度上扩大了法院的审理范围。

给付之诉、确认之诉和形成之诉都具有各自不同形态的诉的利益。就一般意义而言,在给付之诉和形成之诉中,诉的利益与成为请求权的实体利益具有同一性。但是在确认之诉中,诉的利益和实体利益却发生分化。如果不对可以请求确认的对象以法律明文加以特别的限制,当事人对于任何事项都可向法院提出诉讼请求,这不仅会造成当事人诉权的滥用,而且还是对法院权威的挑战。因此,必须通过法律对诉的利益的规定,来限制确认之诉的对象,也就是说,诉的利益是确认之诉中诉权的要件之一。

不仅诉讼形态的不同使得诉的利益有着不同的样态,而且程序的不同也使得诉的利益带有具体程序的色彩。在一审程序中诉的利益为常态,在上诉审程序中体现为上诉利益,在再审之诉中则变为再审之诉的利益。

诉讼当事人在第一审程序终结后,对一审法院作出的判决有权向上级法院提起上诉,请求上级法院废弃或变更。上诉制度的目的在于为受到一审不利判决的当事人提供救济手段,使法院的裁判最大程度地接近正义。如果第一审程序使得当事人的利益得到满足,当事人就没有提起上诉的必要,这样的当事人就没有上诉的利益,没有上诉利益的当事人不得向法院声明不服,以防上诉权的滥用、损害被上诉人的利益及浪费法院的诉讼资源。

上诉利益又称不服利益,是指原审法院作出的于当事人不利的裁判,当事人请求上级法院予以救济的必要性和实效性。“上诉人对裁判不服而提起上诉者,须该裁判对于上诉人有不利益之场合始得为之。因而法院仅对于具有上诉利益之上诉为本案判决,对于无上诉利益之上诉,则将其驳回,而不为本案判决。”〔3〕原审裁判否定了当事人在一审中应当获得的利益或部分利益,为了使这些利益获得救济,法律设定了上诉程序,为当事人提供救济机会。上诉利益是诉的利益在上诉审程序中的体现,是上诉人上诉的要件。上诉利益是上诉审程序启动的枢纽,有上诉利益者应当允许其上诉,法院对其上诉的案件应当进行审理后作出本案判决;无上诉利益者不应当允许其上诉,或者法院直接驳回

〔2〕〔日〕谷口安平:《程序的正义与诉讼》,王亚新、刘荣军译,中国政法大学出版社1996年版,第151页。

〔3〕刘春堂:《上诉利益之研究》,载杨建华编:《民事诉讼法论文选辑》下册,台湾五南图书出版公司1984年版,第795页。

其上诉。两大法系对上诉利益都有规定或者类似的判例。

上诉利益是实体法和程序法共同作用的“场”，上诉审程序需要这个场域的程序审查和利益判断。在这种意义上，上诉利益实质上是法院的过滤和排除机制，甚或法院在上诉审的启动上行使了一定的审判功能。因此可以说，上诉利益不仅决定着上诉人的利益诉求能否进入法院的诉讼救济轨道，而且直接关乎着上诉人的命运。

下列几个大陆法系国家的民事诉讼法都将上诉利益作为上诉审程序启动的诉讼要件或有效条件之一：

法国民事诉讼法第 546 条规定，“于其中有利益的任何当事人，如未舍弃上诉权利，均享有上诉权。非讼案件，受到判决通知的第三人亦可对此判决向上诉法院提起上诉。”上诉利益是上诉人应当具备的条件，而且是实质条件。“上诉人应当证明其享有提起上诉的利益。在一审诉讼中，如果法官没有满足当事人所有的诉讼请求，或者当事人在一审诉讼中败诉，在此程度上，上诉人即属于享有提起上诉的利益（有一句古老的法谚说：‘理由与败诉相对应’）；在一审中完全胜诉的人，不得向上诉法院提起上诉”。〔4〕

日本民事诉讼法对控诉（即第二审上诉）的法律构成要件规定为：“（1）对第一审终局判决提起上诉（第一审的终局判决——民事诉讼法第 281 条 1 项）；（2）控诉必须在控诉期间（判决送达之日起 2 周内——民事诉讼法第 285 条）提起；（3）控诉必须由控诉利益人（控诉权人）提起。”“控诉利益产生于第一审中败诉的当事人。全体败诉时，原判决的全体便是控诉利益人；部分败诉时，败诉的部分人便是控诉权人。”“控诉利益因当事人之间达成不控诉合意（民事诉讼法第 281 条 1 项），或拥有控诉利益者放弃控诉权而消灭（民事诉讼法第 284 条）。”〔5〕

在德国的民事诉讼中，上诉利益是上诉行为合法的要件之一。只有当上诉人声明不服的原审裁判加重了上诉人的负担时，上诉才合法。“不服是作为权利保护利益的特殊表现形式，是法律未普遍提及的上诉的合法性要件之一（以及再审的合法性要件之一）。”“不服要件有两项要求：其一，被加重负担、被承担不利的当事人自己决定是否提起合法的上诉。其二，只有当用上诉来追求消灭上诉人的不服为目的时，上诉才合法。是否有不服理由，在审查上诉是否有理由时才显示出来。”〔6〕

英美法系国家的民事诉讼中没有诉的利益的概念，但是并不意味着上诉的启动不需要实质的上诉利益。在这些国家，程序至上受到推崇。他们认为没有救济就没有权利，因此相关的救济程序设计不但精致而且具有可操作性。但是因为英美法系实行陪审团的审判，陪审团对事实进行认定，法院负责法律的适用，除非需要对证据是否充分作出合理裁决的有限考虑，否则法官无权重新审理陪审团的裁决。因此英美法系上诉审程序的启动一般是由于当事人对法律的适用产生不确信。英国实行上诉许可制度，其上诉状实际上就是上诉许可的申请书（即上诉状），上诉状要求其主要内容应指明下级法院裁决具有明显错误的理由，或者下级法院进行的诉讼程序中有严重的程序违法或其他违法行为，从而导致裁判不公的理由。〔7〕“美国的上诉必须由对初审判决不服的当事人提出。”〔8〕由此可知，英美法系国家的上诉审都要求上诉人对初审裁决认为适用的法律有错误或者不适当而提起，这类似于大陆法系的上诉利益理论。

我国的民事诉讼法上没有关于上诉利益的规定，上诉利益不作为民事上诉人上诉的要件。关于上诉的要件，我国民事诉讼理论界通说认为包括实质要件和形式要件两种。实质要件是指哪些判决和裁定是可以上诉的判决、裁定，哪些判决和裁定是不可以上诉的判决、裁定；形式要件是指：1. 应当

〔4〕 [法]让·文森、塞尔日·金沙尔：《法国民事诉讼法要义》，罗结珍译，中国法制出版社 2001 年版，第 1189 页。

〔5〕 [日]中村英郎：《新民事诉讼法讲义》，陈刚、林剑锋、郭美松译，法律出版社 2001 年版，第 266 页。

〔6〕 [德]奥特马·尧厄尼西：《民事诉讼法》，周翠译，法律出版社 2003 年版，第 367 页。

〔7〕 参见常怡：《比较民事诉讼法》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 628 页。

〔8〕 同上书，第 620 页。

有合格的上诉人和被上诉人。2. 判决在15日内提起上诉, 裁定在10日内提起上诉。3. 提交上诉状。4. 缴纳诉讼费用。这些要件均未涉及上诉利益问题。与上述国家的上诉要件相比, 我国的上诉条件是比较宽松的, 当事人在很大的程度上控制着上诉程序的启动。正是上诉利益的缺位, 造成了我国上诉审程序缺乏必要的限制以及上诉权滥用的情形, 使一些本无上诉利益的当事人得以提起上诉, 利用上诉程序拖延时间, 转移财产, 逃避债务, 或者消耗对方当事人以达到不正当的目的, 从而使上诉审程序发生异化。上诉审程序异化的不良后果是: 1. 当事人上诉权的滥用, 削弱了当事人对上诉审程序的信任和期待, 一审法院判决的正当性可以随意受到当事人的质疑。2. 在一定程度上, 程序变成一种负面的过程, 不但延长了诉讼审理期限, 而且增加了上诉审法院的工作负荷, 造成了法院司法资源的浪费。3. 为某些人在制度外规避法律和为不正当利益利用法律程序提供了条件。基于对这种异化的忧虑, 我们认为, 上诉利益的确立有着现实的必要性。但是, 如何把握上诉利益的界限, 需要作认真细致的研究, 界限太严必然会妨碍当事人行使上诉权。

## 二、上诉利益的界定

如何判断上诉人的上诉是否具有上诉利益, 与上诉审的类型问题相关。上诉审的类型不同, 上诉利益的界定标准也就不同。上诉审的类型又被称为上诉审结构, 是指上诉审审理与第一审法院审理之间的关系。上诉利益与上诉审的类型相关, 准确地说是与第二审的类型相关。因为在实行三审制的国家, 其第三审为法律审, 其上诉利益问题容易统一判断, 而其第二审的上诉利益由于第二审程序的类型不同会产生不同的判断结果。

第二审上诉程序的类型, 因各国家或地区民事诉讼法的规定有所不同。学理上通常划分为以下三种: 1. 复审制。指在第二审程序中, 一切诉讼资料, 均由第二审法院重新调查, 就事件为全面的审理, 对于当事人新事实之主张及新证据之提出, 全无限制, 即可于第二审汇集与第一审全无关系之诉讼资料, 而且基于此资料, 得变更原裁判之制度。2. 事后审制。此种第二审上诉制度系与复审制相对立的诉讼制度, 是指第二审不就事件的本身审理, 仅就第一审之判决内容及诉讼程序是否有谬误、缺陷重加检讨, 其妥当者维持之, 其不妥当者发回之, 因而一切诉讼资料, 均以第一审原有之资料为依据, 不许提出新诉讼资料。3. 续审制。续审制是指第二审审判纵然是以第一审判决之审查为目的, 然而此项审查系第一审之继续。从而第二审之诉讼资料并不限于第一审原有的诉讼资料, 于第二审亦得为新诉讼资料之搜集。当事人在第一审所为之诉讼行为, 于第二审仍然有效力, 同时并得在第二审提出新的攻击或防御方法。<sup>[9]</sup>

判断上诉人是否有上诉利益的标准, 民事诉讼理论界有实体不服说、形式不服说和折中说三种学说。实体不服说认为, “第二审法院为第一审法院之续审, 当事人于第二审言辞辩论终结前得提出新诉讼资料, 并得为诉之变更追加。上诉是否有利益, 应以第二审言辞辩论终结时, 为其判断之基准时, 如上诉人于第二审言辞辩论终结时能获得较第一审判决更有利之判决者, 即为有上诉之利益。”形式不服说认为, “上诉人提起上诉, 是否有上诉利益, 应于其提起上诉之时为形式上之判断。其判断标准, 应以原告在第一审之起诉声明与第一审之判决对照以观, 起诉之声明全部未经第一审判决容许者, 全部有上诉利益, 一部未经容许者, 一部有上诉利益。第一审法院已就原告起诉之声明, 为全部容许之判决者, 原告即无提起上诉之利益。”折中说认为, “原告之上诉利益, 应以形式不服说为标准。但被告在第一审并无起诉之声明, 其所为驳回原告之诉之声明, 乃为诉讼上之声明, 非为裁判之对象。故被告之上诉利益, 应依实体不服说, 以第二审言辞辩论终结时之诉讼资料判断其上诉利益之有

[9] 前引[3], 刘春堂文。

无。”<sup>〔10〕</sup>

续审制兼具有复审制的特性,一方面当事人第一审所为之诉讼行为于第二审仍然有效,另一方面当事人在第二审中仍然可以提出新的诉讼资料、新的攻击或防御方法。持形式不服说者着眼于其续审的性质,主张上诉利益之有无应于提起上诉之际为形式判断,依原告起诉之声明是否为判决全部或部分允许而判断是否有上诉利益。但此说对被告是否适用不无疑问,即形式不服说对上诉条件划定了清晰的界限,但是对于被上诉人的利益却缺乏应有的保护。例如,原告请求法院判决被告给付 50 万元,但是被告主张原告和被告之间不存在原告所主张的买卖关系,而且主张原告应给付前次买卖价金 25 万元,法院认定原告和被告之间合同关系存在,判决被告给付 50 万元,但是原告应当同时给付被告价金 25 万元,最后判决被告给付原告 25 万元。从形式上看,判决书认定的 25 万元与当事人声请的 50 万元不一致,因此原告还有 25 万元的上诉利益。但是该判决实质上是以被告的 25 万元价金作为抵销。按照形式不服说,因被告在一审中没有提出诉讼请求,所以其没有上诉利益,也就不能提起上诉。这实质上剥夺了被告的上诉权。

持实体不服说者着重于第二审续审之复审性质,主张当事人在上诉程序中可提出新事实、新主张、新证据,法院给予重新调查,全面审理。因此,主张上诉之利益之有无应依第二审言辞辩论终结时,上诉人能够获得较原判决更为有利的判决时则为有上诉利益,反之则无上诉利益。但依照此说,在一审中获得全部胜诉判决者,为获得更有利之判决亦可提起上诉,有庇护原告的可能。例如原告在一审中主张 50 万元的胜诉利益,而且法院在判决中满足了原告的诉讼请求,但原告认为其上诉能够较一审判决多获得 10 万元的胜诉利益,因此对一审被告主张 10 万元的上诉利益。上诉人是否真正拥有 10 万元的上诉利益,只能在二审言辞辩论结束后才能做出判定。这种理论建立在二审程序是对一审程序的复审的基础上,因此有导致上诉权滥用和上诉程序虚置的倾向。这对被告显然是不公平的。

折中说兼采了上述两种不同学说之所长,对原告上诉利益之有无的判断采形式不服说,对被告上诉利益之有无采实质不服说。德国、日本和我国台湾地区均采形式不服说为原则,以实质不服说为补充和例外。

### 三、上诉不利益变更禁止与上诉利益变更禁止原则

上诉利益并不是一个恒量,而是一个变量。上诉审程序是一个交融着上诉利益的限制和扩张的过程。换言之,上诉利益在上诉审程序中是变动的利益。这种变动有两种不同的表现:形式上的上诉利益变动和实质上的上诉利益变动。形式上的上诉利益变动主要是指上诉利益在上诉审程序中的不同样态。在程序的发动上,上诉利益是上诉审程序启动的要件,即上诉利益关乎当事人的上诉行为能否被纳入国家的二次司法评价体系内;在上诉案件的审理范围上,上诉利益决定着上诉审法院的审理权限,而且上诉人和被上诉人的言词辩论也受到上诉利益的规范。因此,形式上的上诉利益变动内化为上诉不利益变更禁止原则和上诉利益变更禁止原则,二者限定了上诉利益,事实上也是对上诉利益的一种制度性保障。实质上的上诉利益变动是指在上诉审程序中,既有的上诉利益的界限受到突破而引起的利益变动,在上诉审程序中外现为附带上诉制度。

考察历史发现,无论是上诉不利益变更禁止原则、利益变更禁止原则,还是附带上诉制度,都是为了克服上诉共通原则的弊端而发展起来的。所谓上诉共通原则是指,若一方当事人提起上诉,纵使被上诉人未提起上诉,也可以在上诉程序中声明其不服原判决,上诉审法官应依职权考虑被上诉人的不服声明,只需实体真实有利于被上诉人,即应将原判决变更。换言之,一方当事人的上诉,其利益及于

〔10〕 杨建华:《问题研析——民事诉讼法》第 2 册,台湾三民书局有限公司 1987 年版,第 226 页。

对造当事人。<sup>[11]</sup> 上诉共通原则虽然充分重视实质真实的发现,但是却忽略了当事人的自主意志,忽视了当事人的处分权。为充分尊重当事人的程序利益和主体地位,尊重当事人的处分权,同时也为了对未上诉方以公平保护,确立了上诉不利益变更禁止原则、上诉利益变更禁止原则。而上诉共通原则在上诉利益变更禁止原则、上诉不利益变更禁止原则存在的前提下经过修正发展又生成了附带上上诉制度。因此说,上诉不利益变更禁止原则、上诉利益变更禁止原则和附带上上诉制度有着共同的源流。它们是上诉共通原则在私法自治的环境下变更、发展的生成之物。

上诉利益变更禁止原则,是指当事人对原判决未声明不服部分,若对方未上诉或未附带上上诉时,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。上诉不利益变更禁止原则,是指在只有一方当事人上诉的情形下,上诉审法院不能作出比第一审裁判更不利于上诉人的裁判。上诉不利益变更禁止原则所约束的是上诉人不服而上诉的范围,又称为“上诉不加重”,它所维护的是上诉人的利益,体现了对上诉人处分权的尊重。上诉利益变更禁止原则所约束的是上诉人未声明不服,即未上诉的范围,它所维护的是未上诉当事人的利益,同时也体现了对上诉人处分权的尊重。

上诉不利益变更禁止原则、利益变更禁止原则是大陆法系主要国家和地区民事上诉审程序中重要的一对原则。日本民事诉讼法第304条规定:“撤销或变更第一审判决,只在声明不服的范围内可以进行。”这条规定是指撤销或变更第一审判决的范围,包含了上诉不利益变更禁止原则和利益变更禁止原则。日本民事诉讼法学者对此解释:“撤销或变更原判决的范围,原则上只限于根据控诉或附带控诉提出不服申请的范围之内。因此即使原判决不当,控诉审不触及控诉人没有提出不服主张的败诉部分,也就是说不得作出比原判决更有利于控诉人的判决(禁止变更有利于原判决)。控诉的范围仅限于不服的申请,因此对控诉人来说最坏的情况也不过是驳回控诉而已,不会受到比原判决更不利益的判决(禁止变更不利于控诉人的判决)……但是,法院应依职权调查的诉讼要件欠缺或诉讼程序上有瑕疵时作为例外,不管不服申请的范围如何,根据情况可以撤销全部原判决。例如欠缺诉讼能力或违反专属管辖”。<sup>[12]</sup> 德国民事诉讼法第536条规定:“对于第一审的判决只能在申请变更的范围内变更之。”此规定意味着上诉审法院“对合法的控诉和未以裁定驳回的控诉作出的判决,既不允许超过控诉申请的范围,也不允许为使控诉人不利而变更声明不服的判决。”“就上诉手段而言,对被声明不服的裁判的变更不允许与上诉人的申请不同。因此对上诉人而言,不能发生比他的上诉失败更不利的事;相反,鉴于上诉不能为使上诉人不利而变更判决:存在上诉不加重”。<sup>[13]</sup> 我国台湾地区民事诉讼法中也有此类规定。这一对规则不仅制约着上诉审法院的审理范围,规制着上诉人和被上诉人言词辩论的边界,而且决定着上诉裁判可触及的范围,是对当事人上诉权的原则性保护。

我国的民事诉讼制度中也有体现上诉利益变更禁止原则的内容。民事诉讼法第151条规定:“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。”为解释此条规定的含义,1992年《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:“第二审人民法院依照民事诉讼法第151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决确有错误的,也应予以纠正”。这条解释意味着法院可以不受当事人上诉请求范围的限制,对上诉案件全面审理,似乎倒退回1982年民事诉讼法(试行)的规定。这样的解释违反了私法自治的要求,缺乏对当事人处分权的尊重。为了修正其缺陷,1998年《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》第35条规定:“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

[11] 参见陈计男等:《不利益变更禁止原则之一》,民事诉讼法研究基金会:《民事诉讼法之研讨》(七),载台湾三民书局1998年版,第298页。

[12] [日]兼子一、竹下守夫:《民事诉讼法》,白绿铨译,法律出版社1995年版,第233页。

[13] 前引[6],奥特马·尧厄尼西书,第380,327页。

或者他人利益的除外。”根据此条解释,在上诉人上诉请求范围之外,裁判若有错误,纠正此错误可以使上诉人获得利益的,原则上法院不得审查纠正,但是侵害社会公共利益或者他人利益的可以不受此约束。由此可见,民事诉讼法第151条的规定和《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》第35条的解释,等于实质上确定了上诉利益变更禁止原则,但是,其适用并非绝对,当民事诉讼中涉及有公共利益时,就应以公共利益优先,而排除私权意义上的利益变更禁止原则。

在我国民事诉讼制度中,没有上诉不利益变更禁止原则的规定。我国是否要确立上诉不利益变更禁止原则,尚值得探讨。若重视裁判实体真实性,即应当奉行上诉共通原则;若重视当事人意思自治,遵从处分原则,则应设立不利益变更禁止原则及利益变更禁止原则。多数人认为,民事诉讼多系私权之争,与公益关系较少,制度上适宜尊重当事人意思。我国现行民事诉讼法的规定与司法解释确立了在当事人上诉请求范围内审理的原则,体现了诉讼观念的改变,即实现了从公共利益至上、漠视民事纠纷私权性的审判方式,到重视当事人民事纠纷私权性的审判方式的变革,体现了利益变更禁止原则的精神。在此前提下,我们认为也需要借鉴德国、日本等国家民事诉讼立法经验和实践操作模式,在我国的民事诉讼中确立上诉不利益变更禁止原则。其依据主要有以下两个方面:

第一,避免对上诉人的突袭性裁判。诉的利益的本质是当事人权利和法院权力的利益衡量,既是当事人权利扩张的权力保护,又是当事人权利对法院审判权的制约。其中,法院的审判权处于明显的优位。上诉利益是法院审判权对当事人权利的制度约束和筛选机制。上诉利益一旦在上诉请求中得到确定,当事人和上诉审法院的诉讼行为就受到约束,上诉人和被上诉人必须在上诉利益的范围内进行辩论,法院也必须在上诉利益的范围内做出裁判。如果法院加重对上诉人的不利判决,就超出了诉的利益的限制,违背了上诉人上诉的旨意,代行了未上诉方当事人的权利,这实质上是上诉利益的不正当扩张。正是这种不正当的扩张引发了上诉审法院审判权的滥用,导致突袭性裁判的产生。上诉不利益变更禁止原则是确保上诉利益得以维系的适格原则,也契合了当事人权利扩张和法院审判权限制的机缘,因而在制度上加以确定有着现实的必要性。

第二,实现当事人处分权的要求。处分原则是民事诉讼法的根本原则之一。“不仅诉讼程序的开始和审理对象的内容只能由当事者(尤其是原告)来决定,而且关于诉讼标的的变更和诉讼的终止,当事者也有决定权。”<sup>[14]</sup>处分权是当事人的一种基本权利,当事人有权自主地决定权利的正当行使,也有权放弃权利,同时承担权利的放弃而带来的风险。当事人不提起上诉,就意味着其已经放弃了请求变更原裁判的权利,这种权利既包括程序权利,也包括通过程序权利所实现的实体权利。当事人是处分权的主体,采用处分原则的目的是要给当事人平衡追求兼顾实体利益和程序利益的机会,而不是仅以系争实体权利的保护为目的。<sup>[15]</sup>当事人提起上诉,则表明上诉人有着一定的利益诉求,这种利益诉求应当得到制度鼓励。如果上诉审法院的裁判更不利于上诉人,就意味着法院兼具了被上诉人和裁判者的双重角色,这不但违反了法官的消极中立地位,而且会导致诉讼公正的丧失。

上诉不利益变更禁止原则的内容具体体现为:

1. 上诉利益是上诉审程序的启动要件。上诉人必须享有上诉利益。同时应当注意的是,上诉不利益变更禁止原则仅适用于私益事项。也就是说,利益的位阶限制着上诉不利益变更禁止原则的适用,公益事项应予优先保护,涉及公益事项时可不受上诉不利益变更禁止原则的限制。2. 上诉人于上诉法院遭受的不利裁判,不得大于上诉请求全部被驳回的效果。换言之,上诉人在上诉法院所遭受的最坏结果为其上诉请求被驳回,上诉法院不得以任何理由(包括事实认定错误或法律适用错误)作出比一审判决更不利于上诉人的裁判。3. 上诉审法院在裁判中所确定的利益必须经过上诉人和被上诉人的言词辩论。未经双方当事人辩论的利益,法院不得对其作出判决。4. 上诉审法院可以在确保不

[14] 前引[2],谷口安平书,第104页。

[15] 邱联恭语,参见前引[11],陈计男等文,第338页。

低于一审判决所确定利益之前提下,变更作出裁判的理由。5.适用上诉不利益变更禁止原则的前提是被上诉人未上诉,也未提出附带上诉。否则上诉法院审理的范围就不限于上诉人上诉不服的范围。在此情形,不利益变更禁止原则将自然被突破。此外,在上诉人诉讼要件欠缺时也不受不利益变更禁止原则的限制。

#### 四、附带上诉

上诉不利益变更禁止原则使得上诉利益保持着样态变化的恒量,但是该原则实施的前提是对方当事人未提出上诉或附带上诉。当一方当事人提起上诉,另一方当事人也提起上诉或附带上诉时,上诉人在上诉程序中的利益就必然会发生变化,而无法获得不利益变更禁止原则的保护。

附带上诉是指一方当事人提起上诉后,另一方当事人针对上诉人提起的上诉。“附带上诉人,当事人之一造对于第一审判决不利益已部分提起上诉后,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也”。<sup>[16]</sup>“被控诉人趁控诉的机会把控诉审判的范围向有利于自己的方面扩大,并请求审判其主张的申请叫做附带控诉”。<sup>[17]</sup>

附带上诉制度是许多大陆法系国家民事诉讼法中规定的制度,我国台湾、澳门地区的民事诉讼法中也都规定有附带上诉制度。

德国民事诉讼法第521条、522条、523条、556条和557条都是关于附带上诉制度的规定。德国民事诉讼法中的上诉分为控诉、上告和抗告,其控诉和上告是指对判决不服提起的第二审上诉和第三审上诉,抗告是指对裁定不服提起的上诉。其附带上诉分为附带控诉、附带上告和附带抗告。附带上诉又分为独立和依附的两种,控诉、上告或抗告被撤回或因不合法被驳回时,附带控诉、上告或抗告失其效力。被控诉、上告或抗告人在控诉、上告或抗告期间内提出附带控诉、上告或抗告的,这些附带的控诉、上告、抗告视为独立的控诉、上告、抗告。例如其民事诉讼法第521条第1款规定,“被控诉人即使在舍弃控诉或已逾控诉期后,仍可以提出附带控诉”。第522条规定,“控诉经撤回,或控诉因不合法而被驳回时,附带控诉失其效力。被控诉人在控诉期间内提起附带控诉的,视为他独立提起控诉。”

法国新民事诉讼法典第548条至551条是关于附带上诉制度的规定。根据该法典第548条的规定,附带上诉是由被上诉人针对上诉人与其他被上诉人附带提出的上诉。其第550条规定,附带上诉得于诉讼之任何阶段提出,即使提出附带上诉的人已经丧失以本诉讼之名义进行诉讼的权利亦同。而且附带上诉人应当证明自己有提起此种上诉的利益,并且没有对一审判决做出认诺。<sup>[18]</sup>其第549条规定,被上诉人提起附带上诉,既可以针对上诉人,又可以针对其它被上诉人。<sup>[19]</sup>对于附带上诉与主上诉的关系,根据其第550条的规定,“只要是在提出主上诉的有效期间内提出附带上诉,即使主上诉得不到受理,附带上诉仍然可以‘嫁接’其上”,但“如果附带上诉是在可以提出主上诉的期间届满之后才提出,那么,其是否可以受理则与主上诉可否受理紧密联系;但是,如果附带上诉是在可以提起主上诉的期间之内提出的,则同主上诉一样,应当认为它可以自行成立,只不过在形式上具有附带性质,但其本身却是有效的。”<sup>[20]</sup>

日本民事诉讼法中的上诉也分为控诉、上告和抗告三种不同类型。日本实行三审终审制,附带上诉仅适用于事实审和法律审的第二审程序,不适用于仅作法律审的第三审,也不适用于抗告,因此与德国不同,其只有附带控诉。附带控诉也分为独立的和依附的两种类型。控诉“是对第一审的终局判

[16] 杨建华:《民事诉讼实务问题研究》,台湾三民书局有限公司1981版,第359页。

[17] 前引[12],兼子一、竹下守夫书,第229页。

[18] 参见前引[4],让·文森林、塞尔日·金沙尔书,第1194页。

[19] 同上引。

[20] 同上书,第1198页。

决向第二个事实审法院提出的上诉”。<sup>[21]</sup>日本新民事诉讼法第293条是关于附带控诉的规定。“被控诉人即使其控诉权消灭后,但在口头辩论终结之前,仍可以提出附带控诉。”“附带控诉在撤回控诉或因不合法而驳回控诉的情况下,失去其效力,但是具备控诉要件的,则视为独立的控诉。”“附带控诉应根据关于控诉的规定。但是,提起附带控诉,应向控诉法院提出附带控诉状。”<sup>[22]</sup>

我国台湾地区民事诉讼法中的附带上诉制度与日本基本相同,在第二审程序中,被上诉人于言词辩论终结前,得为附带上诉;附带上诉,虽在被上诉人之上诉期间已满或曾舍弃上诉权或撤回上诉后,也可以提出。其附带上诉也分为独立的和依附的两种类型,上诉经撤回或因不合法而被驳回者,附带上诉失其效力,但附带上诉具备上诉之要件者,视为独立之上诉。第三审程序中,被上诉人不得提起附带上诉。在对裁定的上诉,即抗告程序中也无附带抗告的规定。

我国澳门地区民事诉讼法典第587条是关于附带上诉制度的规定,该条共有5款,其内容包括:“1.双方当事人均有败诉时,如任一方当事人希望裁判中对其不利之部分获变更者,得提起上诉;在此情况下,任一方当事人提起之上诉得为独立上诉或附带上诉。2.独立上诉须于一般期间内按一般程序提起;附带上诉得于受理他方当事人上诉之批示作出通知后十日内提起。3.如首先上诉之人撤回上诉或其上诉不产生效力,又或法院不审理该上诉人者,则附带上诉失效,而所有诉讼费用均由主上诉人负担。4.一方诉讼人舍弃上诉权或明示或默示接纳裁判时,只要他方当事人对该裁判提起上诉,其亦得提起附带上诉,但其明示声明不提起附带上诉者除外。5.凡可提起独立上诉,则亦可提起附带上诉,即使出现争执之裁判对附带上诉不利益之利益值等于或低于作出上诉所针对裁判之法院之法定上诉利益限额一半亦然。”

从上述国家和地区附带上诉制度的法律规定来看,附带上诉具有以下特点:第一,附带上诉人应当有上诉利益。“提出附带上诉的条件类似于对上诉人所要求的条件:附带上诉人应当证明自己提起此种上诉的利益,并且没有对一审判决作出认诺;此外,只有在存在主上诉的情况下,才能提出附带上诉”。<sup>[23]</sup>可见附带上诉和独立上诉具有同质性,因此附带上诉人也必须具备上诉利益才能提起附带上诉。附带上诉人应当证明自己在一审裁判中受到不利影响,才能享有上诉利益,并且附带上诉人未对一审裁判作出认诺。第二,附带上诉人在主上诉提起后提起,但是附带上诉并不仅限于主上诉期间,只要主上诉尚未审结,都可以提出。附带上诉可以于上诉审的任何阶段提出。如果在主上诉期间提出就如同主上诉具有有效性,只是在形式上具有附带性质。但是“在主上诉不能得到受理的情况下,如果上诉人本人不对附带上诉的可受理性提出异议(理由可以是新的理由,并且可以是事实与法律的混合理由),在以上诉人本人名义采取行动的期间届满后提出的附带上诉仍然可以受理。”<sup>[24]</sup>第三,附带上诉既可以是附带的,又可以是独立的。通常附带上诉以主上诉的存在为前提。如果附带上诉人提起上诉前,主上诉人已经舍弃上诉或者法院驳回主上诉人的上诉,那么当事人不能提起附带上诉。上诉人上诉后,被上诉人提出附带上诉,主上诉人又撤销其上诉或者主上诉被驳回的,附带上诉失效。但是,如果附带上诉是在上诉期间提出的,那么即使主上诉人撤回上诉,附带上诉仍被视为独立提起的上诉而存在。第四,附带上诉通常针对主上诉人提出,但是也可以针对其他被上诉人提出,例如共同诉讼中,针对本方当事人提出。

在附带上诉制度中,存在着两个相悖的上诉利益。当附带上诉的利益较主上诉利益更大时,或者主上诉被驳回或败诉而附带上诉胜诉时,主上诉人有遭受较一审裁判更加不利之裁判的可能性。从附带上诉之角度而言,上诉审自然突破了对上诉人方面的上诉不利益变更禁止原则。这样,伴随着附

[21] 前引[12],兼子一、竹下守夫书,第226页。

[22] 白绿铨编译:《日本新民事诉讼法》,中国法制出版社2000年版,第103、104页。

[23] 前引[4],让·文森、塞尔日·金沙尔书,第1194页。

[24] 同上书,第1199页。

带上诉的启动,上诉利益在上诉审程序中得到了扩张。也就是说,上诉利益在这一过程中实现了由限制到扩张的变动。但是,必须注意这种利益的扩张实质上是外在的制度对既有的定量利益的冲击,或者说这种利益的变动不是自发的而是带有被动性质的。这种变动不仅导致了上诉审理范围的扩充(对上诉人而言),而且促使了上诉裁判不确定性的增加。

附带上诉制度产生的缘由在于:首先,作为法律赋予被上诉人的特别救济途径,对被上诉人施以公平保护。就一审判决均有不服时,双方当事人都可以独立地提出上诉,但是当一方当事人出于息事宁人之目的,或者为了诉讼经济的缘由,希望双方都不要上诉,或者判断对方当事人无理由上诉而放弃己方上诉时,若对方当事人不肯息讼,提起上诉,依据上诉不利益变更禁止原则,该上诉人显然处于有利地位,而被上诉人仅能就对方之上诉为防御而无法攻击。因此立法者为使双方当事人获得平等保护,允许被上诉人在上诉人上诉后提出附带上诉。其次,附带上诉乃利益变更禁止原则、不利益变更禁止原则的伴生产物。在上述国家和地区的民事诉讼中,法院审理上诉案件时,法律规定应当在上诉申请的范围内审理调查、在当事人上诉申请的范围内辩论,上诉人的上诉申请是法院裁判的对象,法院不能在当事人申请范围之外审理裁判。同时禁止上诉利益变更与禁止上诉不利益变更,上诉审法院即不得超过上诉人的上诉请求范围变更初审裁判,使上诉审裁判更有利于上诉人,上诉审法院也不得变更初审裁判而导致对上诉人更加不利。实行这两项原则,特别是不利益变更禁止原则,就要求设置附带上诉制度,对被上诉人提供救济的手段。反之,如果没有利益变更禁止原则或不利益变更禁止原则,而实行上诉共通原则,上诉人与被上诉人在上诉程序中都可以得到救济,就不需要设置附带上诉制度。再次,制裁滥用诉权之当事人。有时,当事人基于对上诉审裁判的不确定性和高昂诉讼成本的恐惧,有可能放弃上诉的机会,但是当另一方当事人提起上诉以致自己的权益处于比一审裁判更加不利的地位时,特别是“第一审判决一部败诉之当事人,倘系好讼之徒,对于败诉部分明知无理亦欲上诉,徒使繁增讼累而已,今有附带上诉制度,滥行上诉者,将多一顾忌。就此而言,附带上诉制度实有必要。”〔25〕

我国民事诉讼法中没有设立附带上诉制度。1982年施行的民事诉讼法(试行)对上诉审理的范围规定,“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”,实质上实行的是上诉共通原则。出于尊重当事人处分权的观念,1991年颁布实施的现行民事诉讼法对上诉案件审理范围,规定限于上诉人上诉请求的范围之内,实质上实施了利益变更禁止原则。但由于没有不利益变更禁止原则的规定,人们并未关注附带上诉制度问题。笔者认为,无论是否有上诉不利益变更禁止原则,都应当在我国的民事诉讼法中设置附带上诉制度,其主要理由如下:

第一,实现诉讼当事人程序公平的要求。我国的民事诉讼法在上诉审理范围的问题上,1991年的立法仅考虑了对当事人处分权的重视,没有进一步考虑被上诉人的利益,造成了诉讼上的不公平。附带上诉制度可以使没有上诉的被上诉人获得诉讼程序上的公平救济。从德国和日本的学者对此问题的法理分析来看,建立这种制度的重要价值取向就是实现当事人双方的诉讼公平。由于附带上诉制度的缺失,下列情形在诉讼实践中时有发生:当事人不了解民事诉讼法的规定,为避免预交上诉费,企图在对方当事人提起上诉的程序中提出自己的上诉请求,导致其上诉期间届满后才知道其已经丧失提出不服原判决请求的权利。又如,当事人对一审判决基本满意,仅有小部分不满意,但是考虑到上诉的耗费或代价而决定不上诉,同时认为对方当事人没有理由上诉,诉讼就此结束。而对方当事人提起上诉时,自己一方律师费的支出与诉讼的时间耗费将不可避免。被上诉人如果意欲对原审判决不满意的部分提出上诉,但上诉期间已经届满,丧失了上诉的权利。上诉法院根据民事诉讼法的规定,仅在上诉人上诉请求的范围内审理,如果上诉人的上诉请求不包括被上诉人意图上诉的内容,对被上诉人显然不利。我国的民事诉讼有许多并没有律师代理,这种情况对被上诉人十分不公。如果

〔25〕 王甲乙、杨建华、郑健才:《民事诉讼法新论》,台湾广宜印书局1983年版,第387页。

我国民事诉讼法设置附带上诉制度,这些问题即可迎刃而解。

第二,对滥用诉权、拖延诉讼、恶意消耗对方当事人的上诉人予以制裁的需要。例如甲公司诉请乙公司给付拖欠的各项工程款。一审法院经审理,判决事项有五项。甲公司对第一、二、三项满意,对第四、五项不满意,但是考虑到诉讼的代价,并考虑到对方当事人没有理由提起上诉,因此决定不上诉。乙公司为了拖延诉讼,推迟给付,故意在上诉期届满前一天对判决的第一、二、三项提起上诉。甲公司得到对方上诉的通知后,其上诉期已经届满,丧失了上诉的权利。我国没有对滥用诉权的上诉人制裁的制度,法院对滥用诉权者束手无策。如果设置有附带上诉的制度,虽然不能产生与制裁滥用诉权的措施相同的作用,但一定程度上可以发生相同的效果。例如甲公司就可以提出附带上诉,请求上诉审法院对第四、第五项判决给予改判,以维护和实现本公司应当享有的合法权益,一定程度上达到制裁乙公司恶意上诉的行为。

## 五、结 语

上诉不利益变更禁止原则内在反向地规制和保障上诉利益,附带上诉制度外在地扩张上诉利益的范围。若一方当事人针对原判决提起上诉,上诉利益变更禁止原则、不利益变更禁止原则自动发挥掣肘作用。在此过程中,对方当事人提起附带上诉,则上诉利益发生一定的扩张。上诉不利益变更禁止原则与附带上诉制度的确立表明:一方面,诉讼是当事人利益博弈的场所,利益的变动不仅规制着诉讼的结局,而且反映着当事人对诉讼走向的主导;另一方面,诉讼不仅是发现实质真实的途径,更是对程序利益的追求和保障机制。在此过程中,当事人是其权利主导者,法院则是利益裁判者。

民事上诉审程序领域,经历了从追求所裁判事项的真实性到重视当事人之意思自治,遵从处分主义的演变;从上诉共通原则到利益变更禁止、不利益变更禁止、附带上诉之综合场演变。这种历史演变的结果仍然体现着诉讼公平理念,体现着竭力实现真实裁判的愿望。所不同的是使实现公平、实现真实愿望的权利由当事人把握和主导,而非由法院依职权主动审判。我国民事司法改革也在经历着相同的演变。但是,我国目前上诉审程序的改革与民事诉讼法的修改是不完整的,特别是附带上诉制度的缺失,造成上诉程序貌似合理但却有失公平的局面。因此有必要考察其他国家或地区民事诉讼法的相应规定,在上诉审程序方面进行全面的改革。

---

**Abstract:** In the civil procedure of many countries and districts, appealable interest is an essential requisite to raise appeal procedure. In the appellate procedure, whether to allow the appellant to change his appellate interest, there are also certain rules making related restrictions and balance. These, plus the balancing function of the collateral appellate system, there has formed the complicated phenomena of the change or non-change of appealable interest. These rules materialize the idea of party autonomy and litigant justice. Chinese Civil Procedure Law shall also establish the requisite of appealable interest, principle of prohibiting change of non-interest, principle of prohibiting change of interest and the system of collateral appeal.

**Keywords:** appealable interest, prohibiting change of non-interest, prohibiting change of interest, collateral appellate

---