

# Terminating the Lawsuit Cannot Be Treated as a Way of Dealing with the Lack of Appeal Interests

Litao Huang

Law School of Ningbo University, Ningbo Zhejiang  
Email: 497854205@qq.com

Received: May 10<sup>th</sup>, 2020; accepted: May 25<sup>th</sup>, 2020; published: Jun. 1<sup>st</sup>, 2020

---

## Abstract

The application of analogy is premised on the existence of legal loopholes, and similarity is used as the specific judgment criterion. No. 372 Final Civil Ruling, (2002), by the Supreme People's Court applies the provisions of terminating the lawsuit by analogy to the situation in which the appeal interest is lacking. Not only has it misunderstood the existence of legal loopholes, it also has obvious loopholes in its judgment of similarity. The common shortcomings of the judges' application of analogy in civil trials are pointed out. Since the rules of procedure are different from those prescribed by substantive law, there should be restrictions on the application of analogies in this field.

## Keywords

Appeal Interest, Terminate the Lawsuit, Legal Loophole, The Application of Analogy, Similarity

---

# 终结诉讼不能作为缺乏上诉利益的处理方式

黄力韬

宁波大学法学院, 浙江 宁波  
Email: 497854205@qq.com

收稿日期: 2020年5月10日; 录用日期: 2020年5月25日; 发布日期: 2020年6月1日

---

## 摘要

类推适用以存在法律漏洞为前提, 以类似性作为具体判断标准。(2018)最高法民辖终372号民事裁定书

中将缺乏上诉利益的情形类推适用终结诉讼的规定, 不仅错误理解了法律漏洞的存在, 对类似性的判断也存在明显漏洞, 此二者反映了民事审判中法官运用类推适用方法所存在的普遍不足之处。由于诉讼程序规则有不同于实体法规定的特性, 对于该领域的类推适用应有所限制。

## 关键词

上诉利益, 终结诉讼, 法律漏洞, 类推适用, 类似性

Copyright © 2020 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

上诉利益这一概念作为舶来品已经在我国民事司法领域生根发芽, 虽然理论上对上诉利益的探讨受到大陆法系传统理论的影响而基本保持一致, 但司法实践中上诉利益的运用呈现出混乱的局面。各地法院对上诉利益基本概念、审查机制、认定方式均存在不同的理解。以黄宝涵、中信银行股份有限公司泉州分行金融借款合同纠纷二审民事裁定书中观点为例, 其认为当被告在答辩期间未提出管辖权异议时, 则对管辖权异议的上诉缺乏上诉利益, 法院应不予受理。对于已经受理的案件如何处理, 法律无明文规定, 已构成法律漏洞。由于缺乏上诉利益时诉讼并无进行的必要, 这与诉讼终结情形在法律评价上并无差别, 应当类推适用《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称“《民事诉讼法》”)第 151 条, 裁定终结诉讼[1]。

先不论该裁定书中对于上诉利益性质的界定以及对当事人上诉权的理解有无偏差, 本文也并非是对上诉利益审查机制的探索。纵观各国民事立法与司法实践, 未曾有以“终结诉讼”来应对缺乏上诉利益情形的, 该情形实属我国首创, 其合理性存疑。对此, 本文主要探讨 1) 终结诉讼能否类推适用于缺乏上诉利益的情形? 2) 对于民事诉讼程序中的类推适用, 应当以何种方式加以规制?

## 2. 类推适用方法及司法适用

### 2.1. 类推适用的前提和依据

由于法律的滞后性以及立法者自身能力及语言的限制, 在某一时期制定的法律无法对今后发生的各种新问题进行规制, 甚至不能涵盖当下所有情形, 于是就出现了法律漏洞。按照拉伦茨的观点, 法律漏洞是一种法律“违反计划的不圆满性”, 即按照规则的意义及目的, 对应当规定的事项而未规定。法律漏洞是立法者无意间遗漏的情形, 是依据立法的规范意旨应当包含而未包含的部分, 这不同于法律不拟规范的法外空间, 也区别于法政策上的错误[2]。具体到个案中, 判断法律漏洞的步骤为 1) 是否有直接针对该情形的法律规定; 2) 若缺乏直接法律依据, 是否采用了拟制、准用等立法技术; 3) 在依据法条本身无法判断时, 能否通过体系、比较、目的等解释方法, 将该情形包含在法律的文义范围内; 4) 在法律无法通过解释而适用时, 才能进行类推、目的论扩张、目的论限缩等超越法律文义的漏洞填补方法。以上步骤总体遵循着从法律文义范围内到文义范围以外的规律, 并有着严格的顺序要求。在立法权和司法权严格区分的前提下, 法律必须被严格遵守, 一般不得轻易突破法律规定。但在法无明文规定且不采取此种方式将导致实质性不公正的情形下, 根据法官不得以法无明文规定拒绝裁判的公理性原则, 作为法

律适用者的法官要进行漏洞填补,以保证审判的顺利进行。相较于其他超越法律文义的漏洞填补方法和超越法律的法的续造,以平等原则即“类似事件应为相同处理”为依据的类推适用具有优先适用的地位。

所谓类推适用,指的是将法律针对某构成要件(A)或多数彼此相类的构成要件而赋予之规则,转用于法律所未规定而与前述构成要件相类的构成要件(B)。转用的基础在于二构成要件在与法律评价有关的重要观点上彼此类似,因此二者应作相同的评价[3]。德国学者卡纳里斯认为:法官须受制定法的拘束,而类推适用或有造法的嫌疑。所以须对制定法存在违法计划之不圆满性的情况加以证明。唯有如此,法官方能用“立法者所欲”对抗“立法者所言”即超出法律表面文义规定进行类推适用。

## 2.2. 类似性的判断

拉伦茨指出,二案件事实彼此相类似,指的是两者既不能相同,也不能绝对不同,它们必须恰好在与法律评价有关的重要观点上互相一致。这一过程首先要澄清在法定规则中表现出来的评价之决定性观点何在。其次是积极地确定在所有这些观点上,待判的案件事实与法律上已规定者均相一致。然后是消极地确认两者间的不同之处不足以排斥此等法定评价[4]。具体来说,法律针对某规则设计了M1、M2、M3、M4、M5五点内涵,而系争事实的内涵为M2、M3、M4、M5、M6,二者相同的内涵M2、M3、M4对于法律评价具有重要性,而M1与M5的不同之处不足以排除此等评价,即在重要性程度上有所不及。这一理论在类似性判断的诸多学说中被称为构成要件说。

类似性判断的重点在于发现法定构成要件中哪些要素对其法定评价具有重要性,以及系争事实的观点与之是否一致,这是一个兼具有事实判断和价值判断的问题,其过程大体可作如下概括:首先,平等原则是判断类似性的指导性标准。其次,拟类推的法律规范的立法意旨作为平等原则的反映,是类似性判断的合理化基础。最后,构成要件说是类似性判断的直接手段。虽然类似性判定的理论具有这样一种看似自上而下的顺序,但实务中的认定是由具体到抽象的相反过程。具体到个案中,若是直接能发现系争事实与法律规范的构成要件事实上的一致性,即能够通过常识来确定,无需引用任何实质性的判断标准,那么就可以轻易地推导出二者具有类似性;若是仅仅依靠常识难以判断类似性,则须要采用实质性判断的方法,探求法律规范的立法意旨,从基于事物的本质、意义脉络以及基本原则所具有的意旨上,看立法意旨是否基于该系争案件。

## 2.3. 民事审判中法官运用类推适用的现状

类推适用作为一种填补法律漏洞的方法,在司法实践中已经得到了广泛的适用。笔者于“无讼案例”网站上以“民事”、“类推适用”为关键词进行检索,共得到2320个案例。这其中有着少数是以一审法院错误适用类推而进行的抗辩,大多是法院以类推适用作为裁判理由观点。自2014年开始,类推适用方法的运用明显增加,至2017年达到顶峰,这与最高人民法院推动裁判文书公开的努力密不可分,但也能表明法院运用技术手段解决疑难案件的水平在不断上升。类推适用的案件各式各样,不一而足。其适用的审理程序从普通程序、特别程序到审判监督程序,包含了所有的类型。类推适用大多发生于实体法领域,但是当诉讼程序规则存在漏洞时,同样具有类推适用的发挥空间,因为无论类推的结果是支持或阻碍程序的进行,其终点总是得出有利或不利于一方当事人的结论,这与案件实体内容的类推是一致的。这一观点同样在裁判文书中得到了体现,如本文所举案例,以及其后一系列普通共同诉讼案件等[5]。

但是司法实践中法官运用类推适用方法存在不足之处,主要表现为裁判说理不足,进一步又可以细分为法律漏洞判断和类似性判断两个方面。南京市秦淮区人民法院(2018)苏0104民初1011号民事判决书中就同时包含了这两类错误,该判决书中将同居期间所取得的财产类推适用婚姻法关于夫妻共同财产的相关规定而认定房屋所有权。因最高人民法院《关于人民法院审理离婚案件如何认定夫妻感情确已破裂

的若干具体意见》第 10 条已经对此有作规定：“解除非法同居关系时，同居生活期间双方共同所得的收入和购置的财产，按一般共有财产处理。”因此法律漏洞的认定不当。并且即使存在法律漏洞，对于类似性的判断也是错误的，因为婚姻法调整的财产关系必须基于双方具有夫妻关系这一身份前提，类推适用调整婚姻财产关系规范的精神，违反了婚姻法的立法目的、精神和原则。这也是二审变更该项判决的理由[6]。

### 3. 本案类推适用的正当性分析

#### 3.1. 是否存在法律漏洞

对于缺乏上诉利益这种情形的处理方式，我国民事二审程序中确实未有直接规定，严格来说，我国民事诉讼法并未规定上诉要件的审查机制：《民事诉讼法》第 14 章“第二审程序”中，第 164-167 条是对于上诉条件的规定，其中并无须要进行实质性判断的项目；第 168-176 条是二审审理阶段的规定，也无上诉要件相关规定。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称“《民诉法解释》”)第 317-342 条同样没有对当事人提起上诉的实质性要件及其进入上诉审之后的处理方式进行处理。

德日等国家的民诉讼法中对上诉利益没有明文规定，依靠法官的自由裁量来判断上诉利益的有无。我国民事诉讼法对此也缺乏规定，但这是由于我国传统民事诉讼理论中并无上诉利益概念，这导致了学界对上诉利益性质争论不休。本案中法官认为“上诉应具备相应的上诉要件，在当事人的上诉缺乏上诉利益等上诉要件时，人民法院不予受理。”实际上是将上诉利益定性为上诉受理条件，尽管这与我国形式化的上诉条件不相符合，同样称得上是一种超越法律文义的法的续造，但法官对于上诉利益性质的界定为本文的分析提供了基础。

以上诉利益作为上诉受理条件作为前提，再进一步探寻本案法律依据之有无。《民事诉讼法》第 174 条规定：“第二审人民法院审理上诉案件，除依照本章规定外，适用第一审普通程序。”这是一种为避免重复性的繁琐规定而采取的立法技术，称为“准用”。本案中法官已经将上诉利益定义为上诉条件之一，也由此得出了缺乏上诉利益将以“不予受理”的方式进行处理结论，实际上已经准用了《民事诉讼法》第 123 条之规定。那么在上诉受理后，也应准用一审中的类似规定，对此《民诉法解释》第 208 条规定：“立案后发现不符合起诉条件或者属于民事诉讼法第一百二十四条规定情形的，裁定驳回起诉。”总之，既然法官以上诉利益作为上诉受理条件为前提，缺乏此条件时不予受理和驳回上诉的运用应当与一审中的情形一致，并不存在缺乏法律依据的情形。

#### 3.2. 是否具有类似性

进一步探究本案类推适用终结诉讼规定的可行性：假设本案中法官并未对上诉利益性质进行提前界定，其后又不能通过法律解释手段进行解决，最终不得不认为法律漏洞存在的话，本案对类似性的判断是否正确？为解决这一问题，首先要明确上诉利益要件的目的及功能，其次初步寻找在构成要件上类似的法律规定，最后探究法律规定与缺乏上诉利益的情形在与法律评价有关的重要观点上是否类似。

上诉利益，又称不服之利益，是一审判决对当事人造成的不利益于上诉审中之体现。上诉利益的判断标准是，将一审判决主文与当事人的诉讼请求相对比，若是完全满足了当事人的诉讼请求，则不具有上诉利益。上诉利益要件设立之初便有着筛选上诉案件、减少上诉审负担的作用，同时也有防止一方滥诉对被上诉人造成损害的考虑。在对系争事实进行法律评价后，对于作为类推适用前提之法律规范地发现也是一个价值判断的过程，但这一判断是表层的，仅需初步发现二者在法律评价上具有类似性即可。

我国民事诉讼法关于一审程序的诸多规定中，与防止滥诉、减轻法院负担、减少不必要诉讼相关的制度有不予受理、驳回起诉、驳回诉讼请求和终结诉讼。

首先，我国上诉受理条件的形式化规定表明了上诉审制度目的在于保障当事人上诉权，因此不得在该形式化标准之外再对上诉人进行过多限制，不予受理的方式并不符合上诉条件的立法意旨。其次，驳回诉讼请求是在对案件进行实质性审理后，发现当事人的诉讼请求于实体法上无依据，对其诉求进行的回应。这与上诉利益作为程序性事项的定位不同，也在不具有上诉利益时产生了程序资源的浪费。再次，终结诉讼情形针对的是案件一方主体消失时，诉讼没有必要进行的情形，缺乏上诉利益所造成的诉讼不必要性虽然与之类似，但在缺乏上诉利益时，法院对上诉本身的评价是必要的，这是法律定分止争功能的体现。最后，驳回起诉是在立案受理后发现不符合起诉条件的处理方式，同样是作为一审中案件筛选的阀门，起到节约司法资源的效果。若是类推适用驳回诉的规定，不但上诉受理制度的现状得以维持，减轻上诉审负担的目的得以实现，并且在审理过程中判断上诉利益的有无，能够更好地保障当事人的上诉利益。

## 4. 诉讼程序中类推适用的限制思路

### 4.1. 限制类推适用的原因

当代社会的加速发展与立法滞后性的矛盾导致法律文义不能涵盖全部的新生事实，而其中必定有部分法律解释方法也无可奈何的，由此类推适用的重要性进一步体现。并且随着法官对类推适用方法的了解，其在民法领域的运用也不断增加。甚至可以说，只要存在法律就会有法律漏洞，法律对事物作穷尽列举并因此达到“圆满”状态的理想是不存在的。

但是诉讼程序中的类推与民事实体法上的类推不同，应当对其进行限制。一是由于民事诉讼法的公法属性，二是由于类推适用实践的不成熟。

民事诉讼法是国家赋予民事主体的救济手段，其核心范畴在于权利和权力的关系，也即诉权和审判权之间的关系。对诉权范围的规定，不仅是对当事人救济渠道的保障，也是对法院裁量权的限制。从另一角度来说，诉权是对民事纠纷进入法院的筛选，避免毫无意义的案件浪费司法资源。由于民事诉讼法所具有的公法性质以及法定主义，其规定不能如同私法领域那样广泛地采取合意模式，整部民事诉讼法中只有少量规定允许当事人合意，即使在这些规定中也存在着诸多限制，如约定管辖不得违反级别管辖和专属管辖的规定。限制类推与上述对当事人合意的限制所具有的原理相近：类推适用涉及到人的价值判断，其结论有着某种程度的或然性和妥当性，而不具有逻辑上的绝对可靠性<sup>[7]</sup>。出于诉讼程序稳定性的考虑，应当对类推进行限制。此外，法官运用类推适用方法的技术并不成熟，也构成限制类推适用方法的因素。实践中法律漏洞的判断、拟类推适用的法律规范以及相似性的判断构成类似演绎推理的结构，判断的过程并非单纯的形式化对比，需要法官依据其经验、知识储备和逻辑运用等手段，结合法律条文、立法意旨和法律原则，充分发挥其主观能动性。单从裁判文书中即可发现，我国法官在运用类推适用方法时仍然缺乏细致的说理，通常仅仅是在对概念和构成要件进行介绍后，便认定二者具有“法律评价有关的重要观点上的一致性”。由于目前理论上对于诉讼程序规则的类推缺乏有效的梳理，与之相关的研究比较匮乏，未能对实务起到指引作用，对于诉讼程序的类推适用，应保持谨慎的态度。

### 4.2. 限制类推适用的方式

不同于民事实体法崇尚意思自治的传统，诉讼程序规则实行法定主义，这是由于诉讼程序关系到一国的诉讼体制，具有稳定性。在缺乏实体法规范的情形下，案件总能以各种方式进行下去，即使是类推适用等法官造法的方式，但程序规则的缺失将会导致诉讼完全无法继续。由这一特征出发，类推适用

的前提——法律漏洞的范围本身就较为狭窄，因为大陆法系各国的诉讼程序规定均较为相似，其适用性广泛，且长期保持稳定的状态，说明同一套诉讼规则能够应对各式各样的挑战。若是法律对某一程序事项没有直接规定，也没有设置准用性规定，又不能通过法律解释的方法将文义扩大化时，必须承认民事司法体制已经落后于时代发展了，此时要进行相应立法将新的情形纳入法律调整范围内。在此之前，应当仔细考虑准用性规定的内涵，以及充分发挥法律解释的功能，在法律文义射程内解决问题，避免将问题复杂化。如本文所列举的《民事诉讼法》第 174 条即为准用性规定，是纯粹为避免繁琐规定而采用的立法技术，当法官没有在二审程序中发现直接的法律依据时，可以准用一审中相应规定，仅在反对理由较为充分时排除这一准用。即便不存在这一条款，采取目的或是体系解释等方法也同样可以达到相同的效果，此时法律漏洞便不存在，无须采用类推适用这一超越法律文义的方法。

尽管民事诉讼程序具有相对稳定的特征，但近年来互联网的发展给传统的诉讼程序带来许多新现象，如电子证据相应规则、送达程序的变化以及庭审模式的改变，这都是立法之初所未能预料的。在某些情形中，法律解释手段或许会丧失效果，即无论如何解释都无法将文义射程扩大至系争事实。在艰难地证明存在法律漏洞后，当然不可能对案件置之不理，而是要采取漏洞填补的方法。这一过程中对于拟类推法律的选择以及二者类似性的判断也应有所限制，即判断是否符合民事诉讼基本原则、民事诉讼法或是该部分的立法意旨。

## 基金项目

本文为宁波大学 2020 年校级研究生科研创新基金项目、院级大学生科技创新计划(SRIP)项目“民事上诉审程序中的利益变动”初步研究成果。

## 参考文献

- [1] 最高人民法院. 最高法民辖终 372 号民事裁定书[EB/OL]. <http://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html?docId=98e67abe5d974cddcad7faa0000fde577>, 2020-03-16.
- [2] [德]卡尔·拉伦茨. 法学方法论[M]. 陈爱娥, 译. 北京: 商务印书馆, 2003: 249.
- [3] 钱炜江. 论民事司法中的类推适用[J]. 法制与社会发展, 2016(5): 60-71.
- [4] 屈茂辉. 类推适用的私法价值与司法适用[J]. 法学研究, 2005(1): 5-21.
- [5] 三亚市中级人民法院. 琼 02 民终 1319 号民事裁定书[EB/OL]. <http://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html?docId=69fe75ecfc2c4e108474ab3001855dee>, 2020-03-16.
- [6] 南京市中级人民法院. 苏 01 民终 10499 号民事判决书[EB/OL]. <http://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html?docId=c7ccb173b7ec46e99315aaa000c7f7b4>, 2020-03-16.
- [7] 金承光. 论类推适用及其逻辑特征[C]//中国逻辑学会. 中国逻辑学会第六次代表大会暨学术讨论会论文集. 北京: 中国逻辑学会, 2000.