



THE STUDY
ON NON-LITIGATION
PROCEEDINGS

非讼程序论

赵 蕾 / 著



中国政法大学出版社



THE STUDY
ON NON-LITIGATION
PROCEEDINGS

非讼程序论

赵 蕾 / 著



中国政法大学出版社

2013 · 北京

图书在版编目 (C I P) 数据

非讼程序论/赵蕾著. -- 北京:中国政法大学出版社, 2012.8
ISBN 978-7-5620-4478-9

I. ①非… II. ①赵… III. ①诉讼法—研究 IV. ①D915.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第208290号

- 书 名 非讼程序论 Feisong Chengxulun
出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
58908325(发行部) 58908334(邮购部)
编辑统筹 综合编辑部 010-58908524 dh93@sina.com
承 印 固安华明印刷厂
规 格 880mm×1230mm 32 开本 11.375 印张 275 千字
版 本 2013 年 1 月第 1 版 2013 年 1 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-5620-4478-9/D·4438
定 价 36.00 元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。

序 / Preface

现代社会的发展使得民事纠纷呈现多样化的趋势，在这一趋势之下，一元的诉讼规则逐渐无法满足处理多样纠纷的需求。纠纷的多样性直接导致当事人诉争的利益有不同的基点，唯有多层次、类型化的程序设计，才能满足不同当事人的利益诉求。大陆法系国家及地区通常将民事事件分为诉讼事件与非讼事件，并根据每类事件的不同特点，设计出不同的原则、制度以及程序加以调整。由此产生了诉讼程序与非讼程序的区分。在多元化的社会背景之下，如何发挥非讼程序的机能，借助其特性，更加快速、有效地解决多样化的社会纠纷，实现诉讼规则由一元化向多元化的转变，成为多元化社会对民事诉讼提出的挑战。

2010年，我国启动了民事诉讼法的修改工作，这次修改的重要议题之一就是改革与完善现行民事诉讼法中的第十五章“特别程序”以及第十七章“督促程序”的有关内容。其中，扩大了现行民事诉讼法第十五章特别程序的内容，把诉讼外调解协议的司法确认、担保物权实现等具有非讼性质的程序也纳入民事诉讼法。并且增加了很关键的一条，人民法院对受理的案件，当事人没有争议，符合督促程序规定条件的，可以转入督促程序。这一条规定从根本上改变了督促程

序在我国民事诉讼中的地位，将督促程序作为一种与调解程序、简易程序、普通程序并行的、解决当事人没有争议案件的基本程序。

本书是赵蕾在其博士学位论文基础上修改、扩充而成。赵蕾博士1998年进入郑州大学法学院开始法学学习，2002年考入中国政法大学研究生院，师从陈桂明教授研习民事诉讼法学，硕士毕业后进入华南农业大学人文与法学学院任教。2009年她再度考入中国政法大学研究生院，攻读民事诉讼法学博士学位，在杨荣馨教授与陈桂明教授的联合指导之下完成了题为《非讼事件与非讼程序研究》的博士学位论文。我有幸参加了赵蕾博士的论文答辩，并担任答辩委员会主席。赵蕾博士顺利通过论文答辩，答辩委员会对其博士学位论文给予了高度评价。特别是，她在论文中提出了司法权性质的二元论以及诉讼与非讼再区分的观点，具有相当的理论深度和很强的学术创新意识。此外，对于非讼程序的设定以及类型化的研究，本书也克服了以往对非讼程序研究主要集中在理论研究而缺乏可操作性的弊病。更为重要的是，作为我国非讼程序研究的第一部专著，本书的出版必将推动民事诉讼法学界以及司法实务界对非讼程序展开更加广泛而深入的研究。因此，当赵蕾就是否将博士学位论文整理出版向我征询意见时，我立刻表示赞同，并鼓励她尽快着手出版事宜。

赵蕾博士就学于法学名校，师从于民诉法学名家，接受了系统而扎实的学术专业训练，加之任教于高校法律院系，可谓教学相长。本书是在赵蕾的博士学位论文以及其他教学、研究成果的基础上写成，凝结了她近年来对非讼程序研究的

心得与体会。虽然本书个别观点还有待进一步商榷，但瑕不掩瑜，仍不失为一位年轻学者阶段性的代表之作。在本书即将付梓之际，为奖掖后学，我欣然应邀为之作序。希望赵蕾博士能站在更高的学术起点上，在以后的研究中取得更大的成绩，为我国民事诉讼法学的发展作出更大的贡献。

是为序。

江 伟

2012年7月5日

内容摘要

司法权性质的二元论是指司法权既包括诉讼裁判权也包括非讼裁判权。非讼审判权或称非讼裁判权不仅是民事审判权的组成部分，也是民事审判权项下的一种相对独立的权力。本书的研究以非讼事件与非讼程序的历史演变徐徐展开，介绍了域外非讼事件程序立法的发展历史及最新动态，重点探讨诉讼与非讼的再区分，对非讼的审理程序进行了总结，对非讼程序的基本类型进行了归纳。

本书分为三篇：第一篇为非讼程序基础理论篇（第一章至第四章），主要是对非讼程序的历史沿革及基本理论问题进行阐述；第二篇为非讼程序总论篇（第五章至第十章），主要是对非讼程序的基本概念、基本程序、非讼裁判以及救济制度进行综述；第三篇为非讼程序分论篇（第十一章至第十三章），主要是结合非讼程序的性质以及我国特别程序的审判实践，对非讼程序的类型化分析进行分述。

各章具体内容分述如下：

第一章历史沿革。根据历史分期的方法，按照古代、近代和现代分别对于非讼这个概念进行历史性考察。非讼事件与非讼程序在不同的历史时期、不同的国家有着不同的定义。

第二章非讼事件法之比较研究。大陆法系国家非讼程序立法例主要有两种模式：一种是单独制定非讼事件法的形式，即为“单列”式立法模式；一种是将非讼程序规定于民事诉

讼法的形式。

第三章诉讼与非讼的再区分。关于诉讼与非讼区分的学说众多，但随着诉讼事件的非讼化浪潮以及诉讼与非讼交错适用法理在审判实践中的广泛运用，这些学说无法揭示诉讼与非讼的根本区别。笔者提出用基本模式的差异作为区分诉讼与非讼的新思路：诉讼是以“对抗”与“判定”为基本模式；而非讼则是以“协同”与“裁定”为基本模式。

第四章非讼事件法之基本原则。非讼事件法之基本原则主要表现为职权主义原则，其中包括职权探知主义与职权进行主义。随着现代社会的发展，非讼事件法之基本原则有从职权主义转向协同主义的倾向。

第五章非讼程序的概念、功能与范围。简单地说，非讼程序是审理非讼事件所适用的程序，但是非讼事件与非讼程序并不具有一一对应性。非讼程序的基本功能主要表现为监护、确认、许可及证明，非讼程序的扩展功能主要表现为解决纠纷。

第六章非讼程序的主体。非讼程序主体主要包括法院、关系人、检察院、参加人、代理人等。在非讼案件审理过程中应当保障非讼关系人的知悉权、陈述权等基本的合法听审权，这是非讼程序裁判具有正当性的基础。

第七章非讼程序的审理对象。非讼程序的审理对象包括一般非讼事件与真正诉讼事件。一般非讼事件是指没有争议的非讼事件，而真正诉讼事件是指存在着争议的非讼事件。由于真正诉讼事件不断增加，导致非讼程序的审理对象越来越难以确定。

第八章非讼事件的审理程序。本章的内容既包括非讼程序的主管与管辖，也包括非讼程序的开始与结束。

第九章非讼程序的裁判制度。本章主要研究两个问题：一是裁判的形式；二是裁判的效力。一般认为，一般非讼事件没有既判力，真正的诉讼事件具有既判力。

第十章非讼程序的救济制度。由于裁定是非讼裁判的主要方式，因此本章主要讨论非讼裁定的救济程序，主要包括抗告与再抗告。分别论述了提起抗告与再抗告的权利人、条件、提起与裁判。

第十一章民事非讼程序。在民事非讼程序中主要讨论了登记程序、督促程序、公示催告程序、民事确权程序四种民事非讼程序。

第十二章商事非讼程序。商事非讼程序主要包括公司非讼程序、海事非讼程序以及票据非讼程序，其中本章重点探讨了公司非讼程序。主要包括了公司股东查阅权、股东会召集、异议股东股份回购权、公司解散及清算总共四种比较典型的公司非讼程序。

第十三章家事事件程序。家事事件审理中的特殊规则主要包括诉讼法理与非讼法理交错适用、全面解决主义、调解优先主义以及家事审判机构的专门化。在家事非讼程序中主要对婚姻关系事件程序、亲子关系事件程序、监护事件程序、扶养与继承事件程序进行了分述。

目 录 / Contents

序	1
内容摘要	4
导 论	1
第一节 研究背景	1
第二节 基本问题	8
第三节 研究现状	11
第四节 方法与创新	16

第一篇 非讼程序基础理论篇

第一章 历史沿革	22
第一节 非讼发展的古代时期	23
第二节 非讼发展的近代时期	27
第三节 非讼发展的现代时期	30
第二章 非讼事件法之比较研究	37
第一节 非讼事件立法体例之比较	38

第二节 非讼事件立法趋势之比较	46
第三章 诉讼与非讼的再区分	51
第一节 简述与追问：诉讼与非讼的区分学说	52
第二节 对抗与判定：诉讼程序的基本模式	58
第三节 协同与裁定：非讼程序的基本模式	62
第四章 非讼事件法之基本原则	72
第一节 非讼事件法基本原则概述	72
第二节 非讼事件法之职权主义原则	74
第三节 非讼事件法基本原则的追问与展望	84
本篇小结 诉讼与非讼的区分——非讼程序研究的 基本作业	90

第二篇 非讼程序总论篇

第五章 非讼程序的概念、功能与范围	96
第一节 非讼程序的概述	97
第二节 非讼程序的功能	103
第三节 非讼程序的范围	107
第六章 非讼程序的主体	111
第一节 非讼程序主体论之关系人	112
第二节 非讼程序主体之司法机关	118
第三节 非讼程序中的合法听审权	126

第七章 非讼程序的审理对象	132
第一节 非讼事件程序标的理论概述	133
第二节 非讼事件的分类	137
第三节 非讼程序审理对象的扩展	140
第八章 非讼事件的审理程序	144
第一节 非讼事件的主管与管辖	145
第二节 非讼程序的开始与终结	148
第九章 非讼程序的裁判制度	154
第一节 非讼裁判的形式	154
第二节 非讼裁判的效力	157
第十章 非讼程序的救济制度	166
第一节 非讼裁判的抗告	167
第二节 非讼裁判的再抗告	171
本篇小结 非讼程序——弹性、效率与程序保障的博弈	176

第三篇 非讼程序分论篇

第十一章 民事非讼程序	182
第一节 登记程序	183
第二节 督促程序	192
第三节 公示催告程序	203

第四节	民事确权程序	211
第十二章	商事非讼程序	230
第一节	商事非讼程序立法概况	231
第二节	我国公司非讼程序的可行性分析	237
第三节	公司非讼程序之基本类型	243
第四节	票据非讼程序之基本类型	262
第十三章	家事事件程序	268
第一节	家事事件程序概述	269
第二节	家事事件审理过程中的特殊规则	278
第三节	家事非讼程序之基本类型	287
本篇小结	非讼程序类型化整理的局限性	305
结 论		310
结论一	非讼程序研究的基础——司法权性质的 二元论	310
结论二	非讼程序研究的本土化——中国式概念的 提炼与生成	312
结论三	对非讼的研究——在保持开放心态的同时需要 保持必要的谨慎	315
参考文献		319
后 记		346

导 论

我们从问题开始我们的研究。我们总是发现我们处在一定的问题境况中，而且我们选择一个我们希望解决的问题。这种解决总是尝试性的，是一个理论、一个假说、一个猜想。将各种相互竞争的理论加以比较和批判讨论以便发现它们的缺点，并且总在改变。

——卡尔·波普尔^[1]

非讼事件与诉讼案件确实难以区分，但是我们不能因此而不加以研究。

——铃木正裕^[2]

第一节 研究背景

任何一段历史必然有其发生的社会背景，非讼程序亦无例外。法律是社会存在整体中的一部分，并且将始终为其一部

[1] [英] 卡尔·波普尔：《无尽的探索——卡尔·波普尔自传》，邱仁宗译，江苏人民出版社2000年版，第90页。

[2] 原文为：非訟事件と訴訟事件を明確に区別することは、たしかに難しい。しかし、難しいからといって、そのまま放置しておくわけにはいかたない。参见[日] 鈴木正裕：“非訟事件と形成の裁判”，载鈴木忠一、三ヶ月章主编：《新・実務民事講座8 非訟・家事・人訴事件》，日本評論社1981年版，第21页。

分。^{〔1〕} 社会背景从客观上决定了纠纷解决机制的多样化、司法理念的转变以及程序理念的转变。其中司法理念的转变主要是指从司法克制主义到司法能动主义的转变；程序理念的转变主要集中表现为从追求程序的公平与正义为核心的程序保障理念到公平与效率、程序安定与弹性并重的程序理念的转变。

一、从诉讼规则的一元化到诉讼规则的多样化

从 M. B. 胡克 (M. B. Hooker) 于 1975 年出版的《法律多元》这一著作起,以法律多元所标识的问题才开始出现在世界学术界的前沿。法律多元在当代的存在已成为一个不争的事实,因此许多问题也就被提出来有待进一步的探索。就法律的多元化而言,其中一个最基本的问题就是必须指出构成法律多元化的多元因素是什么。^{〔2〕} 社会的多元化决定了法律的多元化,而纠纷解决机制的多样化只是法律多元化的一个缩影。纵观世界,邻里、家庭、亲戚、同事乃至其他关系的人之间都存在着纠纷。纠纷的类型和回应纠纷的方式,在不同的社会中呈现出不同的特点——事实上,即便在同一社会中,不同群体之间也会存在着差异。^{〔3〕} 文化传统的多元性本来是人类进入文明时代以来的基本事实,但“多元”加上了“主义”两个字,就不仅意味着承认文化之多元这个事实,而且意味着承认文化多元这个价值。^{〔4〕} 而最基础的社会价值 (fundamental social values) 乃至多元文化的认同 (diversified culture identity), 共同决定了纠纷的

〔1〕〔德〕萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,傅郁林校,中国法制出版社 2001 年版,第 10 页。

〔2〕〔日〕千叶正士:《法律多元——从日本法律文化迈向一般理论》,强世功等译,中国政法大学出版社 1997 年版,第 1~2 页。

〔3〕〔英〕西蒙·罗伯茨、彭文浩:《纠纷解决过程:ADR 与形成决定的主要形式》,刘哲玮等译,傅郁林校,北京大学出版社 2011 年版,第 1 页。

〔4〕童世骏:《批判与实践——论哈贝马斯的批判理论》,生活·读书·新知三联书店 2007 年版,第 245 页。

本质、恰当的纠纷状况回应方式以及合适的救济途径。^{〔1〕}从这个意义来说，现代社会的飞速发展，成就了“多元主义”^{〔2〕}以及多元化的纠纷解决机制。

社会发展的多元化促使民事纠纷呈现出多样化的趋势，在这一趋势之下，一元化的诉讼规则渐渐无法满足多元化纠纷的有效处理。纠纷的多样性直接导致了当事人诉争的利益有不同的基点，在客观方面要求法院通过纠纷的个别化来实质地满足自己的要求。因此，在过去三十多年中，出现了广泛的呼声——增加对调解、仲裁和其他相关纠纷解决方法的使用——通常被称为“替代性纠纷解决运动”^{〔3〕}，这正是对多元化社会的一种“程序呼应”。

大陆法系国家及地区通常将民事事件分为诉讼事件与非讼事件，与此相对应，将民事程序分为诉讼程序和非讼程序。对于诉讼事件与非讼事件，这些国家基于区分的理念，根据事件不同的特点设计出不同原则、制度以及程序加以调整。可以说，非讼程序是大陆法系国家及地区民事程序法的重要组成部分。因此，在多元化的社会背景之下，如何发挥非讼程序的机能，借助其特性，更加快速、有效地解决多样化的社会纠纷，实现诉讼规则由一元化向多元化的转变，成为多元化社会对民事诉讼提出的必然要求。

二、从司法克制主义到司法能动主义的转变

消极、克制是法官作为中立裁判者的原发特性，也是司法

〔1〕 参见〔英〕西蒙·罗伯茨、彭文浩：《纠纷解决过程：ADR与形成决定的主要形式》，刘哲玮等译，傅郁林校，北京大学出版社2011年版，第1页。

〔2〕 〔美〕爱·麦·伯恩斯：《当代世界政治理论》，曾炳钧译，商务印书馆1983年版，第106页。

〔3〕 参见〔美〕斯蒂芬·B. 戈尔德堡：《纠纷解决》，蔡彦敏等译，中国政法大学出版社2004年版，第6页。

权的根本特性。司法克制主义导源于三权分立之原则，作为裁判权的司法权，一方面不得涉及立法、行政领域，不得干涉立法权和行政权的固有权。另一方面，司法机关秉承消极中立的本质，以克制的方式行使法律授予的职权。^{〔1〕}

司法能动主义一改司法谦抑形象，法官通过法律解释（或司法造法）活动在具体案件中导入法官对社会目标、国家政策的关注和认识，综合考量包含法律在内的各种因素，如政治影响、经济利益、公众情感、道德伦理、风俗习惯等，恰当解决各种价值的冲突。除定纷止争外，法官在国家政治生活中扮演更为重要的角色。司法能动主义重视司法决策功能，认为司法活动不只是一个把法律适用于具体事实的程式化活动，更是实现其社会功能、追求社会整体利益的具体实践。法院通过司法活动扩大和延伸司法对各种社会活动的影响层面，加强司法对社会过程的深度干预，通过司法活动实现国家的政治功能。^{〔2〕}

司法能动主义是美国宪政发展过程中诞生的概念，这个概念是在美国联邦最高法院对宪法的解释中发展起来的。司法能动主义如今成为一个多义性的概念。美国沃尔夫（Wolfe）教授对司法能动主义的宗旨这样概括：“法官应该审判案件，而不是回避案件，并且要广泛地利用他们的权力，尤其是通过扩大平等和个人自由的手段去促进公平——即保护人的尊严。能动主义的法官有义务为各种社会不公提供司法救济，运用手中的权力去这么做。”^{〔3〕}

司法能动主义对我国来说是舶来品。顾培东教授总结西方

〔1〕 顾培东：“能动司法的若干问题”，载《中国法学》2010年第4期。

〔2〕 顾培东：“能动司法的若干问题”，载《中国法学》2010年第4期。

〔3〕 [美] 克里斯托弗·沃尔夫：《司法能动主义——自由的保障还是安全的威胁》，黄金荣译，中国政法大学出版社2004年版，第3页。