

FEISONG FALI ZAI SUSONG CHENGXU ZHONG DE SHIYONG

非讼法理 在诉讼程序中的适用

孙永军·著



东南大学出版社
SOUTHEAST UNIVERSITY PRESS

非讼法理在诉讼程序中的适用

孙永军 著

东南大学出版社
· 南京 ·

图书在版编目(CIP)数据

非讼法理在诉讼程序中的适用 / 孙永军著. —南京 :
东南大学出版社, 2018.12

ISBN 978-7-5641-8194-9

I. ①非… II. ①孙… III. ①民事诉讼 - 诉讼程序 -
研究 - 中国 IV. ①D925.118.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 291886 号

非讼法理在诉讼程序中的适用

著 者 : 孙永军

出版发行 : 东南大学出版社

地 址 : 南京市四牌楼 2 号 邮编 : 210096

出 版 人 : 江建中

网 址 : <http://www.seupress.com>

经 销 : 全国各地新华书店

印 刷 : 南京玉河印刷厂

开 本 : 700 mm × 1000 mm 1/16

印 张 : 12.5

字 数 : 238 千字

版 次 : 2018 年 12 月第 1 版

印 次 : 2018 年 12 月第 1 次印刷

书 号 : ISBN 978-7-5641-8194-9

定 价 : 48.00 元

本社图书若有印装质量问题, 请直接与营销部联系。电话 : 025-83791830

摘 要

非讼法理在诉讼程序中的适用,即在诉讼程序中处理诉讼事件适用职权探知主义、职权进行主义、书面主义、不公开主义、裁量主义等非讼法理,以达到裁判简速、合目的和展望性之宗旨所为之活动。非讼法理在诉讼程序中的适用有通过立法适用、法官职权裁量适用和当事人选择适用三种具体方式。非讼法理在诉讼程序中的适用建立在对诉讼程序与非讼程序区分(诉讼事件与非讼事件区分)、程序法理的二元分离适用论省思和检讨的基础上,是程序法理交错适用的表现。非讼法理在诉讼程序中的适用是适应民事案件类型多样化的需要,是案件简易快速解决的需要,是达成合目的展望性裁判的需要。非讼法理在诉讼程序中的适用的标准或依据是多样化的,需要区分不同的案件类型选择适用。非讼法理的适用有不同的组合,存在程度的强弱。这意味着承认当事人程序保障的个别化和多样化。为了防止程序保障的个别化对当事人程序主体性侵蚀,就应设定非讼法理在诉讼程序中适用的限度。这个限度就是当事人的听审请求权保障。我国将非讼法理适用于诉讼程序十分必要,在立法、司法解释和司法实践中也有在诉讼程序中适用非讼法理的情况。但总体而言,存在着虚化程序、内容单一、缺乏当事人参与等问题。非讼法理在诉讼程序中适用在我国的展开就应以规范法官的权力为切入点,具体的举措包括相关立法的完善、当事人程序选择权的保障、法官释明权的妥当行使、法官心证公开的进行、法官素质的提升等。非讼法理的具体展开要按照不同诉讼程序进行,根据普通诉讼程序、家事诉讼程序、小额诉讼程序、公司诉讼程序、公益诉讼程序的不同特点,分别适用相应的非讼法理。

关键词: 诉讼事件非讼化;非讼法理;程序选择权;程序保障

Abstract

The application of non-litigation legal theories to litigation procedure refers to the activities conducted in litigation process adopting such legal doctrines of non-litigation as doctrine of ex officio, inquisitorial justice, written forms, hearing in private session, simplification and easiness, and doctrine of discretion to achieve the goals of simple swift judgment, and fitting of purposes and anticipation. The application of non-litigation legal theories to litigation procedure can be divided into such three modes as application through legislation, application via discretion of judges and optional application by litigants. It is established on the basis of the examination and reflection on the distinguishing of litigation and non-litigation affairs and the dualism of application of non-litigation legal doctrines, which is the embodiment of procedural legal doctrine of cross application. The application of non-litigation legal theories to litigation is the need to be met for the category diversification of civil litigations and also the requirement of simplified and quick resolution of lawsuits; furthermore it is also favorable for the making of purpose-fitting and prospective judgments. The criteria and basis for the application of non-litigation theories to litigation are featured by a great variety, which shall be selected and implemented according to the differences of case patterns. There are different combinations of application of non-litigation legal doctrines which indicate degrees to the extent between the strong and the weak. It means the recognition of the individuality and diversification of procedural guarantees for the litigants. In order to prevent the individuality of procedural guarantees from injuring the procedural subjectivity of litigants, it is necessary to limit the application of non-litigation theories to litigation. The limit is the basic procedural rights of the litigants which is also interpreted as the right of access to justice of the litigants as for the civil procedure. Explorations of applying non-litigation theories to litigation have also been in progress in our national civil judicature reform and relevant enactments. Generally speaking, such questions as neglecting of procedure, singleness of contents, and absence of the anticipation of litigants remain

in existence. It is necessary for our nation to apply non-litigation theories to litigation although we need to overcome many obstacles. The substance of these problems is the excessiveness of the court power and weakness of the rights of the litigant. The development of application of non-litigation theories to litigation in our country shall take regulation of judges' power as the breakthrough point. The concrete measures shall include consummation of relative legislations, guarantee of procedural optional rights of litigants, due exercise of judge's interpretation right, publicity of discretion and improving of the qualification of judges. The application of non-litigation legal theories to litigation should advance in different judicial procedures which include general judicial procedure, family judicial procedure, small claims judicial procedure, company judicial procedure and public interest judicial procedure etc.

Key words: non-litigation treatment of litigation affairs; legal doctrines of non-litigation; procedural optional rights; procedural guarantees

目 录

绪 论	1
一、研究的背景和意义	1
(一)民事司法危机	1
(二)民事司法危机化解的两种思路	3
(三)民事司法危机化解的另一种思路：在诉讼程序中适用非讼法理	5
二、非讼法理在诉讼程序中适用的研究状况	7
三、本书的内容	9
四、研究方法	11
第一章 非讼法理在诉讼程序中适用的意义分析	12
一、非讼事件与非讼法理	12
(一)非讼事件	12
(二)非讼法理	16
二、非讼法理在诉讼程序中适用的含义、方式和特征	22
(一)非讼法理在诉讼程序中适用的含义	22
(二)非讼法理在诉讼程序中适用的方式	26
(三)非讼法理在诉讼程序中适用的特征	30
第二章 非讼法理在诉讼程序中适用的必要性	32
一、程序法理二元分离适用论之反思	32

二、非讼法理在诉讼程序中适用的必要性考察	37
(一) 非讼法理在诉讼程序中的适用是因应案件类型多样化的需要	37
(二) 非讼法理在诉讼程序中的适用是案件简易快速解决的需要	40
(三) 非讼法理在诉讼程序中的适用是达成合目的、展望性裁判的需要	42
第三章 非讼法理在诉讼程序中适用的依据和限度	46
一、非讼法理在诉讼程序中适用的依据	46
二、非讼法理在诉讼程序中适用时程序保障的个别化	48
三、非讼法理在诉讼程序中适用的限度	50
第四章 西方民事司法改革中非讼法理适用的表现	59
一、非讼法理在英国诉讼程序中的适用	60
二、非讼法理在美国诉讼程序中的适用	66
三、非讼法理在法国诉讼程序中的适用	71
四、非讼法理在德国诉讼程序中的适用	74
五、非讼法理在日本诉讼程序中的适用	77
六、西方司法改革中非讼法理在诉讼程序中的适用评述	82
第五章 我国非讼法理在诉讼程序中适用的现状	86
一、立法和司法解释上的表现	87
(一) 非讼法理在诉讼程序中适用的立法及司法解释现状	87
(二) 分析总结	91
二、非讼法理在诉讼程序中适用的司法实践现状	94
(一) 我国非讼法理在诉讼程序中适用的司法实践	96
(二) 分析总结	98
三、非讼法理在我国诉讼程序中适用展开要注意的问题	101
(一) 祛除职权主义诉讼结构	101

(二) 法院职权干预和当事人诉讼法权利行使的配合	103
第六章 非讼法理在我国诉讼程序中适用的具体展开	105
一、非讼法理在普通诉讼程序中的适用	106
(一) 普通诉讼程序中非讼法理适用的可能性	106
(二) 普通诉讼程序中非讼法理适用的情形	106
二、非讼法理在家事诉讼程序中的适用	110
(一) 非讼法理在家事诉讼中适用的必要性	110
(二) 我国处理婚姻家庭案件的状况	114
(三) 非讼法理在我国家事诉讼中适用的展开	117
(四) 家事诉讼立法展望	121
三、非讼法理在公司诉讼中的适用	123
(一) 公司诉讼中非讼法理适用的合理性	124
(二) 在公司诉讼中非讼法理适用的情形	128
(三) 非讼法理在公司诉讼中部分适用的表现	132
四、非讼法理在小额诉讼中的适用	135
(一) 小额事件的概念及特点	135
(二) 非讼法理在小额诉讼程序中适用的机能	137
(三) 非讼法理在小额诉讼程序中适用的状况	138
(四) 非讼法理在我国小额诉讼程序中适用的展开	144
五、非讼法理在公益诉讼中的适用	148
(一) 公益诉讼与传统民事诉讼的分野	148
(二) 公益诉讼面临的理论困顿及消解	151
(三) 非讼法理在公益诉讼中适用的表现	154
第七章 非讼法理在诉讼程序中适用之保障	159
一、当事人程序选择权的保障	159
(一) 程序选择权的含义分析	159
(二) 程序选择权与非讼法理适用的契合	160
(三) 行使程序选择权适用非讼法理之表现	163
二、法官释明权的妥当行使	167
(一) 非讼法理在诉讼程序中适用时法官释明权行使之必要性	167

(二) 法官释明权的充实	169
三、推进法官心证公开	171
(一) 心证公开在非讼法理适用于诉讼过程中的意义	171
(二) 法官心证公开的内容	173
结 论	179
参 考 文 献	182

绪 论

一、研究的背景和意义

(一) 民事司法危机

朱克曼教授在《危机中的民事司法》一书中认为,衡量司法/正义的纬度有三个:真实纬度、时间纬度、成本纬度。真实维度即判决的正确性,要求将正确的法律适用于真实的事实。但判决正确性的内容并非仅仅如此,它还要求当程序本身有缺陷不能实现判决的正确性时,也应在当事人之间平等分担错误的风险。时间并不是一个单独的纬度,但它是影响判决正确性的一个因素,它会侵蚀判决正确性的效用。时间纬度要求判决应在一个可以纠正错误的时间内作出,或者,如果错误尚未发生,那么判决应当在还可以避免错误发生的时间内作出。成本纬度意味着,一个司法制度只是能达到判决的正确性还是不够的,它要尽量使当事人的资源投入与产出之间实现最大化,使那些希望实现或保护自己权利的所有人有机会接近司法。^[1]照此三个标准衡量,朱克曼教授认为,西方国家的民事司法普遍陷入了危机状态。成本的高昂、诉讼的拖延已经成为各国所普遍面临的问题,而它们又直接影响着判决正确性的效用。使这种“正确”的判决呈现“非正义性”,这种非正义,不是因为判决在法律和事实上不正确,而是来得太迟了,即“迟到的正义非正义”之谓。诉讼成本的高昂,甚至超过了各方当事人的争议金额,直接制约着当事人对法院的利用。随着这些问题的累积,民众对司法的疏远、不满、不信任也在增加,民事司法就处于危机状态。如美国在 20 世纪 60 年代通过大量拓展人权内容的联邦法律后,在造成诉讼案件大量增加的同时,也导致拖沓的审理效率、冗长的程序步骤

[1] 参见[德]阿德里安·A.S.朱克曼主编:《危机中的民事司法》,傅郁林等译,中国政法大学出版社2005年版,第1-3页。

及当事人高昂的诉讼费用及讼累负担,引起民众不满。法国在1995年的调查表明,在所有的政府提供的公共服务领域的评价中,司法部门排在最后一位。1997年的调查则更甚,有的人认为整个司法体制过于陈旧,有的人认为整个司法系统形象非常糟糕。^{〔1〕}

引起西方民事司法危机的直接原因是涌入法院的民事案件的急剧增加,而导致这一趋势的因素是多方面的:如信用卡的大量使用、住房问题的增加、离婚率的上升、社会和劳动力的流动、教育的发展、信息的发达、权利意识的增长等。随着社会的发展变革,这样的问题同样存在于我国。大量的民事纠纷涌入法院是必然的趋势,又加上传统纠纷解决机关解决纠纷功能的下降、法院地位的提升等因素,进入法院的民事案件增长的幅度比西方更甚,由此造成的案件积压、诉讼拖延问题同样存在。再加上我国诉讼程序单一,分化不足、程序的机械僵化以及司法腐败等问题,民众对民事司法的不满客观存在的。因此,作出我国当下的民事司法同样存在某种程度危机的断言不能说是武断的。

虽然民事司法危机表现的形式和程度不尽相同,但无论西方还是我国,民事司法危机的实质都是司法信任的危机,均是司法对正义的实现不能满足民众的需要而产生的不信任、不认同。民事司法危机的产生并不仅仅是民事案件的激增,也不在于法官人数的严重不足,虽然它们是其中的部分原因,最为根本的原因是民事司法没有与时俱进地适应社会情势的变化,回应民众对司法的新要求。在这个急剧变动的时代,社会生活日益复杂,民事案件的类型呈多样化的态势,当事人的利益诉求也现多样化的状况。邱联恭教授指出:“随着社会经济情势之急速变迁,民事纷争事件之质、量亦多异于往昔,且在形态、内容上益趋于多样化、复杂化。此种变化,不但实际上扩大了纷争解决过程之困难度。同时,由于一般国民之权利意识已然更为高涨,终于也导致民事诉讼事件之激增,而加重了法院之业务负荷面。对于此,为将有限司法资源公平分配于各种或个别之民事事件,合理减轻法官之工作负担,并避免权利人因程序制度之使用而致蒙受难与其所追求之实体利益相均衡之程序上不利益,如何针对事件类型之特性、需求,依其究属权利义务追求确定型、合目的性、妥当性判断追求型、集团处理追求型、简速裁判强烈追求型、法律外专业知识判断追求型或和谐关系维持追求型等等,分别妥为建构、选用各该类型事件所适

〔1〕 参见齐树洁主编:《民事司法改革研究》,厦门大学出版社2000年版,第344-388页。

合之程序制度、程序法理,乃为紧要之课题。”^{〔1〕}邱先生是针对现代社会的一般趋势而言。其实,民事事件类型的多样化、复杂化之势在我国表现得更甚。一方面,我国正在融入世界经济一体化的大势;另一方面,又在由传统社会向现代社会转型,各种矛盾纠纷层出不穷。如何重塑司法之权威,回应社会之现实需要更是亟待解决的问题。

(二)民事司法危机化解的两种思路

就我国而言,如何消除民事司法危机,理论界和司法实务界大体上有两种不同的声音。一种声音倾向于从强化程序刚性,奉行或贯彻彻底的当事人主义角度出发,强化法院司法的自治性、自洽性。它以西方国家的民事诉讼为模版,通过分析检讨我国民事诉讼中存在的国家主义基因、现实中当事人诉讼地位弱小的状况、司法的过度随意,进而主张民事诉讼程序的正规化、法律职业的精英化职业化、法律适用的刚性化,试图通过独立、公正、中立、保守、相对封闭的司法程序本身解决现实的问题。另一种声音则与其相对,它要求法院淡化自己的个性,通过开放性、积极性的姿态融入社会整体治理的大局。它不主张区别法律问题与政治问题。法院的独立封闭自成一体并不为其主张。相反,它主张法院与社会组织机构的联通,建立多方的联动机制;司法追求的首要目标是纠纷解决,规则之治则是第二位的考虑。其实这是为了回应社会的现实问题,而要求采用软化程序正义的方式,甚至放弃程序刚性的方式实现。这种声音主要存在于司法实务界,近年来大力推行的“大调解”机制、“社会法庭”、“能动司法”、多元化的纠纷解决机制等都是这种观念的直接体现。

笔者认为,这两种理路虽然都有其合理性的成分,但均有失偏颇。第一种思路,太具理想化的色彩。虽然我国的民事诉讼存在先天不足、后天失调的问题,也有实现民事司法现代化的任务,因此从这个意义看,通过强调程序正义的理念,强化当事人的程序主体性是完全必要的。但试图通过照搬西方传统民事诉讼法的模板,而无视我国具体情况的做法是不现实的。殊不知,当前之中国所处的社会环境已迥异于西方现代民事诉讼发端成型之时,更不要说,西方的民事诉讼制度也在随着社会的变迁,悄悄发生着嬗变。拿西方百年前的理念、制度解决我国当下的问题,未免太具理想主义的色彩。程序正义的价值固然需要确认和强调,但我们不能还

〔1〕 邱联恭:《程序选择权论》,作者自版2000年版,第26-27页。

停留在纯粹理念的层面。我们必须正视现代社会出现的私法的公法化、权利的社会化之势,用既务实又具有前瞻性的思路建构我国的民事司法。

我国司法实务机关保持开放性的姿态,不区分法律与政治问题,追求实质合理性等做法,颇有后现代法学的色彩。虽然从整体上看,我国的民事司法整体上还处于“前现代”的阶段,面临着司法现代化的历史任务,但这些做法并非完全没有道理。任何制度的设置、运作都不能脱离其语境,不会有一套放之四海而皆准的普适性的东西。法律制度作为一个民族文化、历史、政治等多个因素综合影响的产物更是如此。因此,脱离具体的情况,空谈制度建构必然是苍白的。对于我国特定的政体、国体、历史传统而言,法院从来就不是绝对独立的。它从来就是政治统治的一个环节,法律和政治相互纠缠在一起,未曾有过西方国家那样的泾渭分明。从这个意义上看,无视我国的国情,简单以西方国家的司法独立的标准,轻率批评我国的“能动司法”“大调解”等是不谨慎的。我国的民事司法对于现实状况的配合、迎合,甚至迁就,使其具有浓厚的务实色彩。即便如此,我们还应当看到,世界的司法文明发展至今,还是存在一些共识或底线。例如,现代社会的国家架构中,立法、司法、执法是由不同的机构行使的。法院作为司法机关,其基本任务就是依照立法机关创制的法律进行裁判。如果法院僭越自己的职权范围,通过司法解释等方式进行“立法”,必然会发生功能紊乱的情况。目前我国许多法院以应对金融危机、“顾全大局”等为借口,在法律的适用中,肆意解释法律,破坏了法律的稳定性、确定性和强制性,受到学者们的诟病是自然的。它们的这些做法固然有解决眼前问题的现实考虑,但如果容忍这种情况的存在,法律的权威将荡然无存。因为今天可以以金融危机为借口超越法律进行司法,明天自然又可以其他的理由搁置现有法律的适用。即使不僭越立法机关的权力,法院在适用法律中保持身份的相对独立性、客观性、中立性也是最起码的要求。就民事诉讼而言,对当事人基本听审权的保障、回避、证人出庭作证、证据的可采性标准、证明标准等具体问题,尽管各国的规定并不尽相同,但都有基本的共识存在。如果将这些最为基础的要求,都可置于一旁,民事司法将面目全非,整个法治的根基危矣。反诸我国,这种担心并非多余。法院满足对眼前问题的处理而不注重对未来事务的谋划,甚至为了一时一事的权宜之便,而置司法的基本规律于不顾的做法确应受到批评。特别是近年来,为了应对社会矛盾频发的态势,配合“和谐社会”的政治理念,民事司法中法院的许多过分积极的做法令人担忧。

(三)民事司法危机化解的另一种思路:在诉讼程序中适用非讼法理

试图追求民事诉讼程序的自治性,虽维护了民事司法的传统做法,但存在着对社会现实关注不够的问题。这种“躲进小楼成一统”的做法,使得法院的裁判保守有余,灵活不足,也阻断了自我更新的机会;而过分开放的行为,固然使法院有更多的机会介入社会,进而干预、规划社会生活,推动社会变革,但也呈现通融灵活有余、刚性不足的状况。这两种理路似乎是个两难背反的问题。其实并不尽然,我们完全可以在这两种思路之间找到一个均衡点:既维护民事司法的功能自治又能保证其能动灵活的一面。这个均衡点即本书所主张的非讼法理在诉讼程序中的适用。

何谓非讼法理,非讼法理在诉讼程序中的适用究竟是何含义?非讼法理在诉讼程序中的适用这个命题是学术语言的抽象概括,并无通行的专门术语。简言之,就是将原本在非讼程序中处理非讼事件所适用的职权探知主义、书面主义、不公开主义、简易主义、裁量主义等非讼法理,适用于诉讼程序中处理诉讼事件。对于在诉讼程序中适用非讼法理的状况,不同的学者有不同的表述。如三月章教授称为“传统诉讼原则妥当领域的适当缩小”或“诉讼案件的非讼化”。^{〔1〕}我国台湾学者邱联恭先生用了诉讼事件非讼化的概念。他认为,在程序上可缓和地采用或全不采用向来传统的诉讼程序上的种种原则如处分权主义、辩论主义、言词审理主义等,而采用职权主义色彩浓厚的程序原则。^{〔2〕}非讼法理在诉讼程序中的适用,首先要以立法为先导。针对不同诉讼事件的特点,通过立法对传统诉争程序进行分化,创设或完善诸如小额诉讼程序、速裁程序、劳动诉讼程序、人事诉讼程序、票据诉讼程序等特别诉讼程序,将原本属于非讼程序的某些要素引入诉讼之中。以立法为先导可以保证非讼法理的适用处于可控的范围内,避免了适用非讼法理的随意性,进而减少了因适用非讼法理对当事人程序保障不力的可能性。在立法的前提下,再辅以法官职权裁量适用非讼法理的权力,赋予法官在一定范围内进行职权裁量适用非讼法理的空间又使得诉讼显得通融、灵活、富有弹性。在立法规定和法官职权裁量之外,再赋予当事人在法律规定的范围内合意选择非讼法理之权利,这种基于当事人程序选择权行使的非讼法理适用方式有利于提升当事人的程序主体性。

〔1〕 参见〔日〕三月章:《诉讼事件非讼化及其界限》,《民事诉讼法研究》(第五卷),1972年版。后面我们将详细论述。

〔2〕 参见“民事诉讼法”研究基金会:《“民事诉讼法”之研讨》,台湾三民书局1996年版,第445页。

因为非讼法理在诉讼程序中的适用强调的是在诉讼程序中,有选择地适用非讼法理,其自然得尊重诉讼的基本规律和理念,要维持程序本身应有的自足和刚性。在诉讼过程引入非讼法理,其实意味着各种程序要素的重新组合,通过诉讼程序要素和非讼程序要素的妥当组合使案件得到正确慎重、简速快捷、合目的性之处理。反映在立法上,就是以这种理念引导我国民事诉讼程序的改革和完善,通过法律的修订在普通程序内引入非讼法理的因素,在普通程序外创设或完善像简易程序、小额程序、劳动争议诉讼程序等民事诉讼特别程序。当然,民事诉讼普通程序中也有非讼法理的适用空间,只是其相对较小而已。反映在司法上,可以强化法官在遵照法律规定的前提下,依照职权裁量适用非讼法理的重要意义的认识。这种意义的非讼法理在诉讼程序中的适用,因应了民事案件类型的特点,通过程序要素的重新组合,对案件进行富有针对性、弹性的处理,又能维护诉讼程序应有的刚性,进而可以提高民众对民事司法的认同感和接纳度,化解民事司法的危机。

西方国家对民事司法危机的应对,在笔者看来,走的也是一条类似的道路。如英国为了应对民事诉讼中的成本和拖延,强化了书面审理、简易审理,并将对诉讼的控制权向法院倾斜。按照以往的制度,当事人及其律师在控制审前程序的长度和程度方面是自由的,对庭审的持续时间和范围在某种程度上也是自由的。现在这些事项都要由法院来决定。美国的民事司法改革主要表现为诉讼控制从当事人向法院移动。日本为了应对民众对民事司法太慢、太贵、几乎不能为常人所理解的批评,也在为普通民众提供简易、可接近的司法方面作出了努力,如引入小额诉讼程序、严格限制向最高法院上诉等。关于两大法系国家民事司法中非讼法理适用的情况,容我们在本书的第四章详细展开。普通法国家和民法法系国家都展示了一种向法官对民事诉讼进程实施更有力控制的方向移动的现象,这昭示着一种新的程序和司法哲学的产生。旧的司法哲学认为,法院的功能是就实质问题即根据真实的事实和正确的法律而不是按照程序性的依据来判决案件,只要法院作出了一项符合事实和法律的判决,正义就实现了,其他的事情都是无关紧要的。而新的司法哲学则没有强调判决正确性的优先价值,而是在判决的正确性、成本和时间三个纬度上进行了全新的平衡。非讼法理在诉讼程序中的适用不仅是应对民事司法危机的现实性做法,事实上它正成为现在及未来民事司法发展的方向。

二、非讼法理在诉讼程序中适用的研究状况

非讼法理在诉讼程序中的适用为理论上的概括,并非具体的诉讼制度。鉴于非讼法理原本是非讼程序处理非讼事件所适用的程序原理,因此,对非讼法理在诉讼中的适用又多见于对非讼程序、诉讼事件非讼化等议题的讨论之中。早在 20 世纪 70 年代日本学者三月章就发表了《诉讼事件非讼化及其界限》一文,在该文中,作者采用暂且放置什么是诉讼的本质,什么是非讼的本质,而把诉讼案件的典型的处理形态和非讼案件的典型的处理形态,分别当作处理民事司法程序复杂、广泛的课题的两种道具。换句话说,这个方法就是尝试检讨如下问题:作为不同的架构方法来把握,不同的二要素在应对民事司法应该应付的各自的课题时,以怎样的局面如何被组合起来呢?在该组合的背后的必然性是什么呢?该组合随着时代的进步会发生怎样的变化呢?应对民事司法新课题的产生,将来其组合方式有着怎样的倾向和特征,能够预测吗?三月章教授分别从近代诉讼案件的程序分化与新非讼案件的登场、诉讼的非讼化趋势展望、诉讼要素与非讼要素交错的古典形态、民事诉讼程序法中诉讼程序与非讼程序要素的提炼等方面展开。三月章教授还强调回答了为什么是非讼法理在诉讼程序中的适用而不是诉讼法理在非讼程序中的适用的问题,而且反复指出用“传统诉讼原则的妥当领域的缩小”比用“诉讼的非讼化”也许更恰当。此外小岛武司撰写了《非讼化的界限》,吉村德重发表了《民事事件中的非讼化倾向与当事者的程序保障》等文,但影响最大的还是三月章教授的那篇。另一位日本学者大野实雄在《商法的倾向与纷争的非讼化现象》一文中对纷争的非讼化现象的意义、纷争非讼化的类别、商法上纷争非讼化的原因、民事诉讼法上纷争非讼化的原因等方面进行了研究。

邱联恭先生在《诉讼法理与非讼法理之交错适用——从民事事件之非讼化审理及诉讼化审理论程序保障之机能》《程序保障之机能——基于民事事件类型审理必要论及程序法理交错适用肯定论之观点》等文中,从程序保障个别化、程序法理的交错适用等角度专门探讨了诉讼事件非讼化的问题。邱联恭先生所倡导的诉讼事件非讼化与非讼事件诉讼化观点被越来越多的我国台湾学者接受,其被用来评述民事诉讼中的其他问题如法院裁定有无既判力、民事诉讼审理方式、简易程序、股东会决议无效诉讼、损害赔偿的诉讼标的、夫妻离婚后未成年子女监护、共