



非讼程序研究

A Study on the Non-contest Procedure

郝振江 著



法律出版社
LAW PRESS • CHINA



非讼程序研究

A Study on the Non-contest Procedure

郝振江 著

图书在版编目(CIP)数据

非讼程序研究 / 郝振江著. —北京:法律出版社,
2017.1

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1203 - 7

I. ①非… II. ①郝… III. ①调解(诉讼法)—研究—
中国 IV. ①D925.114.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 198706 号

非讼程序研究
FEISONG CHENGXU YANJIU

郝振江 著

策划编辑 徐蕊
责任编辑 徐蕊
装帧设计 李瞻

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任印制 沙磊

编辑统筹 教育出版分社
开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 13.75
字数 300 千
版本 2017 年 7 月第 1 版
印次 2017 年 7 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 1203 - 7

定价:46.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前言

非讼程序是这些年笔者一直关注的命题之一。2010 年以《非讼程序研究》为题在母校西南政法大学通过博士学位论文答辩后,至今一直延续着对这一研究领域基础理论的思考。总体思路是以博士学位论文为基础,结合 2009 年全面修订的《德国家事事件与非讼事件程序法典》、2011 年全面修订的《日本非讼事件程序法》和《日本家事事件程序法》,不受原文框架拘束地对论文进行全面修改。相关的大部分研究成果已经在近年陆续发表。借国家社会科学后期项目的资助,这次得以将这些研究成果体系化、以专著的形式予以出版。

本书在基本构造上,没有再采用博士学位论文的结构,而是采用了比较论和借鉴论的内部结构。在比较论中,重点以德日非讼程序为研究对象,就非讼程序的功能、历史形成、立法现状、审理对象以及审理构造等进行考察,旨在通过这种比较研究,一方面明晰原生制度与移植制度之间的异同与关联,另一方面归纳出非讼程序的共有规律。这些内容体现在第一章至第四章、第六章和第七章。当然,研究中考虑到法国法采用的将非讼程序与诉讼程序合一立法的模式,可能对我国现行法律框架内非讼程序的解释与完善具有直接启示意义,书中也专门就法国的非讼程序状况进行了考察,即本书的第五章。

在借鉴论中,笔者尝试借助比较论中获得的关于非讼程序共有性原理,去解释或者构造我国的非讼程序制度。同时,运用解释论和立法论予以分析一方面是基于规定于《民事诉讼法》第十五章的特别程序作为非讼程序共通规则的雏形在解释论上尚处于的状态,另一方面考虑随着民法典、尤其是民法总则编和婚姻家庭编的发展,现有规定是无法应对民法典体系化的需求的。因此,在解释论中,笔者以我国民事诉讼法特别程序章为研究对象,尝试在现行法的结构内探讨非讼程序法理适用的可能性及其内容,在明确现行法下非讼程序的基本机理的同时,理出现行法下非讼程序实现独立、自足的可能性程度。这种研究某种意义上也可为立法论的研究提供相应的注释。这些内容体现在第八章至第十章。在立法论或者说对策论中,首先,着重探讨了非讼程序制度在我国极为薄弱的深层次原因与重构该制度的必要性,并以德日法为蓝本,尝试提出了具体的改革思路。

在这部分,尤其指出随着民法典的逐步制定,这一领域已经成为程序法上无法回避、亟待解决的问题,否则很可能会造成民事诉讼法结构的进一步紊乱以及民事纠纷数量的激增。这是第十一章的内容。其次,作为改革思路的展开论证,笔者选取了调解和精神障碍患者强制住院两类非讼事件。前者既是我国处理社会纠纷的一个特色,但也构成了我国民事诉讼法走向技术化、专业化的主要障碍,是一直困扰我国民事诉讼法理论研究的一个主要难题,本书尝试运用非讼程序法理为这一问题的解决提供一种视角。这些是第十二章的内容。后者是近年来我国社会生活中时常为人们所关注的话题,至今的关注者主要是刑法与刑事诉讼法学者。借助于探讨这种典型问题运用非讼程序调整的可能,在侧面论证非讼程序亟待重构的同时,也旨在说明非讼程序可能运用的广度。这些内容体现在第十三章。

当然,对目前本书所采用的研究方法笔者曾经有些担心。因为在近年法学研究中日益强调本土性的趋势下,很可能产生的疑问是:上述纯粹的比较法研究是否仍然有价值,而同样的功能发挥可能存在多种制度性选择情况下是否能完全依照外国法否定我国现有某项制度的合理性。这也是这些年学术研究中曾经困惑笔者的问题。但经过思考后,笔者以为制度移植后或许是由于水土不服、没有很好地把握本土制度环境所致,但是在此之前需要自问的是我们是否已经充分把握了该制度在其母国的状况。尤其是对民事程序法而言,由于学科人才和资源等优势,法学其他学科研究可能进入“后现代化时期”,但民事程序法学研究却仍处于“奔向现代化的时期”。何况非讼程序研究在民事程序法研究领域内更边缘。因此,笔者确信本书的研究方法仍然具有合理性。而且,笔者也力图校正以往比较研究中侧重于规范本身,而没有充分阐述该制度的背景、解释以及运用状况等深层次问题的偏差,力求整体、全面、客观地反映出德日非讼程序制度的状况。

借助于本书的比较研究与对我国非讼程序制度的反思,笔者也深刻体会到非讼程序在我国未来民事程序法的制度或理论结构中所可能会发挥的“牵一发而动全身”的作用。目前,由于缺乏非讼程序的分担与平衡作用,绝大多数民事案件以纠纷的形式拥挤在诉讼程序的道路上,巨大的纠纷解决压力使法院在纠纷解决的现实主义追求下,时而强调调解,时而要确立辩论主义和处分权主义,但有时又不得不向职权探知主义收缩,这些无疑都使民事程序充满应时性特点,受制于政策影响过大,在很大程度上阻碍着民事程序的技术化、规范化走向。民事程序的合理构架应是需要运用不同的程序机理去规范司法权在不同事件审理中的运作。这就犹

如一个城市的列车站点设计,把所有乘客都运至一个终极站点再进行分流永远无法解决城市拥堵的问题,合理的做法自然是自进入该城市即设置众多站点,乘客可以自由选择上下车点,唯此才能舒缓中心站点的压力。非讼程序在民事程序法体系中的地位亦是如此。

为此,就需要理论上跳出民事诉讼程序的框架所限,从民事程序法的总体去顶层思考其内部应有的程序组成及各程序的功能、基本原理。在这一层面,相信长期困扰我国民诉理论界与实务界的调解与审判的关系、如何解决法院案多人少、程序的冗长费时与民众对司法便利快捷需求等难题均会得到有效解决。不过,遗憾的是本书虽然引入非讼程序对改造我国民事程序法结构做了一些尝试,但感觉仍显薄弱。对此,一方面笔者会在未来的学术生涯中继续思考该问题,另一方面也期待有更多的学者能够关注并进入这一研究领域,促进这一领域的争鸣与深入思考。

笔者

2017年6月12日

目 录 Contents

绪 论 / 1

- 一、问题的提出 / 1
- 二、本书的研究设定 / 4
- 三、本书的结构 / 8

第一部分 比 较 论

第一章 非讼程序的功能 / 13

- 一、引言 / 13
- 二、非讼程序的基本功能 / 13
- 三、非讼程序的扩展功能 / 20
- 四、结语 / 27

第二章 非讼程序的历史嬗变——以德国法为中心 / 28

- 一、引言 / 28
- 二、罗马法时期:非讼程序的萌芽 / 28
- 三、中世纪:非讼程序的缓慢发展 / 30
- 四、近代:非讼程序法典化初期 / 31
- 五、19 世纪末期:非讼程序的形成 / 33
- 六、20 世纪:非讼程序的独立与自足 / 37
- 七、结语 / 40

第三章 德国非讼程序的新发展 / 41

- 一、引言 / 41
- 二、2008 年修改的背景 / 41
- 三、2008 年修改的经过 / 44
- 四、2008 年修改的主要内容 / 44
- 五、结语 / 51

第四章 日本非讼程序的新发展 / 54

- 一、引言 / 54
- 二、日本非讼程序法的制定 / 55
- 三、2011 年修改的背景与经过 / 59
- 四、日本非讼程序法的新发展 / 62
- 五、结语 / 68

第五章 法国法中的非讼程序 / 70

- 一、引言 / 70
- 二、法国非讼程序的主要特点 / 70
- 三、法国非讼程序的基本原则 / 75
- 四、诉讼与非讼的转化 / 78
- 五、结语 / 79

第六章 非讼程序的审理对象 / 81

- 一、引言 / 81
- 二、审理对象之一：一般非讼事件 / 81
- 三、审理对象之二：真正诉讼事件 / 96
- 四、非讼程序审理的界限：诉讼事件与非讼事件的界分 / 102
- 五、结语 / 105

第七章 非讼程序中职权探知的审理构造 / 106

- 一、引言 / 106
- 二、诉讼程序与非讼程序中职权探知的差异 / 106
- 三、职权探知的内部构造 / 109
- 四、职权探知的外部构造之一：当事人的协助义务 / 113
- 五、职权探知的外部构造之二：当事人的程序保障 / 117
- 六、结语 / 120

第二部分 借 鉴 论

第八章 论我国非讼事件审理的程序保障 / 123

- 一、引言 / 123
- 二、非讼事件审判的程序保障及其动态发展 / 123
- 三、程序保障的对象 / 127
- 四、程序保障的内容 / 129
- 五、程序保障与协助义务 / 132
- 六、结语 / 133

第九章 论我国特别程序下非讼裁判的效力 / 135

一、引言 / 135

二、非讼裁判效力的内容 / 136

三、裁判效力与裁判变更 / 141

四、结语 / 145

第十章 论人民调解协议司法确认裁判的效力 / 147

一、引言 / 147

二、司法确认裁判的效力根据 / 147

三、司法确认裁判的效力内容 / 151

四、司法确认裁判的救济 / 154

五、结语 / 156

第十一章 我国非讼程序反思与重构 / 158

一、引言 / 158

二、我国有关非讼程序的现状 / 159

三、我国非讼程序现状的成因 / 163

四、我国非讼程序重构的必要性 / 166

五、重构我国非讼程序的具体构想 / 170

六、结语 / 173

第十二章 论我国法院调解与审判的程序分离 / 174

一、引言 / 174

二、调解程序与审判程序分离的必要 / 175

三、调解程序与审判程序分离的路径 / 180

四、我国法院调解程序的改造 / 184

五、结语 / 188

第十三章 精神障碍患者强制住院的民事司法程序 / 189

一、引言 / 189

二、民事强制住院的法理根据 / 191

三、民事强制住院的决定机构 / 194

四、民事强制住院的程序性质 / 199

五、我国民事强制住院的司法程序构造 / 202

六、结语 / 206

绪 论

一、问题的提出

目前,我国由于社会转型和社会发展同时展开,不仅纠纷数量急剧增加,而且各种新型纠纷也是层出不穷、日趋复杂和多元化。我国现有的民事审判体制建构于计划经济时代,^[1]整体上具有强调法院职权主义运用、忽视当事人在程序中主体地位的特点,显然是难以应对这种变化的。从20世纪90年代开始,为了应对这种变化我国一直进行的民事司法改革虽然也将民事审判程序改革作为重心,^[2]并且这些改革对促进社会转型、有效地解决社会纠纷也发挥了重要的作用,但很难断言它是否已经有效解决了社会纠纷在法院的“阻塞”问题。

整体来看我国已经完成或者正在进行的各种民事审判程序改革措施,它们大致遵循着重纠纷解决、强化诉讼程序对抗性和形式性、加重当事人对案件事实证明责任的思路。2012年的民事诉讼法修改也明显地反映了这种路径依赖。首先,它增设了小额诉讼程序、先行调解制度等。前者规定诉讼标的额在一定数量下的案件实行一审终审。^[3]后者规定当事人起诉到人民法院的案件,适宜调解的法院可以先行调解。^[4]其次,增设了举证时限制度。对于逾越举证时限的证据,人民法院可以根据具体情况判断是否采纳该证据。^[5]这类规范尽管只是对以往民事证据相关司法解释的法典化,但它意味着民诉法典追求的实质正义已经开始松动。最后,在强化当事人对案件事实的证明作用上,要求当事人对自己提出的主张应当及

[1] 1982年《民事诉讼法(试行)》确立了我国民事审判制度的基本结构、原则及制度;1991年《民事诉讼法》虽然有大幅度修订,但基本上沿袭了这些原则和制度;2007年和2012年的两次修订是侧重于某些具体制度的修订、补充及增设。

[2] 例如,《人民法院“一五”改革纲要》提出“进一步完善质证和认证制度;民事、经济审判方式改革要进一步完善举证制度”(1999年10月20日,法发[1999]28号);《人民法院“四五”改革纲要》提出“健全公益诉讼管辖制度;完善民事诉讼证明规则”(2015年2月26日,法发[2015]3号)。

[3] 参见我国《民事诉讼法》第162条。

[4] 参见我国《民事诉讼法》第122条。

[5] 参见我国《民事诉讼法》第65条第2款。

时提供证据。〔6〕

但是,我国民事审判程序内在蕴含的两个基础性、结构性的矛盾却一直未得以正视。这两个矛盾包括:第一,强化诉讼程序对抗性、形式性过程中法院职权主义和当事人主体之间的矛盾;第二,调解和审判设置于同一程序内,如何平衡审判和调解相互之间的矛盾。就前者而言,强化诉讼程序的形式性必定要求确立当事人在程序中的主体地位,确立当事人自我行为责任的机制,法院的职权介入应当保持在维持审判运行和判决等必要限度内,但是,这样的审判形式完全无法满足家事等依赖法院职权运用的纠纷解决需求。就后者而言,调解本身是法院职权的运用,逐步确立以当事人为主体的地位的审判形式,自然会削弱调解的功能,如果没有其他相应的程序去消解程序形式化带来的僵化、迟延等弊端,势必会诱发更多矛盾。但是,调解和判决混合的程序设计,加之法官对审判程序的主导,在纠纷解决出现压力时很容易为法官规避判决、寻求调解提供路径依赖。21 世纪前十年的民事审判程序改革已经充分说明了这一点。在这一阶段,“在社会和谐目标下的(非自愿)调解偏好和‘能动司法’旗帜下的(无制约)司法职权借尸还魂,成为 21 世纪以来整个民事司法的导向和目标,而处分权主义、辩论主义、当事人程序保障这些现代司法理念则悄然收入兵库”。〔7〕

这两个矛盾左右着我国民事审判程序改革,并且已经成为我国民事司法迈向技术化和专业化的主要羁绊。所以,我国至今既没有确立近代法治主义下逐步形成的辩论主义原则和处分主义原则在我国民事诉讼程序中的核心地位,〔8〕也没有形成依据实体法规范、运用判决对权利进行判定或者救济并最终在制度上保障判决强制实现的民事诉讼程序特质。解决这些矛盾的办法唯有通过程序多元化才能实现,而且这种程序多元化必须是设置性质完全不同的程序,使各种性质的纠纷、各种形式的纠纷解决方式在体系化时均能寻找到适合于自己的位置。把所有民事纠纷纳入同一性质的程序内、所有的民事纠纷解决方式都运用诉讼予以体系化,如此单一

〔6〕 参见我国《民事诉讼法》第 65 条第 1 款。

〔7〕 傅郁林:《小额诉讼与程序分类》,载《清华法学》2011 年第 3 期。

〔8〕 我国民事诉讼法中的辩论原则和处分原则尚不能称为大陆法系辩论主义和处分权主义的完全实现。以辩论主义为例,它在大陆法系民事诉讼程序中包括当事人没有主张的诉讼资料抑或证据资料不能作为判决的基础,双方当事人没有争执的事实拘束法院、法院必须将之作为判决的基础,依职权调查的证据结果不能作为判决的基础。但是,我国《民事诉讼法》第 64 条第 2 款规定:“人民法院认为审理案件需要的证据,人民法院应当调查收集”;最高人民法院《关于适用〈民事诉讼法〉的解释》第 92 条规定,当事人承认的对己不利的事实对方无须再举证证明,但自认事实与查明的事实不符的,人民法院不予确认。

的程序设置就宛如废弃所有的毛细血管而只发挥主动脉的作用,时刻会存在动脉崩裂或者堵塞的危险。

从比较法的角度来看,我国目前的民事诉讼程序颇有些类似于德国民事诉讼程序于19世纪末叶确立形式主义之前的混沌状况。当时法官也是处于绝对主导地位,辩论主义原则和处分权主义原则受到限制。但是,随着形式主义的确立,民事诉讼程序的这些特点为非讼程序所具有。诉讼程序成为双方当事人对立结构下,以辩论主义原则和处分权主义原则为核心,注重于纠纷解决、权利保障及私法秩序维持的程序。^[9] 非讼程序则是一种形式上为审判权行使但实质上是行政作用,由法院进行合目的性裁量做出目的性指向的程序。^[10] 它一方面通过参与民事权利的形成发挥着预防纠纷的功能,另一方面解决了包括家事事件在内的不适于采用诉讼程序解决的纠纷,在日本法中它还成功地解决了调解的法体系化问题。我国法中虽然也有非讼程序作用的发挥,但它仅仅适用于宣告失踪或死亡等极少数几类案件,功能只限于法律事实的确认功能,而且它也没有确立独立的审判原则和制度,所以在我国法中它只能说是尚处于雏形状态。

比较法虽然只是提供了问题研究的一个视角,尤其是对于更具有地域性和国别性特点的民事审判程序而言,同样的问题在不同的国度或者区域内采用完全不同的应对方式,完全能够实现预设的制度目的。但是,对于非讼程序尚处于雏形且因它的不发达已经导致民事审判程序整体无法良好发挥功能的我国而言,通过比较法的借鉴或者移植却是法制完善的必由之路。

因此,借助于非讼程序的法理对我国民事审判程序制度进行结构性改造就成为非常有价值的命题。鉴于非讼程序内容上的繁杂性,本书无法就该命题进行全面阐释,这里仅从功能的视角,结合以德日为代表的大陆法系国家的非讼程序现状,就该程序的主要功能、程序的形成、程序的审理构造等进行考察。在此基础上尝试将这些法理运用于我国民事程序的分析,一方面通过解释的方法探求我国现行民事程序法框架下非讼程序独立自足的可能性限度,另一方面探讨在重构该制度时可能遇到的一系列理论问题。

[9] 虽然我国主流观点认为民事诉讼的目的是解决纠纷,但是需要注意的是权利保障、私法秩序维持也是它所具有的不可忽略的目的。如果就民事诉讼目的彻底、纯粹地坚持纠纷解决说或者程序保障说,就很可能动摇诉讼的核心,使改程序变得随波漂浮、摇摆不定。(参见[日]田中成明:《现代社会与审判——民事诉讼的地位与作用》,郝振江译,北京大学出版社2016年版,第158~159页。)我国目前民事诉讼的运行状况也能说明这一点。

[10] [日]高田裕成『訴訟と非訟』伊藤真・山本和彦編『ジュリスト増刊・民事訴訟法の争点』(有斐閣,2009年)頁12。

二、本书的研究设定

(一) 非讼程序的概念

理论上就非讼程序的内涵理解并不一致。在我国,学界主要有两种观点:(1)将非讼程序视为特殊程序的一部分。认为民事诉讼程序分为审判程序和特殊程序,审判程序就是普通程序,特殊程序包括非讼程序、涉外民事诉讼程序的特别程序和执行程序等民事诉讼法规定的其余所有程序。^[11] (2)依照性质将审判程序区分为诉讼程序与非讼程序,诉讼程序就是普通程序,非讼程序包括特别程序、督促程序、公示催告程序和企业法人破产还债程序。^[12] 这两种观点虽然界定的范畴不同,前者认为特殊程序作为审判程序的并列概念、非讼程序为特殊程序的下位概念;后者认为非讼程序与诉讼程序为等位阶概念,诉讼程序之外的审判程序都属于非讼程序的范畴。但是,它们的界定方式是一致的,都是借助于同诉讼程序的比较来理解非讼程序。

大陆法系国家及地区就非讼程序的理解通常也有两种观点:(1)认为非讼程序就是审理非讼事件的程序。例如,法国法认为非讼程序是指审理非讼事件所适用的程序;^[13] 日本通说亦认为非讼程序是指适用或者准用《非讼事件程序法》第一编总则的事件在审理时所运用的程序,包括民事非讼事件程序、家事事件程序、借家借地非讼事件程序、劳动审判程序、公司非讼事件程序、公示催告事件程序、罚款事件程序^[14]等。^[15] 由于非讼程

[11] 田平安主编:《民事诉讼法学》,人民法院出版社2003年版,第201页。

[12] 江伟主编:《民事诉讼法学原理》,中国人民大学出版社1999年版,第717页;王强义:《民事诉讼特别程序》,中国政法大学出版社1993年版,第97页。

[13] [日]垣内秀介「フランスにおける非訟事件と非訟事件手続」(法務省調査報告書,2009年)。

[14] 日语原文为“过料”。这里的罚款与刑罚中的“罚金”和“科料”不同,属于一种金钱罚。在日本法中,因违反法令而处以罚款的例子很多,性质也并不相同,因此它所适用的法律原则及处罚程序也是多种多样。大致而言,主要包括三种类型:第一,作为秩序罚的罚款,主要是指违反民法上的义务(《日本公司法》第976~979条)、诉讼法上的义务(《日本民事诉讼法》第192条、第200条、第209条,《日本刑事诉讼法》第137条、第150条、第160条)、行政法上的义务、地方公共团体条例或者规则的行为;第二,作为执行罚的罚款;第三,作为惩戒罚的罚款(《日本公证法》第80条)。所有的罚款由于不是刑罚,所以不适用日本刑法总则和刑事诉讼法的规定。它适用于须遵循作为一般法的非讼事件程序法或者地方自治法的规定,以及其他各个法令的特殊规定。参见[日]高桥宏志等編集「法律学小辞典第5版」(有斐阁,2016年)頁153。

[15] 日本法认为非讼程序法包括实质意义的非讼事件程序法和形式意义的非讼事件程序法,前者仅指非讼事件程序法,后者不仅包括非讼事件程序法,还包括家事审判法、借地借家法、民事调停法等准用该法典总则的法典。为了区别狭义与形式意义非讼事件程序法,将后者统称为非讼程序法。它们所规定的程序也被称为非讼程序。参见[日]高田昌宏「非訟手続の改革」ジュリス1317号頁229。

序是所有非讼事件审理程序的聚合性概念,所以这种情况下非讼程序也经常被称为非讼事件程序。(2)认为非讼程序是指法院行使非讼裁判权,代表国家履行辅佐、监护职能的审判程序。这两者观点的区别在于界定角度不同,前者是以审理对象为中心来确定非讼程序的概念,属于形式意义上的界定;后者则是从审判权行使特点角度展开的界定,属于实质意义上的界定。不过,它们都将诉讼程序和非讼程序理解为相互独立存在的程序,一并构成了民事审判程序。

所以,我国就非讼程序的理解与大陆法系国家及地区还是有所差异的。首先,体现在是否将非讼程序理解为与诉讼程序相并立的独立程序;其次,即使从性质上将二者理解为并立的程序,就“性质”也是解释为“审理对象是否存在争议”,即以争议事件为审理对象的就是诉讼程序,以非争议事件为审理对象的就是非讼程序。基于比较法分析的考虑,本书采用大陆法系实质意义上的界定方式,将非讼程序理解为由法院行使审判权、代表国家履行辅佐或监护职能的审判程序。依照这种界定,我国法中的非讼程序包括民事诉讼法典中的特别程序^[16]和公示催告程序。非讼程序的审理对象则称为非讼事件。

在就非讼程序概念的理解上,这里需要明确两点:第一,非讼程序与我国理论界所称的“非诉讼程序”^[17]“非诉程序”^[18]完全不同。非诉讼程序是个非常宽泛的概念,诉讼程序以外的包括非讼程序在内的所有程序,如公证程序、仲裁程序等都可以纳入它的范畴。非诉程序的用语主要为实务界人士所运用,将它理解为《民事诉讼法》第十五章的特别程序,但是如此理解并不恰当。理由在于“诉”和“申请”是相对的概念,依循这一逻辑,非诉程序相对的应该是依照申请的程序,可是在我国民事诉讼法典中通过申请启动的程序除了第五章特别程序外,还有财产保全、执行等程序。第二,非讼程序是一个聚合性的概念。不同于诉讼程序以具有纷争特点的诉讼事件为审理对象,虽然也有通常诉讼程序、略式诉讼程序、上诉审程序及再审程序等的区别,但他们的程序基本构造却是一致的,皆是采用双方当事人对

[16] 选民资格案件是我国民事诉讼特别程序极其特殊的个例。它在性质上应当属于宪法诉讼,但因我国并无专门的宪法诉讼程序,所以这类案件应当在什么程序法内规定就成了非常棘手的问题。在我国第一起因选民资格发生争议案件起诉到法院时,恰逢我国民事诉讼法典制定,所以这类案件程序就“搭车”被作为特别程序规定进了法典中。鉴于它并非民事争议,因此本书在论述我国非讼程序时,均不包含该类事件程序。

[17] 参见范愉:《非诉讼程序》,中国人民大学出版社2012年版,第1页。

[18] 袁永新:《非诉程序扩大适用与司法效率的提高——从新修改的〈民事诉讼法〉谈起》,载《法律适用》2013年第3期。

立的基本构造。但是,非讼程序却源于多个非讼事件审理程序抽取共通的审理规则,并且仍然保留了仅适用于各个非讼事件的特殊审理规则。例如,德国在《家事事件与非讼事件程序法》中除设置了总则作为共通规则外,还就家庭事件、照管与收容事件、登记事件等非讼事件设置了特别的程序;日本则在《非讼事件程序法》之外,专门设置了《家事事件程序法》来调整家事事件。因此,无论是所有非讼事件的共通审理规则,还是仅仅适用于某类案件的特殊规则,都可称为非讼程序。从这个意义上来说,我国民事诉讼法典的特别程序章也属于非讼程序。

(二)研究方法

在研究方法上,本书没有单纯地遵循单一的比较法方法或者解释学方法,而是同时采用了这些方法,之所以这样选择是基于本书对我国非讼程序研究任务这样的判断或者说认识:一方面随着民商事实体法的逐步完善,尤其是民法典编纂工作的逐步展开,如何结合民法典完善我国的非讼程序已经是理论上亟待面对的问题,此时从比较法角度以德日为典型的大陆法系国家及地区非讼程序理论进行系统的梳理可能是我国进一步展开研究的基础工作;另一方面是2012年民事诉讼法典修订时特别程序章增加了人民调解司法确认和担保物权实现两类事件,以往很少被关注的特别程序章如何准用民事诉讼程序规范问题就成为理论上不得不面对的问题。因此,本书基于既对德日等国家非讼程序进行系统梳理以提供比较法基础,又能够对我国现行法典适用提供解释学上观点的想法展开研究。

其中,比较法的方法主要是从功能主义视角展开的。功能主义是比较法学研究中常用的研究方法,在其发展过程中形成了各种比较的路径。^[19] 本书主要借鉴茨威格特与克茨所提出的功能论方法。这种方法主要包括:第一,从功能角度提出一个研究问题(如何解决社会问题X);第二,介绍解决问题X的制度及其方法;第三,列举解决方法中的类似和差异;第四,从功能角度解释研究中发现的相似与差异(包括建立一个能够比较各种解决方法的体系);第五,对研究结果做出批判性评价,必要时对哪一种解决方法是“最好的”做出判断。^[20] 相对于其他功能方法,这种方法以问题为导向,相对更加具体和可操作性强。在研究中,本书首先从功能入手分析非讼程序的具体功能内容及其形成原因,其次比较分析该程序在发挥这些功能时各种程序要素的具体状况,在此基础上探讨大陆法系国家及地区为非

[19] 朱淑丽:《挣扎在理想与现实之间:功能主义比较法90年回顾》,载《中外法学》2011年第6期。

[20] 参见[德]K. 茨威格特、H. 克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,法律出版社2003年版。

讼程序所审理的同类事件在我国是如何处理的、现有处理方法与非讼程序的解决相比较有何优劣,在此基础上综合评价分析这些问题运用非讼程序解决的可能性。

(三) 考察对象的限定

毋庸置疑,我国非讼程序会是研究的重点。但是就比较法考察的对象,这里有必要作一说明。本书将把比较研究的对象主要限定在德国、日本和法国的非讼程序制度上。如此限定主要有以下几点考虑:第一,德国非讼程序尤以 1898 年非讼事件程序法典为代表,在立法内容、立法技术及立法语言上对大陆法系其他国家及地区都产生了深刻的影响。借助于德国法可以窥视出大陆法系国家及地区非讼程序的整体状况及发展的大致脉络。第二,日本非讼程序制度是以德国法为蓝本的经验移植和吸收。例如,日本 1898 年《非讼事件程序法》除损害赔偿额确定之外,总则内容几乎完全是德国非讼事件程序法草案的照搬。^[21]但是,在后来的发展中却呈现出诸多不同于德国法现象,这些移植经验是作为后法制国家的我国在法移植过程中值得借鉴的。德日两个国家的分析基本已经可以了解大陆法系非讼程序的基本机理。第三,关于法国法,虽然它同德国法中的非讼程序一样都是从罗马法的“非讼事件”发展而来,但在立法方式和运用范围上却与德日有巨大的差异,通过对它的分析可以把握对非讼事件进行程序法规制的另一种方式,^[22]获得完全不同于德国法和日本法的新视点。

[21] 日本 1898 年非讼事件程序法草案总则(以下简称日草案)与德国草案总则(以下简称德草案)的对应关系如下:法律的适用范围(日草案第 1 条—德草案第 1 条)、土地管辖(日草案第 2 条—德草案第 3 条)、优先管辖(日草案第 3 条—德草案第 4 条)、指定管辖(日草案第 4 条—德草案第 5 条)、法院的职员回避(日草案第 5 条—德草案第 6 条)、代理(日草案第 6 条—德草案第 13 条第 1 款)、代理权的证明(日草案第 7 条—德草案第 13 条第 2 款)、申请的方式(日草案第 8 条—德草案第 11 条)、对民事诉讼法的准用(日草案第 10 条—德草案第 14 条)、职权探知(日草案第 11 条—德草案第 12 条)、裁判的生效(日草案第 18 条—德草案第 15 条)、裁判的取消或变更(日草案第 19 条—德草案第 17 条)、抗告(日草案第 20 条第 1 款和第 2 款—德草案第 19 条第 1 款和第 2 款)、抗告的效力(日草案第 21 条—德草案第 23 条第 1 款)、即时抗告或抗告期间经过后的追认(日草案第 22 条第 1 款和第 2 款—德草案第 21 条第 1 款和第 2 款)、抗告审的裁判(日草案第 23 条—德草案第 24 条)、抗告理由(日草案第 24 条第 1 款和第 2 款—德草案第 26 条)。日本草案总则部分完全没有进行修改地在国会得到了通过,相反德国草案却进行了不少修改。日本草案总则第 14 条检察官到场的规定通常认为是来自于法国法。参见[日]伊東乾=三井哲夫編「注解非訟事件手続法」(青森書院,1986 年)頁 72。

[22] 这里需要说明的是在研究德国法和法国法时,因语言能力所限,本书借助的是主要日文资料。

三、本书的结构

本书由绪论、比较论和借鉴论三部分构成。

在绪论部分,首先就研究涉及的基础问题进行了初步限定,包括问题的提出、非讼事件与非讼程序的概念、研究方法及研究对象等。

比较论部分,主要以德国、日本和法国的非讼程序为研究对象,考察了非讼程序的功能、历史沿革、最新立法状况、审理对象以及审理构造,目的在于能够对我国非讼程序的建构或者是现行法的解释论上获得有益的启示。这部分由七章组成。第一章从德国和日本的非讼程序立法经验,分析了非讼程序在德日具有的功能及其形成,将本章作为首章亦缘于非讼程序功能仅限于确认事实向来为我国的通说,唯有从更宽阔的视野上认识这一程序,才能为后续各章提供理论支撑。第二章以德国非讼程序的历史形成为中心,触及了非讼程序的法典化、程序基本原则的选取以及非讼事件类型的变化等,旨在解明非讼程序作为独立、自足程序的历史形成并非偶然现象,而是大陆法系民商法典化的必然产物。第三章至第五章为以国别就非讼程序现状展开的考察,依循惯例这些内容置于历史部分考察即可,但是一方面考虑到德国和日本就非讼程序法典刚修改不久的现实情况,另一方面基于法国法采用的是不同于德日单行立法模式的混合立法模式,这种模式对于眼下我国非讼程序的现实改革更具有参考价值,本书遂采用了这种分别考察的方式。第三章和第四章分别探讨了德国和日本非讼程序最新修改的背景、目的、经过及主要内容。第五章探讨了法国非讼程序的特点、基本原则、与诉讼程序之间的关联。非讼程序是非讼事件审理程序的聚合,在体系化之后虽然具有自身的基本原则和制度,但是作为审理对象的非讼事件范围在各国并不一致。因此,本书第六章尝试就非讼事件进行整理,并借鉴传统类型化的方式力图梳理出每类非讼事件的特点。鉴于非讼程序最核心的原则是职权探知主义,第七章从内部构造和外部构造两个侧面就非讼程序中职权探知主义的审理构造进行了探讨,以明晰非讼程序审理的内在机理。

借鉴论部分,在就我国目前非讼程序制度进行检讨与分析的同时,尝试结合比较论中获得的启示,从解释论和立法论两个层面就我国非讼程序的解释或者完善进行探讨。第八章至第十章为解释论的研究,通过现行法下非讼事件审理的程序保障、裁判效力等研究,力求在现行法下亦能形成区别于诉讼程序的非讼法理。第八章探讨了非讼事件审理中程序保障的对象、内容以及与协助义务的关联;第九章探讨了非讼裁判效力的内容,并