

民事略式诉讼程序初论

吴英姿*

摘要 略式程序是从罗马法普通程序简化变革过程中分化出来的独立的特种诉讼程序,与普通程序的简化版简易程序分属不同的程序范畴。各具体略式程序用途各异,但共享核心程序元素而具有家族相似性:略式程序的目的是不是解纷,而是迅速形成执行名义;不对主诉案件进行完整、实质审理即作出裁判;其裁判有形式确定力和执行力,没有既判力。略式程序与普通程序相通,但不依附于诉讼程序而独立运行。它在程序标的、程序结构、审理方式和裁判效力上与非讼程序有本质区别。略式程序适合于当事人对权利义务关系没有实质争议、对及时实现权利或寻求预防性保护有迫切需要的案件。其运行机理遵循实体权利逻辑。为确保程序正当性,略式程序保障当事人法定听审权,并赋予当事人异议权。当事人的异议构成实质争议的应当终结程序。

关键词 略式程序 简易程序 非讼程序 家族相似 最低限度程序保障

民事略式诉讼程序(以下简称“略式程序”)是一个历史悠久的程序门类。但因其“家族成员”多而分散,不同国家民事诉讼法规定的具体制度各有特色,且大陆法系法教义学对略式程序法理着墨不深,再加上我国制度移植的碎片化等原因,很多人未能识得其“庐山真面目”。我国《民事诉讼法》把担保物权实现程序、调解协议司法确认程序(以下简称“司法确认程序”)规定在“特别程序”一章。但所谓“特别程序”是一个“口袋概念”——除了宣告失踪/死亡、认定民事行为能力、宣告财产无主等非讼事件的程序,还有选民资格案这样的处理公民政治权利争议的专门诉讼程序。该概念的内涵与外延均不确定,与单章规定的督促程序等的外部关系亦不

* 南京大学法学院教授。本文系江苏省社会科学基金后期资助项目“民事诉讼略式程序研究”(项目编号:21HQ020)的阶段性成果。

明确。国内主流观点把督促程序、担保物权实现程序、司法确认程序的性质理解为非讼程序。^{〔1〕} 最高人民法院司法解释也按照非讼程序原理对上述程序的具体规则进行续造。表面上看,上述程序均不经过开庭审理,法院以裁定/命令形式作出裁判,外观上与非讼程序类似。然而,这些程序所处理的案件当事人的目的在于快速实现权利或者谋求权利的预防性保护。尽管当事人对通过简易、迅速而经济的程序获得裁判(以下简称“简速裁判”)的需求特别强烈,但是法院的审理不能绕过对当事人实体权利的确定(可称之为“确权型案件”)。^{〔2〕} 而且权利与义务的对立关系意味着存在对立双方当事人,隐含争议可能性。一旦当事人提出实质争议,非讼程序将无法继续。上述三种程序在我国的实践证明,立法结构缺陷与非讼程序法解释力不足给相关法律解释与适用制造了很多麻烦。2021年开始实施的《民法典》在健全民事权利预防性保护、强化权利直接实现权能方面有重要进步。人格权侵权行为禁令制度等给民事程序立法提出了新的课题。现行民事诉讼法关于程序种类的规定,无论是规则供给还是体系的科学性方面都显得滞后。本文拟探寻略式程序的生发渊源,梳理其历史演变轨迹,借用家族相似概念比较略式程序与简易程序范畴的差异,分析略式程序与非讼程序的本质区别,论证其在民事程序中的独立地位与正当性,为解决确权型案件的正当程序问题奠定理论基础。

一、略式程序滥觞:与简易程序分道发展

(一)渊源:罗马法上的简易程序“*summaria cognitio*”

根据德国学者亚瑟·恩格尔曼(Arthur Engelmann)的考证,略式程序从罗马法的简易程序 *summaria cognitio* 发展演变而来。^{〔3〕} 由于罗马法时代的普通程序迂回冗长,促使人们设法对程序进行缩略和简化,法官被赋予对普通程序的审理环节进行删节、压缩审理期限、采用非正式的审理方式等变通处理的自由裁量权,逐渐演化出两种“简易程序”(summaria cognitio):“常规—不确定的简易程序”(regular-indeterminate summary procedure)与“非常规—确定的简易程序”(irregular-determinate summary procedure)。所谓“常规—不确定的简易程序”重点在于根据案件审理需要删节程序、缩短审理时间、加快作出判决的节奏。不过这种程序简化基本上没有偏离普通程序的一般规则,如双边听审、对案件作出实质审理与判断,在审

〔1〕 章武生:“非讼程序的反思与重构”,《中国法学》2011年第3期,第82—90页;潘剑锋:“论司法确认”,《中国法学》2011年第3期,第41—49页;江伟、肖建国:《民事诉讼法》(第八版),中国人民大学出版社2018年版,第415页;李浩:《民事诉讼法学》(第三版),法律出版社2018年版,第355页以下;孙永军:“中国非讼程序年度观察报告(2018)”,《金陵法律评论》2018—2020年卷,第240—258页;张卫平:《民事诉讼法》(第五版),法律出版社2019年版,第463页以下;刘敏:“论优化司法确认程序”,《当代法学》2021年第4期,第73—82页。

〔2〕 邱联恭:《程序制度机能论》,三民书局1996年版,第79页。

〔3〕 Arthur Engelmann, *A History of Continental Civil Procedure*, Boston: Little, Brown, and Company, 1927. pp. 577—586.在美国学者 Robert Wyness Millar 的英译本中, *summaria cognitio* 被翻译为“summary procedure”。

判程序上仍然是实质性完整的。同时,这些对普通程序的简化审理方式没有统一规则,具体案件中程序的简化具有不确定性,取决于法官自由裁量权,因此称为“常规—不确定的简易程序”。〔4〕典型的常规—不确定简易程序如“Provocatio Proceeding”:在起诉时要求原告为其诉讼请求的理由提供证据加以证明。该程序的规则是:如果A向B索赔,B有权以A“诋毁名誉”(Diffamant)为由提起诉讼,请求法院责令A在特定期限内提出、否则以后永远不可以提出该主张。原告B提起这种诉讼须在起诉时向法院显示作为其诉讼依据的事实和理由的真实性,并将书面投诉状送达被告,通知被告答辩的时间。如果被告A否认他会向原告提出任何索赔的主张,该案将作为一般争议案件按照普通程序处理。法官将对原告请求作出支持或驳回的终局裁判。如果被告果然向原告提出索赔主张,原告的证明任务就完成了,Provocatio程序结束。但如果被告没有在规定的期限内作出任何答复,那么,法官应根据原告请求作出判决。

另外一种“非常规—确定的简易程序”,是一系列具有不同的适用目的和诉讼方式、彼此独立的简式程序,仅适用于下列两种情形:第一,对某些能够“即时证明”(immediate proof)且不太可能受到对方异议的请求作出迅速裁决,旨在尽早授予当事人能够立即执行的执行名义;第二,债权的预防性救济,即防止因债务人恶意而造成债权损失的危险。例如制止妨碍相邻土地权利的行为、责令被告支付或履行书面义务等案件。在这类程序中,如果被告的抗辩不能有效表明双方存在实质争议,或者完全缺席审判,法院可以发布“单方命令”(the ex parte issuance of orders)成为强制执行依据。这种程序最大的特点是不对案件实体争议进行完整的、实质的审理,直接根据债权人申请发出具有强制执行效力的法院命令。〔5〕此类程序包含若干独立的程序,虽然各自用途不同,但目的都是快速作出裁决,且对于程序简化的定义有单独的衡量标准,自成一套专门的、固定的规则,因此得名“非常规—确定的简易程序”。典型如(私人)执行程序(Executive Prozess)。该程序赋予债权人有权不经过庭审程序直接申请法庭对债务人实施扣押和执行。其适用前提是原告提供债务人出具的“履行保证文书”或承诺放弃庭审权利的证书(包括宣誓书),让法官确信不经过对审也不会损害被告的利益。如果被告对原告的主张提出异议,须出庭“宣誓不执行”(Diffessionseid),提供能即刻且清晰地(liquid)证明原告提交的文书不真实的证据,法院才会考虑结束执行程序并提交判决。即便法院驳回了被告的异议,他以后仍可以在普通程序中继续争讼。〔6〕这类债权私人执行程序在实践中很容易被滥用,因为威胁到社会治安,已被1495年的《永久和平条例》(Public Peace)所废除。《永久和平条例》规定法院必须介入债权人请求执行债务人的案件,由此诞生了督促程序(Mandatsprozess)。督促程序是法院根据债权人的申请,向债务人发出偿付命令(Zahlungsgebote),作为执

〔4〕 Henry G. McMahon, “Summary Procedure: A Comparative Study,” *Tulane Law Review*, Vol. 31, No. 4, 1956—1957, p. 578.

〔5〕 See Engelmann, *supra* note 3, pp. 573—591.

〔6〕 (美)Robert Wyness Millar:“民事诉讼的构造原则”,田璐、樊星译,《司法》2009年第4辑,第366—369页。

行的初步命令。当债务人出庭并对其所声称的债务提出异议时,该命令不再生效;如果他未能对债务提出异议,该命令就发生强制执行力。^{〔7〕}非常紧急的情况下,只要债权人能够提供没有明显错误的真实证书,即使在没有听取对方抗辩的情况下,法官也有权并有责任根据一般的认知原则当即作出判断,发出执行命令(Executiv-Mandat)。^{〔8〕}

上述两种 *summaria cognitio* 的本质差异并非偏离普通程序的程度大小,而在于是否包含完整的实质审理环节,是否对本案权利义务争议作出终局性裁判。常规—不确定的简易程序需要对整个争议进行充分的听审,特别是对被告防御权没有限制,不能偏离双边听证、书面证据或当事人陈述的原则,遵循普通程序的审判流程,所作出的判决是终局判决,当事人可以上诉,是“普通程序简化版”。而非常规—确定的简易程序则是一组在审理方式等重要的程序规则上完全脱离了普通程序的独立程序,有以下特点:①只听取一方当事人的陈述,无需对另一方进行听证,或仅在必要时听取对方意见;②要求原告提供证据或宣誓等保证,以确保裁决是在原告主张保护的权利有充分根据(*well founded*)的前提下作出;③由于这种程序作出的裁决建立在对本案实质性问题不绝对确定的基础上,因此其效力总是临时性的、非终局的(*provisional decision*);④被告的实质抗辩可以导致程序终结。德国学者汉斯·卡尔·布里格莱布(Hans Karl Briegleb)认为,只有“非常规—确定的简易程序”才是严格意义上的 *summaria cognitio*。这类程序与普通程序简化版简易程序的区别不是在程序简化的具体形式上,而是在诉讼理由及其所依据的事实(*cause-material*)上,即实质性地缩小防御的维度来限制诉讼材料的数量,省略了对案件实质内容的审理,是与普通程序完全不同的另一类特别程序。^{〔9〕}后世学者多接受了布里格莱布的论断,认为只有“非常规—确定的简易程序”才是严格意义上的 *summaria cognitio*。^{〔10〕}美国学者罗伯·怀尼斯·米勒(Rober Wyness Millar)把 *summaria cognitio* 翻译为 *summary procedure*,日本学者翻译为“略式诉讼”。^{〔11〕}我国学者直译为“简易诉讼”,^{〔12〕}这在字面意思上容易与普通程序简化版简易程序混淆。“Summary”字面意思是“即刻的”“概括的”,结合 *summaria cognitio* 的本质特征,把 *summary procedure* 翻译为“略式诉讼程序”更为准确,可简称为“略式程序”。

(二)大陆法系现代略式程序的分化发展

在中世纪晚期,*summaria cognitio* 被意大利法学家应用于教皇克莱门特五世法令即《克莱门特·萨普法》(*Clementina Saepe*)(1306)规定的简化和省略形式的程序。该法对德国、法国、西班牙等大陆法系国家近现代民事诉讼法产生了直接影响。历经数个世纪,欧洲大陆各国民事诉讼程序简化顺应现代民事纠纷解决与民事权利实现的需要而持续发展演化。在各国统一民事诉讼法的法典化运动中,罗马法的两种简易程序都不同程度地得到立法承

〔7〕 See McMahon, *supra* note 4, pp. 577—578.

〔8〕 Hans Karl Briegleb, *Einleitung in die Theorie der summarischen Processe*, 1859, S. 334.

〔9〕 See Engelmann, *supra* note 3, p. 578.

〔10〕 See McMahon, *supra* note 4, p. 573.

〔11〕 松浦馨「略式訴訟の必要性和その性格」民事訴訟雑誌 11号(1965年)1—22頁参照。

〔12〕 参见沈达明编著:《比较民事诉讼法初论》,中国法制出版社2002年版,第237页。

认而正式制度化。常规—不确定的简易程序作为普通程序的简化,成为审理简单民事案件的简易程序。而非常规—确定简易程序即略式程序则分化发展,形成了多元异质、相互独立的数个特种程序,在多数大陆法系国家民事诉讼法中以特别诉讼程序的身份被保留下来。例如,现行《意大利民事诉讼法典》保留了普通程序与略式程序分类。该法明确规定适用略式程序的案件是:禁令(injunctions)、确认驱逐(出不动产)、扣押、制止即将或正在实施的侵害行为(interdictions of new or injurious works)、证书程序和占有诉讼(possessory actions)等。传统的西班牙民事诉讼曾经把民事程序分为普通、特殊和简易程序三种。1881年通过的《西班牙民事诉讼法典》进行了根本性的改变,把民事程序分为普通程序、执行程序 and 口头程序(juicio verbal)。^[13]同时,受意大利法的影响,该法典规定了若干略式程序,适用于不动产占有诉讼、保留或收回不动产占有的诉讼、阻止相邻者实施新作业的诉讼、禁止相邻者破坏性作业的诉讼。1877年《德国民事诉讼法典》统一了德国民事诉讼程序,略式程序作为特别程序被保留下来。其中支付命令改造为督促程序;证书程序(Urkundenprozess)与普鲁士票据程序(Wechsel-Mahverfahren)合并为新的证书与票据诉讼程序。^[14]2008年《德国国家事件与非讼事件程序法》(以下简称《德国国家事程序法》)规定了临时命令程序,准用证书诉讼程序,^[15]因此也是一种略式程序。《法国民事诉讼法典》规定了紧急审理程序,用于发出临时命令。而且在《法国民法典》确立人格权之前,法院就已经运用紧急审理程序发布临时命令,处理了大量人格权保护案件,形成了事实上的人格权禁令程序。^[16]

非常规—确定的简易程序中的扣押程序(Arrestprozess)则走了另外一条发展道路。该程序与私人执行程序一样都是债权人实现债权的程序,不过此种程序的重点在于债权人行使扣押权。在财产纠纷中,因情况紧急不予扣押可能危及未来判决执行的情况下,债权人可以不通知债务人直接扣押其不动产或控制其人身。但这种扣押仅具有临时性效力,允许被扣押人在事后提出反对扣押的辩护手段。^[17]该程序的目的在于防止危及未来判决执行的事实发生。后来扣押权只能由法院行使,被普遍用作主要诉讼程序的辅助手段,适用于金钱债权诉讼。当事人申请司法扣押要提供能够证明符合扣押条件的证据或事实存在,通常还须提供担保。在德国民事诉讼法典编撰时,该程序也被认可成为正式制度。但它不再是一个独立的程序,而是

[13] 所谓口头程序,指主要根据证人口头证词作为定案根据,适用于在市法院提起的小额争议且事先调解完全没有必要的案件,采取缩短审判周期、简化诉状等方式简化程序,属于普通程序的简化版简易程序。See McMahon, *supra* note 4, p. 582.

[14] See McMahon, *supra* note 4, p. 578.

[15] 《德国国家事件和非讼事件程序法》第113条第2款规定,家事争讼事件准用《德国民事诉讼法》关于证书程序、票据程序的规定。参见王葆蔚等译注:《德国国家事件和非讼事件程序法》,武汉大学出版社2017年版,第54页。

[16] 参见张民安:《法国人格权法》(上),清华大学出版社2016年版,第542—545页。

[17] Vgl. Briegleb (Fn. 8), S. 335.

成为普通程序的附属程序，^{〔18〕}即今天的假扣押(Arrest)与假处分(Einstweilige Verfügung)制度(“假”是临时的意思)，^{〔19〕}类似于我国的诉讼保全、先予执行程序。

(三)英美法对罗马法略式程序的继受

恩格尔曼指出,英国普通法对罗马法的继受在 12 世纪末已经开始。其中,罗马教会程序以间接的方式对衡平法院程序产生了极其深远的影响,直至 15 世纪末完成。只不过没有引起人们的注意。^{〔20〕}更有力的解释是,罗马法在 14 世纪受到英国固有法学派的抵制,影响力大为减弱,英美法继受罗马法的历史也得不到承认。但是,由于王室法院判决墨守先前的判例,所做判决无法适应英国社会发展需要,招致民众的不满。尤其是亨利二世颁布的原始令状(System of Original Writ)将诉讼形式固定化,凡是不符合形式的诉讼均被驳回,给当事人诉讼造成极大的不便。因此人们频繁地向国王提起上诉,促成衡平法院的诞生。大法官们都精通罗马法,经常用罗马法理论上的公平正义原则下判,创设了衡平法律制度与理论,在普通法体系之外形成新的衡平法体系。^{〔21〕}在程序制度方面,罗马法上的 *summaria cognitio* 在很大程度上构成了英美衡平法院程序 *summary procedure* 的基础。^{〔22〕}禁令是衡平法院发展出来的救济措施之一,甚至被认为是衡平法最为典型的救济方式,其目的在于弥补普通法损害赔偿救济之不足。^{〔23〕}有研究表明,罗马法中的禁令(*interdicta, interdictum*)与英格兰诺曼诸王时期的令状、英国普通法院早期令状一起构成衡平法上禁令的前身。^{〔24〕}罗马法禁令是程式诉讼时期出现的 *summaria cognitio* 中的一种,是裁判官或行省执政官运用他们的权力处理纠纷时,依当事人一方请求对他方下达作为或不作为的命令,主要用于涉及占有或准占有的案件,包括返还(复原)禁令、出示禁令和禁止禁令。^{〔25〕}由于申请和颁发禁令的手续简便,不受听讼日和地点的限制,法官无需审查事实,只在当事人对事实有争议时才发给承审员审查,尤其适合需紧急处理的案件,因而深受人们欢迎。裁判官用禁令弥补法定诉讼的不足,最终发展为独立于普通程序的一种特别程序。原告可以在提起诉讼与申请禁令之间选择利用。申请禁令的程序是:双方当事人同至大法官面前,先由原告陈述事实,再由被告抗辩。法官据此直接作出是否颁发令状的决定。被告拒不到场的,可以拘提。法官发布禁令后,被告应当履行。如果被

〔18〕 See McMahon, *supra* note 4, pp. 577—578.

〔19〕 该制度与私人执行程序的渊源或许可以说明为什么《德国民事诉讼法》把假扣押、假处分规定在强制执行一章。

〔20〕 恩格尔曼指出,英美法上的确认判决(*declaratory judgment*)的起源毫无疑问是受到罗马教会法的影响。See Engelmann, *supra* note 3, p. 3.

〔21〕 参见戴东雄:《中世纪意大利法学与德国的继受罗马法》,中国政法大学出版社 2003 年版,第 160、162—163 页。

〔22〕 See Engelmann, *supra* note 3, pp. 577—586.

〔23〕 See Charles Rembar, *The Law of the Land: The Evolution of Our Legal System*, New York: Open Road Integrated Media, 2015, p. 275.

〔24〕 参见冷霞:《英国早期衡平法概论——以大法官法院为中心》,商务印书馆 2010 年版,第 355—356 页。

〔25〕 (古罗马)盖尤斯:《盖尤斯法学阶梯》,黄风译,中国政法大学出版社 2008 年版,第 259 页;薛波主编:《元照英美法词典》,北京大学出版社 2013 年版,第 711 页。

告拒不履行,坚持认为事实不符合颁发禁令的条件,或以原告的占有存在瑕疵而异议的,原告可以提起执行禁令之诉,裁判官任命承审员对事实进行审理。^[26] 麦克马洪认为,从衡平法程序与罗马法的渊源看,把禁令程序归于 *summaria cognitio* 一脉是有历史依据的。^[27]

综上,略式程序是从罗马法简易程序中分化出来的一种独立的特种程序。两大法系现代司法制度中的略式程序虽然不尽相同,具体制度目标与适用领域各有侧重,但无不携带着罗马法里 *summaria cognitio* 的基因密码,在民事诉讼法教义学中留下清晰的烙印。意大利民事诉讼法把督促程序(Procedimento di Ingiunzione)、驱逐(出建筑物)诉讼(Eviction Proceedings)、占有诉讼(Possessory Proceedings)统称为略式程序。^[28] 德国、日本权威教科书都把督促程序、证书诉讼与票据诉讼等程序归入“特殊诉讼种类”,单独成章。^[29] 兼子一、新堂幸司等学者的讲义用“略式诉讼程序”概括之。^[30] 综上未见到把它们当做非讼程序的观点。

二、略式程序范畴的家族相似:以普通程序为参照

略式程序是一组相互独立的数个民事程序,分别适用于不同的权利实现或保护的需,适用条件和具体规则均有各自特点。但是,所有的略式程序共享若干基本特质。如果可以借用维特根斯坦的“家族相似性”(family resemblance)比喻进行描述,那么“略式程序”概念属于一种“原型”(prototype)范畴,拥有一些稳定的核心特征,足以与“简易程序家族”相区分。另外,从世界范围内民事诉讼制度发展的角度看,程序简化是民事司法的大趋势,各国简易程序和略式程序都在随着纠纷解决的需要和实体法的发展而不断更迭出新、调整范围,加上不同国家个性化的司法传统,简易程序与略式程序之间的界限并非泾渭分明。有的制度介于两者之间,要断定它是略式程序还是简易程序并不那么容易。在此尝试借用“家族相似性”作为一种类型化分析方法,或许有助于对略式程序范畴的认知接近正确。以普通程序为参照,从制度目标与功能定位、制度逻辑、审理与判断方式、裁判方式与效力等方面,将略式程序与简易程序进行比较,分别提炼出这两个程序范畴的基本元素或核心特征,用字母 A、B、C、D、X、Y、Z 代表,另用 e、f、g、h、k……分别代表具体略式程序、简易程序规则的个性特征,对两大法系代表性略式程序和简易程序规则的表征性元素进行排列组

[26] 参见周相:《罗马法原论》(下),商务印书馆 2014 年版,第 996—997 页。

[27] See McMahon, *supra* note 4, p. 574.

[28] Mauro Cappelletti and Joseph M. Perillo, *Civil Procedure in Italy*, Leiden: Martinus Nijhoff, 1965, pp. 344—351.

[29] 参见(日)中村英郎:《新民事诉讼法讲义》,陈刚等译,法律出版社 2001 年版,第 293—306 页;(德)汉斯-约阿希姆·穆泽拉克:《德国民事诉讼法基础教程》,周翠译,中国政法大学出版社 2005 年版,第 339—347 页;(日)高木丰三:《日本民事诉讼法论纲》,陈与年译,中国政法大学出版社 2006 年版,第 361—372 页;(德)罗森贝克、施瓦布、戈特瓦尔德:《德国民事诉讼法》(下),李大雪译,中国法制出版社 2007 年版,第 1232—1256 页;(日)新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社 2008 年版,第 677—700 页。

[30] (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 255—265 页;新堂幸司,同上注,第 677 页。

合,根据其家族相似性甄别它们各自所属的范畴,在此基础上认识略式程序家族的典型成员与非典型成员,剔除不属于该范畴的程序。

(一)制度目标与功能定位:A

略式程序不以解纷为目的,其功能在于对实体权利进行确认,形成准予权利实现或权利保护的裁判。当事人利用略式程序不是为了解决权利义务争议,而是为了快速获得执行名义。不处理实体权利争议是略式程序区别于普通程序的第一特征;而作出确认并准予实现权利的裁判或命令成为执行名义,则令略式程序与非讼程序从根本上实现了分野。

(二)制度逻辑:B

略式程序法理及其运行机制主要遵循实体权利自身的逻辑。略式程序适用于当事人对权利义务没有实质争议的案件,因此程序运行的动力来源不是以当事人角色对立与“诉一辩”对抗所产生的张力为驱动力,是依靠实体法赋予的实体权利实现的权能作为动力装置,遵循实体权利实现的逻辑设计程序规则。这与普通程序通过平等保障双方程序权利、促进对话沟通确保解纷过程的正当性,藉此提高解纷方案的可接受性的正当程序逻辑形成鲜明对照。从略式程序的起源与发展历程中可以看出,此类程序的原初形态完全是基于民事主体实现权利或保护权利的需要,按照民事权利请求权实现的逻辑塑型。例如,私人执行程序(Executory Procedure)体现的是债权人依据执行协议直接向债务人行使债权请求权、实现债权的要求,遵循对执行协议的“法庭承认”(confessus in iure)等同于“已确定事实”(indictus)的罗马法原则。^[31] 后来司法权全面介入私人执行程序形成的授权程序(Mandate Procedure)正是今天督促程序的前身。^[32] 从制度根基上看,略式程序源于实体法上的权利保护与权利实现的制度安排,是实体权利自我防卫权能或直接实现权能在程序法上的延伸。当事人提出请求的动因不是因为权利发生争议,而是基于权利的预防性保护或者及时实现的迫切需要。程序启动的基础不仅是诉权,更重要的是实体权利请求权。例如,担保物权实现程序本质上是民法规定的担保物权直接实现权能的程序法表达,体现的是物权绝对性,权利人无需对方当事人同意或协助即可就担保物优先受偿的制度逻辑。^[33] 类似地,督促程序的运作机理体现的是债权请求权实现逻辑;司法确认程序遵循的则是民事合同制度逻辑;临时禁令程序体现的是民事禁令制度的逻辑。所以,德国学理通说认为,法律上申请禁令的诉权是实体法给予的,其依据是《德国民法典》第1004条规定的“请求停止侵害之诉”。德国法院判例把这种诉权扩展到更广的范围,包括对正在进行的商业活动的非法干扰、对个人名誉的损害等等,都能申请立即停止侵害的禁令救济。而无论禁令被适用于哪一种权利的保护请求,都未改变其基础

[31] (意)朱塞培·乔温达:“民事诉讼中的罗马法因素和日耳曼法因素”,张礼洪译,《司法》2009年第4辑,第347页。

[32] 小池和彦「ドイツ普通法における条件付命令訴訟——督促手続の前身として視点から」近畿大学法学第3・4号第66卷(2019年)279—291頁参照。

[33] 参见最高人民法院修改后民事诉讼法贯彻实施工作领导小组编著:《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用》,人民法院出版社2015年版,第960页;黄薇主编:《中华人民共和国民法典释义·总则编物权编》(上),法律出版社2020年版,第796页;

是实体法上的停止侵害请求权这一根本逻辑。^[34]

(三) 审理与判断方式:C

在审理方式上,略式程序不需要对本案权利义务争议进行审理,也不对主诉案件标的作出实质判断;在程序外观上通常表现为不经开庭审理、未经双方当事人当面言词辩论,法官主要对申请材料进行表面审理即作出裁判。例如,督促程序与普通程序的区别不只是简化了程序,更主要的是改变了司法判断机制:如果债务人在法定期间内不提出异议,程序自动作出他放弃了通过普通程序与申请人进行争议的权利判断,^[35]债权请求权实现因此具备了实体条件,法院的支付令获得了强制执行效力。实际上,略式程序这种“自动判断机制”是实体权利的权能之“力”与程序效力的合力作用的结果:前者由于被申请人对债权请求不争议而获得了直接实现权利的正当理由;后者是程序经过所发生的法律上的约束力——被申请人因获得了程序保障而承担起承认程序结果、不能随意反悔要求推翻重来的义务。

(四) 裁判方式与效力:D

略式程序裁判通常采用裁定或命令方式,性质上总是中间性、临时性的。但略式程序终结时,所经过的程序会发生程序效力,赋予裁定或命令以形式确定力,即非经法定程序不可撤销的约束力。^[36]同时,略式程序的结果,无论是准予实现担保物权裁定、催促债务人履行债务的命令,还是发出保护特定民事权利的临时命令,其拘束力本质上是实体法效果,即要求当事人按照实体法规定实现权利、履行义务的强制力,具有强制执行的效力。但是,法院依略式程序作出的裁判或命令没有既判力。因为,民事诉讼判决的既判力建立在对审充实、当事人辩论权充分实现、法院对案件权利义务关系作出了实质性判断的基础上。既判力的法律效果是排除当事人对法院已经判断过的事项再次争议的效力。略式程序没有经过当事人围绕本案实体事项言词辩论、法院实质审理的环节,当事人没有享受到相应的程序保障,裁判标的中也不包含法院对主诉案件的判断,自然不能发生排除当事人再争议的效力。因此,只能承认该种程序经过所发生的形式确定力,否则不仅导致既判力理论逻辑的紊乱,而且损害当事人的诉权。略式程序裁判没有既判力是域外法上的通例。^[37]《法国民事诉讼法》第488条规定:“临时命令对主诉案件不具有既判力。”美国法院就禁令申请作出的裁定遵循“再诉不禁止”(without prejudice)原则,不排除当事人就本案以同一理由另行诉讼的权利。^[38]

[34] 参见沈达明,见前注[12],第244页。

[35] 参见白绿铨:“督促程序比较研究”,《中国法学》1995年第4期,第81页。

[36] 所谓形式确定力,也叫形式既判力,是指确定裁判所具有的,当事人不得上诉,法院自己也要受拘束的法律效力,是一种非经法定程序(如再审程序或撤销程序)不能废弃或变更的约束力。参见杨建华原著,郑杰夫增订:《民事诉讼法要论》,北京大学出版社2013年版,第320页。

[37] 《德国家事程序法》规定,临时命令一经颁布即有形式确定力,但不具有实质既判力。参见罗森贝克等,见前注[29],第1311页。

[38] William F. Elliott, *Commentaries on the Law of Contracts: Being a Consideration of the Nature and General Principles of the Law of Contracts and Their Application in Various Special Relations*, Indianapolis: The Bobbs-Merrill Co., 1913, p. 742.

不同的略式程序又有自己的个性特征。例如督促程序的特有规则是,债务人异议构成对债权的实质抗辩,表明双方债权债务关系存在争议的,支付令不生效,督促程序自动转为诉讼程序。可以把督促程序的这个特征标识为程序元素 e。再如《德国民事诉讼法》规定的证书诉讼程序与我国的担保物权实现程序十分类似。该程序仅适用于有价证券诉讼、抵押权、土地债务请求权实现的案件。其适用条件是,诉讼理由和被告抗辩的全部必要事实可以用证书立即证明的案件。法官主要是对书面证据进行审理即作出裁判。因此原则上要求原告提交书证原件。如果被告对待证事实自认,或者没有提出异议(不包括被告缺席的情形),原告甚至不需要提交书证原件。^[39] 证书诉讼也可以与普通程序无缝对接,^[40] 有类似于督促程序的元素 e。但对于证据形式的特殊要求则是其他略式程序所没有的程序元素,可以标识为 f。

大陆法系不少国家民事诉讼法规定的暂时命令程序允许法官在符合法律规定的情况下,在双边听审之前先发出命令。如《德国国家民事诉讼法》第 157 条规定,法院为避免未成年子女最佳利益受到侵害,在依据民法典规定决定采取人身安全保护措施时,应当毫不迟延地审查是否需要立即发布临时命令,不以双边听审为必经程序。^[41] 《瑞士民事诉讼法》第 248—270 条规定的略式程序(Summarische Verfahren),^[42] 《法国民事诉讼法》规定的临时命令,^[43] 《美国联邦民事诉讼规则》规定的单方限制命令(ex parte restraining order)程序都有类似规定。这种单边审理方式是临时命令不同于其他略式程序的个性化程序元素,标识为 g。

中间禁令的目的在于临时救济,因此禁令程序不以当事人对申请保护的權利无争议为前提。这是禁令程序特有的程序元素 h。此外,考虑到临时禁令一旦发布将对被申请人构成严厉的限制,法院须仔细斟酌发出禁令的必要性,在申请的合理性与被申请人利益保护之间进行权衡。禁令保证金制度可以缓解法院审查与权衡的困难,也确保了禁令程序的可逆性。因此,除了涉及公共利益的情形,美国法院通常会要求申请人缴纳禁令保证金。^[44] 保证金制度可以标识为禁令程序特有元素 k。

略式程序的突出特征是省略了部分程序环节。但并不是所有省略了某些审理环节的程序都是略式程序。新堂幸司给略式程序下的定义是:“与普通诉讼程序相比,其审理程序在某些方面被省略,在此基础上做出大致裁判的程序。”^[45] 这个定义没有指出略式程序的本质特征,无法与简易程序相区别。因为简易程序也可以省略一些程序环节。域外法上有些简易程序可

[39] 参见罗森贝克等,见前注[29],第 1232—1238 页。

[40] 《德国民事诉讼法》第 596 条规定,证书诉讼的原告可以不经被告同意,在言词辩论终结前放弃证书诉讼,使程序转为普通诉讼程序。参见丁启明译:《德国民事诉讼法》,厦门大学出版社 2015 年版,第 158 页。

[41] 参见王葆苜等,见前注[15],第 26—28、73 页;罗森贝克等,见前注[29],第 1306—1309 页。

[42] 参见(瑞)贝蒂娜·许莉蔓—高朴、狄安娜·奥斯瓦尔德:“瑞士民法上的人格权保护”,金可译,《东方法学》2013 年第 3 期,第 135—136 页。

[43] 法国 2019 年修改的《法国民事诉讼法》在第 836—1 增设了当事人在临时命令程序中合意选择以无庭讯方式进行诉讼的规则。

[44] “Interlocutory Injunction and the Injunction Bond,” *Harvard Law Review*, Vol. 73, No. 2, 1959, pp. 335—356.

[45] 新堂幸司,见前注[29],第 677 页。

以不经过开庭审理和言词辩论即作出裁判,貌似略式程序的元素C。如美国法上的不经陪审团审判的即决判决、合意判决、缺席判决;德国法上的当事人合意不经言词辩论的判决、认诺判决、舍弃判决、缺席判决;〔46〕法国2019年《司法改革及规划法》第26条及《法国司法组织法》第212—5—1条创设的“无庭讯程序”等。〔47〕但这些程序并非略式程序,而是普通程序的简化版简易程序。亨利G·麦克马洪(Henry McMahon)指出,就英美法上的简易程序所包含的较短的期限、更简单的诉状、没有陪审团介入、不需要律师代理的非正式审判、更迅速地作出裁判等要义来看,它与罗马法上的常规—不确定简易程序的特征是一致的,主要体现在即决判决(summary judgement)程序中。〔48〕即决判决是迅速处理那些当事人没有重要争议的民事案件的程序规则。如果当事人的诉状、口供和招供书以及宣誓书等表面证据(prima facie evidence)足以表明,除损害赔偿数额外,双方对于影响案件实体裁判的重要事实没有实质争议(no genuine issue),且当事人在法律上有权获得判决的,无须进行庭审,当事人可以申请法院作为法律事项径行判决。〔49〕从中隐约可见“Provocatio”程序的影子。再如合意判决(offer of judgment)程序,被告可以在审判开始前特定时间内,就金钱或财产方面的判决方案向对方提出要约。原告愿意接受判决要约的,法院即可据此登记判决,无需开庭审理。原告拒绝要约的,要约视为撤回。如果原告获得的判决不如被告提出的要约方案有利,他必须支付要约提出后所发生的费用。〔50〕这两种程序虽然在满足法定条件的情形可以省略开庭审理环节,但该程序的完整结构中包含实质审理规则(在原告的起诉证据达不到要求或者原告拒绝要约时,法院即进行实质审理)。更为重要的是,这些程序的目的是解决纠纷,不过把是否开庭审理纳入当事人程序选择权范围,最终由法官自由裁量决定;法官必须适用法律对本案权利义务关系作出实质判断,最后形成的是终局判决,具有实质既判力。可见,上述程序在制度目标、制度逻辑、审理判断方式、裁判方式与效力等核心要素上与略式程序存在重要的不同,且上述程序多不是独立的程序制度,而是构成诉讼程序有机组成部分的局部规则,不能归入略式程序的家族成员。

可以把体现简易程序区别于普通程序的重要程序元素分别标识为:程序的灵活性或非正式性(X),审理节奏加快、周期缩短(Y),省略部分程序环节(Z)。不同的简易程序各有特殊规则,如即决判决需要当事人有表面证据或宣誓证明双方对重要的事实没有争议(m);合意判决

〔46〕 参见(德)奥特马·尧厄尼希:《民事诉讼法》,周翠译,法律出版社2003年版,第248—250、343—346、355—356页。

〔47〕 参见申军:“法国民事诉讼法改革特点”,载《人民法院报》2020年6月5日,第8版。

〔48〕 See McMahon, supra note 4, p. 574.

〔49〕 参见(美)理查德·D·弗里尔:《美国民事诉讼法》(上),张利民等译,商务印书馆2013年版,第537页。See Mary A. Dolan, “Summary Judgement in Federal Courts,” *Catholic University Law Review*, Vol. 2, No. 1, 1951, pp. 20—33; John W. Stamper, “Rule 56: Using Summary Judgement Motions,” *Litigation*, Vol. 7, No. 3, 1981, pp. 36—38.

〔50〕 (美)格兰农:《民事诉讼法》(第四版)(注译本),孙邦清等注,中国方正出版社2004年版,附录第76页。

以当事人对纠纷处理方案达成合意为条件(n);缺席判决以被告收到通知后不答辩、无理由拒出庭为前提(o);小额诉讼程序仅限于标的额在法定数额以下的案件(p)并实行一审终审(q);无庭讯程序以当事人就不开庭进行言词辩论达成合意为条件(r);认诺判决以被告承认原告的诉讼请求为条件(s),等等。这些程序虽然都可以省略开庭审理、无需经过当事人言词辩论,但其核心程序元素与略式程序的特征完全不同。

表 1 略式程序的家族相似

督促程序	证书诉讼	暂时命令	禁令程序	司法确认程序
ABCDe	ABCDef	ABCDg	ABCDhk	ABCD

表 2 简易程序的家族相似

即决判决	合意判决	缺席判决	小额程序	无庭讯程序	认诺判决
XYZm	XYZn	XYZo	XYZpq	XYZr	XYZs

上述罗列并未囊括所有的略式程序,只是重点介绍了那些在本质特征上有较多的相似性、可以称得上略式程序家族典型成员的制度。还有些略式程序隐含在其他制度的程序运行机理中。如执行程序中执行裁决权适用的程序、破产程序中司法裁量权所适用的程序等。其程序结构不如典型成员那样明显,但遵循的是略式程序的法理,不妨称之为“非典型成员”。如果说典型成员构成略式程序家族的“核心成员”,那么非典型成员是它们的“外围成员”。

略式程序与普通程序分属两个家族,但两种程序具有相通性。所谓“相通”有两层含义:一是目标相同。略式程序的目标与普通程序的给付之诉类似,都是为获得权利保护或实现的执行名义,法院审查的都是申请人/原告对被申请人/被告的主张是否妥当,都需要对当事人的权利作出确认。^[51]二是可转换性。在略式程序进行过程中,一旦出现实质争议,法院即应终结略式程序,告知当事人可以通过诉讼方式解决纠纷。其中,督促程序、证书诉讼都可以直接转为普通程序,债权人、担保物权人的申请视为原告的起诉,已经过的程序相当于审前准备程序,可谓无缝对接。德国证书诉讼中的“保留判决”制度也是略式程序与普通程序对接的制度设计。《德国民事诉讼法》第 599 条和第 600 条规定,被告对原告主张的请求提出实体抗辩,令原告的权利实现请求是否正当变得有争议时,法院将作出驳回请求的裁判;在被告的抗辩不足以否定原告请求正当性的情况下,法院将继续使用略式程序作出被告败诉的判决,但判决中不对被告异议所主张的权利作出处理,而是写明保留该权利,当事人可以通过普通程序解决。如果在后程序中查明原告请求无理由时,法院将撤销证书诉讼判决,驳回原告请求。被告权利因此受到损失的,得主张民事赔偿。^[52]

[51] 在这个意义上,新堂幸司认为略式程序构成普通程序的替代程序。参见新堂幸司,见前注[29],第 677 页。

[52] 参见罗森贝格等,见前注[29],第 1239 页。

与普通程序的相通性并未遮蔽略式程序的特有价值与独立地位。首先,略式程序不可替代的价值在于为民事权利主体提供一种实现权利、获得强制执行依据的“快捷方式”。而省略实质审理环节是程序迅捷的关键所在。对于民事权利防御性保护,或者希冀尽快实现债权、担保物权的当事人来说,略式程序的简速裁判模式具有突出的优势。其次,略式程序可以独立运行,不依附于普通程序而存在。在法律地位上,或者说在民事程序体系结构中,略式程序与普通程序并列,相互之间不存在优先级。例如担保物权实现程序不以当事人提起普通程序为前置程序。反之亦然。当事人既可以按照普通程序请求实现担保物权,也可以依特别程序申请实现担保物权。究竟采取何种程序,当事人有选择权。不仅如此,因司法政策排除当事人诉权行使的案件,不一定影响当事人依略式程序实现权利。^[53]再如,民事禁令程序与主诉案件审理程序是可以分开进行的。《美国联邦民事诉讼法》第65条规定,法院审理临时禁令申请,可以根据案件实际情况与主诉案件合并审理,也可以单独审理。如果申请人有证据证明其将遭受无法弥补损害且情况紧急,或者书面证明其已经尽到通知被申请人的努力,或者确有不通知被申请人的理由时,法院可以不经通知被告即发出禁令。^[54]《德国家事程序法》规定的暂时命令也是相对于普通程序的独立程序。该法第51条规定:“暂时命令在程序上具有相对独立性,即使主诉案件已经发生诉讼系属。”对于物权、债权,当事人通过普通程序主张权利后,不能再依略式程序申请实现权利,否则构成构成重复诉讼。例如,当事人以担保物权争议提起普通程序后或同时,不能又依特别程序申请实现同一担保物权。^[55]不同的是,对于人格权、知识产权等权利,当事人依权利保护请求权提起诉讼前后,都可以单独申请禁令获得临时保护。《德国家事程序法》第51条规定:“当暂时命令程序已经开始且无从得知其为重复行为的,法院可以不受主诉案件中程序行为的约束。”^[56]

独立性是略式程序区别于民事保全程序的关键所在。德国法上的假扣押、假执行程序,我国的保全程序、先予执行程序等,虽然与略式程序出身同源,也有着完整的程序结构,但它们不能独立运行,而是作为普通程序的一个组成部分,依附而行。因为它们已经成为另一个家族成员身体的一部分,姑且称之为“寄生型成员”。在特定场景下,保全程序也能发挥类似略式程序的制度功效。如行为保全与禁令程序非常相似,可以在诉讼过程中起到维系法律关系现状,防止无法弥补的损害发生的作用。然而,由于保全程序的程序结构、运行逻辑、程序效力均根据其寄生的普通程序来塑型,与略式程序遵循实体权利逻辑的制度机理不能相提并论,其申请

[53] 例如,在李杰与辽宁金鹏房屋开发有限公司金融不良债权追偿纠纷案中,最高人民法院裁判理由指出,由于当事人之间有公证债权文书,对于债权文书所记载的债权债务发生纠纷的,当事人不能提起诉讼,但可以依据担保物权实现程序申请实现债权。参见最高人民法院(2014)民二终字第199号民事判决书。

[54] 格兰农,见前注[50],附录第74—75页。

[55] 例如中国农业银行股份有限公司南充顺庆支行、南充印象酒店管理有限公司金融借款合同纠纷案,南充市中级人民法院(2019)川13民终719号民事裁定书;再如南京罗宾纳经营管理有限公司、上海丰业房地产开发经营有限公司金融借款合同纠纷案,最高人民法院(2018)最高法民辖终332号民事裁定书。

[56] 王葆蔚等,见前注[15],第26页。

启动条件、判断标准、程序后果均是程序性的。^{〔57〕}因此,在严格意义上,应当将保全程序从略式程序家族中剔除。

三、略式程序与非讼程序的本质区别

略式程序因省略了实质审理环节,法官主要通过书面审理即快速作出裁判,在外观上与诉讼程序很相似,因此经常被混淆。但略式程序与非讼程序是两种不同性质的程序,在制度目标、程序标的、程序结构、裁判效力等基本要素上存在本质区别。

(一)制度目标与程序标的不同

略式程序处理的主要是民事主体单纯谋求权利保护或权利实现的案件。这些案件当事人对于权利义务关系本身不争议,申请人希望(或法律规定必须)通过司法途径获得强制执行依据。因此,略式程序的标的指向保护或实现民事权利的请求。而非讼程序是法院行使民事行政裁判权,处理非民事权益争议事务的程序。其程序标的是对特定法律事实的状态予以确认,不涉及权利义务争议的判断。非讼程序与略式程序的界分标志不是案件是否存在争议,而在于是否处理“权利义务”争议。实践中很多非讼事件也存在争议,比如在指定遗产管理人的案件中,利害关系人对哪些人适合担任遗产管理人存在不同意见。但这种争议不属于当事人之间的民事权利义务关系争议,法院不需要对当事人的民事权利作出实体判断。

(二)程序结构不同

略式程序与普通程序一样,具有“当事人两造对抗、法官居中裁判”的三边程序结构。无论是督促程序,还是司法确认程序、担保物权实现程序都是如此。即便是禁令中的单方限制令程序,也存在申请人与被申请人对立的双方当事人。这显然不同于非讼程序“申请人申请—法官裁量”的线形结构。

(三)审查方式不同

两种程序审理方式之不同集中体现在是否需要民事权利关系进行实体审理和判断上。在此要注意“实体审理”与“实质审查”两个概念的涵义与区别。实体审理突出的是审查内容,实质审查强调的是审查方式。实体审理是指对与权利认定有关的事实与法律问题的审查和判断。与之相对立的概念是程序审查,即仅就程序问题进行审查判断。实质审查是对合法性、公平性、正当性等实质性问题进行“评价性”审酌,重点是对当事人提供的证据的真实性、关联性、合法性及证据的证明力进行评价,对诉讼请求是否有法律依据、事实根据进行评判,权衡各方利益等。由于实质问题的标准难以形式化,特别容易引发当事人不同意见,所以实质审查必须建立在双方言词辩论基础上,采用开庭审理方式确保当事人参与,法官在充分听取双方陈述辩论后居中判断。与之相对立的概念是“形式审查”,即主要采书面审查加简单询问的审查方式。形式审查方式也可以适用于实体审理、作出实体判断。

非讼程序审理的对象是法律事实状态,法官需要对可能反映法律事实情况的证据进行调

〔57〕 详细论证见吴英姿:“民事禁令程序构建原理”,《中国法学》2022年第2期,第87页。

查,在查证属实的基础上作出判断,其审理方式属于实质审查,但不涉及具体权利义务关系的审理判断。略式程序采取的是形式审查方式,审查的内容包括实体事项与程序事项两个方面,其中必然包含权利义务关系的确认。例如督促程序,按照我国民事诉讼法的规定,人民法院审理债权人的申请时,要依据申请人提供的证据,审查其主张实现的债权是否符合法律规定的实体条件;对于债务人异议,法院不仅要审查异议是否符合法律规定的法定期限、书面形式等形式要件,而且要对异议是否构成实质抗辩作出判断。再如担保物权实现程序,在实践中,被申请人的异议多半既有实体问题也有程序问题、事实问题与法律问题交织。并非被申请人一提出实体异议就必须转入普通程序。如果异议不能动摇法官根据申请人提供的表面证据或外部证据形成的内心确信,将不会影响法官继续按照担保物权实现程序作出裁判。相反,如果根据申请人的申请材料无法形成内心确信,哪怕被申请人没有异议,甚至完全缺席,法官也不会作出肯定的裁判。^[58] 在审理方式上,由于适用略式程序的案件大多数解决的是私权保护与实现请求,不涉及公益,因此要求当事人提供证据证明其申请符合条件。法官主要是依据当事人提供的证据进行审查判断,而非职权探知。在程序外观上,略式程序中法官的诉讼指挥权可能显得更为主动,但不能因此认为遵循的是职权进行主义。^[59] 不少人误将督促程序、担保物权实现程序、司法确认程序定性为非讼程序,主要是把形式审查方式与实体判断相对立,以为形式审查就是不做实体判断;同时错误地把没有对审环节与职权进行划等号。如果按照非讼程序设计担保物权实现程序、司法确认程序,法院仅就准予实现担保物权或调解协议作出裁定而不包含任何实体判断,那么该程序的性质当属执行程序。对于权利人来说,直接启动强制执行能够更快捷地实现权利。但这显然不符合民法和民事诉讼法的立法精神。

(四) 裁判效力不同

非讼程序的结果是法院对某项法律事实作出认定,其裁判一旦生效将引发特定法律关系的发生、变化或消灭的法律效力,是一种形成力。而略式程序的结果是当事人获得实体权利保护或实现的执行名义,重点在于执行力。

四、略式程序的正当性

略式程序虽然不需要对本案民事权利义务关系作出实质审判,但无论是为民事权利提供临时救济还是准予实现物权、债权,都必须包含对所保护和实现的民事权利的确认的成分。不仅如此,保护和实现一方当事人的民事权利意味着限制对方当事人的民事权利,或者强制对方当事人履行一定的义务。那么,如何保障略式程序的正当程序品质就成为绕不开的问题。因

[58] 例如招商银行股份有限公司佛山分行、佛山市柏威纺织纤维有限公司担保物权实现案,佛山市三水区人民法院(2015)佛三法民一担字第2号民事裁定书。

[59] 最高人民法院所做的学理解释认为,人民法院按照特别程序审理案件“采取职权主义审查,可有权在形成心证的基础上进行自由裁量”。参见最高人民法院修改后民事诉讼法贯彻实施工作领导小组,见前注[33],第961页。这种理解在宣告失踪等非讼性质的特别程序中是正确的,但在担保物权实现程序、司法确认程序中就不准确了。

不需要开庭审理,略式程序与普通程序的程序保障要求显然是不同的。普通程序中,法官的判断建立在双方当事人信息竞争的结果之上,保障当事人充分参与、确保庭审实质化是程序公平的体现,是程序保障的底线要求,一旦突破将落入再法定事由。与此相对,以当事人无事实争议为前提的略式程序,法官不需要完整听取两造陈述辩论、举证质证,只需对书面材料进行审查、必要时简单听取当事人意见,就可以对实体问题作出判断。略式程序的权利约束机制不是辩论主义、处分权主义,约束法官自由裁量权的主要是实体法规范和当事人程序权利保障规则。在程序保障要求上,相比于普通程序的完备保障标准,略式程序采用的是简式保障标准,但不能突破最低限度程序保障要求。

(一)最低限度程序保障

最低限度程序保障是对当事人基本程序权的保障要求。当事人程序权利内容十分丰富,可以根据不同程序权利之于正当程序的重要性不同进行分层、分类。其中,当事人最为基本的程序权利是法定听审权,在多数国家都是受宪法保护的基本权利。^[60]一般认为,法定听审权包括以下基本程序权利:①知悉权,即当事人于诉讼系属之时受合法通知、及时了解相对人陈述内容和阅卷权;②陈述权,指当事人在正式程序中提出事实主张和为此提供证据加以证明的权利;③辩论权,包括获知对方当事人对事实和法律状况的陈述,听取法庭所调查的或者被法院直接考虑的事实和证据,以及对此发表不同意见的权利。^[61]如果说陈述权和辩论权是法定听审权的核心,那么知悉权是陈述辩论权实现的前提。为保证当事人法定听审权实现而设置的程序规则在每一个案件、任何一种程序中都必须有所体现,是正当程序的底限要求,也是判决正义与正确性的前提,不能因程序简化而被省略或减等。因此,尽管略式程序在程序保障要求上要低于普通程序,实行的是简式保障标准,但不得突破最低限度程序保障要求。为保障当事人法定听审权,还应当为略式程序配备两个保障机制:一是赋予当事人异议权;二是程序转换规则。

(二)保障当事人法定听审权

略式程序中对法定听审权保障的强度可以较之普通程序有所降低,但不能省略。略式程序对于知悉权的保障,重点在于法律文书的送达。由于省略了实质审理环节,送达在保障对方当事人参与权、异议权方面的重要性显得异常重要。当事人有证据证明未收到合法通知的,略式程序应当恢复到文书送达前的状态。如果在略式程序终结后,当事人有证据证明送达不合法损害其知悉权的,有权申请撤销裁判、重新审理。例如,我国民事诉讼法规定的督促程序、担保物权实现程序,对支付令、申请书能够送达债务人有严格要求。《民诉法解释》第366条要求人民法院受理担保物权实现申请后五日内向被申请人送达申请书副本、异议权利告知书等文书。

[60] 法定听审权,也称听审请求权,是指当事人在民事诉讼过程中,就法院裁判所依据的事实、证据和法律问题,有权陈述意见和表达主张的机会。美国宪法第14修正案规定的正当程序的基本内容包含受合法通知权、陈述权。德国将当事人听审请求权列为宪法保护的基本权利,作为实现事实厘清、人性尊严及法治国价值的制度保证。参见姜世明:《非讼案件法新论》,新学林出版股份有限公司2011年版,第40页。

[61] 参见罗森贝格等,见前注[29],第571页。

在送达方式上,与简易程序可以用打电话、捎口信等非正式的方式送达不同,略式程序的申请书、通知书、裁判文书等法律文书的送达应当采用能够确认当事人收到的正式的方式,原则上应当用书面方式。公告送达也可以适用于略式程序。因为公告送达是民事诉讼法规定的普通程序正式送达方式之一,与简易程序保障标准并不违和,但必须把公告送达严格控制在被申请人的确出于民法规定的下落不明的情形,不能扩张解释为“联系不上”。按照我国《民事诉讼法》第187条的规定,适用特别程序审理的司法确认程序、担保物权实现程序都可以采取公告送达的方式。以此类推,督促程序债务人只要不是身在境外或处于下落不明状态,支付令也可以适用公告送达。就德、日督促程序的制度实践来看,被申请人地址不明时用公告送达支付令是完全可以的。^[62] 经过法定的公告期,法律推定受送达人知悉,法院即可认定当事人无争议条件成就,按略式程序作出裁判。

在保障当事人陈述辩论权方面,不同的程序阶段的重点不同。在申请与受理阶段,法院主要根据申请人的陈述和证据材料进行审查,决定是否按照略式程序受理。在决定受理后,应当将申请材料及时送达被申请人,告知对方可以提出异议或抗辩;在合理的时间内传唤双方当事人到庭,着重询问被申请人意见。在人格权、知识产权保护案件中,针对损害行为即将实施、申请人权利受损危险性很大、急迫需要获得保护的情形,法官有权决定不经询问当事人先行发出保护命令,及时制止侵害行为。但事后要通知被申请人,保证其陈述、辩论权。配合略式程序以书面审理为主的方式,当事人陈述、异议的方式可以采用书面形式进行。《德国家事程序法》和《法国民事诉讼法》规定的临时命令程序,赋予法官命令被告出庭的权力。被告被要求出庭的,临时命令的作出是经过双方言词辩论的。不过略式程序中的言词辩论属于简式听审程序,也叫“任意的口头辩论”或“自愿性口头辩论”。^[63] 这种辩论形式远不如普通程序的庭审那样严格和正式。法官可以根据案件具体情况灵活决定听审方式,既可以是单方聆讯被申请人,也可以同时传唤双方当事人到庭,听取各方口头陈述意见和异议。即便双方当事人到庭陈述、辩论,也可以采用不公开方式进行。且口头辩论不是必经程序。如果当事人明确表示没有异议的,法院也可以不开庭审理直接作出裁定。如果法院认为需要判断的事项包含公共利益或者可能影响其他利害关系人的利益,还可以进行听证。

(三)赋予当事人异议权

程序异议权有一般异议权与非常异议权之分。略式程序当事人的一般异议权是被申请人针对申请人的申请提出否定和抗辩意见,包括实体抗辩权与程序异议权。当事人主张的实体抗辩可以是申请人的申请不符合实体法规定的权利实现条件。例如督促程序被申请人可以提出的异议包括:申请人不适格、债权人要求给付的利息或者违约金、赔偿金没有合法依据、所主张的债权不具有合法性;债权尚未到期或者数额不确定,等等。担保物权实现程序被申请人可以就担保物权不成立、优先受偿条件尚未成就、受偿数额不确定等等提出抗辩。司法确认程序当事人可能就调解协议违反法律禁止性规定、不是本人真实意思表示、协议结果显示公平等提

[62] 参见新堂幸司,见前注[29],第470页。

[63] 参见(日)石川明:《日本破产法》,何勤华、周桂秋译,中国法制出版社2000年版,第20页。

出抗辩,等等。程序异议权是当事人指责法院或对方当事人诉讼行为违反程序,主张其无效的权利。^[64]当事人可以提出的程序异议有:受理申请的法院没有管辖权,法院送达程序不合法、自己未收到合法通知,申请人没有诉讼行为能力,等等。

所谓非常异议权,指当事人和利害关系人认为已经发生法律效力裁判确有错误,请求法院予以废弃的权利,是启动事后救济程序的权利。与简式保障相对应,略式程序事后救济程序门槛不宜过高,不能适用上诉和再审程序,宜通过“异议—撤销”简式救济程序进行处理。这是域外略式程序的立法通例。例如法国的临时命令生效后,只有在发生新的情况时,当事人可以申请法院撤销或变更,不能申请再审。^[65]当事人也可以就主诉案件另行提起诉讼。但是,基于略式程序裁判形式确定力的约束,当事人另诉并不当然导致裁判无效。法院在对主诉案件进行审理后,认为略式程序的裁判确有错误的,可以在作出本案裁判的同时撤销原裁判。

(四)程序转换规则

如果在程序进行中,法院发现当事人存在实质争议的,应当裁定驳回申请,终结略式程序,告知当事人可以另行起诉解决争议。所谓有实质争议,是指当事人对权利义务关系存在纷争,法院不对争议进行实质审理就无法对申请人主张实现的权利作出判断的情形。此时,案件审理事项超出了略式程序所能处理的范围,法院不能直接改用普通程序进行审理,否则有违“有诉才有裁判”的原则;法院也不能以事实无法查清为由判决驳回申请,如此将剥夺当事人获得实质救济的机会,损害其诉权。实践中,法院判断被申请人的异议是否引发实质争议,主要是看申请人提供的证据是否有足够的显著性,通过表面性审查是否可以就实体问题形成心证。这类似于德国法上“疏明”的证明方法,即要求申请人提供可以即时调查的证据,法官直截了当地作出判断。如果申请人提供的证据承载的信息不足,法官仅凭申请证据无法直接作出判断的,就属于本案权利义务存在实质争议的情形。一个例外是禁令程序。如果申请人能够证明其请求符合禁令保护的条件的,哪怕双方当事人对权利本身有很大的争议,法院也会发出禁令。有些案件被申请人表面上提出了异议,但因其异议不构成法律上的抗辩,可以不认为当事人存在实质性争议。例如被申请人以出现不可抗力情形影响其债务履行能力,请求延期、减免等。有些案件被申请人就程序性事项提出异议却可能引发实质争议。例如,主张当事人涉嫌刑事犯罪,本案不属于民事诉讼主管范围,等等。

五、结 语

在罗马法普通程序简化的过程中,略式程序与简易程序分道发展,形成一系列独立的程序制度。借用“家族相似”概念透视典型的略式程序家族成员的核心程序元素,可以清楚地界定略式程序与简易程序两个程序范畴。略式程序与非讼程序有本质区别,不容混淆。承认略式程序的独立性,为民事程序的类型化提供了新的标准。按照是否处理民事权利争议为标准,

[64] 参见占善刚:“民事诉讼中的程序异议权研究”,《法学研究》2017年第2期,第113页。

[65] 参见罗结珍译:《法国新民事诉讼法典》(上册),法律出版社2008年版,第647页。

可以对民事程序进行第一层次的划分,分为诉讼程序和非讼程序两个基本的类型。按照所处理的争议形态进行第二层次的划分,可以把民事诉讼程序进一步分为适用于(一般争议的)普通民事案件的普通程序、适用于(争议较小的)简单民事案件的简易程序,以及适用于当事人对实体权利无实质争议,对通过简速裁判获得执行名义有高度需求的案件的略式程序。

上述研究力求澄清长期以来我国学者把略式程序与简易程序、非讼程序混同的认识误区,意在推动民事程序立法的科学化。未来修改《民事诉讼法》应当重新审视民事程序的分类标准,调整和完善民事程序体系结构。有必要单列“略式程序”一章,将担保物权实现程序、调解协议司法确认程序、督促程序纳入其中。同时顺应《民法典》实施后实体法的发展和实体权利保护的需要,适时增设民事禁令程序、票据诉讼程序等新的略式程序。略式程序的运行遵循独特的程序法理,是构建和完善不同略式程序具体规则的理论依据。因篇幅所限,有关略式程序法理及其规则构建问题容待另文论述。

Abstract: Summary procedure are independent special procedures differentiated from the *summaria cognitio* in Roman law, which belongs to different program categories from the simplified version of ordinary procedure. The specific summary procedures have different purposes, but they share core procedural elements and have family resemblance; the purpose of the summary procedure is not to resolve disputes, but to form the name of execution quickly; the judgment shall be made without the complete and substantive trial of the main lawsuit and has formal determination and execution, without *res judicata*. The summary procedure is interlinked with the ordinary procedure, but it is not attached to it and should stand independently. It has crucial differences from non-litigation procedure in terms of procedural object, structure, trial mode and judgment effectiveness. A summary procedure is appropriate for cases in which the parties have no substantial dispute, but need for realizing the rights timely or seeking preventive protection urgently. Its operation mechanism follows the logic of substantive rights. In order to ensure the legitimacy of the procedure, the summary procedure guarantees the legal hearing right and gives the parties the right to object. If the objection of the parties constitutes a substantial dispute, the proceedings shall be terminated.

Key Words: Summary Procedure; Simplified Procedure; Non-litigation Procedure; Family Resemblance; Minimum Procedure Guarantee

(责任编辑:刘哲玮)