

家事法苑™婚姻家庭法律资讯简报

《“家事法苑”™婚姻家庭法律资讯简报》于2008年2月15日创办，“家事法苑”律师团队编辑，尝试搭建与律师同行、学者、法官、媒体、政府相关部门及社会组织进行业务研讨、正当交往、信息共享的桥梁与平台，共同促进中国婚姻家庭法制建设。每月1-2期，无偿赠阅。

如邮件给您带来不便，请回信 xiaolinlvshi@vip.sina.com 或来电 13366156089，立即在列表中取消！

简报获取：“家事法苑”家事律师网 <http://www.famlaw.cn> 首页“资料下载”！

善意提醒：简报仅供学术研讨交流用。尊重智力劳动成果，简报编辑需日复一日耗费相当时间与精力，未经许可，不得整体利用本简报或经常性取材上传网络(个人网站、博客)或为其他非研究用途使用，个别使用时亦应注明转自本简报。欢迎对《“家事法苑”婚姻家庭法律资讯简报》提出好的建议。

2012年第13期 特辑

编辑时间：20120926

学者、法官、律师不同视野下的家事诉讼程序及立法完善研讨会（2012年8月12日北京）简报特辑

“家事法苑”家事法实务沙龙第12期预告暨征文启事

（计划于2012年10月下旬举办，具体时间地点另行通知）。

主题：房产的“夫妻赠与”与“夫妻财产约定”之区别——《婚姻法》司法解释（三）第6条的理解与适用（《婚姻法》第19条我国夫妻财产约定制度完善之反思）。

家事无小事，家和万事兴。我国1980年《婚姻法》将约定财产制作为法定财产制的附属、补充而规定，2001年《婚姻法》修正后，第十九条规定“夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产各自所有，归共同或部分共同所有、部分各自所有。约定应当采用书面形式”，将夫妻约定财产制与法定财产制地位并列且其效力高于法定财产制而规定，完善了我国夫妻财产约定制度，对保障公民充分行使个人财产权利具有十分重要的意义。

但在随后的社会现实中，特别是2007年10月1日《物权法》实施后，《婚姻法》与《物权法》及《合同法》的适用冲突问题日益突出，婚姻财产约定中，约定一方婚前财产主要是房产此类不动产婚后共有或为对方个人所有时，是否需要履行物权变动的形式，即对方对房产所有权的取得是否必须要办理完过户方能生效，出现争议时原产权人是否有权利行使撤销权，成为争议的焦点，存在同案不同判现象，当事人利益得不到保障。

有鉴于此，2011年8月12日开始实施的最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释（三）第六条规定“婚前或者婚姻关系存续期间，当事人约定将一方所有的房产赠与另一方，赠与方在赠与房产变更登记之前撤销赠与，另一方请求判令继续履行的，人民法院可以按照合同法第一百八十六条的规定处理。”

但是，最高院相关负责人在媒体解释此问题，做了如下表述：“经反复研究论证后，我们认为，我国婚姻法规定了三种夫妻财产约定的模式，即分别所有、共同共有和部分共同共有，并不包括将一方所有财产约定为另一方所有的情形。将一方所有的财产约定为另一方所有，也就是夫妻之间的赠与与行为，虽然双方达成了有效的协议，但因未办理房屋变更登记手续，依照物权法的规定，房屋所有权尚未转移，而依照合同法关于赠与一节的规定，赠与房产的一方可以撤销赠与。”（来源于《总结审判实践经验凝聚社会各界智慧 正确合法及时审理婚姻家庭纠纷案件——最高人民法院民一庭负责人答记者问》，本报记者 张先明，人民法院报2011年8月13日）由此，在婚前或婚内财产关系中，出现了房产的“夫妻赠与”与“夫妻财产约定”这两种不同的表述，“夫妻赠与”情形适用合同法的规定处理，“夫妻财产约定”适用《婚姻法》的规定。

“夫妻赠与”与“夫妻财产约定”到底如何区分？夫妻一方把房子百分百无偿过户给对方，这叫“夫妻赠与”，适用《合同法》，不过户或不做公证就可以撤销；而只给1%、50%抑或99%，这就属于“财产约定”么，就适用《婚姻法》，即使不过户，也不可撤销？是这样理解么？相关争论仍在继续中，但一点可以肯定的，以往的同案异判现象还会继续持续下去！

围绕《婚姻法》司法解释（三）第六条的理解与适用，特举办“家事法苑”家事法实务沙龙，深入探讨房产的“夫妻赠与”与“夫妻财产约定”之区别，同时反思《婚姻法》第19条之我国夫妻财产约定制度的完善，还可涉及带有亲属身份关系的协议的效力问题。希望通过讨论对相关问题争取达成共识，以期向相关部门进行反映。

欢迎对家事法感兴趣的朋友加入，撰文、座谈、交流，共建和谐学术、业务探讨交流的平台，外地朋友可以通过QQ群“视频秀”远程发言参与交流！

注意事项：本沙龙为纯民间、公益业务研讨与学术交流，主讲人没有任何报酬。

地址：北京市朝阳区东三环北路丙2号天元港中心A座7层

联系人：段凤丽律师 邮箱：duanfenglilawyer@163.com 电话：010-57230666, 13552693593。

目 录

一、研讨会会议通知

二、研讨会会议日程

三、研讨会全程速记稿（未与发言人本人核对，虽经校对，疏漏难免，仅供学术研讨参考）

四、研讨会嘉宾发言稿及提交论文

1、人民法院家事审判相关交流材料

司法审判呼唤家事立法……………

夏正芳（江苏省高级人民法院民一庭）

关于家事审判合议庭试点工作的调研报告

王红英（广东省高级人民法院民一庭）

家事审判工作创新实践与思考

王牧（江苏省徐州市贾汪区人民法院）

巧解家务事 社会升和气——江苏徐州贾汪法院家事审判工作机制调查，人民法院报 张娜 郑菊

家事纠纷案件专业化 审理方式的积极探索

人民法院报 高其才

家事审判工作运行情况调查报告

江苏省徐州市贾汪区人民法院

寻找《民事诉讼法》的“另一半”

王礼仁（湖北省宜昌市中级人民法院）

检视与反思：《民事诉讼法》修改背景下法院调解制度的革新与完善 田源（山东省菏泽市中级人民法院）

关于“人身安全保护裁定”的思考

陈敏（最高人民法院应用法学研究所）

2、学者交流材料

中国家事诉讼特别程序：在制度理性与实践理性之间

陈爱武（南京师范大学）

完善家事纠纷解决机制初探

张伟（西北政法大学）

论家事事件程序——兼评台湾《家事事件法》

张晓茹（北京航空航天大学）

民事保护令立法势在必行

肖建国（中国人民大学）

人身保护令准入家事程序立法视野的思考

李秀华（扬州大学）、田岚（中国政法大学）

诉讼与非诉讼程序衔接的若干问题

范愉（中国人民大学）

家事诉讼特别程序研究

傅郁林（北京大学）

3、律师交流材料

试论家事诉讼程序的建立与完善

贾明军 吴卫义（上海沪家律师事务所）…

有关家事诉讼设计的两个问题

苏东彪（河南平顶山市律师协会副会长）

婚姻家庭案件中法官释明权的适用研究

郝惠珍 戴玉峰（北京市盈科律师事务所）

论“能动司法”在家事案件中的运用——小议家事案件中法院释明权与调查取证权的行使，吴卫义 王小成（上海沪家律师事务所）

对家事纠纷诉讼制度构建的几点建议

张承凤（四川省律师协会民委会副主任）

从婚内析产问题看民法修正案中的先行调解

姚丹（天津优法律师事务所）

当前家事诉讼证据制度的完善建议

孙韬（江苏苏源律师事务所）

婚姻诉讼中的财产保全

李曙光 曹玉雯（天津星聚律师事务所）

由离婚诉讼财产保全问题看家事诉讼程序专门立法的必要与重要性 王军营（河北世纪鸿业律师事务所）

离婚财产分割协议撤销的诉讼时效——对《婚姻法司法解释二》第9条的质疑 杨晓林（北京岳成律师事务所） 徐丽（中国政法大学）

浅谈无民事行为能力人的离婚权利

张秋敏（北京市京银律师事务所）

“家事法苑”™婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

一方下落不明离婚程序的完善

易伟（广东合桓律师事务所）

关于未成年子女随父母生活意见听取的程序建议

李曙光 曹玉雯（天津星聚律师事务所）

离婚诉讼程序的完善

孙跃礼（安徽世浩律师事务所）

民事诉讼法修改背景下涉外离婚管辖与域外送达的完善

赵宁宁（北京京大律师事务所上海分所）

关于对法院诉前调解的一点看法

刘辉（北京市隆安律师所）

五、会议协办方之一上海沪家律师事务所主任吴卫义律师所致答谢词

六、本次研讨会的相关媒体报道

1、诸多婚姻案件未能纳入法制轨道进行调整 专家建议修改民诉法单独规定家事诉讼 2012-08-21 法制网
记者 席锋宇

2、离婚变简单 子女监护成问题 家事纠纷案件期盼审理专门化, 2012-08-22 法制网 记者席锋宇

3、婚姻案件涉及法律问题复杂司法实践中存在诸多难题专家建议 婚姻案件审判需配备专业法官 2012-08-24
法制日报

4、婚姻案件不宜简单用“一刀两断式”判决处理 专家建议 婚姻家庭纠纷需建立多元解决机制 2012-08-25
法制日报

5、反家暴人身保护令的推动仍面临司法障碍专家建议 人身保护令应纳入家事程序立法 2012-08-27 法制日
报 本报记者席锋宇

6、法院已发出 100 多份人身安全保护裁定, 结果显示---家暴行为无一例复发 2012-08-21 中国妇女报

7、为“家和万事兴”撑开法律保护伞, 刘武俊: 司法部《中国司法》杂志总编, 研究员, 法制晚报 20120829

8、家事诉讼需要特别程序, 马忆南 (北京大学法学院教授中国婚姻家庭法学研究会副会长), 2012-08-29 中国
妇女报

9、家事法庭: 法官“巧”断家务事——聚焦全国首家独立编制的家事审判庭, 中国妇女报 2012-08-29

10、粤法院将推广家事审判庭 家事纠纷在“家”解决, 南方都市报, 2012-09-16, 王殿学。

11、清官巧断家务——家事法庭下的“特色审理”, 《民主与法制》周刊 2012 年第 26 期, 本刊记者 刘瑜

12、家事诉讼的程序立法, 《方圆律政》杂志 2012 年 8 月号 (PDF 格式文件, 另附)

七、北京理工大学司法研究所及主任徐昕教授介绍

“家事法苑”婚姻家庭法律资讯简报及相关资讯, 目前有以下获取途径:

“家事法苑”家事律师网 首页资料下载, 网址: <http://www.famlaw.cn/download.aspx>

每天中国家事审判动态即时资讯浏览:

1、新浪微博: “家事法苑” 网址: <http://weibo.com/jiashifayuan>

2、新浪微群: “家事法苑” 群号: 826090, 网址: <http://q.weibo.com/826090>

3、新浪微博: “段凤丽家事律师”, 网址: <http://weibo.com/2020842715>

4、“家事法苑”家事法主题 QQ 群分群 (群号: 153181612) ---每天即时分享最新中国婚姻家庭法制信息动态, 本群为业务及学术研讨用途, 实名交流, 如个别群友确有特殊情况, 可以真实身份申请入群, 后可使用网名; 主群 500 人早已满员, 目前只能加入分群, 待腾讯公司政策允许时两群合并、方便交流、研讨。

编辑: “家事法苑” 律师团队

顾问: 郝惠珍 主编: 杨晓林 执行主编: 段凤丽

“家事法苑”™家事律师网 <http://www.famlaw.cn>

新浪微博微群: “家事法苑” (群号: 826090) <http://q.weibo.com/826090>

家事法苑™婚姻律师团队官方博客 <http://blog.sina.com.cn/jiashifayuan>

段凤丽家事律师的新浪微博: <http://weibo.com/2020842715> 简报订阅、意见反馈邮箱: xiaolinlvshi@vip.sina.com



家事法苑

<http://www.famlaw.cn>



北京理工大学

学者、法官、律师不同视野下的
家事诉讼程序及立法完善研讨会

会议资料集

主办：北京理工大学司法研究所

协办：上海沪家律师事务所

北京岳成律师事务所

北京江苏大厦 3层 汉风厅2012年8月12日

学者、法官、律师不同视野下的家事诉讼程序及立法完善研讨会会议通知

2012-08-10

家事无小事，家和万事兴。

2011年8月12日《最高人民法院关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释（三）》公布，引发了社会各界的极大关注；在婚姻家庭司法实务领域，近年程序正义问题也日渐突出，当事人合法权益难以得到应有维护，司法权威受到质疑。全国人大法工委正在进行的《中华人民共和国民事诉讼法》修订工作中，家事诉讼程序专门立法问题也已被提及，在广东、江苏等地，人民法院家事审判试点已取得一定成效。而我国台湾《家事事件法》此前三读通过，将于2013年在台湾施行，其未来家事诉讼案件，得以合并审理，避免耗费司法成本及判决矛盾，有助于妇幼、弱势及老人权益保障。

在此背景之下，配合我国《民事诉讼法》的修订，促进家事审判实务热点难点问题的解决，加强家事诉讼程序理论与法律实务的交流与合作，特举办此次研讨会

本次研讨会由北京理工大学司法研究所主办，由上海市沪家律师事务所、北京市岳成律师事务所协办。会议邀请了最高人民法院相关部门人士、部分省市家事审判试点法院代表、富有经验的一线法官、民事诉讼法、婚姻家庭法学研究领域的相关专家学者、政府部门、公益组织、律师及媒体代表参加本次会议。

欢迎各界代表积极撰写论文，在会议期间发言交流，为我国现行《民事诉讼法》的修改、完善及未来家事诉讼程序的专门立法建言献策，以供我国立法机关参考，进一步促进我国诉讼法学及婚姻家庭法学及研究的深入发展。

诚挚邀请您参加研讨会并进行交流，为研讨会增彩。

一、会议议题

- 1、家事诉讼程序专门立法的必要性、重要性、远景展望及规划。
- 2、《民事诉讼法》修改背景下的涉及婚姻家庭相关条款的补充与完善。

会议议程（附后）。

二、会议的时间和地点

时间：2012年8月12日 9:00---12:30，会期半天。

地点：北京江苏大厦3层汉风厅。 电话：（010）64271188

地址：北京东城区安定门外大街丁88号

会议规模：60人（含特邀嘉宾及以文与会的代表，其他代表以报名的先后顺序）

三、会议回执与书面通知

与会代表请务必于2012年8月9日以前通过e-mail方式提交会议回执，发送至：xiaolinlvshi@vip.sina.com，由于会场容量有限，参会者应在报名后收到确认报名成功的回复邮件后方能参会交流。

与会代表需要书面会议通知的，请会议期间向会务组索取。

回执请写清参会代表的姓名、单位、职务职称、电子邮箱、电话、通信地址。

四、本次研讨会不收取会议费，往返交通费及住宿费均自理，会议的住宿可由承办方协助安排预订，会议当天午餐由会议主办方提供。

为方便会务组统一安排住宿及接站，请各位拟参会代表于2012年8月9日前以电话、传真或者电子版把参加会议的回执告知本次会议的会务组。

3. 会务联系人：

会务组联系人：吴卫义律师：手机：13917564000 杨晓林律师，手机：13366156089

联系电话：010-57230666，59485051，84417799 转。

电子邮箱：xiaolinlvshi@vip.sina.com。

主办单位：北京理工大学司法研究所

协办单位：上海沪家律师事务所

北京岳成律师事务所

2012年8月1日

学者、法官、律师不同视野下的家事诉讼程序及立法完善研讨会 议 程

时间：2012年8月12日（周日）9:00——12:30

地点：北京市 江苏大厦 3层 汉风厅

主办：北京理工大学司法研究所

协办：上海沪家律师事务所

北京岳成律师事务所

一、开幕式 9:00—9:30 每人发言 5 分钟。

主持人：刘桂明（《民主与法制》社总编）

徐昕教授（北京理工大学司法研究所主任）致辞

雷明光教授（中央民族大学、中国婚姻家庭法学研究会秘书长）致辞，关注实体不能忽视程序。

江苏省高级人民法院民一庭夏正芳庭长作主旨发言：人民法院关注家事审判。（15分钟）

二、人民法院家事审判改革经验交流 9:30-10:30（每人发言 10 分钟）

主持人：雷明光教授（中央民族大学、中国婚姻家庭法学会研究会副秘书长）

1、陈敏女士（最高人民法院应用法学研究所）：涉及家庭暴力案件审理指南试点情况

2、王红英法官（广东省高级人民法院民一庭）：关于家事审判合议庭的调研报告。

3、王牧院长（江苏省徐州市贾汪区人民法院）：家事审判工作创新实践与思考

4、王礼仁法官（湖北省宜昌市中级人民法院）：全面改革家事案件审判体制之构想

互动

点评人：每人 5 分钟

陈爱武教授（南京师范大学）、卢明生律师（北京大成律师事务所资深婚姻家庭法专业律师、中国婚姻家庭法学研究会理事）

10:30-10:45 茶歇

四、家事诉讼程序立法问题探讨与展望 10:45-11:45（每人发言 10 分钟）

主持人：孙韬律师（江苏省律协省直分会民委会主任）

1、范愉教授（中国人民大学）：多元纠纷解决机制中的家事非诉讼调解与诉讼程序的对接

2、陈爱武教授（南京师范大学）：中国家事诉讼特别程序：在制度理性与实践理性之间

3、肖建国教授（中国人民大学）：民事保护令制度立法展望

4、张晓茹副教授（北京航空航天大学）：论家事事件程序——简评台湾家事事件法

5、张伟教授（西北政法大学）：完善家事纠纷解决机制初探

互动 点评人：每人 5 分钟

王牧院长（江苏省徐州市贾汪区人民法院） 徐昕教授（北京理工大学）

五、律师建言献策：现行《民事诉讼法》中涉及婚姻家庭相关条款之修改完善 11:45-12:20（每人发言 3 分钟）

“家事法苑”™婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

主持人：刘桂明（《民主与法制》社总编）

- 1、苏东彪律师（河南平顶山市律协副会长）：有关家事诉讼设计的两个问题
 - 2、孙韬律师（江苏省律协省直分会民委会主任）：当前家事诉讼证据制度完善建议
 - 3、张承凤律师（四川省律协民委会副主任）：对家事纠纷诉讼制度构建的几点建议
 - 4、王小成律师（上海沪家律师事务所）：家事诉讼法院调查取证制度的完善
 - 5、赵宁宁律师（京大（上海）律师事务所）：涉外离婚程序之完善
 - 6、王军营律师（河北世纪鸿业律师事务所）：由离婚诉讼财产保全问题看家事诉讼程序专门立法的必要与重要性
 - 7、李曙光律师（天津星聚律师事务所）：关于未成年子女随父母生活意见听取的家事诉讼程序建议
 - 8、孙跃礼律师（安徽世浩律师事务所）：离婚诉讼程序的完善
 - 9、张秋敏律师（北京市京银律师事务所）：浅谈无民事行为能力人的离婚权利
 - 10、姚丹律师（天津优法律师事务所）：从婚内析产问题看民法修正案中的先行调解。
 - 11、刘辉律师（北京两高律师事务所）家事诉讼调解制度的完善
- 点评人：李轩教授（中央财经大学法学院） 夏正芳庭长（江苏省高级人民法院民一庭）

六、闭幕式 12:20（10分钟）

主持人：刘桂明（《民主与法制》社总编）

中国婚姻家庭法学研究会副会长、北京大学马忆南教授致辞总结

协办方 上海沪家律师事务所主任 吴卫义律师致答谢词

12:30 午宴 地点：重庆品味庄（江苏大厦对面即是），地址：北京市东城区和平里中街18号。

家事诉讼程序及立法完善研讨会合影留念

北京江苏大厦·2012.8.12



三、家事诉讼程序及立法完善研讨会速记稿

(未与发言人本人核对, 虽经校对, 疏漏难免, 仅供学术研讨参考)

时间: 2012年8月12日

地点: 江苏大厦汉风厅

刘桂明(《民主与法制》杂志社主编): 新的一天又开始了, 在每个新的一天, 我们都面临一个新的问题, 我和家人是不是在一起, 尤其是周末, 跟家人在一起是我们的家事之一。本次会议的主题之一是: 家事诉讼程序研究。主办单位是北京理工大学司法研究所。协办单位是上海沪家律师事务所、北京岳成律师事务所。

说起家事, 幸福的家庭合不起嘴, 不幸福的家庭张不开嘴。每个人无论是地位多高, 无论是财富多富, 都会面临家庭问题, 处理的好将会促进自己事业的发展; 如果处理的不好, 将会导致自己未必发展, 更重要的是人生充满阴暗。对我们律师来讲我们对他们提供的律师服务就是要让每个人的家事都顺利。今天这个会是从一个关于《民事诉讼法》修改的背景下, 我们来



刘桂明

研究家事诉讼程序的问题, 今天有来自各地的法官教授和律师, 尤其是看见每个人的名字, 建议每个做家事诉讼程序的人, 用自己的名字做一个有趣的解读。

作为主持人, 我这一番开场白是为半天的会议奠定良好的基础。接下来我们有请主办单位和有关专家的致辞, 每个人的发言是5分钟, 首先有请理工大学司法研究所所长徐昕教授致辞。



徐昕

徐昕(北京理工大学司法研究所主任): 非常高兴能邀请到诸位参加会议, 希望本次会议能够圆满成功。这样的会议之所以举办, 以我的理解, 主要有四个方面的意义:

首先就是邀请函所说道的家事无小事, 家和万事兴。家庭和睦一切才可能使大家都开心。去年《婚姻法》司法解释(三), 引起全社会的广泛关注, 就是一个明显的证据, 大家都非常关心这样的问题。

第二、就是在家事司法领域存在着相当多的问题, 值得研讨。

第三、在家事诉讼领域, 往往是诉讼法学理论扩展的领域, 在很多的問題上存在着特殊性, 比如说当事人的问题、诉讼标的、调解的问题、证明结论等一系列的问题存在一些特殊性, 值得研究、研讨。很多国家和地区有专门的家事诉讼程序, 在

学界也有很多人在长期呼吁, 中国要设立一个独立的专门家事诉讼程序, 我本人也支持。

第四、在司法改革的领域, 家事审判长期进行探索也取得了一定的成绩。在这样的领域我的理解是司法改革, 可能会取得比较快进展的领域, 甚至有可能成立一种独立的专门的家事法院, 有这样的可能性。基于这样的理由, 我们和上海沪家律师事务所、北京岳成律师事务所联合主办这样一次会议, 希望在这些领域进行推进。

北京理工大学司法研究所, 我们在法学院的时候, 名字叫司法高等研究所。后来我们在申请学校的校级科研机构的时候, 就谦虚一点, 把高等两个字去了。高等研究主要是希望从事一种跨学科的研究。目前我们做的事向大家汇报一下, 我们主办了一个司法杂志, 现在到了第七期了, 我们主编让《司法文丛》在中国法制出版社出了八、九本了。我们每年发布中国司法改革年度工作报告有一定的影响, 每年也发布一些司法改革的专项报告。在会议方面, 我们三个会议的系列, 一个是司法制度的学术研讨会, 今天的会议也可以是我们第七次的司法制度的学术研讨。我们每年举办一次司法改革的学术研讨会, 现在已经举办三次了, 还举行三次公益法的研讨会。我们的目标是立足司法, 推动法制, 影响社会。特别希望能够在诸位的支持下, 成为中国司法改革的思想库。最后祝各位与会的嘉宾身体健康, 谢谢大家。

刘桂明: 谢谢徐昕教授, 我们都是江西老乡, 江西人的个子不高, 但是水平高, 更重要的是站的高看的远, 尤其是在婚姻家庭中, 更需要站的高, 看的远。接下来我们要请一位教授, 不仅要致辞, 而且还必须要给我解答一个问题。有这样一个故事, 有一个老婆跟老公说人多的地方不要去, 有一次领导说凡是怕老婆的人到左边来, 有一个人不去, 领导问他为什么不去, 他说老婆告诉我人多地方不要去。我们这个会场的人两边一样多, 所以这

那个时候婚姻家庭是不是该两面的人一样多的时候。

接下来我们有请一位教授，在我们的会议介绍上还多了一个字，我需要给大家纠正一下。接下来我邀请给大家介绍一下中央民族大学雷明光教授，他还有一个职务是中国婚姻家庭法学研究会秘书长，这个里面多了一个“会”。过去在中国法学机构里叫中国法学会婚姻家庭法研究会。因为我现在中国法学会工作，中国法学会现在有53个研究会，现在的研究会都归法学会管，但是“法学会”这三个字不需要了，所以这里面的中国婚姻家庭法学研究会，多了一个“会”。现在有请雷明光教授。



雷明光

雷明光（中央民族大学法学院教授）：我们又见面了，各位尊敬的专家、学者，还有大律师们，在这个首先纠正一个称谓，刚才主持人说我是中国婚姻家庭法学研究会的秘书长。不是，我不习惯于当官，我是副秘书长。不管是在学术界还是在实务界中，可以说最近十年以来有一种声音，这种声音说，中国现在已经逐步发展成为全世界离婚最自由的国家。怎么表现，第一个表现在中国、在实务里面，只要夫妻双方的一方当事人坚决要求离婚，不管他采取什么手段，最终一定能够达到离婚的目的。

为什么出现这样的结果，一个是离婚实体的法律规定，另一个是程序法律规定。实体里面规定离婚的标准是夫妻感情是否彻底破裂。我们所有教婚姻法的老师，经常会跟学生讲什么是感情，我们在座的都是已婚的男士和女士，我们都生活在婚姻当中。什么是爱情？谁都说不清楚，谁都有自己的一杆秤。我每一次给学生

讲课的时候，期终的作业是“我心中的爱情”，每一个学生谈的都不一样。所以只要当事人说我的感情破裂了，那么它就是破裂了。作为一个法官、律师，他无法从客观的程度，或者从婚姻家庭夫妻双方生活的实际内幕，来判断他们是否破裂，只要他说破裂了就达到一个离婚的标准。

程序上，大家都知道现在有行政程序和诉讼程序，行政程序是只要夫妻双方同意离婚，不管什么理由，从进去到出来快的五分钟，慢的十分钟就解决了，如果一方不同意离婚或者不符合协议离婚的法律要求，进行诉讼离婚。我本人也是律师，在座很多大律师。我手上现在很多离婚的案件，当事人通常说雷律师我不想离婚怎么办？我说没有办法，只有一个办法，不管对方起诉几次，你都明确的跟法官或者是合议庭表示，如果你们要判我离婚，我死给你看。否则你达不到不离婚的目的，为什么呢？司法程序第一次起诉离婚，有一方不同意离婚的案件，基本90%以上判决不准离婚。但是到了第二次，一开庭法官就问不同意离婚的那一方，你们改善了吗？我说改善了，可是有什么证据，没改善只能判离婚。

这样程序的设计，我认为为我们国家现在逐步地发展成为离婚最自由的国家，可以说是提供了一个实体或程序的基础，今天我们站在这里讨论要不要从司法程序的角度，来重新规范我们的离婚问题，我认为是非常有必要的。



会场全景

比如说调解的程序，记得我上大学的时候，大学毕业实习的时候，我在海淀区人民法院，我当时是在民一庭，专门处理民事案件。我的老师，每一个离婚案件，为了调解他们和好，都要组织两、三次开庭，每一次开庭讲各种道理，那时候我特别佩服处理离婚案件的法官，因为他们太能说了，从大的方面到小的方面，到家庭的内容，再到每一个细节。可是今天基本上法官忽视了这样的程序，他也会说你们要不要调解呢？能不能和好呢？几句话就OK了。能不能重新认识调解程序，能不能把离婚调解程序放在离婚诉讼程序之前，专门做一个程序来对待。

还有关于管辖的问题，现在我看到了民政部的一个发言，今后的离婚可以不受到户籍的影响，当事人在什么地方生活，他就可以在什么地方起诉，这是民政部的一个规定，

我认为要不要从民事司法的角度来规范这个问题，我觉得都是值得我们去关注的，当然由于时间限制，下来我再跟大家聊。非常感谢主办方给我这么一个发言的机会，谢谢大家。

刘桂明：谢谢雷明光教授，非常赞同他的观点。离婚自由是一个国家发达的标志，两位致词人做了个简单的致词。会议即将进入主题研讨的阶段，首先有请法官来说一说，到底怎么看这个问题。当然在请法官上来之前，我在这个阶段要特别介绍一下两位教授，因为我们这次是家事诉讼程序。家事，我想肯定要认识我们中国婚姻家庭法学会的会长，北京大学的马忆南教授，大家一定要认识一下。能够做家事法律服务要不认识马教授，等于是

有问题，需要去反思。诉讼程序除了要认识我们在场的徐昕教授、李轩教授之外，更重要的还要认识来自中国人民大学的范愉教授，她们两位必须要认识。有请来自江苏省的江苏省高级人民法院民一庭夏正芳庭长发言。



夏正芳

夏正芳（江苏省高级人民法院民一庭庭长）：尊敬的各位专家、各位来宾，我的各位同行。作为来自审判实务部门的一名法官，很荣幸参加今天的研讨，昨天我们所做的研讨可谓是观点交锋，激情四射。今天关于家事审判立法程序方面的研讨，我相信也会生动丰富、温馨感人。

作为法官，今天要介绍的是江苏法院在家事审判方面这些年的做法和体会，主题叫《司法审判呼唤家事立法》。婚姻家庭案件历来占据民事案件的前位，从我们江苏近三年的案件数量来看，都在十万件上下，占传统民事案件的比重在 23%左右，并且每年都有小幅的上升。和其他传统的民事案件相比，人民法院在婚姻家庭案件的审理中更注重矛盾纠纷的化解，也更注重为已经破裂的家庭关系找到修复的渠道，也更注重特殊主体

利益的保护。为此江苏法院尝试做了这样一些工作，一个是推行专业化的审判，我在之前法院调研的时候，曾经听一位院长向我介绍，说他们法院婚姻家庭案件的调撤率比其他法院要高。当时我就问他说为什么，他说我们的法官喜欢和当事人聊天，我就发现喜欢聊天和善于聊天，应该正是我们婚姻家庭案件的承办人所必须具备的一项能力。目前在江苏法院基本上都有一批专人或专门的合议庭，甚至是专业的审判庭承担案件的审理，我们要求必需抽调有一定阅历、一定的审判经验的法官来充实这支队伍。尤其是我们徐州市贾汪法院大胆探索在全省成立了首家家事审判庭，今天他也亲自来了，他会给大家做一个详细的介绍。

他们对婚姻案件的审判和方式方面，应该说做了有利的探索，这几年全省婚姻家庭案件的调撤率基本上接近 80%，这个比例是相当高的。如果说商事案件重在通过判决确立规则的意识，那么传统民事案件，尤其是婚姻家庭案件，我个人觉得还是应当首选调解。

第二个方面是开辟绿色通道，加强对弱势群体利益的保护，我们在对“三费”案件以及涉及妇女、老人、儿童权利方面的案件，我们是要求优先立案、审理优先、执行优先。对于经济上确实有困难的，诉讼费可以减缓免。像无锡北塘区法院为了方便老年人诉讼，专门成立了老年人权益保护的巡回法庭。苏州吴中法院在审理涉及未成年人案件的时候，率先引入了社会关爱机制，聘请具有心理咨询师资格的爱心妈妈担任社会关爱员，对特殊主体予以特殊的关爱。

第三个方面是加大反家庭暴力的力度，针对当前家庭暴力现象日趋严重的问题，2010 年我们与省妇联、省公安厅共同制订了《关于依法处理涉及家庭暴力婚姻家庭案件若干问题的指导意见》，对全省法院、妇联、公安系统共同开展对家庭暴力受害者的人身保护工作作出明确的规定，也是全国首家省级层面的多部门合作，推行人身保护裁定的工作。无锡崇安法院作为最高人民法院反家庭暴力审判工作的试点法院之一，在 2008 年 8 月 6 号也发出了全国首个《人身保护安全裁定》，高邮法院、南通开发区法院也都陆续跟进，扬州和盐城等地法院还与基层派出所、社区警务室建立了定期的沟通制度，充分发挥妇女庇护中心的作用，形成反家庭暴力维权的一个网络，运用社会力量预防和制止家庭暴力。

第四个方面是有效利用社会力量，开展试调对接工作，全省法院与各地社会矛盾纠纷调解中心、司法行政部门密切配合，将婚姻家庭案件全部纳入诉前调解的范畴，广泛邀请妇联、民政、村委会、居委会、司法所等特邀调解员参与调解。南通通州法院与民政局还联合建立了三个中心，也就是婚姻信息对接中心、婚姻纠纷的调解中心，以及司法确认中心，三项机制，也就是婚姻信息互通机制、矛盾联调机制、司法确认机制。我们苏州法院还有当地街道、社区通过签定协议开展和谐共建的活动。徐州部分法院成立了夕阳红工作室、四老调解队等等，充分发挥群众志愿者的优势，推动婚姻家庭纠纷调解工作的一个社会化的发展。

第五个方面是加大法治宣传，弘扬社会主义婚姻家庭道德风尚，全省法院定期向社会公布婚姻家庭典型案例，引导群众理性维权，与社区共同开展“停战对接，联动维权”的活动，为社区群众宣讲婚姻家庭法律规范。南通启东法院自 1994 年以来，连续 17 年在社区开设幸福家庭讲习班。苏州平江法院在社区开设了父母婚姻课堂，用生动的案例现身说法，使一些准备离婚的父母改善了关系，维系了家庭。

虽然我们在实践中摸索着前行，但是由于缺乏立法的支持，法官们在实践当中存在着这样的一些迷茫，一个是在案件审理当中法院的职权主义形式是否意味着审判权失去制约。第二个在婚姻案件的审理当中，在当事人举证和证据的认定上是否跟其他的民事案件同等对待。第三个是涉及特殊群体利益保护的时候，法院究竟能有多大的作为。第四个是审判效力和效果的取舍上究竟应该如何来取舍。

所以我们希望立法能够关注司法实践，能够尽早解决家事审判的理念和一些具体的程序方面的问题。我要介

绍的就是这些，非常感谢大家。

刘桂明：谢谢夏庭长，刚才两位致词人是高度的概括。刚才夏庭长自己比较谦虚地说是抛砖引玉，不过我认为也可以叫抛玉引砖，这个砖头可能不是很重。人民法院关注家事审判，我想可能更加注重的是《民事诉讼法》的修订。

接下来有请雷明光教授在第一个板块的研讨当中担任主持人，卢明生律师和陈爱武教授担任点评人。

雷明光：我们经常听说两个词，一个是叫学者型法官，还有一个是叫实务型的学者。很多人只能有一个称呼，但是下面我要介绍的这一位是两者集一身，那就是我们美丽的、尊敬的陈敏法官，她在我们学术界是造诣非常深的学者，但是在法院系统、在实务界她又是一个有名的法官。她所主持的关于审理家庭暴力的法律试点文件，在全国的司法系统中，现在可能成了唯一的指导文件，对于我们学术界来讲可以说也是起到了很多的提示指引的作用。下面我们以热烈的掌声来欢迎最高人民法院应用法学研究所的陈敏教授发言。



陈敏（最高人民法院中国应用法学研究所研究员）：很高兴有机会和大家分享这些，给我的题目是介绍《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》的试点情况，《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》是中国应用法学研究所2008年3月编的，5月份发布。它的主要内容分七个方面家暴知识、性别平等、原则和要求、人身安全保护措施、证据规则、财产分割、子女抚养和探视，以及特殊的调解政策。这里面的调解不是中立的，而是要求扶弱抑强的。具体的内容，大家可以在中国应用法网上找到。

指南的试点工作是在2008年的6月正式开始的。三年多来，我们的试点法院是在以下四个方面取得了一些成效。第一个也是最重要的，是理念上有了更新，在试点法院尝试反家暴工作当中，家庭暴力不再是某个人的家务事，而是被当做一个妇女、儿童和老人在家庭中的人权保障问题来对待。在认识提高的高度上，我们在其他方面也有一些比较大的进步。首先是家庭暴力的认定率提高了，提高的途径有两个，一个是合理分配举证责任；另一个是借助家庭暴力的知识查清事实，认定家庭暴力。先说合理分配举证责任。我们的试点法院考虑家暴具有隐蔽性，以及当事人举证难的特点，比一般的法院更多地采用了优势证据原则来推定家庭暴力事实存在。我们到现在为止发现法院适用这个原则，推定的家庭暴力没有一例上诉的，说明推定比较符合客观实际。

第二是更多的采用未成年人的证言来认定家庭暴力，因为家庭暴力也是因为它的隐蔽性的原因，双方的子女通常是唯一的证人。采用未成年人证言认定的家庭暴力，施暴人一方也没有一例上诉的。

第三是更多的依据职权取证查明事实。大家知道在离婚案件中，一般来说法院会采用谁主张谁举证的证据规则，但是当家庭暴力被提高到人权的高度来看待的时候，法院依职权取证就是一个必须做的事情。事实上在很多情况下依职权取证是查明事实的关键的一个很重要的方法。比如说在去年我们有一个试点法院审理了一起家庭暴力案件。妻子是原告，她在最近的一次挨打当中，她的右臂被丈夫砍了一刀，现场没有第三人。丈夫不承认，说妻子是把丈夫打晕过去，把自己打伤，用来诬陷丈夫，其目的是为了离婚。丈夫的母亲说她亲眼看见儿媳妇用刀砍了自己两下，削掉了一块肉。法官看了女方的个头比较小，比丈夫矮了一头，觉得不太可能有力量把丈夫打晕了并再致残。就拿着病例到医院找接诊的大夫了解情况。大夫的证言证明了丈夫和婆婆都在撒谎。这个大夫一看到病例以后说，他对这个患者有印象，她不止一次的来看过被殴打的伤。一个月以前她来看这个伤的时候，是患者的婆婆陪着来的。为什么说这个刀伤看着像两刀呢，因为当时这个刀砍的非常深，开裂严重，所以看上去像掉了一块肉，实际上没有掉肉。这个大夫的证言取回来以后，在法庭上一出示婆婆和丈夫就没话说了，他们俩的陈述都不攻自破了。这种情况比较多，我们的试点法院去派出所调查取证，找出警的民警了解情况，找村委会、居委会以及当时的邻居了解情况也非常多。

借助家庭暴力知识来查清事实。最高法院的《婚姻法》司法解释（三）第七条规定，夫妻双方均有《婚姻法》第46条的过错情形，一方或者双方向对方提出离婚损害赔偿请求的，人民法院不支持。家暴是《婚姻法》第46条规定的过错情形之一，在这样情况下，对于互殴案件中，分清责任查明哪一方是施暴人，尤其对保护受害人、维持公平正义尤其非常重要。我们的试点法院是采取了这么一些方法，我讲两个例子来说明。第一个是浙江的一个法院审理案件，根据家暴的知识来识别谁是施暴人。在一起案件中丈夫是被告，在路上遇到已经分居的妻子，就想把她拉回家，而妻子不肯，两个人在路上拉扯厮打起来。在这个过程中，妻子的头发被揪下来一大把，高跟鞋被打掉了一支，人也被打倒在地上，情急之下这个妻子拿起自己的高跟鞋就向丈夫的脑袋砸过去，结果丈夫头上裂了一个大口子，他的伤比妻子被殴打的伤要重要的多。一般情况下就是相互互殴打了，实际上根据家暴的知识它就不是这么回事，在庭审中双方对事情的经过没有异议，但互相指责对方是施暴方，实施家庭暴力。男方还

提出了损害赔偿，但法院最后认定是男方是施暴方，因为我们对家庭暴力的定义和性质是一方为了控制另一方而采取手段，这个案件中男方施暴的动机是为了把女方带回家，而女人的行为是不被带回去，男方实施的是控制型暴力，女方是抵抗型暴力，她是为了抵抗男方暴力，她实施的是法律赋予她的权利，因此不是过错方。这就是根据家庭暴力的知识来确定谁是施暴人。

还有一种方法是通过追问细节，来查清事实。这是广东的一个法院审理的案件。原告是以家庭暴力为由起诉离婚的，说被告经常打她，还掐她的脖子，但是她不能提供任何证明，因为等到起诉的时候，脖子上痕迹就没有了，她没有证据，只向法院提供一本日记，这个日记里记了她每次是怎样挨打的，受伤的严重性，受伤的部位和时间、地点，但是被告只承认说双方是互殴，自己是被打并没有打妻子。法官根据其中的一次暴力事件开始追问，问原告你有没有打妻子，他说我没有，我只是被打，原告拿脚踢我，我也拿拳头打她。法官就问你打她哪里？他说我一般是打脸，他用“一般”就知道不是打一次了，法官就问有没有掐过她的脖子，他说有，但是是怕妻子反抗，所以才掐她的脖子。你掐她脖子掐了多长时间，他说大概4、5秒。法官问你掐她脖子，她是什么反应，开始追问细节了，被告说原告反抗用脚踢我，用手打我。这个时候就可以看出来是因为被告先掐她脖子，原告被掐住脖子的时候挣扎，用脚踢他，用手抓挠他，所以男方身上有抓挠伤而女方反而没伤，这种情况如果我们都把它看作互殴，对受害人是非不公平的，也难以体现司法的公平公正。

希望通过这些技术、技能提高，我们试点法院对家庭暴力的认定率提高了很多，比如说我们浙江龙湾法院在试点前，在审理离婚案件中，对家庭暴力的认定不到8%，而在这不到8%里面，主要是男方在法庭上自认，还有一种是男方之前曾经因为施暴被判过刑，通过判决书来判断的，但是试点以后采用了新的指南的证据规则，在近三年受理离婚案件数量保持基本稳定的情况下，家庭暴力的认定，这三年分别22%、26%、29%，而认定率的提高也使得受害人第一次起诉，就被判离婚的机会也大大提高，当事人满意度比较高。

雷明光：下面有请广东省高级人民法院民一庭的王红英法官进一步的从审判事件的角度，来谈一谈家事审判改革的一些经验。



王红英

王红英（广东省高级人民法院民一庭法官）：很高兴在这里跟大家在这里汇报一下我们家事审判合议庭的情况。2010年3月份在省妇联，当时提议要建立一个妇女维权合议庭，经过考量认为婚姻家庭不仅仅是保护妇女的合法权益，应该是家庭成员的平等保护，所以我们就从2010年3月推动了家事审判合议庭的试点工作，这个试点工作开展到现在已经有三年了，我现在就这三年的情况向大家做一个汇报。

第一年应该说是家事审判合议庭制度的建设，我们只是民事审判第一庭，选取一个家庭审判的合议庭（三人组成一个小组）。家庭审判合议庭成立以后，所有的设置是比较符合家庭的氛围，把法庭布置的就像家一样。进去以后有沙发，先和当事人做沟通。在这个案件调解的过程当中，我们属于圆桌的调解，邀请当事人的亲属和家属。在具体案件审判当中，我们主要是增加了法院依

职权调查取证的力度，主要灵感源泉是《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》。

在加大法院依职权取证力度的同时，我们也加大了法官向家事当事人释明的力度，释明是从诉讼一开始就要介入，对于能力不够强的当事人让他明示自己的诉讼请求，引导他进一步进行举证。试点第一年调研的报告在《人民法院报》有刊登，调解率是达到了90%多。在实践中，各个试点法院也制定了自己的规范，除了我们高院发的《家事审判指引》和《反家庭暴力细则》以外，其他的试点法院用自己的力量，跟当地妇联联合发布了《反家庭暴力的实施细则》。

第一年我们成果也是比较多，受到了媒体的关注，也受到了最高人民法院的肯定和广东省当地政委的肯定。由于第一年势头开展的比较好，第二年的时候我们就进一步扩大了试点的范围，我们扩大试点范围也是有步骤、有目的，应该说有一定战略部署。第一个是根据国务院改革和发展委员会提出的大珠三角的发展规划，把大珠三角的很多城市列入了试点范围，主要的目的是及早掌握跨行政区域的婚姻家庭案件的特点。其次是把一些偏远山区的一些法院也纳入了试点范围，进一步对于传统的婚姻家庭案件进行深入的研讨和改革试点，同时还增加了在第一次试点的基础上，扩大了受案范围，现在已经扩展到了离婚以后的财产分割和继承，契合了现在《继承法》修改的一个立法趋势。在扩大试点过程当中继续进行调研，把前期形成的一些比较好的制度，比如说当事人在家事案件中亲自到庭，实行有限辩论原则，加强法院的职能作用进行调查取证，包括现在有新的调解方式，比如涉及房产的，我们要求当事人和法院必须到房屋进行现场勘查，如果发现房屋进行分割的话，我们就当场签调解协议。甚至在很多法院，目前是比较通行的一个做法是对于一些比较敏感、当事人的情绪又比较激动的案件，我们是实行层级调解，由承办人、主管的庭长、副庭长，主管副院长，甚至院长去参与调解，应该说是取得了一定的

成效。我们在家事审判合议庭试点过程当中发现，仅仅依靠法院的力量是不足以推动我们国家整个家事法的改革，比如说我们涉及到人身安全保护裁定的执行问题，目前我们前期的七个试点都和当地的公安机关共同出台了《细则》，就是由公安机关去协助执行《人身安全保护裁定》。但是有一些丧失婚姻以后，一些妇女的经济能力导致下降，是不是也应该对她们进行帮扶，我们法院就利用当地社工部在案件审结以后向当地的民政部门发出一个帮扶函，目前已经非常有效地解决了近十几位当事人的生活困难问题。

在近期内准备上妇联工委书记讲课的讲稿当中又发现一个问题，为什么会出现家庭暴力？难道仅仅是说当事人情绪控制不够、心理有问题，还是涉及到当地政府的家庭政策不够完善的问题。所以我们在进一步的实践当中，就不仅仅引入了心理介入机制，和当地的一些心理学研究机构共同建立一个专家库，在家事案件当中负责对当事人进行心理的疏导，甚至是对案件进行心理评估，以保证这个案件的顺利进行。到目前为止我们的试点工作已经到第三年，今年首先统一了裁判制度，就试点过程当中发现的实体问题制定了会议纪要。

前一段时间，根据广东省整个试点的情况，制定了统一的程序性规则，目前正在报备当中，希望这一次会议对于我们规则的完善能够吸取更多的经验。在近期内我们主要的计划是想在今年年底的时候，向党组发出一个报告，看能不能向全省推动家事审判合议庭的试点工作，并且在今年9月底之前，推出广东省家事审判合议庭综合的资料宣传册，贾汪区也是给我们提供一个参考，希望能够更进一步。

通过这一次的家事审判合议庭的试点，深切地感受到家庭不仅仅是一个家庭的问题，是一个社会的问题，需要联合各个机构、各个部门的力量共同做这个事情。在这里跟大家共勉，这也是我自己个人在做这项工作以后的一点体会，也对于家事审判合议庭试点，和包括我们国家的家事程序立法和继承法修改要走的路的一条寄语：人的一生很像是在雾中行走，远远望去只是迷雾一片，辨不出方向和吉凶，可是当你鼓起勇气放下忧惧和怀疑，一步一步向前走去的时候，你就会发现每走一步之后，你都能看清下一步的路。谢谢大家。

雷明光：通过王法官的发言，再一次证明，我们法官是如此的有才，不仅有专业的背景，还有文学的背景。第一次作为研究婚姻家庭的学者，仅代表我本人的意见，第一次听说了实务的当中的两个词，第一是把离婚的合议庭布置成家的样子；第二个对当事人的调解，采用了逐级调解，容扩了层次调解。层次调解这个词我认为非常好。所以王法官跟我们分享的经验，值得我们去深思。

下面有请江苏省徐州市贾汪区王牧院长，进一步来跟我们探讨一下家事审判工作当中的一些创新的实践和思考，以热烈掌声欢迎。



王牧

王牧（江苏省徐州市贾汪区王牧院长）：尊敬的各位专家、各位来宾，下面我就贾汪法院在家事审判方面，做了一些创新实践和下一步的工作思考，向各位领导和专家做一个简要的汇报。

一是充分认识家庭审判工作的必要性和积极意义。家事案件虽然是属于传统的民事案件，但是它有明显的不同于一般民事案件的特点，比如说它的人身性、社会性、公益性，还有具有较大的隐蔽性和私密性。我想这些特点，下面我们的很多学者还要更多的阐述，从我们审判实务界来讲，对于家事案件，在审判过程中，家事案件在审判过程当中，如果把它放在普通的民事案件中一样地对待，实际上不利于家庭纠纷的解决，同时家事案件在民事案件所占比重当中，从基层来讲一直也是居高不下。

就贾汪法院来讲，从2009年到2011年，这三年的时间始终占到民事案件的30%左右，基于这种考量，我们觉得对于家事案件进行专业化、集约化的审理，具有一定的量的基础，也具有长期的审判经验，可以进行一些探索，应该说在域外和国内的一些地区，也都在这方面有先进的经验，比如说日本、德国、美国等等这些国家，包括我们国家的台湾地区也都有专门的家事法院或者类似的家事裁判机构。像刚才广东高院民一庭的王法官介绍的，我们广东省也在这方面做了很多有益的探索。基于这种原因，我们认为成立专门的家事审判机构，能够有效地提高家事案件的审判效率，化解家事矛盾，提高案件审判的质量和效率，促进以家为最小单元的和谐稳定，从而促进社会的大稳定。

基于上述思考，我们在2010年的年底进行的民事审判新模式的理论研究和实践经验、实践的探索形成了一个调查报告，经过反复论证，我们在2011年的3月3号在我们贾汪法院的民一庭，成立了一个专门的家庭审判的合议庭。经过这一年多的将近两年的试点，我们应该说取得了一定的效果，到今年的4月份，家事审判合议庭已经审理了各类家庭纠纷案件884件，调解撤诉770件，调撤率是87.1%，应该说效果非常明显，在这个基础上，我们经过积极的争取，今年的5月6日，经过我们徐州市和贾汪区两级编制委员会的批准，我们在全中国率先成立了具有独立编制的，也是命名为家事审判庭的一个机构，成为了我们贾汪法院家事审判庭和民事审判庭、刑事审判庭都是相互独立、相互平行的机构，为我们的下一步的家事审判工作进一步的探索和发展打下了坚实的基础。

“家事法苑”™婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

第二个主要是我们的一些做法，我们在整个的实践过程中，主要做了构建“三、四、五”工作体系这样的探索活动。第一是创新了三种模式，大力营造了家事审判的特色氛围。我们的创新三种模式，营造的特色氛围主要从以下三个方面做了些尝试。一创新了审判法庭的布置模式，我们觉得现在普遍的或者说传统的民事法庭，它是为了适应在当事人主义模式下，处理民事案件的需要。家事的纠纷有它自己的特点，所以说有必要对法庭进行改造，以这种家庭责任的担当、亲情的维系、宽容理解等等作为内涵。所以我们对审判法庭进行了一种家庭客厅式的装修、装饰和布置，我们做了一个宣传册，封面就是家事法庭的整个布局场景，里面有电脑、电视、沙发、饮水机等等一应俱全，另外我们还做了一些小的点缀，像千纸鹤、中国结、风铃、鲜花等等，同时在席位设置上，我们只设了法官与书记员席，法官是坐在一个长长的沙发上，因为考虑到江苏法院有法庭要同步录音、同步录像、同步记录的要求，所以在旁边设了书记员席，而原告席和被告席，我们给变成了两个小的沙发，同时细看也从原来的原、被告变成了丈夫、妻子等等来表明当事人之间的关系，体现司法的宽容，构建浓郁的家的氛围。

第二个是创新了合议庭组成的模式，我们精心挑选了几名法官，其中是以女法官为主，这些法官都具有丰富的社会阅历，亲和力比较强。我们在选择人民陪审员的时候，特意选择了一名具有心理咨询师资格的培训师，另外一名也是长期从事心理学的研究，具有教育培训工作经验，同时我们还从妇联邀请了一名长期从事妇女权益工作的领导来担任我们特约调解员。我们在合议庭组成上做了一些探索。

第三个是创新了家事案件的审理模式，力求体现家事案件的特殊性，拉近双方当事人之间的距离。比如说针对于离婚案件，我们要求当事人提供婚礼录像等等的视频资料，还有结婚照、全家福等以便在开庭的时候进行展示，勾起当事人美好的回忆。包括送达法律文书，我们强调法官要穿便装，开地方牌照的车辆，以便尊重当事人之间的内心感受，防止给他造成一种社会上的压力。同时我们还针对不同的案情张弛有度，给予双方一定的矛盾缓和期，感情的和好期，还有跟踪的调解期。

第二个制度是坚持四项工作原则，充分凸显家事审判工作的特色理念。一是诉前调解的原则，坚持诉前调解，只有确实调解不成的，才进入诉讼程序；二是不公开审理原则；三是处理家庭成员关系改善和和好的原则；四是保护家庭弱势成员利益的原则。这是四项工作的原则。

另外我们建立了五项规律的机制。一是建立了家事案件审判制度，我们尝试出台了家事审判工作实施意见，通过这些意见来规范、指导、推动家事审判工作。二是制定了家事案件的证据规则，包括刚才提到的针对家庭暴力案件、按照《反家庭暴力指南》降低证明标准，采用优势证明的原则。二是扩大了法院依职权调查取证的范围。三是加大了释明的力度。四是充分考虑当地的风土人情，积极地收集和采纳民意。

三是建立了人身安全保护裁定的制度。到目前为止也是受理了六起，发出了三份《人生安全的保护裁定》。

四是建立了家事案件调解机制，充分采用各种模式，和区妇联对接家庭纠纷的调处工作。

五是建立了家事案件的延伸服务制度，坚持案件回访制度，走访当事人感情恢复的情况，解决婚离了事未了的问题。

通过上述努力得到了上级的充分肯定，今年5月30号最高人民法院以法院情况反映的方式对我们贾汪法院的家事审判规律经验向全国进行了转发和推广。当然我们也面临很多困难，包括哪些应该划入家事案件当中，另外家事审判案件当中以及程序规则、证据规则，应该如何进一步规范，职能应该如何进一步界定等等一些困难，我们应该利用这样一次机会好好聆听几位专家的指导，对于我们今后的家事审判工作的进一步推进，会给我们带来很大的帮助，谢谢大家。

雷明光：再一次感谢王牧院长详细的介绍了司法审判过程当中对家事审判的一些经验。下面有请婚姻法学研究会，也是一位专家型法官、湖北省宜昌市中级人民法院王礼仁法官，给我们介绍一下全面改革家事案件体制的一些构想。



王礼仁

王礼仁（湖北省宜昌市中级人民法院法官）：各位专家、学者、同行们，我是一个地地道道的家事法官。我今天跟大家汇报的题目是《家事审判呼唤家事诉讼法》。我准备了四个方面的内容：

第一，家事程序不入法，法律体系半边乏。家事程序没有写入法律，法律体系差半边，这主要讲的是我国的民事诉讼主要由财产诉讼和身份关系诉讼两部分构成，身份关系诉讼是与财产诉讼相对应的又一重大诉讼制度，它在各个方面都有自身的品质有独立的规则，无论是在民法体系上还是在理论上，都具有半壁江山的地位。

第二：家事程序不出台，无边错案滚滚来。主要讲的是没有家事程序的规范，司法实践中的关于婚姻案件和家事案件的错误层

出不穷，源源不断。

第三：家事程序今何在，散落寻常百姓家。也就是家事程序目前还没有引起任用的重视，还散落在民间的学

者手中。

第四：家事程序“路”与“车”，两者并重两步走，目前我们的家事诉讼立法面临两大困境：一个是我们的立法没有纳入立法规划，立法之路不通；二是我们的业内研究准备不足，法律职权违背。这个问题我想讲的是解决立法思路，法律职权的问题，由于时间的问题，我今天只能讲第二个问题，主要讲一讲在实践中家事诉讼程序给司法实践带来的严重的、不利的后果。

家事程序不出台，无边错案滚滚来。就是家事程序在审判实践中造成了哪一些错误？家事审判需要家事程序的规范，没有家事诉讼法，家事程序就如同“无轨之车”。无论是脱轨审判还是接轨审判都会造成错案事故。我们目前的家事审判就处在无轨行驶和接轨行驶的这样一种无序状态，所以家事案件审判的错案情形是非常惊人的。我经常关注婚姻案件，总是有这样一个感觉，叫做浅谈婚姻案，举目见错判。更可悲的是不是错判未错案，原因是只愿错在制度中。那就是说这些错案，我们的法官、其他的人不能发现它是错，就是因为我们的制度缺失和我们制度本身设计就是错的，人们就无法识别和判断这些案子是错的。所以目前这些案子错的情况相当严重。我觉得大概有这么几种情形：第一用行政诉讼解决民事婚姻效力纠纷。第二将婚姻诉讼等身份关系诉讼等同于财产诉讼，忽视了职权主义诉讼的色彩。第三是婚姻案件合并审理和反诉，基本上没有使用。第四婚姻成立和不成立之诉，没有用于解决婚姻纠纷案件。第五是无效婚姻和有效婚姻，现在我们这个程序，司法是否混乱。第六离婚调解程序没有得到重视和正确使用。这是仅仅从形式上来讲有这么六大方面的问题。

在实际上各方面的问题就更多了，主要有两个方面：第一个问题是普遍存在的，适用《民法通则》的问题，很多就适用《民法通则》的无效民事行为和其他有关规则来处理家事纠纷，这是一个最严重的带有普遍性的问题。第二个问题是《婚姻法》和其他的法律自身有存在的问题，包括刚才陈敏教授讲到的审理婚姻案件和离婚案件是用职权主义审理方法。另外一个也是一种错误的，理论上讲也应该归于一种错案现象，就是当事人诉讼难，当事人诉讼难本来没有把它加入法院错案，但是是另一种情形的错案，实际上这个范围也很广，我现在也不一一列举了。

下面我想把六大方面的诉讼程序方面实际方面的简单说一些内容。实际方面为什么说它也是层级的，实际上程序造成的，因为我们现在没有程序法。实际上、家事程序法有一个很重要的是家事审判机构的设置。我们有了这些的专业的家事法官、家事审判庭，审判案件质量就高了，技术就高了。刚才说很多离婚调解案本来是实际上的问题又是程序上的问题，怎么谈判呢？很多问题是相互关联的，所以说我们把实际上问题也归结到程序上的问题上来。

这里我想讲一个最严重是用行政手段解决婚姻案件，最近《婚姻法》解释（三）出台以后，我收集了有三个案子。第一个，宁国市的法院在《婚姻法》解释（三）刚刚出台，它就把一个1989年登记的离婚案件，在诉讼中驳回的，叫他去行政诉讼，1989年的行政诉讼好多年了，显然过了行政诉讼期，就是没有过行政诉讼期，你怎么办理的，你给我撤销了婚姻，事实怎么解决了。这样的案子很多。

最近《法院报》7月26号登了一个案件，刊在《法院报》的案例指导下，我就马上写了一篇文章，我认为这个案子处理有瑕疵也不能说它有错误，现在都是这么判。我就写了《瑕疵案件何以上榜案例指导》。这个案子最大的问题在于法院在判决的时候明确地说登记机关没有过错，婚姻登记机关没有过错，你又把它当被告，那就把我们的行政诉讼对行政机关的监督演变为行政机关当行政诉讼的“虚拟被告”或“桥梁被告”，来解决民事纠纷，为当事人垫背。

还有一个案子是《正义网》7月6号刊登的，就是涉及到当事人伪造离婚证的问题，是真、假离婚证的问题，当时在2000年提出离婚的时候，女方就拿出了在2001年的离婚证，这样他在民事诉讼中两次诉讼，一个诉讼发现这个问题就撤了。第二个问题他又起诉，法院不审理叫他找行政诉讼，行政诉讼又给他驳回了，超过了申诉期，最后这个案子还没有解决，这个案子的原因还是缺少家事诉讼的问题。婚姻案件的合并审理案，我可以在民事诉讼中直接取证的婚姻情况下，以及离婚证的效果，我都可以审。谢谢。

雷明光：几位法官精彩的而且充满激情的发言让我们耳目一新，具体对他们发言有何感受，下面有请两位专家来进行点评。首先有请南京师范大学的陈爱武教授做一个点评。



陈爱武（南京师范大学教授）：谢谢主持人，也谢谢刚才几位实务界的法官和陈敏老师做的发言。我听了以后，虽然我对家事审判非常感兴趣，第一个是关于陈敏老师发言当中关于家庭暴力在实务当中的进展情况，我感觉到非常的震惊，也觉的非常先进。在这方面，家庭暴力在实务当中走在了立法的前面，这个应该说是我们搞家事诉讼、家事审判的学者和实务人员感到非常高兴和欣慰的事情。

但是我想谈自己的一点看法，第一是关于家庭暴力忍受度的问题，有的家庭暴力是比较轻微的，当事人可以忍了，可能这个就不成为一个案件了。但是如果说家庭暴力比较严重，不可忍了，在这种情况下，

我们会发现家庭暴力案件一个重要的特性是具有反复性、多发性的，这就带来一个问题，如果出现了家庭暴力案件，一个是直接就家庭暴力要求赔偿，一个就家庭暴力作为一个事由要去离婚。如果进入了离婚的案件当中，我们能不能进行调解，这个我觉得要实界务的人士多去思考，因为在很多情形之下家庭暴力案件，我个人觉得根据情况都不适宜调解的，调解之后这个家庭暴力中的男的说保证不打了，一定会对她好，两人回去之后又打了。他们一起诉你就会调解他们，说回家吧，然后就手拉手回家，这是一个问题。

第二个问题是关于家庭暴力认定，多元化的认定是非常是非常符合规律的，因为不同的家庭，家庭暴力是不一样的，比如说农村的、城市的、有文化的、没有文化的不同群体肯定是不一样的，方式也是多种多样，与家庭暴力认识的技术，我觉得这个都是特别好的。在这里面我得到包括降低证明标准、推定、执行调查这些都是好的，但是法官的力量是有限的，不可能都去做，所以我觉得是不是能够更多的引入社会、政府等等的力量的协助，比如说通过报警成立伤残鉴定中心，通过医生等等的外部力量来协助法官做一些认定，而不是仅仅说法官用证据规则去调查之类，当然这个也是一个手段，我的意思要更加多元化。

第二个是关于后面几位法官的问题。他们所介绍的情况，我觉得也有一些想法的，首先在实务当中我们做得是非常棒的，也是推动立法的一个坚强的力量，所以我自己也到贾汪法院去学习过、参观过，我感受到也是非常震惊，我们做的这么好都没有想到，包括法庭的布置，好的方面我就不讲了，我就谈一些自己的感受。一是家事案件大家都讲强调调解，广东高院曾经有一个庭长、审判长和审判员是层级调解，这样的情形好处是显而易见的，因为让庭长、院长去调解是增强它的权威性，它权威更多、能力更强，可能对当事人更有相信调解和好的可能性，这个是值得肯定的，但是另一方面我又在想，我们法院的时间、经历、人力是不是都能有这样精雕细琢调解案件的情形，这也是值得去思考。还有包括贾汪法院做的家事法庭的布置，当事人来了以后要明确自己的身份，但是我又感受到家事法院的设置，要有很大的地方才可以这样设置，如果说只有几个办公室，要设置一个家事法庭，我个人觉得不太合适，或者说当然也不一定对，你设置的是丈夫、妻子，可能这个是调和、离婚案件之下可能比较适宜，但是相当多的离婚案件可能并不一定是能调和的，没有调和契机的案件，你把他请来说你是丈夫，你是妻子，他可能反感情绪更大，还有一些案子根本就不是离婚的案子，你用这样一个法庭的设置，是不是有点的浪费。

第三个是王礼仁法官也提到了一些问题，他发言以后我觉得家事审判一片黑暗，但是我感觉到还是看到光明了，其实实务当中有很多的尝试也是起到了一定的作用，谢谢大家。



雷明光：通常是律师坐在台下，法官坐在台上，法官来点评律师。今天有一位大胆的律师，既然敢坐在台上来点评台下的法官，他就是中国婚姻家庭法学研究会的理事，我们大成律师事务所、北京知名的婚姻家庭律师卢明生先生，请给刚才几位法官的发言做一个点评。

卢明生（北京市大成律师事务所合伙人）：谢谢，其实也是挺惶恐的，来参加这个会议本来只是想来“打酱油”，结果被主办单位责令坐到上面来做点评。实际上点评说不上，我们注意到四位发言人的角色，四位发言人正好来自中国法院系统的四个层级，应该说这个……设置还是非常好。另外我们再注意下几位法官的姓氏，有三位法官姓王，在专注于家事的诉讼研究，可以说重视家事就是王道。我相信在家事

诉讼领域改革，应该会在几个层级法院的推动之下，应该会取得非常好的成绩。

作为一个法院的审判规则，其实就是律师的办案守则，在这样的改革当中，律师是很大的受益者，今天的点评实际上更多的是从用户体验的角度来发表自己用户体验感受。首先对陈敏老师的《关于涉及家庭暴力审理指南》情况的介绍，实际上我们是可能比较早拿到《审理指南》的律师，因为我们正好利用家庭法研究会职责的便利，在2008年、2009年婚姻家庭法学研究会召开了婚姻家庭解决争议机制的研讨会，当时也邀请了最高院的法官，包括全国人大法工委，还邀请了美国的法官，香港的高等法院的法官来介绍家事的争议解决机制，在这个会议，我们从陈敏老师那里拿到了《审理指南》。

《审理指南》很详实，从家庭暴力的界定，当然这种界定不光是法律上，更多的还是从心理等等一些社会层面的知识来界定家庭暴力，包括法官在审理家庭暴力当中相关的审判规则，包括举证责任的分配，最终如果判决离婚的话，对于施暴者应该所受到的处罚，受害者应该得到的补偿。我自己也办理了不少涉及到家庭暴力的案件，这个《指南》虽然说北京的法院比较少，因为说没有人引用，但是法官都会考量这个《指南》这个东西。应该说我们在办理涉及家庭暴力的案件当中，最终法官看了《审理家庭暴力的指南》，最终的论点我们都是非常的佩服。这个方面我感觉陈敏老师做了一个非常大的贡献，我本人作为一个受益者没有过多的置疑。

作为广东高院的王法官和江苏贾汪法院的王副院长，他是从当地的家事审判制度的实践经验给大家做了一个介绍，当然实际上非常好有很多值得承办婚姻家庭案件律师应该学习的地方。婚姻家庭案件和其他案件是不一样的，它有独特的伦理性的一点，可能要更多的运用心理学、社会学等等一些方面的知识，来帮助当事人解脱婚

“家事法苑”™婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

姻家庭的困境，并且有很好的实践经验，有事前事中的心理评估，包括事后的社会帮助，应该说这样一种审判制度的改革对于当事人的救助是非常好的。当然最后王礼仁法官也从家事审判制度现实存在的一些困境，做了非常全面的分析，甚至如果我们看的话可能会比较惊讶，就是他认为没有家事审判程序的规范，错案大量存在，甚至他的论文当中也提到了，他所看的案件有80%以上的案件存在错案，当然这种错案不一定会对当事人实体权利会有存在各种损害，但是可能这种审理程序上有存在各种问题，当然存在这种问题的原因来源于什么？实际上我也想说一下这个隐忧，虽然我们最高法院系统上上下下对家事审判制度的改革都非常重视，并且提出在审理程序上婚姻家庭有别于民事案件的特殊性，应该特别关注，但是与之相对应的实体法方面却存在着混乱，就是说《婚姻法》变到《民法》这样的关系。

应该说《婚姻法》在立法之初，1950年、1980年的《婚姻法》是一个独立的法律部门存在，但是在1986年的《民法通则》之后，一直有专家来呼吁《婚姻法》回归《民法》的一种博弈，我认为是直接导致了去年的《婚姻法》司法解释（三）的混乱。在婚姻家庭案件当中它要引入《合同法》，甚至是《物权法》的相关规定来解决这种争议，当然我们的学者，特别是马忆南教授也是有很多的质疑。所以说，在实体法方面的混乱的情况下，我很担心是否会对程序法的进展造成阻碍，当然我们也期盼程序法方面的进步，来推动实体法的关系的清晰，谢谢大家。

雷明光：谢谢两位点评专家。现在休息十五分钟。

（茶歇）

孙韬（江苏省律师协会省直分会民委会副主任）：大家都知道在民事诉讼中，特别是婚姻家庭的诉讼中，特别是随着《人民调解法》颁布和实施，调解现在在家事诉讼中的作用越来越体现出来了，但是有很多的案件，由于非诉的调解，或者说诉前的调解而导致了时间的浪费和效率的影响。如何在非诉的调解和诉讼程序的衔接方面和对接方面解决这些问题？如何能够就非诉的调解能够不影响效率，能够实质上的保护当事人的合法权益不受到损害，这个问题是一个程序来保护实体性的问题。就这个问题，有请范愉教授给大家进行讲解。



范愉教授（中国人民大学法学院教授）：非常高兴来参加今天的研讨会，其实近几年来，实际上我个人在这方面没有做过系统的研究，今天更多的听取大家的意见和建议。这个会议给我一个命题作文，那我就这个命题作文的范围谈几点看法。首先在讲诉讼与非诉讼衔接的时候一般会有几个层面的问题，第一是方式的问题，调解的方式和判决方式。过去我们认为诉讼就是判决，所以认为调解和判决方式之间的衔接，但是这个问题现在已经没有什么太大的问题了。大家也都知道家事这种审判，它的特点就是调解优先，所以它的非诉化的形象是非常明显，所以在方式的衔接上，基本上不存在着特别大的问题了。

第二个层面的问题是诉讼与非诉讼衔接主要指的纠纷解决的主体，也就是说这个机构是司法机构、行政机构或者是民间社会机构，从这个意义上讲非诉讼往往是指行政、民间、社会机构这个层面的衔接。司法当然指导的是司法审判，包括特定的专门程序。目前世界各国都存在民间社会机制、行政机制、司法机制、诉讼和非诉讼之间的衔接，在中国这全部都有，但是之间的衔接比较微妙、复杂的。由于时间关系我可能也没有办法完全展开，我想说的是怎么去考虑民间社会机制和诉讼、非诉讼这样的一种衔接，首先取决于本国家民间社会的资源的可利用程度。我们都知传统的社会中因为它的共同体的作用非常大，所以国家基本上并不完全干预这块，但是随着国家对民间社会干预越来越强，而民间社会越来越薄弱，所以必然会出现一种新的组合方式，中国现在考虑到非诉讼一般会想到人民调解，其实还有很多非诉讼



范愉

的力量可以借助，包括我们的律师。像西方国家的诉讼与非诉讼之间的衔接方式也是非常复杂的。

第三个要考虑的因素是婚姻家事法越来越多的出现了一种新的整合迹象，就是公、私法之间的高度交融。中国80年代末90年代进入改革的时候确实有些误区，刚才几位老师都说到了，就是过多的强调程序法和实体法的高度分离，过多地强调《婚姻法》向《民法》的回归，这个恰好和大势相背的。整个世界各国的专门性纠纷解决最大的趋势是实体法和程序法的合一，所以很多国家在特定的公益诉讼、集团诉讼，它不是从一般的诉讼制度来设立，而是通过专门的实体法的设立，比如说用垄断来搞一个特殊的法。所以从这个大趋势来讲，单纯的修改《民

民事诉讼法》和《婚姻法》都不足以解决一个单独问题，所以大的方向本来是应该合一。此外《婚姻法》中公法的因素越来越多，从早期的西方大陆法中，它表面上虽然归的是民法系列但是它在程序中完全是国家强制干预的高度职权主义，所以它弥补了这个，即使你在实体上、理论上放在民事上，但仍然是国家高度干预的、特殊的，所以这个东西也能调和。但是我们是这边完全向《民法》回归，一边把它向一般诉讼法回归，于是两个角度都导致了这种方式的混乱。在这样的情况下，我们对很多理念的问题没有解决，比如说现在中国，大家知道完全把婚姻家庭家事看作私事，所以干预程度非常低，我们没有剥夺监护权，虐待、遗弃、重婚经常会淡化掉，所以在处理婚姻家庭家事仅仅关注的是民事的一面。这个问题在对诉讼和非诉讼影响是非常大，比如像很多国家对非诉讼的调解非常重视，但是随着家暴问题的出现，它对调解员的训练中就非常强调，如果出现了家庭暴力问题，你不能仅仅强调“和”，一定要注意在什么样的界限下有举报的义务，这就是和传统的调解员的保密义务完全不同，所以它从行为规范到操作准则上都会有一系列的突破。

所以非诉讼和诉讼之间的衔接表面上只是一个方式、方法的问题，但是涉及了大量理念的问题，这个问题和中国现在的《侵权法》有很大关系。我们很多家长疏于监护，孩子闯了祸、受了害，仅仅去追究单位、物业的责任，家长的责任没有人追究，长久下来以后，这样的理念就会出现很大的混乱，所以家事问题不仅仅是程序和实体的规则问题，而主要是社会观念的变化问题。当然我们知道这是需要演进的，如果没有到这个程度的时候，强迫的就按照西方的方式演进肯定也不行，所以最终的婚姻家庭法整个的调整可能还是在演进的过程中。

第四是诉讼和非诉讼衔接中关注的价值是什么，当然是很多元，第一就是家庭的和谐稳定，这个实践中我们都知道，同样是离婚，调的离肯定比判的离要和谐，因为调的离可能会好说好散，包括孩子的监护权、将来的探视权，包括共同监护都可能完成，但是判的离婚容易出问题，同样的这种和谐的因素都是在家事纠纷解决中特别重视的。首先就是这种和谐的非对抗的因素。

第二是公共利益和弱势群体保护的因素，比如在分割中，简单的过多强调公平，所以我们在90年代修正《婚姻法》的时候当然弄的好多妇女要面对问题就是捉奸在床，国家会不施与援手，所以把社会秩序、道德秩序搞的很混乱，包括证明标准都是可以倾斜。这种推定、证明标准包括举证责任、调查权都是可以通程序来调解的。所以对这种保护，如果通过诉讼与非诉讼的衔接中，也就需要比如说对调解员，我们现在只是在说去调和，为什么不给他增加调查权，不能在他的行为规范增加一些新的因素，这都是非常重要的。

第三个是便利当事人的因素，因为婚姻家庭中涉及的因素非常多，其实有的时候有刑事的、行政的、民事的、家暴的，还有各种各样财产的，结果我们老是把它分割出来，而这边光是身份的解决了，而那边的家产你要另案起诉，然后这边又要弄一个，又非诉讼程序不需调解身份问题，于是搞了很多所谓在原理上说得通的，但实际上对当事人非常的不便，所以婚姻家庭程序最大的情况是诉讼与非诉讼的衔接是可以灵活转换的。另外在这个过程中，应该更多给当事人便利，很大程度上，有可能的话将来，我觉得完全可以“三选合一”，在必要的情况下涉及到刑事、虐待、遗弃、重婚，然后家庭包括婚姻登记的瑕疵，包括后面赡养、财产问题都可以放在一起。

第四个是效率，中国司法改革第一强调的效率，有时候最好的先进典型是七分钟解决一个调解案，但是大家都知道这不是我们婚姻家庭纠纷解决追求的最主要的问题，甚至效率如果到时候搞不好的话会出很大的问题，所以最近有一个“离婚预约”，表面上延缓的效率，但是也有可能一定意义上有更大的价值。很多国家在设置的时候都在婚姻纠纷中对效率问题是要相对考虑的，但是现在世界各国衔接是有这么几种，一种是全司法的，就是整个婚姻家庭最终的决定权是由司法，但是它怎么引进非诉讼呢，比如像美国、澳大利亚就是把社会力量引进，当事人完全是达成的调解协议，在法庭上仅仅是宣读双方当事人，但是表面上仍然是全司法的，包括律师的调解、民间机构的调解、专职调解员的调解等等，当事人自行的协商在里面高度的适用，所以即使是全司法程序，其实它主要的工作完全由非司法做的。另外一种行政程序加司法程序，这里面两种情形，就是行政强调效率高，像日本行政高效率，甚至当事人不到都可以，用书面的完全完成。但是只要有一点点的异议、瑕疵马上进入司法，前者强调司法效率，后者强调正义公平。还有一种是行政程序的复杂化，在北欧有些国家把行政程序增加了很多调解程序争取行政完成所有的司法功能，所以进入司法的就越来越少。我们的国家问题主要在于，首先完全期待法律的规制可能不是我们最期待的理想，因为中国所有的法律都不是一个理性设计能完成的，所以司法实践，像今天上午介绍的法院的方式，可能是中国目前最现实的。就是由法院先探索，但是制度的灵活性特别大，所以法院中间可以用各种各样委托调解、学术调解把非诉讼引进过来。

再有就是非诉讼本身的改造需要注意，最近的人民调解不许这种非诉讼机构进行离婚的调解，其实这是一个很糟糕的设计，其实它完成了进行调解，调解完达成协议后只是它当前能够走两路：一个是拿调解协议到行政确认，另一个是走司法确认，就是完成了它的衔接功能。再有一一定要对民间的调解协议的确认把好关。其实现在还有一个问题，律师作为中立的调解人进行调解，这是《律师法》的问题，《律师法》没有赋予律师这种独立的职能，其实西方国家这种独立的，以第三者的调解越来越发达。谢谢大家。

孙韬：感谢范愉教授的精彩演讲，下面邀请南京师范大学陈爱武教授为大家进行中国家事诉讼特别程序的演

讲。大家可以看一下会议资料，她一共向会议组提供了九篇的论文，是提交论文最勤奋、最多的学者。她研究的方向就是在中国家事诉讼、中国家事法院制度考虑和研究这样的研究性课题，有请陈教授。



陈爱武

陈爱武（南京师范大学法学院教授）：谢谢主持人。刚才我作为点评人，现在作为发言人我真的感到非常的荣幸。今天我汇报的题目在论文里面也提交了，是在第 82 页，对于我们国家家事诉讼程序的思考，对这样问题的思考我列的标题是在制度理性和实践理性之间，其实我想说明的问题简单而言，从制度的理性而言，我们应当制定家事诉讼程序，但是从实践的情况来看，实践当中对于调解的路径依赖，又使我们感受到家事诉讼法律建构是路漫漫，可能是比较困难，因为立法者认为没有什么太大的问题。

我觉得首先提要理解清楚，家事诉讼的这样一个程序有一个多维的背景，什么情况下需要大家去诉诸这个程序，因为我们说“法不入家门”，但是那个时候我们的家庭能成为解决家庭纠纷的自治体，外部也有一些调解或者其他社会力量能解决的时候，应该说那个时候我们肯定是不需要这些东西的。那么法入家门的情况是随着社会发生了这种的变迁以后，这种情况之下，在近现代以来家事法的发达引出了家事诉讼程序，从背景上来讲，一个背景是从离婚为核心的家庭事件增多，这里面有一个大的背景，从禁止离婚到准许离婚，准许离婚里面从有责离婚到无责离婚，这样一来，离婚的比例肯定急剧上涨，还有一些因素，比如这个家庭里面本来可以由长辈来消解家庭纠纷，那这样核心化以后没有长辈给你解决这样纠纷，所以这个纠纷就外化了，就变成了内部人的自我消解了。

这有一个以前是女主内，男主外，现在随着工业化、层次化的发展以后，女人也出去工作了，这样她对家庭的依赖、对经济的依赖可能是大大降低，就算是离婚了我也能够正常生活，所以对感情的需要增大，因此说离婚事件就不断的增加。其实我们要讲家庭程序，核心就是离婚事件，因为只有离婚事件才引发其他的事件，这个是从国外到我们国家都是这样的规律。第二是离婚事件增多，我们能不能用现有的制度去化解它，如果我们现有制度能够很好的应对那也不需要家事诉讼程序。

所以我第二个标题讲，对抗式的诉讼不适合家事案件的解决。从我们国家的情况来看，之前我们在解放以后很长时间我们不是对抗式的，所以在很长时间民事审判就是家事审判，或者说就是适合家事审判的，什么时候感觉到不太适合呢？也就是说，我们引入了当事人主导的诉讼，这个是渐进式的，从 80 年代初 1989 年底开始了审判方式改革，一步步向当事人主导的诉讼、辩证诉讼转变的过程，这个过程当中适用了财产纠纷的解决方式自治，在程序当中也延续了这个自治，但是这种情况之下，一个程序的变革符合了一种纠纷类型，但是却没有估计到原先家庭纠纷的解决，所以你满足了财产型纠纷的解决，随着市场发展，实践中的纠纷增多了，意思是说对抗型的诉讼不适合家事诉讼的家庭案件审判。

第三个是家事程序的特殊性，就是家事案件程序特殊在哪里？大家也都谈到了，比如伦理性、道德性、人文性、公益性等，我想特别说一下家事关系有一个特殊点，家事案件有面向未来性，因为我们财产、契约诉讼都是朝后面看的，因为是发生在过去的事情，让过去的事情来进行裁决，而我们的家庭案件除了有过去的事情还有还有未来的事情，要有展望性的判决，而展望性的判决和过去事件的裁量肯定是不一样的。因为展望性判决，你无法去提供证据，未来的事情怎么去提供证据，这个就需要法官去裁量，比如说子女抚养费、探望权的问题，这都是未来事情，意思是说它具有面向未来性，再加上面向未来性很多是跟未成年子女有关的。

我们到韩国去交流的时候，当时的主题皆是家事诉讼法制，在这里面中国是有家事诉讼程序的，只不过没有家事诉讼法典，实质性的家事诉讼在实体法当中，在司法解释当中，在一些登记条例当中。所以我在里面特别提到了《婚姻法》三个司法解释以及《收养法》的登记办法等等，里面有关于家事诉讼程序的一些规定，这些规定我归纳了一下至少有列了八个方面，都是关于诉讼程序的规定。我重点来评价一下对现行制度上的规定，我个人觉得是有比较大的问题。

实体法当中规定的家事审理程序内容是不严谨的、不完备的、不系统的，有先天的缺陷，在实体法当中规定程序法的内容必然是不全面的，实体法中规定程序内容是缺乏整体性的，没有一个整体思维，还有层次比较低，很多司法解释里面规定，它是一种工具性的，为了法官很好的运用，头痛医头、脚痛医脚，就是有规定也是语焉不详，比如说司法解释（三）里面说无行为能力人的配偶有虐待、遗弃等严重损害情形的，可以要求变更监护关系，这里面的特别程序到底是什么程序，在诉讼法中找不到这样的程序，还有婚姻无效案件，这个你到底用什么程序，用哪个都不合适，因为这个不是一审终审，一审终审是特别程序，这里面也没有和它相对应，所以我们是程序缺乏，这是关于制度的检讨。根据制度检讨的结论，我认为应当尽快的制定诉讼法层面的家事诉讼程序。

第三是实践的探索，谈一下自己的看法。我也比较关注实践，有什么新的举措我都会收集过来。在这个里

面，我也觉得有一个值得反思的问题，就是说实践的探索是非常有意义的、非常好的，但是也有一些问题，可能要更深入一些，就是说有一些探索很多还是比较粗放型的，我们把家事案件作为一个整体去说，其实家事案件本身是非常复杂，所以我第一个就列到了家事案件，你说的家事案件范围是怎样的，你所采取措施是不是都能适用，所以家事案件我觉得多种类型要看到，比如说家庭诉讼案件、身份的、财产的案件，这里面要多分。还有家事保全程序、家事执行程序、家事调解程序都很有特殊性，因此只有整合为一个统一的程序，才能在里面大展身手。最后说一下我们自己的展望，我觉得对我们的程序还是有制定的必要性，我认为否定之否定之后得出的结论，我们还是应该在家事诉讼法制的完善上面去鼓吹、去呼吁。谢谢大家。

主持人：下面有请中国人民大学肖建国教授给大家进行民事保护令制度的展望，大家都知道家暴在中国的婚姻家庭案件中由于涉及到感情因素，发生的概率或者数量非常之多。现在面临的一个困难是警察不管，居委会想管却管不着，法院想管却是取证困难，法律规定是空白，所以人身保护制度是重中之重，当务之急。有请肖建国教授。



肖建国

肖建国(中国人民大学法学院教授):非常感谢主办方的邀请,来到会场确实获得了很多新的信息,学习了很多新的东西。我过去一直是研究《民事诉讼法》,这次《民事诉讼法》的修改也全程参与,参加了法工委开的六次专家座谈会。8月2日,法工委开了第六次会议,最新的拟稿中仍然没有看到关于家事诉讼程序修改的内容,甚至连一个条文都没有,这是非常遗憾的。家事诉讼程序的完善,这一年来获得了学术界和实务界的共识,家事诉讼程序、普通的民事诉讼程序,尤其以财产关系的争议为原形来设计的家事诉讼程序,它的原理、制度、程序规则都是完全不同的。我们过去,法院长期以来因为缺少规则的规制,习惯用财产关系纠纷的专门诉讼程序来解决家事争议,这里面造成了用财产关系处理家事纠纷的争议的现象,显然用错误的办法解决争议的问题,最后这个案子出现

错误也是在所难免的。所以家事诉讼程序的完善可能需要今后的学术界、实务界的共同努力。我的想法是通过《民事诉讼法》的修改来完成家事诉讼程序的完善,恐怕还是不现实,应该学习台湾地区、日本民事诉讼法修改,采用单一法的方式,单独制定《家事诉讼特别程序法》,就像我们《海事特别诉讼法》,如果有这样立法的计划,家事诉讼程序才有可能走上台面。

今天报告的题目是关于民事保护令这个制度的完善问题。从2006年年底,我就参加了中国法学会反家暴网络的课题,就是关于《家庭暴力防治法》的起草工作,这个课题是由我们政法大学夏吟兰教授作为组长,我主要是负责其中的民事保护令,包括家庭暴力民事诉讼的特别规定,特别程序以及证据。《家庭暴力防治法建议稿》去年年初已经拿出来了,在我们会议上参考资料中有。家庭暴力确实在我们国家是严重的社会公害,对于家庭暴力的规制确实应该采取不同于传统的思路。

《家庭暴力防治法》起草中,我们特别注意到对家庭暴力的防治,不管采取什么样措施,我们背后所奉行的观念是有共识的,对家庭暴力采用“零容忍”的态度,绝对不能允许家庭暴力的发生,同时我们要采用国家责任这种理念,不管是国家机关还是社会团体,在我们家庭暴力防治中应该履行这样一种责任,尤其是人民法院应当摆脱过去所谓的司法中立的立场,在我们家庭暴力有关的民事诉讼程序的设计中,法院程序就要走完,就是不能提供裁判,就是要奉行这样一种社会意识,就是要站到家庭暴力受害人的立场。这是我们所有人、世界各国关于《家庭暴力防治法》中所共同遵行的理念。

同时《家庭暴力防治法》也涉及到各个机构、各个部门的职责,所以《家庭暴力防治法》里面还强调多机构的合作。家庭暴力的防治不仅是法院与家的工作,它也是我们的警察、检察官、妇联、社会机构,包括民政、律师等相关各方面的共同努力。所以,在这个问题上,家庭暴力防治大课题确实是非常任重道远的伟大任务。

在《家庭暴力防治法建议稿》中,对于民事保护令问题专门写了一章,用了24条来写民事保护令,对民事保护令的入法,从学术界、理论界、实务界都达成了共识。目前我国的《婚姻法》、《妇女儿童权益保护法》和一些相关的单一法中宣称反对家庭暴力,缺乏一些非常有效的直接对于家庭暴力的一种防治措施。实际上从我们现有的法律规定来看,受害人要想摆脱这种有暴力的婚姻的话非常困难,可以选择离婚,但是离婚并不是一种最佳选择。我们中国法学会反家暴网络曾经做过调查,我们的调查对象反应最多的是不离婚,只是希望制止对方暴力,要求的离婚的只占一部分。

离婚并不是能解决家庭暴力的办法,因为离婚可能会带来离婚贫困问题,也可能带来分手暴力的问题,留在婚姻中可能会被施暴人暴力致死、致伤、致残。要么就是以暴制暴,所以我们到海南省女子监狱做调查的时候,我们看到两位进监狱的时候都已经超过60岁的老太太,在结婚30年之后仍然以暴制暴把丈夫杀死,像这样一种

惨痛的案例表明我们现有的制度安排并不能足以预防家庭暴力。

民事保护令在我们国家立法，应该说获得了社会各方面的认同。从我们专家建议稿的内容来看，关于家庭暴力防治的民事保护令问题，在我们民事法保护令的制度设置方面主要包括几个方面的特色。

第一，就是申请保护令，不以提起离婚诉讼为前提条件，它是一个独立的制度和程序。

第二，就是民事保护令的管辖应该符合两边原则，就是由受害人住所地或者临时居住地法院的管辖。

第三，就是保护令的申请形式，可以是口头申请、书面申请。

第四，就是法院应当为申请人提供合适的申请书。

第五，就是申请保护令，不收其费用。

第六，就是扩大家庭暴力申请保护令的证据可能性的范围。也就是说，你在申请保护令的时候，你所申请的保护令所提供的证据材料，可以是公安机关的报警记录、接警记录、出警记录、询问笔录、保证书、担保书、物证、医疗机构的诊断材料、病例鉴定、妇联的证言等等。

在保护令的申请范围方面，我们扩大了保护令的申请范围。除了受害人之外还允许经受害人同意知情的其他自然人、法人，或者其他组织，包括庇护机构、救助机构、社会福利院、妇联、受害人所在单位、居委会、村委会、中小学、幼儿园学生教育机构、公安机关、检察院、反家庭暴力委员会，这些人可以申请民事保护令。在保护令的审理的程序方面采用职权主义、不公开主义以及特殊的审理程序。

第四个大方面，是在保护令内容方面既包括人身安全的保障，也包括财产的保护。保护令内容除了要求被申请人禁止施暴、禁止接触，包括迁出房子、远离工作场所或者被害人住所，还包括受害人可以在保护令中一并要求财产保护权和执行中要求的内容。比如说，你把我打伤了，你要给我支付医疗费，应该把车和房门钥匙给我，不能处分动产或者不动产，包括生活费都可以在保护令的内容中加以保护。在保护令的执行方面是由公安机关和人民法院各司其职，保护令的执行制度，对于金钱给付的内容，按照台湾法律的规定是由法院来执行，对于涉及到人身安全的保护由公安机关负责执行。采用这样的制度安排，在我国建立一个有中国特色的民事保护令的制度对于保护家庭暴力受害人是一个福音。谢谢大家。

雷明光：感谢肖老师的精彩演讲。下面有请北京航空航天大学张晓茹教授给大家讲解、讲评台湾《家事事件法》。因为我们讨论家庭诉讼特别程序的完善和建议，不妨用比较的方法来采用其他地区来怎么解决这个问题的。



张晓茹

张晓茹（北京航空航天大学法学院副教授）：尊敬的各位先生女士，上午好。感谢主办方组织这次研讨会，也非常感谢各位给我发言的机会。

在8年前，我的博士论文写的是家事诉讼，《家事裁判制度研究》。这几年一直有一些文章在刊物中发表，也一直在关注实践中的问题，所以今天看到来自实务界的法官和律师，非常高兴有这样的机会学习和切磋。我今天的题目是：论家事事件程序——兼评《台湾家事事件法》。这次我国大陆的《民事诉讼法》修改没有涉及到家事诉讼的单独成编或者成章，刚才肖建国教授提到他是想通过完善《民事诉讼法》的过程中来进一步完善家事诉讼程序，我们也了解到2011年的12月11日，台湾单独通过了《家事事件法》，我想借此机会给大家系统地介绍家事诉讼程序和台湾的《家事事件法》。

我的文章可以分为三部分：第一大部分家事事件程序，什么是家事纠纷、家事事件程序以及家事事件程序的适用范围。第二大部分，试图分析大陆为什么没有独立的家事事件程序，没在《民事诉讼法》单独成编、成章，像《海事诉讼程序》设立独立的程序法。第三部分讲家事事件程序所涉及到一些重要的制度和理论问题。

“家事纠纷”应当是一个法律问题，不包括家庭中鸡毛蒜皮的问题，家事纠纷是一个法律概念，这种法律的概念应该受到婚姻家庭实体法的调整。我并不说重实体法，轻程序法，程序依赖于实体法，我的意思是目前的家事纠纷应当受实体法的规定，它权利义务关系受实体法的调整所限制，当然在程序上，各地的法院都作出了积极努力的尝试。刚才范愉教授也讲到了整个的家事法，世界范围家事法的立法趋势，程序法和实体法是一种融合的趋势。

世界各国关于家庭法是如何定义的？它并不关注所有影响家庭的法律，其重点关注的是身份的创设和取消，包括结婚、离婚、亲子关系以及身份的创设和取消带来的法律效果和家庭成员的保护。部分国家的《家庭法》同时还范围扩展到儿童领域，将收养和关于儿童的地方当局权利和义务也包括其中，整个的家庭法在世界范围内是这样认定的。

我们所理解的家事纠纷应当是指婚姻家庭领域内，因婚姻、亲子、收养、同居等感情关系所引起身份关系和

财产关系的法律纠纷，日本学者对这样的纠纷作出了深刻的总结，引起家事纠纷的原因比较复杂而不能轻易的探明，家事纠纷时时刻刻在流动，对它的变化无法预先判断。第三，解决家事纠纷的方法和途径多种多样。第四是家庭纠纷的是处理结果往往伴随着家事纠纷的拖沓、复杂和呈现出的困难态势而出现当时不易执行的情况。这是关于家事纠纷范围的界定和理解。

家事事件程序包括家事非诉讼程序、家事诉讼程序和家事案件的调解程序，这是我们对家事诉讼程序的完整理解，日本先后制定了《人事诉讼程序法》、《家事审判法》和《非诉讼案件程序法》。

2011年12月12日，台湾单独通过的《家事事件法》，将《民事诉讼法》第九章《人事诉讼程序》、《家事非诉讼程序》和《家事调解程序》合并立法。也就是说台湾颁布的《家事事件法》以将三种程序合三为一了。家事事件的具体范围应该包括哪些，应该是何种程序呢？1983年9月，在联邦德国召开的第七次诉讼法国际会议上根据各国提交的报告，家事事件程序主要包括婚姻关系事件、亲子关系事件。

各国在取舍的时候有不同的态度。第一种态度是包罗式的，像日本和韩国，把所有的家事事件都包括当中。第二种态度取其中的一部分，通常是将婚姻关系事件、亲子关系事件和相扶关系事件作为家事事件来处理，将其纳入通常诉讼程序的范围。第三则是仅仅将婚姻事件作为家事事件来处理，比如，澳大利亚取最小的范围。

日本的家事裁判法院所处理的案件分为两部分。一类是家庭事项相关联的由《民法典》所调整的案件。第二类是少年案件，关于少年犯罪的案件都是由家事法院来处理的。日本在新的《人事诉讼法》施行以前，日本原来有《人事诉讼程序法》，后来又颁布了《人事诉讼法》，我已经翻译成中文在我的书里已经附加上了。

《人事诉讼程序法》并不是把所有的家事诉讼都由家庭法院来处理，新的《人事诉讼法》颁布之后将所有的人事诉讼案件、准人事诉讼案件以及诉的原因事实所损害赔偿案件，都统一由家庭法院来审理，这是日本新《人事诉讼法》的调整范围。原来的人事诉讼案件并不是由家事法院来处理的，新的《人事诉讼法》颁布之后是由家事法院统一处理的发展变化过程。

德国就近20年的发展也做出了一些变化。从德国和日本的发展趋势来看，家事案件概念呈现一种开放的状态，其范围不断扩展、涵盖的家庭案件的类型也不断的多样化。人事诉讼案件的概念、人事诉讼案件它的范围在台湾、德国、日本也是不同的。以上是我对德国、日本和台湾对家事诉讼范围的理解，给大家做的介绍。

我试图分析大陆为什么没有独立的家事诉讼程序。首先是传统诉讼观念是大陆缺乏家事事件的根本原因。就是我们通常理解的“法不入家门”和“清官难断家务事”，很多偏远的地区人们还是有一种家丑不可外扬的观念，法律是不可以解决的。

第二个原因是先于民事诉讼制度建立的婚姻家庭制度，使得婚姻案件的审理程序代表和影响了整个民事诉讼程序。在改革开放之前，我们所理解的民事纠纷绝大部分都是指婚姻关系纠纷、家庭纠纷和邻里纠纷等等，它影响和代表了民事诉讼程序。

第三个原因就是大陆长期施行的超职权主义诉讼模式，在某些程度上迎合了家事案件审判的需要。我们所采取的职权主义诉讼模式在审理任何案件都适用，家事纠纷的解决在其他国家同样是适用职权主义诉讼模式。以前我们所适用的职权主义诉讼模式一定程度上迎合了婚姻家庭纠纷的解决，所以导致我们没有必要来制定《家事诉讼程序》。

第四个方面的原因，法院长期青睐的调解结案契合了家事案件中大部分案件的处理需要。法院调解是很适合家事纠纷解决，法院调解和家事调解应该不是完全相同的。

第三部分是家事诉讼程序的核心内容和问题。我的结论是：家事事件程序需要单独立法，需要理论研究、规范，家事事件程序的良好运作需要家事法院配合。希望成立家事法庭的法院能够在家事法院的建立方面作出尝试，将少年法庭并过来，家事法院可以分为家事法庭和少年法庭。

雷明光：下面有请陕西婚姻法学会会长、西北政法大学张伟教授，演讲的题目是《完善家事纠纷解决机制初探》。刚才我也非常同意张晓茹教授的观点，家事诉讼程序应当进行完善，正视、发现并总结出了目前家事诉讼的机制的缺陷和问题，提出了解决的方法。有请张伟教授。



张伟

张伟（西北政法大学教授）：各位大家早上好，很高兴今天能有这样的机会，尤其我觉得这次的举办方是独具匠心，今天参会的既有实体法又有程序法，既有理论又有实务，还有从事其他相关社会志愿者的代表。今天来参加此会，我感到非常的荣幸，学到了很多东西。

同时我在今天的报告中首先给大家介绍一下背景。这是我这几年做的调研报告，针对婚姻家庭纠纷解决机制，包括诉讼模式和调解模式，大概针对陕西省的部分地区、山东、甘肃、新疆等地区做的一个调研报告的汇总。

在报告里面，提了一些目前的不足，从诉讼的局限性来讲有

几个值得思考的部分。刚才几位学者已经说了，牵扯到一个怎么样在家事案件当中，包括实体立法和程序立法，一个价值取向的问题认定。婚姻家庭关系价值取向、最大的特点是它所具有的伦理性，出发点是处境家庭和睦、互惠互助、利他奉献而不是利己索取，它具有私密性、情感性、公益性、身份性、习俗和传统性，这是民事和商事关系不具有的，通过一般的诉讼解决难以顾及。

另一方面按照传统的诉讼也会对子女造成很大的负面影响。《儿童权利公约》明确规定“子女最佳利益”，也就是一切权利都要让位儿童权，尤其在婚姻家庭关系当中，也就是儿童权利最高、儿童权利优先，在普通的诉讼当中很难顾及，并且会造成对子女利益的侵犯。现存机制上的缺陷主要是立法调解制度的协调，《婚姻法》的规定、《民事诉讼法》的规定，还有现在我们相应的一些其他法律规定，互相之间不协调甚至冲突。

还有缺乏一个具体的程序来保障这种公正科学的调解或者处理婚姻家庭案件，程序没有具体、没有细化并且缺乏公正透明。现在目前我们常用的诉讼内的调解、诉讼外的调解，包括基层社区的调解，都缺乏一个必要的支持，包括机构、专门人才、资金等等方面，诉讼调解和非诉讼调解机制的不畅通不协调。

下面这方面我的一些思考，个人认为关于在家庭诉讼程序方面的建议，诉讼模式的建议，个人主张还是设立专门的家事法庭。在家事法庭下附设一个家庭调解委员会。我很高兴刚才介绍的一个区的法院专门设立了家事法庭。另一方面我觉得要针对婚姻家庭的特点，必须制定不同于一般民事诉讼的特殊诉讼程序。也就是家事诉讼程序以及证据规则、证据的责任分配、证明规则，不同于一般的民事和商事案件。前不久我们与美国的法官协会交流的时候，针对家事案件他们不主张非要追求证据的高度概括性，尤其像家暴等等，只要达到40%-50%就可以了，尤其在家事案件当中、证据规则上我们缺乏比较系统的一些做法。

我也给大家介绍一下，为什么我主张还要在法院里面附设一个家事调解委员会。这是我们在跟日本的学者进行交流的时候，比如名古屋大学的本田静润教授，他是搞民事诉讼的，我专门问了一下，日本在这方面做的是不错的，他们专门在法院内设立家事调解委员会，并且他有三大要求，除了一名法官必须要有两名成员，年龄40-70岁，并且是一男一女，具有性别意识，在处理家事案件，都兼顾到了，他的这种调解与法院的判决具有同等效力。

以上是我们给大家说的关于其他国家的一些做法。我们可以借鉴像日本、台湾地区等等，他们的有益经验和立法。在我们国家现行的条件下，应当在民事诉讼程序当中增设一个家事诉讼程序，但很遗憾的是这次没有把家事程序纳入，制定单独的家事诉讼程序，我也赞成，但是我觉还要经过条件成熟，经过充分的论证、调研。

关于调解模式。调审分离还需要进一步进行完善，在这方面有些法院有做了有益的尝试，像西安市雁塔法院，专门了设立一个速裁室，有一些案件他们自己处理了，包括陪审员和审判员。另一个方面，是我们到西安市莲湖区法院做调研的时候，他们有一个算是创新也好，改革模式也好，专门将专业人员引入法院的调解，在其立案大厅，其中陕西省妇女研究会，有搞心理学、社会学和法律志愿者，把他们引入到立案大厅挂牌办公。另外还有行政调解，民间调解，把这些都引入其中。这个是将社会化和法律化的一个结合。

第三个就是，我认为把人民调解应当作为处理家事案件的前置程序，首先经过人民调解。还有一个问题，就是怎么样完善细化调解程序的流程与程序规则，所以说调解必须要走专业化、现代化、职业化。这次在调研的时候有一个区，像新疆昌吉州，缺乏现代意识，调解的都是年轻人。所以，不仅要专业化，还要现代化的视角。这是我总结的，包括相关部门也要在专业培训、人才方面对调解这块予以支持。由于时间的关系，我就不多说了。

国以家为基，家以和为本，家以和为贵。和谐的稳定的婚姻家庭关系，除了夫妻恩爱的感情、亲情的互动、性别和谐构建以外还需要法律的保障，包括实体法和程序法。但是，再好的实体权利如果没有科学公正程序的设置和程序法的保证，这个权利也是一个无从实现或者是成为一个虚伪的权利。这次非常遗憾，家事程序没有进入《民事诉讼法》，我在此呼吁，希望和大家共同努力，推进家事程序的完善，推进家事纠纷解决机制的完善，也期盼家事程序法的早日出台。

雷明光：感谢三位教授的精彩演讲，由于这次会议的日程安排的非常紧张，所以时间有限，五位教授的演讲是意犹未尽的，可以在会后充分的展开研讨和交流。作为审判一线的基层法官王牧院长对此有何感受和跟大家交流一下。



王牧：按照会议的安排，从基层法院的角度谈一谈对听完五位教授的演讲之后的启示，总体而言，个人感觉收获非常大。在前面的材料当中，曾经提到过进行家事审判的时候面临危险、困惑。当时搞的时候，虽然也做了一些调研，但对于家事审判工作的改革探索路子能走多远、能走多宽实际上是有困惑的。今天听了五位教授的精彩演讲，进一步坚定了我们的信心，当然由于时间关系，希望以后能有更多的机会能够听到我们五位老师在这方面能给我们更多的指导。具体而言，每个教授的演讲对我们确实有很大的指导作用。比如说，我们的范教授谈的主题是诉讼和非诉讼程序的对接，在家事审判领域搞诉讼和非

诉讼的对接从实务的角度也发现了这个问题。单纯的把家事纠纷纳入法院的诉讼程序当中，实际上基层法院是不堪重负，我们也强调诉讼的调解程序，只有经过调解工作之后，确实没有办法化解的纠纷我们才纳入诉讼程序当中。

今天范教授又给我们拓展了思路。第一，范教授肯定了我们的做法，在现阶段的诉讼程序和非诉讼程序对接方面，法院是有很大的作用空间的，这一点和我们的探索是相互吻合的，利用社会团体的作用，按照非诉讼程序化解家庭矛盾方面，实践中是法院发挥了主要的作用，是主要推动力量，所以我觉得范教授肯定了我们的做法，坚定了我们的信心。

另外，范教授谈到在诉讼和非诉讼程序对接过程当中要关注的价值。包括，第一个和谐和非对抗；第二个保护公共利益，弱势群体的保护；第三，便利当事人的原则；第四，效率的原则。下一步在探索过程中，在推进诉讼程序和非诉讼程序对接的过程当中，对我们能够起到一个指导的作用，这是范教授的演讲。

陈教授的演讲对整个中国司法立法、中国家事审判的立法作出了一个瞻仰展望。陈教授到我们家事法院现场指导过，我们也希望陈教授在我们家事审判探讨过程当中能够持续不断的进行指导，陈教授的家事审判立法的展望非常的全面。

肖教授谈到的人身保护令制度，从理论上、制度层面上做了很多呼吁。人身安全保护裁定虽然有反家暴指南的指引，但是人民法院在做这些工作的时候确实也面临了实际上的困难，特别是和公安等相关部门的协调方面，单是靠法院推进面临着很大的困难，如果能从立法的层面解决这些问题，能更有效地消除家庭暴力。

张晓茹教授的谈话对我们很有启发，特别是重点介绍了我国台湾地区家事事件的程序立法，从比较、研究的角度开拓了我们的思路。另外《家事事件程序法》的内容张老师没有时间来详细阐述，但是有材料我看了一下，回去后我们还要认真学习。

张伟教授谈到的完善家事纠纷解决机制对我们特别有帮助，因为他从时政的角度分析家事纠纷解决机制的局限，同时也借鉴了日本等一些国家的做法。特别是家事法庭下设家事调解委员会这样一个制度对我们很有启发，谢谢大家。

雷明光：我们有请这次会议的主办方徐昕教授来进行点评。



徐昕：会议收获非常大，一个单元三个问题，诉讼和非诉讼衔接、家事程序的专门化、保护令，整体上我都赞同，但是我们来思考问题，可否从张晓茹教授提出的一个问题入手，为什么学者，甚至很多法官律师都赞同要这样的一种家事审判的单独程序，但是为什么做不了？至少有两个方面的思考，一个是我们对这些问题的特殊性，描述认证不够。第二个我们所提出的方案操作性不足的，特殊性的论证不够，至少包括这几个方面：第一我们的研究是不足的，有我们自己的责任；第二个方面是现有的诉讼程序，比如说职权主义、重视调解等等这些使得现在的程序能够兼容家事的纠纷解决。还有一个很重要原因，现在的法院对诉讼程序的弹性的遵守，它是很弹性的，并不是非常刚性的遵守。我想还有一个很根本的原因，中国自从打破传统之后，不重视家庭、不重视人，而我们重视集体、重视国家，这是一个很深层的原因。

从操作性来看，我们提供的方案是不是有操作性，我们可以思考，反家暴是旗帜鲜明的支持，但是很多的问题可能有一些操作性的问题，比如说，界定问题，什么叫家庭暴力？语言暴力有时候有非常毒的，有冷暴力，有这样的暴力转化不是很简单的，把它界定清楚的，是个问题。有实施条件的问题，现在公安法院有没有足够的力量来支持。反暴力保护令的实施需要整个社会的很多的配合，我们反暴力的机构有没有，社区是不是完善，NGO是不是能够得到批准建立等等，这些问题都是配套。

还有肖建国刚刚谈到的“零容忍”，的确我们很好说，其实也有矛盾。婚姻其实是需要宽容和容忍的，保护令的目标上也有冲突，是追求和平还有要追求关系的重建，两者之间是有冲突的。刚有教授提到判决离婚也许比调解离婚会带来更多的矛盾。这种人身保护令有时候可能会带来一种关系的更加激化，这也是我们需要考虑的。除了这个单元之外，上个单元给了我们很多的启示。我特别注重司法改革，想在这个领域做出一些努力。

我认为，在家事审判的领域，包括在少年司法的领域，试点改革永远不会错。我们的很多的司法改革，担心这担心那，总是怕出错。有些有路线的问题，是不是没有坚持党的领导，审委会不做的的话是不是否定法院党组。但是，在家事审判的领域，任何大胆的试点改革永远不会错，因为它是为了家庭、为了孩子、为了未来、为了中华民族未来的成长。这是我的点评，谢谢。

雷明光：我们顺利的完成了主持和点评的工作，下面把主持的这把交椅还给刘桂明老师，同时邀请李轩教授和夏正芳庭长上台担任点评人，谢谢。

雷明光：我们顺利的完成了主持和点评的工作，下面把主持的这把交椅还给刘桂明老师，同时邀请李轩教授和夏正芳庭长上台担任点评人，谢谢。

刘桂明：各位专家、朋友，现在进入我们的最后一个板块，关于律师建言献策的板块。有一句话，能把一句话变成十句话、变简单为复杂的是教师，把十句话变成一句话、变复杂为简单的是律师。我们律师想把十句话变成一句话。按照议程，每个人讲3分钟，接下来为了维护我们的“吃饭权”，我们把时间抓紧点，每个人的发言时间缩短为两分钟。每次讲的人要赶紧排队。



苏东彪（河南省平顶山市律师协会副会长）：由于时间的调整，今天讲的内容都在材料上。我讲两点内容：我个人写了一部《民事诉讼法》和《诉讼收费办法》，里面包括一些调查令制度、禁止令制度和财产申报令制度。我觉得《民事诉讼法》存在很大重大问题，司法能力和效力、司法公正力和司法资源的合法利用方面存在很大问题。如果这件问题不解决，家事诉讼程序、家事诉讼当事人的合法权益就得不到保护。

我提供三个数据：

第一个数据：是我国现有22万法官，是世界上其他国家法官人数1.5倍到2倍，我国的法官是80%是可以大量出口的。

第二个数据：一线法官九万多人，一线民事法官六万多。我国每年受理民事案件是600万起，每人100起，美国是1300多起。我们法官要参加奥运会一定拿第一名。

第三个数据：我们国家每1000人口当中，一年民事案件平均量数是4起，美国是65起，欧洲多数国家是40起。

由此数据可以看出，在我们国家作为一个中国人，诉权保护非常痛苦的。基于对数据的考虑，我对于民事诉讼思考，发现了世界几百年的民事诉讼当中有些值得探讨的问题。针对这些问题的思考我完成了《民事诉讼法》，民事司法能力、司法效力、司法公正、和司法资源合理利用方面得到了全面提高。其中就民事司法能力而言，可以达到美国的2-3倍，达到欧洲多数国家的4-5倍，达到我们的国家的20倍以上，甚至30倍以上。我希望推动可以司法改革。



孙韬（江苏苏源律师事务所律师）：由于职业的特点，决定了我关注的角度和立场和在座的法官和学者不同，他们关注的是调解率、撤诉率，而我作为律师，关注的是当事人的财产如何得到保护。我们做律师没有人关心当事人离不离婚，我们关心的是当事人究竟有多少财产，收取多少律师费，但在这个过程中，我办理大量案件中发现一个问题：财产越来越多，表现形态非常复杂的情况下，财产很多是难以查明、查清楚的。当事人转移财产、隐蔽财产的情况比比皆是。我们怎么解决这个问题，不让私家侦探赚钱。

我有两点建议：第一个，我们家在江浙沪地区已经有了调查令的制度，应该加强调查令的制度，即只要是涉及到婚姻家庭的案件，就可以向代理律师颁发调查令，有可能不是特定的，针对你需要申请提供一个非常明细具体的银行帐户信息，只要是你提供这个调查申请，发这个调查令，并凭借它到所有的金融机构、房地产机构、工商机构查询对方当事人的财产信息。

第二个，在诉讼程序上面，可以设立一个简单易行的制度，即当事人的财产申报制度，自己申报自己名下的财产。我们可以设立更高的惩罚制度，即如果你没有在开庭前如实的申报名下的财产。这种情况下，一旦是法院判决之前或之后，你在离婚案件诉讼案件中有没有如实申报的财产，这个财产就归对方所有。通过这种高额的惩罚制度，逼迫当事人、督促当事人自己自觉地向法院如实申报自己的财产。谢谢。



王小成（上海沪家律师事务所律师）：关于在家事诉讼过程当中，法院加大调查取证制度的方面，我谈三个观点。首先第一个观点，关于银行帐户的调查，据我们所了解在北京、上海和深圳各个法院基本上的操作模式，是律师、当事人愿意向法律提供申请，并且提请的当中要提供详细地银行帐户的开户信息，还有的法院必须要提供具体的开户支行，如果不提供，得到的回复是没有办法去调查，这个事情对于律师、当事人是非常的困惑的。

在执行程序过程中，执行法官可以凭被执行人的身份证号码可以

“家事法苑”™婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

到银行把的所有的银行存款全部可以调出来，而为什么在审理程序却不能做到，所以我们也感到非常困惑，也觉得这个事情在理论上、实际上都是可以操作的事情，为什么不能做，所以今天我也想借这个机会，可以引起各级法院的具体操作法官的重视。

第二个观点，婚姻案件 70%、80%的案件会涉及到婚外情的问题，作为婚外情证据的提供，现在作为当事人来说难度是非常大的。孙韬律师提到了一个调查公司的问题，其实现在有很多调查公司会介入到婚外情的调查，而开房记录，还有一些其他比较隐秘的行为，在这种情况下，让另外一方去举证这些事情得话，相对来说是比较困难的。

在这边我们希望在《民事诉讼法》修改的时候，各位专家一起来努力是不是能够针对这一块有所突破。借助这件事情引申一点，是关于亲子鉴定问题，在《婚姻法》司法解释（三）第二条，在这里面提到夫妻其中一方如果拒绝鉴定的话，可以使用推定规则，而在我们处理的案件当中被鉴定的一方（孩子）可以独立发表自己意识的话，孩子拒绝鉴定怎么办？目前在法院、在我们处理这类案件当中，没有得到一个非常好的解决。

第三个观点，建议在建立家事诉讼程序，成立专门的家事诉讼法庭的同时，要配备专门的调查法官，因为随着现在当事人婚姻案件、家事案件的发展；当事人关注的财产问题，关注的一方过错的问题，这些调查的工作量远远要大于其他的普通民事案件。在成立专案法庭的同时配备专门的力量，在调查的同时，审理案件的法院可以从繁重的调查工作过程当中抽身出来，专门针对案件的事实认定、法律的适用来专门的做一些工作，起到一举两得的作用。谢谢。

刘桂明：其实你的点可以用四个关键词来解释身份证、地下党、亲子鉴定、调查法官，接下来有请来自上海京大律师事务所的赵宁宁律师。



赵宁宁（北京京大律师事务所上海分所律师）：大家好，我主要是涉外离婚案件做的比较多，今天我通过作为一线律师的一些感受和体会，主要是在涉外离婚案件操作过程当中，两个方面的程序问题跟大家提出我个人的一些看法。第一个是关于涉外离婚案件管辖权完善的问题，涉外离婚案件在确定管辖权的时候，我个人认为现在的《民诉法》规定的，涵盖的范围是不够全面、不够明确的。

因为我们在现实处理涉外离婚案件当中，我相信很多律师都会遇到这样一个尴尬的问题，由于我国现在社会和国际社会的交往频繁，存在这样的一类的群体，就是说很多外国人在中国工作、生活，有的是十几年，甚至是更长的时间，那么双方外国人如果在中国进行离婚的话，关于这类群体的案件法院是否受理，我国现在的《民诉法》是没有明确的规定，所以往往存在一个空白的境地，是双方外国人在外国登记结婚，但是住在中国，但是在中国没有办法离婚。关于这一类人，据我了解，虽然法律上没有明确地规定，但是有部分法院是有条件可以受理。还存在一种情况，如果一个外国人，他起诉一个在中国境内的外国人，或者工作、生活在中国境内的外国人，将起诉不在中国境内的另外一个人，这一类案件对于我们现在关于涉外离婚案件的管辖是没有规定的。关于这个问题我个人提出的建议是希望能够参考一个跟当事人密切联系的原则，就是不管他是哪一个国家的国籍，只要他在中国生活达到一定的年限，就可以受理他离婚的请求。

第二个问题是管辖方面，就是平行管辖的问题。比如说双方涉及到的涉外的离婚关系，其中一方在国外已经起诉离婚，但是出于对自己一方利益的考虑，他又觉得中国法院处理对他更为有利，那么他有可能在不考虑国外法院是否已经处理的情况之下，在中国再一次起诉，往往就会造成一个现象，最后不同的国家有不同的判决，甚至是完全相反的判决，而且在这个过程中可能会涉及到法律的适用，或者是两个国家对于最终判决的承认冲突的问题。我个人的建议，就是能够确立一个先受理法院管辖的原则，就是中国法院在考虑到这个离婚案件在国外已经受理的情况下，是不是就不需要再处理。

还有一个个人建议，因为涉外离婚案件有很多的特殊之处，关于涉外离婚案件管辖权的确定问题能够做一个专门的规定，比如考虑到当事人婚姻关系的缔结情况，或者不同的国籍、文化等等，区分不同的情况进行受理。第二个方面的建议是关于域外送达的问题，现在的情况是一个离婚案件，如果对方在国外，我们会遇到一个法院的文件送出去，再等到它回来可能要一年、两年，有的甚至是送出去就没有任何的回音。对于这类案件，我认为我们要突破现在我国《民诉法》所规定的送达的手段，首先突破单一的送达手段。据我了解国外很多国家，甚至包括我国深圳、浙江有些法院已经启动了一些现代化的达手段，比如电子送达。这些方式的启动我个人觉得不但可以提高我国司法的效率问题，而且还能够更加有效的、及时的保护当事人的权益，解决当事人的纠纷。

第二个是关于域外送达的主体，我国基本上除了法院之外，包括律师、当事人都可以通过各种方式向对方送达材料，以他最先收到的为准。

“家事法苑”™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

第三个是完善邮寄送达，我国有规定是6个月期限，有个规定是视某些情况认定他能够收到的情况之下视为送达，我个人建议需要完善的是什么情况下视为已经收到等等，这个可能需要法律的一个明确规定。

最后一个是规范域外送达文件的文书，往国外送达的文件都需要翻译，具体哪些机构进行翻译，翻译的文件是不是有统一的格式、规范或者达到什么方面的标准，这是我个人建议。最后可能还有很多问题，我觉得还需要完善，有些观点可能不太确定，但是这是我作为一线律师对我国《民事诉讼法》能够有进一步完善和改善的期盼。



王军营（河北世纪鸿业律师事务所律师）：由于时间关系我就不再寒暄了，本次研讨会的主题是家事诉讼程序及立法完善，我想从离婚诉讼财产保全的角度来谈一点个人的看法。很多律师可能都和我有相似的看法，离婚诉讼财产保全的现实需求和实际应用是不协调的。一方面在现实当中，一方恶意转移财产的情形大量存在，这就说明离婚财产保全很有必要，但是另一方面现实当中离婚的财产保全利用很低。最主要、最现实的原因是，对申请财产保全的一方没有能力提供担保，尽管是《婚姻法》司法解释（二）的第28条就这个问题作出了相关规定，但是由于这个规定缺乏可操作性，它在现实当中并没有起到应有的作用，针对这个问题我斗胆提出的建议，对财产保全一方免除他的担保义务，这是基于对家事诉讼特殊性的考虑，免除他的担保义务。我的建议可能很肤浅、不成熟，只是希望更多的理论学界、实务界对这个问题给予更多的关注，谢谢大家。



李曙光（天津星聚律师事务所律师）：我提出的问题很简单，是关于未成年子女是随父还是随母生活意见听取程序的建议，现在有两方面，第一方面是1993年规定（司法解释）至十周岁以上的孩子，在判抚养权归属的时候，应当听他的意见。现在这个规定已经将近20年，我们的孩子教育、智力、营养水平已经经过20年的变化，这个年龄是否有必要的调整。第二个问题在取得孩子的意见的程序上，我认为目前在审理案件的时候遇到几个不好的现象，法官用比较粗暴的方式，加上双方父母干涉他的想法，这个时候对孩子的心理，造成了极坏的影响，并且关系到他的意见是否真实，第二会对父母留下比较不好的影响，希望各位专家对这个给予考虑。



孙跃礼（安徽世浩律师事务所律师）：大家好，我作为一名律师，离婚案件办的多一点，谈两点意见。在实践中我们发现承办离婚案件的法官往往有倾向性，往往武断的反对原告方提出离婚，这种做法根据我的观察，效果比较差，损害了司法公信力。作为我本人的体会，冲动离婚的案件当事人是很少的，我们的法官不仅是在离婚案件上，而且在普通的民事诉讼程序上，中立这个原则把握的不够。在离婚问题上法官有比较严守中立的原则，但是也有例外，有些法官在审理家庭暴力离婚案件上，往往对家暴问题轻描淡写，实际上是对家暴行为的不重视。

家庭暴力有周期性，我非常赞同陈敏老师的观点，就是家庭暴力的案件不宜调解。关于家暴案件如果要进行调解，我觉得有一个前提条件，就是说当事人愿意努力的改变，而且要通过专业的心理治疗或者咨询。在这个情况下，在争取当事人同意的情况下处理一下，我建议法官可以将案件中止一段时间，看看效果。唯有当事人通过专业的心理干预，这个家庭挽回的余地比较大。如果当时就是嘴上说说，写保证书、跪下、痛哭流涕这些都是不管用的，这是一个方面。

另一方面，我建议《家事程序立法》上加入一条，在处理离婚案件的时候，告知当事人进行婚姻家庭咨询。因为刚才有些学者和法官也说了，法官不堪重负，因为离婚的事情，如果讲一般的道理显然是不管用的，肯定需要专业的干预，但是法官的专业素质往往是不够的，而且法官的精力也是不允许的。这个可以告知当事人通过社会机构进行婚姻家庭咨询和心理咨询，可以比较有效的改善他们的婚姻质量，可以挽回许多濒临破碎的婚姻。如果立法不可能的情况下，我建议最高法院，搞一些司法解释或者下一个通知，在里面落实这个方面的规定。谢谢大家。



张秋敏（北京京银律师事务所律师）：我的题目是《无民事行为能力人的离婚权利》，在《婚姻法》司法解释（三）中，明确规定了无民事行为

“家事法苑”™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

为能力人的配偶如果损害了无民事行为能力人的权利，其他监护人可以向法院申请进行变更他的监护权利。同时司法解释（三）赋予了他代理无民事行为能力人到法院进行诉讼的权利，我们首先感谢司法解释（三）关注这些特殊的群体。其次我要讲的是无民事行为能力人变更后的监护人是一种权利还是一种义务，我赞同是义务的观点。它既然有这个义务了，它在是离婚过程中，如何更好地保护无民事行为能力人的权利，《民事诉讼法》明确规定了原告方，就是说无民事行为能力人作为原告的时候，当他的代理人代理他进行诉讼，如果他在中途当中没有参加诉讼或者无能力参加诉讼，是否按撤诉处理。我觉得这个问题可能是比较小，但是也是现实当中存在的，我对此有三个观点。

第一个观点：赞同大家的成立家事诉讼程序这个立法，但是我的第二个观点是，目前阶段下，如果是家事诉讼程序法行实体的操作，看来是有一定的困难，是需要一定时间的，包括学界可能没有给国家提供更成熟的观点，有待于我们继续讨论。

第二个观点：我的看法是在《民事诉讼法》当中新修改时，能否突破这一点。我们国家目前法律体系，和大家习惯的思维来讲，突破这一点好像相对讲难一些。

第三个观点：我们在司法中、实践中如何突破，因为我是一线律师，我大部分知道我们作原告代理人也好，原告也好，超过半个小时不到庭就按撤诉处理。如果说是正常代理人或者完全民事行为能力人，这一点我们是理解的，但对于无民事行为能力人，这一点在司法实践中是否能突破，能否考虑到他们的特殊利益的问题。我还是建议各位法官，给予一个突破，更好地保护无民事行为能力人的权利，特别是离婚权利。

姚丹（天津优法律师事务所律师）：大家好，我的提交给大会的论文题目是《婚内析产问题看民事诉讼修正中的先行调解》，先行调解在民事诉讼案中的第 121 条有一款是这样规定的，当事人起诉到人民法院的民事纠纷，适宜调解的先行调解。由于就条款没有明确说明调解的时间和范围。我建议调整的意见是，当事人起诉到在人民法院的下列民事纠纷案件，在立案后经当事人同意可以调解的应当先行调解，调解不成的转入审理程序。列了六项，其中包括婚姻家庭的。

再次我要重点强调一下婚内析产问题。婚内析产问题是《婚姻法》司法解释（三）的第 4 条出台以后的一个新型案件。我有幸承办了天津首例婚内析产案件，我在立案的时候受到了立案庭的法官不知道这是什么案由，首先我建议是明确了案由之后，然后列举到《民事诉讼法》当中第 121 条里，确定先行调解的过程。因为婚内析产案件如果是作为简单的财产纠纷的案子的话，有很多不利的因素。尤其是他们并没有解除婚姻的关系，如果法官在审理当中如果不进行先行调解，在这个过程当中可能会激化夫妻之间相互的矛盾，对维持夫妻的关系，后续的稳定可能有不利的因素。这是我的一些建议，具体在我的论文中还有体现，谢谢大家。



刘辉（北京市将隆安律师事务所律师）：各位嘉宾上午好，我的题目是关于诉前调解的一些看法。目前民事案件立案难，代理家事案件难上加难，我们到法院立一个离婚案，要开被告的居住证明，而法院会为原告及律师设置层层阻碍。北京地区法院要求所有离婚案件，有律师代理，当事人本人要拿身份证亲自到场。这些规定为原告以及律师造成了重重的立案难。法院为了构建所谓的和谐社会试点搞诉前调解，实际上查《民事诉讼法》并没有相应的法律依据。根据《民事诉讼法》第 112 条的规定，所有立民事案件应该在七日内通知，如果说不予立案，要出具不予立案裁定，可是我们在实践当中基层法院基本上不给我们出具裁定。而且在北京朝阳地区立一个离婚案，可能比调解难，立案原因会拖迟至少

一个月的时间，比如说我 4 月 20 号去立一个案，可能到 5 月 20 号去可能也不给立案通知，所以说各种各样的层层阻力，造成了律师和当事人立案难，可是诉前调解目前我发现并没有相应的法律依据，而是无意当中拖延了原告的诉讼时间和离婚诉讼预期，给被告充分的机会，比如说转移财产、孩子的抚养权、持续的家庭暴力。

在实践当中，其实到了法院的诉讼当事人，据我的了解多半夫妻已经感情破裂，他们经过基层组织和人民调解、机构调解已经没有什么希望了，就是到法院希望有诉讼程序，可是法院却拖延了当事人的诉讼时间和机会。其实现在有很多机构和组织，比如婚姻家庭咨询机构，还有律师都在做这些调解工作，法院其实是再重复做这项工作是没有必要的，所以我建议法院应该明确诉前调解制度，或者明令禁止，否则法院以各种理由阻碍立案是违反《民事诉讼法》的行为，侵害诉讼当事人的权利。



陈凯（北京中凯律师事务所律师）：谢谢大家，谢谢主持人。在这里跟大家分享一点感受和想法。第一是参加这次会议我感觉有一点遗憾，就是我们讨论《家事法》往往变成了讨论《婚姻法》，讨论《婚姻法》往往变成了讨论《离婚法》，所以在这里我作为研究继承和传承方面的律师，我想大家分享一点感受，就是希望大家关注《继承法》方面的问题。

“家事法苑”™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

在这次会议中，我也有两点欣喜。第一点是听到范愉教授提到的“演进论”，对于《继承法》来讲，从律师的角度我相信《继承法》一定是一个演进的趋势。咱们国家现在有 1.6 亿老年人，而且在未来将以每天两千万的速度增长，所以无论是从制度也好，从理念也好，范愉老师主要讲的是理念的演进，理念的演进和制度的演进我相信都会有更多的发展。

对于第二点欣喜是听到王牧院长和徐昕教授讲的 NGO 的作用，范愉老师也提到了诉讼和非诉讼之间的灵活转换，那么 NGO 会起到很大的作用。在这里向大家汇报一点，我们联合民政中央和教育界、媒体、专家、老师，今年成立了北京老年健康研究老年基金会，我是这个基金会的主要的策划人和工作人员之一，在这里希望在座的学者、教授，法院的同志、律师，能够关注到《继承法》这块。我在这里发出一个邀请，希望能够和大家做一个多方面、多层次的合作，在这里我一句话总结我的感想，《继承法》的问题，想可以用《钱氏家训》里的一句话来总结我为什么要做《继承法》，“利在一身勿谋也，利在天下者谋之”。这是一条长远的路，我希望在这条长远的路上和大家共进、共勉，谢谢。



点评嘉宾：李轩、刘桂明、夏正芳（从左至右）

主持人：这个环节的各位律师的发言，非常简短、快速，尽管有些遗憾，我刚才说了凡是说话说不完的会议，必定是一个非常成功的会议，但如何成功，接下来有请两位点评人点评。按照女士优先的原则，请夏正芳庭长先做点评。

夏正芳：今天我注意到几位发言人的性别，我们五位女性、六位男性，我觉得非常好，很和谐，跟我们法院审理类型的案件正好不一样，我们很多法官审理都是女性，我觉得不太好。王牧院长已经意识到这个问题，他们的家庭审判庭的庭长就是男性，我说非常好，男女就得要结合共同来办理这样的案件，因为大家考虑问题角度不一样。

我今天注意到各位律师的发言都有一些关键词，因为他们谈的都是一些具体问题，对这些具体问题我做一些简单的

回应。通过苏东彪律师的发言，我听出来是对我们的法官、法院不满的，我们虚心接受了。我们的司法能力确实有待提高，但是我也要说明一点，民事法官的压力确实是非常大的，就江苏的情况来看，超过 50% 的民事案件，但是审理民事案件的法官不到 1/3 左右，当然这是我们法院自己的问题，我们的判决书和仲裁差别很大，这也是我们今后努力方向，我们会继续努力。

孙韬律师和王小成律师讲的调查的问题，法官签发调查令我觉得非常好，但是希望你们不要说法官把法官该做的事情交给律师去做了，因为我曾经看到过这样的报道，我觉得看了有点不舒服。我们大家共同来举证把案件事实调查清楚，我觉得这是我们大家共同承担的一个社会责任，所以我觉得这个制度非常好。法官也应该加大调查取证的力度，在婚姻案件审理当中，也是要求法官一定要多调查，在调查的时候也不限于当事人他是不是请求，或者说也不限于他要求你调查哪些内容。如果说法官在审理案件当中，觉得为了妥善地处理案件，需要加大调查范围和力度，法官完全可以做，但是很多法官问我，这样做是不是意味着我帮一方当事人的，我说没关系的，如果你把案件处理的那么好、那么圆满，谁会说你错呢。

如果你觉得法律上欠缺依据，可以通过让他向法院申请，这个问题是不难解决的。我也给大家透露一点，前不久我们在徐州贾汪区搞了一个研讨，我们很多的法官也提出了涉及到当事人资产的调查，银行查帐的问题，法官也很苦恼。不要以为你们律师调查很难，其实法院去调查也很难，很多银行也给我们设置很多障碍，当然我们现在正在跟银行加强这方面的沟通，从最高法院开始对我们调查银行设置了很多障碍，我们也觉得很难。有的当事人，他只知道有这方面的线索，但是线索又不是很清楚，到底在哪家银行，法院那么多案件也很为难，我觉得大家也要互相理解，大家共同去努力。

关于涉外婚姻这一块，上海的律师一向走在全国的前列，我们的法院也是这样的，关于涉外婚姻这块我研究的不多，这里面确实有很多问题，关于送达的问题、管辖的问题，包括相互承认国外的一些判决，在这方面的，苏州有一些这方面的案件出现了，关于这方面的问题，一会我要好好向上海的同行人和律师们多请教。

关于财产保全这块，我在会前简单看了一下，在婚姻案件当中的财产保全说实在的，不光是婚姻案件当中的财产保全，在其他民事案件涉及到财产保全的时候，也确实存在着这个问题。就是法官对保全担保有时候要求比较严格，我考虑了一下其实是出于两个原因：一个是限制当事人滥诉，我们就有这样的案例，当时他的诉讼请求根本不可能达到那么多，但是他却要提出那么多诉讼请求，我们也告诉他如果保全有问题，你要承担赔偿责任对方的责任。他就这样告下去，但是现在案件他输了，对方又在告他。所以有时候觉得他申请就不可能达到这么多，通过诉讼保全担保限制当事人。还有一个是在民事案件当中，设置了国家赔偿的就是保全，如果保全出了问题，就是要承担国家赔偿责任的，这个对法官的压力也很大，所以往往我们在担保制度方面可能是审查的严一点，但是

我觉得我们在婚姻案件当中可能要区别对待，因为它跟一般的案件确实有点不一样，而且最高法院也有这样的一点，就是尽量考虑到可能的范围内让当事人提供担保。

如果说你们在江苏有这样的保全，法官要求你们提供更严格的担保，你们可以来找我，我们来帮你协调。关于调解方面，有一个法官说我们法官调解应该中立一些，我的观念正好相反，我觉得法官在案件审理当中可能还要多介入一点，当事人是“和”还是“离”，我们有一个判断，根据不同的方面去做不同的调解工作。另外关于诉前调解导致立案难这个问题，马上《民事诉讼法》也修改了，对我们的立案做了很多的限制。《民事诉讼法》修改以后，我们会按规定来做，在后面的这些问题会解决的。



会场实景

李轩(中央财经大学法学院副教授):我不是研究家事诉讼的专家,但是我这次特别想来,而且向主办方和夏庭长都提出了不情之请。我想在家事诉讼之外,借题发挥一下,我特别想就《民事诉讼法》修改现状进行一个批判,我想就《民事诉讼法》修改的全局性问题谈几点意见和呼吁。首先我有两个担忧,一个是这次《民事诉讼法》修改,全国人大常委会法工委的态度,这个态度我感觉是否过于保守,《民事诉讼法》全面修改这么大的事情,他们好像也想淡化处理,低调通过。第二个担忧是律师界的反映,似乎过于冷淡。毫不客气的说,如果不是我这个兼职律师给全国律协建议,在去年11月份搞了一次大会,在今年6月份和民法学会搞了一个小会,呼吁《民事诉讼法》修改提出两个建议稿的话,律师界可能没有什么声音。当然像苏东彪律师这种草根立法,独立起草人

专门提出全套修改意见,这是属于少数了。

所以从这个角度,包括今天谈的家事诉讼程序,其实过去呼吁和讨论都很少,这次有这样一个集中的讨论,但是感觉有太晚了,想写进《民事诉讼法》是不太可能了。从目前官方两次审议的《民事诉讼法修正案(草案)》以及我最近从不同消息来源,听到的可能要进行的三审稿定稿来看,这次修改的总体思路仍然是十分局限的,根本谈不上全面修改,更难以有效解决实践当中存在的,刚才律师们提到的司法不作为、司法腐化、司法不公、司法腐败等问题。我将这种问题概括为这次修法缺乏“六度情怀”。

第一是缺乏从政治学的高度进行顶层设计和促进社会稳定的修法思路。维稳到底是要治标还是要治本?现在我们搞了很多社会管理创新,实际上都是旁门左道,真正的《民事诉讼法》这种正当程序,促进社会矛盾的化解,反而被忽视了,所以我说《民事诉讼法》修改应该是中央政治局常委们讨论的问题,但是结果我们在修改过程当中看到,关注的高层是不够的,起点是很低的。

第二是缺乏从宪法学角度关注诉讼权保障和司法公正的问题。刚才很多律师都提到该立案不立案、该调查不调查、该保全不保全、该执行不执行,这些司法不作为的问题,包括诉前调解、领导干预这些司法行政化的问题,都在这次修法的考虑范围之内,甚至还有强化的趋势。刚才有位律师提出诉前调解没有依据,夏庭长说了八月底就会有依据,这个依据我到不赞成夏庭长的说法会限制法官,这实际上是把法官、最高法官的司法解释法律化了。

第三是缺乏从社会学角度关注社会冲突化解的问题。这个我建议大家审阅一下我提交的论文《民事诉讼法修改的法式文学思考》。

第四是缺乏听取民意的气度,很多学者已经提到了,早就有抱怨。最高全国人大常委会过多的迁就一些实权部门的意见,全国律协两次建议稿,包括这次6月份的建议,还通过司法部提出了十条建议,包括调查率、降低保全条件、当事人资格意义的交叉诉讼等,所有这些据说都不在考虑之内。

第五是内容上缺乏宽度。

第六是立法技术缺乏深度。很多该考虑的都没有考虑,所以很多学者都提出来这次《民事诉讼法》修改,大家是很失望的。干脆提出来与其在这种环境下去进行这样小修小改、保守治疗,还不如不改。

所以我在在这有两点呼吁,第一是呼吁在座的学者和律师们更多的关注《民事诉讼法》的修改,包括律师建议稿,很大程度上吸收了律师主流意见,包括这些律师提出来的意见在建议中都提到了,希望大家能够转载、呼吁。第二是呼吁全国人大在调节不成功的情况下,不要过早通过修正案,据说8月底就要通过,我们到希望它缓一缓。现在最直接、最有效的方面,实际上是通过你认识的人大常委去影响法工委的立法,因为现在的部门立法已经狭隘到,不是最高人民法院或者司法部来立法,狭隘到已经是全国人大法工委民法室的哪个办公室的几个人去立法,他们认为可以通过就过,常委会上常委们还有点意见。

我们一直说民事诉讼法的修改,包括刑事诉讼中存在的问题,我们都希望通过立法、司法的关注来改变我们的法治进程,所以我跟江平老师、张思之律师都一致同意,建了一个的《法治天下网》,最近的主题是《民事诉讼

“家事法苑”™婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

法》的修改和贵阳黎庆洪案的进程，希望大家关注。

主持人：各位专家、各位朋友，时间实在太紧张了，我们原定的是 12:30 结束，但是现在还有一个简短的闭幕式，我觉得今天会议最对不起的是马忆南教授，闭幕式的时间一个是总结，一个是致辞。所以现在请我们最对不起的马忆南教授上台，给我们讲几句。



马忆南（北京大学法学院教授、中国婚姻家庭法学研究会副会长）：我从这次会议收获颇多，我是最大的受益者。这几天我参加了好几个会议，昨天参加了关于司法解释（三）的会议，前几天参加了国家计生委“关于中国家庭问题和家庭发展政策的研讨会”，今天又参加了这个会，今天是气氛最热烈的会。作为一个长期从事家庭法研究的学者，这种感觉这几年变得越来越强烈——中国家庭即将复兴，中国家庭的价值正在得到重新认识、重新评估，这种认识的复苏将会推动中国家庭的复兴。

从历史来看，五四运动对封建家庭进行了地毯式的轰炸、批评，文化大革命又对家庭伦理进行了新一轮新的破坏。改革开放以后，整个国家从党和政府一直到普通老百姓，都是以发展经济为目标，大家富起来了，经济上富有了，但是伦理上，尤其上家庭伦理却在滑坡，甚至是堕落。从去年的《婚姻法》司法解释（三）颁布，我们就看出引起社会那么大的反响，我们就发现一个端倪，人们开始反思了，反思中国家庭已经被破坏到什么程度？中国家庭的价值要不要重新认识，中国家庭需要不需要恢复它的功能，需要不需要国家政策，尤其是法律政策的保护和更多的措施方面的保障？

看到从去年开始《刑法》的修订，就是加进了“亲亲相隐”的内容，今年的《老年人权益保障法》的征求意见稿增加了“常回家看看”的内容，《婚姻法》司法解释（三）那些讨论和倾向性的意见也是呼吁要保护家庭，完善家庭，政府要提供各种各样的政策上的措施，来加强家庭的功能，来维护家庭传统的价值。

今天这个会关于“家事诉讼程序及立法完善研讨会”更是强化了这样的印象。我们的法官、律师还有学者从家事诉讼程序提出家事诉讼程序专门的立法建议，论证家事诉讼程序立法的必要性、可行性，甚至《家事诉讼程序》的具体的体系结构、具体的内容，甚至在司法实务当中已经开始的试点。今天我们很好的分享了江苏徐州贾汪法院试点经验和广东省法院的经验，这都说明法律从业人员正在全方位对中国家庭的价值、中国家庭的复兴正在进行着努力，以不同的方式、急迫的心情展现来进行努力。我相信中国家庭在大家的努力下，特别是法律从业人员通过这样的专业化的立法建议、法律实践的努力，中国家庭的复兴指日可待。谢谢。



吴卫义（上海沪家律师事务所主任）：尊敬的各位法官领导、专家、教授、律师同仁。我国家事案件近年来呈现多元化、亲民化、专业化的发展趋势，家事案件实际审理得到越来越多的重视同时，也给我们家事程序提出了更高的要求，我们这次专题研讨会也是抛砖引玉的尝试，希望提供给大家交流的平台，集思广益。推动家事诉讼程序的完善，我相信这次研讨会仅仅是开始，在不久的将来大家可能有更好的共同交流的机会。这次受相关举办方的委托，主要是做一个答谢词，第一是深深的歉意，因为这个举办时间的安排没有给大家充分的发言时间，我相信下一次可能有更多的发言机会。我和杨律师有统一的观点，一个研讨会的胜利召开，有 90% 的功劳在于各位嘉宾精彩的发言，非常感谢各位嘉宾精彩的、无私的发言。另外还要特别感谢欢迎会务相关的组织者，是

杨晓林律师团队的律师的无私奉献，我代表主办方感谢各位亲临会场，谢谢大家。

刘桂明：今天的会议到此结束，谢谢大家！

——结束——

四、研讨会嘉宾发言稿及提交论文

1、人民法院家事审判相关交流材料

司法审判呼唤家事立法

江苏省高级人民法院民一庭 夏正芳

婚姻家庭案件历来占据民事案件前位。从江苏近三年的案件数量来看，均在十万件上下，占传统民事案件比重为 23%左右，且每年有小幅上升。与其他传统民事案件相比，人民法院在婚姻家庭案件的审理中更注重矛盾纠纷的化解，更注重为已经破裂的家庭关系找到修复渠道，也更注重特殊主体利益的保护。为此，江苏法院尝试着做了这样一些探索：

1、重调轻判，以和谐司法钝化矛盾。近年来，民事案件数量呈现“井喷式”增长，婚姻家庭案件数量也呈现不断上升的趋势。2010年，全省法院新收婚姻家庭案件 100583 件，分别比 2008 年和 2009 年上升了 4.01%和 2.40%。2011 年，全省法院新收婚姻家庭案件 104913 件，再创历史新高，同比又上升 4.30 个百分点。案件数量的不断增长使得婚姻家庭案件在同期新收民事案件总数中始终保持 1/6 的较高比例。

面对婚姻家庭案件数量持续增长带来的压力与挑战，全省法院牢固树立执法办案第一要务的理念，加大案件审判力度，不断提高案件审判质量与效率，婚姻家庭案件结案率始终保持高位运行。2008 年至 2011 年五年间，婚姻家庭案件的平均结案率为 96.96%。

婚姻家庭案件属于身份关系诉讼，具有鲜明的道德性和伦理性，很难以权威性的裁判来分清是非，因此，调解成为审理婚姻家庭案件的首选方法。近年来，全省法院在婚姻家庭案件审判工作中始终坚持“调解优先、调判结合”的理念，大力强化诉讼调解，积极推动诉调对接工作，婚姻家庭案件审判工作已形成调解撤诉率不断上升和“调多判少”的基本格局。2008 年以来，全省法院婚姻家庭案件调解撤诉率均保持在 65%以上，并呈现不断上升的趋势，2010 年至 2011 年，调解撤诉率达到 72.33%，比上两个年度又提升了 6.06 个百分点。

2、推行专业审判，创新婚姻家庭案件审判工作机制。近年来，全省法院高度重视婚姻家庭案件的审判工作，不断探索符合婚姻家庭案件特点的审判新模式。徐州贾汪法院率先探索成立了首家家事审判庭，在审判实践中总结提炼出“感情预修复、情绪先疏导、视频再教育、甜蜜勾回忆、亲情齐规劝、社会同介入、秘密重保护、案后必回访”的“亲情弥合八步法”，形成“播放短片—吃团圆饭—用方便车—社会介入—心理咨询”的独特工作模式，打造了家事审判的特色品牌。无锡崇安法院专门成立了“涉及家庭暴力婚姻案件合议庭”，专职从事涉及家庭暴力婚姻案件的审判工作，先后制定了《审理涉家庭暴力案件的实施意见》和《家庭暴力的认定规则》，使涉及家庭暴力案件的审判工作不断规范化。目前全省法院已陆续成立了审理婚姻家庭案件的家事审判庭或合议庭，配备审判经验丰富、业务能力强、善于做群众工作的审判人员专职从事婚姻家庭案件的审判工作，婚姻家庭案件的专业化审判水平得到显著提升。

3、开辟“绿色通道”，突出对弱势群体的特殊保护。多年来，全省法院不断建立健全婚姻家庭案件“绿色通道”，对于涉及追索抚养费、抚养费、赡养费、抚恤金的妇女儿童老人维权案件，实行优先立案、优先审理、快审快结、优先执行。对于经济上确有困难的当事人实现诉讼费用的缓、减、免，使他们“打得起官司”、“有理打得赢官司”。无锡北塘法院为了方便老年人诉讼，专门成立了“老年人权益保护服务站”，实现老年人司法保护与司法救助之间的有效衔接。该院还针对老年人行动不便的状况，特别成立了“老年人权益保护巡回法庭”，指定联络员定期与社区、养老机构沟通，遇有涉及老年人的家事纠纷，即时到当地开展矛盾纠纷化解工作。为加强对未成年人的保护力度，苏州吴中法院在审理涉及未成年人案件时率先引入“社会关爱机制”，聘请三名具有心理咨询师资格的“爱心妈妈”担任社会关爱员，对未成年人生理、心理特点、成长环境、生活习惯开展走访调查，客观科学地形成未成年人抚养问题的书面评估报告，促使当事人理性回归未成年人利益本位，妥善解决未成年人的抚养问题。

4、创新工作方法，不断加大反家暴工作力度。针对当前家庭暴力现象日趋严重的问题，早在 2002 年，省法院就与省委政法委、省公安厅、省妇联等单位共同制定了《关于预防和制止家庭暴力的意见》，明确了人民法院在预防和制止家庭暴力中的职责、任务。南京、苏州、连云港等地法院也与相关部门制定出台了预防和制止家庭暴力的规范性文件，为全省法院涉家暴案件审判的顺利开展奠定坚实的基础。2010 年以来，省法院党组更是紧紧抓住“三项重点工作”对人民法院提出的新要求，将涉家暴案件的审判，特别是人身保护裁定工作的推动，作为人民法院化解涉诉矛盾纠纷，推进社会管理创新的一项重要抓手，摆上议事日程，与省妇联、省公安厅携手，共

同制定了《关于依法处理涉及家庭暴力婚姻家庭案件若干问题的指导意见（试行）》，对全省法院、妇联、公安共同开展对家庭暴力受害者人身保护工作作出明确规定，这也是全国首家省级层面多部门合作、全面推行人身保护裁定这项工作，对江苏全省的反家庭暴力事业起到了极大的推动作用。无锡崇安法院作为最高人民法院反家暴审判工作试点法院之一，于2008年8月6日作出我国第一份反家暴领域人身安全保护裁定，将事后惩罚施暴者转变为事前保护受害人，开辟了国家公权力介入家庭暴力防治的新途径。目前我省已有扬州高邮法院、南通经济技术开发区法院等多家法院陆续进行了签发人身安全保护裁定的实践，给予家暴受害人以全方位的保护，取得了良好的社会效果。针对家庭暴力认定难的问题，崇安法院从2010年下半年起着手成立由法学、社会学、心理学、司法精神病学、法医学等领域的专家学者组成的“反家暴专家委员会”，探索尝试专家辅助人制度，对家暴案件当事人进行心理疏导，专家辅助人的专家证词也成为认定家庭暴力的重要依据。扬州、盐城等地法院与基层派出所、社区警务室建立定期沟通制度，充分发挥妇女庇护中心的作用，形成反家暴维权网络，通过分工、协作，形成合力，切实有效地预防与解决家庭暴力问题。

5、加强诉调对接，不断强化调解工作职能。一是发挥调解工作室的作用。自2008年起，全省法院就与各地社会矛盾纠纷调处中心、司法行政部门密切配合，由社会矛盾纠纷调处中心在人民法院诉讼服务中心设立调解工作室，并派驻人民调解员，专职负责诉前调解工作，将婚姻家庭案件全部纳入诉前调解范围，使得大量婚姻家庭纠纷在立案之前就得到妥善化解。二是创设特邀调解员制度。全省法院在妇联、民政、村（居）委会、司法所等组织机构均选聘具有丰富调解经验的特邀调解员广泛参与婚姻家庭案件的调解工作，充分发挥这些组织人员熟悉涉及妇女人身、财产、子女抚养、婚姻家庭等方面维权工作的优势，进一步提高案件调解的成功率和裁判的认同度，取得良好社会效果。三是创新诉调对接工作模式。全省法院积极争取党委领导、政府支持，先后与妇联、民政、人民调解委员会等组织机构联合制定诉调对接工作文件，将婚姻家庭纠纷纳入诉调对接工作机制，建立多部门广泛参与、协同化解的立体保护网络。省法院与省农委等部门联合出台了《关于加强农村土地承包纠纷调处工作的意见》，为农村妇女土地权益案件搭建了联合化解平台。常州天宁法院与区综治办、区妇联联合制定了《关于建立婚姻家庭矛盾纠纷诉调对接机制的工作意见》，指导全区的婚姻家庭纠纷诉调对接工作。南通通州法院与民政局联合建立“三个中心”、实施“三项机制”，“三个中心”即民政法院婚姻信息对接中心、婚姻纠纷调解中心、司法确认中心，“三项机制”即婚姻信息互通机制、矛盾联调机制、司法确认机制。苏州地区法院大力开展和谐共建活动，与街道、社区、村（居）委会、司法所、妇联等组织机构签订和谐共建协议，共建单位可在诉讼前和诉讼中互相派员参与婚姻家庭纠纷的调处，充分利用共建机制化解矛盾纠纷。徐州地区法院鼓励引导有特长与热情的群众参与创建婚姻家庭纠纷调解工作室，如丰县的“夕阳红工作室”、贾汪的“女四老调解队”，充分发挥群众志愿者的优势，大力推动婚姻家庭纠纷调解工作的社会化发展。

6、延伸审判职能，大力推进社会管理创新。江苏法院不断延伸审判职能，将婚姻家庭案件审判工作作为人民法院参与社会管理创新的重要内容，探索建立婚姻家庭纠纷源头治理机制。一是常年指派审判经验丰富的审判人员到妇联组织值班，认真运用专业法律知识，充分履行法制宣传、法律咨询等职责，帮助妇女树立法律意识，自觉遵纪守法，提高运用法律武器维护自身合法权益的能力，让更多妇女零距离感受到司法的公正与法律的正义。二是大力开展巡回审判工作，充分发挥巡回审判方便当事人诉讼和利于法制宣传的优势，通过带案下访、就地立案、就地调解、就地开庭、就地宣判和就地执行，为婚姻家庭案件当事人提到快捷、亲民和全方位的司法服务，力争实现“审理一案，教育一片”的社会效果。三是积极开展“法官进社区”活动，与妇联及民调组织建立婚姻家庭纠纷联合排查与预警机制，加强对婚姻家庭纠纷的排查梳理，及时发现可能影响婚姻家庭和谐的苗头性、倾向性问题，借助各方力量，力主将矛盾纠纷化解在萌芽状态。无锡南长法院创设驻点法官工作制度，南通中院设立“片区法官”、“村居法官”，定期与驻点街道、社区、乡村联络，采取经常性排查与集中性排查相结合的方式，加强对当地婚姻家庭纠纷情况的排查梳理，对排查出的矛盾纠纷隐患，做到“早预防、早发现、早化解”。

7、加强分析研判，不断强化审判业务指导。省法院高度重视业务指导工作，通过召开条线会议、业务研讨会等方式及时发现收集当前婚姻家庭案件审判工作中出现的新情况、新问题，不断加大分析研判力度，强化对下业务指导。面对《婚姻法解释三》实施后社会各界产生的各种不同认识与质疑，省法院立即下发《关于贯彻执行〈婚姻法解释三〉的通知》，明确要求全省法院要正确理解《婚姻法解释三》的条文内涵，在案件审判中充分考虑公序良俗和社情民意，加强对弱势群体和无过错方的保护，避免对《婚姻法解释三》条文的机械适用，及时统一了全省法院审理婚姻家庭案件的执法理念和思想认识。为及时总结审判经验，省法院还通过编写《审判资讯》、《婚姻家庭案件审理指南》、《涉及家庭暴力婚姻家庭案件审理指南》等业务指导文件，有效统一了全省法院审理婚姻家庭案件的执法尺度，保证了裁判结果的一致性，维护了立法与司法的权威。

8、加大法制宣传，弘扬婚姻家庭道德风尚。全省法院不断加大法制宣传力度，提高人民群众守法观念，弘扬良好的婚姻家庭风尚，营造安定的社会环境。今年，省法院在三八妇女节向社会发布了《江苏法院2010-2011年度婚姻家庭十大典型案例》，并联合社区维权工作站的工作人员开展“庭站对接，联动维权”活动，为社区群众宣讲婚姻家庭法律规范。南通启东法院自1994年开始连续17年在社区开设“幸福家庭讲习班”，集法律讲座、义务

咨询、图片展示、庭审观摩、媒体报道于一体，成效显著，国家、省级媒体多次对讲习班的成功经验进行介绍推广。苏州平江法院在社区开设“父母婚姻课堂”，采取发放普法资料、观看视频资料、开展法制讲座、提供法律咨询等多种方式开展法制宣传。

虽然我们在实践中摸索着前行，但由于缺乏立法的支持，法官们在实践中还是存在着困惑。比如：在案件审理中，法院职权主义的行使是否意味着审判权失去中立；婚姻案件审理中，在当事人举证和证据的认定上是否与其他民事案件同等对待；在涉及特殊群体利益保护时，法院究竟能有多大作为；在审判效率和效果的关系上，究竟应该如何取舍。

我们希望立法能关注实践，尽早解决家事审判中的理念和具体实务问题。

关于家事审判合议庭试点工作的调研报告

广东省高级人民法院民一庭¹

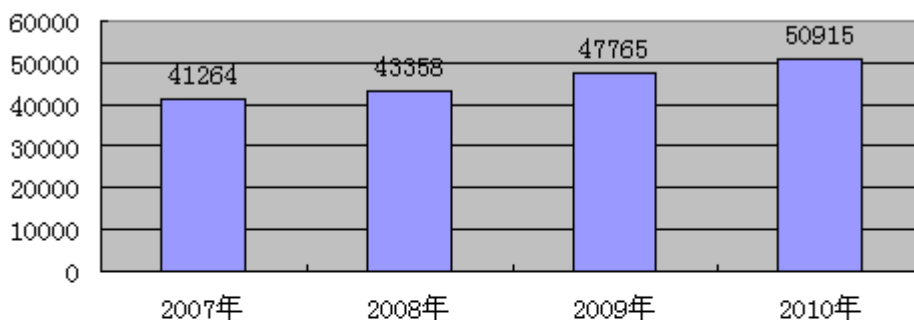
为适应新形势下婚姻家庭案件数量不断增长、案情渐趋复杂的需求，提高审理家事案件的专业化水平，积极落实服判息诉、案结事了的审判目标，促进家庭和谐与社会和谐，广东高院于2010年3月在中山中院、珠海市香洲区法院等1个中院、6个基层法院试点设立家事审判合议庭，专门审理婚姻家庭案件。一年多来，各试点法院在广东高院的指导下，积极探索家事案件审判的新路子，取得了良好的法律效果和社会效果。

一、广东法院试行家事审判合议庭的背景

为破解我省法院审判执行工作中的难题，全面推进我省法院审判执行工作，2008年广东高院出台了《关于广东法院在整体工作上争当全国法院排头兵的指导意见》，提出加大各项法院工作机制改革力度，争当改革创新的排头兵。我省婚姻家庭纠纷案件占民事案件的比重很大，家事是社会的基本组成单位，稳妥处理婚姻家庭关涉整个社会的和谐稳定。为此，广东高院对我省家事纠纷案件进行了全面分析，认为必须以“科学发展、先行先试”为指导，以试点成立家事审判合议庭为载体，全面创新我省婚姻家庭纠纷案件的审理模式。

（一）我省家事案件总量大是设立家事审判合议庭的前提条件。2007年至2010年，我省受理的婚姻家庭纠纷（不含继承纠纷）一审案件分别为41264件、43358件、47765件、50915件（见图表1），均占我省受理的民事案件总量10%以上。而同期我省受理的知识产权纠纷一审案件分别为2918件、4065件、5859件、9683件，但基于知识产权纠纷所具有的特殊性，全国四级法院中许多法院成立了专门的知识产权审判庭。相比知识产权数量而言，家事案件数量更大，更需要成立专门审判合议庭研究此类案件的特点，提高审理水平。

2007-2010年全省法院受理婚姻家庭纠纷一审案件情况表（图1）



¹课题组长：谭玲；课题组成员：谢文练、杨慧怡、陈吉生、陈志坚、喻静、王红英、秦旺。

(二) 家事案件的高度人身属性是设立家事审判合议庭的内在需求。家事案件具有强烈的伦理性，特定的亲属之间既存在法律关系，又存在伦理关系，而财产案件的主体之间一般不具有伦理关系。家事案件当事人的心理极为复杂，既要解决纠纷，又不愿意过度公开个人隐私；既要维护自身利益，又要考虑纠纷解决后的亲属之间如何相处、未成年女子的抚养和成长等更深层次、更难处理的问题。然而，司法实践中处理此类案件基本上采取审理财产案件的方法，对家事案件的情感色彩和人伦特点重视不够，简单化、程序化处理的情况比较突出，有些案件审结后的社会效果不佳。

(三) 家事案件特殊的处理原则是设立家事审判合议庭的基本要求。家事案件的处理不仅仅追求当事人之间的是非判断，更重要是调整人际关系，使当事人回复到生活常态。家事案件的处理直接影响社会和谐，为了维护社会公共利益，公权力需要较多的介入家事案件的解决，而家事案件又主要涉及当事人的私人领域。一些家事案件涉及家庭暴力，由于家庭暴力的发生具有连续性、隐蔽性等特点，受害人收集证据十分困难，因此在举证期限、法院依职权调查取证等方面应采取与一般财产案件不同的举证规则。

(四) 家事案件审判专业化是设立家事审判合议庭的必然趋势。家事案件不仅要通过裁决解决纠纷，更需要鼓励当事人通过协商、和解等方式化解矛盾、解决纠纷。家事案件不仅涉及面广，而且涉及对家庭关系相处的理解、对当事人心理变化的及时捕捉和分析，因此审理此类案件的法官不仅要具备扎实的法律专业知识，而且需要较为丰富的社会阅历和人生经验，具备较为丰富的调解经验和高超的调解技巧，方能赢得当事人信任，最大程度上化解矛盾。同时，家事案件涉及心理学、社会学等方面的知识，还需要具备与其他单位如妇联、基层组织的良好沟通、协调能力。

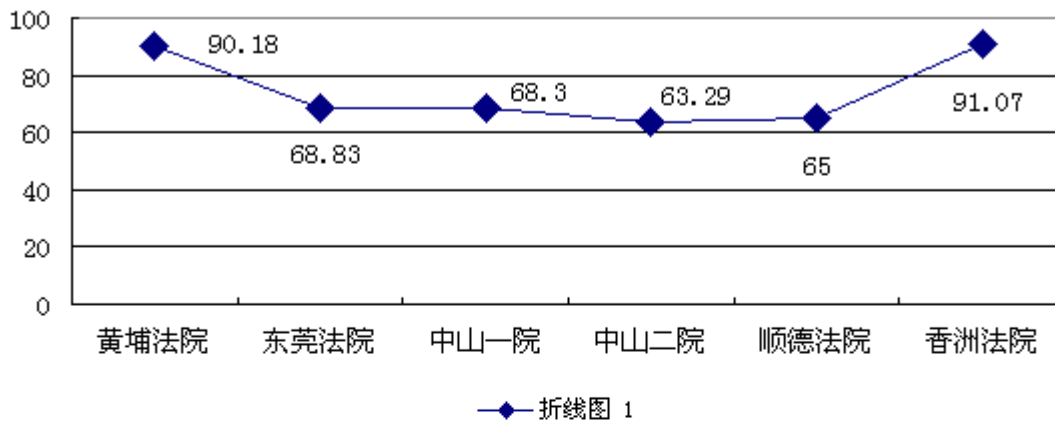
二、广东法院家事审判合议庭试点工作的基本情况

2010年3月，广东高院下发在部分法院试点成立家事审判合议庭的通知后，各试点法院高度重视，立即设立并全力支持家事合议庭开展工作。各试点法院根据自身行政建制特点和收案基数等实际情况，6个试点基层人民法院民一庭和佛山市顺德区人民法院容桂法庭、东莞市第二人民法院4个派出法庭、中山市第一人民法院2个派出法庭和中山市第二人民法院4个中心法庭共设立了17个家事审判合议庭。

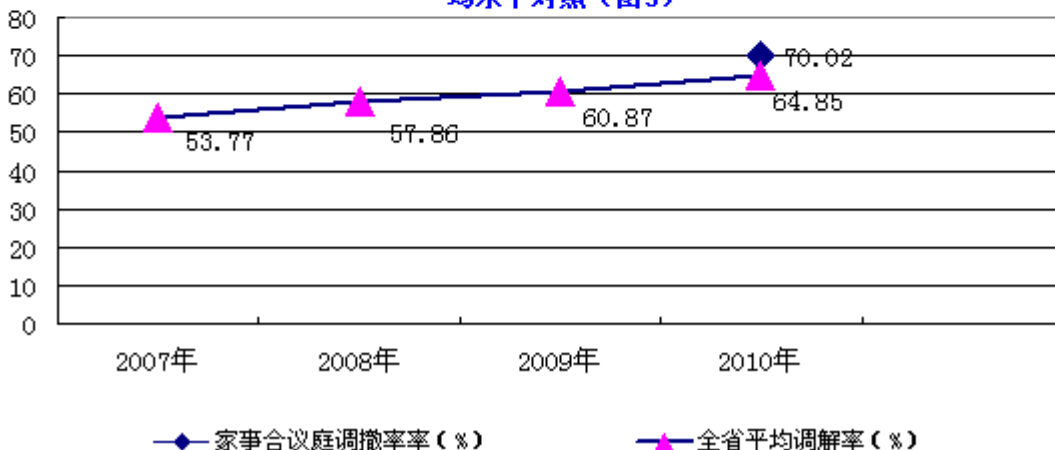
(一) 狠抓制度建设，家事审判合议庭的规范化建设取得明显进展。各试点法院制定了《家事审判工作流程》、《人身安全保护裁定实施细则》、《家事纠纷诉讼指引》等工作规范，明确家事审判合议庭的工作职责、立案范围、审理流程，为试点工作取得良好成效夯实基础。中山中院还与中山市公安局、中山市妇联共同下发《关于对家庭暴力受害人实施人身安全保护的会议纪要》，确保人身安全保护裁定得到及时执行。广东高院于2010年12月下发了《家事审判合议庭工作规范指引》、《人身安全保护裁定适用指引》。同时，各试点法院还积极开展家事纠纷诉调对接机制建设，顺德区人民法院、东莞市第二人民法院、中山市第一人民法院分别与当地妇联联合下发非诉调解与诉讼调解对接的规范性文件，巩固诉调对接成果，推广家事纠纷诉调对接经验。

(二) 狠抓调解工作，家事审判合议庭审理的案件呈现“两高一低”（高调解率、高服判率、低改判率）的良好态势。服判息诉、案结事了是审判执行工作的“硬道理”，各试点法院以设立家事审判合议庭为契机，创新制度，深挖潜力，调撤率和服判息诉率得到大幅提升。2010年3月至2011年2月，各试点法院家事审判合议庭新收一审案件3279件，审结案件2655件，调解结案1859件，平均调撤率达70.02%，其中广州市黄埔区法院和珠海市香洲区法院的调解率分别为90.18%和91.07%（见图表2）。结案率和调解率不仅高于近几年我省基层法院婚姻家庭纠纷案件调解率平均水平，也高于广东高院排头兵指标所设定的2010年底一审民事案件调解率达到60%的要求（见图表3）。当事人对审结的家事审判案件提出上诉的154件，上诉率为5.59%，其中广州市黄埔区法院的上诉率仅为0.9%，远低于省法院制定的排头兵指标上诉率不高于15%的指标，取得了案结事了、服判息诉的良好效果。

各试点基层法院家事审判合议庭调撤率（图2）



家事审判合议庭调撤率与2007-2010年全省法院婚姻家庭纠纷案件平均水平对照（图3）



（三）**狠抓调研创新，形成多项重要调研成果。**在目前我国家事审判工作实体法不完备、程序法又缺位的情况下，各试点法院积极开展家事审判调研，分析近年来婚姻家庭案件情况、特点和审理变化趋势，研究现代家事审判的新问题，突破现行理论的约束和樊篱。形成《关于审理涉家庭暴力纠纷案件的调研报告》、《我国民事保护令制度的前瞻性研究》、《人身保护令在珠海的探索与实践》、《我国反家庭暴力的法律制度研究》、《对家庭暴力法律认定之探讨》等成果，刊登在《人民司法》、《法庭》等刊物，这些理论与探讨为深入开展家事审判活动夯实了理论基础。

（四）**狠抓宣传工作，家事审判合议庭的试点工作舆论反响强烈。**各试点法院充分认识到司法宣传工作具有隐性司法的功能价值，在抓好审判工作的同时，加大宣传力度，成效十分显著，成为去年我省法院创新工作的一大亮点。《新华社新华网》、《人民法院报》、《南方日报》、《南方都市报》、《广州日报》、《新快报》、《法制日报广东政法专刊》、《羊城晚报》、《珠海商报》、《佛山日报》等多家平面媒体和网络媒体共刊登 30 多篇文章深入报道了我省家事审判合议庭设立及案件审理、人身保护裁定的签发和执行、召开家庭会议开展调解工作、试行家事案件非公开审理等试点工作，《南方日报》、《新快报》、《南方都市报》等本地主流媒体还进行系列追踪报道，在社会上引起强烈反响。

三、广东法院家事审判合议庭试点工作的特色创新

设立家事审判合议庭作为一项新的审判工作创新机制，在国内没有成功模式可以借鉴。为充分发挥各试点法院的创新精神，广东高院在研究试点设立家事审判合议庭之初，就确立了只对试点工作进行原则性规定，支持各试点法院“大胆探索、先行先试”的思路。在一年的试点工作中，各试点法院按照“敢想、敢闯、会干、干成”的指导思想，遵循家事审判的内在规律，在多个方面取得了突破。

（一）**大胆探索符合家事案件特点的证据规则，实现“发现客观真实、追求实质公正”的审判目标。**家事案件当事人及其利害关系人之间多具有紧密而又复杂的亲缘、血缘关系，亲亲相隐等传统家庭伦理规则，决定了在

家事审判中仅依靠“谁主张，谁举证”的举证责任分配原则，难以查明离婚原因、夫妻共同财产范围及家庭暴力事实等私密性、隐蔽性较强的关键事实。为此，各试点法院在“发现客观真实、追求实质公正”价值取向指导下，大胆探索了符合家事案件纠纷特点的举证规则。

一是针对家庭暴力案件，降低证明标准，合理分配举证责任。如针对家庭暴力案件具有连续性和隐蔽性的特点，为解决受害人难以举证证明施暴方存在施暴行为的难题，各试点法院采取合理分配举证责任的方式，即受害方需要举证证明受侵害事实；在受害人完成上述举证的情况下，由对方承担证明其并非侵权行为人的举证责任，如果无法证明的，推定其为侵权行为人。

二是扩大法院依职权进行调查取证的范围，尤其是将未成年子女的证言和不愿出庭作证的证人证言纳入法院依受害人申请调查取证的范围。各试点法院依当事人申请或者依职权主动走访居委会、妇委会等组织，调取有关当事人房产、存款、股票、基金等证据，力求全面掌握案情，积极创造家事案件调解条件。如中山中院审理的一宗继承权纠纷中，法官通过走访当地群众，对比户籍登记照片等方式，查明主张继承权的当事人与被继承人之间极有可能存在非婚生亲子关系，经调解促成双方达成调解协议，避免了机械司法、硬性判决可能引发的不良社会效果。在很多家事案件中，掌握相关家事纠纷案件事实的未成年人和目击家事纠纷的家事案件当事人的亲朋近邻所作证人证言是家事纠纷中的重要证据，但是这些证人因担心出庭作证对日后与当事人之间关系的影响，往往不愿出庭作证，特别是要求身心健康已因家事纠纷受到消极影响的未成年人出庭，就亲身经历的痛苦作证并接受双亲的质询，更不利于他们的健康成长。有些法院如中山市第一法院将未成年人及不愿作证的目击证人所作证言纳入法院依申请调查取证的范围，取得了良好的社会效果。

三是加大释明力度。针对大多数家事纠纷案件当事人为社会弱势群体及诉讼能力偏低的实际情况，家事审判合议庭在审理案件过程中，加大释明力度，以不违背法律为原则，在遇有当事人诉讼请求不明确，需要申请法院依职权调查收集证据，符合申请人身安全保护裁定的当事人不及时行使权利等情形时，口头告知当事人相关权利及其行使条件，向举证能力较低的当事人释明具体案件需要证明的对象、所需证据种类及相关事实的证明程度，弥补当事人在诉讼能力上的不足。

（二）大胆探索适应家事纠纷案件特性的审理制度，明确了“财产申报、不公开审理、当事人亲自到庭”的新原则。一是试行诉前家庭财产申报制度。为打击不诚信的家事诉讼行为，防止当事人隐瞒财产，东莞市第二法院创设诉前家事案件财产申报制度，制作家事案件财产申报表供当事人在正式开庭前填写，明确当事人不申报相关财产应承担的诉讼风险，固定庭审争议财产范围，有效提升办案效率。二是试行家事案件不公开审理制度。《民事诉讼法》第120条第2款规定，家事纠纷中的离婚案件当事人申请不公开审理的案件可以不公开审理，确立了家事案件原则上应公开审理的原则。但是现代家庭关系、情感关系的多元化发展导致当代家事纠纷种类增多、案情复杂，家事案件公开审理不利于当事人对涉及个人隐私、家庭隐私的事实开展充分质证，不利于法院全面掌握案情和探求当事人内心真意，也不利于保障参加庭审的未成年人的身心健康。针对家事案件公开审理的前述弊端，中山市两级法院试行家事案件不公开审理制度，除非当事人申请，家事案件一般不公开开庭审理。为防止不公开审理的神秘主义倾向，审判程序对当事人保持高度公开，充分保障当事人的各项程序性权利。三是试行当事人亲自到庭制度。《民事诉讼法》第62条规定，离婚案件当事人有诉讼代理人的，本人除不能表达意志的以外，仍应出庭，确因特殊情况无法出庭的，必须向人民法院递交书面意见。该规定是当事人必须亲自参加家事审判开庭活动的基本法律依据，但将当事人亲自到庭局限于离婚案件。事实上，基于身份关系的特殊性，多数家事案件当事人在诉讼中的作用具有不可替代性，当事人亲自到庭不仅能使法院兼听则明，还有助于牵涉众多感情因素和生活误解的当事人消除误会，恢复感情。中山中院审理的当事人亲自出庭的家事案件调解率高达80%以上的事实证明，家事案件当事人亲自到庭制度更加符合家事案件审判规律。

（三）大胆探索建立“人身安全保护裁定”制度，加大对家事案件当事人的保护力度。在离婚诉讼中，当事人自述存在家庭暴力的案件大约在10%左右，但当事人的救济途径不畅，难以及时有效保护受害人的人身安全。各试点法院借鉴国内外的先进经验，采取签发人身安全保护裁定的新举措，有力保障了受害人的人身安全。广东法院结合本身实际情况，在人身安全保护裁定的适用中进行了诸多创新：一是证据种类齐全、形式灵活。主要包括结婚证、户籍资料、出生证等身份关系的证据，以及伤情照片、医院病历、接警或者出警记录、带有威胁内容的录音和手机短信等证明家庭暴力存在的证据。其中，加害人所作的悔过书、保证书、受害人报警时的电话记录等可以作为认定家庭暴力事实存在的直接证据，其他重要辅助证明的证据则包括未成年人证言、带有威胁内容的手机短信和录音等。二是重视未成年人证言。重视具备相应的观察能力、记忆能力和表达能力的5周岁以上的未成年人提供的与其年龄、智力和精神状况相当的证言。三是允许法官充分行使自由心证。在证据不足或者没有证据的情况下，只要独任法官或者合议庭成员内心确信家庭暴力存在的可能性或者危险性较大的，就可以发出人身安全保护裁定。试点一年以来，珠海香洲区法院和中山市第一法院共受理人身安全保护裁定申请13起，发出人身安全保护裁定8份，裁定驳回申请5份。其中未经听证程序作出的11份裁定中没有复议后被撤销的，说明法官自由心证对家庭暴力可能性判断的准确性较高，允许法官充分行使自由心证有利于简化人身安全保护裁定的程序，

及时保障受害人合法权益。四是完善对受害人居所及联系方式的保密规定。对于受害人已搬离与加害人共同居所的，人民法院不得在人身安全保护裁定书或者其他需要送达加害人的文书中列明申请人现居住地址。五是根据我省信息化程度较高的特点，在送达方式上有所创新；针对家庭暴力中有些施暴方存在暴力倾向的问题，加强对送达人员的安全保护。人身安全保护裁定以及听证通知等相关材料的送达，一般以书面形式直接送达、邮寄送达或者委托送达，拒绝签收的可以留置送达。紧急情况下，也可采取电话、传真、电子邮件、手机短信等方式送达，并将送达情况记录在案。人身安全保护裁定应当在作出后 48 小时内送达完毕。对被申请人的送达，必要时可在法警协助下进行。

（四）大胆探索契合家事审判特点的调解机制，形成“劝、批、谈、教”的调解新模式。家事案件不宜简单地用“一刀两断式”的判决来处理，而必须把促成当事人之间恢复感情、消除对立、实现和解作为纠纷解决的根本目标和价值取向。因此，调解必须深入细致了解当事人的内心世界，通过“劝、批、谈、教”相结合，达到解开心结，彻底消除矛盾。在此基础上，试点法院主要采取以下调解手段：一是调解不局限于当事人的诉讼请求。探索实行双方当事人同意就一并调解的方式。如珠海市香洲区法院在调解一起离婚案件时，被告要求原告的姐姐到场保证今后不向其追讨债务，征得双方同意后，由原告通知其姐姐到场，法院主持三方对债务进行清结并最终促成双方调解离婚。二是劝离与劝和相结合。调解不预设立场，根据当事人感情状况决定调离还是调和。对于夫妻感情确已破裂的，摒除两次起诉方可判决离婚的成见，尽量促成双方调解离婚。对于原告坚决要求离婚而被告请求给予一次和好机会的案件，创造性地提出“当事人同意在六个月内暂不离婚”的调解方式。三是以家庭（族）会议促调解。中山市第二法院在调解一宗离婚纠纷案件中，充分发挥家庭（族）长辈在解决家事纠纷中的作用，对于涉及家庭甚至家族矛盾，或者家庭家族矛盾多元化的案件，适时召开庭前或者庭后家庭（族）会议，了解当事人的家人及族长对案件的看法，从法制、人情、伦理和习俗等方面探寻当事人矛盾的根源，力促案件合情合理合法和谐地调解结案。

（五）大胆探索家事纠纷案件判后司法延伸服务，创设了“探视抚养档案、登记离婚协议司法确认、心理指导矫治服务、社会帮扶”的新举措。一是建立判后探视抚养档案，解决离婚后子女抚养探视难题。顺德法院创设了离婚案件判后探视抚养档案，在判决生效后合议庭向双方各派发一份《判后探视、抚养情况表》，对判决生效后双方履行抚养、探视义务的情况予以跟踪记录。一方的履行行为需要另一方在表上签名确认，如一方无正当理由，拒不履行抚养、探视义务超过三次，则另一方可以以跟踪表为证据向法院申请变更抚养权。同时为加强监督，合议庭还联动社工对案件进行跟踪回访。二是建立登记离婚协议司法确认机制。广州市黄埔区法院通过调查发现，2009-2010 年该院受理的 52 件离婚后财产纠纷，大多数是双方登记离婚后一方不履行离婚协议引发的。由于登记离婚当事人达成的离婚协议没有强制执行力，离婚后一方不履行协议，另一方必须通过诉讼分割共同财产或请求对方支付抚养费，当事人转移财产的情况也比较严重。为减少登记离婚当事人讼累，节省司法资源，该院与黄埔区民政局共同开展离婚协议司法确认工作，便捷高效地对于登记离婚当事人达成的关于财产处理或子女抚养的协议出具民事调解书，有效地解决了“婚离了，事未了”的问题。三是借力专业组织和机构，为当事人提供心理指导矫治服务。婚姻以感情为核心，夫妻从亲密无间到对簿公堂，大多经历了剧烈的内心煎熬和痛苦，当事人心理上或多或少都存在一些问题。对于矛盾十分尖锐的案件，仅仅依靠法官难以解决纠纷。黄埔区法院在此类案件中引入心理疏导机制，在专业机构的协助下，由执业心理医生进行心理干预，帮助当事人解除心理障碍，取得了明显效果。东莞市第二法院不仅通过心理教育培训提升家事审判合议庭成员的心理疏导技能，还与东莞市妇联设立的由 20 多名社会服务人员组成的白玉兰家庭服务中心建立长效合作机制，邀请该中心的专业心理咨询师参与家事案件处理，对当事人进行心理疏导，帮助他们获取修复或者重建婚姻家庭关系的能力。四是定期回访重大敏感案件，尝试已结案件社会帮抚机制。解开家事案件当事人的心结，帮助他们解决生活困难，是家事审判社会功能延伸的重要内容。顺德区人民法院与当地妇联及社工联手建立针对家事纠纷案件当事人的社会帮抚制度，家事审判合议庭根据在案件审理过程中发现的当事人经济困难、心理创伤、子女入学难等情况，或者根据对当事人回访、对未成年人的探望、辅导情况，向当地妇联、社工、村居委等组织发出《社会帮抚建议函》，为这些当事人争取义工或社工服务，解决他们的实际困难。目前已向容桂妇联、容桂小黄圃居委会、容桂街道社工工作局等部门发出 4 份《社会帮抚建议函》，为 2 起案件的 2 名当事人解决了困难，在为其中一名当事人争取到三次临时救助金并派专人开展心理辅导后，该当事人主动表示息诉服判，不再上访。

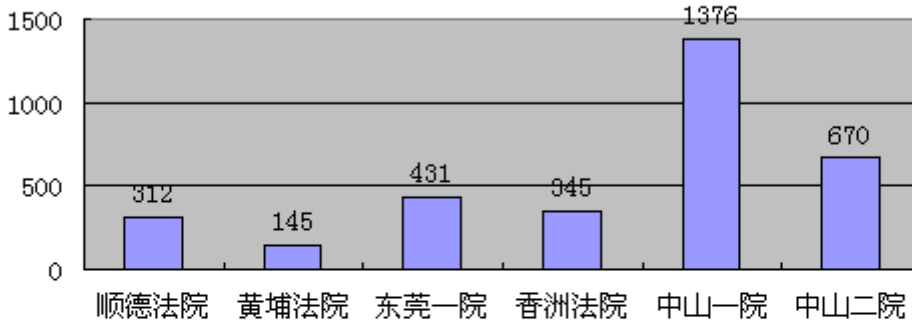
广东高院家事审判合议庭的特色创新工作受到了上级领导的高度关注。2010 年 4 月 19 日，最高法院党组副书记、常务副院长沈德咏在《人民法院报》刊载的《法官除暴——广东试水家事审判合议庭》上批示：“在普通民事案件中，婚姻家庭案件占很大比例，这类案件的审理有一定特殊性，从长远发展看，家事法庭大有可为”。2011 年 3 月 25 日，中国女法官协会王秀红会长、齐淑奎秘书长赴中山中院就家事审判合议庭的试点工作进行调研，充分肯定了试点工作切合形势要求，对当前社会消除对立、恢复感情、促进和谐具有重要意义和价值，要求广东三级法院继续先行先试，走在全国法院的前列，做全国法院的经验基地。2011 年 4 月 12 日，全国人大法工委在珠海市香洲区法院召开全国部分法院人身安全保护裁定制度立法工作座谈会，对我省家事审判合议庭试点工

作给予了高度评价。

四、广东法院家事审判合议庭试点工作中存在的主要问题

(一) 各试点法院家事审判工作发展不平衡。一是试点法院收案、结案数量不平衡。例如就各试点基层法院而言，在一年的试点期间，收案最多的中山市第一法院达到 1376 件，而收案最少的广州市黄埔区法院只有 145 件，两者相差近 10 倍之多（见图表 4）。在珠三角地区法院普遍存在“案多人少”的情况下，如何保证试点工作顺利开展，又能充分发挥家事审判合议庭的审判功能，值得进一步研究。二是人身安全保护裁定的实施不平衡。7 个试点法院设立了 17 个试点合议庭，仅香洲区法院和中山第一人民法院开展了人身安全保护裁定的司法实践，而且主要集中在香洲区法院，中山第一人民法院仅作出了 1 份人身安全保护裁定。2009 年 5 月至 2011 年 1 月，香洲法院共受理人身安全保护裁定申请 20 宗，经审理，发出人身安全保护裁定 13 份，驳回申请 4 宗，撤回申请 3 宗。经回复申请人，被申请人在接到法院的人身安全保护裁定后，均停止了暴力，没有一人有违反裁定的行为，说明人身安全保护裁定对制止家庭暴力确实起到了十分重要的作用。但在调研过程中，个别法院家事审判合议庭表现出对人身安全保护裁定的作用信心不足，往往为维护家庭和谐牺牲家庭暴力受害人的利益，难以防止家庭暴力的反复发生。三是家事审判的社会参与制度及部门联动机制建设的不平衡。虽然部分法院与当地公安机关和妇联组织签署了家事案件合作联动规范性文件，尝试在家事审判程序中引入心理辅导和心理培训机制，但有些法院与相关机构的联动机制不强，效果不明显。这既有各地社会经济和公共服务发展不平衡的外因，也有部分试点法院开展家事审判工作思路不够开阔的内因。今后需要加强经验交流，进一步开阔试点法院的工作思路。

各试点基层法院一审案件收案情况表（图4）



(二) 法院依职权调查取证的力度难以准确把握。民事诉讼法确定的一般举证规则是“谁主张，谁举证”。针对家事案件纠纷的特殊性，广东高院出台的《家事审判合议庭操作指引》突破前述规定，明确我省家事审判证据制度以发现客观真实、追求实质公正为价值取向。为贯彻这一规定，还原案件客观事实，试点法院的家事审判合议庭普遍增强了法院调查取证的力度，截止目前没有一宗案件因事实问题而被改判或者发回重审，取得了良好的成效。但是，目前家事审判合议庭审理的家事案件主要还是适用普通程序审理的民事案件，法院在审理家事案件过程中应在哪些方面调查取证、在何种程度上突破一般民事案件由当事人提供证据的规则，维护审判者中立地位，成为困扰着家事审判的一大问题。

(三) 人身安全保护裁定制度需进一步完善。一是人身安全保护裁定的受理范围有待放宽。人身安全保护裁定依附于普通民事诉讼，目的是为确保普通民事诉讼程序正常进行而对受害人采取的保护性措施，如诉前申请人身安全保护裁定的，应当在人民法院签发裁定之日起 15 日内提出诉讼，否则裁定自动失效。但实践中存在的一些制止家庭暴力而不想解除婚姻家庭关系的受害人，因顾虑申请人身安全保护裁定必须起诉离婚而不提出这项司法保护请求，同时也限制了未成年的家庭暴力受害人申请该项司法保护，导致我省人身安全保护裁定程序启动率不高。二是与普通家事案件管辖权的协调问题。广东高院《人身安全保护裁定适用指引》规定人身安全保护裁定的申请由受害人经常居住地、加害人经常居住地、家庭暴力行为发生地的基层法院受理，两个以上人民法院都有管

管辖的，由最初受理的人民法院管辖。但是在当事人申请诉前人身安全保护裁定后提起相关家事诉讼的情况下，就会出现如何协调与普通民事诉讼由被告住所地或者经常居住地人民法院管辖冲突的问题。当事人在诉讼过程中申请人身安全保护裁定的，还存在一个如何协调依据前述规定有管辖权的人民法院与已经受理相关民事诉讼的人民法院之间的管辖权问题。三是人身安全保护裁定的执行问题有待加强。如当事人违反裁定的，申请人可以向人民法院申请强制执行。人民法院可根据《民事诉讼法》第 102 条的相关规定，视被申请人行为的情节轻重，对其作出罚款、拘留的处罚决定。拒不执行裁定情节严重的，依照《刑法》第 313 条的规定追究刑事责任。但家庭暴力大多发生在法院正常工作时间之外，仅靠法院的力量难以使受害人的合法权益得到及时保护。最佳选择是公安机关参与协助执行人身安全保护裁定，但很多公安机关以法律没有规定为由不配合，如何进一步协调公安机关参与裁定的执行十分迫切。

（四）家事审判的长效协作和社会参与机制建设相对滞后。很多家庭问题都有比较复杂的社会背景，家事审判是一项社会性很强的工作，家事审判除承担司法职能外，还承担部分社会职能。如法院在审理涉家庭暴力案件时，往往需要向相关机构了解案情，调取证据，协助参与调解，提供志愿者、义工等参与“心理辅导”。但从审判实践来看，由于缺乏更高级别的机构进行统筹，也缺乏经费保障，各地还没有建立常态的联动机制。在行政机关和政府职能部门之间的职能分配呈条块分割的状态下，家事审判的社会参与和长效协作机制无法可依，仅靠个别试点法院与当地协调分散建立家事审判社会参与和长效协作机制，在个案中争取相关部门的支持与配合，无法解决试点法院整体家事审判社会参与和协作机制不完善的问题。

五、进一步推进家事审判合议庭工作的建议和对策

广东法院在家事审判合议庭试点中遇到的问题，既有立法欠缺的原因，也有观念、理念存在偏差的原因。有些问题是法院通过自身努力可以解决的，但很多问题还需要更高层次的机构进行协调，最终还需要通过立法的形式解决实践中存在的问题。

（一）以民事诉讼法修改为契机，将实践中成熟的审判制度纳入法律规定，破解家事审判工作欠缺规范化的难题。从调研的情况来看，现行法律将家事案件纳入普通的民事纠纷之中，没有认识到家事案件纠纷的特殊性，致使试点工作只能采取“摸着石头过河”的方式边试边改，难以达到预期的效果。目前我国民事诉讼法正处于修改阶段，建议对以下问题作出明确规定：一是规定家事案件纠纷采取“三限”原则，即“有限辩论原则、有限处分原则、有限公开原则”。最高法院出台《关于民事诉讼证据的若干规定》后，当事人主义诉讼模式已被广泛应用到民事诉讼之中。如前所述，家事案件纠纷具有很强的特殊性，应在当事人举证的基础上，加强法院依职权调查取证的力度。在统一的民事诉讼程序制度的基本框架内，对不同性质、类型的案件采用不同的诉讼模式，国外立法已有先例。如法国《民事诉讼法典》第三卷“某些案件的特别规定”，德国《民事诉讼法典》第六编“家庭案件程序”，都对婚姻、亲子、收养等家事案件的诉讼程序作出特别规定。日本还颁布了审理家事案件的《日本家事审判法》。对于确定婚姻是否无效或不成立、否认或认领子女等纠纷中，处分原则就不能适用，因此一些家事案件中处分原则应到限制。家事案件往往涉及个人隐私，关涉未成年人的健康成长，因此，对家事案件的审理应以不公开审理为原则，以公开审理为例外。二是重新审视家事案件的举证责任分配原则。现代民法的基本理念是从形式正义向实质正义转移。现代证明责任理论也呼应了上述转移，对于特殊类型案件实行举证倒置。家事案件纠纷也具有特殊性，法律对此类纠纷的举证责任亦应予以单独规定。如针对家庭暴力连续性、隐蔽性的特点，应采取合理的举证责任分配原则，减轻受害人的举证责任，加大施暴人的举证责任，具体方法可以借鉴广东高院《家事审判合议庭操作指引》之规定。

（二）合理配置家事审判合议庭的审判资源，破解试点工作发展不平衡的局面。在试点期间，各试点法院的审判工作发展不平衡，如何进一步充分发挥家事审判合议庭的功能，推进家事审判工作跨越式发展是十分重要的课题。一是收案较少的试点法院，可以考虑适当扩大收案范围。目前家事审判合议庭受理的案件为离婚纠纷、婚姻关系无效纠纷、撤销婚姻关系纠纷、离婚后损害赔偿纠纷、同居关系析产或者子女抚养纠纷、确认或解除收养关系纠纷等 6 种，其中以离婚纠纷居多。但实际上赡养纠纷、分家析产纠纷、继承纠纷等均是家事案件，收案较少的试点法院将上述案件纳入家事审判合议庭收案的范围，不仅可以进一步提高专业化审理水平，而且为今后的试点工作提供可供借鉴的经验。二是收案过多的试点法院可以考虑增加家事审判合议庭。家事审判合议庭除了完成正常的审判任务之外，还承担了积极探索审判工作新方法、总结审判工作新经验的任务。收案过多，案件压力过大，家事审判合议庭的上述功能无法凸显。三是为家事审判合议庭提供更为充分的支持，充分调动家事审判合议庭的工作主动性、能动性。与经济纠纷比较而言，家事案件涉及的标的一般不大，但案件大多十分琐碎，还需探知当事人的内心世界，并与各相关职能部门积极联动，方能彻底解决纠纷。家事案件合议庭承受了十分繁重的审判压力，理应在经费保障、评先评优、晋升等方面予以适当倾斜。

（三）全面推进人身安全保护裁定的制度建设，破解裁定申请少、执行难的难题。人身安全保护裁定是 20 世纪英美法系国家专门为预防和制止家庭暴力而设立的一项法律救济途径。目前，以法院签发保护令的方式为家庭暴力受害人提供法律救济已成为很多国家和地区的一种通常做法。从我省珠海市香洲区法院实施人身安全保护

裁定的情况来看，效果十分明显，有必要进一步扩大人身安全保护裁定的实施范围。一是要放宽人身安全保护裁定的申请条件。广东法院出台的《人身安全保护裁定适用指引》规定，诉前提出申请的，当事人应当在人民法院签发人身安全保护裁定之后15日内提出诉讼。逾期没有提起诉讼的，人身安全保护裁定自动失效。上述规定将人身安全保护裁定的适用与离婚诉讼联系起来，可以防止条件太宽松可能会引起大量的人身安全保护裁定申请，法院难以应对的情形，具有一定的合理性。但在现阶段，为了为进一步发挥人身安全保护裁定的作用，还是可以考虑将人身安全保护裁定与提起离婚诉讼脱离开来，即当事人受到家庭暴力侵害时，在提供初步证明材料后即可向人民法院申请核发人身安全保护裁定。二是加强人身安全保护裁定执行的配套法律和硬件支持，如配备安置场所，协调卫生行政主管部门安排被申请人自费接受心理治疗，协调公安机关执行人身安全保护裁定等。三是要充分运用新闻媒体、网络平台宣传人身安全保护裁定。尤其是对人身安全保护裁定的具体规定进行广泛宣传，同时要通过案例的形式提高社会对人身安全保护裁定的感性认识，增强认同感。

（四）积极协调相关行政职能部门建立家事审判工作联席会议制度，破解家事审判联动滞后的难题。家事审判虽然审判的是“家务事”，但很多家庭问题都有比较复杂的社会背景，因此家事审判是一项具有很强社会性的工作，只有加强审判工作的社会联动，才能取得更好的社会效果。家事审判工作涉及妇联、公安、医疗卫生及相关社团组织、基层单位等，仅凭法院的力量无法协调各部门相互配合，建议由政法委牵头协调各相关部门建立联席会议。重点要解决公安、妇联参与全省范围内建立反家庭暴力的联动机制。虽然现行法律没有明确规定公安机关、妇联有协助法院执行生效裁决的规定，但鉴于人身保护裁定的特殊性，本着“先行先试”的精神，应在此方面适当突破。对于申请人投诉被申请人违反人身安全保护裁定的，接到相关投诉的部门应及时通知作出裁定的人民法院和协助执行的公安机关，以利于人身安全保护裁定的执行，并确保民事诉讼强制措施和治安管理处罚衔接顺畅，依法、及时保护当事人的权益不受非法侵害。

家事审判工作创新实践与思考

江苏省徐州市贾汪区人民法院院长 王牧

(2012年8月12日)

尊敬的各位领导，各位专家：

下面，我就贾汪法院在家事审判工作方面的一些创新实践和下步的工作思考，向各位领导和专家作一简要汇报。

一、充分认识家事审判工作的必要性和积极意义

当前，婚姻家庭纠纷日益增多，贾汪法院2009年家事案件占全部民事案件的24.2%，2010年占31.1%，2011年占32.3%。婚姻家庭纠纷案件虽然是传统的民事案件，但其明显不同于一般纠纷案件，具有高度的人身性、社会性、公益性，也具有较大的隐蔽性、私密性，处理起来难度大，真正案结事了难度更大。大量家事纠纷的出现，带来很多家庭问题和社会问题，影响社会稳定。同时，大量家事纠纷进入法院，也给基层法院带来很大挑战。

根据党委对法院工作的新要求以及社会形势发展的需要，结合家事纠纷案件自身特点，实行家事纠纷案件的专业化、集约化审理，我们认为有一定量的案件基础、长期的审判经验，十分必要，也是人民法院参与社会管理创新的重要途径。国外也有先例，像日本、英国、美国等国家都设有专门的“家事纠纷法院”或是“家事纠纷法庭”，专门处理家事纠纷案件；广东中山等地法院也做了大量有益探索。成立专门的“家事审判庭”，可以有效提升审判人员的专业化技能，不断积累审判经验，做到案件的类型化解决，提高审判质量和效率；可以整合有限审判资源集中做好家事纠纷的矛盾化解工作，促进以“家”为最小单元的和谐稳定，进而促进社会大稳定；可以在司法改革方面做一些有益尝试，起到“筑桥铺路”作用。

基于上述思考，我们从2010年即开始进行家事审判新模式的理论研究和实践经验总结，形成调查报告，反复研究论证。2011年3月3日，在院民一庭成立全省首家“家事审判合议庭”，探索家事纠纷案件的专业化审理，至2012年4月已审结各类家事纠纷案件884件，调解撤诉770件，调撤率87.1%，无一上诉、无一发改、无一信访。今年5月6日，全国首家具有独立编制的家事审判庭机构获得区编委批准，为家事审判工作的今后和长远发展打下了最坚实的基础。

二、全面构建“三四五”工作体系，有效化解家事纠纷

一年多的司法实践，我们主要进行了以下有益探索和尝试：

（一）创新三种模式，大力营造家事审判工作特色氛围。

第一，创新审判法庭布置模式。家事纠纷具有其鲜明的特点，家事审判也应具有其鲜明的特色。因事制宜，我们对传统的审判法庭布置模式进行了大胆改进，以家庭责任担当、亲情维系、宽容理解等为内涵，对审判法庭进行“家庭化”装修、装饰和布置。电脑、显示屏、沙发、饮水机一应俱全；千纸鹤、中国结、风铃、鲜花点缀

其中；只设法官与书记员席，不设原、被告席，以“丈夫”、“妻子”等席卡方式标明当事人关系，体现司法的宽容、包容，构建浓郁的“家”的温馨氛围。

第二，创新合议庭人员组成模式。家事审判合议庭6名组成人员精心选任，其中合议庭审判长为全市业务骨干，2名女法官都具有丰富社会阅历、生活历练经验，亲和力强。2名人民陪审员，1个取得心理咨询师资格，1个长期从事心理学研究，具有教育培训工作经验。另外还聘请1名从事妇女儿童权益维护工作的妇联干部担任特邀调解员。精干人员保证了家事审判工作的特殊要求。

第三，创新审理程序模式。把审理程序的创新作为重点，作出特别规定，尽量贴近当事人双方内心感受，体现特殊司法需求，拉近法官与当事人距离，力求化解矛盾，解决纠纷。如针对离婚案件，法官可以要求当事人提供婚礼录像等视频资料和结婚照、全家福、儿时照片、与父母合影等图片资料，以便在庭审时展示，勾起当事人的美好回忆。庭审前邀请双方当事人同坐一桌吃团圆饭，缓解当事人对立情绪。送达法律文书，则穿便服，开地方牌车，尊重当事人内心感受。还如针对不同的案情，张弛有度，给予双方一定的矛盾缓和期、感情和好期、跟踪调解期等。

（二）坚持四项工作原则，充分凸显家事审判工作特色理念。

调解前置原则：坚持诉前调解和判前调解，只有确已无法调解的家事案件才进入诉讼程序，鼓励家事法官积极调解，最大限度地消解当事人之间的恩怨、修复受损的亲情。

不公开审理原则：家事案件一般不公开审理，保护当事人家庭隐私，避免案件处理后对家庭成员心理及家庭关系和睦造成不良后续影响。

促进家庭成员关系改善与和好原则：家事案件处理上，尽可能地引导和帮助当事人修补、改善原有的家庭、婚姻关系，尽可能地维护家庭稳定。

保护家庭弱势成员利益原则：在处理家事纠纷过程中，高度重视保护弱势成员利益，对于无劳动能力、收入来源低、年龄大需照顾的成员，在处理具体事项及财产分割中，都向其倾斜。

（三）建立五项工作机制，全力完善家事审判工作特色规则。

一是建立家事案件审理制度。为促进家事审判工作规范化发展，我们出台了《家事审判工作实施意见(试行)》、《家事审判案件审理工作规则(试行)》等系列规范性意见，规范、指导、推进家事审判工作高起点、高标准、高质量运行，取得了显著效果。

二是制定家事案件证据规则。家事案件多具有紧密而又复杂的亲缘、血缘关系，审判中仅依靠“谁主张，谁举证”的举证责任分配原则，难以查明关键事实。为此，我们建立符合家事案件纠纷特点的证据规则。一是针对家庭暴力案件，降低证明标准，合理分配举证责任。二是扩大法院依职权进行调查取证的范围。三是加大释明力度。向举证能力较低的当事人释明具体案件需要证明的对象、所需证据种类及相关事实的证明程度，弥补当事人在诉讼能力上的不足。四是充分考虑当地的风土人情，积极采集和吸纳民意。

三是建立“人身安全保护裁定”制度。为有效预防和制止家庭暴力，我们与公安机关、妇联共同出台了《关于“家庭暴力”证据固定制度的实施意见》、《人身安全保护裁定实施细则》，加大对妇女的保护；允许法官充分行使自由心证，在证据不足或者没有证据的情况下，只要法官内心确信家庭暴力存在的可能性或者危险性较大的，就可以发出人身安全保护裁定。共受理人身安全保护裁定申请6起，发出人身安全保护裁定3份。

四是建立家事案件调解机制。深入细致了解当事人的内心世界，“劝、批、谈、教”相结合，把促成当事人之间恢复感情、消除对立、实现和解作为纠纷解决的根本目标和价值取向。根据城区、农村等不同地域特点和离婚、赡养等不同案件类型，摸索各具特色的调解方法，丰富调解技巧，形成了背靠背法、代理人劝说法、亲友外方法、冷处理法、互换位置法等。与区妇联建立联席会议制度，对接家事纠纷调处工作。

五是建立家事案件延伸服务制度。坚持案件回访制度，及时走访了解当事人的生活和感情恢复情况，给予必要指导帮助。与区民政局建立协议离婚司法确认机制，解决“婚离了，事未了”的问题。为当事人提供心理指导矫治服务，帮助当事人解除心理障碍。

三、积极总结形成特色经验，打造家事审判品牌

全国两会、江苏省两会、徐州市第十一次党代会的会议材料，都曾介绍过我院的家事审判工作。今年5月30日，最高法院以“江苏省徐州市贾汪区法院探索家事审判‘亲情融合八步法’消融纠纷效果好”为题在第27期《法院情况反映》转发推广。总结原因，我们在以下三个方面进行了不懈努力：

（一）争取上级支持，着力抓好家事审判工作基础和保障。项目启动前，我们积极向市中院汇报，在市中院的帮助指导下，组织精干人员进行充分研究论证，撰写了一万余字调查报告。项目启动后，主动向区委、区政府请示，在区委、区政府的关心下，在院民一庭、大吴人民法庭分别建成了家事审判法庭，家事审判庭机构获批；通过公开选拔，将擅长家事案件处理、耐心细致的法官选配到家事审判庭，加强家事法庭审判力量，做大做强品牌。今年，在省法院的支持下，家事审判工作在全国影响力扩大。

“家事法苑”™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

(二) 精心总结经验, 着力提炼家事审判特色工作方法。我们在循序渐进的改革实践中, 提炼出“感情预修复、情绪先疏导、视频再教育、甜蜜勾回忆、亲情齐规劝、社会同介入、私密重保护、案后必回访”的“亲情融合八步法”, 形成“播放短片——吃团圆饭——用方便车——社会介入——心理咨询”的独特工作模式, 家事审判技巧、方法进一步丰富, 家事纠纷化解能力进一步强化。

(三) 积极开展宣传, 着力扩大家事审判工作的影响。家事审判既是审判工作的一种创新, 也是推进社会管理创新的重要举措, 许多工作都是在摸索中开展, 加强宣传, 营造氛围, 对于引起共鸣、学习借鉴、交流合作, 日臻完善家事审判工作具有重要作用。我们充分利用网络、电视传播速度快、报纸权威性高、内部信息直达领导的优势, 从不同角度展示家事审判工作的有益探索, 家事审判工作逐渐引起外界关注, 已由特色向亮点向司法品牌递进式发展。

四、当前存在的问题及工作方向

我们的家事审判工作取得了一定成绩, 但是不少工作还处在摸索阶段, 还面临不少困惑。一是家事纠纷案件究竟包括哪些案件, 哪些家事纠纷案件适合专业化、集约化审理, 还需要进一步探讨; 二是如何划分部门职能问题, 目前家事纠纷案件, 就贾汪法院而言, 分步在少年庭、刑庭、行政庭、人民法庭等多个部门, 是否需要进一步整合归一到家事审判庭更为适当? 我们的当前做法是将民一庭的原家事纠纷案件剥离出来归家事审判庭审理, 涉及其他部门的家事纠纷案件尚未整合; 三是家事审判的程序规则和证据规则, 我们已经做了一些探索实践, 但是仍然感觉到还很不完善, 程序规则和证据规则设计在不违背法律的前提下, 如何丰富完善, 形成较为稳定的制度, 还比较困惑, 感觉困难。四是家事审判庭的生命力到底有多强, 家事审判的发展度有多宽, 还有待实践和时间的检验。五是家事审判庭的人员配备, 男女法官的配备比如何确定更适合家事审判的需求, 也有待在不断实践中考量。我们的家事审判庭人员配备 1 名男法官、3 名女法官和 1 名女书记员, 男女配备比 1:4。

下一步, 我们将在上级法院的关心支持以及各位专家的悉心指导下, 积极探索, 开拓创新, 大胆实践, 不断取得家事审判更大成效。

一是规范完善家事审判法庭建设。按照一定的模式, 结合家事纠纷的特点, 搞好家事案件的审判场所——家事审判法庭建设。在法庭的机构改造、功能完善、装饰布置等方面改革创新, 形成独特的家事审判法庭。

二是探索改进家事审判程序。家事纠纷具有自身的一些特殊性, 在家事审判程序上应当具有更大的创新空间。如在不公开制度、调解制度、亲情的展示、民意的采集、弱势群体利益的保护等方面, 都具有较大的创新发展空间。我们将积极探索, 争取形成一套比较成熟的家事诉讼程序, 为更好地处理家事纠纷, 化解矛盾, 维护家庭和谐稳定作出有益尝试。

三是完善证据规则。家事案件的证据的主张以及证据的收集等与普通的案件相比, 有自己明显的特色, 完全套用“谁主张谁举证”原则显然不能完全适应大多数家事纠纷案件的审理, 尤其是涉及以亲情为纽带的证据对于妥善处理家事纠纷具有特殊的重要意义。法院依职权调取证据范围、程度如何把握, 涉及亲情方面的证据如何采集, 以及举证不能或者能力较弱、举证责任如何分配等等问题, 都需要在实践中摸索, 积累经验, 形成规则。

四是规范家事纠纷案件范围。如何科学界定家事纠纷案件范围, 不仅涉及审判资源的整合问题, 而且也涉及家事审判今后发展的空间问题。我们经进一步加强研究, 科学合理界定家事纠纷案件的范围, 充分发挥家事审判庭的职能作用。

五是拓展家事审判庭功能。家事审判庭不能仅仅局限办多少案件, 而更多的关注点在于职能延伸和能动司法上。因此在人员的配备、职能的拓展、参与社会管理创新上, 发展空间和潜力比较大, 承担起的社会责任也更大。如如何加强与妇联、学校、民政等组织机构联动, 反对家暴, 维护妇女儿童老人的人身权、财产权等, 共建和谐安宁的婚姻家庭关系就是一个很大的社会课题。

谢谢。

巧解家务事 社会升和气 ——江苏徐州贾汪法院家事审判工作机制调查

《人民法院报》 2012年05月10日 张娜 郑菊
江苏省徐州市贾汪区人民法院, 这个曾经创出不少典型工作经验的基层法院, 正在全省首创性地试水家事纠纷案件的专门化审理。记者带着探究的眼光走进了贾汪区法院。

家事纠纷 专案专人专审

家是人身心的港湾。在基层法院的民事纠纷案件中, 涉及婚姻家庭纠纷和父母子女、兄弟姐妹之间财产之争及人身伤害纠纷的案件每年约占民事案件的四分之一到三分之一, 这类案件被统称为家事纠纷案件。贾



图为贾汪区法院法官在家事法庭审理案件。吴学军摄

3

(<http://www.famlaw.cn>)下载, 家事法主题 QQ 群:153181612

汪区法院家事审判合议庭审判长付嘉丰介绍道：“与普通的民事案件相比，家事案件往往当事人的情绪更复杂、更激烈，纠纷背后常隐含着长年累积的亲情、爱情纠葛，如审理不慎，最容易案结事不了，波及的人怨怼情绪难以舒缓，潜在的矛盾难以化解。这表现在两个方面：一是容易情绪激动失控。当事人最容易聚集、最容易情绪激动失控的案件就数家事纠纷案件，其中以离婚最甚。二是往往还会再找由头互相起诉，夫妻、父子、婆媳、兄妹相互反目成仇。在我院未实行家事案件专门审理的前两年，因一个矛盾未能彻底解决引发多起诉讼连环案，每年都有近 50 起。”

家是社会的细胞，家庭稳定是社会稳定的基础，从“案结了事”到“案结事了”，在家事纠纷案件审理上应有所创新。该院有识之士不约而同地意识到了这一点。

2011 年 3 月 3 日，贾汪区法院率先在全省成立首家家事审判合议庭，探索家事纠纷的专业化审理方式，适用专人、专门的制度、专门的程序创造性地审理家事纠纷案件，司法触角凝聚到“家务事”这一难题上。

创设制度 固本强基增效

家事审判合议庭成立伊始，贾汪区法院就制定了《家事审判工作实施意见（试行）》、《家事审判案件审理工作规则（试行）》等规定，明确家事审判合议庭配备应适应家事纠纷案件审判的特殊要求，合议庭法官和辅助人员的配备应当具有丰富的家事纠纷审判经验、社会阅历和人生历练，年龄优势明显、性格温和、调解经验丰富；同时应配备至少两名符合上述条件的女法官作为合议庭固定成员；划定了家事案件的范围，确立了调解优先、不公开审理、维护家庭成员关系的改善与和好、保护家庭弱势成员的利益等四项原则和诉讼释明、调查取证、民意吸纳、综合治理、司法关怀延伸等五项审理程序制度；还进一步规定家事案件 100%巡回送达、调查，建立反家庭暴力机制、与当地妇联诉调对接制度等借助外力化解纠纷的互动机制。

审理中，家事审判合议庭法官深挖细审，追求案结事了和深层矛盾化解的审理效果。

2011 年 5 月，年近八旬的徐老太把三儿子和三儿媳告上了法庭，要儿子、儿媳返还 4 万元养老钱。多年前，前夫亡故后，徐老太带着两个儿子改嫁薛姓丈夫，并生下三儿子。2009 年，薛某撒手而去，留给徐老太 4 万元，徐老太交给了三儿子保管。不久，徐老太随大儿子生活，老大老二心向亲生父亲，建议母亲“百年后”与父亲赵某合葬，并在言语中排挤三儿子。三儿子认为自己是亡父的嫡亲，是自己父亲辛辛苦苦地把两个哥哥养大，父亲所挣的“家产”不能落在两个“外人”手中，现在母亲不仅与两个哥哥走得近，而且对自己“百年后”与谁合葬态度模糊，坚决不愿意返还这笔钱。

该案表面诉求虽然简单，但却牵扯到多年多家积累的是是非非恩怨。审理中，家事审判法官多次穿便服、坐地方牌车到徐老太住所地，组织徐老太、三个兄弟和双方重要亲朋一起坐下来调解，一项项地解决几个亲人长久以来的矛盾和心结。

法官先引导两个哥哥回想薛姓养父三十年的养育恩情，两个哥哥表示养父恩情不能忘，不愿兄弟相仇，愿意好好相处，共同孝敬母亲；接着又引导三个儿子和徐老太坐下来商量好各人最纠结于心的徐老太“百年后”与谁合葬的问题。徐老太老泪纵横：“我都这么一大把年纪了，在哪儿葬不一样吗？亡夫老薛与我相处多年，和他葬在一起就行。”原来徐老太从心理上愿意与后夫合葬，只是之前因顾虑两个儿子的感受不愿意表态。

像剥茧抽丝一样，调解取得成功，母子几人不仅就钱的事达成了协议，还了结了徐老太和三个儿子心里的疙瘩，弥合了母子亲情。

专注细节 倾情唤回真情

家事审判的一些细节上的安排，体现亲情的温馨和家的温暖，触动当事人内心最脆弱的那根敏感神经，也收到很好的效果。其中，最典型的是“吃团圆饭”。

曾被法院请吃团圆饭的李强向记者讲述了自己的故事。今年 1 月，李强起诉要和妻子田晓晓离婚。他接到通知要 2 月 2 日上午 11 点到法院，令他想不到的是，法官见了他不谈案情，而是说：“没吃饭吧，我们法院为你们准备了‘小饭桌’！”法官带他来到法院食堂的小包间。李强推开门，却发现妻子田晓晓也一脸疑惑地在饭桌旁等待，桌上早已准备了四个热气腾腾的家常菜和每人一碗汤圆。许久不曾坐在一起好好吃顿饭的夫妻俩都百感交集。

“边吃边聊中，我们两个人感觉不那么紧张和烦躁了，我们回想起过去一些往事……一个多小时后，在法官和陪审员的共同开导下，我和妻子和好了。”

“团圆饭”或者能成为“和好饭”，有时候也能成为心平气和、好和好散的“散伙饭”。贾汪区法院创造机会让当事人坐在一起心平气和地吃顿饭，边吃边聊边调，多少曾经的“冤家”又回到了爱的港湾。

家事审判还有许多细节让人不忘，记者有幸见证了一起普通的离婚案件。张军比李娜大十岁，三年前两人冲破阻碍相恋结婚，并生育一子。然而今年，张军到贾汪区法院起诉要求离婚。家事合议庭的法官先邀请人民陪审员、心理咨询师一起分别对二人做了一次约谈。由于李娜不愿离婚，主审法官王玉梅遂让李娜回家找一些带有两人爱的记忆的照片、视频、结婚录像等材料，重拾丈夫对她的信任。李娜欣然接受，很快找齐了二人结婚的录像以及同家人一起出游的照片。

庭前，法官带着书记员风尘仆仆到双方家庭走访，征询双方父母的态度，劝和的想法得到双方父母的支持。

对着法官带去的摄像镜头，张军的母亲抹着眼泪说，孙子这么小，希望二人好好过；李娜的妈妈现在的态度也缓和很多，表示虽然二人年龄差距大些，但现在已经克服困难在一起了，就要和和睦睦过日子。

功夫不负有心人。走进法庭正式开庭时，法官先播放完李娜提供的结婚录像和夫妻恩爱的照片以及法官采集的双方父母的嘱托后，才开始调解，在法官的劝导下，张军和李娜当庭调解和好。

记者注意到家事审判法庭的布置，发现法庭更像一个温馨和美的“家”：沙发代替座椅，茶几代替审判台，席卡上写的不是对抗性强的原告、被告，而是显示亲属关系的丈夫、妻子、父母、子女。法官和书记员折的近百只千纸鹤传递着祝福的信息，多媒体显示屏能够播放唤起当事人美好回忆的点滴图片、视频，错落摆放的鲜花让人心旷神怡，牵手的背景墙勾起亲情、爱情的美好回忆，劝和哲理的家事箴言给人以心灵上的启迪。

家事审判中还运用了方便车送达等一些细节的安排，在“情”上下工夫，从“和”上做文章。方便车送达——在送达应诉文书、上门回访等进村入户环节时，法官要着便服、开地方牌车，避免当事人在邻里面前丢面子。

社会联动 呵护心灵家园

贾汪区法院主动联合公安、妇联等力量，延伸家事审判职能，共筑家的“防护墙”。

据该院院长王牧介绍，为妥善处理家事纠纷中涉及的家庭暴力问题，该院会同公安、妇联联合下发了《人身安全保护裁定实施细则》、《关于涉及“家庭暴力”案件证据固定制度的实施意见》，针对家暴取证难、认定难、保护难的三难问题，系统性地建立了反家庭暴力工作机制，攥紧拳头，重拳出击。日前，该院陆续发放了数个人身保护令保护妇女人身安全，与公安、妇联配合协作治理家庭暴力，积累了丰富的反家暴实践经验。

贾汪区法院还联合公安、妇联制定了《关于进一步健全家事审判合议庭诉调对接机制妥善化解婚姻家庭纠纷的若干意见》，拓展诉调对接渠道，建立三方的诉调对接工作机制、纠纷预警通报机制，在纠纷苗头发现、破解、解决方面资源共享、联合出击。

《家事审判案件审理工作规则（试行）》明确规定：“家事审判合议庭法官应具备心理咨询师资格，暂不具备条件的，应当邀请具有心理咨询师资格的人民陪审员参审，对当事人进行心理咨询和疏导。”

根据该规则，贾汪区妇联的王梅、心理咨询师王一梅成为家事纠纷案件审理中经常出现的人民陪审员，参与了多起家事案件的审理。纠纷解决中，王梅、王一梅与法官一起分别约谈当事人，对当事人的心理状态、人生规划进行分析，同时针对当事人的实际情况，对其性格、处事方式等提出改进的意见。实践证明，在配备相应的专业人员为合议庭提供专业的辅助工作后，法院能更加稳妥地解决好家事矛盾。

一系列细致体贴的制度建立，使家事纠纷案件真正实现从“案结了事”到“案结事了”的转变。徐州市妇联主席李玉娟评价说：“贾汪法院的家事合议庭创新了法院的审判和调解模式，创新了妇联组织的工作载体，对婚姻家庭矛盾纠纷调解工作路径进行了有益的探索！”

贾汪区法院家事合议庭运行一年来，审结家事纠纷案件 638 件，调解撤诉 552 件，调撤率达 86.5%，90%的夫妻和好如初。该院传承中华民族美德、温馨温情的家事审判审理模式让亲情、爱情回归，受到老百姓的赞扬和各界关注。据悉，徐州市中级人民法院已经将该院家事审判工作实施意见转发全市推广，并以该院家事审判经验为蓝本制订全市法院家事工作指导意见，指导全市家事审判工作顺利开展。

家事纠纷案件专业化 审理方式的积极探索

《人民法院报》 2012 年 05 月 10 日 清华大学法学院教授、博士生导师 高其才

随着我国经济社会持续快速发展、民主法治进程加快推进，民众对社会公平正义的要求越来越高，利益诉求和权益保障的双重愿望越来越迫切，并且汇聚到司法机关，期待通过法制渠道妥善解决。民众对司法更加关注和期待，人民法院需要回应和解决民众最关心、最期待解决的司法问题，因此人民法院深化司法改革，积极稳妥地推进司法改革工作。设立专门法庭便是近些年人民法院司法改革的积极探索之一。

我国曾经设立过一些专门法庭，如 1953 年福建省福州市人民法院成立普选人民法庭。近十年来，由于社会关系的复杂化，各地人民法院根据本地具体情况，针对突出案件设立了专门法庭，如知识产权审判庭、少年法庭、劳动者权益保护审判庭、消费者权益保护法庭、环境保护法庭、道路交通事故损害赔偿纠纷专业法庭、房地产庭、城市管理审判庭、小额债务法庭、“网事”审判庭以及“三农”法庭等。为顺应改革趋势，创新案件审理，江苏省徐州市贾汪区人民法院于 2011 年 3 月 3 日设立了家事审判合议庭。

贾汪区法院设立家事审判合议庭是立足中国国情、结合民众的司法需求、从实际出发的积极探索。家事纠纷案件每年约占民事案件的四分之一到三分之一，数量较多而且不断增加；家事纠纷案件中往往当事人的情绪更复杂、更激烈，纠纷背后常隐含着长年累积的亲情、爱情纠葛。我国传统的固有观念与现代经济发展、社会变迁使得人民法院面临的家事纠纷案件情况更加复杂，审理的难度日益增大，承担的任务更加艰巨，客观上维护稳定的工作压力非常繁重。人民法院推行和推广专业化审判无疑是解决家事纠纷案件审理困难、提升家事纠纷案件审判工作质量、实现审判的法律效果与社会效果相统一的有效途径。

在现有法律和体制允许的情况下，我国的中级、基层人民法院可以选择适合自己特点的改革项目进行实验。

贾汪区法院设立家事审判合议庭是不违反宪法和法律的，这样的司法改革是在法律容许的框架内，应当值得肯定和鼓励的。

在具体实践中，贾汪区法院围绕“专”字，突出家事审判的专门机构、专业人员、专立制度、专门案件、专门程序的“五专”：（1）专门机构。贾汪区法院率先在民一庭挂牌成立江苏省首家家事审判合议庭，进行家事纠纷专业化审理方式的探索，使家事审判有固定的审判法庭。（2）专业人员。贾汪区法院家事审判合议庭配备应适应家事纠纷案件审判的特殊要求，合议庭法官和辅助人员的配备具有丰富的家事纠纷审判经验、社会阅历和人生历练，年龄优势明显、性格温和、调解经验丰富。同时配备至少两名符合上述条件的女法官作为合议庭固定成员。现在家事审判合议庭由两位审判员、一位助理审判员、两位人民陪审员（一位为中学教师、心理咨询师，另一位为成人培训中心讲师）组成，并聘请贾汪区妇联副主席为家事审判合议庭的特邀调解员。（3）专立制度。贾汪区法院制定了《家事审判工作实施意见（试行）》、《家事审判案件审理工作规则（试行）》等规定。贾汪区法院还与公安、妇联联合制定了《人身安全保护裁定实施细则》、《关于涉及“家庭暴力”案件证据固定制度的实施意见》，与区妇联联合制定了《关于进一步健全家事审判合议庭诉调对接机制妥善化解婚姻家庭纠纷的若干意见》，在家事审判方面进行制度建设。（4）专门案件。贾汪区法院划定了家事案件的范围，主要包括亲属身份争议和以亲属身份为依据所发生的财产争议案件，如婚姻案件、亲子案件、收养案件以及抚育、赡养、扶养、遗赠扶养、遗产继承、家庭或者婚姻关系析产、亲属之间侵权赔偿等民事财产争议之诉。（5）专门程序。贾汪区法院确立了家事案件调解优先、不公开审理、维护家庭成员关系的改善与和好、保护家庭弱势成员的利益等四项原则和诉讼释明、调查取证、民意吸纳、综合治理、司法关怀延伸等五项审理程序制度；还进一步规定家事案件100%巡回送达、调查、建立反家庭暴力机制、与当地妇联诉调对接制度等借助外力化解纠纷的互动机制。

我国司法“解决纠纷”的功能延伸拓展到“案结事了”的程度。强调司法解决纠纷功能以“案结事了”为标准，是以实质意义与实体效果取代单纯与形式上的纠纷解决方式，既是司法审判面临社会转型期的必要应对，也是司法功能内在发展规律的必然要求。由于家事纠纷案件往往包含浓厚的道德伦理因素，与当地的风土人情往往具有非常强的契合性。家事纠纷案件的处理要充分考虑当地的风土人情，注重吸纳民意，以实现法律与善良风土人情的融合，达到案件处理法律效果与社会效果的统一。因此，贾汪区法院家事审判合议庭特别注意纠纷解决中的“情”，突出案件审理中的“和”，这是非常必要和难能可贵的。

设立家事审判合议庭这样的专门法庭，实现了对相关案件的分流，提高了审判的专业化水平和审理的效率。司法效率追求的是以尽可能合理、节约的司法资源，谋取最大限度的对社会公平和正义的保障以及对社会成员合法权益的保护。专门法庭的法官在履行职责时，在坚持司法公正的前提下，能够更及时、有效地工作，尽可能地缩短诉讼周期，降低诉讼成本，节约司法资源，实现司法目的。

家事审判合议庭这样的专门法庭能够使法官的司法能力得到有效提高，在保证裁判标准统一方面是有积极意义的。司法人员在知识储备上必须具有专业性，法官必须具备解决其日常所面对的各种法律事务的专门性法律知识和能力。家事案件有当事人关系近、情感性强、较为私密等特点。专门化的审理能使法官专注于某一类专门案件，对事实求证、法律理解、纠纷裁判将更加得心应手。

家事审判合议庭这样的专门法庭的设立有助于进一步促进司法公正，提高司法效率，加强司法权威，提升司法形象。当然，专门法庭需要克服形式主义倾向，本着解决问题的长远考虑，注重改革实效，切忌“一阵风”和“一刀切”。

家事审判工作运行情况调查报告

江苏省徐州市贾汪区人民法院

2010年末，贾汪法院学习借鉴国内外关于家事审判的理论与实践，开始研究论证本院的家事审判工作开展的可行性，形成了较为成熟的论证报告，同时申报家事审判工作项目司法创意奖。2011年初，家事审判工作项目获全市司法创意奖，更加坚定了我们推动家事审判创新实践的信心。2011年3月，贾汪法院在民一庭设立全省首家家事审判合议庭，创新实践正式走向正轨。2012年初，家事审判工作项目获全市司法创新奖，2012年5月6日，设立了全国首家具有独立编制的家事审判庭机构，家事审判工作迈出了实质性的一步。由创意奖到创新奖，从家事审判合议庭到家事审判庭，经过了近两年时间。对近两年的司法实践进行总结，提炼经验，发现不足，进步思考，对于家事审判工作的进一步科学发展具有重要意义。

一、家事审判工作的基本运行情况

（一）充分认识家事审判工作的积极意义

当前，婚姻家庭纠纷日益增多，贾汪法院2009年家事案件占全部民事案件的24.2%，2010年占31.1%，2011年占32.3%。婚姻家庭纠纷案件虽然是传统的民事案件，但其明显不同于一般纠纷案件，伦理是核心，具有高度的人身性、社会性、公益性，也具有较大的隐蔽性、私密性，处理起来难度大，真正案结事了难度更大。大量家事纠纷的出现，带来很多家庭问题和社会问题，影响社会稳定。同时，大量家事纠纷进入法院，也给基层法院带

来很大挑战。

根据党委对法院工作的新要求以及社会形势发展的需要，结合家事纠纷案件自身特点，实行家事纠纷案件的专业化、集约化审理基本具备条件。一是家事审判案件传统的民事纠纷案件，在十几年前或者更早些时候，所占法院案件比相当大，近年来虽有所下降，但仍占到四分之一到三分之一，数量较多，这是衡量家事审判专业化审理的重要标准，也是家事审判工作专业化审理的生命力所在。二是有一批长期从事家事审判、具有丰富审判经验的审判人才。可以说，法院从来都不缺家事审判方面的人才。三是实行家事审判的专业化审理国内外都有例可循。国外像日本、英国、美国等国家都设有专门的“家事纠纷法院”或是“家事纠纷法庭”，专门处理家事纠纷案件；广东中山、北京等地法院也做了大量有益探索，积累了不少经验。成立专门的“家事审判庭”或者“家事审判合议庭”，可以有效提升审判人员的专业化技能，不断积累审判经验，做到案件的类型化解决，提高审判质量和效率；可以整合有限审判资源集中做好家事纠纷的矛盾化解工作，促进以“家”为最小单元的和谐稳定，进而促进社会大稳定；可以在司法改革方面做一些有益尝试，起到“筑桥铺路”作用。

基于上述思考，我们从 2010 年即开始进行家事审判新模式的理论研究和实践经验进行总结，2011 年初正式开始家事审判工作的创新实践，在探索中完善，在完善中思考。

(二) 家事审判案件的基本情况

运行近两年，家事审判的专业化到底给家事纠纷的处理带来什么变化，家事案件到底处理得如何？

家事纠纷案件受理情况（见下表）：

1、家事纠纷案件（仅指司法统计报表统一口径的婚姻家庭纠纷、继承纠纷案件，下同）总量基本稳定，2010 年贾汪法院受理家事案件 539 件，2011 年受理 624 件，2012 年上半年受理 297 件，总量变化不大，基本稳定在 500-700 件水平。案件规模总量适中，为家事审判工作开展奠定案件基础。

家事案件受理情况统计表（2010 年—2012 年 6 月）

单位：件

案件类别 年份	离婚	婚内析产	三养案件	继承	收养	其他	合计
2010 年	447	11	62	18	0	1	539
2011 年	537	12	51	17	5	2	624
2012 年 1-6 月	254	9	20	13	0	1	297
总计	1238	32	133	48	5	4	1460

2、家事案件类别变化不大。各年份离婚案件、婚内析产等案件数量总体变化不大，案件类别因不同年份互现，如收养案件 2010 年没有，2012 年上半年也没有，“三养”案件 2010 年、2011 年分别为 62 件、51 件，2012 年上半年仅为 20 件，呈下降趋势。继承纠纷案件基本持平，每年没超过 20 件。其他案件较少。

3、离婚案件所占比重大。在家事纠纷案件中，离婚纠纷案件 2010-2012 年 6 月 1238 件，占家事案件的 84.8%，其中 2010 年 447 件，占年度的 82.9%，2011 年 537 件，占 86.1%，2012 年上半年 254 件，占 85.5%，虽有所下降，但幅度极小。继承纠纷案件 2010 年-2012 年 6 月 48 件，占 3.3%，比重非常小。但是婚姻析产案件有所增加，2010 年 11 件，2011 年 12 件，2012 年上半年 9 件，成上升趋势，但增幅较小，反映出夫妻双方对财产的重视。

家事纠纷案件处理情况（见下表）：

家事案件处理情况统计表（2010 年—2012 年 6 月）

单位：件

处理类别 年份	判决（件）	调解（件）	撤诉（件）	平均审理天数	减缓免（件）	简易程序（件）	普通程序（件）
2010 年	125	292	123	42.3	8	490	48
2011 年	101	420	99	39.3	8	562	58
2012 年 1-6 月	20	198	37	35.1	8	231	24
合计	246	910	259	38.9	24	1283	130

1、调撤率逐年提高。未实行家事纠纷案件专业化审理的 2010 年，审结家事纠纷案件 540 件，调解 292 件，调解率 54.1%，撤诉率 22.8%，调撤率 76.9%；2011 年审结 620 件，调解 420 件，调解率 67.7%，比上年提高 13.6%，撤诉 99 件，撤诉率 16%，同比下降 6.8%，调撤率 83.7%，比 2010 年提高 16%；2012 年上半年审结 255 件，调解 198 件，调解率 77.6%，又比 2011 年提高近 10 个百分点，撤诉 37 件，撤诉率 14.5%，同比下降 1.5%，调解撤诉 235 件，调撤率 92.2%，比 2010 年提高近 16 个百分点，比 2011 年提高近 10 个百分点，效果还是十分明显的。

2、案件处理效果越来越好。从数据分析，可以看出家事纠纷案件一方面判决案件不断减少，案件撤诉率也逐步下降，另一方面调解率不断上升，表明家事的专业化审理效果越来越显现，彻底解决家事纠纷的能力不断增强。

因为判决少，表明纠纷的尖锐性降低，纠纷趋于缓和。撤诉案件少，表明纠纷得到更多解决，潜在的纠纷处理压力降低，撤诉虽能缓和阶段性矛盾，但不能杜绝纠纷出现反复的可能性。同时，家事纠纷专业化审理以来，没有出现信访和发回改判，达到了案结事了目标。

3、工作效率提高。专人专事审理家事纠纷案件，不仅提高了工作成效，而且更专注于案件的调解、做工作等，工作效率有所提高，2010年42.3天，2011年39.3天，比2010年缩短3天，2012年上半年35.1天，比2010年缩短7天多，比2011年缩短4天多，办案周期缩短，效率提高。同时实施繁简分流，大量案件通过简易程序审理，也便于明确责任，促进工作效率的提高。

4、案件延伸工作拓展。在家事审判中，一方面加强对经济困难的诉讼当事人的救助，部分当事人得到法院的诉讼费减缓免。同时还就经济困难当事人和弱势群体，协调民政部门做好救济工作，对受到家暴的妇女，制发人身安全保护令，协同公安部门做好男方工作，防止妇女再次受到家暴的侵害。

5、锻炼了法官。通过一年多的专业化审理，不仅有过家事审判经历的法官在思想、思维、方式、方法等方面得到全面锻炼，专业化能力更强，而且也锻炼了年轻法官。无论是男法官还是女法官都成为家事纠纷处理的行家里手。

（三）全面构建“三四五”工作体系，有效化解家事纠纷

一年多的司法实践，我们主要进行了以下有益探索和尝试：

1、创新三种模式，大力营造家事审判工作特色氛围。

第一，创新审判法庭布置模式。家事纠纷具有其鲜明的特点，家事审判也应具有其鲜明的特色。因事制宜，我们对传统的审判法庭布置模式进行了大胆改进，以家庭责任担当、亲情维系、宽容理解等为内涵，对审判法庭进行“家庭化”装修、装饰和布置。电脑、显示屏、沙发、饮水机一应俱全；千纸鹤、中国结、风铃、鲜花点缀其中；只设法官与书记员席，不设原、被告席，以“丈夫”、“妻子”等席卡方式标明当事人关系，体现司法的宽容、包容，构建浓郁的“家”的温馨氛围。

第二，创新合议庭人员组成模式。家事审判合议庭6名组成人员精心选任，其中合议庭审判长为全市业务骨干，2名女法官都具有丰富社会阅历、生活历练经验，亲和力强。2名人民陪审员，1个取得心理咨询师资格，1个长期从事心理学研究，具有教育培训工作经验。另外还聘请1名从事妇女儿童权益维护工作的妇联干部担任特邀调解员。精干人员保证了家事审判工作的特殊要求。

第三，创新审理程序模式。把审理程序的创新作为重点，作出特别规定，尽量贴近当事人双方内心感受，体现特殊司法需求，拉近法官与当事人距离，力求化解矛盾，解决纠纷。如针对离婚案件，法官可以要求当事人提供婚礼录像等视频资料和结婚照、全家福、儿时照片、与父母合影等图片资料，以便在庭审时展示，勾起当事人的美好回忆。庭审前邀请双方当事人同坐一桌吃团圆饭，缓解当事人对立情绪。送达法律文书，则穿便服，开地方牌车，尊重当事人内心感受。还如针对不同的案情，张弛有度，给予双方一定的矛盾缓和期、感情和好期、跟踪调解期等。

2、坚持四项工作原则，充分凸显家事审判工作特色理念。

调解优先原则：坚持诉前调解和判前调解，只有确已无法调解的家事案件才进入诉讼程序，鼓励家事法官积极调解，最大限度地消解当事人之间的恩怨、修复受损的亲情。

不公开审理原则：家事案件一般不公开审理，保护当事人家庭隐私，避免案件处理后对家庭成员心理及家庭关系和睦造成不良后续影响。

促进家庭成员关系改善与和好原则：家事案件处理上，尽可能地引导和帮助当事人修补、改善原有的家庭、婚姻关系，尽可能地维护家庭稳定。

保护家庭弱势成员利益原则：在处理家事纠纷过程中，高度重视保护弱势成员利益，对于无劳动能力、收入来源低、年龄大需照顾的成员，在处理具体事项及财产分割中，都向其倾斜。

3、建立五项工作机制，全力完善家事审判工作特色规则。

一是建立家事案件审理制度。为促进家事审判工作规范化发展，我们出台了《家事审判工作实施意见(试行)》、《家事审判案件审理工作规则(试行)》等系列规范性意见，规范、指导、推进家事审判工作高起点、高标准、高质量运行，取得了显著效果。

二是制定家事案件证据规则。家事案件多具有紧密而又复杂的亲缘、血缘关系，审判中仅依靠“谁主张，谁举证”的举证责任分配原则，难以查明关键事实。为此，我们建立符合家事案件纠纷特点的证据规则。一是针对家庭暴力案件，降低证明标准，合理分配举证责任。二是扩大法院依职权进行调查取证的范围。三是加大释明力度。向举证能力较低的当事人释明具体案件需要证明的对象、所需证据种类及相关事实的证明程度，弥补当事人在诉讼能力上的不足。四是充分考虑当地的风土人情，积极采集和吸纳民意。

三是建立“人身安全保护裁定”制度。为有效预防和制止家庭暴力，我们与公安机关、妇联共同出台了《关于“家庭暴力”证据固定制度的实施意见》、《人身安全保护裁定实施细则》，加大对妇女的保护；允许法官充分行

使自由心证，在证据不足或者没有证据的情况下，只要法官内心确信家庭暴力存在的可能性或者危险性较大的，就可以发出人身安全保护裁定。共受理人身安全保护裁定申请6起，发出人身安全保护裁定3份。

四是建立家事案件调解机制。深入细致了解当事人的内心世界，“劝、批、谈、教”相结合，把促成当事人之间恢复感情、消除对立、实现和解作为纠纷解决的根本目标和价值取向。根据城区、农村等不同地域特点和离婚、赡养等不同案件类型，摸索各具特色的调解方法，丰富调解技巧，形成了背靠背法、代理人劝说法、亲友外力法、冷处理法、互换位置法等。与区妇联建立联席会议制度，对接家事纠纷调处工作。

五是建立家事案件延伸服务制度。坚持案件回访制度，及时走访了解当事人的生活和感情恢复情况，给予必要指导帮助。与区民政局建立协议离婚司法确认机制，解决“婚离了，事未了”的问题。为当事人提供心理指导矫治服务，帮助当事人解除心理障碍。

（四）积极总结形成特色经验，打造家事审判品牌

全国两会、江苏省两会、徐州市第十一次党代会的会议材料，都曾介绍过我院的家事审判工作。今年5月30日，最高法院以“江苏省徐州市贾汪区法院探索家事审判‘亲情弥合八步法’消融纠纷效果好”为题在第27期《法院情况反映》转发推广。总结原因，我们在以下三个方面进行了不懈努力：

1、争取上级支持，着力抓好家事审判工作基础和保障。项目启动前，我们积极向市中院汇报，在市中院的帮助指导下，组织精干人员进行充分研究论证，撰写了一万余字调查报告。项目启动后，主动向区委、区政府请示，在区委、区政府的关心下，在院民一庭、大吴人民法庭分别建成了家事审判法庭，家事审判庭机构获批；通过公开选拔，将擅长家事案件处理、耐心细致的法官选配到家事审判庭，加强家事法庭审判力量，做大做强品牌。今年，在省法院的支持下，家事审判工作在全国影响力扩大。

2、精心总结经验，着力提炼家事审判特色工作方法。我们在循序渐进的改革实践中，提炼出“感情预修复、情绪先疏导、视频再教育、甜蜜勾回忆、亲情齐规劝、社会同介入、私密重保护、案后必回访”的“亲情弥合八步法”：第一步感情预修复。庭前采取三种举措：一是上门走访亲戚、邻居、基层组织，摸清矛盾根源。二是在法官主持下进行感情沟通，法官语言中多注重对双方亲情关系的称呼，引导双方向亲情角色回归。三是对部分特殊案件在特殊时间安排“吃团圆饭”，增强感情修复力度。第二步情绪先疏导。以“和”为主旋律布置审判法庭，不设审判台，以沙发、茶几、显示器、饮水机、鲜花等作家庭式布置，凸显浓厚的家庭氛围。审判席与当事人席平行设置，法官与当事人围几而坐。当事人席位使用“丈夫”、“妻子”、“父母”、“子女”等表明亲情关系的席卡，以此缓解当事人情绪对抗。第三步视频再教育。当事人走进法庭，法官先播放一段含正反两面案例的宣传片。通过对现实的讲述和前人的“现身说法”，让当事人充分冷静下来，深刻认识到家庭和谐的重要，深切感受和与不和的强烈反差，心灵受到再教育震撼。第四步甜蜜勾回忆。庭前，法官要根据案情准备婚礼录像、定情信物、全家福照片等，在法庭调查阶段一一向双方展示，勾起当事人对往昔温馨岁月和美满生活的回忆。同时辅以法官引导回忆的办法，以激起当事人情感共鸣。第五步亲情齐规劝。法官在庭前充分掌握双方共同信任、敬重的亲朋好友的信息，并与他们进行充分的沟通，在案件审理期间邀请到庭，协助法庭做规劝工作。不能到庭的，则把规劝意见拍摄成视频资料，在庭审中播放。第六步社会同介入。法官在把准当事人的脉搏后，摸清当事人心理需求，邀请二名擅长家事纠纷处理的人民陪审员固定参审家事案件。同时，在家事法庭的旁边设立社会介入工作室，在区妇联建立诉调对接工作室，心理咨询师、特邀调解员等社会介入工作者进行全程、全方位的调处工作。第七步私密重保护。鉴于家事案件涉及家庭秘密较多，规定除双方当事人均同意外，家事案件一律不公开审理，裁判文书不在任何场合公开。在文书送达、上门调解等入村进户环节，照顾心理感受，法官穿便服、开地方牌照车辆。第八步案后必回访。法官每案必回访，作进一步的答疑和解惑，并及时了解当事人生产生活和感情恢复情况，积极帮助解决生活困难，防止产生新的纠纷。

同时还形成“播放短片——吃团圆饭——用方便车——社会介入——心理咨询”的独特工作模式，家事审判技巧、方法进一步丰富，家事纠纷化解能力进一步强化。

3、积极开展宣传，着力扩大家事审判工作的影响。家事审判既是审判工作的一种创新，也是推进社会管理创新的重要举措，许多工作都是在摸索中开展，加强宣传，营造氛围，对于引起共鸣、学习借鉴、交流合作，日臻完善家事审判工作具有重要作用。我们充分利用网络、电视传播速度快、报纸权威性高、内部信息直达领导的优势，从不同角度展示家事审判工作的有益探索。同时还参加了在北京举办的“家事诉讼程序暨立法完善研讨会”和“《婚姻法》司法解释（三）实施一周年暨《民事诉讼法》修改中热点难点问题研讨会”。王牧院长所作《家事审判工作创新实践与思考》主题发言，受到中国婚姻家庭法学研究会夏吟兰会长等与会专家学者、法院实务界和律师界的高度评价。家事审判工作逐渐引起外界关注，已由特色向亮点向司法品牌递进式发展。

二、家事审判工作存在的问题

我们的家事审判工作取得了一定成绩，但是不少工作还处在摸索阶段，还面临不少困惑。一是家事纠纷案件究竟包括哪些案件，哪些家事纠纷案件适合专业化、集约化审理，还需要进一步探讨。目前，贾汪法院家事审判庭审理的案件仅包括司法统计报表口径的“婚姻家庭纠纷”和“继承纠纷”两大类民事纠纷案件；二是如何划分

部门职能问题，目前家事纠纷案件，就贾汪法院而言，分布在少年庭、刑庭、行政庭、人民法庭等多个部门，是否需要进一步整合归一到家事审判庭更为适当？我们的当前做法是将民一庭的原家事纠纷案件剥离出来归家事审判庭审理，涉及其他部门的家事纠纷案件尚未整合；三是家事审判的程序规则和证据规则，我们已经做了一些探索实践，但是仍然感觉到还很不完善，程序规则和证据规则设计在不违背法律的前提下，如何丰富完善，形成较为稳定的制度，还比较困惑，感觉困难。如家事审判庭审理纠纷案件仅限于民事纠纷案件，那么程序设计与证据规则的制定相对容易得多，但如扩大到刑事、行政类案件，那么程序规则和证据规则的设计要难得多；四是家事审判庭的生命力到底有多强，家事审判的发展度有多宽，还有待实践和时间的检验，需要理论的支撑、实践的推动以及决策层的关注；五是家事审判庭的人员配备，男女法官的配备比如何确定更适合家事审判的需求，也有待在不断实践中考量，案件数量是一个方面，但不能仅限于此，家事审判还要承担相当多的社会责任。家事立法目前还是未知数，前景如何也未可知等等。我们的家事审判庭人员配备 1 名男法官、3 名女法官和 1 名女书记员，男女配备比 1:4。

三、家事审判工作完善的对策建议

我们在家事审判探索中，已经成为第一个吃螃蟹的人，设立了全国首家具有独立编制的家事审判庭。我们将在上级法院的关心支持以及法律专家的悉心指导下，认真学习借鉴北京、湖北宜昌、广东各级法院的先进做法和实践经验，积极探索，开拓创新，大胆实践，不断取得家事审判工作更大成效。

一是规范完善家事审判法庭建设。以伦理为核心，按照一定的模式，结合家事纠纷的特点，搞好家事案件的审判场所——家事审判法庭建设。在法庭的结构改造、设备配备、功能完善、装饰布置等方面改革创新，营造和谐温馨氛围，有别于一般的民事审判法庭的设计，形成独特的家事审判法庭模式。

二是探索改进家事审判程序。家事纠纷具有自身的一些特殊性，在家事审判程序上应当具有更大的创新空间。如在不公开制度、调解制度、亲情的展示、法官释明权、民意的采集、弱势群体利益的保护、财产处理、司法救助机制等方面，都具有较大的创新发展空间。我们将积极探索，争取制定一套比较成熟的家事诉讼程序，形成规制，为更好地处理家事纠纷，化解矛盾，维护家庭和谐稳定作出有益尝试。

三是完善证据规则。家事案件的证据的主张以及证据的收集等与普通的案件相比，有自己明显的特色，完全套用“谁主张谁举证”原则显然不能完全适应大多数家事纠纷案件的审理，尤其是涉及以亲情为纽带的证据对于妥善处理家事纠纷具有特殊的重要意义。一个方面法院的职权主义。法院依职权调取证据范围、程度如何把握，涉及亲情方面的证据如何采集，调取证据的深度如何把握等等。另一个方面举证责任的分配问题。如何合理的划分双方的举证责任，在家事纠纷案件处理中具有重要意义，不仅涉及纠纷的有效处理，还涉及弱势群体利益的保护。这些都需要在实践中摸索，积累经验，形成规则。

四是规范家事纠纷案件范围。如何科学界定家事纠纷案件范围，不仅涉及审判资源的整合问题，相关部门职能的调整，而且也涉及家事审判今后发展的空间问题。我们将进一步加强研究，科学合理界定家事纠纷案件的范围，充分发挥家事审判庭的职能作用。

五是拓展家事审判庭功能。家事审判庭不能仅仅局限办多少案件，而更多的关注点在于职能延伸和能动司法上。因此在人员的配备、职能的拓展、参与社会管理创新上，发展空间和潜力比较大，承担起的社会责任也更大。如如何加强与妇联、学校、民政等组织机构联动，反对家暴，维护妇女儿童老人的人身权、财产权等，共建和谐安宁的婚姻家庭关系就是一个很大的社会课题。研究建立全区婚姻家庭纠纷防治中心，联合妇联、民政、公安、司法等机构，就家庭暴力、困难救助、司法确认、矛盾调处等家事纠纷案件中存在的突出问题，建立机制，形成合力，妥善解决。

（陈良清执笔）

寻找《民事诉讼法》的“另一半”

湖北宜昌中院 王礼仁法官

来源：北大法律信息网 http://article.chinalawinfo.com/ArticleHtml/Article_72189.shtml

【学科分类】民事诉讼法

【出处】本网首发

【摘要】我国只有财产关系诉讼法，没有身份关系诉讼法，这既是立法体系上的严重缺失，也是司法审判中的巨大悲哀。从立法体系上考察，家事程序不入法，法律体系“半边”乏；从司法审判上考察，家事程序未出台，无边错案滚滚来。家事程序对构建和完善民事诉讼法律体系，指导和规范司法审判活动，都具有重要意义。它是修改或完善民事诉讼法首当其中应当完善的内容。然而，它却既没有纳入立法计划，亦没有在理论上得到足够重视，依然“散落寻常百姓家”。解决家事程序的立法之“路”与法律之“车”，应当“两者并重两步走”。即立法立项与理论研究论证两者并重，家事诉讼法的“简装版”与“高档版”两步走。

【关键词】民事诉讼立法；财产关系诉讼法；身份关系诉讼法；家事诉讼法

【写作年份】2012年

【正文】

我国只有财产关系诉讼法，没有身份关系诉讼法（又称“人事诉讼法”或“家事诉讼法”），这既是立法体系上的严重缺失，也是司法审判中的巨大悲哀。

一、家事程序不入法法律体系“半边”乏

缺少家事诉讼法，无论是从民事程序法上考察，还是从民事实体法考察，其立法体系都是不完整的。

（一）从民事程序法上考察

在民事程序法及其理论上，根据其诉讼性质，可以分为两大诉讼制度，一为财产关系诉讼；一为身份关系诉讼。由于两者的性质不同，其诉讼规则大有径庭。比如，财产关系诉讼主要采取当事人主义或辩论主义诉讼原则，而身份关系诉讼主要采取职权主义诉讼原则。一部完备的民事诉讼法，应当包括财产关系诉讼程序与身份关系诉讼程序。只有财产关系诉讼法，没有身份关系诉讼法，可以说这样的民事诉讼法是一部残缺不全的诉讼法，或者说只是“半部”民事诉讼法。尽管身份关系诉讼案件在数量上比财产诉讼案件少，但从质的角度考察，身份关系诉讼是与财产诉讼相对应的另一项重要诉讼制度，有其独立的诉讼规则，是民事诉讼不可缺少的组成部分。在民事诉讼理论上，财产诉讼与身份关系诉讼，也是划分适用辩论主义与职权主义两大诉讼原则的主要根据。因而，无论是在民事诉讼制度体系架构上，还是在理论上，身份关系诉讼法具有“半壁江山”的地位。

（二）从民事实体法上考察

从民事实体法上考察，根据法律调整的对象和性质，分为财产法与身份法。在我国，身份实体法比较先进和发达，它与财产法的立法步伐几乎是齐头并进，而且在有些法律上，身份法还走在财产法之前，如我国第一单行民事法律就是婚姻法。我国的继承法、收养法等，也都早于物权法等民事财产法。尽管我国目前尚未建立完整的身份法（亲属法）体系，但我国身份法的基本或核心的法律制度已经建立，基本可以满足日常生活和司法审判的需求。但与之相配套的身份关系诉讼法则十分落后，至今尚没有建立身份关系诉讼法。这必将影响实体法的贯彻实施。如婚姻法设立了无效婚姻和可撤销婚姻制度，但却没有无效婚姻诉讼程序（司法解释简单而不科学）；婚姻法第八条规定了婚姻成立与不成立的判断标准，但没有婚姻成立与不成立之诉；等等。由于缺乏家事诉讼法律规范，目前无效婚姻的诉讼程序、登记程序瑕疵婚姻的诉讼路径与程序等，在司法实践中混乱不堪，并因此造成了大量错案。

（三）从比较法上考察

在大陆法系国家的民事诉讼法典中都有关于家事诉讼程序的内容。如《德国民事诉讼法》第六编专门设立了“家事事件程序”；《法国民事诉讼法》第三卷（特定案件的特别规定）第一编和第三编专门规定“身份关系诉讼”或“家事事件程序”；我国台湾地区在民事诉讼法的第九编设立了专编“人事诉讼程序”。在日本民事诉讼法中，人事诉讼程序法非常发达，早在一八九八年就制定了“人事诉讼程序法”。1947年又公布了“家事审判法”，用以处理人事案件之外的家事案件。台湾地区除了民事诉讼法设有“人事诉讼程序”专编外，并于2012年1月颁布了专门的《家事诉讼法》。澳门《民事诉讼法》第九编亦是专门规定的“诉讼离婚”。在英美法系中，对家事诉讼程序也非常重视。如英国、澳大利亚以及我国的香港地区都有专门的《婚姻诉讼法》。美国虽然没有专门的婚姻诉讼法，但在《统一结婚离婚法》和各州的婚姻法中，也有比较详细的家事诉讼程序规定。我国在民事诉讼法中至今没有家事诉讼程序，当然更不用说专门的家事诉讼法。这不仅在民事诉讼法律体系上是一大缺失，也导致司法司法实践无章可循。

二、家事程序未出台无边错案滚滚来

家事审判需要家事诉讼法，没有家事诉讼法，家事审判就如同“无轨之车”，无论是“借道行使”，还是“脱轨行使”，都会发生错案事故。目前的家事审判正处于“借道行使”与“脱轨行使”的无序状态。因而，其错案数量和错案情形都十分惊人。我经常关注婚姻案件，总有这么一个感觉：“查看婚姻案，举目见错判”。更可悲的是：“不知错判为错案”。其原因是什么呢？“只缘错在制度中”。就是说，对错判的案件却不知道是错的，原来是因为制度缺失或制度规定错误所致。因为没有判断标准或者判断标准不正确，使人们不能识别和发现是错案。不仅法官不能识别和发现，即是亲属法学者，甚至研究家事诉讼法的学者也不能识别。不久前，我在一次家事诉讼法研讨会上发言，谈到现在的婚姻案件是“举目见错案”，有学者则认为没有这么严重，太夸张了。我想，目前对婚姻案件中的错案，之所以视而不见，充耳不闻。主要就是法官和学者都沉浸在现行法律体制之中，用现行错误体制下的相关制度作为判断婚姻案件的标准，而不是用婚姻案件的应然标准判断，自然无法发现错误之所在。有的甚至受现行体制影响，把处理错误或有瑕疵的案件认为是正确的、好的典型案例，作为指导案例使用或刊登，如后文涉及的山东“即墨案”即是如此。

在理论上，之所以不能发现现行婚姻审判体制之弊端，主要是缺乏对婚姻法和相关法律制度统筹把握和整合研究。婚姻案件涉及的问题极其复杂，要真正了解和准确把握婚姻案件的实质和特点，正确适用婚姻实体法和婚

婚姻程序法，除了婚姻法（亲属法）的一般知识和原理外，至少还要解决如下几个问题：

1、婚姻法（亲属法）与其他民法的关系，亲属法能否适用民法总则，以及如何适用民法总则？

2、财产关系诉讼与身份关系诉讼的关系如何？普通诉讼程序与人事诉讼程序的区别？普通程序中哪些规则适用身份关系诉讼，哪些不适用身份关系诉讼？

3、婚姻民事诉讼与行政诉讼的关系，身份关系诉讼到底是民事诉讼还是行政诉讼，婚姻关系效力纠纷是否应当适用行政诉讼程序审理？婚姻登记行政案件应当界定在哪些范围内？

4、婚姻登记机关的职能是什么？婚姻登记机关能否处理婚姻关系效力纠纷或者能否赋予其处理婚姻登记纠纷的职能？等等。

可以说，这是研究和掌握婚姻法（亲属法）的最起码的基本内容，只有对上述问题有一个整体把握和整合分析判断后，才能对相关问题有一个正确判断。但目前对婚姻法的研究则缺乏统筹和整合，存在三大缺陷：

一是婚姻实体法与程序法分离；二是财产诉讼与身份关系诉讼分离；三是婚姻民事诉讼与行政诉讼分离。而且多数亲属法学者不研究身份关系诉讼程序，而研究家事诉讼程序的学者，不仅忽视或不重视亲属实体法、婚姻行政诉讼等学科的比较和整合研究，更缺乏对中国婚姻案件审判现状敏锐观察和冷静思考，往往局限于对家事诉讼程序的基本概念和特点等抽象问题的研究和介绍，其视角没有深入中国现行司法体制和司法实践，既不能发现司法实践之突出问题，更无法“突围”现行法律体制之羁绊。比如，我国长期以来，研究家事诉讼法的学者不研究行政诉讼法，研究婚姻行政诉讼法的学者不研究家事诉讼法，对婚姻行政诉讼与婚姻民事诉讼在研究方法上一一直处于分离状态，缺乏比较研究和整合，难以发现二者制度在功能上的优劣和缺陷，又加之对婚姻行政诉讼在司法实践中暴露出来的诸多弊端缺乏了解。在这种背景下，往往只会认为行政诉讼是解决登记程序瑕疵婚姻的唯一途径或最好途径，甚至还主张用行政诉讼解决婚姻登记效力纠纷。因而，对于适用行政诉讼处理的婚姻效力纠纷，自然不会认为是错误的。

实际上，如果用身份关系诉讼法则和身份法来检测现行婚姻等身份案件的审判质量，其结果是十分悲观的。

由于没有家事程序规范，目前涉及家事或身份关系诉讼案件，一部分“借道”行政诉讼机制解决；一部分适用财产诉讼规则解决。身份关系诉讼的一些基本制度和原则无法得到贯彻执行，导致家事诉讼案件面貌全非，问题迭出，错误现象层出不穷，源源不断，其乱象不堪言状。下面仅举其要者而述之。

（一）错误适用行政诉讼程序解决民事婚姻效力纠纷

由于没有家事诉讼程序，导致对家事案件性质认识错误，以致“借道”行政诉讼解决民事婚姻登记效力纠纷。用行政诉讼解决婚姻效力纠纷是行政审判干民事活，[1]这就如同“裁缝师傅干木匠活”，根本无法下刀。但这种作法却一直无法颠覆。可以说，这是一个根深蒂固的、历史性的、普遍性的、重大的习惯性错误，亟待拨乱反正。程序瑕疵婚姻行政诉讼酿成了全国最集中、最多的群体性错案，婚姻登记机关也成为“全国头号冤大头”。

登记程序瑕疵婚姻纠纷当事人所争议的并不是婚姻登记程序违法与否，而是登记程序违法是否影响婚姻的效力，能否产生婚姻的法律效果。判断程序瑕疵婚姻的效力虽然也涉及到婚姻登记程序违法与否问题，但登记程序违法与否，只是用以主张婚姻是否成立或有效的事实和理由，而不是争议标的，其真正争议标的是婚姻关系及其效力，即婚姻关系是否成立或有效。

在家事诉讼中，本来有一个解决婚姻登记程序引起纠纷的诉种，即“确认婚姻成立与不成立之诉”。但由于我国没有家事程序法，长期以来，民事诉讼一直拒绝受理和审查瑕疵婚姻效力纠纷，当事人在通过民事诉讼无法解决的情况下，被迫采取“曲线救国”的行政诉讼路线。而在行政诉讼中，只能将“登记行为”作为婚姻登记程序瑕疵纠纷争议标的，并将登记行为的“合法性”作为判断标准。这实际上转移了此类纠纷的真正焦点，歪曲了此类纠纷的基本性质。

行政诉讼解决瑕疵婚姻的障碍很多，至少有十大缺陷以上。其中致命障碍有：

第一、程序瑕疵婚姻所争议的真正标的是当事人之间婚姻关系及其效力，这是典型的民事纠纷，将其作为行政案件属于定性错误。

第二、婚姻登记机关不能成为民事婚姻效力纠纷的被告。民政机关当婚姻效力纠纷的被告，甚至当“无责被告”，偏离了行政审判的宗旨。

第三、行政诉讼程序不具有审理瑕疵婚姻效力纠纷的“合法资格”。作为解决某一具体纠纷的诉讼机制，不仅要与其性质相符，而且必须适用于某类纠纷的全部情形，具有普遍适用价值或指导意义。而行政诉讼时效、证据规则、审查对象、判断标准等均不适用瑕疵婚姻效力纠纷，无法承载或完成其应有的诉讼使命，不符合一项诉讼制度存在的价值，不具有审理瑕疵婚姻效力纠纷的“合法资格”。

婚姻法解释三草率规定通过行政诉讼解决婚姻登记效力纠纷，但事实上解决不了。解释三出台后各地处理的婚姻案件，仍然问题重重。这里仅列举几个有代表性的案件，以资说明。

【案例1】2012年5月7日湖南省益阳市资阳区人民法院（2012）资行初字第02号判决，撤销使用他人身份结婚案。冒用原告身份的第三人张宇系原告继母的外甥女，2006年因不到法定从业年龄，为外出打工，找原告继

母帮忙，利用原告的户口信息在公安机关办理了二代身份证，直至申请办理结婚登记时，都一直冒用原告的身份信息，2012年2月原告无法登记结婚，便将登记机关推上被告席，请求撤销他人婚姻。法院判决支持了原告请求。[2]

【案例2】2012年7月26日《人民法院报》刊载的山东“即墨案”。即墨法院2012年初撤销了2005年的虚假身份结婚案。

上述两个案件不仅存在超行政诉讼时效问题，【案例1】还存在定性（是侵害姓名权纠纷还是婚姻纠纷）问题和原告有无权利请求撤销他人婚姻问题。更重要的是，两个案件法院都明确认定婚姻登记机关无过错（因为民政机关根据公安机关出具的身份证件办理婚姻登记何错之有？），但登记机关仍然“垫背”当“无责被告”。这实际是把行政诉讼对行政机关的监督演变为行政机关当“虚拟被告”或“桥梁被告”，以便制造一个完整、合格的行政诉讼案件。

更可笑的是，把婚姻登记机关绑架到司法中来，是为了解决当事人的民事婚姻效力，这不仅使诉讼复杂化，浪费行政司法资源，也使行政诉讼变调、变味、变质。

因而，即是登记机关有过错，也不能当婚姻效力纠纷的被告。这就如同法院判错案件，不能将法院作为民事争议案件的一方当事人一样。

【案例3】原告1989年登记结婚，因婚姻登记存在瑕疵，2011年9月26日安徽省宁国市法院驳回了原告的民事离婚诉讼，要求其通过行政诉讼解决。

这样的案件还很多，如济南市2011年撤销了1986年张某因不到法定婚龄，以其亲属赵某的名义与陈某到民政机关申请结婚登记；山东省滕州市法院2009年撤销了孔老二冒用孔老二之名与原告侯某1993年登记婚姻案；金湾区法院2010年驳回了李女士用姐姐的身份证与吴明于1989年登记结婚的离婚起诉；济南市历城区法院2010年撤销了1990年张娟不够结婚年龄冒用张玲身份与陈某结婚案；江苏如东县男子王某与女子张某1993年结婚，2000年3月张某突然不辞而别，2011年10月王某起诉离婚被法院判决驳回离婚起诉；1990年3月廖先生与僱女士登记结婚。2006年4月僱女士以外出工作为由离家出走，下落不明。2010年廖先生诉至法院，要求与僱女士离婚。法庭审理中发现，结婚证上僱女士的年龄改动过。廖先生无法提供僱女士的身份情况，经调婚姻底档亦无法查明僱女士身份。北京市丰台区法院裁定驳回原告廖先生的离婚起诉。这类案件随处可见，举不胜举。

象这类案件，既超过了行政诉讼时效，也涉及对登记婚姻与事实婚姻效力双重判断问题。民事诉讼拒绝受理或驳回起诉，行政诉讼也会因超过诉讼时效而遭驳回起诉，当事人将会面临“喊天无路”的困境。即是有些法院违反行政诉讼时效受理并撤销了婚姻登记，但当事人都是1994年4月1日前登记结婚，其登记婚姻被撤销后，其事实婚姻效力又如何解决？往往回会导致当事人误判双方无婚而再婚构成重婚。这类案件，行政诉讼根本解决不了。

【案例4】2012年07月06日正义网报道：北京西城区的一对男女1997年结婚，2010年离婚诉讼时，女方提供了2001年的一个“离婚证”，因“离婚证”的真假，引起了离婚效力认定，为此先后两次民事诉讼和一次行政诉讼，最终还是没有得到解决，当事人被迫向检察院申诉亦无结果。[3]

西城区“真假离婚证”案，暴露或证明三个问题：一是没有将离婚与婚姻效力合并审理；二是没有适用身份关系职权主义审理原则；三是行政诉讼解决不了婚姻效力纠纷。1、该案应当将离婚与离婚效力合并审理，在民事诉讼中直接确认婚姻效力。2、法官应当在民事诉讼中依职权查明并判断离婚证的真假和效力。3、行政诉讼无法解决或不能解决此类案件。一是超过了行政诉讼时效；二是确认是否离婚或离婚证效力，属于民事婚姻关系，民政机关不能成为被告。假如离婚证是当事人伪造的，民政机关当被告岂不荒唐。

上述案件说明登记程序瑕疵婚姻“借道行使”的路径不同，应当回到自己的轨道上来。

行政诉讼解决婚姻登记效力纠纷，既缺乏法律根据和理论根据，又弊端甚多，根本无法完成其诉讼使命。民事程序（家事程序）才是解决登记程序瑕疵婚姻纠纷的有效而正确的途径。有关这方面的问题，可参考王礼仁《婚姻诉讼前沿离婚与审判实务》（第13章），人民法院出版社，2009年5月出版；王礼仁《解决婚姻行政诉讼与民事诉讼“打架”之路径》，《法律适用》2011年第2期；王礼仁《瑕疵案件何以上榜“案例指导”》（对山东“即墨案”的评析），中国民商法律网；王礼仁《婚姻瑕疵纠纷行政诉讼十大缺陷》，北京大学法律信息网；王礼仁《对最高法院、北京、浙江高院关于瑕疵婚姻诉讼程序规定之批判》，北京大学法律信息网。

（二）将婚姻诉讼等同于一般财产诉讼，忽视职权主义色彩

没有家事诉讼法，法官一般不知道有人事诉讼（家事诉讼）的特别规则，在处理婚姻案件时，根本没有区分财产诉讼与人事诉讼，将身份关系诉讼等同于一般财产诉讼，最突出的表现就是忽视婚姻案件职权主义诉讼的特点或色彩。

1、法官不依职权调查收集证据，完全依靠当事人举证定案

具体表现在：（1）在证据收集上，一律实行一般财产诉讼规则的谁主张，谁举证原则，把举证责任完全推给当事人。对于该依职权主动调查的婚姻事实，不依职权主动调查，完全凭当事人的举证材料定案。（2）对庭审中

涉及的重要婚姻事实，则往往以当事人没有提供证据证明而否认。对案件的真实事实或真正的离婚原因没有揭示；对潜在的矛盾没有解决。（3）对于婚姻案件中的举证期限，也死抠财产诉讼的“证据失权”制度，对于超过举证期限的证据，大都以“证据失权”为由，不予采纳。还有的认为，一审没有提出的婚姻事实或证据，二审不能提出。（4）对于当事人要求法官调查的证据，也以不属于职权调查范围为由，不予调查。如对婚姻有效与无效不调查；对婚姻成立或不成立不调查；对一方提出另一方有重婚或同居的事实不调查；对一方是否遭受家庭暴力或虐待不调查；对一方提出另一方有婚外情的事实或线索，更不调查和核对；等等。

由于一切全凭当事人举证定案，不仅导致许多案件都以当事人的证据不力而不予认定或驳回诉讼。还有不少离婚判决，完全依靠两、三张纸的开庭笔录定案，或者以当事人提供的几个很单薄的证据定案。有的离婚案件，甚至简短的离谱。比如一个离婚判决的事实部分，不到150个字（最短的只有122个字），竟然就解决一个三、五年，甚至几十年的婚姻。

2、法官不斟酌当事人未提出之事实，对自认、认诺等规则适用存在问题

最高人民法院关于《民事诉讼证据的若干规定》规定了一般诉讼程序中的自认等有关诉讼规则，不适用于身份关系诉讼。但对认诺、不争事实如何认定和处理，没有规定。在婚姻案件中，法院能否斟酌当事人未提出之事实，也没有规定。司法实践中，不仅在自认的适用上仍存在不少问题。对于认诺、不争事实的认定和处理，基本上是按照处理财产案件的规则处理的。法官对于当事人未提出之事实更未加斟酌。如婚姻是否成立或有效的事实，只要当事人没有提出，法官都不加斟酌或考虑。

3、在案件处理方法上，忽视婚姻案件的情感色彩和人伦特点

比如离婚案是人与人之间的情感纠葛，应当努力实现弥合感情，消除隔阂，促进双方和好或者和平谢幕的目的。这是一项慎之又慎，细之又细的工作。然而，司法实践中，在处理婚姻案件的方法上，越来越简单化、程序化，忽视婚姻案件的情感色彩和人伦特点。

至于处理婚姻案件的一些传统的好做法，如深入到村委会或居委会，或者当事人单位了解情况，邀请有关组织和个人协助做调解工作；因第三者介入婚姻引起的离婚案件，对第三者进行批评教育，或建议有关单位或组织进行处分，斩断第三者，为婚姻和好排除外部障碍；等等。这些都逐渐被抛弃，做得很少。在一些离婚案件中，因第三者引起的离婚，只有当事人提供的相关证据和材料，法官几乎没有调查和接触第三者，更谈不上斩断第三者。对于一些判决不离婚的案件，也没有为婚姻和好扫除障碍，往往是一判了之。

（三）婚姻案件的合并审理与反诉基本没有适用

在离婚案件中，凡涉及到婚姻登记效力认定的，都要另案诉讼，没有将婚姻效力纠纷与离婚诉讼合并审理。这不仅加重当事人负担，浪费司法资源，而且不少案件另案处理也根本得不到解决。在继承等财产诉讼中涉及身份关系认定的也是如此。

还有一种情况，当事人本来没有对婚姻效力提出异议，只是要求离婚，但法院硬强迫当事人打行政诉讼官司撤销婚姻。这样的案件也很普遍。如宁波市原鄞县傅某与邱某婚姻案，因邱某身份不明，傅某两次起诉离婚则分别被驳回起诉和劝其撤诉，要求其通过行政诉讼程序解决。傅某的第一次行政诉讼也被驳回，傅某再提起行政诉讼。四年打了四个官司，最后撤销结婚登记。[4]这样的诉讼不仅造成当事人诉累，即通过曲折的诉讼，另案解决了婚姻关系，还要再打子女抚养或财产分割官司。更为重要的是，傅某并不认为婚姻无效，她认为婚姻有效要求离婚，而法院强迫当事人通过行政诉讼并改变其诉讼请求，用撤销婚姻代替离婚之诉，其程序明显不当。这种错误程序所作出的实体处理（即婚姻是否应当撤销），也大可研究。

在离婚中涉及婚姻效力的案件，应当在民事离婚程序中就婚姻效力与离婚合并审理。即是法院认定婚姻无效，也可以在民事诉讼中直接确认婚姻无效或撤销婚姻，没有必要通过行政诉讼解决。

（四）婚姻成立或不成立之诉没有用于解决婚姻纠纷

在婚姻纠纷中，大量婚姻案件需要适用婚姻成立或不成立之诉解决。如婚姻登记程序是否完成（结婚登记后没有领取结婚证）；事实婚姻是否存在（包括事实婚姻从何时成立）；涉及当事人伪造结婚证或离婚证的婚姻关系存在与否的确认；身份信息登记错误或身份信息变化引起的婚姻关系确认；登记程序瑕疵婚姻的确证（主要也是婚姻成立或不成立问题）等。都需要适用“婚姻成立或不成立之诉”解决，但在司法实践中却完全弃之未用。

在司法实践中，大量涉及婚姻成立或不成立的婚姻纠纷无法进入诉讼，少数案件进入诉讼，则往往适用婚姻有效与无效的标准进行判断，即不承认其婚姻效力时，则按无效婚姻处理；承认其婚姻效力时，则按照婚姻法第十条的标准判断。其定性和处理结果错误。

如一对当事人1987年登记结婚，2003年7月双方协议登记离婚。2003年7月28日，双方在婚姻登记机关填写了《婚姻登记申请书》，婚姻登记机关进行复婚登记记载，但由于双方当时没有合格的结婚照片，婚姻登记机关没有颁发结婚证，要求提供照片后再颁发结婚证。双方因故一直未领取结婚证书。2004年4月，女方及其女儿因车祸死亡。后男方与其岳母因女方所遗房屋等财产继承发生纠纷，男方以配偶身份诉至法院，要求继承女方财产。法院则认为双方没有婚姻法第十条的无效婚姻情形，认定其婚姻有效。男方以配偶身份继承了女方相应遗产。本

案应当适用婚姻成立与不成立的判断标准，而不是适用婚姻有效与无效的判断标准。婚姻成立与婚姻有效是两个不同范畴，婚姻不成立则不存在婚姻有效与无效问题。本案当事人没有领取结婚证，其婚姻依法没有成立。

（五）无效婚姻、可撤销婚姻司法混乱，错案迭出

由于无效婚姻、可撤销婚姻立法滞后，诉讼程序不完备，实体法与程序法脱节。实践中对无效婚姻、可撤销婚姻的处理比较混乱。一是关于当事人称谓，到底是原告还是申请人，没有统一，各行其是。二是关于判决形式，即财产与婚姻效力到底是一个判决还是两个判决，亦不统一。三是在审查和认定婚姻效力时，职权审理原则贯彻差，很多基本事实没有查清即下判决，导致定性和处理错误。这是其中最严重的问题。四是大量不该撤销的婚姻被撤销。一是大量有轻微程序瑕疵的婚姻在行政诉讼中被撤销了，变相扩大可撤销婚姻范围。二是无效婚姻情形已经消失的，也大量被撤销。这里面有一部分是在行政诉讼中，凡有无效婚姻情形者，不论其无效情形是否消失，都以登记行为违法为由而撤销。另一部分是在民事诉讼中，也有不少无效情形消失的婚姻被宣告无效。如李某（男）与王某（女）于2000年登记结婚，王某婚前患有精神病，结婚时双方通过隐瞒的方式骗得了结婚登记。婚后王某一直没有参加工作，依靠李某经商收入维持家庭生活。王某疾病经过治疗已经痊愈，并于2002年育有一子李甲。后李某因与他人非法同居，导致夫妻关系渐渐恶化。2004年，李某以王某婚前患有精神病为由，向人民法院提出婚姻无效的申请。法院受理后即作出了宣告婚姻无效的判决，随后又作出了关于子女抚养和财产分割的判决。[5]

同时，司法解释也存在缺陷。如婚姻法解释（一）规定，无效婚姻适用特别程序、一审终审。这个规定并不完全适用无效婚姻，在司法实践中问题较多。我在婚姻审判中甚至发现，有的使用伪造的结婚证，申请宣布合法登记婚姻为重婚，最后得到法院支持，当事人没有救济渠道。

（六）离婚调解程序没有得到应有重视或正确适用

最典型是一方提出离婚，另一方同意离婚，法院则直接下调解书或判决书，不进行调解。有的判决书也是这样写的：“原告提出离婚，被告同意离婚，应当认定夫妻感情破裂”。正确的做法还是要调解。判决书也应当加上调解无效的内容，写成为：“原告提出离婚，被告同意离婚，经调解和好无效，应当认定夫妻感情破裂”。

有些案件，原告只是希望通过离婚诉讼教训对方一下，迫使对方悔过自新，但另一方却也在一气之下同意离婚，双方只好在子女和财产问题上纠缠，法院便对是否离婚不作调解和好工作，在子女和财产不能协商解决时，当即判决离婚。原告或被告慌了手脚，则以争子女抚养或财产为由上诉。二审在审理发现原告的真实用意和双方夫妻感情的实际状况，最后调解双方和好。

（七）在身份关系案件的实体处理上，也存在不少问题

1、将民法总则中有关适用于财产纠纷的规定和原则，完全适用于婚姻等身份案件。

在身份关系案件的实体处理上，最突出的、带有普遍性的问题，就是将民法总则中有关适用于财产纠纷的规定和原则，完全适用于离婚等婚姻案件。如将民法总则关于无效民事行为的有关规定，完全适用于婚姻案件，如一方婚姻当事人隐瞒真实身份情况，欺诈对方而结婚；一方或双方隐瞒真实情况，骗取结婚证；一方或双方隐瞒身份，假借他人身份证结婚；一方或双方提供虚假材料结婚；以合法形式掩盖非法目的假结婚或假离婚；损害社会公共利益或善良风俗的婚姻；违反婚姻登记条例的瑕疵婚姻等，都作无效婚姻处理。甚至将未成立婚姻也作无效婚姻处理。对民法总则的有关附条件、附期限以及消灭时效等，也有适用错误现象。

2、对婚姻法等身份关系实体法的理解和执行也存在许多问题

对婚姻法本身理解和执行，也还存在不少错误和值得研究的地方。如有的法院对于表兄妹1966年结婚，婚龄已经四十年的离婚案件，也作为是“非法”的“无效婚姻”处理。[6]像这样的案件，还不是个别现象。江西省万年县人民法院判决了一起30年的表兄妹婚姻无效，[7]江西省弋阳县人民法院判决了一起31年的嫡表兄妹婚姻无效。[8]这充分暴露了法官对我国婚姻法的立法历史和有关法律溯及力知识了解掌握不够。根据1950年婚姻法第五条规定，“其他五代内的旁系血亲间禁止结婚的问题，从习惯”，属于任意性条款，不是禁止性条款。可见，根据习惯而结婚的表兄妹，其婚姻关系有效。现行法律对他们没有溯及力。

还有不少法官根本不了解我国离婚标准的例示主义立法模式，将婚姻法32条所规定的绝对离婚原因理解为相对离婚原因，对具有法定情形的离婚案件，仍然判决不准离婚；将离婚赔偿等同于一般赔偿，不适当扩大离婚赔偿范围；认为精神病等无行为能力人不能作为原告提起离婚诉讼，或者法定代理人代为起诉离婚必须变更监护关系；一方下落不明的离婚案件不受理，或受理后不能适当处理；认为亲子诉讼不能推定或者适用财产诉讼证据规则推定；等等。此外，财产分割和子女抚养也存在不少问题，这里不一一列举。

上述问题，虽然是适用身份关系实体法存在的问题，从表面上看与身份关系程序法没有关系，但实际上仍然是身份关系程序法不健全的结果。因为实体法适用错误，主要是法官的执法水平问题。而家事诉讼程序法中则包括有关于设置家事审判庭和家事法官的相关内容。由于我国没有家事诉讼法，家事审判庭和家事法官的设置和配备缺乏制度保障，没有专业家事法官自然会导致执法水平不高。

（八）婚姻当事人诉讼难的情况严重

因缺少家事诉讼程序的合理规范，造成当事人诉讼难的情况也很突出。如石狮陈丽的身份被妹妹冒用结婚，

打了两场官司，其“一女许二夫”的“重婚状态”，依然没有解决。[9]当阳市一女子身份证被人冒领结婚证，奔波4年不能结婚，[10]。温岭箬横的金某因女方否认婚姻并出走8年而无法离婚，无奈之下便通过《台州日报》发布信息，希望得到帮助，让他早日离婚。[11]还有《结婚证上老公是别人女子不知如何摆脱荒唐婚姻》、[12]《一男子被陌生女子假结婚骗财想离婚还离不成》；[13]凡此等等，不胜枚举。还有很多案件，民事诉讼不受理，而行政诉讼又超过诉讼时效，当事人诉讼路径被封死，根本无法进入诉讼。

上述当事人诉讼难情形，虽然没有进入诉讼程序，无法统计在法院错案中或认定为错案。但这种情形实际上是另一种情形的错案。

（九）婚姻审判存在的问题具有普遍性

婚姻审判质量不高，不是一个仅仅发生在边远山区和少数法院的问题，在全国范围具有普遍性。包括发达地区法院判决的婚姻案件质量也不高，甚至一些很简单的问题也常常适用法律错误。如上海市崇明县人民法院2008年9月23日的（2008）崇民一（民）初字第2808号离婚判决即是。该案经法院审理查明，“婚后不久，被告经常参与赌博，且屡教不改”，但法院又因“被告表示愿意改正自己的缺点，要求夫妻和好”，而认定“原、被告夫妻感情尚未彻底破裂”，判决双方不离婚。[14]这一判决显然属于适用法律错误。因为婚姻法第32条所规定的离婚原因，属于绝对离婚原因，只要具有该条所列举的法定情形，调解无效，就应当判决离婚。

更可怕的是，不少婚姻错案和错误观点并没有被认为是错误的，往往以正面典型通过媒体广泛传播，扩大了对法院判决案件的负面影响，促进了错案的发展和蔓延。如身份案件不适用自认，这是基本规则，不能动摇。但有的法院则适用财产诉讼的自认规则处理身份案件，并认为身份关系案件也可以适用自认。这样的案例和观点《人民法院报》竟然刊登了。[15]

又如，无效婚姻情形已经消失后不得再主张婚姻无效，这是多么简单的问题！然而，就是这样简单的问题，却屡屡发生判决适用法律错误。如今，婚姻法关于无效婚姻的规定已经实施10余年了，但到目前为止，这种应当避免的简单错误仍在大面积延续。如2012年8月17日法制网报道，乐清市人民法院宣告了一起重婚情形已经消失13年的婚姻为婚姻无效。[16]这样的案件本身是错案，却把它作为处理正确的好的典型案例报道，则是错上加错。

婚姻案件的错案现象可以说是太普遍了，限于篇幅，难以一一列举。但大家只要稍微思考一下就可以知道，媒体把明显的错案都作为好的典型报道，错案自然是一个司空见惯的普遍现象了。

总之，家事诉讼程序不健全，缺乏专业法官，特别是用行政诉讼和财产诉讼规则解决婚姻等家事纠纷，所造成的错案是非常普遍和严重的。只不过这些问题都被现行制度遮蔽了，人们不易识别和发现而已。只要不颠覆这种制度，不用家事诉讼规则取代行政诉讼和财产诉讼规则，不建立完备的家事审判体系，家事诉讼错案还会源源不断，大面积发生。仅就婚姻效力纠纷行政诉讼来讲，只要有婚姻效力纠纷行政诉讼存在，其错案就会层出不穷。这种制度性错案，在全国是罕见的，在中国法制史上也将是黑暗的一页。

用财产诉讼规则解决婚姻等家事纠纷，普遍存在忽视职权主义诉讼原则等情形，也是非常可怕的。这方面的案件数量不是几千件、几万件的问题，而是几十万件，甚至上百万件的问题（家事案件每年在130万件左右）。应该说家事纠纷适用程序错误案件，其数字大得惊人。我曾对本市法院审理的婚姻案件作过调研，有高达80%以上的案件存在程序瑕疵（当然并非都是错案）。但因程序适用错误自然会造成大量的、普遍的实体处理错误。因而，“无边错案滚滚来”，并非夸张，只是我们没有认识，没有重视。

也许我是一个长期从事家事审判的家事法官，对婚姻审判现状太熟悉了；也许我的看法带有个人主观色彩，过于苛刻。但可以肯定的是：家事审判中存在的问题，是整个司法审判中最突出、最普遍、最大的问题。这应该成为一个不争的事实。

尽管长期以来我对家事审判中存在的问题不断进行披露和批判，在一定意义上对提高家事审判质量可能起到了一些积极作用。但家事审判的质量问题，主要是制度存面的问题，要从根本上改变这一现象，必须完善家事诉讼制度。

三、家事程序今何在散落寻常百姓家

家事诉讼程序的重要性应当是不可质疑的。在前文中已经从三个方面说明了这一问题：一是构建完备的民事诉讼法律体系不能缺少家事诉讼法；二是贯彻落实身份实体法的需要家事诉讼法保障；三是规范司法秩序，解决当前诉讼“难”与判决“乱”需要家事诉讼法。

同时，从家事案件的自身特点和数量看，也需要有专门的家事诉讼法。

第一、家事案件有其自身特点，需要与之相称的家事诉讼程序。家事案件在管辖、当事人、起诉（包括诉的变更、合并、反诉等）、言辞辩论（不适用或限制适用辩论主义，采取职权主义）、诉讼中止和终结及承受、判决的既判力、调解程序等方面，都有别于财产诉讼，需要建立与之相称的制度。

第二、从家事案件数量看，具有现实立法价值。家事案件一般占整个民事案件的25%左右。从《中国法治建设年度报告（2011）》看，2011年各级法院共审结各类一审民商事案件6558621件，标的额10156.59亿元。其中，

合同纠纷案件占 50.12%，婚姻家庭、继承纠纷案件占 24.54%，侵权、权属等方面的纠纷案件占 25.34%。[17]如果将占 24.54%的家事案件，折算为案件数量则在 130 万件以上。此外，在交通事故、矿山事故等死亡赔偿案件中、在涉及夫妻关系的民间借贷中以及以夫妻身份行使署名权、代理权、悼念权、遗体处理权等其它案件中，也有相当一部分涉及身份关系认定内容或法律适用问题。如此巨大数量的案件，没有一个程序法，法院怎么办案？调整如此巨大案件数量的法律，与有些法律相比，其立法价值又该大多少倍？

可见，无论是从建立完备的法律体系看，还是从现实需要看，家事程序都是不可缺少的。而且在修改或完善民事诉讼法中，家事程序是首当其冲应当完善的内容。可以说它比已经列入立法修改中的“小额诉讼”等其他内容都重要。然而，连每年只有几件案件的“公益诉讼”也挤进了立法修改草案，而家事诉讼却不见踪影。

那么，如此重要的家事程序哪儿去了？我们在渴望中寻求。令人失望和诧异的是：它竟然“散落寻常百姓家”。第一，家事程序目前根本没有引起立法机关的重视，尚没有纳入立法规划；第二，家事程序也没有引起理论界的应有重视，其理论准备不足，目前还没有形成一部比较完整的符合中国特色的“国产”的家事诉讼法律草案或建议稿，只有一些不完整的或零星的家事程序立法建议内容，散落在学术界或民间学者手里。

家事程序立法之所以会出现这种现象，就其原因来讲是多方面的，但其中一个重要原因，就是“重财产轻身分”。对身份关系缺乏应有研究，忽视身份关系的独有特性，从而将其与财产诉讼混为一谈，以致用财产诉讼规则代替身份关系诉讼规则。

身份关系法和身份关系诉讼法不仅有其独立的品质，而且是涉及千家万户的“民生大法”。为此，我们呼吁立法机关和法学理论工作者，尤其是家事法学者和民事诉讼法学者，应当重视家事诉讼法，抓紧立法立项和理论研究论证及起草工作，使家事诉讼法早日纳入立法计划，并尽快制定出台。

四、家事程序“路”与“车”两者并重两步走

家事诉讼法立法目前面临两大困境：一是家事诉讼法没有纳入立法规划，其立法之“路”不通；二是家事诉讼法理论准备不足，其法律内容之“车”未备。如何解决家事诉讼法立法之“路”与法律之“车”，应当“两者并重两步走”，即立法立项与理论研究论证两者并重，家事诉讼法的“简装版”与“高档版”两步走。

（一）家事程序立法立项与理论研究论证两者并重

有车必须先有路，有路才能刺激造车或买车。因而，首先必须解决立法路径不通问题，力争早日纳入立法计划。但车有时又可以反过来推动修路的步伐。在解决这一问题上，要把争取立法立项与家事诉讼法的理论研究论证两者并重。这是一个问题的两个方面，两者相互联系，相互作用和影响。家事诉讼法的理论研究越成熟，影响越大，立法立项就越快，法律出台就越快。

目前可以从这几个方面着手：一是成立家事诉讼法民间学术研究机构或团体，负责家事诉讼法的宣传和研究方面的组织工作。二是壮大家事诉讼法研究队伍，集体发声，形成影响合力。尤其是要有民事诉讼法学领域的大家或权威学者重视和参与家事诉讼法的研究制定。家事诉讼法是民事诉讼法的组成部分，如果民事诉讼法学领域的大家或权威学者不重视、不参与家事诉讼法的研究制定工作，家事诉讼法可能难以出台，至少要晚出台。三是加强家事诉讼法立法价值和家事程序应用价值宣传。四是强化沟通渠道，加强向立法高层传递立法信息，让立法高层了解家事诉讼法，重视家事诉讼法。

（二）家事程序法律之“车”，“简装版”与“高档版”两步走

家事诉讼法内容庞杂，从法律名称到家事案件范围、法律体系安排、具体内容设计、家事案件审判机构与家事法官的设置、非诉机构的设立、诉讼程序与非诉程序的安排等，都需要做大量的调查研究和理论论证工作。因而，目前要制造一部国产的、高档的家事程序法律之“车”，还非一件易事。据说，台湾花费十年时间才于近期出台了一部家事诉讼法。

我国要想在短期内完成一部体系完备的高质量的家事诉讼法，或者在民事诉讼法中设一编体系完整的高质量的家事诉讼法，都是非常困难的。要建立一套体系完整的家事诉讼制度，则可能旷日持久。但家事诉讼程序则是司法实践中的“燃眉之急”，时不我待。因而，家事诉讼法应当采取先急后缓，先易后难，先粗后细，分步完成的立法思路。目前可以考虑“急用先定”，在民事诉讼法中（必要时也可采用司法解释形式）将司法实践中亟待规范，且理论成熟可以规范的内容，先制定一个简要的家事诉讼规则，供司法实践先行适用，以解决司法实践中的燃眉之急，待条件成熟后再颁布完备的高质量的家事诉讼法。比如下列内容可以先行规定：

1、在民事诉讼理论上没有争议或有定论的家事诉讼的核心内容和基本原则。如身份关系案件实行职权审理原则、家事案件的不公开审理原则、调解原则等，都是在理论上和实践中没有争议的内容，可以先行规定。

“身份关系案件实行职权审理原则”，这是身份关系案件与财产案件的主要区别所在。明确这一原则，有利于纠正目前在审判实践中一律用财产诉讼规则处理身份关系案件的作法。

2、明确家事案件的范围，特别是要明确婚姻效力纠纷统一由民事程序（或家事程序）解决。

“婚姻效力纠纷统一由民事程序解决”，是规范家事诉讼案件范围的重要内容，有利于划分婚姻行政案件与民事案件的界限，厘清婚姻行政诉讼与民事诉讼的关系，从根本上解决当事人诉讼难与法院判决难。

3、明确规定各种婚姻之诉和婚姻附带之诉合并审理。这一规定可以纠正和规范目前将婚姻效力纠纷与离婚纠纷分案审理（即一方在离婚诉讼中对婚姻效力提出异议后，必须另案诉讼）的作法，有利于提高案件效率和案件质量。

4、其他一些应当规定且理论成熟可以规定的内容。如婚姻无效之诉、婚姻可撤销之诉、婚姻成立或不成立之诉以及亲子关系、收养关系的审理程序等。

可以说，只要解决了上述问题，也就解决了当前家事审判中最突出或主要问题，基本上可以规范家事审判程序，满足家事审判的基本需求。

【作者简介】王礼仁，宜昌市中级人民法院三级高级法官，三峡大学法学院兼职教授。

【注释】

[1]在房屋登记产权纠纷中也存在这种现象。

[2] 欧阳灵与益阳市资阳区民政局民政行政登记一案，
<http://www.chinacourt.org/paper/detail/2012/08/id/808188.shtml>

[3]三次离婚两次诉讼涉及离婚证效力的认定，其中一次撤诉，一次裁定驳回。然后行政诉讼诉因诉讼时效问题亦遭驳回。向检察院申诉亦没有支持。

[4]一起婚姻行政确认案引起的法律思考

<http://nbyzfy.chinacourt.org/public/detail.php?id=829>

[5]魏冬《我国婚姻无效制度之救济程序缺陷及立法建议》，

http://www.china001.com/show_hdr.php?xname=PPDDMV0&dname=CJV3V31&xpos=74

[6]《表兄妹结婚多久也无效》，《人民法院报》（法周刊/法律服务），2006年07月28日。

[7]《表兄妹共枕30年婚姻被判无效》，中国法院网2006年07月03日，
<http://www.chinacourt.org/html/article/200607/03/210134.shtml>。

[8]《表兄妹同床共枕31载婚姻仍无效》中国法院网2006年02月15日，
<http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=195353>

[9]《泉州：婚龄不足冒用亲姐身份登记姐状告妹“讨名字”》2010-04-16，来源：台海网（厦门）
<http://news.163.com/10/0416/17/64DL8LAB00014AEE.html>

[10]奔波4年为何拿不到结婚证楚天都市报2007年09月06日17版，
<http://ctdsb.cnhubei.com/html/ctdsb/20070906/ctdsb96197.html>

[11]林远锦“丈夫想离婚妻子却说没跟他结过婚”，2008年3月19日《台州日报》；中国离婚网
<http://www.lhabc.com/news2000/news2/shehun/20080319092125.htm>

[12]<http://news.sina.com.cn/o/2006-03-13/14158431697s.shtml>

[13]中国离婚网 www.lhabc.com；2005年11月3日《信息时报》。

[14]中国离婚网 <http://www.lhabc.com/html/2009311142647.htm>

[15]王长军《身份关系的案件是否都不适用自认》，2004-09-16《人民法院报》，
<http://oldfyb.chinacourt.org/public/detail.php?id=74189>

[16]结婚两个月后丈夫才与前妻离婚13年婚姻被判无效，

法制网 http://www.legaldaily.com.cn/Community/content/2012-08/17/content_3776777.htm?node=35932：

《乐清日报》http://rarb.zjol.com.cn/epaper/html/2012-08/17/content_109921.htm

[17]法律图书馆 <http://www.law-lib.com/fzdt/newshtml/22/20120717171122.htm>

检视与反思：《民事诉讼法》修改背景下法院调解制度的革新与完善

田源（山东省菏泽市中级人民法院）

【摘要】在社会转型期的大背景下，矛盾纠纷竞相涌至各级法院，相对有限的司法资源与群众日益高涨的诉讼需求间的矛盾不断加剧。法院调解在发挥定分止争功能的同时，也暴露出诸如缺乏程序性规定、欠缺有效监督制约、对调解书效力认定不明等制度上的缺陷，以及法院调审合一、法官强制调解、当事人恶意调解等运转中的弊端，一场关于调解模式的革新势在必行。对法院调解的革新与完善可从两个方面着手。一方面，强化对法院调解的制度修缮，建立起权责明晰的调审分离制度、严格限定法院调解的受案范围、调解主持人的选任和调解的时限次数，并就当事人对调解协议的反悔权加以约束。另一方面，要建立一套顺畅的法院调解流程，将法院调解过程划分为调解的启动、必要告知义务的履行、当事人对调解员及调解日期的选定、具体的调解过程及对调解结果

的处理分流等几大环节。在优化法院调解的同时，要做好调解与诉讼的衔接等，强化调解与诉讼的良性互动。

当前，在社会转型期的大背景下，矛盾纠纷竞相涌至各级法院，相对有限的司法资源与群众日益高涨的诉讼需求间的矛盾日益凸显。然而，作为矛盾化解利器的法院调解制度，在运行过程中受到现有民事诉讼法的相关规定种种制约，其固有的定分止争、化解矛盾的功用不能得到充分的发挥。在《民事诉讼法》面临修改的大背景下，针对调解制度存在的缺陷和弊端而进行的一场革新与完善势在必行。

一、缺陷和弊端——影响制约法院调解的因素

（一）制度设计上的缺陷

1. 对法院调解欠缺程序性的规定。

我国现有法律法规对于法院调解如何启动，启动后按照何种程序进行，调解的次数及期限等程序性问题，均未作系统明确的规定²。《最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》（以下简称《调解规定》）也仅就调解时间的适用问题做了简短说明³。

实践中，法院调解的程序适用面临着“无法可依”的尴尬局面。有权力的人们使用权力一直遇到有界限的地方才休止⁴，缺少必要的程序性规定，势必会使法院调解因欠缺必要的引导和约束，如同脱缰野马一般肆意横行。

2. 对法院调解欠缺有效的监督制约。

按照我国《民事诉讼法》及相关司法解释的规定，以调解方式结案的案件具有不可上诉性。只有当证明调解违反自愿原则或者调解书内容违法时，当事人才可以申请再审。即便有法官违反程序性规则而侵害当事人的诉讼权利等情形出现，当事人不能上诉，检察院也不能抗诉⁵。当事人除了拒绝调解和拒收调解书外，没有其他可以救济的途径。尽管《民事诉讼法》第一百八十条规定了“当事人对已经发生的法律效力的调解书，提出证据证明调解违反自愿原则或者调解协议的内容违反法律的，可以申请再审。”但实践中，要当事人证明自己亲自签署的调解协议违反“自愿原则”，可谓难于登天。

3. 过分强调“查明事实、分清是非”原则。《民事诉讼法》第八十五条规定：“人民法院审理民事案件，根据当事人自愿的原则，在事实清楚的基础上，分清是非，进行调解。一方面，该原则规定调解无论何时进行，都必须分清是非。对于庭审过程中抑或庭审后的调解而言，经历证据质证的过程后，无可厚非。对于庭前调解而言，显得过于苛刻，是对调解和审判前提的混淆。与此同时，“查清事实、分清是非”须经过严格的证据交换，当庭的反复质证，往往耗费大量时间、财富，使调解的纠纷解决效率大大降低，丧失其固有的价值。

4. 对法院调解的公开与否规定不当。实践中，法院调解遵循“以公开为原则，不公开为例外”的原则，法院一般都是根据案件在审理时是否需要公开，来判断在调解时是否需要公开，除当事人申请外，一律予以公开⁶。设置“审判公开”的初衷是用以监督法院的司法行为，防止法官暗箱操作，但法院调解的机理不同于审判，其更多追求当事人的自愿性和合意性，过程一旦曝光，当事人达成调解协议的可能性就会降低⁷。笔者认为，可效仿同样倡导意思自治原则的《仲裁法》，设立“以不公开为原则，公开为例外”的规定。

5. 对调解书的效力认定不清。调解协议是当事人在自愿的基础上达成的，无论从形式、意思自治、达成的协议内容来看，其效力都应是依法成立的合同⁸。2004年11月开始实施的《最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》，将调解协议分为应当制作调解书和不需要制作调解书两类，并规定简易案件和不需要制作调解书的，可经双方当事人一致同意调解协议自双方在协议上签字、捺印起生效。然而，对应制作调解书的情形效力如何却缺乏必要规范，留下了法律适用的漏洞。

（二）流程运转中的弊端

1. 调审合一现象仍较为普遍。实践中，由当法官主持法院调解的现象屡见不鲜，法官往往兼具调解员和裁判者的双重身份。一方面，法官既审又调的双重身份，使法官在调解的过程中对于案件的看法直接影响到当事人的主观意愿，当事人往往会囿于法官在审判中的权力，被迫接受调解或接受不公正的调解结果；另一方面，行使调解职能的法官在庭审前即穿梭往返于双方当事人之间，从事劝解和协调的行为，违反了法官在审理案件前不得

²张卫平：《诉讼调解：时下势态的分析与思考》载《法学》2007年第5期，第19页。

³《最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》第一条规定：“在答辩期满前人民法院对案件进行调解，适用普通程序的案件在当事人同意调解之日起15天内，适用简易程序的案件在当事人同意调解之日起7天内未达成调解协议的，经各方当事人同意，可以继续调解。延长的调解期间不计入审限”。

⁴[法]孟德斯鸠著：《论法的精神》（上册），张雁深译，商务印书馆1993年版，第184页。

⁵李浩：《调解的比较优势与法院调解制度的改革》，载于《南京师大学报（社会科学版）》2002年第4期，第24页。

⁶《最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》第七条第一款规定，“当事人申请不公开进行调解的，人民法院应当准许”。

⁷周溯：《论法律效果和社会效果的统一》，载万鄂湘、王运声主编：《公正与和谐司法理念的理论与实务》，人民法院出版社，2007年版，第275页。

⁸季卫东：《中国式司法动态均衡机制的一个图式说明》，载于《司法》2006年12月第1期，17页。

通过言语或行为表明其对案件的看法和态度的法律规定⁹。

2. 强制调解现象频频出现。普遍实用的错案追究制度，将主审法官的错案率与工资待遇、职务升降等直接挂钩，法官审理案件时面临着错判可能带来的压力和风险。特别在部分案件事实模糊、法律依据欠缺，以及当事人双方证据势均力敌的情形下，法官为了规避风险，往往无视调解的“自愿”原则，利用自己的特殊身份进行调解劝说，甚至不惜以牺牲当事人的合法权益为代价，采取“以判压调”、“以诱促调”等强制调解手段，逼迫当事人接受调解以达成调解协议，甚至有可能进行威胁或者诱导。只有在调解无望时才采取判决方式结案。法院调解陷入了越是偏重调解，当事人的合法权益越是得不到保障的恶性循环当中¹⁰。

3. 法律权威性时常受到侵犯。鉴于调解协议基于当事人双方的合意而达成，法院调解无须具备事实清楚、证据充分等条件，部分法院便一再降低对调解的监督和制约，使得原本硬性的法律规定一再对调解进行无原则的退让。具体表现为，当法院以调解方式结案时，原本被严格遵守程序规则被弃于不顾，在合法性问题上大打折扣，调解过程中的隐性违法等不当现象频频出现，法院公信力和司法的权威性受到侵害。

4. 当事人恶意调解现象时有发生。调解协议的达成，往往建立在权利人一方或双方作出某种程度的让步的基础上。实践中，部分别有用心的人却钻起了法院调解的漏洞。恶意与对方达成调解协议后，并不按时履行协议规定的义务，先是一再拖延，如达不到目的，即在调解书送达前表示反悔，以此来逼迫对方做出更大的让步¹¹。这不仅浪费了极为有限的审判资源，更损害了法院的权威和遵守调解协议一方当事人的利益。

5. 法院调解效率饱受质疑。要实现说服当事人达成调解协议，达到定分止争的目的，需要就案件的事实、证据、法律等问题向当事人作详细的解释，并辅以大量耐心细致的思想工作。类似的说服工作大都不会一次奏效，有的要重复多次，尤其对一些法律关系复杂或法律规定与当事人习惯认识不一致的案件，要在短时间内让当事人理解并接受并不容易。因此，尽管调解与判决相比省略了对案件的评断和宣判环节，但在说服当事人接受调解协议这一过程中所花费的精力和时间并不比对案件直接作出判决少¹²。有的案件经过多次反复调解，仍“久调不决”，调解人员的精力被大量地重复耗费，诉讼时间也被一再拖延，不符合“在精确和成本之间追求最大的交换值”¹³效率考量。

二、它山之石：对其它国家和地区法院调解制度的考察与借鉴

(一) 美国法院调解制度及其特点

上个世纪 60 年代以来，美国法院受理的民商事案件大幅度上升，为了缩短审理周期，提高办案效率，也为了使当事人节省人力及费用，法官开始试行调解制度¹⁴。美国法院调解制度具有如下特点：一是二审民商事案件也进行调解。不论在一审还是二审期间，调解工作对外界均是保密的，法官不参加调解，尽管法院对于调解过程有一定的指导作用，但这种调解在本质上仍是通过当事人的合意解决纠纷的方式。二是调解方案作出后，调解员会向当事人发出通知，要求其在确定的期限内给予同意或反对的明确答复。如果当事人双方表示接受调解方案，则经法院审查批准，调解员即可赋予其法律效力。如果当事人拒绝，案件就可转入正式的法庭审理。三是美国的诉讼调解不是一种审判方式，它是同审判相分离的、独立运作于法院审判之外的一个程序¹⁵，避免了一旦调解失败，由于法官在调解中所掌握的证据和所持的观点可能会对后续的审判活动带来的影响¹⁶。

(二) 日本的法院调解制度及其特点

日本的法院调解表现为民事调停，根据一方当事人向法院提出的调停申请，由一名法官和两名以上民事调停委员组成的调停委员会或由独任法官作为调停委员，以第三人的身份进行劝说，促使当事人之间达成协议以解决纠纷的法律制度¹⁷。日本的法院调解制度有如下特点：一是独立运作于法院审判程序之外，由专门的机关进行，适用专门的法律。二是偏重发挥调解节约费用、提高效率的功能。

(三) 我国台湾地区的法院调解制度及其特点

我国台湾地区在《民事诉讼法》中明确区分和解与调解的范畴，把申请调解与起诉作为当事人请求法院保护自己民事权益的两条互相独立的途径¹⁸。另外，将法院调解分为强制调解与任意调解两种类型，并对其各自的适用范围给予了明确的界定。强制调解是指在起诉前案件必须经过法院调解，调解不成立时，才能诉之法院；而一般适用

⁹左卫民：《变革时代的纠纷解决：法学与社会学的初步考察》，北京大学出版社 2007 年版，第 145 页。

¹⁰杨凯：《法院调解制度改革的理论透视与立法思考——程序公正与诉讼效率为中心的分析》，载曹建明主编：《程序公正与诉讼制度改革》，人民法院出版社，2002 年版，第 615 页。

¹¹吴英姿：《“大调解”的功能及限度——纠纷解决的制度供给与社会自治》，载于《中外法学》2008 年第 2 期，第 14 页。

¹²章武生：《论我国大调解机制的构建——兼析大调解与 ADR 的关系》，载于《法商研究》2007 年第 6 期，第 29 页。

¹³ [美] 理查德·A. 波斯纳：《证据法的经济分析》，徐昕等译，中国法制出版社 2001 年版，第 9 页。

¹⁴孙泊生：《美国法院的调解制度》，载《人民司法》1999 年第 3 期，第 51 页。

¹⁵ [美] 史蒂文·苏本、玛格瑞特·伍：《美国民事诉讼的真谛》，蔡彦敏、徐卉译，法律出版社 2002 年第 1 版，第 204 页。

¹⁶辛国清：《美国法院附设 ADR 研究》，载《社会科学研究》2006 年第 6 期，第 84 页。

¹⁷张艳斐、高翔：《日本法院附设调停制度与我国法院调解制度的比较研究》，载《法制与社会》2007 年第 2 期，第 378 页。

¹⁸吴行政：《海峡两岸法院调解制度之比较》，载《法律适用》2000 年第 6 期，第 46 页。

于简易程序审理的案件以及一些人事诉讼案件,没有明确规定必经法院调解程序的则依当事人的申请进行调解。台湾地区的法院调解具有以下特点:一是强制调解并强迫当事人调解的内容,而是规定不经调解则不得起诉的含义。二是法官并非主导者和指挥者,不会过多地介入案件的实体问题的处理,只是对程序进行大体地把握。三是经法院调解达成的调解书,其效力是无须经过法院审查确认的,调解协议经当事人合意即告成立¹⁹,与诉讼上的和解具有相同的法律效力。

三、尝试与探索——对法院调解制度的改革与完善

(一) 对法院调解的制度修缮

1. 明确法院调解的受案范围。

一是排除不适用法院调解的案件。对依法律规定不允许当事人自由处分的法律问题,依当事人状况不能调解或明显不具备调解可能的案件,以及部分涉及公共利益、国家利益、政策性原则以及社会影响比较大的案件,即使当事人申请法院调解,法院也不应受理。二是对特定种类案件规定强制调解。如小额诉讼、亲属之间争议、交通事故纠纷、不动产相邻关系、医疗纠纷、环境纠纷等案情简单、对抗性较弱、涉及面不大的案件,可将法院调解确立为诉讼启动前的必经程序。在调解不成功或调解被宣告无效或撤销的情况下,当事人有权启动诉讼程序。三是除此之外的其它民商事案件,由当事人自主选择是否采取法院调解方式。

2. 建立严格的调审分离制度。

一方面,从法律上规定凡是参与调解的法官,不能参与其后的庭审过程。另一方面,对法官职能进行重新定位,分别设立负责主持调解的调解法官和专职负责案件审理的庭审法官,避免法官扮演调解者和判决者双重角色的身份冲突。同时,对调解程序和审判程序进行适度分离,避免二者的混同或相互替代²⁰;在适用调解和审判程序处理案件时,明确时间上和空间上的先后顺序,即只有在纠纷不能以调解方式加以解决时才能转入审判程序,在二者之间应当优先适用调解结案。

3. 明确法院调解主持人的选任范围。

纵观法治发达国家的法院调解,大都由专门的调解员主持²¹。在我国,同样可实行专职调解员制度。一方面,可从审判一线分流出专职主持调解的法官。在条件成熟时,也可根据地方实际,成立以专门的调解性机构;另一方面,可从退居二线的审判法官、基层法院的人民陪审员、获得司法资格证的公民、取得一定任职资格的人民调解员以及律师当中选任。调解员要在法院备案,遵守专门的调解员章程,在具体案件中由当事人自行挑选。

4. 提供必要的救济途径。

在现行法律框架内,缺乏对法院调解的救济途径。当事人除拒签或拒收调解书外,只能通过再审²²。由此,对法院调解后可以申请再审的情形的规范显得尤为重要。规定对有证据证明违反法定诉讼程序,调解协议的内容违反实体法律和行政法规的规定,有证据证明调解协议的达成存在胁迫、欺诈、乘人之危的情况,有证据证明调解协议存在显失公平或者重大误解的等情况,当事人可以通过审判监督程序向法院提出撤销调解协议之诉。

5. 严格限制当事人对调解协议的反悔权。

规定调解协议一经签字即具有法律效力,除诸如一方当事人欺诈、胁迫影响另一当事人意思真实表达;调解程序违法或法官违反审判纪律;当事人恶意串通,非法行使处分权,直接损害国家集体或第三人的合法利益,且无法补救第三人损失的;调解协议违反法律原则或禁止性规定等特殊情形出现,任何一方当事人不得随意反悔。由此,消除了调解协议达成后至调解书签收前效力待定的尴尬局面,从根本上避免了当事人签收前任意反悔现象的发生,达到维护司法的权威,提高诉讼效率的目的。

(二) 法院调解的流程设计

1. 法院调解的启动。

对当事人申请启动和法定强制性启动两种类型给予区别对待。对于强制性调解的纠纷,将调解作为诉讼启动的前置条件,若当事人拒绝调解,则对该案件不予受理;对于依当事人申请启动的调解,立案法官在接受当事人提交的诉状材料时,应当向当事人明确告知,采取两种结案方式的风险,并鼓励当事人调解。征得当事人同意后,方可启动调解程序。

2. 尽到必要的告知义务。

与此同时,调解主持人员必须向当事人明示,其并非是庭审审判组织的成员,并且当事人是否在调解过程中做出让步,不会影响到下一步的判决。调解前,应询问当事人对主持调解的人员是否申请回避。如当事人申请回避,则按照庭审中申请回避的规定进行。如当事人不申请回避,则进入下一步的调解环节。

3. 由当事人自主选择调解员及调解排期。

¹⁹易玲:《完善我国的法院调解制度——兼对台湾法院调解制度的比较》,载《理论界》2006年第9期,第140页。

²⁰何鸣主编:《民事诉讼调解技巧与实例评析》,人民法院出版社2005年版,第68页。

²¹朱景文:《现代西方法社会学》,法律出版社1994年第1版,第198-199页。

²²范愉:《非诉讼程序(ADR)教程》,中国人民大学出版社,2002年版,第11页。

一方当事人选择调解，调解员要以书面或口头形式征询对方当事人是否愿意进行调解。如双方同意进行调解，则由当事人自行确定调解时间，并根据案件的不同属性，选择其信赖的调解员。

4. 具体的调解过程。

调解开始后，先由当事人对案件事实和理由的加以陈述，应遵循先原告方后被告方再第三人方的次序。需要证人作证的应传证人到庭发表证词。调解员在查明事实的基础上，应有针对性地向双方宣传相关法律法规，引导他们就具体的争议事项进行协商。在协商过程中，既可由当事人双方或单方提出和解方案，也可由调解员提出和解方案供双方当事人参考，但不能强迫当事人接受法院的调解方案。人民法院调解民事案件时，双方当事人都应出庭。因故不能出庭调解的当事人，可由有特别授权的委托代理人参加调解，达成的调解协议，由该委托代理人签名。

5. 对调解结果的处理。

一是对调解期限内达成调解协议的，由调解员记明笔录，收取相应费用，由调解法官审核后制作调解书并送达双方当事人；二是对调解不成立的情况分流处理。对双方当事人在调解期限内未能达成调解协议的，就案件是否进入诉讼程序征询当事人意见，并记明笔录。如当事人要求起诉的，将案件转入正式诉讼程序；对双方或一方当事人未于调解日期到场的，调解法官可在征得当事人同意后，再次安排调解；也可视为调解不成立，将案件转入正式诉讼程序。

6. 与诉讼程序进行衔接。

从法院抽调精干力量，组建速裁组。对于调解成功的案件，集中加以审核，第一时间出具调解书，赋予调解强制执行效力；对于经调解但未成功的纠纷，如果案情并不复杂，直接转到速裁组，实现案件的“快调快审”；对因当事人就法律适用存在争议而导致调解失败的案件，可以通过示范性判决，使当事人了解可能的裁判结果，对调解和裁断的效果加以权衡²³，选择对自己有利的方案。

结语

法律必须把自己的目光平稳地固定在它的主体问题即人的身上²⁴。尽管，《民事诉讼法》面临着一场大的革新，但对法院调解制度的完善，不能脱离具体的社会环境和经济基础，否则只能是经不起实践考验的空中楼阁。鉴于法院调解在定分止争领域内的巨大效用，我们有理由相信，随着制度设计的日渐规范和调解流程的不断完善，素有“东方经验”美誉的法院调解制度必将焕发出更为耀眼的法治光芒。

关于“人身安全保护裁定”的思考

陈敏

如果一个人在家以外的地方遭到他人暴力袭击而又无力抵抗，这个人会迅速逃离现场，到一个安全有保障的地方，比如说，家。对于任何一个人来说，一般情况下，家都是一个最安全的地方。只要能把加害人关在门外，自己的安全就有了保障。可是，如果加害人是来自同一个屋檐下的家庭成员，家就不幸成了受害人最不安全地方。战，力量不够，躲，无外可躲，逃，无处可逃。此时，受害人该怎么办？

这一困扰世界各国的难题，在上世纪70年代末有了破解之道。这就是针对家庭暴力的民事保护令制度。本文以性别平等为视角，尝试论证在我国建立民事保护令制度的必要性和可行性，并提出建议。

一、建立民事保护令制度的必要性

（一）我国家庭暴力问题严重

1. 家庭暴力是基于性别的暴力

2007年-2008年，中国应用法学研究所对不同省市7个基层法院的阅卷调研发现，涉及家庭暴力的离婚案件占接受调研的不同法院当年全部离婚案件的百分比，最低的是36%，最高的是62%，受害人基本上是女性。由于家庭暴力向来被视为家庭纠纷，因此，公权力的干预表现出明显的滞后性——家庭暴力没有造成轻伤以上后果时，加害人很少会被追究法律责任。一些丈夫便在“打别人违法，打自己老婆不违法”的思想支配下，理直气壮打老婆，甚至打得自己成了被告，还不认为自己打人违法。笔者在基层法院阅卷时常常遇到这样的庭审笔录：被告：“我是打她了，但你问问她我为什么打她”或：“我打她是不对，但她要不……，我就不会动手。”这些被告显然认为，如果妻子的言行举止有不合自己意的地方，自己拥有当然的权利教训她。国际社会因此将家庭暴力称为“基于性别的暴力”，²⁵意思是说，妻子挨打，是因为她身为女性——社会默许丈夫打妻子。

²³范愉：《非诉讼纠纷解决机制研究》，中国出版社，2000年版，第77页。

²⁴林喆：《权利的法学——黑格尔法哲学研究》，山东人民出版社，1999年版，第334页。

²⁵加拿大司法部编制，《检察官办案手册——检察总长关于检察官办理亲密关系中的暴力案件的政策》（The B.C. Ministry of Attorney General, Crown Counsel Manual: The Attorney General Policy on Violence Against Women in Relationships, Vancouver, August, 1996）

2. 家庭暴力侵害家庭成员的人身权利

查新华字典,“暴力”指强制力,其目的是为了控制。“控制”的意思是使某事或某人处于自己的占有、管理或影响之下。大凡实施暴力者,其目的都是为了控制对方。这个逻辑在国与国之间如此,如历史上日本侵略中国、现代美国攻打伊拉克,在人与人之间仍然如此,如老子打儿子。暴力永远是强势方采取的迫使弱势方服从的控制手段。发生在婚姻家庭中的暴力,是封建家长制思想在现代婚姻家庭关系中的体现。家庭暴力是强势一方(通常是丈夫)通过伤害弱势一方(通常是妻子)而实现控制弱势方的有效手段。

公民的人身权利不受侵害,是宪法和法律赋予公民的基本权利。任何侵害他人人身权利的行为,不管发生在社会上,还是发生在家庭中,都属于我国法律禁止的违法犯罪行为。

3. 家庭暴力受害人同样可能危害社会

人们往往以为,加害人会危害社会,而受害人不会。但是,犯罪被害人学告诉我们:被害人受害后,如果其权利得不到正义的救济,被害人和加害人的角色可能出现转换。受害人在受暴过程中,不知不觉习得暴力倾向,就可能走上犯罪道路。北京市海淀区人民检察院2005年的一项关于女性犯罪和家庭暴力的关联性调查发现,女性犯罪嫌疑人捕前遭受家庭暴力比率为35.7%,且两者之间具有统计学意义上的高度相关性。26许多犯罪人,特别是女性犯罪人,就是因为受害后没有得到司法救济而对社会的公平正义失去信心因此走上犯罪道路。27据我国监狱部门调研发现,因长期受家庭暴力侵害而被迫以暴制暴,一直是我国女性暴力犯罪的最主要原因。28另据陕西省女子监狱统计,截至2007年4月,因长期遭受家庭暴力最终以暴制暴杀夫而在陕西省女子监狱服刑的女犯,占该监狱全部因婚姻家庭矛盾引发暴力犯罪的女犯人数的95.32%。29

4. 家庭暴力是社会问题已成共识

2001-2002年,中国法学会“反对针对妇女的家庭暴力对策研究与干预”项目在浙江、湖南、甘肃三省进行了我国普通人群中家庭暴力现状的抽样调查。根据对3543份有效问卷的统计分析,我国家庭暴力发生率为34.7%,其发生频率从几个月一次到一周几次不等,绝大多数受害人是妇女、老人和孩子。30为此,早在1995年,《中国妇女发展纲要》就提出要“依法保护妇女在家庭中的平等地位,坚决制止家庭暴力”。近十年来经过修改增设关于禁止家庭暴力规定的《婚姻法》、《妇女权益保障法》、《未成年人保护法》,以及2008年9月中宣部、最高人民检察院、公安部、民政部、司法部、卫生部、全国妇联联合出台的《关于预防和制止家庭暴力的若干意见》,均说明家庭暴力是社会问题已成社会共识。

5. 国际通行的反家庭暴力理念

国际社会关于预防和制止家庭暴力的通行理念,一是所谓妇女人身权利受法律平等保护,是指妇女的人身权利不能受“外人”侵害,更不能受家人侵害;二是所谓维护妇女权利,不是指等伤害后果发生后对施暴人进行严厉惩罚,而是指国家要采取有效措施将家庭暴力制止在萌芽中。换言之,国家干预的重点,在事前预防家庭暴力行为的发生和事后对受害人的援助。

(二) 现行法律保护相对滞后

理论上,我国《宪法》、《婚姻法》、《妇女权益保障法》都可以作为国家禁止家庭暴力的立法依据,家庭暴力受害人可以依法寻求治安、民事和刑事救济,但实际上,这些规定过于原则,只能表明国家禁止家庭暴力的态度和价值取向,因而不具有可操作性,常常被实务界称为“纸老虎”。具体表现如下:

1. 治安救济途径不畅。

《治安管理处罚法》要处罚的是所有侵害他人人身权利的违法行为,但是,家庭暴力受害人的人身权利在现实中得不到法律平等保护的现象,却比比皆是。原因通常是执法人员首先视家庭暴力受害人为某个人的配偶,然后才是公民,而不是将受害人当作一位独立的公民。即使是在北京这样的发达地区,因为社会对家庭暴力制止不力导致受害人被故意伤害致死的案例也并不少见。例如,董珊珊被丈夫家庭暴力致死前,曾和家人八次报警,均被警察以“还是夫妻,不好管”为由拒绝,致使她在婚后10个月被殴打致死。31从全国总体情况来看,本应当是干预家庭暴力第一线的警察,不愿意管、不敢管或者不知道如何管的现象非常普遍,因此,对家庭暴力受害人来说,治安救济渠道并不通畅。

2. 民事救济困难重重

民事救济主要体现在离婚诉讼上。2001年,修改后的《婚姻法》增设规定,将家庭暴力纳入离婚的法定理由,

²⁶ 陈敏,《女性犯罪嫌疑人家庭暴力受害状况及其影响因素的研究》(2006年),北京师范大学心理学硕士学位论文,第26页。

²⁷ 郭建安主编,《犯罪被害人学》(1997),北京大学出版社,第182-206页。

²⁸ 第一届全国女子监狱联谊会,《工作交流论文资料汇编》(2004)(内部资料)。

²⁹ 陕西高级法院和陕西婚姻家庭学会联合举办,“家庭暴力引发妇女犯罪刑罚适用研讨会”会议资料。2008年9月26日-27日,西安

³⁰ 王金玲主编,《中国妇女发展报告》,社会科学文献出版社2006年版,第192页。

³¹ 《北京晚报》2010年11月23日。

但其既未界定家庭暴力，又未规定当事人的行为构成家庭暴力后应当如何处置，而《民事诉讼证据规则》又未能根据家庭暴力隐蔽性特点作出相应的举证责任转移的规定，因而受害人若想寻求民事救济，则困难重重。

首先，大多数受害人只希望公权力能够制止家庭暴力，并不想离婚。对这部分受害人来说，离婚不是一条可以选择的救济途径；

其次，绝大多数以家庭暴力为由提起离婚诉讼的原告，都会由于家庭暴力隐蔽性而难以举证证明自己的主张，司法实践中原告方的胜诉率非常低。

再次，由于立法没有关于家庭暴力的界定，而最高法院司法解释关于家庭暴力的界定，未能抓住其本质，致使实务部门常常搞不清楚两者的区别，因此，如何认定家庭暴力，对基层法院来说，成了一件让人头痛的事。很多基层法院反映：除非加害人在法庭上自认，或者加害人的行为构成刑事犯罪并已被追究相关刑事责任，民事法官即使内心确信当事人确实遭受家庭暴力，依照现行民事证据规则，通常无法认定家庭暴力。中国应用法学研究所 2007 年至 2008 年在全国 7 个基层法院的阅卷调研也发现，自 2001 年以来，人民法院对家庭暴力的认定率普遍不到 8%，有的基层法院甚至十年来无一认定。

最后，家庭暴力的研究成果发现，加害人的行为动机是控制受害人，而离婚对于一部分控制欲过强的加害人并不奏效。加害人基于控制受害人的强烈动机而实施的“分手”暴力，其发生率之高，足以让受害人胆战心惊。而这部分受害人，无法通过寻求民事救济获得司法保护。

3. 刑事救济形同虚设

《婚姻法》虽然规定了公安机关对实施家庭暴力或虐待家庭成员的治安处罚权，《治安管理处罚法》和《刑法》关于虐待（罪）的处罚规定，却均以“被虐待人要求处理的”、“不告不理”加以限制。这样的规定忽视了加害人和受害双方之间控制与被控制的关系，忽视了受害人可能被迫放弃法律救济的现实情况。道理很简单，只有不以受害人意志为转移的惩罚，才会对加害人起到威慑作用。如果规定以受害人要求或受害人告诉作为追究加害人法律责任为前置条件，加害人完全可以通过暴力或暴力威胁，逼迫受害人放弃追究，因为，通过暴力手段逼迫受害人屈服，本来就是加害人驾轻就熟的手法。因此，这样的规定对于制止家庭暴力和虐待行为，形同虚设。

更为重要的是，因社会无力制止家庭暴力导致受害人被打成重伤的，即使加害人受到了法律的惩罚，受害人的身体伤害已不可逆转，心理伤害难以康复。我们也许可以说此时正义得到了实现，但对于受害人说，这种迟来的正义已经没有太大的现实意义了。

我国现行理念和做法反映出社会对防治家庭暴力的认识，还处在轻预防、重惩罚阶段，难以满足现实需要，也与国际通行理念相去甚远。

（三）港台对家庭暴力受害人的司法保护已远超大陆

香港 1986 年的《家庭暴力条例》就有强制令（即民事保护令）规定。2007 年该法修改后，强制令的强制范围扩大到针对申请人的离异配偶、前异性同居者，及申请人近亲属，不论双方是否同住一个屋檐下。该法还规定，如果法官有合理的理由相信施暴人有相当的可能性会致申请人或其未成年子女身体伤害的，签发强制令时还可以附逮捕授权书。考虑到常见的“分手暴力”现象，强制令有效期为 2 年。此修改内容被认为是港府落实《北京宣言》及《北京行动纲领》，将性别平等纳入《家庭暴力条例》的具体例子。³²

《台湾家庭暴力防治法》于 1998 年获得台湾立法院通过。台湾因此成为大陆法系国家和地区中，第一个出台反家庭暴力专门立法的地区。该法从内容上看，几乎就是一部极具司法取向的民事保护令法。2003 年，国立台湾大学社会工作系主任王丽容教授的相关调查发现，台湾民事保护令对家庭暴力受害人的有效保护率约为 75%。分别有 74.5%和 69.1%的受害人认为民事保护令使自己受暴次数减少、暴力严重性降低。³³

据了解，台湾目前家庭暴力发生率，占总人口的 0.3%，而大陆家庭暴力发生率超过总人口的 30%。比较两岸三地对家庭暴力受害人身安全的保护力度，大陆方面尚有较大的完善空间。生活在大陆和港台地区的家庭暴力受害人，同为中国人，享受人身安全保障的质量应当不相上下。

二. 建立民事保护令制度的可行性

民事保护令制度是 20 世纪 70 年代末英美法系国家专门为预防和制止家庭暴力而设立的民事法律救济途径。它相当于在受害人和加害人之间筑起一道“隔离墙”，将加害人阻拦在够不着受害人的地方。虽然不能 100%地阻止加害人继续加害受害人，却能在很大程度上预防家庭暴力的发生、降低家庭暴力严重性和发生频率。因此，在国际上被公认为是预防和制止家庭暴力最有效的措施，正在被越来越多的国家纳入司法和立法。在这些国家中，不幸遭遇家庭暴力的受害人，可以请求法院发出禁止加害人殴打、威胁、骚扰自己的民事保护令。我们能否借鉴国际社会成熟的经验，在我国建立民事保护令制度呢？笔者认为完全可以。

³²梁丽清在华人社会的家庭及青少年问题与对策研讨会上的发言（香港城市大学应用社会科学系主办，7.6.2008 年 7 月 6 日，香港）。

³³王丽容在华人社会的家庭及青少年问题与对策研讨会上的发言（香港城市大学应用社会科学系主办，2008 年 7 月 6 日，香港）。

1、符合科学发展观的必然要求

以人为本是科学发展观的本质和核心。尊重和保障公民的合法权利是以人为本的基本内容之一。家庭暴力严重侵害家庭成员的人身权利。它摧毁平等互爱的婚姻关系，破坏家庭的稳定；损害妇女的身心健康，影响她们的生活和工作质量；致使目睹儿童形成了关于婚姻家庭关系的错误概念，并习得暴力的沟通方式；导致恶性案件，破坏社会的稳定；更影响我国社会的经济发展。如果占我国人口 1/3 的公民的身心权利得不到切实的尊重和有效的保障，建立和谐社会、“实现人的全面发展”就成了一句空话。

学习和实践科学发展观，就要将其落实到司法工作上。司法工作落实科学发展观，就要体现在司法行动上：以发展的眼光看待家庭暴力问题，以科学的手段解决家庭暴力问题。这就需要司法实务部门遵循家庭暴力关系中加害人纠缠不休、受害人恐惧无助的特点和规律，现行法律政策严重滞后的现状，采取强有力的司法干预措施，预防和制止家庭暴力，保护公民在家庭中的人身权利不受侵害，使家庭真正成为和谐社会中让每一位成员感到安全、温暖和关爱的港湾，最大限度地彰显人文关怀。

2、具备政策依据

2010年3月“两会”期间，温家宝总理在政府工作报告中提出，“要让人民生活得更加幸福，更有尊严”。同年12月26日，温总理作客中央人民广播电台“中国之声”节目时说，“我觉得要使人民生活得更有尊严，第一，就是要保障每一个人享有宪法和法律所给予的自由和权利；第二，就是无论职业不同，财产不同、民族不同、宗教信仰不同、每一个人都完全平等，特别是在法律面前完全平等；第三，要使社会更加公平，特别是要关注那些弱势群体……，使他们能够有尊严地生活。³⁴

家庭暴力受害人是婚姻家庭关系中的弱者，当她和他们的自由和人身权利受到不法侵害，却得不到宪法和法律平等保护，挨打受骂却只能忍气吞声时，要想让这个群体过上有尊严的生活，就成了纸上谈兵。司法强力干预家庭暴力，就是具体落实政府工作报告提出的要求，着力维护社会弱者的人身权利，将社会矛盾化解在萌芽中。

3、具备法律依据

我国《宪法》规定，国家尊重和保障人权。家庭暴力行为给妇女造成了身体伤害和心理恐惧，侵犯了妇女的基本人权和基本自由。《婚姻法》和《妇女权益保障法》明确规定“禁止家庭暴力”。《中国妇女发展纲要》更是早在1995年便提出要“依法保护妇女在家庭中的平等地位，坚决制止家庭暴力”。虽然上述法律并未明确规定人身安全保护裁定，但是，人身安全保护裁定作为一种行为禁止令，在我国其他民事法律中均已有规定。如《海事诉讼特别程序法》中关于“海事强制令”的规定、《专利法》、《著作权法》和《商标法》关于行为和财产保全措施的规定，都是为了禁止被申请人实施或者即将实施侵犯其申请权利的行为，以避免申请人的合法权益受到难以弥补的损害。

公民和法人的财产权利是一项重要的权利。当他们的财产权利受到或可能受到他人侵害时，依法可以向人民法院申请“行为禁止令”，从而获得有效司法保护。公民的人身权利是一项比财产权利更为重要的权利，更具有不可侵犯性。保护遭受或可能受到家庭暴力侵害的公民的自由和人身权利，具有相当的重要性和紧迫性。人民法院为此发出“民事保护令”，对加害人来讲，是一种“行为禁止令”，对受害人来说，是一种人身安全保护措施。

人民法院对家庭暴力受害人采取人身安全保护措施，是将法律原则性规定具体化，让受害人的人身权利保护从纸上走进现实，是满足人民的新需要和新期待。

4、人民法院的试点工作获得良好的效果

2008年5月，中国应用法学研究所发布《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》（下称《指南》），并选择9个基层法院开展司法干预家庭暴力的试点工作。《指南》专章规定人身安全保护措施，包括申请条件、审查重点、保护内容、生效执行、法律责任等内容，作为人民法院保护受害人的人身权利和排除妨碍诉讼行为的手段。试点工作获得了良好的法律效果和社会效果。2010年，经地方法院主动申请，并经最高法院批准的基层试点法院已达72个。另外，湖南省、江苏省和广东省高级人民法院在本省辖区自行开展试点工作。

良好的法律效果。从已发出的100多份“人身安全保护裁定”的干预效果来看，不管案件是以原告主动撤诉，还是通过法院裁判结案的，家庭暴力行为基本上都没有再发生。从当事人的感受来看，申请人普遍反映“人身安全保护裁定”给自己带来了安全感，而被申请人也因为慑于公权力的介入而不敢违反法院的裁定，因而自动履行率非常高。可以说，不管此前加害人实施的是“分手暴力”，还是长期暴力；不管加害人在家性格随和，还是脾气暴躁；不管加害人在社会上遵纪守法，还是有过犯罪前科；也不管加害人是小学毕业，还是拥有博士学位，收到法院“人身安全保护裁定”的被申请人，均能自觉执行法院的裁定。

良好的社会效果。人民法院此举获得了社会各界的高度评价，被广泛誉为“变事后惩罚为事前保护——折射出我国预防家庭暴力理念上的重大转变”。连续两年，若干“两会”代表和委员在高度评价人民法院此项试点工作的前提下，提出建议或提交议案，要求最高法院尽快出台审理涉及家庭暴力案件适用人身保护裁定若干问题的司法解释。2010年9月，珠海特区人大在本地立法中规定：当事人可以向人民法院申请人身安全保护裁定。

³⁴ “温家宝首次走进电台直播间直面听众提问—温家宝：房价会回到合理的价格”，载《北京青年报》2010年12月27日，A3版。

另外，试点两年来，中央电视台、《人民日报》、《法制日报》、《人民法院报》、《中国妇女报》等主流媒体进行的正面报道和评论超过70次。经网上搜索，没有发现任何负面报道。人民法院的反家庭暴力试点工作，实现了人民法院自我评价和社会评价高度一致的效果。

5. 人民法院的反家庭暴力试点工作已积累了有益经验

中国应用法学研究所自2008年6月在全国部分基层法院开展《指南》的试点工作以来，《指南》的主要内容不断通过实践转化为地方性立法和司法政策。截至2010年底，《指南》关于人身安全保护裁定的条款，被地方立法吸收的有：《浙江省预防和制止家庭暴力条例》（2010）、《珠海特区妇女权益保障条例》（2010）；被省高级法院吸收的有《湖南省高级人民法院关于加强家庭暴力受害妇女的司法保护的指导意见》（试行）（2009）、《陕西省高级人民法院家庭暴力案件“人身安全保护令”实施规则》（试行）（2010）、重庆市高级人民法院关于《开展涉及家庭暴力婚姻案件审理试点工作实施方案》（2010）、《江苏省高级人民法院、省公安厅、省妇联关于依法处理涉及家庭暴力婚姻案件的若干意见》（试行）（2010）；被地方政法委文件或市委政法委牵头的政府文件吸收的有《长沙市关于深入推进预防和制止家庭暴力司法执法工作的若干意见》（2010）、《合肥市关于人身安全保护裁定试点工作的暂行规定》（2010）。

上述反家庭暴力试点工作的指导性意见或方案，在《指南》的基础上，吸收《指南》首批试点法院的工作经验，并根据本地现实需要制定，其有益经验可以为最高人民法院规范人身安全保护裁定的程序提供理论和实践基础。

三、建议

鉴于家庭暴力严重危害妇女、儿童和老人的人身权利，影响社会和谐，社会各界要求预防和制止家庭暴力的呼声日益强烈，而各地人民法院通过发出“人身安全保护裁定”阻断家庭暴力的探索，有效预防家庭暴力从民事案件转化为刑事案件，不仅表明了人民法院反家庭暴力的明确态度，体现了以人为本、司法为民的宗旨，更是人民法院参与综合治理、抓好当前三项重点工作的重要举措之一。

建议最高人民法院尽快出台相关司法解释，规范人民法院发出“人身安全保护裁定”的程序，以适应现实需要。司法解释的内容可以包括人身安全保护裁定的申请、受理、种类和期限、证据审查标准、主要内容和附带内容、执行、罚则等。

2、学者家事诉讼程序立法交流材料

中国家事诉讼特别程序：在制度理性与实践理性之间

陈爱武*（南京师范大学法学院 210046）

家事诉讼，是指规范特定家事纠纷的民事诉讼程序。本文所称的家事诉讼是以家事身份关系案件为核心，同时涉及其他家事诉讼事件、家事非讼事件的程序，是一种广义的、综合性的家事诉讼程序。家事诉讼，作为一种特殊的诉讼类型，有着不同于普通民事诉讼的显著特征，它不仅涉及当事人私人之利益，同时还涉及家庭秩序之公益，为此，一些国家为家事诉讼设置了特别的程序和制度，以便于此类纷争的妥当解决。在我国婚姻法及其三个司法解释在实施中屡屡遭遇程序困境以及民事诉讼法修订的大背景下，本文拟通过对家事诉讼特别程序的理性考量和实践检思，探讨家事诉讼特别程序的制度化的可能性及其趋势，以期为我国家事诉讼特别程序立法提供一点有益的启示。

一、家事诉讼程序的多维背景

从世界范围看，家事诉讼特别程序的产生和制度化具有很多外在因素和内在动因，正是在这些内外交错因素的共同作用下，各国在涉及以离婚等家事身份关系为核心的家事纠纷领域，出台了体现家事纠纷特殊规律的家事诉讼特别程序法。

（一）现实背景：以离婚为核心的家庭事件日益增多，且日趋复杂化

家事诉讼程序主要是以家事身份事件为对象的程序，没有一定数量的家事案件，便不可能产生家事诉讼特别程序。离婚事件是家庭纠纷中的核心事件，婚姻事件的多寡及其复杂程度直接关涉家事事件的数量及其复杂程度，进而直接影响家事诉讼特别程序的产生。

从比较法视野考察，在欧洲中世纪，离婚事件极少发生，离婚几乎是一种例外的社会现象，因为欧洲多数国家信奉天主教或基督教，而宗教教义往往告诫人们：婚姻是神合之作，不能用任何世俗力量解除婚姻关系，因此，法院是不能介入婚姻生活的。世俗的普通法法院无权作出离婚的判决，人们只能通过宗教法院获得别居。因重大事由需要离异的，须经国会单独的私法案，被称为“立法离婚”。³⁵由于整个程序进行起来非常艰难且花费不菲，

* 陈爱武，女，1967年生，江苏淮安人，南京师范大学法学院教授，博导。

³⁵参见（美）哈里·D·格劳斯：《家庭法》（英文版），法律出版社1999年版，第335页。

所以只有少数特权者可享受这一权利。但随着离婚事件的世俗化以及离婚法改革的不断推进，禁止离婚主义逐步走向有责离婚主义，有责离婚主义又逐渐让位于婚姻破裂主义，使得离婚变得越来越容易，离婚率随之不断上升。“对 1980 年至 1991 年的离婚率的研究表明，无过错离婚制度与高离婚率有着直接关系，这已是毋庸置疑的事实”。

36

此外，伴随十九世纪欧洲工业化的迅猛发展，新市镇不断涌现，妇女出外工作的机会和人数大量增加，对传统的“男主外、女主内”的家庭分工模式带来了不小的冲击。妇女在经济上更加独立，对家庭和配偶的经济依附性和情感依附性大大降低，出现婚姻冲突或婚姻破裂情形时不再因为经济问题而委屈求全，通过离婚来结束不幸幸福的婚姻成为寻常事件。

最后，随着亲属法的发展演变和日渐完善，家事纠纷的类型也由此呈现不断扩展之势，家事案件不仅仅包括离婚和离婚附带事件，还进一步涵盖了婚姻无效、婚姻撤销、婚生否认、非婚生子女的准正和生父确认、同居伴侣关系、解除收养关系、撤销收养关系、确认收养关系无效、遗嘱确认和否认等纠纷。

家事案件的复杂性和多发性，给法院处理家事案件带来了巨大的挑战，实践中，不同法院和法官处理家事纠纷时，没有理性的普遍原则可予适用，而是针对具体案件进行特殊处理。鉴于此，许多人主张该类案件应有不同于商事或刑事案件的特别程序，以便于更为妥当地解决家庭内部的纷争或事件。

（二）制度背景：对抗制的诉讼程序不适合处理家事案件

从民事诉讼程序产生和发展的历史看，无论是大陆法系国家，还是英美法系国家，民事诉讼都采用当事人主导型的诉讼模式，呈现“对抗与判定”的基本结构。³⁷尽管对抗式诉讼有利于查明案件真相、成本更低、效益更高，但这一程序并不适合家事案件。

首先，对抗模式诉讼的前提假设是双方当事人在竞争力与资源掌握程度上基本相等，以当事人自我负责为中心展开，当事人在诉讼中享有较为充分的处分权。而家事纠纷当事人之间的实际地位往往极不平等，夫妻之间、亲子之间很难进行平等的对抗和辩论。更何况，家事纠纷当事人通常不享有完全的处分权，如婚姻无效案件，就婚姻的效力问题不允许当事人和解或撤诉，离婚案件当事人所达成的不利于未成年子女利益的协议不产生效力，当事人关于家事身份关系的自认不拘束法院等等。之所以如此，是因为这类案件可能超越个案当事人双方的利益，常常涉及到第三人利益和社会公序良俗，为此必须实行一定程度的国家干预。

其次，通常诉讼程序具有相对封闭性，存在理性的规则，能够对纠纷作出确定的、可预测性的判断和裁决。而家事纠纷因发生在家庭成员之间，基于长期的、非单一的、与情感密切相联的关系，许多问题是非理性的、不规则的和不确定的，不容易通过规则解决也不容易形成确定的规则。³⁸

再次，通常诉讼程序裁判的对象事实是交易关系中确定的、过去的事实，法官在审理活动中所发现的案件事实，是通过当事人提供的证据展示并呈现的事实，是经过剪切后才能纳入法律框架内的个案事实，而且该事实仅仅涉及当事人本人之间关系，不涉及当事人之外的第三人，法院通过裁判实现的是抽象意义上的一般正义。而在家事纠纷中，法律的适用对象不一定是可确定的过去的事实，而是以夫妻、亲子的具体人际关系本身为对象，法官并不局限于个案事实，可以在个案之外寻找双方冲突的根源，它要求法官透过表象发现案件的客观事实，因为家庭关系尤其是家庭身份关系往往具有较强的公益性，其判决结果不仅涉及当事人本人，还常常涉及当事人之外的未成年子女和其他家庭成员，因此，家庭案件没有“一般的、抽象”的正义可供遵循，它所遵循的是“个别的、具体的”正义。

最后，对抗式诉讼程序以判决作为主要的裁判方式，而家事案件以调解或和解作为主要的审理特点，是调解与审判相结合的诉讼模式。家事审判中引入调解，之所以得到诸多国家重视，主要原因在于，家事案件是涉及夫妻、亲子等家族间纠纷的案件，这些案件的主体间的关系具有连续性、永久性的特征，这种纷争不适合在公开的法庭上对抗，而适合通过不公开的方式调解解决。³⁹“调停中心主义非常符合家事案件的内在要求。而且，在人事诉讼和家事诉讼中果敢地运用调停中心主义可以缓和双方当事人之间的冲突。”⁴⁰

可见，“刚性”的对抗式诉讼并不适合离婚等家庭纠纷的合理解决，不加区分的统一适用反而会适得其反。正因此，严格奉行处分权主义的各国诉讼法对于家事案件都采取了区别于普通民事案件的规则，并进行了特别立法，如在民事诉讼法中单设“家庭事件程序”作为特别的一章或一编，或者在民事诉讼法之外，单独制定《家事诉讼法》、《人事诉讼法》等专门法，以此来使家庭纷争获得圆满妥当的解决。

（三）法理基础：特殊诉讼标的需要特殊诉讼程序

³⁶ [英] 安东尼·W·丹尼斯，[英] 罗伯特·罗森：《结婚与离婚的法经济学分析》，王世贤译，法律出版社 2005 年版，第 245 页。

³⁷ 王亚新：《对抗与判定》，清华大学出版社 2004 年版，第 57 页。

³⁸ 参见傅郁林：《调解在民事诉讼中的角色》，<http://www.china-review.com/sao.asp?id=2063>。

³⁹ 参见[日]吉岡睦子、长谷部由起子编著：《Q&A 人事诉讼法解说》，日本三省堂 2004 年 3 月版，第 79 页。

⁴⁰ [日]小島武司：《家事法院的诉讼法意义》载陈刚主编：《自律型社会与正义的综合体系——小島武司先生七十华诞纪念文集》陈刚等译，中国法制出版社 2006 年版，第 233 页。

民事纠纷的多元化，当事人利益诉求的多元化，必然要求程序设计的多元化，唯有如此，才能应对不同纠纷之特性为妥当解决。家事纠纷具有不同于财产契约关系纠纷的显著特性，为其设计家事诉讼特别程序具有深厚的法理基础。

首先，家事诉讼的标的——婚姻家庭中的身份关系——具有鲜明的公益性。在大陆法系国家或地区的学者看来，婚姻家庭中的身份关系，系建立于男女间之婚姻及亲属间血统社会自然之事实关系，性质上不容私人任意处分而变更。此种身份之法律关系，不仅涉及当事人之私益，还涉及社会秩序之公益，影响第三人之利害关系。一旦发生身份关系之纠纷，民事诉讼法不能不顾及诉讼影响之全面问题，从而对于身份关系之诉讼，遂采实体真实主义、职权主义、职权探知主义、裁判绝对效力原则为诉讼原理。⁴¹即便是在将婚姻看作契约关系的英美法国家，他们也同样看到了婚姻关系的特殊性和公益性。美国最高法院早在 1888 年就指出，婚姻契约与其他契约不同，其他契约在当事人意思表示一致时可以变更，甚至完全撤销，而婚姻契约则不可以，……，因为婚姻契约是家庭的基础，社会的基础，其存废与社会利益休戚相关，社会不可能坐视不管，否则何来文明？何来进步？⁴²

其次，身份关系更多的涉及亲属间的感情和亲情，难以简单地分清是非，需要作具体的、个别的处理。由于身份关系多与个人的婚姻、血缘和家庭相关，所以当事人之间一般都存在某种血缘或情感的联系，其中的权利和义务表现得相对复杂，很难简单作出是非分明的处理。

再次，身份关系纠纷具有面向未来性。财产契约纠纷一般具有事后性，即纠纷发生在过去，进而言之，法院对过去纠纷的解决只考虑过去的事实，不需要考虑或斟酌当事人之间的未来关系。而身份关系纠纷却具有不一样的特质，如夫妻离婚之后，还可能有很多未来事务需要协作进行，如未成年子女的生活安排、未成年子女抚养费的分担和支付、离婚后生活困难配偶扶养费的支付、探望权的行使、亲权、监护权的行使等等。按照程序的一般理论，对于“过去”的纠纷，法院通常没有必要进行过多的干预，应当主要由当事人自我负责，因为当事人是事件的亲历者，他（她）最了解事实的经过和本来面目。而家事事件的面向未来性，使得当事人无法借助传统诉讼程序获得救济，因为当事人不可能对未来的情事进行辩论，此其一；其二，未来之事多半涉及未成年之子女之抚养和教育等利益，按照“未成年子女利益优先”之宪法乃至国际公约精神，父母不能自由处分未成年子女的利益，尤其不能通过放弃权利等处分方式损害儿童利益。为了防止上述损害发生，法院不能无所作为，而应当积极参与。在这种案件程序中，“辩论主义向纠问主义作出让步，双方当事人的处分权受到限制”。⁴³在诉讼审理过程中，“法院受当事人行为拘束的所有规定，以及迫使法院即使违背自己的确信也视事实已被确认或作出裁判的所有规定，不可适用。”⁴⁴法院作出裁判可以不依当事人提出的基础事实为限，甚至“法院有权和有义务考虑配偶双方没有提起的事实和证据手段”。⁴⁵

总之，家事纠纷的特殊性使得该类纠纷不宜用契约关系及其调整方式来解决，也不能简单地以权威性的裁判来“分清是非”，它必须有自己独特的程序及处理方式。

二、制度层面的家事诉讼程序：我国的立法现状及反思

（一）我国家事诉讼程序的立法

从民事诉讼制度角度看，我国没有家事诉讼程序专门法典，但在婚姻法、收养法等亲属法领域已经初步确立了家事诉讼的一些基本程序制度，具体法律文件包括：2001 年《婚姻法》、1998 年《收养法》，最高法院分别于 2001 年、2003 年、2011 年通过的“婚姻法解释一”、“婚姻法解释二”和“婚姻法解释三”，以及 1999 年、2002 年民政部颁发的《中国公民收养子女登记办法》、《婚姻登记条例》等，这些法律文件中所包含的家事诉讼程序规范有：

1、关于婚姻无效案件和撤销婚姻案件之当事人的规定。（1）明确了婚姻无效案件的申请人。“婚姻法解释一”第 7 条规定，有权向人民法院申请宣告婚姻无效的主体，包括婚姻当事人及利害关系人。利害关系人分别情况，包括当事人的近亲属及基层组织。（2）明确了撤销婚姻之当事人。因受胁迫而请求撤销婚姻的，只能是受胁迫一方的婚姻关系当事人本人。（3）无效婚姻第三人的特别规定。人民法院审理重婚导致的无效婚姻案件时，涉及财产处理的，应当准许合法婚姻当事人作为有独立请求权的第三人参加诉讼。（4）婚姻无效案件的一方或双方当事人死亡，明确规定如何列明当事人。根据“婚姻法解释二”第 5 条、6 条的规定，“夫妻一方或者双方死亡后一年内，生存一方或者利害关系人依据婚姻法第 10 条的规定申请宣告婚姻无效的，人民法院应当受理”。“利害关系人依据婚姻法第 10 条的规定，申请人民法院宣告婚姻无效的，利害关系人为申请人，婚姻关系当事人双方为被申请人。夫妻一方死亡的，生存一方为被申请人；夫妻双方均已死亡的，不列被申请人。”

2、对与婚姻无效案件相关的程序问题作出系统规定。根据“婚姻法解释二”第 2 至 7 条的规定：（1）婚姻无

⁴¹ 参见陈荣宗、林庆苗：《民事诉讼法》，三民书局 1996 年版，第 936 页。

⁴² 夏吟兰著：《美国现代婚姻家庭制度》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 17 页。

⁴³ [德]奥特马·尧厄尼希著：《民事诉讼法》（第 27 版），周翠译，第 455 页。

⁴⁴ [德]奥特马·尧厄尼希著：《民事诉讼法》（第 27 版），周翠译，第 457 页。

⁴⁵ [德]奥特马·尧厄尼希著：《民事诉讼法》（第 27 版），周翠译，第 457 页。

效案件禁止撤诉。(2) 在离婚案件中发现婚姻无效的, 直接作出无效婚姻宣告, 不能判决离婚或者驳回起诉。(3) 婚姻无效之诉与附带事项分别处理。“人民法院审理婚姻无效案件, 涉及财产分割和子女抚养的, 应当对婚姻效力的认定和其他纠纷的处理分别制作裁判文书。”(4) 离婚案件和宣告婚姻无效案件竞合时, 优先审理婚姻效力。

3、对变更监护和无民事行为能力人起诉离婚作出规定。“婚姻法司法解释三”第8条规定: 无民事行为能力人的配偶有虐待、遗弃等严重损害无民事行为能力一方的人身权利或者财产权益行为, 其他有监护资格的人可以依照特别程序要求变更监护关系; 变更后的监护人代理无民事行为能力一方提起离婚诉讼的, 人民法院应予受理。

4、对特定人离婚诉权作出限制。如《婚姻法》第33条规定: 现役军人的配偶要求离婚, 须得军人同意, 但军人一方有重大过错的除外。第34条规定: 女方在怀孕期间、分娩后一年内或中止妊娠后六个月内, 男方不得提出离婚。女方提出离婚的, 或人民法院认为确有必要受理男方离婚请求的, 不在此限。

5、家事事件的可诉性范围呈扩大之趋势。《婚姻法》中涉及“可以向人民法院起诉”或“由人民法院判决”的条文有十几个。从民事诉讼角度看, 《婚姻法》中规定的家事诉讼案件和附带处分事项案件至少有如下10种: 婚姻无效之诉(第10条); 撤销婚姻之诉(第11条); 给付抚养费之诉(第12条); 给付抚育费或赡养费之诉(第21条); 离婚之诉(第32条); 子女抚养之诉(第36条); 变更抚养费之诉(第37条); 探望子女之诉(第38条); 损害赔偿之诉(第46条); 再次分割夫妻共有财产之诉(第47条); 等等。

6、对家事诉讼中的调解规定了不同的原则。如《婚姻法》第32条第2款规定: 人民法院审理离婚案件, 应当进行调解; 如感情确已破裂, 调解无效, 应准予离婚。这实际上为法院审理离婚案件规定了“调解前置”之原则。反之, “婚姻法解释一”第9条第2款规定的却是“禁止调解”原则。即人民法院审理宣告婚姻无效案件, 对婚姻效力的审理不适用调解, 应当依法作出判决; 有关婚姻效力的判决一经作出, 即发生法律效力。

7、对妨碍查明亲子关系的后果作出推定。“婚姻法司法解释三”第2条规定: 夫妻一方向人民法院起诉请求确认亲子关系不存在, 并已提供必要证据予以证明, 另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定的, 人民法院可以推定请求确认亲子关系不存在一方的主张成立。当事人一方起诉请求确认亲子关系, 并提供必要证据予以证明, 另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定的, 人民法院可以推定请求确认亲子关系一方的主张成立。

《中国公民收养子女登记办法》第12条规定: 收养关系当事人弄虚作假骗取收养登记的, 收养关系无效, 由收养登记机关撤销登记, 收缴收养登记证。

8、对解除收养关系和收养无效作出明确规定。如《收养法》第26条第二款规定: 收养人不履行抚养义务, 有虐待、遗弃等侵害未成年养子女合法权益行为的, 送养人有权要求解除养父母与养子女间的收养关系。送养人、收养人不能达成解除收养关系协议的, 可以向人民法院起诉。第27条规定: 养父母与成年养子女关系恶化、无法共同生活的, 可以协议解除收养关系。不能达成协议的, 可以向人民法院起诉。

(二) 评价与反思

从立法层面而言, 我国相关实体法对家事诉讼程序作出规定, 一定程度上体现了根据家事纠纷特点设计特别程序进行应对的理性要求, 不仅解决了家事纠纷救济有法可依的问题, 具有较强的实效性和针对性, 而且填补了我国民事诉讼法对于家事案件程序缺失的空白, 其积极意义可见一斑。

但是, 不得不承认, 婚姻法及其司法解释、收养法等对婚姻事件、收养事件程序的规定仍存在诸多缺憾:

首先, 上述程序规定是不完备、不系统的, 具有先天不足之缺陷。在实体法、程序法两分的成文法国家或受成文法影响的国度, 通过实体法而不是诉讼法对程序事项进行规制是非常规的, 其对于诉讼程序的规范必然是抽象的、零星的、不系统的, 否则即违反了实体程序规范两分的制度前提。

其次, 上述程序规定缺乏整体逻辑性。实体法具有自己的内在逻辑, 它的条文、内容和篇章结构都是为了实体内容的合理表达。如果实体法中规定了相关程序事项, 则该程序内容必然是围绕实体内容而作出的规定, 必然遵循实体法的逻辑, 体现实体法的整体价值追求, 它不可能按照程序法的规律表达程序的价值和目的。这样, 在实体法中附带地规定程序内容, 必然不能体现程序自身的内在逻辑和规律。

再次, 上述程序之规定还具有低层次性, 法律效力偏低等缺陷。因为司法解释是由最高人民法院作出的, 其效力显然低于由全国人大或全国人大常委会制定的法律, 这同时也注定它不可能全面承载相关程序的价值和功能。

最后, 现行实体法虽然对家事诉讼作出了相关规定, 但多半语焉不详, 给司法实践带来了诸多困惑。比如“婚姻法司法解释三”第8条规定: 无民事行为能力人的配偶有虐待、遗弃等严重损害无民事行为能力一方的人身权利或者财产权益行为, 其他有监护资格的人可以依照特别程序要求变更监护关系。这里的“特别程序”是何种程序? 现有的民事诉讼特别程序中并没有指定监护人的特别程序。再如, “婚姻法司法解释(一)”第9条第一款“人民法院审理宣告婚姻无效案件, 对婚姻效力的审理不适用调解, 应当依法作出判决; 有关婚姻效力的判决一经作出, 即发生法律效力。”这里的婚姻无效案件, 到底适用什么民事诉讼程序? 是通常的民事诉讼普通程序、简易程序还是特别程序? 如前者, 则不是一审终审的程序, 无法适用; 如后者, 则没有针对婚姻无效案件的特别程序规定, 是无法可依。另外, 对于《中国公民收养子女登记办法》第12条的规定, 收养关系当事人弄虚作假骗取收养登记的, 收养关系无效, 由收养登记机关撤销登记, 收缴收养登记证。这里的问题是收养关系无效能否请求法院

确认？能否请求法院撤销？当事人是谁？程序是什么？同样让人困惑。

三、实践层面的家事诉讼程序：探索与思考

(一) 实践探索

根据笔者调查和网络检索，中国各地法院在民事司法改革中积极探索妥当解决婚姻家庭案件的方式、方法，随着案例积累的增多，其中的共同性规律逐步呈现，进一步证明了婚姻家庭案件的审判具有非常明显的特殊性，这些将为中国家事诉讼程序的系统化立法带来实践基础。

实例一：1997年5月，湖北襄樊市中院审时度势，及时成立了婚姻家庭合议庭，专门从事婚姻家庭类案件的审理工作。在力量配备上，坚持以女性为主，注意选拔那些综合素质高、业务能力强、审判经验丰富、事业心责任感强，善于做调解工作，具有较强社会责任感的女法官组成合议庭。并邀请妇女干部担任人民陪审员，因为妇女干部长期从事妇女工作，对妇女的工作、生活、思想动态、思维方式有较深的了解，很适合担任陪审员。在审判中，合议庭还创造了“调解优先”、“情法交融”等审理方式，收到极好的效果。46

实例二：河北老河口市人民法院为了家事案件的妥当解决，于1999年专门设立了“维护妇女儿童权益合议庭”，把保护家庭内妇女儿童的合法权益作为审判工作的一项重要任务。该庭还邀请妇女参加陪审，充分利用女性陪审员熟悉妇女心理的特点，善于做思想工作的特长，对案件进行调解，取得不错的社会效果。几年来，该合议庭共审理婚姻家庭案件2462件，审结2455件，调解结案占审结数的68%。其中，妇女参与陪审1193件，占49%。47

实例三：四川广安市岳池县法院近年来在民一庭内，成立了由清一色女法官组成、专门审理婚姻家庭纠纷案件的“女子合议庭”，以切实维护妇女儿童的权益。该合议庭充分发挥女法官在案件审理中细致、亲和、易于沟通的优势，主要审理辖区范围内的离婚案件、宣告婚姻无效案件、抚养案件、抚养费案件、赡养案件和继承案件。在具体工作中，提出了“五个一”工作措施。即开设一个咨询台，随时接待和接受上述案件有关当事人或相关人员的当面咨询和电话咨询，解答他们的疑难问题，提出建议，供他们参考。建立一个联系网，加强与县妇联、民政局等部门的工作联络和协调，积极吸纳各乡镇妇女主任、辖区内企事业单位的妇女干部参与案件的审判调解活动，充分发挥女人民陪审员在审理婚姻家庭案件中的作用，营造良好的审判氛围。开好一个示范庭，定期或不定期地选择典型案件，特邀妇女干部为陪审员组成合议庭，通过巡回审理，就地办案的形式，充分运用新闻媒体，扩大宣传教育的作用。确立一个原则，即着重调解的原则，要充分尊重妇女的合法意愿，重视女方对婚姻的态度，立足调解，慎用判决，力争婚姻家庭纠纷案件的调解率达85%，切实尊重和保护妇女、儿童等弱势群体的合法权益。建立一个制度，即回访制度，案件审结后，把“问题家庭”作为重点走访对象，主要是对判决不准离婚的当事人，要有计划地上门走访，引导当事人及时调节夫妻关系；对判决或调解离婚后子女抚养的情况进行跟踪，确保未成年人的权利得到落实；对赡养案件要延伸服务，及时了解生效判决的落实情况，劝导当事人及时履行义务，让老人老有所养。48

实例四：鉴于广东省法院家事案件数量较大，仅离婚案件就占民事案件的8%，而且增速较快。广东省高级人民法院在2010年3月23日宣布，在7个法院（中山中院、广州市黄埔区法院、珠海市香洲区法院、中山市第一、第二法院、佛山市顺德区法院、东莞市第二法院）试点组建家事审判合议庭，集中审理因婚姻、亲子关系引发的人身权纠纷，以及与此相关联的财产权纠纷。

家事合议庭将由熟悉婚姻家庭案件和审判经验丰富的法官组成，配备至少一名女法官，必要时邀请妇联干部、心理专家担任人民陪审员。家事合议庭可以委托妇联组织进行调解，调解成功的由法院予以司法确认。49

实例五：

2011年3月，徐州市贾汪区法院试点设立家事审判合议庭，专业审理涉婚姻家庭类案件。家事合议庭由2名法官、2名专业从事心理学研究的人民陪审员组成，另外还特聘1名从事妇女儿童维权工作的区妇联副主席担任特邀调解员。家事合议庭坚持调解优先原则、不公开审理原则、维护家庭成员关系改善与和好原则、倾斜保护弱势家庭成员利益原则。在审判庭的场景布置上，该庭突出了浓厚的家庭的温馨和谐气氛，采取“圆桌式”布置。

2012年5月2日，江苏省徐州市贾汪区法院家事审判庭经过一年试点正式获得该区机构编制委员会批准成立。据悉，这是全国首家获得正式编制的家事审判庭。50

⁴⁶ 参见王洪、刘爱瑛：《为离婚妇女撑起一片蓝天——襄樊中院为妇女维权纪实》，

<http://hubeigy.chinacourt.org/public/detail.php?id=4837>。

⁴⁷ 参见网络报道：《老河口市维权合议庭为妇女儿童撑起一片蓝天》，

<http://www.hbwomen.org.cn/2008-07/24/cms650586article.shtml>。

⁴⁸ 参见网络报道：《我院成立女子合议庭》，

<http://wssc.newssc.org/system/2008/05/08/010821339.shtml>。

⁴⁹ 参见《人民法院报》2010年3月24日。

⁵⁰ 《全国首个在编家事审判庭成立 “清官难断家务事”将改善》，

http://www.legaldaily.com.cn/locality/content/2012-05/08/content_3556202.htm?node=34638

除此之外，北京、湖北、陕西等省市范围内的基层法院都有相应的试点和实践。

（二）评价与反思

上述情形可见，在中国的审判实践中，法院早已对离婚案件、婚姻无效案件、亲子关系案件等涉及身份的案件进行了特别的审理和裁判，并逐步形成了较为特殊的审理方式和审理理念：如强调调解、强调具有专门知识的人参与陪审、强调职权参与、强调保护隐私等。

相对与民事诉讼法层面的立法空白而言，家事审判的实践一定程度上弥补了这一缺憾，其积极意义同样不可小视。

需要反思的是实践运行中的家事审判，是否真正体现了家事案件的特殊性？是否真正承载了家事诉讼的核心价值和精神？家事审判从民事审判中剥离，采取特别的机构、特别的人员以及特别化的程序进行审理和裁判，原是基于家事案件，尤其是家事身份案件的特殊性质以及与此相关纠纷一并解决的必要性。但问题是：

其一，家事案件的范围到底包括哪些？

根据广东省《家事审判合议庭操作指引》的规定，家事审判合议庭（含独任庭）主要受理下列案件：（1）离婚纠纷；（2）婚姻无效纠纷；（3）撤销婚姻纠纷；（4）家庭成员间损害赔偿纠纷；（5）抚养、扶养、赡养纠纷；（6）监护权、探望权纠纷；（7）同居关系析产、子女抚养纠纷；（8）收养关系纠纷；（9）确认亲子关系纠纷；（10）分家析产纠纷。后来又增加了（11）离婚后财产纠纷；（12）法定继承纠纷；（13）遗嘱继承纠纷三类案件，共计13类。

江苏徐州贾汪区法院在其《家事审判工作实施意见》（试行）中规定，家事纠纷案件是指涉及婚姻家庭感谢的婚姻、家庭、继承及其他亲属关系纠纷的民事案件，主要包括亲属身份争议和以亲属身份为依据所发生的财产争议，具体包括：

A，身份关系案件，指以亲属身份或身份关系为诉讼对象的案件。（1）婚姻案件：婚姻无效之诉、撤销婚姻之诉、确认婚姻成立或不成立之诉、离婚之诉、离婚无效之诉、夫妻同居之诉（别居）等；（2）亲子案件：否认子女之诉、认领子女无效或撤销认领之诉、确认或者宣告停止亲权、监护权或撤销宣告之诉等；（3）收养案件：收养无效之诉、撤销收养之诉、确认收养关系成立或者不成立之诉、终止收养关系之诉等。

B，身份财产案件，指以亲属身份为媒介的财产案件，或者基于身份关系而发生的财产案件。抚育、赡养、扶养、遗赠扶养、遗产继承、家庭或者婚姻关系析产、亲属之间侵权赔偿等民事财产争议之诉。

不难看出，上述关于家事案件的种类范围，试点法院是有差异的。在笔者看来，对家事案件需要在内涵和外延上进行更加合目的性、合逻辑性，更为周延的划分，这样才能指导法官针对不同类型家事案件灵活运用不同程序法理，妥为审理，审慎裁判。我国台湾地区在其新颁布的《家事事件法》关于家事事件范围的立法理由中阐明，由于家事事件所包含之事件类型范围广泛，为因应各该事件类型之特殊需求，以便定其审理时应适用之程序法理，爰依各该事件类型之讼争性强弱程度、当事人或利害关系人对程序标的所享有之处分权限范围及需求法院职权裁量以迅速裁判程度之不同，将性质相近之事件类型分别归类为甲、乙、丙、丁、戊等五类，每类又分为若干具体案件类型，共计40类。这种分类规范和适用的思维和具体举措值得我们学习和借鉴。

笔者认为，家事案件的类型至少应当顾及以下几对关系案件：家事身份关系案件与家庭财产关系案件；不可处分的家事案件与可处分或相对可处分的家事案件；家事诉讼事件与家事非讼事件；家事身份关系的附带事件与家事案件的相关案件。各该类案件又需要注意与实体法的衔接，如我国婚姻法并未明确规定夫妻同居义务，也没有对非婚生子女的认领制度，因此，夫妻同居之诉，认领子女无效或撤销认领之诉便没有现实根基。

其二，我国现今家事审判庭对应的家事案件，到底有何特殊性？是否具有同质的规律性？

根据笔者了解的实务状况，一般而言，家事案件占到整个民事案件的比例大约25%左右，其中离婚案件又占家事案件80%，如根据江苏省苏州市中级人民法院的统计数据，苏州地区两级法院2010年至2012年上半年审结的家事案件中，离婚案件约占85%左右。⁵¹根据江苏省徐州市中级法院的统计，2010年度至2012上半年，在审结的一审家事案件中，离婚案件占到80.5%；在审结的二审家事案件中，离婚案件占到53.1%。⁵²另外，广东东莞市第二法院在其发布的2011年审理家事案件调研报告中，也显示该院2010年共审理家事案件442宗，其中离婚案件372宗，占84.2%；2011年审理家事案件442宗，其中离婚案件372宗，占家事案件总数的84.1%。⁵³

离婚案件占到如此高的比例，进一步的问题是，当今离婚案件的主要焦点到底是什么？各种类型的离婚案件是否具有相同或类似的特点？我们至少可以分出如下类型：农村离婚案与城市离婚案件是否相同？发达地区与欠发达地区人群的离婚案件是否相同？富翁离婚案件与平常百姓的离婚案件是否相同？年轻人的离婚案件与中年、

2012年7月26日浏览

⁵¹ 参见2010-2012上半年度苏州地区婚姻家庭案件审判工作总结。

⁵² 参见2012年7月，徐州法院婚姻家庭类案件审理工作情况汇报。

⁵³ 参见网络资料《东莞2011年家事案件调研报告发布 离婚案超八成》，

http://news.timedg.com/2012-03/09/content_8934814_2.htm

老年人的离婚案件是否相同？女方起诉离婚与男方起诉离婚的案件是否相同？独生子女离婚案件与非独生子女离婚案件是否相同？有子女的离婚案件与无子女的离婚案件是否相同？第一次婚姻的离婚案件与再婚后的离婚案件是否相同？因第三者插足而导致的离婚与一般离婚是否相同？因多次家庭暴力而申请离婚有何特点？……

在发达地区人群的离婚案件中、在年轻人的离婚案件中、在无子女夫妻的离婚案件中、在富人离婚案件中、在再婚人群的离婚案件中，涉及离婚的与否的问题在很多情况下已经不是问题，争执的焦点主要在于财产分割和补偿；子女的抚养与监护。如在东莞法院审结的 372 宗离婚案件中，涉及财产分割和债权债务处理诉求（含原告诉请提出和被告抗辩提出两种情况）的，超过 270 宗，占 70% 以上。⁵⁴

与此同时，不排除在一些特定地区、特定人群以及特定情形下，离婚诉讼中当事人之间存在着巨大的反差，调解难以骤效，判离和判不离都是问题。实践中，因判决离婚而不懈上访的时有发生，与此相反，对判决不准离婚的，一方当事人可能坚持不懈反复起诉，如江苏实践中曾经有当事人 8 次起诉离婚，法院 8 次判不准离婚的情形，个中困惑和滋味可以一斑。情绪调整、心理疏导在这些案件中可能具有紧迫的需求。

可见，即便是离婚案件，在转型时期的中国，也具有完全不同特殊性，在一个法院家事审判中适宜的审理方法，在其他法院可能并不奏效，如江苏徐州贾旺法院在家事审判中提炼出：“感情预修复、情绪先疏导、视频再教育、甜蜜勾回忆、亲情齐规劝、社会同介入、秘密重保护、案后必回访”的“亲情弥合八步法”，这对于乡土背景尚存、人员流动性不是很大的地区可能作用显著，但对于移民人数占较高比例的大中城市，法官在家事审判中可能发现，修复夫妻感情已经变得不那么重要，因为当事人对于感情破裂问题，早已不存在分歧。法官比较多的考虑是如何认定证据，如何分割财产，如何保护弱势地位的妇女和未成年子女的利益。再如，利用亲情规劝当事人，这在传统型的家事纠纷中，家族纽带较为紧密，亲族长辈出面，可能在家事当事人之间产生震动和效果，但在现代核心小家庭的格局下，就不一定行得通。因为现代小家庭通常没有同居长辈或者与长辈们分处不同城市，多年的分离不仅带来思想观念上的隔阂，更有感情上的深刻代沟，在发生家事纠纷时，亲族长辈已经没有权威和能力参与纠纷的解决。

第三，家事案件的程序是一个什么样的程序？家事审判的方法具有怎样的特殊性？它与一般性的民事纠纷的审理方式有着怎样的区分度？

实践中纷纷试点成立的家事法庭或者家事审判合议庭，其前提应当是有一定数量的性质特殊的家事案件，有特殊的家事审判程序，进而才是专门的家事审判人员和专门的家事审判机构，这便是家事审判制度的总体架构。

笔者认为，家事案件程序应当是一个综合的程序，在其内部应当划分为：（1）涉及身份关系的家事诉讼程序（人事诉讼程序），此类程序事件当事人之间具有讼争性，但当事人对于程序标的并无处分权或者相对无处分权，如婚姻事件程序、亲子事件程序、收养事件程序；（2）家事调解程序（除了性质上不能调解的家事案件外，家事案件在审判之前应当进行调解，实行调解前置）；（3）涉及家事财产关系的民事诉讼程序，家事案件中的财产案件，如家庭成员侵权、婚约财产返还、婚姻损害赔偿、继承纠纷等等，不仅具有讼争性，且当事人对于程序标的亦有处分权限，此类事件本来应以一般财产权事件处理，但由于此类财产权事件与身份调整关系密切，且所应适用之程序法理亦与一般财产权事件未尽相同，为因应其事件类型之特殊需求，此类案件归入家事案件，虽适用一般民事诉讼程序，但是在整个家事诉讼程序中统合加以运用的；（4）家事非讼程序，针对的是家事事件中较无讼争性，而当事人或利害关系人对于程序标的无处分权限者。此类事件有：宣告死亡事件、撤销死亡宣告事件、失踪人财产管理事件、撤销监护事件、确定监护人事件等；（5）家事保全程序；（6）家事执行程序

从目前的实践看，试点法院在家事审判中所体现的程序特色主要是普遍性的强化调解，引入妇联等妇女社会团体的人员作为专业陪审员参与陪审，或者作为委托调解的力量参与纠纷解决，引入心理咨询师等专业人员参加等等。从结果看，多数地方的家事案件调撤率高达 80% 以上，普遍高于一般民事案件的调撤率。如果不能把家事诉讼程序的综合性体现在不同类型的家事案件审判中，可能会将家事审判泯灭于整个民事审判的汪洋大海中。

此外，法院的作用和功能是有限度的，面对扭曲的家庭关系，法院不是包医百病的神医，并非都能手到病除；家事审判中，法院应当适度放手，将家事事件中的情绪调整、心理调适、家事调解等分流给社会协力人员，如妇联等公益组织，社会工作者、心理学专家等来完成。

四、我国家事诉讼程序：在制度理性与实践理性之间

（一）家事诉讼程序的尴尬：从肯定到否定

我国是否需要制定家事诉讼特别程序？在十多年前，相关学者，包括笔者在相关课题研究中，极力论证并鼓动这一特别程序的制度化，基本原因有二：其一，随着我国市场经济的发展，契约、财产性纠纷日益增长，原先的职权审判模式越来越难以满足民商事纠纷对审判的要求，于是我国启动了审判方式改革，至上个世纪末，我国的民事审判已经越来越接近当事人主义，处分权主义、辩论主义已经深入人心，法官变得越来越消极，诉讼程序

⁵⁴ 参见网络资料《东莞 2011 年家事案件调研报告发布 离婚案超八成》，http://news.timedg.com/2012-03/09/content_8934814_2.htm

已然向着“对抗化、规范化、专业化、高成本化发展。”⁵⁵而这一程序恰恰不能适用于家事案件程序，家事案件有无所适从之危机，亟需制定专门的家事诉讼程序进行应对。其二，法院调解日式式微，裹挟在民事调解中的家事调解比例也随之降低，判决的比率上升，需要法院职权干预的家事审判的困境由此产生，对家事诉讼特别程序的需求日益凸显。

在上述背景下，我个人认为，财产契约型诉讼与家庭身份型诉讼区分度越大，分化的必要性和可能性就越高，因此设立与普通民事诉讼程序不同的家事诉讼程序具有必要性和紧迫性。这是制度理性的必然体现和要求，是符合民事诉讼程序不断精致化、不断专业化、不断多元化的必然要求。

但在2003年之后，我国的民事司法政策发生了根本逆转，体现公正、效率等现代司法价值的民事司法改革逐步止步不前，与此同时，面对转型时期的多发矛盾，民事司法采取了重新重视调解的策略，法院调解迎来二次复兴。

如今，法院调解已经遍地开花，有法院自身的调解，有引入社会力量的委托调解、协助调解，有附设法院的人民调解。法院调解因其能够钝化矛盾，减少上诉，有利于和谐社会等优越性，而被不断强化，调解率成为诸多法院考核法官的最重要指标，法院的调解率（调撤率）更是不断攀升，全国的一审案件调解撤诉率已经达到60%左右，一些基层法院更是达到80-90%，还有的法院喊出“零判决”的口号。在调解成为解决民事纠纷依赖的主要路径的情况下，任何进一步推动民事诉讼程序改革的举措和声音都是微不足道的。

在铺天盖地的调解大潮中，家事纠纷当然也不例外，以更高的调解率漂亮回应，此情此景，家事诉讼特别程序的建构似乎成为多余。正因此，2007年、2012年民事诉讼法的两次修正，对家事诉讼特别程序只字未提，因为立法的主导者认为家事诉讼在实践中并不存在紧迫的问题，它与群众反映强烈的申诉难、执行难不是一个等级的问题，与起诉难、公益诉讼难、检察监督、虚假诉讼等也不可同日而语。

所以，从实践理性角度而言，目前的调解主导型的审判以及调解为主、能动司法的民事政策完全能够满足大部分家事案件的审理需求，倡议构建家事诉讼程序似乎不合时宜。

（二）家事诉讼程序的理性回归：否定之否定

前已述及，我国法院调解在2003年以后被最高法院重新重视，法院调解正面临着二次复兴。而因为强化调解、调解为主的民事审判程序对家事纠纷具有天然的契合性，所以，家事诉讼程序的制度化进程受到挑战，然而，理性检视我国的家事立法以及家事诉讼实践，笔者认为，在新的历史条件下我国所倡导的法院调解对构建家事诉讼程序并不构成障碍，相反，还具有促进家事诉讼程序建立和完善的正当性资源。

首先，尽管法院调解具有诸多优越性，但调解不是万能的，它有着自身难以克服的局限。从现实情况看，法院调解在钝化社会矛盾、妥善解决转型时期各种复杂纠纷方面发挥着巨大的作用，具有极高的实用价值，但法院调解不是万能的，它有着自身难以克服的局限性。如调解并非可以适用于所有类型的民事纠纷，一些身份关系案件就不允许调解，如婚姻无效案件，就其性质不允许调解，这类纠纷“属于国家审判权严格控制的范围”。⁵⁶此其一；其二，大量民事纠纷虽然具有可调性，但结果却并不都能调解成功，一旦调解不成，必然需要通过审判来最终解决。

调解的局限性表明调解不可能替代审判，因此，调解的大量运用不等于政治国家忽略或放弃对最终解决纠纷的民事诉讼程序的关注，相反，对那些禁止调解以及调解失败的案件，必须利用诉讼程序加以解决。而现行单一的民事诉讼程序已经不能妥当解决身份关系性质的案件，所以，有必要建立和完善专门针对身份纠纷的家事诉讼程序。

其次，重视法院调解不等于削弱诉讼机制，不可能产生调解吞并诉讼的情形。面对汹涌而至的调解浪潮，的确有一些法院或法官对诉讼与调解的关系产生了错误的认识，如有的法官认为，法院调解由冷变热，这是法院自上个世纪90年代开始的民事审判方式改革宣告失败的重要标志，是走回头路。⁵⁷在笔者看来，强调程序正义、强化当事人的举证责任，从调解型审判模式向判决型审判模式过渡、从强职权主义的诉讼模式向以当事人为主导的诉讼模式转变仍然是民事审判专业化的必然要求，绝没有走回头路之说。可以这么说，只要当今中国“依法治国”的宪法原则和治国方略没有改变，诉讼制度的法治化方向就不可能有错。重视调解并不等于放弃了诉讼程序的规范化进程，正如有学者所指出的，此番重提调解不是最高人民法院放弃了从调解型审判模式向判决型审判模式过渡的改革方向，而是修正纯粹法治主义，对调解制度在新时期否定之否定的重构！⁵⁸

既然调解的复兴并不是以吞并诉讼为目的，那么，调解之外的诉讼程序仍应在其原有的发展轨迹上继续完善和发展，程序的改革目标和理念应当仍然是遵循程序的规律，符合法治社会的要求，满足社会民众对民事司法的

⁵⁵ 傅郁林：《家事诉讼特别程序研究》，《法律适用》2011年第8期。

⁵⁶ 牡丹：《诉讼调解的经济分析——以法院为中心》，载《诉讼法学、司法制度》2007年第3期。

⁵⁷ 参见网络文章，张信涛：《理性认识“调解热”优化和完善民事诉讼调解机制》

<http://chinalawedu.com/news/2005%5C10%5C1i83303349411301500213072.html>

⁵⁸ 参见吴兆祥：《关于诉讼调解司法解释的几点看法》，载《民事审判指导与参考》（总第19集），法律出版社2004年版，第157页。

需要。依循这一逻辑，在民事诉讼程序的改革和完善进程中，不能再以过去的粗线条为特征，而应当根据需要、按照纠纷类型分别制定不同的程序，真正实现精致司法的法治目标。家事诉讼程序，作为专门针对自然人身份关系纠纷的程序，理应在民事诉讼程序立法进程中受到特别关注。

最后，民事诉讼调解和家事诉讼中的调解具有不同的理念和程序，强化法院调解，应当关注家事诉讼调解的特殊性。一般民事诉讼中的调解主要涉及的是当事人的利益之争，而家事诉讼中的调解不仅涉及当事人的利益，更涉及当事人的情感和心理因素，有时候诉讼到法院的纠纷并不是当事人的本意，真正的纠纷可能是表面纠纷之外的事项。59正因为家事诉讼中的调解具有比较明显的情感性、个别性，因此，构筑调解制度不能仅仅局限在一般民事诉讼层面，而应当将家事调解放在家事诉讼程序的建构中系统设计，使家事审判的理念和精神与家事调解的价值相互融通，和谐一致，实现二者效益的最大化。

（三）结语与展望：期待中国家事诉讼法典早日出台

在我国 2012 年民事诉讼法修正案出台之后（目前处于即将出台），民事诉讼立法的重点应当放在各类专门案件程序的构建上，最终在民事诉讼领域，呈现程序分层、术业专攻、各司其职的多元化的程序样态。家事诉讼法理应是这一领域中的重要增长点！

从构造上看，我国《家事诉讼法》应当是根据家事案件类型分别构筑的综合性的法典，包括家事诉讼程序、家事非讼程序、家事调解程序、家事保全程序、家事执行程序。其中家事诉讼程序主要针对家事身份关系之案件，家事非讼案件主要针对家事非讼事件，家事调解程序则是针对性质上可以调解的所有家事事件，其中涉及离婚、解除收养关系的案件，涉及家事财产关系案件等必须经过前置性调解。

从比较法资源上看，我国的家事诉讼立法可以更多的参考我国台湾地区新近出台的《家事事件法》，韩国的《家事诉讼法》。

总之，家事诉讼程序在我国制度化不仅有法学家们的理论支持，而且有一定的法律基础和实践基础，相信不久的将来，我国将在吸收和借鉴外国和我国台湾地区家事审判立法的基础上出台自己的《家事诉讼法》！

完善家事纠纷解决机制初探

张伟 *

摘要：家事纠纷解决机制的研究应以我国社会生活方式与婚姻家庭观念变化为背景，在现有诉讼方式和调解方式并行的纠纷解决机制基础上，了解调查调解制度的现状和存在的问题及困难，探讨如何加强与完善婚姻家庭调解制度，特别是基层社区调解。为促进婚姻家庭调解制度的改革与创新，重构婚姻家庭调解制度和完善家事纠纷多元解决机制，提出完善诉讼模式和调解模式的建议和对策，如设立专门的家事法庭和附设家事调解委员会及制定特殊程序与证据规则，在《民事诉讼法》中增设家事诉讼程序，条件成熟时制定专门的家事诉讼法；应完善与细化婚姻家庭案件调解流程与规则；将人民调解作为婚姻家庭纠纷案件的前置程序等，以期对相关立法及政策的制定与完善提供法理依据和数据支撑。

关键词：家事 纠纷解决 诉讼 调解 完善

随着我国社会与经济的发展，人们的生活方式以及婚姻家庭观念发生了巨大变化，同时，我们也看到离婚率不断升高，各地法院受理的婚姻家庭纠纷案件日益增多，最终通过判决方式解决婚姻家庭纠纷的人也越来越多，但是判决并不能彻底解决在婚姻家庭生活中所产生的矛盾，家事案件当事人的利益也没有充分的得到保障。调解制度尤其是人民调解作为诉讼的重要补充，在这种情况下就显得十分重要。中国的婚姻家庭调解制度历来受重视，事实证明调解对于解决婚姻家庭纠纷有很大的帮助，但是，就目前现状来看，我国的调解制度仍存在很多不足。我们应树立和更新调解理念，弘扬和完善我国传统调解模式和制度，重视实际操作，完善相关法律，才能事半功倍，真正起到调解的宝贵作用。当今世界部分国家已建立起自己的家事纠纷多元解决机制，我国应借鉴吸取他国经验，结合本国实情建构与完善符合我国国情和民情的家事纠纷多元解决机制，以促进婚姻家庭和谐、社会稳定与国家安定。

一、现有家事纠纷解决机制的作用及其局限性

（一）我国现有家事纠纷解决机制所起到的积极作用

1、诉讼所起到的积极作用

婚姻家庭纠纷作为民事纠纷的一种，在我国由人民法院的民事审判庭审理，且这类案件一般都是由基层人民法院进行一审。民事诉讼中双方当事人的地位平等，这也就使得法院可以做出一个对双方当事人和利害关系人较为公平的裁判。法院作为国家司法机关，其做出的裁判具有强制性，双方当事人都必须遵守终审裁判，否则得承

⁵⁹ 关于家事调解特殊性的具体阐述，参见陈爱武：《家事调解：比较借鉴与制度重构》，《法学》2007年第6期。

*作者简介：张伟，男，西北政法大学民商法学院教授，西北政法大学妇女与家事法律研究所所长，中国婚姻家庭法学研究会常务理事，陕西省法学会婚姻家庭法学研究会会长，陕西省法学会民事诉讼法学研究会常务理事。

担相关的不利法律后果。诉讼的终极性决定了纠纷当事人在诉诸法院后必然会得到一个终局性的解决，可以避免当事人的利益得不到确认和保护。司法裁判也具有一定的指引作用，有利于在社会当中树立正确的合法的行为规范，对于其他民事主体的行为也起到了一定的规范、警示的作用。

2、调解所起到的积极作用

调解制度作为诉讼的重要补充，在中国有着悠久的历史，是我国传统的解决纠纷的重要方式。从秦汉以来，调解即被作为一项制度普遍应用到处理民事纠纷上。虽然近年来群众的维权意识有所提高，各类纠纷大多选择较为理性的起诉的方式，故而法院调解发挥作用较大，其他类型的调解发挥作用的空间较小，但是整个调解制度在定纷止争方面发挥的作用仍然不可忽视。

婚姻家庭纠纷依民法意思自治原则，就决定了调解能够更好的把握双方当事人的真实意愿，调解的结果也许对双方并不公平，然而只要不违反我国法律法规、未侵害第三人利益，但是只要是双方在平等自愿的基础上达成的，就为有效。婚姻家庭具有很强的区域性和习俗性，这也就决定了婚姻家庭在不同地方有着不尽相同的风俗习惯，然而许多风俗习惯却不为我国法律所认可，而调解制度则可以依据这些风俗习惯，引导双方做出符合“公序良俗”的协议，从而彻底解决问题。婚姻同样具有很强的伦理性，俗话说“一日夫妻百日恩”，调解过程中并不将双方当事人完全对立，而是本着分析问题解决问题，就事论事的初衷，有利于缓和双方情绪，更好的了解案件事实，更好的平衡双方的利益关系。调解的非强制性还使得双方当事人可以摒弃顾虑，心平气和的解决问题，因为即使调解不成，也还可以进一步提起诉讼。调解的多面性决定了其调解的纠纷并不仅限于违法行为，普通的纠纷也可以进行调解，许多情况下当事人因为投诉无门而酿出惨剧，调解可以将矛盾解决在萌芽状态，更好的维护社会的稳定。就是调解的成本低、速度快、效率高。婚姻家庭诉讼依照我国《民事诉讼法》的规定，需要缴纳诉讼费，还需经过起诉、送达、开庭等环节，时间较长，而调解则无此规定，有利于迅速解决纠纷，维护双方当事人的合法权益，有着较高的效率。

(二) 现有婚姻纠纷解决机制的局限性及其原因

1、诉讼的局限性及其原因

(1) 诉讼的成本高，效率低。依据我国《民事诉讼法》的规定，民事一审程序从立案、审前准备、开庭审理、做出判决到判决生效，最快大约需要 25 日⁶⁰，这几乎是理想条件下所需的时间，还不考虑具体案件的具体情况，而最慢则需要 1 年或者是更长⁶¹。这还只是一审程序，如果当事人不服判决提起上诉，则需要的时间会更长。很显然，这对于双方当事人的利益保护极为不利。面对我国当前离婚案件增多、司法资源匮乏的现状，诉讼对保护当事人的利益、维护社会稳定的作用则明显受到限制。

(2) 婚姻家庭具有私密性，案情中隐情较多，诉讼难以顾及。俗话说“清官难断家务事”，就是说在极具伦理性、私密性的婚姻家庭纠纷当中，由于当事人特有的身份属性，故而很难严格区分出对与错，也就无法严格划分当事人所应承担的责任份额，进而也就难以令诉讼双方都对裁判满意，达到审判的初衷。诉讼总是需要在原被告双方中裁判出各自的过错程度与相应的责任承担，这与婚姻家庭生活的情感性、私密性、伦理性就会发生冲突，以至于会出现案已结而事未了的状况。比如实践当中夫妻一方第一次向法院起诉离婚的，法院一般都不会判决离婚，而在第二次第三次的时候，才有可能判决离婚。

(3) 对未成年子女有很大的负面影响。在诉讼离婚中，双方当事人如果争相获得子女的抚养权，而鉴于法院对于未成年子女的意见给予相当多的重视，当事人则会争相给子女提供各种好的条件以期子女选择跟随自己生活，这会在未成年子女心中产生对父或母一方的偏见；而如果父母双方都不愿意抚养未成年子女，则又会在未成年子女心中形成对亲情的陌生，进而影响其整个人生观价值观。现实当中，单亲家庭或是无父无母由他人抚养的未成年子女误入歧途的案例屡见不鲜。诉讼离婚难以实现父母子女三方利益的平衡已无需赘言。

(4) 诉讼中双方当事人诉讼地位对立，难以理性解决问题。我国的国情是，婚姻不仅仅是男女双方相结合，而是关乎双方两个家族、两种社会关系的结合。在婚姻家庭诉讼中，必然出现的是原被告双方当事人。根据我国《民事诉讼法》的规定，双方各自负有对自身诉讼请求的举证责任，故而为了实现自己的利益，双方不惜撕破脸皮、摒弃亲情爱情，诉讼中针锋相对，力图使法官做出有利于己方的判决。结果是两个家族交恶，双方在实现自己诉讼请求的同时也失去了其基于身份关系的感情，而实践中因此报复对方甚至报复法官、法院的案例也时有发生。诉讼仍然难以实现其稳定社会秩序的作用。

2、现存调解机制的缺陷

⁶⁰ 依据我国《民事诉讼法》的规定，再假设当事人在理想状态下的情况，计算方法为：立案 1 日，起诉状副本送达被告 1 日，被告提出答辩状 1 日，答辩状副本送达原告 1 日，确定合议庭组成人员并告知当事人 1 日，开庭通知 3 日，开庭审理 1 日，当庭宣判，发送判决书 1 日，一审后双方当事人均未上诉需经过 15 日，综合约为 25 日。

⁶¹ 我国《民事诉讼法》第 135 条规定：“人民法院适用普通程序审理的案件，应当在立案之日起六个月内审结。有特殊情况需要延长的，由本院院长批准，可以延长六个月；还需要延长的，报请上级人民法院批准。”实践中婚姻纠纷一般耗时不会太长，然而在继承案件中，已有类似案例出现。

(1) 立法上调解制度不协调。根据我国民事诉讼法之规定，人民法院审理民事案件，应当根据自愿和合法的原则进行调解；调解不成的，应当及时判决。人民法院作为行使审判权的专门机关，在民事诉讼中以国家强制力为保障。民事诉讼的强制性决定了它与其他解决纠纷方式的性质和特点的不同，也决定了它不是以说服教育为主要形式的纠纷处理方式，当事人进行诉讼的根本目的，也不是要求在法院主持下进行某种协商或和解。在法院行使审判权处理民事诉讼案件的过程中，不排除法院依据事实、依照法律进行一些说服教育工作，但这并不是法院在民事诉讼中的基本工作方法，也不是法院的基本职能。对一些特殊案件和特殊情况，法院以调解方式对双方当事人进行一些必要的说服教育工作，促使双方当事人互谅互让，达成协议，达到既解决当事人之间的纠纷，又增强当事人之间的团结，维护社会的稳定的目的，不仅必要，而且是人民法院司法为民的本质特征所要求的。这一规定的前提是在自愿的基础上才可以调解，但在我国《婚姻法》的规定中，人民法院审理离婚案件则必须进行调解，如何协调立法上的冲突值得关注与探讨。

(2) 不尊重当事人在调解系统中的主体地位。我国民事诉讼对法官职权过分强调，而忽视了当事人的权利。最明显的就是在调解体系中缺乏对当事人权利的细化规定。调解是基于当事人合意解决纠纷的过程，是否调解，最终决定权应由当事人决定。但调解启动或程序运行却是由法官控制的，调解协议达成亦可能受到审判权的干预。民事诉讼法中对法院调解制度只确立了自愿、合法原则和查明事实、分清是非原则，却将处分权原则排除在外，显然不合理，不能有效避免强制调解或者变相强制调解现象的发生，调解功能得不到充分发挥。因此，如何充分保障当事人的自主处分权是调解制度的核心。

(3) 缺乏具体程序设置保证调解公正。科学完备的程序设置是保证实体公正的必要条件，而这一点在法院调解制度中没有得到很好贯彻和体现。“强制调解”以及程序法和实体法对调解约束的双重软化尤为引人注目，这些问题无不体现出现行法院调解制度在程序保障方面之不足。首先，在我国现行职权主持模式的背景下，法官既是调解者又是裁决者的双重身份常常使得调解流于形式；再加上法律对于自愿原则的规定太过宽泛且缺乏具体的操作程序，因此实务中存在着“以判压调”等强制调解的现象。其次，就合法原则而言，同样存在着缺乏系统细化规范的问题。我国职权主义诉讼模式下，由于法院调解是在诉讼程序中由法官主持进行的，因此形成了“调审合一”之局面，从而使调解人员和审判人员这两种身份在法官在身上产生竞合，也就不可避免导致侵犯当事人处分权现象的出现。如果调解不成，调解者就转化成审判人员继续审理案件并最终做出裁判的前提下，调解者有足够充分的条件在调解过程中对当事人施加压力，使其接受调解方案。

(4) 调解机制的建立健全缺乏必要的支持。现阶段随着一大批关于调解的法律法规的出台，调解作为一种解决纠纷的手段已经重新开始得到一定的重视。然而从现实当中来看，整个纠纷解决机制仍然缺乏必要的资金、技术、人才及专业知识等方面的支持。这对于整体的纠纷解决机制的建立健全和运行维护有着决定性的作用，应该引起相关部门的高度重视。

(5) 诉讼调解与非诉讼调解的衔接不畅。调解按照其调解机构的不同，又可分为诉讼内调解和诉讼外调解，即法院调解和非诉讼的调解。随着我国法制建设不断深入，诉讼外的调解方式逐渐走向衰微，我国民事纠纷解决进入了“诉讼时代”。但是现行法院调解与诉讼外调解之间的衔接不畅，缺乏组织上和程序上的连通。法院调解与非诉讼调解组织两分离现象造成的结果，即有些纠纷经民间调解不成后，法院又进行调解，形成重复调解的局面。程序上的连通主要是通过法院对非诉讼调解达成协议的效力认定来实现。在这一点上，我国有关部门已经做了颇有成效的努力。例如，最新的《人民调解法》第31条规定：“经人民调解委员会调解达成的调解协议，具有法律约束力，当事人应当按照约定履行。”第33条规定：“经人民调解委员会调解达成调解协议后，双方当事人认为有必要的，可以自调解协议生效之日起三十日内共同向人民法院申请司法确认，人民法院应当及时对调解协议进行审查，依法确认调解协议的效力。人民法院依法确认调解协议有效，一方当事人拒绝履行或者未全部履行的，对方当事人可以向人民法院申请强制执行。人民法院依法确认调解协议无效的，当事人可以通过人民调解方式变更原调解协议或者达成新的调解协议，也可以向人民法院提起诉讼。”但从实践中来看，法院调解与其他诉讼外调解机制之间的连接渠道仍未得到有效畅通，多元化纠纷解决机制的建立健全还有待进一步探索。

二、完善家事纠纷解决机制的建议与对策

(一) 关于完善家事纠纷诉讼模式的建议

1、设立专门的家事法庭和附设家事调解委员会，制定特殊程序与证据规则，在《民事诉讼法》中增设家事诉讼程序，条件成熟时制定专门的家事诉讼法

婚姻家庭关系虽然具有较强的身份性、传统性和伦理性，但其既是伦理关系，又是法律关系。在婚姻家庭案件中，原被告双方往往有着亲缘或血缘关系，即希望解决纠纷，又不愿意亲属关系恶化；即希望彻底查清事实公平处理，又不希望过度公开自己的隐私。就目前而言，绝大多数的法院都设置了两个以上的民事审判庭来审理民事商事案件⁶²，为了方便审理，各个审判庭都规定了明确的审理范围，婚姻家庭案件通常被作为一类案件由其中的一

⁶²目前我国的大部分法院的民事审判庭都超过了两个，分别称之为民一庭、民二庭，有些法院也会根据审理范围的不同直接将其命名，如有些法院将涉及到维护妇女、儿童、老人权益的案件的审判庭称之为维权庭。

个审判庭集中审理。鉴于近年来离婚率的不断攀升,在我国建立专门的家事法院是必要的,同样也是可行的。2007年至2010年,广东省受理的婚姻家庭纠纷(不含继承纠纷)一审案件分别为41264件、43358件、47765件、50915件,均占广东省受理的民事案件总量10%以上。同时,家事案件具有强烈的伦理性,特定的亲属之间既存在法律关系,又存在伦理关系。然而,司法实践中处理此类案件基本上采取审理财产案件的方法,对家事案件的情感色彩和人伦特点重视不够,简单化、程序化处理的情况比较突出,有些案件审结后的社会效果不佳。家事案件的处理直接影响社会和谐,为了维护社会公共利益,公权力需要较多地介入家事案件的解决,而家事案件又主要涉及当事人的私人领域。家事案件不仅要通过裁决解决纠纷,更需要鼓励当事人通过协商、和解等方式化解矛盾、解决纠纷。为适应新形势下婚姻家庭案件数量增长快、案情渐趋复杂的需求,提高审理家事案件的专业化水平,广东省高级人民法院在充分调研的基础上,于2010年3月在中山市中级人民法院、珠海市香洲区人民法院等1家中院、6家基层法院试点设立家事审判合议庭,专门审理婚姻家庭案件。一年多来,广东法院本着“大胆探索、先行先试”的原则,积极探索家事案件审判的新路子,取得了良好的法律效果和社会效果。为此,广东省各级法院狠抓调解工作,家事审判合议庭审理的案件呈现“两高一低”(高调解率、高服判率、低改判率)的良好态势。服判息诉、案结事了是审判执行工作的“硬道理”,各试点法院以设立家事审判合议庭为契机,创新制度,深挖潜力,调撤率和服判息诉率得到大幅提升。2010年3月至2011年2月,各试点法院家事审判合议庭新收一审案件3279件,审结案件2655件,调解结案1859件,平均调撤率达70.02%,其中广州市黄埔区人民法院和珠海市香洲区法院的调解率分别为90.18%和91.07%。结案率和调解率不仅高于近几年广东省基层法院婚姻家庭纠纷案件调解率平均水平,也高于广东高院排头兵指标所设定的2010年底一审民事案件调解率达到60%的要求。当事人对审结的家事案件提出上诉的154件,上诉率为5.59%,其中广州市黄埔区法院的上诉率仅为0.9%,远低于广东高院制定的排头兵指标上诉率不高于15%的指标,取得了案结事了、服判息诉的良好效果。

日本作为中国的近邻,与中国一样,都是使用传统非诉讼纠纷解决方式的代表国家。日本现代的调停制度中设有专门的《家事调停法》,其性质属于法院附设的调解制度。日本于1949年成立家庭裁判所(家事法院)。目前,日本全国共有50所家事法院。日本的家事诉讼适用《人事诉讼法》(1898年颁布,2003年修改)和《家事审判法》。家事案件法定区分为两类:一是不经调解的案件,主要是有关选任监护人、认证遗嘱等诉讼争议较少但要求法院依职权介入的案件。二是须经调解的案件,包括婚姻费用分担、离婚时财产分配、财产分割等争议;认领、否认婚生子女等不许当事人自由处分的身份关系为标的之争议案件;有关离婚、抚慰金等案件。家事调停(我们称家事调解)在日本是前置程序,在家事法院内设家事调停委员会,有三名委员组成,由法官任主任,另外两名委员由律师、退休法官及具有专业素养和丰富生活经验的人士担任,同时要求这两名成员需是一男一女,年龄需40至70岁,品格高尚,具有保密意识等。家事调停委员会制作的调停文书与法院的判决书具有同等效力。家事法院特别重视家事纠纷调停,成功率很高,故在日本被称为和平法院和最成功的法院。这些做法和经验很值得我们借鉴参考。

笔者认为,我国应先在经济发达地区或是各省省会城市所在地的基层法院设立独立的家事审判庭和附设家事调解委员会,包括陕西省可以在西安等城市试点进行。家事审判庭的法官则由一批长期从事审理婚姻家庭案件的资深法官组成,附设的家事调解委员会成员除法官外,可吸收具有专业素养和丰富生活经验的人士参加,如律师、退休法官、心理学和法学等领域的专家学者及社会团体代表等。在调解和审理中,探讨适用和创新调解的模式与程序规则,制定不同于一般民事案件审理专门适用家事案件审理的特殊诉讼程序与证据规则,在调解和裁判过程中应当体现婚姻家庭关系本身的特殊性、伦理性、身份性和私密性。

在这方面,日本于1898年就制定了《人事诉讼法》,后来进行了修改,2003年新颁布的《人事诉讼法》已将分断式处置改由家庭法院统一处置(人事诉讼事件的一元化管辖),还增加了家庭法院调查官制度的扩充、参与员制度的导入(民间人士广泛参与家事案件的处理)以及在原有的检察官参与诉讼并作为被告人的人事诉讼案件中,导入利害关系人参加制度等内容。日本人事诉讼案件范围主要包括:婚姻关系案件、收养关系案件和亲子关系案件等。韩国的人事诉讼制度源于日本,与日本立法例类似,既有《人事诉讼法》,又有《家事审判法》。但到1991年,韩国修改了本国的家事诉讼制度,将有关身份关系的家事审判和人事诉讼统和为一,制度了单独的《家事诉讼法》。我国台湾地区人事诉讼法深受德国和日本的影响,不仅有专门的人事诉讼程序,而且具有自己的一些特色。台湾人事诉讼程序的立法模式与德国类似,即将人事诉讼程序置于《民事诉讼法》中,作为单独的一编加以规定,即第九编人事诉讼程序。台湾人事诉讼案件范围主要有:婚姻事件、亲子事件、禁治产事件、宣告死亡事件等。在程序上规定婚姻事件属于专属管辖、离婚之诉、夫妻同居之诉适用调解前置主义等内容。⁶³笔者认为,我们可借鉴日本等国及台湾地区的有益经验和立法例,在我国《民事诉讼法》中增设家事诉讼程序,条件成熟时,制定单独的家事诉讼法。

2、应尊重原被告的处分原则

我国法院在庭审中一向奉行的是职权主义,即法官居于主导地位,依据自身职权把握庭审的全过程。近年来

⁶³陈爱武.人事诉讼程序研究(M).北京:法律出版社,2008.41—54.

随着我国法官素质的不断提升，当事人主义在庭审中也有了较多的体现。然而不尊重双方当事人的处分原则、依据法院的各项内部指标主观的对案件进行裁判的情况在实践当中仍广泛存在。笔者认为，在将调解前置的情况下，如果调解未果，则法院应当“以事实为根据，以法律为准绳”，对当事人的诉讼请求做出及时的裁判。不能通过延长审期或以其他方式强迫当事人接受某种法律后果。

3、提高审判效率，降低当事人的诉讼成本

诉讼成本高、效率低的问题一直为社会各界所诟病，笔者认为，一方面，法官应当提高自身业务水平。许多情况下法官对于案情把握不准，内部讨论、寻求专家意见等等都在很大程度上耗费了当事人的时间，给当事人带来更多的财产损害和精神损害。另一方面，法官需要将政策同法律相结合，不能为了追求高调撤率（现阶段我国许多法院都将调撤率同法官的奖金福利等挂钩）而迟迟不对当事人的纠纷做出裁判，应当及时、公正的维护当事人的合法权益。在这一方面，应当通过设立与完善“调审分离”的模式来解决。

4、对主审法官选任应要求更高

家事法庭不同于其他民事法庭，婚姻家庭纠纷所具有的独特属性使得家事法庭的法官仅具有法学知识是不够的。对于家事法庭的法官选任条件，笔者认为，首先，应当是已婚的。没有经过婚姻生活的，即使具有再丰富的法律知识，也无法亲身体会到当事人双方之间的细微的情感变化，从而难以把握双方矛盾的原因。其次，年龄应当在35—45岁之间。太年轻会使当事人产生不信任的情绪，而年龄再大则会使法官和当事人之间的代沟更大，不利于把握双方矛盾的产生根源。第三，应具有一定的心理学、社会学等相关知识，这对于指导其用正确的方法从正确的角度解决纠纷有很大的帮助。

（二）关于完善家事纠纷调解模式的建议

1、建立健全调审分离的调解模式，保障当事人权利

笔者赞同调审分离，并认为调审分离应满足以下三点：一是调解机构与审判机构相分离。在法院内设置专门的调解机构；二是调解人员与审判人员相分离。调解机构成员分别由审判人员和非审判人员两部分人组成，审判人员的职责是参与并主持每一具体案件的调解工作，但审判人员只具有调解人身份，不再享有裁判权，对调解不成的案件不能再由同一审判员审判。非审判人员主要是指婚姻家庭纠纷调解员或是人民陪审员，其职责是协助审判人员，做说服劝导工作，提出具体的调解方案让当事人双方参考，以使调解更易成立；三是调解程序与审判程序相分离。对于婚姻家庭案件，应将调解作为此案件的前置程序，必须先由调解机构调解。调解成立达成协议的，即制作调解书终结案件，当事人不得就同一诉讼标的，再行起诉；调解书具有法律的约束力，负有义务的一方当事人如果拒不履行义务，对方当事人则有权申请法院强制执行，法院可依据调解书予以强制执行。调解不成立的，法院应制作调解不成立的证明书，发给当事人，当事人持此说明书，可于一定期限内（如一年）就该案向法院提起诉讼，超过期限的，当事人在起诉前必须再申请调解。案件转入审判程序后，原调解的申请人，自其申请调解时视为已经起诉，便利诉讼。除非当事人自行和解或申请和解，审判人员不再进行调解。

我国现行法院调审合一模式下，法官将调解者与审判者双重角色归于一身是法院调解制度种种弊端产生的根源，由此导致了调解的强制性和审判的任意性。我国台湾地区“民事诉讼法”把法院调解作为审判的前置程序加以规定，设调解庭，专司调解工作；我国香港有独立科学的调解制度；日本的调解案件由一审法院内设置的调解委员会主持调解；美国的和解会议由法官主持，但主持和解会议的法官与主持审理的法官非同一人。在我国某些基层法院，如西安市雁塔区法院，针对此问题也作了一些改革和创新，设立了专门的机构（速裁室）以解决这一问题，其主要通过调解的方式解决婚姻家庭问题以及比较简单的民商事纠纷。速裁室的工作人员主要由两部分组成，一类是人民陪审员，另一类是审判员，不论是哪一类人员，其职责都是调解案件，只有在特定情况下审判员才可对案件进行判决，如果调解不成，就必须在规定的时间内将案件退回立案庭并重新分配到其他审判庭，这样就避免了调解人员与审判人员身份上的重合，避免了“以判压调”、“调审合一”。其结果是案件的调解成功率有了很大的提升。

2、以当事人主义定位调解制度

众所周知，调解是以当事人合意为基础的纠纷解决方式，当事人在调解中应当居于主导地位。然而长久以来，法院调解作为法院的一种结案方不可避免的染上了职权主义色彩，忽视了当事人在调解中的主导地位等等。笔者认为，调解是以当事人为中心的公正的最好体现。《人民调解法》第17条中明确规定“当事人一方明确拒绝调解的，不得调解。”调解程序应由当事人申请启动，在调解过程中法官及人民调解员可以通过行使释明权等行为对当事人的调解活动进行指导。这就要求调解人员要准确定位自己的角色，在为当事人提供法律引导和法律帮助的同时，限制其他权力的行使。

因此，推动调解制度向当事人主义定位转化是具有深刻的理论和现实价值。调动当事人参与的自主性，同时约束法官的行为。即使法官认为一个完全合理、正当且符合当事人利益的调解方案，也不能强迫当事人接受。另外，只要双方当事人明确表示同意的调解协议内容，法官即不必再次加以审查。如果出现可能影响当事人合法权益的情形，仍应适用回避制度。

3、完善庭前调解模式

所谓庭前调解是在法院受理案件后，开庭审理前，当事人在调解人员的主持下就争议进行自愿协商，以达成协议的活动。庭前调解在调解人员与审判人员相分离的情况下，能够有效避免审判权对调解的干扰，有利于保护当事人的合法权益。调解能够于庭前证据已经得到充分开示的基础上展开，不仅可以使调解者依据双方的证据提出更为合理的纠纷解决意见供其参考，而且双方当事人也更容易在衡量了彼此证据力量的基础上接受调解者的意见或者达成和解。审前调解把调解作为一个可供当事人自由选择的辅助程序，当事人可根据“实体利益”和“诉讼利益”的均衡，选择是否进行调解，从而有利于节约诉讼成本。再实现法官职能分离。审判员与调解员非同一人，保障调解的公正性。笔者建议将调解程序设定在正式开庭审理之前启动，而不是放在开庭审理后进行，以便发挥调解协商各方立场，化解矛盾的效用。同时，应具体规定庭前调解的程序规则和操作流程。

4、进一步完善非讼调解机制与诉讼的衔接，将人民调解作为婚姻家庭纠纷诉讼的前置程序。

在人民调解委员会与人民法院的关系问题上，2009年8月，最高人民法院制定和公布的《关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》中指出：“人民法院要大力支持、依法监督人民调解组织的调解工作，在审理涉及人民调解协议的民事案件时，应当适用有关法律规定。”，并再次明确了由其达成的协议具有民事合同性质，对于具有合同效力和给付内容的调解协议，债权人可以根据《民事诉讼法》和相关司法解释的规定向有管辖权的基层人民法院申请支付令。这在一定程度上肯定了人民调解的效力。2011年1月实施的《人民调解法》明确肯定人民调解协议的法律效力。《人民调解法》第18条规定：“基层人民法院、公安机关对适宜通过人民调解方式解决的纠纷，可以在受理前告知当事人向人民调解委员会申请调解。”

笔者认为，除此之外还应明确规定婚姻家庭纠纷案件的人民调解前置制度，即将人民调解作为婚姻家庭纠纷诉讼的前置程序。所谓人民调解前置，是指对婚姻家庭纠纷，当事人欲通过民事诉讼程序解决时，必须首先经过人民调解程序，即这些类型案件的解决施行“先调后诉”，人民调解作为民事诉讼的前置程序。当事人在起诉前需先提出调解申请；如未提出调解申请而直接向人民法院起诉的，人民法院不予受理，同时告知当事人向人民调解机构申请调解，或者依据职权将案件移送相关人民调解机构调解。在此一情形下，当事人的起诉书视同调解申请。经人民调解机构调解不成或当事人不愿调解的，人民调解机构应出具调解不成的证明书，当事人可持该证明书向人民法院提起民事诉讼。对于适用人民调解前置程序解决的纠纷，达成的人民调解协议，经人民法院审核、裁定，与民事裁定、判决具有同等法律效力。

5、应完善和细化婚姻家庭案件调解流程与程序规则

应对婚姻家庭案件调解的基本程式与流程规则、基本时限、调解的效力等作为较为具体细化之规定，进一步完善《人民调解法》的相关规定。虽然《人民调解法》第四章规定的调解程序、第五章规定的调解协议等内容，可为调解员主持调解工作提供指导和约束，也可以供当事人参照，对于基层社区调解婚姻家庭纠纷的也应适用《人民调解法》及婚姻家庭法律的相关规定。但现行调解制度缺乏调解人与当事人必须遵循的程序规范和具体规则，调解的手段和方法缺乏一套有效的体现公正、文明、民主的运作机制，缺乏程序性保障，更由于调解程序无细化明确规定，调解员自由裁量权过大，也使法官在适用调解程序时具有很大随意性，调解缺少科学性与专业性。故应完善和细化婚姻家庭案件调解流程与程序规则，协助当事人克服其心理障碍，权衡利弊，寻求自主解决纷争的方式，通过公正科学的程序设置以最大限度地保障当事人的合法权益。

6、建设专业化、现代化、职业化的家事纠纷调解队伍，改进人民调解的组织机构和工作条件，完善人民调解机制

人民调解工作要改革发展，保持生命力，就必须借鉴国外调解制度的先进经验，尝试走人民调解专业化、规范化、现代化、职业化的道路，家事纠纷是人民调解的主要内容之一，构建科学的家事纠纷人民调解制度具有非常重要的意义。具体而言，应做好以下几点：

(1) **培训和提高调解员素质，推动调解员队伍专业化、现代化、职业化，完善调解员的准入机制和遴选资格及考核程序。**调解的成功率和当事人的满意程度往往取决于调解人的权威、经验和技巧，其在婚姻家庭领域表现的更为突出。因此，调解工作做的如何与调解人员的素质息息相关。但现有的调解人员年龄偏老龄化，一般也不具有较高的法律素质，并缺乏相应的心理学和社会学的相关知识，致使做调解工作时方法简单、随意性较大。针对这些问题，笔者认为应该从以下三方面加以改进：

第一，更新调解队伍血液，促进使调解人员选拔的渠道多样化。我们可以面向社会招聘法律、心理学、社会学专门人才，充实到基层队伍中去，逐步实现调解人员和调解队伍的职业化、专业化。

第二，强化调解知识的培训以提高调解人员的专业化和现代化。现已实施的《人民调解法》中第14条第二款就规定：“县级人民政府司法行政部门应当定期对人民调解员进行业务培训。”应当从调解基础知识到现行法律、风俗习惯、社会学和心理学等知识在调解过程中的运用，从发生在身边的案例到如何把握好在调解中的各个环节，妥善解决双方矛盾等方面，进行实用性较大、操作性较强的不同形式的业务培训。使广大调解人员掌握常用的法律规范与相关专业技能并能够熟练应用，具备与掌握和调解工作有关的调解方法和技巧，更新理念和知识结构，

具有现代视野,努力提高调解质量和调解效率。人民法院可以依照《人民调解法》第13条的规定⁶⁴,通过选聘人民调解员担任人民陪审员⁶⁵、组织调解干部观摩审判等方式,有效提高人民调解员的法律知识、调解艺术和工作水平。

第三,探索开展人民调解员队伍职业化建设。在条件成熟的情况下,可以建立人民调解员的资格考核审查,逐步实行调解员持证调解、分类管理。就目前的人民调解工作实际情况来看,《人民调解法》将人民调解委员会设立在基层——村委会和居委会,企事业单位需要建立的,也可以建立。而该法第5条规定:“国务院司法行政部门负责指导全国的人民调解工作,县级以上地方人民政府司法行政部门负责指导本行政区域的人民调解工作。”对于具备律师从业资格者、法律院校毕业生、基层法律服务工作者以及具备丰富人民调解工作经验的人员,可以经考核后聘用。同时将专业社工引入人民调解队伍。在基层实行人民调解员准入制,可以有效地改变传统人民调解员兼职过多、队伍不稳定的格局,提高基层调委会化解调处疑难、复杂矛盾纠纷的能力和水平,大大促进人民调解员队伍职业化建设进程。

(2) 政府可在资金、专业培训、机构与人员编制、政策制定与配套措施等方面给予人民调解大力扶持。政府要履行职责和提供支持,切实解决与改善人民调解面临的问题和困难,充分调动与发挥人民调解员和专业社工及社会团体的积极性和作用。

(3) 设立专门的家事纠纷调解中心。目前,我国某些地区的相关部门已经联合组建了专门调解婚姻家庭纠纷的工作室。早在2007年9月,常州钟楼区就成立了“婚姻家庭纠纷调解工作室”,这是区人民调解委员会依托妇联,由婚姻家庭调解员、心理咨询师、律师、法官等专业人员组成,集婚姻调解、心理疏导、法律帮助为一体的专门组织。该工作室的主要职责是调解婚姻矛盾和家庭纠纷;提供维权咨询服务;进行婚姻指导和心理疏导。2009年10月,郑州市也成立了“女子调解工作室”。该调解工作室针对性强,其主要目的是解决问题家庭的婚姻矛盾。通过设立专门的家事纠纷调解中心等调解机构,一是致力于恢复夫妻双方的和谐关系,为社会来访人员中夫妻感情尚未破裂的矛盾夫妻进行心理疏导,分析婚姻问题产生的根源,促使这类夫妻重归于好。二是对社会来访妇女中夫妻感情确已破裂的家庭提供咨询服务,维护妇女儿童合法权益,帮助其解脱痛苦。三是接受法院的委托调解和邀请调解,充分发挥妇联等社团组织在处理婚姻家庭案件中的独特作用,全面保障家庭成员的民事权利。四是发挥婚姻家庭调解工作室的延伸功能,开展法律咨询和婚姻风险的防范及干预等业务。

三、结语

我国正处于改革与社会发展的关键时期,尤其是和谐社会理念与和谐司法理念的提出,更加要求在新时期正确认识和把握新形势下各种矛盾产生的特点和规律,进一步完善相关法律和配套制度措施,在现行《人民调解法》、《民事诉讼法》、《婚姻法》等相关法律法规的指导下,建构与完善家事纠纷多元解决机制,以真正达到和谐社会所应有的民主法治、公平正义、诚信友爱和安定有序。

论家事事件程序

——兼评台湾《家事事件法》

张晓茹*

【摘要】家事纠纷相对于普通民事纠纷有其特殊性,因而,对审理程序有特殊要求,但是我国大陆因传统的诉讼观念,将婚姻家庭案件理解为普通民事诉讼案件,以及采取的超职权主义诉讼模式等多重原因致使现行立法包括草案并未对家事事件程序做出系统规定。各国依本国的制度以及国情选取其家事事件的范围,“家事案件”这一概念呈开放形态,其范围不断扩展。大陆可在民事诉讼法典之外单独制定家事事件程序法,并就法院职权探知主义,程序不公开原则,合并审理制度,检察官参与制度,家事诉讼事件之舍弃、认诺,专业调解制度,未成年人保护制度等做出具体规定。

【关键词】家事事件 家事事件程序 家事事件程序法

大陆十一届全国人大常委会第二十三次会议初次审议了《中华人民共和国民事诉讼法修正案(草案)》,并向社会公开征集意见,内容涉及到了除家事事件程序以外的所有程序。本文就家事事件程序的主要问题进行研究,并对台湾“立法院”于2011年12月12日三读通过的“家事事件法”加以评论,以期抛砖引玉。

一、家事纠纷的特殊性及其对审理程序的特殊要求

婚姻家庭领域的法律纠纷的范围大小取决于婚姻家庭实体法的制定情况和规范领域。家庭法在很大程度上关

⁶⁴ 《人民调解法》第13条规定:“人民调解员由人民调解委员会委员和人民调解委员会聘任的人员担任。”

⁶⁵ 苏州太仓市妇联曾向市人民法院推荐了9名政治素质好、业务能力强、群众威望高,有着丰富的调解经验的女性维权志愿者担任市人民法院婚姻家庭纠纷特邀调解员。

* 作者简介:张晓茹,法学博士,北京航空航天大学法学院副教授。

注直系血亲家庭成员的权利、义务和可以获得的救济。从传统上来说，家庭法仅被限定在结婚、离婚、同居及相关的经济和财产问题，包括一些与儿童有关的法律。因此，家庭法并不关注所有影响家庭的法律，其重点关注的是身份的创设和取消（结婚、离婚、亲子关系）及身份的创设和取消带来的法律效果和家庭成员的保护。家庭法同时将范围扩展到儿童领域，将收养和关于儿童的地方当局权力和义务也包括其中。⁶⁶

家庭关系则是指存在于家庭成员之间的、为法律确认并赋予权利、义务内容的法律关系。与其他的法律关系相比较，家庭关系有许多自身的特征：①人身属性。“人身属性”是指家庭关系只存在于特定的人之间，存在于具有特定“身份”的人之间，如夫妻关系只存在于配偶之间，亲子关系只存在于父母与子女之间。②不可处分性。其含义是家庭关系不是其主体处分的对象，任何人不得通过个人行为而转让或放弃其作为家庭成员的身份。③不可分割性。家庭成员之间的权利与义务是一种统一和完整的存在，任何人不得只享受产生于家庭的权利而拒绝履行法定的义务。④普遍性与稳定性。家庭成员的身份（如父子、母子）是普遍有效的，不得在此为父子而在异地为兄弟；而且这种普遍性是稳定的。所谓“稳定性”是指家庭关系的变更不是由当事人的意志决定的，其程序与后果是由法律确定的。⑤无时效性。家庭成员的身份不会因时间的效力而取得或丧失，父母与子女虽失散日久，但父母子女关系不因此而消灭。⁶⁷

本文所指的家事纠纷，是指婚姻家庭领域因婚姻、亲子、收养、同居等感情关系引起的身份关系或财产关系的法律纠纷。家事纠纷不同于其它民事纠纷，日本学者高野耕一先生通过研究发现，家事纠纷与通常民事纠纷相比有以下几个重要的特征：“第一，引起家事纠纷的原因复杂，不能轻易地探明；第二，家事纠纷的过程时时刻刻在流动，对它的变化无法预先判断；第三，解决家事纠纷的方法和途径多种多样；第四，家事纠纷的处理结果往往伴随着家事纠纷的拖沓、复杂和呈现出的困难态势，而出现当事人不予执行的情况。”⁶⁸

家事事件程序，是以维持家庭成员间共同生活的和平及健全为目的，由国家设立特别的机关（即家庭裁判所或家事法院、家事法庭），遵从职权主义及秘密审理的方式，处理或预防夫妻、亲子及家属间纠纷的程序。由此可见，家事事件程序是家事纠纷的司法解决和预防程序。当事人之间的关系“建立于男女间之婚姻及亲属间血统社会自然之事实关系，性质上不容私人任意处分而变更既存之身份关系。此种身份之法律关系，不仅涉及当事人之私益，且涉及社会秩序之公益，影响第三人之利害关系。一旦发生身份关系之纠纷，民事诉讼法不能不顾及诉讼影响之全面问题，从而对于身份关系之诉讼，遂采实体真实主义、职权主义、职权探知主义、裁判绝对效力原则为诉讼原理。”⁶⁹针对家庭纠纷的特殊性，台湾“家事事件法”还设置家事调查官，以社工、教育、心理、辅导等专业学识知能就特定事项调查，提供意见，协助了解问题，查明事实。

二、家事事件程序的构成及适用范围

家事事件程序包括家事非讼程序、家事诉讼程序和家事案件的调解程序。日本就家事案件的解决先后制定了人事诉讼程序法、家事审判法、非讼案件程序法。一般认为，人事诉讼程序是指为处理关于婚姻事件、亲子关系事件、禁治产事件及死亡宣告事件等有关基本身份关系及能力关系的民事诉讼程序。身份关系因身份法的规定，有多样的法律关系，其中婚姻关系、亲子关系是基本的身份关系，故台湾“民事诉讼法”将之特别规定于人事诉讼程序。⁷⁰人事诉讼的称谓来源于日本，日本于1898年制定了单独的人事诉讼程序法，2003年颁布新的人事诉讼法。台湾将人事诉讼作为民事诉讼法中的特别程序予以立法规定在民事诉讼法第九章。人事诉讼在诉讼基本构造上采用对立两造的主体进行诉讼，但适用该程序解决的案件并非全属诉讼事件，还有与家庭利益密切相关的非讼事件，如禁治产事件与死亡宣告事件。“人事诉讼程序既系以处理身份关系之纠纷事件为其规律之对象，则诉讼事件之范围与种类，自当与民法亲属、继承编之规定有不可分离之关系。惟应注意者，民法所规定身份之法律关系，其范围种类频多，但民事诉讼法第九编人事诉讼程序所规定之事件，却以列举方式加以限制”。⁷¹

台湾“家事事件法”将“民事诉讼法”中第九章人事诉讼程序、家事非讼程序及家事调解程序合并立法，并将现行之撤销死亡宣告、监护或辅助宣告事件，从诉讼改为非讼事件，另增设履行确保及执行编，以期能更妥适、迅速解决、统合处理家事纷争及其他相关家事事件，并兼顾子女最佳利益及家庭和谐。家事事件法共200个条文，分为总则、调解程序、家事诉讼程序、家事非讼程序、履行之确保及执行、附则等六编。

家事事件的具体范围究竟应该有多大以及对之应该采取何种程序，各国之间存在较大差异。1983年9月在联邦德国召开的第七次诉讼法国际会议上，根据各国提交的报告，家事事件主要包括：

（1）婚姻关系事件：包括婚姻无效之诉、撤销之诉，离婚之诉，分居之诉及离婚的无效、撤销之诉。作为离婚的伴随事件，如夫妻之间的财产分割、扶养（离婚给予）、姓名权的相关之诉（申请），如果有孩子的话——监

⁶⁶ 参见[美]凯特·斯丹德利著，屈广清译：《家庭法》，中国政法大学出版社2004年版，第9页。

⁶⁷ 参见汉英著：《澳门家庭法》，澳门基金会1996年出版，第29页。

⁶⁸ 参见[日]高野耕一：《家事调停中裁判官的责任》，《案例》72号。

⁶⁹ 参见陈荣宗、林庆苗著：《民事诉讼法》，三民书局1996年版，第936页。

⁷⁰ 参见陈计男著：《民事诉讼法论》（修订新版），三民书局2000年版，第479页。

⁷¹ 参见陈荣宗、林庆苗著：《民事诉讼法》，三民书局1996年版，第936页。

护人的决定以及子女的扶养等等相关之诉。此外，还有夫妇的同居、协力义务之诉，夫妇财产之诉，婚姻费用的分担请求（夫妇间扶养）之诉，夫妇间意见不一致时的调整之诉。

（2）亲子关系事件：亲子关系是否存在的确认之诉，是否嫡出之诉，认知的请求之诉、认父之诉；收养关系的确认之诉，收养的无效、取消之诉，收养的解除之诉、收养解除的无效、取消之诉；亲权的丧失以及恢复之诉、监护人的决定之诉、在子女同法定代理人之间产生利益冲突之时的特别代理人的确定之诉；对另一方配偶的扶养之诉，子女的扶养之诉，要求保护的双亲和兄弟姐妹的扶养之诉；继承权存在与否的确认之诉，遗产的管理、分割以及遗产管理人的选任之诉，遗嘱的确认之诉；禁治产、准禁治产宣告、失踪宣告、成年宣告之诉。

以上是广义上家事事件的一般范围，而各国在其中选取何种事件作为本国的家事事件，因各国法院制度的沿革以及各国基本国情不同而不同。大致上呈三种态度：第一种态度，包罗式（日本、韩国）；第二种态度：取其一部。通常是将婚姻关系事件、亲子关系事件和监护关系事件三种事件作为家事事件来处理，而将其他纳入通常民事诉讼程序的范围（德国、奥地利等国采这种做法，而瑞士则是将一部分该种事件交行政厅管辖）；第三种则是仅将婚姻事件作为家事事件来处理（澳大利亚）。72

日本的家事裁判所裁判的案件分为两大类，一类是与家庭事项相关联由民法典所调整的案件；另一类是少年案件，这类案件是有关少年犯罪，由少年法所调整的案件，对于犯了罪的少年原则上由家庭法院作为保护案件的予以处理，对于那些尽管没有满14岁的但已经触犯刑法、法令的少年和将来有犯罪可能的少年也同样可以作为保护案件的对象予以处理。73在日本，新人事诉讼法实行以前，并不是所有的家事案件均归家庭法院裁判，作为与离婚诉讼和亲子关系诉讼等权利义务有直接关系的人事诉讼，日本人事诉讼程序法明确规定由地方法院管辖。但是，对这种管辖分配，在日本反对和批判的意见很多。随着家庭法院处理家事事件实际绩效受到广泛肯定，不仅家庭法院法官，连地方法院、高等法院法官及学界、律师界积极支持将人事诉讼改由家庭法院审理。关于由家庭法院一元化审理的事件范围，在向来的争论过程中，被提出下列四项划分标准：

1、日本人事诉讼程序法所规定由地方法院审理的人事诉讼事件、准人事诉讼事件，74 以及因其诉之原因事实所生损害赔偿请求事件而得与该等事件合并提起者等，均直接改由家庭法院审理。75

2、不仅上述1所列事件，还包括事实上婚姻关系消灭时所伴生的慰抚金请求事件、婚约不履行时所伴生的慰抚金请求事件及聘金返还请求事件。此种事件在外观上虽为通常诉讼事件，但实质上与1所列事件同样受到身份关系或准身份关系所含非合理性、特殊性的影响，且向来实务上均由地方法院人事诉讼专庭审理。此等事件宜并改移家庭法院审理。76

3、不仅上述2之事件，还包括与身份关系事件密切相关的事件，属于此类事件的如：继承回复请求、特留分扣请求、确认遗嘱无效、确认遗产分割协议无效、继承之承认或抛弃无效确认、遗产范围确定、履行同居、婚姻费用分担义务、扶养义务存否之确认诉讼等。此类事件分别成为家事非讼事件（例如遗产分割事件、酌定抚养费事件）的前提问题，而以权利义务存否的确定为目的，所以不宜从家事事件中分离而由地方法院管辖。况且，该等事件向来在实务上与2所述者同样由地方法院人事诉讼专庭审理，从此点观之，亦宜予以改移家庭法院审理。77

4、包含依法律规定或解释上可认为属于亲属法及继承法上一切纷争事件，均应移由家庭法院审理。这种观点所认事件范围最广，几乎涵盖所有成为家事调解对象的事件，将家事非讼事件以外所有与家庭有关的民事诉讼事件皆列为家庭法院审理的对象。78

对上述不同见解的评论是：就上述1所指事件改移家庭法院审理均无异议，问题在于应否将其范围扩及上述2乃至4所列事件。主张扩大应移管事件范围者越显有力。79很多意见认为，涉及家事的所有的案件应由专门的家庭法院管辖。80根据日本新人事诉讼法规定，81立法者较为谨慎地采纳了第一种见解。

72 参见[日]中村英郎：《家庭事件裁判制度的比较法研究》，载《比较法学》十九卷一号，1985年3月。

73 参见冷罗生著：《日本现代审判制度》，中国政法大学出版社2003年版，第85、89页。

74 此所谓人事诉讼事件包括婚姻无效、撤销婚姻、离婚、撤销收养、终止收养、撤销终止收养、否认子女、请求认领、认领无效、撤销认领及确定生父之诉等十三种人事诉讼事件。准人事诉讼事件包括离婚无效、终止收养无效及确定身份关系存否等三种。

75 采此见解者有东京家庭裁判所审议会，参照东京家庭裁判所编：『家庭裁判所の制度と展望—家事部—（家庭裁判所制度二十周年記念）』（1970年）第234页。

76 采此说者有沼边爱一：「人事訴訟の家庭裁判所への移管」，家族（社会と法）8号（1992年），13—14页。

77 采此说者有岡垣学：《人事訴訟事件の管轄権—家庭裁判所への移管について》《人事訴訟の研究》，41—42页。

78 日本全国律师公会、大阪律师公会以遗产所生孳息为例，认为：遗产所生孳息因系继承事实发生所生之财产，不属于继承事实发生时被继承人的财产范畴，但倘因认为该孳息不属遗产将无法利用遗产分割程序，应遵循分割共有物之诉讼程序解决相关纷争，则对当事人而言，就属于同一遗产之相关纷争解决，被强求必须利用两道程序，不但造成利用上的不便，更易招致其对于遗产分割审判的不信赖，于是主张此类事件亦应一并移由家庭法院审理。参照大阪弁護士会「家事事件審理改善に關する意見書—家事審判、人事訴訟改正へ向けての立法提言—（2000年9月）」判例タイムズ1045号（2001年）；日本弁護士連合会《家事事件の家庭裁判所への移管に關する意見書》（2001年）。

79 参见邱璿如：《家事事件审理程序之新建构（下）》，载《台湾本土法学杂志》2002年第10期。

80 参见冷罗生书，第162页。

德国 1976 年的《第一次婚姻改革法》将婚姻案件和一系列与离婚有关的程序全部归纳到《法院组织法》第 23b 条的“家庭案件”这一概念之下。1997 年的《子女关系改革法》将大部分关于照顾权的纠纷和此前的亲子关系案件分配给了家庭法院。这一法律因此迈出了建立所谓大家庭法院的重要一步，大家庭法院将对所有的家庭法纠纷进行裁判。《生活伴侣法》将生活伴侣案件也归为家庭案件（第 661 条）并将其分配给家庭法院管辖。其他非婚生活伴侣之间的纠纷继续由普通民事法院管辖。根据 2001 年 12 月 11 日的《防止暴力法》，防止暴力和防止跟踪的纠纷从现在起也由家庭法院管辖，如果当事人拥有长期固定的共同家庭或者在提出申请之前六个月之内拥有共同家庭，则要求转移共同住宅的纠纷也由家庭法院管辖。⁸²

从德、日两国的发展趋势来看，“家事案件”这一概念呈开放形态，其范围不断扩展，涵盖的家庭案件的类型不断多样化。关于具体程序的架构，“家庭案件”这一集合概念却没有统一，如在德国《民事诉讼法》区分了婚姻案件和“其他家庭案件”，一些程序还规定在《非讼事件法》中。⁸³

对传统的人事诉讼案件，各国规定不尽相同。台湾地区“民事诉讼法”第九编的人事诉讼案件包括婚姻事件、亲子关系事件、禁治产事件、宣告死亡事件。但德、日两国不把禁治产事件、宣告死亡事件归入人事诉讼程序。德国民事诉讼法第六编规定的家庭事件程序的家庭事件包括婚姻事件、其他家庭事件、离婚后事件、亲子事件及抚养事件。日本的人事诉讼程序法规定的案件包括婚姻案件、收养案件和亲子关系案件。有学者认为禁治案件程序和宣告死亡程序均为非讼案件程序，应排除在人事诉讼程序之外。⁸⁴笔者认为，如今我们应打破传统人事诉讼的藩篱，把家事事件放在家事裁判制度的大框架之内进行合理分类。台湾“家事事件法”的做法可以为我们提供些许借鉴。

台湾“民事诉讼法”及“非讼事件法”的制定，相距达三十余年，就家事事件的分类来看未能通体考量事件的隐私性、公益性、自主性、伦理性、全面性、讼争性以及公权力介入的强弱等特性，而予以规范适当的处理程序，因而一些适合以非讼程序处理的事件却规定于人事诉讼程序中。为解决这一问题，台湾将人事诉讼程序、家事非讼程序及家事调解程序合并立法，命名为“家事事件法”。该法第 3 条依各该事件类型的讼争性强弱程度、当事人或利害关系人对程序标的所享有的处分权限范围及需求法院职权裁量以迅速裁判程度等的不同，将性质相近的事件类型分别归类为甲、乙、丙、丁、戊等五类。（1）就家事事件中具有讼争性，但当事人对于程序标的并无处分权的，列为甲类事件。此类事件有：确认婚姻无效事件、婚姻关系存在或不存事件（含向来实务上请确认婚姻是否有效或是否成立事件在内）、确定母再婚后所生子女生父事件、确认亲子关系存在或不存事件及确认收养关系存在或不存事件（含向来实务上请确认收养行为或合意终止收养行为是否有效等事件在内）等。（2）就家事事件中具有讼争性，且当事人对于程序标的具有某程度的处分权限的，列为乙类事件。此类事件有：撤销婚姻事件、离婚事件、否认子女事件、认领子女事件、撤销收养事件、撤销终止收养事件。（3）与家事事件具有密切关系的财产权案件，具有讼争性，且当事人对于程序标的亦有处分权限，向来系以一般财产权事件处理，由于此类财产权事件与身份调整关系密切，且所应适用的程序法理亦与一般财产权事件未尽相同，为因应其事件类型之特殊需求，并利于家事诉讼程序中统合加以解决，故列为丙类事件。此类事件有：因婚约无效、解除、撤销、违反婚约之损害赔偿、返还婚约赠与物事件，因婚姻无效、撤销婚姻、离婚、婚姻消灭之损害赔偿事件，夫妻财产之补偿、分配、分割、取回、返还及其他因夫妻财产关系所生请求事件，因判决终止收养关系给与相当金额事件，因监护所生损害赔偿事件，继承回复、遗产分割、特留分、遗赠、确认遗嘱真伪事件或其他继承关系所生请求事件等。（4）就家事事件中较无讼争性，而当事人或利害关系人对于程序标的无处分权限者，列为丁类事件。此类事件有：宣告死亡事件、撤销死亡宣告事件、失踪人财产管理事件、监护或辅助宣告事件、撤销监护或辅助宣告事件、定监护人事件、选任特别代理人事件、认可收养或终止收养事件、亲属会议事件、抛弃继承、无人承

⁸¹ 日本新人事诉讼法第 4 条规定，“人事诉讼由该诉具有身份关系的当事人的普通审判籍地或者死亡时的普通审判籍的家庭法院专属管辖”，“依前款规定不能确定管辖法院的，人事之诉依最高法院规则规定的家庭法院专属管辖”；第 8 条规定，“对因人事诉讼的原因事实而产生的损害赔偿请求已形成诉讼系属的第一审法院，认为适当时，根据当事人申请，可以将该损害赔偿请求诉讼移送至人事诉讼系属的家庭法院。此时，受移送的家庭法院可以将关于损害赔偿请求的诉讼自行审理并作出裁判”，“根据前款规定，受移送的家庭法院应当命令人事诉讼事件和移送的损害赔偿请求事件口头辩论合并进行”；第 17 条规定，“关于人事诉讼的诉讼请求和该请求的原因事实所发生的损害赔偿请求，不受民事诉讼法第 136 条规定的限制，可以一并提起。此时，对该人事诉讼有关的请求有管辖权的家庭法院，对该损害赔偿请求有关的诉讼可以自行审理和裁判。以人事诉讼请求的原因事实所发生的损害赔偿请求为标的之诉，除前项规定外，又可以向该人事诉讼系属的家庭法院提起，此时准用该款后段的规定。关于前款规定的该款人事诉讼事件以及该款损害赔偿请求事件，准用第 8 条第 2 款的规定。”

⁸² 参见[德]罗森贝克、施瓦布、戈特瓦尔德著，李大雪译：《德国民事诉讼法》（下），中国法制出版社 2007 年版，第 1257 页。

⁸³ 参见[德]罗森贝克、施瓦布、戈特瓦尔德著，李大雪译：《德国民事诉讼法》（下），中国法制出版社 2007 年版，第 1258 页。各国关于家事案件程序法的立法情况详见第二章。

⁸⁴ 参见王强义著：《民事诉讼特别程序研究》，中国政法大学出版社 1993 年版，第 285 页。

认继承及其他继承事件，指定遗嘱执行人事件、儿童或少年保护安置事件、身心障碍者保护安置事件、停止严重病人紧急安置或强制住院事件、民事保护令事件等。(5)就家事事件中具某程度讼争性，且当事人或利害关系人对于程序标的有某程度之处分权者，向来有以非讼事件处理者，亦有以诉讼事件处理者，惟此类事件性质上有赖法官职权裁量而为迅速、妥适之判断，列为戊类事件。此类事件有：因婚姻无效、撤销或离婚之给与赡养费事件、夫妻同居事件、指定夫妻住所事件、报告夫妻财产状况事件、给付家庭生活费用事件、宣告改用分别财产制事件、变更子女姓氏事件、定对于未成年子女权利义务之行使负担及交付子女事件、宣告停止亲权或监护权及撤销其宣告事件、监护人报告财产状况及监护人报酬事件、扶养事件(指除未成年子女请求父母扶养事件以外之扶养事件)、宣告终止收养关系事件。除前五类家事事件外，可能尚有其他应由家事法院处理的家事事件，这些事件应适用的程序，如果法律另有规定，则适用该规定，如法律没有明确规定，则适用家事事件法相关的规定。

台湾将家事诉讼与家事非诉讼事件统合于“家事事件法”，由家事法院合并审理的事项种类繁多，有的为家事诉讼与家事诉讼事件的合并，有的为家事非讼与家事非讼事件的合并，有的为家事诉讼与家事非讼事件的合并，这就涉及到诉讼程序与非讼程序交错适用和“诉讼事件非讼化”问题。85“家事事件法”规定的家事事件种类繁多，无相对人且须由法院迅速、妥适裁判的丁类事件，例外规定请求法院裁判前，毋须经法院调解程序。对有实质争讼的丁类事件，除法律另有规定者(例如家庭暴力防治法第十三条明定：保护令事件不得进行调解)外，为彰显家事事件调解替代解决纷争的功能，当事人也须于请求法院裁判前声请法院调解。对于家事诉讼程序的适用对象，明确规定为第三条所列甲类、乙类、丙类及其他家事诉讼事件，对于家事非讼程序的适用对象，明确规定为第三条所列举类、戊类及其他家事非讼事件。“家事事件法”第44条规定，当事人就家事诉讼事件与家事非讼事件之终局裁判声明不服的，除别有规定外，适用上诉程序。当事人仅就家事诉讼事件终局判决全部或一部声明不服的，适用上诉程序。当事人或利害关系人仅就家事非讼事件第一审终局裁定全部或一部声明不服的，适用该家事非讼事件抗告程序。对于家事诉讼事件终局判决声明不服的，以该判决所认定法律关系为据的其他事件的裁判，视为提起上诉。

三、大陆家事事件程序缺失的原因分析

(一)传统诉讼观念是大陆缺乏家事事件程序的根本原因

大陆深受“法不入家门”、“清官难断家务事”思想的影响，再加上长期以来诉讼法与实体法不分，重实体轻程序，有关婚姻家庭的实体法律制度不断完善，但我国民事诉讼法关于家事案件的规定，除了特别程序外，仅有十余条，并且分散在各个章节中，不够全面和系统，不便于司法实践操作和运用。虽然最高法院在《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》、《关于民事诉讼证据的若干规定》中，也涉及了家事案件的规定，但同样地，存在着数量少、不全面、不系统的问题，这种法律条文加司法解释的做法并未构筑起一套体现家事裁判特色的系统规定，且存在许多问题。

(二)先于民事诉讼制度建立的婚姻家庭制度，使得婚姻案件的审理程序代表和影响了整个民事诉讼程序

建国后相当一段时间，民事诉讼法律制度一直不能建立，而婚姻家庭制度却相对健全，1950年即制定了婚姻法。婚姻法的制定，形成了当时民事诉讼领域以婚姻家庭诉讼案件为主的局面，据1963年的统计，民事案件中占80%左右的是婚姻、家庭案件。86在人们的观念中，家事诉讼案件是普通民事案件，而本属于通常民事诉讼程序的案件，即公民之间、法人之间以及公民和法人之间的财产关系案件，则称为“经济案件”或“经济诉讼”。这种长期错位使人们把家事诉讼当作普通的民事诉讼，似乎没有必要再建立单独的家事事件程序。

(三)大陆长期实行的超职权主义诉讼模式在某种程度上迎合了家事事件裁判的需要

建国以后的民事诉讼规则、民事诉讼法(试行)不同程度地受马锡五审判方式的影响。马锡五审判方式的实质有两点：一是，证据的收集和提出可以由裁判者完成，即在事实的探知上是一种职权探知方式，无所谓当事人的举证责任；二是，在纠纷解决方式上，更倾向于调解结案。马锡五审判方式解决的主要是婚姻纠纷和家庭财产纠纷，此种方式强调与当事人之间的感情交流和沟通，说服当事人化解纠纷，强调当事人对结果的认同。

1991年民事诉讼法和2007年民事诉讼法修正案也表现出强烈的职权主义色彩。家事审判须遵循职权探知主义，当事人的辩论权和处分权受到限制。我国长期以来的立法和司法现实是，实行当事人主义的财产关系的民事案件和应当采取职权主义的家事案件，都适用同样的职权主义模式，这样的模式“歪打正着”地迎合了家事审判的需要。在职权主义和职权探知主义是我国民事诉讼制度的一般常态的情形下，为家事案件设立独立的程序似乎是多此一举。

(四)法院长期青睐的调解结案，契合了家事案件中大部分案件的处理需要

在法院的审判实践中，调解结案占着相当大的比重。调解作为一种审判方式，在很大程度上契合了家事诉讼案件的处理需要。由于家事案件的特殊性，许多国家对家事案件的解决也以调解为主或实行调解前置主义。所以在我国建国以来的民事诉讼立法和实践中，似乎就没有必要为家事案件度身定做与其他民事案件不同的诉讼程序。

⁸⁵ 参见张晓茹：《家事事件程序法理分析》，载《河北法学》2006年第6期。

⁸⁶ 文敬：《试论建立民商事合一的现代审判制度》，载《人民司法》2000年第9期。

四. 家事事件程序法的内容

法国将家事审判糅合到民事诉讼法典中，德国以“家庭事件程序”命名单编规定于民事诉讼法典中，日本制定了家事审判法和人事诉讼法，韩国也单独制定了家事诉讼法。笔者主张，在民事诉讼法典之外大陆应单独制定家事事件程序法，应当在家事事件程序理论的指导下，充分借鉴国外和台湾的成熟经验和做法，结合中国的实际进行家事事件程序的立法，以下内容值得思考和借鉴：

（一）法院职权探知

台湾“家事事件法”第10条规定，为求法院裁判与事实相符，保护有利害关系第三人及便于统合处理家事纷争，且家事事件与身份及公益有关，故采行职权探知主义，法院可依职权调查证据。家事审判遵循职权探知主义的原则，并不意味着当事人是消极无为的，家事审判程序同样具有当事人主义的性质。也就是说，即使在采取职权探知主义的家事审判，为发现真实，也往往需要借助当事人或关系人某种程度的协力。纵然在人事诉讼程序中有职权探知主义的规定，但是其裁判基础资料，往往也借助于当事人的提出。当事人将资料提出后，法院就容易进一步的加以调查。换言之，在职权探知主义之下，当事人如实际上不提供一定的资料或线索协助法院发现真实的话，也可能遭受不利益的裁判。因此当事人不能谓既然采取职权探知主义，那么即使不提出事证也不会受不利的裁判。⁸⁷

（二）程序不公开

“家事事件法”第9条规定，为保护家庭成员之隐私及名誉、发现真实、尊重家庭制度，家事事件之处理以不公开法庭处理为原则，但有特殊情况亦得公开及准许旁听。当事人对无妨碍公共秩序或善良风俗的事件合意公开，或经有法律上利害关系的第三人申请，或法律另有规定者，审判长或法官应准许其旁听，以保障当事人、利害关系人的程序主体地位。因为家事事件范围广泛，裁判效力极易涉及第三人（如婚姻无效、撤销婚姻或确认婚姻成立不成立之诉所作的判决对第三人也发生效力），为确保法律上利害关系人到场旁听、阅览卷宗或辩论时在场等程序主体权，再加上家事程序的特性，对无妨碍的人宜适当公开。⁸⁸

（三）合并审理制度

家事裁判强化家事事件与家事效果事件合并审判，家事事件诉的变更、合并与反诉则较为宽松。家事事件有关家庭安定，如果家庭经常处在纠纷之中，不仅影响到未成年子女的健康成长，而且极有可能影响社会秩序。同一婚姻关系如果多次提起诉讼，此诉讼判决确定后，再提起彼诉讼，将会使有婚姻纷争的家庭经常处于不安定状态。若当事人分别起诉，法院分别裁判，则又可能发生判决矛盾的情形。为了当事人间与同一身份关系有关的诉讼能同时解决，德国、日本和台湾就家事诉讼之合并、变更、追加或提起反诉设有特别规定，不受通常诉讼程序的拘束。“家事事件法”第41、42条规定，就基础事实相牵连之家事诉讼及家事非讼事件，可以合并审理、合并裁判，法院可发挥统合处理功效，避免当事人奔波及劳费支出，并符合程序经济原则。

（四）家事诉讼事件中的舍弃、认诺

通常的民事诉讼程序遵循处分原则和辩论原则，诉讼上的认诺、舍弃和自认是其重要内容之一。根据“家事事件法”第45条、第46条规定，分割遗产或其他处分事项，参酌民事诉讼法第384条规定，明定当事人于言词辩论期日，为舍弃或认诺者，法院应本此还为该当事人败诉之判决，不得再行调查证据或认定事实。只有离婚或终止收养关系事件，因属重大身份行为，其舍弃或认诺应由当事人自行向法院表明真意，不许他人代理，倘其未经本人到场陈明者；或因合并提起其他请求，而当事人仅就离婚或终止收养关系为舍弃或认诺，法院对于合并提起的其他请求又无法作出合并裁判或不相矛盾的处理的；或法院认为依当事人舍弃或认诺所为裁判结果，有危害其未成年子女利益之虞，而未能就子女利益保护事项依声请或依职权合并裁判的，即有必要适度限制当事人处分权，法院并不依当事人舍弃、认诺直接作出其败诉的判决。

（五）检察官参与制度

由于家事案件涉及公序良俗和社会公益，应建立检察官参与家事案件的制度。笔者认为，检察机关可以以公诉人的身份提起诉讼、以社会公益的代表和国家法律监督者的身份参加诉讼，还可以以公益代表的身份作为被告参与家事诉讼。检察机关享有调查取证权，但由于家事诉讼涉及当事人隐私，检察机关对妨碍调查的人不能采取强制措施。检察机关在提起或参与家事诉讼时，发现有犯罪嫌疑的，除告诉才处理的案件外，其他刑事案件检察机关可以立案侦查。⁸⁹

（六）专业调解制度

台湾“民事诉讼法”第422条、第577条第2项、第588条规定，有关婚姻事件及认领事件等人事诉讼事件，在调解程序中当事人所做的陈述或让步，在调解不成立后的本案诉讼程序中，不得采用为裁判的基础。此项规定着眼于，从担保调解任意性、自主性的角度，限制判决程序利用调解程序所呈现的相关资料。早在几年前有学者

⁸⁷ 参见邱联恭：《诉讼法理与非讼法理之交错适用》，载《民事诉讼法之研讨（二）》，三民书局有限公司，第438页。

⁸⁸ 参见台湾家事事件法制定条文对照表。

⁸⁹ 详见张晓茹：《检察机关参与“人事诉讼”制度刍议》，载《人民检察》2006年第11期。

就思考，台湾将来在家庭法庭或家庭法院若设置像日本家庭法院调查官制度时，则调查官在调解程序中所作的调查报告书，在家事裁判程序中能否迳予援用？假如欲彻底担保调解与诉讼的独立性，除前述限制外，就同一家事事件担任调解的法官与从事裁判的法官应否有所限制？该学者认为此类问题有待今后从立法上解决，家事事件调解程序与家事裁判程序间应有何种关系。即使采取诉讼独立性的见解，而限制直接援用调解程序中的家事调查报告，且认为调解程序与诉讼程序应分由不同法官运作，此时亦应从谋求程序经济（节省司法资源）的角度，思考如何尽量避免就同一事项做重复调查，以及设法解决小型法院仅配置少数法官时所可能遭遇的现实上困难等问题。

90

上述疑问“家事事件法”作出了规定，如第 27 条规定，家事事件之调解程序，由法官行之，并得商请其他机构或团体志愿协助之；第 31 条规定，调解程序中，当事人所为之陈述或让步，于调解不成立后之本案裁判程序，不得采为裁判之基础。前项陈述或让步，系就程序标的、事实、证据或其他事项成立书面协议者，如为得处分之事项，当事人应受其拘束。但经两造同意变更，或因不可归责于当事人之事由或依其他情形协议显失公平者，不在此限。

就特定家事事件规定应先经调解，以及数家事事件可以合并调解、审理中可以移付调解，第 28 条规定声请调解事件，法官认为依事件性质调解无实益时，应向声请人发问或晓谕，依声请人之意愿，裁定改用应行之裁判程序或其他程序；其不愿改用者，以裁定驳回之。法官依声请人之意愿，按第一项规定改用裁判程序者，视为自声请调解时，已请求法院裁判。

（七）不同的抗告程序

家事调解程序中，法院作出的裁定，当事人抗告的程序和家事非讼程序中抗告的程序不同。“家事事件法”规定，家事调解程序中，调解成立，与确定裁判有相同的效力。因调解成立有关身份的事项，依法应办理登记的，法院应依职权通知相关户政机关。当事人不能处分的事项，其解决事件的意思已很接近或对于原因事实的有无不争执的，须合意声请法院做出裁定。法院做裁定，应附理由。当事人对裁定提出抗告，抗告中除另有规定外，应停止执行。为维持第三审为法律审的特性，并兼顾保障当事人权利及合理分配司法资源，对于抗告法院的裁定应限于以违背法令为理由，才能再次抗告，非以其违背法令为理由，不能再次抗告。但根据第 94 条规定，对于第一审就家事非讼事件作出的裁定的抗告，由少年及家事法院以合议裁定。为贯彻最高法院法律审的精神，并求裁判上法律见解的统一，对于前项合议裁定，仅须以其适用法规显有错误为理由，直接向最高法院提起抗告。在第二审追加诉讼请求或提起反请求的，对于第二审就家事非讼事件作出裁定的抗告，由其上级法院裁定。为保障当事人或关系人之审级利益，自应由该第二审法院之上级法院裁定，而非由少年及家事法院合议裁定之，以求程序妥当周延。

（八）未成年人利益的保护

在家庭案件中对未成年人利益的保护加以规定，是各国民事诉讼法的共同做法。大陆的《未成年人保护法》关于民事司法的规定比较笼统，民事诉讼法也没有特殊保护未成年人利益的规定。台湾“家事事件法”中对未成年人利益的保护规定的以下制度值得借镜。

1、暂时处分制度

家事保全处分属于特殊保全处分，具有非讼性质。台湾“最高法院”曾就家事诉讼保全处分的性质表示意见如下：“对于未成年子女权利义务之行使或负担之假处分，旨在保护未成年子女之利益，性质上为定暂时状态之假处分，非属确定私权之诉讼程序，申请人释明有定暂时状态之必要，法院即得为准许假处分之裁定。至于其主张实体上理由是否正当，乃属本案问题，非假处分程序所应审究。”⁹¹“家事事件法”规定关系人申请暂时处分时应表明事项，以利于法院审酌，可依职权调查证据。其中关系人如果就处分事项为请求时，应释明暂时处分的事由，避免浮滥请求，以节省司法资源及保护其他关系人利益。暂时处分的内容，包括，法院就请求抚养费事件，得暂时命为一定之给付；就选定未成年子女监护人事件，得命暂时对子女为适当处置；于交付未成年子女事件，得命暂时禁止携未成年子女出国；于改定遗产管理人事件，得禁止遗产管理人为特定之行为等。法院应将暂时处分之方法及内容具体载明于裁定书，以利执行。⁹²

2、未成年子女表意权特别保护

亲子非讼事件对于未成年子女的权益影响重大，法院除保障其听审请求权外，为使未成年子女真实表达意愿，“家事事件法”规定，法院就亲子非讼事件为裁定前，应依子女之年龄及识别能力等身心状况，于法庭内、外，以适当方式，晓谕裁判结果之影响，使其有表达意愿或陈述意见的机会；必要时请儿童及少年心理或其他专业人士协助。

⁹⁰ 参见邱璿如：《家事事件审理程序之新建构（下）》，载《台湾本土法学杂志》2002 年第 10 期。

⁹¹ 参见台湾地区“最高法院”2001 年台上字第 217 号裁定，载 <http://jirs.judicial.gov.tw>。

⁹² 参见台湾家事事件法制定条文对照表。

3、选任未成年人程序监护人

法院在审理涉及未成年子女权利义务的行使或负担等事件中，象离婚案件、收养案件，未成年人并不是案件当事人，除确保未成年子女最佳利益、保障表意权及听审请求权之外，确保子女最佳利益的诠释能融入子女观点，妥善安排子女的照护及探视等事项，避免不当干扰，“家事事件法”特别规定为未成年子女选任程序监护人。该法第 109 条规定，就有关未成年子女权利义务的行使或负担事件，未成年子女虽非当事人，法院为未成年子女最佳利益，在必要时，依父母、未成年子女、主管机关、社会福利机构或其他利害关系人的声请或依职权为未成年子女选任程序监护人。

4、履行确保和交付子女及会面交往事件的执行

“家事事件法”规定，交付子女或给付扶养费等家事事件裁判确定后，采行嘱托其他法院或相关机关、团体及其他适当人员共同为之各项劝告措施，促使债务人自动履行。例如请相关机关、医疗机构、民间团体、心理师、社工人员、学校老师、债务人信赖的亲友等协助评估、劝告、沟通、安抚情绪等；劝告措施可为多元，例如，评估债务人自动履行的可能性、何时自动履行、债权人的意见、未成年子女的意愿、心理、感情状态或学习生活状况及其他必要事项等，以拟定适当对策；评估债权人及债务人会谈的可能性并促成会谈。进行亲职教育或亲子关系辅导；未成年子女无意愿时，予以适当辅导，评估促成共同会谈、协助履行；向其他关系人晓谕利害关系，请其协助促请债务人履行；协助债权人或债务人拟定安全执行计划或短期试行方案；劝告债务人就全部或已届期金钱或其他代替物的给付，提出履行方式或采取其他适当措施等。⁹³“家事事件法”还规定，家事事件多涉及亲情、情感、子女、人格尊严等因素，执行时应考量未成年子女最佳利益的执行方式、综合审酌各种因素，采用适当执行方法，以利执行。

(本文还需修改, 请勿引用)

作者简介：

张晓茹，女，1975 年 9 月出生，法学博士，北京航空航天大学法学院副教授，硕士生导师，美国范德堡大学法学院访问学者(2009 年 1 月-2010 年 1 月)，中国民事诉讼法研究会理事、中国行为法学会执行行为研究会理事，主要研究方向为民事诉讼法学、仲裁法学、司法制度。曾主持和参与多项国家社科基金项目和省部级项目，独著《家事裁判制度研究》(中国法制出版社 2011 年 10 月版)，合著(含江伟主编《民事诉讼法典专家修改建议稿及立法理由》)等 6 部，在《比较法研究》、《政治与法律》等刊物发表论文 30 余篇。

联系方式：

地址：北京市海淀区学院路 37 号北京航空航天大学法学院，100191

E-mail: zhangxiaoru_buaa@sina.com

手机：13522730715 办公电话：010-82338750

民事保护令立法势在必行

肖建国（中国人民大学法学院 北京 100872）

【内容摘要】在民事诉讼法修改和家庭暴力防治法制定过程中，借鉴域外近四十年保护令的立法和实践经验，结合我国 2009 年以来最高人民法院推行的人身安全保护裁定试点的成功尝试，将民事保护令入法，作为克减和根治家庭暴力、保护受害人人身安全的法律装置，可以提升司法干预家庭暴力的力度，强化民事司法保护人权的功

【关键词】家庭暴力 民事保护令 人身安全保护裁定 民事诉讼特别程序

作为发生在家庭成员间的一种违反法律与善良风俗的暴力行为，家庭暴力在我国已成为社会公害。但我国现有法律既难以对家庭暴力施暴人予以有效制裁和惩罚，也无法为家庭暴力受害人提供恰当的救济，更不能有效遏制家庭暴力的发生。其原因有很多，最为突出的莫过于民事保护令制度的缺位。民事保护令入法，可以提升司法干预家庭暴力的力度，保护家庭暴力受害人的人身和财产安全，免受施暴人的肢体和精神等暴力行径，强化司法保护人权的功

一、民事保护令入法的必要性

（一）民事保护令的缺失与家庭暴力发生的正相关性

家庭暴力是一个久治未愈的痼疾。2000 年，全国妇联针对一般人群关于家庭暴力的认知和态度做过一次问卷调查，结果表明，我国有 29.7%的家庭存在家庭暴力，其中 90%的受害者是女性。

2002 年，中国法学会反家庭暴力网络在浙江、湖南和甘肃三省进行了一般人群的家庭暴力现状调查，结果发现，家庭暴力的发生率为 34.7%。

⁹³参见台湾家事事件法制定条文对照表。

2003年全国妇联的一项抽样调查表明,在被调查的公众中,有16%的女性承认被配偶打过,14.4%的男性承认打过自己的配偶。每年约40万个解体的家庭中,25%缘于家庭暴力。特别是在离异者中,暴力事件比例则高达47.1%。据资料统计,目前全国2.7亿个家庭中,遭受过家庭暴力的妇女已高达30%。⁹⁴

2007年-2008年,中国应用法学研究所对不同省市7个基层法院的阅卷调研发现,涉及家庭暴力的离婚案件占接受调研的不同法院当年全部离婚案件的百分比,最低的是36%,最高的是62%,受害人基本上是女性。⁹⁵

近几年,家庭暴力的案件也呈现出一定的上升趋势,家庭暴力现象在我国具有相当的普遍性,它不仅发生在夫妻之间,还多发于父母与未成年子女、成年子女与年迈父母之间。人们可以把家庭暴力的多发归结于种种原因,但域外的实证调查已经表明,家庭暴力发生的几率与保护令之有无存在着内在的关联。例如,美国20世纪70年代早期缓解家庭暴力的工作重点是建立安全的庇护所,并且通过立法将家庭暴力规定为犯罪行为,实施强制性现场逮捕和无证逮捕的政策,以保护受害人安全并且让施暴人对其所作所为承担责任,这一策略对于家庭暴力的解决不断取得重大进展。但家庭暴力仍然广泛存在,威胁着女性的生理、心理和精神的健康。到了20世纪70年代晚期,家庭暴力律师、受害人援助组织和专业人士经过共同努力,确立了美国州和联邦的民事保护令体系。1976年宾夕法尼亚州率先通过立法允许家庭暴力受害人可以不必先提出离婚请求,而单独向民事法院申请获得民事保护令。到1989年年底,美国所有的州都已通过有关保护令的相关立法,至此保护令制度已成为受害妇女保护自己最主要的途径。在美国,保护受害人的目标已经在每年获得保护令的120万受亲密伴侣强奸、跟踪、或身体攻击的受害人身上实现。她们获得民事保护令的过程和行动终止了家庭暴力的发生。全国州法院中心的研究表明,72.4%的受害人在获得最终保护令后没有再遭遇任何麻烦,⁹⁶另一个研究发现获得保护令的受暴妇女在家庭暴力后一年受到攻击的可能性较没有获得保护令的妇女低约80%。⁹⁷一些受害人非常依赖保护令,将其作为与施暴人分居期间的主要安全工具。美国抑制家庭暴力的经验已经证明,民事保护令可以大大减少潜在的家庭暴力危险,是阻断家庭暴力的一剂良方。

(二) 民事保护令的缺失造成受暴妇女的“囚徒困境”

保护令的缺失,使得受暴妇女无论选择离婚还是留在婚姻中,都面临着左右为难的“囚徒困境”:

1、离婚。在存在家庭暴力的情况下,一方当事人如果坚决要求离婚,那么解散一个不幸的婚姻的确可以一定程度上消除家庭暴力的继续发生。我们也承认,实践中有通过离婚摆脱家庭暴力的一些成功案例。

但是,实证调查和实证研究表明,在我国,摆脱失败的婚姻并不是受暴妇女的最经常的选择;即便想离婚,也存在着不敢离的现象;即便最后成功离婚,也会大量出现“分手暴力”问题。

2007-2008年,中国法学会反对家庭暴力网络和美国律师协会全球法治项目部联合举行了一个针对受暴妇女的专项调查,历时一年半。调查报告载明,关于“受暴妇女最希望得到的具体服务”问题上,排在第一位的选项是“制止对方暴力,但不离婚”,占16.9%。接着是“对施暴者进行矫治”、“情感支持”,“离婚”选项排在第四位,占12.6%。关于受暴妇女的哪些需求没有得到满足问题上,“离婚”排在第一位。接着是“得到经济赔偿”、“住房”、“制止对方暴力,但不离婚”。关于离婚后的分手暴力问题,辽宁省妇联的调查表明,有7.4%的受暴妇女希望“制止对方在离婚后继续暴力”。⁹⁸中国法学会反对家庭暴力网络对北京五家有重要影响的报纸在2008年9月至2009年8月一年间有关对妇女暴力的报道的研究结果也表明,18%的针对妇女的暴力来自配偶和前配偶之间的暴力。⁹⁹因此,离婚的妇女如果继续在原地生活工作,不更换生活环境,其结果是只能摆脱婚姻,摆脱不了暴力,“分手暴力”就无法避免。在《妇女受暴口述实录》中,“离了反而好了”、“解脱之后我很幸福”等两起将离婚作为摆脱家庭暴力的途径的个案中,都是施暴人男方因婚外情被发觉后施暴,以施暴作为迫使女方接受离婚的手段,而女方因种种原因最初不愿离婚但最终在妇联的帮助下接受离婚并且取得较为有利的经济地位,如要了房子、孩子的抚养费等等。¹⁰⁰这种情况,在一般家庭暴力案件中并不具有代表性。

实证调查显示,离婚使得处于性别角色分工中“主内”的妇女多年相夫教子的家庭奉献以及由此带来的工作能力和学习能力的丧失或下降,使受害妇女无法平等主张自己的权利,因而导致其离婚后的贫困化。这是国外“离婚妇女贫困化”理论的核心内容。事实上,对于受暴妇女而言,离婚导致其贫困化或者丧失生活的经济来源,实践中并不罕见;而且考虑到子女的抚养和成长,离婚的决断对于受暴妇女而言并非拍脑门那么简单。能不能离婚

肖建国,中国人民大学法学院教授、法学博士、博士生导师。主要研究方向:民事诉讼法、司法制度。

⁹⁴ 参见十届全国人大三次会议《关于制定〈反家庭暴力法〉的议案》,载人民网 <http://www.people.com.cn/GB/14576/28320/44535/44553/3230996.html>,访问时间2012年2月12日。

⁹⁵ 参见陈敏:《关于“人身安全保护裁定”的思考》,载《人民司法》(应用)2011年第5期。

⁹⁶ Susan L. Keilitz, Paula J. Hannaford, & Hillery S. Efkenan, Civil Protection Orders: The Benefits and Limitations for Victims of Domestic Violence, STATE CT. J. 19(1996\1997).

⁹⁷ Victory Holt, Civil Protection Orders and Risk of Subsequent Policy-Reported Violence, 288 J. AM. MED. ASS' N 589(2002).

⁹⁸ 中国法学会反对家庭暴力网络、美国律师协会全球法治项目部:《受暴妇女需求调查报告2009》,第28、48、29页。

⁹⁹ 中国法学会反对家庭暴力网络:《大众媒体如何报道对妇女的暴力——以北京地区五家报纸为例2009》,第20页。

¹⁰⁰ 宋美娅、薛宁兰主编:《妇女受暴口述实录》,中国社会科学出版社2003年版,第143-162、230-250页。

是一回事，愿不愿离婚是另一回事。

2、维持婚姻。在我国，更多的受暴妇女宁愿留在婚姻里，其中既有主观原因，也有客观原因。留在婚姻里的受暴妇女，往往承受着可怕的结果。主要是：

(1) 继续忍受家庭暴力而致死致伤

家庭暴力导致受暴妇女伤残、死亡的案件增多。到妇联等部门投诉的受暴妇女，浑身是伤。有的甚至被打得肾脏出血、耳膜穿孔、眼巩膜充血造成视力下降，有的鼻梁骨折、肋骨断裂、手臂被打断，甚至有的被拉掉头皮、抠瞎眼睛、烧成终身残废等。1995年总人口为5772万的湖北省平均每天有一位妻子死在家庭暴力之下，二位受伤害。¹⁰¹

(2) 以暴制暴（以暴抗暴）

在继续忍受家庭暴力的妇女中，部分受暴妇女最后选择了“以暴制暴”，以杀死丈夫作为获得解脱、保护自己和家人生命安全的防卫方法。在《妇女受暴口述实录》中，受访的28位受暴妇女中有14位是“以暴制暴”被判刑的妇女，占了所有访谈案例的一半。她们分别来自北京、辽宁、天津、内蒙古、湖南等地女子监狱。访谈人发现，这些妇女原本都是善良的、勤劳的，她们大多是长期遭受暴力，在受暴的过程中，她们中有些人曾经多方求助，但没有得到有效的救助，面对丈夫的暴力，她们无能为力，在生命安全受到威胁的情况下，走到犯罪这一步。应该说，在我国的妇女犯罪中，“以暴制暴”占了相当的比例，其中据辽宁、内蒙古等地女子监狱的不完全统计，那里大约有50%左右。辽宁省女子监狱的1000多名女犯中，有100多人因杀夫入狱。在“忍到最后还是杀了他”、“我对他的心已经死了”、“杀了他我就没想活”、“我怎么就成了杀人犯了”、“真不知道我挨了多少打”等不同个案的访谈中，我们看到那些选择留在婚姻中的受暴妇女的处境，真是苦不堪言，甚至是生不如死，许多人生活在“人间地狱”的梦魇之中，她们常年累月遭受丈夫殴打而又求告无门，浑身伤痕累累，家庭暴力的严重程度，远远超过了她们的忍耐限度，多数情况下危及她们或家人的生命安全。为此，她们不得不铤而走险被迫杀夫。¹⁰²

据我国监狱部门调研发现，因长期受家庭暴力侵害而被迫以暴制暴，一直是我国女性暴力犯罪的主要原因。虽然目前尚未看到全国性的统计数据，但笔者参与的家庭暴力防治法课题组2009年6月在海南省女子监狱的实证调研结果，也印证了上述看法。主管女监的张监狱长指出，海南省女子监狱关押的500名女犯中，因故意杀人、故意伤害入狱的不到200人，其中涉家庭暴力以暴制暴的女犯104人，超过了故意杀人、故意伤害女犯总人数的50%，高居已决女犯数量的第二位，仅次于毒品犯罪。调研时有三位服刑女犯已经超过70岁了，她们均因以暴制暴故意杀夫而入狱，杀夫时她们的年龄都超过了60岁，结婚达三四十年之久，最终仍然选择了以暴制暴的自救之路。

因此，如果不引入民事保护令并且确立其独立地位，受暴妇女选择留在婚姻里，那么其结果不是被打死，就是在忍无可忍之际“以暴制暴”。无论哪一种结局出现，都不是一个和谐社会和法治社会所能接受的。

(三) 我国反家暴立法供给的结构性缺陷

我国反家暴的立法供给存在着结构性缺陷。现行法律在抑制家庭暴力方面的不足，有如下表现：

一是，宣示性条款过多，与之配套的具体制度安排不足。我国并不缺乏保护妇女、儿童合法权益，禁止家庭暴力的实体性规范，我国宪法、婚姻法、妇女权益保障法等明确禁止家庭暴力，全国各省市也相继出台过禁止家庭暴力的地方性法规，2008年中央宣传部、最高人民检察院、公安部、民政部、司法部、卫生部、全国妇联联合制定了《关于预防和制止家庭暴力的若干意见》。但上述规定的相关条款较为原则，操作性并不强，而且，对于正在进行的暴力行为或者持续发生的暴力行为因保护令制度的欠缺而无法做到及时、有效的干预。例如，《国婚姻法》和《妇女权益保障法》虽然做出了“禁止家庭暴力”的规定，但缺乏相应的程序性制度将该禁止性宣告落到实处。对于家庭暴力受害人的救助措施，也仅仅一般性地宣示“受害人有权向居民委员会、村民委员会、所在单位和公安机关等寻求救助”，但居（村）民委员会、所在单位和公安机关究竟能够提供何种救助，语焉不详。

二是，过于重视财产性争议的法律规制，忽视了人身关系、家事纠纷的立法供给。民诉法未明确区分财产关系诉讼与人身关系诉讼在原则、制度和程序上的差异，实践中往往简单地将财产关系诉讼的程序原则和规则套用于人身关系诉讼尤其是身份关系诉讼中，导致身份关系的不和谐。例如，关于临时性的救济措施，民诉法中仅规定了财产保全和先予执行两种。虽然临时保护令与财产保全、诉前停止侵权行为性质上同属于临时性救济措施，但是，现有法律中的临时性救济和停止侵权行为的救济，适用于财产性争议案件，无法解决人身安全保护的临时性或终局性救济问题。“海事请求保全”和“海事强制令”只能适用于海事诉讼中，知识产权诉前停止侵权行为只能适用于知识产权侵权诉讼，均难以一体适用于保护家庭暴力受害人人身安全的救济措施中。现有法律规定的临时性救济方式的适用范围极为有限，而且都难以普遍适用于家庭暴力案件，无法保护家庭暴力受害人，也不能制止暴力发生。

三是，过于强调事后的实体性处理，忽视事前和事中的程序性救济。我国现有法律侧重于通过民事侵权之诉、

¹⁰¹ 陈敏：《我国家庭暴力受害人的司法保护》，载《中国律师》2003年第4期。

¹⁰² 宋美娅、薛宁兰主编：《妇女受暴口述实录》，中国社会科学出版社2003年版，第13-128页。

刑事诉讼进行事后惩治，对于正在实施的家庭暴力和持续发生的家庭暴力行为欠缺及时、有效的事先干预和防范。受害人需要在施暴行为产生并且损害后果实际发生后才能主张侵权之诉或追究施暴人刑事责任；救济的机理均是通过设立违法成本让施暴者趋利避害而产生作用；实现救济的途径繁琐、冗长，需要经历漫长的取证、起诉、举证、审理程序，连迟到的正义都实现不了。因而在保护家庭暴力受害人的临时救济措施方面，我国目前存在着立法上的真空，这种立法上的真空致使受害人救助无门，法院无所适从。事后的惩罚，看似惩罚了施暴人或者以暴制暴者，实际上，与保护令提供的事前预防措施相比，事后惩罚是在施暴人造成了更深更大的伤害或者受害人忍无可忍杀夫之后国家介入其中的，对于家庭暴力施暴人和受害人双方而言，姗姗来迟的刑事制裁除了报复性功能外，没有其他价值。因此，真正有意义的刑事制裁是在暴力伤害尚未造成不可回复的后果前进行，国外关于违反保护令的犯罪即是此例。

（四）替代民事保护令功能的程序装置失灵

我国现行法上存在着一些替代保护令的程序装置，如社区人民调解、治安处罚。人民调解针对的是民间纠纷，由民间自治组织通过民间调解途径解决。《人民调解法》规定的人民调解的范围，并没有把家庭暴力纠纷排除在外。该法第 25 条规定：“人民调解员在调解纠纷过程中，发现纠纷有可能激化的，应当采取有针对性的预防措施；对有可能引起治安案件、刑事案件的纠纷，应当及时向当地公安机关或者其他有关部门报告。”这一规定中所谓的“可能激化的”纠纷、“可能引起治安案件、刑事案件的纠纷”，实际上隐含了家庭暴力纠纷。实践中，对于正在进行的家庭暴力行为，往往由社区警察处理，但是收效甚微。中国传统文化奉行“宁拆十座庙，不拆一门婚”的观念，把家庭暴力视为“家务事”，家庭暴力事件往往被人为地淡化为家庭矛盾、夫妻纠纷，即便警察出警，到了现场后，一看是夫妻打架事件，往往简单地把双方拉开，或者劝解几句就一走了之，结果受害人不堪忍受、以暴抗暴，酿成了刑事案件。据统计，有个案件一共出警 21 次，有一天还早晚出了数次警，每次出警记录上都载明已处理好，但最后还是演变成恶性刑事案件。由于不堪忍受长期屈辱的家庭暴力，有的受害妇女在结婚 30 多年后，仍然忍无可忍，选择了以暴抗暴来结束暴力的生活。在暴力环境下，孩子的心灵受到严重创伤，形成了仇视、反社会心理，在以暴抗暴刑事案件中，孩子成为母亲杀父的帮凶。

社区人民调解、治安处罚等替代性的程序装置，仍然具有事后性特征。显然，如果夫妻暴力没有达到一定的程度，社区人民调解、治安处罚是派不上用场的。即便动用了这些手段，效果也不明显。这些制度装置，都无法达到保护令那样的立竿见影的效果：抑制或威慑施暴者不再继续施暴，减少施暴者再次使用暴力的可能性，真正保护受害人及其子女的安全。¹⁰³

关于家庭暴力是家务事的错误认识，以及法律救济途径的缺失，使得众多受害人生活在痛苦、愤怒和恐惧之中，严重损害受害人的人身权利，同时导致生活在暴力家庭中的未成年子女，至少会在心理健康、学习和行为等方面出现障碍，在不知不觉中学会了用拳头解决问题。当女性因为受暴而频频就医，或者因为家庭暴力造成的不良情绪难以排遣而导致工作效率降低，或被殴打致伤或致死，或自杀，或以暴制暴杀死施暴人时，社会的和谐与秩序为此付出的代价不可低估。

二、民事保护令入法的可行性

（一）预防性功能：民事保护令的制度价值

在民事诉讼法或家庭暴力防治法中引入民事保护令制度，是上世纪 80 年代以来西方国家普遍采用的一种预防和制止家庭暴力行为的特殊救济制度，已经广泛地适用于民事法律程序、刑事法律程序之中。民事保护令运用司法手段对受害人进行人身保护和财产保护，改变了原有的单纯事后处罚的补救手段，为事前保护家庭暴力受害人提供了预防措施。民事保护令也为法院通过司法程序干预家庭暴力、保障受暴者尤其是妇女、儿童、老人等弱者的人权提供了有力的法律手段，一定程度上改变了法院司法消极、被动的传统形象。

关于民事保护令的类型，依据保护令的救济范围的大小、救济的时间的长短、适用的条件的严格与否，大陆法系和英美法系都有通常保护令\终局保护令(permanent protection order)、暂时保护令\临时保护令(temporary protection order)的划分，也有应对紧急情形的紧急保护令(emergency protection order)。其中，英美法系一般将保护令分为临时保护令和终局保护令。就保护令的内容而言，多区分为限制令(retraining order)、禁止接触令(no contact order)、禁止骚扰令(no harassment order)、驱逐令(kick out order)、迁出令(vacate order)、独占令(exclusive order)、远离令(stay away order)等。大陆法系则一般将保护令分为通常保护令、暂时保护令，或者紧急保护令。保护令的内容包括：禁制令(包括命令禁止施暴及禁止接触)、迁出令(命令相对人迁出住居所)、远离令(命令加害人远离被害人住居所或工作场所)、决定令(定动产暂时占有权、子女暂时监护权、探望权)、给付令(如命令给付租金、扶养费等)、防治令(命令加害人完成处遇计划)等，法官可依据被害人及加害人需求，在不侵犯加害人合法权益的情况下，准许给予一种或多种救济。

民事保护令的首要目标是保护受害人，而非惩罚加害人。¹⁰⁴民事保护令通过限制加害人行为并为受害人提供

¹⁰³ 陈世杰：《中美家庭暴力事件有关保护令制度之比较研究》，载《中原财经法学》2002 年第 8 期。

¹⁰⁴ Carolyn R. Dilgard, Crossing the Line: The Interstate Implications of Issuing and Enforcing Domestic Violence

保护性救济而增强受害人的安全并促进其独立。如警告加害人不得接触、伤害、骚扰或跟踪受害人，或者责令施暴人搬离与受害人的共同住处，以便让受害人重新感到安全等等。

在我国，引入民事保护令制度是迫在眉睫之举。由于现有法律中保护令的缺位，已经造成家庭暴力受害人求助法律无门的诸多困境。大量的案例显示，家庭暴力带来的弊害必须通过保护令制度才能克减。

（二）民事保护令在我国的实践

1、2008年3月：人身安全保护裁定制度的出台、试行

家庭暴力是社会的毒瘤，必须在其发生之初就要将其铲除。而在以往，公权力对家庭暴力受害人的保护具有明显的滞后性，通常只是在家庭暴力升级为刑事案件时，才强有力地介入，追究施暴人的刑事责任。为此，需要下猛药，在法律制度上作出恰当、有效的安排。

2008年3月，最高法院中国应用法学研究所发布了法官办案的参考性指南《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》，该指南第三章规定了“人身安全保护措施”，对于涉及家庭暴力的婚姻案件审理过程中普遍存在的受害人人身安全受威胁、精神受控制，尤其是典型的“分手暴力”现象，确立了保护受害人人身安全、维护诉讼程序严肃性和公正性的人身安全保护裁定制度。¹⁰⁵同时，在全国还选择了9个基层人民法院作为指南的试点法院。

人身安全保护裁定的目的在于制止家庭暴力，保护受害人安全，因此，裁定的内容主要在于限制施暴人的人身自由以及某些民事权利的行使方面，其内容包括两部分：一是禁令，即人民法院为制止家庭暴力依法作出的禁止施暴人实施一定行为的裁定；二是要求施暴人完成一定行为的裁定。前者系禁止被申请人一定行为，后者系责令被申请人为一定行为。

考虑到施暴人对家庭财产的经济控制很可能造成受害人人身安全的隐患，如果要求受害人就家庭财产问题另行向人民法院申请财产保全或先予执行，则既不经济，也徒增讼累，故国外的保护令制度将保护令的作用范围扩展到与受害人人身安全相关的财产领域。但是，我国现有的法律规定严格区分人身安全保护裁定与财产保全、先予执行制度。2009年4月15日湖南省高级人民法院颁布实施的《关于加强家庭暴力受害妇女司法保护的指导意见（试行）》中，对此，予以进一步的明确化。将加害人向受害人支付相关费用排除出保护令范围的做法，其实不利于及时保护受害人的合法权益。

《指南》专章规定人身安全保护措施，包括申请条件、审查重点、保护内容、生效执行、法律责任等内容，作为人民法院保护受害人的人身权利和排除妨碍诉讼行为的手段。根据《指南》的规定，人身安全保护裁定的申请，应当以书面形式提出；紧急情况下，可以口头申请。申请人身安全保护裁定，应当符合下列条件：申请人是受害人；有明确的被申请人姓名、通讯住址或单位；有具体的请求和事实、理由；有一定证据表明曾遭受家庭暴力或正面临家庭暴力威胁。申请人身安全保护措施的裁定，无需交纳任何费用。

“人身安全保护裁定”分为两种，紧急裁定有效期15日，长期裁定有效期3个月至6个月。

2、2008年8月至今：100多份人身安全保护裁定的发出

指南的发布，在全国引起了很好的反响，一些法院开始尝试将指南中确立的人身安全保护裁定制度运用于婚姻案件的审判实践。

2008年8月6日，我国首个人身安全保护裁定由江苏省无锡市崇安区人民法院作出，该裁定禁止被申请人许某殴打、威胁妻子陈某，裁定有效期为3个月。这是全国第一份反家庭暴力“人身保护令”，也是一份具有明确法律效力的“禁止令”。在收到法院的这份人身安全保护裁定之后，被申请人再没敢殴打妻子，直至半个多月后两人离婚。此后，该院在审理一起博士丈夫施暴掰断妻子手指案中，又一次发出人身安全保护裁定。此后，长沙岳麓区法院、重庆渝中区法院、珠海香洲区法院、温州龙湾区法院、莆田城厢区法院等纷纷签发人身安全保护裁定，效果明显，裁定保护的由受害人扩展到受害人的亲属，保护的内容由禁止殴打扩展到禁止施暴人处分财产。随着“保护令”的出台，丈夫不敢再对妻子实施“家庭暴力”，婚姻得到了保存。

据统计，自2008年指南实施至2010年1月，全国各试点法院共发出过43份人身安全保护裁定，到2011年，各地试点法院发出100多份“人身安全保护裁定”，保护令时效分15天、3个月等。

3、人身安全保护裁定的性质和效果

人身安全保护裁定，属于临时保护令，在法律性质上应当定位为独立于离婚诉讼的特别程序。

实践表明，人身安全保护裁定取得了良好的法律效果和社会效果。已发出的保护令自动履行率非常高，不管

Protection Orders : An Examination of New Jersey , 35 RUTGERS L. J. 253, n.8(2003).

¹⁰⁵ 人身安全保护裁定，实际上与民事保护令并无质的区别。之所以采用“裁定”而非“命令”的形式，是因为《中华人民共和国民事诉讼法》第140条第一款列举了民事诉讼中适用裁定的十一种情形。民事裁定是人民法院在审理民事案件时，为保障审判的顺利进行，就诉讼程序方面的有关事项及个别实体问题所作的判定。其中，包括财产保全、先予执行、诉前停止侵权行为等在内的临时性救济措施均用裁定的形式。鉴于人身保护裁定也属于民事诉讼中的临时性救济的一种形式，并且第140条第一款第（十一）项规定了民事诉讼中“其他需要用裁定解决的事项”，因此，将民事保护令制度在人民法院的裁判形式上改采人身保护裁定，是有法律依据可循的。同时，鉴于人民法院发出的命令主要限于支付令、搜查令、执行令、督促执行令等有限的类型，贸然采用“民事保护令”这一名称，也有不易被社会接受的担心。

案件是以原告主动撤诉，还是通过法院裁判结案的，家庭暴力行为基本上都没有再发生，保护令给家庭暴力受害人带来了安全感，并且开始得到了社会各方的支持和认可，处在家庭风暴中心孤立无援的受害人终于找到了可以抵御家庭暴力的“尚方宝剑”，早日摆脱家庭暴力的阴影，而施暴人也会慑于法律的权威而不敢继续施暴。

人身安全保护裁定首先改变的是双方当事人家庭中的地位。家庭暴力的特点就是控制与被控制，裁定发出以后是控制与被控制的力量对比有了改变，受害人有法院的裁定，觉得有了安全感。法院发出人身安全保护裁定，给当事人和社会传递一种信息：家庭暴力不再是“私事”，对于家庭暴力，公权力在干预。公权力的干预可以改变当事人双方力量的对比，可以给受害人一种支撑。¹⁰⁶人身安全保护裁定也改变了人民法院孤军奋战的局面，形成了社会参与，多机构密切合作的新气象。

法院签发人身安全保护裁定可以发挥立竿见影的震慑效果和正面的引导功能。一个例子是，在我国的湖南省长沙市，当某区法院签发了人身安全保护裁定后，施暴人立即停止了暴力行为，而且真心悔过，每天给作为受害人的妻子送一束鲜花，以表达悔意。美国的一项研究显示，对于很多成功的申请人来说，申请暂时保护令或紧急保护令就足够了，申请人拿到暂时保护令或紧急保护令后没有再去申请永久性保护令，最常见的原因是被申请人已经停止骚扰申请人。这表明一旦施暴人成为法庭注意的对象后，他们的行为会发生改变。¹⁰⁷

2010年，经地方法院主动申请，并经最高法院批准的基层试点法院已达72个。另外，湖南省、江苏省和广东省高级人民法院在本省辖区自行开展试点工作。《指南》的主要内容不断通过实践转化为地方性立法和司法政策。

（三）民事保护令入法的初步尝试

（1）2010年《中华人民共和国家庭暴力防治法（专家建议稿）》第四章第一节专门规定了“民事保护令”。

（2）2011年8月《最高人民法院关于〈中华人民共和国民事诉讼法〉修改立法建议稿》第176条之一规定了民事保护令制度。

最高法院建议在第十五章“特别程序”中，增加一节“申请民事保护令”，规定“自然人受到家庭暴力侵害或者遭受家庭暴力侵害危险的，可以向有管辖权的基层人民法院申请民事保护令。人民法院经审查认为符合条件的，应当在受理申请后三日内签发民事保护令；申请不成立的，裁定予以驳回。民事保护令的送达和执行由公安机关实施。”

目前，全国人大常委会法工委正在研讨民事诉讼法的修改，就民事保护令是否纳入民诉法的修改方案之中，正在进行审慎的讨论。

鉴于民事保护令现已成为当今世界上大多数国家为保护家庭暴力受害人而通行的一种做法，因此，立法应当采纳这一制度，专门对此作出规定，以填补我国目前法律中存在的空白。民事保护令可以及时有效地制止家庭暴力行为的实施，阻止家庭暴力的持续发生，及时将受害人从施暴人的影响范围中排除，以避免发生进一步的伤害。保护令的入法，不仅与国际上通行的制度相一致，弥补现行法律之缺漏，而且也使得人民法院在对家庭暴力实行司法干预中，能够为受害人提供有效的救济措施，有效地保护家庭暴力的受害人的基本人权。

三、民事保护令立法的中国特色

自上世纪80年代以来，西方国家普遍采用民事保护令预防和制止家庭暴力行为。保护令通过限制加害人行为而增强受害人的安全并促进其独立，其首要目标是保护受害人，而非惩罚加害人。保护令通过司法手段对受害人进行人身保护和财产保护，改变了原有的单纯事后处罚的补救手段，强化了家庭暴力的司法干预力度，一定程度上改变了法院司法消极、被动的传统形象。在制定我国家庭暴力防治法时，应当借鉴域外近四十年保护令的立法和实践经验，结合我国2009年以来最高人民法院推行的人身安全保护裁定试点的成功尝试，建立融申请、审查、签发、送达、执行、救济等程序于一体，通常保护令和临时保护令适用有别的中国特色的保护令制度。关于这一点，在中国婚姻法学研究会会长、中国政法大学夏吟兰教授主持的《中华人民共和国家庭暴力防治法（专家建议稿）》中得到了充分体现。

（一）应当规定申请民事保护令的便民措施

首先，申请保护令不以提起离婚诉讼为前提条件。民事保护令是一项独立的制度和程序，申请保护令不存在任何前置程序和前提条件。保护令的独立性能够给受害人提供是否离婚的选择机会，改变过去“取得保护令必须提起离婚诉讼”的做法。

其次，保护令的管辖要符合民事诉讼法理论和实践强调的“两便原则”：从便于及时保护受害人的合法权益不受侵害上说，由受害人住所地及临时居住地的法院管辖为优；从便于管辖法院及时调查了解情况、审查和调查证据和监督保护令的实施上说，由基层法院行使管辖权比较妥当。

第三，保护令的申请形式上，书面或者口头形式均可，口头申请更值得重视。保护令的申请形式，直接关系到签发保护令的门槛高低，门槛过高，不利于家庭暴力受害人及时获得保护令。由于我国家庭暴力受害人，多出

¹⁰⁶ 《长沙岳麓区：家暴人身保护令总体实施效果良好》，2010年1月15日《中国妇女报》。

¹⁰⁷ Andrew Klein, Re-abuse in a Population of Court-Restrained Male Batters :Why Restraining Orders Don't Work, Eve Buzawa & Carl Buzawa, eds., Sage Publications 1996.

生于农村，受教育程度较低，很多人是文盲。如果规定必须采取书面形式，可能让许多受害人望而却步，保护令的作用会大打折扣。

第四，法院应当为申请人提供格式申请书。法院制定特别简化的申请表格及填表说明，提供格式申请书，是落实法院的国家责任的一个表现。

第五，规定申请保护令不收取费用。民事保护令的申请，是出于公益的目的，同时基于鼓励申请人提出申请，应当规定申请民事保护令，不收取案件受理费、申请费（包括工本费）等费用。

最后，扩大家庭暴力证据可采性的范围，以便于保护令的申请。用于说明家庭暴力机器损害的材料，如公安机关的报警记录、接警记录、出警记录、处警记录、询问笔录，以及保存的调解书、保证书、担保书、物证，医疗机构保管的诊疗材料、病历、鉴定等资料，均可作为申请保护令的证据材料。达到普通盖然性的释明标准，法院即可核发临时保护令。

（二）应当扩大民事保护令的申请人范围

对于保护令的申请人，是否仅限于受害人本人，尚有争论。笔者认为，民事保护令的申请人范围应当扩大。除了家庭暴力的受害人外，经受害人同意的其他知情的自然人（如受害人的近亲属、邻居）、法人或其他组织（如庇护机构、救助机构、社会福利院、妇联、受害人所在单位、居委会、村委会、中小学、幼儿园学前教育机构等），公安机关，人民检察院或者反家庭暴力委员会（专员）。理由在于：首先，家庭暴力不是私事，家庭暴力行为损害了社会秩序，因此，全社会都应当关注家庭暴力案件，对受害人伸出援手，主动积极介入到家庭暴力的防治中，扩大申请人的范围符合本法的宗旨。其次，受害人在周期性的家庭暴力中，学会了无助，充满恐惧和焦虑，若规定完全由受害人自行申请保护令，不太现实。最后，家庭暴力发生后，受暴妇女往往采取某些求助行动，如找娘家人、朋友或对方的家人，或者找村（居）委会、派出所、妇联，赋予这些机构或组织以申请权，有助于受暴妇女的维权。

（三）应当采用职权主义、不公开主义审理原则和特殊的审理程序

人民法院审理民事保护令申请，奉行诉讼资料收集上的职权探知主义以及证据收集上的职权调查主义。在针对家庭暴力申请保护令的案件中，法院应积极行使审判权，代表国家依职权进行干预，对于与当事人请求有关的事项，由法院依职权主动调查证据，从而达成简易、迅速而经济的裁判，并且保证裁判的合目的性、妥当性或创设性。审理民事保护令申请，应当实行不公开审理原则，这既是保护家庭暴力受害人及其子女、父母和其他利害关系人的隐私之需要，更是为了保护上述主体人身安全，以及安宁地生活、学习、工作的需要。

此外，基于家庭暴力案件本身的特点，在审理程序上，应当确立禁止调解或和解规则和隔离规则，即保护令案件的审理不得调解或和解，法院应当采取适当的隔离措施，保障受害人的安全出庭环境。至于要不要通知施暴人到场、要不要开庭对质、辩论等审理程序，应当对通常保护令与临时保护令作出不同的规定。例如，临时保护令的审查程序，可以是书面程序，也可以传唤一方或双方到场，还可以开庭审查，形式可以灵活多样，主要视实际情况而定，由独任法官酌情考量，没有强制性的要求。尤其对于较为紧急的临时保护令申请，更没有开庭的必要。

（四）应当确立融人身安全和财产保护于一体的民事保护令内容

通常保护令应当是保护令制度中程序最完整、措施最齐全、救济范围最广、法律效力最高的受害人保护措施，涵括了禁制令（包括命令禁止施暴及禁止接触）、迁出令（命令相对人迁出住居所）、远离令（命令加害人远离被害人住居所或工作场所）、决定令（定动产暂时占有权、子女暂时监护权、探望权）和给付令（如命令施暴人给付租金、扶养费等）。上述具体内容，既可以依据当事人的申请而确定，也可以由法院依职权决定。通常保护令的救济范围应当包括医疗费、生活费、律师费等金钱给付内容。理由是：施暴人对家庭财产的经济控制很可能造成受害人人身安全的隐患，如果要求受害人就家庭财产问题另行向人民法院申请财产保全，则既不经济，也徒增讼累。

（五）应当建立公安机关和人民法院各司其职的保护令执行制度

保护令的执行应当结合我国的实际情况，采取人民法院和公安机关分别针对保护令的不同内容，分享保护令的执行权的方案。其中，由人民法院负责执行的保护令的内容，限于目前我国民事诉讼法已经赋予人民法院民事执行权的事项，如金钱执行、禁止使用和处分不动产的执行、禁止行使监护和探望权的执行等，既符合我国现有立法的精神，发挥人民法院执行民事案件的经验和智慧，又不会给公安机关带来过重的负担。这种做法，在我国台湾地区的家庭暴力防治法第 21 条中，也得到了确认，而且规定得更为细致，操作性更强。

附：中华人民共和国家庭暴力防治法（专家建议稿）

起草小组顾问：陈明侠（中国社科院法学所研究员）

起草小组组长：夏吟兰（中国婚姻法学会会长、中国政法大学教授）

起草小组成员：李明舜（中华女子学院副院长）

费安玲（中国政法大学教授）

刘 莘（中国政法大学教授）
皮艺军（中国政法大学教授）
肖建国（中国人民大学教授）
林建军（中华女子学院教授）
祁建建（中国社科院法学所副研究员）

第四章 民事干预

第一节 民事保护令

第三十六条【民事保护令含义】

为制止家庭暴力，保护家庭暴力受害人安全，人民法院可以依法作出要求家庭暴力施暴人完成一定行为或者禁止实施一定行为的命令。

保护令分为通常保护令和临时保护令。

第三十七条【申请人的范围】

家庭暴力受害人以及其他知情的自然人、法人或者其他组织，经受害人同意，可以向人民法院申请保护令。知情的公安机关、人民检察院或者反家庭暴力委员会（专员），应当向人民法院申请保护令。

第三十八条【管辖】

保护令案件由家庭暴力受害人住所地、临时居住地或者家庭暴力发生地基层人民法院管辖。

两个以上同级人民法院都有管辖权的，由最初受理的人民法院管辖。

第三十九条【申请的形式】

保护令的申请可以采取书面或者口头形式。

家庭暴力受害人处于家庭暴力紧急状态时，公安机关、人民检察院、相关政府机关、反家庭暴力委员会（专员）可以采取电话、电信、传真、数据电文或者其他方式申请临时保护令。

第四十条【申请书的内容】

申请书应当载明下列事项：

- （一）申请人的姓名、性别、年龄、工作单位、送达地址，法人或者其他组织的名称、住所和法定代表人或者主要负责人的姓名、职务；
- （二）被申请人的姓名、性别、年龄、工作单位、住所及其与受害人的关系；
- （三）具体的救济请求和所根据的家庭暴力事实与理由；
- （四）证据和证据来源，证人姓名和住所。

人民法院应当为申请人提供符合上述要求的格式申请书。口头申请的，由人民法院指定的专门人员填写申请书，并由申请人以盖章、签名或者捺印等方式确认。

第四十一条【申请的条件】

家庭暴力受害人处于家庭暴力的直接与现时危险中的，即可申请保护令。

申请保护令，不以提起民事诉讼为条件。

第四十二条【申请的费用】

申请保护令不收取费用。

第四十三条【申请临时保护令与通常保护令的关系】

人民法院在审理终结通常保护令的申请之前，为及时保护家庭暴力受害人，可以依申请核发临时保护令。

申请临时保护令，并且经人民法院准许核发的，视为申请人已经提出了通常保护令的申请。

第四十四条【审判组织形式】

对于临时保护令申请，可以由审判人员一人独任审理。对于通常保护令申请，应当组成合议庭审理。

第四十五条【法院审理的时间】

人民法院受理临时保护令申请后，应当立即进行审理，并在 48 小时内核发临时保护令；情况紧急的，应当在 24 小时之内核发。

人民法院不得以当事人之间存在其他案件侦查或者待决为由，延缓核发保护令。

第四十六条【法院审理原则】

人民法院审查确认家庭暴力事实时，可以依职权调查证据，必要时分别询问家庭暴力施暴人和家庭暴力受害人。

保护令案件的审理一般不公开进行。

保护令案件不得进行调解或者和解。

第四十七条【法院审理方式】

人民法院在审理通常保护令案件时，应当通知家庭暴力施暴人到庭。家庭暴力施暴人不到庭或者到庭后中途退庭的，不影响人民法院的审理。

家庭暴力施暴人和家庭暴力受害人都到庭的，人民法院可以采取适当的隔离措施。

人民法院在审理临时保护令案件时，可以不通知家庭暴力施暴人到庭。人民法院也可以不经审理程序，核发临时保护令。

第四十八条【核发通常保护令】

人民法院审理终结后，认为符合本法规定的申请条件，应当依申请或者依职权，核发包括下列一项或者数项的通常保护令：

- (一) 禁止家庭暴力施暴人对家庭暴力受害人继续实施家庭暴力；
- (二) 禁止家庭暴力施暴人利用电话、信件、网络等方式骚扰家庭暴力受害人；
- (三) 禁止家庭暴力施暴人对其未成年受害子女行使监护权或者探望权；
- (四) 禁止家庭暴力施暴人进入家庭暴力受害人的工作、学习等活动地点；
- (五) 禁止家庭暴力施暴人对家庭暴力受害人实施跟踪、窥视等行为；
- (六) 禁止家庭暴力施暴人对家庭暴力受害人居住的房屋及其他不动产进行处分；
- (七) 责令家庭暴力施暴人迁出家庭暴力受害人的住所或者其他居住场所；
- (八) 责令家庭暴力施暴人给付家庭暴力受害人及其所抚养家属的生活费、医疗费或者其他必要的费用；
- (九) 责令家庭暴力施暴人负担相关的律师费用；
- (十) 其他为保护家庭暴力受害人及其特定家庭成员所必须的救济措施。

第四十九条【核发临时保护令】

人民法院认为家庭暴力事实可能存在或者申请人向人民法院提供保证书证明有家庭暴力事实的，可以核发临时保护令。

人民法院核发临时保护令时，可以依申请或者依职权核发本法第四十八条通常保护令第一款第一项至第八项的保护令。

第五十条【保护令的送达】

人民法院核发保护令后，应当在 24 小时内送达当事人、受害人、公安机关和反家庭暴力委员会（专员）。

反家暴委员会（专员）应当将人民法院所核发的保护令登录备查。

第五十一条【通常保护令的效力】

通常保护令的有效期为一年，自核发之日起生效。

通常保护令的内容，在有效期届满前因人民法院作出了其他生效裁判的，该部分内容失效。

第五十二条【通常保护令的撤销、变更或者延长】

通常保护令失效前，当事人、受害人可以向人民法院申请撤销、变更或者延长。

人民法院裁定撤销通常保护令的，自裁定之日起失去效力。

通常保护令延长的期间为一年以下，并以一次为限。

第五十三条【临时保护令的效力】

临时保护令自核发之时起生效，于申请人撤回通常保护令申请、人民法院审理终结核发通常保护令或者驳回通常保护令申请时失效。

临时保护令失效前，人民法院可以依当事人、受害人的申请或者依职权予以撤销或者变更。

第五十四条【受害人同意与迁出令、远离令的效力】

责令家庭暴力施暴人迁出受害人居住的场所或者其他场所的保护令，以及责令家庭暴力施暴人远离家庭暴力受害人的保护令，不因家庭暴力受害人同意家庭暴力施暴人不迁出或者不远离而失效。

第五十五条【对保护令不服的救济】

当事人对保护令不服的，可以在收到保护令之日起十日内向上一级人民法院申请复议一次。复议期间不停止保护令的执行。

第五十六条【保护令的执行】

禁止对房屋及其他不动产进行使用、收益或者处分以及金钱给付的保护令，可以作为民事执行依据，由受害人依据民事诉讼法的规定向核发保护令的基层人民法院申请执行，并且免征申请执行费。人民法院于必要时，可以请求公安机关协助执行。

其他保护令的执行，由公安机关负责。

公安机关应当依照保护令，保护家庭暴力受害人到其住所或者其他居住场所安全地享用其住所、机动车辆或者其他个人职业、教育、生活必需品。

第五十七条【不服执行行为的救济】

当事人或者利害关系人认为公安机关、人民法院执行保护令的行为违反法律规定的，可以依据民事诉讼法的规定，在保护令失效前，向执行保护令的人民法院提出异议。异议成立的，裁定撤销或者更正已经实施的执行行为；异议不成立的，裁定驳回。

对于上述裁定，不得申请复议。

公安机关不执行保护令，给家庭暴力受害人造成伤害后果的，受害人可以以公安机关不作为为由提起行政诉讼；对于公安机关的直接责任人员，人民法院可以向监察机关或者公安机关提出予以纪律处分的司法建议。

第五十八条【违反保护令的强制措施】

家庭暴力施暴人违反保护令的，人民法院、公安机关可以根据民事诉讼法的规定，对家庭暴力施暴人按照情节轻重予以罚款、拘留。

第五十九条【外国法院核发保护令的承认和执行】

外国法院核发的生效的保护令，需要中华人民共和国人民法院承认和执行的，依照民事诉讼法的规定，可以由当事人直接向中华人民共和国有管辖权的中级人民法院申请承认和执行，也可以由外国法院依照该国与中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的规定，或者按照互惠原则，请求人民法院承认和执行。

人民法院经审查，认为不违反中华人民共和国法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益的，裁定承认其效力，发出执行令，予以执行。违反中华人民共和国法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益的，不予承认和执行。

人身保护令准入家事程序立法视野的思考*

李秀华¹、田岚²

(1. 扬州大学法学院，江苏 扬州 225009；2. 中国政法大学民商经济法学院，北京 100088)

【摘要】从人身保护令视角切入并深入研究考察，认为在制止家庭暴力方面，家事诉讼程序立法对受害人保障尚存在一定疏漏。研究认为家庭暴力诉讼程序立法方面的保护措施弱化与不利会导致受害人面临选择救助路径方面诸多困惑。研究高度肯定了人身保护令实施的意义与作用，并提出其实施过程障碍与改进对策，认为在家事程序立法中，应充分导入多元研究方法才能有效推进人身保护令实施与运行，从而全面而有效地保障受害人的合法权益。

【关键词】人身保护令；家庭暴力；家事程序；立法思考

一、人身保护令进入家事程序立法的背景

所谓家庭暴力，是指行为人以殴打、捆绑、残害、强行限制人身自由或者其他手段，给其家庭成员的身体、精神等方面造成一定伤害后果的行为。持续性、经常性的家庭暴力，构成虐待。^①在家庭暴力中，女性成为权利最容易受到损害之群体。2011年，全国妇联公布的调查数据显示，在整个婚姻生活中曾遭受过配偶侮辱谩骂、殴打、限制人身自由、经济控制、强迫性生活等不同形式身体暴力、精神暴力或性暴力的女性占24.7%，其中，明确表示遭受过配偶殴打的比例为5.5%。^②对妇女权利保障力度成为衡量一个国家法治发展进步与文明程度的重要标志之一。我国婚姻法、妇女权益保障法明令禁止家庭暴力，全国各省市亦出台了相应的地方性法规。2008年，最高人民检察院、公安部、司法部等七部门联合制定了《关于预防和制止家庭暴力的若干意见》。尤其是2008年最高人民法院应用法学研究所《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》（以下简称《审理指南》），为法院处理案件提供了导向性指引。将人身保护令引入反家庭暴力立法系统不仅可填补中国学界对人身保护令制度研究的理论空白，

作者简介：1. 李秀华，扬州大学法学院教授，硕士生导师，扬州大学法学院婚姻家庭法律诊所项目负责人，中国婚姻家庭法学会常务理事。中国诊所教育专业委员会常委。研究方向：婚姻家庭法学、性别与法律、法律诊所教育；2. 田岚，中国政法大学民商经济法学院教授，硕士生导师，中国婚姻家庭法学会常务理事。研究方向：民商法、婚姻家庭法学。

^① 2001年最高人民法院婚姻法司法解释（一）第一条首次在立法上对家庭暴力的概念进行了界定。

^② 在国务院新闻办于2011年10月21日于北京举行的新闻发布会上，全国妇联副主席、书记处第一书记、第三期中国妇女社会地位调查领导小组组长宋秀岩代表全国妇联和国家统计局发布了该项调查的基本情况和主要数据。调查认为，家庭暴力问题是世界各国普遍存在的一个社会问题，是对人身权利和公民尊严的一种严重的侵犯。参见陈丽平：《全国妇联积极推动出台反家庭暴力法律》，法制网，2011网络热点法治事件回顾（法律法规篇），<http://www.legaldaily.com.cn/zt/content>，2011年12月21日。

为中国人身保护令制度引入司法领域奠定理论基础，亦可为中国预防与制止家庭暴力提供了强有力的救济措施，这在我国法治史上具有划时代意义。所谓人身安全保护裁定是一种民事强制措施，是人民法院为保护家庭暴力受害人及其子女和特定亲属的人身安全、确保民事诉讼程序的正常进行而做出的裁定。^③法院发出人身安全保护裁定，首先是给当事人和社会传递一种信息：家庭暴力不是私事，公权力要干预。1995年北京第四次世界妇女大会后，中国在促进男女平等，保护妇女儿童及老人利益，打击对弱者的暴力工作方面，采取了多元的举措。许多学者开始尝试从不同视角关注家庭暴力研究，并取得突破性进展。但笔者认为，家事诉讼程序立法上的缺位是难以有效保障受害人权益的瓶颈。如是否应设立家事法院，在条件不成熟的地方，是否设立家事法庭？在立法滞后的情况下，在相应司法举措尚未到位时，引入人身保护令缺少相对有力的机制与立法土壤支持，显然有些仓促与不成熟。研究发现人身保护令制定与具体实施因国情、文化、习俗、立法背景不同有一定差异，但它毕竟带有极强的制约性与威慑力，因此对制止家庭暴力仍起到积极干预作用。2008年至2011年年笔者在承担中国诊所教育委员会关于“和谐社区与婚姻家庭诊所教育模式结合与功能创设”的项目时，始终将为家庭暴力受害者作为重点服务对象。2011年我们在对江苏省扬州市某社区调查时，设计了一些指标让被调查对象作出判断：如自家存在家庭暴力行为，邻里存在家庭暴力行为，如何面对与处理家庭暴力事件等。200多位被调查的男性中49%的男性认为在所在社区家庭暴力偶有发生。女性中47%的女性认为在所在社区家庭暴力偶有发生。家庭暴力事件的存在无疑成为家庭与社区和谐的隐患，如处理不当将会引发更大冲突，甚至会使家庭暴力事件不断升级。但相当一部分居民表示更喜欢用隐形方法处理家庭暴力事件。正是基于实证研究，2010年作者提出扬州法院系统应引入人身保护令的提案。这一提案受到扬州中院的高度关注。扬州中院牵头市公安局联合发文确定落实人身保护令实施中执行的具体措施；在审理过程中，承办人根据掌握的具体的家庭暴力情况，对受害人予以适当释明，指导受害人及时提出人身保护令的申请。目前，扬州法院已发出人身保护令多件，有效遏制了家庭暴力频发的情况。事实证明，人身保护令制度彰显了法律对弱势群体生命的尊重与关注，以其仁慈法律内涵和广泛立法实践及显著保护效果证明其在人身保护领域具有不可忽视的作用。人身保护令制度作为保护家庭暴力受害人而采纳的措施，在法院系统已受到关注。引入人身保护令，有助于完善对家庭暴力的司法干预制度。但如何有效实施保护令，采取何种实施保护令模式，如何有效保护家庭暴力受害人权益，仍是家事诉讼立法不能忽视的问题。

二、人身保护令进入家事程序立法视野的可行性分析

十届全国人大二次会议通过的《宪法》修正案第33条增加“国家尊重和保障人权”之规定，这在我国人权保障史上具有里程碑的意义。人身保护令对保障弱势群体的人权具有重要的立法价值。人身保护令制定与实施具有漫长的历史发展过程。人身保护令源自中世纪的英国。1640年英国首次通过人身保护的法例。人身保护令除了可向政府发出外，亦可向私人发出。美国法院制止家庭暴力的最主要途径是通过民事保护令，通过该程序，受到家庭迫害的妇女可得到保护。美国大部分州都明确规定违反保护令行为是犯罪。在香港，申请人身保护令需要提供病历、照片、报警证明等表明曾遭受家庭暴力或正面临家庭暴力威胁，可在离婚诉讼提起之前、诉讼过程中或者诉讼终结后的6个月内提出，不需要缴纳任何费用。人身保护令实施在一定程度上，将事后惩罚施暴者转变为事前保护受害者，开创了国家公权力干预家庭暴力的新维度。2008年《审理指南》中有关人身安全保护裁定的规定在家庭暴力公权力干预方面实现了司法理念与方法突破。《审理指南》第三章专章规定了人身安全保护措施。^④

《审理指南》第27条对人身安全保护裁定的主要内容作出了明确规定：1. 禁止被申请人殴打、威胁申请人或申请人的亲友；2. 禁止被申请人骚扰、跟踪申请人，或者与申请人或者可能受到伤害的未成年子女进行不受欢迎的接触；3. 人身安全保护裁定生效期间，一方不得擅自处理价值较大的夫妻共同财产；4. 有必要的并且具备条件的，可以责令被申请人暂时搬出双方共同的住处；5. 禁止被申请人在距离下列场所200米内活动：申请人的住处、学校、工作单位或其他申请人经常出入的场所；6. 必要时，责令被申请人自费接受心理治疗；7. 为保护申请人及其特定亲属人身安全的其他措施。”第32条规定：人身安全保护申请的条件。1. 申请人是受害人；2. 有明确的被申请人姓名、通讯住址或单位；3. 有具体的请求和事实、理由；4. 有一定证据表明曾遭受家庭暴力或正面临家庭暴力威胁。受害人因客观原因无法自行申请的，由受害人近亲属或其他相关组织代为申请。相关组织和国家机关包括受害人所在单位、居（村）委会、庇护所、妇联组织、公安机关或检察机关等。申请人身安全保护措施的证据，可以是伤照、报警证明、证人证言、社会机构的相关记录或证明、加害人保证书、加害人带有威胁内容的手机短信等。第33条规定人民法院收到人身安全保护措施的申请后，应当迅速对申请的形式要件及是否存

^③ 2008年最高人民法院应用法学研究所《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》指出，人民法院做出的人身安全保护裁定是以民事诉讼法第140条第1款第11项等规定为法律依据。

^④ 《审理指南》第23条规定：在涉及家庭暴力的婚姻案件审理过程中，人民法院有必要对被害人采取保护措施，包括以裁定形式采取民事强制措施，保护受害人的人身安全，确保诉讼程序的严肃性和公正性。第25条规定受害人保护性缺席。第30条人身安全保护措施的管辖。第31条对涉及人身安全保护措施申请的提出时间作了规定。第34条人身安全保护裁定的做出。“人民法院收到申请后，应当在48小时内做出是否批准的裁定。人民法院经审查或听证确信存在家庭暴力危险，如果不采取人身安全保护措施将使受害人的合法权益受到难以弥补的损害的，应当做出人身安全保护裁定。”

在家庭暴力危险的证据进行审查。人民法院在审查是否存在家庭暴力危险的证据时，可以根据家庭暴力案件自身的特点和规律，本着灵活、便捷的原则适当简化。全国共有9家基层法院被选定为试点法院，并且已发出100多份人身安全保护令。从保护的对象上看，99.9%都是保护女性的，只有1起是保护男性的。从这100多个保护令发出后的结果看，自动履约率超98%，大多数都是男方承认错误并保证决不再动手后女方撤诉，或者经法官调解后和好，少数是女方坚决要求离婚而经法官调离或判离的。2012年3月，广东省珠海市香洲区法院发出了一份反家暴人身安全保护裁定“远离令”：“禁止被申请人曹武（丈夫）殴打、威胁、骚扰、跟踪申请人陈圆（妻子）及其亲友，禁止被申请人曹武在距离申请人陈圆现住处100米范围内活动。”人身安全保护令使饱受家暴蹂躏的申请人陈圆及其亲友在申请离婚期间有了一定的安全感。为了保证“远离令”不会成为一纸空文，香洲区法院同时向当地公安机关发出《协助执行通知书》，以监督被申请人对裁定的执行。如果有证据表明被申请人违反“远离令”，出现在禁止的特定区域对受害人造成骚扰，法院可视情节轻重对其采取罚款、拘留等强制措施。笔者认为这是法院积极运用人身安全保护令这一特殊的司法手段保护受害方的一项尝试，亦是法院贯彻以人为本理念，有效遏止家庭暴力的举措之一。

《审理指南》虽然并不具有司法解释的效力，但是人身安全保护令制度充分体现了司法权对于行政之监督，对保障公民自由权利则是一个优良制度。这一制度的原理在于：法院在保障人权方面具有特殊作用。尽管保护令制度需要进一步完善与本土化，但高院的保护令规定在具体操作层面相比较其它规定有所细化与完善。尽管《审理指南》具有一定局限性，但对家事程序立法增设有关人身安全保护令的规定提供了立法与实践的宝贵经验。

三、实施人身安全保护令的难点解析

人身安全保护令是法院为保护特定受害人，使其免受家庭暴力侵害而发布的强制性禁止加害人为某些特定行为的命令或判决，它不以提出离婚请求为前置要件，可单独向法院申请民事保护令。这种保障受害者人身自由的综合性救济途径，宗旨在于以公权保护方式防止公民私权被他人侵犯，从而有效保障人权。就目前反家庭暴力的法律保护机制建构而言，首先必须了解目前法律保护难点所在，才能有的放矢，进而采取针对性措施来预防和遏制家庭暴力行为，其难点所在表现为：

（一）缺乏综合、协调性立法系统

尽管《婚姻法》、《妇女权益保障法》、最高人民法院司法解释，最高人民法院中国应用法学研究所《审理指南》，在预防与制止家庭暴力方面起到一定积极作用，但上述规定及尤其是《审理指南》未上升到法律强制性层面，其不足之处主要表现为过于理论化、纲要化，缺乏可操作性。此外《审理指南》在实践中亦不能成为司法裁判的直接依据，导致司法机关难以有效干预家庭暴力。立法规范是反家庭暴力法律保护机制在世界各国确立的首要前提。以美国为例，美国法院预防与制止家庭暴力的最主要途径是启动民事保护令制度。美国大部分州均颁布法律，明确规定违反民事保护令的行为是犯罪。因此，要构建反家庭暴力司法保护机制，立法必须先行。为有效防治家庭暴力行为，保护公民人身权益，美国联邦及各州都制订了一系列配套法律规范，包括《家庭暴力逮捕法》、《预防家庭暴力与服务法案》、《民事保护令》等。在美国，这些防治家庭暴力的系统法律，为司法介入家庭暴力提供充分的立法依据，非单一的保护令实施。加拿大许多省规定，警察必须对家庭暴力案件做出及时反应，无论受害人是否愿意合作，警察都必须调查家庭暴力案件，提交报告，必要时提起指控。加拿大许多省颁布的《家庭暴力法》和《紧急状态下保护令》作出有利于受害人的规定，妇女受到暴力威胁时，随时可打电话向警察求救，即使未获得当事人允许，警察也可以破门而入并带走施暴者，限定施暴者一段时间内不得回家，直到警方认为解除暴力威胁为止。我国台湾制定了专门的《家庭暴力防治法》，该法对家庭暴力的定义和适用范围、民事保护令的申请、审理和执行、刑事程序、父母子女关系、家庭暴力的预防及处理等作了详细规定，使得家庭暴力防治工作在台湾得以法制化，法制化也促使公务部门积极回应。不否认我国在处理家庭暴力的问题上有众多举措，亦得到了有关部委、最高人民法院和地方政府、地方法院的重视。如全国妇联、中央宣传部、最高人民检察院、公安部、民政部、司法部、卫生部七部委于2008年7月31日联合下发了《关于预防和制止家庭暴力的若干意见》（以下简称《意见》），重点强化警方在反家庭暴力中的作用。《意见》规定，公安机关在受理家庭暴力案件后，应及时组织伤情鉴定，并根据家庭暴力情节作出及时合法的处理。人民检察院加强了对公安机关家庭暴力案件的立案监督。但无论《意见》还是《审理指南》都存在强制性薄弱、规定体系缺少统一与协调性，因此难以有效制止家庭暴力。

（二）未建立有效的干预机制

处理家庭暴力，应形成由各部门齐抓共管的干预机制。如公安派出所、司法所、居民（村民）委员会、人民调解委员会、妇代会等组织要认真做好家庭矛盾纠纷的疏导与调解工作，防范家庭暴力于未然；家庭暴力报警已经纳入110出警范围。公安机关要根据情节，对施暴者予以训诫或治安处罚；对于有证据表明可能构成虐待罪或轻伤害的案件，要告知家庭暴力受害人或其近亲属直接向法院起诉。必要时，司法局要给受害人提供减免服务费的法律援助。近几年，为保护家暴受害人及其特定亲属人身安全，全国各地妇联牵头建立了大约四五百家妇女庇护所，但大部分都门可罗雀，无人问津。究其原因，一方面，收容式的简单庇护容易使受害妇女感到失掉尊严；另一方面，妇女庇护所的保密性与安全性、心理抚慰、法律援助等均远远达不到国际水准。事实上，由于受害妇

女受到“家事不可外扬”，“清官难断家务事”等观念影响，加之公权力不应过度干预私人领域的原则及协调机制上的缺位，出现家庭暴力问题时，相关部门之间衔接仍易断裂。囿于司法被动性局限，司法机关一般只能在有诉讼案件时方可立案处理。例如，2012年疯狂英语创始人李阳对美国籍妻子KIM实施家庭暴力多年，是妻子KIM通过微博发出求救信号才使李阳家暴行为被曝光并受到媒体的关注。李阳家庭暴力案使干预家庭暴力的难题再度引起社会各界尤其是司法部门的深度反思。

（三）举证责任制度构建的困境

在家庭暴力案件中，如何收集被司法认定的证据是难点之一。在加拿大，施暴者暴力行为特别严重，将被提起刑事控诉。在审判过程中，受害人仅作为证人参加审判，无提供证据义务。在减轻当事人举证责任方面，他们具有合理性的判断。笔者认为如何在处理家庭暴力案件中，进行举证责任的合理分配将是法律探讨与突破的难点，如责任倒置与合理转移均是探讨的重点。据一项统计表明，各地人民法院所审理的婚姻家庭案件中，当事人主张存在家庭暴力的约40%—60%之间，其中只有不到30%的当事人能提供包括伤照、病历、报警记录、子女证言等间接证据。受“宁拆十座庙，不拆一门婚”等传统观念的影响，相关证人鲜有能站出来作证的。就现实案例来说，法院目前能认定家庭暴力的，基本上是根据加害人的自认，认定率不到10%。在司法实践中，家庭暴力一般只有构成家庭成员之间的轻微伤害案件及虐待案才能通过“告诉”处理，故对家庭暴力采用的是“排除一切合理怀疑”的刑事证明标准，受害人提供的其他证据再多，只要没有加害人自认的关键证据，法官即使内心确信存在家庭暴力，仍难以认定。有学者强调“务实地承认在相对确定的举证责任分配的前提下，法官可基于公平正义要求对具体案件中的举证责任作出部分转移的裁定，即举证责任的部分转移。”^{P105}笔者认为，就反家庭暴力的法律保护而言，针对其难点所在，应向受害者提供各种形式的法律援助与救济。《审判指南》在责任合理分配方面有一定突破，如举证责任转移至加害方。笔者认为，可以将《审判指南》行之有效的规定纳入家事诉讼程序的立法中。

（四）建议设立专门的家事法院或家事法庭

引入人身保护令，需要立法相应的完善与配套。我国有必要建立专门的家事法院、设置专职家庭案件法官并且有效介入阻止家庭暴力事态扩大化。在条件尚未成熟时，可以设立专门的家事法庭。审判方式改革和审判领域不断拓宽，给法院工作提出了更高挑战。只有适应这种形势变化，制止家庭暴力才能有效推进。要捍卫法律尊严，提高审判效率，法院涉及审理家庭暴力案件时，就要改变传统的审判意识与方式。近年来，随着法官业务素质 and 专业化水平之改善，随着法院改革的深化，法院对处理家庭暴力案件积累了理论与实务经验，有能力引入人身保护令。

四、启动人身保护令：家事程序立法应有新维度

（一）建立制止家庭暴力合议庭

运用国家公权力主动出击是制止家暴的重要举措之一。设立“反家庭暴力合议庭”是启动人身保护令实施机制的突破口。合议庭主要审议与家庭暴力相关的案件。合议庭应由社会阅历丰富、熟悉婚姻家庭审判和执行业务的审判员以及人民陪审员组成。还应吸取心理专家，社工等专业处理家庭暴力案件的人员诊断案件，从而提出最优方案。人身保护令将事后惩罚施暴者转变为事前保护受害者。受害者可通过提供病历、照片、报警等证明，在离婚诉讼提起之前、诉讼过程中或者诉讼终结后的一年内向法院提出申请，不需要缴纳任何费用。1999年我国台湾地区的《家庭暴力防治法》（2007年修改）正式实施。针对这一法案的实施，台湾警方改革了对家庭暴力的应对机制，如在警察部门内部成立专门的家庭暴力防治单位，落实家庭暴力防治官专职制，推行家庭暴力安全计划，制定警察处理家庭暴力案件的操作规程，建立家庭暴力数据库，简化家庭暴力处置程序，加强警察处置家庭暴力能力的培训等。根据台湾地区“司法院”《司法统计年报》，2005年1月至2009年4月台湾地方法院共核发保护令12345件，其中禁止实施家庭暴力50604件，占41%。⁽⁷⁾在人身安全保护裁定生效期间，人身保护令可禁止被告殴打、威胁原告或其亲友，还可禁止被告擅自处理、侵占夫妻共同财产等。

（二）家事程序立法中应对人身保护令作出实施规范

人身保护令价值在于将事后惩罚施暴者转变为事前保护受害者，开辟国家公权力介入家庭暴力防治的新维度与新途径。人身保护令制度在全国的普遍激活的前提是有法可依，但目前我国现有关于维护妇女、老人、儿童权益的法律法规散见于《宪法》、《民法通则》、《刑法》、《治安管理处罚条例》、《妇女权益保障法》、《未成年人保护法》、《婚姻法》等法律法规中。虽然上述部分法律明确规定了禁止用暴力虐待、残害妇女，但由于家事程序立法的缺位，从而也就难以有效保护受家庭暴力侵害的受害人。由此，只有将人身保护令纳入家事程序立法中，受害人权益才能得到有效的法律保障。

综上，人身保护令实施裁决缺少法律依据，不利于从整体视角对家庭暴力行为进行司法规制。尽管《审理指南》明确提出了专门针对受害者事前保护的“人身保护令”，得到了各地法院的积极回应，但因缺少统一立法，使人身保护令的推动仍面临各种司法障碍。笔者建议，在立法层面上，明确人身保护令定义、受理条件、保护内容、人身保护令启动程序与执行机构、施暴者应承担的法律责任等内容，从而做到执法部门明确、各部门分工合作，可操作性强，让人身保护令启动做到有法可依。

（三）完善人身安全保护令操作模式

因为缺少全国统一防治家庭暴力法案，并缺少家事程序立法的规范，《审理指南》有关人身安全保护规定亦未上升为全国统一的法律文件或者司法解释，一些法院在操作模式上仍处于探索阶段。法院在将人身安全保护裁定抄送辖区公安机关的同时，会同时函告辖区公安机关保持警觉，履行保护义务。被申请人对人身安全保护裁定不服的，可以在收到之日起5日内向签发裁定的法院申请复议。^⑤“就目前来看，人身安全保护裁定大体有3种执行模式：长沙市岳麓区法院签发的3个人身保护令，都是由政法委协调公安机关执行的；无锡市崇安区法院签发的2个人身安全保护裁定，是法院与公安机关配合执行的；重庆一中院签发的4个人身保护令，则是法院、妇联、民政3家配合执行的”。笔者认为，在家事程序立法方面，要进行合理的探讨与论证，统一人身安全保护令的执行模式，有助于在全国复制与合理的本土化。

笔者认为，上述各项建议有助于各机构协调机制，有助于各级政府部门、司法部门与非政府组织之间建立起多元协作关系，共同推动和有效实施人身安全保护令。

参考文献：

- 1、高凌,李秀华,高建秀,刘婷婷.中国内地与香港针对妇女和儿童性暴力的理论及实务研究(J).妇女研究论丛,2008,(4)
- 2、李娜.全国已发出逾百个人身保护令(N).法制日报,2010_10_20.
- 3、陈治家等.首份反家暴远离令出炉(N).北京青年报,2012_03_06.
- 4、赵喜斌.家庭暴力庇护所,八年没人来(N).北京晚报,2012_03_27(17).
- 5、孙娜娜.中国家庭暴力发生率达35.7% 女性受害者占9成(OL).中新网-人民日报.http://www.gscn.com.cn,2008_10_(
- 6、程春华.举证责任分配、举证责任倒置与举证责任转移——以民事诉讼为考察范围(J).现代法学,2008,(2).
- 7、史长青.台湾家庭暴力之处理机制——从公力救济到乡镇市调解(J).台湾研究集刊,2010(5).

诉讼与非诉讼程序衔接的若干问题

主讲人：范愉

主持人：汤维建

嘉宾：肖建国 邵明

来源：中国民商法律网

【内容提要】9月27日，民事诉讼法全面修改系列讲座第八讲在我院举行。我院范愉教授担任主讲人，并作了题为“诉讼与非诉讼程序衔接的若干问题”的演讲。我院肖建国教授和邵明副教授出席了本次讲座。讲座由我院汤维建教授主持。范愉教授首先介绍了当下民事诉讼法修改的大背景，深入分析了我国现行民事纠纷解决机制的混乱情况。她指出当下需要进行理性的制度建构，充分发挥非诉讼程序的功能，尤其是发挥人民调解的作用，实现诉讼程序和非诉讼程序的衔接。随后，范愉教授分析了诉讼和非诉讼程序衔接面临的几个问题：一是将人民调解前置的问题，即考虑由现行的多元化、层级化的调解机制先行解决一些民事纠纷；二是调解协议效力的确认问题，即需要解决现实中人民调解协议效力低的问题，纠正当下对人民调解协议效力的误解；三是救济程序的设立问题，即允许当事人提出撤销之诉。在互动阶段，范愉教授围绕附带民事诉讼中刑事和解的相关问题、此次民事诉讼法修改侧重是维权还是维稳、强制调解是否对当事人的权益造成侵害以及如何平衡调解中当事人之间的利益等问题与同学们进行了深入交流。

主持人：各位同学，晚上好。今天我们民事诉讼法全面修改系列讲座八特别邀请到了，也是非常荣幸地邀请到了我国著名的学者范愉老师。范老师大家都很熟悉了，可能都不用我做过多的介绍。范老师在我国法学界，大名鼎鼎，名声赫赫。在法理学界和民事诉讼法学界都得到了高度地、充分地认同。那么在我们民事诉讼法的理论研究当中呢，范老师她主要是以研究ADR著称的，所以范老师在我们理论界，有人称她ADR之父，也有人她是ADR之母。ADR的最高权威就非范老师莫属了。所以我们今天非常荣幸地请范老师给我们介绍她ADR研究的最新心得、最新的研究成果，就是诉讼和非诉讼的衔接机制。那么这一次民事诉讼法修改，涉及到的议题或者问题点很多。其中就有一个诉讼与非诉讼的衔接问题，那么在这个方面由范老师来发表她的意见和观点，可以说是对我国的民事诉讼法的修改和完善，肯定会起到很大的推动作用。今天范老师特别辛苦，下午她已经做了一个讲座，叫小额程序。也是民事诉讼法立法的一个难点问题。范老师今天也是作为主讲人，发表了她的真知灼见。那么晚上我们范老师很辛苦，晚饭还没有吃，就吃了一点点点心。我们很感动。我们对范老师给我们今天晚上做的讲座以

^⑤ 参见徐伟：《人身安全保护裁定全国发出11个》，《法制日报》，http://www.sina.com.cn，2009年6月15日。

及她给我们带来的传授知识的精神，让我们以热烈的掌声表示感谢。下面就有请范老师给我们做讲座。

范愉：好的，谢谢！各位老师、同学们，大家晚上好。汤老师刚才的介绍，实在受之有愧。实事求是地讲，在民诉法学界我是一个边缘人物。所以在民诉法的修改中，我本来是很低调，尽量靠边站的。所以汤老师邀请我来做这个讲座，我都不好意思来。因为这么多大家，像汤老师、江老师这样的大家，包括我们肖老师，都有自己非常系统的一系列思路，对民事诉讼法的修改做出了非常大的贡献。一些人甚至都拿出完整的立法草案来，那么庞大。但在汤老师不断邀请下，我只能勉强拿出这么一个非常小的话题来讲，因为这个话题我确实有一些研究体会。而且，在这次民诉法修改中，我一直被最高院委托参与这方面的一些论证，并在他们的要求下，写了一篇论文。可能有的同学和老师已经看到，就是在《法律适用》2011年第九期上发表的论文：《诉讼与非诉讼衔接的若干问题》。实际上，也就是对民诉法修改的这一个非常具体的问题，提出的一些非常浅薄的意见。

在讲这个问题之前，我先简单的说一下背景。我们大家都知道，对于民诉法的修改，很多学者做了很大的贡献，同时也对此寄予很高的期望。但是我们又确实必须承认，整个民诉法的修改只能在既有的体制下进行。我记得早几年汤老师他们就曾提出一个我非常赞同的意见，就是考虑对我国民事诉讼制度进行一个较大的修改。从法院体系进行改革，建立部分简易社区法庭或者调解中心，将低端司法功能从正式的法院中分流出去。这样的一个思路，我觉得是非常有创见的，也符合中国的国情和时代潮流。但是必须承认，这样的设想有很大的障碍。所以汤老师他们这样的理想，暂时可能无法实现。此外，我们中国大陆不是特别善于用非常细致的立法，进行理性建构和科学的制度设计的。我们的习惯做法是什么呢？就是摸着石头过河。说摸着石头过河本身不带贬义，反应出一种实践理性，但是也说明我们在理性建构方面存在很多欠缺，立法虽然有所作为，但作用有限。例如在非诉讼机制与诉讼衔接方面，很多西方国家以及东亚近邻的国家和地区，一般会通过立法设计一个比较完善合理的制度，对诉讼与非诉讼之间的区别和衔接设计出合理的程序。远的不说，台湾地区，就有非常系统和完善的立法、制度和程序。尽管我们经常说调解是东方一枝花，我们有多么丰富的经验，但实际上，我国在调解方面缺少确定的立法和制度，政策也经常反复。同样都是中华民族的台湾地区，在调解制度的建构一直非常稳定、连续和扎实，制度一直比较先进。我们现在讨论的对调解协议的司法确认，很大程度就是对台湾的乡镇市调解制度的借鉴。台湾在制度设计中，既有独立的非诉讼的机制，如乡镇市调解；又有法院附设调解；同时法官在调解过程中也会非常灵活地运用各种各样的调解，包括移付调解，也就是我们说的委托调解，实现诉讼与非诉讼、调解与诉讼之间的衔接。乡镇市调解的司法确认，从50年代就已经建立了，有关法规经过多次的修改，近年来又不断加强，所以台湾调解制度的设计有些比我们现有调解制度更为成熟。从人民调解法制定到这次民诉法修改，其中有关司法确认的思路，一定程度上是参考借鉴台湾的经验。

我们近年来也提出了一些重要的理论，并致力于与实践联系起来，更好地促进多元化纠纷解决机制的整体建构。我们提出的多元化纠纷解决机制，不是仅仅指非诉讼纠纷解决机制，而是包括诉讼与非诉讼两大部分，以及二者的衔接。有些人经常误解我们的概念，认为提倡多元化纠纷解决机制就是主张全部或只搞非诉讼机制。这一点我必须得反复声明一下，纠正这种误解。至于实现非诉讼和诉讼之间的衔接的途径，可能有多种选择。最佳的选择，当然是通过完善的立法，理性构建合理的制度和程序，之后实施。但这种理想呢，坦率地说，实现起来很困难。因为决策者经常出现政策上的摇摆，立法中意识形态的因素很强。比如说担心推行非诉讼程序会影响公民的诉讼权利，等等。这些意识形态和政治性因素，以及一些体制性因素，使得我们在制度建构中常常出现混乱，政策也经常出现一些反复。

第二个进路就是通过实践创新推动制度的发展。最高人民法院在2002年曾经对人民调解协议有一个司法解释，承认人民调解协议的合同效力。其实我们都知道，江伟老师也多次指出，这个司法解释并没有真正提高人民调解协议的效力。因为，所有的协议，包括双方自行达成的和解协议，最低的效力就是合同效力。那司法解释起到了什么作用呢？其实作用很大。因为在此之前，法院完全不认可人民调解，法院既不把调解协议作为一个事实，也不把它作为一个证据，也完全不视为一个合同。由此人民调解组织就失去了调解的积极性。司法解释出台以后，至少起到了一个重振人民调解的作用。但是同时又造成新的混乱。甚至司法部的领导就在各种各样的场合下，如在中央电视台《今日说法》上宣称，只有人民调解的协议才有合同效力，其他的任何调解协议，包括行政调解都不具有这种效力。这样，就造成实践中，行政部门原来拥有调解职能的也拒绝调解，推说其调解协议没有效力。如果说行政调解属于行政行为吧，又怕当事人反悔、打行政官司；如果说连合同效力都没有，行政机关不知道自己为什么要干。再加上强调依法行政，行政机关往往以此为由拒绝参与调解，法律也没有规定我必须去调解，所以就导致了很多原来的传统的一些有效的纠纷解决机制逐渐失效，大家都把纠纷往法院那儿推，找各种各样的借口拒绝老百姓的诉求，因此导致纠纷解决机制的混乱。其实也有部门利益的问题，司法部想让人民调解一家独大，无形中也会否定其他机制、机构的作用；同时也想将人民调解改造成准司法程序。但是，人民调解按照原来宪法设定的思路，是一个村居委内设的民间、群众组织，并不能构成一种准司法程序。我们很多学者对此不满，认为村居委的这些老大爷、老大妈，地方人士，没有能力做到依法调解，不可能达到跟诉讼调解或判决同样的正义公

平。由于对人民调解不信任，因此对进一步提高人民调解协议的效力的争议也比较大。

最高人民法院的第二个司法改革五年计划中，把多元化纠纷解决机制列为司法改革的目标之一。最高法院司改办在搞这个项目的时候，跟很多国外的机构进行了合作，包括亚行、欧盟等等，这些机构都非常支持，当时我也作为课题组成员，写了很多方案和意见。我主张，如果在立法暂时无法完成理性的制度构建的情况下，通过司法解释先行完成一种实践性的构建，是可行的。既然可以通过司法解释承认人民调解协议的效力，也可能对其他的调解协议的效力给予一个司法认同。由此，给大家拨乱反正，理清思路。在这个时期，法院已经逐渐脱离早期那种争夺诉讼资源（案源），靠案件量和诉讼收费来维持生存的状态，法院硬件条件和待遇明显提高，已经越来越意识到，过多依靠低端司法和数量支撑的司法并不是应该追求的，同时也接受了一些西方 ADR 的影响。在这个背景下，法院开始对社会力量参与，比如非诉讼调解与司法衔接（立案调解、委托调解等），有了更多的认识。当然我们也承认，法院有自我的利益动机。关于这一点，我们不断跟法院进行交流。指出法院要搞多元化纠纷解决机制的建构，不要老从自己的利益出发进行论证，比如案多人少，忙不过来等等，而要使公众和当事人认识到他们是真正的受益者。

当然从法院的角度来讲，还面临“案结事不了”的问题。司法改革早期追求一步到庭，强调当事人主义，对抗等现代程序公正等理念，但对我国当事人的文化、诉讼能力和诉讼本身固有的一些局限性等等估计不足，导致判决大量进入上诉、再审，涉诉上访、涉诉信访激增的危险局面。因此，法院要应对两个问题，一是案多人少；二是案结事不了。在这种情况下，开始对社会力量进来越来越感兴趣。如果社会力量进来的话，不仅可以在一定程度上减轻司法的压力，另一方面，有很多（大家怨言比较大的）法院不立案的群体性案件、复杂性的案件等，往往立了也结不了，结了效果也不好。如果能通过其他方式帮助当事人解决问题，往往比判决效果更好。在这个背景下，从肖扬院长后期对调判结合、诉前调解的支持，到王胜俊院长提出调解优先，以及诉讼与非诉讼衔接的项目等，都是在积极推动多元化纠纷解决机制的建构。在实践中也有很多法院进行各种探索，有的法院主动按照我提出的多元化纠纷解决机制的理念和制度设计进行实验，效果非常好：受案数量降低，涉诉上访的压力基本没有了，老百姓特别满意，不断提出表扬（如吉林市昌邑法院）。总之，法院推动多元化纠纷解决机制不仅从中获得了很大的利益，但更重要的是要使当事人和社会成为真正的受益人。从当事人角度来讲，他们获得的好处是：非对抗、便捷、低成本等程序利益，纠纷解决的结果更加圆满，避免了那种非此即彼的僵化判决，维系长久的关系，降低负面损失和道德成本，等等。这都是现代调解的理念。而我们现在往往仅强调调解协议的效力，忽略了非诉讼机制的其他优势。对社会而言，节约司法资源，减少诉讼的负面作用，和谐稳定等，都是社会重大利益。

在社会开始认同多元化纠纷解决机制的背景下，通过最高人民法院的司法解释或政策文件促进诉讼与非诉讼的衔接是可行的。在最高法院进行这一项目过程中，多个机构行业都参与了合作，如仲裁机构、消费者协会、工会、多个行政部门，还有一些行业协会、保险业等等。这些机构过去都是阻碍调解的，比如说很多保险公司不承认调解协议，非得要判决书才可理赔，导致一些本来非常容易解决的问题，变得非常复杂。法院通过这种协作也有利于调动各个机构、包括行政部门超越自己的部门利益和立场，共同参与到这一机制的建构中去，改变以往对调解的态度。所以这些部门之间的协调非常顺畅。当时，最高法院司改办提出了一个“三步走”的方案。所谓的“三步走”就是首先完成一个类似司法解释或司法政策的文件，可以有一些超越立法的地方。这个成果就是 2009 年《最高人民法院关于健全诉讼与非诉讼衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》。原来叫诉讼与非诉讼衔接的多元纠纷解决机制，政法委将多元改为矛盾。其实若干意见还是存在很多值得探讨的问题的，但是我们当时达成一个共识，暂且先放下分歧或不同意见，对它先有一个支持的态度。因为它毕竟不是一个立法，能有这样的推进是不错的。

《若干意见》的重要贡献，就是将诉讼与非诉讼程序加以衔接，凡有一定资质、相对正规的、法院能够认可的调解组织机构主持达成的调解协议，一律都承认其合同效力，可以通过司法确认来赋予执行力。这是一个没有法律依据的创新。其中包括了人民调解，行政调解，和其他正规的调解，如各仲裁委正在尝试建立的调解中心（走市场化路线，收费，因此不能涵盖在人民调解中）也被纳入其中。这是第一个背景。

另一个背景问题，就是 2010 年的人民调解立法。刚才我们说了《若干意见》的司法确认当时没有法律依据。但此后《人民调解法》把司法确认吸收到立法里了，这样就把司法确认变成了一个法律认可的程序或制度。但是，《人民调解法》只能调整人民调解，对商事调解、行政调解，没有办法统合。今年 3 月，最高人民法院制定了《关于人民调解协议司法确认程序的若干规定》，也只是对人民调解协议进行司法确认。这样，其他调解，如行政调解、商事调解等，暂时仍然没有法律依据，还是按照《若干意见》的方式去运作。现在《民事诉讼法》进入了修改议程了，前面有关调解协议的司法确认制度初建已经完成，那么应该把司法确认吸收到民事诉讼法来。如果民事诉讼法能够把这个确认制度收进来，同时以《若干意见》中规定的广泛的调解组织为基础，不限于人民调解这一个组织，就可能实现《若干意见》的基本目标，初步构建一个诉讼与非诉讼程序相互衔接的多元化纠纷解决机制。

我刚才说的最高法院的“三步走”的第二步，是由中央政法委出面或综治委出面，搞一个大的、各个部门协作的政策文件。这个东西，就是 2011 年 3 月中央社会综合治理委员会、最高人民法院、最高人民检察院、国务院法制办公室、公安部等 16 家单位印发的《关于深入推动矛盾纠纷大调解工作的指导意见》，这个意见不是立法，

也不是司法解释，属于一种协调性的，能够把所有跟大调解有关的机构都能调动起来的政策文件。其中一些机构原来拒绝调解，或者认为自己没有调解职能，特别是行政机关，现在也开始承担纠纷解决和调解的义务。国务院法制办最近也在考虑制定一个诸如《行政调解条例》的东西。我个人觉得，是否用条例的方式是可以商榷的。因为行政法的特点是专门法较多，将特定领域的专门的实体法和程序法结合起来，分别设计纠纷解决机制，可能更有针对性、操作性价值。如果制定行政调解条例的话，肯定也是一个框架性的，不可能对所有的行政调解都做出非常细致的规定。但这样也有利于完成行政调解制度框架的建构，形成与民间调解、司法调解的分工和协作。总之，第二步就是由中央综治委搞一个这种大的文件，动员各个部门来参与到大调解活动中来。相当于由中央政策推动多元化纠纷解决机制的建构。

《人民调解法》和现在的民法修改都属于“三步走”的第三步，也就是立法。但并不是说一个立法。人民调解法和民事诉讼法完成后，也许还不足以解决所有的诉讼与非诉讼衔接的问题，今后还需要有更多的立法。比如说行政诉讼法的修改，也涉及到这个问题。将来还会有一些专门法，比如劳动法和劳动调解仲裁法属于已经完成的专门法，但是非常不完善的，制度的漏洞很多，还需要继续完善。很多专门领域都需要逐步完成这种专门化纠纷解决机制的建构。这些年来，各个行业在中纪委和最高法院上述政策文件的促动下，都开始纷纷搞行业性的调解机制。去年，徐孟洲老师他们就领衔研究了金融行业纠纷解决机制的课题，我也参与了。目前很多行业协会以及证监会、银监会等都在尝试搞本系统的调解机制。《人民调解法》出来以后，有一些机构会与人民调解组织进行整合，过去有很多机构搞了自己独立的调解组织，最初并不愿意向人民调解靠拢，但是现在发现人民调解制度已经有了法律保障，又开始向人民调解靠拢。比如说北京的医疗纠纷调解，原来是由医学会、保险公司自己搞的独立机制。但是现在按照卫生部的要求，重新整合为医疗纠纷人民调解机构。

在上述背景下，《民事诉讼法》修改的问题已经提入日程了，其中诉讼与非诉讼衔接成为其中的一个课题。

至于如何衔接等一系列具体的细致的操作性问题，有时候我们会感到有点无奈。为什么呢？因为我们的立法者不喜欢把法律搞得很细，很多法律制定中当需要制定操作性细节问题时，往往会出现一些争议和不同方案，立法者有时候会觉得这些问题不好解决，宁可搞得粗放一点，对细节不关心。而且，我们学者也不擅长解决操作性问题，包括我本人。所以我下面讲的也就相对粗一点，主要讨论一些较大的问题。

我们中国大陆讨论很多问题往往是从意识出发，想象的东西太多，比如说调解优先，总是先把它意识形态化，觉得调解就必然导致强制调解。先从意识形态出发，推定出或夸大许多问题，给它戴一个帽子，进行批判。其实把问题细化了以后，比如什么是可以调的、什么是不可以调的，分清之后，并没有想象中的那么大的危险。我在给法官学院讲课时，给法官讲什么叫“当判则判”，把这些问题用可操作性的方式列出来，包括需要防范和不宜调解的情形。后来将这些内容写成了论文。9月18号，最高法院主办了一个两岸四地，主要以法院为主的实务界的司法研讨会，主题就是调解。其实两岸四地对调解都没有异议，而且对于“调解优先”的问题，也没有异议。所以我报告了“当判则判”的论文后，他们都觉得非常好，认为就应该有操作性的东西。当时，台湾司法培训所的所长专门跟我说，你能把这些原则、规则弄的那么细，极具操作性，真的是不容易，真的很好。但是，当我国进行立法的时候，总是很粗，不太习惯把它弄的非常细，很多细节都没有很好地考虑。其实这不是一个很好的事。

那么诉讼与非诉讼衔接大概有哪些问题呢？

首先，先说调解前置的问题。这个问题这次民法修改中肯定是不考虑的。但是我为什么要说？是因为事实上早就有人提，在人民调解法制定的过程中就有很多法院提出，可以不可以规定一部分案件必须调解前置，由人民调解等先行调解。当然我们知道，立法不会把所有的民事案件，或者相当多的民事案件交给人民调解，因为大家都不放心。不过有一点大家要知道，这里说的人民调解，其实并不是村居委的人民调解。现在人民调解本身是多元化的。它低端是设在村居委的，甚至还可以再往下延伸，可以聘请地方能人做调解员，建立在村组或城市社区的楼、层。同时，人民调解法开了一个非常大的口子，就是允许乡镇及专业团体设立人民调解。法院现在设立的人民调解窗口，其实很少是从村居委一级人民调解请来的人。大部分都是退休法官、退休检察官、老公务员、老警察、资深调解员，还有一些资深律师等。人民调解法出台以后，全北京市都建立了人民调解窗口，其中大部分都是这种带有职业化或者退休人员构成的。由于这些人民调解窗口的调解员带有很强的准司法背景，是否可以由他们负责进行前置性调解呢？也就是说，调解前置其实也是仅仅考虑到比较正规的人民调解组织，并没打算说让村居委调委会来调。即使这样，立法者也仍然没有接受这个建议。在人民调解立法的时候，很多人非常担心，他们认为，好不容易搞法治了，注重诉讼了，再回到调解断然不行，不能接受调解前置，哪怕是极小部分民事纠纷。

今天下午我们讨论了小额程序，我其实不是绝对拒绝小额程序的。但是，我说小额程序其实是一个过时的制度设计。西方在早期司法改革中追求简易化，选择了小额程序。但是现在设计制度的话，更多国家会选择强制调解，也就是我们说的调解前置。如果我们立法进行程序设计时，有点前瞻性就好了。但是我们的立法者觉得这个调解前置是一个倒退，所以不接受这样一个制度程序设计。其实现在强制调解在很多国家和地区已经非常普遍了。欧盟现在也在推进。英国的整个民事司法改革，都是以减少诉讼，加强非诉讼程序的利用为目标的。香港受英国

的司法改革的影响，也在更多的考虑调解前置。台湾一直以来就有强制调解，从50年代开始，没有经过太大的反复，一直在加强。不仅有强制调解，而且已经立案的，在法官审理过程中，如果认为适合调解，可以移付调解，就是委托调解，将案件转回调解程序（一些刑事案件检察官也可以委托调解）。在我们人民调解法的制定过程中，不仅诉讼的调解前置完全被否定了，而且委托调解，立法者也不敢接受。主要是担心什么呢？担心委托多了，会不会又扩大了人民调解的范围。其实人民调解从解放区到50年代到80年代，人民调解是可以调解轻微刑事案件，自诉就更不用说了。到了80年代，人民调解的范围开始被缩小，司法部的条例不仅取消了刑事案件的调解，而且明确规定只能调解公民之间的民间纠纷，连法人间的纠纷都被排除了。现在的立法不限制法人和商事纠纷了，但是轻微刑事调解并没有恢复。但是台湾乡镇市调解大量都是调解轻微刑事案件和刑事自诉案件，它的范围比人民调解广。而且，国外的调解发展特别快的也是刑事和解，特别是轻罪的和解。而我们老说自己的调解是东方一枝花，其实如果跟整个当代世界比的话，中国调解应用的范围以及制度设计都远远落后于很多国家，包括西方和亚洲近邻。

现在讲强制调解，大家都知道是什么意思，为了避免误会，我反复说，强制调解只是指作为诉讼前置程序，并不意味着让当事人必须接受调解的协议。当事人的诉权实际上并没有被剥夺，调解不成的时候，当事人进入诉讼并不受影响。为什么要设立前置调解？主要是考虑到一方当事人申请调解，如果是非前置的情况下，对方当事人不来，调解是没法进行的。如果是强制性的，对方当事人就有义务来参加调解。大多数强制性调解，结果调解成功率至少能达到70%左右。也就是说，这种设定是有明显效果的。但人民调解法立法时，立法者否定了调解前置。

其次，讲一下委托调解的问题。当初我在参与人民调解法制定的时候，多次提出希望能把委托调解纳入立法。为什么呢？因为人民调解范围被限制得很小，今后会有很多高端的专业化的甚至准司法类型的调解组织出现，如果仅限于现有的调解范围（民间纠纷），可能导致调解资源的浪费。如果把委托调解加进去的话，将来就可能通过司法和行政机关的委托扩大人民调解的范围。虽然人民调解法没有接受委托调解的方案，但是保留了一些可能性和实践空间，并没有明确禁止。只要没有禁止，法院还是可以委托调解的。所以事实上，委托调解仍在大量实行，不仅是法院委托，而且公安机关也委托。在北京，公安机关早已全面建立人民调解进派出所。派出所是有调解传统的，本来是解决治安纠纷的，但经常有大量的普通民事纠纷找到警察解决，警察忙不来，而且一些年轻警察调解能力也有限。基于这些原因，他们委托人民调解员进驻派出所帮助解决这些纠纷。所以人民调解不仅仅是跟司法衔接，还有跟行政的衔接。在这次民法的修改中，委托调解可以不可以纳入，立法者好象有点松动，有可能得到立法承认。法院的态度非常积极，希望立法承认委托调解。

一旦委托调解被立法接受，用什么概念和程序设计就需要斟酌。委托调解设置其实也是很复杂的。首先需要明确委托与被委托的关系。是一个司法行为，还是一个非司法行为？这个问题很复杂，现在法院的委托调解本身就分几种。一种是诉前的委托调解，虽然叫委托调解，其实跟司法还没发生关系，没有正式立案它。还有一种是先立案，然后叫人民调解窗口进行调解，这也叫委托调解。但是这种调解与诉讼已经发生关联，其结果可能转化为司法行为。我举个例子，比如像离婚，人民调解可以不可以调解呢？本来婚姻家庭纠纷应该是调解的长项，例如分割财产、抚养权等。但人民调解无权调解离婚，因为人身关系不属于其调解的范围。所以就出现了一个矛盾，本来特别适合调解的但又不能让其调解，即使调解了，也不具有确认离婚的法律效力。还有类似房屋的权属等，人民调解都无权参与。如果当事人自愿调解，达成调解协议后可以通过一个司法程序或者行政程序使它生效，实际上是一种很好的办法。但现在法律没有这样的规定，就会导致很多人民调解拒绝调解。于是把人民调解本来应该发挥作用的一个重要领域反而取消了。在委托调解的情况下，就可以在一定程度上解决这个问题，调解协议达成后，可以将调解协议书通过行政程序或司法程序产生法律效力。但目前，这种调解也不属于司法确认的范围，在实践中，有的法院通过转化为诉讼调解书的方式解决委托调解与司法衔接的问题。但在操作中，混乱还是比较多。

还有一种委托调解，在国外使用比较多。就是在诉讼中，法官认为这个案子适合调解，那么就先中止诉讼程序，然后给当事人一个期限，由他们自己去找人来调解，或者由法院指定调解员调解。中国人老以为调解只适合解决简单案子，其实国外恰好认为调解最适合解决复杂的案子。比如像微软的案子就是这样，微软的案子一审的时候还让波斯纳这样的大法官和学者参与调解，但是没调下来。结果判完了以后引起了社会的激烈抨击。后来在上诉过程中，法院仍极力让当事人达成和解。各国在委托调解方面关系也比较复杂，有的司法委托达成了协议后，可以通过合意判决方式生效，产生诉讼判决的效力。有的则直接赋予和解协议生效判决的效力。我国对委托调解的性质和效力都没有明确的规定，所以就比较混乱。委托调解到底是一种什么委托行为，是司法行为还是一个普通的非司法行为？都搞不清楚。

第三，就是这次大家比较关注的非诉讼调解协议的法律效力和它的司法确认问题。这两个问题我分别说一下。

首先，非诉讼调解协议的效力究竟是合同效力还是更高？我知道江伟老师反复说，人民调解协议定为合同效力太低了。尽管我特别理解江老师的这个看法，但是从制度设计中，这种意见确实也有一些不好解决的问题。很

多人说国外的调解效力多么多么高。实际上，这也是一种误解。在制度设计中，只有一种调解是有生效判决的效力的，那就是台湾、日本、韩国模式的法院附设调解。这是从日本那儿发源的一个制度。台湾、韩国都是学习的日本。那么这个调解为什么有这么高的效力呢？是因为调解委员会本身是在法院附设的，调解委员会主任本身就是法官。调解员都是经过遴选的社会人士。法官在调解过程中的作用本身就是进行司法审查，一旦双方当事人达成了合意，法官同时也完成了对调解协议的司法审查。因此，调解协议具有生效判决的效力。除此之外，没有见过哪个国家普通的调解协议具有这个效力，只有经过合意判决、仲裁裁决的确认，和司法审查确认之后，才可能产生更高的效力，包括强制执行、不得重新提起诉讼等。世界上形形色色的调解都是如此。如果是行政调解，调解达不成的话，可赋予该行政机构裁决的权力。比如日本设置了很多很多的这种行政调解，比如说环境公害调整委员会等都是这样。在调解不成时可以作出裁决。但是，第一，虽然可以作出裁决，但日本的行政委员会很少用过裁决，基本上都是调下来的；另外一点，即使做出了裁决，仍然不能剥夺当事人的诉权。换句话说，裁决不是一个终局性的、不能诉讼的裁决。在这个意义上，世界各国，非诉讼调解协议，都不具有强制效力。现在欧洲大陆推行的行政申诉专员制度是一种综合申诉、协商、调解和裁决为一体的制度。大部分是解决消费者争议的，由各种行业建立，如金融行业。设立申诉专员的行业，所有的这个行业成员都必须承诺，服从该机构的处理。首先，消费者可以投诉，行业成员必须应诉。专员首先敦促双方协商解决；协商不成，就由申诉专员进行调解，调解可以是建议性的、也可以是指导性的；如果调解不成，申诉专员可以裁决。这一机制在德国也被纳入强制调解范围。它具有很强的行政性，由作为公法人的行业协会设立，申诉专员一般都是退休法官等，具有很高的权威，但是其调解协议和裁决同样没有强制力。如果作出裁决，当事人仍要去诉讼，是可以诉的。所以，以往我们对于世界各国调解的效力往往以讹传讹，有一些误解。比如说美国，当事人如果不履行调解协议，法院可以加以处罚。这个都还是用的合同原理。就是说双方当事人事先进行约定，在调解之前达成一个协议，承诺如果调解达成，一定诚信履行，不履行的话，应承担违约责任，比如说双倍违约金等。有些地方是靠法官用裁量权对违背诚信的当事人加以处罚，但大前提就是这个法官必须有这种裁量权才行。美国有些州法院，法官的裁量权极大，他就可以强制当事人调解，如果拒不调解的话就可以用各种各样的手段，如拖着不办、甚至处罚，对当事人施加压力。不过从这个制度设计来讲，这种强制性调解并不多。更重要的是，调解的本意是真正促成和解，如果过多强调这种调解的强制力的话，可能会激发中国调解中存在的另一个问题，就是失去调解的本质合意，向裁判即命令和强制转化。大家都知道，中国的调解有一个特点，就是历史上历来调裁不分。就是，调中有裁的因素；而裁中也有调的因素，调解和裁判在历史上就是高度融合的。法制史研究者有的人说中国古代法官最喜欢调解，也有人说中国法官并非如此，更多的是裁判。其实两边都只抓住了一端，没有发现调裁之间的界限本身并不清晰。并不是像西方人理解的那种调解。

在这种传统下，如果你要赋予调解协议，比如说人民调解，过高的效力的话，就会促使法院、人民调解组织和当事人过多地追求这个。前几年我们在调研人民调解的时候就发现，他们追求的人民调解的现代转型的理想，就叫做庭式调解，还被写到地方性法规里去了。像杭州曾出了一个人民调解条例，用庭式调解的案件必须不得少于 1/3。什么叫庭式调解呢？就是模仿法庭，调解员高高在上地居中坐着，原告被告分左两边，前面放置原告被告的座牌，强化法庭因素和国家权力色彩，挂国徽、标志等等。所以，他们没有真正注重发挥促进调解的因素，反而更多的把诉讼的对抗的因素发挥到极致。如果你们去调研行政调解，你发现更是这样。行政官员认为，什么是体现调解的公正性，就是这种庭式调解，他觉得这个是调解的优势。另外，调解组织非常强调判例，所有的调解案件都要形成案例，用案例来给大家讲，特别强调其中法律适用的结果，追求标准化，好象下一回调解你也必须这样调。其实调解是高度个性化的。所以，也就是说，我们称之为调解的很多东西，其实恰好不是。

人民调解立法是一个博弈过程，司法部这边出的草案是非常希望把人民调解协议的效力再提高点，什么叫再提高点，他也不知道。而立法机关呢就是坚决不同意再提高点，于是他们就搞了一些文字游戏，表述为人民调解协议具有法律约束力。人民调解法制定公布后，司法部开会庆祝、座谈，我也参加了。部长就高兴的说，瞧，人民调解协议现在有法律约束力了。我们原来是合同效力，现在我们高于合同效力了，准备按照这个基调去宣传。实际上，怎么理解出它就高于合同效力了？不过是用的词不一样了，但立法者马上就出了立法解释，人大常委会这个立法解释解释的非常清楚，其实人民调解协议仍然还是合同效力，只不过它没有使用这个词，而是说人民调解协议有法律约束力。其实我们都知道，合同效力也是一种法律约束力。然后说，当事人应当履行。但如果不履行的话，调解组织只能督促它履行，而不具有任何强制性措施。毫无疑问，调解协议本身不具有强制执行力。

接着，就是关于确认的问题。立法者在这个问题上实际上是很清楚的，也就是人民调解协议只具有合同效力，或相当于合同效力，但同时，确立了司法确认制度，由此提升调解协议的效力。把这两者连接起来看就是：调解协议相当于合同效力，主要依靠当事人自愿履行，调解机构也可以敦促履行，但是没有任何强制力，不能到法院申请强制执行。2002 年最高人民法院关于人民调解协议的司法解释发布之后，法院设立了关于人民调解协议的确认之诉。承认人民调解协议为合同效力，如果当事人一方不履行的话，另一方当事人可以到法院提起诉讼，要求法院确认该协议。相对的当然也就是对调解协议的撤销之诉了。这种诉讼实际使用的不太多。司法部是有统计的，对

不起，我今天没有那个统计数字。据司法部的统计，2002年以后，被法院撤销的比例不高，但是他们都非常注意研究被撤销的案件。被撤的大部分是什么类型呢？主要是超越权限。比如说他这个房屋权属，他在调解中直接进行确权了，这种协议没有进行法定登记是没有效力的。再比如说解除收养关系的，超出了调解的权限。或者严格的说，他其实可以调解，而且应该调解，但是调解协议达成后，他应该告知人家必须走一个行政登记或者司法确认程序。他没告诉人家这一点，这些权利变更不发生法律效力，如果无法履行或出现问题，法院必须撤销。其他的类型被撤销的不多。

现在关于确认的程序问题还是有点疑惑，如果把司法确认设计为非诉程序的话，原来的那个确认之诉程序是不是同时存在？是继续还是取消？这都是需要考虑的。我刚才说到调解协议效力的问题，另外还需要说一个问题。就是，我们过去有一个误区，我早期在论文中也说到过，人民调解为什么衰落？列举了很多原因，其中一个就是说它的调解效力低。我当时所说的调解效力低呢，并不是说它定为合同效力太低了，而只是指的事实上的效力低。就是当时法院对人民调解是完全不作任何认可，既不是合同、不是事实，也不是证据，社会舆论也好，公众和当事人心目中，都认为调解是完全可以随意反悔的。这其实也是一个很重要的社会因素。从我们的立法用语中，也可以看到这种倾向，例如《劳动调解仲裁法》说，当事人拒绝调解的、调解不成的和调解后反悔的，都可以进入诉讼。这个话虽然是事实，并不是错误的，但是你永远都感觉到好像在鼓励你在调解达成后随意反悔。不愿意调解的、调解不成的进入诉讼本来是毫无问题的，但他还写明调解后可以反悔。也就是说，对于反悔不仅没有任何的一种控制或制裁，甚至在立法上或多或少的还在提倡、鼓励。你既可以不去用调解，可以拒绝调解；调解不成也没人挡着你诉讼，但是你达成调解协议以后，随意反悔就不值得肯定了。这种用语有一种非常强烈的引导意义在里面。因此，我们说的人民调解效力低，其实更多的是指这种事实意义上的低，是社会意义上的效力低。包括立法者，公众，还有当事人自己没有任何诚信意识，对自己承诺负责的意识；调解的效力当然会很低。但是我们并没有说，调解达成了以后，如果出现了法定事由，例如对公共利益和第三人利益的侵害、重大误解、显失公平等不可以诉讼，寻求救济，绝对没有这个意思啊。所以指出调解效力低，并不是说一定要把调解协议的效力提到更高，可以具有强制执行力。但是这个观点被反复重复强调，被理解为人民调解立法的一个重要的任务就是要进一步提高人民调解协议的效力。而且很多人追求这个，产生了一种特别强的诱导，法院也好，人民调解组织也好，各个机构也好，不断的跟当事人说，我们这个调解有很高的效力，可以强制执行。用这种办法吸引当事人来接受调解。其实这样就有一个非常大的问题，好象只有强制力高的调解才可能发挥它的作用。

我刚才已经说了，世界各国在制度设计中，除了拥有裁量权的法官等个别情况以外，绝大多数制度设计都没有赋予民间调解协议强制力。但是这并不妨碍各个国家建立更多的制度保障和提倡。所以相比较而言，前置性的强制调解的正当性与给调解协议赋予强制效力比起来，前者其实对当事人的权益保护更好。它的非选择性其实并不影响当事人的诉权。但如果给调解协议更高的效力的话，容易导致什么呢？可能会有大量的调解协议进入法院的强制执行程序。近年来法院自己都觉察到了，提高调解，包括和解撤诉率没有问题，但是一定要有一个指标，就是调解协议进入强制执行的比率。如果调解协议过多的进入强制执行，说明这个调解的风险比较大，问题比较多。因为调解有利于当事人自愿履行的优势完全没有发挥出来，很可能仅仅是靠强制力使当事人达成的调解协议。也就是说可能由此扭曲调解的一些优势。在制度设计中，由于这样的一些误解，就会导致调解员越来越追求职权。原来人民调解法的草案中就有许多职权化色彩的规定，包括像回避这样的概念。

我们坚持人民调解作为民间调解组织，应该弱化职能意识，最后立法者把这种东西给弱化掉了。现在我们仍强调调解本身还是相当于合同效力，尽量由当事人自愿履行；同时不主张将大量的调解协议都提交司法确认，以增加强制力，进入强制执行程序。这样的制度设计可能违反真正的制度初衷。

我要说的第二个问了台湾地区乡镇市调解制度，我们不主张搞成一个确认之诉，而希望搞成一个非诉程序。确认的定位是法官对其进行的形式审查。形式审查是什么呢，就是说他审查调解协议的基本内容有没有明显的违法的问题，另外就是程序不对、当事人适格、自愿性的真实性等等。在这个过程中，法院应该尽可能的对一些可能存在的风险加以询问、调查等等。如果没有的话，其实形式上审查就完成了。其次，司法确认的范围，应该不局限于人民调解，应该达到《若干意见》的那个范围。既可以由司法解释统一掌握，也可以由地方法院来掌握。这样有利于鼓励一些，比较正规的，但是没有纳入人民调解的调解组织和行政调解积极发挥作用。我觉得今年3月最高人民法院的有关司法确认的司法解释所定的范围还不错。第三，在程序的启动上要注意，第一要双方当事人申请。实际上很多人，包括人民调解立法的时候，很多人都反对这一点，说这个范围太小了。说如果必须双方当事人申请的话，那一方当事人有怀疑、不愿意来确认怎么办？我倒觉得双方申请反而有个好处，可以避免过多的确认，如果一方当事人要确认另一方当事人坚决反对的话，那么这个调解准保是有点问题的，有点风险的，不来确认反而好。由双方当事人申请的话，一般会考虑到必要性。第二，就是“确有必要”。“确有必要”是指的什么呢？是指有几个基本的条件，最高法院的司法解释中是有的，比如履行时间长、权益重大，需要确权等，现在基层的调解在操作过程中，往往用可以确认、有强制执行力去诱惑当事人，其实在正常的情况下，还是应该鼓励当事人自愿履行。此外，司法解释还规定了一些排除的情况。最后，确认之后，作出什么处理？是确认、不

予确认呢？还是驳回或撤销？我觉得在确认和不予确认或撤销之间应该有一个中间程序，例如撤回申请。要注意是调解的特点，就是民间调解有时候解决的纠纷比法院大，民事纠纷不仅指法律纠纷，普通的民间调解的范围很大，有的纠纷不属于法律纠纷，你比如说老子和儿子之间闹矛盾了，然后要赡养费，这都好办，属于法律纠纷，有明确的法律依据，也可以执行。但精神赡养和感情修复方面的问题，例如常回家看看、子女的探视权等，即使写到判决书里去，也很难执行。比如判决子女必须得多少天回家看一看，那个子女就不回家，你怎么把他押回家看看去，这不仅仅达不到目的，反而会使关系进一步破裂。这东西没法强制执行，而民间调解则可以灵活约定这类的内容。因此，我主张在确认和不确认之间增加一个特殊的环节，这些灵活的内容完全可以写入调解协议。如果双方人都自愿，就可以约定用各种各样的救济方式，包括地方性的一些风俗习惯等等。像西方离婚一般按法律规定监护权是父亲或是母亲一方，但是通过调解双方可以达成一个共同监护的协议。只要不违反法律的强制性规定都可以约定，就可能出现很多创造性的解决方案，如赔礼道歉的方式等等。比如一些封建迷信的东西，坟头、烧高香等类似风俗或特殊履行方式，都可以在调解协议里面规定，但是如果到法院去确认就比较复杂。如果只有两端，确认就是合法；不予确认或驳回、撤销就是不合法，就无法解决这种情况。如果增加一个允许当事人撤回申请，也就是说，调解协议本身很好，内容丰富而且具有创造性，但是没有办法强制执行，如果确认，它不属于法律可以强制执行的方式，但撤销就会导致纠纷重起，调解也白费了。在这种情况下，如果法院向当事人双方说明，调解协议非常好，鼓励他们自愿履行，但是不宜进行确认。建议他们撤回申请，继续履行。这样就能把调解的很多更生动的一面体现出来。

确认不能非此即彼，确认或驳回，让当事人觉得调解协议都错了。如果能够增加一个这种撤回申请，给当事人一个回旋余地，可能更好。我们的调解过多强调合法性，很多情况下，缺少创造力。而西方调解则鼓励当事人自己去寻找创造性的解决途径，而很少像我国法学界总是说什么调解就是让权利人让步。

此外我一直认为，在司法确认中对于有无执行可能性的审查非常必要，如果不可执行，就不应该进行确认。但是现在这个问题呢，大家好象有争议。比如说，先确认，如果无法执行，将来给他一个什么债权文书之类的凭证。总之，有关确认的范围目标还是有很大细节可以考虑的。

另外就是救济。前面说了，司法确认性质是形式审查，那么如果确认后发现调解协议存在错误，司法救济非常重要。怎么救济呢？我特别反对将救济程序变成一个非常复杂的程序，否则会给法官增加很大的负担。比如说，对错误的司法确认进行错案追究，就把一个简单的事搞的又复杂了。所以我主张不要搞特别复杂的救济程序，直接采用撤销之诉就可以了。我主张除当事人外，第三人也可以主张撤销。日本的法院调解也好，台湾的乡镇市调解也好，都在其产生生效判决的效力之后保留了这种司法救济程序。也就是说，即使调解协议经过了司法确认，但因为法院履行的只是形式审查义务，如果出现了法律规定的法定事由，比如说侵害第三人的权益，侵害公共利益，显失公平、重大误解、欺诈等情况，都可以构成撤销的理由。这样的情况下，重点不在于追究法官的责任，而在于给予当事人合理的救济。换句话说，把原来的调解协议撤销了，当事人获得了救济，比追究法官在确认中的错误更重要。这样，可以避免很复杂的程序。

因为时间关系，我就简单的说到这儿。目前有关诉讼与非诉讼的衔接，在这次民事诉讼法修改中，可能能够解决的主要是调解协议的司法确认。委托调解也有可能。

除了民诉法的修改以外，将来还会有更多的一些途径。比如说单行法和专门程序法。比如说像劳动争议，它走特殊程序，不走民事诉讼法这个程序，它有自己独立的一套衔接程序，可能更好。实际上劳动争议解决机制的立法设计基本上是失败的，因为按照立法的设计，仲裁和法院都吃不消，也不可能承担全部劳动争议的处理。所以沿海地区和其他劳动争议多发地区，都通过创新建立了带有前置性的劳动调解机构，承担了大多数劳动争议解决。但通过专门法建立独立的多元化纠纷解决机制是一个方向。我就讲到这儿，剩下的时间就留给大家提问、探讨、互相交流。谢谢！

提问：我最近碰到一个比较困惑的问题，有关刑事附带民事诉讼。法院现在强调刑事和解，在人身伤害方面，犯罪嫌疑人或者被告人家属会想要司法介入达到一个刑事和解的目的。现在有一种观点反对刑事附带民事诉讼。我不知道从比较法的角度的话，是否有可以借鉴的东西。另外，民事诉讼中可以提出精神损害赔偿，赔偿范围是比较广的，但刑事附带民事诉讼，不能提精神损害赔偿，只能主张赔偿实际损失。从民事诉讼的角度，请范老师能指点一下。谢谢！

范愉：你这个问题呢对我来讲还是有一定深度的。刑事和解我有一点研究，但是确实研究的并不太深。在刑事和解这个问题上，中国与西方真的是差别很大。现在对刑事和解，检察院也好，法院也好都是比较认同的。但刑事和解范围特别大，广义既包括刑事附带民事，也包括交通事故处理中交通肇事罪和赔偿之间的这种转换，还包括所谓的轻罪，再广义甚至包括治安纠纷中的和解。刑事和解兴起的原因主要是原来刑事案件完全由公权力垄断，被害人的权利基本上被忽略了。现在引进了被害人的利益在里面，被害人参与实际上起到了选择权的作用，被害人的利益甚至在一定程度能够影响公权力的决定，因此是一个很大的进步。李昌奎、药家鑫这些案子，如果

放在这个大的背景来看，就是说，如果把被害人的意愿作为刑罚适用的一种柔性的缓和剂的话，大多数人都是可以认同的。但是，如果被害人并无和解意向，法院单方采用轻刑政策，甚至主张废除死刑则可能是无视民意和被害人权利。中国在制度设计上跟西方不太一样，比如说刑事附带民事，大多数国家都没有。但是西方国家实际上也存在一些类似的潜规则或者司法惯行。比如说原来我们曾问过德国的法学家，他们说我们没有诉辩交易，但是在司法实践中有先把民事赔偿的问题跟犯罪嫌疑人去谈，如果他的态度好并且积极赔偿，就可以征求被害人的意愿，事实上会影响量刑。这样，受益方实际上是受害人。所以在这一点上，等于是公权力的适度后退，对受害人的权益更加尊重。在理念上是可以接受的，在这个问题上我不是特别拿的准，但是我原则上比较赞成在现有的制度内进行一些规范性的设计，不作颠覆性的改变。附带民事里面，为什么不能主张精神损害赔偿呢？我觉得从它的制度设计理念上来讲还是说的过去的。但是现在大家争议比较大，我觉得争议比较大的时候，其实是一个博弈的问题，而不是谁对谁错的问题。如果在附带民事诉讼中主张精神损害赔偿的话，可能会使这个制度运行更加困难，达不到预想的效益或者优先性。很难起到把民事赔偿作为量刑参考依据的作用。因为刑事诉讼特别注重效率，如果把精神损害赔偿等等弄进去，将来还要上诉啊等等，搞的特别复杂，就比较麻烦一点。现在检察院在操作的时候，会首先把这种可能要强调精神损害赔偿的案件排除掉，这样操作起来就比较容易了。所以，在这个问题上更多的需要考虑实务机关的意见和选择，他们在这方面的作用更大一点。

提问：老师，您好！我问您一个问题就是民事诉讼法修改，立法者可能有两种价值选择，第一是维权，维护保障当事人的权利；另外一个维稳，要维护整个社会的稳定。非诉的方式，尤其是这样一种调解的方式，价值取向更侧重于哪一方面？

范愉：这是一个有趣的问题啊，应该去问立法者。因为我已经说了，我在立法这个过程中是很边缘的。不过，我认为制度设计并不存在维权还是维稳两种价值的对立，首先是考虑制度本身的合理性。因为一个制度或程序能够实现的价值可能会比较多，维权和维稳只是众多价值中的两个，还远远不够，还有什么呢？比如说效率，多种社会价值，如纠纷的预防，协商理念的提倡，文化的价值等等。像美国，他们原来诉讼价值强调对抗，后来就引进了和谐。所以，一个好的制度是可以兼顾多种价值的。如果只有两个角度的话太单薄了，而且将二者对立起来也是不必要的。

我们认为非诉讼纠纷解决机制的价值肯定有利于维稳，但是单靠这一个制度设计能不能达到维稳，谁也不敢预期。保证当事人权利也是一样，当事人的诉讼权利保障是应该的，但是它不是无限的，所以哪一个国家都提保障诉权的口号，像汤老师提倡的要诉权入宪。但是没有一个国家能够保证诉讼权利是无限的，在任何情况下都要保障，相反，都会对诉权进行限制。在限制诉权的同时，也必须保障当事人自愿或获得其他的利益。比如通过选择，让当事人自愿放弃某些权利。调解也是这样，强调调解并不仅仅是效益或者维稳，更多的是希望调解能给当事人带来好处，同时也能给社会带来公共利益。民事诉讼实际上是一种国家中心的解纷方式，法官代表国家做出裁判。现在民事诉讼强调调动当事人的参与。而调解在当事人参与方面肯定强于诉讼和判决的，因为当事人的处分权是最高的，可以充分考虑自己的利益，由自己决定，所以西方国家把调解，叫做新当事人主义。

在一个制度设计中，要综合考虑各方面东西。我觉得我们的价值观有时比较单一，有时光考虑到调解是为了减少案多人少的问题啊，没有考虑到，调解其实还有很多价值。我们的学者们认为，调解就是叫权利人让步。实际上现代调解，强调的理念是双赢，而不是非此即彼或单方受益。如果要是按照单向的那种调解模式，那么调解跟判决也许差不多，都是一方权利一方义务。而现在的调解呢，强调当事人本人参与，所以具有更强的民主性、参与性、平等性。而且在这个过程中律师等法律职业的作用甚至可以排除出去，解决了民事诉讼中过于依赖法律职业、过于强调技术性的弊端。如果能看到调解的一些其他优势的话，你就会发现这样的一种合理的制度设计，有培养新的诉讼文化、纠纷解决文化的作用。

现在很多国家都在强调调解。但是我没有听过谁说是为了维稳或者仅仅是为了维权来提倡调解，都是主张实现多元化的价值。而且，现代调解本身已经类型化，有些调解它更多的是注重当事人的对话，有些准司法型的调解则比较接近于司法，如交通事故的交警调解，它是真正的专家调解，其实比法官调解更技术性、更专业化。它的调解完全按现行法规进行，规则和赔偿标准非常清晰，不需要过多的去讨价还价了。原来的有的人认为调解只适用于熟人社会，现在的社会是陌生人社会，所以调解不适合了。其实现在，调解越来越多元化，有许多适合于陌生人社会的调解，比如追求利益最大化、快速、经济、标准化的调解，也有适合熟人社会的调解，如社区调解。所以这种情况下，你通过制度设计，可以更好的把这些往往被我们忽略的价值提倡出来。比如现代的调解都是保密的，而我们的调解过去从来都是公开的，跟裁判没区别，这样调解在保护隐私方面的优越性就无法体现。

我们在立法中一直争取把这个保密性确立为基本原则，但司法部的草案完全没有这方面的内容，国务院法制办的也没有。但是立法者最后还不错，虽然没把它作为原则，但是非常聪明的把它作为当事人的权利写入人民调解法。我认为这种处理很好，吸收了现代的调解原则。当事人有选择公开还是保密的权利。这样也符合国情，该公开的时候可以公开。我就觉得这是立法很聪明的一个地方。我写过几篇文章，大家可以参考一下。一个是人民调解法评析，发表在《法学家》，在《清华法学》有一篇人民调解和台湾乡镇市调解的比较。

在这个问题上需要详细区分一下不同的非诉讼调解之间的特点。《宪法》设计的人民调解是基层自治性的，人民调解法制定完成以后，在实践中，调解实际上可能向另一个方向走了。所有的司法行政部门、法院和地方、行业，都忙着建构正规化的、职业化的准司法的调解，而没有完全按照人民调解的本来形态发展。我原来的意见是希望尊重这种现实，把人民调解法搞成多元化的制度设计，把人民调解分出不同层级，我不太赞成村居委的调解协议进入司法确认，对其要求过高，很难达到职业化，也不必要。但正规的调解机构则应该专业化、甚至职业化，应该进行确认。可是因为我们的立法比较粗，要么就高不就低，要么就低不就高，那么它最后选择了就低不就高，我倒觉得还是比较好的，比就高不就低好。因为至少没有排斥掉村居委的人民调解。但是麻烦恰恰在最需要规范的高层级的人民调解完全没有做出任何实质性的规范。现在的基层人民调解，最重要的问题就是怎么能够把司法所行政调解跟真正的人民调解剥离开来。这个人民调解法完全没有完成。所以我们现在面临的问题就是法律跟实践严重脱节。而真正的到最后可能进入法院的这些调解协议呢，很可能并不符合原来制度设计的期待目标，所以我们还需要注意实践中的人民调解会是什么样子。

主持人：最后一个问题。

提问：范老师您好！法官调解与当事人诉权保障的问题。

范愉：你说人民法院调解和当事人诉权，说的是诉讼调解吗？人民法院调解就是诉讼调解了，这个我们法律有明确的规定。现在法院调解已经非常多元了，有立案调解、诉前调解、审前调解，各种各样的，而且委托调解的性质又很不清楚，至少有好几种委托调解。跟国外，包括像我们台湾地区，非常标准化的制度都不太一样。如果你的问题是法官调解的话，这个问题就不需要太明确的回答。因为很清楚了，因为诉讼调解就是生效判决效力，当事人自愿放弃了上诉权等。这个一般是没有问题的，但是如果有法定事由，还是有救济程序。你说的这个诉权，就是说如果是法官调解的话，就是已经是在诉讼中了，已经立了案了就是在诉讼中了，所以并没有对诉权造成什么大的影响。只不过通过调解以后提前结束了诉讼，我们把它叫做诉讼终结的一种方式，一种结案方式。它本身是一种诉讼行为，实际上现在被视为是一种诉讼行为，所以它跟诉权没有影响。我认为没有影响的。

提问：我是安徽淮北师范大学的一个老师，在我们当地的调解中间呢，法官一个很形象的说明，就是说调解是什么呢，调解就是老实人吃亏。这个我有点担忧。为什么呢？我的律师朋友给我说了，在调解过程中间，法官他一定是态度强硬去调解，他曾经也出现了一些这样的案例，你朋友之间有矛盾，原来是好朋友，就因为借钱的问题有矛盾了。后来法官给他调解下去了，调好后一方当事人回去之后他老婆就跟他打架，死活跟他离婚。就因为什么呢，就因为你这个调解不能让她接受，弄的让她吃亏了。所以这个我就有点什么担心，如果说在我们的法院调解中间注入强制性的因素，比如说我强制性你来，但不强制你出去，你可以不接受，但我强制你来。现在的问题是是个什么问题呢，我们的老百姓非常的害怕这些机关，尤其是农村里面，老百姓一说是打官司，就觉得是很大很大一事情。但如果说他去了，他就必须得接受了，他不接受的话说不过去啊。所以对强制性的因素非常担心。那么这就涉及到两个问题，我觉得如果在这个法院调解中间注入这一个强制性因素的话有利于提高这个调解效力，就是能很快的达成调解了。但问题它又涉及到一个什么问题，就是法律技术和公平正义之间它可能有一点点矛盾。我这一点想向您请教，就是如何来化解这种之间的这种矛盾。好，谢谢您！

范愉：现在这个问题实际上是两个问题。第一个就是你说的那个例证，我们听的非常多，其实它不是调解的问题，而是说法官不好好调解的问题。也就是说这个问题是这个法官的问题，而不是调解的问题。就像我们一个判决不好，怎么违背法律，违背情理，引起涉诉上访，但我们不能因为这些恶的判决就否定判决甚至审判本身。你拿一个调解的恶例就来否定调解，实际上是同样的道理。那么这些例子为什么经常会使用呢，恰好就是我们现在最担心的，就是一讲调解，都说是东方经验。我们的调解是多么悠久，其实很多人甚至调解员、法官对现代调解反而并不了解。调解真优势很多根本就没有发挥出来，往往反而是把调解那种不该有的东西发挥到极致了。这个恰好是对调解不懂造成的，如果是我们现在倡导的真正意义上的调解，就是充分的让当事人自愿，没有对当事人的任何欺骗，让当事人亲自诚信参与，让他发表意见，就不会出现那些事后的反悔、怀疑和误解。为什么在西方调解被认为是优于判决的东西，因为当事人认为不是一个法官在那儿给我强下的一个命令，而是我自己参与的处理。而且，调解可以把隐私啊个人的恩怨等通过对话沟通、发泄加以化解，而不是像法庭那样都不让随便说话，法官让举证就举证，让辩论就辩论，在调解中你可以尽情的去倾诉，双方沟通，很多历史积怨、感情问题都可以一并解决。我们现在自以为是一个调解的老祖宗、发源国、先进国，可是调解的优势很多没有发挥出来，很多的法官或调解员甚至都不懂什么叫调解。你提到的那个法官就是如此。我们在调解的培训中，告诉他们现代调解的原理和技能后，很多法官都觉特别获益。所谓说调解就是老实人吃亏，得看谁说的，你去问问宋鱼水这么说吗。你看看宋鱼水的案例中调解很多，她没一个不是为当事人着想。而且她真的使当事人的利益最大化，所以真正我看到的最好的法官都不是出不了判决，也不是不能做判决，他们确实是为当事人的利益着想去调解的。你要如果换一个背景角度去想，凭什么法官放着简单的事不干，费那么大的劲去帮你调解？如果你要是完全从那种不了解、不懂法官和调解员的立场出发都会导致这种荒谬的结论。前不久我给一些广东的基层调解员和干部讲课，说他们不需要讲调解的原理，要我三个小时给他们讲调解的技能，什么都听的津津有味，后来发现一些人根本不

懂什么叫调解。他们喜欢讲案例，希望按照法院的判决调解，所有的调解都有一个标准或最佳方案。其实真正的调解是非常个性化的，所以我们把它叫艺术。它比判决不轻松啊，而且更多的是法官要放下自己的这种惟我独尊和自大的态度和立场，要让当事人把它利益最大化。就像一个简单的违约责任，违约条款很清楚，判就判了。但是他创造性的通过其他的方式去把这个违约责任问题解决。比如说我们用其他的方式来进行补偿，比如说建立一个新的合同，它就更有创造性，所以才叫双赢。如果在调解中，自己首先自己认为调解就是老实人吃亏，调解就是让权利人让步，那个调解绝对不可能是双赢的，不可能让当事人满意。所以现在我们要解决的不是司法政策的问题，而是怎么能够让这些人在执行司法政策的时候真正懂得调解的艺术。这是第一个你要说的问题。

第二个，你对强制调解肯定不懂。强制调解不是像大家想的是依靠强制因素达成调解，而是一个带引号的法律术语，“强制”就是指法定前置程序。你比如像劳动仲裁，就称之为强制仲裁。一般的程序设计原理是，可以有选择性的程序，也可以是法定必经程序。选择性程序由当事人约定启动，并可以约定一裁终局。但是法定前置了，一般不是终局性的。主要是考虑当事人的心理和纠纷的特点。例如邻里纠纷等简单的案件，一进入诉讼，唇枪舌战地斗起来，不利于纠纷的解决和长远利益。强制调解就使得当事人诉讼先要经过调解，对方当事人必须到场调解。人民调解往往没有办法找到对方当事人到场调解，也不能拘传之类的，为什么法院的诉前调解具有好处呢？法院对起诉的当事人建议采用人民调解窗口进行诉前调解，对方当事人接到法院通知往往会想，如果我不调解的话，我就成被告了，一旦利用这个机会达成调解，对双方都有好处，这就是当事人自己的理性判断。所以我们一般在调解中千万不能有什么原告被告的牌子。最多就是当事人，最好什么牌子都没有。像日本，法官调解，就是和解促成，法律明确规定不许穿法袍，不能在法庭进行。为什么呢？就是要弱化职权和强制性色彩。所以“强制”是考虑到当事人的习惯，规定当事人双方参加调解的义务，但是并没有要求其必须接受调解协议。

当然形式上的“强制”有时是存在的，但并不一定是坏事。例如调解员主动介入，积极调解，有时也被人视为“强制”。但完全的自愿有时也很困难。人民调解立法的时候，司法部的草案规定了一个非常认真的程序，要求双方当事人申请。后来大家就开玩笑，你怎么可能让双方当事人一同申请呢？极有少有可能会当事人一块申请。像俩人都想离婚，虽然可以共同申请，但又不属于人民调解的范围。一般情况下不会共同申请，无论是打着来，还是手拉手的来，两边一块来的可能性不太大。那就是说，可以一方申请，可是最大的问题就是，一方申请要是不来怎么办？过去人民调解一向就是主动调解，就是不管你申请不申请，那儿打起来了，我就进入给你们俩隔开，开始调解。按照现在所谓的中立性原则，不告不理，似乎是不行。但是如果你从当事人的心理来讲，没有哪个当事人在打起来后希望别人都不要干预，双方永远打下去。其实这个时候，任何人的干预对他们来讲都是一件好事。他们虽然不会主动的停下来，咱们去申请调解，但是一般不会明示拒绝调解。从适合当事人的需求的角度话，这种主动介入，不明示的拒绝、消极的接受都属不违反自愿中立，过度强调形式上的消极中立是有害的。

真正的强制调解比这个又更进一步，考虑到调解对当事人没有害处，并没有剥夺其实质性的权利，有利于促进当事人参加调解，所以“强制”是合法正当的。很多国家都设立了这样的制度，北欧有几个国家所有的民事案件一律必须经过强制调解。但是注意，他们的强制调解不是由法官进行，正好满足了当事人不愿意进法院的心理。法定前置程序是由社会力量进行的，所以恰好给当事人提供了一个不上法院解决纠纷的途径。当然，这些国家都比较小了，所有的民事案件都可能通过社会性的、法院外的机构调解，调解不成，拿一个调解终结书才可以起诉，就像我们原来的交通事故处理程序。强制调解可以解决70%以上的纠纷，剩下不到30%进入法院，法官轻松多了。而且调解过程并没有强制当事人接受什么，完全是在自己参与、自己协商的过程中达成的合意。西方的国家对调解当事人做过调查，即便是调解不成的人，对调解的整个程序都没有怨言，都愿意再有机会的话继续尝试。为什么呢？因为其中没有强制，整个过程都是尊重了当事人的自愿、自主，而且对于私法自治原理没有任何违背。总之，你考虑的那个问题，并不是强制调解带来的，而恰好是解决这些问题的良策。

提问：我感觉您说的跟我说的是两个层面的问题。我觉得您是拿西方国家在很高层次经济基础层面和法律制度的调解来拿到我们国家来。我所接触到的那个调解实际使我们的老百姓很容易对我们的法律规范、法律条文和法官的做法产生误解。

范愉：我并不认为老百姓像你所说的那样反对调解，我看反对调解的多数是“精英”，而不是普通当事人。你能代表所有的老百姓吗？我本人调查的老百姓、当事人很多，而且我们一向都认为所有的改革包括立法，受益人必须是当事人。所有的改革都应该为当事人着想，而不是以前那样从原理、逻辑和法律人的理想出发。你以为调解真的就对法院有好处吗，你去看看现在法院推行的包括立案调解，检查一下像你所说的那种情况占大多数比例呢？还是当事人满意的占绝大多数？因为我看过很多法院做的比较好的，真的就是再没有上访，没有申诉，当事人满意，社会反响很好。我们没有办法挨个的去调查当事人，但是当事人的上访是自由的。他要不满意，不可能被堵住不去。而且你要相信今天的当事人，不是像过去那样什么都不懂。现在很多当事人都是有律师在帮助参与调解，如果他要觉得这个调解他拿不准，他会去咨询律师，律师对调解是一个很好的制约因素。所以永远认为老百姓都是愚昧无知的，调解对当事人没好处，是精英们自以为是的推定。推崇判决的人实际上有一种国家中心的强烈意识，而这种意识早已过时。难道我们中国老百姓永远必须得听国家，听法律的，什么都得按照一个法官的指示去

做？他自己就没有协商能力，就没有参与的本领吗？我觉得这样也是低估了我们中国的老百姓。我们这个方面做调研太多了，一些人民调解做的好的地方，完全做到了小事不出村，但那里面没有压制，人家就是做的好。远的不用说，我们近郊都有这样的，我都去做过调研。你可以代表一个老百姓，代表一个村的，一个地方或者你们家乡的。但是你不能代表所有的老百姓。而所有的调解、制度的改革都必须坚持一点，就是让当事人受益，也不仅仅是律师或者法官受益。这一点如果做不到，那你这种改革真的是没有意义的。

提问：范老师，我想问一个比较浅薄的问题。先举个例子吧，这个例子可能与这个无关，就是我来人大上学的第一天吧，到北京汽车站，然后打车过来人大。当时那个师傅问我，走桥上还是走桥下。幸好我来过人大，我说不管走桥上还是走桥下，你出门左拐再右拐。那这个问题呢就让我想到一点就是，在我们的诉讼程序当中，我们会注意注重当事人主义和职权主义的平衡。但是在我们的调解过程当中，当然我们这个调解人，他的心态、立场和他的技能并不很成熟的情况下，我们如何来保护弱势群体他的利益？我们应该进行怎样的一个制度规制或者说是怎样的救济渠道？

范愉：这是调解中非常具体的问题。我们前不久出了一套书，其中有一本叫《调解制度与调解人行为规范》。其中讲到调解员中立的问题，现在调解理论已经有了很大的发展，过去调解老强调中立，其实现代调解有些是可以能动的。调解中，什么叫中立？过去讲的是不偏不倚，有很多的形式标准，比如说像法官的回避等等。但是在调解中不用过多强调不偏不倚，为什么呢？有的时候一种熟人调解就是恰好是利用了自己与当事人之间的特定身份关系来发挥调解作用的。现代调解中就有许多的类型划分，其中一端是和解促进型的调解，强调调解人消极中立，尽可能让当事人自己协商，调解员的作用主要是创造和谐气氛，缓和气氛，提供了一些积极的调解氛围。另一端则是指导型或者评价型的调解，调解员的作用就比较积极，会提一些建议，比如说退休法官做的这些调解，大部分都带有这种特点，实际上提供的建议已经跟法律的判断非常接近了。如交通事故处理。调解的程序利益，包括成本降低、减少上诉，有利于履行等。总之，调解本身就是多元化的。

西方对调解的训练中，一定要告诉你不偏不倚的调解，是在双方当事人势均力敌的情况下的一种追求。但是如果双方当事人本身不势均力敌，你还不偏不倚，那么最容易导致的就是调解有利于强势，不利于弱势。这也是大家长久以来反对调解的理由。所以现在调解恰好强调要保证使双方当事人达到势均力敌，于是就需要帮助弱者。帮助弱者他的手段会比较多样，比如像刚才说的和解促进型，就不能赤裸裸的直接帮助。如果双方当事人能力相差很多的时候，为了使弱者方面增加能力，可以建议他咨询律师，提供法律援助等等。但是如果是指导型的话，它的帮助就可以是直接的，释明，大量的释明，直接解释法条。法条是客观的，对双方都是一样，但是弱者可能听不懂，我就对弱者，实际上是当着双方一块进行示明的，所以不属于偏向。那么另外还有一种情况，比如说家暴，这类调解有很多具体规则，调解员一定要注意，并不是光给双方调和了就行。如果家暴中涉及弱势群体，如未成年人、妇女、老人，就可能涉及刑事案件，调解员有义务举报。调解人的行为规范中，有许许多多的细致的规定。我们现在提到或担心的所谓调解的问题，其实在调解的实践中，早就都关注到了，而且有很多周全的解决方法方法和很多成熟的理论。比如说利益冲突原则，限制调解员、特别是律师在参与调解后，不能再为当事人任何一方做代理人，除非双方当事人都不反对。由此避免过去一些律师在调解时用支持一方起诉威胁另一方当事人，所带来的这种强制性的因素。所以通过调解员行为规范、技术规则，都能解决这些问题，并最大限度保证不使调解出现不公平的结果。还可能赋予调解人一些权利，比如他发现双方力量明显的不均等，在提出一些建议帮助仍解决不了问题的时候，可以主动提出中止调解等。这样的情况下，实际上调解的灵活度是非常高的。

提问：我是北京岳成律师事务所的律师，北京律协婚姻家庭专业委员会的秘书长，就是说我是特别关注非诉讼解决机制这一块。就是您刚才讲的过程当中也提到了，就是我们这个离婚，涉及身份关系这种纠纷，用现在的话就是说，到底咱们人民调解能不能做？做了之后的话，到底确认怎么来解决这个问题，怎么衔接的问题？

范愉：对，这是一个好问题。因为我们现在实践中大家都追求数量和业绩，将人民调解跟法院判决比，以此作为调解作用的评价标准。其实有的情况下，一个纠纷可能两个程序都走，并不是调解少，诉讼或判决必然相应增多。像美国要求所有的离婚程序，都要走司法程序，但是实际上当事人大量使用ADR，到法院去办离婚程序之前其实很多都已达成了离婚协议，有的是通过律师，有的是通过其他ADR。但是调解本身不能使离婚产生法律效力。于是就会变成非诉讼和诉讼二者兼用。司法程序还继续存在。但是ADR大大减轻了司法程序的负担，使司法程序就变成了一个登记性的行政性程序。我在美国曾经观摩过这种过程。法官的离婚程序非常简单，两边当事人都来了，调解协议也都达成了。法官就要双方当事人分别确认协议的内容，同时确认。实际上两个程序的衔接非常好。

那么我们现在的法院，有时候通过委托调解，如人民调解窗口调解离婚案件。原则上人民调解是不能调解离婚的，但是法院立案以后，再委托给人民调解去调解，就巧妙的解决了这个问题。达成调解协议后，分割财产、子女抚养都解决完了，法院可以将其转化为调解书。这样，表面上仍然走的是诉讼程序，但是同样借助了人民调解的力量。但是你在法律中可能看不到依据。我还知道有的法院让人民调解调解，通过确认让调解协议生效。但是，最高人民法院3月份的司法解释明确的把人身关系是排除在外。当事人可以先走个人民调解达成协议，然后

到法院来立个案，说我们已经达成调解协议了，让法院出个调解书，非常简化。实际上大大减少了司法程序的负担，而且当事人自己的这种意志和协商性也都体现出来了。但是在统计数字上无法显示人民调解与诉讼的关系，谁多了谁少了。

提问：范老师，就是您刚才提到的这个对调解协议的确认，法院主要是形式审查，那么我就有两个疑问。第一个疑问，我们现在的司法解释也规定了，人民调解协议可以通过公证机关的公证获得强制执行力。那么这个强制执行和确认之间会不会有什么冲突的问题。第二个疑问，如果说只是做形式审查的话，那么你也讲到说我们在司法确认的过程当中，实际上要求一个判断是什么呢，这个协议本身是否适宜执行。那么适宜执行本身是否就涉及到实质的东西呢，你这两者之间怎么协调？调解是否是一种私人产品？

范愉：我认为，司法确认程序立法完成后，公证可能会被挤压。因为司法确认的收费特别低，远远低于公证。当事人肯定会选择确认。现在人民调解也好，还有像商事调解，都把司法确认作为卖点，向当事人讲他们达成的调解协议可以确认，以此增加对当事人的吸引力。但是，公证也还会继续存在。也就是说，当事人两个都可以选择。调解协议的司法确认本身不排斥公证继续存在，但是事实上肯定会造成一个挤压。

至于能否执行是形式还是实质审查，我个人认为呢，也属于一个形式审查问题。因为它不做特别深究，对调解协议是否可以执行只是做一个形式上、而不是深度的调查，如它有多少财产啊，是不是有什么隐匿的可能性。主要是看，比方当事人协议的内容，能不能执行。就像我刚才说的，常回家看看，或者这个债务人是否有财产或能力，如果完全没有财产和能力，你确认了恐怕也没有用。在这种情况下，还不如让他直接就达成一个分期付款或者类似这样的约定，直接有可执行可能性的这样一个意见。

所谓私人产品问题，调解本来是双方的事。民事案件或民事纠纷，属于私法自治范畴，当事人的处分权优先的，即使在诉讼中，当事人的处分权也是优先的。假如一个案子，法官觉得应该做出判决，生产一个公共产品，可是人家当事人双方就是要和解，你能我必须出一个公共产品，不许你们俩和解吗？不行。所以从民事诉讼本身的定位来讲，它就是当事人权利优先的，在这种情况下，你定位它是私人产品没有什么关系，只不过我们过去认为公共产品或公共利益当然应该凌驾于当事人的利益之上，恐怕这个想法不太适宜了。

主持人：范老师给我们滔滔不绝、一气呵成，讲了两个半小时。那么对于调解制度给我们，可以说是描述了一幅全景图，既有国外的调解制度，也有中国的调解制度。既有诉讼外的调解制度，也有诉讼中的调解制度，各种各样的调解。范老师对内容都非常熟悉，可以说是如数家珍。因此可见范老师对调解制度的把握可以说是非常的好。前面我们所说的，说范老师是ADR之父或者之母是名不虚传的。那么范老师在这个讲座当中，提了也是非常好的问题，主要就三个方面的问题都做了非常精辟的分析。一个就是强制性的调解；第二个就是委托调解；第三个就是司法确认。那么在这三个方面，确实民事诉讼法的修改都讨论了，而且现在呢有的已经确定性的在民事诉讼法修改的条文上。有的在民事诉讼法修改当中呢，可以说他是在有点徘徊、有点犹豫。还有可能目前立法者的视野，所以这一些问题呢，可能还有待于我们进一步的思考和探索。那么今天范老师就给我们提供了很多的启发。我相信大家和我一样也都是很有收获。所以我建议大家再一次用热烈的掌声对范老师表示感谢。好，今天的讲座就到这儿，也谢谢同学们的参与！

家事诉讼特别程序研究

北京大学 傅郁林

一、中国家事纠纷的界定与家事诉讼的基本现状

在中国，不存在独立的家事纠纷解决程序，也没有独立、统一的“家事纠纷”概念。在中国法院的司法统计上，婚姻、继承案件合并为一类案件，与合同案件及权属、侵权案件并列，成为民事案件的三大类型之一。根据最高人民法院关于民事诉讼案由的规定，婚姻、家庭纠纷包括：离婚纠纷、婚姻无效纠纷、撤销婚姻纠纷、子女抚养纠纷、抚养纠纷、扶养纠纷、监护权纠纷、探望权纠纷、赡养纠纷、婚约财产纠纷、离婚后财产纠纷、离婚后损害赔偿纠纷、同居关系析产、夫妻财产约定纠纷、分家析产纠纷；继承纠纷包括：法定继承纠纷、遗嘱继承纠纷、被继承人债务清偿纠纷、遗赠纠纷、遗赠扶养协议纠纷。

在实体法上，婚姻、家庭关系受《婚姻法》、《收养法》调整，继承关系受《继承法》调整。虽然均属于民法（中国基本上采民商合一）范畴，但在课程开设和理论研究中，婚姻法学相对独立于民法学而成为一个独立的学科和研究领域；继承法则常常包含于民法学之中。在司法管辖权上，婚姻家庭案件和继承案件在级别管辖上与普通案件相比均无特别之处，都没有实行专属管辖；在地域管辖上，继承案件属于专属管辖的范畴，而婚姻家庭案件实行普通管辖。

在程序上，不仅婚姻、家庭、继承案件之间没有分别，而且与其他的民商事案件也没有分别，都适用一般诉

讼程序——第一审程序区分为普通程序与简易程序，两类程序的裁判结果都可以提起上诉而进入第二审程序，在两审终审之后如果生效裁判中发现民事诉讼法（2007年）所规定的13类事由之一，均可提起再审程序；在诉讼理念和诉讼模式上，婚姻家庭诉讼与其他所有诉讼程序完全一样，也经历了同样的改革路径——从国家干预主义向处分权主义、从职权主义向辩论主义的总体方向转变，而在近几年以来又呈现出某些程度的逆向回归，直到当下中国法律界开始在一定层次上清算前期改革方向，重提“能动司法”——虽然概念定义各异，观点分歧纷呈。就大陆法系国家在家事诉讼中享有一席之地的检察院的角色而言，在中国民事诉讼中检察院的角色同样未受案件类型的影响，它不是在公益性质的案件中代表国家利益或社会利益的代言人，也没有起诉权和上诉权，而是以宪法所规定的“法律监督者”身份，对发现错误的生效裁判提起抗诉从而引起再审。

就法院调解在诉讼中的角色而言，中国在所有民商事案件中都适用调解，并且采用“调审合一”（即调解法官与审判法官为同一个/组人）模式。但相对而言，婚姻家庭案件的审理在政策和法律上更强调调解，比如《婚姻法》明确规定，审理离婚必须先行调解，不过在司法实践中许多法官一度因为结案率的强大压力而善于利用自由裁量权敷衍这一强制规定；再如最高法院2003年关于简易程序的司法解释中，确定的几类适用调解前置程序的案件，主要是家事小额财产纠纷，俗称“三费纠纷”，即抚养费（夫妻之间）、抚养费（对子女）、赡养费（对父母）。就司法实践中的诉讼调解率来看，婚姻家庭案件也明显高于普通案件。以2009年为例，婚姻家庭继承纠纷结案1380762件，占总数5797160件的23.82%，其调解率为47.73%，比合同案件调解率32%、权属、侵权案件调解率34%分别高出十几个百分点，另外还有22.212%的案件撤诉，略高于后两类案件。2008年的状况与此大致相似，只是案件数和调解率总体上略低于2009年。就调解政策的发展动态而言，所有类型的民商事诉讼都经历了“以调解为主”（1954-1982年“十六字方针”），到“着重调解”（1982年民事诉讼法），再到“自愿、合法调解”（1991年民事诉讼法），再到“调判结合，案结事了”（2003年以降）的政策变动过程。与此同时，法院对于诉外调解的介入、协调和审查确认也逐步制度化。

笔者重点讨论的前提性问题是：如果以建立中国的“家事诉讼程序”为目标，那么最高法院诉讼案由中所列举的那些案件类型中，哪些能够真正列入以“家事诉讼”程序的范畴？余下问题是，案由中所列举的婚姻家庭纠纷还可以进一步划分为家事身份关系纠纷和家事财产纠纷两大类，为了区别起见，我在本文中姑且将前者称为“人事诉讼”，而将两类案件的总和称为“家事诉讼”，那么我的问题是，在中国民事程序中，家事诉讼的范围仅限于人事诉讼，还是在人事诉讼之外还可以列入某些家庭财产诉讼？既然一般认为家事程序的诉讼标的是身份关系，而且这也恰恰是家事程序之所以具有区别一般民事程序的种种特征的基础或理由，那么基于这种身份关系提起的财产诉讼，如果不是身份诉讼的附带目标或合并的诉讼标的，而是独立的目标和诉讼标的，比如最高法院案由中所列举的婚约财产纠纷、离婚后财产纠纷、离婚后损害赔偿纠纷、同居关系析产、夫妻财产约定纠纷、分家析产纠纷，是否也可以适用家事诉讼程序？我认为，即使可以适用，也应当附加一些条件或限制，与纯粹的人事诉讼有所区别。如果这一前提可以成立，那么，具体的附加条件或限制是什么？其法理依据或实践根据何在？上述问题的答案将直接决定以下要展开讨论的一系列问题的答案。

简而言之，我认为中国真正需要适用人事诉讼程序的家事纠纷主要包括以下几类：（一）婚姻关系纠纷，包括解除婚姻（离婚）、撤销婚姻、婚姻无效之诉；（二）收养关系纠纷，包括收养关系的终止（包括解除）、撤销、变更或无效；（三）亲子关系纠纷，包括因确认父亲、否认子女、认知子女、认知子女的撤销或无效等纠纷。除“纠纷”之外，还有适用非讼程序解决的婚姻家庭事件，二者之间的分界尚待进一步确定。

二、家事纠纷解决机制——以案件分流为目标

（一）家事身份关系的行政登记与司法裁判

在中国，结婚登记是婚姻关系成立的必经法定程序，亦即结婚必须经过民政部门的统一登记。但离婚的方式则分为两大途径：1. 向民政部门登记离婚，前提是双方在离婚协议中已经自行解决了子女抚养问题等重大基本问题，没有需要提交解决的纠纷存在。2. 向法院提起诉讼，请求裁判离婚。法院受理的离婚诉讼包括两类：一是双方达成协议的、无争议的离婚案件，由法院审查后直接根据离婚协议作出裁判；二是有争议需要法院裁判解决的离婚案件，经审理后作出裁判。第一类起诉案件与向民政部门登记离婚的案件在特征上并无实质差异，也就是说，无争议的协议离婚可由当事人选择行政登记或诉讼裁判两种方式。对于无争议离婚案件而言，民政部门登记离婚有某些优势，比如简易、便利、便宜，不过，实际上民政部门在办理无争议离婚方面并未显现出应有的明显优势，许多人更愿意选择向法院起诉离婚的方式有多方面的原因：其一，离婚协议涉及财产事项的，法院裁判在

执行上更有保障；其二，当法院已经依据当事人双方的意愿裁判离婚时，民政部办理离婚仍然沿袭要求当事人提交所在单位证明的旧规定，因此那些不愿让本单位知道这一隐私的当事人更倾向于选择起诉方式；其三，许多法院都建立了速裁庭，办理离婚协议审查、批准的时间并不比民政部门办理登记的时间长多少。

与婚姻关系不同，收养关系的成立并不以登记程序为要件，只要符合《收养法》关于收养条件的实质性规定，当事人可以自行通过收养协议或收养行为建立收养关系。而收养关系的解除程序，与收养成立的程序相应，即，收养关系是通过民政部门建立的，则其解除也须经过民政部门登记，以其他方式成立的收养关系则不必如此。如果当事人之间就收养关系的解除不能达成协议而发生争议，则须通过诉讼来解决。

在上述身份关系确定之后，在中国还有一道重要程序，即户籍登记。户籍制度是中国独具特色的一种身份确认制度，婚姻状态和其他家庭身份关系都是户籍登记的重要内容。无论是通过民政部门登记还是通过法院判决，抑或协议成立的收养关系，最终都要向户籍管理机关即公安部门户籍科申报登记，才算真正完成家庭身份关系的确认程序。

就发展目标而言，由民政部门与司法部门共同管辖（当事人可自行选择）无争议身份关系确认与解除的体制，虽然源于行政权过于宽泛和非讼程序的缺位，但就目前案件分流的发展趋势来看，将无争议身份关系的确认和解除交给民政部门来承担，理论上似乎没有明显障碍；也没有实证数据表明，民政部在审核上述案件时在涉及第三人利益（如子女）或社会公序良俗方面存在多于法院的瑕疵；而且无论哪种方式解除婚姻，最终的身份登记都由公安户籍管理部门归口管理，因此在身份的确定性的统一性方面也没有明显问题。有鉴于此，笔者暂时找不到改变这种模式的理由。不过需要注意的是，在这种可以由当事人自行选择的二元途径并存的背景下，民政部门和司法部门应当适用同一部实体法，适用相同的审查标准，并采用相同的审查程序，以避免“程序选购”者钻制度的空隙，更为了避免“一事再理”所产生的多种问题。当法院的非讼程序生长和完备而成为多数当事人自愿选择的途径时，民政部门的此项权限也许会渐渐萎缩，寿终正寝。

（二）家事财产纠纷的诉外解决途径

近年来随着诉外解纷途径的迫切需求，家事纠纷与其他民事纠纷一起无差别地纳入了诉外解决新的制度框架，比如，最高法院2009年《关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》（下称《衔接意见》）规定，人民调解委员会、商事机构或其他民间调解组织主持下达成的调解协议，可经司法审查确认后生效，涉及给付内容的可经公证确认后制作公证债权文书或经司法审查确认后申请支付令。那么，上述调解机构的管辖事项是否包含婚姻家庭纠纷？身份关系与财产关系是否有所区别？司法审查确认的内容、方式和效力是否有所不同？这些问题的答案，仍然依赖于对家事纠纷的定义，需要将家事纠纷与普通民商事纠纷区分开来，同时将家事财产纠纷从家事身份关系纠纷中剥离出来。以下就两种主要的诉外解纷途径进行探讨。

1. 关于涉及婚姻家庭的财产纠纷的可仲裁性探讨

在中国，民商事仲裁的范围相对狭窄，虽然理论上说，财产纠纷均属于仲裁范围，但根据仲裁法第3条的规定，婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷不能仲裁，实践中，与上述事项相关的所有纠纷，包括身份关系纠纷和财产纠纷，均被排除在仲裁主管范围之外。然而，在婚姻家庭身份关系没有争议的情况下，涉及婚姻家庭的财产纠纷并非都涉及公序良俗，许多案件是当事人双方根据协议确定的财产关系，比如最高法院案由在婚姻家庭纠纷中所列举的婚约财产纠纷、离婚后财产纠纷、离婚后损害赔偿纠纷、同居关系析产、夫妻财产约定纠纷，等等，这些案件与普通民事案件并无很大分别，即使在民事诉讼中也应当与人事诉讼区分开来，应当允许当事人协议选择仲裁。

2. 关于婚姻家庭纠纷的民间调解与司法确认

在中国，民间调解是解决纠纷的重要途径，仅以人民调解委员会为例，2008年经人民调解协议解决的纠纷达500多万件，而同年民事诉讼结案数为530多万件（收案540多万件）。除此之外，还有经商事调解组织、行业调解组织或者其他具有调解职能的组织以及行政机关主持的调解，近年来也在迅猛发展。根据最高法院2009年《衔接意见》，由这些调解者主持达成的具有民事权利义务内容的调解协议，经双方当事人签字或者盖章后，具有民事合同性质。该意见还强调规定了法院对于人民调解的监督和指导。但是，无论是《衔接意见》，还是《人民调解法》（草稿），对于人民调解受理案件的范围均未限定，《衔接意见》只是在关于不予确认调解协议的效力的情形中排除了刑事案件。那么，人民调解委员会是否也可以主持各类家事纠纷案件，包括身份关系纠纷案件，比如达成解除婚姻和收养关系的协议。法理上，既然这类案件可以由当事人自行协商达成协议，那么经

民间调解达成协议应当也不存在什么障碍，只不过也需要与当事人协议一样提交民政部门或法院进行确认登记，其审查标准和程序应当也与自行达成的协议离婚一样。

新的问题在于，依据《衔接意见》，包括身份关系在内的所有类型的民间调解协议，均可通过司法确认程序而赋予法律效力。目前规定的司法审查包括审查模式非讼式审查和诉讼式审查（关于这一重要问题，笔者将另文讨论）。非讼式审查模式为形式审查，由双方当事人共同申请和同时出庭（一方当事人申请，另一方表示同意的，视为共同申请），法院由独任庭审查当事人提交的调解协议书和承诺书，确认双方当事人达成协议的自愿性和合法性（没有恶意串通、规避法律），并承诺承担因该协议内容而给他人造成损害的相应的民事责任和其他法律责任。如果不存在违反法律、行政法规强制性规定，侵害国家利益、社会公共利益，以及侵害案外人合法权益等不能确定协议效力的情形，则制作司法确认书，其中有权利义务内容的，则由法院通过司法确认程序赋予该协议以强制执行效力，或者由当事人据此向法院申请支付令。那么，如果涉及身份关系，比如离婚协议或终止收养关系的协议，经非讼式审查而作出的司法确认书，能否以及如何才能与司法判决书或调解书产生相同的法律效力？这可能成为中国未来非讼程序建构中需要考虑和协调的一个问题。对民间调解协议的诉讼式审查模式以撤销、变更或履行调解协议为目的提起诉讼，适用正常的审判程序——简易程序或普通程序，其中所产生的“旋转门”现象将另行讨论，不过在此方面家事案件并没有与普通案件相异的特别问题。

三、家事诉讼特别程序——以程序分类为目标

（一）由单一性走向多样性的程序分类

在中国，家事诉讼特别程序的建构是整个诉讼程序分类建构目标中的一部分。中国的诉讼程序总体框架是在简单的社会关系背景下，依附于刑事诉讼程序模式建构起来的。所以程序体系呈现出结构简单、标准单一的问题，这一问题在审级制度、管辖制度、程序分类等方面都有体现。中国在改革开放之前，民事案件从类型到内容都比较简单，主要是婚姻家庭纠纷、邻里纠纷、侵权纠纷等传统民事案件，因而从程序构造上看，纠纷解决主要依赖于调解而非“对抗-判定”式结构，加上计划体制和国家干预理念之下的权限配置模式，诉讼进程和事实查明都主要由法院职权控制。这些程序特征其实更接近于人事诉讼程序。

因此，当案件类型日益多样和复杂时，特别是当专业、复杂、大额、对抗性强、以高效快捷为特征的商事案件大量出现时，传统诉讼程序就显露出严重的不适应。程序改革的最初路径是将海事海商、知识产权等专业性较强、国际化程度较高的典型商事案件归口由专门法院或专门法庭审判（后来这一模式又扩展到证券案件），同时单设经济审判庭以区别于审理传统民事案件的民事审判庭。然而，随着大量的商事合同纠纷、公司纠纷、保险纠纷、金融证券纠纷等普遍性的商事纠纷的大量涌现，商事纠纷不可能再作为例外或特别问题通过单独划分出一个一个的专业法庭/法院的方式来解决审判专业化问题，特别是由于商事纠纷在数量与传统民事纠纷分庭抗礼，在金额上则显示出明显优势，其重要性加之其问题之新颖、之困难、之复杂性，都足以吸引改革者的注意力而使之成为改革的重点和方向。于是启动了始于90年代、回应市场经济体制、体现商事审判特点的民事程序改革——以体现处分权主义和辩论主义的各种改革方案推陈出新，集中体现在本文注释2所提到的最高法院1999年和2001年的两个司法解释。至今看来，这一改革是非常必要的。但这一时期改革的重大缺陷是未及时实现程序分类，其结果是，一方面家事诉讼特别是身份诉讼的职权主义特点和用于满足某些商事案件的快捷性（和执行性——也就是行政性）特点均未受到应有的认识、关注和回应，这就使得总共占全部案件1/3以上的两类特别程序——家事诉讼程序和非讼程序都不得不搭乘以商事诉讼程序为核心的民事程序改革的一揽子改革班车，在处分权主义和辩论主义的基本理念统一指导下，统一向着诉讼程序的对抗化、规范化、专业化、高成本化发展。

可以想见，这一不分案件类型的统一程序改革方案对于传统民事案件特别是家事案件的关照不周，加之改革本身缺乏足够的资讯、智识和积累所带来的种种问题，恰又遭遇社会动荡时期向底层百姓（多为传统案件的当事人）倾斜的宏观政策，导致了对前期改革的清算和逆向性改革——在社会和谐目标之下的法院调解，借助和体现法官职权的“案结事了”和司法能动，成为本世纪特别是近五年以来新的改革目标和政策方向。然而很显然，这种不分类别的统一程序，无论保持或转向哪个方向，当其适合于一些类型的案件的同时，总会有另一些类型的案件不能合适，就像均码鞋子不可能适合于型号不一的脚，不仅不能削足适履，而且即使统一改鞋也并不能适足；相对有效的办法只能是将鞋设计为不同型号，才适者较众。程序分类可以让家事纠纷归于家事程序、让商事案件归于商事程序、让非讼事件归于非讼程序，而不必不分皂白地混装在民事案件和民事程序这个大框里。

（二）家事诉讼特别程序的“特别”之处

1. 家事纠纷的特别之处及其对家事程序构造的主要影响

家事纠纷的特别之处是相对于一般民商事纠纷而言的。一般民商事纠纷仅涉及私人财产权益，因而自治性和处分性是其核心特征，而且主体具有相对性。家事纠纷虽然也涉及到私人权益，包括财产权益，但由于这些权益是基于特定的身份关系而产生的，而一个人的身份及其与他人之间的身份关系构成一个国家和一个社会的“秩序”的重要部分，因而私益性之外还兼有公益性，从而使得其自治性和处分性大打折扣，而要受到法官乃至检察官代表国家进行的职权干预；同时由于这种身份关系还可能影响到当事人以外的其他人，因而家事诉讼的主体具有一定开放性。此外，家事关系和纠纷还具有长期、多次“交易”性和情感因素，因而不仅普通民事诉讼那种基于对抗性的辩论进行的非白即黑式的事实认定既难以实现也非最佳选择，相对于这种局限于特定主体和特定诉讼标的而作出的决断性裁判而言，调解因其开放性、修复性、纠纷解决的彻底性、以及节省事实查明的成本等方面具有明显优势和适宜性。家事关系的私密性也影响审判程序的公开性。

2. 家事诉讼的管辖、救济与监督

在中国，管辖制度是指法院内部受理案件的分工。故这里的讨论不包括法院“主管”，即法院与其他国家机关和社会团体受理民事纠纷的分工。目前家事诉讼的管辖权与其他民事纠纷无异，在级别管辖安排上取决于争议的财产金额，身份关系诉讼则基于民事诉讼法第18条所规定的原则而由基层法院管辖，即，除该法另有规定外，一审民事案件均由基层法院管辖。但目前家事案件的级别管辖并非基层法院专属管辖，一方面身份案件并未排除其他级别的法院管辖，另一方面大量基于家庭关系提起的财产案件因争议金额达到上级法院的级别管辖权标准而由适格的上级法院受理。加之中国禁止以协议管辖改变级别管辖（协议管辖不得违反关于专属管辖和级别管辖的规定），因此可以说，家事纠纷的管辖是根据争议标的额确定的法定管辖。

就发展目标而言，家事身份关系纠纷应当由基层法院专属管辖，其理由是，家事身份关系更贴近于基层，在调查事实、方便诉讼、利用道德因素、社区影响等促成调解等方面都有明显优势，同时也让中级法院主要侧重于商事案件，最终形成各级法院之间的职能分层。家事财产纠纷如果就财产纠纷单独起诉，则与普通民事案件适用相同的级别管辖标准；家事财产纠纷与身份关系纠纷一并提起诉讼的，应将两诉合并审理，不过此时在级别管辖上应当采取由上级法院吸收基层法院身份诉讼的方式，以防止当事人通过选择和变更诉而在级别管辖上做文章。

关于家事诉讼裁判的救济途径。目前中国实行两审终审制，但适用特别程序作出的裁判适用一审终审制，目前正在酝酿建立有限三审制。那么，家事纠纷裁判的救济途径应视情况而定。其一，适用诉讼程序解决的家事纠纷，原则上采用两审终审制。不过由于家事纠纷的级别管辖适用基层法院专属管辖，因而根据职能分层和保障各级法院工作量均衡的原则，同时为了保障家事纠纷中的重要法律问题和/或涉及社会公序良俗和政策导向的案件能够抵达法院高层，因而，由基层法院专属管辖的家事案件应当直接向高级法院上诉。其二，适用非讼程序解决的案件，适用一审终审制。关于家事案件的检察监督。目前中国民事诉讼法规定了检察院对民事诉讼实施监督权的基本原则，这适用于包括家事纠纷在内的所有类型的案件。但真正需要和应当适用检察监督的案件，应当是涉及国家利益和社会公共利益的那些案件，在家事纠纷中就是身份案件。

违法形成的身份关系应当允许当事人、利害关系人、检察院启动撤销违法身份关系的程序。但现行法中却不存在独立的撤销程序。同时最高法院司法解释明确规定离婚案件中的身份关系不允许再审。导致近年来呈明显增长势态的虚假离婚诉讼形成的判决无法获得应有的救济。一些法院在受理起诉离婚的案件后，并未尝试或穷尽法律规定的直接送达、邮寄送达、留置送达、委托送达等法定方式，而是直接采用公告送达的方式，向被告送达了起诉状副本和开庭传票，然后在被告一方（往往是女方）未到庭的情况下缺席判决离婚。随后又采取同样的公告送达方式，向被告送达了判决书。我国民事诉讼法及相关司法解释严格规定了法院的送达方式，作为对双方当事人行使诉权的最基本程序保证。根据这些规定，适用公告送达的前提，必须是受理法院已经穷尽了民事诉讼法规定的其他方式仍无法送达。特别是在涉及身份关系的离婚诉讼中，我国《民事诉讼法》第62条还特别规定：“离婚案件有诉讼代理人的，本人除不能表达意志的以外，仍应出庭；确因特殊情况无法出庭的，必须向人民法院提交书面意见。”该规定正是基于身份关系的特殊性，当事人意志表达的不可替代性，身份关系变更的对世性和法律后果的复杂性，强调离婚诉讼当事人必须亲自诉讼。因此，以合法的方式通知双方当事人，使其能够亲自参加诉讼活动，是非常必要、不可省略的程序。如果在一个关乎男女双方身份关系重大变动的离婚诉讼，针对案件当事人的被告女方，原审法院在送达程序上一而再、再而三地严重违法，剥夺了当事人最基本的辩论权利，那么送达和庭审程序的违法性将导致原审裁判无效，应当允许当事人、利害关系人、检察院启动撤销程序。

3、律师有关家事诉讼程序完善交流意见

试论家事诉讼程序的建立与完善

贾明军、吴卫义（上海沪家律师事务所）

【内容提要】家事诉讼隶属于民事诉讼程序，是专门解决家事案件的诉讼程序，是具有一定特殊性的民事诉讼，正是这种特殊性决定了家事诉讼在法律规范方面应当有许多不同于一般诉讼程序的规定。虽然我国也已经从法律上认可了身份关系诉讼程序的特殊性，但诸多规定都零散于各个法律规定中，不成系统且难以操作。目前，不少国家的家事诉讼制度在离婚研究和制度构建上都日趋成熟。因此，随着我国家事案件复杂化、专业化、多元化的发展趋势，完善我国家事诉讼程序，乃至建立独立的家事特别诉讼程序已成为一种必然。

【关键词】家事案件 家事法庭 婚姻关系 人身属性

引言

诉讼程序作为解决社会纠纷的规范性机制或方法，必定随着社会的发展而改进。尽管多年来诉讼法学理论的研究成果丰硕，但在家事诉讼程序领域，涉足者甚少。自1991年我国《民事诉讼法》颁布以来，仅2007年10月28日第十届全国人民代表大会常务委员会进行了一次局部修改，如对再审程序和执行程序的修改，修改后的《民事诉讼法》在审判和实践当中很大程度上提升了案件的可行性和操作性。

但随着社会分工的细化，随着案件多元化的发展趋势，审判实践中层出不穷的问题不断出现，如依一般程序审理的有关身份关系诉讼的案件，总被许多例外程序规范束缚，家事诉讼在程序中通常受到一种无形的挑战。¹⁰⁸基于此，家事诉讼程序的建立与完善对社会各界包括学者、律师、法官而言都具有重大意义。

一、我国有关家事诉讼立法之现状

（一）家事诉讼程序的立法背景

家事国事天下事，我国的《婚姻法》、《收养法》、《民事诉讼法》以及这些法律的有关司法解释均已经认可了家事诉讼的特殊性，但这些规定散见于各个规范性法律文件或同一法律文件的不同章节中，不仅使当事人难以找到完备的规范，而且还造成了一般规定与特别规定在适用上的混乱。

自2011年8月《婚姻法司法解释三》颁布以来，一时激起千层浪，社会各界不同的声音不绝于耳。但不可否认的是，家事案件在司法实践当中的矛盾突出问题得到了很大程度的解决，为律师办理家事案件和司法机关处理家事诉讼提供了强有力的依据。此后两个月不到的时间里，也就是2011年10月《民事诉讼法》修改草案第一次被提请全国人大常委会初次审议。修改草案中有关于家事程序的建立与完善更是得到了社会各界的高度关注。

（二）家事案件数量占据民事案件比例居高不下

在我国目前的司法实践当中，家事案件的数量占据了整个民事案件数量的四分之一，甚至是三分之一，这样庞大的数字显示了司法机关在处理民事案件中对于家事案件所要付出的资源和精力较其他民事案件都非常高。

家庭是社会最小的细胞，是整个社会关系最核心的部分，家庭的和谐关系到整个社会的安定，对家事案件处理的好坏直接关系到社会的可持续发展，所以建立完善的家事诉讼程序，提高家事案件的审判质量，于社会而言至关重要。

（三）家事案件处理机构不统一，民政机关亦有管辖权

根据修订后的《婚姻法》及《婚姻登记管理条例》的相关规定，婚姻登记机关可以受理的婚姻案件包括，无效婚姻、可撤销婚姻以及因程序问题引起的婚姻成立或不成立纠纷。比如说，《婚姻法》第11条规定：因胁迫结婚的，受胁迫的一方可以向婚姻登记机关或人民法院请求撤销该婚姻。而《婚姻法》12条对于无效婚姻的主管机关没有规定，由于婚姻法规定不明，加之受已失效的旧《婚姻登记管理条例》第25条、第28条（婚姻登记机关有权受理宣告婚姻无效的的申请）的影响，目前不少人仍然认为婚姻登记机关可以受理无效婚姻纠纷。有的法官甚至认为：应当由婚姻登记机关处理无效婚姻，如果婚姻登记机关对其“结婚登记未撤销法院不能判决其婚姻无效”。¹⁰⁹

可见，处理婚姻无效和撤销婚姻关系的纠纷不管是司法机关，民政部分也有一定的处分权，这使婚姻案件处理起来较分散，不够集中。

（四）法院处理家事案件“民行分离”影响案件审判质量

目前法院审理家事案件的现状是“民行分立”：（1）由民一庭审理一般离婚、婚姻无效、撤销婚姻、抚养、赡养、收养、继承等家事案件。（2）由行政审判庭审理婚姻行政案件。这些婚姻行政案件，有一部分与民庭直接受理的婚姻无效或可撤销婚姻的性质是一致的，但更多则是当事人认为婚姻登记机关违反婚姻登记程序，当事人

¹⁰⁸ 《对我国设立家事诉讼程序制度的宏观思考》腾威 江苏淮安市淮阴区人民法院

¹⁰⁹ 朱友学《婚姻效力探析》，中国法院网 <http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=132419>

对婚姻登记机关不撤销或撤销婚姻登记不服，或者婚姻登记机关不受理当事人要求撤销婚姻登记的请求，而向法院提起行政诉讼的案件。¹¹⁰

可见，对于婚姻无效和撤销婚姻关系的纠纷在法院内部由行政庭来审理，而非民庭。但行政庭的法官对于家事案件，尤其是对婚姻案件的专业知识结构不如民一庭的法官，这种现状严重影响了婚姻审判的质量，从一定程度上不适合婚姻案件实际情况的需要。

（五）家事诉讼程序与其他民事程序无明显差别

我国在现行法基础上承认家事诉讼与普通民事诉讼之间的差异，但对于家事案件的特殊性认识和重视程度还不够充分。对于家事案件，我国法院目前的做法是将其安排在民一庭来处理，现行的民事诉讼法对于家事纠纷案件的诉讼没有设立专门的诉讼程序，更没有独立的家事诉讼程序法，但在民事案件总量持续增长的大形势下，家事案件的绝对数量仍然是非常庞大的，虽然民事审判方式改革中许多实务性的操作发生了改变，但身份关系的诉讼与其他民事诉讼无明显差别。一律适用同一程序和同一诉讼类型的传统做法不仅不科学而且有些落后。¹¹¹

通过以上所有的分析看出，对家事案件进行集约化诉讼，在程序设置与机构设置上对家事案件“区别对待”，完善家事诉讼程序，乃至在我国建立独立的家事诉讼程序是符合社会经济发展和法制现代化之路的。¹¹²

二、建立与完善家事诉讼程序的几点意见

（一）设立专门的家事法庭

1、家事案件数量庞大，设立家事法庭有其现实意义

所谓的家事案件，多数是指婚姻案件、赡养扶养案件、遗产继承和析产案件、收养关系案件，主要包括亲属身份争议和以亲属身份为依据所产生的财产争议两大类。

据不完全统计，2003年---2007年五年来，全国各级人民法院审结一审民事案件2214.5万件，其中审结婚姻家庭、遗产继承等案件593万件。某市第二人民法院也曾发布2011年审理家事案件调研报告，该报告显示该院去年共审理家事案件442宗。结案率为88%，其中离婚案件就占据了372宗，超过了总体家事案件的80%，离婚案件涉及财产分割和债权债务处理诉求的超过了270宗，占据离婚案件70%以上。也就是说该院每天要审理的家事案件就多达一到两件。所以家事案件所涉之多，设立专门的家事法庭有其现实意义。

2、家事案件有其人身属性，建立家事法庭有重要的伦理意义

家事诉讼程序与普通的民事诉讼程序有所不同，具有其自身的特点，因家事案件涉及到人身权，其缔结婚姻而产生的亲属关系是彼此之间享有权利和承担义务的原始依据，这种人身权是终身而非一时，而一般的民事案件不涉及到人身属性。从此种角度来讲，家事案件不仅涉及到法律关系，更涉及到社会伦理关系。一旦处理不好，可能影响到家庭成员之间原本稳定的血缘关系，严重的甚至造成数代人的恩怨纠葛。也正因为这样的人身属性，所以当事人的自由处分权较其他民事案件受到一定的限制，这也是家事案件与一般的民事案件存在天壤之别最大因素之一。所以，为了更好的促进家事纠纷案件的解决，成立专门的家事法庭，对家事纠纷案件集中且专门化审理有一定的伦理意义。

3、家事案件呈现多元化，建立家事法庭有重要的学术意义

随着社会经济的发展，股权越来越成为社会财富最主要的表现形式，在上个世纪90年代后期，中国尤其是南方的很多城市涌现出了一批创业热潮，很多“夫妻店”应运而生，随着中国经济的好转和公司日益发展壮大，曾经的小作坊如今衍变成了社会知名度很高的大公司，更不乏有些公司已经走上融资上市的大舞台，夫妻财产也从以前的“万元户”升级到了上千万财产，甚至过亿。所以离婚过程中，因为一般股权价值都比较大，保全起来存在一定的困难，不乏一些人为了隐匿巨额财产恶意转移股权，其股权转让的随意性也让很多陷入婚姻纠纷的另一方当事人面临更大的痛苦和损失。

正是因为家事案件的专业性特点使得对处理家事案件的法官素质要求很高，建立家事法庭，对法官进行专业化培训，在《婚姻法》、《继承法》、《收养法》等法律上加强研究其与《公司法》的交叉点与不同点，对家事案件的共点和特点进行研究，加强家事案件的办案质量，从其学术研究方面来讲有其长远意义。

据此，为了方便诉讼，应在基层人民法院设立独立的家事审判法庭，依法审理第一审家事案件。最高院同样设立家事法庭，当然其设立的目的不在于审理家事案件个案，而是对全国家事审判给出指导性意见。上级法院也可以通过审判家事案件发现新问题、新情况提出更好的解决方案和思路，引导下级法院家事法庭发挥其应有作用。

（二）家事案件统一归口处理，且应扩大家事案件受案范围

1、家事案件统一由法院处理，排除其他行政机关的管辖

在我国，法律赋予婚姻登记机关处理部分婚姻案件，但婚姻登记机关因缺乏有效的自我监督能力，以及法律专业水平的有限，在处理婚姻案件的质量上不如法院处理婚姻案件。在外国民事（婚姻）立法和司法实践当中，

¹¹⁰ 《全面改革和完善家事案件审判体制之构想》[王礼仁]——(2010-10-13)

¹¹¹ 《对我国设立家事诉讼程序制度的宏观思考》腾威 江苏省淮安市淮阴区人民法院 审判委员会委员、研究室主任。

¹¹² 《〈民事诉讼法〉修改的集约化图景》韩波

婚姻有效或无效、婚姻成立与不成立等，一般都是作为民事案件，由人民法院统一管辖，婚姻登记机关不处理婚姻有效或无效、婚姻成立或不成立等案件，这些先进的国外经验都非常值得我们借鉴。

2、家事案件统一归民庭审理，排除行政庭的管辖

家事案件由于其人身性、特殊性、多元化、复杂化等特点，所涉范围之广，知识面之宽，使得非专业机构的非专业人员难以胜任，如果仅简单的以行政诉讼来对其进行处理，势必造成法官对婚姻案件的处理不当，很有可能还会造成当事人立案难等其他延伸问题。从法院角度来讲不仅会造成司法资源的浪费，还很有可能造成“同案不同判”的结局。

因而，在法院内部肢解婚姻案件的审判没有必要，同时要求两个审判庭的法官都要对婚姻案件专业知识有所了解，也存在一定的不科学性，撤销行政庭审判庭审判婚姻案件的职能，各类婚姻案件统一归口一个审判机构审理。¹¹³

3、扩大家事案件的受案范围，避免私权力无限扩张

家事案件的范围各国不同立法有不同的规定，传统的人事诉讼范围主要包括婚姻案件、收养案件、亲子案件等身份诉讼案件，对于家庭暴力案件除非发展到形式案件或者引起离婚，否则司法机关很少有人问津。实践中，对于很多因家事案件引起最终导致犯罪的案件一般都作为刑事案件处理，而刑事案件的审判法官对于家事案件的来龙去脉，尤其是对家事案件的特殊性无法理解，从而对由此引发的犯罪案件不能够完整的究其最原始的根源进行很好的处理，随着家事案件的多元化发展，如果将家事审判庭的受案范围扩大到包括涉及婚姻家庭的刑事犯罪和违法在内的一切婚姻家庭案件，实行家事案件综合审判。如重婚、虐待、遗弃等犯罪案件，家庭暴力违法与犯罪，干涉婚姻自由违法与犯罪案件等，有配偶者与婚外异性同居、非婚同居关系的解除等案件，都可以纳入家事法庭处理。例如家庭暴力案件，可以赢当事人的要求发出停止侵权令，责令改过或批评教育，预防家庭暴力升级为刑事案件，避免公权力的让步，导致私权力的无限扩张。

（三）在家事诉讼前加入专门的心理辅导机构

1、配备情感心理辅导老师，从情感上化解纠纷

现在诸多法院已经将诉前调解作为家事案件立案受理的前提条件，从法理上讲，诉前调解的目的在于化解当事人之间的纠纷，从情理上给予当事人更多的劝解。但实践中，很多诉前调解的程序都流于形式，很多当事人基于“推进案件进程”的考虑，参加诉前调解只是为了“走程序”，而很多主持诉前调解的法官在专业素质、生活经验，尤其是心理学知识不完善的条件下，如果意识到当事人的这种思维之后，也会潜移默化的跟着“走程序”，最终并没有解决实质问题，浪费了司法资源。

现如今，家事纠纷案件不仅涉及到当事人之间的法律问题，更涉及到当事人之间因亲属关系而形成的非法律问题，从实践上来说，其中的非法律问题占据了更大的空间，很多家事问题都是由最开始的小矛盾日积月累成大问题，而真正由于原则性问题导致家庭出现裂痕的情形在家事纠纷案件中仅占有少数份额的。由此看来，即将走上法庭的家庭成员之间的纠纷不是没有一点可调解的余地，很多情况下都是当事人之间一时难解心头恨，本想通过诉讼给对方以震慑，却不料彼此之间的不冷静，最终造成了双方对峙庭上的不完美结局。如果在立案庭设立专门的“家事诉调中心”，在专业上配备情感心理辅导老师，从情感角度协助法官化解家事纠纷案件，从情感上维护了社会的稳定。

2、配备专业素质法官，并经一定培训上岗

家事案件，除了涉及的法学理论和法律十分复杂外，还涉及到社会学，伦理学，性学、民风民俗等等各种综合知识，这就要求从事家事案件审判的法官，必须理论素质和综合知识素质要高。同时，家事案件（尤其是婚姻），主要涉及的是人与人之间的关系，法官如何运用法律调和当事人之间的情感关系，是一门十分深奥的学问或艺术，他要求法官必须能够敏锐地洞察婚姻案件的症结，准确把握婚姻案件的脉搏，还要求法官具有较强的思想疏导工作能力，沟通调解能力，社会协调能力，以及强烈的责任感和耐心细腻的工作方法。婚姻家庭审判庭的法官，除了综合素质有特殊要求外，一般应当是 30—35 岁以上的已婚者。配备家事法官，年龄结构应当比较合理，30 岁、40 岁和 50 岁以上的法官应当各占一定比例。家事法官，也应当有男性法官和女性法官共同组成，形成一定的性别比例。这样的配比会提高家事案件的审判质量。

（四）家事案件应以不公开审理为原则

1、家事案件涉及到个人隐私，不公开审理有助于当事人维护自身生活

从现今的司法实践来看，家事案件的审理程序与普通的民事案件审理程序无太大区别。但因家事案件往往涉及到当事人之间的隐私，而我国几千年留下来的“家丑不可外扬”的传统思想，使得当事人更不愿意将家事暴露于众目睽睽之下。

同时，因为家庭从建立之初就涉及到了两个完全不相干家庭的社会关系，亲属之间基于关爱或其他原因到庭

¹¹³ 《家庭纠纷专业化审理方式的积极探索》高其才

旁听，因为大家的立场不同，最终在法庭上大打出手的情况也不是没有，两个人之间的问题没有解决好，反而双方家庭的矛盾激化升级。所以，家事案件以不公开审理为原则，是有其必要性的。

2、家事案件关涉到未成年人的成长，不公开审理有助于子女成长

家庭的破裂所带来的负面影响不是单一的，不仅双方当事人受到情感上的伤害，对于未成年人的成长也存在一定程度的影响，而这种影响多是负面的，现实中我们看到太多的未成年因为家庭不完整，缺乏关爱，心里上蒙上了阴影，无法健康的在校园成长后无奈走向社会，不仅对个人的生活产生了巨大的影响，在一定程度上还给社会带来了负担。家事案件不公开审理，有助于维护未成年人的隐私，有助于未成年人在一个不被歧视的环境中健康的成长。

3、家事案件涉及到当事人名誉问题，不公开审理有助于社会稳定

经济的迅速发展，社交的频繁，家庭生活的缺失，导致更多的家庭因缺少沟通，导致因世界观、人生观、价值观的不同最终走向了婚姻的终点，而这已经不仅仅是老百姓的生活写照，同样是聚光灯下的明星以及拥有较高社会地位的达官贵人和公司高管的真实生活。一旦他们的婚变被暴露在了媒体的焦点之下，可想而知其公众形象将会大打折扣。尤其是一些上市公司的高管，他们的婚姻更是受到各界的关注，一旦发生婚变，不仅其在公司多少年来积累下的地位受到威胁，严重的还会影响到公司的名誉和公司股票的价格，名誉和经济双双受到损失。所以，家事案件不公开审理，有利于个人、公司的稳定发展，更有利于维护社会稳定。

（五）应加强家事案件法官依职权调查取证制度

1、家事案件当事人特殊的人身性，使得当事人无法取得相关证据

在我们接触到的许多家事案件当中，遇到的最大问题莫过于双方走上法庭后的调查取证环节。没有人结婚是为了离婚，没有人生育子女是为了单单给付抚养费，没有人天生愿意将自己儿女告上法庭，没有哪个亲属之间是为了最后的决裂才沾亲带故。所以，亲属之间的信任不同于朋友之间的信任，这种信任是基于一辈子都无法改变的血缘关系而成立，也正因为这种信任，亲属之间在发生纠纷走上法庭之前，一般都不会收集不利于对方证据，所以我们常常遇到这种情形，夫妻一方已经向法院提起离婚诉讼请求，但对另一方名下的财产却无从知晓，不仅给当事人情感受伤的心灵上蒙上阴影，更是给律师的调查工作带来了众多阻碍。

2、家事案件证人与当事人的特殊关系，使得证人不愿意出庭作证

我们知道，家事案件多发生在私密的空间，其证人也多为家事案件当事人的近亲属，基于此，家事案件的证人考虑情理因素，很少有人愿意出庭给其中任何一方作证，或者说是即使出庭作证，同样基于亲属关系可能做出的证明是伪证，此种情况在现实生活中不是没有，而是比比皆是。都说清官难断家务事，就是因为这样的尴尬局面时常出现，使得法官的自由心证或者通过日常生活经验难以判断孰是孰非，最终的结果就是对家事案件某些重要争议不予处理，这种结果看似对双方都非常公平，但事实是将“恩怨”积累了下来，不仅没有解决家事案件中疑难问题，更是增加了司法机关的工作量，浪费了司法资源，也增加了当事人的讼累。

3、法官依职权调查取证，有利于家事案件审判质量

如果在家事案件中，法官能够主动介入，利用国家的力量依职权进行调查取证，不仅能够弥补当事人及律师举证能力不足的缺陷，不仅争取了处理家事案件的时间，还能够减少很多不必要的争议，保证了案件处理的效率和质量。比如在婚姻案件当中，与婚外异性存在不正常关系难以认定，有受害的原配偶因此觉得法律不保护弱者。在证据不足且不构成法定事由的情况下，法院的判案结果无可厚非。但法院思考的是，难举证不意味着不存在，无过错方的权益得不到最大的保护，不算真正解决了家事纠纷。114所以法院调查取证比例提高的同时，加强加大法院依职权取证的力度，必将对家事案件的处理带来福音。

三、涉外家事诉讼现状之比较

鉴于家事案件的特殊性，德国、法国、日本、英国、韩国和新西兰等国家和地区都制定有专门适用于家事诉讼的特别程序法。

（一）国外家事诉讼现状及发展史

在德国，《民事诉讼法》第六编中被区分为婚姻案件和其他家事案件，“其他家事案件”就包括了以亲属身份为前提的法定抚养义务争议，有关婚姻共同财产制争议、未婚母亲权利争议、涉及子女的案件、同居关系案件等。且家事案件实行不公开审理，某些情形下有经特别授权的律师强行介入，双方当事人应亲自参加庭审，否则需缴纳罚款。115德国强调应当对离婚案件和因离婚引发的特定的家事案件，在准许离婚申请的同时一并作出裁判。除婚姻案件以外的其他家事案件，大部分属于非诉事务。116

在英国，早在1970年开始，高等法院内就设置由一位主席和16名法官组成的家事分院，负责受理复杂家事案件的一审和家事案件上诉的审理，《1973年婚姻诉讼法》和《1984年婚姻家事诉讼法》就专门适用于家事诉讼。

114 广东法院试点家事审判合议庭 加强调查取证职能》羊城晚报（2011年5月5日）

115 《家事审判制：家事诉讼程序与家事法庭》蒋月 厦门大学教授、博士生导师

116 《奥特马·饶厄尼希·民事诉讼法》周翠译法律出版社，2003年版

其家庭法官都是特别挑选，并经过了专门训练，使“家事审判程序成为可接近的、公正的、有效的”。除此之外，英国人还十分强调社会福利等相关专业机构和专业人员的协助，为法院提供更有效的儿童福利服务。由此可以看出，英国人希望家事法庭在家事诉讼中发挥更积极的作用，而不仅仅是一个裁决者。20世纪60年代以来，英国法院开始逐步认可、支持和解程序，他们认为离婚诉讼初期，应当尽可能地利用各种方法激励当事人和解，特别是在当事人有未成年子女时，和解对当事人和子女都非常有益。¹¹⁷

在日本，有专门的家事审判法，日本人的家事诉讼适用《人事诉讼程序法》和《家事审判法》，其中《家事审判法》第18条规定，人事诉讼和一般家事案件，须先向家事法院申请调解，协商不成才能提起诉讼。日本强调家事案件审理适用调解程序，对具有讼争性的家事案件，调解是审判的前置程序。家事调解由调解委员会执行，遵循非公开程序，促成当事人达成合意自主解决家事纠纷，调解作为化解家事案件的重要手段，取得了很好的社会效果。

（二）我国台湾地区家事诉讼现状

在我国台湾地区，处理家事案件与一般民事案件有较大差异，其家事诉讼程序包括在人事诉讼程序中，台湾的民事诉讼法第九编设有民事人事诉讼的特别规定，由民庭按第九编规定的特殊程序审理家事诉讼案件。¹¹⁸

二十世纪七十年代，我国台湾地区面对家事案件急剧增多的现状，颁布了《家事事件处理办法》，在地方法院设立家事法庭专门负责家事案件的审理，以此缓解民庭的压力。除此之外，台湾地区家事诉讼程序还做了一些特别规定，如调解前置主义、不公开审理原则、设有专属管辖之规定、对于当事人适格与否法条明文规定、诉讼当事人有诉讼能力者之范围扩大、法院职权主义审理，辩论主义受限制、限制当事人自认、认诺及不争执之效力等等。

结论

30年来中国家事纠纷解决机制的变迁及当前重建措施的教训与经验，可以归结为对“中国”与“家事”因素的背离与回归。这一转变，得益于认识到家事关系及其法律调整与一般民事关系及其法律调整的重大区别。¹¹⁹所以，在我国应尽快设立独立的家事诉讼程序制度。因为它不仅能体现家事诉讼的特殊品格，而且还能解决我国民事诉讼法律制度的缺位问题。同时，它也能有效的解决目前有关家事诉讼在理论与实践中的不协调问题。

总而言之，我国应尽快建立起一套适合我国国情的家事诉讼程序制度，它既能更好地维护民事诉讼当事人的合法权益，也能使我国民事诉讼制度的框架体系更加完备。因此，它必将成为我国实现司法价值的重要工具。

有关家事诉讼设计的两个问题

苏东彪（河南平顶山市律师协会）

感谢邀请！使我能够有机会与各位同仁一起共同思考有关家事诉讼立法的问题。

家事诉讼是民事诉讼的重要内容，未来民事诉讼制度改革的方向，必将影响到家事诉讼的走向，因此，积极地探讨民事诉讼制度的改革方向，并且保持家事诉讼与民事诉讼立法的统一性，是十分必要的。

一、化解家事纠纷的方式，应以自行和解为主

化解家事纠纷，是民事诉讼的基本功能，因此，自行和解制度应当成为化解家事纠纷的基本方式。自行和解制度，是未来化解民事纠纷的基本方式，这是民事诉讼制度现代化的基本标志。长期以来，我们一直坚持强权主义的民事诉讼制度，过度地强化着司法调解和裁判制度，对私权进行着过度地干预。这不但与现代私权自治的法治原则和限制司法权、保障诉权的司法制度相违背，而且也导致了司法权的滥用，司法不公和司法腐败现象严重，且无法从根本上得到预防和遏制，致使司法公信力荡然无存；同时，也导致了司法能力的严重低下和司法资源的严重浪费，致使大量民事案件的当事人无法走进司法，无法享受到司法的救济，正当的权利诉求无法得到保障。因此，未来化解民事纠纷的基本方式一定是、也必然是自行和解制度。

1、实现民事纠纷的自行和解，是现代法治社会的必然要求。现代法治的核心是“尊重和保障人权”，是权利（而不是权力）之间的相互制衡，而不是公权力的集权化管理。有了法律并不一定是法治。我国现行的民事诉讼制度，由于没有很好地体现私权自治原则和限制司法权、保障当事人诉权的原则，因此，可以说它并不具有现代意义上的诉讼制度。自行和解制度充分体现了当事人的意思自治原则，摆脱了司法权对私权的过度干预，它与现代社会的法治追求是相吻合的。民事案件自行和解率的高低，标志着法治现代化的程度。因此，如何促进当事人之间的自行和解，无疑是未来民事诉讼制度的改革方向。

2、自行和解是化解民事纠纷的最好形式。通过制度的合理设计，促进民事诉讼的当事人平静地坐下来，按照法律规范，检讨各自的行为，寻找化解民事纠纷的共识，有利于从根本上化解民事矛盾。

3、有利于全面增强民事司法能力，实现对当事人诉权的全面保障。“保障当事人诉权”是92年民事诉讼法

¹¹⁷ 《英国家事诉讼制度》陈刚、赵信会 中国人民大学出版社 2004年

¹¹⁸ 《台湾地区家事诉讼程序研究及其对大陆的借鉴》

¹¹⁹ 《30年来我国家事纠纷解决机制的变迁及其启示》巫若枝 清华大学法学院博士后研究人员

修改时增加的一项重要原则，然而这一原则并没有得到落实，“立案难”、“取证难”、“再审难”、“诉讼难”等现象并没有得到改变。究其原因，我们的民事司法能力及其低下无疑是主要因素。我国有约 22 万法官，一线办案法官也有 8、9 万之多。全年办理各类案件 1000 余万件，人均百余起。然而，美国法官人均办案年平均在 1000 余起左右，是我们的 10 余倍。由此可见，我国法官的办案能力之弱程度。

正是我们司法能力及其弱化，才导致诉权保障不力。美国仅民事案件的诉讼量为每千人年平均 65 起左右，欧洲多数国家也在 40 起左右，而我国仅为 4 起左右，是欧洲一些国家的十分之一，是美国的十五分之一。按照欧洲一些国家的比例，我国每年的民事诉讼案件数量应当在 6000 万件左右，按照美国的比例，我们的年民事案件数量，应当在 9000 万件左右。而我国现在每年只受理民事案件 600 万件左右。相比之下，我国法院每年受理的案件数量，仅为社会潜在民事诉讼需求的十分之一。即便如此，我们的法官们无视巨大的社会民事诉讼需求，无视“案少人多”的客观事实，相反的却是天天在大叫“案多人少”。由此可见我们的司法能力之差。而要想改变这种状况，全面满足社会潜在的民事诉讼需求，提高司法能力，无疑是一条正确的途径。而提高司法能力的最有效途径，就是促进民事案件当事人之间的自行和解。除此之外，没有更好的办法。现在一部分人所推崇的“大调解”和小额诉讼制度，不但对提高司法能力缺少可量化的指标，具有明显的盲目性；而且是在不断强化民事诉讼制度的强权主义色彩，在与现代诉讼制度的要求背道而驰。

4、有利于促进司法公正，并从根本上遏制司法腐败。司法腐败来源于司法权的过少限制和过多滥用，主要存在于审判和司法调解环节。如果没有司法调解和审判，就不会有司法权的滥用。但没有司法调解可以，但没有审判就没有司法制度。我们要想遏制司法腐败，就必须从根本上铲除司法腐败产生的根源，这就是要废除司法调解制度，并尽量减少审判案件的数量。审判案件的数量越少，产生司法腐败的可能性就小。

正是基于以上问题的存在，我提出了“以诉权保护为核心，以司法能力、司法效率、司法公正和司法资源合理利用最大化为目标”的新的民事司法制度的设计理念。其设计目标是促进民事案件达到 95% 左右的自行和解率，从而使司法能力、司法效率、司法公正和司法资源合理利用程度得以全面的提高，其中争取民事司法能力能够达到美国的 2 至 3 倍，达到欧洲一些国家的 4 至 5 倍，达到我国现行民事诉讼制度的 20 倍以上。从而在我国民事法官约 6 万余人减少一半的基础上，即仅需要 3 万法官，就可以实现年受理民事案件 6000 万件的司法能力。如果能够实现这一目标，则就基本上满足了社会的全部民事诉讼需求，实现了对民事诉权的全面保护，而且也为我国未来法官队伍实行精英化，创造了条件。

民事自行和解协议的可执行力，已经通过最高法院司法解释和案例的形式确立起来。当前所要解决的问题是自行和解率极低的问题。这就需要对现行的诉讼程序制度、司法调解制度、诉讼费用制度、案例指导制度、强制执行制度等相关联制度进行全面的反思和改革。只有想不到的，没有做不到的。要相信我们自己的智慧。只要我们的方向正确了，我们就一定能够找到解决问题的办法。我们的目的就一定能够达到。

二、建立禁止令制度，增加保护当事人合法权利的途径

我国目前的民事诉讼活动，主要偏重对当事人财产权利的保护，而对于非财产性权利的保护力度相当较低，尤其是对家事纠纷中一方当事人（主要是女方、老人、儿童、残疾人等弱势一方）非财产性合法权利的保护力度远远不够。如不受欢迎的“造访”、限制外出、限制居住等现象，缺少及时有效的解决办法。因此，建立禁止令制度，对于明显存在的民事违法行为，通过“闻鼓升堂”的传统方式，即“即时申请、即时审判、即时裁决”（“三即时”）的传统方式，及时地制止民事违法行为，有效地保护当事人一方的非财产性合法权利，是十分必要的。从本次会议的议程安排上，我很高兴地看到肖建国老师提出的有关建立《保护令》制度的设想。这是从另一个角度，积极地探讨实现对当事人非财产性权利的保护措施。我认为意义重大，很有价值。这与我建立《禁止令》制度的设想，是异曲同工、不谋而合。

各位同仁，我国的民事司法制度存在着最大的理论和观念性问题，这些问题制约着我国民事司法制度的发展和跨越，如果这些重大的理论和观念不能突破，则我国的现行民事司法制度将无法摆脱强权主义的人治色彩，无法体现现代民主与法治的时代追求。三十年的民事司法实践证明，民事司法制度的小修小改是意义不大的，甚至是适得其反的。民事司法制度需要的不是小修小改，而是重新制定。老马破车，无法承载时代需要之重。因此，借此机会，我想呼吁民事司法制度的研究者和实践者，应当从宏观角度出发，深刻反思现行民事司法制度存在的最大理论问题，从而寻求全面的突破和跨越，以不辜负伟大的时代和人民。

谢谢会议组织者各方和与会各位同仁，对推进我国民事司法制度改革，所付出的辛苦劳动！

婚姻家庭案件中法官释明权的适用研究

郝惠珍 戴玉峰（北京市盈科律师事务所）

【内容摘要】随着法官释明权在婚姻法相关司法解释中的出现，在理论和实践中相关的问题和争议也随之增多，具体到在婚姻家庭案件中如何更好的适用法官释明权成为摆在实务中的一项客观而现实的任务，本文结合笔者对于法官释明权的理解及在实务中的体会，试图就法官释明权在婚姻家庭案件中的适用问题做一初步研究。

【关键词】法官释明权 婚姻家庭案件 适用

前言

随着社会经济的迅速发展，民事纠纷案件大量增多，民事诉讼制度的改革弱化了法院的职权，强调当事人在诉讼中的地位和作用，法官也因职位的特殊性，在工作中形成了浓郁的特权色彩，只讲权利不讲义务，甚至忽视了法官释明权这项(兼有职权与职责双重属性)的诉讼权利，因此法官释明权一直没有在民事诉讼中确立其位置，也未引起法官的重视。

我国法官释明权在立法中得到确立源于《中华人民共和国民事诉讼法》第111条。2002年4月1日年最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》首次对法官释明权进行了具体的规定。自此法官释明权被广泛的适用于民事案件的审理。但什么是法官释明权，其概念和具体内容如何实施，由于法律规定不明确，实践中缺乏具体可行的标准，操作中也难于落实，为此还引发了诸多的问题。为此笔者认为有必要对法官释明权在民事诉讼中的贯彻落实给予关注，并结合自己执业中遇到的问题，对在婚姻家庭案件中法官释明权的适用做初步研究，以期推动法官释明权在婚姻家庭案件中更好的发挥其应有的作用。

一、法官释明权的概念和作用

法官释明权，源于大陆法系民事诉讼制度中的概念。所谓法官释明权是指“在民事诉讼中，法官以询问、告知等方式，指导当事人进行诉讼，使当事人在事实主张、举证责任、诉讼请求等方面对其不知晓、陈述不明确、举证不充分或者处置不当的事项加以说明、补充或修正的职权。”[1]法官释明权可以在民事诉讼中起到有效引导诉讼的作用。有学者将法官释明权比喻为修正器，指出法官释明权可以修正当事人主义民事诉讼模式下出现的问题“实行完全的当事人主义恐怕难以达到诉讼制度设置的目的，这样，释明权成了实现民事诉讼制度目的的修正器。”[2]

最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称规定)第一次对法官释明权做出了具体的规定。

《规定》第3条，人民法院应当向当事人说明举证的要求及法律后果。既法官对当事人进行举证指导。第8条第2款规定，对一方当事人的陈述，另一方当事人既未表示承认又未表示否认的，经审判人员充分说明并询问后，其仍不明确表示肯定或者否定的，视为对该项事实的承认。第33条规定了举证通知书告知当事人举证责任、举证期限等内容，第35条规定了人民法院告知当事人可以变更诉讼请求，变更诉讼请求的应当重新规定举证期限。依据这些规定，法官得以通过告知、说明和询问等方式，向当事人进行释明。通过告知，可以使当事人在诉讼前期及时了解法律程序；通过说明，可以提醒因为不知道或者误解有关法律的规定和要求，致诉讼请求不当或者提供证据欠缺的当事人，使其及时做出调整和补充；通过询问，可使当事人对其诉讼请求或陈述不明确或不适当之处作出说明和解释，从而促使其诉讼请求趋于明确、适当。

在我国现行民事审判弱化法官的职权，强化当事人权利的形势之下，确立法官释明权可以改善审判实践中带来的诉讼效率低下、诉讼费用高昂、重复诉讼和一事再理的现象。尤其是在问题较多的婚姻家庭案件中，法官行使释明权可以对当事人进行及时的诉讼指导，便于当事人对诉讼请求适当的补充和说明，有利于婚姻家庭案件的审理中的案结事了。

二、法官释明权在婚姻家庭案件中广泛适用的意义

1、法官释明权的适用可以有力的维护婚姻案件当事人合法权益。

在婚姻家庭案件的诉讼中，当事人如何提供证据，证明其诉讼主张的行为直接决定着诉讼后果。在我国婚姻案件当事人中诉讼能力都还很弱，绝大多数的当事人面对婚姻家庭纠纷时，对案件审理的各个环节懵懵懂懂，不知道如何立案、如何收集证据，如何参与庭审、如何质证，更不知诉讼的全部程序，因此无法巧妙的运用诉讼技巧实现自己的合法权利。尤其双方当事人悬殊较大时，可能会因为举证不充分或陈述不清楚而使本来应该打赢的官司败诉，从而导致判决结果有失偏颇，有悖实质公正。但如果法官释明权行使的及时得当，就可以使当事人较为明白的进行诉讼，可以使悬殊较大的双方当事人的攻击防御能力基本达到平衡。如果法官释明权行使的恰当，往往可以使离婚案件双方当事人理智的对婚姻的解除、财产的分割和子女的抚养做出妥善的安排。在法官运用释明权较为成功的案件中，当事人一般都达成调解意见，并友好分手，避免了一般婚姻家庭案件中常见的“案结事不了”的现象，也防止出现了对司法的不满情绪，有利于有效的息讼。只有如此，才能真正实现法律面前人人平等。

2、法官释明权的适用可以提高离婚案件审理的效率，节省诉讼资源。

随着人们经济条件的好转，婚姻家庭案件的数量在增加、标的在增大、案件复杂难度高。离婚案件占到了人民法院案件总数的三分之一，特别是大城市的法院每年审理此类案件的压力都逐步增加。当事人如果熟悉诉讼程序，能够准确而充分的提供证据，将大大减轻法官审理此类案件的工作量，节省有限的资源。同时，当事人在诉讼过程中也不用大费周章，少走弯路，降低了诉讼成本。对此，各级法院积极发挥法官“释明权”在诉讼中的指导作用，在立案大厅设立《诉讼须知》《举证须知》宣传册、安排专门人员接待咨询，使当事人在立案时就了解

诉讼的基本程序和要求，需要的证据；在庭审中的举证责任的分配、举证的实现和举证不能的后果等。诉讼中双方当事人享有的诉讼权利、义务及诉讼风险，目的是便于指引当事人了解程序，合理选择纠纷解决方式。也便于法官在审理时可以快速的梳理案情，提高了诉讼效率。同时也有利于当事人避免不必要的损失，理智而慎重的面对诉讼。

3、法官释明权的适用可以确保离婚损害赔偿制度的实施。

修改后的《婚姻法》建立了离婚损害赔偿制度，以更好的维护无过错方的合法权益。在出现离婚过错赔偿的案件中，往往无过错方是弱势的一方，在日常生活中就已经居于经济、能力等方面的弱势地位，当面对离婚诉讼时，无过错方对于如何追究对方的过错责任不知所措，有的甚至根本不了解这一制度，更不知道在自己不同意离婚时这个权利如何行使，其结果是不利于离婚损害赔偿制度的实施，也违背了立法的初衷。因此，最高法院在婚姻法司法解释中特别规定了对于离婚损害赔偿，法官要予以书面的释明，以保障这一制度落到实处，使得无过错方可以很好的行使自己应有的权利。鉴于婚姻法所具有的特殊性，类似的特有的法律规定都有赖于通过法官释明权得以有效的实施。

三、法官释明权在婚姻家庭案件适用中的存在的问题

在婚姻家庭类案件中法官释明权体现在诉讼程序的各环节，如立案与受理阶段对于案由不对、诉讼请求不明确、不充分的释明；对诉讼标的的释明；在庭前证据交换的释明；对证明责任和后果的释明；在开庭审理阶段对双方权利义务、诉讼程序的释明；对于变更诉讼请求、重新指定举证期限的释明；无过错方主张损害赔偿的释明；一审判决后告知不能不结婚的释明；子女探视权的释明等等。

在法官释明权取得了不少成效的同时，由于种种原因也存在不尽人意的地方。这些主要体现为执行的随意性。由于法律规定的缺失或者法官素质水平的差异，在实践中，法官释明权的实施，尤其是个案审理中，法官对案件当事人的释明具有较大的随意性。这种随意性主要体现在两个方面：一是释明过当；在某些案件中，一些法官认为释明权是一项权利，任意行使，对当事人已经清楚明确的陈述，还做出主观诱导性的启发，这显然超过了必要的限度，往往影响了当事人的诉讼权利；二是释明不足；在案件审理中，承办人完全无视法官释明权的存在，将释明流于形式，释明权只体现为诉讼须知。更有甚者干脆抛弃了自己的义务，根本不对案件进行释明。尤其是婚姻法规定的书面释明权更是形同虚设，笔者在办理婚姻家庭案件过程中就曾遇到过以下两类法官释明权运用不足的案件。

1、离婚损害赔偿制度的案件中法官释明不足；

在这类案件中对法官释明权法律有明确规定，如最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释〈一〉》第30条规定“人民法院受理离婚案件时，应当将婚姻法第四十六条等规定中当事人的有关权利义务，书面告知当事人。……”也就是说在离婚案件中，法官应当对婚姻法第四十六条等规定中当事人的权利义务进行书面的释明。但在离婚过错损害赔偿的案件中，很少看到法官按照最高法院的司法解释对当事人进行书面释明，甚至很多时候连基本的口头释明都不进行。这突出体现出法官在运用法官释明权时存在的随意性。他们不遵行法律规定，不视法官释明权为自己应尽的义务，这使得很多当事人不能够很好的通过离婚损害赔偿制度维护自己的合法权益。

2、婚姻家庭案件举证环节中法官释明不足；

近年来在频频出现的亲子鉴定案件中存在的问题。笔者曾经处理过一起因单方所作亲子鉴定引发的抚养权纠纷案件。双方争议的焦点是对单方的鉴定结论，在一方不认可，又拒绝配合鉴定时法院该如何处理。依照最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第75条“有证据证明一方当事人持有证据无正当理由拒不提供，如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有者，可以推定该主张成立”，相对方无正当理由拒不配合鉴定，属于法律规定的证据持有者拒不举证的情形，依法应当承担不利于自己的法律后果，并可推定不存在亲子关系。但是，亲子鉴定的情况比较特殊，不能单纯的依据证据问题直接做出简单的处理。因为，实践中虽然能够鉴定出子女关系的真假，但也鉴定没了夫妻感情。因此如何对待亲子鉴定的请求，如何正确使用鉴定结论都是必须严格限制和慎重对待的。在这个案件中法院没有运用法官释明权对反对鉴定方进行释明，而直接引用证据规定做出了推定不存在亲子关系的判决，这样的结果虽然于法理是无悖的，不但让败诉一方当事人很难接受，而且还影响了判决的公证效果。

此外，在婚姻家庭案件中法官释明权有效的运用可以为诉讼当事双方免去许多不必要的麻烦。笔者曾经遇到这样的一个案件，当事人张小妹与李刚用表姐张大玲的身份证户口本办理了结婚登记，张小妹后诉离婚，此时张小妹已经达到了法定婚龄，但是张小妹与李刚虽有夫妻之实，却没有夫妻之名。相反，张大玲与李刚虽无夫妻之实，确有夫妻之名。对该案件的处理，人民法院驳回了张小妹的起诉，并行使释明权，告知案件应当由张大玲作为原告，请求提起宣告婚姻无效之诉，或者离婚之诉，之后再由张小妹与李刚依照《婚姻法》第八条的规定：未办理结婚登记的，应当补办登记。补办结婚登记后，按照离婚处理。否则只能依照《婚姻法司法解释一》第五条 未按婚姻法第八条规定办理结婚登记而以夫妻名义共同生活的男女，起诉到人民法院要求离婚的，应当区别对待：

“（一）1994年2月1日民政部《婚姻登记管理条例》公布实施以前，男女双方已经符合结婚实质要件的，按事实婚姻处理。（二）1994年2月1日民政部《婚姻登记管理条例》公布实施以后，男女双方符合结婚实质要件的，人民法院应当告知其在案件受理前补办结婚登记；未补办结婚登记的，按解除同居关系处理”。这里，法院释明权的恰当适用对于理清这一复杂的法律关系十分必要。该案最终经人民法院的释明，先解除了张大玲与李刚的无效婚姻，继而由于张小妹和李刚没有补办结婚登记，人民法院按照解除同居关系审理子女和财产问题办理，人民法院认为双方都有过错，从而解除了他们之间的关系，孩子归张小妹抚养，在财产分割上体现了照顾女方和子女的原则，由张小妹占同居共有财产的60%、李刚占40%结案。对于这样的结果，当事人均表示非常满意。笔者认为，这是实践中法官运用释明权较为成功的一个案例，但是，在实践中类似的情况，大多得不到法院对于案由进行及时的释明，如果法官对此类案件不给予释明，那么必然导致当事人找不到合适的解决案由，拖延事态，告状无门。

因此，针对法官释明权随意性问题，笔者呼吁应当建立法官释明权的监督制度，以指导当事人妥善的解决问题，最终通过法律程序达到各方均满意的司法效果。

四、解决问题的建议

针对前述讨论的现实中法官释明权存在的问题，笔者试就自己的经验和理解提出以下对策。

1、在立法层面确立和完善法官释明权制度；

立法进步是法治进步的标志，正是一项项具体法律制度的确立在不断推动着法治的进程。笔者认为，法官释明权制度在现有的法律体系中已经有相关规定，且在实际运行中也收到了良好的社会效果，起到了积极的意义。但是，现有与婚姻家庭纠纷案件相关的法官释明权规定只是散见于《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释〈一〉》和《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》的个别条文，法律效力的位阶过低且缺乏系统的相关规定，没有真正确立起法官释明权制度。并且这些规定非常不明确，缺乏统一可行的操作标准，各个法院在适用中都可能存在不一致的地方，甚至每个法官都有不同的理解，这导致了实践操作中的混乱。因此，应进一步对该项制度在立法上予以确立，以解决目前立法不够明确，操作中的随意及无具体操作标准等问题。同时笔者建议在立法中明确规定法官释明是法官的义务，而非权利。释明制度本身的目的正是为了确保司法公正，确保当事人的合法权益。作为司法权的忠实行使者，法官必须保障释明制度措施的有效实施，防止出现由于释明权的不作为，构成的对当事人合法权益的侵害。

2、释明应当坚持以法官中立的原则为前提和限度。

法官中立是现代司法制度中最重要的一项基础原则，法官释明制度的确立也不能够违反法官中立的原则。因此，法官的释明应当遵循一定的界限，但是法院的释明究竟要行使到什么程度，在每一个案件中可能都不相同。

“法院进行释明，在某一程度是义务，在该程度以上成为权限，再过一定限度时则为违法……”[3]释明义务的规定的过于宽泛，容易导致法官滥用权利；内容规定的不充分，又容易导致法官的不作为。所以我们需要从如何保证法官对于诉讼程序的指导与法官如何坚守司法中立两者的平衡中寻找合理的适用路径。“在程序法领域中，我们迎接时代挑战的最好方式，并非坚持古老的自由放任主义的方案模式，而是要力图平衡当事人个人主动性与法官适当程序控制之间的关系。”[4]。笔者认为在法官进行释明的过程中，应当遵循同等情况同等对待，在必须行使释明权的情况下，法官的言行举止应当时刻保持恪守中立准则，既不能不正当的行使释明权偏袒诉讼双方中的任何一方，也不能压制任何一方，导致其减少胜诉几率。同时笔者还建议确立对诉讼能力较弱的一方当事人予以较多释明的原则，这并不与法官中立原则相抵触，而为了帮助法官更能有效的做出中立性的裁判。具体到立法中，可以考虑用概括加列举的立法方式予以确立适用的标准，使法官和双方当事人保持同等的距离。一般来说，法官可以在当事人限于诉讼技巧及表述能力等方面的原因不能或不充分表达出自己的意图或不能充分举证或处置事项不当时，予以释明。

3、为婚姻家庭案件单独制订细则。

鉴于现有的规定都是较为原则性的，不利于实践中的操作，同时婚姻家庭纠纷案件具有很大的特殊性，建议规定法官释明权对此类案件予以特殊保障，可以作为单独的一类，规定出必须予以释明的范围，制订详细的法官释明规范和诉讼须知分类目录，如《离婚诉讼举证通知书》，明确各类诉讼注意事项、举证注意事项等，对当事人举证进行统一的指导。笔者根据自己在法律实务方面的工作经验提出以下两点具体建议：

第一，对于在婚姻家庭纠纷中特有的离婚损害赔偿等法律制度必须给予专门的释明，使得当事人充分了解这一制度，了解自己享有的权利和义务。因此笔者建议对于涉及婚姻法第46条的规定，法院必须予以书面的释明，比如可以制作专门的《离婚案件过错损害赔偿告知书》。

第二，对于一些特殊法律规定或特殊的案件情况，应当予以释明，并且记载在笔录中。如对于前述提到的亲子鉴定案件，法官应当对反对方行使释明权，强调为了澄清事实当事人有配合做亲子鉴定的义务。

实践中婚姻家庭案件的特殊性必然导致一些需要释明的其他情况不断的出现，在此笔者无法一一全面列举，但立法应予以考虑，做出相应的概括规定，要求一旦出现特殊情况，由法院予以释明。总体说来在司法实践中，涉及离婚和追索抚养费的案件特别是确认特殊人身关系的案件，特别需要法院合理恰当及时的行使释明权，这有

利于解决实务中的难题，理顺复杂的关系，使案件得到快捷清晰的处理，也使得当事人的合法权益可以最大限度的得到维护。同时，还可以根据案件和当事人的具体情况，对个案当事人进行具体的诉讼指导。这种个别指导应当对需要特殊保护的妇女、老人以及未成年人做出倾斜。

4、规定相应的救济措施。

任何一项制度能否有效实施，都取决于是否有合理有效的救济措施的保障。因此，法官释明权在婚姻家庭纠纷案件中要想得到较好的运用，也需要规定相应的救济措施。首先应当规范法官释明权行使的程序，法官在案件的诉讼全过程的全部释明行为都应当通过笔录等方式记载于案卷中，并由当事人签字确认。如果发生应当释明的不予释明或者超过释明限度的情况，当事人可以据此提出异议申请。同时建议建立判决说理的制度，要求法官在判前及判词中用通俗易懂的语言，向当事人公开说明法官行使自由裁量权的详细理由，对适用的法律规定予以阐述。从而让当事人对诉讼中的争议点清楚明白，理性对待法院判决结果，以彻底解决纠纷，收到良好的法律和社会的双重效果。其次，为了给予强有力的救济保障，应当规定当事人拥有就因法官释明权行使不当的情况下申请发回重审或再审的救济的权利。

结语

法官释明权制度是一项维护民事诉讼当事人合法权益不受侵犯的法律制度。司法机关应该高度重视，并将其作为自己的一项义务，充分保障实施。特别是在婚姻家庭纠纷案件中，释明制度的正确应用，有利于有效的处理家庭矛盾与纷争，是构建和谐社会的重要保障。

参考文献：

- [1] 梁书文主编，《关于〈民事诉讼证据的若干规定〉新解释》，人民法院出版社 2006 年版，第 370 页。
- [2] 张卫平，《程序公正实现中的冲突与平衡—外国民事诉讼研究引论》，成都出版社 1993 年版，第 29 页。
- [3] [日]谷口安平，王亚新、刘荣军译，《程序的正义与诉讼》，中国政法大学出版社 1996 版，第 149 页。
- [4] [意]莫诺·卡佩莱蒂等，徐昕译，《当事人基本程序保障权与未来的民事诉讼》，法律出版社 2000 版，第 137 页。

论“能动司法”在家事案件中的运用 ——小议家事案件中法院释明权与调查取证权的行使

吴卫义 王小成（上海沪家律师事务所）

【内容提要】随着我国家事案件复杂化、专业化、多元化的发展趋势，完善我国家事诉讼程序，乃至建立独立的家事特别诉讼程序已成为一种必然。从目前来看，由于法院所采取的当事人主义以及辩论主义的审判原则，致使法院过少的参与家事案件的审判之中。同时，由于家事案件的当事人存在着自身能力上的缺失，使得当事人无法完全的行使其应有的诉讼权利，这是当前形势下，笔者所感受到的家事案件中所存在重要问题之一。故在本文中，笔者从法院的调查取证权与释明权入手，讨论法院的“能动性”如何参与到家事案件的审判中去。期望能够对家事案件程序的审判实践及立法有所裨益。

【关键词】家事案件 能动司法 释明权 调查取证权

引言

当前，我国家事案件又迎来了一波爆发式的增长，所呈现出的是争议焦点的多元化、共同财产的多样化等发展特点。但是，在案件悄然发生变化的同时，家事案件的操作方式却没有能够跟上前者变化的步伐。两者之间发展的不平衡导致了在实践操作中的种种无奈和尴尬。

2009 年 8 月 27 日至 31 日，最高人民法院院长王胜俊在江苏调研时所提出：“能动司法是新形势下人民法院服务经济社会发展大局的必然选择”给了家事案件的改革与发展提供了理论的基础。在这之后，各地法院都纷纷出台了相应的实施细则，加强了释明权、调查取证权以及举证责任分配在家事案件中的运用。同时，笔者注意到这些法院的出发点不可谓不佳，但是其所规定的内容是否与现行法律规定相冲突还有待进一步的研究。故，本文以此作为切入点展开讨论，希望能对司法实践有所帮助。

一、我国当前家事案件的现状与困惑

（一）我国当前家事案件的现状

我国目前正在进行着历史性的结构调整和社会转型，中国的婚姻家庭领域必然进行着适应性的调整，传统婚姻家庭的生存模式、运作方式必将发生嬗变。比如，随着社会的开放与发展，人们思想在逐渐解放。由此带来的是，传统思维中“从一而终”、“嫁鸡随鸡，嫁狗随狗”的婚姻观念也正在发生着改变，人们的婚姻自主意识不断增强，越来越注重婚姻质量，“离婚”已经不是一个让人谈虎色变的名词了。据不久前公布的全国民政事业统

计数据显示,2011年3季度全国登记结婚人数为841.4万对,登记离婚人数为146.6万对,结离婚比为17.42%¹²⁰。与全国相比较,离婚情况在北京、上海、深圳等一线城市更为多发。以上海为例,2011年3季度的上海结离婚比为27.56%¹²¹。需要注意的是,以上数据所统计的仅仅是双方通过民政部分协议离婚的人数,而大量的通过法院诉讼离婚人数则还未被统计在内。

在家事案件数量不断递增的同时,笔者也注意到家事案件中当事人的司法需求也在不断增加。例如,家庭暴力与违反夫妻忠诚义务在当前占有离婚案件中很大的比重,但是,在真正经过法院审理认定的家庭暴力或违反夫妻忠诚义务可能仅仅只占不到3%。我国一基层法院2008年至2010年共受理涉及家庭暴力案件共有69宗,仅有一宗得到了法院的支持。¹²²这样的巨大落差,不由得使我们从事家事审判实践的法律工作者来反思我们的家事审判程序。

(二) 家事案件的实践困惑

目前,法院在审理家事案件时,并未将家事案件与一般民事案件进行区分,忽视了家事案件所存在的特殊性 & 人伦色彩,一味采取当事人主义或辩论主义。这使得当事人在缺乏法律意识或是举证遇到困难时,缺乏救济的方式与途径。具体表现为以下几个方面:

1、机械使用举证原则,急于主动进行调查

对庭审中,对于涉及双方感情、过错等重要事实,法院往往不会去主动调查与核实,而是简单的以当事人提供的证据不足以证明所主张的事实进而不加以认定。法院的操作虽然亦能对案件进行了裁判,但是并没有揭示案件最深层的原因,对于案件潜在的矛盾没有得到解决,使得受害一方常有判决不公正之感。

这种情况尤其在配偶一方主张另一方存在婚外情或家庭暴力的案件中最为常见。由于这两类案件涉及面大、矛盾负责,经办法官往往出于慎重、稳妥的心理而敬而远之,即使当事人提供了一些线索,法院也严格遵循一般民事纠纷举证原则,而不予主动调查。

从上海的审判实践来看,上海各级法院的取证工作基本上仅限于对于银行账户历史明细的查询了,并且还会设置诸多障碍。对于其他方面,基本不会在使用法院的调查权进行取证。笔者曾经有一个离婚案件在上海某基层法院审理,对方当事人涉及转移家中的古董与红木家具,笔者已经提供了相应的线索并申请法院能够前往进行取证,法院依旧以不属于法院取证范围拒绝了笔者的申请,最终对方当事人所转移的红木家具与古董被法院以我方当事人未提交相应的证据为由驳回了诉请。

当事人是没有取证权的,律师的取证权是受到严格限制的,法院又急于行使自己的取证权,以上因素的叠加导致了一些当事人只能寻求社会上所谓调查公司的帮助,合法的途径寻求不到救济,非法途径的证据又存在证明力上的瑕疵,这不可谓不是目前家事案件审判中的无奈。

2、释明权的行使不规范、不统一,增加当事人诉累与风险在我国家事诉讼中,由于诉讼的参与主体多半是不熟悉法律的普通民众,且受教育的层次也有高低之分,故诉讼当事人的平均文化素质和法律水平在所设计的水平线以下,在加上我国的家事诉讼实行的不是律师强制代理制度。因此,诉讼当事人的法律弱势是相当明显的。因此,在诉讼的过程中,法院不完全的置身于诉讼之外,适度地参与诉讼,在当事人诉辩能力上的不足或缺陷,通过发问当事人的方式以澄清当事人所主张的某些事实,并引导和协助进行诉讼是有必要的。

但是,在我国的审判实践中,释明权更多的是法院在审判实践中所行使的一种权利而非义务,属法官审判权的一种。但是在审判实践中,法院或因严守当事人主义的诉讼模式而怠行释明权,或因害怕有悖于法官中立的形象而惧于释明权。这就使得最需要通过法院行使释明权引导当事人诉讼的家事纠纷领域出现了因当事人疏忽未提出相应主张而败诉的情形,使得家事诉讼带有了投机色彩,判决结果背离了公平正义的初衷。

3、忽视家事案件的情感色彩和人伦特点,追求迅速结案身份关系案件涉及人与人之间的情感纠葛,具有高度情感色彩和人伦特点,不像财产纠纷有明确的标的与争议焦点,可以简单、快速的进行处理。家事案件如同团成一团的毛线球,需要花较长的时间、花费较多的力气去解开纠缠在一起的线结,而不能简单粗暴,一剪刀了事,这样既不利于个案的公平、公正,也不利于社会的安定和谐。

但是从目前的审判实践来看,在审理家事案件时,并没有体现出其情感色彩与人伦特点。相反,更多的法院要求对家事案件进行速裁或诉调,在案件快速结案提高审判效率的同时,是否如预期那样化解案件当时人的矛盾呢?从笔者所了解的情况来看,离婚案件当事人在第一次调解和好或者判决离婚之后,90%以上均会再次提起离婚之诉,可见在第一次的离婚诉讼后总并未真正解决双方的婚姻矛盾,六个月或更久的缓解期没有发挥应有的作用。

(三) 我国当前家事案件中关于调查取证权及释明权的立法现状

1、法院调查取证权的法律规定

我国的立法者其实很早就注意到了在诉讼过程中双方当事人可能存在的不平等性,所以立法赋予了法院的调

¹²⁰ 该数据取自于《民政数据统计季报》(2011年3季度)

¹²¹ 该数据取自于《民政数据统计省季报》(2011年3季度)

¹²² 李娜《家事审判存在的问题及特殊程序建构》

查权取证，以期在双方的举证能力发生不平等时可以得到救济。《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第七十三条“依照民事诉讼法第六十四条第二款规定，由人民法院负责调查收集的证据包括：（1）当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的；（2）人民法院认为需要鉴定、勘验的；（3）当事人提供的证据互相有矛盾、无法认定的；（4）人民法院认为应当由自己收集的其他证据。”

但是，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第二款又规定：“当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查”，也就是说，我国法律所规定的法院的调查取证权，法院是有权选择的，只有法院认为确有必要时，法院才会进行调查。

另外，根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（下称《民事证据规定》）第十五、十六、十七条的规定可以看到，法院的调查取证权亦非没有限制的，而是仅仅在特定的情况下才会去调取特定的材料。这无疑使得家事案件的诉讼当事人在申请法院取证时又增添了障碍。

2、法院释明权的法律规定

我国的诉讼程序法对释明权没有明确统一的规定，更没有明确的关于家事法律程序中释明权的规定，而是散见于相关的司法解释和规定中，如：在2001年12月31日最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第35条第1款规定：“诉讼过程中，当事人主张的法律关系的性质或者民事行为的效力与人民法院根据案件事实作出的认定不一致的，不受本规定第34条规定的限制，人民法院应当告知当事人可以变更诉讼请求。”而其中第8条是对拟制自认问题的释明，“对一方当事人陈述的事实，另一方当事人既未表示承认也未否认，经审判人员充分说明并询问后，其仍不明确表示肯定或者否定的，视为对该项事实的承认。”

在家事案件的立法方面，一些地方性司法文件开始注意到了释明权在家事案件中的运用。如：上海高院关于《婚姻家庭案件办案要件指南》中就规定，“经审查 确属无效婚姻的，应当将婚姻无效的情形告知当事人，并依法作出宣告婚姻无效的 判决。”，还规定“条例实施后，男女双方符合结婚实质要件的，应告知其在案件受理前补办结婚登记之后，方可行使离婚请求权；对拒不补办结婚登记而坚持“离婚”的，按解除同居关系处理。”

尽管法律上已经注意到了释明权在家事程序中的运用，但是释明权制度在我国立法中仍旧未成为一套完整的体系制度，使之在民事诉讼中处于可有可无的状态，不利于法律的适用。

二、完善家事审判实践程序的几点建议

（一）应当建立家事案件法官调查取证的制度

1、家事案件中法院职权探知主义的拓展

在我国的民事诉讼领域，较多的采用的是当事人主义或辩论主义，法官不过度干预诉讼，只是做好居中裁判的角色。这种做法在大多数的审判领域都能够起到非常好的效果。但是，这并不代表着，我国目前的审判实践中已经完全摒弃了职权探知主义的适用。

事实上，在家事案件中，由于经常会有一方处于诉讼的弱势境地，其无法完成还原事实真相的举证。而在家事诉讼中，诉讼的相对方应当具有相当的诉讼地位，因此，这就使得法院职权探知主义有了适用的空间。眼下，法律规定的问题在于，法律仅仅规定了当事人可以请求法院调查取证的范围，但是从实际操作上来看，应当进一步明确家事案件中那些材料是人民法院必须依职权进行查明的。否则当事人申请法院的调查取证权利仅仅是“镜中花”、“水中月”，当事人在申请后若遭遇法院不作为，当事人缺乏救济的途径，难以最大程度的实现当事人利益和追求客观真实的平衡。

2、调查取证权与释明权的相结合

笔者注意到2012年3月颁布的广东省高级人民法院《家事审判合议庭操作指引》是地方法院设立家事审判程序的有益尝试，其中也涉及到了法院调查取证的规定。如该《指引》第十二条有如下规定，“对于当事人难于举证又影响案件审理结果的事实，合议庭可根据当事人提供的线索，依职权进行调查取证，查清案件事实。”无可厚非，该法条设置的初衷是好的，是为了平衡家事案件的双方举证义务，是案件的审判最大程度上还原客观真实。但是，该地方性规定却突破了《证据规则》的规定，存在上位法与下位法之间的效力瑕疵。

《证据规则》第十五条规定，“《民事诉讼法》第六十四条规定的“人民法院认为审理案件需要的证据”，是指以下情形：（一）涉及可能有损国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的事实；（二）涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等与实体争议无关的程序事项”。也就是说，我国法律规定，法院可以依职权调查取证的只能仅限于损害国家、社会或其他人合法权益的事实或程序事项，对于实体事项法院无权依职权进行调查取证。那么，如何在不违反上位法规定的情况下，加强法院对调查取证工作的参与力度呢？

笔者认为，法院随不能直接依职权进行取证，但是《民法法》同时规定了法院可以依据当事人的申请进行取证。因此，法院若在发生上述法条规定的情形时，不直接进行调查取证，而是向当事人进行释明，告知其可以申请法院取证的权利，并由当事人进行申请后，依当事人的申请进行取证。这样，既符合了我国上位法的规定，又能最大程度保障当事人的合法诉讼权利。

3、配备专职的家事案件调查法官

其实，我国法院调查取证难的最大症结在于，庞大的当事人取证需求与承办人员的数量之间的巨大差异。在上海的基层法院，承办家事案件的法官年处理案件量在 300-400 起的是一个正常数字，这就使得许多法官并非不想为当事人进行取证，实在受限于自身精力有限，只能保证最基本的审判工作的进行。

从一些其他地区的立法来看，2010 年底，台湾立法院读立法成立家事法庭，并引进家事调查官制度；日本的家事法院除了法官、书记员之外，还配备有专职的调查官；这就使法官从繁重的调查取证实务中解脱出来从而专心于案件的审理，这既保障了当事人的取证权，又使得法官能够在查明案情的情况下保持中立，可以说是一举两得。

从我国的法院人员配置来看，关于调查法官的设置也存在历史的沿革。以上海法院为例，上世纪 90 年代，每个审判业务庭都会配备有专职的调查法官。后因法院统一管理、整合人力资源的需要，各个业务庭的调查法官合并成立保全组，一般设置于法院的执行庭或者立案庭，协调各个审判业务庭所提交的当事人调查取证申请。但是从近两年来看，由于家事案件当事人越来越在意婚姻中一方的过错以及双方财产的多样，从而家事案件的调查取证需求量要远远大于其他案件的需求量。若还是按照平均分配的原则来配置法官的人手，则家事案件的需求量将会明显无法得到保障。故应当学习台湾及日本的做法，配备专职调查法官，可以最大程度上缓解这种需求上的差异。

（二）家事案件中法官释明权的规范与运用

释明权的行使是法官的诉讼行为，在家事案件中尤为重要。释明权的行使一方面对于法官的政治素质和业务素质提出了更高更严的要求，另一方面也需要对释明权加以规范，使得法院在诉讼的过程中不丧失自己中立的立场。笔者认为，在家事案件中，法官对于释明权的运用主要在以下三个方面：

1、诉讼程序的释明

前文提到，家事案件的当事人不一定具有很高的法律水平，因此家事案件的当事人对于法律的理解通常是有限的，甚至无法独立完成整个家事案件的诉讼程序。这时法院应当行使其最基本的释明权，包括明确诉讼请求，申请法院调查取证、证据规则、法律理解、裁判结果等释明，引导当事人正确行使诉讼权利。

法院虽不是普法的结构，但是不能因当事人不懂法就将当事人拒于法律的大门之外，其理论依据在于，释明权通常被认为是法院为救济当事人在举证和质证过程中存在的能力上的不足或缺陷，通过发问、指导等方式以澄清或落实当事人所主张的某些事实，以引导和协助当事人对案件事实和主要证据进行有效和积极辩论的权力。其不仅是法官的一项审判权利，亦是一种义务，其责任即在于保障当事人在诉讼中的合法权益。

2、诉讼风险的释明

释明权在家事案件中的运用还在于对于诉讼风险的释明。每一个案件的当事人都希望自己可以赢得案件的胜诉，对于家事案件这样与自己的命运密切相关的当事人来说尤其是这样。也正因为这样，一旦案件结果超出预期或者案件败诉，给当事人所造成的心理打击尤甚于实际的经济损失。

近两年来看，各基层法院开始重视家事案件中诉讼风险的释明工作。许多法院在家事案件的立案同时，都会让当事人阅读并签收诉讼风险告知书，让家事案件的当事人能够了解自身诉讼可能存在的风险，这就是法院所行使的诉讼风险的释明权。

但是，笔者同时也注意到，法院在释明诉讼风险的同时也存在一定的问题。首先，释明方式较为单一，一般会在立案时通过书面材料进行告知，但在诉讼过程中很少对诉讼的风险再次加以提醒；其次，是释明内容不彻底，一些法院为了保障自身的迅速结案，对一些风险事项不进行释明。如，离婚案件双方调解和好或撤诉，没有新的理由在六个月内不得再次起诉。这样重要的诉讼风险告知，很少在法院的诉讼风险告知书中看到，也很少在法院调解离婚时，由法院进行释明；第三，是各地法院适用不统一，由于释明权没有成体系的规定，各地法院也是根据自己法院的操作模式进行释明，故造成了各地法官行使释明权不一致的现象。

3、举证责任的释明

经过多年的司法改革，我国的民事诉讼结构基本上建立了当事人主义诉讼模式，即审理对象由当事人决定、事实由当事人主张、证据由当事人提出。法官基本上不介入上述领域而保持中立的裁判地位。但是，家事诉讼是相当复杂的法律专业性活动，当事人不懂法或对案件事实、证据及法律适用存在认识上障碍的话，可能影响到诉讼公正的实现。所以，为使当事人能够充分主张及举证，法院对案件适当地进行说明以促使当事人完成相应的诉讼行为是非常必要的。法院所享有的这种权力又称为释明权，其中对证明责任的释明便是其内容之一。

首先，法院应当阐明证明责任的分配。《证据规则》第三条规定，“人民法院应当向当事人说明举证的要求及法律后果，促使当事人在合理期限内积极、全面、正确、诚实地完成举证。“证明责任是举证的前提，只有明确了证明责任的分配，才能使当事人有目的地去收集和提供证据。应注意的是，法院证明责任分配的释明，应当说明理由，使当事人能够充分理解诉讼。

其次，法院通过释明，使当事人充分举证。法院在诉讼中如何阐明提供证据的问题，法律未作规定。笔者认为，法院的阐明应当是带有指导性的，但不能具体到每一项证据，否则将会影响到法院审判的中立性问题。

第三，法院应当向当事人阐明举证的方式与途径。这一点非常重要但经常被法院所忽视。根据《证据规则》第三十三条规定，“人民法院应当在送达案件受理通知书和应诉通知书的同时向当事人送达举证通知书。举证通知书应当载明举证责任的分配原则与要求、可以向人民法院申请调查取证的情形、人民法院根据案件情况指定的举证期限以及逾期提供证据的法律后果。”也就是说，当事人可以通过法院进行举证也是法院应当履行释明权所包含的内容之一。

三、当前阶段，完善家事审判程序的设想

（一）合理法院资源配置，加强法院参与家事审判的主动性

从我国法院的设立体制来看，短时间内成立专门的家事法院还很难被提上议事日程。但是，可以看到的是，各地基层法院已经开始建立起了家事审判合议庭，各别地区的法院已经开始试点建立家事法庭专门审理家事案件。笔者认为，这些做法都是有益的尝试，对我们家事审判程序的推进起到了重要的作用。

笔者同时认为，家事案件是一项复合之诉，在家庭关系日益复杂的今天，家事案件已经不仅仅限于婚姻案件，而是由此所引发的一些列人身、财产关系诉讼，因此，除去优化诉讼程序之外，更需要加强法院参与家事案件审判的主动性，当然，这需要与法院人力资源的配置互相配合。

笔者看来，有三个人是必不可少的。第一，是有经验的女法官，家事案件不同于一般的民事案件，需要有细腻的内心里去感染当事人焦躁的情绪，此时女性法官比男性法官更具有先天上的优势；第二，是具有一定法律知识、熟悉家事纠纷的人民陪审员，人民陪审员经常被称为是“笼子的耳朵”，但是在家事案件中则不同，人民陪审员以其亲民的身份可能更容易打动当事人的内心；第三，是专职的调查法官，正如上文所述家事案件的调查工作远超过于其他民事案件，并且其所得出的调查结果又是与家事案件的最后判决有着密不可分的关系，因此应当配备专职的调查法官配合当事人的调查申请，只有在查明事实的情况下，才能得出公证的判决。

（二）进一步完善家事案件的释明程序，建立释明程序作为家事案件的庭审前置程序

有一句著名的法谚是“只有了解自己的权利，才能更好地行使自己的权利”，这句话应当是每一个家事案件当事人所应当达到的状态。诚然，当事人的普法工作应当交给社会、传媒去完成，但是法院亦不应当利用当事人对于法律不熟悉而就此判决当事人败诉。

从现在的审判实践来看，法院在立案后都会向当事人发放受理通知书、应诉通知书、举证通知书等，这些都是法院行使释明权的体现。对于家事案件，一些法院也已经制作了专门的家事案件风险告知书就相关问题进行释明。笔者认为，由于家事案件当事人的特殊性，应当加大对于家事案件当事人的释明权。建议建立庭审前的释明程序，在案件的庭审之前制作统一的家事案件风险告知书向当事人进行送达，告知其诉讼风险。这样可以最大程度的保障家事案件当事人诉讼权利的行使，同时也使法院能够更顺利的开展诉讼程序。

（三）加强司法能动性，突破当事人主义的限制

能动司法要求法院应当更多地参与案件的审理，而不是一味恪守当事人主义的底线。家事案件与一般民事案件不同，案件当事人所处分的不仅仅是自身的权利，还有可能涉及整个家庭的权利，若简单地从当事人主义的角度出发进行裁判，很有可能损害了其他案外人的权益。

而实际上，法律上也赋予了法院突破当事人的权利，如，法律规定，对未办理离婚手续拒不补办结婚登记而坚持“离婚”的，按解除同居关系处理。这就是法院突破了当事人的诉讼请求所进行的判决。又比如，在关于子女抚养权的处理上，双方均同意子女随一方共同生活，但是法院经审查后发现子女若随该方共同生活明显不利于子女的成长，法院亦应当突破当事人的合意，依职权进行判决。

当然，法院所突破当事人的诉讼请求只能在法律所允许的情况下，这才不会导致司法审判权遭到滥用，又能够最大程度上保障家事案件审判的公平、公正，维护社会的公益！

对家事纠纷诉讼制度构建的几点建议

张承凤

我国目前主要用于调整家事案件的法律有《中华人民共和国民法通则》、《中华人民共和国婚姻法》、《中华人民共和国收养法》、《中华人民共和国继承法》和《中华人民共和国民事诉讼法》，以及一些相关的司法解释。就现行法律而言，在社会进入转型期，家事案件激增的背景下，适用同一普通民事程序，既影响诉讼效率又不能使家事案件得到良好解决，因此，针对家事案件自身的特点及审理中出现的问题，笔者提出以下几点建议：

第一、设置家事法庭或法院专理家事案件。不断增加以及复杂化的家事案件要求设立独立的家事法庭或法院，配之有特殊素质的法官、辅之以社会工作者和其他适合于此的专业人士，适用家事诉讼专门程序，可以从专业性以及效率性两方面保障家事案件得到良好的法律效果以及社会效果。从世界范围观察，家事法院或家事法庭的普遍建立是20世纪四十年代末开始的司法改革运动的重要成果之一。在主要工业化国家和地区，家事审判制度已相当成熟，比如德国、日本就设立有专职管辖家事案件的独立家事法院，西班牙、奥地利、波兰等国法院内也有相似机构。我国台湾地区也设有家事法庭专理家事案件，家事案件包括《民事诉讼法》第九编规定的人事诉讼、《非

讼事件法》规定的基于亲属身份引起的财产管理、监护及继承事件；因婚姻、亲属关系、继承或遗嘱所发生之民事事件。

具体构建审理家事诉讼的专门机构，在设置上可先在各级人民法院设立家事法庭，待经验成熟后，再设置独立的家事法院系统。根据我国家事案件由基层法院受理的规定，考虑方便诉讼原则，宜在基层人民法院普遍设立家事审判庭，依法审理第一审家事案件。针对家事案件上诉较多的现状，结合我国现行两审终审制，中级人民法院应设立家事审判庭。可喜的是，我国现在有的地方法院已经开始试点，希望得到推广。

第二、离婚案件中的诉讼保全问题。一是保全的时间，由于离婚案件在第一次起诉时，如果被告不同意离婚，法院多半会判决不准离婚，这时伴随案件审理的结束，诉讼保全会解除，那么夫妻共同财产就可能会被恶意处置。在笔者代理的案件里就出现了这样的问题，有在第一次起诉和第二次起诉期间出售房屋的；有在此期间转移存款的。对转移存款的行为，有的法院还不予处理，法院认为：我们只处理离婚时的夫妻共同财产，也就是在第二次起诉时，双方名下还存在的夫妻共同财产，如此的观点，当然会导致大量的财产转移。二是提出诉讼保全后的担保财产问题，虽然最高人民法院于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释（二）》中第二十八条特别规定：“夫妻一方申请对配偶的个人财产或者夫妻共同财产采取保全措施的，人民法院可以在采取保全措施可能造成损失的范围内，根据实际情况，确定合理的财产担保数额。”该条主要包含有两层意义：一是审理离婚案件时，当事人申请财产保全措施提供担保数额可适当降低；二是在采取保全措施可能造成损失的范围内确定合理的财产担保数额。但是一般情况下，法院还是会要求当事人或者利害关系人提供财产担保，提供财产担保的目的主要是申请财产保全虽为当事人的一项诉讼权利，但当事人应当承担财产保全对对方不利后果的责任承担。因此《中华人民共和国民事诉讼法》第96条规定：“申请有错误的，申请人应当赔偿被申请人因财产保全所遭受的损失。”但是在离婚案件中，如果财产保全担保程序还是按照民事诉讼法的一般规定进行的话，会难以实现当事人提出诉讼保全的权利，给提出离婚的当事人无形设置了障碍，其原因有：1、由于保全的财产多为夫妻共同财产，按照婚姻法所规定的婚姻期间约定属于“个人”的财产，在司法实践总是极少存在的，因此，夫妻一方在离婚诉讼中保全的财产多为夫妻共同财产，那么为了保全财产申请人很难提供可供担保的个人财产。2、案外人提供的财产担保在普通模式案件中会正常存在，但是离婚案件相比较属于特殊案件，案外的第三人一般不会提供财产担保的帮助，即使是亲戚关系都不会如此，人们还会考虑到离婚会不会得到法院支持，夫妻如果是气头上的冲动，今后万一和好如初，不就会仇视自己，更会受到社会的舆论谴责。3、随着经济的不断发展，如果一方有一定的雄厚财产，而另一方没有任何的经济收入，那么要求没有经济收入的一方提供财产担保就没有可能。

因此笔者建议将离婚案件中财产担保之特别规定中的“可以”换为“应当”。当然若我国能够建立完善的夫妻财产互查制度，同时加大对转移、隐匿财产方的处罚力度，比如像美国纽约州，对其处以税法方面的惩治，以及降低其个人信用评价等，也可以从侧面解决保全时间短而无法解决的转移、隐匿财产等问题。

条款：夫妻一方申请对配偶的个人财产或者夫妻共同财产采取保全措施的，人民法院应当在采取保全措施可能造成损失的范围内，根据实际情况，确定合理的财产担保数额。

其三、在调查取证方面，应以适用职权探知主义为原则。追求客观真实是家事案件公益性所延伸出来的必然结果。特别是在家事财产争议中，掌控财产的一方往往会隐匿、转移财产等，而另一方则显得十分被动，此时法院就应依职权主动进行调查，探求案件真实。从国外立法来看，在家事审判程序中，实行职权探知主义也是大势所趋。例如德国民事诉讼法规定，法院可以依照职权命令调查证据，并且在审讯配偶双方后，也可以依职权考虑双方未提出的事实；我国台湾地区民事诉讼法规定，在撤销婚姻或者离婚之诉中，对于未成年子女权利义务行使负担的内容与方法，法院可以斟酌当事人所未提出之事实，并应依职权调查取证。而在目前我国的司法实务中，法官调查取证一般都是依当事人申请，甚至有时当事人申请了，法官也不见得按申请来办，比如对于已经起诉过一次，即便当事人申请调查自第二次起诉离婚的时间倒推两年内另一方的存款以及股票情况等，法官还是按第二次离婚起诉时倒推回去一年的时间来调查，如果按第一次起诉的时间看，实际调查的时间只有两三个月时间左右，如此调查结果又有何意义呢？离婚起诉的当事人都是在经过考虑和安排以后才会启动法律程序，如此短的调查取证时间，实际意义是不大的。还有的法院对于当事人的申请要求必须提供相应的信息，否则拒绝调查；而银行系统也在现实中设置了大量的障碍，导致法院的调查取证有极大的局限性。这些都需要立法予以制定改变如此的局面。

条款：离婚诉讼中，法院除对当事人的调查取证申请事项中当事人无法完成的内容实施调查取证职权外，并可积极主动行使法院调查取证职权；对经查明但当事人未提出之事实，裁判时应当予以考虑。

其四，设计细致完善的离婚案件缺席判决制度。很多法律人士认为和普通的财产类民事诉讼不同，家事案件当事人必须直接参与整个诉讼过程。然而我国目前存在大量人口移动的现状，当事人无法到场或者恶意缺席的现象比比皆是，虽然《民法》有关于拘传的规定，但在构建和谐司法的背景下很少适用。难道一方起诉离婚，另一方不想离婚的方式就是不出席吗？若法官一味坚持缺席不判决，或者让到庭当事人承担败诉的后果，那此作法已经远离了程序法之要求，使诉讼公正与效率大打折扣，因此笔者认为设计完善细致的缺席判决制度，确立一方

辩论主义为离婚案件缺席审判模式。其基本要求是法官裁判基础，不仅包含到庭当事人的陈述辩论及相关证据，同时也包括缺席方所提交答辩状及证据资料。单方陈述辩论，不能作为法院径行判决基础。依此种模式审理案件，应当注意以下几个方面：1、对于离婚问题，对原告适当降低证明标准。法院要对原告的诉讼请求、理由及有关证据进行审查。如果以上材料并不矛盾，能互相印证并基本能证明原告的主张，法院应作出原告胜诉的判决；2、保障缺席方合法权益。法官应充分注意保障缺席方合法权益，特别是财产分割问题，如缺席方确属下落不明，也应合理分割夫妻共同财产，并为其指定财产代管人。如缺席方就财产分割部分存在异议，可以申诉，请求重新分割财产；或提起诉讼，请求依法分割所遗漏财产，以此种方式求得司法之救济。如果财产分割会导致缺席方财产损失的，或者财产、债权债务无法查清的，可暂不处理，待当事人出现后再作处理。

同时，法院在缺席审判离婚案件时，可以考虑多种手段来保障缺席方的诉权，比如缺席方可以提交公证离婚意见书，或者视屏审理等。现实审理中，这两种离婚审理方式都已经出现。当然，这需要防止虚假公证和冒名顶替的情形。对于无正当理由拒不出庭的当事人应让其承担不利的法律后果。

对于“下落不明”的被告，在“送达”传票时，需要特别注意，除了如村委会、居委会或者派出所出具的证明外，人民法院还应当依职权调查被告的近亲属，从程序上尽可能保障被告被通知到，若近亲属也无法提供或提供的帮助也无法联系被告，结合原告提供的其他证据，才可以认定为“一方下落不明”，然后公告送达传票，

条款：离婚案件当事人由于特殊原因无法出庭的，应当向法院提交经公证的离婚意见书；有条件的法院，可以采用视频方式进行审理。

离婚案件对被告下落不明的，除原告提供相关部门的证明外，法院还应依职权进行调查，在查证属实后予以公告送达被告传票。

参考文献：

- 1、傅郁林，家事诉讼特别程序研究，法律适用，2011年08期。
- 2、张晓茹，家事保全程序探究——对我国民事诉讼立法中一个空白点的诠释，河南社会科学，2006年04期。
- 3、周丽，离婚案件缺席审判制度，法制与社会，2008年33期。
- 4、蒋月，家事审判制：家事诉讼程序与家事法庭，中国论文联盟，<http://www.lwlm.com/minfaluwen/201011/445597.htm>

从婚内析产问题看民法修正案中的先行调解

天津优律师事务所 姚丹

“调解”发明于我国，被世界各国誉为“东方经验”而广受赞誉和借鉴。在我国现行民事诉讼立法体系中，关于调解不但在《民事诉讼法》中作了专章规定，还制定了大量有关调解的法律法规和规定，形成了以人民调解为主的“非诉调解”和以法院调解为主的“诉讼调解”的调解体系。然而对于何为先行调解，目前并没有明确界定，在法律规定上，也只有2003年颁布的《最高人民法院关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》（以下简称《简易程序规定》）中有所提及。本次《民事诉讼法修正案》（草案）中第25条规定：增加一条，作为第一百二十一条：“当事人起诉到人民法院的民事纠纷，适宜调解的，先行调解”，除此之外在修正案中无其它规定。然而就这么一个模糊的提法，不得不让我们产生疑问和思考。

一、“先行调解”的明晰及草案修改建议

（一）、先行调解的期间不明，导致其性质不定

根据我国现行法院的内部设置，立案庭是民事纠纷进入法院的第一道窗口。那么，所谓“起诉到人民法院的民事纠纷，适宜调解的”，按其表面意思似乎是指一旦有民事纠纷告诉到人民法院，立案庭的工作人员应先行审查其是否适宜调解。然而，如果这种理解正确的话，本条便直接违反了我国现行民事诉讼法关于案件受理的形式审查原则，也会与修正案中第122条的规定“人民法院应当保障当事人依照法律规定享有的起诉权利。对符合本法第118条的起诉，必须受理”相冲突。由此视之，修正案中先行调解的“先”，在我国还没有像有些国家那样在法院内部广泛设立诉前调解庭的情况下，其开始时间至少是在案件受理之后。而对于其期末时间，在上述提到的《简易程序规定》中，其第十四条规定先行调解案件“在开庭审理时应当先行调解”，并且这一条安排在该规定第三部分“审理前的准备”中，也就是说先行调解应至少在开庭审理前进行。综上分析，我们认为所谓的先行调解其期间应为立案之后开庭之前。其性质应属于与庭审调解一类的诉讼调解，而不是非诉调解。

（二）、先行调解无判断标准，无从确定其适用范围

对于草案中的先行调解，哪种案件应先行调解？只有简单的“适宜调解”四个字定位，基本没有实质内涵，是一个太过原则的规定，必须有所具体。

本文开头提到，目前我国法律法规及司法解释关于先行调解的规定只出现在《简易程序规定》中，其第十四

条规定：下列民事案件，人民法院在开庭审理时应当先行调解：（一）婚姻家庭纠纷和继承纠纷；（二）劳务合同纠纷；（三）交通事故和工伤事故引起的权利义务关系较为明确的损害赔偿纠纷；（四）宅基地和相邻关系纠纷；（五）合伙协议纠纷；（六）诉讼标的额较小的纠纷。对于本条规定背后的立法理由立法者亦作出了解释，如当时主导该司法解释的最高人民法院副院长黄松有表示，“将婚姻家庭纠纷和继承纠纷列入调解前置程序，主要是这类案件内含着丰富的伦理道德内容，如果单纯用法律规范去调整，用很机械的、过于程式化的方式去解决，不利于纠纷的彻底妥善处理，难以取得良好的社会效果……”。^①然而，除此之外，关于先行调解的受案范围再无其它规定，2004年颁布的《最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》和2009年颁布的《最高人民法院关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》也未曾提到。因此可想而知，在我国现行民事诉讼法还未对普通程序适用先行调解列明具体案件类型和确立判断标准的情形下，必然导致法院对何种案件适用先行调解无从判定。尽管修正案第一百三十二条^②规定，“人民法院对受理的案件，分别情形，予以处理：“（二）对当事人争议不大的，采取调解等方式及时解决纠纷”，看似是对先行调解判断标准的确立，但仍然过于抽象，而且就“争议不大”这项标准来说，其又与适用简易程序的判断标准重合，更加让法院无所适从。

通过以上分析，对于先行调解我们认为，应该把《简易程序规定》中规定的六类先行调解案件作为一般先行调解案件在修正案第一百二十一条中列举，再在第一百三十二条中概括规定其它先行调解案件。具体如下：

1、修改意见一：修正案第一百二十一条修改为：“当事人起诉到人民法院的下列民事纠纷，在立案后经当事人同意调解的应先行调解，调解不成的转入审理程序：

- （一）婚姻家庭纠纷和继承纠纷；
- （二）劳务合同纠纷；
- （三）交通事故和工伤事故引起的权利义务关系较为明确的损害赔偿纠纷；
- （四）宅基地和相邻关系纠纷；
- （五）合伙协议纠纷；
- （六）诉讼标的额较小的纠纷

2、修改意见二：修正案第一百三十二条第二项修改为：依照其它法律规定该案件应先行调解的，按照第一百二十一条的程序规定进行调解；

举例来说，对于离婚案件，《婚姻法》第三十二条中第二款规定，“人民法院审理离婚案件，应当进行调解”。依据我们的修改意见二，既然《婚姻法》作为其它法律规定了这类案件应先行调解^③，那么在受理此类案件后法院便应对其先行调解，当事人不同意调解或调解不成的，再按其性质适用普通程序或简易程序进行审理。

二、婚内析产问题是与财产有关的婚姻问题，应予先行调解

前文已述及，对于婚姻家庭纠纷和继承纠纷（又可统称“家事纠纷”）我国法律规定在开庭审理时应当先行调解，而且这一规定在现行法中只适用于简易程序，在普通程序中，只明确规定离婚案件应当先行调解，而对于其它婚姻家庭纠纷没有要求。那么，对于婚姻法司法解释（三）第四条所确立的婚内分割夫妻共同财产纠纷，它是否属于婚姻纠纷呢？对这个问题的回答将直接影响到这类新型纠纷对先行调解的适用问题。

对于婚内析产问题的纠纷性质，有一种观点认为，婚内析产问题只是因婚姻关系而起的财产问题，只需按照普通的财产纠纷解决方式审理即可。这种观点也是本人目前办理的“天津首例婚内分割夫妻共同财产案”^④中法院的观点。针对这类案件，法院只把它当作普通的财产纠纷进行审理，法官只考虑原被告提出的事实和证据，不会基于双方当事人是夫妻关系而考虑情理因素。并且，持本观点的人还从本条的制定依据出发，认为婚内析产就是一个夫妻财产利益分割的问题，本条当时在解释（三）中得到确立，理论依据便是物权法第99条对财产共有权的规定，该条规定认为共同共有人在共有关系存续期间，一方可基于重大理由请求分割共有物。所以，最高人民法院在这种共有物分割理论的指导下草拟了立法意见并经多方建议修改后制定了本条。因此基于本条的立法原理他们认为，本条规定的出台只是物权法的财产权理论在婚姻法中的又一处适用，并不需要考虑是否存在特殊的身份关系，

我们认为，婚内析产尽管解决的是夫妻之间的财产利益问题，但这一纠纷只是与财产有关而已，其本质还应归属于婚姻类纠纷。原因在于，与其它民事财产纠纷不同，婚内析产纠纷的当事人之间存在身份关系。而且由于当事人解决该纠纷的目的往往不是为了判断是非曲直，更多的是为了以后更好的和平相处，该纠纷解决后当事人之间仍存在身份关系。所以它比离婚纠纷更特殊，更进一步体现了身份性。消除当事人双方对立情绪、恢复受创情感、实现家庭和睦是解决此类纠纷的终极价值取向。所以说，如果一般的离婚纠纷都应实行先行调的话，那么婚内析产纠纷就更有必要通过先行调解方式解决了。因此，法院要想妥善处理这类婚姻家庭纠纷，取得良好的社会效果，必须将先行调解和诉讼有机联系。

所以，对于婚内析产这一问题，我们认为其实质是与财产有关的婚姻问题，而不是从其表面看来只是与婚姻有关的财产问题，根据前面我们关于先行调解的修改意见，我们认为对婚内请求分割夫妻共同财产的案件，法院

应当在立案之后对它进行先行调解。

注释:

- ① 现代快报：婚姻家庭纠纷等六类民事案件应先调解，<http://news.sina.com.cn/c/2003-09-19/0859782181s.shtml>，2012年7月25日访问
- ② 《中华人民共和国民事诉讼法修正案》（草案）第二十八：增加一条，作为第一百三十二条：“人民法院对受理的案件，分别情形，予以处理：
“（一）对当事人没有争议，可以适用督促程序的，转入督促程序；
“（二）对当事人争议不大的，采取调解等方式及时解决纠纷；
“（三）根据案件性质，确定适用简易程序或者普通程序；
“（四）需要开庭审理的，要求当事人交换证据，明确争议焦点。”
- ③ 在法律出版社2012年出版的《中华人民共和国婚姻法》（注释本）一书中，编写者在该条的注释中写道：“只有一方要求离婚的，可以请求有关部门调解，也可适用诉讼离婚，但是在审理离婚案件时，法院也要依法先行调解，不能立即审理、宣判，以便维护婚姻的稳定”
- ④ 参见8月11日北京市朝阳区律师协会民事业务研究会主办：“《婚姻法司法解释（三）》实施一周年热点难点问题研讨会”我们所提交的论文：《婚姻法司法解释（三）》第四条的理解与应用

当前家事诉讼证据制度的完善建议

孙韬（江苏苏源律师事务所）

各位嘉宾：今天我想和大家谈的一个问题是在职业过程中发现的一个新的问题。很多人可以看到现在在我们各个城市里面调查公司或者私家侦探如雨后春笋一般层出不穷，而且业务量做的特别的好。在我看来呢，虽然这些私家侦探或者调查公司他们游走在法律的边缘，甚至有一些从业人员因为触犯法律的规定而受到法律的制裁，但是这个行业仍然散发出蓬勃的生机，业务非常的好。

我执业开始就一直和他们打交道，我看到他们的运作模式或者说他们的业务发展方向相对而言我还是比较了解的，目前调查公司的主要业务分两块（1）商务调查（2）婚姻家庭调查。婚姻家庭调查业务他们又大致分为两块，一方面是婚外情的调查，去找人啊，找对方婚外情的证据，这个说白了对他们而言是个体力活。可以给调查公司带来巨大利益的是另一个方面，就是进行通话记录短信包括银行开户信息等方面的调查，虽然这样的一个调查是非法的甚至是犯罪的，可是却有着巨大的市场。如此现象的存在引发我的思考。目前在多数民事诉讼中，特别是家事诉讼中很多的当事人是处于一个相当的弱势地位或者相当被动的地位，特别是在资产过千万过亿的家庭中往往绝大多数的财产控制在一方名下，并表现为股票、股权、公司的期权，还有银行存款、理财产品等等，作为另外一方往往是相夫教子或者是处于弱势的地位，他知道家里面大概有多少资产但是等到双方一旦发生争议他就没有办法解决这个问题，因为他举证非常困难。现在法院在绝大多数民事诉讼中你主张对方的有银行存款那就要求举证而且即便当事人提交了相关信息法院也很少去调查。提交了对方准确的各项银行信息后法院才有可能去调查。而且据我所知在江浙沪地区的调查令很多银行对调查令是不支持的不配合的只有法院去调。

为什么调查公司有这样违法的收入途径存在，就是因为我国国家民事诉讼法不完善，我们应该在家事诉讼中加一个特别制度。

我想初步应该是分两块：

第一我们可以规定在家事诉讼中只要一方当事人申请法院就给申请人或者申请人的代理律师一个调查令，他可以凭这个调查令到任何一个开户银行和证券交易所等相关机构查询对方的开户情况和交易情况，当然这个调查令我们可以设定一个时间例如半年或者一年内，我们设定这样一个制度，这样也可以减少法院的工作量，让当事人或者当事人的律师去查，这样就可以减少对方去转移财产的可能。

第二我们设定一个惩罚制度，当事人要如实申报的义务，就是在你名下有多少财产你的开户银行账户是什么你的房产有多少，要如实申报，如果说你不如实申报在法院开庭前或判决前你没有如实申报，那以后一旦发现了你有隐藏的财产没有如实申报财产，那么就处罚制度，这些隐藏财产就归对方所有，这样的一个制度，督促当事人如实申报自己的真实财产，促使家事审判进入合法和实质公平的境地。

这就是我的两点建议，谢谢大家

婚姻诉讼中的财产保全

李曙光，曹玉雯（天津星聚律师事务所，天津，300201）

【摘要】离婚诉讼与其他类型的纠纷诉讼不同，它是复合之诉，涉及身份关系、财产关系及子女抚养关系，这就决定了离婚诉讼中的财产保全制度与其他类型纠纷的财产保全制度有着本质的差别，而现有民事诉讼法制度

中的财产保全制度并不能完全解决离婚诉讼保全财产的相关问题，本文从财产保全担保制度、财产保全期限及保全措施三个方面试图寻求问题解决途径。

【关键字】离婚诉讼；财产保全；家事诉讼程序

财产保全是指人民法院在受理案件前或者诉讼过程中，作出判决之前，为了保证判决的顺利执行，或者避免财产遭受损失，对当事人的财产或者争执标的物采取的限制当事人处分，或者禁止当事人实施或不实施某一行为的临时措施，财产保全包括诉前保全和诉讼保全两种形式，¹²³其作用在于保障将来的生效判决能够得到执行，使判决结果落到实处。在离婚诉讼中，当事人一方为避免财产实际控制人隐匿、转移或毁损财产，往往在诉讼中甚至在诉讼前会申请财产保全，但是由于离婚诉讼是复合之诉，既有身份属性又具财产性且以身份属性为主，这就决定了离婚诉讼中的财产保全与其他类型的诉讼案件中的财产保全有本质的不同，在没有家事诉讼程序专门立法的现状下，现有民事诉讼程序中的财产保全中的诸多制度设计并不能满足当事人在离婚诉讼时财产保全的需求，甚至在司法实践中给离婚当事人、司法机关都带来一定的困扰，并没有起到财产保全制度保护合法权益人的目的。笔者结合实践中所遇到的问题，从财产保全制度的目的出发，认为，因为离婚诉讼具有特殊性，为了保护诉讼离婚中的相对弱势方，现有的财产保全制度在担保制度、保全期限及保全措施等方面进行专门立法，具体阐述如下：

2012 离婚诉讼中财产保全制度不宜要求申请人提供担保

（一）离婚诉讼中适用现有财产保全制度而存在的问题

1. 现有财产保全中的担保制度与夫妻财产制规定相矛盾

财产保全的担保有两种，一种是申请人为申请财产保全而向人民法院提供的担保，另一种是指被申请人为使被申请人财产解除保全而向法院提供的担保，其中在离婚诉讼中与夫妻财产制存在冲突的诉讼担保制度是指前者，即因申请人申请财产保全不当而给被申请人造成损害给予赔偿而在财产保全过程中提供担保财产，以供保全错误时给予被申请人赔偿，这种担保是为弥补申请保全错误而造成的损失，当事人向人民法院提供担保财产而形成的人民法院与案件当事人之间的民事诉讼法律关系，人民法院与申请人、担保人并不形成债权债务关系，财产保全的担保需经接受保全申请的人民法院认可。¹²⁴在司法实践中，调整财产保全担保的法律主要是《中华人民共和国民事诉讼法》和最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》（以下简称《民诉意见》），以及最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》中的相关规定，民事诉讼法第九十二条规定“人民法院对于可能因当事人一方的行为或者其他原因，使判决不能执行或者难以执行的案件，可以根据对方当事人的申请，作出财产保全的裁定；当事人没有提出申请的，人民法院在必要时也可以裁定采取财产保全措施。人民法院采取财产保全措施，可以责令申请人提供担保；申请人不提供担保的，驳回申请。”该法第九十三条规定“利害关系人因情况紧急，不立即申请财产保全将会使其合法权益受到难以弥补损害的，可以在起诉前向人民法院申请采取财产保全措施。申请人应当提供担保，不提供担保的，驳回申请。”《民诉意见》第九十八条规定“人民法院依照民事诉讼法第九十二条、第九十三条规定，在采取诉前财产保全和诉讼财产保全时责令申请人提供担保的，提供担保的数额应相当于请求保全的数额。”由此可见，在离婚诉讼中申请人若要申请财产保全则必须提供担保，而且提供担保的价值数额须与申请保全的财产价值相当，这就产生了两个问题：

（1）申请人以何财产作为财产保全的担保？

在离婚诉讼的财产保全中，申请人一般都没有实际掌管财产，在离婚双方当事人中属于相对弱势方。而保全的财产又多为夫妻共同的主要财产或者重要财产，申请人没有别的财产可言，若要求其在申请财产保全的过程中提供担保，申请人只有两个选择，一是以所谓自己的财产提供担保，二是以案外人的财产提供担保。对于前者，由于我国夫妻财产制除夫妻另有约定外实行法定财产制，即在婚内的财产一般为夫妻共同所有，此时申请者以所谓的自己的财产提供担保，被申请人会对此财产提出异议，同时法官也难以作出裁定。对于后者，离婚一般是当事人的“家务事”，俗话说“清官难断家务事”，案外第三人一般不参与其中，也难以提供财产担保的帮助，因为人们会考虑法院是否会判决离婚，若判决不予离婚或者夫妻日后和好如初，提供财产担保者会遭受一定的舆论压力。

（2）申请人为保全自己的财产也需要提供担保，与诉讼担保制度的目的不符。

如上文所述，离婚诉讼中财产保全所申请保全的财产在控制状态上为对方所控制，但是在权属上并不必然为对方所有的财产，所申请保全的财产经人民法院裁判后其权属可能是申请人的，可能是夫妻共同所有，可能是被申请人的，在这种情况下，存在如下两个问题：一是，若申请保全的财产权属不明的条件下，是否存在保全错误的情况？一般认为，如何认定申请财产保全是否有错误，要从申请人的主观和被保全的对象进行分析。如果当

¹²³ 孙海龙,姚建军.《司法程序中财产保全担保的实现路径——兼谈对我国民事诉讼中财产保全范围的理解》[N]. 人民法院报, 2009年5月5日006版.

¹²⁴ 曹茂幸.《试述离婚案件中的财产保全》.

http://www.chinalawedu.com/new/21604_3500_/2009_11_26_ji87690185862119002240.shtml, 2012-7-30

事人主观上存在过错,超争议标的数额申请保全,或将他人的财产申请保全,则属于申请保全错误。如果被申请保全的财产的性质在申请保全时尚未确定,只要申请人主观上没有过错,不论被保全的财产性质如何,均不属保全错误。125二是若经人民法院裁判,所保全的财产为申请人所有或部分所有,则申请人在保全财产时为保全自己的财产而提供了担保,这与财产保全担保为防止保全错误的目的不符合。

2. 关于财产保全中担保的规定民事诉讼法与婚姻法相关规定不统一

上文所述,根据我国《民事诉讼法》及《民诉意见》相关规定,在申请人申请财产保全时所提供的担保数额须与申请保全的财产数额相当,但是我国《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》(以下简称《婚姻法司法解释(二)》)第二十八条规定:“夫妻一方申请对配偶的个人财产或者夫妻共同财产采取保全措施的,人民法院可以在采取保全措施可能造成损失的范围内,根据实际情况,确定合理的财产担保数额。”在离婚案件中,夫妻一方将夫妻共同财产私自隐藏、处分、转移,从而导致对方在法院判决后分割共同财产时使判决成为一纸空文的情况并不鲜见,为了防止出现这种情况,当事人可以申请法院采取财产保全措施,126而在司法实践中,对于非控制财产方需要提供与申请保全财产的价值相当的担保财产具有很大的困难,为了保护离婚案件中弱势群体一方的利益,使判决能够真正的落到实处,《婚姻法司法解释(二)》特别规定了离婚案件中的财产保全问题,即人民法院可以在采取保全措施可能造成损失的范围内,根据实际情况,确定合理的财产担保数额。虽然该条的规定对于保护离婚诉讼中相对弱势方具有积极的作用,但是其一,该条规定较为原则,操作性不强;其二,该条规定与《民事诉讼法》及其司法解释的相关规定并不统一,有违法制统一的原则。而若能在家事诉讼程序立法中对此问题加以规定,便可以解决此问题,因为家事诉讼程序是民事诉讼程序的特别程序,适用家事诉讼程序符合特别法优先于普通法的法律适用原则。

3. 现有财产保全制度极易提高当事人诉讼成本,不利于保护离婚诉讼中相对弱势方

离婚案件属于特殊案件,它是将身份关系、财产关系及子女抚养关系集为一体,其请求的结果是以离婚请求是否被支持为前提影响后两个请求的处理,即在人民法院判决准许双方当事人离婚的条件下,才会涉及财产的分割与子女的抚养问题。而在司法实践过程中,由于种种原因,当事人第一次起诉离婚而不被人民法院支持的情况较为常见。因而,对于离婚诉讼的当事人,在不确定最后是否准予解除夫妻关系的条件下而申请财产保全,其初衷是为了防止对方隐藏、处分、转移财产,这也说明该财产并不在申请人控制范围之内,而此时申请人需要缴纳保全费用及提供担保,若离婚的诉讼请求在一审时未得到支持,申请财产保全的行为无疑增加了当事人的诉讼成本,同时也未起到保护财产非控制方的利益的作用。

(二) 上述问题之解决方法的意见:在离婚诉讼的财产保全中不宜要求申请人提供担保

如上文分析,在离婚诉讼中申请财产保全的一方往往是不控制财产的一方,也是在离婚诉讼中处于相对弱势的一方,从法学理论及司法实践中,要求其在财产保全过程中提供担保的规定并不合理,从2004年4月1日生效的《婚姻法司法解释(二)》第二十八条的规定可见,民事诉讼法中有关财产保全的规定已经对离婚诉讼中财产保全的相关问题的解决带来了一定的困难。因而,在家事诉讼程序专门立法中对财产保全问题进行规定显得更为重要,一方面可以解决现有财产保全制度与婚姻法中夫妻财产制度相冲突的法律理论问题,另一方面也可以解决在法律适用过程中法制不统一的问题,而且这样的规定更符合保护离婚中弱势方尤其是妇女权益的立法精神。

2013 离婚诉讼中财产保全的保全期间宜作适当延长

(一) 问题的提出——“空档期”如何保全财产?

1. 我国现有财产保全期限的法律规定及存在的问题

根据我国《民诉意见》的规定,财产保全裁定的效力至生效的法律文书执行时为止,即《民诉意见》第一百零九条“诉讼中的财产保全裁定的效力一般应维持到生效的法律文书执行时止。在诉讼过程中,需要解除保全措施的,人民法院应及时作出裁定,解除保全措施。”

同时,在《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》中对不同保全措施规定了不同的期限并可以申请保全期限延期,具体内容为:该法第四条的规定“诉讼前、诉讼中及仲裁中采取财产保全措施的,进入执行程序后,自动转为执行中的查封、扣押、冻结措施,并适用本规定第二十九条关于查封、扣押、冻结期限的规定。”第二十九条规定了不同保全措施进行财产保全的期限,即“人民法院冻结被执行人的银行存款及其他资金的期限不得超过六个月,查封、扣押动产的期限不得超过一年,查封不动产、冻结其他财产权的期限不得超过二年。法律、司法解释另有规定的除外。申请执行人申请延长期限的,人民法院应当在查封、扣押、冻结期限届满前办理续行查封、扣押、冻结手续,续行期限不得超过前款规定期限的二分之一。”第三十条规定“查封、扣押、冻结期限届满,人民法院未办理延期手续的,查封、扣押、冻结的效力消灭。查封、扣押、冻结的财产已经被执行拍卖、变卖或者抵债的,查封、扣押、冻结的效力消灭。”

通过上述法律规定可见,关于财产保全期限的规定,《民诉意见》与《最高人民法院关于人民法院民事执行

¹²⁵ 史友兴,《离婚诉讼妻子保全丈夫财产分道扬镳前夫起诉要求赔偿》[N].民主与法制时报,2003年8月26日第004版。

¹²⁶ 黄松有主编,《最高人民法院关于婚姻法司法解释(二)的理解与适用》[M].人民法院出版社,2004年1月。

中查封、扣押、冻结财产的规定》是从不同角度进行的规定，前者以案件审结为标准，后者以不同保全措施为期限长短的标准，虽无本质冲突但是存在不一致的问题，根据这些法律规定，财产保全易出现“空档期”的情况，这在司法实践中，尤其是在离婚诉讼的财产保全中，容易导致被保全的财产处于一个“空档期”，即案件审结（未判决离婚）而财产保全措施的期限未到，乃至到下一次起诉离婚的这段时间里，财产保全的裁定已失效，在案件中被申请保全的财产处于一种无保护状态，具体有两种表现形式，以下内容进行阐述。

2. 保全财产“空档期”的表现

第一种，案件审结，财产保全措施的期限未满，但因无法申请延期，形成“空档期”。以“查封、扣押动产的期限不得超过一年”举例说明，2011年2月份甲向某人民法院起诉乙离婚，并在3月份申请了登记在乙名下的一辆机动车的财产保全，法院经审查批准保全财产期限为一年，该案件经一审普通程序审理至2011年8月份进行了不准离婚的判决，后甲不服一审判决进行上诉，二审法院于2011年11月份进行了不准许离婚的判决，而被保全的机动车的保全期限至2012年3月到期，至二审判决生效时，该机动车的保全裁定因案件审结而失效，但此时虽然被保全的机动车仍在保全期限内，但甲却无法申请延期以保全该财产不被乙处分。

第二种，案件审结，财产保全措施的期限也届满，因无法申请财产保全，致使至六个月后再次起诉期间形成“空档期”。司法实践中如果当事人第一次起诉离婚且不存在准予离婚的法定事由，人民法院往往不会判决离婚，而财产保全会因案件的审结而失去保全效力，此时便会出现这样的问题：原告第一次起诉离婚未被支持的判决生效后，被告开始有隐匿、转移财产的行为，但原告并没有确凿的证据，而此时没有出现新情况、新理由，且距上一次起诉不满六个月，因而无法再向法院提起离婚诉讼，更无法申请财产保全，此种情况下，非控制财产方的利益如何保护？

（二）上述问题之解决方法的意见：在离婚诉讼财产保全中适当延长保全期限

1. 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》第四条是对夫妻一方利益受损的事后救济

我国《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》第四条规定“婚姻关系存续期间，夫妻一方请求分割共同财产的，人民法院不予支持，但有下列重大理由且不损害债权人利益的除外：（一）一方有隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或者伪造夫妻共同债务等严重损害夫妻共同财产利益行为的；（二）一方负有法定扶养义务的人患重大疾病需要医治，另一方不同意支付相关医疗费用的。”即规定了婚姻关系存续期间可以分割夫妻共同财产的情形，但是这一条款的适用须满足两个条件：一是夫妻一方的利益已经遭受损害，即夫妻一方已经开始隐藏、转移、变卖或者具有其他损害夫妻共同财产的行为并使夫妻共同财产受损；二是分割财产请求方必须有证据证明另一方有上述行为。但是在现实生活中，证据的收集对于夫妻财产的非控制方实属不易，往往因此而致使其利益遭受了损害而无法救济。

2. 建议在家事诉讼专门立法中适当延长财产保全期限

预防损害事实的发生与损害事实发生后的救济同等重要，而适当的延长离婚诉讼中财产保全期限可以在一定程度上防止恶意方隐匿、转移或其他有损夫妻共同财产行为的发生。笔者认为，离婚诉讼中财产保全的期限可以适当延长至第一次起诉离婚判决生效后的六个月。当然，财产保全的延长可能会造成夫妻共同财产或一方财产价值的贬损，对于这个问题，笔者将在第三部分予以分析。

一、离婚诉讼中财产保全的保全措施宜采取更为灵活的方式

（一）对我国现有的财产保全措施的分析

根据民事诉讼法规定，财产保全可以采取查封、扣押、冻结或者法律规定的其他方法。其中，查封是指人民法院将需要保全的财物清点后，加贴封条、就地封存，以防止任何单位和个人处分的一种财产保全措施。扣押是指人民法院将需要保全的财物移置到一定的场所予以扣留，防止任何单位和个人处分的一种财产保全措施。人民法院在财产保全中采取查封、扣押财产措施时，应当妥善保管被查封、扣押的财产。当事人可以负责保管被扣押物，但是不得使用。冻结是指人民法院依法通知有关金融单位，不准被申请人提取或者转移其存款的一种财产保全措施。人民法院依法冻结的款项，任何单位和个人都不准动用。财产已经被查封、冻结的，不得重复查封、冻结。查封、扣押及冻结在保证保全财产不被处分的同时，也使其经济效益有所减损。但是，不同于其他案件类型的诉讼保全的财产，离婚诉讼中申请保全的财产往往是夫妻共同财产，通常为存款、房屋、车辆、证券（一些案件中也会涉及到公司股权、知识产权等收益），其用于家庭生活，若按照上述方式进行查封、扣押、冻结，在现有财产保全期限不变动的条件下，都存在影响家庭正常生活的情况，则在适当延长财产保全期限后该问题会更加突出，对于这个问题的解决，笔者在下面的内容中进行阐述。

（二）离婚诉讼中财产保全措施允许双方当事人协商

在财产保全期限适当延长后，离婚诉讼中的财产保全措施可允许婚姻双方当事人协商，不必然适用上述三种方式。一方面，离婚诉讼中保全的财产为夫妻共同财产，采取何种保全措施由二人商定，这体现了当事人的意思自由，不论采取何种保全措施，双方自愿承担这种保全措施所带来的风险；另一方面，也正由于保全的财产对于

夫妻双方都存在利害关系，因而在保全措施的采用上会更为谨慎，有利于保全财产的经济性不被减损。

（三）离婚诉讼中财产保全措施对于处分财产的限制适度放宽

现有财产保全措施中的查封、扣押及冻结方式对于保全财产的流动性都是极为严格的限制，但是作为夫妻共同财产，其对于家庭生活仍起着重要作用，若适当放宽保全措施对于保全财产的限制，一方面有利于缓和夫妻之间的矛盾与对立性，另一方面也与适当延长财产保全期限的制度设计相符合。例如，对于房产的保全，可以限制其买卖，但允许其租赁等。

结 论

离婚诉讼较其他类型案件的诉讼具有特殊性，尤其是身份属性明显，在财产保全中同样存在因其明显的身份属性而造成的实践困扰，因而笔者主张，将家事诉讼程序作为民事诉讼程序的特别法加以规定，在此种专门立法的财产保全制度设计中，免去申请人提供担保的要求，同时适当的延长财产保全期限，并在财产保全措施上采取更为灵活的方式。

参考文献：

- [1]张文显主编.《法理学》(第三版)[M].高等教育出版社、北京大学出版社,2007年2月.
- [2]田平安,陈彬主编.《民事诉讼法》[M].法律出版社,2010年1月.
- [3]孙海龙,姚建军.《司法程序中财产保全担保的实现路径——兼谈对我国民事诉讼中财产保全范围的理解》[N].人民法院报,2009年5月5日006版.
- [4]史友兴.《离婚诉讼妻子保全丈夫财产分道扬镳前夫起诉要求赔偿》[N].民主与法制时报,2003年8月26日第004版.
- [5]黄松有主编.《最高人民法院婚姻法司法解释(二)的理解与适用》[M].人民法院出版社,2004年1月.
- [6]曾勇.《浅析我国诉讼财产保全的不足与制度完善》[J].法制与社会,2011(8).

财产保全在离婚诉讼中的运用

王军营(河北世纪鸿业律师事务所)

案例导入

温先生与黄女士1998年经人介绍认识,同年9月二人到民政部门办理了结婚登记,和众多的中国家庭一样,温先生主外,黄女士则相夫教子,相应的,温先生掌握着家庭的经济大权,房产及存款均登记在温先生名下。2010年6月温先生因生活作风问题,染上性病,导致夫妻感情破裂。于是黄女士向所在地法院起诉离婚,同时为防止男方恶意转移财产,便向法院申请对男方名下的财产进行保全。法院要求黄女士提供担保,终因黄女士不具备担保能力未能成功进行财产保全。结果,黄女士担心的事情果然发生了,诉讼期间,温先生转移了大部分财产。拿到胜诉判决的黄女士却无论如何也高兴不起来。

一、离婚诉讼中的财产保全存在特殊性

财产保全,是指人民法院在利害关系人起诉前或者当事人起诉后,为保障将来的生效判决能够得到执行或者避免财产遭受损失,对当事人的财产或者争议的标的物,采取限制当事人处分的强制措施。财产保全的价值在于,一旦对方的某项财产被采取了保全措施,申请人就可以放心地进行诉讼,如果案子胜诉了,即使对方拒不履行判决确定的义务,也有已被保全的财产可供执行。而且,因为财产保全限制了对方对财产的处分,极大影响着被申请人的生活、生产经营,故在权衡利弊后,很多情况下,为了满足双方的利益,大多数会和解,这样既节省了时间,也顺利解决了纠纷。

权利与义务总是相伴而生的。一方当事人享有申请财产保全的权利,则同时要承担提供担保(原则上为等额价值)的法律义务,这样可以避免财产保全被恶意滥用,从这个角度看,申请财产保全的一方要提供相应的担保当然无可厚非。

哪里存在将来生效判决无法得到执行的可能性哪里就有财产保全的用武之地,当然也包括离婚诉讼在内。离婚案件中,当事人一方转移、隐匿夫妻共同财产的行为经常发生,此时运用财产保全制度来维护另一方当事人的合法权益非常有必要,也非常迫切。

离婚诉讼的财产保全存在着鲜明的特殊性,因为当事人双方是夫妻关系,这种特殊的身份性决定了其中的财产保全有别于其他主体之间的诉讼活动。在我国,绝大多数家庭实行的是婚后财产所得共同制,这就意味着婚姻关系存续期间,登记在夫妻一方名下的财产实际上属于夫妻共同所有。在此情况下,再按照一般诉讼财产保全的规定要求财产保全申请方提供担保是没有道理的。更为现实的原因是,如导入案例中的黄女士,她根本没有能力提供担保财产。离婚诉讼财产保全的特殊性还表现在,离婚的诉讼请求如果得不到支持,即双方当事人依旧维系婚姻关系的判决生效,这就意味着案件已经审结,财产保全也便自动失去了效力。离婚诉讼与其他普通民事诉讼的一个重要区别是,前者不受“一事不再理”的限制,6个月后可再向法院起诉离婚,而其他普通民事案件一旦审结,也就意味当事人之间的纠纷彻底划上了句号。从不

准离婚的判决生效到6个月后的再次起诉，这期间，原被保全的财产存在极大的风险。如何降低乃至消除这一风险便成为摆在人们面前的一个难题。

二、财产保全在离婚诉讼中的运用

财产保全应该成为保护当事人合法权益的重要武器，法律应为财产保全作用的发挥提供支持。如果认识不到离婚诉讼中财产保全的特殊性或对这种特殊性认识不足，都将无益于当事人权益的维护。一切应从实际出发，这里的实际就是离婚诉讼中财产保全的特殊性。

鉴于离婚诉讼中申请财产保全的一方多是不掌握家庭财产的弱势方（多为女性），在其提出财产保全申请时，应该根据实际情况降低甚至免除其提供担保的义务。实际上免除担保义务是可以找到法律依据的，民事诉讼法第92条便规定了人民法院依职权裁定采取财产保全措施的情形，依照法律规定，人民法院采取财产保全措施，可以责令申请人提供担保，言外之意也可以不责令提供担保，可见人民法院享有最终的决定权。虽然法律是这么规定的，但现实中，法官普遍存在保全错误被追究责任的心理压力，于是就“多一事不如少一事”了。要打消法官的顾虑，就要从完善法律的规定入手，法律明确规定离婚诉讼财产保全的哪些情形可以免除担保义务，那么法官只要做到“依法办事”即可。

关于离婚诉讼财产保全问题，婚姻法司法解释二第28条也作出了相关规定，原文为：夫妻一方申请对配偶的个人财产或者夫妻共同财产采取保全措施的，人民法院可以在采取保全措施可能造成损失的范围内，根据实际情况，确定合理的财产担保数额。应该说，该条司法解释并不特别费解，其中包含两层含义：其一是，审理离婚案件时，当事人申请财产保全措施提供担保的数额可以适当降低；其二是，规定可以在采取保全措施可能造成损失的范围内确定合理的财产担保数额。由此可见，最高人民法院已经意识到了离婚诉讼中的财产保全存在的特殊性，无疑是一个值得肯定的进步。美中不足的是，该条款的诞生在司法实践中并未能够发挥其应有的作用，以笔者所在的石家庄为例，各基层法院在离婚诉讼财产保全问题上仍要求提供等额担保，理由是不存在可以少提供担保的法律依据。石家庄如此，其他地方也可窥一斑了。意识到了问题，但最终并未解决问题，这与该条款“犹抱琵琶半遮面”的风格存在极大关系。

在财产保全担保数额的确定问题上，北京市朝阳区人民法院走在了全国前列，规定：申请诉前财产保全的请求为冻结机动车辆、房屋的产权过户手续的，其担保数额最低限额为保全财产数额的10%；申请对被申请人所有的房屋土地、机动车辆、库存货物、办公设备、生产设备及其他合法财产采取查封、扣押措施的，其担保数额最低限额为保全财产数额的10%至30%。

无论是民事诉讼法第92条还是婚姻法司法解释二的第28条，都可以成为降低或免除当事人提供担保义务的依据，只是有进一步明确有必要。而保全期限上的特殊性则是一个难以找到相关依据的问题，在这个问题上法律是一个空白。鉴于多数情况下，第二次判离的可能性极大，因此笔者给出的建议是出台法律规定，即离婚诉讼中在第一次判决不准离婚的情况下，财产保全的期限直接延长6个月，如果第二次仍未判离，在判决生效后再自动延长6个月，依此类推。这样可以实现前后诉讼的“无缝对接”，对于保护婚姻当事人一方的财产权益大有裨益。

结束语

财产保全在离婚诉讼中的重要性不言而喻，要发挥该项制度的有益作用，就要从离婚诉讼的特殊性着眼，完善符合离婚诉讼实际需要的财产保全法律规定十分必要。希望该问题能够得到更多的理论界、实务界的关注，更希望相关法律法规的完善早日提上最高立法机构的议事日程。

离婚财产分割协议撤销的诉讼时效 ——对《婚姻法司法解释二》第9条的质疑

杨晓林（北京岳成律师事务所） 徐丽（中国政法大学在读研究生）

导入案例（上海市法院真实案例）

李某（男）与张某（女）原系夫妻，于2000年7月17日登记结婚，2006年1月7日生育一子李某某，2010年1月27日协议离婚。离婚时双方约定孩子由张某抚养，李某每月支付抚养费1000元。当时考虑到孩子的居住问题，离婚时李某同意放弃双方共有的房屋所有权。2010年8月张某出售该房屋，得房款114万元，但仅向李某支付了25万元。2011年5月11日，李某带孩子做亲子鉴定，结果发现疼爱了6年的孩子竟非其亲生。故李某于2011年6月诉至法院，要求法院：（1）确认双方离婚时的财产分割协议无效；（2）对原婚姻关系存续期间共有的房屋出售款，按原告55%、被告45%的比例重新分割，由被告支付原告差额377000元；（3）被告赔偿原告因没有义务抚养孩子所支出的抚养费64000元，并赔偿精神抚慰金10万元。

法院经审理后认为男女双方协议离婚对财产分割问题反悔，要求损害赔偿的起诉应在1年内进行，该1年为

不变期间，故原告要求确认离婚协议财产内容无效及精神损害赔偿之诉讼请求，本原不予支持。因孩子系被告违反夫妻忠实义务与他人所生，故原告要求被告支付其对孩子抚养费之诉讼请求，本院予以支持。据此，依照《中华人民共和国婚姻法》第39条第1款，最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第9条第1款、第27条之规定，于2011年10月法院作出如下判决：（1）被告于判决生效之日起10日内支付原告抚养费人民币64000元；（2）驳回原告的其他诉讼请求。

一、问题的提出

1. 李某请求法院确认双方离婚时的财产分割协议无效的诉讼请求不能得到法院的支持。我国《合同法》第52条规定：“有下列情形之一的，合同无效：（一）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；（二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；（三）以合法形式掩盖非法目的；（四）损害社会公共利益；（五）违反法律、行政法规的强制性规定。”我国《婚姻法司法解释二》第9条规定：“男女双方协议离婚后一年内就财产分割问题反悔，请求变更或者撤销财产分割协议的，人民法院应当受理。人民法院受理后，未发现订立财产分割协议时存在欺诈、胁迫等情形的，应当驳回当事人的诉讼请求。”在本案中，李某与张某于2010年1月27日协议离婚，但是李某于2011年6月才就财产分割问题反悔向人民法院提起诉讼。依照上述规定，李某应当知道自己的诉讼请求已经超过了《婚姻法司法解释二》规定的一年不变期间，不会得到法院的支持。由于无效的民事行为自始无效、当然无效、确定无效，不受诉讼时效的限制，因此其改变诉讼策略，请求法院确认双方的财产分割协议无效。但是，双方订立的财产分割协议并不符合我国《合同法》第52条规定的情形，并非无效。

2. 《婚姻法司法解释二》第9条中的1年是除斥期间。在该司法解释起草的过程中，有关该问题曾引起很大的争论：一种观点认为，一年的时间本来不长，如果再规定为不变期间，不允许中止、中断和延长，不利于保护当事人的合法权益。《合同法》第55条关于撤销权的规定是一年而且是从知道或者应当知道撤销事由时起算。现在的规定与《合同法》不符。¹²⁷另外一种观点认为，规定一年的不变期间是必要的也是可行的，因为涉及婚姻家庭领域的一些协议之所以具有特殊性，是受影响最大的可能是在婚姻关系中处于弱势地位的妇女因为其所涉及的法律关系与人们的身份权及其相关利益有着密切的关系。男女双方离婚以后，各方都可能很快再次结婚，组建新的家庭。如果将允许登记离婚的男女因对原来签订的有关财产分割协议反悔而起诉的时间规定得过长，则会使因离婚而发生变动的财产所有权长期处于不确定状态，受影响的往往不仅仅是离婚男女双方当事人和他们的子女及各自再次组成的家庭，甚至可能包括其参与投资经营的企业、与之进行交易的其他民事主体。因此，使因婚姻关系变动而受到影响的财产关系尽早得到稳定，是制定《婚姻法司法解释二》时不可不虑及的问题。¹²⁸最高院采纳了第二种意见。最高人民法院民事审判第一庭在其编著的《婚姻法司法解释二的理解与适用》中指出：《婚姻法司法解释二》第9条中的“一年”应当理解为不变期间，即这一年是不得中止、中断和延长的。¹²⁹即该1年是除斥期间。

3. 该1年除斥期间的司法解释与离婚案件司法实践的冲突。离婚财产分割协议是指夫妻双方在婚姻关系存续期间达成的以离婚法律事实出现为条件的财产分割协议。这种协议可以表现为单纯以财产分割为内容，也可以与子女抚养混合在一起。¹³⁰育有孩子的夫妻在协议离婚时，其达成财产分割协议时必然受孩子的影响，不抚养孩子的一方必然会考虑到孩子以后的生活条件，对抚养孩子的一方有所让步。其所达成的有关协议除另有约定外，应推定为以孩子与不抚养孩子的一方尤其是男方具有亲子关系为前提。这是因为我们中国自古以来就有传宗接代的思想，正所谓“不孝有三，无后为大”，无法生育或者没有生育男丁的夫妇甚至通过养子、过继、暂时的改系等续绝制度保障自己的财产在自己的家族内传承。费孝通先生曾在《生育制度》中道：生育制度是种族绵续的保障。现在各国都把在婚内出生的孩子主动推定为与男方具有亲子关系，作为私主体的个人受此影响也把在婚姻关系存续期间内出生的孩子视为与自己具有亲子关系。但是，在任何社会都不能杜绝如本案中张某那样女方对婚姻不忠实的行为，而男方可能对此不忠行为较难察觉，尤其是在一夜情等对婚姻不忠实行持续时间较短的情况下。既然对配偶的出轨行为较难察觉，那么在离婚时知晓孩子与自己不具有亲子关系的概率就更低了，而且离婚后孩子归对方抚养，对此事实的知晓就须更长的时间，甚至终生都不可能知晓。显然，在此情况下，最高人民法院《婚姻法司法解释二》1年除斥期间的规定不能保护此部分人的利益，我们不得不对此提出质疑。

二、最高人民法院将撤销权人行使权利的期间限定在“一年”内不甚合理

最高人民法院将当事人对离婚财产分割协议的撤销权的行使限定在协议离婚后1年以内，且不得中止、中断、延长不甚合理，理由如下：

1. 最高人民法院的此举有违立法的原则。我国关于除斥期间的规定始于《民通意见》。1986年的《民法通

¹²⁷ 最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院婚姻法司法解释（二）的理解与适用》，人民法院出版社，第88页。

¹²⁸ 同上。

¹²⁹ 最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院婚姻法司法解释（二）的理解与适用》，人民法院出版社，第82页。

¹³⁰ 奚晓明主编，最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院婚姻法司法解释三理解与适用》，人民法院出版社2011年版，第210页。

则》仅仅规定了诉讼时效，1988年的《民通意见》第73条第2款规定：“可变更或可撤销的民事行为，自行为成立之日起超过一年，当人才请求变更或者撤销的，人民法院不予保护。”1999年《合同法》第55条规定：“有下列情形之一的，撤销权消灭：（一）具有撤销权的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内没有行使撤销权；（二）具有撤销权的当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为放弃撤销权。”《民法通则》未就民事行为的撤销权或变更权设定除斥期间的限制，从历史解释的角度来看，其原因可溯及新中国第一批民法典草案，即1955年10月5日的《民法总则草稿》和10月24日的《民法典（第二次草稿）》。两个草案均在“法律行为”一章，规定了无效的法律行为和由法院确认（宣告）无效的法律行为。由条文表述来看，后者为我们现在所称的可撤销（或相对无效）法律行为之肇始，应无疑义。对于这种由法院确认（宣告）无效的法律行为，两草案未就当事人的申请作除斥期间之限制，而在紧接其后的“诉讼期间的效力”或“诉讼的时间效力”一章，有诉讼时效之规定。这意味着申请法院确认（或宣告）法律行为无效受诉讼时效制度的约束。1981年4月10日由全国人大常委会法制委员会民法起草小组拟就的《中华人民共和国民法草案（征求意见稿二稿）》，在第38条第1款和第2款规定：一方采取欺骗、威吓、强迫命令、乘人急需、与他人恶意串通的手段，使对方违背本人意志实施的法律行为，以及因重大误解而实施的法律行为，受害方或误解的一方有权撤销。131该规定一改此前“向人民法院请求确认（宣告）无效”的方案，撤销权至少在文义上具有了形成权的性质，顺理成章的是，诉讼时效制度对其无适用余地。后来的民事立法，又回到原苏俄式轨道：宣布无效或请求撤销须以起诉的方式为之，而诉讼当受诉讼时效的限制。在《民法通则》的制定过程中，亦未见对此问题展开进一步讨论。据此，从历史解释的角度来看，《民法通则》中的立法者意图甚为明显：请求人民法院或仲裁机构撤销或变更民事行为132的，须受诉讼时效的限制。《民法通则》于1986年4月获得通过后，一些学者开始探讨民事行为撤销的期间限制问题。在成稿于1986年12月的《民法新论》一书中，所引部分之执笔者王利明教授认为，“如果撤销权人长期不行使其权利，不主张撤销，在民事行为已经生效后的很长时间再提出撤销，则会使一些民事行为的效力长期处于不稳定状况，而不利于社会经济秩序的稳定”，参酌各国立法例，撤销权必须在规定的期限内行使，超期则消灭，而我国《民法通则》未对此作出明确规定，需由立法机关作出具体规定。133也许是受到学界此种新观点的影响，最高人民法院审判委员会于1988年1月通过的《民通意见》在第73条第2款确立了此后被学界通称为除斥期间的1年请求期限。最高人民法院的这一规定，表面上明确了撤销或变更权的行使期限，实质上已改变《民法通则》的立法意图，成功实现了“暗度陈仓”。可以说，该解释已经超越全国人大常委会在1981年6月10日《关于加强法律解释工作的决议》中授予最高人民法院的法律解释权限，事实上具有了立法的性质。

2. 最高人民法院的此规定有违民法的基本原则。从上述最高院所采纳的观点来看，其衡量了多方的利益，包括撤销权人、对方当事人以及社会公共利益（社会关系的稳定）。

（1）其将天平倾向于对方当事人有违民法的公平正义原则。在离婚财产分割协议的订立、变更、撤销关系中，涉及的仅仅是撤销权人和对方当事人的财产利益。在财产关系中，双方是平等的主体，法律应当给予平等的保护。《婚姻法司法解释二》将对离婚财产分割协议撤销权的行使限定在“一年”内，显然是过于急切的想让对方当事人获得的财产稳定下来。若是撤销权人已经知道或者应当知道自己的权利受到损害而其在一年内不行使权利，则赋予其更长的权利行使期间也无意义。但是，在实践中，有许多类似本案的一些情况，即在双方协议离婚时，约定孩子由女方抚养，男方考虑到孩子的利益，在分割夫妻共同财产时会作出一些让步，让抚养孩子的女方多分或者自己完全放弃财产分割。很明显，男方在作出让步或者放弃财产分割的意思表示时推定孩子就是自己的亲生孩子，否则，在重视血缘关系的我国，很少有男方如此慷慨。但是，孩子是否是自己亲生，在短时间内是很难发现的。《婚姻法司法解释二》将撤销离婚财产分割协议的时间限制在双方协议离婚后一年内，显然对这部分群体缺乏保护，而且让对婚姻不忠的女方获得了更多的利益，有违公平原则。

（2）其为了社会公共利益而放弃对撤销权人的长久保护，有违民法以权利为本位的本质。关于我国民法的本位，学者们认识不一：有的认为，民法的重要内容就是规定和保障民事主体的民事权利，其一切制度都是以权利为轴心建立起来的，因而我国民法应实行权利本位。134有的认为，权利本位作为资本主义发展初期特定社会条件的产物，既不符合社会化商品经济条件，也不可能适应中国旨在建立并完善社会主义公有制的实际。权利本位已经完成历史使命而寿终正寝了。我国民法不能再坚持权利本位，而应当把社会利益作为我国民法的恰当本位。135有的则认为，鉴于我国的国情，我国民法应采权利本位与社会本位相结合的原则，以权利本位为主，以社会本位

¹³¹参见何勤华等编：《新中国民法典草案总览》（下卷），法律出版社2003年版，第442页。

¹³²《民法通则》之前的各民法典草案，均使用“法律行为”一词，特此说明。

¹³³参见王利明、郭明瑞、方流芳：《民法新论》（上），中国政法大学出版社1987年版，第400页。

¹³⁴彭万林主编：《民法学》，中国政法大学出版社2002年版，第23页；刘心稳主编：《中国民法学研究述评》，中国政法大学出版社1996年版，第38页。

¹³⁵史际春：“由民法看法本位”，载《法律学习与研究》1992年第1期。

为辅。136民法是调整平等主体之间的人身关系和财产关系的法律，保护的应当是私人之间的利益，对于社会公共利益不应过多的关注。况且，权利本位应与义务本位相对应，个人本位与社会本位相对应，权利本位与社会本位相结合，有违法律的逻辑。因此，我国的民法应以权利为本位。既然是坚持权利本位原则，就不能为了一般的社会公共利益而损害权利人的合法权益。

三、结论

在我国，育有子女的夫妻的离婚财产分割协议大多与子女抚养混合在一起。在订立此类财产分割协议时男方对抚养子女的女方在财产上作出让步的前提是自己与该子女之间具有亲子关系。但是，孩子与其不具有亲子关系的事实很少能在协议离婚后一年以内被发现。除斥期间是为了督促权利人及时行使权利，以使形成的法律关系尽早得到稳定。其不保护“躺在权利上睡觉的人”是完全符合社会正义的，但是，我国《婚姻法司法解释二》把男方行使该权利的时间限定在双方协议离婚后一年以内，对于权利的起算点的规定过于机械，在这段时间内男方甚至都不知道自己有撤销权，其并非“躺在权利上睡觉的人”。在离婚时，女方并没有因自己的过错而受到惩罚，相反却因此过错多分得了夫妻共同财产，作为受害方的男方若在1年后才发现因女方对婚姻不忠实的行为所生育的子女与自己没有亲子关系，但由于受《婚姻法司法解释二》第9条1年除斥期间的规定，其权利得不到救济，这明显违背了社会的公平正义。因此，在我国现有的有关时效制度的规定之下，最高人民法院应保持该司法解释与《合同法》的统一，应当规定：（一）具有撤销权的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内没有行使撤销权；（二）具有撤销权的当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为放弃撤销权时，撤销权人的撤销权消灭。

浅谈无民事行为能力人的离婚权利

张秋敏（北京市京银律师事务所）

做为弱势群体的无民事行为能力人一直广受社会关注，广泛受到保护，对此，不仅表现在道义上，而且，法律也给予特别保护。不仅有《中华人民共和国未成年人保护法》、《民法通则》等多部法律予以保护，而且，新近颁布的《中华人民共和国婚姻法司法解释三》设有单独条款保护其在婚姻中的权利。

《婚姻法司法解释三》第八条明确规定，无民事行为能力人的配偶虐待、遗弃等严重损害无民事行为能力一方的人身权利或者财产权益行为，其他有监护资格的人可以依照特别程序要求变更监护关系，变更后的监护人代理无民事行为能力一方提起离婚诉讼的，人民法院予以受理。本条规定，弥补法律空白，对无民事行为能力人的权益，特别是婚姻中的权益给予特别保护。但是，在《民诉法》中没有提及如果监护人不能或者不履行监护职责，无故不参加庭审，从而损害无民事行为能力人的权利，应该如何处理？

一、无民事行为能力人的概说

自然人的民事行为能力，是指自然人通过自己的行为来引起民事法律关系发生、变更和消灭，并承担相应法律后果的能力。包括取得民事权利、履行民事义务和承担民事责任的能力。

法律赋予自然人民事行为能力是以人的意思能力为基础。人的意思能力是指人具有的自然的、精神的能力，包括合理的认识能力和判断能力。因此，具有民事权利能力的人却不一定具有民事行为能力。世界各国对于民事行为能力的划分多采用两个尺度，一个是年龄的尺度，一个是以理智或者精神为尺度。我国的《民法通则》就是依据上述两个尺度衡量自然人的民事行为能力。其中，年龄尺度是指不满10周岁的自然人。依据《婚姻法》规定，这类人群没有达到法定结婚年龄，显然本文中所指向的无民事行为能力人的离婚保护问题，不涉及到这类人群。而以精神为尺度的无民事行为能力人，是指完全不能辨认自己行为的精神病人。这类人群的患病原则上是在婚后（当然不排除婚前患病，然后治愈，婚后又复发的情况），如果婚前即患病，没有治愈不符合结婚条件时，依据《婚姻法》规定四种无效婚姻之一，即婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈的，婚姻无效。因此，不是本文讨论的有效婚姻后，所涉及的离婚问题，即婚前就患有精神病人也不是本文所讨论的人群。

对于婚后患有精神疾病的无民事行为能力人监护人的设定法律有明确规定。

二、无民事行为能力人监护人的设定

监护是指对无民事行为能力人、限制民事行为能力人的人身、财产及其他合法权益进行保护的法律制度。承担监护职责的人被称为监护人，被监护的无民事行为能力人和限制民事行为能力人，被称为被监护人。

本文着重阐述无民事行为能力人的离婚问题，因此，着重介绍涉及禁治产人（本文中指患有精神病的无民事行为能力人）的监护法律制度。德国民法、法国民法等规定，对禁治产人的监护除保护、教养外，尚须护养疗治，以谋被监护人心身恢复，其程度方法，不独受被监护人个人之财产状况定之，监护人有抚养义务者，并按其经济能力及身份定之。对于达到结婚条件的禁治产人，恢复常态时，结婚无需监护人同意，然离婚应由其监护人代为诉讼行为；如果监护人为其配偶时，应由亲属会指定人代为诉讼。禁治产人监护人管理其财产，必为本人之利

¹³⁶梁慧星：《民法总论》，法律出版社1996年版，第34至38页。

益；否则，即使其同意，也为无效行为。对于禁治产人之行为，不因监护人之同意而为有效，故不发生同意问题。禁治产监护之撤销原因有下列，1、禁治产人恢复民事行为能力。2、禁治产人死亡。3、禁治产宣告撤销。4、离婚（配偶为法定监护人时）。5、监护人辞职、撤退、缺格事由发生、死亡等。禁治产监护撤销后，监护人有对监护财产清算的义务。

在我国主流观点认为，监护人的监护是一种义务，通常从两个方面理解监护义务，1、是监护人对被监护人的义务，是监护人对被监护人人身、财产和其他方面合法权益保护的义务。2、监护人对社会的义务，监护人通过管理被监护人人身和财产，约束被监护人的行为，达到约束被监护人的违法行为，维护其他自然人的合法权益，维护社会秩序的目的。监护人有下列具体的监护义务，1、保护被监护人的人身、财产和其他合法权益不受侵害。2、照顾被监护人的日常生活，关心和教育被监护人。3、管理被监护人的财产。4、代理被监护人进行民事活动，参加民事诉讼等。5、监督被监护人的行为。我国的监护人设定通常指法定监护人和指定监护人。对于禁治产人即本文着重阐述的患有精神病的无民事行为能力人的一般顺序法定监护人为，1、配偶。2、父母。3、成年子女。4、其他近亲属。5、关系密切的其他亲属、朋友愿意担任监护责任，经精神病人所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会同意的。6、精神病人所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门。对精神病人的指定监护是指，对担任精神病人的监护人有异议，由精神病人所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会在近亲属中指定，对指定不服的，由人民法院裁决。近亲属通常是指配偶、父母、成年子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女和外孙子女。监护人选定后依据发生具体情况是可以变更的，有三种原因可以引起变更，1、依协议变更监护人。指原为法定监护人之间自行产生的监护人，后经法定监护人之间又自行协商变更监护人的。2、依有关单位或人民法院的指定而变更的。指原为法定监护人之间自行协商确定的监护人，后由于情况发生变化，有关单位或人民法院又另行指定监护人的。3、依人民法院撤销原监护人资格又另行指定监护人而变更的。

无民事行为能力人的监护人设定后，对于其婚姻中的权利如何给予保护，《婚姻法司法解释三》有明确规定。

三、无民事行为能力人的离婚诉讼

前面已论述无民事行为能力人的包括配偶在内的监护人应对其进行保护、教养，护养疗治，以谋被监护人身心恢复。如果作为监护人的配偶对其有虐待、遗弃的，即不履行保护、护养疗治义务，达到严重损害其人身权利或财产权利时，其他监护人有权利依据《民事诉讼法》第一百六十条 关于适用范围的规定，第一百六十一条 依照特别程序审理的案件，实行一审终审；等规定向人民法院提出变更监护人申请。变更后的监护人可以代理无民事行为能力人向人民法院提出诉讼与其配偶离婚。当然离婚案件的审理要适用《婚姻法》及《婚姻法司法解释》等相关法律、法规之规定，从而为无民事行为能力人的婚姻问题提供解决方案。但是，依据第一百二十九条 原告经传票传唤，无正当理由拒不到庭的，或者未经法庭许可中途退庭的，可以按撤诉处理；被告反诉的，可以缺席判决。如果无民事行为能力人的监护人在案件审理过程中，无故不到庭，按照撤诉处理；那么，无民事行为能力人的权利意味着被剥夺。法律应该如何更好保护这份权利，《民事诉讼法》没有规定。笔者建议应做补充。

综上，《婚姻法司法解释三》中关于无民事行为能力人的离婚权利的规定，给这类人群提供具有可操作性的离婚方式，极大的保护他们的人身权益、财产权益等合法权益。但是，《民事诉讼法》对此的规定，有待进一步完善。

一方下落不明离婚程序的完善

易伟137（广东合恒律师事务所，汕头，邮编 515041）

【摘要】一方下落不明的离婚在实践中越来越多，但现行法规并不完善，经常在程序上出现问题。民诉法应明确此类案件的程序，加快案件处理，同事保障未成年人利益。

【关键词】下落不明 失踪 离婚

案例导入：甲男乙女结婚后育有一子丙，后经 DNA 测试，丙并非甲男亲生，乙女此时离家出走，下落不明。甲男诉至法院要求与乙女离婚，确认甲与丙非亲生父子关系。

实践中法院一般有以下处理方法：

A 法院，根据内部意见，此类案件不予立案。

B 法院准予立案，必须要求乙女自己来拿传票，随审限临近，此案搁置，要求原告撤诉。

C 法院准予立案，要求先宣告乙女失踪，中止该案审理，两年后再按一方失踪处理。

D 法院准予立案，公告两个月，准予离婚，确认甲与丙非亲生父子关系，丙仍有甲暂时抚养，判决再公告两个月。

E 法院准予立案，公告两个月，准予离婚，确认甲与丙非亲生父子关系，丙暂有福利院抚养，待找到乙后交由乙抚养。

¹³⁷ [作者简介]易伟，律师，现就职于广东合恒律师事务所。

“家事法苑”™婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

由于社会观念多元化及迁徙的便利，异地联姻增长，此类案件实践中增多，个别案件引起媒体关注¹³⁸，处理的不好会导致判决后另一方重现上访、申诉等情况ⁱ。

对于一方下落不明（含失踪）法律规范如下：

1989年8月22日最高人民法院《关于对一方当事人下落不明未满两年的离婚案件是否受理和公告送达问题的批复》“对于夫妻一方下落不明，另一方诉至法院，只要求离婚，不申请宣告下落不明人死亡的案件，不论下落不明人出走时间的长短，法院均应受理，并依照普通程序进行审理。法律文书的送达依照民事诉讼法（试行）第七十五条的规定进行。”（第七十五条 受送达人下落不明，或者用本章规定的其他方式无法送达的，公告送达。自发出公告之日起，经过三个月，即视为送达。）

1989年12月13日法（民）发<1989>38号《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》“凡属下列情形之一的，视为夫妻感情确已破裂。一方坚决要求离婚，经调解无效，可依法判决准予离婚。12 一方下落不明满二年，对方起诉离婚，经公告查找确无下落的。”

1992年7月14日法发〔1992〕22号最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第151条“夫妻一方下落不明，另一方诉至人民法院，只要求离婚，不申请宣告下落不明人失踪或死亡的案件，人民法院应当受理，对下落不明人用公告送达诉讼文书。”

2001年04月28日《中华人民共和国婚姻法》第三十二条第三款“一方被宣告失踪，另一方提出离婚诉讼的，应准予离婚。”

《中华人民共和国民事诉讼法》“第一百三十四条宣告离婚判决，必须告知当事人在判决发生法律效力前不得另行结婚。”

《深圳市中级人民法院关于审理婚姻案件的指导意见（试行）》“十二、人民法院受理离婚案件后，依据原告提供的被告住址无法送达，应要求原告补充被告的其他住址或其近亲属的住址和联系方式，仍不能确定被告住址的，人民法院应当依法向被告公告送达诉讼文书。公告期满被告未到庭应诉的，法院可以缺席判决。人民法院受理夫妻一方下落不明但未宣告失踪，另一方提出离婚的案件，应责令原告提供被告下落不明的事实、时间等证据和证明材料，并附有公安机关或其他有关机关关于被告下落不明的书面证明。”

比较法

台湾地区“民法典”第1052条：“夫妻之一方，有左列情形之一者，他方得向法院请求离婚 九、生死不明已逾三年者。”

《日本民法典》第770条：“夫妻一方，以下各项情形为限，可以提起离婚诉讼配（一）（3）偶生死不明达三年以上时”

尽管有上述的一些规定，但实践也存在了一些问题，比如此案的特点一是急切性。男方在得知非亲生子后怒不可遏，必须及时疏导，诉讼程序拖得太长，容易导致其他刑事案件发生。二是作为无辜的丙的抚养由谁处理，包括诉讼前和诉讼后，如何来保障未成年人的利益。

首先，此案案件法院不能扫地出门，要给予立案。其次，可以要求原告提供一方下落不明的证据，可以提供当地派出所、居委、村委证明、工作单位、亲戚等证言¹³⁹。而对于公告期不应该拘泥于两个月，如没有特殊情况的案件，可以公告两个月；而针对此案特殊情况，可以证明夫妻感情破裂，情势紧急的，可以按照简易程序送达、在住所地公告，以缩短诉讼程序。

而在审理案件中，如果发现夫妻双方确已感情破裂，可以判决离婚，但离婚判决的根据不是夫妻一方下落不明的事实，而是其他证明夫妻感情确已破裂的情形¹⁴⁰。

而对于审理此类案件中无辜子女的处理，可以借鉴欧美法系临时托管给保良局等慈善、福利机构，待判决后再处理。

鉴于此，在民事诉讼法修改中应该增加一方下落不明的离婚程序，并且适当缩短时间，适应现代化的快节奏。如适用简易程序时限，每次公告时间1个月，可以采用张贴公告节省诉讼成本和便于送达，那么两次公告加一审可以在半年内终结，使当事人纠纷得到及时解决，开始新的生活。另外对离婚子女抚养问题有争议的，引入临时寄养制度，以保障未成年人利益。另一方面，还需要防范当事人恶意利用下落不明进行离婚诉讼，规避管辖，分割财产等情形，人民法院可以从送达程序、利用基层组织力量、移送管辖、司法建议ⁱⁱ等方面进行防范。

总之，应该鼓励法院大胆适用缺席判决制度的规定处理一方失踪或下落不明的离婚案件，从而避免出现过去普遍存在的法院不愿受理、不敢处理此类离婚案件或对当事人的起诉无理推诿的现象。

¹³⁸阳永恒. 王杏飞. 离婚案件中“下落不明”被告权益的诉讼保护.[J]湘潭师范学院学报(社会科学版).2008-04

¹³⁹陈卫良. 邓小明. 审理婚姻家庭纠纷案件几点思考[EB/OL]http://www.ftcourt.gov.cn/Detail.aspx?D=15,61,53,29

¹⁴⁰殷桂宏. 离婚案件公告送达的认定和对策分析.[EB/OL]http://www.chinacourt.org/article/detail/id/535615.shtml.2012-07-16

关于未成年子女随父母生活意见听取的程序建议

李曙光，曹玉雯（天津星聚律师事务所，天津，300201）

【摘要】未成年子女随父或随母生活意见对于抚养权的归属具有很大的参考价值，但是现有法律规定并不完善，存在着子女随父或随母生活意见的真实性认定难及该意见在诉讼中法律性质不明确等问题，笔者认为，通过家事诉讼程序专门立法解决该问题中，确保未成年子女意思表示的真实性为核心，明确未成年子女随父或随母生活意见的法律性质为关键，采取合适的意见听取程序及认定程序为重要保证。

【关键字】抚养权；未成年保护；家事诉讼程序

子女抚养权的归属是离婚诉讼中需要解决的重要问题之一，它不仅关系到夫妻双方的权益，更关系到未成年子女的切身利益，毕竟在离婚诉讼中受到最大伤害的便是未成年子女。常言“法律无情，人有情”，其实，在解决子女抚养权问题上，本着我国《婚姻法》保护儿童的立法原则，相关司法解释关于未成年子女抚养权归属的规定也体现了对未成年人保护并尊重，试图将离婚对于未成年人的伤害程度降低。但是由于现有相关法律规定过于原则性，致使在司法实践中存在众多不同的操作方法，其中有些方法与保护未成年人的宗旨背道而驰，基于此，笔者建议在家事诉讼程序立法中，明确子女随父或随母生活意见的法律性质，在子女意见听取程序及法院采纳程序方面进行规定，以在最大限度内保证子女意见真实性，同时，也在最大程度上保护未成年子女的身心健康与合法权益。

一、现有听取未成年子女随父母生活意见的法律规定存在的问题

（一）现有相关法律规定及分析

首先，审理抚养权归属问题的原则性规定有：《中华人民共和国婚姻法》第二条第二款规定“保护妇女、儿童和老人的合法权益。”其次，审理抚养权归属问题时明确需要听取未成年子女意见的规定有：《最高人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》第五条规定“父母双方对十周岁以上的未成年子女随父或随母生活发生争执的，应考虑该子女的意见。”另外，《中华人民共和国未成年人保护法》第五十二条第二款规定“人民法院审理离婚案件，涉及未成年子女抚养问题的，应当听取有表达意愿能力的未成年子女的意见，根据保障子女权益的原则和双方具体情况依法处理。”

由上述法律规定可见：第一，不论是《婚姻法》还是《未成年人保护法》对这个问题的立法精神皆为保护未成年人的合法权益；第二，需要听取意见的未成年子女的范围，婚姻法司法解释中是“十周岁以上的未成年子女”，而《未成年保护法》则规定的是“有表达意愿能力的未成年子女”，二者规定不一致；第三，听取未成年子女随父母生活意见的方式及程序并没有明确规定，在司法实践中，有的法官采取庭外“谈话笔录”的形式将未成年子女随父或随母生活的意见记录下来，并作为审理判决案件的依据之一，有的法官则会采取在法庭上询问未成年子女的意见，并以此作为庭审内容记录在案卷中，作为最后审理判决案件的依据。

（二）现有听取未成年子女随父母生活意见的程序中存在的困境

1. 如何保证未成年子女随父或随母生活意见的真实性？

一方面，子女可能摄于父母双方的压力或者其他干扰，会存在难言之隐，致使未成年子女向法官表达的并不是自己的真实想法；另一方面，即使未成年子女没有受到外界过多的干扰，但随父还是随母生活的选择难度过大，未成年子女可能一时并不能做出唯一确定的选择，致使未成年子女的意见左右摇摆不能确定。在这些情况下，未成年子女的身心健康及合法权益很难得到保护，而且也对未成年子女随父或随母生活意见的认定带来一定的难度。笔者认为，这就需要从程序正义角度对该问题寻求解决方法。

2. 未成年子女随父母生活意见的法律性质是什么？

现有法律并没有对未成年子女随父或随母生活意见的性质作出规定，但是该意见却是法官作出裁判的重要依据。按照《中华人民共和国民事诉讼法》的规定，“人民法院审理民事案件，必须以事实为依据，以法律为准绳”，而法院对案件事实的认定主要是以认定案件证据的形式进行，而未成年子女随父或随母生活的意见是否属于证据呢？如果属于证据，那就应当通过质证才能作为法官裁判的依据；如果不属于证据，那它的法律性质是什么，法院以此作为裁判依据的法律规定又是什么？

二、关于未成年子女随父母生活意见的听取及认定程序的完善建议

通过对上述问题的陈述，笔者认为，在未成年子女随父或随母生活意见的认定中，确保未成年子女意思表示的真实性为解决问题的核心，明确未成年子女随父或随母生活意见的法律性质为关键，采取合适的意见听取程序及认定程序为重要保证。

（一）未成年子女随父或随母生活意见听取方式宜采用法官庭外单独听取的方式

在影响未成年子女随父或随母生活意见真实性的众多原因中，父母一方或双方给予子女的干扰和压力是最为

常见的原因，若采取庭审中在父母面前接受此种询问的方式，不论是对于未成年人的身心健康还是对于案件的审理都具有极大的负面影响，而在司法实践中，一些法官会基于审理案件的效率压力采取庭内询问未成年子女随父或随母生活意见的方式。笔者认为，在家事诉讼程序立法中将法官庭外单独听取未成年子女随父或随母生活意见的程序规定加以明确，统一司法实践中的做法，更有利于未成年子女随父或随母生活意见的真实性，同时也利于保护未成年子女的合法权益和离婚案件的审理。在程序设置上，笔者认为，首先，询问的主体只能是法官，而不能是离婚双方的律师或者其他代理人；其次，询问意见应当制作笔录，以作为证据供庭审中质证。

（二）明确未成年子女随父或母生活意见的法律性质

1. 未成年子女随父或随母生活意见的性质可归为证据

民事诉讼证据是指能够证明民事案件真实情况的各种客观事实。征求未成年子女随父或随母意见，一方面是为了尊重未成年子女的意见，另一方面也是为了证实抚养权归属于夫妻哪一方更为适宜。可见，它反映的是离婚案件中子女生活的情况，首先，虽然未成年子女随父或随母的意见是其主观意愿的表达，但是这种意愿形成于父母离婚之前的家庭生活，因而它并非是未成年子女的主观杜撰，而是形成于离婚案件发生之前，其具有客观性；其次，它与离婚案件的关联性也毋庸置疑，离婚案件一并解决的问题中包含子女抚养问题，而未成年子女随父或随母生活的意见对于将抚养权归于夫妻哪一方的判断具有直接的联系；最后，未成年子女随父或随母生活意见一般都是法官根据法律规定依职权进行询问并记录，不存在非法获得证据的情况，因而其也具有合法性。由此可见，未成年子女随父或随母生活意见符合民事诉讼证据的内涵及客观性、关联性、合法性的特征，可以确认其作为证据在离婚诉讼中发挥作用。若未成年子女随父或随母生活的意见的法律性质属于民事诉讼证据，则面临证据形式及质证形式的问题，下面内容进行阐述。

2. 未成年子女随父或随母生活意见宜采用书证质证的方式

法官在征询未成年子女随父或随母生活意见所作的笔录是属于证人证言还是属于书证呢？因为不同的证据形式，则质证的方式也不一样。笔者认为，对于未成年子女随父或随母生活意见的笔录不宜按照证人证言处理，作为书证并在法庭上由夫妻双方进行质证较为适宜，理由如下：

第一，将未成年子女随父或随母生活意见的笔录作为书面证据进行质证更利于保证未成年子女的真实意思表示，正如上文所述，在征询未成年子女随父或随母生活意见的方式宜在庭外由法官单独进行一样，若将未成年子女随父或随母生活意见作为证人证言处理，则需要未成年子女出庭接受父母双方的质证，一方面与上述庭外征询意见的程序设置相矛盾，另一方面也会对未成年子女随父或随母生活意见的真实性产生影响。

第二，将未成年子女随父或随母生活意见的笔录作为书面证据进行质证有利于从程序正义角度保证未成年子女意见的真实性。影响未成年子女随父或随母生活意见的真实性的因素有很多，若不经质证而直接作为法官裁判的依据，争夺抚养权的双方会因程序上的不足而对裁判结果产生质疑。

第三，将未成年子女随父或随母生活意见的笔录作为书面证据进行质证更符合我国《婚姻法》保护儿童合法权益的立法原则。一方面，未成年子女的心智是否能够接受父母在法庭上对自己的质问，其作为证人出庭并不利于抚养权问题的解决，甚至可能加深夫妻之间、父母与子女之间的矛盾；另一方面，案件庭审过程中可能会发生很多意料之外的事情，尤其是离婚诉讼中，夫妻双方互为对立方，极有可能会因某一问题发生争吵乃至大打出手，若未成年子女在作证过程中遇此情形，其必会产生极大的阴影，对其身心健康将产生负面影响，这有悖于询证未成年子女随父或随母生活意见听取程序及采纳程序设置的初衷。

参考文献：

- [1]田平安,陈彬主编.《民事诉讼法》[M].法律出版社,2010年1月.
- [2]陈苇主编.《婚姻家庭继承法》[M].群众出版社,2005年8月.
- [3]张文显主编.《法理学》(第三版)[M].高等教育出版社、北京大学出版社,2007年2月.

离婚诉讼程序的完善

孙跃礼（安徽世浩律师事务所）

【摘要】离婚诉讼程序中，法官最常见的“错误”就是武断地反对原告离婚、对家庭暴力受害者权益有意无意地漠视——这损害了司法公信力，使家暴受害者的合法权益得不到有效保障。为此，有必要完善离婚诉讼程序，一、强调法官在审理离婚案件时在离婚问题上应严守中立原则，以支持家庭暴力受害者离婚为例外，以维护司法公信力并且更利于保障当事人合法权益；二、立法规定审理离婚案件过程中，法官应当告知离婚诉讼当事人进行婚姻家庭咨询（心理咨询），以便更好地解决当事人所面临的婚姻家庭难题，以利社会和谐。

【关键词】离婚 诉讼 程序 完善 法官 中立 告知 咨询

我国《婚姻法》第三十二条规定了人民法院审理离婚案件应当进行调解，这一规定体现了我国立法对婚姻家庭的特别保护，因此在司法审判实践中，法官对离婚案件“干预”较多，有时法官调解工作效果显著，有时则适得其反——这样不仅无助实现离婚调解的立法目的，还会损害法院的司法公信力。鉴于前述原因，完善我国婚姻诉讼程序则显得尤为必要。

一、法官在离婚问题上应严守中立原则，以支持当事人离婚为例外

司法实践中，许多法官不能严守司法中立原则，在离婚案件的诉讼调解过程中表现尤为明显——往往先入为主地形成某种看法，最为常见的是多数法官倾向认为“离婚总是一件不好的事情”，因而，在调解过程中，往往“打击”原告离婚的想法，其实这样做未必恰当。

由于离婚的成本代价实在是太高了，实践中虽然有冲动离婚的，但大多数离婚是当事人长期冷静思考的结果，当事人往往是鼓起相当大的勇气然后才去法院起诉离婚的——在这之前，离婚当事人之间往往已经协商过若干次而不能达成协议。

当事人起诉至法院离婚，案件审理法官给其“当头一棒”，有意无意强调离婚如何如何不好，要求原告方放弃离婚念头——这会让原告方感到“恼火”，感觉到自己的诉求得不到理解，甚至怀疑法官是不是受过被告一方给的好处了——因为当事人会想：为什么法官总是向着被告方呢？——这是“悲剧”之所在，这在司法公信力缺失的当下，尤需引起重视。

其实，法官对离婚原告当事人给予更多的理解，不仅有利于建立起与原告一方当事人之间的信任基础，而且利于今后调解中做原告方的工作，让原告方当事人实实在在地感受到司法公正。当然，法官更多理解原告方的离婚诉求，并不意味着调解不成就一定就支持原告方的诉求，法官完全可以在双方无法调解的情况下，依法作出离婚或不准予离婚的判决，这样一来，就算是原告方收到不准予离婚的判决书，也会理解法官的“难处”，相信法官是依法办案；反之，如果法官总是劝说原告方不要离婚，调解不成就判决不准予离婚——这容易引起原告方对承办法官的“反感”，社会效果往往较差。

法官在离婚案件审理过程中，在离婚问题上应当以保持中立为原则，多倾听案件双方当事人的想法和意见，耐心地调解，这样更容易与案件当事人之间建立起良好的互信关系，更容易促成案件的妥善解决。离婚不离婚，只有当事人自己最明白，法官不宜在这个问题上代替当事人拿主意，武断地反对离婚，相当于指责离婚案件原告方提出离婚诉求——而离婚自由是当事人的天然权利且有法律保障。

在离婚案件审理过程中，作为例外，在某些案件处理过程中，有必要支持一方当事人的离婚诉求，尤其是涉及家庭暴力的离婚案件，对受害方提出的离婚诉求应予支持。

在本人多年承办的离婚诉讼案件过程中，深深地感受到法官最容易犯的错误有：一是不问青红皂白地反对离婚；二是对家庭暴力受害者的权利给予不应有的漠视。有时在离婚案件调解过程中，我们可以吃惊地听到法官说“小两口打架是常事”——这实际上是在为家庭暴力施暴人的纵容与开脱。

典型的家庭暴力具有周期性，施暴人的暴力倾向如果没有改变的情况下，反对受害人提出离婚，等同于让受害人继续遭受家庭暴力——有些极端的家庭暴力受害人，长期由于无法忍受甚至杀死了施暴人……。因此，在本人承办涉及家庭暴力的离婚案件时，只要施暴人没有改变其施暴意愿并付诸行动，只要受害人想好了坚决要求离婚——这种情况下，我会坚定地站在受害者一边，支持其提出离婚诉讼。当然，离婚不是目的，如果施暴人真的努力改变其施暴倾向，通过自身努力或专业咨询来加以改变——惟有这种情况下，才可以劝说原告方考虑“和解”。

二、告知当事人进行婚姻家庭咨询（心理咨询）——作为离婚诉讼必经法定程序

婚姻关系可以算是最为复杂的一种人际关系，复杂的婚姻矛盾，通过常理的劝说已经没有收效了，如果要得到更好地解决，专业心理干预则显得非常必要，而且通常会有较为明显的效果。

我国婚姻家庭咨询（心理咨询）^①起步时间不长，但我国已经有了一支数量较大的婚姻家庭咨询（心理咨询）师队伍，每所高校都有专职的心理咨询师，地级市一般都有婚姻家庭咨询（心理咨询）机构或专职的心理咨询师，近年来中小学也强调配备心理咨询师（心理辅导员），婚姻家庭咨询师的队伍也在慢慢扩大，但由于这两种职业在我国存在的时间只有几年，公众心目中婚姻咨询（心理咨询）意识还较为缺乏，有必要通过立法推动，完善离婚案件审理程序，以更好地解决婚姻家庭纠纷。

为此，可通过立法规定：离婚诉讼过程中，法官有义务告知离婚当事人寻求专业婚姻家庭咨询（心理咨询）——这作为必经的法定程序，记入审理案件的笔录中，以便更好地解决当事人自身婚姻中面临的问题——这样的立法规定，必定对我国婚姻家庭咨询（心理咨询）业的发展起到巨大的推动作用，许多濒临破碎的家庭就有了更多挽救的机会，这样可以更好地实现我国婚姻法的立法目的，利于社会和谐。

注：

①婚姻家庭咨询，与心理咨询具有同样的功能，二者都会通过咨询帮助来访者成长，以解决其面临的问题；但在

咨询内容和方式上二者有所区别，婚姻家庭咨询包括法律咨询，心理咨询则不包含法律方面的咨询。

民事诉讼法修改背景下涉外离婚管辖与域外送达的完善

京大（上海）律师事务所 赵宁宁

【摘要】

随着中国与国际社会的日益交融，异国恋情、跨国婚姻、移民家庭在中国社会占据的比例越来越大；这类群体的离婚也备受关注。我国现有法律制度相对司法实践和社会发展的滞后，导致了涉外离婚案件在处理中遭遇诸多尴尬，尤以管辖和域外送达难题突出。本文通过涉外离婚案件处理过程中所存在的管辖和送达的难题与困境，并参考他国合理操作方式和制度，在我国民事诉讼法修改背景下，如何完善涉外离婚程序中的管辖和域外送达问题提出个人见解。

【关键词】：涉外离婚 管辖权 送达 域外送达 国际公约

一 涉外离婚管辖权

涉外离婚管辖权是指一国根据国际条约和国内立法规定所确定的，受理涉外离婚案件的权限范围和对特定涉外离婚行使审判权的资格¹⁴¹。涉外离婚管辖权对处理涉外离婚案件具有不可忽视的意义。人们常说：打涉外官司，先打管辖权，再打时效问题和适用法律问题，最后才会谈事实和法律¹⁴²。由此可见，管辖权的确定是对案件进行实体审理的前提和基础。

（一）涉外离婚管辖的中国规则

中国关于涉外离婚管辖权的规定散见于《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称“《民事诉讼法》”）和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》（以下简称《民诉意见》）等法律法规和司法解释中。其中《民事诉讼法》第22条体现了属地管辖“原告就被告”的一般管辖原则；第23条特别明确了“就原告”的例外情形。另外《民诉意见》第13~16条就中国法院对涉外离婚管辖权的确定作了部分补充。

（二）中国涉外离婚管辖制度面临的尴尬

尽管我国相关法律法规及司法解释对涉外离婚的管辖做了一定规定，但是，由于法律规定的滞后性，在司法实践中经常出现涉外离婚案件管辖权的争议。笔者根据自己作为涉外离婚案件一线代理律师的实践感触，总结涉外离婚案件管辖所存在的问题。

1、涉外离婚管辖调整的对象不明确，不全面。

《民事诉讼法》第22条和23条，没有对管辖权的行使做国籍限制，虽《民诉意见》中对调整对象有国籍界定，但在司法实践中，涉及双方当事人均为外籍人士或外籍华人的情形却没有涉及，只有部分地区高院有内部规定，例如境内外国人之间的离婚，境外外国人起诉境内外国人离婚，境内外国人起诉境外外国人离婚等，各地法院往往因法律没有统一明确规定而存在不同操作意见，司法操作比较混乱，这样的做法明显与越来越多的外国人在中国居住，需要在中国起诉离婚的现实不符。目前，司法实际状况是，部分法院有条件受理，如双方协商一致情形；但是，有的法院却因具体经验和个别喜好等因素拒绝受理。这样往往造成一些在中国居住生活数年的外国人离婚无门，无从维护自己的权益，同时，又混乱了中国司法秩序。

2、涉外离婚认可平行管辖容易导致恶意规避法律。

因各国确定管辖权的标准和原则不同，“一事两诉”甚至“一事多诉”情形大量存在，结果导致一案多种判决，甚至结果相反的判决，必然导致司法资源的浪费且无法有效维护当事人合法权益。根据《民诉意见》的规定，中国公民一方居住在国外，一方居住在国内，不论哪一方向人民法院提起离婚诉讼，国内一方住所地的人民法院都有管辖权。如国外一方在居住国法院起诉，国内一方向人民法院起诉的，受诉人民法院有权管辖。即别国法院受理的离婚案件在华起诉，即使外国已经先受理了相关的离婚诉讼，只要符合我国受理的条件，我国法院对该案件仍有管辖权，并可进行到实体审理。这种平行管辖的制度必然导致法律的适用问题以及判决的承认与执行的冲突问题；且容易促使当事人为了逃避相关法律义务而选择对自己有利的法院进行诉讼。

（三）完善中国涉外离婚管辖权的建议

（一）以与当事人最密切联系为原则确定涉外离婚管辖

即以与当事人有最密切联系的住所、惯常居所、国籍等来确定涉外离婚案件的管辖：只要涉外离婚的配偶双方或一方在中国形成惯常居所（至起诉时连续居住满一年以上），中国法院就应当具有管辖权；同时，辅之以属人管辖原则。从而从根本上解决部分涉外离婚无法在中国得到处理，尤其双方均是外国人或外籍华人在中国离婚难的问题。

（二）确立先受理法院管辖原则

¹⁴¹ 赵一民 国际私法教程【M】北京 知识产权出版社 2005 P304

¹⁴² 杜焕芳 中国法院涉外管辖权实证研究 法学家【J】 2007年第2期 P152-160

我国解决涉外离婚平行诉讼应当引入“先受理原则”，这是很多国家解决平行诉讼的方式，以此协调各国离婚案件管辖权的积极冲突。由先受理法院行使管辖权，后受理法院中止行使管辖权。此外，本国法院可以作为不方便法院主动拒绝对涉外民事案件行使管辖权，从而实现抑制管辖权冲突，其本身体现了涉外民事诉讼管辖权的国际协调精神，从诉讼经济、有效利用司法资源的角度出发，也体现出对本国法院管辖权的有效抑制，从而有效地防止当事人对法院选择程序的滥用，避免了因原告恶意选择法院导致被告权益及司法公正的实现陷入困境。

(三) 对涉外离婚管辖权可以设专门规定，突出其特殊性

鉴于涉外离婚案件涉及人身关系，且与不同国家文化背景及社会风俗有着紧密联系，与经济合同纠纷存在根本性的区别，也与国内离婚案件不同，对于这类案件的受理标准亦与其他类型案件有着根本区别，所以，建议对涉外离婚案件管辖权设立专门规定，并根据司法实践中的具体类型对涉外离婚管辖的确定分别确定不同的依据和标准。

二、涉外离婚的域外送达

域外送达是指一国法院根据国际条约或本国法律或按照互惠原则将司法文书和司法外文书送交给居住在国外的诉讼当事人或其他诉讼参与人的行为。

(一) 中国域外送达规则

人民法院对在中华人民共和国领域内没有住所的当事人送达诉讼文书可以采用下列方式：

- 1、依照受送达人所在国与中华人民共和国缔结或者共同参加的国际条约中规定的方式送达；
- 2、通过外交途径送达；
- 3、对具有中华人民共和国国籍的受送达人，可以委托中华人民共和国驻受送达人所在国的使领馆代为送达；
- 4、向受送达人委托的有权代其接受送达的诉讼代理人送达；
- 5、向受送达人在中华人民共和国领域内设立的代表机构或者有权接受送达的分支机构、业务代办人送达；
- 6、受送达人所在国的法律允许邮寄送达的，可以邮寄送达，自邮寄之日起满六个月，送达回证没有退回，但根据各种情况足以认定已经送达的，期间届满之日视为送达；
- 7、不能用上述方式送达的，公告送达，自公告之日起满六个月，即视为送达。

(二) 中国域外送达存在的问题

我国涉外离婚案件审判中，“域外送达难”极为普遍，已经成为影响涉外案件当事人合法权益、制约涉外离婚案件审判的重要因素之一。域外送达周期长，送达效率低，使庭审程序等后续程序的启动严重滞压，在送达证明迟迟未归时，法院对送达结果的查询遇到困难时，后续程序本身根本无法继续进行。这不但严重影响了整个诉讼程序的进展，同时，也是对我国法院审判工作秩序和在国际社会中信誉、形象的毁损。究其原因主要为送达程序繁琐、送达主体单一、送达手段陈旧有限、法律规定不系统等。

1、法院送达程序繁琐。在我国，法院是送达的主体，送达被认为是国家司法权力，而法院作为国家司法权力的执行者，在具体操作程序中中规中矩，一份拟向国外送达的司法文书需要逐级报送给最高人民法院，司法部或外交部，再递送给受送达国中央机关或我国驻该国使领馆，文书送达后的送达回执依同样的路径返回，这一程序累赘、拖沓，很容易拖延整个案件的审理期限，根据笔者的经验，在确定受送达人国外确切送达地址的前提下，只是在送达传票和判决书的情况下，依据目前我国的送达程序，至少需要 14 个月左右，这样下来，即便是一审的涉外离婚程序，也需要两年左右的时间，这样繁琐低效的送达程序使当事人的权益无法得到有效及时的救济。

2、送达主体单一。

法院作为我国司法文书的唯一送达人，由于法院进行域外送达只能按照民事诉讼法规定的固定方式进行，往往手段单一，送达模式和申请程序僵硬，法院的送达一旦失败，将造成诉讼程序的停滞，无法保护当事人的合法权益。但在国外，送达人并不局限于法院。在美国，一般性司法文件的送达被看作是当事人或律师的事情。法国，也是原告向被告送达传唤状。德国民事诉讼法第 270 条规定，“如果没有其他送达方式，依职权为之”。而在我国送达成了的专属于法院的职权，使得整个案件送达的完成只能依赖于法院。

3、送达周期过长，操作不明确

送达过程的长短在很大程度上影响着案件审理期限。根据《民事诉讼法》的规定，受送达人所在国的法律允许邮寄送达的，可以邮寄送达，自邮寄之日起满六个月，送达回证没有退回，但根据各种情况足以认定已经送达的，期间届满之日视为送达。但在司法实践中，在没有送达回执返回的情况下，如何认定“足以认定已经送达”？并且，即便依照《海牙送达公约》进行送达，也难免送达回执无法返回的情形，在没有法律统一标准和依据的情况下，法院只能个案考虑或自由裁断，但是，很多法院在没有送达回执返回的情况下，往往再进行公告送达。

如果一个涉外离婚案件中，被告方在国外，法院需要向被告所在地进行送达，一般域外需要半年以上的的时间，如果法院没有送达成功，则需要再采取公告送达的方式，这样待公告送达后，一个审限的涉外离婚就需要两年甚至更长时间的期间。迟来的公正不是真正的公正。周期长、效率低的送达方式不但劳民伤财，还将使当事人的纠纷长期处于未解状态。

4、送达文书不规范

根据《民事诉讼法》的规定，域外送达的文书需要翻译成相应的外文，但是，由于法律对于拟域外送达文书的翻译方面没有统一的规定，比如需要法院内部设立专门翻译机构还是法院指定当地具体翻译部门进行翻译，相关翻译机构的资质如何认定，文书译文的格式要求如何统一，文书内容翻译标准如何统一等等，由于缺乏这些方面的统一规范，往往造成域外送达文书译文的混乱，严重影响了司法文书的准确性和严肃性，同时，也对我国司法公正和尊严的带来了不良影响。

（四）完善中国域外送达建议

由于涉外离婚案件主体的特殊性、案件性质的特殊性，其处理方式也尤其独特之处。漫长、繁琐的域外送达程序和方式无论对于法院还是当事人来讲，都是劳民伤财，并且，当事人不得不在冗长的诉讼程序中忍受煎熬。根据多年从事涉外离婚案件代理工作的体会，笔者针对我国域外送达程序中所存在问题，提出以下几点个人见解：

1、突破单一送达手段。

《民事诉讼法》提供的几种送达方法，已经不能完全满足审判实践的需要，特别是无法实现高效率的送达，迟延了庭审时间，从而影响审判效率。运用高科技以及各种现代化手段已为多国法院在域外送达制度上得到了创新实践，英国已经将电子邮件送达付诸了法律，《英国民事诉讼规则》规定可以以传真或其他电子通讯方式送达。美国许多州允许电子送达，欧盟对于电子送达也持肯定的态度，新西兰、德国等国家也立法通过允许电子邮件或传真送达。

面对当今科技高度发达的社会，我们应该尝试运用先进的技术为我们的涉外离婚审判工作服务例如，传真方式、电子邮件方式、专业网站上发布公告的方式作为民事诉讼法规定的送达方式的补充。实际上，我国已有深圳、浙江等法院成功试点电子送达，但需要从诉讼法的层面对这些新式高效的送达方式进行统一规范并确定明确的操作标准和程序，在多种送达手段并存的情况下，应当允许当事人同时选择多种送达手段，以最先送达为准。

2、丰富域外文书送达主体

采用《海牙送达公约》关于允许直接通过文书接受国的司法助理人员、官员或其他主管人员完成司法文书的规定送达。文书发出国的司法助理人员、官员、其他主管人员以及任何在司法程序中有利害关系的人都可以这种方式向国外送达。这种送达方式也是较快捷、方便的送达方式，尽管我国、日本、德国、英国等许多国家对此都提出保留，但是，多方面送达主体，包括原告当事人、律师等送达主体，有利于突破法院单一送达的局限，并利于提高法院送达效率和减少法院工作量。

3、完善邮寄送达。

为提高域外邮寄送达的准确率和效率，在原告方能够提供确切送达地址的前提下，通过制定相应的程序规定，以确保降低被告方恶意拒收送达文书或恶意躲避送达文书的情况，包括诉讼法明确规定何为在没有送达回执原路返回的情况下视为送达的各种情形，以及是否需要原告方提供相应证据证明该文书应当“视为送达”以及证据类型等。

4. 规范域外送达文书的翻译

《民事诉讼法》中应明确规定拟域外送达的法律文书需要由当地指定的翻译机构进行翻译，且对翻译机构的规模、资质、文件翻译标准等做出统一规定，以规范我国域外送达文书的准确性和严肃性。

涉外离婚案件与合同、经济案件有着很大的区别，同时，也有别于国内离婚案件，实际上，在涉外离婚案件的处理程序中，除以上最为普遍的两大难题外，鉴于涉外离婚案件所涉及的案件性质、文化背景、思维传统等方面的特点，应当对涉外离婚案件的处理进行整体上的程序立法，包括管辖权的确定依据、域外送达程序、证据规则、以及涉外离婚案件的专门审理机构及审理人员的确定等。作为专门处理涉外离婚案件的一线律师，希望本人实务中的体会和见解能为涉外民事诉讼程序的改进和完善尽到一点益处。

关于对法院诉前调解的一点看法

北京市隆安律师所 刘辉律师

目前一些基层法院正在轰轰烈烈的试点搞民事案件诉前调解，尤其是婚姻家庭案件，初衷是好的，可个人认为在程序上存在问题，而实际上也不见达到预期目的。站在律师的角度看，法院多此一举，给律师代理案件增加难度，浪费律师和当事人的时间。

社会上已经有很多机构在做婚姻调解及家庭治疗这样的工作，也有政府倡议的人民调解机构存在，诉讼前，当事人大部分已经通过这些机构咨询、治疗、调解，也有的到律师所咨询委托办理调解事宜，可见，如果是婚姻案件，一方当事人不愿意离婚或一方当事人强烈要求离婚，他们往往会做很多准备和努力，咨询、寻求调解、请律师帮助等等，而通过这些努力没有效果才会想到最后一招，到法院起诉，希望通过法律途径尽快解决。

然而，法院却搞诉前调解，初衷是好的，迎合构建和谐社会的理念也是没错的，但调解应给予当事人自愿，强制调解有何法律依据？有的案子到法院一个月还不算给立案，强行拖延诉讼期限，走正常程序，审理过程中也

有调解程序，为什么不在开庭审理时履行这个程序？由于法院的误导，当事人不懂诉讼程序，往往听劝走了诉前调解程序，而实际上，却造成对原告当事人很多不利的情况发生，被告借此转移财产、争取时间争夺抚养权、甚至增加实施家暴的机会，由此可见，法院的诉前调解效果不见得达到预期的良好愿望。

当下法院诉前调解存在的问题：

一、诉前调解范围不一。诉前调解范围过窄，不易发挥诉前调解的功效，范围过宽则会使许多原本不能或无调解必要的案件由于没能及时立案进入审理程序，无形中拉长了纠纷的解决时间，影响了纠纷的及时化解。二、诉前调解制度缺乏明确的法律规定，不为当事人理解和接受。由于诉前调解不是诉讼调解，调解协议无法以法律文书的形式固定下来，调解后一方当事人反悔的，当事人无法直接采取公力救济的形式保护合法权益，还必须通过起诉、诉讼等法律手段，费时费力，因而不愿意接受诉前调解。三、诉前调解主体各地执行不一，混淆了诉前调解与立案调解的区别。诉前调解缺乏法律定位，导致各地法院诉前调解主体不一，有的法院由法院立案庭人员主持调解；有的由书记员组织调解；有的法院在法院立案庭设立“人民调解室”，由律师、人民调解员、人民陪审员，或由法院聘请的离退休法官主持调解。

因此，本律师认为，调解是好事，但谁来做这些事情，应该立法加以明确。现在法院进行的诉前调解是违反民事诉讼法的不当行为，严重侵犯了当事人正当的诉讼权利，建议或规范或命令禁止取缔。

本律师针对诉前调解程序提出建议如下：

一是加快立法进程，确立诉前调解的法律地位。对诉前调解案件的适用范围、原则、主体、期限程序、调解协议效力的确认等，以立法或者司法解释的形式做出具的规定，明确谁是在诉前调解中的主导地位？律师？法院？民间机构政府职能部门？以便实践中具有可操作性。

二是加大诉前调解的宣力度，鼓励社会机构积极参与，能为社会各界广泛认同，当事人能理解和接受。

三是调解机构还应加强与司法行政部门、律师事务所工会、人民调解组织等单位的协调与沟通，求得他们的理解与支持，做到诉前调解与诉讼中调解的有效对接。

2012年8月12日

五、会议协办方之一上海沪家律师事务所主任吴卫义律师所致答谢词

各位法官领导、各位专家教授、各位律师同行们：

今天很有幸能请到各位在百忙之中抽出时间，相聚北京参加本次“学者、法官、律师不同视野下的“家事诉讼程序及立法完善研讨会”，在这里，我谨代表本次的主办单位北京理工大学司法研究所，协办单位北京岳成律师事务所、上海沪家律师事务所对各位莅临本次研讨会表达我们最真挚的感谢！

虽然本次研讨会只有短短三个半小时的时间，但是对于我个人来说却是一个学习和再提高的过程，在座的各位法官和专家学者包括我们专业家事律师都是我国家事案件研究、实践领域的重要参与者和推动者，在法理方面有着权威的研究，在学术方面有前沿的成果，在实践方面有丰富的经验。今天每一位嘉宾的发言都是毫无保留地将自己多年来的研究成果与我们进行交流，这些观点与研究成果都值得我们回去慢慢消化并运用到我们家事案件的审判实践中去。谢谢您们的精湛发言和论述。

家事案件一直都是我国民事案件中的重要组成部分，根据一组1978年与2010年的对比数据来看，1978年，我国的婚姻家庭继承案件共计21.9万件，但到了2010年这个数字增长到142.3万件，占当年全部民事案件数量的23%，且每年还在以6.4%的增长速度继续增长。家事案件近些年来所呈现出的多元化、亲民化、专业化的发展趋势，在家事案件实体审理得到越来越多重视的同时，也给我们家事诉讼程序提出了更高的要求。我们召开本次研讨会也是一次抛砖引玉的尝试，希望提供给大家交流平台集思广益推动家事诉讼程序的完善。我相信这次研讨会的召开仅仅是一个开始，在今后的日子里我们也希望多加强法官、学者与律师之间的交流，共同为推进家事案件的立法完善献言献策。

为了这次会议能够顺利召开，与会的各位嘉宾以及参与本次研讨会筹备工作的社会各界朋友给予了全力的支持。在这里，我代表本次研讨会的筹办方对各位朋友表示我们最热诚的感谢。同时，我还要特别感谢本次研讨会的主要发起人杨晓林律师，感谢杨律师为本次研讨会所做的巨大努力与付出！

再次感谢光临研讨会的法官、学者和律师！

六、研讨会相关媒体报道

诸多婚姻案件未能纳入法制轨道进行调整 专家建议

修改民法单独规定家事诉讼

发布时间: 2012-08-21 07:36:09 法制网 法制网记者 席锋宇

http://www.legaldaily.com.cn/index/content/2012-08/21/content_3781574.htm?node=33768

编者按 家和万事兴。近年来在婚姻家庭司法实务领域,程序正义问题日渐突出,当事人合法权益难以得到有效



维护,司法权威受到质疑。为了配合我国民事诉讼法的修订,促进家事审判热点难点问题的解决,加强家事诉讼程序研究与法律实务的交流与合作,由北京理工大学司法研究所主办的家事诉讼制度程序及立法完善研讨会近日召开。本报从今天起特选其中的相关立法建议进行报道。

8月11日,北京市朝阳区人民法院奥运村法庭,疯狂英语创始人李阳与美籍妻子的离婚诉讼案第三次开庭。

近年来,见诸报端的离婚案件越来越多,既有名人明星,又有普通老百姓。近日公布的全国民政事业统计数据 displays,今年一季度,我国共有46.5万对夫妻办理了离婚登记,平均每天有5000多个家庭解体。我国离婚率已连续7年递增。在这些离婚的夫妻中,有不少因为子女抚养、

财产分割等问题走上了法庭。

据记者了解,目前我国婚姻案件(亦称婚姻家庭案件、家事案件、人事案件)每年约占民事案件的四分之一到三分之一,数量较多而且不断增加。家事审判的对象是家事纠纷,与一般民商事纠纷相比,该类纠纷是一种复合性的复杂纠纷,不仅涉及家庭成员之间的身份关系纷争,还涉及身份人之间的财产关系争议;不仅涉及成年人之间的争执,还涉及未成年子女的利益保护;不仅涉及法律上的争议,还可能涉及当事人情感上、伦理上的纠葛。在近日召开的家事诉讼制度程序及立法完善研讨会上,许多专家建议要针对家事纠纷的处理建立起与之相对应的家事诉讼程序。

建立家事诉讼制度迫在眉睫

湖北省宜昌市中级人民法院三级高级法官、三峡大学政法学院兼职教授王礼仁,从事家事审判时间较长,担任婚姻家庭合议庭审判长有十几年。长年的工作实践,让王礼仁更加意识到家事诉讼制度建立的必要性。

王礼仁说,我国目前的家事案件审判体制存在严重缺陷,其集中表现就是“三无”、“多头主管”及“分散审判”。“三无”即无相应的审判程序、无独立的审判机构、无专业法官;“多头主管”就是法院和民政部门都主管婚姻无效、撤销等婚姻纠纷;“分散审判”就是法院内部的婚姻案件实行“民行分立”的审判模式,即一般婚姻案件与婚姻行政案件分别由两个不同审判庭审理。这种审判体制完全不适应婚姻案件实际情况的需要,严重影响了婚姻审判的质量,并使诸多婚姻案件不能纳入法制轨道进行调整,削弱和降低了法律对婚姻家庭关系的正面影响力和调控力,导致婚姻案件对社会的不稳定、不和谐因素增加。在建设公正、高效、权威的社会主义司法制度新时代,必须对婚姻审判体制进行彻底改革,建立具有中国特色、体现婚姻审判自身规律和特点、满足婚姻审判实际需要的新体制。

王礼仁说,从司法实践来看,涉及的家事纠纷越来越多,仅最高人民法院新近颁布的民事案由中婚姻家庭(继承)方面的案由类型就有20多个,而且还不全面,比如亲子关系诉讼(亲子认领、亲子否认等)案件,婚姻成立或不成立、离婚无效、重婚或与婚外异性同居中合法配偶提出的解除配偶一方与他人同居关系案件等,都没有在民事案由中列举。实际上婚姻家庭(继承)案件,可独立确定案由已经达到30多种。随着婚姻家庭案件类型越来越多,传统的诉讼形式也发生了变化,比如以往的离婚诉讼不存在反诉问题,而随着无效婚姻制度的出现,在离婚诉讼中就可能发生反诉问题。因而,对于家事案件,应当建立与之相对应的家事诉讼程序(亦称人事诉讼程序)。

南京师范大学法学院教授陈爱武在2004年就对家事诉讼程序开始了课题性研究。陈爱武说,现有的民事诉讼法、有关司法解释虽然对证据问题作了较多的规定,但关于身份关系诉讼的特殊性在证据领域有何特别规定却鲜有提及。这给婚姻家庭案件中的当事人维护自己合法权益以及公正审判带来了困难。因为婚姻家庭中涉及身份关系的纠纷,大多具有一定的隐蔽性,如与他人非法同居的事实、夫妻分居的事实等,当事人很难像财产关系纠纷那样比较容易保留或获取相关的证据。这样,依循“谁主张,谁举证”的一般证据原理,身份关系纠纷当事人常常掉入举证陷阱——或者无法举证,或者所提供的证据被法院认定为非法证据而不予采纳,或者证据虽然采纳,但提供证据的当事人却承担了巨额的费用负担。“基于现在出现的家事案件种类多、数量多的新特点,建立起与之相适应的家事诉讼程序是必由之路。”陈爱武说。

从制度上为家事审判提供保障

“家事法苑”™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

建国以来,我国一直高度重视婚姻家庭法治建设,先后制定过三部婚姻法、两部收养法。最高人民法院还颁发了三部关于婚姻法若干问题的司法解释,使婚姻法更具操作性。

陈爱武认为,根据实体法与程序法的关系理论,二者不可或缺。既然婚姻家庭制度是我国重要的社会制度之一,关乎家庭和谐、社会稳定,那么要想维护婚姻家庭制度,并使之朝着符合国家政策的方向发展,则不仅要制定完备的实体法,还要有完整规范的程序法,这样二者才能以各自不同的方式有效发挥维护婚姻家庭的稳定和健康发展的功能。

王礼仁认为,根据程序相称性原理,诉讼程序应当与其所对应的诉讼标的相匹配,或者与所解决的纠纷规模相适应。家事案件有其独立的特性或品质,通常诉讼程序对其不能完全适用。婚姻等家事案件的基本属性属于身份关系诉讼,具有高度人身性、社会性、公益性的特点。而通常诉讼程序,主要是关于财产诉讼的程序,用以解决当事人因利益分配所引起的争议纠纷,对于家事案件并不适用或不能完全适用。因而,建立家事诉讼制度,从制度上为家事审判提供保障,已经势在必行。

确立家事诉讼程序已有现实基础

“目前我国已经完全具备设立家事(人事)诉讼程序制度的经济条件和社会条件。”陈爱武说,从立法层面看,我国婚姻家庭实体法的完善以及其中大量程序性规范或原则的出现,为在诉讼制度内框架内系统构建家事诉讼程序奠定了坚实的法律基础,使家事诉讼程序的建立不至于成为空中楼阁。

王礼仁也认为,现行法律和司法解释对家事诉讼已经有许多特别规定,这为制定全面、系统的家事诉讼制度创造了有利条件。同时,也还有可供借鉴的立法经验。他说,在我国清末的《大清民事诉讼律(草案)》中,已经拟定了比较完备的家事诉讼制度。同时,外国的家事诉讼立法(如日本、韩国等)以及亲属法中(如德国、法国)的有关家事诉讼的规定,也都可以成为我国家事诉讼立法借鉴的对象。

王礼仁说:“最好的情况是我国在修改民事诉讼法时,将家事诉讼作为特殊诉讼单独设立一编或一章,或者设立单独的家事诉讼法。但民事诉讼法的修改是一个漫长过程,目前可以先采用司法解释的形式,对家事诉讼程序进行系统、全面的规定。这种形式较为灵活,切实可行,亦可为制定家事诉讼法提供理论准备和实践探索。”

相关链接

涉及婚姻家庭或身份关系诉讼程序的名称,各国立法称谓不尽相同。日本和我国台湾地区称为“人事诉讼法”,韩国称为“家事诉讼法”,德国在其民事诉讼法中称为“家事事件程序”,英国、澳大利亚等国称为“婚姻或家事诉讼法”。

从严格意义上讲,“人事”与“家事”是有区别的。但人们在使用家事诉讼或人事诉讼时,并没有加以区分,两者并没有严格的界限。各国不论是称为“家事诉讼”还是“人事诉讼”,都是关于亲属法上的身份关系或婚姻家庭纠纷的诉讼,只是其具体范围有所不同。人事诉讼的范围,应当包括婚姻事件、收养关系、亲子关系等。

离婚变简单 子女监护成问题

家事纠纷案件期盼审理专门化

发布时间: 2012-08-22 法制网 记者 席锋宇

<http://epaper.legaldaily.com.cn/fzrb/content/20120822/Articel03001GN.htm>

2012年2月2日,江苏省徐州市的李强和妻子田晓晓吃了一顿永生难忘的“团圆饭”,地点是在徐州市贾汪区法院内。即将要离婚的夫妻两人在饭桌上,在法官和陪审员的共同开导下,选择继续一起生活。

我国传统的固有观念和现代经济发展、社会变迁使得人民法院面临的家务纠纷案件情况更加复杂,审理难度日益增大,承担的任务更加艰巨,客观上维护稳定的工作压力非常繁重。2011年3月3日,贾汪区法院率先在江苏省成立首家家事审判合议庭,探索家事纠纷的专业化审理方式。2010年,广东高院就开始在部分



法院试点成立家事审判合议庭。

清华大学法学院教授、博士生导师高其才认为,人民法院推行和推广专业化审判无疑是解决家事纠纷案件审理困难、提升家事纠纷案件审判工作质量、实现审判的法律效果与社会效果相统一的有效途径。

家事案件内容复杂类型增多

“2003年---2007年五年来,全国各级人民法院审结一审民事案件 2214.5 万件,其中审结婚姻家庭等案件 5 9 3 万件,占民事案件的 26.77%。2007 年婚姻家庭等案件又有所回升。不考虑继续回升的因素,家事案件在整个民事案件中占接近三分之一。”湖北省宜昌市中级人民法院三级高级法官王礼仁说。

他认为家事案件有其独立的特点,具有高度的身份性、公益性、专业性特点,不仅需要与有之相对称的诉讼程序,

“家事法苑”™婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

也需要有相应配套的专门机构和专业人员，才能适应此类案件的审判需要。这样，不仅理顺了家事案件审判程序，也有利于优化资源，减少浪费，可以集中力量、集中人员，专门研究婚姻案件的审判，有利于提高家事审判的质量。

他说，由于没有设立专门的家事审判庭，目前许多婚姻家庭违法犯罪和侵权案件，都没有纳入国家干预的法制轨道。如家庭暴力、非法干涉婚姻自由、非婚同居关系的解除等，主要都依靠私力手段解决。由于私力手段有限，往往力不从心，当事人的权利或者不能得到有效保护，或者被迫采取一些过激手段或违法犯罪手段解决。

“家事案件的特殊性，不仅需要专门机构进行处理，而且需要将更多的家事案件纳入法律轨道调控。设立专门的家事审判机构，则能适应家事案件的特点和现实生活的需要，让更多的家事案件可以得到有效处理。”王礼仁强调。南京师范大学法学院教授陈爱武说，现在家事案件在数量激增的同时纠纷内容也日益复杂化。“比如，无过错离婚尽管使离婚变得越来越简单和容易，但未成年子女到底由谁监护更加合适和妥当却没有理性的统一准则可供遵循，争抢未成年子女亲权的纷争越来越普遍，在跨国婚姻的夫妻离婚中更为常见，极端的当事人甚至将未成年子女藏匿或擅自带出境外，导致另一方与子女骨肉分离难以相见，甚至终身不得相见。”

既有审判程序不适合处理家事案件

陈爱武说，长期以来，我国的家事案件统一由民事法庭审理，且绝大多数是在基层法院或者其派出法庭。但是民庭审理的案件却不仅仅是假释案件，还包括人身权案件、侵权案件、道路交通赔偿案件以及房地产案件等。这种格局不利于家事纠纷的妥当解决。

陈爱武详细分析了这种格局的弊端。他说，没有专门审判机构首先导致民庭在审理家事案件时，与其他民事案件同等对待，缺乏对家事案件特殊性的关注。“尽管我国婚姻法规定调解是审判离婚案件的必经程序，但在统一审理的民庭体制下，家事审判和家事调解的特殊性及其应有机能难以得到充分展示和发挥。”

“其次，导致解决家事纠纷所要求的社会参与和协调、联动机制难以建立。尽管实践中一些法院也有相应的改革举措，但大多是零星的尝试，没有制度层面的规定和保障。民庭总体上仍然因袭传承了传统法院所固有的内敛性和封闭性，开放性显著不足。”陈爱武说。

建立家事法庭有伦理意义

在家事诉讼程序及立法完善研讨会上，来自上海沪家律师事务所的两位律师贾明军、吴卫义提出建议要设立专门的家事法庭。他们认为建立家事法庭有着现实、伦理和学术三层意义。

首先，家事案件数量庞大使其具备了设立家事法庭的现实意义。其次，家事案件有其人身属性，与普通的民事诉讼程序不同，其缔结婚姻而产生的亲属关系是彼此之间享有权利和承担义务的原始依据，这种人身权是终身而非一时，而一般民事案件不涉及到人身属性。从这个角度来说，家事案件不仅涉及到法律关系，更涉及到社会伦理关系。一旦处理不好，可能影响到家庭成员之间原本稳定的血缘关系，严重的甚至造成数代人的恩怨纠葛。所以，为了更好的促进家事纠纷案件的解决，成立专门的家事法庭，对家事纠纷案件集中且专门化审理有一定的伦理意义。

另外，随着社会经济的发展，股权越来越成为社会财富的最主要表现形式。在上世纪90年代后期，中国很多城市创业潮中，涌现出“夫妻店”。随着发展壮大，有些店已经成为公司走上了融资上市的大舞台，夫妻财产也有从前的“万元户”升级到了上千万财产，甚至过亿。所以离婚过程中，因为一般股权价值都比较大，保全起来存在一定的困难，不乏一些人为了隐匿巨额财产恶意转移股权，其股权转让的随意性也让很多陷入婚姻纠纷的另一方当事人面临更大的痛苦和损失。正是因为家事案件的专业性特点使得对处理家事案件的法官素质要求很高，建立家事法庭，对法官进行专业化培训，加强办案质量，从其学术研究方面来讲有着长远意义。

两位律师建议，为了方便诉讼，应在基层人民法院设立独立的家事审判法庭，依法审理第一审家事案件。最高人民法院同样设立家事法庭，对全国家事审判给出指导性意见。上级法院也可以通过审判家事案件发现新问题、新情况提出更好的解决方案和思路，引导下级法院家事法庭发挥其应有作用。

相关链接：

美国是世界上最早成立实质意义上的家事法院国家。1914年，俄亥俄州辛西那提市设立家庭关系法院。

澳大利亚的家事法院是根据1975年《家事法案》而设立，地位相当于联邦法院的专门法院。

德国在1976年制定了《婚姻法第一次修改法》中正式确立建立家事法院制度。家事审判专门机构分为三级：地方和地区法院家事法庭、州高等法院家事法庭和联邦最高法院家事法庭。

日本家事法院在1948年正式设立。是与地方法院并列的第一审专门法院。此外，家事法院还有96个派出机构。除了上述国家，还有很多国家，如韩国、泰国、墨西哥等逐步实现了家事审判机构专门化的制度建构，形成了具有各自特色的家事法院（庭）系统。我国香港和台湾地区也分别在1983年、2006年设立了专门的家事法庭。

婚姻案件涉及法律问题复杂司法实践中存在诸多难题专家建议

婚姻案件审判需配备专业法官

(2012-08-24) 稿件来源: 法制日报人大立法

<http://epaper.legaldaily.com.cn/fzrb/content/20120824/Article03001GN.htm>

□家事诉讼立法 本报记者席锋宇

一对表兄妹 1966 年结婚,婚龄已 40 多年,发生在他们身上的离婚案件,被作为“非法”的“无效婚姻”处理。

但是,根据 1950 年婚姻法第五条列举的关于禁止结婚的情形之一——“其他五代内的旁系血亲间禁止结婚的问题,从习惯”,上述表兄妹缔结的婚姻是有效的,现行婚姻法对他们没有溯及力。这一案例充分暴露了一些法官对我国婚姻法的立法历史和有关法律溯及力知识掌握得不够。

家事审判“问题案件”多

由于婚姻案件审判机构不健全,人员配备不能满足婚姻案件审判的需要,司法实践中婚姻案件的审判质量存在很多问题。湖北省宜昌市中级人民法院三级高级法官王礼仁表示,婚姻案件因其所涉及的法律、法学理论以及社会知识的复杂性、广泛性,需要由专业法官来审理。

王礼仁曾经对自己所在法院 2002 年至 2003 年的 200 件二审中的婚姻案件进行调查分析,发现竟然有 80% 的婚姻案件属于“问题案件”。他说,当然,这些“问题案件”并非都是错案,主要是程序上和实体处理上存在不同程度的瑕疵。

王礼仁说,家事审判“问题案件”比例高的原因有很多,其中最主要的原因是婚姻案件复杂、专业性强,非专业法官不能胜任。

“婚姻家庭案件所涉及的问题范围广,难度大,可以说难以列举。”王礼仁说,法官如果不是长期研究婚姻法,对有关婚姻法和相关法学理论有深刻了解,又怎么能在复杂的问题中作出自己的选择或判断呢?至于家事审判的实践经验 and 技巧,也是一门很深的学问,非一般人员所能胜任。因而,实践中不仅要健全家事审判制度、机构,还要配备专业的家事审判法官。

家事审判需要配备专业法官的呼声在全国一些试点法院得以落地,为全国家事案件审判专业化起到了“筑桥铺路”作用。2010 年,江苏省徐州市贾汪区人民法院成立了“家事审判合议庭”。

据贾汪区人民法院院长王牧介绍,家事审判合议庭的 6 名组成人员是精心选任的,其中合议庭审判长为徐州市业务骨干,两名女法官都具有丰富的社会阅历、生活历练,亲和力强。两名陪审员中,一位取得了心理咨询师资格,一位长期从事心理学研究,具有教育培训工作经验。另外,还聘请了 1 名从事妇女儿童权益维护工作的妇联干部担任特邀调解员。

专业法官须具备多项能力

王礼仁认为,家事案件除了涉及的法学理论和法律知识十分复杂外,还涉及到社会学、伦理学、性学、民风民俗等各种综合知识,这就要求从事家事案件审判的法官必须理论素质和综合知识素质都要高。

“家事案件(尤其是婚姻案件)主要涉及的是人与人之间的关系,法官如何运用法律调和当事人之间的情感关系,是一门十分深奥的学问,要求法官必须能够敏锐地洞察婚姻案件的症结,准确把握婚姻案件的脉搏,还要求法官具有较强的思想疏导工作能力、沟通调解能力、社会协调能力以及强烈的责任感和耐心细腻的工作方法。”王礼仁对专业法官的配备条件给出了具体的建议。他说,对于婚姻家庭案件审判庭的法官,除了综合素质有特殊要求外,一般应当是 30 岁至 35 岁以上的已婚人士。因为家事案件涉及到人的情感、夫妻生活、子女抚养和赡养等。只有亲身经历过的人,才能体会到婚姻家庭的真正含义。因而,家事案件的审判法官,一般应当由已婚者担任为宜。配备家事案件法官,年龄结构也应当比较合理,30 岁、40 岁和 50 岁以上的法官应当各占一定比例。家事法官,也应当由男性法官和女性法官共同组成,形成一定的性别比例。

西北政法大学民商法学院教授、西北政法大学妇女与家事法律研究所所长张伟同样认为,家事审判法官专业化并不仅仅是指法官的专业知识水平,还包含着其他要求。“比如法官的工作方式、说话技巧等,还有应当了解一定的心理学和社会学相关知识。”张伟说。

上海沪家律师事务所吴卫义、王小成两位律师认为要合理利用法院资源配置,加强法院参与家事审判的主动性。法官配置上除了要有女性、已婚法官,有具备一定婚姻家庭相关知识的人民陪审员之外,还应该要有专职的调查法官。家事案件的调查工作远超于其他民事案件,并且其所得出的调查结果与家事案件的最后判决有着密不可分的关系,因此应当配备专职的调查法官配合当事人的调查申请,只有在查明事实的情况下,才能得出公正的判决。

法官应严格遵守中立原则

安徽世浩律师事务所律师孙跃礼对于家事审判法官专业化有着独特的理解。

“有时候好心办坏事也是不专业的表现。”孙跃礼说,特别是在审理离婚案件的时候,法官的专业性要体现出变通性,但最重要的是,法官应该严守中立原则。

孙跃礼说,在离婚诉讼程序中,法官最常见的“错误”就是武断地反对原告离婚、对家庭暴力受害者权益有意无意地漠视。他说,实践中许多法官往往先入为主地形成某种看法,最为常见的就是很多法官倾向认为“离婚总是一件不

好的事情”,因而,在调解过程中往往是“劝和不劝离”。孙跃礼建议,法官在离婚案件审理中,在离婚问题上应当以保持中立为原则,多倾听案件双方当事人的想法和意见,耐心调解,这样更容易与案件当事人之间建立起良好的互信关系,更容易促成案件的妥善解决。在实践中孙跃礼还注意到一个现象,就是真正由于家庭暴力需要离婚的时候,法官却认为“小两口打架是常事”,这实际上是对家庭暴力施暴人的纵容与开脱。

婚姻关系算是最为复杂的一种人际关系,矛盾也比较复杂,通过常理的劝说已经没有效果了。如果要得到更好的解决,专业心理干预显得非常必要。孙跃礼建议,法官应该履行告知义务,就是要离婚当事人寻求专业婚姻家庭咨询。“我建议这个义务作为必经的法定程序,记入审理案件的笔录中。这样,许多破碎的家庭就有了更多的科学性较强的挽救机会。”孙跃礼说。

婚姻案件不宜简单用“一刀两断式”判决处理专家建议

婚姻家庭纠纷需建立多元解决机制

(2012-08-25) 稿件来源: 法制日报人大立法

<http://epaper.legaldaily.com.cn/fzrb/content/20120825/Article103002GN.htm>

家事诉讼立法 本报记者席锋宇

“很多婚姻走到尽头,并不是为了钱,而是为了出口气。”湖北省武汉市硚口区人民法院家事法庭法官张芹接受媒体采访时的一句话,道出了许多家庭走向破灭的一个重要原因。

虽然婚姻自由包括结婚自由和离婚自由,但是涉及到离婚、亲子、财产等家事案件不宜简单地用“一刀两断式”的判决来处理,而必须把促成当事人之间恢复情感、消除对立、实现和解作为解决纠纷的根本目标和价值取向。当今已有部分国家建立起婚姻家庭纠纷多元解决机制,专家建议,我国也应该结合本国国情,制定出婚姻家庭纠纷多元解决机制,以促进婚姻家庭和谐、社会稳定和国家安定。

诉讼解决机制存在局限性

西北政法大学民商法学院教授、陕西省法学会婚姻家庭法学研究

研究会会长张伟说,目前的家事纠纷诉讼解决机制存在一定的局限性。

张伟介绍,按照民事诉讼法的规定,民事一审程序从立案到判决生效最快大约需要 25 天。“这几乎是理想条件下所需的时间,还不考虑具体案件的具体情况,而最慢则需要一年或者是更长时间。这还仅仅是一审程序。如果进入二审,时间更长。诉讼成本高、效率低是一个明显的局限。”张伟分析说,俗话说“清官难断家务事”,在极具伦理性、隐私性的婚姻家庭纠纷中,由于当事人特有的身份属性,故而很难严格区分出对错,也就无法严格划分当事人所应承担的责任份额。

同时,在离婚诉讼中对未成年子女也会产生很大的不利影响。另外,诉讼中双方当事人诉讼地位对立,难以理性解决问题。“根据我国民事诉讼法的规定,双方各自负有对自身诉讼请求的举证责任,故而为了实现自身的利益,双方不惜撕破脸皮,摒弃亲情爱情。结果往往是两个家族交恶,双方在实现自己诉讼请求的同时也失去了基于身份关系的感情。”张伟说。

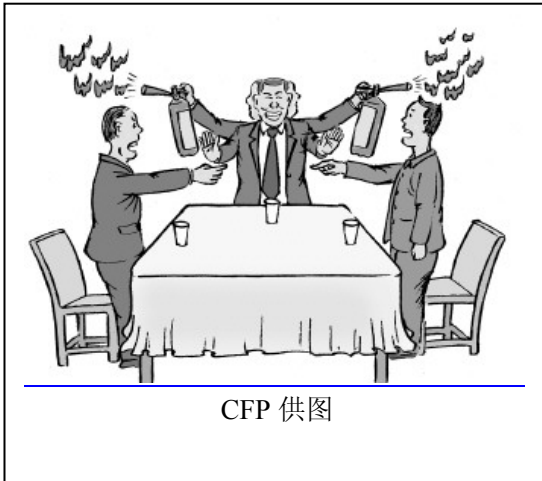
家事调解时机缺乏科学性

随着我国经济社会的发展,人们的生活方式以及婚姻家庭观念发生了巨大的变化。但与此同时,离婚率也在不断升高。各地法院受理的婚姻家庭纠纷案件日益增多,最终通过判决方式解决婚姻家庭纠纷的人也越来越多,但是判决不能彻底解决在婚姻家庭生活中所产生的矛盾,家事案件当事人的利益也没有得到充分保障。调解制度尤其是人民调解作为诉讼的重要补充,在这种情况下就显得十分重要。

南京师范大学法学院教授陈爱武认为,我国婚姻家庭调解制度历来受到重视,事实证明,调解对于解决婚姻家庭纠纷有很大帮助。但是从目前来看,我国的调解制度仍有不足,存在许多结构性缺憾。

陈爱武表示,家事调解的时机缺乏科学性。国外的家事调解大都是诉前调解,即进入审判程序之前的法院调解。而我国的家事调解是法官在审理案件过程中随时启动的调解。与诉前调解相比,诉讼中实行调解可能障碍重重,因为进入诉讼后,当事人自然而然地按照诉讼规则行事,如为了证明对方的过错或证明感情破裂,双方都收集了大量的证据资料,这些资料有意无意地强化了对对方的不满;在接下来的证据交换中,面对对方的证据资料,一方可能恼羞成怒,而另一方也可能“气得吐血”。如果法官在开庭时竟突兀地提出调解,双方当事人心理上、面子上都将难以接受,因为谁都不想“便宜”了对方;再有,诉讼的对抗性本身常常使细小的纠纷放大数倍,并进一步强化当事人之间的对立。在此种情况下进行调解,当事人之间达成协议的可能性十分微小。

陈爱武分析说,在我国,家事调解由审理案件的法官兼任,这种格局尽管可以使调解具有一定的权威性,但调解的成效并不高,而且还存在诸多弊端。因为通常情况下法官擅长的是法律判断而不是涉及人情事理的调解,法官的职业



CFP 供图

本性促使他们不由自主地“厚判轻调”,那些尚未结婚的年轻法官更是如此。另外,即使法官愿意进行调解,也往往难以胜任,因为法官多半缺乏调解的专门知识和科学训练,不能对当事人的性格、出身、成长环境等事项作出科学判断,此种状况下调解的成效就要打折扣。“还有,法官主持调解还可能产生滥用职权的风险,如出现‘以判压调’、‘以拖压调’等强制调解倾向,既损害了法院的司法权威,也背离了家事调解的宗旨。”陈爱武说。

建立完善的家事调解制度

有一个案子,父亲因为赡养的问题曾到儿子的公司吵闹,到政府部门上访,最后来到法院,要求儿子支付 40 万元赡养费。因一审法院未完全支持父亲的诉求,这位父亲遂提起上诉。然而,相见分外眼红的父子,在家事法官的调解下重归于好。离开法院时,儿子将手搭在父亲肩上,轻拥着父亲。这是广东省中山市中级人民法院家事合议庭成立后接到的首宗家事案件,虽然棘手,却是调解成功。

在诉讼审判方面,许多专家都建议成立独立的专业审判法庭,配备专业法官。相比于对抗之下的审判,家事调解具有其独特的价值和比较优势。家事调解的非对抗性有利于促进当事人理性面对现实,避免夫妻或亲属间的相互憎恶和紧张对立。因此,在构建婚姻家庭纠纷多元解决机制过程中,如何建立起更加完善科学的家事调解制度也是重中之重。

陈爱武说,家事调解的非对抗性促使离婚双方正面审视自己面临的问题,而不是情绪激动地相互攻击,因为那是毫无意义的;调解鼓励夫妻直接沟通,也鼓励他们商谈关乎子女未来的安排。在非对抗制的调解氛围下,那些有和好可能的夫妻,在调解员的友善提醒下,可能很容易地找到和好的契机,进而破镜重圆;对那些不得不离婚的夫妇,大多数会平静地接受分手的现实,不仅在法律上、经济上离婚,而且完成“感情上”的离婚。

鉴于我国家事调解存在着问题,但又具有如此重要的作用,陈爱武建议,我国在修订民事诉讼法时,应当借鉴国外成熟的立法经验,在民事诉讼法中设专编(章)规定家事诉讼程序,并在其中系统规定家事案件的调解,通过完善的程序设计,充分发挥其妥当解决家庭纷争之目的。要明确离婚案件和其他在性质上适合调解的一切家事案件在诉讼系属前必须进行调解,未经调解不能进行审判,确立离婚等家事案件之强制调解或调解前置制度。将家事调解的模式界定为“诉前调解为主、诉后调解为补充”,实现调解和诉讼合理的“对接”。

张伟则建议,要设立与健全调审分离的调解模式,保障当事人的权利。将调解机构和审判机构相分离,在法院内设置专门的调解机构。同时调解人员和审判人员相分离。调解机构分别由审判人员和非审判人员两部分人员组成,审判人员的职责是参与并主持每个具体案件的调解工作,但审判人员只具有调解人身份。非审判人员的职责是协助审判人员,提出具体的调解方案让当事人双方参考。“另外,还要将调解程序与审判程序相分离。调解作为案件的前置程序,制作调解书视为结案。当事人不得就同一诉讼标的再行起诉。”张伟说。

相关链接

日本:1939 年制定了《人事调停法》,该法的主导思想就是家事调停“不应考虑法律,而应本着门外汉的圆满常识来处理”,以使家事纠纷获得充满温情的解决。

英国:1971 年 1 月 27 日颁行的《实践注意(离婚:调解)》中首次将调解程序引入离婚诉讼中,由法院福利官处理调解事宜。

美国:大约有一半的州立法规定在判决离婚前要进行调解或仲裁。在美国法院处理家事案件尤其是离婚案件过程中,调解得到了最广泛的应用,甚至已经成为“准司法”概念上的重要名词。

澳大利亚:家事调解规定主要集中在《1959 年联邦婚姻案件程序法》和《1975 年家事法案》中。

新西兰:家事调解的内容主要见诸于《1980 年家事程序法》,根据法律,家事法院处理家事案件存在三个阶段。席锋宇辑

反家暴人身保护令的推动仍面临司法障碍专家建议

人身保护令应纳入家事程序立法

(2012-08-27) 稿件来源:法制日报 人大立法

家事诉讼立法 本报记者席锋宇

如果一个人外面遭到他人暴力袭击而又无力抵抗,这个人会迅速逃离现场,去一个安全有保障的地方,比如说——家。可是,如果加害人是来自同一个屋檐下的家庭成员,家反而成了受害人最不安全的地方。战,力量不够;逃,无处可逃。此时,受害人该怎么办?

最高人民法院应用法学研究所副研究员陈敏提出的这个问题,可能让很多女性产生共鸣,这是一个挥之不去的噩梦:家庭暴力。2007 年至 2008 年,应用法学研究所通过对不同省市 7 个基层法院的阅卷调查发现,涉及家庭暴力的离婚案件占全部离婚案件的百分比,最低的是 36%,最高的是 62%,受害人基本上是女性。



“家事法苑”™ 婚姻家庭法律资讯简报——分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

在家事纠纷案件中,许多离婚案件的诉讼起因就是家庭暴力。虽然目前有关方面正在推动制定反家庭暴力立法,但对于家暴受害人如何得到及时有效保护的研究却是刻不容缓。因为多一重保护就意味着少一重伤害,事前预防总比事后惩戒要更好。

家暴受害人同样可能危害社会

陈敏在 2001 年至 2007 年曾涉足律师业务,主要领域为涉及家庭暴力的民事和刑事案件的代理和研究。对于家庭暴力,她有着太多深刻的感触。

陈敏说,由于家庭暴力向来被视为家庭纠纷,因此,公权力的干预表现出明显的滞后性——家庭暴力没有造成轻伤以上后果时,加害人很少会被追究法律责任。一些丈夫便在“打别人违法,打自己老婆不违法”的思想支配下,理直气壮打老婆,甚至把自己打成了被告,还不认为打老婆违法。陈敏在基层法院阅卷时常常看到这样的庭审笔录——被告:“我是打她了,但你问问她我为什么打她”或“我打她是不对,但她要不……我就不会动手”。

这些被告显然认为,如果妻子的言行举止有不合自己意的地方,自己当然拥有权利“教训”她。国际社会因此将家庭暴力称为“基于性别的暴力”,意思是说,妻子挨打,是因为她身为女性——社会默许丈夫打妻子。

人们往往以为,加害人会危害社会,而受害人不会。陈敏否认了这种看法。她说,被害人在受害后当其权利得不到救济时,被害人和加害人的角色就有可能出现转换。受害人在遭受暴力的过程中,不知不觉也会出现暴力倾向,甚至可能走上犯罪道路。据我国监狱部门调研发现,因长期受家庭暴力侵害而被迫以暴制暴,一直是我国女性暴力犯罪的最主要原因。

人身安全保护裁定试点成功

广东省高级人民法院在 2010 年建立家事审判合议庭试点工作开展之后,探索建立“人身安全保护裁定”制度,加大对家事案件当事人的保护力度。法院结合实际,在人身安全保护裁定的适用中进行了很多创新:一是证据种类齐全,形式灵活。主要包括结婚证、户籍资料、出生证等身份关系的证据以及伤情照片、医院病历、接警或者出警记录,带有威胁内容的录音和手机短信等证明家庭暴力存在的证据;二是重视未成年人证言。重视具备相应的观察能力、记忆能力和表达能力的 5 周岁以上的未成年人提供的与其年龄、智力和精神状况相当的证言;三是允许法官充分行使自由心证。在证据不足或者没有证据的情况下,只要独任法官或者合议庭成员内心确信家庭暴力存在的可能性或者危险性较大的,就可以发出人身安全保护裁定;四是完善对受害人居所及联系方式的保密规定。对于受害人已经搬离与加害人共同居所的,人民法院不得在人身安全保护裁定书或者其他需要送达加害人的文书中列明申请人现居住地址。

陈敏介绍,2008 年 5 月,应用法学研究所发布《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》,并选择 9 个基层法院开展司法干预家庭暴力的试点工作,试点工作获得了良好的法律效果和社会效果。2010 年,经地方法院主动申请,并经最高人民法院批准,基层试点法院已达 72 个。另外,湖南省、江苏省和广东省高级人民法院在本省辖区自行开展试点工作。从已发出的 100 多份“人身安全保护裁定”的干预效果来看,不管案件是以原告主动撤诉还是通过法院裁判结案,家庭暴力行为基本上都没有再发生。

陈敏说,鉴于家庭暴力严重危害妇女、儿童和老人的人身权利,影响社会和谐,社会各界要求预防和制止家庭暴力的呼声日益强烈,而各地人民法院通过发出“人身安全保护裁定”阻断家庭暴力的探索,有效预防家庭暴力从民事案件转化为刑事案件,建议最高人民法院尽快出台相关司法解释,规范人民法院发出“人身安全保护裁定”的程序,以适应现实需要。“司法解释的内容可以包括人身安全保护裁定的申请、受理、种类和期限、证据审查标准、主要内容和附带内容、执行、罚则等。”陈敏说。

让人身保护令启动有法可依

扬州大学法学院教授、硕士生导师李秀华和中国政法大学民商经济法学院教授、硕士生导师田岚都是中国婚姻家庭法学会常务理事。2008 年至 2011 年,她们在承担中国诊所教育委员会关于“和谐社区与婚姻家庭诊所教育模式结合与功能创设”的项目时,始终将家庭暴力受害者作为重点服务对象。

运用国家公权力主动出击是制止家暴的重要举措之一。在实践中李秀华和田岚发现,尽管《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》明确提出了专门针对受害者事前保护的“人身保护令”,并得到了各地法院的积极回应,但因为缺少统一立法,人身保护令的推动仍然面临各种司法障碍。她们认为,应该设立“反家庭暴力合议庭”,主要审议与家庭暴力相关的案件。这是启动人身保护令实施机制的突破口。

她们建议,由于家事程序立法的缺位难以有效保护家庭暴力侵害的受害人,因此只有将人身保护令纳入家事程序立法中,受害人权益才能获得有效的法律保障。在立法层面上应该明确人身保护令定义、受理条件、保护内容、人身保护令启动程序与执行机构、施暴者应承担的法律责任等内容,从而做到执法部门明确、各部门分工合作可操作性强,让人身保护令启动做到有法可依。同时要合理的探讨和论证,统一人身保护令的执行模式,这样才能有助于在全国复制与合理的本土化。各机构要协调机制,各级政府部门、司法部门与非政府组织之间应建立起多元协作关系,共同推动和有效实施人身保护令。

法院已发出 100 多份人身安全保护裁定，结果显示

-----家暴行为无一例复发

日期：2012-08-21 中国妇女报

http://www.china-woman.com/rp/main?fid=open&fun=show_news&from=view&nid=85859&ctype=3

“从已发出的 100 多份人身安全保护裁定的干预效果来看，家庭暴力行为基本上都没有再发生。”有关专家日前在“家事诉讼程序及立法完善研讨会”上披露了这一最新消息。该研讨会由北京理工大学司法研究所主办，上海市沪家律师事务所、北京市岳成律师事务所协办。在会上，除对人身安全保护令制度进一步加以探讨外，还集中对家事审判改革、家事诉讼程序立法问题及现行民事诉讼法中涉及婚姻家庭相关条款的修改完善三个问题进行了研讨。

引入人身保护令制度迫在眉睫

“人身安全保护裁定在试点法院取得了良好的法律效果和社会效果。”最高人民法院中国应用法学研究所研究员陈敏介绍说，从已发出的 100 多份人身安全保护裁定的干预效果来看，不管案件是以原告主动撤诉，还是通过法院裁判结案的，家庭暴力行为基本上都没有再发生。

2008 年 3 月，最高人民法院中国应用法学研究所发布了《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》，该指南专章规定了人身安全保护措施，包括申请条件、审查重点、保护内容、生效执行、法律责任等内容，确立了保护受害人人身安全和维护诉讼程序严肃性和公正性的人身安全保护裁定制度。

陈敏说，从当事人的感受来看，申请人普遍反映人身安全保护裁定给自己带来了安全感，而被申请人也因为慑于公权力的介入而不敢违反法院的裁定，因而自动履行率非常高。另外，指南发布近三年来，人民法院对家庭暴力的认定率也有很大的提升。

与会者一致认为，在我国，引入人身保护令制度是迫在眉睫之举。应当改变现有法律中保护令的缺失导致大量家庭暴力受害者求助无门的困境。

我国缺少家事诉讼程序系统规定

“现行实体法虽然对家事诉讼程序作出了相关规定，但存在诸多缺憾。”南京师范大学教授陈爱武指出，家事纠纷的特殊性决定该类纠纷不宜用契约关系及其调整方式来解决，也不能简单地以权威性的裁判来“分清是非”，它必须有自己独特的程序及处理方式。

家事案件即我国人民法院所称的婚姻案件、家庭案件、继承案件及其亲属关系纠纷，主要包括亲属身份争议和以亲属身份为依据所产生的财产争议两大类。

家事诉讼程序，是专门解决家事案件、具有一定特殊性的民事诉讼，相对于普通的民事诉讼程序，家事诉讼程序的特殊性在于家事案件的身份性。正是这种特殊性决定了家事诉讼在法律规范方面应当有许多不同于一般诉讼程序的规定。

与会代表表示，我国的婚姻法、收养法、民事诉讼法以及这些法律的有关司法解释均认可了家事诉讼的特殊性，但这些规定散见于各个规范性法律文件或同一法律文件的不同章节，不仅使当事人难以找到完备的规范，而且还造成了一般规定与特别规定在适用上的混乱。

“由于我国对家事诉讼程序缺少系统的规定，在司法实践中，法官往往利用一般财产案件的诉讼法理来审理，从而使家事纠纷得不到妥善的处理，不利于我国司法权威的树立。”湖北省宜昌市中级人民法院法官王礼仁认为，正当的司法需要完备的立法为先导，家事诉讼案件的审判无统一的程序法理、程序规则可供遵循，给司法审判造成诸多不利的影 响。对于家事案件，应当建立与之相称的家事诉讼程序。

与会者认为，长期以来，我国的民事诉讼法的研究侧重对普通程序的理论研究，忽视了对家事诉讼程序理论的研究。随着我国家事案件复杂化、专业化、多元化的发展趋势，各种各样的以家庭为基础的纠纷日渐增多，完善我国家事诉讼程序，建立独立的家事诉讼制度迫在眉睫。

应设立专门家事法庭

记者从会上获悉，有关家事诉讼程序的内容，首先应该体现或突出家事诉讼的自身规律和特点，家事诉讼除了适用通常诉讼程序外，在管辖、当事人、起诉、辩论、诉讼中止和终结及判决的效力、调解程序等方面，都有别于通常诉讼，需要作出一些例外的特别规定。

此外，我国家事诉讼程序，应当在上述内容的设置上体现中国特色，体现时代精神。比如在诉讼管辖上，应体现保护妇女原则。对于遭受家庭暴力、虐待、遗弃等被迫逃离原婚姻居所地，而回娘家或在他处避难，以及男方在外地打工而与他人同居或重婚等，女方由于人身安全或经济原因，不能在婚姻居所地或被告人所在地起诉离婚的，应当准许妇女选择自己方便诉讼的法院起诉。

与会者认为，家事事件包括家事诉讼事件和家事非讼事件，因此构建我国的家事诉讼程序既包括诉讼程序又包括非诉讼程序。

“在我国现行民事纠纷解决机制混乱的情况下，需要进行理性的制度建构，充分发挥非诉讼程序的功能，尤其

是发挥人民调解的作用,实现诉讼程序与非诉讼程序的衔接。”中国人民大学教授范愉指出。

西北政法大学教授张伟也认为,进一步完善诉讼与非诉讼调解机制的衔接,应将人民调解作为婚姻家庭纠纷诉讼的前置程序。所谓人民调解前置,是指对婚姻家庭纠纷,当事人欲通过民事诉讼程序解决时,必须首先经过人民调解程序,即这些类型纠纷的解决实行“先调后诉”,人民调解作为民事诉讼的前置程序。当事人在起诉前需要先提出调解申请;如未提出调解申请而直接向人民法院起诉的,人民法院可不予受理。

同时,与会的法官提出,在家事审判机构的设置上,我国应设立专门的家事法庭,配备专门家事法官和其他专业人员。

江苏省徐州市贾汪区人民法院家事审判合议庭是全国首家获得正式编制的家事审判庭。该法院试点设立家事审判合议庭,专业审理涉婚姻家庭类案件。家事合议庭由2名法官、2名专业从事心理学研究的人民陪审员组成,另外还特聘1名从事妇女儿童维权工作的区妇联副主席担任特邀调解员。

“家事合议庭坚持调解优先原则、不公开审理原则、维护家庭成员关系改善与和好原则、倾斜保护弱势家庭成员利益原则。在审判的场景布置上,该庭突出了浓厚的家庭温馨和谐气氛,采取圆桌式布置。”贾汪区人民法院院长王牧告诉记者。

据悉,该家事审判合议庭成立以来,共审结各类家事纠纷案件458件,调解撤诉392件,调撤率85.6%,无一上诉、无一发改、无一信访。(见习记者 杨一帆)

为“家和万事兴”撑开法律保护伞

刘武俊:司法部《中国司法》杂志总编,研究员

法制晚报 20120829 http://www.fawan.com.cn/html/2012-08/29/content_385556.htm

在近日召开的家事诉讼制度程序及立法完善研讨会上,许多专家建议要针对家事纠纷的处理建立起与之相对应的家事诉讼程序。

我国目前的家事案件审判体制存在严重缺陷,无相应的审判程序、无独立的审判机构、无专业法官;且多头主管,就是法院和民政部门都主管婚姻无效、撤销等婚姻纠纷。这种审判体制难以适应婚姻案件实际情况的需要,导致诸多婚姻案件不能纳入法治轨道进行调整。有必要对现行婚姻审判体制进行改革,建立具有中国特色、体现婚姻审判自身规律和特点、满足婚姻审判实际需要的家事诉讼新体制。

家事案件通常具有独立的特性,通常意义上的诉讼程序对其不能完全适用。婚姻等家事案件的基本属性属于身份关系诉讼,具有高度人身性、社会性、公益性的特点。而通常诉讼程序,主要是关于财产诉讼的程序,用以解决当事人因利益分配所引起的争议纠纷,对于家事案件并不适用或不能完全适用。

婚姻家庭中涉及身份关系的纠纷,大多具有一定的隐蔽性,如与他人非法同居的事实、夫妻分居的事实等,当事人很难像财产关系纠纷那样比较容易保留或获取相关的证据,很难笼统地适用“谁主张,谁举证”的一般证据规则。针对家事案件种类多、数量多的新特点,建立起与之相适应的家事诉讼程序势在必行。

家事诉讼程序的建立已经具备相当的现实基础。就立法层面而言,现行法律和司法解释对家事诉讼已经有不少的特别规定,为建立系统的家事诉讼制度创造了有利条件。婚姻家庭实体法的完善尤其是其中大量程序性规范,为在诉讼制度内框架内系统构建家事诉讼程序奠定了坚实的法律基础。

鉴于家事诉讼的公益性、社会性和连带责任,德国、日本、英国、韩国等不少国家都制定了“家事事件程序法”。不少国家和地区都有专门的家事诉讼立法,这些成熟的域外经验值得我们借鉴。

目前,民事诉讼法正在酝酿修改,建议制定单独的家事诉讼法,或者在修改民事诉讼法时,将家事诉讼作为特殊诉讼单列。当然,也可以先以司法解释的形式,对家事诉讼程序进行比较系统、全面的规定,为家事诉讼立法积累经验。

“家和万事兴”是中国传统社会对和谐家庭的美好愿景,而这种美好愿景有赖于来自家事诉讼程序的程序正义的保障。

在构建和谐社会的时代背景下,充分重视家事案件的特殊性,推进家事诉讼程序独立化,建立专门的家事诉讼制度,设置专门的家事法庭乃至家事法院,公正高效地解决家事争议,确保家事审判的法律效果和社会效果,无疑是民事诉讼法修改应当考虑的重大立法问题,同时也是民事司法改革应当考虑的重要现实问题。

家事诉讼需要特别程序

日期:2012-08-29 中国妇女报

http://www.china-woman.com/rp/main?fid=open&fun=show_news&from=view&nid=86146

马忆南(北京大学法学院教授中国婚姻家庭法学研究会副会长)

我国目前家事案件数量众多,其中以离婚和离婚财产分割、子女抚养案为主,还包括婚姻无效和撤销、婚生否认、非婚生子女认领、解除收养、扶养、赡养、继承等纠纷。长期以来,法院适用普通的民事诉讼程序处理家事案件,

存在诸多困扰。现行的民事诉讼程序有时并不能为家事争议提供适当的解决方法，很难达到社会和当事人认同的公平和正义。有时会出现较明显的“不公平”，对当事人及其共同体都缺乏说服力，有时还会因此导致对法律和司法的不信任和规避。

普通的民事诉讼程序即对抗模式是以双方当事人在竞争力与资源掌握程度上基本相等为前提的。而家事纠纷当事人之间的实际地位往往极不平等，夫妻之间、亲子之间很难进行平等的对抗和辩论。更重要的是家事案件与人的身份有关，不同于普通的民事案件，更多地涉及感情、亲情和道德，因此，既不宜用简单的契约式关系及其调整方式来解决，也不能简单地以权威性的裁判“分清是非”，进行处理，而必须把促成当事人之间恢复感情、消除对立，实现和解，作为纠纷解决的根本目标和价值取向。

普通的民事诉讼程序以判决作为主要的裁判方式，而家事案件以调解或和解作为主要的审理特点，是调解与审判相结合的诉讼模式。正如俗语所说，清官难断家务事，由于婚姻家庭争议的当事人之间都存在某种血缘或感情的联系，其中的权利与义务关系表现得相对复杂，很难简单作出是非分明的处理；纠纷涉及较多的个人和家庭的隐私，不宜公开审理；由于涉及子女抚养等问题，不能不考虑今后关系的维系。夫妻离婚之后，还可能有很多未来事务需要协作进行，如未成年子女的生活安排、未成年子女抚育费的分担和支付、离婚后生活困难配偶抚养费的支付、探望权的行使、亲权、监护权的行使等等。因此，诸如协商和调解等解决方式更适于此类纠纷的解决。

普通的民事诉讼程序并不适合离婚等家庭纠纷的合理解决，不加区分地统一适用可能会适得其反。诉讼的固有弊端在婚姻家庭案件的解决中体现得最为深刻。法庭上，在唇枪舌剑的激烈对抗中，当事人之间的隐私和陈年琐事被淋漓尽致地展现出来，仅存的感情被愤怒甚至仇恨所代替，亲属因此变成了陌路人甚至仇人，双方针锋相对、锱铢必较，把亲子关系作为诉讼对象和标的进行交易。因此，世界各国都力图缓和这种对抗，把通过调解解决婚姻家庭争议作为避免诉讼之弊害的有效途径。

正因为如此，许多国家的诉讼法对于家事案件都采取了区别于普通民事案件的规则，并进行了特别立法，如在民事诉讼法中单设“家庭事件程序”作为特别的一章或一编，或者在民事诉讼法之外，单独制定《家事诉讼法》《人事诉讼法》等专门法，以此来使家庭纠纷获得圆满妥当的解决。

也有人认为，2003年以来，我国的民事司法政策已经采取了重新重视调解的策略，法院调解已经普遍展开，有法院自身的调解，有引入社会力量的委托调解、协助解解，有附设法院的人民调解。在这种情况下，似乎没有必要建立家事诉讼特别程序。

我认为，在新的历史条件下我国仍有必要构建家事诉讼特别程序。

从目前情况看，法院调解在消解社会矛盾、妥善解决社会转型期各种复杂的民事纠纷方面正在发挥着巨大的作用。但法院调解不是万能的，一方面，调解并不能适用于所有类型的民事案件，一些身份关系案件就不允许调解，如婚姻无效案件，此类案件就其性质而言是不允许调解的；另一方面，大量民事纠纷虽然具有可调性，但调解结果却未必都能成功，一旦调解不成，仍然需要通过裁判来最终解决。而现行单一的民事诉讼程序已经不能妥当解决身份关系性质的案件，所以，有必要建立和完善专门针对身份纠纷的家事诉讼程序。

即使是调解程序，民事诉讼中的调解和家事诉讼中的调解也具有不同的理念和程序。一般民事诉讼中的调解主要涉及的是当事人的财产利益之争，而家事诉讼中的调解不仅涉及当事人的财产利益，更涉及当事人的情感纠结和心理困扰，每一类甚至每一件家事诉讼的“纠纷”背后都有个性化的“故事”，每一类甚至每一个案件的调解都应“有的放矢”“对症下药”，从而形成家事案件调解的特别要求和特别规律。因此，构建调解制度不能仅仅局限在一般民事诉讼层面，而应当将家事调解放在家事诉讼程序的建构中系统设计，使家事审判的理念与家事调解的价值相互贯通，相辅相成，实现二者的完美结合。

近几年，立法机关加紧了民事诉讼程序改革和完善的进程，我国民事诉讼程序不能再维持以往的粗放式模式，而应当根据需求、按照纠纷类型分别制定不同的程序，真正实现精致司法的法治目标。家事诉讼程序，作为专门针对自然人身份关系纠纷的程序，应当在民事诉讼程序立法进程中受到特别关注。

家事法庭：法官“巧”断家务事——聚焦全国首家独立编制的家事审判庭

日期：2012-08-29 中国妇女报

http://www.china-woman.com/rp/main?fid=open&fun=show_news&from=view&nid=86147



家事法官征求当事人亲属对案件的处理意见。



法官回访家事案件当事人。



家事法庭的法官走上街头，宣传如何维权。

编者按

“清官难断家务事”。与普通的民事案件不同，家事纠纷因为当事人涉及夫妻、子女等，具有高度的人身性、社会性、公益性，也具有较大的隐蔽性、私密性，处理起来难度大，真正案结事了难度更大。

长期以来，我国的家事案件隶属于民事审判庭审理，使得其难与其他民事案件相区分，不利于家事案件的真正解决。2012年，江苏省徐州市贾汪区人民法院在总结家事案件特点的基础上，成立了专门的具有独立编制的家事法庭，首创“亲情弥合八步法”，对婚姻家庭纠纷不简单地以权威性裁判来“分清是非”，而是将弥合感情、消除对立作为纠纷处理的出发点和落脚点，使得当事人理顺气顺心顺，最大限度地达到“案结事了”。

带着疑问和好奇，8月14日，记者走进了江苏省徐州市贾汪区人民法院，在贾汪区人民法院院长王牧的引领下，穿过威严、庄重的审判区，来到了全国首家独立编制的家事审判庭，审判庭的门刚一打开，便让记者眼前一亮，“这是法庭吗？”记者不禁在心中嘀咕，扭头望去，房间墙壁上，庄严国徽下的“家事法庭”四个大字又分明在提醒，“这可不是闹着玩儿的，确实是法官坐堂断案的法庭。”

但这里的法庭陈设很不“寻常”：布艺沙发占据房屋中心，壁挂式的42寸液晶电视下摆放着一排盛开的小花；“家和万事兴”的匾额温馨醒目地挂于墙上；电脑桌安置在房屋的角落；墙壁上随处点缀着平安结和幸福扣；屋内悬挂着一串串五颜六色的千纸鹤……要不是茶几上摆放着“丈夫”“妻子”“家人”等铜牌，谁都无法想象，家事审判庭的法官们每天都在这里开庭办案。

纠结的“家事”专门审

“清官难断家务事”，这句老话古已有之。当下，婚姻家庭纠纷案件呈现日益增多的趋势，据王牧介绍，贾汪区人民法院2009年受理的家事案件占全部民事案件的24.2%，2010年占31.1%，2011年占32.3%，面对逐年上升的家事案件数字，贾汪区人民法院知难不退，迎难而上，不仅不回避纠结的“家事”审判，还第一个“吃螃蟹”，创新设立了全国首家独立编制的家事审判庭，集中精力专解“家事”。

婚姻家庭纠纷案件虽然是传统的民事案件，但其明显不同于一般纠纷案件，“具有高度的人身性、社会性、公益性，也具有较大的隐蔽性、私密性，处理起来难度大，真正案结事了难度更大。”王牧分析家事审判之所以难判、难解的“症结”。

从2010年起，贾汪区法院借力妇联、公安、社会组织形成的家事纠纷社会化解网络，实行类案专业化审理，积极探索家事审判新模式，贾汪区妇联副主席盛艳玲高兴地告诉记者：“我被贾汪法院聘为特邀调解员，今年又升格成为人民陪审员，法院看重妇联组织在婚姻家庭矛盾纠纷调处中的特殊作用，这也是法院审判工作的一大创新。”

在此过程中，贾汪区法院进行了家事审判新模式的理论研究和实践经验总结，并形成了一份专题调查报告，经过反复研究论证，2011年3月3日，在贾汪法院民一庭成立了江苏省首家“家事审判合议庭”，不仅有专业的法

“家事法苑”™婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

官来断案，还吸纳社会专业人士对原、被告双方做心理咨询疏导。至今，已审结各类家事纠纷案件 697 件，调解撤诉 614 件，调撤率达 88%，调撤率在所有民事案件类型中居于首位，实现了案件审理无一上诉、无一发改、无一信访的优良“战绩”。

其实，实行家事纠纷案件的专业化、集约化审理，在国外早有先例，像日本、英国、美国等国家都设有专门的“家事纠纷法院”或“家事纠纷法庭”，专门处理家事纠纷案件。

以此为启发，贾汪区法院把成立专门的家事审判庭作为人民法院参与社会管理创新的重要途径之一，进行更进一步的有益探索。

今年 5 月 6 日，贾汪区法院获得贾汪区编委批准，成立了全国首家具有独立编制的家事审判庭机构，为家事审判工作的长远发展打下了最坚实的基础。原来在民一庭工作，现在成为首任家事审判庭庭长的王道强乐呵呵地说：“设立家事法庭这样的专门法庭，实现了对相关案件的分流，提高了审判的专业化水平和审理效率，整合有限审判资源集中做好家事纠纷的矛盾化解工作，促进以‘家’为最小单元的和谐稳定，进而促进社会大稳定。”

理顺气顺心顺胜似审判

贾汪区法院作为在新时期司法改革中的“筑桥铺路”者，在家事法庭的运行中边摸索、边总结，提炼出了家事审判的“亲情弥合八步法”，即“感情预修复、情绪先疏导、视频再教育、甜蜜勾回忆、亲情齐规劝、社会同介入、私密重保护、案后必回访”，形成了“播放短片——吃团圆饭——用方便车——社会介入——心理咨询”的独特工作模式，“家事法庭和其他庭完全不同，更多的精力要放在‘下堂听案’而不是‘坐堂办案’。”贾汪法院家事法庭的助理审判员王玉梅一语道破她从事家事法庭审判工作以来的感受。

8 月 14 日，在家事法庭，记者巧遇前来感谢家事法庭法官们的王女士，她一把抓住法官黄小芳的手不肯松开，不住地说：“谢谢，谢谢，有你们帮助才把这无望的婚给离掉了。”

原来，4 年前因一段网恋，丈夫赵某要与王女士离婚，委屈的王女士为了两个未成年的孩子，拒绝了丈夫的离婚要求。之后，夫妻二人争吵不断，最终，狠心的赵某趁王女士和一对儿女熟睡之际，翻墙离家出走，从此杳无音信……

心灰意冷的王女士只得拿起法律武器，要“休了这个不负责任的男人”。王女士恨恨地说，“但离家出走时，我老公居然把结婚证给烧掉了，这下不知离不离得成了。”

怀揣着不安和焦虑，42 岁的王女士不敢去法院，而去了妇联求助，可巧，碰上了身为人民调解员的盛艳玲接访。“王女士一股脑儿把多年来遭遇的心酸和痛楚发泄出来，她边跟我诉说，边哭得跟个泪人似的。”盛艳玲至今都记得王女士第一次来找她的那一幕，“我劝她要坚强，并且告诉她，会陪她去法院，这婚肯定能离掉，放心！”

盛艳玲的话仿佛让王女士吃了颗“定心丸”，在盛艳玲的陪同下，王女士壮着胆来到贾汪区法院家事法庭，正式起诉与赵某离婚。王女士回忆道：“一踏进家事法庭，真没想到，这法庭居然像装修一新的‘家’一样，法官就像我的亲人那样，帮我逐条分析离婚的步骤，心中的胆怯和恐惧瞬间就消失了。”

王女士与赵某离婚纠纷一案在贾汪区法院正式立案调查取证，经法院公告传唤，赵某依然毫无消息，没有到庭。法院认为，赵某离家不归长达 3 年，不尽夫妻义务，应认定夫妻感情确已破裂，判决准予原告王女士与被告赵某离婚。

拿着一纸判决书，王女士的脸上露出了笑容：“我终于给自己讨了一个说法，以后，我会带着两个孩子好好过日子，不等也不靠了。”

而让王玉梅最感自豪的一个案子还是让一对小夫妻从哭哭啼啼地来，到高高高兴兴地走。

丈夫大男子主义严重，还伴有暴力倾向，妻子王某难以容忍，诉至贾汪区法院坚决要求离婚，可没头没脑的丈夫却将两人婚姻的破裂归结为“七年之痒”。

“第一次，王某来找我，虽然语气中充满对丈夫的气愤和痛恨，但我能明显感觉到她和丈夫有很深的感情基础，对这个家也恋恋不舍，但如何打开心结，需要一把‘钥匙’。”王玉梅事后总结道。

为了找到那把让两人重归于好的“钥匙”，王玉梅开动脑筋，“向王某要当年两人的结婚照片、婚礼视频等能够展现他们当初甜蜜温馨的物品。”

甚至，王玉梅还多次上门找双方的长辈亲戚，了解这对小夫妻的生活情况，旁敲侧击地为双方当事人打开家门，“我们坚持走访办案时，着便服，乘地方牌车，这样，家事纠纷就不会像其他案件那样，还没开庭，已被周围邻居传得沸沸扬扬，搞得当事人骑虎难下。”

王玉梅还找到了夫妻两人感情的最强“黏合剂”——他们的儿子，让儿子对着摄像机公道地评价父母，寄语父母和好。

前期准备周全，家事法庭开庭的那天，还没等小夫妻两人动气，王玉梅将事先精心准备的一段段温情的视频、一幅幅动人的照片、一个个爱情的见证物呈现出来，这些“惊喜”已让小夫妻俩感动得痛哭流涕，“见此情状，我们再适时请出拥有心理咨询师资质的人民陪审员，对男女双方分别进行有针对性的婚姻生活教育，事半功倍。”王玉梅彻底掌控了家事法庭的开庭节奏，“为了进一步巩固成果，再邀请小夫妻俩共同留下来在法院食堂吃顿便饭，大

功告成。”

一段濒临瓦解的绝望婚姻在贾汪区法院家事法庭的审理下回天逆转，王某和丈夫都对家事法庭心存感恩。但是，撤销了离婚诉讼的王某，对丈夫的家庭暴力倾向仍然心有余悸，为此，家事法庭给王某出具了《人身安全保护民事裁定书》，“既不用离婚，手里还攥着一份法律‘保障’，真是开心又安心，谢谢家事法庭的法官们。”王某发自肺腑地感激。

正如家事法庭审判的“亲情弥合八步法”所揭示的那样，婚姻家庭纠纷的处理不应简单地以权威性裁判来“分清是非”，而应将弥合感情、消除对立作为纠纷处理的出发点和落脚点，“理顺气顺心顺了，胜似审判。”王牧自信满满地说。

“三四五”工作体系巧解家事纠纷

一年多来，贾汪区法院成立家事法庭的创新经验被最高人民法院、江苏省高院、徐州市中院等相继推广，其中“三四五”工作体系为巧解“剪不断理还乱”的家事纠纷助添了一臂之力。

什么是“三四五”工作体系呢？即创新三种模式；坚持四项工作原则；建立五项工作机制，共同推动家事纠纷审判工作高起点、高标准、高质量运行。

贾汪区法院负责家事审判工作的副院长周洪生介绍，创新三种模式包括：一是创新审判法庭布置模式。对审判法庭进行“家庭化”装修，构建浓郁的“家”的温馨氛围。二是创新合议庭人员组成模式。家事审判合议庭共有6名人员组成，其中合议庭审判长为徐州市业务骨干，2名女法官都具有丰富的社会阅历，亲和力强。3名人民陪审员，一位取得心理咨询师资格，一位长期从事心理学研究，具有教育培训工作经验，还有一位是从事妇女儿童权益维护工作的妇联干部，保证了家事审判工作的专业化要求。三是创新审理程序模式。把审理程序的创新作为重点，作出特别规定，尽量贴近当事人双方内心感受，体现特殊司法需求，拉近法官与当事人距离，力求化解矛盾，解决纠纷。针对不同的案情，张弛有度，给予双方一定的矛盾缓和期、感情和好期、跟踪调解期等。

为了充分凸显家事审判工作的特色理念，贾汪区法院家事法庭还坚持四项工作原则，即调解前置原则、不公开审理原则、促进家庭成员关系改善与和好原则、保护家庭弱势成员利益原则，最大限度地达到“案结事了”的目的。

通过一年的试点，贾汪区法院家事法庭形成了一套特有的审理家事案件的审判模式，先后制定了《家事纠纷诉讼指引》《家事审判工作实施意见(试行)》《家事纠纷案件审理工作规则(试行)》，还联合贾汪区公安分局、区妇联联合制订了《人身安全保护裁定实施细则》《关于涉及“家庭暴力”案件证据固定制度的实施意见》《关于进一步健全家事审判合议庭诉调对接机制妥善化解婚姻家庭纠纷的若干意见》，为家事审判工作的专业化、规范化建设奠定了坚实的基础和保障，真正实现了从“案结了事”到“案结事了”的转变，开创了基层法院的全新审判和调解模式，走出了一条化解婚姻家庭矛盾纠纷的新路径。(本报记者 茹希佳)

发布时间：2012-08-29

粤法院将推广家事审判庭 家事纠纷在“家”解决

南方都市报 来源:南方网 发表时间: 2012-09-16 08:49

http://news.ycwb.com/2012-09/16/content_3958913.htm



家事案件，一般是与婚姻家庭有关的案件，比如离婚、继承、收养等案件。由于家事案件有高度的人身属性，不同于普通民事案件，美国、英国、日本等国家，以及我国台湾地区，都有专门的家事诉讼程序，有的国家还设置了专门的家事法院。

8月31日，全国人大常委会通过了新的民事诉讼法。部分家事审判法官、专家和律师提出增设专门家事审判程序的建议未获采纳。但各地有不少法院近年来进行了家事审判试点，比如设置专门家事法庭，针对家庭暴力问题，法院“摆脱中立”，直接询问当事人取证，并可以采纳未成年子女的意见；对于确实是家庭暴力的情况，法院发放人身安全保护令。

数据显示，我国离婚率已连续7年递增。不少学者建议，鉴于家事审判不同于传统的民事诉讼，而且占到民事诉讼案件

数量的三分之一，应该制定单独的家事审判程序法。

法院依职权取证 追问丈夫有否家暴

“你有没有打妻子？”

“我只是被打，她拿脚踢我，我也拿拳头打她。”

“你打她哪里？”

“我一般是打脸。”

“有没有掐过她的脖子？”

“有，但我只是怕她反抗才掐的。”

“你身上有抓挠伤而你妻子反而没伤，是因为你先掐她的脖子，她挣扎的时候用手抓挠你。你在撒谎！”

这是广东一家法院审理一起家庭暴力案件时，法官与被告的对话。在这起案件中，妻子控告丈夫殴打自己，但妻子身上没伤，反而丈夫身上有伤，丈夫坚持说是互殴，妻子也举不出家暴的证据。于是法官采取了依职权询问取证的方式审理。

2008年6月，最高法中国应用法学研究所（以下简称“应用法学所”）开始进行家事审判的试点，并发布《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》，采用推定家庭暴力事实存在和法官依职权询问的方式。广东这家法院就是试点法院之一。

日前，由北京理工大学主办、上海沪家律师事务所和北京岳成律师事务所合办的家事诉讼程序及立法完善研讨会上，应用法学所研究员陈敏介绍了这个案例。陈敏说，法官根据丈夫“一般是打脸”、“担心反抗”等回答，判断出丈夫的家暴不止一次，法官做出判断后，丈夫也立即承认家暴。

“民事案件一般是谁主张谁举证，但是当家庭暴力被提高到人权的高度来看待的时候，法院就必须依职权取证。”陈敏表示。

陈敏说，试点法院家暴认定率提高了很多，浙江一家法院试点前对家暴认定不到8%，试点后达到29%。

突破现有证据规则 采纳未成年子女证言

陈敏介绍，试点法院更多地是采纳未成年子女的证言，因为双方子女经常是惟一的证人。

北京顺义区法院8月31日起在北京首家启动涉家庭暴力案件审理试点，法院依据应用法学所的审理指南，借鉴德国和台湾的做法，规定在家暴案件中，具备相应的观察能力、记忆能力和表达能力的2周岁以上的未成年子女提供与其年龄、智力和精神状况相当的证言，应当认定其证据效力。

“采纳未成年子女证言突破了现有证据规则，按现有的规定，未成年人提供的证言在效力上是要打折扣的。”北京岳成律师事务所长年从事家事案件的杨晓林律师对南都记者表示。

人身保护令保护家暴受害者

家事案件中涉及家暴的比例较高，中国法学会反家暴网络曾经做过调查，大多数受害者并不想离婚，只是想制止家暴。如何在不离婚的情况下防止家暴？应用法学所建议推行人身保护令制度。

北京顺义区法院规定，家暴案件的受害人可向法院申请人身安全保护裁定，禁止被申请人到申请人住处、学校、单位50米至200米内活动，禁止被申请人骚扰、跟踪申请人，有必要且具备条件的，可以责令被申请人暂时搬出双方共同的住处。

据陈敏介绍，从试点法院发出的100多份人身保护裁定的执行情况来看，被申请人因为慑于公权力而不敢违反裁定，家暴行为基本上都没有再发生。

据了解，《家庭暴力防治法》正在起草之中。参与起草的中国人民大学法学院教授肖建国对记者说，起草专家已达成共识：法院要站在受害人的立场，人身保护令是防止家暴的有效办法。肖建国还介绍，专家认为申请保护令不以提起离婚诉讼为前提，受害人的近亲属也可以申请。

审判规则仍需进一步规范

广东省高院民一庭法官王红英介绍，广东省法院自2010年3月开始家事审判合议庭试点，现在准备全省推广，省高院制定了统一的程序性规定，正在报批当中。

江苏省高院民一庭庭长夏正芳表示，法官们在实践中还是存在困惑：在家事案件审理中，法院主动行使职权是否意味着审判权失去中立性？在当事人举证和证据的认定上是否与其他民事案件同等对待？在涉及特殊群体利益保护时，法院究竟能有多大作为？

王牧说，最高法曾将他们的做法向全国推广，但他们也面临很多困难，包括审判中程序规则、证据规则应该如何进一步规范等。

特殊的家事审判庭

地毯、沙发、茶几、电脑……如果没有墙上的国徽和“家事法庭”四个大字，人们会以为这是一个普通家庭的客厅，实际上，这是江苏省徐州市贾汪法院的家事审判合议庭，该合议庭还是全国首家有编制的家事审判庭。

与一般的法庭席位设置不同，这里没有高大的背椅，法官坐在沙发上，原告和被告的位置，分别放着丈夫和妻子的牌子。

贾汪法院院长王牧对南都记者介绍，家事审判合议庭力求拉近双方当事人之间的距离。在当事人美好的回忆中审理，贾汪区法院对家事审判的调撤率达到87.1%。图为贾汪法院院长王牧（左二）向省市领导介绍家事审判经验。

专家建议

家事审判需要专门法律规范

很多试点法院的法官都认为应该有单独的家事审判程序。长期审理家事案件的宜昌中院法官王礼仁甚至说，家事程序不出台，无边错案滚滚来。

王礼仁介绍，我国目前的家事案件审判体制的缺陷集中表现就是“三无”、“多头主管”及“分散审判”。“三无”即无相应的审判程序、无独立的审判机构、无专业法官：“多头主管”就是法院和民政部门都主管婚姻无效、撤销等婚姻纠纷：“分散审判”就是法院内部一般婚姻案件与婚姻行政案件分别由两个不同审判庭审理，有时候两个庭推来推去。

北京岳成律师事务所律师杨晓林对南都记者表示，婚姻家庭司法实务领域程序正义问题日渐突出，特别是反响较强烈的妇女权益保护问题，很多是可以通过完善诉讼程序得到保障的。中国人民大学肖建国教授告诉南都记者，中国大陆应该学习日本，单独制定《家事诉讼特别程序法》。

陕西省法学会婚姻家庭法学研究会会长张伟建议，可在经济发达地区或是各省省会城市所在地的基层法院设立独立的家事审判庭。“在法官的选择上，应当选择已婚的、年龄在 35 到 45 岁之间的法官，他们还应具有一定的心理学、社会学等相关知识。”张伟对南都记者介绍。

这一建议得到最高法一名资深婚姻法官的支持，该法官说曾有刚刚毕业的女法官审理离婚案，女法官当时就表示：“我自己都没结婚，怎么审理离婚案件？”

采写：南都记者王殿学 实习生李君 徐卓

清官巧断家务事

发布：2012-09-21 13:29:16 来源：《民主与法制》周刊 作者：■ 本刊记者 刘 瑜

<http://www.mzyfz.com/cms/minzhuyufazhizazhi/jujiaoyuzhuanti/html/696/2012-09-21/content-517557.html>

《感受执法公正》专题报道之二

清官巧断家务——家事法庭下的“特色审理”

壁画、千纸鹤、绿植。沙发，茶几，窗帘。

这温馨的家庭装潢让人备感踏实和温暖，然而这里并不是真正意义上的“家”。墙壁上的国徽提醒着进来的人们，这里是法庭，是江苏省徐州市贾汪区人民法院的家事法庭。

2012 年 5 月 2 日，贾汪区法院家事审判庭正式获得该区机构编制委员会批准成立。经过去年一年的试点，他们交出了一份令人满意的“成绩单”。

俗话说，清官难断家务事。贾汪区法院的家事法官情理并举断纠纷，把难断的家务事“断”出了名堂，实现了法与情的良性互动，用特色的审判，巧解了矛盾。去年 3 月 18 日，江苏省高级人民法院向全省法院系统推介了这一“司法创意”。贾汪区法院试点设立家事审判合议庭，专业审理涉婚姻家庭类案件。家事合议庭由两名法官、两名专业从事心理学研究的人民陪审员组成，另外还特聘 1 名从事妇女儿童维权工作的区妇联副主席担任特邀调解员。

哭着进来 笑着出去

2012 年 4 月 9 日，贾汪区人民法院“家事审判合议庭”迎来了一位温柔美丽的白衣天使王薇（化名），她哭着向法官们讲述了自己被丈夫殴打的一幕幕，并坚决要求与丈夫离婚。当她讲述到被丈夫殴打的情景时，泪如雨下，所有的劝慰对她来说都无济于事。

次日，家事合议庭的法官换上便装，来到了她丈夫经营的电脑维修店，在耐心等待了一个多小时后，丈夫孙某终于出现在法官面前。法官们无法相信眼前这样一个文质彬彬的男人，居然具有家庭暴力的倾向。

通过交谈得知，孙某自小父母双亡，是由姥姥一手带大的。正因为多年父母亲情的缺失，导致他对于感情极度缺乏安全感，控制欲很强，在家庭生活中表现出暴躁、多疑、专制等性格特征，这也正是王薇无法忍受的原因。

而王薇的家庭，则对他们夫妻二人的生活介入过多，因为女方老人一直对女婿不满，而对女儿施加压力。在父母亲的压力下，王薇处理起和丈夫的感情问题左右为难。

针对双方矛盾的根源以及双方家庭的特殊情况，家事合议庭法官决定先走访双方家庭，以双方家庭为切入点，为双方化解夫妻矛盾奠定基础。

4 月 11 日，家事合议庭的法官们来到了贾汪区青山泉镇孙某的姥姥家中，老人行动不便，法官们给老人拍下了视频录像。老人非常明白事理，面对镜头向孙子、孙媳妇表明了自己的态度，并通过镜头向夫妻二人进行劝解、

“家事法苑”™婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

批评。老人在视频中还特别对孙子提道：“你自小父母都不在，生活特别艰辛，你怎么忍心你的孩子没有一个健全的家庭，过得像你一样辛苦呢。”

“爸爸，我很爱你，但是你不要再打妈妈了，那样我会很伤心的。”他们八岁的儿子在镜头前面讲述了一段令人动容的话，他也告诉妈妈：“妈妈，我爱你和爸爸，我希望你们在一起好好生活，不要离婚，我不希望你们分开！”稚嫩的声音，期盼的眼神，这两段视频在庭审播放时打动了针锋相对的一对夫妻，令他们潸然泪下。可怜的孩子由于父母长期的矛盾和争吵，眼神中流露出这个年龄不该有的忧郁和害怕。

王薇从没想到，开庭，会是这样的温馨。在布置得像家一样温暖的庭审现场，她感觉不到任何的不安，甚至还有一种归属感。庭审时，除了人民陪审员的安慰相伴，还穿插播放了他们曾经最美好的瞬间。婚礼录像、全家福照片，勾起他们对往事的美好回忆。庭审尚未结束时，双方针锋相对的状态已完全消逝，取而代之的是对彼此的温柔。

一个月后，家事审判合议庭的法官依例对原被告进行了回访。“他的改变让我很意外，不离婚的决定是对的！”王薇的这番话也让法官们动容，他们又挽救了一个家庭。

没进法庭 先上饭桌

今年新年刚过，一对闹离婚的80后小两口忐忑不安地走进贾汪法院。可令他们意外的是，等待他们的不是冰冷的审判法庭，而是温暖的饭桌。

饭桌上摆着几道可口的家常菜，还有几碗汤圆。贾汪法院家事法庭的法官热情邀请他们坐下，二人谁也没想到调解工作就从这顿团圆饭开始了。

小田小周都是“80后”，经人介绍，认识三个月就结婚了。婚后小田工作忙，有时回家比较晚，丈夫小周渐渐产生了猜疑。双方未能及时沟通，以致矛盾越来越尖锐，甚至发展到打骂的地步，小田一气之下，一纸诉状起诉到法院要求离婚。坐在饭桌边，双方仍在互相指责，小田指责小周不信任她，小周指责小田行为反常让人怀疑。

眼看双方情绪激动起来，法官赶紧劝说：“你们先吃顿团圆饭再说吧。”

家事法庭不像一般法庭那样气氛森严，更像是一般人家的客厅。吃饭时，法官和小田、小周一样，围坐在沙发上。而席卡上本应摆好的“原告”“被告”已经被换成了“妻子”“丈夫”。

进入庭审后，法官并没有多说话，而是先给他们播放了两人当初的婚礼录像，还将他们恋爱时互赠的戒指、布娃娃以及合影照片都通过屏幕一一展示给他们看。看着结婚录像和定情信物，二人纷纷放下起初愤怒的“装备”，眼中闪动着温情的泪光。眼看两个人不再像敌人那样针锋相对，法官才语重心长地劝说调解，最终两人同意和好。

离开法庭前，小田说，团圆饭让我找到家的感觉，所以改变了主意。被告小周也感慨万分，感谢这顿团圆饭让他们一家又团圆了。

来打官司的当事人，先吃顿团圆饭，再坐在一起调解纠纷，这是贾汪法院家事法庭创新的调解方式。在进入庭审之前，家事法庭都会利用各种机会为当事人准备一桌团圆饭，并把这作为庭审前的一道程序，由法官陪同双方当事人同坐一桌吃团圆饭，感受家的气氛，缓解当事人最初的对立情绪，为妥善化解纠纷作准备。

创新的家事案件审理模式

家，是最温暖的港湾，贾汪区法院党组书记、院长王牧介绍，在基层法院的民事纠纷案件中，涉及婚姻家庭纠纷和父母子女、兄弟姐妹之间财产之争及人身伤害纠纷的案件每年约占民事案件的四分之一到三分之一。

中共中央政治局常委、中央政法委书记周永康曾在北京主持召开中央司法体制改革领导小组第四次全体会议上强调，要全面落实已出台的各项改革措施，把改革成果更多地惠及人民群众。

随着我国民主法治进程加快推进，民众对司法也更加关注和期待，人民法院需要回应和解决民众最关心、最期待解决的司法问题，因此人民法院近年来不断深化、积极稳妥地推进司法改革工作。设立专门法庭便是人民法院司法改革的积极探索之一。

北京理工大学徐昕教授说：“家事审判经过长期探索取得了一定的成绩，是司法改革可能会取得比较快进展的领域，甚至有可能成立独立的专门的家事法院。”

与普通的民事案件相比，家事案件当事人往往情绪更复杂、更激烈，如果审理不慎，容易案结事不了，潜在的矛盾难以化解。

贾汪区人民法院家事法庭的创新，挽救了很多濒临破裂的家庭。王牧院长介绍，他们的四个创新，成功地把法庭的“冷冰冰”转化成像家一般的温馨。

“家事法苑”™婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

法院将原告、被告座位席改为当事人席位，直称当事人姓名或当事人之间的关系。座次位置弥合了原、被告地位的对立，对一些当事人怕当、不愿当被告的心理，首先从席卡设置上进行了缓解和疏导。

法官改坐堂问案为下堂听案，审判席与当事人席的平行设置，拉近了法官与当事人的距离。庭前一杯茶水、庭中数次善意提示，让当事人感受到人格的被尊重，激发当事人对过去美好生活时光的回忆。

家事法官在耐心听取双方的陈述、倾诉后，以播放生活中双方亲友、长者的言行视频为主导，辅以结婚照、家庭温馨照，缓解当事人的紧张情绪，调动他们的情感共鸣。当事人在家事法官的提示下，反思家事矛盾的根源，检点各自行为对家庭造成的伤害。在认识到各自的不足时，适时展示亲朋好友的看法、父母子女的态度、长者德者及邻人的观点。家事法官充当心理疏导师的角色：指出是非，指明方向，指点出路，指示做法。

王牧院长对家事法庭的运行大力支持：“家事审判注重调解，但不预定立场，通过完善调解技巧，促使当事人在一定的缓冲期后能够明是非、惜亲情，最终做到慎重决定。调解结果合乎法律的要求、道德的规范，充分体现亲情的可贵、家庭的温暖、理解和反省的力量。”

七、北京理工大学司法高等研究所介绍

2011-9-19 10:12:09 北京理工大学法学院网站

http://www.civilprocedurelaw.cn/html/xkjs_1166_1283.html

北京理工大学司法高等研究所（IAJS），2010年7月成立，现有专职研究人员10人，客座研究员12人，主任由徐昕教授担任。

IAJS 主办《司法》杂志、司法文丛、《声音法治周刊》，组织撰写每年一度的《中国司法改革年度报告》，每年推出若干司法改革研究报告，主办或承办若干司法制度研讨会、司法改革研讨会以及各种专题研讨会，组织常规性学术讲座司法高端论坛和司法学术沙龙。

IAJS 承担了国家社科基金、司法部、中国法学会、最高人民检察院等国家和省部级科研项目，与四川、广东等地司法机构展开了全面和深入的合作，发起司法改革行动项目。其中与广安司法局合作建立了长江调解事务所。

目标：立足司法，推动法治，影响社会。

IAJS 将面向全国，放眼世界，凝聚力量，整合资源，扩大视野，拓展领域，创新方法，坚持以实证研究和跨学科方法为特色的研究风格，推动司法的跨学科研究，强调围绕中国问题进行经验研究，推进司法改革行动项目，建立优秀的研究团队，努力成为——

中国司法研究的中心

国内外司法研究的交流基地

中国司法改革的思想库

研究人员

徐昕 北京理工大学法学院教授，司法高等研究所所长

张艳丽 北京理工大学法学院教授，副院长

彭海青 北京理工大学法学院副教授，诉讼法研究所所长

庞华玲 北京理工大学法学院副教授

丛青茹 北京理工大学法学院讲师

周建华 北京理工大学法学院讲师

李金明 北京理工大学法学院讲师

廖仕梅 北京理工大学法学院讲师

蔡颖慧 北京理工大学法学院讲师

郑晓静 北京理工大学法学院讲师

北京理工大学司法高等研究所主任徐昕教授简介



专长领域：诉讼法、司法制度、律师制度研究以及疑难诉讼、仲裁案件等

工作单位：现为北京理工大学法学院

北京理工大学司法研究所所长

地址：北京市海淀区

律师简介

徐昕，男，1970年生，江西丰城人，现为北京理工大学法学院教授，司法高等研究所主任。原西南政法大学法学院教授博士生导师，校学术委员会委员，司法研究中心主任，司法制度学科负责人，国家重点学科诉讼法学司法制度方向学术带头人，重庆市学术技术带头人(2008，司法制度二级学科)，清华大学法学博士(2003)，西南政法大学法学硕士(1995)，重庆市宣传文化首批“五个一批”理论类市级人才(2007)，中国民事诉讼法研究会理事，重庆市人民检察院、重庆市第一中级人民法院、山东省东营市中级人民法院等司法机构的专家咨询委员。2010年7月加盟北京理工大学法学院。

专著

- 1.《迈向社会和谐纠纷解决》，中国检察出版社2008年，入选全国第二届“三个一百”原创出版工程。
- 2.《论私力救济》，中国政法大学出版社2005年，获第五届吴玉章人文社会科学奖优秀奖(2007)，中国法学会“全国第一届青年民事诉讼法学优秀科研成果”著作类一等奖(2007)，2003年清华大学校级优秀博士学位论文，2005年全国优秀博士学位论文提名论文，第二届全国法学教材与科研成果奖三等奖(司法部，2006)。
- 3.《英国民事诉讼与民事司法改革》，中国政法大学出版社2002年，获全国第五届中青年诉讼法学优秀科研成果著作类三等奖。

作品

在Issues & Studies、《法学研究》、《社会学研究》西南政法大学徐昕教授学术报告、《中国法学》、《二十一世纪》等刊物发表论文70余篇；独著有《迈向社会和谐纠纷解决》、《论私力救济》、《英国民事诉讼与民事司法改革》；译有《正义的纯粹社会学》、《中世纪神判》、《比较法视野中的司法程序》、《公共知识分子》、《证据法经济分析》、《英国民事诉讼规则》、《当事人基本程序保障权与未来的民事诉讼》，合著有《影像中的司法》、《中国司法制度》、《英国民事司法改革》、《外国民事证据制度研究》、《外国证据法》、《民事证据法专论》等10多部，主持国家及省部级等课题10多项，著作获吴玉章人文社会科学奖等若干奖励，入选全国第二届“三个一百”原创出版工程，主编《司法》杂志，主持司法文丛。

研究方向：司法制度，民事诉讼法学

编辑：“家事法苑”律师团队

顾问：郝惠珍 主编：杨晓林 执行主编：段凤丽

“家事法苑”™家事律师网 <http://www.famlaw.cn>

新浪微博微群：“家事法苑”（群号：826090） <http://q.weibo.com/826090>

家事法苑™婚姻律师团队官方博客 <http://blog.sina.com.cn/jiashifayuan>

段凤丽律师的新浪微博：<http://weibo.com/2020842715>

简报订阅、意见反馈邮箱：xiaolinlvshi@vip.sina.com