家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报特别版

家事无小事 家和万事兴 共同关注

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资料全集

目 录

（下）

七、学者其他文章

家事诉讼特别程序研究 …… 傅郁林(北京大学)395
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）399
“离婚无伤”是离婚审判的最高追求……王礼仁（湖北宜昌中级人民法院）402
不走正门走侧门——质疑用行政诉讼处理婚姻登记纠纷……王礼仁（湖北宜昌中级人民法院）410
规范婚姻瑕疵纠纷诉讼路径之必要性与可行性——婚姻法解释三第一条的修改与完善……
……王礼仁（湖北宜昌中级人民法院）414
婚姻成立与不成立之诉在婚姻审判中的运用……王礼仁（湖北宜昌中级人民法院）418
婚姻登记程序瑕疵纠纷诉讼不走行政走民事 —— 全国首例运用婚姻成立与不成立之诉解决假身份证结婚案法理浅析
…… 王礼仁 罗红军（湖北宜昌中级人民法院）425
婚姻登记诉讼路径的立法构想及理由……王礼仁（湖北宜昌中级人民法院）427
“婚姻登记瑕疵”中的婚姻成立与不成立……王礼仁（湖北宜昌中级人民法院）430
建立婚姻成立或不成立之诉势在必行……王礼仁（湖北宜昌中级人民法院）435
解决婚姻行政诉讼与民事诉讼“打架”之路径……王礼仁（湖北宜昌中级人民法院）437
借用他人身份证登记结婚的诉讼路径及效力判断……王礼仁 罗红军 黄金波（湖北宜昌中级人民法院）445
男女平等的法律并不是最好的法律——以女性从政和婚姻诉讼为视角……王礼仁（湖北宜昌中级人民法院）446
亲子关系诉讼中价值冲突的判断与选择——兼谈司法解释三(征求意见稿)关于亲子诉讼规定的正当性……
……王礼仁（湖北宜昌中级人民法院）450
全面改革和完善家事案件审判体制之构想——以婚姻案件审判现状为背景……王礼仁（湖北宜昌中级人民法院）458
设立人事诉讼制度之我见……王礼仁（湖北宜昌中级人民法院）465
是进步还是倒退？——评我国离婚标准中的例示主义立法模式…… 王礼仁（湖北宜昌中级人民法院）469
《婚姻法》司法解释(四)建议稿…… 王礼仁（湖北宜昌中级人民法院）475
应当适用婚姻成立与不成立之诉解决婚姻登记瑕疵纠纷……王礼仁（湖北宜昌中级人民法院）487
婚姻登记瑕疵纠纷应当由行政诉讼向民事诉讼转轨 —— 对《婚姻法解释（三）》（征求意见稿）的修改意见……
……王礼仁（宜昌市中级人民法院）492
人事诉讼程序的法理与实证……陈爱武（南京师范大学法学院）498
婚姻无效之诉若干问题研究……陈爱武（南京师范大学法学院）506
家事调解：比较借鉴与制度重构……陈爱武（南京师范大学法学院）512
检察机关参与人事诉讼研究……陈爱武（南京师范大学法学院）517
论家事案件之执行……陈爱武（南京师范大学法学院）521

确认生父之诉若干问题研究……陈爱武（南京师范大学法学院）527
日本人事诉讼法的修订及其对我国的启示……陈爱武（南京师范大学法学院）531
论不准离婚判决之否定……陈爱武（南京师范大学法学院）537
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……张晓茹（北京航天航空大学法学院）540
发达国家的家事裁判制度……张晓茹（北京航天航空大学法学院）543
家事事件程序的法理分析……张晓茹（北京航天航空大学法学院）544
检察机关参与“人事诉讼”制度刍议……张晓茹（北京航天航空大学法学院）547
论婚姻诉讼中诉的变更与合并……张晓茹（北京航天航空大学法学院）549
论家事诉讼中未成年人利益保护的制度完善……张晓茹（北京航天航空大学法学院）553
日本家事法院及其对我国的启示……张晓茹（北京航天航空大学法学院）556
我国应设立家事事件程序……张晓茹（北京航天航空大学法学院）561
家事裁判制度研究……张晓茹（北京航天航空大学法学院）564
论我国设立家事事件程序的必要性……张晓茹（北京航天航空大学法学院）618
家事事件程序的法理分析……张晓茹（北京航天航空大学法学院）622
监护人责任纠纷法律问题的解释……张晓茹（北京航天航空大学法学院）625
家事保全程序探究……张晓茹（北京航天航空大学法学院）629
家事事件程序探析……张晓茹（北京航天航空大学法学院）635
论家事诉讼中未成年人利益保护的制度完善-…… 张晓茹（北京航天航空大学法学院）637
外国家事裁判制度介评……张晓茹（北京航天航空大学法学院）640
外国法院家事调解制度考察……张晓茹（北京航天航空大学法学院）643
检察机关提起或参与人事诉讼制度初探……张晓茹（北京航天航空大学法学院）644
婚姻诉讼诉的变更与合并 …… 张晓茹（北京航天航空大学法学院）647
中外家事裁判制度比较研究……张晓茹（北京航天航空大学法学院）652
“家事诉讼程序”专家建议稿及立法理由……张晓茹（北京航天航空大学法学院）660
人事诉讼程序研究……郭美松（西南政法大学）664
论人事诉讼中辩论主义与职权探知主义的协同模式……郭美松（西南政法大学）742
人事诉讼判决效力的扩张与第三人程序保障……郭美松（西南政法大学）746
日本人事诉讼法及其对我国的启示……郭美松（西南政法大学）751
设立具有中国特色人事诉讼程序之构想……郭美松（西南政法大学）755
我国家庭暴力内涵的立法定位与构想——以家庭暴力类型化分析为视角……王礼仁（湖北宜昌中级人民法院）761
登记程序瑕疵婚姻的性质与救济路径之选择……王礼仁（湖北宜昌中级人民法院）766
瑕疵案件何以上榜“案例指导”……王礼仁（湖北宜昌中级人民法院）775
使用虚假身份登记结婚的三大问题……王礼仁（湖北宜昌中级人民法院）779
对最高法、北京、浙江4个瑕疵婚姻诉讼程序规定之批判……王礼仁（湖北宜昌中级人民法院）784
八、《律师办理婚姻家庭法律业务操作指引》（中华全国律师协会）……790
九、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　席锋宇803

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　席锋宇 805
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 806
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 807
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　席锋宇 809
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 810
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，20120829 法制晚报 811
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 812
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……
……2012-08-29 中国妇女报 813
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 815
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 刘瑜 817
12、家事诉讼的程序立法……《方圆律政》杂志 2012 年 8 月号 819

七、学者其他文章

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表上，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”（即调解法官与裁判法官为同一个/组人）模式。 但相对而言，婚姻家庭案件的审理在法律和政策上更强调调解，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”，即扶养费（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都略低于 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两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路径时，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，近年来也在迅猛地发展。 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故的离婚诉讼， 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。

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；对诉讼标的额的释明；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的案件中存在的问题。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，当事人均表示十分满意。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，最终通过法律诉讼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应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的案件，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。

“离婚无伤”是离婚审判的最高追求

王礼仁

离婚无伤，就是离婚无伤子女、无伤他方、无伤社会，以最好的方法、最小的代价达到解除婚姻关系的最佳效果。无伤子女，就是要尽量避免在可能影响子女学习或身心健康的关键时期离婚。对于确实需要离婚的，应当贯彻“子女最高利益原则”，选择子女最能接受或最有利的方法处理离婚问题，使离婚无伤子女或对子女的伤害减少到最小。无伤他方，就是要把因离婚对另一方的感情伤害（精神伤害）减小到最小程度；把因离婚对另一方的经济损害（物质伤害）减少到最小程度。无伤社会，就是不因离婚酿成社会矛盾，发生危及社会安宁的恶果；不因离婚破坏社会公德，败坏社会风俗。

一、构建和谐社会必须重视离婚审判

（一）构建和谐社会是社会主义法治理念的基本要求

构建社会主义和谐社会是社会主义法治理念的基本要求。社会主义法治理念的重要内容就是服务大局，服务大局是社会主义法治的重要使命。在当前和今后相当长时期里，改革、发展、稳定是政治大局，其中稳定又是改革和发展的前提，审判工作的政治效果和社会效果集中表现为维护政治稳定和社会安宁。因此，审判工作的重要职能就是巩固和发展稳定的社会局面。党的十六届六中全会通过了《中共中央关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》，《决定》把“和谐”纳入我国现代化的目标，提出“建设富强民主文明和谐的现代化国家”。社会和谐是中国特色社会主义的本质属性。构建社会主义和谐社会，是从中国特色社会主义事业总体布局和全面建设小康社会全局出发提出的重

大战略任务。我国的社会主义法律是工人阶级为领导的全体人民普遍意志和根本利益的体现，人民的普遍意志和根本利益的核心内容是全面建设小康社会，构建社会主义和谐社会，把我国建设成为富强、民主、文明的社会主义现代化国家。这正是党和国家的工作大局。审判机关要有大局意识，有胸怀全局的政治责任观念，要善于站在大局和全局的高度，去判断形势，思考法律问题，正确认识和处理法律适用中的重大问题和疑难案件，自觉地将审判工作融入党和国家的工作大局和社会主义事业的全局之中。要始终注重法律效果与社会效果的统一，发挥法律效果和社会效果的双重作用，做到既要严格执法、公正司法，又要立足于稳定社会，及时化解矛盾，消除纠纷，息讼宁人，努力减少社会对抗。

（二）家庭和谐是社会和谐的基础

以婚姻和血缘关系建立起的家庭，是社会最基本的组织细胞。要构建社会主义和谐社会，就必须建设好数以万计的和谐家庭，这是构成社会和谐最稳固的基础。“家和万事兴，家齐国安宁”。这就是说，一家和，天下和；一家不和，四邻不安。家庭是社会的缩影，家庭关系到每一个人的幸福，关系到整个社会的健康、稳定。婚姻家庭和社会是密切相关的，构建和谐社会，必须从家庭开始，作为社会的细胞，只有家庭和谐，整个社会才会和谐。从这个意义上说，和谐社会需要和谐家庭，和谐社会的构建首先应从营造和谐家庭开始。正因为如此，婚姻家庭在社会中的地位和作用，一直倍受关注，并越来越来受到全社会的高度重视。早在 1981 年 11 月 29 日，时任中共中央主席的胡耀邦就婚姻家庭问题在一份材料上写的批语指出：“家庭仍是我国社会的细胞，我们对婚姻家庭问题处理的好坏，直接影响我国社会的发展。但婚姻家庭问题是一个很棘手的问题”[1]。2005 年，全国妇联会同中央综治办等单位联合推出了“平安家庭”创建活动。2007 年 1 月，全国人大常委会副委员长、全国妇联主席、“平安家庭”创建活动领导小组组长顾秀莲在创建活动领导小组第一次全体会议上讲话强调，要把“平安家庭”创建活动真正作为平安建设的基础工作，纳入社会治安综合治理的重要日程，最大限度地调动广大家庭成员参与和谐社会各项建设的积极性，以家庭的平安服务于和谐社会建设[2]。2007 年最高人民法院《关于为构建社会主义和谐社会提供司法保障的若干意见》（法发〔2007〕2 号）第 6 条规定：“正确处理婚姻家庭案件和社区邻里纠纷案件，促进婚姻家庭和社区邻里关系和谐。[3]”由此可见，家庭和谐在社会和谐中具有重要意义，建设和谐社会必须重视婚姻家庭基础建设。

（三）追求“离婚无伤”是构建和谐社会的必然要求

从现实生活来看，婚姻案件发生率高、存在面广、恶性转化快、连带问题多，稍不注意，则可能造成不良的社会后果。妥善处理离婚案件，是建设和谐社会和平安家庭的重要内容。实践证明，因当事人离婚方法不当，或者法院审判工作疏忽，造成因离婚而杀害对方、杀害婚外情第三者、杀害一方亲属、甚至杀害子女、以及自杀、放火、爆炸、投毒等危及社会安全的事件屡见不鲜。因而，构建和谐社会必须重视离婚审判。在处理离婚案件时，应当始终把是否有利于全局稳定，是否有利于社会和谐作为检验我们的工作、评价我们审判效果的最高标准或首要标准。在坚持这个标准前提下，力求程序公正与实体公正统一、法律正义与社会正义统一、法律效果与社会效果统一、法律与道德的统一；对法律负责与对党和国家负责、对当事人负责的统一。做到既要严格执法、公正司法，又要立足于稳定社会，及时化解矛盾，妥善解决纠纷。要坚决反对和克服机械办案、孤立办案、就案办案，不讲社会公平正义，不讲法律社会效果的单纯业务观念和工作作风。

要使离婚审判能够促进社会和谐，避免不安定因素发生，必须始终贯彻保护离婚自由、反对草率离婚、追求离婚无伤原则。离婚无伤，就是离婚无伤子女、无伤他方、无伤社会（无伤社会风化，无伤社会安宁），以最好的方法、最小的代价达到解除婚姻关系的最佳效果。也就是说，在保护离婚自由原则下，要坚决反对草率离婚，对于确实需要离婚的案件，要努力做到离婚无伤。要做到离婚无伤，就必须慎重对待每件离婚案件。要严格坚持离婚标准，不能随便解除婚姻关系，对于确实需要解除婚姻关系的，对解除婚姻的后果也不能随便处置，要妥善处理因解除婚姻所产生的一切后果。离婚必然造成子女与一方父母分离；离婚可能伤及另一方感情；离婚可能造成一方当事人生活水平严重下降或者完全失去生活依靠，甚至走投无路；等等。因而，离婚往往涉及到离与不离的尖锐冲突，当事人可能会因判决离婚或判决不离婚，一时想不通，难以接受而精神失常或自毁、自杀，或者因对离婚不满，以及因财产、子女处理不当，产生对立情绪而采取一些过激行为，甚至酿成凶杀案件，危及社会安宁。为了减少离婚给当事人以及社会带来的负面影响，审判离婚案件，应当努力做到不因离婚伤害子女；不因离婚伤害对方；不因离婚酿成社会矛盾；不因离婚破坏社会公德。要做到使双方当事人及子女的损害减少至最小；使社会危害减少到最小；实现最佳社会效果。对于确实要判决离婚的，应当兼顾各方利益，使离婚双方利益平衡，达到良好社会效果。所有这些，都是实现构建和谐社会总目标对审判工作的具体要求，是党中央法治理念在审判领域的具体要求，也是实现社会和谐的必然要求。因而，离婚无伤，是我们的社会责任和时代要求。离婚审判，应当以”离婚无伤”作为最高追求。

二、“离婚无伤”的具体要求和审判技巧

离婚无伤，包括不因离婚伤害子女、不因离婚伤害对方、不因离婚伤害社会等诸多内容。由于各个方面的内容和

要求不同，实现离婚无伤的手段或方法也不同。因而，在离婚审判中，应当针对不同情况，制定不同目标和要求，采取不同审判技巧，全面实现离婚无伤。

（一）不因离婚伤害子女

不因离婚伤害子女，就是要尽量避免在可能影响子女学习或身心健康的关键时期离婚；对于确实需要离婚的，应当以子女利益为最高原则，选择子女最能接受或最有利的方法处理离婚问题，排除或减少离婚对子女的伤害。

对父母来说，离婚可能是一种解脱，是追求美好人生的开始，因而，对于想要离婚的一方或双方父母来讲，谈不上不幸；但是对孩子来说，父母的离异，则是一个未知的开始，无论适应或不适应，他们都别无选择，只能被动的去接受。虽然也有研究显示，与其让孩子时常处在父母争吵，甚至生活在充满恐惧、暴力的家庭或者孩子本身就是“出气筒”或暴力对象时，对孩子的身心健康来说，离婚未尝不是一种更好的选择。但在更多的情况下，离婚对孩子则是一件坏事。因为在现代社会中，父母亲仍然是影响儿童及青少年最重要的人物。孩子总希望有一对和谐的父母和一个安宁的家。一些研究表明，单亲家庭子女在心理上往往存在如下问题：1、悲观绝望，自杀倾向严重；2、自暴自弃，缺乏进取精神；3、性情冷漠孤僻，社交能力差；4、人格发展扭曲，社会化功能失调[4]。因而，离婚对孩子心理所造成的影响和冲击，是我们所不能忽视的。父母闹离婚，如果方法不当，会给孩子带来恐惧和伤害，严重者会造成孩子离家出走和自杀。如2006年11月30日，贵阳市一家职业学校的三年级学生，由于承受不了父母扯皮闹离婚而服药寻短见。所幸该女生的老师和同学发现及时，才使得她转危为安。据这名寻短女生小敏（化名）的同学介绍，前一天清早，小敏给班主任老师发去一条短信，请老师转告她父母“不要再闹了，我烦透了，该我走了”。随后，小敏的班主任老师带着学生赶到小敏的寝室外，强行打开寝室门，将服药后已经神志不清的小敏送到医院抢救。经过三个多小时的洗胃处理，小敏脱离危险[5]。在现实生活中，父母离婚轻视子女的现象十分严重，他们不仅不考虑子女的情感问题，而且对离婚后子女的监护、抚养费用等，都没有作出妥善安排，造成子女抚养费用得不到保障，生活无着，以及被遗弃虐待现象十分严重。如有一子女，因父亲离婚10年从没给过一分钱女儿气得自杀。幸亏妈妈中途回家发现，连忙送到武警医院急救，才免出意外[6]。因而，对离婚子女利益，必须引起高度重视。

马克思曾经指出：”他们抱着幸福主义的观点，他们仅仅想到两个个人，而忘记了家庭。他们忘记了，几乎任何的离婚都是家庭的离散，就是纯粹从法律观点看来，子女及其财产也不能按照随心所欲的意愿和臆想来处理[7]。英国哲学家、文化巨匠伯特兰·罗素指出：“许多自恃道德高尚的人把父母对孩子的责任看得太微小了。在目前这种双亲家庭制度下，如果有了孩子，双方有责任尽力保持和谐的婚姻关系，即使这需要极大的自制。我们所需要的自制不只是传统道德家所提倡的那种压制每一个不忠实冲动的自制，我们还必须控制嫉妒、暴躁、专横等冲动”[8]。这就是说，为了子女利益，对于父母来说，在一般情况下，不要轻易离婚。

对于确实需要离婚的，要充分考虑子女利益。1989年联合国《儿童权利公约》第3条第1款确立了“子女最高利益原则”（或最佳利益原则），它明确规定：“关于儿童的一切行动，不论是由公私社会福利机构、法院、行政当局或立法机构执行，均应以儿童的最大利益为一种首要考虑。[9]”子女最佳利益原则的核心内容，是要实现子女利益的最大化，将儿童作为独立的个体，给予法律上的特别保护。为此，《英国家庭法》第1条（C）规定：“在解除彻底破裂的婚姻时，应遵守以下原则：（I）对双方当事人及子女的损害应减至最小；（II）对问题的处理应采取一种在当时情况下尽可能维持双方当事人与子女之间良好关系的方式；（III）解除婚姻的一切费用应当合理；（D）婚姻一方对另一方及子女的暴力威胁应尽可能排除或减小。[10]”在一些允许通过行政程序离婚的国家，为了保护未成年子女的最佳利益，即使夫妻双方均同意离婚，但有未成年子女的，也不允许他们通过行政程序离婚，而必须通过诉讼程序，由法官确定是否应当解除婚姻关系。如俄罗斯民法典规定，没有共同的未成年子女的夫妻协议离婚，才能在户籍登记机关办理离婚[11]。我国《婚姻法》第36条规定：“离婚后，哺乳期内的子女，以随哺乳的母亲抚养为原则。哺乳期后的子女，如双方因抚养问题发生争执不能达成协议时，由人民法院根据子女的权益和双方的具体情况判决。”最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》(试行)第21条规定：“夫妻离婚后，与子女共同生活的一方无权取消对方对该子女的监护权；但是未与该子女共同生活的一方，对该子女有犯罪行为、虐待行为或者对该子女明显不利的，人民法院认为可以取消的除外。”

上述规定，对于我们处理离婚子女问题，具有借鉴作用和直接指导作用。司法实践中，处理离婚案件，应当坚持“子女最高利益原则”，将子女的伤害减少到最低程度。对问题的处理应采取一种在当时情况下尽可能维持双方当事人与子女之间良好关系的方式。要尽量避免在可能影响子女学习或身心健康的关键时期离婚。对于确实需要离婚的，要选择子女最有利或最能接受的方法处理离婚问题。对于离婚后子女直接抚养人的确定，要从子女的性别、健康情形、人格发展的需要等要素出发，确定子女的直接抚养人（监护人）。要防止或尽量减少子女在父母离婚过程中和离婚后所受的伤害和困扰，保证父母继续分担对子女应尽的父母义务和或责任。对于协议离婚或调解离婚，如果协议有损害子女利益的，法院应当依职权干预。离婚后，应当保障父母一方对子女必要的探视权，或子女与父母的会面交往权，保

障父母与子女的亲情互动交往关系，最大限度地使父母与子女不因离婚而割舍情感。总之，处理离婚案件，应当以“子女利益”为最高原则，不因离婚伤害子女身心健康，造成子女难以承受的心理压力；不因离婚使子女抚养费用受到影响或得不到保障；不因离婚使子女受到虐待或遗弃；不因离婚使子女丧失良好的监护条件；不因离婚使子女脱离管教，走上违法犯罪道路，或者造成子女自杀、他杀等悲剧发生。

（二）不因离婚伤害他方

不因离婚伤害他方，包括精神伤害与物质伤害两个方面的内容：一是要把因离婚对另一方的感情伤害（精神伤害）减小到最小程度；二是要把因离婚对另一方的经济损害（物质伤害）减少到最小程度，特别是不能使另一方因离婚限于困境。

1、要把因离婚对另一方的感情伤害减小到最小程度。

恩格斯在1888年写给卡·考茨基的信中充分表述了他的离婚要慎重、要对对方负责、尤其是丈夫要对妻子负责、除非万不得已而为之的观点。他说：“丈夫只有在万不得已时，只有在考虑成熟以后，只有在完全弄清楚必须这么做以后，才有权利决定采取这一极端的步骤，而且只能用最委婉的方式。[12]”

要把因离婚对另一方的感情伤害减小到最小程度，首先，对离婚当事人而言，“只有在万不得已时，只有在考虑成熟以后，只有在完全弄清楚必须这么做以后”，选择最适当的时候，“用最委婉的方式”，向对方提出离婚。并对子女、财产、双方利益，作出令人满意的安排。如果离婚当事人方法简单，或者对离婚后事安排不恰当，使另一方感情受到伤害，或者不能接受离婚结果，案件起诉到人民法院，法院应当高度重视。对于一方当事人一时想不通，不能接受离婚事实，思想忧郁，情绪异常的，人民法院应当根据具体案情，开展思想工作，制定处理方案。对于夫妻感情确已破裂，需要判决离婚的，这对有些离婚当事人来说，虽然是一件无法面对的事实，可能造成身体健康、感情等方面伤害，甚至存在着无法承受的压力。但也要认识到“危机就是转机”。当夫妻关系面临重大而又难以调和的冲突时，离婚其实是一种新的选择，是一种解脱，是生活的一种转机。“捆绑不能成夫妻”，与其纠缠拖延，相互恶斗，不如走出婚姻，勇敢面对未来，积极寻求自我生命的第二春天，倒也是一件好事。因而，对需要判决离婚的案件，人民法院应当从婚姻的本质，维持婚姻的弊端，解除婚姻的前景等方面，对当事人进行思想劝说工作，消除和减轻当事人对离婚的恐惧和压力，并兼采离婚赔偿等制度，弥补当事人的精神损害，使当事人能够从思想上接受离婚的现实。对于思想一时转不过弯的，应当多作工作，不能草率判决。对于当事人不愿意离婚理由充分，原告起诉离婚没有法定理由的，法院应当做原告工作，调解和好，如果调解无效，应当判决驳回原告的离婚请求。

实践证明，离婚当事人的精神伤害太深，思想郁结，在没有得到有效化解之前，草率判决，常常会发生意外后果。因而，把离婚当事人的感情伤害减小到最小程度，是人民法院审理离婚案件，必须注意的重要内容。

2、要把因离婚对另一方的经济损害减少到最小程度。

著名哲学大师罗尔斯教授在《正义论》中所指出：一个正义的社会，应当符合两项原则：一是自由的原则，二是差异的原则。社会的公正应当这样分配：在保证每一个人享受平等自由权利的前提下，强者有义务给予弱者以各种最基本的补偿，使弱者能够像强者一样有机会参与社会的竞争[13]。这对离婚案件来说，是非常适用的。离婚者有离婚的自由，但离婚中的强者一方，也有给予弱者一方以各种最基本补偿的义务，使弱者能够像强者一样有机会参与离婚后的社会竞争。绝不能因离婚使另一方经济遭受重大损害，甚至生活陷入困境。

我国现行婚姻法和相关法律已经建立了比较全面的离婚衡平机制，人民法院在审判离婚案件时，应当充分利用这些离婚衡平机制，保护弱势离婚当事人一方的合法权利。根据我国法律的规定，可以运用下列机制保护弱势离婚当事人一方的合法权利。

（1）在离婚财产分割上济弱扶贫。

离婚财产分割是离婚衡平机制的重要内容。依照我国婚姻法的规定，夫妻婚后所得的财产均为夫妻共同财产，不能证明是一方个人财产的，也推定为夫妻共同财产。对于夫妻共同财产的分割，适用均等分割原则，以及照顾子女和女方权益、照顾无过错方等原则。人民法院分割夫妻共同财产，在适用均等分割原则时，应当兼顾照顾子女和女方权益、照顾无过错方原则。一般来讲，在夫妻双方经济地位和其他竞争能力基本相同的情况下，可以适用均等分割原则，适当照顾照顾子女和女方权益。在夫妻双方经济地位和其他竞争能力相差悬殊较大的情况下，分割财产时，应当向弱势一方倾斜，保证弱势一方必要生活的需要。从现实生活来看，弱势一方主要是女方，因而，应当重视和加强对离婚妇女的保护。但根据社会正义原则，如果男方属于弱势者，也应当给予必要的保护。

（2）对家务劳动给予经济补偿。

婚姻法第40条：“夫妻书面约定婚姻关系存续期间所得的财产归各自所有，一方因抚育子女、照料老人、协助另一方工作等付出较多义务的，离婚时有权向另一方请求补偿，另一方应当予以补偿”。这是对分别财产制下承担较多家务劳动的一方在离婚时享有经济补偿的权利的规定。在约定分别财产制下，夫妻双方婚前和婚后所得财产归各自所

有，并单独行使管理权、收益权及处分权。分别财产制保证了双方独立的财产权，但妇女的就业机会和经济收入大多低于男性，并且在大多数情况下，为了家庭利益而牺牲自己发展机会的往往是女性，家务劳动又不计报酬，在离婚时如果不将这部分家务劳动给予补偿，对广大妇女的利益是不利的。因而，在离婚时，应当对承担较多家务劳动的一方给予必要的经济补偿。

（3）一方生活困难的，给予离婚困难帮助。

婚姻法第42条规定：“离婚时，如一方生活困难，另一方应从其住房等个人财产中给予适当帮助。具体办法由双方协议；协议不成时，由人民法院判决”。这是有关离婚后，一方对生活困难的另一方给予适当经济帮助的规定。法律之所以这样规定，是因为夫妻关系存续期间，双方都为维持这个婚姻共同体作了努力，这其中包括个人的自我损失和自我牺牲；同时，夫妻之间有相互扶养的义务，一方应当对于困难一方承担扶养责任，否则就应当承担法律责任。但如果没有离婚帮助制度，一方要逃避夫妻之间的扶养义务，就可能会采取离婚手段，把责任推向社会，这显然是不公平的，也是不道德的。因而，当婚姻关系终结时，若一方生活困难，法律则要求另一方应当承担扶助责任。

如1988年，肖莉与唐钢经人介绍相识恋爱。1990年2月登记结婚，婚后两人感情一直很好。1992年，肖莉怀孕，但被诊断为葡萄胎，肖莉因此流产。流产后，肖莉精神受到强烈刺激。1993年，肖患上了精神分裂症住院治疗。肖出院后病情有所稳定，但未全愈，需要长期治疗和监护。此后的12年，丈夫唐钢担负起了照顾妻子的重任。在付出多年努力而未见妻子有所好转后，唐钢于2005年6月从家中搬出，与肖莉分居。两个月后，唐钢起诉到法院要求离婚。唐钢称，12年来，妻子的病情没有好转，他完全不能和妻子沟通，这是他最痛苦的事，因此请求法院判决离婚。法院一审判决，准许肖莉与唐钢离婚，唐钢每月给付肖莉经济帮助费500元，直至肖莉精神病治愈为止。宣判后，唐钢不服，认为给前妻经济帮助费的时间太长，没有个具体的截止时间，如果前妻一辈子不能恢复正常，自己就得养前妻一辈子。因此，唐钢向中院提起上诉。二审法院审理认为，夫妻有相互扶助的义务是婚姻法的立法原则，因此唐钢的上诉理由不能成立。最终法院维持原判，驳回上诉[14]。

这是一起承担长期帮助责任的案例。实践中，经济帮助采取什么方式，经济帮助的具体数额，以及经济帮助的时间长短，应当根据被帮助人的实际需要和其他条件，以及帮助人实际能力决定。仍以精神病人离婚为例，如果精神病人还有其他监护人有经济能力，或者精神病人本人还有工资或者其他固定收入，而另一方的经济条件并不太好，离婚时也只能根据实际情况给予相应的帮助。但如果精神病人没有工资或其他收入，也没有其他监护人，或者其他监护人没有有经济能力，而另一方经济条件较好，则应根据监护人的实际需要，结合另一方的经济能力，判决另一方承担较多的经济帮助，乃至长期帮助。

（4）一方有过错的，实行离婚过错赔偿。

婚姻法第46条：“有下列情形之一，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿：（一）重婚的；（二）有配偶者与他人同居的；（三）实施家庭暴力的；（四）虐待、遗弃家庭成员的”。这是关于离婚时过错赔偿制度的规定。离婚时过错赔偿，既可以对当事人的精神损害起到抚慰作用，也可以对当事人的经济需求起到填补作用，但从立法宗旨来看，主要是精神抚慰。因而，无论无过错方当事人经济条件好坏，只要她（他）请求过错赔偿，就应当根据过错程度，过错方的赔偿能力等因素，判决过错方承担一定的赔偿责任。但如果无过错方当事人经济条件较差，过错方有赔偿能力，也可以判决过错方适当多赔偿一些。因为在这种情况下，经济上的满足，对无过错方来讲，也是一种精神上的安慰，即物质变精神。因而，适当多赔一点，无论是从精神赔偿的角度来考虑，还是从物质的角度来考虑，对这类案件的处理都是合理的。

（5）其他合理的离婚赔偿或补偿。

除了上述几种法定衡平机制外，还有一些情形也应当由一方给予另一方赔偿或补偿。如因一方的过错造成另一方的身体伤害或伤残，因当时夫妻感情较好，没有引起提出离婚，也没有要求赔偿，但后来夫妻感情变化，一方提出离婚，如果身体受到伤害或伤残的一方，因此影响离婚后的生活或工作的，要求致害一方赔偿的，应当调解和判决由致害一方给予一定赔偿。如果一方是因家庭共同劳动或共同生活而受伤害或伤残的，离婚时则可以要求另一方给予必要补偿。

对于没有实行分别财产制的家庭，一方承担了较多家务劳动，或者共同为另一方的工作、事业、或学习投入了较多的财产或精力，使另一方的个人地位提高，或者潜在社会竞争力增强，具有较大的预期利益。离婚时，一方有权要求从个人或家庭的共同投资（包括劳力投资）中获取另一方可得的预期利益（可以视为一种无形财产），另一方应当个给予一定的补偿。因为一方可得的预期利益，如果不离婚，就属于家庭共同利益，而离婚后，由一方享受他人或家庭共同投资的预期利益，当然是不公平的。

（三）不因离婚伤害社会

不因离婚伤害社会，包括两个方面的内容：1、不因离婚酿成社会矛盾，发生危及社会安宁的恶果；2、不因离婚

破坏社会公德，败坏社会风俗。

1、不因离婚危及社会安宁。

如前所述，婚姻案件是一种发生率高、存在面广、恶性转化快、连带问题多的特殊民事纠纷，稍不注意，则可能造成不良的社会后果。因而，如果处理不当，则可能触及道德红线，或者将婚姻当事人推向极端，酿成社会悲剧。

如浏阳市大瑶镇九华村建新组妇人蒋秋萍因离婚不能得逞，采取爆炸手段，报复丈夫及其家人，当场炸死5人，其中一名妇女尚有7月身孕，数人受伤[15]。桂西北一对夫妇因结婚十五年女方没有生育，丈夫以此为由提出离婚，并与其他女人公然同居。2006年3月11日凌晨，女方一气之下，则采取了极端的爆炸手段，一栋楼房被彻底炸毁，楼内两户人家遭到灭门惨剧[16]。福清高山镇门头村一男子因妻子提出要和自己离婚，2006年9月24日晚便想引爆液化气罐自杀，幸亏驻地北坑边防所官兵及时赶到，才将他劝住了[17]。2006年7月12日，闵行区的蒋某某（男）下班回家后，女儿将法院的开庭传票（其妻起诉与蒋某某离婚）转交给，他接到传票，便与妻子争吵起来。随后拿起榔头用力敲击妻子脑袋，并用水果刀割断其颈脉。经过奋力抢救妻子的命是保住了，但左侧肢体已终生瘫痪。蒋某某以涉嫌故意杀人罪被逮捕[18]。象这样的案例举不胜举。

上述案件中当事人的行为都是违法的，应当受到追究，甚至付出生命代价。他们既毁坏了别人，也毁坏了自己，其社会破坏性是巨大的，既令人痛恨，又令人痛心。但如果认真反思，这些危害后果是可以预防和避免的。

发生这些危害后果的原因无非在两个方面，从采取过激行为的一方当事人角度来考察，除了极个别人外，一般都是一时冲动，或者思想愚昧造成的；从另一方离婚当事人或法院的角度来考察，一般是离婚方法不当或对离婚后果警惕不够，麻痹大意。因而，要避免因离婚伤害社会，必须由双方当事人和法院共同努力[19]。

从提出离婚的当事人来讲，首先应当考虑到另一方的感情承受能力或程度，以及其他方面的合理要求，以最大限度消除地消除对方的敌对情绪，满足其合理要求。在条件不成熟的情况下，最好不要仓促提出离婚，更不能置他人感情于不顾，公然做一些加剧矛盾升级的事情。如上述桂西北案例，在离婚过程中，丈夫又与其他女人公然同居，就是加剧矛盾的导火索。对于经过自己努力而又无法消除对方敌对情绪，但又必须提出离婚的（如遭受家庭暴力、虐待者以及其他需要离婚的），应当在起诉离婚时，将这一特殊情况告诉法院，以便法院心中有数，采取必要的应对措施。如上述闵行区的蒋某某行凶杀妻未遂案，丈夫蒋某某收到法院传票后杀妻。实际上丈夫很早就流露出杀人动向，妻子没有注意，也没有在起诉时告知法院，结果导致丈夫收到传票时杀妻的恶果。其次，提出离婚的当事人，应当正确对待另一方不离婚要求。对于要求离婚者来讲，提出离婚是为了获取幸福，如果采取非法的手段结束婚姻，不仅不能获取幸福，只能带来痛苦。如上述浏阳的蒋秋萍，因离婚不能得逞而实施爆炸，这自然可以达到解除婚姻的目的，但同时也结束了自己的生命，这种方法解除婚姻，又有什么意义？

从被诉离婚的当事人（被告）来讲，一般都不愿意离婚。但不愿意离婚，是为了挽救婚姻，争取一个和睦幸福的婚姻存在，而采取过激的方法对待他人或对待自己（自伤自残），不仅不能挽救婚姻，甚至还毁坏自己。如果纯粹是为了报复他人，那么，在报复别人的同时，自己也必将受到“法律的报复”。上述桂西北因离婚引起的爆炸案件，就是如此。

从人民法院的角度讲，处理离婚案件，应当慎之又慎，切勿草率从事。稍有疏忽，则可能酿成人命大案，甚至在法庭上发生命案。如2006年11月，颍上县农民刘某在该县谢桥法庭开庭审理其与妻子王某离婚一案时，乘人不备，用匕首往妻子王某的背部连捅两刀，后王某经抢救无效死亡。据了解，王某曾多次提出与刘离婚都被家人劝解，遂提起离婚诉讼。开庭几天前，法庭通知刘某到庭应诉时，刘某产生报复心理，买来匕首带进法庭，准备和王同归于尽[20]。此案的发生，是有教训的。一是事先对双方当事人的基本情况和案情了解不够，没有掌握当事人的动态；二是安全意识防范意识不强。按照惯例，在开庭审理之前，法庭要对当事人进行例行检查，必要时进行盘查，以防止有人携带凶器等。对于有可能发生事故的案件，要有警察值庭。本案中，刘某把匕首带入法庭，是法庭疏于检查或检查不力的结果。刘某持匕首行凶时，可能是由于没有法警值庭，也没有应及时制止。但其根本原因是对离婚案件的审判重视不够的结果。人民法院一定要充分认识到离婚审判的社会责任，要本着对人民，对社会高度负责的精神，认真处理好每一件离婚案件，把离婚对社会的危害减少到最低程度。

如前所述，当事人采取过激行为，多数都是一时冲动。法院如果警惕性高，方法得当，一般可以化解当事人的情绪和愚昧思想，避免危害社会的行为发生。如邱某和谢某原是同事，相恋两年后结婚。婚后夫妻恩爱，但两年过后一直未育，经检查是女方无生育能力。男方邱某的父母与媳妇的关系因此逐渐恶化，恩爱的夫妻也开始吵架。矛盾激化时，妻子谢某曾三度以吃农药、割脉、烧炭等形式寻死被阻止。2005年6月，邱某提起离婚，妻子不同意，她认为，夫妻本来感情深厚，只是因为自己无法生育，男方才在家人的逼迫下被迫“休妻”。为了表明自己的立场，谢某在法庭上当场欲喝用农药浸泡过的枸杞叶汤，幸好庭审人员及时阻止。法官鉴于夫妻双方感情尚未彻底破裂，驳回了邱某的离婚要求。半年后，丈夫再次起诉，妻子终于表示同意。又如原告刘远光与被告刘恰兰离婚一案，原、被告于1984

年 6 月经人介绍认识谈婚，同年 12 月便以夫妻名义同居生活，后补办结婚登记手续，婚后生育 3 个女儿。1998 年 9 月，原、被告一同在深圳做保健品生意。在经营期间，被告常怀疑原告生活作风不正，与店内女员工有不正当关系。据原告称，被告心胸狭窄，喜欢捕风捉影，其雇请一个女店员，被告就赶走一个，造成生意亏本 10 多万元。2000 年 10 月 15 日，原告向兴宁法院水口法庭起诉，要求离婚，该庭受理后，依法向被告送达开庭传票。10 月 20 日被告收到传票，情绪偏激，对原告表示坚决不同意离婚，当场服安眠药自杀，原告速将被告送到医院抢救。11 月 1 日在庭审中，被告再次表示，若离婚，同归于尽。11 月 5 日晚上，被告佯装同意离婚，要求与原告好好谈谈，忽然从背后拿出菜刀，朝原告砍去，幸亏原告眼疾手快，从被告手中夺下刀，离开房间。被告原本想杀了原告后自杀，见原告去意已决，爱恨交加，割脉自尽。原告走后，担心被告想不开，又赶回来，果然见被告躺在一片血泊中，急忙将她送进医院。兴宁市水口法庭得知情况后，在做好思想工作的同时，及时判决不准原告与被告离婚。原、被告均接受判决，情绪稳定。表示感谢法官及时挽救，尽快重归于好，不枉法官一片苦心[21]。

人民法院要防止离婚案件伤害社会，关键是要增强社会责任感，提高审判艺术和技巧。

增强社会责任感，就是要始终牢记司法为民，服务大局的审判宗旨。坚持人民利益高于一切，社会稳定压倒一切。以追求办案的法律效果与社会效果高度统一为己任，以平患息诉为目标。要克服就案案办案、孤立办案的单纯业务观念，纠正不负责任、草率办案的工作作风，精心办理好每一件案件。

还应当特别指出的是，人民法院审理离婚案件，一定要把当事人是否同意离婚的态度和情绪作为一种”特情”加以了解和掌握。一审法院在原告起诉时，立案庭或案件受理人，应当就这方面的情况专门询问原告，如果获知当事人有重大反常现象或有严重的对立情绪，可能发生意外的，应当将该”特情”作为特别提示移送审判庭。一审判决后，一方不能接受判决，有严重对立情绪或可能出现意外的，一审应当在宣判时作好化解工作，缓解矛盾。如果矛盾只是暂时缓解，当事人情绪仍然不稳定而上诉的，一审在移送案件时应当将这一“特情”专门加以文字说明，一并随卷移送二审法院，以提请二审注意。

提高审判艺术和技巧，就是要能够把握离婚诉讼案件的基本规律和特点，能够把脉各类具体案件风向或走势，能够预测和发现可能出现的潜在隐患，能够控制和平息业已出现的各种事态，使各类离婚案件能够在最佳状态下了结。

离婚诉讼案件的审判艺术和技巧，虽然极其复杂，无一定规律，但仍可以归纳为两个方面：即识别婚姻和治理婚姻。这就如同医生的看病和用药。只有正确识别婚姻，才能正确治理婚姻。识别婚姻，就是能够通过各种离婚表象，看到婚姻的实质，了解婚姻的症结所在。治理婚姻，就是针对不同的婚姻特性，采取相应的处理办法和措施。识别婚姻，是治理婚姻的前提，只有识别婚姻，才能对症下药，采取恰如其分的方法进行处理。如果婚姻识别错误，盲目用药，则会适得其反，南辕北辙。同时，即使识别婚姻，但如果不知道如何用药，或者急于求成，乱下猛药，也不会达到应有效果。因而，正确治理婚姻的方法，又是治理婚姻的有效保障。在处理离婚案件时，必须具有识别婚姻与治理婚姻的双重技能。

识别婚姻，主要是一种临事判断能力，是在接触和了解具体婚姻后所作出的一种认识和判断。这种能力的提高，主要靠自己平时积累和摸索，难以总结出能适用各个具体离婚案件的识别方法。因为各个具体离婚当事人的离婚原因不同、年龄不同、社会经历不同、社会地位和财产状况不同、婚姻观念不同、心理因素不同、等等，各种离婚表象在不同离婚当事人中有不同的反射，引发不同的效果。所以，只能根据具体案件而定。而且每一个具体案件也在不断发展变化之中，不同的时候，也有不同的特征或征兆。因而，识别婚姻是一个经验法则，主要靠实践积累。如果说识别婚姻有共同法则，那就是：1、要全面了解和掌握离婚事实，包括离婚原因和当事人身份情况等相关资讯。只有全面了解离婚事实，才能正确识别婚姻，否则，就会偏听偏信。2、要坚持主客观相结合的方法。在识别婚姻时，既要看客观事实，又要看当事人的主观态度、心理活动、性格特征等。许多相同的离婚原因而有不同的婚姻结果，主要就在于当事人的主观方面的因素不同。因而，坚持主客观相结合的方法，有利于正确识别婚姻。

治理婚姻，是一种工作方法和技巧。离婚是一种人与人之间的情感纠葛。因而，治理婚姻，必须突出弥合感情，消除隔阂这一特点。通过细致的思想工作和行之有效的方法，化解双方矛盾，促使当事人和解纷争，消除敌对情绪。治理婚姻方法很多，根据司法实践经验，可以归纳出 10 种具体方法：

（1）消除误会法：即消除双方之间的误会。这种方法，适用于双方因误解或误会引起的离婚。有些离婚是因一方或双方的误会造成的，只要消除双方之间的误会，夫妻感情是可以和好的。

（2）回忆感情法：即回忆双方的美好感情，或一方对另一方恩爱和关照的情感事件。这种方法，可以调动或激起夫妻之间的情感，屏弃一时怨恨，促使双方和好。

（3）比较优劣法：即将一方的优点和缺点进行比较，以便要求离婚者正确认识或对待不愿离婚者。这种方法，可以对不愿离婚者有一个全面正确的认识，防止因对另一方的错误认识和判断而草率离婚。

（4）感化对方法：即由不愿离婚的一方，通过自己的行为感化对方。如果一方不愿离婚，应当主动与对方沟通，

以实际行动感化对方，争取对方的理解。法官应当指导和督促不愿离婚者加强沟通，并为其提供或创造必要的条件。

（5）批评教育法：即对有过错一方进行批评教育，促使其回心转意，这也可以让对方有一个腥气或安慰的感觉。这种方法可以缓解双方矛盾，促成婚姻和好。

（6）赔礼道歉法：即由过错方向无过错方赔礼道歉。由过错方向无过错方赔礼道歉，可以争取对方的谅解，使另一方看到希望，有利于婚姻和好。

（7）子女或亲情连接法：即利用子女或父母等作为情感纽带，连接夫妻双方的感情。夫妻与子女、夫妻与父母，是一种双向亲情关系，可以对夫妻感情发挥调节或纽带作用。

（8）“综合治理”法：即利用亲属、朋友、有关单位或组织，共同做和好工作，或者排除婚姻障碍。如解决婚姻中的分居住房等实际困难；有第三者的，则要斩断第三者，等等。这实际上是婚姻上的”综合治理”。

（9）分析前景法：即对婚姻的前景进行分析，引导双方对婚姻正确认识。这种方法，对于感情尚未破裂，有和好可能的，可以使当事人增强对婚姻的信心；对于感情确已破裂，和好无望的，可以使当事人放弃幻想，接受和平离婚。

（10）区别对待法：即对于离婚案件，应当因人而异，因案而异，选择不同的处理方法。如有的则应趁热打铁，一气呵成；有的则应冷却处理，等待时机；有的需要批评教育，有的需要表彰鼓励；有的则应当作和好工作，有的则应当作调离工作；等等。要根据具体案件，决定具体方法和目标。当快则快，当慢则慢；当离则离，不当离则不离。要善于灵活掌握离婚案件的最佳处理时机，使离婚案件在水到渠成，瓜熟蒂落时落下帷幕。

2、不因离婚破坏社会公德。

婚姻是社会的细胞，家庭和谐是社会和谐的基础，在大力构建和谐社会的进程中，必须加强和谐家庭的建设。从当前离婚的原因看，有相当一部分是因为违法犯罪或道德责任感淡化造成的夫妻感情不和，危害家庭健康，破坏家庭稳定。如重婚、公开纳妾或包二奶、与异性婚外同居或搞婚外情、实施家庭暴力、虐待等；极端个人主义、纵欲主义、拜金主义，等等。在审判婚姻纠纷案件时，往往面临道德的选择、价值的取舍和法律与道德、法律精神与社会主义荣辱观等情理的割舍。

不因离婚破坏社会公德，就是要坚持既不能因道德限制离婚，也不能因离婚而漠视道德，败坏社会风俗，做到法律与道德统一。在坚持离婚自由的同时，倡导人们养成健康向上的生活方式和文明和谐的家庭氛围，反对封建伦理观念和传统习惯势力的影响，反对资产阶级自由化思想及腐化堕落、贪婪享受等极端主义思潮的侵蚀。在处理离婚案件时，应当以弘扬高尚的道德情操为目标，充分考虑裁判的导向作用，正确适用法律，通过审判工作维护健康稳定高尚的婚姻家庭关系。对于一些有轻微违法或违反道德规范的人提出离婚，尚有挽救余地，另一方又不同意离婚的，应当批评教育违法者或失德者，令其改邪归正。如果调解无效，也可以判决驳回其离婚请求。对于一些违法或违反道德规范严重、屡教不该的人提出离婚的，如果夫妻感情确已破裂，该离婚的要准予离婚，但在准予离婚的同时，不应当使社会主义道德受到贬损，应当通过划清责任界限和离婚过错赔偿，以及通过舆论等形式，使故意破坏婚姻者受到道德谴责和法律追究，有的则可以通过司法建议，使严重失德者受到党纪、政纪处分，以宏扬正气和社会美德，使离婚无伤社会道德。

在审判实践中，离婚判决往往既受离婚的法定条件的制约，又受社会道德、传统观念、社会舆论以及判决作出后可能出现的不良后果等社会因素的影响。从司法实践来看，社会因素对审判的影响，主要有如下几类离婚案件：第一，夫妻一方有”外遇”引起思想感情变化而提出离婚的；第二，原告因地位变化而提出离婚的；第三，离婚后的确会给被告、给社会带来一时无法排除的困难或某种危险的；第四，社会同情被告方谴责原告的。

对于上述几类离婚案件，法院往往处于二难境地，处理不好就可能顾此失彼。那么，如何做到既遵循法制原则，又兼顾社会效果？从司法实践来看，可以采取“四紧四松”或“四严四宽”的处理原则，来因应社会因素对离婚的制约和影响，以实现法律效果与社会效果的统一。具体说，就是：（1）从离婚过错上考虑。过错方提出离婚，无过错方不同意离婚，社会舆论普遍对无过错方同情，对过错方谴责者，判决离婚要从严；无过错方提出离婚，一般可以适当从宽。如遭受家庭暴力等而提出离婚，凡符合离婚条件的一般均应准予离婚。（2）从子女利益考虑。离婚将对子女造成严重不利者，判决离婚应当从严；反之，如果离婚对子女没有影响或者更为有利者，一般可准予离婚。（3）从婚姻当事人的性别差异上考虑。对于女方特别是身陷不利的恶劣环境下而提出离婚者，一般应当准予离婚；对于男方特别因婚外情或政治地位或经济地位变化而嫌弃女方而提出的离婚，一般要从严。宜昌市中级法院对 2005 年的 186 件离婚案件分析表明，女方提出离婚 107 件，驳回离婚请求的 17 件，占 16%；男方提出离婚的 69 件，驳回离婚请求的 15 件，占 22%。这也反映了现实离婚中的性别差异。（4）从离婚后果考虑。离婚严重损害一方利益者，要从严掌握。反之，则可适当放宽。对于离婚后将使一方，尤其是女方限于严重困境或极其不利者，一般应从严，不要轻易判决离婚；离婚对双方生活改变或影响不大，或者离婚对双方更为有利者，则可从宽，一般可判决离婚。

应当注意的是，从严并不是一律不准离婚；从宽也不是不讲离婚条件，一律判决离婚。从严与从宽是相对的，都

是离婚条件适用上的从严或从宽，脱离了离婚条件，则无所谓从严或从宽考量的问题。因而，从严或从宽，都应当以离婚条件为基础，在适用离婚条件上，针对不同类型的离婚案件，作一些适当考量。

【注释】

[1]中国妇女网 http://www。women。org。cn/quanguofulian/dashiji/1981。htm#a11；中国人大·政府大事记（1980-1984）http://www。china。org。cn/chinese/zhuanti/273595。html。

[2]《”平安家庭”创建活动推动和谐社会建设 》，《 法制日报》，2007年 1月23日第一版。

[3]《人民法院报》， 2007年01月30日，第一版、第三版。

[4]《单亲家庭子女心理问题与应对》， http://820928。blog。sohu。com/43280901。html。

[5] 《父母扯皮闹离婚女儿伤心寻短见》， 中国离婚网，2006年12月1日，原载《贵阳日报》。

[6]父亲离婚10年从没给过一分钱 女儿气得自杀 楚天都市报 2007年4月30日。

[7]马克思《论离婚法草案》,《马克思恩格斯全集》第1卷，人民出版社，1956年版，第183页。

[8]翟玉章主编《罗素论人生》，世界知识出版社，2000年版，第60页； 夏吟兰主编《婚姻家庭继承法》，中国政法大学出版社，2004年9月 ，145页。

[9]http://www。uighuronline。cn/LAW/QT/200611/2519。html。

[10]中国法学会婚姻法研究会编《外国婚姻家庭法汇编》， 群众出版社，2000年版，第1页。

[11]中国法学会婚姻法研究会编《外国婚姻家庭法汇编》， 群众出版社，2000年版，第470页。

[12]恩格斯:《致卡尔·考茨基》(1888年10月17日),《马克思恩格斯全集》第37卷,人民出版社,1972版,第107-108页。

[13]约翰罗尔斯《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社，2003年版，第3页；夏吟兰《离婚衡平机制研究》，《中华女子学院学报》2004年第5期。

[14]《判离婚须月付疯妻500元至病愈》，http://news。sina。com。cn/c/2006-03-13/06368427137s。shtml。

[15]《恶妇人为离婚制造大爆炸 5人死亡多人受伤》， http://news 。 eastday 。 com/epublish/gb/paper148/20010601/class014800012/hwz400260。html。

[16] 《离婚引发爆炸案》，http://www。gxtv。cn/Article/news/jdbd/200605/30799。html。

[17] 《妻子提出离婚丈夫欲引爆液化气罐自杀 》，2006年9月26日 ，东南早报。

[18]《妻子诉讼离婚 丈夫收到法院传票后杀妻 》，2006年10月17日， 新闻晚报。

[19]实际上，从根本消除或避免离婚所产生的危害后果，应当由整个社会共同努力，但由于这里主要是讲诉讼环节上如何预防和避免离婚伤害社会，主要只考虑当事人和法院两个环节。

[20]《妻子坚持离婚，丈夫在法庭上当场将其残杀》，中国离婚网，2006年11月9日，原载《现代农村报》，http://www。lhabc。com/news2000/news2/shehun/20061109074308。html。

[21]《”不准离婚”救两命》，2000年12月11日广州日报， http://www。100md。com/Html/Info/News/833/83345。html。

不走正门走侧门——质疑用行政诉讼处理婚姻登记纠纷

王礼仁

我国婚姻法规定的法定婚姻无效只有四种情形，即：1、重婚；2、有禁止结婚的亲属关系的；3、婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病,婚后尚未治愈的；4、未到法定婚龄的。可撤销婚姻一种，即被胁迫结婚。

但现实生活中，涉及婚姻效力或婚姻成立与不成立的情形远远不止这些。如他人代理或冒名顶替进行婚姻登记的婚姻效力问题;借用他人名义或身份证结婚效力问题;使用虚假户口虚或假姓名或登记姓名错误的效力问题;使用虚假证明材料登记的婚姻效力问题;隐瞒真实身份等欺诈结婚效力问题;结婚证手续不完善或证件不齐全的婚姻效力问题;等等。

对于这些特殊的婚姻形态应当如何处理，我在《婚姻诉讼前沿理论与审判实务》一书中，从实体和诉讼程序两方面作了详细论述。由于其中涉及行政诉讼的内容部分，与目前正在讨论的婚姻法司法解释(三)有关，故本人加以整理概括，提供给大家讨论参考。

由于上述特殊婚姻形态都是因婚姻登记程序违法引发的婚姻纠纷,不属于法定无效婚姻,不能按无效婚姻处理。对于这些纠纷，在目前的司法实践中，普遍都不用“确认婚姻成立或不成立之诉”解决，而采用行政诉讼进行处理。从而给人一种“不走正门走侧门”的感觉。因为通过行政诉讼，并不是解决这类纠纷的正当途径，其弊端甚多。而因婚

姻登记引起的婚姻纠纷，所涉及实际上是一个婚姻成立或不成立问题，这是典型的民事案件。运用确认婚姻成立或不成立之诉，既可以避免行政诉讼机制中的诸多弊端，又可以使这类纠纷得到有效解决。因此，我们认为，屏弃通过行政诉讼解决婚姻纠纷的做法，运用确认婚姻成立或不成立之诉，才是解决婚姻登记纠纷正当途径。

一、将涉及婚姻成立或不成立纠纷按行政诉讼案件处理缺乏科学性

(一)婚姻成立或不成立之诉不具有行政案件的性质

根据《中华人民共和国行政诉讼法》第11条规定，人民法院受理行政诉讼案件有八种：“(一)对拘留、罚款、吊销许可证和执照、责令停产停业、没收财物等行政处罚不服的;(二)对限制人身自由或者对财产的查封、扣押、冻结等行政强制措施不服的;(三)认为行政机关侵犯法律规定的经营自主权的;(四)认为符合法定条件申请行政机关颁发许可证和执照，行政机关拒绝颁发或者不予答复的;(五)申请行政机关履行保护人身权、财产权的法定职责，行政机关拒绝履行或者不予答复的;(六)认为行政机关没有依法发给抚恤金的;(七)认为行政机关违法要求履行义务的;(八)认为行政机关侵犯其他人身权、财产权的。除前款规定外，人民法院受理法律、法规规定可以提起诉讼的其他行政案件。”而认定婚姻登记无效或撤销婚姻登记与该八种行政行为的性质不符。同时，根据《婚姻登记条例》及其相关规定，已经明确规定婚姻登记机关不受理因婚姻登记程序引起的纠纷，此类案件则不属于行政案件范围。法院将其列为行政性质行为，没有法律根据。事实上，因婚姻登记程序引起的婚姻成立或不成立纠纷，是典型的民事案件，将其作为行政案件，可能是我国的唯一特色。

(二)将婚姻登记瑕疵纠纷作为行政案件，行政判决的功能难以适用

行政诉讼法第54条规定，对于行政诉讼案件，“人民法院经过审理，根据不同情况，分别作出以下判决：(一)具体行政行为证据确凿，适用法律、法规正确，符合法定程序的，判决维持。(二)具体行政行为有下列情形之一的，判决撤销或者部分撤销，并可以判决被告重新作出具体行政行为：(1)主要证据不足的;(2)适用法律、法规错误的;(3)违反法定程序的;(4)超越职权的;(5)滥用职权的。(三)被告不履行或者拖延履行法定职责的，判决其在一定期限内履行。(四)行政处罚显失公正的，可以判决变更。”根据上述规定，人民法院审理行政诉讼案件，只能作出“维持”、“撤销”和“变更”三种结果的判决。而对于婚姻登记引起的婚姻纠纷，则是“确认”性质判决，显然不适用上述规定。虽然2001年最高人民法院颁布的《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称《解释》)第57条第2款规定了可以对违法或无效的行政行为作出确认判决。但婚姻登记纠纷，当事人所要确认的主要对象并不是行政行为的合法与违法或者有效与无效，而是当事人的婚姻关系是否成立。婚姻登记行为违法与否与婚姻关系是否成立,并不完全是一回事。婚姻不成立，婚姻登记行为可能存在违法。但婚姻登记行为违法，并不一定都影响婚姻关系的成立。而通过行政判决确认婚姻登记违法或撤销婚姻登记，有时与事实上存在或不能否认的婚姻关系将会产生矛盾。这里列举几种相关情形以资说明：

1.1994年2月1日以前的结婚登记被撤销，并不影响婚姻关系成立

根据最高人民法院司法解释，1994年2月1日以前以夫妻名义同居的，只要符合结婚的实质要件，承认双方的婚姻效力。那么，1994年2月1日以前登记结婚的当事人，如果只是登记程序违法，而符合结婚实质条件的，即使登记程序被认定违法或无效，也不影响当事人的婚姻关系的成立。因为可以作为事实婚姻对待，当事人的婚姻关系仍然存在和有效。因而，按行政诉讼程序撤销该类婚姻登记，并不能有效地解决当事人双方的婚姻关系。

2.越权管辖等婚姻登记瑕疵，并不影响婚姻关系的效力

《婚姻登记条例》第4条规定：“内地居民结婚，男女双方应当共同到一方当事人常住户口所在地的婚姻登记机关办理结婚登记”。《婚姻登记工作暂行规范》第5条规定：“婚姻登记机关不得违反上述规定办理婚姻登记”。

根据上述规定，婚姻登记机关不得违反规定跨地区办理或颁发婚姻证件，包括不得颁发结婚证和离婚证。违反规定跨地区办理或颁发婚姻证件就是违法。但在现实生活中，违反规定跨地区办理或颁发婚姻证件情形却很严重。然而，对于这种情况，只要婚姻登记没有违反其它规定，双方完全是自愿结婚，完成了婚姻登记行为，并符合结婚的条件，应当认定婚姻成立有效;如果婚姻登记没有违反其它规定，双方完全是自愿离婚，其离婚也应当有效。对于违反规定跨地区颁发婚姻证件的情况，如果婚姻当事人以婚姻登记机关违法颁发婚姻证件为由，提起行政诉讼，请求撤销婚姻登记，人民法院在行政判决中一方面要确认婚姻登记行为违法，一方面要确认婚姻关系有效，行政判决的功能不适用。因为行政诉讼判决只能确认婚姻登记行政行为是否违法，而不能确认婚姻民事法律关系是否成立。

还有民政部门颁发假结婚证的行政行为，其行政行为违法与婚姻的效力，也不能是一个评判标准。据《中国青年报》2004年6月1日报道,从1994年到1997年,玉林市结婚22.5681万对,而到自治区民政厅购买结婚证的仅为14.86万对，这意味着该市可能有7.7万多对夫妇领取的是假结婚证。

民政部门颁发假结婚证的行政行为肯定是违法的。但当事人的婚姻关系又是有效的。那么，对于民政部门颁发假结婚证，当事人通过行政诉讼要求确认其行政行为违法，或者要求撤销婚姻登记或重新颁发结婚证等，法院不得不判

决确认其行政行为违法，或责令民政部门重新颁发结婚证。而判决确认行政行为违法，或责令民政部门重新颁发结婚证后，其婚姻关系如何?重新颁发结婚证后，其婚姻关系从何时起算?行政判决都难以解决。因为按照最高人民法院《解释》的规定，行政确认判决，只能确认行政行为违法或无效。对于婚姻登记来说，只能确认婚姻登记行为违法或无效，而对婚姻关系本身成立与不成立，或有效与无效，以及婚姻关系从何时成立，行政判决的功能难以解决。

3.他人代理或欺诈登记结婚等瑕疵，并不一定导致婚姻关系不成立或无效

有些违反一方结婚意愿的婚姻(常见的有他人代理结婚或一方采取欺诈手段登记结婚等)，单纯从结婚形式或程序上审查具体行政行为，可能属于违法或无效。但从婚姻关系上审查，婚姻则可能成立或有效。如由他人代理或一方采取欺诈手段登记结婚，事后婚姻当事人追认(包括默认)的，或者知道他人代理登记或采取欺诈手段登记后，仍与对方共同生活，并没有及时行使撤销权，而时隔数年，甚至十多年以后因婚姻关系劣变而主张婚姻登记行为违法或无效，要求撤销婚姻登记。对此，按照行政诉讼处理，单纯审查婚姻登记具体行政行为，肯定存在违法，而且按照婚姻登记程序的有关法律规定，可以认定婚姻登记行为违法或无效。但从婚姻关系来考察，则不能认定该婚姻关系不成立或无效。因为由他人代理或采取欺诈手段登记结婚的婚姻，主要是违背当事人结婚意愿，这与被胁迫结婚具有相同的性质。而我国法律规定被胁迫结婚，除被非法限制人身自由外，应当自结婚登记之日起一年内提出撤销婚姻。否则，不能再提出撤销婚姻。参照处理被胁迫结婚的有关规定，上述瑕疵婚姻，超过了一定期限，就不能再提出撤销婚姻的主张，违法婚姻自然转化为合法婚姻。但按照行政诉讼案件处理婚姻登记纠纷，往往因为婚姻登记违反婚姻登记形式要件，而直接判决撤销婚姻登记。

可见，婚姻登记具体行政行为违法或无效，并不一定导致婚姻关系当然不成立或无效。如果按照行政诉讼处理，在认定婚姻登记行政行为违法或无效的情况下，对当事人的婚姻关系并不能完全得到解决。要解决当事人的婚姻关系是否成立，则必须在认定婚姻登记行政行为违法或无效的同时，一并确认婚姻关系成立或有效;否则，将会随着婚姻登记行为的撤销而使本来应当成立或有效的婚姻关系也随之撤销。而在行政诉讼判决中，既要对行政行为的违法与否进行确认，又要对民事婚姻关系进行确认，行政诉讼的功能难以适用。因而，行政诉讼案件的判决原则并不完全适用婚姻登记纠纷。

同时，当事人目的并不在于确认婚姻登记行为违法与否，而在于确认婚姻关系是否成立或存在。直接通过行政诉讼撤销婚姻登记，或者确认婚姻登记行政行为违法或无效，实际上是用确认婚姻登记具体行政行为违法或无效，代替确认婚姻关系成立与不成立或有效，混淆了行政诉讼与民事诉讼的界限。采用如此别扭的诉讼形式，不如通过民事诉讼，确认婚姻关系成立与不成立更为畅通。

(三)婚姻纠纷案件中的所谓相对行政人，具有牵强附会而虚设之嫌

因婚姻登记程序引起的婚姻纠纷案件，一般来说，当事人既不是对婚姻登记机关的不作为起诉，要求其作为;也不是要求婚姻登记机关承担因登记错误而产生的法律责任，其诉讼目的就是要求法院确认其婚姻关系是否成立或有效。这样的案件，到底有什么“行政性”?它只不过是原告将婚姻登记机关列为被告而已。而这类案件，又主要是当事人为了结婚而造假，过错在于当事人，除极个别外，登记机关一般并没有过错。而运用行政诉讼解决结婚登记中存在的问题，不论其过错与婚姻登记机关是否有关，则非要起诉婚姻登记机关不可。婚姻登记机关无辜成为被告，也是没有道理的。这给人的感觉似乎是：为了把这类案件作为行政案件，而非要虚设一个相对行政人不可。

同时，根据有关规定，婚姻登记机关不能受理此类纠纷。那么，对于婚姻登记机关无权处理或不能处理的事情，我们又有什么理由要起诉它?它又怎么能够成为相对行政人?

还有些婚姻成立或不成立纠纷，根本不涉及婚姻登记机关违法与不违法问题，将婚姻登记机关作为行政诉讼案件的被告，更没有道理。这里仅略举几类典型案例加以说明。

1、涉及婚姻登记程序是否完成的婚姻纠纷

如2004年10月1日，张女士与退休干部李某申请结婚登记。婚姻登记机关经过审查，认为双方符合结婚条件，即予以登记，但因故当时没有发放结婚证。10月9日婚礼如期举行，当晚李某突发心肌梗塞死亡。李某所在单位以张女士与李某婚姻不成立为由要收回分给李某的房屋。张女士则认为与李某的婚姻成立。

又如，王某与张某于2003年相识、恋爱并同居。2004年生育一子。2005年两人到婚姻登记机关进行结婚登记，并按照要求填写了结婚登记申请表。婚姻登记机关工作人员亦在审查栏具名并签署“经审查情况属实，准予登记”意见。因未婚生子须缴纳罚款，王某与张某不愿缴纳;婚姻登记机关最终也没有在结婚登记申请表上加盖公章，也没有向两人发放结婚证。其后不久，两人因性格不合开始分居。2006年3月，王某因车祸死亡，张某得知，遂以配偶身份向法院具状请求肇事方给付死亡赔偿金若干元。王某与张某的婚姻是否成立，张某与王某的其他近亲属有不同看法。

像这样的案件，所涉及的核心问题就是婚姻是否成立，而不是民政机关是否违法问题。将民政机关作为被告，没有任何根据和意义。而且民政机关也难以解决。

2、涉及非法定机关颁发结婚证或伪造结婚证的婚姻纠纷

武女士 2006年刚满21岁。据她介绍，2003年7月份，她与邻村一位男青年相恋。2005年10月，男方家人拿着双方的照片和户口证明，代他们办理了结婚证。其间，武女士本人既没有去民政部门登记，也未在证件上签字、按手印。 武女士说，当时她对结婚登记的法定程序并不太了解，再加上对方办理的证件上盖有各级民政部门的“大红章”，便认为自己已正式拥有了合法的婚姻。一个多月后，她和恋人举行了婚礼。然而，好景不长，两人时常为一些琐事争吵不休。武女士说，2006年8月，她已有了3个月身孕，但爱人仍以当时不够法定结婚年龄为由，向当地法院提起诉讼，要求撤销婚姻登记。 法庭经过调查，也初步认为男方户口本上的年龄的确与“结婚证”不符，其结婚时男方的实际年龄未满22周岁。对此，武女士在痛心之余备感惊讶：办理结婚证不仅需要两个人的户口证明，还要经过民政部门的审核，盖有印章的证件为何会出现如此大的差错呢? 在武女士持有的“X字第210500025号”结婚证上，男方年龄22岁;女方年龄20岁。发证机关为“XX县XXX镇婚姻登记处”，发证日期是2005年10月11日。 然而，XXX镇政府主管民政工作的负责人解释说，从2003年开始，镇政府便不再办理婚姻登记工作，镇婚姻登记处也取消了。

本案当事人“结婚”时的年龄虽然没有达到法定婚龄，但“离婚”时已经达到法定婚龄，其婚龄已经不影响婚姻的成立或是否有效。本案所涉及的关键问题就是结婚证上的发证机关涉嫌假冒。所以，本案所涉及问题就是要确认其结婚证是否合法机关颁发。

像这样的案件，如果结婚证不是合法机关颁发，法院可以直接确认因颁发结婚证的机关不合法，双方婚姻不成立。这样的案件，又怎么能将行政机关列为被告呢?

3、不涉及行政违法的单纯婚姻关系是否存在纠纷

有一些婚姻纠纷，双方争议的焦点是单纯的婚姻关系是否存在，不涉及婚姻登记机关的行政行为是否违法。

如温岭箬横的金师傅在2008年遇上了大难题。10年前，他与一位贵州籍女子登记结了婚，产下一子。由于感情不和，女方一年后回娘家居住，金师傅只好一人在温岭照顾孩子。 一晃8年过去了。金师傅考虑双方已没有复合的可能，就动起了离婚的念头。谁知，对方压根就不承认跟他结过婚。因为女方更改后的现在身份证号码，与她当年留在结婚证上的号码，根本就对不起来。现在女方身份证上登记的出生年份为1982年，而结婚证上登记的出生年份为1976年。因此，无论是温岭民证部门还是法院，都不肯办理金师傅的离婚手续。金师傅说：“民证部门及法院的同志都说，按照法律，连离婚对象都不确定，所以这婚没法离。”

上述案件，是女方结婚后更改自己的身份资料，不存在婚姻登记机关违法问题。更主要的是，双方当事人所争议的是两人是否存在婚姻关系问题，而不是婚姻登记机关的违法与否问题，怎么能将婚姻登记机关作为被告?

同时，这些案件不仅说明婚姻登记机关不能作为被告，也说明婚姻成立或不成立之诉，已经不是一个需要与不需要的问题，而是一个非要不可的问题。否则，有些婚姻纠纷根本无法处理。

(四)行政诉讼的起诉条件和诉讼时效，更难适用婚姻成立或不成立之诉

根据行政诉讼法第六章“起诉和受理”的有关规定，行政诉讼案件的起诉和受理有严格条件。一般都有行政前置程序和诉讼时效的限制。这些规定，并不适用婚姻纠纷。如最高人民法院关于执行《中华人民共和国行政诉讼法》若干问题的解释第42条规定：“公民、法人或者其它组织不知道行政机关作出的具体行政行为的内容的，其起诉期限从知道或者应当知道具体行政行为的内容之日起计算。对涉及不动产的具体行政行为从作出之日起超过20年、其它具体行政行为从作出之日起超过5年提起诉讼的，人民法院不予受理”。按照行政诉讼的起诉条件和诉讼时效处理婚姻登记纠纷，就会出现二难现象：要么就不受理，要么就违法受理。而在实践中，有的法院受理的所谓婚姻登记行政案件，则不受起诉条件和诉讼时效限制，包括结婚已经10年、20年以上的，未经任何行政前置程序，也直接受理。这与行政诉讼法规定的起诉条件和诉讼时效是矛盾的。有的法院则则严格执行诉讼时效规定。如项城市法院2007年就驳回了一起2000年进行婚姻登记的行政诉讼案件。 可见，从起诉条件和诉讼时效考察，婚姻登记纠纷不适用行政诉讼程序。而民法总则的有关诉讼时效，不适用婚姻等身份关系。婚姻无效或不成立等，不受民法总则诉讼时效的限制，当事人可以随时起诉。因而，直接按照民事纠纷处理，没有法律障碍，也简便易行。

二、运用婚姻成立或不成立之诉，才是解决婚姻登记纠纷正当途径

婚姻成立或不成立之诉，是当事人请求人民法院确定其二人间有无夫妻关系之诉。所谓婚姻成立，就是当事人完成了缔结婚姻形式要件或者婚姻形式要件成就，婚姻依法存在。所谓婚姻不成立，就是当事人之间的结婚行为因欠缺婚姻成立的必要形式要件而致使婚姻没有成就，婚姻不存在。我国婚姻法第8条规定：“要求结婚的男女双方必须亲自到婚姻登记机关进行结婚登记。符合本法规定的，予以登记，发给结婚证。取得结婚证，即确立夫妻关系。”可见，在我国，依法进行婚姻登记的结婚行为，其婚姻成立;没有进行婚姻登记的结婚行为，婚姻不成立。涉及婚姻登记程序的纠纷，主要是涉及婚姻成立或不成立问题，因而，运用婚姻成立或不成立之诉，才是解决婚姻登记纠纷正当途径。

运用婚姻成立或不成立之诉，解决因婚姻登记引起纠纷，具有重要的理论价值和实践意义。

1、建立婚姻成立或不成立之诉，可以理顺法律关系，完善婚姻诉讼体系

我国婚姻法(第 8 条)和相关配套法律，在实体法上设立了婚姻成立或不成立制度。但在诉讼程序上，却没有相关机制作保障，婚姻成立或不成立诉讼程序处于“空挡”状态，这将有损于实体法的贯彻执行。对于因婚姻登记所引起的婚姻成立或不成立纠纷，通过行政诉讼程序来解决，牵强附会，缺乏科学性。因婚姻登记引起的婚姻效力之争，实质上就是婚姻关系成立与不成立之争，这完全是一种民事案件，直接按照民事纠纷处理，顺理成章，简便易行。建立婚姻成立或不成立之诉，可以理顺法律关系，完善婚姻诉讼体系。

2、建立婚姻成立或不成立之诉制度，可以为大量的婚姻纠纷提供司法保障，维护当事人人身权利和财产权利

目前没有建立婚姻成立与不成立诉讼制度，司法实践中，对于因为婚姻成立或不成立发生争议后，虽然有的将婚姻不成立作为婚姻无效或行政案件处理，但更多的情形则需要通过提起确认婚姻成立或不成立之诉处理，由于该诉讼机制没有建立，使大量婚姻纠纷无法得不到有效解决。建立婚姻成立或不成立之诉制度，使诉讼管道畅通，保障当事人权利得以实现。

3、建立婚姻成立或不成立之诉，可以弥补现行婚姻法有关婚姻无效制度的不足

我国现行婚姻法对婚姻无效所采取的立法形式是列举式 ，对于现实生活中有些没有列举而又难以承认婚姻效力的婚姻无法处理。同时，我国没有设立离婚无效制度，对于离婚无效，也难以处理。建立婚姻成立与不成立之诉制度后，可以将婚姻法未列举为婚姻无效而又缺乏婚姻效力的情形，按照广义的婚姻不成立处理。对于离婚无效，也可以通过确认原婚姻成立，使其离婚失去效力。这样既可以弥补现行婚姻无效制度的不足，又可以避免与法定无效婚姻制度相冲突。

4、可以推动婚姻婚姻成立与不成立理论研究，为正确判断各种婚姻性质提供理论标准

由于目前没有婚姻成立或不成立之诉，对于实体法上的婚姻成立或不成立研究没有得到应有重视。我国目前尚没有建立婚姻成立的科学概念，理论上一般把婚姻成立与结婚相等同，把婚姻成立等同于婚姻有效;或者将婚姻不成立等同于婚姻无效。而婚姻成立与不成立之诉，必须以实体法上的婚姻成立或不成立为基础。确立婚姻成立与不成立之诉，在具体案件处理中离不开实体法上的婚姻成立与不成立理论的适用。这将有助于推动婚姻婚姻成立与不成立理论研究，厘清婚姻成立与婚姻有效、婚姻不成立与婚姻无效等婚姻形态的关系，为正确判断各种婚姻形态提供理论标准，以免在理论上混淆婚姻不成立与婚姻无效等婚姻形态的界限。

5、建立婚姻成立与不成立之诉制度，有利于划清结婚与婚姻成立的界限，增强人们依法登记的观念

实践中，人们往往简单地把结婚等同于婚姻成立，认为只要有结婚行为，婚姻就成立了，以致于把一些不合法定形式要件或者没有完成必要形式的婚姻，也误认为婚姻成立。而确立婚姻成立与不成立之诉，就会使婚姻成立与不成立的概念逐渐深入人心，让人们知道，结婚并不等于婚姻成立，只有符合结婚形式要件的婚姻，婚姻才能成立，以便人们自觉遵守结婚的形式要件，促进对结婚形式要件的重视，减少婚姻登记形式上的违法现象。

三、确认婚姻成立或不成立之诉具有可能性

在民事诉讼理论上，有确认之诉。确认婚姻成立或不成立之诉，是确认之诉的一种。因而，在理论上，建立确认婚姻成立或不成立之诉制度没有障碍。

从法律上考察，建立确认婚姻成立或不成立之诉制度，既有实体法上的根据，也有程序法上的根据。从实体法上看，有其充分的法律根据。婚姻法第 8 条及其有关配套法规，对婚姻成立的要件，作出了明确的规定。这可以作为我们认定婚姻成立或不成立的根据。在程序法上，我国的司法解释，业已确立了审理无效婚姻和可撤销婚姻制度。请求确认婚姻成立或不成立之诉，与请求宣告无效婚姻和撤销婚姻之诉的诉讼性质基本相同，完全可以参照适用。因而，确认婚姻成立或不成立之诉，无论是在实体法上，还是程序法上，都没有法律障碍。

外国和我国台湾都有关于确认婚姻成立或不成立之诉的法律规定，如德国民事诉讼法第 606 条规定了“确认当事人之间婚姻关系存在与否的诉讼”， 台湾地区“民事诉讼法“第九编“人事诉讼程序”中的第一章“婚姻事件程序”(第 568 條等条文)，也有关于確認婚姻成立或不成立之诉的规定。这些都可供我们借鉴。

规范婚姻瑕疵纠纷诉讼路径之必要性与可行性
——婚姻法解释三第一条的修改与完善

王礼仁

【摘要】婚姻瑕疵纠纷的诉讼路径不仅应当解决，而且完全可以解决，但婚姻法司法解释三却未予解决。这是一大遗憾。建议对婚姻法司法解释三相关条文予以修改补充，明确规范婚姻瑕疵纠纷通过民事诉讼程序解决。

最高人民法院在《关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释（三）（征求意见稿）》（简称“解释三”）第一条规定：“当事人就婚姻法第十条规定的四种无效婚姻以外的情形申请宣告婚姻无效的，人民法院应当判决驳回当事人的申请”。这一解释与最初稿的条文相比，虽然有很大的进步，但仍然存在不足，需要进一步完善。

一、解释三的不足与完善

解释三现行条文与最初的条文相比，有很大的进步，即删除了“告知其可以依法申请行政复议，提出行政诉讼”的内容。删除上述内容很有必要。否则，就会与现行法律、行政法规相冲突。因为现行政法律法规明确规定婚姻登记机关不得处理婚姻登记纠纷。同时，婚姻行政诉讼也难以解决婚姻瑕疵纠纷。

但解释三第一条只是解决了瑕疵婚姻不属于无效婚姻问题，没有解决瑕疵婚姻最突出的“诉讼难”问题。因而，该规定仍然存在不足，需要补充完善，明确规范瑕疵婚姻的诉讼路径。为此，笔者建议，对原条文作如下补充修改：

当事人因婚姻登记瑕疵起诉请求宣告婚姻无效或撤销婚姻的，对于不属婚姻法第十条或第十一条规定的无效婚姻或撤销婚姻情形的，人民法院不得按无效婚姻或撤销婚姻处理 。

对于不属法定无效婚姻或撤销婚姻情形的婚姻登记瑕疵纠纷，人民法院应当告知当事人根据婚姻法第八条规定，提起确认婚姻成立或不成立之诉解决。

当事人在离婚诉讼中对结婚登记效力提出异议，主张婚姻不成立或无效的，人民法院可以将离婚之诉与婚姻不成立或无效之诉合并审理，先确认婚姻是否成立或有效，然后处理离婚问题。对于确认婚姻不成立或无效者，则直接处理子女、财产问题。

在上述修改条文中，第一款是在原第一条的基础上修改的，主要是增加了婚姻法第十一条规定，这样更加全面。同时在文字上作了一些调整。第二、三两款是在原条文基础上增加的新内容，即在民事诉讼中“一揽子”解决婚姻纠纷。其中第二款是解决瑕疵婚姻的诉讼路径问题，第三款是解决婚姻诉讼的合并审理问题。增加二、三两款，既非常必要，又完全可以在现行法律体制下解决，切实可行。

二、规范婚姻瑕疵纠纷诉讼路径之必要性

（一）规范婚姻瑕疵纠纷诉讼路径是满足人民司法需求的当务之急

在司法实践中，婚姻瑕疵纠纷“诉讼难”的问题十分严重。如2008年常先生以妻子持虚假身份证登记结婚为由提起行政诉讼，要求撤销结2001年的婚登记。北京市西城区法院以过诉讼时效为由驳回起诉。[1] 1989年5月19岁的李女士用姐姐的身份证与吴某登记结婚，2009年10月李女士向金湾区法院起诉离婚，则因结婚证与李女士姓名不符，一审、二审均驳回起诉。[2]1995年陈美未到婚龄，便冒用姐姐陈丽的身份登记结婚。2008年6月陈丽陷入了“重婚”之嫌，便提起行政诉讼，请求撤销妹妹和妹夫的婚姻，因超过行政诉讼时效，被法院驳回。陈丽被迫又打侵权官司，法院判决妹妹和妹夫赔礼道歉并赔偿损失。[3]但陈丽打了两场官司，其 “重婚状态”，依然没有解决。由此可见，目前民事诉讼不受理此类案件，而行政诉讼又无法解决，当事人将完全丧失救济途径。如上述案例1 和案例3因过行政诉讼时效被驳回起诉后，当事人则不能通过民事诉讼解决。而案例2民事诉讼被驳回后，1989年的结婚登记，也显然超过了行政诉讼时效。当事人也将彻底丧失救济途径。

这里所列举的只是进入法院诉讼程序的几个典型案件，但它反映的问题具有普片性。同时，还有很多案件因法院不受理而没有进入诉讼程序，当事人四处奔波，纠纷无法解决。如当阳市一女子身份证被人冒用结婚，奔波4年不能结婚。[4]有的甚至无赖时，通过媒体呼吁，以寻找办法。如金某的妻子出走8年，则因妻子身份有问题无法离婚。金某便通过《台州日报》发布信息，希望好心人能帮他出主意，让他早日离婚。[5] 有的女性不能与丈夫离婚，干脆与他人同居、甚至重婚。[6]

可见，尽快解决婚姻瑕疵纠纷“诉讼难”，是人民群众的迫切要求，势在必行。人民法院和法学理论工作者，应当将其作为落实司法为民、满足人民群众司法需求的当务之急，及时加以规范和解决。

（二）通过民事路径解决婚姻瑕疵纠纷，是行政复议不能、行政诉讼无能的必然要求

1、所谓“行政复议不能”，就是婚姻瑕疵纠纷，婚姻登记机关无权处理，不能通过行政复议程序解决。在过去没有无效婚姻制度时，民政部门可以撤销婚姻登记，事实上起到了补充无效婚姻制度的作用。但现行婚姻法设立了无效婚姻制度，为了防止扩大无效婚姻的范围，婚姻法、《婚姻登记条例》等取消了民政部门任意撤销婚姻登记的权力。目前，民政部门只能受理和撤销法律规定的受胁迫结婚一种。 同时，民政机构要处理此类纠纷，无论是维持还是撤销结婚登记，都必须进行实质调查和实质判断。否则，就可能再次出现错误。而民政部门没有进行实质调查和实质判断的职能。也就是说，民政机关无权处理；你硬要它处理，它也无力处理。因而，对于婚姻关系纠纷，以诉讼方式，由法院处理，是各国的通例。[7]

2、所谓“行政诉讼无能”，就是行政诉讼的功能难以有效地解决婚姻登记瑕疵纠纷。通过行政诉讼解决婚姻登记

瑕疵纠纷，至少有十个方面的缺陷（笔者另有专文），包括行政证据规则、行政诉讼时效等都不适用婚姻瑕疵纠纷。限于篇幅，这里只强调一点，即行政诉讼审查的对象是婚姻登记行为，而此类案件的真正诉讼标的是婚姻关系。行政诉讼对婚姻登记行为的合法性审查和判断，并不能解决婚姻关系合法与有效问题。许多婚姻登记行为虽然不合法，但并不影响婚姻关系的成立与有效。行政判决既要确认婚姻登记行为违法，又要确认婚姻关系有效，其判决功能难以实现。在同一婚姻关系中，涉及登记婚姻与事实婚姻需要同时作出判断时，行政诉讼更是无以应对。如山东省滕州市人民法院 2009 年的行政判决撤销了一起 1993 年 4 月的婚姻登记案。[8]本案虽然撤销了婚姻登记，但当事人在 1994 年 2 月 1 日前即同居，构成了事实婚姻。行政判决仅仅撤销婚姻登记，则与实际婚姻关系相互矛盾。可能会使当事人误以为双方已经不存在婚姻而另行结婚构成重婚。

由于婚姻登记机关和行政诉讼不能和无能解决婚姻登记瑕疵纠纷，民事诉讼就是必然选择。

（三）通过民事路径解决婚姻瑕疵纠纷，是现行婚姻制度的内在要求

我国过去一直没有婚姻无效制度，有些婚姻登记违法案件由婚姻登记机关处理。因而，在离婚审判中不可能遇到婚姻无效的问题，当事人也不可能在离婚中提出婚姻无效的主张。但现在不同，现行法律设立了婚姻无效制度，而且婚姻无效统一由法院管辖。这种制度层面的变化，不仅会在离婚诉讼中涉及到婚姻有效与无效问题，还会涉及到在同一诉讼中合并审理离婚与婚姻无效等不同诉讼请求问题。如一方起诉离婚，另一方反诉婚姻无效或不成立，或者一方请求宣告婚姻无效，另一方主张婚姻有效，请求离婚。这必然要改变过去单纯的离婚诉讼程序，需要将各种婚姻关系之诉合并审理，一并解决。因而，婚姻诉讼的合并审理已成为现行法律的必然要求。而各种婚姻关系之诉合并审理，只能在民事诉讼程序中解决。

三、规范婚姻瑕疵纠纷诉讼路径之可行性

通过司法解释明确规范通过民事诉讼程序解决婚姻瑕疵纠纷的诉讼路径，具有可行性。无论是从现行法律体制上考察，还是从司法实践中检验，民事诉讼路径都是切实可行的。有人认为，笔者提出的上述方案虽然可行，但需要修改法律后才能实行。这实际上是一种误解。婚姻关系确认之诉和婚姻案件合并审理，这在现行法律制度中都有根据，不存在法律障碍，完全可以付诸实施。

（一）婚姻成立与不成立之诉有其充分的法律根据和理论根据

1、婚姻成立与不成立之诉有其充分的法律根据

“婚姻登记瑕疵”，是指在婚姻登记中存在程序违法或欠缺必要形式要件等缺陷。因而，它主要违反的是婚姻登记程序，所涉及的评判标准是婚姻的程序要件，所涉及的婚姻性质不是婚姻的有效与无效问题，而是婚姻成立与不成立问题。而婚姻法第 8 条是关于婚姻成立与不成立的规定，是判断婚姻成立与不成立的法律根据。婚姻第 8 条规定，“要求结婚的男女双方必须亲自到婚姻登记机关进行结婚登记。符合本法规定的，予以登记，发给结婚证。取得结婚证，即确立夫妻关系。”根据该条规定，依法登记，并取得结婚证，婚姻则成立。反之，婚姻登记严重违法或者欠缺婚姻成立的必要要件，婚姻则不成立。

因而，婚姻成立与不成立之诉，在现行法律体制上没有障碍。而且，确认婚姻关系之诉也是落实该条规定的需要，否则，对于涉及婚姻登记程序的纠纷就难以解决。

2、婚姻成立与不成立之诉有其充分的理论根据

在民事诉讼法上，也有确认之诉。婚姻关系确认之诉在民事诉讼中没有法律障碍。而且，在一些国家和地区也有婚姻成立与不成立之诉，如德国和我国台湾地区均设有婚姻成立与不成立之诉。这也可供我们借鉴。

3、婚姻成立与不成立不仅有法律根据，而且实践中缺其不可

确认婚姻成立与不成立之诉，并不是可有可无问题，而是缺其不可。没有婚姻成立与不成立之诉，不少婚姻纠纷，则难以解决。如发生在北京的一起登记后没有领取结婚证一方死亡的案例。双方所争议的就是这个婚姻登记程序是否完成，婚姻是否成立。这只能用婚姻法第 8 条关于婚姻成立与不成立的标准判断，不可能用其他标准判断。又如，妹妹使用姐姐身份证与赵男结婚。姐姐与赵男是否存在婚姻关系，也只能适用婚姻成立与不成立之诉解决。 再如，有关事实婚姻是否存在或成立的纠纷，也只能用婚姻成立与不成立理论解决。比如一方说是同居关系，另一方说是事实婚姻。要解决双方的争议，也是涉及事实婚姻是否成立问题。 实践中，的，还很多情形，需要需要确认婚姻关系是否成立或存在，不一一列举。

（二）婚姻案件不仅可以而且应当合并审理

1、婚姻案件合并审理有法律根据

尽管婚姻法和民事诉讼法没有直接规定婚姻诉讼案件合并审理，但婚姻案件合并审理，在民事诉讼法上有充分根据。婚姻案件属于民事案件，民事诉讼法第 126 条关于合并审理的规定，当然适用婚姻案件。比如原告认为婚姻有效提出离婚，被告反诉婚姻无效或不成立，这当然要合并审理。

目前，在离婚诉讼中，对一方主张婚姻无效或不成立时，之所以要驳回起诉，要求当事人另行诉讼，其根本原因在于对婚姻性质判断错误，认为婚姻无效或不成立属于行政案件，只能通过行政复议或行政诉讼解决。实际上，无论是违反结婚的形式要件，所引起的婚姻成立与不成立之争，还是违反结婚的实质要件，所引起的婚姻有效与无效之争，都是平等主体之间关于婚姻性质或效力之争，都是典型的民事案件。而且如前所述，这类纠纷，行政机关无权处理，行政诉讼无能处理，只能通过民事诉讼程序解决。

2、婚姻案件应当合并审理

为了尽可能在同一诉讼程序中统一解决因同一婚姻而发生的各种不同请求，避免或减少因对同一婚姻关系多次提起诉讼而致婚姻关系和家庭关系长期地、经常地处于不安定状态，婚姻关系案件以一次解决为原则。对此，大陆法系国家民事诉讼法亦有规定。各种婚姻关系之诉，包括婚姻附带之诉合并审理，主要有三个好处：一是避免婚姻关系长期处于不安定状态；二是避免相互矛盾判决；三是经济简便，方便当事人诉讼，节省司法资源，符合当前能动司法理念。

而且，对同一诉讼标的或同一法律关系应当合并审理，这也是民诉法的基本要求。对于婚姻案件来讲，更是如此，对于同一婚姻关系，不能分别审理，以免作出相互矛盾的判决。因而，婚姻案件不仅可以，而且应当合并审理，属于强制合并审理的案件。

（三）通过民事诉讼解决婚姻瑕疵纠纷切实可行

在民事诉讼中解决婚姻瑕疵纠纷完全切实可行，而且可以克服行政诉讼的弊端。

1、可以将各种婚姻关系之诉合并审理，一次解决 。在民事诉讼中，可以集中审理，一次性解决纠纷。在民事诉讼中，不仅可以对各种婚姻关系和并审理，还可以就财产分割、子女抚养等附带之诉与婚姻之诉合并审理，集中一次性解决。

2、在民事诉讼中，没有诉讼时效的障碍。对于婚姻无效，在民事诉讼中，明确规定不受一般诉讼时效限制，有请求权的人，任何时候都可以申请宣告婚姻无效。而婚姻不成立与婚姻无效具有相同性质，亦不受一般诉讼时效的限制。这在法理上非常明确，外国和我国台湾的民法中都有明确的规定。因而，在民事诉讼中，婚姻瑕疵纠纷没有诉讼时效障碍。

3、在民事诉讼中，没有判决功能障碍。对婚姻诉讼纠纷按民事案件处理，主要审查婚姻关系是否成立或有效，其评判标准与行政诉讼不同，一些有程序违法瑕疵的婚姻，只要符合婚姻的实质要件，在民事上可以认定婚姻成立有效，这可以弥补行政诉讼既要确认婚姻登记行为违法，又要确认婚姻关系成立有效，其功能不足的缺陷。

4、在民事诉讼中不存在相互否定和矛盾判决。在民事诉讼中，当事人可以就离婚、婚姻有效与无效等一并提起，或者提起反诉。法院可以对各种婚姻关系诉讼合并审理，避免矛盾判决。如原告提出婚姻不成立或无效之诉，被告可以反诉事实婚姻成立有效；或者原告提出离婚之诉，被告可以反诉婚姻不成立（或不存在），或者反诉婚姻无效。如在同一婚姻关系中，登记婚姻与事实婚姻并存时，行政诉讼在撤销登记婚姻时，与有效的事实婚姻形成相互矛盾。但民事诉讼程序中，法院可以合并审理，同时解决登记婚姻与事实婚姻的效力问题，避免相互矛盾判决。

5、在民事诉讼中，可以适用身份法的特殊规则和法理处理婚姻关系。婚姻关系主要由身份法调整，身份法的有些特殊规则和法理，只能在民事诉讼中才有斟酌和适用的余地。如婚姻无效的类推等，都只能在民事诉讼程序中适用。

6、在我国审判中已有成功判例，实践证明，婚姻瑕疵纠纷完全可以在民事诉讼中解决。如刘红玲因未达法定婚龄，借用其姐姐刘路英的身份证与赵光武登记结婚。2009 年 12 月，刘红玲准备起诉离婚时，因涉及到自己与赵光武的婚姻及其姐姐刘路英与赵光武的婚姻，到底如何认定问题。经法院释明，刘红玲将离婚之诉与婚姻关系确认之诉合并提起。其诉讼请求为：请求法院确认刘路英与赵光武的婚姻不成立，刘红玲与与赵光武的婚姻成立有效，并同时要求法院判决刘红玲与赵光武离婚，子女由刘红玲抚养。

宜昌市点军区法院合并审理后，于 2010 年 4 月判决认为：原告刘红玲因未达法定婚龄，借用其姐姐刘路英的身份证与赵光武办理结婚登记，其行为是错误的。但刘红玲与赵光武具有共同结婚的合意和行为，且双方以夫妻身份共同生活；刘路英与赵光武没有结婚的合意，也没有以夫妻身份共同生活的事实。因此，刘红玲与赵光武的婚姻关系成立，刘路英与赵光武的婚姻关系不成立。现刘红玲与赵光武均已达法定婚龄，其婚姻无效的情形已经消失，应当认定其婚姻成立有效。因赵光武下落不明已两年有余，夫妻关系名存实亡，故对刘红玲的离婚请求，予以支持。遂判决如下：一、刘红玲与赵光武的婚姻成立有效；刘路英与赵光武的婚姻关系不成立。二、准予刘红玲与赵光武离婚。三、子女赵寒晶由刘红玲负责监护。

本案判决的真正价值在于：适用民事诉讼程序成功地解决了婚姻登记瑕疵纠纷。尽管对认定刘红玲与赵光武的婚姻成立有效可能会有争议，但在民事诉讼程序中解决婚姻登记瑕疵纠纷，其价值和意义是不可否认的。它说明不仅完全可以运用民事诉讼解决此类纠纷，而且比行政诉讼更科学，更顺畅、简捷、彻底。可以将相关的婚姻诉讼合并审理，

“一网打尽”，无需重复诉讼。这充分体现了体现了现代先进司法理念，是能动司法的好典范。

改革开放三十多年来，我国婚姻法在实体方面的立法有长足进步与发展，取得了可喜成就。[9]但婚姻诉讼程序立法还相对滞后，至今没有建立家事诉讼程序（人事诉讼程序）。这种立法现状，已经远远不能满足现实生活需要。因此，我们呼吁，应当尽快建立家事诉讼程序。在家事诉讼程序尚未建立前，应当先对目前亟待解决、而且完全可以解决的婚姻瑕疵纠纷诉讼路径予以规范，以满足人民的司法需求。

【注释】

[1]《妻子持假证登记结婚丈夫起诉被驳回》，2010年01月04日《北京晚报》，http://www.fawu365.com/Html/zx/2010-1/4/10142213105054952.html

[2]《20年前用假身份结婚现想离婚一二审败诉金湾一妇女违反结婚登记程序处境尴尬》http://www.zh5156.com/article/article_2699.html

[3]《泉州：婚龄不足冒用亲姐身份登记 姐状告妹“讨名字”》2010年04月16日，http://news.163.com/10/0416/17/64DL8LAB00014AEE.html 。

[4]《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

[5]《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》。

[6]王礼仁《男女平等的法律并不是最好的法律??以女性从政和婚姻诉讼为视角》，《中华女子学院学报》，2010年第1期。

[7]李明舜《民法典的制定与结婚、夫妻法律制度的完善》，《中华女子学院学报》2002年第4期 。

[8《哥哥冒用弟弟身份结婚 嫂子起诉结婚证被撤》，http://010ls.com/hunyin/GeGeMaoYongDiDiShenFenJieHun_SaoZiQiSuJieHunZhengBeiChe/

[9]巫昌祯、夏吟兰《改革开放三十年中国婚姻立法之嬗变》，《中华女子学院学报》2009年第1期。

婚姻成立与不成立之诉在婚姻审判中的运用

王礼仁

【内容提要】婚姻成立或不成立之诉，是当事人请求人民法院确定其二人间有无夫妻关系之诉。由于我国没有建立婚姻成立或不成立之诉制度，在司法实践中，对于他人代理或冒名顶替、借用他人名义或身份证、使用虚假户口或虚假姓名、隐瞒真实身份、手续不完善或证件不齐全等不属于法定无效婚姻情形而引发的婚姻性质争议，以及因涉及身份财产权利或其他身份利益而需要通过确认婚姻成立或不成立之诉解决的纠纷，都不能通过正常途径解决或不能正确解决，有的诉讼无门，有的作无效婚姻或行政案件处理。将此类纠纷作为无效婚姻处理，显然属于扩大法定无效婚姻的违法现象，而运用行政诉讼程序解决民事婚姻纠纷，又存在诸多理论困惑，不能适应司法实践的需要。确立婚姻成立或不成立之诉，具有重要的理论价值和实践意义。其一，有利于理顺法律关系，完善婚姻诉讼体系，健全婚姻诉讼渠道，使现行诉讼机制中的问题迎刃而解。其二，有利于推动婚姻成立或不成立理论研究，厘清婚姻成立或不成立与其他婚姻形态的界限。其三、有利于弥补现行婚姻无效制度的不足，使法定婚姻无效之外欠缺婚姻效力的情形，以及离婚无效等，可以通过确认婚姻成立或不成立之诉解决。其四、有利于人们识别结婚与婚姻成立的区别，增强依法登记的观念，减少结婚形式上的违法现象。

在司法实践中，对于他人代理或冒名顶替、借用他人名义或身份证、使用虚假户口或虚假姓名、隐瞒真实身份、手续不完善或证件不齐全等因婚姻登记程序引发的大量婚姻纠纷，以及涉及身份财产权利或其他身份利益引起的纠纷，都需要通过确认婚姻成立或不成立之诉解决双方的争端，确认所争执的婚姻关系是否成立或存在。但由于我国没有建立婚姻成立与不成立之诉，这些纠纷都不能通过正常途径解决或不能正确解决，有的诉讼无门，有的作无效婚姻或行政诉讼案件处理。将此类纠纷作为无效婚姻处理，显然属于扩大法定无效婚姻的违法现象，而运用行政诉讼程序解决民事婚姻纠纷，又存在诸多理论困惑，不能适应司法实践的需要。然而，如果运用婚姻成立与不成立之诉解决这些纠纷，上述问题则可以迎刃而解。因而，尽快完善婚姻纠纷诉讼机制的“空挡”，运用婚姻成立与不成立之诉解决婚姻纠纷，已经迫在眉睫。

一、婚姻成立与不成立之诉的概念

婚姻成立与不成立之诉，是当事人请求人民法院确定其二人间有无夫妻关系之诉，包括确认婚姻关系成立（或存在）与确认婚姻不成立（或不存在）。当事人是请求确定婚姻关系成立，还是请求确定婚姻关系不成立，由当事人根据实际情况或自己的利益需要提出具体诉讼请求。在实体法上，所谓婚姻成立，就是当事人完成了缔结婚姻形式要件或

者婚姻形式要件成就，婚姻依法存在。所谓婚姻不成立，就是当事人之间的结婚行为因欠缺婚姻成立的必要形式要件而致使婚姻没有成就，婚姻不存在。我国婚姻法第8条规定："要求结婚的男女双方必须亲自到婚姻登记机关进行结婚登记。符合本法规定的，予以登记，发给结婚证。取得结婚证，即确立夫妻关系。"可见，在我国，依法进行婚姻登记的结婚行为，其婚姻成立；没有进行婚姻登记的结婚行为，其婚姻不成立。

应当注意的是，在民法理论上，婚姻不成立有广义和狭义之分。广义的婚姻不成立，包括欠缺婚姻形式要件的未完成婚姻、非婚(如同性婚姻)、以及其他不具有婚姻效力的婚姻。狭义的婚姻不成立，则仅指欠缺结婚形式要件的未完成婚姻。同时，从一些国家和地区的立法规定看，对于缺少结婚形式要件的未完成婚姻，到底是一个独立的形态，还是属于无效婚姻或可撤销婚姻，其归属也不尽相同。如德国和英国，对缺少结婚的形式要件的婚姻规定为可撤销婚姻。法国、菲律宾、意大利、日本和台湾地区，对缺少结婚的形式要件的婚姻规定为无效婚姻。而所谓的婚姻不成立，又并非专指缺少结婚形式要件的婚姻，还包括非婚（如同性结婚等）等不适法婚姻形态。可见，在国外，对于婚姻不成立的的判断标准和分类比较混乱，并无统一标准，对婚姻不成立与婚姻无效亦未严格区分。

但从我国婚姻立法来看，对婚姻无效所采取的是列举式立法模式，所列举的婚姻无效情形不包括欠缺或违反结婚形式要件的不成立婚姻。因而，在我国，应当将无效婚姻与婚姻不成立等其他不完全婚姻形态加以区别。在我国，婚姻不成立，主要是指欠缺必要婚姻形式要件的不完备婚姻。即婚姻形式要件"绝对欠缺"(即缺少必要婚姻形式要件)，才是婚姻不成立。至于同性婚姻、两性同居，则不具有婚姻属性，属于非婚现象，不存在婚姻成立与不成立问题。而无效婚姻，则是违反结婚实质要件的婚姻，是对已成立的婚姻所进行的法律否定，也不属于婚姻不成立。由此可见，在我国，婚姻不成立是有其特定含义的，即是指缺少婚姻形式要件的不完备婚姻。这也符合我国婚姻立法的实际情况。根据我国婚姻法第8条和婚姻法第10条、第11条的规定，婚姻不成立与婚姻无效或撤销，是两种不同的评价标准，即婚姻成立与否的判断标准是程序要件，婚姻有效与无效的判断标准是实质要件，两者是有区别的。

当然，尽管我国的婚姻不成立属于狭义范围，但在司法实践中，如果遇到一些案件，既不属于狭义的婚姻不成立范围，又不属于法定无效婚姻的范围，而这些婚姻又不能认定为有效婚姻而加以保护时，也可以借鉴广义的婚姻不成立理论，以婚姻不成立予以否认，以免按婚姻无效处理而造成与法定无效婚姻制度相冲突。也就是说，不仅可以运用婚姻成立或不成立之诉，解决因婚姻登记程序违法引起的婚姻成立或不成立纠纷，也可以借助婚姻成立或不成立之诉，对法定无效婚姻之外的婚姻效力之争加以确认[1]。

二、运用婚姻成立或不成立之诉，解决因婚姻登记程序引起的婚姻纠纷势在必行

或不成立之诉解决。但由于我国没有建立婚姻成立或不成立之诉制度，在司法实践中，完全没有适用婚姻成立或不成立之诉解决婚姻纠纷，导致现实生活中大量需要确认婚姻关系成立或不成立的案件，都不能得到有效解决。如对于他人代理或冒名顶替、借用他人名义或身份证、使用虚假户口或虚假姓名、隐瞒真实身份、手续不完善或证件不齐全等因婚姻登记程序引发的婚姻性质争议，以及因涉及身份财产权利或其他身份利益引起的纠纷，都需要通过确认婚姻关系成立或不成立之诉解决。但由于缺乏婚姻成立或不成立之诉，导致这些纠纷有的诉讼无门，有的作无效婚姻或行政案件处理，不能通过正常途径解决或不能正确解决。这种现状，不仅造成了当事人诉讼难，也造成了司法程序上的混乱和法律适用错误等诸多问题。因而，建立婚姻成立或不成立之诉，运用婚姻成立与不成立之诉解决婚姻纠纷势在必行。

（一）婚姻成立或不成立之诉涉及的范围广适用价值高

从司法实践来看，涉及确认婚姻成立与不成立的范围非常广泛，不仅大量婚姻纠纷需要通过确认婚姻成立或不成立之诉解决，还涉及身份财产权利或其他身份利益的纠纷，也需要通过确认婚姻成立或不成立之诉解决。

1、涉及婚姻性质的大量纠纷需要通过确认婚姻成立或不成立之诉解决。

根据我国婚姻法规定，法定婚姻无效只有四种情形，即：(1)重婚;(2)有禁止结婚的亲属关系的;(3)婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病,婚后尚未治愈的;(4)未到法定婚龄的。可撤销婚姻就是被胁迫结婚一种。但现实生活中，涉及到婚姻效力或婚姻成立与不成立的情形远远不止这些。如他人代理或冒名顶替进行婚姻登记的婚姻性质问题；借用他人名义或身份证结婚的婚姻性质问题；使用虚假户口虚或假姓名或登记姓名错误的性质问题；使用虚假证明材料登记的婚姻性质问题；隐瞒真实身份等欺诈结婚的婚姻性质问题；结婚证手续不完善或证件不齐全的婚姻性质问题；等等。由于这些情形都不属于法定婚姻无效或可撤销婚姻的范围，不能直接按照婚姻无效或可撤销婚姻的有关规定处理，当事人就婚姻性质或效力发生分歧后，需要通过确认婚姻成立或不成立之诉解决。

2、涉及身份财产权利或其他身份利益的纠纷，需要通过确认婚姻成立或不成立之诉解决。

除了单纯的婚姻性质纠纷外，涉及身份财产权利或其他身份利益的纠纷，也需要通过确认婚姻成立或不成立之诉解决。如夫妻财产的分割、夫妻共同债务的认定、夫妻之间相互扶养或帮助的处理，以及死亡补偿金的分配、财产继承等，都直接涉及婚姻关系是否成立的认定。因为婚姻关系成立与否，其法律后果迥然不同。因而，当事人以婚姻关

系是否成立作为主张财产权利的基础，请求确认婚姻关系成立与否，也要通过确认婚姻成立或不成立之诉解决。甚至有些非物质性利益或权利发生争执后，也涉及确认婚姻关系是否成立。如以夫妻身份署名权、代理权、悼念权、遗体处理权，等待，也涉及确认婚姻关系是否成立的认定。

总之，在现实生活中，婚姻关系成立或不成立涉及到当事人诸多方面的利益，有大量的纠纷需要通过确认婚姻关系成立或不成立之诉来解决，可以说是举不胜举。

（二）缺乏确认婚姻成立或不成立之诉给司法实践带来诸多问题

国务院颁布的新《婚姻登记条例》（2003年10月1日起施行）取消了原《婚姻登记管理条例》第25条关于“弄虚作假、骗取离婚登记”，应当由婚姻登记机关撤消离婚登记和予以罚款处理的规定。而新条例在第9条规定：因胁迫结婚的，受胁迫的当事人可以依据婚姻法第11条的规定向婚姻登记机关请求撤销其婚姻。民政部颁布的与之相配套的《婚姻登记工作暂行规范》（2003年10月1日实施）第46条规定：“除受胁迫结婚之外，以任何理由请求宣告婚姻无效或者撤销婚姻的，婚姻登记机关不予受理。”根据上述规定，民政部门不受理胁迫结婚以外的任何婚姻纠纷。而法院又只能受理法定的婚姻无效和婚姻撤销。在实践中，涉及到大量因婚姻是否成立而引起的纠纷，以及因财产权益或其他权益引起的确认婚姻是否成立纠纷，都不能通过正常途径得到有效解决。目前，对这类纠纷，要么相互推委或不予受理；要么将婚姻不成立作为婚姻无效或者作为行政诉讼案件处理，给司法带来诸多问题。

1、将婚姻不成立作为无效婚姻处理存在法律障碍。

婚姻不成立与婚姻无效是有区别的。因为我国婚姻无效所采取的是列举式立法模式，没有列举的情形，是不能作为婚姻无效处理的。将婚姻不成立作作为婚姻无效处理，实际上混淆了婚姻不成立作与无效婚姻的界限，与我国法定无效婚姻制度相抵触，在法律适用上明显存在障碍。

2、将涉及婚姻成立或不成立纠纷按行政诉讼案件处理缺乏科学性。

实践中，对于因借用他人名义、身份证，或者使用虚假户口、虚假姓名、虚假证明材料登记结婚，以及结婚证手续不完善等因登记程序引起的婚姻纠纷，大多都要求当事人通过行政诉讼解决。通过行政诉讼解决婚姻争端，并不科学。

（1）婚姻成立或不成立之诉不具有行政案件的性质。根据《中华人民共和国行政诉讼法》第11条规定，人民法院受理行政诉讼案件有八种： “（一）对拘留、罚款、吊销许可证和执照、责令停产停业、没收财物等行政处罚不服的；（二）对限制人身自由或者对财产的查封、扣押、冻结等行政强制措施不服的；（三）认为行政机关侵犯法律规定的经营自主权的；（四）认为符合法定条件申请行政机关颁发许可证和执照，行政机关拒绝颁发或者不予答复的；（五）申请行政机关履行保护人身权、财产权的法定职责，行政机关拒绝履行或者不予答复的；（六）认为行政机关没有依法发给抚恤金的；（七）认为行政机关违法要求履行义务的；（八）认为行政机关侵犯其他人身权、财产权的。除前款规定外，人民法院受理法律、法规规定可以提起诉讼的其他行政案件。”而认定婚姻登记无效或撤销婚姻登记与该八种行政行为的性质不符。同时，根据《婚姻登记条例》及其相关规定，已经明确规定婚姻登记机关不受理因婚姻登记程序引起的纠纷，此类案件则不属于行政案件范围。法院将其列为行政性质行为，没有法律根据。事实上，因婚姻登记程序引起的婚姻成立或不成立纠纷，是典型的民事案件，将其作为行政案件，可能是我国的唯一特色。

（2）将婚姻登记引起的婚姻成立与不成纠纷作为行政案件，在判决上也存在障碍。《中华人民共和国行政诉讼法》第54条规定，对于行政诉讼案件，“人民法院经过审理，根据不同情况，分别作出以下判决：（一）具体行政行为证据确凿，适用法律、法规正确，符合法定程序的，判决维持。（二）具体行政行为有下列情形之一的，判决撤销或者部分撤销，并可以判决被告重新作出具体行政行为：1、主要证据不足的；2、适用法律、法规错误的；3、违反法定程序的；4、超越职权的；5、滥用职权的。（三）被告不履行或者拖延履行法定职责的，判决其在一定期限内履行。（四）行政处罚显失公正的，可以判决变更。”根据上述规定，人民法院审理行政诉讼案件，只能作出“维持”、“撤销”和“变更”三种结果的判决。而对于婚姻登记引起的婚姻纠纷，则是“确认”性质判决，显然不适用上述规定。虽然2001年最高人民法院颁布的《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第57条第2款规定了可以对违法或无效的行政行为作出确认判决。[2]但因婚姻登记引起的婚姻纠纷，当事人所要确认的主要对象并不是行政行为的合法与违反或者有效与无效，而是当事人的婚姻关系是否成立。婚姻登记行为违法与否与婚姻关系是否成立,并不完全是一回事。婚姻不成立，婚姻登记行为肯定存在违法。但婚姻登记行为违法，并不一定都影响婚姻关系的成立。这里可以列举几种相关情形以资说明：

第一，有些婚姻登记行为虽然存在违法现象，但其婚姻关系仍然成立或有效。如婚姻登记行为存在一般违法或瑕疵的婚姻,往往并不影响婚姻的成立或效力。

第二，1994年2月1日以前登记结婚的当事人，如果只是登记程序违法，而符合结婚实质条件的，即使登记程序违法被认定违法或无效，也不影响当事人的婚姻关系的成立。对此，可以作为事实婚姻对待，当事人的婚姻关系仍然

存在和有效。

第三，有些违反一方结婚意愿的婚姻（常见的有他人代理结婚或一方采取欺诈手段登记结婚等），单纯从结婚形式或程序上审查具体行政行为，可能属于违法或无效。但从婚姻关系上审查，婚姻则可能成立或有效。如由他人代理或一方采取欺诈手段登记结婚的婚姻，事后被代理人追认（包括默认）的，或者知道他人代理登记或采取欺诈手段登记后，仍与对方共同生活，并没有及时行使撤销权，而时隔数年，甚至十多年以后因婚姻关系劣变而主张婚姻登记行为违法或无效，要求撤销婚姻登记。对此，按照行政诉讼处理，单纯审查婚姻登记具体行政行为，肯定存在违法，而且按照婚姻登记程序的有关法律规定，可以认定登记具体行政行为违法或无效。但从婚姻关系来考察，则不能认定该婚姻关系不成立或无效。因为由他人代理或采取欺诈手段登记结婚的婚姻，主要是违背当事人结婚意愿，这与被胁迫结婚具有相同的性质。而我国法律规定被胁迫结婚，除被非法限制人身自由外，应当自结婚登记之日起一年内提出撤销婚姻。否则，不能再提出撤销婚姻。参照处理被胁迫结婚结婚的有关规定，超过了一定期限，就不能再提出撤销婚姻的主张，违法婚姻自然转化为合法婚姻。

可见，婚姻登记具体行政行为违法或无效，并不一定导致婚姻关系当然不成立或无效。因而，如果按照行政诉讼处理，在认定婚姻登记行政行为违法或无效的情况下，对当事人的婚姻关系并不能完全得到解决。要解决当事人的婚姻关系是否成立，则必须在认定婚姻登记行政行为违法或无效的同时，一并确认婚姻关系成立或有效；否则，将会随着婚姻登记行为的撤销而使本来应当成立或有效的婚姻关系也随之撤销。而在行政诉讼判决中，既要对行政行为的违法与否进行确认，又要对民事婚姻关系进行确认，行政诉讼的功能难以适用。因而，行政诉讼案件的判决原则并不完全适用婚姻登记纠纷。

目前，在司法实践中，直接通过行政诉讼撤销婚姻登记，或者确认婚姻登记行政行为违法或无效，实际上等于认定婚姻关系违法或无效，使有些本来应当存在的婚姻，被不当解除。这显然是把确认婚姻登记具体行政行为违法或无效，与确认婚姻关系成立与不不成立或有效与无效相混同，用确认婚姻登记具体行政行为违法或无效，代替确认婚姻关系成立与不不成立或有效。

（3）婚姻纠纷案件中的所谓相对行政人，完全是牵强附会而虚设。因婚姻登记程序引起的婚姻纠纷案件，当事人既不是对婚姻登记机关的不作为起诉，要求其作为；也不是要求婚姻登记机关承担因登记错误而产生的法律责任，其诉讼目的就是要求法院确认其婚姻关系是否成立或有效。这样的案件，到底有什么“行政性”？它只不过是原告将婚姻登记机关列为被告而已。而这类案件，又主要是当事人为了结婚而造假，过错在于当事人，除极个别外，登记机关一般并没有过错。而运用行政诉讼解决结婚登记中存在的问题，不论其过错与婚姻登记机关是否有关，则非要起诉婚姻登记机关不可。婚姻登记机关无辜成为被告，也是没有道理的。这给人的感觉似乎是：为了把这类案件作为行政案件，而非要虚设一个相对行政人不可。

同时，根据有关规定，婚姻登记机关不能受理此类纠纷。那么，对于婚姻登记机关无权处理或不能处理的事情，我们有什么理由要起诉它？它又怎么能够成为相对行政人？

（4）行政诉讼的起诉条件和诉讼时效，更难适用婚姻成立或不成立之诉。根据行政诉讼法第六章”“起诉和受理”“的有关规定，行政诉讼案件的起诉和受理有严格条件。一般都有行政前置程序和诉讼时效的限制。这些规定，并不适用婚姻成立或不成立纠纷。如最高人民法院关于执行《中华人民共和国行政诉讼法》若干问题的解释第四十二条规定：“公民、法人或者其他组织不知道行政机关作出的具体行政行为的内容的，其起诉期限从知道或者应当知道具体行政行为的内容之日起计算。对涉及不动产的具体行政行为从作出之日起超过二十年、其他具体行政行为从作出之日起超过五年提起诉讼的，人民法院不予受理”。而实践中受理的所谓婚姻登记行政案件，往往不受起诉条件和诉讼时效限制，当事人可以随时向法院提起行政诉讼。包括已经结婚10年、20年以上的，也可以不经任何行政前置程序、不受诉讼时效等限制，直接向法院提起行政诉讼。长沙县朱建平与江海泉婚姻登记纠纷，已经结婚17年了，也认为可以不受任何限制，直接向法院提起行政诉讼[3]。严格按照行政诉讼的起诉条件和诉讼时效规定，受理这类案件，与行政诉讼法关于行政案件的起诉和受理的规定也是矛盾的。可见，处理婚姻成立或不成立纠纷，不宜按照行政案件处理。

3、缺少婚姻成立或不成立之诉，造成当事人告状无门和司法浪费。

在现实生活中，有些因使用假姓名与他人登记结婚，或者结婚登记证上姓名与实际结婚人姓名不符，而无法离婚。当事人到民政机关办理离婚登记，民政机关不受理；当事人到法院起诉离婚，有的法院则以离婚主体不适格而被驳回起诉。如有关媒体报道的《一男子被陌生女子假结婚骗财 想离婚还离不成》[4]、《结婚证上老公是别人 女子不知如何摆脱荒唐婚姻》[5]等等。事实上，对当事人婚姻主体有异议而不受理离婚，所涉及的就是当事人之间是否存在婚姻关系问题，因而，这完全可以通过确认当事人之间是否存在婚姻关系之诉解决，在解决双方是否存在婚姻关系之后，再解决离婚问题。因而，对这类纠纷，并非没有救济途径，但由于婚姻成立或不成立之诉，导致这类纠纷本可以通过正当途径解决的，而无法得到解决，造成当事人诉讼困难。还有因自己身份证被他人冒用结婚，而导致自己不能结婚。

如当阳市一个年轻女子的身份证被他人冒用结婚，奔波 4 年不能结婚[6]。实际上，象这样的问题处理很简单，只要通过婚姻成立或不成立之诉，确认自己与冒用者的配偶不存在婚姻关系或其婚姻关系不成立，便可结婚。

至于因涉及继承、死亡补偿金等身份财产权利或其他身份利益，需要确认婚姻关系的案件，完全是当事人之间的权利之争，与婚姻登记机关没有直接利害关系，完全应当民事诉讼程序解决。但因缺少婚姻确认之诉，对这类案件如何处理，实践中认识则不统一，往往推来推去，造成当事人告状无门，诉讼艰难。

还有一些原告起诉的离婚案件，法院在审理过程中，被告提出婚姻不成立，法院审查后认为婚姻确实不成立。对此，本可以直接运用婚姻关系成立或不成立之诉解决，但由于我国没有建立婚姻关系成立或不成立诉讼制度，法官则告知原告撤诉，再打行政官司，或者驳回原告起诉，造成不必要的司法浪费，增加当事人的诉讼成本。

4、缺少婚姻成立或不成立之诉，导致案件处理质量不高。

婚姻成立或不成立之诉所涉及的范围和问题相当多，如前所述，因婚姻登记程序引起的婚姻纠纷，涉及到他人代理结婚、他人冒名顶替登记结婚、借用他人名义或身份证结婚、使用虚假户口虚或假姓名结婚、使用虚假证明材料登记结婚、欺诈结婚、结婚证手续不完善、姓名登记错误、以及假结婚证的婚姻效力等诸多法律行为和婚姻性质的判断。对此，需要专门研究。

由于没有确立婚姻成立或不成立诉讼之诉，对婚姻成立或不成立研究不够，在司法实践中，对因婚姻登记引起的婚姻纠纷处理质量不高，问题很多，难以一一列举。下面仅列举最常见的两个方面问题，以资说明。

（1）混淆婚姻不成立与婚姻无效的界限，将婚姻关系不成立作婚姻无效处理的现象，也普遍存在。垫江包家乡女子陈明英（化名）于 1999 年初到垫江县城打工，期间与当地男子李刚（化名）产生感情，并很快确立了恋爱关系。由于两人感情不错和双方家庭经济条件尚可，恋爱仅 3 个月的他们便商量起了结婚之事，但迫于当时的陈明英未满 20 岁，还未达到法定婚龄，一直无法与 26 岁的李刚办理合法的结婚登记手续。但两人结婚心切，一起商量决定用陈明英的姐姐（陈的继父之女）陈小青（化名）登记结婚。同年 10 月，陈明英让李刚偷偷取走了陈小青包内的身份证，并办理了一张虚假的关于陈小青的未婚证明（陈小青实际上已于 1998 年 11 月与丈夫吴某登记结婚），之后，陈李双方到相馆合影，并将照片拿到民政局以陈小青的身份办理婚姻登记，婚姻登记机关没有发现上述破绽，为陈明英与李刚颁发了结婚证。后双方因感情破裂，李刚于 2005 年 8 月，拿着印有姐姐陈小青名字，却贴着陈明英照片的结婚证向长寿区法院主张与陈明英离婚。

经法院调查审理后一审判决，李刚“夫妇”二人蓄意导演的“合法”婚姻属于无效。而陈明英的姐姐陈小青此时才知，由于她的名字在婚姻登记机关重复登记，已婚的她竟然与自己的“妹夫”有了 6 年的合法婚姻，无缘无故地成了形式上的重婚者。但鉴于她及其丈夫吴某对此事不知情，且从未与李刚共同生活，法院裁定陈小青无罪[7]。

本案处理是错误的，借用或盗用他人身份证结婚，一般是由于没有达到结婚年龄，为了实现结婚目的，而用他人名义或身份证结婚，这种结婚行为，双方当事人都是自愿的，因而如果一方在起诉离婚或主张婚姻不成立时，双方已经达到结婚年龄的，应当认定婚姻成立有效。如果在在起诉离婚或主张婚姻不成立或无效时，一方没有达到结婚年龄的，应当认定婚姻无效。对于被冒用人与实际结婚的婚姻关系，则应当认定婚姻不成立，而不是无效。本案陈小青不是有罪与无罪问题，而是婚姻成立与不成立问题。李刚与陈小青没有结婚合意，没有共同办理结婚登记手续，没有共同夫妻生活，何有婚姻存在？因而，应当认定其婚姻不成立或不存在，而不是婚姻无效。婚姻不成立或不存在与婚姻无效，是有性质上区别的。婚姻不成立或不存在，是指双方没有婚姻关系；婚姻无效，则是双方有婚姻关系，只是婚姻关系因违法而无效。如果认定李刚与陈小青存在婚姻关系，不仅陈小青构成重婚，李刚也构成重婚，李刚属于与陈小青存在法律婚姻关系的同时，又与陈明英以夫妻关系共同生活，构成了事实上的重婚。这样处理，显然是不当的。

（2）将他人代理登记结婚、或使用他人身份证结婚等存在瑕疵的婚姻，都作为婚姻无效处理，或者撤销婚姻登记。如李军与王娟于 2000 年相识，2002 年 5 月 3 日双方办妥婚姻状况证明后亲自到婚姻登记机关民政部门办理结婚登记，因婚检手续不全，经审查同意补办手续，但因已下班当日未来得及办理，后由李军的叔叔代办了结婚登记手续，并领取了结婚登记证。婚后双方生育一女。2003 年 10 月李军因病过世。李去世后，王娟与李军的母亲争夺遗产发生了纠纷。李军的母亲却认为李军和王娟二人未亲自到婚姻登记机关办理婚姻登记、登记手续不全、婚姻登记机关违法办理结婚登记无效，起诉要求撤销结婚登记。法院认为该婚姻登记程序违法，判决撤销李军与王娟的结婚证[8]。事实上，本案虽然有他人代理情形，但从具体情节看，并没有违反结婚自愿或合意原则，婚姻应当依法成立。如无违反结婚实质要件，婚姻亦应有效。

婚姻登记条例要求双方共同到婚姻登记机关亲自办理结婚登记，实际上就是要求双方当事人就缔结婚姻达成一致合意。“双方亲自办理”是结婚合意的外在表现形式，”“合意””是亲自办理的内在要求。因而，判断婚姻成立或不成立的主要标准，就是看当事人是否就缔结婚姻达成一致合意并完成结婚登记。男女双方当事人就缔结婚姻达成一致合意并完成结婚登记，婚姻关系依法成立。当事人没有结婚合意，或者虽有结婚合意但没有完成结婚登记，婚姻均不

能成立。因而，当事人具有结婚合意并完成结婚登记，才是婚姻成立的本质特征。有些婚姻当事人有结婚合意并完成结婚登记，程序上虽然存在一定瑕疵，并不影响婚姻的成立。

三、建立确认婚姻成立或不成立之诉的意义

建立婚姻成立与不成立之诉制度，具有重要的理论价值和实践意义。

（一）可以推动婚姻婚姻成立与不成立理论研究，为正确判断各种婚姻性质提供理论标准

由于没有婚姻成立或不成立之诉，对于实体法上的婚姻成立或不成立研究没有得到应有重视。我国目前尚没有建立婚姻成立的科学概念，理论上一般把婚姻成立与结婚相等同，把婚姻成立等同于婚姻有效；或者将婚姻不成立等同于婚姻无效。而婚姻成立与不成立之诉，必须以实体法上的婚姻成立或不成立为基础。确立婚姻成立与不成立之诉，在具体案件中离不开实体法上的婚姻成立与不成立理论的适用。这将有助于推动婚姻婚姻成立与不成立理论研究，厘清婚姻成立与婚姻有效、婚姻不成立与婚姻无效等婚姻形态的关系，为正确判断各种婚姻形态提供理论标准，以免在理论上混淆婚姻不成立与婚姻无效等婚姻形态的界限。

（二）建立婚姻成立或不成立之诉制度，可以为大量的婚姻纠纷提供司法保障，维护当事人人身权利和财产权利

目前没有建立婚姻成立与不成立诉讼制度，司法实践中，对于因为婚姻成立或不成立发生争议后，虽然有的将婚姻不成立作为婚姻无效或行政案件处理，但更多的情形则需要通过提起确认婚姻成立或不成立之诉处理，由于该诉讼机制没有建立，使大量婚姻纠纷无法得不到有效解决。建立婚姻成立或不成立之诉制度，使诉讼管道畅通，保障当事人权利得以实现。

（三）建立婚姻成立或不成立之诉，可以理顺法律关系，完善婚姻诉讼体系

我国婚姻法（第8条）和相关配套法律，在实体法上设立了婚姻成立或不成立制度。但在诉讼程序上，却没有相关机制作保障，婚姻成立或不成立诉讼程序处于“空挡”状态，这将有损于实体法的贯彻执行。对于因婚姻登记所引起的婚姻成立或不成立纠纷，通过行政诉讼程序来解决，牵强附会，缺乏科学性。因婚姻登记引起的婚姻效力之争，实质上就是婚姻关系成立与不成立之争，这完全是一种民事案件，直接按照民事纠纷处理，顺理成章，简便易行。建立婚姻成立或不成立之诉，可以理顺法律关系，完善婚姻诉讼体系。

（四）建立婚姻成立或不成立之诉，可以弥补现行婚姻法有关婚姻无效制度的不足

我国现行婚姻法对婚姻无效所采取的立法形式是列举式，对于现实生活中有些没有列举而又难以承认婚姻效力的婚姻无法处理。同时，我国没有设立离婚无效制度，对于离婚无效，也难以处理。建立婚姻成立与不成立之诉制度后，可以将婚姻法未列举为婚姻无效而又缺乏婚姻效力的情形，按照广义的婚姻不成立处理。对于离婚无效，也可以通过确认原婚姻成立，使其离婚失去效力。这样既可以弥补现行婚姻无效制度的不足，又可以避免与法定无效婚姻制度相冲突。

（五）建立婚姻成立与不成立之诉制度，有利于划清结婚与婚姻成立的界限，增强人们依法登记的观念

实践中，人们往往简单地把结婚等同于婚姻成立，认为只要有结婚行为，婚姻就成立了，以致于把一些不合法定形式要件或者没有完成必要形式的婚姻，也误认为婚姻成立。而确立婚姻成立与不成立之诉，就会使婚姻成立与不成立的概念逐渐深入人心，让人们知道，结婚并不等于婚姻成立，只有符合结婚形式要件的婚姻，婚姻才能成立，以便人们自觉遵守结婚的形式要件，促进对结婚形式要件的重视，减少婚姻登记形式上的违法现象。

四、确认婚姻成立或不成立之诉具有可能性

建立确认婚姻成立或不成立之诉制度，从实体法上看，有其充分的法律根据。婚姻法第8条及其有关配套法规，对婚姻成立的要件，作出了明确的规定。这可以作为我们认定婚姻成立或不成立的根据。在程序法上，我国的司法解释，业已确立了审理无效婚姻和可撤销婚姻制度。请求确认婚姻成立或不成立之诉，与请求宣告无效婚姻和撤销婚姻之诉的诉讼性质基本相同，完全可以参照适用。因而，确认婚姻成立或不成立之诉，无论是在实体法上，还是程序法上，都没有法律障碍。

五、确立婚姻成立或不成立之诉的司法适用

首先应当指出的是，在这里，主要就确认婚姻成立或不成立之诉的程序应用问题，做一些简要介绍和阐述。至于涉及到各种具体形态在实体法上如何认定其婚姻是否成立，因内容繁杂，受篇幅和范围所限，另文讨论，在此不加详述。

（一）审理确认婚姻成立或不成立之诉适用法律的一般原则

确认婚姻成立或不成立之诉，在诉讼性质上属于确认之诉，是对人之身份关系的确认，属于身份关系诉讼或人事诉讼的范围。审理这类案件，应参照身份关系诉讼或人事诉讼的有关规定和原理处理。比如，不适用自认等辩论主义原则，法官得斟酌当事人所未提出之事实等。对此，我曾作过专门介绍[9]，可以参考，在此不再赘述。我国目前处理有关身份关系的程序规定，主要有婚姻法解释（一）、（二）和证据规则(第8条)中的有关身份关系诉讼的特别规定。

其中，关于处理婚姻无效和可撤销婚姻的有关规定，可直接参照，并结合婚姻成立或不成立之诉的特点，作一些必要的调整。

（二）审理确认婚姻成立或不成立之诉中有关具体问题的处理

尽管婚姻无效和可撤销婚姻的有关规定可供参，但婚姻成立或不成立之诉，与申请宣告婚姻无效和可撤销婚姻毕竟不同，而且实践中的情况比较复杂，在审判实践中，既要遵循一般人事诉讼的规律，又要注意姻成立或不成立之诉的特点，还要对一些特殊情形婚姻效力之争，能够运用成立或不成立之诉理论予以解决。

1、对于确认婚姻成立或不成立之诉，既要适用申请宣告婚姻无效的一般规定，又要注意婚姻成立或不成立之诉的自身特点。审理婚姻无效的一般原则，可以适用婚姻成立或不成立之诉，如婚姻成立与不成立之原因事实，不适用自认，法官要查明婚姻成立或不成立的事实真相，依职权调查或斟酌当事人所未提出之事实。同时，婚姻成立与不成立也不适用认诺[10]。因为婚姻成立或不成立由法律强制性规定，符合缔结婚姻法律条件的，婚姻即成立，不符合法律条件的，婚姻则不成立，不因一方的承认（认诺）或不承认，而使婚姻成立或不成立。

但婚姻成立或不成立毕竟不是婚姻无效，不能完全适用申请宣告婚姻无效的有关规定。因为婚姻无效属于强制宣告无效。而婚姻不成立，则采取任意诉讼，一般不强制宣告婚姻不成立，主要是依婚姻当事人本人申请加以确认。在婚姻双方当事人都存在的情况下，第三人无权请求确认他人婚姻成立或不成立。因而，对于确认婚姻不成立之诉，还应参照可撤销婚姻的有关规定和程序处理。

2、对于涉及单纯违反婚姻登记程序所引起的婚姻成立或不成立（狭义的婚姻成立或不成立）之诉，可以直接从婚姻的形成要件进行审查，并根据有关规定作出婚姻成立或不成立的判决。如双方进行了结婚登记，但因欠缺有关证件，婚姻登记机关令其补充后再发结婚证，但双方没有补交证件和领取结婚证，即同居生活。如果双方就婚姻是否成立发生分歧，一方申请确认婚姻成立或不成立，可以直接按照婚姻法第8条和有关规定，确认双方婚姻不成立。又如在一方不同意结婚的情况下，单方领取结婚证，则可以认定违反结婚必须双方合意的规定，宣告婚姻不成立。

对于公民因涉及到身份财产权利或其他身份利益，请求确认婚姻关系成立或不成立的，可以直接按照婚姻法的有关规定，确认其婚姻成立或不成立。

3、对于并非违反婚姻登记形成要件所引起的婚姻效力诉讼，也可以借助婚姻成立或不成立之诉予以解决。如前所述，婚姻不成立，有广义与狭义之分。广义的婚姻不成立，可以包括法定无效婚姻和可撤销婚姻之外的一切形式的不适法婚姻。在司法实践中，如果遇到有些婚姻，既不属于狭义婚姻不成立范围，又不属于法定无效婚姻的范围，而这些婚姻又不能认定为有效婚姻而加以保护时，也可以借助广义的婚姻不成立理论加以处理，以免按婚姻无效处理，而与法定无效婚姻制度相冲突。如对于欺诈结婚，在我国，不能直接按照无效婚姻或可撤销婚姻处理。但如果因此发生婚姻效力争议，可以通过确认婚姻成立或不成立之诉解决。比如因欺诈导致“人之同一性错误”，即张冠李戴，则可以认定双方无结婚合意，确认其婚姻不成立。但如果是“人之性质错误”，即导致他人对人的性质或品质认识错误，如隐瞒实际年龄（虚报年少）、隐瞒已婚事实、隐瞒个人劣迹等，则属于隐瞒身份瑕疵，结婚仍是双方的合意的结果，不影响婚姻的成立。

4、对于离婚有效与无效，也可以通过确认婚姻成立或不成立之诉解决。从世界各国的法律来看，几乎只有关于结婚无效或可撤销婚姻的规定，没有离婚无效的规定，当然不可能有关于离婚无效之诉的规定。对离婚有效与无效如何处理，理论上有不同看法。有学者认为：因当事人之错误；被欺诈；被胁迫而离婚等，可适用民法可撤销民事行为之规定，而撤销离婚。至于撤销方式，学者主张应准用婚姻撤销之规定，得向法院请求撤销之[11]。在我国台湾，当事人如对于两愿离婚是否无效或得撤销有争议时，民事诉讼法并没有规定可以提起“两愿离婚无效之诉”或“撤销两愿离婚之诉”，然而，依（台湾）“最高法院”判例意旨，当事人可以提起“两愿离婚无效之诉”或“撤销两愿离婚之诉”，以确认婚姻关系是否因离婚而消灭，当事人可提起该项所定之“确认婚姻成立之诉”或“确认婚姻不成立之诉”，以确认婚姻关系是否因离婚而消灭[12]。

我们认为，通过确认婚姻成立或不成立之诉，解决离婚效力问题，是一条最经济简便的方法。我国也没有建立离婚有效与无效制度，对离婚有效与无效发生纠纷后，完全可以通过确认婚姻成立或不成立来解决，即确认双方存在婚姻关系，那么离婚当然无效或不成立。

5、对于在婚姻事件中有关婚姻成立或不成立的反诉，应当合并审理。如一方起诉离婚或申请宣告婚姻无效，另一方认为婚姻不成立，则可以提出婚姻不成立反诉。又如一方请求确认婚姻成立，另一方可以反诉婚姻不成立。对于上述反诉，应当合并审理。

【注释】

[1]将在后文作进一步详述。

[2]《解释》第五十七条一款规定：“人民法院认为被诉具体行政行为合法，但不适宜判决维持或者驳回诉讼请求的，

可以作出确认其合法或者有效的判决”。该条第二款规定：“有下列情形之一的，人民法院应当作出确认被诉具体行政行为违法或者无效的判决：（一）被告不履行法定职责，但判决责令其履行法定职责已无实际意义的；（二）被诉具体行政行为违法，但不具有可撤销内容的；（三）被诉具体行政行为依法不成立或者无效的”。

[3]冒名结婚证拖累两个家 民政部门办不了离婚手续，中国法律法规网,2006年8月7日, http://www，chinesetax，com，cn/falv/Article/hunyinjiating/200608/1029436，html。

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

[5]http://news，sina，com，cn/o/2006-03-13/14158431697s，shtml。

[7]《未满婚龄偷姐身份证结婚 妹婚姻无效姐姐重婚》，www，XINHUANET，com；2006年1月23日，新华网重庆频道。

[9]王礼仁：《建立人事诉讼制度之我见》，《法律适用》，2002年第10期，第47-50页。

[10]所谓认诺，就是对他人主张的诉讼请求的承认。具体说，是指被告方承认原告所提出的诉讼请求部分或全部为完全正当的诉讼上的一种承诺。

[11] 高凤仙《亲属法理论与实务》，台湾五南图书有限公司,中华民国89年8月二版一刷184页。

[12] 同上注，第185页。

婚姻登记程序瑕疵纠纷诉讼不走行政走民事

——全国首例运用婚姻成立与不成立之诉解决假身份证结婚案法理浅析

王礼仁 罗红军

在现实生活中使用他人身份证或伪造身份证登记结婚的现象十分普遍。如妹妹或弟弟因未到结婚年龄使用姐姐或哥哥身份证登记结婚。因此引起的婚姻纠纷如何诉讼，这是当前困扰司法和当事人诉讼的一大难题。比如，对此类纠纷是按民事诉讼程序解决，还是按行政诉讼程序解决？婚姻当事人到底是谁？即被冒用者能否成为婚姻当事人？这种婚姻的法律效果到底是婚姻成立与不成立，还是有效与无效问题？凡此种种，在司法实践中执行相当混乱，有的当事人甚至诉讼无门。如最近在中国法院网“法治论坛”(法律实务民商事)热议的妹妹用姐姐身份证登记结婚引起的纠纷，当事人则因其与结婚证上的登记姓名不同而投诉无门。

面对上述困境，宜昌市点军区人民法院独辟蹊径，在民事诉讼中率先运用婚姻成立与不成立之诉，成功地解决了这一问题，为解决此类纠纷打开一条便捷可行之路。现结合本案就有关法理作简要阐述。

[案情简介]

原告刘某(女)与被告赵某（男）于2004年9月在宜昌市打工期间相识并建立恋爱关系，因原告刘某怀孕生育而未达到婚龄，便用其姐姐刘XX的身份证（刘某自己的照片）与被告赵某登记结婚，2006年底，被告赵某外出打工，从此再未与原告联系。2009年12月11日原告向宜昌市点军区法院起诉要求与赵某离婚，子女由本人抚养，并要求法院向民政部门发司法建议，建议民政部门撤销其婚姻登记，以便姐姐刘XX结婚。在审理过程中，承办法官罗红军认为，此案可以直接在民事诉讼中根据王礼仁《婚姻诉讼前沿理论与审判实务》一书中的婚姻成立与不成立之诉理论处理，并就其具体诉讼技术问题与王礼仁同志磋商。王礼仁认为，一方面按离婚处理，一方建议撤销婚姻登记，两者相互矛盾，而且司法建议也不能成为原告独立的诉讼请求。王礼仁建议通过法院释明，由原告变更诉讼请求，将婚姻成立与不成立之诉与离婚之诉合并提起，法院合并审理。罗红军法官采纳了此建议。通过法院释明，刘某变更诉讼请求为：请求法院确认刘某与赵某存在婚姻关系，刘XX与赵某不存在婚姻关系，并确认刘某与赵某的婚姻成立有效；判决刘某与赵某离婚；女儿赵赵XX由刘某负责监护。经依法公告传唤，被告赵某逾期未到庭参加诉讼，亦未向法院提交书面答辩状。

2010年4月12日，宜昌市点军区人民法院经审理认为，原告刘某因未达法定婚龄，借用其姐姐刘XX的身份证与被告赵某办理结婚登记、后又用刘XX的身份证为其子女办理出生证明，其行为是错误的。但原告刘某与被告赵某具有共同结婚的合意和行为，且双方以夫妻身份共同生活；刘XX与赵某没有结婚的合意，也没有以夫妻身份共同生活的事实。因此，刘某与被告赵某的婚姻关系成立，刘XX与赵某的婚姻关系不成立。现原告刘某与被告赵某均已达法定婚龄，其婚姻无效的情形已经消失，应当认定其婚姻成立有效。因被告赵某下落不明已两年有余，双方夫妻关系名存实亡，故对原告刘某的离婚请求，本院予以支持。出生医学证明上登记为赵某与“刘XX”之女赵XX与原告刘某的亲权关系概率大于99.99%，应认定刘某系赵XX生母，刘XX不是赵XX生母。遂依法作出如下判决：一、原告刘某与被告赵某的婚姻成立有效；刘XX与赵某的婚姻关系不成立。二、原告刘某与被告赵某离婚。三、子女赵XX由原告刘某负责监护。

[法理分析]

本案在审理过程中，有以下几种观点：第一种观点认为，原告刘某与被告赵某的婚姻属可撤销婚姻，对该案法院不应受理。应由原婚姻登记机关撤销原婚姻登记，收回登记为刘 XX 与赵某的结婚证。理由是二人在进行婚姻登记时，弄虚作假，骗取婚姻登记。对于民政部门的错误登记，当然要由民政部门予以处理。如果民政部门不履行撤销该婚姻登记的具体行政行为，当事人可以向法院提起行政诉讼。第二种观点认为，原告刘某与被告赵某的婚姻关系属无效婚姻，对该案由法院受理后，按解除同居关系处理。理由是结婚证书上记载的婚姻当事人为原告刘某的姐姐刘 XX 与被告赵某，从形式上并不能认定刘某与被告赵某结婚。因而，应当按解除同居关系处理。第三种观点认为，原告刘某与被告赵某的婚姻应属有效婚姻，理由是，根据我国法律规定，结婚的必备条件有三：一是男女双方必须完全自愿，不许任何一方对他方加以强迫或任何第三人加以干涉；二是男女双方必须达到法定婚龄，即男不得早于 22 周岁，女不得早于 20 周岁；三是必须符合一夫一妻制。从本案的实际情况来看，原告刘某与被告赵某有结婚的合意，且领取结婚证书上的照片也为刘某与被告赵某，实际在一起生活的也是刘某与被告赵某。刘某在提起离婚之诉时，双方又均已达法定婚龄，无其它禁止结婚的事由，因此，应认定刘某与被告赵某的婚姻关系成立，按有效婚姻处理。至于结婚证书上的姓名虽为刘 XX 与赵某，但二人既无结婚的合意，也未实质在一起生活，因此应认定刘 XX 与赵某的婚姻关系不成立。

我们认为，相比之下，第三种观点更有道理，更符合此类案件的特点和实际情况，更有利于解决此类纠纷。因而，点军区人民法院的选择是正确的。这是全国首例在民事诉讼中，运用婚姻成立与不成立之诉解决婚姻瑕疵纠纷，其判决开创了处理此类案件的先河，并为此类纠纷的诉讼打通了一条便捷之道，其意义和价值不可低估。下面就本案争议的有关问题，作一些简要分析说明。

一、本案到底是按民事诉讼途经处理，还是按行政诉讼途径处理？

1、本案是民事案件，应当通过民事途径解决。

婚姻纠纷是民事纠纷，应该是无可争议的。既然是民事纠纷，就应当通过民事途径解决。

2、民政部门无权处理，也难以处理此类婚姻纠纷。

第一，婚姻法和相关法规没有赋予民政机构处理此类纠纷的权力。根据婚姻法、《婚姻登记条例》（国务院 2003 年）、民政部《婚姻登记工作暂行规范》（民政部 2003 年）规定，民政机构“除受胁迫结婚之外，以任何理由请求宣告婚姻无效或者撤销婚姻的，婚姻登记机关不予受理”。第二，民政机构难以处理。民政机构要处理此类纠纷，无论是维持还是撤销结婚登记，都必须进行实质调查和实质判断，否则，就可能再次出现处理错误。而民政部门没有进行实质调查和实质判断的职能。第三，民政机构单纯的形式处理，难免出现实质错误，必然滋生行政诉讼，造成恶性循环，浪费司法资源。

3、行政诉讼的功能难以处理婚姻民事案件。有关这个问题，笔者在《婚姻诉讼前沿理论与审判实务》第 13 章中有详细论述， 在此不再赘述。这里主要强调，行政诉讼审查的对象是婚姻登记行为，而此类案件的真正诉讼标的是婚姻关系。行政诉讼对婚姻登记行为的合法性审查和判断，并不能解决婚姻关系合法与有效问题。许多婚姻登记行为虽然不合法，但并不影响婚姻关系的成立与有效。行政判决既要确认登记行为违法，又要确认婚姻关系有效，其判决功能难以实现。同时，行政诉讼时效等诸多方面，都难以适用婚姻登记纠纷。仅以诉讼时效为例，本案行政诉讼就难以处理。

4、运用民事诉讼解决此类纠纷便捷彻底

在民事诉讼诉讼中，完全可以将婚姻成立与不成立之诉、婚姻有效与无效之诉、离婚之诉合并审理，一次性彻底解决纠纷。既可以解决婚姻效力的诸多纷争问题，也可以解决婚姻附带诉讼的子女财产问题；既可以解决婚姻诉讼当事人关于婚姻效力的争议问题，也可以解决涉及第三人的婚姻效力问题。在本案中，可以说将相关的婚姻诉讼“一网打尽”，无需重复诉讼。

这里要特别强调说明一下涉及第三人的婚姻效力问题。由于婚姻关系案件涉及公益，在婚姻有效与无效、成立或不成立以及婚姻是否撤销之诉中,均可能影响夫妻以外第三人之权益, 这当然不能使婚姻关系因人而异其效力。因而，婚姻关系案件不仅以一次解决为原则,而且其判决具有对世效力。也就是说，婚姻关系案件的判决，具有既判力扩张的特点，即扩张其效力范围, 对于第三人亦有拘束力。这在一些国家和地区的民事诉讼法中有明确规定。如我国台湾地区的民事诉讼法第 582 条规定:“就婚姻无效、撤销婚姻或确认婚姻成立或不成立之诉所为之判决，对于第三人亦有效力。” 就本案而言，刘 XX 虽然没有参加诉讼，刘某与被告赵某的婚姻效力的认定和判决，直接涉及到她（刘 XX）与赵某的婚姻效力问题。在判决确认刘某与被告赵某的婚姻成立时，刘 XX 与赵某的婚姻自然不成立，其判决效力对刘 XX 有拘束力。刘 XX 不得另行主张与赵光武的婚姻成立，也无需主张与赵某的婚姻不成立。民政机关可以根据法院生效判决，在原婚姻登记档案中注明真正的结婚人是“刘某”，并将判决书存档。这样也不会影响“刘 XX”的结婚问题。

二、本案不属于无效婚姻和可撤销婚姻

无效婚姻，是指违反禁止结婚的实质要件，不具有法律效力的婚姻。根据《婚姻法》第 10 条规定. 无效婚姻只有四种：重婚；近亲结婚；婚前患有禁止结婚的疾病，婚后未愈；未到法定婚龄。而《婚姻法》第 11 条规定的可撤销婚姻，仅有被胁迫结婚一种。

要特别指出的是，我国的无效婚姻和可撤销婚姻，所采取的是列举式立法，也就是说，凡是法律没有列举的情形，不能认定为无效婚姻和可撤销婚姻。因此，无效婚姻的范围是有严格限定的，除法定的情形外，不能随意扩大，包括不能变相扩大。否则，就是违法。

本案中的刘某虽然在结婚时未到法定婚龄。但在离婚时已经到达法定婚龄。根据《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 8 条规定：“当事人依据婚姻法第 10 条规定向人民法院申请宣告婚姻无效的，申请时，法定的无效婚姻情形已经消失的，人民法院不予支持”。由此可见，原告刘某与被告赵某即不属于婚姻无效，也不属于可撤销婚姻。刘某起诉离婚时，婚姻无效的情形已经消失，当然应当认定其婚姻成立有效，按离婚处理。

三、本案正确区分了婚姻无效与婚姻不成立的界限

所谓婚姻不成立，就是当事人之间的结婚行为因欠缺婚姻成立的必要形式要件或形式要件存在严重瑕疵而致使婚姻没有成就，婚姻不存在。婚姻成立，就是当事人完成了缔结婚姻必备的形式要件，婚姻依法存在。而婚姻无效是已经成立的婚姻，因违反结婚实质要件而不生法律效力。婚姻有效与无效是对已成立的婚姻效力判断。婚姻不成立，则无所谓婚姻有效与无效问题。有关婚姻不成与婚姻无效的区别与联系，笔者在《婚姻诉讼前沿理论与审判实务》有详细论述，在此不再论述。本案中刘某使用他人身份证与赵某登记结婚，其登记程序存在瑕疵，首先所涉及的就是婚姻成立与不成立问题，而不是婚姻有效与无效问题。只有解决了婚姻是否成立之后，才能解决婚姻效力问题。由于刘某用他人身份登记结婚，并不能改变本人结婚的基本性质和事实。使用他人身份为什么不能改变本人结婚性质，笔者有专门论述。 这里再补充强调的是，在其他社会关系中也是如此判断的。如使用他人身份资料签订劳务合同、使用他人身份资料签订旅游合同，发生意外伤害后赔偿时，都是以“使用者”为当事人，而不是以“被用者”为当事人。因而，本案应当认定刘某系结婚当事人，而不能认定刘 XX 是结婚当事人。刘某在这里使用他人身份证主要是解决婚龄问题，其性质和作用相当于篡改婚龄。而婚龄问题，只影响婚姻效力问题，不影响婚姻成立问题。因而，刘某与被告赵某的婚姻是成立的。又因刘某已经到达婚姻，其婚姻也是有效的。而刘 XX 与赵某的婚姻则不能不成立。因为刘 XX 与赵某没有结婚合意，更没有与赵某进行婚姻登记。根据婚姻法第 8 条结婚必须登记的规定，刘 XX 没有去登记，显然缺少婚姻成立的最基本要件。而且刘 XX 也没有委托他人代理登记或事后追认以及与赵某共同生活的事实。因而，她与赵某的婚姻是不成立或不存在的。点军区法院没有用婚姻有效与无效的标准判断，而用婚姻成立与不成立的标准判断是正确的。实践中，像刘 XX 与赵某的婚姻，一般都认定为无效婚姻。这是错误的。这实际上是把一个无婚现象认定为已婚。如果按照这种标准判断，任何人的身份被他人冒用结婚，都会成为已婚，甚至重婚。这显然在理论上站不住脚，在实践中行不通。

四、本案判决的真正价值

本案的真正意义并不在于实体，而在于程序。尽管对本案认定刘某与被告赵某的婚姻成立有效可能仍然存在争议。但运用婚姻成立与不成立之诉，在民事诉讼程序中解决婚姻登记瑕疵纠纷，其价值和意义是不可否认的。它说明不仅完全可以运用民事诉讼解决此类纠纷，而且运用民事诉讼比行政诉讼更科学，更顺畅、简捷、彻底。这种作法值得肯定和推广。

仍以本案为例，刘某既可以起诉请求法院确认她与赵某的婚姻成立有效，然后解决离婚和子女抚养费、财产分割问题；也可以起诉请求确认她与赵某的婚姻不成立（当然是否成立由法院审查决定），然后解决子女抚养费和财产分割问题；刘某、刘 XX 姐妹之间如果与赵某是否存在婚姻关系发生争议时，还可以单独起诉确认与赵某的婚姻成立或不成立之诉。比如姐姐刘 XX 结婚遇到障碍时，可以单独提起确认与赵某的婚姻不成立之诉；刘某如果遇到赵某否认双方存在婚姻时，可以单独提起确认其与赵某婚姻成立之诉。此外，假如赵某不是下落不明的人，在刘某直接提起离婚之诉时，赵某认为婚姻不成立，还可以提起婚姻不成立之反诉。法院可以将离婚本诉与婚姻不成立反诉合并审理。在民事诉讼中，即使确认刘某与赵某的婚姻不成立或无效，也可以直接对子女和财产问题进行处理，比行政诉讼要简捷得多。

婚姻登记诉讼路径的立法构想及理由

王礼仁

2010 年 11 月 15 日最高人民法院发布了《关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释(三)(征求意见稿)》，该解释第一条与最初的条文相比，有很大进步，但仍然存在不足，需要完善。为此，笔者提出了一个“建议条文”。下面就“建议条文”的内容和理由作简要介绍。

一、婚姻法司法解释三第一条的进步与不足

（一）婚姻法司法解释三第一条原文

目前的婚姻法司法解释三第一条的内容，与原先的内容有较大变化，其原文如下：

当事人就婚姻法第十条规定的四种无效婚姻以外的情形申请宣告婚姻无效的，人民法院应当判决驳回当事人的申请。

（二）婚姻法司法解释三第一条的进步

婚姻法司法解释三第一条最初是这样规定的：

“当事人因婚姻登记中的瑕疵问题起诉请求宣告婚姻无效的，人民法院经审查不属婚姻法第十条规定的无效婚姻情形的，应判决驳回当事人的诉讼请求，告知其可以依法申请行政复议，提出行政诉讼”。

目前的条文与最初的条文相比，有很大的进步，其最大的进步就是删除“告知其可以依法申请行政复议，提出行政诉讼”的内容。这种修改很有必要。

第一、原规定所谓“依法申请行政复议”，实际上并没有法律根据，申请行政复议，无法可依。因为婚姻法和《婚姻登记条例》等法律法规，并没有规定婚姻登记机关处理婚姻登记纠纷的权力，相反有限制婚姻登记机关受理和处理此类纠纷的规定。因而，该规定与婚姻法和《婚姻登记条例》等规定相冲突，删除该内容非常正确。

第二、行政诉讼难以有效地解决婚姻登记瑕疵纠纷，至少有如下十个方面的缺陷：

1、行政诉讼十大缺陷之一——将婚姻效力纠纷作为行政案件，缺乏正当性基础。

2、行政诉讼十大缺陷之二——将婚姻效力纠纷作为行政案件，容易造成当事人诉讼无门或诉讼困难。

3、行政诉讼十大缺陷之三——将婚姻效力纠纷作为行政案件，浪费司法资源

4、行政诉讼十大缺陷之四——将婚姻效力纠纷作为行政案件在法律体系上不协调。

5、行政诉讼十大缺陷之五——行政判决的功能难以适用婚姻效力纠纷。

6、行政诉讼十大缺陷之六——行政诉讼时效难以满足婚姻效力纠纷的需要。

7、行政诉讼十大缺陷之七——行政诉讼难以适用身份关系的特殊规则和法理。

8、行政诉讼十大缺陷之八——行政诉讼容易扩大无效婚姻的范围。

9、行政诉讼十大缺陷之九——有些婚姻纠纷根本不涉及登记行为的违法与否，难以纳入行政诉讼管辖范围。

10、行政诉讼十大缺陷之十——行政诉讼容易混淆姓名权纠纷与婚姻纠纷的界限。

有关婚姻登记纠纷行政诉讼的十大缺陷的主要理由，将另文阐述。

第三、在民事诉讼中完全可以有效地解决婚姻登记瑕疵纠纷。删除行政复议和行政诉讼后，可以为当事人通过民事诉讼程序解决婚姻登记纠纷预留一个空间，这样更加科学合理。

（三）婚姻法司法解释三第一条的不足

目前婚姻法司法解释三第一条的规定，只是解决了瑕疵婚姻不属于无效婚姻问题，没有解决瑕疵婚姻应当通过什么途径解。从司法实践看，对于婚姻登记瑕疵引起的纠纷，当事人要么找不到诉讼机关，要么不能解决实际问题，“诉讼难”的现象十分严重，需要通过司法解释予以明确。这里仅列举三个案例说明婚姻登记引起的纠纷，当事人难以找到有效的途径解决。

【案例1】

1989年5月19岁李女士用姐姐的身份证与吴明（化名）登记结婚，2009年10月23日李女士向金湾区人民法院提出离婚诉讼，12月16日法院作出民事裁定：认为李女士违反了结婚的登记程序，不符合起诉条件，驳回原告的起诉。李女士不服裁定，在今年1月14日向中级法院提交了民事上诉状。市中院作出终审裁定：驳回上诉请求并维持原裁定。

【案例2】

1990年3月16月，廖先生与傩女士登记结婚，婚后夫妻感情一般，双方未生育子女。2006年4月5日，傩女士以外出工作为由离家出走，廖先生经多方寻找，傩女士至今下落不明。廖先生将傩女士诉至法院，要求与傩女士离婚。法庭审理中发现，结婚证上傩女士的年龄改动过。廖先生无法提供傩女士的身份情况，经调婚姻底档亦无法查明傩女士身份。北京市丰台区人民法院裁定驳回原告廖先生的起诉。

【案例3】

李永梅和杨华伟2000年6月2日登记结婚，2007年11月29日，杨华伟以双方当事人均未亲自到婚姻登记机关进行婚姻登记为由，要求撤销婚姻。河南省项城市人民法院则以杨华伟的诉讼已超过行政诉讼时效为由，驳回杨华伟的起诉。

在上述两个案件中，【案例1】、【案例2】当事人采用民事诉讼途径解决，因使用假身份登记结婚，违反登记程序被驳回；【案例3】当事人采用行政诉讼途径解决，因超过诉讼时效也被驳回。如此以来，当事人采取民事和行政诉讼

途径解决都难以行通。这将会使大量婚姻当事人丧失诉讼救济手段，无法解决婚姻纠纷。

因而，为婚姻登记瑕疵纠纷规定一条确实可行的诉讼路径，势在必行。

二、婚姻法司法解释三第一条的修改“建议条文”

建议对婚姻法司法解释三第一条作必要修改和补充，共设三款，其具体内容如下:

当事人因婚姻登记瑕疵起诉请求宣告婚姻无效或撤销婚姻的，对于不属婚姻法第十条或第十一条规定的无效婚姻或撤销婚姻情形的，人民法院不得按无效婚姻或撤销婚姻处理。

对于不属法定无效婚姻或撤销婚姻情形的婚姻登记瑕疵纠纷，人民法院应当告知当事人根据婚姻法第八条规定，提起确认婚姻成立或不成立之诉解决。

当事人在离婚诉讼中对结婚登记效力提出异议，主张婚姻不成立或无效的，人民法院可以将离婚之诉与婚姻不成立或无效之诉合并审理，先确认婚姻是否成立或有效，然后处理离婚问题。对于确认婚姻不成立或无效者，则直接处理子女、财产问题。

说明：1、将上述三款分为三条亦可；2、“建议条文”中未涉及婚姻登记瑕疵纠纷的效力判断（即实体上的认定问题），主要是考虑这方面的问题比较复杂，为了不影响解释过于延缓出台，这个问题可以留到以后再解决。3、婚姻登记瑕疵纠纷的诉讼程序问题，是当前司法实践中迫切需要解决的问题，而且其理论是成熟的，完全可以加以规范。

三、“建议条文”的主要理由

1、“建议条文”第一款是在草案第一条的基础上修改的，主要是增加了婚姻法第十一条规定，这样更加全面。同时在文字上作了一些调整。

2、“建议条文”第二款主要是解决不属法定无效婚姻或撤销婚姻情形的婚姻登记瑕疵纠纷，应当通过什么途径解决。

“建议条文”提出适用婚姻关系确认之诉解决，有其充分的法律根据和理论根据。首先，婚姻法第八条是关于婚姻成立与不成立的规定，婚姻关系确认之诉有其充分的法律依据。而且，确认婚姻关系之诉也是落实该条规定的需要，否则，对于涉及婚姻法第八条的婚姻纠纷就难以解决。其二，在民事诉讼理论上，也有确认之诉。婚姻关系确认之诉在民事诉讼中没有法律障碍。

3、“建议条文”第三款是关于婚姻纠纷的合并审理问题。

为了尽可能在同一诉讼程序中统一解决因同一婚姻而发生的各种婚姻事件，避免或减少因对同一婚姻关系多次提起诉讼而致婚姻关系和家庭关系长期地、经常地处于不安定状态，婚姻关系案件以一次解决为原则。大陆法系国家和地区的民事诉讼法一般均规定，对于各种婚姻事件，当事人可以合并提起诉讼，或者在第一审或第二审言词辩论终结前，为诉之变更、追加或提起反诉。

各种婚姻关系之诉和婚姻附带之诉合并审理，主要有三个好处：一是避免婚姻关系长期处于不安定状态；二是避免相互矛盾判决；三是经济简便，方便当事人诉讼，节省司法资源，符合当前能动司法理念。

如上述【案例 1】，当事人使用姐姐身份证结婚，实际上并不影响婚姻的成立和有效。即使认定假身份证结婚无效，但当事人 1989 年 5 月结婚，其婚姻登记无效，双方也存在事实婚姻，法院也应当按离婚处理。因而，法院应当直接在民事诉讼程序中将离婚之诉与婚姻效力之诉合并审理。其诉讼路径有两个：一是当事人将确认婚姻成立和有效之诉与离婚之诉合并提起。如果法院认定假身份证结婚，其婚姻成立和有效，或者认定假身份证结婚婚姻不成立，但事实婚姻成立有效，则直接处理离婚问题；二是当事人可以提起确认登记婚姻不成立或无效、事实婚姻成立有效之诉。如果法院认为假身份证结婚，其婚姻不成立或无效，也应当在民事诉讼程序中，先确认登记婚姻不成立或无效，再确认事实婚姻成立有效，处理事实婚姻的离婚问题。即使登记婚姻与事实婚姻均被确认不成立或无效，也可以在民事诉讼中直接处理夫妻财产或子女抚养问题。没有必要驳回当事人起诉，造成当事人诉讼无门。更没有必要迫使当事人打行政诉讼官司后再来处理事实婚姻的离婚问题。这样只会造成诉累，并不解决任何问题。因为该婚姻登记已经 20 多年了，远远好超了行政诉讼时效，行政诉讼无法受理。即使行政诉讼违法受理，判决撤销了婚姻登记，当事人的事实婚姻也仍然存在，行政诉讼并不能解决事实婚姻问题，只能是一种毫无价值的“空转”诉讼。

而根据“建议条文”，上述案件，在民事诉讼中完全可以合并审理，一次性解决。包括婚姻关系的反诉等，都可以在民事诉讼中一次解决。如原告起诉离婚，被告反诉婚姻不成立或无效，都可以在同一程序中一次性解决，而且应当一次性解决。

四、“建议条文”立法理由小结

在民事诉讼中运用婚姻成立或不成立之诉解决婚姻登记瑕疵纠纷，有其充分法律根据和理论基础。

1、在民事诉讼法和民事诉讼理论上，有确认之诉；

2、婚姻法第八条是关于婚姻成立与不成立的规定，确认婚姻关系之诉是落实该条的需要。

3、外国有婚姻成立与不成立之诉立法。

4、婚姻登记机关和行政诉讼无法有效解决婚姻登记瑕疵纠纷，民事诉讼是必然选择。

5、我国在审判中已经有婚姻成立与不成立之诉的判例，效果很好。

附适用婚姻成立与不成立之诉的判例：

2010 年 4 月 12 日，宜昌市点军区人民法院判决了一起妹妹刘红玲借用其姐姐刘路英身份证与被告赵光武登记结婚案。在该案中，法院将离婚之诉与婚姻成立与不成立之诉、有效与无效之诉合并审理，一并判决。下面是该判决的本院认为和判决主文：点军区人民法院审理认为，原告刘红玲因未达法定婚龄，借用其姐姐刘路英的身份证与被告赵光武登记结婚，其行为是错误的。但原告刘红玲与被告赵光武具有共同结婚的合意和行为，且双方以夫妻身份共同生活；刘路英与赵光武没有结婚合意，也没有以夫妻身份共同生活的事实。因而，刘红玲与被告赵光武的婚姻关系成立，刘路英与赵光武的婚姻关系不成立。现原告刘红玲与被告赵光武均已达法定婚龄，其婚姻无效的情形已经消失，应当认定其婚姻成立有效。因被告赵光武下落不明已两年有余，夫妻双方关系名存实亡，故对原告刘红玲的离婚请求予以支持。遂判决如下：一、原告刘红玲与被告赵光武的婚姻成立有效；刘路英与赵光武的婚姻关系不成立。二、原告刘红玲与被告赵光武离婚。三、赵寒晶由原告刘红玲负责监护。

在本案中，对于相关的婚姻诉讼“一网打尽”，无需重复诉讼。这充分体现了经济、便捷、高效原则；体现了现代先进司法理念，是能动司法的好范例。

“婚姻登记瑕疵”中的婚姻成立与不成立

王礼仁

【内容提要】瑕疵婚姻属于身份关系，身份关系或身份行为的有效或无效，有其独立的评判规则，不能适用民法总则无效民事行为的规定进行评判。 因而，现实生活中的欺诈婚姻、他人代理登记结婚、借用他人名义登记结婚、使用虚假户口登记结婚、使用虚假证明材料登记结婚、结婚登记手续不完善或证件不齐全、越权管辖婚姻登记等瑕疵婚姻，只要不违反婚姻本质，并不影响婚姻的成立，更不属于无效婚姻。 对于其中违反婚姻要件者，可以按照婚姻不成立处理。

对于婚姻登记瑕疵纠纷的诉讼程序，笔者曾著文认为应当运用婚姻成立与不成立之诉解决，但对婚姻登记瑕疵纠纷的实体处理尚未涉及。而婚姻登记瑕疵纠纷在实体上应当如何认定和处理，也是一个亟待研究的问题。从目前司法实践看，在实体处理上，有关婚姻登记瑕疵纠纷存在不少问题，其中最突出的问题，就是将婚姻登记瑕疵作无效婚姻处理，不适当地扩大了无效婚姻的范围。

婚姻登记瑕疵，主要是在婚姻登记中存在程序违法或欠缺必要形式要件等缺陷。由于我国婚姻法对无效婚姻有特别规定，因而，婚姻登记瑕疵应当是无效婚姻之外的又一特殊婚姻形态。根据婚姻法第八条和《婚姻登记条例》第 4 条、第 5 条以及《婚姻登记工作暂行规范》的有关规定，婚姻成立，需要按照法定程序进行结婚登记并领取结婚证。只有依法登记并领取结婚证，婚姻始可成立。因而，在婚姻登记中存在程序违法或欠缺必要形式要件等瑕疵，所涉及的主要是婚姻成立或不成立问题。具体说，婚姻登记存在轻微瑕疵，则不影响婚姻成立；婚姻登记存在严重瑕疵的，则可能导致婚姻不成立。因而，婚姻登记瑕疵所导致的法律后果，主要是婚姻成立或不成立两种形态。而且，用婚姻成立或不成立来判断婚姻登记瑕疵纠纷的法律效果，不将其称为婚姻有效与无效，还可以避免与法定无效婚姻制度相冲突。

婚姻登记瑕疵的范围很广， 包括他人代理或冒名顶替进行婚姻登记、借用他人名义或身份证登记结婚、使用虚假户口或虚假姓名登记结婚、 因疏忽婚姻登记姓名错误、隐瞒真实身份等欺诈结婚、使用虚假证明材料登记结婚、结婚登记手续不完善或证件不齐全、越权管辖婚姻登记，等等。 凡是无效婚姻（包括相对无效婚姻）之外的程序违法或欠缺必要形式要件等缺陷，都属于婚姻登记瑕疵。那么，哪些婚姻登记瑕疵可以导致婚姻不成立，哪些婚姻登记瑕疵，则不影响婚姻的成立。对此，则需要具体研究。

一、 他人代理或冒名顶替进行婚姻登记的认定和处理

民法通则第六十三条第三款规定：“依照法律规定或者按照双方当事人约定， 应当由本人实施的民事法律行为，不得代理。 ”婚姻法第八条规定：“要求结婚的男女双方必须亲自到婚姻登记机关进行结婚登记。”第三十一条规定：“男女双方自愿离婚的，准予离婚。双方必须到婚姻登记机关申请离婚。 ”可见，结婚或离婚属于法律规定应当由本人亲自实施， 不得由他人代理的民事法律行为。 那么，他人代理婚姻登记，应当如何处理？ 在目前的司法实践中，一般认为，未亲自到婚姻登记机关办理婚姻登记者，其登记程序不合法，违反了婚姻法的强制性规定，婚姻关系无效。笔者认为，这种观点和做法是不正确的。

1、根据有关法律规定，对于财产合同关系，只要违反法律或行政法规的强制性规定的，则合同无效。但根内容提

要 瑕疵婚姻属于身份关系，身份关系或身份行为的有效或无效，有其独立的评判规则，不能适用民法总则无效民事行为的规定进行评判。 因而，现实生活中的欺诈婚姻、他人代理登记结婚、借用他人名义登记结婚、使用虚假户口登记结婚、使用虚假证明材料登记结婚、结婚登记手续不完善或证件不齐全、越权管辖婚姻登记等瑕疵婚姻，只要不违反婚姻本质，并不影响婚姻的成立，更不属于无效婚姻。 对于其中违反婚姻要件者，可以按照婚姻不成立处理。据合同法第二条规定："婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用其他法律的规定"，不适用合同法。婚姻关系属于身份关系，不能按一般财产合同关系对待。

2、婚姻法（包括婚姻行政法规 ）的强制性规定 ，可以分为管理性规范和效力性规范。管理性规范，是指法律及行政法规未明确规定违反此类规范将导致婚姻（身份）行为无效的规范。 此类规范旨在管理或处罚违反规定的行为，但并不否认该行为在民法上的效力。效力性规范， 是指法律及行政法规明确规定违反该类规定将导致婚姻（身份）行为无效的规范。 如婚姻法第三条（禁止重婚）、第五条（结婚必须男女双方完全自愿）、第六条（结婚年龄）、第七条（禁止近亲、患疾病者结婚），属于效力性规范，违者则按照第十条、第十一条宣告婚姻无效或撤销婚姻。因此，只有违反了效力性强制规范的，才能认定婚姻（身份）行为无效。

3、婚姻登记不得代理，属于管理性规范。 民法通则和婚姻法虽然规定婚姻登记不得代理， 但并没有规定他人代理登记的婚姻均不成立或无效。 我国婚姻法对于婚姻无效所采取的是例示主义，没有例示的情形，不属于无效情形。这是身份行为无效不同于财产行为无效的一大特点。因而，婚姻当事人本人没有亲自进行结婚登记， 但只要是本人同意结婚而由他人代理结婚登记的，仍然不影响婚姻的成立和效力。

4、婚姻行为不得代理 ，而要求当事人双方亲自办理，其目的在于保障当事人的结婚合意（自愿），其合意才是婚姻成立的本质特征。因而，只要双方结婚是自愿的， 并完成了结婚的形式要件， 一般不影响婚姻的成立。

5、正由于合意和必要的结婚形式 ，才是婚姻成立的本质特征，在韩国、智利等国家，则规定结婚可以代理。我国法律规定结婚不得代理，主要是为了更好地保障结婚自愿原则的实现。但他人代理婚姻登记行为，只要没有违背本人结婚意愿， 则不影响婚姻的成立或效力。

最高人民法院行政审判庭2005年10月8日 《关于婚姻登记行政案件原告资格及判决方式有关问题的答复》也体现了这一精神。该答复指出："婚姻关系双方或一方当事人未亲自到婚姻登记机关进行婚姻登记，且不能证明婚姻登记系男女双方的真实意思表示，当事人对该婚姻登记不服提起诉讼的，人民法院应当依法予以撤销。"从该答复可以看出，只有"不能证明婚姻登记系男女双方的真实意思表示"，才能撤销；能证明婚姻登记系男女双方的真实意思表示的，则不能撤销。

根据婚姻法规定，结婚必须男女双方完全自愿。"完全自愿"就是结婚必须合意一致，只有双方达成结婚合意，婚姻才能成立。在当事人一方非自愿的情形下，如果一方采取欺骗手段或者利用关系办理结婚登记，或在双方当事人均非自愿的情形下，双方父母瞒着子女为其办理的婚姻登记，其婚姻不能成立。一方或双方有权请求法院确认婚姻不成立。对此，可以比照婚姻法第十一条的受胁迫结婚的规定处理， 即结婚之日起 1 年内提出确认婚姻不成立之诉、根据最高人民法院《关于适用婚姻法若干问题的解释（一）》第 12 条规定："婚姻法第十一条规定的'1 年'，不适用诉讼时效中止、中断或者延长的规定。"如果当事人没有在法定的期限内起诉要求确认婚姻不成立，则视为对婚姻的追认或接受。如有的本不同意与他人结婚，但当一方采取欺骗手段或者利用关系办理结婚登记后，不同意结婚者在他人的劝说下，最终同意与他人结婚，共同生活了八年、十年后，因夫妻矛盾造成感情不和，再以本人不同意结婚，请求确认婚姻不成立或者撤销婚姻，则不能支持。

二、 使用虚假姓名登记结婚或姓名错误的认定和处理

使用虚假姓名登记结婚或姓名错误的情况比较普遍，包括：一是冒用或借用他人姓名或身份结婚；二是互相交换使用身份证件结婚；三是虚构姓名；四是姓名登记错误。对于这类案件应当如何处理，在司法实践中认识并不统一，不少法院对此按无效婚姻处理。这种做法值得商榷。

笔者认为，姓名是一个人的身份代号，特定的姓名代表特定身份的人。但姓名又不完全等同一个特定身份的人。一个特定身份的人并不完全由姓名来决定。一个特定身份的人要由他的外貌（五官、身材等）、血液、生身父母、出生年月日（或出生证明）、档案资料、姓名等多种要素构成，姓名并不是决定一个人身份的主要因素。事实上，一个特定身份的人，在出生时就决定了他的原始身份。之后即使变更自己的姓名或者假借他人的姓名，并不能改变自己的基本身份。因此，一个犯罪分子不论怎样改名换姓，甚至整容，都无法改变和否认他最原始的身份，公安机关仍然要依法对其抓捕打击。一个人假借他人的姓名结婚，况且结婚证上的照片也是本人的，其结婚行为仍然是由本人实施的，而不是由他人实施的。这种行为，只能对实施结婚的具体人产生法律效果，而不能对他人产生法律效果。这种情况，法院应当认定使用虚假姓名的人为婚姻当事人，可以认定真实身份的，在判决中确认当事人的真实身份。不能认定真实身份的，应当以婚姻登记的当事人为诉讼当事人。

婚姻应当重视实际结婚登记人和婚姻生活的实质内容，而不能仅凭婚姻登记的姓名等形式确认婚姻成立与否和是否有效。否则，许多被冒名结婚者，都成了合法有效婚姻了。甚至被冒名犯罪者，也会成为犯罪人。这显然不合逻辑。同样，假冒他人身份结婚，也不能否认本人确实已经结婚的事实。

婚姻有一个“事实在先”的特点，无论法律承认与否，这种身份关系都已经客观存在。 处理婚姻案件，应当遵循“事实在先原则”，既要考虑法律规定，又要考虑婚姻（身份）生活事实；既要考虑维护法律尊严，又要考虑适度保护当事人利益，稳定婚姻秩序。 因而，各国立法在规定宣告婚姻无效或撤销婚姻时， 都持十分谨慎态度。我国不仅对宣告无效婚姻的条件控制很严，而且还规定，对于禁止结婚情形消失后，不得再主张宣告婚姻无效。比如没有达到婚龄而结婚者，达到婚龄后就不得再主张婚姻无效； 重婚者只要解除了前一婚姻关系后，对后一婚姻也不再宣告无效。从中我们可以看出，对于违反婚龄、重婚等如此严重的违法行为，可以有条件地承认婚姻有效。那么，对于借用他人身份结婚这种相对较轻的瑕疵行为，又怎么不能认可其婚姻效力呢？因而，一般来讲，只要结婚行为没有严重损害社会利益或公共利益，不要轻易否认。这样才符合婚姻的特点。从司法实践看，有的结婚时间长达几年、十几年，甚至几十年，如果仅仅因为一个登记姓名上的错误，就否认其婚姻的存在，显然是不合理的。 同时，即使从法律上否认其婚姻的存在，但其客观存在的婚姻事实，包括有的已经生育子女，都是无法否认的。这些婚姻事实往往伴随着诸多法律效果， 即承认不承认婚姻事实的成立或效力， 直接涉及到一方能否以配偶身份继承财产或取得其他利益等。否认双方婚姻的存在或效力，往往会给一方带来严重不利。 因此，比较之下，承认婚姻的存在或效力，更为有利。

也许有人认为，承认婚姻存在或效力，会影响婚姻登记的功能和严肃性，婚姻登记的有关要求成了摆设。笔者认为，对于婚姻登记，应重在管理，重在预防，重在把好婚姻登记关，而不应当重在事后惩罚。 同时，一味否认，也并不能起到严肃执法的效果。有些婚姻被否认之后可能会造成当事人搞事实上的重婚； 有些婚姻被否认后，当事人不愿意再进行婚姻登记，则成了事实婚姻， 增加事实婚姻群， 这同样是对婚姻登记制度的否认。 因而，对于不违反社会公益的自愿结婚，在程序上存在的瑕疵，采取救济性处理，比采取毁灭性处理，其社会效果更好。 我国婚姻法没有把使用虚假身份登记的婚姻作为无效婚姻或可撤销婚姻，道理就在于此。

如果完全按照真实姓名认定婚姻的效力， 对于婚姻登记姓名错误的婚姻也不好处理。 如杨文喜与覃必英双方于1992 年登记结婚，1993 年生育一子女。 2006 杨文喜起诉离婚， 但覃必英身份证上的姓名是 “覃必英”，而结婚证姓名是“覃毕英”。“必”与“毕”一字之差，造成了杨文喜能否起诉与“覃必英”离婚之争。 虽然从性质上看，这不属于使用虚假姓名登记结婚。但从形式上看，它与那些用假姓名结婚又没有两样，即结婚证上的姓名都不是自己的真实姓名。 如果简单地以婚姻登记姓名确认婚姻是否成立或有效与无效， 该婚姻也可以被确认婚姻不成立或无效。 但这样认定显然不符合客观情况，也没有法律根据。 此案进一步说明，是不能完全按照婚姻登记姓名的真伪来确定婚姻是否成立或有效与无效的。 否则，婚姻登记姓名错误，都会被认定婚姻无效。

2002 年民政部办公厅就安徽省民政厅关于婚姻当事人双方结婚登记后，一方不知去向，法院在受理另一方提起的离婚诉讼时调查发现， 失踪一方办理结婚登记时提供的身份证明、 户籍证明及婚姻状况证明均系伪造，另一方因此要求婚姻登记机关撤销登记，应如何处理的答复，也认为这样的婚姻为有效婚姻，由法院按离婚处理。 而且这个答复是根据最高人民法院给民政部的函复（法研［2002］81 号）所作的答复，代表了最高人民法院的态度，应当参照执行。

三、欺诈结婚的认定和处理

所谓欺诈婚姻，是婚姻关系的一方当事人采取虚构事实隐瞒真相的手段，欺骗对方当事人，对方当事人受欺骗而与其登记结婚。 此行为除了可能侵害婚姻行政管理秩序外，主要是侵害对方当事人的私权利（知情权），从而直接影响对方当事人对婚姻的正确判断和选择。

我国婚姻法规定了被胁迫结婚可撤销， 没有关于诈欺婚姻可撤销的规定。这不是立法上的疏忽，而是立法机关在区别胁迫与欺诈的不同性质之后所作的选择。 因为欺诈结婚的情形比较复杂，如隐瞒生理缺陷、疾病；隐瞒恶劣品质（犯罪前科或犯罪身份等）、隐瞒真实身份或姓名、隐瞒实际年龄、隐瞒已婚事实等真实情况等，都属于欺诈。那么，哪些婚姻欺诈行为有效，哪些婚姻欺诈行为无效，不好界定。 因而，现行婚姻法没有将欺诈婚姻作为无效婚姻或可撤销婚姻处理。 根据法制原则，在我国，被诈欺结婚，除了其欺诈内容具有无效婚姻情形可以按照无效婚姻处理外， 其他情形不能再作为无效婚姻或可撤销婚姻处理。 因为婚姻无效具有独立的法律规则， 不能按照民法通则第五十八条规定，将被诈欺结婚等作为无效婚姻处理。 也就是说，民法通则第五十八条规定，不适用婚姻无效等身份行为。但是，对于因诈欺结婚导致“当事人之同一性”错误的（如以张三冒充李四），因其双方无结婚合意，可以请求主张婚姻不成立。对于因诈欺结婚导致“当事人之人的性质”错误的，只能按照离婚处理。

对于使用虚假身份欺诈他人，登记结婚的，认定婚姻成立和有效，具有如下几个好处：一是可以防止和制裁假借他人身份与人结婚，坑害他人，逃避法律打击。如果不承认这种婚姻成立， 就会使一些人利用假身份与人结婚，而后随意离去，坑害他人，而受害者又不能得到法律的救济和保护。更严重的是，如果不承认这种婚姻的效力，还会使一

些人利用假身份与人结婚，不承担重婚犯罪的责任，从而逃避法律打击。二是认定婚姻成立，也不会妨害被欺诈一方的法律救济，一方发现另一方的真实身份后，如果不能接受，夫妻感情破裂，可以通过离婚途径解决，有救济的渠道。法院可以欺诈结婚为夫妻感情破裂的情形之一，判决离婚。如果欺诈结婚行为给对方造成损失的，对方可以提出索赔或者在分割财产时予以照顾。三是不承认这种婚姻成立，并不能杜绝或预防欺诈婚姻的发生，反而会滋生这种婚姻现象增加，鼓励更多的人骗婚。 因为骗婚不是婚姻，不会承担任何法律后果和责任。四是承认欺诈婚姻成立，并不是保护欺诈人，而是保护被欺诈人，使更多的受欺诈者可以得到更有效的保护，并可使欺诈者得到相应处罚或制裁。 可见，从社会效果来看，承认这种婚姻的成立，更具有积极意义。

2003 年 10 月 1 日实施的民政部 《婚姻登记工作暂行规范》第 46 条规定：“除受胁迫结婚之外，以任何理由请求宣告婚姻无效或者撤销婚姻的，婚姻登记机关不予受理。” 最高人民法院对民政部的函复 （法研［2002］81 号），也明确指出，此类婚姻按有效婚姻处理。对于欺诈婚姻不作为无效婚姻或可撤销婚姻处理，符合上述规定精神。

四、通谋虚假婚姻的效力

所谓通谋虚假，又称虚伪表示、伪装表示或假装行为，指双方当事人均为虚假表示，并有通谋的事实，即双方合谋，共同使其意思表示不真实。

我国民法没有通谋虚假的规定， 但民法通则第五十五条规定，“民事法律行为应当具备下列条件：（一）行为人具有相应的民事行为能力；（二）意思表示真实；（三）不违反法律或者社会公共利益。”从民事法律行为应当“意思表示真实”看，大陆民法是禁止通谋虚假的。但对于通谋虚假行为的效果如何，法律没有规定。理论上一般认为，对于通谋虚假，原则上不生效力，但其不生效不得对抗善意的第三人。[1]

对于上述规定或理论，能否适用身份行为，民法理论上有不同看法。 一般认为，双方通谋虚假离婚无效。其理由是这种婚姻属于民法通则第五十八条规定的 “恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的”行为，为无效民事行为。[2]

笔者认为， 通谋虚假系财产法上适用的规则或原理，于身份行为或身份关系则不能适用。 也就是说，通谋虚假，在身份行为中，不能适用民法通则认定为无效或撤销。对于通常发生的双方通谋假结婚或假离婚，不能认定为无效。因为身份行为重在身份事实和必要法律程式，应当采取表示主义。 否则，就会影响公示的效力和婚姻的安定。

对于双方通谋假结婚或假离婚， 我国民政部门和最高法院也不认为无效。民政部办公厅《关于能否撤销李某与张某离婚登记问题的复函》（民办函〔2003〕71 号），在答复河北省民政厅《关于能否撤销李某与张某离婚登记问题的请示》 中指出：“李某与张某办理离婚登记时，离婚意思表示明确，证件证明齐全，程序合法。当事人李某以假离婚、 离婚的目的是为了逃避债务为由，请求宣布其解除婚姻关系无效，没有法律依据。”最高人民法院《关于陈建英诉张海平“假离婚”案的请示报告的复函》也明确指出，“假离婚”具有法律效力。

但对于不组成家庭的假结婚， 可以认定婚姻不成立。 如老崔 1987 年与妻子结婚，1997 年为了给小姨子办城市户口，妻子逼着老崔与小姨子领了结婚证。[3]对此，可以认定双方无结婚合意，并无共同生活事实，其婚姻不能成立。但对于双方虽无结婚合意，但有共同生活事实的，则不影响婚姻的成立。

五、假结婚证、结婚程序不完备、跨地区登记等婚姻的认定

（一）假结婚证的婚姻认定。

一些基层民政部门为了节省经费， 曾从社会上购买非法定机构制作的结婚证，发放给婚姻当事人，这些结婚证，有一部分至今仍在婚姻当事人手中。对这些所谓的假结婚证，是否会影响婚姻的成立或效力呢？

笔者认为，这种假结婚证，主要是结婚证的形式或样式是假的，而其婚姻登记内容是真的，应当认定婚姻成立有效。 这种假结婚证，与正宗的结婚证相比，主要是制作机关和形式不同。正宗的结婚证，是由国家民政部统一定式，省民政部门负责印制， 逐级下发到乡镇的。 而这种假结婚证， 不是由法定印制机构按照统一定式制作的，而是由一些地下商贩非法印制的，在形式或质量上存在一些问题，与正宗的结婚证有差别。但这些不是登记领取结婚证人的过错， 过错方是婚姻登记机关，一切责任应由婚姻登记机关承担。民政部门是国家专门颁发结婚证的权力机构，其颁发的结婚证（或离婚证）具有社会公信力。 根据婚姻法规定：要求结婚的男女双方必须亲自到婚姻登记机关进行结婚登记。 符合本法规定的，予以登记，发给结婚证。取得结婚证，即确立夫妻关系。也就是说只要男女双方自愿，到婚姻登记机关进行结婚登记后，取得了结婚证，双方即确立夫妻关系。因而，如果其它登记程序合法，手续齐全，应当认定婚姻成立。应当注意的是，民政部门发假结婚证的行为， 只是属于存在导致社会一般人产生信赖的外观事实或状态，

[1]王利明主编《:民法》,中国人民大学出版社 2000 年 6 月版,第 105 页。

[2] “‘假离婚’ 弄假成真怎么办?”,载 http://www.hun-yin.com/new-show.asp?newsid=145

[3]高晓红 “:沈阳夫妻有真有假 为办户口姐夫‘娶’小姨子”,载沈阳晚报 2007 年 8 月 5 日。

法律只能推定这种外观事实具有法律效力，也就是说，法律只能赋予其婚姻登记的效果，承认其婚姻关系成立。但其婚姻是否有效或无效，则应当按照婚姻有效无效的有关规定处理。 对于违反婚姻实质要件的，并不影响婚姻的成立，但其婚姻无效。 除此之外， 对于民政工作人员因工作失误使用过期或作废的结婚证，也应当按照上述精神处理。

但应当注意的是， 对于非民政机关办理结婚证登记或者伪造结婚证的，不能承认其婚姻关系的成立。民政部门是办理婚姻登记的法定机构， 不是民政机关颁发的结婚证， 实际上就等于没有依法到婚姻登记机关登记，没有依法登记的，婚姻当然不能成立。

（二）结婚证有瑕疵的婚姻认定。

结婚证有瑕疵， 就是结婚证的内容存在填写不全或填写有错误等缺陷。对于结婚证有瑕疵，应当区别是重大瑕疵，还是一般瑕疵，然后再结合婚姻登记档案材料，进行审查判断。结婚证有轻微瑕疵（如结婚证号码有误或相互重复等），但婚姻登记档案材料齐全，登记程序合法，应当认定婚姻关系成立。但如果结婚证有重大瑕疵，婚姻登记档案材料不齐全或者有重大涂改，无法证实结婚登记的真实性或是否进行婚姻登记的，则应当认定没有进行婚姻登记，其婚姻关系不能成立。如有一个婚姻案件中的“结婚证”上只有男女姓名，出生年月日，盖有婚姻登记机关的红色印章。 但此案存在诸多问题：1．结婚证上没有照片、钢印、编号。 2．结婚证系甲男一人办理。3．结婚登记没有填写任何登记表，没有婚姻档案资料。 由于从结婚证到登记程序以及档案资料等，都存在严重缺陷，难以证明双方办理了结婚登记，存在一方造假之嫌。 因而，应当认定该婚姻不能成立。

（三）缺少相关的证明材料或者使用假证明登记的婚姻认定。

缺少相关的证明材料、或者使用假证明材料进行结婚登记，只要双方结婚是自愿的，没有禁止结婚的情形，应当认定婚姻成立。如张某与陈某找熟人，在没有提供相关的证明材料的情况下，民政员凭张某与陈某的身份证件等就办理了结婚登记，给双方发了结婚证。由于该婚姻属于双方自愿登记结婚，虽然没有提供其他相关材料，存在一定瑕疵。但双方属于自愿结婚，并完成了结婚登记程序，没有发现其他违法情形，该婚姻应当认定成立有效。使用假证明材料进行结婚登记也是如此。但如果一方不同意结婚，另一方提供虚假结婚申请，伪造他人签名等而领取的结婚证，另一方发现后，请求法院确认婚姻不成立，应当支持。 因为这种虚假材料的结婚行为，直接违反了他人的结婚意志，侵犯了他人的婚姻自由权。

（四）婚姻登记程序没有完成的婚姻认定。

有的婚姻当事人进行了结婚登记，但因故当时没有发放结婚证，这种情况，婚姻是否成立？有不同认识。2004 年 10 月 1 日，张女士与退休干部李某申请结婚登记。婚姻登记机关经过审查，认为双方符合结婚条件，即予以登记，但因故当时没有发放结婚证。10 月 9 日婚礼如期举行，当晚李某突发心肌梗塞死亡。李某所在单位以张女士与李某婚姻不成立为由要收回分给李某的房屋。本案中，虽然李某死亡时与张女士的结婚证书尚未领取，但婚姻登记管理机关已经在其死亡前批准了双方的结婚申请，登记程序已经进行完毕，其婚姻关系的效力在 2004 年 10 月 1 日已经因婚姻登记机关的批准登记而确立。[4]

笔者认为，根据婚姻法规定，结婚登记包括登记和领取结婚证等全部登记活动，而且颁发结婚证或领取结婚证是完成结婚登记的标志。 当事人虽然进行了结婚登记， 但因故没有发放结婚证， 其婚姻登记没有完成，应当认定没有成立。 从司法实践来看，不少婚姻当事人进行婚姻登记时，因欠缺相关证件或材料，婚姻登记机关登记后，暂不发放结婚证书，由当事人补齐相关证件后再发放。在这种情况下，婚姻登记实际上没有完成。 对于何为婚姻登记，应当作全面准确的理解。 婚姻法规定的依法登记包括三个方面的主要内容：1．双方当事人应当就结婚达成合意（共同到婚姻登记机关亲自办理结婚登记）。2．提交必要的证件或材料（结婚申请、身份证件等）。3．进行结婚登记，领取结婚证。领取结婚证是婚姻登记的关键环节，是婚姻成立的标志性要件，属于结婚登记中的完婚行为，由此确立夫妻关系，宣告婚姻成立。《婚姻登记条例》第七条规定：“对当事人符合结婚条件的，应当当场予以登记， 发给结婚证。”婚姻法第八条明确规定“取得结婚证，即确立夫妻关系。”颁发结婚证是婚姻登记的一项专门程序。2003 年民政部《婚姻登记工作暂行规范》第 31 条至第 34 条对颁发结婚证有专门规定，第 33 条规定：“告知当事人双方领取结婚证后的法律关系以及夫妻权利、义务。”特别是第 34 条进一步强调：“将结婚证分别颁发给结婚登记当事人双方，向双方当事人宣布：取得结婚证，确立夫妻关系。”如果没有领取结婚证，其婚姻登记程序没有完成，婚姻关系当然没有成立。

（五）婚姻登记机关违反地域管辖登记婚姻的认定。

根据《婚姻登记条例》第 2 条、第 4 条和《婚姻登记工作暂行规范》第 5 条规定，婚姻登记机关不得违反规定跨地区办理婚姻登记或颁发婚姻证件。那么，婚姻登记机关违反管辖规定， 越权管辖为他人办理或颁发婚姻证件，其

[4]“已办理结婚登记手续无结婚证婚姻也有效”，载《法制晚报》2005 年 12 月 27 日。http://bjyouth.ynet.com/view.jsp?oid=7172726&pageno=1

婚姻效力如何？笔者认为，对于这种情况，只要婚姻登记没有违反其他规定，双方完全是自愿结婚，完成了婚姻登记行为，并符合结婚的条件，应当认定婚姻成立有效。

1、婚姻登记机关是国家的婚姻管理机关 ，所颁发的婚姻证件，对外具有公信力，一旦颁发，只要没有法定无效情形，就应当承认其效力。

2、婚姻登记管辖规定，是婚姻登记机关内部职权范围的分工，主要是方便婚姻当事人及便于监督管理。 无论是《婚姻登记条例》，还是《婚姻登记工作暂行规范》，都没有规定违反婚姻登记管辖规定的婚姻登记无效。

3、违反婚姻登记管辖规定颁发婚姻证件 ，虽然婚姻当事人有一定责任，但主要责任在于婚姻管理机关。如果婚姻管理机关照章办事，坚持原则，婚姻当事人是不可能跨地区办理婚姻登记的。 而婚姻管理机关能够越权管辖为他人办理婚姻登记， 婚姻当事人当然相信其具有效力，否则，当事人就不会办理该婚姻登记。 因而，不加强事前防范（拒绝办理）措施，而事后否认其效力， 这对当事人是不公平的， 甚至会造成诸多不利后果。

4、跨地区办理婚姻登记的情况比较复杂 ，虽然有的是为了规避法律， 但也有一定数量的当事人是为了图方便或者在原地登记受到不当阻扰等因素所致。 因而，一律否认其效力，也不符合实际情况。

5、一旦办理婚姻登记，将会产生一系列法律后果，随意否认其效力，将会给社会带来许多负面影响。如跨地区办理结婚登记后， 有的已经生活多年， 并生育子女，一方在外与人非法同居或者通婚，然后以跨地区办理结婚登记为由主张婚姻不成立或无效， 或因婚姻当事人一方死亡， 亲属为了遗产继承而以跨地区办理结婚登记为由主张婚姻不成立或无效， 这都会给婚姻当事人造成严重不利。对于跨地区办理离婚登记，一方或第三人以跨地区办理离婚登记为由主张婚姻不成立或无效，其后果则可能更严重。

6、承认跨地区办理婚姻登记的效力 ，并不会放纵违法。对于婚姻登记机关违反地域管辖规定，为他人办理或颁发婚姻证件，需要追究责任的，可以按照《婚姻登记工作暂行规范》第 62 条的规定，“对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予行政处分”。对于当事人弄虚作假，违法结婚，具有无效婚姻情形的，可以宣告婚姻无效。

2003 年 7 月 3 日民政部办公厅 《关于王某 、张某某婚姻登记案的意见》，针对四川省民政厅《关于王某请求撤销结婚登记有关问题的函》（川民事［2003］82 号）所作的答复意见，认为越权管辖的婚姻登记，也不能撤销。 该意见指出：“婚姻法规定的四种婚姻无效情形中，没有越权管辖办理登记的情形，也没有明确婚姻登记机关可以宣告婚姻无效。 新的婚姻登记条例出台前， 婚姻登记机关无权以越权管辖办理登记为由宣告婚姻无效。 王某提出要求撤销其与张某某的结婚登记并宣告婚姻无效，是在新的婚姻法颁布实施之后，依据婚姻法和最高人民法院 《关于适用婚姻法若干问题的解释（一）》的有关规定，建议提请人民法院按诉讼程序解决。”然而，根据现行婚姻法，即使提请人民法院按诉讼程序解决，也只是当事人的一种诉讼上的权利，从实体上看，在行政诉讼中，也不能撤销越权管辖的婚姻。

总之，跨地区办理婚姻登记，虽然违反婚姻登记行政管理法规和规章，但不影响婚姻的成立，也不属于法定无效婚姻情形，只要符合其他婚姻要件，应当承认婚姻成立有效。

（作者单位：湖北省宜昌市中级人民法院）

建立婚姻成立或不成立之诉势在必行

王礼仁

婚姻成立之诉与不成立之诉，是当事人请求人民法院确定其二人间有无夫妻关系之诉。所谓婚姻成立,就是当事人完成了缔结婚姻形式要件或者婚姻形式要件成就,婚姻依法存在。所谓婚姻不成立,就是当事人之间的结婚行为因欠缺婚姻成立的必要形式要件而致使婚姻没有成就,婚姻不存在。我国婚姻法第 8 条规定:“要求结婚的男女双方必须亲自到婚姻登记机关进行结婚登记。符合本法规定的,予以登记,发给结婚证。取得结婚证,即确立夫妻关系。”可见,在我国,依法进行婚姻登记的结婚行为,其婚姻成立;没有进行婚姻登记的结婚行为,婚姻不成立。但由于我国没有建立婚姻成立或不成立之诉制度,在理论上对婚姻成立与不成立缺乏研究,导致婚姻成立与婚姻有效、婚姻不成立与婚姻无效等界限不清,往往把结婚等同于婚姻成立,把婚姻成立等同于婚姻有效.或者将婚姻不成立等同于婚姻无效。更为严重的是,在司法实践中,由于没有婚姻成立或不成立之诉,对于他人代理或冒名顶替、借用他人名义或身份证、使用虚假户口或虚假姓名、隐瞒真实身份、手续不完善或证件不齐全等婚姻登记程序违法引发的婚姻性质争议,以及因涉及身份财产权利或其他身份利益引起的纠纷,不能通过正常途径解决或不能正确解决,有的诉讼无门,有的作无效婚姻或行政案件处理。因而,建立婚姻成立或不成立之诉,具有重要的理论价值和实践意义。

一、婚姻成立或不成立之诉涉及的范围广适用价值高

1.涉及婚姻性质争议的大蚤纠纷需要通过确认婚姻成立或不成立之诉解决。我国婚姻法规定的法定婚姻无效只有四种情形,即重婚,有禁止结婚的亲属关系的;婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病,婚后尚未治愈的.未到法定婚龄

的。可撤销婚姻就是被胁迫结婚一种。但现实生活中,涉及到婚姻效力或婚姻成立与不成立的情形远远不止这些。如他人代理或冒名顶替进行婚姻登记的婚姻效力问题;借用他人名义或身份证结婚效力问题;使用假户口或假姓名或登记姓名错误的效力问题.使用虚假证明材料登记的婚姻效力问题;隐瞒真实身份等欺诈结婚效力问题;结婚证手续不完善或证件不齐全的婚姻效力问题;等等。由于这些情形都不属于法定婚姻无效或可撤销婚姻的范围,不能直接按照婚姻无效或可撤销婚姻的有关规定处理,当事人就婚姻效力发生分歧后,需要通过确认婚姻成立或不成立之诉解决。

2.涉及身份财产权利或其他身份利益的纠纷,需要通过确认去酬因成立或不成立之诉解决。如夫妻财产的分割、夫妻共同债务的认定、夫妻之间的相互扶养或帮助的处理,以及死亡补偿金的分配、财产继承等,直接涉及婚姻关系是否成立。婚姻关系成立与否,其法律后果迥然不同。还有些非物质性利益或权利发生争执后,也涉及确认婚姻关系是否成立。如以夫妻身份署名权、代理权、悼念权、遗体处理权,等等,也涉及确认婚姻关系是否成立的认定。

二、缺乏确认婚姻成立或不成立之诉给司法带来严重困惑

国务院颁布的新《婚姻登记条例》取消了原((婚姻登记管理条例》第 25 条关于 “弄虚作假、骗取离婚登记”,应当由婚姻登记机关撤销离婚登记和予以罚款处理的规定。而新条例在第 9 条规定:因胁迫结婚的,受胁迫的当事人可以依据婚姻法第 11 条的规定向婚姻登记机关请求撤销其婚姻。民政部颁布的与之相配套的《婚姻登记工作暂行规范》第 46 条规定:“除受胁迫结婚之外,以任何理由请求宣告婚姻无效或者撤销婚姻的,婚姻登记机关不予受理。”根据上述规定,民政部门不受理婚姻撤销以外的任何婚姻纠纷。而法院又只能受理法定的婚姻无效和婚姻撤销。在实践中,涉及到大量因婚姻是否成立引起的纠纷,以及因财产权益或其他权益引起的确认婚姻是否成立纠纷,都不能通过正常途径得到有效解决。目前,对这类纠纷,要么相互推诱或不予受理;要么将婚姻不成立作为婚姻无效或行政诉讼案件处理,给司法带来严重困惑。

(一)将婚姻不成立作为无效婚姻处理,实际上混淆了婚姻不成立与无效婚姻的界限,在法律适用上明显存在障碍。因为我国婚姻无效所采取的是列举式立法模式,没有列举的情形,是不能作为婚姻无效处理的。将婚姻不成立作为婚姻无效处理,与我国婚姻无效制度相抵触。

(二)将涉及婚姻成立或不成立争议按行政诉讼案件处理缺乏科学性。实践中,对于因借用他人名义、身份证,或者使用虚假户口、虚假姓名、虚假证明材料登记结婚,以及结婚证手续不完善等因登记程序引起的婚姻纠纷,一般都要求当事人通过行政诉讼解决。通过行政诉讼解决中国民政/37 婚姻争端,并不科学。

1、盛奋姻成立或不成立之诉不具有行政案件性质。根据《中华人民共和国行政诉讼法》第 11 条规定,人民法院受理行政诉讼案件有八种,而撤销婚姻登记与该八种行政行为的性质不符。同时,根据《婚姻登记条例》及其相关规定,婚姻登记机关不受理此类纠纷,此类案件也不属于行政案件范围。法院将其列为行政性质行为,没有法律根据。事实上,婚姻成立或不成立之诉,是典型的民事案件,将其作为行政案件,可能是我国的特色。

2、将盛酬因登记引起的去备姻成立与不成立刘纷作为行政案件,在审判上也存在障碍。根据《中华人民共和国行政诉讼法》第 54 条规定,人民法院审理行政诉讼案件,只能作出“维持”、“撤销”和“变更”三种结果的判决。而因婚姻登记引起的婚姻纠纷,则是“确认”性质判决。虽然最高人民法院颁布的《关于执行<中华人民共和国行政诉讼法)若干问题的解释))(下简称《解释)})第 57 条第 2 款规定了确认无效行政行为,可以成为法院对行政案件判决的形式之一。但因婚姻登记引起的婚姻纠纷,所要确认的主要对象并不是行政行为的有效与无效,而是当事人的婚姻关系是否成立。因而,行政诉讼案件的判决原则并不完全适用婚姻登记纠纷。

3、当事人直接向法院起诉要求撤梢结婚登记的“行政诉讼”案件,实际上根本没有相对行政人。因为根据有关规定,婚姻登记机关不受理此类纠纷。那么,对于行政机关无权处理的事情,我们有什么理由要起诉它,要求它作为?它又怎么能够成为相对行政人 2 而这类案件,又主要是当事人为了结婚而造假,过错在于当事人,除极个别外,登记机关一般并没有过错。而运用行政诉讼解决结婚登记中存在的问题,不论与婚姻登记机关是否有关,则非要告婚姻登记机关不可。这给人的感觉似乎是:为了把这类案件作为行政案件,而非要虚设一个相对行政人不可。

4、行政诉讼的起诉条件和诉讼时效,更难适用去昏姻成立或不成立之诉。根据行政诉讼法第六章“起诉和受理”的有关规定,行政诉讼案件的起诉和受理有严格条件,一般都有行政前置程序和诉讼时效的限制。这些规定,并不适用婚姻成立或不成立纠纷。如行政复议案件,一般在复议期满之日起十五日内向人民法院提起,“其他具体行政行为从作出之日起超过五年提起诉讼的,人民法院不予受理”(《解释》第 42 条)。而实践中受理所谓的婚姻登记行政案件,往往不受起诉条件和诉讼时效限制,当事人可以随时向法院提起行政诉讼。包括已经结婚 10 年、加年以上的,也可以向法院提起行政诉讼。这与行政诉讼法关于行政案件的起诉和受理的规定也是矛盾的。

(三)缺少婚姻成立或不成立之诉,当事人告状无门或司法浪费现象严,。目前,这类案件的分工和管辖不明确,当事人往往在民政部门、法院民庭和法院行政庭之间来回“打转”,诉讼无门或诉讼困难。还有一些婚姻无效案件,法院在审理过程中,则发现属于婚姻确实不成立,但由于我国没有建立婚姻关系成立或不成立诉讼制度,则告知原告撤诉,再打

行政官司，或者驳回原告起诉，造成不必要的司法浪费，增加当事人的诉讼成本。

(四)缺少婚姻成立或不成立之诉. 导致案件处理质. 不高。由于没有确立婚姻成立或不成立诉讼之诉，对婚姻成立或不成立研究不够，对一些婚姻关系不成立的情形作婚姻无效处理，混淆了婚姻不成立与婚姻无效的界限。更值得注意的是，在司法实践中，不适当扩大婚姻无效的情况相当严重，许多婚姻关系成立或有效的案件，作为婚姻无效处理。最常见的就是将他人代理登记结婚、使用他人身份证结婚等存在瑕疵的婚姻，都作为婚姻无效处理，或者撤销婚姻登记。

三、建立确认婚姻成立或不成立之诉的意义

1、可以为正确判断各种婚姻性质提供理论标准，有利于划清婚姻成立或不成立与其他婚姻形态的界限。婚姻成立与不成立之诉，必须以实体法上的婚姻成立或不成立为基础。确立婚姻成立与不成立之诉，离不开实体法上的婚姻成立与不成立理论。这将有助于推动婚姻成立与不成立理论研究，厘清婚姻成立与婚姻有效、婚姻不成立与婚姻无效等婚姻形态的关系，为正确判断各种婚姻形态提供理论标准，以免在理论上混淆婚姻不成立与婚姻无效等婚姻形态的界限。

2、可以使诉讼梁道畅通，切实保障当事人权利。建立婚姻成立或不成立之诉制度，为大量的婚姻纠纷提供司法保障，保障当事人权利得以实现，维护当事人人身权利和财产权利。

3、可以理顺法律关系，完善婚姻诉讼体系。我国婚姻法和相关配套法律，设立婚姻成立或不成立制度。但在诉讼程序上，却没有相关机制作保障，这将有损于实体法的贯彻执行。因婚姻登记引起的婚姻效力之争，实质上就是婚姻关系成立与不成立之争，这完全是一种民事案件，直接按照民事纠纷处理，顺理成章，简便易行。建立婚姻成立或不成立之诉，可以理顺法律关系，完善婚姻诉讼体系。

4、可以弥补现行去钊因法有关婚姻无效制度的不足。我国现行婚姻法对婚姻无效所采取的立法形式是列举式，对于现实生活中有些没有列举而又难以承认婚姻效力的婚姻无法处理。建立婚姻成立与不成立之诉制度后，可以将婚姻法未列举为婚姻无效而又缺乏婚姻效力的情形，按照婚姻不成立处理。

四、建立婚姻成立成不成立之诉的可能性

建立确认婚姻成立或不成立之诉制度，从实体法上看，有其充分的法律根据。婚姻法第 8 条及其有关配套法规，对婚姻成立的要件，作出了明确的规定。这可以作为我们认定婚姻成立或不成立的根据。在程序法上，我国司法解释，业已确立了审理无效婚姻和可撤销婚姻制度。请求确认婚姻成立或不成立之诉，与请求宣告无效婚姻和撤销婚姻之诉的性质基本相同，完全可以参照适用。因而，确认婚姻成立或不成立之诉，无论是在实体法上，还是在程序法上，都没有法律障碍。

解决婚姻行政诉讼与民事诉讼“打架”之路径

王礼仁

【内容提要】根据现行法律规定和司法现状，我国婚姻效力纠纷的处理渠道存在“外双轨”与“内双轨”两个“双轨制”。所谓“外双轨”，就是民政机关与法院均有权主管婚姻效力纠纷。所谓“内双轨”，就是在法院内部民事审判庭与行政审判庭都可以审理婚姻效力案件。这种“主管上的双轨制”与“审判上的双轨制”，不仅与婚姻纠纷的性质不相适应，而且由于相互之间不衔接，在司法实践中常常暴露出法律适用上的“打架”等诸多弊端。为此，对婚姻效力纠纷的主管和审判体制应当改革，由“双轨制”向“单轨制”并轨，废除民政机关主管婚姻效力纠纷和适用行政诉讼程序解决婚姻效力案件的机制。凡涉及婚姻是否成立或有效的案件，全部统一由法院主管，按民事诉讼程序处理。这样既可以解决目前“双轨制”的“打架”现象，又可以克服行政诉讼处理民事案件功能上的缺陷，是理顺婚姻效力纠纷诉讼机制的有效途径。

【关键词】婚姻效力纠纷 行政诉讼 民事诉讼 双轨制 单轨制

婚姻纠纷包括离婚纠纷和婚姻效力纠纷。离婚是对有效婚姻的解除，其程序规定得非常明确，实践中亦无歧义。但婚姻效力纠纷的解决渠道，则缺乏明确规范，实际执行十分混乱，问题甚多，亟待研究和解决。所谓婚姻效力纠纷，是指当事人对违反结婚实质要件或违反程序要件的婚姻效力发生争执，请求撤销或确认的纠纷。违反结婚实质要件的婚姻，主要是婚姻法第 10 条、第 11 条规定的无效婚姻。违反结婚程序要件的婚姻，主要是违反婚姻法第 8 条规定的登记程序，即通常所说的程序违法(或程序瑕疵)婚姻。应当指出的是，违反结婚实质要件与违反结婚程序要件，两者法律效果的性质是不同的。违反结婚实质要件所涉及的法律后果是婚姻有效与无效问题;违反结婚程序要件所涉及的法律后果则是婚姻成立与不成立问题。婚姻是否有效与婚姻是否成立是有区别的。对此，笔者在所著《婚姻诉讼的前沿理论与审判实务》一书第 13 章有详细论述。因这里不研究婚姻性质问题，故在此不必赘述。

一、婚姻效力纠纷处理渠道立法现状

关于婚姻效力纠纷的处理渠道和程序，目前主要由婚姻法、行政法规和相关司法解释分别规定。

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”。这是

关于可撤销婚姻(相对无效)的规定。根据该条规定，婚姻登记机关和人民法院对撤销胁迫结婚，都有管辖权。婚姻法第 10 条规定：“有下列情形之一的，婚姻无效：(一)重婚的;(二)有禁止结婚的亲属关系的;(三)婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈的;(四)未到法定婚龄的。”这是关于婚姻无效(绝对无效)的规定。从上述规定看，该条只规定了四种婚姻无效的情形，没有规定婚姻无效的主管问题。而婚姻法第 12 条主要是关于第 10 条婚姻无效和第 11 条可撤销婚姻的财产处理规定，亦未涉及婚姻无效的主管问题。但根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一)》第 7、8、9 条规定，人民法院对无效婚姻有管辖权，并按民事案件处理。那么，婚姻登记机关是否可以主管无效婚姻呢?根据 1994 年《婚姻登记管理条例》第 25 条规定，当事人弄虚作假、骗取婚姻登记的，婚姻登记管理机关有权受理并宣告婚姻无效。但 2003 年新的《婚姻登记条例》第 9 条则没有规定婚姻登记机关受理无效婚姻，只规定了婚姻登记机关受理请求撤销胁迫结婚。2003 年民政部《婚姻登记工作暂行规范》第 45 条、46 条进一步明确规定，“婚姻登记处对不符合撤销婚姻条件的，应当告知当事人不予撤销原因，并告知当事人可以向人民法院请求撤销婚姻”。“除受胁迫结婚之外，以任何理由请求宣告婚姻无效或者撤销婚姻的，婚姻登记机关不予受理”。

根据上述法律、行政法规、规章和司法解释的规定，我国对婚姻效力纠纷实行的是“双轨主管制”，即婚姻登记机关与法院都有管辖权。但婚姻登记机关主管的范围仅限于撤销胁迫结婚，除此之外，其他任何请求宣告婚姻无效或者撤销婚姻的纠纷都不受理。而法院对四种法定无效婚姻(重婚、近亲属、疾病、未达婚龄者结婚)和一种可撤销婚姻(胁迫结婚)均有管辖权。上述规定解决了法定无效婚姻和可撤销婚姻的主管问题，但对于婚姻登记程序违法的婚姻效力纠纷，诸如他人代理结婚、他人冒名登记结婚、欺诈结婚、使用虚假身份结婚、使用虚假证明材料结婚、违反地域管辖登记结婚等，其主管和诉讼程序没有完全解决。具体说，民政机关根据《婚姻登记条例》和《婚姻登记工作暂行规范》不再主管婚姻登记程序违法的婚姻效力纠纷之后，这类纠纷由谁主管，按照什么程序处理?没有明确规定，存在法律漏洞。

二、婚姻效力纠纷处理渠道司法现状

尽管现行婚姻法及其相关的行政法规只规定了婚姻登记机关可以受理撤销胁迫结婚一种情形，但由于对婚姻登记程序违法的婚姻效力纠纷的主管和诉讼程序规定不明，目前在司法实践中，对于因婚姻登记程序违法引起的婚姻效力纠纷，主要解决途径是当事人先找婚姻登记机关，请求其撤销婚姻;对于婚姻登记机关不撤销，或者对其处理不服的，再提起行政诉讼。具有准司法解释性质的《人民司法》杂志的“司法信箱”栏目，在 2008 年的答复中仍是这一观点。最高人民法院《关于适用若干问题的解释(三)(征求意见稿)》也是这种意见。如前所述，由于行政法规已明确规定婚姻登记机关无权处理此类纠纷，婚姻登记机关一般不受理或不处理此类纠纷。于是，当事人便以婚姻登记机关作为被告提起行政诉讼，通过行政诉讼程序撤销婚姻登记。因而，婚姻效力纠纷事实上的处理渠道，不仅有婚姻登记机关与法院共同主管的“外双轨”，也在法院内部存在行政诉讼与民事诉讼的“内双轨”。

目前这种解决婚姻效力纠纷的“双轨制”本身存在严重缺陷，加之法律法规与具体执行又相矛盾，在司法实践中暴露出诸多弊端。

(一)“双轨制”造成当事人诉讼无门或诉讼困难

根据行政法规，民政部门除胁迫结婚之外，其他任何婚姻效力纠纷均不受理。而司法机关的意见和实际操作则正好与之相反，除了四种法定无效婚姻和胁迫婚姻按民事诉讼处理外，其他因婚姻登记程序违法引起的纠纷，都主张由婚姻登记机关处理，或通过行政诉讼解决。这种法律制度规定与实际执行之间的“打架”现象，导致不同主管机关、不同业务庭之间对婚姻效力纠纷相互推诿或拒绝受理，使当事人要么找不到主管机关，要么走错了法庭，往往在两个主管机关和两个业务庭之间来回“推磨”，四处奔波，诉讼无门，有的甚至无法摆脱婚姻。[5]有些当事人虽然最终找到诉讼渠道，则要经过“九道十八弯”的曲折诉讼。如 1989 年朱建平(女)与江海泉结婚时，江海泉因未达到婚龄使用其哥江明刚的身份证办理了结婚证。2005 年底，江海泉离家与他人同居。因此朱建平向北山法庭提起离婚诉讼。但法庭人员说：“因登记身份有问题，必须首先提起行政诉讼，撤销结婚证后才能提起民事诉讼解除事实婚姻。而行政诉讼必须到长沙县法院才能受理。”那么，到县法院怎么诉讼呢?县法院副院长表示，朱建平可到立案庭咨询，而按规定朱建平应先“向民政部门申请撤销该婚姻登记，如果民政部门不撤销该婚姻登记，则其可以向法院提起行政诉讼。”[6]这样，朱建平则又必须回到原点，再找民政部门，民政部门拒绝撤销或对其处理不服时，再提起行政诉讼。象这样的婚姻纠纷处理机制，不仅当事人诉讼颇费周折，即使最后走上行政诉讼的道路，也难以解决。因为这个婚姻涉及到三个登记婚姻的效力(即朱建平与江海泉的婚姻效力;朱建平与江明刚的婚姻效力;江明刚与自己真正妻子的婚姻效力)、两

5 “一男子被陌生女子假结婚骗财，想离婚还离不成”，载中国离婚网~.lhabc.com, 2005 年 11 月 3 日发布。

6冒名结婚证拖累两个家民政部门办不了离婚手续”，载 http://www.chinesetax.com.cn/falv/Article/hunyinjiatin 醒 00608/1029436.htm1.

个事实婚姻认定(即朱建平与江海泉的婚姻登记被撤销或确认无效后，其事实婚姻的认定;江海泉与另外一个女人同居是否属于事实婚姻的认定)。如此复杂的问题，行政诉讼难以解决，在行政诉讼后，当事人必须再打官司。仅就朱建平与江海泉的婚姻关系来讲，即使撤销了婚姻登记，双方仍然存在事实婚姻，还必须解决事实婚姻以及子女财产问题，当事人必须再次走上民事诉讼之路。

(二)“双轨制”在适用法律上“打架”

行政诉讼主要审查婚姻登记行政行为的合法性，而民事诉讼主要审查婚姻关系的有效性，两者审查的内容和判断标准不同。因此，对于性质相同的婚姻案件，按照行政诉讼与民事诉讼不同程序处理，其诉讼结果可能大相径庭。比如采取欺诈手段或他人代理登记婚姻、使用虚假证明登记结婚、婚姻登记机关越权管辖等，按照行政诉讼程序处理，则可能因其“违法”而撤销婚姻登记。而按照民事诉讼程序处理，则婚姻可能成立有效。如有一起在甲地登记结婚，在乙地登记离婚的案件，离婚数年后当事人提起行政诉讼，行政判决则以越权管辖违法为由，撤销离婚登记。[7]像这样的案件，在民事诉讼中，只要离婚是自愿的，则会认定离婚有效。再以欺诈和他人代理登记为例，因其主要涉嫌违背当事人结婚意愿，故其违法性质与胁迫结婚有相似之处。在民事诉讼中，一般按类推胁迫结婚处理，主要审查是否违背当事人结婚意愿。如果违背当事人结婚意愿，婚姻则可撤销;如果没有违背当事人结婚意愿，婚姻则不能撤销。而且，即使是违背结婚意愿，比照被胁迫结婚的规定，请求撤销婚姻，也有一年的除斥期限限制。但在行政诉讼中，则大多以“违法”(违反结婚形式要件)撤销婚姻登记，更不受除斥期限限制。甚至结婚登记十几年的，也被撤销。

在诉讼时效上，民事诉讼与行政诉讼也存在“打架”现象。民事诉讼对于无效婚姻与可撤销婚姻的诉讼时效和除斥期间有特殊规定，而行政诉讼没有关于婚姻诉讼时效的特殊规定。因而，在行政诉讼遭遇诉讼时效的困扰时，其判决结果也是各行其是，或依法驳回起诉，或违法受理。如李永梅和杨华伟 2000 年 6 月 2 日登记结婚，2007 年 11 月 29 日，杨华伟以双方当事人均未亲自到婚姻登记机关进行婚姻登记为由，要求撤销婚姻。河南省项城市人民法院则以杨华伟的诉讼已超过诉讼时效为由,驳回杨华伟的起诉。[8]而宁波市鄞州区法院 2009 年 2 月 5 日判决撤销了民政机关 1996 年颁发的结婚登记。[9] 2009 年山东省滕州市人民法院判决撤销了一起 1993 年 4 月 17 日办理的婚姻登记案件。

(三)“双轨制”浪费社会资源

双轨制中的行政诉讼，需要以行政处理决定或拒绝处理作为诉讼的前提条件，并以行政机关为被告。因而，每一个婚姻行政诉讼案件，都必须牵涉到法院、婚姻登记机关和婚姻双方当事人共四方参与诉讼。而对于不服行政处理提起的行政诉讼，法院认为处理错误，则又只能撤销或指令行政机关重新作出处理。这样，一个婚姻行政诉讼案件，往往要经过由行政到法院，再由法院回到行政的循环往复过程。而不同的行政决定或判决，在双方当事人之间产生不同的利益效果，当事人可以分别针对不同的行政决定，反复起诉。可谓是“诉讼风水轮流转”，“你方诉罢我上台”，“我方息诉你起诉”。如后面要涉及的上犹县刘某与杨某的婚姻纠纷案件就是如此。还有的甚至历时数年，难以终结。如黄朗源等诉万宁市人民政府婚姻登记案，罗秀芳和香港居民李冠雄 1973 年结婚，1982 年罗秀芳申请出港定居时，被公安机关收去结婚证。罗去港定居后与李感情不和，因没有结婚证，香港婚姻注册处不予办理离婚手续。1987 年 3 月 18 日香港婚姻注册处出具证明给李冠雄到海南省琼海市与陈国美办理了结婚登记。1991 年 1 月 6 日罗秀芳和苏晋祥(与前妻黄玉来离婚)向万宁市人民政府申请结婚登记，万宁市人民政府核发了罗秀芳和苏晋祥的结婚证。1996 年 7 月，苏晋祥在海南省海口市去世。因苏晋祥的遗产继承，罗秀芳、苏祥龙、苏祥骏与黄朗源、黄莉雅发生民事纠纷。由于当事人对罗秀芳和苏晋祥的婚姻效力有不同看法，从而引起罗秀芳和苏晋祥婚姻效力的行政诉讼。

就是这么一个涉及婚姻效力的普通案件，却历时七个年度，行政机关作出七次处理决定，法院判决六次。其中省人民政府作出两次处理决定，省高级人民法院作出两次判决。其社会成本之大，与案件之小，形成巨大反差。

三、婚姻行政诉讼与民事诉讼双轨制的理论反思

行政诉讼与民事诉讼是两种不同性质的诉讼。对于婚姻效力纠纷来讲，通过民事诉讼，其诉讼客体是婚姻关系，法院审查和判决的内容是婚姻关系是否成立或有效;通过行政诉讼，其诉讼客体则是婚姻登记具体行政行为，法院审查和判决的内容是具体婚姻登记行政行为的合法性或有效性。而对于当事人来讲，双方所争议的则是婚姻关系是否成立或有效，并不是登记行为的违法与否。婚姻登记行为的违法与否，只是当事人用以主张婚姻关系是否成立或有效的一个事实或理由。因而，婚姻效力纠纷应当适用民事诉讼程序解决。采用行政诉讼解决婚姻效力纠纷是一种错误的诉讼路径，既费工夫，又障碍重重，难达目的。

(一)将婚姻效力纠纷作为行政案件存在制度性和功能性障碍

---

[7] “从对一起行政案件谈法律推理中大前提的选择”，载 http://www.univs.cn/newweb/univs/znufe/law/2004-10-26/327994.htm1.

[8] 参见“民事与行政案件中婚姻无效程序的审理冲突”，载中国法院网。

[9] 郭敬波、郑秋妍:“真丈夫假身份:一场艰难的离婚诉讼”，载 http://www.gmw.cn/Olwzb/2009-08/23/con-tent 968531.htm。

1、将婚姻效力纠纷作为行政案件，缺乏正当性基础。将婚姻登记纠纷作为行政案件，必然以民政机关(或政府)为被告，而将民政机关作为被告没有正当性理由。

第一，民政机关无权处理婚姻效力纠纷。婚姻法和行政法规不仅没有赋予民政机关处理此类纠纷的权力，而且明文限制其受理，民政机关显然无权处理此类纠纷。

第二，民政机关无力处理婚姻效力纠纷。民政机关办理婚姻登记的主要职责是审查申请材料形式上的真实性，并对形式真实和合法的婚姻申请予以登记，不具有判断婚姻关系实质上有无效力的相应职权，更没有对争议的调处、裁决权。那么，在当事人提出撤销婚姻时，民政机关是一律撤销呢?还是有选择地撤销呢?如果是有选择地撤销，民政机关就需要判断，而判断则涉及调查或实质裁决，民政机关没有这个职权。因而，民政机关无力处理婚姻效力纠纷。要民政机关处理此类纠纷，实际上是行使审判机关的职权。

第三，由民政机关处理婚姻效力纠纷，将会把民政机关推向“两难”的境地。首先，如果民政机关以无权处理为由拒绝处理，则会以不作为被推上行政诉讼的被告席。其二，民政机关如果处理，也会被推上行政诉讼的被告席。一是如果民政机关进行实质审查，则需要当事人提供有关实质真实的材料，这有“附加其他义务”之嫌。当事人不仅可以拒绝提供，甚至会以违法或侵权为由而起诉民政机关。因为根据《婚姻登记条例》第3条规定：婚姻登记机关办理婚姻登记时， 除形式审查外，“不得附加其他义务”。二是如果民政机关只进行单纯的形式审查，又难免出现实质判断错误。而且对于双方有争议的婚姻登记，民政机关无论处理正确与否，将有一方提起行政诉讼。即使双方没有争议，单纯的形式审查，也难以保证撤销婚姻登记的正确性。如夫妻双方为了逃避债务，虚构撤销婚姻登记的事由和事实，民政机关通过单纯的形式审查可能会难以发现虚假而撤销婚姻登记。这样，债权人发现后则又将起诉民政机关。这样，民政机关始终难以摆脱由当事人牵着鼻子当被告的困境。

由此可见，民政机关无权处理;你硬要它处理，它也无力处理。那么，在这种情况下，你怎么非要民政机关当被告不可?民政机关处理婚姻效力纠纷，其结果只能是无端滋生行政诉讼，造成恶性循环，浪费社会资源。

2、行政诉讼时效难以满足婚姻效力纠纷的需要。根据《行政复议法》第9条第1款规定，婚姻效力纠纷一般都会因超过60日行政复议期限难以进入行政复议程序。而根据《行政诉讼法》第39条和最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第42条规定，不知道行政机关作出具体行政行为的，从知道或者应当知道之日起三个月内起诉;不知道具体行政行为内容的，除不动产外，最长的诉讼时效是5年，超过5年提起诉讼的，人民法院不予受理。上述规定显然不能满足婚姻纠纷行政诉讼的需要。因而，行政审判在诉讼时效上往往面临“二难”选择，一是严格执行行政诉讼时效规定，则会因超过诉讼时效而驳回起诉。如果这样，那些婚姻登记存在重大瑕疵而本不成立或无效的婚姻，将无法得到否认，而有效的婚姻也无法得到法律确认，使大量婚姻处于法律不能调控的真空状态。二是对于超过诉讼时效的婚姻纠纷，如果硬要适用行政诉讼解决，则又必然违法。

如河南省禹州市朱莲诉禹州市民政局撤销重婚登记行政诉讼案。1990年2月，朱莲和宋金星在陕西省延安市官庄乡人民政府进行了结婚登记。1996年宋金星与侯桂梅结婚并领有结婚证，生有二子女。2006年侯桂梅向法院提出与宋金星离婚时，朱莲才知道侯桂梅与宋金星结婚。 朱莲于2006年5月8日向法院提出行政诉讼要求撤销该证。法院审理查明：侯桂梅、宋金星缺乏结婚登记档案，禹浅字第200号结婚证不属侯桂梅、宋金星二人的结婚证号等情况。

但2006年9月28日禹州市人民法院作出(2006)禹行初字第30号行政裁定书，以原告朱莲的起诉已超过诉讼时效为由，驳回起诉。朱莲上诉后，许昌市中级人民法院2007年1月18日作出(2007)许终字第20号行政裁定书，撤销(2006)禹行初字第30号行政裁定书，指令禹州市人民法院依法审理。禹州市人民法院又于2007年3月21日作出(2007)禹行初字第3号行政判决，撤销了民政机关为第三人颁发的禹浅字第200号结婚证书。原审第三人侯桂梅不服，以超过时效等理由向许昌市中级人民法院提起上诉。2008年1月16日许昌市中级人民法院作出(2007)许行终字第63号行政判决，以超过诉讼时效为由，撤销禹州市法院(2007)禹行初字第3号行政判决，驳回原告朱莲的起诉。

此案处理存在两个问题：一是本案涉及的是重婚问题，按规定应当直接按民事诉讼程序解决，不应当按行政诉讼处理。二是按照行政诉讼处理，以超过行政诉讼时效驳回朱莲的起诉后，宋金星与侯桂梅的婚姻效力并没有得到解决。宋金星与侯桂梅的婚姻，不论从哪个角度看，都应在法律上否认。首先，朱莲与宋金星未离婚，双方仍然存在法律上的夫妻关系。在这种情况下，宋金星与侯桂梅登记结婚，显然是重婚。根据我国民法规定，重婚应当宣告无效，且不受时效限制。其二，侯桂梅与宋金星缺乏结婚登记档案，涉及其婚姻是否成立，对此，应当进入实质审理判断。在民法理论上，婚姻不成立自始不成立，双方根本不存在婚姻关系。而且婚姻不成立之诉，在民法上也不受时效限制。但在行政诉讼中，对婚姻是否成立这一重大法律事实却因时效问题不能进入实质审理而直接驳回起诉，其处理方式和结果显然是错误的。宋金星与侯桂梅的“婚姻”，要么就是重婚而无效，要么其婚姻根本不成立。而驳回朱莲的起诉，就意味着承认宋金星与侯桂梅的婚姻成立有效。这样处理，不仅使合法婚姻难以保护，还会导致合法婚姻配偶在财产上的重大损失。

3、行政判决的功能难以适用婚姻效力纠纷。将婚姻效力纠纷作为行政案件，行政诉讼判决存在功能性障碍。有关这个问题，笔者有详细论述，[10]在此不再赘述。这里主要强调，行政诉讼审查的对象是婚姻登记行为，而此类案件的真正诉讼标的是婚姻关系。行政诉讼对婚姻登记行为的合法性审查和判断，并不能解决婚姻关系合法与有效问题。许多婚姻登记行为虽然不合法，但并不一定影响婚姻关系的成立与有效。行政判决既要确认婚姻登记行为违法，又要确认婚姻关系成立有效，其判决功能难以实现。因而，在行政诉讼中，往往出现两种不同类型的判决：一是“纯正”的行政判决，即单纯审查行政行为的合法性，对凡是违法的婚姻登记一律撤销，从而导致许多有效的婚姻被撤销。二是“变调”的行政判决，即对一些婚姻虽然存在违法，但不影响婚姻效力，行政诉讼判决遭遇尴尬时，则干脆由审查行政行为的违法性，转向审查婚姻关系的合法性或有效性，并用民法上的理由作为行政判决的根据，使行政判决变成了“穿行政判决外衣的民事判决”。

如上犹县 53 岁的男子刘某，于 2006 年 11 月 28 日起诉与 55 岁的杨女士离婚。而杨某则认为，“我们根本没有结婚，何来离婚呢?” 经杨某诉请，为刘某办理二人《结婚证》的水岩乡人民政府于 2007 年 3 月 6 日作出了注销该结婚证的决定书。刘某则以结婚证上盖的是民政部的印章而不是水岩乡的印章，水岩乡无权注销为由，于 2007 年 3 月 23 日向法院起诉。水岩乡政府又于 2007 年 8 月 22 日作出决定，撤销了 3 月 6 日的决定书。杨某随后向上犹县人民政府申请复议，上犹县人民政府 2007 年 11 月 2 日撤销了水岩乡 8 月 22 日作出的决定。刘某于 2008 年 3 月 6 日向上犹县人民法院起诉。县法院认为双方婚姻有效，遂判决撤销上犹县人民政府 2007 年 11 月 2 日作出的行政复议决定。杨某不服，上诉至赣州市中级人民法院，二审法院作出了维持一审的判决。

在上述二审判决中，法院认为婚姻有效的理由是这样写的：双方“领取结婚证后从 2002 年初起即长期公开以夫妻名义生活在一起，表明结婚登记是出自双方真实意愿，而且原告刘某与杨某之间的‘婚姻关系’不属于婚姻法规定的可撤销婚姻”。[11]这显然是一个民事判决理由。

这样的判决并非个别现象。如大家熟知的“张明娣与胡加招婚姻效力案”，也是如此。该案从民事继承案件到行政诉讼案件，转了一圈，结果温州二审法院的行政判决，还是以“婚姻登记系男女双方的真实意思表示”这样一个民事上的判决理由，驳回了当事人要求撤销婚姻登记的行政诉讼请求。像这种用与行政法无关的民法理由作为行政判决根据的案件，比比皆是，既“山回路转”，耗费资源，又判得“牛头不对马嘴”，真不知为何苦?

4、行政诉讼审判的内容难以调整事实婚姻。行政诉讼只能对登记婚姻进行法律评判，对事实婚姻无法调控。而我国法律对 1994 年 2 月 1 日前符合婚姻实质要件的事实婚姻，承认其婚姻效力。那么，对于在同一婚姻关系中，出现法律婚姻与事实婚姻两种不同形态交替存在时，行政诉讼就会顾此失彼。如 1993 年 4 月 17 日，第三人孔老大冒用孔老二之名与原告侯某向被告滕州市西岗镇人民政府申请婚姻登记，被告西岗镇人民政府经审核后，为原告侯某与孔老大办理了婚姻登记，并颁发了西字第 00318 结婚证。此后，原告侯某一直与孔老大共同生活。2008 年 10 月 10 日，原告以第三人孔老大在办理婚姻登记时冒用他人身份骗取结婚证书为由，提起行政诉讼，请求人民法院依法撤销结婚证。2009 年山东省滕州市人民法院依法判决撤销了被告为原告侯某与第三人孔老大办理的结婚登记及颁发西字第 00318 号结婚证的具体行政行为。

本案在撤销婚姻登记的同时，对事实婚姻则无法处理，可能会间接否认侯某与孔老大业已存在事实婚姻。

5、对于存在特殊法律障碍的婚姻，行政诉讼无法应对。最常见的就是登记离婚后一方又结婚的，登记离婚虽然存在违法，则不能一律撤销离婚登记。因为一律撤销离婚登记，又结婚者就构成了重婚。这里实际上涉及到是否保护善意重婚问题。对此，行政诉讼难以处理。如 2004 年患精神病的某女与丈夫协议离婚，数年后该女母亲以女儿是限制行为能力人、婚姻登记机关不能为其办理离婚为由提起行政诉讼，要求撤销离婚登记。但男方离婚后又再婚了，法院认定此案离婚违法，但又以“有不可撤销的因素”驳回了原告的起诉。此案中的后婚是否属于善意，是否保护善意重婚问题，这是一个很复杂的民法理论问题，在此不加讨论。这里需要指出的是，此案的判决与行政诉讼的性质，实际上是矛盾的。因为行政诉讼只能就具体行政行为进行审查，不可能考虑其他因素，按行政诉讼，本案只能撤销离婚，无法考虑保护善意后婚问题。本案用了一个“有不可撤销的因素”这样一个含糊不清的非行政判决理由驳回了原告起诉，充分暴露了行政诉讼无法应对此类婚姻的尴尬与无赖。

6、有些婚姻纠纷根本不涉及登记行为的违法与否，难以纳入行政诉讼管辖范围。行政诉讼审理的对象和内容主要是婚姻登记行为的合法与否，而在实践中，有些婚姻纠纷根本不涉及登记行为的违法与否，行政诉讼难以解决。这主要有：(1)涉及婚姻是否完成的纠纷。如登记后尚未领取结婚证，一方认为已经依法登记，婚姻成立;一方认为没有领证，婚姻不成立。对此，行政诉讼怎么处理?(2)涉及结婚证真假的纠纷。如涉嫌伪造结婚证引起的纠纷，一方认为

[10] 王礼仁:《婚姻诉讼前沿理论与审判实务》，人民法院出版社 2009 年版，第 555-652 页。

[11] 一女子遭遇被结婚’，男方独自领取结婚证后闹离婚”，载 http://jxgz.jxnews07/011199299.shtml.

是真结婚证，一方认为是假结婚证。这样的纠纷如果按行政诉讼处理，将婚姻登记机关作为被告，而最后查明结婚证是当事人伪造的，行政机关不是冤枉当被告吗?这样的纠纷怎么能够按行政诉讼处理?(3)涉及婚姻关系有无的纠纷。有些婚姻纠纷仅仅涉及当事人之间是否存在婚姻关系，或有无婚姻关系之争。如一方用真结婚证登记结婚，后来因就业等需要修改了身份证或户籍资料，一旦发生婚姻纠纷后，便否认与对方存在婚姻关系。这显然不能作为行政诉讼案件。(4)涉及事实婚姻是否成立或从何时成立的纠纷。事实婚姻是否成立以及何时成立，既涉及到婚姻性质的判断，也涉及到不同时期财产性质的认定。对此，行政诉讼怎么能够介入?(5)完全因户口登记错误引起的婚姻登记错误纠纷。如有的在办理第一代身份证时，就与他人调换了身份资料，之后无论是招工或结婚，都是使用调换的身份资料。还有的在办理第二代身份证时，又将身份证更改过来。由此引起的婚姻关系确认纠纷，怎么能由民政机关当被告，按行政诉讼案件处理?

(二)将婚姻效力纠纷作为行政案件在法律体系上不协调

婚姻登记机关过去处理婚姻效力纠纷，有其历史背景或原因。一是当时没有婚姻无效制度，有些婚姻在法律上不能承认其效力，需要通过撤销婚姻登记予以否认。因而，婚姻登记机关撤销婚姻登记实际上起到宣告婚姻无效的作用，在一定意义上是对婚姻无效制度的补充。二是过去人们一般都把婚姻登记当作行政许可行为，因婚姻登记行为引起的纠纷，自然认为需要经过行政复议或行政诉讼解决。直到行政许可法出台，才澄清了婚姻登记不是行政许可，但人们已形成的观念和习惯，还没有随之改变。

随着情势的变化，传统的习惯不能继续沿袭。首先，我国婚姻法设立了无效婚姻和可撤销婚姻制度。无效婚姻和可撤销婚姻有其严格的条件，如果允许婚姻登记机关再任意撤销婚姻登记，将会间接宣告婚姻无效，扩大婚姻无效的范围。其二，为了维护法制的统一，防止婚姻登记机关任意撤销婚姻登记，行政法规已经取消了婚姻登记机关撤销婚姻登记的权力。其三，婚姻无效的宣告已经明确纳入法院管辖范围。目前对于因重婚、近亲结婚、患疾病者结婚、未达到婚龄者结婚等无效婚姻，以及因胁迫结婚引起的可撤销婚姻等，都由人民法院按照民事诉讼程序作为民事案件处理。而因婚姻登记引起的其他婚姻纠纷，诸如使用虚假身份、他人代理、登记手续不规范或证件不齐全等引起的婚姻登记纠纷，与无效婚姻和可撤销婚姻相比，除其具体表现形式和情节轻重不同外，其他方面完全相同：即争议的标的相同，都是婚姻关系;登记机关相同，都由婚姻机关登记;案件性质相同，都是平等主体之间的民事纠纷。对于完全相同的婚姻纠纷，为什么对前者由法院按民事纠纷直接处理，而对后者则要按行政案件处理呢?这种划分显然缺乏正当性法理基础。比如当事人使用他人身份证结婚，构成了重婚，则是民事案件;而使用他人身份证结婚，没有构成重婚，则属于行政案件。这种划分案件性质的标准是什么?有其科学性吗?

对于相同性质的婚姻纠纷案件，一部分作为民事案件处理，另一部分作为行政案件处理，导致婚姻案件出现主管上与审判上的双轨制等混乱无序状态，在法制体系上极不协调，破坏了审判权的统一性和完整性。

(三)行政诉讼的缺陷在民事诉讼中完全可以解决

由于婚姻纠纷属于民事案件，按行政案件处理，难免有许多障碍，但将该类纠纷回归民事，按民事案件处理，则顺理成章，一切问题迎刃而解，行政诉讼中的障碍均不复存在。

1、在民事诉讼中，没有诉讼时效的障碍。在民事诉讼中，对于撤销婚姻有明确的除斥期限，超过除斥期间，则不予撤销。这不仅适用胁迫结婚，也适用于与胁迫相似的代理婚姻等。这样，在民事诉讼中就不会产生对超过除斥期间而不该撤销的婚姻予以撤销问题。对于婚姻无效，在民事诉讼中，明确规定不受一般诉讼时效限制，有请求权的人，任何时候都可以申请宣告婚姻无效。而婚姻不成立与婚姻无效具有相同性质，亦不受一般诉讼时效的限制。这在法理上非常明确，外国和我国台湾的民法中都有明确的规定。因而，在民事诉讼中，婚姻效力纠纷的诉讼时效，不仅没有障碍，而且清楚明了，容易掌握。

2、在民事诉讼中，没有判决功能障碍。对婚姻诉讼纠纷按民事案件处理，主要审查婚姻关系是否成立或有效，其评判标准与行政诉讼不同，一些有程序违法瑕疵的婚姻，只要符合婚姻的实质要件，在民事诉讼中可以认定婚姻成立，这可以弥补行政判决功能上的缺陷。

3、在民事诉讼中不存在相互否定和矛盾判决。在民事诉讼中，当事人可以就离婚、婚姻成立与不成立、婚姻有效与无效等一并提起，或者提起反诉。法院可以对各种婚姻关系合并审理，避免矛盾判决。如原告提出婚姻不成立或无效之诉，被告可以反诉事实婚姻成立;或者原告提出离婚之诉，被告可以反诉婚姻不成立(或不存在)，或者反诉婚姻无效。如上述侯某与孔老大婚姻纠纷案，在民事诉讼中，侯某可以同时提起登记婚姻不成立、事实婚姻成立两个诉讼请求，孔老大也可以反诉事实婚姻成立。法院可以合并审理，在同一民事诉讼程序中解决登记婚姻与事实婚姻的效力问题，避免相互矛盾判决。

4、在民事诉讼中，可以集中审理，一次性解决纠纷。在民事诉讼中，不仅可以对各种婚姻关系和并解决，还可以就财产分割、子女抚养等附带之诉与婚姻之诉合并审理，集中一次性解决。这样，可以将婚姻诉讼和婚姻附带诉讼

“一网打尽”，其诉讼程序方便、快捷、经济。

5、在民事诉讼中，可以解决不涉及婚姻登记违法的婚姻纠纷。对于如前所述的不涉及婚姻登记违法，难以纳入行政诉讼管辖范围的婚姻纠纷，都可以纳入民事诉讼程序予以解决。如蒋某(女)自称自1993 年年底以来，与某行政单位职工朱某对外以夫妻名义同居生活至1999 年朱某因公牺牲，二人已经形成事实婚姻关系，是朱某的配偶。根据《因公牺牲公安民警特别补助金和特别慰问金管理暂行规定》的规定，蒋某可以以朱某配偶的身份享受某行政单位发放的朱某因公牺牲后的特别慰问金。而某行政单位则认为，蒋某未提供其与朱某生前系合法夫分妻关系的证明，且本行政单位无权确认蒋某与朱某是否构成事实婚姻关系。[12]像这样的婚姻关系确认纠纷，行政诉讼难以解决，但可以通过民事诉讼途径确认双方是否存在婚姻关系。

6、在民事诉讼中，可以适用身份法的特殊规则和法理处理婚姻关系。婚姻关系主要由身份法调整，身份法的有些特殊规则和法理，只能在民事诉讼中才有斟酌和适用的余地。比如，婚姻缔结或解除行为是否适用民法总则以及如何适用民法总则问题。[13]“此问题，大大苦恼了民法学者，尤其对研究亲属、继承者，堪可称为迎面就压得透不过气来的学问上重大压力”。且不说如此复杂的问题，没有从事民事(婚姻)审判专知识的行政审判人员难以承担，仅就诉讼程序来讲，行政诉讼是根本无法承载的。

在民事诉讼中，对于婚姻关系纠纷，可以适用类推民法总则或类推婚姻法，认定婚姻有效或无效。这些规则和原理，难以在行政诉讼中进行。因而，婚姻纠纷在行政诉讼中，难以作出全面正确的评判。又如在民法上，身份行为，只存在有无民事行为能力之分，没有限制行为能力之说。而在行政诉讼中，经常出现限制行为能力离婚被撤销的情况。在民法里，还有一个信赖保护原则，即对重婚的善意保护问题。台湾亲属法即有此规定。而在行政诉讼中，这一原则则难以贯彻。如对于违法离婚，有时一方再婚，行政判决在什么情况下应当适用信赖保护原则，在什么情况下不适用信赖保护原则，难以贯彻。因而，在行政诉讼中，对于是否撤销离婚往往处理错误。如有的行政判决对于违法离婚后凡是再婚者，均不撤销离婚。这既没有正确贯彻信赖保护原则，又使其认定事实与判决结果之间相互矛盾，难以自圆其说。但在民事诉讼中，对重婚的善意保护则很好处理。

四、婚姻行政诉讼与民事诉讼“并轨“之建议

婚姻效力纠纷的性质是民事纠纷，民事纠纷按行政程序处理必然弊端甚多。因而，应当进行彻底改革，实行“并轨”，由双轨制改为单轨制，即将婚姻纠纷全部纳入法院的民事诉讼轨道处理。但考虑到目前的法制现状，可以分两步走，即“事实并轨”与“法律并轨”分步完成。

（一）关于“法律并轨”问题

“法律并轨”，就是通过立法途径，修改现行立法和补充立法，由双轨制改为单轨制。

1、取消民政机关主管撤销胁迫结婚的规定，改由法院统一主管。目前，在法律上明确规定由民政机关主管的婚姻案件，事实上只有婚姻法第11 条和与之相关的婚姻登记条例等，但所规定的主管范围有限，就是撤销胁迫结婚。而撤销胁迫结婚法院主管更有利，规定由民政机关与法院共同主管意义并不大。因为根据婚姻登记条例规定，当事人向民政机关申请撤销胁迫结婚，应当出具“能够证明被胁迫而结婚的证明材料”。北京市民政局还规定，当事人要提供“公安机关出具的解救证明、人民法院作出的有受胁迫结婚内容的判决书或者其他能够证明受胁迫结婚的证明材料”，“且不涉及子女抚养、财产及债务问题的”，民政机关才受理。据一些民政部门的同志介绍，民政机关撤销胁迫结婚实际上是名存实亡，基本上没有受理这类案件。因而，保留民政机关主管此类案件没有多大实际意义，取消民政机关与法院共同主管，改由法院专门主管是完全可以的。

2、通过立法或司法解释明确婚姻登记程序瑕疵纠纷由法院主管。目前，对于婚姻登记程序瑕疵纠纷的主管规定不明，造成当事人在民政机关与法院之间“打转”。对此，应当明确由法院主管。而且不能开口子，一开口子就容易对一些纠纷产生相互推诿，弊端甚多。

3、明确规定除了婚姻行政侵权案件外，其他一切涉及婚姻成立与不成立、有效与无效的案件，都由人民法院按民事诉讼程序处理。也就是说，只有单纯的行政侵权案件(包括作为与不作为，如随意撤销婚姻登记、拒绝婚姻登记、在登记中乱收费等)由婚姻登记机关处理，对其处理不服的，可以申请复议，或向人民法院提起行政诉讼。凡是涉及当事人之间婚姻关系性质之争，或是否存在婚姻关系之争的，都由法院按民事案件处理。

(二)关于“事实并轨”问题

所谓“事实并轨”， 就是在司法实践中，先废除民政机关主管婚姻纠纷和通过行政诉讼处理婚姻纠纷程序，把涉及婚姻成立与不成立、有效与无效的纠纷，统一归口于民事诉讼程序审理，实行事实上的单轨制。

---

[12] “行政诉讼案件能否附带民事诉讼，载http://china.findlaw.cn/susong/mshsusong/ssal/9606.htm1.

[13] 陈棋炎:《亲属、继承法基本问题》，台湾瑞明印刷厂1980 年版，第1-2 页。

1、实行“事实并轨”无法律障碍。目前，实行事实上的并轨，在法律上并无障碍。因为根据现有法律规定，民政机关主管的婚姻案件，只有婚姻法第 11 条规定的胁迫结婚，而人民法院对胁迫结婚也有管辖权。因而，在实践中，由法院统一主管该类案件是完全可以的。至于婚姻行政诉讼，从目前法律上看，并没有婚姻行政诉讼的规定。而且根据行政诉讼法第 11 条规定的 8 种行政诉讼案件，也难以囊括婚姻效力纠纷。将婚姻效力纠纷作为行政诉讼案件，实属勉强。因而，废除婚姻行政诉讼不仅没有法律障碍，而且更加合理。

2、实行“事实并轨”已有判例可循。事实上，我们在司法实践中，业已在全国率先进行了“并轨“试验，即在民事诉讼中，运用婚姻成立与不成立之诉，直接处理婚姻登记纠纷。其效果很好，值得肯定和推广。如 2010 年 4 月，宜昌市点军区人民法院判决的刘红玲使用其姐姐身份证登记结婚案，就是如此。刘红玲因未到婚龄而怀孕，便用其姐姐刘路英的身份证，用自己的照片与赵光武登记结婚。2006 年底，赵光武外出打工，从此再未与刘红玲取得联系。2009 年 12 月 11 日刘红玲向宜昌市点军区法院起诉与赵光武离婚，并要求法院发司法建议请民政部门撤销其婚姻登记。经过法院释明，刘红玲变更诉讼请求，将离婚之诉、婚姻成立与不成立之诉合并提起，其具体诉讼请求为：请求法院确认刘红玲与赵光武存在婚姻关系，刘路英与赵光武不存在婚姻关系，并确认刘红玲与赵光武的婚姻成立有效;判决刘红玲与赵光武离婚;女儿赵寒晶由刘红玲负责监护。

宜昌市点军区人民法院在查明有关事实后，于 2010 年 4 月 12 日作出判决，该判决认为：原告刘红玲因未达法定婚龄，借用其姐姐刘路英的身份证与被告赵光武办理结婚登记和子女出生证明，其行为是错误的。但原告刘红玲与被告赵光武具有共同结婚的合意和行为，且双方以夫妻身份共同生活;刘路英与赵光武没有结婚的合意，也没有以夫妻身份共同生活的事实。因此，刘红玲与被告赵光武的婚姻关系成立，刘路英与赵光武的婚姻关系不成立。现原告刘红玲与被告赵光武均已达法定婚龄，其婚姻无效的情形已经消失，应当认定其婚姻成立有效。因被告赵光武下落不明已两年有余，夫妻关系名存实亡，故对原告刘红玲的离婚请求，本院予以支持。经亲子鉴定，登记为赵光武与“刘路英”之女的赵寒晶与原告刘红玲的血缘关系概率大于 99.99%，应认定刘红玲系赵寒晶生母，刘路英不是赵寒晶生母。据此，依法判决如下：一、原告刘红玲与被告赵光武的婚姻成立有效;刘路英与赵光武的婚姻关系不成立；二、准予原告刘红玲与被告赵光武离婚；三、赵寒晶由原告刘红玲负责监护。

本案判决的真正价值是：首次运用婚姻成立与不成立之诉，在民事诉讼程序成功地解决了婚姻登记程序瑕疵纠纷。尽管对本案认定刘红玲与赵光武的婚姻成立有效可能仍然存在争议，但运用婚姻成立与不成立之诉，在民事诉讼程序中解决婚姻登记程序瑕疵纠纷，其价值和意义是不可否认的。它说明不仅完全可以运用民事诉讼解决此类纠纷，而且比行政诉讼更科学，更顺畅、简捷、彻底。以刘红玲案为例，刘红玲既可以起诉请求法院确认她与赵光武的婚姻成立有效，然后解决离婚和子女抚养费、财产分割问题;也可以起诉请求确认她与赵光武的婚姻不成立(当然是否成立由法院审查决定)，然后解决子女抚养费和财产分割问题;刘红玲、刘路英姐妹如果与赵光武之间是否存在婚姻关系发生争议时，还可以单独起诉确认与赵光武的婚姻成立或不成之诉。比如姐姐刘路英结婚遇到障碍时，可以单独起诉确认与赵光武的婚姻不成立之诉;刘红玲如果遇到赵光武否认婚姻时，可以单独起诉确认与赵光武的婚姻成立之诉。此外，假如赵光武不是下落不明的人，在刘红玲直接提起离婚之诉时，赵光武认为婚姻不成立，还可以提起婚姻不成立之反诉。法院可以将离婚本诉与婚姻不成立反诉合并审理。在民事诉讼中，即使确认刘红玲与赵光武的婚姻不成立或无效，也可以直接对子女和财产问题进行处理，比行政诉讼要简捷得多。

同时，有关婚姻关系的民事判决，具有既判力扩张的特点，即扩张其效力范围,不仅对当事人有约束力，对第三人亦有约束力，这在一些国家和地区的民事诉讼法中有明确规定。就刘红玲离婚案而言，刘路英虽然没有参加诉讼，但在判决确认刘红玲与赵光武的婚姻成立时，刘路英与赵光武的婚姻自然不成立，其判决效力对刘路英亦有拘束力。刘路英不得另行主张与赵光武的婚姻成立，也无需主张与赵光武的婚姻不成立。民政机关可以根据法院生效判决，在原婚姻登记档案中注明真正的结婚人是“刘红玲”，并将判决书存档。这样也不会影响“刘路英”的结婚问题。

由此可见，在司法实践中，对于婚姻效力纠纷实行“事实并轨”是完全可行的。

(三)“法律并轨”与“事实并轨”两步走

“法律并轨”与“事实并轨”是两种不同性质、不同途径的并轨。“法律并轨”属于立法层面的并轨，“事实并轨” 属于司法层面的并轨。“法律并轨”涉及法律制度和体制上的重大改革问题，特别是需要修改婚姻法第 11 条关于行政机关主管婚姻登记纠纷及其相关的行政法规。这需要最高人民法院会同民政部及相关国家机关进行调研，然后通过立法程序予以解决，是一项较为缓慢的工作。

而“事实并轨”，不仅没有法律上障碍，在实践中，也具有可操作性。比如，婚姻登记机关事实上受理的撤销胁迫结婚的案件很少，将其纳入法院统一主管只是一个制度存面的问题，在实践中实际上已经不是问题。至于其他婚姻纠纷，法律本身就没有规定婚姻登记机关主管，也没有规定按行政诉讼处理。而且这类婚姻纠纷，已如前述，性质上属于民事纠纷，按照行政诉讼程序难以解决。将其统一纳入民事诉讼程序处理，是一个顺理成章的事情，在实践中完

全可行，并已被实践判例所证明，毋庸置疑。

鉴于“法律并轨”较为缓慢，“事实并轨”可以立即付诸实施，为了尽快扭转目前被动司法的局面，更好地贯彻“能动司法”理念，我们建议，可以分两步走，先实行“事实并轨”，待条件成熟后再完成“法律并轨”。

借用他人身份证登记结婚的诉讼路径及效力判断

王礼仁 罗红军 黄金波

【案情回放】

2006年春，原告刘红玲未达法定婚龄而怀孕，便借用其姐姐刘路英的身份证与被告赵光武登记结婚。同年底，赵光武外出打工，从此再未与原告联系。原告于2009年12月11日向湖北省宜昌市点军区人民法院起诉，要求与赵光武离婚，孩子由自己抚养，并要求法院向民政部门发司法建议,建议民政部门撤销其婚姻登记。

2010年4月12日，点军区法院经审理认为，原告刘红玲因未达法定婚龄，借用其姐姐刘路英的身份证与被告赵光武登记结婚，其行为是错误的。但原告刘红玲与被告赵光武具有共同结婚的合意和行为，且双方以夫妻身份共同生活；刘路英与赵光武没有结婚合意，也没有以夫妻身份共同生活的事实。因而，刘红玲与被告赵光武的婚姻关系成立，刘路英与赵光武的婚姻关系不成立。现原告刘红玲与被告赵光武均已达法定婚龄，其婚姻无效的情形已经消失，应当认定其婚姻成立有效。因被告赵光武下落不明已两年有余，夫妻双方关系名存实亡，故对原告刘红玲的离婚请求予以支持。遂判决如下：原告刘红玲与被告赵光武的婚姻成立有效；刘路英与赵光武的婚姻关系不成立；原告刘红玲与被告赵光武离婚；孩子由原告刘红玲负责。

【不同观点】

此案在审理过程中主要涉及两个问题：一是本案应按照什么程序处理？二是刘红玲与赵光武的婚姻是否成立有效？对此，有三种不同观点。

第一种观点认为：刘红玲与赵光武的婚姻无效，应当由民政机关处理或按行政诉讼处理。理由是，刘红玲与赵光武在婚姻登记时，弄虚作假，属于婚姻登记错误。按照过去传统习惯做法，应由民政部门撤销婚姻登记。如果民政部门不撤销婚姻登记，当事人可以向法院提起行政诉讼。

第二种观点认为：刘红玲与赵光武的婚姻有效，应当按照民事诉讼程序解决其离婚问题。理由是，刘红玲与赵光武属于自愿结婚，并领取了，而且刘红玲在提起离婚时，双方均已达法定婚龄，的情形已经消失，应按有效婚姻处理。

第三种观点认为：虽然刘红玲借用别人的身份证与赵光武登记结婚，但他们的婚姻符合结婚的实质要件，因此，他们的婚姻有效，应适用民事诉讼程序解决。原告可以在民事诉讼中将婚姻成立与不成立之诉、婚姻有效与无效之诉，与离婚之诉合并提起，法院合并审理。并认为，原告一方面起诉要求离婚，一方面要求通过司法建议由民政机关撤销婚姻登记，两者相互矛盾，而且司法建议也不能成为原告独立的诉讼请求。而此案实际上涉及到刘红玲与赵光武的婚姻、刘路英与赵光武“婚姻”如何认定问题。要解决刘红玲与赵光武的离婚问题，首先要解决刘红玲与赵光武的婚姻是否成立有效问题。因此，应当通过法院释明，由原告变更诉讼请求为：请求法院确认刘红玲与赵光武的婚姻成立有效，刘路英与赵光武的婚姻不成立；判决刘红玲与赵光武离婚；女儿由刘红玲负责监护。

合议庭最后采纳了第三种意见。通过法院释明，刘红玲变更了诉讼请求，法院根据刘红玲变更后的诉讼请求，依法作出了上述判决。

【法官评析】

应适用民事程序解决借用他人身份证结婚的效力问题

这是湖北省首例运用民事诉讼程序解决结婚登记瑕疵纠纷的案件，笔者就该案的相关问题做一些简要分析。

1、本案是按民事诉讼途径处理还是按行政诉讼途径处理在司法实践中，法院受理此类案件时，有的地方法院作为行政案件受理，有的地方作为民事案件受理,还有的让当事人到行政机关去处理。相比较来看，将此类案件作为民事案件受理较为妥当。

首先，婚姻纠纷是民事纠纷，应该是无可争议的，既然是民事纠纷，就应当通过民事途径解决。民政部门无权处理，也难以处理此类婚姻纠纷。一是在过去没有无效婚姻制度时，民政部门可以撤销婚姻登记，事实上起到了补充无效婚姻制度的作用。但现行设立了无效婚姻制度，为了防止扩大无效婚姻的范围，婚姻法、婚姻登记条例取消了民政部门任意撤销婚姻登记的权力。目前，民政部门只能受理和撤销受胁迫结婚一种。二是民政部门没有进行实质调查和实质判断的职能。其登记行为多是一种形式审查，无法达到实质审查的程度，无法得知当事人提供的证件是否真实，如果婚姻当事人没有提出异议，民政部门也没有义务去调查证件的真假。

其次，行政诉讼的功能难以处理婚姻民事案件。即行政诉讼审查的对象是婚姻登记行为，而此类案件的真正诉讼标的是婚姻关系。行政诉讼对婚姻登记行为的合法性审查和判断，并不能解决婚姻关系合法与有效问题。许多婚姻登记行为虽然不合法，但并不影响婚姻关系的成立与有效。行政判决既要确认婚姻登记行为违法，又要确认婚姻关系有效，其判决功能难以实现。

再次，运用民事诉讼解决此类纠纷更加便捷彻底。在行政诉讼中不可能将各种婚姻之诉和婚姻附带之诉合并审理。但在民事诉讼中，完全可以将婚姻成立与不成立之诉、婚姻有效与无效之诉、离婚之诉合并审理，一次彻底解决纠纷。既可以解决的诸多纷争问题，也可以解决婚姻附带诉讼的子女财产问题；既可以解决婚姻诉讼当事人关于婚姻效力的争议问题，也可以解决涉及第三人的婚姻效力问题。一般来说，当事人起诉的根本目的是解决婚姻关系问题，要求法院确认其婚姻关系是否成立或有效,通过民事诉讼加以解决，则比提起行政诉讼更加顺畅。

此外，借用他人身份证登记结婚后，一方向法院起诉要求与对方离婚，法院应当以离婚纠纷案由受理案件并审理，确定双方的婚姻关系，查明在婚姻登记当中的相关事实。本案中，法院认定刘红玲与赵光武的婚姻有效，并按离婚处理是正确的,这也符合最高人民法院给民政部的函复（法研[2002]81 号）所作的答复精神。2002 年民政部办公厅就安徽省民政厅关于婚姻当事人双方结婚登记后，一方不知去向，法院在受理另一方提起的离婚诉讼时调查发现，失踪一方办理结婚登记时提供的身份证明、户籍证明及婚姻状况证明均系伪造，另一方因此要求婚姻登记机关撤销登记，应如何处理的答复是：这样的婚姻为有效婚姻，由法院按离婚处理。而这个答复就是根据前述的函复（法研[2002]81 号）所作的答复。

2、刘红玲与赵光武的婚姻是否成立有效

在理论上和实践中，有一种观点认为，借用他人身份证登记结婚等于本人没有结婚，因为登记结婚的姓名并非本人，而是第三人，因而，借用他人身份证登记结婚的婚姻无效。

应当指出的是，如果要否认此类婚姻的效力，也应当认定其婚姻不成立，而不是无效。因为婚姻成立与不成立，与婚姻有效与无效是两个不同的概念。婚姻有效与无效是对已经成立婚姻的效力判断。婚姻不成立，则无所谓婚姻有效与无效问题。婚姻成立与不成立，与婚姻有效与无效，两者的判断标准不同。婚姻成立与否的判断标准是结婚的形式要件；婚姻有效与否的判断要件是结婚的实质要件。欠缺法律规定的结婚形式要件，婚姻则不成立；违反法律规定的结婚实质要件，婚姻则无效。使用他人身份证结婚，所违反的是结婚的形式要件。因而，本案首先所涉及的是婚姻成立与不成立问题，而不是婚姻有效与无效问题。只有解决了婚姻是否成立之后，才能解决婚姻是否有效问题。

那么，刘红玲使用他人身份证结婚，其婚姻能否成立？笔者认为，结婚证的瑕疵不影响双方的婚姻关系的存在。即使婚姻登记行为程序违法或者婚姻登记行为存在瑕疵，只要婚姻双方当事人符合结婚或者离婚的实质要件的，不应以违反法定程序或者婚姻登记行为有瑕疵为由撤销婚姻登记行为。这是由婚姻关系的身份属性及婚姻登记行为的性质决定的。

从我国婚姻法立法的目的来看，只有在具备法定的无效事由或者可撤销事由时，才可以撤销婚姻登记行为，在这点上无论民事诉讼还是行政诉讼都不应该有差异。从撤销事由看，按照婚姻法有关规定，有两种基本情形：一种是具有婚姻法第十条规定的无效婚姻法定事由而撤销婚姻登记行为；二是具有婚姻法第十二条规定的可撤销事由而撤销婚姻登记行为。婚姻法之所以对所有的无效事由和可撤销事由采取穷尽式列举的规定，就是排除了任何否定婚姻关系效力的其他事由，目的显然是为维护婚姻关系的稳定，保护当事人的婚姻自主权。从法庭查明的情况看，刘红玲与赵光武之间并无上述情形，因而二者不属于无效婚姻。

本案中,法院适用婚姻成立与不成立的标准评判本案较科学。刘路英与赵光武没有结婚合意，也没有结婚的实际行为，更没有共同生活，其婚姻根本不成立或不存在，而不是无效。如果认定刘路英与赵光武的婚姻属于无效，那实际上承认刘路英与赵光武存在婚姻关系，只是没有法律效力。这种判断显然是错误的。

因此，本案中，刘红玲使用他人身份证结婚的原因是未到法定婚龄，按照婚姻法规定，本属无效婚姻。但刘红玲在离婚时已经到达法定婚龄，其无效情形已经消失。根据婚姻法解释（一）第八条规定，应当认定婚姻有效，按离婚处理。

男女平等的法律并不是最好的法律——以女性从政和婚姻诉讼为视角

王礼仁

【摘 要】从性别的视角来考察法律发现,现代法律与过去法律相比,一个最大的进步,就是消除了歧视妇女的条款。而现代法律的一个最大缺陷,则是忽视了两性区别,用毫无性差的法律规定男女同权、男女平等,其结果是男女根本不可能平等。因而,这种男女平等,实际上是用形式上的平等掩饰了事实的不能平等,是一种包装了的男女不平等。所以,男女

平等的法律，并不是最好的法律。只有体现性别差异、补充女性能力、实现男女无利差的法律，才是最好的法律。

【关键词】男女不平等；男女平等；无歧视平等；无利差平等

一、男女平等法律的含义及其实质

纵观世界各国立法，大凡都经历了一个由男女不平等向男女平等逐渐演变转化的过程。男女不平等的法律，就是在立法上设立歧视妇女的条款，使男女在立法上处于不平等地位。如，奴隶社会和封建社会的法律，严格限制妇女从政权、受教育权和家事管理权等，在近现代一些国家和地区的法律中仍然不同程度的存在歧视妇女的条款。但从世界范围来看，歧视妇女的不平等立法逐步减少，目前多数国家和地区已经废除了明显歧视妇女的法律条款，基本上实现了男女在立法上的平等，即男女法律上的平等。男女法律平等，就是在立法上不区分男女，两性在立法上无性别差异，在形式上完全平等。

从性别的视角来考察法律，现代法律与过去法律相比，一个最大的进步，就是消除了歧视妇女的条款。[14]而现代法律的一个最大缺陷，则是忽视了两性区别，在立法上把所有的人都视为无性人或同性（男性）人，用毫无差别的法律规定男女同权、男女平等，缺乏对女性差别保护条款，因而使男女根本不可能平等。这实际上是用形式上的男女平等掩饰了事实的不平等，是一种包装了的男女不平等。这种男女平等的法律，只是废除歧视女性的条款，解决了女性被歧视问题，本质上是一种“无歧视平等”，但男女仍然没有达到“无歧视平等”。这种“无歧视平等”，只是争取女权迈出的第一步[15]，要实现男女之间的“无歧视平等”，还需要不断加强性别差异立法，制定女性特惠条款。目前所有的立法（包括公共政策）仍然处在排除歧视妇女这一初级阶段。[16]而真正保障妇女获得与男性同等社会地位的法律或制度，还没有引起应有的关注。要真正实现男女平等，需要认真研究，哪些领域可以男女同法，哪些领域不能男女同法。但目前关于男女权益的法律还是停留在形式平等的层面上，对于如何保障男女实质上的平等，在法律上尚付阙如。所以男女平等的法律，并不是最好的法律。只有体现性别差异、填充女性能力、促进实质平等的法律，才是最好的法律。[17]

二、男女平等的法律在实践中的缺陷

男女在法律上“无歧视平等”是形式平等，形式平等并不能实现实质上的平等。以女性参政为例，尽管法律上规定女性与男性具有同等的权利，但事实上女性参政的比例远远低于或少于男性。仅从 2009 年 9 月在美国匹兹堡召开的二十国集团领导人第三次金融峰会期间的集体合影，就可以发现，在 32 位与会各国领导人及有关国际组织负责人中，女性只有两位。[18]由此可见一斑，女性从政与男性相比，还是凤毛麟角。目前，在世界范围内，女性从政人数远远少于男性，应当是一个毋庸置疑的事实。

又如离婚自由，法律上规定男女都有离婚的自由，但事实上女性并没有完全实现离婚自由。对女性而言，仍然存在许多制约离婚自由的因素：

1、受经济等条件制约，女方“不愿”离婚

因女性经济等地位低下，离婚后没有出路，女方“不愿”离婚。因而，许多女性在遭受暴力、虐待、冷落、歧视后，忍气吞声勉强维持婚姻。比较普遍的现象是：男方包“二奶”，甚至重婚，公开羞辱女方，女方则因地位低下或生计的需要，而无法摆脱男人的桎梏，“自愿”在婚姻中煎熬。

更有甚者，有的女性遭受丈夫长达 10 年的侮辱、谩骂和冷落，而没有提出离婚，直到最后绝望、无奈提出离婚时还是处女。如，2009 年 5 月 8 日，北京市海淀区人民法院审理的孙红（女，化名）离婚案，就是如此。原告孙红在起诉书中称，自己与被告于 1999 年结婚，婚后，被告经常对原告进行侮辱、谩骂，后来开始动手。从结婚起至今被告从未与原告发生过性关系。原告尝试着做过各种努力，都受到被告冷言冷语的攻击。在长达 10 年的婚姻里，原告饱受被告言语侮辱及家庭暴力的伤害，同居权、生育权受到严重侵害，迫使原告成为高龄未育女性。这种形式上不愿离婚，并非妇女真正不愿离婚，而是客观条件限制了妇女的离婚自由。

2、人身自由受限制，女方不能离婚

不少女性遭受暴力、虐待、冷落，本想离婚，但因受到暴力控制或威胁而不能离婚。这与前述“1”不同。前述“1”中的男方并不限制女方离婚，只是女方没有条件离婚，“自愿”苦守婚姻。这里则是女方要离婚，而男方不准，使女方不能离婚。这里有几个典型案例：

案例 1：2009 年 9 月 5 日，在吉安县敖城镇，因丈夫好赌妻子要求离婚，嗜赌丈夫狂砍妻子 38 刀。[19]

---

[14]但在一些地方还没有完全消除。

[15] 这一步还没有彻底完成。

[16] 当然，排除歧视妇女这一工作也是非常重要的。

[17] 这只能是从性别角度判断法律的标准，不能将此作为其他方面的评判标准。

[18] 见《人民日报》2009 年 9 月 26 日第 1 版。

[19] 《吉安嗜赌男狂砍妻子 38 刀因不愿意离婚对妻下狠手》，参见大江网）信息报，http:PPwww.lhabc.comPhtmlP20099990113.htm，2009-09-09。

案例2:2000年,刘双(女)与张伟雄结婚,婚后育有一女,张伟雄好逸恶劳,且经常酗酒,全家靠刘双打工维持生计。张伟雄酒后常打骂刘双。刘双无法忍受,曾经多次提出离婚,均遭张伟雄激烈反对,并以报复刘双及其娘家人相威胁。2006年7月16日晚11时许,张伟雄酒后来到刘双打工的客栈。无端责骂刘双有外遇,并用木凳砸她的背部,尔后把她按在床上掐住其脖子,还把汽油淋满她全身,拿出打火机准备点火,扬言要烧掉客栈。刘双趁其不备抢走了打火机,并报警,望城县新城派出所干警接警后迅即到现场进行了调处平息,2006年7月27日下午4时许,张伟雄再次在外酗酒后又回到父母住处,见刘双正在卧室睡觉,张伟雄即走进卧室,反锁了房门,尔后责骂刘双不该报“100”,想要他死,并扬言要烧掉房子,把刘双从三楼丢下去。他爬上床卡住刘双脖子,谩骂刘双一阵后便熟睡在床上。刘双坐在床边想起张伟雄对自己的打骂虐待,离婚又不能,心中怨恨绝望,产生了杀死张伟雄的念头。刘双当即从床边的书桌上拿起一个手机充电器,将充电器的电线勒住张伟雄的脖子致张伟雄当场死亡。当日下午5时25分,刘双在被害人伯父张建忠的陪同下主动到公安机关投案自首。

案例3：2007年10月,赵金容在成都市新都区开小饭馆时,与在此打工的简阳市人吕根泽认识并相恋,二人很快办理了结婚手续。婚后,吕根泽酗酒、赌博的恶习逐渐显露出来,长期只顾个人玩乐,概不管生意上的事,赌博输了钱,就向赵要,赵一旦拒绝,吕便拳脚相加。吕到家中对赵随意打骂,有时还用剪刀剪赵的下身,或将尿液撒在赵的头发上和嘴里。对此,赵向其提出离婚,却遭到一顿毒打。吕同时扬言,若是再提离婚,便杀了她的全家。2009年5月3日凌晨,吕再次持剪刀剪赵的下身,还向赵的阴道内灌酒,同时向赵索要赌金,以供其挥霍。这让赵极为不满,便乘吕熟睡后,取来铁制榔头,对其头部猛击,直至死亡。

在上述三个案例中,第一个案例是丈夫有恶习,妻子要离婚,被丈夫残害。第二、第三个案例是妻子因遭受家庭暴力,而又无法离婚时,无奈而被迫采取以暴制暴的杀人方法了结婚姻,最后走上犯罪道路。

3、因制度上的原因,女方无法离婚

由于我国现有诉讼制度规定的是原告就被告的诉讼管辖原则,当女性被拐卖与他人结婚、被强迫与他人结婚后逃离,或者正常婚姻中受暴力虐待后,被迫逃离结婚地而回娘家或寄居他处,她怎么敢回到被告所在地起诉离婚或申请宣告婚姻无效或撤销婚姻呢?此外,还有的男女两地分居,或者男方长期在外期间,与婚外异性同居或重婚,女方没有能力到外地诉讼或搜集证据。[20]像这类情况,如果都要原告(女方)到被告(男方)所在地起诉,或者由原告承担举证责任,原告只能放弃离婚诉讼。

如,湖北一杨氏女性在浙江与一男性结婚,婚后女方屡遭丈夫暴力,被迫于2004年8月逃回湖北娘家。女方回娘家后虽想马上与男方离婚,但她担心人身安全,不敢到浙江起诉离婚。同时,也没有费用到浙江起诉离婚。直到2007年,女方想另择配偶时,被迫向其哥哥借款,并要求其哥哥陪护到浙江诉讼离婚。而且为了及时离婚,女方放弃离婚损害赔偿。据女方哥哥介绍:陪护妹妹到浙江离婚先后两次,不仅花费了差旅及其他费用共计8000余元,而且非常危险。在浙江离婚诉讼中,遭到男方及其亲属的围追堵截,幸亏他事先与法院取得联系,在一次围追中,要不是法院警车及时赶到,就要出大问题。这个杨氏女性算是不幸中的幸运者,因为她有一个有钱的哥哥,并有哥哥陪护她去离婚。但是如果是一个李氏女性,她没有哥哥或弟弟,或者哥哥没有钱,或者哥哥不能陪护她去离婚,其结果又将如何呢?再如,有的男子外出打工,妻子无法离婚,便雇/丈夫0离婚,结果被法官察觉后拘留、罚款。还有的女性,不能与丈夫离婚,干脆与他人同居,甚至重婚。

至于女性在离婚诉讼中的财产分割和离婚赔偿,获得胜诉的概率更小。因为多数是男方掌管家庭财产,女性没有知情权,而且多数女方的社会地位和文化低于男方,诉讼经验和诉讼能力缺乏,在诉讼中往往处于被动地位,难以与男子抗衡。

上述几个事例已经足以说明,女性不仅政治地位低,而且在婚姻家庭中的地位也很低,都不能与男性相比。这虽然有其深刻的历史原因和社会背景,但“男女平等的法律”,不能说不是根源之一。“法律上明文规定男女平等,可为什么实际生活中男女不平等?”这是许多人正在探究的话题。遗憾的是,这些研究都没有触及法律平等本身的缺陷。实际上,形式上的男女平等,根本不可能实现事实上男女平等。

三、男女平等的法律应当颠覆

说得严重些,现行各国形式上男女平等的法律,其公平性,连一般的游戏规则都不如。相比之下,目前的体育竞技规则,倒比法律公平得多。它没有把所有的人视为同性人或相同人,实行无性别、无差异竞技比赛,而是区分性别和差异,根据不同性别与差异制定不同的胜负评判规则。最典型的就是区分了男性和女性。

如果我们借鉴体育竞技规则,把法律稍微作一下调整,整个效果就会大不相同,女性的社会地位就会发生改变。

---

[20] 最高人民法院关于适用5中华人民共和国民事诉讼法6若干问题的意见第12条规定:/夫妻双方离开所在地超过一年,一方起诉离婚的案件,由被告经常居住地人民法院管辖0。而现实中有不少夫妻双方离开所在地超过一年。

比如在政治上, 男女两性要实现无利差平等, 男女则要有平等的执政权。但这种平等的执政权, 不能用无歧视平等进行掩盖, 要有“无利差平等”的立法原则来保障。具体说, 以政府官员为例, 如果能在立法中确定按照人口性别比例决定政府官员比例, 女性的执政地位就会发生重大变化。比如一个地方(行政管辖区)的男女两性比例分别各占 50%, 政府官员的两性比例也各占 50%[21], 女性的执政地位就会彻底改变。至于一把手或国家元首, 可以由选民分别推举一男一女竞争, 胜者为正职或总统, 负者为副职或副总统。这样, 女性就会有更多的参政机会。目前, 实行“无歧视平等”竞争政府官员, 实际上是男性抢占了女性的政治地位。

又如, 女性在婚姻诉讼(乃至整个诉讼)中的权利, 也需要在立法上予以特别关照。对于女当事人“不愿”离婚或不能离婚者, 要提高妇女地位, 切实解决好妇女离婚费用和诉讼渠道问题, 建立健全女离婚当事人经济帮助和社会救济双轨制, 使妇女敢于向男人说不, 敢于向暴力说不, 敢向婚姻说再见。

诉讼虽然不是一种竞技活动, 也不能完全等同于一项单纯的竞技活动, 但它确实存在竞技的性质, 应当是不可否认的。在一定意义上, 诉讼是一种政治、经济、文化(法律文化)、智能等综合实力的比拼或较量。如果把政治、经济、文化(法律文化)、智能等因素称为诉讼资源, 那么, 在相同的案件事实和法律平台上, 拥有诉讼资源多或具有优质诉讼资源的人, 其胜诉的概率, 显然要大于诉讼资源缺乏或诉讼资源劣质的人。因而, 需要解决诉讼规则形式上的平等, 而事实上的不平等现象。平均对待或平均分配, 只能适用条件相同的人。要使这种具有竞技性质的诉讼活动具有公平性和正义性, 就必须使竞赛规则具有公平性和正义性。在制定诉讼规则或适用诉讼规则时, 要充分反映不同类型人的特点和需要, 即充分体现区别性。当然, 这种区别性与普遍性是相对统一的, 不可能按照三等九级制定出适用每个人的诉讼规则。但就两性诉讼来讲, 完全适用/男女混赛规则, 对女性来讲, 在许多情况下, 显然是不利的, 尤其是在婚姻家庭诉讼中表现得尤为突出。

由于资源占有不同, 社会地位不同, 法律上绝对平等的权利在实施中就会遇到困难。因而, 在婚姻审判诉讼中, 制定不同的诉讼规则, 实行有差别的诉讼救济手段, 是非常必要的。否则, 就会使“妇女被法困死”, “男子把法玩死”或“把妇女玩死”的现象。

笔者在《婚姻诉讼前沿理论与审判实务》一书中主张, 在婚姻诉讼中, 应当给予妇女特殊保护。比如扩大女性诉讼的职权调查范围、规定女性诉讼的特殊管辖, 等等。对有些特殊情形, 女方可以在方便自己诉讼的法院起诉。特别是被拐卖、被强迫结婚, 以及遭受家庭暴力、虐待、遗弃, 女方已经被迫离开结婚地, 回到娘家或寄居他处, 女方又重新到结婚所在地(即被告所在地)起诉离婚, 有诸多弊端:一是人身安全不能保障, 二是有的人没有经济能力诉讼。因而, 对这种遭受人身安全与经济困难双重压力的妇女, 在管辖上, 应当体现保护妇女原则, 即应当准许妇女选择自己方便诉讼的法院起诉。对于男方在外地打工或经商期间重婚或与他人同居等, 女方由于人身安全或经济原因, 不能在婚姻居所地或被告所在地起诉离婚的, 也应当准许妇女选择自己方便诉讼的法院起诉。

至于女方对家庭财产缺乏知情权, 以及男方在离婚时转移、隐匿家庭财产, 都可以在立法上予以必要的规范。对于转移、隐匿家庭财产数额巨大的, 可以进行国家干预, 乃至刑事调查。在一般共有关系中, 窃取或侵占共有财产几万元, 则可能受到刑事追究。而在家庭共有关系中, 一方侵占数十万、数百万、甚至上千万, 则相安无事的现象显然不合理。对此, 除了转变司法观念外, 应当在立法上予以完善。比如, 女方有事实证明男方具有转移、隐匿巨额家庭财产嫌疑的, 可以以侵占罪控告, 由司法机关介入刑事调查。这样既可以震慑男方, 使其不敢轻易转移、隐匿家庭财产, 同时也可以减轻女方调查举证的负担。

总之, 目前人人平等的法律, 在性别保护上存在严重缺陷, 应予以颠覆, 重新确立新的立法原则。

由于形式上的/无歧视平等的法律, 并不是公平的法律, 不可能实现/无利差平等 0, 即实质平等, 要实现男女之间无利差的实质平等, 真正体现男女两性的公平和正义, 就需要有新的立法原则保障。

男女平等的法律, 包括“无歧视平等”与“无利差平等”。“无歧视平等”就是废除在立法上歧视妇女的立法条款。由于歧视是一种公开的、形式上的不平等, 容易被人们所认识, 所以, 废除歧视女性条款, 实现“无歧视平等”已被社会所普遍接受。但“无利差平等”则不同, 它是实际利益平等, 即实质平等, 包括政治利益、经济利益、人身利益等, 男女两性均无差别, 完全平等。无利差平等往往会被形式上的平等所掩盖, 难以被人们认识或接受, 贯彻的阻力可能较大。

长期以来, 男女两性在自然性别上的差异, 被男性所利用, 形成了男性文化。这种男性文化根深蒂固、渗透面广。它不仅渗透到政治、经济、宗教等领域, 也渗透到男女两性的脑海中, 在男女两性中深深扎根, 形成了男男性文化与女男性文化。所谓男男性文化, 就是在男性中存在的以男性为中心或主导的文化意识形态。所谓女男性文化, 就是在女性中存在的以男性为中心或主导的文化意识形态。

由于长期受男性文化的主导, 女性受其影响, 在女性中也广泛存在男性文化意识。由于长期受男性文化观念的影响,

[21] 如果有些地方不能一步到位,可以分步骤实施,但女性执政的最低起点比例不能低于 30%。

导致两性不仅仅有生理上的性别差异,更重要的是存在社会性别差异,即男尊女卑。女性一直处于被统治、被奴役的地位,没有自己独立的地位,一直依靠“男性赋权”。直到目前为止,女性仍然处于“男性赋权”时期,并没有完全独立决定自己命运的权力,或与男性分庭抗礼的实力。

因而,目前的女性,其社会地位,仍然如同未成年的孩子需要父母抚养一样,也需要男性“抚养”或法律上的“抚养”,以保证妇女能够尽快成人。等到妇女成人以后,或者整个社会真正实行男女平等以后,女性就不需要男性或法律的特别关怀或抚养,可以与男性平等竞争。

在目前情况下,由于男女社会性别的巨大差异,使女性不具有与男性竞争的能力,需要法律补充其能力,实行分配上的正义。

实行差别立法,有两个理论基础或社会基础:一是长期的不平等立法,造成女性受欺凌、受压迫、甚至受剥削,使女性的社会地位在客观或事实上已经明显低于男性,即男女两性的社会地位事实上处于不平等的位阶中。那么,在不平等的条件下,用平等的条件去竞争,女性显然处于劣势,只能接受不平等的结果。因而,要改变这种状况,必须在立法上给予女性以差别待遇,补充其能力。二是在某些领域,由于男女生理上的差异,女性不可能与男性平等竞争,在这些领域,也应当给予女性差别待遇。比如孕妇、产妇的差别待遇,需要法律给予特别规定。

实行差别立法,从形式上看,它好像也是一种不平等立法,但它实质上是平等的,能够真正实现男女/无利差平等。如果把它也称为男女不平等立法,那就是“新男女不平等”。这样,体现男女权利关系的立法就有三种不同模式,即男女不平等、男女平等、新男女不平等。这一变化过程表明:男女不平等,是真正的男女不平等,女性受歧视、受压迫;男女平等,是无歧视平等,形式上的平等,事实上不平等;新男女不平等,是形式上的不平等,实质上的平等,真正实现男女无利差的平等。

自由、平等,实际上都是权力的附庸。只有在权力的庇护下才有平等和自由可言。泰国总理他信、洪都拉斯总统塞拉亚被政变集团推翻,其自由、平等迅即丧失,甚至被迫躲进他国大使馆避乱,就是最好的例证。妇女没有权力,就不可能有真正的自由和平等。在目前,女性要能够迅速崛起,获得与男性同等的权利,必须实行差别立法,即用“新男女不平等”立法作保障。

亲子关系诉讼中价值冲突的判断与选择
——兼谈司法解释三(征求意见稿)关于亲子诉讼规定的正当性

王礼仁

【内容提要】在理论和实践中，一般认为，亲子鉴定涉及到女方和子女利益以及个人的名誉权、隐私权等，当事人完全可以拒绝鉴定。并认为一方拒绝鉴定时，亲子关系不能推定，更不能推定拒绝鉴定者承担不利后果。事实上，亲子关系不能推定是一种误读，亲子关系完全可以推定。至于是否支持亲子鉴定，以及对拒绝亲子鉴定者如何推定，则涉及到价值冲突判断和选择问题。从理论和实践中反映出来的问题看，亲子诉讼所涉及的价值冲突判断和选择，主要有如下几个方面：1、传统推定规则与现代科学的价值冲突与选择；2、名誉权、隐私权与生育权、知情权、亲权的价值冲突与选择；3、子女利益与父亲利益的价值冲突与选择；4、推定有利于原告与推定有利于被告的价值冲突与选择。通过对各种价值冲突进行综合分析比较，其结果表明，进行亲子鉴定和推定的整体社会价值是利大于弊，特别是对妇女儿童利益的保护更为有利。根据“两利相权取其大，利弊相较取其利，两弊相衡取其小”的价值冲突选择原则，对于亲子诉讼案件，一般应当支持和鼓励亲子鉴定，对于拒绝鉴定者，可以根据现有证据推定其承担不利后果。

【关键词】亲子鉴定；亲子推定；价值选择；婚生子女否认；非婚生子女认领

一、鉴定和推定在亲子关系诉讼中的意义

随着社会的进步和经济的发展，人们生活和工作方式发生了巨大变化，出现了异地打工、异地经营、流动经营热，又由于旅游业、休闲业、文化娱乐业、家教和保姆等新型产业的兴起，增加了男女之间的交往机遇，加之人们思想观念的变化，相伴而至的婚外情自然随之增多，婚外受孕（未婚先孕）也自然难免发生。同时，随着科学技术的发展，特别是DNA亲子鉴定技术的诞生，又为亲子鉴定提供了可能，亲子鉴定因此增多。 在这种社会背景下，亲子诉讼，自然成为当前诉讼的一大热点。

同时，由于亲子鉴定的先进技术与法律制度滞后之间的矛盾，又使亲子诉讼成为当前诉讼的一大难点。其中，难就难在对于拒绝亲子鉴定者应当如何处理？能否推定拒绝亲子鉴定者承担不利法律后果？由于我国不仅没有对DNA亲子鉴定技术及时作出法律回应，甚至连亲子诉讼的一般性法律规定也没有。这就使涉及DNA鉴定的亲子诉讼案件无所适从，难上加难。同时，由于理论上对亲子诉讼的问题也缺乏研究，尚未形成倾向性观点或意见，这就难免出现司法上的混乱现象。从各地法院对于拒绝亲子鉴定案件的判决来看，可以说是各行其是，五花八门。

从司法实践来看，不论是婚生子女否认，还是非婚子女认领，甚至是同一案件，在不同地区法院之间，以及上下级法院之间，其判决结果截然不同。而不同的判决，直接关系到当事人的不同命运。因而，对于亲子诉讼中拒绝鉴定的案件如何判决，既是一个事关法制统一的问题，更是一个事关当事人的人身权利、财产权利的重大法律问题。无论是从统一和规范人民法院的执法需要来看，还是从保护当事人的权利需要来看，亲子诉讼中的拒绝鉴定如何处理问题，是当前民事审判中迫在眉睫、亟待解决的问题。

在司法实践中，对于拒绝亲子鉴定的案件，虽有原告胜诉的判例，但从整体司法情况看，原告胜诉的少，败诉的多。那么，为什么会出现“一多一少”的现象？这主要涉及到一个价值取向或选择问题。也就是说，在拒绝亲子鉴定案件中，如何权衡双方的利益并进行取舍，其价值取向存在差异。从司法实践来看，影响价值取向或选择的因素，主要有两个：一是对亲子诉讼的特点了解不够，在理论上存在一些认识上的误区，影响了价值选择；二是对拒绝亲子鉴定案件，是判决有利于原告还是判决有利于被告，在价值判断上存在差异。为此，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）（征求意见稿）第三条规定，在一方拒绝亲子鉴定时，可以根据现有证据进行推定。这一规定，对统一司法具有重要意义。但理论上对亲子关系的诉讼仍然存在分歧。本文拟澄清亲子诉讼理论上的一些误区，并通过价值比较方法，提出亲子诉讼的价值判断与选择，以说明司法解释的正当性。

二、亲子关系诉讼几个需要澄清的理论误区

我国现行民法（婚姻法）和民事诉讼法都没有关于亲子诉讼的规定，外国和我国台湾、香港、澳门地区关于亲子诉讼的规定主要有婚生子女否认之诉与非婚生子女认领之诉。[2]此外，还有确认亲子关系存在或不存在之诉。从外国和台湾等地区的法律规定来看，不仅婚生子女是推定的，在婚生子女否认之诉和非婚生子女认领之诉、以及确认亲子关系存在或不存在之诉中，对于亲子关系的认定，也是允许推定的，而且推定是认定亲子关系的主要方法。但随着DNA等亲子鉴定技术诞生后，技术鉴定又成为认定亲子关系的一种新手段。

但在我国的亲子诉讼中，理论上却认为亲子关系不能推定，更有甚者，还以所谓“生育意志”否认亲子鉴定的作用。因而，在讨论亲子诉讼时，首先必要对此予以澄清。

（一）关于亲子鉴定与生育意志问题

有人认为，婚生婴儿客观存在由该夫妻精卵结合和并非该夫妻精卵结合（因契约采用他人精卵和非因契约如该妻通奸等引起生育）的情形。因而，“婚生”不等于“亲生”，非“亲生”也不等于非“婚生”。“亲生”（父母为其孩子精卵来源）只是“婚生”中一种情况。对于妻子婚外受孕，丈夫没有选择要求妻子终止妊娠或离婚，可视为放弃追究妻子侵权责任的权利，接受妻子就应当接纳其全部，包括其错误行为及其结果——婴儿，妻子生育的子女就视为丈夫同意，体现丈夫的生育意志，丈夫与婴儿则形成了准自然血亲关系，其子女为“婚生”子女。因而，“亲子鉴定”只能证明精卵来源事实，不能证明其中是否包含了该夫妻共同的“生育意志”，亲子鉴定结论，不能作为认定亲子关系的根据。因此此否认亲子鉴定的作用，并进而认为，在妻子拒绝鉴定时，只能认定子女为“婚生”，不能作出亲子否定推定。[3]我们认为，以所谓“生育意志”否认亲子鉴定的作用，是片面的：

1、妻子婚外受孕，丈夫当时一般并不知道。即使丈夫知道（多数只能是怀疑），但如果妻子坚持否认，并拒绝亲子鉴定，丈夫凭什么证明妻子是婚外受孕？又怎么能够选择要求妻子终止妊娠或者起诉离婚？在丈夫不知道或知道后无法行使权利的情况下，女方婚外受孕生育，这怎么能够视为丈夫同意意志？因而，以丈夫没有选择要求妻子终止妊娠或者起诉离婚，反推就是丈夫接纳了妻子的婚外受孕的观点，是不符合实际情况的。

2、在婚生子女否认之诉中，妻子不同意鉴定，妻子事实上就是不承认是婚外受孕；在非婚生子女认领之诉中，非婚子女生母所指认的生父拒绝认领，并不同意鉴定，实际上就是否认该子女与自己存在血缘关系。因而，在一方拒绝鉴定的亲子关系诉讼中，所争议的焦点，是子女的真实血缘，而不是生育意志。对于真实血缘的发现，DNA 鉴定是最好的方法。

3、生育意志，只有在血缘关系清楚的基础上，才有可能涉及这一问题。也就是说，只有在确认婚生子女与“父亲”不存在血缘关系的条件下，才能考察生育意志，即考察该婚外受孕是否经“父亲”同意。同时，在血缘关系清楚的时候，要证明婚外受孕是否体现丈夫的生育意志，其证明责任也主要在女方。如果女方不能证明婚外受孕是经丈夫同意的人工受孕等情况，则不能认定该子女的出生体现了丈夫的生育意志。

总之，生育意志，只有在血缘关系清楚时才有考虑的余地，在血缘关系不清时，生育意志对于认定亲子关系没有任何作用。而目前的亲子诉讼，都是关于有无血缘关系之争议，并不是生育意志之争。对于血缘关系的确认，最科学的方法，还是亲子鉴定。所以，亲子鉴定仍是认定亲子关系的有效方法，不能用生育意志否认亲子鉴定的作用。

（二）关于亲子关系能否推定问题

在司法实践中，有人认为，亲子关系属于身份关系，身份关系不能推定。最高人民法院《关于民事诉讼证据规则的若干规定》第75条规定应只适用于财产关系，不应适用于人身关系。 [4] 在理论界，也有学者认为亲子关系不能

推定。如龙翼飞教授认为：“当事人有权利拒绝做亲子鉴定，现行的法律规定并没有针对涉及到亲子关系纠纷中，被告人是否必须要承担去做亲子鉴定的诉讼义务。如果法律没有这样规定，你要求当事人必须做亲子鉴定就没有法律依据，法院不能采取强制手段让当事人去做亲子鉴定”。龙翼飞教授还认为：“法院也不能采用推定方法来认定当事人之间的亲子关系。第一，这种推定本身是不科学的。要么是有血缘关系，要么没有血缘关系，不存在“可能有”这种中间状态，用推定的方法显然不客观。第二，这个认定是没有法律依据的，从我国现行的法律规定来看，要用推定方法去认定某种民事法律事实的存在，是受到法律严格限制的。在涉及到亲子关系的问题上，为了保护未成年人的利益，我国现行的法律并没有规定涉及亲子关系的存在与否可以采用推定的方法。法院对亲子关系采用推定方法没有法律依据”。[5] 西南政法大学的谭向北教授也坚持亲子关系不能推定。[6]

我们认为，上述观点是错误的。亲子关系虽然是身份关系，但亲子身份关系可以推定，恰恰是亲子诉讼的一大特点，无论是从立法上或理论上看，还是从司法实践来看，亲子关系完全可以推定。同时，在缺乏科学鉴定的情况下，推定是解决亲子诉讼纠纷，确认亲子关系的唯一手段。

1、亲子关系推定是世界各国法律的共同规定。

从世界各国和我国香港、澳门和台湾地区的法律规定来看，亲子关系都是允许推定的，而且主要是基于推定而认定，这是由亲子诉讼的特点所决定的。对此，外国及我国台湾等地区的法律都有明确的规定，无须多加赘述。

这里需要补充说明的是，随着现代科学技术的发展，亲子鉴定技术在确认亲子关系中的作用不断加强，一些国家和地区的法律已经明确规定，法院可以根据当事人申请，指令相关人员作血液检验，对于拒绝血液检验者，法院也可以进行亲子推定。如《加拿大安大略省儿童法修正法》第 10 条第（1）项规定：“在要求法院确认某子女的父母身份的民事诉讼中，应一方当事人的申请，法院可以允许该当事人获得法院的命令所指定的人员的血液检验，并将检验结果作为证据”。第 10 条第（3）项规定：“如果按照第（1）款法院作出了批准，但是在法院的命令中指定的人员拒绝进行血液检验时，法院可以作出它认为适当的推论”。[7]《香港特区父母与子女条例》第 13 条 第Ⅵ部也规定，法院可发出指令 使用科学测试以断定父母身分。该条规定：“(1) 在任何民事诉讼中，如须断定谁是某人的父母，法院可自行或应诉讼任何一方的申请发出指令—(a) 指令使用科学测试以显示诉讼一方是否该人的父亲或母亲；及(b) 指令从该人或诉讼任何一方身上抽取身体样本，法院并可在任何时间撤销或变更根据本款发出的指令。(2) 负责根据第(1)款的指令进行科学测试的人，须向法院作出报告，并在报告中—(a) 说明测试的结果；及(b) 对于断定报告所涉及的人是否该人的父亲或母亲一事，说明测试结果所具的价值，而法院须接受报告上所说明的事项为该诉讼中的证据。”《条例》第 14 条虽然规定了“抽取身体样本前须取得同意”，但《条例》第 15 条规定：对于“不遵从指令”接受 科学测试者，则规定“ 凡法院根据第 13 条发出指令，而有任何人不采取为执行该项指令而被要求采取的行动，则法院可从该事实中作出在有关情况下看似适当的推论”。 [8]

从判例的角度来考察，在我国台湾，按照传统法律规定的推定规则，对于亲子关系进行推定的判例很多，不胜列举。而值得注意的是，在现代技术条件下的亲子诉讼案件中，台湾地区“最高法院”，对于拒绝亲子鉴定者，亦有判决主张推定其承担不利后果的判例。如于秀莲与叶华堂亲子认领之诉，因叶华堂拒绝鉴定，第一审法院判决于秀莲胜诉，推定叶华堂与于秀莲所生子女存在亲子关系。叶华堂不服上诉，台湾高等法院台南分院第二审更审判决于秀莲所生子女与叶华堂没有血缘关系，将第一审所为于秀莲胜诉之判决废弃，改判驳回其诉。于秀莲不服判决，向台湾地区“最高法院”提起上诉，2002 年 12 月 12 日，台湾地区“最高法院”民事判决（即“九十一年度台上字第二三六六号”判决）认为：无正当理由不从亲子血缘鉴定者，法院得审酌情形认他造关于该勘验标的物之主张或依该勘验标的物应证之事实为真实。遂判决：“原判决废弃，发回台湾高等法院台南分院”。该判决在论述判决理由时指出：“倘此亲子血缘鉴定之勘验方法，对亲子关系之判定有其科学之依据及可信度，自属上诉人重要且正当之证据方法。然为此亲子血缘鉴定必须被上诉人本身参与始可，如需被上诉人之血液等，亦即勘验之标的物存在于被上诉人本身，而被上诉人拒绝提出时，虽法院不得强令为之，惟依民事诉讼法第三百六十七条准用同法第三百四十三条、第三百四十五条第一项规定，法院得以裁定命被上诉人提出该应受勘验之标的物，被上诉人若无正当理由不从提出之命者，法院得审酌情形认他造即上诉人关于该勘验标的物之主张或依该勘验标的物应证之事实为真实，即受诉法院得依此对该阻挠勘验之当事人课以不利益。原审徒以无强令被上诉人为血缘鉴定为由，而为不利于上诉人之论断，于法自有未合。上诉论旨，指摘原判决不当，求予废弃，非无理由”。 [9] 台湾地区“最高法院”的上述判决证明，对于拒绝现代技术鉴定者，完全可以作出推定判决。上述判决值得我们借鉴。

可见，不论是从传统的亲子诉讼来看，还是从现代亲子诉讼来看，亲子关系都是可以推定。认为亲子关系不能推定，并认为最高人民法院《关于民事诉讼证据规则的若干规定》第 75 条规定，不适用亲子关系的观点，是对亲子关系诉讼的误解。

2、亲子推定是认定亲子关系的必要手段。

龙翼飞教授认为亲子关系不能推定的一个重要理由，就是要么有亲子关系，要么没有亲子关系，不存在“可能有”这种中间状态。在龙教授看来，推定出来的结果是一种不确定状态。这实际上是对推定的误解。从法律层面上考察，推定并不是可能有或可能无，而是一种确定性结论。也就是说，一旦作出肯定推定，就表示认定亲子关系存在；一旦作出否定推定，就表示亲子关系不存在；而不是“可能存在”或“可能不存在”的“中间状态”。

同时，从亲子关系的特点来看，除了采取精确的科学方法鉴定外，根据既有事实进行推定是唯一的方法。既是反对推定者，也难以摆脱推定的定律，只是如何推定而已。如以婚生子女否认之诉为例，如果一方拒绝鉴定，要么推定子女与丈夫存在亲子关系，要么推定子女与丈夫不存在亲子关系。对于非婚生子女认领也是如此，要么推定所指认者与子女存在亲子关系，要么推定所指认者与子女不存在亲子关系。因而，在亲子诉讼中，如果没有科学鉴定，离开了推定就无法进行诉讼活动。

3、亲子推定并不违背法律。

认为亲子关系不能推定的另一个理由是，亲子推定没有法律根据。我国虽然没有亲子关系法，没有从法律上规定亲子关系的推定条件。但1956年最高人民法院《关于徐秀梅所生的小孩应如何断定生父问题的复函》，实际上就是关于亲子关系的推定问题，由于当时的科学鉴定水平有限，化验血型的方法并不能断定小孩究与谁存在血缘关系，其他亲子否认证据又不充分，对此，最高人民法院函复：只能“按小孩是在双方婚姻关系继续存在中所生”认定。这实际上就是推定该子女为婚生子女。尽管这种推定，结果并不一定准确，但他仍然是一种确定性结论。在我国，从法律层面来考察，虽然没有亲子推定的有关法律规定，但也没有禁止亲子推定的规定，而从最高人民法院的上述函复以及有关法理看，对亲子关系是完全可以推定的。

三、亲子诉讼价值冲突的判断与选择

如前所述，亲子鉴定和推定，是认定亲子关系的两种必要方法。但在我国司法实践中，对于一方要求鉴定的亲子诉讼案件，是支持鉴定还是不支持鉴定？被告拒绝鉴定时，是作出不利于原告的判决，还是作出不利于被告的判决？仍是一个颇有争议的问题。目前，多数人主张，从保护个人名誉权、隐私权和保护妇女儿童利益来考虑，不应当支持亲子鉴定；对拒绝鉴定的，更不应当作出推定被告承担不利后果的判决；对于婚生子女，一方拒绝鉴定，应当以婚姻关系事实为基础，推定为婚生子女关系存在；等等。我们认为，这些主张明显存在顾此失彼的片面性。比如，在强调保护一方的名誉权、隐私权时，却忽视了另一方的知情权、生育权等；主张以婚姻关系作为婚生子女的推定规则时，则忽视了现代科学技术的作用；在看到不鉴定或不推定被告承担不利后果，对保护妇女儿童的某些有利因素时，却忽视了不鉴定或不推定被告承担不利后果，对保护妇女儿童的不利因素；等等。因而，在亲子诉讼中，实际上存在多重价值冲突，涉及到价值冲突的判断和选择问题。从目前理论上和司法实践中反映出来的问题看，亲子诉讼所涉及的价值冲突和选择问题，主要有如下几个方面：1、传统推定规则与现代科学的价值冲突与选择；2、名誉权、隐私权与生育权、知情权、亲权的价值冲突与选择；3、保护子女利益与保护父亲利益的价值冲突与选择；4、推定有利于原告与推定有利于被告的价值冲突与选择。

从司法实践来看，价值冲突选择上的差异，主要有两个原因：一是世界观、价值观不同，导致在价值取向上存在差异；二是价值判断的错误，即没有对价值冲突进行深入分析比较，在价值判断上出现了偏差或错误，如误利为害或误害为利，或者误小害为大害或误大利为小利，等等。但不论人们的价值取向如何，价值冲突选择的基本原则是：“两利相权取其大，利弊相较取其利，两弊相衡取其小。”因而，在价值冲突中，如何正确判断利弊和利害大小，才是价值选择的关键所在。下面试对亲子诉讼中的价值冲突的利弊，进行分析比较，以揭示各自的“利”与“弊”，“大”与“小”，并根据自己的价值判断，提出亲子诉讼中价值冲突的利益选择 。

（一）传统推定规则与现代科学的价值选择

在婚生子女否认之诉中，有一种观点认为：婚姻关系是推定婚生子女的事实基础，凡是婚姻关系存续期间生育的子女，对方不同意鉴定的，都应推定为婚生子女。[10]这实际上是将传统的婚生子女推定规则，作为婚生子女推定的唯一规则。按照婚生子女推定的传统规则，凡在婚姻关系存续期间受胎或生育的子女，如果丈夫没有法定的否定事由（如在在妻子受胎期间双方没有同居，或者由于丈夫生理原因不能不能使妻子受孕，或者妻子有与他人同居或通奸等事实），应推定为婚生的子女。这一问题，实际上涉及到传统推定规则与现代科学的选择。在现代科学技术非常发达时期，能否将传统规则作为婚生子女推定的唯一规则，则是一个值得思考的问题。

1、适用传统规则推定，是在科技不发达的时期。由于受当时科学技术的限制，人们无法采用先进科学方法判断子女是否为亲生，只得采用大家公认的推定规则进行推定。也就是说，即是妻子是婚外受孕，但没有法定的否定事由，对婚姻关系存续期间生育的子女，也应推定为婚生子女。

在当时，采用这种规则进行推定，不可能有其它手段进行否定，其结果是唯一的，其事实可以固定，不可能再出现否定或推翻的情况。因而，人们从心理上可以安心、放心，没有后顾之忧。同时，由于当时科学技术不发达，使用

传统方法推定，是唯一的方法，不可能有新的科学方法否认，人们也就不可能产生新的否定欲望，从诉求上也可以彻底“死心”、息诉。

2、如今科学技术发达了，人们可以通过DAN亲子鉴定技术识别出子女的真实血缘关系，使传统婚生子女推定的合理性和终局性受到了质疑和挑战。因而，目前完全依据传统方法推定，难以达到定分止争和去疑的目的。

3、在现代科学技术下，由于依传统规则推定不能成为终局结果，依传统规则推定具有极大的危害性和后遗症。比如丈夫提出亲子否定之诉，妻子不同意鉴定时，即作婚生子女认定，但由于这种推定不能成为终局推定，将来可能有三种情况发生：（1）子女懂事或成年后为寻找自己的真实血缘，要求作亲子鉴定，其鉴定结果证明子女与婚姻关系中的父亲没有血缘关系；（2）子女的真正的生父要求作亲子鉴定，认领自己的子女；（3）子女的母亲与子女真正的生父共谋，将抚养负担转嫁给婚内丈夫，在子女成年后，没有抚养负担时，则公开子女的真正生父。这样，对男方可能造成如下不利后果：（1）男方可能因为已有“子女”，再生育受到限制，但当知道子女不是自己亲生子女的时候，年事已高，丧失生育权利；（2）男方因不当抚养子女遭受巨大的经济损失；（3）男方可能因此终生没有子女，即得知真实血缘后而解除原来婚姻关系中的父子（女）关系，或者虽然可以从法律上维持父子（女）关系（即养子（女）关系），但因没有真实血缘关系，而致使父子关系不和，造成男方感情上的终身痛苦。

4、如何认识亲子鉴定只是鉴别亲子关系的证据之一。最高人民法院在《关于人民法院在审判工作中能否采用人类白细胞抗原作亲子鉴定问题的批复》（下面简称“批复”）中规定：“人民法院对于亲子关系的确认，要进行调查研究，尽力收集其它证据. 对亲子鉴定结论，仅作为鉴别亲子关系的证据之一，一定要与本案其它证据相印证，综合分析，作出正确的判断”。有人以此否认亲子鉴定的作用。我们认为，这个批复的时间是1987年，批复的内容主要是针对当时利用人类白细胞抗原（ＨＬＡ）作亲子关系鉴定而言，具有特定性。因而，这个批复对现在的亲子鉴定技术并不完全适用。亲子鉴定的过程大概经历了四个时代：古代通过滴血认亲、现代A、B、O血型、白细胞酶型以及现在的DNA技术。滴血相融毫无科学道理，也就谈不上准确率。而A、B、O血型的准确率在60%-70%，白细胞酶型准确率达90%。这就是说，利用人类白细胞抗原（ＨＬＡ）作亲子关系鉴定，准确率只有 90%，尚未达到非常精确程度。因而，批复规定不能将其作为认定亲子关系的唯一证据。而现在利用DNA技术鉴定则不同，准确率几乎达到100%。DNA鉴定是目前亲子鉴定中最准确的一种，较以往的血型分析和HLA分型鉴定方法可靠性高出10到100倍。如果小孩和被测男子的DNA 模式在一个或多个 STR 位点不吻合,被测试男子便被 100%排除他是亲生父亲的可能性。DNA 鉴定肯定概率可达99.99%以上。[11]有人问：这99.99%的准确率是实验得来的？还是实践得来的？导致剩下的0.01不准确的原因是什幺？中科院北京基因组研究所北京华大方瑞司法物证鉴定中心主任、首席科学家邓亚军博士，在回答这个问题时说，99.99%的准确率是通过概率计算得到的，因为使用的STR标记首先是要有一个人群统计学的数据，比如说我的STR在某一个位点的分型，比如是10或者是11，而另外一个人在这一点的分型和我一样的几率是多少？然后综合多少个位点得出来的一个统计学数据。因此，根据统计学数据来定，它不可能是一个100%的数据，只可能是无限接近100%。我可以精确到99.999%，一直是9循环，这个0.01的不准确性只是跟概率有关。这是概率统计上不可能有100%。DNA鉴定是目前国际公认的能够以 99.99%的准确率进行亲子鉴定的唯一手段。[12] 可以说，DNA 亲子鉴定的准确率几乎是100%。因而，DNA鉴定结论可以直接作为定案根据。

5、传统规则与现代科学的选择。在科学时代，应当用科学说话，而不是用权力说话。在科学时代，不用科学说话，而依靠人定规则定案，实际上是一种话语霸权，主观臆断的表现。打一个比喻，当人们掌握了度量衡技术，手中已经有了“称”这种工具的时候，如果对某一实物的重量发生争议，我们到底是用手中秤去秤呢？还是依靠一般的经验法则进行估计或推测呢？显然应当用称。因而，在现代科学技术下，传统的亲子推定规则，应当让位于现代科学。只有这样，才能体现与时俱进的法律精神。法律的正义性就在于科学，法律如果逆科学而行，法律的正义价值和权威性必将受到破坏。

（二）名誉权、隐私权与生育权、知情权、亲权的价值选择

有人认为，亲子鉴定涉及到女方和子女的名誉权、隐私权，当事人完全可以拒绝鉴定，并不能承担拒绝鉴定的不利后果。[13]

事实上，名誉权、隐私权，不仅仅涉及女方和子女，也涉及到男方。在婚生子女否认之诉中，主要涉及子女和女方的名誉权、隐私权；在非婚生子女认领之诉中，主要涉及男方的名誉权、隐私权。关于子女和男方（父亲）的名誉权、隐私权放后论述，这里主要将婚生子女否认之诉中的女方名誉权、隐私权与男方的生育权、知情权、亲权（不当抚养义务）进行价值比较和选择。

关于女方的名誉权、隐私权与男方的生育权、知情权、亲权（不当抚养义务）如何选择问题，需要弄清两个问题：一是亲子鉴定与女方的名誉权与隐私权的关系；二是在此基础上，我们再通过比较方法，考察女方的名誉权与隐私权，与男方的生育权、知情权、亲权（不当抚养义务）相比较到底孰轻孰重？

首先，应当明确，女方（妻子）的名誉权并不是或不会由亲子鉴定而损害。因为丈夫对子女血缘关系的怀疑和否定，女方的人格和名誉事实上已经受到损害，不论是否接受鉴定，其损害结果是一样。甚至在某些方面说，女方和子女不接受鉴定，疑虑不会消除，名誉损害还会大一些。如果通过鉴定，得出亲子关系的肯定结果时，反而洗清了妻子蒙受的冤枉，丈夫也如释重负。所以，鉴定与不鉴定本身，对女方的名誉根本不可能直接造成损害，其真正的损害是男方的怀疑及其要求鉴定的行为，而不是鉴定本身。由于鉴定与不鉴定本身并不直接损害女方的名誉。那么，剩下的就是鉴定是否对女方的隐私有损害。鉴定所涉及的女方的隐私问题，无非就是子女到底是谁的血缘而已。这与其说是女方的隐私，不如说是子女的隐私。对于女方来讲，其隐私，实际上就是她与谁发生婚外情。

现在，我们再看男方（丈夫）。对于丈夫来讲，如果不查明子女血缘的事实真相，他可能面临三大权利遭受侵害：一是生育权；二是知情权；三是亲权（承担不当抚养义务，使真正的父亲逃避抚养义务）。[14]

那么，我们再把女方的权利与男方的权利比较一下，到底孰轻孰重？应当如何取舍？就会一目了然。从上述分析看，对于女方来讲，鉴定与不鉴定，实际上只涉及到她与谁发生婚外情这一隐私权问题，但鉴定的结果，只是涉及到子女与男方（丈夫）是否存在血缘关系问题，而并不一定会暴露女方与谁发生婚外情问题。即使之后女方或子女在认领真实父亲时，暴露女方与谁发生婚外情，但这与男方的生育权、知情权、亲权等权利相比较，我们到底是要保护女方这种不诚信或不道德的婚外情隐私呢？还是应当保护男方的生育权、知情权、亲权和不当抚养所产生的财产权？答案应当是明确的。

（三）子女利益与父亲利益价值冲突的判断与选择

1、对最高人民法院批复如何理解

最高人民法院在《关于人民法院在审判工作中能否采用人类白细胞抗原作亲子鉴定问题的批复》（以下简称“批复”）中规定：“对要求作亲子关系鉴定的案件，应从保护妇女、儿童的合法权益，有利于增进团结和防止矛盾激化出发，区别情况，慎重对待．对于双方当事人同意作亲子鉴定的，一般应予准许；一方当事人要求作亲子鉴定的，或者子女已超过三周岁的，应视具体情况，从严掌握，对其中必须作亲子鉴定，也要做好当事人及有关人员的思想工作”。许多人都以依此为根据，认为亲子鉴定或推定，对保护妇女、儿童的合法权益不利，反对亲子鉴定或推定。我们认为，这是对批复的片面理解。

（1）怎样理解保护妇女、儿童的合法权益。何谓“从保护妇女、儿童利益出发”。我们理解，主要是看亲子鉴定或推定，到底是有利于保护妇女、儿童的合法权益，还是不利于保护妇女、儿童的合法权益。只要是对妇女、儿童的利益没有损害或损害不大，或者鉴定对妇女、儿童更为有利者，就应当做亲子鉴定。因而，并非一律不做亲子鉴定，就是保护妇女、儿童利益。如非婚生子女认领，如果被指认父亲否认自己与子女有血缘关系，并拒绝鉴定，对此应当尽量说服被指认父亲做亲子鉴定，如果经过必要的工作，仍拒绝做亲子鉴定的，也可以根据其他证据或法官心证，推定被指认父亲与子女有亲子关系。只有这样才有利于保护妇女、儿童利益。如果被指认父亲拒绝做亲子鉴定，而又没有其他否定亲子关系的充足证据，则不推定双方存在亲子关系，显然对妇女、儿童不利。而在被指认父亲拒绝鉴定的情况，推定被指认父亲与子女存在亲子关系，显然对妇女、儿童有利。

（2）如何理解“从严掌握”。批复规定，一方当事人要求作亲子鉴定的，从严掌握。我们理解，从严掌握并不是完全限制作亲子鉴定，只是要求应从严把握，而不是只要一方反对，就绝对不能做亲子鉴定。从严掌握的标准就是看有无鉴定必要，确实需要亲子鉴定的，还是要做好当事人思想工作，尽量做亲子鉴定。因而，亲子鉴定究竟是否该做，应由法官根据实际情况来决定。有些案子，亲子鉴定是彻底解决纠纷的唯一手段，非常有必要做亲子鉴定。在这种情况下，就应当尽量争取做亲子鉴定。批复并没有完全限制做亲子鉴定，作亲子鉴定在法律上并不存在障碍，关键是如何理解和执行。

实际上，亲子鉴定或推定对子女的危害，并不象我们想象的那么严重。从整体上看，不论是婚生子女，还是非婚生子女，鉴定或推定，对子女更为有利或者利大于害。在后文的讨论中将进一步说明这个问题。

2、婚生子女否认之诉中子女与父亲的利益比较。

对于婚生子女，在父亲提出亲子否认之诉后，一般认为，亲子鉴定或推定对子女的损害主要有：暴露子女的真实身份，即暴露身份隐私；对子女造成心理压力；对子女造成抚养上的困难。

事实上，亲子鉴定并非必然对子女造成不利的后果。相反，在更多的情况下，通过鉴定，确认子女的真实父亲，还会对子女的保护更为有利。

第一、关于暴露子女的真实身份，即暴露身份隐私问题。子女的真实身份问题，在一定情况下可能是隐私，但在更多的情况下，又是子女的知情权。１９８９年１１月２０日第４４届联合国大会通过１９９０年９月２日生效的《儿童权利公约》第七条规定：“儿童出生后应立即登记，并有自出生起获得姓名的权利，有获得国籍的权利，以及尽可能知道谁是其父母并受其父母照料的权利”。1989年德国联邦宪法法院判决，肯定子女对其真实之血统有认知之权利，

促成德国于1998年修法，肯定子女有提出婚生否认之诉的权利，不再受任何条件限制。2003年德国联邦宪法法院判决，认为如果受推定之法律上父亲与子女无共同生活关系，而生父已经与子女建立起一定关系时，若仍不承认生父得提出婚生否认之诉，实有违德国基本法之规定。此判决亦促成德国修法，于2004年之新法承认，若法律上之父亲死亡或与子女无实质之家庭生活关系时，生父得提起否认婚生子女之诉。[15] 我国台湾地区“大法官释字第587号解释”也指出：“子女获知其血统来源，确定其真实父子身分关系，攸关子女之人格权，应受宪法保障”。

可见，子女真实身份的知情权比子女身份的隐私权更为重要，更应保护。同时，子女身份上的隐私权，只有在身份关系清楚之后，才有隐私权可言，身份不清，又何有隐私可言？

再从子女对亲子鉴定的态度看，由于在亲子诉讼案件中，子女多数是年幼无知，不懂或不知道所谓隐私问题。而已经懂事或成年的子女，一般是愿意作亲子鉴定，弄清自己真实血缘的。从实践来看，所谓暴露子女隐私，多是母亲（女方）的一种托词。

第二、关于鉴定对子女造成心理压力问题。对于婚生子女来讲，有无心理压力，关键在于其父亲是否怀疑其血缘并提出亲子鉴定，如果其父亲怀疑并提出了亲子鉴定，子女得知自己的身世有问题或者身世长期处于不清状态时，可能会有一定的心理压力。但鉴定本身在多数情况下，对子女并不造成直接心理压力。相反，由于男方（丈夫）提出亲子否认，女方（妻子）不同意或拒绝鉴定，子女的真实身份得不到确认，使真相始终处于怀疑或不确定状态中，导致父子身份关系不明，父子之间的感情风雨飘摇，反到会造成父子关系紧张，对子女的心理压力更大，更会让子女无法承受。所以，与其让孩子长期生活在一种猜疑、争执等不安状态之中，倒不如早日还原真相。

同时，DNA技术亲子本身，对子女也不会产生多大的损害。DNA技术亲子鉴定，早期鉴定需要2mk左右的静脉血，现在只需一滴指血或耳血、唾液，毛发、骨骼、牙齿等都可以用来进行鉴定，最快24小时可得到结果。[16]如果从技术层面上再注意一下，有时获取鉴定样本时，子女可能还不会知道真实意图，完全可以避免对子女身心的损害。

第三、是否会造成子女抚养上的困难。任何子女必然有其父亲，非此即彼。子女只有一个父亲，不论谁是父亲，都要承担抚养义务。因而，一般情况下，不会因鉴定而影响抚养，亲子鉴定与保护子女没有必然关系。相反，没有科学鉴定，父亲始终处于不确定或怀疑状态，反而影响抚养。从实践来看，按照传统的婚生子女推定规则推定的父子关系，因为父亲始终持怀疑否定态度，往往引起父子关系不和，推诿抚养或拒绝抚养。还有一些受婚生推定而确信自己与子女无血统关系的父亲，根本不会善尽职责，善待子女，严重者甚至虐待子女，威胁子女安全。这对子女利益并没有好处，无法达到保护子女之目的。可见，对于婚生子女，如果一方坚持要求作亲子鉴定，而另一方决绝作亲子鉴定，在父子关系的真实血缘不确定状态下，不仅对父亲不利，也对子女不利。

3、非婚子女认领之诉中子女利益与父亲利益的比较。

在非子女认领之诉中，一般认为，亲子鉴定对于被指认父亲权利的侵害，主要是名誉权、隐私权。对于被指认父亲的名誉权，如同婚姻关系中，丈夫提出婚生子女否认之诉时，对妻子名誉权损害情形一样，即名誉权的侵害主要是女方指认父亲的行为，而不是鉴定。至于被指认父亲的隐私权，实际上就是他到底是否与子女的生母有过性关系，并使其受孕。

而对非婚子女来讲，亲子鉴定则是涉及到抚养和真实血缘之发现等重大权利问题。如果被指认父亲拒绝认领，并拒绝鉴定，则一律作出否定亲子关系的判决，则会造成子女只有母亲，没有父亲的单亲现象。这不仅会造成子女精神上的痛苦，对子女的抚养也会产生严重不利。

目前，非婚同居，未婚先孕，已婚男子 “包二奶”甚至“三奶”、“四奶”现象比较严重，女子未婚生育或婚外受孕现象比较普遍，大量非婚子女需要认领父亲。如果不利用亲子鉴定技术，就会造成许多子女不能认领父亲，影响非婚子女的抚养和真实血缘发现。同时，非婚生子女，享有同婚生子女一样的继承权利，在非婚生子女的父亲因自然或意外死亡之后，要确保非婚生子女享有继承权，除有些可以通过其他事实证明其子女与被继承人之间有血缘关系之外，对于难以用事实证明的亲子关系，也只有借助亲子鉴定了。如果限制亲子鉴定或推定，只能使那些玩弄女性或不负责任的男性，逍遥法外，实际上不仅起不到保护妇女儿童的作用，反而不利于妇女儿童的保护。

通过上述分析可以发现：1、对于婚生子女否认，进行亲子鉴定，对子女并没有多大的危害。但如果不作鉴定，并以婚姻关系为基础推定子女与父亲存在血缘关系，不仅对父亲的权利造成严重损害，对子女也没有什么好处，有时甚至对子女的伤害还会更大。2、对于非婚生子女认领，进行亲子鉴定，对子女只有好处，没有坏处。对被指认父亲也只涉及到侵害所谓的名誉权、隐私权。相反，不作亲子鉴定，并推定被指认父亲与子女不存在血缘关系，则对子女是一个致命的打击，子女将无法获得真实血缘关系的知情权、抚养权、继承权等，严重侵害子女的人身权利和财产权利。而被指认父亲的所谓的名誉权并不会因为鉴定而损害，其是否与子女的生母有过性关系，并使该女子受孕的隐私权，与子女的人身权和财产权相比较，显然次要的多。更重要的是，这种隐私权缺乏正当性，不能对抗他人寻求真实血缘的知情权和抚养权。否认，任何非婚子女父亲都可以以保护隐私权为名，拒绝认领非婚子女。

总之，无论是婚生子女，还是非婚生子女；不论是从子女本身利益来看，还是从子女利益与父亲利益比较来看，亲子鉴定或推定的整体效果是利大于弊，特别是对子女的保护更为有利。

（四）推定有利于原告与推定有利于被告的价值选择

对于一方拒绝亲子鉴定，是推定亲子关系存在，还推定亲子关系不存在？或者说是推定原告有利，还是推定被告有利？也涉及到价值判断和选择问题。对此，只要对两种不同推定所产生的不同后果，以及两种不同推定的救济途径进行比较分析，就可以得出正确的选择。

1、两种推定可能出现的不同后果之比较

（1）有利于被告推定可能出现的不利后果。在婚生子女否认之诉中，一般是由丈夫作为原告（也不排除妻子或子女作为原告）提起诉讼的，如果丈夫提起亲子否认之诉后，妻子拒绝子女作亲子鉴定时，推定婚生子女与丈夫存在亲子关系，其后果如前所述，即可能会使婚姻关系中丈夫因此丧失生育权，造成终身无子女，并造成抚养上的财产损失和终身精神痛苦等。

在亲子认领之诉中，被指认父亲拒绝鉴定时，如果作出有利被告的推定，即推定非婚生子女与指认父亲不存在亲子关系，则可能会造成子女有母无父，给子女带来抚养上的困难和精神上的痛苦。

（2）有利于原告推定可能出现的不利后果。如果在婚生子女否认之诉中，妻子（或子女）拒绝亲子鉴定时，推定婚生子女与丈夫不存在亲子关系，或者在亲子认领之诉中，被指认父亲拒绝亲子鉴定时，推定非婚生子女与被指认父亲存在亲子关系。这样推定所造成的不利后果，主要有：一是可能推定错误；二是容易造成或助长非婚子女或生母乱行亲子认领之诉，随便指认他人为父，侵害他人的权利。但仔细分析，这两种负面效果是有限的。

第一，虽然可能存在推定错误的情况，但与推定被告有利相比，推定错误的概率要小一些。也就是说，在被告拒绝鉴定的情况下，推定原告承担不利后果，其错误的概率还要大一些。

第二， 从一般情理上讲，母亲不会枉指一个与自己没有任何关系的男子为子女的父亲。子女只有一个父亲，作为子女的母亲不可能，也没有必要指认其他人为子女父亲，以自寻其辱。

通过上述不利后果比较，在被告拒绝亲子鉴定时，从整体利益考虑，推定被告承担不利后果效果更好。

2、两种推定救济途径的比较

（1）推定原告承担不利后果原告没有救济途径。在被告拒绝鉴定的情况下，推定原告承担不利后果，原告将失去任何救济的途径或手段，可谓“喊天无路”。

（2）推定被告承担不利后果被告有救济途径。 第一、推定被告承担不利后果，如果被告确信推定错误，被告可以通过亲子鉴定途径否认推定，纠正错误推定。第二、对于乱行亲子认领权也有救济和预防途径。如果确实发生了乱行亲子诉讼权的行为，可以通过强化法律制裁予以救济，如由乱行指认生父者承担侵权责任。

通过上述比较，从两种推定的救济渠道或途径看，我们应当作出何种价值选择，应当是一目了然。

3、举证责任与两种推定关系的比较

对于亲子诉讼的举证责任分配问题，许多人认为，根据民事诉讼法一般举证原则的规定，“谁主张，谁举证”。因而，在非婚姻子女认领之诉中，原告（女方或子女）应当拿出有效的证据证明男方是子女的亲生父亲；在婚生子女否认之诉中，原告（男方）应当拿出有效的证据证明自己不是子女的亲生父亲。只有这样，原告的权益才会得到法律的保护；否则，应当承担举证不能的败诉责任。这种理解是片面的。

根据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第七条：“在法律没有具体规定，依本规定及其他司法解释无法确定举证责任承担时，人民法院可以根据公平原则和诚实信用原则，综合当事人举证能力等因素确定举证责任的承担”。亲子诉讼，就是属于上列情况，应当根据公平原则和诚实信用原则，综合当事人举证能力等因素确定举证责任的承担。在亲子诉讼中，当原告完成了必要举证或其陈述的事实具有高度可信时，或者已经达到举证不能的程度，其证明责任即已完成。被告如果否认，则发生举证责任的转移，被告应当就此承担举证责任。如甲女提供了与乙男交往的书信和照片，以及当年的房东证实甲女和乙男曾经在一起同居过的证据，而这个时间和甲女怀孕的时间正好是吻合的。同时，甲女所生子女丙和乙男长的又十分相似。这时甲女在自己的能力范围内已经完成了举证的义务，如果乙男不承认是孩子的亲生父亲，那就该由他来举证了。因为被告有责任证明其否认亲子关系的理由成立。更为重要的是，否认亲子关系的举证能力（特别是亲子鉴定）也在被告，原告缺乏这种证明能力。因而，被告应当就其否认主张承担举证责任。如果他不肯为自己举证（包括做亲子鉴定），那他就要承担相应的不利后果。

而且如果真的发生推定错误，从举证责任和举证能力来考察，推定被告承担不利后果也是合理的。因为这种推定错误只能通过事后的鉴定来证明，而被告在推定之前完全有能力（或条件）通过鉴定澄清事实，并追究原告的法律责任。而被告却拒绝鉴定，因此而造成的错误推定，他自己当然负有责任。但如果被告拒绝鉴定，作出不利于原告的推定判决，则对原告不公平。因为原告不具有鉴定的举证责任和能力，这种推定错误，完全是被告拒绝鉴定造成的，原

告没有任何过错。

可见，无论是从推定所产生的不利后果、救济途径来看，还是从举证责任分配来看，对于拒绝鉴定亲子诉讼案件，应当推定拒绝鉴定者（被告）承担不利后果。

总之，司法解释关于亲子诉讼的规定，既符合现行法律精神，又体现了最大利益化原则，具有正当性和合理性，切实可行。

【注释】

[1] 此文成稿于2005年，为配合讨论婚姻法解释三征求意见稿而发表，原载最高人民法院民一庭主编《民事审判指导与参考》2011年第1辑（总第45辑）。

[2]婚生子女否认，是指当事人依法否认婚生的父母子女关系，从而否定相应的权利义务。非婚生子女的认领，又有自愿认领、拟制认领和强制认领三种形式。涉及亲子诉讼的主要是强制认领，亦称生父之寻认（寻认生父）或生父之搜索，是指非婚生子女或其生母或其它法定代理人，对于应当认领而不为认领之生父，向法院请求确定生父子女关系之存在的行为。

[3] 朱友学《本案不能判决原某父女为“非血亲关系”》法律教育网 http://www.chinalawedu.com/news/2004/11/li06133744331921140021428 8.html）

[4] 同前注释2

[5]2005年05月27日央视《“今日说法”：一言难尽亲子鉴定》，
http://www.cctv.com/program/lawtoday/20050527/101438.shtml

[6]刘巧玲《谁是生父，可以推定吗？》，2005年3月21日 《法制日报》，第5版。

[7]陈苇主编《加拿大家庭法汇编》，群众出版社，2006年1月1版，第141——142页。

[8]中国民商法律网http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=27721

[9] 刘孟锦律师编着《台湾法律网月刊》第二十一期，2003年2月1日出版，http://lib.hchs.tpc.edu.tw/e-magazine/taiwan-law-21.htm

[10]同前注释2 。

[11] 《亲子鉴定》，中国遗传咨询网，http://www.gcnet.org.cn/essays/paternity.php

[12] 《实录：DNA鉴定专家邓亚军谈亲子鉴定》，人民网，2006年04月26日 http://scitech.people.com.cn/GB/1057/4333256.html

[13]同前注释2 ；2005年05月27日央视《“今日说法”：一言难尽亲子鉴定》，
http://www.cctv.com/program/lawtoday/20050527/101438.shtml

[14]亲权，是指父母对未成年子女在人身和财产方面的管教和保护的权利义务。男方不能生育，就无法行使亲权。而为他人承担不当抚养义务，实际上也意味着权利人丧失了作为真实父亲的亲权，这也是对男方亲权的侵害。

[15] 《子女身分之安定保障V.S.血统真实之发现》，http://140.123.23.6/php/elcenter/law932/lesson/reading/12.doc

[16] 《DNA鉴定为什么一火再火？》，央视国际 ，2006年6月23日

全面改革和完善家事案件审判体制之构想——以婚姻案件审判现状为背景

王礼仁

【摘要】我国目前的婚姻案件审判体制存在严重缺陷，其集中表现在“三无”与“多头主管”和“分散审判”。“三无”即无相应的审判程序、无独立的审判机构和专业法官。“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。这种现状，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，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。因而，必须对婚姻审判体制进行彻底改革和完善，建立具有中国特色、体现婚姻审判自身特点、满足婚姻审判实际需要的新体制。改革现行婚姻审判体制，必须制度、机构、人员“三管齐上”，实行家事审判有专门程序、专门机构、专业人员 ，即建立独立的家事诉讼制度；设立专门的家事审判机构（将“双头”主管改由法院一家主管；将法院内部的“民行分立”撤并归一）；配备专业的家事法官。家事诉讼的特殊性，需要建立与之对称性诉讼程序；多头主管和分散审判弊端多，统一归口审判具有科学性；家事审判专业性强，配备专业法官具有必要性。

【关键词】婚姻；人事；家事；家事程序；家事审判庭；家事法官

我国目前的婚姻案件（亦称婚姻家庭案件、家事案件、人事案件）审判体制存在严重缺陷，其集中表现就是“三无”与“多头主管”和“分散审判”。 “三无” 即无相应的审判程序、无独立的审判机构和专业法官 。“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。这种现象，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。

一、完善诉讼程序——制定家事诉讼制度

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。这对于家事案件，并不适用或不能完全适用。因而，对于家事案件，应当建立与之相称的家事诉讼程序（亦称人事诉讼程序）。

（一）我国没有建立家事诉讼的成因分析

我国一直没有设立家事诉讼程序，分析其原因，莫非如下几个方面。

1、婚姻家庭制度的建立先于民事诉讼制度。我国 80 年代才颁布第一部试行性质的民事诉讼法，90 年代才颁布第一部正式的民事诉讼法。而早在 1950 年我国即制定了婚姻法。由于婚姻家庭制度先于民事诉讼制度建立，婚姻案件的审理程序，代表和影响了整个民事诉讼程序，婚姻诉讼程序成为当时民事诉讼的主流，这就决定了不可能也没有必要再单独设立家事诉讼制度。在人们的观念中，家事诉讼就是通常诉讼，不是特别诉讼。因此，这就不可能再设立专门的家事诉讼制度。

2、长期实行超职权主义诉讼模式。由于主客观原因，我国长期实行的是超职权主义诉讼模式。从客观原因来看，由于新中国刚刚建立，在当时的特定的历史条件下，无论是从经济上，还是从文化（包括法律文化知识）上，主要依靠人民群众自己的能力来进行民事诉讼活动的条件，尚不具备。这一特定的历史背景，决定了当时宜采取职权主义诉讼模式[1]。从主观原因来看，我国受前苏联的影响以及国内日益盛行的极左思想的束缚，经济上实行高度集中的计划经济体制，司法程序上完全按照行政模式建立和运作，在民事诉讼程序上实行国家干预原则。法官居于诉讼主导地位为基本特征的职权主义民事诉讼理论一直禁锢着人们的思想 。在司法实践中，法官包揽诉讼，民事诉讼实际上采取的是超职权主义诉讼模式。[2]家事诉讼与通常诉讼的一个重要区别，就是通常诉讼的辩论主义原则在家事诉讼中限制适用，家事诉讼中更多的要体现职权主义诉讼原则。而由于当时主要采取的是超职权主义诉讼模式，没有实行辩论主义诉讼模式，通常诉讼和人事诉讼没有什么特殊区别，家事诉讼中的职权主义色彩已经得到了充分体现。家事诉讼实际上就是辩论主义的某些例外，而没有辩论主义原则就不可能有例外，在这种情况下，没有必要再单独设立家事诉讼程序。

3、调解制度适应了家事诉讼的需要。我国法院一直强调和重视诉讼调解，这也正好适应或满足了处理婚姻案件的特点和需要。

（二）目前建立家事制度的必要性

由于立法制度和司法模式的转变，使家事诉讼制度的设立成为必要和可能。其主要表现在如下几个方面：

1、从立法的角度看，建立家事诉讼制度迫在眉睫

一是我国有关家事诉讼的范围越来越来广。我国除婚姻法外，先后颁布了继承法、收养法等有关涉及身份关系诉讼的法律，特别是 2001 年通过的修改后的婚姻法，增设了无效婚姻和可撤销婚姻。这不仅使身份关系诉讼的范围增加，而且从无效婚姻和可撤销婚姻案件的诉讼特点来看，职权干涉原则的色彩更加浓厚。从家事诉讼范围及其自身诉讼的特点来看，应当从通常诉讼中分离出来，另行规定。

二是我国现有法律和司法解释不适应家事诉讼的需要。我国现有的民事诉讼法和司法解释，虽然有一些关于身份关系诉讼的特别规定，但这些特别规定既零星分散，又不够全面和系统，不仅不便于司法实践操作和运用，也不能满足家事诉讼的实际需要，有必要制定一部内容完善，能适应家事诉讼需要的诉讼制度。

三是最高人民法院确立了通常诉讼与人事诉讼采取不同的诉讼规则。我国的民事诉讼法没有专门设立家事诉讼程序，最高人民法院也没有就家事诉讼或人事诉讼作出专门的司法解释。但是，值得注意的是，2001 年最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（简称《规定》）确立了对通常诉讼案件，实行以辩论主义为主的诉讼原则，并明确规定有关身份关系诉讼不适用于通常诉讼的有关规则。如《规定》首次在第 8 条和其他有关条文中规定了通常诉讼中的自

认等辩论主义诉讼规则，不适用于身份关系诉讼案件。可以说，这是我国民事诉讼立法史上一次划时代或革命性变化。它标志着我国的民事诉讼已经结束了长期以来超职权主义的单一诉讼模式，辩论主义原则正在逐渐形成，通常诉讼与身份诉讼开始分野，通常诉讼程序所遵循的辩论主义程序法理不适用或不完全适用家事诉讼。

这种制度层面上的变化，必然涉及到整个家事诉讼制度的变化。由于《规定》是关于民事证据的规则，不是身份关系诉讼的特别规定。因而，对有关身份关系诉讼不可能作出全面规定，更不可能就证据以外的有关身份诉讼的规则作出规定。这就迫切需要另行建立一部比较完善的家事诉讼制度，以弥补《规定》的不足。否则，就会出现在证据认定上区分通常诉讼与身份诉讼，而在其他诉讼环节上，则又不区别通常诉讼与身份诉讼，导致诉讼程序上的混乱和矛盾。可见，建立一部比较完善的家事诉讼制度，全面厘清身份诉讼与通常诉讼的关系，已经迫在眉睫。

2、从司法实践来看，建立家事诉讼制度具有现实意义

从司法实践来看，涉及的家事纠纷也越来越多，仅最高人民法院新近颁布的民事案由中的婚姻家庭（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。同时，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。如原告起诉离婚，被告反诉婚姻无效或不成立。随着社会的变化，非法同居、婚外异性同居现象不断增多，导致亲子关系诉讼案件增多，甚至在子女抚养案件中，也经常发生亲子认定问题。这些案件都直接涉及到身份关系的诉讼问题。而目前在民事审判诉讼活动中，由于民事诉讼审判方式改革不断深入，正在更多地采用辩论主义原则。这就形成了这样一种局面：身份关系诉讼案件正在逐步增多，这类案件需要进一步强化职权主义诉讼模式，而整个审判方式又在向辩论主义诉讼模式变革，两者正好相反方向发展。在这种情况下，缺乏家事诉讼制度，必然导致法官在审理身份关系诉讼案件时，适用以辩论主义原则为主要特征的通常诉讼程序，身份关系诉讼的特点被抹杀。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。

3、从家事案件的特点看，需要相对称的程序保障

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。如《规定》规定了“自认”不适用于涉及身份关系的诉讼，这是通常诉讼中适用辩论原则的例外。那么，家事诉讼与通常诉讼到底还有哪些例外？对于“认诺”（即对诉讼请求的承认）和诉讼事实不争，是否适用家事诉讼？对此没有规定。从德国、日本和我国台湾等国家和地区有关人事诉讼制度的规定来看，通常诉讼程序中关于认诺效力的规定，在婚姻等身份诉讼中限制适用。又如在通常诉讼程序中，当事人一方对另一方主张的事实自认或不争执，对方当事人就其主张的事实，可以免除举证责任。而在家事诉讼中对此则限制适用。同时，在家事诉讼中，法院可以依职权调查证据，也可以依职权考虑双方未提出的事实。这种做法，属于辩论原则的例外。此外，家事案件的合并与反诉等，都有特殊的规则（如别诉禁止）。上述内容，我国目前都未规定。这不仅在立法上不完善，也给司法实践带来了许多困惑。

4、从我国和外地的立法经验来考察，设立家事诉讼制度具有先例可借鉴

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人事诉讼制度。[3]国民党政权在大陆统治时期，在其制定民事诉讼法中，吸收草案的立法经验，将人事诉讼设立专门一编，一直沿袭到今天，目前台湾仍在适用。在外国，大都有关于人事诉讼的立法。大陆法系国家的日本、韩国等，制定有专门的人事诉讼和家事诉讼法。德国、法国在亲属法中有专门人事诉讼的规定。英国、澳大利亚等英美法系国家和地区，也有专门的《婚姻诉讼法》或《婚姻和家事诉讼法》等相关法律。这些都可以成为我们家事诉讼立法借鉴的对象。

（三）建立家事诉讼制度的主要内容和体例

建立家事诉讼制度，主要涉及三个方面的内容需要研究。

1、家事诉讼的称谓和范围

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”，[4]英国、澳大利亚等国称为婚姻或家事诉讼法。如英国1973年和1984年的两部家事程序法分别称为“婚姻诉讼法”、“婚姻和家事诉讼法”。澳大利亚1959年的家事程序法称为“联邦婚姻案件程序法”。

从严格意义上讲，“人事 ”与“家事”是有区别的。“人事 ”主要指婚姻事件、收养事件、亲子事件等与自然人身份相关的特定事件。而“家事”则不限于身份事件，还包括身份事件之外的其他婚姻家庭事件。尽管家事诉讼与人事诉讼不尽完全相同，但人们在使用家事诉讼或人事诉讼时，并没有加以区分，事实上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罢了。因而，只要明确该类诉讼程序的内涵和外延，使用婚姻诉讼、人事诉讼、家事诉讼或身份关系诉讼，皆无不可。

但从我国的实际情况来看，由于一直没有建立人事诉讼制度，人事诉讼理论亦不发达，人们对人事诉讼的概念比较陌生。加之我国目前又存在劳动人事争议诉讼案件，如果把婚姻家庭纠纷案件称为“人事案件”，人们会将其理解为劳动人事争议案件中的人事案件。而对亲属法中的人事案件，人们习惯地称谓是婚姻案件或婚姻家庭案件。因而，在我国，对于涉及婚姻家庭案件的诉讼，可以称为家事诉讼。与之相对应的程序称为家事诉讼程序，作为专门审理家事案件的法律规范。

家事案件范围的大小，各国的立法规定不尽相同。广义上的家事诉讼案件，应当包括婚姻事件、亲子事件、收养事件与其他家庭事件。传统人事诉讼的范围，主要包括婚姻事件、收养事件、亲子事件等身份诉讼案件。我国家事案件的范围，可以根据家事审判机构所确定的具体职能和承担能力决定。但考虑到社会在不断变化，婚姻法调整的内容和范围也随之发生了变化，实践中一些身份关系案件也在不断增多，家事案件的范围应当适当扩大。大致包括：一、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。包括三个方面：1、婚姻事件：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（别居）之诉、[5]解除非婚同居之诉。2、亲子事件：否认子女之诉，认领子女及认领无效或撤销认领之诉、就母再婚后所生子女确定其父之诉、宣告停止亲权或撤销宣告之诉等。3、收养事件：收养无效之诉、撤销收养之诉、确认收养关系成立或不成立之诉、终止收养关系之诉等。二、身份财产案件，指以亲属身份为媒介的财产案件，或基于身份关系发生的财产案件。诸如夫妻或兄弟姐妹之间的扶养、父母对子女的抚养、子女对父母的赡养；夫妻财产、婚约财产、继承、遗赠扶养；以及离婚后的财产分割，以及基于婚姻法46条提出的赔偿等案件。三、侵犯婚姻当事人和家庭成员人身权利的案件，以及其他家事案件。诸如干涉婚姻自由、家庭暴力、虐待、遗弃等侵权案件。“其他家事案件”，是一个兜底性表述，指没有列举的涉及婚姻家庭关系的案件。

2、家事诉讼程序的内容

家事诉讼程序的内容，首先应当体现家事诉讼的自身规律和特点，比如辩论主义在家事诉讼中的哪些方面限制适用，职权主义原则的适用范围，以及家事诉讼其他方面的一些特殊规则。[6]从一些设立人事或家事诉讼程序的国家和地区来看，家事诉讼除了适用通常诉讼程序外，在管辖、当事人、起诉、言辞辩论、诉讼中止和终结及承受、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。我国在具体家事诉讼程序设计上，不能完全照搬外国的东西，要体现中国特色和时代精神。比如在诉讼管辖上，应体现保护妇女原则。对于女方遭受家庭暴力等被迫逃回娘家或其他地方避难，以及男方在外地打工或经营期间重婚引起的离婚等。女方由于人身安全或没有经济能力，无法在婚姻居所地或被告所在地起诉离婚的，应当准许妇女选择自己方便诉讼的法院起诉。此外，我国如果设立独立的家事审判机构，还应当对家事审判机构的职能、机构设置、受案范围，人员配备条件等进行规定。

3、制定家事诉讼制度的体例或形式

有关家事诉讼制度的体例问题，国外一般是将人事或家事诉讼作为特殊（专门）诉讼，在民事诉讼法中单独设立一编，或者制定专门的人事诉讼法（如日本设有《人事诉讼程序法》）。我国可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。无论是将家事诉讼作为民事诉讼法的一编（章）或设立单独的家事诉讼法，都涉及到对现行民事诉讼法的修改问题。但民事诉讼法的修改则是一个漫长过程。目前宜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，目前来讲，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。

二、改革现行体制——设立家事审判庭

（一）婚姻登记机关不再处理婚姻纠纷，统一由法院主管

修正后的婚姻法第11条规定，对于可撤销婚姻，婚姻登记机关和人民法院都有权主管。而婚姻法第12条对于无效婚姻的主管没有规定。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（婚姻登记管理机关有权受理宣告婚姻无效的申请）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”。[7] 因而，实践中婚姻登记机关仍然受理和宣告无效或可撤销婚姻案件。特别是对因婚姻登记程序引起的所谓婚姻行政诉讼案件，当事人一般都要事先找婚姻登记机关，请求其撤销婚姻。对于婚姻登记机关不撤销，或者对其撤销不服的，才提起行政诉讼。因而，婚姻登记机关处理婚姻纠纷的现象还是比较普遍。

我们认为，无论是无效婚姻，或是可撤销婚姻，还是因婚姻登记程序引起的婚姻纠纷，都应当由人民法院统一主管，婚姻登记机关不宜再主管。

1、婚姻纠纷属于典型的民事案件。婚姻登记机关受理的婚姻案件，无非是无效婚姻、可撤销婚姻以及因婚姻等程序引起的婚姻成立与不成立等纠纷。这些案件都属于平等主体之间的法律关系，属于民法调整的范围，是典型的民事案件，都应当直接由法院主管。由婚姻登记机关处理这些纠纷，不仅其职能难以胜任，也破坏了审判权的统一性和完整性。

2、婚姻纠纷非常复杂，婚姻登记机关的行政人员难以胜任 。无效婚姻或可撤销婚姻等婚姻纠纷，涉及的法律问题非常复杂，婚姻登记机关的行政人员，一般没有经过严格的法律培训，其法律素质不如法官专业，难以胜任此项复杂的工作。

3、婚姻登记机关的职权有限，无法处理婚姻所附随的诸多民事内容。婚姻被宣告无效或不成立后，涉及到共同财产分割、子女抚养与监护、损害赔偿等一系列事关婚姻双方当事人及其子女的基本权益的民事事项。对此，婚姻登记机关无权、也无力作出处理，当事人为此只能另行打官司。这无疑要费时耗力，加重当事人负担。

同时，赋予婚姻登记机关处理此类案件的职能，婚姻登记机关事实上缺乏有效地自我监督能力，以及法律专业水平有限，不可能正确或及时处理这类案件。这样，又必然滋生所谓的婚姻行政诉讼案件，造成恶性循环，浪费社会资源。

4、从外国的立法和司法经验看，婚姻有效或无效等应由法院统一主管。在外国民事（婚姻）立法和司法实践中，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、婚姻成立与不成立等案件。这些立法经验，我们可以借鉴。

由法院统一主管婚姻案件，按照民事程序处理，既符合婚姻案件的基本性质，也可以从根本上消灭行政诉讼，避免行政机关与司法机关的重复劳动，避免法院内部的分散审判。这样，才能理顺审判关系，能作到一个口进，一个口出，保障案件处理的有序性和高效性，节约社会成本，方便当事人诉讼。

（二）统一法院内部婚姻案件的审判，将 “民行分立”并合归一

1、目前法院审判婚姻案件机构的现状 ——“民行分立”

目前法院审理婚姻等家事案件的现状是“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。

2、家事审判“民行分立”的弊端

对婚姻案件的审判，在法院内部实行“民行分立”，至少有如下弊端：

一是家事案件的复杂性、专业性，不适合简单地按照诉讼程序分散审理。婚姻等家事案件极其复杂，它涉及的知识范围广、内容多，非专门机构的专业人员是难以胜任的。而按照诉讼程序划分婚姻案件的不同审判机构，势必会造成法官对婚姻案件的处理不精、不专。

二是分散审理浪费资源 。“民行分立”，让两个审判庭的每个法官，都掌握婚姻审判知识，本身则难以做到。即使两个审判庭的法官都精通婚姻案件的基本原理，熟悉婚姻审判的基本技能技巧，但由于案件分散，牵涉法官多，而每个法官审判婚姻案件的数量又极为有限，实际应用的价值不高，势必造成司法浪费。“民行分立”，还容易造成当事人诉讼不便。如有些离婚案件，法院在审理过程中，一方当事人提出婚姻不成立，法院审查认为婚姻不成立，但由于涉及婚姻登记程序，则告知原告撤诉，再打行政官司，或者驳回原告起诉，造成不必要的司法浪费，增加当事人的诉讼成本。

三是“民行分立”容易造成相互对立或矛盾判决。分散审理，由于各庭审判人员对法律的理解有差异，容易造成相同案件而有不同的判决。

四是按照行政诉讼处理婚姻纠纷，缺乏科学性。 对此，本人另有论述，[8] 限于篇幅，不再赘述。

3、“民行分立”应当撤并归一

根据上述分析，在法院内部肢解婚姻案件的审判，确实不科学，也没有必要。对“民行分立”应当进行改革，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。

（三）设立专门家事审判庭

从家事案件的性质、专业特性和数量来看，应当在人民法院内部设立与其他审判庭并行的专门家事庭审判庭，才能适应家事审判的需要。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。

1、家事案件性质上的特殊性，应当设立专门的家事审判庭

如前所述，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，不仅需要有与之相对称的诉讼程序，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。这在理论上无须多加赘述。下面主要以实践为例证，作一些补充说明。

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。如某女大学生与教授发生一段奇特的婚外恋后，女大学生欲与教授断绝关系，与他人结婚。但教授一直纠缠，并干涉女大学生与他人结婚。女大学生在万般无奈的情况下。于2006年3月1日，从北京到江苏，在江苏某师范大学食堂门口张贴了一张骇人听闻的“大字报”，自曝自己与该校老师之间的性关系。[9] 女大学生希望通过采取自我毁誉的办法，揭露该校老师的卑劣行径，以达到摆脱教授干涉纠缠的目的。如果设立专门的家事审判庭，明确家事审判庭的受案范围，这类案件，当事人就知道可以直接向法院起诉，不必采取自我毁誉的办法解决。又如，非婚同居关系，除了子女和财产外，目前法院对同居关系是完全不管的。事实上，非婚同居，并不仅仅涉及到子女和财产，人身关系实际上是其中最为重要的内容。有的非婚同居，没有子女和财产纠纷，就是人身关系纠纷，即同居关系解除与不解除的纠纷。比如，有的同居多年（甚至10年、20年），形成了不被法律承认的事实婚姻关系。如果一方突然提出分手，解除同居关系，或者一方又突然与他人同居。这种关系的解除，事实上并不那么简单。因为感情的纠葛不可能立刻了断。说走就走，说散就散，往往是不可能的。当一方要求解除，一方坚决不同意解除时，有的则可能拒不离开原住地；有的则可能继续纠缠，甚至撬门扭锁；矛盾激化者，还可能发生杀人、爆炸等恶性事件。如2006年7月，夷陵区就发生了一起因解除同居关系而引起的凶杀致人死亡案。[10]

可见，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。

2、从家事案件的数量上看，完全需要设立专门的家事审判庭

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 ，[11]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。设立专门的家事审判庭后，还可以适当扩大一些案件的审判范围。目前，对于家庭暴力，除非发展到刑事案件或者引起离婚，司法机关一般很少问津。设立家事审判庭后，对一般家庭暴力，可以应当事人的要求发出停止侵权令，责令悔过或批评教育，预防家庭暴力升级为刑事案件。家事审判庭可以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审理。至于对非诉婚姻案件的法律服务或调解，其工作量就更大了。

总之，无论是从现有婚姻案件的数量来看，还是从婚姻案件的实际案源来看，其数量之多，范围之广，完全需要设立一个专门审判机构进行处理。

3、从世界各地处理家事案件的经验看，需要设立专门的家事审判庭

为了适应婚姻家庭案件的特点需要，加强婚姻家庭案件审判，一些国家和地区不仅制定了专门的家事审判程序，还设立“家事法庭”或“家事法院”、家庭裁判所等专门机构。如澳大利亚设有家事法院。[12] 日本设有“家庭裁判所”。[13] 德国 民事诉讼法第六编专门设立了“家事事件程序”，第606条中规定离婚等专属“家事法院”管辖。[14] 法国民法典第六编离婚中设立离婚程序为专章（第二章），并在该法第247条规定：家事案件“家事法官唯一有管辖权”。法国没有专门的家事法院，家事案件由大审法院管辖。但法国配备了专门的家事法官进行家事司法活动。韩国、我国台湾等也设有家事法院或家事法庭。在英美法系中，也有专门审理家事案件的机构。[15]这些我国完全可以借鉴。

4、设立家事审判庭具有现实基础

设立家事审判的机构，有大、中、小三种模式，即家事法院、家事审判庭、家事审判合议庭。从我国目前的实际情况看，设立专门的家事法院的可能性或条件尚不成熟。但目前不少地方法院在民一庭内部设立的婚姻家庭合议庭，只是一个权宜之计。因为婚姻家庭合议庭人员配备数量不足，条件不高，加之流动性大，不能满足家事案件审判的实际需要。从家事案件的特点和数量来看，考虑我国目前的实际情况，设立与其他业务审判庭并行的家事审判庭比较适宜。

设立家事审判庭具有现实基础，人员可以从现有的民事和行政审判机构中选调，实际上就是增设一个机构，将现有“民行分立”并合归一，集中人员，统一审判。当然，如果扩大婚姻审判的范围，也可以适当增加一些人员编制。

三、强化法官素质——配备专业家事法官

（一）当前家事审判存在的问题

家事案件所涉及的法律和法学理论以及社会知识的复杂性、广泛性，需要由专业法官担任。由于婚姻案件审判机构不健全，人员配备数量和质量都不能满足婚姻审判的需要，司法实践中婚姻案件的审判质量存在严重问题。笔者对二审中的一审婚姻案件调查发现，竟然有80%的婚姻案件，属于“问题案件”。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。具体表现在如下几个方面：

1、将身份诉讼等同于一般财产诉讼，忽视职权主义色彩

从上诉的二审婚姻案件看，基层法院在处理婚姻案件时，根本没有区分财产诉讼与人事诉讼，将婚姻诉讼等同于一般财产诉讼，最突出的表现就是忽视婚姻事件职权主义诉讼的特点或色彩，一味采取当事人主义或辩论主义原则，即法院只从当事人的辩论中采纳作为判决基础的事实和证据。

（1）法官不依职权收集证据，完全依靠当事人举证定案

具体表现在：其一、在证据收集上，一律实行一般诉讼的谁主张，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。其二、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。其三、对于婚姻事件中的举证期限，也死扣一般诉讼的“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。其四、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。包括对婚姻有效与无效、婚姻成立或不成立等都不调查。

（2）法官不斟酌当事人未提出之事实，对自认、认诺等处理存在问题

《规定》确立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。在婚姻事件中，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。如婚姻是否有效与无效或成立与不成立的事实，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

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。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，或者到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，都逐渐被抛弃。

2、将民法总则适用于财产纠纷的规定，适用于婚姻案件

在处理婚姻案件中，另一个带有普遍性的问题，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。最主要、常见的是将民法总则中规定的诈欺行为；恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的行为；违反法律或社会公共利益的行为；以合法形式掩盖非法目的行为以及通谋虚伪意思表示、心中保留等，都作为处理婚姻案件的根据。从而致使无效婚姻范围扩大，使大量有效婚姻或瑕疵婚姻成为无效婚姻。还有的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、附期限以及时效等，也有适用错误现象。

3、适用婚姻法本身存在问题

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；等等。此外，在婚姻合并审理和反诉等方面，也还存在许多问题。至于财产分割和子女抚养也存在不少问题。

（二）审理家事案件，需要配备专业法官

家事审判“问题案件”比例高的原因很多，但最主要的原因是：婚姻案件复杂，专业性强，非专业法官则不能胜任。

上述现象，在目前整个司法实践中，也具有代表性。如有的法院甚至对于表兄妹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。[16]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 ，[17] 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。[18]这充分

暴露了法官对我国婚姻法的立法历史和有关法律的溯及力知识了解掌握不够。根据 1950 年婚姻法第 5 条“其他五代内的旁系血亲间禁止结婚的问题，从习惯” 的规定，上述表兄妹根据习惯而缔结的婚姻有效，现行法律对他们没有溯及力。

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。仅民法总则在婚姻法中如何适用的争议，被认为“此问题，大大苦恼了民法学者，尤其对研究亲属、继承者，堪可称为迎面就压得透不过气来的学问上重大压力”。[19]对于学者是如此，对于法官又何况不是如此。如此复杂的问题，法官如果不是长期修养婚姻家庭法，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和技巧，也是一们很深的学问，非一般人员所能胜任。因而，不仅要健全家事审判制度、机构，还要配备专业家事法官。

（三）配备专业法官的条件

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。具体说，审判婚姻案件的法官，应当具备如下条件：

1、理论素质和综合知识素质全面。必须熟练掌握审理婚姻案件的基本理论和相关知识。

2、思想素质高，责任性强。要对社会、人民、当事人高度负责。

3、审理家事案件的实际能力强。能够驾驭和把握家事案件，善于思想工作，调解技巧高，社会协调能力强，工作方法细腻。

4、具有必要经历的资深已婚法官。家事案件涉及到人之情感、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的含义。因而，家事案件的审判法官，一般应当以已婚者担任为宜。台湾《家事事件处理办法》第 4 条规定：“ 家事法庭，置法官若干人，担任事件之调解及裁判。法官三人以上者，置庭长一人，由法官兼任，综理全庭行政事务。前项庭长或法官，应遴选对家事事件具有研究并资深者充任之。候补法官及未曾结婚之法官，原则上不得承办”。如果让一个未婚的法官去审理离婚或者离婚后财产分割、子女抚养的案子，不仅难以胜任，还可能面临许多尴尬。

设立人事诉讼制度之我见

王礼仁

人事诉讼, 又称身份关系诉讼, 是指不以财产关系为诉讼标的、关于人之身份关系的诉讼。人事诉讼包括婚姻事件、收养关系、亲子关系等。由于人事诉讼的特殊性, 不少国家和地区都设有专门人事诉讼程序, 将其作为民事诉讼程序的特别程序。[1][22]我国的《民事诉讼法》没有设立人事诉讼程序, 最高人民法院也没有就人事诉讼作出专门的司法解释。但是, 值得注意的是, 2001 年 12 月 1 日, 最高人民法院公布的《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《规定》）, 初步在民事诉讼程序中确立了辩论原则的有关诉讼规则, 并首次在第 8 条和其他有关条文中, 规定了通常诉讼中的自认等有关诉讼规则不适用于身份关系诉讼案件。这一变化, 给我们带来了一个的课题, 即我国是否应设立人事诉讼制度? 对此, 笔者不揣冒昧, 提出自己的一些设想, 以期抛砖引玉。

一、我国没有建立人事诉讼制度的成因分析

(一) 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, 也就没有必要再单独设立人事诉讼制度

我国 80 年代才颁布第一部试行性质的《民事诉讼法》, 90 年代才颁布第一部正式的《民事诉讼法》, 而早在 1950 年我国即制定了《婚姻法》。《婚姻法》的制定, 使当时民事诉讼领域形成了以婚姻家庭方面的诉讼案件(包括人事诉讼

22特别诉讼是相对于一般诉讼或通常诉讼而言的。在日本民事诉讼法中,根据当事人时诉讼标的有无处分权,分为通常诉讼与特别诉讼。当事人在不违反法律和公序的范围内对其财产有自由处分权,法院审理这类财产关系的案件草重当事人的意愿,采取辩论主义,以解决这类财产关系纠纷为对象的诉讼程序称作通常程序。对于与人之身份有关的非财产民事权利,当事人没有处分权,并且法院变更人的身份关系的判决对他人产生对世效力,法院审理案件不受当事人请求和陈述的限制,采取职权主义审理,这类诉讼称为特别诉讼。参见日本兼子一、竹下守夫著,白绿兹译:《民事诉讼法》(新版),法律出版社,1995 年 3 月第 1 版,“译者前言”第 5 页〕

案件）为主的局面，同时婚姻家庭案件的诉讼程序也直接影响着其他民事案件的诉讼程序。在整个民事诉讼领域中，婚姻案件的审理程序，也是其他民事案件的审理程序，人事诉讼的特点得到了充分的体现，在人们的观念中，人事诉讼就是通常诉讼，不是特别诉讼。因此，也就不可能再设立专门的人事诉讼制度。

（二）由于主客观原因，我国长期实行的是超职权主义诉讼模式

从客观原因来看，新中国刚刚建立时无论是从经济上，还是从文化上，广大老百姓还没有能力以自己为主来进行民事诉讼活动。这一特定的历史条件，决定了当时的诉讼宜采取职权主义，而不宜采取辩论主义。从主观原因来看，我国受前苏联的影响以及国内极左思想的长期束缚，司法程序上完全按照行政模式建立和运作，在民事诉讼程序上实行国家干预原则。法官居于诉讼主导地位为基本特征的职权主义民事诉讼理论导致了超职权主义诉讼模式[2][23]，通常诉讼和人事诉讼没有什么特殊区别，人事诉讼中的职权主义特点已经得到了充分体现。在这种情况下，没有必要再单独设立人事诉讼。

二、目前建立人事制度的必要性和可能性

（一）从立法的角度看，我国建立人事诉讼制度已经显得非常必要

1、我国有关人事诉讼的范围越来越来广。除了传统的离婚诉讼外，20 世纪 90 年代，我国颁布了《收养法》，各类收养关系的诉讼增加，特别是去年通过的修改后的《婚姻法》增设了无效婚姻和可撤销婚姻，不仅使人事诉讼的范围增加，而且从无效婚姻和可撤销婚姻案件的诉讼特点来看，职权干涉原则的色彩更加浓厚。因而，从人事诉讼范围及其自身诉讼的特点来看，应当从通常诉讼中分离出来另行规定。

2、最高人民法院的《规定》确立了对通常诉讼案件以辩论主义为主的诉讼原则，并明确规定有关身份关系的诉讼不适用于通常诉讼的有关规则。这说明，人事诉讼应当有其自身的规则。

3、我国现有法律和司法解释，虽然也有一些关于身份关系诉讼的特别规定（如涉及身份关系的诉讼，不适用证据自认规则；离婚诉讼当事人必须到庭；依法解除离婚关系的案件不得申请再审；无效婚姻不能调解等等），但却不够全面和系统，不便于司法实践操作和运用，有必要进行全面修改、完善和集中。

（二）从司法实践来看，目前已初步形成了辩论主义原则，人事诉讼的某些职权干预原则，应当从中分离出来，作为特别诉讼另行规定随着民事诉讼理论的研究不断深人和发展，逐步冲破了超职权主义诉讼理论束缚，形成了符合现代要求的民事诉讼的新理念，为民事诉讼制度的改革指明了理论方向，并有力地推动和促进了民事诉讼司法改革的步伐。目前，在民事审判诉讼活动中，已初步形成了辩论主义的诉讼原则。而随着辩论原则的形成和建立，人事诉讼与通常诉讼的区别自然显现出来，人事诉讼与通常诉讼开始分野，人事诉讼的某些职权干预原则应当保留。

（三）现行法律和司法解释对人事诉讼已经有许多特别规定，这为制定全面、系统的人事诉讼制度创造了有利条件有关法律和解释对人事诉讼的特别规定，除了前面提到的外，还有诸如《民事诉讼法》第 137 条第（3）、（4）项规定的诉讼终结；《民事诉讼法》第 111 条第（7）项规定的限制起诉等等，在此不一一列举。特别是《规定》第 8 条、第巧条第（1）项、第 16 条的规定，实际上已经开创了人事诉讼立法（广义的立法）先例，这可以成为设立全面系统的人事诉讼制度借鉴。

三、建立人事诉讼制度的构想

（一）人事诉讼的范围

人事诉讼的范围，应当包括婚姻事件、收养关系、亲子关系等。对于宣告死亡或失踪、认定公民无行为能力和限制行为能力等非诉案件，台湾《民事诉讼法》将其规定在人事诉讼程序中，德国《民事诉讼法》将其规定在公示催告程序中。我们认为这类案件程序，不具有诉讼性质，应适用非诉案件程序，不宜列为人事诉讼范围内。因而，本文所称的人事诉讼，主要包括：婚姻事件、收养关系、亲子关系诉讼。

1、婚姻事件诉讼。婚姻事件专指夫妻之间的人身关系而言，如果不属于夫妻人身关系诉讼，虽属夫妻之间诉讼，或者因婚姻问题引起的其他诉讼，亦不属于婚姻事件，不能适用人事诉讼程序，如离婚诉讼中涉及的财产分割、损害赔偿等，就不属于婚姻事件诉讼。婚姻事件中的人事诉讼主要有如下几种：（1）婚姻无效，指根据《婚姻法》第 10 条所规定的婚姻无效的原因请求法院宣告婚姻无效，性质上为确认之诉。（2）撤销婚姻之诉，指根据《婚姻法》第 11 条所规定的得撤销婚姻的原因请求法院撤销婚姻，性质为形成之诉。（3）确认婚姻成立或不成立之诉，指根据《婚姻法》的有关规定，请求法院确认其婚姻是否存在之诉，在性质上属于确认之诉。（4）离婚之诉，指根据《婚姻法》第 32 条所规定的离婚原因请求法院判决离婚，性质为形成之诉。（5）夫妻同居之诉，指根据《婚姻法》中关于夫妻同居义务的规定请求法院判决对

[23]超职权主义诉讼模式，是指与大陆法系国家的职权主义模式相比，更注重法官在诉讼所发挥的主导或主宰作用的诉讼模式。参见陈桂明：“民事诉讼中法院职权的弱化及其效应”，《法学研究》1992 年第 6 期。

方履行同居义务,性质上为给付之诉。(6)解除同居之诉,指根据《婚姻法》的规定,男女双方不构成婚姻关系而同居者,请求法院解除其同居关系,性质上为形成之诉。(7)婚姻自主权之诉,指根据《婚姻法》关于婚姻自由的规定,请求法院排除妨碍婚姻自由,性质为形成之诉。

上述7种婚姻之诉中,在国外的人事诉讼中,一般没有第(6)、(7)两种,本文予以列举是根据最高人民法院有关司法解释和《民事案由规定(试行)》确定的。从我国的实际情况来看,将其作为婚姻之诉,是没有问题的。但上述第5种“夫妻同居之诉”,虽然在国外人事诉讼制度中有规定,但在我国能否作为身份关系之诉,值得研究。有学者认为新《婚姻法》从义务的角度实际上增添了夫妻同居权,并认为新《婚姻法》第3条“禁止有配偶者与他人同居”的规定,“当然内涵是夫妻有同居的义务,不得在‘婚外同居”’。[24]在我国司法实践中也有受理夫妻同居之诉的案例,如广西钦州一位八旬的香港老翁,起诉向自己的少妻索要同居权,法院受理并支持了这位老翁的请求。但本文认为,从我国法律和实际情况来看,夫妻同居之诉,不宜作为身份关系诉讼的范围。这是因为:(1)我国《婚姻法》没有确立配偶权,夫妻同居之诉缺乏法律根据。上述认为《婚姻法》第3条“禁止有配偶者与他人同居”,同时也包含了夫妻有同居的义务的理解未免过于牵强。从文意上看,禁止与他人同居,并不能得出必须同配偶同居的结论,如果按照上述逻辑推论,《婚姻法》第3条“禁止重婚”的规定,其内涵是不是也当然的包括不准离婚呢?而且《婚姻法》第32条把分居满两年作为可以离婚的情形之一,这也说明法律是允许分居的。(2)如果把夫妻同居之诉作为身份关系诉讼的范围,可能会带来一些负面后果,不利于保护弱者,特别是不利于保护妇女的合法权益。如女方不堪男方的虐待或强暴而被迫离家分居,男方以同居之诉向法院诉讼,法院能够受理并判决支持吗?(3)将同居之诉作为身份关系诉讼的范围,判决之后也难以执行。

2、收养关系诉讼。收养关系诉讼案件主要包括以下几种:(1)收养关系无效之诉,指因收养关系违反法律规定的程序要件或实质要件,请求法院宣告收养无效,其性质为确认之诉。(2)撤销收养之诉,指收养系因意思表示错误或因被欺诈胁迫所为之意思表示,而诉请法院撤销,其性质为形成之诉。(3)确认收养关系成立与否之诉,指请求法院确认收养双方有无因收养而产生的亲子关系,其性质为确认之诉。(4)终止收养关系之诉,指因发生某种影响收养的情形,而请求法院消灭收养关系,其性质为形成之诉。3.亲子关系诉讼。亲子关系中的人事诉讼案件有:(1)否认子女之诉,指就法律上推定之亲生子女,请求法院确认非其子女,其性质为确认之诉。(2)认领子女之诉,指请求法院判令非婚子女之父母承认自己为其生父母,其性质为给付之诉。(3)认领无效之诉,指就某人认领子女之意思表示,请求法院宣告无效,其性质为确认之诉。(4)撤销认领之诉,指对已认领有亲子关系者,而又请求法院撤销其认领,其性质为形成之诉。(5)就母再婚后确认其父之诉,即就母再婚后所生子女,于母之配偶及前配偶中,请求确认何人为生父,其性质为确认之诉。(6)确认亲子关系存在与否,指请求法院宣告停止父母对子女的权利,或者请求法院撤销其停止权利宣告,其性质为确认之诉。(7)宣告停止亲权及撤销停止亲权宣告之诉,指就特定人之间的亲子关系是否存在,请求法院予以确定,其性质为形成之诉。

(二)人事诉讼程序的内容

有关人事诉讼程序的内容,应当体现职权主义审理原则,以及其他一些体现人事诉讼特点的规则。从一些设立人事诉讼程序的国家和地区来看,人事诉讼除了适用通常诉讼程序外,在管辖、当事人、起诉、言辞辩论、诉讼中止和终结及承受、判决的效力、调解程序等方面,都作了一些例外的特别规定。参照国外的立法,结合我国国情,我国人事诉讼程序应当设置如下一些内容:

1、管辖。从国外的立法来看,对于人事诉讼,一般规定为专属管辖,主要是以住所地为标准确定专属管辖法院。对此,我国可以借鉴,并对涉及军人婚姻、涉外婚姻的诉讼管辖问题,一并作出规定。

2、起诉。对于婚姻、收养关系案件,在起诉上的特别之处,主要表现在各种诉讼可以合并审理以及限制起诉。如婚姻事件之诉,为了同时解决纷争,避免重复诉讼而产生的诉累,以及裁判相互抵触,应就当事人间与婚姻有关之诉的合并、变更、追加或提起反诉,设立特别规定,不受通常诉讼程序的限制。如有数项请求因一项解决,其余请求也因此而解决(如婚姻事件有关之附带请求(离婚损害赔偿、子女抚养)得合并提起,一同解决;或者数项请求(如离婚之诉与撤销婚姻之诉)应同时解决者,应合并审理。这在我国司法实践中,实际上是这样执行的,以法律形式进一步明确即可。

在起诉上的限制,我国现行法律也有一些规定:(1)对男方起诉的限制。《婚姻法》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,人民法院认为确有必要受理男方离婚请求的,不在此限”。(2)重新起诉的时间限制。民诉法第In条(7)项规定:“判决不准离婚和调解和好的离婚案件,判决、调解维持收养关系的案件,没有新情况、新理由,原告在六个月内又起诉的,不予受理。”民诉法解释144条规定:“原告撤诉或者按撤诉处理的离婚案件,没有新情况、新理由,6个月内又起诉的,可以比照《民事诉讼法》第In条第(7)项的规定不予受理。”但根据民诉法解150条规定:“判决不准离婚、调解和好的离婚案件以及判决、调解维持收养关系的案件的被告向人民法院起诉的,不受《民事诉讼法》第111条第(7)项规定的条件的限制。”对上述规定可以纳入人事

[24]杨遂全:《新婚姻家庭法总论》,法律出版社,2001年7月第1版,第136页。

诉讼制度之中，并作一些必要技术处理。如实体上对有关婚姻诉讼的限制规定，可在人事诉讼程序中规定，法律另有限制诉讼规定的，从其规定。

3、当事人。从国外的立法来看，在婚姻诉讼中，一般的原则是，民事行为能力受限制的夫或妻在婚姻诉讼中有诉讼能力。在婚姻案件诉讼中，配偶一方起诉的，另一方为被告；第三人起诉的，配偶双方为共同被告。在收养案件中，不具有民事行为能力的未成年人、精神病患者，亦具有诉讼能力，但应有代理人代为诉讼；与养父母发生诉讼的，不宜由养父母作为代理人。这些规定我国可以借鉴，并根据我国现有立法情况，进一步完善。如对申请宣告婚姻无效和撤销婚姻，其诉讼当事人范围的限制，应将最高人民法院关于适用新《婚姻法》的司法解释第7条和第10条中有关无效婚姻和可撤销婚姻诉讼主体的限制规定，吸收到人事诉讼程序中，进行系统规定。

4、采用职权主义审理原则，不适用通常程序的辩论主义原则。从国外的立法来看，在人事诉讼中，通常诉讼程序中关于认诺效力的规定，关于对他人主张事实的自认或不争执，免除对方举证义务的规定都不适用于人事诉讼。在人事诉讼中，采用职权审理原则，法院可以依职权命令调查证据，可以依职权考虑双方未提出的事实，这些规定，属于辩论原则的例外。在我国，最高人民法院的《规定》第8条已明确规定通常诉讼程序中的自认规则，不适用身份关系诉讼案件。但还有些内容没有规定和规定的不够明确，需要明确和完善。笔者认为，根据人事诉讼的特点，在下列几个方面不应适用一般诉讼规则，应采用职权干涉原则：

⑴对他人主张的事实不争执。对他人主张的事实不争论与自认不同，自认是指当事人对于不利于自己事实的承认；对他方主张的不利于自己的事实不争，是指一方当事人对另一方当事人主张的案件事实，既没有明确承认，也没有提出异议或争执。没有提出异议或争执，实际上是默认，从广义看，默认属于自认的范畴。但最高人民法院《规定》中关于自认的规定是“明确承认”，所采用的是狭义的概念，不包括“不争”在内。我们认为，既然一般诉讼程序中的自认规则，不适用人事诉讼，对于他方主张的事实不予争执更不适用于人事诉讼。

⑵法院可以依职权调查收集证据。在人事诉讼中，法院可以依职权调查收集证据，这是世界的通例，我国实际上也有这方面的规定。如《规定》第16条规定：“除本规定第巧条规定的情形外，人民法院调查收集证据，应当依当事人申请进行。”《规定》第巧条第⑴项、第16条规定的人民法院可以不受当事人申请的限制，依职权调查收集证据的范围，实际上是辩论原则的例外，但上述条文没有直接明确规定身份关系诉讼包括在例外之中。我们认为，身份关系诉讼，涉及国家和社会公共利益，属于《规定》第巧条第1项规定的范围之一，不适用辩论主义原则，法院可以依职权调查收集证据。

⑶对诉讼请求的认诺。所谓认诺，就是对他人主张的诉讼请求的承认。由于《规定》是关于民事证据的规则，不是身份关系诉讼的特别规定，因而，对有关身份关系诉讼没有作出全面规定，更不可能涉及证据以外的有关身份诉讼的规则问题。所以，对诉讼请求的认诺在身份关系诉讼中的效力，没有作出规定。我国《民事诉讼法》第52条规定，当事人可以承认或反驳诉讼请求。承认诉讼请求，就是对诉讼请求的认诺。但由于身份关系诉讼的特殊性，并从最高人民法院对自认不适用于身份关系诉讼的特别规定来看，认诺的效力也不能适用身份关系诉讼或者适用时应受限制。如原告起诉请求宣告婚姻无效，被告同意（即认诺）原告的诉讼请求，在这种情况下，法院不能据此宣告婚姻无效，而应当根据案件客观事实情况，并依职权调查收集有关证据，确认是否存在婚姻无效的法定情形后，才能作出是否宣告婚姻无效的判决。

⑷在身份关系诉讼中，法院可否考虑双方未提出的事实。最高人民法院对此亦未规定，我们认为，在身份关系诉讼中，法院可以考虑双方未提出的事实。如在审理离婚案件中，法官获知一方有重婚事实或线索，尽管当事人没有提出，法官应当考虑和查清这一事实，并依法作出评判。又如在审理亲子关系案件时，法官在案外获知某子女是亲子或不是亲子的事实，法官对此亦应加以考虑。只有这样，才有利于维护社会公序良俗，巩固婚姻家庭关系，促进社会长治久安。

5、诉讼中止或停止、终结与承受。德国、日本和我国台湾地区有关人事诉讼制度中规定，离婚案件和解除收养关系案件，法院认为有和好可能的，可以裁定一定期限内中止诉讼。另外，在通常诉讼程序中，当事人死亡但有继承人承受诉讼的，并不终结诉讼程序。在婚姻诉讼中，因为属于身份关系方面的诉讼，一般没有继承人承受诉讼，或者诉讼标的已不存在，或者没有必要在进行诉讼，配偶之一方死亡，则诉讼程序终结。所以在婚姻案件中，一方死亡，应终结诉讼，但有第三人提起宣告婚姻无效之诉的，仍可以生存一方为被告继续进行诉讼。养子女或养父母于判决前死亡的，终结诉讼，但养父母一方死亡的，不能终结诉讼；有权提起同一诉讼的第三人可以在一定期限内承受诉讼。应当注意的是，在第三人提起撤销婚姻之诉时，配偶一方死亡的，仍可以生存一方为被告继续进行诉讼。我国《民事诉讼法》没有诉讼中止和承受的规定，从我国的实际情况和诉讼程序来看，可不规定诉讼中止，因为有和好希望的，可以判决暂时不予离婚或不解除收养关系。但应当对诉讼承受予以规定，因为在人事诉讼中可能发生诉讼承受问题，如申请宣告婚姻无效的原告死亡，当涉及继承问题时，利害关系人可能承受诉讼。

6、判决效力。对于婚姻无效、撤销婚姻、确认婚姻成立不成立以及离婚之诉，其判决效力及于第三人。收养无效、撤销收养、确认收养成立不成立之诉的判决，其效力及于第三人。

7、调解程序。在通常诉讼中，调解不是必经程序，但在离婚诉讼中，调解是必经程序。我国《婚姻法》第犯条规定：

“男女一方要求离婚的,可由有关部门进行调解或直接向人民法院提出离婚诉讼。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。”所以在我国,调解是诉讼中的必经程序,不是诉讼的前置程序。

对于无效婚姻不能调解。根据最高人民法院关于适用《婚姻法》的解释(一)第 8 条规定:“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。”宣告婚姻无效是一种国家意志的体现,不能让双方调解,只要符合规定的婚姻无效的条件,就要被判决宣告无效。而且一经判决,即发生法律效力,当事人不得上诉。

8、不适用再审。我国《民事诉讼法》第 181 条已对此作了规定:“当事人对已发生法律效力的解除婚姻关系的判决,不得申请再审。”这也是我国的一个特有规定。根据我国再审制度的特点,对人事诉讼的再审问题作出规定,是完全必要的,这一规定应当保留。

9、要求当事人或法定代理人到场。在离婚案件中,国外一般都规定当事人或法定代理人必须到场。我国民诉法和有关司法解释也明确规定:当事人本人出庭及提交书面意见。《民事诉讼法》第 62 条规定:“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。”适用民诉法解释 93 条:“离婚案件当事人确因特殊情况无法出庭参加调解的,除本人不能表达意志的以外,应当出具书面意见。”适用民诉法解释 157 条规定:“无民事行为能力人的离婚诉讼,当事人的法定代理人不到庭的,人民法院应当在查明事实的基础上,依法作出判决。”

是进步还是倒退？——评我国离婚标准中的例示主义立法模式

王礼仁

【内容提要】2001 年修正后的新婚姻法修改了 1980 年婚姻法关于判决离婚标准的概括主义立法模式，确立了抽象概括与具体列举相结合的例示主义的判决离婚标准新模式。对此，有学者认为，这是“我国离婚标准立法的一大发展和进步”，甚至还有的认为，例示主义是判决离婚法定标准立法例的“最好归宿”。笔者认为，新婚姻法关于判决离婚标准的例示主义立法模式，无论是从理论上评判，还是在实践中检验，并非是进步，而是倒退，更不是“最好归宿”。应当屏弃例示主义立法模式，回归 1980 年概括主义立法模式。

【关键词】列举主义、概括主义、例示主义、有责主义、无责主义、破裂主义、绝对离婚理由主义、相对离婚理由主义

【 目 次 】

一、由概括主义到例示主义—— 离婚标准立法模式的新变化
二、例示主义的实践效果及其缺陷分析
（一）、例示对判决离婚的指导意义不大。
（二）、例示情形不能成为夫妻感情破裂的必然例证， 例示与具体个案、概括离婚标准与具体例示相互矛盾。
（三）、例示作为绝对离婚理由，在司法实践中难以贯彻。
（四）、例示容易诱发要求离婚的当事人，为了达到离婚目的而实施例示情形。
（五）、以例示限制法官的自由裁判权，违反婚姻特性，其目的难以达到。
三、我国例示主义立法缺陷产生的原因及其解决途径
（一）、例示主义立法缺陷原因分析
1、我国例示主义立法技术自身存在的问题
2、例示主义立法固有的缺陷
（二）、克服我国例示主义立法弊端的途径

【正文内容】

一、 由概括主义到例示主义—— 离婚标准立法模式的新变化

我国婚姻立法经历三次重大立法活动，即 1950 年颁布第一部婚姻法；1980 年修改制定了第二部婚姻法，废除 1950 年婚姻法； 2001 年对 1980 年婚姻法进行了重大修正。 在三次立法过程中，离婚标准的立法模式也经历了一个由概括主义到例示主义的发展变化过程。1950 年婚姻法第十七条规定：“男女双方自愿离婚的，准予离婚。男女一方坚决要求离婚的，经区人民政府和司法机关调解无效时，亦准予离婚”。1953 年 3 月 19 日中央人民政府法制委员会在《有关婚姻问题的若干解答》中对这一条作出的解答是：“人民法院对于一方坚决要求离婚，如经调解无效而又确实不能

继续维持夫妻关系的，应准予离婚。如经调解虽然无效，但事实证明他们双方并非到确实不能继续同居的程度，也可以不批准离婚”。这一解答已经表明了“夫妻关系能否继续维持”是准予或不准离婚的条件。1963年最高人民法院《关于贯彻执行民事政策几个的题的意见》中，提出了离与不离的基本原则界限：“对于那些感情还没有完全破裂，经过教育有重新和好可能的，不要判决离婚；对那些夫妻盛情（感情）已完全破裂，确实不可能和好的，法院应积极做好坚持不离一方的思想工作，判决离婚”。1979年，最高人民法院《关于贯彻执行民事政策法律的意见》中指出“人民法院审理离婚案件准离不准离的基本界限，要以夫妻关系事实上是否确已破裂，能否恢复和好为原则”。上述规定说明，虽然1950婚姻法把“调解无效”，作为“准予离婚”的条件，但自1950年第一部婚姻法以来的30年间，我国实际上先后是以“不能继续维持夫妻关系”和“夫妻感情破裂”这一抽象标准，作为准予或不准离婚的法定标准。1980年的婚姻法吸收了1950年以来的婚姻立法和司法经验，直接把感情确已破裂作为准予离婚的法定条件。1980年婚姻法第二十五条规定：“男女一方要求离婚的，可由有关部门进行调解或直接向人民法院提出离婚诉讼”（第一款）。“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”（第二款）。2001年修正后的新婚姻法第三十二条共分列四款。第一款规定：“男女一方要求离婚的，可由有关部门进行调解或直接向人民法院提出离婚诉讼 ”。第二款规定：“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 ”。第三款规定：“有下列情形之一，调解无效的，应准予离婚：（1）重婚或有配偶者与他人同居的；（2）实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员的；（3）有赌博、吸毒等恶习屡教不改的；（4）因感情不和分居满二年的；（5）其他导致夫妻感情破裂的情形”。第四款规定：“一方被宣告失踪，另一方提出离婚诉讼的，应准予离婚”。在这四款中，后三款共同构成我国 判决离婚标准的完整体系，也是人民法院处理各种离婚纠纷的依据。

新婚姻法的上述四款，第一、二款是1980年婚姻法第25条的内容，第三、四款是新增加的内容。正是因为增加了第三、四款的例示性规定，使新婚姻法改变了自1950年以来，特别是1980年婚姻法判决离婚标准的概括主义立法模式，确立了抽象概括与具体列举相结合的例示主义的立法模式。

在民法理论上，根据法律规范的表达形式，将判决离婚标准的立法模式分为：列举主义、概括主义与例示主义。所谓列举主义是指法律将离婚的法定理由具体明确地加以规定，法律未加规定的原因不能作为离婚的法定理由。这种立法方式一方面限制了个人的离婚自由，另一方面，从司法中排除了法官自由裁量的余地。台湾在1985年6月3日修改前的亲属法1052条即是，该条详尽列举了10种离婚事由。 所谓概括主义，就是法律不具体列举离婚的理由，只作抽象概括性规定，作为准予离婚的法定依据。这些抽象概括性规定，一般是以婚姻破裂无可挽回或夫妻关系无法继续维持等为离婚的法定理由。我国80年婚姻法关于离婚标准的规定属于概括主义，离婚的法定标准就是“夫妻感情确已破裂”。所谓例示主义，就是抽象概括与具体例示相结合，既有抽象概括的离婚条件，又有具体明确的典型例示。例示主义又有两种立法模式，一是先列举一些法定离婚事由后，又以一个抽象的、伸缩性的条款加以概括，以弥补列举事由的不足。日本和我国台湾等国家和地区属于先例示后概括。二是先明确规定了一个抽象概括的离婚条件，然后又将常见的典型的具体离婚事由加以例示，以补充说明抽象概括的离婚理由。我国新婚姻法第三十二条就是这种立法模式。新婚姻法第三十二条第二款属于概括离婚条件，第三款属于第二款的例示说明或典型表现。第四款则属于特殊例示 。婚姻法第三十二条第二、三、四款共同构成了例示主义立法模式。

对新婚姻法采取例示主义立法模式，我国理论界给予了高度评价，如有的认为，新婚姻法的列举规定成了概括规定的例示说明或典型表现，而概括规定又是对列举性规定的补充和扩展。两者共生共存，相得益彰，使法律范式细密而不呆板，宽泛而有法度，原则性与实用性有机统一，显示出法律规范的科学合理的技术性和可操作性。这是我国离婚标准立法的一大发展和进步。 有的甚至认为，将抽象概括主义和具体列举主义结合运用的例示主义立法，无论是从法律规范本身，还是从现实生活来看，亦无论是对审判人员审理离婚案件，还是对婚姻当事人提起离婚诉讼而言，例示主义都是判决离婚法定标准立法例的最好归宿。

一般认为，概括主义立法模式的优点在于，它有效地克服了具体列举性规定的弊端，兼顾到现实中复杂多样的离婚原因和千姿百态的婚姻状况，其灵活性、抽象性和外延的不确定性等功能特点使之在最大范围和程度上对导致离婚的一切具体原因囊括无遗，疏而不漏。它的缺点主要在于：1、对离婚理由规定得过于抽象、笼统和一般化，法律标准成为一种模糊、伸缩的弹性原则，使法律所应有的安全、确定、可操作性等诸价值难于体现。2、由于具体标准不明确，规范的导向性差，必然会遭致很多人动辄诉请离婚，基于不同的理解反复争执、辩驳，无理缠讼，发生同一婚姻事实状况而有多种不同的结论。3、法律上的弹性规定给予了法院或审判人员进行扩大或限缩解释的极大的心证自由的机会与条件，即具体案件的离婚界限只能由审判员根据对法律和案件事实的个人理解去界定，而由于个人素质、价值倾向不同而发生理解上的差异，则可能导致对同类案件处理偏宽偏严游移不定的失范问题，引起该离的未能离、不该离的却离了等操作上的冲突，损害法律的一致性及应有的尊严与权威，降低法律的运行效果和人们对法律的信赖。而例示主义，一方面从复杂各异的离婚现象中进行一般抽象，概括出能适用一切离婚原因的普遍性标准，使之适用于一切离

婚案件。这种普遍标准，一般是婚姻破裂或夫妻感情破裂等。另一方面，对于能够证明夫妻感情确已破裂的常见性、多发性的某些实例情形，予以列举，作为直接认定夫妻感情或婚姻关系破裂的例证，使部分离婚可以对号入座，直接成为判决离婚的根据，以免法官产生分歧。

二、例示主义的实践效果及其缺陷分析

从理论讲，例示主义立法为法官判案提供了一些明确具体的离婚事由，可供法官断案直接援用。一般来说，应该是深受法官欢迎或喜爱的。然而，对于我国新婚姻法的例示主义立法，法官却无法说：“我爱它”。这绝非是因为例示主义限制了法官的自由裁量权。而是从司法实践的效果来看，例示的立法功能难以发挥。相反，抽象概括的离婚标准与具体的例示事由在具体案件中自相矛盾，使法官无所适从。为此，有必要重新检讨：到底是概括主义好，还是例示主义好？例示主义到底是进步还是倒退？例示主义立法能否成为判决离婚标准的“最好归宿”？

理论上之所以认为，从概括主义到例示主义是一大进步，而且是“最好归宿”，主要原因就是例示主义与概括主义相比，例示主义有例示。也可以说，例示主义的优势就在于它的例示。那么，我们就来分析一下，这种例示，到底是画龙点睛，还是弄巧成拙。

从司法实践来看，例示主义实践效果较差，对司法的指导功能不大；限制法官的自由心证或自由裁量权的目的也无法达到；相反，却存在抽象的离婚标准与具体例示自相矛盾等诸多缺陷。

（一）、例示对离婚判决的指导意义不大

新婚姻法规定的例示情形在判决离婚中所占比例较小。在全部离婚案件中，新婚姻法规定的例示情形，所占比例一般在10%左右，80%——90%以上的是例示以外的情形。据人民法院报介绍：“某中级人民法院２００２年度的９４６件离婚案件中，仅有几例以分居两年或赌博恶习等判决离婚，绝大多数以‘其他导致夫妻感情破裂的情形’判决离婚。也就是说，在审判实践中，婚姻法明文规定的夫妻感情破裂的几种情形，并没有成为离婚案件中判决离婚的主要情形，却成为特殊的个例。” 从我院对今年的186件离婚案件统计分析来看，属于法定离婚事由的重婚、遗弃没有；与他人同居2件；实施家庭暴力9件；虐待1件；有赌博恶习1件；因感情不和分居两年4件。法定离婚情形共17件，占离婚案件的比例为9.13%，不是法定离婚情形的案件在90%以上。 由此可见，至少80%或90%以上的案件，是由法官自由裁量判决的，例示主义的规范指导功能不大。

（二）、例示情形并不是夫妻感情破裂的必然例证，例示与具体个案、概括离婚标准与例示相互矛盾。

从现实生活来看，并不是所有婚姻出现了例示情形，都因此而造成所有（考虑删掉?）夫妻感情破裂，例示情形并不是夫妻感情破裂的必然例证。以例示中的与婚外异性“同居”为例，有的与婚外异性“同居”，可能造成夫妻感情破裂，有的则不一定造成夫妻感情破裂。有这样一个与婚外异性“同居”的离婚案例：甲男在外经商时与婚外异性乙女公开同居，同居三个月后，乙女要求甲男离婚，与自己结婚。甲男内心并不愿意与自己妻子离婚后与乙女结婚，但又不好推辞，先是敷衍应付，后来在乙女反复催促下，甲男不得不提起离婚诉讼。甲男之妻认为夫妻感情没有破裂，不同意离婚。甲男亦向妻子流露自己并非坚决要离婚，如果法院判决不准离婚，他完全可以接受。但他又表示绝不会撤诉或与妻子达成和好协议，这样不好对乙女交代。象这样的案件，论夫妻感情并非完全破裂，但严格按照法律规定，又符合与婚外异性“同居”的例示事由，调解无效时，就应当判决离婚。又如，家庭暴力，事实上也可以分为严重家庭暴力、一般家庭暴力和轻度家庭暴力。所以，尽管都属于家庭暴力，其暴力程度却各有不同，即有轻有重。有些家庭暴力案件引发的离婚，原告起诉的目的并非一定要离婚，而是要教育被告。还有些家庭暴力引起的离婚，是夫妻一方有过错（如与他人通奸等），另一方一时有气或处于教育的目的，对过错方实施了暴力，其暴力具有偶发性和节制性。但这种暴力，又超出了“夫妻日常生活中偶尔的争吵引起打闹”范畴。在夫妻一方受暴力之后，一气之下提出离婚，象这种情况，论夫妻感情并没有完全破裂；论离婚条件，它完全符合“实施家庭暴力”的例示规定。对这种情况，如果调解无效，也应当按照例示规定判决离婚。但事实上，这种暴力，并没有达到双方不堪同居的程度，并没有造成夫妻完全破裂。按照概括的离婚标准（夫妻感情确已破裂），就不应当判决离婚；而按照具体的例示规定，则应当判决离婚。这就产生了例示与具体个案、抽象的离婚标准与具体例示情形之间的矛盾。

有学者试图弥补现行立法的这种不足，认为：对于新婚姻法第三十二条第三款的例示情形，“并不是说只要具备其中的一项，法院就当然判判决离婚，只能说所列的项目只是离婚的一个条件，不能认为是法定理由，离婚判决前仍要进行调解，判决离婚的标准依然是看感情是否破裂”。 我们认为，这种理解是错误的。首先，我国婚姻法第三十二条第三款规定的例示情形，属于绝对离婚理由，而不是相对离婚理由。因而，只要具备所例示情形，就应当判决离婚，没有其他考虑余地。第二，如果出现例示的情形，在调解无效的情况下，法官仍然要重新评判这种情形是否造成夫妻感情破裂，那么，例示规定显然没有任何作用。这实际上否认(了)例示主义的立法功能。因为例示就是作为直接认定夫妻感情或婚姻关系破裂的例证，如果还要重新评价，例示又有什么意义？那就不如直接采取概括主义的立法。

（三）、例示作为绝对离婚理由，在司法实践中难以贯彻。

例示情形不仅不能表明所有的夫妻感情均已破裂，而且例示作为绝对离婚理由，没有设立相对条款或困难条款，对夫妻感情确已破裂的少数特殊案件，在司法实践中难于贯彻，给法官处理具体案件带来了难题。我国所采取的是绝对离婚理由主义，不是相对离婚理由主义。所谓绝对离婚理由主义，又叫绝对离婚原因，即只要当事人举证证明婚姻关系的现状符合法定离婚条件或情形，法官不再拥有裁量权，必须作出离婚的判决。所谓相对离婚理由主义，又叫相对离婚原因，指当事人的婚姻状态虽然被确认具备法定离婚条件或情形，但是否准予离婚，还须与婚姻相关的其他情况综合考虑，并不当然地可以或必须判决离婚，法官依然还有裁量权（或为相对主义）。在一定情形下，法官可以判决不离婚。采取相对离婚理由主义的国家有日本、法国、英国、德国等。如《日本民法典》第 770 条规定：“（一）夫妻一方，以下（列）各项情形为限，可以提起离婚诉讼：（1）配偶有不贞行为时；（2）被配偶恶意遗弃时；（3）配偶生死不明达三年以上时；（4）配偶患强度精神病且无康复的希望时；（5）有其他难以继续婚姻的重大事由时。（二）虽有前款第（1）至第（4）项事由，而法院考虑有关情事，认为继续婚姻为相当时，可以驳回离婚请求”。 采取相对离婚理由主义的国家主要是为保护子女或者离婚会使其陷入严重困难的一方，也可以说是为保障社会公共利益。如《英国家庭法》10 条：“（1）婚姻一方当事人提出离婚令申请，法院可根据另一方的申请，指令该婚姻不得解除。（2）此种指令（阻止离婚令）仅在法院认为有下列情形时作出：（A）婚姻的解除将给另一方当事人或子女造成巨大的物质上或其他方面的损害；且（B）在此种情况下（包括当事人的行为和子女的利益），解除婚姻可能是错误的”。 相对离婚理由也有两种立法模式，一是笼统的规定，虽有法定离婚条件或事由，但法院考虑有关情事，认为继续婚姻为必要时，可判决不准离婚。这种立法更灵活，它既可以包括法院认为婚姻尚未破裂，也包括婚姻已经破裂，但解除婚姻后，将给另一方当事人或子女造成巨大的物质上或其他方面的损害时，法院亦可判决不准离婚。日本就属于这种立法。二是明确规定只有在解除婚姻后将给另一方当事人或子女造成巨大的物质上或其他方面的损害时，法院方可判决不准离婚。如英国、德国即是。后一种立法，在民法理论上，又称为困难条款或残酷条款。

我国婚姻法第三十二条第三款规定：“有下列情形之一，调解无效的，应准予离婚”。该规定显然是采取绝对离婚理由主义，即只要具有婚姻法第三十二条第三款所列情形之一的，就应当判决离婚。但在司法实践中，有些案件虽然符合例示的情形，但如果判决离婚，将会使不愿意离婚的另一方当事人或家庭陷于极其困难或危险的境地。这就使人民法院在处理具体案件时处于两难境地：要么就不顾婚姻的客观实际情况和社会利益，而将例示情形对号如坐，判决离婚；要么就从特定婚姻的实际情况和社会安定出发，判决不准离婚。然而，对于符合“应准予离婚”情形的，而判决不准离婚，实际上是“违法”判决。这种“违法”判决，在司法实践中，还大有案例存在。正如有的学者所指出的那样：在我国，虽然立法是绝对离婚理由主义，可司法中却常被修正为相对离婚理由主义。 这种修正，能够得到社会的普遍认可和接受，说明并不是执法上的问题，而是立法的缺陷。

（四）、例示容易诱发要求离婚的当事人，为了达到离婚目的而实施例示情形。

从判决离婚标准的内容划分，离婚标准可以分为有责主义、无责主义、破绽主义。有责主义（或过错主义、过错原则），是指因为夫妻一方或双方犯有法定过错而许其离婚。即以可以归责于配偶一方的妨碍婚姻存在的原因作为离婚的法定条件。在配偶一方提出并证明对方有足以妨碍婚姻的过错时，才准予离婚。无过错方具有离婚的请求权；有过错方则不能以自己的过错行为而主张离婚 。无责主义（或干扰原则），即以不可归责于配偶一方但却是客观存在的妨碍婚姻关系的继续存在的事实作为法定的离婚条件。妨碍婚姻关系存在的事实包括：重大不治的疾病、精神病、性无能、失踪等。破绽主义（或破裂原则），即不问离婚的具体事由如何，只要当事人诉请夫妻难以共同生活，法院确认婚姻关系确已破裂到不能挽救的程度，即准予离婚。对于破绽主义，以有责或有过错配偶能否请求离婚为标准划分，又可分为积极破绽主义与消极破绽主义。积极破绽主义不限制过错方请求离婚。消极破绽主义则限制有过错方以自己的过错行为而主张离婚 。由于我国实施的是积极的破绽主义，不因当事人有过错而限制其起诉或者判决不准离婚，只要夫妻感情破裂，过错方与无过错方具有同等的离婚请求权和胜诉权。对此，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）》第二十二条规定：“人民法院审理离婚案件，符合第三十二条第二款规定‘应准予离婚’情形的，不应当因当事人有过错而判决不准离婚”。

我国的破绽主义原则，与婚姻法第三十二条第三款相结合，就容易诱发要求离婚的当事人，为了达到离婚目的而实施例示情形。

婚姻法第三十二条第三款第（一）项“重婚或有配偶者与他人同居”、第（二）项“实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员”、第（三）项“有赌博、吸毒等恶习屡教不改”，都是可以起诉离婚的原因。在外国民法或婚姻法中，对于上述因一方过错引起的离婚，明确规定“他方得请求离婚”，而我国婚姻法没有这样规定。按照我国婚姻法第三十二条第三款的规定，可以使人产生这样的理解：过错方和无过错方都可以起诉离婚，都属于感情破裂。这样，就容易鼓励人们从自己的违法中获得利益，即如果某人想要离婚，把自己的妻子或丈夫打一顿，或者与其他异性同居，然后到法院起诉，就可以获准离婚。在现实生活中，有的为了达到离婚的目的，有意钻法律空子，故意制造法定离婚的例

示情形或事实，如有的先与他人同居或实施家庭暴力，然后以此为由起诉离婚，有的甚至将与其同居的第三者请到法庭上作证，以达到离婚目的。如《人民法院报》“案件时讯”栏目2005年1月25日刊载的《为了离婚，请“第三者”作证》一文，就反映了某丈夫，在不能离婚的情况下，与他人同居，然后起诉离婚，并请与其同居的第三者到法庭上作证，以达到离婚的目的。

事实上，因一方过错引起的离婚，一般都是因为过错方的过错，伤害了另一方的感情，使另一方绝望，导致夫妻感情破裂。而对于过错方本人来讲，一般不会产生这种结果。 因而当过错方提出离婚，对方不同意离婚，可以宽恕过错方时，这样的婚姻并不一定都属于夫妻感情破裂（如前所述之同居案即是），如果责令过错方改正错误，有些婚姻是可以维持的。因而，将过错方提出离婚也作为夫妻感情破裂的情形，是不恰当的。

在这里，还要特别指出的是，我们并不是反对或禁止过错方起诉离婚，我们也主张过错方可以起诉离婚。但对于因过错方的过错引起的离婚，不区分过错方与无过错方，同时作为双方感情破裂的原因，是不准确的。我们认为因法定过错引起的离婚，无过错方起诉离婚的，可以作为夫妻感情破裂的法定离婚原因。过错方起诉离婚的，不能作为夫妻感情破裂的法定离婚原因。应当根据案件的具体情况确定，属于夫妻感情破裂，可以判决离婚，不属于夫妻感情破裂的，则不判决离婚。因而，在我国婚姻法中，也不宜使用“他方得请求离婚”的表述，这样有限制过错方起诉离婚之嫌疑。而应当使用“他方请求离婚的”表述，即从实体上把“他方请求离婚的”，作为夫妻感情破裂的法定情形，从而排除把过错者本人起诉离婚的，也作为夫妻感情破裂的法定情形。这样，既不限制过错方的离婚诉讼，又可以从实体上对过错方提出的离婚，实事求是地进行处理。我们认为，这样规定比较符合因一方过错引起离婚的实际情况，又可以避免副面效果的发生。

（五）、以例示限制法官的自由裁判权，违反婚姻特性，其目的难以达到。

如前所述，理论上之所以认为从概括主义到例示主义是一大进步，一个重要的理由之一，就是概括主义抽象的弹性规定给予了法官极大的自由裁量权，而例示主义可以通过例示来限制法官的自由裁量权。我们认为，以例示限制法官的自由裁判权，违反婚姻本质，不是明智之举。离婚不同于一般案件，同一种原因，对甲可能导致离婚，对乙则不一定导致离婚。某一法定事由是否导致夫妻感情破裂，只能由法官从具体个案中甄别，而不是靠一个统一事由本身所能解决的。英国百科全书说得好：“离婚纠纷不同于一笔交易，一项税收请求，一种犯罪责任，一项工资争议或者一个法律问题。法庭和仲裁者可以明确地提出他们的观点来，至于离婚只有当事人真正知道他们之间的差异，如果忽视这一点，对家庭法来说，就可能产生假的推理判断”。 这一精辟的论述，一语道破了：婚姻是否破裂，也只能在法官仔细了解婚姻当事人之后，才能真正知道。对于是否离婚，不能由假定的法定事由来决定。从现实生活来看，既是（即使）完全相同的事由，也会因每个人的性格、修养、文化、地位等个性差异而产生不同的结果。有些离婚原因，虽然适用于多数或绝大多数婚姻，但也（改为“并”？）不适用适用于所有婚姻。因而，事实上，很难有一个“放之四海而皆准”，适用于所有婚姻的具体离婚原因或事由。

由于人之个性差异，每个婚姻都具有不同于其他婚姻的独立特性。从现实生活来看，什么情形能够导致夫妻感情破裂，是没有一个统一的原因或事由的。如有的因为一方有疾病而离婚，有的却要与有疾病者结婚（包括被视为为不合法的健康人愿意与爱滋病患者结婚）；又如，性质相同的犯罪，有的被判刑一年则引起离婚；有的判刑十年，则不会造成离婚。有的妻子认为丈夫不抽烟，没有男子汉味；有的妻子则因为丈夫抽烟，要求离婚；有的因为妻子太节俭，丈夫诉离婚；有的则因为妻子太浪费，丈夫诉离婚；有的因为妻子不整容，丈夫要离婚；有的因为妻子整容，丈夫要离婚。甚至还有“丈夫打鼾妻子离婚”、“丈夫凡事都要请示父母，妻子难忍其无主见而离婚”；凡此种种，难以枚举。笔者分别从十个方面，对离婚原因进行一个简单的统计，离婚原因竟有上百种，仅两性（包括生育）方面引起的离婚就达20余种。事实上，还有很多离婚，很难有一个真正说得清的原因，甚至连双方当事人也说不清楚到底是什么原因，只是感觉双方和不来，过不好，要离婚。因而，严格讲，离婚是不能讲原因的，只要感情破裂，就可以离婚。所以，有关离婚立法上已逐渐由具体原因发展到抽象原因，道理就在于此。

婚姻是否破裂，只能从具体的个案中才能判断。限制法官的自由裁量权，实际上是一把双刃剑，它在限制法官自由裁量权的同时，也限制了法官应对复杂多样的社会现象的灵活处断能力。其结果是，在许多情况下，容易产生与客观现象不符的“假的推理判断”。同时，由于这种限制存在不合理性，例示的限制功能事实上也难以有效实现，反而破坏了立法的权威。这种立法效果是值得反思的。

从立法与司法的关系来看，立法者只能为司法者提供裁判案件的一般标准，而不应有过多限制法官手脚的具体规定。不妨作这样一个比喻：法官是凭借尺子给他人量体裁衣好，还是拿着样品衣服去为他人挑选合身的衣服好？回答显然是前者。如果我们在“量体裁衣”的标准之外，又规定某种身高的人或某种胖瘦的人，应穿某种型号的样品衣服。那么，当遇到了某种身高的人或某种胖瘦的人，不适合穿某中型号的样品衣服时，应该怎么办？是按照“量体裁衣”的标准为他重新裁量衣服呢？还是硬要他按照规定的型号去穿不合身的衣服呢？这只能令法官无所适从。所以，立法

者只能交给法官一把“量体裁衣”的尺子，不能交给法官几件样品衣服。

以上主要是从司法的角度来考察现行例示主义离婚标准在实践中存在的缺陷和不足。

另外，单纯从立法技术上看，我国的例示主义立法也存在一些缺陷。如一些采取例示主义立法的国家和地区，虽然也将一方主观过错作为离婚的原因，但对于那些虽非夫妻一方主观过错，而由于一定的客观原因致使不堪共同生活，婚姻目的无法达到的情形，列为允许离婚的事由，有的甚至作为例示的主要事由。我国新婚姻法所列举的确认感情确已破裂的情形，主要为一方的过错，包括重婚、有配偶者与他人同居、虐待、遗弃、实施家庭暴力、赌博、吸毒，而对于因客观原因无法共同生活，不能达到婚姻目的，导致婚姻破裂的情形涉及较少，其例示与我国破裂主义立法原则不相协调。因为例示主义虽然不可能将所有的情形全部列举，但列举本身具有导向性，显示了立法者所关注的主要价值倾向。因而，这种规定，容易产生歧义，使人误认为在我国还是实行过错主义离婚原则。

三、新婚姻法例示主义立法缺陷原因分析及其解决途径

（一）、例示主义立法缺陷原因分析

重新审视我国新婚姻法关于离婚标准的例示主义立法弊端产生的原因，主要有两个：一是我国在离婚标准上的例示主义立法技术自身存在的弊端；二是例示主义立法模式固有缺陷的弊端。

1、我国例示主义立法技术自身存在的问题，主要表现在：1、例示情形的选定不准确或不典型，如同居、暴力、虐待、遗弃等，没有任何限制，不区分过错方与受害方，不区分情节轻重，只要具有例示情形，调解无效，就应当判决离婚，这是不科学的。一些将暴力、虐待等情形作为离婚事由的国家和地区，一般设有一定的限制条件，如应达到“不堪同居”的程度等，我国台湾地区的立法即是如此。新婚姻法却没有这种限制规定。2、还有一些情形，如配偶一方患有不治之恶疾或患精神病久治不愈等，可以例示而没有例示。3、我国离婚标准的规范形式与内容和效力之间缺乏统一协调和整合。我国的离婚条件是一种全面开放、没有任何限制的立法。从法律规范的形式来看，我国采取的是例示主义，离婚的标准是夫妻感情破裂，例示属于夫妻感情破裂的例证；从法律规范的内容来看，我国采取的是积极破绽主义，过错方离婚不受限制；从法律规范的效力来看，我国采取的是绝对离婚理由主义，凡具有法律例示的四种情形（之一），调解无效（者），就应当判决离婚。这种毫无限制全面开放的立法，要么，例示情形必须绝对适用于现实生活中的每一个具体案件，否则，就应设立相应的救济条款予以弥补。我国设立的例示并非适用于每个案件，但又没有采取相对离婚理由或设立残酷条款，使例示的缺陷得不到救济。

2、例示主义立法固有的缺陷，主要表现在：抽象概括的离婚标准，与具体的例示事由不能完全等同，两者之间的矛盾不可调和。例示情形在某些具体婚姻中可以成为抽象离婚标准的例证，只是一种偶然现象 。由于人之个性差异，以及婚姻的个别性差异，决定了例示情形永远也不可在所有具体婚姻中都是抽象离婚标准的例证。也就是说，人们虽然可以从复杂的社会现象中抽象出一个适用于一切婚姻的概括离婚标准，但要抽象出能够适用于任何婚姻的具体离婚事由，是不可能的。这就决定了概括的离婚标准与具体的离婚事由是难以统一的。人们之所以认为，例示主义比概括主义进步，甚至是最好归宿，主要原因就是简单地认为，例示主义中的例示就是抽象离婚标准的例证，或者说，例示情形就是夫妻感情破裂的表现形式，从而把抽象的夫妻感情破裂与具体的例示相等同。殊不知，在千差万别的个体婚姻中，某一例示情形对具体婚姻的影响后果并非一样，例示情形在具体婚姻中不能得出夫妻感情破裂的唯一结论，或者说不能成为夫妻感情破裂的必然例证，例示不可能证明所有夫妻感情都已破裂。这就是例示主义的固有缺陷所在。

（二）、克服我国例示主义立法弊端的途径

克服我国例示主义立法的弊端，有两大途径：一是修正现行例示主义立法自身存在的缺陷。如完善例示事由；将绝对离婚理由修改为相对离婚理由或增加困难条款；限制过错方以自己的过错行为提出离婚等。二是废除例示主义立法模式，直接改为抽象的离婚标准，恢复1980 年的概括主义立法模式。

两者相比，以废除例示主义，直接采取概括主义立法更为可行。第一、完善例示事由，只能克服现行立法的部分缺陷，例示永远也不可能完全与抽象的离婚标准相一致，例示主义的固有缺陷不能从根本上克服；第二、采取相对例示主义，虽然增加了在司法适用中的灵活性，可以缓解绝对例示主义的一些缺陷。但相对例示主义立法，赋予法官以自由裁量权，又使例示失去了约束力，其例示应有的功能与作用已经丧失。因而，还不如直接采取抽象概括主义立法更好。第三、限制过错方离婚，既不能从根本上解决例示主义立法存在的缺陷，也与我国现行的破绽主义离婚原则相违背，是不可取的。

列举主义是限制离婚主义的产物，概括主义是自由离婚主义的产物。列举主义因其以列举事由为离婚条件，既限制了个人的离婚自由，也限制了法官自由裁量权。概括主义则不列举具体离婚事由，可给人们离婚以极大的自由。但却由于其过于抽象概括，具有弹性，使法官的自由裁量权较大。例示主义力图在列举与概括之间寻找一条中间路线，以弥补单纯列举和单纯概括立法的不足。因而，例示主义实际上是概括主义的修正。由于例示主义中的例示往往不能成为抽象定义的最好例证，例示的功能并不能得到发挥，反而造成了例示主义与概括主义之间的矛盾冲撞，概括主义

的原有优势也因此遭受破坏，其结果是弄巧成拙。因而，例示主义并不是进步，而是倒退；例示主义不可能成为离婚标准立法的“最好归宿”。

从世界立法趋势看，由于概括主义离婚标准的灵活性和广泛适用性，既符合离婚案件的特点，又顺应了自由离婚主义的时代需要。因而，自 20 世纪以来，以概括抽象形式规定离婚标准已为各国广泛所采用，并已成为当今世界离婚立法的发展趋势。如原苏联时期的《苏俄婚姻与家庭去典》第三十三条规定：“如果法院确认夫妻双方已无法继续共同生活和维持家庭，应准予离婚。”《罗马尼亚人民共和国家庭法典》第三十八条：“如提出解除婚姻的一方具有充足的理由，证明婚姻不可能继续下去，法院可根据任何一方的请求，判决离婚”。《南斯拉夫塞尔维亚社会主义共和国婚姻法》第五十九条：“如果由于性格不合，长期不能谅解，不可消除的敌对或其他原因，夫妻婚姻关系遭到破坏，以致共同生活成为不可容忍，夫妻每一方均可要求离婚”。 1970 年前，美国大多数州都规定一些具体的离婚理由，如：被人强奸或与人通奸；连续虐待；恶意遗弃；未尽抚养的义务；有难以医治的恶疾；等等。但从 1970 年起，美国许多州将婚姻关系在事实上的破裂，规定为离婚的唯一理由。美国的州法律全国统一委员会制定的《统一结婚离婚法》第三百 0 二条规定：“法庭确认婚姻已无可挽回地破裂，应当判决离婚”。《俄罗斯联邦家庭法典》（1995 年）第二十二条 规定“如果法院确认，夫妻双方已不可能继续共同生活和维持家庭，离婚依照审判程序进行”。 《澳大利亚家庭法》（1994 年）第四十八条规定：“根据本法请求判决解除婚姻，其依据必须是婚姻已经破裂，无法挽回”。 《越南婚姻家庭法》（1986 年）第四十条规定：“在夫妻一方申请离婚的情形，若调解不成，则人民法院应当进行审理；若审理发现婚姻状况恶劣，双方无法继续共同生活，婚姻目的无法实现，则人民法院应当判决离婚”。

我国地域辽阔，人口众多，文化多元，采取概括主义立法，更符合我国实际情况。从我国婚姻立法的历史来看，在建国后的 50 余年间，一直是采用概括主义离婚立法模式。从司法实践对概括主义离婚标准适用来看，自建国初期到文化大革命期间，或者说 1980 年婚姻法颁布之前，对离婚标准掌握普遍较严。但这并非因为概括主义立法本身所致，而是当时在“左”的思想等诸种文化背景的影响下所造成的。自 1980 年婚姻法明确将“夫妻感情确已破裂”作为判决离婚的抽象离婚标准以后，在过去 20 多年的司法实践中，从整体上来看，执行是好的，处理婚姻案件的质量也是高的，法官是有能力把握的。而且已从审判实践中总结了一套行之有效的经验，并上升为最高人民法院《关于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》（以下简称“司法解释”）。新婚姻法离婚标准中的例示，实际上是把司法解释的部分内容纳入法律，对于法官和老百姓来说并没有什么新意。反而，由于司法解释的相对弹性以及司法解释在一些内容规定上的科学性，司法解释与修改后的新婚姻法相比，司法解释更符合实际情况，更便于司法操作。如司法解释规定，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的情形之一是：“一方与他人通奸、非法同居，经教育仍无悔改表现，无过错一方起诉离婚，或者过错方起诉离婚，对方不同意离婚，经批评教育、处分，或在人民法院判决不准离婚后，过错方又起诉离婚，确无和好可能的”（解释第 8 条）。上述解释中的与婚外异性“同居”被纳入新婚姻法的例示，但司法解释与新婚姻法相比，司法解释除了使用“非法同居”中的“非法”一语欠妥外，其他许多规定都比新婚姻法科学。如司法解释对与婚外异性同居引起的离婚，区分无过错方与过错方两种不同情况分别处理，而且不论是无过错方还是过错方提出离婚，并不是一提出，就判决离婚，都有一些限制性规定。无过错一方起诉离婚，是在对婚外同居者，“经教育仍无悔改表现的”情况下，才能认定夫妻感情破裂；对过错方起诉离婚，是在“判决不准离婚后，过错方又起诉离婚，确无和好可能”等情况下，才能认定夫妻感情破裂。这些规定非常符合认定与他人同居引起夫妻感情破裂的实际情况，也坚持了夫妻感情破裂的离婚标准，又维护一般道德观念，为社会广泛接受和欢迎。新婚姻法对因同居引起的离婚毫无限制，是不科学的。

同时，如前所述，因新婚姻法例示情形引起的离婚只有 10%左右，80%——90%以上的离婚案件，都在例示之外。也就是说，80%——90%以上的离婚案件，仍然是由法官根据抽象的离婚标准处理的。这也表明，法官完全适应抽象主义立法模式，有能力运用抽象的离婚标准解决具体离婚案件。而且，夫妻感情是否破裂，也只有法官在具体案件中，才能真正把握。

总之，由于我国立法技术的缺陷以及例示主义的固有缺陷，例示主义所希望的立法功能或效果，在司法实践不能发挥，反而暴露出了诸多弊端。这些弊端又不可能通过修改例示主义立法本身得到彻底解决。同时，从立法经济学的角度考量，也没有必要为 10%左右的案件在立法上兴师动众，费心劳神，作一些修修补补而又难以完备的特殊规定。最好的途径，就是屏弃例示主义立法模式，回归 1980 年概括主义立法模式。这既符合世界立法发展潮流，也符合我国的实际情况。

《婚姻法》司法解释(四)建议稿

王礼仁

【摘要】我国只有婚姻家庭“实体法”， 没有婚姻家庭“程序法”，在一定意义上说，这只是完成了婚姻家庭立法

的“一半”。 而有关婚姻家庭“实体法”的立法体例和内容设计，也需要 “动大手术”。《〈婚姻法〉解释（四）建议稿》将实践中常见的部分问题以条文形式提出来，其目的在于以最简洁的形式集中反映较多问题，以便立法者和学者了解有关司法需求与立法不足，也便于实务者参考与甄别。“建议稿”不可能涉及更多的立法内容，其真正意义也不在于建议价值本身，而在于能否唤起立法者和学者更加广泛地关注婚姻法，使婚姻立法和研究进入一个新时代。倘若“建议稿” 对立法和司法有微薄影响，特别是在修改民诉法时，对家事诉讼有所兼顾，乃是大幸！

【关键词】婚姻法；司法解释四；建议稿

目录

序言
第一条［婚姻行政案件与民事案件的界定］
第二条［婚姻登记程序瑕疵纠纷的诉讼］
第三条［婚姻登记程序瑕疵婚姻效力认定］
第四条［婚姻案件的合并审理］
第五条［婚姻无效案件审理程序的适用］
第六条［婚姻无效案件的再审］
第七条［离婚案件涉及婚姻效力确认的再审］
第八条［协议登记离婚无效的救济］
第九条［协议登记离婚无效的类推 ］
第十条［协议登记离婚无效的认定］
第十一条［判决离婚案件再审的范围］
第十二条［重婚的信赖保护］
第十三条［审理身份关系案件的基本诉讼原则］
第十四条［家庭暴力等婚姻诉讼特殊管辖］
第十五条［夫妻分居之诉］
第十六条［同性同居 变性婚姻效力及其财产处理］
第十七条［事实婚姻的离婚标准］
第十八条［法定离婚情形的适用］
第十九条［离婚请求权的消灭］
第二十条［离婚案件调解和审限的特别规定］
第二十一条［婚姻家庭纠纷案由的增加］
第二十二条［日常家事代理］
第二十三条［夫妻共同债务与夫妻个人债务的界定］
第二十四条［夫妻一方举债性质和举证责任］
第二十五条［债权人主张夫妻债务的范围和举证责任］
第二十六条［夫妻侵权连带责任］
第二十七条［夫妻债务约定和财产分割对债权人的效力］
第二十八条［非常夫妻财产制的宣告］
第二十九条［追索受骗抚养非亲生子女抚育费］
第三十条［夫妻忠贞协议的效力］
第三十一条［产权登记在第三人名下的权属认定］
第三十二条［产权登记在子女名下是否属于赠与］
第三十三条［婚后一方以个人财产购买房屋产权的认定］
第三十四条［恋爱或非婚同居期间以一方名义买房的认定］
第三十五条［离婚时单方主张房屋竞价的处理］
第三十六条［离婚时尚未取得产权房屋的处理］
第三十七条［夫妻一方放弃继承的效力］
第三十八条［“家事工伤”补偿的适用］

【序言】我国只有婚姻家庭“实体法”，没有婚姻家庭“程序法”，无论是从立法体系上考察，还是从司法效果上考察，都有明显缺陷。在一定意义上说，这只是完成了婚姻家庭立法的“一半”。这样的立法在司法实践中不好用、不管用。比如，没有婚姻家庭“程序法”的规范，婚姻无效之诉、婚姻成立与不成立之诉、婚姻案件的合并审理与反诉等基本诉讼程序，都无章可循，司法混乱不堪。至于身份关系的职权主义审理原则，更是没有得到有效贯彻，实践中完全适用财产诉讼规则处理婚姻等身份案件。而有关婚姻家庭“实体法”，也需要 “动大手术”。不仅其立法体例和相关内容需要重新设计和安排，与司法密切相关的诸如婚姻法与民法总则的关系、离婚无效的认定、重婚的信赖保护等，都亟待规范。

“建议稿”只选择了司法实践中一些“燃眉之急”的问题，作为司法解释建议提出来，主要在于解决司法问题，并非对立法全面建议。“建议稿”的基本内容与现行法律及其原理不相冲突。与现行法律和司法解释存在“硬伤”的只有两处。一是第十四条与现行法律有冲突。但在司法解释中对婚姻案件的特殊管辖作出解释者，则早有先例。二是第五条与现行司法解释有冲突。其他内容（包括第一条、第二条），在现行法律和司法解释中都有解释空间，不存在法律上的“硬伤”。对于“建议稿”中有“硬伤”的内容，不能作为司法参考，只能作为理论研究参考。

“建议稿”将实践中常见的部分问题以条文形式提出来，以最简洁的形式集中反映较多问题，并在条文后附加“解释说明”，简述建议理由，主要是为了便于立法者和学者更多地了解有关司法需求与立法不足的相关信息，也便于实务者参考与甄别。“建议稿”的真正意义并不在于建议价值本身，而在于能否唤起立法者和学者更加广泛地关注婚姻法，使婚姻立法和研究进入一个新时代。倘若“建议稿” 对立法和司法有微薄影响，特别是在修改民诉法时，对家事诉讼有所兼顾，乃是大幸！

第一条 [婚姻行政案件与民事案件的界定]

婚姻行政案件是指不涉及婚姻关系效力判断的单纯的婚姻登记行政违法侵权案件。包括：1、婚姻登记机关撤销婚姻登记的案件；2、婚姻登记机关无正当理由拒绝婚姻登记的案件； 3、婚姻登记机关未尽法定职责错误登记给当事人造成损害的赔偿案件；4、在婚姻登记中乱收费等其他违法侵权案件。

凡是涉及婚姻有效与无效、成立与不成立等婚姻效力判断的案件，都是民事案件，应当通过民事诉讼解决。

【解释说明】本条是关于婚姻行政案件与民事案件界限的划分。把婚姻行政案件界定在单纯的婚姻登记行政违法侵权范围内，符合婚姻行政诉讼的性质和特点。根据《婚姻法》关于无效婚姻的列举式立法模式和《婚姻登记条例》等规定，登记机关或行政诉讼均无权撤销瑕疵婚姻。更为重要的是，登记机关或行政诉讼都没有审查和判断婚姻效力的职权和功能，无法有效地解决瑕疵婚姻。

凡涉及婚姻效力判断的案件，实际上是对民事婚姻关系的判断和确认，属于民事案件审查范围，行政复议或行政诉讼均难以解决，即都存在法律障碍和功能性障碍。

行政诉讼解决瑕疵婚姻具有偶然性、局限性、有限性、不彻底性、不合法性。尽管有些瑕疵婚姻通过行政诉讼撤销了，但这并不意味行政诉讼可以解决瑕疵婚姻。且不说行政诉讼受理和撤销是否符合法律。假设某一婚姻确实该撤销，那也属于“歪打正着”。因为所谓行政诉讼可以解决瑕疵婚姻，仅仅具有偶然性，即只有在某些特定条件才有可能。这些特殊条件至少有：

1、婚姻登记机关必须存在过错或违法；2、没有超过行政复议或诉讼期限；3、婚姻登记违法行为足以否认婚姻效力；4、不存在与之相关的其他婚姻形态需要同时确认；5、不存在民政机关拒不举证、拒不到庭等情形。

然而，同时具备上述条件的案件并不多。据我统计分析，有 90%以上的案件，行政登记机关尽到了法定注意义务，并不存在过错或违法；有 95%以上的案件超过复议或诉讼期限；有 80%以上的婚姻瑕疵不影响婚姻效力；需要判断再婚是否善意、民政机关不举证等情形也时有发生或存在。那么，在上述登记机关无过错、超过诉讼期限等诸多情形下，行政诉讼都无法解决或无法通过行政程序解决。比如，婚姻登记机关不存在过错或违法时，将这样的案件作为行政案件，登记机关则成为“无责被告”。这样的行政审判则偏离了行政诉讼的宗旨，丧失了行政审判监督行政机关的意义。因而，行政诉讼可以解决瑕疵婚姻的范围极其有限。

婚姻登记是民事登记，婚姻登记瑕疵纠纷所争议的焦点并不是登记行为是否违法，而是违法瑕疵是否影响婚姻的效力，能否产生婚姻的法律效果，所涉及的实质问题是婚姻效力。婚姻效力属于民事审查范围，民事诉讼解决婚姻效力纠纷具有科学性和优越性。其理由详见王礼仁《解决婚姻行政诉讼与民事诉讼“打架”之路径》（国家法官学院《法律适用》2011 年 2 期）、《婚姻登记效力纠纷行政诉讼十大缺陷》、《行政复议法不适用涉及确认婚姻关系效力的婚姻登记瑕疵纠纷》、《〈婚姻法〉解释（三）》制造的第一个错案》、《对最高法、北京、浙江高院关于瑕疵婚姻诉讼程序规定之批判》、《反婚姻诉讼分裂法》等文。

第二条 [婚姻登记程序瑕疵纠纷的诉讼]

人民法院在审理婚姻法规定的无效婚姻和可撤销婚姻案件时，对于不属无效婚姻或可撤销婚姻法定范围的情形，

不得按无效婚姻和可撤销婚姻处理。

对于不属法定无效婚姻或撤销婚姻情形的婚姻登记程序瑕疵纠纷，应当告知当事人可以在民事诉讼中根据婚姻法第八条规定，提起确认婚姻成立或不成立之诉解决。

对于当事人主张婚姻成立或不成立证据不足，经责令其补充或者依职权调查后，仍无法获得确凿证据，或者其主张事实不影响婚姻成立的，应当判决驳回其诉讼请求，依法确认婚姻成立或不成立。

对于确认婚姻成立或不成立之诉适用普通程序审理，当事人对判决不服的，可以上诉。

【解释说明】本条主要解决“瑕疵婚姻”应当通过什么途径、以什么方式提起诉讼。“瑕疵婚姻”的基本性质属于民事性质，而且主要涉及婚姻法第八条有关婚姻成立或不成立问题，应当通过民事程序提起确认婚姻成立或不成立之诉解决。适用婚姻成立与不成立之诉解决“瑕疵婚姻”的理论根据，详见王礼仁著《婚姻诉讼前沿理论与审判实务》（第 13 章 婚姻成立与不成立的认定）、《应当适用婚姻成立与不成立之诉解决婚姻登记瑕疵纠纷》（《人民司法》2009 年 13 期）、《婚姻登记瑕疵纠纷诉讼路径之选择——以诉讼时效法律规范的性质为主线》（《政治与法律》2011 年第 04 期）、《借用他人身份登记结婚的诉讼路径与效力判断》（《人民法院报》2010 年 11 月 11 日）、《对最高法、北京、浙江高院关于瑕疵婚姻诉讼程序规定之批判》等。

第三条 [婚姻登记程序瑕疵婚姻效力认定]

婚姻登记程序已经完成，除具有法定无效情形外，登记程序虽然存在瑕疵，但其不违反婚姻成立要件和婚姻本质的，不影响婚姻效力。

婚姻登记程序未完成，或者登记程序不符合婚姻成立要件和婚姻本质的，应当认定婚姻不成立。

婚姻登记具有下列情形之一者，应当认定婚姻不成立：

1、男女双方或一方不同意结婚，他人代办或一方单独办理结婚登记的；

2、一方雇人冒名顶替办理结婚登记的；

3、未完成结婚登记必要程序，包括已办理结婚登记但没有领取结婚证的；

4、婚姻登记程序或手续不完备，无法证明已经进行有效婚姻登记的；

5、为了购买房屋、办理户口、出国定居等需要假结婚，未同居生活的；

6、婚姻当事人双方与第三人通谋，由第三人前往婚姻登记机关以自己名义代理一方办理婚姻登记的；

7、一方欺诈导致婚姻当事人同一性错误的；

8、其他不符合婚姻本质，应当认定婚姻不成立的情形 。

对于上述 1、2 两项违反结婚意愿的情形，比照胁迫结婚的规定，婚姻当事人应当自知道或应当知道之日起一年内主张婚姻不成立。

【解释说明】本条是关于瑕疵婚姻成立与不成立的认定。这里只列举了 8 种婚姻不成立的主要情形。其中第“6”项所述情形，是指由第三人以自己名义代理一方办理婚姻登记后，由被代理人与他人共同生活的情形。常见的主要是哥哥或姐姐到婚姻登记机关以自己名义与弟媳或妹夫进行婚姻登记，然后由弟弟或妹妹与另一方共同生活。由于第三人不是以被代理人名义登记，而是以自己名义登记，这与代理形式要件不合，实际上是一种虚假登记，其婚姻不能成立。对于欺诈婚姻，这里只列举了“同一性错误”一种情形，一些尚有争议的情形未有列举。“其他不符合婚姻本质，应当认定婚姻不成立的情形”，是一个兜底性条款，以增加弹性。

本条把婚姻不成立限定在不符合婚姻成立要件和违反婚姻本质范围内。在司法实践中，否认瑕疵婚姻效力的范围有扩大化现象，如不违背本人结婚意愿的他人代办登记婚姻、跨管辖区域登记婚姻、登记身份错误等，都被视为违法而撤销。产生这一现象的原因主要有二：一是对婚姻本质把握不够；二是左的思想影响。曾几何时，我国司法实践中，对一般财产合同效力的否定也是如此，凡合同有违法瑕疵者一律认定无效或撤销。但人们逐渐认识到这种做法并不妥当，从而形成了否认合同效力的严格标准。实际上，否认婚姻效力的标准应当更为严格。因为婚姻属于身份关系，并涉及子女、财产等诸多法律效果，随意否认则危及社会安宁。因而，各国法律对无效婚姻所采取的都是列举式立法模式，以限制随意扩大无效婚姻的范围。而且即使有法律列举的无效情形，也并非一概认定无效，仍有阻却无效的事由。如重婚、禁婚疾病消失，已经达到婚龄者，均不得再主张婚姻无效。有些国家甚至还规定，即使没有达到婚龄，但女方已经生育或怀孕，也不得再主张婚姻无效。这些规定，充分体现了法律对无效婚姻的谦抑性。其目的在于最大限度地反映婚姻本质，维护婚姻稳定。因而，对于瑕疵婚姻不能轻易否认其效力。

从承认还是否认瑕疵婚姻效力的社会效果比较上考察，对于那些符合婚姻本质，不违反社会公益的自愿结婚，在程序上存在瑕疵的婚姻，采取承认其效力的救济性处理结果，比采取否认其效力的毁灭性处理结果，其社会效果更好。其具体理由和有关婚姻成立与不成立理论，详见王礼仁著《婚姻诉讼前沿理论与审判实务》（第 13 章 婚姻成立与不成立的认定）、王礼仁《民法总则在婚姻法中适用问题研究》（《家事法研究》2011 年卷）、王礼仁《瑕疵婚姻成立与不成

立的认定》（《人民司法》2010 年 11 期）。

第四条 [婚姻案件的合并审理]

当事人可以就婚姻效力之诉与离婚之诉合并提起。当事人在离婚诉讼中对结婚效力有异议，追加或提起反訴，主张婚姻不成立或无效的，人民法院应当将离婚之诉与婚姻不成立或无效之诉合并审理。合并审理婚姻效力之诉与离婚之诉时，应当先确认婚姻是否成立或有效，然后处理离婚之诉。对于确认婚姻不成立或无效者，则直接对子女、财产问题一并处理。

【解释说明】 本条是婚姻案件合并审理的规定。为了尽可能在同一诉讼程序中统一解决因同一婚姻而发生的各种婚姻事件，避免因对同一婚姻关系多次提起诉讼而致婚姻关系和家庭关系长期地、经常地处于不安定状态，婚姻关系案件以一次性解决为原则。大陆法系国家和地区的民事诉讼法一般均规定，对于各种婚姻事件“禁止别诉”，当事人应当合并提起诉讼，或者在第一审或第二审言词辩论终结前，为诉之变更、追加或提起反诉。如德国民事诉讼法、日本人事诉讼程序法、我国台湾地区民事诉讼法（第九编人事诉讼），都有婚姻案件合并审理的规定。

但在我国司法实践中，一直将婚姻效力之诉与离婚之诉分离，采取不同的诉讼程序处理，这种作法弊端甚多，不符合婚姻诉讼性质和世界立法惯例。

将各种婚姻关系之诉（包括婚姻附带之诉）合并审理，至少有三个好处：一是避免婚姻关系长期处于不安定状态；二是避免相互矛盾判决；三是经济简便，方便当事人诉讼，节省司法资源，符合婚姻诉讼性质和能动司法理念。

第五条 [婚姻无效案件审理程序的适用]

无效婚姻、可撤销婚姻案件，适用普通程序审理，当事人对判决不服的，可以上诉。

对于原告主张婚姻无效或撤销婚姻的事实证据不足，经责令其补充或者依职权调查后，仍无法获取确凿证据的，应当驳回其诉讼请求。

【解释说明】本条是关于无效婚姻和可撤销婚姻案件的诉讼程序。对于无效婚姻应当适用普通程序，准许当事人上诉。其主要理由是：1、在无效婚姻中虽有部分案件可以适用特别程序处理，但从整体上考察，无效婚姻的情况很复杂，一律适用特别程序不符合无效婚姻的实际情况。在许多具体案件中，不仅当事人之间存在诉争，而且事实认定和法律适用也很复杂，难以适用特别程序解决。2、在无效婚姻中区分不同情况，分别适用两种不同程序也很困难，且欠科学。3、离婚案件所适用的是普通程序，当离婚与无效婚姻或婚姻成立与不成立等合并审理时，几个诉讼相互关联，分别适用不同程序，案件难以兼顾，故统一适用普通程序为宜。国外和我国台湾地区亦是如此。我国目前有关无效婚姻适用特别程序，实行一审终审制的规定，有待改进。

第六条 [婚姻无效案件的再审]

婚姻无效与离婚性质不同，有关离婚不得再审的规定不适用婚姻无效案件。宣告婚姻无效的判决确有错误的，可以进入再审程序审理。

【解释说明】本条是关于婚姻无效案件再审的规定。由于民事诉讼法第一百八十三条规定“解除婚姻关系的生效判决不得再审”，一些法院据此规定婚姻无效案件不得再审。如《江苏省高级人民法院关于民事、行政申请再审案件审理程序的实施意见（试行）》（苏高法审委（2006）10 号）、《济南市中级人民法院关于当前民商事审判若干法律适用问题的解答》、《温州市中级人民法院民事审判第四庭关于贯彻执行婚姻法的指导意见》等。在司法实践中对无效婚姻案件一般都认为不能再审。

实际上，这是一种误解。民事诉讼法第一百八十三条规定的“解除婚姻关系的生效判决不得再审”，是针对离婚而言，并不适用无效婚姻案件。其详细理由见王礼仁《婚姻无效生效判决能否再审》（载人民法院出版社《民事法律文件解读》2011 年第 7 辑）。

第七条 [离婚案件涉及婚姻效力确认的再审]

在离婚案件中，凡涉及确认婚姻是否成立或有效的，当事人对婚姻是否成立或有效的认定有异议提出再审的，可以对婚姻效力进入再审。

【解释说明】本条是关于离婚案件中涉及婚姻效力确认的再审问题。有些离婚案件，实际上是两个诉：一个是婚姻效力确认之诉，一个是离婚之诉。正确的审判方法应当是将两个诉合并审理，在同一程序中解决。但由于我国一直将婚姻效力之诉与离婚之诉分离，在司法实践中往往只按一个离婚之诉处理。如刘娅与四川九鼎集团创始人、执行董事王杰离婚案。王杰主张他与刘娅不存在婚姻关系，包括巫昌祯教授、江平教授在内的多位知名专家的“咨询意见”，也认为王杰与刘娅的婚姻不成立。这个案件本来是两个诉，即婚姻不成立之诉与离婚之诉。但四川省自贡市贡井区人民法院、自贡市中级人民法院均按一个离婚之诉处理，一审、二审均认为王杰与刘娅存在合法婚姻，判决双方离婚，并按合法婚姻处理相关财产。由于我并不完全了解案情，不敢说法院认定王杰与刘娅的婚姻成立有效就是错误的，而是说本案用离婚之诉湮灭了另一个婚姻效力确认之诉，给当事人行使诉权造成了障碍。

那么，对于这种以婚姻是否成立或有效为前提条件，决定是否可以按离婚处理的案件，其离婚判决生效后，当事人对婚姻是否有效或是否成立的确认不服，申请再审的，应当比照婚姻无效案件的再审程序和原则处理。否则，将不成立婚姻或无效婚姻按有效婚姻处理，判决“离婚”后，适用离婚案件不得再审的规定，当事人将丧失救济渠道。离婚案件中涉及婚姻效力确认的再审理由，可以参考无效婚姻再审的理由，见王礼仁《婚姻无效生效判决能否再审》。

第八条 [协议登记离婚无效的救济]

协议登记离婚程序存在严重违法，当事人对协议登记离婚效力有异议的，可以通过民事诉讼请求法院确认离婚无效或离婚不成立。

【解释说明】在世界范围内的立法上，对离婚无效都解决得不好，各国法律中一般都没有规定或涉及离婚无效。日本民法也只规定了离婚效果“准用于婚姻的撤销”。至于离婚无效的救济途径或方法，当然更无规定。然而，依我国台湾地区的司法判例意旨，当事人可以在民事诉讼中提起“两愿离婚无效之诉”或“撤销两愿离婚之诉”，也可以提起“确认婚姻成立之诉”或“确认婚姻不成立之诉”，以确认婚姻关系是否因离婚而消灭。因而，对协议登记离婚无效的救济，可以选择离婚无效之诉或离婚不成立之诉。详见王礼仁著《婚姻诉讼前沿理论与审判实务》（第 12 章 离婚有效与无效的认定）。

第九条 [协议登记离婚无效的类推]

无民事行为能力人协议登记离婚、当事人被胁迫登记离婚的，可以类推适用无民事行为能力人结婚和被胁迫结婚的有关规定处理。

离婚中的无民事行为能力人，是指不能理解离婚意思和效果的人。当事人虽然有智能障碍，但能理解离婚行为的意思和效果的，应当认定有离婚行为能力，其离婚有效。

【解释说明】本条是关于离婚类推的规定。对于身份行为的效力，在亲属法或婚姻法没有规定时，不应当类推民法总则有关无效民事行为的规定处理，应当类推亲属法或婚姻法中相类似的规定处理。因而，无民事行为能力人协议登记离婚、当事人被胁迫登记离婚的，可以类推适用无民事行为能力人结婚和被胁迫结婚的有关规定处理。

但应当注意的是，结婚与离婚等身份行为能力不同于财产行为能力。结婚和离婚只存在有无行为能力之别，不存在限制行为能力之说。即当事人能够理解结婚和离婚的意思和效果者，则有行为能力；不能理解结婚和离婚的意思和效果者，则无行为能力。因而，有些当事人虽然是弱智或有智能障碍，但能够理解结婚和离婚的意思和效果，其结婚和离婚则有行为能力。间接性精神病患者，在结婚、离婚时神智清楚，能辨别结婚离婚的意思和效果者，为有结婚和离婚行为能力人，其结婚或离婚有效。司法实践中，对凡属神智有障碍的所谓“限制行为能力人”结婚和离婚，都认定为无效是不恰当的。如果当事人只是对财产缺乏必要的计算能力，只能认定其离婚财产处理没有行为能力。

第十条 [协议登记离婚无效的认定]

对于不违反当事人离婚意愿的协议登记离婚，其登记程序虽有瑕疵，但离婚登记程序已经完成的，不影响离婚效力。对于离婚登记程序严重违法或者登记手续不全，难以认定当事人自愿离婚或离婚登记程序没有完成的，可以认定离婚无效或离婚不成立。

对于违反当事人离婚意愿的协议离婚，当事人主张离婚无效或离婚不成立的，应当自协议离婚之日起 6 个月内，或者自知道之日起 6 个月内提起诉讼。

【解释说明】本条是关于不能适用类推的其它协议离婚效力的认定和诉讼期限。对于不适用类推的其它协议离婚是否有效，主要从离婚是否违背当事人意愿和离婚程序是否完成两个方面判断。

由于离婚后将产生身份关系变化等复杂效果，主张离婚无效的期限不宜规定过长，以规定 6 个月较为适宜。

第十一条 [判决离婚案件再审的范围]

双方当事人参与诉讼的离婚案件，不得就离婚申请再审；认为子女抚养处理不当的，可以另案起诉；认为原判中已经处理的财产有错误的，可以就财产部分申请再审；原判中遗漏处理的财产，得应另案诉讼。

对于依法传票传唤或公告送达后当事人未到庭而缺席审理判决离婚的案件，一般不得申请再审。但一方当事人弄虚作假，采取欺诈手段诉讼离婚，另一方发现被离婚后认为离婚无效，请求撤销离婚判决或调解的，应当自知道离婚或应当知道离婚之日起 6 个月内提出再审申请。

人民法院对于一方当事人欺诈诉讼离婚申请再审的，应当立案再审。对于一方欺诈诉讼离婚事实成立的，应当确认离婚无效，撤销离婚判决或调解。

撤销离婚判决或调解后，一方要求离婚的，按有关离婚的规定处理。

对于欺诈离婚后已经再婚的，其再婚效力，根据重婚信赖保护的有关规定处理。

【解释说明】本条主要是关于“被离婚”再审的规定。对“被离婚”案件进行再审，具有必要性和可能性。

1、具再审的有必要性。目前“被离婚”的现象越来越多，如谎称一方下落不明或雇人冒充一方婚姻当事人进行虚

假诉讼，造成一方当事人在根本不知道的情况下“被离婚”。 这既有一般婚姻当事人，也涉及企业名人。如据媒体介绍，钢铁大亨杜双华的妻子宋雅红也有“被离婚”之嫌。不论其报道“被离婚”事实是否成立，这类离婚案件能否再审，亟待规范。而且有些案件，没有再审程序，则难以有效解决。

如根据有关媒体报道，山西省潞城市黄牛蹄乡李庄村人的王某，与靳某结婚 14 年，生有一儿一女。2005 年 3 月 17 日，靳某突然拿出一份盖有潞城市人民法院公章的离婚判决书，并执意离家。王某莫名其妙，次日赶到法院询问：“我不在场，你们凭什么判决我和老婆离婚？”两名承办该案的法官经再三询问，方才明白当日与靳某离婚的“丈夫”纯属假冒。法院急招靳某和假扮其丈夫刘某，二人承认“作弊”。 原来靳某为达到与丈夫离婚的目的，伙同另一男子假扮夫妻而蒙骗离婚。法院遂将原离婚判决收回，并向王某道歉。

由于离婚案件不得再审，这个案件只有采取收回判决书的方式解决。但采取收回判决书的方式，并不能彻底而合法有效地解决此类案件。因为收回判决书并不能达到完全否认离婚效力的目的。判决书已经作出，即具有相应的法律效力，非经上诉程序或再审程序，其效力不能否定。同时，收回判决书后，还有离婚档案如何处理？如果女方有判决离婚复印件，并认为已经离婚，又根据离婚判决而再婚怎么办？还有的案件无法收回判决书又怎么办？等等。总之，收回判决书或调解书不是解决此类问题的法定方式，弊端甚多，正确的途径应当是再审。

2、具再审的可能性。对于一方“被离婚”案件，其再审与一般离婚案件的再审目的不同，多数并非主张恢复婚姻关系，而是通过再审否认离婚效力，重新确认“被离婚”期间的财产性质。因而，即使再审撤销生效的离婚判决后，当事人仍然可以诉讼离婚，法院也可以判决离婚，并非必须维持婚姻关系。而且不少案件就是在“被离婚”一方起诉离婚时，才发现早已“被离婚”，象这样的婚姻当然不存在继续维持夫妻关系问题。即使有个别案件，一方希望维持婚姻关系的，但如果没有维持可能，法院仍然可以根据他方请求判决离婚。这与一般离婚案件申请再审，以达到恢复婚姻关系的目的是完全不同的。

第十二条 [重婚的信赖保护]

前婚姻关系已因协议登记离婚或诉讼离婚确定判决（包括调解）而消灭，但因该离婚登记或判决嗣后又经变更，致使后婚姻成为重婚者，若重婚双方当事人均系善意且无过失信赖一方前婚姻消灭之协议离婚登记或离婚确定判决而结婚者，该重婚具有婚姻效力，前婚姻自后婚成立之日起消灭。

【解释说明】本条是关于重婚信赖保护的规定。现实生活中许多案件涉及到重婚信赖保护问题，比如，按正常程序登记离婚后一方再婚，但之后因某种原因撤销了离婚登记，其再婚是否保护？一方采取冒名顶替手段登记离婚，或采取诈欺诉讼离婚后再婚，其再婚是否保护？对此，有必要加以规范。

在目前的司法实践中，对离婚后再婚的，无论是否恶意离婚，无论判决是否生效，一般均认为后婚有效，并保护后婚。这种做法是不科学的。审视甄别世界各地的立法精神，并结合身份关系的特点，我以为台湾现行“民法”规定最可取。故本条把对重婚的信赖保护限定在两种情形且双方善意范围。这主要是因为身份关系与财产关系的性质不同，身份关系信赖保护与财产关系信赖保护应当有所区别。在民法上，财产关系的信赖保护，主要是为了维护交易安全，而身份关系不存在交易问题，不能完全适用一般财产交易的信赖保护法理。同时，财产交易行为一般只涉及私益，可以最大限度地体现自治原则，信赖保护尽可能少加限制，只要相对人一方具有善意即可。而身分行为往往涉及公益，应当更多地体现职权干预原则。为了兼顾社会公益、法律尊严与身份安全，其信赖保护要件应当更为严格，故需要重婚双方均为善意。这样有利于防止一方恶意欺诈离婚后再婚，因再婚配偶善意而使重婚获得保护。而且与恶意离婚者再婚的配偶，是否善意有时也难以正确判断。有些唆使他人虚假离婚，甚至冒充一方婚姻当事人协助离婚，然后与之结婚，但因缺乏证据也可能被认为善意。因而，把重婚的信赖保护限定在双方善意范围更为合理。

第十三条 [审理身份关系案件的基本诉讼原则]

确认身份关系成立与不成立、有效与无效的案件适用职权审理原则，不适用自认、认诺、舍弃等一般民事诉讼规则。

对于需要调查取证的，法官可以依职权调查收集证据；

对于与案件处理有关之重要事实，当事人未提出而法官知悉者，法官可以依职权加以考虑；

身份关系诉讼案件不适用“证据失权”制度；

身份财产诉讼案件中有关身份关系的确认准用身份关系诉讼之法理。

【解释说明】本条是关于审理身份关系案件的一般诉讼原则。身份关系应当采取职权审理原则，这是由身份关系的性质决定的。但由于我国没有人事（家事）诉讼制度，缺乏这方面的规定。而我国目前的证据规则，也只规定了身份关系不适用自认，没有涉及其他内容，有必要加以扩充。至于身份关系诉讼适用职权审理的具体范围，这里只列举了最主要的两类，即身份关系成立与不成立之诉和有效与无效之诉。实际上，离婚之诉、撤销婚姻之诉等，也涉及到职权审理问题。但因其问题较为复杂（涉及职权主义与处分主义并用的情形，实践中不好把握），这里没有列举。详见

王礼仁著《婚姻诉讼前沿理论与审判实务》（第 15 章 婚姻诉讼的特点）。

第十四条 [家庭暴力等婚姻诉讼特殊管辖]

妇女被拐卖、被强迫与他人结婚后逃离，或者在正常婚姻关系中遭受家庭暴力、虐待、遗弃后，被迫逃离结婚地而回娘家或寄居他处的，可以选择方便自己诉讼的法院起诉离婚或申请宣告婚姻无效。

【解释说明】本条主要解决妇女在被告所在地进行婚姻诉讼存在人身危险或缺乏其他能力时，实行特殊管辖，以保障妇女有效行使诉权。

由于我国现有诉讼制度是“原告就被告”的诉讼管辖原则，但当妇女被拐卖与他人结婚、被强迫与他人结婚后逃离，或者在正常婚姻关系中被暴力、被虐待后，被迫逃离结婚地而回娘家或寄居他处时，再回到被告所在地诉讼，则涉及到跨地区，甚至跨省域，不仅巨额费用无法承担，人身安全也没有保障。她们怎么有能力或怎么敢回到被告所在地起诉离婚或申请宣告婚姻无效或撤销婚姻呢？有些妇女只好在无法解除婚姻关系的情况下，又与他人同居或重婚。因而，应当规定上述特殊情形的离婚（包括申请宣告婚姻无效）实行特别管辖，由妇女选择有利于自己诉讼的法院起诉。详细理由及典型案例，见王礼仁《男女平等的法律并不是最好的法律》，载《中华女子学院学报》2010 年 1 期。

第十五条 [夫妻分居之诉]

在婚姻关系存续期间，夫妻一方因遭受他方家庭暴力或虐待，不堪同居而提出离婚时，可以提出夫妻分居之诉。人民法院认为确有必要者，可以在判决离婚前，先行裁决准予夫妻分居，中止夫妻同居义务。

【解释说明】我国目前没有设立夫妻分居制度，有明显缺陷，不利于保护妇女，使妇女不能有效的得到法律救济。如妇女遭受男方家庭暴力，不堪同居，提出分居或逃离家庭另居时，男方则以夫妻关系没有解除、女方有同居义务为由，强行要求同居。甚至在离婚诉讼过程中，妇女对男方已经十分痛恨或厌恶的情况下，男方仍强行要求同居，甚至强奸，而无法得到有效保护。如果设立分居制度，妇女不堪同居时，可以随时提出分居之诉，包括在起诉离婚后尚未判决离婚前，如果情况紧急，也可以根据妇女的请求，先行裁定分居，然后处理离婚案件。同时，设立分居制度，也有助于认定婚内强奸，如对于已经法院判决或裁定分居的，在分居期间，男方强行与女方发行性行为的，可以直接按强奸罪处理。设立分居制度，还可以规定分居期间的财产实行分别财产制。

第十六条 [同性同居 变性婚姻效力及其财产处理]

同性同居未获得国家法律认可前，不具有婚姻效力。其同居期间财产，除一方能够证明为个人财产外，按共同财产处理。

变性婚姻，其离婚标准和财产处理原则，适用于一般异性婚姻的有关规定。

【解释说明】详见王礼仁著《婚姻诉讼前沿理论与审判实务》（第 14 章 非常婚姻的认定和处理）。

第十七条 [事实婚姻的离婚标准]

对于具有法律婚姻效力的事实婚姻，其离婚标准适用于登记婚姻的离婚标准。

【解释说明】我国稍早的有关司法解释对于事实婚姻的离婚问题规定为：一方坚持要求离婚者即应准予离婚。这种司法解释是在过去的特定背景下制定的，只适用于当时的特定时期，目前不能再继续沿用。我国对事实婚姻的态度，经历了禁止——承认，再禁止——再承认的反复过程，直到 1994 年才完全拒绝承认。在 1994 年前的司法解释中，多次对事实婚姻发出禁令，都因禁而不止，只好被迫承认。但在被迫承认事实婚姻的同时，又企图把事实婚姻与登记婚姻加以区别，以达到限制或禁止事实婚姻的目的。如 1989 年 11 月 21 日《最高人民法院关于人民法院审理未办理结婚登记而以夫妻名义同居生活案件的若干意见》规定：在 1986 年 3 月 15 日以前如果事实婚姻双方在“起诉时”均符合结婚的法定条件，则认定为事实婚姻关系；在 1986 年 3 月 15 日以后事实婚姻双方如“同居时”均符合法定条件，也可认定为事实婚姻关系；否则都是非法同居。该意见还规定：“自民政部新的婚姻登记管理条例施行之日起，未办结婚登记即以夫妻名义同居生活，按非法同居关系对待”。那么，在这种背景下，该意见第 6 条规定：“审理事实婚姻关系的离婚案件，应当先进行调解。经调解和好或撤诉的，确认婚姻关系有效，发给调解书或裁定书；经调解不能和好的，应调解或判决准予离婚”。该条规定被认为：事实婚姻不能调解和好，就必须判决离婚。应该说，该意见是针对当时的特定背景而规定的，仅适用当时的特定时期，不适用之前或之后的所有事实婚姻。1、我国真正否认或完全不承认事实婚姻的时间界限是 1994 年 4 月 1 日。那么，从 1994 年 4 月 1 日起算往前倒算， 1994 年的事实婚姻是时间最短的，到目前为止也有 18 年了。而我国从 50 年代起到 90 年代初，各个时期都存在大量的事实婚姻，目前还占相当比例。这些事实婚姻大多都有数十年，有的已经有三十年，甚至五十年。如果对事实婚姻离婚另立离婚标准，一方说离就离，将会造成大量事实婚姻随意解除，破坏婚姻家庭的稳定，危及社会的安宁。2、对事实婚姻，如果另立离婚标准，违反婚姻本质。夫妻感情是婚姻基础，脱离夫妻感情而判断婚姻的存废，与婚姻本质相悖。3、既然承认事实婚姻具有法律效力， 就应当按照法定登记婚姻对待，搞“双重待遇”缺乏根据。这样，还会引起在财产、继承等方面也是否有不同标准的争议。除此之外，还有许多弊端。详见王礼仁著《婚姻诉讼前沿理论与审判实务》（第 14 章“非常婚

姻”中的事实婚姻）。

第十八条 [法定离婚情形的适用]

婚姻法第三十二条第三款中的家庭暴力、虐待、遗弃等法定离婚情形，是指配偶一方对他方实施家庭暴力、虐待、遗弃等行为后，他方可以将其作为法定离婚情形诉请法院判决离婚。

配偶一方以自己重婚、同居，或实施家庭暴力、虐待、遗弃等行为作为法定离婚理由请求离婚的，不适用婚姻法第三十二条第三款规定。

配偶一方对配偶以外的其他家庭成员实施暴力、虐待、遗弃的，不属于法定离婚情形。但因此造成夫妻感情破裂的，可以适用“其他夫妻感情破裂的情形”判决离婚。

【解释说明】其理由见王礼仁著《婚姻诉讼前沿理论与审判实务》第 8 章。

第十九条 [离婚请求权的消灭]

有离婚请求权的一方，对于重婚、与异性同居、家庭暴力等离婚事由，于事前教唆、同意或事后宥恕、抛弃离婚请求权，或知悉后已逾 6 个月，或自其情事发生后已逾 2 年者，不得再以此请求离婚。

【解释说明】在司法实践中，有的将十几年前发生的家庭暴力作为法定离婚理由；有的做“笼子”，诱使对方与异性同居或通奸，然后以此为由提出离婚；……。这些都涉及到离婚请求权是否消灭问题，需要加以规范。详见王礼仁著《婚姻诉讼前沿理论与审判实务》第 10 章。

第二十条 [离婚案件调解和审限的特别规定]

审理离婚案件必须进行调解。对于被告方同意离婚的，也应当进行和好调解，不能直接适用一般认诺的规定判决离婚。经调解确实不能和好者，可以将被告一方同意离婚作为判断夫妻感情破裂的因素而准予离婚。

审理离婚案件应当根据具体案情决定轻重缓急，当快则快，宜缓则缓。对于确有必要者，可以裁定中止诉讼或延缓审理，不受一般审限限制。

【解释说明】本条是关于离婚案件不适用一般认诺和审限的规定。对于被告方同意离婚的，也应当进行和好调解工作，主要是防止“赌气性”离婚或草率离婚。这样规定符合身份关系诉讼特点和要求。

一般审限不适用离婚案件。对于作出判决离婚或不离婚，都可能出现矛盾激化者，或者有和好可能者，可以中止诉讼或延缓诉讼期限。《德国民事诉讼法》、《美国统一结婚离婚法》都规定了离婚案件可以中止诉讼；《英国家庭法》规定了离婚反省期；《俄罗斯联邦家庭法典》规定：在审理离婚案件时，如果夫妻一方不同意离婚，法院有权采取使夫妻和解的措施，并有权延期审理案件，同时为夫妻双方指定不超过三个月的和解期限。这些规定可供我们借鉴。

第二十一条 [婚姻家庭纠纷案由的增加]

在现有婚姻家庭纠纷案由的基础上增加确认亲子关系纠纷、确认婚姻成立或不成立纠纷、离婚无效纠纷、解除同居关系纠纷等案由。

【解释说明】上述案由本应当在“民事案由”的司法解释中规定，但因在“民事案由”中一时难以解决，将其放在婚姻法解释中可能解决得更快。但不论最后放在那个解释中并不重要，增加这些案由才是“硬需要”。由于这些案由都是婚姻等身份关系案由，故放在这里一并讨论。这些案由是司法实践中必不可少，而现行婚姻家庭纠纷案由又无法囊括或归类、必须增加的新案由。

1、确认亲子关系纠纷，就是请求确认亲子关系存在或不存在纠纷，主要包括非婚子女认领之诉、也有婚生否认之诉等。我曾呼吁建立亲子诉讼写过一篇文章（《亲子关系诉讼中价值冲突的判断与选择》最高人民法院民一庭《民事审判指导与参考》2011 年第 1 辑），亲子关系确认纠纷在司法实践中很普遍，并被《〈婚姻法〉解释（三）》所确认。

2、确认婚姻成立或不成立纠纷，就是根据婚姻法规定的婚姻成立要件，请求确定其二人间婚姻成立或不成立纠纷。确认婚姻成立或不成立（存在或不存在）纠纷，是司法实践中无法回避的婚姻纠纷，现在非常普遍，比如大量的婚姻登记瑕疵纠纷，主要涉及的就是婚姻成立与不成立问题；事实婚姻是否成立或存在，也需要确认。详见王礼仁著《婚姻诉讼前沿理论与审判实务》（第 13 章 婚姻成立与不成立）。

3、离婚无效纠纷，主要是对民政部门离婚登记效力提起主张离婚无效之诉。这也是一种常见的纠纷。详见王礼仁著《婚姻诉讼前沿理论与审判实务》（第 12 章 离婚有效与无效的认定）。

4、解除同居关系纠纷，就是解除配偶与他人的同居关系。《〈婚姻法〉解释（二）》第一条规定：“当事人请求解除的同居关系，属于婚姻法第三条、第三十二条、第四十六条规定的"有配偶者与他人同居"的，人民法院应当受理并依法予以解除”。根据上述解释，在婚姻期间，一方配偶又与他人重婚或同居的，合法配偶有权提出解除配偶与他人的同居关系。

第二十二条 [日常家事代理]

夫妻任何一方均有权对满足日常生活需要的家庭事务作出决定。但家庭重大事项应当由夫妻共同决定。

夫妻一方因家庭日常生活需要所为之行为，视为夫妻共同行为，对双方具有约束力，第三人可以主张夫妻共同承担责任。

夫妻一方非日常家事所为之行为，第三人有理由相信是日常家事代理或有理由相信是夫妻共同意思表示的，可以主张夫妻共同承担责任。

【解释说明】本条是关于家事代理、非家事代理及其对外责任的规定。《<婚姻法>解释（一）》对家事代理的规定不够完善，有必要补充完善。

第二十三条 [夫妻共同债务与夫妻个人债务的界定]

夫妻共同债务，是指因家庭日常生活或其它需要所负债务，或者经夫妻合意由双方共同偿还的其他债务。夫妻共同债务，应当由夫妻共同偿还。

准夫妻共同债务，是指因夫妻一方滥用日常家事代理权对善意第三人承担连带责任的债务。夫妻一方对他方滥用日常家事代理权对善意第三人承担连带责任后，可以向他方追偿。

夫妻个人债务，是指一方没有用于家庭共同生活或家庭其它需要所负债务，或者约定由夫妻一方承担的债务。夫妻个人债务应当个人偿还。

【解释说明】本条主要是规范夫妻共同债务、个人债务与连带责任的界限。一般夫妻共同债务主要包括三个方面：即家庭日常生活需要所生之债、家庭其他需要所生之债、夫妻合意共同偿还的其他债务。

“日常生活需要”，指最基本的“衣食住行”之需要。

“家庭其他需要”，包括家庭经营、夫妻家事活动引起的赔偿、夫妻学历教育或技能培训等，凡是家庭合理之需要均属之。

“夫妻合意共同偿还的其他债务”，指没有用于家庭共同生活或家庭其他需要，但双方约定由夫妻共同偿还的债务。如夫妻共同担保之债等。

“准夫妻共同债务”，是一种非严格意义上的夫妻共同债务。设立“准夫妻共同债务”主要在于保护善意债权人利益。同时，也便于把夫妻一方滥用家事代理权，另一方承担连带责任限定在债权人善意范围内，避免扩大连带责任范围，兼顾对夫妻另一方利益的合理保护。

夫妻个人债务包括两个方面：一是夫妻一方没有用于家庭日常生活需要或其它家庭需要所负之债；二是“约定由夫妻一方承担的债务”。其“约定”包括夫妻之间约定、夫妻双方与债权人约定、举债一方与债权人约定。不同的约定，其效力范围不同。

第二十四条 [夫妻一方举债性质和举证责任]

夫妻一方因日常生活或其它家庭需要所负债务，属于夫妻共同债务，由夫妻双方共同偿还。

夫妻因一方举债是否用于日常生活或其它家庭需要发生争执的，应当由举债一方承担举债责任。举债方不能证明其举债用于日常生活或其它家庭需要的，应当认定为举债人个人债务。

【解释说明】本条是关于一方举债性质和举证责任的规定。夫妻一方举债是否属于夫妻共同债务，其判断标准主要是该举债是否用于家庭日常生活或其它家庭需要。对此，应当由举债方承担举证责任。

第二十五条 [债权人主张夫妻共同债务的范围和举证责任]

债权人对于夫妻因日常生活或其它家庭需要所负债务主张夫妻共同偿还的，应当由夫妻共同偿还。但夫妻一方能够证明债权人与举债人明确约定为个人债务，或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定情形者除外。

债权人对于一方因日常生活或其它家庭需要所负债务主张夫妻共同偿还时，应当对举债的真实性承担举证责任。在举债人没有出庭或者出庭后不能证明其举债用于日常生活或其它家庭需要时，债权人应当对举债用途承担补充举证责任，或者证明自己有理由相信该债务用于日常生活或其它家庭需要。

夫妻一方滥用家事代理权恶意举债，或者其举债没有用于家庭共同生活的，应当由举债方个人承担责任。但该举债行为无法使债权人辨别已超出家事代理的，夫妻他方亦应对善意债权人负偿还责任。债权人对夫妻他方主张权利时，应当对自己“无法辨别”的善意负有举证责任或合理解释。

对于超越日常生活需要范围的巨额举债，应当由夫妻共同合意。但债权人有理由相信是夫妻共同合意，或者有证据证明用于夫妻或家庭共同生活的，夫妻他方亦应负偿还责任。

【解释说明】第二十五条第一款，主要是把夫妻债务的推定限定在因日常生活需要或家庭其它需要范围内，防止无限扩大连带责任的范围。对于夫妻共同债务的推定，首先应当有一个前提条件，即必须是因家庭日常生活需要或家庭其它需负债，只有在这种前提条件下，没有两种例外情形，才能推定为夫妻共同债务，由夫妻共同承担责任。《<婚姻法>解释（二）》第二十四条关于夫妻共同债务的推定，没有上述前提条件的限制，其弊端甚多，在司法实践中难以适用。对此，我曾结合自己判决的一个案例写了一篇文章《判出一条路来——逾越婚姻法解释（二）第 24 条障碍》。

特别是夏吟兰教授有一篇力作——《我国夫妻共同债务推定规则之检讨》（西南政法大学学报 2011 年第 1 期），值得参考。

第二十五条第二款，是债权人对夫妻一方因家庭日常生活或其它家庭需要举债，主张夫妻共同偿还时的举证责任。

第二十五条第三款，是债权人对一方滥用家事代理权，主张夫妻共同偿还时的举证责任。

第二十五条第四款，是债权人对夫妻一方超越家事范围的重大举债，主张夫妻共同偿还时的举证责任。

第二十三条、第二十四条、第二十五条都是关于夫妻债务的设计，主要解决什么是夫妻共同债务，什么不是夫妻共同债务；夫妻共同债务的举证责任；债权人主张夫妻共同债务的范围和举证责任。着力解决债权人利益与夫妻一方利益的均衡保护问题。对于债权人的保护，主要从家事代理和善意两个方面考虑。也就是说，一方在家事代理范围内的举债，没有两种例外情形，夫妻应当共同承担责任；一方滥用日常家事代理权，或者超越日常家事范围的，债权人必须属于善意，他方才能承担连带责任。第二十三条、第二十四条、第二十五条以及之后的第二十七条，应当作一个整体理解。由于内容复杂，另文论述。

第二十六条 [夫妻侵权连带责任]

夫妻一方因从事家庭劳动或经营等家事活动致人损害的，夫妻应负连带责任。

夫妻一方非因家事活动侵权或违法犯罪行为致人损害的，应当由夫妻一方个人承担责任。

【解释说明】本条是关于夫妻侵权连带责任的范围，主要在于区分个人侵权责任与夫妻连带责任的界限。

第二十七条 [夫妻债务和财产分割约定对债权人的效力]

依法应当由夫妻共同承担责任，虽经夫妻约定或在离婚诉讼中法院生效文书确认由一方承担责任的，债权人仍然可以向夫妻双方主张权利。夫妻一方承担债务后可以依据协议或法院生效文书向另一方追偿。

依法应当由夫妻一方承担责任的，应当由夫妻用个人财产承担责任。夫妻一方在未清偿债务前，将自己应当分得财产让与对方，造成债务不能清偿的，债权人可以主张其财产分割无效，请求法院撤销，或者主张从另一方多分割的财产中清偿。

夫妻一方或双方在未清偿债务前，将财产转移第三人，债权人可以主张其财产转让无效，请求法院撤销，或者主张从转移财产中清偿。但第三人取得财产属于善意者除外。

【解释说明】本条主要是为了防止夫妻恶意逃避债务。夫妻内部约定对债权人不生效力。夫妻在未清偿债务前，让与或转移财产无效。

第二十八条 [非常夫妻财产制的宣告]

夫妻一方有下列情形之一的，可以请求法院宣告实行分别财产制：

一、依法应给付家庭生活费用而不给付的；

二、夫或妻个人财产不足清偿其债务的；

三、依法应得他方同意后方可处分财产，他方无正当理由拒绝同意的；

四、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；

五、夫妻分居已达一年以上的；

六、有其它重大事由的。

【解释说明】现行夫妻财产制度缺乏分别财产制，不能满足现实生活的实际需要。《〈婚姻法〉解释（三）》将物权法九十九条一般共有财产分割作为夫妻分别财产制的根据，不甚妥当（见《〈婚姻法〉解释（三）》的三大缺陷》），建立夫妻分别财产制才是正道。

分别财产制在国外和我国台湾地区都有规定，可以借鉴。

第二十九条 [追索受骗抚养非亲生子女抚育费]

男方因受欺骗抚养非亲生子女，且不愿意保持拟制血亲关系的，可以向女方追索抚育费。法院应当根据女方的实际经济能力，酌情决定追索数额。

男方因受骗抚养非亲生子女时间较长，女方又无力支付抚养费的，可以参照收养关系的规定，在男方丧失劳动能力或者生活不能自理需要赡养时，请求非亲生子女承担相应赡养义务。

男方因受骗抚养非亲生子女已经成年的，可以按照收养关系处理，非经男方同意，不得解除双方拟制血亲关系。

【解释说明】关于受骗抚养非亲生子女抚育费能否追索，如何追索？最高人民法院对对四川省高级人民法院“关于夫妻关系存续期间男方受欺骗抚养非亲生子女离婚后可否向女方追索抚育费的请示”，作过一个答复，即《最高人民法院关于夫妻关系存续期间男方受欺骗抚养非亲生子女离婚后可否向女方追索抚育费的复函》（1991）民他字第 63 号），但该答复主要是针对个案，并没有对该问题提出一个统一的解决方案或标准。因而，有必要进一步明确。

由于此类情况很复杂，在考虑根据女方实际经济能力返还抚养费的同时，兼用一些其他替代性手段，以最大限度地使此类案件的处理符合实际情况，又能满足各方的利益需求，以达到合情、合理、合法。

第三十条 [夫妻忠贞协议的效力]

对于夫妻之间签订的旨在维护婚姻关系和婚姻道德的协议，只要系双方自愿，不违反法律和公序良俗，法律可以调整，并具有执行可能的，应当承认其具有法律效力。

【解释说明】 夫妻忠贞协议效力，既不能一概否认，也不能一概承认，应当有条件地承认。健康、合法的夫妻忠贞协议，有利于维护婚姻关系和家庭道德，有利于保护妇女合法权利，有利于婚姻自治，符合时代发展潮流。在美国等西方国家也倡导夫妻婚姻契约。

所谓“法律可以调整者”，是指法律具有介入可能。这主要从协议内容或当事人诉请的内容上考察。

所谓“承认其具有法律效力”，包括全部承认或部分承认其法律效力。

所谓“具有执行可能”， 是指具有执行条件和能力，执行协议不影响另一方基本生活等。比如有些“扫地出门”、“净身出户”协议，如果执行该协议可能造成另一方走投无路或生活无着，则属于没有执行可能和条件的协议。

对于受胁迫、欺诈，或者违反法律和公序良俗的协议，应当否认其效力。对于不属于法律调整范围的协议，应当驳回其诉讼请求。

第三十一条 [房产登记在第三人名下的权属认定]

夫妻房屋登记在第三人名下，但有证据证明属于夫妻共同财产的，应当按夫妻共同财产处理。

【解释说明】在一般情况下，法院应当把不动产登记簿作为认定产权的凭证，但当夫妻房屋登记在第三人名下，一方有异议并提出反证，而且其反证足以证明登记簿上的记载确有错误或不真实，登记簿上的记载即可被推翻，法院可以根据反证认定争议财产的归属。

第三十二条 [登记在子女名下的房屋是否属于赠与]

夫妻房屋登记在子女名下，是否属于赠与给子女，不能简单地直接根据登记推定，应当根据赠与的全部要件和有关客观情况判断。只有符合赠与全部要件的，赠与才能成立有效。

【解释说明】赠与是指赠与人把自己的财产无偿地送给受赠人，受赠人同意接受的行为。因而，赠与房屋，首先要有赠与人无偿赠与房屋的意思表示，受赠人有同意接受房屋的意思表示（对于无意思表达能力未成年人，必须有夫妻双方共同赠与的意思表示）。其次才是变更房屋登记问题。夫妻登记在子女名下的房屋是否属于赠与，应当把有无赠与意思表示与登记结合起来考察。只有既有赠与意思表示，又将房屋登记在子女名下的，才属于赠与。详见王春晖、王礼仁《离婚案件房屋纠纷适用物权法若干问题研》（载最高法院民一庭《民事审判指导与参考》 总第 43 集 2010 年第 3 集） 。

第三十三条 [婚后一方以个人财产购买房屋产权的认定]

婚后一方以个人婚前财产购买房屋，房产证也以自己名义办理的，应当认定为个人财产。但购房者是否用个人婚前财产购买房屋，由主张个人购房者举证。购房者不能证明以个人婚前财产买房的，则推定为夫妻共同财产。

【解释说明】个人有权在婚姻期间使用和处分属于个人所有的财产，包括使用自己的资金购买房屋。否认，就会限制婚姻当事人在婚姻期间进行个人投资。但个人要承担相应举证责任。

第三十四条 [恋爱或非婚同居期间以一方名义买房的认定]

对于恋爱或非婚同居期间以一方名义购买的房屋，除一方能够证明属于个人财产外，一般应当认定为共同财产。

【解释说明】在现实生活中，有不少人在恋爱期间已经开始同居，或者经济开始混同，他们为了结婚，而共同出资购买房屋，但其产权因故则登记在一方名下。还有一些非婚同居者（实际上是不被法律承认的事实婚姻），在共同生活期间，共同出资购买房屋，也因故登记将其产权在一方名下。对于这种情况，虽然不能适用夫妻财产制的有关规定直接推定为共同财产，但也不能完全根据产权登记认定为一方个人财产。考虑到这种情形具有准用夫妻关系的特征，可以准用夫妻共同财产的有关原理处理，即以共有为原则，以个人为例外。也就是说，在恋爱或非婚同居期间取得的财产，除一方能证明为个人财产者，原则上应当推定为共同财产。

第三十五条 [离婚时单方主张房屋竟价的处理]

离婚时双方均主张房屋所有权，一方主张在高于市场价基础上竞价，一方不主张竞价的，在不影响弱势一方居住权的前提下，可以按一方竞价处理。

【解释说明】《<婚姻法>解释（二）》第二十条规定：“双方对夫妻共同财产中的房屋价值及归属无法达成协议时，人民法院按以下情形分别处理： （一）双方均主张房屋所有权并且同意竞价取得的，应当准许；（二）一方主张房屋所有权的，由评估机构按市场价格对房屋作出评估，取得房屋所有权的一方应当给予另一方相应的补偿；（三）双方均不主张房屋所有权的，根据当事人的申请拍卖房屋，就所得价款进行分割”。

上述解释要求竞争必须双方同意，主要在于保护弱势一方的居住权，防止弱势一方无竞争能力而丧失房屋，具有其合理性。但在司法实践中，这一规定也暴露了一些问题。如双方都有竞争能力，一方要求竞争，一方不要求竞争，对此应当如何处理？特别是有些房屋按市场价评估后，双方都认为房价较低，都希望取得房屋，而条件好的一方企图利用不准单方竞争而以低价取得房屋，既坚持要房子，又不愿意出高价竞争。而条件差的一方则愿意出高价（即高于评估价）获得房屋。在这种情况下，实际上属于单方竞争。如果引入单方竞争机制，更有利于处理这类案件。因而，可以有条件地准许单方竞争。比如：1、弱势一方主张高于评估价竞价的，可以按单方竞价处理；2、强势一方主张竞价，弱势一方具有竞价能力或另有房屋居住的，可以按单方竞价处理。详细理由和典型案例见王礼仁《离婚时单方主张房屋竞价应如何处理》（《最新民事法律文件解读》2005 年第 7 辑）。

第三十六条 **[离婚时尚未取得产权房屋的处理]**

对于在离婚时尚未取得产权的房屋，可以根据房屋的具体性质和实际情况，结合当事人的请求，对房屋的实际投资或价值、房屋的归属和购房债务等，在离婚时一并处理。

【解释说明】《〈婚姻法〉解释（二）》第二十一条规定：“ 离婚时双方对尚未取得所有权或者尚未取得完全所有权的房屋有争议且协商不成的，人民法院不宜判决房屋所有权的归属，应当根据实际情况判决由当事人使用。当事人就前款规定的房屋取得完全所有权后，有争议的，可以另行向人民法院提起诉讼”。

这一规定弊端很多，既迭生诉讼，又不利于财产管理和利用，在司法实践中执行效果不好，应当予以修改。对于虽然没有办理产权的房屋，但其权属明确，在离婚时可以一并处理的，均应当一并处理。理由详见王春晖、王礼仁《离婚案件房屋纠纷适用物权法若干问题研》（载最高法院民一庭《民事审判指导与参考》 总第 43 集 2010 年第 3 集） 。

第三十七条 **[夫妻一方放弃继承的效力]**

有继承权的夫妻一方对于在婚姻关系存续期间或离婚诉讼期间发生的财产继承，没有正当理由放弃继承的，对夫妻另一方不生法律效力。夫妻另一方认为侵害其权利的，可以作为权利人主张相应的财产份额。

【解释说明】本条在于解决一方无正当理由恶意放弃或虚假放弃继承应当如何处理。

第三十八条 **[“家事工伤”补偿的适用]**

一方因从事家庭劳动或经营等服务家庭共同生活的家事受伤致残的，属于“家事工伤”。离婚时，应当从家庭共同财产中获得补偿。

一方因保护配偶人身安全而致自身伤残的，离婚时受益方应当承担伤残方离婚后的必要生活费用。

【解释说明】一方因“家事工伤”或保护配偶人身安全而致伤残的，离婚时从家庭财产中得到补偿，或者由受益方承担相应义务，既公平正义，又有利于促进社会和谐安定。

应当适用婚姻成立与不成立之诉解决婚姻登记瑕疵纠纷

王礼仁

【内容提要】行政法规没有赋予婚姻登记机关处理婚姻登记瑕疵纠纷的权力，而行政诉讼又无法承担解决婚姻纠纷的任务。一切涉及婚姻成立或不成立、有效与无效的案件，都典型的民事案件，都应由法院按民事诉讼程序处理，婚姻登记机关不宜、也难以处理此类件。由登记机关处理，又必然滋生所谓的婚姻行政诉讼案件，造成恶性循环，并制造法院内部民（事）行（政）分离现象。而在民事诉讼中，运用婚姻成立或不成立之诉，可以有效地解决婚姻登记纠纷，并从根本上消灭行政诉讼和法院内部的民行分离现象。

目前，在司法实践中，对于婚姻登记瑕疵纠纷，普遍都是通过行政复议或行政诉讼程序解决的，没有按照民事诉讼程序解决。2009 年最高人民法院下发的《关于适用婚姻法若干问题的解释（三）（征求意见稿）》（以下简称征求意见稿），仍然维持这一现状。该征求意见稿第 1 条（关于婚姻登记瑕疵的处理）规定：“当事人因婚姻登记中的瑕疵问题起诉请求宣告婚姻无效的，人民法院经审查不属婚姻法第十条规定的无效婚姻情形的，应判决驳回当事人的诉讼请求，告知其可以依法申请行政复议，提出行政诉讼。”一种意见认为，应当删除“告知其可以依法申请行政复议，提出行政诉讼”。

笔者认为，征求意见稿没有科学地解决瑕疵婚姻的诉讼渠道。因为行政法规没有赋予婚姻登记机关处理婚姻登记瑕疵纠纷的权力，而行政诉讼又无法承担解决婚姻纠纷的任务。通过行政复议或行政诉讼解决婚姻瑕疵纠纷，是一种正门不走走侧门、大路不走走小路的诉讼路径。如果按照征求意见稿中的另一种意见，删除“告知其可以依法申请行政复议，提出行政诉讼”的内容，那就出现了这样的状态：惟一的行政复议或行政诉讼这一羊肠小道被遮掩，而其他的诉讼之路又不通。这只会造成有关机关相互推诱，加剧当事人诉讼无门现象的发生。因而，正确的途径应当是：关闭行政复议或行政诉讼之小路，开通民事诉讼之大道。即在民事诉讼中，通过确认婚姻成立或不成立之诉解决婚姻登记瑕疵纠纷。是故，其条文应当修改为：当事人因婚姻登记中的瑕疵问题起诉请求宣告婚姻无效或撤销婚姻的，人民法院经审查不属婚姻法

第十条或第十一条规定的无效婚姻或可撤销婚姻情形的，不应当按无效婚姻或可撤销婚姻处理。应告知当事人变更诉讼请求，按照确认婚姻成立或不成立之诉处理。人民法院经过审理后，认为双方婚姻关系成立的，依法判决确认双方婚姻关系成立；双方婚姻关系不能成立的，依法判决确认双方婚姻关系不成立或不存在。

这样修改的意义是：可以消灭或废除婚姻纠纷行政复议和行政诉讼程序，即除婚姻机关的婚姻侵权案件可以作为行政诉讼外，一切涉及婚姻成立或不成立（主要是登记瑕疵）、有效与无效的案件，都由法院按民事诉讼程序处理。因为这类案件都是典型的民事案件，婚姻登记机关不宜处理，也难以处理。登记机关处理此类案件，又必然滋生所谓的婚姻行政诉讼案件，造成恶性循环，并制造法院内部民行分离现象。且运用行政诉讼学解决婚姻纠纷，存在诸多弊端，难以胜任。而废除婚姻纠纷行政复议程序，运用婚姻成立或不成立之诉解决婚姻登记纠纷，可从根本上消灭行政诉讼和法院内部的民行分离现象。

一、婚姻登记瑕疵主要涉及的是婚姻成立或不成立

（一）婚姻登记瑕疵的概念和范围。

婚姻登记瑕疵不是一个法律概念，但从目前使用的特定语境看，所谓婚姻登记瑕疵，就是在婚姻登记中存在程序违法或欠缺必要形式要件等缺陷。因而，它不属于婚姻法第十条规定的无效婚姻〔又称绝对无效婚姻〕和第十一条规定的可撤销婚姻（又称相对无效婚姻）。婚姻登记瑕疵的范围很广，包括他人代理或冒名顶替进行婚姻登记、借用他人名义或身份证登记结婚、使用虚假户口或虚假姓名登记结婚、因疏忽婚姻姓名登记错误、隐瞒真实身份等欺诈结婚、使用虚假证明材料登记结婚、结婚登记手续不完善或证件不齐全、越权管辖婚姻登记，等等。凡是无效婚姻（包括相对无效婚姻）之外的程序违法或欠缺必要形式要件等缺陷，都属于婚姻登记瑕疵。

（二）婚姻登记瑕疵涉及的评判标准是婚姻的形成要件。

一般来讲，判断婚姻的要件有三个，即婚姻的属性要件、形成要件和效力要件。婚姻的属性要件，是判断婚姻与非婚姻的要件，即是婚与非婚要件。它的主要功能或作用在于解决什么是婚姻，什么不是婚姻。根据中外通行的观点，婚姻是男女两性之间以永久共同生活为目的的结合。这就是婚姻的属性要件。据此，婚姻应当是男女两性的结合，如果是同性结合，则不是婚姻；而两性之间不是以永久共同生活为目的的结合，而是临时结合（如通奸）或短期结合（同居），也不是婚姻。婚姻的属性要件，是判断婚姻的基础要件、前提条件，它是决定是否属于婚姻的要件。不符合婚姻属性要件的，则不是婚姻，不能以婚姻论。

婚姻的形成要件，又称形式要件，是判断婚姻成立与不成立的要件，其主要功能在于判断婚姻是否成立或存在。婚姻法第八条规定，“要求结婚的男女双方必须亲自到婚姻登记机关进行结婚登记。符合本法规定的，予以登记，发给结婚证。取得结婚证，即确立夫妻关系。”该条就是婚姻的形成要件。依法登记，并取得结婚证，婚姻则成立。否则，婚姻不成立。

婚姻的效力要件，又称实质要件，是判断婚姻有效与无效的要件。它的功能或作用是判断业已成立的婚姻是否具有法律效力。婚姻有效无效，与婚姻是否成立是不同的。婚姻是否成立，是从结婚的形式要件判断，主要看当事人是否完成了结婚必要的程序或有无影响婚姻成立的程序违法行为存在。婚姻效力或婚姻有效无效，是从结婚的实质要件判断，主要看当事人是否符合结婚的实质要件（包括结婚必须具备条件和禁止结婚条件）。婚姻法第三条、第五条至第七条，是关于结婚的实质要件的规定。符合上述规定的，婚姻就有效；否则，婚姻无效。婚姻的效力要件，所判断的对象是已经成立的婚姻；判断的根据（标准）是结婚的实质要件。

由此可见，婚姻登记瑕疵与无效婚姻的判断标准是不同的。婚姻登记瑕疵的评判标准是婚姻的形成要件，无效婚姻的评判标准是婚姻的效力要件。

（三）婚姻登记瑕疵与无效婚姻是不同性质的婚姻形态。

婚姻无效已经由法律明文规定，从逻辑上推论，婚姻登记瑕疵只能是无效婚姻之外的又一特殊婚姻形态，不可能是无效婚姻。而且婚姻登记瑕疵所引起的法律后果并不是惟一的，因瑕疵的轻重程度不同而有不同的法律效果。根据婚姻法第八条和《婚姻登记条例》第四条、第五条以及《婚姻登记工作暂行规范》的有关规定，婚姻成立，需要按照法定程序进行结婚登记并领取结婚证。只有依法登记并领取结婚证，婚姻始可成立。因而，婚姻登记存在瑕疵，只能产生婚姻成立或不成立的法律效果。具体说，婚姻登记存在轻微瑕疵，则不影响婚姻成立；婚姻登记存在严重瑕疵的，则可能导致婚姻不成立，而不是无效。因为除婚姻法第十条、第十一条规定的无效婚姻情形外，其他情形则不能再冠以无效婚姻之名。否则，就会与无效婚姻法律制度相冲突。婚姻登记瑕疵与无效婚姻是不同性质的婚姻形态。对于婚姻登记瑕疵争议，只能通过确认婚姻成立或不成立之诉解决。

所谓确认婚姻成立或不成立之诉，就是根据婚姻法规定的婚姻成立要件，请求确定其二人间婚姻成立或不成立之诉（或有无夫妻关系之诉）。如对他人代理、或借用他人名义进行婚姻登记等瑕疵婚姻发生争执时，如果一方认为婚姻不成立，可以提起确认双方婚姻不成立之诉；另一方认为婚姻成立者，则可提起确认双方婚姻成立之诉。人民法院通过审理，如果查明婚姻登记存在严重瑕疵，不符合婚姻成立要件的，则依法确认双方婚姻不成立。如果婚姻登记存在轻微瑕疵，

不影响婚姻成立的，则依法确认双方婚姻成立。因而，对于婚姻登记瑕疵纠纷，适用确认婚姻成立或不成立之诉解决，抓住了事物的本质，符合该类案件的特点。

二、婚姻登记机关处理婚姻登记瑕疵纠纷缺乏法律根据

现有行政法规没有赋予婚姻登记机关处理婚姻登记瑕疵纠纷的权力。征求意见稿规定，对婚姻登记瑕疵申请行政复议，由婚姻登记机关处理，缺乏法律根据。原来的《婚姻登记管理条例》第二十五条、第二十八条规定，婚姻登记管理机关有权受理宣告婚姻无效的申请。婚姻登记管理机关查明申请人陈述的情况真实，已缔结的婚姻确实存在无效原因的，依法宣布该婚姻关系无效，并收回结婚证。根据上述规定，请求权人可以向有关婚姻登记管理机关请求确认婚姻无效。但《婚姻登记管理条例》所规定的婚姻无效原因与现行婚姻法相抵触的，不能再适用。同时，2003 年国务院颁布的新《婚姻登记条例》第九条也只规定，婚姻登记机关受理因胁迫结婚向婚姻登记机关请求撤销的婚姻，没有规定婚姻登记机关受理无效婚姻。笔者认为，这不是疏忽，而是已经取消了婚姻登记机关宣告婚姻无效的规定。因为根据修改后婚姻法第十一条规定，“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”，而婚姻法第十条对无效婚姻并没有规定婚姻登记机关也可以宣告无效。所以，2003 年 10 月 1 日实施的民政部《婚姻登记工作暂行规范》第四十六条规定：“除受胁迫结婚之外，以任何理由请求宣告婚姻无效或者撤销婚姻的，婚姻登记机关不予受理。”根据上述规定，民政部不能受理胁迫结婚之外的任何婚姻纠纷。因婚姻登记瑕疵引起的纠纷，只能由人民法院统一处理。

三、婚姻登记机关不能且难以处理婚姻登记瑕疵纠纷

目前，因重婚、近亲、疾病、未达到法定结婚年龄等婚姻登记引起的无效婚姻，都是由人民法院按照民事案件处理的。而因代理、假冒身份、手续不完备等婚姻登记瑕疵纠纷，同样是婚姻机关登记的，同样是涉及当事人双方的婚姻关系，怎么就成了行政案件?这岂不是双重标准?而且没有法律根据。实际上，两者性质相同，即都属于平等主体之间的法律关系，都属于民法调整的范围，都是典型的民事案件。对此，婚姻登记机关不能且无法处理这类纠纷。

1、婚姻纠纷涉及的法律问题非常复杂，婚姻登记机关的行政人员，一般没有经过严格的法律培训，其法律素质不如法官专业，难以胜任此项复杂的工作。

2、婚姻登记机关的职权有限，无法处理婚姻纠纷所附随的诸多民事内容。婚姻被宣告无效或不成立后，涉及共同财产分割、子女抚养与监护、损害赔偿等一系列事关婚姻双方当事人及其子女的基本权益的民事事项。对此，婚姻登记机关无权也无力作出处理，当事人为此只能另行打官司。这无疑要费时耗力，加重当事人负担。

3、由于婚姻登记纠纷是民事案件，由婚姻登记机关处理，不仅其职能难以胜任，也破坏了审判的统一性和完整性。

4、婚姻登记机关处理此类案件，必然滋生所谓的婚姻行政诉讼案件，造成恶性循环，浪费社会资源，并制造法院内部民行分离现象。而民行分离又导致审理资源分散和浪费，造成法官对婚姻案件处理不精、不专，甚至产生相互对立或矛盾的判决等。

5、婚姻登记瑕疵纠纷由婚姻登记机关处理，实际上就是便于将行政机关列为被告，以此作为跳板再起诉到法院，由行政审判庭按照行政诉讼处理。这实际上是一种浪费社会资源的曲线诉讼。而直接由法院统一主管，按照民事程序处理，既符合婚姻案件的基本特点，也可以从根本上消灭此类行政诉讼，避免行政机关与司法机关的重复劳动，避免法院内部的分散审判。这样，才能真正理顺审判关系，能做到一个口进，一个口出，保障案件处理的有序性和高效性，节约社会成本，方便当事人诉讼。

6、废除通过行政处理机制和行政诉讼程序处理婚姻瑕疵纠纷机制，与现行法律并不矛盾，具有法律上的正当性。因为行政诉讼法并没有规定婚姻登记纠纷属于行政案件，而婚姻法和有关行政法规所规定的婚姻登记机关可以处理的婚姻纠纷，只有受胁迫结婚。而根据婚姻法第十一条规定，受胁迫结婚的一方既可以向婚姻登记机关请求撤销婚姻，也可以向人民法院请求撤销婚姻。就是说，在司法实践中，对于受胁迫结婚，完全可以由法院统一按民事诉讼程序解决。这样就可以从法律上彻底废除行政处理机制。

四、运用行政诉讼处理婚姻登记瑕疵纠纷弊端多

不仅婚姻登记机关不宜处理婚姻纠纷，法院运用行政诉讼处理婚姻纠纷，也存在诸多弊端。为此，笔者建议，除了婚姻登记机关的婚姻侵权案件(如对符合结婚条件的婚姻当事人拒绝婚姻登记;婚姻登记中乱收费、乱罚款等)可以作为婚姻行政案件外，凡是涉及当事人婚姻关系的效力或成立与不成立的纠纷，都应当统一由人民法院按民事案件处理。包括目前婚姻登记机关处理的胁迫结婚，也应当划归法院统管，婚姻登记机关不再处理，以消灭这类婚姻行政诉讼案件。因为无论是婚姻登记瑕疵还是无效婚姻，都无法通过行政诉讼程序得到有效解决。

婚姻登记瑕疵纠纷不属于行政诉讼的受案范围。根据我国行政诉讼法第十一条规定，人民法院受理的行政诉讼案件有 8 种：“(一)对拘留、罚款、吊销许可证和执照、责令停产停业、没收财物等行政处罚不服的；(二)对限制人身自由或者对财产的查封、扣押、冻结等行政强制措施不服的；(三)认为行政机关侵犯法律规定的经营自主权的；(四)认为符合法定条件申请行政机关颁发许可证和执照，行政机关拒绝颁发或者不予答复的；(五)申请行政机关履行保护人身权、

财产权的法定职责，行政机关拒绝履行或者不予答复的；（六）认为行政机关没有依法发给抚恤金的；（七）认为行政机关违法要求履行义务的；（八）认为行政机关侵犯其他人身权、财产权的。除前款规定外，人民法院受理法律、法规规定可以提起诉讼的其他行政案件。”而婚姻登记瑕疵纠纷与该 8 种行政行为的性质不符。同时，根据《婚姻登记条例》及其相关规定，已经明确规定婚姻登记机关不受理因婚姻登记程序引起的纠纷，此类案件已经不属于婚姻登记行政机关直接处理的范围。法院将其列为行政性质行为，没有法律根据。事实上，因婚姻登记程序引起的婚姻成立或不成立纠纷，是典型的民事案件。

将婚姻登记瑕疵纠纷作为行政案件，行政判决的功能难以适用。

行政诉讼法第五十四条规定，对于行政诉讼案件，“人民法院经过审理，根据不同情况，分别作出以下判决：（一）具体行政行为证据确凿，适用法律、法规正确，符合法定程序的，判决维持。（二）具体行政行为有下列情形之一的，判决撤销或者部分撤销，并可以判决被告重新作出具体行政行为：（1）主要证据不足的；（2）适用法律、法规错误的；（3）违反法定程序的；（4）超越职权的；（5）滥用职权的。（三）被告不履行或者拖延履行法定职责的，判决其在一定期限内履行。（四）行政处罚显失公正的，可以判决变更。”根据上述规定，人民法院审理行政诉讼案件，只能作出维持、撤销和变更三种结果的判决。而对于婚姻登引起的婚姻纠纷，则是确认性质判决，显然不适用上述规定。虽然最高人民法院颁布的《关于执行行政诉讼法若干问题的解释））（以下简称（（解释）））第 57 条第 2 款规定了可以对违法或无效的行政行为作出确认判决，但婚姻登记纠纷，当事人所要确认的主要对象并不是行政行为的合法与违法或者有效与无效，而是当事人的婚姻关系是否成立。婚姻登记行为违法与否与婚姻关系是否成立，并不完全是一回事。婚姻不成立，婚姻登记行为可能违法。但婚姻登记行为违法，并不一定都响婚姻关系的成立。而通过行政判决确认婚登记违法或撤销婚姻登记，有时与事实上存在或不能否认的婚姻关系将会产生矛盾。这里列举几种相关情形以资说明。

1、1994 年 2 月 1 日以前的结婚登记被撤销，并不影响婚姻关系成立。根据最高人民法院的司法解释，1994 年 2 月 1 日以前以夫妻名义同居的，只要符合结婚的实质要件，就承认双方的婚姻效力。那么，1994 年 2 月 1 日以前登记结婚的当事人，如果只是登记程序违法，而符合结婚实质条件的，即使登记程序违法被认定违法或无效，也不影响当事人的婚姻关系的成立。因为可以作为事实婚姻对待，当事人的婚姻关系仍然存在和有效。因而，按行政诉讼程序撤销该类婚姻登记，并不能有效地解决当事人双方的婚姻关系。

2、越权管辖等婚姻登记瑕疵，并不影响婚姻关系的效力。《婚姻登记条例》第四条规定：“内地居民结婚，男女双方应当共同到一方当事人常住户口所在地的婚姻登记机关办理结婚登记。”《婚姻登记工作暂行规范》第五条规定：“婚姻登记机关不得违反上述规定办理婚姻登记。”

根据上述规定，婚姻登记机关不得违反规定跨地区办理或颁发婚姻证件，包括不得颁发结婚证和离婚证，违反规定跨地区办理或颁发婚姻证件就是违法。但在现实生活中，违反规定跨地区办理或颁发婚姻证件情形却很严重。然而，对于这种情况，只要婚姻登记没有违反其它规定，双方完全是自愿结婚，完成了婚姻登记行为，并符合结婚的条件，应当认定婚姻成立有效；如果婚姻登记没有违反其它规定，双方完全是自愿离婚，其离婚也应当有效。对于违反规定跨地区颁发婚姻证件的情况，如果婚姻当事人以婚姻登记机关违法颁发婚姻证件为由，提起行政诉讼，请求撤销婚姻登记，人民法院在行政判决中一方面要确认婚姻登记行为违法，一方面要确认婚　姻关系有效，行政判决的功能不适用。因为行政诉讼判决只能确认婚姻登记行政行为是否违法，而不能确认婚姻民事法律关系是否成立。

还有民政部门颁发假结婚证的行政行为，其行政行为违法与婚姻的效力，也不能是一个评判标准。民政部门颁发假结婚证的行政行为肯定是违法的，但当事人的婚姻关系又是有效的。那么，对于民政部门颁发假结婚证，当事人通过行政诉讼要求确认其行政行为违法，或者要求撤销婚姻登记或重新颁发结婚证等，法院不得不判决确认其行政行为违法，或责令民政部门重新颁发结婚证。而判决确认行政行为违法，或责令民政部门重新颁发结婚证后，其婚姻关系如何？重新颁发结婚证后，其婚姻关系从何时起算？行政判决都难以解决。因为按照最高人民法院《解释》的规定，行政确认判决，只能确认行政行为违法或无效。对于婚姻登记来说，只能确认婚姻登记行为违法或无效，而对婚姻关系本身成立与不成立，或有效与无效，以及婚姻关系从何时成立，行政判决的功能难以解决。

3、他人代理或欺诈登记结婚等瑕疵，并不一定导致婚姻关系不成立或无效。有些违反一方结婚意愿的婚姻（常见的有他人代理结婚或一方采取欺诈手段登记结婚等），单纯从结婚形式或程序上审查具体行政行为，可能属于违法或无效，但从婚姻关系上审查，婚姻则可能成立或有效。如由他人代理或一方采取欺诈手段登记结婚，事后婚姻当事人追认（包括默认）的，或者知道他人代理登记或采取欺诈手段登记后，仍与对方共同生活，并没有及时行使撤销权，而时隔数年甚至 10 多年以后因婚姻关系劣变而主张婚姻登记行为违法或无效，要求撤销婚姻登记。对此，按照行政诉讼处理，单纯审查婚姻登记具体行政行为，肯定存在违法情形，而且按照婚姻登记程序的有关法律规定，可以认定婚姻登记行为违法或无效。但从婚姻关系来考察，则不能认定该婚姻关系不成立或无效。因为由他人代理或采取欺诈手段登记结婚的婚姻，主要是违背当事人结婚意愿，这与被胁迫结婚具有相同的性质。而我国法律规定被胁迫结婚，除被非法限制人身自由外，

应当自结婚登记之日起一年内提出撤销婚姻。否则，不能再提出撤销婚姻。参照处理被胁迫结婚的有关规定，上述瑕疵婚姻，超过了一定期限，就不能再提出撤销婚姻的主张，违法婚姻自然转化为合法婚姻。但按照行政诉讼案件处理婚姻登记纠纷，往往因为婚姻登记违反婚姻登记形式要件，而直接判决撤销婚姻登记。

可见，婚姻登记具体行政行为违法或无效，并不一定导致婚姻关系当然不成立或无效。如果按照行政诉讼处理，在认定婚姻登记行政行为违法或无效的情况下，当事人的婚姻关系并不能完全得到解决。要解决当事人的婚姻关系是否成立，则必须在认定婚姻登记行政行为违法或无效的同时，一并咋认婚姻关系成立或有效；否则，将会随着婚姻登记行为的撤销而使本来应当成立或有效的婚姻关系也随之撤销。而在行政诉讼判决中，既要对行政行为的违法与否进行确认，又要对民事婚姻关系进行确认，行政诉讼的功能难以适用。因而，行政诉讼案件的判决原则并不完全适用婚姻登记纠纷。

同时，当事人的目的并不在于确认婚姻登记行为违法与否，而在于确认婚姻关系是否成立或存在。直接通过行政诉讼撤销婚姻登记，或者确认婚姻登记行政行为违法或无效，实际上是用确认婚登记具体行政行为违法或无效，代替确认婚姻关系成立与不成立或有效，混淆了行政诉讼与民事诉讼的界限。采用如此别扭的诉讼形式，不如通过民事诉讼，确认婚姻关系成立与不成立更为畅通。

婚姻纠纷案件中的所谓相对行政人，具有牵强附会而虚设之嫌。

因婚姻登记程序引起的婚姻纠纷案件，一般来说，当事人既不是对婚姻登记机关的不作为起诉，要求其作为；也不是要求婚姻登记机关承担因登记错误而产生的法律责任，其诉讼目的就是要求法院确认其婚姻关系是否成立或有效。这样的案件，到底有什么行政性?它只不过是原告将婚姻登记机关列为被告而已。而这类案件，又主要是当事人为了结婚而造假，过错在于当事人，除极个别外，登记机关一般并没有过错。而运用行政诉讼解决结婚登记中存在的问题，不论其过错与婚姻登记机关是否有关，则非要起诉婚姻登记机关不可。婚姻登记机关无辜成为被告，也是没有道理的。这给人的感觉似乎是:为了把这类案件作为行政案件，而非要虚设一个相对行政人不可。

同时，根据有关规定，婚姻登记机关不能受理此类纠纷。那么，对于婚姻登记机关无权处理或不能处理的事情，我们又有什么理由要起诉它?它又怎么能够成为相对行政人?

还有些婚姻成立或不成立纠纷，根本不涉及婚姻登记机关违法与不违法问题，将婚姻登记机关作为行政诉讼案件的被告，更没有道理。这里仅略举几类典型案例加以说明。

1、涉及婚姻登记程序是否完成的婚姻纠纷。如 2004 年 10 月 1 日，张女士与退休干部李某申请结婚登记。婚姻登记机关经过审查，认为双方符合结婚条件，即予以登记，但因故当时没有发放结婚证。10 月 9 日婚礼如期举行，当晚李某突发心肌梗塞死亡。李某所在单位以张女士与李某婚姻不成立为由，要收回分给李某的房屋。张女士则认为与李某的婚姻成立。

又如，王某与张某于 2003 年相识、恋爱并同居，2004 年生育一子。2005 年两人到婚姻登记机关进行结婚登记，并按照要求填写了结婚登记申请表。婚姻登记机关工作人员亦在审查栏具名并签署“经审查情况属实，准予登记”意见。因未婚生子须缴纳罚款，王某与张某不愿缴纳；婚姻登记机关最终也没有在结婚登记申请表上加盖公章，也没有向两人发放结婚证。其后不久，两人因性格不合开始分居。2006 年 3 月，王某因车祸死亡，张某得知，遂以配偶身份向法院具状请求肇事方给付死亡赔偿金。而对王某与张某的婚姻是否成立，张某与王某的其他近亲属有不同看法。

像这样的案件，所涉及的核心问题就是婚姻是否成立，而不是民政机关是否违法问题。将民政机关作为被告，没有任何根据和意义，而且民政机关也难以解决。

2、涉及非法定机关颁发结婚证或伪造结婚证的婚姻纠纷。武女士 2006 年刚满 21 岁。据她介绍，2003 年 7 月份，她与邻村一位男青年相恋。2005 年 10 月，男方家人拿着双方的照片和户口证明，代他们办理了结婚证。其间，武女士本人既没有去民政部门登记，也未在证件上签字、按手印。武女士说，当时她对结婚登记的法定程序并不太了解，再加上对方办理的证件上盖有各级民政部门的“大红章”，便认为自己已正式拥有了合法的婚姻。一个多月后，举行了婚礼。然而，好景不长，两人时常为一些琐事争吵不休。武女士说，2006 年 8 月，她已有了 3 个月身孕，但爱人仍以当时不够法定结婚年龄为由，向当地法院提起诉讼，要求撤销婚姻登记。法庭经过调查，也初步认为男方户口本上的年龄的确与结婚证不符，其结婚时男方的实际年龄未满 22 周岁。对毋峡汽武女士在痛心之余备感惊讶:办理结婚证不仅需要两个人的户口证明，还要经过民政部门的审核，盖有印章的证件为何会出现如此大的差错呢?在武女持有的‘，X 字第 210500025 号”结婚证上，男方年龄 22 岁；女方年龄 20 岁。发证机关为“XX 县 XXX 镇婚姻登记处”，发证日期是 2005 年 10 月 n 日。然而，XXX 镇政府主管民政工作的负责人解释说，从 2003 年开始，镇政府便不再办理婚姻登记工作，镇婚姻登记处也取消了。

本案当事人结婚时的年龄虽然没有达到法定婚龄，但离婚时已经达到法定婚龄，其婚龄已经不影响婚姻的成立或是否有效。本案关键问题就是结婚证上的发证机关涉嫌假冒。所以，本案所涉及问题就是要确认其结婚证是否合法机关颁发。

像这样的案件, 如果结婚证不是合法机关颁发的, 法院可以直接确认因颁发结婚证的机关不合法, 双方婚姻不成立。这样的案件, 又怎么能将行政机关列为被告呢?

3、不涉及行政违法的单纯婚姻关系是否存在纠纷。有一些婚姻纠纷, 双方争议的焦点是单纯的婚姻关系是否存在, 不涉及婚姻登记机关的行政行为是否违法。如温岭答横的金师傅在 2008 年遇上了大难题。10 年前, 他与一位贵州籍女子登记结了婚, 育有一子。后由于感情不和, 女方回娘家居住, 金师傅只好一人在温岭照顾子。一晃 8 年过去了, 金师傅考虑双方已没有复合的可能, 就动起了离婚的念头。谁知, 对方压根就不承认跟他结过婚。因为女方现在的身份证号码, 与她当年留在结婚证上的号码, 根本就对不起来。现在女方身份证上登记的出生年份为 1982 年, 而结婚证上登记的出生年份为 1976 年。因此, 无论是温岭民证部门还是法院, 都不肯办理金师傅的离婚手续。金师傅说:“民证部门及法院的同志都说, 按照法律, 连离婚对象都不确定, 所以这婚没法离。”

上述案件, 是女方结婚后更改自己的身份资料, 不存在婚姻登记机关违法问题。更主要的是, 双方当事人所争议的是两人是否存在婚姻关系问题, 而不是婚姻登记机关的违法与否问题, 怎么能将婚姻登记机关作为被告?

同时, 这些案件不仅说明婚姻登记机关不能作为被告, 也说明婚姻成立或不成立之诉, 已经不是一个需要与不需要的问题, 而是一个非要不可的问题。否则, 有些婚姻纠纷根本无法处理。

行政诉讼的起诉条件和诉讼时效, 更难适用婚姻成立或不成立之诉。

根据行政诉讼法第六章“起诉和受理”的有关规定, 行政诉讼案件的起诉和受理有严格条件, 一般都有行政前置程序和诉讼时效的限制。这些规定, 并不适用于婚姻纠纷。如最高人民法院《关于执行行政诉讼法若干问题的解释》第 42 条规定:“公民、法人或者其他组织不知道行政机关作出的具体行政行为内容的, 其起诉期限从知道或者应当知道具体行政行为内容之日起计算。对涉及不动产的具体行政行为从作出之日起超过 20 年、其他具体行政行为从作出之日起超过 5 年提起诉讼的, 人民法院不予受理。”按照行政诉讼的起诉条件和诉讼时效处理婚姻登记纠纷, 就会出现两难现象: 要么就不受理, 要么就违法受理。而在实践中, 有的法院受理的所谓婚姻登记行政案件, 则不受起诉条件和诉讼时效限制, 包括结婚已经 10 年、20 年以上的, 未经任何行政前置程序, 也直接受理。这与行政诉讼法规定的起诉条件和诉讼时效是矛盾的。有的法院则严格执行诉讼时效规定, 如项城市法院 1997 年就驳回了一起 2000 年进行婚姻登记的行政诉讼案件。可见, 从起诉条件和诉讼时效考察, 婚姻登记纠纷不适用行政诉讼程序。而民法总则的有关诉讼时效, 不适用婚姻等身份关系。婚姻无效或不成立等, 不受民法总则诉讼时效的限制, 当事人可以随时起诉。因而, 直接按照民事纠纷处理, 没有法律障碍, 也简便易行。

五、适用婚姻成立或不成立之诉解决婚姻瑕疵纠纷有充分的法律根据和理论基础

1、婚姻法和行政法规只规定婚姻登记机关可以处理受胁迫结婚, 没有授权其处理婚姻瑕疵纠纷。婚姻瑕疵纠纷在性质上属于民事案件, 而民事件只能通过民事诉讼程序解决。因而, 按照民事诉讼程序解决婚姻瑕疵纠纷, 具有法律上的正当性和合理性。

2、适用婚姻成立或不成立之诉解决婚姻瑕疵纠纷, 有其充分的法律根据。从实体法上看, 婚姻法第八条及其配套法规, 对婚姻成立的要件, 作出了明确的规定, 这是认定婚姻成立或不成立的法律根据。在程序上, 确认婚姻成立或不成立之诉, 其性质属于确认之诉。确认之诉是我国民事诉讼程序上常见的基本诉种类之一, 完全有其法理基础。同时, 我国的司法解释, 业已确立了无效婚姻和可撤销婚姻制度。确认婚姻成立或不成立, 其性质在一定程度上具有相同之处, 可以参照适用。因而, 确认婚姻成立或不成立之诉, 无论是在实体法上还是程序法上, 都没有法律障碍。

3、外国立法和司法经验可供我们借鉴。在外国的立法和司法中, 都有关于婚姻成立与不成立的诉讼规定, 如德国民事诉讼法第 6 编家事事件程序第 6 犯条规定了确认婚姻存在与否之诉。日本、法国也有婚姻关系存否确认之诉和身份关系确认之诉。我国台湾地区“民法”中虽然没有婚姻不成立的规定, 但在其“民事诉讼法”(第 568 条、第 572 条等条文)中, 有关于婚姻成立与不成立之诉的规定。而且在台湾司法实务上, 如果当事人对于两愿离婚是否无效产韦争议时, 也可以通过确认婚姻成立与不成立之诉解决。根据我国台湾地区“最高法院”判例意旨, 当事人可以提起两愿离婚无效之诉或撤销两愿离婚之诉, 以确认婚姻关系是否因离婚而消灭。如果确认婚姻关系依然存在, 则两愿离婚无效。[25]同时, 在国外, 婚姻有效或无效、婚姻成立与不成立等, 都是作为民事案件, 由法院统一管辖。

婚姻登记瑕疵纠纷应当由行政诉讼向民事诉讼转轨
—— 对《婚姻法解释（三）》（征求意见稿）的修改意见

王礼仁（宜昌市中级人民法院高级法官 三峡大学政法学院兼职教授）

【内容提要】行政法规没有赋予婚姻登记机关处理婚姻登记瑕疵纠纷的权力，而行政诉讼又无法承担解决婚姻纠纷的

[25]高风仙:《亲属法理论与实务》,台湾五南图书有限公司 2000 年 8 月版,第 185 页。

任务。一切涉及婚姻成立或不成立、有效与无效的案件，都是典型的民事案件，都应由法院按民事诉讼程序处理。婚姻登记机关不宜、也难以处理此类案件。由登记机关处理，又必然滋生所谓的婚姻行政诉讼案件，造成恶性循环，并制造法院内部“民行分离”现象。而在民事诉讼中，运用婚姻成立或不成立之诉，可以有效地解决婚姻登记纠纷，并可为行政诉讼“断奶”，从根本上消灭行政诉讼和法院内部的“民行分离”现象。

【关键词】婚姻登记瑕疵；婚姻成立或不成立之诉；行政复议；行政诉讼；民事诉讼

目前，在司法实践中，对于婚姻登记瑕疵纠纷，普遍都是通过行政复议或行政诉讼程序解决的，没有按照民事诉讼程序解决。2009年最高人民法院下发的《关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释（三）（征求意见稿）》（简称“征求意见稿”），仍然维持这一现状。该征求意见稿第1条（关于婚姻登记瑕疵的处理）规定：“当事人因婚姻登记中的瑕疵问题起诉请求宣告婚姻无效的，人民法院经审查不属婚姻法第10条规定的无效婚姻情形的，应判决驳回当事人的诉讼请求，告知其可以依法申请行政复议，提出行政诉讼”。一种意见认为，应当删除“告知其可以依法申请行政复议，提出行政诉讼”。

我们认为，“征求意见稿”没有科学地解决瑕疵婚姻的诉讼渠道。因为行政法规没有赋予婚姻登记机关处理婚姻登记瑕疵纠纷的权力，而行政诉讼又无法承担解决婚姻纠纷的任务。通过行政复议或行政诉讼解决婚姻瑕疵纠纷，是一种正门不走走侧门、大路不走走小路的诉讼路径。如果按照“征求意见稿”中的另一种意见，删除“告知其可以依法申请行政复议，提出行政诉讼”的内容，那就出现了这样的状态：唯一的行政复议或行政诉讼这一“羊肠小道”被遮掩，而其他的诉讼之路又不通。这只会造成有关机关相互推诿，加剧当事人诉讼无门现象的发生。因而，正确的途径应当是：关闭行政复议或行政诉讼之小路，开通民事诉讼之大道。即在民事诉讼中，通过确认婚姻成立或不成立之诉解决婚姻登记瑕疵纠纷。是故，其条文应当修改为：

当事人因婚姻登记中的瑕疵问题起诉请求宣告婚姻无效或撤销婚姻的，人民法院经审查不属婚姻法第10条或第11条规定的无效婚姻或可撤销婚姻情形的，不应当按无效婚姻或可撤销婚姻处理。应告知当事人变更诉讼请求，按照确认婚姻成立或不成立之诉处理。人民法院经过审理后，认为双方婚姻关系成立的，依法判决确认双方婚姻关系成立；双方婚姻关系不能成立的，依法判决确认双方婚姻关系不成立或不存在。

这样修改的意义是：可以消灭或废除婚姻纠纷行政复议和行政诉讼程序。即除婚姻机关的婚姻侵权案件可以作为行政诉讼外，一切涉及婚姻成立或不成立（主要是登记瑕疵）、有效与无效的案件，都由法院按民事诉讼程序处理。因为这类案件，都是典型的民事案件，婚姻登记机关不宜处理、也难以处理。登记机关处理此类案件，又必然滋生所谓的婚姻行政诉讼案件，造成恶性循环，并制造法院内部“民行分离”现象。且运用行政诉讼学解决婚姻纠纷，存在诸多弊端，难以胜任。而废除婚姻纠纷行政复议程序，运用婚姻成立或不成立之诉解决婚姻登记纠纷，可以先为行政诉讼“断奶”，从根本上消灭行政诉讼和法院内部的“民行分离”现象。其具体理由如下：

一、“婚姻登记瑕疵”主要涉及的是婚姻成立或不成立

（一）“婚姻登记瑕疵”的概念和范围

“婚姻登记瑕疵”不是一个法律概念。但从目前使用的特定语境看，所谓“婚姻登记瑕疵”，就是在婚姻登记中存在程序违法或欠缺必要形式要件等缺陷。因而，它不属于婚姻法第10条规定的无效婚姻（又称绝对无效婚姻）和第11条规定的可撤销婚姻（又称相对无效婚姻）。“婚姻登记瑕疵”的范围很广，包括他人代理或冒名顶替进行婚姻登记、借用他人名义或身份证登记结婚、使用虚假户口或虚假姓名登记结婚、因疏忽婚姻姓名登记错误、隐瞒真实身份等欺诈结婚、使用虚假证明材料登记结婚、结婚登记手续不完善或证件不齐全、越权管辖婚姻登记，等等。凡是无效婚姻（包括相对无效婚姻）之外的程序违法或欠缺必要形式要件等缺陷，都属于“婚姻登记瑕疵”。

（二）“婚姻登记瑕疵”涉及的评判标准是婚姻的形成要件

一般来讲，判断婚姻的要件有三个，即婚姻的属性要件、形成要件和效力要件。婚姻的属性要件，是判断婚姻与非婚姻的要件，即是婚与非婚要件。它的主要功能或作用在于解决什么是婚姻，什么不是婚姻。根据中外通行的观点，婚姻是男女两性之间以永久共同生活为目的的结合。这就是婚姻的属性要件。 据此，婚姻应当是男女两性的结合，如果是同性结合，则不是婚姻；而两性之间不是以永久共同生活为目的的结合，而是临时结合（如通奸）或短期结合（同居），也不是婚姻。婚姻的属性要件，是判断婚姻的基础要件、前提条件，它是决定是否属于婚姻的要件。不符合婚姻属性要件的，则不是婚姻，不能以婚姻论。

婚姻的形成要件，又称形式要件，是判断婚姻成立与不成立的要件，其主要功能在于判断婚姻是否成立或存在。我国婚姻第8条规定，“要求结婚的男女双方必须亲自到婚姻登记机关进行结婚登记。符合本法规定的，予以登记，发给结婚证。取得结婚证，即确立夫妻关系。”该条就是婚姻的形成要件。依法登记，并取得结婚证，婚姻则成立。否则，婚姻不成立。

婚姻的效力要件，又称实质要件，是判断婚姻有效与无效的要件。它的功能或作用是判断业已成立的婚姻是否具有法律效力。婚姻有效无效，与婚姻是否成立是不同的。婚姻是否成立，是从结婚的形式要件判断，主要看当事人是否完成了结婚必要的程序或有无影响婚姻成立的程序违法行为存在。婚姻效力或婚姻有效无效，是从结婚的实质要件判断，主要看当事人是否符合结婚的实质要件（包括结婚必须具备条件和禁止结婚条件）。婚姻法第3条、第5条至第7条，是关于结婚的实质要件的规定。符合上述规定的，婚姻就有效；否则，婚姻无效。婚姻的效力要件，所判断的对象是已经成立的婚姻；判断的根据（标准）是结婚的实质要件。

由此可见，“婚姻登记瑕疵”与无效婚姻的判断标准是不同的。“婚姻登记瑕疵”的评判标准是婚姻的形成要件，无效婚姻的评判标准是婚姻的效力要件。

（三）“婚姻登记瑕疵” 与无效婚姻是不同性质的婚姻形态

婚姻无效已经由法律明文规定，从逻辑上推论，“婚姻登记瑕疵” 只能是无效婚姻之外的又一特殊婚姻形态，不可能是无效婚姻。而且“婚姻登记瑕疵”所引起的法律后果并不是唯一的，因瑕疵的轻重程度不同而有不同的法律效果。根据婚姻法第8条和《婚姻登记条例》第4条、第5条以及《婚姻登记工作暂行规范》的有关规定，婚姻成立，需要按照法定程序进行结婚登记并领取结婚证。只有依法登记并领取结婚证，婚姻始可成立。因而，婚姻登记存在瑕疵，只能产生婚姻成立或不成立的法律效果。具体说，婚姻登记存在轻微瑕疵，则不影响婚姻成立；婚姻登记存在严重瑕疵的，则可能导致婚姻不成立，而不是无效。因为除婚姻法第10条、第11条规定的无效婚姻情形外，其他情形则不能再冠于无效婚姻之名。否则，就会与无效婚姻法律制度相冲突。“婚姻登记瑕疵” 与无效婚姻是不性质同的婚姻形态。对于婚姻登记瑕疵争议，只能通过确认婚姻成立或不成立之诉解决。

所谓“确认婚姻成立或不成立之诉”，就是根据婚姻法规定的婚姻成立要件，请求确定其二人间婚姻成立或不成立之诉（或有无夫妻关系之诉）。如对他人代理、或借用他人名义进行婚姻登记等瑕疵婚姻发生争执时，如果一方认为婚姻不成立，可以提起确认双方婚姻不成立之诉；另一方认为婚姻成立者，则可提起确认双方婚姻成立之诉。人民法院通过审理，如果查明婚姻登记存在严重瑕疵，不符合婚姻成立要件的，则依法确认双方婚姻不成立。如果婚姻登记存在轻微瑕疵，不影响婚姻成立的，则依法确认双方婚姻成立。[26]因而，对于“婚姻登记瑕疵”纠纷，适用确认婚姻成立或不成立之诉解决，抓住了事物的本质，符合该类案件的特点。

二、婚姻登记机关处理婚姻登记瑕疵纠纷缺乏法律根据

现有行政法规没有赋予婚姻登记机关处理婚姻登记瑕疵纠纷的权力。征求意见稿规定，对“婚姻登记瑕疵”申请行政复议，由婚姻登记机关处理，缺乏法律根据。原来的《婚姻登记管理条例》第25条、第28条的规定，婚姻登记管理机关有权受理宣告婚姻无效的申请。婚姻登记管理机关查实申请人陈述的情况真实，已缔结的婚姻确实存在无效原因的，依法宣布该婚姻关系无效，并收回结婚证。根据上述规定，请求权人可以向有关婚姻登记管理机关请求确认婚姻无效。但《婚姻登记管理条例》所规定的婚姻无效原因与现行《婚姻法》相抵触的，不能再适用。同时，2003年国务院颁布的新《婚姻登记条例》第9条也只规定婚姻登记机关受理因胁迫结婚向婚姻登记机关请求撤销的婚姻，没有规定婚姻登记机关受理无效婚姻。我们理解，这不是疏忽，而是已经取消了婚姻登记机关宣告婚姻无效的规定。因为根据修改后《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”。 而婚姻法第10条对无效婚姻，并没有规定婚姻登记机关也可以宣告无效。所以，2003年10月1日实施的民政部《婚姻登记工作暂行规范》第46条规定：“除受胁迫结婚之外，以任何理由请求宣告婚姻无效或者撤销婚姻的，婚姻登记机关不予受理。”根据上述规定，民政部不能受理胁迫结婚之外的任何婚姻纠纷。因“婚姻登记瑕疵”引起的纠纷，只能由人民法院统一处理。

三、婚姻登记机关不能且难以处理婚姻登记瑕疵纠纷

目前，因重婚、近亲、疾病、未达到婚龄等婚姻登记引起的无效婚姻，都是由人民法院按照民事案件处理的。而因代理、假冒身份、手续不完备等婚姻登记瑕疵纠纷，同样是婚姻机关登记的，同样是涉及当事人双方的婚姻关系，怎么就成为了行政案件？这岂不是双重标准？而且没有法律根据。实际上，两者性质相同，即都属于平等主体之间的法律关系，都属于民法调整的范围，都是典型的民事案件。对此，婚姻登记机关不能且无法处理这类纠纷。

1、婚姻纠纷涉及的法律问题非常复杂，婚姻登记机关的行政人员，一般没有经过严格的法律培训，其法律素质不如法官专业，难以胜任此项复杂的工作。

2、婚姻登记机关的职权有限，无法处理婚姻纠纷所附随的诸多民事内容。婚姻被宣告无效或不成立后，涉及到共同财产分割、子女抚养与监护、损害赔偿等一系列事关婚姻双方当事人及其子女的基本权益的民事事项。对此，婚

[26] 有关婚姻成立与不成立的实体上的认定，在拙著《婚姻诉讼的前沿理论与审判实务》中有专章约5万字的论述。由于这里主要是讨论程序问题，对实体认定不予涉及。

姻登记机关无权、也无力作出处理，当事人为此只能另行打官司。这无疑要费时耗力，加重当事人负担。

3、由于婚姻登记纠纷是民事案件，由婚姻登记机关处理，不仅其职能难以胜任，也破坏了审判权的统一性和完整性。

4、婚姻登记机关处理此类案件，必然滋生所谓的婚姻行政诉讼案件，造成恶性循环，浪费社会资源，并制造法院内部“民行分离” （婚姻民事审判与行政审判分离）现象。而“民行分离”，又导致审理资源分散和浪费，造成法官对婚姻案件处理不精、不专，甚至产生相互对立或矛盾判决等。

5、婚姻登记瑕疵纠纷由婚姻登记机关处理，实际上就是便于将行政机关列为被告，以此作为跳板再起诉到法院，由行政审判庭按照行政诉讼处理。这实际上是一种浪费社会资源的曲线诉讼。而直接由法院统一主管，按照民事程序处理，既符合婚姻案件的基本特点，也可以从根本上消灭行政诉讼，避免行政机关与司法机关的重复劳动，避免法院内部的分散审判。这样，才能真正理顺审判关系，能做到一个口进，一个口出，保障案件处理的有序性和高效性，节约社会成本，方便当事人诉讼。

6、废除通过行政处理机制和行政诉讼程序处理婚姻瑕疵纠纷机制，与现行法律并不矛盾，具有法律上的正当性。因为行政诉讼法并没有规定婚姻登记纠纷属于行政案件，而婚姻法和有关行政法规，所规定的婚姻登记机关可以处理的婚姻纠纷，只有受胁迫结婚。而根据婚姻法第11条规定，受胁迫结婚的一方既可以向婚姻登记机关请求撤销婚姻，也可以向人民法院请求撤销婚姻。这就是说，在司法实践中，对于受胁迫结婚，完全可以由法院统一按民事诉讼程序解决。这样就可以提前为行政诉讼“断奶”，然后从法律上彻底废除行政处理机制。

四、运用行政诉讼处理婚姻登记瑕疵纠纷弊端多

不仅婚姻登记机关不宜处理婚姻纠纷，法院运用行政诉讼处理婚姻纠纷，也存在诸多弊端。为此，笔者建议，除了婚姻登记机关的婚姻侵权案件（如对符合结婚条件的婚姻当事人拒绝婚姻登记；婚姻登记中乱收费、乱罚款等）可以作为婚姻行政案件外，凡是涉及当事人婚姻关系的效力或成立与不成立的纠纷，都应当统一由人民法院按民事案件处理。包括目前婚姻登记机关处理的胁迫结婚，也应当划归法院统管，婚姻登记机关不再处理，以消灭这类婚姻行政诉讼案件。因为无论是“婚姻登记瑕疵”还是无效婚姻，都无法通过行政诉讼程序得到有效解决。

（一）婚姻登记瑕疵纠纷不属于行政诉讼的受案范围

根据《中华人民共和国行政诉讼法》第11条规定，人民法院受理行政诉讼案件有八种 ：“（一）对拘留、罚款、吊销许可证和执照、责令停产停业、没收财物等行政处罚不服的；（二）对限制人身自由或者对财产的查封、扣押、冻结等行政强制措施不服的；（三）认为行政机关侵犯法律规定的经营自主权的；（四）认为符合法定条件申请行政机关颁发许可证和执照，行政机关拒绝颁发或者不予答复的；（五）申请行政机关履行保护人身权、财产权的法定职责，行政机关拒绝履行或者不予答复的；（六）认为行政机关没有依法发给抚恤金的；（七）认为行政机关违法要求履行义务的；（八）认为行政机关侵犯其它人身权、财产权的。除前款规定外，人民法院受理法律、法规规定可以提起诉讼的其它行政案件。”而婚姻登记瑕疵纠纷与该八种行政行为的性质不符。同时，根据《婚姻登记条例》及其相关规定，已经明确规定婚姻登记机关不受理因婚姻登记程序引起的纠纷，此类案件已经不属于婚姻登记行政机关直接处理的范围。法院将其列为行政性质行为，没有法律根据。事实上，因婚姻登记程序引起的婚姻成立或不成立纠纷，是典型的民事案件，将其作为行政案件，可谓是我国的唯一特色。

（二）将婚姻登记瑕疵纠纷作为行政案件，行政判决的功能难以适用

行政诉讼法第54条规定，对于行政诉讼案件，“人民法院经过审理，根据不同情况，分别作出以下判决：（一）具体行政行为证据确凿，适用法律、法规正确，符合法定程序的，判决维持。（二）具体行政行为有下列情形之一的，判决撤销或者部分撤销，并可以判决被告重新作出具体行政行为：（１）主要证据不足的；（２）适用法律、法规错误的；（３）违反法定程序的；（４）超越职权的；（５）滥用职权的。（三）被告不履行或者拖延履行法定职责的，判决其在一定期限内履行。（四）行政处罚显失公正的，可以判决变更。”根据上述规定，人民法院审理行政诉讼案件，只能作出“维持”、“撤销”和“变更”三种结果的判决。而对于婚姻登记引起的婚姻纠纷，则是“确认”性质判决，显然不适用上述规定。虽然2001年最高人民法院颁布的《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》（以下简称《解释》）第57条第2款规定了可以对违法或无效的行政行为作出确认判决。但婚姻登记纠纷，当事人所要确认的主要对象并不是行政行为的合法与违法或者有效与无效，而是当事人的婚姻关系是否成立。婚姻登记行为违法与否与婚姻关系是否成立,并不完全是一回事。婚姻不成立，婚姻登记行为可能存在违法。但婚姻登记行为违法，并不一定都影响婚姻关系的成立。而通过行政判决确认婚姻登记违法或撤销婚姻登记，有时与事实上存在或不能否认的婚姻关系将会产生矛盾。这里列举几种相关情形以资说明：

1、1994年2月1日以前的结婚登记被撤销，并不影响婚姻关系成立

根据最高人民法院司法解释，1994年2月1日以前以夫妻名义同居的，只要符合结婚的实质要件，承认双方的婚

姻效力。那么，1994 年 2 月 1 日以前登记结婚的当事人，如果只是登记程序违法，而符合结婚实质条件的，即使登记程序被认定违法或无效，也不影响当事人的婚姻关系的成立。因为可以作为事实婚姻对待，当事人的婚姻关系仍然存在和有效。因而，按行政诉讼程序撤销该类婚姻登记，并不能有效地解决当事人双方的婚姻关系。

2、越权管辖等婚姻登记瑕疵，并不影响婚姻关系的效力

《婚姻登记条例》第 4 条规定：“内地居民结婚，男女双方应当共同到一方当事人常住户口所在地的婚姻登记机关办理结婚登记”。《婚姻登记工作暂行规范》第 5 条规定：“婚姻登记机关不得违反上述规定办理婚姻登记”。

根据上述规定，婚姻登记机关不得违反规定跨地区办理或颁发婚姻证件，包括不得颁发结婚证和离婚证。违反规定跨地区办理或颁发婚姻证件就是违法。但在现实生活中，违反规定跨地区办理或颁发婚姻证件情形却很严重。然而，对于这种情况，只要婚姻登记没有违反其它规定，双方完全是自愿结婚，完成了婚姻登记行为，并符合结婚的条件，应当认定婚姻成立有效；如果婚姻登记没有违反其它规定，双方完全是自愿离婚，其离婚也应当有效。对于违反规定跨地区颁发婚姻证件的情况，如果婚姻当事人以婚姻登记机关违法颁发婚姻证件为由，提起行政诉讼，请求撤销婚姻登记，人民法院在行政判决中一方面要确认婚姻登记行为违法，一方面要确认婚姻关系有效，行政判决的功能不适用。因为行政诉讼判决只能确认婚姻登记行政行为是否违法，而不能确认婚姻民事法律关系是否成立。

还有民政部门颁发假结婚证的行政行为，其行政行为违法与婚姻的效力，也不能是一个评判标准。据《中国青年报》2004 年 6 月 1 日报道，从 1994 年到 1997 年，玉林市结婚 22．5681 万对，而到自治区民政厅购买结婚证的仅为 14．86 万对，这意味着该市可能有 7．7 万多对夫妇领取的是假结婚证 。[27]

民政部门颁发假结婚证的行政行为肯定是违法的。但当事人的婚姻关系又是有效的。那么，对于民政部门颁发假结婚证，当事人通过行政诉讼要求确认其行政行为违法，或者要求撤销婚姻登记或重新颁发结婚证等，法院不得不判决确认其行政行为违法，或责令民政部门重新颁发结婚证。而判决确认行政行为违法，或责令民政部门重新颁发结婚证后，其婚姻关系如何？重新颁发结婚证后，其婚姻关系从何时起算？行政判决都难以解决。因为按照最高人民法院《解释》的规定，行政确认判决，只能确认行政行为违法或无效。对于婚姻登记来说，只能确认婚姻登记行为违法或无效，而对婚姻关系本身成立与不成立，或有效与无效，以及婚姻关系从何时成立，行政判决的功能难以解决。

3、他人代理或欺诈登记结婚等瑕疵，并不一定导致婚姻关系不成立或无效

有些违反一方结婚意愿的婚姻（常见的有他人代理结婚或一方采取欺诈手段登记结婚等），单纯从结婚形式或程序上审查具体行政行为，可能属于违法或无效。但从婚姻关系上审查，婚姻则可能成立或有效。如由他人代理或一方采取欺诈手段登记结婚，事后婚姻当事人追认（包括默认）的，或者知道他人代理登记或采取欺诈手段登记后，仍与对方共同生活，并没有及时行使撤销权，而时隔数年，甚至十多年以后因婚姻关系劣变而主张婚姻登记行为违法或无效，要求撤销婚姻登记。对此，按照行政诉讼处理，单纯审查婚姻登记具体行政行为，肯定存在违法，而且按照婚姻登记程序的有关法律规定，可以认定婚姻登记行为违法或无效。但从婚姻关系来考察，则不能认定该婚姻关系不成立或无效。因为由他人代理或采取欺诈手段登记结婚的婚姻，主要是违背当事人结婚意愿，这与被胁迫结婚具有相同的性质。而我国法律规定被胁迫结婚，除被非法限制人身自由外，应当自结婚登记之日起一年内提出撤销婚姻。否则，不能再提出撤销婚姻。参照处理被胁迫结婚的有关规定，上述瑕疵婚姻，超过了一定期限，就不能再提出撤销婚姻的主张，违法婚姻自然转化为合法婚姻。但按照行政诉讼案件处理婚姻登记纠纷，往往因为婚姻登记违反婚姻登记形式要件，而直接判决撤销婚姻登记。

可见，婚姻登记具体行政行为违法或无效，并不一定导致婚姻关系当然不成立或无效。如果按照行政诉讼处理，在认定婚姻登记行政行为违法或无效的情况下，对当事人的婚姻关系并不能完全得到解决。要解决当事人的婚姻关系是否成立，则必须在认定婚姻登记行政行为违法或无效的同时，一并确认婚姻关系成立或有效；否则，将会随着婚姻登记行为的撤销而使本来应当成立或有效的婚姻关系也随之撤销。而在行政诉讼判决中，既要对行政行为的违法与否进行确认，又要对民事婚姻关系进行确认，行政诉讼的功能难以适用。因而，行政诉讼案件的判决原则并不完全适用婚姻登记纠纷。同时，当事人目的并不在于确认婚姻登记行为违法与否，而在于确认婚姻关系是否成立或存在。直接通过行政诉讼撤销婚姻登记，或者确认婚姻登记行政行为违法或无效，实际上是用确认婚姻登记具体行政行为违法或无效，代替确认婚姻关系成立与不成立或有效，混淆了行政诉讼与民事诉讼的界限。采用如此别扭的诉讼形式，不如通过民事诉讼，确认婚姻关系成立与不成立更为畅通。

（三）婚姻纠纷案件中的所谓相对行政人，具有牵强附会而虚设之嫌

因婚姻登记程序引起的婚姻纠纷案件，一般来说，当事人既不是对婚姻登记机关的不作为起诉，要求其作为；也不是要求婚姻登记机关承担因登记错误而产生的法律责任，其诉讼目的就是要求法院确认其婚姻关系是否成立或有效。

[27] 假结婚证的“症结”何在，http://www.csonline.com.cn

这样的案件，到底有什么“行政性”？它只不过是原告将婚姻登记机关列为被告而已。而这类案件，又主要是当事人为了结婚而造假，过错在于当事人，除极个别外，登记机关一般并没有过错。而运用行政诉讼解决结婚登记中存在的问题，不论其过错与婚姻登记机关是否有关，则非要起诉婚姻登记机关不可。婚姻登记机关无辜成为被告，也是没有道理的。这给人的感觉似乎是：为了把这类案件作为行政案件，而非要虚设一个相对行政人不可。

同时，根据有关规定，婚姻登记机关不能受理此类纠纷。那么，对于婚姻登记机关无权处理或不能处理的事情，我们又有什么理由要起诉它？它又怎么能够成为相对行政人？

还有些婚姻成立或不成立纠纷，根本不涉及婚姻登记机关违法与不违法问题，将婚姻登记机关作为行政诉讼案件的被告，更没有道理。这里仅略举几类典型案例加以说明。

1、涉及婚姻登记程序是否完成的婚姻纠纷

如2004 年10 月1 日，张女士与退休干部李某申请结婚登记。婚姻登记机关经过审查，认为双方符合结婚条件，即予以登记，但因故当时没有发放结婚证。10 月9 日婚礼如期举行，当晚李某突发心肌梗塞死亡。李某所在单位以张女士与李某婚姻不成立为由要收回分给李某的房屋。张女士则认为与李某的婚姻成立。

又如，王某与张某于2003 年相识、恋爱并同居。2004 年生育一子。2005 年两人到婚姻登记机关进行结婚登记，并按照要求填写了结婚登记申请表。婚姻登记机关工作人员亦在审查栏具名并签署“经审查情况属实，准予登记”意见。因未婚生子须缴纳罚款，王某与张某不愿缴纳；婚姻登记机关最终也没有在结婚登记申请表上加盖公章，也没有向两人发放结婚证。其后不久，两人因性格不合开始分居。2006 年3 月，王某因车祸死亡，张某得知，遂以配偶身份向法院具状请求肇事方给付死亡赔偿金若干元。王某与张某的婚姻是否成立，张某与王某的其他近亲属有不同看法。

像这样的案件，所涉及的核心问题就是婚姻是否成立，而不是民政机关是否违法问题。将民政机关作为被告，没有任何根据和意义。而且民政机关也难以解决。

2、涉及非法定机关颁发结婚证或伪造结婚证的婚姻纠纷

武女士 2006 年刚满21 岁。据她介绍，2003 年7 月份，她与邻村一位男青年相恋。2005 年10 月，男方家人拿着双方的照片和户口证明，代他们办理了结婚证。其间，武女士本人既没有去民政部门登记，也未在证件上签字、按手印。 武女士说，当时她对结婚登记的法定程序并不太了解，再加上对方办理的证件上盖有各级民政部门的“大红章”，便认为自己已正式拥有了合法的婚姻。一个多月后，她和恋人举行了婚礼。然而，好景不长，两人时常为一些琐事争吵不休。武女士说，2006 年8 月，她已有了3 个月身孕，但爱人仍以当时不够法定结婚年龄为由，向当地法院提起诉讼，要求撤销婚姻登记。 法庭经过调查，也初步认为男方户口本上的年龄的确与“结婚证”不符，其结婚时男方的实际年龄未满22 周岁。对此，武女士在痛心之余备感惊讶：办理结婚证不仅需要两个人的户口证明，还要经过民政部门的审核，盖有印章的证件为何会出现如此大的差错呢？ 在武女士持有的“X 字第210500025 号”结婚证上，男方年龄22 岁；女方年龄20 岁。发证机关为“XX 县XXX 镇婚姻登记处”，发证日期是2005 年10 月11 日。 然而，XXX 镇政府主管民政工作的负责人解释说，从2003 年开始，镇政府便不再办理婚姻登记工作，镇婚姻登记处也取消了。

本案当事人“结婚”时的年龄虽然没有达到法定婚龄，但“离婚”时已经达到法定婚龄，其婚龄已经不影响婚姻的成立或是否有效。本案所涉及的关键问题就是结婚证上的发证机关涉嫌假冒。所以，本案所涉及问题就是要确认其结婚证是否合法机关颁发。

像这样的案件，如果结婚证不是合法机关颁发，法院可以直接确认因颁发结婚证的机关不合法，双方婚姻不成立。这样的案件，又怎么能将行政机关列为被告呢？

3、不涉及行政违法的单纯婚姻关系是否存在纠纷

有一些婚姻纠纷，双方争议的焦点是单纯的婚姻关系是否存在，不涉及婚姻登记机关的行政行为是否违法。

如温岭箬横的金师傅在2008 年遇上了大难题。10 年前，他与一位贵州籍女子登记结了婚，产下一子。由于感情不和，女方一年后回娘家居住，金师傅只好一人在温岭照顾孩子。 一晃8 年过去了。金师傅考虑双方已没有复合的可能，就动起了离婚的念头。谁知，对方压根就不承认跟他结过婚。因为女方更改后的现在身份证号码，与她当年留在结婚证上的号码，根本就对不起来。现在女方身份证上登记的出生年份为1982 年，而结婚证上登记的出生年份为1976 年。因此，无论是温岭民证部门还是法院，都不肯办理金师傅的离婚手续。金师傅说：“民证部门及法院的同志都说，按照法律，连离婚对象都不确定，所以这婚没法离。”

上述案件，是女方结婚后更改自己的身份资料，不存在婚姻登记机关违法问题。更主要的是，双方当事人所争议的是两人是否存在婚姻关系问题，而不是婚姻登记机关的违法与否问题，怎么能将婚姻登记机关作为被告？

同时，这些案件不仅说明婚姻登记机关不能作为被告，也说明婚姻成立或不成立之诉，已经不是一个需要与不需要的问题，而是一个非要不可的问题。否则，有些婚姻纠纷根本无法处理。

（四）行政诉讼的起诉条件和诉讼时效，更难适用婚姻成立或不成立之诉

根据行政诉讼法第六章“起诉和受理”的有关规定，行政诉讼案件的起诉和受理有严格条件。一般都有行政前置程序和诉讼时效的限制。这些规定，并不适用婚姻纠纷。如最高人民法院关于执行《中华人民共和国行政诉讼法》若干问题的解释第42条规定：“公民、法人或者其它组织不知道行政机关作出的具体行政行为的内容的，其起诉期限从知道或者应当知道具体行政行为的内容之日起计算。对涉及不动产的具体行政行为从作出之日起超过20年、其它具体行政行为从作出之日起超过5年提起诉讼的，人民法院不予受理”。按照行政诉讼的起诉条件和诉讼时效处理婚姻登记纠纷，就会出现二难现象：要么就不受理，要么就违法受理。而在实践中，有的法院受理的所谓婚姻登记行政案件，则不受起诉条件和诉讼时效限制，包括结婚已经10年、20年以上的，未经任何行政前置程序，也直接受理。这与行政诉讼法规定的起诉条件和诉讼时效是矛盾的。有的法院则则严格执行诉讼时效规定。如项城市法院2007年就驳回了一起2000年进行婚姻登记的行政诉讼案件。[28]可见，从起诉条件和诉讼时效考察，婚姻登记纠纷不适用行政诉讼程序。而民法总则的有关诉讼时效，不适用婚姻等身份关系。婚姻无效或不成立等，不受民法总则诉讼时效的限制，当事人可以随时起诉。因而，直接按照民事纠纷处理，没有法律障碍，也简便易行。

五、适用婚姻成立或不成立之诉解决婚姻瑕疵纠纷，有其充分的法律根据和理论基础

1、婚姻法和行政法规只规定婚姻登记机关可以处理受胁迫结婚，没有授权其处理婚姻瑕疵纠纷。婚姻瑕疵纠纷在性质上属于民事案件，而民事案件只能通过民事诉讼程序解决。因而，按照民事诉讼程序解决婚姻瑕疵纠纷，具有法律上的正当性和合理性。

2、适用婚姻成立或不成立之诉解决婚姻瑕疵纠纷，有其充分的法律根据。从实体法上看，婚姻法第8条及其配套法规，对婚姻成立的要件，作出了明确的规定。这是认定婚姻成立或不成立的法律根据。在程序上，确认婚姻成立或不成立之诉，其性质属于确认之诉。确认之诉是我国民事诉讼程序上常见的基本诉种之一，完全有其法理基础。同时，我国的司法解释，业已确立了无效婚姻和可撤销婚姻制度。确认婚姻成立或不成立，其性质在一定程度上具有相同之处，可以参照适用。因而，确认婚姻成立或不成立之诉，无论是在实体法上，还是程序法上，都没有法律障碍。

3、外国立法和司法经验可供我们借鉴。在外国的立法和司法中，都有关于婚姻成立与不成立的诉讼规定，如德国民事诉讼法第六编家事事件程序第632条规定了确认婚姻存在与否之诉。[29]日本、法国也有婚姻关系存否确认之诉和身份关系确认之诉。[30] 我国台湾的民法中虽然没有婚姻不成立的规定，但在民事诉讼法（第568条、第572条等条文）中，有关于婚姻成立与不成立之诉的规定。而且在台湾司法实务上，如果当事人对于两愿离婚是否无效产生争议时，也可以通过确认婚姻成立与不成立之诉解决。根据台湾“最高法院”判例意旨，当事人可以提起“两愿离婚无效之诉”或“撤销两愿离婚之诉”，以确认婚姻关系是否因离婚而消灭。如果确认婚姻关系依然存在，则两愿离婚则无效。31同时，在国外 ，婚姻有效或无效、婚姻成立与不成立等，都是作为民事案件，由人民法院统一管辖。这些作法，我们都可以借鉴。

（原载《人民司法》（应用）2009年第13期）

人事诉讼程序的法理与实证

陈爱武（南京师范大学法学院，210046）

【内容提要】人事诉讼程序是大陆法系国家普遍确立的一项制度。构建该项程序并非某个国家立法者的任意行为，而是源于社会现实的客观需要。进而言之，人事诉讼程序之确立具有深厚的法理基础，即程序相称原理；程序多样化原理；诉讼程序非讼化原理。在我国社会主义市场经济条件已经确立、民事司法改革日渐深入的今天，构建我国的人事诉讼程序，不仅是必要的，而且是可能的。

【关键词】人事诉讼；人事诉讼程序；理论基础；实证分析

人事诉讼程序，又称家事诉讼程序，它是大陆法国家（包括我国台湾地区）民事诉讼法中确立的一种程序。近现代以来，以德国、日本为代表的大陆法国家一直把以身份关系为核心的家事纠纷作为一个特殊的领域，建立专门的法院[1]或制定专门的诉讼程序。很多国家还规定了检察官代表国家作为当事人参加诉讼，以体现国家对这种关系的重视。英美法国家虽然没有大陆法系国家这样明确的理论体系和系统的成文立法，但法院早已注意到了这类案件的特殊性，采用了与大陆法国家相同或类似的审理方式和审理理念。

就我国现实而言，民事诉讼立法中对人事诉讼只字未提。在理论上，主张并重视人事诉讼制度研究的学者也是少

[28]（2007）项行初字第061号行政裁定书，见《民事与行政案件中婚姻无效程序的审理冲突》，中国法院网，http://blog.chinacourt.org/wp-profile1.php?p=100965&author=12472

[29]谢怀栻译《德意志联邦共和国民事诉讼法》，中国法制出版社，2001年7版，第163页。

[30]廖中洪《民事诉讼法·诉讼程序篇——21世纪民事诉讼法学前沿系列》，厦门大学出版社，2005年3月版，第286页、第293——294页。11高凤仙《亲属法理论与实务》，台湾五南图书有限公司,2000年8月二版一刷，第185页。

之又少。为什么我国立法中难觅人事诉讼制度的影踪？人事诉讼制度建立之法理基础是什么？我国是否有建立这一制度的必要性？本文试图对与此相关的问题作一力所能及的探索，以期能为我国民事诉讼法的修订以及民事程序法制的完善提供有益的参考。

一、内涵界定：人事诉讼程序之意义分析

（一）人事诉讼程序的概念辨析

人事诉讼程序是指法院处理人事诉讼案件时所适用的程序。它是民事诉讼程序中的一个子程序，它与其他民事诉讼程序不同之处主要在于它是关于“人事”，而不是关于“财产”的诉讼程序。然则何谓“人事”？在民事诉讼语境中，“人事”专指与婚姻家庭中自然人的身份相关的特定事件。

在我国学界和实务界，人们常常将人事案件、家事案件（家庭案件）、身份关系案件、婚姻家庭案件等概念互用互换；将人事诉讼法、家事事件法、家事审判法相互混淆。其实它们并不完全等同。

首先，在世界各国的民事诉讼立法中，人事诉讼的标的人事案件与家事审判的对象家事案件并不相同。从实体法的视角观之，家事案件的范围十分广泛，具体包括：婚姻案件、亲子案件、监护案件、扶养案件、继承及遗嘱案件、与禁治产等相关的案件。但是把哪些案件单独列出来作为人事案件，与通常的民事案件进行不同的处理，则随着不同国家法院制度的沿革和其他因素而有异，具体有三种类型：一是把前面列举的几乎所有的案件都当作家庭案件，如日本、韩国。在日本，与家庭有关的案件在家庭法院中全部被当作调停或者审判的对象，但是如果作为诉讼案件发生争议时，则只有婚姻案件、亲子案件、收养案件依据人事诉讼法进行特别的处理；[2]二是把一部分、大多数场合仅包括婚姻案件、亲子案件、监护案件这三种作为家事案件，其他作为普通案件处理，如前东德、希腊、奥地利等。应该说比较多的国家属于这一类型；三是仅把婚姻案件作为家事案件，如澳大利亚。从程序法的视角观之，家庭案件又可以分为诉讼案件和非讼案件二种（但英美法国家不作这样的区分，在那里，所有的家庭案件都可以作为非讼案件处理）。一般而言，诉讼案件包括婚姻案件、亲子案件、收养案件等，它们有两造对立的诉讼结构。其他家事类案件大多属于非讼类案件，它们没有原被告的对立，只是要求法院对相应案件进行分类宣告而已。[3]

其次，人事诉讼法、家事事件法与家事审判法也不能完全等同。人事诉讼法和家事审判法这种区分主要出现在日本。人事诉讼法是国家制定或认可的，处理人事诉讼案件所专门适用的程序法律规范的总和。家事审判法则是家事法院审理家庭事件而适用的程序法律规范总称。也即，若家事法院审理人事案件则适用人事诉讼法的特别规定，审理人事案件以外的家庭案件则适用家事审判法，并可准用非讼程序法的部分规定。在德国、韩国等大陆法国家，没有这样的区分，而是直接使用“家事事件法”、“家事诉讼法”，将家庭纠纷中的诉讼案件、非讼案件全部纳入其中。

综上，我们可以得出如下初步结论：（1）人事诉讼案件不等于家事案件，它通常属于广义的家事案件中的一部分。（2）适用人事诉讼法进行处理的人事案件主要包括婚姻案件、亲子案件、抚养案件、收养案件等法定的几种类型；（3）人事案件是诉讼案件，一般不包括非讼案件。但讼与非讼的分类并不是绝对的。（4）身份关系案件、婚姻家庭案件与家事案件在内涵上基本类似。这种提法或称谓主要出现在我国学者的著述中，但其内涵并不统一。[4]笔者认为，只要明确该类诉讼程序的内涵和外延，使用人事诉讼、家事诉讼或身份关系诉讼皆无不可。

（二）人事诉讼程序的法律性质

人事诉讼程序作为民事诉讼程序的一种子程序，有着与其他民事程序不同的法律特性：

1、案件范围的限定性。适用人事诉讼程序进行审理的案件主要是部分身份关系的案件。如：婚姻、亲子、抚养及收养等事件。除此之外的案件无论是身份关系还是财产关系，都不适用人事诉讼法。

2、案件管辖的专属性。因为家事纠纷的特殊性，很多国家设立了家庭法院（庭），专门处理该类案件。人事诉讼案件由家事法院专属管辖几乎成为各国管辖的通例。

3、诉讼标的的公益性。人事诉讼的诉讼标的主要是部分身份关系，该种关系不仅涉及当事人私益更涉及国家和社会之利益，因为身份关系与婚姻家庭紧密相连，婚姻家庭是一国社会秩序的重要组成部分，与婚姻家庭相关的身份关系如果可以随意形成和变更，则社会秩序极易发生混乱，甚至还可能引发恶性的治安事件或刑事事件。凡此种种皆表明，身份关系具有强烈的公益性，它在性质上不容私人“自治”。

4、适用非讼程序法理。正因为人事诉讼的诉讼标的具有强烈的公益性，所以国家必然会干预或介入到该类纠纷的解决中，表现为法院处理这类诉讼一般实行职权主义和职权探知主义，法院在程序中起着非常重要的支配作用。普通诉讼程序所遵循的辩论主义、处分权主义等当事人主义程序法理在此不适用或不完全适用，而非讼程序法理则占据主导地位。

5、具体程序规定具有特殊性。人事诉讼案件的管辖、起诉、审前准备、当事人、反诉、诉之合并、追加、审理方式、调解、和解、裁判效力等方面都有特殊的规定。

二、立法例：人事诉讼程序之各国考察

（一）德国

德国是世界上最早在立法上规定家庭事件程序的国家，早在1877年其《民事诉讼法》第六编“婚姻事件与禁治产事件”就规定了这一内容，只不过当时关于家事案件的范围较窄，仅包括婚姻事件和禁治产事件。以后随着社会的发展，该编的内容不断被修改和补充。现行《民事诉讼法》（2001年7月修订版）第六编标题是“家庭事件程序”，其内容已经得到彻底重塑。该编分为七章：第一章，婚姻事件程序的一般规定；第二章，其他家庭事件程序的一般规定；第三章，离婚事件与离婚后事件的程序；第四章，撤销婚姻与确认婚姻存在与否的程序；第五章，亲子事件程序；第六章，抚养的程序；第七章，同居关系案件。

德国家事案件的范围主要包括：（1）婚姻事件。包括离婚及其后果事件、婚姻撤销及确认事件。（2）其他家庭事件。包括家事诉讼案件和家事非讼事件。前者包括抚养事件、财产权事件（财产增值结算）、亲子关系事件。后者包括涉及子女监护权、子女探视权、交出子女、扶养或抚养补偿、婚姻住所和家用器具等的事件。[5]此外，新民事诉讼法中还增加了“同居关系案件”，包括撤销同居关系、确认同居关系存在或不存在、同居期间的照顾义务和支持义务、基于同居关系的法定抚养义务等[6]。

此外，德国还设立了多层级的家事法院（庭），用以专门处理家事案件，并竭力把家事纠纷与其他普通民事纠纷分别处理，形成了处理家事纠纷的一系列有特色的原则和制度。[7]

德国家事法院（庭）审理家庭案件的理念和原则可以概括为：（1）实行职权主义和职权探知主义，限制辩论主义和处分权主义。正如其学者所言，在婚姻案件的程序规定中，“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”。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”。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”。[8]（2）程序不公开主义。在重要的家事案件中，原则上排除公开。因为“公开辩论的利益可能与保守秘密的公利益或者商业利益相冲撞”，为了保护家庭案件的当事人，程序的不公开具有优先权。[9]（3）本人诉讼主义。在婚姻案件中，未成年的配偶有诉讼能力，法院应当命令双方当事人亲自到场并且对他们进行询问。如果不出席，则必须缴纳秩序罚款，在一再缺席时，可以强制其到庭。（4）裁判效力绝对原则。法院按照人事诉讼程序作出的裁决不仅对当事人产生效力，而且其效力一般也及于任何不特定的第三人，具有对世效力。

（二）日本

日本于1898年制定了专门的《人事诉讼程序法》，该法公布后，曾多次进行修改。根据立法的规定，“人事诉讼”的案件范围包括：（1）婚姻的无效及撤销之诉；离婚之诉；协议离婚的无效及撤销之诉；婚姻关系存在与否的确认之诉。（2）否认子女之诉；认知之诉；认知的无效及撤销之诉；确认父亲之诉；亲子关系存在与否的确认之诉。（3）收养无效及撤销之诉；解除收养之诉；协议解除收养关系无效及撤销之诉；收养关系存在与否确认之诉。

1947年，日本公布了《家事审判法》，用以处理人事案件之外的家庭案件，主要是非讼案件。1948年日本成立了专门的家事法院，该法院可以对家事案件进行调停和审判，但对人事诉讼案件只能进行调停，无权进行审判，如调停不成即转入地方法院进行审判。这种“分断式的审判格局[10]”遭到了学者的批判和否定。2003年7月，日本颁布新《人事诉讼法》（2004年4月1日施行），明确规定人事诉讼案件由家事法院专属管辖，实现了家庭法院对家事案件管辖的一元化。

与旧法相比，新《人事诉讼法》修改的幅度较大，增加了许多新内容，如扩大了家庭法院的管辖范围、导入了参与员制度、扩充了家庭裁判所调查官制度、在检察官成为被告的人事诉讼中，导入了利害关系人参加制度等等[11]，细密的内容和精致的程序设计体现了日本对家庭关系的高度重视。

在人事案件的审理理念上，日本与德国类似。

（三）韩国

韩国的人事诉讼制度源于日本，所以与日本立法例类似，既有《人事诉讼法》，又有《家事审判法》。但是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合为一，制定了单独的《家事诉讼法》。该法第二条将因身份关系而引发的纠纷案件分为诉讼案件和非讼案件，并限定了其适用范围。其中，诉讼案件包括：（1）婚姻无效诉讼；（2）离婚无效诉讼；（3）认知无效诉讼；（4）确认亲子关系诉讼；（5）领养无效诉讼；（6）终止收养无效诉讼；（7）户主继承无效或恢复诉讼。非讼案件包括：（1）确认事实上的婚姻关系诉讼；（2）取消婚姻诉讼；（3）取消离婚诉讼；（4）裁判上的离婚诉讼；（5）否认亲生；（6）取消认知诉讼；（7）对认知的异议诉讼；（8）认知请求诉讼；（9）取消领养诉讼等。

根据这一规定，凡是因身份关系发生纠纷，首先适用《家事诉讼法》第二条的规定，如果不属于这一范围，则适用民事诉讼法或非讼案件程序法的有关规定。家事诉讼法没有规定的程序，适用民事诉讼法的相关规定。

上述修改还使韩国家事审判发生了其他重要变化：（1）由公开主义向非公开主义转变。通常，家事案件实行不公

开审理主义，韩国似乎改变了这一定律。不过韩国的这一改变是有限的，因为在《家事诉讼法》第十条又明确规定了“禁止报道原则”，该原则特别强调“以个人身份关系为主的家事诉讼必须注意保护当事人的隐私”。（2）对家事诉讼案件和非讼案件重新作了分类。原先属于诉讼类的案件，现在划入了非讼范畴。（3）案件审理上由强调非讼性向强调诉讼性转变。[12]

在家事诉讼案件的审理理念上，韩国与德国、日本类似。

（四）美国

在美国，人事诉讼案件的特殊规定主要体现在家庭法中。家庭法(Family Law)即家庭关系法(Domestic Relations Law)，它涉及婚姻、夫妻关系、收养、监护、抚养等多方面。从渊源上看，家庭法主要来自：各州的家庭法，这是渊源的最主要部分；联邦宪法；州和联邦的其他法律如税法、财产法等；地方性法规。[13]此外，1970年美国《统一结婚离婚法》中对婚姻案件也作了较多规定。

1、关于家庭关系案件的管辖法院。美国有些州的家庭案件由普通法院受理，另一些州则有专门的家庭法院(Family Court)。依美国法传统，联邦法院早就放弃了对家庭案件的管辖权，即便具有充分的管辖理由。但反对者们往往认为州法院无权判定离婚。不过1992年，美国联邦上诉法院重申了对家事案件无管辖权，“我们的结论是……家庭关系是一个例外，巴布尔（Barber）案早已明确了联邦法院无权作出关于离婚、赡养费和子女监护问题的判令”。[14]但关于子女供养执行问题的联邦法律却特别赋予了联邦法院有限管辖权。

（2）关于家庭法院的受案范围。家庭法院或其他受理家庭案件的普通法院尽管其管辖权因州而异，但多数有下列一些案件的管辖权：虐待儿童案件（child court）；供养诉讼（support）；确定亲子关系（paternity）和供养非婚生子女（child born out of wedlock）案件；终止监护权的诉讼；未成年人违法（juvenile delinquency）案件；家庭罪（family offense）案件等。上述案件中既包括了刑事案件，又包括了民事纠纷。

（3）家庭法院处理案件之程序。原先美国法院在处理家事案件时，程序与一般法院相近，现今已逐步注意到家事问题的特殊性，法律顾问、调解、庭外和解等替代性措施的使用越来越频繁。甚至离婚调解或庭外和解已成为解决家事纠纷的重要模式。从历史上看，早在二十世纪三十年代，继劳动纠纷之后，美国就开始在家事领域推行调解。1939年，加利福尼亚州设立了调解法院（Conciliation Court），对当事人采用调解作为代替审判程序的手段。因进行家事调解的调解人多具有心理学方面的素养，遂将“治疗”（therapeutic）理念带入了调解之中。具体而言，就是促使当事人正面认识纠纷的根源在于感情上的争点，在调解人认为适当的场合，鼓励当事人继续维持（婚姻）关系。虽然在这方面家事调解人之间的意见并不统一，但一般都认为应更多地考虑人际关系而不是法律方面的争点。[15]

（五）澳大利亚

澳大利亚的人事诉讼程序规定主要集中在《1959年联邦婚姻案件程序法》和《1975年家事法案》(Family Law Act）中。1993年，澳大利亚政府发表了一份报告书——The Family law Act1975:Directions for Amendment，这份报告书把家事法制度的重点由诉讼转移至非对抗性的排解纠纷程序。接着，澳大利亚颁布了反映上述转变的新法令《1995年家事法改革法令》(Family law Reform Act 1995)，该法令已于1996年实施。[16]

1、人事诉讼案件的管辖法院。《1959年联邦婚姻案件程序法》曾将有关家事案件的管辖权授予州法院。后来，澳洲根据《1975年家事法案》专门创设了联邦家庭法院（FCA），该法院属于联邦高等法院。联邦的主要城市及其他一些地区都设有家事法院，家事法院设专门的家事法官。

2、人事诉讼案件的范围。澳大利亚的家事法院主要对下列事项享有管辖权：有关离婚和确认婚姻无效的案件；有关子女的监护和探视问题；配偶、子女的扶养（抚养）问题；夫妻财产分割问题等。从实践看，澳大利亚的家事法院采纳了无过错离婚原则后，对婚姻本身的争议已很少见了，诉讼的焦点集中在子女的监护、探视和财产问题上。

3、家事案件处理中的顾问和注册官制。1975年家事法案中规定了家事案件处理中的顾问和注册官制，顾问一般是那些在某一社会科学领域中有专长的人，他们履行下述两项职责：首先，他们有义务向法庭提交涉及本案家庭成员间关系的“家事报告”，以此帮助法官对子女监护和探视问题作出裁决。其次，他们试图通过与夫妻双方进行座谈解决争议问题。这同样是具有法定资格的注册官的职责，他们也力图通过商谈的方式解决有关抚养和财产争议。当然，这些会谈都是秘密的，谈话内容不得作为诉讼证据。

4、调解原则和职权中止诉讼。家事法院在家事案件的审理中，把促成当事人和解以及进行积极的调解作为一项重要的原则，为了做到这些，法官甚至不惜动用职权中止诉讼。

如1975年家庭法案第14条第3款规定，法官在审理时，必须考虑当事人双方和解的可能性。如果法官在庭审举证或从当事人的态度中，认为存在着合理的和解可能性，他可以：a 中止诉讼程序并给予双方当事人庭外和解的机会（此时，法官可以建议当事人向法庭和儿童顾问机构寻求帮助或者由合适的家事法庭官员任命适宜的人或组织为达成合意提供帮助）； b 在双方当事人同意的情况下，由法官主持调停（是否需要法律顾问参与，由法官决定）；c 如果法

官在中止诉讼后，任何一方当事人要求继续审理，法庭必须恢复庭审。

该法案第14条第4款还规定了律师对促成和解的道德义务，即代表任何一方的开业律师都必须考虑双方和解的可能性。

（六）简短的分析

1、两大法系关于人事诉讼程序的立法、内容和适用范围不尽相同

从总体上看，大陆法国家有专门的以“人事诉讼”、“家事诉讼”或“家事事件”命名的程序立法，不管是独立成编还是附设于民事诉讼法中作为一编，皆有系统完整的体系和内容。大陆法国家人事诉讼案件的范围主要集中为：婚姻事件、亲子事件、收养事件等几类。从案件特性上看，这些案件是民事案件，不是刑事案件；是诉讼案件，不是非讼案件。从立法性质上看，人事诉讼程序法属于民事诉讼法的特别法，它有着与普通诉讼程序不同的原理和内容。

在英美法国家，有关人事诉讼的特殊程序规定一般散见于统一家庭法、结婚法、离婚法以及各州的地方性法规中，并且常常是实体内容和程序内容紧紧交错在一起。此外，家事事件之范围也较为杂乱，既有民事方面的（如离婚、收养、监护、抚养等案件），又有刑事方面的（如家庭暴力犯罪、虐待儿童案件、未成年人违法案件以及其他家庭罪等）；既有诉讼案件，又有非讼案件。

相对而言，大陆法国家关于人事诉讼程序的法律规定既系统又全面，它有利于法官形成人事诉讼案件的职权审理理念，英美法国家则无此便利。但上述差异并不必然构成两大法系在人事诉讼程序制度建构上的优劣之别，因为英美法国家有注重实务的优良作风，有精英型法官，有大量可资借鉴的家事审判判例，所以，在人事诉讼领域，他们创造了与大陆法国家相同或类似的审理原则和理念。

2、共同选择：把人事、家事领域作为民事诉讼的一个特殊领域

不管在立法的形式和内容上有着多么大的差异，两大法系多数国家都不约而同地把人事、家事诉讼作为民事诉讼的特殊领域来认真地对待，这一点几乎没有什么差异。那么，各国这样做的深层次原因到底是什么?考察结果显示，这样做的一个重要原因在于人事诉讼的标的——婚姻家庭中的身份关系——具有鲜明的公益性。因为该种身份关系，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。[17]

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？[18]在这样的理念支配下，英美法国家虽然没有专门的人事诉讼程序，但是通过灵活运用有针对性的程序方法，如强调调解的应用，从客观上形成了特殊化的审理程序[19]。

三、学理分析：人事诉讼程序之法理基础

为什么各国立法者不约而同地对人事案件加以特别关注，并对这类案件的处理规定了特别的程序？在笔者看来，这绝不是某一国立法者的任性，而是因为人事诉讼有着自己深厚的程序法理基础。

（一）程序相称性原理：特殊诉讼标的需要设计特殊诉讼程序

程序相称性原理，是指诉讼程序应当与其所对应的诉讼标的相匹配，或者与被解决的纠纷规模相适应。“这一原则之所以重要，除了方便案件管理外，还有一个要因就是考虑到保障手段与保护利益大小相适应。”[20]普通诉讼程序所对应的诉讼标的主要是争议的财产关系，而民事实体法所调整的社会关系除了财产关系之外，还包括身份关系。身份关系具有不同于财产关系的鲜明特性，这种特殊性使得解决身份关系纠纷的民事诉讼程序必然具有与普通程序不同的特性。

首先，身份关系具有公私两益皆具之特性。身份之社会关系，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。从表面观之，似乎它纯属私人间的争执，但实质上它不仅涉及个人之私益更与国家和社会利益紧密相连，带有浓厚的公益色彩，其内容不容当事人自由处分。相应地，身份关系之纠纷便不能简单地用财产、契约纠纷之自治性程序来解决。其次，身份关系具有鲜明的道德性和伦理性。自古以来，身份关系所在的婚姻家庭领域一直就是伦理道德的经常栖息地，法律从来也未能对其进行全面调整（事实上也不可能）。在这里，法律与伦理道德之间形成了一种特别的关联——法律脱离伦理道德，就会成为无源之水；道德离开了法律，就会变得疲软无力。因之，法院在处理有关身份关系的诉讼中，不仅要遵循现行的实体法规范，而且当现行的实体法规范并不能为解决纠纷提供恰当的基准时，必须充分注意援引并适用诸如道德、民族或地方风俗、习惯以及共同生活准则等特殊规范。唯有如此，法院之判决才会对当事人及其共同体乃至社会公众产生说服力。可见，在处理具体婚姻家庭问题时，法官要注意既坚持法律标准，

又坚持道德标准，发挥道德对法律的补充作用，做到导之以伦理，约之以道德，规之以法律。[21]这些理念在财产关系纠纷解决中是难以想象的。再次，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。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。同时这一关系还可能涉及当事人的隐私、未成年子女的抚养以及妇女权益的特别保护等问题，这些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”，毕竟“清官难断家务事”，它必须有自己独特的程序及处理方式。

根据程序相称性原理，特殊性质纠纷必然要求设计特殊的诉讼程序，并遵循特殊的程序法理。普通诉讼程序的诉讼标的主要是财产契约关系，多数属于陌生人之间的争议，因之，诉讼程序宜采对抗式结构，并遵行辩论主义、处分权主义等诉讼理念。唯有如此，才能更好地发现案件真实，并使裁判结果具有正当性、权威性和值得信赖性。而人事诉讼之诉讼标的主要是身份关系，是亲人或熟人之间的争议，对抗式结构和当事人主义的诉讼理念并不能使该类纠纷得到妥当处理，因为对人事诉讼案件而言，“对抗式程序妨碍争执的和平解决”[22]，同时，也不利于形成良好的婚姻家庭秩序，不能体现国家公益之价值追求。因此，有必要设计一种体现人事诉讼案件的解纷特点、不同于普通诉讼程序的新程序——人事诉讼程序。

（二）程序多样化原理：纠纷的多元化要求解决纠纷程序、模式的多元化

在人类社会的历史发展进程中，人与人之间的复杂的利益冲突一直没有停止过，由于冲突的性质、形式和激烈程度不同，人们自觉或不自觉设计的解决纠纷的手段和方法也有所不同：既有激烈对抗的武力救济（如自决、战争），也有双方协商、和解式的和平解决，有依赖民间性社会组织或某种民间权威作为中介来间接地解决，还可能是利用国家公力的方式获得解决（如诉讼）。在近代国家确立之前，世界各国的法律和纠纷解决机制通常都呈现出一种多元化的状态。

随着现代化的进程加快，传统的社会组织和人际关系发生了根本性的变化，表现为一种“从身份到契约”（梅因语）的历史演进。以契约形式构成的人际关系是由权利义务联结起来的，在这种关系下的社会主体日益成为陌生人，在他们之间法的利用达到最高程度，以致某些法学家认为诉讼是解决纠纷的最佳方式，甚至将通过诉讼实现自己的权利视为一种社会义务。为了完成这一使命，诉讼法开始从实体法中分离出来。以资本主义市场经济和市民社会原理为背景，大陆法国家相继制定了解决民事纠纷的民事诉讼法，如1806年法国《民事诉讼法》和在其影响下制定的德国《民事诉讼法》。近现代的诉讼制度所提供的正是一种正统的、公开的、最符合形式合理性的程序，其结果是使解纷方式呈现出一元化局面。

然而，进入现代社会，纠纷的的数量日渐增多，且纠纷的主体、纠纷的原因、纠纷的表现形式等都呈现出多元化的趋势，因此，不同国家或地区都先后出现了诉讼爆炸的壮观场面，使诉讼一元制的解纷格局受到挑战。在这样的背景下，很多国家始认识到：纠纷的多样性、复杂性，客观上要求根据纠纷或案件的不同类型或性质分别给以不同的制度安排和解决方案。它至少包含两个层次问题，一是在处于解决纠纷正统地位的诉讼机制之外应当允许大量的替代性解决纠纷方式的存在，即与纠纷的多元化相对应，解决纠纷方式也应多元化；二是要求在统一的司法内部，也应对案件做类型化的区分并配以不同的程序。如根据某些纠纷的特殊性、多发性和解决方式方面的专门性，设立专门的纠纷处理机关，由该领域的专家或经验丰富者主持，根据特定的法律法规和习俗惯例，以与通常诉讼不同的方式解决纠纷。对此，一些国家（如法国）采用建立专门法院（如劳动法院、家事法院、商事法院、农事法院等）的方式来解决上述问题，这些法院在处理案件时虽然也是按照诉讼程序运作，但与普通诉讼程序有很大不同，通常比较简便，更适合此类纠纷的合理解决。

我国台湾地区民事诉讼法大家邱联恭教授在世纪之交的一篇文章中也曾明确指出，在二十世纪末之今天，人民之社会生活已然趋于多样化、快速化、科技资讯化、国际化及价值多元化。民事纷争事件之质、量已异于往昔，且在形态、内容上趋于多样化、复杂化。面对于此，为将有限之司法资源公平分配于各种或个别之民事事件，藉以合理减轻法官之工作负担，并避免权利人因程序制度之使用致蒙受难与其所追求之实体利益相均衡之程序上不利益，如何针对事件类型之特性、需求，依其究属权利义务确定追求型、合目的性·妥当性判断追求型、集团追求型、简速裁判强烈追求型、法律外专业知识判断追求型或和谐关系维持追求型等等，分别妥为建构、选用各该类型事件所适合之程序制度、程序法理，并修正民事诉讼法，俾其能因应21世纪社会之需求，乃成为紧要之课题。这些修正包括：除继续改革通常诉讼程序及简易诉讼程序外，……，针对家事事件之特性，为其采择适合之程序法理，而设置异于一般财产权纷争事件之程序法制；……[23]。邱先生所言之程序多样化原理，对祖国大陆构建自己的人事诉讼程序同样适用。

依据程序多样化原理，人事诉讼程序之建立不是哪个国家的心血来潮，而是社会生活的客观需要。正如马克思所言：“立法者不是在制造法律，不是在发明法律，而仅仅是在表述法律，他把精神关系的内在规律表现在有意识的现行法律之中”。[24]

（三）诉讼法理与非讼法理交错适用原理：人事案件兼具讼与非讼之特性

近现代以来，为了应对纠纷多样化的现实，大陆法国家逐渐出现了诉讼案件和非讼案件的两种分类，非讼程序开始从诉讼程序中分离出来。非讼案件的分类和非讼程序的建立是以德国统一前后所谓启蒙主义的开明专制政治体制为背景展开的，这种法律涉及后面存在着国家作为市民生活的监护人介入社会的理念。[25] 非讼程序出现的根本原因在于讼与非讼在程序上本来就是各有所长，讼与非讼区别的关键，在于能够恰当地分别使用适合于各自特殊性质或类型的程序样式来处理具有不同要求的民事案件，以达到民事审判的总体在正当性和效率上的调和或平衡。全面承继大陆法尤其是德国法的日本，早在 1899 年就制定了《非讼程序法》，把涉及婚姻家庭的相当一部分案件或事务都列为适用非讼程序处理的对象，其 1947 年颁布的《家事审判法》中所规定的“甲类”案件就是其典型。

诉讼案件和非讼案件的分类客观上使得两大程序法理——诉讼法理和非讼法理因之产生。针对不同的案件，适用不同的程序，遵循不同的程序法理，这种泾渭分明的程序分类，使部分人事案件从普通诉讼程序中分离出来栖息于非讼程序之中。在大陆法国家，早期的家事案件或人事案件多被归入非讼事件之列，适用非讼程序之规定。

此外，二战以后，日本等一些国家的司法中还出现了“诉讼案件非讼化” 的倾向[26]。所谓“诉讼案件非讼化”是指在案件的处理中大量运用调解、说服、劝解等非讼手段，并且调解常常是案件处理必经的前置程序，同时，职权审理原则也是非讼化的一种表现。“诉讼案件非讼化” 的倾向主要存在于人事（家事）诉讼领域。英美法系国家也在家庭法院受理的案件（尤其是婚姻事件）中大量运用非讼手段。现今，这些手段被看作“准司法（Informal justice)”概念上的重要名词，甚至有学者声称“离婚调解或庭外和解作为解决纠纷的替代方式已成为国际上准司法概念研究的新焦点。” [27]澳大利亚《1995 年家事法改革法令》在提及家事法庭的辅导服务和调解时，特别强调它们是排解家事法纠纷的主要而非“另类”程序。[28]反映了同样的非讼化趋势。

人事诉讼领域之所以出现非讼化倾向，主要原因在于，人们已然认识到身份关系是“具体的”身份人个人之间的关系，而不是“抽象的”人与人之间的财产价值关系，所以其纠纷的处理“应按照该个人个性，作具体的、个别的处理，才能符合亲属的身份关系之实质”[29]，不能象财产问题那样，将纠纷之处理方式予以定型化、划一化。而“具体的、个别的处理”自然包括大量的非讼化手段的运用。

综上，非讼程序和诉讼程序非讼化的理论和实践，使人事诉讼程序从诉讼程序和非讼程序中完整地凸现出来。因为，人事诉讼案件不仅具有不同于普通诉讼案件的特点，它也不同于普通的非讼案件。人事诉讼案件中既可能是利益冲突与非利益冲突交错，也可能是公益和私益的重叠。与普通的诉讼案件相比，它更亲睐于用非讼方式处理，但与典型的非讼案件相比，它又更为复杂，在以非讼程序解决过程中，可以在一定情况下适用诉讼程序法理。所以，在人事诉讼案件的审理中，诉讼法理和非讼法理呈交错适用的样式。因为上述原因，构建不同于普通诉讼程序，也不同于非讼程序的独立的人事诉讼程序乃客观之必然。

四、历史与现实：构建当代中国人事诉讼程序之实证分析

从立法上看，建国以来我国颁布的两部民事诉讼法典中均没有人事诉讼程序的具体规定。然而，实践中人事诉讼案件如婚姻、亲子、收养等却是一直存在的，甚至有资料显示，解放初到 1979 年改革开放前，我国民事案件绝大多数是婚姻家庭类案件。[30]法院在处理涉及人事领域的案件时与财产关系案件一样适用普通诉讼程序。

我国法院之所以能毫无障碍地依据普通诉讼程序对诉讼标的特殊的人事诉讼案件作出妥实处理，主要原因是我国职权主义的诉讼模式和法官审理案件时的调解偏好恰好适应了大部分人事案件的处理需要。此外，建国以后到改革开放前这段历史时期，由于我国实行高度集中的计划经济体制，我国的社会结构、经济结构都十分稳定。在婚姻家庭领域，不仅离婚率极低，而且因婚姻、亲子、收养而产生的纠纷类型也较为单一，在这种情形下，运用普通诉讼程序来处理上述身份关系事件，自然没有任何障碍。

然而，随着改革开放和社会主义市场经济体制的确立和不断完善，我国的社会生活发生了深刻的变化，反映在婚姻家庭领域中，不仅婚姻家庭类案件数量飞速增长，而且案件的复杂程度日益提高，给审理此类案件的法官带来了前所未有的挑战；审判方式改革的深入，婚姻家庭实体法的修订、完善等等也都在客观上要求对处理婚姻家庭类案件的程序进行重新设计。人事诉讼程序逐渐受到学者和法官的关注，典型的例证是在“民事诉讼法专家建议稿”中，人事诉讼程序赫然列入“特别程序”中[31]。从实证视角观之，在我国创设人事诉讼程序条件已经成熟，并且有着显而易见的合理性和必然性。

（一）确立人事诉讼程序是深化审判方式改革的客观要求

我国的民事审判方式改革已经经历十余年，客观而言，这一改革的确给我国民事诉讼理论和实践带来许多革命性的变化，其历史作用不可低估。然而，民事审判方式改革也有其重大的缺陷，这就是人事诉讼程序的建构和设计鲜有人提及，改革的参与者自觉或不自觉地陷入了“重财产、轻身份”的樊篱，导致一系列新的问题和困惑产生。其一，审判方式改革越深入，身份关系案件的审判在新的历史条件下就越是无所适从。因为一方面，传统职权主义审判方式

在我国民事诉讼领域逐步退缩，另一方面，在传统审判方式下能够从容解决的人事诉讼案件，在新的审判方式下却常常难以适应。当事人主义、辩论式诉讼、强化当事人调查取证责任、弱化调解等新的理念和做法在人事诉讼领域屡屡遭受质疑。从某种意义上说，“重财产、轻身份”的民事司法改革是以牺牲身份关系纠纷之妥当处理为代价的，其效果是此消彼长，直接或间接地冲抵了改革的部分成果。其二，审判方式改革方案设计的“厚此薄彼”，还使人们对审判方式改革的最终目标、方向产生了模糊的认识。审判方式改革的目标、方向是构建现代民事审判制度。经过十余年的改革实践，如今的法官们已经习惯了“当事人主义”的运作机理，变得越来越“消极”，然而上述理论和方案设计主要针对的是财产关系纠纷，对身份关系基本不能适用。在身份关系的案件中，为了这类案件的妥实解决，恰恰要求法官进行职权探知、主动干预和个别对待。这与法官在财产案件中的消极“无为”形成了鲜明反差。人们不禁要问：审判方式改革的目标到底是改向当事人主义还重回职权主义？为什么有些案件强调当事人意思自治，而另一些案件的审理却又要求法官进行职权干预？思想上的模糊认识，使得审判方式改革裹足不前、难以深化。

（二）确立人事诉讼程序是保障相应的实体法顺利实施的迫切需要

建国以来，我国的婚姻家庭法制建设一直受到高度的重视，先后制定过三部婚姻法、两部收养法，2000年12月和2003年12月，最高人民法院还颁发了两部关于婚姻法若干问题的司法解释，使婚姻法更具操作性。

根据实体法与程序法的关系理论，“实体法和程序法犹如一辆车的两只轮子”[32]，二者不可或缺。就我国而言，既然婚姻家庭制度是我国重要的社会制度之一，它关乎家庭和谐、社会稳定，那么，要想维护婚姻家庭制度，使之朝着符合国家政策的方向发展，则不仅要根据情势制定完备的实体法，而且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地发挥维护婚姻家庭的稳定和健康发展的功能。如今，婚姻家庭领域的实体法已经相对完善，但与之相关的程序法却缺乏对应性：要么缺乏相应的程序规定，要么已有的程序规定没有顾及到身份关系案件的特殊性。前者如：现有的民事诉讼法没有对诸如婚姻无效、撤销婚姻、确认或撤销亲子关系等新型案件的处理程序作出规定。后者如：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利以及法院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，大多具有一定地隐蔽性，如与他人非法同居的事实、夫妻分居的事实等，当事人很难象财产关系纠纷那样较容易地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；或者证据虽予以采纳，但提供证据的当事人却承担了巨额的费用负担！[33]这些显然背离了实体法确立的精神。

（三）确立人事诉讼程序是人事诉讼案件日渐增多的现实要求

改革开放以后，尤其是社会主义市场经济体制目标确立以后，我国的经济结构发生了很大的变化，平等主体之间的交往日益频繁，人口流动性大为增强，反映在婚姻家庭领域，则出现了许多新情况、新特点：（1）离婚率逐年增高。如1978年，我国的离婚与结婚的比率为3.4%，而二十年后，这一比例提高到13.18%[34]，2003年更是高达16.4%[35]。（2）离婚案件复杂程度提高。法院在处理离婚案件时，不仅涉及离婚这一单纯的身份关系，更会涉及夫妻共有财产的认定、分割，以及离婚后对配偶一方的扶助、子女利益的保护等附带事项的处理。（3）无效婚姻和可撤销婚姻开始进入法院。（4）由于非法同居现象屡禁不止，导致非婚生子女大量涌现。相应的，非婚生子女的抚养、认领纠纷日渐增多。总之，随着社会的发展以及人们权利意识的觉醒，我国婚姻家庭领域的案件数量呈不断增长之势已是不争的事实。近十几年来，婚姻家庭案件几乎每年都以5—10%的速度在递增，仅1998年至2002年的五年间，我国地方各级法院审结的此类案件就达到678万件[36]，平均每年135.6万件，2003年我国地方各级法院审结的婚姻家庭案件有所下降，但仍达到了126.6万件[37]。

面对如此众多的家事案件（当然其中也有相当一部分不属于人事案件，而仅属于广义的家庭案件），如果仍然沿用普通诉讼程序的审理理念和审理方式来实现对这一关系的救济或矫治，则必然出现无法消解的困惑。困惑之一：普通诉讼程序严格遵循“私法自治”之市场经济原则，在诉讼中给予当事人尽可能多的自由权和选择权，法院一般不加以干预；而人事诉讼案件则并不完全遵循“自治”原理，尤其是对违法事实，更是绝对禁止自治。如违反《婚姻法》规定的结婚实质要件而形成的无效婚姻是禁止当事人私自和解的。但由于没有专门的人事诉讼程序制度，当事人可能对违法的事实进行和解，严重损害法律的权威；困惑之二：在普通诉讼程序的框架内解决人事诉讼纠纷，弱势当事人一方往往难以获得公平的结果。因为普通诉讼程序是以财产关系为核心设计的，所以立法更强调当事人在程序中的自治和责任自负，而人事诉讼案件中的当事人，尤其是弱势当事人恰恰难以“自治”和“责任自负”，典型的表现就是举证困难重重，或者举证不能，或者违法取证。如果法官严格按照证据规定进行消极断案，其结果可想而知。

（四）确立人事诉讼程序具有坚实的现实基础

通过上述分析，我们可以得出一个基本结论：即我国已经完全具备设立人事诉讼程序制度的经济条件和社会条件。再从立法层面看，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，又为在诉讼制度框架内系统构

建人事诉讼程序奠定了坚实的法律基础，使人事诉讼程序的建立不至于成为空中楼阁。

现有实体法中涉及的人事诉讼程序规范和原则主要有（以婚姻事件为例）：

1、婚姻法及相关司法解释对婚姻案件之当事人及第三人作出了明确的规定：（1）有权向人民法院就已办理结婚登记的婚姻，申请宣告婚姻无效的主体，包括婚姻当事人及利害关系人。利害关系人包括：其一，以重婚为由申请宣告婚姻无效的，为当事人的近亲属及基层组织。其二，以未到法定婚龄为由申请宣告婚姻无效的，为未达法定婚龄者的近亲属。其三，以有禁止结婚的亲属关系为由申请宣告婚姻无效的，为当事人的近亲属。其四，以婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈为由申请宣告婚姻无效的，为与患者共同生活的近亲属。（2）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。利害关系人依法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。（3）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）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。

2、为了体现对妇女和现役军人的保护，婚姻法对特定人起诉作出限制。如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；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。

3、明确规定了婚姻家庭关系纠纷的可诉性范围。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。从人事诉讼角度看，婚姻法中规定的人事案件和可以与婚姻案件合并解决的案件至少有如下几种：婚姻无效之诉（第十条）；撤销婚姻之诉（第十一条）；给付抚养费之诉（第十二条）；给付抚育费或赡养费之诉（第二十一条）；离婚之诉（第三十二条）；子女抚养之诉（第三十六条）；变更抚养费之诉（第三十七条）；探望子女之诉（第三十八条）；婚姻损害赔偿之诉（第四十六条）；[38]等等。

4、对人事诉讼案件规定了不同的调解原则。如婚姻法第三十二条第二款规定：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“强制调解”之原则。又如婚姻法解释（一）第九条第二款规定：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。这一规定体现的又是“禁止调解”的原则，因为婚姻效力问题涉及权利的确认或形成，涉及国家之公益秩序，必须严格依法进行，不容当事人“自治”。

可见，在我国建立人事诉讼制度，不仅是必要的，而且是可能的。

Abstract: personnel proceedings is set up in the most country of civil law system . The construction of the system of personnel proceedings is originated from the objective demand of social reality, not legislators' discretionary act of certain country. Further, the establishment of personnel proceedings has profound foundation of theory, that is the principle of procedural symmetry, the principle of procedural diversification, the principle of making procedure become noncontentious. With the establishment of social market economy and the deepen innovation of civil procedure ,it is not only possible but also necessary to establish the system of modern personnel proceedings in China.

Key Word: Personnel Proceedings, Personnel Procedure law, Foundation of Theory, Analysis of Practice

婚姻无效之诉若干问题研究

陈爱武（南京师范大学法学院，210046）

【内容提要】关于婚姻无效之诉的程序问题，因我国法无明文规定，实践中困惑多多。笔者认为，婚姻无效之诉从其本质上看，解释为形成之诉更为妥当；对婚姻无效之诉的程序和规则宜借鉴国外立法制定专门的人事或家事诉讼程序；婚姻无效之诉的诉讼标的，则可援用新诉讼标的理论中“诉的声明说”予以解释；关于婚姻无效之诉的当事人资格问题，鉴于婚姻无效事由多是损害公益的事项，故而可对申请人范围予以适度扩张，除当事人外，相关利害关系人也可以提起。

【关键词】婚姻无效；婚姻无效之诉

Research on Some Topics of Nullity Suit

Chen Aiwu (Law School, NanJing Normal University, NanJing 210097, JiangSu)

Abstract: There are many questions in practice because our legal system doesn't expressly provide judicial procedure of nullity suit. In Author's Opinion, it's a kind of action of formation in essence. It's imperative that we should refer foreign special judicial proceeding in personam and family. As to object of action of nullity suit, 'the theory of contentious declaration' involved in new theory of object of action can explain it smoothly. On the subject of proper parties, qualifications and essentials of complaint should be broaden because causes of nullity of marriage are often matters damaging common good. Both parties and related interested person can present pleas.

Key Words: Nullity of Marriage; Nullity Suit

婚姻无效是指形式上已缔结的婚姻具备法定的无效婚姻之条件（之一）时，该婚姻不具备法定效力。对于婚姻无效制度，婚姻法学者已从实体法角度对其进行了较为深入的研究和探讨。然而婚姻无效制度不仅仅涉及到实体法，它还与诉讼程序密切关联，因为婚姻无效与否需要通过法院裁判来确定，而法院审理婚姻无效案件必然涉及如下理论和实践问题：（1）婚姻无效之诉属于何种诉讼类别；（2）婚姻无效之诉适用何种诉讼程序，遵循何种程序法理；（3）婚姻无效之诉之诉讼标的是什么；（4）婚姻无效之诉之当事人资格如何确定等。这些问题直接关涉到婚姻无效之实体法目的能否得以实现，所以与婚姻无效制度相关的诉讼程序问题同样应当受到重视。

一、婚姻无效之诉的性质

婚姻无效之诉究竟是何种性质的诉，在学界存在较大争议。因这一问题涉及到婚姻无效诉讼之当事人适格、权利保护利益、诉讼标的以及判决的既判力等诸问题，所以对这一问题的争论不仅具有理论价值而且具有实际意义。

日本民法学者、我国台湾地区学者一般均主张婚姻无效之诉为确认之诉，因为"婚姻无效为当然无效，自始确定不生效力，无待任何人之主张，亦无待于法院之裁判当然不生法律上之效力。"因此，"如就婚姻无效有争执发生纠纷而诉讼，所提起之婚姻无效诉讼为确认诉讼，并非形成诉讼。"① "此种诉讼并非因法院之判决，使其发生无效之效果，而仅有宣示之意义，故在性质上应属确认之诉。"②我国大陆学者也认为："无效婚姻被认为是确认之诉，……，一般来讲已成为共识。"③

然而，日本的民事诉讼法学者却有不同看法，三月章教授认为，形成之诉分为："具有广泛效力的形成之诉"、"无广泛效力的形成之诉"和"形式的形成之诉"三类。在第一种类别的形成之诉中，又有两种样式，一是形成判决专门针对将来产生的实体法上的法律状态的变更，例如离婚之诉或撤销婚姻之诉的判决等，二是形成判决产生溯及既往的法律性变更，如否认子女之诉及认领之诉，婚姻无效之诉也属此例。对于后者，实定法的规定中经常使用无效一词，但不能光凭法典经常使用无效确认等用语，就将该诉与通常的确认之诉完全等同观之。即"只要具有广泛性变更意义属于制度性目的，就应认为与形成之诉共通，以形成之诉来对待较为合适。"④兼子一、竹下守夫也有相同的观点，他们将大部分人事诉讼案件类型都界定为形成之诉，如婚姻无效之诉、撤销婚姻之诉、离婚之诉、否认嫡生子之诉、认领子女之诉等。⑤

我国台湾地区学者陈荣宗先生通过缜密的法解释也得出婚姻无效之诉系形成之诉而非确认之诉的结论，他的解释逻辑是：（1）婚姻无效系身份法领域的无效，是裁判上无效。身份法中的无效因所影响的亲属利害关系大且深，故不得不对婚姻无效等身份法领域的无效作限制解释处理，不能一律作与民法总则所定之无效原则之解释处理；财产法领域的无效通常强调该行为当然、绝对、自始确定无效，任何人得随时主张其无效力。而身份法领域的无效则强调，无效之主张，不得由任何人随意不经起诉判决而主张，主张无效者应以起诉方式获法院宣告无效判决确定后，始生无效之效力。于此之前，人人应尊重他人之无效行为事实。（2）婚姻无效，就其在身份制度关系而言，所处情况与婚姻撤销情形实际上均有相同之制度目的，两者处理婚姻效力之结果，最后均系使婚姻关系归于消灭而无效。二者虽然法律用语不同，但其结果并无不同。既然婚姻撤销必须由主张撤销之人以起诉方式主张，不得以意思表示为之，则对于婚姻无效当也应解释为应以起诉方式进行主张始为合法。"盖就一般无关系之第三人而言，第三人对于婚姻无效与对婚姻撤销所处情形两者并无不同。""婚姻无效之原因，就维护伦理道德及优生之公益观点而言，确比婚姻撤销原因为严重，但就无辜之亲属而言，其因婚姻无效或撤销之结果所造成的实害，两者相同。"（3）婚姻无效之诉时形成之诉，非确认之诉。既然婚姻无效是裁判上无效，且与婚姻撤销具有相同的制度目的，则婚姻无效之诉无解释为确认之诉的可能性；同时，婚姻无效为法律事实，不得成为确认之诉之客体。婚姻无效之诉惟有解释为形成之诉才具有妥当性。⑥

日本和我国台湾地区民事诉讼法学者从理论层面论证了婚姻无效之诉是形成诉讼而非确认之诉，立论新颖、逻辑严密，令人难以质疑。笔者认为上述结论同样符合我国法律精神和实践状况，充分认知这一理论之精神实质，必将对我国立法和实践产生积极的指导意义。⑦首先，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（一）"（以下简称"婚姻法解释一"）第十三条规定：婚姻法第十二条所规定的自始无效，是指无效或者可撤销婚

姻在依法被宣告无效或被撤销时，才确定该婚姻自始不受法律保护。此条司法解释显然体现出婚姻无效系指裁判上无效，而不是自始、当然、绝对无效之立法精神。“如果采取当然无效主义，则由于婚姻无效也无需宣告，无需有权机关依法定程序确认，那么人民法院受理此类案件就不存在什么意义了。”⑧

其次，我国婚姻法对婚姻无效和婚姻撤销做出两种不同的规定，非因为二者之间有着本质差异，而仅仅是考量我国具体国情而形成的婚姻立法选择。从国外情况看，很多国家并未象我国这样严格区分婚姻无效和婚姻撤销，在我国被当作无效婚姻的事由，在其他国家可能是婚姻被撤销的事由，如在德国和日本的法律中，未达法定婚龄、有禁止结婚的亲属关系、重婚而缔结的婚姻是可撤销婚姻；在瑞士和菲律宾，婚姻当事人患有禁止结婚的疾病或者有生理缺陷的，也是可撤销婚姻。因之，尽管在实体法上有婚姻无效和婚姻撤销之分别，但二者在诉讼类型及后果上并无绝对差异，“无区别两者诉讼之必要实益”。既然撤销婚姻之诉是形成之诉，婚姻无效之诉也当属同一种类型的诉。

再次，从申请宣告婚姻无效的主体来看，我国“婚姻法解释一”也显然采取了主体限制论的精神。该解释第七条规定:“有权依据婚姻法第十条规定向人民法院就已办理结婚登记的婚姻申请宣告无效的主体，包括婚姻当事人及利害关系人。”依诉讼法基本理论，形成诉讼之提起，“必须依法律明文规定，有形成权或得主张形成效果之人，仅得利用诉讼请求法院为形成判决情形，始得允许，并非如同确认诉讼情形，得由一般人于有必要时即可提起。”⑨可见，形成诉讼之提起主体具有法律限定性，而确认之诉则无此特别限定。根据我国上述司法解释，婚姻无效之申请或主张只能由婚姻当事人及利害关系人提出，一般第三人禁止提出，这从另一方面证明了婚姻无效与民法总论一般无效之不同。相应地，婚姻无效之诉讼类型只有解释为形成之诉才更具妥当性。

二、婚姻无效之诉的适用程序

婚姻无效之诉，广义而言当属民事诉讼，法院审理该类案件应当适用民事诉讼之程序规定。然民事诉讼程序因所要解决的实体法律关系不同，又分为各种不同的子程序。从国外情况看，大陆法系国家不仅有诉讼程序、非讼程序之别，而且在诉讼程序中还把与财产关系相对应的身份关系分化出来，并在民事诉讼法中建立一种特殊诉讼程序——人事诉讼程序或家事事件程序。在这种分类的背景下，普通诉讼程序应对于财产关系之诉讼，人事诉讼程序或家事事件程序对应于身份关系之诉讼。这里的身份关系主要包括婚姻事件、亲子事件、收养事件等几种类型。婚姻无效之诉作为婚姻事件之一种，因系身份关系诉讼，毫无疑问将适用特殊诉讼程序——人事诉讼程序或家事事件程序，该程序中没有规定的事项准用普通诉讼程序和非讼事件程序之规定。

大陆法国家之所以将诉讼程序做如此划分，其理论依据在于“财产之法律关系，其特质系基于私法自治大原则，涉及当事人之私益为重，对第三人之关系不大，多不涉及社会公益问题。民事诉讼法对于财产关系之诉讼，遂以采取形式真实主义，处分权主义，辩论主义，裁判相对效力原则为诉讼程序之法理。”“至于身份之法律关系，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。”⑩

反观我国，现行婚姻法虽然确立了婚姻无效制度，但对于婚姻无效之诉应当适用何种程序进行审理，民事诉讼法中却语焉不详，这给司法实践带来了诸多困惑。在学者的著作及司法实践中，多数认为婚姻无效之诉系非讼案件，应当适用或比照适用特别程序。如有人认为“婚姻法司法解释（一）”第九条第一款 “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。”正是根据无效案件的非讼性，确认了宣告婚姻无效案件应当作为非讼案件，比照适用《民事诉讼法》关于特别程序的规定进行审理。⑾还有人认为，“婚姻法司法解释（一）”并没有规定宣告婚姻无效案件适用特别程序进行审理，但是从其规定的内容来看，宣告婚姻无效案件的审理程序应当属于特别程序。⑿

笔者认为，我国目前民事诉讼法中的特别程序不能成为或类推为法院审理婚姻无效案件的程序依据！因为我国的特别程序是指针对特定、专门事件的程序总称，如认定公民无民事行为能力、限制行为能力案件程序；宣告失踪、宣告死亡案件程序；认定财产无主案件程序等，这些特定事件程序具有较强的针对性。婚姻无效案件因在性质、类型等方面与上述事件没有同质性，所以特别程序对婚姻无效案件的审理不具有可参照性或可借鉴性。除非在特别程序中专门规定婚姻无效案件程序或者人事诉讼程序，否则，特别程序对婚姻无效之诉的审理是难以发挥其程序依据作用的。

那么现有民事诉讼程序能否成为妥当解决婚姻无效之诉的合适程序呢？回答是否定的。因为，我国民事诉讼程序主要是针对财产关系案件而设计的，婚姻无效等身份关系案件的特殊性在法典中并没有体现，此其一；其二，民事审判方式改革以前，我国民事诉讼因遵循职权主义、职权探知主义的程序理念，所以无论是财产关系案件还是身份关系案件，其程序内容都没有太大差异，基本能够妥当解决各类纠纷。但随着经济的发展和民事司法改革的不断推进，我国的民事诉讼模式发生了巨大变化，职权主义的审判方式逐渐让位于当事人主义的审判方式。这种转变对契约财产纠

纷的处理是妥当的，也是符合民事诉讼客观规律的，但对于身份关系之案件却恰好相反，因为身份案件的公益性本质仍要求法院继续进行职权探知和职权调查。⑬

目前，与婚姻无效诉讼相关的特别程序事项主要规定在婚姻法的两个司法解释中。如“婚姻法解释一”第九条对婚姻无效案件之婚姻效力的审理不适用调解、有关婚姻效力的判决一审终审等做出规定；“婚姻法解释二”第二条至第七条对无效婚姻的处理、离婚案件中发现婚姻关系无效的处理、无效婚姻案件裁判文书的制作、婚姻无效案件中当事人的地位以及同一婚姻关系离婚和无效婚姻宣告的审理顺序等作了明文规定。但是，不得不承认，婚姻法司法解释对婚姻无效程序的规定存在诸多缺陷：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不正常的，而且其程序性规定必然是零星的，不完备的，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。实体法具有自己的自成一体的内在逻辑，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做出的规定，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法价值和目的。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。最后，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承载相关程序的使命。显然，通过实体法的规定解决婚姻无效之诉的程序问题，也是资源不足。

笔者认为，为了妥当解决婚姻无效之诉这类身份关系案件，我国应当借鉴大陆法系国家的立法经验，统合身份关系案件之各类程序，尽快制定专门人事诉讼法或家事事件法，这样既促进了我国民事诉讼程序的完善，又使具有公益性质的身份关系案件得到合理解决。

三、婚姻无效之诉的诉讼标的

在我国，诉讼标的是作为诉的要素之一而在教科书或一些理论著作中出现的，民事诉讼立法中并没有对其做出明确界定，相反，从民事诉讼法中多处出现的诉讼标的一词看，它们的含义并不一致，甚至容易引发歧义，如民事诉讼法第53条规定：“当事人一方或者双方为2人以上，其诉讼标的是共同的，或者诉讼标的是同一种类的，……，为共同诉讼”；第56条第一款规定：“对当事人双方的诉讼标的，第三人认为有独立请求权的，有权提起诉讼。”如果说前一条文中的诉讼标的尚可以勉强解释为“原告主张的实体权利或法律关系”的话，后一条文中的诉讼标的则更接近“诉讼标的物的概念”，总之，二者肯定不具相同的内涵。实践中，很多法官并不理解诉讼标的的真正含义，也很少有意识地运用诉讼标的理论指导自己的审判活动。而在大陆法系国家，诉讼标的是个十分重要的理论和实践问题，它在诉讼请求的特定、当事人的确定、诉的合并与变更、二重起诉的禁止、既判力范围的划定等方面发挥着不可替代的作用。

如今，随着我国民事诉讼理论的日益成熟以及司法实践水平的不断提高，在理论和立法上明确诉讼标的的含义已经十分紧迫。正是在这一背景下，探讨婚姻无效之诉的诉讼标的才具有相当的意义。

前已分析，婚姻无效之诉为形成之诉，所以，要分析其诉讼标的，必须围绕形成诉讼之诉讼标的进行展开。在学界，关于形成诉讼的诉讼标的，主要有以下几种不同观点：

其一、实体法说，也称旧诉讼标的理论。该说在形成诉讼标的的界定上有两种表述，即形成权说和形成原因说。

形成权说认为形成之诉的诉讼标的是实体法上的形成权。根据该说，在婚姻无效之诉中，每一个法定的婚姻无效理由将构成一个婚姻无效的形成权，该形成权就是婚姻无效之诉的诉讼标的。不同的法定婚姻无效理由成立不同的形成权，因此，诉讼标的是否相同其区别标准以实体法上的权利是否相同而定。

形成原因说，也称形成要件说。该说认为是形成之诉的标的就是形成原因或形成要件。该说的本质仍然是以形成权作为形成之诉的标的。根据该说，在婚姻无效之诉中，每一个法定的婚姻无效原因即构成一个诉讼标的。

其二、诉讼法说，也称新诉讼标的理论。该说又分为一分支说和二分支说。

一分支说认为形成之诉的诉讼标的就是原告诉的声明。根据该说，婚姻无效之诉的诉讼标的是原告请求宣告婚姻无效的诉讼主张，至于各项婚姻无效的原因（形成原因）则仅仅构成攻击防御方法，而不是诉讼标的。因此，无论原告主张多少事由，他的诉讼请求只有一个，诉讼标的也只有一个。

二分支说认为形成之诉的诉讼标的是原告诉的声明和其提出诉的声明时依据的事实理由。根据该说，婚姻无效之诉的诉讼标的是原告请求宣告婚姻无效的主张和该主张所依据的事实。

婚姻无效之诉之诉讼标的究竟采何种学说为自己的理论基础妥当，在学界是见仁见智，意见纷纭。然立法和实践之需又容不得我们含糊其辞，必须在理论上对其进行合理诠释和界定。在上述四种观点中，“实体法说”中的“形成权说”不宜采纳，它在逻辑上存在着难以克服的矛盾，因为这里的“形成权”只能是“诉讼上的形成权”，不可能是实体法上的形成权。⑭而既然是诉讼上的形成权，在法院肯定原告主张的裁判确定前，该权利尚无形成力，也不存在形成法律关系，所以所谓的形成权实际上并不存在（该权利在本质上只是一种形成判决请求权），以不存在的形成权作为诉

讼标的，这在理论上无论如何是不成立的；第二种观点“形成原因说”也不宜采用。因为它将形成权与形成原因混为一谈，若认为形成之诉的诉讼标的是形成权，则存在上述 “形成权说”的缺陷；若将形成原因当作诉讼标的，则形成原因乃是一种事实，而将事实作为诉讼标的乃英美法系的传统，它与规范出发型、以大陆法系为主体的成文法国家的诉讼传统恰恰不相吻合。再者，认为每一种原因都构成独立的诉讼标的，任由当事人随意分别起诉，也不符合诉讼经济的原理。(15)

“诉讼法说”中的“一分支说”具有相当的合理性。但也有人认为，诉的声明说将形成原因仅仅当作当事人攻击防御的方法是不妥当的，因为“如果在判决确定之后又发生新的事实，不允许当事人依据新发生的事实再行起诉，这样过于扩张前诉判决既判力客观范围的做法，虽然满足了诉讼经济的要求，却是以牺牲对当事人合法权益的完备性保护为代价，从而对当事人是不够公正的。”(16) “诉讼法说”中的“二分支说”也具有相当的合理性。它以诉的声明和事实两项作为诉讼标的的识别标准，能较好地揭示形成诉讼的标的，但这一学说的致命缺陷是在如何界定“事实”上，学者争议颇大，有认为这里的“事实”就是指未经法律评价的具体生活事实，有认为是经过法律评价的作为实体法构成要件的事实，还有的认为是单一的“生活过程”或“生活事实理由”等等不一而足。如此争论使这一学说在某种程度上变得不具确定性。

笔者认为，婚姻无效之诉的诉讼标的采“一分支说”较为合理，即以当事人关于婚姻无效之诉的声明为诉讼标的，婚姻无效的理由仅仅是攻击防御方法。因此，原告以被告具有法定婚姻无效情形而向法院提出婚姻无效之申请时，如果同时存在数个无效事由，原告在起诉时应当将其作为攻击方法一并提出，如果只提出其中部分事由，则在败诉后，不能再以其他事由另行起诉，否则构成重复起诉，法院将以诉不合法而驳回后诉。

关于形成诉讼的诉讼标的及其识别标准，段厚省博士以离婚诉讼为例提出形成诉讼的诉讼标的是诉的声明，但其识别标准却包括两个，一是仅以诉之声明构成，适用于法院判决肯定原告诉讼请求的情形下所有于本案言词辩论终结前和终结后发生的事实及与之相应的声明，和法院判决否定原告诉讼请求的情形下于本案言词辩论终结前发生的事实及与之相应的声明；另一是由诉之声明和事实二要素构成，适用于前诉言词辩论终结后新发生的事实及与之相应的声明。(17)

笔者认为上述双重标准对离婚诉讼也许是适当的，但并不适用于婚姻无效之诉，婚姻无效之诉可以采取简单明了的“诉的声明”作为其诉讼标的及识别标准。主要原因在于：其一，婚姻无效之事由肯定发生于当事人诉讼系属之前——婚姻缔结之时或之前就已出现——是过去的事实，而且这些事由是法定的、确定的，所以，婚姻无效之诉在法院获得确定判决后不可能再产生新的婚姻无效事实，更不存在根据新的无效事实再次提出申请的可能；其二，即使婚姻无效之事由在诉讼系属前或系属中发生变化，其变化只能是无效情形的消失（如结婚时未达法定婚龄但起诉时已经达到婚龄；结婚时患有禁止结婚的疾病，起诉时已经治愈等等），不可能出现新无效事由，而无效情形的消失，其结果只能导致法院对申请人的申请不予支持，不可能产生二重起诉的问题。

反之，离婚诉讼中的各项离婚事由却具有较大的复杂性：首先，离婚事由具有相对性。从立法看，既有列举的事由，又有概括事由；其次，离婚事由具有变化性。不仅在本案言词辩论终结前，离婚事由本身可能发生变化——或者原来的事由消失了、变化了，或者又产生了新的事由——而且在言词辩论终结后也可能发生新事实。如果离婚诉讼的识别标准是统一的诉的声明，则在某些情况下可能出现不公平，同时也违反了实体法的精神，例如原告在离婚诉讼中获得否定判决，之后其又以言词辩论终结后新发生的事实重新提出离婚申请，此时，如果仅依诉的声明来识别，则后诉与前诉相同，法院应当驳回诉讼。这显然对原告不公平，因为在前诉言词辩论终结之前，新事实尚未发生，原告无法主张，而在前诉言词辩论终结后新事实发生，原告却不能依此再行起诉。因此采诉之声明和事实二要素来对离婚诉讼标的之识别标准进行补充，就显得十分必要，它不仅可以防止发生前诉判决既判力客观范围过大的危险，而且能更好地保护当事人的实体利益和程序利益。

婚姻无效之诉，因在事实审言词辩论终结后不存在新的婚姻无效事由，所以不需要在“诉的声明”之外再添加“事实”要素作为识别诉讼标的的标准。可见，婚姻无效之诉的诉讼标的和识别标准只要诉的声明一项就已足。

四、婚姻无效之诉的当事人资格

婚姻无效之诉的当事人资格与婚姻无效之诉的性质密切相关。如果认为婚姻无效之诉系确认之诉，则对于无效的解释必然建立在自始无效、当然无效说的理论基础上，因此，除当事人外，任何第三人都有权就他人间之无效婚姻为争执，于他人否认时，有向法院提起确认婚姻无效之权利保护利益，进而任意第三人都可获得确认诉讼之适格当事人（原告）地位。而这显然是不妥当的，因为，一般第三人与他人之婚姻无效没有直接利害关系，由其提起婚姻无效之确认诉讼必然少之又少，不能产生实在的意义，此其一；其二，与无效婚姻有直接利害关系的是无效婚姻当事人及与其有血亲、姻亲关系的众多亲属，如果他们对无效婚姻不为争执，而无关之第三人竟因争执而提起，并获得胜诉判决，“使众多亲属因此判决而变为非婚生子女，或变为无姻亲关系，相互间之继承关系归于消灭。”这对当事人及其亲属关

系人是不公平的。因此，“为排除一般第三人得成为原告而有当事人资格，在学理上自不能认为婚姻无效为当然无效及确认诉讼。”⑱

如果将婚姻无效之诉解为形成诉讼之性质，则情况就大不相同。根据通常之诉讼法理，能提起形成之诉的原告必须是与该形成诉讼的判决具有直接利害关系的特定人，无利害关系的一般第三人则无权提起诉讼并成为适格当事人。这里的“与该形成诉讼的判决具有直接利害关系的特定人”在解释上既包括无效婚姻之当事人本人，也包括利害关系人如当事人的近亲属。或许有人疑惑，既然婚姻无效之诉与婚姻撤销之诉同属于形成之诉，为何后者的原告适格之人严格限于“因被胁迫而结婚”之当事人本人，不能是任何第三人，而前者却可以适当扩张至当事人之外的有利害关系的特定第三人？究其原因，主要是因为婚姻撤销之原因是婚姻欠缺私益要件即非婚姻当事人的自愿而形成的婚姻，而婚姻无效的原因是欠缺结婚的公益要件而形成，相较而言，无效婚姻的事由远比撤销婚姻的原因严重，其所涉及的应受保护的利害关系人范围也相对广泛。因此，对婚姻无效之诉的适格当事人为适度扩张实乃理之当然。需要指出的是，出于对当事人个人生活的尊重，对利害关系人的范围应严格限制，不能做无限扩张之解释。

我国现行法律规定实质上体现了上述精神。“婚姻法解释一”第七条规定：“有权依据婚姻法第十条规定向人民法院就已办理结婚登记的婚姻申请宣告无效的主体，包括婚姻当事人及利害关系人。”为了防止利害关系人范围过于广泛而损害当事人的实益，司法解释按照不同情形分别进行说明：（1）以重婚为由申请宣告婚姻无效的，为当事人的近亲属及基层组织。因为重婚是比较严重的违法行为，对私益和公益均造成严重损害，故申请人的范围相对广泛——包括当事人的所有近亲属和基层组织。这在其他国家也是通例，如日本民法典第 732、744 条规定，违反有配偶者，不得结婚规定的婚姻，可以撤销。由当事人、其亲属或检察官请求法院撤销。当事人的配偶或前配偶，也可以请求撤销。在德国，上述申请人为婚姻的任何一方、主管行政机关及第三人。尽管德国、日本对重婚采取撤销而不是宣告无效的立法政策，但其实际效果与我国的无效婚姻的情形类似。他们都适当地扩大了申请人的范围，甚至包括了检察官和主管行政机关及一般第三人。（2）以未到法定婚龄为由申请宣告婚姻无效的，为未达法定婚龄者的近亲属。未到法定婚龄结婚尽管也是违法行为，但相较于重婚，其严重性及其影响等均相对较小，因此，可以提出申请的利害关系人的范围也相对较小，仅局限于未达法定婚龄者的近亲属，已达法定婚龄者的近亲属以及其他亲属不得向法院提出请求。但申请时，未达法定婚龄者已达法定婚龄的，人民法院不予支持。（3）以有禁止结婚的亲属关系为由申请宣告婚姻无效的，为当事人的近亲属。有禁止结婚的亲属关系而缔结的婚姻既损害了优生之公益，并可能违反人伦秩序。因之双方当事人的近亲属都可以提出申请。（4）以婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈为由申请宣告婚姻无效的，为与患病者共同生活的近亲属。此种情形主要涉及与患病者共同生活的近亲属，对其他亲属利害关系不大，所以申请人限于与患病者共同生活的近亲属。但申请时，上述疾病已经治愈的，人民法院不予支持。

上述司法解释明确了申请宣告婚姻无效的适格原告或适格申请人，即除了当事人本人外还包括不同层次的利害关系人。至于被申请人，通常情况下，当事人自己申请宣告婚姻无效的，另一方为被申请人；利害关系人依法申请的，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；夫妻均已死亡的，不列被申请人。

注释：

①⑥⑨⒅陈荣宗：《婚姻无效与股东会决议无效诉讼》，载陈荣宗著《民事程序法论文集》（第四册）台湾三民书局 1993 年版，第 29-30、31-48、42、49 页。

② 陈计男：《民事诉讼法论》（下），台湾三民书局 1994 年版，第 415 页。

③⑧⑾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》，人民法院出版社 2004 年版， 第 48、33、35 页。

④参见[日]三月章著：《日本民事诉讼法》，汪一凡译，台湾五南图书出版公司 1997 年版，第 58 页。

⑤参见[日]兼子一、竹下守夫：《民事诉讼法》，白绿铉译，法律出版社 1995 年版，第 48 页。

⑦在我国理论和实践中，习惯使用“变更之诉”而非“形成之诉”这一概念，尽管二者并不完全等同，但解释上认为二者是基本类同的。笔者认为从概念上讲，形成之诉比变更之诉具有更深刻的内涵和理论意蕴， 所以我们应该更多地使用“形成之诉”概念，逐步废弃“变更之诉”这一称呼。

⑩陈荣宗、林庆苗：《民事诉讼法》，台湾三民书局 1996 年版，第 936 页。

⑿谭兵主编：《民事诉讼法学》，法律出版社 2004 年版，第 415 页注①。

⒀相关内容请参看陈爱武：《人事诉讼程序的法理与实证》，载《金陵法律评论》2006 年春季卷。

⒁若是后者，依据实体法的规定可以由权利人直接向对方当事人为形成意思表示即可达到形成效果，无须通过诉讼获得这一效果，因此此类形成权与形成诉讼之标的无关。参见段厚省著：《请求权竞合与诉讼标的研究》吉林人民出版社 2004 年版第 329 页。

⒂⒃⒄参见段厚省著：《请求权竞合与诉讼标的研究》，吉林人民出版社 2004 年版，第 331、332、336 页。

（原载于《江海学刊》2007年第1期　第一作者）

家事调解：比较借鉴与制度重构

陈爱武（南京师范大学法学院，210046）

【内容摘要】家事纠纷涉及婚姻家庭秩序的和谐稳定，具有较强的公益性。为了实现家事纠纷之圆满解决，很多国家法院对这类案件施行调解，因为调解具有非对抗性、保密性、灵活性、温和性、建设性以及高效性等优势，比较适合该类纠纷的解决。就我国而言，家事调解在立法和实践中还存在很多缺憾，难以发挥其积极的效用，因此，借鉴国外的成熟经验，在立法上对其进行改革和完善具有积极意义。

【关键词】家事案件；家事调解；比较借鉴；制度重构

家事案件系指与婚姻家庭相关的、以身份关系为核心的家庭纠纷，包括婚姻案件、亲子案件、监护案件、扶养案件、继承及遗嘱案件、与禁治产等相关的案件等。家事案件是一个复杂的纠纷体系，它既包括诉讼案件，也包括非讼案件；既包括身份关系案件，也包括由此关系所引发的财产纠纷。与单纯的契约财产关系不同的是，家事纠纷通常具有较强的公益性，因为它不仅涉及婚姻家庭秩序的和谐稳定，也涉及对弱势群体利益的照顾和维护。因此，很多国家在家庭纠纷排解程序中采用了与财产契约纠纷程序完全不同的解决方法——大量运用非讼手段。在诸多非讼手段中，家事调解1几乎受到各国立法和实践的一致亲睐，足见其地位之重要。在我国当前建设小康社会和构建和谐社会的宏大背景下，家事纠纷的妥当解决具有特别重要的价值，因之，在程序法领域，关注并研究家事调解不仅具有法律价值，而且具有时代意义。

一、现状与问题：我国家事调解之检讨

我国关于家事调解的规定主要散见于婚姻法、民事诉讼法等法律和相关司法解释中。婚姻法第32条规定：“人民法院审理离婚案件，应当进行调解；如感情确以破裂，调解无效，应准许离婚。”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”第14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；……”。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2条也规定：“对于可能通过调解解决的民事案件，人民法院应当调解。” 从形式上看，上述规定似乎类似于国外普遍建立的家事调解制度，但从实质上看，二者的效果和理念却有很大的差异。具体而言，我国的家事调解制度尚存在许多结构性缺憾：

首先，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，他们认为“在‘法律阴影’之下所进行的调解，效果可能不及在法律程序提起之前所作出的早期介入。”1而我国的家事调解是案件系属后的调解，是审判法官在审理案件过程中随时启动的调解。与诉前调解相比，诉讼中试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；在接着的证据交换中，面对对方的证据资料，一方可能恼羞成怒，而另一方也气得喷血。如果法官在开庭时竟突兀地提出调解，双方当事人在心理上、面子上都将难以接受，因为谁都不想“便宜”了对方；再有，诉讼的对抗性本性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。

其次，家事调解的前置性或强制性不明确。从立法看，我国对离婚等家事案件也使用了“应当”进行调解的语词，这一规定似乎类似于日本等国的强制调解或调停前置制度，但仔细分析法律规定，就会发现情况远非如此。“应当进行调解”的“应当”二字在此处并没有“强制”的意蕴，因为现有立法中没有必要的制度来约束法官“必须”对家事案件进行调解，甚至没有体现“强制”的任何制度或配套措施。从实践看，法官努力尝试调解和不进行调解或敷衍一下当事人不会有什么本质的差异，也不会有什么违法或不利后果之虞。相反，努力尝试调解可能影响该法官的办案速度和办案数量，其结果是降低其工作成效并最终直接影响其收入、晋升、评优等现实利益。如此一来，与其为了说服当事人尝试调解而耗时费力，倒不如例行公事地询问一下当事人后直奔审判主题来得实惠。所以，我国的家事调解不是强制性的“应当”，而是非强制性的、倡导性的“应当”。在这种状况下，家事调解的目的、宗旨很难真正、有效地实现。

再次，调解主体缺乏专业性。国外的家事调解员多数是由具有社会学、医学、教育学、心理学、行为学知识以及经过法律训练的专门人士担任，即便有法官参与，该法官也不可能在调解失败后的诉讼程序中担任审理法官。家事调解中的调解人员通常精通调解的方法、策略、技巧，能充分发挥自己特长帮助当事人找到问题结症，说服或鼓励当事人自己达成合意，妥善解决家庭纷争。而在我国，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，此其一；其二，即使法官情愿进行调解，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，此种状况下怎能进行富有成效的调解？其三，审理法官主持调解，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。

第四，查明事实、分清是非的调解原则不利于家事调解的实施。查明事实、分清是非是我国民事诉讼法规定的一项调解原则，它对包括家事案件在内的所有案件都适用。然而，这一原则对家事案件的调解具有明显的不适应性：其一，它使家事调解的时间严重滞后，使诉前调解在逻辑上难以成立。因为查明事实、分清是非必须经过开庭、甚至开庭结束后才能实现，而在诉前阶段，法官还未能通过有效的手段获知案件的事实，因此，这一阶段的调解面临法律和逻辑上的双重障碍。所以，从理论上讲，离婚等家事案件的调解只能在法庭辩论结束后至判决做出前这段时间进行，否则便可能做无用功；其二，使家事调解的综合价值和意义难以实现。因为一旦案件出现事实清楚、是非分明的状况，调解抑或判决已没有什么本质差别，调解的内容实质就是判决内容，因而即使当事人经调解达成了协议，也不能实现调解的那些独特价值；其三，上述原则还可能加剧离婚案件当事人之间的对立，激化矛盾。因为查明事实、分清是非的过程往往是再现当事人间纠纷硝烟的过程，而开庭固有的举证、质证的场面则进一步加剧了对抗和竞争，当事人可能不由自主地再陷情绪激动的相互指责之中。

第五，缺乏家事调解的有效调查机制，不利于法官进行有针对性地调解。尽管如前所述，查明事实、分清是非的调解原则不利于家事调解的实施，但这并不意味着法院对家事案件的调解不需要了解事实，分清是非，问题是如何查明、由谁查明。从国外情况看，很多国家在家事法院设置专门的调查官，在调停程序开始前调查、发现问题，并向调解员提交报告。调解员自己也可以对离婚案件当事人的背景进行调查了解，有时甚至将人生史追溯到其童年时代。目的是帮助当事人获得公正意识、洞察力和理性。1而我国的情况是，离婚案件实行当事人举证原则，即当事人必须自己调查收集必要的证据来证明某些事实，只有对那些“属于当事人或其代理人因客观原因不能自行收集的证据”，才可以申请法院去调查。家事案件的特殊性使得该类案件之事实调查具有较高的难度，尤其对那些涉及与第三者婚外同居、通奸等的事实，当事人常常无法举证。法院对离婚案件事实调查的消极态度导致法官即使想调解也“心有余而力不足”，因为要么法官不了解案情，无法进行针对性的调解；要么法官通过案件的审理了解了案情，但却丧失了调解的最好契机，调解难见成效。

二、立法与实践：家事调解之域外考察

（一）日本

日本是一个十分重视家庭和谐的东方国家，他们早就认识到家事纠纷的重要性和特殊性，因此对该类纠纷采取了多样化的处理模式，通过——人事诉讼、家事审判以及家事调停——三种渠道来解决。1日本还专门设置了家庭法院1来主管家事案件，家事法院重要、甚至主要的工作就是家事调停，甚至对一些诉讼案件如离婚、解除收养关系等案件实行“调停前置主义”，即该类案件在诉讼系属前必须向家庭法院申请调停，如果未经调停而直接起诉的，视为申请调停。在日本学者看来：“家事调停并不是家庭法院的旁门左道，而是堂堂正正的‘光明大道’”。家事法院中的家事调停相当于地方法院的诉讼，调停室和法庭等同视之。

从历史上看，日本的家事调停一直比较发达，早在 1939 年它就制定了《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。1947 年日本制定《家事审判法》，《人事调停法》废止。《家事审判法》对家事调停的规定更加系统和规范，如规定了调查官制度、参与员制度、调停前置制度、履行确保制度等诸多内容，使家事调停具有极强的可操作性。根据家事审判法的规定，日本家事法院内的家事调停通常由一名法官和两名（或更多名）家事调停委员构成，因而具有司法参与的性质。在家事调停中，调查官发挥了积极的作用，因为家事程序的对象不是单纯的案件，而是与案件相关的人本身。因此，家事法院为了妥当处理案件、完善程序运营并提出成熟的调停方案，不仅要调查“法律上的事实”或者说是“法律事实”，还应关注“生活上的事实”或者“社会事实”，并在此基础上透视案件全貌。从实际情况看，事实调查的内容十分广泛，涵盖纠纷发生的原因和实际状况、当事人的性格、经历、生活状况、财产状态以及家庭生活环境等与纠纷相关的所有事项，调查官在调查中还需要活用医学、心理学、社会学、经济学等其他专门的知识。

日本之所以对家事调停如此重视，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继续性、永久性的特征，因此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停解决。“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。”

（二）英国

家事调解在英国也有几十年的历史， 在 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；1974年费烈委员会(Finer Committee)的报告书“Report of Committee on One-Parent Families 1974”发表之时，进一步建议以“调停”作为离婚法律程序的既定部分。自此以后，调停服务与福利工作人员的工作之间便有了明确的界限。

最初，调解主要用于对家庭案件中儿童纠纷的解决1，当时使用的是“调和”一词，且在法庭上和法庭外都出现过。后来人们认识到调解机制对离婚引起的所有争议都有极其重要的意义，而不仅仅是对涉及儿童的争议。基于此，“调解，相对于通过法院解决作为一个替代性的争议解决方式，广受提倡。”有学者注意到，调解不仅鼓励夫妇直接沟通，也鼓励他们商谈关乎子女未来的安排。如果当事人已在法律上和经济上离婚，但在“感情上”仍未能离婚，则可能“继续纠缠不休，所造成的恶果，不但影响自己，而且祸及子女”。

近年来，调解服务在英国被视为离婚及子女案件的较可取排解纠纷方法，因为《1989年儿童法令》和《1996年家事法令》“已渐偏离查究权利和争取公平的传统对抗概念而走向福利概念”；过错离婚向无过错离婚的转变也进一步促成了家事调停的发展。英国家事法在很多地方都体现出鼓励夫妇在离婚法律程序进行之前，采用调解方式来解决他们之间的纠纷,英格兰上诉法院于1993年承认调解虽然不是组成法律程序的一部分，但实际上“已日渐成为众多家事法庭程序中一件重要且实用的工具。”1英国政府也全力支持离婚夫妇采取调解的方式解决纠纷，尤其是鼓励他们理性安排未成年子女的未来生活以及妥善处理他们之间的经济问题。1998年10月，在欧洲理事会主办的第四届欧洲家庭法会议上，上议院议长、大法官艾威（Irvine）发言说，英国政府希望调解成为解决争议的文化中的一个中心元素——一种将越来越少地关注从前配偶处获得优势和利益，而更多关注对将来做出明智安排的文化。1尽管英国的家事调解改革仍在发展之中，但可以预想的是，家事调解服务将受到愈来愈广泛的运用。

（三）美国

家事调解，在美国也是广受关注的一个问题。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1。美国多数州都设有专门的家庭法院，有些还设有专门的婚姻协谈人员，这些协谈人员不是法律专家，而是个案作业的专门技术人员，他们不仅在家事案件的受理、调查或其他事项中，对案件进行调解，而且在法官审理过程中，如认为有和解希望时也可以将案件移送于他们手中。

在美国法院处理家事案件尤其是离婚案件过程中，调解得到了最广泛地应用，甚至已成为“准司法（Informal justice)”概念上的重要名词。家事纠纷一般属于法院建议或指定以调解或和解解决的范围。离婚调解或庭外和解已成为解决家事纠纷的重要模式。从历史看，早在二十世纪30年代，继劳动纠纷之后，美国就开始在家事领域推行调解。1939年，加利福尼亚州设立了调解法院（Conciliation Court），对当事人采用调解作为代替审判程序的手段。因进行家事调解的调解人多具有心理学方面的素养，遂将“治疗”（therapeutic）理念带入了调解之中，具体而言，就是促使当事人正面认识纠纷的根源在于感情上的争点，在调解人认为适当的场合，鼓励当事人继续维持（婚姻）关系。虽然在这方面家事调解人之间的意见并不统一，但一般都认为应更多地考虑人际关系而不是法律方面的争点。

美国的家事调解主要分为三种情况：一是强制调解。通常是涉及子女监护问题时采用。如加利福尼亚州民法规定，涉及子女监护和探视权问题必须进行调解。目前已经有38个州和哥伦比亚特区都在立法中规定实行强制调解。二是自愿调解。这种情形主要适用于法律没有规定实行强制调解的家庭案件。三是裁定调解。如得克萨斯州的家庭法规定：如果法院认为当事人之间有和好的可能，可以通过书面形式裁定延长审判时间。法院应当要求有关人员或法院指定的人员采取法院认可的多种手段，对当事人进行调解，并为调解创造条件。法院在审理的过程中要充分考虑包括当事人的家庭需要在内的各种情况，并针对当事人本身的特点进行有效的调解工作。在法院确定的调解期限内，法院所指定的调解员和咨询员要定期向法院报告当事人对法院调解意见的态度。

无论是哪一种类型的调解，调解员的作用均是相同的：调解员应是双方当事人的中间人，协助当事人找出解决问题的方法并进行协商。调解员应当向当事人解释所要处理问题的基本原则，如规定探视时间应根据子女不同的年龄段确定。总之，调解员要最大可能的与当事人合作，使其尽可能地减少矛盾。尽管美国的离婚调解还存在一些批评声，其本身也确实存在一定的问题，但大多数评论家，以及越来越多的法官和律师已经认识到调解是一个有价值的选择。与传统的离婚诉讼相比，它为解决家庭争议提供了可选择的方法。

（四）澳大利亚、新西兰

澳大利亚的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。1993年，澳大利亚政府发表了一份报告书——The Family law Act1975:Directions for Amendment，这份报告书把家事法制度的重点由诉讼转移至非对抗性的排解纠纷程序。接着，澳大利亚颁布了反映上述转变的新法令《1995年家事法改革法令》，该法令已于1996年实施。

从实践看，澳大利亚的家事法院采纳了无过错离婚原则后，对婚姻本身的争议已很少见了，诉讼的焦点集中在子女的监护、探视和财产问题上，而这些问题适合用另类排解纠纷的方式解决，因之，家事案件中的调停服务受到越来

越多的重视和关注。《1975 年家事法案》第 62f 条甚至赋予法院对离婚当事人参加调解会议的酌情决定权，法院可以指令双方当事人出席“调停会议”，以努力解决彼此之间的分歧，并商议子女的照护、福利和成长事宜。除了某些例外情况外，除非双方当事人已出席调停会议，否则法院是不能发出教养令的；如不遵照法院命令出席调停会议，可被视作藐视法庭。

在新西兰，家事调解的内容主要见诸于《1980 年家事程序法》，根据该法律，家事法院处理家事案件存在三个阶段，第一阶段是在法院或私下进行辅导；如未能解决问题，则进入第二阶段，参加调解讨论会，该讨论会的目的是“向夫妇阐明，解决纠纷是他们的责任。”如仍不能解决纠纷，则进入第三阶段——交付法官进行裁决。

根据《1980 年家事程序法》第 14（2）条、第 16 条的规定，新西兰调解讨论会的目的是找出双方当事人之间的问题所在，并透过协议来解决这些问题。如能达成协议，主持会议的家事法官可作出具有约束力的命令。如未能达成协议，容许同一名法官在其后就案件进行的聆讯中作出裁决，但如他主动退席或双方当事人要求他退席的则除外。

与调停服务相关，新西兰还设有调停辅导，这个阶段的工作是“把调解工作和纯辅导的工作结合起来的”，实践中，有很多纠纷在调停辅导中已获解决。如在 1987 年个案样本中，有 77%的夫妇是在调停辅导阶段达成完全或部分和解协议。1

三、功能与价值：家事调解之比较优势

相对于对抗制下的审判，家事调解具有其独特的价值和比较优势，这也是家事调解近年来不断受到各国重视和关注的根本原因所在。

（一）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

诉讼是对抗性的程序，在诉讼中法官往往与责备、查找过失相连，它令正在办理离婚手续的夫妇关系更趋恶劣，而这又会妨碍他们在离婚之后和衷合作，继续履行为人父母的责任。“对抗制模式中充满了耻辱、冲突。莫怪一位女权主义的修辞家将诉讼比作男性，而将非讼方式与非攻击性、举止率直的女性相连。非讼方式‘不同于诉讼的强权，它们是廉价的、任意的、私人的、自愿的、调查导向的、有效的解决纠纷的方式’。”

家事调解就具有明显的非讼性、非对抗性。在调解中，主持调解的法官或调解员着重考虑的要点是夫妻的利益而非权利；他们的工作重点不是在夫妻相互指责的局面中查明事实、分清是非，而是从相互合作的角度来界定影响双方当事人的事宜，并以夫妻所认为的公平原则为依据、以双方所认同的方式逐步推进解决问题的进程，形成解决问题的结论。

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。

国外有学者经考察还发现，非对抗制的调解具有促进当事人道德升华的功效，“调解方法内部包含着一种能够改造人类的独特潜力——引发道德的升华。这种改造性潜力源于调解能够产生两种重要效果——赋予和认可——的能力。……当这两种方式在调解实务中居于中心地位时，就能促进各当事方把冲突作为道德升华的机会加以利用，调解的改造性潜力就得以实现。”1这种“道德升华”的功效为家事案件当事人日后的健康生活打下了心理基础。

（二）家事调解的保密性有利于减少离婚事件给当事人以及未成年子女带来的精神压力

几乎所有国家的家事法都规定，家事调解不公开进行。调解员对其在主持调解中获知的信息、资料等具有保密义务，不得随意披露，也不得在随后的诉讼程序中使用。在家事调解程序中，当事人会被告知，他在调停会议中所作出的所有让步和承认，不会在调解失败后的诉讼程序中被当作对付自己的武器，而且，即使第三人参加了调解会议，并因此“接获需要保密的资料，法院也不会强迫他在未经当事人同意的情况下披露所谈及之事。”1“除非情况非常特殊，即陈述内容已清楚表明作出陈述的人以往曾经或相当可能会严重损害儿童的利益，……（主审法官）将会采纳陈述……但这只限于根据其判断，保障儿童利益的公众利益，较将试图调停一事保密的公众利益为重。”1

家事调解的保密性可以使当事人在调解中获得一种安全感。如在离婚案件的调解过程中，尽管可能涉及对双方当事人过错以及各自的性格、兴趣、爱好、道德品质的评价和争论，但因为知情范围仅限于当事者和调解员之间，因而不会给当事人造成太大压力或令其感到不安；保密性还能有效保护儿童的情感隐私。如在涉及儿童利益时，调解员可能通知儿童参加调解会议，此时，保密性令儿童敏感的自尊心得以维护，使他感到他的尊严、名誉、脸面一个也没有丢；最后，保密性还可以使当事人有效地宣泄情绪——以一种安全的、无威胁性的方式宣泄心底的各种忧虑和不快。这种宣泄可以为当事人减轻压力，增强其在感情上接受可能出现的处理结果的承受力。

（三）家事调解的灵活性有利于家事纠纷的妥当解决，实现实质正义

相对于诉讼的严格形式性、法定性、程序性而言，调解具有极大的灵活性，它不需要严格依据实体法或程序规定，

也不需要遵循严格的证明规则，它所着眼的是家庭纠纷的妥当解决。为了求得妥当，它针对不同的案件可能采用不同的调解策略，因为不同离婚案件的发生原因、背景、争执焦点可能千差万别，如果用诉讼进行整齐划一的解决，其结果可能是以形式上的正义掩盖了实质上的非正义。调解可以为每个案件度身定做一个适合的解决方案，正如某学者所言，身份关系是“具体的”身份人个人之间的关系，而不是“抽象的”人与人之间的财产价值关系，所以其纠纷的处理“应按照该个人个性，作具体的、个别的处理，才能符合亲属的身份关系之实质”，不能象财产问题那样，将纠纷之处理方式予以定型化、划一化。

调解的灵活性让当事人自己发现、总结纠纷之所在，各自提出自己的观点，并基于双方共同最佳利益而达成独有的协议。因为这样的协议是从个案当事人自身利益出发拟定的，所以它能够最大限度地体现当事人心目中的公平和正义，能够保证长久的执行。

（四）家事调解的温和性、治疗性有利于促进离婚事件当事人恢复信心，重新面对生活

诉讼具有冷冰冰的威严，在诉讼中，当事人面对不利的诉讼结果，可能口服心不服，诉讼中的不满可能演化成诉讼外的仇恨和憎恶，并将给未成年子女带来无所适从的尴尬，对其健康人格的塑造和培养带来无尽的阴影。而家事调解则不同，它不仅具有温和的外观，而且具有温和的实质和内容，它能使当事人自己得出解决纠纷的结论，心平气和地走出纠纷，开始新的生活。

从调解的场所来看，家事调解一般设在温馨的小会议室或专门的调解室或法官的办公室，这些场所是不向外开放的；从室内的陈设看，很多都设计成家居的式样，桌子上可能放置一瓶恬静的康乃馨或温和的黄玫瑰，暖瓶里有热腾腾的开水，旁边有咖啡、茶、牛奶可供取用，这是一种极具亲切感的场所；从调解员的穿着来看，调解员既不穿法袍，也不戴假发，而是日常的穿着，亲切得就像邻家大哥或大嫂；再从调解员的知识背景来看，他们不一定是法律专业人员，很多是具有不同社会科学背景的普通人士，但他们具有极高的调解技巧。

更为可贵的是，家事调解的重心偏重于当事人之间的感情整合和心理治疗，在家事调解中，调解员可能是心理医生、家庭问题专家或者富有生活经验的长者、家庭妇女，他们能够发挥其特长，对症下药，符合实际、合情合理地解决纠纷。他们在调解中一般不强调法律规定和权利义务，而是以进行心理矫治为主，告诉当事人放弃仇恨和报复心理，携手处理好离婚中的各种问题。1这一宗旨还反过来引领当事人自我反省、换位思考，促使其认识并理解调解员的良苦用心，主动抛弃仇恨、耻辱、不安、憎恶等不良情绪，向着未来重新规划自己的生活。

日本有学者提出，适当、公平、迅速和经济乃民事诉讼的理想，对一般法院而言，实现上述理想已经绰绰有余。然而，考虑到家事法院的具体状况，还应该有第五个理想，这就是“人间的温情”！人事诉讼、家事审判和家事调停都必须始终关注坚持这一理想。1家事调解的温和性、温情性可以有效消除当事人对法院官僚主义和权威主义的疑虑和恐惧，使市民接近正义之路变得宽广、坦荡而又具有人情味。

（五）家事调解的高效性有利于减少诉讼成本，节约诉讼资源

相对于诉讼而言，家事调解还具有高效性。这里的高效性既包括节约时间，也包括节省费用。从家事诉讼情况看，正常的诉讼程序往往需要几个月甚至更长的时间，如日本平均每个家事案件需要 10.26 月1。如果诉讼中涉及子女管养监护等问题，则可能耗时更长。尽管家事案件的处理并不是越快越好，但对于儿童来说，监护权争议拖得愈久，其受到的伤害就愈大；拖延对离婚当事人自身也不见得有什么益处。所以对于大多数家事案件来说，通过调解快捷地解决纠纷具有重要意义。实践中，家事调解具有明显的时间优势，香港某研究小组研究发现“平均来说，要在使用调解服务的双方当事人之间达成全面协议要花 10.18 小时，达成局部协议则要花 14.35 小时。”1

调解还可以节约费用。从当事人角度而言，如果调解成功，可能由政府支付调解费用，自己只需支付适当的律师费，对于贫困当事人而言，一些国家还提供了法律援助帮助他们参加调解服务；即便政府不支付调解费用，当事人支付的调解费用也远远低于诉讼费用，可能只需要诉讼费的一半甚至更少。另外，从国家的角度而言，家事调解可以节约诉讼资源，缓解诉讼爆炸。

四、反思与借鉴：我国家事调解之立法完善

近年来，我国家事案件的绝对数量居高不下，仅 1998 年至 2002 年的五年间，我国地方各级法院审结的此类案件就达到 678 万件，平均每年 135.6 万件，2003 年我国地方各级法院审结的家事案件有所下降，但仍达到了 126.6 万件，2005 年地方各级法院审结的家事案件继续下降，但绝对数依然很大，达到了 113.2 万件。尽管法院系统从促进经济发展、维护社会稳定、构建和谐社会的大局出发，加大司法调解的力度，一审案件的调解结案率大为提高，但家事调解的针对性、实效性却并不尽如人意。笔者认为，鉴于我国家事调解存在问题，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。

首先，确立离婚等家事案件之强制调解或调解前置制度。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。即当事人对于离婚等家事案件必须先向法院提出调解申请，只有在调解失败后，才能进入诉讼程序。如果未经调解而直接向法院起诉的，视为提出调解请求。同时明确规定强制调解的例外，如婚姻无效案件，就其性质禁止进行调解；存在家庭暴力、家庭虐待等情形的案件不能调解。

其次，将家事调解的模式界定为“诉前调解为主、诉后调解为补充”。按照“诉前调解”之要求，离婚等家事案件一旦“进入”法院，无论当事人提出的是调停请求还是诉讼请求，法院都不能将其与普通民事案件一样编入排期开庭的行列，而应当尽快将其交由专门调解官按照调解程序先行调解。家事调解应当主要在诉前进行，调解不成的，才转入诉讼。在这里，调解和诉讼实现了合理的“对接”。进入诉讼后，审理法官通常不应再主动试行调解，但当事人请求调解的除外。庭中调解可以由审理法官主持，也可以交由庭外的调解官主持，调解达成协议的，由法院制作调解书，调解书具有法律效力。

再次，在立法上规范家事调解法官、家事调解员制度。根据现行立法，家事调解的调解员由审理案件法官兼任，但鉴于审判法官并不能很好地履行调解员的职责，修改民事诉讼法时，可作如下调整：其一，设立专门的、相对固定的家事调解法官制度。该类法官专司家事调解之职，不参与审判，但调解达成协议的，有权制作调解书，调解不成的转由审判法官审理；其二，在法院内部设立专门的、相对固定的家事调解员专兼职队伍，调解员应当从具有社会学、医学、教育学、心理学、行为学等专业知识背景以及经过法律训练的专门人士中聘任；其三，鼓励法官邀请家事案件当事人所在单位、亲友、邻居、同事等协助调解，必要时也可以委托上述单位或人员进行调解，调解达成协议的，法院可以进行确认。

第四，增设家事案件调查官制度。离婚等家事案件具有较强的公益性，为了该类纠纷的妥当解决，很多国家规定法院可以依职权进行事实调查，我国也应当借鉴这一制度。家事案件调查官的职责是对与家事案件有关的事实和全部状况进行全面调查，在调查中发现问题，并将问题进行分类以便更好地将调查结果告知调解员；而调解员也应当努力地查明双方当事人的背景，包括工作、生活现状、成长经历、性格、交往情况等相关事宜。唯有如此，才能在弄清事实的基础上找到案件的真正问题所在，为有效调解打下基础。

第五，系统规定家事调解的程序和制度。家事调解的成功和顺利实施离不开健全的程序和制度保障，因此，必须在民事诉讼法或家事诉讼法中系统规定家事调解的内容，如调解的开始、中止、结束；调解员的回避；调解地点；调解涉及事实的调查；调解过程及资料的保密；调解的费用负担；调解的法律救助；调解协议的达成及审查；调解书的效力等等。

第六，构建专门的家事法院（法庭），专司家事调解和家事审判。针对家事纠纷的特殊性，很多国家都成立了独立的家事法院（法庭），家事法院不仅管辖家事诉讼案件和非讼案件，更针对大量的家事调解案件。为了满足家事案件追求实质正义的要求，家事法院大都设置了专门的调解员、调查官、婚姻相谈员、咨询员等专兼职人员，这些人员对家事纠纷的迅速、有效地解决起着举足轻重的作用。笔者认为，我国有必要借鉴国外的经验和做法，构建具有我国特色的家事法院。可以预见的是，一旦有了专门的家事法院来管辖家事调解事宜，家事调解的专业性、实效性一定会得到极大的提高！家事调解在发挥妥当解决家庭纷争的现实层面将产生更大的收益！

检察机关参与人事诉讼研究

陈爱武（南京师范大学法学院，210046）

【摘要】人事诉讼是指涉及家庭身份关系案件的民事诉讼。检察机关参与人事诉讼是大陆法系多数国家的制度选择。这种制度具有正当性与合理性。在我国实行这一制度，不仅具备现实基础，而且有相当的理论可行性。我国应当建立并逐步完善检察机关参与人事诉讼的制度：明确检察机关参与人事诉讼的原则；限定检察机关参与人事诉讼的范围；明确检察机关参与人事诉讼的方式和地位；赋予检察机关参与人事诉讼的上诉权；相关费用由国库负担。

【关键词】检察机关；人事诉讼；民事诉讼法

人事诉讼，是指涉及家庭身份关系案件的民事诉讼。人事诉讼在不同国家、地区的民事诉讼立法和实践中有不同的范围，在日本，人事诉讼事件仅包括涉及身份关系的诉讼事件，即婚姻事件、亲子事件和收养事件三类。而在韩国，它既包括涉及身份关系的人事诉讼事件，也包括涉及身份关系的家事非讼事件。在我国台湾地区，人事诉讼案件除了婚姻事件、亲子事件等人事诉讼事件外，也包括宣告自然人死亡、宣告失踪等非讼事件。本文所称的人事诉讼主要指涉及身份关系的人事诉讼案件。

作为一种特殊的民事诉讼类型，人事诉讼不仅涉及当事人私人之利益，更涉及家庭秩序之公益，涉及国家与社会之公序良俗，为此，一些国家对人事诉讼设置了特别的程序和制度，其中，检察机关参与人事诉讼便是其中独具特色的制度之一。在当前我国社会转型的新形势下，在学界和实务界反复讨论我国检察机关如何行使民事检察监督权、如

何参与民事诉讼等问题的背景下，本文拟通过对检察机关参与人事诉讼的制度考察和学理探究，找寻其中蕴藏的共性和规律，以期为我国民事检察监督制度的完善以及民事诉讼法的修订提供一点有益的启示和借鉴。

一、检察机关参与人事诉讼之制度考察

检察机关参与人事诉讼的制度主要存在于大陆法系国家，是大陆法系多数国家的制度选择，从立法层面看，法国、意大利、日本、韩国、俄罗斯、我国台湾地区等都在民事诉讼法或民法典中规定了这一制度。尽管各国立法对检察机关参与人事诉讼的参与程度规定不一，但就参与或介入本身而言，态度是共同或者类似的。

（一）检察机关参与人事诉讼的方式

检察机关参与人事诉讼的方式主要分为两种情况，（1）作为当事人（主当事人）参加诉讼。这种参加又分为三种，一是既可以作为原告直接提起人事诉讼，又可以作为被告参加人事诉讼。如根据日本《人事诉讼法》的相关规定，检察官可以作为原告提起婚姻撤销之诉，对于婚姻撤销之诉以外的人事诉讼，检察官不能提起。但在他人提起的诉讼中，检察官可以作为共同诉讼参加者参加，或者独立当事者参加。另外，根据该法第12条的规定，在人事诉讼中，应当成为被告的人死亡或者没有应当成为被告的人时，检察官成为被告。二是只能以原告身份提起诉讼，通常不能作为消极的被告参与人事诉讼。如法国、意大利在立法上主要规制了检察机关直接提起人事诉讼的几种类型，未明确规范检察机关的消极参与。三是通常以被告的身份参与人事诉讼，不以原告身份提起诉讼。如韩国《家事诉讼法》规定，在婚姻无效之诉、撤销婚姻之诉、离婚无效之诉、离婚撤销之诉、确定生父之诉、认领无效之诉、撤销认领、认领异议及否认婚生子女之诉、收养无效、解除收养关系无效之诉、撤销收养、解除撤销收养关系无效之诉等人事诉讼中，在应为相对人的人死亡或没有相对人时，检察官可以作为诉讼相对人参与诉讼。

（2）作为诉讼参与人（从当事人）参加诉讼。这类情况主要发生在对他人提起的人事诉讼，基于公益、公正以及防止规避法律、同谋串通等申请参加或者应法院通知参加。如法国《民事诉讼法典》第424条规定，检察院对向其通报的案件中的法律适用问题提出意见，参加诉讼时，为从当事人。日本人事诉讼法也规定，在法院或受命法官或受托法官认为有必要时，可以通知检察官在限定时间内参与对该事件陈述意见，对此，检察官可以在限定期日内列举事实或者进行证据的申请。此外，根据意大利民法典的规定，法院在相关人事诉讼案件如确认生父、生母身份关系的案件中，法院可以根据欲提起诉讼之人的请求，在听取了检察机关以及双方当事人的意见之后，根据本院议事室作出的说明理由决定作出是否受理诉讼的裁定。

（二）检察机关参与人事诉讼的案件类型和范围

检察机关参与人事诉讼不是全面参与，而是选择性参与，即并非所有的人事诉讼检察机关都可以参加，而是仅对特定的人事诉讼进行介入。

一般情况下，检察机关作为原告或者被告参加的人事诉讼案件，通常是公益性较强的撤销婚姻之诉、婚姻无效之诉、确认亲子关系诉讼等案件，这类案件如果面临无人起诉或者没有应诉的相对人或者相对人死亡的尴尬境地时，检察机关以原告身份直接起诉就成为维护婚姻家庭领域公益的重要补充，通过检察机关起诉或者应诉介入，危害公益秩序的人事诉讼事件将得以消除或终止，此其一；其二，检察机关作为诉讼参与人参加的人事诉讼主要包括婚姻案件、亲权指定案件以及其他人事诉讼案件。如根据意大利民法第425-427条的规定，应当通报检察院并使其以从当事人身份参与的人事诉讼事件主要包括：涉及亲子关系、未成年人监护安排、成年人监护设置与变更以及法律规定检察院应当提出其意见的所有案件，另外，检察院可以了解其认为应当参加诉讼的其他案件，法官也得依职权决定向检察院通报某一案件。

（三）检察机关参与人事诉讼的权限

一些国家直接赋予检察机关人事诉讼诉权，在具备这一权利的前提下，检察机关可以依职权对特定案件提起人事诉讼，在诉讼中享有当事人的诉讼权利和诉讼地位，如可以提供证据方法、参加辩论，甚至还有一些国家允许检察官对人事诉讼案件提起上诉或抗诉。

检察机关作为主当事人参与人事诉讼的诉权不是绝对的，为此，一些国家对检察机关的诉权进行了限制，如意大利民法典规定“在配偶中的一人死亡后，检察机关不得提起婚姻无效之诉。”日本人事诉讼法也规定，对于婚姻撤销之诉以外的人事诉讼事件，检察官不能提起。

在检察机关作为从当事人参加人事诉讼案件时，检察机关的权限主要表现为提供法律意见、对人事诉讼案件陈述意见、列举事实或者进行证据的申请。如日本《人事诉讼法》第23条规定，在法院或受命法官或受托法官认为有必要时，可以通知检察官在限定时间内参与对该事件陈述意见，对此，检察官可以在限定期日内列举事实或者进行证据的申请。

（四）检察机关参与人事诉讼的诉讼费用负担

多数国家立法规定，检察机关参与人事诉讼的诉讼费用或败诉费用由国库负担。

二、检察机关参与人事诉讼之正当性分析

（一）检察机关参与人事诉讼的现实基础是人事诉讼事件的公益性

检察机关基于公益参与人事诉讼，是各国设计这一制度的共同基础。人事诉讼的对象主要是家庭身份关系，而身份之法律关系，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。”尽管从表面上看，该类纠纷纯属私人争执，但实质上却与国家与社会的根本利益息息相关。“因为家庭是社会的基本构成要素，家庭关系的稳定是社会安定的基础，家事纠纷如果得不到及时合理的解决，往往会酿成个人、家庭甚至社会的悲剧，转化为暴力的私力救济，对社会造成威胁。”因此，国家“在处理此类纠纷时往往持慎重保守的态度，并且干预较多。”

日本学者在谈及检察机关参与人事诉讼时特别指出，对于通常财产关系的民事诉讼案件，检察官是没有必要参与的，否则会有侵扰私权之嫌，但对于人事诉讼，基于公益的理由，检察官的诉讼参与便成为可能。德国学者也认为，家事案件“程序的标的存在公利益，所以，处分权主义和辩论主义在家事程序中受到限制。”在美国一些学者眼里，人事诉讼事件的公益性主要表现为“家庭体制的安全，它属于社会体制中的社会利益。”

既然人事诉讼事件具有强烈的公益性，而检察机关作为最典型的公益代表人，在公益发生危险或者遭受实际的侵害时，由其代表国家进行诉讼就成为保护公益的必然选择。

（二）检察机关参与人事诉讼的法理基础是当事人适格理论的扩张

在传统民事诉讼当事人理论中，当事人适格的重要条件是直接利害关系人，但随着现代诉讼制度的发展，传统当事人适格理论得到极大的扩展，“公共利益”也一跃成为民事起诉资格的标准之一，为非直接利害关系人成为适格当事人带来了正当性。而“公共利益”起诉资格标准的基础是诉讼信托理论，在该理论中，为了最大限度地维护公益，法律将诉权赋予与实体权利或具体利益无关的他人或组织。在国外，诉讼信托理论已扩大到适用于基于公益上的需要或职务上考虑而以当事人名义进行诉讼的情况，这为检察机关成为人事诉讼的适格当事人提供了理论依据。因为检察机关在人事诉讼的最重要身份便是公益代表人，检察机关参与人事诉讼，不论是原告还是被告，抑或是诉讼辅助参与人，维护公益是不变的宗旨。

检察官作为公益代表是世界上多数国家的作法，日本《检察厅法》第 4 条就明确赋予检察机关以公益代表人的身份。俄罗斯《民事诉讼法》第 41 条规定：“如果检察长认为对保护国家或社会利益，或保护公民权利及合法权益有必要，有权提起诉讼或在诉讼的任何阶段参加诉讼。”法国《民事诉讼法》第 1153-1 条规定：“在请求确认父子关系的诉讼中，检察机关代表国家。”可见，检察机关参与人事诉讼，不是基于检察监督者的身份，而是以公益代表人的身份出现的，它以当事人或者诉讼参加人的身份参加人事诉讼，乃是为了维护家庭利益、社会公共利益。

既然人事诉讼独有强烈公益性，而检察机关有保护公益的职责，那么检察机关参与人事诉讼就不仅具有正当性，而且具有某种必然性。

（三）检察机关参与人事诉讼价值与功能是维护公益、实现诉讼公正与效率

检察机关参与人事诉讼有利于维护公益，防止损害公益事项的发生和继续，如检察机关在没有主体提起撤销婚姻之诉或婚姻无效之诉时，可以通过主动提起该类诉讼来维护婚姻家庭之法秩序，维护国家与社会之优生及伦理公益。检察机关还可以通过对涉及未成年子女的亲权指定、撤销亲权等案件的参与保护未成年子女的利益。

检察机关参与人事诉讼有利于实现诉讼公正。对身份关系诉讼，法院通常要探求实体真实，其价值目标是追求实质正义。检察机关以原告身份参与人事诉讼，可以利用自身优势提供证据资料，为法院查明事实、发现真实打下基础；检察机关以被告身份参与人事诉讼时，通过形成对审结构来使法院较为容易的发现真实；在检察机关辅助参与的人事诉讼中，检察机关还可以通过陈述意见、提供证据等方式协助法院查明案件客观真实，即此时检察机关的参与具有“补充职权探知主义的趣旨”。1概言之，检察机关参与人事诉讼，有利于发现实体真实，有利于实现人事诉讼裁判的正当化

检察机关参与人事诉讼有利于实现诉讼效率。人事诉讼因涉及社会公益，所以法院对该类诉讼往往采取职权干预主义，但法院的司法资源是有限的，过度的职权探知，虽然在一定程度上保障了人事诉讼领域的实质正义，效率却是极为低下的。检察机关参与人事诉讼不仅有利于实现公正，还可以有效地提高效率，使法院不至于过分延迟地实现正义。

三、检察机关参与人事诉讼在我国立法上之意义与构想

检察机关参与人事诉讼在大陆法系国家不仅具有较为悠久的历史，而且是一项具有普遍性的制度，这一制度对我国检察机关参与民事诉讼也将带来一定的启迪意义和借鉴价值。

（一）检察机关参与人事诉讼在我国已经具备一定的现实基础

检察机关参与人事诉讼要在制度层面确立，其前提基础是存在人事诉讼案件及其特殊的程序。就我国目前的情况

看，人事诉讼程序在我国立法层面已经初步形成。人事诉讼是民事诉讼的一种，尽管从民事诉讼立法层面上看，我国的人事诉讼尚没有从民事诉讼中分化出来，我国也没有专门的人事诉讼程序，但从实体法，即从婚姻法、收养法等实体法角度来看，我国2000年婚姻法、1999年的收养法以及最高人民法院2000年、2003年发布的关于适用婚姻法的两个司法解释已经基本明确了我国人事诉讼的类型和适用的程序。

其一，根据现行立法，我国的人事诉讼类型已经涵盖婚姻事件、亲子关系事件和收养事件，包括离婚之诉、撤销婚姻之诉、婚姻无效之诉、解除收养关系之诉、撤销收养关系之诉、收养无效之诉以及确定生父之诉等丰富的人事诉讼类型。

其二，婚姻法及其司法解释已经针对人事诉讼案件的特殊性，规定了不同于普通民事诉讼的程序，如婚姻法及其司法解释明确规定：有权依据婚姻法第10条规定（即婚姻无效）向人民法院就已办理结婚登记的婚姻申请宣告婚姻无效的主体，包括婚姻当事人及利害关系人。利害关系人根据情况分别包括当事人的有关近亲属及基层组织。

问题是，如果婚姻无效案件的当事人或其近亲属不愿向法院申请宣告婚姻无效，相关基层组织由于过失等也未向法院提出申请，对此类具有公益性质的人事诉讼应该如何救济？作为公益性极强的人事诉讼，如果存在提起诉讼的事由，却无人提起诉讼，则违法现象可能一直处于持续状态，这不仅损害了国家法律权威，也损害了社会和家庭秩序之公益。在公益受侵害无人主张和无人维护的情况下，客观上要求作为法律监督机关的检察院以公益代表人的身份担起此职，通过积极起诉、应诉或者参与等方式进行救济和纠正。

（二）检察机关参与人事诉讼具有理论可行性

近年来，我国学者专门对检察机关参与人事诉讼进行研究的著述并不多，但通过对检察机关参与民事公益诉讼研究或者通过对民事检察监督制度完善的研究进而涉及人事诉讼的则较为多见，研究已具备一定的深度和广度，形成了诸多理论设想，为检察机关参与人事诉讼积累了厚重的理论资源。

检察机关参与民事诉讼（包括人事诉讼）的理论基础概括而言，主要是基于检察机关作为公益代表人有责任、有义务介入涉及公益的民事诉讼，以防止公益无人维护或者公益受到践踏。在我国学者的研究中，也有人对检察机关参与民事公益诉讼提出质疑，认为检察机关提起民事诉讼会造成其角色的冲突，因为它既是诉讼当事人，又是诉讼的监督者。还有人认为，西方国家的检察院是政府的代理人，检察权是行政权的一部分，而我国检察机关的法律性质是国家法律监督机关。因此，西方的检察制度不能成为支持我国民事公诉的理由。对于公益受到侵害的民事案件，完全可以通过行政机关的行政执法来完成，用这种方法追究违法者的责任是一种效率更高的制度安排。

对民事公益诉讼进行质疑的观点尽管具有一定的合理性，但多数学者还是持支持的态度，认为如果没有民事公益诉讼机制，该类诉讼所指向的社会矛盾“在社会现有矛盾解决机制里是难以解决的”；“从我国国情看，赋予检察机关民事公诉的权力应当是利大于弊。甚至可以说，赋予检察机关提起民事、行政公诉的权力，是我国民事诉讼法、行政诉讼法的发展趋势。”另外，我国检察机关在性质上不是政府代理人，恰恰可以使检察机关能够更好地发挥通过公益诉讼维护社会公益的作用，因为侵害社会公共利益的行为常常是因为政府的失职导致，甚至是政府滥用职权的直接后果。再者，检察机关角色的多元化并非构成民事公益诉讼设立的障碍，因为角色多元化是一种常见的社会现象，只要安排妥当，冲突和紊乱也并非不可避免。相较而言，支持者的观点更具有说服力，也更合乎民事检察制度发展的方向和趋势。

总之，检察机关参与人事诉讼，在我国不仅具有现实基础，而且具备坚实的理论基础。当然，赋予检察机关提起人事诉讼的职能，并不意味着其他主体不能提起该类诉讼，而是具有补充性的意蕴，即在其他有权提起诉讼的主体不主动提起或懈怠不作为时，检察机关才提起。

（三）确立我国检察机关参与人事诉讼制度的初步设想

借鉴国外检察机关参与人事诉讼的立法，我国在构建该项制度时应当充分考量我国的国情，在此基础上，从实体法和程序法两个方面建立并逐步完善我国检察机关参与人事诉讼的制度。

首先，明确检察机关参与人事诉讼的原则。检察机关参与人事诉讼不是全面参与，而是选择性参与，即仅对那些公益性较强的人事诉讼案件进行参与；不是唯一的参与主体，而是补充性参与主体；参与方式具有多样化，即检察机关既可以以原告身份直接起诉启动人事诉讼，也可以在他人提起的人事诉讼中被列为被告，还可以通过列席、旁听等方式参与有关人事诉讼案件的审理。

其次，限定检察机关参与人事诉讼的范围。一般而言，检察机关参与人事诉讼的范围主要包括：涉及婚姻效力的无效婚姻案件、涉及父母虐待未成年子女、父母长期行为不端或遗弃未成年子女等可能丧失亲权的案件、确认生父案件等人事诉讼案件，其他人事诉讼案件如离婚案件、解除收养关系案件、否认婚生子女案件等，检察机关原则上不参与。

再次，明确检察机关参与人事诉讼的方式和地位。检察机关参与人事诉讼的方式包括两种：作为当事人起诉参加，

作为参与人由法院通知参加或者申请参加。检察机关仅对极少数人事诉讼案件，可以向法院直接起诉，借鉴域外情况，这类案件应主要限定在婚姻无效案件和特定情形下丧失亲权案件。检察机关对这类案件的起诉应当是补充性的，即它只在有权起诉的主体不起诉时提起诉讼；对其他涉及未成年子女利益的人事诉讼案件可以采取检察机关参与的方式，对此，可借鉴日本的做法，由法院裁量并通知检察机关出庭，使其对相关人事诉讼事件陈述意见或在限定期日内列举事实或者进行证据的申请。检察机关在接到当事人的请求后，也可以裁量列席已经进行的人事诉讼。

另外，国外有检察机关作为被告参加人事诉讼的情形，即应当成为被告的人死亡或者没有应当成为被告的人，检察官为被告，对此，我们也可以借鉴。也许有人认为，我国现行法律对此问题已有处理，无需再进行规定，笔者认为这一想法是欠妥当的。根据我国现行立法规定，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法申请宣告婚姻无效的，夫妻双方均已死亡的，不列被申请人。这一规定至少存在如下缺陷：其一，确认婚姻无效等人事诉讼也是以两造对立作为其基本诉讼结构的，“不列被申请人”使这一结构失衡，违反了诉讼的基本要素；其二，只有一方当事人参加诉讼，使事实调查、证据提供以及辩论无法有效地进行，不利于查明案件的客观真实。尽管此类案件可以通过法院的职权探知来斟酌案情或者直接调查证据，但法院的司法资源是有限的，难以全面满足该类案件的探知和调查需求；其三，婚姻无效案件是涉及公益的案件，检察机关不参加，难以彰显其对此类案件进行监督和纠正的功能。基于此，笔者认为，在上述情形下，将检察机关列为被告具有相当的合理性。将检察机关列为被告不仅消解了上述诉讼结构的困境，而且还可以补充法院的职权探知活动，更有利于人事诉讼案件追求实质正义目标的实现。

第四，赋予检察机关参与人事诉讼后的上诉权。检察机关参与人事诉讼，对诉讼结果检察机关能否提起上诉或抗诉？域外多数赋予了检察机关这样的权力，这一规定具有一定的合理性，我们也应当予以借鉴，即赋予检察机关对其所参加的人事诉讼享有上诉权。因为既然检察机关以当事人的身份参加诉讼，当然应当享有当事人的权利包括上诉权，此其一；其二，在检察机关作为参与人参加的人事诉讼案件中也应当赋予此权，因为检察机关参与的人事诉讼案件都是具有较强公益的案件，因此，作为辅助参加人，检察机关对可能损害公益的一审裁判理应具有上诉权，通过上诉启动二审进行修正或救济。

最后，检察机关参与人事诉讼的费用负担应当由国库保障。检察机关参与人事诉讼既然是基于公益维护，国家就有义务为这样的公益活动提供经济保障，即检察机关参与人事诉讼的诉讼费用以及败诉费用应当全部由国库开支，只有这样，检察机关对人事诉讼的参与才能富有成效，而不至于流于形式。

论家事案件之执行

陈爱武（南京师范大学法学院，210097）

【摘要】家事案件执行具有不同于一般民商事案件执行的显著特点，这类案件的执行，并不仅仅是简单地强制实现判决书上确定的权利，还需要顾及相关当事人的情感和将来良好关系的维持。解决这类案件执行难的问题，必须首先完善我国的现行立法，对家事案件执行设专章加以规定，以便执行人员树立新的执行理念，真正实现家事案件的执行目标。

【关键词】家事案件；执行

家事案件，是指与婚姻家庭有关的案件。我国民事执行中涉及家事纠纷的案件主要包括离婚财产分割、赡养费、扶养费、抚育费、探视权、交出子女、遗产继承等几类情形，这类案件的执行具有一般民事案件执行所没有的特点，在执行当事人、执行标的、执行理念、执行终结乃至执行所涉及的利益等方面均有自己的独特之处。这类案件的执行，并不仅仅是简单地强制实现某项财产或利益，它还需要顾及相关当事人的情感和将来良好关系的维持等等，它与家庭的和睦幸福、社会的和谐稳定紧密相连。本文的目的就是通过对此类案件执行的特殊性分析，来检讨并反思我国民事执行制度，旨在为民事执行立法的完善尽一份力量。

一、家事案件执行：特殊性分析

与普通民商事案件执行相比，家事执行具有鲜明的自身特色。

（一）从执行当事人之间的关系看，家事案件执行当事人之间往往具有某种特殊关系——亲情或血缘关系

通常，民商事纠纷，尤其是契约纠纷发生在市场交易主体之间，这类案件的执行当事人之间的关系是陌生人关系，可以做到案结事了。而家事纠纷发生在家庭成员之间，是亲人之争、熟人之争，因而这类案件的执行当事人之间必然具有某种特殊关系——亲情或血缘关系，不可能做到案结事了，如给付抚养费、赡养费案件的执行一般发生在父母子女之间，即使执行终结了，他们之间的血缘联系、亲属关系、法律关系也并不因此消灭；遗产继承案件也多发生在亲属之间，他们之间的亲属关系同样不因执行的完结而消灭。家事案件当事人之间的特殊关系表明，家事案件的执行绝

不能像一般财产关系案件执行那样简单划一，而应当在执行中注意维护当事人之间的亲情关系，妥善处理好法与情的关系，否则，可能给家庭或社会生活带来极大的不稳定因素。

（二）从执行性质上看，家事执行既涉及私益又关涉社会公益

一方面，家事案件的执行将涉及当事人的私益，如离婚财产分割的判决执行，赡养费、扶养费、抚育费案件的执行，遗产继承案件的执行等都实现了胜诉当事人的财产权利。探视权、交出子女案件的执行则满足了当事人因亲子血缘关系而衍生的亲权。

但另一方面，家事案件的执行还具有鲜明的公益性。首先，家事案件是一种涉及身份关系的案件，而身份关系案件的最大特点是当事人之间存在着某种特殊联系——亲情、血缘联系，这种亲密联系使得该类案件的执行不得不顾及人情义理、道德伦常等社会价值目标，执行法官必须认真梳理当事人之间的关系，注意维持良好的婚姻家庭秩序，而不是简单、机械地强制执行。其次，家事案件中的当事人的权利往往具有双重性，一方面表现为权利，能够满足私人的需要，另一方面，该权利可能又是一种义务，具有一定意义上的他益性或公益性。如探视权，对不与子女共同生活的父母一方而言，它是一项权利；但另一方面，该权利也是其对未成年子女的义务，因为如果其不行使探望权，必不利于抚慰离婚给未成年子女所带来的精神创伤，不利于更好的对子女进行教育。因此，对探望权的执行，就不能仅仅关注权利人的愿望满足，还要顾及被探望人的利益。最后，家事案件执行中所涉及到财产关系也具有自己的特点，突出的表现就是它以身份关系为前提而形成，如亲属间的抚养、扶养、赡养关系、夫妻财产关系等无一不是以亲属间的身份为前提而产生的，它与民法中的普通财产关系截然不同。如果执行不当，同样可能引发严重的社会问题。

（三）从执行理念上看，家事执行遵循特殊的执行理念——和谐、双赢

家事案件的特殊性要求执行法官必须遵循特殊的执行理念。这里的“执行理念”简言之就是“和谐、双赢”，其执行效果是既执行了判决书上确定的义务，又维持了当事人之间良好的亲情关系。

与一般财产案件的执行不同，家事案件的执行不是“一锤子”买卖，不可能每件案件都能做到“案结事了”、“一了百了”，因为有些家事案件即使执行完毕，案件当事人之间的身份关系依然存在，有些关系（如父母子女关系）甚至是终身无法解除的，执行当事人可能继续生活在一个屋檐下，抬头不见低头见。因此，对这类案件的执行，就不能简单地施以强制措施了事，而必须遵循“和谐、双赢”的执行理念，通过适当的执行方法，迫使被执行人认识到自己的错误，主动地、诚恳地、完全地履行法律文书确定的义务，并积极维护其与申请人之间的良好关系。唯有如此，才能实现当事人的最佳利益，实现国家、社会、家庭的和谐秩序。

（四）从执行标的上看，家事案件的执行标的具有多样性

执行标的，是指债务人用以履行义务的资料，包括所有或有权处分的物、行为。在特殊情况下，执行标的也可以是未成年人的人身。家事案件的执行标的可以是财物，如赡养费、扶养费、抚育费案件的执行，分割遗产案件的执行；可以是行为，如探视权的强制执行；在特殊情况下还可以是人身。如强制交出子女的执行，执行标的就是未成年子女本人。多样化的执行标的使得家事案件的强制执行具有较强的具体性和个别性，加大了探寻家事案件执行一般规律的难度。

（五）从执行终结的时间上看，家事案件的执行终结时间往往不具有一次性

普通民事案件的执行，往往是一次执行完毕，而定期支付扶养费的离婚案件、给付赡养费的案件、给付抚育费的案件以及探望权纠纷案件的执行内容往往具有长期性和周期性。如，判决书规定不与未成年子女共同生活的父或母每月探望子女一次，如果对方每一次都不予协助，则从理论上说，享有探视权的一方每个月都要申请法院强制执行，直到未成年子女成年。这一特点使得家事案件的执行具有更大的艰巨性、风险性和不确定性。

二、家事案件执行：问题检讨及实证分析

（一）家事案件执行难之现象面面观

1、赡养费、扶养费、抚育费案件执行难

赡养费、扶养费、抚育费案件（以下简称“三费”案件）的执行难主要表现在二个方面：一是应当履行义务的一方当事人想方设法拒绝给付上述费用，他们或者将财产进行转移，然后伪装作一无所有，让法官无法执行；或者在应当履行的时间里东躲西藏，赖一天是一天；或者变更住所玩失踪，让执行人员无功而返；或者干脆移民出国，彻底断绝与权利人的联系，让法院执行不能。

二是被执行人在法院执行措施的强大威力下，虽然勉强答应给付费用，但在实施中却用使申请执行人难堪的方式进行义务的履行。如有些支付抚育费的父（母）对未成年的儿女及其监护人故意刁难及凌辱，使收取者尊严尽失！面对父（母）不友善对待，他们的内心痛苦万分，即使通过法院强制执行到了一部分费用，他们的身心早已经疲惫不堪！更有甚者，一些应当履行赡养义务的子女，在被强制执行了物质性的赡养费之后，将年老的父母视为陌路，从此与他们一刀两断，让父母承受痛苦的精神煎熬。

2、探视权案件执行难

我国《婚姻法》第38条虽然规定了探视权，然而，现实情况却是探视权案件判决容易执行难。这种难表现在四个方面：

一是被执行人不配合。多数情况下，探视权案件的执行，需要与子女共同生活的父（母）配合，然而，由于离婚双方面临离婚的残局时往往已经结下了怨恨，抚养孩子的一方常常不愿履行协助探视的义务，他们把孩子当成自己的私有财产或惩罚对方的工具，在法院来强制执行时，常常采取多种措施进行或明或暗的阻扰；

二是被探视的子女不配合。从立法层面上看，探视权的设立，主要是从满足父母亲权的角度进行规制的，所以，它能够较好地满足不直接抚养子女的父或母对子女的关心、抚养、教育的情感需要，但另一方面，探视权也是有利于子女健康成长的一项权利，因为不与子女共同生活的父或母的定期探视可以增加子女与他们之间的情感沟通和交流，最大限度的消减因家庭破裂而给子女带来的心理影响。然而，由于种种原因，被探视的子女可能拒绝父或母的正常探视，这给法院执行带来了极大的困惑。

三是案外人阻挠。这里的案外人主要指被探视人的祖父母、外祖父母、叔叔、姑妈、舅舅、阿姨等亲属，尤其是祖父母、外祖父母。由于多种原因，未成年子女在父母离婚后，可能实际上与祖父母或外祖父母共同生活，当该子女的父（母）依法前去探望时，会遭到祖父母或外祖父母直接或间接的拒绝。实践中，执行法官对此也无良策，因为法律并没有规定祖父母或外祖父母等亲属有协助执行探视权的义务。

四是法院执行力量有限导致执行难。因为探视权案件执行中会遇到诸多不配合的情况，所以强制执行探视权常常需要法院执行人员陪同进行，甚至有些案件每次都要陪同！北京海淀区法院执行庭法官在一起探视权案件中，就曾17次陪同离婚父亲去探望女儿！1。但法院的司法资源是有限的，不可能每个案件都能做到如此，同时，这种陪同反过来也许就影响了孩子的身心健康，法院有时不得不中止或终止探视权案件的执行。

3、强制交出子女案件执行难

这一类案件的执行难主要表现为实际与子女共同生活的监护人不配合、子女的其他亲属阻挠以及子女本人不愿意等几种情况。具体表现与探视权案件类似。

（二）家事案件执行难的原因分析

家事案件执行为什么难？其原因是复杂的，既有客观上的原因，也有主观上的原因；既有立法上的不完善因素，也有执行实践中的问题，还有执行当事人自身的心理因素以及社会环境等多方面原因。

1、家事案件执行立法缺失是导致该类案件执行难的主要原因

前已分析，家事案件的执行具有特殊性，然而，我国民事诉讼法没有就家事案件的执行问题进行特别规定，导致这类案件在实践中完全按照一般民事案件的执行思路进行，很少顾及此类案件的特殊性，其执行难似乎就成了命中注定之事。

实践中，一些地方法院为了完成执行指标，积极地、机械地对家事案件进行强制执行，但其结果却是不尽如人意，如 “三费”案件，法院尽管通过有关单位每月强制划扣被执行人应当支付的“三费”金额，满足了申请执行人的生活债权，但这一强制执行的背后代价却是彻底泯灭了被执行人和申请执行人之间的亲情联系，有的甚至反目成仇，处于弱势地位的老人、儿童、妇女等群体不得不承受精神煎熬。这样的强制执行到底是成功还是失败？不无疑问。在探视权案件的强制执行中，因为立法没有具体、明确的规定，所以法院对教唆未成年子女拒绝探视的父方或母方当事人几乎束手无策！

正因为民事诉讼法没有对家事案件的执行度身定做适合的法律规范，所以，这类案件特殊的执行理念、执行原则、执行措施、执行程序等无法在实践中得到贯彻和体现，使这类案件的执行陷入“难中难”的困境！

2、缺乏法定的执行措施是家事案件执行难的现实原因

既然是执行，就应有一定的执行措施，而民事诉讼法规定的各种强制执行措施如查封、冻结或替代履行等，对家事案件却并不都能适用，即使适用也并不都能产生良好的效果，如探望权案件的强制执行就不适用上述措施。另外，在强制交出子女案件中，尽管子女本身就是执行的对象，但因为子女是人不是物，所以要注意尊重他（她）本人的思想感情和意愿，不能强制性地、粗暴地将子女“送交”给监护人。那么，这类案件到底能采用什么样的强制措施？立法中似乎找不到答案。家事案件法定强制执行措施的缺乏，使得有关当事人公然违反法院判决书确定的内容，拒不履行义务，而法院面对这一情况却常常束手无策，屡屡陷入被动境地。

3、当事人自身素质不高、不良的社会环境等也是执行难的一个重要因素

家事案件执行的最大障碍是被执行人不予协助和配合，他们拒绝合作的原因有些是因为与申请执行人积怨很深，故意为之；还有些则完全是由于其自私自利的本性、不良的社会环境导致，而后者一定程度上又是形成前者的重要原因。

随着改革开放和社会主义市场经济的形成和发展，人们的思想意识也在悄然发生着变化，一些人受拜金主义、享乐主义的影响，变得越来越自私狭隘；在婚姻家庭领域，婚外恋、包二奶、轻率离婚、虐待、遗弃老人等被当作了平常事。正是在这样的背景下，近十几年来，我国的家事案件几乎每年都以5—10%的速度在递增，仅1998年至2002年的五年间，我国地方各级法院审结的此类案件就达到678万件1，平均每年135.6万件，2003年我国地方各级法院审结的家事案件有所下降，但仍达到了126.6万件1。众多的家事案件涌向法院，必然导致申请法院执行的家事案件增多，为执行难推波助澜。

从某种意义上说，婚姻家庭纠纷案件执行难，很大程度上与当事人自身素质相关：有些被执行人渐渐忘记了中华民族的传统美德，不是尊老爱幼，而是嫌弃老人，视老人为享受幸福生活的包袱，在赡养费案件的强制执行中，不仅不能真诚悔过，感谢父母的养育之恩，反而理直气壮地逃避义务；又如，有些男性被执行人脑海中还残存着“传种接代”的封建思想以及“家本位”、“父本位”的思维观念，对离婚时法院判决其未成年的男孩随母生活的裁决拒不执行，他们或将未成年儿子隐藏，或改变住所让执行人员找不到人，即使未成年孩子已经在母亲身边，他们也可能借探望之机将孩子偷偷带走。这类父亲与其说他爱孩子，不如说更爱自己，因为他时刻关注的是自己的“最佳利益”而不是孩子的“最佳利益”。

三、家事案件执行：国外和我国台湾地区之立法考察

（一）美国：对拒不执行判决规定严厉的处罚措施

美国十分注重对家事案件的审理、裁判和执行，《美国统一结婚离婚法》以及各个州的婚姻家庭法中几乎都对家事案件的执行作了直接或间接的规定。在美国各州，家事案件如果有执行难的话，主要体现在探视权纠纷中，但因为多数州的法律对这一问题已经作了十分细致地、有针对性的规定，所以其执行难的程度大为降低。

从一些州的婚姻家庭法的规定看，为了保障家事案件的执行，它们不仅对拒不执行法院判决者规定了严厉的惩罚措施，还对权利人规定了诸多的救济措施或救急措施。如对于不允许探视或其他探视权纠纷案件的执行，法律规定了包括蔑视法庭诉讼、强制执行探视权诉讼以及变更监护权诉讼等诸多的救济措施。如科罗拉多州的法律规定，有监护权的一方不允许有探视权的一方探视，情节轻微的，法院可以增加判决内容或执行条件，以保证将来对探视权判决的执行。对拒不执行判决、具有蔑视法庭情况的，可以处以罚款或监禁，也可以在规定时间内进行变更监护权的听证，取消监护权人的监护权；阿拉斯加法律甚至规定对没有任何理由拒不执行探视判决的一方每次赔偿对方200美元；纽约州家庭法中还明确，根据法院判决取得生活费和抚养费的监护父母一方，不正当地干涉或拒绝判决规定的探视权时，可以酌情决定中止支付或取消探视权被干涉或拒绝期间增加的欠款。

（二）日本：专门规定了“履行确保”制度

日本是一个非常注重维护婚姻家庭秩序的东方国家，他们不仅有专门的家事立法，而且有专门的家庭法院。为了保障家事案件的顺利执行，日本《家事审判法》和《人事诉讼法》都规定了“履行的确保”制度。这项制度主要包括三项具体措施：

一是履行劝告。所谓履行劝告，就是由法院对不履行义务者进行劝导，催促其履行义务。《人事诉讼法》第38条规定，对于家事法院在裁判中规定的义务，做出该裁判的家庭法院在权利人提出申请时，可以对义务的履行状况进行调查，劝告义务者履行义务。家庭法院可以委托其他家庭法院进行调查及劝告，还可以请求调查官依前述规定进行调查和劝告。

二是履行命令。所谓履行命令，就是家庭法院根据权利人的申请，命令怠于履行义务的义务人在一定的时间内履行义务，如不履行将承担一定的法律责任的一种裁决。《人事诉讼法》第39条规定：由裁判确定的以支付金钱及其他财产上的给付为目的的义务履行出现怠慢情形时，作出该裁判的家庭法院在认为属实的情况下，可以依据权利人的申请，命令义务人在适当地期限内履行义务。该命令适合于到作出命令时为止，义务人仍怠于履行全部或部分义务的情形；被命令应履行义务的人如无正当理由，不服从该命令，则作出命令的家庭法院可以通过决定，给予其十万日元以下的罚款。

三是金钱寄托。所谓金钱寄托，是指家庭法院在一定的情况下，如寄托金钱的裁判生效或家庭法院的法官认为适当地时候，依据义务人的申请，可以为权利者接受金钱的寄存。之后，依权利者的申请，法院再将金钱交付权利者本人。金钱寄托只适用于以金钱为支付目的的履行中。

（三）法国：设置“特别程序”保障生活费债权的执行

根据法国的相关法律规定，生活费债权存在于婚姻家庭领域，包括因血亲关系而产生的父、母对未成年子女的抚养费义务；因离婚而产生的丈夫对离婚后的妻子的经济补偿义务；生父对非婚生子女的补助义务；对尚不能自食其力的成年子女负主要责任的父、母一方，请求另一方分担该子女生活和教育费用的债权；其他以直系血亲与姻亲关系为基础的形成的抚养金给付义务。

生活费债权的执行难在法国实践中具有一定的比例，据统计，法国在1970年前后，每年有27%的抚养费始终得不到支付，37%的抚养费不能正常支付。[1]为了保障家事案件中涉及的当事人，尤其是弱势群体的妇女、儿童等家庭成员的利益，法国强制执行法专门设计了“特别程序”来解决家事案件中生活费债权的执行问题。这些“特别程序”包括：夫妻间的扣押程序（1973 年已废止）、生活费直接支付程序、公法途径收取生活费的程序、家庭维持补助费与通过家庭补助金管理处收取生活费的程序。

生活费直接支付程序，是指只要生活债权到期，债权人就可以申请直接支付，并且，支付的请求可以针对负担债务人工资、劳动所得或其他收入的任何第三人以及债务人资金的任何受寄存人。债权人申请后，司法执达员可以进行调查，并可以采取冻结资金、要求第三人直接向债权人支付。

公法途径收取生活费的程序，是指债权人向其住所地的大审法院的检察官提交通过公法途径收取生活费的申请，检察官同意申请后，应向行政机关提出受理请求，以便行政机关采取公法收取生活费的方法。同时，检察官要制作一份执行单，将之发给负担生活费的债务人。在执行阶段，由国库征收管理人员将执行单转送债务人住所地或居住地的公共财务人员，公共财务人员将按照直接税征收所适用的程序收取生活费款项。

公法途径收取生活费的程序是在前一种程序的基础上发展起来的，它有两个特点：一是具有辅助性，只有在进行司法执行途径的尝试后，债权人才能运用这种执行途径；二是具有公法性质。表现为有检察官、国库工作人员的参与，运用公法手段来确保债权人收取债权。

家庭维持补助费与通过家庭补助金管理处收取生活费的程序，是指由真正负责结清没有得到支付的生活费的公共服务机构——家庭补助金管理机构垫付生活费债权人的生活债权，之后，该机构取得对生活费债务人的代位权。该程序主要适用未成年子女要求其父、母支付抚养费的案件。[2]

（四）我国台湾地区：规定了多样化的执行措施

台湾地区《强制执行法》规定了多样化的执行措施，这些措施对家事案件同样适用，如对于探望权案件的执行，如果有照顾权的一方不协助有会面权的一方行使会面权，那么法官得对其实施拘提、管收或处以怠金，经责令定期履行而仍不履行者，得再处怠金。对于交付子女的执行案件，该法还规定得用直接强制方法，将该子女取交执行人。又如，对于继承遗产案件，如果是关于继承财产或共有物分割之裁判，执行法院得将各继承人或共有人分得部分点交之；其应以金钱补偿者，并得对于补偿义务人之财产执行；执行名义系变卖继承财产或共有物，以价金分配于各继承人或各共有人者，执行法院得予以拍卖，并分配其价金，其拍卖程序，准用关于动产或不动产之规定。此外，台湾地区强制执行法还规定实施强制执行时，为防止抗拒或遇有其它必要之情形者，得请警察或有关机关协助。警察或有关机关有协助之义务。

四、家事案件执行：完善立法之构想

笔者认为，鉴于家事案件执行的特殊性，借鉴国外的相关法律规定，我国民事诉讼法应当设专章，就该类案件执行中的特殊原则、特殊制度进行系统规定。这样才可能消解该类案件执行中的特殊困难。

（一）在立法上明确家事案件执行的特有原则

明确家事案件的执行原则，不仅可以更好地提高法律应对实践的能力，同时也有利于执行人员树立新的执行理念，实施有效的执行。

1、强制执行和说服教育相结合原则。这个原则是该类案件执行中最重要的原则之一。该原则曾经是我国民事执行中一条基本原则，它要求执行人员在执行中应当始终坚持对当事人进行思想疏导和法制教育，最终使当事人达成执行和解，自觉自愿地履行义务。然而，近些年来，随着诉讼模式的转变和人们对执行工作的理性认知，该原则不断受到学者的批判，认为它“降低了强制执行制度的透明度和专门性，从而使法的或程序性的判断基准于不知不觉中发生了向道德性判断基准的位移”[3]。正因此，该原则似乎已悄然淡出法外，近几年学者和最高人民法院法官分别起草的《民事强制执行法》（草案）中已经难觅该原则的踪影。笔者认为，对于家事案件之外的民商事案件的执行，该原则的废止有其合理性，但对于家事案件的执行不仅不能废弃，反而要在立法上加以强化！唯有如此，才能促使当事人认识到自己的错误，主动履行义务或履行协助义务，最大限度地实现判决书中确定的权利，并保持当事人之间的良好关系。如果放弃这一原则，则可能导致执行法官简单化地对待家事案件的执行，动辄运用强制措施，激化当事人之间的矛盾。

2、注重保护妇女、儿童、老人等社会弱势群体利益原则。这一原则在家事案件的执行中也有十分重要的意义。弱势群体，是指依靠自身的力量或能力无法保持个人及其家庭成员最基本的生活水准、需要国家和社会给予支持和帮助的社会群体。这一群体广泛涉及儿童、劳工、妇女、残疾人、少数民族、老年人、难民、农民等诸多成员。当今，对弱势群体的权利予以特别保护已成为世界各国的通例，因为它体现了“平等”、“人权”的应然要求，也是构建民主社会、和谐社会、文明社会的必然要求。而家事案件多数涉及妇女、儿童、老人等弱势群体，这就要求强制执行法对这部分群体的利益进行特别关注，既要注重采取有效措施保障与他们的生存相关的财产利益，又要注意通过适当的方法

保护他们的身心健康。

3、注重维持当事人之间和谐关系的原则。前已述及，家事案件的执行不是“一锤子”买卖，当事人之间通常存在着浓浓的亲情和血缘联系，即使该类案件执行完毕，他们之间的亲情和血缘联系也不因此消灭。这一背景使得家事案件的执行目标和价值追求必然高于一般案件，它不仅要求判决书确定的义务能够实现，而且还要求当事人之间的良好关系能够维持；不仅要求物质性的权利能够实现，而且要求申请人在精神上、心理上、情感上不因此受到打击和伤害！它的价值追求是和谐和双赢。任何一个国家都不希望因为强制执行，而使婚姻家庭中的当事人反目成仇，也不希望未成年子女在强制执行中的遭受侵害。只有确立“注重维持当事人之间和谐关系的原则”，执行法官在执行中才可能努力钻研业务，有意识地探索执行艺术，使家事案件的执行真正实现“和谐”和“双赢”。

4、慎用强制执行措施原则。家事案件执行中应当贯彻慎用和少用强制执行措施的原则，因为强制措施对这类案件不一定都能产生良好的效果，过多地倚重强制措施，不但不能缓解这类案件的执行难，反而可能激化矛盾，恶化当事人之间的关系、消解当事人与执行法官之间的信任关系，同时还可能危害未成年子女的最大利益。当然，这里所说的“慎用”并不是不用强制措施，而是强调要把强制措施作为穷尽一切说服手段后的最终措施和威慑力量。

（二）完善家事执行的基本制度

借鉴国外的相关规定和我国的执行实践，笔者认为，要解决家事案件的执行难，实现这类案件特殊的价值目标，必须合理设计家事案件执行的基本制度。

1、借鉴日本法律的相关规定，建立家事案件的“履行确保制度”。前文已经介绍，该制度由三个内容构成：履行劝告、履行命令、金钱寄托，这些内容与我国家事案件的执行具有一定的适应性。其中，履行劝告具有类似我国执行中的说服教育原则的功效，将其制度化有利于执行人性化的理念的树立；履行命令则有限定期限履行，过期承担一定法律制裁的意蕴，这一制度具有极强的可操作性，也具有制度化的空间；金钱寄托则有利于避免矛盾激化的双方在不冷静的情况下当面履行可能产生的冲突，也有利于避免不便于当面履行金钱给付义务的当事人间可能出现的尴尬局面。这一做法既使家事案件中的金钱给付义务得到执行，又保全了当事人的人格尊严，值得借鉴。

2、借鉴法国的相关法律规定，建立家事案件执行的特殊程序。法国保障生活债权实现的做法是建立“特殊程序”，主要包括生活费直接支付程序、公法途径收取生活费的程序、家庭维持补助费与通过家庭补助金管理处收取生活费的程序。为了保障婚姻家庭中生活费债权的实现，我国也可以建立类似的专门程序，迫使债务人履行义务，保障相关权利人的生存权利和生活质量。尤其是第三种程序，它通过成立一个家庭补助金管理机构对债务人先行给付生活费，之后该机构通过代位权再向生活费债务人求偿。该程序有利于保障生活费债权人的基本人权，有一定的现实意义。

3、借鉴美国和我国台湾地区的法律，建立多样化的强制执行措施。尽管家事案件的执行中，应当慎用、少用或不用强制措施，但者并非意味着立法中不规定或少规定强制措施，相反，法律应当建立一个详尽地、完备地强制执行措施体系。因为完备的强制执行措施既是一种极强的威慑力量，也是具有实际运作效果的强制手段。其中，涉及财产的执行措施包括查封、扣押、冻结、直接划扣等制裁措施；对拒不履行的个人的制裁措施则可以包括：批评、训诫、罚款、拘留、追究藐视法庭罪、拒不执行法院判决裁定罪等多样化的措施，上述措施对拒不履行协助执行义务的协助单位和个人可以参照适用。

4、对探望权案件的执行，应当另行采取特别的举措。探望权案件是家事案件执行难的一个缩影，应当予以特别关注。探望权的顺利实现离不开相关当事人的协助，探视权案件的执行难，很大程度上是因为协助义务人不予协助导致的，所以立法应当分别情形进行规定：

首先，扩大协助执行义务人的范围，使协助执行的义务人包括被执行人本人、与未成年子女实际生活在一起的祖父母、外祖父母、其他近亲属以及未成年子女就读的幼儿园、学校等；

其次，规定恶意阻碍探视可成为变更抚养关系的法定事由。如果与未成年子女共同生活一方屡次拒绝对方探望子女，情节严重，则对方可以向法院提起诉讼，要求变更子女抚养关系，法院应当予以支持。这一制度的合理性在于：既然一方刻意阻碍对方探视子女，那么他（她）就没有资格担当子女的直接监护人，因为阻碍探视的结果是使子女得不到父母双方的关爱，既不利于子女的身心健康，也不利于子女健全人格的养成，还可能将父母的仇恨“传染”给孩子，是违反子女“最大利益原则”的。

最后，建立精神损害赔偿制度1。探望权是不直接抚养子女一方的人身权利，如果抚养人故意设置探视障碍，使得探望权人见不到子女，遭受精神痛苦，探望权人可以要求精神损害赔偿。判令精神损害赔偿既可以补偿探望权人不能行使探望权所受到的伤害，也可约束抚养人履行协助义务。

【参考文献】

[1] [法]让·文森、雅克·普雷沃著，罗结珍译. 法国民事执行程序法要义[M]. 中国法制出版社，2002. 148.
[2] 李浩主编. 强制执行法[M]. 厦门大学出版社，2004. 486.

[3] 王亚新．社会变革中的民事诉讼[M] ．中国法制出版社，2001．165．

确认生父之诉若干问题研究

陈爱武（南京师范大学法学院，210046）

【摘要】确认生父之诉是典型的身份关系诉讼，多数国家在立法上将其确立为一种独立的诉讼类型。确认生父之诉的适格原告是子女、子女的母亲或其他亲权人，适格被告通常是父亲，父亲死亡的，可以由他的子女或其他近亲属承继被告资格；在证明责任方面，尽管法院对确认生父之诉实行积极的职权探知，但这不免除当事人的证明责任；确认生父之诉的证明方法主要有间接证明和直接证明，必要时可以采取推定来确定父子关系。
【关键词】确认生父之诉；适格当事人;证明;推定

Some Issues on Paternity Suits

Chen Aiwu, School of Law, Nanjing Normal University, Nanjing, Jiangsu, 210097

Abstract: A paternity suit is a typical case of identity relation, and most countries establish legislatively it as an independent cause of action. Proper plaintiffs of those cases are children, children's mothers or other obligees of parental power. Proper defendants of those cases are generally fathers, otherwise children or kinship will adopt defendant's seats when the former died. Although courts carry out positive ex officio principle of attestation function, litigants should have burden of proof. Main proving modes are direct or indirect proofs, and constructive duty would be taken in need.
Key Words: Paternity suits; Proper litigants; Proof; Presumption

一、引言：由一则案例引发的思考

父母子女关系是亲属法领域最重要的关系之一。依据父母是否有婚姻关系为标准亲子关系可以分为婚生父母子女关系和非婚生父母子女关系。现有法律对婚生子女的保护已经比较周全，但对于非婚生子女，却常常不能进行全面的呵护，因为非婚生子女与其生父的父子关系常常难以确定，而其生母又多半是较为贫困的弱势群体。随着我国实践中婚外出生子女的不断增多，如何通过合理的程序设计使非婚生子女请求确认父亲的诉讼能够顺利进行，保护其免受伤害，进而在一个健康、良好的家庭环境中成长，是国家和社会都应当关注的问题。

本文由一则案例入手，提出问题，在此基础上参照国外立法来对我国的父子关系确认之诉进行探究，以期对其他亲子关系诉讼产生一定的辐射效应，完善我国的亲子关系诉讼程序。

[案情]

1997 年，湖南女子李某从老家到江门新会打工，随后认识了当地男子王某，两人迅速坠入爱河并开始同居。1998 年，李某突然有了身孕，王某闻讯大喜，正准备“奉子成婚”时，李某却因身体原因而流产。王某非常伤心，想到李某是因为身体原因不能产子，王某于是逐渐疏远李某，随后还找了另外一名女子结婚生子。

遭受双重打击的李某伤心欲绝，遂在 2000 年 2 月回到湖南老家。但没想到回家不久的李某发现自己居然又有身孕，并在同年顺利产下一男孩。在孩子出生的时候，因为王某不在场，李某便在出生证“父亲姓名”一栏代王某签上王某的名字。此后在长达 4 年的时间里，李某一直要求王某尽父亲的义务，支付孩子的抚养费，并且请了律师发函要求王某尽义务，但王某坚决不肯，并且避而不见，只在电话和书信里说李某是回到家才怀孕的，谁知道孩子是李某与谁生的，再说孩子出生证上“父亲”的签名又不是他的，没有任何证据证明孩子是他的。

2004 年 7 月，李某将王某起诉到新会区法院，要求王某一次性付清儿子的抚养费。

[审判]

庭审中，王某不仅坚称孩子不是自己的，而且还向法庭表明他与李某没有任何的关系，只是一般的认识。李某遂申请做亲子鉴定。但之后，王某干脆只委托律师出庭，自己则躲起来，连法院发的传票都不理。

在王某拒绝出庭、拒绝做亲子鉴定的情况下，法院根据李某提供的线索，找到原来与王某、李某共同居住的朋友调查取证，证明了两人之前系恋爱关系，而且还同居。据此，结合王某拒不配合做亲子鉴定的情况，法院依法推定王某是孩子的父亲，必须尽到一个父亲的责任，遂判决王某一次性支付孩子的抚养费 4.5 万元给李某。

一审宣判后，王某不服提起上诉，江门市中级人民法院作出维持原判的终审判决。

[问题]

①确认生父之诉的适格当事人有哪些？

②请求确认生父是否有时效限制？非婚生子女成年后是否能够提起确认生父之诉？

③亲子鉴定在什么情况下应当允许？一方无正当理由不同意亲子鉴定能否适用推定原则？

④亲子关系诉讼的证明有何特征？

二、生父的确定方式与确认生父之诉

从国外立法看，子女生父确定通常有三种方法，一是通过法律的推定，如有在婚姻关系存续期间出生或怀胎的事实，法律就推定该子女的生父是婚姻关系中的男子，这几乎是各国都有的规定。二是由生父自愿认领而确定。很多国家的立法均规定，非婚生子女的生父可以自愿认领该非婚生子女。三是诉讼确认，也称强制认领。所谓强制认领，是指非婚生子女的生父（母）对于非婚生子女不愿认领时，在法律规定的一定条件下，非婚生子女、其生母或者其他法定代理人向法院提出要求认领之诉，法院以判决强制生父（母）认领该非婚生子女。认领之诉可以使非婚生子女与其生父（母）的父母子女关系得以明确，不仅有利于保护非婚生子女的利益，而且也减轻了国家抚养或补贴该非婚生子女的负担，因此，各国立法对此都做了比较详细的规定。

然而，各国关于强制认领的具体规定却并不完全相同，有的国家规定强制认领之诉既包括提起确认生父之诉，也包括确认生母之诉，如日本、意大利、法国等国；也有的规定强制认领之诉仅包括确认生父之诉，不包括确认生母之诉，如德国、瑞士等国。一般而言，认领是使子女取得婚生子女身份的方法，但是在日本和意大利，认领只是确认生父母与子女之间的非婚生父母子女关系，并不导致婚生父母子女关系确立，要取得婚生子女地位，还必须经过准正1。在瑞士，立法的规定恰好相反，即准正不能使子女获得婚生子女的身份，获得婚生子女身份的途径只能是生父母的自愿认领和判决确认。在德国，经过多次法律改革，该国目前已不存在非婚生子女的认领和准正制度，因为他们早已取消了婚生子女与非婚生子女的称谓，二者在法律上受到平等的对待，因此，原来针对非婚生子女的认领和准正制度也就不存在了。现行法通过生父身份的确认制度来保障不能通过母亲的婚姻来确认生父的子女的利益。我国澳门地区也采取了相同的做法。

就我国现行的婚姻法等实体法的规定来看，立法的总体精神与德国类似，因为我国立法也采取平等对待非婚生子女与婚生子女的态度，也不存在认领和准正制度，也是通过生父身份的确认制度来保障不能通过母亲的婚姻来确认生父的子女的利益。从诉讼实践看，我国已经出现这类诉讼类型，如最高人民法院制定的《民事案件案由规定》就有关于“生身父母确认纠纷”这个案由。

我国的亲子关系确认诉讼既包括确认生父之诉，也包括确认生母之诉。实践中，要求确认生母的诉讼极为罕见，单纯要求确认生父的诉讼也不多见，比较常见的是未成年的非婚生子女1在要求生父负担抚养费的同时请求法院明确父子关系。然而，令人遗憾的是，尽管我国司法解释对确认生父之诉的类型做出了明确规定，但这一诉讼的具体程序几乎是一个空白，实践中，这类案件的审理和裁判存在较多的困惑。因此，我们有必要对确认生父之诉进行系统研究，以便于从立法层面进行完善。

三、确认生父之诉的适格当事人及诉讼时效

（一）适格原告及诉讼时效

确认生父之诉的本质是确定非婚生子女与其生父的亲子关系。因此，谁有资格作为原告提起诉讼，起诉是否有诉讼时效的限制，如果有诉讼时效的限制，诉讼时效期间有多长等都是首先需要解决的问题。

从域外的立法规定来看，各国对上述问题的规定并不一致：意大利民法规定，向法院提起确认生父或者生母身份的诉讼，适格的原告是子女，其诉讼权利不因时效而消灭，如果子女尚未提起诉讼或者提起诉讼后死亡的，由其卑亲属在他死亡后两年内提出或继续诉讼；为了未成年或禁治产的子女的利益，子女的亲权人或监护人有权提起确认生父或生母身份的诉讼，但未成年人年满十六周岁的，应取得其同意。

法国民法规定，请求法院确认生父母的诉权只属于子女。子女未成年时，母亲（不管其成年与否）是唯一有资格行使诉权的人，但是如果母亲也没有成人或者母亲死亡或者母亲处于无法表达意思的状态下，则由监护人在亲属会议批准之下行使。诉讼的时效为子女出生后两年，但父母姘居有经常稳定关系的，也可以自停止姘居或生父停止负担子女的费用后两年内提出；子女未成年时没有提出诉讼的，子女成年后两年内还可以提出。

瑞士民法规定，在没有生父提出自愿认领的情况下，生母及子女都可以诉请法院确立子女与父之间的亲子关系。该种诉讼的诉讼时效是：其一，在生母分娩后一年内或者子女成年后一年内；其二，在已经存在与第三人的亲子关系时，在该亲子关系解除后一年内。如果超过上述时效，必须要有重大原因被谅解后，才能提出此项诉讼。

可见，从原告资格上看，各国几乎一致规定，子女具有适格原告资格。除了子女，子女的母亲或其他亲权人在一定的情况下也可以提起诉讼。从诉讼时效上看，各国大都规定了原告起诉的时效要求，但不同原告，其时效的期间不尽相同，如子女起诉的，可以在其成年后的一年或两年时间内提出；如果是子女的母亲或其他近亲属起诉的，则通常规定为子女出生后的一年或两年内。对父子关系确认之诉规定一定诉讼时效具有较强的合理性，因为身份关系具有一

定的公益性，如果父子关系出现异议，却不能在较短的时期内予以确认或否认，则不仅当事人之间的身份关系难以界定，而且也影响未成年子女的生活安定和健康成长。

结合国外的通行规定，我国在确认父子关系诉讼中，可以进行有效地移植与借鉴。笔者认为根据我国的实践状况，确认生父之诉的适格原告首先应当确定为子女，因为子女对该诉讼有着最直接的诉的利益，此其一；其二，如果子女死亡的，由该子女的直系卑亲属以原告身份提起诉讼。因为即便子女已经死亡，确认父子关系对于死亡子女的直系卑亲属仍具有重要的法律上的意义和利益，例如，法院一旦确认死亡子女与被告具有父子关系，则将来父亲死亡时，子女的卑亲属就具有了代位继承的资格；其三，如果子女未成年或虽已成年，但丧失行为能力，则由其母亲或其他近亲属作为法定诉讼代理人代理诉讼，此时的母亲或其他近亲属是代理人而不是当事人。

关于确认父子关系之诉的诉讼时效，我国目前是一个空白，笔者认为，为了防止亲子关系长期处于不确定状态给双方当事人及其亲属可能带来的不稳定，立法上应当对亲子关系确认诉讼的时效作出明确规定。参照国外立法的规定，我国可以做出如下规定：子女提起诉讼的，其时效从子女出生一直延续到子女成年后的两年内；如果因子女死亡而由子女的直系卑亲属提起诉讼的，则应当在子女死亡后的两年内提出。上述时效的设计可以有效平衡子女保护与父亲责任之间的关系。

（二）适格被告

确认生父之诉的适格被告通常是父亲，但若父亲死亡的，可以由他的子女或其他近亲属承继被告资格。如法国民法典就规定，如果父母不进行自愿认领，子女得向所谓的父亲或其继承人提出请求确认亲子关系的诉讼。瑞士则规定了更详细的内容：请求确认生父身份的，应当对父提出。如果父亲死亡的，则依次向父的直系血亲卑亲属、父母或兄弟提出，如果没有上述血亲时，则对其最后住所地的主管官厅提出。

可见，在确认生父之诉中，作为重要当事人的父亲死亡，诉讼并不一定终结或停止，其他人仍然可以提起诉讼或继续进行诉讼。各国法律之所以作这样的规定，究其原因是因为即便父亲死亡，子女对确认生父之诉仍然具有诉的利益，如，通过法院确认子女与已经死亡父亲之间有父子关系，就可以依此参与对死亡父亲的遗产的继承；如果因父亲死亡就不允许提起或继续进行确认父亲身份诉讼，则子女的利益将得不到维护，这对子女是不公平的。

我国也可以借鉴上述规定，即以父亲为适格被告；在父亲死亡时，由父的直系血亲卑亲属、父母或兄弟姐妹作为被告；没有上述血亲的，作为特殊情况，可以不列被告。

四、确认生父之诉中的证明

（一）确认生父之诉的证明责任

确认生父之诉是人事诉讼的一种，它不仅涉及当事人之私益，更涉及国家、社会之公益，因此在确认生父之诉中，是否存在证明责任问题，是个值得探讨的问题。因为原告在向法院提出确认生父的诉的声明时，尽管可能提出存在父子关系的一定事由或提供一定的证据，但因这些主张和事由通常具有一定的公益性，依据人事诉讼程序的一般程序原理，法院对父子关系存在与否的事由常常应当积极进行职权探知和职权调查，以了解事实之真相。法官的职权探知活动不以当事人提出的事实为限，证据调查也不受当事人提出的证据限制，法官将在积极调查和积极探知的基础上获得完全心证，进而作出确认或否认父子关系的判决。从这个层面上讲，父子关系确认之诉似乎不存在证明责任及其分配问题。

然而，如果对父子关系确认之诉中的当事人没有任何证明要求和证明负担，则不仅侵害了当事人的证明权，而且法院也可能疲于应付，没有充足的精力，因为司法资源总是有限的；即使法院有充足的调查官介入调查，仍可能出现事实真伪不明之情况，法官在此种情况下如何形成心证，并作出判决？当事人凭什么信赖这个判决结果？因此，即便在父子关系确认之诉中，仍存在证明责任及其分配。

父子关系确认之诉的证明责任分配标准，总体上也是依据法律要件分配理论来进行分配的。即原告应当对父子关系存在之具体事由承担证明责任；被告则对原告起诉已经超过时效等抗辩事由承担证明责任。与辩论主义下的证明责任不同的是，父子关系确认之诉实行职权探知主义，当事人具有一定的证明责任，不免除法院的探知义务。即使当事人没有提供证据或证据严重缺乏，仍要求法官进行职权调查，以求得案件之客观真实，形成完全之心证。反之，法院的职权探知和职权调查不免除当事人的证明责任，即如果当事人提供的证据无法使法官形成完全的心证，法官在积极事实探知的基础上也未能获得心证，则案件处于真伪不明状态的后果仍然由承担证明责任的一方当事人承担，而不能归咎于法院。

（二）确认生父之诉的证明方法和证明标准

确认生父之诉作为人事诉讼，在证明标准上一般采取客观真实标准，这与一般民事诉讼通常采取优势证明标准有着较大的区别。但针对具体案件，确认生父之诉采用何种证明标准，还与证明方法密切相关。

在确认生父之诉中，尽管法院采取积极的职权探知，但当事人仍然要进行必要的证明，原告要获得胜诉判决，必

须采用一定的证明方法，证明作为原告的子与作为被告的父之间存在父子关系，被告要抗辩其与子之间不存在父子关系，也必须提供一定的证据。在日本的理论和实务中，确认生父之诉的具体证明方法有两种：间接证明和直接证明。其中，间接证明方法包括：①在子的母亲可能怀胎的时期，被告与原告之母之间有性接触的事实；②在子的母亲可能怀胎的时期，被告以外的男性与原告之母间没有性接触的事实；③被告与子的血型不矛盾；④从人类学的观察结果推测子与被告之间的亲子关系存在盖然性；⑤被告的言行表现出其以子的父亲身份行事，由此可以推认其与子之间存在血缘关系。

第二种方法是直接证明方法，即通过各种血型鉴定和亲子鉴定来发现事实，法院可以根据多种间接证明与DNA分析结果来斟酌判断父子关系存在与否。随着科学技术的发展，通过DNA进行亲子鉴定，对于肯定性的父性证明其准确率可达到99.85%，对于消极的父性证明效果更加显著，可以达到100%。如果能够通过亲子鉴定获得结果，则法官可以根据科学鉴定结论，在职权探知、自由心证的基础上对案件事实作出正确的评价。

显然，用间接证明方法证明父子关系的存在，其证明标准是盖然性的；反之，直接证明方法证明父子关系的存在，证明标准可以达到几乎接近客观真实的程度。在父子关系确认诉讼中应当尽可能地使用直接证明方法，只有在直接证明方及其困难或者没有可能时，才可以采用间接证明方法。间接证明必须有足够数量的证据构成证据锁链，才能得出证明结论。

（三）我国的立法选择

对于我国立法，我们认为确认生父之诉也应当借鉴上述制度，以便完善亲子关系诉讼的程序和条件，保护未成年子女、妇女等家庭弱势群体的合法权益。

首先，法院对确认生父之诉的案件事实应当进行积极的职权探知，当事人提供证据不能免除法院的探知义务；其次，对当事人的间接证明，其证明程度不能要求太高，只要有足够数量的间接证据形成证据链条，就可以作出认定；最后，对于亲子鉴定，应当分别情况区别对待。亲子鉴定是证明父子关系存在与否的直接证据，它对于查明客观事实有着极其重要的意义，然而，亲子鉴定因涉及提供血液样本的当事人的隐私等人身权利，因此，常常需要其积极配合方能完成，如果一方当事人坚决不同意进行DNA亲子鉴定，则该项证据就没有办法提取。

为了平衡保护双方当事人的利益，我们认为对于一方提出的亲子鉴定请求，法院考量的总体精神应当是是否有利于保护未成年子女和妇女的合法权益，即如果是成年的父亲提出对未成年子女进行亲子鉴定，未成年子女或其代理人不同意的，法院一般不能强行要求进行鉴定，也不能作出不利于该未成年子女利益的推定；如果是未成年子女或者其母亲提出对父亲进行亲子鉴定,则只要有一定的表面证据证明作为被告的男子与原告之母在可能的怀胎的期间同居过，就应当考虑原告及原告之母提出的要求被告配合做亲子鉴定的请求，如果被告无正当理由拒绝的，法院可以作出合理推定（本文的下一部分对“推定”有详述），并依此判决子与被告之间存在父子关系。

五、确认生父之诉中的推定

确认生父直接涉及到子的利益，如果间接证明难以使法官形成原告“子”与被告“父”之间存在父子关系的心证，法官在进行职权调查和询问后仍不能得出心证，同时，原告提出要求对作为被告的父进行亲子鉴定，但该请求遭到被告的拒绝，此时法官应当如何作判？是驳回原告诉讼请求了结案件，还是进行合理的推定做出确认存在父子关系的判决？本文前述案例是法官根据推定做出事实认定的，该案在社会上引发了许多争议。实践中类似的案件还有很多，有的一审法院通过推定确认父子关系，而二审法院则推翻了该推定。1这些争论本质上都源于对亲子关系本身能否适用推定的不同态度和选择。

从国外的立法看，很多国家采取允许法官在一定情况下进行推定的积极做法，如《加拿大安大略省儿童法修正法》第二章第10条规定：（1）在要求法院确认某子女的父母身份的民事诉讼中，应一方当事人的申请，法院可以允许该当事人获得法院的命令所指定的人员的血液检验，并将检验结果作为证据。（2）法院可以在根据第（1）款作出的批准中附加其认为是适当的条件。（3）如果按照第（1）款法院作出了批准，但是在法院的命令中指定的人员拒绝进行血液检验时，法院可以做出它认为适当的推论。显然，这里的“推论”就是作出不利于无正当理由拒绝进行血液鉴定的人的结论。从实践看，“推定”血缘关系的判决早在十几年前就有先例，这一判决发生在国际足球巨星马拉多纳身上：1995年意大利一家法庭曾在老马拒绝做亲子鉴定的情况下判决他是一个男孩的亲生父亲，并裁定其担负一笔抚养费。1

笔者认为亲子关系诉讼（主要是确认生父之诉）中适用推定具有一定的合理性和正当性，我国立法应当加以采纳和吸收。

首先，亲子关系诉讼适用推定不违反证据法或证据规则的精神。按照一般的通念，身份关系诉讼的证明标准是一种必然性的证明标准，即法院必须通过积极的职权探知获得案件的客观真实，并以此做出判决，对案件事实一般不实行推定。然而在现实生活中，确认生父之诉的原告子女或者母亲，他们往往难以提供充足的证据证明作为原告的子与作为被告的父之间存在父子关系，此种案件证明必然性的惟一途径就是亲子鉴定。一旦被告拒绝配合，原告几乎无计

可施。然而，被告无正当理由拒绝进行亲子鉴定，实际上构成一种证明妨碍。如果法律使妨碍证明的人获得有利于他的后果，则该法律规定一定是不公平的。因此，在被告无理拒绝鉴定时，法院只有从法律上寻求一种补救措施。根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第75条的规定"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人，可以推定该主张成立。"在很多亲子关系确认案件中，作为可能的"父亲"被告，大多是完全有能力提供基因样本进行亲子鉴定，他们却不肯配合。其实，如果被告同意进行亲子鉴定，依据现代科技水平，完全可以还原事实真相。当被告在无充分理由断然拒绝亲子鉴定时，就意味着法官只能寻找法律上的真实。从证据的优势原则及法理来讲，只能按照不利于被告的原则推定存在亲子关系。这既符合我国证据法的立法精神，又有利于保障亲子关系中未成年子女的利益。

其次，亲子关系诉讼适用推定有利于平衡保护亲子关系的双方当事人，实现法律公平与正义。在上述确认父子关系诉讼中，如果在被告不配合情况下，法院不适用推定，而是简单地依据证据不足这个理由，做出驳回原告诉讼请求的判决，一旦判决生效发生既判力，则作为非婚生子女的原告或其母亲就再也不能以同一事实和同一理由再行起诉，也就意味着该非婚生子女永远无法通过法律途径确认自己的身份，作为抚养能力有限的母亲也只能在艰难困苦中独自抚养子女，无法向真正的父亲讨要抚养费。而作为真正的父亲，仅仅因为拒绝亲子鉴定，就获得了不履行法定抚养义务的"有利"后果。这一结果显然违背了立法的初衷，是对公平正义理念的蔑视，同时也不利于保护妇女、儿童等弱势群体的合法权益。从社会效果看，也是不好的，因为这等于告知亲子关系的涉案当事人一个秘诀，只要拒绝亲子鉴定就能获得胜诉，非婚生子女的父亲不必为因自己的孽情而出生的子女支付抚养费，非婚同居导致他人怀孕生子或婚外生子不仅可以不负责任而且也不会影响到自己现在的"美满家庭"，这是何等的不公平！

反之，如果亲子关系诉讼允许推定，则不仅不会损害父亲的合法权益，反而可以维护其合法权益。因为，如果通过推定确认父子关系存在，是违背客观真实的、是错误的，则作为被告的父亲完全可以通过上诉或再审程序，借助作亲子鉴定来澄清事实，并可以还自己一个清白。也就是说适用推定，父亲完全有能力通过现有的救济途径进行救济，因为他自己就掌握着法院定案的"推定事实"正确与否的直接证据，法律不必再赋予他额外的诉讼利益。

最后，亲子关系诉讼中推定不能扩大化，应当保持在必要的限度内。这些限度包括：①原告必须已经提交了一定数量的间接证据，并且能够对是否存在亲子关系产生一定程度的证明作用（至少应达到表见证明的程度）；②法院根据原告提供的证据依职权调查了相应的证据和事实，对案件的事实已经形成一定程度的心证；③拒绝亲子鉴定的一方当事人是具有完全行为能力的成年人，其拒绝没有正当理由；④对亲子关系进行推定必须有利于保护未成年子女的合法利益。我们相信，在法律严格控制的限度内采用推定确认亲子关系，可以有效地缓解或解决亲子关系诉讼中的各种权利冲突，实现社会公平与正义。

日本人事诉讼法的修订及其对我国的启示

陈爱武（南京师范大学法学院，210046）

【内容摘要】日本新《人事诉讼法》于2003年7月通过，2004年4月1日施行，与旧法相比，新法增加了许多实质性的内容。这些内容将给我国的民事诉讼法制建设带来极大的促动和启迪，为我国人事诉讼、民事陪审、证据收集调查等项制度的构建和完善带来借鉴意义。

【关键词】日本；人事诉讼法；启示

日本立法会于2003年7月16日通过了新《人事诉讼法》（2004年4月1日施行），废止了1898年颁布的《人事诉讼程序法》。与旧法相比，新法增加了许多实质性的内容，如导入了参与员制度、扩充了家庭裁判所调查官制度、在检察官成为被告的人事诉讼中，导入了利害关系人参加制度等等。细密的内容修改和精致的程序设计使得该法更具人性化（因为许多修改内容彰显了方便普通民众、易于被普通民众利用的精神），同时也体现了日本对家庭关系纠纷处理程序的高度重视。仔细研读该法，笔者认为日本人事诉讼法中的许多内容或精神值得我们学习和借鉴。因此，认真梳理上述内容、仔细揣摩其中意蕴、探寻其给予我们的启迪，必将给我国的民事诉讼程序法制建设尤其是人事程序法制建设带来极大的促动，为我国民事诉讼法的修改和完善带来可资借鉴的资料。

一、日本人事诉讼法修订的背景

在日本，民事纠纷大体上分为财产关系纠纷、家庭关系纠纷、非讼事件纠纷，相应地，解决这些纠纷的民事诉讼程序法也大致分为三类：（1）民事诉讼法；（2）人事诉讼法；（3）非讼事件法。本文主要关注的中心就是人事诉讼法。

日本《人事诉讼法》最早颁布于1898年，实施至今已有百年历史。日本之所以要对1898年制定的《人事诉讼法》进行修改，一个重要的原因是人事诉讼案件本身发生了很多变化。因为当今社会，"结婚、离婚观念发生了很大变化，

家族纠纷也呈现出多样化的特性”，[1]已经适用了数年的《人事诉讼法》必须进行相应的修改，这样才能适应新的形势要求；加之日本民事执行法也进行了修正（2003 年已经立法会通过），新增加了关于子女养育费的收取以及履行预备金制度，人事诉讼法的相关内容必须与之衔接；此外，人事诉讼法在施行中还存在许多问题亟待解决，这也需要通过该法的修改来实现。

从修改的过程看，其实，关于修改人事诉讼法的工作早在十几年前就已经有人推动了。大约在1994年，日本大阪律师协会就专门对如何改进和完善家事法院对家事事件的审理进行了研讨，并形成了相应的意见书；此后，日本律师联合会进一步推动了这项工作；1999年日本内阁设置了司法制度改革审议会，其中关于家庭裁判所机能的强化及其改革就是民事司法制度改革的一个项目之一；2001年6月12日，日本公布了“司法制度改革审议会意见书”（以下简称“意见书”），其中对人事诉讼制度存在的问题进行全面说明。[2]从某种意义上说，人事诉讼法的修改就是在解决上述问题的基础上进行的。

（一）意见书中指出的人事诉讼制度存在的问题

首先，根据现有法律，人事诉讼之诉之提起，原则上应先向家庭法院家事调停部申请调停，如果调停不成立的，改为通过诉讼加以解决，即应向地方法院提起诉讼。这样，一个家庭关系案件的解决，就被人为地分割为两个程序：家庭法院的家事调停程序和地方法院的人事诉讼程序，其结果是导致了上述两个程序之间缺乏必要的连贯性和整体的和谐性，不利于人事案件的妥当解决。

其次，根据现行家事审判法之规定，家庭关系案件中涉及离婚财产分割、子女监护人的指定、抚养费的负担、婚姻费用的分担等关系的争议的，由家事法院依据家事审判程序审理和裁判。但是，人事诉讼法中又规定上述争议中的部分争议因为与离婚诉讼相牵连，可以与离婚案件一道在地方法院进行审理和裁判。由于家庭法院与地方法院在管辖权分配上的复杂化，导致利用这一制度的国民难以区分、难以利用，大大降低了该项法律制度的利用效率。

最后，根据现有法律，家庭法院配置了专门的调查官，调查官拥有专门的知识，法院根据他们的调查结果可以灵活地进行调停和裁判，使调停和裁判的结果能够最大限度地与实际状况相吻合。然而，地方裁判所处理相关人事诉讼案件，却没有相应的调查制度，这不利于家庭关系案件的合理解决。

（二）意见书中提出的修改建议

首先，家庭关系案件向家庭法院移转、充实家庭法院的管辖和裁判。其一，人事诉讼事件，包括在解释上被认为属于人事诉讼的确认亲子关系存在的诉讼（准人事诉讼事件），一律移交给家庭法院管辖，而不是由家庭法院和地方法院分别管辖；其二，因人事诉讼的诉的原因事实（包括离婚的原因事实）所提起的损害赔偿请求，凡是能够与人事诉讼案件合并审理的，都应当交由家庭法院管辖；其三，人事诉讼案件以外的与家庭关系有关的案件，家庭法院是否接受移交、其范围如何，可以进一步探讨。[3]

其次，扩充家庭法院调查官制度。家庭法院之调查官制度应当进行扩充，增加有科学调查专门知识的人员。

再次，在离婚诉讼中导入参与员制度。为了使离婚诉讼的结果能够体现一般国民的良识，在案件审理中，有必要吸收参与员参加案件审理，并参与对证人的讯问以及对案件结果的陈述意见。

最后，人事诉讼程序法还应实施其他修改，包括使其全面口语化、平假名化，以便于国民理解和利用。

二、日本人事诉讼法修订的内容

上述意见书中的建议，受到法务大臣和法制审议会中人事诉讼程序法修改委员会的重视，法制审议会民事・人事诉讼法部分科会对此进行了审议，审议结果是产生了以上述意见书为基础的“人事诉讼法草案”。后该草案又经过进一步完善，于2003年7月9日经日本国会审议表决通过。

与旧法相比，新人事诉讼法修订或增加的内容主要包括四个方面：

（一）人事诉讼事件管辖的一元化[4]

新人事诉讼法确立了人事诉讼事件管辖的一元化制度，并具体规定了向家庭法院移转的案件范围：

1、人事诉讼案件的第一审管辖，由家庭法院专属管辖。即人事诉讼案件无论是调停还是审判都由家庭法院进行，地方法院不再管辖人事诉讼案件。

2、家庭法院可对系属于其的调停事件进行处理。根据新人事诉讼法，即使家庭法院认为人事诉讼的全部或一部分不在其管辖范围之内，但对于与该人事诉讼相关的事件，当当事人依据家事审判法的相关规定而向家庭法院申请调停时，该家庭法院可以在考虑调停的经过、当事人的意见以及其他必要性的基础上，不局限于民事诉讼法第十六条的规定，[5]而依申请或依其自身职权对该人事诉讼的全部或一部分进行审理和裁判。

3、与人事诉讼相关的合并请求的管辖

首先，与人事诉讼相关联的损害赔偿诉讼的移送管辖。依据新法的规定，当地方法院受理了与人事诉讼相关联的损害赔偿请求的诉讼时，如果当事人提出了申请，该法院也认为适当，可以将该诉讼移送至相关家庭法院。在这种情

况下，接受移送的家庭法院，可以对该损害赔偿案件，自行审理和裁判。

其次，与人事诉讼相关的请求和与该请求的原因事实相关而产生的损害赔偿的请求的合并管辖。这又包括两种情况：（1）人事诉讼相关请求间的合并。新法对这一点没有大的修改。因为旧人事诉讼法第七条也有相应的规定。（2）与人事诉讼请求的原因事实相关而产生的损害赔偿的请求的合并管辖。关于这一点，旧法第七条的但书规定也体现了这一精神，但具体内容不甚明了，而新法则作了更加详细的规定。

可见，损害赔偿关联请求原应由地方法院或简易法院审理和裁判，但为了追求家庭案件之实体真实、便利当事人以及案件之一并解决，人事诉讼法通过扩大赋予家庭法院对关联案件的管辖权来实现了这一目的。

（二）家庭法院调查官制度的扩充

新人事诉讼法新增了家庭法院调查官进行事实调查的规定。[6]根据新法的相关规定，家庭法院调查官制度的内容可以概括为以下几点：

1、家庭法院调查官事实调查的内容

（1）调查事项。家庭法院调查官事实调查的事项是特定的，根据人事诉讼法的相关规定，主要包括两项，一是关于附带处分的裁判和亲权者指定的裁判中的事实调查。这里的附带处分的裁判，是指在撤销婚姻或离婚诉讼中，必须针对子女监护者的指定和其他与子女监护问题以及财产的分配问题等相关内容的处理的裁判；这里的亲权者指定的裁判，是指在许可撤销婚姻或离婚的诉讼相关的判决中，对亲权者的指定进行的裁判。二是其他案件的事实调查，这种调查以家庭法院或法院审判长认为必要时采用。

（2）调查内容和要求。家庭法院调查官的调查内容也包括两项，一是以案件事实为调查中心的调查；二是在必要的情况下，对案件当事人或关系人的个人性格、经历、生活状况、财产状态以及家庭的环境等进行的调查，并努力致力于灵活运用医学、心理学、社会学、经济学以及其他专门知识。[7]过去，家庭法院在调停阶段的家事调查与诉讼阶段的家事调查是不完全相同的。调停阶段的调查规定得比较详细，而人事诉讼阶段（在地方法院）的调查却规定较笼统，现今，二者的规定趋于一致。

2、家庭法院调查官调查内容的记录和查阅

（1）调查结果的记录。家庭法院调查官在调查结束后，应当通过书面或口头的形式向法院报告事实调查的结果，并可以在报告上附加自己的意见。

（2）调查内容的阅览。 当事人以及经释明为有利害关系的第三人，如果向家庭法院提出阅览事实调查记录的内容或要求发给事实调查记录的副本、正本、誊印本、手抄本或要求复制上述内容时，法院一般应予准许，但遇有特殊情况如阅览有可能损害子女或当事人、第三者等人的利益时，法院得斟酌进行。

其二，当经释明为有利害关系的第三人向法院提出关于事实调查部分的阅览等申请时，法院只有在认为适当的时候，才可以许可阅览。

（三）参与员制度的导入

1、人事诉讼中导入参与员制度的趣旨

“参与员”在日本并不是新生事物，《家事审判法》中早就规定了参与员制度。《家事审判法》之所以规定参与员制度，主要原因在于家庭法院所处理的家庭事件具有特殊性，即家庭纠纷的妥当解决，不仅需要依据法律，而且还要考虑家族间的情感、社会公众的良识。因此，职业法官的审判应当听取民间人士的意见，在体现国民良识基础上做出裁判，而参与员制度正是为了满足上述要求而设计的。[8]

然而，在过去，民间参与员只能在家事法院审理和调停的案件中出现，在离婚、亲子等人事诉讼案件中却不能适用，因为人事诉讼案件的审判归地方法院管辖。现在，新人事诉讼法修正了人事诉讼案件的管辖，将人事诉讼案件之调停、审判和诉讼全部划归家庭法院统一管辖，正是基于这一契机，参与员制度因之扩展到了人事诉讼案件中。

2、参与员的资格和选任等

现行参与员制度扩充的趣旨，就要求参与员人选来源于多样化的人才，确保人事诉讼案件的灵活解决。因此，参与员大多从社会公众中选举产生。当家庭法院针对人事诉讼事件指定参与员时，必须特别注意指定那些没有参与依《家事审判法》第十八条第一项（调停前置）的规定所组成家事调停委员会的成员。这主要是为了避免家事审判中的调停委员在同一事件中兼任参与员，导致裁判阶段出现不公平。

3、参与员参与人事诉讼事件的范围和权限

参与员参与的案件范围比较广泛，包括离婚、解除收养等人事诉讼事项；子女监护者的指定、财产分割等诉讼附带事件以及其他事件，如由人事诉讼请求的原因事实所产生的损害赔偿诉讼等。

人事诉讼参与员的权限主要表现为，参与案件审理、尝试和解、向主审法官陈述意见。当审判长认为必要时，可以允许参与员向证人、当事人以及鉴定人进行直接发问，但是参与员在案件审理中没有判决的评议权。[9]

（四）人事诉讼法的其他修改

1、人事诉讼土地管辖的扩大

人事诉讼，一般由当事人的普通审判籍地的家庭法院或者死亡时当事人的普通审判籍地的家庭法院专属管辖。如依前项规定不能确定的，则由最高法院规则规定的管辖该地的家庭法院专属管辖。目前，该法院就是“东京千代田”区家庭法院。

2、在检察官作为被告的人事诉讼案件中，导入了利害关系人参加制度

根据《人事诉讼法》第十五条的规定，在检察官作为被告的人事诉讼案件中，当诉讼的结果所引起的继承权可能伤害第三者（利害关系人）的利益时，法院为了帮助被告，通过决定，可以使利害关系人参加该次人事诉讼，但事先必须听取当事人以及利害关系人的意见。

3、明确了对当事人等不公开询问的要件

公开审判是日本宪法上的一项原则，因此只有在宪法容许的严格范围内，某些裁判才能非公开进行。人事诉讼法第二十二条即根据宪法，对非公开询问等事项规定了严格的要件：即明确了不公开的对象、不公开的实质要件以及不公开的程序要件。

4、在离婚和解除收养关系的诉讼中，允许进行诉讼上的和解以及对请求进行认诺、放弃

在旧人事诉讼法中，作为人事诉讼案件的婚姻事件、收养事件、亲子事件等，不适用民事诉讼法中关于请求的承认的规定；关于审判上的自认法则，不适用于婚姻事件。

新法虽然也规定了人事诉讼程序适用民事诉讼相关规定的例外，如与当事人自认的事实相关的部分不适用人事诉讼程序。但该法第37条、44条又对离婚和解除收养关系诉讼中当事人之间的和解以及对诉讼请求进行认诺、放弃等作了特别规定。如允许当事人在离婚诉讼中进行和解（但仅限于和解离婚的情况），并适用民事诉讼法第266条（第二项中关于请求的认诺部分除外）和267条的规定；允许当事人对请求进行认诺（但限于不需要做出“附带处分裁判”或不需要指定亲权的场合），也可以放弃请求。

解除收养关系之诉讼和解及请求的放弃和认诺准用于人事诉讼法第37条关于离婚事件的规定(但其第一项但书除外)。

5、对于判决承担支付养育费义务的人事诉讼案件，导入了履行确保制度

在撤销婚姻或离婚诉讼中，当法院做出了要求一方履行以金钱支付及其他财产上的给付为目的的义务时，为了确保该义务的履行，新人事诉讼法专门规定了履行确保制度。具体而言，该项制度包括三项内容：

一是履行劝告。即对于依裁判而确定的义务，做出裁定的家庭法院可以在权利人提出申请时，由其自己或者其委托的其他家庭法院，对义务人的履行状况进行调查，并劝告其履行义务。

二是履行命令。对于由裁判而确定的以金钱及其他财产上的支付为目的义务，当事人有怠慢履行的情况时，经权利者申请，法院在查明情况属实后，可以命令义务者在适当的时期内履行该义务，被命令者如无正当理由，不服从该命令时，家庭法院可以决定给与其十万日元以下的罚款。

三是金钱的寄托。对于由裁判而确定的以金钱支付为目的义务的履行，做出该裁决的家庭法院，在特定情况下，依义务人的申请，可以为权利者接受金钱的寄托。

三、日本人事诉讼法修订对我国的启示

日本人事诉讼法的修改是与整个民事司法改革尤其是民事诉讼法的改革同步进行的。人事诉讼法在民事诉讼法中占有十分重要的地位，并直接形成了与财产关系诉讼不同的诉讼理念和诉讼规则。多年来，日本一直重视人事诉讼程序的立法和实践工作，并把对这些案件的妥当处理上升到国家公益的高度来认识，其结果是该国婚姻家庭秩序若干年来，一直处于良性的变化之中。

笔者认为，日本对人事诉讼程序的高度重视以及其对处理人事诉讼案件的理念、规则值得我国学习和借鉴，应当在民事诉讼法的修订中得到体现。

（一）充分认知人事诉讼程序的独特价值

日本国之所以非常重视人事诉讼程序的立法和完善，一个重要的原因是人事诉讼程序具有自身独立的价值和鲜明的特点，这是普通程序无法涵盖的。

首先，人事诉讼的标的具有特殊性。人事诉讼程序所欲解决的身份关系纠纷具有公益性质，该种关系不仅涉及当事人私益更涉及国家和社会之利益，因为身份关系与婚姻家庭紧密相连，婚姻家庭是一国社会秩序的重要组成部分，与婚姻家庭相关的身份关系如果可以随意形成和变更，则社会秩序极易发生混乱，甚至还可能引发恶性的治安事件或刑事事件。因此，各国民事诉讼法皆对身份关系纠纷设置独特的诉讼程序，并设立专门的家庭法院或家事法庭来妥善处理该类纠纷，以维护婚姻家庭秩序的和谐。

其次，人事诉讼程序更多的采用非讼程序原理或诉讼程序与非讼程序交错适用原理。正因为人事诉讼的诉讼标的具有强烈的公益性，因而国家必然会干预该类纠纷的解决，表现为法院处理这类纠纷一般实行职权主义和职权探知主义，法院在程序中起着非常重要的支配作用。普通诉讼程序所遵循的辩论主义、处分权主义等以当事人“自治”为特征的当事人主义程序法理在此不适用或不完全适用，而非讼程序法理则占据主导地位。

再次，人事诉讼程序的价值追求是“和谐”和“双赢”，而不是公正和效率。由于身份关系多与个人的婚姻、血缘和家庭相关，因而当事人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，很难用契约关系及其调整方式来解决，因为财产契约关系中的“公正”是可以算计的或可以用金钱等物质指标来衡量的，而身份关系中的“公正”则是无法算计和度量的，所以它不能用权威性裁判来“分清是非”；人事诉讼程序也绝不盲目追求效率价值，因为对某些人事诉讼案件而言，过快的诉讼效率反而会损害当事人的根本利益，如对于赌气离婚的案件，如果法院很快做出了婚姻破裂的认定，并当庭做出离婚判决，则必然损害双方当事人的利益以及子女的最大利益。日本在人事诉讼审判实践中，对这一规律早有认知，从日本司法统计年报的数据来看，自平成 5 年（即 1993 年）至平成 14 年（即 2002 年）的十年间，人事诉讼案件的审限全部长于第一审通常程序的期限，前者的平均审限为 10.26 月,后者则为 9.43 月，[10]每个案件平均长 8 个多月。

因为上述原因，日本和很多其他国家单独设计出与普通程序不同的人事诉讼程序，专门处理特殊的人事诉讼案件，以实现其特有的诉讼目的和价值。我国也应当尽快建立自己的人事诉讼程序制度，以满足婚姻家庭中身份关系纠纷妥当解决之紧迫需要，这也是当前构建和谐社会之应然要求。

（二）重新审视陪审制度在人事诉讼案件中的重要地位

日本在新人事诉讼法中引入了“参与员”制度，目的是为了使职业法官的审判听取民间人士的意见，在体现国民良识的基础上做出裁判。根据新法，日本的参与员广泛地参与人事或家事案件的审理，包括离婚、解除收养等人事诉讼事项；子女监护者的指定、财产分割等诉讼附带事件以及其他事件。

日本的参与员制度并不完全等同于我国的陪审制度，但二者的旨意有很多相同或类似之处，如我国立法和司法均认同司法事务是国家权力的重要组成部分，实行人民陪审员制度是人民群众参与司法活动最直接、最重要的形式，它有利于弘扬司法民主、维护司法公正；有利于增强司法活动透明度，强化人民群众对司法活动监督；对健全社会主义民主政治制度，也具有重要的意义。[11]

从我国陪审制度的发展历程看，在新中国成立初期，人民陪审制度就被确认为一项宪法原则。1949 年 9 月颁布的具有临时宪法性质的《政治协商会议共同纲领》和 1954 年的新中国第一部宪法，均明确规定了陪审原则。但在 1982 年宪法中，由于种种原因，取消了上述原则。不过，1983 年的《人民法院组织法》、1989 年的《行政诉讼法》和 1991 年的《民事诉讼法》中，又对陪审制度做出明确规定：“人民法院审判第一审案件，由审判员组成合议庭或者由审判员和人民陪审员组成合议庭进行。”人民陪审员制度从一项宪法原则变成为一项法定的诉讼制度，但实践中操作难度较大。2004 年 8 月国家立法机关出台了《关于完善人民陪审制度的决定》，对陪审制度的具体实施和落实规定了较为详尽的内容，增强了操作性。

尽管我国的陪审制度处于不断完善之中，但仍有一些遗憾：最大的问题就是对涉及婚姻家庭案件的陪审没有作出特别规定，使婚姻家庭中人事诉讼案件对陪审的特别需要难以凸现。从某种意义上说婚姻家庭案件需求一种程序化的、经常性的、相对固定性的陪审审判，因为婚姻家庭案件更多的涉及当事人间的感情和亲情，难以用法律规则简单的分清是非，它可能更多地注重从社会道德标准等方面对案件进行分析、判断；同时，婚姻家庭领域的市民“良识”还具有一定的地方性，与一定地域的习惯相联系，而法官不可能精通这些法律外的地方知识和地方习惯，也不可能完全理解市民的感觉，因此只有在家事案件审判中更多地吸收广泛的陪审员参与审判，才能使他们的“市民感觉”、“地方习惯”与法官的法律思维形成有力互补，其结果是不仅有利于查清案件事实，更重要的是能在法律的框架内对婚姻家庭中人事诉讼案件做出妥当的解决，真正消解矛盾，实现和谐秩序的恢复。

从实践看，我国已经有一些地方法院敏锐地觉察到了这一特性，并对家事陪审做出了特别规定，如广州市中级人民法院已于 2003 年 11 月聘请了 192 名妇女为特邀陪审员，成立了广州首支妇女陪审员队伍。受聘的陪审员基本上都有大专以上学历，具有长期从事妇女儿童维权工作的经历。几年来，这支队伍参与法院审理涉及妇女儿童权益被侵害的案件，为妇女儿童的维权工作“撑腰”，尤其在为长期遭受家庭暴力的妇女状告丈夫的官司当中寻找证据和法律依据，增强了受害者动用法律武器的信心。[12] 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”，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%。[13] 湖北省高级人民法院曾要求在全省法院全面推行建立“维护妇女 儿童合法权益”合议庭制度，并要求各级人民法院邀请具有一定的法律知识、长期从事妇女儿童维权工作

的妇联干部担任陪审员参加合议庭。[14]

尽管各地的上述做法是一项有益的探索，但毕竟存在着一定的法律风险。结合我国的现实状况，我国的陪审制度应当在立法层面进行修改和完善。修改思路，一是进一步完善现行人民陪审员制度，将婚姻家庭案件陪审作为专门部分纳入其中，并对家事陪审的人员来源、知识结构、年龄、学历或生活经历、审理案件的权限等做出特别规定；二是在专门的人事诉讼法中规定陪审员参与审理案件，并对具体要求进行系统规范。三是在民事诉讼法总则中规定家事案件陪审的概括性的规定。总之，只有从法律上解决家事案件陪审的特殊要求，人事诉讼案件才能实现妥当解决。

（三）重新认识人事诉讼案件之职权调查

日本民事诉讼遵循当事人主义程序理念，诉讼中实行辩论主义、处分权主义，然而这只是对普通诉讼程序而言，对于人事诉讼程序，法院并不遵循上述程序法理，在人事诉讼中，法院不仅可以对事实进行职权探知，还可以进行职权调查，如家事法院可以对当事人没有说出的事实进行斟酌，可以利用职权调查证据（《人事诉讼法》第20条）；对离婚案件中涉及到的“附带处分事件”，法院在认为适当的时候，可以任命合议庭的组成成员，或者可以委托家事法院或简易法院进行前项事实的调查（《人事诉讼法》第33条第二款）。日本家事法院还有专门的家事案件调查官，专门就人事诉讼或家事审判中的一些事实进行调查。

日本人事诉讼法之所以规定家事法官在人事诉讼中可以进行职权调查，是因为人事诉讼案件所涉及的身份之法律关系，不仅涉及当事人之私益，更多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。[15]正因此，为了求得人事诉讼案件的客观真实，法院有权进行相应的职权调查。日本人事诉讼中的职权调查事项非常广泛，与离婚和撤销婚姻相关的附带事项，多数是调查的对象，如离婚同时而产生的监护权的确定、亲权者的指定、财产分割、未成年子女养育费的负担、子女生活状况以及心理意向等事项，此其一；其二，在认知子女诉讼中，如果法院对案件主要事实不能获得心证时，该事实也将成为法院调查的对象；其三，在离婚事件中，尽管关于离婚理由的事实仍然实行当事人举证为原则，但法院为了案件的公正解决和合实体法目的，仍然可以调查相关事项，斟酌有关情势。如日本《民法典》第770条第1款规定了五项离婚具体事由，第2款接着规定：“虽有前款1～4项事由，而法院考虑有关情势，认为继续维持婚姻为相当时，可以驳回离婚请求。”实践中，法院考虑“有关情势”总是在相应的事实调查基础上斟酌的，而不是凭空想象或听凭一方当事人的意见的结果。

反观我国，现行民事诉讼法和相关的司法解决对法院职权调查事项的范围收缩的越来越小，依据最高人民法院《关于民事证据若干问题的规定》，人民法院调查收集证据有两种情况，一是依职权进行。包括：（1）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；（2）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。二是依当事人申请进行，但需符合一定条件。包括：（1）申请调查收集的证据属于国家有关部门保存并须人民法院依职权调取的档案材料；（2）涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的材料；（3）当事人及其诉讼代理人确因客观原因不能自行收集的其他材料。 从我国民事司法改革的总体走势——职权主义走向当事人主义——来看，上述规定有其合理性，但对人事诉讼案件来说却并非好事，因为它根本忽略了婚姻家庭案件纠纷处理的特殊性，导致婚姻家庭领域的纠纷当事人举证难、弱者利益维护难，表面上的公正掩盖了实质上的不平等。

解决这一问题的措施有二：一是在修改民事诉讼法时，将人事诉讼案件之职权调查事项明确规定在证据规定一章中，以区别于普通民事案件之证据制度；二是在人事诉讼程序中集中规定证据收集调查的内容。如对于离婚案件中涉及子女监护和探视等附带事项的裁决时，明确规定主审法官可以指派合议庭成员或者委托法院其他调查人员进行相应的事实调查，必要时，可以请求法院外的有关单位、公益组织或者有关人员为相应的协助，最终获得人事诉讼案件的客观事实。

（四）人事诉讼案件的执行措施值得借鉴

从我国民事案件的执行状况看，执行难已经成为我国经济转型时期的一种独特的社会现象和法律现象，尽管从中央到地方、从理论界到实务界都十分关注这一问题，但至今尚无良药根治。当我们在这一背景下审视婚姻家庭领域的人事诉讼案件的执行时，我们发现这类案件的执行更是难上加难！探视权纠纷执行难；赡养费、抚育费、抚养费纠纷执行难；交付子女案件执行难；离婚损害赔偿执行难等等，家庭案件执行难的怨叹不绝于耳。

人事诉讼案件执行难的原因尽管是多种多样的，但对人事案件执行的立法缺失、没有针对性的执行措施等是主要的因素。反观日本，他们不仅重视人事诉讼法的创制和修订，而且也十分关注人事诉讼案件的执行，并在人事诉讼法中专门为该类纠纷的执行度身定做适宜的措施或规定，这就是建立了人事诉讼的“履行确保制度”。

为了缓解我国婚姻家庭案件的执行难困境，我国有必要借鉴日本《人事诉讼法》中的这一规定，在民事诉讼法或人事诉讼法、民事执行法中建立家事案件的“履行确保制度”。前已经介绍，该制度由三个内容构成：履行劝告、履行命令、金钱寄托，这些内容与我国现实具有一定的适应性。例如，履行劝告具有类似我国执行中的说服教育原则的功

效，将其制度化有利于执行人性化的理念的树立；履行命令则有限定期限履行，过期承担一定法律制裁的意蕴，这一制度具有极强的可操作性，也具有制度化的空间；金钱寄托则有利于避免矛盾激化的双方在不冷静的情况下当面履行可能产生的冲突，也有利于避免不便于当面履行金钱给付义务的当事人间可能出现的尴尬局面。这一做法既使家事案件中的金钱给付义务得到执行，又保全了当事人的人格尊严，值得借鉴。

论不准离婚判决之否定*

陈爱武（南京师范大学法学院，210046）

【摘要】不准离婚判决是我国婚姻家庭案件审理活动中常见的判决种类，然而，这一判决不仅存在着违法性的特质，而且也有违既判力之诉讼法理和法律逻辑。我国应当借鉴国外的相关规定，在立法上取消不准离婚判决制度，并采用判决驳回诉讼请求和裁定暂时中止诉讼等形式来进行替换和改造。

【关键词】不准离婚判决；违法性；既判力；替代

不准离婚判决是我国婚姻家庭案件审理活动中常见的判决种类，学界、实务界人士对此早已习以为常，鲜有人认为其有何不妥之处①。然而，仔细思讨，不准离婚判决不仅存在着违法性的特质，而且也有违既判力之诉讼法理和法律逻辑，这一制度应当予以废止，并应在立法层面上设计该制度的替代机制。

一、不准离婚判决具有违法性和反逻辑性

不准离婚判决违反了离婚制度的立法宗旨。我国婚姻法确立了婚姻自由原则，这一原则包括结婚自由和离婚自由两个方面。离婚自由体现了现代国家对人性和人权的尊重，因为既然夫妻双方的“感情确已破裂”无法继续共同生活下去，则通过司法行为来解除名存实亡的婚姻关系应当说是符合当事人根本利益的，即使另一方不同意离婚也不能构成妨碍判决离婚的合法理由，毕竟判决离婚不以双方当事人合意为前提条件。因此，只要有“感情确已破裂”无法共同生活的事实或事由，婚姻关系的任何一方（即便是对感情破裂负有过错的一方）都有请求法院判决离婚的权利和自由。法院对离婚当事人在调解和好不成的情况下，作出不准离婚的判决显然违反了立法的精神和当事人的本来意愿。

不准离婚判决没有明确的法律依据。我国《婚姻法》中涉及离婚问题的规定，几乎全部是“准许离婚”的界限标准，根本没有“不准离婚”的要件及相关规定。实践中，法院作出不准离婚判决从某种意义上说完全是凭感觉行事，通常情况下，只要一方坚决不同意离婚或者当事人首次提出离婚请求的，法院大都会认为感情尚未完全破裂，即使调解不成也不会急于判决准许离婚，而是采用判决不准离婚来进行缓冲。法官的这一思维对于减少草率离婚以及离婚比率应当说有一定的积极意义。问题是把这样一种感觉或判断用“判决”固定下来是否具有合法性？既然实体法上并没有明确的法律依据，这种判决的正当性、权威性从何而来？

不准离婚判决具有反逻辑的外观。不准离婚判决的反逻辑性表现为：既然判决离婚以具备离婚的实质要件，并且调解失败为前提，那么，如果法院经审理查明双方当事人之间“感情确已破裂”，婚姻关系确实难以为继，并且调解失败，则就应当判决离婚，而不应当在法外自由裁量，做出“不准离婚”的判决，此其一；其二，如果法院经审理认为夫妻“感情尚未破裂”，并有和好的可能性，则就应当直接判决驳回诉讼请求，而不应当判决“不准离婚”；其三，既然是判决当事人“不准离婚”，为何又准许当事人以相同的事实和理由在 6 个月后，再次起诉离婚并可能因此获得离婚判决？这岂不是自相矛盾？

不准离婚判决还具有司法霸道性。人们的一般通识认为，婚姻家庭的和谐稳定关系到良好社会秩序的形成和保持，因之，婚姻家庭等身份关系纠纷往往具有一定的公益性质，法院在审理此类案件时可以遵循非讼程序之法理，如为了维持婚姻或为了未成年子女的利益，法院可能更多的进行职权探知和职权调查，并且当事人的自认、认诺等对法院并不构成辩论主义诉讼模式下的拘束效力。但即便如此，离婚诉讼的性质仍然是私法之争，而绝不是公法之争，法院仍然应当主要以尊重当事人的自由意思为宗旨，而不是相反。判决不准离婚正是法院以其“审判认识”高于当事人的“个人认识或内心感受”为前提假设的，是不信任当事人或者将当事人客体化的心理写照，其实质是一种霸道的理性。

二、不准离婚判决违背了既判力之原理

既判力这一概念源于西方大陆法系国家，是大陆法系国家民事诉讼理论中的基本范畴。既判力研究主要针对的对象是判决，所谓判决既判力，又称判决实质上的确定力，是指法院做出的终局判决一旦生效，当事人和法院都应当受该判决内容的拘束，当事人不得在以后的诉讼中主张与该判决相反的内容，法院也不得在以后的诉讼中做出与该判决冲突的判断。②也就是说，终局判决一旦获得确定，该判决针对请求所作出的判断就成为规制双方当事人今后法律关系的规范，双方当事人对同一事项再度发生争执时，就不允许当事人提出与此相矛盾的主张，而且当事人不能对该判断进行争议，法院也不能做出与之相矛盾或抵触的判断。③

判决既判力作用于三个基本范围：一是客观范围；二是主观范围；三是时间范围。不准离婚判决几乎是全方位地违反了既判力原理的作用范围。

首先，不准离婚判决违反了既判力的客观范围。既判力的客观范围，实际上就是对后诉诉讼标的的拘束问题，即确定的生效判决对哪些法律关系或实体请求权有拘束力。依照大陆法系民事诉讼理论和立法，既判力客观范围限于终局判决中已经确定的诉讼标的，除法律有特别规定外，当事人不得就已经裁判的诉讼标的再行起诉。当然，某一法律关系是否是已经裁判过的法律关系或者另行起诉的法律关系与已裁判过的法律关系是否同一，在界定上的确有一定分歧和难度。在理论研究中，学者们对这个问题的观点有旧标的说和新标的说之分，前者以实体法律关系为诉讼标的，其识别标准就是实体法律关系或根据该实体关系的实体请求权，简言之，有多少个实体法律关系或多少个实体请求权就有多少个诉讼标的。后者以诉的声明或者诉的声明和原因事实作为诉讼标的及其识别标准，而不受实体法上请求权概念的束缚。

无论是采用旧实体法说还是新实体法说，我国判决不准离婚制度均与判决既判力的客观范围相矛盾。其一，按照旧实体法说，离婚诉讼作为形成诉讼，其诉讼标的是实体法上的形成权或者实体法上的形成原因、形成要件。据此，每一个离婚事由或形成离婚的原因均构成一个诉讼标的，诉讼标的是否相同其区别标准以实体法上的权利是否相同而定。这样，当法院做出的不准离婚判决生效时，该判决所产生的既判力在客观范围上当然遮断了作为审理对象的原实体法上的离婚形成权或形成原因，也即当事人在不准离婚判决生效后不能以同一实体法上事实、理由再行起诉。但我国民事诉讼法却明确允许原告在判决不准离婚逾6个月后，以与前一诉讼完全相同的事实和理由重新起诉，显然违反了既判力客观范围的限制。其二，按照新实体法说，离婚诉讼的诉讼标的和识别标准是离婚之诉的声明或者是离婚之诉的声明外加原因事实。根据这一学说，在离婚诉讼中，原告起诉离婚，法院做出不准离婚判决，就意味着原告不得再向法院提出离婚之诉的声明或者没有新的原因事实不得再提起离婚之诉。同样地，我国判决不准离婚并没有阻止原告再行提起离婚之诉的声明或者以相同的原因事实再向法院提起离婚之诉。这一制度同样违反了新标的说项下的既判力客观范围。

其次，不准离婚判决违反了既判力的主观范围。既判力主观范围，简言之就是对哪些主体具有拘束力。根据大陆法系国家划定既判力主观范围的原则，既判力只对提出请求的当事人及相对的当事人有拘束力，一般不能扩大到当事人以外的人。其理论依据是，扩大到其他人，对其他人而言不公平，因为其他人没有参加诉讼，也就没有机会在言词辩论中声明自己的主张，因此判决不能对他有既判力；况且，诉讼是以解决当事人之间的纷争为目的的，没有必要将既判力扩大到当事人以外的人。④当然，因为离婚诉讼是具有公益性质的人事诉讼，所以大陆法系国家又往往规定，有关身份关系诉讼的判决具有对世效力，其既判力不仅及于当事人，对当事人之外的其他人也产生相同的效力。

根据判决既判力的主观范围，无论是一般判决还是人事诉讼判决，判决均及于双方当事人。但我国的不准离婚制度却与此规定完全相反，如我国《民事诉讼法》第111条规定：判决不准离婚和调解和好的离婚案件，……，没有新情况、新理由，原告在六个月内又起诉离婚的，不予受理。这一规定显然明确告知人们，判决不准离婚仅仅对原告具有一定期间的拘束效力，对被告没有拘束力，因为被告可以随时依据原事实和理由提起离婚诉讼。

再次，不准离婚判决违反了既判力的时间范围。既判力时间范围，是指已确定判决的既判力发生作用的时间界限，也称既判力的标准时。大陆法系国家无论在理论还是制度上，均将事实审言词辩论终结时作为其判决既判力的标准时。其理由主要在于：法院裁判总是以事实审言词辩论终结以前的事实作为裁判的事实依据，不可能用事实审言词辩论终结以后出现的事实来确认有争议的权利义务关系。既判力的标准时意味着，标准时之前已经存在的事实，当事人在后诉中不能加以主张，这就是既判力的“遮断效”、“阻断效”或者“失权效”。

审视我国的不准离婚判决，似乎难以找到“遮断”或“失权”的影子，因为即便是法院判决不准离婚，原告在该判决生效6个月后仍然可以以原来的事实和理由继续起诉。这就意味着不准离婚判决没有一个时间纬度，所谓的事实审言辞辩论之前或之后发生的事实对后一个离婚诉讼并没有什么本质的差异或影响。

尽管我国不属于大陆法系国家，我国也无需遵循大陆法系国家的法律原理和法律经验，但不可否认的是，自清末法律改制以来，我国的法制现代化实际上是以大陆法系国家的法律制度为蓝本进行建构和展开的，一些主要的法律概念和术语、法律结构和条文、法律思维和法律解释等基本承袭或移植了大陆法系的规定或做法。时至今日，大陆法系国家一些成熟的法律理论、立法、制度等仍然是我国当代法制现代化的重要资源。而且，从法源上看，我们也更接近大陆法国家，与英美法系具有较大的差异。正是在这样的背景下，包括既判力理论在内的民事诉讼基本理论受到我国学者和实务界人士的高度关注，并经常在实践中被自觉地运用。因此，用既判力理论否定不准离婚判决的合法性仍然具有一定理论意义。

三、不准离婚判决之替代及立法完善

以上分析表明，不准离婚判决既无合法性又无合理性，是一个不严密的规定，理应在立法层面进行修正。

（一）国外立法的审视

不准离婚判决实际上不是真正的判决，而是一种临时性的裁决或措施。从国外情况看，多数国家的亲属法或婚姻诉

讼法、人事诉讼法、家事事件程序法等相关法律中鲜有规定“不准离婚”这一判决种类的。在他们的立法和实践中，离婚诉讼的结果主要有以下几类：其一，判决离婚。此种情况适用于一方起诉离婚符合亲属法规定的婚姻关系破裂的条件，对方没有提出抗辩或抗辩不成立的；其二，判决驳回离婚申请。此种情况适用于一方起诉离婚不符合离婚的实质条件，或者虽然具备法律规定的准许离婚的事由，但又存在阻碍离婚的情形⑤或者对方提供了确实的离婚抗辩⑥；其三、发布“禁止离婚令”。英国 1996 年《家庭法案》赋予法官给予任何离婚案件发布“禁止离婚命令”的权力。⑦“禁止离婚命令”主要适用于出现离婚阻碍的情形，如婚姻的解除将给另一方当事人或者子女造成巨大的物质上或其它方面的损害，在此情况下，解除婚姻可能是错误的。当然，“禁止离婚命令”可由当事人一方或双方的申请而取消，一旦取消，法院就可以做出离婚判决。“禁止离婚命令”实质上是一种临时性裁决或措施；其四，暂时中止诉讼程序。如法国民法典第 252-1 条规定，在离婚诉讼中，如有必要给予更长的考虑时间，法官得决定暂时中止诉讼程序，并且可以最长在 6 个月期限内进行新的和解尝试。日本、澳大利亚、美国在离婚诉讼中也有类似的程序，通常情况下，暂时中止诉讼的期间届满，当事人仍然未达成和解，并继续要求离婚的，则恢复离婚诉讼程序。

可见，国外的立法和实践中没有“不准离婚判决”这一判决种类，法院在审理离婚案件后虽然可以“不准离婚”，但不是以“判决”的形式，而是采取驳回离婚申请或诉讼请求、发布禁止离婚令以及暂时中止诉讼的方式进行回应。

（二）我国不准离婚判决的替代和置换

鉴于不准离婚判决的上述缺陷，结合国外的离婚诉讼之规定，笔者认为，应当对我国的不准离婚判决制度进行修正和完善，以确保法律自身内在逻辑的自洽和顺畅。

从我国立法和实践情况看，判决不准离婚具有两重性：其一是绝对不准离婚，如不具备判决离婚的实质条件或具备离婚条件，但被告有合理抗辩的；其二是暂时不准离婚，如双方结婚时间较短因赌气草率提出离婚、或者尽管出现准许离婚的某一个或若干个具体事由，但法院经审理认为双方之间的感情尚未达到破裂的程度等。对于这两种存在着较大差异的不准离婚，可以采取不同的替代措施。

替代方案一：用判决驳回诉讼请求取代。这种替代主要适用于“绝对不准离婚”之情形。因为既然当事人的离婚请求不符合亲属法关于离婚条件的规定，或者虽符合离婚实质条件但判决离婚会造成对方困难或对对方过于严苛，或者对方有合理的抗辩，则法院就应当给于否定的回应，直接判决驳回离婚诉讼请求。这一判决的既判力效果是阻止当事人以事实审言辞辩论终结前的离婚事由再次起诉离婚，只能以言辞辩论终结后新出现的事实或理由再诉。这一替代做法可以有效地防止重复起诉或滥诉。

替代方案二：用暂时中止诉讼取代。这种替代适用于“暂时不准离婚”之情形。暂时的时间可以由法官自由裁量，但最长时间以不超过 6 个月为宜。暂时不准离婚期间，法院可以试行调解，也可以促进当事人进行和解。“暂时不准离婚”是一种临时性的裁判，法院应当使用“裁定”或者“命令”而不是“判决”。临时性裁判到期后如果当事人之间仍未达致和解，法院应当恢复审理。之前的诉讼主张、诉讼资料等重新被激活，不用担心被裁判既判力所遮断，因为这样的临时性裁判原本就没有既判力。

经过这样的置换后，“不准离婚”的效果继续得以维持，但又不会出现违反法理、情理乃至既判力原理的后果；从法律的内部看，实体法与程序法、立法与实践之间的逻辑进一步理顺，不至于出现冲突和矛盾。

（三）与“不准离婚判决”相关的立法之完善

首先，在婚姻法或者家事诉讼法中明确“不准离婚”的两种法律形式：其一是判决驳回离婚诉讼请求。其二是裁定中止诉讼。中止诉讼应当规定一定的期限，期限期满，当事人之间仍未达成和解或调解协议的，法院应当恢复审理。

其次，在立法上完善离婚事由之规定。我国目前的离婚事由采用的是抽象加列举式的立法模式，抽象标准是“夫妻感情确已破裂，调解无效”，具体标准是五个：实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员的；重婚或有配偶者与他人同居的；有赌博、吸毒等恶习屡教不改的；因感情不和分居满 2 年的；其他导致夫妻感情破裂的情形。一方被宣告失踪，另一方提出离婚诉讼的，应准予离婚。上述立法规定尽管具有较高的科学性，但应对实践仍然有适用性、针对性不强等缺陷，也不利于法官在离婚诉讼中进行合理的自由裁量。为此，可以借鉴国外的立法，在抽象和具体离婚事由之后再增加两款规定，一是规定类似德国等国立法中的“困难条款”或“苛刻条款”或者日本立法中关于离婚相对性的规定来限制离婚（参见注释⑤）；二是规定类似美国等国的离婚抗辩来对抗离婚请求进而达到限制离婚的目的（参见注释⑥）。

总之，只有关于离婚事由的规定具有完备的法律依据，法院在离婚诉讼中才能通过适当的形式合理、合法地裁量“不准离婚”，达到减少离婚稳定婚姻家庭秩序的立法目的。

【注释】

1、参见网络报道《拒亲子鉴定就推定为生父，被判付抚养费》http://www.puson.com/news/200501/626_86371.aspx

2、在日本，婚生子女与非婚生子女在法律地位上有着较大的差别，法律对非婚生子女的保护远远低于对婚生子女的保护，因此才有认领和准正两个不同的程序。

3、成年非婚生子女能否提起请求确认父子关系之诉？这是个值得思考的问题。未成年的非婚生子女请求确认父子关系，常常是为了要求父亲承担应尽的抚养义务，如给付抚养费，而成年非婚生子女已不具备请求生父给付抚养费的诉的利益，他（她）能否单纯请求法院确认父子关系？我们认为，尽管成年非婚生子女没有请求生父给付抚养费的诉的利益，但确认父子关系对他们而言仍然具有身份上的诉的利益。如通过父子关系的确认，可以明确自己的血统，有效地消除“血疑”的困惑，此其一；其二，确认父子关系，在父亲将来死亡时，该成年非婚生子女还有参与继承的利益；如果其先于父亲死亡，其子女还有代位继承遗产的利益。因此，应当允许成年非婚生子女单独提起确认生父之诉。

4、参见法制日报资料的网络报道：《谁是生父，可以“推定”吗？》http://www.people.com.cn/GB/news/37454/37459/3257025.html

5、参见法制日报资料的网络报道：《谁是生父，可以“推定”吗？》http://www.people.com.cn/GB/news/37454/37459/3257025.html

【参考文献】

[1][2][3]陈苇.外国婚姻家庭法比较研究[M].群众出版社,2006.325;291,282-283,295;282,295.

[4][5] [日]松本博之.人事诉讼法[M].弘文堂,2006.344;347.

[6]陈苇.加拿大家庭法汇编[M].群众出版社.2006.141-142.

* 本论文是司法部2006年度国家法治与法学理论研究项目“比较法视野下的家庭法院”（06SFB5022）的相关研究成果。

①笔者在期刊网上搜索，对不准离婚判决的合法性进行思考、质疑的文章仅有一篇，作者系法院法官。参见易兴明、童道才：《判决不准离婚的违法性及其司法完善》载于《中央政法干部学院学报》1999年第3期。

②④参见张卫平：《民事诉讼法》，法律出版社2004年版，第119、127页。

③（日）新堂幸司：《民事诉讼法》，弘文堂1998年版，第403页。

⑤如日本民法第770条第一款规定：虽有前款第一至四项事由，而法院考虑有关情势，认为继续婚姻关系为相当时，可以驳回离婚诉讼请求。德国民法典中的离婚“困难条款”和“苛刻条款”也体现了这一精神：前者是指，虽然婚姻已经破裂，但基于特别的理由，为了维护该婚姻所产生的未成年子女的利益有维持婚姻必要的，不得离婚；后者指，虽然婚姻已经破裂，但基于特殊的情况，离婚对反对离婚的配偶过于苛刻，且权衡离婚请求人的利益有维持婚姻必要的，不得离婚。法国离婚法更进一步规定：如果离婚有可能对精神官能严重受损一方的疾病造成极严重的后果，法官得依职权而驳斥离婚请求；对于一方提出的离婚请求，如果另一方配偶能证明，鉴于其本人的年龄与结婚时间，离婚对其本人及子女均会引起极为严重的物质上与精神上的后果，法官得驳回离婚申请。参见陈苇主编：《外国婚姻家庭法比较研究》群众出版社2006年版，第411页、402页、443页。

⑥如美国一些州规定，一方配偶即使有离婚理由，但他方也有一定的事由存在，法院应基于此理由不准许离婚，这就是离婚抗辩事由。这些事由包括：纵容、诱致、通谋、宥恕等。参见陈苇主编：《外国婚姻家庭法比较研究》群众出版社2006年版，第429-430页。

⑦（英）凯特·斯丹德利：《家庭法》，屈广清译，中国政法大学出版社2004年版，第156页。

（本文原载于《学海》2008年第6期）

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

张晓茹

【摘要】家事保全处分属于特殊保全处分，具有非讼性质。家事保全处分除了具有确保实体权益的实现，防止对财产的恶意处分等基本功能外，还具有维持生活秩序、事证开示、促进争点的显现与整理、促进纠纷解决的功能。申请家事保全的案件一般应具有给付内容，申请家事保全的标的应当处于危险状态，提出家事保全申请的人可能需要提供担保等条件。

【关键词】家事保全；性质；功能；构成要件；原则

一、家事保全处分的性质

（一）家事保全处分属于特殊保全处分

家事保全处分究竟是属于通常保全处分还是特殊保全处分，不同的主张有不同的理由。通常保全处分说认为，家事保全处分本质上与通常保全处分相同，此为德国通说，并以德国旧民事诉讼法第627条规定为依据。这种观点认为通常保全处分具有三个特征：暂定性、附随性、急迫性。暂定性是指保全程序仅仅是对申请人提供的暂时性救济，假扣押和假处分仅仅是一种临时性措施，权利人不可能通过保全处分获得终局性权利，法院在保全程序中对权利进行的判断，对审判结果没有必然的影响。附随性是指保全程序必须以本案的存在为基础，例如我国诉前保全就明确要求利

害关系人必须在 15 日内起诉，否则保全程序就会被解除，保全处分完全依附于本案。急迫性是指保全处分的实施是为了消除保全标的存在的现实危险，保全措施的实施必须是急需的且是法院必须迅速采取的。而这三个特征在家事保全处分中全部可以得到完全的体现，因此家事保全处分与通常保全处分在本质上别无二致。我国民事诉讼立法中没有家事保全处分的概念，所以我国立法理念上已经把家事保全处分归属在通常民事保全之中。

另一种观点认为家事保全处分应当属于特殊保全处分，它与通常保全程序是有区别的。这种观点认为就德国旧民事诉讼法第 627 条的规定来看，德国法上之家事诉讼保全程序并不适用该法第 935 条以下有关假处分的规定。通常保全处分说所依据的这一理由不具有说服力。特殊保全处分说认为，家事诉讼保全处分制度存在的目的是为了针对夫妻、子女监护等现实生活情况，给予必要的、最低限度的调整，即使不具备通常保全处分所要求的条件，基于家事保全处分的特殊性也可以准许该保全处分申请。笔者认为这种看法是正确的，特别是在我国目前的立法状况下，只有把家事保全处分作为特殊保全处分，才能形成并不断完善家事保全制度，适应家事案件自身的特性，充分彻底地解决家事纠纷。

（二）家事保全处分是非讼事件

家事保全处分是诉讼事件还是非讼事件？或者定性为这两者之外？我国台湾地区“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。”这种看法似乎认为家事保全处分的性质与确定私权诉讼的性质是不同的，但究竟家事保全处分的性质是什么，该裁定语焉不详。即使是对保全处分的性质大陆学术界都鲜有研究，大陆民事诉讼立法又没有单独的家事程序，所以家事保全处分的性质就很难进入学者的视线了。

家事程序审理的部分案件本身就是非讼案件，例如无民事行为能力和限制行为能力的宣告等。家事保全处分中的假扣押和假处分虽然大都是针对实体权利如动产和不动产进行的，但是这仅仅是对这些实体权利行使的一种暂时性限制措施，保全处分本身并没有对这种实体权利进行具有既判力的裁判，这种暂时性限制措施会随着判决的出现而解除。即使判决的结果与保全处分的内容相同，至少从学理上讲，判决的生效就意味着保全处分的失效。因此，家事保全处分应当具有非讼事件性质。邱联恭先生认为非讼事件一般在下列情况下成立：（1）特别需要赋予法官广泛裁量权的事件；（2）公益性较浓厚的事件；（3）特别需要在程序上简易、迅速解决的案件；（4）没有对立当事人要求法院依实体法确定实体权力是否存在的事件。家事保全程序符合上述要求，但是应当注意的是，家事保全事件虽然具有非讼性质，但是很多家事保全事件都与诉讼事件具有非常紧密的联系。

二、家事保全程序的功能

（一）基本功能

无论是家事保全程序还是通常保全程序，其基本功能就是避免或消除危险，保全将来的强制执行 [1]。保全处分（mesures conservatories）实际上是为了保障强制执行的实现所设立的诉讼制度。按照法国法律规定，已被法院认可存在着实体意义上债权的人如果能够证明其回收债权的可能性正处在危险状态，可以向法院申请保全处分以进行债权保全。依据法国法律规定，不仅已经取得执行名义的债权人可以直接申请保全处分，而且没有取得执行名义的债权人经执行法官许可后也可以实施保全处分[2]。通常保全程序从形式上可以分为假扣押和假处分两类，假处分又可以分为系争物之假处分和定暂时状态之假处分。假扣押的目的主要在于避免债务人在本案争讼过程中处分其财产，导致债权人的金钱给付请求权无法实现；系争物假处分的目的主要在于防止债务人处分或变更系争标的物的现状，导致债权人无法实现其本案权利；定暂时状态之假处分以维持现实存在的权利关系为目的，一般认为不具有保全强制执行的性质。无论是假扣押还是假处分均可作为家事保全的措施，很多家事案件需要通过假扣押或系争物之假处分来进行保全。例如，在继承纠纷中，为了防止对遗产进行私分、转移、隐藏、变卖，权利人可以申请对遗产中的动产进行假扣押，也可以对遗产中的不动产申请禁止转让的假处分。总之，权利人通过家事保全程序，保全将来强制执行，确保实体权益的实现。

（二）衍生功能

1、生活秩序的维持

家事程序往往与家庭成员的生活秩序紧密相连，例如婚姻、继承、收养等，如果在纠纷解决过程中没有合理程序对当事人的生活秩序进行保障，当事人往往就要承受生活秩序紊乱之苦。举例来说，在夫妻离婚纠纷中，如果没有相应保障程序，子女的生活、学习、成长必将面临巨大挑战，有些损害后果是永远无法弥补的。家事保全程序的存在就是一剂良药，它可以通过假扣押或者假处分，维持、稳定当事人的现存生活秩序，避免生活秩序过于紊乱，尽量避免纠纷给当事人及其家庭带来的损害。

2、事证开示功能

家事纠纷与日常生活的紧密联系往往导致证据取得上的困难，即使是一方当事人也很难完全了解与纠纷有关的所有信息。不仅如此，家事纠纷的秘密性往往会给当事人之外的第三人带来麻烦。比如，在继承案件中，某一继承人未经其他继承人同意而私自转让遗产，尽管有善意取得制度的保护，但是这种转让行为必将给第三人带来诸多不必要的麻烦。因此，与纠纷有关信息的获取无论对当事人还是第三人都是具有重要意义的。在家事保全处分案件中，特别是在公益性较强、当事人对于诉讼标的处分权限较小、适用职权主义较高的案件中,法院在审理保全条件是否具备时往往有相应的调查程序，此时，法院基于职权主义所收集、整理的资料，往往可以满足当事人的情报请求权要求，家事保全程序也就发挥了事证开示功能。这一事证开示功能的发挥，有助于当事人在获得充分信息的基础上平等地对案件进行评估、预测，有助于家事纠纷得到迅速、快捷的处理。事证开示功能的发挥也可以避免家事纠纷当事人之外的第三人被拖入诉讼，防止纠纷解决的复杂化。

3、促进争点的显现与整理

发现案件的争点对于案件的处理是极其重要的，当前民事诉讼改革的目标之一就是促进案件争点的整理，排除借裁判演恶作剧游戏，而这项目标的完成往往是通过证据开示制度完成的[3]。在法院正式审理之前，当事人申请家事保全程序也可以或多或少地促进争点的显现与整理。举例来说，在离婚诉讼当中，夫妻双方可能对离婚问题达成共识，对感情确已破裂没有异议，但是，通过当事人对夫妻财产申请家事保全，法院就可以得知当事人之间在财产分配问题上存在较大争议,这就使案件的争点凸现出来，从而有助于案件争点的整理，促成当事人之间纠纷的顺利解决。

4、促进纠纷解决

家事保全程序的启动往往能够促进纠纷的解决。当纠纷发生后，如果当事人双方都以善意的姿态和方式解决纠纷，保全程序也就没有存在的必要了。现实情况是，一方当事人总是存在巨大的投机和侥幸心理，以侵害另一方当事人的方式扩大自己的利益，家事纠纷往往因为证据取得比较困难，所以这种情况的出现频率更高。家事保全程序把当事人主要的诉讼标的物进行假扣押或者假处分，限制了当事人的处分权，这就导致当事人投机和侥幸心理走向破灭，再加上争点的显现和整理、法院的介入，当事人在此情形下必然会比较客观地看待纠纷，纠纷解决也就比较容易了。伴随着家事保全程序的启动，当事人往往会选择和解或者调解解决纠纷，即使是通过诉讼，纠纷解决的难度也大大降低。因此，家事保全程序对于纠纷的最终解决可谓功不可没。

三、家事保全程序的构成要件

(一)申请家事保全的案件一般应具有给付内容

我国多数学者认为，申请诉讼保全的案件必须是给付之诉或者给付请求，但也有学者认为申请诉讼保全的案件具有给付内容即可，笔者认为后一种说法更具合理性。比如，一般的离婚诉讼属于形成之诉，但是离婚诉讼往往牵涉财产的分割。如果当事人申请财产保全，我们就很难说离婚诉讼就是给付之诉，因此，申请诉讼保全的案件具有给付内容的提法就显得较为科学。我国目前的民事诉讼立法中关于财产保全的规定似乎仅限于假扣押和系争物之假处分，没有涉及定暂时状态之假处分，现在的问题是，申请定暂时状态之假处分的案件是否必须具有给付内容。答案是否定的，这主要是由家事案件的特质决定的，有些家事案件申请定暂时状态并不具有财产内容。举例来说，子女的父母在离婚时对子女的探视权进行了口头约定，子女随母亲生活，父亲每周可以探视子女一次。现在父亲提起诉讼要求每周探视两次，母亲认为父亲有不良嗜好，过多探视不利于子女成长，为了防止父亲在诉讼期间有过激行为，母亲向法院申请定暂时状态，每周只能允许父亲探视一次，这类案件好像就没有给付内容。总的说来，申请家事保全的案件一般应当具有给付内容，假扣押和假处分才会变得具有实际意义，但是在一些特定的情况下，不具有给付内容的家事案件同样可以申请保全程序。

(二)申请家事保全的标的应当处于危险状态

家事保全的基本目的就是为了消除财产或者权利义务关系在诉讼程序终结前出现的危险状态，因此才对当事人的财产、系争物、现存权利义务关系进行相应限制，尽量避免权利人权益的损毁。《日本新民事诉讼法》第 20 条规定:“对于以金钱支付为目的的债权，如不进行假扣押就不能强制执行或有对强制执行产生显著困难之虞时，可以发出假扣押命令。”第 23 条规定:“关于系争物的假处分，在因变更该系争物现状而有使债权人不能实行其权利或实行权利产生显著困难之虞，可以发出。”“确定临时地位的假处分命令，为避免所争执的权利关系给债权人造成显著的损失或紧迫的危险而必要时，可以发出。”学者们一般认为，家事保全程序必须具备“保全必要性”，这种“保全必要性”是对“危险状态”的一种学理性描述，究竟何种情况下属于危险状态，无论是立法还是理论界都不能给出一个完美无缺的解释，往往需要法官在审判实践中根据个案的具体情况来判断。因为家事保全程序的申请往往发生在诉讼进行中或者诉讼前，因此法官不可能对案件事实有十分清晰的了解，法官只能根据当事人提供的证据进行形式审查，当然可以行使释明权，然后基于初步的判断对标的进行假处分或者假扣押。毫无疑问，这种快速处理也是“危险”所迫。

(三)提出家事保全申请的人可能需要提供担保

由于法院仅仅是基于初步判断来决定是否实施保全措施的，所以错误的发生就是在所难免的。一旦错误地采取了保全措施，势必给被申请人的财产或权利造成损失，立法把这种损失责任归于申请人，因为申请人是“始作俑者”。为了避免申请人对这种责任缺少承受能力，立法规定法院可以要求申请人提供相应担保。我国民事诉讼法规定，人民法院可以责令诉讼保全申请人提供担保，诉前保全的申请人应当提供担保。诉前保全必须提供担保，诉讼保全可能要提供担保，这是因为诉前的错误发生率高于诉讼过程中的错误发生率，如果诉讼过程中法官对案件事实有十分清楚的认识，错误发生的可能性几乎为零，那么申请人就无需提供担保[4]。在家事纠纷中，保全程序的申请人一般也要提供担保，这是由保全程序的特性决定的。但是，家事纠纷的特性也决定了一些案件很难要求申请人提供担保。比如离婚诉讼，申请人所要求保全的就是所有家庭财产，法院要求申请人必须提供担保就是不太现实的。再比如追索赡养费、抚养费案件，法院要求申请人提供担保也是不太现实的。因此，家事保全程序中，申请人一般也应当提供担保，但是由于家事案件本身的性质所限，所以有些家事保全要求申请人提供担保就是不合理、不科学、不现实的。总之，在家事保全程序中申请人提供担保的几率要低于其他保全案件。法院在决定是否要求申请人提供担保以及担保数额大小时，应当考虑以下一些因素：案件的性质，诉讼标的大小，保全申请人的经济能力，被申请人可能遭受的损失等。

【参考文献】

[1]李祖军.民事诉讼法学论点要览[M].北京：法律出版社,2001.
[2]张卫平，陈刚.法国民事诉讼法导论[M].北京：中国政法大学出版社，1997.
[3]江平.民事审判方式改革与发展[M].北京：中国法制出版社，1998.
[4]王春芳.刑事附带民事赔偿的立法完善[J].华北水利水电学院学报（社科版），2001,（1）：11- 14.

发达国家的家事裁判制度

张晓茹

改革开放以来，我国婚姻家庭纠纷数量日趋增多，种类也越来越多样化。婚姻家庭纠纷涉及公益和当事人的隐私，必须适用科学合理的家事裁判制度才能很好地解决。世界主要先进国家均有其独特的家事裁判制度，本文对各国家事裁判制度进行介绍、评析，旨在为我国提供可供借鉴的经验。

德国

德国在民事诉讼法典第六编规定了家事审判程序，全编分为六章：婚姻事件程序的一般规定、其他家庭事件程序的一般规定、离婚事件与离婚后事件和程序、撤销婚姻与确认婚姻存在与否的程序、亲子事件程序、抚养的程序。

德国在 20 世纪 70 年代中期以前，并没有统一处理家事案件的家庭法院。1977 年，家事法庭成为地方法院的一部分，家事法庭的裁判可直接上诉到高等法院。

日本

日本于 1898 年制定了《人事诉讼程序法》。从内容上看，该法包括婚姻案件的程序、收养案件的程序及亲子关系案件的程序。《人事诉讼程序法》是普通地方法院审理家庭法院转来的人事诉讼案件时所应遵循的程序法。

1947 年，日本颁布了《家事审判法》，对于家事案件规定了审判程序与调解程序。在家庭关系案件中，人事诉讼案件以外的涉及离婚财产分割、子女监护人的确定、抚养费的负担、婚姻费用的分担等争议依照家事审判程序由家庭法院审理和裁判，但是，其中一部分争议限于与离婚诉讼的牵连，又可以在地方法院审理和裁判。像离婚、婚姻无效、亲子认定等案件，应首先在家庭法院申请家事调停，通过调停解决纠纷。家事调停不成立，改为通过诉讼加以解决的，应向地方法院提起诉讼，地方法院依《人事诉讼程序法》审理。

日本设立有家庭法院，旨在个别地、具体地妥善处理家事事件与少年案件，故将家庭法院分为家事部与少年部分别处理有关业务。日本的家庭法院由法官、书记官、调查官组成，还设有处理事件的辅助机构，如医务室（有医师、护士）、家庭科学调查室、参与员、调解委员（由社会贤达担任）及家庭裁判所委员会（由民间有识人士组成），协助家庭法院的运营。家庭法院的法官不但应该是优秀的司法官，而且应具有能洞察关系人行动的能力，又应就心理学、社会学、教育学、精神病学等有关人的关系的科学有某种程度的认识。

可以说，日本的家事裁判制度专业化程度走在了各国前列，但还有有待完善的地方。比如，在日本，家庭纠纷案件中涉及人的身份的诉讼，原则上在起诉之前必须向家庭法院申请家事调解。如果调解不成立，改为通过诉讼解决的，应向地方法院提起诉讼。这样以来，一件家庭关系的案件将分为两种程序。而且，除有关人事诉讼以外的其他家庭纠纷案件，依照家事审判程序由家庭法院审理和裁判，但是，上述的一些纠纷如果和离婚诉讼有关，则又可以由地方法院审判。这样家庭法院和地方法院之间管辖权的划分过于复杂而为普通民众难以理解。另外，家庭法院配置有专家，他们具有心理学、医学或社会学等方面的知识，他们从事的专门工作有助于家庭法院的正确调停和判决，但是在地方

法院，由于没有这种机构，因而在人事诉讼的审判中不能获得此种有效的帮助。

法国

法国新民事诉讼法典第三卷“某些案件的特别规定”中，主要是关于家事案件的司法程序的规定，涉及的案件主要有婚姻关系案件、亲子关系案件、收养关系案件、监护案件、夫妻财产关系案件，这些家事案件既有诉讼案件，又有非诉案件。法国民法典第一卷第六编第二章也规定有“离婚的程序”。

法国没有专门的家事法院，家事案件由大审法院管辖。法国配备了专门的家事法官进行家事司法活动。

英国

英国于 1973 年制定了《婚姻诉讼法》，1984 年又制定了《婚姻和家事诉讼法》。

英格兰和威尔士的郡法院受理一些收养儿童、监护和无答辩的离婚案件。高等法院设有家事法庭，家事法庭由庭长及大约 16 名法官组成。家事法庭主要管辖离婚、婚姻无效、别居、抚养、同居请求等事项。20 世纪 50 年代起，离婚请求的增加使得高等法院法官无法应付，于是，更多的离婚案件由巡回法官自己开庭审理，只有较复杂的才送交高等法院家事法庭。

北爱尔兰的郡法院设有家事看护中心（Family Care Centres），由三名郡法院法官组成，负责依《1995 年（北爱尔兰）未成年人令》提起有关未成年人抚养或福利的申请或上诉。地方法院包括青少年法院和家事诉讼法院。北爱尔兰的高等法院设有家事法庭，家事法庭审理的主要案件包括：（1）婚姻事项；（2）收养；（3）未成年人的监护；（4）根据《1995 年（北爱尔兰）未成年人令》提出的申请；（5）有关精神病人的事项；（6）无争议遗嘱检验案件。

美国

《美国 1970 年统一婚姻及离婚法》于第二、三、四部分分别规定了有关婚姻、离婚和监护的程序。各州也针对家事案件通过不同的形式规定了家事诉讼程序。

20 世纪 60 年代，美国掀起了成立独立的家庭法院运动，这些家庭法院由对此类问题有兴趣或有特殊才能的法官、社会工作者及其他专家组成。家庭法院所采用的程序规则更为灵活变通，较少具有对抗性。家庭法院在州法院系统中属于正式的初审法院，治安法院作为非正式的初审法院，也对家庭纠纷享有初审管辖权。

美国的家庭法院在特定的理念下，依特别组织及程序作出裁判。家庭法院分类受理家庭案件，除当事人希望即时由法官审理的案件外，均不必移送于法官，由受理案件的官员以个案作业的非正式方式处理。家庭法院如欲以“诊断及治疗”为目标，则社会调查不可或缺。家事案件在必要时也应从医学、精神医学、心理学方面，由专家进行鉴定，这些工作可由家庭法院所属的医院或委托其他医师为之。家庭法院通常由受理案件的工作人员、调查官等担任和解工作，有些家庭法院设有婚姻协调人员，担任此职务者并不是专业法官，而是有专门技术的职员。

澳大利亚

澳大利亚的家事裁判程序主要规定在《1959 年联邦婚姻案件程序法》和《1975 年家事法案》（Family LawAct）中。《1959 年联邦婚姻案件程序法》曾将有关家事案件的管辖权授予州法院，后来，澳大利亚根据《1975 年家事法案》专门创设了联邦家庭法院（FCA），该法院属于联邦高等法院。联邦的主要城市及其他一些地区都设有家事法院。全国共有家事法官 80 余位。澳大利亚的家事法院主要对下列事项享有管辖权：有关离婚和确认婚姻无效的案件；有关子女的监护和探视问题；配偶、子女的抚养问题；夫妻财产分割问题等。

《1975 年家事法案》规定了家事案件处理的顾问和注册官制。顾问一般是那些在某一社会科学领域中有专长的人，他们履行两项职责：首先，他们有义务向法庭提交涉及本案家庭成员间关系的“家事报告”，以此帮助法官对子女监护和探视问题作出裁决。其次，他们试图通过与夫妻双方进行座谈解决争议问题。这同样是具有法定资格的注册官的职责，他们也力图通过商谈的方式解决有关抚养和财产争议。

韩国

韩国于 1990 年 12 月 31 日公布了《家事诉讼法》，规定了总则、家事诉讼程序、家事非诉程序、家事调解、履行之保证以及罚则。此外，大法院 1990 年 12 月制定、1998 年 12 月修订的《韩国家事诉讼规则》明确了家事调查官的职责，并对《家事诉讼法》中的上述内容作了进一步的补充和解释。

韩国在汉城设有家庭法院，专门处理家事事件，在其他地方则由一般法院的家事部负责处理家事事件。家庭法院与地方法院同处一个级别，位于大法院、高等法院之下，属于基层法院。

家庭法院办理家事诉讼案件和家事非诉案件，其程序上适用家事诉讼法的规定。对于家事诉讼法没有规定的事项，适用民事诉讼法和非诉案件的程序法。

家事事件程序的法理分析

张晓茹

【摘要】台湾学者邱联恭教授提出了诉讼法理与非讼法理交错适用理论，家事事件程序交错适用诉讼法理和非讼法理是必要的和可能的，通常有三种情形。家事诉讼与非讼的集中交错以裁量权和对审权为中心。家事审判职权主义的特征使它与非讼程序有着某些相统点，因此家事诉讼事件可以一定程度的非讼化。

【关键词】诉讼法理与非讼法理交错；家事事件程序法理；非讼化

家事事件程序，是以维持家庭成员之间和睦相处以及有利于家族间共同生活为目的，由国家设立特别的机关(即家事法院或家事法庭)，遵从职权主义和采取秘密审理的方式，处理或预防夫妻、亲子及家属间纠纷的程序。我国民事诉讼法没有专门的家事事件程序，民事诉讼法学界对家事事件程序的研究也没有给予足够重视。本文试图对家事事件程序的法理进行分析，一方面因为此问题是构建家事事件程序的基础和前提，另一方面欲想借此引起我国法学界对这一程序的兴趣。

一、诉讼法理与非讼法理交错适用

传统的民事事件可大致分为诉讼事件与非讼事件两种，在诉讼程序中适用诉讼法理、在非讼程序中适用非讼法理，这是传统民事诉讼法学理论中的“程序法理二元分离适用论”。对于这种理论，台湾学者邱联恭提出了批评。邱联恭认为，面对各式各样的纷争形态，如果墨守传统的诉讼程序及非讼程序完全分离适用的理论，这样的审判程序能否充分顾及各纷争的特点，是否有助于纷争的妥善解决，均存在很大疑问。而两种程序法理交错适用，则可以更好地适应新的纷争形态，解决上述问题。也就是说，诉讼法院在运用诉讼程序审理案件时，在特定情形下，可以并用非讼法理；而非讼法院在运用非讼程序审理案件时，在特定情形下，可以并用诉讼法理。

邱先生提出的程序法理交错适用论，主要包括以下内容:

1、针对各种民事事件的特点或特殊需求，协调程序法上的各种基本要求。比如，由于诉讼法理比非讼法理更有助于对当事人的程序保障，因此，关于实体私权存在与否的终局性裁判，就应当重视诉讼法理的适用，才能贯彻程序保障的基本要求。

2、在非讼事件的审理过程中，如果当事人就实体私权存在争执，在一定情形下，非讼法院除依非讼法理外，还可以依诉讼法理审理该争执，并以“裁定”的方式就该私权之—70—存在与否作出裁判。在这一审理过程中，如果遵守了适合于该争执的诉讼法理，那么该裁定即具有相当于诉讼法院使用诉讼法理作出的判决相同的效力。

3、基于程序法理交错适用论，就某实质事项所作出的非讼裁定对某人就某私权是否有既判力或其他拘束力，取决于该裁定的形成过程(审理过程)对该人就该私权是否有相关资料的提出，是否造成了突袭性裁判———或者换句话说，当事人是否被赋予了适当的程序保障。

4、为了兼顾和调和非讼化与程序保障这两种要求，应当承认具体纷争的个别性和阶段性，比如:(1)在非讼程序的前阶段，如程序关系人就某非讼事件并未争执实质事项（非讼事件的前提问题)，则不认其有诉讼性，不必要求非讼法院依诉讼法理审理该实质事项。(2)在非讼程序之后阶段，如程序关系人争执上述实质事项(前提问题)，则应认为自此时起，在该争执事项的范围内，诉讼性已具体化、明显化，非讼法院应当同时采纳诉讼法理审理和裁判该事项。 (3)就公益性明显而涉及私法地位存在与否的争执事项，应根据其涉及事件的特殊需求，调整其所应适用的程序法理。

5、对于某些被诉讼化，但又同时具有非讼化特征的事件，诉讼法院在审理过程中应该而且可以交错适用诉讼法理与非讼法理。此时，即使遇有确保或扩大法官自由裁量权的必要，也应尽可能保障当事人对裁判的预测可能性，贯彻程序保障的要求。

总之，就同一事件，一部分依非讼法理，而另一部分则依诉讼法理来审理，是完全可能的。例如，将某一事件非讼化后，只采用公开辩论的诉讼法理，其余依非讼法理；或将其诉讼化后，仅一部分采非讼法理，其余部分采诉讼法理，或对某类事件给予较薄弱的当事者以权利保障。因此，就不同种类的事件，可能适用全部互不相同的，或部分不同的程序法理。既然不同的案件对于程序保障的程度和范围有着不同的需求，那么按照这些事件的特征来调配程序要素
就不仅是可能的，而且是应该的。

具体到每一案件的审理过程，程序法理的交错适用可以是按阶段调配的，也可以是按事项调配的。前一种情形，就同一审理过程，在程序的前阶段仅适用程序法理之一(如非讼法理之一部分)，而在程序的后阶段则并用另一程序法理(如诉讼法理之一部分)。后一种情形，就同一事件的审理，就某事项或争议点仅适用一种程序法理，而就另一事项则适用另一种程序法理。此外，这两种情形也可以是互相交错，互相配合的。比如在非讼化审理程序中，在诉讼性事项尚未出现的程序早期阶段，可以仅仅适用非讼法理；而在诉讼性事项出现之后，则交错适用诉讼法理与非讼法理。

二、家事事件程序交错适用程序法理

(一)家事事件交错适用程序法理的必要性及可能性

1、家事事件纷争常存在于亲属身份关系者之间，不宜屡次进行诉讼，同时为了避免裁判矛盾，有一次解决的必要。因此，家事法庭或家事法院在处理家事事件时，可能发生在同一程序中必须同时处理性质上属于人事诉讼事项、一般民事诉讼事项与家事非讼事项，以及需要分别适用不同的程序法理进行审理、裁判的情况。例如，在离婚事件同时提起的基于其原因事实所产生的损害赔偿请求事件、赡养费请求事件及子女监护人酌定事件，这四种事件所具有的特性、需求不尽相同，所以就各该事件所适用的程序法理也可能互有差异。其中，损害赔偿事件及赡养费事件，基于尊重当事人的处分权，需要适用处分权主义即诉讼法理，但监护事件则排除该主义的适用，而属于应该采取职权主义即非讼法理的职权事件，借以达成保护子女最佳利益的公益性目的；至于离婚事件，如以维护婚姻所涉及社会秩序利益为着眼点，并不全然要求适用处分权主义，如认诺原则的限制适用等等。

如何调适法理适用，将是统合集中审理所必须面对的课题。统合集中审理，应以法律明文规定者为限。如台湾民事诉讼法以两大中心为主轴，即民诉法第572条规定的合并请求，以及民诉法第572条之一所规定的附带请求[1]。

2、在某些家事案件中，有必要且可能就同一事件交错适用诉讼法理与非讼法理。如认可收养事件，虽属因申请而开始的事件，但具有公益性及裁量性，如涉及人口的贩卖或收养对生父母不利时，均需法官介入。在收养人与被收养人一起申请裁定认可的情形，通常期间不存在诉讼性、对立性，但收养人与被收养人仅由一方提出认可收养的申请时，法院也可使未成为申请人的他方以实质的当事人的地位参与程序，让他有陈述意见的机会，从保障当事者权利的角度，非讼法院更应该赋予实质的当事人程序保障。在此情形，依实质的当事人所述意见，可能发生诉讼性、对立性。此时，应考虑充实程序法理的交错适用，不应仅满足于适用非讼法理，才能适应同一事件程序过程前后的变化，如关系人间就收养之无效或得撤销等事由先前没有争执，后又起争执的情形[2]。

在同一程序中审理不同性质的事项，有时呈现于同一法庭的资料，未必能够区分哪些是针对家事诉讼事项，哪些是针对家事非讼事项而主张、提出或收集的，而且如果分别适用辩论主义或职权探知主义，将可能发生同一程序中法院就各事项所做的事实认定之间有龃龉或矛盾的结果。因此，为避免这种情况的发生，则即使在同一程序审理不同性质的事项时，其审理原则仍应尽可能地求其一致，故宜考虑:当民事诉讼事项与人事诉讼事项合并于同一程序审理时，为了同一家庭纷争得到整体而不矛盾的解决，就其中有关原属民事诉讼事项，应舍弃向来所用的辩论主义，而采用职权探知主义，以使法院在同一程序中对于当事人主张的事实所下判断，不至于因审理事项的差异而产生龃龉，此时应该防止发生突袭性裁判[3]。

3、程序法理交错适用的情形也可能发生于处理同一家事案件的程序前、后阶段。某些家事事件采取调解前置主义，调解程序所需求的是非讼法理，于调解不成立而视为或另行起诉时，则自此时起程序后阶段系改为或转换为适用所该当采行的诉讼法理。

以上三种情形是家事事件程序法理交错适用的情形，程序保障有促使诉讼程序与非讼程序连续，并使程序法理适用程序弹性化的机能。因为，为满足不同纷争类型的特殊需求，诉讼程序的实质化及诉讼程序上程序保障的实质化为必要且可能，除了形式的诉讼程序上程序保障以外，应同时认知实质的诉讼程序上程序保障的并存。程序保障有—71—助于确保当事人对裁判的信赖，具有使裁判正当化，调整裁判效力范围等机能，而非讼裁定形成过程所赋予的程序保障，促使诉讼程序与非讼程序发生连续性的结果，在兼顾不同的程序法上基本要求之下，避免了就同一实质事项另开始后程序之缺失，并扩大了程序制度解决纷争的功能。此外，就无诉讼性的事项或一般非讼事件，程序保障亦有防止发生不正确裁判的作用。因为赋予一方当事人或非讼关系人陈述意见或辩论等机会，使法院更可能搜集到较充分的裁判资料，有利于防止裁判发生错误，并可使当事人行为责任之范围更为明确化，强化裁判对获有该机会者之拘束力。上述程序保障的各项机能，有并存的可能性，而此等机能发挥牵涉诉讼指挥如何运作。因此提升法官素质能力以善用诉讼指挥权是必须的，并且，这些机能的发挥，也与如何调和真实的发现与诉讼的促进等基本要求有关[2]。

(二)家事诉讼与非讼的集中交错———以裁量权和对审权为中心

非讼事件有形成处分性、形成处分裁量性、迅速解决性、依情事为适宜变更必要性、欠缺一对一利害关系对立性、当事人隐私尊重性，其中裁量性与欠缺对立性两者，为非讼程序最重要特性。日本最高裁判所就应否采行宪法所明定的对审权，常以裁量性为判定标准。家事事件常与个人隐私有关，以不公开进行为宜，但不公开并非不能进行对审程序，给予对立的当事人主张、举证与反驳机会。成为裁判基础资料，应于法庭上显示，并采取以言词辩论为基础的辩论主义，这也是诉讼程序的典型。依职权调查主义所完成调查证据，言词辩论时应给予陈述意见机会，也是确保公平裁判的方式。而裁量权较大的事件类型中，当事人的预测可能性较低，更应给予利益主张机会，对第一层对审构造的要求应予强化，因此裁量权与对审权并非两个相悖离的概念。日本学者新堂幸司将裁量性与对审构造关系以以下坐标说明:

X轴为对审性(往右对审构造强)，Y轴为裁量性(往上裁量范围广)。

在象限II内对审性低而裁量性高，属本质非讼事件；象限III内裁量性与对审性均低，其要件事实较II明确，裁判违法性有较强意识，虽属非讼事件，但法院宣告亲权管理权丧失，或为禁治产宣告后，受其不利益当事人产生，对审性格显现化，当事人与声请人间对审构造性现实化，因此声明不服后，即应考虑对审构造程序，而移至象限IV。而象限I与IV对立当事人较为明确，为保裁判公平性，应行对审构造程序。象限I内之同居、婚姻费用分担，与象限IV内之亲权管理丧失、禁治产宣告不服之家事事件，虽具对审性格，但因涉及个人隐私，故不以公开法庭行之。

象限II因对审性低裁量权广，既属本质非讼事件，以非讼程序解决纷争并无违宪之虞。象限IV之裁量权低对审性强，几乎没有非讼化可能。而象限I虽属对审性强事件，但因法院裁量权亦高，此部分诉讼事件非讼化倡议甚高[1]。

三、家事事件非讼化

家事审判职权主义的特征，使它与非讼程序有着某些相统点，比如，都采取职权探知主义，辩论原则受到限制，不公开审理，等等。因此，除了家事非讼事件外，家事诉讼事件也可以一定程度的非讼化。所谓诉讼事件的非讼化就是指，将向来依诉讼程序处理的两方当事人对立的纷争事件，改为非讼事件，依非讼程序来处理，非讼化包括程序法方面的非讼化和实体法方面的非讼化。就程序法方面的非讼化来说，是指在程序法上缓和地采用或全不采用向来传统的诉讼程序上的种种原则(如处分权主义、辩论主义、言词审理主义等等)，而采用职权主义色彩浓厚的程序原则。从这一点看，在其程序上，比在诉讼程序上，更扩大了法官的裁量权。再者，就实体法方面的非讼化来说，是指将实体法上的法律要件及其法律效果予以抽象化、概括化，因其以抽象、概括的基准而为规定，所以法官能以比较大的自由裁量权为形成权利之处分。家事事件的非讼化，是指原属诉讼事件的家事事件，为快速解决纷争，将若干法院裁量权大的事件非讼化。家事非讼事件和家事事件的非讼化虽然法院均拥有高度裁量权，但后者有对立当事人、对审性高，前者纯属非讼事件，没有此关系。诉讼事件非讼化赋予法官更大裁量空间，传统诉讼程序如全面采用处分权主义、辩论主义等诉讼对审构造，法官裁量权空间受到限制，难以职权介入事实调查，将造成诉讼程序拖延。家事事件非讼化虽然能快速解决私权利争议，但程序保障比在诉讼程序更薄弱，如果将所有的家事事件均改变完全依非讼法理来处理，就会影响到宪法对当事人(尤其是因裁判受不利益的人)所保护的诉讼权(程序保障)。如何划定特别需要简易、迅速处理的，特别需要法官自由裁量的或为了公益特别需要法官介入照顾的事件，然后将其非讼化，这是需要把握的。换言之，家事事件非讼的限度应当是不轻易剥夺当事人应受程序保障的权利。

【参考文献】

[1]魏大.家事诉讼与非讼之集中交错———以对审权与裁量权为中心[J].月旦法学杂志，2003，(3).
[2]邱联恭.诉讼法理与非讼法理之交错适用[A].民事诉讼法之研讨·二[C].三民书局.
[3]邱如.家事事件审理程序之新建构·下[J].台湾本土法学杂志，2002，(10).

检察机关参与“人事诉讼”制度刍议

张晓茹

人事诉讼，也称身份关系诉讼，是指为处理关于婚姻事件、收养事件、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。检察官参与人事诉讼，是许多国家和地区普遍承认的一项原则。

我国台湾地区规定了检察官参与非讼事件的制度。根据台湾检察官参与民事及非讼事件注意要点第2条的规定，该注意要点所称的民事及非讼事件，除法人事件外，包括的死亡宣告事件、禁治产事件、选任遗产管理人事件、保存遗产事件、酌（选）定监护人及指定监护方法事件、宣告停止监护权事件及宣告终止收养关系事件，都属于与人的身份有关的事件。法国检察机关参与人事诉讼的方式有两种，一种是检察机关作为主要当事人，一种是作为从当事人。根据法国民法典和其他有关的民事立法的规定，检察院主要在以下几个方面的身份案件中，可以作为主要当事人参加诉讼：（1）未达结婚年龄而结婚、近亲结婚或尊卑血亲结婚等违反善良风俗或违反刑事法律规定的婚姻，检察机关可向法院提起婚姻无效的诉讼；（2）在父母对其子女人身进行犯罪、虐待子女、经常酗酒等明显行为不端，或违法，严重危及子女安全、健康及品行，或父母两年以上拒不履行法定的义务的情况下，检察机关可向法院提起要求其丧失亲权的诉讼。检察官作为主要当事人参加诉讼时，必须出席法庭参加辩论；检察官可以要求法官回避，但不可被要求回避。检察机关在作为主要当事人参加诉讼时，可利用其他当事人应有的一切上诉权利和途径提起上诉。法国民事诉讼法规定检察机关以从当事人的身份参与的人事诉讼，主要是亲子关系、未成年人监护安排、成年人监护的设置与变更的案件；日本人事诉讼程序法规定了检察官参与婚姻案件、收养案件和亲子案件，并可以提起上诉；英国法律规定检察长有权参与确认婚生和非婚生子女合法身份的案件，此外检察官可以主动或根据法院的邀请而介入解除婚约或婚约无效的诉讼中。

我国改革开放以后，随着经济的活跃和发展，平等主体间的交往日益频繁，人口流动性增加，婚姻家庭领域也出现了许多新特点、新情况：未婚同居、姘居、“包二奶”现象等，由此引发了许多婚姻家庭纠纷，主要包括：离婚率提

高、非婚生子女的抚养及认领纠纷、收养关系纠纷（甚至跨国收养纠纷）等。婚姻家庭纠纷涉及公益和当事人的隐私,这些案件如果处理不好，不仅影响家庭的稳定、损害未成年人的利益，还会导致刑事案件的发生、扰乱社会秩序。部分学者在论及检察机关提起或参与民事诉讼范围时,都不同程度地涉及到人事诉讼案件。笔者认为,在民事诉讼法修改之际，应及时建立检察机关参与人事诉讼制度。

一、检察机关参与人事诉讼的式及法律地位

1、检察机关以公诉人的身份提起人事诉讼。一般来讲,人事诉讼案件受害人没有提起诉讼或者缺乏明确的诉讼主体时,检察机关可以提起人事诉讼，此时，检察机关应是公诉人身份。公诉人的概念不但可以准确地反映检察机关在所提起的人事诉讼中的诉讼地位，而且可以 清晰地将检察机关以国家名义代表国家利益和社会公共利益所提起 的民事诉讼，与检察机关因其自身民事权益受到侵害而以原告身份提起的一般的民事诉讼相区别。将检察机关在所提起的人事诉讼中的地位列为公诉人，须克服一提到“公诉”二字 ，便与刑事诉讼相联系的观念。将检察机关在人事诉讼中的法律地位界定为公诉人,仅仅是从检察机关是以国家名义 、为维护国家利益和社会利益而提起诉讼这一意义出发的,并不表明检察机关在诉讼中享有特权。因此 ,除了在调查取证方面检察机关因其是国家机关而拥有与其职权相适应的调取证据、传唤证人、鉴定勘查等权利外,在诉讼中不享有任何特权，其向法庭提交的证据，亦必须经过质证与认证程序,由法庭决定是否采纳，不能当然作为认定事实的依据。反诉作为民事诉讼中的一项特有制度，其立法设置的基本目的就在于平等的保护当事人诉权的行使。检察机关提起的人事诉讼,被告也可以提起反诉。在检察机关提起人事诉讼的程序设计中,被告所享有的法定权利,不应因提起诉讼者是检察机关而有所限制。在市场经济条件下,国家及其代表机构的行为必须在法律允许的范围内,如果超出了法定的范围,给相对方造成了损害,受害者也是可以起诉的。因此，在检察机关提起的人事诉讼中,被告可以反诉。

2、检察机关以社会公益的代表和国家法律监督者的身份参加人事诉讼。由于人事诉讼案件中一般存在具体而特定的当事人和权利享有者,只是基于多种原因，受害者不敢起诉或不知起诉,以及无能力提起诉讼。同时，又由于这些具体而特定的受害者本身享有自由处分 自己权益的权利，检察机关即便是出于对其权益的维护，也不宜干涉其对自身权利的处理。为此，检察机关可以从支持起诉的角度参与起诉，帮助当事人通过诉讼的方式来维护自己的利益。此时，检察机关是作为社会公益的代表和国家法律监督者而发挥作用的。因此，检察院参加诉讼，应当具有当事人的诉讼权利与义务，如有权决定是否参加诉讼、提出证据、阅读案卷、向法庭提出自己的意见等,切实维护当事人的合法权益和社会公共利益。

3、检察机关以公益代表的身份作为被告参与人事诉讼。除了检察机关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外，还可以公益代表的身份作为被告参与人事诉讼。如婚姻无效之诉中,夫妻一方针对另一方提起诉讼，在被告死亡时，检察官方具有被告资格；第三人将夫妻共同作被告提起婚姻无效之诉时，夫妻双方或一方死亡，检察官方能成为适格被告。在离婚撤销之诉中，如果对方当事人死亡，检察官应成为适格被告。另外，收养关系案件中的收养无效、收养撤销以及解除收养的撤销之诉，当事人死亡时，检察官应当具有被告资格。

二 、检察机关提起、参与人事诉讼时应注意的问题

1、检察机关调查取证时,对妨碍调查的人不能采取强制措施。一般认为,收集提供证据是双方当事人的一项基本权利，因此检察机关在人事诉讼中享有调查取证权。

检察机关对证据的 调查是否属于强制性的,对妨碍调查的单位和个人是否可以采取强制措施，则需要慎重对待。笔者认为，检察机关在人事诉讼中不应该享有强制性调查的权力。尽管检察机关直接调查的目的并不是单纯为了保护当事人一方的利益，而是维护公共利益不受侵犯、维护公序良俗、维护社会公共秩序。由于人事诉讼案件特殊，涉及人的身份和感情，关系家庭秘密和当事人隐私，因此检察机关调查证据时，不应采取强制措施。

2、在检察机关败诉的情况下，向法院交纳的诉讼费用可由国家承担。收取诉讼费用的目的之一在于防止当事人滥用诉权，遏止滥诉，促使当事人慎重依法行使权利，按照通行的诉讼费用由败诉方承担的规则，任何败诉当事人都应当依法承担相应的诉讼费用。检察机关作为公益代表人提起人事诉讼，其维护的是社会公益，属于履行法定职能的行为。在检察机关败诉的情况下，向法院缴纳的诉讼费用可由国家承担，检察机关仅负担其为诉讼所支付的必要费用。如日本人事诉讼法第 17 条规定“在检察官败诉的情况下，诉讼费用由国库负担”。除此之外,被告在胜诉后因合法权益受到检察机关侵害后，有就其损失申请国家赔偿的权利。这样的制度设计，有利于避免检察机关滥用诉权和增强诉讼责任意识。

3、检察机关在参与人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。台湾地区检察官参与民事及非讼事件注意要点第 13 条规定，检察官参与民事及非讼事件，发现有犯罪嫌疑者，应自动检举侦办。法国民法典第 199 条规定,如夫妻双方或者夫妻一方并未发现欺诈行为时即已死亡，任何对请求宣告该婚姻有效而具有利益的人，以及共和国检察官，均得提起刑事诉讼。检察机关在提起或参与人事诉讼时，发现有犯罪嫌疑

的，如果是属于我国刑法所规定的告诉才处理的案件，检察机关可以建议受害人 向法院提起刑事自诉，其他刑事案件如重婚罪检察机关可以立案侦查。这样便于检察机关全面了解犯罪情节，有利于查明犯罪行为人的犯罪动机、目的以及犯罪过程的来龙去脉，以便更加准确地适用法律解决被告人的刑事责任问题，同时简化了诉讼程序，节省了人力、物力和财力。

论婚姻诉讼中诉的变更与合并

张晓茹

【摘要】根据我国民事诉讼法的规定,离婚诉讼适用普通程序。而依照最高人民法院的司法解释,宣告婚姻无效案件适用特别程序。这样,按照一般诉的变更与合并的条件,宣告婚姻无效之诉与离婚之诉之间,就不能进行变更和合并。这与婚姻案件的特殊性和国际上通行的做法是有冲突的。我们应当借鉴其他国家的有益经验,对因同一婚姻关系所产生的婚姻诉讼,允许其变更、合并,以便使同一婚姻所发生的争执,在同一诉讼程序中得以解决,避免先后起诉或分别起诉可能产生的弊端。

【关键词】婚姻诉讼；诉的变更；诉的合并；模式分析；婚姻无效；民事诉讼法；通常诉讼程序；离婚诉讼；诉讼标的；特别程序

一、问题的提出

2006 年3 月2 日邹某与涂某办理了结婚登记。婚后不久，邹某及其家人发现涂某有些行为不正常。邹某便于2006 年6 月向法院申请宣告婚姻无效。申请后，邹某发现婚姻无效的证据不足，即婚前被申请人涂某是否有精神病，并没有充分的证据。邹某在这种情况下能否将此变更为离婚诉讼？根据我国现有的法律和司法解释，法官们对此案产生意见分歧：一种意见认为，如果在开庭审理之前，因为没有进入庭审，实质上未适用特别程序，申请人可以变更为离婚诉讼；如果是进入开庭审理，已适用了特别程序，则不能变更为离婚诉讼，法院宣判后可告之另行提起离婚诉讼。另一种意见则认为，不能变更为离婚诉讼。因为宣告婚姻无效的案件适用的是特别程序，离婚诉讼适用的是二审终审的普通程序。

我国 2001 年婚姻法除规定了离婚制度外，还正式引入了“婚姻无效制度”和“撤销婚姻制度”，最高人民法院根据《婚姻法》和《民事诉讼法》作了《关于适用〈婚姻法〉若干问题的解释》（一）和（二），其中《关于适用〈婚姻法〉若干问题的解释》（一）第 9 条规定：“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。”实务界和学者据此把宣告婚姻无效程序作为特别程序。[1]基于这一前提，在前述案件中，第一种观点认为，开庭审理之前可以进行变更；第二种观点则认为，本来就是两种程序，无法进行变更。按照诉的变更的一般要件之一——新诉与原诉均适用相同的诉讼程序，似乎第二种观点正确。第一种观点，以是否进入了开庭审理为分界点加以区分，实质上也是不赞同两种适用不同程序的诉的变更。宣告婚姻无效的案件，到底能否变更为离婚诉讼？

与之相联系，起诉时原告能否将婚姻无效之诉、撤销婚姻之诉与离婚之诉同时提起或进行诉的追加？最高人民法院关于适用《婚姻法》若干问题的解释（二）第7 条第一款规定：“人民法院就同一婚姻关系分别受理了离婚和申请宣告婚姻无效案件的，对于离婚案件的审理，应当待申请宣告婚姻无效案件作出判决后进行。”此规定中，“分别受理”既可以理解为不同的人民法院分别受理了离婚诉讼和申请宣告婚姻无效，也可以理解为同一法院在不同时间受理了离婚之诉和申请宣告婚姻无效，后者当然构成诉的合并。此时的合并也存在着合并的诉适用的是不同程序的问题。

我国民事诉讼法第 52 条规定，原告可以放弃或者变更诉讼请求。被告可以承认或者反驳诉讼请求，有权提起反诉。第126 条规定，原告增加诉讼请求，被告提出反诉，第三人提出与本案有关的诉讼请求，可以合并审理。据此，我国的民事诉讼往往把诉讼请求的变更视为诉的变更，把诉讼请求的合并当作诉的客观合并的一种。也就是说，将诉的变更与合并与诉讼请求的变更与合并相混淆。事实上是，诉讼请求的变更并不一定引起诉的变更，诉讼请求的合并在很多情况下并不存在多个诉的合并，只要诉讼标的是同一个或是唯一的，无论诉讼请求如何变更或有多少个诉讼请求合并在一起，法院只裁判了一个诉。可见，我国现行民事诉讼法关于诉的变更与客观合并的规定本身就含糊不清。前述案例中法官们的两种观点都是从不符合诉的变更的条件考虑的。的确，我国离婚诉讼适用普通诉讼程序，宣告婚姻无效案件适用司法解释所规定的特别程序，将两个适用不同程序的诉进行变更、合并，不符合一般诉的变更、合并的要件。

但是，如果不准许变更、合并，反复起诉，将会使当事人长期处于感情纠葛之中，使发生婚姻纠纷的家庭处于不稳定状态，不利于未成年人的健康成长。

德国、日本的民事诉讼法以及我国台湾地区的“法律”，一方面，对一般诉的变更与合并加以限制，另一方面，

针对婚姻诉讼诉的变更与合并作出特别规定。这些做法值得我们借鉴。

二、婚姻诉讼诉的变更与合并的特殊性

民事诉讼诉中的变更有狭义和广义之分。前者仅指以新的诉讼标的替换原来的诉讼标的，后者还包括追加变更，即维持原来的诉讼标的而另外增加诉讼标的，这样就会因诉讼标的的追加而形成诉的客观合并。诉的变更，除了要具备一般的诉讼要件外，还需具备一些特殊要件，主要有：（1）新诉不属其他法院专属管辖；（2）新诉与原诉均适用相同的诉讼程序；（3）在原诉言词辩论终结之前进行。此外，有的国家还规定，诉的变更还需征得被告同意，如德国民事诉讼法第263 条规定：“诉讼系属发生后，在被告同意或法院认为有助于诉讼时，准许为诉之变更。”而民事诉讼诉的合并可分为诉的主观合并和诉的客观合并，诉的主观合并是诉讼当事人的合并，是指在同一案件中原告或者被告为多数的情形。由于婚姻事件的当事人的特定性，诉的主观合并并不多见，所以本文仅就婚姻事件诉的客观合并加以探讨。诉的客观合并，是在同一诉讼程序中，原告对被告主张的两个以上诉讼标的的合并。诉的合并虽然可以提高诉讼效率、减轻当事人的诉讼负担，但如果适用不当，反而会造成法院审理混乱和诉讼迟延。因此，许多国家规定了诉的客观合并的要件。诉的客观合并一般应具备下列条件：（1）几个诉讼标的必须由同一原告向同一被告在同一诉讼程序中提出；（2）受诉法院至少对其中一个诉讼有管辖权，但若其他法院有专属管辖权的则不能合并；（3）合并的诉须适用相同的诉讼程序。如果是（诉讼系属后）因追加而发生的诉的客观合并，那么必须以不妨碍被告的防御和诉讼正常进行为必要条件。许多国家法律规定诉的追加必须经过被告的同意，旨在合理保护被告。同时，如果法院认为诉的追加阻碍诉讼程序的正常和顺利进行，可以不予准许。可见，在通常诉讼程序中，关于诉的变更与合并，一般都有一定的条件限制。

婚姻事件有关家庭安定，如果婚姻出现问题使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，则又有可能发生判决矛盾的情况。为了使当事人间与婚姻有关的诉讼能同时解决，各个国家或地区的法律就诉的合并、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。如德国民事诉讼法第610 条第1 款规定：“同居之诉、离婚之诉和撤销婚姻之诉，可以彼此合并。”我国台湾地区“民事诉讼法”第572 条第一项规定：“婚姻无效或撤销婚姻与确认婚姻成立或不成立及离婚或夫妻同居之诉，得合并提起，或于第一审或第二审言词辩论终结前，为诉的变更、追加或提起反诉”。据此，只要是基于同一婚姻关系所发生的婚姻诉讼，均可以进行诉的变更、合并，并且不限于在第一审言词辩论终结前，尤其当第二审法院仍然为事实审时，为了使同一婚姻关系所产生的多项争执能在同一诉讼程序中一次判断，日本和我国台湾地区分别规定在第二审言词辩论终结前均可进行诉的变更、合并；婚姻事件进行诉的变更、合并，无需经过被告同意和法院准许，这也明显不同于一般诉的变更与合并。这些特点都是基于婚姻事件涉及社会公益，需要职权干预、限制处分权，一次性解决婚姻纠纷的需要。[2]

婚姻事件程序是典型的人事诉讼程序，是有别于通常诉讼程序和特别程序的诉讼程序。根据前文所讲的诉的客观合并的条件，应适用“通常诉讼程序的非婚姻事件与婚姻事件不得进行诉的合并”。但是，对于那些与婚姻事件具有牵连关系的非婚姻事件，例如子女监护人的确定，交付子女、探视子女或给付子女抚养费的请求，财产分割或返还财物请求，因婚姻事件的原因事实所产生的损害赔偿请求，等等，由于这些非婚姻事件与婚姻事件紧密相关，并且，常常以婚姻事件有无理由为前提要件，规定非婚姻事件与婚姻事件的合并审判，有利于防止裁判的矛盾；而且，当事人一般情况下都希望非婚姻事件与婚姻事件能够同时得到解决，因而规定非婚姻事件和婚姻事件的合并审判，在诉讼程序上较为便利，有利于减少当事人的讼累，达到诉讼经济之目的。[3]婚姻事件与有牵连关系的非婚姻事件的合并，大致有以下三种情形：其一，原告可以将婚姻事件与非婚姻事件合并提起，如德国民事诉讼法第610 条、第623 条规定了离婚事件与离婚后事件的合并。日本新人事诉讼法第17 条规定，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。其二，在婚姻事件进行中，原告可以追加与之有牵连关系的非婚姻事件，被告亦可以就这些非婚姻事件向原告提出反诉。日本新人事诉讼法第32 条规定，夫妻一方对另一方所提起的撤销婚姻或离婚之诉，根据申请，法院应对子女监护人的指定、其他有关子女监护的事项或有关财产分配事项作出判决。其三，婚姻事件处于诉讼系属时，当事人如提起上述非婚姻事件，应当向该婚姻事件所系属的法院提起；如果当事人向其他法院另行起诉时，该法院则应当将其移送给婚姻事件所系属的法院合并审判。如日本新人事诉讼法第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该损害赔偿请求和人事诉讼自行审理并作出裁判。非婚姻事件于婚姻事件程序中合并提起或为诉的追加或提起反诉，出于审级利益的考虑，应仅限于第一审法院。[4]

婚姻事件之间的合并，以及与婚姻事件有牵连关系的非婚姻事件与婚姻事件之间的合并，不可避免地需要处理性

质上属于人事诉讼事项、一般民事诉讼事项与家事非讼事项的合并。例如，离婚之诉与宣告婚姻无效之诉的合并。离婚诉讼属于诉讼事项，而宣告婚姻无效诉讼则属于非讼事项；又如，在离婚事件同时提起的基于其原因事实所产生的损害赔偿请求事件、赡养费请求事件及子女监护人酌定事件，这四种事件所具有的特性、需求不尽相同，所以就各该事件所适用的程序法理也互有差异。其中，损害赔偿事件及赡养费事件，基于尊重当事人的处分权，需要适用处分权主义即诉讼法理，而监护事件则排除该主义的适用，属于应该采取职权主义即非讼法理的职权事件，藉以达成保护子女最佳利益的公益性目的；至于离婚事件，如以维护婚姻所涉及社会秩序利益为着眼点，并不全然要求适用处分权主义。[5]如何调适法理适用，将是统合集中审理所必须面对的课题。[6]台湾学者邱联恭教授提出的诉讼法理与非讼法理交错适用理论，[7]为此种诉的合并的审理提供了理论支撑。针对不同的婚姻事项之间以及婚姻事项与有牵连关系的非婚姻事项之间，按其事项性质，分别依职权事项与处分权事项处理。但有学者认为，在同一程序中审理不同性质的事项，有时呈现于同一法庭的资料，未必能够区分哪些是针对诉讼事项，哪些是针对非讼事项而主张、提出或收集的，而且如果分别适用辩论主义或职权探知主义，将可能发生同一程序中法院就各事项所做的事实认定之间有龃龉或矛盾的结果。因此，为避免这种情况的发生，则即使在同一程序审理不同性质的事项时，其审理原则仍应尽可能地求其一致，故宜考虑：当民事诉讼事项与人事诉讼事项合并于同一程序审理时，为了同一家庭纷争得到整体而不矛盾的解决，就其中有关原属民事诉讼事项，应舍弃向来所用的辩论主义，而采用职权探知主义，以使法院在同一程序中对于当事人主张的事实所下判断，不致于因审理事项的差异而产生龃龉，不过，此时应该防止发生突袭性裁判。[8]将属于民事诉讼的事项采用职权探知主义，虽然能快速解决私权利争议，但程序保障比在诉讼程序薄弱。日本学者也认为，对于职权主义所支配的家事审判程序，亦应赋予程序保障，职权主义和程序保障二者不是对立的，而是共同达成妥适裁判。[9]笔者完全赞同在婚姻事件程序中交错适用诉讼法理和非讼法理，[10]至于各事项具有何种特性、需求何种程序法理、如何取舍何项程序法理，须在立法上予以确定。

同时，不妨就此类案件赋予法官较大的自由裁量权。

三、婚姻诉讼诉的合并的模式分析

无论是婚姻事件之间的合并，还是与婚姻事件有牵连关系的非婚姻事件与婚姻事件之间的合并，都较一般的诉的合并复杂。因为，这些合并，不单单从诉讼性质上涉及到诉讼事项与非讼事项的合并问题，还会从诉讼请求的内容上出现以下情况：同一婚姻关系涉及的各类诉讼，有些能够同时并存，例如原告提起确认婚姻关系成立之诉，并同时提起请求被告履行同居义务之诉[11]；有些则是不能同时并存的，诉讼请求之间是相互排斥的。能够同时并存的诉，由原告合并起诉，不能同时并存的各诉，如果原告对事实经过不甚明了，或举证有困难，或有关法律上效果判断不明，有时也有进行诉的合并的必要。[12]因此，针对如此复杂的合并，应先将其进行分类。只有予以明晰的分类，才能更好地审理。否则，将有违合并的初衷。一般的诉的合并，以合并诉讼标的的目的来进行划分，可分为单纯的诉的合并、竞合的诉的合并、预备的诉的合并以及选择的诉的合并。现就婚姻事件所涉及的客观诉的合并，将属于何种合并模式予以分析。

单纯的诉的合并，是指同一原告对同一被告主张多个诉讼标的，即提出多个诉，要求法院对这些诉全部一同作出判决的诉的合并。单纯的诉的合并又可以分为无牵连关系的诉的合并和有牵连关系的诉的合并。无牵连关系的诉的合并，是指每个诉都是独立的，它们之间没有任何法律上或者事实上的牵连关系的诉的合并。婚姻事件程序中，无牵连关系的单纯合并较为少见。有牵连关系的诉的合并，就是一个诉的成立必须以其他诉的成立为前提的诉的合并。比如，原告提起确认婚姻关系成立之诉，并同时提起请求被告履行同居义务之诉；还有前文所讲的与婚姻事件有牵连关系的非婚姻事件与婚姻事件的合并也属于有牵连关系的单纯合并。

竞合的诉的合并与诉讼标的的理论息息相关。在诉讼标的理论上的不同观点必然导致对竞合的诉的合并的不同认识。竞合的诉的合并，是指同一原告就同一被告在实体法上享有几种独立的请求权，但是这些独立的请求权却只有一个同一的目的，各该实体法上的权利在同一诉讼程序中以单一的诉的声明要求法院作出同一的判决。其实质是当事人在民事实体法上请求权的竞合。根据诉讼标的理论的旧实体法学说，不同的请求权实质上产生于不同的实体法律关系，原告对不同的法律关系或者实体法上的请求权在诉讼中的主张就构成不同的诉讼标的。但是，诉讼法学者认为任何一种请求权竞合，因其诉讼目的只有一个，因此只能有一个诉讼标的。他们认为在实体法上的请求权产生竞合的情况下，当事人只能就其中之一以诉的声明的方式提起诉讼，诉的声明是诉讼法学者识别诉讼标的的标准，因此在诉讼法学者的眼里，不存在竞合的诉的合并的问题。[13]婚姻诉讼中，原告以多种理由提起离婚诉讼，台湾学者杨建华教授认为，此种情况为竞合诉的合并。[14]我国《婚姻法》第 32 条规定，有下列情形之一的，法院调解无效的，应准予离婚：重婚或有配偶者与他人同居的；实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员的；有赌博、吸毒等恶习屡教不改的；因感情不和分居满二年的；其他导致夫妻感情破裂的情形。此外，一方被宣告失踪，另一方提出离婚诉讼的，法院也应准予离婚。这样一来，构成离婚的原因就有很多，因而形成多数诉讼标的，但只要其中一个诉讼标的得到法院支持，就可以

达到离婚的法律效果。

预备的诉的合并，是指原告在提起主位诉讼时为了预防其提起的诉无理由，而同时提起预备诉讼，以备主位诉讼无理由时，就预备诉讼请求法院作出裁判。主位诉讼与预备诉讼合并提起，或者于起诉后进行诉的追加，就形成了预备合并之诉。比如，原告请求确认婚姻无效，同时预备婚姻无效请求遭败诉判决时，合并提起撤销婚姻的请求。本文所举案例，原告可主位提起宣告婚姻无效之诉，预备合并提起离婚之诉。一般认为，预备合并之诉的主位请求和预备请求之间是相互排斥的。婚姻事件程序中，婚姻无效之诉请求法院确认婚姻无效，婚姻无效为自始、确定的不发生效力，无须法院作出宣告无效的形成判决，与撤销婚姻之诉、离婚之诉、夫妻同居之诉是相排斥的；此外撤销婚姻之诉与离婚之诉都是为了消灭婚姻关系，两者也是相互排斥的关系，而夫妻同居之诉以婚姻合法存在为前提，与婚姻无效、撤销婚姻、确认婚姻不成立、离婚之诉更不能并存。针对这些具有排斥关系的诉讼，有学者就认为，这些诉合并提起或起诉后追加合并的都形成预备诉之合并，应以预备诉之合并的程序办理。预备合并之诉的主位请求与预备请求有主次之分、轻重之别，若原告未定有裁判顺序的，审判长应行使阐明权令其叙明或补充，若因预备诉之合并之先后顺序，对当事人权益影响至巨（如离婚与履行同居），依处分权主义之原则，应由当事人自行决定为宜。[15]有些学者则认为，应依有无伦理顺序（或逻辑上的顺序）解决，例如婚姻无效或撤销婚姻之诉与离婚之诉合并提起的，应先就婚姻无效或撤销婚姻之诉为调查，若伦理上无当然之顺序者，则依原告指定的顺序办理，如离婚与夫妻同居之诉。[16]

我国民事诉讼法没有设立预备合并之诉制度，最高人民法院《关于适用〈婚姻法〉若干问题的解释》（二）第7条第一款规定的“人民法院就同一婚姻关系分别受理了离婚和申请宣告婚姻无效案件的，对于离婚案件的审理，应当待申请宣告婚姻无效案件作出判决后进行”，显然是依伦理或逻辑顺序而确定的。随着我国婚姻制度的完善，婚姻诉讼种类增加，以伦理或逻辑顺序来确定审理次序将不宜操作，或有违当事人的意愿。因此，针对原告就不能并存的婚姻事件合并起诉或进行的诉的追加，作为预备的诉的合并审理更为妥当。

选择的诉的合并，是指原告主张几个给付内容不同的请求，只要法院判令被告履行其中之一，就可以达到原告起诉的目的的诉讼。非常明显，这种诉的合并只能在给付之诉中发生。[17]由于婚姻诉讼是有关身份关系的诉讼，大多为确认之诉或形成之诉。即使是与婚姻事件有牵连关系的非婚姻事件，构成选择的诉的合并的情况也不多见。

四、结语

德国、日本的有关立法和我国台湾的“法律”集中规定婚姻诉讼程序，[18]使该类诉讼在专门的程序中进行任意的诉的变更、合并，既符合婚姻事件的特点和要求，又易于操作和被接受。

我国民事诉讼法修改时，应当借鉴日本、德国和我国台湾地区的做法，允许基于同一婚姻关系的婚姻诉讼之间，于第一审或第二审言词辩论终结前进行诉的变更与合并。同时，对民事诉讼诉的合并制度进行详细的规定，以便使婚姻诉讼合并审理能够更好地运行。

【参考文献】

[1]参见谭兵主编：《民事诉讼法学》，法律出版社2004年版，第430页—432页。
[2] [日]梶村太市、德田和幸：《家事事件手续法》，有斐阁2005年版，第199—200页。
[3]陈计男：《民事诉讼法论（下）》，台湾三民书局1994年版，第424页； 杨建华：《问题研析民事诉讼法（三）》，台湾三民书局1998年版，第486页。
[4]杨建华：《民事诉讼法问题研析（三）》，三民书局有限公司1998年版，第487页。
[5]邱璿如：《家事事件审理程序之新建构（下）》，《台湾本土法学杂志》2002年第10期。
[6]魏大喨：《家事诉讼与非讼之集中交错——以对审权与裁量权为中心》，《月旦法学杂志》2003年第3期。
[7]邱联恭教授认为，面对各式各样的纷争形态，如果墨守传统的诉讼程序及非讼程序完全分离适用的理论，这样的审判程序能否充分顾及各纷争的特点，是否有助于纷争的妥善解决，均存在很大疑问。而两种程序法理交错适用，则可以更好地适应新的纷争形态 ，解决上述问题。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。
[8]邱璿如：《家事事件审理程序之新建构（下）》，《台湾本土法学杂志》2002年第10期。
[9]参见[日]本间靖规：《家事审判的程序保障》，《吉村德重古稀论文集》2002年版，第120页。
[10]张晓茹：《家事事件程序的法理分析》，《河北法学》2006年第6期。
[11]德国和台湾的民事诉讼法均规定了夫妻同居之诉。虽然我国的婚姻法没有明确规定夫妻有同居的义务，但在司法实践中也有受理夫妻同居之诉的案例，如广西钦州一位八旬的香港老翁，起诉向自己的少妻索要同居权，法院受理并支持了这位老翁的请求。
[12]杨建华：《民事诉讼法问题研析（三）》，三民书局有限公司1998年版，第482页、第481页、第482页。
[13]李龙：《民事诉讼诉的合并问题探讨》，载《现代法学》2005年第2期。

[14]杨建华：《民事诉讼法问题研析（三）》，三民书局有限公司 1998 年版，第 482 页、第 481 页、第 482 页。
[15]杨建华：《民事诉讼法问题研析（三）》，三民书局有限公司 1998 年版，第 482 页、第 481 页、第 482 页。
[16]石志泉：《民事诉讼法释义》，三民书局 1982 年版，第 652 页；姚瑞光：《民事诉讼法论》，海天印刷 1988 年版，第 589 页；曹伟修：《民事诉讼法释论》（下），金山图书文具公司 1978 年版，第 1833 页；吴明轩：《中国民事诉讼法》（下），三民书局 1982 年版，第 1556 页。
[17]李龙：《民事诉讼诉的合并问题探讨》，载《现代法学》2005 年第 2 期。
[18]民事诉讼法解决的纠纷包括财产关系纠纷和身份关系纠纷，财产关系纠纷纯属私权利纠纷，原则上当事人可自由处分实体权利和诉讼权利。民事诉讼法的立法原则多着眼于财产关系纠纷而规定的，如处分原则和辩论主义。而身份法律关系“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。”（见陈荣宗、林庆苗：《民事诉讼法》，三民书局 1996 年版，第 936 页。）德国在民事诉讼法中设立了家庭诉讼程序，日本以及我国台湾地区都设立了独立的人事诉讼程序，而人事诉讼程序又以婚姻事件为首。

论家事诉讼中未成年人利益保护的制度完善

张晓茹

【摘要】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。我国的《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。家事诉讼中未成年人利益的保护。至少应从以下方面加以完善:检察机关应参与涉及未成年人利益的家庭案件;家庭案件的管辖应考虑未成年人的住所地;为避免未成年人的生活环境长期处于不稳定状态，强化家事事件与家事效果事件合并审判，诉的变更、合并与反诉应较为宽松;认诺、舍弃、自认、和解受到限制以及法院得斟酌当事人所未提出的事实;家庭案件审理中应对未成年人采取具体的保护措施。

【关健词】家事诉讼；未成年人；制度完善

我国法院系统已经设立少年法庭，少年法庭审理案件的范围也由原来的刑事案件扩展到涉及未成年人的民事案件。虽然少年法庭设立的初衷是为了维护未成年人利益，但很多案件像离婚案件、收养案件，未成年人并不是案件当事人，这些案件少年法庭很难受理;虽然《未成年人保护法》第 50，51，52，53 条规定未成年人的司法保护也包括在民事案件中的保护，但在诉讼程序上没有相应的规定，有学者主张构建未成年人民事诉讼特别程序，笔者不敢苟同，但是在家庭案件中对未成年人利益的保护加以规定，却是各国民事诉讼法的共同做法。本文将在以下诸方面予以探讨，以起抛砖引玉之效。

一、检察机关参与涉及未成年人利益的家庭案件

根据台湾地区检察官参与民事及非讼事件注意要点第 2 条的规定，检察官可以参与酌（选)定监护人及指定监护方法事件、宣告停止监护权事件及宣告终止收养关系事件，这些案件都直接涉及未成年人的利益。法国民法典和其他有关的民事立法规定，在父母对其子女人身进行犯罪、虐待子女、经常酗酒等明显行为不端，或违法，、严重危及子女安全、健康及品行，或父母两年以上拒不履行法定义务的情况下，检察机关可向法院提起要求其丧失亲权的诉讼;法国民事诉讼法规定检察机关以从当事人的身份参与亲子关系、未成年人监护安排、成年人监护的设置与变更的案件。日本人事诉讼程序法规定了检察官参与婚姻案件、收养案件和亲子案件，并可以提起上诉。英国法律规定检察长有权参与确认婚生和非婚生子女合法身份的案件。

国外及台湾地区成熟的立法为我国提供了可供借鉴的经验。其实我国早在 1929 年国民党政府公布的民法和 1935 年公布的民事诉讼法，对于检察官参与婚姻事件、亲子关系事件、禁治产事件及死亡宣告事件等人事诉讼程序，也均作了具体规定。目前我国部分学者在论及检察机关提起或参与民事诉讼范围时，都不同程度地涉及到家庭诉讼案件，为了维护未成年人的利益，笔者积极主张，检察机关应当参与涉及未成年人利益的家庭案件。至于参与的案件类型和参与方式，将是需要深入探讨的重点。

二、家庭案件的管辖应考虑未成年人的住所地

(一)涉及有未成年子女婚姻案件的管辖

2004 年日本新人事诉讼法第 31 条规定，撤销婚姻或离婚之诉的婚姻当事人间有未成年子女时，家庭法院必须考

虑未成年子女的住所或居所。德国民事诉讼法第六编中关于婚姻事件管辖的规定有，在诉讼系属发生时，在国内无共同居所，而配偶一方与他们共同的未成年子女同居一地时，专属于其居所地所属的家庭法院管辖。

根据我国民事诉讼法的规定，婚姻案件实行一般地域管辖，即原告向被告所在地的法院起诉，极少数情况下由原告所在地法院管辖。现有的规定，没有提及未成年子女，在现实生活中夫妻一方外出务工或长期在外地工作，另一方抚养未成年子女的情况极为普遍。为了便于抚养未成年子女的一方进行诉讼，在某种程度上维护未成年人的利益，修改民事诉讼法时或者最高法院通过司法解释可以规定“无共同居所的，而配偶一方与他们共同的未成年子女同居一地时，由其居所地所属的法院管辖。”这样便于抚养未成年子女的一方进行诉讼，以维护他们的利益。

(二)亲子关系案件的管辖

日本人事诉讼程序法规定，关于子女的否认、认知、其认知的无效或撤销或者民法第773条规定确定其父亲为目的的诉讼，以子女的普通审判籍地或者其死亡时普通审判籍地的地方法院为专属管辖。新人事诉讼法规定，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。

德国从1997年12月16日的《亲子关系改革法》开始，亲子关系案件就是家庭案件;因此，该案件由初级法院的家庭法院管辖。在地域上，亲子事件专属于子女住所地的法院管辖，在国内无住所时，专属于其经常居住地的法院管辖。如由母亲提起诉讼时，母亲的住所地的法院也有管辖权，母亲在国内无住所时，其经常居住地的法院有管辖权。我国法律没有对亲子案件的管辖问题作出特别规定，应借鉴德国和日本的做法，以子女住所地的法院管辖为原则，也可规定由母提起诉讼时，母的住所地的法院也有管辖权。这样一方面有利于保护未成年子女和妇女的利益，另一方面也方便法院调查取证。

(三)追索抚养费案件的管辖

德国《民事诉讼法》第642条第1款第1句规定，涉及一方父母或者双方父母对其未成年子女之法定扶养义务的程序，由子女或者代理子女一方父母的普通审判籍所在的法院专属管辖。这一规定对争讼程序和简化程序中的申请同等适用。当事人的角色并不重要。该管辖权也有利于第三人，尤其是将接受抚养请求权转移的社会给付机构。根据这一规定，对双方父母的诉讼在实践中只能在子女的普通审判籍提起。在抚养费诉讼的框架内，法院也可以对父母抚养费的变更进行裁判。子女或者一方父母的普通审判籍在国外的，在这种情况下可以在被告的住所地、辅以居住地提起诉讼;被告一方父母在国内既无住所地又无居住地的，则子女又可以在自己的住所地或者居住地起诉。父母之间同时产生离婚程序或者其他婚姻程序的，则婚姻案件的法院当然具有优先的专属管辖权。婚姻案件嗣后才处于未决状态的，则应当将抚养费程序依职权移送给婚姻案件的法院。

我国最高人民法院关于适用《民事诉讼法》若干问题的意见中规定:追索赡养费案件的几个被告住所地不在同一辖区的，可以由原告住所地人民法院管辖。然而对未成年人追索抚育费的案件却没有类似的规定。为了方便老人、未成年人诉讼，考虑到异地诉讼的困难，应统一规定追索赡养费、扶养费、抚育费案件由原告住所地人民法院管辖。

三、强化家事事件与家事效果件合并审判

家事裁判强化家事事件与家事效果事件合并审判，比如婚姻关系破裂时，同一婚姻关系可能产生多项纷争，如果需要屡次提起诉讼，或须待某一诉讼判决确定后，再提起他项诉讼，不但可能因为受诉法院不同，发生裁判矛盾的情形，而且使纷争家庭的婚姻、亲子关系长期处于不安定状态。为了圆满解决家庭纷争，并使当事人能全盘预测离婚后所将面临的生活状况，使未成年子女的权益或法律地位不致因其父母的婚姻关系消灭而受特别的危害，宜将与婚姻事件关系密切的效果事件，并归由同一受诉法院审理。

在通常诉讼程序中，关于诉的变更与合并，一般都有一定的条件限制。诉的变更要求:(1)新诉不属其他法院专属管辖;(2)新诉与原诉均适用相同的诉讼程序;(3)在原诉言词辩论终结之前进行。此外，有的国家还规定，诉的变更还需征得被告同意，如德国民事诉讼法第263条规定:“诉讼系属发生后，在被告同意或法院认为有助于诉讼时，准许为诉之变更”。诉的合并一般应具备下列条件:(1)几个诉讼标的必须由同一原告向同一被告在同一诉讼程序中提出;(2)受诉法院至少对其中一个诉讼有管辖权，但若其他法院有专属管辖权的，则不能合并;(3)合并的诉须适用相同的诉讼程序。如果是(诉讼系属后)因追加而发生的诉的客观合并，那么必须以不妨碍被告的防御和诉讼正常进行为必要条件。许多国家法律规定诉的追加必须经过被告的同意，旨在合理保护被告。同时，如果法院认为诉的追加阻碍诉讼程序的正常和顺利进行，可以不予准许。但是家事事件诉的变更、合并与反诉则较为宽松，德国、日本和台湾就家事诉讼诉之合并、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。

日本人事诉讼程序法规定，对婚姻无效之诉、撤销婚姻之诉、离婚之诉、撤销离婚之诉，可以提起合并或反诉;因诉的原因事实而发生的损害赔偿的请求及附带婚姻案件审理的撤销、解除或撤销收养的请求，也可以合并和追加。在第一审或者控诉审的辩论结束之前，对于婚姻案件可以变更诉及其理由，可以提起诉的合并或反诉。该法还规定有，禁止另诉。驳回婚姻无效或撤销、离婚或撤销离婚的诉讼请求后，原告不得以变更诉或其理由，或者以能合并主张的

事实，提起独立的诉讼。被告不得以能反诉理由主张的事实，提起独立的诉讼。我国台湾民事诉讼法第572条第一项规定:“婚姻无效或撤销婚姻与确认婚姻成立或不成立及离婚或夫妻同居之诉，得合并提起，或于第一审或第二审言词辩论终结前，为诉的变更、追加或提起反诉”。据此，只要是基于同一婚姻关系所发生的婚姻诉讼，均可以进行诉的变更、合并或提起反诉，并且不限于在第一审言词辩论终结前，尤其当第二审法院仍然为事实审时，为了使同一婚姻关系所产生的多项争执能在同一诉讼程序中一次判断，日本和我国台湾分别规定在第二审言词辩论终结前均可进行诉的变更、合并或提起反诉;婚姻事件进行诉的变更、合并，无需经过被告同意和法院准许，这也明显不同于一般诉的变更与合并。这些特点都是基于婚姻事件涉及社会公益，需要职权干预、限制处分权，进行一次性解决婚姻纠纷的需要。根据前文所讲的诉的客观合并的条件，应适用通常诉讼程序的非婚姻事件与婚姻事件不得进行诉的合并。但是，对于那些与婚姻事件具有牵连关系的非婚姻事件，例如子女监护人的确定，交付子女、探视子女或给付子女抚养费请求，财产分割或返还财物请求，因婚姻事件的原因事实所产生的损害赔偿请求，等等，由于这些非婚姻事件与婚姻事件紧密相关，并且，常常以婚姻事件有无理由为前提要件，规定非婚姻事件与婚姻事件的合并审判，有利于防止裁判的矛盾;而且，当事人一般情况下都希望非婚姻事件与婚姻事件能够同时得到解决，因而规定非婚姻事件和婚姻事件的合并审判，在诉讼程序上较为便利，有利于减少当事人的讼累，达到诉讼经济之目的。

基于同样理由，亲子关系案件中，非亲子关系事件之诉，以交付子女、返还财物、给付家庭生活费用或扶养费的请求或由诉的原因、事实所产生的损害赔偿请求，应与亲子关系事件合并提起，或在亲子关系事件程序中进行诉的追加或提起反诉。认领无效或撤销认领之诉，应合并提起，或在第一审或第二审言词辩论终结前，进行诉的变更、追加或提起反诉。提起认领无效或撤销认领之诉因无理由被驳回的，受该判决约束的原告，不得援以前依诉之合并、变更或追加所得主张之事实，提起独立之诉。以反诉提起上述之诉因无理由被驳回的，受该判决约束的被告，不得援以前得作反诉原因主张之事实，提起独立之诉。收养关系案件中，关于收养无效、撤销收养及确认收养关系成立或不成立及终止收养关系之诉，可以合并提起，或于第一审或第二审言词辩论终结前为诉的变更、追加或提起反诉。非收养事件之诉，以交付子女返还财物给付家庭生活费用或扶养之请求或由诉之原因事实所生损害赔偿之请求为限，亦得合并提起或于其程序为诉之追加或提起反诉。

我国《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第34条规定，当事人增加、变更诉讼请求或者提起反诉的，应当在举证期限届满前提出，并没有针对家庭案件作出特别规定。我国民事诉讼法没有设立预备合并之诉制度，最高人民法院关于适用《婚姻法》若干问题的解释(二)第7条第一款规定的“人民法院就同一婚姻关系分别受理了离婚和申请宣告婚姻无效案件的，对于离婚案件的审理，应当待申请宣告婚姻无效案件作出判决后进行”，显然是依伦理或逻辑顺序而确定的。随着我国婚姻制度的完善，婚姻诉讼种类增加，以伦理或逻辑顺序来确定审理次序将不宜操作，或有违当事人的意愿。因此，针对原告就不能并存的婚姻事件合并起诉或进行的诉的追加，作为预备的诉的合并审理更为妥当。

在起诉上的限制，我国现行法律倒有一些规定:(1)对男方起诉的限制。婚姻法第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，人民法院认为确有必要受理男方离婚请求的，不在此限”。(2)重新起诉的时间限制。民诉法第111条(七)项规定:“判决不准离婚和调解和好的离婚案件，判决、调解维持收养关系的案件，没有新情况、新理由，原告在六个月内又起诉的，不予受理。”《民诉法适用意见》第144条规定:“原告撤诉或者按撤诉处理的离婚案件，没有新情况、新理由，六个月内又起诉的，可以比照民事诉讼法第一百一十一条第(七)项的规定不予受理。”但根据该解释第150条规定:“判决不准离婚、调解和好的离婚案件以及判决、调解维持收养关系的案件的被告向人民法院起诉的，不受民事诉讼法第一百一十一条第(七)项规定的条件的限制。”虽然这样的规定较为具体便于司法实践操作，但缺乏涵盖性，不能满足所有婚姻案件的需要。

我国民事诉讼法修改时，应当借鉴日本、德国和我国台湾的做法，允许基于同一婚姻关系的婚姻诉讼之间，于第一审或第二审言词辩论终结前进行诉的变更、合并或者提起反诉，同时规定禁止另诉。比如可制定以下条款:

宣告婚姻无效、撤销婚姻、确认婚姻关系成立不成立以及离婚，可以合并提起，也可以在第一审或第二审言词辩论终结前进行诉的变更、追加或者提起反诉。

除非判决非法，婚姻事件、亲子关系事件、收养事件判决确定后，原告不得就变更诉讼请求或请求的原因，或者基于同一身份关系主张的事实，提起相关的身份诉讼。被告不得就反诉主张基于同一身份关系的事实，提起相关的身份诉讼。

四、认诺、舍弃、自认、和解受到限侧，法院得斟酌当人所未提出的事实

通常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。大陆法系民事诉讼理论认为，认诺是指被告在诉讼中对于原告的诉讼请求承认其为正当的陈述，舍弃是指原告在诉讼中承认自己诉讼请求的全部或一部为不正当的陈述，自认则是指当事人一方对于他方所主张的不利于己的事实承认其为真实的陈述。根

据处分权主义，被告认诺诉讼请求或原告舍弃诉讼请求时，法院应当相应地作出该当事人败诉的判决。而根据辩论主义，当事人一方对于他方所主张的事实予以自认时(包括明示的自认和默示的自认)，对方即毋庸举证，法院亦应当以该自认的事实作为裁判的依据。

但是，因亲子关系事件，有关公益，应限制当事人处分主义为宜，在亲子关系案件中，关于认诺及诉讼上自认或不争执事实效力的规定，亲子关系事件，均不适用。法院得斟酌当事人所未提出的事实。但在裁判前，仍应令当事人有辩论的机会。同样地，通常程序关于认诺效力的规定，也不适用于收养事件。关于诉讼上自认及不争执事实的效力的规定，在收养诉讼中限制适用。比如，台湾民事诉讼法规定，在撤销收养或终止收养关系之诉，关于撤销收养之原因事实，不适用诉讼上自认。在收养无效或确认收养成立或不成立之诉，关于收养无效或不成立及收养有效或成立之原因事实，也不适用诉讼上自认。因维持收养或确定收养是否无效或不成立，法院可以考虑当事人未提出的事实并命当事人进行辩论。

五、家庭案件审理中对未成年人保护的具体措施

德国民事诉讼法规定,法院审理婚姻案件应命令配偶双方本人到场并对本人进行审讯;法院可以对配偶双方进行讯问。配偶双方有共同的未成年子女时，法院并应讯问配偶双方对子女的照管事项，并应通过负责青少年救助的机构就咨询的可能性给予指示。

“台湾地区民事诉讼法”规定，婚姻事件有时亦有定暂时状态之必要，故法院亦得依声请命扶养或监护子女或为其他假处分。关于假处分之方法，得命扶养或监护子女，或依法院之意见，选定其他适当方法，如命夫妻暂行分居之情形。德国民事诉讼法第620条亦对婚姻事件中暂时命令作出了规定，法院可以依申请发出暂时命令，对下列事项作出规定:对于配偶双方共同的子女如何行使亲权;父母一方与子女的来往;把子女交给父母中的另一方;对未成年子女的抚养义务;配偶双方的分居;对配偶一方的抚养;夫妻住宅与家庭用具的使用;指定给配偶一方或子女个人使用的物品的交付与使用;婚姻事件与离婚后事件的诉讼费用的予纳义务。

德国民事诉讼法在抚养费程序中原则上适用提出原则:每方当事人都必须主张对自己有利的事实构成要件并且在必要时必须证明。根据第643条规定，法院可以根据自己的裁量要求当事人对其收入、与计算抚养费有关的财产、人身状况和其他经济状况作出书面答复，并提供证据。当事人没有答复时，法院可以从第三人那里调取。这一权限并不影响一般规定。法院因而可以提问、使用第273条第2款第1项和第2项的期日准备、命令提交证书和文件或者书面询问证人。不存在职务调查义务，第643条仅仅改善了法院在其职责范围内查明事实的权限。原告还是可以继续提起抚养费阶段诉讼[[3](P1334)。德国在实践中1976年开始实施的在婚姻案件系属期间通过暂时命令对配偶和子女的扶养(抚养)费进行处理的做法证明是正确的。因此，1998年立法机关在第644条中又将这种做法扩展到所有属于家庭案件的抚养费诉讼之中。现在，法院可以对所有的抚养费请求权进行临时处理，无须有婚姻案件发生系属。前提条件仅仅是向法院提起抚养费诉讼或者提出相应的诉讼费用救助申请。只要可以根据上述规定作出暂时命令，就不能进行第935条、第940条的(要求支付紧急抚养费的)假处分。由于这些条件很容易得到满足，并且所有合适的抚养费都可以不拘期限地进行处理，申请假处分在此前就已经丧失了法律保护需要。因此，假处分在抚养费案件中仅仅具有无足轻重的作用。只有在抚养费诉讼不能同时系属或者同时系属有很大困难时，才可能存在假处分的法律保护需要[[3](P1335)。

我国《民事诉讼法》仅仅有第97条作出规定，法院对追索赡养费、扶养费、抚育费案件，根据当事人的申请，可以裁定先予执行。但我国的先予执行与德国的假处分、我国台湾地区的定暂时状态假处分”存在很大的不同。我国的先予执行制度源自于俄国1969年((苏俄婚姻和家庭法典》的第74条，即在索取子女抚养费的案件中，审判员有权在审理案件之前，裁定没有履行养育义务的被告应临时给付子女的抚养费之金额。前苏联解体后，1996年《俄罗斯家庭法典》第118条规定有，在索取未成年子女的扶养费时，法院有权在作出扶养费的判决之前，作出扶养费的决议。虽然先予执行制度的初衷是为了保障未成年子女的生活所需，但先予执行制度在实践中普遍存在适用率低下的问题。

日本家事法院及其对我国的启示

张晓茹

家事案件与普通财产案件性质不同,应适用与之相对应的特别程序,这点已成为各国的通例,我国民事诉讼法学者也开始了关于家事诉讼程序的研究。但在家事案件的管辖法院问题上,国与国之间存在着较大的差异,大致可分为三种情况:芬兰、瑞士、土耳其、匈牙利、荷兰、挪威、乌拉圭等国由普通民事法院管辖;比利时、英国、法国和意大利等国根据其各自的历史沿革和事件的种类将之分别归青少年法院、治安法院、监护法院以及普通民事法院管辖;澳大利亚、日本、葡萄牙、韩国和墨西哥等国设立有专门的家事法院,波兰、德国、奥地利、西班牙以及美国的一些州则是在原来

的法院中设立专门的家庭事件处理部,也有的国家直接将之称为家事法院。日本的家事法院系统最为发达,日本是根据地方法院设置了家事法院,只要有法院的地方就有家事法院。本文试图对日本的家事法院的设置情况、功能等加以评析,以有助于我们对家事法院的职能与特色深入了解,进而尝试探讨我国家事法院设置的必要性和可行性。

一、日本家事法院的诞生和发展

美国是最早设立家事法院的国家。20世纪60年代,美国掀起了成立独立家事法院的运动,在大约12个州内,独立的家事法院系统处理着所有的家庭法律问题。但是,该系统远远没有统一,许多州和城市仍把家庭问题分配给那些州的普通法院的独立部门受理。受美国家事法院制度的启示,日本于1949年成立家庭裁判所(家事法院)。其旨在个别地、具体地妥善处理家事事件与少年案件,故将家庭裁判所分为家事部与少年部分别处理有关业务。目前,日本全国共有50所家事法院,设置几乎和地方法院的设置相同,家事法院根据审判的需要在其辖区内设立了方便国民诉讼的支部。鉴于美国的家事法院虽然出现较早,但未在全国普及统一,而日本却在全国范围内设置有统一的家事法院,所以日本有学者认为,日本的家事法院超越了美国,理由之一便是家事法院遍布全国。其他三个方面的理由分别是:家事法院内有心理学、社会学、教育学等法学以外的专家;最高法院事务总局中设置家庭局专司司法行政事务;利用战前人事调停经验,采用调停前置主义。具体表现为:

日本的家事法院除了法官、书记官外,还有调查官、处理事件的辅助机构,如医务室（有医师、护士)、家庭科学调查室、参与员、调解委员(由社会贤达担任)及家庭裁判所委员会(由民间有识人士组成)协助家事法院的运营。家事法院的法官,不但应该是优秀的司法官,而且应具有能洞察关系人行动的能力,又就心理学、社会学、教育学、精神病学等有关人的关系的科学,有某种程度的认识始可。日本学者小岛武司认为,日本的家事法院恐怕就全世界范围而言也是最为完备的综合性法院了。

在20世纪初期,随着“协和精神”的昂扬,日本的调停制度进一步被强化,并渗入到亲属法领域。1939年鉴于“用道义充满温情来解决”亲族纠纷及其他家庭相关事件,制定了人事调停法。人事调停法的目的在于利用“协和精神”,重新形成政治权利的社会性基础———利用非“权利”意识,将法律运用排除在外———这样一种政策。制定人事调停法时的这种动机,在很大程度上影响着人事调停制度的实际运用。法律实行时,作过调停委员的人曾被训示“尽量不考虑法律进行调停”,家事调停“不应考虑法律,而应本着门外汉之圆满主义常识来处理”。二战结束后,在新的政治、社会及思想环境中,依新的亲属法（1947年修改后的民法第4篇、第5篇),1947年制定了家事审判法,废除了人事调停法。但家事审判法的起草者们认为,以诉讼的形式来解决家庭纠纷的制度,不利于维持自古以来的良好风俗,相反应当以道义为本、温情为怀圆满解决,因此必须加紧设立特别制度。这一思想被采纳,于家事审判法中设立了家事调停程序。家事调停的目的不仅是解决和缓和家庭纠纷,而且是为了积极地维持美满幸福的家庭。这是日本家事调停制度的出发点和特色。家事审判法的制定,又提出了在家事调停方面树立新的理念,导入科学的知识和技术,使纠纷得到合理的符合时代要求的解决的新课题。

日本的家事法院继受了美国家事法院理论中的先进部分,并在大陆型裁判制度中引入新的要素,从而具有了自己的独特构造。日本家事法院汲取了先进的学术建议并吸收他国的创意和构想,其迅速创设高水平的历史背景,尚有重视安定家庭生活的社会意识高涨、基于宗教观念而对法律形式严格性的要求降低、运用人类科学知识的实用主义成为广泛的共识。甚至还包括为了避免欧美家族法与传统法律观念的正面冲突,抑制水土不服谋求软着陆的必要性以及出于更高的司法政策的考虑。无论如何,日本家事法院改革的基调立足于普遍性,全面活用日本传统的家庭法院及其成长可以说是全球化时代中移花接木的成功著例。换言之,它是从一边倒的移植时代过渡到通过相互交流实现本土化时代的先驱。

二、日本家事法院的司法职能

日本家事法院主要审理下列案件:(1)日本新人事诉讼法规定的案件;(2)《家庭审判法》规定的相关的案件;(3)《少年法》规定的审理少年保护案件的权限。主要是对14岁以下触犯了刑法的少年行为的审理;(4)《少年法》第37条第1款列举的应该作为犯罪而进行的第一审刑事诉讼案件;(5)对与户籍有关的案件、精神病患者的监护、少年院继续收容的决定以及少年院再次收容的决定等等与家庭审判相关的案件有审理的权限。与家事诉讼程序相联系,本部分重点论述日本家事法院家事部解决家事事件所适用的程序的特点,以及这些特点带来的影响和它们的意义。

日本家事法院解决家庭纠纷,适用的主要程序有人事诉讼程序、家事调停程序和家事审判程序。人事诉讼所解决的事件涉及身份关系,此种身份法律关系,不仅涉及当事人私益,且涉及社会公益,影响第三人利害关系。人事诉讼事件适用人事诉讼法,根据日本新人事诉讼法第2条的规定,人事诉讼具体指婚姻无效及撤销之诉、离婚之诉、协议离婚的无效及撤销之诉以及确认婚姻关系存在与否之诉、子女否认之诉、子女认知之诉、认知的无效及撤销之诉、民法第773条规定确定其父亲为目的的诉讼以及确认亲子关系存在与否之诉、收养无效及撤销之诉、解除收养之诉、协议解除收养的无效及撤销之诉以及确认收养关系存在与否之诉。根据日本新人事诉讼法的规定,人事诉讼具有以下特别的规则:(1)诉之合并、变更、追加及提起反诉不同于普通民事诉讼程序,禁止另诉。人事诉讼有关家庭安定,如果使家庭经

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。同一家庭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。为了一并解决当事人间与婚姻、收养、亲子关系有关的诉讼，日本人事诉讼法特就诉之合并、变更、追加或提起反诉加以特别规定，不受通常诉讼程序的拘束。比如，第18条规定，人事诉讼程序不受民事诉讼法第143条第1款及第4款、第146条第1款及第300条规定的限制，在第一审或控诉审口头辩论终结前，原告可以变更请求或请求的原因，被告可以提起反诉。第25条规定，除非法判决外，人事诉讼判决确定后，原告不得就变更人事诉讼请求或请求原因，或者基于同一身份关系主张的事实，提起相关的人事诉讼。被告不得就反诉主张的基于同一身份关系的事实，提起相关的人事诉讼。(2)职权探知与检察官的参与。人事诉讼不但涉及当事人主体的利益，更涉及多数关系人的利益，甚至影响社会秩序与国家公益。因此，人事诉讼不仅需要形式上的公正，更需要实质公正的实现。为达到实体真实主义的需求，一方面，人事诉讼采取职权探知主义，在普通民事诉讼中适用的处分原则和辩论主义在人事诉讼中应受到限制。比如，在日本的人事诉讼中，法院可以斟酌当事人未提出的事实，并且可以以职权调查证据；裁判上自认不适用，纵然已有自认，亦得调查证据；排除关于请求之认诺规定之适用。另一方面，规定检察官代表公益参与人事诉讼。比如新人事诉讼法第23条规定，法院的受命法官或者受托法官认为有必要，可通知检察官于期日到场就案件陈述意见。检察官于规定的期日到场，可主张事实并提出证据。(3)强制当事人本人到场。从人事诉讼的起因来看，多与家庭成员纠纷有关，其中又纠结相当程度的感情因素。并且，与财产上行为显著不同的是，身份上的行为具有不可替代性。使事件本人亲自到场，陈述事件经过，不但法官能掌握案情作出妥当裁判，在调解程序中，更可由调解人协助当事人相互对话，打破因沟通不良所导致的被害人、加害人双重心理状态，从而有助于圆满解决纷争或促使调解成立。因此，人事诉讼程序较通常程序更加强调当事人本人到场。人事诉讼强调当事人本人参与的另外一点表现为，扩大当事人的诉讼能力，使当事人本人有直接参与诉讼的可能，即使当事人不是完全行为能力人，只要其具有意思能力，应使其为一定的诉讼行为。例如，扩大当事人诉讼能力的范围，使其能直接参与诉讼程序的进行。(4)判决之效力及于第三人。因为婚姻案件涉及公益，且判决是由法院依职权原则审理后作出，其判决较正当，因此就婚姻无效、撤销婚姻或确认婚姻成立或不成立之诉及离婚之诉所作的判决，对于第三人均有效力。日本新人事诉讼法第24条规定，人事诉讼的确定判决，不适用民事诉讼法第115条第1款的规定，对第三者有效。驳回以违反民法第732条规定为由请求撤销婚姻的确定判决，不受前款规定的限制，只有当事人前一配偶参加诉讼时才对他有效。(5)不公开审判。人事诉讼涉及当事人间不欲人知的私密，如迫使其在大众面前揭露个人生活，不但可能危害人权，亦有导致人们放弃使用程序制度解决纷争之虞。为保护家庭成员的隐私及名誉、发现真实、尊重家庭制度，以利圆融处理，人事诉讼可不公开进行。(6)诉讼中止或停止、终结与承受的特殊性。根据日本新人事诉讼法第12条、第26条的规定，以身份关系的当事人双方为被告时，一方死亡时，以另一方为被告承继诉讼。此时不适用民事诉讼法第124条第1款第1项的规定。被告都死亡时，检察官为被告承继诉讼。第27条规定，人事诉讼系属中原告死亡时，除特别规定外，该人事诉讼当然终结。以离婚、否认亲子或解除收养关系为目的的人事诉讼系属中的被告死亡时，该人事诉讼当然终结。

家事纠纷更多地涉及感情、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。因此，家事调停并不是日本家事法院的旁门左道，而是堂堂正正的“光明大道”。日本家事法院实行“调停前置主义”，根据家事审判法第17条的规定，除甲类事件，即非讼性质比较明显的禁治产及失踪的宣告、监护人的指定、遗嘱的确认等案件外，家事法院对于所有的人事诉讼案件和其他的普通家庭事件都可以进行调停。对于第17条规定的乙类事件，家事法院可以依职权随时进行调停。据此，适用家事调停程序的案件有：乙类事件、人事诉讼案件和其他普通家庭事件。根据家事审判法第21条第2项、第23条、第25条、第26条第2项的规定，人事诉讼事件中，离婚、终止收养以外不容许以个人意思自由处分的事件(例如婚姻、收养、离婚协议或收养终止等无效或撤销事件以及认领子女、亲子关系不存在确认等亲子关系事件)，由于不承认当事人任意处分，即使当事人在调停程序中达成协议，亦无法成立调停。这时家庭法院可以就当事人间所不争执的原因事实做必要的事实调查，并听取家事调停委员的意见后，认为该协议为正当时，得作出相当于该协议的审判，对此如无人提出异议，即与确定判决具有同一效力。至于离婚、终止收养事件，原本就可以由当事人间协议处理的，一旦调停成立便与确定判决具有同一效力。当调停不成立时，家庭裁判所认为必要时听取组成该调停委员会的家事调停委员的意见，并考虑双方当事人之间的衡平，权衡案情，以职权在不违反双方当事人申请旨意的限度内，作出替代调停的审判；当替代调停的审判经声明异议而失效时，便须提起人事诉讼才能取得判决。其他与家事有关的民事诉讼事件也采取调停前置主义，如果调停成立便与确定判决具有同一效力，如果调停不成立、相当于合意的审判或替代调停的审判失效时，则须另行提起诉讼才能取得判决以解决纷争。对于乙类事件，当事人申请调停，或直接提出非讼裁判的申请经家庭裁判所移付调停，若调停成立时，具有与确定判决同一效力；若调停不成立，视为当事人于申请调停时已有审判的申请。

三、日本家事法院的社会职能

任何民事诉讼体系都毫无二致地认为，适当、公平、迅速和经济乃民事诉讼的理想。只有协调并实现上述理想，裁判制度才能达到最佳状态，才能充分发挥国民期待的作用。对于一般法院而言，实现上述四个理想已经绰绰有余。然而，考虑到家事法院的具体情况，似乎有必要创设一个崭新的理想。这第五个理想应该说是“人间温情”。随着第五个理想的实现，建构温馨法院、消除当事人对官僚主义和权威主义疑虑的构想会逐渐成为更广泛的共识。尤其是家事法院对此更加责无旁贷。家事法院所处理的对象，多属亲属间的纷争，夹杂着彼此间复杂的感情、心理、非经济性因素，对这些案件的完满解决，需要借助家事法院通过调解委员、调查官等辅助机构，针对当事人不同的个人特质、心理、身体状况、家庭环境与社会背景，查明其不适应社会的原由及所涉问题的症结，进而提供必要的协助与建言。因此，与普通法院不同的是，家事法院除有司法机能外，还有社会机能（也称为人际关系调整机能、福利机能）。其意涵有四：提供具备人际关系方面知识的人以其专业技术，给予相关的心理咨商（心理性调整）；于当事人出现不适应社会等状态时，由专家利用熟知的社会资源进行调整，或请求社会福利机构给与必要援助（社会性调整）；由富有社会经验者，为当事人提供适当经验，然后由其自我决定，而为经验性调整；如当事人无法自行协调时，则由专家从法律观点提供相关资讯，并进行利害关系的协调，为法律上利害关系之调整。可见，家事法院是将法律原则、公共道德和社会科学，尤其是人的行为与人际关系融为一体，共同产生效力的法院，其根本宗旨在于保护每个家庭的利益，努力符合人们为适应社会需要时正义的现代要求。日本的家事法院在处理家事事件时，具有以下特点：

（一）个别性与科学性

日本的家事法院处理家事事件或少年案件时，重视家事纠纷或少年当事人之间个别人的关系。而为了避免纠纷或少年违法行为再发生，家事法院采取防范措施，根据该问题，作个别的、具体的、科学调查与诊断，并视各该问题之需要，作各种指导与援助，促使当事人或问题少年能克服眼前因纠纷所产生的困难，以利于尽快恢复社会道德性，达到解决问题的真正目的。家事法院内设有调查室及医务室等机构，对事件关系人或问题少年，就其性格、出身、环境等作出详细调查，研究纠纷或违法行为的真正原因。这些调查，是运用各种科学，即医学、心理学、社会学、教育学等作全面的调查，供家事法院处理事件参考。比如，一般调查官主要对事实进行调查，对事件的关系人的性格、经历、生活状况、财产状况、家庭环境等进行调查，必要时还可以与社会福利机构取得联系，对不出庭的当事人进行规劝，调查调停审判后的义务的履行情况等等。科学调查官则依据临床心理学和家庭心理学，针对当事人的心理状态，对当事人的性格和当事人之间的关系进行调诊；心理调查官运用心理调整的技法，对当事人进行心理调整，处理比较困难的纠纷事件；医务室技官主要执行审判的命令，如出席调停现场陈述意见，对当事人的心理状况进行诊断等等。

（二）社会性

家事法院所处理的家事事件或少年事件，都与人们日常生活有密切关系，所以想妥善解决纠纷或事件，必须取得社会的支持与理解。在审判程序上，可敦请社会贤达为参与员参与审判，在调解程序上可聘为调解委员从事调解，而且与社会福利机构、保护机构抑或精神卫生关系的机构等取得密切联络。

站在民主化的立场上，调解制度使近代审判制度所排斥的非专业法官得以复活，使司法脱离权威主义而更体现社会的共识和协作，从而能达到审判制度难以达到的境界，真正解决纠纷。家事调解在这方面的表现尤为突出。日本家事法院的法官和家事调解员共同组成调解委员会进行调解。除律师外，医生、建筑师、会计师、税理士、不动产鉴定人及大学教授被选为调解委员的情况比较普遍。这些调解员大多是社会中上层人士，参与的国民的范围不具有广泛性和多样性，为此日本司法改革注重实现从国民各层次中广泛获得合适的调解委员，即通过年龄、职业、知识及经验等方面规定及其他措施，确保家事调停委员的多样性和广泛性。日本的家事调停制度因吸收法曹以外的国民参与而被确立为国民参与司法的方式之一。日本的家事法院参与员制度，是第二次世界大战后根据《家事审判法》第 3 条第 1 款的规定而设立的。参与员可以参与家事法院法官审理的案件，在充分了解案情的基础上可以阐述自己对案件的处理意见。根据每个案件，参与员的人数要在 1 人以上，家事法院从每年事先选任的人当中，根据每个案件的情况对参与员加以指定。每年各家事法院应预先选任 20 名以上参与员，除有些律师外，他们都是从知识渊博、经验丰富的非专业人员中选出。2004 年 4 月 1 日生效的日本新人事诉讼法将参与员制度扩充到人事诉讼程序中。如第 9 条规定，家事法院认为有必要时，可以让参与员到场参与审理或尝试和解，听取他们对事件的意见。

（三）非形式性与前瞻性

家事法院为能有效而且适当发挥社会福利监护机能，对个别的事件或案件就不应仅作形式的审理，反而应作具体的、妥当的、合乎目的的处理。由于家事法院处理的事件特殊，所以在家事审判的调解或少年案件的审判后，仍作事后各种考虑，并讲究各种适当又妥善的措施。譬如，在家事事件，对监护人选任后的监督，或就因审判或调解所定义务的履行进行劝告或命令，抑或就金钱寄托，而将该金钱给付于债权人的履行确保制度。日本新人事诉讼法第 38 条规定，判决确定的义务，当权利人提出申请时，作出该判决的家事法院（在上诉法院作出该判决时，第一审法院的家事法院），可以调

查义务的履行状况、劝告义务人履行义务。第 39 条规定，怠于履行判决确定的支付金钱和给付其他财产为目的的义务，作出该判决的家事法院（在上诉法院作出该判决时，第一审法院的家事法院）认为适当时，依权利人的申请，可命令义务人在规定的适当期限内履行义务。第 40 条规定，履行判决确定的金钱支付为目的的义务，作出该判决的家事法院的法官所属的家事法院，有法定情形时，根据义务人的申请，可以接受权利人金钱的寄托。

（四）大众性

家事纠纷或少年的违法行为问题，都是关系人不想外扬的问题，又因大众多不谙法律，以致不知如何解决问题，家事法院为使人们能轻易向他们提出问题，而简化程序，例如，备妥一定形式的申请书，记载申请要旨。此外，设有“家事相谈”部门及夜间调解的制度，均是家事法院大众性的表现。

（五）非公开性

家事纠纷涉及家庭秘密和当事人的隐私，无论家事纠纷还是少年案件，家事法院一律不公开进行。比如，日本家事调停是非公开的，调停委员会的决议也是秘密的，若家事调停委员或曾任家事调停委员的人，无正当理由泄露评议的经过或者家事法官和家事调停委员的意见或其多少的数字时，处以 10 万日元以下的罚金。家事调停委员或者曾任这些职务的人，无正当理由泄露由于其职务而获知的他人秘密时，处以 6 个月以下监禁或 20 万日元以下的罚金。

四、日本家事法院对我国的启示

（一）我国建立家事法院的必要性

德国倡导移植日本的家事法院，而不论成功与否。我国要不要建立专门的家事法院？“接受外国法律制度的问题并不是一个国家性的问题，而是一个简单明了的合目的性和需要的问题。”近年来我国各地法院受理的家庭纠纷日益增多，可见人们要求法院解决此类纷争的意愿及需要越来越强烈，家事事件具有人伦秩序变动的特质，其处理尤应慎重。我国没有专门的家事审判机构，法院民事审判庭的法官既审理家事案件，又审理其他普通民事案件，两头兼顾，无法由对家事事件有深入研究且具经验的法官就家事事件的特殊性，做公允且合乎情理的判断，难以达到家庭纠纷解决的最佳效果。国外实行多年的运用心理学、医学、社会学知识辅助解决家事事件制度，在我国还没有引起重视。现有的婚姻家庭案件由民事审判庭的普通法官审理，虽然最高人民法院的民事审判第一法庭集中审理婚姻家庭案件和特别程序案件，各省高级法院和部分中级法院也作出了类似规定，但是集中审理这些案件的法庭并不是专门的家事法庭，除受理家事案件外，还审理其他民事案件。更何况基层法院的民庭及其他的派出法庭审理所有的民事案件，根本没有作出任何划分，而家事案件恰恰绝大多数集中在这里。法官既可以办理家庭案件，还可以办理其他民事案件。司法不作分工，即使法官根据案件自身的特点适用不同的程序行审理，但却使法官的工作状态经常处于变换之中。法官得时刻提醒自己不同种类的案件要区别对待，无形中增加了法官劳力的无效耗费，不利于提高法官专业审判的熟练程度，影响到司法裁判的进度与质量，同时加剧了案件裁判要求与司法资源有限之间的紧张关系。此外，有专门的家事法院配置辅助机构履行前述的社会职能也是急需的。家事法院处理家庭案件、少年保护案件，不能只生搬硬套法律，还必须从社会学、心理学等多角度、多层面地进行分析，才能收到处理纠纷的良好效果。因此，法官十分需要具有其他专业知识的专家来辅助，并共同处理家庭案件。家事法院的调查官，就是从法律方面以外的专业知识的必要性出发而设置的。家事案件的审判采取职权探知主义，调查官可以完全依职权调查、收集与案件有关的证据。调查应从案件的具体需要出发，主要是与有关案件相关人员的性格、经历、生活状况、财产状况以及家庭和其他环境的情况的调查，然后灵活运用医学、心理学、社会学、经济学和其他专业知识进行综合分析，对调查结果以书面或口头向家事法院报告。我国家事法院（法庭）配备调查官也是必须的、迫切的，比如在广东，婚外情催生私家侦探业，为查婚外情不惜高价请私家侦探，有些私家侦探为获得现场证据，会强行入屋拍摄，这就侵犯了他人隐私权和名誉权等。如果由调查官负责调查与案件有关的事实，就会避免一系列违法现象的发生。

家事法院是独立于普通法院之外的专门的审判机构，是当事人利用司法解决家庭纷争及处理家事非讼事件的场所。因为调整家庭境遇是保护儿童、防止其违法犯罪的绝对的先决条件，所以可以将家庭纠纷和少年案件置于同一个法院的管辖之下。目前我国无论是理论界还是司法界，要求将少年法庭提升为少年法院的呼声越来越高，2005 年最高人民法院在《人民法院第二个五年改革纲要（2004—2008）》中也规定：“完善审理未成年人刑事案件和涉及未成年人权益保护的民事、行政案件的组织机构；在具备条件的大城市开展设立少年法院的试点工作，以适应未成年人司法工作的特殊需要，推动建立和完善中国特色少年司法制度”。2006 年最高人民法院决定在全国 17 个中级人民法院开展少年综合审判庭的试点工作，规定了少年案件综合审判庭还应受理以下民事案件：（1）当事人一方或双方为未成年人的民事案件；（2）婚姻家庭纠纷案件中涉及未成年人权益的案件，一般包括：抚养关系纠纷、抚育费纠纷、监护权纠纷、探视子女权纠纷；生身父母确认纠纷、确认收养关系纠纷、解除收养关系纠纷、继父母子女关系纠纷；（3）继承纠纷案件中涉及未成年人权益的案件；（4）申请指定监护人案件；申请撤销监护人资格案件。最高法院规定的这些民事案件与日本家事法院家事部处理的家事案件具有一定程度的相同性，由于 “重刑轻民”思想的存在，试点单位并没有完全执行最高法院的规定，受理的

涉及未成年人的民事案件较少。笔者认为，若能一举建制家事法院，而将少年法庭设于家事法院之中，则可资源共享，达到两全其美的效果。比如，成立专门的科学调查室，调查官负责家事案件和少年案件的社会调查。《最高人民法院关于审理未成年人刑事案件的若干规定》规定："开庭审理前，控辩双方可以分别就未成年被告人性格特点、家庭情况、社会交往、成长经历以及实施被指控的犯罪前后的表现等情况进行调查，并制作书面材料提交合议庭。必要时，人民法院也可以委托有关社会团体组织就上述情况进行调查或者自行进行调查。"显然我国现阶段少年法庭的社会调查由非专业人员进行，社会调查所反映的内容仅仅揭示了人的社会性，对人的生物性、心理性没有反映。

（二）我国建立家事法院的可行性方案

在我国建立家事法院是必要的，同样也是可行的。笔者认为，我国应先在直辖市、省政府和自治区政府所在地的市设立专业的家事法院，管辖本市所有的家事案件和少年案件，我们将家事法院定位为初审法院，这可以在法院组织法上予以立法上的确认。待实行一段时间后，再依各地区案件成长状况及实施成效，决定普及的范围。未设置家事法院的县、区，则应在其基层法院成立家事法庭，承担一审家事案件的审判职能，以保障家事诉讼事件及家事非讼事件当事人及未成年子女的利益。这样做的理由如下：首先，现阶段在各地"一刀切式"地设立独立的家事法院有以下问题：就硬件设备及人力资源而言，增建法院，需要广觅土地，添购各项办公设施，人力上需要大批法官和司法辅助人员，这无疑会增加国家财政负担，非短期内可以实现；就案件量而言，目前并非各地皆有许多的家事及少年事件，若在各地均成立家事法院，则易形成资源浪费。若在普通法院内设置家事法庭，实行起来比较容易，如不必耗资修建办公场所，但最终还要向建立独立家事法院的方向发展。其次，是否建立家事法院、建立家事法院的最佳时间、适合建立家事法院的地区，决不能依靠主观臆断，也不是简单地下命令就可以解决的，而是离不开经济物质、社会文化、公民认知、法律法规等方面的主客观条件的。直辖市、省及自治区政府所在的市，一般是该地区的经济文化发展中心，经济实力雄厚，能为家事法院的建立提供物质基础；高等院校和科研机构能为家事法院提供社会学、心理学、教育学和医学等方面的智力支持；市民感情丰富、法律意识较强，对案件解决的满意程度要求较高。因此，在这些地方建立独立的家事法院，条件成熟，又是人心所向。再次，世界上有这样的先例可供参考和借鉴，韩国、墨西哥、奥地利、希腊以及匈牙利只在特定的城市设立家事法院（家事裁判部），如韩国在汉城设有家事法院，专门处理家事事件，在其他地方则由一般法院的家事部负责处理家事事件。

家事法院的设置数量，应综合考虑各方面的因素，包括：社会需求、方便诉讼、案件数量。若在直辖市、省、自治区政府所在市的各区县，都设立与基层法院匹配的家事法院，则可能存在这样的问题：各家事法院管辖地区的大小以及案件的多少不完全相同，而机构设置又有一定的人员数量要求，从而导致了每个家事法院机构设置、人员配备与受理案件数量不相称。更何况，有学者已提出，在省、自治区、直辖市政府所在地，大大减少基层法院的数量，主张设2—3个基层法院。因此，直辖市成立家事法院，按照目前有两个中级法院的现状，可相应成立两个家事法院；省、自治区政府所在地的市，可设立一个家事法院。为了方面诉讼，成立后的家事法院，可以向较远地区派出法庭。这样建立一、两个家事法院远比建立多个有较好的保障。

因为家事法院除要具备基本的办公场所外，更为重要和特殊的是，家事法院在对家事案件的处理时，需要活用医学、心理学、社会学、经济学及其他专门知识，需增设相关的辅助部门，对外需要与社会福利机构、社会团体联系，等等，这些都需要经费、人力、物力的支持。

根据前述家事法院的职能和特点，家事法院内部可分家事部与少年部，部内设家事审判法庭或少年审判法庭若干；家事法院附设家事商谈室、医务室、科学调查室等，以供两部共同享用。

县、县级市和设区市的区，可在基层法院内设立家事法庭，由于这些地方的经济、文化条件所限，再加上基层法院的设置也可能发生变动，所以不可能再大费周折设置家事商谈室、医务室和科学调查室等，但可以聘请心理学、医学、社会学、教育学方面的专家，或妇联、共青团、人民调解委员会的工作人员，给予指导或协助，即家事法庭应持积极的态度，设法与各地处理有关家庭问题的社会机构相互连结，并建构家庭事件处理的"社会化程序"。

我国应设立家事事件程序

张晓茹

家事事件程序是民事诉讼程序的重要组成部分，但家事事件程序与普通民事诉讼程序有很大的不同，日本制定了独立的家事审判法和人事诉讼程序法，德国、中国台湾也分别在民事诉讼法典中设立"家庭事件程序编"、"人事诉讼程序编"。我国《民事诉讼法》没有设立家事诉讼程序，最高人民法院也没有就家事诉讼作出专门的司法解释，这远不能满足家事案件裁判的需求。笔者认为，在我国在《民事诉讼法》修改之际，增设家事事件程序是必要的。

一、家事事件程序的概念界定

家事事件程序，是指法院（家事法院或家事法庭）为处理或预防夫妻、亲子及家属间纠纷所适用的程序。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，其主要包括家事诉讼程序、家事非讼程序及家事调解程序。与家事事件程序相关的一个概念是大陆法系的人事诉讼程序，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。人事诉讼的范围并不涉及人身或身份关系的全部领域，而是专指这一领域内有关的几种诉讼形式，至于这一领域内的其他诉讼案件，仍适用通常程序。人事诉讼的诉讼标的是身份法律关系，不涉及家庭财产关系，家事事件程序处理的事件既包括家事身份关系事件又包括家事财产关系事件，这是人事诉讼与家事诉讼的主要不同，人事诉讼的适用范围要小于家事诉讼程序的适用范围;两者的相同之处表现为都是解决家庭成员之间的矛盾冲突的司法程序，都与家庭问题密切相关。

无论是大陆法系还是英美法系国家，差不多都经历了或正在经历一个不断扩充、整合乃至将所有家庭纠纷都纳入到统一的司法程序及司法机构处理的过程。例如，美国的家事审判没有将家庭身份关系与财产关系做严格的区分，而是统一由家事法院管辖。虽然日本除家事审判法外，仍保留人事诉讼程序法，但日本于平成 13 年(2(X)1 年)6 月 12 日司法制度改革审议会及最高裁判所平成 14 年(2(X)2 年)3 月 20 日公布的司法制度改革推进计划要纲，也提出将人事诉讼等程序移归家事裁判所，将家事事件审理机关一元化，其是否制定新法合并人事诉讼程序法与家事审判法，有待继续观察。我国台湾地区“司法院”已公布但尚未定稿的家事事件法草案初稿，将家事诉讼与家事非讼事件统合于家事事件法，未来将删除民事诉讼法中的人事诉讼程序编，以及非讼法监护与收养事件编，将家事事件处理的法规一元化。

家事审判职权主义的特征，使它与非讼程序有着某些相同点，比如都采取职权探知主义，辩论原则受到限制，不公开审理等等，日本家事审判法第 7 条就有准用非讼案件程序法第一编的规定，但家事审判程序与非讼程序的区别也是很明显的。首先，家事审判处理的案件一般属于诉讼案件，具有诉争性，而非讼程序处理的案件没有诉争性、无对立当事人;其次，家事审判的目的在于化解家庭纠纷，而非讼程序的目的在于预防纠纷的发生;第三，家事审判注重调解这一纠纷解决方式的运用，而非讼程序由于没有对立当事人，就不存在调解的可能;第四，家事审判主张言词辩论，而非讼程序采用书面审理。家事审判与非讼程序虽然都适用职权主义，但也有很大的不同。首先，原因不同。家事审判遵循职权主义是因为保护家庭利益、社会公益的需要，而非讼:程序适用职权主义是因为非讼程序处理的是没有相对人的非讼案件;其次，家事审判是否探知系由法院裁量，而在非讼程序则是课法院以探知义务，法院不可仅以某当事人不为事实主张或:举证为由，逞行作出对其不利的判断。第三，家事审判不公开审理，是为保守当事人家庭秘密的情感需要，而非讼程序之所以要采取不公开原则，是为了满足下面的要求:职权容易发动，配合迅速简易的要求，利于秘密的保持，以及自由性，便利法院通权达变，发现真实。t31 由此可见，尽管二者在审判原理上有相似之处，但家事审判程序与非讼程序有着本质的区别，因此，那种将家事审判程序当作非讼程序的观点是值得商榷的。不过，这里需要进一步指出的是，家事审判所处理的案件还包括无纷争的家事非讼事件，对家事非讼事件的审理，则完全可以视为是非讼程序的运用。

二、家事事件程序的特征

(一)家事审判既采取职权探知主义等从而具有较多的国家干预，又具有当事人主义的性质

家事事件不但涉及当事人主体的利益，更涉及多数关系人的利益，甚至影响社会秩序与国家公益。因此，家事审判不仅需要形式上的公正，更需要实质公正的实现。为达到实体真实主义的需求，一方面，家事审判采取职权探知主义，在普通民事诉讼:中适用的处分原则和辩论主义在家事审判中应受到限制，比如在日本的家事审判中，即使当事人双方都未主张的事实裁判所‘也能予以认定，裁判所的行为不受当事人自白的拘束，可以依职权广泛地调查证据;另一方面，许多国家规定检察官代表公益，参与家事审判的辩论及陈述意见。

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。正如日本学者谷口安平所述，“在职权探知原则下裁判所‘可以’把当事者没有主张的事实也作为判断的材料，而‘必须’在多大程度上搜寻这些事实则是另一个问题。例如，原告只是提出与被告离婚的请求而对成为离婚理由的事实却不加提及的话，则裁判所也没有义务依职权积极地进行调查并在弄清需要的所有事实基础上来作出判决。所以，应当理解即使在职权探知原则之下，原告既然提起离婚诉讼，还是有责任主张作为离婚原因的事实，在这个基础上裁判所才有责任从公共利益出发作一种‘监护人’式的适当介人。这样看来，辩论原则与职权探知原则尽管不同，在后者的支配下当事者也不能完全免除在前一原则下所负担的责任。在当事者不积极地从事主张或举证等诉讼活动就可能遭致不利后果这一意义上，家事审判等较特殊的程序同样具有当事者主义的性质”。也就是说，即使在采取职权探知主义的家事审判中，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。譬如婚姻关系或其他身份、亲子关系事件中，假使就事实;的搜集、证据的提出，都完全依赖法院发动职权的话，将不是法院的组织、能力所能负荷。通常，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。当事人将资料提出来后，法院就容易进一步地加以调查。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，当事人也可能遭受不利益的裁判。因此，当事人不能认为，采取职权探知主义即使不提出事证也不会受不利的裁判。

(二)在家事审判制度中，调解具有重要性和特殊性

家事纠纷涉及血缘和婚姻关系，关乎感情、亲情和道德，不同于普通的民事法律关系，因此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。在家事审判程序中，许多国家或是通过法律规定将调解设定为必经程序，或者规定法官具有调解义务。除此之外，有的国家还建立了专门的家事调解程序，是法院附设的诉讼前调解，如日本建立的与民事调停制度并行的家事调停制度，以及美国的法院附设调解等，其特点是以不公开和非对抗的斡旋与和解方式解决纠纷。在普通的民事诉讼中，虽然也使用调解或和解的方法解决纠纷，但其在诉讼中的地位远远不及家事审判中的调解。

除此之外，家事调解又有其自身的特点，偏重于当事人之间感情和心理的治疗与协调。日本学者棚漱孝雄按其功能定位把调解分为判断型调解、交涉型调解、教化型调解和治疗型调解，闭其中治疗型调解一般多被运用到家庭纠纷的解决中。除此之外，戈尔丁认为，治疗性整合是解决家庭冲突最好的方法。治疗性整合尤其适用于那种因个性差别和“心理不可调和性”而产生的冲突，而且特别适用于相互之间关系密切而又敏感的那些人。其最好的例子就是细致人微的家庭治疗，这种细致的家庭治疗寻求一种深刻的心理变化，由此人格得以整合，而冲突的内在根源也由此得到消除。戈尔丁进一步指出，细致人微的家庭治疗应与那些旨在能使当事人在一种多少是暂时性基础上互相“对付”的家庭治疗有所不同。由此可见，家庭事件的彻底解决还需要医学、心理学、社会学等学科的运用和介人。

(三)家事审判以不会开进行为原则，必要时可适当公开

家事事件涉及当事人间不欲人知的私密，如迫使其在大众面前揭露个人生活，不但可能危害人权，亦有导致人们放弃使用程序制度解决纷争之虞。为保护家庭成员的隐私及名誉、发现真实、尊重家庭制度，以利圆融处理，家事裁判应不公开进行。但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声请，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，对无妨碍的人宜适当公开。

(四)家事审判强调当事人本人参与

从家事事件起因来看，多与亲戚、家庭成员纠纷有关，其中又纠结相当程度的感情因素，并且与财产上行为显著不同的是，身份上的行为具有不可替代性，使事件本人亲自到场，陈述事件经过，不但法官更能掌握案情作出妥当裁判，尤其在调解程序中，由调解人协助当事人相互对话，可打破因沟通不良所导致的被害人、加害人双重心理状态，从而有助于圆满解决纷争或促使调解成立，因此，应较通常程序更加强调当事人本人到场。家事裁判强调当事人本人参与的另外一点表现为，扩大当事人的诉讼能力，使当事人本人有直接参与诉讼的可能，即便当事人不是完全行为能力人，只要其具有意思能力，应使其为一定的诉讼行为。例如，台湾民事诉讼法第 570 条规定，未成年之夫或妻，就婚姻无效或确认婚姻不成立之诉,亦有诉讼能力;第 584 条规定收养关系事件的养子女,虽不能独立以法律为负义务者，亦有诉讼能力。第 612 条第 1 项规定撤销禁治产宜告之诉，受宣告人有诉讼能力。上述规定都扩大了当事人诉讼能力的范围，使其能直接参与诉讼程序的进行。

(五)强化家事事件与家事效果事件合并审利

比如婚姻关系破裂时，同一婚姻关系可能产生多项纷争，如果需要屡次提起诉讼，或须待某一诉讼判决确定后，再提起他项诉讼，不但使纷争家庭的婚姻、亲子关系长期处于不安定状态，甚至可能因为受诉法院不同，发生裁判矛盾的情形。为了圆满解决家庭纷争，并使当事人能全盘预测离婚后所将面临的生活状况，而发展，为家事案件设立独立的、实行职权探知主义的程序刻不容缓协助相关人尽快恢复正常生活(如尽可能使未成年子女的权益或我国民事审判方式改革的趋向是向当事人主义靠拢，理论法律地位不致因其父母的婚姻关系消灭而受特别的危害)，宜将与界也达成共识，即基于职权主义的结构性缺陷，我国的民事诉讼婚姻事件关系密切的效果事件，并归由同一受诉法院审理。:模式应当从职权主义向以辩论主义为质的规定性的当事人主义

三、我国增设家事件程序制度的必要性

(一)改革开放后，家庭案件类型和数量大量增加，传统的处理程序不能满足此类案件的需要

改革开放以后，随着经济的活跃和发展，平等主体之间的交往日益频繁，人口流动性大为增强，婚姻家庭领域出现了许多新情况、新特点，未婚同居、姘居、包二奶现象比比皆是，由此引发了许多婚姻家庭纠纷，主要包括:1、离婚率逐年提高，将同年离婚的数目和结婚数目相比较，2004 年，中国的离婚数量从 2003 年飚升了 21%，有 160 万对夫妇分道扬镳。2、非婚生子女的抚养、认领纠纷开始出现。3、收养关系纠纷(甚至跨国收养纠纷)日益增多。近 10 年来，婚姻家庭案件几乎每年都以 10%的速度在递增，婚姻家庭纠纷涉及公益和当事人的隐私，必须在严格的程序法的规范

之下才能很好地解决。这些案件如果处理不好，不仅影响家庭的稳定、损害未成年人的利益，还会导致刑事案件的发生、扰乱社会秩序。因此，家庭案件的有效解决应该给予充分的重视。

现行《民事诉讼法》对于法院审判的当事人可以自由处分其民事权利的民事案件与当事人的处分权受限制的家事纠纷案件的程序不加区分，都适用同样的原则和程序。《民事诉讼法》关于家事案件的规定，除了特别程序外，仅有10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《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》也涉及了家事案件，但同样地，存在着条文数量少、内容不全面、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，且里面存在许多问题。正当的司法需要完备的立法为先导，家事案件的审判无统一的程序法理、程序规则可供遵循，给司法审判造成混乱。

(二)设立家事事件程序制度是保降相应实体法实施的需要

我国有关家庭的实体法有(婚姻法》、《收养法》、《继承法》、《妇女权益保障法》、《未成年人保护法》，但诉讼法并没有规定完全对应的程序。比如，修改后的《婚姻法)增设了无效婚姻和可撤销婚姻，但《民事诉讼法》对于婚姻无效之诉、撤销婚姻之诉却没有明确的规定，虽然最近最高法院根据《婚姻法》和《民事诉讼法》作出的《关于适用(婚姻法)若干问题的解释》中，对婚姻无效之诉作出了规定，但还是比较简单、不全面。

(三)审判方式的改革使民事诉讼模式朝着当事人主义的方向发展，为家事案件设立独立的、实行职权探知主义的程序刻不容缓

我国民事审判方式改革的趋向是向当事人主义靠拢，理论界也达成共识，即基于职权主义的结构性缺陷，我国的民事诉讼模式应当从职权主义向以辩论主义为质的规定性的当事人主义转换。叫在这一改革过程中，由于家事审判理论研究的鹰乏，法学研究较少将两种不同类型的案件处理作出过明显的区分，造成法官误将当事人主义的新规则运用到家事案件的审理中。如何处理家事审判与审判方式改革的关系，成了理论界和司法界必须解决的问题。有人认为审判方式改革没有顾及与财产关系迥异的婚姻、亲子、收养等身份关系之纠纷案件，是审判方式改革的缺陷，为深化民事审判方式改革应确立人事诉讼程序。笔者认为不应将设立家事事件程序纳人到审判方式改革的大框架中，由于民事审判方式改革的目标与家事案件的价值取向背道而驰，审判方式改革越深化越游离于家事案件的解决要求，审判方式的改革不是应“捎带”完善家事纠纷解决制度，而应是由理论界、立法界、司法界共同努力构建独立的、科学的家事审判程序。

(四)针对家事案件，应建立专门的家事调解制度

20世纪的最后几年里，民事诉讼法学界一直关注法院调解的改革，发表了许多文章，并提出许多见仁见智的改革方案。这些主要是针对商品经济纠纷案件提出的，其有关调解的改革并不适宜于指导家事案件的调解。正如王亚新指出的，要根据经济案件还是非经济案件等不同情况的不同条件来考虑调解过程与判决过程分离并结合的策略与方法。针对家事案件，有必要建立独特的家事调解制度。家事调解以治疗型调解为主，许多国家的家事法院都设有医学诊断室、心理治疗室等，日本有学者倡导，应结合法哲学、法社会学、心理学、临床心理学、法人类学等各相关领域的学问，创设临床调解学。

我国设立家事事件程序既是必要的也是可行的，一方面，国外较为成熟的立法和司法经验可供借鉴，另一方面，我国《民事诉讼法》即将修改，可以乘此东风，使家事事件程序制度及早得以建立。正如前文所述，家事事件程序既不是人事诉讼程序，也不等同于非讼程序，因此，家事事件程序应作为《民事诉讼法》中的一编加以规定。婚姻事件程序、亲子关系事件程序、收养事件程序是家事诉讼较为典型的程序，此外，现行《民事诉讼法》设立的宣告公民失踪案件程序、宣告公民死亡案件程序、认定公民无民事行为能力和限制民事行为能力案件程序，属于家事非讼程序的范畴，都应并人家事事件程序编。家事调解制度不同于普通的法院调解，在家事事件程序编中也应该有所规定。

家事裁判制度研究

张晓茹

【内容摘要】本文的写作是按照这样的思路展开的：首先对家事裁判制度基本理论加以研究，进而对世界各国家事裁判制度进行了全面系统的评介，然后对我国家事裁判制度的历史和现状进行了考察和检讨，分析了我国目前家事裁判制度缺失的原因，最后提出构建我国家事裁判制度的设想。为了行文的方便，本文分为八章：

第一章：首先对家事裁判制度的概念以及其与人事诉讼程序、非讼程序的关系进行了辨析和比较，在此基础上归纳出家事裁判制度具有的特征。此外，还对家事裁判制度的适用范围进行了探讨。

其次，本章还对家事裁判程序的程序法理加以阐述，认为家事审判程序是诉讼法理和非讼法理交错适用的典型，

由于家事审判程序与非讼程序具有某种程度的相通性，使得家事事件非讼化处理变得更为可能。

本章的最后还解析了设立家事裁判制度的理论依据。

第二章：本章在对世界各国（地区）家事裁判制度比较、分析的基础上得出如下结论：尽管各国经济、文化发达程度及历史传统各不相同，但都注意到了家事纠纷的特殊性，都将家事案件作为一种特殊类型的案件适用适合纠纷自身特殊要求的程序审理，但各国家事裁判专业化程度各不相同，在家事裁判程序法的制定、家事法院的设立、家事法官的配置和心理学、社会学的应用程度等方面存在着很大的差异，相比较而言，日本的家事裁判制度比较完善，为我们提供了许多可供借鉴的经验。

第三章：本章对我国家事裁判制度的历史和现状进行了考察和检讨，分析了我国现行制度的弊端，探究出家事裁判制度缺失的原因。本章还从四个方面论述了构建我国家事裁判制度的必要性，提出了构建我国家事裁判制度的具体设想。从第四章到第八章将分别利用比较分析的方法，研究家事裁判制度所涉及的五个主要方面。

第四章：主要对家事法院（法庭）的定位和特点加以描述，借鉴外国和我国台湾地区的经验，结合我国实际，针对我国家事法院（法庭）的设置、家事法院工作群体的组成、家庭法院的行政管理，提出切实可行的方案或思路。

第五章：在对外国和台湾地区家事调解制度评介的基础上，归纳出家事调解的特点，并进而对家事调解的功能加以定位，对家事调解所遵循的程序加以阐述，最后分析我国家事调解制度的现状，提出改革方案。

第六章：检察机关参与家事案件的诉讼制度，世界各国、地区都有不同程度的规定。本章主张我国也应该建立此制度，并对检察机关提起或参与家事案件的方式及法律地位加以论述。

第七章：本章从家事保全处分的性质、家事保全程序的功能、家事保全处分事件类型、家事保全程序的构成要件、审理家事保全案件应遵循的原则五个方面探究家事保全程序与通常民事保全程序的不同，有必要构建独立的家事保全程序。

第八章：本章主要论述我国该如何构建婚姻事件程序、亲子关系事件程序、收养事件程序等。

引 言

改革开放的 20 余年里，中国处在前所未有的发展之中，社会的诸多领域都在向着科学、文明、进步的方向发展。法制建设也不例外，“法治”作为一种美好的理想和崇高的信仰渐渐影响着人民大众的生活。经济、文化、思想意识的变化和发展都对立法、司法及法学研究提出了新的要求。每一个从事法学研究或法律工作的人都在探索，也都在表达和实践着自己的观点。在这一时期，程序法受到了学者的重视与青睐，程序的现代化被置于司法现代化之路的枢纽地位。我国在 90 年代初完成了新民事诉讼法的制定，并以新民事诉讼法的制定为契机，在 90 年代中期掀起了民事司法改革的热潮，在此过程中，学者们已经注意到了司法专业化的问题。有学者从英国民事诉讼制度改革的新动向分析得到的启示之一便是民事诉讼的程序设置应与案件类型相适应。对于不同的案件类型，应适用不同的程序。我国现行民事诉讼程序的类型，虽然已经具有一定的规模，但是要紧跟时代的步伐，仍需根据案件审理的需要，创设新的程序。为此，呼吁众多的民事诉讼法学者和司法、立法工作人员将必要的精力和时间投入到民事诉讼的实证调查和理论研究上，对我国的纠纷类型及其解决方式及程序，多寻找结合部位和结合的契机。有学者致力于简易小额程序及替代性纠纷解决方式的研究，以期在司法专业化的道路上有所创建。司法的专业化在促进司法公正的同时，也有利于节约司法资源，提高司法效率，扩大人们接近司法裁判的机会。家事裁判制度的改革设想，也正是得益于上述学术成果的启发。研究家事裁判制度，其理论意义在于，开拓性地对家事裁判制度进行较为系统的理论研究，为立法部门制定家事裁判法提供理论铺垫，丰富民事程序法学研究的领域；其实践意义在于，在民事司法改革的大背景下，为司法的专业化分工提供可供参考的方案。

第一章 家事裁判制度基本理论

第一节 家事裁判制度概述

家事纠纷是指涉及婚姻家庭，包括婚姻、亲子关系、继承、家庭财产等方面关系的纠纷。家事纠纷的社会控制与解决手段原来有多种，只是到了近代，随着经济的发展和司法活动的世俗化，国家设立的司法机关解决家事纠纷成为调整家庭冲突的一种重要途径。

一、家事裁判制度的概念及与其他相关程序的关系

（一）家事裁判制度的概念

家事裁判制度，是以维持家庭和平及健全家族间共同生活为目的，由国家设特别的机关（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制度。由此可见，家事裁判制度是家事纠纷的司法解决和预防制度。家事裁判制度属于与刑事及行政司法制度并立的民事司法制度的一种，其主要内容包括家事诉讼程序、家事非讼程序及家事司法机构的组成及运作，同时也可以扩及家事案件的司法外辅助处理方法。

（二）家事裁判制度与人事诉讼程序

与家事裁判制度相关的一个概念是大陆法系的人事诉讼程序，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特别民事诉讼程序。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，故将之特别规定于人事诉讼程序。由此可见，人事诉讼的范围并不涉及人身或身份关系的全部领域，而是专指这一领域内有关的几种诉讼形式，至于这一领域内的其他诉讼案件，仍适用通常程序。

人事诉讼的称谓来源于德国、日本的法律及法学理论，尤其是日本，于1898年制定了单独的人事诉讼程序法。德国和中国台湾将人事诉讼作为民事诉讼法中的特别程序予以立法。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。台湾学者把民事诉讼规定的诉讼程序分为财产关系诉讼程序与身份关系诉讼程序，认为人事诉讼的诉讼标的是身份法律关系，这种关系“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，故本法于第九编特设有人事诉讼程序之规定”。“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”。从所列举的事件来看，均不涉及财产关系。由此概括起来可以说，人事诉讼的标的仅是家庭身份关系，不涉及家庭财产关系。家事裁判制度处理的事件既包括家事身份关系事件又包括家事财产关系事件。这是人事诉讼与家事裁判的主要不同，人事诉讼的适用范围要小于家事裁判程序的适用范围。两者的相同之处表现为都是解决家庭成员之间的矛盾冲突的司法程序，都与家庭问题密切相关。

家事裁判制度已成为当今世界多数国家独具特色的一种专业化司法制度。无论是大陆法系还是英美法系国家，差不多都经历了或正在经历一个不断扩充、整合乃至将所有家庭纠纷都纳入到统一的司法程序及司法机构处理的过程。例如，美国的家事审判司法没有将家庭身份关系与财产关系做严格的区分，而是统一由家事法院管辖。台湾“司法院”已公布但尚未定稿的家事事件法草案初稿，将家事诉讼与家事非讼事件统合于家事事件法，因此为配合其立法，未来将须删除民事诉讼法中的人事诉讼程序编，以及非讼法监护与收养事件编，将家事事件处理的法规一元化。虽然日本除家事审判法外，仍保留人事诉讼手续法，但日本于平成 13 年 6 月 12 日司法制度改革审议会及最高裁判所平成 14 年 3 月 20 日公布的司法制度改革推进计划要纲，也提出将人事诉讼等程序移归家事裁判所，将家事事件审理机关一元化。其是否制定新法合并人事诉讼手续法与家事审判法，有待继续观察。

（三）家事裁判制度与非讼程序

家事审判制度是家事裁判制度的核心内容。家事审判的职权主义特征，使它与非讼程序有着某些相统点，比如，都采取职权探知主义，辩论原则受到限制；不公开审理，等等。日本家事审判法第七条就有准用非讼案件程序法第一编的规定。但因为家事审判与非讼法理形成的背景与原因不同，家事审判程序与非讼程序的区别也是很明显的。首先，家事审判处理的案件一般属于诉讼案件，具有诉争性，而非讼程序处理的案件是没有诉争性的、无对立当事人的非讼案件；其次，家事审判的目的在于化解家庭纠纷，而非讼程序的目的在于预防纠纷的发生；第三，家事审判注重调解这一纠纷解决方式的运用，而非讼程序由于没有对立当事人，就不存在调解的可能；第四，家事审判主张言词辩论，而非讼程序采用书面审理。家事审判与非讼程序虽然都适用职权主义，但一是原因不同，家事审判遵循职权主义是因为保护家庭利益、社会公益的需要，而非讼程序适用职权主义是因为非讼程序处理的是没有相对人的非讼案件；二是，家事审判是否探知系由法院裁量，而在非讼程序则是课法院以探知义务，法院不可仅以某当事人不为事实主张或举证为由，迳为对其不利之判断。最后，家事审判不公开审理，是为保守当事人的家庭秘密的情感需要，而非讼程序之所以要采取不公开原则，是为了满足下面的要求：职权容易发动，配合迅速简易的要求，利于秘密的保持，以及自由性，便利非讼法院通权达变，发现真实。由此可见，尽管二者在审判原理上有相似之处，但家事审判程序与非讼程序有着本质的区别，因此，那种将家事审判程序当作非讼程序的观点是值得商榷的。

不过，这里需要进一步指出的是，家事审判所处理的案件还包括无纷争的家事非讼事件，对家事非讼事件的审理，则完全可以视为是非讼程序的运用。

二、家事裁判制度的特征

如前所述，家事裁判制度是一个比较宽泛的概念，从程序法的角度来说，它应包括：家事非讼案件的审判制度，家事诉讼案件的调解制度和家事诉讼案件的审判制度。比如，日本就先后制定了人事诉讼程序法、家事审判法、非讼案件程序法。本节试图通过与普通的民事审判制度的比较，探寻家事裁判制度的主要特征。

（一）家事审判为达到实体真实主义的需求，应遵循职权探知主义

当事人主义与职权主义是决定诉讼形态的重要原则之一。其核心问题在于把诉讼的主动权交给当事人还是交给法院。采取前者的是当事人主义，采取后者的则为职权主义。在大陆法系的民事诉讼理论中，关于职权主义的一般认识是“承认法院在民事诉讼中拥有主导权的原则总称为‘职权主义’。具体为（法院）对（1）程序的进行，（2）程序的开始，终了以及诉讼对象的决定，（3）诉讼资料的收集等方面有主导权。对（1）的主导又具体称为‘职权进行主义’；对（2）（3）的主导称为‘职权探知主义’（Dispositionsmaxime）”。在大陆法系普通的民事诉讼中，诉讼的进行采用职权进行主义，而程序的开始、终了和诉讼对象的决定以及诉讼资料的收集和提出则采取处分原则（处分权主义）和辩论主义（广义的辩论主义包含了处分原则）。

家事事件的诉讼标的是身份关系与能力关系，这些事件不但涉及当事人主体的利益，更涉及多数关系人的利益，甚至影响社会秩序与国家公益。因此，家事审判不仅需要形式上的公正，更需要实质公正的实现。为达到实体真实主义的需求，家事审判不仅在程序运行方面采取职权进行主义，由法院负责程序的运行，而且在其他方面应采取职权探知主义，在普通民事诉讼中适用的处分原则和辩论主义在家事审判中应受到限制。比如，在日本的家事审判中，即使当事人双方都未主张的事实，裁判所也能予以认定；裁判所的行为不受当事人自白的拘束；可以依职权广泛地调查证据。台湾民事诉讼法人事诉讼程序中规定了：禁止或限制关于自认、拟制自认规定的适用；当事人未提出事实的斟酌或依职权为必要的调查；不适用认诺的规定；强制诉讼当事人本人到场。此外，基于公益上的理由，许多国家规定检察官代表公益，参与家事审判的辩论及陈述意见。

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。正如日本学者谷口安平所述，“在职权探知原则下裁判所‘可以’把当事者没有主张的事实也作为判断的材料，而‘必须’在多大程度上搜寻这些事实则是另一个问题。例如，原告只是提出与被告离婚的请求而对成为离婚理由的事实却不加提及的话，则裁判所也没有义务依职权积极地进行调查并在弄清需要的所有事实基础上来作出判决。所以，应当理解即使在职权探知原则之下，原告既然提起离婚诉讼，还是有责任主张作为离婚原因的事实，在这个基础上裁判所才有责任从公共利益出发作一种‘监护人’式的适当介入。这样看来，辩论原则与职权探知原则尽管不同，在后者的支配下当事者也不能完全免除在前一原则下所负担的责任。在当事者不积极地从事主张或举证等诉讼活动就可能遭致不利后果这一意义上，家事审判等较特殊的程序同样具有当事者主义的性质”。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。譬如在婚姻关系或于其他身份、亲子关系事件，假使就事实的搜集，证据的提出，都完全依赖法院发动职权的话，将不是法院的组织、能力所能负荷。通常，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。当事人将资料提出来后，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，当事人也可能遭受不利益的裁判。因此当事人不能谓既然采职权探知主义，那么即使不提出事证也不会受不利的裁判。

（二）在家事裁判制度中，调解、和解具有举足轻重的地位

家事纠纷涉及血缘和婚姻关系，不同于普通的民事法律关系，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。因此，家事裁判应注重调解、和解等劝导性纠纷解决方式的运用。“法庭上，在唇枪舌战的激烈对抗中，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、锱珠比较，把亲子关系作为诉讼对象和标的进行交易”。显然与家事纠纷解决的目标背道而弛。即使在家事审判程序中，许多国家或是通过法律规定将调解设定为必经程序，或者规定法官具有调解义务（试行和解义务），由法官依职权进行调解。除此之外，有的国家还建立了专门的家事调解程序，是法院附设的诉讼前调解，如日本建立的与民事调停制度并行的家事调停制度，以及美国的法院附设调解等，其特点是以不公开和非对抗的斡旋与和解方式解决纠纷。在普通的民事诉讼中，虽然也使用调解或和解的方法解决纠纷，但其在诉讼中的地位远远不及家事审判中的调解。

除此之外，家事调解又有其自身的特点，偏重于当事人之间感情和心理的治疗与协调。日本学者棚濑孝雄按其功能定位把调解分为判断型调解，交涉型调解、教化型调解和治疗型调解。其中治疗型调解一般多被运用到家庭纠纷的解决中，治疗型调解与戈尔丁类法律式的解决纠纷方式中的“治疗性整合”相一致。戈尔丁认为，治疗性整合是解决家庭冲突最好的方法。治疗性整合尤其适用于那种因个性差别和“心理不可调和性”而产生的冲突，而且特别适用于相互之间关系密切而又敏感的那些人。其最好的例子就是细致入微的家庭治疗，这种细致的家庭治疗寻求一种深刻的心理变化，由此人格得以整合，而冲突的内在根源也由此得到消除。戈尔丁进一步指出，细致入微的家庭治疗应与那些旨在能使当事人在一种多少是暂时性基础上互相“对付”的家庭治疗有所不同。那样一些家庭治疗更近于调解，或

许更为有效也未可知。由此可见，家事法院的调解与普通的民事调解是有区别的，它应该接近于戈尔丁所说的“细致入微的家庭治疗”。

（三）家事裁判以不公开进行为原则，必要时可适当公开

普通民事诉讼的审理以公开为原则，以不公开为例外，公开审理的目的是为了实现社会对司法过程进行监督，防止法官先定后审、暗箱操作，损害当事人一方或双方的实体利益和程序利益。家事事件涉及当事人间不欲人知的私密，如迫使其在大众面前揭露个人生活私密，不但可能危害人权，亦有导致人们放弃使用程序制度解决纷争之虞。为保护家庭成员的隐私及名誉、发现真实、尊重家庭制度，以利圆融处理，家事裁判应不公开进行。但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声请，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。

（四）家事裁判强调当事人本人参与

从家事事件起因来看，多与亲戚、家庭成员纠纷有关，其中又纠结相当程度的感情因素，并且与财产上行为显著不同的是，身份上的行为具有不可替代性，使事件本人亲自到场，陈述事件经过，不但法官更能掌握案情作出妥当裁判，尤其在调解程序中，由调解人协助当事人相互对话，可打破因沟通不良所导致的被害人、加害人双重心理状态，而有助于圆满解决纷争或促使调解成立，应较通常程序更加强调当事人本人到场。日本家事审判法第 27 条的不到场制裁，与日本人事诉讼手续法第 12 条、32 条准用民事诉讼法第 277 条、277 条之二、278 条规定，就一般家事审判、调解，当事人本人不到场得处以罚锾，人事诉讼事件当事人本人不到场，不但处以罚锾，还得负担因此所生的诉讼费用、处拘役或命拘提；韩国家事诉讼法第 66 条当事人或关系人无正当理由不出席法院或调解委员会，得处罚锾与裁定拘提等。台湾家事事件法草案第 5 条规定了当事人到场的义务。家事事件类型繁多，有的应特别尊重当事人或法定代理人本人意愿的（如定监护人事件，认可收养事件），审判长或法官应听取其意见；有的为发现真实、促进程序的（例如离婚事件、夫妻财产关系所生请求事件），则应答许审判长或法官依具体事件需要，命令当事人或法定代理人本人到场陈述或接受讯问。为尊重及保障当事人或法定代理人本人的程序主体地位，特规定当事人本人到场。如因距离遥远无法到场，或因事件性质、个人原因等无法到场陈述，审判长或法官于必要时，得以适当方法处理，诸如在法院以外的场所讯问或嘱托受托法院讯问或听取当事人或法定代理人本人陈述意见或采用书面审理或以监定书代替。草案第 5 条第 2 款规定，当事人或法定代理人本人无正当理由，而不服审判长或法官的命到场的，准用民事诉讼法第 303 条处罚之。但为兼顾保障当事人及法定代理人本人的人身自由，不得拘提。

家事裁判强调当事人本人参与的另外一点表现为，扩大当事人的诉讼能力，使当事人本人有直接参与诉讼的可能，即使当事人不是完全行为能力人，只要其具有意思能力，应使其得为诉讼行为。例如，台湾民事诉讼法第 570 条规定，未成年之夫或妻，就婚姻无效或确认婚姻不成立之诉，亦有诉讼能力；第 584 条规定收养关系事件的养子女，虽不能独立以法律为负义务者，亦有诉讼能力。第 612 条第 1 项规定撤销禁治产宣告之诉，受宣告人有诉讼能力。扩大了当事人诉讼能力的范围，使其能直接参与诉讼程序的进行。

三、家事裁判制度的适用范围

世界主要先进国家，均有其独特的家事裁判制度，在遵守个人尊严及两性平等的原则下，圆满解决家事纷争事件，甚至扩张至少年事件上及与少年有关的成年人刑事案件。许多国家成立家事法院，专责处理家事案件。日本的家事裁判所裁判的案件分为两大类，一类是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对象予以处理，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。在日本，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、现行日本人事诉讼程序法所规定目前由地方法院审理的人事诉讼事件、准人事诉讼事件，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

2、不仅上述 1 所列事件，并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。

3、不仅上述 2 之事件，并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、酌定扶养费事件）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。

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。

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。从最近发展趋势来看，主张扩大应移管事件范围者越显有力。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。

笔者也主张，所有的家庭问题案件都有家庭法院解决。同时由于少年事件与家庭事件有密切的关联，许多国家将处理未成年人案件的少年法院与家庭法院合并在一起，或在家庭法院内分设家事法庭和少年法庭。日本的家庭裁判所就是将家事审判所由地方裁判所独立后与少年裁判所合并而成立，将成立后的家庭裁判所分为家事部与少年部，分别处理有关业务。因此，家庭法院管辖的案件应包括：传统的人事诉讼案件，家庭内部的财产权益纠纷案件，悠关家庭利益的家事非讼案件以及与少年有关的事件。少年事件与少年法庭非本文关注焦点，不予作为重点论述的对象。家庭裁判制度的适用范围应含盖除少年事件外的其他三大类家事事件。

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。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。下面台湾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“司法院”将人事诉讼程序、家事非讼程序及家事调解程序合并立法，独立制定家事事件法草案。该草案第 2 之一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者，列为甲类事件。此类事件有：确认婚姻无效事件、确认婚姻关系存在或不存在事件、母再婚后所生子女确认生父事件、其他确认亲子关系存在或不存在事件、确认收养无效事件及确认收养关系存在或不存在事件等。(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者，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、终止收养关系事件等。(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，惟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、确认遗嘱真伪事件及其他因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，宣告禁治产事件，撤销禁治产宣告事件，夫妻财产制契约登记事件，定监护人事件，认可收养或终止收养事件，亲属会议事件，限定继承、抛弃继承、无人承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，定病人保护人事件，民事保护令事件（例如：家庭暴力防治法第九条、第十一条第一项所定事件）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，夫妻同居或分居事件，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，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。草案第 2 之二条规定有家事法院受理经非家事法院（含行政法院及普通法院）裁判确定属家事事件的事件，而家事法院依其合理之确信认该事件不属家事事件时，如当事人合意由家事法院处理者，受理事件之家事法院应依其合意而处理该事件，以尊重当事人之程序选择权。

台湾家事事件法草案关于家事事件的规定，可以使我们得出以下启示：

（1）采用列举式和补充式相结合的方法来界定家事事件，几乎涵盖了所有的家事事件，同时赋予了法官一定的自由裁量权。

（2）家事法院就其受理事件的权限，与非家事法院确定裁判的见解有异时，赋予当事人程序选择权，如果当事人合意由家事法院处理的，依照其合意。

（3）草案初稿的最大特点是将家事诉讼与家事非诉讼事件统合于家事事件法，草案初稿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，此将是下节讨论的重点。

第二节 家事裁判程序的程序法理

一、诉讼法理与非讼法理交错适用

传统的民事事件可大致分为诉讼事件与非讼事件两种，在诉讼程序中适用诉讼法理、在非讼程序中适用非讼法理，这是传统民事诉讼法学理论中的“程序法理二元分离适用论”。对于这种理论，台湾学者邱联恭提出了批评。邱联恭认为，面对各式各样的纷争型态，如果墨守传统的诉讼程序及非讼程序完全分离适用的理论，这样的审判程序能否充分顾虑各纷争的个性、特征，是否有助于纷争的妥当解决，均存在很大疑问。而两种程序法理交错适用，则可以更好地适应新的纷争形态，解决上述问题。也就是说，诉讼法院在运用诉讼程序审理案件时，在特定情形下，可以并用非讼法理；而非讼法院在运用非讼程序审理案件时，在特定情形下，可以并用诉讼法理。

邱先生提出的程序法理交错适用论，主要包括以下内容：

1、针对各种民事事件的个性、特征或特殊需求，协调程序法上的各种基本要求。比如，由于诉讼法理比非讼法理更有助于对当事人的程序保障，因此，关于实体私权存在与否的终局性裁判，就应当重视诉讼法理的适用，才能贯彻程序保障之基本要求。

2、在非讼事件的审理过程中，如果当事人就实体私权存在争执，在一定情形下，非讼法院除依非讼法理外，还可以依诉讼法理审理该争执，并以“裁定”的方式就该私权之存在与否作出裁判。在这一审理过程中，如果遵守了适合于该争执的诉讼法理，那么该裁定即具有相当于诉讼法院使用诉讼法理作出的判决相同的效力。

3、基于程序法理交错适用论，就某实质事项所作出的非讼裁定对某人就某私权存否有既判力或其他拘束力，取决于该裁定的形成过程(审理过程)对该人就该私权之存否有关资料的提出，是否造成了突袭性裁判——或者换句话说，当事人是否被赋予了适当的程序保障。

4、为了兼顾和调和非讼化与程序保障这两种要求，应当承认具体讼争的个别性和阶段性，比如：(1）在非讼程序的前阶段，如程序关系人就某非讼事件并未争执实质事项(非讼事件的前提问题)，则不认其有讼争性，不必要求非讼法院依诉讼法理审理该实质事项。(2)在非讼程序之后阶段，如程序关系人争执上述实质事项(前提问题)，则应认为自此时起，在该争执事项的范围内，讼争性已具体化、明显化，非讼法院应当同时采纳诉讼法理审理和裁判该事项。(3)就公益性明显而涉及私法地位存在与否的争执事项，应根据其涉及事件的特殊需求，调整其所应适用的程序法理。

5、对于某些被诉讼化，但又同时具有非讼化特征的事件，诉讼法院在审理过程中应该而且可以交错适用诉讼法理与非讼法理。此时，即使遇有确保或扩大法官自由裁量权的必要，也应尽可能保障当事人对裁判的预测可能性，贯彻程序保障的要求。

总之，就同一事件，一部分依非讼法理，而另一部分则依诉讼法理来审理，是完全可能的。例如，将某一事件非讼化后，只采用公开辩论的诉讼法理，其余依非讼法理；或将其诉讼化后，仅一部分采非讼法理，其余部分采诉讼法理，中国政法大学博士学位论文 家事裁判制度研究或对某类事件给予较薄弱的当事者权保障。因此，就不同种类的事件，可能适用全部互不相同的，或部分不同的程序法理。既然不同的案件对于程序保障的程度和范围有着不同的需求，那么按照这些事件的特征来调配程序要素就不仅是可能的，而且是应该的。

具体到每一案件的审理过程，程序法理的交错适用可以是按阶段调配的，也可以是按事项调配的。前一种情形，即就同一审理过程，在程序的前阶段仅适用程序法理之一(如非讼法理之一部分)，而在程序的后阶段则并用另一程序法理(如诉讼法理之一部分)。后一种情形即，就同一事件的审理，就某事项或争点仅适用一种程序法理，而就另一事项则适用另一种程序法理。此外，这两种情形也可以是互相交错，互相配合的。比如在非讼化审理程序中，在讼争性

事项尚未出现的程序早期阶段，可以仅仅适用非讼法理；而在讼争性事项出现之后，则交错适用诉讼法理与非讼法理。

二、家事审判程序交错适用程序法理

（一）家事事件交错适用程序法理的必要性及可能性

1、家事事件纷争常存在于亲属身份关系者之间，不宜屡兴诉累，同时为了避免裁判矛盾，有一次解决的必要。因此，家事法庭或家事法院在处理家事事件时，可能发生在同一程序中必须同时处理性质上属于人事诉讼事项、一般民事诉讼事项与家事非讼事项，分别适用不同的程序法理进行审理、裁判。例如，在离婚事件同时提起基于其原因事实所产生的损害赔偿请求事件、赡养费请求事件及子女监护人酌定事件，这四种事件所具有的特性、需求不尽相同，所以就各该事件所适用的程序法理也可能互有差异。其中，损害赔偿事件及赡养费事件，基于尊重当事人的处分权，需要适用处分权主义即诉讼法理，但监护事件则排除该主义的适用，而属采职权主义即非讼法理的职权事件，藉以达成保护子女最佳利益的公益性目的；至于离婚事件，如以维护婚姻所涉及社会秩序利益为着眼点，并不全然要求适用处分权主义，如认诺原则的限制适用等等。

如何调适法理适用，将是统合集中审理所必须面对的课题。统合集中审理，应以法律明文规定者为限。如台湾民事诉讼法以两大中心为主轴，即民诉法第 572 条规定的合并请求，以及民诉法第 572 条之一所规定的附带请求。如再细分，其内容含婚姻事件的合并请求与附带请求，以及亲子事件的合并请求与附带请求。

2、在某些家事案件中，有必要且可能就同一事件交错适用诉讼法理与非讼法理。如认可收养事件，虽属因声请而开始的事件，但具有公益性及裁量性，诸如涉及人口的贩卖或收养对生父母不利时，均需法官介入。在收养人与被收养人一起声请裁定认可的情形，通常期间不存在讼争性、对立性。但收养人与被收养人仅由一方提出认可收养的声请时，法院也可使未成为声请人的他方以实质的当事人的地位参与程序，让他有陈述意见的机会，从保障当事者权的观点，非讼法院更应该赋予实质的当事人程序保障。在此情形，依实质的当事人所述意见如何，可能发生讼争性、对立性。此时，需另考虑充实程序法理之交错适用，不应仅满足于适用非讼法理，才能因应同一事件在程序过程前后之变化。如关系人间就收养之无效或得撤销等事由先未争执，后起争执。

在同一程序中审理不同性质的事项，有时呈现于同一法庭的资料，未必能够区分哪些是针对家事诉讼事项，哪些是针对家事非讼事项而主张、提出或收集的，而且如果分别适用辩论主义或职权探知主义，将可能发生同一程序中法院就各事项所做的事实认定之间有龃龉或矛盾的结果。因此，欲避免其发生，则即使在同一程序审理不同性质的事项时，其审理原则仍有不得不尽可能求其一致的需求，故宜考虑：当民事诉讼事项与人事诉讼事项合并于同一程序审理时，为了就同一家庭纷争为整体而不矛盾的解决，就其中有关原属民事诉讼事项，似宜例外舍向来所用的辩论主义，而改采职权探知主义，以使法院在同一程序中对于当事人主张的事实所下判断，不致于因审理事项的差异而产生龃龉，此时应以能防止发生突袭性裁判为必要。

3、程序法理交错适用的情形也可能发生于处理同一家事案件的程序前、后阶段。某些家事事件采取调解前置主义，调解程序所需求的是非讼法理，于调解不成立而视为或另行起诉时，则自此时起程序后阶段系改为或转换为适用所该当采行的诉讼法理。

以上三种情形是家事事件程序法理交错适用的情形，程序保障有促使诉讼程序与非讼程序连续，并使程序法理适用程序弹性化的机能。因为，为满足不同纷争类型的特殊需求，诉讼程序的实质化及诉讼程序上程序保障的实质化为必要且可能，除了形式的诉讼程序上程序保障以外，应同时认知实质的诉讼程序上程序保障的并存。程序保障有助于确保当事人对裁判的信赖，具有使裁判正当化，调整裁判效力范围等机能，而在非讼裁定形成过程所赋与的程序保障，经由促使诉讼程序与非讼程序发生连续性的结果，在兼顾不同的程序法上基本要求之下，避免了就同一实质事项另开始后程序之缺失，藉以扩大程序制度解决纷争之功能。此外，就无讼争性之事项或一般非讼事件，程序保障亦有防止作成不正确裁判的作用。因为赋与一方当事人或非讼关系人陈述意见或辩论等机会，使法院更可能搜集到较充分的裁判资料，藉以防止裁判发生违误，并可使当事人行为责任之范围更为明确化，强化裁判对获有该机会者之拘束力。上述程序保障的各项机能，有并存的可能性，而此等机能的发挥牵涉诉讼指挥如何运作。因此提升法官素质能力，以善用诉讼指挥权，当属要务。并且，这些机能的发挥，也与如何调和真实的发现与诉讼的促进等基本要求有关。

（二）家事诉讼与非讼的集中交错——以裁量权和对审权为中心

非讼事件有形成处分性、形成处分裁量性、迅速解决性、依情事为适宜变更必要性、欠缺一对一利害关系对立性、当事人隐私尊重性，其中裁量性与欠缺对立性两者，为非讼程序最重要特性。日本最高裁判所就应否采行宪法所明定的对审权，常以裁量性为判定标准。

家事事件常与个人隐私有关，以不公开进行为宜，但不公开并非不能行对审程序。给予对立的当事人主张、举证与反驳机会，成为裁判基础资料，应于法庭上显示，并以言词辩论为基础的辩论主义，为诉讼程序的典型，依职权调查主义所完成调查证据，言词辩论时给予陈述意见机会，亦是确保公平裁判的方式。而裁量权较大的事件类型中，当

事人的预测可能性较低，更应给予利益主张机会，对第一层对审构造的要求应予强化，因此裁量权与对审权并非两个相悖离的概念。日本学者新堂幸司将裁量性与对审构造关系以坐标说明。

在象限 II 内对审性低而裁量性高，属本质非讼事件；象限 III 内裁量性与对审性均低，其要件事实较 II 明确，裁判违法性有较强意识，虽属非讼事件，但法院宣告亲权管理权丧失，或为禁治产宣告后，受其不利益当事人产生，对审性格显现化，当事人与声请人间对审构造性现实化，因此声明不服后，即应考虑对审构造程序，而移至象限 IV。而象限 I 与 IV 对立当事人较为明确，为保裁判公平性，应行对审构造程序。象限 I 内之同居、婚姻费用分担，与象限 IV 内之亲权管理丧失、禁治产宣告不服之家事事件，虽具对审性格，但因涉及个人隐私，故不以公开法庭行之。

象限 II 因对审性低裁量权广，既属本质非讼事件，以非讼程序解决纷争并无违宪之虞。象限 IV 之裁量权低对审性强，几无非讼化可能。而象限 I 虽属对审性强事件，但因法院裁量权亦高，此部分诉讼事件非讼化倡议甚高。

三、家事事件非讼化

家事非讼事件包括本质上的非讼事件和诉讼事件非讼化两部分。所谓诉讼事件的非讼化就是指，将向来依诉讼程序处理的两方当事人对立的纷争事件，改为非讼事件，依非讼程序来处理，非讼化是指程序法方面的非讼化和实体法方面的非讼化。就程序法方面的非讼化来说，是指在程序法上缓和地采用或全不采用向来传统的诉讼程序上的种种原则(如处分权主义、辩论主义、言词审理主义等等)，而采用职权主义色彩浓厚的程序原则。从这一点看，在其程序上，比在诉讼程序上，更扩大了法官的裁量权。再者，就实体法方面的非讼化来说，是指将实体法上的法律要件及其法律效果予以抽象化、概括化，因其以抽象、概括的基准而为规定，所以法官能比较大的自由裁量权为形成权利之处分。家事非讼事件，如选定监护人事件、选任遗产管理人事件；家事事件的非讼化，原属诉讼事件，为快速解决纷争，将若干法院裁量权大的事件非讼化，如酌定亲权人事件。两者虽然均由立法赋予法院高度裁量权，但后者有对立当事人、对审性高，前者纯属非讼事件，没有此关系。诉讼事件非讼化赋予法官更大裁量空间，传统诉讼程序如全面采用处分权主义、辩论主义等诉讼对审构造，法官裁量权空间受到限缩，难以职权介入事实调查，将造成诉讼程序拖延。家事事件非讼化虽然能快速解决人民私权利争议，但程序保障比在诉讼程序更薄弱，如果将所有的家事事件均改变完全依非讼法理来处理，就会影响到宪法对当事人(尤其是因裁判受不利益的人)所保护的诉讼权(程序保障)。如何划定特别需要简易、迅速处理的，特别需要法官自由裁量的或为了公益特别需要法官介入照顾的事件，始将其非讼化。换言之，家事事件非讼的限度是不轻易剥夺当事人应受程序保障的权利。

就特定事件为非讼性或诉讼性浓淡之判定，决定其是否需求交错适用程序法理及各应适用至何程序，是必要的。此项判定原则上应依各事件的类型之不同为之，如属特别重视公益的事件类型(例如认可收养声请事件)，通常，其职权主义色彩应较浓厚，而处分权主义、辩论主义应受较大限制。如属需求迅速、简易的事件类型，在讼争性显现以前，应着重简易主义、书状主义及职权进行，但讼争性发生以后，则就对立讼争的部分事项，应偏重处分权主义及辩论主义。

第三节 设立家事裁判制度的理论依据

一、由于家事案件的标的特殊，审理家事案件程序应有别于通常诉讼程序

家事案件是由家庭关系引起的纠纷或事件。法律上讲，“家庭”是指人们基于婚姻、生育或收养而组成的共同生活组织。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。与其它的法律关系相比较，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。

家庭关系的特殊性决定了家事纠纷不同于其它民事纠纷。日本很多学者对家事纠纷有着深刻的分析和独特的见解。如高野耕一先生通过研究发现，家事纠纷与民事诉讼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。我妻荣先生则将家事纠纷的特征概括为“财产关系的合理性和身份关系的非合性”。他认为，“财产关系是合理的关系，可以用合理的一般的解决基准来对待，而身份关系是非合理的关系，家事纠纷的基础就是身份关系，其背后潜藏着复杂的人际关系，表面上看，有财产分割、精神安慰费、养育费等支付金钱的请求，其根本则是夫妻间、亲族间情感上、心理上的纠葛，即埋藏着的非合理因素。因此，为了合理地解决表面上的法律纠纷，有必要

先解决这些非合理的要素。显然，对待非合理的关系，适用合理的一般基准是不适当的。”

我国有学者把家事纠纷归类于人格型纠纷，“人格型纠纷是指与人格关联的纠纷，如婚姻、抚养、分家析产等纠纷，这种纠纷具有相当的感情特征，由于不仅有权利义务性，还有亲属性、血缘性，所以在纠纷的处理上，除了依法处理外，充分尊重当事人的意愿，进行多方面的说服等是必须的。所以婚姻纠纷的法律程序解决往往设置有调解程序，而且强调必须先经过调解。”

由此可见，家事纠纷的当事人之间存在着某种血缘或感情的联系，家中的权利与义务关系表现得相对复杂，不能简单地作出是非分明的处理，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。为达到此目的，家事裁判需要适用协商、斡旋和调解等方式解决家事纠纷，同时纠纷涉及较多的个人和家庭的隐私，不宜公开审理，等等。家庭纠纷的解决需要一种与之相符的有别于契约型关系的纠纷解决方法，这是设立家事裁判制度最基本的依据所在。用来解决其他民事纠纷的对抗式程序不适合甚至不利于家事纠纷的解决。美国学者迈克尔·D·贝勒斯认为：“对于解决争执发生后仍继续打交道的当事人之间的争执——雇主与雇员、房主与房客、夫妻、邻里及其他人之间的争执，对抗式程序是一种拙劣的方法。”比如，“不与律师打交道时，夫妻双方往往能合理分割财产、友好分手，但律师一插手情况就不同了。许多律师怂恿其当事人争夺财产的较大份额，从而造成夫妻双方互不相让、彼此敌视。”

二、家事纠纷涉及社会利益，家事裁判需要更多的干预

“家事纠纷尽管表面上纯属私人间的问题，但实质上与国家与社会的根本利益息息相关。因为家庭是社会的基本构成要素，家庭关系的稳定是社会安定的基础，家事纠纷如果得不到及时合理的解决，往往会酿成个人、家庭甚至社会的悲剧，转化为暴力的私力救济甚至复仇，对社会造成威胁。因此，国家都将婚姻家庭关系视为一种最重要的社会关系和法律关系，在处理此类纠纷时往往持慎重保守的态度，并且干预较多。”台湾学者多指出设立人事诉讼特则乃基于公益上的需要。“人事诉讼系以身份关系与能力关系为其标的，裁判结果不仅影响诉讼当事人个人之权益，更及于社会之秩序与国家之公益。”

家庭中的社会公益主要体现在哪里？庞德认为，社会公益在家庭中体现为家庭体制的安全，它属于社会体制中的社会利益。家庭体制安全的维护需要防止和消除有害于家庭关系和婚姻安全的行为。这种防止在家事司法中就体现为家事非讼事件的处理，这种消除体现为家庭关系的确认与修复（主要是家庭纠纷之解决）。

此外，随着时代的发展，妇女和儿童在家庭中的地位提高了，正如罗斯科·庞德所说，“近代的立法和司法判例已改变了对不能独立生活的家庭成员的旧有态度，法院不再使父母对其孩子们的自然权利成为他们决定的主要基础。过去常常被放在首位的父母的个人利益，今天同孩子和社会的利益相比较，几乎已放到了末位，换言之，如今，社会利益才是主要考虑的对象。”家事纠纷中往往涉及未成年人、非婚生子女的利益以及老年人和妇女的权益保护问题，属于社会利益和弱者权益保护范畴，必须由国家承担责任，以特殊方式加以保护。近年来，世界各国为保护妇女、儿童和老年人权益，加强了法律调整和干预的力度。比如，联合国人权委员会在它的两项一般评论中均将“儿童的首要利益”作为解决婚姻案件的准则。更重要的是，这一原则不仅得到了国际社会的普遍接受，并且在解决有关儿童问题时，该原则被作为解决相关法律条文的依据。为了应对家庭暴力，目前全世界有 40 多个国家制定了单项家庭暴力法。依据单项立法，相关救助包括免受暴力和暴力威胁的保护、对受害女性的安全的保护、对她的子女和财产的保护以及帮助她继续自己的生活不再受进一步破坏的援助。

为保护社会公益、家庭利益及家庭中弱者的需要，从程序法角度来说，家事裁判须兼采干涉主义限制当事人处分权，主要表现为职权探知主义和检察官以当事人或参加人的身份参与家事审判。台湾“司法院”为保护家事事件中未成年、禁治产人等弱势当事人，在家事事件法草案中设立“程序监理人”制度，对于这些没有能力或行使权利有困难的当事人，法院将专门帮他们选任一位程序监理人，全程协助和维护弱势当事人的权益。以上这些干预在其他民事诉讼中是不需要的。为保护社会公益设立单独的家事裁判制度已成必须。

三、从司法效率和质量的角度考虑，纠纷解决应类型化

人类几千年的生产经验告诉我们，对纷繁复杂的工作进行专业化分工，将有利于此项工作更好地完成。波斯纳在分析劳动分工的功效时作过这样的描述。“一个用一半时间当医生一半时间当律师的人所生产的医疗和法律服务肯定低于与之能力相当的两个分别专职从业者所生产的服务总量的一半。用全部时间从事同样工作的人们总比将其时间分开以从事不相关的工作的人们更容易将工作做好。”在司法领域也存在着如何将有限的司法资源在各类纠纷中有效地配置，以达到纠纷解决效果“最优化”的问题。美国学者桑德（Sander）主张应该根据不同的纠纷类型分配解决纠纷的程序，以此实现纠纷解决的效率化。现在我们有了刑事诉讼、民事诉讼和行政诉讼的区分，并在法院设置了专门的庭室，由固定的人员来处理某类案件，但这还不够。现代社会的高度复杂化对纠纷解决机制的专业化提出了新的挑战，它要求我们在民事案件中作进一步的划分，按照其中各类案件的特点和需要，设置专门的诉讼制度加以处理，不同类

型的案件应适用不同的程序。“家庭冲突是一种独特的冲突类型。它的起因、它的尖锐化、它的扩及非参与人、以及它的形式还有它的和解，都是独一无二的，也是其它冲突的相应特征所无法相比的。因为家庭纠纷是在一个有机整体的基础上展开的，这个整体是在众多内在和外在的联系中生长起来的。”因而，针对家事纠纷应适用特殊的家事裁判制度。

四、现代社会生活的复杂化和社会的高度分工要求法律活动的专门化

从国内外的历史经验来看，随着社会分工、特别是市场经济条件下的高度社会分工的发展，法律机构会发生一种趋势性的变化，即法律的专门化。法律专门化在此可以有三种并不必然分离的含义。首先是社会中从事法律事务的人员的专门化；其次，伴随着法律事务人员的专门化而有法律机构具体设置的专门化；第三表现为相对独立的法律机构运作。司法活动的专门化是一个历史的演进过程，是与社会劳动分工的增加、社会生活复杂化的趋势相联系的。在昔日，法律的机构之所以比较简单，司法执法人员之所以不必须接受专门的训练，概括其原因，是由于社会生活比较简单，社会生活中发生的纠纷以及所涉及的问题一般来说是可以为社会大多数人所理解，并可以依据社会中普遍习惯的行为规则做出判断的；而且这些规则无论我们是否将之定义为法律，实际上起到了规范人们行为的法律作用。由于这时法律活动与日常社会生活的联系比较紧密，法律常常是对社会习惯或惯例的承认，因此人们无
需职业训练也可以依据常识作出比较恰当而又相当有效的“判决”。

随着社会分工的增加，社会生活的复杂，司法活动专业化就出现了。首先出现了专门的“司法”人员，以后，更出现了专门的机构。而到了现代以后，法律人员的专门化现在已基本为现代社会接受为一种社会生活的必需。特别是社会分工日益细致化的今天，人们在一定程度上是生活在他或她的现实世界中，而他或她的世界与他人的生活世界不像农业社会那样具有普遍性和一律性(uniformity)。尽管有各种现代传播媒介可以提供大量的其他人生活世界的信息，但在没有经验（作动词用）的情况下，人们在很多时候是无法对其职业和生活世界以外的问题有深刻、真切和比较全面的了解的，对于他或她的生活世界以外的知识和判断，人们愈来愈依赖于各种权威、专家和学者。

我国目前正在建立社会主义的市场经济，劳动分工和专业化的程度也必然随之加强。作为法律这个职业也必然会更加专业化。同时市场经济的发展也要求法律职业更加专业化。从社会经济生活发展的大背景来理解，可以说司法活动专门化是现代社会中社会分工在法律领域的体现，是法律活动职业化和专门化的一种特定形式的延伸。

各国现代民事司法制度不断分解，走向司法分工与司法专业化的道路。例如，法国的大小审法院、商事法院、劳资法院、农村租约对等法庭及其各自适用的程序，美国的交通法院、税务法院、家庭法院、小额法院及其特别程序，香港的劳资审裁处、土地审裁处、小额钱债审裁处及其特别程序。我国改革开放以来，法院机构已有相当的变化，例如先后设立了经济审判庭、行政法审判庭；一些城市的法院建立了青少年法庭，甚至出现了专门的知识产权法庭。这些变化体现了法律活动的专门化的增强。但是家事裁判似乎并没有引起理论界和司法界的重视，既没有完整、系统的家事裁判程序，又没有设立家事法庭和配备家事法官。现实生活中家事纠纷的增加和复杂化，以及新型家事纠纷的出现为家事事件的专门化提出了要求。

第二章 世界各国（地区）家事裁判制度的比较

第一节 各国（地区）的家事裁判制度

一、德国

德国的家事审判程序规定在民事诉讼法典第六编，1877 年民事诉讼法公布至今，第六编是修改得最频繁也最多的一编，总体趋势是：家事审判程序的内容不断得到扩充，相关编名及涵盖的家庭事件的范围不断扩大，大致历程如下：

（1）1877 年民事诉讼法公布时，第六编的标题是“婚姻事件与禁治产事件”，分为两章。第一章是“婚姻事件的诉讼程序”，第二章是“禁治产事件诉讼程序”。第一章中的所谓“婚姻事件”，是离婚之诉、婚姻无效之诉、婚姻不成立之诉、同居之诉，还包括别居之诉。

（2）1898 年修改后，第六编标题是“婚姻事件、确定亲子间的法律关系与禁治产事件”，分三章，第一章“婚姻事件的诉讼程序”，第二章“确定亲子间的法律关系的诉讼程序”，第三章“禁治产事件的诉讼程序”。第一章规定的“婚姻事件”包括离婚之诉、婚姻无效之诉、撤销婚姻之诉、确定当事人间婚姻成立或不成立之诉、同居之诉。

（3）以后经过 1969 年 8 月 16 日《关于非婚生子女的法律地位的法律》，1976 年 6 月 14 日《婚姻与家庭法的第一次修改法》和 1976 年 7 月 2 日的《收养法》修改，编名改为“家庭事件、亲子事件、抚养事件、禁治产事件”。第一章标题改为“家庭事件的程序”，把原来的“婚姻事件”扩大为“家庭事件”，并分为四节（第一节，“婚姻事件的一般规定”；第二节，“其他家庭事件的程序”；第三节，“离婚事件与离婚后事件”；第四节，“宣告婚姻无效之诉和确认婚姻存在与否之诉”）。这次修改于 1977 年 7 月 1 日生效。

（4）1997 年，随着德国民法典的各种修改，德国民事诉讼法也随之作了很大的修改，特别是第六编。取消了禁治产事件而把亲子事件和抚养事件都并入家庭事件。把编名改为“家庭事件程序”，分为六章：婚姻事件程序的一般规

定、其他家庭事件程序的一般规定、离婚事件与离婚后事件和程序、撤销婚姻与确认婚姻存在与否的程序、亲子事件程序、抚养的程序。其中在婚姻事件中取消了“婚姻无效之诉”。

德国在 70 年代中期以前，并没有统一处理家事事件的家庭法院。当时解决家庭纠纷的方式有两种：（1）由普通法院依第六编之特别诉讼程序（亦即人事诉讼程序）处理家事诉讼事件；（2）由监护法院与遗产法院处理非讼事件。德国家事诉讼案件审理程序呈现如下特色：（1）采和解前置主义；（2）采审理不公开原则；（3）采检察官干涉主义；（4）限制辩论主义而采职权调查主义；（5）有关认诺或自由之效力受限制，由法官依自由心证决定，禁止缺席判决；（6）离婚撤销及回复婚姻之诉得合并；（7）既判力之扩大；（8）假处分之规定，法院得基于当事人之声请，在诉讼进行中，就配偶之分居、相互间之扶养、诉讼费用之预付及共同子女之扶养与监护为假处分。除诉讼案件由普通法院管辖外，另设监护法院及遗产法院，依非讼案件法处理与监护继承有关之家庭事项。应指出的是，监护法院与遗产法院属于初级法院（Amtsgericht）的一个分部，而非独立的法院。事实上，两法院所处理事项只不过遵循了非讼程序的某些原理与规范，就所处理事件本身而言，并非真正的非讼事件，而大部分是具有讼争性的诉讼事件。

自 1971 年以来，德国立法机关采取措施由传统四级民事法院结构向三级法院结构转变。1977 年家事法庭成为地方法院的一部分，家事法庭的裁判可直接上诉到高等法院。州法院内设有家庭案件和青少年案件的专门法庭。更多的改革建议关注有关父母子女案件的程序，根据 1996 年 2 月 28 日的法案，家庭法院（家事法庭）的司法管辖权将会不断得到扩展。

德国 1877 年民事诉讼法公布时，就规定了检察官全面参与婚姻事件的制度，后几经修改，1976 年修改时，只保留检察官对确认婚姻无效之诉和确认婚姻存在与否之诉的参与权，1998 年完全取消了检察官参与的制度，规定了行政机关参与的制度。

二、日本

日本于 1898 年制定了《人事诉讼程序法》，采用与民事诉讼程序分立的体例。该法公布后，多次进行修改，但基本内容没有大的变化。从内容上看，包括婚姻案件的程序、收养案件的程序及亲子关系案件的程序。人事诉讼程序法是普通地方法院审理家庭法院转来的人事诉讼案件时所应遵循的程序法。人事诉讼程序法具有以下特别的规则：（1）检察官对于一定之人事诉讼事件（如撤销婚姻之诉），得为原告提起诉讼；（2）排除辩论主义。裁判所应依职权调查证据，而且得斟酌当事人未提出之事实；（3）关于裁判上之自认不适用。纵然已有自认，亦得调查证据；（4）排除关于请求之认诺规定之适用；（5）判决之效力及于第三人。

1945 年第二次世界大战结束，日本制定新宪法，公布个人尊严及两性平等之原则，于是历来建立在家父长及家制度之亲族法及继承法均遭全面修改，日本政府为准备各种法制之改革，于 1946 年，设临时法制调查会，并在司法部设司法法制审议会，共同审议民法之改正，并议决“民法改正要纲”，在要纲第四十二条建议设立处理亲族继承事件之家事审判制度，将原有之家事审判所法律调查委员会改组，议决“家事审判法要纲”。政府根据此“要纲”作成“家事审判法案”，于 1947 年与民法修正法案同时提出于国会，经两院通过后，公布为法律第一五二号，于次年一月一日开始施行。家事审判法对于家庭事件规定了审判程序与调解程序。在家庭关系案件中，人事诉讼案件以外的涉及离婚财产分割、子女监护人的确定、抚养费的负担、婚姻费用的分担等争议是依照家事审判程序由家庭法院审理和裁判，但是，其中一部分争议限于与离婚诉讼的牵连，又可以在地方法院审理和裁判。象离婚、婚姻无效、亲子认定等案件，应首先在家庭法院申请家事调停，通过调停解决纠纷。家事调停不成立的，改为通过诉讼加以解决的，应向地方法院提起诉讼，地方法院依人事诉讼程序法审理。

制定家事审判法之初，在地方裁判所内特设支部作为家事审判的国家机关，称为家事审判所，于 1948 年依裁判所法改置家庭裁判所。日本的家庭裁判所是将家庭审判所由地方裁判所独立后与少年裁判所合并而成立的。日本成立家庭裁判所，旨在个别的、具体的妥善处理家事事件与少年案件，故将家庭裁判所分为家事部与少年部分别处理有关业务。已如前述，家庭法院的管辖权限极为广泛。“其重要机能，除对家事事件以审判、对人事诉讼事件及其他家庭纷争以调停处理外，尚有家庭相谈设施，在审判或调停手续开始前，应当事人之需要为家事协谈，在审判或调解手续终结后，为确保家事债务之履行，得为必要之处分。为实现民法规定之家族关系体制，为保护指导家庭及其成员，在现行身份新秩序中，家庭裁判所发挥其重要之机能。”家庭法院的运作方式与传统法院有异，其特色体现有：个别性、科学性、社会性、重视事后处理、大众性、非形式性、非公开性。

日本的家庭法院由法官、书记官、调查官组成，还设有处理事件之辅助机构，如医务室（有医师、护士），家庭科学调查室、参与员、调解委员（由社会贤达担任）及家庭裁判所委员会（由民间有识人士组成）协助家庭法院的运营。法官一方面应保障家事事件关系人与少年案件问题少年的权利，以发挥其应有的司法机能，另一方面，则为解决纠纷，理应运用各种科学知识以便发挥个别的、具体的妥善处理业务的机能。因此，家庭法院的法官，不但应该是优秀的司法官，而且应具有能洞察关系人行动的能力，又就心理学、社会学、教育学、精神病学等有关人的关系的科学，有某

种程度的认识始可。家庭法院的书记官则掌理有关事件的记录及文书的制作与保管，并依其他法律规定的事务外，就家事事件，承法官之命，调查法令、判例以及其他一切必要事项。调查官分为家事调查官和少年调查官，掌理有关事件的调查。

日本人事诉讼程序法规定，对于婚姻案件、收养案件和亲子案件，检察官可以作为当事人提出诉讼，为了维持婚姻，检察官即使不作为当事人也可以提出事实和证据方法，对已经判决的案件，检察官可以提出上诉。

三、法国

法国新民事诉讼法典第三卷“某些案件的特别规定”中，主要是关于家庭案件的司法程序的规定，涉及的案件主要有婚姻关系案件、亲子关系案件、收养关系案件、监护案件、夫妻财产关系案件。具体包括：自然人的国籍，身份证书，民事登记薄，失踪，赡养义务与分担婚姻负担，离婚与分居，亲子关系与补助费，有关被遗弃儿童的申报，收养，亲权，未成年人的保护制度，夫妻财产制，继承与赠与等，这些家事案件既有诉讼案件，又有非讼事件。法国民法典第一卷第六编第二章也规定有“离婚的程序”。法国特设有商事法院与劳资纠纷调解法庭等专门司法机构，但没有专门的家事法院。家事案件由大审法院管辖，大审法院是审理民事案件的第一审法院，法律没有规定由其他法院管辖的所有民事案件都可以由大审法院管辖。在大审法院审理的民事案件中，家庭纠纷案件和合同纠纷案件的比例最大。民法典第 247 条第 1 款规定，审理民事案件的大审法院唯一有管辖权对离婚及其后果作出宣告，由此可见，离婚案件专属大审法院管辖。

法国配备了专门的家事法官进行家事司法活动。离婚案件和少年刑事案件的审判有专门的离婚案件审判官和少年刑事案件审判官担任审判，只有人数比较少的大审法院才由一般法官担任。民法典第 247 条规定，大审法院委派该法院一名法官负责家庭事务案件，该法官更为关注保障未成年子女的利益；该法官对宣告离婚有管辖权，无论离婚原因如何。法官得将符合审理条件的案件移送合议庭审理。不论离婚原因如何，对宣判离婚以后行使亲权的方式与变更抚养费以及决定将子女托交第三人照管，家事法官唯一有管辖权。民事诉讼法典第 1074 条规定，除民法典第 247 条赋予的权力外，家事法官的任务是在诉讼之前或诉讼过程中在夫妻之间试行和解，家事法官是审前准备法官，亦行使紧急审理法官的职责，必要情况下，家事法官对无管辖权抗辩作出裁判。

法国民事诉讼法规定了检察机关以从当事人的身份参与家事诉讼。涉及亲子关系、未成年人监护安排、成年人监护的设置与变更的案件，应当通报检察院，检察院对向其通报的案件有权就法律适用问题提出意见。

四、英国

英国于 1973 年制定了《婚姻诉讼法》，1984 年又制定了《婚姻和家事诉讼法》。英国是个多法域国家，包括英格兰和威尔士、苏格兰、北爱尔兰、海峡群岛和马恩岛五个法域。限于资料的限制，仅对英格兰和威尔士、北爱尔兰加以介绍。

英格兰和威尔士的郡法院是地方的法院，一些收养儿童、监护和无答辩的离婚案件由郡法院受理。高等法院的三个庭中，其中之一为家事法庭，家事法庭是在 1971 年由原来的遗嘱、离婚和海事法庭改组设立的，由于海事案件已转入王座法庭，所以更名为家事法庭，由庭长及大约 16 名法官组成。家事法庭主要管辖离婚、婚姻无效、别居、抚养、同居请求、婚生宣告等事项。20 世纪 50 年代起，当时离婚请求的增加使得现有人数的高等法院法官无法应付。尽管当时感到离婚很重要，不应由郡法院法官处理，但还是有一些郡法院法官穿上高等法院法官的制服处理此项工作。从那以后，立法已经使离婚变得容易，更多的离婚案件由巡回法官自己开庭审理，只有较复杂的才送交高等法院家庭部。

北爱尔兰的初级法院包括郡法院和地方法院，郡法院设有家事看护中心（Family Care Centres），由三名郡法院法官组成，负责依《1995 年（北爱尔兰）未成年人令》提起有关未成年人抚养或福利的申请或上诉。地方法院包括青少年法院和家事诉讼法院。北爱尔兰的高等法院也由三个法庭组成，家事法庭是其中之一。家事法庭审理的主要案件包括：（1）婚姻事项（比如离婚案件、裁判分居及其他附带事项，如对婚生子女监管、探视纠纷、抚养令[financial provisionorders]）；（2）收养；（3）未成年人的监护；（4）根据《1995 年（北爱尔兰）未成年人令》提出申请；（5）有关精神病人的事项（处理因精神不健全、需要司法保护的人之有关事项）；（6）无争议遗嘱检验案件（如核准或撤销遗嘱、遗产管理证书）。

英国法律规定检察长有权参与确认婚生和非婚生子女合法身份的案件，当事人在向法院提出申请之前一个月，必须将申请书和正式方面陈述的副本提交给有管辖权的检察长。此外，在解除婚约或婚约无效的诉讼中，检察官也起着重要的作用。他可以主动或根据法院的邀请而介入这类诉讼，这主要是为了防止同谋勾结或作为法院之友协助法院论述法律的要点，特别是在无争论的案件中产生重要法律问题的情况下。爱尔兰法不承认离婚，因而没有与英格兰检察官介入此类案件相类似的情况，虽然婚姻无效的诉讼被允许存在，但事实上很少发生。

五、美国

1970 年美国全国统一州法委员会颁布、1974 年美国律师公会代表会赞同的《美国一九七〇年统一婚姻及离婚法》于第二部分、第三部分、第四部分分别规定了有关婚姻、离婚和监护的程序。各州也针对家事案件通过不同的形式规定了家事诉讼程序，如《伊利诺州维恩郡巡回法院办事规程》第 10 条分 16 项对家事诉讼事件（domestic relations actions）程序进行了规定，1970 年 1 月 1 日生效的《加利福尼亚州亲属法》规定了有关家事事件程序，《芝加哥库克郡巡回法院办事规程》第十五章规定了离婚事件程序，马里兰州的《家事法》规定了婚姻案件的程序，《遗产与信托法》对监护案件作出了规定。

美国法院有联邦与州两个法院系统，多数民事案件由州法院受理，其中包括家事案件。在美国，很早就设立有特别裁判所及特别程序，合并处理少年事件及有关家庭事件。美国少年裁判所依其经验，认为少年问题与其家庭的成年人问题有密切关系，在合理处理少年事件时也有解决相关家庭事件的必要，因此少年裁判所的管辖权扩大及于与少年有关的成年人事件。1910 年纽约州的水牛城，为实际解决有关家庭纷争的家庭刑事案件，在市裁判所设置家事裁判部（Division ofDomestic Relations），专门处理有关事件，此制度后来被芝加哥及其他城市采用，于是掌管遗弃、扶养懈怠等家事事件及刑事事件的裁判所逐渐出现。由于同州内数种裁判所间发生管辖权竞合，而有统一家庭裁判所之运动。推动此运动最有力并予理论根据者为 Pound 社会法学派（Socialogical jurisprudence）。受此法学影响之少年裁判所发展了“社会化之程序”（Socialized Procedure ）及“个别化之裁判”（individualized justice），换言之，以法律及其他科学如医学、生物学、心理学、社会学等，协同把握对象之个性，并予以适当处置之裁判制度。更进一步，以治疗代替惩罚的少年裁判所观念及方法，适用于家事事件上。

1914 年，俄亥俄州的辛西那提市设立家庭裁判所（Court of Domestic Relations），除收养事件及与子女无关之扶养懈怠事件外，所有少年事件及家庭事件（包括离婚、赡养费）均归其管辖，可谓美国设立家庭裁判所之先驱。同州各市先后仿效，影响至各州，均以 Family Court 或 Court of Domestic Relations 之名称设立独立之家庭裁判所或属于普通裁判所之一部分。各州均设有大小不一，但具备家庭裁判所实质的各种裁判所，其名称及管辖也不尽相同，但仍可作如下分类：

（1）管辖少年事件及离婚、遗弃、扶养懈怠、少年非行及有关监护之成年人案件，例如俄亥俄州之特拉勒市之 Family Court Center 即是。

（2）管辖离婚外所有有关少年之事件，例如科罗拉多州登波市之少年裁判所。

（3）管辖少年事件及限定之成年人事件，例如维吉尼亚州之家事裁判所。

（4）管辖少年事件、离婚事件以外之扶养懈怠、遗弃、非婚子女及对少年之特定犯罪，例如芝加哥家事裁判所。

（5）由市或地方裁判所管辖少年及家事关系事件，如费城之裁判所。

1917 年全国观护协会（National Probation Association）对于家庭裁判所之设置，认为以下事项应属于家庭裁判所管辖：（1）遗弃及扶养之懈怠；（2）非婚生子女扶养事件；（3）少年错失行为及需监护之少年以及助成少年犯罪之成年人刑事事件；（4）收养及监护；（5）离婚及赡养费。

20 世纪 60 年代，美国掀起了成立独立的家庭法院运动，在这一运动的影响下，家庭法院承担了大约三分之一的司法工作量。这些法院由对此类问题有兴趣或有特殊才能的法官、社会工作者及其他专家组成。较之普通法院，家庭法院所采用的程序规则更为灵活可变通，较少具有对抗性（减少人们的敌对态度），比起其他与此无关主要以解决冲突为目的的法庭来，它会提供更多的职业帮助。目前这一目标还未在美国所有的州全面实现，在大约十二个州内，独立的家庭法院系统目前处理着所有的家庭法律问题，但是，该系统远远没有统一化，而且未必接近理想状态。另外，许多州和城市把家庭问题分配给那些州的普通法院的独立部门受理。家庭法院在州法院系统中属于正式的初审法院，与地区、县或市镇法院、青少年法院、遗嘱检验法院及刑事初审法院并列。治安法院作为非正式的初审法院，也对家庭纠纷享有初审管辖权。

独立的家庭法院审理的标的主要包括：结婚的资格、婚姻的效力、宣布婚姻无效、法定分居、非婚生子女地位、推定父亲、婚姻关系存续期间的配偶及子女扶养、亲权、收养、离婚、离婚后的配偶扶养、子女监护、探视，家庭暴力、家庭犯罪（包括婚内强奸、虐待、遗弃配偶、子女）以及青少年犯罪等问题。1993 年，美国律师协会考虑子女与其家庭对法律的需要，推荐下列原则作为法院改革的基本原则：所有涉及家庭与子女问题的案件根据通常的管辖划分；在同一管辖区域内应合并至最高法院所属的同一法院系统，审理此类案件的法院应负责为这些孩子和他们的家庭提供他们所需的法律服务和帮助。法院应具备适当的资源（包括经济能力和称职的工作人员）来完成其职能。在家庭法院工作的法官必须具有审理此类案件的经验，并经常能在审理不同案件中作出最合理的判决。

美国家庭法院的特色，不仅在于有关家庭事件由此集中管辖，而是家庭法院在特定的理念下，依特别组织及程序作出裁判。家庭法院分类受理家庭案件，除当事人希望即时由法官审理的案件外，均不必移送于法官，由受理案件的

官员就在此部门，以个案作业非正式之方式处理。家庭法院如欲以“诊断及治疗”为目标，为个别化之处置，则社会调查不可或缺。就各事件收集资料，作为客观及具体妥当解决之根据。家事事件在必要时也应从医学、精神医学、心理学方面，由专家鉴定事件关系人的身心，这些工作可由家庭法院所属的医院或委托其他医师为之。家庭法院通常由受理案件的工作人员、调查官或观护官担任和解工作，有些家庭法院设有婚姻协谈人员，不但在受理或调查阶段或各案作业中，甚至法官审理途中，如认为有和解的希望，得移送事件于婚姻协谈人员。担任此职务者，并不是专业法官，而是由有个案作业专门技术的职员担任。

六、澳大利亚

澳大利亚的家事裁判程序主要集中规定在《1959 年联邦婚姻案件程序法》和《1975 年家事法案》(Family LawAct)。《1959 年联邦婚姻案件程序法》曾将有关家事案件的管辖权授予州法院，后来，澳洲根据《1975 年家事法案》专门创设了联邦家庭法院（FCA），该法院属于联邦高等法院。联邦的主要城市及其他一些地区都设有家事法院。全国共有家事法官 80 余位。

澳大利亚的家事法院主要对下列事项享有管辖权：有关离婚和确认婚姻无效的案件；有关子女的监护和探视问题；配偶、子女的扶养（抚养）问题；夫妻财产分割问题等。

《1975 年家事法案》规定了家事案件处理的顾问和注册官制，顾问一般是那些在某一社会科学领域中有专长的人，他们履行两项职责：首先，他们有义务向法庭提交涉及本案家庭成员间关系的“家事报告”，以此帮助法官对子女监护和探视问题作出裁决。其次，他们试图通过与夫妻双方进行座谈解决争议问题。这同样是具有法定资格的注册官的职责，他们也力图通过商谈的方式解决有关抚养和财产争议。当然，这些会谈都是秘密的，谈话内容不得作为诉讼证据。

1975 年以来，联邦家事法院积压的案件不断增多，注册官原先只需要履行行政管理职能，而近年来为了节约法官的时间他们还必须处理解除婚姻和诉讼中的事务。因而很多注册官一夜之间成了准法官，他们履行着司法或准司法职责，负责与当事人双方就抚养问题和财产事项进行会谈。

家事法院在审理家事案件中，积极促成当事人和解，《1975 年家事法案》第 14 条第 3 款规定，法官在审理时，必须考虑当事人双方和解的可能性。如果法官在庭审举证或从当事人的态度中，认为存在着合理的和解可能性，他可以：A 中止诉讼程序并给予双方当事人庭外和解的机会（此时，法官可以建议当事人向法庭和儿童顾问机构寻求帮助或者由合适的家事法庭官员任命适宜的人或组织为达成合意提供帮助）；B 在双方当事人同意的情况下，由法官主持调停（是否需要法律顾问参与，由法官决定）；C 如果法官在中止诉讼后，任何一方当事人需要继续审理，法庭必须恢复庭审。第 4 款还规定了代表任何一方的开业律师都必须考虑双方和解的可能性。第 19 条规定，法院可以应有关当事人的请求而进行，这些当事人包括：儿童的父母或养父母；儿童；婚姻关系的一方或是与诉讼当事人一方有争议并向家事法院提起要求调停人帮助的人。

七、韩国

韩国于 1990 年 12 月 31 日公布了《家事诉讼法》，规定了总则、家事诉讼程序、家事非讼程序、家事调解、履行之保证以及罚则。此外，大法院 1990 年 12 月制定、1998 年 12 月修订的《韩国家事诉讼规则》明确了家事调查官的职责，并对《家事诉讼法》中的上述内容作进一步的补充和解释。

韩国在汉城设有家庭法院，专门处理家事事件，在其他地方则由一般法院的家事部负责处理家事事件。家庭法院与地方法院同处一个级别，位于大法院、高等法院之下，属于基层法院。

家庭法院办理家事诉讼案件和家事非讼案件，其程序上适用家事诉讼法的规定，对于家事诉讼法没有规定的事项，适用民事诉讼法和非讼案件的程序法。家庭法院的法官与地方法院的法官具有相同的任职资格，都必须从符合下列各项条件的人中任用：（1）司法考试合格，完成司法研修法院所定课程者；（2）具有检察官、律师资格者。

八、台湾地区

1973 年“行政院”命令公布家事事件处理办法以前，家事事件的处理根据民事诉讼法的人事诉讼程序。现在台湾有关家事案件的司法程序主要有四类法源：民事诉讼法第九章、家事事件处理办法、非讼事件法、法人及夫妻财产制契约登记，其中，家事事件处理办法涵盖的范围最广。归纳起来，台湾为处理家事事件设有四种由法官运作的程序：其一是调解程序，就配偶、直系亲属、四亲等内之旁系血亲、三亲等内之旁系姻亲、家长或家属相互间因财产权发生之争执事件，要求适用调解前置程序（民事诉讼法第 403 条第 1 项第 10 款），由简易庭法官行之（第 406 条第 1 项）；又此项程序亦准用于离婚事件、夫妻同居请求事件及终止收养关系事件（第 577 条、第 588 条），但在设有家事法庭的地方法院则由该庭法官担任（假释事件处理办法第 3 条、第 5 条第 2 项）；此外，家事事件的当事人亦可任意申请调解（民事诉讼法第 404 条）。其二是人事诉讼程序，适用于婚姻、亲子关系、禁治产及死亡宣告等事件（民事诉讼法第九编）。其三是由地方法院法官所行一般民事诉讼程序，适用于未能依上述规定成立调解之家事事件及其他家事事件，诸如经当事人迳提起诉讼之因婚姻关系、亲子关系及继承关系所生财产上纷争事件。其四是设家事非讼程

序于非讼事件法之普通法，适用于有关夫妻财产制登记、监护、收养、继承及其他有关父母对于未成年子女权利义务行使负担等事件，此外并无为其另设专法（非讼事件法第二章相关规定）。

家事事件处理办法第 3 条规定，地方法院设家事法庭办理家事事件，由此可见，台湾并无独立的家事裁判机关，仅在地方法院内设专业法庭，称为家事法庭，象少年法庭、交通法庭、财务法庭一样，为地方法院的一部分。至于家事法庭的成员，依家事事件处理办法第 4 条的规定，可分为：（1）法官，依该办法，家事法庭置法官若干人，担任事件的调解及裁判。法官三人以上者，置庭长一人，由法官兼任，综理全庭行政事务。担任家事事件的法官，经遴选对家事事件有研究并且资深者充任，候补法官及未曾结婚的法官，原则上不得承办。（2）书记官，依该办法，家事法庭配置书记官若干人，办理记录事务。配置书记官在五人以上者，得指定书记官一人为科长，综理有关书记官事务。（3）该办法又规定法庭配置通译、录事、执达员、庭务员、工友各若干人。

台湾“法务部”为了贯彻民法、儿童福利法、少年福利法、非讼事件法规定检察官得参与民事及非讼事件之立法意旨，规定了《检察官参与民事及非讼事件注意要点》，该要点所称的民事及非讼事件，除法人事件外，均为家事事件。检察官参与的家事事件主要有死亡宣告事件，禁治产事件，选任遗产管理人事件，保存遗产事件，选定监护人及指定监护方法事件，宣告停止监护权事件及宣告终止收养关系事件。

第二节 各国（地区）家事裁判制度的比较与评析

从国外和台湾地区家事裁判制度的情况，我们可以看出，它们的家事审判的专门化可以说走在了中国大陆的前列，下面将就国外家事裁判制度作出比较评析，目的在于深化对家事裁判制度的认识，发现各国制度的共性与差异、优势与不足，确认该制度的发展趋势，确定较为理想的类型模式，为我国家事裁判立法与司法提供可资借鉴的信息帮助。

一、各国（地区）家事裁判制度的差异

从各国（地区）家事裁判制度的发展及现状，我们可以看出，尽管各国经济、文化发达程度及历史传统各不相同，但都注意到了家事纠纷的特殊性，都将家事案件作为一种特殊类型的案件适用适合纠纷自身特殊要求的程序审理，但各国家事裁判专业化程度各不相同，在家事裁判程序法的制定、家事法院的设立、家事法官的配置和其他科学的应用程度等方面存在着很大的差异：

1、从家事裁判程序法的制定情况来看，立法例各不相同。法国将家事审判糅合到民事诉讼法典中，德国、中国台湾分别以“家庭事件程序”、“人事诉讼程序”命名单编规定于民事诉讼法典中，日本单独规定了家事审判法和人事诉讼程序法，韩国也单独规定了家事诉讼法；相比较而言，英美法系国家没有大陆法系国家这样明确的理论体系和系统的成文立法，在判例法传统的影响下，家事案件的司法程序规则由法院制定和掌握，或者散见于统一家庭法、结婚法、离婚法以及各州的地方性法规中。

2、从家事法院的设立情况来看，德国并没有设立统一的家事法院，只是在地方法院设有家事法庭；法国也没有就家事案件设立专门的家庭法院，家事案件由大审法院管辖；台湾在地方法院内设立家事法庭，韩国只在汉城设有单独的家事法院，美国的家事法院出现较早，且逐渐在全美得以普及统一化，日本设置有统一的家事法院。

3、从家事法官和其他相关人员的配置以及其他学科的运用情况来看，日本和美国似乎走在了其他国家的前列，日本的家庭法院不仅有法官、书记官，还设有医务室、家庭科学调查室、家庭裁判所委员会协助家庭法院的运营，家庭法官在裁判案件时还注意心理学、社会学、教育学、精神病学等有关人的关系的科学的运用；美国也注重法律及其他科学如医学、生物学、心理学、社会学等的综合运用，更进一步，以治疗代替惩罚的少年裁判所观念及方法，也适用于家事事件上。

4、家事裁判主管的案件范围不同，就大陆法系和英美法系而言，大陆法系国家的家事案件范围仅包括与家庭有关的民事案件，不包括刑事案件，而英美法系国家所称的家事事件范围却较为杂乱，既有民事方面的（如离婚、收养、监护、抚养等案件），又有刑事方面的（如家庭暴力犯罪、虐待儿童案件、未成年人违法案件以及其他家庭犯罪案件等）。就大陆法系各国之间，日本和我国台湾地区的家事案件范围较广，包括人事诉讼事件（婚姻事件、亲子关系事件）、与家庭身份有关的财产关系案件以及家事非讼事件，法国民事诉讼法规定的与家庭有关的案件主要有婚姻关系案件、亲子关系案件、收养关系案件、监护案件、夫妻财产关系案件，既有诉讼事件，又有非讼事件（如宣告失踪）。德国的家事事件主要包括：婚姻事件、亲子关系事件、扶养（抚养）事件、夫妻财产制诉讼、离婚事件。

5、是否规定了检察官参与制度以及检察官参与家事诉讼的程度不同，德国民事诉讼法曾规定了检察官参与婚姻事件的制度，于 1998 年民事诉讼法修改时以行政机关参与制度代替了检察官的参与；台湾规定了检察官参与家事事件的制度，参与的事件主要是家事非讼事件；法国民事诉讼法规定了检察机关以从当事人的身份参与家事诉讼，主要是亲子关系、未成年人监护安排、成年人监护的设置与变更的案件；日本人事诉讼程序法规定了检察官参与婚姻案件、收养案件和亲子案件，并可以提起上诉；英国法律规定检察长有权参与确认婚生和非婚生子女合法身份的案件，此外检察官可以主动或根据法院的邀请而介入解除婚约或婚约无效的诉讼中。

二、各国（地区）家事裁判制度的优劣及理想模式的选择

就前述德国家事司法的状况来看，德国的家事审判程序制度基本上是完备的，但家事司法机构的设置，并没有实现统一化，地方法院和州法院都有一定的家事案件的管辖权，此外，对家事法官以外的其他专业人员的作用和其他学科的综合运用认识不足，德国的家事裁判制度尚有许多地方有待完善。法国民事诉讼法已经注意到了家庭案件对程序的特殊要求而给予专章规定的作法值得肯定，但司法机构尚处于欠缺状态，只是配备了家事法官参加到家事司法中来。总之，法国的家事司法离专业化的距离较远。英国虽然在传统的法院体制下作出了一些专业化中国政法大学博士学位论文 家事裁判制度研究的分工，但其难以冲破固有传统的藩篱，在家事司法统一化方面谨小慎微。美国注重法学与相关专业如医学、社会学、心理学等专业方法在家事裁判中的运用，而全国家事司法机构不统一，也没有标准的家事审判程序法。

日本的家事裁判制度比较完善，有《人事诉讼程序法》和《家事审判法》规范审理程序，也设置了统一的家庭法院，配备有相当充足的工作人员。可以说，日本的家事裁判制度专业化程度走在了各国前列，但还有有待完善的地方。比如，在日本，家庭纠纷案件中涉及人的身份的诉讼，如离婚、婚姻的无效或撤销以及亲子认定，原则上在起诉之前必须向家庭法院申请家事调解。如果调解不成立，改为通过诉讼解决的，应向地方法院提起诉讼。这样以来，一件家庭关系的案件将分为两种程序，即家庭法院的调解程序和地方法院的人事诉讼程序，从而没有把这两种程序联系起来，造成两种程序的不协调。而且，除有关人事诉讼以外的其他家庭纠纷案件，如涉及离婚财产分割、子女监护人的确定、抚养费的分担、婚姻费用的分担等争议是依照家事审判程序由家庭法院审理和裁判，但是，上述的一些纠纷如果和离婚诉讼有关，则又可以由地方法院审判。这样家庭法院和地方法院之间管辖权的划分过于复杂而为普通民众难以理解。另外，家庭法院配置有调查官、医务室技官等专家，具有心理学、医学或社会学等方面的知识，可辅助法官为科学上研判、家事咨商及调解程序上人际关系调整等，他们从事的专门工作有助于家庭法院的正确调停和判决，但是在地方法院，由于没有这种机构，因而在人事诉讼的审判中不能获得此种有效的帮助。值得高兴的是，以上情况引起了日本司法制度改革审议会的注意，他们认为，人事诉讼案件（包括那些已被解释为属于人事诉讼诸如认定亲子关系的案件）应当移交家庭法院管辖，以人事诉讼为由（包括离婚原因的事实）所提起的损害赔偿请求，能够与人事诉讼合并的，也应当由家庭法院管辖。除此之外，审议会还认为，还应当进一步研究人事诉讼案件以外的家庭关系案件是否应当移交给家庭法院管辖以及案件的范围。

综上所述，日本的家事裁判制度为我们提供了许多可供借鉴的经验，再加上其他国家的资料有限，本文在以后具体问题的研究中多数情况下将以日本的制度为借镜。

第三章 我国家事裁判制度的检讨

第一节 我国家事裁判制度的历史考察

一、中国古代的家事裁判制度

早在中国奴隶社会时期的商朝，就有大量的文化遗存显示出其法制文明发展的程度，但就诉讼制度而言，尚未有刑事与民事的划分。根据史籍记载，直到西周时期才有刑事诉讼与民事诉讼的初步划分。这种划分不能与现代民事诉讼、刑事诉讼的区分相提并论。因为西周的“争财”案件是从广义上而言的，对某些侵犯财产权的犯罪行为，也被视为“争财”案件，而作为民事案件予以审理。此外，西周民事诉讼的范围，并不仅限于所谓的“争财”案件，西周关于身份的确立与继承关系，都有严格的礼的规范。当奴隶主阶级内部关于身份、继承等问题发生争执时，往往需要由上级奴隶主贵族甚至周王来裁决。从实质意义上讲，这种纠纷的处理也属于民事诉讼的范畴。这也是中国家事裁判制度的雏形。

汉时期的地方司法机关与行政机关是统一的，由郡县长官兼理司法。民事案件多由县廷审理。至唐司法制度得到明显发展，司法机关也进一步系统化。刑部是中央最高司法行政机关，地方司法机关分州、县二级。州设司户参军，各都督府设户曹参军事，负责民事诉讼。县设有管理具体事务的司法佐、史，但由县令总其全责。县以下乡官里正、坊正、村正对于婚姻、土地等民事争讼案件具有一定的调解和处理权。唐时期不仅官方机构审理婚姻等家庭案件，而且有资料反映了唐代关于未成年人身份确认与扶养之诉法律适用的情况。汉、唐时期，民事诉讼中司法官着重教化，对家庭财产纠纷案件，大都宣明教化，以达到和息无讼的
目的。

宋代的民事审判机构严格实行行政与司法合一的体制，地方各级行政机构相应的也就是各级民事审判机构。在中央的民事审判由户部掌管，县是宋代的基层地方行政机构，也是受理民事诉讼案件的一审司法机构。中国古代礼制和法律着力强调维护家族的和谐及宗法的统治，规定刑事诉讼亲属之间不得相互控告。民事纠纷尽管是与亲属之争，当事人仍然可以向官府告论。宋政府以后又制定新的法令，规定家长若任意处分家产而侵害了法定继承人的合法财产权益时，家庭中的卑属成员也可以向官府告论。卑幼可对家长任意处分家产的作法提起告论，是中国古代民事诉讼的一

大变化。宋代官府在审理民事诉讼的过程中，非常重视调处结案，对于亲属之间的纠纷，尤其强调劝之以睦族之义。在更多的情况下，官府并不直接调处，而是令双方当事人的亲戚、邻里、宗族人等从中劝和。还有一种情况是纠纷发生以后，双方当事人并不到官府起诉，而是由乡党宗族自行调处，官府亦承认调处的效力。

元朝在元蒙贵族的统治下，内迁的少数民族增多，各民族在经济、文化、宗教上的交流空前活跃，生活上的接触也日益密切。以至在婚姻、田宅、钱债各方面产生了新的民事法律活动，并不可避免地发生民事法律纠纷。由于田宅典当盛行，各族间财产转移增多，使得民间婚姻田土的争讼，大量增加。为了减少地方司法机关所承受的压力，并通过各种渠道疏导矛盾，化解争讼，以增强亲族和邻里间的和睦，稳定社会秩序和国家统治，官府倡导经由民间调解解决民事纠纷。根据现有的元代法律史料，可以看出婚姻、家庭财产纠纷也适用民间调解。元代的民事调解除了民间调解外，还有司法机关的调解。司法机关的调解，多由司法官当堂进行。调解息诉被看作是为官的一种政绩，因此，司法官员在审判实践中，十分重视和推行民事调解。

明代法律针对民事诉讼的不同特点而相对放宽了某些同居相隐的要求，允许有条件的对自己的同居亲属提起诉讼。这些条件大致有以下几种：子孙违犯教令及奉养有缺者，必须由祖父母、父母可以亲自出官告论，明代一般禁止老人妇女充当原告人，但“子孙不孝”则是一个例外；子孙擅自别籍异财者，也必须由祖父母、父母或其它尊长亲自赴官陈告；尊长对其所立继子不满意者，可以向官府提起变更之诉，重新确立继承人，同宗族人不得以次序告争；卑幼告尊长者，明代以“干名犯义”罪加重处罚，但如果涉及民事权利的侵害问题时，则不受此限制。明代还就婚约规定了法定时效，大明令有一条规定，订婚后五年无故不娶及婚后丈夫逃亡达三年之久者，法律均不再保护男方的权利，女方可以向官府提起变更之诉。此外，有资料显示明代的民事判决既有确认原来的合法婚姻关系的确认判决，又有审理机关变更原有的订婚法律关系、允许原告改嫁的变更判决。调处是明代民事诉讼的一个必经程序，所有的民事纠纷都必须先经里老调处，里老不能解决的，才能上告到官府。乡约是明代乡村百姓成立的一种民间社团组织，也是一个重要的民事调处组织。每约设有约正和约副二人，负责维持本约内成员之间的权利义务关系和本约的各种共同利益，及时调解纠纷。经过乡里、乡约会相继调解仍不能解决者，则交给官府，官府受理后，也要在调查事实的基础上，尽量调处。

清代地方司法机关以州县为第一审级，对民事案件有判决权，直隶州、厅为第二审级，裁判民事上诉案件，布政使司为第三审级，负责审理户婚、田土、钱债等民事案件。总督、巡抚为第四审级，是地方最高审级。随着清代经济的发展与社会关系的变动，在司法实践中涉及财产关系和人身非财产关系的民事争讼大量涌现，民事诉讼也逐渐摆脱了依附于刑事的状态。无论审判程序与法律适用，都有别于刑事诉讼之处。民事管辖制度有重要发展，主要表现为由于民事诉讼的主体与客体不同而划分成不同的管辖。宗室觉罗是清朝“天潢一派”的贵族，他们之间因继嗣、宗籍、婚姻而发生的民事争讼，采取特别管辖制度。清初仿明制设立宗人府，负责管理皇族事务，裁决皇族内部的法律纠纷，为此，还制定了《宗人府则例》，作为家法，成为解决皇族内部各种纠纷的法律根据，内容包括天潢宗派、封爵、典制、教养、授官、职制、律例等。发生在宗室觉罗间的民事纠纷，根据血缘的亲疏，宗人府扮演着不同的角色，以维护贵族们的法外特权。自宋以来，调解逐渐成为民事诉讼中的一项重要制度。由于调解息讼产生了良好的社会效果，因此在清朝受到最高统治者的青睐。经过最高统治者的倡导，使调解制度获得了最权威的合法性根据，因而日趋制度化和普遍化。

综观我国民事诉讼制度发展史，古代“司法”只是“行政”应有的一种职责，既不存在专门的司法系统，也没有职业化的司法队伍。民事诉讼依附于刑事诉讼，在实体和程序上都很少有专门的法律规定，占民事纠纷很大比例的婚姻、家产争讼更没有什么特别规定。调解包括民间调解和官方调解，历朝历代都受到青睐。

二、清末至民国时期的家事裁判制度

清末由于帝国主义列强的侵略，而面临着亡国的严重威胁。在镇压义和团运动以后，资产阶级民主运动反而更加高涨。晚清政府在内外交困之际，立志变法图强。清末法律改革的结果，在诉讼制度中实现了诉讼法和实体法的分立，民事诉讼与刑事诉讼的分立，从而产生了近代意义上的中国民事诉讼制度。虽然这一法律改革主要停留在法典的层面，但是它毕竟开启了中国法制现代化的进程，对以后的制度变革产生了深远的影响。清末修律中颁布的数部与民事诉讼有关的法律，其中最重要的是沈家本在模仿日本和德国的民事诉讼法的基础上，主持完成的大清民事诉讼律草案。该草案共分四编 22 章，800 条，其中特别程序编首次规定了现代意义上家事审判程序的雏形——人事诉讼程序。虽然《民事诉讼律》未及颁行清王朝就已经灭亡，但该法在我国民事诉讼立法史中仍占有重要的地位。一方面，作为我国第一部单独的民事诉讼法典，它的制定结束了我国没有专门的民事诉讼法和民事诉讼程序的局面。另一方面，该法彻底打破传统诉讼制度的框架，第一次将西方现代民事诉讼制度引进了中国，为其后的立法提供了范本。事实上，人事诉讼程序制度也是在这部法典中被首次介绍进中国，民国时期的历次立法，显然都与该法的规定存在直接的渊源关系。

1921 年，北京政府对清末颁布的《民事诉讼律草案》加以修订，改名为《民事诉讼条例》予以公布实施。该条

例中同样有人事诉讼程序的规定，包括婚姻事件、嗣续事件、亲子关系事件、禁治产准禁治产事件及宣示之事件程序，有关规定严格将审判的对象限定家庭身份关系的确立、变更而不具有财产关系内容的案件。从嗣续事件程序的规定可以看出，在家庭法领域有意保留了传统的因素。后来国民党政府于 1930 年、1935 年先后制定了两部民事诉讼法典，继续沿用北洋政府的编排体例。法典第九编即为人事诉讼程序的特别规定，包括婚姻事件程序、亲子关系事件程序、禁治产事件程序、宣告死亡事件程序，共四章。此部民诉法典历经几次修订，至今仍在台湾适用。

虽然晚清政府通过修律大规模地引入大陆法系传统的西方法制，但传统的法意识仍在影响当时的司法实践。正如有学者描述的那样，民国时期法律制度的变化主要在城市而不在农村，主要在其表达而不在其实践。清代民事裁判的实践在县城和村庄这一层次基本得以延续。民国时期在法律表达方面所发生的变化是这一时期法制变化的一个极为重要的组成部分，而村庄社区和宗族调解的实践在民国时期变化甚少。虽然 1929 年至 1930 年颁布的民国法典与清律在术语范畴、原则，特别是关于妇女在财产和离婚权利方面相去甚远。我们看到这些成文法典上的变化确实对地方司法有些实际的影响，特别是在城镇地区，不过就整体而言，民国时期民事诉讼的内容与从前没有什么实质上的不同。

三、新民主主义革命根据地的家事裁判制度

从 20 世纪 20 年代到 40 年代末，伴随着新民主主义革命的步步推进，新民主主义革命根据地的法律制度由中国法制的支流发展成主流，并在理论上和经验上为 1949 年后的社会主义法制制度建设作好了准备。

中国共产党领导的众多革命根据地也施行了新兴的民事诉讼制度，还出现了专门性的民事诉讼法规《晋冀鲁豫边区工作人员离婚程序》(1943 年)。其中第五条规定：“司法机关受理离婚案件，得以职权为必要之调查，如原告之诉是无理由者，得传唤被告，经认裁定将原告之诉驳回，不服前项裁定者，得于十日内抗告。”第九条规定：“司法机关受理离婚案件，尤其尽量调解，夫妻双方有和谐之望者，并应酌定期限休止诉讼。”各根据地的诉讼条例内容不一致，也不尽完备，但都重视调解在纠纷解决中的运用，还就调解颁布了若干规范性文件。

四、新中国的家事裁判制度

新中国成立前夕，中共中央发布了《关于废除国民党的六法全书与确定解放区司法原则的指示》，有关人事诉讼的程序法自然也在废除之列。法律体系在新思想的指导下重新建立，1950 年颁布了第一部婚姻法。但 1982 年之前的各种民事程序总结、意见、规定中，却没有关于婚姻家庭案件审理程序的特别规定，只是一直将调解解决纠纷的方法摆在突出重要的地位。

第二节 对我国家事裁判制度现状的检讨

1982 年我国颁布了第一部民事诉讼法典，1991 年又予以修订。两部法典均没有对婚姻家庭案件的司法程序作出系统规定，除特别程序中的宣告失踪、宣告死亡，认定公民无民事行为能力、限制民事行为能力案件程序属于家事非讼程序外，普通程序中只是个别条文的规定与家事事件的审判有关。

一、现行制度的主要弊端

现行制度的不足首先体现在家事审判程序法的欠缺。现行民事诉讼法对于法院审判的当事人可以自由处分其民事权利的民事案件与当事人的处分权受限制的家事纠纷案件的程序不加区分，都适用同样的原则和程序。民事诉讼法没有设立家事诉讼程序，最高人民法院也没有就家事诉讼作出专门的司法解释，这远不能满足对家事案件裁判的需求。有些国家和地区如日本专门制定了家事审判法，有些国家和地区在民事诉讼法中对家事案件程序作了专章规定如德国和法国。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，且里面存在许多问题。比如，现行民事诉讼法适用意见只是规定了离婚案件须经调解，但离婚以外的其他家事案件是否适用调解，现行法没有明确规定，离婚案件仅是家事案件的一种，仅将其单独指出须经调解难免片面。正当的司法需要完备的立法为先导，家事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。

我国连基本的家事审判程序都不健全，更不用说，心理学、医学或社会学在家事裁判中的运用了。

我国没有专门裁判家事事件的司法机构和司法人员，这影响到了司法裁判的质量与效果，不利于节约司法资源，提高司法效率。现有的婚姻家庭案件由民事审判庭的普通法官审理，虽然最高人民法院的民事审判第一法庭集中审理婚姻家庭案件和特别程序案件，各省高级法院和部分中级法院也作出了类似规定，但是集中审理这些案件的法庭并不是专门的家事法庭，除受理家事案件外，还审理其他民事案件。更何况基层法院的民庭及其它的派出法庭审理所有的民事案件，根本没有作出任何划分，而家事案件恰恰多数集中在这里。这样民庭的法官既可以办理家庭案件，还可以办理其他民事案件。这样就丧失了法官走向专业化的前提和基础，与司法专业化以图提高司法效率，节约司法资源的要求相背离。如果法官适用相同的程序规则指导不同类型的案件审判，势必违背民事纷争的程序设置要与案件类型相

适应、不同类型的案件应适用不同的程序这一基本法理，势必与多样化纠纷类型的本质相冲突，使裁判的效率降低、结果有失公正。要么因为法官过大的职权干预违背当事人主义的诉讼法理，要么法院的被动、消极使得社会公益、家庭利益缺乏保护。在司法不作分工，即使法官根据案件自身的特点适用不同的程序进行审理，满足了纠纷自身的特性要求，但却使法官的工作状态经常处于变换之中。法官得时刻提醒自己不同种类的案件要区别对待，无形中增加了法官劳力的无效耗费，不利于提高法官专业审判的熟练程度，影响到司法裁判的进度与质量。同时加剧了案件裁判要求与司法资源有限之间的紧张关系。司法机构与法官的非专业化违背了司法管理的基本原则，不管法官是否将不同的案件区别对待，都是与司法正当与效率的目标不相符的。

二、我国缺乏家事裁判制度的原因分析

（一）“轻程序”观念是我国缺乏家事裁判程序的根本原因

我国传统诉讼法律文化突出表现在，诉讼法与实体法不分，司法与行政合一。当事人在诉讼中的活动主要是陈述情节和表示认罪。司法官不必受复杂的证据法则的限制，当事人对法律的援引和解释也没有发言权。案件的处理结果，不仅要 “合法”，更重要的是要“合情”、“合理”。而程序的设计是为了限制恣意、专断，其实质是管理和决定的非人情化，因而追求“合情合理”，成为我国历史上程序法制发展的阻碍因素。此外，我国对民事诉讼程序意义认识不足，缺乏程序公正观和程序正义观。

（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方面的诉讼案件（包括家事诉讼案件）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。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裁判程序。

（三）我国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案件裁判的需要

中华人民共和国成立以后的民事诉讼规则、民事诉讼法（试行）和新民事诉讼法继承了马锡五审判方式的特点，成为我国民事诉讼的传统和民事诉讼体制的特色。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。马锡五审判方式的产生与当时的社会环境有直接的关系。马锡五审判方式主要运用于 20 世纪 40 年代的陕甘宁边区，这一地区几乎没有工业，农业也是小农经济，经济很不发达。人们之间的社会交往不像现在这样频繁和广泛。从民事纠纷的角度看，主要是婚姻纠纷和家庭财产纠纷。马锡五审判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。当时审判方式的目的更多的是强调化解纠纷，注重当事人对结果的认同。

我国先后于 1982 年和 1991 年颁布的两部民事诉讼法典，都表现出强烈的职权主义色彩。相对而言，1982 年法典的职权主义色彩更为突出。首先在各种具体程序的启动和终结方面，法院具有主动性和决定性，如法院可以依职权启动保全程序（《民事诉讼法》（试行）第 92 条第 1 款）、先行给付程序（第 95 条）和强制执行程序（第 166 条），原告撤诉（第 114 条）、和解须经法院审查、同意等。其次法院可以对当事人的处分权进行干预，如二审法院必须全面审查一审法院认定的事实和适用的法律，不受上诉请求范围的限制（第 149 条）。再次在裁判的事实根据上，法院不受当事人的陈述和提出证据的约束，法院可以在当事人主张的证据范围外，依职权“全面地、客观地收集和调查证据”（第 56 条）。可见，1982 年法典的职权主义是职权进行主义、职权调查主义与职权探知主义三者的结合，因而有学者将其形象地称为“超职权主义”。

在特定历史条件下产生的强职权主义诉讼模式越来越受到挑战和否定，于是司法界于 20 世纪 80 年代末轰轰烈烈地掀起了民事审判方式改革，改革的基调是限制法官职权范围，强化当事人诉讼主体性。各地法院推出了一些局部的改革措施，其中的某些成果被 1991 年《民事诉讼法》确认。比如，保全程序和执行程序由法院依职权移送开始为主改为当事人申请为主（第 92 条、第 216 条）；先予执行必须经由当事人申请（第 97 条）；当事人对合同纠纷可以协议管辖法院（第 25 条）；限制法院调查收集证据的范围（第 64 条）；限制二审法院对上诉请求进行审查的范围（第 251 条）。这些规定提高了当事人在诉讼中的地位，强化了当事人的处分权。但是上述修改并未给我国民事诉讼模式带来根本性的改变，因为法院在案件审理中依然拥有较大的职权，现行民事诉讼制度依然属于职权主义类型。

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，应当遵循“私法自治”原则、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“歪打正照”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，不为家事案件设立新的程序似乎理所当然。

（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

在儒家思想的统治下，贵和持中，贵和尚中，成为几千年中国传统文化的特征，而“无讼”则一直是执政者追求的目标，再加上普通百姓对诉讼的厌弃和排斥，“调处”在中国古代成了非常重要的纠纷解决方式。数千年的法律传统留下了极其深厚的文化沉淀，绝不是一两次“疾风暴雨”式的革命所能扫清的。从辛亥革命、中国共产党领导的革命根据地到新中国的成立，传统法律观念对调解制度的支撑是一贯的。一位美国学者在论述中国共产党建立新中国的纠纷解决方式时写道:“中国共产党从 1949 年以前对边区革命根据地二十多年的领导中发现了他们自己的有关调解的历史遗产。”这道出了新中国法院调解制度与边区根据地的调解制度之间的源流关系；但应该指出的是，根据地的调解制度也决非从天而降，而可以认为是被中国共产党从五千年文化传统中“发现”的。

新中国成立后，调解制度继续受到党和国家的重视。建国初期的民事审判一直贯彻“调查研究、调解为主、就地解决”的基本精神。1964 年，这“十二字方针”进一步发展为“依靠群众、调查研究、就地解决、调解为主”的十六字方针。无论“十二字方针”还是“十六字方针”，都是提倡尽可能地以调解方式审结民事案件。在这种思想的影响下，解放后的五、六十年代，我国 85%的民事案件都是 “通过调解解决”的。

到了 20 世纪 80 年代初，随着改革开放的日益深入，我国社会生活的各个方面都发生着急剧而深刻的变化，只有建立完善的社会主义民主和法制才能促进改革和发展，一味强调调解的思路就显得不合时宜了。于是 1982 年《民事诉讼法（试行）》将“调解为主”的提法改为“着重调解”，1991 年《民事诉讼法》又将“着重调解”改为“根据自愿和合法的原则进行调解”。虽然仅从法律条文上看不到太多偏重调解的痕迹，但在人民法院的审判实践中，调解仍然占着相当大的比重。根据《中国法律年鉴》提供的资料，从 1991 年《民事诉讼法》颁行到 2000 年，在人民法院审结的全部民事案件中，调解结案的比重连续七年在 50%以上。在法律未强调调解的情形下，调解结案率的居高不下，必定与主体的行为偏好有关。

如此偏好调解的法院和如此重视调解的审判方式，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。

三、构建中国家事裁判制度的必要性

（一）改革开放后，家庭案件类型和数量大量增加，传统的处理程序不能满足此类案件的需要

改革开放以后，随着经济的活跃和发展，平等主体之间的交往日益频繁，人口流动性大为增强，婚姻家庭领域出现了许多新情况、新特点。有学者对传统意义家庭的概念和形式提出了异议，“传统意义上，在占主导地位、规范层面的家庭概念和实证性的各种形式的家庭之间存在着差异与区分。无论理想的家庭是已婚夫妇带孩子组成的核心家庭还是几代同堂的联合或扩大家庭，在许多情形下，这些家庭并不符合现代家庭形式的现实。联合国对妇女暴力特别报告员在其有关报告中指出，现代家庭形式包括大量以女性（不论其婚姻状况如何）为户主的家庭，她们出于个人的选择（包括性及就业方面的选择）、丧夫、遭遗弃等单独居住或与自己的孩子共同居住。在日益变化的社会格局和飞速发展的科学技术背景下，界定家庭的难度更趋扩大。在为数颇多的国家、尤其在西方国家，出现了愈来愈多的未婚同居形式、单亲家庭（并非传统意义上的离婚、寡居或遭遗弃者，而是未婚但与自己的亲生子女共同生活或通过借腹生子、试管婴儿、精子捐赠或购买等手段得到子女而共同生活）、继父母家庭、同性家庭等。”虽然我国还没有出现这么多种奇异的家庭形式，但未婚同居、姘居、包二奶现象比比皆是。由此引发了许多婚姻家庭纠纷，主要包括：（1）离婚率逐年提高，如 1978 年，我国的离婚与结婚的比率为 3.4%，而二十年后，这一比率提高到 13.18%。因通奸、姘居而引发的离婚纠纷占 10%—20%，有的地区高达 30—40%左右；（2）非婚生子女的抚养、认领纠纷开始出现；（3）收养关系纠纷（甚至跨国收养纠纷）日益增多。近 10 年来，婚姻家庭案件几乎每年都以 10%的速度在递增，仅 2000 年，全国法院受理的婚姻家庭案件就达到 134.8 万件。婚姻家庭纠纷涉及公益和当事人的隐私，必须在严格的程序法的规范之下，才能很好地解决。这些案件如果处理不好，不仅影响家庭的稳定、损害未成年人的利益，还会导致刑事案件的发生、扰乱社会秩序。因此，家庭案件的有效解决应该给予充分的重视。

（二）构建家事裁判制度是保障相应实体法实施的需要

根据实体法与程序法的关系理论，实体法与程序法犹如一辆车的两只轮子，缺一不可，同时诉讼法保障实体法的正确实施。我国有关家庭的实体法有《婚姻法》、《收养法》、《继承法》、《妇女权益保障法》、《未成年人保护法》。要想维护婚姻家庭制度，维护社会稳定和国家安定，不仅需要有完备的实体法，还要制定科学、系统的程序法，两者有机结合才能有效地发挥维护婚姻家庭的稳定和健康发展的功能。近年来驶上快车道的我国立法机关在立法上取得重大的成就，实体法方面的家庭法体系日益健全，但诉讼法并没有规定完全对应的程序。比如，修改后的《婚姻法》增设了无效婚姻和可撤销婚姻，但民事诉讼法对于婚姻无效之诉、撤销婚姻之诉却没有明确的规定，虽然最近最高法院根据《婚姻法》和《民事诉讼法》作出的《关于适用〈婚姻法〉若干问题的解释》中，对婚姻无效之诉作出了规定，但还是比较简单、不全面。

（三）审判方式的改革使民事诉讼模式朝着当事人主义的方向发展，为家事案件设立独立的、实行职权探知主义的程序刻不容缓

新《民事诉讼法》颁行后，我国民事审判方式改革的步伐不仅没有停止，反而以更快的速度进行着。一方面，根据民事诉讼法的规定改变某些传统纠问式审判作风；另一方面，由于立法准备不足，加之我国社会的政治、经济生活变化得太快，1991 年《民事诉讼法》出台后不久便显示出与现实需要的不适应性，从而使得民事审判方式越来越多地突破了立法规定本身。90 年代初期，我国民事审判方式改革主要集中在强化当事人举证责任、强化庭审功能、落实公开审判原则、强调合议庭和独任审判员职能等方面。这些改革措施有利于提高当事人程序主体地位，减少法院职权干涉。90 年代中期以后的改革措施则显得更加成熟、更加具体，主要包括：实施庭前交换证据制度；试行证据失权制度；明确法官查证的范围，进一步强化当事人举证责任；自认制度；合议庭认证活动规范化等。这些改革成果，被最高法院《关于民事诉讼证据的规则》所确认。另外，争议焦点的整理制度、交叉询问制度的局部引入也使庭审方式有了明显的变化。不难看出，审判实践中民事审判方式改革的趋向是向当事人主义靠拢。理论界也达成共识，即基于职权主义的结构性缺陷，我国的民事诉讼模式应当从职权主义向以辩论主义为质的规定性的当事人主义转换。

在这一改革过程中，由于家事审判理论研究的匮乏，法学研究较少将两种不同类型的案件处理作出过明显的区分，造成法官误将当事人主义的新规则运用到家事案件的审理中。如何处理家事审判与审判方式改革的关系，成了理论界和司法界必须解决的问题。有人认为审判方式改革没有顾及与财产关系迥异的婚姻、亲子、收养等身份关系之纠纷案件，是审判方式改革的缺陷。为深化民事审判方式改革应确立人事诉讼程序。笔者认为不应将设立家庭事件程序纳入到审判方式改革的大框架中，由于民事审判方式改革的目标与家事案件的价值取向背道而驰，审判方式改革越深化越游离于家事案件的解决要求，审判方式的改革不是应“捎带”完善家事案件的司法解决制度，而是，由理论界、立法界、司法界共同努力构建独立的、科学的家事审判程序。更何况，我国的民事审判方式改革是“摸着石头过河”，走一步、看一步。家事审理程序的构建与其他民事案件审理程序的完善，应走两条不同的路径：前者是在现有的职权主义诉讼模式和调解制度的基础上，构建独立的、科学的家事纷争解决制度；后者是在民事审判方式改革的伟大实践中，完成从职权主义诉讼模式向当事人主义诉讼模式的转换。

（四）家事调解有别于法院调解、更不同于诉讼和解，应建立专门的家事调解制度

20 世纪的最后几年里，民事诉讼法学界一直关注法院调解的改革，发表了许多文章，并提出许多见仁见智的改革方案。法院调解制度改革的主导方向是建立诉讼和解制度，以诉讼和解重塑现行的法院调解制度。诉讼和解制度是指国际上通行的，发生于诉讼过程中，以当事人合意解决民事纠纷的诉讼上纠纷解决方式。这些主要是针对商品经济纠纷案件提出的，其有关调解的改革并不适宜于指导家事案件的调解。正如王亚新指出的，要根据经济案件还是非经济案件等不同情况的不同条件来考虑调解过程与判决过程分离并结合的策略与方法。家事案件的解决不适用诉讼和解，有必要建立有别于诉讼和解的家事调解制度。家事调解是治疗型调解，许多国家的家事法院都设有医学诊断室、心理治疗室等，日本有学者倡导，应结合法哲学、法社会学、心理学、临床心理学、法人类学等各相关领域的学问，创设临床调解学。

第三节 构建中国家事裁判制度的设想

构建系统、科学的家事裁判制度是一项系统工程，更何况我国在这方面严重缺失。笔者认为制定家事审判程序法是家事审判得以规范运作的前提条件和基本保证。“徒法不足以自行”，任何完美的制度，没有相应的机构和人员去执行，也难以收到制度设计者预期的效果，因此，还要设置家事审判机构、配备家事法官及其他辅助工作人员。由于家事案件涉及公序良俗和社会公益，作为国家利益代表的检察官有必要参与家事案件的审理。家事案件的另外一个特点——当事人结构、关系的特殊性决定了家事调解和其他辅助性解决措施不容忽视。如何使各家庭成员在面临伴随着家事纷争而生的身份、经济、心理等各层面的影响时，仍能够维持其基本生活常规，家事保全处分制度，作为家事纷争处理程序之一环，在此方面具有重要机能。以上内容下面将分章论述，这里主要讨论一下我国家事裁判程序法立法例的选择，以期对立法和司法实践提供理论指导。

从其他国家和地区立法体例看，法国将家事审判糅合到民事诉讼法典中，德国、中国台湾分别以“家庭事件程序”、“人事诉讼程序”命名单编规定于民事诉讼法典中，日本单独制定了家事审判法和人事诉讼程序法，韩国也单独制定了家事诉讼法。关于我国人事诉讼程序制度的构建模式，有一种观点是采用德国式，即将人事诉讼程序作为民事诉讼法中的一编加以规定。理由是，一方面可以减少因规定新的程序而给法院审判实践带来太大的波动；另一方面是可以乘不久的将来民事诉讼法修改的东风，使人事诉讼程序制度及早得以建立，少走弯路。

本文讨论的家事裁判程序，包括家事诉讼案件的审判、家事诉讼案件的调解、家事非讼案件的审判等内容，比传统的人事诉讼程序的范围宽泛，我国应制定单独的家事审判法。因为家事审判的风格与民事经济审判的风格迥异；此外，我国已有了单独的海事诉讼法，实践证明“新的程序而给法院实践带来太大波动”的担心是没必要的；最为重要

的一点是，我国对家事审判程序的研究尚未引起学界的重视，在欠缺理论基础的情况下，为了乘民事诉讼法修改的东风而匆匆建立起来的程序，要么是照抄照搬他国现有的制度，而忽视该制度在中国是否有生存的土壤，要么是对现有职权主义审判方式和调解制度的改良而缺乏科学性。因此，应当在家事诉讼程序理论的指导下，充分借鉴国外尤其是大陆法系国家的成熟经验和做法，结合中国的实际进行家事审判程序的立法，尽可能使我们的家事裁判制度的建构，从一开始就走上规范化的道路，以便更好地应对实践、与国际接轨。

第四章 组建家事审判机构

第一节 家事法院（法庭）的设立

通过第三章对我国家事裁判制度的分析，我们得出，我国缺乏适用家事审判程序的专门机构和人员是其弊端之一。法院民事审判庭的法官既审理家事案件，又审理其他普通民事案件，两头兼顾，不利于审判人员的专业化分工，难以实现最佳效益。国外实行多年的运用心理学、医学、社会学知识辅助解决家事事件制度，在我国还没有引起重视，若要解决这一问题，需要配备这方面的专家等司法辅助人员。再加上我国各地法院受理的家事事件日益增多，足见人们就家事事件要求法院介入以解决纷争的意愿及需要越来越强烈、殷切，且家事事件具有人伦秩序变动的特质，其处理尤应慎重。我国没有专职的家事审判机构，显然无法就家事事件之特殊性，由对家事事件有深入研究且具经验的法官，做公允且合乎情理的判断。因此，建立独立的家事法院或家事法庭并配备专职法官和辅助人员很有必要。

一、家事法院（法庭）的定位和特点

家事法院的职能是在法律规定的范围内，处理家事和违法犯罪少年问题。其根本宗旨在于保护每个家庭的利益，谋求少年的健康成长，并通过实现这一宗旨，努力符合人们为适应社会需要时正义的现代要求。家庭法院不仅应谋求确定和保护个人的合法权利，而且负有保护少年和家庭利益的监督责任。这两方面内容体现在规定家庭法院诉讼程序的重要法规中。日本的《少年法》规定，本法拟在“促进少年健康地成长，对有违法行为的少年实行改造品格和整顿环境的监护处分。”而日本《家事裁判法》的目的据说是为了“建立家庭和睦，并基于个人尊严和男女实际平等的原则，保障亲属间的有益协作。”台湾家事事件法草案第一条也规定了，该法的立法目的是“统合处理家事事件，维护人格尊严、保障两性地位平等、谋求子女最佳利益，并健全社会共同生活。”有学者将家事法院描述为，“它是一个将法律原则、公共道德和社会科学，尤其是人的行为和人际关系融为一体，共同产生效力的法院”。

家事法院被认为具有两大机能，其一为司法机能，亦即，随着空白法规的增加及不确定法律概念的运用，立法者赋予法官的裁量权范围日益扩大，有必要委由法官作成合目的性裁量；此项裁量权亦被授予家事法官，期待、要求其作成合目的性、具体妥当性裁判。其二为社会机能（亦称为人际关系调整机能），亦即，家庭法院所处理的对象，多属亲属间的纷争，夹杂着彼此间复杂的感情上、心理上、非经济上因素，而需求借助于家庭法院透过调解委员、调查官等辅助机构，针对当事人个人特质、心理、身体状况、家庭环境与社会背景的不同，查明其不适应社会的原由及所涉问题之症结，进而提供必要的协助与建言。于此，家庭法院所发挥的为一种社会机能，其具有的意涵有四：提供具备人际关系上专业知识者以其专业技术，给予相关的心理咨商（心理性调整）；于当事人出现不适应社会等类状态时，由专家利用熟知的社会资源进行调整，或请求社会福利机构为必要之援助（社会性调整）；由富有社会经验者，提供当事人适当经验，然后由其自我决定，而为经验性调整；如当事人无法自行协调时，则由专家从法律观点提供相关资讯，并进行利害关系的协调，为法律上利害关系之调整。

家事法院的职能决定了其对案件的处理与普通法院不同，其特色为：（1）个别性：即处理家事事件或少年案件时，重视家事纠纷或少年当事人之间个别人的关系，且为避免纠纷或少年违法行为再发生，家事法院采取防范措施，根据该问题，作个别的、具体的、科学调查与诊断，并视各该问题之需要，做各种指导与援助，促使当事人或问题少年能克服眼前因纠纷所产生的困难，以利于尽快恢复社会道德性，才能达到解决问题的真正目的。（2）科学性：家事法院内设有调查室及医务室等机构，对事件关系人或问题少年，就其性格、出身、环境等作出详细调查，研究纠纷或违法行为的真正原因。这些调查，是运用各种科学，即医学、心理学、社会学、教育学等做全面的调查，供家事法院处理事件参考。（3）社会性：家事法院所处理的家事事件或少年事件，都与人们日常生活有密切关系，所以想妥善解决纠纷或事件，必须取得社会的支持与理解，所以在审判程序上，可敦请社会贤达为参与员参与审判，在调解程序上可聘为调解委员从事调解，而且与社会福利机构，保护机构抑或精神卫生关系的机构等取得密切联络。（4）前瞻性：由于家事法院处理的事件特殊，所以在家事审判的调解或少年案件的审判后，仍作事后各种考虑，并讲究各种适当又妥善的措施。譬如，在家事事件，对监护人选任后的监督，或就因审判或调解所定义务的履行进行劝告或命令，抑或就金钱寄托，而将该金钱给付于债权人的履行确保制度。（5）大众性：家事纠纷或少年的违法行为问题，都是关系人不想外扬的问题，又因大众多不谙法律，以致不知如何解决问题，家事法院为使人们能轻易向他们提出问题，而简化程序，例如，备妥一定形式的申请书，记载申请要旨，此外，设有“家事相谈”部门及夜间调解的制度，均是家事法院大众性的表现。（6）非形式性：家事法院为能有效而且适当发挥社会福利监护机能，对个别的事件或案件就不应仅作形式

的审理，反而应作具体的、妥当的、合乎目的的处理。（7）非公开性。

二、外国、台湾立法例

（一）美国

美国在 19 世纪末，鉴于少年刑事案件逐年增加，而设立少年法院，而少年事件的发生，往往肇因于家庭的崩坏离析，尤以离婚为最大因素。为了杜绝少年事件的发生，妥善处理所衍生的亲子关系、子女扶养及维持子女健康生活环境等，而成立管辖少年事件与家事事件的家事法院。家事法院属于初审法院。

（二）日本

日本受美国家事法院制度的启示，于 1948 年通过公布成立家庭裁判所改正案，于 1949 年 1 月 1 日实行，成立家庭裁判所，管辖家事审判法、家事审判规则或特别家事审判规则及其他法律所定属于家事裁判所权限范围内有关人事诉讼事件及其他有关之家事事件（参照日本家事审判法第 9 条）及少年事件。日本的家事事件处理程序除由家庭裁判所处理外，尚由地方裁判所依人事诉讼程序法进行人事诉讼程序。

1950 年 12 月 20 日《家庭法院派出法庭设置规则》公布后，全国共设置了 34 个家庭派出法庭。当时家庭法院以离婚和遗产分割等等作为办案的中心，现在家庭法院的工作重心还移向了处理青少年犯罪的改造方面，而且这一方面的工作取得了相当大的成功。目前，日本全国共有 50 所家庭法院，设置几乎和地方法院的设置相同，家庭法院根据审判的需要在其辖区内设立了方便国民诉讼的支部，家庭法院的法官不定期的可以在此处理家事案件，日本全国共设置了与地方法院相独立的支部共 77 所。

家庭法院的权限包括：①《家庭审判法》规定的相关的案件；②《少年法》规定的审理少年保护案件的权限。主要是对 14 岁以下触犯了刑法的少年行为的审理；③《少年法》第 37 条第 1 款例举的应该作为犯罪而进行的第一审刑事诉讼案件；④对与户籍有关的案件、精神病患者的监护、少年院继续收容的决定以及少年院再次收容的决定等等与家庭审判相关的案件有审理的权限。

（三）德国

德国并未成立独立的家事法院，而是在区法院内设立家事法庭（德国法院组织法第 23 条之二第一项）专司家庭事件的处理，管辖全部家事非讼事件及一定的人事诉讼程序。

（四）台湾

台湾“司法行政部”于 1973 年年底发布《家事法庭处理办法》，以期成立家事法庭妥当处理家庭事件，消弭家庭纠纷。并于 1974 年元月正式在台北、台中、高雄三个地方法院增设家事法庭，近年来，因各地方法院人手不足，法官负荷沉重，高雄已裁撤，目前仅台北、台中地方法院仍设有家事法庭，其他各地方法院，则由民事庭，指派专人处理家事事件。

三、家事法院（法庭）的设置

从国外家事审判机构的设立情况来看，有两种情形：一是设置单独的家事法院；二是在普通法院内设置家事法庭。它们都属于初级法院。笔者认为，我国现阶段在各地“一刀切式”地设立独立的家事法院有以下问题：就硬件设备及人力资源而言，增建法院，需要广觅土地，添购各项办公设施，人力上需要大批法官和司法辅助人员，这无疑会增加国家财政负担，非短期内可以实现；就案件量而言，目前并非各地皆有许多的家事及少年事件，若在各地均成立家事法院，则易形成资源浪费。若在普通法院内设置家事法庭，实行起来比较容易，如不必耗资修建办公场所，但最终还要向建立独立家事法院的方向发展。

我们将家事法院定位为初审法院，这可以在法院组织法上予以立法上的确认。区、县的基层法院设立家事法庭，承担一审家事案件的审判职能。为避免一哄而上，而造成资源浪费，应先在直辖市、省政府和自治区政府所在地的市设立专业的家事法院，待实行一段时间后，再依各地区案件成长状况及实施成效，决定普及的范围；未设置家事法院的县市，则应在其基层法院成立家事法庭，以保障家事诉讼事件及家事非讼事件当事人及未成年子女的利益。这样做的理由如下：

首先，是否建立家事法院、建立家事法院的最佳时间、适合建立家事法院的地区，决不能依靠主观臆断，也不是简单地下命令就可以解决的，而是离不开经济物质、社会文化、公民认知、法律法规等方面的主客观条件的。直辖市、省及自治区政府所在的市，一般是该地区的经济文化发展中心，经济实力雄厚，能为家事法院的建立提供物质基础；高等院校和科研机构能为家事法院提供社会学、心理学、教育学和医学等方面的智力支持；市民感情丰富、法律意识较强，对案件解决的满意程度要求较高。因此，在这些地方建立独立的家事法院，条件成熟，又是人心所向。

其次，家事法院是独立于普通法院之外的专门的审判机构，是当事人利用司法解决家庭纷争及处理家事非讼事件的场所。因为调整家庭境遇是保护儿童，防止其违法犯罪的绝对的先决条件，所以可以将家庭纠纷和少年案件置于同一个法院的管辖之下。目前我国无论是理论界还是司法界，要求将少年法庭提升为少年法院的呼声越来越高，若能以

此为契机，一举建制家事法院，而将少年法庭设于家事法院之中，则可节省资源，达到两全其美的效果。

确定家事法院的设置数量，应综合考虑各方面的因素，包括：社会需求、方便诉讼、案件数量。若在直辖市、省、自治区政府所在市的各区县，都设立与基层法院匹配的家事法院，则可能存在这样的问题：各家事法院管辖地区的大小以及案件的多少不完全相同，而机构设置又有一定的人员数量要求，从而导致了每个家事法院机构设置、人员配备与受理案件数量不相称。更何况，有学者已提出，在省、自治区、直辖市政府所在地，大大减少基层法院的数量，主张设 2—3 个基层法院。因此，直辖市成立家事法院，按照目前有两个中级法院的现状，可相应成立两个家事法院；省、自治区政府所在地的市，可设立一个家事法院。为了方面诉讼，成立后的家事法院，可以向较远地区派出法庭。这样做至少有以下几方面的好处：首先，建立一、两个家事法院远比建立多个有较好的财力保障。家事法院除要具备基本的办公场所外，还要有现代化的设备和高层次的技术，前者如电脑、复印机、传真机、车辆等，后者象视频会议技术。除了这些硬件设施外，更为重要和特殊的是，家事法院在对家事案件的处理时，需要增加医学、心理学、社会学、经济学及其他专门知识的活用，对外需要与社会福利机构、社会团体联系。这些都离不开雄厚的财力支持。其次，大型的比小规模的、分散的家事法院，更易于规模化、制度化，有利于家事法院高效率、高质量地运作。最后，可以避免基层法院按行政区划设置所带来的负面影响，有助于克服地方保护主义。

根据前述家事法院的职能和特点，家事法院内部可分家事部与少年部，部内设家事审判法庭或少年审判法庭若干；家事法院附设家事商谈室、医务室、科学调查室等从事医学、心理分析及事实调查的科学设施，以供两部共同享用。

县、县级市和设区市的区，可在基层法院内设立家事法庭，由于这些地方的经济、文化条件所限，再加上基层法院的设置也可能发生变动，所以不可能再大费周折设置家事商谈室、医务室和科学调查室等，但可以聘请心理学、医学、社会学、教育学方面的专家，或妇联、共青团、人民调解委员会的工作人员，给予指导或协助，即家事法庭应持积极的态度，设法与各地处理有关家庭问题的社会机构间相互连结，并建构一“社会化之程序”。

第二节 家事法院工作群体的组构

一、日本的相关情况

日本家庭法院共有 200 名法官和 150 名助理法官，家庭法院还设置有家庭法院调查官共计 1500 人，同时还有民间选任的家庭法院参与员和家庭法院调停委员。家庭法院一般由独任制形式审理案件，必要的时候由家庭调查官以及 2 名调解委员参加审理。调解委员可以和法官一起做当事人的工作，协助法官调解纠纷。参与员和调解委员可以对案件自由地发表自己的看法，是否采纳，完全由法官自由决定。作为一项规定每年各个家庭法院必须选任 20 名以上的“参与员”。参与员和司法委员一样是无偿服务的，但根据《家庭审判法》的规定，适当的交通费及误工费可以由法院补偿。现在作为参与员的候选人全国有 6 000 名，选任参与员的标准是“有良好的品德，有较高的威望，有良好的知识水平”。

日本家庭法院的家事调停委员是由最高法院任命的非常勤的国家公务员。调停委员的任命资格，应具备以下条件：（1）拥有律师资格的人；（2）拥有解决家事纠纷专业知识或者社会生活上的经验知识丰富的人；（3）有较高的个人品格见识；（4）40 周岁以上 70 周岁以下。调停委员的任期为 2 年，连任不受限制。根据《家庭审判法》第 22 条第 3 款的规定，调停委员可以享受法定的补助。

日本开始之初，有家庭调查官和少年保护司（后改为少年调查官），现在一律称之家庭法院调查官。每个家事法官一般可配备 3 至 4 名调查官，参与家事事件的调查官的工作，主要有：1、家事审判及家事调解所必要的事实进行调查，并提出其结果报告；2、于审判期日或调解期日到场陈述意见；3、与社会福利机关取得联系或采取协调措施；4、对于无正当理由而未到场的当事人做到场的劝告；5 从事确保履行的事务。家庭法院调查官在对每一个案件履行调查任务的时候，必须听命于案件主审法官的安排，不得违背主审法官的意志。根据日本《法院法》第 80 条第 4 号的规定，家庭法院调查官在司法行政上的监督权一般由其所在的法院行使。但是最高法院还从法院的调查官中间任命了首席调查官，授予首席调查官对调查事务进行监督、与有关系的行政机关和其他机关进行联络调整事务的权利。而且根据这一规则，每一个家庭法院只任命一名首席调查官，另外，最高法院还指定两名家庭法院的次席调查官，在家庭法院和支部还任命一名总括主任调查官，在其他的家庭法院和支部任命主任家庭法院调查官，都是协助首席调查官对调查官的一般事务、调查工作等相关的方面进行指导和监督。

日本关于家庭法院调查官的任免：首席调查官、次席调查官和总括调查官的任免以及工作地点的安排由最高法院决定；主任调查官的任免以及工作地点的安排由高等法院决定；其他各家庭法院调查官的任免由各家庭法院自行决定。调查官都选自社会学、心理学和教育学的大学毕业生，并须通过最高法院举行的考试。由于家庭法院调查官职务的重要性和特殊性，最高法院于 1957 年为家庭法院调查官设立了研究训练所，对他们进行专门训练。调查官的资格培训大体和法院的书记官相一致，也就是说助理调查官以上的人员都必须是从完成了家庭法院调查官培训中心培训部课程的人中选出，这是一项基本的任命原则。

日本的家庭法院参与员制度，是第二次世界大战后根据《家庭审判法》第 3 条第 1 款的规定而设立的。参与员可以参与家庭法院法官审理的案件，在充分了解案情的基础上可以阐述自己对案件的处理意见。根据每个案件，参与员的人数要在 1 人以上，家庭法院从每年事先选任的人当中，根据每个案件的情况对参与员加以指定。每年各家庭法院应预先选任 20 名以上参与员，除有些律师外，他们都是从知识渊博、经验丰富的非专业人员中选出。参与员的选任资格、人数及其有关选任事项，由最高法院规定。从今后的发展来看，选任参与员的标准会越来越高，途径及来源也将越来越广泛。参与员是无报酬的，但根据《家事审判法》第 10 条第 2 款以及《参与员规则》第 6 条至第 8 条的规定，作为实际的补偿，应该由家庭法院支付给参与员为审判所花的差旅费以及日工资。

二、我国家事法院工作群体的组成

日本向来设有家庭法院，并在家庭法院内配有调查官、医务室技官、参与员以及家事调解委员等法律外专门辅助机构，这些机构机能的发挥，能回应家事事件处理程序所具有的科学性、民主性、教育性及社会性等需求。比如，法院欲凭当事人向法院提出的证据，厘清未成年人的心理状态或生活状态，作为酌定未成年子女监护人之参考，事实上极为困难。此时，如果法院嘱托私人调查机关或命鉴定人调查未成年人之生活状态或进行心理测验后，参考其鉴定意见进行判断时，该项鉴定费用欲须由当事人负担，难以确保所有需借助专家意见的家事事件，均得以完成此项鉴定。因此，对于家事事件之妥当性、合目的性处理，家庭法院调查官、医务室技官等确实分担相当重要的任务。笔者认为，除了家事法官、书记官之外，我国的家事法院（法庭）也应该配备类似的辅助机构。

（一）家事法院（法庭）的法官

家事法院（法庭）的法官必须是对处理家庭怀有满腔热情，具备充分能力和足够的理解力的人。他们一方面应保障家事事件关系人的权利，以发挥其应有的司法机能；另一方面，为了解决纠纷，理应运用各种科学知识以便发挥个别的、具体的妥善处理业务的机能。因此家事法院的法官，除具有法官法规定的基本条件外，还应具心理学、社会学、教育学、精神病学等方面的知识尚可。

我国家事法院（法庭）的法官，可以主要从辖区内基层法院的具备家事法官素质的法官中选拔。基层法院民庭的法官，若办理家事案件的经验丰富，又对家事案件充满热情，可以充实到家事法院的家事部或本院的家事法庭之中。此外，法学院本科毕业生，甚至婚姻家庭法学、少年法等专业的硕士、博士毕业生，可以成为家事法院法官的主要来源。有学者认为法学院毕业生未必愿意到基层法院工作，并举例说北京大学法学院学生在律师事务所打工的收入大大高于某些基层法院法官的收入。笔者认为，虽然家事法院在级别上属于初审法院，但它们处于经济发达、文化氛围较好的大都市，再加上作为专业性法院，为主要从事婚姻家庭法或少年法学习、研究多年的年轻人，提供了理论结合实际和施展才华的舞台。举北京大学法学院毕业生的例子缺乏代表性，事实上，对众多的地方院校法学院毕业生来说，去法院包括基层法院工作是其大多数人的追求，只是因为制度上的原因，他们很难进入法院。所以，即使是设立在区、县基层法院的家事法庭，也还是能招募到法学院毕业生的。

（二）家事法院（法庭）的调解官

我国当前法院的人员构成状况决定了，我国家事法院（法庭）的调解员应来自法院现有的工作人员。司法改革必然要带来职业法官数量的大幅度减少，现任法院工作人员的分流成为改革无法回避的问题。特别是基层法院，其内部涉及普通庭、简易庭、小额庭、执行庭、乡镇设立的人民法庭等诸多部门和层次以及从事不同工作的司法辅助人员，合理安排各个岗位上的人员，并最大限度地发挥其特长，对搞好基层法院改革至关重要。家庭法院(法庭)调解官的配置，将为分流法院现有工作人员提供了渠道。但是随着司法资格考试制度的推进，这一历史遗留问题将不复存在。此时，应设法限制家事调解委员的资格，并遴选具有处理家事事件相关知识、能力或社会经验者担任委员，这样对于家事调解如何充分发挥其应有的有关人际关系调整机能具有相当的重要性。

（三）家事法院（法庭）的调查官

家事法院处理家庭案件、少年保护案件，不能只生搬硬套法律，还必须从社会学、心理学等多角度、多层面地进行分析，才能收到处理纠纷的良好效果。因此，法官十分需要具有其他专业知识的专家来辅助，并共同处理家庭案件。家庭法院的调查官，就是从法律方面以外的专业知识的必要性出发而设置的。家事案件的审判采取职权探知主义，调查官可以完全依职权调查、收集与案件有关的证据。调查应从案件的具体需要出发，主要是与有关案件相关人员的性格、经历、生活状况、财产状况以及家庭和其他环境的情况的调查，然后灵活运用医学、心理学、社会学、经济学和其他专业知识进行综合分析。对调查结果应当以书面或口头向家庭法院报告。

我国家事法院（法庭）的调查官应该如何产生？是借鉴日本的做法吸收社会学、心理学和教育学的大学毕业生呢，还是合理利用法院内部的人力资源？笔者认为，改革方案在追求理想化目标的同时，应尽量照顾到我国法院的现状，力求充分利用现有人才资源，以最小的代价取得较好的改革效果。设置调查官，将为我国法院工作人员的分流开辟了重要的渠道。现有的法院工作人员中，有相当多的部队军转干部和未受过系统法律教育的非军转干部，他们中间有一

部分学历或专业知识稍差一些，但工作经验丰富，对社会学、人际关系学有某种程度的认识，则可根据自己的爱好和特长，竞争家事法院（法庭）调查官的职位。当然，等这些历史遗留问题解决了，也可以借鉴日本的做法，从社会学、心理学和教育学的大学毕业生中选用。

（四）家事法院（法庭）的书记官

家事法院应设有从事书写及保管诉讼记录及其他法律规定的事务的书记官。家事法院的书记官同其他法院的书记官一样，在其职务范围内独立行使职权。对书记官应建立单独序列制度，即对书记官的录用、培训、晋级等进行单独管理。长期以来，我国书记官没有走职业化的道路，对许多人来说书记官只是晋升法官的一个必经岗位，这势必会影响书记官队伍的建设。

（五）家事法院（法庭）的陪审员

我国的人民陪审员与日本的家事法院的参与员有相似之处，但由于多方面的原因，我国陪审制度的运行不甚成功，陪审流于形式，实行陪审的案件数量极少，或者说陪审制度实际上已经淡出了司法活动。有人主张废除人民陪审制度，笔者认为单就家事审判来说，这一制度应是加强和完善。目前我国陪审制度急需解决的问题，主要有以下几个方面：

陪审员的产生方式不明确。根据人民法院组织法规定，人民陪审员由选举产生，但由于规定过于原则，缺乏具体操作程序，司法实践中许多地方都没有进行陪审员选举，以前曾经实行过的陪审员选举与基层人民代表的选举同时进行的做法基本上已经被弃置不用。例如，深圳市中级人民法院所遴选的陪审员大多是一些离退休的人大代表或者政协委员；烟台市中级人民法院遴选的陪审员则是本院退休的一些老审判员。他们这样做的理由是：如果通过选举产生陪审员，选出的往往是人大代表或各机关、企业、事业单位的负责人，他们工作繁忙，往往会因履行陪审职责与其本职工作发生冲突而放弃陪审；通过单位推荐陪审员的做法也不利于陪审制度的进行，因为实践中推荐单位通常并不认真对待，只是推荐本单位中不能胜任本职工作的职工以应付差事，这些素质偏低的职工往往难以胜任陪审工作，故司法实践中，大多数陪审员是由人民法院聘任的。

对担任人民陪审员的资格条件缺乏法律规定。关于陪审员的任选标准，现行法律规定，除被剥夺政治权利的人以外，凡有选举权和被选举权的年满 23 岁的我国公民都可以被选举为人民陪审员。这些原则性的规定恰恰同时带来了对陪审员资格、条件界定与操作的实际困难。

陪审员履行陪审职责期间的待遇问题难以落实。由于缺乏有效的法律保障，各地对于陪审员履行陪审职责的补助标准也不相同。很多情况下，由于法院经费紧张，陪审员得到的补助很少甚至没有补助。

笔者建议对家事法院（法庭）的陪审员，应建立保障机制。一是素质保障。规定产生家事陪审员的程序制度，我国现有的选举产生陪审员的程序比较复杂，实践中难以执行。法院聘任陪审员的方式似乎没有体现审判权必须有国家权力机关赋予的原则。因此，家事法院（法庭）的陪审员名单，可以由家事法院（和设有家事法庭的法院）一次提请同级人民代表大会常务委员会批准后予以聘任。法律应规定陪审员的学历和专业资格，除律师外，可以从大专以上文化程度的、品行良好、关心社会公益、知识面广的非专业人员中选任。加强陪审员的考核、培训工作，这项工作应由最高法院明确负责，最高法院应制定培训计划，编写统一的培训教材。二是物质保障。陪审员有工作单位的，其在原单位享有的工资、奖金及其他待遇不变，原单位不得以陪审员执行陪审职务、没有正常工作为由，扣发工资、奖金，降低其他待遇或延缓其晋职、晋级，以解决陪审员的后顾之忧。没有单位的应由政府财政负责，作为专款拨给家庭法院。由家事法院根据陪审员的实际工作量，发给劳动报酬。陪审员参审的各种合理开支，包括交通费、住宿费、误工费等也应由家事法院负担。

第三节 家事法院的行政管理

日本最高法院为了处理司法行政事务设置了广泛的、多方面的、作为法官会议辅助机关的事务总局。事务总局下面设立有家庭局，家庭局下辖三个课，即家庭局第一课、家庭局第二课、家庭局第三课。家庭局第一课的职责为，制定并解释与家庭审判和家事调停相关的法规；制定家庭审判和家事调停程序规则；依据上述程序管辖家事案件，管理参与员及家事调停委员；负责联络与家庭审判和家事调停相关联的行政机关；编辑出版家庭审判月报等；负责整理与家庭审判相关联的资料；同时还负责不属于家事局其他课管理的本应属于家事局管理的其他事务。家庭局第二课主要负责少年审判和侵害少年利益的有关成人刑事案件的法规制定与解释；制定与上述法律程序相关联的规则负责处理与上述程序相关联的案件；负责与少年审判的侵害少年利益等有关的成人刑事犯罪相关联的少年院、少年救护中心等机构的联络。家庭局第三课负责管理家庭法院的调查官与家庭法院助理调查官的事务以及有关家庭案件的科学调查的论证与实施。

日本的做法具有很大的科学性和合理性，日本最高法院作为最上位的法院，为了全盘统一管辖司法行政权，担当了广泛的司法行政事务。最高法院的法官会议，是统辖全国法院的司法行政事务最高的、最终的责任者，同时设置了广泛的、多方面的，作为法官会议辅助机关的事务总局。与西方国家的最高司法机构相比，我国最高法院具有一些突

出的特点。我国最高法院的这些特色是我国法治发展历史和特殊权力架构的产物。从法治社会的发展和要求来看，我国最高法院现有的结构和功能都应当予以调整。但我国的法学界与司法界并没有对最高法院的特殊地位与功能给予必要的关注。这种普遍的忽视导致我们在相关的理论与实践方面存在着种种模糊和混乱，这样的状态是亟待改变的。

我国今后建立的家事法院，将有两种命运可供选择，要么和现在所有的初级法院具有同样的命运，隶属于地方政府；要么象日本的家庭法院一样，由最高法院行使司法行政管理权。如果家事法院诞生于法院体制改革的浪潮之后，很可能就会是第二种选择；如果诞生于之前，将是普通的初级法院的同胞兄弟。

第五章 构建家事调解程序

家事事件的性质决定了家事调解制度是家事裁判制度的重要内容。所谓家事调解，是指当事人在家事法院或家事法庭的主持下，社会贤达、福利机构等人员的参与下，辅助于心理治疗和医学诊断，试图追求感情上的融合，谋求多种解决方案并在妥协的基础上达成协议的过程。世界上很多国家和地区都对此制度进行了详细的规定，本章对外国（地区）家事调解制度进行评介，针对我国家事调解制度的缺失，提出建立完善的家事调解制度的设想。

第一节 外国、台湾的家事调解制度

一、日本

（一）日本家事调停制度的发展

日本的调停制度在 20 世纪初期，随着“协和精神”的昂扬进一步被强化，并渗入到亲属法领域。1939 年裁判所鉴于“用道义充满温情来解决”亲族纠纷及其他家庭相关事件，“准之我国自古以来良好风俗和持有的亲属制度最为理想”，制定了人事调停法。人事调停法的目的在于利用“协和精神”，重新形成政治权利的社会性基础——利用非“权利”意识，将法律运用排除在外——这样一种政策。制定人事调停法时的这种动机，在很大程度上影响着人事调停制度的实际运用。法律实行时，作过调停委员的人曾被训示“尽量不考虑法律进行调停”，家事调停“不应考虑法律，而应本着门外汉之圆满主义常识来处理”。对于家庭裁判所中调解委员（甚至裁判官）进行法律研修，持批判态度的人很多。

二战结束后，旧式政治权利崩溃。在新的政治、社会及思想环境中，依新的亲属法（1947 年修改后的民法第 4 篇、第 5 篇），1947 年制定了家事审判法，废除了人事调停法。但家事审判法的起草者们认为，以诉讼的形式来解决家庭纠纷的制度，不利于维持自古以来的良好风俗，相反应当以道义为本、温情为怀圆满解决，因此必须加紧设立特别制度。这一思想被采纳，于家事审判法中设立了家事调停程序。家事调停的目的不仅是解决和缓和家庭纠纷，而且是为了积极地维持美满幸福的家庭。这是日本家事调停制度的出发点和特色。家事审判法的制定，又提出了在家事调停方面树立新的理念，导入科学的知识和技术，使纠纷得到合理的符合时代要求的解决的新课题。

（二）日本家事调停程序概况

日本的家事调停实行“调停前置主义”，根据家事审判法第 18 条的规定，对能进行调停的事件，首先必须在家庭裁判所申请调停，而这样的事件不作调停申请而起诉的，裁判所必须将该事件交付家庭裁判所进行调停。

根据家事审判法第 17 条的规定，除甲类事件，即非讼性质比较明显的禁治产及失踪的宣告、监护人的指定、遗嘱的确认等案件外，家庭裁判所对于所有的人事诉讼案件和其他的普通家庭事件都可以进行调停。人事诉讼事件，包括与夫妻关系有关的婚姻无效、取消，涉外婚姻无效，协议离婚无效、取消；与子女亲属关系有关的嫡生子女的否认，确认亲子关系的存否，涉外亲子关系不存在的确认、认知、认知无效、取消，收养关系无效、取消，协议离婚无效、取消，父亲的确定等等。

对于第 17 条规定的乙类事件，家庭裁判所可以依职权随时进行调停。根据家事审判法第 9 条的规定，这类事件包括：（1）与夫妻关系有关的夫妻同居、夫妻间的协助、婚姻费用的分担、离婚财产分配、夫妻财产契约管理人的变更及夫妻共有财产的分配、指定祭祀财产的继承；（2）与父母子女及亲属关系有关的亲权人的指定和变更、子女监护人的指定和变更、扶养费的请求等；（3）与扶（抚）养有关的扶养请求、扶养义务人的指定、扶养顺序的确定、抚（扶）养费的增加的请求；（4）与继承有关的遗产分割、（生前）推定继承人的废除、取消等等。

家事调停在家庭裁判所进行，调停程序以有关人员的申请而开始。申请既可以是书面的，也可以是口头的，管辖机构或为被告人住所地的家庭裁判所，或由双方合意而定，对向无管辖权的家庭裁判所提出的调停申请，原则上移送有管辖权的家庭裁判所受理。

调停的权限有：指定调停日期、传唤有关人员；对与调停结果有利害关系的人可以参加调停；对非律师代理的代理人或辅佐人出庭的许可和取消；调停成立之前，必要时行使确认处分的命令（这种处分不具有执行力）；允许旁听；为明确事实，要求当事人提供资料，必要时可委托官方或公署调查，或要求银行或被认为合适的人员报告与事件有关人员的存款、收入及其它情况。

调停程序的主要阶段是：（1）家庭裁判所调查官的调查。调查官在调停程序开始前调查、发现问题，对问题加以

分类，并进行临时处置，然后向调停员提交中国政法大学博士学位论文 家事裁判制度研究报告。调停员努力创造一种信任的气氛，使当事人理解调停期间所暴露的事实系属保密，在调停期间即使一方有违法行为也不发布临时禁令或临时扣押令。（2）双方当事人背景的查实。调停员要努力查实双方当事人的背景，有时将人生史追溯至其童年时代。在有些情形下，调停员甚至能从其人生史中发现有关当事人并未意识到的重要事实，有时也采用调查员报告中的意见，这样做的目的是帮助当事人获得公正意识、洞察力和理性。在此基础上调停员帮助当事人思考自己的问题并自行得出结论。（3）协议的签订。如果在调停委员会内达成协议，该协议一经登记就发生终局的效力。

根据家事审判法第 22 条的规定，调停委员会由一名家事法官和两名以上的家事调停委员组成；组成调停委员会的家事调停委员，根据具体案件，由家庭法院指定。调停委员会的决议由组成人员的二分之一以上意见通过。如意见各占半数时，由家事审判官定夺。家事调停是非公开的，调停委员会的决议也是秘密的，若家事调停委员或曾任家事调停委员的人，无正当理由泄露评议的经过或者家事法官和家事调停委员的意见或其多少的数字时，处以 10 万日元以下的罚金。家事调停委员或者曾任这些职务的人，无正当理由泄露由于其职务而获知的他人秘密时，处以 6 个月以下监禁或 20 万日元以下的罚金。

根据家事审判法第 21 条第 2 项、第 23 条、第 25 条、第 26 条第 2 项的规定，人事诉讼事件中，离婚、终止收养以外不容许以个人意思自由处分的事件（例如婚姻、收养、离婚协议或收养终止等无效或撤销事件以及认领子女、亲子关系不存在确认等亲子关系事件），由于不承认当事人任意处分，即使当事人在调停程序中达成协议，亦无法成立调停。这时家庭法院可以就当事人间所不争执的原因事实做必要的事实调查，并听取家事调停委员的意见后，认为该协议为正当时，得作出相当于该协议的审判，对此如无人提出异议，即与确定判决具有同一效力。至于离婚、终止收养事件，原本就可以由当事人间协议处理的，一旦调停成立便与确定判决具有同一效力。当调停不成立时，家庭裁判所认为必要时听取组成该调停委员会的家事调停委员的意见，并考虑双方当事人之间的衡平，权衡案情，以职权在不违反双方当事人申请旨意的限度内，作出替代调停的审判；当替代调停的审判经声明异议而失效时，便须提起人事诉讼才能取得判决。其他与家事有关的民事诉讼事件也采取调停前置主义，如果调停成立便与确定判决具有同一效力，如果调停不成立、相当于合意的审判或替代调停的审判失效时，则须另行提起诉讼才能取得判决以解决纷争。对于乙类事件，当事人申请调停，或直接提出非讼裁判的申请经家庭裁判所移付调停，若调停成立时，具有与确定判决同一效力；若调停不成立，视为当事人于申请调停时已有审判的申请。

（三）日本家事调停程序存在的问题及学界对此的研究状况

1、调解程序与诉讼程序二元分化进行

从以上介绍可以看出，在现行家事调停制度下，涉及人的身份的诉讼，当事人应向家庭裁判所申请调停，若当事人未经申请调停即迳行起诉，除受诉裁判所认为移付调停为不适当者外，原则上均应予以移付家庭裁判所调停。若调停不成立，而有意按照诉讼程序解决的，则必须向地方裁判所另行提起诉讼。这样以来，一个纷争却被割裂为，由家庭裁判所进行调停程序和地方裁判所进行诉讼程序，同时欠缺这两种程序间有效沟通联系的机制。

当事人在调解阶段所提出的资料、调解过程的记录或家庭法院调查官的调查报告书，虽作为家庭法院调解记录被保存，但当事人未必能自由阅览抄录，故在离婚事件因调解不成立而进入地方法院之诉讼程序时，家庭法院所留存之上述调解记录，多未被充分活用。此外，即使属于当事人在调解中自行提出的资料，在诉讼中均必须以书证方式另行提出，此不仅加重当事人的负担，法院审理亦缺乏效率。诉讼程序是否沿用调解程序的资料与记录的范围，与如何思考调解程序的性格、定位等问题息息相关。

2、调解程序与裁判程序转换的必要性及衔接

（1）是否需要当然转换程序

依据家事审判法第 26 条的规定，乙类审判事项一旦调解不成立，不待当事人另行提出家事审判申请，依法当然移行审判程序，但人事诉讼事件则以当事人收受调解不成立的通知后两周内提起诉讼的，视为申请调解时提起诉讼。关于此规定，一般认为乙类审判事件本即由家庭法院审理，故一旦调解不成立，当事人通常期待由家庭法院继续进行审理。相对于此，人事诉讼事件调解不成立时，不少当事人无意更进一步起诉讼争，故立法上认为在此时，无需承认直接移行诉讼程序的法律效果。鉴于此，今后成为问题的是，移由家庭法院一元化审理人事诉讼后，宜否比照赋予如同上述就乙类审判事件所认程序转换之法律效果，亦即，在调解不成立时，法院未作成相当于合意之审判时、未作成代替调解之审判时或者该审判因异议而失其效力时，均视为自申请调解时即已起诉而转换为诉讼程序？关于此问题，多数人认为调解申请书因缺乏类如起诉状请求旨趣、请求原因等记载，故直接视为申请调解时业已起诉，有实际上之问题；况且当事人中亦有不欲在公开法庭进行诉讼程序者，所以应给予当事人一定期间思虑是否提起诉讼，而不宜当然移行诉讼程序。学者亦认为即使人事诉讼移由家庭法院审理，由于调解申请意旨未必全然明确，可能影响起诉效力范围的认定，同时为尊重当事人的意愿，宜维持上述规定。

（2）人事诉讼审理程序与调解程序的衔接可能性与必要性

由于人事诉讼属于亲属间的争执，具有家事事件的非合理性特征，其对于维持亲属间和谐关系的需求比一般民事事件要高，所以向来就人事诉讼采取调解前置主义，在其移由家庭法院为一元化处理后，仍有必要继续维持。这样可能出现以下问题有待解决：同一事件从调解程序移至裁判程序时，主导这两种程序的法官是否更换？调解不成立后，在后续人事诉讼审理程序中,可否援用先前调解程序中所得处理结果？当事人在家事调解程序中所为主张或所提证据，在人事诉讼审理程序中，可否不待当事人主张或提出迳采为裁判的基础?

此类问题均涉及有关调解与裁判之竣别论与融合论、非连续说与连续说等争论。其争论点主要在于如何调整程序经济的要求与国民对于调解制度信赖（自主性担保）的保障必要性等两者的紧张关系，如何判断其何者具有优先性？就见解其间的差异而言，所谓非连续说是从竣别论的观点及任意性、自主性担保的角度出发，主张：调解制度重在促使当事人以自由意志且居于主体地位以作成合意决定；为了实现此目的，不论在规范上或事实上，应给予当事人正确的资讯与知识的同时，并须担保当事人在调解程序中所陈述的内容、承认的事实，将不会在调解以外的场合（例如诉讼或其他裁判程序上）被援用，否则，将使当事人在调解程序中瞻前顾后，无法坦率而自由地陈述，以致不但将使国民丧失对于家事调解制度的信赖，而且无法在调解程序中完全掌握当事人的真意，终将有碍于调解合意的形成。 乙类审判事件以外的事件，如在家庭法院调解不成立时，即改向地方法院依民事诉讼程序或人事诉讼程序解决，因运作调解程序的法官与运作诉讼程序的法官不同，而不存在上述问题。可是，乙类审判事件经家事调解而不成立后，系应依家事非讼程序进行，此程序虽采取不公开的方式，但其也属于裁判的一种，虽与诉讼程序有某种程度的区别，仍难免采取对审构造，并须满足当事者权保障的要求下，才能作出公平的裁判，其事实认定必须以经一定程序保障下所得证据为凭，尚有别于以调解为目的所进行的调查，从而应将调解程序与非讼或诉讼程序完全切断，分别由不同的法官来担任，并且在调解程序中呈现的资料不得直接被援用于非讼程序。

相反地，主张连续说者则基于融合说的观点，以实务界居多，并为目前家庭第五章 构建家事调解程序法院实务上所采用的运作方式。其立论根据为：调解程序与非讼裁判程序均由同一法官运作的长处在于，可清楚了解当事人各自主张及事实关系，负责审理非讼事件的法官无需重新掌握案情，在家事事件的处理上较为迅速、有效率，而且资讯收集更集中。再者，当事人多将调解程序与非讼程序视为一体，尚不致因而使国民丧失对于家事调解制度的信赖，所以为减轻当事人的负担及回应程序经济的要求，应容许在非讼程序中援用调解阶段所收集的资料。

二、新西兰

1980 年新西兰制定的《家庭程序法》中规定了调解讨论会制度，调解讨论会处于新西兰家庭法院三个活动层次中的第二个层次。第一个层次是法院的劝告服务，它应当事人或其律师的要求而提供，而且向家庭法院提出的很多申请都须经过劝告。第三个层次是家庭法院法官的审判。

调解讨论会设立的理论基础是避免不必要的诉讼。其目的是查清当事人争执的事项并努力使当事人达成解决这些问题的协议。调解讨论会对当事人一方向家庭法院申请分居判决、扶养判决、监护判决和接近判决的案件均可提供。调解讨论会可在审判前的任何阶段应任何当事人的要求由书记官予以召集，也可在诉讼的任何阶段由法官安排。调解讨论会的日期和地点被确定后邮寄通知当事人及其律师。

调解讨论会由家庭法院法官主持。在调解时法官无权裁判，讨论会本身也不是诉讼程序。如果调解不成，该法官也不得充任审判官。法官均是专家。调解讨论会具有非正式性。讨论的房间虽然简朴但家具和装潢极具魅力。法官与当事人坐在同一水平面上并且与当事人接近。当事人不是面对面而是坐得很近。律师有时坐在当事人旁边，有时不坐在旁边。律师在讨论会上的作用极为有限，因为无需提供证据或质证，其作用仅在帮助当事人弄清争执并促进解决方案的达成。不过如涉及到监护权和接近权时为儿童利益被任命的律师，可以通知主持法官和当事人以调查结果及建议从而发挥积极的作用。有时候当事人的律师可以被故意安排不出庭，或者在征得当事人同意后要求其离开。当事人希望律师参加的愿望虽然一直得到尊重，但法院已经表明的立场是希望律师颇为消极，但代理儿童的律师除外。

法官有义务书面记载调解讨论会上为当事人所解决和未解决的争执。达成协议后法官便恢复裁判角色。遵照协议制定判决。如果当事人未被律师代表，常会暂停调解以使其获得律师意见，但其明确表明无须律师意见也可遵照制定的除外。依照协议所制定的判决不仅可以涉及到扶养、监护、接近问题，而且可以涉及财产问题。当事人未达成最终协议的问题可达成临时协议。

调解讨论会当然不公开，而且其程序享有特权，没有任何信息、陈述、承诺在以后的任何程序中得到承认。调解讨论会大约持续一个半小时。

三、英国

1971 年 1 月 27 日英国颁行的《实践注意（离婚：调解）》将调解程序引进到离婚诉讼中。它规定，如果法院有理由认为有和好的可能或在附带问题上调解有益时可将案件或案件中的某个或某几个问题交由法院福利官。法院福

利官在与当事人讨论后决定是否有任何和好的希望或者调解是否可以帮助当事人协议解决他们的全部或部分纠纷。如果没有希望，就应向法院报告。如果有和解的希望或者调解可以帮助当事人协议解决他们的全部或部分纠纷，除自己继续处理此事外，可将案件提交观护官（Proation Officer），或者提交有关婚姻指导和福利的适当组织的分支机构推荐的完全合格的婚姻指导劝导员，或者提交由案件特殊情况决定的一些其他适当个人或组织。福利官接到上述后三者报告后向法院报告。这些报告仅限于陈述和解是否有效或者如果有效那么当事人在何种程度上协议解决他们的全部或部分纠纷。但是该调解并无实际效用。

英国在 1973 年颁布了《离婚诉讼法》，为了防止轻率的离婚，该项法律规定了在作出任何的离婚准许之前必须进行的调解及其程序，以促进双方和解。

1977 年专门对“审理前谈话”（Pre-trial review）程序进行调整用以调解有抗辩的案件。书记员在谈话时要试图查实案件的实情并就案件的公正、迅速和经济的处理提供必要的指导，使案件尽量以协议方式解决。1980 年该程序被扩展适用到财产调整和一揽子判决问题上，因其不成功于次年被废除。但该程序仍得到广泛的支持，尤其在子女问题上。1983 年 1 月 1 日施行的《操作指南（家庭法庭：调解程序）》规定高等法院家庭身份登记处为有争议的监护权、接近权及其变更问题提供调解指导。每当发布传唤令时，就在书记员主持下，在双方当事人和他们的顾问及与任何一方共同生活的 10 周岁以上的子女（但仅限于就其监护权有争议）及福利官的参加下，进行调解。如果调解成功，书记员即依当事人达成的协议制定判决，几乎不进行调查或提出异议。它还规定，如果调解未达成协议，案件则由其他的书记员和福利官员审理，调解过程中的讨论和陈述不作为判决的依据，用以保护当事人的利益。其他法院所适用的调解程序总体上与家庭法庭的相同。

四、澳大利亚

和解概念引入到法庭程序中开始于 1975 年的家庭法律条例，实际上，它并不是在法律意义上定义的，家庭法院所适用的程序被认为是一种复杂难懂的调解方案和治疗方法，“改变当事人的行为，增加彼此之间以及与他们孩子的联系”。某种意义上，和解也称上是一种程序，它提供了可预见性的尺度和双方当事人审查自己地位和愿望的机会。条例规定了三种主要的咨询服务：（1）或者在诉讼程序启动之前或者在诉讼程序启动之后的无偿咨询服务，包括自诉的法律咨询服务和律师协助的法律咨询服务；（2）启动诉讼程序后但法院发出第一张传票之前法院规定的咨询服务；（3）启动诉讼程序后也是法院发出第一张传票后法院规定的咨询服务。有资料显示，咨询服务使争端达成一致率大幅度升高，1992 年咨询显示，有 72%的当事人选择了和解咨询服务解决他们之间存在的争端，又有 62%的事例显示，总体争端解决率有所回升。结案率一方面取决于争议问题的类型，另一方面也与提供和解咨询服务的时间选择有关，早期介入比在诉讼程序中介入的结案率要高。另外，值的强调的是，这些协助性活动和法庭的服务活动必须包含调解技巧的运用。家庭法院的咨询员通过克服当事人的情绪抑郁协助当事人达成一致并进而解决家庭纠纷，另外，咨询员应该侧重于最大保护儿童的权益同时教育家长。和解就是运用技巧、促使协议达成的过程，有些“和稀泥”的意味。

1991 年法院调停与仲裁法案的通过为解决争端提供了法律依据。这部法律规定，婚姻双方当事人、孩子、父母、养父母或者是利害关系人都可以申请调解员的帮助来解决争端，并对调解程序进行了规范。这种调解是诉讼前调解。如果双方当事人在申请之后，希望调解就可以进行调解，也允许通过休庭来调解。家庭法律条例除了规定上述两种方式之外，还规定了调解会议的运作、法定代表人的出席以及给双方当事人提供建议的义务。在调解庭所说的不是可采性的证据，一种例外情况是，如果调解员有充分的依据怀疑孩子受到生理或性虐待，他必须向法定的儿童福利机构汇报。

澳大利亚的家事调解和以上所说的和解不同，调解是一个双方当事人在第三方的帮助下，有系统地减少分歧，达成共识，考虑多种解决方法，最后达成协议，满足双方需求的过程。调停强调双方当事人有责任作出影响他们生活的决定，它主要是早期干涉并不需要填写文本，此外，调解在起诉之前引入了一个自愿的机密性的机制来解决财产争端，同时它也是提供一个论坛，来解决与孩子和财产相关的争议。通常在法庭中有两个调解员，一个有社会科学背景的，一个有法律背景的，通常是一男一女。调解员不做决定，也不给建议。他们只是提供一个循序渐进的程序，使当事人意识到争端、想出解决的办法并作出决定。在整个调解的过程中，强烈建议当事人寻求独立的法律建议，律师可以参加调解会议，组织调解员的工作，但是这种情况非常少见。通常的做法是当事人的代理人把当初的调解意向变成同意令。

五、美国

30 年代，继劳动纠纷之后，美国开始在家事法领域推行调解。1939 年加利福尼亚州设立了调解法院（Conciliation Court），对当事人采用调解作为代替审判程序的手段。因进行家事调解的调解人多具有心理学方面的素养，遂将“治疗”（therapeutic）理念带入了调解之中。具体而言，就是促使当事人正面认识纠纷的根源在于感情上的争点，在调解人认为适当的场合，鼓励当事人继续维持（婚姻）关系。虽然在这方面家事调解人之间的意见并不

统一，但一般都认为应更多地考虑人际关系而不是法律方面的争点。

美国在家庭法院内部设有受理部门。受理案件的官员将应由其他社会福利机构处理的事件移送到有关机关，将应由家庭法院处理的事件除当事人即时由法官审理外，还在受理部门由受理案件的工作人员、调查官或观护官进行调解。有些家庭法院设有婚姻协谈人员，不仅在受理或调查阶段或个案作业中，而且在法官审理过程中。如认为有和解的希望时可移送案件于婚姻协谈人员。婚姻协谈人员并非法律专家，而是个案作业的专门技术人员。

依照美国统一结婚、离婚法的规定，配偶双方就子女抚养、监护和探视所达成的协议对法院没有约束力，法院根据有关抚养、监护和探视的准则对协议进行缜密的调查，以履行自己的职责，保护子女合法权益。就双方所有财产的分配，对一方的扶养所达成的协议，法院不得对此表示异议，除非它在考虑到双方的经济状况以及他们自己提出或在法庭要求下提出的任何其他证据，认为分居协议极不合理。所谓的极不合理的标准即为商法中使用的标准，它包括防止单方利益，施加压力或不公正的乘人之危。如配偶双方愿意使双方所有财产的分配、对一方的抚养的协议具有私人契约的性质，仍可以使协议条款不写入判决。如无上述约定则应将协议条款写入离婚判决，可命双方执行。配偶双方还可约定有关抚养和财产分配的条款即使写入判决也不得被修改，或只能根据协议进行修改。

六、德国

德国原民事诉讼法采和解前置主义。1877 年民事诉讼法对离婚之诉与同居之诉规定有诉前强制和解的制度。其第 570 条规定:“在离婚之诉与同居之诉,审判长必须按下列规定试行和解后,才可指定言词辩论的期日。”又于第 571 条规定: “原告应向夫的普通审判籍所在地的初级法院申请指定和解期日……。”即离婚与婚姻生活恢复诉讼，应首先试行和解，以打消离婚当事人的离婚意见。调解由区法院主持。1938 年修改民事诉讼法后调解则由地方法院主持，同时将条文修改为，要提起离婚之诉或同居之诉的人应向对诉讼有管辖权的法院申请试行防止起诉的和解。关于离婚之诉与同居之诉的这种强制和解制度，是与关于其他诉讼的和解制度同时并存的，1976 年民事诉讼法修改时，在废除了其他诉讼的和解制度的同时，也废除了本章中关于和解的规定。1978 年离婚法修改后一反过去的旧制而无需先行调停。现在关于婚姻事件，就也适用第 279 条关于和解的一般规定。

七、台湾地区

在台湾一般民事案件，虽在起诉前得申请法院调解，但家事事件，因其性质特殊，宜由调解程序解决纠纷，民事诉讼法在人事诉讼程序篇中，特别提起并规定起诉前之调解，即离婚之诉及夫妻同居之诉、终止收养关系之诉，于起诉前应经法院调解，调解不成立后始得起诉，当事人未经调解即行起诉的，视起诉为调解之声请。家事事件处理办法承袭人事诉讼程序之调解前置主义，于第 5 条规定，家事事件，尤其离婚及夫妻同居之诉、终止收养关系之诉，应注意其起诉前曾否经过积极之调解，在此所谓应注意是否应经法院之调解，即有无强制性抑或只是注意性之规定，并不明确。家事事件之调解，由推事担任，但当事人也得推举调解人，不管当事人是否推举调解人，法院均得依职权选任调解人协同调解。调解人得提出法定之日费及旅费，并由法院支付。为使推事易于选任调解人，法院每年应酌选管辖区域内，具有法律或其他有关专门知识、声望之公正人士，为调解人之备选人，按区、镇乡分别作成一览表，以供推事选任调解人时参考。参加调解的人除推事、当事人推举的调解人、由法院选任的调解人外，法院得邀请当事人的亲友或有关专家、当地妇女、儿童福利或其他机构派员协助调解，或对事件的处理提供参考意见，就调解结果有利害关系的第三人，法院也得通知其参加调解。家事事件调解，在法院内不公开进行，以避免家务事外扬，有利于家事事件的处理。

台湾民事诉讼法除起诉前调解程序之外，还规定了诉讼上的和解，和解成立时与确定判决有同一效力。但台湾地区诉讼上和解，依民法第 737 条规定，有使当事人所抛弃之权利消灭及使当事人取得和解契约所订明权利之效力，故在实体法上不许当事人自由处分之权利或法律关系，及在诉讼法上应依职权调查之事件，如婚姻事件、收养事件、认领事件、亲权事件、撤销禁治产宣告事件、撤销死亡宣告等事件，因均与公益有关，解释上应不得为诉讼上之和解。实务上常见离婚之诉，通说认为属形成之诉，其婚姻关系之消灭，必须由法院认定当事人形成权存在，直接以判决宣告，始生其形成力，故纵使双方当事人在诉讼上成立和解，在未依民法第 1050 条规定，向户政机关为离婚登记前，其婚姻关系自未消灭，应解为仅具协议离婚之效力，不能与判决离婚同视。

根据台湾民事诉讼法第 422 条、第 577 条第 2 项、第 588 条的规定，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。但有学者开始思考，台湾将来在家庭法庭或家庭法院若设置象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。

八、总结

通过以上的比较，我们可以归纳出家事调解制度具有以下特点：

1、家事调解是以法院为主持机构的调解。主要表现为两个方面：一是从调解员的选任来看，要么是法院聘请受过法律训练的人员担任，如美国受理部门的调解员；要么是法官协同法院聘请的有关专家、福利官员、有关单位担任，如日本、英国的调解员。二是从调解程序来说，有的国家以法院附设的诉讼前调解作为专门的家事调解程序，如日本建立的家事调停制度以及美国的法院附设调解；有的国家、地区是在家事案件的诉讼过程中，或是通过法律规定将调解设定为必经程序（如日本、台湾的家事诉讼程序中，调解是审判的前置必经阶段），或者规定法官具有调解义务，有较大职权进行调查和促进和解（如德国）。在美国，家事纠纷特别是离婚事件一般属于法院建议或指定以调解或和解解决的范围。新西兰引进的调解讨论会制度，属于家庭法院判决前的程序。因此有学者把家事调解称为司法 ADR（又称法院附设 ADR，Court-annexed ADR），它以法院为主持机构，不同与审判，但与诉讼程序相关联。

2、家事调解偏重当事人之间感情与心理的治疗。心理治疗在家事调解的过程中，虽然不是万能的，但多数情况下是必不可少的。首先家事案件的当事人常认为自己为被害人，对方为加害人，因而产生复杂情绪，模糊真实焦点；其次当事人间因情感纠结，互动失调，亲职能力欠缺，不仅使原先紧张情势更趋恶化，更因而危机未成年人子女的最佳利益；最后除法律问题需要解决外，相关日常生活所需或身心健康所系的环节也有待协助，否则即使法律问题得到解决，纷争的根源仍然悬而不决。为了解决这些问题，国际先进国家以人性化及整体化方式处理家事纷争作为原则，突出表现在心理治疗方法的运用或提供心理咨询服务。如日本的家事调停委员，法律要求能灵活运用医学、心理学、社会学、经济学等专门知识，对纠纷的解决提出妥善的调停方案；美国家事调解的调解人也多具有心理学方面的素养，遂将“治疗”（therapeutic）理念带入了调解之中。台北地方法院家事法庭实施了心理咨询服务制度。

3、家事调解重视公民的参与。站在民主化的立场上，调解制度使近代审判制度所排斥的非专业法官得以复活，使司法脱离权威主义而更体现社会的共识和协作，从而能达到审判制度难以达到的境界，真正解决纠纷。家事调解在这方面的表现尤为突出，这是家事纠纷的特点决定的。日本家事法院的法官和家事调解员共同组成调解委员会进行调解。除律师外，医生、建筑师、会计师、税理士、不动产鉴定人及大学教授被选为调解委员的情况比较普遍。这些调解员大多是社会中上层人士，参与的国民的范围不具有广泛性和多样性，为此日本司法改革注重实现从国民各层次中广泛获得合适的调解委员，即通过年龄、职业、知识及经验等方面规定及其他措施，确保家事调停委员的多样性和广泛性。日本的家事调停制度因吸收法曹以外的国民参与而被确立为国民参与司法的方式之一。

4、家事调解应具有独立的程序。家事调解既是一个解决冲突的过程，又是一个使当事人承担自我决定自己生活的责任的管理过程。它虽可划分为若干阶段并完成若干任务，虽并无统一的模式，但应该单独程序化，不与法官的审判程序混在一起。家事调解应单独进行，必须注意调解与审判在程序原理上的差异。调解无论其制度化的程度如何，都必须与审判程序保持原理上的不同，否则调解的固有功能就会陷入麻痹状态，最终失去其存在的真正价值。

5、家事调解的利用并不剥夺当事人的诉讼权利。它有别于封建的家族、家长或共同体内的强制性调解，是属于近现代法制的组成部分。家事调解的目的在于使调解前相互冲突的感情通过调解得以融洽，并通过感情融洽的纠纷解决过程避免相互关系的破裂或断绝。这一制度的设立决不是对诉讼程序的否定，而是对诉讼的代替和补助。家事调解是依照法律确立的程序进行的，在调解不成时可以转入诉讼程序。

第二节 家事调解制度基本问题剖析

一、家事调解的功能定位

日本著名学者棚濑孝雄把调解按其功能定位为，判断型调解、交涉型调解、教化型调解和治疗型调解。那么家事调解依据解决纠纷的成本和解决内容的性质作为其功能上的特质何者更为重要呢？

判断型调解是把发现法律上正确的解决作为应该贯彻的第一目标，同时在与审判比较的意义上把降低正确解决所需要的成本作为固有的长处。以在节约费用、提高效率的前提下尽量实现在审判中能够得到的解决为理想，是立足于把调解作为向社会普及法律和更广泛、成本更低地实现权利的重要手段而构建的理论模式。然而，由于这种类型的调解存在着一种重要缺陷，即解决纠纷的第三者在做出判断时的主动性与其强制能力（权威和正当性）之间不对称，使得它实际上几乎不可能在理想的状态上实现制度化。具体表现为：（1）一方面判断型的纠纷解决只要是正确的，本质上就具有不管当事人是否愿意接受也要贯彻到底的倾向，另一方面为了坚持自主解决的理想，又必须尽一切可能排除强制的契机，判断型的解决在这里遇到了无法解脱的尖锐矛盾。如何解决这一矛盾呢？调解即使不发挥自己特有的强制能力，只要以审判的强制性为后盾，就存在着使当事人接受与审判结果近似的解决方案的潜在力量。因此调解所发挥的功能也就成为当事人自身无力进行的对审判过程和结果的模拟，及推动当事人根据模拟的状况作出决定。然而如

果进行高度的审判模拟，就与不摈弃审判制度使其能处理一切纠纷而设置调解制度来满足社会需要的基本选择相矛盾，而且成本大幅度上升。在头脑中进行逻辑推理，使负责调解的人员只要有充分的法律素养，不致于引起成本的大幅度上升，那么即使缺乏当事人的举证责任，能动的辨证也能保证判断者中立性公正性。一系列严格程序不仅会使判断者的调解在事实上根本达不到审判的模拟，从而使当事人主动参加处理的意识受挫，而且其相互交流变质为调解者根据自己构想好的并认为是正确的判断而对当事人施加压力和从上而下地进行说服动员。此外，在更本质的意义上，关于调解本来就存在着与判断型的上述理念相反的另一种理念，即无论出于什么理由，只要当事人真正达成合意即可。为了照顾效率性而削减发现正确的解决，就使判断型调解的重点从解决方案的形成移向“不管如何，只要本人同意就行”这种说服当事人接受解决方案的侧面。（2）严格依法解决排除了从纠纷的背景、当事人间的关系等纠纷整体上的性质出发寻找与具体情况相符合的恰当解决的可能性，而且往往强调权利排他的绝对的归属。这常导致当事人发生不必要的感情对立，从而不仅不能助长合理解决问题的态度，还会引起当事人之间的长期不和。（3）调解者的判断在调解中获得决定的意义使当事人展开程序的努力向着有利于自己的方向集中，使相互作用的方向成为垂直状态，使当事人形成合意在水平方向上的对话受到干扰。这不仅导致当事人在纠纷处理中失去自己解决问题的主动权而依存于调解者自上而下的判断和强制，而且导致或助长当事人借助调解者的权威达到审判中不能得到的结果这种侥幸心理。

交涉型调解是指当事者在估计纠纷由审判处理时可能得到的解决（a）以及所需成本（b）的基础上，以（a）和（b）为下限，眼前有可能获得的最有利解决为上限，与对方进行谈判及讨价还价的调解。交涉型调解也是把功能上的重心置于成本的降低上，但与判断型调解相反，其目的不在于发现法律上的正确解决，而在于为那些把节约成本放在第一位并不惜为此降低达到法律上正确解决这一要求的当事者提供一种方便。也就是说，这一类型的调解，是基于当事人对期待达到的目标和所愿付出的成本进行衡量和计算，通过自身的权衡选择而展开的。然而，由于这一类型调解的设计不以强制为前提，当事人的计算和选择往往不易实现。己的选择。当事人往往在给定条件的制约下就可能达到的最有利结果作出高度现实主义的选择，同时对作为该选择前提的现实条件抱有不满和持批评态度。这不仅会使当事人对自己的选择感到不满足，而且会使其产生改变制约条件的要求。再者，当事人对审判所需费用，对审判结果的预测并不总是有把握，对让步妥协在何种程度上为合理不存在基准，使得调解所达到的解决往往取决于当事人拥有的资源及讨价还价的能力或技巧。这种解决的不确定性不仅可能使解决结果实质上很不公平，会导致强有力的一方随心所欲地把自己的意思强加于对方，不利于保护弱者的利益；而且会因当事人“讨价到天，还价到地”而形成的调解者即使积极干预也无法帮助打开僵局。

教化型调解是指将发现法律上正确解决目的相对化，不去谋求审判的再现，而是发现调解自身持有的正义或所谓另一种正确的解决，从而谋求恢复在依法的解决中很容易失去的平衡，并进而实现某种社会连带的调解。这样的平衡性和连带性是从纠纷的背景、当事人间的关系等纠纷整体上的性质出发，寻找与具体情况相符合的恰当解决，避免当事人间发生不必要的感情对立，进而避免感情对立产生的减损合理解决问题态度和正常人间的长期不和，使纠纷得到彻底圆满的解决。同时教化型调解所追求的衡平式解决，不带多少技术性因素，不需要高度的法律专业知识或受过法律训练的专门人才参与，从而能够大幅度节约投入纠纷处理的资源。但是，这种调解模式真正发挥作用的前提条件却是人们之间有密切关第五章 构建家事调解程序系的小范围的共同体必须存在，以及那里的规范确实能够制约和支配人们的生活和思维方式。在对共同体的归属意识已经相当稀薄的场合，调解者越是强调衡平和连带的价值，就越有可能使当事人认为调解是在空谈或强加于人，从而使调解无效。另外，为了达到恢复密切关系的连带目标，调解者并不强调权利义务的有无，而强调伦理人情，实际上是在要求一种无原则的和稀泥。这不仅使调解费时费力，成功可能性降低，而且使人们不再把调解视为能够带来正义的解决方式并尽量加以避免。

治疗型调解是把纠纷视为人际关系的一种病变现象，试图通过广义的人际关系调整方法来治疗病变，从而使其恢复正常的调解。在实际生活中，当事人之间由于小小的误解而发生纠纷，或者由于意思疏通不够而发展成深刻的感情对立。这时如果仅仅把当事人表面的争议之点作为问题，则一般不会真正达到解决纠纷的目的。因为当事人可能显得十分固执，连客观上看来对自己有利的方案也会加以拒绝，或者表面上看纠纷似乎已得到解决而实际上却在另外的场合以别的形式重新爆发出来。为了从根本上解决纠纷，调解者应从纠纷产生的深层原因入手，通过调整当事人在人际关系上的不正常状况来解决纠纷。但治疗型调解如果想真正能够给调解实践提供有效的指导理念，必须先对适合于这样的解决的纠纷进行选择甄别，并要求调解者在相当程度上具有心理治疗专家的素养和技术知识。因为，首先，调解者应试图消除当事人之间的相互不信任或攻击冲动，使用的方法是让当事人尽情说出想说的一切埋怨和愤恨，这就有必要分清纠纷是否依赖这种心理上和精神上的净化而得到解决；其次，在不涉及多少感情色彩的纠纷中，当事人更关心的是具体的争执之点，调解的重点如不放在这些争点上只会使当事人对调解本身产生不耐烦的情绪。

四种调解模式都有各自的优点和不足，在一定时间或一定条件下，它们有可能各自以理想的状态发挥作用，或者相互交错以某种能够弥补各自短处的最佳组合起到解决纠纷的作用。家事纠纷的解决多数情况下旨在修复家庭成员之

间的关系、维护正常的家庭生活秩序，似乎治疗型调解的运用更为奏效，但并不是总是有效。比如这样的家庭纠纷：或者由于丈夫的失业或饮酒，或者因婆媳之间的反目而引起的夫妻关系危机，一方面具有适合心理治疗的因素，但另一方面这类关系的病理原因与丈夫的人格和大家族在结构上的紧张有关，单靠当事人的意思并不能得到实质性的改变。因此，以消除人际关系病理的深层原因为目的的心理治疗，在许多确实涉及人际关系问题的纠纷解决上也是无能为力。如果在这里要想达到恢复正常人际关系的目的，只有尽量说服双方各自反省或忍受，从而向教化型靠拢；或者干脆放下消除人际关系病理的目的，卸下心理治疗的招牌，采取让当事人不管今后怎样，先就目前面临的问题达成一定妥协就算完事的交涉型调解。可见，家事调解中不仅各种模式交错运行，也可能出现多种模式并存的局面。心理治疗在调解的过程中，虽然不是万能的，但多数情况下是必不可少的。

二、家事调解的程序

家事调解的程序通常由法律加以规定，一般而言，大致都要经过以下几个步骤：

首先，家事纠纷的受理，即调解的开始程序。纵观各国家事调解的情况，调解的开始一般有两种情形：一是当事人申请调解，除有强制性法定条件，调解的开始需要当事人的申请外，还包括当事人双方申请，或者一方当事人申请而对方不表示反对的情况。二是根据法官或法院的建议或指令进行调解。在美国，法官经常建议或指令家事案件的当事人先行进行调解。

其次，选择确定调解员。有的国家家事调解由法官主持，有的由法官和家事调解委员共同主持。法院提供调解人员名单，由当事人自己挑择调解委员或由法官指定、经当事人认可，如台湾和日本。

再次，在调解员主持下进行调解。在多数调解程序中，调解过程主要是进行说服和互让。说服不是简单地用理由充分的话使他人心服，而是可以定义为促使他人采取特定行为目的的符号操作，因而可以分解为出示证据、引用规范、陈述证明、动员影响力、把握时机（主要指利害关系的时间性，时间流逝而引起的纠纷变形和吸收，解决问题的战略时机）等可以程序化的问题，在当事人双方相持不下的情形下，为了避免交涉失败，调解员的积极调控和判断往往势在必然。互让可以定义为一方面和对方的主张相违背，另一方面又部分地放弃自己的要求，以探求妥协的可能性，总结出一种折衷方案或者说是超越双方主张的第三种方案以求解决纠纷。

再次，调解的终结。根据调解结果的不同，分为调解成立和调解不成两种终结程序。当调解失败，未能达成和解时，调解程序即告终结，根据特定程序或直接转入诉讼，或由当事人自行决定是否提起诉讼。除在一些简单的纠纷解决中，当事人可以在调解员的见证下达成口头协议并即时履行的情况外，一般当和解达成时，需要以签署书面和解协议的方式终结调解。

最后，调解协议的履行。具有强制性的调解协议在当事人拒不履行时，对方当事人可以申请强制执行。不具有法律强制力的调解协议，主要依靠当事人的自觉和自律保证履行，如当事人反悔，也不能对其采取强制措施，只能由调解机关进行督促。

第三节 我国家事调解程序的构建

一、我国现有法律对家事调解的规定

我国没有独立完整的家事调解程序，除了对离婚诉讼有所规定外，其他家事案件都适用现行的法院调解制度。对离婚案件的调解有以下规定：

1、调解被视为离婚案件的必经程序，但不剥夺当事人的诉讼权利。《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》（以下简称为《民诉法意见》）规定，人民法院审理离婚案件，应当进行调解，但不应久调不决。现行婚姻法第 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。第 3 条规定了，调解无效，应准予离婚的情形：（1）重婚或有配偶者与他人同居的；（2）实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员的；（3）有赌博、吸毒等恶习屡教不改的；（4）因感情不和分居满二年的；（5）其他导致夫妻感情破裂的情形。司法实践把法律规定的“应当”理解为诉讼的必经程序。

2、强调当事人的亲自参与。离婚案件涉及身份关系，具有与其他案件不同的特点，离婚案件双方当事人出庭，有利于法院进行调解，并在调解不成时，确定是否准予离婚。《民诉法意见》规定，离婚案件当事人确因特殊情况无法出庭参加调解的，除本人不能表达意志以外，应当出具书面意见。

3、调解达成协议后应制作调解书，调解书具有法律效力。对于调解和好的离婚案件可以不制作调解书，将协议制作笔录，由双方当事人、审判人员、书记员签名或盖章后即具有法律效力。《民诉法意见》规定，无民事行为能力人的离婚案件，由其法定代理人进行诉讼。法定代理人与对方达成协议要求发给判决书的，可根据协议内容制作判决书。对于调解和好的离婚案件，没有新情况、新理由，原告在六个月内又起诉的，不予受理。

最高人民法院于 2003 年 9 月 10 日颁布的《关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》第 14 条规定，婚姻家庭纠纷和继承纠纷，人民法院在开庭审理时应先行调解，但是根据案件的性质和当事人的实际情况不能调解或者

显然没有调解必要的除外。这样我国首次以司法解释的形式规定了家事案件的调解前置制度。

二、我国法院调解的改革与家事调解制度的完善

90 年代中期，随着法院以强化举证责任和庭审功能为核心的审判方式改革的推进，调解在诉讼中的地位开始受到质疑。法学界和实务界掀起了关于法院调解制度改革讨论的热潮。仁者见仁，智者见智，归纳起来大致有以下三种观点：

1、否定与替代论。完全否认法院调解继续存在的价值，主张取消现行立法意义上的法院调解，以诉讼和解取而代之；或者从当事人中心的角度以诉讼上和解的概念和制度重构法院调解 。

2、调解分离论。主张将调解从审判程序中分离出来，独立地运作。在法院内设置专门的调解机构，使调解与审判分立；并将调解程序前置，实行先调后审，案件调解不成进入审判程序后不能再行调解。

3、改革加强论。法院调解的改革应在现有的框架内进行，持这种观点的学者积极肯定现行法院调解制度的价值和意义，不赞成废除法院调解或把调解从审判中分离出去，而是希望通过对法院调解制度进行改造来实现调解与审判的协调。

现有的关于法院调解制度改革的讨论，主要是针对商品经济关系纠纷案件提出的，其有关调解的改革没有充分考虑家事案件的调解，并不适宜于指导家事法院的调解。王亚欣曾指出，要根据经济案件还是非经济案件等不同情况的不同条件来考虑调解过程与判决过程分离并结合的策略与方法。笔者建议普通民事案件实行诉讼和解和法院附设调解制度，而对于家事案件而言，调解在司法审判中应占主导性地位，除家事非讼案件外，调解的方法在所有的家事讼争性案件中都能得以广泛运用。家事案件的法院调解主要是吸收现有的法院调解的优点，即在审判的任何阶段，只要出现了可能和解的迹象或存在再行调解的必要，可以重开调解，但同时需要改革其不足。笔者认为应从以下几方面构建我国的家事调解制度：

1、在家事法院（法庭）内设定家事调解委员名单，由法官和调解委员组成调解机构。

2、明确规定家事诉讼案件的调解前置制度。在制定家事程序法时，应明确规定强制调解的家事案件的范围和类型，由现在的仅离婚案件发展为多种家事讼争案件。家事诉讼案件应先行调解，即于起诉前应经法院调解，调解不成立后始得起诉，当事人未经调解即行起诉的，视起诉为调解的申请。调解成立达成协议的，即制作调解书终结案件；调解不成立的，转入审判程序。这样就存在着同一事件从调解程序转到裁判程序，主导这两种程序的法官是否更换的问题，以及调解不成立后，在审理程序中，可否援用先前调解程序中所得处理结果？当事人在家事调解程序中所为主张或所提证据，在审理程序中，可否不待当事人主张或提出迳第六章 建立检察院参与家事案件的诉讼制度采为裁判的基础？笔者认为支持调解程序的法官可以主持审判程序，这样可清楚了解当事人各自主张及事实关系，负责审理的法官无需重新掌握案情，在家事事件的处理上较为迅速、有效率，而且资讯收集更集中。再者，当事人多将调解程序与审理程序视为一体，也是我国的法院调解以及国外家庭法院实务上所采用的方式。此外，为减轻当事人的负担及回应程序经济的要求，应容许在审理程序中援用调解阶段所收集的资料，尤其是家庭法院调查官调查所得资料。

3、应建立有别于一般调解的家事调解制度。可在家事法院内设立医学诊断室、心理治疗室等，在调解的过程中广泛收集与当事人有关的个人及家庭背景资料，运用心理学、社会学、医学的知识进行调解。积极结合法哲学、法社会学、心理学、临床心理学、法人类学等各相关领域的学问，创设临床调解学。

第六章 建立检察院参与家事案件的诉讼制度

第一节 各国(地区)立法例

一、法国

法国检察机关参与家事案件的方式有两种，一种是检察机关作为主要当事人，一种是作为从当事人。根据法国民法典和其他有关的民事立法的规定，检察院主要在以下几个方面的家事案件中，为维护国家利益和社会利益或某些个人的合法利益，可以作为主要当事人参加诉讼：（1）未达结婚年龄而结婚、近亲结婚或尊卑血亲结婚等违反善良风俗或违反刑事法律规定的婚姻，检察机关可向法院提起婚姻无效的诉讼；（2）在父母对其子女人身进行犯罪、虐待子女、经常酗酒等明显行为不端，或违法，严重危及子女安全、健康及品行，或父母两年以上拒不履行法定的义务的情况下，检察机关可向法院提起要求其丧失亲权的诉讼。检察官作为主要当事人参加诉讼时，必须出席法庭参加辩论；检察官可以要求法官回避，但不可被要求回避。检察机关在作为主要当事人参加诉讼时，可利用其他当事人应有的一切上诉权利和途径提起上诉。

检察机关作为从当事人参与的家事案件主要有：有关确定亲子关系的案件，有关未成年人的监护问题的案件，有关对成年人实行监护托管或更改监护托管问题的案件。检察官作为从当事人参加诉讼时，检察官与法官一样，可以被要求回避，但检察官无权要求法官回避。检察官在辩论时最后发言。除法律规定必须出庭的以外，检察机关可自行决定是否出庭发表意见，如不出庭，可向法院递交书面意见，但无上诉的权利。检察机关无论以主要当事人还是以从当

事人的身份参加诉讼，均不承担任何赔偿损失的责任。检察机关即使是败诉方，也只承担其自己为诉讼所支付的费用，其余一切费用由胜诉方承担。

二、德国

德国从 1877 年民事诉讼法公布时起，就规定了检察官全面参与婚姻事件制度。民诉法第 569 条规定：“（1）检察官有权参与婚姻事件。（2）检察官可以出席在法院以及在受命法官或受托法官前进行的辩论，任何期日均应依职权通知检察官。（3）检察官可以对应该宣告的裁判发表意见，为了维持婚姻，还可以提出新的事实和新的证据方法。（4）在法庭记录里应记明检察官的姓名，并应记载检察官所提出的申请。”

1938 年法西斯时期的民事诉讼法规定，在婚姻事件中，检察官从国民共同体的立场出发，可以参与（诉讼案件），主张维持婚姻或解除婚姻。检察官参与后，可以出席一切辩论，对于应该作出如何的裁判发表意见，提出新事实和新的证据方法。在离婚之诉、撤销婚姻之诉、同居之诉中，要求解除婚姻或拒绝同居的当事人有异议时，检察官为维持婚姻可以提出新事实。

1950 年的民事诉讼法规定，检察机关主要参与婚姻无效案件、禁治产案件，代表司法部支持适用法律。检察机关对婚姻无效有提起诉讼权、参与诉讼权和提起上诉权。检察官可以出席在受诉法院、在受命法官或受托法官前进行的辩论。为进行言词辩论而指定的第一次期日，应依职权通知检察官。检察官对于应该作出的裁判可以发表意见，为了维持婚姻可以提出新事实与新证据方法。在法庭记录中应记明检察官的姓名，并应记载检察官所提出的申请。 检察官作为当事人参加婚姻无效案件诉讼而败诉时，依法判令由国库补偿胜诉的对方当事人所生的诉讼费用。关于禁治产案件，在一切情形下，上级州法院的检察官都可以提出申请。检察官在期日里到场。所有关于程序的开始，以及移送和各种期日，都应使检察官知道。关于禁治产的裁定，应依职权送达给申请人和检察官。对于驳回禁治产的裁定，申请人和检察官可以提起即时抗告，对于撤销禁治产的裁定，检察官也可以提起即时抗告。关于撤销之诉，以申请禁治产的人为被告，如果申请人死亡或所在不明或在外国时，以检察官为被告。检察官败诉时，依法判令国库偿还胜诉的对方当事人所支出的费用。诉讼是检察官提起的，在一切情形，诉讼费用均有国库负担。

1976 年民事诉讼法修改时，取消了检察官全面参与婚姻事件的制度，只保留了检察官对确认婚姻无效之诉和确认婚姻存在与否之诉的参与权。1998 年完全取消了检察官参与的制度，规定了行政机关参与的制度。

三、日本

根据日本人事诉讼程序法的规定，检察官参与的人事诉讼案件，主要是婚姻案件、收养案件、亲子关系的案件。婚姻无效或撤销的诉讼、离婚或撤销离婚的诉讼，当检察官作为当事人后对方当事人死亡时，为了继续进行本案的诉讼程序，由法院选定律师为承继人。检察官应列席婚姻案件的辩论并发表意见。检察官可列席受命法官或者受托法官的审问并发表意见。向检察官通知案件及期日，如检察官列席时应在笔录里记载其姓名及申述。为了维持婚姻，检察官即使不作为当事人也可以提出事实和证据方法。在检察官败诉的情况下，诉讼费用由国库负担。当检察官对婚姻案件提起诉讼时，将夫妻双方作为对方当事人。检察官能提起的诉讼，可以提起诉的变更或合并或者反诉；变更或合并诉的理由，只限于检察官能提出的事实。即使在他人提起诉讼的场合，检察官申请参与诉讼程序或者提出上诉，但夫妻一方死亡之后不在此限。当检察官提起上诉时，将原审的全体当事人作为对方当事人。当当事人中一个人上诉时，以原审的其他当事人或作为当事人的检察官作为对方当事人。

检察官对关于亲子关系案件的诉讼，可以提出事实及证据方法。法院依职权进行调查证据，并对当事人未提出的事实加以考虑。但对调查事实及证据的结果，应询问当事人。

四、英国

英国的民事检察制度规定，检察长有权参与确认婚生和非婚生子女合法身份的案件。英国法律规定，当事人在向法院提出确认婚生或非婚生子女身份的申请之前一个月，必须将申请书和正式方面陈述的副本提交给有管辖权的检察长。在法院听证、确认该申请的审理过程中，该检察长必须是一个被告。但在实践中，检察长很少亲自到案陈述意见，而往往是指派其他代表其出庭。如果申请人不向检察长提交各种文件副本，检察长则可以不参与该申请的审理。此外，在解除婚约或婚姻无效的诉讼中，检察官也起着重要的作用。他可以主动或根据法院的邀请而介入这类诉讼，这主要是为了防止同谋勾结、或作为法院之友协助法院论述法律的要点，特别是在无争论的案件中产生重要法律问题的情况下。爱尔兰法不承认离婚，因而没有与英格兰检察官介入此类案件相类似的情况，虽然婚姻无效的诉讼被允许存在，但事实上很少发生。

五、匈牙利

按照匈牙利现行法律的规定，检察长有权提起以下家事案件的诉讼：关于认定婚姻无效或婚姻存在、或婚姻不存在的案件；关于认定婚姻无效的案件（有若干例外情况）；对于生父身份推定争议的案件（须具备一定条件）；关于撤销收养的案件（须具备严格规定的条件）；关于剥夺或恢复亲权的案件；关于设定保佐的案件；关于撤销保佐的案件。

还有一些同民事身份有关的案件，如从婚姻关系中产生的案件（认定婚姻无效案件、认定婚姻有效的案件、认定婚姻存在或不存在的案件、离婚案件）；确认生父和子女的出身案件（确认生父案件、否定生父推定案件、确认生母案件、确定准婚生儿童的父亲的案件）；剥夺亲权案件和恢复亲权案件。匈牙利民诉法典对于以上各种案件规定了特别的程序。检察长就这些案件第六章 建立检察院参与家事案件的诉讼制度提起诉讼的权利，一般是有限制的或者是根本被排除的。但是允许检察长按一般程序介入已经进行的民事身份诉讼。

根据匈牙利民事诉讼法的规定，任何民事案件，只要作出的决定违反法律或没有根据，共和国检察长和最高法院院长都有权按照监督程序提出抗诉。无论违反实体法规范，还是违反诉讼法规定，都允许按监督程序提出抗诉。但是，在违反诉讼法规范的时候，除合议庭的组成不正确、显然应予回避的审判员参加了判决的作出这样的情况以外，只要违反诉讼法规范的情况对于案件的实体判决没有重大影响，那么最高法院可以决定维持原判，而只限于指出违法的事实。关于定婚姻无效或关于离婚的判决，不是因为按监督程序提出了抗诉而予以撤销。最高法院的决定只限于确定已发生的违法行为。为了维持已经形成的家庭关系，关于否定生父身份推定的判决，在它发生法律效力之后，即使其他人具备法定条件之一应算作该子女的生父，也不得按监督程序予以撤销。最高法院的决定在这种情况下也只限于确定已经发生的违法行为。

六、台湾地区

1994 年 10 月 7 日台湾“法务部”发布的《检察官参与民事及非讼事件注意要点》（以下简称《注意要点》）对检察官参与民事及非讼事件的范围、方式、程序等作了规定。根据《注意要点》第二条的规定，这些民事及非讼事件主要是家事事件，包括死亡宣告事件、禁治产事件、选任遗产管理人事件、保存遗产事件、酌（选）定监护人及指定监护方法事件、宣告停止监护权事件及宣告终止收养关系事件。

检察官参与民事及非讼事件，其属于第一审法院的（含提起上诉或抗告），应由有管辖权的地方法院或其分院检察署检察官办理；其属于第二审法院的（含提起第三审上诉或再抗告），应由有管辖权的高等法院或其分院检察署检察官办理。无管辖权的地方法院或分院检察署检察官发现有检察官得参与的民事及非讼事件，应于其管辖区域内进行必要的调查，并检送有关资料，报经共同的直接上级检察机关核转有管辖权的地方法院或其分院检察署检察官办理。地方法院或分院检察署检察官发现得参与的民事及非讼事件系应有高等法院或其分院检察署检察官或高等法院检察署检察官办理，应检送资料，并得加具意见报请办理。

检察官应本于公益，依职权或声请积极参与民事及非讼事件。检察官参与民事及非讼事件，得通知依法有提起诉讼或声请权或可提供证据的人员到场说明，但不受其意见的拘束。检察官基于人民或机关的声请参与民事及非讼事件时，应先了解声请的事由及动机。对于依法有提起诉讼或声请权的人，并应了解其为何不自行向法院提起诉讼或声请，并得通知声请人到场说明。检察官参与民事及非讼事件时，应尊重被告或相对人的法定权益。检察官依儿童福利法第 28 条第三项、少年福利法第 9 条第五项、第 23 条第一项声请法院酌（选）定监护人及指定监护方法、宣告停止监护权、宣告终止收养关系时，宜先征询儿童及少年福利主管机关的意见。

七、中国大陆

20 世纪初，清王朝进行“变法修律”活动，于光绪三十三年奏准《高等以下各级审判厅试办章程》，在第四章规定了检察官参与的民事案件是婚姻案件、亲族案件、嗣续案件。这些案件如果审判官在检察官没有出庭的情况下而作出判决的，该判决无效。凡经检察官起诉的案件，审判厅不得无故拒却被害者也不得自为和解；凡不服审判厅判决于上诉期限内声明不服的理由，禀请上诉者检察官，应立即详送上级检察厅；检察官还有调阅案卷权和执行监督权。

1929 年国民党政府公布的民法和 1935 年公布的国民党政府的民事诉讼法，对于检察官参与婚姻事件、亲子关系事件、禁治产事件及死亡宣告事件等家事诉讼程序，均作了具体规定。

新中国成立之始，1949 年 12 月经中央人民政府主席批准，颁发《中央人民政府最高人民检察署试行组织条例》，赋予了最高人民检察署以“一般监督”和参与民事案件的职权。最高人民检察署对于全国社会与劳动人民利益有关之民事案件及一切行政诉讼，均得代表国家公益参与之。1954 年 9 月第一次全国人民代表大会第一次会议通过了第一部宪法和《中华人民共和国人民检察院组织法》，根据这。两部法律的规定，地方各级人民检察院的职权之一是“对于有关国家和人民利益的重要的民事案件有权提起诉讼或参加诉讼”。根据上述法律的规定，我国检察机关初步开展了参与民事诉讼的活动。从当时参与民事诉讼的方式上看，既提起诉讼，也参与诉讼；从参与民事诉讼的范围上看，案件的范围比较广泛，包括婚姻家庭案件。黑龙江省检察机关 1956 年共办民事案件 80 件，其中提起诉讼 55 件，参加诉讼 25 件，婚姻纠纷和抚养纠纷分别为 8 件、1 件。

在十年“文化大革命”期间，社会主义法制遭到严重破坏，各级检察机关被撤销，检察制度处于中断状态。1978 年宪法，规定重新设置人民检察院，从此检察制度得以恢复和发展。1982 年颁布的《中华人民共和国民事诉讼法（试行）》第 12 条规定：“人民检察院有权对人民法院的民事审判活动实行法律监督。”但由于这一规定过于原则，实践中

难以操作，再加上检察机关忙于“严打”刑事犯罪，因而在 80 年代初期，检察机关基本上没有开展对民事审判活动实行法律监督的业务。1991 年通过的民事诉讼法，除第 14 条规定有，人民检察院有权对民事审判活动实行法律监督，第 185 条、186 条、187 条、188 条还规定了人民检察院对已经发生法律效力的民事判决、裁定提起抗诉的程序。但这种只限于审判监督程序的抗诉权，不是现代意义的检察权。因此，对现行民事检察制度的改革和完善，成为学界和司法界共同关注的问题。检察机关参与民事诉讼的必要性、方式、范围等是争论的焦点问题。

中国国内学者在论及检察机关提起或参与民事诉讼范围时，几乎无一例外地将违反亲属法并损害或危及公序良俗的案件归入立法应予明确规定的几类民事案件当中。但也有人持反对意见，理由如下：

首先，各国民事诉讼虽然都有检察机关为维护公法秩序或社会公共利益而提起或参加婚姻无效、丧失亲权等规定，似乎有着表面的一致性，但其实决定这类规定的原因却各个不同。而且，在外国的立法实践中，也存在着类似于波兰国家，它于法典中明确规定，检察长不得就家庭法问题提起诉讼。除非这一问题具有纯粹经济的特征、或者是法律明确规定该问题允许检察长来起诉。

其次，各国虽然在立法中规定有检察机关为维护公法秩序或社会公共利益而提起或参加婚姻无效、丧失亲权等的民事诉讼，但是实践中检察官真正起作用的案件数目要少于法律规则所预示的数目，其重要性是极其微小的，检察官的这种权利差不多只是一种形式而已。

最后，就中国来说，由于历史上一直就没有这方面的规定，没有传统需要继承的问题，就存在着一定的后发优势，可以根据实际的需要进行理性的选择。不论是封建社会对儒学礼教的遵从，还是现代社会对家庭美德、社会公德的一再强调，中国长期以来一直都不缺少对公民的道德约束。虽然随着经济的发展确实出现了例如包二奶、虐待老人或儿童等不道德的事件，但这只是个别现象。整体而言，在中国道德约束力量依然十分强大，公民的道德意识普遍停留在一个较高的水平。现实存在的问题可以在现有制度内消化解决。如果明确规定检察机关对此的介入权，一方面因为诉讼经济的考虑当事人会趋向于选择检察机关作为起诉人，另一方面因为我国现阶段的各种司法外替代性救济措施的不完善、行政以及民间相关的保护机构的不足，也会使当事人倾向于选择检察机关代为提起司法救济，极容易造成滥诉。可能会出现虽然不是需重点解决的问题，但因为当事人的滥诉而极大地牵制检察机关以及司法机关精力的现象。

笔者认为，依上述理由得出，违反亲属法并损害或危及公序良俗的案件暂时不宜列入检察机关提起或参与民事诉讼范围的结论，是牵强的。首先，检察官提起或参与家事案件这一制度既已产生，且在世界各国因因相习，不断发展，即说明一定有其存在的理由。检察机关提起或参与家事案件，是为了维护社会公共利益，检察机关代表的是公益。以波兰的规定，即检察长不得就家庭法问题提起诉讼为例，不能说明什么。其次，制度运营不良的原因是多方面的，简单地直接对制度的存在产生怀疑，未免有些简单粗暴。再次，明确检察机关提起或参与家事案件是为了维护社会公共利益，不是为了维护某些特定个体的利益，检察机关不是某个公民的代理人。检察机关不受民事上“不告不理”原则的限制，一经发现有违反有关公共秩序和善良风俗的，即可自主决定提起或参与诉讼。检察机关提起或参与家事案件时，职责明确并享有主动权，因此，不会出现上述学者所担忧的情况。

第二节 检察机关提起或参与家事案件的方式及法律地位

关于检察机关在家事诉讼中的程序地位，通过本章的第一部分可以看出，各国法律规定不一。法国检察机关提起家事诉讼时为主要当事人，参与家事诉讼时为联合（从）当事人。日本、台湾的检察官主要是以提出申请的方式参与家事非讼事件程序，在该程序中，他们的身份是“公共利益的代表”。匈牙利检察长一般不提起家事诉讼，但允许按一般程序介入已经进行的民事身份诉讼。

可见，检察机关可以提起家事诉讼，也可参与到即将开始或已经开始的家事诉讼程序中。在家事非讼程序中，检察机关提出申请后，因其代表国家和社会公共利益，实际上处于公益代表人的地位，但在程序上称其为申请人亦无不可。此在非讼事件程序的运作中并无大碍，因此也不是本章所要讨论的重点。我们讨论的重心在于，在家事诉讼程序中检察机关的地位。

关于“当事人”说。当事人说始于法国民事诉讼法的规定，由于在法国，检察机关是国家的公诉机关，是以国家的名义起诉，故虽名为当事人，实际上居于公诉人的地位。与刑事公诉人不同的是，它在民事诉讼中所享有的诉讼权利及承担的诉讼义务与一般民事诉讼当事人无甚区别，故称其在诉讼中的地位是当事人，并不影响其公诉人的本质。我国检察机关在宪法上是国家法律监督机关，它提起的民事诉讼和刑事公诉一样，均是基于国家法律监督者的地位，是代表国家起诉，而不是因为检察机关对诉讼标的有自身的利害关系，因此，认为检察机关在所提起的民事诉讼中居于“当事人”的地位，是不合适的。

关于“公共利益的代表”或“公益代表人”的观点。检察机关以国家的名义代表公益起诉，称其为公益代表人或公共利益的代表并无不妥，但它们都不是诉讼上的概念，难以反映检察机关的程序地位，更反映不出检察机关应享有的诉讼权利和应承担的诉讼义务。我们比较倾向于将检察机关称为“公诉人”，理由如下：

首先，本章在分析“当事人说”时，也曾指出西方国家的检察官扮演的国家公诉人的角色，他们发动民事诉讼，也是其公诉职能的体现。其次，“公诉人”的概念不但可以比较准确地反映检察机关在所提起的民事诉讼中的诉讼地位，而且可以比较清晰地将检察机关以国家名义代表国家利益和社会公共利益所提起的民事诉讼与检察机关因其自身民事权益受到侵害而以原告身份提起的一般的民事诉讼相区别。最后，有许多学者承认，检察机关在所提起的民事诉讼中具有公诉人的性质，更何况是具有公益色彩浓厚的家事诉讼呢？比如，有学者认为，在检察机关所提起的民事诉讼中“检察机关的主要职能是代表国家追究危害者的民事责任，根据‘名以实当’的原则，其法律地位应是民事诉讼中的国家‘公诉人’”；还有学者认为，“从检察机关提起民事诉讼所代表的利益来看，不是自诉而具有明显公诉色彩，”“检察机关提起民事诉讼，不是为了某一检察机关本身的民事权利，在性质上是‘他诉’，或者说是‘公诉’，检察机关的身份有些类似于刑事诉讼中的‘公诉人’”，等等。

将检察机关在所提起的家事诉讼中的地位列为公诉人，须克服一提到“公诉”二字，便与刑事诉讼相联系的旧的观念。同时，将检察机关在所提起的家事诉讼中的地位列为公诉人，是不是就表明检察机关在家事诉讼中的地位优越于其他民事诉讼当事人，或者说享有特殊的诉讼权利？

我们认为，将检察机关在家事诉讼中的法律地位界定为公诉人，仅仅是从检察机关是以国家名义为维护国家利益和社会利益而提起诉讼这一意义出发的，并不表明检察机关在诉讼中享有特权。因此，除了在调查取证方面检察机关因其是国家机关而拥有与其职权相适应的调取证据，传唤证人，鉴定勘查等权利外，在诉讼中不享有任何特权，其向法庭提交的证据，亦必须经过质证与认证程序，由法庭决定是否采纳，不能当然作为认定事实的依据。

但是，我们认为，检察机关提起或参与的家事诉讼，检察机关不承担诉讼费用，被告不能反诉，但被告在胜诉后因合法权益受到检察机关侵害后，有就其损失申请国家赔偿的权利。此外，关于举证、质证、认证、辩论，及调解、和解等，均适用家事诉讼程序的规定，家事诉讼程序没有规定的，适用普通诉讼程序的规定。

第七章 构建家事保全程序

需求决定存在，经济学的基本规律同样适用于法律领域。诉讼程序的迟延对当事人诉讼利益产生的危险，决定了临时性救济措施的存在的必要性和必然性。同理，家事程序本身所具有的特质，产生了对家事保全程序的需求，当这种需求不能获得满足时，必然造成诉讼程序运行上的紊乱，从而导致民事诉讼程序对当事人诉讼利益的保护出现纰漏和不圆满。诉讼程序中任何微小的瑕疵，都可以使不计其数的案件出现不公平的结果，都会造成诉讼成本的浪费和当事人利益的极大损害。因此，根据现实的需求，适时革新旧的制度和建立新的制度是迎合社会规律、避免社会损害的明善之举。研究家事保全程序存在的必要性和合理性，必须从家事程序本身的特质开始，进而探究通常民事保全程序在家事程序运行中存在的困难和紧张状态，夯实家事保全程序的基石。

第一节 家事保全处分的性质

一、家事保全处分属于特殊保全处分

家事保全处分究竟是属于通常保全处分还是特殊保全处分，不同的主张有不同的理由。通常保全处分说认为，家事保全处分本质上与通常保全处分相同，此为德国通说，并以德国旧民事诉讼法第 627 条规定为依据。这种观点认为通常保全处分具有三个特征：暂定性，附随性，急迫性。暂定性是指保全程序仅仅是对申请人提供的暂时性救济，假扣押和假处分仅仅是一种临时性措施，权利人不可能通过保全处分获得终局性权利，法院在保全程序中对权利进行的判断，对审判结果没有必然的影响。附随性是指保全程序必须以本案的存在为基础，例如我国诉前保全就明确要求利害关系人必须在 15 日内起诉，负责保全程序就会被解除，保全处分完全依附于本案。急迫性是指保全处分的实施是为了消除保全标的存在的现实危险，保全措施的实施必须是急需的，法院必须迅速采取的。而这三个特征在家事保全处分中全部可以得到完全的体现，因此家事保全处分与通常保全处分在本质上别无二致。我国民事诉讼立法中没有家事保全处分的概念，所以我国立法理念上已经把家事保全处分归属在通常民事保全之中。

另一种观点认为家事保全处分应当属于特殊保全处分，它与通常保全程序是有区别的。这种观点认为就德国旧民事诉讼法第 627 条的规定来看，德国法上之家事诉讼保全程序并不适用同法第 935 条以下有关假处分的规定。通常保全处分说所依据的这一理由不具有说服力。特殊保全处分说认为，家事诉讼保全处分制度存在的目的是为了针对夫妻、子女监护等现实生活情况，给予必要的、最低限度的调整，即使不具备通常保全处分所要求的条件，基于家事保全处分的特殊性也可以准许该保全处分申请。笔者认为这种看法是正确的，特别是在我国目前的立法状况下，只有把家事保全处分作为特殊保全处分，才能形成并不断完善家事保全制度，适应家事案件自身的特性，充分彻底地解决家事纠纷。

二、家事保全处分是非讼事件

在讨论家事保全处分是诉讼事件还是非诉讼事件之前，我们应当简单梳理一下诉讼事件与非讼事件之间的关系。我国学术界目前对非讼事件的认识是存在差异的。诉讼事件是指就实体法上权利的存否等实质事项有争执的案件，而

非讼案件是指利害关系人在没有民事权益争议的情况下，请求法院确认某种事实是否存在，从而使一定的法律关系发生、变更或消灭的案件。这种界定学术界并无太大的分歧，关键在于非讼事件的范围。由于我国民事诉讼立法中规定了“特别程序”，一种学术观点认为“特别程序是立法者规定用来解决民事非讼案件的审判程序，它与用来解决民事诉讼案件的审判程序一起，成为民事诉讼法调整和规范的审判程序的全部内容”。而另一种学术观点并不认同这种将所有民事案件分为诉讼案件和非讼案件的做法，它认为非讼案件的范围是较小的，特别程序应当包括：（1）非讼案件程序；（2）公示催告程序；（3）督促程序；（4）票据诉讼程序；（5）人事诉讼程序。后一种观点认为在诉讼案件和非讼案件之外还有第三种案件，这种案件的性质为何作者没有给出相应的解释。

家事保全处分是诉讼事件还是非讼事件？或者定性为这两者之外？我国台湾地区“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，声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”，这种看法似乎认为家事保全处分的性质与确定私权诉讼的性质是不同的，但究竟家事保全处分的性质是什么，该裁定语焉不详。即使是对保全处分的性质大陆学术界都鲜有研究，大陆民事诉讼立法又没有单独的家事程序，所以家事保全处分的性质就很难进入学者的视线了。

家事程序审理的部分案件本身就是非讼案件，例如无民事行为能力和限制行为能力的宣告等。家事保全处分中的假扣押和假处分虽然大都是针对实体权利如动产和不动产进行的，但是这仅仅是对这些实体权利行使的一种暂时性限制措施，保全处分本身并没有对这种实体权利进行具有既判力的裁判，这种暂时性限制措施会随着判决的出现而解除。即使判决的结果与保全处分的内容相同，至少从学理上讲，判决的生效就意味着保全处分的失效。因此，家事保全处分应当具有非讼事件性质。邱联恭先生认为非讼事件一般在下列情况下成立：（1）特别需要赋予法官广泛裁量权的事件；（2）公益性较浓厚的事件；（3）特别需要在程序上简易、迅速解决的案件；（4）没有对立当事人要求法院依实体法确定实体权力是否存在的事件。家事保全程序符合上述要求，但是应当注意的是，家事保全事件虽然是非讼性质，但是很多家事保全事件都与诉讼事件具有非常紧密地联系。

第二节 家事保全程序的功能

一、基本功能

趋利避害是人的本性，人往往在经济生活中不断追求利益的最大化。当纠纷发生时，面对有限的资源，当事人往往会千方百计地扩大自己的利益，争取获得最佳分配。这时，很多当事人就会通过种种合法或者不合法的手段攫取利益，例如隐藏、私分、变卖财产，这样势必使诉讼的标的物处于危险甚至是极端危险状态，另一方当事人如果不能消除这种危险，结果往往是有利于自己的判决因为标的物的消失而无法执行。因此，保全程序就应运而生，无论是家事保全程序还是通常保全程序，其基本功能就是避免或消除危险，保全将来的强制执行。保全处分（mesures conservatories）实际上是为了保障强制执行的实现所设立的诉讼制度。按照法国法律规定，已被法院认可存在着实体意义上债权的人如果能够证明其回收债权的可能性正处在危险状态，可以向法院申请保全处分以进行债权保全。依据法国法律规定，不仅已经取得执行名义的债权人可以直接申请保全处分，而且没有取得执行名义的债权人经执行法官许可后也可以实施保全处分。通常保全程序从形式上可以分为假扣押和假处分两类，假处分又可以分为系争物之假处分和定暂时状态之假处分。总之，权利人通过家事保全程序，保全将来强制执行，确保实体权益的实现，防止对财产的恶意处分，从而使权利人的利益期待落空。

二、衍生功能

家事保全程序除了具有避免和消除危险、保全将来强制执行的基本功能之外，还衍生出其他诸多功能，例如现存秩序的维持、争点的凸现、促进争端解决等。这些衍生功能往往对案件的审理和执行产生极其重要的影响，因此，衍生功能并非不重要，仅仅是与基本功能相比，它们显得间接些而已。

（一）生活秩序的维持

纠纷的发生往往给当事人的生活秩序带来极大的紊乱，这种紊乱往往与法制化程度成反比。法制化程度越高，当事人往往有众多解决纠纷的途径可资选择，选择高效而低成本途径解决纠纷就不会给当事人的生活秩序带来太多的紊乱；相反，如果法制化程度较低，当事人解决纠纷的途径不多，并且往往低效而高成本，纠纷解决过程中干扰因素很多，当事人对审判结果很难有合理预期，这势必给当事人的生活秩序造成极大紊乱。家事程序往往与家庭成员的生活秩序紧密相连，例如婚姻、继承、收养等，如果纠纷解决过程中不能有合理程序对当事人的生活秩序进行保障，当事人往往就要承受生活秩序紊乱之苦。举例来说，在夫妻离婚纠纷中，如果没有相应保障程序，子女的生活、学习、成长必将面临巨大挑战，有些损害后果是永远无法弥补的。家事保全程序的存在就是一剂良药，它可以通过假扣押或者假处分，维持、稳定当事人的现存生活秩序，避免生活秩序过于紊乱，尽量避免纠纷给当事人及家庭带来的损害。

（二）事证开示功能

家事纠纷与日常生活的紧密联系往往导致证据取得上的困难，即使是一方当事人也很难完全了解与纠纷有关的所有信息。不仅如此，家事纠纷的秘密性往往会给当事人之外的第三人带来麻烦。比如，在继承案件中，某一继承人未经其他继承人同意而私自转让遗产，尽管有善意取得制度的保护，但是这种转让行为必将给第三人带来诸多不必要的麻烦。因此，与纠纷有关信息的获取无论对当事人还是第三人都是具有重要意义的。德国诸多立法如专利法、著作权法、商标法、半导体法等，都通过实体法上的情报请求权来发挥事证开示功能，用以补充文书提出命令与证据保全制度的不足，无论是当事人还是第三人，都可以为了收集权利存在的基础资讯而行使这种情报请求权。由于保全处分的许可需要一定的条件，因此保全程序的启动往往意味着当事人情报请求权的迅速实现。家事保全处分案件中，特别是在公益性较强、当事人对于诉讼标的处分权限较小、适用职权主义较高的案件中，法院在审理保全条件是否具备时往往有相应的调查程序，此时，法院基于职权主义所收集、整理的资料，往往可以满足当事人的情报请求权要求，家事保全程序也就发挥了事证开示功能。这一事证开示功能的发挥，有助于当事人在获得充分信息的基础上平等地对案件进行评估、预测，有助于家事纠纷迅速、快捷地处理。事证开示功能的发挥也可以避免家事纠纷当事人之外的第三人被拖入诉讼，防止纠纷解决的复杂化。

（三）促进争点的显现与整理

发现案件的争点对于案件的处理是极其重要的，当代民事诉讼改革的目标之一就是促进案件争点的整理，排除借裁判演恶作剧游戏，而这项目标的完成往往是通过证据开示制度完成的。在法院正式审理之前，当事人申请家事保全程序也可以或多或少地促进争点的显现与整理。举例来说，在离婚诉讼当中，夫妻双方可能对离婚问题达成共识，对感情确已破裂没有异议，但是，通过当事人对夫妻财产申请家事保全，法院就可以得知当事人之间在财产分配问题上存在较大争议，这就使案件的争点凸现出来，从而有助于案件争点的整理，促就当事人之间纠纷的顺利解决。

（四）促进纠纷解决

家事保全程序的启动往往能够促进纠纷的解决。当纠纷发生后，如果当事人双方都以善意的姿态和方式解决纠纷，保全程序也就没有存在的必要了。现实情况是，一方当事人总是存在巨大的投机和侥幸心理，以侵害另一方当事人的方式扩大自己的利益，家事纠纷往往因为证据取得比较困难，所以这种情况的出现频率更高。家事保全程序把当事人主要的诉讼标的物进行假扣押或者假处分，限制了当事人的处分权，这就导致当事人投机和侥幸心理走向破灭，再加上争点的显现和整理，法院的介入，当事人在此情形下必然会比较客观地看待纠纷，纠纷解决也就比较容易了。伴随着家事保全程序的启动，当事人往往会选择和解或者调解解决纠纷，即使是通过诉讼，纠纷解决的难度也大大降低。因此，家事保全程序对于纠纷的最终解决可谓功不可没。

第三节 家事保全处分事件类型

一、日本家事审判法所设保全处分类型

根据日本家事审判制度，并非所有的家事审判事件都适用保全程序。部分家事审判事件因为本案权利或者法律关系没有保全的必要，且无须长期审理，所以这部分家事审判事件就不适用保全程序。一般理论认为，只有具有讼争性、所需审理时间较长、与保全性质不悖、具有高度保全必要性的案件，才能成为家事审判法进行保全处分的对象。即使有这样的限制，能够适用保全程序的家事审判事件也有很多类型，从不同的角度可以对这些事件进行不同的分类。

首先，从保全处分本案事件类型出发，家事审判制度规定可以适用保全处分的家事审判事件包括：（1）禁治产宣告；（2）准禁治产宣告；（3）丧失亲权或管理权宣告；（4）监护人、后见监护人、辅佐人的解任；（5）遗嘱执行人的解任；（6）夫妻同居的协力、扶助；（7）财产管理人的变更、共有财产的分割；（8）婚姻费用的分担；（9）子女监护；（10）财产分配；（11）亲权人的指定、变更；（12）扶养；（13）遗产分割；（14）管理配偶财产的人受破产宣告而为财产管理人的变更、共有财产的分割；（15）亲权人受破产裁定而为管理权丧失的宣告。

其次，从保全处分具体内容的角度观察，日本家事审判法所规范的保全处分，大致可区分为以下四种类型：选任财产管理人的保全处分[即上述第 1 项所列（1）、（2）、（7）、（13）等类型]；就财产上行为所为监护、辅佐命令等的保全处分[即上述第 1 项所列（1）、（2）等类型]；职务停止命令或选任代行者等的保全处分[即上述第 1 项所列（3）、（4）、（5）、（11）等类型]；假扣押、假处分或其他保全处分[即上述第 1 项所列（6）、（7）、（8）、（9）、（10）、（12）、（13）、（14）等类型]；可见，这种列举性规定一方面明确了家事保全处分适用事件的范围，有利于当事人适时申请保全，保护自己的权益；另一方面，这也是对家事保全处分适用事件范围的一种限制，防止当事人无限制地对所有家事案件都申请保全，导致诉讼权利的滥用，给对方当事人造成不利益。同时，这种规定还使得法院裁量权的范围不至于过度宽泛。

二、台湾家事保全处分类型

台湾民诉法第 579 条并未就家事保全处分的事件类型予以具体的规范，而只规定“法院对于未成年子女权利义务的行使或负担，得依声请或依职权命为必要之假处分”，根据非讼事件法第 71 条之三的规定，民法第 1055 条所规

定夫妻离婚有关对于未成年子女权利义务的行使或负担的酌定、改定或变更事件，法院为裁定前，得以声请命为必要之保全处分。无论是前者“必要之假处分”，还是后者“必要之保全处分”，均为不确定的法律概念。究竟在何种情形下才可以为“必要之假处分”或“必要之保全处分”，有待审理案件的法院依据个案的具体情况行使相应的裁量权，这与日本为了限制当事人的诉讼权利和法院裁量权而进行明确规定的情形不同。但是，这并不等于在此问题上台湾的立法和司法就无规律可循，根据近几年来台湾几个地方法院的审判实践来看，家事保全处分主要适用的事件类型也是有规律可循的。

首先，依据台湾民事诉讼法第 579 条可以适用家事保全处分的事件类型有：（1）以附带于离婚事件而请求的酌定未成年人子女权利义务负担归属事件作为本案，作出的保全处分有：禁止变更未成年子女住所或藏匿未成年子女；暂定未成年子女权利义务行使负担的归属；暂定会面交往的内容；禁止将未成年子女迁出国外；扶养费给付；暂定未成年子女的住所。（2）以宣告停止亲权事件作为本案，作出的保全处分有：将未成年子女继续安置在寄养家庭；暂定未成年子女权利义务行使负担的归属。（3）以履行同居事件作为本案，作出的保全处分有：暂定未成年子女权利义务行使负担的归属并暂定会面交往的内容。

其次，依据台湾非讼法第 71 条之三的保全处分类型有：（1）依非讼法第 71 条之一的声请改定、酌定监护人事件作为本案，作出的保全处分有：暂定对未成年子女权利义务行使负担的归属；暂定会面交往的内容。（2）依非讼法第 71 条之六请求给付扶养费事件作为本案，作出的保全处分是假扣押。

三、评析与借鉴

尽管台湾民事诉讼法和非讼法没有限制家事保全处分适用的事件类型，法院享有很大的裁量权，然而对于每年大量的家事事件，保全处分事件所占的比例是很低的。台湾近二十年来家事事件的数量每年从九千余件上升到五万余件，可是保全处分事件很多年都不超过 10 件，有几年尽然没有保全处分事件。1999 年台湾民事诉讼法修改以后，保全处分事件数量虽然有所上升，2000 年为 77 件，但是保全处分事件在家事事件中所占的比例仍然极低。台湾理论界一般认为造成这种状况的主要原因是对家事保全制度的宣传报道不足、统计技术较低等原因造成的，但是也有学者认为应当考虑程序本身设计的合理性、便利性等因素。虽然没有具体的统计数字，但是从诸多资料反映的情况来看，家事保全程序在日本的情况要远远好于台湾所面临的困境，这也就可以解释为什么台湾学者从来不对保全制度本身进行怀疑而只是对程序设计和其他程序外因素进行深思的原因了。

我国民事诉讼法没有有关家事事件保全处分的明文规定，虽然第九章规定的财产保全和先予执行可资利用，并且司法解释也进行了一些补充性规定，但是究竟哪些家事案件可以适用保全程序，立法规定显得单薄和苍白，因此需要在将来的家事立法中进行规定。特别需要提醒的是，我们应当对日本的经验和台湾的教训进行深入而详尽的研究，从而科学合理地框定我国家事保全程序适用的案件范围并保持适度地弹性，使保全制度发挥其应有功效。

第四节 家事保全程序的构成要件

一、申请家事保全的案件一般应具有给付内容

我国多数学者认为申请诉讼保全的案件必须是给付之诉或者给付请求，但也有学者认为申请诉讼保全的案件具有给付内容即可，笔者认为后一种说法更具合理性。比如，一般的离婚诉讼属于形成之诉，但是离婚诉讼往往牵涉到财产的分割。如果当事人申请财产保全，我们就很难说离婚诉讼就是给付之诉，因此，申请诉讼保全的案件具有给付内容的提法就显得较为科学。我国目前的民事诉讼立法中关于财产保全的规定似乎仅限于假扣押和系争物之假处分，没有涉及定暂时状态之假处分，现在的问题是，申请定暂时状态之假处分的案件是否必须具有给付内容？答案是否定的，这主要是家事案件的特质决定的，有些家事案件申请定暂时状态并不具有财产内容。举例来说，子女的父母在离婚时对子女的探视权进行了口头约定，子女随母亲生活，父亲每周可以探视子女一次。现在父亲提起诉讼要求每周探视两次，母亲认为父亲有不良嗜好，过多地探视不利于子女成长，为了防止父亲在诉讼期间有过激行为，母亲向法院申请定暂时状态，每周只能允许父亲探视一次，这类案件好像就没有给付内容。总的说来，申请家事保全的案件一般应当具有给付内容，假扣押和假处分才会变得具有实际意义，但是在一些特定的情况下，不具有给付内容的家事案件同样可以申请保全程序。

二、申请家事保全的标的应当处于危险状态

家事保全的基本目的就是为了消除财产或者权利义务关系在诉讼程序终结前出现的危险状态，因此才对当事人的财产、系争物、现存权利义务关系进行相应限制，尽量避免权利人权益的损毁。《日本新民事诉讼法》第 20 条规定“对于以金钱支付为目的的债权，如不进行假扣押就不能强制执行或有对强制执行产生显著困难之虞时，可以发出假扣押命令”。第 23 条规定“关于系争物的假处分，在因变更该系争物现状而有使债权人不能实行其权利或实行权利产生显著困难之虞，可以发出”。“确定临时地位的假处分命令，为避免所争执的权利关系给债权人造成显著的损失或紧迫的危险而必要时，可以发出”。学者们一般认为家事保全程序必须具备“保全必要性”，这种“保全必要性”是对“危险

状态”的一种学理性描述，究竟何种情况下属于危险状态，无论是立法还是理论界都不能给一个完美无缺的解释，往往需要法官在审判实践中根据个案的具体情况来判断。因为家事保全程序的申请往往发生在诉讼进行中或者诉讼前，因此法官不可能对案件事实有十分清晰地了解，法官只能根据当事人提供的证据进行形式审查，当然可以行使释明权，然后基于初步的判断对标的进行假处分或者假扣押。毫无疑问，这种快速处理也是“危险”所迫。

三、提出家事保全申请的人可能需要提供担保

由于法院仅仅是基于初步判断来决定是否实施保全措施的，所以错误的发生就是在所难免的。一旦错误地采取了保全措施，势必给被申请人的财产或权利造成损失，立法把这种损失责任归于申请人，因为申请人是“始作俑者”。为了避免申请人对这种责任缺少承受能力，立法规定法院可以要求申请人提供相应担保。我国民事诉讼法规定，人民法院可以责令诉讼保全申请人提供担保，诉前保全的申请人应当提供担保。诉前保全必须提供担保、诉讼保全可能要提供担保，这是因为诉前的错误发生率高于诉讼过程中的错误发生率，如果诉讼过程中法官对案件事实有十分清楚的认识，错误发生的可能性几乎为零，那么申请人就无需提供担保。在家事纠纷中，保全程序的申请人一般也要提供担保，这是由保全程序的特性决定的。但是，家事纠纷的特性也决定了一些案件很难要求申请人提供担保。比如离婚诉讼，申请人所要求保全的就是所有家庭财产，法院要求申请人必须提供担保就是不太现实的。再比如追索赡养费、抚养费案件，法院要求申请人提供担保也是不太现实的。因此，家事保全程序中，申请人一般也应当提供担保，但是由于家事案件本身的性质所限，所以有些家事保全要求申请人提供担保就是不合理、不科学、不现实的。总之，在家事保全程序中申请人提供担保的几率要低于其他保全案件。法院在决定是否要求申请人提供担保以及担保数额大小时，应当考虑以下一些因素：案件的性质；诉讼标的大小；保全申请人的经济能力；被申请人可能遭受的损失等。

第五节 审理家事保全案件应遵循的原则

一、处分原则

处分原则是指当事人在民事诉讼中，有依法充分表达自己的意愿，决定是否行使诉讼权利以及如何行使诉讼权利，不受他方干涉的自由选择权，并借此处分自己的民事权利。民事诉讼中的处分原则确立的依据是司法自治的理念，原则上可以说，只要不损害公益、不损害他人的合法权益，当事人就可以行使处分权。我国民事诉讼立法规定诉讼保全一般应当由当事人申请，诉前保全必须由当事人申请。这是当事人处分原则在保全程序启动上的体现。但是，民事诉讼当事人的自由处分权是相对的而不是绝对的，是受限制的而不是无限制的。我国民事诉讼法第 92 条就明确规定“当事人没有提出申请的，人民法院必要时也可以裁定采取财产保全措施”，这就是对当事人处分权的一种限制。日本对于不同家事保全处分程序的启动有不同的规定，选任财产管理人或为指示的保全处分案件，因为带有浓厚的职权性且讼争性较低，所以这类保全处分事件程序的启动除当事人可以申请外，法院也可以依职权启动。其他类型的家事保全事件，则只能由当事人的申请启动。我国台湾民事诉讼法第 579 条规定，家事保全程序不仅能够依声请启动，法院也可以依职权启动。可见在家事保全程序的启动上，当事人的处分权要受到法院职权的限制。但总的说来，家事保全处分的启动主要依据当事人或者利害关系人的申请，只有在具有公益性的案件当中，当事人又没有提出申请的情况下，法院可以依职权启动家事保全程序。并且，在法院启动的家事保全程序中，保全的标的、范围以及保全的变更、撤销等都由法院自己依职权决定，因此在家事保全程序的审理过程中必须坚持处分权有限性原则。

二、辩论原则

辩论原则是指在人民法院的主持下，当事人有权就案件事实和争议问题，各自陈述自己的主张和根据，互相进行反驳和答辩，以维护自己的合法权益。我国民事诉讼法规定，法院依据当事人或者利害关系人的申请就可以裁定诉讼保全或者诉前保全。这样的规定主要是为了适应民事保全的急迫性，如果程序过于繁琐，保全裁定的作出必须经过当事人双方的辩论程序，有可能保全的价值就不存在了。但是，这样的规定是否违反了辩论原则，限制了当事人的辩论权呢？针对这种情况，《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》中规定了相应救济制度，当事人不服财产保全裁定可以提出复议申请，人民法院进行审查后做出相应裁定。当事人可以通过复议申请来行使自己的辩论权，因为辩论的表现形式及方式是多种多样的。辩论既可以通过口头形式进行，也可以运用书面形式表达，并且各有各的效果。这些规定当然适用于家事保全程序中。《法国新民事诉讼法典》第 515 条规定“除依法当然假执行之情形外，只要法官认为有假执行之必要，并且假执行与案件的性质相符合，在法律不禁止的情况下，应当事人的请求或者依职权，得命令假执行。”《日本民事保全法》规定假扣押和系争物之假处分法院可以依据申请直接发出保全命令，但是该法第 13 条明确规定了法院的释明权。第 23 条规定“确定临时地位的假处分命令，如果未经过口头辩论或债务人能参加的审问期日，不得发出”。该法还规定了较为完善的保全异议制度，第 29 条规定“法院不经过口头辩论或者双方当事人参加的审问期日，不得对保全异议的申请作出裁定”。可见，日本在保全程序中处处体现辩论原则，尽力维护当事人的辩论权。我国家事保全制度的建立应当注意以下两点：第一，明确规定法院的释明权。法院不能仅仅根据当事人的申请就作出保全裁定，法院应当要求当事人提交相应的证据，在进行初步审查无疑的情况下作

出家事保全裁定，必要时法院可以行使释明权；其二，家事保全制度应当规定较为完备的保全异议制度。因为有些案件的审理期限很长，应当给予当事人提出保全异议的机会，这种保全异议的审理法院可以开庭并经过当事人的口头辩论，这样可以避免因为保全错误给当事人造成太大的损失。总之，由于家事保全程序并不是对实体争议的审理程序，所以辩论原则肯定要受到一定的影响，我们可以通过相应制度设计使这种负面影响减到最小。

三、公开原则

公开审判原则是民事诉讼法中一项基本原则，其主要包括两层意思：一是人民法院公开审理的案件，应公告开庭审理的案由、时间、地点，以便群众旁听审理和宣判；二是人民法院公开审判的案件，应当允许新闻记者旁听、采访，允许他们对案件的审理过程和案情，作出公开报道。但是，并不是所有的案件都适用公开原则。我国民事诉讼法第 120 条规定："人民法院审理民事案件，除涉及国家秘密、个人隐私或者法律另有规定的以外，应当公开进行。""离婚案件，涉及商业秘密的案件，当事人申请不公开审理的，可以不公开审理。"因为家事案件多涉及个人隐私，所以家事案件大多不适用公开审理原则。所谓审理，包括书面审理和言词审理。只有用言词审理的民事案件，才能够使用公开审理的原则。反之，用书面审理的民事案件，就不能够适用公开审理的原则。由此可见，公开审理原则的适用范围，只限于用言词审理的民事案件和判决的宣告。在现行民事诉讼中，仅对受诉法院的言词辩论程序与判决宣告程序实行公开主义。我国现行民事诉讼法规定法院仅根据当事人的申请就可以作出保全裁定，所以这种书面审理过程很难向群众公开和向社会公开。但是，裁定的结果必须公开：首先，向当事人双方公开，当事人才能对裁定提出异议；其次，裁定要向社会公开，《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》中规定"人民法院对不动产和特定的动产（如车辆、船舶等）进行财产保全，可以采用扣押有关财产权证照并通知有关产权登记部门不予办理该项财产的转移手续的财产保全措施"，这实际上是对社会的一种公示，避免对当事人之外的第三人造成不必要损失。如前文建议，我国应当建立家事保全异议制度，并且家事保全异议的审理要经过当事人的口头辩论程序，在口头辩论过程中，如果案件的性质可以公开，那么该异议审理过程可以向群众和社会公开。

第八章 构建家事事件程序

第一节 婚姻事件程序

一、婚姻事件的种类

日本的婚姻关系案件，包括婚姻无效之诉、撤销婚姻之诉、离婚之诉、撤销离婚之诉。德国的婚姻事件包括离婚之诉、撤销婚姻之诉、确认婚姻存在与否的诉讼以及同居之诉。我国台湾地区的婚姻事件包括婚姻无效之诉、撤销婚姻之诉、确认婚姻成立或不成立之诉、离婚之诉以及夫妻同居之诉 5 种。概括起来，婚姻案件有以下几种：（1）婚姻无效之诉。指根据民法（婚姻法）中所规定的婚姻无效的原因请求法院宣告婚姻无效之诉，性质上为确认之诉。（2）撤销婚姻之诉。根据民法（婚姻法）中所规定的得撤销婚姻的原因请求法院撤销婚姻之诉，性质上为形成之诉。（3）确认婚姻成立或不成立之诉。指请求法院确认某婚姻是否存在之诉，性质上为确认之诉（积极确认之诉或消极确认之诉）。（4）离婚之诉。指根据民法（婚姻法）规定的离婚原因请求法院判决离婚（婚姻关系消灭）之诉，性质上为形成之诉。（5）同居之诉。根据民法（婚姻法）中关于夫妻同居义务的规定请求法院判决对方履行同居义务之诉，性质上为给付之诉。

我国 2001 年新婚姻法除规定了离婚制度外，还正式引入了"婚姻无效制度"和"撤销婚姻制度"。因此我国的婚姻事件程序的适用范围首先应包括离婚之诉、婚姻无效之诉、撤销婚姻之诉。根据婚姻法第 10 条的规定，婚姻无效专指结婚无效，因此这里所说的"婚姻无效之诉"仅指宣告结婚无效之诉，不包括宣告离婚无效之诉。

除了婚姻法规定的情形外，现实生活中存在大量的未婚同居现象，农村主要表现为不办理结婚登记，只举行仪式就开始共同生活，城市主要表现为恋爱期间同居；另外，无论农村还是城市都呈现越来越多的有配偶者与他人同居（主要表现为"包二奶"）现象。未婚同居现象引起的纠纷越来越多地涌向法院，为此最高人民法院颁布的《民事案件案由规定（试行）》中规定了"解除非法同居关系纠纷"。最高人民法院根据《婚姻法》和《民事诉讼法》，在关于适用《婚姻法》若干问题的解释(二)的第一条中也规定了，当事人起诉请求解除同居关系的，人民法院不予受理。但当事人请求解除的同居关系，属于婚姻法第三条、第三十二条、第四十六条规定的"有配偶者与他人同居"的，人民法院应当受理并依法予以解除；当事人因同居期间财产分割或者子女抚养纠纷提起诉讼的，人民法院应当受理。此条规定了解除同居之诉，但笔者认为，男女双方不构成婚姻关系而同居者，只要请求法院解除其同居关系的，法院都应该受理。从我国的实际情况来看，将其作为婚姻之诉，是没有问题的，尤其在广大的农村，通常把解除同居关系的诉讼称为"离婚"。

关于夫妻同居之诉，国外多规定了这一诉讼，有人认为我国目前不宜规定这一诉讼种类，理由概括起来有以下几方面：

一是，从现行实体法来看，新婚姻法中并没有十分明确的"夫妻有同居的义务"的规定，该法第 3 条第 2 款"禁

止有配偶者与他人同居”仅仅是一种间接的表述。既然由于种种原因，实体法中没有规定配偶权，没有明确规定夫妻同居的义务，则在程序法中也不适宜规定以上述义务为基础的案件类型。

二是，如果把夫妻同居之诉作为身份关系诉讼的范围，可能会带来一些负面后果，不利于保护弱者，特别是不利于保护妇女的合法权益。如女方不堪男方的虐待或强暴而被迫离家分居，男方以同居之诉向法院起诉，法院能够受理并判决支持吗?

三是，将同居之诉作为身份关系诉讼的范围，判决之后也难以执行。

笔者认为，应设立“夫妻同居之诉”这一诉讼类型。

首先，诉讼法保障实体法的正确实施，除此之外诉讼法还在某种程度上弥补实体法的不足，并创制实体法。婚姻法的修改进一步规范了婚姻家庭领域的法律关系，但由于受制于各种主客观因素，覆盖面还不完全，现实生活中仍有许多法律调整空档、缺漏以及模糊区域等。为了及时处理婚姻家庭纠纷，保护当事人的合法权益，应确立法官不得以法无明文规定而拒绝受理案件原则，以有效地弥补普遍存在的法律原则性强、操作难度大、覆盖面狭窄和模糊区域众多的缺陷，加大法律对家庭关系的调整力度，最大限度地调节各类家庭关系，以充分地维持社会秩序和家庭安全。更何况，在我国司法实践中也有受理夫妻同居之诉的案例，如广西钦州一位八旬的香港老翁，起诉向自己的少妻索要同居权，法院受理并支持了这位老翁的请求。

其次，笔者不反对，把夫妻同居之诉作为身份关系诉讼的范围，可能会带来一些负面后果。但如果不把此作为诉讼类型，法院不受理此类案件，同样也存在着很多弊端。夫妻同居为夫妻共同生活的基础要件，不仅涉及到夫妻关系的维系，更关系到子女的抚养、老人的赡养等问题。更何况，法院受理案件后，并不是无条件地支持夫妻同居，而是视情况而定。台湾地区民法第 1001 条就明确规定，夫妻互负同居义务，但有不能同居正当理由者，不在此限。

二、婚姻事件的管辖

关于婚姻案件的管辖，过去适用的原则和现在有很大不同。过去由于男女地位的不平等，体现在婚姻诉讼上，就是法律上明确规定婚姻案件以男方住所确定管辖。二战以后的男女平权运动，对婚姻案件管辖法院的确定产生了积极的影响。

根据日本人事诉讼程序法的规定，对于婚姻无效或撤销，离婚或撤销其离婚的诉讼，如夫妻具有共同的住所时，由其住所地的地方法院专属管辖；如在夫妻最后共同住所地的地方法院管辖区内有夫或妻的住所时，由其住所地的地方法院专属管辖；如在其最后住所地的地方法院管辖区内夫妻没有共同住所或夫妻未曾有过共同住所时，则由夫或妻的普通审判籍地的地方法院或者死亡时夫或妻的普通审判籍的地方法院专属管辖。但在收养案件中附带提出的撤销婚姻，离婚或撤销离婚的请求，则不在此限。在日本没有前款所规定的普通审判籍或不知其在日本的住所时，依其居所；如没有居所或者不知其居所时，依其最后的住所。依前述规定仍无法确定管辖法院时，对于上述诉讼，由最高法院所指定的地方法院专属管辖。

德国民事诉讼法第六编中关于婚姻事件管辖的规定有，离婚之诉、撤销婚姻之诉、确认当事人间婚姻存在与否的诉讼以及同居之诉，均专属于夫妻共同居所地所属的家庭法院管辖。在诉讼系属发生时，在国内无共同居所，而配偶一方与他们共同的未成年子女同居一地时，专属于其居所地所属的家庭法院管辖。不能依上述规定决定管辖法院的，如在诉讼系属发生时，配偶一方的居所地和配偶双方的最后共同居所地同在一家庭法院的辖区内，案件专属于此家庭法院管辖。如果这种审判籍也不存在，则案件专属于被告居住地所属的家庭法院管辖；如果被告居住地不在国内时，专属于原告的居住地管辖。如果配偶双方都提起诉讼，而依第二句，诉讼系属的法院都有管辖权时，案件专属于最先发生诉讼系属的法院管辖；如果两个案件不能彼此拘束时，亦同。如果两个案件同在一天发生诉讼系属时，即准用第 36 条由直接上级法院指定管辖法院。如依上述规定不能决定法院的管辖时，则案件专属于柏林的舒勒堡初级法院里的家庭法院管辖。

台湾民事诉讼法规定，婚姻无效或撤销婚姻，与确认婚姻成立或不成立及离婚或夫妻同居之诉，专属夫妻住所地或夫、妻死亡时住所地的法院管辖。但诉之原因事实发生于夫或妻之居所地的，由各该居所地的法院管辖。夫妻住所地法院不能行使职权或在台湾无住所或其住所不明的，由其居所地的法院管辖。将在台第八章 构建家事事件程序湾的居所视为其住所；无居所或居所不明，以其在台湾的最后住所视为其住所。夫或妻为台湾人，不能依前两项规定确定管辖法院的，由台北法院管辖。

根据我国民事诉讼法的规定，目前我国的婚姻案件实行一般地域管辖，即原告向被告所在地的法院起诉，但当被告不在我国境内，原告提起的诉讼与婚姻关系有关时，由原告所在地法院管辖。最高人民法院《关于适用民事诉讼法若干问题的意见》对婚姻案件作出了以下规定：（1）非军人对军人提出的离婚诉讼，如果军人一方为非文职军人，由原告住所地人民法院管辖；离婚诉讼双方当事人都是军人的，由被告住所地或者被告所在的团级以上的单位驻地的人民法院管辖。（2）夫妻一方离开住所地超过一年，另一方起诉离婚的案件，由原告住所地人民法院管辖。夫妻双方离

开住所地超过一年，一方起诉离婚的案件，由被告经常居住地人民法院管辖；没有经常居住地的，由原告起诉时居住地的人民法院管辖。（3）在国内结婚并定居国外的华侨，如定居国法院以离婚诉讼须由婚姻缔结地法院管辖为由不予受理，当事人向人民法院提出离婚诉讼的，由婚姻缔结地或一方在国内的最后居住地人民法院管辖。（4）在国外结婚并定居国外的华侨，如定居国法院以离婚诉讼须由国籍所属国法院管辖为由不予受理，当事人向人民法院提出离婚诉讼的，由一方原住所地或在国内的最后居住地人民法院管辖。（5）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权管辖。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。（6）中国公民双方在国外但未定居，一方向人民法院起诉离婚的，应由原告或者被告原住所地的人民法院管辖。

我国法律、司法解释对婚姻事件管辖的规定不甚合理，构建家事案件程序时应加以改革。婚姻事件原则上也适用“原告就被告”，即原告向被告所在地的人民法院起诉，不符合婚姻这种身份关系案件的需要。长期以来我国的情况是，结婚后一方的户籍将移转到另一方户口所在地，夫、妻外出并连续一年以上的情况也比较少，夫妻通常拥有共同的住所地和经常居住地。改革开放以后，随着经济的发展，人口流动越来越大，住所地与经常居住地往往不一致，跨地区婚姻越来越多，但夫妻双方往往拥有共同的居住地。因此，婚姻使夫、妻结婚前后的住所地和居住地发生了变化，不宜再作出原、被告所在地的划分。笔者认为法律直接规定，“如夫妻具有共同的住所时，由其住所地的家庭法院专属管辖”，较为合理。既直接、明了，便于当事人起诉和法院受理案件，又与国际接轨。同时根据不同情况，可以规定“无共同居所的，而配偶一方与他们共同的未成年子女同居一地时，由其居所地所属的家庭法院管辖。”这样便于抚养未成年子女的一方进行诉讼，在某种程度上维护未成年人的利益；也可以涵盖司法解释规定的“军人与非军人之间的婚姻诉讼”以及现实生活中“夫妻一方外出务工或长期在外地工作，另一方抚养未成年子女”诸如此类的婚姻案件。还可以规定“如在夫妻最后共同住所地的家庭法院管辖区内有夫或妻的住所时，由其住所地的家庭法院管辖。如果不存在上述情形，则案件由被告居住地所属的家庭法院管辖；如果被告居住地不在国内时，由原告的居住地管辖”以补充前两项规定的不足。

我国民事诉讼法对婚姻事件的管辖没有专门规定，远远不能满足司法实践的需要，最高人民法院根据审判实践的需要作出的规定，一是不能解决所有的实际问题，二是其法律效力较低。因此，应改变这种立法现状，在婚姻事件程序中对管辖问题作出具体的规定。此外，随着我国对外开放的日益深入，跨国婚姻越来越多，对婚姻事件的国际管辖问题法律也应作出明确的规定。

三、婚姻事件的当事人

婚姻案件当事人的诉讼能力有别于其他案件。一般的原则是，民事行为能力受限制的夫或妻在婚姻案件中有诉讼能力。婚姻案件当事人的确定，一般来说，配偶之一方提起诉讼的，以另一方为被告；由第三人提起诉讼的，以配偶双方为共同被告。

德国民事诉讼法规定，婚姻事件中配偶一方提起诉讼的，以另一方为被告；由婚姻之外的第三人或者主管行政机关提起的，以配偶双方为共同被告。

日本人事诉讼法第 2 条规定，夫妻一方所提出的婚姻无效或撤销之诉，以其配偶为对方当事人；如第三人提出前款之诉时，应以其夫妻作为对方当事人，如其夫妻一方死亡时，则以其生存者为对方当事人；当依前两款规定应成为对方当事人的人死亡后，将检察官作为对方当事人；当检察官作为当事人后对方当事人死亡时，为了继续进行本案的诉讼程序，由法院选定律师为承继人。当检察官提起诉讼时，将夫妻双方作为对方当事人；当检察官提起上诉时，将原审的全体当事人作为对方当事人；当当事人中一个人上诉时，以原审的其他当事人或作为当事人的检察官作为对方当事人。

台湾婚姻事件的当事人适格，在诉讼法中特就被告的适格作出规定，即婚姻事件，夫或妻提起者以其配偶为被告，由第三人提起者，以夫妻为共同被告，但撤销婚姻之诉，其夫或妻死亡者，得以生存者为被告。至于原告的当事人适格，则依实体法的规定决定，除某种撤销婚姻之诉应由法定代理人提起外，其余婚姻事件的诉讼，配偶之一方，均得以他方为被告，自己作为原告而提起。第三人以夫妻为共同被告所提起之诉，限于依民法规定提起撤销婚姻之诉或提起确认婚姻无效与其成立不成立之诉，至于离婚与夫妻同居之诉，则第三人不能提起。此项第八章 构建家事事件程序以夫妻为共同被告的诉讼，属于固有必要共同诉讼，如仅以夫或妻一人为被告，其当事人即为不适格。惟夫妻之一方死亡时，其生存一方，与第三人间的关系，如姻亲关系扶养关系等依然存在，有婚姻撤销权之人，自仍有提起诉讼之必要，不因一方死亡认为当事人不适格，故得仅以生存一方为被告。

我国民事诉讼法对婚姻案件的当事人适格问题没有作出特别规定，一般而言，离婚诉讼夫、妻一方提出的，以另一方为对方当事人；婚姻法规定的婚姻无效之诉，最高人民法院《关于适用婚姻法若干问题的解释（一）》规定，向人民法院就已办理结婚登记的婚姻申请宣告婚姻无效的主体，包括婚姻当事人及利害关系人。利害关系人包括：（1）以

重婚为由申请宣告婚姻无效的，为当事人的近亲属及基层组织。（2）以未到法定婚龄为由申请宣告婚姻无效的，为未达法定婚龄者的近亲属。（3）以有禁止结婚的亲属关系为由申请宣告婚姻无效的，为当事人的近亲属。（4）以婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈为由申请宣告婚姻无效的，为与患病者共同生活的近亲属。可见，除婚姻当事人外，第三人可提出宣告婚姻无效之诉。笔者认为第三人提起时，应以夫妻作为对方当事人，如夫妻一方死亡时，则以生存者为对方当事人。

四、婚姻事件的诉讼程序

离婚之诉，于起诉前应经法院调解（其他婚姻事件之诉讼，不在其内），调解不成立，始得提起诉讼。

（一）诉之合并变更追加及提起反诉、禁止另诉

婚姻事件诉讼，情节较为复杂，有数项请求中解决一请求，其余请求，皆因而解决。有数项请求须同时解决，以防裁判抵触。同一婚姻迭次发生诉讼，有害于公益，法律为求当事人间与婚姻有关之诉讼，能同时解决起见，各国特就诉之合并、变更、追加或提起反诉设有特别规定，不受通常诉讼程序之拘束。

德国民事诉讼法第 610 条规定，同居之诉、离婚之诉和撤销婚姻之诉，可以彼此合并；他种诉讼不得与这些诉讼合并，特别是不得提起他种反诉。但第 623 条（离婚事件与离婚后事件的合并）不受影响。

日本人事诉讼程序法规定，对婚姻无效之诉、撤销婚姻之诉、离婚之诉、撤销离婚之诉，可以提起合并或反诉。至于其他诉讼不得同前款之诉提起合并或反诉。但因诉的原因事实而发生的损害赔偿的请求及附带婚姻案件审理的撤销、除或撤销收养的请求，不在此限。在第一审或者控诉审的辩论结束之前，对于婚姻案件可以变更诉及其理由，可以提起诉的合并或反诉。该法还规定有，禁止另诉。驳回婚姻无效或撤销、离婚或撤销离婚的诉讼请求后，原告不得以变更诉或其理由，或者以能合并主张的事实，提起独立的诉讼。被告不得以能反诉理由主张的事实，提起独立的诉讼。

台湾民事诉讼法规定，婚姻无效或撤销婚姻与确认婚姻成立或不成立及离婚或夫妻同居之诉，得合并提起之，在通常诉讼程序，关于诉之合并，法律上有一定之限制。婚姻事件，则得任意就各种婚姻诉讼为诉之合并，其标的与事实之前提要件是否相同，在所不问。上述合并，如两诉并不能合并（如离婚与同居），以预备诉之合并的方式为之。

婚姻事件有关之财产权请求得合并提起。依台湾民事诉讼法第 248 条规定，不得行同种诉讼程序之诉，不得为诉之合并。应依通常诉讼程序提起之诉，本不许与依人事诉讼程序提起之诉为诉之合并，惟非婚姻事件之诉，如夫妻财产之分配或分割之诉，返还妆奁或其他财物之诉，给付家庭生活费用或赡养费或扶养之诉及由诉之原因事实所生损害赔偿之请求，因其与婚姻事件有密切之关系，当事人亦愿将此问题同时解决，且诉讼程序亦极为便利，故法律特许与婚姻事件合并提起。为此项合并者，当事人须为同一，若非同一当事人，则不得为此合并。

有关未成年子女之监护，得附带请求酌定。台湾民法亲属编所定夫妻离婚或撤销婚姻后，请求法院酌定对于未成年子女权利义务行使负担之内容及方法事件，含有非讼性质，原则上固应依非讼事件法声请法院定之。惟于当事人提起撤销婚姻或离婚诉讼时，如严格限制当事人须等前述诉讼判决确定后再另行声请法院裁定，不但增加当事人及法院劳资，同时亦使当事人与法院无法于此等诉讼中，一并就未成年子女权利义务行使或负担问题通盘考虑。因此，明确规定撤销婚姻或离婚之诉，当事人得于第一审或第二审言词辩论终结前，附带请求定对于未成年子女权利义务行使负担的内容及方法。此须附带请求，以法院判决婚姻撤销或离婚时，才产生对于未成年子女权利义务行使负担的问题；如法院认为原告之本诉为无理由时，因前提条件未成就，法院就附带请求部分毋庸裁判。

台湾民事诉讼法对婚姻事件再行起诉加以限制。同一婚姻之诉讼，法律所以特许为诉之合并、变更、追加或提起反诉者，无非不欲此种诉讼，迭次提起，以免有害公益，惟当事人于诉讼程序中为诉之合并、变更、追加或提起反诉与否，完全任其自由，则法律规定之目的，必将无由以达，故本法又规定婚姻事件，于其诉或反诉被驳回后再行提起独立之诉时，应加以限制。

台湾民事诉讼法对婚姻事件的诉之合并变更追加及提起反诉、禁止另诉规定得较为详细，颇具有借鉴意义。尤其是婚姻事件有关财产权请求的附带提起和有关未成年子女之监护的附带提起，符合本文家事裁判制度处理的事件既包括家事身份关系事件又包括家事财产关系事件。

（二）辩论原则的限制

德国民事诉讼法第 617 条规定了婚姻事件程序关于辩论原则的限制，关于认诺的效力的规定，关于对事实和证书的真伪不作陈述或拒绝陈述的后果的规定，关于当事人舍弃对方当事人或证人和鉴定人的宣誓的规定，以及关于审判上自白的效力的规定，均不适用。

日本人事诉讼程序法第 10 条规定，民事诉讼法第 157 条、第 159 条第一款，第 224 条及第 240 条等条款规定，不适用于婚姻案件。民事诉讼法第 266 条及第 267 条关于请求的承认规定，也不适用于婚姻案件。关于审判上自认的法则，不适用于婚姻案件。

台湾民事诉讼法第 574 条规定，关于认诺效力之规定，于婚姻事件不适用之。当事人于言词辩论时，为诉讼标的之认诺者，法院应本于其认诺，为该当事人败诉之判决，在婚姻事件则不适用此项规定，当事人在言词辩论时，即使已为诉讼标的之认诺，法院亦不得本于其认诺，为该当事人败诉之判决，仍应就事实上调查原告之诉有无理由。至关于诉讼标的之舍弃，本法既未加以限制，自仍应适用。又关于认诺之限制，与自认之限制不同，无论任何婚姻事件，皆适用之。惟依本法第 572 条第二项所提起之诉，即交付子女之诉，返还财物给付家庭生活费用或扶养之请求或由诉之原因、事实所生损害赔偿之诉，与婚姻事件合并提起追加或提起反诉者，其性质上既非婚姻事件，不过因诉讼程序之便利，得合并、追加或提起反诉而已，故关于认诺效力之规定，仍有其适用，不受上述限制。

诉讼上自认及不争执事实效力之限制。在一般诉讼事件，当事人之一造对于他造当事人主张之事实自认或不争执者，他造当事人就其主张之事实，可免举证责任。惟婚姻事件，因求裁判合于真实起见，故加以若干限制，即在撤销婚姻、离婚或夫妻同居之诉，于撤销婚姻、离婚或拒绝同居之原因事实，不适用之。在婚姻无效或确认婚姻成立或不成立之诉，于婚姻无效或不成立及婚姻有效或成立之原因事实，不适用之。

斟酌当事人所未提出之事实。在一般诉讼程序，当事人未提出之事实，法院不得依职权加以斟酌，惟婚姻在公益上应予维持，传统上亦以维持婚姻为贵，故法院因维持婚姻或确定婚姻是否无效或不成立，得斟酌当事人所未提出之事实，此亦辩论主义之例外也，惟斟酌之事实，须以维持婚姻或确定婚姻是否无效或不中国政法大学博士学位论文 家事裁判制度研究成立之事实为限，若非系维持婚姻或确定婚姻是否无效或不成立之事实，未经当事人提出者，虽其事实于法院已显著或为其职务上所已知者，亦不能依职权斟酌之。如在撤销婚姻或离婚之诉，须系足据以驳回其诉之事实，在夫妻同居之诉，须系足据以认其诉为有理由即被告应履行同居义务之事实，法院始得依职权斟酌之，至关于撤销婚姻、离婚拒绝同居之原因事实，则无此适用，但在确认婚姻无效及成立或不成立之诉，则无论足据以定婚姻有效或成立之事实，或足据以定婚姻无效或不成立之事实，均得依职权加以斟酌。

依职权斟酌之事实，法院之知悉，系由于调查证据之结果，或系由于第三人在诉讼外之报告，或系因办理他案时所知悉，甚或系推事私人所见闻，均无不可，并不必为于法院已显著之事实，或系依诉讼上情事而知之事实。此项事实，法院依职权斟酌与否，虽得依其自由意见定之，但法院如系不知有此职权，因未行使之者，得为上诉第三审之理由。又法院斟酌当事人未提出之事实，通常须有心证，而心证则应斟酌调查证据之结果，故解释上法院因维持婚姻或确定婚姻是否无效或不成立，除得斟酌当事人所未提出之事实外，就此项事实，应得依职权调查证据。

法院依职权斟酌之事实，于判决前应使当事人知悉，使其有辩论之机会，若未与当事人以辩论之机会，而采为判决基础者，其判决为违背法令，得为上诉第三审之理由。

我国最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《规定》），初步在民事诉讼程序中确立了辩论原则的有关诉讼规则，并首次在第 8 条和其他有关条文中，规定了通常诉讼中的自认等有关诉讼规则不适用于身份关系诉讼案件。由于《规定》是关于民事证据的规则，不是身份关系诉讼的特别规定，对诉讼请求的认诺在身份关系诉讼中的效力，没有作出规定。但由于身份关系诉讼的特殊性，并从最高人民法院对自认不适用于身份关系诉讼的特别规定来看，认诺的效力也不能适用身份关系诉讼或者适用时应受限制。如原告起诉请求宣告婚姻无效，被告同意（即认诺）原告的诉讼请求，在这种情况下，法院不能据此宣告婚姻无效，而应当根据案件客观事实情况，并依职权调查收集有关证据，确认是否存在婚姻无效的法定情形后，才能作出是否宣告婚姻无效的判决。在婚姻诉讼中，法院可否考虑双方未提出的事实。我国现有法律对此问题没作任何规定，一般认为，法院可以考虑双方未提出的事实。如在审理离婚案件中，法官获知一方有重婚事实或线索，尽管当事人没有提出，法官应当考虑和澄清这一事实，并依法作出评判。笔者认为，构建婚姻事件程序时，应对自认、认诺以及双方未提出事实的斟酌问题加以明确规定，以便于司法实践操作和运用。

（三）不公开审判

婚姻事件常涉及当事人隐私及家庭秘密，性质上不宜在公开法庭审判，且未必与公益有关。

（四）强制当事人或法定代理人本人到场

德国民事诉讼法规定，法院应命配偶双方本人到场并对本人进行审讯；法院可以对配偶双方进行讯问。配偶双方有共同的未成年子女时，法院并应讯问配偶双方关于父母对子女的照管事项，并应通过负责青少年救助的机构就咨询的可能性给予指示。配偶一方因故不能到受诉法院或居住于远离受诉法院的地方，到受诉法院来受讯问是不适当时，可以由受托法官审讯或讯问之。对于在审讯时或讯问时不到场的配偶一方，可以如同在讯问期日不到场的证人一样对待；但不得对之宣告违警处罚。

台湾民事诉讼法规定，婚姻事件，由当事人或法定代理人本人到场辩论，易使裁判合于事实，在适用一般诉讼程序，法院因阐明或确定诉讼关系，固亦得命当事人本人或法定代理人本人到场，惟其人无正当理由不到场时，法院仅斟酌其不到场为自由心证判断事实之资料，别无强制方法，在婚姻事件，当事人或法定代理人不从法院之命到场者，

法院得以其不到场，依自由心证判断事实外，并得准用本法第三百零三条关于处罚证人之规定，对之科以罚锾，但不得拘提之。法院认为适当时，如当事人或法定代理人不到场或在远隔之地者，亦得使受命推事或受托推事讯问之。由受命推事或受托推事讯问者，如当事人或法定代理人不到场时，亦得由受命推事或受托推事对之科以罚锾。

我国民事诉讼法第 62 条规定，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。适用民诉法解释第 93 条规定，离婚案件当事人确因特殊情况无法出庭参加调解的，除本人不能表达意志以外，应当出具书面意见。该解释第 157 条规定，无民事行为能力人的离婚诉讼，当事人的法定代理人应当到庭；法定代理人不能到庭的，人民法院应当在查清事实的基础上，依法作出判决。在近年审理的离婚案件中，当事人一方出国在外的涉外离婚案件与日俱增。在国外的一方当事人无论是作为原告还是被告，一般都不专程赶到国内参加诉讼，大多委托 1～2 个代理人代为离婚诉讼。委托代理人必须提交当事人本人书写的授权委托书。根据民事诉讼法的规定，从我国领域外寄交的授权委托书，应当经所在国公证机关证明，并经中华人民共和国驻该国使领馆认证，或者履行中华人民共和国与该所在国订立的有关条约中规定的证明手续后才具有效力。此类案件中代理人的代理权限与普通离婚中国政法大学博士学位论文 家事裁判制度研究案件有所不同:普通离婚案件中代理人的代理权限是一般代理；而涉外离婚案件中在国外的一方当事人委托代理人的代理权限可以是特别授权代理。庭审时，普通离婚案件的当事人即使委托了代理人，一般仍应到庭参加诉讼；而涉外离婚案件中在国外的当事人如已特别授权委托代理人，其本人可以不到庭。

（五）诉讼中止或停止、终结与承受

德国、日本和我国台湾地区有关婚姻事件程序的规定，法院认为有和好可能的，可以裁定一定期限内中止诉讼。如德国民事诉讼法第 614 条规定：（1）在同居之诉，为了和好地解决诉讼案件，法院在认为适当时，应依职权中止诉讼程序。（2）在离婚之诉，法院依其自由心证，认为婚姻关系有继续的希望，应依职权中止诉讼程序。夫妻分居已逾一年，双方对中止诉讼有异议时，不应中止诉讼程序。（3）原告申请中止诉讼程序者，在诉讼程序中止前，在同居之诉，法院不得裁判，在离婚之诉，不得宣告离婚。（4）诉讼程序的中止只能重复一次。中止期间总计不得超过一年，双方分居已逾三年的，中止期间总计不得超过六个月。（5）在中止诉讼程序时，法院在一般情况下，应该劝告配偶双方到婚姻顾问处去征询意见。日本人事诉讼程序法有关于离婚诉讼程序中止的规定，但只限一次且期限不超过一年。台湾民事诉讼法规定，离婚及夫妻同居之诉，法院认当事人有和谐之望者，得以裁定命于六个月以下之期间内，停止诉讼程序，但以一次为限。此项诉讼程序之停止，得依声请或依职权为之，应否停止，由法院斟酌情形定之。为停止之裁定时，应定停止之期间，其期间不得逾六个月，此期间非固有期间之性质，故不适用本法期间之规定，期间之计算，则依民法之规定，又其停止诉讼程序，既以一次为限，故在下级法院已命停止者，上级法院不得再命停止诉讼程序。其余有关停止诉讼程序问题，均适用总则编一般规定。

在婚姻诉讼中，因为属于身份关系方面的诉讼，一般没有继承人承受诉讼，或者诉讼标的已不存在，或者没有必要在进行诉讼，配偶之一方死亡，则诉讼程序终结。所以在婚姻案件中，一方死亡，应终结诉讼，但有第三人提起宣告婚姻无效之诉的，仍可以生存一方为被告继续进行诉讼。台湾民事诉讼法规定，婚姻事件之诉讼，因系关于身份事件，非其继承人所得承受诉讼，且或则已失诉讼之标的，或则已无续行此种诉讼之必要，故夫或妻于判决确定前死亡者，关于本案视为诉讼终结。所终结者，非独原提起之婚姻事件以及于婚姻事件程序中所合并、追加或以反诉提起之婚姻事件，即与婚姻事件合并起诉、或追加、或以反诉提起之非婚姻事件亦应视为终结，当事人如有继续请求之必要，应另提起独立之诉，本案既因法律之规定，视为终结，故法院就该事件全部，均无庸再为何等之裁判，以前所为之裁判，当然失其效力，虽诉讼费用应依职权为之者亦同。惟诉讼费用系属财产关系，其权利义务，亦在继承之列，故死亡者之继承人，或他造当事人对于死亡者之继承人均得依本法第九十条之规定，声请以裁定为诉讼费用之裁判，惟应遵守二十日之法定期间，此项期间，应自夫或妻死亡时起算。

第三人提起撤销婚姻之诉者，应以夫妻为共同被告，但其夫或妻死亡者，得以生存者为被告，依同一理由，第三人于提起撤销婚姻之诉后，其仅夫或妻死亡者，既仍得由生存者续行诉讼，自无视为终结之必要，且亦不适用诉讼程序当然停止之规定。惟夫妻均已死亡者，诉讼标的已不存在，自仍认为终结。婚姻事件因夫妻之死亡事实发生，除第三人提起撤销婚姻之诉后，仅夫或妻死亡者外，关于本案均当然视为终结，非其继承人所可承受诉讼，前已言之，即由第三人提起之婚姻诉讼，亦因婚姻事件原告之适格，有专属关系，原告死亡者，亦非继承人可承受诉讼。有提起同一诉讼之权者，为节省劳费，可利用已经进行之诉讼程序及已搜集之诉讼资料，自以准其承受诉讼为宜。故本法规定婚姻事件之原告，于判决确定前死亡者，有权提起同一诉讼之他人，得于其死亡后三个月内承受诉讼。如配偶或第三人提起撤销婚姻之诉后，于诉讼中死亡者，其他有权提起撤销婚姻诉讼之利害关系人或亲属，得出而续行诉讼是也。兹所谓承受诉讼，并非承受当然停止之诉讼程序，故不适用总则编当然停止诉讼程序之规定。其承受诉讼，法律既未规定其程式，故任得以书状或言词向法院表示承受之意思，此时法院首应审查其是否为有权提起同一诉讼之人，并得

专行言词辩论以调查之，如认为应准其承受诉讼者，则应按以前进行之诉讼程度，续行诉讼，否则应以裁定驳回其承受诉讼之声明。

（六）婚姻事件程序之假处分

婚姻事件，多为确认之诉或形成之诉，性质上无待于强制执行，仅夫妻同居之诉为给付之诉，但夫妻同居之诉，台湾强制执行法规定，亦不得为强制执行，故婚姻事件在理论上本无假处分之依据，惟在婚姻事件，有时亦有定暂时状态之必要，故法院亦得依声请命扶养或监护子女或为其他假处分。关于假处分之方法，得命扶养或监护子女，或依法院之意见，选定其他适当方法，如命夫妻暂行分居之情形。

（七）婚姻事件判决的效力

因为婚姻案件涉及公益，且判决是由法院依职权原则审理后作出，其判决亦较正当，因此就婚姻无效、撤销婚姻或确认婚姻成立或不成立之诉及离婚之诉所做的判决，对于第三人均有效力。而夫妻同居之诉判决，为给付判决，且依其性质，无对第三人有效力的必要。

第二节 亲子关系事件程序

一、亲子关系事件的种类

德国民事诉讼法规定，以下列事项为诉讼标的的程序为亲子事件：1．确认亲子关系存在或不存在；也包括确认对父亲身份的承认生效或不生效；2．否认父亲身份；3．确认当事人一方对另一方是否有父母照护权。根据日本人事诉讼程序法第 27 条的规定，亲子关系案件应包括子女的否认之诉、子女认知之诉、子女认知无效之诉、撤销子女认知之诉、确认父亲之诉等。台湾民事诉讼法对亲子关系事件的规定较为宽泛，共分为三类，即收养事件、生子关系事件与亲权事件，包括收养无效之诉，撤销收养之诉，确认收养关系成立不成立之诉，终止收养关系之诉，否认子女之诉，认领子女之诉，认领无效之诉，撤销认领之诉，就母再婚后所生子女确定其父之诉，宣告停止亲权之诉，撤销停止亲权宣告之诉 11 种。

笔者认为，亲子关系案件不应包括收养事件，收养事件应设立单独的程序。结合司法实践和适当借鉴国外的做法，亲子关系事件应包括：（1）否认子女之诉，指就法律上推定之亲生子女，请求法院确认非其子女，其性质为确认之诉。（2）认领子女之诉，指请求法院判令非婚子女之父母承认自己为其生父母，其性质为给付之诉。（3）认领无效之诉，指就某人认领子女之意思表示，请求法院宣告无效，其性质为确认之诉。（4）撤销认领之诉，指对已认领有亲子关系者，而又请求法院撤销其认领，其性质为形成之诉。（5）就母再婚后确认其父之诉，即就母再婚后所生子女，于母之配偶及前配偶中，请求确认何人为生父，其性质为确认之诉。（6）确认亲子关系存在与否，指请求法院宣告停止父母对子女的权利，或者请求法院撤销其停止权利宣告，其性质为确认之诉。（7）宣告停止亲权及撤销停止亲权宣告之诉，指就特定人之间的亲子关系是否存在，请求法院予以确定，其性质为形成之诉。

二、亲子关系事件的管辖

日本人事诉讼程序法规定，关于子女的否认、认知、其认知的无效或撤销或者民法第 773 条规定确定其父亲为目的的诉讼，以子女的普通审判籍地或者其死亡时普通审判籍地的地方法院为专属管辖。

德国民事诉讼法规定，亲子事件专属于子女住所地的法院管辖，在国内无住所时，专属于其惯常居留地的法院管辖。如由母提起诉讼时，母的住所地的法院也有管辖权，母在国内无住所时，其惯常居留地的法院有管辖权。子女与母在国内均无住所或惯常居留地时，则以男方的住所、在国内无住所时以其惯常居留地为管辖地。如依此规定仍无从定法院的管辖时，则案件专属于柏林的舒勒堡初级法院的家事法院管辖。此外，法典对亲子案件的国际管辖也作了规定，即一方当事人有下列情形的，德国法院有管辖权：a．是德国人；b．在德国国内有惯常居留地。但此种管辖不是专属管辖。

我国法律没有对亲子案件的管辖问题作出特别规定，应借鉴德国和日本的做法，以子女住所地的法院管辖为原则，也可规定由母提起诉讼时，母的住所地的法院也有管辖权。这样一方面有利于保护未成年子女和妇女的利益，另一方面也方便法院调查取证。

三、亲子关系事件的当事人适格

日本人事诉讼程序法第 28、29、30 条分别规定了亲子关系案件当事人问题。丈夫为禁治产人时，其监护监督人可提起否认之诉；当监护人不是禁治产人的配偶时，监护人可为子女的否认之诉。丈夫在子女出生前死亡或者未提起否认之诉而在民法第 777 条规定的期限内死亡时，只限因其子女而致继承权受害的人及其他丈夫的第三亲等内的血亲，可以提起否认之诉。在子女的认知诉讼中，以父亲或母亲为对方当事人。在确认父亲为目的的诉讼，可由子女、母亲、母之丈夫或者其前一配偶提起；母之配偶以及其前一配偶互为其对方当事人；在子女或者母亲所提起的确认父亲的诉讼中，将母之配偶及其前一配偶作为对方当事人，其中一人死亡时其生存者为对方当事人。

台湾民事诉讼法规定，在否认子女之诉，应由夫对于子女提起；在认领子女之诉，得由非婚生子女之生母，或其

他法定代理人对于不为认领之生父提起；在认领无效之诉，得由就认领无效有利害关系之人，对于利害关系相反之人提起之；在撤销认领之诉，得由认领之人，对于子女或其生母提起，或以子女及生母为共同被告提起；就母再婚后所生子女确定其父之诉，母之配偶及前配偶互为被告。由子女或母起诉者，以母之配偶及前配偶为共同被告，母之配偶或前配偶死亡者，以生存者为被告。宣告停止亲权之诉之当事人适格，台湾民诉法未设明文规定，应依民法之规定决之，民法第一千零九十条意旨，得由子女之最近尊亲属或亲属会议，以行亲权之父或母或父母二人为共同被告而提起之。撤销停止亲权宣告之诉，民诉法就被告当事人之适格，则规定应以现行亲权之人或监护人为被告。至原告当事人适格，民诉法及民法均无规定，应解为得由停止亲权人或最近尊亲属中国政法大学博士学位论文 家事裁判制度研究

四、亲子关系事件的程序

1、认诺及诉讼上自认或不争执事实效力的限制。关于认诺及诉讼上自认或不争执事实效力的规定，亲子关系事件，均不适用。因亲子关系事件，有关公益，应限制当事人处分主义为宜。

2、法院得斟酌当事人所未提出的事实。但在裁判前，仍应令当事人有辩论的机会。

3、亲子关系事件程序可准用婚姻事件程序，具体包括以下几方面：

（1）非亲子关系事件之诉，以交付子女、返还财物、给付家庭生活费用或扶养之请求或由诉之原因、事实所生之损害赔偿请求为限，得与亲子关系事件之诉合并提起，或于其程序为诉之追加或提起反诉。

（2）当事人之一方，于判决确定前死亡者，关于本案，视为诉讼终结。但若死亡者为原告时，则有权提起同一诉讼之他人，得于其死亡后一定期限内承受诉讼。又如系撤销认领之诉，以子女及生母为共同被告时，则不因子女或生母一人死亡，而视为诉讼终结。

（3）就亲子关系事件所做的判决，除撤销认领之判决，为形成判决，当然对于第三人生效外，其否认子女之诉、认领子女之诉、认领无效之诉及就母再婚后所生子女确定其父之诉所为之判决，对于第三人亦有效力。

（4）认领无效或撤销认领之诉，得合并提起，或于第一审或第二审言词辩论终结前，为诉之变更、追加或提起反诉。提起认领无效或撤销认领之诉因无理由被驳回者，受该判决之原告，不得援以前依诉之合并变更或追加所得主张之事实，提起独立之诉。以反诉提起上述之诉因无理由被驳回者，受该判决之被告，不得援以前得作反诉原因主张之事实，提起独立之诉。

（5）法院得依声请命扶养或监护子女或为其他假处分。

第三节 收养事件程序

一、收养事件的种类

1、收养无效之诉，指因收养关系违反法律规定的程序要件或实质要件，请求法院判决宣告收养无效。其性质为确认之诉。

2、撤销收养之诉，指收养关系因意思表示错误或因被诈欺胁迫为之意思表示，而诉请法院撤销，其性质为形成之诉。

3、确认收养关系成立不成立之诉，指请求法院确认收养双方有无因收养而产生亲子关系之诉，其性质为确认之诉。

4、终止收养关系之诉，指因发生某种终止收养关系之原因，而请求宣告收养关系消灭之诉，此为形成之诉。

二、收养事件的管辖

收养无效或撤销收养与确认收养关系成立或不成立及终止收养关系之诉，专属养父母之住所地或其死亡时住所地之法院管辖。但是附带于婚姻案件的撤销收养、解除收养或撤销解除收养的请求不在此限。

三、收养事件的当事人适格

收养事件之当事人适格，在收养无效及确认收养关系成立不成立之诉，凡就收养无效或收养关系成立或不成立，有法律上利害关系之人，均得提起，撤销收养及终止收养关系之诉，则惟养父母或养子女始得提起，由养父母起诉者，以养子女为被告，由养子女起诉者，以养父母为被告，由第三人提起者，则须以养子女养父母为必要共同被告，养父母为收养事件之原告或被告时，其养父或养母应一同起诉或被诉，为固有之必要共同诉讼人，但其中若有一人死亡时，应认为得由生存之一人为原告或为被告。

四、收养事件之诉讼能力

在收养案件中，不具有民事行为能力的未成年人、精神病患者，亦具有诉讼能力，但应有代理人代为诉讼；与养父母发生诉讼的，不宜由养父母作为代理人。台湾民事诉讼法规定，收养事件之诉，养子女虽不能独立以法律行为负义务者，亦有诉讼能力。其为原告或被告，则所不问。但为诉讼行为，以有意思能力为必要，若无意思能力，自不能认其有诉讼能力，故未满七岁之未成年人或禁治产人，绝无行为能力，亦无意思能力，自仍应由其法定代理人代理之，惟养子女之法定代理人，即为其养父母，如与养父母发生诉讼，彼此利害相反，即无人为其法定代理人，故法律又规

定养子女与养父母间之诉讼，如养子女无行为能力而养父母为其法定代理人者，应由本生父母代为诉讼行为，无本生父母者，由本生父母方面亲属会议所指定之人代为诉讼行为。此际本生父母或亲属会议指定之人，亦均为法定代理人，如无本生父母又不能召开亲属会议指定为诉讼行为之人时，则由受诉法院之审判长选任特别代理人。这些规定我国大陆可以借鉴，并根据我国现有立法情况，进一步完善。

五、收养事件之特别程序

1、起诉前之调解程序。日本及我国台湾立法中的调解程序适用于收养事件。对于终止收养关系之诉，起诉前应经法院调解，调解不成立才能起诉。之所以必经调解，无非欲藉调解以维持收养关系。

2、起诉。关于收养无效、撤销收养及确认收养关系成立或不成立及终止收养关系之诉，可以合并提起，或于第一审或第二审言词辩论终结前为诉之变更追加或提起反诉。非收养事件之诉，以交付子女返还财物给付家庭生活费用或扶养之请求或由诉之原因事实所生损害赔偿之请求为限，亦得合并提起或于其程序为诉之追加或提起反诉。

3、言词辩论。通常程序关于认诺效力的规定，不适用于收养事件。关于诉讼上自认及不争执事实的效力的规定，在收养诉讼中限制适用。比如，台湾民事诉讼法规定，在撤销收养或终止收养关系之诉，关于撤销收养之原因事实，不适用诉讼上自认。在收养无效或确认收养成立或不成立之诉，关于收养无效或不成立及收养有效或成立之原因事实，也不适用诉讼上自认。因维持收养或确定收养是否无效或不成立，法院可以考虑当事人未提出的事实并命当事人进行辩论。法院可采取一定措施强制当事人本人及其法定代理人到场。

4、诉讼中止、终结与承受。在终止收养关系之诉中，法院认为当事人有和好的希望的，可以裁定一定期限的中止诉讼。养父母或养子女于判决确定前死亡的，终结诉讼，但仅养父或养母一人死亡另一方生存的，不能终结诉讼。收养事件的原告于判决确定前死亡的，有权提起同一诉讼的第三人，可以于一定期限内承受诉讼。

5、判决。法院就收养无效、撤销收养或确认收养关系成立或不成立之诉所作的判决，效力扩张于第三人。

以上三节是家事诉讼较为典型的程序，除此之外，现行民事诉讼法设立的宣告公民失踪案件程序、宣告公民死亡案件程序、认定公民无民事行为能力和限制民事行为能力案件程序，都属于家事非讼程序的范畴，应并入家事诉讼程序法。

结 语

家事裁判制度的研究是个较大的课题，研究范围不仅包括家事事件程序的基础理论和具体设计，还包括家事法院（法庭）的设立和家事工作群体的组构以及他们的遴选、培训等，而这些问题的研究需要与当前的司法改革研究相联系，尤其与基层法院和法院体制的改革息息相关。因此，在司法体制改革的大环境下来研究家事法院的组建和家事法官的选任是必要和必须的。学界对这一大问题的探讨仁者见仁、智者见智，尚无定论，笔者在研究家事法院和家事法官这些具体问题时，显得心有余而力不足。在本文中与此相类似的情况，还有家事调解程序的设立与目前法院调解制度改革的关系，以及检察机关参与家事事件程序与当前的民事检察监督完善的关系。本文对以上三方面的研究，所起的作用除了抛砖引玉，更为重要的是使学界能在研究法院改革与法官选任、法院调解和民事检察时，从家事案件的角度给予足够重视。民事诉讼法的修改已提上日程，家事事件程序基础理论的研究和程序制度的具体设计迫在眉睫，本文从理论上对此进行的系统探讨，仍需要在结合司法实践的基础上，进一步完善。

【参考文献】

一、中文类：

（一）著作类：

1、（台）王甲乙、杨建华、郑健才著：《民事诉讼法新论》，三民书局 2002 年版；

2、（台）杨建华著：《民事诉讼法问题研析（一）—（五）》，三民书局；

3、（台）民事诉讼法研究会：《民事诉讼法之研讨（一）—（十）》，三民书局；

4、（台）邱联恭著：《争点整理方法论》，三民书局 2001 年版；

5、（台）邱联恭著：《程序选择权论》，三民书局 2000 年版；

6、（台）邱联恭著：《程序制度机能论》，三民书局 1996 年版；

7、（台）邱联恭著：《司法之现代化与程序法》，三民书局 1992 年版；

8、（台）陈荣宗著：《民事程序法论文集》，三民书局 1993 年版；

9、（日）三月章著：《日本民事诉讼法》，五南图书出版公司 1985 年版；

10、章武生主编：《民事诉讼法新论》，法律出版社 2002 年版；

11、张晋红著：《民事诉讼当事人研究》，陕西人民出版社 1998 年版；

12、常怡主编：《比较民事诉讼法》，中国政法大学出版社 2002 年版；

13、王亚新著：《对抗与判定：日本民事诉讼的基本结构》，清华大学出版社 2002 年版；
14、汤维建著：《美国民事司法制度与民事诉讼程序》，中国法制出版社 2001 年版；
15、刘荣军著：《程序保障的理论视角》，法律出版社 1999 年版；
16、刘敏著：《当代中国的民事司法改革》，中国法制出版社 2001 年版；
17、陈刚主编：《比较民事诉讼法》（2001 年卷—2002 年卷），中国人民大学出版社 2002 年版；
18、宋冰编：《读本：美国与德国的司法程序及司法程序》，中国政法大学出版社 1998 年版；
19、章武生等著：《司法现代化与民事诉讼制度的建构》，法律出版社 2000 年版；
20、张卫平主编：《司法改革论评》，（第一辑），中国法制出版社 2001 年版；
21、乔欣、郭纪元著：《外国民事诉讼法》，人民法院出版社、中国社会科学出版社 2002 年版；
22、张卫平著：《诉讼构架与程式—民事诉讼的法理分析》，清华大学出版社 2000 年版；
23、江伟主编：《中国民事诉讼法专论》，中国政法大学出版社 1998 年版；
24、张卫平、陈刚编著：《法国民事诉讼法导论》，中国政法大学出版社 1997 年版；
25、江伟主编：《民事诉讼法学原理》，中国人民大学出版社 1999 年版；
26、（德）奥特马·尧厄尼希著：《民事诉讼法》（第 27 版），法律出版社 2003 年版；
27、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；
28、范愉著：《非诉讼纠纷解决机制研究》，中国人民大学出版社 2000 年版；
29、杰弗里·C·哈泽德、米歇尔·塔鲁伊著：《美国民事诉讼法导论》，中国政法大学出版社 1999 年版；
30、张国华著：《中国法律思想史新编》，北京大学出版社 1998 年版；
31、冷罗生著：《日本现代审判制度》，中国政法大学出版社 2003 年版；
32、张晋藩著：《中国法律的传统与近代转型》，法律出版社 1997 年版；
33、杨荣馨主编：《民事诉讼原理》，法律出版社 2003 年版；
34、张晋藩主编：《中国民事诉讼制度史》，巴蜀书社 1999 年版；
35、章武生著：《民事简易程序研究》，中国人民大学出版社 2002 年版；
36、（日）川岛武宜著：《现代化与法》，中国政法大学出版社 1994 年版；
37、（日）谷口安平著：《程序的正义与诉讼》，中国政法大学出版社 2002 年版；
38、李忠芳、王开洞主编：《民事检察学》，中国检察出版社 1996 年版；
39、（日）小岛武司等著：《司法制度的历史与未来》，法律出版社 2000 年版；
40、肖扬主编：《当代司法体制》，中国政法大学出版社 1998 年版；
41、（日）棚濑孝雄：《纠纷的解决与审判制度》，中国政法大学出版社 1994 年版；
42、（台）陈计男著：《民事诉讼法论》（修订新版），三民书局 2000 年版；
43、（台）陈荣宗、林庆苗：《民事诉讼法》，三民书局 1996 年版；
44、（美）戈尔丁著：《法律哲学》齐海滨译，三联书店出版 1987 年版。
（二）论文类：
1、（台）曾建豪撰：《子女交付请求之研究—以日本法为中心》，政治大学法律研究所硕士论文；
2、（台）陈皇如撰：《离婚后夫妻之一方请求他方交还子女之研究》，私立东海大学法律研究所硕士论文；
3、（台）林素英：《论离婚后亲权之行使》，中兴大学法律学研究所硕士论文；
4、（台）汪怡君：《家事保全处分程序之研究—以保全命令程序之构成为中心》，台湾大学法律学研究所硕士论文；
5、（台）魏大喨：《家事诉讼与非讼之集中交错—以对审权与裁量权为中心》，载《月旦法学杂志》2003 年第 3 期；
6、（台）邱璿如：《家事事件审理程序之新建构（上）、（下）》，载《台湾本土法学杂志》2002 年第 10 期；
7、（台）蔡孟珊：《家事事件审理程序之构成要素—立足于家事事件特殊性所为之分析》，载《律师杂志》第 248 期；
8、（台）林菊枝：《家事裁判制度之比较研究》，载《政大法学评论》第 13 期；
9、（台）魏大喨：《亲权与家事事件审理程序》，载《月旦法学杂志》2002 年第 11 期；
10、（台）彭南元：《论家事案件采心理咨询服务之可行性》，载《司法周刊》第 1102 期；
11、（台）曾习贤：《论日本家事审判制度》，载《司法周刊》第 800 期；
12、 陈爱武：《人事诉讼程序初论》，南京师范大学 2002 级硕士论文；
13、 陈惠馨：《论我国亲属法规定在诉讼实务之适用》，载《政大法学评论》1990 年第 42 期；
14、尹绪州：《家事审判制度研究》，河南大学硕士论文；
15、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；

16、王韶华:《试析民事诉讼中超职权主义现象》，载《中外法学》1991 年第 2 期;
17、[美]罗伯特·F·尤特:《中国法律纠纷的解决》，载《中外法学》，1990 年第 2 期;
18、黄列:《家庭暴力：从国际到国内的应对（上)》，载《环球法律评论》2002 年春季号;
19、王亚新:《论民事、经济审判方式改革》，载《中国社会科学》1994 年第 1 期;
20、日本最高法院事务总局:《日本家庭法院指南》，载《外国法译评》;
21、李青:《中日“家事调停”的比较研究》，载《比较法研究》2003 年第 1 期;
22、张学军:《离婚诉讼中的调解研究》，载《法学研究》第 19 卷第 3 期;
23、郑正忠:《海峡两岸民事调解制度之比较研究（下)》，载《法令月刊（台北)》1999 年第 6 期;
24、乔欣、王克楠:《司法 ADR 与我国纠纷解决机制之完善》，载《法制日报》，2001-06-10;
25、季卫东:《法制与调解的悖论》，载《法学研究》1991 年第 5 期;
26、季卫东:《程序比较论》，载《比较法研究》1993 年第 1 期;
27、庞华立:《关于检察机关提起民事诉讼三个理论问题的探讨》，载《宁夏法学通讯》1989 年第 1 期;
28、杨柏林、金海州:《论检察机关提起民事诉讼》，载《中央检察官管理学院学报》1998 年第 1 期。
二、外文类:
（一）日文:
1、東京家庭裁判所編:『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)。
2、沼辺愛一:「人事訴訟の家庭裁判所への移管」，家族〈社會と法〉8 号（1992 年)。
3、岡垣学:《人事訴訟事件の管轄權— 家庭裁判所への移管について》,《人事訴訟的研究》。
4、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);
5、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)。
（二）英文
1、General Comment No. 17（35）, Report of the Human Rights committee, UNdoc A/44/40（1989）, Annex VI, para 6.
2、General Comment No. 19（39）, Report of the Human Rights committee, UNdoc A/45/40（1990）, Annex VI, para 6.
3、Sander, Varieties of Dispute Processing, 70F.R. D. （1976）.
4、Peter Gottwald，Civil Procedure Reform in Germany, in the American Journal ofComparative Law, Vol. 45, No.4, 1997.
5、J.M.Priesly,Madiation Conferences----The New Zealand Family Court’s Alternativeto Litigation.
6、Creteney, S.M,The Principles of Family Law, London:Sweet&Maxwell, 1990.

论我国设立家事事件程序的必要性

张晓茹

家事事件程序是民事诉讼程序的重要组成部分，但家事事件程序与普通民事诉讼程序有很大的不同，日本制定了独立的家事审判法和人事诉讼程序法，德国、中国台湾也分别在民事诉讼法典中设立“家庭事件程序编”、“人事诉讼程序编”。我国民事诉讼法没有设立家事诉讼程序，最高人民法院也没有就家事诉讼作出专门的司法解释[32]，这远不能满足家事案件裁判的需求。我国在民事诉讼法修改之际，增设家事事件程序是必要的。

一、家事事件程序的概念界定

家事事件程序，是指法院（家事法院或家事法庭）为处理或预防夫妻、亲子及家属间纠纷所适用的程序。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，其主要包括家事诉讼程序、家事非讼程序及家事调解程序。

与家事事件程序相关的一个概念是大陆法系的人事诉讼程序，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。人事诉讼的范围并不涉及人身或身份关系的全部领域，而是专指这一领域内有关的几种诉讼形式，至于这一领域内的其他诉讼案件，仍适用通常程序。人事诉讼的诉讼标的是身份法律关系，不涉及家庭财产关系，家事事件程序处理的事件既包括家事身份关系事件又包括家事财产关系事件，这是人事诉讼与家事诉讼的主要不同，人事诉讼的适用范围要小于家事诉讼程序的

[32]最高法院根据《婚姻法》和《民事诉讼法》作出了《关于适用〈婚姻法〉若干问题的解释》(二)，该司法解释虽然也涉及婚姻诉讼程序的规定，但还是不够全面。

适用范围；两者的相同之处表现为都是解决家庭成员之间的矛盾冲突的司法程序，都与家庭问题密切相关。

无论是大陆法系还是英美法系国家，差不多都经历了或正在经历一个不断扩充、整合乃至将所有家庭纠纷都纳入到统一的司法程序及司法机构处理的过程。例如，美国的家事审判没有将家庭身份关系与财产关系做严格的区分，而是统一由家事法院管辖。台湾“司法院”已公布但尚未定稿的家事事件法草案初稿，将家事诉讼与家事非讼事件统合于家事事件法，未来将须删除民事诉讼法中的人事诉讼程序编，以及非讼法监护与收养事件编，将家事事件处理的法规一元化。虽然日本除家事审判法外，仍保留人事诉讼程序法，但日本于平成 13 年（2001 年）6 月 12 日司法制度改革审议会及最高裁判所平成 14 年（2002 年）3 月 20 日公布的司法制度改革推进计划要纲，也提出将人事诉讼等程序移归家事裁判所，将家事事件审理机关一元化。其是否制定新法合并人事诉讼程序法与家事审判法，有待继续观察。[33]

家事审判职权主义的特征[34]，使它与非讼程序有着某些相统点，比如，都采取职权探知主义，辩论原则受到限制，不公开审理，等等，日本家事审判法第 7 条就有准用非讼案件程序法第一编的规定，但家事审判程序与非讼程序的区别也是很明显的。首先，家事审判处理的案件一般属于诉讼案件，具有诉争性，而非讼程序处理的案件没有诉争性、无对立当事人；其次，家事审判的目的在于化解家庭纠纷，而非讼程序的目的在于预防纠纷的发生；第三，家事审判注重调解这一纠纷解决方式的运用，而非讼程序由于没有对立当事人，就不存在调解的可能；第四，家事审判主张言词辩论，而非讼程序采用书面审理。家事审判与非讼程序虽然都适用职权主义，但也有很大的不同，一是，原因不同，家事审判遵循职权主义是因为保护家庭利益、社会公益的需要，而非讼程序适用职权主义是因为非讼程序处理的是没有相对人的非讼案件；二是，家事审判是否探知系由法院裁量，而在非讼程序则是课法院以探知义务，法院不可仅以某当事人不为事实主张或举证为由，迳行作出对其不利的判断。[35]最后，家事审判不公开审理，是为保守当事人的家庭秘密的情感需要，而非讼程序之所以要采取不公开原则，是为了满足下面的要求：职权容易发动，配合迅速简易的要求，利于秘密的保持，以及自由性，便利法院通权达变，发现真实。[36]由此可见，尽管二者在审判原理上有相似之处，但家事审判程序与非讼程序有着本质的区别，因此，那种将家事审判程序当作非讼程序的观点是值得商榷的。[37]不过，这里需要进一步指出的是，家事审判所处理的案件还包括无纷争的家事非讼事件，对家事非讼事件的审理，则完全可以视为是非讼程序的运用。

二、家事事件程序的特征

家事事件程序与普通民事诉讼程序相比较，具有以下显著特征：

1、家事审判既采取职权探知主义等有较多的国家干预，又具有当事人主义的性质

家事事件不但涉及当事人主体的利益，更涉及多数关系人的利益，甚至影响社会秩序与国家公益。因此，家事审判不仅需要形式上的公正，更需要实质公正的实现。为达到实体真实主义的需求，一方面，家事审判采取职权探知主义，在普通民事诉讼中适用的处分原则和辩论主义在家事审判中应受到限制，比如，在日本的家事审判中，即使当事人双方都未主张的事实裁判所也能予以认定，裁判所的行为不受当事人自白的拘束，可以依职权广泛地调查证据；另一方面，许多国家规定检察官代表公益，参与家事审判的辩论及陈述意见。

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。正如日本学者谷口安平所述，“在职权探知原则下裁判所‘可以’把当事者没有主张的事实也作为判断的材料，而‘必须’在多大程度上搜寻这些事实则是另一个问题。例如，原告只是提出与被告离婚的请求而对成为离婚理由的事实却不加提及的话，则裁判所也没有义务依职权积极地进行调查并在弄清需要的所有事实基础上来作出判决。所以，应当理解即使在职权探知原则之下，原告既然提起离婚诉讼，还是有责任主张作为离婚原因的事实，在这个基础上裁判所才有责任从公共利益出发作一种‘监护人’式的适当介入。这样看来，辩论原则与职权探知原则尽管不同，在后者的支配下当事者也不能完全免除在前一原则下所负担的责任。在当事者不积极地从事主张或举证等诉讼活动就可能遭致不利后果这一意义上，家事审判等较特殊的程序同样具有当事者主义的性质”。[38]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。譬如在婚姻关系或于其他身份、亲子关系事件，假使就事实的搜集、证据的提出，都完全依赖法院发动职权的话，将不是法院的组织、能力所能负荷。通常，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

---

[1]魏大啸：《亲权与家事事件审理程序》，载《月旦法学杂志》2002 年第 8 期。

[34] 对此后文将详细论述。

[2]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。

[3]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 439 页。

[4]白绿铉译：《日本新民事诉讼法》，中国法制出版社 2000 年版，第 5 页、第 31 页。

[5][日]谷口安平著：《程序的正义与诉讼》（增补本），中国政法大学出版社 2002 年版，第 77~78 页。

出来后，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，当事人也可能遭受不利益的裁判。因此，当事人不能认为，采取职权探知主义即使不提出事证也不会受不利的裁判。[39]

2、在家事审判制度中，调解具有重要性和特殊性

家事纠纷涉及血缘和婚姻关系，关乎感情、亲情和道德，不同于普通的民事法律关系，因此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。在家事审判程序中，许多国家或是通过法律规定将调解设定为必经程序，或者规定法官具有调解义务。除此之外，有的国家还建立了专门的家事调解程序，是法院附设的诉讼前调解，如日本建立的与民事调停制度并行的家事调停制度，以及美国的法院附设调解等，其特点是以不公开和非对抗的斡旋与和解方式解决纠纷。在普通的民事诉讼中，虽然也使用调解或和解的方法解决纠纷，但其在诉讼中的地位远远不及家事审判中的调解。

除此之外，家事调解又有其自身的特点，偏重于当事人之间感情和心理的治疗与协调。日本学者棚濑孝雄按其功能定位把调解分为判断型调解，交涉型调解、教化型调解和治疗型调解，[40]其中治疗型调解一般多被运用到家庭纠纷的解决中。除此之外，戈尔丁认为，治疗性整合是解决家庭冲突最好的方法。治疗性整合尤其适用于那种因个性差别和“心理不可调和性”而产生的冲突，而且特别适用于相互之间关系密切而又敏感的那些人。其最好的例子就是细致入微的家庭治疗，这种细致的家庭治疗寻求一种深刻的心理变化，由此人格得以整合，而冲突的内在根源也由此得到消除。戈尔丁进一步指出，细致入微的家庭治疗应与那些旨在能使当事人在一种多少是暂时性基础上互相“对付”的家庭治疗有所不同。[41]由此可见，家庭事件的彻底解决还需要医学、心理学、社会学等学科的运用和介入。

3、家事审判以不公开进行为原则，必要时可适当公开

家事事件涉及当事人间不欲人知的私密，如迫使其在大众面前揭露个人生活，不但可能危害人权，亦有导致人们放弃使用程序制度解决纷争之虞。为保护家庭成员的隐私及名誉、发现真实、尊重家庭制度，以利圆融处理，家事裁判应不公开进行。但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声请，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，对无妨碍的人宜适当公开。[42]

4、家事审判强调当事人本人参与

从家事事件起因来看，多与亲戚、家庭成员纠纷有关，其中又纠结相当程度的感情因素，并且与财产上行为显著不同的是，身份上的行为具有不可替代性，使事件本人亲自到场，陈述事件经过，不但法官更能掌握案情作出妥当裁判，尤其在调解程序中，由调解人协助当事人相互对话，可打破因沟通不良所导致的被害人、加害人双重心理状态，从而有助于圆满解决纷争或促使调解成立，因此，应较通常程序更加强调当事人本人到场。

家事裁判强调当事人本人参与的另外一点表现为，扩大当事人的诉讼能力，使当事人本人有直接参与诉讼的可能，即使当事人不是完全行为能力人，只要其具有意思能力，应使其为一定的诉讼行为。例如，台湾民事诉讼法第570条规定，未成年之夫或妻，就婚姻无效或确认婚姻不成立之诉，亦有诉讼能力；第584条规定收养关系事件的养子女，虽不能独立以法律为负义务者，亦有诉讼能力。第612条第1项规定撤销禁治产宣告之诉，受宣告人有诉讼能力。扩大当事人诉讼能力的范围，使其能直接参与诉讼程序的进行。

5、家事事件与家事效果事件合并审判的强化

比如婚姻关系破裂时，同一婚姻关系可能产生多项纷争，如果需要屡次提起诉讼，或须待某一诉讼判决确定后，再提起他项诉讼，不但使纷争家庭的婚姻、亲子关系长期处于不安定状态，甚至可能因为受诉法院不同，发生裁判矛盾的情形。为了圆满解决家庭纷争，并使当事人能全盘预测离婚后所将面临的生活状况，而协助相关人尽快恢复正常生活（如尽可能使未成年子女的权益或法律地位不致因其父母的婚姻关系消灭而受特别的危害），宜将与婚姻事件关系密切的效果事件，并归由同一受诉法院审理。

三、我国增设家事事件程序制度的必要性

1、改革开放后，家庭案件类型和数量大量增加，传统的处理程序不能满足此类案件的需要

[6]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。

[7][日]棚濑孝雄：《纠纷的解决与审判制度》，王亚新译，中国政法大学出版社1994年版，第52页~69页。

[8]参见[美]戈尔丁著：《法律哲学》齐海滨译，三联书店出版，1987年版，第224页~225页。

[9]参见台湾家事事件法草案制定条文对照表。

改革开放以后，随着经济的活跃和发展，平等主体之间的交往日益频繁，人口流动性大为增强，婚姻家庭领域出现了许多新情况、新特点，未婚同居、姘居、包二奶现象比比皆是，由此引发了许多婚姻家庭纠纷，主要包括：（1）离婚率逐年提高，将同年离婚的数目和结婚数目相比较，中国的离婚率约为19%，是1979 年的5 倍。2004 年，中国的离婚数量从2003 年飙升了21%，有160 万对夫妇分道扬镳。[43]（2）非婚生子女的抚养、认领纠纷开始出现。（3）收养关系纠纷（甚至跨国收养纠纷）日益增多。近10 年来，婚姻家庭案件几乎每年都以10%的速度在递增，婚姻家庭纠纷涉及公益和当事人的隐私，必须在严格的程序法的规范之下，才能很好地解决。这些案件如果处理不好，不仅影响家庭的稳定、损害未成年人的利益，还会导致刑事案件的发生、扰乱社会秩序。因此，家庭案件的有效解决应该给予充分的重视。

现行民事诉讼法对于法院审判的当事人可以自由处分其民事权利的民事案件与当事人的处分权受限制的家事纠纷案件的程序不加区分，都适用同样的原则和程序。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《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》也涉及了家事案件，但同样地，存在着条文数量少、内容不全面、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，且里面存在许多问题。正当的司法需要完备的立法为先导，家事案件的审判无统一的程序法理、程序规则可供遵循，给司法审判造成混乱。

2、设立家事事件程序制度是保障相应实体法实施的需要

根据实体法与程序法的关系理论，实体法与程序法犹如一辆车的两只轮子，缺一不可，同时诉讼法保障实体法的正确实施。我国有关家庭的实体法有《婚姻法》、《收养法》、《继承法》、《妇女权益保障法》、《未成年人保护法》，要想维护婚姻家庭制度，不仅需要有完备的实体法，还要制定科学、系统的程序法，两者有机结合才能有效地发挥维护婚姻家庭的稳定和健康发展的功能。近年来驶上快车道的我国立法机关在立法上取得重大的成就，实体法方面的家庭法体系日益健全，但诉讼法并没有规定完全对应的程序。比如，修改后的《婚姻法》增设了无效婚姻和可撤销婚姻，但民事诉讼法对于婚姻无效之诉、撤销婚姻之诉却没有明确的规定，虽然最近最高法院根据《婚姻法》和《民事诉讼法》作出的《关于适用〈婚姻法〉若干问题的解释》中，对婚姻无效之诉作出了规定，但还是比较简单、不全面。

3、审判方式的改革使民事诉讼模式朝着当事人主义的方向发展，为家事案件设立独立的、实行职权探知主义的程序刻不容缓

我国民事审判方式改革的趋向是向当事人主义靠拢，理论界也达成共识，即基于职权主义的结构性缺陷，我国的民事诉讼模式应当从职权主义向以辩论主义为质的规定性的当事人主义转换。[44]在这一改革过程中，由于家事审判理论研究的匮乏，法学研究较少将两种不同类型的案件处理作出过明显的区分[45]，造成法官误将当事人主义的新规则运用到家事案件的审理中。如何处理家事审判与审判方式改革的关系，成了理论界和司法界必须解决的问题。有人认为审判方式改革没有顾及与财产关系迥异的婚姻、亲子、收养等身份关系之纠纷案件，是审判方式改革的缺陷，为深化民事审判方式改革应确立人事诉讼程序。[46]笔者认为不应将设立家事事件程序纳入到审判方式改革的大框架中，由于民事审判方式改革的目标与家事案件的价值取向背道而驰，审判方式改革越深化越游离于家事案件的解决要求，审判方式的改革不是应“捎带”完善家事纠纷解决制度，而是，由理论界、立法界、司法界共同努力构建独立的、科学的家事审判程序。

4、针对家事案件，应建立专门的家事调解制度

20 世纪的最后几年里，民事诉讼法学界一直关注法院调解的改革，发表了许多文章，并提出许多见仁见智的改革方案。法院调解制度改革的主导方向是建立诉讼和解制度，以诉讼和解重塑现行的法院调解制度。诉讼和解制度是指国际上通行的，发生于诉讼过程中，以当事人合意解决民事纠纷的诉讼上纠纷解决方式。这些主要是针对商品经济纠纷案件提出的，其有关调解的改革并不适宜于指导家事案件的调解。正如王亚新指出的，要根据经济案件还是非经济案件等不同情况的不同条件来考虑调解过程与判决过程分离并结合的策略与方法。[47]针对家事案件，有必要建立独特的家事调解制度。家事调解以治疗型调解为主，许多国家的家事法院都设有医学诊断室、心理治疗室等，日本有学者倡

---

[10]中国离婚率涨但仍低于美国，载《北京青年报》，2005 年10 月14 日。

[11]张卫平著：《诉讼构架与程式——民事诉讼的法理分析》，清华大学出版社2000 年版，第121 页。

[45] 虽然也有学者注意到了，我国审判方式改革实现从职权主义诉讼模式向当事人主义诉讼模式转换，主要是针对诉讼程序而言，对于特别审判程序等非讼程序仍应保留较浓的职权主义色彩，（刘敏：《当代中国民事司法改革》，中国法制出版社2001 年版，第168 页。）但对家事事件程序并未给予关注。

[12]陈爱武：《人事诉讼程序初论》，南京师范大学硕士论文，第27—29 页。

[13]王亚新：《论民事、经济审判方式改革》，载《中国社会科学》1994 年第1 期。

导，应结合法哲学、法社会学、心理学、临床心理学、法人类学等各相关领域的学问，创设临床调解学。[48]

我国设立家事事件程序既是必要的也是可行的，一方面，国外较为成熟的立法和司法经验可供借鉴，另一方面，我国民事诉讼法即将修改，可以乘此东风，使家事事件程序制度及早得以建立。正如前文所述，家事事件程序既不是人事诉讼程序，也不等同于非讼程序，因此，家事事件程序应作为民事诉讼法中的一编加以规定。婚姻事件程序、亲子关系事件程序、收养事件程序是家事诉讼较为典型的程序，此外，现行民事诉讼法设立的宣告公民失踪案件程序、宣告公民死亡案件程序、认定公民无民事行为能力和限制民事行为能力案件程序，属于家事非讼程序的范畴，都应并入家事事件程序编。家事调解制度不同于普通的法院调解，在家事事件程序编中也应该有所规定。

（原载《法律适用》2006 年第 4 期）

家事事件程序的法理分析

张晓茹[49]

【内容摘要】台湾学者邱联恭教授提出了诉讼法理与非讼法理交错适用理论，家事事件程序交错适用诉讼法理和非讼法理是必要的和可能的，通常有三种情形。家事诉讼与非讼的集中交错以裁量权和对审权为中心。家事审判职权主义的特征使它与非讼程序有着某些相统点，

因此家事诉讼事件可以一定程度的非讼化。

【关键词】诉讼法理与非讼法理交错；家事事件程序法理；非讼化

Legal Theory Analysis of Family Affairs Judgment Procedure

Abstract: Taiwan professor Qiu Liangong puts forward the theory of proceedings and noncontentious proceedings crisscrossing.It is necessary and probable that procedural theory and noncontentious theory are cross applying in family affairs judgment procedure,which includes three conditions. Procedural theory and noncontentious theory crisscross around discretionary powers and adversary rights. Because family affairs judgment procedure with noncontentious proceedings has a certain degree mutually universality, it becomes more possible to family affairs to handle in noncontentious proceedings.

Key word: Procedural theory and noncontentious theory crisscrossing, Legal theory of family affairs judgment procedure, noncontentiousness

(Law school of Beijing University of Aeronautics and Astronautics,Beijing 100083)

家事事件程序，是以维持家庭成员之间和睦相处以及有利于家族间共同生活为目的，由国家设立特别的机关（即家事法院或家事法庭），遵从职权主义和采取秘密审理的方式，处理或预防夫妻、亲子及家属间纠纷的程序。我国民事诉讼法没有专门的家事事件程序，民事诉讼法学界对家事事件程序的研究也没有给予足够重视。本文试图对家事事件程序的法理进行分析，一方面因为此问题是构建家事事件程序的基础和前提，另一方面欲想借此引起我国法学界对这一程序的兴趣。

一、诉讼法理与非讼法理交错适用

传统的民事事件可大致分为诉讼事件与非讼事件两种，在诉讼程序中适用诉讼法理、在非讼程序中适用非讼法理，这是传统民事诉讼法学理论中的“程序法理二元分离适用论”。对于这种理论，台湾学者邱联恭提出了批评。邱联恭认为，面对各式各样的纷争形态，如果墨守传统的诉讼程序及非讼程序完全分离适用的理论，这样的审判程序能否充分顾及各纷争的特点，是否有助于纷争的妥善解决，均存在很大疑问。而两种程序法理交错适用，则可以更好地适应新的纷争形态，解决上述问题。也就是说，诉讼法院在运用诉讼程序审理案件时，在特定情形下，可以并用非讼法理；而非讼法院在运用非讼程序审理案件时，在特定情形下，可以并用诉讼法理。

邱先生提出的程序法理交错适用论，主要包括以下内容：

1、针对各种民事事件的特点或特殊需求，协调程序法上的各种基本要求。比如，由于诉讼法理比非讼法理更有助于对当事人的程序保障，因此，关于实体私权存在与否的终局性裁判，就应当重视诉讼法理的适用，才能贯彻程序保障的基本要求。

---

[14]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。

[49] [作者简介]：张晓茹（1975—），女, 汉族，河南省南乐县人，北京航空航天大学法学院讲师，法学博士，研究方向为民事诉讼法学。

2、在非讼事件的审理过程中，如果当事人就实体私权存在争执，在一定情形下，非讼法院除依非讼法理外，还可以依诉讼法理审理该争执，并以“裁定”的方式就该私权之存在与否作出裁判。在这一审理过程中，如果遵守了适合于该争执的诉讼法理，那么该裁定即具有相当于诉讼法院使用诉讼法理作出的判决相同的效力。

3、基于程序法理交错适用论，就某实质事项所作出的非讼裁定对某人就某私权是否有既判力或其他拘束力，取决于该裁定的形成过程(审理过程)对该人就该私权是否有相关资料的提出，是否造成了突袭性裁判——或者换句话说，当事人是否被赋予了适当的程序保障。

4、为了兼顾和调和非讼化与程序保障这两种要求，应当承认具体纷争的个别性和阶段性，比如：(1) 在非讼程序的前阶段，如程序关系人就某非讼事件并未争执实质事项(非讼事件的前提问题)，则不认其有诉讼性，不必要求非讼法院依诉讼法理审理该实质事项。(2)在非讼程序之后阶段，如程序关系人争执上述实质事项(前提问题)，则应认为自此时起，在该争执事项的范围内，诉讼性已具体化、明显化，非讼法院应当同时采纳诉讼法理审理和裁判该事项。(3)就公益性明显而涉及私法地位存在与否的争执事项，应根据其涉及事件的特殊需求，调整其所应适用的程序法理。

5、对于某些被诉讼化，但又同时具有非讼化特征的事件，诉讼法院在审理过程中应该而且可以交错适用诉讼法理与非讼法理。此时，即使遇有确保或扩大法官自由裁量权的必要，也应尽可能保障当事人对裁判的预测可能性，贯彻程序保障的要求。

总之，就同一事件，一部分依非讼法理，而另一部分则依诉讼法理来审理，是完全可能的。例如，将某一事件非讼化后，只采用公开辩论的诉讼法理，其余依非讼法理；或将其诉讼化后，仅一部分采非讼法理，其余部分采诉讼法理，或对某类事件给予较薄弱的当事者以权利保障。因此，就不同种类的事件，可能适用全部互不相同的，或部分不同的程序法理。既然不同的案件对于程序保障的程度和范围有着不同的需求，那么按照这些事件的特征来调配程序要素就不仅是可能的，而且是应该的。

具体到每一案件的审理过程，程序法理的交错适用可以是按阶段调配的，也可以是按事项调配的。前一种情形，就同一审理过程，在程序的前阶段仅适用程序法理之一(如非讼法理之一部分)，而在程序的后阶段则并用另一程序法理(如诉讼法理之一部分)。后一种情形，就同一事件的审理，就某事项或争议点仅适用一种程序法理，而就另一事项则适用另一种程序法理。此外，这两种情形也可以是互相交错，互相配合的。比如在非讼化审理程序中，在诉讼性事项尚未出现的程序早期阶段，可以仅仅适用非讼法理；而在诉讼性事项出现之后，则交错适用诉讼法理与非讼法理。

二、家事事件程序交错适用程序法理

（一）家事事件交错适用程序法理的必要性及可能性

1、家事事件纷争常存在于亲属身份关系者之间，不宜屡次进行诉讼，同时为了避免裁判矛盾，有一次解决的必要。因此，家事法庭或家事法院在处理家事事件时，可能发生在同一程序中必须同时处理性质上属于人事诉讼事项、一般民事诉讼事项与家事非讼事项，以及需要分别适用不同的程序法理进行审理、裁判的情况。例如，在离婚事件同时提起的基于其原因事实所产生的损害赔偿请求事件、赡养费请求事件及子女监护人酌定事件，这四种事件所具有的特性、需求不尽相同，所以就各该事件所适用的程序法理也可能互有差异。其中，损害赔偿事件及赡养费事件，基于尊重当事人的处分权，需要适用处分权主义即诉讼法理，但监护事件则排除该主义的适用，而属于应该采取职权主义即非讼法理的职权事件，藉以达成保护子女最佳利益的公益性目的；至于离婚事件，如以维护婚姻所涉及社会秩序利益为着眼点，并不全然要求适用处分权主义，如认诺原则的限制适用等等。

如何调适法理适用，将是统合集中审理所必须面对的课题。统合集中审理，应以法律明文规定者为限。如台湾民事诉讼法以两大中心为主轴，即民诉法第572条规定的合并请求，以及民诉法第572条之一所规定的附带请求。[50]

2、在某些家事案件中，有必要且可能就同一事件交错适用诉讼法理与非讼法理。如认可收养事件，虽属因申请而开始的事件，但具有公益性及裁量性，如涉及人口的贩卖或收养对生父母不利时，均需法官介入。在收养人与被收养人一起申请裁定认可的情形，通常期间不存在诉讼性、对立性，但收养人与被收养人仅由一方提出认可收养的申请时，法院也可使未成为申请人的他方以实质的当事人的地位参与程序，让他有陈述意见的机会，从保障当事者权利的角度，非讼法院更应该赋予实质的当事人程序保障。在此情形，依实质的当事人所述意见，可能发生诉讼性、对立性。此时，应考虑充实程序法理的交错适用，不应仅满足于适用非讼法理，才能适应同一事件程序过程前后的变化，如关系人间就收养之无效或得撤销等事由先前没有争执，后又起争执的情形。。51

在同一程序中审理不同性质的事项，有时呈现于同一法庭的资料，未必能够区分哪些是针对家事诉讼事项，哪些是针对家事非讼事项而主张、提出或收集的，而且如果分别适用辩论主义或职权探知主义，将可能发生同一程序中法

[50]魏大喨：《家事诉讼与非讼之集中交错——以对审权与裁量权为中心》，载《月旦法学杂志》，2003年第3期。

[51]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。

院就各事项所做的事实认定之间有龃龉或矛盾的结果。因此，为避免这种情况的发生，则即使在同一程序审理不同性质的事项时，其审理原则仍应尽可能地求其一致，故宜考虑：当民事诉讼事项与人事诉讼事项合并于同一程序审理时，为了同一家庭纷争得到整体而不矛盾的解决，就其中有关原属民事诉讼事项，应舍弃向来所用的辩论主义，而采用职权探知主义，以使法院在同一程序中对于当事人主张的事实所下判断，不致于因审理事项的差异而产生龃龉，此时应该防止发生突袭性裁判。[52]

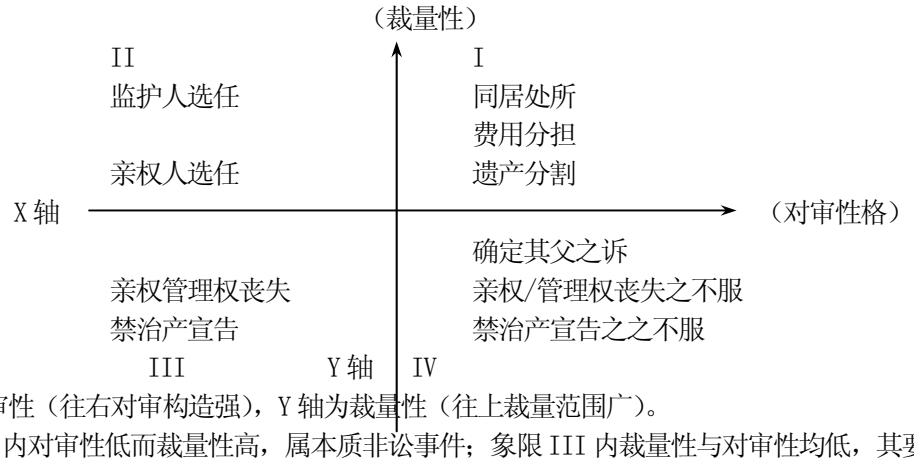
3、程序法理交错适用的情形也可能发生于处理同一家事案件的程序前、后阶段。某些家事事件采取调解前置主义，调解程序所需求的是非讼法理，于调解不成立而视为或另行起诉时，则自此时起程序后阶段系改为或转换为适用所该当采行的诉讼法理。

以上三种情形是家事事件程序法理交错适用的情形，程序保障有促使诉讼程序与非讼程序连续，并使程序法理适用程序弹性化的机能。因为，为满足不同纷争类型的特殊需求，诉讼程序的实质化及诉讼程序上程序保障的实质化为必要且可能，除了形式的诉讼程序上程序保障以外，应同时认知实质的诉讼程序上程序保障的并存。程序保障有助于确保当事人对裁判的信赖，具有使裁判正当化，调整裁判效力范围等机能，而非讼裁定形成过程所赋予的程序保障，促使诉讼程序与非讼程序发生连续性的结果，在兼顾不同的程序法上基本要求之下，避免了就同一实质事项另开始后程序之缺失，并扩大了程序制度解决纷争的功能。此外，就无诉讼性的事项或一般非讼事件，程序保障亦有防止发生不正确裁判的作用。因为赋予一方当事人或非讼关系人陈述意见或辩论等机会，使法院更可能搜集到较充分的裁判资料，有利于防止裁判发生错误，并可使当事人行为责任之范围更为明确化，强化裁判对获有该机会者之拘束力。上述程序保障的各项机能，有并存的可能性，而此等机能的发挥牵涉诉讼指挥如何运作。因此提升法官素质能力以善用诉讼指挥权是必须的，并且，这些机能的发挥，也与如何调和真实的发现与诉讼的促进等基本要求有关。[53]。

（二）家事诉讼与非讼的集中交错——以裁量权和对审权为中心

非讼事件有形成处分性、形成处分裁量性、迅速解决性、依情事为适宜变更必要性、欠缺一对一利害关系对立性、当事人隐私尊重性，其中裁量性与欠缺对立性两者，为非讼程序最重要特性。日本最高裁判所就应否采行宪法所明定的对审权，常以裁量性为判定标准。

家事事件常与个人隐私有关，以不公开进行为宜，但不公开并非不能进行对审程序，给予对立的当事人主张、举证与反驳机会。成为裁判基础资料，应于法庭上显示，并采取以言词辩论为基础的辩论主义，这也是诉讼程序的典型。依职权调查主义所完成调查证据，言词辩论时应给予陈述意见机会，也是确保公平裁判的方式。而裁量权较大的事件类型中，当事人的预测可能性较低，更应给予利益主张机会，对第一层对审构造的要求应予强化，因此裁量权与对审权并非两个相悖离的概念。日本学者新堂幸司将裁量性与对审构造关系以以下坐标说明：



X 轴为对审性（往右对审构造强），Y 轴为裁量性（往上裁量范围广）。

在象限 II 内对审性低而裁量性高，属本质非讼事件；象限 III 内裁量性与对审性均低，其要件事实较 II 明确，裁判违法性有较强意识，虽属非讼事件，但法院宣告亲权管理权丧失，或为禁治产宣告后，受其不利益当事人产生，对审性格显现化，当事人与声请人间对审构造性现实化，因此声明不服后，即应考虑对审构造程序，而移至象限 IV。而象限 I 与 IV 对立当事人较为明确，为保裁判公平性，应行对审构造程序。象限 I 内之同居、婚姻费用分担，与象限 IV 内之亲权管理丧失、禁治产宣告不服之家事事件，虽具对审性格，但因涉及个人隐私，故不以公开法庭行之。

[52]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。
[53]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。

象限II因对审性低裁量权广，既属本质非讼事件，以非讼程序解决纷争并无违宪之虞。象限IV之裁量权低对审性强，几乎没有非讼化可能。而象限I虽属对审性强事件，但因法院裁量权亦高，此部分诉讼事件非讼化倡议甚高。54。

三、家事事件非讼化

家事审判职权主义的特征，使它与非讼程序有着某些相统点，比如，都采取职权探知主义，辩论原则受到限制，不公开审理，等等。因此，除了家事非讼事件外，家事诉讼事件也可以一定程度的非讼化。所谓诉讼事件的非讼化就是指，将向来依诉讼程序处理的两方当事人对立的纷争事件，改为非讼事件，依非讼程序来处理，非讼化包括程序法方面的非讼化和实体法方面的非讼化。就程序法方面的非讼化来说，是指在程序法上缓和地采用或全不采用向来传统的诉讼程序上的种种原则(如处分权主义、辩论主义、言词审理主义等等)，而采用职权主义色彩浓厚的程序原则。从这一点看，在其程序上，比在诉讼程序上，更扩大了法官的裁量权。再者，就实体法方面的非讼化来说，是指将实体法上的法律要件及其法律效果予以抽象化、概括化，因其以抽象、概括的基准而为规定，所以法官能比较大的自由裁量权为形成权利之处分。家事事件的非讼化，是指原属诉讼事件的家事事件，为快速解决纷争，将若干法院裁量权大的事件非讼化。家事非讼事件和家事事件的非讼化虽然法院均拥有高度裁量权，但后者有对立当事人、对审性高，前者纯属非讼事件，没有此关系。诉讼事件非讼化赋予法官更大裁量空间，传统诉讼程序如全面采用处分权主义、辩论主义等诉讼对审构造，法官裁量权空间受到限制，难以职权介入事实调查，将造成诉讼程序拖延。家事事件非讼化虽然能快速解决私权利争议，但程序保障比在诉讼程序更薄弱，如果将所有的家事事件均改变完全依非讼法理来处理，就会影响到宪法对当事人(尤其是因裁判受不利益的人)所保护的诉讼权(程序保障)。如何划定特别需要简易、迅速处理的，特别需要法官自由裁量的或为了公益特别需要法官介入照顾的事件，然后将其非讼化，这是需要把握的。换言之，家事事件非讼的限度应当是不轻易剥夺当事人应受程序保障的权利。

监护人责任纠纷[55]法律问题的解释

张晓茹[56]

【摘要】监护人责任制度在实体法与程序法衔接上仍有诸多难点和问题，关于监护人的诉讼地位理论上有五种观点，但均有不足，从诉讼法学当事人适格角度思考，监护人与被监护人应属于共同被告，此类诉讼应属于因牵连关系而形成的必要共同诉讼，但是如果行为人致人损害时年满十八周岁的，其监护人就不再是共同被告；夫妻离婚后，未成年子女侵害他人权益的，受害人应把未与未成年人共同生活的一方也列为共同被告。在判断是否构成侵权时，归责原则适用过错责任原则，监护人过错属于事实推定，监护人不能证明自己没过错，侵权责任成立。监护人应就其是否尽到监护责任，被监护人有无财产承担证明责任。对于年满十八周岁行为人致损的民事责任承担，若其无经济收入，只能由扶养人自愿垫付，若抚养人垫付有困难的，法院应调解或判决由成年的侵权行为人延期给付。

【关键词】监护人；监护人诉讼地位；监护人责任；推定

Abstract: There are various difficulties and problems in Guardian liability system on cohesion of substantial law and procedural law. We can find out 5 views in theory about the legal status of the guardian liability, all of which share some defects. In the view of the qualification of property party, the guardian and the person under guardianship all belong to the co-defendant, this kind of litigation is the necessary joinder for the reason of implication. However, if the injure is 18 or even older, the guardian will no longer be the co-defendant. The victim should list the parent who doesn't live with the minor as the co-defendant when the injurer's parents get divorced. Fault liability should be applied, the guardian's fault is the presumption of the facts, if the guardian can not prove that he has no faults, the tort liability is set up. The guardian should bear the burden of proof that weather he fulfill the responsibility of guardianship, and weather the minor owns property. If the injure who is 18 or even older has no incomes, the spouse himself can choose to pay it or not. If the spouse is unable to pay it or refuse to pay, the court should decide a delay.

Key Words: the guardian　the legal status of the guardian　the responsibility of the guardian　presumption

《侵权责任法》第 32 条确立了监护人责任制度，但是关于监护人责任纠纷的审理却存在很多问题。《侵权责任法》延续了《民法通则》关于监护人责任制度的规定中存在的问题，将理论上的批判继续下去似乎没有多少理论意义和实

[54]魏大喨：《家事诉讼与非讼之集中交错——以对审权与裁量权为中心》，载《月旦法学杂志》，2003 年第 3 期。

[55]本文主要探讨监护人因被监护人实施的不法侵害行为而承担侵权责任的纠纷，采用 2011 年最高人民法院《民事案件案由规定》第 341 项的称谓“监护人责任纠纷”。北京航空航天大学法学院的刘保玉教授为本文提出了宝贵建议，特此感谢，当然文责作者自负。

[56] 张晓茹，1975 年 9 月，女，河南南乐人，北京航空航天大学法学院，副教授，法学博士，研究方向为民事诉讼法学。

际价值。有学者试图，以《侵权责任法》颁布为契机，反思先前关于监护人责任的理论研究中存在的问题，建构一个更有说服力和解释力的理论构架，以此来指引法解释论，以期获得从理论和实践来看都合理的结果。[1] 本文试图以诉讼法上的理论为分析工具，对民法学者纠缠不清的监护人责任问题进行解释，对监护人责任纠纷案件所涉及的实体法和程序法衔接的问题进行梳理和剖析，以有利于司法实践的统一。

一、当事人的确立

(一)监护人的诉讼地位

被监护人侵害他人的合法权益而发生诉讼时，由于被监护人为无诉讼行为能力人，需要监护人参加诉讼。关于监护人的诉讼地位和诉讼身份，众说纷纭，难以统一。纵观理论和司法实践的做法，大致有以下几种做法或观点，现一一进行剖析。

第一种：被监护人为被告，监护人为法定代理人。无民事行为能力人和限制民事行为能力人均为无诉讼行为能力人，由其监护人以法定诉讼代理人的身份参加诉讼。法定诉讼代理制度是监护制度在诉讼上的延伸。

此种观点是通说，也是司法实践中的普遍做法。《侵权责任法》第32条规定，无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，由监护人承担侵权责任。既然监护人是侵权人，为什么不能是诉讼当事人？法定代理人虽然具有类似于当事人的诉讼权利,但与当事人仍有区别，法定代理人必须以当事人的名义进行诉讼,法院裁判是针对当事人而非法定诉讼代理人作出的。也就是说，受法院判决约束的被监护人不承担实体责任，监护人不是当事人，却要承担实体责任，监护人没有享有当事人的程序保障权却要受判决的约束。

第二种：只列监护人为被告。理由是：将《侵权责任法》第32条的两款结合起来便发现，对被害人做出赔偿的都是监护人。该条第1款规定“由监护人承担侵权责任”，做出赔偿的当然是监护人。而第2款规定同样也应是监护人从被 监护人财产中支付赔偿费用,因为被监护人的财产是由监护人来掌管的,要动用被监护人的财产只能通过监护人。直接起诉监护人，可以提高诉讼效率也可以留给监护人掂量以自己的财产还是以被监护人的财产来承担责任的机会。不管是监护人承担责任还是被监护人承担责任，支付赔偿费用的财产都掌握在监护人手里，只需起诉监护人即可，无需绕道被监护人。即使被监护人有财产，也不可否认有些监护人仍然愿意用自己的财产来支付赔偿费用，这样解释便留给监护人与被监护人“内部解决”的机会。[2]

此种主张只列监护人为被告，是受民法学者采用以监护人的责任承担为中心的观点影响，被监护人没有侵权责任，监护人才是侵权赔偿法律关系的责任主体。监护人虽然是责任主体，但不是侵权法律关系的主体。侵权法律关系的主体分别是被监护人和受害人。被监护人不列为被告，似乎也难以理解。

第三种：是否将监护人列为被告要根据具体情况而定：实施侵权行为的被监护人没有财产的，以其监护人为被告；被监护人有财产，且足以支付赔偿费用的，以被监护人为被告；被监护人虽然有财产，但其财产不足以支付赔偿费用的，以监护人和被监护人为共同被告。

第三种观点将被监护人有无财产作为判断当事人是否适格的标准，既是对该制度本身的歪曲，也不符合正当当事人的理念。把侵权责任的归责完全建立在财产拥有状况基础之上的制度构造，完全不符合侵权责任法的基本理念。如果起诉被监护人，原告就必须证明被监护人有财产，这在起诉之初就要求原告负举证责任，无疑增加了原告的负担。被监护人有无财产，有多少财产的状况属于案件的实体审理内容，应在诉讼中查明。

第四种：被监护人为被告，监护人既是被监护人的法定诉讼代理人，又是无独立请求权的第三人。[3] 还有学者认为，确定监护人诉讼地位，应当根据原告是否将其引入诉讼。如果原告在诉讼中没有提出由他(她)承担监护人责任，他(她)只作为被监护人的法定诉讼代理人代为诉讼,判决结果由本案当事人自己承担;如果原告在诉讼中提出由他(她)承担相应的监护人责任，他(她)以法定诉讼代理人、无独立请求权第三人双重身份参加诉讼。[4]

第四种观点，把监护人列为无独立请求权第三人，认为监护人对被监护人与受害人之间的侵权法律关系的诉讼标的没有独立的请求权，认为是加害人（被监护人）对受害人承担侵权财产责任，不足部分由监护人承担，就是案件处理结果同监护人有法律上的利害关系的。这种观点歪曲监护人责任制度，总结出两个特征削足适履地套入无独立请求权第三人的概念。

第五种：被监护人和监护人为共同被告。这种观点认为“监护人致他人损害的，监护人首先从被监护人的财产中支付，不足部分由监护人适当赔偿。这样实际上就在监护人和被监护人间设定了连带关系……因此，在这种诉讼中监

---

[1] 薛军：“走出监护人“补充责任”的误区——论<侵权责任法>第32条第2款的理解与适用”，载《华东政法大学学报》2010年第3期。
[2] 陈帮锋：“论监护人责任——<侵权责任法>第32条的破解”，载《中外法学》2011年第1期。
[3] 周海林：“论侵权责任中加害方监护人的诉讼地位”，载《福建金融管理干部学院学报》2002年第4期。
[4] 兰仁迅：“监护人诉讼地位法理分析”，载《华侨大学学报（哲学社会科学版)》，2005年第4期。

护人和被监护人应当是共同被告，该诉讼是必要的共同诉讼”。[5]

笔者赞同，将监护人与被监护人列为共同被告，但对监护人和被监护人之间是连带责任关系不敢苟同，民法上的连带责任关系在诉讼中体现为共同诉讼，但共同诉讼不一定都是因为连带责任。

传统当事人适格理论是从实体法角度去考虑当事人适格的基础，把当事人适格的基础归于原告和被告对诉讼标的的管理权或处分权，这种管理权或处分权源自于实体法的规定。传统的民事诉讼法认为民事诉讼中的被告，是指被诉称侵犯原告民事权益或与原告发生民事争议，被人民法院传唤应诉的人。被监护人致人损害的诉讼通常是确认之诉和给付之诉的叠加，确认之诉适格当事人的判断标准，是争执法律关系的双方主体。当事人提起确认之诉，旨在通过法院判决确定某项法律关系存在或不存在，使得当事人之间的法律关系确定化，或者说使原告和被告之间的法律地位得以安定。确认之诉给不确定的法律关系的主体带来利益，凡具有此等利益的人即为适格当事人。给付之诉中，当事人适格的基础是原告享有实体请求权，而被告则是满足原告请求权的义务方或者责任方。理论上，有将实体法上的管理权、处分权作为当事人适格的基础，即对某项财产（权）享有管理权或处分权的人，在关于该项财产（权）的诉讼中，为适格的原告，管理权或处分权的义务方为适格的被告。[6]

此类诉讼中，原告请求法院确认其与被监护人之间的侵权之债成立，此时，是确认之诉，此诉的被告应是被监护人，继而，原告又基于侵权之债的债权请求法院判决被告承担侵权责任，此诉为给付之诉，其被告应是监护人。因此，应将监护人和被监护人同时列为被告。如果原告仅起诉监护人，法院应尽到释明义务，要求原告增加被监护人为共同被告。此类共同诉讼，应属于因牵连关系而形成的必要共同诉讼。此种必要共同诉讼的特点是虽然诉讼标的不是单一的，但是由于当事人之间存在事实上或者法律上的牵连关系，而有必要作为共同诉讼进行处理，并且法院也必须在分清当事人责任的基础上作出统一的裁判。[7]

(二) 多个监护人时监护人的列举

《民法通则》适用意见第 148 条第 2 款规定，“教唆、帮助无民事行为能力人实施侵权行为的人，为侵权人，应当承担民事责任。教唆、帮助限制民事行为能力人实施侵权行为的人，为共同侵权人，应当承担主要民事责任”。当某人教唆、帮助无民事行为能力人实施侵权行为时，无民事行为能力人只是教唆人、帮助人实施侵权行为的一个工具，教唆人、帮助人为侵权人，是唯一承担侵权责任的主体，被教唆、被帮助的无民事行为能力人不承担任何法律上的责任，其监护人也不承担任何责任。当被教唆、被帮助的是限制民事行为能力人时，教唆者、帮助者与被教唆、被帮助的限制民事行为能力人构成共同侵权行为，都必须承担侵权责任，教唆者、帮助者承担主要民事责任，限制民事行为能力人承担次要民事责任。[8] 因此，诉讼时，教唆、帮助无民事行为能力人实施侵权行为的人，是被告；教唆、帮助限制民事行为能力人的人和限制民事行为能力人是共同被告。

《民法通则》适用意见第 158 条规定，夫妻离婚后，未成年子女侵害他人权益的，同该子女共同生活的一方应当承担民事责任；如果独立承担民事责任确有困难的，可以责令未与该子女共同生活的一方共同承担民事责任。根据此条规定，

受害人应该把未与未成年人共同生活的一方也列为共同被告，受害人未列的，法院应尽释明义务，要求原告在法庭辩论终结前增加其人为共同被告，如果原告拒绝增加的，法院不得判决未与未成年人共同生活的一方承担任何民事责任。因为

曾经有这样的案例,即使未与未成年人共同生活的一方愿意支付赔偿费用，但当该人对赔偿金额等案件事实有异议时，却因为不是诉讼当事人而阻却了其提起上诉或申请再审的权利，导致被检察机关提起抗诉。[9]

《民法通则》适用意见第 159 条规定，“被监护人造成他人损害的，有明确的监护人时，由监护人承担民事责任；监护人不明确的，由顺序在前的有监护能力的人承担民事责任。”如果起诉时，监护人不明确而把顺序在后的有监护能力的人列为共同被告时，在审理过程中法官应该行使释明权，要求原告进行被告的更换，如果原告拒不更换，法院应驳回起诉。

《民法通则》适用意见第 161 条第 1 款规定，“侵权行为发生时行为人不满十八周岁，在诉讼时已满十八周岁，并有经济能力的，应当承担民事责任；行为人没有经济能力的，应当由原监护人承担民事责任”，第 2 款规定，“ 行为人致人损害时年满十八周岁的，应当由本人承担民事责任；没有经济收入的，由抚养人垫付，垫付有困难的，也可以判决或者调解延期给付。” 这是实体法对案件判决时的依据，只要侵权行为发生时行为人不满十八周岁，都应把其监

[5] 刘晓英：“对监护人民事诉讼地位的再探讨”，《现代法学》1997 年第 1 期。
[6] 江伟主编：《民事诉讼法学关键问题》，中国人民大学出版社 2010 年版第 83 页。
[7] 章武生、段厚省：“必要共同诉讼的理论误区与制度重构”，载《法律科学》2007 年第 1 期。
[8] 薛军：“<侵权责任法>对监护人责任制度的发展”，载 2011 年首期两岸民商法前沿论坛论文集，第 784 页。
[9] 刘菲：“监护人法律地位的认定”，载《人民司法》2010 年第 12 期。

护人列为共同被告；行为人致人损害时年满十八周岁的，其监护人就不再是共同被告。

二、推定对证明责任分配的影响与归责原则的确立

被监护人致人损害的侵权责任制度的设立，在监护人、被监护人和受害人之间寻求行为自由与权益保护之间的平衡。既要使受害人的权益受到保护，又使监护人不对所有被监护人造成的损害承担责任。我国《侵权责任法》没有采纳以行为认知能力为基础的“责任能力”概念，仍采用以无民事行为能力人、限制民事行为能力人是否拥有财产为标准来决定有关当事人的责任承担的做法。-

我国侵权责任法规定，“监护人尽到监护责任的，可以减轻其侵权责任”，有学者认为，这是一种特殊的过错推定责任，即使监护人能够证明自己尽到了监护义务，也仅能减轻责任，而不能免责。有学者据此否定我国的监护人责任的归责原则是过错推定责任原则。[10] 有学者认为，《侵权责任法》第 32 条规定，监护人尽到了监护责任的可以减轻责任，这在法理上称为无过错责任的衡平化，可以缓和监护人责任的严苛性。[11] 还有学者将此称为，过错推定责任，并以公平责任作补充。[12]

本人认为，之所以产生以上分歧，是因为割裂法条的理解以及不甚了解推定对证明责任分配的影响造成的。应从整体上理解第 31 条第 1 款，不能将前后两句割裂开来。从行为人致人损害的事实中推定其监护人有疏于监护的过失。监护人可以举证证明自己无过错，不能证明自己无过错的，监护人应当承担严格责任。

推定的适用，能够将进一步举证的责任在诉讼当事人之间不断发生转换，从而使争点事实不断地趋于明确。但是，推定的适用是否转移了说服责任，还是一个有争议的问题。推定对说服责任产生影响，但是这种影响并非转移，而是减少或在实际上使得主张推定事实的当事人的说服责任的承担成为不可能。但是，并不能够说因适用推定而“免除”了本来应当由当事人承担的说服责任。说服责任是由实体法或者诉讼开始时的诉讼请求所决定了的，同时这种责任从不发生转移或者免除。[13]

监护人侵权责任的构成要件之一的“过错”与归责原则紧密相关。我国《侵权责任法》第 32 条规定的是过错责任，但监护人责任的构成要件比较特殊，监护人责任构成的过错要件的主要特点，是过错与行为人相分离，即过错不是行为人的过错，而是对行为人负有监督之责的监护人的过错。因此，监护人要用一系列间接事实证明自己没过错，法官利用这些间接事实进行推定，推定时监护人可以利用间接反证的方法进行反驳，反驳有效，减轻责任，反驳无效，承担严格责任。监护人过错需要推定，是一种事实的推定。所谓事实上的推定，是指法官依据自由心证，运用经验法则及逻辑法则，以间接事实推定待证事实。行为人的侵权行为是间接事实，以此推定监护人的行为是否有过错，法官推定时，允许当事人提供反证对事实推定进行反驳，当事人不能反驳的，法官就推定监护人有过错，此时，构成监护人侵权责任。也就是说，在判断是否构成侵权时，法官需要进行事实推定，监护人不能证明自己没过错，侵权责任成立，归责原则适用过错责任原则。

有学者主张将替代责任原则作为独立的归责原则，[14]“替代”是指占据或补充他人的地位，在我国法上，监护人和雇主承担责任并不考虑其是否有过错，他们为他人的行为承担责任，就像处于被监护人或雇员的位置一样。[15] 因此，笔者更倾向于将替代责任理解为监护人与被监护人对外关系的一种责任承担方式，即监护人根据归责原则“替代”被监护人或者共同与“被监护人”对受害人承担责任。

三、相关举证责任的承担

根据前文所述，法官根据被监护人的行为推定监护人是否有过错，法官推定时，监护人可以提供反证对事实推定进行反驳，监护人不反驳或者反驳不能影响法官的判断时，法官就推定监护人有过错，此时，构成监护人侵权责任。

侵权责任法第 32 条第 1 款前句规定，“无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，由监护人承担侵权责任”，要想减轻责任必须证明自己尽到了监护职责，因此，后句规定的“监护人尽到监护责任的，可以减轻其侵权责任”，监护人是否尽到监护责任，由监护人举证。 台湾《民法典》第 187 条第 2 项规定，法定代理人如能证明其监督并未疏懈，或纵加以相当之监督，而仍不免发生损害者，不负责任。法定代理人对未成年人之监护，系属内部关系，被害人置身其外，监督有无疏懈，实难查明，故监督是否疏懈不能证明之不利益，应归由法定代理人承担，始符

---

[10] 陈帮锋：“论监护人责任——<侵权责任法>第 32 条的破解”，载《中外法学》2011 年第 1 期。

[11] 周友军著：《侵权法学》，中国人民大学出版社 2011 年版，第 45 页。

[12] 杨立新著：《侵权责任法》，法律出版社 2011 年版，第 223-224 页。

[13] 傅贤国：“论美国民事诉讼法中推定对证明责任分配的影响”，载陈刚主编：《比较民事诉讼法》（2003 年卷），中国人民大学出版社 2004 年版。

〔14〕周友军著：《侵权法学》，中国人民大学出版社 2011 年版，第 45 页。

[15] See Harrop-Griffiths, Bennington, Underwood and Holt's Professional Negligence ,Fourmat Publishing,1985,P.7.转引自周友军著：《侵权法学》，中国人民大学出版社 2011 年版，第 44 页。

合公平正义之原则。[16] 那么法官如何来判断呢？一般说来，法院在认定监护人是否尽到了监护责任时，应根据社会一般人能尽的监护义务，结合被监护人的年龄、监护人的监护条件和能力，以及周围社会环境等因素综合考察确定。对于未成年人而言，年龄越小，监护义务越大，责任越重；年龄越大，监护义务越小，相应的责任越轻；对于精神病人而言，精神状况越好，监护义务越小；精神状况越差，监护义务越大。

侵权责任法第 32 条第 2 款规定，“有财产的无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，从本人财产中支付赔偿费用。不足部分，由监护人赔偿，”案件审理过程中，被监护人是否有财产的举证责任应当由谁来承担？由受害人来承担，对受害人来说显失公平，因为受害人不容易得到被监护人是否有财产的证据，再加上根据第一款的规定，监护人承担侵权责任。笔者认为，为了不给执行工作留下隐患进而损害受害人的利益，监护人应当证明被监护人有无财产，如果监护人放弃证明或者不能证明被监护人有财产，监护人承担全部（减轻后的）赔偿责任。这些事项都应该在审理过程中解决并在判决书中确定下来。

《民法通则》适用意见第 158 条规定，夫妻离婚后，未成年子女侵害他人权益的，同该子女共同生活的一方应当承担民事责任；如果独立承担民事责任确有困难的，可以责令未与该子女共同生活的一方共同承担民事责任。 如前所述，为了保护受害人的利益，也为了减轻同子女共同生活一方的压力，起诉时，应把未与未成年子女共同生活的一方列为共同被告，但在判决承担责任时，与子女共同生活的一方应当向法院说明“独立承担民事责任确有困难”，法院可以依职权责令未与该子女共同生活的一方共同承担民事责任。这是由家庭纠纷案件适用职权探知主义决定的。这样以来，根据三被告有无财产，以及财产多少，以下列顺序判决承担责任：被监护人、与被监护人共同生活的父亲或母亲、未与被监护人共同生活的母亲或父亲。

四、相关条文的理解

《民法通则》适用意见第 161 条规定有，行为人致人损害时年满十八周岁的，应当由本人承担民事责任；没有经济收入的，由抚养人垫付，垫付有困难的，也可以判决或者调解延期给付。如何理解“没有经济收入的，由抚养人垫付”？垫付后，监护人能不能找被监护人追偿？生活中的“垫”，是先“借”后“还”的意思，垫付责任是我国司法界独创的一种民事责任，虽然遭到学界的批评，但我国的法官仍坚持适用。[17] 既然是垫付，就应该可以追偿。

行为人致人损害时已经年满十八周岁，“扶养人”已不是监护人，不是案件中的共同被告， 实践中“扶养人”虽有经济垫付能力，但由于种种原因而拒绝为成年侵权人垫付赔偿，对这种没有诉讼法律地位的人，法院不宜强行责令其承担责任，而只能由扶养人自愿垫付。既然扶养人垫付有困难的，可以判决或者调解延期给付，那么在成年人致人损害而一时无经济收入时，为何不能同样考虑让其延期给付而偏要扶养人承担垫付责任？如果抚养人不是一时而是长期无垫付能力，即使判决承担垫付责任，也将导致执行不能。此种情形下，也失去调解的基础。[18]

“垫付有困难的，也可以判决或者调解延期给付”，应理解为当“扶养人”垫付有困难时，成年的侵权行为人延期给付，因为行为人已成年，应对其所实施的侵权行为的后果独立承担民事责任，法院应调解或判决由成年的侵权行为人延期给付。

（原载<法律方法>, 山东人民出版社 2012 年 4 月出版。）

家事保全程序探究

张晓茹[57]（北京航空航天大学法学院，北京，100083）

【内容摘要】家事保全处分属于特殊保全处分，具有非讼性质。家事保全处分除了具有确保实体权益的实现，防止对财产的恶意处分等基本功能外，还具有维持生活秩序、事证开示、促进争点的显现与整理、促进纠纷解决的功能。申请家事保全的案件一般应具有给付内容、申请家事保全的标的应当处于危险状态、提出家事保全申请的人可能需要提供担保。审理家事保全案件时，当事人的处分权受到某种限制、当事人的释明义务与职权探知主义相结合以及不公开进行等。

【关键词】家事保全；性质；功能；构成要件；原则

Abstract: Domestic preserving procedure is a special one and also noncontentious proceeding. Domestic preserving procedure has not only the basic function such as assuring the realization of substantive right and prevention of malicious disposition,but also maintaining life order,discovering,advancing issue revealed and arranged and urging the dispute resolution. The case of application for domestic preservation should have prestation,which object should be in danger and

[16] 王泽鉴著：《民法学说与判例研究》（第三册），北京大学出版社 2009 年版，第 106 页。

[17] 如《大学生刺伤情敌获刑 3 年 父母被判垫付医药费》，http://news.qq.com/a/20080820/000166.htm

[18] 李明发：“垫付责任的立法选择研究”，载《法学杂志》2009 年第 4 期。

[57][作者简介]：张晓茹（1975—），女，河南南乐县人，北京航空航天大学法学院讲师，法学博士，研究方向为民事诉讼法学。

applicant probably should secure guaranty.Judging family preserving case should follow the principles of the right of disposing derogated to some extent, of combining explanation of the interested parties with doctrine of *ex officio* and of not making public.

Key words: Domestic preserving procedure,Nature,Function,Component, Principle

需求决定存在，经济学的基本规律同样适用于法律领域。诉讼程序的迟延对当事人诉讼利益产生的危险，决定了临时性救济措施的存在的必要性和必然性。同理，家事程序本身所具有的特质，产生了对家事保全程序的需求，当这种需求不能获得满足时，必然造成诉讼程序运行上的紊乱，从而导致民事诉讼程序对当事人诉讼利益的保护出现纰漏和不圆满。诉讼程序中任何微小的瑕疵，都可以使不计其数的案件出现不公平的结果，都会造成诉讼成本的浪费和当事人利益的极大损害。因此，根据现实的需求，适时革新旧的制度和建立新的制度是迎合社会规律、避免社会损害的明善之举。研究家事保全程序，必须从其基本问题开始，夯实家事保全程序的基石。

一、家事保全处分的性质

（一）家事保全处分属于特殊保全处分

家事保全处分究竟是属于通常保全处分还是特殊保全处分，不同的主张有不同的理由。通常保全处分说认为，家事保全处分本质上与通常保全处分相同，此为德国通说，并以德国旧民事诉讼法第 627 条规定为依据。这种观点认为通常保全处分具有三个特征：暂定性，附随性，急迫性。暂定性是指保全程序仅仅是对申请人提供的暂时性救济，假扣押和假处分仅仅是一种临时性措施，权利人不可能通过保全处分获得终局性权利，法院在保全程序中对权利进行的判断，对审判结果没有必然的影响。附随性是指保全程序必须以本案的存在为基础，例如我国诉前保全就明确要求利害关系人必须在 15 日内起诉，负责保全程序就会被解除，保全处分完全依附于本案。急迫性是指保全处分的实施是为了消除保全标的存在的现实危险，保全措施的实施必须是急需的，法院必须迅速采取的。而这三个特征在家事保全处分中全部可以得到完全的体现，因此家事保全处分与通常保全处分在本质上别无二致。我国民事诉讼立法中没有家事保全处分的概念，所以我国立法理念上已经把家事保全处分归属在通常民事保全之中。

另一种观点认为家事保全处分应当属于特殊保全处分，它与通常保全程序是有区别的。这种观点认为就德国旧民事诉讼法第 627 条的规定来看，德国法上之家事诉讼保全程序并不适用同法第 935 条以下有关假处分的规定。通常保全处分说所依据的这一理由不具有说服力。特殊保全处分说认为，家事诉讼保全处分制度存在的目的是为了针对夫妻、子女监护等现实生活情况，给予必要的、最低限度的调整，即使不具备通常保全处分所要求的条件，基于家事保全处分的特殊性也可以准许该保全处分申请。笔者认为这种看法是正确的，特别是在我国目前的立法状况下，只有把家事保全处分作为特殊保全处分，才能形成并不断完善家事保全制度，适应家事案件自身的特性，充分彻底地解决家事纠纷。

（二）家事保全处分是非讼事件

家事保全处分是诉讼事件还是非讼事件？或者定性为这两者之外？我国台湾地区“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，声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”[58]，这种看法似乎认为家事保全处分的性质与确定私权诉讼的性质是不同的，但究竟家事保全处分的性质是什么，该裁定语焉不详。即使是对保全处分的性质大陆学术界都鲜有研究，大陆民事诉讼立法又没有单独的家事程序，所以家事保全处分的性质就很难进入学者的视线了。

家事程序审理的部分案件本身就是非讼案件，例如无民事行为能力和限制行为能力的宣告等。家事保全处分中的假扣押和假处分虽然大都是针对实体权利如动产和不动产进行的，但是这仅仅是对这些实体权利行使的一种暂时性限制措施，保全处分本身并没有对这种实体权利进行具有既判力的裁判，这种暂时性限制措施会随着判决的出现而解除。即使判决的结果与保全处分的内容相同，至少从学理上讲，判决的生效就意味着保全处分的失效。因此，家事保全处分应当具有非讼事件性质。邱联恭先生认为非讼事件一般在下列情况下成立：（1）特别需要赋予法官广泛裁量权的事件；（2）公益性较浓厚的事件；（3）特别需要在程序上简易、迅速解决的案件；（4）没有对立当事人要求法院依实体法确定实体权力是否存在的事件。家事保全程序符合上述要求，但是应当注意的是，家事保全事件虽然是非讼性质，但是很多家事保全事件都与诉讼事件具有非常紧密地联系。

二、家事保全程序的功能

[58]参见“最高法院”2001 年台上字第 217 号裁定，载 http//jirs.judicial.gov.tw

（一）基本功能

趋利避害是人的本性，人往往在经济生活中不断追求利益的最大化。当纠纷发生时，面对有限的资源，当事人往往会千方百计地扩大自己的利益，争取获得最佳分配。这时，很多当事人就会通过种种合法或者不合法的手段攫取利益，例如隐藏、私分、变卖财产，这样势必使诉讼的标的物处于危险甚至是极端危险状态，另一方当事人如果不能消除这种危险，结果往往是有利于自己的判决因为标的物的消失而无法执行。因此，保全程序就应运而生，无论是家事保全程序还是通常保全程序，其基本功能就是避免或消除危险，保全将来的强制执行。[59]保全处分（mesures conservatories）实际上是为了保障强制执行的实现所设立的诉讼制度。按照法国法律规定，已被法院认可存在着实体意义上债权的人如果能够证明其回收债权的可能性正处在危险状态，可以向法院申请保全处分以进行债权保全。依据法国法律规定，不仅已经取得执行名义的债权人可以直接申请保全处分，而且没有取得执行名义的债权人经执行法官许可后也可以实施保全处分。[60]通常保全程序从形式上可以分为假扣押和假处分两类，假处分又可以分为系争物之假处分和定暂时状态之假处分。假扣押的目的主要在于避免债务人在本案争讼过程中处分其财产，导致债权人的金钱给付请求权无法实现；系争物假处分主要在于防止债务人处分或变更系争标的物的现状，导致债权人无法实现其本案权利；定暂时状态之假处分以维持现实存在的权利关系为目的，一般认为不具有保全强制执行的性质。[61]无论是假扣押还是假处分均可作为家事保全的措施，很多家事案件需要通过假扣押或系争物之假处分来进行保全。例如，在继承纠纷中，为了防止对遗产进行私分、转移、隐藏、变卖，权利人可以申请对遗产中的动产进行假扣押，也可以对遗产中的不动产申请禁止转让的假处分。总之，权利人通过家事保全程序，保全将来强制执行，确保实体权益的实现，防止对财产的恶意处分，从而使权利人的利益期待落空。

（二）衍生功能

家事保全程序除了具有避免和消除危险、保全将来强制执行的基本功能之外，还衍生出其他诸多功能，例如现存秩序的维持、争点的凸现、促进争端解决等。这些衍生功能往往对案件的审理和执行产生极其重要的影响，因此，衍生功能并非不重要，仅仅是与基本功能相比，它们显得间接些而已。

1、生活秩序的维持

纠纷的发生往往给当事人的生活秩序带来极大的紊乱，这种紊乱往往与法制化程度成反比。法制化程度越高，当事人往往有众多解决纠纷的途径可资选择，选择高效而低成本途径解决纠纷就不会给当事人的生活秩序带来太多的紊乱；相反，如果法制化程度较低，当事人解决纠纷的途径不多，并且往往低效而高成本，纠纷解决过程中干扰因素很多，当事人对审判结果很难有合理预期，这势必给当事人的生活秩序造成极大紊乱。家事程序往往与家庭成员的生活秩序紧密相连，例如婚姻、继承、收养等，如果纠纷解决过程中不能有合理程序对当事人的生活秩序进行保障，当事人往往就要承受生活秩序紊乱之苦。举例来说，在夫妻离婚纠纷中，如果没有相应保障程序，子女的生活、学习、成长必将面临巨大挑战，有些损害后果是永远无法弥补的。家事保全程序的存在就是一剂良药，它可以通过假扣押或者假处分，维持、稳定当事人的现存生活秩序，避免生活秩序过于紊乱，尽量避免纠纷给当事人及家庭带来的损害。

2、事证开示功能

家事纠纷与日常生活的紧密联系往往导致证据取得上的困难，即使是一方当事人也很难完全了解与纠纷有关的所有信息。不仅如此，家事纠纷的秘密性往往会给当事人之外的第三人带来麻烦。比如，在继承案件中，某一继承人未经其他继承人同意而私自转让遗产，尽管有善意取得制度的保护，但是这种转让行为必将给第三人带来诸多不必要的麻烦。因此，与纠纷有关信息的获取无论对当事人还是第三人都是具有重要意义的。德国诸多立法如专利法、著作权法、商标法、半导体法等，都通过实体法上的情报请求权来发挥事证开示功能，用以补充文书提出命令与证据保全制度的不足，无论是当事人还是第三人，都可以为了收集权利存在的基础资讯而行使这种情报请求权。由于保全处分的许可需要一定的条件，因此保全程序的启动往往意味着当事人情报请求权的迅速实现。家事保全处分案件中，特别是在公益性较强、当事人对于诉讼标的处分权限较小、适用职权主义较高的案件中，法院在审理保全条件是否具备时往往有相应的调查程序，此时，法院基于职权主义所收集、整理的资料，往往可以满足当事人的情报请求权要求，家事保全程序也就发挥了事证开示功能。这一事证开示功能的发挥，有助于当事人在获得充分信息的基础上平等地对案件进行评估、预测，有助于家事纠纷迅速、快捷地处理。事证开示功能的发挥也可以避免家事纠纷当事人之外的第三人被拖入诉讼，防止纠纷解决的复杂化。

---

[59]我国学者在保全程序基本功能上的看法基本上是一致的，参见李祖军：《民事诉讼法学论点要览》，法律出版社2001年版，第217-219页。

[60]张卫平、陈刚：《法国民事诉讼法导论》，中国政法大学出版社1997年版，第323-324页。

[61]定暂时状态之假处分主要目的在于维持现存的权利义务关系，尽力减少诉讼对这种关系的影响，虽然不具有保全强制执行的性质，但是实际上也是为了防止危险的发生。定暂时状态之假处分的效力方向与假扣押和系争物之假处分的效力方向似乎是不同的，撇开判决结果不谈，前者的效力方向似乎指向过去，后者的效力方向似乎指向将来。

3、促进争点的显现与整理

发现案件的争点对于案件的处理是极其重要的，当代民事诉讼改革的目标之一就是促进案件争点的整理，排除借裁判演恶作剧游戏，而这项目标的完成往往是通过证据开示制度完成的。[62]在法院正式审理之前，当事人申请家事保全程序也可以或多或少地促进争点的显现与整理。举例来说，在离婚诉讼当中，夫妻双方可能对离婚问题达成共识，对感情确已破裂没有异议，但是，通过当事人对夫妻财产申请家事保全，法院就可以得知当事人之间在财产分配问题上存在较大争议，这就使案件的争点凸现出来，从而有助于案件争点的整理，促就当事人之间纠纷的顺利解决。

4、促进纠纷解决

家事保全程序的启动往往能够促进纠纷的解决。当纠纷发生后，如果当事人双方都以善意的姿态和方式解决纠纷，保全程序也就没有存在的必要了。现实情况是，一方当事人总是存在巨大的投机和侥幸心理，以侵害另一方当事人的方式扩大自己的利益，家事纠纷往往因为证据取得比较困难，所以这种情况的出现频率更高。家事保全程序把当事人主要的诉讼标的物进行假扣押或者假处分，限制了当事人的处分权，这就导致当事人投机和侥幸心理走向破灭，再加上争点的显现和整理，法院的介入，当事人在此情形下必然会比较客观地看待纠纷，纠纷解决也就比较容易了。伴随着家事保全程序的启动，当事人往往会选择和解或者调解解决纠纷，即使是通过诉讼，纠纷解决的难度也大大降低。因此，家事保全程序对于纠纷的最终解决可谓功不可没。

三、家事保全处分事件类型

（一）日本家事审判法所设保全处分类型

根据日本家事审判制度，并非所有的家事审判事件都适用保全程序。部分家事审判事件因为本案权利或者法律关系没有保全的必要，且无须长期审理，所以这部分家事审判事件就不适用保全程序。一般理论认为，只有具有讼争性、所需审理时间较长、与保全性质不悖、具有高度保全必要性的案件，才能成为家事审判法进行保全处分的对象。即使有这样的限制，能够适用保全程序的家事审判事件也有很多类型，从不同的角度可以对这些事件进行不同的分类。

首先，从保全处分本案事件类型出发，家事审判制度规定可以适用保全处分的家事审判事件包括：（1）禁治产宣告；（2）准禁治产宣告；（3）丧失亲权或管理权宣告；（4）监护人、后见监护人、辅佐人的解任；（5）遗嘱执行人的解任；（6）夫妻同居的协力、扶助；（7）财产管理人的变更、共有财产的分割；（8）婚姻费用的分担；（9）子女监护；（10）财产分配；（11）亲权人的指定、变更；（12）扶养；（13）遗产分割；（14）管理配偶财产的人受破产宣告而为财产管理人的变更、共有财产的分割；（15）亲权人受破产裁定而为管理权丧失的宣告。

其次，从保全处分具体内容的角度观察，日本家事审判法所规范的保全处分，大致可区分为以下四种类型：选任财产管理人的保全处分[即上述第1项所列（1）、（2）、（7）、（13）等类型]；就财产上行为所为监护、辅佐命令等的保全处分[即上述第1项所列（1）、（2）等类型]；职务停止命令或选任代行者等的保全处分[即上述第1项所列（3）、（4）、（5）、（11）等类型]；假扣押、假处分或其他保全处分[即上述第1项所列（6）、（7）、（8）、（9）、（10）、（12）、（13）、（14）等类型]；

可见，这种列举性规定一方面明确了家事保全处分适用事件的范围，有利于当事人适时申请保全，保护自己的权益；另一方面，这也是对家事保全处分适用事件范围的一种限制，防止当事人无限制地对所有家事案件都申请保全，导致诉讼权利的滥用，给对方当事人造成不利益。同时，这种规定还使得法院裁量权的范围不至于过度宽泛。

（二）台湾家事保全处分类型

台湾民诉法第579条并未就家事保全处分的事件类型予以具体的规范，而只规定“法院对于未成年子女权利义务的行使或负担，得依声请或依职权命为必要之假处分”，根据非讼事件法第71条之三的规定，民法第1055条所规定夫妻离婚有关对于未成年子女权利义务的行使或负担的酌定、改定或变更事件，法院为裁定前，得以声请命为必要之保全处分。无论是前者“必要之假处分”，还是后者“必要之保全处分”，均为不确定的法律概念。究竟在何种情形下才可以为“必要之假处分”或“必要之保全处分”，有待审理案件的法院依据个案的具体情况行使相应的裁量权，这与日本为了限制当事人的诉讼权利和法院裁量权而进行明确规定的情形不同。但是，这并不等于在此问题上台湾的立法和司法就无规律可循，根据近几年来台湾几个地方法院的审判实践来看，家事保全处分主要适用的事件类型也是有规律可循的。

首先，依据台湾民事诉讼法第579条可以适用家事保全处分的事件类型有：（1）以附带于离婚事件而请求的酌定未成年人子女权利义务负担归属事件作为本案，作出的保全处分有：禁止变更未成年子女住所或藏匿未成年子女；暂定未成年子女权利义务行使负担的归属；暂定会面交往的内容；禁止将未成年子女迁出国外；扶养费给付；暂定未成年子女的住所。（2）以宣告停止亲权事件作为本案，作出的保全处分有：将未成年子女继续安置在寄养家庭；暂定未

[62]参见江平：《民事审判方式改革与发展》，中国法制出版社1998年版，第93页。

成年子女权利义务行使负担的归属。（3）以履行同居事件作为本案，作出的保全处分有：暂定未成年子女权利义务行使负担的归属并暂定会面交往的内容。

其次，依据台湾非讼法第 71 条之三的保全处分类型有：（1）依非讼法第 71 条之一的声请改定、酌定监护人事件作为本案，作出的保全处分有：暂定对未成年子女权利义务行使负担的归属；暂定会面交往的内容。（2）依非讼法第 71 条之六请求给付扶养费事件作为本案，作出的保全处分是假扣押。

（三）评析与借鉴

尽管台湾民事诉讼法和非讼法没有限制家事保全处分适用的事件类型，法院享有很大的裁量权，然而对于每年大量的家事事件，保全处分事件所占的比例是很低的。台湾近二十年来家事事件的数量每年从九千余件上升到五万余件，可是保全处分事件很多年都不超过 10 件，有几年尽然没有保全处分事件。1999 年台湾民事诉讼法修改以后，保全处分事件数量虽然有所上升，2000 年为 77 件，但是保全处分事件在家事事件中所占的比例仍然极低。台湾理论界一般认为造成这种状况的主要原因是对家事保全制度的宣传报道不足、统计技术较低等原因造成的，但是也有学者认为应当考虑程序本身设计的合理性、便利性等因素。虽然没有具体的统计数字，但是从诸多资料反映的情况来看，家事保全程序在日本的情况要远远好于台湾所面临的困境，这也就可以解释为什么台湾学者从来不对保全制度本身进行怀疑而只是对程序设计和其他程序外因素进行深思的原因了。

我国民事诉讼法没有有关家事事件保全处分的明文规定，虽然第九章规定的财产保全和先予执行可资利用，并且司法解释也进行了一些补充性规定，但是究竟哪些家事案件可以适用保全程序，立法规定显得单薄和苍白，因此需要在将来的家事立法中进行规定。特别需要提醒的是，我们应当对日本的经验和台湾的教训进行深入而详尽的研究，从而科学合理地框定我国家事保全程序适用的案件范围并保持适度地弹性，使保全制度发挥其应有功效。

四、家事保全程序的构成要件

（一）申请家事保全的案件一般应具有给付内容

我国多数学者认为申请诉讼保全的案件必须是给付之诉或者给付请求，[63]但也有学者认为申请诉讼保全的案件具有给付内容即可，[64]笔者认为后一种说法更具合理性。比如，一般的离婚诉讼属于形成之诉，但是离婚诉讼往往牵涉到财产的分割。如果当事人申请财产保全，我们就很难说离婚诉讼就是给付之诉，因此，申请诉讼保全的案件具有给付内容的提法就显得较为科学。我国目前的民事诉讼立法中关于财产保全的规定似乎仅限于假扣押和系争物之假处分，没有涉及定暂时状态之假处分，现在的问题是，申请定暂时状态之假处分的案件是否必须具有给付内容？答案是否定的，这主要是家事案件的特质决定的，有些家事案件申请定暂时状态并不具有财产内容。举例来说，子女的父母在离婚时对子女的探视权进行了口头约定，子女随母亲生活，父亲每周可以探视子女一次。现在父亲提起诉讼要求每周探视两次，母亲认为父亲有不良嗜好，过多地探视不利于子女成长，为了防止父亲在诉讼期间有过激行为，母亲向法院申请定暂时状态，每周只能允许父亲探视一次，这类案件好像就没有给付内容。总的说来，申请家事保全的案件一般应当具有给付内容，假扣押和假处分才会变得具有实际意义，但是在一些特定的情况下，不具有给付内容的家事案件同样可以申请保全程序。

（二）申请家事保全的标的应当处于危险状态

家事保全的基本目的就是为了消除财产或者权利义务关系在诉讼程序终结前出现的危险状态，因此才对当事人的财产、系争物、现存权利义务关系进行相应限制，尽量避免权利人权益的损毁。《日本新民事诉讼法》第 20 条规定“对于以金钱支付为目的的债权，如不进行假扣押就不能强制执行或有对强制执行产生显著困难之虞时，可以发出假扣押命令”。第 23 条规定“关于系争物的假处分，在因变更该系争物现状而有使债权人不能实行其权利或实行权利产生显著困难之虞，可以发出”。“确定临时地位的假处分命令，为避免所争执的权利关系给债权人造成显著的损失或紧迫的危险而必要时，可以发出”。学者们一般认为家事保全程序必须具备“保全必要性”，这种“保全必要性”是对“危险状态”的一种学理性描述，究竟何种情况下属于危险状态，无论是立法还是理论界都不能给一个完美无缺的解释，往往需要法官在审判实践中根据个案的具体情况来判断。因为家事保全程序的申请往往发生在诉讼进行中或者诉讼前，因此法官不可能对案件事实有十分清晰地了解，法官只能根据当事人提供的证据进行形式审查，当然可以行使释明权，然后基于初步的判断对标的进行假处分或者假扣押。毫无疑问，这种快速处理也是“危险”所迫。

（三）提出家事保全申请的人可能需要提供担保

由于法院仅仅是基于初步判断来决定是否实施保全措施的，所以错误的发生就是在所难免的。一旦错误地采取了

[63]如江伟：《民事诉讼法学原理》，中国人民大学出版社 1999 年版，第 548 页；杨荣新：《民事诉讼法学》，中国政法大学出版社 1997 年版，第 192 页；王锡三：《民事诉讼法研究》，重庆大学出版社 1996 年版，第 318 页等等。

[64]柴发邦：《民事诉讼法学新编》，法律出版社 1992 年版，第 259 页。

保全措施，势必给被申请人的财产或权利造成损失，立法把这种损失责任归于申请人，因为申请人是“始作俑者”。为了避免申请人对这种责任缺少承受能力，立法规定法院可以要求申请人提供相应担保。我国民事诉讼法规定，人民法院可以责令诉讼保全申请人提供担保，诉前保全的申请人应当提供担保。诉前保全必须提供担保、诉讼保全可能要提供担保，这是因为诉前的错误发生率高于诉讼过程中的错误发生率，如果诉讼过程中法官对案件事实有十分清楚的认识，错误发生的可能性几乎为零，那么申请人就无需提供担保。在家事纠纷中，保全程序的申请人一般也要提供担保，这是由保全程序的特性决定的。但是，家事纠纷的特性也决定了一些案件很难要求申请人提供担保。比如离婚诉讼，申请人所要求保全的就是所有家庭财产，法院要求申请人必须提供担保就是不太现实的。再比如追索赡养费、抚养费案件，法院要求申请人提供担保也是不太现实的。因此，家事保全程序中，申请人一般也应当提供担保，但是由于家事案件本身的性质所限，所以有些家事保全要求申请人提供担保就是不合理、不科学、不现实的。总之，在家事保全程序中申请人提供担保的几率要低于其他保全案件。法院在决定是否要求申请人提供担保以及担保数额大小时，应当考虑以下一些因素：案件的性质；诉讼标的大小；保全申请人的经济能力；被申请人可能遭受的损失等。

五、审理家事保全案件应遵循的原则

（一）处分权受限制原则

处分原则是指当事人在民事诉讼中，有依法充分表达自己的意愿，决定是否行使诉讼权利以及如何行使诉讼权利，不受他方干涉的自由选择权，并借此处分自己的民事权利。[65]一般包括三层次的内容：一是当事人对程序是否开始有主导权和决定权，二是当事人就程序的对象及其范围有特定的权能与责任，三是当事人对程序是否终结有主导权和决定权。民事诉讼中的处分原则确立的依据是司法自治的理念，原则上可以说，只要不损害公益、不损害他人的合法权益，当事人就可以行使处分权。[66]家事事件涉及社会公益，不仅家事事件的审理程序，家事保全与其他民事保全相比，当事人的处分权也要受到一定限制。

我国民事诉讼法规定，诉讼保全一般应当由当事人申请，当事人没有提出申请的，人民法院必要时也可以裁定采取财产保全措施。日本对于不同家事保全处分程序的启动有不同的规定，选任财产管理人或为指示的保全处分案件，因为带有浓厚的职权性且讼争性较低，所以这类保全处分事件程序的启动除当事人可以申请外，法院也可以依职权启动。我国台湾民事诉讼法第 579 条规定，家事保全程序不仅能够依声请启动，法院也可以依职权启动。可见在家事保全程序的启动上，当事人的处分权要受到法院职权的限制。此外，台湾民事诉讼法第 575 条之一规定“有关父母对于未成年子女权利义务行使负担之事件，法院得斟酌当事人所未提出之证据”，第 579 条规定此规定准用于家事诉讼保全处分程序。家事事件尤其是涉及未成年子女利益的保护时，具有强烈维护公益的特性，当事人实体处分权和程序处分权将受到限制，即使当事人不提出事实和证据，法院仍负有探知、调查的职责。事实上，如果父母对于未成年子女权利义务行使负担事件作为保全处分事件时，必须以婚姻事件已起诉为前提，根据台湾民事诉讼法第 579 条规定法院得依职权命为假处分，那么此时有关保全处分的审理对象和范围，得由法院依职权裁量决定，也即委由法院依裁量限制或排除适用处分权主义第二层面内容。此类假处分事件本质上为非讼事件中的职权事件，所以在审理程序上也不应适用关于舍弃、认诺的规定，应适用非讼法理，[67]理所当然，当事人对程序终结的主导权和决定权就受到限制。

（二）当事人的释明义务与职权探知主义的结合

由于家事保全处分暂行性的特点要求迅速、经济处理，当事人对于家事保全处分的申请要件负有释明义务，法院是否准许家事保全的心证程度也以当事人的释明为准，不须达到证明的程度，必要时法院则依职权进行补充性的事实及证据调查。如日本家事审判规则第 15 条之二规定：“为审判前保全处分之声请时，应陈明所请求之保全处分以及该保全处分之事由。为前项声情之人，不拘于第七条第一项之规定，应释明请求保全处分之事由。家庭裁判所，认为必要之时，得依职权调查事实以及证据。”同时，第 15 条之三规定了关于家事保全处分的即时抗告制度，即时抗告制度可以认为是当事人释明责任的补充和救济。我国民事诉讼法规定，法院依据当事人或者利害关系人的申请就可以裁定诉讼保全或者诉前保全。这样的规定主要是为了适应民事保全的急迫性，如果程序过于繁琐，保全裁定的作出必须经过当事人双方的辩论程序，有可能保全的价值就不存在了。但是，这样的规定是否违反了辩论原则，限制了当事人的辩论权呢？针对这种情况，《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》中规定了相应救济制度，当事人不服财产保全裁定可以提出复议申请，人民法院进行审查后做出相应裁定，这些规定当然适用于家事保全程序中。

---

[65]何文燕：《民事诉讼理论问题研究》，中南工业大学出版社 1996 年版，第 74 页。

[66]陈桂明：《诉讼公正与程序保障》，中国法制出版社 1996 年版，第 77 页。

[67]邱联恭：《处分权主义、辩论主义之新容貌及机能演变—着重评析其如何受最近立法走向所影响及相关理论背景》，载《民事诉讼法之研讨（九）》，第 308-309 页。

(三) 以不公开为原则

家事事件涉及当事人间不欲人知的私密，如迫使其在大众面前揭露个人生活，不但可能危害人权，亦有导致人们放弃使用程序制度解决纷争之虞。为保护家庭成员的隐私及名誉、发现真实、尊重家庭制度，以利圆融处理，家事裁判应不公开进行。但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声请，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。依此类推，家事保全处分程序也应以不公开为原则，必要时可适当公开。

（原载《河南社会科学》2006 年第 4 期）

家事事件程序探析

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并未对家事事件程序做出系统规定。德国和日本以及台湾地区依各自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，家事事件程序的构成也不尽相同。

【关键词】家事事件程序　缺失原因　构成

一、什么是家事事件程序？

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。”[68]

二、我国家事事件程序缺失的原因分析

（一）传统诉讼观念是我国缺乏家事事件程序的根本原因

我国深受“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。[69]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）我国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

* 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。

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

69 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。

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。

三． 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。

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。[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对象予以处理，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。根据日本新人事诉讼法规定，[74]立法者较为谨慎

---

[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。

[72] 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。

[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] 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。”

地采纳了此种见解。

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。[75]

（原载<社会科学论坛>2012 年第 6 期）

论家事诉讼中未成年人利益保护的制度完善

张晓茹[76]

［摘要］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。我国的《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。家事诉讼中未成年人利益的保护，至少应从以下方面加以完善：检察机关应参与涉及未成年人利益的家庭案件； 家庭案件的管辖应考虑未成年人的住所地； 为避免未成年人的生活环境长期处于不稳定状态，强化家事事件与家事效果事件合并审判，诉的变更、合并与反诉应较为宽松；认诺、舍弃、自认、和解受到限制以及法院得斟酌当事人所未提出的事实；家庭案件审理中应对未成年人采取具体的保护措施。

[关键词]家事诉讼；未成年人；制度完善

我国法院系统已经设立少年法庭，少年法庭审理案件的范围也由原来的刑事案件扩展到涉及未成年人的民事案件，虽然少年法庭设立的初衷是为了维护未成年人利益，但很多案件象离婚案件、收养案件，未成年人并不是案件当事人，这些案件少年法庭很难受理；虽然《未成年人保护法》第 50、51、52、53 条规定未成年人的司法保护也包括在民事案件中的保护，但在诉讼程序上没有相应的规定，有学者主张构建未成年人民事诉讼特别程序，[77]笔者不敢苟同，但是在家庭案件中对未成年人利益的保护加以规定，却是各国民事诉讼法的共同做法。本文将在以下诸方面予以探讨，以起抛砖引玉之效。

一、检察机关参与涉及未成年人利益的家庭案件

根据台湾检察官参与民事及非讼事件注意要点第 2 条的规定，检察官可以参与酌（选）定监护人及指定监护方法事件、宣告停止监护权事件及宣告终止收养关系事件，这些案件都直接涉及未成年人的利益。法国民法典和其他有关的民事立法规定，在父母对其子女人身进行犯罪、虐待子女、经常酗酒等明显行为不端，或违法，严重危及子女安全、健康及品行，或父母两年以上拒不履行法定的义务的情况下，检察机关可向法院提起要求其丧失亲权的诉讼；法国民事诉讼法规定检察机关以从当事人的身份参与亲子关系、未成年人监护安排、成年人监护的设置与变更的案件。日本人事诉讼程序法规定了检察官参与婚姻案件、收养案件和亲子案件，并可以提起上诉。英国法律规定检察长有权参与确认婚生和非婚生子女合法身份的案件。

国外成熟的立法为我国提供了可供借鉴的经验。其实我国早在 1929 年国民党政府公布的民法和 1935 年公布的民事诉讼法，对于检察官参与婚姻事件、亲子关系事件、禁治产事件及死亡宣告事件等人事诉讼程序，也均作了具体规定。目前我国部分学者在论及检察机关提起或参与民事诉讼范围时，都不同程度地涉及到家庭诉讼案件，为了维护未成年人的利益，笔者积极主张，检察机关应当参与涉及未成年人利益的家庭案件。至于参与的案件类型和参与方式，将是需要深入探讨的重点。[78]

二、家庭案件的管辖应考虑未成年人的住所地

（一）涉及有未成年子女的婚姻案件的管辖

2004 年日本新人事诉讼法第 31 条规定，撤销婚姻或离婚之诉的婚姻当事人间有未成年子女时，家庭法院必须考虑未成年子女的住所或居所。德国民事诉讼法第六编中关于婚姻事件管辖的规定有，在诉讼系属发生时，在国内无共同居所，而配偶一方与他们共同的未成年子女同居一地时，专属于其居所地所属的家庭法院管辖。

根据我国民事诉讼法的规定，婚姻案件实行一般地域管辖，即原告向被告所在地的法院起诉，极少数情况下由原

---

[75] 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。

[76] 张晓茹，北京航空航天大学法学院副教授，法学博士，美国范德堡大学法学院访问学者；本文是张晓茹主持的司法部国家法治与法学理论研究课题“家事裁判制度研究”(批准号为:06SFB3016)的部分成果之一。

77 见陈历幸：“论我国未成年人民事诉讼特别程序的构建”，载《青少年犯罪问题》2008 年第 2 期。

78 详见拙文 “检察机关参与‘人事诉讼’制度刍议”，《人民检察》2006 年第 6 期。

告所在地法院管辖。现有的规定，没有提及未成年子女，在现实生活中夫妻一方外出务工或长期在外地工作，另一方抚养未成年子女的情况极为普遍，为了便于抚养未成年子女的一方进行诉讼，在某种程度上维护未成年人的利益，修改民事诉讼法时或者最高法院通过司法解释可以规定“无共同居所的，而配偶一方与他们共同的未成年子女同居一地时，由其居所地所属的法院管辖。”这样便于抚养未成年子女的一方进行诉讼以维护他们的利益。

(二)亲子关系案件的管辖

日本人事诉讼程序法规定，关于子女的否认、认知、其认知的无效或撤销或者民法第773条规定确定其父亲为目的的诉讼，以子女的普通审判籍地或者其死亡时普通审判籍地的地方法院为专属管辖。新人事诉讼法规定，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。

德国从1997年12月16日的《亲子关系改革法》开始，亲子关系案件就是家庭案件；因此，该案件由初级法院的家庭法院管辖。在地域上，亲子事件专属于子女住所地的法院管辖，在国内无住所时，专属于其经常居住地的法院管辖。如由母亲提起诉讼时，母亲的住所地的法院也有管辖权，母亲在国内无住所时，其经常居住地的法院有管辖权。我国法律没有对亲子案件的管辖问题作出特别规定，应借鉴德国和日本的做法，以子女住所地的法院管辖为原则，也可规定由母提起诉讼时，母的住所地的法院也有管辖权。这样一方面有利于保护未成年子女和妇女的利益，另一方面也方便法院调查取证。

(三)追索扶养费案件的管辖

德国《民事诉讼法》第642条第1款第1句规定，涉及一方父母或者双方父母对其未成年子女之法定扶养义务的程序，由子女或者代理子女一方父母的普通审判籍所在的法院专属管辖。这一规定对争讼程序和简化程序中的申请同等适用。当事人的角色并不重要。该管辖权也有利于第三人，尤其是将接受抚养请求权转移的社会给付机构。根据这一规定，对双方父母的诉讼在实践中只能在子女的普通审判籍提起。在抚养费诉讼的框架内，法院也可以对父母抚养费的变更进行裁判。子女或者一方父母的普通审判籍在国外的，在这种情况下可以在被告的住所地、辅以居住地提起诉讼；被告一方父母在国内既无住所地又无居住地的，则子女又可以在自己的住所地或者居住地起诉。父母之间同时产生离婚程序或者其他婚姻程序的，则婚姻案件的法院当然具有优先的专属管辖权。婚姻案件嗣后才处于未决状态的，则应当将抚养费程序依职权移送给婚姻案件的法院。[79]

我国最高人民法院关于适用《民事诉讼法》若干问题的意见中规定：追索赡养费案件的几个被告住所地不在同一辖区的，可以由原告住所地人民法院管辖。然而对未成年人追索抚育费的案件却没有类似的规定。为了方便老人、未成年人诉讼，考虑到异地诉讼的困难，应统一规定追索赡养费、扶养费、抚育费案件由原告住所地人民法院管辖。

三、为避免未成年人的生活环境长期处于不稳定状态，强化家事事件与家事效果事件合并审判，诉的变更、合并与反诉较为宽松

家事裁判强化家事事件与家事效果事件合并审判，比如婚姻关系破裂时，同一婚姻关系可能产生多项纷争，如果需要屡次提起诉讼，或须待某一诉讼判决确定后，再提起他项诉讼，不但可能因为受诉法院不同，发生裁判矛盾的情形，而且使纷争家庭的婚姻、亲子关系长期处于不安定状态。为了圆满解决家庭纷争，并使当事人能全盘预测离婚后所将面临的生活状况，使未成年子女的权益或法律地位不致因其父母的婚姻关系消灭而受特别的危害，宜将与婚姻事件关系密切的效果事件，并归由同一受诉法院审理。

在通常诉讼程序中，关于诉的变更与合并，一般都有一定的条件限制。诉的变更要求：（1）新诉不属其他法院专属管辖；（2）新诉与原诉均适用相同的诉讼程序；（3）在原诉言词辩论终结之前进行。此外，有的国家还规定，诉的变更还需征得被告同意，如德国民事诉讼法第263条规定：“诉讼系属发生后，在被告同意或法院认为有助于诉讼时，准许为诉之变更”。诉的合并一般应具备下列条件：（1）几个诉讼标的必须由同一原告向同一被告在同一诉讼程序中提出；（2）受诉法院至少对其中一个诉讼有管辖权，但若其他法院有专属管辖权的则不能合并；（3）合并的诉须适用相同的诉讼程序。如果是（诉讼系属后）因追加而发生的诉的客观合并，那么必须以不妨碍被告的防御和诉讼正常进行为必要条件。许多国家法律规定诉的追加必须经过被告的同意，旨在合理保护被告。同时，如果法院认为诉的追加阻碍诉讼程序的正常和顺利进行，可以不予准许。但是家事事件诉的变更、合并与反诉则较为宽松，德国、日本和台湾就家事诉讼诉之合并、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。

日本人事诉讼程序法规定，对婚姻无效之诉、撤销婚姻之诉、离婚之诉、撤销离婚之诉，可以提起合并或反诉；因诉的原因事实而发生的损害赔偿的请求及附带婚姻案件审理的撤销、解除或撤销收养的请求，也可以合并和追加。在第一审或者控诉审的辩论结束之前，对于婚姻案件可以变更诉及其理由，可以提起诉的合并或反诉。该法还规定有，禁止另诉。驳回婚姻无效或撤销、离婚或撤销离婚的诉讼请求后，原告不得以变更诉或其理由，或者以能合并主张的

[79] [德]罗森贝克、施瓦布、戈特瓦尔德著：《德国民事诉讼法》（下），李大雪译，中国法制出版社2007年版，第1332页。

事实，提起独立的诉讼。被告不得以能反诉理由主张的事实，提起独立的诉讼。我国台湾民事诉讼法第 572 条第一项规定："婚姻无效或撤销婚姻与确认婚姻成立或不成立及离婚或夫妻同居之诉，得合并提起，或于第一审或第二审言词辩论终结前，为诉的变更、追加或提起反诉"。据此，只要是基于同一婚姻关系所发生的婚姻诉讼，均可以进行诉的变更、合并或提起反诉，并且不限于在第一审言词辩论终结前，尤其当第二审法院仍然为事实审时，为了使同一婚姻关系所产生的多项争执能在同一诉讼程序中一次判断，日本和我国台湾分别规定在第二审言词辩论终结前均可进行诉的变更、合并或提起反诉；婚姻事件进行诉的变更、合并，无需经过被告同意和法院准许，这也明显不同于一般诉的变更与合并。这些特点都是基于婚姻事件涉及社会公益，需要职权干预、限制处分权，进行一次性解决婚姻纠纷的需要。[80]根据前文所讲的诉的客观合并的条件，应适用通常诉讼程序的非婚姻事件与婚姻事件不得进行诉的合并。但是，对于那些与婚姻事件具有牵连关系的非婚姻事件，例如子女监护人的确定，交付子女、探视子女或给付子女抚养费请求，财产分割或返还财物请求，因婚姻事件的原因事实所产生的损害赔偿请求，等等，由于这些非婚姻事件与婚姻事件紧密相关，并且，常常以婚姻事件有无理由为前提要件，规定非婚姻事件与婚姻事件的合并审判，有利于防止裁判的矛盾；而且，当事人一般情况下都希望非婚姻事件与婚姻事件能够同时得到解决，因而规定非婚姻事件和婚姻事件的合并审判，在诉讼程序上较为便利，有利于减少当事人的讼累，达到诉讼经济之目的。

基于同样理由，亲子关系案件中，非亲子关系事件之诉，以交付子女、返还财物、给付家庭生活费用或扶养费的请求或由诉的原因、事实所产生的损害赔偿请求，应与亲子关系事件合并提起，或在亲子关系事件程序中进行诉的追加或提起反诉。认领无效或撤销认领之诉，应合并提起，或在第一审或第二审言词辩论终结前，进行诉的变更、追加或提起反诉。提起认领无效或撤销认领之诉因无理由被驳回的，受该判决约束的原告，不得援以前依诉之合并、变更或追加所得主张之事实，提起独立之诉。以反诉提起上述之诉因无理由被驳回的，受该判决约束的被告，不得援以前得作反诉原因主张之事实，提起独立之诉。收养关系案件中，关于收养无效、撤销收养及确认收养关系成立或不成立及终止收养关系之诉，可以合并提起，或于第一审或第二审言词辩论终结前为诉的变更、追加或提起反诉。非收养事件之诉，以交付子女返还财物给付家庭生活费用或扶养之请求或由诉之原因事实所生损害赔偿之请求为限，亦得合并提起或于其程序为诉之追加或提起反诉。

我国《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 34 条规定，当事人增加、变更诉讼请求或者提起反诉的，应当在举证期限届满前提出，并没有针对家庭案件作出特别规定。我国民事诉讼法没有设立预备合并之诉制度，最高人民法院关于适用《婚姻法》若干问题的解释(二) 第 7 条第一款规定的"人民法院就同一婚姻关系分别受理了离婚和申请宣告婚姻无效案件的，对于离婚案件的审理，应当待申请宣告婚姻无效案件作出判决后进行"，显然是依伦理或逻辑顺序而确定的。随着我国婚姻制度的完善，婚姻诉讼种类增加，以伦理或逻辑顺序来确定审理次序将不宜操作，或有违当事人的意愿。因此，针对原告就不能并存的婚姻事件合并起诉或进行的诉的追加，作为预备的诉的合并审理更为妥当。

在起诉上的限制，我国现行法律倒有一些规定：（1）对男方起诉的限制。婚姻法第 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，人民法院认为确有必要受理男方离婚请求的，不在此限"。(2）重新起诉的时间限制。民诉法第 111 条（七）项规定："判决不准离婚和调解和好的离婚案件，判决、调解维持收养关系的案件，没有新情况、新理由，原告在六个月内又起诉的，不予受理。"《民诉法适用意见》第 144 条规定："原告撤诉或者按撤诉处理的离婚案件，没有新情况、新理由，六个月内又起诉的，可以比照民事诉讼法第一百一十一条第（七）项的规定不予受理。"但根据该解释第 150 条规定："判决不准离婚、调解和好的离婚案件以及判决、调解维持收养关系的案件的被告向人民法院起诉的，不受民事诉讼法第一百一十一条第（七）项规定的条件的限制。"虽然这样的规定较为具体便于司法实践操作，但缺乏涵盖性，不能满足所有婚姻案件的需要。

我国民事诉讼法修改时，应当借鉴日本、德国和我国台湾的做法，允许基于同一婚姻关系的婚姻诉讼之间，于第一审或第二审言词辩论终结前进行诉的变更、合并或者提起反诉，同时规定禁止另诉。比如可制定以下条款：

宣告婚姻无效、撤销婚姻、确认婚姻关系成立不成立以及离婚，可以合并提起，也可以在第一审或第二审言词辩论终结前进行诉的变更、追加或者提起反诉。

除非判决非法，婚姻事件、亲子关系事件、收养事件判决确定后，原告不得就变更诉讼请求或请求的原因，或者基于同一身份关系主张的事实，提起相关的身份诉讼。被告不得就反诉主张的基于同一身份关系的事实，提起相关的身份诉讼。

四、认诺、舍弃、自认、和解受到限制，法院得斟酌当事人所未提出的事实

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。大陆法系民事诉

[80] 见（日）梶村太市、德田和幸：《家事事件手续法》，有斐阁 2005 年版，第 199—200 页。

讼理论认为，认诺是指被告在诉讼中对于原告的诉讼请求承认其为正当的陈述，舍弃是指原告在诉讼中承认自己诉讼请求的全部或一部为不正当的陈述，自认则是指当事人一方对于他方所主张的不利于己的事实承认其为真实的陈述。根据处分权主义，被告认诺诉讼请求或原告舍弃诉讼请求时，法院应当相应地作出该当事人败诉的判决。而根据辩论主义，当事人一方对于他方所主张的事实予以自认时（包括明示的自认和默示的自认），对方即无庸举证，法院亦应当以该自认的事实作为裁判的依据。[81]

但是，因亲子关系事件，有关公益，应限制当事人处分主义为宜，在亲子关系案件中，关于认诺及诉讼上自认或不争执事实效力的规定，亲子关系事件，均不适用。法院得斟酌当事人所未提出的事实。但在裁判前，仍应令当事人有辩论的机会。同样地，通常程序关于认诺效力的规定，也不适用于收养事件。关于诉讼上自认及不争执事实的效力的规定，在收养诉讼中限制适用。比如，台湾民事诉讼法规定，在撤销收养或终止收养关系之诉，关于撤销收养之原因事实，不适用诉讼上自认。在收养无效或确认收养成立或不成立之诉，关于收养无效或不成立及收养有效或成立之原因事实，也不适用诉讼上自认。因维持收养或确定收养是否无效或不成立，法院可以考虑当事人未提出的事实并命当事人进行辩论。

五、家庭案件审理中对未成年人保护的具体措施

德国民事诉讼法规定，法院审理婚姻案件应命令配偶双方本人到场并对本人进行审讯；法院可以对配偶双方进行讯问。配偶双方有共同的未成年子女时，法院并应讯问配偶双方对子女的照管事项，并应通过负责青少年救助的机构就咨询的可能性给予指示。

台湾民事诉讼法规定，婚姻事件有时亦有定暂时状态之必要，故法院亦得依声请命扶养或监护子女或为其他假处分。关于假处分之方法，得命扶养或监护子女，或依法院之意见，选定其他适当方法，如命夫妻暂行分居之情形。德国民事诉讼法第 620 条亦对婚姻事件中暂时命令作出了规定，法院可以依申请发出暂时命令，对下列事项作出规定：对于配偶双方共同的子女如何行使亲权；父母一方与子女的来往；把子女交给父母中的另一方；对未成年子女的抚养义务；配偶双方的分居；对配偶一方的抚养；夫妻住宅与家庭用具的使用；指定给配偶一方或子女个人使用的物品的交付与使用；婚姻事件与离婚后事件的诉讼费用的予纳义务。

德国民事诉讼法在抚养费程序中原则上适用提出原则：每方当事人都必须主张对自己有利的事实构成要件并且在必要时必须证明。根据第 643 条规定，法院可以根据自己的裁量要求当事人对其收入、与计算抚养费有关的财产、人身状况和其他经济状况作出书面答复，并提供证据。当事人没有答复时，法院可以从第三人那里调取。这一权限并不影响一般规定。法院因而可以提问、使用第 273 条第 2 款第 1 项和第 2 项的期日准备、命令提交证书和文件或者书面询问证人。不存在职务调查义务，第 643 条仅仅改善了法院在其职责范围内查明事实的权限。原告还是可以继续提起抚养费阶段诉讼。[82]德国在实践中 1976 年开始实施的在婚姻案件系属期间通过暂时命令对配偶和子女的扶养（抚养）费进行处理的做法证明是正确的。因此，1998 年立法机关在第 644 条中又将这种做法扩展到所有属于家庭案件的抚养费诉讼之中。现在，法院可以对所有的抚养费请求权进行临时处理，无须有婚姻案件发生系属。前提条件仅仅是向法院提起抚养费诉讼或者提出相应的诉讼费用救助申请。只要可以根据上述规定作出暂时命令，就不能进行第 935 条、第 940 条的（要求支付紧急抚养费的）假处分。由于这些条件很容易得到满足，并且所有合适的抚养费都可以不拘期限地进行处理，申请假处分在此前就已经丧失了法律保护需要。因此，假处分在抚养费案件中仅仅具有无足轻重的作用。只有在抚养费诉讼不能同时系属或者同时系属有很大困难时，才可能存在假处分的法律保护需要。[83]

我国《民事诉讼法》仅仅有第 97 条作出规定，法院对追索赡养费、扶养费、抚育费案件，根据当事人的申请，可以裁定先予执行。但我国的先予执行与德国的假处分、我国台湾地区的“定暂时状态假处分”存在很大的不同。我国的先予执行制度源自于俄国 1969 年《苏俄婚姻和家庭法典》的第 74 条，即在索取子女抚养费的案件中，审判员有权在审理案件之前，裁定没有履行养育义务的被告应临时给付子女的抚养费之金额。前苏联解体后，1996 年《俄罗斯家庭法典》第 118 条规定有，在索取未成年子女的扶养费时，法院有权在作出扶养费的判决之前，作出扶养费的决议。虽然先予执行制度的初衷是为了保障未成年子女的生活所需，但先予执行制度在实践中普遍存在适用率低下的问题。

（原载《青少年犯罪问题》，2011 年第 2 期）

外国家事裁判制度介评

[81] 赵钢、刘学在：《婚姻无效之诉与撤销婚姻之诉研究》，载《民商法论丛》第 23 卷，金桥文化出版（香港）有限公司 2002 年版。

[82] [德]罗森贝克、施瓦布、戈特瓦尔德著：《德国民事诉讼法》（下），李大雪译，中国法制出版社 2007 年版，第 1334 页。

[83] [德]罗森贝克、施瓦布、戈特瓦尔德著：《德国民事诉讼法》（下），李大雪译，中国法制出版社 2007 年版，第 1335 页。

张晓茹*

改革开放以来，我国婚姻家庭纠纷数量日趋增多，种类也越来越多样化。婚姻家庭纠纷涉及公益和当事人的隐私，必须适用科学合理的家事裁判制度才能很好地解决。这些案件如果处理不好，不仅影响家庭的稳定、损害未成年人的利益，还会导致刑事案件的发生、扰乱社会秩序。世界主要先进国家均有其独特的家事裁判制度，本文对各国家事裁判制度进行介绍、评析，旨在为我国提供可供借鉴的经验。

（一）德国

德国在民事诉讼法典第六编规定了家事审判程序，全编分为六章：婚姻事件程序的一般规定、其他家庭事件程序的一般规定、离婚事件与离婚后事件和程序、撤销婚姻与确认婚姻存在与否的程序、亲子事件程序、抚养的程序。

德国在70 年代中期以前，并没有统一处理家事事件的家庭法院。自1971 年以来，德国立法机关采取措施由传统四级民事法院结构向三级法院结构转变。1977 年家事法庭成为地方法院的一部分，家事法庭的裁判可直接上诉到高等法院。

（二）日本

日本于1898 年制定了《人事诉讼程序法》，该法公布后，多次进行修改，但基本内容没有大的变化。从内容上看，包括婚姻案件的程序、收养案件的程序及亲子关系案件的程序。人事诉讼程序法是普通地方法院审理家庭法院转来的人事诉讼案件时所应遵循的程序法。

1947 年日本颁布了《家事审判法》，家事审判法对于家庭事件规定了审判程序与调解程序。在家庭关系案件中，人事诉讼案件以外的涉及离婚财产分割、子女监护人的确定、抚养费的负担、婚姻费用的分担等争议是依照家事审判程序由家庭法院审理和裁判，但是，其中一部分争议限于与离婚诉讼的牵连，又可以在地方法院审理和裁判。象离婚、婚姻无效、亲子认定等案件，应首先在家庭法院申请家事调停，通过调停解决纠纷。家事调停不成立的，改为通过诉讼加以解决的，应向地方法院提起诉讼，地方法院依人事诉讼程序法审理。

日本设立有家庭法院，旨在个别的、具体的妥善处理家事事件与少年案件，故将家庭法院分为家事部与少年部分别处理有关业务。日本的家庭法院由法官、书记官、调查官组成，还设有处理事件的辅助机构，如医务室（有医师、护士）、家庭科学调查室、参与员、调解委员（由社会贤达担任）及家庭裁判所委员会（由民间有识人士组成）协助家庭法院的运营。家庭法院的法官，不但应该是优秀的司法官，而且应具有能洞察关系人行动的能力，又就心理学、社会学、教育学、精神病学等有关人的关系的科学，有某种程度的认识始可。

（三）法国

法国新民事诉讼法典第三卷“某些案件的特别规定”中，主要是关于家庭案件的司法程序的规定，涉及的案件主要有婚姻关系案件、亲子关系案件、收养关系案件、监护案件、夫妻财产关系案件，这些家事案件既有诉讼案件，又有非讼事件。法国民法典第一卷第六编第二章也规定有“离婚的程序”。

法国没有专门的家事法院，家事案件由大审法院管辖。法国配备了专门的家事法官进行家事司法活动。

（四）英国

英国于1973 年制定了《婚姻诉讼法》，1984 年又制定了《婚姻和家事诉讼法》。

英格兰和威尔士的郡法院受理一些收养儿童、监护和无答辩的离婚案件。高等法院设有家事法庭，家事法庭由庭长及大约16 名法官组成。家事法庭主要管辖离婚、婚姻无效、别居、抚养、同居请求、婚生宣告等事项。20 世纪50 年代起，当时离婚请求的增加使得现有人数的高等法院法官无法应付，于是，更多的离婚案件由巡回法官自己开庭审理，只有较复杂的才送交高等法院家事法庭。

北爱尔兰的郡法院设有家事看护中心（Family Care Centres），由三名郡法院法官组成，负责依《1995 年（北爱尔兰）未成年人令》提起有关未成年人抚养或福利的申请或上诉。地方法院包括青少年法院和家事诉讼法院。北爱尔兰的高等法院设有家事法庭。家事法庭审理的主要案件包括：（1）婚姻事项；（2）收养；（3）未成年人的监护；（4）根据《1995 年（北爱尔兰）未成年人令》提出申请；（5）有关精神病人的事项；（6）无争议遗嘱检验案件。

（五）美国

《美国一九七〇年统一婚姻及离婚法》于第二、三、四部分分别规定了有关婚姻、离婚和监护的程序。各州也针对家事案件通过不同的形式规定了家事诉讼程序。

20 世纪60 年代，美国掀起了成立独立的家庭法院运动，这些家庭法院由对此类问题有兴趣或有特殊才能的法官、社会工作者及其他专家组成。家庭法院所采用的程序规则更为灵活可变通，较少具有对抗性，它会提供更多的职业帮助。家庭法院在州法院系统中属于正式的初审法院，治安法院作为非正式的初审法院，也对家庭纠纷享有初审管辖权。

*张晓茹：北京航空航天大学法学院讲师， 法学博士

独立的家庭法院审理的标的主要包括：结婚的资格、婚姻的效力、宣布婚姻无效、法定分居、非婚生子女地位、推定父亲、婚姻关系存续期间的配偶及子女扶养、亲权、收养、离婚、离婚后的配偶扶养、子女监护、探视，家庭暴力、家庭犯罪（包括婚内强奸、虐待、遗弃配偶、子女）以及青少年犯罪等问题。

美国的家庭法院在特定的理念下，依特别组织及程序作出裁判。家庭法院分类受理家庭案件，除当事人希望即时由法官审理的案件外，均不必移送于法官，由受理案件的官员就在此部门，以个案作业非正式方式处理。家庭法院如欲以“诊断及治疗”为目标，为个别化之处置，则社会调查不可或缺。就各事件收集资料，作为客观及具体妥当解决之根据。家事事件在必要时也应从医学、精神医学、心理学方面，由专家鉴定事件关系人的身心，这些工作可由家庭法院所属的医院或委托其他医师为之。家庭法院通常由受理案件的工作人员、调查官或观护官担任和解工作，有些家庭法院设有婚姻协谈人员，不但在受理或调查阶段或各案作业中，甚至法官审理途中，如认为有和解的希望，得移送事件于婚姻协谈人员。担任此职务者，并不是专业法官，而是由有个案作业专门技术的职员担任。

（六）澳大利亚

澳大利亚的家事裁判程序主要规定在《1959年联邦婚姻案件程序法》和《1975年家事法案》（Family Law Act）。《1959年联邦婚姻案件程序法》曾将有关家事案件的管辖权授予州法院，后来，澳洲根据《1975年家事法案》专门创设了联邦家庭法院（FCA），该法院属于联邦高等法院。联邦的主要城市及其他一些地区都设有家事法院。全国共有家事法官80余位。

澳大利亚的家事法院主要对下列事项享有管辖权：有关离婚和确认婚姻无效的案件；有关子女的监护和探视问题；配偶、子女的抚养问题；夫妻财产分割问题等。

《1975年家事法案》规定了家事案件处理的顾问和注册官制，顾问一般是那些在某一社会科学领域中有专长的人，他们履行两项职责：首先，他们有义务向法庭提交涉及本案家庭成员间关系的“家事报告”，以此帮助法官对子女监护和探视问题作出裁决。其次，他们试图通过与夫妻双方进行座谈解决争议问题。这同样是具有法定资格的注册官的职责，他们也力图通过商谈的方式解决有关抚养和财产争议。1975年以来，联邦家事法院积压的案件不断增多，注册官原先只需要履行行政管理职能，而近年来为了节约法官的时间他们还必须处理解除婚姻和诉讼中的事务，负责与当事人双方就抚养问题和财产事项进行会谈。

（七）韩国

韩国于1990年12月31日公布了《家事诉讼法》，规定了总则、家事诉讼程序、家事非讼程序、家事调解、履行之保证以及罚则。此外，大法院1990年12月制定、1998年12月修订的《韩国家事诉讼规则》明确了家事调查官的职责，并对《家事诉讼法》中的上述内容作进一步的补充和解释。

韩国在汉城设有家庭法院，专门处理家事事件，在其他地方则由一般法院的家事部负责处理家事事件。家庭法院与地方法院同处一个级别，位于大法院、高等法院之下，属于基层法院。

家庭法院办理家事诉讼案件和家事非讼案件，其程序上适用家事诉讼法的规定，对于家事诉讼法没有规定的事项，适用民事诉讼法和非讼案件的程序法。

评析

从以上对各国家事裁判制度的介绍可以看出，德国在民事诉讼法典中制定有完备的家事审判程序制度，法国民事诉讼法已经注意到了家庭案件对程序的特殊要求而给予专编规定，美国注重法学与医学、社会学、心理学等专业方法在家事裁判中的运用，韩国制定了专门的家事诉讼法，并在汉城设有家庭法院。

日本的家事裁判制度比较完善，有《人事诉讼程序法》和《家事审判法》规范审理程序，也设置了统一的家庭法院，配备有相当充足的工作人员。可以说，日本的家事裁判制度专业化程度走在了各国前列，但还有有待完善的地方。比如，在日本，家庭纠纷案件中涉及人的身份的诉讼，如离婚、婚姻的无效或撤销以及亲子认定，原则上在起诉之前必须向家庭法院申请家事调解。如果调解不成立，改为通过诉讼解决的，应向地方法院提起诉讼。这样以来，一件家庭关系的案件将分为两种程序，即家庭法院的调解程序和地方法院的人事诉讼程序。而且，除有关人事诉讼以外的其他家庭纠纷案件，如涉及离婚财产分割、子女监护人的确定、抚养费的分担、婚姻费用的分担等争议是依照家事审判程序由家庭法院审理和裁判，但是，上述的一些纠纷如果和离婚诉讼有关，则又可以由地方法院审判。这样家庭法院和地方法院之间管辖权的划分过于复杂而为普通民众难以理解。另外，家庭法院配置有调查官、医务室技官等专家，他们具有心理学、医学或社会学等方面的知识，可辅助法官为科学上研判、家事咨商及调解程序上人际关系调整等，他们从事的专门工作有助于家庭法院的正确调停和判决，但是在地方法院，由于没有这种机构，因而在人事诉讼的审判中不能获得此种有效的帮助。

（原载《人民法院报》2006年3月3日）

外国法院家事调解制度考察

张晓茹

所谓家事调解，是指当事人在家事法院或家事法庭的主持下，社会贤达、福利机构等人员的参与下，辅助于心理治疗和医学诊断，试图追求感情上的融合，谋求多种解决方案并在妥协的基础上达成协议的过程。世界上很多国家和地区都对此制度进行了详细的规定，本文将对外国家事调解制度进行考察，以飨读者。

（一）日本

日本的家事调停实行“调停前置主义”，根据家事审判法第 18 条的规定，对能进行调停的事件，首先必须在家庭裁判所申请调停，而这样的事件不作调停申请而起诉的，裁判所必须将该事件交付家庭裁判所进行调停。

根据家事审判法第 17 条的规定，除甲类事件，即非讼性质比较明显的禁治产及失踪的宣告、监护人的指定、遗嘱的确认等案件外，家庭裁判所对于所有的人事诉讼案件和其他的普通家庭事件都可以进行调停。对于第 17 条规定的乙类事件，家庭裁判所可以依职权随时进行调停。

调停程序的主要阶段是：（1）家庭裁判所调查官的调查。调查官在调停程序开始前调查、发现问题，对问题加以分类，并进行临时处置，然后向调停员提交报告。调停员努力创造一种信任的气氛，使当事人理解调停期间所暴露的事实系属保密，在调停期间即使一方有违法行为也不发布临时禁令或临时扣押令。（2）双方当事人背景的查实。调停员要努力查实双方当事人的背景，有时将人生史追溯至其童年时代。在有些情形下，调停员甚至能从其人生史中发现有关当事人并未意识到的重要事实，有时也采用调查员报告中的意见，这样做的目的是帮助当事人获得公正意识、洞察力和理性。在此基础上调停员帮助当事人思考自己的问题并自行得出结论。（3）协议的签订。如果在调停委员会内达成协议，该协议一经登记就发生终局的效力。

根据家事审判法第 22 条的规定，调停委员会由一名家事法官和两名以上的家事调停委员组成；组成调停委员会的家事调停委员，根据具体案件，由家庭法院指定。家事调停是非公开的，调停委员会的决议也是秘密的。

（二）新西兰

1980 年新西兰制定的《家庭程序法》中规定了调解讨论会制度，其设立的理论基础是避免不必要的诉讼。调解讨论会可在审判前的任何阶段应任何当事人的要求由书记官予以召集，也可在诉讼的任何阶段由法官安排。调解讨论会的日期和地点被确定后邮寄通知当事人及其律师。

调解讨论会由家庭法院法官主持。如果调解不成，该法官也不得充任审判官。调解讨论会具有非正式性。讨论的房间虽然简朴但家具和装潢极具魅力。法官与当事人坐在同一水平面上并且与当事人接近。当事人不是面对面而是坐得很近。调解讨论会不公开进行，而且没有任何信息、陈述、承诺在以后的任何程序中得到承认。

（三）英国

1971 年 1 月 27 日英国颁行的《实践注意（离婚：调解）》将调解程序引进到离婚诉讼中。它规定，如果法院有理由认为有和好的可能或在附带问题上调解有益时可将案件或案件中的某个或某几个问题交由法院福利官。法院福利官在与当事人讨论后决定是否有任何和好的希望或者调解是否可以帮助当事人协议解决他们的全部或部分纠纷。如果没有希望，就应向法院报告。如果有和解的希望或者调解可以帮助当事人协议解决他们的全部或部分纠纷，除自己继续处理此事外，可将案件提交观护官（Proation Officer），或者提交有关婚姻指导和福利的适当组织的分支机构推荐的完全合格的婚姻指导劝导员，或者提交由案件特殊情况决定的一些其他适当个人或组织。福利官接到上述后三者报告后向法院报告。这些报告仅限于陈述和解是否有效或者如果有效那么当事人在何种程度上协议解决他们的全部或部分纠纷。但是该调解并无实际效用。84

英国在 1973 年颁布了《离婚诉讼法》，为了防止轻率的离婚，该项法律规定了在作出任何的离婚准许之前必须进行的调解及其程序，以促进双方和解。85

1977 年专门对“审理前谈话”（Pre-trial review）程序进行调整用以调解有抗辩的案件。书记员在谈话时要试图查实案件的实情并就案件的公正、迅速和经济的处理提供必要的指导，使案件尽量以协议方式解决。1983 年 1 月 1 日施行的《操作指南（家庭法庭：调解程序）》规定高等法院家庭身份登记处为有争议的监护权、接近权及其变更问题提供调解指导。每当发布传唤令时，就在书记员主持下，在双方当事人和他们的顾问及与任何一方共同生活的 10 周岁以上的子女（但仅限于就其监护权有争议）及福利官的参加下，进行调解。如果调解成功，书记员即依当事人达成的协议制定判决，几乎不进行调查或提出异议。它还规定，如果调解未达成协议，案件则由其他的书记员和福利官员审

---

84 Creteney, S.M,The Principles of Family Law, London: Sweet&Maxwell, 1990P.193.转引自张学军：《离婚诉讼中的调解研究》，载《法学研究》第 19 卷第 3 期。

85 李启欣著译：《外国法制史研究文选》，中国法制出版社 2000 年版，第 215 页。

理，调解过程中的讨论和陈述不作为判决的依据，用以保护当事人的利益。

（四）澳大利亚

1975年的家庭法律条例规定了和解程序和咨询服务，和解程序被认为是一种复杂的调解方案和治疗方法，旨在“改变当事人的行为，增加彼此之间以及与他们孩子的联系”。这些协助性活动和法庭的服务活动必须包含调解技巧的运用。家庭法院的咨询员通过克服当事人的情绪抑郁协助当事人达成一致并进而解决家庭纠纷。

调解是一个双方当事人在第三方的帮助下，有系统地减少分歧，达成共识，考虑多种解决方法，最后达成协议，满足双方需求的过程。调解在起诉之前引入了一个自愿的机密性的机制来解决财产争端，同时它也是提供一个论坛，来解决与孩子和财产相关的争议。通常在法庭中有两个调解员，一个有社会科学背景的，一个有法律背景的，通常是一男一女。调解员不做决定，也不给建议。他们只是提供一个循序渐进的程序，使当事人意识到争端、想出解决的办法并作出决定。

（五）美国

20世纪30年代，美国开始在家事法领域推行调解。因进行家事调解的调解人多具有心理学方面的素养，遂将“治疗”（therapeutic）理念带入了调解之中。具体而言，就是促使当事人正面认识纠纷的根源在于感情上的争点，在调解人认为适当的场合，鼓励当事人继续维持（婚姻）关系。

美国在家庭法院内部设有受理部门，有些案件在受理部门由受理案件的工作人员、调查官或观护官进行调解。有些家庭法院设有婚姻协谈人员，不仅在受理或调查阶段或个案作业中，而且在法官审理过程中，如认为有和解的希望时可移送案件于婚姻协谈人员。婚姻协谈人员并非法律专家，而是个案作业的专门技术人员。

通过以上的比较，我们可以归纳出家事调解制度具有以下特点：家事调解是以法院为主持机构的调解；家事调解偏重当事人之间感情与心理的治疗；家事调解重视公民的参与；家事调解应具有独立的程序；家事调解的利用并不剥夺当事人的诉讼权利。

（原载《人民法院报》2006年12月）

检察机关提起或参与人事诉讼制度初探

张晓茹[86]

【内容摘要】人事诉讼具有强烈的公益性，我国应增设检察机关提起或参与人事诉讼制度。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人事诉讼。检察机关享有调查取证权，但由于人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人事诉讼时，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。

【关键词】人事诉讼；提起或参与；程序

人事诉讼，也称为身份关系诉讼，是指为处理关于婚姻事件、收养事件、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。[87]人事诉讼事件包括诉讼事件和非讼事件。人事诉讼案件具有强烈的公益性，世界各国不仅大都制定了单独的人事诉讼程序或独立的人事诉讼程序法，还规定了检察机关提起或参与人事诉讼制度。我国这一制度严重缺失，有必要增设。本文拟对相关问题加以探讨，以促使这类研究更加深入。

一、我国检察机关提起或参与人事诉讼的情况

20世纪初，清王朝进行“变法修律”活动，于光绪三十三年奏准《高等以下各级审判厅试办章程》，在第四章规定了检察官参与的民事案件是婚姻案件、亲族案件、嗣续案件。这些案件如果审判官在检察官没有出庭的情况下而作出判决的，该判决无效。凡经检察官起诉的案件，审判厅不得无故拒却被害者也不得自为和解；凡不服审判厅判决于上诉期限内声明不服的理由，禀请上诉者检察官，应立即详送上级检察厅；检察官还有调阅案卷权和执行监督权。1929年国民党政府公布的民法和1935年公布的民事诉讼法，对于检察官参与婚姻事件、亲子关系事件、禁治产事件及死亡宣告事件等人事诉讼程序，均作了具体规定。新中国成立之始，1949年12月颁发的《中央人民政府最高人民检察署试行组织条例》，赋予了最高人民检察署以“一般监督”和参与民事案件的职权。最高人民检察署对于全国社会与劳动人民利益有关之民事案件及一切行政诉讼，均得代表国家公益参与之。1954年9月第一次全国人民代表大会第一次会

[86]北京航空航天大学法学院讲师，法学博士

[87]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；江伟：《略论检察监督权在民事诉讼中的行使》，载《人民检察》2005年第9期（下）。

议通过了第一部宪法和《中华人民共和国人民检察院组织法》，根据这两部法律的规定，地方各级人民检察院的职权之一是“对于有关国家和人民利益的重要的民事案件有权提起诉讼或参加诉讼”。根据上述法律的规定，我国检察机关初步开展了参与民事诉讼的活动。从当时参与民事诉讼的方式上看，既提起诉讼，也参与诉讼；从参与民事诉讼的范围上看，案件的范围比较广泛，包括婚姻家庭案件，如黑龙江省检察机关 1956 年共办民事案件 80 件，其中提起诉讼 55 件、参加诉讼 25 件，婚姻纠纷 8 件、抚养纠纷 1 件。[88]

1991 年通过的民事诉讼法，除第 14 条规定有，人民检察院有权对民事审判活动实行法律监督，第 185 条、186 条、187 条、188 条只规定了人民检察院对已经发生法律效力的民事判决、裁定提起抗诉的程序。对检察机关提起或参与人事诉讼案件丝毫没有提及，因此，我国检察机关提起或参与人事诉讼制度严重缺失。

二、我国应增设检察机关提起或参与人事诉讼制度

检察官提起或参与人事诉讼，是各国（地区）普遍承认的一项原则。台湾规定了检察官参与非讼事件的制度，根据台湾检察官参与民事及非讼事件注意要点第 2 条的规定，该注意要点所称的民事及非讼事件，除法人事件外，包括的死亡宣告事件、禁治产事件、选任遗产管理人事件、保存遗产事件、酌（选）定监护人及指定监护方法事件、宣告停止监护权事件及宣告终止收养关系事件，都属于与人的身份有关的事件。法国检察机关参与人事诉讼的方式有两种，一种是检察机关作为主要当事人，一种是作为从当事人。根据法国民法典和其他有关的民事立法的规定，检察院主要在以下几个方面的身份案件中，可以作为主要当事人参加诉讼：（1）未达结婚年龄而结婚、近亲结婚或尊卑血亲结婚等违反善良风俗或违反刑事法律规定的婚姻，检察机关可向法院提起婚姻无效的诉讼；（2）在父母对其子女人身进行犯罪、虐待子女、经常酗酒等明显行为不端，或违法，严重危及子女安全、健康及品行，或父母两年以上拒不履行法定的义务的情况下，检察机关可向法院提起要求其丧失亲权的诉讼。检察官作为主要当事人参加诉讼时，必须出席法庭参加辩论；检察官可以要求法官回避，但不可被要求回避。检察机关在作为主要当事人参加诉讼时，可利用其他当事人应有的一切上诉权利和途径提起上诉。法国民事诉讼法规定检察机关以从当事人的身份参与的人事诉讼，主要是亲子关系、未成年人监护安排、成年人监护的设置与变更的案件；日本人事诉讼程序法规定了检察官参与婚姻案件、收养案件和亲子案件，并可以提起上诉；英国法律规定检察长有权参与确认婚生和非婚生子女合法身份的案件，此外检察官可以主动或根据法院的邀请而介入解除婚约或婚约无效的诉讼中。国外成熟的立法为我国提供了可供借鉴的经验。

我国改革开放以后，随着经济的活跃和发展，平等主体之间的交往日益频繁，人口流动性大为增强，婚姻家庭领域出现了许多新情况、新特点，未婚同居、姘居、包二奶现象比比皆是，由此引发了许多婚姻家庭纠纷，主要包括：（1）离婚率逐年提高，将同年离婚的数目和结婚数目相比较，中国的离婚率约为 19%，是 1979 年的 5 倍。2004 年，中国的离婚数量从 2003 年飙升了 21%，有 160 万对夫妇分道扬镳。[89]（2）非婚生子女的抚养、认领纠纷开始出现。（3）收养关系纠纷（甚至跨国收养纠纷）日益增多。近 10 年来，婚姻家庭案件几乎每年都以 10%的速度在递增，婚姻家庭纠纷涉及公益和当事人的隐私，这些案件如果处理不好，不仅影响家庭的稳定、损害未成年人的利益，还会导致刑事案件的发生、扰乱社会秩序。部分学者在论及检察机关提起或参与民事诉讼范围时，都不同程度地涉及到人事诉讼案件，[90]笔者认为，在民事诉讼法修改之际，应趁此东风建立完善科学的检察机关提起或参与人事诉讼制度。

有人认为检察机关不应提起或参与违反亲属法并损害或危及公序良俗的案件，理由如下：一是，各国民事诉讼虽然都有检察机关为维护公法秩序或社会公共利益而提起或参加婚姻无效、丧失亲权等规定，似乎有着表面的一致性，但其实决定这类规定的原因却各个不同。而且，在外国的立法实践中，也存在着类似于波兰的国家，它于法典中明确规定，检察长不得就家庭法问题提起诉讼。除非这一问题具有纯粹经济的特征或者是法律明确规定该问题允许检察长来起诉。二是，各国虽然在立法中规定有检察机关为维护公法秩序或社会公共利益而提起或参加婚姻无效、丧失亲权等的民事诉讼，但是实践中检察官真正起作用的案件数目要少于法律规则所预示的数目，其重要性是极其微小的，检察官的这种权利差不多只是一种形式而已。三是，就中国来说，由于历史上一直就没有这方面的规定，没有传统需要继承的问题，就存在着一定的后发优势，可以根据实际的需要进行理性的选择。不论是封建社会对儒学礼教的遵从，还是现代社会对家庭美德、社会公德的一再强调，中国长期以来一直都不缺少对公民的道德约束。虽然随着经济的发展确实出现了例如包二奶、虐待老人或儿童等不道德的事件，但这只是个别现象。整体而言，在中国道德约束力量依然十分强大，公民的道德意识普遍停留在一个较高的水平。现实存在的问题可以在现有制度内消化解决。如果明确规定检察机关对此的介入权，一方面因为诉讼经济的考虑当事人会趋向于选择检察机关作为起诉人，另一方面因为我国

[88]柯汉民主编：《民事行政检察概论》，中国检察出版社 1993 年版，第 34 页。

[89]中国离婚率涨但仍低于美国，载《北京青年报》，2005 年 10 月 14 日。

[90]如李浩教授主张在一定的情形下检察机关可提起确认婚姻无效的案件，见中国诉讼法学研究会 2005 年年会论文《关于民事公诉的若干思考》；江伟：《略论检察监督权在民事诉讼中的行使》，载《人民检察》2005 年第 9 期（下）。

现阶段的各种司法外替代性救济措施的不完善、行政以及民间相关的保护机构的不足，也会使当事人倾向于选择检察机关代为提起司法救济，极容易造成滥诉。可能会出现虽然不是需重点解决的问题，但因为当事人的滥诉而极大地牵制检察机关以及司法机关精力的现象。91

笔者认为，依上述理由得出，违反亲属法并损害或危及公序良俗的案件（其实就是人事诉讼案件）不宜列入检察机关提起或参与民事诉讼范围的结论，是牵强的：

首先，检察官提起或参与人事诉讼这一制度既已产生，且在世界各国不断发展，即说明一定有其存在的理由。检察机关提起或参与人事诉讼，是为了维护社会公共利益，检察机关代表的是公益。以波兰的规定，即检察长不得就家庭法问题提起诉讼为例，不能说明什么。

其次，制度运营不良的原因是多方面的，简单地直接对制度的存在产生怀疑，未免有些简单粗暴。

再次，笔者不否认中国不缺少对公民的道德约束，但现实生活中确实家庭领域出现了各种各样的问题，尤其是经济发达地区，这些问题处理不好将诱发一系列社会问题。比如在广东，婚外情催生私家侦探业，为查婚外情不惜高价请私家侦探，有些私家侦探为获得现场证据，会强行入屋拍摄，但这侵犯了他人的住宅权、隐私权和名誉权等。

最后，明确检察机关提起或参与人事诉讼是为了维护社会公共利益，是为了维护和优化社会生活的环境、秩序、目标和道德准则及良好的风俗习惯，不是为了维护某些特定个体的利益，检察机关不是某个公民的代理人。检察机关不受民事上“不告不理”原则的限制，一经发现有违反有关公共秩序和善良风俗的，即可自主决定提起或参与诉讼。检察机关提起或参与人事诉讼时，职责明确并享有主动权，因此，不会出现上述学者所担忧的情况。

三、我国检察机关提起或参与人事诉讼制度的构建

（一）检察机关提起或参与人事诉讼的方式及法律地位

检察机关可以提起人事诉讼，也可参与到即将开始或已经开始的人事诉讼程序中。在不同的方式中，检察机关的身份和法律地位也有所区别。我们认为应包括以下几种情况：

1、检察机关以公诉人的身份提起人事诉讼

一般来讲，人事诉讼案件受害人没有提起诉讼或者缺乏明确的诉讼主体时，检察机关可以提起人事诉讼，此时，检察机关应是“公诉人”身份。因为“公诉人”的概念不但可以比较准确地反映检察机关在所提起的人事诉讼中的诉讼地位，而且可以比较清晰地将检察机关以国家名义代表国家利益和社会公共利益所提起的民事诉讼与检察机关因其自身民事权益受到侵害而以原告身份提起的一般的民事诉讼相区别。有许多学者承认，检察机关在所提起的民事诉讼中具有公诉人的性质，更何况是具有公益色彩浓厚的人事诉讼呢？比如，有学者认为，在检察机关所提起的民事诉讼中“检察机关的主要职能是代表国家追究危害者的民事责任，根据‘名以实当’的原则，其法律地位应是民事诉讼中的国家‘公诉人’”[92]；还有学者认为，“从检察机关提起民事诉讼所代表的利益来看，不是自诉而具有明显公诉色彩，”“检察机关提起民事诉讼，不是为了某一检察机关本身的民事权利，在性质上是‘他诉’，或者说是‘公诉’，检察机关的身份有些类似于刑事诉讼中的‘公诉人’”[93]，等等。将检察机关在所提起的人事诉讼中的地位列为公诉人，须克服一提到“公诉”二字，便与刑事诉讼相联系的旧的观念。将检察机关在人事诉讼中的法律地位界定为公诉人，仅仅是从检察机关是以国家名义为维护国家利益和社会利益而提起诉讼这一意义出发的，并不表明检察机关在诉讼中享有特权。因此，除了在调查取证方面检察机关因其是国家机关而拥有与其职权相适应的调取证据，传唤证人，鉴定勘查等权利外，在诉讼中不享有任何特权，其向法庭提交的证据，亦必须经过质证与认证程序，由法庭决定是否采纳，不能当然作为认定事实的依据。反诉作为民事诉讼中的一项特有制度，其立法设置的基本目的就在于平等的保护当事人诉权的行使。笔者认为，检察机关提起的人事诉讼，被告也可以提起反诉。在检察机关提起人事诉讼的程序设计中，被告所享有的法定权利，不应因提起诉讼者是检察机关而有所不同。在市场经济条件下，国家及其代表机构的任何行为必须在法律允许的范围内，如果超出了法定的范围，给相对方造成损害的条件下，受害者不是不可以起诉的。因此，在检察机关提起的人事诉讼中，被告可以反诉。如日本人事诉讼法第 19 条、21 条也规定有，检察官对于婚姻案件提起的诉讼，可以提起反诉。

2、检察机关以社会公益的代表和国家法律监督者的身份参加人事诉讼

对于人事诉讼案件，由于这类案件中存在具体而特定的当事人和权利享有者，只是基于多种原因，受害者不敢起诉或不知起诉，以及无能力提起诉讼。同时，又由于这些具体而特定的受害者本身享有自由处分自己权益的权利。检察机关即便是出于对其权益的维护，也不宜干涉其对自身权利的处理。为此，这种情况下检察机关就可以从支持起诉

[91]杨荣馨主编：《民事诉讼原理》，法律出版社 2003 年版，第 238—240 页。
[92]庞华立：《关于检察机关提起民事诉讼三个理论问题的探讨》，载《宁夏法学通讯》1989 年第 1 期。
[93]杨柏林、金海州：《论检察机关提起民事诉讼》，载《中央检察官管理学院学报》1998 年第 1 期。

的角度参与起诉，帮助当事人通过诉讼的方式来维护自己的利益。此时，检察机关是作为社会公益的代表和国家法律监督者而发挥作用的。检察院参加诉讼，具有当事人的诉讼权利与义务，如有权决定是否参加诉讼，提出证据，阅读案卷，向法庭提出自己的意见等，从而更有利于法院查明案件的真实情况，发挥检察院在此类诉讼中的应有作用，切实维护当事人的合法权益和社会公共利益。

3、检察机关以公益代表的身份作为被告参与人事诉讼 94

除了检察机关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外，还可以以公益代表的身份作为被告参与人事诉讼。如婚姻无效之诉中，夫妻一方针对另一方提起诉讼，应为被告者死亡时，检察官具有被告适格；第三人将夫妻共同作为被告提起婚姻无效之诉时，应成为被告的夫妻双方或一方死亡，检察官得以成为适格被告；另外，在离婚撤销之诉中，如果对方当事人死亡，检察官应成为适格被告。日本人事诉讼法第 2 条第 3 款、韩国家事诉讼法第 27 条第 4 项都肯定了检察官在婚姻无效和婚姻撤销之诉中的被告适格。收养关系案件中的收养无效、收养撤销以及解除收养的撤销之诉，在该类诉讼中，应成为被告的当事人死亡时，检察官应当具有被告适格。日本等国家亦有这样的立法例存在，如日本人事诉讼法第 26 条。 亲子关系中的子女认领之诉以及生父确定之诉， 日本人事诉讼法第 29 条之二、第 32 条规定，子女或其法定代表人提起认领之诉时，诉讼对方应为父或母；若本应成为双方当事人的人死亡后，将检察官作为对方当事人。

（二）检察机关提起或参与人事诉讼时的几个特殊问题

1、检察机关调查取证时，对妨碍调查的人不能采取强制措施

一般认为，收集提供证据是双方当事人的一项基本权利，因此检察机关在人事诉讼中享有调查取证权。更何况日本、台湾的家庭法院都设有调查官，调查官可以完全依职权调查、收集与案件有关的证据。检察机关对证据的调查是否属于强制性的，对妨碍调查的单位和个人是否可以采取强制措施。笔者认为，检察机关在人事诉讼中不应该直接享有强制性调查的权力。尽管检察机关直接调查的目的并不是单纯为了保护当事人一方狭隘的局部利益，而是维护公共利益不受侵犯、维护公序良俗、维护社会公共秩序，但由于人事诉讼案件特殊，涉及人的身份和感情，关系家庭秘密和当事人的隐私，因此检察机关调查证据时，不应采取强制措施。

2、在检察机关败诉的情况下，向法院交纳的诉讼费用 95可由国家承担

收取诉讼费用重要的目的之一在于防止当事人滥用诉权，遏止滥诉，促使当事人慎重依法行使权利，按照世界各国民事诉讼中通行的诉讼费用由败诉方承担的规则，任何败诉当事人都应当依法承担相应的诉讼费用。当然，检察机关作为公益代表人提起人事诉讼，其维护的是社会公益，属于履行法定职能的行为。在检察机关败诉的情况下，向法院缴纳的诉讼费用可由国家承担，检察机关仅负担其为诉讼所支付的必要费用。例如，日本人事诉讼法第 17 条就规定:：“在检察官败诉的情况下，诉讼费用由国库负担”。除此之外，被告在胜诉后因合法权益受到检察机关侵害后，有就其损失申请国家赔偿的权利。

3、检察机关在提起或参与人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

台湾检察官参与民事及非讼事件注意要点第 13 条规定，检察官参与民事及非讼事件，发现有犯罪嫌疑者，应自动检举侦办。法国民法典第 199 条规定，如夫妻双方或者夫妻一方并未发现欺诈行为时即已死亡，任何对请求宣告该婚姻有效而具有利益的人，以及共和国检察官，均得提起刑事诉讼。笔者认为，检察机关在提起或参与人事诉讼时，发现有犯罪嫌疑的，如果是属于我国刑法所规定的告诉才处理的案件，检察机关可以建议受害人向法院提起刑事自诉，其他刑事案件如重婚罪检察机关可以立案侦查。之所以由检察机关负责而不移交或通知公安机关，是因为这样便于全面了解犯罪情节，有利于查明犯罪行为人的犯罪动机、目的以及犯罪过程的来龙去脉，以便更加准确地适用法律解决被告人的刑事责任问题，同时简化了诉讼程序，方便了诉讼参加人，节省了人力、物力和财力。

婚姻诉讼诉的变更与合并

张晓茹[96]

【内容摘要】根据民事诉讼法的规定，离婚诉讼适用通常程序。而依照最高法院的司法解释，宣告婚姻无效案件适用特别程序。这样一来，按照一般诉的变更与合并的条件，宣告婚姻无效之诉与离婚之诉之间，就不能进行变更

[94]江伟:《略论检察监督权在民事诉讼中的行使》，载《人民检察》2005 年第 9 期（下）。

[95]诉讼费用在含义上包括裁判费用和当事人费用两大部分。本文这里所称的诉讼费用，是特指裁判费用，包括起诉案件受理费、上诉费、鉴定费、申请执行费等费用。

[96] 本文是司法部 2006 年国家法治与法学理论研究课题“家事裁判制度研究”（ 批准号为：06SFB3016）的阶段性成果。作者为北京航空航天大学法学院讲师，法学博士，研究方向为民事诉讼法学。

和合并。这与婚姻案件的特殊性和国际上通行的做法是有冲突的。婚姻案件事关家庭安定，涉及社会公益，应当对其合并、变更作出有别于通常案件的特别规定。因此，笔者认为，我们应当借鉴其他国家和地区该方面的有益经验，对因同一婚姻关系所产生的婚姻诉讼，允许其变更、合并，以便使同一婚姻所发生的争执，在同一诉讼程序中得以解决，避免先后起诉或分别起诉可能产生的弊端。

【关键词】婚姻诉讼；诉的变更；诉的合并；模式分析

一、问题的提出

2006 年 3 月 2 日邹某与涂某办理了结婚登记。婚后不久，邹某及其家人发现涂某有些行为不正常。邹某便于 2006 年 6 月向法院申请宣告婚姻无效。申请后，邹某发现婚姻无效的证据不足，即婚前被申请人涂某是否有精神病，并没有充分的证据。邹某在这种情况下能否将此变更为离婚诉讼？根据我国现有的法律和司法解释，法官们对此案产生意见分歧：一种意见认为，如果在开庭审理之前，因为没有进入庭审，实质上未适用特别程序，申请人可以变更为离婚诉讼；如果是进入开庭审理，已适用了特别程序，则不能变更为离婚诉讼，法院宣判后可告之另行提起离婚诉讼。另一种意见则认为，不能变更为离婚诉讼。因为宣告婚姻无效的案件适用的是特别程序，离婚诉讼适用的是二审终审的通常程序。

我国 2001 年婚姻法除规定了离婚制度外，还正式引入了“婚姻无效制度”和“撤销婚姻制度”，最高人民法院根据《婚姻法》和《民事诉讼法》作了《关于适用〈婚姻法〉若干问题的解释》，其中《关于适用〈婚姻法〉若干问题的解释》（一）第 9 条规定：“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。”实务界和学者[97]据此把宣告婚姻无效程序作为特别程序。基于这一前提，在前述案件中，第一种观点认为，开庭审理之前可以进行变更；第二种观点则认为，本来就是两种程序，无法进行变更。按照诉的变更的一般要件之一——新诉与原诉均适用相同的诉讼程序，似乎第二种观点正确。第一种观点，以是否进入了开庭审理为分界点加以区分，实质上也是不赞同两种适用不同程序的诉的变更。宣告婚姻无效的案件，到底能否变更为离婚诉讼？

与之相联系，起诉时原告能否将婚姻无效之诉、撤销婚姻之诉与离婚之诉同时提起或进行诉的追加？最高人民法院关于适用《婚姻法》若干问题的解释(二) 第 7 条第一款规定：“人民法院就同一婚姻关系分别受理了离婚和申请宣告婚姻无效案件的，对于离婚案件的审理，应当待申请宣告婚姻无效案件作出判决后进行。”此规定中，“分别受理”既可以理解为不同的人民法院分别受理了离婚诉讼和申请宣告婚姻无效，也可以理解为同一法院在不同时间受理了离婚之诉和申请宣告婚姻无效，后者当然构成诉的合并。此时的合并也存在着合并的诉适用的是不同程序的问题。

我国民事诉讼法第 52 条规定， 原告可以放弃或者变更诉讼请求。被告可以承认或者反驳诉讼请求，有权提起反诉。第 126 条规定， 原告增加诉讼请求，被告提出反诉，第三人提出与本案有关的诉讼请求，可以合并审理。据此，我国的民事诉讼往往把诉讼请求的变更视为诉的变更，把诉讼请求的合并当作诉的客观合并的一种。也就是说，将诉的变更与合并与诉讼请求的变更与合并相混淆。事实上是，诉讼请求的变更并不一定引起诉的变更，诉讼请求的合并在很多情况下并不存在多个诉的合并，只要诉讼标的是同一个或是唯一的，无论诉讼请求如何变更或有多少个诉讼请求合并在一起，法院只裁判了一个诉。可见，我国现行民事诉讼法关于诉的变更与客观合并的规定本身就含糊不清。前述案例中法官们的两种观点都是从不符合诉的变更的条件考虑的。的确，我国离婚诉讼适用通常诉讼程序，宣告婚姻无效案件适用司法解释所规定的特别程序，将两个适用不同程序的诉进行变更、合并，不符合一般诉的变更、合并的要件。但是，如果不准许变更、合并，反复起诉，将会使当事人长期处于感情纠葛之中，使发生婚姻纠纷的家庭处于不稳定状态，不利于未成年人的健康成长。

德国、日本以及台湾的民事诉讼法，一方面，对一般诉的变更与合并加以限制，另一方面，针对婚姻诉讼诉的变更与合并作出特别规定。他们这方面的做法值得我们借鉴。

二、婚姻诉讼诉的变更与合并的特殊性

民事诉讼诉的变更有狭义和广义之分。前者仅指以新的诉讼标的替换原来的诉讼标的，后者还包括追加变更，即维持原来的诉讼标的而另外增加诉讼标的，这样就会因诉讼标的的追加而形成诉的客观合并。诉的变更，除了要具备一般的诉讼要件外，还需具备一些特殊要件，主要有：（1）新诉不属其他法院专属管辖；（2）新诉与原诉均适用相同的诉讼程序；（3）在原诉言词辩论终结之前进行。此外，有的国家还规定，诉的变更还需征得被告同意，如德国民事诉讼法第 263 条规定：“诉讼系属发生后，在被告同意或法院认为有助于诉讼时，准许为诉之变更”。而民事诉讼诉的合并可分为诉的主观合并和诉的客观合并，诉的主观合并是诉讼当事人的合并，是指在同一案件中原告或者被告为多数的情形。由于婚姻事件的当事人的特定性，诉的主观合并并不多见，所以本文仅就婚姻事件诉的客观合并加以探讨。

[97]如谭兵主编：《民事诉讼法学》，法律出版社 2004 年版，第 430 页—432 页。

诉的客观合并，是在同一诉讼程序中，原告对被告主张的两个以上诉讼标的的合并。诉的合并虽然可以提高诉讼效率、减轻当事人的诉讼负担，但如果适用不当，反而会造成法院审理混乱和诉讼迟延。因此，许多国家规定了诉的客观合并的要件。诉的客观合并一般应具备下列条件：（1）几个诉讼标的必须由同一原告向同一被告在同一诉讼程序中提出；（2）受诉法院至少对其中一个诉讼有管辖权，但若其他法院有专属管辖权的则不能合并；（3）合并的诉须适用相同的诉讼程序。如果是（诉讼系属后）因追加而发生的诉的客观合并，那么必须以不妨碍被告的防御和诉讼正常进行为必要条件。许多国家法律规定诉的追加必须经过被告的同意，旨在合理保护被告。同时，如果法院认为诉的追加阻碍诉讼程序的正常和顺利进行，可以不予准许。可见，在通常诉讼程序中，关于诉的变更与合并，一般都有一定的条件限制。

婚姻事件有关家庭安定，如果婚姻出现问题使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，则又有可能发生判决矛盾的情况。为了使当事人间与婚姻有关的诉讼能同时解决，各个国家或地区的法律就诉的合并、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。如德国民事诉讼法第 610 条第 1 款规定：“同居之诉、离婚之诉和撤销婚姻之诉，可以彼此合并。”我国台湾民事诉讼法第 572 条第一项规定：“婚姻无效或撤销婚姻与确认婚姻成立或不成立及离婚或夫妻同居之诉，得合并提起，或于第一审或第二审言词辩论终结前，为诉的变更、追加或提起反诉”。据此，只要是基于同一婚姻关系所发生的婚姻诉讼，均可以进行诉的变更、合并，并且不限于在第一审言词辩论终结前，尤其当第二审法院仍然为事实审时，为了使同一婚姻关系所产生的多项争执能在同一诉讼程序中一次判断，日本和我国台湾分别规定在第二审言词辩论终结前均可进行诉的变更、合并；婚姻事件进行诉的变更、合并，无需经过被告同意和法院准许，这也明显不同于一般诉的变更与合并。这些特点都是基于婚姻事件涉及社会公益，需要职权干预、限制处分权，进行一次性解决婚姻纠纷的需要。[98]

婚姻事件程序是典型的人事诉讼程序，是有别于通常诉讼程序和特别程序的诉讼程序。根据前文所讲的诉的客观合并的条件，应适用通常诉讼程序的非婚姻事件与婚姻事件不得进行诉的合并。但是，对于那些与婚姻事件具有牵连关系的非婚姻事件，例如子女监护人的确定，交付子女、探视子女或给付子女抚养费请求，财产分割或返还财物请求，因婚姻事件的原因事实所产生的损害赔偿请求，等等，由于这些非婚姻事件与婚姻事件紧密相关，并且，常常以婚姻事件有无理由为前提要件，规定非婚姻事件与婚姻事件的合并审判，有利于防止裁判的矛盾；而且，当事人一般情况下都希望非婚姻事件与婚姻事件能够同时得到解决，因而规定非婚姻事件和婚姻事件的合并审判，在诉讼程序上较为便利，有利于减少当事人的讼累，达到诉讼经济之目的。[99]婚姻事件与有牵连关系的非婚姻事件的合并，大致有以下三种情形：其一，原告可以将婚姻事件与非婚姻事件合并提起，如德国民事诉讼法第610条、第623条规定了离婚事件与离婚后事件的合并。日本新人事诉讼法第17条规定，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。其二，在婚姻事件进行中，原告可以追加与之有牵连关系的非婚姻事件，被告亦可以就这些非婚姻事件向原告提出反诉。日本新人事诉讼法第32条规定，夫妻一方对另一方所提起的撤销婚姻或离婚之诉，根据申请，法院应对子女监护人的指定、其他有关子女监护的事项或有关财产分配事项作出判决。其三，婚姻事件处于诉讼系属时，当事人如提起上述非婚姻事件，应当向该婚姻事件所系属的法院提起；如果当事人向其他法院另行起诉时，该法院则应当将其移送给婚姻事件所系属的法院合并审判。如日本新人事诉讼法第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该损害赔偿请求和人事诉讼自行审理并作出裁判。非婚姻事件于婚姻事件程序中合并提起或为诉的追加或提起反诉，出于审级利益的考虑，应仅限于第一审法院。[100]

婚姻事件之间的合并，以及与婚姻事件有牵连关系的非婚姻事件与婚姻事件之间的合并，不可避免地需要处理性质上属于人事诉讼事项、一般民事诉讼事项与家事非讼事项的合并。例如，离婚之诉与宣告婚姻无效之诉的合并。离婚诉讼属于诉讼事项，而宣告婚姻无效诉讼则属于非讼事项；又如，在离婚事件同时提起的基于其原因事实所产生的损害赔偿请求事件、赡养费请求事件及子女监护人酌定事件，这四种事件所具有的特性、需求不尽相同，所以就各该事件所适用的程序法理也互有差异。其中，损害赔偿事件及赡养费事件，基于尊重当事人的处分权，需要适用处分权主义即诉讼法理，而监护事件则排除该主义的适用，属于应该采取职权主义即非讼法理的职权事件，藉以达成保护子

[98]见（日）梶村太市、德田和幸：《家事事件手续法》，有斐阁 2005 年版，第 199—200 页。
[99]陈计男：《民事诉讼法论（下）》，台湾三民书局 1994 年版，第 424 页； 杨建华：《问题研析民事诉讼法（三）》，台湾三民书局 1998 年版，第 486 页。
[100] 杨建华著：《民事诉讼法问题研析（三）》，三民书局有限公司 1998 年版，第 487 页。

女最佳利益的公益性目的；至于离婚事件，如以维护婚姻所涉及社会秩序利益为着眼点，并不全然要求适用处分权主义。[101]如何调适法理适用，将是统合集中审理所必须面对的课题。[102]台湾学者邱联恭教授提出的诉讼法理与非讼法理交错适用理论，[103]为此种诉的合并的审理提供了理论支撑。针对不同的婚姻事项之间以及婚姻事项与有牵连关系的非婚姻事项之间，按其事项性质，分别依职权事项与处分权事项处理。但有学者认为，在同一程序中审理不同性质的事项，有时呈现于同一法庭的资料，未必能够区分哪些是针对诉讼事项，哪些是针对非讼事项而主张、提出或收集的，而且如果分别适用辩论主义或职权探知主义，将可能发生同一程序中法院就各事项所做的事实认定之间有龃龉或矛盾的结果。因此，为避免这种情况的发生，则即使在同一程序审理不同性质的事项时，其审理原则仍应尽可能地求其一致，故宜考虑：当民事诉讼事项与人事诉讼事项合并于同一程序审理时，为了同一家庭纷争得到整体而不矛盾的解决，就其中有关原属民事诉讼事项，应舍弃向来所用的辩论主义，而采用职权探知主义，以使法院在同一程序中对于当事人主张的事实所下判断，不致于因审理事项的差异而产生龃龉，不过，此时应该防止发生突袭性裁判。[104]将属于民事诉讼的事项采用职权探知主义，虽然能快速解决私权利争议，但程序保障比在诉讼程序薄弱。日本学者也认为，对于职权主义所支配的家事审判程序，亦应赋予程序保障，职权主义和程序保障二者不是对立的，而是共同达成妥适裁判。[105]笔者完全赞同在婚姻事件程序中交错适用诉讼法理和非讼法理，[106]至于各事项具有何种特性、需求何种程序法理、如何取舍何项程序法理，须在立法上予以确定。同时，不妨就此类案件赋予法官较大的自由裁量权。

三、婚姻诉讼诉的合并的模式分析

无论是婚姻事件之间的合并，还是与婚姻事件有牵连关系的非婚姻事件与婚姻事件之间的合并，都较一般的诉的合并复杂。因为，这些合并，不单单从诉讼性质上涉及到诉讼事项与非讼事项的合并问题，还会从诉讼请求的内容上出现以下情况：同一婚姻关系涉及的各类诉讼，有些能够同时并存，例如原告提起确认婚姻关系成立之诉，并同时提起请求被告履行同居义务之诉[107]；有些则是不能同时并存的，诉讼请求之间是相互排斥的。能够同时并存的诉，由原告合并起诉，不能同时并存的各诉，如果原告对事实经过不甚明了，或举证有困难，或有关法律上效果判断不明，有时也有进行诉的合并的必要。[108]因此，针对如此复杂的合并, 应先将其进行分类。只有予以明晰的分类，才能更好地审理。否则，将有违合并的初衷。一般的诉的合并，以合并诉讼标的的目的来进行划分，可分为单纯的诉的合并、竞合的诉的合并、预备的诉的合并以及选择的诉的合并。现就婚姻事件所涉及的客观诉的合并，将属于何种合并模式予以分析。

单纯的诉的合并，是指同一原告对同一被告主张多个诉讼标的，即提出多个诉，要求法院对这些诉全部一同作出判决的诉的合并。单纯的诉的合并又可以分为无牵连关系的诉的合并和有牵连关系的诉的合并。无牵连关系的诉的合并，是指每个诉都是独立的，它们之间没有任何法律上或者事实上的牵连关系的诉的合并。婚姻事件程序中，无牵连关系的单纯合并较为少见。有牵连关系的诉的合并，就是一个诉的成立必须以其他诉的成立为前提的诉的合并。比如，原告提起确认婚姻关系成立之诉，并同时提起请求被告履行同居义务之诉；还有前文所讲的与婚姻事件有牵连关系的非婚姻事件与婚姻事件的合并也属于有牵连关系的单纯合并。

竞合的诉的合并与诉讼标的的理论息息相关。在诉讼标的理论上的不同观点必然导致对竞合的诉的合并的不同认识。竞合的诉的合并，是指同一原告就同一被告在实体法上享有几种独立的请求权，但是这些独立的请求权却只有一个同一的目的，各该实体法上的权利在同一诉讼程序中以单一的诉的声明要求法院作出同一的判决。其实质是当事人在民事实体法上请求权的竞合。根据诉讼标的理论的旧实体法学说, 不同的请求权实质上产生于不同的实体法律关系，原告对不同的法律关系或者实体法上的请求权在诉讼中主张就构成不同的诉讼标的。但是, 诉讼法学者认为任何一种请求权竞合, 因其诉讼目的只有一个, 因此只能有一个诉讼标的。他们认为在实体法上的请求权产生竞合的情况下, 当事人只能就其中之一以诉的声明的方式提起诉讼, 诉的声明是诉讼法学者识别诉讼标的的标准, 因此在诉讼法学者的

---

101 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。

102 魏大喨：《家事诉讼与非讼之集中交错——以对审权与裁量权为中心》，载《月旦法学杂志》，2003 年第 3 期。

103 邱联恭教授认为，面对各式各样的纷争形态，如果墨守传统的诉讼程序及非讼程序完全分离适用的理论，这样的审判程序能否充分顾及各纷争的特点，是否有助于纷争的妥善解决，均存在很大疑问。而两种程序法理交错适用，则可以更好地适应新的纷争形态，解决上述问题。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。

104 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。

105 参见（日）本间靖规：《家事审判的程序保障》，吉村德重古稀论文集，2002 年，第 120 页。

106 见拙文《家事事件程序的法理分析》，载《河北法学》2006 年第 6 期。

107 德国和台湾的民事诉讼法均规定了夫妻同居之诉。虽然我国的婚姻法没有明确规定夫妻有同居的义务，但在司法实践中也有受理夫妻同居之诉的案例，如广西钦州一位八旬的香港老翁，起诉向自己的少妻索要同居权，法院受理并支持了这位老翁的请求。

108 杨建华著：《民事诉讼法问题研析（三）》，三民书局有限公司 1998 年版，第 482 页。

眼里, 不存在竞合的诉的合并的问题。[109]婚姻诉讼中，原告以多种理由提起离婚诉讼，台湾学者杨建华教授认为，此种情况为竞合诉的合并。[110]我国《婚姻法》第 32 条规定，有下列情形之一的，法院调解无效的，应准予离婚：重婚或有配偶者与他人同居的；实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员的；有赌博、吸毒等恶习屡教不改的；因感情不和分居满二年的；其他导致夫妻感情破裂的情形。此外，一方被宣告失踪，另一方提出离婚诉讼的，法院也应准予离婚。这样一来，构成离婚的原因就有很多，根据实体法规范就构成不同的形成权，因而形成多数诉讼标的；但只要其中一个诉讼标的得到法院支持，就可以达到离婚的法律效果。

预备的诉的合并，是指原告在提起主位诉讼时为了预防其提起的诉无理由，而同时提起预备诉讼，以备主位诉讼无理由时，就预备诉讼请求法院作出裁判。主位诉讼与预备诉讼合并提起，或者于起诉后进行诉的追加，就形成了预备合并之诉。比如，原告请求确认婚姻无效，同时预备婚姻无效请求遭败诉判决时，合并提起撤销婚姻的请求。本文所举案例，原告可主位提起宣告婚姻无效之诉，预备合并提起离婚之诉。一般认为，预备合并之诉的主位请求和预备请求之间是相互排斥的。[111]婚姻事件程序中，婚姻无效之诉请求法院确认婚姻无效，婚姻无效为自始、确定的不发生效力，无须法院作出宣告无效的形成判决，与撤销婚姻之诉、离婚之诉、夫妻同居之诉是相排斥的；此外撤销婚姻之诉与离婚之诉都是为了消灭婚姻关系两者也是相互排斥的关系，而夫妻同居之诉以婚姻合法存在为前提，与婚姻无效、撤销婚姻、确认婚姻不成立、离婚之诉更不能并存。针对这些具有排斥关系的诉讼，有学者就认为，这些诉合并提起或起诉后追加合并的都形成预备诉之合并，应以预备诉之合并的程序办理。预备合并之诉的主位请求与预备请求有主次之分、轻重之别，若原告未定有裁判顺序的，审判长应行使阐明权令其叙明或补充，若因预备诉之合并之先后顺序，对当事人权益影响至巨（如离婚与履行同居），依处分权主义之原则，应由当事人自行决定为宜。[112]有些学者则认为，应依有无伦理顺序（或逻辑上的顺序）解决，例如婚姻无效或撤销婚姻之诉与离婚之诉合并提起的，应先就婚姻无效或撤销婚姻之诉为调查，若伦理上无当然之顺序者，则依原告指定的顺序办理，如离婚与夫妻同居之诉。[113]

我国民事诉讼法没有设立预备合并之诉制度，最高人民法院关于适用《婚姻法》若干问题的解释(二) 第 7 条第一款规定的“人民法院就同一婚姻关系分别受理了离婚和申请宣告婚姻无效案件的，对于离婚案件的审理，应当待申请宣告婚姻无效案件作出判决后进行”，显然是依伦理或逻辑顺序而确定的。随着我国婚姻制度的完善，婚姻诉讼种类增加，以伦理或逻辑顺序来确定审理次序将不宜操作，或有违当事人的意愿。因此，针对原告就不能并存的婚姻事件合并起诉或进行的诉的追加，作为预备的诉的合并审理更为妥当。

选择的诉的合并，是指原告主张几个给付内容不同的请求，只要法院判令被告履行其中之一，就可以达到原告起诉的目的的诉讼。非常明显这种诉的合并只能在给付之诉中发生。[114]由于婚姻诉讼是有关身份关系的诉讼，大多为确认之诉或形成之诉。即使是与婚姻事件有牵连关系的非婚姻事件，构成选择的诉的合并的情况也不多见。

结语

德国、日本和我国台湾的法律集中规定婚姻诉讼程序，[115]使该类诉讼在专门的程序中进行任意的诉的变更、合并，既符合婚姻事件的特点和要求，又易于操作和被接受。因此，我国民事诉讼法修改时，应当借鉴日本、德国和我国台湾的做法，允许基于同一婚姻关系的婚姻诉讼之间，于第一审或第二审言词辩论终结前进行诉的变更与合并。同时，对民事诉讼诉的合并制度进行详细的规定，以使婚姻诉讼合并审理能够更好地运行。

（原载<政治与法律>2007 年第 5 期）

---

[109]李龙：《民事诉讼诉的合并问题探讨》，载《现代法学》2005 年第 2 期。

[110]杨建华著：《民事诉讼法问题研析》（三），三民书局有限公司 1998 年版，第 481 页。

[111] 此为日本和台湾地区民事诉讼法学者的通说观点， 近年来德国的梅勒（Merle）教授和科伊（Comi）以及我国台湾学者陈荣宗教授提出了不同的看法。

[112] 杨建华著：《民事诉讼法问题研析》（三），三民书局有限公司 1998 年版，第 482 页。

[113] 见石志泉著：《民事诉讼法释义》，三民书局 1982 年版，第 652 页；姚瑞光：《民事诉讼法论》，海天印刷 1988 年，第 589 页；曹伟修著：《民事诉讼法释论》（下），（台）金山图书文具公司 1978 年版，第 1833 页；吴明轩：《中国民事诉讼法》（下），三民书局 1982 年版，第 1556 页。.

[114]李龙：《民事诉讼诉的合并问题探讨》，载《现代法学》2005 年第 2 期。

[115]民事诉讼法解决的纠纷包括财产关系纠纷和身份关系纠纷，财产关系纠纷纯属私权利纠纷，原则上当事人可自由处分实体权利和诉讼权利。民事诉讼法的立法原则多着眼于财产关系纠纷而规定的，如处分原则和辩论主义。而身份法律关系“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。”（见陈荣宗、林庆苗：《民事诉讼法》，三民书局 1996 年版，第 936 页。）德国在民事诉讼法中设立了家庭诉讼程序，日本以及台湾地区都设立了独立的人事诉讼程序，而人事诉讼程序又以婚姻事件为首。

中外家事裁判制度比较研究

张晓茹*

目　次

一　各国（地区）家事裁判制度概述
二　各国（地区）家事裁判制度的比较与评析
三　我国的家事裁判制度及其弊端
四　设立家事裁判制度的必要性及我国的改革设想

改革开放以来，随着经济的活跃和发展，平等主体之间的交往日益频繁，人口流动性也大为增强，婚姻家庭纠纷数量也日趋增多，种类也越来越多样化。婚姻家庭纠纷涉及公益和当事人的隐私，必须适用科学合理的家事裁判制度才能很好地解决。这些案件如果处理不好，不仅影响家庭的稳定、损害未成年人的利益，还会导致刑事案件的发生、扰乱社会秩序。因此，家庭案件的有效解决应当给予充分的重视。世界主要先进国家均有其独特的家事裁判制度，本文通过对世界各国（地区）家事裁判制度比较、分析，总结出各国（地区）在家事裁判程序法的制定、家事法院的设立、家事法官的配置和心理学、社会学等的应用诸方面存在的差异，旨在为我国提供可供借鉴的经验，同时提出我国构建家事裁判制度的设想以求教于学界同仁。

一、各国（地区）家事裁判制度概述

（一）德国

德国在民事诉讼法典第六编规定了家事审判程序，1877 年民事诉讼法公布至今，第六编修改得最频繁也最多，总体趋势是：家事审判程序的内容不断得到扩充，相关编名及涵盖的家庭事件的范围不断扩大。大致历程如下：

1877 年民事诉讼法公布时，第六编分为两章：“婚姻事件的诉讼程序”和“禁治产事件诉讼程序”；1898 年民事诉讼法修改后，第六编在原有的基础上增加了“确定亲子间的法律关系的诉讼程序”；1977 年，第六编编名改为“家庭事件、亲子事件、抚养事件、禁治产事件”，第一章“家庭事件的程序”把原来的“婚姻事件”扩大为“家庭事件”；1997 年，德国民事诉讼法的修改，把编名改为“家庭事件程序”，取消了禁治产事件而把亲子事件和抚养事件都并入家庭事件，全编分为六章：婚姻事件程序的一般规定、其他家庭事件程序的一般规定、离婚事件与离婚后事件和程序、撤销婚姻与确认婚姻存在与否的程序、亲子事件程序、抚养的程序。

德国 1877 年民事诉讼法公布时，就规定了检察官全面参与婚姻事件的制度，后几经修改，1976 年修改时，只保留检察官对确认婚姻无效之诉和确认婚姻存在与否之诉的参与权，1998 年完全取消了检察官的参与，规定了行政机关参与的制度。

德国在 70 年代中期以前，并没有统一处理家事事件的家庭法院。当时解决家庭纠纷的方式有两种：（1）由普通法院依照民事诉讼法第六编的规定处理家事诉讼事件；（2）由监护法院与遗产法院依非讼案件法处理与监护继承有关之家庭事项。监护法院与遗产法院属于初级法院（Amtsgericht）的一个分部，而非独立的法院。[116]自 1971 年以来，德国立法机关采取措施由传统四级民事法院结构向三级法院结构转变。1977 年家事法庭成为地方法院的一部分，家事法庭的裁判可直接上诉到高等法院。

（二）日本

日本于 1898 年制定了《人事诉讼程序法》，采用与民事诉讼程序分立的体例。该法公布后，多次进行修改，但基本内容没有大的变化。从内容上看，包括婚姻案件的程序、收养案件的程序及亲子关系案件的程序。人事诉讼程序法是普通地方法院审理家庭法院转来的人事诉讼案件时所应遵循的程序法。

1947 年日本颁布了《家事审判法》，家事审判法对于家庭事件规定了审判程序与调解程序。在家庭关系案件中，人事诉讼案件以外的涉及离婚财产分割、子女监护人的确定、抚养费的负担、婚姻费用的分担等争议是依照家事审判程序由家庭法院审理和裁判，但是，其中一部分争议限于与离婚诉讼的牵连，又可以在地方法院审理和裁判。象离婚、婚姻无效、亲子认定等案件，应首先在家庭法院申请家事调停，通过调停解决纠纷。家事调停不成立的，改为通过诉讼加以解决的，应向地方法院提起诉讼，地方法院依人事诉讼程序法审理。

制定家事审判法之初，在地方裁判所内特设支部作为家事审判的国家机关，称为家事审判所，于 1948 年依裁判所法改置家庭裁判所。日本的家庭裁判所是将家庭审判所由地方裁判所独立后与少年裁判所合并而成立的。日本成立

*张晓茹：北京航空航天大学法学院讲师，　法学博士

116 林菊枝：《家事裁判制度之比较研究》，载《政大法学评论》1976 年 13 期，第 113-137 页。

家庭裁判所，旨在个别的、具体的妥善处理家事事件与少年案件，故将家庭裁判所分为家事部与少年部分别处理有关业务。

日本的家庭法院由法官、书记官、调查官组成，还设有处理事件的辅助机构，如医务室（有医师、护士）、家庭科学调查室、参与员、调解委员（由社会贤达担任）及家庭裁判所委员会（由民间有识人士组成）协助家庭法院的运营。家庭法院的法官，不但应该是优秀的司法官，而且应具有能洞察关系人行动的能力，又就心理学、社会学、教育学、精神病学等有关人的关系的科学，有某种程度的认识始可。

日本人事诉讼程序法规定，对于婚姻案件、收养案件和亲子案件，检察官可以作为当事人提出诉讼，为了维持婚姻，检察官即使不作为当事人也可以提出事实和证据方法，对已经判决的案件，检察官可以提出上诉。

（三）法国

法国新民事诉讼法典第三卷“某些案件的特别规定”中，主要是关于家庭案件的司法程序的规定，涉及的案件主要有婚姻关系案件、亲子关系案件、收养关系案件、监护案件、夫妻财产关系案件。具体包括：自然人的国籍，身份证书，民事登记薄，失踪，赡养义务与分担婚姻负担，离婚与分居，亲子关系与补助费，有关被遗弃儿童的申报，收养，亲权，未成年人的保护制度，夫妻财产制，继承与赠与等，这些家事案件既有诉讼案件，又有非讼事件。法国民法典第一卷第六编第二章也规定有“离婚的程序”。

法国没有专门的家事法院，家事案件由大审法院管辖。法国配备了专门的家事法官进行家事司法活动。民法典第247条规定，大审法院委派该法院一名法官负责家庭事务案件，该法官更为关注保障未成年子女的利益；该法官对宣告离婚有管辖权，无论离婚原因如何。法官得将符合审理条件的案件移送合议庭审理。不论离婚原因如何，对宣判离婚以后行使亲权的方式与变更抚养费以及决定将子女托交第三人照管，家事法官唯一有管辖权。民事诉讼法典第1074条规定，除民法典第247条赋予的权力外，家事法官的任务是在诉讼之前或诉讼过程中在夫妻之间试行和解，家事法官是审前准备法官，亦行使紧急审理法官的职责，必要情况下，家事法官对无管辖权抗辩作出裁判。

法国检察机关参与家事案件的方式有两种，一种是检察机关作为主要当事人，一种是作为从当事人。检察官作为主要当事人参加诉讼时，必须出席法庭参加辩论；检察官可以要求法官回避，但不可被要求回避。检察机关在作为主要当事人参加诉讼时，可利用其他当事人应有的一切上诉权利和途径提起上诉。法国民事诉讼法还规定了检察机关以从当事人的身份参与家事诉讼。涉及亲子关系、未成年人监护安排、成年人监护的设置与变更的案件，应当通报检察院，检察院对向其通报的案件有权就法律适用问题提出意见。

（四）英国

英国于1973年制定了《婚姻诉讼法》，1984年又制定了《婚姻和家事诉讼法》。

英格兰和威尔士的郡法院是地方法院，一些收养儿童、监护和无答辩的离婚案件由郡法院受理。高等法院的三个庭中，其中之一为家事法庭，家事法庭是在1971年由原来的遗嘱、离婚和海事法庭改组设立的，由于海事案件已转入王座法庭，所以更名为家事法庭，由庭长及大约16名法官组成。家事法庭主要管辖离婚、婚姻无效、别居、抚养、同居请求、婚生宣告等事项。20世纪50年代起，当时离婚请求的增加使得现有人数的高等法院法官无法应付，于是，更多的离婚案件由巡回法官自己开庭审理，只有较复杂的才送交高等法院家庭部。[117]

北爱尔兰的初级法院包括郡法院和地方法院，郡法院设有家事看护中心（Family Care Centres），由三名郡法院法官组成，负责依《1995年（北爱尔兰）未成年人令》提起有关未成年人抚养或福利的申请或上诉。地方法院包括青少年法院和家事诉讼法院。北爱尔兰的高等法院也由三个法庭组成，家事法庭是其中之一。家事法庭审理的主要案件包括：（1）婚姻事项（比如离婚案件、裁判分居及其他附带事项，如对婚生子女监管、探视纠纷、抚养令[financial provision orders]）；（2）收养；（3）未成年人的监护；（4）根据《1995年（北爱尔兰）未成年人令》提出申请；（5）有关精神病人的事项（处理因精神不健全、需要司法保护的人之有关事项）；（6）无争议遗嘱检验案件（如核准或撤销遗嘱、遗产管理证书）。[118]

英国法律规定检察长有权参与确认婚生和非婚生子女合法身份的案件，当事人在向法院提出申请之前一个月，必须将申请书和正式方面陈述的副本提交给有管辖权的检察长。此外，在解除婚约或婚约无效的诉讼中，检察官也起着重要的作用。他可以主动或根据法院的邀请而介入这类诉讼，这主要是为了防止同谋勾结或作为法院之友协助法院论述法律的要点，特别是在无争论的案件中产生重要法律问题的情况下。爱尔兰法不承认离婚，因而没有与英格兰检察官介入此类案件相类似的情况，虽然婚姻无效的诉讼被允许存在，但事实上很少发生。[119]

---

[117] [日]小岛武司等著：《司法制度的历史与未来》，汪祖兴译，法律出版社2000年版，第184页。

[118] 参见徐昕：《北爱尔兰民事司法改革》，载《司法改革论评》（第一辑），中国法制出版社2001年版。

[119] 见李忠芳、王开洞主编：《民事检察学》，中国检察出版社1996年版，第33—35页。

（五）美国

《美国一九七〇年统一婚姻及离婚法》于第二、三、四部分分别规定了有关婚姻、离婚和监护的程序。各州也针对家事案件通过不同的形式规定了家事诉讼程序，如《伊利诺州维恩郡巡回法院办事规程》第10 条分16 项对家事诉讼事件（domestic relations actions）程序进行了规定，1970 年1 月1 日生效的《加利福尼亚州亲属法》规定了有关家事事件程序，《芝加哥库克郡巡回法院办事规程》第十五章规定了离婚事件程序，马里兰州的《家事法》规定了婚姻案件的程序，《遗产与信托法》对监护案件作出了规定。

在美国，很早就设立有特别裁判所及特别程序，合并处理少年事件及有关家庭事件。20 世纪60 年代，美国掀起了成立独立的家庭法院运动，这些家庭法院由对此类问题有兴趣或有特殊才能的法官、社会工作者及其他专家组成。较之普通法院，家庭法院所采用的程序规则更为灵活可变通，较少具有对抗性（减少人们的敌对态度），比起其他与此无关主要以解决冲突为目的的法庭来，它会提供更多的职业帮助。目前这一目标还未在美国所有的州全面实现，在大约十二个州内，独立的家庭法院系统目前处理着所有的家庭法律问题，但是，该系统远远没有统一化，而且未必接近理想状态。另外，许多州和城市把家庭问题分配给那些州的普通法院的独立部门受理。[120]家庭法院在州法院系统中属于正式的初审法院，治安法院作为非正式的初审法院，也对家庭纠纷享有初审管辖权。

独立的家庭法院审理的标的主要包括：结婚的资格、婚姻的效力、宣布婚姻无效、法定分居、非婚生子女地位、推定父亲、婚姻关系存续期间的配偶及子女扶养、亲权、收养、离婚、离婚后的配偶扶养、子女监护、探视，家庭暴力、家庭犯罪（包括婚内强奸、虐待、遗弃配偶、子女）以及青少年犯罪等问题。

美国家庭法院的特色，不仅在于有关家庭事件由此集中管辖，而是家庭法院在特定的理念下，依特别组织及程序作出裁判。家庭法院分类受理家庭案件，除当事人希望即时由法官审理的案件外，均不必移送于法官，由受理案件的官员就在此部门，以个案作业非正式之方式处理。家庭法院如欲以“诊断及治疗”为目标，为个别化之处置，则社会调查不可或缺。就各事件收集资料，作为客观及具体妥当解决之根据。家事事件在必要时也应从医学、精神医学、心理学方面，由专家鉴定事件关系人的身心，这些工作可由家庭法院所属的医院或委托其他医师为之。家庭法院通常由受理案件的工作人员、调查官或观护官担任和解工作，有些家庭法院设有婚姻协谈人员，不但在受理或调查阶段或各案作业中，甚至法官审理途中，如认为有和解的希望，得移送事件于婚姻协谈人员。担任此职务者，并不是专业法官，而是由有个案作业专门技术的职员担任。

（六）澳大利亚

澳大利亚的家事裁判程序主要规定在《1959 年联邦婚姻案件程序法》和《1975 年家事法案》（Family Law Act）。《1959 年联邦婚姻案件程序法》曾将有关家事案件的管辖权授予州法院，后来，澳洲根据《1975 年家事法案》专门创设了联邦家庭法院（FCA），该法院属于联邦高等法院。联邦的主要城市及其他一些地区都设有家事法院。全国共有家事法官80 余位。

澳大利亚的家事法院主要对下列事项享有管辖权：有关离婚和确认婚姻无效的案件；有关子女的监护和探视问题；配偶、子女的抚养问题；夫妻财产分割问题等。

《1975 年家事法案》规定了家事案件处理的顾问和注册官制，顾问一般是那些在某一社会科学领域中有专长的人，他们履行两项职责：首先，他们有义务向法庭提交涉及本案家庭成员间关系的“家事报告”，以此帮助法官对子女监护和探视问题作出裁决。其次，他们试图通过与夫妻双方进行座谈解决争议问题。这同样是具有法定资格的注册官的职责，他们也力图通过商谈的方式解决有关抚养和财产争议。1975 年以来，联邦家事法院积压的案件不断增多，注册官原先只需要履行行政管理职能，而近年来为了节约法官的时间他们还必须处理解除婚姻和诉讼中的事务，负责与当事人双方就抚养问题和财产事项进行会谈。

（七）韩国

韩国于1990 年12 月31 日公布了《家事诉讼法》，规定了总则、家事诉讼程序、家事非讼程序、家事调解、履行之保证以及罚则。此外，大法院1990 年12 月制定、1998 年12 月修订的《韩国家事诉讼规则》明确了家事调查官的职责，并对《家事诉讼法》中的上述内容作进一步的补充和解释。

韩国在汉城设有家庭法院，专门处理家事事件，在其他地方则由一般法院的家事部负责处理家事事件。家庭法院与地方法院同处一个级别，位于大法院、高等法院之下，属于基层法院。

家庭法院办理家事诉讼案件和家事非讼案件，其程序上适用家事诉讼法的规定，对于家事诉讼法没有规定的事项，适用民事诉讼法和非讼案件的程序法。

（八）台湾地区

---

[120] [美]哈里·D·格劳斯著：《家庭法》，法律出版社1999 年版，第369—370 页。

1973年“行政院”命令公布家事事件处理办法以前，家事事件的处理根据民事诉讼法的人事诉讼程序。现在台湾有关家事案件的司法程序主要有四类法源：民事诉讼法第九章、家事事件处理办法、非讼事件法、法人及夫妻财产制契约登记，其中，家事事件处理办法涵盖的范围最广。[121]归纳起来，台湾为处理家事事件设有四种由法官运作的程序：其一是调解程序，就配偶、直系亲属、四亲等内之旁系血亲、三亲等内之旁系姻亲、家长或家属相互间因财产权发生之争执事件，要求适用调解前置程序（民事诉讼法第403条第1项第10款），由简易庭法官行之（第406条第1项）；又此项程序亦准用于离婚事件、夫妻同居请求事件及终止收养关系事件（第577条、第588条），但在设有家事法庭的地方法院则由该庭法官担任（家事事件处理办法第3条、第5条第2项）；此外，家事事件的当事人亦可任意申请调解（民事诉讼法第404条）。其二是人事诉讼程序，适用于婚姻、亲子关系、禁治产及死亡宣告等事件（民事诉讼法第九编）。其三是由地方法院法官所行一般民事诉讼程序，适用于未能依上述规定成立调解之家事事件及其他家事事件，诸如经当事人迳提起诉讼之因婚姻关系、亲子关系及继承关系所生财产上纷争事件。其四是设家事非讼程序于非讼事件法之普通法，适用于有关夫妻财产制登记、监护、收养、继承及其他有关父母对于未成年子女权利义务行使负担等事件，此外并无为其另设专法（非讼事件法第二章相关规定）。[122]

根据家事事件处理办法第3条的规定，台湾并无独立的家事裁判机关，仅在地方法院内设家事法庭[123]。至于家事法庭的成员，依家事事件处理办法第4条的规定，可分为：（1）法官，依该办法，家事法庭置法官若干人，担任事件的调解及裁判。法官三人以上者，置庭长一人，由法官兼任，综理全庭行政事务。担任家事事件的法官，经遴选对家事事件有研究并且资深者充任，候补法官及未曾结婚的法官，原则上不得承办。（2）书记官，依该办法，家事法庭配置书记官若干人，办理记录事务。配置书记官在五人以上者，得指定书记官一人为科长，综理有关书记官事务。（3）该办法又规定法庭配置通译、录事、执达员、庭务员、工友各若干人。

台湾“法务部”为了贯彻民法、儿童福利法、少年福利法、非讼事件法规定检察官得参与民事及非讼事件之立法意旨，规定了《检察官参与民事及非讼事件注意要点》，该要点所称的民事及非讼事件，除法人事件外，均为家事事件。检察官参与的家事事件主要有死亡宣告事件，禁治产事件，选任遗产管理人事件，保存遗产事件，选定监护人及指定监护方法事件，宣告停止监护权事件及宣告终止收养关系事件。

二、各国（地区）家事裁判制度的比较与评析

（一）各国（地区）家事裁判制度的差异

从各国（地区）家事裁判制度的发展及现状，我们可以看出，尽管各国经济、文化发达程度及历史传统各不相同，但都注意到了家事纠纷的特殊性，都将家事案件作为一种特殊类型的案件适用适合纠纷自身特殊要求的程序审理，但各国家事裁判专业化程度各不相同，在家事裁判程序法的制定、家事法院的设立、家事法官的配置和其他科学的应用程度等方面存在着很大的差异：

1、　从家事裁判程序法的制定情况来看，法国将家事审判程序以“某些案件的特别规定”命名规定在民事诉讼法典中，德国、中国台湾分别以“家庭事件程序”、“人事诉讼程序”单编规定于民事诉讼法典，日本制定了家事审判法和人事诉讼程序法，韩国也制定了家事诉讼法；相比较而言，英美法系国家没有大陆法系国家这样明确的理论体系和系统的成文立法，在判例法传统的影响下，家事案件的司法程序规则由法院制定和掌握，或者散见于统一家庭法、结婚法、离婚法以及各州的地方性法规中。

2、　从家事法院的设立情况来看，德国并没有设立统一的家事法院，只是在地方法院设有家事法庭；法国也没有就家事案件设立专门的家庭法院，家事案件由大审法院管辖；台湾在地方法院内设立家事法庭，韩国只在汉城设有单独的家事法院，美国的家事法院出现较早，但未在全国普及统一化，日本设置有统一的家事法院。

3、　从家事法官和其他相关人员的配置以及其他学科的运用情况来看，日本和美国似乎走在了其他国家的前列，日本的家庭法院不仅有法官、书记官，还设有医务室、家庭科学调查室、家庭裁判所委员会协助家庭法院的运营，家庭法官在裁判案件时还注意心理学、社会学、教育学、精神病学等有关人的关系的科学的运用；美国也注重法律及其他科学如医学、生物学、心理学、社会学等的综合运用，更进一步，以治疗代替惩罚的少年裁判所观念及方法，也适用于家事事件上。

4、　家事裁判主管的案件范围不同，就大陆法系和英美法系而言，大陆法系国家的家事案件范围仅包括与家庭有关的民事案件，不包括刑事案件，而英美法系国家所称的家事事件范围却较为杂乱，既有民事方面的（如离婚、收养、监护、抚养等案件），又有刑事方面的（如家庭暴力犯罪、虐待儿童案件、未成年人违法案件以及其他家庭犯罪案件等）。

---

[121] 陈惠馨：《论我国亲属法规定在诉讼实务之适用》，载《政大法学评论》1990年第42期。

[122] 邱璿如：《家事事件审理程序之新建构（上）》，载《台湾本土法学杂志》2002年第9期。

[123] 事实上只有台北、台中、高雄三地方法院增设了家事法庭，后来高雄已裁撤，目前仅有台北、台中地方法院保留有家事法庭。

就大陆法系各国之间，日本和我国台湾地区的家事案件范围较广，包括人事诉讼事件（婚姻事件、亲子关系事件）、与家庭身份有关的财产关系案件以及家事非讼事件，法国民事诉讼法规定的与家庭有关的案件主要有婚姻关系案件、亲子关系案件、收养关系案件、监护案件、夫妻财产关系案件，既有诉讼事件，又有非讼事件（如宣告失踪）。德国的家事事件主要包括：婚姻事件、亲子关系事件、扶养（抚养）事件、夫妻财产制诉讼、离婚事件。

5、　是否规定了检察官参与制度以及检察官参与家事诉讼的程度不同，德国民事诉讼法曾规定了检察官参与婚姻事件的制度，于 1998 年民事诉讼法修改时以行政机关参与制度代替了检察官的参与；台湾规定了检察官参与家事事件的制度，参与的事件主要是家事非讼事件；法国民法典和民事诉讼法规定了检察机关参与家事案件的方式有两种，一种是检察机关作为主要当事人，一种是作为从当事人，检察机关以从当事人的身份参与家事诉讼，主要是亲子关系、未成年人监护安排、成年人监护的设置与变更的案件；日本人事诉讼程序法规定了检察官参与婚姻案件、收养案件和亲子案件，并可以提起上诉；英国法律规定检察长有权参与确认婚生和非婚生子女合法身份的案件，此外检察官可以主动或根据法院的邀请而介入解除婚约或婚约无效的诉讼中。

（二）各国（地区）家事裁判制度的优劣

就前述德国家事司法的状况来看，德国的家事审判程序制度基本上是完备的，但家事司法机构的设置，并没有实现统一化，地方法院和州法院都有一定的家事案件的管辖权，此外，对家事法官以外的其他专业人员的作用和其他学科的综合运用认识不足，德国的家事裁判制度尚有许多地方有待完善。法国民事诉讼法已经注意到了家庭案件对程序的特殊要求而给予专门规定的作法值得肯定，但司法机构尚处于欠缺状态，只是配备了家事法官参加到家事司法中来。总之，法国的家事司法离专业化的距离较远。英国虽然在传统的法院体制下作出了一些专业化的分工，但其难以冲破固有传统的藩篱，在家事司法统一化方面谨小慎微。美国注重法学与相关专业如医学、社会学、心理学等专业方法在家事裁判中的运用，而全国家事司法机构不统一，也没有标准的家事审判程序法。

日本的家事裁判制度比较完善，有《人事诉讼程序法》和《家事审判法》规范审理程序，也设置了统一的家庭法院，配备有相当充足的工作人员。可以说，日本的家事裁判制度专业化程度走在了各国前列，但还有有待完善的地方。比如，在日本，家庭纠纷案件中涉及人的身份的诉讼，如离婚、婚姻的无效或撤销以及亲子认定，原则上在起诉之前必须向家庭法院申请家事调解。如果调解不成立，改为通过诉讼解决的，应向地方法院提起诉讼。这样以来，一件家庭关系的案件将分为两种程序，即家庭法院的调解程序和地方法院的人事诉讼程序。而且，除有关人事诉讼以外的其他家庭纠纷案件，如涉及离婚财产分割、子女监护人的确定、抚养费的分担、婚姻费用的分担等争议是依照家事审判程序由家庭法院审理和裁判，但是，上述的一些纠纷如果和离婚诉讼有关，则又可以由地方法院审判。这样家庭法院和地方法院之间管辖权的划分过于复杂而为普通民众难以理解。另外，家庭法院配置有调查官、医务室技官等专家，他们具有心理学、医学或社会学等方面的知识，可辅助法官为科学上研判、家事咨商及调解程序上人际关系调整等，他们从事的专门工作有助于家庭法院的正确调停和判决，但是在地方法院，由于没有这种机构，因而在人事诉讼的审判中不能获得此种有效的帮助。值得高兴的是，以上情况引起了日本司法制度改革审议会[124]的注意，他们认为，人事诉讼案件（包括那些已被解释为属于人事诉讼诸如认定亲子关系的案件）应当移交家庭法院管辖，以人事诉讼为由（包括离婚原因的事实）所提起的损害赔偿请求，能够与人事诉讼合并的，也应当由家庭法院管辖。[125]除此之外，审议会还认为，还应当进一步研究人事诉讼案件以外的家庭关系案件是否应当移交给家庭法院管辖以及案件的范围。

综上所述，日本的家事裁判制度为我们提供了许多可供借鉴的经验。

三、我国的家事裁判制度及其弊端

（一）我国的家事裁判制度

清末由沈家本在模仿日本和德国民事诉讼法的基础上，主持完成的大清民事诉讼律草案中的特别程序编，首次规定了现代意义上家事审判程序的雏形——人事诉讼程序。1261921 年，北京政府对清末颁布的《民事诉讼律草案》加以修订，改名为《民事诉讼条例》予以公布实施。该条例中同样有人事诉讼程序的规定，包括婚姻事件、嗣续事件、亲子关系事件、禁治产准禁治产事件及宣示之事件程序，有关规定严格将审判的对象限定家庭身份关系的确立、变更

---

[124] 在世界民事司法制度改革的潮流中，日本的民事司法改革是一次非常值得注意的浪潮。日本内阁于 1999 年 7 月建立了司法制度改革审议会，审议会在调查研究的基础上形成了《日本司法改革审议会意见书：托起 21 世纪日本的司法制度》，《意见书》向日本内阁和国民清楚地描绘了作为未来日本社会基础之一的司法制度的基本蓝图。

[125] 其实，关于将包括离婚案件在内的人事诉讼从地方法院移到家庭法院的议论，从二十世纪 50 年代就已经开始，1994 年《关于婚姻制度等的民法修正要纲试案》中也讨论了这一问题。《司法改革意见书》则支持了所谓“积极论”的观点，意图将家庭法院作为处理人事诉讼的专门法院。参见[日]棚村政行：《关于家事案件的司法制度改革的现状与课题》，载日本《法律时报》，2001 年第 6 期；转引自张卫平主编：《司法改革论评》（第一辑），中国法制出版社 2001 年版，第 379—380 页。

[126] 张晋藩：《中国法律的传统与近代转型》，法律出版社 1997 年版，第 454—455 页。

而不具有财产关系内容的案件。127后来国民党政府于 1930 年、1935 年先后制定了两部民事诉讼法典。法典第九编即为人事诉讼程序的特别规定，包括婚姻事件程序、亲子关系事件程序、禁治产事件程序、宣告死亡事件程序，共四章。此部民诉法典历经几次修订，至今仍在台湾适用。

中国共产党领导的众多革命根据地也施行了新兴的民事诉讼制度，还出现了专门性的民事诉讼法规《晋冀鲁豫边区工作人员离婚程序》(1943 年)。其中第五条规定："司法机关受理离婚案件，得以职权为必要之调查，如原告之诉是无理由者，得传唤被告，经认裁定将原告之诉驳回，不服前项裁定者，得于十日内抗告。"第九条规定："司法机关受理离婚案件，尤其尽量调解，夫妻双方有和谐之望者，并应酌定期限休止诉讼。"[128]各根据地的诉讼条例内容不一致，也不尽完备，但都重视调解在纠纷解决中的运用，还就调解颁布了若干规范性文件。[129]

新中国成立前夕，中共中央发布了《关于废除国民党的六法全书与确定解放区司法原则的指示》，有关人事诉讼的程序法自然也在废除之列。法律体系在新思想的指导下重新建立，1950 年颁布了第一部婚姻法。但 1982 年之前的各种民事程序总结、意见、规定中，却没有关于婚姻家庭案件审理程序的特别规定，只是一直将调解解决纠纷的方法摆在突出重要的地位。

1982 年我国颁布了第一部民事诉讼法典，1991 年又予以修订。两部法典均没有对婚姻家庭案件的司法程序作出系统规定，除特别程序中的宣告失踪、宣告死亡，认定公民无民事行为能力、限制民事行为能力案件程序属于家事非讼程序外，普通程序中只是个别条文的规定与家事事件的审判有关。

（二）我国现行家事裁判制度存在的弊端

我国欠缺专门的家事审判程序制度。现行民事诉讼法对于法院审判的当事人可以自由处分其民事权利的民事案件与当事人的处分权受限制的家事纠纷案件的程序不加区分，都适用同样的原则和程序。民事诉讼法没有设立家事诉讼程序，最高人民法院也没有就家事诉讼作出专门的司法解释[130]，这远不能满足对家事案件裁判的需求。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，且里面存在许多问题。正当的司法需要完备的立法为先导，家事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。我国连基本的家事审判程序都不健全，更不用说，心理学、医学或社会学在家事裁判中的运用了。

我国没有专门裁判家事事件的司法机构和司法人员，这影响到了司法裁判的质量与效果，不利于节约司法资源，提高司法效率。现有的婚姻家庭案件由民事审判庭的普通法官审理，虽然最高人民法院的民事审判第一法庭集中审理婚姻家庭案件和特别程序案件，各省高级法院和部分中级法院也作出了类似规定，[131]但是集中审理这些案件的法庭并不是专门的家事法庭，除受理家事案件外，还审理其他民事案件。更何况基层法院的民庭及其它的派出法庭审理所有的民事案件，根本没有作出任何划分，而家事案件恰恰多数集中在这里。法官既可以办理家庭案件，还可以办理其他民事案件。法官适用相同的程序规则进行不同类型的案件审判，违背民事纷争的程序设置要与案件类型相适应、不同类型的案件应适用不同的程序这一基本法理，其结果使裁判的效率降低、结果有失公正。要么因为法官过大的职权干预违背当事人主义的诉讼法理，要么法院的被动、消极使得社会公益、家庭利益缺乏保护。司法不作分工，即使法官根据案件自身的特点适用不同的程序进行审理，满足了纠纷自身的特性要求，但却使法官的工作状态经常处于变换之中。法官得时刻提醒自己不同种类的案件要区别对待，无形中增加了法官劳力的无效耗费，不利于提高法官专业审判的熟练程度，影响到司法裁判的进度与质量，同时加剧了案件裁判要求与司法资源有限之间的紧张关系。

四、设立家事裁判制度的必要性及我国的改革设想

---

127 熊才：《特别诉讼法详论》（下）, 1921 年。

128 《民事诉讼法参考资料》第一辑, 法律出版社 1981 年版，第 519 页。

129 江伟主编：《民事诉讼法学原理》, 中国人民大学出版社 1999 年版, 第 100-101 页。

130 最高法院根据《婚姻法》和《民事诉讼法》作出了《关于适用〈婚姻法〉若干问题的解释》（二），该司法解释虽然也涉及婚姻诉讼程序的规定，但还是不够全面。

131 最高人民法院于 2000 年 8 月 8 日启动的机构改革中，对审判机构的设置进行了调整，建立大民事格局，把经济、交通运输纳入民事审判的大类。设立四个民事审判庭，即专门审理婚姻家庭、人身权利和房产合同纠纷、特别程序案件的民事审判第一庭；审理法人之间、法人与其它经济组织之间的各类合同及侵权纠纷的民事审判第二庭；审理著作权、商标权、专利权、技术合同等知识产权案件的民事审判第三庭；专门审理海事海商案件的民事审判第四庭。最高法院机构改革完成后，地方各级法院也陆续对内部机构设置进行调整。高、中级法院机构设置，要与最高法院机构设置相对应。基层法院要从符合全面开展审判工作的实际出发设置机构。见《最高法院进行重大机构改革》、《加快改革进程 确保司法公正》载 2000 年 8 月 9 日《法制日报》1、2 版。

(一)设立家事裁判制度的必要性

1、由于家事案件的标的特殊，审理家事案件程序应有别于通常诉讼程序

家事纠纷不同于其它民事纠纷，日本很多学者对家事纠纷有着深刻的分析和独特的见解。如高野耕一先生通过研究发现，家事纠纷与民事诉讼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。[132]我妻荣先生则将家事纠纷的特征概括为“财产关系的合理性和身份关系的非合理性”。他认为，“财产关系是合理的关系，可以用合理的一般的解决基准来对待，而身份关系是非合理的关系，家事纠纷的基础就是身份关系，其背后潜藏着复杂的人际关系，表面上看，有财产分割、精神安慰费、养育费等支付金钱的请求，其根本则是夫妻间、亲族间情感上、心理上的纠葛，即埋藏着的非合理因素。因此，为了合理地解决表面上的法律纠纷，有必要先解决这些非合理的要素。显然，对待非合理的关系，适用合理的一般基准是不适当的。”[133]

我国有学者把家事纠纷归类于人格型纠纷，“人格型纠纷是指与人格关联的纠纷，如婚姻、抚养、分家析产等纠纷，这种纠纷具有相当的感情特征，由于不仅有权利义务性，还有亲属性、血缘性，所以在纠纷的处理上，除了依法处理外，充分尊重当事人的意愿，进行多方面的说服等是必须的。所以婚姻纠纷的法律程序解决往往设置有调解程序，而且强调必须先经过调解。”[134]

由此可见，家事纠纷的当事人之间存在着某种血缘或感情的联系，家中的权利与义务关系表现得相对复杂，不能简单地作出是非分明的处理，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。为达到此目的，家事裁判需要适用协商、斡旋和调解等方式解决家事纠纷，同时纠纷涉及较多的个人和家庭的隐私，不宜公开审理，等等。家庭纠纷的解决需要一种与之相符的有别于契约型关系的纠纷解决方法，这是设立家事裁判制度最基本的依据所在。用来解决其他民事纠纷的对抗式程序不适合甚至不利于家事纠纷的解决。

2、家事纠纷涉及社会利益，家事裁判需要更多的干预

“家事纠纷尽管表面上纯属私人间的问题，但实质上与国家与社会的根本利益息息相关。因为家庭是社会的基本构成要素，家庭关系的稳定是社会安定的基础，家事纠纷如果得不到及时合理的解决，往往会酿成个人、家庭甚至社会的悲剧，转化为暴力的私力救济甚至复仇，对社会造成威胁。因此，国家都将婚姻家庭关系视为一种最重要的社会关系和法律关系，在处理此类纠纷时往往持慎重保守的态度，并且干预较多。”[135]台湾学者多指出设立人事诉讼特则乃基于公益上的需要。“人事诉讼系以身份关系与能力关系为其标的，裁判结果不仅影响诉讼当事人个人之权益，更及于社会之秩序与国家之公益。”[136]

家庭中的社会公益主要体现在哪里？庞德认为，社会公益在家庭中体现为家庭体制的安全，它属于社会体制中的社会利益。家庭体制安全的维护需要防止和消除有害于家庭关系和婚姻安全的行为。[137]笔者认为，这种“防止”在家事司法中就体现为家事非讼事件的处理，这种“消除”体现为家庭关系的确认与修复（主要是家庭纠纷之解决）。

为保护社会公益、家庭利益及家庭中弱者的需要，从程序法角度来说，家事裁判须兼采干涉主义限制当事人处分权，主要表现为职权探知主义和检察官以当事人或参加人的身份参与家事审判。台湾“司法院”为保护家事事件中未成年、禁治产人等弱势当事人，在家事事件法草案中设立“程序监理人”制度，对于这些没有能力或行使权利有困难的当事人，法院将专门帮他们选任一位程序监理人，全程协助和维护弱势当事人的权益。因此，为保护社会公益设立单独的家事裁判制度已成必须。

3、从司法效率和质量的角度考虑，纠纷解决应类型化

人类几千年的生产经验告诉我们，对纷繁复杂的工作进行专业化分工，将有利于此项工作更好地完成。波斯纳在分析劳动分工的功效时作过这样的描述。“一个用一半时间当医生一半时间当律师的人所生产的医疗和法律服务肯定低于与之能力相当的两个分别专职从业者所生产的服务总量的一半。用全部时间从事同样工作的人们总比将其时间分开以从事不相关的工作的人们更容易将工作做好。”[138]在司法领域也存在着如何将有限的司法资源在各类纠纷中有效地配

---

132 高野耕一：《家事调停中裁判官的责任》，《案例》72号。

133 我妻荣：《家事调停序论》[家族法的诸问题]，穗积先生追悼论文集，有斐阁昭和27年第1版。

134 见刘荣军著：《程序保障的理论视角》，法律出版社1999年版，第29页。

135 张乃根：《西方法哲学史纲》，中国政法大学出版社1997年修订版，第302页。

136 陈计男：《民事诉讼法论》，三民书局1994年版，第412页。

137 范愉：《非诉讼纠纷解决机制研究》，人民大学出版社2000年版，第208-209页。

138 [美]理查德·A·波斯纳：《法律的经济分析》，中国大百科全书出版社1997年版，第182页。

置，以达到纠纷解决效果“最优化”的问题。美国学者桑德（Sander）主张应该根据不同的纠纷类型分配解决纠纷的程序，以此实现纠纷解决的效率化。现在我们有了刑事诉讼、民事诉讼和行政诉讼的区分，并在法院设置了专门的庭室，由固定的人员来处理某类案件，但这还不够。现代社会的高度复杂化对纠纷解决机制的专业化提出了新的挑战，它要求我们在民事案件中作进一步的划分，按照其中各类案件的特点和需要，设置专门的诉讼制度加以处理，不同类型的案件应适用不同的程序。“家庭冲突是一种独特的冲突类型。它的起因、它的尖锐化、它的扩及非参与人以及它的形式还有它的和解，都是独一无二的，也是其它冲突的相应特征所无法相比的。因为家庭纠纷是在一个有机整体的基础上展开的，这个整体是在众多内在和外在的联系中生长起来的。”[139]因而，针对家事纠纷应适用特殊的家事裁判制度。

4、现代社会生活的复杂化和社会的高度分工要求法律活动的专门化

从国内外的历史经验来看，随着社会分工、特别是市场经济条件下的高度社会分工的发展，法律机构会发生一种趋势性的变化，即法律的专门化。法律专门化在此可以有三种并不必然分离的含义。首先是社会中从事法律事务的人员的专门化；其次，伴随着法律事务人员的专门化而有法律机构具体设置的专门化；第三表现为相对独立的法律机构运作。

司法活动的专门化是一个历史的演进过程，是与社会劳动分工的增加、社会生活复杂化的趋势相联系的。我国目前正在建立社会主义的市场经济，劳动分工和专业化的程度也必然随之加强，作为法律这个职业也必然会更加专业化，同时市场经济的发展也要求法律职业更加专业化。从社会经济生活发展的大背景来理解，可以说司法活动专门化是现代社会中社会分工在法律领域的体现，是法律活动职业化和专门化的一种特定形式的延伸。[140]我国改革开放以来，法院机构已有相当的变化，一些城市的法院建立了青少年法庭，但是家事裁判似乎并没有引起理论界和司法界的重视，既没有完整、系统的家事裁判程序，又没有设立家事法庭和配备家事法官。现实生活中家事纠纷的增加和复杂化，以及新型家事纠纷的出现为家事事件的专门化处理提出了要求。

(二) 构建我国家事裁判制度的设想

构建系统、科学的家事裁判制度是一项系统工程，更何况我国在这方面严重缺失。笔者认为，应从以下几方面构建我国的家事裁判制度：

首先，制定家事审判程序是家事审判得以规范运作的前提条件和基本保证。关于我国家事事件程序的构建模式，笔者认为应采用德国式，即将家事事件程序作为民事诉讼法中的一编加以规定。这样可以乘民事诉讼法修改的东风，使家事事件程序制度及早得以建立。

其次，“徒法不足以自行”，任何完美的制度，没有相应的机构和人员去执行，也难以收到制度设计者预期的效果，因此，还要设置家事审判机构、配备家事法官及其他辅助工作人员。笔者主张，应先在直辖市、省政府和自治区政府所在地的市设立专业的家事法院，待实行一段时间后，再依各地区案件增长状况及实施成效，决定普及的范围；未设置家事法院的县市，则应在其基层法院成立家事法庭，以保障家事诉讼事件及家事非讼事件当事人及未成年子女的利益。我国家事法院（法庭）的法官，可以主要从辖区内基层法院的具备家事法官素质的法官中选拔。基层法院民庭的法官，若办理家事案件的经验丰富，又对家事案件充满热情，可以充实到家事法院的家事部或本院的家事法庭之中。此外，法学院本科毕业生，甚至婚姻家庭法学、少年法等专业的硕士、博士毕业生，可以成为家事法院法官的主要来源。

再次，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。

最后，家事案件的另外一个特点——当事人结构、关系的特殊性决定了家事调解和其他辅助性解决措施不容忽视。笔者认为应：(1)在家事法院（法庭）内设定家事调解委员名单，由法官和调解委员组成调解机构；(2)明确规定家事诉讼案件的调解前置制度；(3)建立有别于一般调解的家事调解制度，可在家事法院内设立医学诊断室、心理治疗室等，在调解的过程中广泛收集与当事人有关的个人及家庭背景资料，运用心理学、社会学、医学的知识进行调解。积极结合法哲学、法社会学、心理学、临床心理学、法人类学等各相关领域的学问，创设临床调解学。

（原载《诉讼法学研究》（第十一卷）中国检察出版社2006年9月版）

---

[139] K·沃尔弗：《冲突》，英译（1995）第68页，转引自戈尔丁：《法律哲学》，第225页。

[140] 参见苏力：《法律活动专门化的法律社会学思考》，载《中国社会科学》1994年第6期。

“家事诉讼程序”专家建议稿及立法理由

张晓茹（北京航天航空大学法学院）

第三十四章 一般规定

第345条 [适用范围]

人民法院审理婚姻案件、收养案件、亲子关系案件、追索赡养费、抚养费、抚育费案件等涉及身份关系的案件，适用本章规定。

[立法理由]

本条明确了本章的适用范围。不仅婚姻案件、收养案件、亲子关系案件这些纯粹的身份关系案件适用本章的规定，与身份关系有关的财产纠纷如追索赡养费、抚养费、抚育费案件也适用本章规定。

第346条 [未成年人提起诉讼] 未成年人可以就身份关系的效力或者身份关系是否存在提起诉讼。

[其他法域立法例]

《日本人事诉讼法》

第13条第1款 人事诉讼程序对于诉讼行为，不适用民法第4条、第9条、第12条及第16条和民事诉讼法第31条及第32条第1款（含准用该法第40条第4款的情况）和第2款的规定。

我国台湾地区”民事诉讼法”

第570条 未成年之夫或妻，就婚姻无效或确认婚姻不成立之诉，亦有诉讼能力。

第584条 前条之诉收养无效或撤销收养，与确认收养关系成立或不成立及终止收养关系之诉，养子女虽不能独立以法律行为负义务者，亦有诉讼能力。

[立法理由]

未成年人就其身份关系涉诉时,往往与其法定代理人存在利害冲突。因此，为了保护未成年人的合法权益，特允许未成年人提起此方面的诉讼。同时，身份上的行为具有不可替代性，因此事件本人亲自到场，陈述事件经过，法官更能掌握案情作出妥当裁判。因此，家事诉讼程序比通常程序更加强调当事人本人到场。家事诉讼强调当事人本人参与，扩大当事人的诉讼能力，使当事人本人有直接参与诉讼的可能，即使当事人不是完全行为能力人，只要其具有意思能力，应使其为一定的诉讼行为。

第347条 [人民检察院参加诉讼]

人民检察院可以提起宣告身份关系无效的家事诉讼。

人民法院审理家事案件，如果认为有必要时，可以通知人民检察院参加诉讼。人民检察院在诉讼中可以针对该事件陈述意见，也可以在限定的时间内列举事实或者提供证据。

[其他法域立法例]

《日本人事诉讼法》

第23条 关于人事诉讼，法院或者受命法官或者受托法官认为有必要，可让检察官于期日到场就案件陈述意见。检察官于前款规定的期日到场，可主张事实并提出证据。

[立法理由]

家事事件不但涉及当事人主体的利益，更涉及多数关系人的利益，甚至影响社会秩序与国家公益。为了维护社会公共利益，检察机关可以提起身份关系无效的家事诉讼，也可参与到即将开始或已经开始的家事诉讼程序中。检察院参加诉讼有权提出证据，向法庭提出自己的意见等，从而更有利于法院查明案件的真实情况，发挥检察院在此类诉讼中的应有作用，切实维护当事人的合法权益和社会公共利益。

第348条[职权审理]

本法第166条、第167条规定的当事人在法院自认事实部分，不适用于婚姻案件、收养案件、亲子关系案件。

人民法院审理家事案件，不受当事人主张的事实的限制，可以依职权调查证据。

对上述事实和调查取证的结果，人民法院在裁判前，应当听取当事人的意见。

[其他法域立法例]

《日本人事诉讼法》

第19条第1款 民事诉讼法第157条、第159条第1款、第207条第2款、第208条、第224条、第229条第4款及第224条的规定以及本法第179条的规定中关于当事人在法院自认事实部分，不适用于人事诉讼程序。

第20条 在人事诉讼，法院可以斟酌当事人未提出的事实，并且可以以职权调查证据，此时，法院对考虑的事实和调查证据的结果应当听取当事人的意见。

[立法理由]

家事案件不但涉及当事人主体的利益，更涉及多数关系人的利益，甚至影响社会秩序与国家公益。因此，家事审判不仅需要形式上的公正，更需要实质上的公正。为了达到实体真实主义的需求，家事审判采取职权探知主义，在普通民事诉讼中适用的处分原则和辩论主义在家事审判中应受到限制。建议稿在此规定自认制度不适用于家事案件，法

院审理家事案件时，不受当事人主张事实的限制，但法院裁判前应听取当事人的意见。

第 349 条　[重新起诉]

赡养费、扶养费、抚育费等案件，裁判发生法律效力后，因出现新情况、新理由，一方当事人可以再行起诉要求增加或者减少费用。

判决不准离婚和调解和好的离婚案件，判决、调解维持收养关系的案件，因出现新情况、新理由原告可以再次提起诉讼；虽然没有新情况、新理由，但原告在六个月后可以再次起诉。

《民事诉讼法》

第 111 条 人民法院对符合本法第一百零八条的起诉，必须受理；对下列起诉，分别情形，予以处理：（七）判决不准离婚和调解和好的离婚案件，判决、调解维持收养关系的案件，没有新情况、新理由，原告在六个月内又起诉的，不予受理。

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 152 条　赡养费、扶养费、抚育费案件，裁判发生法律效力后，因新情况、新理由，一方当事人再行起诉要求增加或减少费用的，人民法院应作为新案受理。

[立法理由]

本条第 1 款是《民事诉讼法适用意见》第 152 条的内容，第 2 款是现行法第 111 条的内容。

第 350 条　[诉的合并、变更、追加与提起反诉]

宣告婚姻无效、撤销婚姻、确认婚姻关系成立不成立以及离婚，不受本法第 193 条、第 194 条及第 196 条规定的限制，可以合并提起，也可以在第一审或第二审言词辩论终结前进行诉的变更、追加或者提起反诉。

要求确认子女、确认生父母、否认亲子关系、宣告停止亲权以及撤销停止亲权宣告的诉讼，宣告收养无效、撤销收养、确认收养关系成立与否以及终止收养关系的诉讼，分别准用前款规定。

[其他法域立法例]

《日本人事诉讼法》

第 18 条第 1 款　人事诉讼程序不受民事诉讼法第 143 条第 1 款及第 4 款、第 146 条第 1 款及第 300 条规定的限制，在第一审或控诉审口头辩论终结前，原告可以变更请求或请求的原因，被告可以提起反诉。

《德国民事诉讼法》

第 610 条第 1 款　同居之诉、离婚之诉和撤销婚姻之诉，可以彼此合并。

我国台湾地区“民事诉讼法”

第 572 条第一项 婚姻无效或撤销婚姻与确认婚姻成立或不成立及离婚或夫妻同居之诉，得合并提起，或于第一审或第二审言词辩论终结前，为诉之变更、追加或提起反诉。

[立法理由]

婚姻事件关系着家庭安定，如果婚姻发生问题使家庭经常处在纠纷之中，不仅影响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。为了当事人间与婚姻有关的诉讼能同时解决，本建议稿就诉之合并、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。只要是基于同一婚姻关系所发生的婚姻诉讼，均可以进行诉的变更、合并，并且不限于在第一审言词辩论终结前。因为第二审法院仍然为事实审，为了使同一婚姻关系所产生的多项争执能在同一诉讼程序中一次判断，因而规定在第二审言词辩论终结前均可进行诉之变更、合并。这些特点都是基于婚姻事件涉及社会公益，需要职权干预、限制处分权，进行一次性解决婚姻纠纷的需要。

第 2 款也是基于同样的理由——考虑未成年人的利益而设立的。

第 351 条 [禁止另诉]

除非判决非法，婚姻事件、亲子关系事件、收养事件判决确定后，原告不得就变更诉讼请求或请求的原因，或者基于同一身份关系主张的事实，提起相关的身份诉讼。被告不得就反诉主张的基于同一身份关系的事实，提起相关的身份诉讼。

[其他法域立法例]

《日本人事诉讼法》

第 25 条　除非法判决外，人事诉讼判决确定后，原告不得就变更人事诉讼请求或请求原因，或者基于同一身份关系主张的事实，提起相关的人事诉讼。被告不得就反诉主张的基于同一身份关系的事实，提起相关的人事诉讼。

[立法理由]

本条是在前条的基础上，进一步规定判决确定后，不得再基于同一身份关系提起相关的身份诉讼。立法目的与前条相同，都是为了使同一身份关系的纠纷一次解决，减少当事人的诉讼，维护家庭关系乃至社会秩序的稳定。

第 352 条　[普通程序的适用]

除本编另有规定外，人民法院审理家事诉讼案件适用普通程序的规定。

[立法理由]

家事诉讼案件也包括具有争议的诉讼案件，因此，除本编另有规定外，应适用普通程序。

第三十五章　婚姻关系案件

第353 条　[管辖]

婚姻关系案件，夫妻有共同住所地的，应当由夫妻共同住所地的人民法院管辖。无共同住所的，而配偶一方与他们共同的未成年子女同居一地时，由其居所地的人民法院管辖。

不能按前款规定确定管辖的，由被告住所地人民法院管辖；如果被告住所地不在国内时，由原告住所地人民法院管辖。在国内结婚并定居国外的华侨，如定居国法院以离婚诉讼须由婚姻缔结地法院管辖为由不予受理，当事人提起离婚诉讼的，由婚姻缔结地或者一方在国内的最后居住地人民法院管辖。

在国外结婚并定居国外的华侨，如定居国法院以离婚诉讼须由国籍所属国法院管辖为由不予受理，当事人提起离婚诉讼的，由一方原住所地或者在国内的最后居住地人民法院管辖。

中国公民一方居住在国外，一方居住在国内，不论哪一方提起离婚诉讼，国内受诉人民法院有权管辖。

中国公民双方在国外但未定居，一方起诉离婚的，应当由原告或者被告原住所地的人民法院管辖。

[其他法域立法例]

《日本人事诉讼法》

第31 条　撤销婚姻或离婚之诉的婚姻当事人间有未成年子女时，家庭法院在适用第6 条及第7 条的规定时，必须考虑未成年子女的住所或居所。

《德国民事诉讼法》

第606 条 离婚之诉、撤销婚姻之诉、确认当事人间婚姻存在与否的诉讼以及同居之诉（婚姻事件），均专属于夫妻共同居所地所属的家庭法院管辖。在诉讼系属发生时，在国内无共同居所，而配偶一方与他们共同的未成年子女同居一地时，专属于其居所地所属的家庭法院管辖。

不能依前款规定决定管辖法院者，如在诉讼系属发生时，配偶一方的居所地和配偶双方的最后共同居所地同在一家庭法院的辖区内，案件专属于此家庭法院管辖。如果这种审判籍也不存在，则案件专属于被告居住地所属的家庭法院管辖；如果被告居住地不在国内时，专属于原告的居住地管辖。如果配偶双方都提起诉讼，而依第二句，诉讼系属的法院都有管辖权时，案件专属于最先发生诉讼系属的法院管辖；如果两个案件不能彼此拘束时，亦同。如果两个案件同在一天发生诉讼系属时，即准用第36 条的规定。

第606 条之1　（1）就下列婚姻事件，德国法院有管辖权：

1、 配偶的一方是德国人或者在结婚时是德国人；

2、 配偶双方在德国国内有共同居所的；

3、 配偶的一方是无国籍人而在德国国内有居所的；

4、 配偶的一方在德国国内有居所，但将作出的裁判显然不会为配偶一方所属的国家所承认时除外。

这种管辖不是专属管辖。

（2）如配偶一方的现在居留地在作出裁判的法院所在的国家时，对外国法院的裁判的承认不得与第1 款第1 句第4 项相抵触。如外国裁判为配偶双方所属国家承认时，对裁判的承认不得与第1 款相抵触。

[立法理由]

现行法对婚姻案件原则上也适用“原告就被告”，即原告向被告所在地的人民法院起诉，不符合婚姻这种身份关系案件的需要。为了便于了解夫妻共同生活的基本情况，便于查明原因，本建议稿规定：夫妻有共同住所地的，应当由夫妻共同住所地的基层法院管辖。既直接、明了，便于当事人起诉和法院受理案件，又与国际接轨。不能按照上述共同住所地或经常居住地来确定管辖时，如果夫妻一方的住所地或经常居住地与他们共同的未成年子女所在地同属一地时，则应当由该地的基层法院予以管辖。婚姻案件往往会涉及未成年子女的抚养、监护、教育等问题，规定由与未成年子女同住一地的夫妻一方的住所地或经常居住地的法院管辖婚姻案件，便于在解决婚姻关系的同时，统一解决涉及未成年子女的一系列问题，有利于更好地保护未成年子女的合法权益。

本条第3-5 款是《民事诉讼法适用意见》第14-16 条的规定。

第354 条　　[子女抚养、财产分割的裁判]

在夫妻一方所提出的婚姻案件诉讼中，人民法院应当根据申请或者依职权对子女的抚养作出裁判。当事人要求进行财产分割，人民法院应当一并作出裁判。

对于前款请求，当事人另行起诉的，受诉人民法院应当将诉讼移送至受理婚姻案件的人民法院合并审理。

[其他法域立法例]

《日本人事诉讼法》

第32 条 夫妻一方对另一方所提起的撤销婚姻或离婚之诉，根据申请，法院应对子女监护人的指定、其他有关子

女监护的事项或有关财产分配事项（以下总称“附带处分”）作出判决。

在前款规定的场合，法院根据该款所作判决，对当事人可作出交出子女、支付金钱、给付其他财产及其他给付命令。

前款的规定，准用于法院在撤销婚姻或离婚之诉的判决中裁判指定亲权人的场合。

在第一款的指定子女监护人、其他有关子女监护事项的判决以及前款指定亲权人的判决中，子女为 15 岁以上时，法院应听取子女的陈述。

[立法理由]

非婚姻事件与婚姻事件紧密相关，前者常常以后者为前提要件。规定非婚姻事件与婚姻事件的合并审判，有利于防止裁判的矛盾；而且，当事人一般情况下都希望非婚姻事件与婚姻事件能够同时得到解决。因而规定非婚姻事件和婚姻事件的合并审判，在诉讼程序上较为便利，有利于减少当事人的讼累，达到诉讼经济之目的。

第三十六章　亲子关系案件

第 355 条　[管辖]

要求确认子女、确认生父母、否认亲子关系、宣告停止亲权以及撤销停止亲权宣告的诉讼由子女住所地或者其死亡时住所地人民法院管辖。

[其他法域立法例]

《德国民事诉讼法》

第 640 条之 1 [亲子事件] 专属于子女住所地的法院管辖，在国内无住所时，专属于其惯常居留地的法院管辖。如由母提起诉讼时，母的住所地的法院也有管辖权，母在国内无住所时，其惯常居留地的法院有管辖权。子女与母在国内均无住所或惯常居留地时，则以男方的住所、在国内无住所时以其惯常居留地为管辖地。如依此规定仍无从定法院的管辖时，则案件专属于柏林的舒勒堡初级法院的家事法院管辖。此项规定也准用于《民法典》第 1615 条之 15 的程序。

[立法理由]

本建议稿规定亲子关系案件由子女住所地或者其死亡时住所地人民法院管辖。这样既方便法院调查取证，又有利于保护未成年子女的利益。

第 356 条　[继承权被侵害的人提起诉讼]

否认亲子关系诉讼，可由继承权被侵害的人提起。

夫妻一方提起否认子女之诉后死亡的，继承权被侵害的人可以承担诉讼。

[其他法域立法例]

《德国民事诉讼法》

第 640 条之 7　子女或母提起否认或确认父亲身份之诉后，被诉方在判决确定前死亡者，如果其他有权进行诉讼的人承受诉讼时，不适用第 619 条的规定。如在一年期间内未承受诉讼时，诉讼的本案程序视为终结。

《日本人事诉讼法》

第 41 条　丈夫在子女出生前死亡或者未提出亲子否认之诉在民法第 777 条规定期间内死亡时，因该子女而致继承权受损害的人及其他丈夫的三亲等内的血亲，可以提起亲子否认之诉。此种场合，应从丈夫死亡之日起 1 年内提起该诉。

当丈夫提起亲子否认之诉后死亡时，前款规定的可以提起亲子否认之诉的人，从丈夫死亡之日起 6 个月内，可以承继诉讼程序。此种场合，不适用民事诉讼法第 124 条第 1 款后段的规定。

[立法理由]

否认子女之诉，一般应有夫或妻提起。但由于对子女的确认涉及到其是否享有继承权，所以建议稿规定继承权被侵害的人也可提起诉讼。基于同样的理由，夫妻一方提起否认子女之诉后死亡的，继承权被侵害的人可以承担诉讼。

第三十七章　收养关系案件

第 357 条　[管辖]

宣告收养无效、撤销收养、确认收养关系成立与否以及终止收养关系的诉讼，由养子女住所地人民法院管辖。

[其他法域立法例]

我国台湾地区“非讼事件法”

第 75 条之二　“民法”第一千零八十条第五项所定声请许可终止收养事件，由养子女住所地之法院管辖。

[立法理由]

本建议稿规定收养关系案件由养子女住所地人民法院管辖。这样既方便法院调查取证，又有利于保护未成年子女的利益。

第 358 条　[未成年养子的诉讼行为能力]

养子女与养父母之间的诉讼，如养子女无诉讼行为能力，由生父母代为诉讼；无生父母的，由人民法院在生父母

一方的亲属中指定一人为代理人。

[立法理由]

基于身份关系的特殊性，即使养子女不能独立进行诉讼行为，只要有意思能力，能表达自己的意志，其也就有诉讼能力。但若无意思能力，则不能认为其有诉讼能力。无意思能力的养子女，仍应由其法定代理人代理，养子女的法定代理人，即为其养父母，如果养子女与养父母之间的诉讼，养子女无诉讼行为能力，由生父母代为诉讼；无生父母的，由人民法院在生父母一方的亲属中指定一人为代理人。

第三十八章　追索赡养费、抚养费、抚育费案件

第 359 条　[管辖]

追索赡养费、抚养费、抚育费案件由原告住所地人民法院管辖。

[立法理由]

最高人民法院关于适用《民事诉讼法》若干问题的意见中规定：追索赡养费案件的几个被告住所地不在同一辖区的，可以由原告住所地人民法院管辖。然而对未成年人追索抚养费的案件却没有类似的规定。为了方便老人、未成年人诉讼，考虑到异地诉讼的困难，本建议稿统一规定追索赡养费、抚养费、抚育费案件由原告住所地人民法院管辖。

第 360 条　[人民检察院、社会团体提起诉讼]

人民检察院、有关社会团体在必要时可以为无民事行为能力人、限制行为能力人提起追索赡养费、抚养费、抚育费的诉讼。

[立法理由]

为保护无民事行为能力人、限制民事行为能力人的合法权益，本条特规定不仅检察院而且有关的社会团体可以为其提起追索赡养费、抚养费、抚育费的诉讼。

人事诉讼程序研究

郭美松

【中文摘要】人事诉讼程序制度的研究是民事诉讼程序理论领域的重要内容之一。人事诉讼程序是以维护身份关系秩序为目的，体现国家公权对婚姻、亲子关系进行适度干预的一种特殊诉讼程序模式。该程序是以身份关系上的争讼作为调整对象，其处理结果不仅涉及个人私益，而且与他人存在密切的利害关系，与社会公益更是一脉相承，故需要广泛施行职权探知主义。正是基于人事诉讼案件的个性特征，两大法系诸多国家的民事诉讼审判体系中都设置了异于普通诉讼程序的人事诉讼程序，以满足各类人事诉讼案件对程序的特殊需求。我国司法实践中，人事诉讼案件审理基本上是采用审理财产关系案件的普通诉讼程序，而普通诉讼程序公开、对抗性强等程序法理显然不利于身份关系争讼的解决，不利于当事人隐私的保护，同时也无法体现国家对人事诉讼案件的特别“关爱”。因此，铸就人事诉讼程序之必要性便应然而生。

一直以来，我国民事诉讼法学界对人事诉讼程序理论的研究不够深入，虽然一些学者从不同的视点对人事诉讼程序制度的一些分枝问题进行了探讨，提出了程序相称原理、多样化原理等，这固然值得称道，但是，迄今为止，尚无学者从宏观的角度对人事诉讼程序制度进行全方位的研究，特别是对人事诉讼程序的设置理念、程序法理•法则、当事人适格理论的缓和、检察官的参与、既判力的扩张及其根据以及第三人程序保障等“瓶颈”问题未进行深入的研究，尤其是对外国颇为完善的人事诉讼理论体系和制度缺乏详实的介绍、评析。学界尽管认识到民事审判程序的设计、配置应与案件类型化、多元化相适应，实现民事程序的专门化设计，遗憾的是，同行们对人事诉讼案件的属性特征、程序法上的要求以及与其它案件、程序的关系均未加以系统研究。人事诉讼程序的设置蕴含着深厚的程序法理，它既与各国社会现状、法律文化、立法政策等情系交融，又与民事诉讼审判程序的结构体系、诉讼模式、诉讼与非讼法理之交错等处于捉襟见肘之态势。本文采用比较研究手法，通过对国外人事诉讼程序制度、理论的介绍、剖析，对我国人事诉讼程序的设置进行初步的探索，以资有益于立法和实践。

本文在理论基础构建和比较法资料收集的基础上，对人事诉讼程序展开了较为系统的研究。研究的目的，试图通过对两大法系人事诉讼程序制度的比较研究，对人事诉讼程序从基础理论到具体运用，从立法到司法实践，以及其在整个民事诉讼制度中的地位、作用，进行多角度的透视，并在此基础上，结合我国的具体国情，对构建中国特色的人事诉讼程序制度提出初步的设想。同时，旨在唤起学界对民事诉讼程序领域几乎无人耕耘的贫瘠之地人事诉讼程序给予更多的关注，加大人事诉讼程序制度理论研究力度，以期待搭乘民事诉讼法修正工程之“便车”尽快完善、设置我国人事诉讼程序制度。

全文除引言外共分为 6 个章节，约 16 万字，主要内容如下：

一、人事诉讼程序概述。任何一门科学的研究都是以研究对象的概念分析为原点，概念的研究与对问题本身的研究一样，具有同等重要的理论价值。本文也沿袭了这一传统研究手法，首先从人事诉讼的概念考察入手，剖析了人事诉讼概念的基本内涵，将其与相关概念(如家事诉讼)进行了比较分析。人事诉讼之称谓并非大陆法国家的通用概念，仅为德国、日本等部分大陆法系国家所使用，英美法国家尚未使用这一称谓，一般都称为家事诉讼。人事诉讼是指以人的身份关系为诉讼标的的诉讼，并不包括身份能力方面的案件，与家事诉讼并非是同一语境的概念。事实出发型英美法国家所言的家事诉讼与规范型大陆法国家所称的人事诉讼或家事诉讼在外延和内涵上是不尽相同的，前者的范围远远大于后者。前者所称的家事诉讼不仅包括婚姻、亲子等身份关系案件，而且还包括继承、家庭暴力、青少年犯罪等案件。我国民事诉讼法典殿堂之中尚无人事诉讼概念之席位，它纯粹只是一个理论上的概念，而非实定法上的概念。人事诉讼程序与普通诉讼程序相比，具有宣明的个性特征，比如适用案件范围的专门性，诉讼标的强烈的公益性，程序参与者的多元化，非讼程序法理的导入等等。本章还将其与特别程序、非讼程序进行了比较研究，这一问题的探讨结果将直接影响将来我国人事诉讼程序的立法体例，因而，现实意义重大。比较研究的结论是，人事诉讼程序属于特别程序，但与通常意义上的特别程序是不尽相同的。通过比较分析，笔者认为人事诉讼程序不同于传统意义上的诉讼程序和非讼程序，打破了传统诉讼程序与非讼程序绝对分离的基础上构建的诉讼法理与非讼法理交错适用的特别民事诉讼审判程序。文章还对人事诉讼程序调整对象的特性、类型和范围进行了分析，指出人事诉讼程序并非涉猎有关身份关系的全部案件，只能将婚姻关系案件、亲子关系案件、收养关系案件纳入人事诉讼程序的辐射范围。我国现行特别程序已将涉及身份能力的案件收为“囊中之物”，不宜作为人事诉讼程序的调整对象。

二、人事诉讼程序基础理论。本部分对人事诉讼程序的基础理论进行了较为全面的探讨，旨在对人事诉讼程序的设立提供一些理论上的依据和指导。笔者着重论证了以下观点：从程序价值的角度，人事诉讼程序是为了发现实体真实的需要，守护社会公益，实现公正和效率的协调与统一；从纠纷的类型化即程序对称原理的角度，人事诉讼程序的设立是程序专门化(对称)原理以及多元化原理作用的必然果；从保障当事人接近正义机会的角度，人事诉讼程序中特殊法则的施行，为实现程序正义提供了保护的屏障，也为实体公正的耕耘培育了良好的土壤；从程序交错法理的角度，人事诉讼程序中，讼与非讼的疆界并非径渭分明，两者处于紧密交融的状态。

人事诉讼程序确立的法理依据是人事诉讼程序基础理论的有机组成部分，也是本文所涉猎的重要内容之一，只有对其理论依据有了清醒认识，我们关于人事诉讼程序的设计、构建才可能是理性的。故本章节的行文以探明设立人事诉讼程序的理论依据为主线。人事诉讼程序能够作为独立一员屹立于一些国家的民事诉讼法典殿堂之中，是由人事诉讼程序自身的独特价值所决定的。无论是依据民事诉讼目的之私权保护说还是纠纷解决说，民事诉讼制度在具体运营过程中，都蕴藏着超越私人利益的“公益性”，通过对私权的保护，其结果演绎出“公共福社”，即法秩序的维护。法秩序或社会秩序的维护便是程序公益性的具体凸显。人事诉讼程序以身份关系的争讼为调整对象，身份关系牵系社会关系，解决结果不仅规范当事人的法律关系或法律状态，而且解决结果的好坏将对社会秩序的稳定产生正、负面的影响。因此，人事诉讼程序较一般民事诉讼程序更具公益性。人事诉讼程序中辩论主义被予以禁锢，广泛适用职权探知等非讼法理，法官可以根据需要进行证据调查和收集，事实认定可以斟酌当事人未提出的事实主张和证据方法，有利于实体真实的发现。伴随民事司法改革的“涅磐”，以诉讼主体为主导的当事人主义诉讼模式已在我国渐显雏形，倘若再适用通常民事诉讼程序裁判人事诉讼案件，将会大大增加“错误”判决的可能性，与贝勒斯先生所倡导的“EC+DC总额最小化”理论背道而驰，因此，单独设立人事诉讼程序有利于诉讼经济理念的实现。笔者认为，人事诉讼程序制度之构建并非哪个国家立法者的任意行为，而是源于社会现实的客观需要。人事诉讼程序之确立具有深厚的理论基础和现实基础。首先，程序专门化原理要求根据案件的类型设立相应的诉讼程序；其次，程序多元化原理要求立法者基于现代社会纠纷的多元化，配置不同的制度和解决程式；再次，根据案件的性质，可以在一些案件的审理程序中交错适用诉讼法理与非讼法理。

三，人事诉讼程序特殊法则。本部分在对照普通程序法则的基础上，指出了人事诉讼程序所应有的特别法则。笔者主要就以下法则进行了论述：1，调解前置主义。我国历来非常重视调解制度在婚姻案件处理中的适用。日本、美国等也非常重视调解在人事(家事)诉讼中的运用，并在家庭法院设置由家事法官和具有社会学、医学、心理学等专业素养的调解委员组成的专门调解机构调解委员会。人事诉讼程序中实行调解前置程序有利于对当事人隐私的保护，充分发挥调解员的专家意见。由于我国现有的调解制度与国外所言的调解制度并非同一语境之物，要使调解制度在人事诉讼中发挥独特功能，必须在具体制度的构建方面进行改革，比如，重新划分法官职权，创设家事法官来主持审前调解，改变长期以来的调、审人员身份竞合问题。2，职权探知主义。如江伟老师所言，单就发现案件真实而言，职权主义诉讼模式显然优于当事人主义。人事诉讼程序中，职权主义主要表现为职权证据调查、斟酌当事人未提出的事实主张、命令当事人本人出庭，实行全面职权探知而非片面探知等。辩论主义、处分权主义虽为当事人主义民事诉讼模式的核心内容，但难以满足人事诉讼程序追求实体真实的需要，故两大法系学者大都认为，辩论主义(广义)应受到限制甚至

排除，而就限制的根据未形成一致观点。有学者认为应将人事诉讼判决的对世效力作为其根据；也有学者认为应将人事诉讼标的的非处分性作为根据。民诉法中的怠慢行为法律效果之有关规定并不适用人事诉讼程序，请求的认诺、舍弃、和解将受到一定的限制。3，非公开原则。基于对个人隐私和未成年人的保护，两大法系诸多国家广泛认同了非公开审判原则，不仅规定庭审要实行非公开，对裁判记录等书面材料也要实行非公开，否则，就会导致非公开审判原则的形骸化。因为，人事诉讼的最终目的并非向世人宣告何为法、何为正义，而是就每个具体案件而言，找到恰当、合理的解决方法，为双方当事人创设和规范新的法律关系和法律状态。为了防止因非公开而致使裁判成为密室裁判，需要引进检察官参与制度作为必要补充。4，审理集中原则。人事诉讼中实行集中原则有利于实现诉讼经济，实现一个程序内对人事诉讼纠纷的全面解决，防止因受诉法院的不同而发生裁判结果相互矛盾的尴尬，保持身份关系的高度稳定。因此，人事诉讼程序中，应缓和诉的合并、变更、追加及反诉的相关规制，以实现集中审理原则。由于人事诉讼多涉及个人情感，须尊重当事人本人的意思，加之，身份关系的不可替代性，有必要扩大诉讼能力者的范围，通过当事人间的亲自对话，可以自主地消除误会、恢复感情，以实现贝勒斯先生所倡导的“心理”治疗。5，禁止重复起诉。禁止重复起诉的目的在于尽可能地利用一个诉讼程序解决婚姻纠纷，不仅可以减少当事人的讼累，尽快维护婚姻、家庭关系乃至社会秩序的稳定，而且可以避免法院因当事人分别起诉而作出可能自相矛盾的判决，也是“一事不再理”法则的具体表现。

四、人事诉讼判决既判力的扩张与程序保障。本部分对人事诉讼判决既判力扩张及其必要程序保障进行了详实的阐述。要实现身份关系的高度统一，人事诉讼判决效力就有必要及于当事人以外的第三人，它是属于既判力主观范围的例外，日本学者将之称为既判力的对世效力，我国学者将之称为既判力的扩张。人事诉讼判决效力的扩张法理(根据)在于辩论主义的限制、职权探知主义的适用以及检察官参与人事诉讼的认可等。通过这些举措，可使法官作出与实体真实相一致的判决结果，为判决效力扩张之正当化提供了具体的程序性保障。鉴于我国法官的素质以及检察机关的特殊身份地位，若不分情况地一味扩张人事诉讼判决效力，不利于承受判决效力拘束的第三人合法权益的保护，阻却诉讼法保障实现实体权利的基本功能。基于这一认识，各国学者都非常重视人事诉讼中第三人程序权保障问题的研究，德国学者从基本法的“听审请求权”，日本学者从宪法“接受裁判权利”所衍生的“当事人权”中积极地为第三人程序保障发掘理论根据。为此也引发了激烈的学术争鸣，形成了一些学术流派，比如在日本存在吉村说、竹下说等。但是，由于检察官的不作为参与以及法官的消极职权探知，案外第三人的合法权益常常被予以漠视，侵害事例屡屡发生，作为解决对策，人事诉讼中的诉讼传唤与诉讼系属告知制度便应然而生。

五、检察机关参与人事诉讼。公益性色彩浓厚的人事诉讼案件大量登堂入室，传统的当事人适格理论陷入了无所适从的境地。随着实体权利的广度和深度不断被司法发现和立法确认，传统适格理论日益受到质疑和挑战，正当当事人在程序当事人概念之下，有很大的扩张空间，进一步推动了当事人适格要件的缓和，引起了司法权的扩大。基于人事诉讼标的的特殊性和判决对世效力，人事诉讼中若仍对传统当事人适格理论墨守成规，将不利于第三人和社会公益的保护，与民事诉讼理念格格不入。诉讼担当理论的创设缓和了当事人适格理论，检察官作为职务上的当事人参与人事诉讼，其根据源于法律的直接规定。公益诉讼理论的研究、我国立法曾对检察机关参与民事诉讼认可以及外国立法例等为我国构建检察机关参与人事诉讼提供了可资借鉴的丰富理论基础。检察机关参与人事诉讼的理论根据、法的意义、参与方式及范围等问题都是本章所要解决的问题。由于检察机关的特殊地位，对人事诉讼的参与是否破坏“等腰三角形”的民事诉讼结构，该如何定位(法律地位)以及参与必要性和可能性等也是本章重点涉足的问题。检察官(检察机关)以当事人身份参与人事诉讼，因其原告适格和被告适格的不同，所具有的功能和意义也随之相异。检察官提起人事诉讼(原告适格)，从公益的观点认可了检察官对当事人身份法律关系的实体干涉权；而检察官作为被告参与诉讼是为满足诉讼对审结构的需要。由于检察机关的特殊地位以及法律体系固有的缺陷等，准许检察机关参与人事诉讼程序必然对我国传统当事人适格理论带来剧烈的冲击。面对现实和理想的错位，我国民事诉讼理论在矛盾中痛苦地抉择，人事诉讼程序构建基业、检察机关参与人事诉讼制度的设立将充满困惑，未来之旅将荆棘密布。

六、设立中国特色人事诉讼程序之构想。本部分首先对我国人事诉讼程序理论研究状况、现行法有关人事审判规定等进行了简略的素描，并进一步分析其缺陷及成因，进而指出我国人事诉讼审判实践需要单独设置人事诉讼程序的必要性与可行性。在构建我国人事诉讼程序制度时，应结合我国现行民事诉讼理论体系，切忌为了移植外国人事诉讼程序理论而置传统理论框架而不顾，本末倒置的做法有削足适履之嫌疑。从外国先行者的足迹来看，我国人事诉讼程序制度的构建并非一践而就，应采用“软着陆”方式。在理论准备不够充分、诸多法律制度尚待完善的国度里，人事诉讼程序的立法体例、审判机关的设置、适用范围等应结合中国国情和立法传统，不能对现有体系带来太大的冲击，那种彻底推陈出新的激进举措对当今的中国而言，可谓游谈无根，既不现实也缺乏操作的可行性。中国人事诉讼程序的构建应制度移植与本土化齐头并举。本文认为构建我国人事诉讼程序制度不能是一个纯粹从理论探讨和简单学习、借鉴外国规定的过程，构建我国人事诉讼程序必须考虑我国当前的诉讼模式、现存的民事诉讼理论体系、民事诉讼基

本目的以及法官素养等诸多因素。只有在对我国现状有了清醒认识的基础上，才有可能科学而又合理地构建我国人事诉讼程序。

引言

人事诉讼亦称身份关系诉讼，它以身份关系的争讼为调整对象，在价值取向、适用程序、诉讼法理等方面与普通民事程序存在诸多不同。人事诉讼标的(身份关系)以婚姻关系、亲子关系为基本形态，是人类社会发展过程中自然形成的一种社会关系，它与人类社会各个体间的自然派生或交易过程中形成的财产关系在性质上截然不同。一般而言，普通诉讼中当事人在一定范围内对诉讼标的可以进行自由处分，其处理结果仅涉及当事人之私益，与第三人和社会公益关系不大，因而严格遵循“私权自治”以形式真实、辩论主义、判决相对效等为诉讼基本法理；而人事诉讼中的身份关系在性质上具有非处分性，不能完全由各主体任意加以相对解决，现存的身份关系不容私人任意进行处分和变更。身份之法律关系不仅涉及当事人之私益，而且与社会公益一脉相承，同时与案外第三人的利害关系亦息息相关，故以实体真实主义、职权探知主义、判决绝对效等为诉讼之基本法理。人事诉讼案件裁判目的并非寻求“非黑即白”的冷冰判决，而是通过纠纷当事人的理性对话，寻找一条恰当解决纠纷的和平之路，从而实现恢复感情、消除对立、实现和解，保持良好而有序的身份关系秩序。

鉴于人事诉讼在特殊性和理论上与普通程序法理的格格不入，诸多大陆法系国家的民事诉讼法典中除设置有普通程序外，大多对人事诉讼程序进行了专门规定，形成了解决财产关系和身份关系径渭分明的双轨操作程式。人事诉讼程序既然是作为一种特殊的民事诉讼程序而存在，那就应该具有一些普通民事程序所无法包容的特性。主要表现在：当事人诉讼能力的扩充、检察官的当事人适格、辩论主义的适度限制与职权探知主义的导入、谋求审理集中与禁止重复起诉并举、判决效力扩张、检察官的一般参与等。[141]

我国先后两度颁布的民事诉讼法典均未涉足人事诉讼程序，其原因是多方面的，笔者认为最为直接原因恐怕在于我国民事诉讼制度受前苏联司法制度根深蒂固的影响，据此所确立的诉讼模式职权主义色彩浓厚，国家积极干预纠纷的处理，限制当事人的处分权，以职权探知主义追求实体真实、重调轻判，等等，这些正好契合了人事诉讼的特点。加之，第一部民事诉讼法典制定之初，主要是以婚姻家庭方面的案件为主，在人们的观念中，人事诉讼就是普通诉讼，而非特别诉讼，难以接受为其设立特别程序的作法。[142]另外，作为实体法之婚姻法先于诉讼法制定，实体法中零散分布着诉讼程序方面的规定，现行的民事诉讼法、司法解释等毫无障碍地化解人事诉讼纠纷，基本可以满足人事诉讼案件审判实践的需要，实无在一般民事诉讼程序之外另设人事诉讼程序的必要。

始于 20 世纪 80 年代的民事司法改革本应是民事诉讼法学发展的好时机，但由于缺乏系统的理论导向，使得司法改革只能以“摸着石头过河”的方式在探索中前进，诚然，这场改革对司法公正和司法效率两大价值目标的实现起到了一定促进作用，然而，这场本身具有较强实用功利和政治色彩改革的最大败笔就在于缺乏全局性，[143]改革的重心主要针对普通程序，通过辩论主义、证明责任分配理论等机理的引入，对以发现形式真实的一般民事诉讼而言可谓意义深远、重大。遗憾的是，改革中忽略了民事案件的个体差异，原本契合于人事诉讼事件的一些程序法理一调解原则、职权主义等被削弱以后，而作为补救措施未及时加以增加和调整，导致了司法改革与人事诉讼等程序的完善脱节。原本在传统诉讼模式下尚有一席之地的人事诉讼，在新的诉讼模式下却常常表现为无所适从。人事诉讼程序作为一个突出问题浮出水面以后，人民法院在审判实践中陷入了束手无策的尴尬境地。为此，只得借助最高人民法院出台的司法解释来“应急”。作为改革成果的司法解释极度扩张，民事诉讼法已经被各种形式的司法解释、司法改革措施所肢解、淹没，事实上，民事诉讼法已经支离破碎甚至被架空，严重损害了民事诉讼法的完整性与统一性，[144]因此，民事诉讼法本身也面临修正的问题。为了实现民事诉讼法的专门化，设置人事诉讼程序已刻不容缓。而目前我国诸多关于人事诉讼案件审理程序的规定大都散见于民事诉讼法的部分条文、实体法(婚姻法和收养法)以及最高人民法院的司法解释中，且主要集中于离婚案件，对亲子、收养关系案件以及其他婚姻案件缺乏规定，属于立法上的空白。可见，我国现行有关人事诉讼的规定不仅十分散乱，而且一些规定过于原则和笼统，可操作性不强，给司法实践带来诸多不便，这种补丁式的立法政策应予以废弃。组织有关专家讨论人事诉讼程序设置的时机已经成熟，一些学者积极地为人事诉讼程序设立建言，向全国人大法工委提交的建议稿中人事诉讼程序已列入其中，为人事诉讼程序立法迈出了开创性的一步。为了与实体法保持协调发展，顺应民事诉讼法修改的需要，同时基于人事诉讼的特殊性质、数量的增加与多元化发展等原因，设立人事诉讼已刻不容缓。

---

141 冈恒学・吉村德重:「注积人事拆松手统法」青林书院 1987 年版，第 4 页。
142 梁宏辉等:“论我国人事诉讼程序之构建”,《广西政法管理干部学院学报》，第 18 卷第 5 期。
143 张卫平:《诉讼构架与程式》，清华大学出版社 2000 年版，序言第 11 页。
144 江伟等:“民事诉讼法修改势在必行”，资料来源：Law 一 thingker.com。

将人事诉讼程序制度作为研究客体，首先是基于人事诉讼程序制度在司法层面上的现实需求。自改革开放以来，随着经济的飞速发展以及人们伦理道德观念的多元化，致使民事诉讼案件在量和质的方面都发生了举世瞩目的变化，传统的民事诉讼程序体系不堪重负，已远远落伍于社会现实的需要，受到了严重的挑战和质疑。加之，随着我国经济结构的调整，平等主体之间的交往日益频繁，人口流动性大为增加，身份关系日益复杂化，这势必引起从前稳定而简单的婚姻家庭关系的变异。(1)离婚率逐年增高，离婚案件增多。如1978 年的离婚与结婚的比例为3。4%，而20 年后，这一比例提高到13%左右。[145] (2)有关家庭财产的分配、遗产的继承等纠纷大量涌现。这些财产和遗产纠纷往往与一定的身份关系纠纷“纠缠”在一起，必以解决身份关系纠纷为前提。这是我国建立人事诉讼制度的社会经济原因。(3)与婚姻有关的纠纷日益增多。随着社会意识形态的变化，儒学礼教对人们行为约束力大为减弱，出现了包二奶、买卖婚姻、假结婚、离婚等不道德事件，有些地区的假离婚达到离婚案件的11%左右。[146] (4)非婚生子女的抚养、认领纠纷出现。改革开放后，受西方意识形态的严重影响，非法同居现象的屡禁不止，导致非婚生子女大量涌现。(5)收养关系纠纷日益增多。总之，随着社会的发展以及人们权利意识的增强，我国婚姻家庭领域的案件数量呈不断增长之势已是不争的事实。有关的司法统计资料表明，近十年，婚姻家庭案件几乎每年都以10%的速度在递增，仅2000 年，全国法院受理的婚姻家庭案件达到了 134。8 万件。[147]正如顾培东先生所说：“当某种社会冲突大量出现时，需要相应的解决手段时，一定的诉讼形式便获得了产生的根据。”

其次，迄今为止，学界对人事诉讼程序制度研究尤其是从宏观角度的研究不多。一直以来，人事诉讼理论研究基本是民事诉讼领域无人问津的荒漠之地，尤其是在改革开放以前，由于现实尚无要求制定人事诉讼程序的需要，学界对人事诉讼程序理论的研究泼墨甚少，只要信手翻阅前些年的法学书刊，就不难发现有关人事诉讼理论的研究成果可谓“凤毛麟角”。另外，国内就人事诉讼程序制度进行研究的学者，一般都是就事论事地对一些分枝问题进行研究，缺乏系统性和较强的理论性，特别是对国外已经较为发达的人事诉讼法律制度缺乏详细的比较研究。

再次，由于我国理论研究的滞后，就人事诉讼程序制度的本土学术资源十分稀缺，有必要从国外输入。德国、日本等人事诉讼程序发源甚早，时逾百年的积淀，形成了一套较为完整的理论体系，相关问题研究的论著可谓汗牛充栋，无论在理论研究上还在具体制度的设计上都是十足的先行者。通过对先行者人事诉讼程序变迁的了解，可以知晓其制定该制度的政治、经济、社会状况等，同时，该程序的演变本身也可以折射出民事诉讼体系的变迁和程序设置的细化过程，由此可以判断我国完善人事诉讼程序制度的时机、方式等。比较法的一个重要作用在于克服法律“作为一种地方性知识”的偏狭。[148] “他山之石，可以攻玉”，伴随民事诉讼法趋同化进程的加快，既然国外先行者已经为我们提供了现存的制度和理论，借鉴已有的做法，经“扬弃”后为我所用，也不失为一种明智的抉择。在具体构建我国人事诉讼程序时，其具体制度如立法体例、人事诉讼专门裁判机构的设置等应结合我国国情，不能对现行制度、模式带来太大的冲击。诚然，国外绚丽多彩的人事诉讼程序制度以及各国司法机构的组织形式和运作方式，为我国人事诉讼程序制度的构建和司法机构改革提供了各种可资借鉴的立法体例，但切忌削足适履，(外国)制度移植与本土资源应同时兼顾，二者不能偏废，否则，打造出的人事诉讼程序将不伦不类。

随着我国法律体系的日趋健全，有关身份关系的立法也日益完善，现行民事诉讼法颁布实施以后，相关的实体法(婚姻法、收养法)进行了一系列的修正作业，如新婚姻法中规定了婚姻无效之诉、撤销婚姻之诉，而民事诉讼法却缺乏对应的程序性规定。鉴于程序法和实体法血与肉的关系，两者应处于一种并驾齐驱的态势，而并非彼消此长。长期以来，民诉学界只重视对普通程序的研究，对人事诉讼程序理论研究投入较少，将人事诉讼程序这一具体程序制度作为自己博士论文的研究对象，旨在通过对国内外有关制度和理论进行分析、思考的基础上，为构建符合我国实际且与实体法相称的中国人事诉讼程序作一定的理论铺垫，试图唤起学界对人事诉讼程序这一“弃婴”更多的关爱。

通过多视角的论析，文章所要涉猎并力求解决的问题主要包括以下几个方面：1，人事诉讼程序的一般法理、内容。主要内容包括：(1)人事诉讼的概念、性质和个性特征；(2)人事诉讼程序之目的、程序价值、特别法则；(3)人事诉讼程序与其他程序如普通程序、非讼程序等的关系；(4)设立人事诉讼程序所应依据的法理、人事诉讼程序的特殊法则以及施行这些法则的法理依据；(5)判决效力的扩张及其法理依据、程序保障；(6)人事诉讼案件审理中当事人认诺和自认的效力、人事诉讼中当事人诉讼能力问题；(7)检察官参与人事诉讼程序的必要性和法理依据，等等。2，提出我国设立人事诉讼程序的初步构想。(1)我国未设立人事诉讼程序的成因分析；(2)我国人事诉讼程序应设置的法则和内容；(3)我国人事诉讼程序的立法体例、人事诉讼裁判机关的设置方式分析；(4)我国构建人事诉讼程序制度应当考量的因素，等等。

---

[145] 杨大文等：《婚姻法修改中的热点问题》，人大法学院建院50 周年学术讲座(三)。
[146] 姜海顺：“浅谈延边地区离婚案件的新特点”，《延边大学学报》2000 年第3 期。
[147] 2000 年中国司法统计资料。
[148] 左为民等：《变迁与改革—法院制度现代化研究》，法律出版社2000 年版第20 页。

第一章　人事诉讼程序概论

人事诉讼是处理婚姻·收养·亲子关系之有关基本身份关系纠纷的特别民事诉讼。“人事诉讼程序者，非以财产关系为诉讼标的，而关于人之身份或能力之诉讼也。”[149]身份关系、家庭关系作为身份法规范之法律关系，存在形式多样。而在这些法律关系中，只有婚姻关系、亲子关系以及收养关系是涉及自然人最基本的身份关系，它是基于婚姻、血缘关系所形成的社会关系，是构成社会最基础的单元，在实体私法上，与经济利益有关的财产关系实行完全不同的规范方式。普通程序中当事人多以财产权为争讼之标的，其诉讼仅涉及财产上的权利义务，通常与公益无关，故适用辩论主义，尽量收缩法院职权干预的范围；而身份关系诉讼不仅涉及诉讼主体之间的利益，与众多利害关系人的权益和社会公益息息相关，因而，不能任由当事人自由处分。身份关系一旦发生争讼，若适用一般诉讼程序规则，显然不能满足维护社会公益的需要，设立专门程序一人事诉讼程序，适度扩张法院职权干预范围，以利实体真实的发现，使判决效力扩张得以正当化，维系社会秩序的良性发展。比如，亲子关系是基于出生这一事实推定而发生，婚生子女否认之诉未作出判决之前，都视为存在亲子关系。在诉讼程序上，身份关系案件并非准许当事人的自由诉讼追行，加以相对解决，必须根据客观事实，进行整齐划一的解决。“夫妻关系、亲子关系如果加以相对调整的话，众多关系人间的身份关系便会处于混乱之中，出现难以收拾的局面。”基于这一顾虑，诸多国家在人事诉讼案件的处理程序上都作了匠心安排。

一、人事诉讼程序基本概念解读

任何一门科学的研究都是以研究对象的概念分析为原点。通过对概念的界定和分析意在于把握研究对象的本质、特性和规律。作为人事诉讼程序研究制度研究的先决问题就是解答何谓人事诉讼。因为，对它的研究与对问题本身的研究一样，具有同等重要的理论价值。以人事诉讼程序制度作为研究对象，当然涵括静态与动态两种意义上的人事诉讼程序制度，基于这一立场，研究对象似乎相当明确，然而，细究一番之后问题颇多，研究视野顿感模糊，何谓人事诉讼，这一作为研究对象基石问题若不予以究明的话，将影响到研究对象的实际范围，甚至出现“误射”情况。

“人事诉讼”是大陆法系国家广为使用的一个概念，由于各国间文化和法律制度的不同，对人事诉讼这一概念也存在相异的理解。一些国家为了避免让人产生歧义，防止人们将诉讼法上所称的“人事”和行政上所言的“人事”混为一谈，法律上就其涵义一般都加以了明确界定。

⑴日本法对人事诉讼的界定。人事诉讼”作为民事诉讼法上的一个专用术语，最早出现在1898 年的《日本人事诉讼程序法》中。根据日语大词典《广辞源》的解释，“人事”有以下三层含义：第一，是指“关于个人身份、能力的事项”；第二，指“与人有关的事情”；第三，指“人与人之间所形成的关系”。显而易见，早期日本法采用的是第一层含义，即“人事”是指人的身份关系和身份能力之意。相应地，“人事诉讼”是指关于人的身份上的关系、能力的诉讼，即关于婚姻·收养·亲子关系的民事诉讼，身份上的关系就是关于身份上的权利义务。“人事诉讼程序”就是人事诉讼案件所适用的程序。1898 年日本《人事诉讼程序法》除调整身份关系的有关案件外，还调整禁治产、准禁治产等涉及身份能力的事件。1947 年的法律修改中将有关身份能力的事件改由《日本家事审判法》调整。从此以后，日本人事诉讼程序只调整身份关系方面的案件，涉及身份能力的案件不再作为其调整对象。日本《新人事诉讼法》第2 条规定，“人事诉讼是指以身份关系的形成或确认为目的的诉讼”。具体包括婚姻关系诉讼—一指婚姻无效之诉、婚姻撤销之诉、离婚之诉、协议离婚无效之诉、协议离婚撤销之诉、婚姻关系存否确认之诉；亲子关系诉讼一婚生子女否认之诉、子女认领之诉、认领无效及撤销之诉、确定父亲之诉、亲子关系存否确认之诉，收养关系诉讼—一收养无效及撤销之诉、解除收养关系之诉、协议解蜘次养关系无效列豁肖之诉、收养关系存否确认之诉。[150]

⑵我国对人事诉讼的解释我国民事诉讼法典尚未启用人事诉讼它只是一个理论上的概念，而非实定法上的概念。[151] “人事”，顾名思义，是指与人有关的事。根据我国《现代汉语词典》的解释，“人事”一词具有两层含义：一层含义是指“关于工作人员的录用、培养、调配、奖惩等工作”，如人事安排、人事制度等；而人事的另一层含义指“人与人之间的关系”，如人事纠纷、人事摩擦等。[152]民事诉讼法中的“人事”则另有其义，专指与自然人之身份有关的事，是民事诉讼法上的一个专用名词，“人事诉讼”是关于身份上权利义务关系的诉讼。

我国台湾地区民诉法学者认为，人事诉讼程序者，以自然人之身份关系或能力为标的之特别诉讼程序也。[153]本程序除将婚姻事件、亲子事件纳入调整范围外，还将禁治产事件和宣告死亡事件纳入其调整范围内。将上述事件程序合

---

[149] 杨建华：《民事诉讼法实务问题研究》，广益印书局 1981 年版，第 198 页。
[150] 日本将解除收养关系诉讼称为离缘之诉。
[151] 王强义：《民事诉讼特别程序研究》，中国政法大学出版社 1993 年版，第 283 页。
[152] 《现代汉语词典》，商务印书馆 1996 年版，第 1064 页。
[153] 吴明轩：《中国民事诉讼法》第三版，三民书局，第 1533 页。

为一编，称为人事诉讼程序，以区别于普通诉讼程序。

(3)法国法对人事诉讼的界定。法国法中将“人事诉讼”称之为“actinosdetat,’，将有关人的身份问题为目的的诉讼统称为人事诉讼。[154]此界定主要包括以下几层含义：(1)人事诉讼是关于新身份关系的形成或变更(如收养关系、离婚、丧失亲权等)、证明(亲子认领)，否认(婚生否认)等诉讼；(2)有关国籍诉讼尽管是公法上的问题，传统上也将之归属于人事诉讼的范畴；[155] (3)有关户籍更改的问题则不作为人事诉讼程序的调整对象。因为这种情形下并不涉及身份关系问题，只不过身份关系证书的记载上存有问题而已；(4)继承方面的诉讼只不过是将婚姻关系和亲子关系作为育训是而已，荆卜人事诉讼；(5)有关姓氏的诉讼属于人事诉讼的范畴。[156]

从一些大陆法国家和地区对人事诉讼的界定来看，虽然都称人事诉讼，但其语境是不尽相同的，相互间并非可以划等号，就此问题将在后续的“人事诉讼案件范围”中加以具体阐述。日本人事诉讼法中的人事诉讼仅仅包括身份关系事件，而不包括身份能力方面的事件，法国、台湾地区的民事诉讼法中的人事诉讼则涵盖了身份上两方面(身份关系和身份能力)的诉讼。笔者认为，人事诉讼是指调整自然人身份关系争讼的特别诉讼程序。人事诉讼程序是关于人事诉讼案件所适用的程序，在民事诉讼法典中它既不栖息于特别程序之中，又不在普通诉讼外延的延长线上。

一般认为，“人事诉讼”之称谓源于德国、日本的法律及其法学理论，它并非两大法系的通称，大陆法系中只有日本、法国、德国以及我国台湾地区等有这样的称谓，其他国家更多地采用家事诉讼之称谓。英美法国家尚无人事诉讼的提法，通常称为家事诉讼。那么，大陆法系所言的人事诉讼或家事诉讼与英美法系国家所称的家事诉讼是否为同一语境的概念呢?对此，我们认为有必要就人事诉讼、家事诉讼的概念以及两者间的异同进行一番比较、分析。

人事诉讼，理论上亦称为身份关系诉讼。[157]这是因为人事诉讼是以身份关系为诉讼标的的缘故。据此，把这种诉讼案件分别称为人事诉讼案件和身份关系案件，把所适用的程序分别称为人事诉讼程序和身份关系案件的程序或身份关系诉讼程序。出现这两种不同的称谓，是受不同国家的法律及法学理论影响的结果。身分关系诉讼的称谓来源于前苏联的民诉理论。前苏联的《民事诉讼立法纲要》及《民事诉讼法典》中并没有规定身份关系诉讼的特别程序。但是，由于其实体法的分立状况，司法实践中形成了一套特别规范，在理论上往往单辟题目探讨该种诉讼程序。使用身份关系诉讼的称谓和实体法上对权利的分类有关。民事权首先分为财产权和人身权，民事关系分为财产关系和人身关系(《民法通则》第 2 条)。我国《民法通则》虽然并未使用“身份权”字样，但在理论上仍使用身份权称谓，而且对身份权的理解并不一致。身份关系诉讼的称谓应当与实体上对身份权称谓的使用有关。[158]目前，除我国理论界的部分学者将人事诉讼称之为身份关系诉讼外，两大法系的其他国家不存在这样的称谓，将与身份关系或能力有关的事件称为人事诉讼或家事诉讼。

纵观以上分析，“身份”是构成人事诉讼的内核。在古代社会，一个人的身份具有特定的意义是其享受权利承担义务的基本前提随着社会的进步和权利意识的普及，身份失去了从前那种决定意义。社会不再以身份为标准来分配权利义务，而强调平等地赋予个人权利，并以“契约自由”为媒介进行权利义务的交换，这就是梅茵先生所说的“从身份到契约”的运动。[159]即身份关系逐步缩小了它的适用范围，在社会公共领域，身份不再是享受权利的条件。但是，历史发展到今天，身份关系仍然占据着家庭领域。家庭是社会的细胞，夫妻、父母子女、亲属等人伦关系自然地存在。因此，需以法律对家庭内部的各种关系予以规范。这样一来便有了身份权的存在。身份权是基于身份关系所产生的权利，它具有人身性，亦具有财产性，我国的婚姻法、继承法便是身份权存在的法律根据。

身份关系是指构成社会关系的人们在地位上的上下序列，由身份关系和身份能力两部分组成。身份关系是指夫妻、父母子女以及其他亲族关系，是由婚姻、血缘等而发生的一种社会关系，是一种广泛存在于社会生活中的关系。身分关系较为复杂，国家在法律上只规定一定范围(该社会认为须由法律予以调整的)内的基本身份关系。这些关系有：(1)夫妻关系。它是最根本的身份关系，由婚姻关系而发生；(2)亲子关系。即父母与子女的关系，包括养父母子女关系；(3)家庭关系。属于同一“家庭”成员之间的关系，在实行“小家庭”(核心家庭)制的社会里，家庭关系只是亲子关系；(4)亲属关系。即家庭以外的亲属间的关系，这种关系范围的大小，各国规定不同。从以上身份关系的构成来看，只有婚姻、亲子关系(包括拟制的亲子关系一收养)出现纷争时，才能构成人事诉讼。而身份能力是指人的身份行为能力，涉及身份能力的案件如禁治产案件、宣告死亡案件等归属于非讼案件，适用非讼法理，一般不划归于人事诉讼。

家事诉讼是指有关“家”或“家庭”纷争的诉讼。故一些国家将家事事件也称为家庭事件。“家”是指共同维持

---

154 Martyetraynaud;P.855。

155 SAVATIER：p.1.col.l。

156 冈恒学·吉村德重：「注积人事诉讼手统法」，东京：青林书院 1987 年版第 362 页。

157 李杰：“完善我国身份关系诉讼制度的构想”，《中国法学》1990 年第 6 期。

158 王强义：《民事诉讼特别程序研究》，中国政法大学出版社 1993 年版，第 283 页——284 页。

159 梅茵：《古代法》，商务印书馆 1984 年版，第 97 页。

家计的生活共同体，[160]家事事件或家庭纠纷既可能是夫妻之间，也可能是父母与子女之间。并不是所有家庭纠纷都要通过诉讼的方式加以解决，也可以依据其它方式予以解决，即便依据诉讼也不一定依据人事诉讼程序，也可依据一般民事诉讼程序。家事事件系家庭成员为预防家庭纠纷的发生或就现实上已经发生的纷争，以司法程序予以解决，范围较为广泛。按事件讼争性强弱及实定法规范的状态，大体上可将家事事件大致分为家事诉讼事件和家事非讼事件。在立法上，大陆法系国家仍按照“诉讼事件”和“非讼事件”二分法来对家事事件进行分类，主要有三类：一是民事诉讼法中规定的人事诉讼事件；二是非讼事件中规定的有关监护、继承、禁治产等事件；三是其他因与婚姻、家庭有密切关联而发生的民事事件。而“事实出发型”的英美法系国家并没有从理论上和立法上对诉讼事件和非讼事件进行区分，只要是婚姻家庭生活中发生的案件都可以作为其审理对象，包括离婚、亲权、流产、人工授精、生育限制等，范围非常广泛。[161]

在英美法国家，没有人事诉讼的提法，而经常提及的是家事诉讼，按照特别程序审理的身份关系方面的案件主要是离婚案件为核心的家事案件。英美法国家均没有人事诉讼程序的特别立法，也不存在“人事诉讼”这一专用名词。大陆法系国家所言的“家事事件”与英美法系国家所称的“家事案件”或“家庭事件”在范围上是不完全相同的。前者的范围要小于后者。后者所言的“家事案件”不仅包括婚姻、亲子等有关身份关系的案件，而且还包括继承、家庭暴力、青少年犯罪等案件，而前者所称的“家事事件”仅包括身份关系案件和部分身份能力事件。

需要特别说明的是“人事”虽然是指与人的身份有关的事，但“人事”的范围并不涉及身份关系的全部领域，而是专指这一领域中有关的几种诉讼形式如婚姻关系事件、亲子关系事件、收养关系事件，这几种诉讼形式必须是法律上明确规定的，除此之外的身份关系诉讼案件，不适用人事诉讼程序，而适用通常程序或其他程序。

二、人事诉讼程序与相关程序之比较分析

（一）人事诉讼程序与普通民事诉讼程序之比较

一般而言，民法由财产法与身份法两大领域组成。财产法是规范私人间财产之法律关系，即债之法律关系和物权之法律关系，依据一般诉讼法理，适用普通诉讼程序；而身份法是规范私人间的身份关系，依据特殊诉讼法理，适用人事诉讼程序。德国、日本等国学者将民事诉讼法规定的程序分为财产关系之诉讼程序与身份关系之诉讼程序，正好契合了实体法的这种分类。据此诸多大陆法系国家都将因身份关系而发生的诉讼与以财产关系发生的诉讼分开，称之为“人事诉讼”，依照特殊程序——人事诉讼程序，由家庭法院或家事法庭的家事法官承担裁判工作，施行职权主义、实体真实主义、非公开主义等特殊诉讼法理。人事诉讼程序作为从民事诉讼程序中分离出来的一个子程序，作为民事诉讼的特别程序而存在，与普通民事程序相比较呈现出显著的差异。

⑴审理的基本原则不同。当事人之身份关系不但涉及诉讼主体之私益，亦与案外第三人存有密切的利害关系，更与国家利益和社会秩序息息相关，因此人事诉讼程序中不能完全照搬“私法自治”原则。普通程序中严格遵循的公开、对审原则被限制适用，取而代之的是非公开审判原则和职权探知主义；普通程序以形式真实为基本价值取向，其判决之效力具有很强的相对性，即判决只对本案当事人具有拘束力，社会上之第三人得承认判决效果而无拘束力。而人事诉讼程序恰好相反，它以探求实体真实为首位价值目标，奉行直接原则，在性质上不允许私人间进行任意处分。人事诉讼判决在效力上具有绝对性，不仅拘束本案之当事人，通过既判力之扩张而对案外第三人也具有拘束效力。

⑵当事人适格的缓和。大陆法国家传统当事人适格理论是从实体法角度去考虑当事人适格的基础，把当事人适格的基础完全归于原告和被告对诉讼标的的管理权或处分权，实体法上的管理权或处分权就成为诉讼实施权的基础。对作为诉讼标的的法律关系有管理权或处分权的当事人就是适格当事人。[162]但是，将管理权或处分权作为诉讼实施权的基础，具有很大的局限性。“事实出发型诉讼”英美法国家尚无大陆法国家系统的当事人适格理论体系，他们是从案件事实出发来理解和运作诉讼，从案件审理中去发现法。由此，英美法系以已经发生的案件本身作为诉讼标的，从而决定了所有与案件有利害关系的人原则上都属于诉讼当事人。由于偏重于将所有案件关系人作为当事人，所以，究竟是作为原告还是被告似乎并不重要。美国民事诉讼法一般遵循“实质的利益当事人”原则，同时就例外情况(大陆法系诉讼担当的情形)加以明文规定。随着例外情况的扩大规定，使得确定当事人适格的“实质利益”的标准被淡化，而将当事人适格予以扩张，并扩大其救济之幅度。管理权是对有关财产权争议提出诉讼并成为适格当事人的前提，但该理论并不适合于确认之诉，对形成之诉亦难以自圆其说。在司法实践中，由于确认之诉和形成之诉愈来愈受到重视，以及司法解决纠纷的功能不断扩大，理论上出现了以“诉的利益”代替管理权或处分权作为诉讼实施权的基础学说。绝大多数情况下，诉讼实施权的有无应以实体法为基础进行判断。但是，随着实体权利的广度和深度不断被司法实践拓

160 （日）滋贺秀三：《中国家族法原理》，张建国等译，法律出版社2003年版，第42页。

161 夏吟兰：《美国现代婚姻家庭制度》，中国政法大学出版社1998年版，第24页。

162 江伟：《民事诉讼法原理》，中国人民大学出版社1999年版，第401、402页。

宽，当事人适格在程序当事人的概念下，还可以不断扩张，使程序意义的诉权和实体意义上的诉权都得到充分保障。我国民事诉讼理论可以在借鉴外国经验的基础上，承认诉的利益作为当事人适格的基础，有助于扩大对确认之诉和形成之诉这两种诉讼的实体保障。[163]

我国《民事诉讼法》第108条规定，“原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织”。这一规定使我国诉讼法领域长期以来存在着一种误区：认为只有自己合法权益受到违法侵害的人才具有原告资格。毋庸置疑，“直接利害关系”之原则对限制诉权的滥用具有积极的作用。但是，这一理念的弊端在于忽略了社会公益的存在。随着法治现代化的迈进和现代型诉讼类型的出现，传统适格理论日益受到人们的质疑和挑战。随着实体权利的广度和深度不断被司法发现和立法确认，正当当事人适格在程序当事人概念之下，有很大的扩张空间，进一步推动了当事人适格要件的缓和，引起了司法权的扩大。

人事诉讼中当事人适格已突破了一般诉讼中“与本案有直接利害关系”之框架，原、被告适格有着不同于普通诉讼程序的特点。如日本《人事诉讼程序法》第2条规定，夫妻一方所提出的婚姻无效或撤销之诉，以其配偶为对方当事人；如第三人提起前款之诉时，应以其夫妻作为对方当事人，夫妻一方死亡的，则以其生存者为

对方当事人；依前两款规定应成为对方当事人死亡的，将检察官作为对方当事人；当检察官成为当事人后，对方当事人死亡时，为了继续进行本案诉讼程序，由法院选定律师为继承人。我国台湾地区民事诉讼法第569条也对婚姻案件之当事人适格要件作了特别规定，由夫或妻起诉者，以其配偶为被告；由第三人起诉者以夫妻为共同被告。但撤销之诉，其夫或妻死亡者得以生存者为被告；以一人同时与二人以上结婚为理由之婚姻无效之诉，由第三人起诉者，以结婚人全体为共同被告；由第三人起诉者以结婚人全体为共同被告。结婚人一方中有死亡者，以生存之结婚人为被告。由此看来，人事诉讼当事人既可以是身份关系的当事人一方或双方，也可以是利害关系的第三人；身份关系之当事人既可能成为诉讼中的对立双方，也可能成为共同诉讼人(如共同被告)。

目前，我国虽然尚无人事诉讼程序的规定，但对有关婚姻案件的当事人也作了特别规定，最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释中第7条规定，“有权依据婚姻法第10条规定向人民法院就已办理结婚登记的婚姻申请宣告婚姻无效的主体，包括婚姻当事人及利害关系人。利害关系人包括：1，以重婚为由申请宣告婚姻无效的，为当事人的近亲属及其基层组织；2，以未到法定婚龄为由申请宣告婚姻无效的，为未达法定婚龄者的近亲属；3，以有禁止结婚的亲属关系为由申请宣告婚姻无效的，为当事人的近亲属；4，以婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈为由申请宣告婚姻无效的，为与患病者共同生活的近亲属。第16条又规定，“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。”

(3)当事人诉讼能力的扩充。在当事人诉讼能力上，遵循扩大当事人诉讼能力之原则，尽可能使当事人本人直接参与诉讼。身份上之行为需要尊重本人的意思，故纵然身份行为之本人不是完全行为能力人，只要其具有意思能力，也应使其得为诉讼行为。如日本旧人诉法第3条1款规定，“无能力人为有关婚姻无效或撤销、离婚或撤销离婚的诉讼行为，无需经过法定代理人或保佐人的同意。”我国台湾地区“民诉法”第570条也规定，“未成年之夫或妻，就婚姻无效或确认婚姻不成立之诉，亦有诉讼能力。”同法第45条关于收养事件之诉讼能力规定，“能独立以法律行为尽义务者，有诉讼能力。”在收养事件上，关于养子女的诉讼能力也作了特别规定，即该法第584条规定，“前条之诉(指收养无效或撤销收养、确认收养关系成立或不成立以及终止收养关系之诉)，养子女虽不能以法律行为尽义务者，亦有诉讼能力。”这些关于当事人诉讼能力之特别规定，集中体现了身份上的诉讼尤其尊重当事人自主独立人格之品性。

(4)证据调查制度不同。由于程序目的与价值不同，人事诉讼程序与一般诉讼程序的证据制度存有较大的差别。人事诉讼为了发现实体真实，不完全遵循一般诉讼程序中的证明责任分配理论，法院根据审判的需要，可以依职权直接进行证据调查，证据收集程序不受有关证据方法与证据调查程序的约束。法庭在进行事实认定时，不受诉讼当事人所提出的证据方法和事实的限制，可以斟酌当事人未提出的事实和证据方法。我国最高法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第8条规定，有关身份关系的诉讼不适用自认和认诺规则。日本新人诉法第19条以及德国民诉法第617条也有相同意旨的规定。

(二)人事诉讼程序与特别程序之比较

人事诉讼程序与特别程序间的比较研究具有很强的现实意义。因为此问题探讨的结果事关人事诉讼程序的立法体例。即是将人事诉讼程序作为特别程序的一部分置于民事诉讼法典中，还是别于特别程序作为一种独立程序置于民事诉讼法典之中。我国民事诉讼法第十五章虽然就特别程序进行了专门的规定，但对该问题未加以涉足。

特别程序是指人民法院审理非民事权益争议的特殊类型民事案件所使用的程序，是选民资格案件、宣告公民失踪案件、宣告公民死亡案件、认定公民无民事行为能力或限制民事行为能力案件、认定财产无主案件等系列民事程序的

[163] 伊藤真：“美国当事人适格理论发展一侧面”，《民商法杂志》81卷6号第753页、82卷1号1页。

总称。[164]这种观点之下的“特别程序”在设定标准上采取的实际上是立法的明文规定。亦即以立法上所使用的概念，来界说学理上应然的特别程序的内涵。而王强。处附碧器诸贝狱为，应当用多中不同的相滩来确定具有不同属性的特别程序。[165]依此观点，特别程序的适用范围包括全部的非讼案件和某些特殊的诉讼案件，比如，人事诉讼案件、票据诉讼等。

目前，关于特别程序的范围，我国理论界有三种不同的观点。[166]第一种观点采取的是注释法学的思维方式，有一种故步自封的味道，这种定式思维既不利于民事诉讼理论的发展，也难以发挥理论指导立法和司法的作用。第二种观点将人事诉讼程序纳入特别程序之列是值得商榷的。首先，此种特别程序概念设定了过于宽泛的标准，使得该标准难以把握；其次，以内在并无关联的多元化标准来划定特别程序的适用范围，使其性质难以确定。把性质不尽一致的民事案件以其不属于通常的诉讼程序为由，而将之全部归类于特别程序之下，其结果必然是特别程序失去内在规定性和程序原理的相容性，特别程序由此难以发挥其应有的作用。我们认为，首先，一般而言，特别程序适用于非讼案件，而人事诉讼具有诉讼性质。诉讼程序由通常程序和特别程序组成，人事诉讼程序是诉讼程序中的特别程序。其次，如果将人事诉讼程序作为特别程序的一个分枝置于民事诉讼法中，就难以体现出人事诉讼程序本身所具有的特别程序法理。再次，混淆了特别程序和特别诉讼程序间的区别。诚然，特别程序与通常程序相对称，但是，该对称是以非讼与诉讼为标准，而不应该完全以诉讼标的的性质作为标准。笔者较为赞同第三种观点，即特别程序的适用范围应当以民事案件的非讼性质作为确定标准。“由于民事案件的这种非讼性质，特别程序才有了非讼程序的性质。简而言之，特别程序是立法者规定的用来解决民事非讼案件的审判程序，它与用来解决民事诉讼案件的审判程序一起，成为民事诉讼法调整和规范的审判程序的全部内容。这样一种程序结构，由简单的等式来表达，就是审判程序等于诉讼程序(包括人事诉讼程序，笔者注)和特别程序或非讼程序之总和。”[167]

笔者认为，人事诉讼程序与特别程序是两个分类标准不同的程序概念，人事诉讼程序虽然划入特别程序的“势力”范围，但与通常意义上的特别程序又存在一定的差异。因此，我国将来在设立人事诉讼程序时，在立法体例上应细心考究。就此问题的探讨详见本文的第六章。

(三)人事诉讼程序与非讼程序之比较

按照纠纷类型对法院裁判程序进行分类，可以分为诉讼程序与非讼程序两种。二者的主要区别在于诉讼标的是否涉及实体上的争议，若存在实体争议，属于诉讼程序，反之则为非讼程序。与诉讼程序相比，非讼程序在对处分权主义、辩论主义、裁判公开主义的适用等方面有所保留，而且一定程序上提倡了职权干预主义，职权探知主义、书面主义等。[168]

笔者将非讼事件程序与人事诉讼程序进行比较的原因有两点：一是人事诉讼程序所适用的法理与非讼程序有诸多相同之处；二是一些国家将部分非讼案件(如禁治产案件)与人事诉讼案件置于一起进行规定。非讼案件中的禁治产案件与人事诉讼存在关联，德国、我国台湾地区等将其与人事诉讼案件进行了捆绑式规定。日本 1898 年制定的人事诉讼程序法中也曾经设有禁治产及准禁治产的程序。

民事诉讼法典尚无“非讼程序”的概念，只有“特别程序”的规定，关于非讼程序与特别程序的关系，理论界有不同的观点，由于与本文牵连不大，对此问题不作过多的阐释。我国将宣告失踪人死亡案件、认定公民无行为能力案件、认定财产无主案件、宣告失踪案件以及认定公民限制民事行为能力案件归为特别程序调整的对象。

非讼程序是为非讼案件而设立的特别程序制度。主要具有以下基本特点：(1)没有对立的当事人，程序因利害关系的申请而开始。(2)人民法院审理这类案件，不是解决民事权益争议，只是对一定的事实加以确认。(3)法院可以依职权调查有关事实与证据。由于非讼案件的公益性较强，因此，需要赋予法院和法官较广泛的自由裁量权，以尽快获取与本案有关的事实与证据资料，作出与案件相称的裁判。(4)程序上追求案件的简易、迅速、经济处理。通常以独任制审理，多实行一审终审，审限较短。(5)不同的非讼程序之间没有统一的、相互之间存在必然联系的程序。[169]

---

164 刘家兴主编：《新中国民事诉讼程序理论与适用》，中国检察出版社 1997 年版，第 284 页。

165 王强义：《民事诉讼特别程序研究》，中国政法大学出版社 1993 年版，第 13 页。

166 就特别程序的范围问题，目前学界大致有三种观点。第一种观点是以是张卫平老师为代表，该观点以立法规定作为界定特别程序的标准，即完全根据民事诉讼法第 15 章的规定来界定和分析特别程序。详细参见张卫平主编：《民事诉讼法教程》，法律出版社 1998 年版，第 36 页;第二种观点是以王强义教授为代表，该观点认为特别程序有三个广为接受和适用的标准：(1)是否为非讼案件的程序：(2)是否为诉讼标的性质特殊的案件适用的程序;(3)是否为专门设立的简易程序。王先生是将人事诉讼程序纳入了特别程序的范畴。详见王强义：《民事诉讼特别程序研究》，中国政法大学出版社 1993 年版;第三种观点是以江伟老师为代表，该观点认为，特别程序的适用范围应当以民事案件的非讼性质作为确定标准。参见江伟主编：《民事诉讼法学原理》，中国人民大学出版社 1999 年版。

167 江伟主编：《民事诉讼法学原理》，中国人民大学出版社 1999 年版，第 711 页。

168 江伟主编：《民事诉讼法学原理》，中国人民大学出版社 1999 年版，第 721 页。

169 杨荣馨：《民事诉讼原理》，法律出版社 2003 年版，第 644 页。

尽管人事诉讼程序不属于非讼程序，两者在程序的启动方式、裁判结果的形式与效力、审理构造等诸多方面虽然存在较大的差别。但是，由于人事诉讼程序自身的一些特性，也造就了两者在基本原则、程序价值、证据制度等方面存在共同点。(1)审理基本原则方面，限制处分权主义的适用，采用职权主义，实行非公开审判原则等；(2)程序价值方面，均具有很强的公益性；(3)证据制度方面，限制自认制度等的施行，活用职权探知主义。证据收集不受证据方法与证据调查程序的约束，不受严格证明标准的限制，等等。

人事诉讼程序本身的程序法理决定了不属于非讼程序，相异之处主要体现在以下几方面。(1)人事诉讼案件具有民事权益争议。不仅存在象婚姻无效确认之诉、亲子关系存否确认之诉等确认之诉；也存在象离婚之诉这样的形成之诉。(2)具有明显的对审结构，有明确的诉讼当事人原告和被告。(3)审级制度与通常的诉讼程序相同，并非一律实行一审终审。(4)审判方式既可以采用独任制也可以采用合议制。(5)审限也与非讼程序不同。(6)判决效力除具扩张功能外，其他方面与普通民事判决大致相同。

综上所述，人事诉讼既不同于普通诉讼程序，又不属于非讼程序，在程序上，它到底是一种什么性质的程序?我们是否就可以冒然将之划归为特别程序之列呢?诚然，法律关系性质特殊的案件，不能完全适用通常程序审理，法律上则对他们做出特别的程序规定。这里的法律关系，不是案件中形成的各种诉讼法律关系，而是作为诉讼标的实体法律关系。人事诉讼是关于人的身份关系上的争讼，与以财产关系为诉讼标的的普通民事案件在性质上迥异，应将适用于人事诉讼案件的程序纳入特别程序的范畴。英美和欧洲的一些国家也把人事诉讼案件的程序列为特别程序或将身份关系方面的案件主要是离婚案件按特别程序审理的立法例存在。[170]在性质上，人事诉讼程序应归属与民事诉讼法中的特别程序，我们可将之程序特别民事诉讼程序。总体来说，人事诉讼程序与国外的非讼程序和我国的特别程序是完全不同的，从根本上讲，它是以诉讼构造为属性的一种程序模式。具体而言，在人事诉讼中，作为程序主体的当事人是以对立的立场参与诉讼、进行诉讼追行，它是依当事人行使诉权而致使诉讼程序的启动，裁判对象仅限于当事人的诉讼请求；在实际的审理活动中，当事人拥有言词辩论的权利，程序主体地位受到严格保障，等等。总之，人事诉讼具有对审·公开的诉讼构造，与采用非讼程序处理家事纠纷的家事审判程序存在根本的不同。人事诉讼程序既然是作为民事诉讼的一种特别的程序，与通常的民事诉讼在具体操作规则上存在诸多特殊之处。主要包括适格当事人的法定、检察机关的原被告适格、赋予无诉讼行为能力人的诉讼能力、当事人的直接参与、检察机关对人事诉讼的一般参与、辩论主义的限制与职权探知主义的采用、诉讼集中对策与禁止重复起诉、判决效力的扩张与失权效果的认可等等。

受目前我国的司法现状的制约，将人事诉讼程序纳入特别程序的射程范围，只能是一种不得已而为之的临时措施。人事诉讼程序并非一般的特别程序，其程序法理适用的非讼法理成份多于诉讼法理，它是诉讼程序与非讼程序二者融合的产物，即在人事诉讼中诉讼法理与非讼法理可以交错适用。“诉讼原理与非讼原理的相互结合，使之能够设定出与民事诉讼案件不同性质相适应的多种解决纠纷程序模式”。[171]但是，笔者认为，从长远来看，应象日本、韩国等一样，设立专门的人事诉讼程序，让其以独立的身份成为民事诉讼程序体系的成员，这也是彻底终结上述学术争鸣的最佳办法。

三、人事诉讼程序的适用对象

(一)人事诉讼案件的范围

人事诉讼程序对象适用范围问题是人事诉讼程序中一个最基本的问题，也是一个十分重要的问题，这个问题解决不好，就难以深入其他相关问题的讨论。人事诉讼案件是指家族法上有关身份关系的案件，与以财产上权利的存否为对象的财产案件有着本质上的差别，虽然部分人事诉讼案件也在民事法庭审理，但在处理程序上与一般财产案件则不完全相同。广义上的人事诉讼案件并不局限于身份关系案件，还包括与家庭有关的所有案件以及有关身份能力的案件，比如，继承案件、遗言案件、禁治产案件等，范围相当广泛。从世界各国的现状来看，哪些案件归属于人事诉讼案件以及适用何种程序进行如何处理等问题上，各国之间存在诸多差异。人事诉讼所适用的程序是否有别于普通程序，与各国法院制度的沿革和法律制度的发展背景一脉相承。日本学者中村英郎教授在对世界部分国家的人事·家事诉讼进行比较研究后指出，就身份关系所发生的诉讼主要包括婚姻关系案件、亲子关系案件(包括收养关系案件)、监护案件、抚养纠纷案件、继承·遗言纠纷案件、禁治产案件。[172]

人事诉讼程序是将上述六种诉讼都作为适用对象，还是将其中部分诉讼纳入自己的适用范围，实在是径渭难分。就世界而言，中村教授认为大体可分为三种类型：第一类，将上述六种案件都归属于人事诉讼案件范围，如韩国、我国台湾地区等；第二类，只将婚姻关系案件、亲子关系案件、监护案件作为人事诉讼案件，此外的其他案件适用普通

[170] 王强义：《民事诉讼特别程序研究》，中国政法大学出版社1993年版，第17页。
[171] 江伟主编：《民事诉讼法学原理》，中国人民大学出版社1999年版，第705页。
[172] (日)中村英郎「家庭事件裁判制度的比较法的研究」，早稻田大学《比较法学》第19卷第1号。

民事程序。目前，希腊、原东德国、奥地利等大多数国家都采用此种分类方法。在瑞士，一部分人事诉讼案件如亲子探访、监护人的选任及解任等由行政部门管辖(严格意义上讲，这些事件应属于人事诉讼的附属事件)。第三类，只是将婚姻案件作为人事诉讼案件，比如澳大利亚、原西德等。原西德尽管将婚姻关系案件、亲子关系案件、抚养案件、禁治产案件作为人事诉讼案件，但只有婚姻案件及其附随事件由家庭法院管辖。笔者认为，除上述中村教授所列举的三种类别外，还存在第四种类型，只将婚姻关系案件、亲子关系案件以及收养关系案件作为人事诉讼案件，除此之外的其它有关身份和家庭的事件属于家事审判程序的调整范围。当今的日本便是属于这种类型。

那么，所有涉及身份关系的争执是否都需要依据人事诉讼程序加以解决呢?答案当然是否定的。人事诉讼程序只适用于部分身份关系案件，虽然我国台湾地区“民事诉讼法”将宣告死亡或失踪、认定公民无行为能力和限制行为能力等非讼案件规定在人事诉讼程序中，德国《民事诉讼法》将其规定在公示催告程序中，但我们认为，这些案件不具有诉讼性质，应适用非讼案件程序，不宜列入人事诉讼案件的范畴。

(1)日本人事诉讼案件的范围。日本是两大法系中对人事诉讼案件范围规定最为清楚的国家，日本新《人事诉讼法》第2条以列举的方式将人事诉讼案件的范围进行了明确。1，婚姻关系案件，包括婚姻无效之诉、婚姻撤销之诉、离婚之诉、协议离婚无效及离婚撤销之诉、婚姻关系存否确认之诉；2，收养关系案件，包括收养关系无效之诉、收养撤销之诉、离缘之诉(解除收养之诉)、协议离缘无效之诉及离缘撤销之诉、收养关系存否确认之诉；3，亲子关系案件，亲生子女否认之诉、子女认领之诉、认领无效之诉、认领撤销之诉、确定父亲之诉、亲子关系存否确认之诉。就人事诉讼的范围问题，日本理论界和实务界分歧较大，实务界认为应将准人事诉讼案件纳入人事诉讼之中。准人事诉讼案件是指人事诉讼法司法解释所适用的案件，主要包括离婚无效之诉、解除收养无效之诉、身份关系存否确认之诉。

(2)德国人事诉讼案件的范围。纵观世界各国有关人事诉讼程序的法律规定，德国民事诉讼法中的人事诉讼修改较为频繁，可谓与时俱进。1976年《婚姻与家庭法第一次修改法》的出炉，扩大了婚姻案件的范围；从法律上进一步明确了民事诉讼法中所使用的“家庭事件”的含义，以适用程序为基准，将家庭事件分为婚姻案件和其他家庭事件。1997年12月《亲子关系改革法》以及1998年《未成年子女抚养法》和《结婚法新规定》的公布，家庭事件之婚姻事件程序和其他家庭事件程序也进行了相应的修改，为使婚姻程序法与婚姻实体法更加趋于融合，不再区分婚姻撤销与婚姻无效，而只承认婚姻撤销之诉，并只规定了统一的婚姻撤销程序。[173]通过整合，德国人事诉讼程序所包容的案件范围更趋于合理化。当今德国立法中所规定的人事诉讼案件范围主要包括：1，婚姻案件。包括离婚诉讼、婚姻撤销诉讼、婚姻存否确认诉讼以及同居之诉；2，其他家庭事件。根据适用程序的不同分为诉讼程序处理事件和非讼程序处理事件。抚养事件、财产权利事件、亲子关系事件适用诉讼程序，子女监护权、子女探视权、子女移交、抚养·扶养补偿、婚姻住所和家用器具事件适用非讼程序。

(3)我国台湾地区人事诉讼案件的范围。我国台湾地区“民事诉讼法”第九编之人事诉讼程序是指以自然人之身份关系或能力为标的之特别诉讼程序，包括婚姻事件、亲子事件、禁治产事件及宣告死亡事件。婚姻事件分为五种：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、夫妻同居之诉；收养事件分为四种：收养无效之诉、撤销收养之诉、确认收养关系成立或不成立之诉、终止收养关系之诉；亲子事件分为五种：否认子女之诉、认领子女之诉、认领无效之诉、撤销认领之诉、就母再婚后所生子女确定其父之诉；亲权事件包括两种：宣告停止亲权之诉、撤销停止亲权宣告之诉；禁治产事件；宣告死亡事件。台湾地区的人事诉讼程序处理人事诉讼事件的范围较其他国家要广泛得多，它将部分应列入非讼程序的事件也纳入了人事诉讼程序的范畴，这也其一大特色之一。

(4)美国家事事件的范围。美国家事事件(家族法事件)一般包括婚姻撤销案件、婚姻无效案件、子女监护案件、亲子关系存否确认案件、非婚生子女案件、终止监护权诉讼、人工授精、姓氏纠纷、未成年人违法案件、遗弃、家庭暴力案件等。

(5)英国家事事件范围。英国家庭事件包括婚姻事件、监护事件、收养事件。婚姻事件诉讼主要指；离婚、婚姻无效、婚姻撤销、别居诉讼。

就人事诉讼案件范围不仅两大法系之间存在较大差别，就是在两大法系内部也存在诸多分歧，难以寻出一个统一共性标准。不仅一些国家将非讼案件纳入其中，也有一些国家(如美国)将部分轻微刑事案件也纳入其中。诚然，人事诉讼案件范围的圈定与该国的社会状况、司法机构的职责划分等密不可分。但是，鉴于人事诉讼是为了调整身份关系而设置的专门程序，那么，在适用案件的范围上也应有所选择。否则，就会冲抵人事诉讼程序设置的目的和意义，使人事诉讼程序的亮丽光环黯然失色。当然，人事诉讼程序适用的案件范围也并不是一成不变的，它应随着相关法律制度的变化而进行相应的调整，比如，1947年日本由于民法的修改和《家事审判法》的出台，将从前由人事诉讼程序调整的亲权或财产权丧失或失权撤消事件、继承人废除事件、禁治产准禁治产事件等移交由家事审判程序处理，与这些

[173] (德)尧尔里希，《民事诉讼法》第26版，贝克出版社，C.H.慕尼黑，2000年，第37页。

事件有关的规定全部从人事诉讼法中删除。因此，我国将来设定人事诉讼案件范围时，应结合中国的具体国情，要本着谨慎和务实的态度来学习西方。因为“法制西化过程中的拟似现象和空转现象说明，制度改革得以成功的前提是尽可能填补理想与现实条件之的沟壑。”[174]鉴于我国已存在特别程序，人事诉讼案件应限制在狭义范围内，就我国人事诉讼案件范围问题参见本文第六章。

(二)人事诉讼案件的类别

广义上的人事诉讼案件范围相当广泛，既可以从实体法的层面进行分类，也可以从程序的层面进行分类。从实体法的层面可分为婚姻案件、收养关系案件以及亲子关系案件，从程序的层面则可分为诉讼事件和非讼事件。目前，诸多大陆法国家都普遍采用程序层面的分类技术，其旨意在于不同的案件适用不同的程序，反观英美法国家则一般不作这样的分类。两大法系间的反差如此强烈，就其深层原因还在于前者属于罗马法系，后者属于日耳曼法系。

古罗马很早就拥有成文法(如十二铜表法)，诉讼上的案件由成文法规来加以确定(规范出发型司法制度)，符合法律规定的案件才成为诉讼的对象，法律上权利的存否通过法院的裁判加以确定。这一思想被后来的罗马法承继，再由德国法发扬光大。因此，属于罗马法系的欧洲大陆各国就法律认可的权利或法律关系的存否发生争议的案件作为诉讼案件受理，同时将除此之外的要求法院裁决的案件(如禁治产宣告)视为非讼案件。然而，日耳曼法却不尽相同，它未拥有象罗马帝国那样的成文法典，诉讼展开以前无“法”可言。法是从具体案件中去发掘，裁判就是从对案件的审理中去发现“法”(事实出发型司法制度)。从现代意义上讲，裁判同时具有立法、司法、行政的性质。随着民族的大迁移，这种理念传播到英国，继而成为后来英美法的基础，于是英美法国家就没有诉讼与非诉案件的区分。从大陆法国家的观点来看，英美法中的所有案件都可以作为非讼案件处理。

诉讼案件如婚姻无效、撤销之诉或亲子关系存否的确认之诉，存在对立的双方当事人，即原告和被告的对审构造，它是要求法院就原告主张的权利或法律关系存否进行裁判案件。非讼案件是指离婚伴随的亲权人指定、财产分割之纷争，也就是人事诉讼案件的附随事件，在这些案件中不存在对立的原告和被告，申请人与案件关系人处于一种平行关系。因此，前者称为民事司法，后者称为(法院所从事的)民事行政。

在诉讼案件中，法庭对原告提出的事实过去是否存在，依证据在进行事实认定的基础上依法进行裁判，审理的重点是针对过去发生的事实。而非讼案件尽管对过去的事实也进行审理，但并非裁判的重点，裁判所关注的焦点是该案件面向将来该如何处理，裁判的结果具有很强的未来性。另外，就诉讼案件的审理，采用辩论主义和公开原则，而非讼案件适用职权主义和口头辩论非公开进行。

但是，何种案件是诉讼案件，何种为非讼案件，实在径渭难以分明。尽管根据案件的性质可以进行明确区分，然而，近年来，许多国家在本质上作为诉讼案件受理，而在程序上则作为非讼案件处理，即诉讼案件的非讼化现象。诉讼案件与非讼案件分水岭的判明与其依据案件的本质，更应依据法律的规定，诉讼法规范的就属于诉讼案件，依据非讼案件程序法处理的案件就只能属于非讼案件。这样一来，就同一案件，可能出现在彼国将之作为诉讼案件处理，而在此国却作为非讼案件处理的情况。就是在同一国度，根据法律规定的方式不同，同一案件既可归于诉讼案件，又可归为非讼案件。[175]

(三)人事诉讼案件的个性特征

人事诉讼是指民法亲属编中关于婚姻、亲子等身份关系的形成、确认为目的的诉讼。当((婚姻法》和((收养法))上所确定的权利义务发生争议及其所确认和保护的身份关系处于不稳定状态时，要求法院适用别于一般财产案件的程序加以“调和”。这也是人事诉讼案件自身特性所决定的。

1、诉讼标的之特殊性。人事诉讼案件是以人的身份关系为诉讼标的，这从根本上决定了人事诉讼案件的特殊性，由此也演绎、派生出来人事诉讼案件的其他特性。

2、诉讼主体的多重性。在通常的民事诉讼中，各国对诉讼的主体资格都进行了明文规定，比如，我国民事诉讼法第108条规定，“原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织。”这一规定同样适用于人事诉讼程序中。但是，由于人事诉讼案件是以人的身份关系作为争议对象，法律关系性质特殊，如果严格按照“有直接利害关系”标准来划定人事诉讼当事人的范围，便难以实现人事诉讼公益之要求。因此，人事诉讼程序当事人不应仅仅局限于“有直接利害关系”的当事人。为此，部分国家已从立法或司法解释上进行了明确。我国《婚姻法解释(一)》第7条就明确规定，有权依据《婚姻法》第10条规定向人民法院就已办理结婚登记的婚姻申请宣告婚姻无效的主体包括婚姻当事人及利害关系人。利害关系人主要是指当事人的近亲属及基层组织。有些国家规定检察官也可作为人事诉讼当事人即原告或被告参与诉讼。日本《新人事诉讼法》第12条规定，人事诉讼中应该成为被告者均告死亡，可将检察官作为被

[174] 季卫东：“法制与选择”，《中外法学》1993年第4期。

[175] (日)中村英郎：「家庭事件裁判制度的比较法的研究」，早稻田大学《比较法学》第19卷第1号。

告。上述规定中的近亲属、基层组织以及检察官与人事案件都无利害关系，仍然可以以当事人的身份参与诉讼，充分显示了人事诉讼案件诉讼主体的多重性。

3、发现真实程度要求的相异性。人事诉讼案件多涉及感情、亲情等因素，彼此间对抗强度不如一般民事诉讼那么强烈，因此“既不宜用简单的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‘分辨是非’来进行处理，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。”人事诉讼案件的解决目的不是在于对夫妻、亲子间的纷争作出一个孰是孰非的冰冷判断，而是在于为纠纷当事人将来寻找一条恰当的和平共处的出路。基于这一认识，人事诉讼案件要求发现的实体真实程度远远高于普通民事案件。

4、内容上的隐密性。人事诉讼案件通常涉及当事人生活上、感情上的隐私，一般情况下，当事人不希望他人知晓自己家庭内部问题，这就是俗话所说的“家丑不可外扬”。从维持身份关系稳定的角度来看，将当事人的隐私公之于众，不仅不利于彼此间误会的消除，甚至可能进一步激化，无助于纠纷的和平解决。例如，婚姻案件中牵涉夫妻间的私生活令人难以启齿；亲子关系案件中子女的认领和否认往往涉及不可割断的血脉关系和未成年子女的保护，不便对外明言。同时，从宪法所赋予公民的基本人权来看，每个人对自己的隐私、情感拥有是否公开的自由决定权，任何人、任何组织不得强制其公开，更不得以任何国家的名义等方式加以披露。在现代法治社会里，隐私权已被诸多国家确认为宪法保障的基本人权之一，美国1996年Gsriwoklvs。Comletioni一案的判决中确立了隐私权乃人民自由权利之一。[176]由此看来，人事诉讼案件具有很强的隐秘性，为了避免当事人因顾虑自己的隐私被曝光而徘徊在法庭大门之外的现象发生，诸多国家都明文规定人事诉讼案件的审理实行非公开方式。就此问题将在第三章“人事诉讼非公开审判原则”中作更进一步阐释。

5、裁判组织人员构成的多样性。人事诉讼的目的并不是单纯追求权利义务型的“非黑即白”的判决，而是用“温情”融化纠纷当事人间的“积雪”，因此“心理疗法”更适合这种情感纠纷的解决。毋庸置疑，要实施这一战略，仅依靠法官运用法律手段是完全不够的，简单的三段论法律适用有时难以解决实际问题，因为身份关系纷争更容易受个人情感、生活环境、社会伦理观等多重因素的影响，故需要具有社会学、心理学、医学等专业素养的专家的配合和支持。特别是在调解程序中，这些专家对及时化解当事人间的积怨发挥了重要作用。因为通过德高望重人士或非法律专家的调解、斡旋等，可以充分发挥当事人自主解决纠纷的能动性，通过角色转换，给纠纷双方搭建一个重新认识、自我反省的平台。“对于纠纷解决争执发生后须继续打交道的当事人之间的争议一雇主与雇员、房主与房客、夫妻、邻里及其他人之间争执，对抗式程序是一种拙劣的方法。”[177]要使人事诉讼程序成为“软式程序”，就需要法律专家之外的其他方面专家和社会贤能的加盟，一些国家还规定检察官可以列席人事诉讼审理，由此也形成了人事诉讼裁判机构人员构成的多元化。

第二章　人事诉讼程序的基础理论

一、人事诉讼程序的价值功能

价值功能是程序所要实现的一种目标和结果，是程序制定者期望达到的应然的理想状态。马克思说：“价值这个普遍概念是从人们对待满足他们需要的外界物的关系中产生的。”[178]人事诉讼程序是基于解决身份关系纠纷的需要而诞生的一种民事特别程序。大陆法国家大都在民事诉讼法或人事诉讼法里对其作了规定，这绝非偶然，而是人事诉讼程序自身独特的程序价值魅力所决定的。

(一)公益性：人事诉讼程序的社会功能

1、民事诉讼法与社会秩序

有学者将民事诉讼法视为纯粹技术性法律的观点，完全属于一种悖论。民事诉讼法绝非单一的事务性处理规定。通过民事诉讼所折射出的诉讼观是世界观、生活观、社会观、国家观，而非一定政治、哲学之外的其他东西。更进一步说，民事诉讼法所要解答的问题是在社会现实生活中如何将权利加以实现。良好的社会秩序应以社会观念为指针，民事诉讼要融入不断变迁的社会、文化现实中去。诉讼法与社会秩序两者间的关系是法与社会相互关联、融合的产物，而非他物。法律规范指导着人们的行动，即与习惯、风俗、惯例一样影响人们的行动，同时，它也成为约束人们行为的一种手段。但是，法拥有特别的程式，这种规范要得以维持，有时需要借助特别机关的强力“监督”。在这一点上，它与习惯等存在本质上的差别。法是社会组织化的手段，社会借助它消除紧张与对立，平息纠纷，成为管理社会的成员。法作为社会统治手段的同时，也成为社会管理的重要组成部分。法秩序与社会秩序是相互融合的。

---

176 朱柏松：“个人资料保护之研究一近代隐私权概念之形成及发展”，《法学丛刊》第114期。

177 (美)迈克尔口D口贝勒斯：《法律的原则——一个规范的分析》，张文显译，中国大百科全书出版社，1996年版，第41页。

178 《马克思恩格斯全集》第19卷，第406页。

法是社会生活的一种作用。人类社会生活中，人们彼此相互关联，形成了“被程序化”的构造，建立了秩序。所有的社会体制都是与之相应的法律形式。社会物质或非物质条件发生变化时，法也会随之发生变化。法作为建立在社会基础上的上层建筑，应反映各种社会关系。当社会秩序与法秩序处于一种游离的状态时，便意味着法与社会现实的脱节，有必要对之加以调整，否则，法就会丧失其机能。

法，无论是良法还是恶法，都不仅仅只具有发现社会关系和规范人们社会生活的作用。也就是说，法既是反映社会之物，又扮演着社会指导者的角色。法不必像狗跟随主人那样跟随着社会。法应积极去影响社会生活。法与社会紧密相连，对政治也会发生影响。作为统治手段的法就是政治。政治体制形成法律体制并融入其中。实体法与程序法相比较，程序法与政治的联系或许更为紧密一些。德国 1877 年的法院构成法(组织法)和民事诉讼法先于德国民法制定，这绝非偶然，而是基于司法政策的要求。因此，在诸多国家，程序法都先于实体法出现。[179]

2、人事诉讼程序的公益性

公益为公共利益(pubclinioterrst)的简称，是私益的对称概念。何谓公益?哈耶克认为，“公益是自由社会的共同福利，决不可定义为所要达到的已知的特定结果的总和，而只能定义为一种抽象的秩序。”[180]我国通说认为，《民法通则》上的“社会公共利益”相当于法、德、日及我国台湾法上的“公序良俗”概念。[181]因此，有学者认为，公益是为某个民族、国家、阶级、集团所共同享有的政治经济利益。公共利益包括普遍性的个体利益和社会公共体的利益。某种“个人利益具有社会普遍性，因而，这就成为社会公共利益而不仅仅是个人利益。”[182]在公益与私益的关系上，罗马时代著名法学者西赛罗提出了“公益优于私益”的名言。公益由私益组成，即多数人之私益可以形成公益，公益不能绝对排除私益。有学者指出，有三种私益可以升格为公益：第一，是“不确定多数人”之利益；第二，具有某些性质的私益就等于公益；第三，可以透过民主原则，对于某些居于少数的“特别数量的私益”，使之形成为公益。[183]通过以上分析，公益至少应具有以下两层含义：第一层为社会公益利益，即为社会全部或者部分成员所享有的利益；第二层含义是指国家利益。[184]从以上对公益的界定来看，身份关系纠纷之人事诉讼是个人私益向公益的一种升发，具有强烈的公益色彩。

民事诉讼制度目的论一直是学界争论不休的话题，无论是私权保护说还是纠纷解决说，民事诉讼制度在具体运营时，其程序中暗含着超越私人利益的“公益性”。对此学界已基本达成共识。正如马克思所论述的那样，“只有维护公共秩序、公共安全、公共利益，才能有自己的利益。”[185]程序公益性具体包含了哪些内容、具有何种功能都是人们追逐的话题。就程序公益性，不同时代的理论对其赋予了不同的内涵。权利保护请求说认为，民事诉讼的目的首先在于对私人权利的保护，其结果演绎出“公共福扯”，即法秩序的维护。[186]而作为日本有力说的本案判决请求权说以及司法行为请求权说认为，“依据国家公权力对私人间生活关系上的纠纷以及利害冲突加以调整、解决，据此消除私人生活上的障碍和危险，同时，维护社会秩序。”[187]或者，“通过法的适用解决纠纷，完成维护私法法规实效性之文化性任务。”[188]伊藤真教授指出，维护法秩序或社会秩序就是程序的公益性。

民事诉讼目的在于恰当、迅速地实现纠纷解决。在现实的诉讼中，该目的是通过诉讼当事人以及法院的诉讼行为才得以实现。而依据何种理念对法院以及诉讼当事人的诉讼行为进行规范，对诉讼目的的实现来说，无疑是一个发人深省、意义深刻的话题。诉讼程序在运营过程中，首当其冲的任务是保持程序的安定性。诉讼程序如何运行，不仅关系到实际“消费”该程序当事人的利益，同时，也影响着当事人以外的第三人的利益。比如，某当事人诉讼行为的效力无论是归于有效，还是视为无效，一方面对本案当事人产生直接的影响，同时对将来其他事件中进行同样诉讼行为者亦产生波及效应。因此，法院在考虑本案当事人利益的同时，还必须兼顾对整体程序运行所带来的连锁影响。[189]

任何民事纠纷都必然涉及一定的社会利益并与社会利益相联系。但民事纠纷的性质及冲突烈度不同，对社会利益的影响也存在较大差异。立法者应将那些冲突烈度强、危害社会利益较大的民事纠纷案件划入诉讼专门主管的范围，

---

179 (德)鲁道鲁夫:「社会的民事诉讼法」,(日)森勇(译)，成文堂 1990 年版，第 6 页。
180 (英)哈耶克:《经济、科学与政治哈耶克思想精粹》，冯克利译，江苏人民出版社 2000 年版，第 393 页。
181 梁慧星:《民法》，四川人民出版社 1988 年版，第 129 页。
182 孙笑侠:“论法律与社会利益”,《中国法学》1995 年第 4 期。
183 W.Leisner，Privatinteressenalso Hentxiehes Interesse，Dov 1970.S.225。转引自颜运秋:《公益诉讼理念研究》，中国检察出版社 2002 年版，第 19 页。
184 颜运秋:《公益诉讼理念研究》，中国检察出版社 2002 年版，第 21 页。
185 《马克思恩格斯全集》第二卷，人民出版社 1972 年版，第 609 页。
186 Hellwig，System，Bd.1.S.6。
187 兼子一:《民事诉讼法体系》，酒井书店 1965 年版，第 25 页。
188 (日)斋藤秀夫:《民事诉讼法概论》，有斐阁 1982 年版，第 5 页。
189 伊藤真:《民事诉讼法》(新版)，有斐阁 2004 年版，第 18 页。

从而保证司法机关能以最具有强制效力和公正性的诉讼程序，对民事冲突主体的私人权益和社会公共利益予以有效地保护。[190]

民事冲突就是对社会利益的侵害。在实行“私权自治”的国度里，人们普遍认为，民事纠纷只会影响当事人的自身利益而不会对社会利益造成大的影响。这种观点显然具有极强的片面性，事实上，任何民事纠纷不仅意味着纠纷主体权益受到侵害，社会利益亦遭到一定程度的损害，“诉讼的出现根源于统治者的一个主观判断。任何冲突所危及的不仅仅是权益享有者个人，而且同时也危及到统治秩序。”[191]

那么，人事诉讼是否具有公益性呢?就这一问题日本理论界和实务界均作出了肯定性的回答。日本法官小野獭厚指出，“人事诉讼是以社会基石一身份关系的形成、存否的确认为目的的一种诉讼形式，之所以要对其进行妥当解决，就是因为它具有公益性。” “基于婚姻事件的强度公益性而准许检察官进行诉讼追行。”[192]为此，人事诉讼中应尽可能地发现真实，为实现这一价值取向，有必要对辩论主义进行限制，广泛适用职权探知主义。人事诉讼是以身份关系上的争讼作为调整对象，大多关系到家庭的稳定。家庭是构成社会的基本单元，是国家、社会的一个断面或缩影，小家的稳定便会带来大家(国家)和社会的安定，它是社会秩序稳定的重要祛码。同时，安定社会中每个人的生活与社会秩序的力量源泉也是家庭，没有家庭，社会就会变成无源之水。作为社会机体细胞的家庭，若纠纷频发，不仅对家庭秩序有影响，而且对整个社会秩序亦有重大的影响。所以，社会秩序的稳定在一定程度上取决于家庭关系的和谐，对此，美国联邦最高法院一针见血地指出，婚姻关系一旦成立，法律就应该加以干预，法律为婚姻关系当事人规定各种各样的义务和责任，家庭作为社会稳定的重要因素，因为，没有家庭，文明就不会产生，社会就不会进步。基于人事案件关系到整个社会秩序的稳定，纠纷当事人不能随意处分身份关系，故在程序的设置上应有别于贯彻处分权主义的普通诉讼程序，须单独设置人事诉讼程序，通过法官的自由裁量权和职权探知来干预婚姻家庭关系。

人事诉讼具有公益性，那么是否就可以推导出人事诉讼即为公益诉讼的结论呢?对这一命题有必要作进一步分析。

公益诉讼亦称为民众诉讼，目前我国关于公益诉讼的界定众说纷纭。有学者认为，公益诉讼是指为了维护国家和社会公共利益而提起的诉讼。它的主体只能是国家机关，在我国便是检察院，即检察院代表国家提起诉讼。从限制诉权主体的角度来看，这种观点虽然尚存有商榷之处，但是，笔者认为，将诉讼攻防武器平等以及公益性甚强的案件(比如人事诉讼案件)由检察机关“垄断”更为妥当一些。也有学者认为，公益诉讼是指任何组织和个人都可以根据法律法规的授权，对违反法律，侵害国家利益、社会公共利益的行为，有权向法院起诉，由法院追究违法者法律责任的行为规范。也就是说，公益诉讼是法院在当事人及其他人的参加下，按照法定程序，依法对于个人或组织提起的违法侵害国家利益、社会公共利益的诉讼进行审理并判决，以处理违法行为的活动。[193]

就上述两种有关公益诉讼的界定来看，笔者更赞同前者。前说虽然对诉权主体的范围作了限定，但是对法制现代化程度不高的当今中国而言，似乎更为可靠、切实可行一些。相比之下，后者对诉权主体的规定较为宽泛，表面上似乎更有利于公益的保护，实际则适得其反。因为，就公益诉讼的提起者而言，大多数都是与本人并无直接的利害关系或者关系不大，仅仅基于正义的要求才挺身而出，捍卫社会公益的。遗憾的是，在现实生活中，这样的“勇士”并不多见，更多的是怕惹火烧身或者根本就无这样的意识存在。因此，很多情况下，都无人“问津”。基于这一现状，还不如明确提起公益诉讼的主体为检察机关，或许更为务实一些。待法制现代化成就以后，再作相应的调整，才是一种明智的立法策略。

目前，国内学者就公益诉讼适用范围并未达成一致观点，有学者认为只应将环境污染案件、反垄断诉讼、国有资产流失案件作为公益诉讼的调整范围；也有学者认为还应将人事诉讼、消费者诉讼、股东派生诉讼以及其他违反公益违法诉讼等纳入公益诉讼的射程。尽管一些学者依据这样或那样的理由将人事诉讼“出局”，但大都难以自圆其说。[194]笔者认为，公益诉讼的目的在于守护国家利益和社会公共利益，维系良好的社会秩序，保障社会和谐地发展。基于这一认识，人事诉讼应自然成为公益诉讼的家庭成员。社会秩序的稳定对国家和国民来说就是莫大的公益，而左右社会秩序的核心要素就是身份关系，身份关系若处于混乱之中，其他诉讼的公益性便是空谈。这一点，美国、日本、德国等先行者的“足迹”已得到了充分的印证。因此，通过人事诉讼化解身份关系上的纷争，维持家庭的和谐，保持社会秩序的高度稳定，其公益性远远超过了其他公益诉讼。将人事诉讼列入公益诉讼范畴的另一个重要原因，在于在现行法律体制下难以解决部分人事诉讼案件中当事人适格之“硬伤”，将人事诉讼纳入公益诉讼的范畴，检察机关就可顺理成章地参与人事诉讼，因此我们不难在许多国家的立法中发现有关检察官为维护公法秩序或社会公益而提起或参加婚

[190] 李祖军：《民事诉讼目的论》，法律出版社 200。年版，第 37 页。
[191] 柴发邦：《体制改革与完善诉讼制度》，中国人民公安大学出版社 1991 年版，第 25。
[192] 冈恒学口吉村德重：《注解人事诉讼程序法》，青林书院 1987 年版，第 270 页。
[193] 苏家成口明军：“公益诉讼制度初探”，《法律适用》2000 年第 10 期。
[194] 杨荣馨：《民事诉讼原理》，法律出版社 2003 年版，第 234——240 页。

姻无效等民事诉讼之规定。

(二)发现实体真实：人事诉讼程序至高的价值目标

民事诉讼的调整对象是私的权利关系，因此，在裁判程序中，原则上应遵从私权自治法理，实行处分权主义和辩论主义。但是，作为法院来说，对当事人间争议的事实应尽力去发现真实。这种真实的追求并不是停留在形式真实的层面上，而是要探明一定程度的实体真实。尽管大多数国家的民事诉讼法规定，民事诉讼程序中证据收集和提出系当事人的职责范围，但这一规定并不意味着当事人隐瞒对自己不利的事实、证据方法的行为就具有正当性，同时，也并非指法院就完全袖手旁观，而是要求法官不断地“催促”当事人提出事实·证据，或通过经验法则积极地去发现真实。[195]

作为民事诉讼特别程序的人事诉讼程序与普通诉讼程序在设计理念和价值取向等方面迥然不同。由于人事诉讼的公益性，人事诉讼中实体真实的发现程度远远高于普通诉讼，要求达到或接近实体真实。这一价值取向的追求在于人事诉讼结果会影响社会秩序，一旦出现误差，其负面效果要比普通民事判决大得多。一个错误的人事诉讼判决其直接效果就是导致身份关系的混乱，损害案外第三人的合法权益，间接效果是危害社会秩序，给国家的稳定带来潜在的危机。

由于受原苏联的影响，我国一直是实体真实的忠实追随者。《民事诉讼法》第 7 条规定，“人民法院审理案件，必须以事实为根据，以法律为准绳”。这其中的“事实”就是指的客观真实。这说明现行法已将追求实体真实作为首要价值目标，满足了人事诉讼案件的特殊需要。由于这一规定的存在，严重制约了我国人事诉讼程序的设计和发展。

(三)接近正义机会之保障：提升程序的公信力

人事诉讼程序的设立本身便意味着立法者充分考量了人事诉讼案件的特征与个性，并通过在程序进行中视具体情况交错适用诉讼法理及非讼法理来对人事诉讼案件进行妥当的解决，人事诉讼程序的调整对象为身份关系纠纷，注重维护身份关系的安定性和真实性，故较普通诉讼程序更需要发挥法院的职权干预，但这并不意味着对程序保障的忽视。程序保障可分为程序的保障和程序权的保障，程序的保障是指保障当事人接近法院的机会和权利，而程序权的保障是指在起诉后的诉讼程序上或特定的非讼程序上，保障当事人或利害关系人，均有在法官面前充分陈述意见、辩论及提出供给防御方法的机会，这种机会之保障系属当事人所承认的程序权。[196]以下笔者将从程序保障和程序权的保障来分析人事诉讼程序的程序保障价值。

1、平等、便宜利用法院的保障。在人类历史上，权利受到侵害未能得到及时的应有的救济，往往是因为受害人被拒绝走向法院的途径而无法求得司法的援助，然后才涉及审判程序上的听审机会是否被剥夺的问题。所以，世界人权宣言、欧洲人权宣言、国际条约及诸多国家的宪法，都特别明示了保障任何人均有接受裁判的权利，现代司法应赋予任何公民基于程序主体性原则，平等地利用司法资源保护其权益的机会。这种机会的保障，仅有理论上接近正义的权利是不够的；在任何发达社会的法律制度下，必须实现实效性接近司法之权利。

在法制程度并不算高的当今中国，国民的法律素养普遍较低，加之，基于某些原因，国民对律师代理制度缺乏信任，大都不太愿意借助律师的力量，在这种情形下，便要求民事程序必须简明易行，因此，设立人事诉讼程序有利于保障国民平等、便宜地利用司法资源，充分体现“两便原则’，。事实上，我国程序制度规定尚有诸多需要改革的地方，程序的设计理念并非从方便消费者的角度出发，因此，无形中便将一部分人排除在司法救济的行列之外。尤其是在现代社会，国家既然禁止私力救济，而采取法治原则，自应负有司法保护行为的义务，相反亦应承认人民对国家有请求保护权利、解决纷争之权利和司法行为请求权。从这个角度来看，司法是为国民而设，故程序设计上应从方便国民利用的角度出发，使保障国民接近司法落到实处。但现行民事诉讼程序无法充分保障当事人接近司法的权利，形式上精妙繁杂的程序无视当事人经济实力、地位以及文化素养的悬殊，这样的程序就成为了部分人消耗金钱和时间的游戏场，而将大部分市民拒之于法院大门之外。普通民事诉讼公开、辩论主义等诉讼法理，不能满足人事诉讼在程序上的保密性、公益性、迅速性和自主性解决纠纷等特性的需要，无法作为妥当裁判，当事人也无法实质地接近法院。故此，应针对人事案件的特性单独设置不同于普通诉讼程序的人事审判程序，从而保障婚姻家庭生活中的任何主体可以平等、方便地接近司法制度，并且满足人事案件当事人在程序上的特殊要求。

2、“慎重裁判”与“迅速裁判”并重。基于程序权保障的理念，不仅要保障人事诉讼当事人能接近司法，而且要确保获得法院慎重而正确的裁判。因为人事诉讼不仅涉及公共利益，更是关系身份上的权利义务，而身份关系的存否、变化或消灭等纠纷往往非财产价值所能评估，不应单纯追求迅速性裁判而牺牲实体上的真实。为此，一方面，应保障当事人的程序主体性地位，赋予当事人提出有助于达到慎重而正确裁判的攻击防御机会，为当事人提供较严密、公正

[195] 伊藤真:「民事诉讼法」(新版)，有斐阁 2004 年版，第 19——20 页。
[196] 联恭:《司法之现代化与程序法》，三民书局 1999 年版，第 88 页。

的程序，如严密的审级救济、处分权主义、辩论主义和确定的证明责任分配原则，以防止突袭的发生，作出更正确的裁判而获得实体上的利益。另一方面，应积极活用职权探知主义，抹去遮挡视线的尘埃(假象)，究明事实真相。人事诉讼的发生本身便意味着正常家庭生活运行出现了故障，需要尽快修复，如果人事诉讼纠纷不能及时平息，就有可能导致家庭悲剧的发生，必将给家庭乃至整个社会增加诸多不稳定因素。人事诉讼附属事件如请求抚养案件中，对于生计困窘的一方当事人而言，特别需要法院迅速判明权利义务，以解决生计问题。而这些问题的解决一般都是以解决有关身份关系的争讼为前提，应借助诉的合并等一并作出裁判。故此，人事诉讼裁判程序在追求慎重而正确的裁判的同时，应承认并保障当事人对迅速而经济的裁判的追求，而且基于程序权保障原则，立法者或法院应向当事人提供节时、省费之程序，避免当事人在程序进行过程中付出不必要或不合算之劳力、时间及费用等程序上的不利益。

故此，基于人事诉讼案件的特性，为达成慎重而正确的裁判，需要扩大法官职权而采用职权探知主义，但在追求实体真实的同时，同样需要保障当事人或受裁判者的程序利益，追求迅速而经济的裁判，防止突袭性裁判，并使这两者达到某种程度上的平衡。亦即，法官在依职权调查、收集证据的过程中，亦应使当事人成为程序的主体，法官应促使当事人对法官依职权调查收集的证据陈述意见，并能充分认知、预测法官有关发现证实的心证形成过程。

(四)降低生产错误判决的比率，承兑诉讼经济

1973 年波斯纳先生《法律的经济分析》的问世，掀起了从经济学分析法学的浪潮，此书堪称经济分析法学的经典之作。他将经济效益原则引入程序法里，从效益的角度思考程序的配置。正如有学者所指出的那样，“不是所有的司法判决都产生正义，但是每一个司法判决都会消耗资源。”[197]如何在消耗最少司法资源的情况下产生最接近正义的判决，是法学研究和司法实践领域所不懈追求的目标。这便是人们常常所言及的诉讼经济。诉讼经济是指以最少的费用，最理想地实现诉讼程序目标。日本学者棚赖孝雄先生将“生产正义的成本”分为两个部分，一是国家负担的“审理成本”，二是当事人负担的诉讼成本。[198]国家负担的诉讼成本是法院为了审理案件必须耗费巨大的人力、物力、财力资源，主要用于法庭建设、法院工作人员的工资、福利、装备、办公设施以及办公经费等项目的开支。而当事人负担的诉讼成本应主要包括经济支出、时间支出和精神损耗。按照美国学者波斯纳的观点，成本包括“错误判决的成本”和“诉讼制度的运行成本”两大类。[199]对法律经济学家而言，程序法的目的便是实现错误成本与直接成本的最小化，即实现贝勒斯所主张的(EC+0C)的总额最小化。[200]

在错判的情况下，一种诉讼程序不仅付出了支持程序运行的直接成本，而且要支付错误成本即错误判决导致的资源无效益支出。正如贝勒斯所指出的那样，成本降低的“目的不在于使其中一成本最小化，而在于实现二者的总额最小化”。如果“只想使直接成本最小化，则错误成本可能升得很高”。[201]正如德国社会科学家马克思·韦伯曾经让人想象一位聪明的法官，坐在一颗树下，只凭着良心对提交到他面前的案件作出判断。[202]这种方式是最为经济的，但在现实生活中却不可行。

当事人负担的诉讼成本中，当事人的精神损耗往往是我们在计算诉讼成本时容易忽略的一个方面。诉讼给当事人造成的精神损耗虽然没有直接的量化标准，但我们可以通过其他的各种外在表现形式感知。这种损耗在人事诉讼程序中表现尤为特出。将当事人隐私等不当地曝光，即便是纠纷得到了解决，对一方或双方当事人而言都是一种无言的伤害。适用普通诉讼程序审理人事诉讼案件，由于当事人担心自己的隐私遭受不当的侵害，一般不会将自己内心真实如实道出，从而致使举证期间拉长，甚至导致诉讼迟延。相反，人事诉讼程序如果能充分保障当事人隐私不被暴光，为之营造一个轻松环境，当事人自然会倾述内心的真实想法，有助于找准“病因”和及时化解纷争。

伴随当事人主义诉讼模式在我国的确立，适用普通程序审理人事诉讼案件，将会大大增加错误判决的可能性。普通民事诉讼所追求的是程序公正，依据“私法自治”原则，通过当事人的主张、举证、质证等，将纠纷加以相对解决。人事诉讼标的一身份关系事关社会秩序的稳定和国家的安危，以发现实体真实为基本价值取向，因此，当事人主义诉讼模式不完全适合人事诉讼。人事诉讼程序中多适用非讼法理，独立于普通诉讼程序、单独设立人事诉讼程序符合人事诉讼案件的特殊性质，能够保障纠纷得到恰当解决，大大降低产生错误判决的概率，有利于诉讼经济的实现。

二、人事诉讼程序确立的法理依据

人事诉讼程序得以存在的理论依据是什么?这种依据决定了人事诉讼程序哪些不同于普通诉讼程序的内在机理?

---

197 方流芳：“民事诉讼收费考”，《中国社会科学》1999 年第 3 期。

198 棚赖孝雄：《纠纷的解决与审判制度》，王亚新译，中国政法大学出版社 1994 年版，第 283 页。

199 (美)理查德口 A 口波斯纳：《法律的经济分析》(下)，蒋兆康译，中国大百科全书出版社 1997 年版，第 549 页。

200 See R.A Posner，An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration，in the Journal of Legal Studies 2 (1973)，p.402。转引自章武生：《民事简易程序研究》，中国人民大学出版社 2002 年版，第 10 页。Ec 和 Dc 分别是“错误成本”和“直接成本”的英文缩写。

201 (美)贝勒斯著：《法律的原则---一个规范的分析》，第 23 页。

202〔英)丹宁：《法律的正当程序》，群众出版社 1984 年版，第 1 页。

只有对这一系列问题有了比较清楚的认识，我们关于人事诉讼程序的设计、构建才可能是理性的，有关措施才有可能比较顺利地推行。

(一)人事诉讼程序确立的法理依据之一：裁判的公正性

公正(justic)，或曰正义，它是确立人事诉讼程序必须予以考虑的诉讼价值。何谓公正?这也许是自该种理念诞生之日起便一直深深困扰着追寻她的人们的最古老的话题之一。有学者概然叹曰:“自古以来，什么是正义这一问题是永远存在的。为了正义的问题，不知有多少人流了宝贵的鲜血与痛苦的眼泪，不知有多少杰出的思想家，从榭立图到康德，绞尽了脑汁，可现在和过去一样，问题依然未获得解决。”[203]

从古至今正义都是人们苦苦追求的一朵诱人奇葩。在西方思想史上，自从亚里士多德以来，不少仁人志士一直在苦苦地探寻，出现了理论文献汗牛充栋、学术林立、众说纷纭的繁荣景象，这是因为谁也无法否认“正义是社会制度的首要价值……”，[204]正义的神秘面纱至今尚无人将之拆开，让世人目睹她的真实容貌。正义就像古希腊神话中善变海神普洛修斯的那张脸，变幻无常，随时可呈现不同的形状，并具有极不相同的面貌。[205]正义之神之所以呈现出极不相同的容貌，这是民事纠纷的多样性所致，她根据案件性质的不同而不断地变换着“脸谱”。比如在小额事件中正义表露出“温柔”的面容(程序正义)，而在人事诉讼中则表露出“凶悍”的容颜(实体正义)。正因如此，才使人们感觉到正义的神秘，和难以捉摸。正义包括诉讼过程和结果两个方面的内容，诉讼结果的正义称为实体正义或实质正义，一般指立法在确认实体权利义务时所应遵循的标准和判决适用实体法的结果。而诉讼过程正义即程序正义，它主要是指在司法程序运作过程中所应遵循的价值标准。程序公正的意义在于，它是“正确选择和适用法律，从而也是体现法律正义的根本保障。首先，公正的程序可以排除选择和适用法律过程中的不当偏向。其次，公正的程序本身就意味着它具有一套能够保障法律准确适用的措施和手段，并且由此能够形成保障法律准确适用的常规机制。”[206]西方各国为了摆脱对实质正义的顶礼膜拜，确定了程序正义的法治观念，而实质正义仍是司法的最高理想，只是由于各种主客观因素的制约而无法轻易一墩而就。程序正义的意义在于正当的程序产生出正当的结果(判决)。“对一个合于正当程序的判决，当事人是没有理由拒绝接受的。因为其以失去表示不满足的客观依据”。[207]因此，程序公正，由此产生的结果也就视为公正。程序的这种功效称作“正当化”功能，诉讼过程的正当化功能如何，乃是判断其是否符合程序公正的重要依据。

适用普通诉讼程序审理人事诉讼案件就必然导致实体不公，对此笔者不敢妄下结论。但至少可以肯定，普通程序法理和价值取向不能完全满足人事诉讼的需要。基于人事诉讼案件的特殊性，人事诉讼程序中，程序正义固然重要，相比之下，更偏重于实质正义。因为，人事诉讼程序的设计理念并非追求一个判断过去事实孰是孰非的结果，而是在于消除感情对立、调整身份关系，为纠纷当事人开辟一条能和睦相处的“阳光大道”。冰冷的判决只能对人事诉讼纠纷进行暂时的压制，而不能起到长治久安的效果。要实现实质正义，准确把握“病情”(真实)是至关重要的。公开、辩论主义等普通程序机理不利于查明“病因”，需充分发挥法官的职权探知作用，以准确地把握“病因”，从而对症下药。也只有找到了病因，才有可能实现贝勒斯先生所倡导的“心理治疗”。在一般的民事诉讼程序中，由于严格施行辩论主义，法官的职权干预受到压缩，更多的是追求程序正义，既然一般民事诉讼程序无助于人事诉讼实现实质正义，只得另辟他路。因此，实质正义也是设计人事诉讼程序的首要依据和重要祛码。

(二)人事诉讼程序确立的法理依据之二：程序对称(专门化)原理

民事程序设计应当根据案件特性的不同需要，建立多层次、多元化程序体系，这是程序专门化原理之必然要求。所谓的程序对称原理(程序的专门化原理)，是指不同性质、类型的案件设计不同的程序。换言之，即是民事纠纷的程序设置应与案件类型相适应。民事诉讼纠纷的多元化发展必然推动对应相称程序的设计和建立。对性质特殊的案件更需要设计特别的诉讼程序加以应对，正如我台湾学者邱联恭所言，“立法者及法院须因应各该事件之特性需求，设立相当之程序制度”。[208]

1、民事纠纷的多样化及特性

恩格斯曾说过，“运动本身就是矛盾”。[209]随着社会经济形势的急速变迁，民事案件无论是在质的方面，还是在量的方面，均今非昔比。在形态和内容上日益趋于多样化、复杂化。如何针对案件类型之特性、需求，分别构建、选用各类型案件所适合的程序制度、程序法理，乃是司法改革的重要课题。在我国，除传统的民事纠纷外，新的纠纷类型

---

[203] 凯尔逊:“什么是正义”,《现代外国哲学社会科学文摘》，1961年第8期;转引自李祖军:《民事诉讼目的论》第53页。
[204] 罗尔斯:《正义论》，中国社会科学出版社1988版，第1页。
[205] 博登海默:《法理学一法哲学及其方法》，华夏出版社1987年版，第238页。
[206] 顾培东:《社会冲突与诉讼机制》，四川人民出版社1991年版，第67页。
[207] 张卫平:《民事诉讼基本模式转换与选择之依据》,《现代法学》1996年第6期。
[208] 邱联恭:“程序保障之机能”，台大法学论业第十七卷第一期，第172页。
[209] 恩格斯:“反杜林论’，第一编12节。

不断涌现，以医疗、公害案件为代表的现代型诉讼大量增加。同样，在身份关系领域，除以婚姻案件为代表的传统人事诉讼外，收养关系案件、亲子关系案件在数量上不断增加。在纠纷呈多元化的现代社会里，有必要将案件分类进行一番梳理，根据案件的不同特性设计相对应的诉讼程序。因为人类社会几千年的生产经验告诉我们，对纷繁复杂的工作进行专业化分工，将有利于工作更好地完成。既然要及时而妥当地解决民事纠纷、保护民事权利，就必须有恰当的解决程序。这是有序有效地解决民事纠纷的要求，程序在解决民事纠纷、实行法治现代化的大业中占有举足轻重的地位。法律的主要作用在于通过对个人行为的安排，社会利益的保护，提供一种正如庞德所言的“通过法律的社会控制”。[210]

2、案件类型化与程序相对称原理

无论大陆法系国家还是英美法系国家，一般民事诉讼程序所对应的主要是财产关系，而民事实体法所调整的社会关系除财产关系外，还包括身份关系。身份关系是由婚姻、血缘等所发生的一类社会关系，具有与财产关系不同的个性特征，这种特殊性业已造就了两者应适用不同的诉讼程序，即财产关系案件适用普通诉讼程序，人事诉讼案件适用人事诉讼程序。

首先，身份关系具有公私两益兼有的特性。身份关系是非常复杂的，国家在法律上只规定了一定范围内的基本身分关系，这些关系有夫妻关系、亲子关系等。从表面观之，似乎它纯属私人间的争执，但实质上它不仅涉及个人之私益，更与国家和社会利益紧密相连，带有浓厚的公益色彩，其内容不容当事人自由处分。亲属法虽然是民法的一部分，属于私法，但其中有几多公法性质的规定，在实体方面，如判决离婚、判决终止收养、撤销婚姻关系等；在程序方面，如婚姻登记等。以婚姻关系为例，婚姻是形成家庭的基础，正如马克思所言，“如果婚姻不是家庭的基础，那么它就会像友谊一样，也不是立法的对象了。”[211]家庭是构成社会的细胞，婚姻家庭纠纷处理不好必然影响家庭的稳定和巩固，甚至引发严重的恶性事件，由普通纠纷转化为暴力的私力救济或复仇，给个人、家庭乃至社会酿成悲剧。故以身份关系为诉讼标的的案件，其裁判结果不仅涉及当事人之私益，更涉及社会秩序之公益，并影响第三人之利害关系。

其次，身份关系具有鲜明的道德性和伦理性。古语中的“人伦物理”中的“人伦”是指人们之间的正常关系和秩序；而“物理”是指事物的规矩和准则，是社会评判人们行为是非、善恶的道德标准。伦理就是人际间的道德准则，身份关系尤其是婚姻家庭关系，具有深刻的道德性和伦理性。在婚姻家庭领域中，法律脱离伦理道德，就会成为无源之水；道德离开了法律，就会变得软弱无能。因此，不仅在立法上，要注意充分反映道德伦理的要求，将某些道德准则转变为法律规范，而且在处理具体婚姻家庭问题时，也要注意既坚持法律标准，又坚持道德标准，法律的补充作用。做到“导之以伦理，约之以道德，规之以法律。”[212]

再次，身份关系更多的涉及亲属间的感情和亲情。由于身份关系多与婚姻、血缘有关，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，“清官难断家务事”就是最好的写照。身份关系的处理常常伴随当事人隐私、未成年子女利益的保护等问题，这些特殊性使得该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”，必须有自己独特的程序和纠纷解决方式。

最后，与身份关系紧密相连的财产关系与民法上一般的财产关系显著不同。身份法上的财产关系是身份关系所引起的法律后果，它必然随身份关系的产生而产生，随其变更、消灭而变更、消灭。相应地，对财产关系的处理不能不顾及这种关系的前提关系一身份关系，它必然与一般财产关系的诉讼具有不同的处理模式。

根据程序相对称原理，特殊的诉讼标的必然要求与之对应的特殊的诉讼程序，并遵循特殊的程序法理，人事诉讼程序正是基于其诉讼标的与一般财产关系之诉讼标的的显著不同而应运而生的。[213]

（三）人事诉讼程序确立的法理依据之三：案件的多样性与程序多元化原理

社会是矛盾的，但又是平衡的，没有矛盾的平衡，社会便失去平衡，就必然爆，影响其发展甚至存在。社会矛盾往往表现为民事纠纷，因此，平衡社会矛盾，校正失去的平衡，就必须深刻而正确地认识民事纠纷，迅速而妥当地解决民事纠纷。由于冲突的性质、形式和激烈程度不同，人们自觉或不自觉设计的解决纠纷的手段和方法也有所不同，既有激烈对抗的武力救济，也有双方协商的和平解决，有依赖民间性社会组织或某种民间权威作为中介来间接地解决，也可能是利用国家公权力的方式获得解决。

在近代国家确立之前，世界各国的法律和纠纷解决机制通常都呈现出一种单元化状态。随着现代化的进程加快，传统的社会组织和人际关系发生了根本性的变化，表现为一种“从身份到契约”的历史演变。以契约形式构成的人际关系是由权利义务连接起来的公平而又疏远的关系，在这种关系下的社会主体日益成为陌生人，在他们之间法的利用

[210] 章武生：《民事简易程序研究》，中国人民大学出版社 2002 年版，第 17 页。
[211] 《马克思恩格斯全集》第一卷，第 183 页。
[212] 裘敬梅等编：《中国人民共和国婚姻法实务全书》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 514 页。
[213] 以上参见陈爱武：“人事诉讼程序制度研究”一文。

达到了最高程度，以至于某些法学家认为诉讼是解决纠纷的最佳方式，甚至将通过诉讼实现自己的权利视为一种社会义务。为了完成这一使命，诉讼法开始从实体法中分离出来，德国、法国等大陆法系国家相继制定了解决民事纠纷的民事诉讼法。这些法律中强调实体法上的当事人意思自治同样是诉讼法的基础，这种理念体现在诉讼程序的当事人主义基调和公开、对席审判等原则之中。[214]近现代的诉讼制度所提供的正是一种公开的、符合理性的程序，根据这种程序所作出的判决具有严格的规范性。

面对千姿百态的民事纠纷，客观上要求根据纠纷或案件的不同类型或性质分别给予不同的制度安排和解决方案。要及时而妥当地解决民事纠纷，保护民事权利，就必须有解决的程序。美国联邦最高法院法官威廉·道格拉斯曾指出，“权利法案的大多数规定都是程序性条款，这一事实绝不是无意义的。正是程序决定了法治与态意的人治之间的基本区别”。[215]对此，我国台湾学者邱联恭教授进一步指出，“如何将有限的司法资源公平地分配于各种类型的纠纷，避免因程序制度的原因而致使当事人承受不利益，因此，分别妥为建构、选用各类型事件所适合之程序制度、程序法理，并修正民事诉讼法，是21 世纪社会的需求，也是紧要之课题。其中针对家事事件之特性，为其采择适合之程序法理，而设置异于一般财产权纷争事件之程序法，也是修正的内容之一。”[216]

在强调纠纷的程序设置应与案件类型相适应的同时，根据处分权原则，还赋予了当事人一定的程序选择权。要使当事人更好地行使程序选择权，就必须存在多元的程序供人们选择，正如鼓励国民大力消费一样，没有琳琅满目的商品存在，怎么让其自由选择消费呢?民事诉讼程序也是一样，如果没有多元的程序可供选择，程序选择权等于是一种苍白的权利。因此，只有依据不同类型和性质的纠纷、案件设计、制定不同的程序，才能现实地满足人们的消费。为切实保障当事人实体利益与程序利益的全面实现，当事人在民事诉讼中的意思自由应当得到充分尊重，民事诉讼法对当事人所进行的程序关怀应得到充分体现，据此，应当强调当事人在诉讼活动中的主观积极性，激励当事人选择自己最有利的程序，以实现其利益的最大化。因此，程序多元化对当事人程序权利的保障具有非常重要的现实意义。

由此看来，建立人事诉讼程序不是那个国家的突发奇想，而是社会生活的客观需要。正如马克思所指出的那样，“立法者不是在制造法律，不是在发明法律，而仅仅是在表述法律月吐缩神关系的内在规律表现在有意识的现行法律之中。”[217]解决民事纠纷的程序是多样的，是与民事纠纷的性质和当事人的选择密切相关的。程序多元化也是切实保障诉讼当事人程序选择权的需要。

(四)人事诉讼程序确立的法理依据之四：诉讼法理与非讼法理之交错原理

1、诉讼程序非讼化

诉讼案件非讼化是指，历来依诉讼程序处理的两造当事人对立的纷争案件，以非讼程序处理。程序上的非讼化则是指在程序法上缓和地采用或不完全采用诉讼程序上的种种规则，如处分原则、辩论原则等，而采用职权主义色彩浓厚的程序原则，扩大法官的自由裁量权。

目前，我国尚无人事诉讼程序存在，原则上都是遵循普通诉讼程序规则，为了快速对具有公益性的私权争议加以解决，将部分人事案件非讼化适用非讼程序也未有不妥。人事案件非讼化目的与功能在于简易主义，民事诉讼目的在于确认过去之事实，确定既存之权利义务关系，审理程序较为复杂。“人事案件审理仅以形成新的身份关系，审理赌渡以解决现存争议足矣，较易以非讼图事为之。”[218]

民事程序法理二元论是指诉讼程序法理和非讼程序法理。两者以处理不同类型的案件而各具特色和优势，前者以解决实体争议为目的，适用处分权主义、辩论主义、公开主义、言词主义、直接主义、严格证明及当事人主义等；后者以实体事项并无争议为前提，适用职权主义、书面主义、间接主义、职权探知主义，比较重视对纠纷进行迅速、经济的裁判。其裁定无实质确定力。依据传统的观点，诉讼程序与非讼程序适用的原则和制度是相互对立的，诉讼法理与非讼法理完全不可能同时兼容。但近年来，学界对这种过于绝对的二元论提出了质疑，“何以非讼程序不能实质审理实体事项，而须另以诉讼程序为之，如在裁定形成过程中已践行与诉讼程序相同之程序要素时，赋予实质确定力当无不可。”[219]因为“在不违背甚至已经满足了程序保障的基本要求下，经由既判力的承认或扩张，追求实现扩大程序制度解决纠纷功能的要求，是程序制度理念所需要容许的。”[220]

2、人事诉讼非讼化与第三种程序的提出

---

214 王亚新：《社会变革中的民事诉讼》，法制出版社2001 年版，第245 页。
215 转引自季卫东：《法律程序意义》，《比较法学研究》总第25 期。
216 邱联恭：《程序制度机能论》，三民书局1996 年版，第200 页。
217 《马克思恩格斯全集》第一卷，人民出版社1956 年版，第183 页。
218 魏大嚎：“家事诉讼与非讼之集中交错”，《月旦法学杂志》第94 期。
219 邱联恭：“诉讼法理与非讼法理之交错适用”，《民事诉讼法之研讨》(二)，第431 页。
220 民事诉讼法之研讨》(二)，三民书局1990 年版，第452 页。

⑴日本就人事诉讼非讼化的论争。在早期的日本，有学者曾提出废除人事诉讼程序，将所有的人事诉讼案件都依据家事审判程序进行非讼化处理。[221]要进一步强化法院对社会存在的根本一身份关系的保护机能，象人事诉讼程序那样的公开、对抗式诉讼程序已不相称。在公开的法庭，让已经处于对立的双方当事人唇枪舌战，不但不能缓和双方紧张的局面，反而，使当事人间的紧张关系更加升级。人事诉讼没有从根本上完成调节人际关系的使命。山木户克己教授对上述观点予以了强烈批判，他指出，“人事诉讼是关于基本身份关系的发生、消灭以及变更在法上的争讼，如果完全依靠家事审判的裁量性处分，将导致人们对这些权利的弱化。家事审判程序为非讼程序，当事人的主张、举证的权限等都受到了一定的制约，缺乏对当事人权的保护。”[222]

日本学界就人事诉讼非讼化的论争一直存在两种对立的观点，即诉讼与非讼。对此，新堂幸司先生认为，家事案件经常介入诉讼与非讼的两极之间，大多处于两者的中间地带，因此，应当根据案件的裁量性、争讼程度等具体情况，适用对应的程序。[223]即使是相同的家事审判案件，争讼性较少的甲类审判案件中，基本上没有使用对抗程序的必要。但是，在乙类审判案件中，对个别争讼性很强的遗产分割案件以及争讼性和法规性均很强的继承人废除案件，要求采用对审程序进行处理。事实上，日本家事审判的实务中，根据个案的需要，力求保障参与权、记录阅览权等当事人权。[224]即使在离婚案件中，为了防止因公开而造成对个人隐私的侵害，由于相对离婚原因主义以及破裂主义的施行，法院的自由裁量大幅度增加，从而，缩小了与家事审判间的差距。也有学者提出，为了更好地保障对审构造中的当事人权，在诉讼与非讼间是否可以寻求第三种程序。可以说，这种观点向世人宣告了家事案件程序多样性的必要性。作为立法政策，将家事案件一分为二，一部分作为人事诉讼案件在地方法院进行裁判，除此之外的其他家事案件作为审判事件在家庭法院进行审理，但是，这种二元家事纠纷解决机制本身也存在进一步探讨的必要。2003 年日本新人事诉讼法的颁布，终于使连绵论战的“移管”问题尘埃落定，人事诉讼案件和家事案件均由家庭法院管辖。

⑵第三程序理论的提出。鉴于民事案件的多样性，诉讼案件与非讼案件之间的界限总是难以划定。并且，为了满足权利救济简易化、迅速化的需要，仅仅通过传统的二分法民事程序，来实现公正、效率、安定的程序价值，显然是不够的。于是，近年来有学者提出理论设想，主张应当进一步探讨承认或创设介入诉讼程序与非讼程序之间的“第三程序”或“中间程序”制度的可能性，籍以针对案件的类型、特性谋求合适的审判方式。如果第三程序或中间程序创设成功，必然是程序法理适用的典型。[225]

综上所述，非讼程序和诉讼程序非讼化的理论和实践，使得人事诉讼程序从诉讼程序和非诉讼程序中完整地凸显出来。因为，人事诉讼案件不仅具有不同于普通诉讼案件的特点，它也不同于普通的非讼案件。人事诉讼既可能是利益冲突与非利益冲突交错，也可能是公益和私益的重叠，与普通诉讼相比，它更亲睐采用非讼方式处理，但与典型的非讼案件相比，它又更为复杂，在以非讼程序解决纠纷的过程中，可以在一定情形下，适用诉讼程序法理。所以，在人事诉讼案件的审理中，诉讼法理和非讼法理呈交错适用的样式。因此，构建不同于普通诉讼程序，也不同于非讼程序的独立的人事诉讼程序乃是客观之必然。

第三章　人事诉讼程序的特别法则

任何一个法律部门都拥有自己的基本原则，只是对其规定所采取的形式不同而已。民事诉讼法的基本原则是指在民事诉讼整个过程中或者诉讼的主要阶段起指导作用，为人民法院和当事人、诉讼参与人所共同遵守的活动准则。有关民事诉讼法基本原则的特征、分类等诸多著书都有详尽的介绍，故就此收笔。人事诉讼程序作为民事诉讼程序的特殊程序，民事诉讼的固有基本原则对其仍发挥着重要指导作用，但是，由于人事诉讼程序的特殊属性，部分原则在人事诉讼程序中受到了限制或变通，进而形成了与普通诉讼程序法理不同的程序法理和特别法则。

一、人事诉讼程序之程序法理

⑴调解前置主义—“德”与“和”的统一

1、“德”•“和”—民事诉讼的理论基础与指导思想

⑴“德”—中国古代诉讼的主导要素。在家国一体的古代，“国家的原型实际乃是家务，国法是家规的放大，国家内乱或国民争讼是家内不睦的延伸。因此，一国犹一家，以亲情和睦为上；处理国民争讼如排除家庭纠纷，调解为主，辅之以性，以求得和谐。”[226]在“重和谐”的民情中，国家诉讼的模式，犹如家庭父母子女兄弟的息争排解的方法

[221] 平贺健太郎：「人事诉讼」，《民诉讲座》(5)，第 1289 页。
[222] 山木户克己：「裁判」，《在家族问题与家族法》之四，第 231 页。
[223] 新堂幸司：“诉讼与非讼”，《民诉法争点》第 12 页。
[224] 小山升等座谈会：“家事审判的对象与程序的性质”，案例研究 151 号，122 页。
[225] 杨荣馨：《民事诉讼原理》，法律出版社 2003 年版，第 661 页。
[226] 张中秋：《中西法律文化比较研究}，南京大学出版社 1991 年版，第 323 页。

—“父母官诉讼”。探讨中国诉讼文化，“也许可以从父母申斥子女的不良行为，调解兄弟姐妹间的争执这种家庭作为中寻求。”[227]依此，家庭中的亲情伦理理性决定了国家诉讼的特质表征，“和谐”的伦理价值取向又必然地确立为国家诉讼价值观。通过“德”的指导表现出不同的分原则。

(2)“和”—民事诉讼的理论指导。“和”是一种伦理意境，无疑折射出“德”的光彩。对民事诉讼而言，是非之辨在诉讼中毕竟是鼠雀小事，但是，小事不让则大事坏，想至“和谐”是万难的。因此，“和气生财”、“协和万邦”之类警语良言乃如黄金一般亮闪；人们无不以“和”作为一把万能钥匙，在诉讼中通过“调停”、“德化息讼”，打开过多少是是非非的锈锁，结果寻的了多少平平安安的气氛与和和睦睦的情境。故此千百年来人们总是乐此不疲，犹视珍宝。发生纷争的涉讼的各种角色无不都在“德”的指导下，经过调处以达和谐，充分反映了民事诉讼以“和”为理论基础的诉讼意蕴。[228]人事诉讼中实行调解前置主义有助于实现“德”与“和”的统一，实现人事诉讼纠纷的恰当解决。

2、调解制度的优势

诉讼和调解都是人们化解纷争的主要手段，而调解为何为人们所好用，在于它具有诉讼方式所无法替代和比拟的优势。

(1)以妥协而不是对抗的方式解决纠纷，可以抑制人事纠纷的进一步恶化，有利于长久维系夫妻、父子等身份关系。裁判程序是在双方当事人高强度对抗中展开，不仅会增加当事人间的不和与紧张，甚至更有可能缓和的局面升级从而致使破镜无法重圆，而且，极易导致夫妻双方当事人在离婚后仍以仇人相视，相互憎恶以竟终生。[229]调解的本质特征是始终尊重当事人意志，使当事人在自愿的前提下参加调解过程，在相互理解的基础上达成共识，从而使纠纷得到解决。之所以能相互理解而达成共识，是因为自主交涉中的对论具有引起反省的作用。“调解是当事人在足智多谋的、中立的第三人帮助下，试图寻求双方的异同，谋求多种方案并在妥协的基础上达成协议的过程。”许多情况下，听到对方的反应后有可能意识到自己看法的片面性或者完全是错误的，从而导致双方意见的接近。更重要的是，对尚未深入考虑过的己方意见进行反省，能够促使当事人有意识地明确和深化其背后的规范性根据，进而使他可能在看待与对方的关系上获得新的角度或标准[230]。

(2)调解程序更有利于个人隐私的保护。调解程序一般采用对话、非公开形式，有利于“家丑”和家庭成员个人隐私的保护。我国民事诉讼法第 120 条规定，对涉及个人隐私的民事案件以及离婚案件等，依当事人申请，可以不实行公开审判。这一任意性规定同样也适用于调解程序。

(3)能充分发挥作为中立调解员的专家意见在纠纷解决中的有效作用。“调解既是一个解决冲突的过程，又是一个使当事人承担自我决定自己生活责任的管理过程。”[231]正如日本学者川岛武宜先生指出的那样，“裁判所内部的主导思想是家事调停不应考虑法律，而应本着门外汉之圆满常识来处理”。[232]

3、法院调解制度之变迁

法院调解，是指在人民法院审判人员主持下，双方当事人通过自愿协商，达成协议，解决民事争议的活动和结案方式。[233]我国法院曾长期将调解作为解决民事纠纷的主要方式，已成为我国民事诉讼中一项富有特色的制度，被誉为“东方经验’，。我国调解程序与审判程序融合在同一诉讼程序中，不仅性质相同，而且可以交错使用，其中，调解程序有优先权，调解具有省时、经济、不伤和气等诸多优点，能够实现“一个纠纷一次解决”的理想目的等，因而颇受诸国的青睐。

我国法院调解制度渊源于抗日战争时期陕甘宁边区和各个解放区人民政权的司法制度，该制度从诞生至今经历了三个时期，无论在哪个时期，都能找到它在婚姻等人事诉讼中的“活动踪影”。第一，“调解为主”时期。这一时期的法律制度除对普通民事案件中调解制度的适用进行规定外，还就离婚案件进行专门规定，例如，1956 年 10 月最高人民法院《关于各级人民法院民事案件审判程序总结》试行调解中提出，除离婚案件外，调解不是诉讼必经程序，并非不经调解就不能审判。这说明，当时在处理离婚案件时，调解是必经程序，不经过调解程序的，便不能直接进入审判程序。1979 年 2 月《人民法院审判民事案件程序制度的规定》(试行)在强调处理民事案件应坚持调解为主的同时，又再次重申“处理离婚案件，必须经过调解”。第二，“着重调解”时期。这一时期开始运行的《民事诉讼法》(试行)将“调解为主”修改为“着重调解”，并未重点“关照”人事诉讼案件，只是进行了笼统规定，能够调解的，应当在查明

---

227 滋贺秀三：“中国法文化的考察”，《比较法研究》1988 年第 3 期。
228 李交发：《中国诉讼法史》，中国检察出版社 2002 年版，第 247 页。
229 陈棋炎：《亲属继承法基本问题》，台湾大学丛书 1980 版，第 563 页。
230 棚獭孝雄：《纠纷解决与审判制度》，中国政法大学出版社 1994 年，第 124 页。
231 卫东：“法制与调解的悖论”，《法学研究》1991 年第 5 期。
232 川岛武宜：《现代化与法》，中国政法大学出版社 1994 年版，第 193 页。
233 田平安：《民事诉讼法学》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 45 页。

事实，分清是非的基础上进行调解，促成当事人相互谅解，达成协议。第三，“自愿、合法调解”时期。此时期是指1991 年《民事诉讼法》颁布至今。1991 年《民事诉讼法》将“着重调解”调整为“应当根据自愿、合法原则进行调解”，一是为了避免使一些人产生“着重调解”就是“着轻判决”的误解：二是纠正过去在执行法院调解的过程中存在的如强迫调解、违法调解、片面追求调解率以及久调不决等问题。1992 年最高人民法院《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《意见》)第92 条规定，“人民法院审理民事案件，应根据自愿、合法原则进行调解。当事人一方或双方坚持不愿调解的，人民法院应当及时判决。人民法院审理离婚案件，应当进行调解，但不应久调不决”。在审理离婚案件过程中，即使在法庭辩论终结后合议庭评议前，必须经过调解程序。但对调解达不成协议的、夫妻一方或双方不同意调解的，应及时判决。对符合离婚条件的，应判决离婚，以减轻名存实亡的婚姻给当事人带来更多的痛苦。调解和好的离婚案件和调解维持收养关系的案件，人民法院可以不制作调解书，民诉法第90 条作出这样的规定具有相当的现实意义。调解和好的离婚案件和收养关系案件，若制作调解书，一方面，不利于夫妻关系和收养关系的和睦，另一方面，调解书本身便述说着当事人间曾经发生过的不愉快往事。但又要注意到，《意见》第94 条对此作了例外规定，“无民事行为能力人的离婚案件，由其法定代理人进行诉讼。法定代理人与对方达成协议要求发给判决书的，可以根据协议制作判决书”。因为无民事行为能力人不能正确表达自己的意见，不能协议离婚，法律规定只能诉讼离婚。如果其法定代理人与对方达成离婚协议的，人民法院根据协议内容制作的判决书，在人身关系方面相当于离婚证书。从以上调解制度沿革和现行民诉法的规定来看，我国一直都非常重视调解制度在离婚等人事诉讼案件中的适用。目前，调解在解决婚姻家庭事件中仍发挥着无以伦比的作用。比如，19%年有关婚姻家庭的一审案件的1397672 件中有764970 件通过调解方式结案。

4、日、美调解制度在人事诉讼中的适用状况

(1)日本对调解制度适用之认可。日本是大陆法系中对调解制度规定得最为完善的国家，它将调解分为民事调解和家事调解两种，分别由《民事调解法》和《家事调解法》加以调整。调解在日本称为“调停”。一直以来，日本坚持“用道义充满温情来解决”人事诉讼和家事事件。1939 年，日本制定了《人事调停法》，将调解制度引入了亲属法领域；1947 年推陈《人事调停法》，出新《家事审判法》，将人事诉讼和家庭纠纷作为调整对象，实行调停前置主义。该法第18 条规定，“对能进行调停的案件提起诉讼，必须事先向家庭法院申请调停；如果未申请调停而提起诉讼的，法院应将案件交付家庭法院调停。”由此可见，日本推行的是“诉前调解”方式。[234]所谓的“诉前调解”是指人事诉讼案件(包括家庭案件)在起诉前必须经过法院调解，只有调解不成立的，才能起诉。未经家庭法院调解而直接起诉的，视其起诉为调解申请。[235]

日本《家事审判法》第 22 条规定，家事调停原则上由家庭法院中的调停机构调停委员会负责承担，只有家庭法院认为适当时，可以由家事法官独立进行调停。当事人申请时，必须由调停委员会承担。调停委员会一般由1 名家事法官和2 名以上的调停委员组成。调停委员主要从以下三类人中选任：具有律师资格者；对解决民事和家事争端有专门知识和经验的；四十至七十岁的具有丰富社会经验、较高人品和知识者。[236]在日本，调停对婚姻家庭的稳定作用非常明显，1998 年日本家庭法院受理的家事事件的总数为48 万7477 件，其中12。1%通过调停和好告终的。

调停制度之所能在人事诉讼中顺利开展且卓有成效，家事调查官(员)功不可没。家事调查官是日本于 1951 年在家庭法院设置的一种特殊职位，他们一般都为非法律专家，具有深厚的如心理学、社会学、医学、经济学等专业素养。家事调查官受家事法官的指挥，主要对人事诉讼案件关系人的性格、经历、生活状况、财产状况以及家庭环境等进行调查，调查完毕后，以口头或书面的形式将调查结果报告家事法官，在报告书中，调查官也可以阐明自己的意见。他们除从事调查工作外，还负责与社会福利机构进行衔接、沟通。

(2)美国对调解制度之认可。美国奉行的是“审前调解”模式，即法院调解仅适用于一审庭前准备阶段，在诉讼的其他阶段，不再适用调解程序。“附设在法院的调解”是审前程序中“替代诉讼纠纷解决程序”制度的一种。根据审前调解的规定，法院开庭审理之前，可由调解员主持调解。调解员由双方当事人从调解员名册中选任，并组成调解委员会。调解委员会在听取双方当事人说明并询问当事人的意见后，拟定调解方案并告知当事人，要求当事人在一定期

[234] 我国有学者根据民事诉讼中调解与审判的相互位置与关系，将法院调解分为了三种模式：l，调审结合式，如我国的法院调解和德国、法国的和解：2，调审分立式，即设立独立于诉讼程序的调解，作为诉讼程序的前置程序，调解不成则转入诉讼程序，称之为“诉前调解”，如日本和我国的台湾地区的法院调解程序：3，调审分离式，即把法院调解程序从审判程序中分离出来，作为法院处理民事纠纷的另一种诉讼方式。根据所处的位置不同，又可分为审前调解和庭上调解，其中前者以美国的审前会议制度为代表。参见章武生、张其山：“论我国法院调解制度的改革”，《民事审判方式改革与发展》，法制出版社 1998 年版。

[235] 日本《人事诉讼程序法》修改以前，人事诉讼案件调解由家庭法院承担，调解不成的，再诉诸于地方法院。也就是说，人事诉讼案件的一审法院是地方法院，家庭法院不承担人事诉讼案件的裁判工作;2004 年新人诉法出台后，日本将人事诉讼案件的调解和一审裁判都统归于家庭法院。

[236] 安倍正三等:「家庭纷争：家庭裁判所」，有斐阁1982 年版，第17 页。

限内答复。如果拒绝，案件就转入法庭审理。美国部分州的家庭法院设有婚姻协调员，不仅在受理或调查阶段或个案作业中，甚至在法官审理过程中，如认为有和解希望时可移送案件于婚姻协调员。婚姻协调员并非法律专家，而是个案中的专门技术人员。[237]

值得一提的是美国法院在处理家事案件尤其是离婚案件中，调解制度得到了极为广泛的应用，甚至已成为准司法概念上的重要名词。家事纠纷一般属于法院建议或指定以调解或和解解决的范畴。离婚调解或庭外和解已成为解决家事纠纷的重要模式。从历史来看，早在二十世纪 30 年代，继劳动纠纷之后，美国就开始在家事领域推行调解。1939年，加利福尼亚州设立了调解法院(Conciliation Court)，对当事人采用调解作为代替审判程序的手段。因担当家事调解的调解员多具有心理学方面的素养，遂将“治疗”理念带入了调解之中。具体而言，就是促使当事人正面认识纠纷的根源在于感情上的争点，在调解人认为适当的场合，鼓励当事人继续维持婚姻关系。虽然在这方面家事调解人之间的意见并不统一，但一般都认为应更多地考虑人际关系而不是法律方面的争点。[238]

(3)日、美调解制度的特点。纵观上述日本、美国两国的调解制度，与我国法院调解制度相比较，主要存有以下特点。其一，调解作为一种解决纠纷的程序，既可以独立运作于诉讼程序之外，如日本的诉前当事人申请调解；又可以加入诉讼程序中，成为诉讼程序开始后进行的一种解决纠纷的方式。若当事人未经过调解程序便径直起诉的，将其起诉视为调解申请，调解成功的按撤诉处理，反之则恢复诉讼程序，又如美国的审前调解是作为开庭审理前的一个独立的诉讼阶段，调解只能在开庭前进行，调解不成的，案件则转入审理程序。其二，将调解和审判分离，割断调解和诉讼的关联性。调解由调解员主持，以避免调解员和裁判者身份上的竞合，参与过调解的家事法官不再担任裁判，以避免先入为主弊端的发生。在美国，完全由当事人选任调解委员组成调解委员会，调解委员一般为律师，法官不担任调解委员。同时，调解一般采取非公开方式，有利于对关系人基本人权的保护，调解中当事人所作的陈述和妥协，在后续诉讼中，对当事人不具有拘束力，不能作为判决的基础。其三，调解程序中，不适用辩论主义而采用职权探知主义，且调解方式简便、灵活。其四，设有专门的调解组织—调解委员会，负责人事诉讼案件的调解工作。

5、人事诉讼中调解前置主义适用的必要性

人事诉讼中实施调解前置主义的必要性主要体现在以下几方面：第一，人事诉讼案件的特殊性决定了调解前置主义的适用。人事诉讼是以身份关系作为诉讼标的，它调整的对象是夫妻关系、亲子关系，具有浓厚的感情成分，在这种类型的案件中，双方的对抗强度弱于一般民事案件，纠纷解决并不需要对有关事实、法律问题作出“非黑即白”的判断，而是修复出现裂痕的身份关系。由于调解制度具有上述独特的优势，正好契合了人事诉讼纠纷解决的需要。第二，有利于保护未成年人的利益。科学研究表明，离婚诉讼中父母的争斗将使子女处于痛苦的沮丧中，阻碍甚至损害子女正常人格的形成和发展。破裂主义下的离婚法规定，亲权归于最有利于子女利益的一方，然而，有利之说法尚缺乏一个明确、具体的标准，以致于双方都认为最有利于子女的利益，即使不是真心想取得，但为增加谈判筹码也假意请求。离婚调解有利于平息激烈的争论，因为它反映了纠纷当事人自己的选择，满足了自己和子女的实际需要，从而减轻了愤怒和敌意。第三，调解有利于实质正义的实现。人事诉讼裁判是将普遍已存的法律规范演绎于具体的事实而解决纠纷，往往难以实现实质正义。因为普遍存在的法律规范往往不切合具体事实的实际情况而游离于现实。正常运行着的社会关系是人和普遍规范都不能完全包容的过程，其中无处没有通过参与者之间个别的了解而形成个别规范。[239]当事人为了使自己的主张得以正当化，总会援引各种规范，而且说明的主要部分往往是关于这些规范是否适合于双方正在争执的问题，或者这些规范本身是否妥当的论证。当事人援引的这些规范一般是成文法以外的常识或共同生活的准则等，未必构成完整的体系并进行严密的理论演绎：但这些规范也并非无法加以理性讨论而随心所欲地勉强拼凑在一起的命题。在调解过程中，若对方反对自己的主张，怀疑其妥当性，就有必要诚实地向对方说明自己的根据。认真考虑自己主张的规范性根据，并进一步寻找对对方来说都有说服力的解决方案，从而实现实质正义。[240]第四，有利于纠纷的彻底解决。通过审判，解决纠纷，其着眼点在于“行动上的解决”，即通过体现国家强制力的判决，使当事人服从一定的法律关系和法律秩序。而调解一旦达成，则不仅从“行动上”解决纠纷，还能在相当程度上从“心理上”解决纠纷。调解的过程就是当事人双方沟通、交流、谈判的过程，通过这种过程，一些误解和抱怨可能被化解；调解方案的达成，就意味着当事人已从心理上接受这样的纠纷解决结果。[241]

6、结论——改良我国法院调解制度，适应人事诉讼的需要

在法制呼声越发高涨的当今中国，法院调解在民事纠纷的解决体系中地位岌岌可危。就调解而言，理论上评价不

[237] 林菊枝：《亲属法专题研究》，五南图书出版公司 1985 年版，第 184 页。
[238] 范渝：《非诉讼纠纷解决机制研究》，中国人民大学出版社 2000 年版，第 96 页。
[239] 棚濑孝雄：《纷解决与审判制度》，中国政法大学出版社 1994 年，第 126 页。
[240] 棚濑孝雄：《纠纷解决与审判制度》，第 124 页以下。
[241] 章武生：《民事简易程序研究》，第 289 页。

一。[242]甚至出现了法院调解制度存废的讨论，但普通民事诉讼中调解制度是否废除，并非本文涉猎的论题。但笔者认为，在人事诉讼领域里调解有保留的必要，这是由人事诉讼标的系人的身份关系本身的特点所决定的。只不过现行法中有关调解程序规定在内容上应作一定的修正。法院调解制度在我国由来已久，既有实践经验的基础，在原理上也并不违背当事人自治和处分原则，符合民事诉讼纠纷解决的特点和规律，并且与现代民事司法改革的趋势殊途同归，并无弱化和取消的必要。权利是法定的，但法定的权利受到侵害时，无论是通过诉讼还是调解等方式加以消除，其性质都是纠纷的解决，而不是本来权利的复写。表现在这里的纠纷解决过程，与其他契约行为一样，本质上都是当事人自主交涉、处分形成的行为，只不过具有规范性、强制性等特点而已。调解程序与诉讼程序双管齐下之举其本身并不存在矛盾，符合纠纷多样性解决的要求。从《中国法律年鉴》的统计数据表明，调解在家事纠纷的处理中仍发挥着重要作用。19%年全国一审法院婚姻家庭案件的收案数为1397672件，其中764970件是通过调解结案的；1997年收案数为1435194件，其中调解结案748304件；1998年收案为1427482件，其中调解结案为710428件。

虽然我国最高人民法院关于民事诉讼法实施《意见》第92条只对离婚案件应当进行调解作了规定，对其他人事诉讼案件是否施行调解前置程序未作明确的规定，但不能据此就推定离婚案件之外的其他人事诉讼案件的处理中不适用调解前置主义。笔者认为，《意见》进行这样的规定，纯粹是一种司法解释技术，只明确离婚案件应当调解，应该属于事例性或提示性的规定，也就是说，除法律明确规定不能适用调解的案件外(如无效婚姻之诉)，《意见》第92条之规定应该涵盖其他人事诉讼案件。

由于我国法院调解制度与其他国家的调解制度大相径庭，法院调解的改革一直是民事诉讼法学界关注的一个焦点，学者们也提出了诸多见仁见智的改革方案。从我国目前司法现状来看，笔者比较赞同江伟、李浩等教授提出的“调审分离”观点。因为该观点敏锐地洞察到了审判和调解的不同结构特征，明确地提出应在法院内设置专门的调解机构，使调解与审判分立，并将调解程序前置，实行先调后审，案件调解不成的，进入审判程序后不能再行调解。[243]

在倡导人事诉讼程序中实行调解前置主义的同时，要不断完善我国法院调解制度，因为，我国所谓的法院调解和其他国家所言的调解并非可以划等号的同义词。

我国现行的法院调解并非代替性纠纷解决方式，而目前我国民事诉讼纠纷的解决机制中存在的一个缺陷乃是缺少前置性的非诉讼调解程序，或者说，缺少法院附设的ADR程序。这也是很多学者认为应该把法院调解从诉讼程序中分离出去的理由之一，要解决这一问题，并不在于禁止限制法宫在审判中进行调解，而应该在“非诉讼”纠纷解决方式的设置上着眼。[244]

要使调解制度在人事诉讼中充分发挥其独特功能，应在相应具体制度的构建方面下功夫。首先，重新划分民事诉讼法的法官职能，创设另一种类型的法官(准备法官或家事法官)来主持审前调解，改变调解人员的身份竞合。因为调解人员的双重身份不仅是法院调解所有问题的根源，同时也是调解制度一系列深层次矛盾得以爆发的导火线。其次，重组法院调解组织，由法院调解人员以及推举或选举的调解员组成调解委员会，专门负责人事诉讼案件的调解。在调解程序中担任过法院调解工作的法官不能再参加后续的裁判工作。再次，借鉴美国调解模式，设立庭前会议制度，由准备法官在庭审前召集当事人及其代理人开会，在进行审前准备工作的同时，促进当事人在得到充分信息的基础上达成和解。[245]最后，在时机成熟时，制定类似于日本的家事审判法，设置家庭法院或家事法庭，实现人事诉讼案件调解的专门化。

(二)职权探知主义

职权探知主义，是指法院判决所依据的必要诉讼资料由法院依职权收集，不受当事人的诉讼资料的限制。广义上的职权探知主义包括职权调查主义，狭义上的职权探知主义是指法院在事实和证据上不受当事人主张约束的一种制度或原则。在这一原则指导下，即使是双方当事人都未主张的事实，法院或法官也能予以认定；法院或法官的行为不受当事人自认的拘束；法院可以依职权广泛地调查证据。普通民事诉讼是以当事人为主导，当事人主义为主旋律，诉讼的开始、终结以及作为判决资料的事实以及证据的收集都实行辩论主义。然而，人事诉讼事关社会公益，在对当事人处分权进行必要限制的同时，诸国广泛认同了法院的职权干预。也就是说，人事诉讼中诉讼的提起、审判对象的确定、诉的撤销虽然原则上还是依据当事人的私权自治，但是，当事人所为的请求的放弃、认诺、和解受到不同程序的限制。同时，就判决资料也不适用自认法则，法院可依据职权进行证据调查和斟酌当事人未主张的事实。

尽管人事诉讼案件亦属私法上的纠纷，而其确定的对象乃自然人的身份关系，涉及家庭的和谐、国家利益和公序

---

242 李浩：“民事审判中的调审分离”，《法学研究》1996年第4期。

243 江伟：“完善我国民事诉讼立法的若干理论问题”，《中国社会科学》1991年第5期;李浩：“民事审判中的调审分离”，《法学研究》1996年第4期。

244 范愉：《非诉讼纠纷解决机制研究》，中国人民大学出版社2000年版，第599页。

245 章武生、张其山：“论我国法院调解制度的改革”。

良俗，因此，特别需要寻求身份关系的真实性，法院有义务以监护人的身份对人事诉讼的真相进行探求，故人事诉讼程序中宜采用职权探知主义。“法官权力的扩张并不一定与当事人的保障冲突，相反，它将强化程序公正和判决的确定性”。[246]

从事实审理的目的来看，人事诉讼程序强调的是法官的职权主义色彩。“因为单就发现案件事实的真实清况而言，职权主义渊封斯临晰犹于当事人主义”。[247]关于民粤刻褪溥实审理纬峻目的论，主要存有形式真实说、实体真实说以及信赖真实说。[248]其中形式真实说是在当事人主义诉讼模式下进行，深受辩论主义的支配；而实体真实说则与职权主义诉讼模式密切相连，在于保障法院发现确定客观真实，从而完成国家所赋予的保护实体利益等司法裁判任务；而信赖真实说是从程序保障论的角度出发，追求实体利益与程序利益二者之平衡点上的真实。基于人事诉讼案件的特性，人事诉讼程序天平偏向于发现客观真实，但又不放弃对迅速解决纠纷维持家庭稳定的追求，即在发现真实的同时兼顾程序利益与实体利益的结合，故应在人事诉讼程序中发挥法官的职权功能。当然，人事诉讼程序中，应根据具体案件的讼争性强弱变化来确定是适用诉讼法理还是非讼法理。在采用职权探知主义时，当某一具体案件涉及权利义务的争讼性时，辩论主义便是很好地发现真实的手段，故是否限制或排除辩论主义的关键点在于人事诉讼案件是否涉及公益。在一般民事诉讼程序中，当事人未提出之事实，法院不得依职权加以斟酌。“惟婚姻在公益上应予以维持，我国传统上也以维持婚姻为贵，故法院因维持婚姻或确定是否无效或不成立，得斟酌当事人所未提出的事实”。[249]但是，婚姻案件中法院斟酌未提出的事实也是有范围限制的，仅限于原告主张的诉讼标的和诉的声明范围内，逾此范围即为诉外裁判。

1、 人事诉讼中职权探知主义的施行

诸多大陆法国家的民诉法或人诉法规定，人事诉讼中法院可依职权进行证据调查，并且，可以斟酌当事人未提出的事实主张，如德国民诉法第616条、日本新人诉法第20条；同时，也不适用裁判上自认的法则，如德国民诉法617条、日本人诉法第19条。一般民事诉讼是以辩论主义为基本法理，言词辩论中未出现的主要事实不能作为判决的基础，当事人裁判上自认的事实不通过质证便可以直接作为判决的基础。根据“谁主张、谁举证”原则，对当事人之间具有争议的事实进行认定时，所采信的证据要求由当事人提出。而在人事诉讼中，辩论主义被加以排除，适用职权探知主义。职权探知主义适用本身就形成了人事诉讼最基本、最本质的特点。人事诉讼中，排斥辩论主义是相对于普通民事案件而言，并非绝对化、极端化，这是民事诉讼的基本构造所决定的，因为人事诉讼的基本构造仍然以两造当事人的对立或对抗开展诉讼活动，有关人事诉讼中辩论主义的限制让位于后续的章节。

2、人事诉讼中职权探知的具体表现

(1)职权证据调查。人事诉讼中，诉讼主体提出证据是不言而喻的，此外，法官也可以依据职权进行证据收集。职权收集到的证据并非仅仅具有补充性质的证据，调查程序与一般民事案件并无相异之处。依职权进行证据调查时，就其调查结果必须进行当事人询问。由此看来，与普通民事案件相比，人事诉讼中证据的来源具有多面性。原因在于人事诉讼与普通民事诉讼发现真实程度的要求不同，普通民事案件只要达到相对真实的程度即可，而人事诉讼事关身份关系的确定，要求达到发现绝对真实的程度。

(2)斟酌当事人未提出的事实。人事诉讼中，构成判决基础的事实来源于三方面，一是当事人提出的事实，二是检察官提出的事实，三是法院斟酌当事人未提出的事实即法院收集的资料。根据辩论主义的要求，法院事实认定得受当事人辩论的拘束，受拘束的主要事实是指直接影响法律效果发生的必要事实(法律要件实事)。在人事诉讼中，由于排除了当事人辩论的拘束，此处所言的当事人未提出的“事实”是指主要事实。能够依职权斟酌的事实应限定在与诉讼标的即诉讼请求有关的事实范围内。

人事诉讼中诉的提起以及审判对象的确定仍是原告的权能，就当事人未请求的事项法院是不能进行判决的，原本作为民诉法的这一基本原则在人事诉讼中仍然适用。比如，在婚姻撤销之诉中，不适龄婚所导致的婚姻撤销请求和因欺诈或强迫所引起的婚姻撤销请求，依据旧诉讼标的理论，属于不同类型或不同性质的诉讼请求(诉讼标的)，在不适龄婚姻撤销之诉中，对当事人未主张的欺诈、强迫的存在加以认定，是不能作出请求认容判决的(原告胜诉判决)。而依新诉讼标的理论，则属于同一诉讼标的，只是属不同的攻击方法，欠缺离婚意思的离婚无效之诉中，即便认定婚姻难以继续的事由(离婚事由)存在，也不能作出请求弃却判决(原告败诉判决)。法院依职权予以斟酌的事实属待证事实，应当进行当事人询问。所谓“询问”是指要求当事人就该事实进行陈述，只要给予了当事人陈述的机会便足已。但是，如果忽略或怠慢了这一程序，就会导致程序上的偏差，即偏离了正当程序法理之要求，这一偏差也将成为上告(上诉)的理由。

---

246 (意)莫诺口卡佩斯蒂等著：《当事人基本程序保障与未来的民诉法》，徐听译，法律出版社2000年版，第52页。

247 江伟：“市场经济与民事诉讼法学的使命”，《现代法学》1996年第3期。

248 李祖军：《民事诉讼目的论》，第204一213页。

249 林台大：“人事诉讼程序专论”，资料来源于法律书店网站。

(3)人事诉讼中职权探知系全面探知而非片面探知。德国、日本等早期人事诉讼。讼程序法一般规定，依职权进行的证据调查和事实斟酌，其旨意在于维持婚姻关系。根据这一规定，多数日本学者认为人事诉讼中所施行的职权探知主义属于片面探知主义。就此问题，日本学者之间分歧较大。三田高三郎、兼子一等认为，只有基于对婚姻维持之目的，才能施行职权探知；[250]而山田正三等则认为，只有对原告请求有利的事实(基于现状的维持)才适用职权探知，因此，就离婚无效·撤销之诉而言，为了维持婚姻是可以准许的；[251]也有学者认为，人事诉讼中为了呵护公益应当探求真实，如果对职权主义加以限制的话，将使这一要求成为一纸空文。[252]德国旧民诉法 622 条以及日本旧人诉法第 32 条规定，婚姻无效之诉、婚姻成否确认之诉，即便为了维持婚姻现状，亦不能对职权探知加以限制。职权探知主义最根本的立足点在于公益保护，该法条认可的职权探知其宗旨是基于公益和发现真实。为了发现真实，应该广泛地推崇全面职权探知。作为立法理论，兼子一教授认为在认可协议离婚的日本法制框架下，就离婚之诉应该依存辩论主义。[253]2003 年日本新人事诉讼法第 20 条规定，“人事诉讼中，法院得以斟酌当事人未主张的事实，且可依职权进行证据调查”。此规定表明，职权探知主义适用所有的人事诉讼案件(全面职权探知)，由此也宣告人事诉讼中片面职权探知时代的结束。

(4)当事人本人出庭决定。由于人事诉讼案件的特殊性，原则上要求当事人本人出庭，就当事人或检察官提出的事实进行询问，当事人不出庭或身处遥远之异地，法院可以委托受命法官或受托法官进行询问。日本新人诉法 21 条规定，“法院进行当事人本人询问时，可以对该当事人作出按期出庭的决定”，不出庭的当事人准用不出庭证人的有关民诉法规定，这是以职权探知主义为原则，与实行辩论主义的普通民事诉讼的当事人询问相比，具有特别之处。也就是说，当事人询问除法院依职权可以进行外，不需要其他补充性措施，但是，当事人不接受法庭传唤或拒绝供述、宣誓，也不能直接将对方当事人的主张视为真实。不配合法庭传唤工作的，其处理办法与证人亦同，将被处以罚金或拘留。

(三)人事诉讼程序中辩论主义·处分权主义的限制

一般认为，辩论主义是指只有当事人在诉讼中所提出的事实，并经辩论才能作为法院判决依据的一项诉讼制度或基本原则。反之，当事人没有在诉讼中提出的事实就不能作为法院裁判的依据。[254]辩论主义有广、狭之分，广义上的辩论主义还包括处分权主义在内，也就是说，不仅判决依据的事实须由当事人提出，而且诉讼程序的发生、发展和消灭均依当事人的意思决定。与辩论主义相对立的就是职权探知主义。当事人的辩论权、处分权对法院审判权的制约是现代法治国家民事诉讼法所普遍遵循的基本原则。在大陆法系民事诉讼理论中分别被称为辩论主义、处分权主义，它构成了当事人主义民事诉讼模式的核心内容。

在辩论主义作导向的程序中，认定案件事实的有关诉讼资料只能由当事人提出，否则不能作为法院裁判的根据。在民事诉讼中，作为审判对象的诉讼标的，首先由原告提出，原告同时还要以具体的事实主张和证据来进一步明确审理对象。被告则通过否认、自认和反证、反诉等防御活动，同样发挥着形成审理对象的作用。“当事人以什么样的事实作为请求的根据，又以什么样的证据来证明所主张的事实存在或不存在，都属于当事人意思自治领域”，[255]法院受当事人主张和举证的约束。

“西方民事诉讼理论通常认为宏观上涉及解决私权利益问题的民事诉讼应采取辩论主义，而涉及解决公益问题的人事诉讼则应适用职权探知主义。”[256]人事诉讼程序中，各国法律对处分原则和辩论原则的适用均作了限制规定，认可了法官的职权探知，如德国民诉法第 616、617 条等。日本学界就人事诉讼程序中为何要对辩论主义进行一定限制的根据众说纷纭。有的学者认为，其根据在于人事诉讼的诉讼对象具有非处分性和公益性；也有学者认为，其根据在于人事诉讼强调发现实体真实；还有学者认为，其根据在于人事诉讼判决既判力的扩张(判决的对世效力)。纵观这些学说，大多数学者都是将职权探知作为其根据，高度重视人事诉讼判决效力的扩张功能。正是因为人事诉讼判决结果具有很强的扩张功能，仅仅依靠当事人难以实现裁判与真实的一致，基于对承接对世效力的第三人的保护，必须充分活用法官的职权探知，以使裁判尽量去发现真实，这也是对辩论原则进行限制，适当适用法官职权探知的根据之所在。

1、处分权主义·辩论主义与公权主义·职权探知主义

人事诉讼程序中，处分权主义·辩论主义该如何与公权主义·职权探知主义进行衡平是必须予以考量的问题。普

---

250 三田高三郎:「人事诉讼手续法解说」，帝国判例法规出版社 1952 年版，第 321 页;兼子一:「人事诉讼：家事裁判」,《家族问题与家族法》第 7 卷，第 180 页。

251 山田正三:「人事诉讼手续法」，臼本评论社 1938 年版，第 69 页。

252 大森洪太:「人事诉讼手续法」，日本评论社 1920 年版，第 8 页、16 页。

253 兼子一:《民事诉讼法》,《法律学讲座》，第 72 页。

254 张卫平:《诉讼构架与程式》，清华大学出版社 2000 年版，第 153 页。

255 谷口安平:《程序的正义与诉讼》，第 107 页。

256 张卫平:《诉讼构架与程式》，清华大学出版社 2000 年版，第 154 页。

通民事诉讼中，当事人可以对构成诉讼对象的私法上权利、法律关系进行自由处分，诉讼的开始、诉讼对象的确定、诉讼的终止都是当事人自由行使诉权的结果，这就是一般民事诉讼中所严格遵循的“处分权主义”(Dispositionsmxaime)。与处分权相对应的概念，在理论上称为“公权主义”，(Unteurhcungsmxaime)。然而，辩论主义与职权探知主义的分水岭在于作为判决基础的决定性资料(事实和证据)的收集系当事人的责任还是法院的职责，两者均为诉讼资料收集所适用的原则。此问题的研究与诉讼物(诉讼标的)有关的处分权主义、公权主义属于另一个维度的问题。

普通民事诉讼中，完全处分权主义最容易与辩论主义结合在一起，理论上也不存在任何障碍，刘幼献妞撬妍口诉讼资料进行自由处分所出现的诉讼结果也大致相同。[257]“诉讼资料的选择必须建立在固化诉讼标的的基础上。”[258]处分权主义与辩论主义具有截然不可分割的融合关系。虽然部分大陆法国家(如日本)从理论上有将两者分割的趋势，但传统的学说仍将处分权主义和辩论主义合称为辩论主义。德国普通法一直以来都将处分权主义作为基本原则，而职权探知主义则是民诉法修改之后才被确立为诉讼的基本原则。

由于民事诉讼有关私权纠纷，以处分权主义作为最基本的原则，一般不容许公权的介入，公权主义仅适用于刑事诉讼。处分权主义是指，诉讼的开始、诉讼标的的确定、诉讼的终止等都是依据私人(当事人)的自由意思决定之原则，也是当事人行使诉权的结果。然而，民事案件个体间的差异较为明显，处分权主义也不是无拘束地适用所有民事案件。人事诉讼是最具代表性的例子，诉讼的开始也可以由公益代表者检察官提起。[259]虽然一般民事诉讼中以处分权主义为基本原则，处分权主义与职权探知主义并非水火不相容，人事诉讼中处分权主义与职权探知主义的结合并未出现不良反应，这在其他国家已经得到了充分应证。处分权主义的施行是以当事人可以任意处分诉讼对象为前提，而在对诉讼对象不具有处分性的人事诉讼中，诉讼的开始、诉讼对象的设定虽然服从于处分权主义，但处分权的行使要受到一定的制约，这也是人事诉讼中认诺被予以排除的重要原因所在。

当诉讼对象不具有处分性时，如果还硬搬处分权理论，就会面临诸多困扰。首先，对已经开始的诉讼，不是依据法院的判决而是根据当事人意思终止诉讼的情形，原告的撤诉虽然有时需要取得被告的同意，或受禁止再度起诉的制约，但撤诉本身并不会给实体权利关系带来任何变动，只不过使当事人间的权利关系恢复到起诉前的状态。因此，撤诉与自由起诉一样，在所有诉讼中都应予以认可。基于请求的放弃、认诺将产生与生效判决相同的既判力，诉的撤诉所适用的法理应与请求的舍弃、认诺有所区别。请求的放弃、认诺不是对实体权利进行直接处分，但由于要产生既判力，实质结果是完全一致的。由此看来，在诉讼对象不具处分性的诉讼中，对处分权主义进行一定的限制是非常必要的。诉讼上的和解同样伴随着对诉讼对象处分的效果，如果赞同一些学者所主张的和解具有既判力之观点的话，[260]毋庸置疑，诉讼上的和解和请求的放弃、认诺一样，都应当受到一定的限制。然而，若依据诉讼标的无需让步之观点，通过和解终止诉讼的可能性就会得到广泛的认同。基于这一观点，由于对和解要件的理解不同，可以将诉讼对象无处分性的诉讼分为可和解和不可和解两种情形，这一点是值得我们高度重视的。通说认为，对诉讼对象无处分性的诉讼中，否定和解就意味着要求对诉讼标的作出必要让步。

人事诉讼中，处分权主义与辩论主义的结合是发展的必然趋势，在对诉讼对象无处分性的诉讼中，对处分权主义进行一定限制，同时对辩论主义也要作一定的限制。也就是说，排除自认拘束力是必然的要求，这也是诸多国家通说所普遍主张的观点。从人事诉讼的性质来看，人事诉讼中应限制适用辩论主义，广泛施行职权探知主义。实行职权探知主义的根据就在于人事诉讼的判决具有对世效力，其目的在于维系稳定的身份法秩序，很好地保护没有参加诉讼的第三人的合法权益。休洛萨教授认为，“无论是对审问请求权加以限制，还是予以全面否定，施行职权探知主义才是对第三者最好的保护”。[261]他的话语中虽然对职权探知主义在实务上的机能有过于夸大评价之嫌疑，但其观点也确有道理。

理论上，辩论主义和职权探知主义的适用时机难以判断，但是，前者，释明被义务化，而后者，在职权探知的程序中，法官并不是对所有事实都负有释明义务，只有在必要时，才履行探知义务。“在任何程序中，两主义中任何一个都不可能彻底实施和彻底否定，将两者完全割裂的观点是极其错误的。”[262]从日本民诉法第 127 条与德国法第 139 条规定来看，就释明权规定的宗旨是不完全相同的。日本民诉法中的释明权具有裁量的性质，日本最高裁判所的判例也认

[257] W. grunsky，a.a.0.，S.71，144ff。放弃、认诺所导致败诉与自认所引起败诉，对当事人而言，结果都是一样。

[258] Jauernig，Verhandlungsmaxime，Inquisitionsmaximeund Streitgegenstand，(1967)，S.23，49。辩论主义与职权探知主义所确定的诉讼标的的范围不同，职权探知主义的施行能够全面把握诉讼标的。

[259] 就检察官提起人事诉讼的范围，日本学界存在分歧。山木户克己教授认为检察官只能就婚姻撤销事件提起诉讼;而山田正三教授认为还应该包括婚姻无效和离婚无效请求事件。参见山木户克己:《人事诉讼程序法》，第 112 页;山田正三:《人事诉讼程序法》，第 36 页。

[260] 中村英郎:「裁判上的和解」,《诉讼及司法制度研究》第 17 页。

[261] P.Sehlosser，GestaltungsklageundGestaltungsreeht，1966，S.186

[262] W.Grunsky，a.a.0.，S.138，147。

同了义务的一面。在施行职权探知程序中，只要当事人提出必要的事实和证据，法院就没有启动职权探知的必要，即使当事人消极举证，对审判任务繁重的法官来说，要充分行使职权探知也并非易事，事实上有时也没有达到要行使释明权的程度。但是，在判决具有对世效力的诉讼中，对于辩论主义与职权探知主义，无论在理论上还是在实务中都应加以区别，法院认为必要时，不应仅仅停留在释明权行使的程度上，必须依据职权探知主义去发现真实，以实现对第三人的保障。

2、 人事诉讼中辩论主义的限制

在诉讼对象不具处分性、判决具有对世效力的人事诉讼中，应广泛施行职权探知主义，对辩论主义作必要的限制。一般而言，人事诉讼中具备一般要件的诉之撤销，都应予以广泛认同。但是，在职权探知主义的指引下，“公益上既然应该依职权来确定请求的正当与否，那么，剥夺其机会的行为，作为国家来说是自相矛盾的”[263]因此，不应适用再诉禁止。而从日本等的判例来看，即便诉讼对象不具处分性的案件，也应适用再诉禁止。[264]为了严格维系身份法秩序，允许国家机关(检察官或检察机关)提起诉讼,使已到终局判决的裁判程序不至于徒劳,作为一种制裁手段,禁止再诉(重复起诉)的规定具有相当的必要性。日本旧人诉法第 10 条 1 款将民诉法 203 条中的请求认诺加以排除，日本学界对人事诉讼程序中不准许认诺普遍持赞同的观点。从人事诉讼对象不具处分性的特点来看，舍弃及和解的适用实在令人费解。处分权主义是以当事人对诉讼标的拥有处分权为前提，请求的认诺·舍弃、和解都是基于此原则派生的产物。如果将认诺加以排除，理论上舍弃·和解也应当加以排除。一些国家的民事诉讼法规定人事诉讼中不适用请求认诺，但未就排除的理由加以说明。出现这一奇怪现象的原因在于受德国民诉法第 617 条规定的影响，他们在移植德国法时，未很好地进行本土化作业。德国法规定，婚姻诉讼中为维持婚姻关系准许施行片面职权探知主义。据此，离婚诉讼和婚姻无效诉讼中，如果准许认诺的适用，便违背了当初维系婚姻之立法宗旨。诚然，法律上规定人事诉讼中否定请求认诺虽然无懈可击。但是，很多国家的法律规定允许协议离婚和协议离缘(解除收养关系)，对离婚和离缘原因的存在与否不加以确认，基于当事人的意思自由，依据双方的协议，便可以解除婚姻和收养关系。离婚和离缘的诉讼对象存有可处分性的内容，基于这一理由，有学者主张在离婚和离缘诉讼中应准许认诺。这一原理同样可以类推适用于请求的舍弃和解。

普通民事诉讼中，实行的是以当事人为主导的当事人主义诉讼模式，诉讼的开始、终止以及判决资料(事实和证据)的收集、提出均适用辩论主义。然而，在人事诉讼中，当事人的意思(私权)自治在一定程度受到制约，辩论主义受到部分禁锢的同时，广泛推行职权探知主义。学界对人事诉讼与一般民事诉讼采用极为宣明的做法之根据，学说上众说纷纭。然而，在本质上，作为人事诉讼对象之婚姻关系、亲子关系是构成社会秩序的基本元素，这些涉及身份性质的法律关系具有非处分性，在它们的背后还存在很强的公益性，为此，要求发现实体真实。通过既判力的扩张，人事诉讼确定判决的拘束力还及于诉讼主体之外的第三人，由此看来，对辩论主义进行适当限制是十分必要的、也是必需的。日本学者小室直人教授认为，“人事诉讼中对辩论主义进行限制的根据在于人事诉讼判决的对世效力。”

在大陆法国家中，德国、日本是最早对辩论主义实行限制的国家，并对相关限制规定进行了法条化。比如，日本 1888 年《民事诉讼法草案》和德国 1877 年民诉法第六编《有关婚姻事件与禁治产事件的诉讼程序》(第 577 条、583 条)就存在有关人事诉讼程序中对辩论主义进行限制的规定。人事诉讼中对辩论主义(包括处分权主义)的限制规定也不是一直固有的，它是民事诉讼法不断发展、完善的必然产物。

3、人事诉讼中辩论主义限制的具体实施

一般来说，诸多国家将民诉法中的当事人怠慢之制裁规定、认诺效力的有关规定、自认法则在人事诉讼中的适用都加以了限制。人事诉讼中就这些规定加以限制适用的法理依据各国学界尚无较大的分歧。有学者认为，基于人事诉讼的公益性，以发现实体真实为至高价值目标；也有学者认为，限制适用的缘由在于人事诉讼确定判决具有对世效力。[265]这两种观点是基于不同角度的见解，彼此间并非相互排斥。

(1)人事诉讼中对怠慢行为法律效果规定的限制适用。人事诉讼中，因当事人故意或重大过失而未及时提出攻击和防御的手段或方法，对提出的攻击防御方法未进行必要的释明，或在该释明的期日未出庭，导致诉讼迟延，仅凭此原因，是不能驳回其诉讼请求的。准备程序笔录等未记载的攻击防御方法，也不影响当事人在后续的言词辩论中再度加以主张。人事诉讼中为何要对民事诉讼法的这些规定加以限制适用，各国对其理由进行阐述的判例实在甚少。日本学者认为，限制之法理也许应该从诉讼构造关系中去找寻答案。因为在一般的民事案件中，严格遵循辩论主义，判决资料的收集与提出既是双方当事人的权能也是其应尽的职责，由于当事人的故意或重大过失而致使攻击防御方法延误

263 山木户克己:《人事诉讼程序法》，第 117 页。

264 日本大审院昭和 14 年 5 月 20 日之判决。民集 18 卷 547 页。

265 冈恒学:「人事诉讼的研究」，第 175 页;大森洪太:「人事诉讼手续法」，日本评论社 1930 年版，第 104 页。

时机提出，法院酌情加以考虑也是不得已的。然而，基于诉讼标的的非处分性而施行职权探知主义的人事诉讼中，法院应积极探明事实关系，力求发现实体真实，这是法院所肩负的神圣职责，当事人之间的辩论只不过起补充作用罢了。因此，人事诉讼中，即便发生上述因当事人的怠慢而致使攻击防御方法错过时机提出，最终导致诉讼迟延的发生，也不能让其承担完全不利后果。[266]同样，准备程序笔录中未记载的攻击防御方法，当事人可以在后诉中进行自由主张。民事诉讼法中怠慢法律后果规定之所以在人事诉讼中加以限制，“原因就在于人事诉讼中不存在准备程序。”[267]通过这种限制措施，人事诉讼中准备程序的作用和必要性受到明显弱化。即使进行了准备程序，也不妨碍当事人进行诉的变更、合并以及反诉的提起(日本旧人诉法第8条)。毋庸置疑，准备程序的开展有助于加速诉讼进程。人事诉讼中的审理对象大都属于家庭内部的秘密事项，原则上要求当事人本人亲自进行诉讼追行，根据具体情况，采用非公开准备程序，整理、释明当事人主张，不失为明智之举。

(2)人事诉讼中请求认诺等有关规定的限制适用。首先，关于请求认诺（(acquiescement)。请求认诺是指被告认为原告请求理由充分而作出全面认可的一种诉讼上的陈述。一旦将之载入笔录，将产生与认可原告请求之确定判决相同的效力和宣告诉讼结束两种效果。诸多国家都明文规定民事诉讼法中有关认诺的规定在人事诉讼中要加以限制适用，对此，学界和判例普遍持赞同的观点，比如，日本最高裁判所1934年11月17日非婚生子女的认领诉讼中就否定了认诺的效果。[268]日本法曹会1940年6月1日的决议表明，身分关系存否的确认之诉中，双方当事人均到庭，被告认诺了原告的请求，即使记载于笔录中，其认诺也归于无效。[269]法国对人事诉讼中的认诺亦作了限制性规定。比如，子女不能撤销认领之诉，也不能认诺请求弃却判决(在法国除请求认诺外，还存在判决认诺，相当于放弃控诉权)。[270]

那么，人事诉讼中为何只就请求认诺规定的适用明文加以限制，其学理上该作何解释呢?民事诉讼法的准许请求认诺之规定，其适用前提是争讼对象具有处分性，如果认诺便可以解决双方的纠纷，法院当无判决的必要。具有特别民事诉讼特点的人事诉讼案件其法律关系不具处分性，不准许当事人自主解决有关身份权存否的纠纷，被告即便对原告的请求进行了认诺，法院亦不受此拘束，和被告要求否决原告请求之判决的情形一样，法院必须努力发现真实，以此来判断原告的请求可否予以支持。

人事诉讼中，请求认诺规定加以限制适用的法理根据在于诉讼对象不具有处分性，那么，同样是以诉讼对象不具处分性为前提的请求舍弃和诉讼上的和解也应该加以限制吗?很遗憾，日本等国并未就此进行充分的学理解释。德国1877年民事诉讼法第577条1项也仅仅规定婚姻案件不适用请求认诺，请求的舍弃和诉讼上的和解是否加以限制并未言及。德国之所以这样规定，原因在于立法当时深受天主教婚姻系终生之物思想的影响，人们往往总是尽力拯救处于危机的婚姻关系，婚姻案件中广泛适用片面职权探知主义的目的就是为了维系既存的婚姻关系。

笔者认为，日本人事诉讼法就请求认诺作限制性规定的意义在于，提醒人们即便作出了认诺的陈述，也不会产生诉讼法所所规定的法律效果。然而，事实上，被告所作的请求认诺之诉讼行为，对法官心证的形成也会产生影响，一定程度上影响着法官内心确信的形成，也不妨碍法院将此作为事实认定的部分资料。因此，笔录中应清楚载明被告对原告的请求不存有异议之具体情况。

其次，关于请求的舍弃。请求舍弃是指原告全面承认自己的请求不存在理由的诉讼上的陈述。一旦载于笔录将产生与驳回诉讼请求之确定判决相同的效力，由此方可导致诉讼的结束。各国人诉法等只对请求的认诺作了明文规定，而对民事诉讼法中有关请求舍弃之规定在人事诉讼中该加以如何适用尚无定论。日本学界的多数说认为，由于法律对请求舍弃是否加以限制适用未作明确规定，因此，应理解为准许适用。然而，就适用的范围和所依据的法理根据，学者间却存在较大分歧，大致可概括为以下两种意见。第一种意见认为，承认职权探知的片面性，民诉法中关于请求舍弃的规定如果准许适用的话，那么，离婚・离缘、婚姻・收养无效及撤销之诉中，也应该无条件地加以许可。但是，离婚、离缘无效或撤销之诉中，职权探知的片面性是维持离婚・离缘的现状还是为了维持婚姻・收养关系，其出发点不同，结论也不尽相同。一是基于现状的维持而准许舍弃；二是为维持婚姻、收养关系而不准舍弃；三是明确规定适用全面职权探知的亲子关系案件中，所有请求舍弃均加以禁止。第二种意见认为，暂且抛开片面职权探知不管，与自由撤诉一样，请求舍弃并非对身份权的放弃而只是对诉权的放弃，只不过是当事人一方的主张，基于这种立场，应加以肯定。[271]日本最高裁判所判例对此并未加以具体阐述，只是在朝鲜高等法院判例中作为旁论，在亲子关系存否的确

[266] 冈恒学:「人事诉讼的研究」，第189页;山木户克己:「人事诉讼手续法」，有斐1973年版，第121页。
[267] 山田正三:「特别拆淞手续」，第65页。
[268] 日本民事集13卷，第2291页。
[269] 《法曹会杂志》18卷8号，第103页。
[270] MartyetRaynaud;p.897。
[271] 大森洪太:「人事诉讼手续法」，第79页。

认之诉中进行了初略的解释，总体来说，也是持一种消极的观点。[272]从日本后来的判例来看，在离缘之诉中，法院为维持收养关系的请求舍弃被予以了认可，基本是遵循了为了维持现状而准许舍弃的观点。[273]

鉴于人事诉讼法对人事诉讼中可否适用请求舍弃并未作明确规定，因此，有学者认为，请求的舍弃应与诉的撤销一样，应当由当事人自由决定。[274]然而，从请求的舍弃将产生与确定判决相同效力的观点来看，不能将请求舍弃与诉的撤销等量齐观。德国通说尽管认为应肯定请求的舍弃，但同时又指出在婚姻无效、婚姻存否的确认之诉以及亲子关系存否的确认之诉中，请求舍弃只不过具有通常撤诉之效果，不产生驳回请求之效果，不发生真正放弃实体权利。遗憾的是，德国通说并未从理论上对这一例外规定的缘由加以阐释，只不过引用民诉法第 635 条，将无效婚姻否定、正确身份判断的公益视为理由。[275]笔者认为，德国法之所以没有对请求舍弃作出排除规定，其原因在于人事诉讼的开始仍由当事人意思决定，当事人不启动诉讼即不行使诉权，照旧维持原来的法律关系，即使开始诉讼，通过诉的撤销又可以回位到原状。相反，鉴于诉的撤销不需要对方的同意，原告自认其请求不存在理由时，除有可能扰乱客观身份法秩序的特别情形外，若产生请求原因不存在实体确定力，认可请求舍弃，很自然地就回复到原来状态。“以诉讼对象的非处分性为盾，完全违背了原告的意思，法院作出一个一刀两断的判决，实在毫无必要。因此，即使承认请求舍弃，婚姻无效、婚姻存否确认诉讼、亲子关系存否确认诉讼中，请求的舍弃与诉的撤销一样，只发生诉讼结束的效果。”[276]日本司法解释对请求放弃亦持肯定的态度，只是在婚姻无效、婚姻关系存否确认之诉以及亲子关系存否的确认之诉中，请求放弃与诉的撤销相同，发生致使诉讼终结的效果。应该是异于上述两种观点的第三种观点。

上述第一种观点与法官职权探知主义密切相关，在施行片面职权主义的离婚、离缘诉讼中，请求放弃是准许的，这主要是基于对婚姻关系维持之考虑。“不管是否是基于对婚姻的维持，都应施行全面职权探知。”从人事诉讼对象的非处分性来看，与认诺一样，不准请求舍弃的观点在大陆法国家亦属于少数说。[277]这种少数说主要忽视了与起诉自由与衡平。从与职权探知主义的关系来看，离婚、离缘诉讼中，适用片面职权探知，可以承认请求的舍弃，而在亲子关系诉讼中，由于适用的是全面职权探知，请求舍弃则应予以禁止。之所以出现这一差异，主要深受基督教思想的影响，基督教认为婚姻是神圣的，不可随意解除。施行片面职权探知主义其旨意在于维系婚姻关系。但是，随着时代的发展和人们价值取向的变迁，这种传统信念受到了严重的挑战和质疑，体现在法律实务上也逐渐走向灭亡之途，到如今还固守法条形式上的文理解释(注释法学)，可谓有落伍之嫌。请求舍弃的本身是关于诉讼标的，而职权探知是有关诉讼资料，两者间存在的基础完全是风马牛不相接，不注意二者间维度的差异便盲目探讨的方法论属于悖论。

上述第二种观点又可以分成两种学派，第一种学派是将请求舍弃与诉的撤销加以同等对待，其作用姑且不论，诉的舍弃将发生与确定判决同等的效力(既判力)，不能将其与不发生既判力效果的诉之撤销相提并论。因此，从肯定说的立场来看，婚姻关系案件中的请求放弃，不会发生婚姻关系恰当与否之问题的观点是值得考究的；第二种学派认为，请求放弃只不过是当事人诉权的放弃。但是，诉权本身伴随着实体权利，诉权的放弃就是对实体权利的放弃，法律性质上与请求认诺相同的请求放弃为何要差别对待，其理由让人难以琢磨。

第三种观点是日本等学习德国法的结果。德国民诉法中的请求放弃所伴随的法律效果与日本法中请求放弃的效果在宗旨上是不尽相同的，只能致使诉讼终止，具有与诉讼撤销相同的效果，只不过被告提出请求放弃时，法院将作出驳回请求的判决，判决结果对同一案件具有既判力。而在日本，请求放弃一旦记载于笔录之中，便产生与请求驳回之确定判决相同的效力。这与不伴随此效果的诉之撤销存在本质上的差异，不能将两者加以同视。

综上所述，人事诉讼对象一身份关系一般涉及公益的成分，不存在当事人间可自主解决的处分性，基于此原因不可能认同请求认诺，与此具有相同法性质的请求舍弃也不应该得到认可。

但是，其中也不乏例外的存在，人事诉讼对象是当事人间的利益保护，如果准许实质权利者进行任意处分，认可请求舍弃也无任何不妥之处。人事诉讼标的大都牵连公益，没有认可当事人自由处分的余地。但是，其中也不乏与公益毫无关联的案件，这些案件是以保护当事人自身利益为目的，完全可以认同实质上的权利人所为的任意处分。实体法上无效或应撤销的存有瑕疵的身份行为，准许权利人任意处分的追认，而且，对认可所采用的方式无特别限制，与需要法定要式行为的离婚、离缘存在根本性的差别，即缺乏公益性，通过权利者的追认，上述身份行为便可成为完整而又有效的行为。比如，无代诺权人所作的收养关系，养子在提起收养无效的诉讼中，由于心境的变化，追认收养关系存在的同时，舍弃诉讼请求。在这种情形下，法庭就不能对此不屑一顾而继续开展审判活动，直至作出驳回诉讼请

---

272 朝鲜高等法院 1934 年 11 月 20 日判例，《法学评论》第 24 卷民诉法 323 页。

273 东京高等法院 1938 年 7 月 28 日之判决，新报 5 卷 18 号 20 页;东京地方法院 1938 年 3 月 29 日的判决，《法学评论》27 卷民诉法 267 页。

274 大森洪太：「人事诉讼手续法」，第 79 页。

275 W.Heneke，Proze Breeht und materielzes Reeht，S.134.

276 兼子一：《民事诉讼法条文解说》(上)，第 536 页。

277 山木户克己：「人事诉讼手续法」，第 123 页。

求判决；又如，存在法定离婚原因而提起离婚诉讼的丈夫，后因宽恕其妻的行为，舍弃请求权的情形，将之视为请求之舍弃似乎也无任何不妥之处。根据个案的具体情况，时而加以认可也是具有相当积极意义的。

再次，关于诉讼上的和解。诉讼上的和解，是指双方当事人就诉讼标的相互让步，解决纠纷之诉讼的合意，其合意一旦载于笔录，将具有与确定判决同等的效力，同时，也由此宣告诉讼终结。就诉讼上和解规定可否在人事诉讼中适用的问题，大陆法国家大都未作规定，是否准许，以及假若准许，但是否适用所有人事诉讼案件等问题都是值得探讨的。从本质上看，诉讼上的和解处于请求认诺与请求舍弃的中间地带，以实现纠纷的解决为目的。与请求舍弃一样，人事诉讼案件不能通过当事人间对诉讼标的的互让而实现纠纷的解决。

那么，究竟基于何种法理对诉讼上的和解的适用加以否定呢?和解是以当事人间的互让为前提，各国通说认为，人事诉讼中当事人间处于一种不能相互让步的立场，因此，在能够适用职权探知主义的限度内，才较为恰当。基于此种原因，一些学者主张，在片面职权探知认可的范围内所作的和解才予以认可。[278]不过，作为世界各国的现行法律解释的主流，人事诉讼中不允许施行片面职权探知，在所有人事诉讼案件的处理程序中，要求实行全面职权探知。

但是，也有学者认为，倘若不存在诉讼标的的让步，与其附随的抚养费请求、损害赔偿的互让以及诉讼终结的合意所达成的和解应当予以认可。[279]毫无疑问，法官参与人事诉讼附带请求许可的民事诉讼事项是完全准许的。要处理人事诉讼案件附带请求所认可的家事审判事项，可以通过裁判外协议、家庭法院调解、审判以及作为人事诉讼的附带事件四种途径。因此，人事诉讼系属中，并不影响当事人可以在诉讼外以协议的方式对上述家事审判事项加以确定，否则，诉讼法院应以判决的形式作出判定，不准许通过诉讼上的和解进行处理。关于诉讼终止的合意，与撤销该诉的宗旨不同，需要对方当事人的同意，既然准许诉的撤销，就没有再阻止的理由。

但是，诉讼终止的合意与请求恰当与否无直接的关系，就请求也无互让的存在，不能说是人事诉讼中真正意义上的诉讼上和解。笔者尽管基本赞同诉讼上和解否定说的观点，但是，也不能一概而论，人事诉讼对象的诉讼标的，如果主要是以利益保护为主，实际权利人又可以进行任意处分的情况下，可以考虑将此作为诉讼上和解的例外加以认可。比如，要求无离婚意思而为的协议离婚无效的，妻子可以追认其离婚。

(3)裁判上自认法则的适用限制。裁判上的自认，亦称诉讼上的自认。“裁判上或诉讼上”并非一个时间概念，即不是指诉讼或审判开始以后至诉讼结束或审判结束前这一段时间，而是指在法律规定的一定程序中，即是一个空间概念，例如，在准备程序、言词辩论程序中。没有在法律规定的程序中进行的自认就不是诉讼上或裁判上的自认。[280]诸多国家的民诉法或人诉法都明确规定，人事诉讼中不适用裁判上的自认法则，如我国最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第8条、我国台湾地区“民诉法”第574条、德国民诉法第617条以及日本人诉法19条，等等。普通民事诉讼中，无论在口头辩论期日还是准备程序期日，当事人在法院的自认事实无需举证。在奉行辩论主义的诉讼程序中，该法则是极其重要的原则。但是，在要求发现实体真实并适用职权探知主义的人事诉讼中，即使一方当事人对相对方所提出的事实进行了自认，也不一定发生无需举证的效果，法院必须依据证据对事实的存否做出判断。因此，当事人即使就特定的事实做出裁判上的自认，对法院也不会产生拘束力，当事人可以随时加以撤回或更正。

那么，我们是否就可以推导出裁判上的自认就毫无意义的结论呢?其实并非如此。辩论主义是自认的基石，在普通民事诉讼中，裁判上的自认相当于对间接事实的认同，符合法庭辩论的宗旨，事实上它对法官自由心证的形成将产生重大的影响。也并不妨碍将之作为认定事实主张的部分资料。实行片面职权探知主义的人事诉讼中，如果认同请求的认诺、放弃以及诉讼上的和解适用的话，笔者认为在理论上承认裁判上的自认也无任何不妥之处。

在普通民事诉讼中，当事人一方在法庭辩论中对对方当事人的事实主张不加以任何争执或争辩，根据辩论主义的宗旨，除对事实明确表示有异议的情形外，其他未表示异议的事实被视为自认。我们将上述情况下的自认称为拟制自认。但是，职权探知主义起支配作用以及裁判上的自认法则的适用受限制的人事诉讼中，拟制自认不予以认可也是顺理成章之事。依据拟制自认进行事实认定当系违法，承受不利的一方当事人也可以此作为上诉的理由。但是，即使适用拟制自认存在违法行为，只要就“假定”的部分对判决结果不产生影响时，就不能将此作为合法的上诉理由。

二、人事诉讼程序的特别法则

(一)非公开审判原则

公正是民事诉讼的基本价值之一。公开原则是实现这一价值的保障性原则，是诉讼民主的内在要求。就现代法治国家而言，公开原则是一国民主政治的组成部分，是诉讼程序科学化的标志，也是发挥诉讼教育功能的一个重要条件。因此是否切实贯彻这一原则，成为一国民主与法制是否健全的标志。把案由、裁判过程、判决结果以及判决依据的法

278 山田正三：「特别诉讼手续」第二部，第68页。
279 中村英郎：「人事拆诉讼中的和解」，《实务民事诉讼讲座》(6)，第222页。
280 张卫平：《诉讼构架与程式》，清华大学出版社2000年版，第415页。

律和程序规则公开，可以在很大程度上防止“幕后交易”，有利于保障诉讼民主与公正原则的实现。然而，对一些性质特殊的案件(如婚姻关系案件)也进行公开审理就会给当事人私益和社会公益造成无形的伤害。因此，我们有必要以科学、客观的态度再度审视公开审判制度的合理性。如果对公开审判原则墨守成规的话，不仅会延缓我国依法治国战略的进程，甚至偏离既定的法治轨道。

1、公开审判制度—法治国家的标志

公开审判是诉讼制度文明和进步的标志。公开原则本身不是目的而是手段，公开规定意在排除秘密裁判(gheeimjustiz，亦称密室裁判，kbainettsjustiz)，使国民能自由地旁听法庭审判，据此将法庭审判置于一种“监视”状态之下，从而保障国民对司法的信赖。公开审判原则发源于十九世纪欧洲社会体制改革运动，主要具有如下机能：(1)促使国民信赖审判，担保审判公正、公平之机能。(2)审判公开有助于确保国民之知的权利，并贯彻司法权之作用；(3)审判公开可使一般大众在较能见闻审理程序之状态下，更容易认明存在于社会之多样文化及多元价值，进而更积极参与形成、创造新法规范。[281]

然而，公开审判制度也并非放之四海而皆准，具有很强的相对性。因为这一制度原本是以财产权为标的的一般民事案件为适用对象，故无法满足人事诉讼案件隐秘性在程序上的需求。涉及国家机密、商业秘密、个人隐私以及婚姻案件等则不宜实施公开审判。正如顾培东先生所指出的那样，“现代各种诉讼制度都以一定程度的相对封闭来维系相对的审判独立，同时又在相对对立的前提下保证诉讼或审判的相对开放。”[282]充分阐明了公开审判原则的相对性。公开审判虽然对案件的公正处理具有制度上的保障功能，但当其与另一重要价值一个人隐私等发生冲突时，就存在一个衡平与选择的问题。

2、诸国法律对公开原则在人事诉讼中限制适用之认可

1966年《国际人权公约》第14条规定，“在保护公益或当事人私益所必要之一定范围内，不公开审理。”诸多国家基于人事诉讼案件的特殊性和对人格权的尊重以及基本人权切实保护的需要，对公开原则在一般民事诉讼以及人事诉讼中的限制适用都以立法的方式进行了明确。从而使各国宪法中设定的公开原则的抽象例外情形得以“明示”。我国《民事诉讼法》第120条规定：“人民法院审理民事案件，除涉及国家秘密、个人隐私或法律另有规定的以外，应当公开进行。离婚案件、涉及商业秘密的案件，当事人申请不公开审判的，可以不公开审判。”我国澳门地区民事诉讼法第118条规定，如泄露卷宗内容可侵犯人之尊严、私人生活之隐私或善良风俗，或可影响即将做出的裁判之效力，则需对卷宗之查阅予以限制。尤其是针对撤销婚姻、离婚、亲子关系之确定，以及待决之保全程序，仅限于当事人及诉讼代理人查阅案卷，不对外公开。

日本新人事诉讼法第22条规定，法官可以酌情决定不实施公开当事人询问。在形成或确认身分关系存否的人事诉讼中，作为形成或确认的事实可能涉及当事人的重大隐私，而这一隐私如果在公开的法庭进行陈述，可能对正常的社会生活产生危一块重要祛码。人事诉讼向世人宣告何为法、何为正义并不是最终的目的，就每个具体案件而言，找到恰当的合理解决方法，为双方当事人创设和规范新的法律关系或法律状态才是最终目的。人事诉讼涉及夫妻间、父母与子女之间的秘密和感情生活等，如果在公开的法庭对之进行裁判，则会将当事人以及事件关系人的私生活进行不必要的暴露，不利于当事人和利害关系人对案件真实的陈述。依据其它证据方法得以查明事实真相的，可以不公开审判。比如亲子关系就可以借助DNA鉴定结果这一客观性证据加以证明。基于对个人隐私和公序良俗的保护，人事诉讼程序应当采用非公开裁判方式，法院对是否公开没有自由裁量权。人事诉讼中的非公开可一分为二，非公开是指裁判程序对社会公众不公开，而程序对当事人和利害关系人是绝对公开的。仅在当事人之间公开有利于保护当事人的隐私和生活的自由性，便于法院发现真实和维系身份关系的安定性。同时，人事诉讼程序非公开还应该要求裁判资料的非公开，裁判资料的不当公开将导致人事诉讼非公开的形骸化(形式化)，不利于非公开原则在人事诉讼裁判中的全面贯彻，前面介绍的美国做法也为我们作了很好的示范。

其次，限制公开原则适用有利于对当事人基本人格权的保护。我们在谈论程序公开时，不能忘记宪法所规定的另一个权利—人格权即个人的尊严和人格的尊重。我国宪法第38条规定，“公民的人格尊严不受侵犯”。欧洲人权保护条约(Knoventinozum Schutz der Menschenerechte und Grundfreiheiten vom3.September1953)第6条1款规定，“基于对诉讼当事人隐私保护等特别事由，公开辩论有损正义之要求，法院可以依职权在必要的范围内排除公开原则”，这一规定表明了公开并非绝对之物，公开应当让位于人权尊重和个人尊严的保护。由此看来，不应该极端地强调公开原则，如果说有凌驾于其之上的利益存在的话，那便是当事人利益和公共利益。在实行私权自治的民事诉讼中，为了便于当事人自由提出主张以及攻击防御方法，而实行口头主义和直接主义，口头主义便于打开公开原则的闸门，但是，

[281] 邱联恭：《程序选择权之法理》，第589页。

[282] 顾培东：《社会冲突与诉讼机制》，四川人民出版社1991年版，第238页。

具有“监视”作用的公开原则在民事诉讼中远远不及刑事诉讼。在民事诉讼中，公开未必符合正义的要求。因为，民事审判公开会不当地暴露诉讼当事人以及事件关系人害效果，或不利于当事人进行充分陈述，倘若欠缺当事人对这一事实的陈述，依据其他证据又不能对身份关系的形成或确认进行恰当裁判时，应当决定实施非公开询问。该法第35条规定，当事人翻阅调查员报告书的申请法庭一般都会批准。但是，如果其翻阅行为可能导致下列情况出现，法庭可以不予批准，被拒绝的当事人或利害关系人不得提起即时控告和不服申诉。(1)可能损害当事人间未成年人的利益；(2)可能损害当事人或第三人的隐私或业务；(3)当事人或第三人的重大隐私如果予以公开，将严重影响其社会生活，或对其名誉产生严重损害。

美国法院审理虽然严格遵循公开对审原则和正当法律程序，但是，基于对当事人的隐私和未成年人的保护，在家事诉讼程序中，美国对这一原则作了一些例外规定，主要体现在两个方面：一，庭审的非公开。(1)未成年人收养关系事件审理程序要求以非公开方式进行，只允许法院职员、当事人、证人、收养机关代表、代理人参加法庭审判。(2)亲子关系存否确认事件审理程序中，事实审理以非公开方式进行。(3)婚姻撤销事件虽然遵循公开对审原则，由于对其附随的子女监护事件必须经过几次的调解程序，调解程序中的询问和协议以非公开方式，只允许当事人、代理人、证人、法院职员在场。二，裁判书面材料的非公开。(1)收养关系案件的所有资料只有当事人、代理人可以阅览，除此之外的其他人员要阅览必须得到法官的书面批准。(2)亲子关系确认事件的所有文件及记录等当事人及其代理人可以阅览，其他人士要阅览文件、记录终局判决等必须存有充分的理由，且要得到法官的许可。(3)婚姻事件以及与此伴随的监护事件调解程序的文书、记录等只有当事人和代理人可以从fmiylocncliiatino Cuort借出，但须取得借出许可。

3、人事诉讼中对公开原则加以限制适用的必要性

为贯彻法律上的其他基本要求，在相当范围内，就特定民事案件之审理，亦有应该且可能限制或排除法庭公开的场合。依据程序主体权及程序选择权之法理，人事诉讼中应实行非公开裁判原则。

首先，限制公开原则适用，有利于发现实体真实。十六大报告明确提出，“完善诉讼程序，保障公民和法人的合法权益。”人事诉讼程序的设计和制定是法制建设的的私生活。因此，公开原则应该让位于基本人权、个人尊严的保障以及正义的要求等，或许这样更能获得人们对司法的信赖。倘若不考虑对上述利益的保护，而一味地坚持公开审判原则的话，公开审判之目的一国民对审判的信赖，只能画饼充饥，没有任何效果，负面的效果甚至超过其本身所期待的愿望。

再次，有利于正义的实现。十六大报告指出，“推进司法体制改革，社会主义制度必须保障在全社会实现公平和正义”。人事诉讼中多涉及当事人家庭内部隐私。为了保障社会成员私生活的安宁与自由，避免私生活受到他人的干扰与窥探，现代各国的法律一般都承认和保护隐私权。人事诉讼不公开审理，也是保护隐私权在民事诉讼法中的体现。如果公开裁判是以牺牲基本人权、个人的尊严为代价，是不符合正义之要求的，为了保护人权、个人尊严，实行公开禁止，也不会构成违宪之嫌。

4、违背非公开原则的法律效果

公开本来的意图在于排除秘密裁判，以换取国民对司法的信任。法律规定本应公开的裁判而未加以公开的，此行为侵害了保障国民对司法信赖的正当程序，由此得以拟制这种程序违背与裁判结果之间存在因果关系，而成为绝对上诉理由。同样，法律规定不应加以公开的裁判而不当加以公开的后果也应等同视之。

人事诉讼程序中，违背非公开原则所产生的法律效果，由于各国法律制度相异，不能一概而论。一般认为，该公开而未公开的法律后果与不该公开而公开的法律后果是不尽相同的，违背公开原则，其行为构成违宪行为；而违背不公开原则便意味着程序上存有瑕疵，构成违背法律的行为，不当地公开意味着欠缺正当程序的保障，也应成为上诉的绝对理由。但是，公开审判禁止与否由法官自由裁量时，裁定不禁止公开的，不能成为上诉的理由。

一般而言，民事诉讼中违背非公开原则的裁判结果各国均采用一种消极的评价。[283]我国民诉法第153条4项规定，“原判决违反法定程序，可能影响案件正确判决的，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审。”日本旧民诉法第387条就违反程序判决效力作了明确规定，“第一审程序违反法律时，控诉法院应当撤销判决。”德国民诉法第539条规定，“第一审诉讼程序有重大欠缺时，控诉法院可以将判决与有欠缺的部分程序予以撤销，将案件发回第一审法院”。德国所言的“违背公开”包括违背积极公开和消极公开，消极公开指的便是非公开，其司法解释认为，第一审违背公开审判规定时，属于“诉讼程序违背法律”。通说认为，控诉审本身采用正规的程序，便可以治愈原审程序的瑕疵，根据德国民诉法第539条和日本民诉法第389条所作出的撤销或发回重审，系法院自由裁量范围的事项，第一审违背程序规则，就意味着第一审裁判失去了合法裁判的基础，控诉审应该撤销或发回重审。在日益重视程序利益的当今法制社会，违背法定程序，便违背了正义，应该成为绝对上告的理由，违背程序的判决应该加以唾弃。

[283] 常怡主编：《比较民事诉讼法》，中国政法大学出版社2002年版，第322页。

综上所述，公开审判虽然是近代法治国家的闪亮标志，但是，时至今日，在其对个人隐私缺乏应有的保障机制的情况下，作为一种手段涉足人们的私生活。因此，有学者指出，对“个人监视服务”的公开原则应该予以废弃。从我国民事诉讼法第 120 条规定来看，目前我国对婚姻案件的审理是否实行公开审判还属于任意性规定，即是否公开系法院职权判断的事项。因为“可以不公开审理”的表达中暗含有可以不公开和可以公开两层意思。因此，笔者认为，对离婚等人事诉讼案件的审理，法律应明确规定，一律实行非公开裁判原则。只有这样，才能切实保障当事人及案件关系人的基本人权，有利于法院对实体真实的发现。事实证明，弹性幅度太大的法律制度，必然使制度本身失控。我国在人事诉讼程序中积极开展非公开原则的同时，为了确保程序的公正和案外第三人的利益，作为程序保障的配套措施，应考虑引进国外检察官参与制度。有了检察官参与人事诉讼裁判程序，就会消除人们因非公开导致裁判成为密室裁判的顾虑，使非公开裁判制度在我国的人事诉讼裁判中得到健康的发展。

(二)集中审理原则—诉的合并、变更及反诉

在通常的诉讼程序中，为了避免增加被告防御的难度，法院禁止诉的变更。[284]而诉的合并也只有具备一定诉讼要件的情况下才予以准许，是诉讼经济原则和既判力原则之要求。人事诉讼程序中，为了“一次性”解决纠纷，避免身份关系长期悬而未决以及方便法院全面、快速地发现真实，各国对人事诉讼程序中诉的变更、追加及合并都作了放宽规定。如婚姻案件在一审或控诉审的辩论结束前，可以变更诉及其理由，可以提起诉的合并或反诉。此外，基于人事诉讼纠纷统一解决之考虑，还允许将不同诉讼标的的诉讼进行合并审理，如我国台湾地区民事诉讼法第 572 条第 1 项规定，婚姻无效或撤销婚姻与确认婚姻成立与不成立及离婚或夫妻同居之诉，可以合并提起诉讼。

诉的合并要求各个请求具备诸多要件，其中最核心的是各个请求应适用相同程序，适用不同程序的请求不得合并。人事诉讼程序中，不仅存在依据同一人事诉讼程序对同类型人事诉讼案件审理时进行的诉的合并，亦存在婚姻案件与婚姻效果事件合并的情况。婚姻关系破裂时，同一婚姻关系可能产生多项纷争，若准许多次提起诉讼或待某一诉讼判决确定后，再行提起他项诉讼，不但使纠纷中的婚姻家庭关系长期处于不安定状况，甚至可能因受诉法院的不同而发生裁判结果矛盾的情形。为了圆满解决家庭纠纷，使当事人更能全盘预测离婚后所将面临的生活状况，并协助相关人员尽快恢复正常生活，应将与婚姻案件有密切关联的效果事件归于同一法院审理。正如日本学者中田淳一教授曾经指出的那样，“在与夫妻父母子女为中心的身份关系和社会的其他社团的关系中，围绕某一行为的效力乃至法律状态发生纠纷时，不能仅在各个诉讼当事人之间将该纠纷简单地加以相对确定，而应根据该种诉讼法律上所具有的特殊要求，在全体利害关系人之间统一加以确定。”[285]

1、诉的合并要件

人事诉讼中，施行诉的合并的前提条件是请求须为有关同一身份关系的同类事件。这一原则主要是基于身份关系的特殊性，其目的在于谋求人事诉讼纠纷的一举解决和集中审理。因此，诸多大陆法国家规定，就这类请求，对其中一个请求作出判决后，应当合并而未合并的其他请求将承受失权效果。为了方便诉讼当事人和实现诉讼经济，除此之外的身份关系上的相关请求以及财产关系上的请求均可进行合并。由于有关财产权的请求所适用的诉讼程序不同，是否合并属于当事人的任意行为，即使不进行合并，也不承受失权的效果。

(1)同一身份关系之同类事件的合并。数个请求属于同一身份关系的同一事件时，诉的合并行为不管是原告实施还是被告实施或者是第三人实施，也不管是在诉讼中的哪个阶段实施，都是准许的，而且，就多个同一性质的请求，基于禁止重复起诉原则，将发生失权效果。同种案件请求是指分别属于婚姻案件、收养关系案件的请求以及亲子关系案件的请求。不同类型的人事诉讼案件一般不能进行合并，比如，婚姻关系诉讼原则上不能与亲子关系诉讼进行合并。一些国家的判例表明，离婚无效确认诉讼与解除收养关系无效确认之诉是不能合并的。[286]

(2)相关身份关系请求的合并。作为婚姻案件诉讼的附带诉讼—撤销或解除收养是可以请求的；同样，收养关系的附带诉讼—婚姻撤销、离婚以及撤销离婚也是可以进行主张的。[287]在这种场合下，合并的诉讼形态是不尽相同的。[288]但是，就这些请求合并之后，没有起诉的事项是不会承受失权效果的。尽管数个请求由于案件种类不同，或者其请求相关的身份关系不同，却仍要加以合并，主要是基于其关联性，这一点要特别留意。因此，存在相同关联性或先决关

---

284 中村英郎:《新民事诉讼法讲义》，陈刚、郭美松(译)，法律出版社 2001 年版，第 129 页。

285 中田淳一:“确认诉讼的两种类型”,《法学论丛》第 60 卷，第 196 页。

286 日本大审院(最高裁判所)1935 年 4 月 30 日的判例，民集 14 卷 n75 页。

287 请求的附带性合并在日本旧的人事诉讼程序法中主要是就收养关系作了规定，在当今的日本法中未加以具体说明，如果能将该规定加以扩张适用的话，婚姻和收养在事实上存在关联时，一个事实可以成为离婚原因又可以成为解除收养的原因时，这样的附带请求的合并是完全可能的。

288 由于就相关联的请求，任何人、任何时候都可以主张进行合并，因此，请求附带性合并的诉讼形态也是绚烂多姿的。有时，还会成为非常复杂之物。丈夫对妻子提起的离婚本诉中，允许养父母提起解除收养的附带请求。

系时，虽然属于极为个别情况，仍然应该准许类推。比如，以重婚为由提起婚姻撤销之诉，应与当初的婚姻无效、撤销的请求加以合并提起。

(3)相关损害赔偿请求的合并。就诉讼原因之事实所伴随的损害赔偿进行请求，通常应该依据普通民事诉讼程序，但是，由于二者之间的关联性，一些国家规定，可以进行合并(如日本旧人诉法第 7 条、我国台湾地区人诉法第 572 条等)。因诉讼原因之事实所发生的损害赔偿，比如，离婚诉讼中，准予离婚所附带的抚养费。就损害赔偿请求，不适用诉讼能力以及检察官参与之规定，不允许就损害赔偿请求进行职权探知。这类请求即便不加以合并，也不会承受失权效果。离婚以及婚姻撤销之诉中，固有财产的交付请求可以合并。

(4)婚姻撤销・离婚诉讼中子女监护・财产分割处分请求的合并。婚姻撤销以及离婚所伴随的子女监护等事项应加以确定，也可以进行财产分割请求。虽然这些请求在一些国家属于家事审判事项，但日本(旧人诉法第巧条)、我国台湾地区(民诉法第 572 条)等规定，这些请求可与婚姻撤销诉讼和离婚诉讼合并，统一由家庭法院或地方法院的家事法庭进行审理。同时，亲权的指定不需当事人申请，法院便可以依职权作出裁定。抚养请求也可以附带由法院进行裁判。在离婚无效、撤销诉讼以及认领诉讼中，对抚养之附带请求作出裁判便于纠纷以及相关事项的一举解决，以实现诉讼经济原则。数个请求进行合并时，如果欠缺上述合并要件，其合并将视为不合法。合并系不合法时，法院应裁定将之分离。

2、诉的合并形态

作为诉的合并程序形态主要分为诉的客观合并、诉的变更、反诉、共同诉讼、共同诉讼参加、独立当事人参加以及其他系属中的提诉。各国民诉法就这些诉的合并要件都分别加以了规定。同样，在人事诉讼中，诉讼的集中(合并)也会导致上述形态的产生。诉的合并只要具备普通民事诉讼所要求的要件即可，只有部分国家就合并时机作了例外规定(如日本旧人诉法第 7 条)。检察官能够提起的婚姻案件中，就提出的请求也可以实施诉的合并、变更、反诉等。而日本学者松冈义正等认为，“在检察官作为原告的诉讼事件中，作为日本人诉法 21 条的解释，诉讼集中的范围应加以限制。”[289]

(1)诉的客观合并。原告在起诉当初就将数个请求加以合并所提起的诉讼，称为诉的客观合并。根据民事诉讼的一般规则，诉的客观合并的前提是诉讼程序属于同种类型；就合并的请求只要求受诉法院拥有管辖权，不要求数个请求之间存有关联性。人事诉讼中实行诉的客观合并要件为受诉法院拥有共通管辖权，且数个请求是关于同一婚姻关系的同类案件。合并样态可以是多种多样的，“不同事由的婚姻撤销请求的合并就是单纯合并或选择性合并。”[290]婚姻无效请求与婚姻撤销请求的合并以及婚姻撤销请求与离婚请求的合并均为预备性合并。

(2)诉的变更。诉的变更是指诉讼中原告变更作为审判对象之请求，也称为追加性变更或交换性变更，即“诉或事由的变更”就是诉的变更。比如，将婚姻撤销之诉变更为离婚之诉就是“诉的变更”；婚姻撤销之诉中，变更撤销事由就是“变更诉的事由”，不过，这些都是请求的变更所致。[291]在通常的民事诉讼中，不允许就请求的基础进行变更，也不能滞后于诉讼程序，而人事诉讼中，在上述合并要件下，第一审和控诉审的言词辩论终结前，可以自由地进行诉的变更(如日本旧人诉法 8 条、我国台湾地区民诉法第 572 条第 1 项)。

(3)反诉。反诉是指诉讼系属中被告(或反诉原告)对原告(或反诉被告)提起的与本诉合并的诉讼。通常的民事诉讼中，反诉的请求必须与本诉请求或防御方法有关联，才予以准许，控诉审中需要对方的同意。人事诉讼中，只要具备上述合并要件，第一审和控诉审的言词辩论结束前的任何阶段均可提起反诉。当然，仅仅就损害赔偿以及财产分割等附带请求也可以提起反诉。反诉提起后，由于本诉请求与反诉请求的相异，既有对立的情况也有不对立的情况。前者的情形中，不管是本诉还是反诉，首先必须从先决关系的请求进行审判：与本诉请求对立的反诉请求，将本诉请求的认可作为条件，要求审判的反诉(附条件反诉)也是可以准许的。

(4)共同诉讼。共同诉讼是指一个诉讼中原告或被告或者双方由数人构成。通常的民事诉讼中，数个相关连或类似的请求要求在同种诉讼程序中加以解决。人事诉讼中，只要具备上述要件便可实施共同诉讼。比如，离婚诉讼中，离婚请求与损害赔偿请求加以合并，可以随之将配偶以外的第三人作为共同被告。在性质上，既有属于必要共同诉讼的，也有属于类似必要共同诉讼的，或者属于单纯共同诉讼的。像这样的共同诉讼，诉讼系属中，第三人作为原告或被告的共同诉讼人参加诉讼而形成。各国民诉法一般规定，共同诉讼参加在通常的民事诉讼中，则要求诉讼目的必须一致。在人事诉讼中，诉讼目的既可以与诉讼目的一致，也可以不一致。普通民事诉讼中，第三人作为共同诉讼人的追加手段被予以广泛实施。“人事诉讼中，第三人将生存夫妻中的一方作为被告提起的婚姻撤销诉讼中，被告(生存夫

[289] 松冈义正：「特别诉讼手续」《特别民事诉讼论》，岩松堂 1925 年版，第 248 页。

[290] 在婚姻撤销中，根据每个撤销原因或发生事实的不同，请求可以单个独立存在。离婚也是一样，民法上所规定的各个离婚事由，其请求是不同的。

[291] 山木户克己：「人事诉讼手续法」，有斐阁 1973 年版，第 130 页。

妻中的一方)可以将检察官作为对方另行提起婚姻撤销请求时，应将该诉与本诉进行合并审理。”[292]

(5)独立当事人参加。独立参加是指诉讼系属中第三人将诉讼当事人双方作为共同被告参加诉讼，由此产生三面诉讼。人事诉讼中，在上述合并要件下，也是准许的，比如，在夫妻间的离婚诉讼中，第三人将当事人双方作为共同被告的婚姻撤销诉讼可以合并于本诉中。

(6)共同当事人(共同被告)间的诉之合并。共同被告中的一方将另一方作为被告合并提起新的诉讼，形成三面诉讼。这种新诉的提起，只要具备合并的要件，是应当准许的。比如，第三人将夫妻作为共同被告提起婚姻撤销诉讼，在诉讼系属中，夫妻中的一方将另一方作为被告提起离婚诉讼，就属于这种情形。

(三)当事人直接参与原则

身份权上的行为与财产权上的行为不同，须尊重当事人本人之意思，故纵然其非完全行为能力人，只须具有意思能力，应使其得为诉讼行为。故在人事诉讼程序里，扩大当事人诉讼能力之范围，使其能直接参与诉讼程序之进行。

在通常的民事诉讼中，当事人可以授权诉讼代理人代理自己的诉讼行为，没有必要亲自到庭。但是，人事诉讼则要求当事人本人亲自到庭，因为人事诉讼是关于夫妻、父母子女间的纠纷，其中包含众多的感情因素和相当程度上的生活误解，而且更为关键的是身份关系具有不可替代性，所以，要求当事人本人亲自到庭，不但法官能具体掌握案情作出妥当裁判，而且有利于当事人自主消除误会和恢复感情。尤其在前置的调解程序中，通过调解为当事人提供对话的平台，可以消除因沟通不善所致的被害人、加害人双重心理状态，从而有助于圆满解决纷争或促成调解成立。为了彻底解决人事诉讼，许多国家还对拒不到庭的当事人进行一定的制裁，如日本新人诉法第21条规定，“人事诉讼中，法院进行当事人本人询问时，可以对当事人作出指定期日出庭的命令。对法庭传唤，若无正当理由不出庭者，将按照日本民事诉讼法第192条~194条加以处罚。”此外，亲子关系事件中，更应要求当事人到场，因存在要求当事人接受血液采样，通过鉴定，确定亲子关系存否。若当事人不到场就无法进行亲子鉴定。即便到庭，但拒绝亲子鉴定的，对此问题的处理，德国、日本等尚无统一的观点。总括起来主要存在两种观点：一是强调法院的发现真实义务，要求当事人协助、服从法院作出的鉴定命令；二是基于法律未明文规定法院可直接强制血液采样的理由，并从保护人格尊严和隐私权的角度出发，否定法院的强制鉴定。[293]

笔者认为，人事诉讼以发现实体真实作为价值取向，为了保持身份关系以及所衍生的诸多法律关系的高度稳定，应当通过一定程序使事实上本身就存在亲子关系的当事人形成法律上的亲子关系，这对我国目前大量出现的非婚生子女的合法权益的保护具有很强的现实意义，使真正的生父难以逃避承担法律上生父的义务。因此，在人事诉讼中应积极施行当事人参与之直接原则。

(四)人事诉讼中当事人诉讼能力的扩充

诉讼能力是诉讼行为有效的构成要件之一，属于法院职权调查事项。它是指以自己的行为行使诉讼权利和履行诉讼义务的能力，或者说能够自己实施有效诉讼行为或接受诉讼行为的能力。为维持诉讼程序的安定，不仅在诉讼系属中所为的诉讼行为，当事人应具诉讼能力，而且在诉讼前所为的诉讼行为，如合意管辖、授予诉讼代理权等当事人亦应有诉讼能力。不具备诉讼能力的当事人不得实施诉讼行为，即使实施，一般情况下也是归于无效。当事人适格和诉讼能力均为诉讼构成要件，诉讼能力具有一般性和抽象性，当事人适格意味着当事人对特定诉讼有诉讼实施权，包含着当事人可以求得本案判决的意思或法院对当事人提出的诉讼请求应当作出裁判，但是这并不意味着当事人自己就能够亲自实施诉讼。

作为人事诉讼程序调整对象的身份法律关系，应高度重视当事人的独立人格品性，诉讼行为的内容中应该充分反映诉讼当事人本人的意志。一些国家的民诉法或人诉法规定，婚姻无效、撤销以及离婚、离婚撤销等人事诉讼的诉讼行为中，诉讼行为能力受限制的未成年人、禁治产者(成年被监护人)在具有意思能力的情形下，拥有诉讼行为能力，比如德国民诉法第607条规定，“行为能力受限制的夫或妻在婚姻事件有诉讼能力”；日本人诉法3条，26条，32条规定，准禁治产者实施诉讼行为并非所有都要经过法定代理人和辅助人的同意，等等。婚姻等其它身份行为尽量由本人实施，这是各国民法的基本原则，赋予无能力者这一权能也是民法精神在诉讼法中的体现。但这不妨碍法定代理人代替未成年人和成年被监护人实施诉讼行为。当未成年人等的诉讼行为与法定代理人的诉讼行为不发生矛盾和抵触时，两者都发生效力；当两者之间发生冲突时，就会出现何方诉讼行为的效力予以认可的问题。作为解决办法可以优先考虑当事人本人的诉讼行为，或者是优先考虑最后实行者的诉讼行为。但是，由于未成年人等本人不具有充分的诉讼追行能力，因此，法定代理人等的诉讼行为应优先考虑。在司法实践中，鉴于未成年人等不具有完全的诉讼追行能力，裁判长认为必要时，根据申请可为其选任律师作为诉讼代理人。如果诉讼行为能力受限制者不提出申请，裁判长可以

[292] 山木户克己：“追加共同诉讼”，《神户法学》6卷83页。

[293] 许士宦：“父子关系诉讼之证明度与血缘鉴定强制”，《法学丛刊》第174期312页。

责令其选任，或依职权直接为其选任律师作为诉讼代理人。

人事诉讼中当事人诉讼能力范围扩充大致分为三种情形：(1)未成年人具有诉讼能力。具有意思能力的未成年人，无需经过亲权人或监护人的同意，便可以进行诉讼行为，但是，意思能力的有无应根据个案的不同而分别进行判断。日本民法第753条、我国台湾地区“民法”第570条等规定，未成年人已结婚者具有诉讼能力，在婚姻无效、离婚和婚姻撤销之诉中，具有成年人的能力。在婚姻无效或确认婚姻不成立之诉中，未成年人虽因结婚而具有行为能力、诉讼能力，若其结婚因无效或不成立涉讼时，结婚是否必然导致具有行为能力、诉讼能力，将受判决结果的影响。如果判决确认婚姻无效或不成立确定时，则自始无诉讼能力；若认可婚姻有效或成立，则自始具有诉讼能力。在收养关系案件中，年未满巧周岁的养子不具有诉讼能力，养子在年未满巧周岁期间，应由代诺权人提起解除收养诉讼。(2)关于禁治产者。禁治产者通常欠缺意思能力，因而不具有诉讼能力。但是，禁治产者在精神处于或恢复到正常的状态时，拥有意思能力的期间，可以进行诉讼行为(日本民法738、764条等规定)。(3)关于准禁治产者。日本民诉法第50条等规定，准禁治产者在人事诉讼事件中应具有完全的诉讼能力。德国民诉法第640条之2规定，在以否认父亲身份为标的的诉讼中，当事人即使是限制行为能力人，仍有诉讼能力。

赋予无能力者诉讼能力之规定，是否只适用于作为诉讼对象的身份关系的当事人成为诉讼当事人的情形，各国学界尚无统一的观点。在与他人的身份关系中，作为第三人成为诉讼当事人时，以亲族的立场干涉的情形较多，因此没有必要认可其诉讼能力。也有学者认为，虽然应依据民事诉讼的一般原则，但是，辅佐人的同意权由于仅限于财产关系，准禁治产者提起诉讼时，无需其同意。[294]

(五)诉的撤诉与禁止重复起诉

民事诉讼中，只要当事人提起诉讼的诉讼对象不同，基于处分权主义就应准许当事人另行提起独立诉讼。但是“婚姻事件影响社会秩序，涉及公益，倘同一婚姻关系不断迭次，自非所宜。且各类婚姻事件，由某一事件解决其他事件均因而解决者，亦有数事件须同时解决，以防止判决之矛盾。”[295]禁止重复起诉的目的在于尽可能利用同一诉讼程序统一解决婚姻纠纷，从而不仅可以减少当事人的讼累，尽快维护婚姻、家庭关系乃至于社会秩序的稳定，而且可以避免法院因当事人分别起诉而作出可能自相矛盾的判决。日本旧人诉法第9条规定，驳回婚姻无效或撤销、离婚或撤销离婚的诉讼请求后，原告不得以变更诉或其理由，或者以能合并主张的事实，提起独立的诉讼。被告不得以能反诉理由主张的事实，提起独立之诉。我国台湾地区民事诉讼法第573条规定，提起婚姻无效、撤销婚姻或离婚之诉因无理由被驳回者，受该判决之原告，不得援以前依诉之合并、变更或追加的得以主张之事实，提起独立之诉；以反诉提起前项之诉，因无理由被驳回者，受该判决之被告，不得援以前得作反诉原因主张之事实，提起独立之诉。同时，为保护当事人的诉讼权利，受该判决约束的原告应知悉此等事实的发生，应该主张而未主张时，才禁止提起另诉。如果该等事实在前诉事实审理辩论终结前尚未发生，或虽已发生而不为原告所知悉，或虽知悉但缺乏证据证明而没有主张者，则不应受此限制。一旦提起诉讼，要将之加以撤销，各国法律对撤诉(desistement)的要件、程序以及伴随的效果都作了一些相应的限制性规定和处理办法(如日本民诉法236条、德国民诉法217条)。我国最高人民法院《关于适用婚姻法的解释》(二)第二条规定，对于无效婚姻，“原告申请撤消的，不予准许。”既然认可起诉自由，也应当准许撤诉自由，这种适用普通民事诉讼的法理，同样也应当适用于人事诉讼。“身份关系未固化之前，身份关系的存否必须依据当事人的意思。”[296]

因此，提起人事诉讼后，原告或反诉原告在诉讼终止前的任何阶段，只要具备法定要件，都应该准许当事人实施撤诉行为。双方当事人在口头辩论期日不到庭，或未进行辩论便退庭，三个月内又未提出口头辩论期日时，将被视为拟制撤诉。[297]

但是，诉的撤销若发生在本案终局判决之后，该如何处理呢?对此，各国立法表现出不同的态势。德国民诉法中未对此做出明确规定，而日本民诉法作出了可以就同一标的再次提起诉讼的规定(237条2项)，因此，日本学界认为人事诉讼中也应适用这一规定。但是，人事诉讼提起后，是否可以自由撤销之问题，无论在日本理论界还是在司法实务界都尚无统一的观点。在理论界大致有以下三种观点：其一，全面否定的观点；其二，全面肯定观点；其三，将诉讼标的是否具有公益性作为判断是否适用的标准，比如，依据绝对撤消原因之婚姻撤销之诉中对诉的撤销不应加以适用，而依据相对撤消原因的婚姻撤销之诉中其适用应当加以肯定，由此看来，第三种观点系折衷说。[298]

---

[294] 日本学者松冈义正、大森洪太、三田高三郎等持赞同的观点，而山田正三等则持反对立场。大森洪太:「人事诉讼手续法」第54页，松冈义正:「特别诉讼手续」第213页，三田高三郎:「人事拆松手统法解说」第41页，山田正三:「人事诉讼手续法」第28页。

[295] 杨建华:《民事诉讼法实务问题研究》，三民书局1985年，第310。

[296] MartyetRaynaud;p.897。

[297] 日本民诉法238条就虚拟撤销作了规定。长崎高等法院1933年11月25日也作出了这样的判决，新闻3700号第7页。

[298] 斋藤秀夫:《民事诉讼法概论》，第339页。

由于实体法与程序法相克的困难，禁止重复起诉效果的有关规定是基于诉讼技术上考虑而加以认可的产物。应依职权对公益上请求的正确与否作出判断，这是因为作为人事诉讼对象的诉讼标的具有不容许当事人任意处分的性质。如果对之加以肯定，就剥夺了法院判断其请求正确与否的机会，而且，由此等于认同了当事人对实体法上不准许放弃的请求进行了任意处分，因此，对其适用加以否定才是恰当之举。

人事诉讼的提起与否、提起之后是否撤销既然规定为当事人的自由，即使认可适用再诉禁止的有关规定也无任何不妥之处。诉的提起、撤销与普通民事诉讼一样，完全遵照当事人的意思自由。但是，由于提起的人事诉讼请求事关公益，因此，要求法院依职权加以确定，只能以判决形式对案件作出符合实体真实的解决，象通常的民事诉讼一样完全依照当事人意思的任意处分是严格禁止的。诉的自由提起与禁止再度起诉是两个不同层面的问题，不能将两者混为一谈，禁止重复起诉或许更符合人事诉讼的本质一些。

第四章　人事诉讼判决既判力之扩张与程序保障

一般认为，普通民事确定判决除具既判力外，还具有附带效力，学术上一般认为有参加性效力、构成要件的效果（反射效）、争点效以及事实上的效果等，除有特别规定外，判决效力不及于第三人。然而，依判决的确定或变更而形成的当事人间的权利关系，第三人必须予以承认。因为判决是以解决事件纠纷为目的的国家意思的表现，不仅要求当事人尊重，同时也要求第三人尊重。[299]例如，甲乙间为土地所有权发生纠纷，依确认判决将其所有权确定于其中的任何一方，法律上没有利害关系的第三人也须尊重其判决结果。而人事诉讼判决效力的扩张是判决效力相对性的一种例外，案外第三人不仅要承认判决效果，而且会对其产生直接影响。

一、人事诉讼既判力主观范围的扩张

（一）普通民事判决既判力的相对性原则

民事诉讼目的在于依据国家强制力平息纠纷，因此必须赋予其解决结果一“民事判决”一定的法律效力，以维持民事法律关系的稳定，从而使“一事不再理”原则得到彻底贯彻和执行，同时也有利于维护适法标准的统一。确定判决是诉讼过程中双方当事人程序权得以充分保障、在平等攻防基础上获得的成果，依据诚信、公平原则，通过判决内容的确定，禁止再度诉讼等方式使之正当化。因此，赋予民事生效判决制度性效力一“既判力”是民事诉讼目的的必然要求，也是民事诉讼制度目的论的共同前提。

判决的效力是指人民法院的生效民事判决所具有的法律效力，包括拘束力和确定力。确定力是指生效民事判决在程序法上的效力。包括形式上的确定力和实质上的确定力。实质上的确定力亦称作既判力。[300]既判力具有积极和消极两方面的作用。积极作用是指法院不得随意自行撤销或变更自己作出的确定判决，也不得作出与确定判决的既决事项相矛盾的判决；而消极作用是指禁止双方当事人再就具有既判力的判断内容进行争执。通过上述作用，既判力确定法院所裁判的实体法律关系的客观范围和主观范围。前者是指既判力所及于物（诉讼标的）的范围，后者则是指既判力所及于人（诉讼主体）的范围。一般而言，既判力的客观范围应以在确定的终局判决中经裁判的诉讼标的为限；而既判力的主观范围应限定在诉讼双方当事人，原则上不应将既判力的范围扩张至没有参加诉讼的案外人。

既判力的对象是基于原告的主张确定的诉讼标的。在受辩论主义和处分权主义支配的民事诉讼程序里，当事人获得充分的诉讼权利进行诉讼活动，应对其提供的诉讼材料所形成的判决结果负责。换言之，既判力原则上只能在对立的双方当事人之间产生，对没有得到程序保障的案外第三人不产生效力，这就是既判力的相对性。“判决效力的主观范围，即有关判决的效力对谁发生作用的问题。”[301]确定既判力主观范围的原则是既判力只对提出请求及相对当事人有拘束力，而不涉及当事人以外的人。这表明判决效力的主观范围具有很强的相对性。法国民法第 1351 条就既判力的相对性进行了规定。依据辩论主义的要求，法院的裁判须以当事人双方在言词辩论中所主张的内容为基础。其他人没有参加诉讼，也就没有机会在言词辩论中声明自己的主张，既判力的主观范围一般情况下就不能扩大到当事人以外的其他人。[302]如果将既判力相对性原理适用于有关人的身份判决。这一判决结果就可能会出现下列三种情况：第一，未参加诉讼的第三人对判决可以进行异议之诉。但是，对具有绝对效力的人事诉讼判决进行异议之诉，实无太大的现实意义；第二，身份关系诉讼因对方的不同而全然不同；第三，第三人就身份关系可以提起既判力相对性的妨诉抗辩。比如，交通事故的加害者对被害人非婚生子提起的损害赔偿请求之诉中，可以以其不是认领之诉中的当事人为由，否认被害人与原告间的亲子关系。

（二）人事诉讼判决既判力主观范围的扩张

---

299 中村英郎：《日本新民事诉讼讲义》，陈刚、郭美松译，法律出版社 2001 年版，第 239—241 页。

300 柴发邦主编：《中国民事诉讼法学》，中国公安大学出版社 1992 年版，第 398 页。

301 三月章著：《日本民事诉讼法》，汪一凡译，五南图书出版公司 1985 年印行，第 207 页。

302 肖建华：《民事诉讼当事人研究》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 165 页。

确定判决并不是无限制地对任何物、任何人都产生既判力，既判力所拘束的物和人应该有明确的范围。既判力及于当事人以外的第三人属于既判力主观范围的例外，在诉讼理论上，我国学者将这种例外称为既判力之扩张，日本部分学者将之称为既判力的对世效力。[303]这种扩张现象在人事诉讼和公司法上的诉讼最为常见。因为根据实体法形成权所提起的形成之诉，可以使法院作出具有形成力的判决。在判决发生形成力后，一定的法律关系在判决确定的范围内形成，以前未存在的法律关系因而发生，以前存在的法律关系因而变更或消灭，这种法律效果任何人都不得可否认。可见，形成判决一般具有对世效力。[304]也就是说，形成判决的主观范围要发生扩张效应，形成判决所形成的法律效果也及于第三人。以身份关系为标的的人事诉讼一般都为形成之诉或确认之诉，形成之诉的特点铸就了人事诉讼的对世效力属性。这也意味着人事诉讼判决效力突破了一般民事判决效力的相对性原则。比如，法国民法第 1351 条在就既判力的相对性进行规定的同时，特别强调这一规定不应该扩张适用于有关“人的身份”问题上。

虽然民事判决既判力具有很强的相对性。然而，在特定条件下，由于案外第三人与本案诉讼标的存有密不可分的关系，若这种关系不加以确定的话，那么，对权利的稳定无疑是有弊无利，所以需要借助既判力来加以调整，从而实现纠纷的彻底解决。法律应规定在适当的情况下扩大既判力的拘束范围。在某些特定的情况下，如果限制既判力扩张至一般第三人，那么民事诉讼程序法所追求的合理高效解决纠纷的目标就难以兑现。为此，各国立法中都就既判力的相对性做了例外规定。由于人事诉讼多为形成之诉或确认之诉，解决人事诉讼案件的法院判决显然应归属于既判力相对性例外。形成判决一般具有对世效力，即形成判决所形成的某种法律效果及于一般第三人。“形成力的绝对效力性质来源于形成之诉的特点，形成之诉也只有在法律专门规定并以法院判决才能变更法律状态的情况下予以承认，且仅在社会团体关系和身份关系案件中才有较大适用的余地”。[305]

采用职权探知主义，人民法院就此类案件所作出的判决，存有扩张其既判力主观范围的必要，以免法院就同一婚姻关系所为的判决，对于甲有效而对乙无效之不良后果的出现。根据一事不再理法则的要求，婚姻案件之判决效力应扩张及于第三人，杜绝重复诉讼的发生。第三人违背此项规定另行起诉的，法庭应以其提诉欠缺理由而予以驳回。

在婚姻案件的判决中，属于形成判决的(如撤销婚姻及离婚之判决)，足以发生消灭婚姻关系之效果，对第三人亦具有拘束效力。比如，台湾地区民诉法第 582 条第 1 项规定，“法院就婚姻无效、撤销婚姻或确认婚姻成立或不成立之诉所为之判决，对于第三人亦有效力。”此项判决应既包括原告胜诉判决，亦包括败诉之判决，其中原告受败诉判决者，均系确认判决之性质，第三人虽然未参加诉讼，亦受判决之拘束。由于离婚判决为形成判决，理所当然地对第三人发生效力；驳回离婚请求之判决，仅仅确认原告不拥有离婚请求权。

(2)收养关系案件中既判力主观范围之扩张。在收养关系案件中，属于形成判决者，如撤销收养及终止收养关系之判决，足以产生消灭收养关系之效果，当然对第三人发生效力。台湾“民诉法”第 588 条规定，法院就收养无效、撤销收养或确认收养关系成立或不成立之诉所为之判决，对于第三人亦有效力。此项判决应包括原告胜诉及败诉之判决在内，其中原告受败诉判决者，均系确认判决之性质，第三人虽然未参加诉讼，亦受判决之拘束。终止收养关系之判决为形成判决，当然地对第三人发生效力；驳回终止收养关系请求之判决，仅在确认原告无终止收养关系请求权，与第三人不发生身份上及财产上之利害关系，故尚无对第三人发生效力之必要。

(3)亲子关系案件中既判力主观范围之扩张。在亲子关系案件程序中，由于事关社会公益，法院就认领无效或撤销认领之诉所为之判决，无论原告胜诉判决还是败诉判决对第三人亦有拘束力。比如，法国民法第 311 条 9 项规定，“亲子关系的判决得以对抗当事人以外的第三人”。

二、人事诉讼判决既判力的扩张

(一)人事诉讼判决既判力扩张的根据及内容

“作为判决的程序效力包括拘束力和形式确定力，根据案件内容的不同，还赋予其既判力、执行力以及形成力，同时亦发生其他附随效力。”[306]而人事诉讼判决除具有一般民事判决的效力外，还特别赋予其对世效力和失权效果。因此，人事诉讼判决的既判力在其确定开始启动，以事实审的言词辩论终结时为生效时点，形成力是形成之诉特有的效力，它是指从判决生效时起产生未来效力或溯及效力。但是，形成力只面向未来发生效力时，其身份关系主体死亡后的判决的形成力只溯及到其死亡时。

1、人事诉讼判决效力向第三人扩张的根据

判决效力的主观范围，最能够反映当事人与诉讼的关系。大陆法系民事诉讼法关于既判力客观范围的原则是，终局判决对已经确定的诉讼标的发生既判力，一般不会发生既判力客观范围的扩张问题；而确定既判力主观范围的原则

---

303 李龙：《民事诉讼标的理论研究》，法律出版社 2003 年版，第 218 页。

304 肖建华：《民事诉讼当事人研究》，166 页以下。

305 张卫平：《程序公正实现中的冲突与衡平》，成都出版社 1993 年版，第 68 页。

306 山木户克己：「人事拆松手续法」，第 136 页。

是，既判力只对提出请求及相对的当事人具有拘束力，一般不涉及当事人以外的第三人。学界一般认为，赋予人事诉讼判决对世效力是基于对身份关系统一确定之考虑。婚姻关系等基本身份关系不仅事关双方当事人，与众多利害关系人的利益亦密切相关，同时亦深深地影响着社会公益。因此，将当事人间的身份关系加以相对解决是不够恰当的，应将有关联的第三人的“关系”统一确定。

人事诉讼判决为何会发生判决效力扩张呢?根据何在?都是我们探讨此问题的“瓶颈”问题。要解答这一问题，只能从人事诉讼中所施行的特别法则和价值目标中去寻找答案。首先，人事诉讼是以身份法律关系为诉讼标的，与以财产权关系为诉讼标的的一般民事诉讼在适用法则和审判模式上存有较大不同。由于诉讼当事人对身份关系不能进行自由处分，因此辩论主义受到严格的限制。其次，为了追求实体真实，广泛地适用职权探知主义。在人事诉讼中，法官不完全受当事人提出的证据方法所拘束，可以斟酌当事人未提出的证据等。再次，仅仅依靠职权探知主义，还不能够完全实现实体真实的价值目标，因而一些国家特别是大陆法系的部分国家规定，准许检察官参与人事诉讼。检察官参与人事诉讼，既可以以当事人的身份参与诉讼，也可以以诉讼参与人的身份列席人事诉讼裁判，并陈述意见以及提出相关事实主张和证据方法。最后，正因为人事诉讼是以身份关系为诉讼标的，为了保持身份关系的高度稳定，需要将判决效力扩张于当事人之外的第三人，以维持社会关系的正常运行。基于上述特别法则的适用和检察官参与等措施的施行，为人事诉讼判决效力的扩张打下了坚实的基础，同时也是既判力扩张根据之所在。一般认为，通过法院的职权探知和检察官的一般参与，可以减少甚至消除未参加诉讼程序第三人利益遭受侵害的可能。

那么，将以上作为人事诉讼判决对世效力正当化之根据就真的无懈可击吗?首先，毋庸置疑，法院职权探知以及检察官的积极诉讼参与比仅仅依据当事人的诉讼追行更容易接近客观真实，但并非从根本上杜绝了不当判决的产生。从法国等一些国家的司法实践来看，检察官的诉讼参与可谓有名无实，法院的职权探知仅局限在很狭窄的空间内，一时难以肩负探明真实的重任。其次，与各国宪法中国民都有接受裁判权利的精神格格不入。让本身缺乏程序保障的裁判结果正当化并扩张至局外第三人，从理论演绎的立场来看是不符合逻辑推理的。

2、大陆法国家就人事诉讼判决效力扩张的相关规定

由于人事诉讼的特殊性，一些大陆法国家均对人事诉讼判决对世效力进行了特别规定。法国民法第 311 条 9 项规定，“亲子关系的判决得以对抗当事人以外的第三人”。这一规定表明人事诉讼判决具有绝对效力(autorietbaoslue)。日本人事诉讼程序法第 18 条规定，就婚姻无效或撤销、离婚或其撤销之诉作出的判决对第三人亦发生效力。德国ZPO 第 640 条之 8 规定，“判决在当事人生存时确定的，该判决为一切人并对一切人均生效力。”所谓“为一切人并对一切人”是指，判决对一切人(包括对其有利和对其不利的人)均发生效力，即判决的效力及于一切第三人。它是德国民诉法第 325 条关于判决既判力的主观范围规定的扩大规定。[307]我国台湾地区“民诉法”第 382 条第1款规定，就婚姻无效、撤销婚姻或确认婚姻成立或不成立之诉所为之判决，对于第三人亦有效力。与普通民事诉讼判决的相对性形成了截然不同的特点。这是由于身份关系为一种特别的法律关系，其性质不适用相对确定的法则。因此，判决结果对诉讼当事人之外的第三人也应产生同一效力。

3、人事诉讼判决效力及于第三人的内容

人事诉讼判决效力及于案外第三人，那么具体是那些效力可扩张至第三人呢?就这一问题，学者之间的观点并不统一。[308]离婚诉讼和解除收养关系诉讼除诉讼当事人之外没有其他适格主体存在，尽管不会发生既判力向第三人扩张的问题，但离婚判决结果，第三人必须知晓判决事实和承认其效果。相反，同为形成之诉的子女认领无效诉讼、亲子关系存否确认诉讼、婚姻撤销之诉中，一般来说，原告适格者人数众多，适格者其中之一提起诉讼，判决作出后，其他适格者又提起诉讼，在后诉判决中，完全有可能出现与前诉判决内容相异的内容。即便前诉判决为原告胜诉的形成判决，也同样可能出现差异。如果其他适格当事人不提起诉讼，从前的身份关系得以继续维持原状，即便提起诉讼，只要前诉判决不产生既判力，判决结果出现差异也是顺理成章之事。就这一问题，日本及我国台湾地区的学者大都认为，“判决的形成力应当然地及于第三人。”[309]这是因为“婚姻是否无效，是否成立或有无撤销原因，均可能影响夫妻

---

307 《德意志联邦共和国民事诉讼法》，谢怀拭译，法制出版社 2001 年版，第 165 页。

308 历来的学说普遍认为，形成判决当然地及于第三人，因此，法律上不需要对此加以特别规定。日本人事诉讼程序法第 18 条特别认可了确认判决的对世效力。松冈义正:「人事诉讼手续法」，第 244、297 页，大森洪太：「人事拆松手统法」，第 105 页;而山田正三先生认为，形成判决拥有形成力和既判力，形成力应当然地及于一般第三人，只不过在这种情形时，应将第三人分为与诉讼当事人拥有同一形成权的第三人和除此之外的其他第三人，既判力向前者扩张。山田正三:「人事诉讼手续法」，第 74、67 页;而兼子一教授对形成判决形成力当然地及于第三人的理论进行了批判，他认为，有直接利害关系的其他适格者只要不受既判力的拘束，可以就诉讼结果提出异议。民事法研究二卷第 103 页。

309 中岛弘道:《日本民事诉讼法》，第 831 页;加藤正治:《新订民诉法要论》，第 290 页。

之外第三人之权益，而且影响到整个社会秩序的稳定和公序良俗，所以，不能使婚姻关系因人而异其效力。[310]本来，法律关系及其变动并不妨碍其相对性，其他形成权人或诉讼适格者不受前诉判决既判力拘束时，是否行使自己的权利系其自由决断的事项。为了防止其他适格者的提诉而出现不同判决情况的发生，判决既判力应向他人扩张。在形成判决中，基于既判力的扩张，形成力须及于第三人。人事诉讼判决既判力主观范围的扩张，也意味着形成判决的形成力主观范围的扩张。不管是原告胜诉判决还是败诉(驳回请求)判决，这一扩张都仅限于本案判决。但是，就这一问题，虽然有学者主张不应该包含请求驳回判决，而笔者认为，为了使身分关系得到统一的确定，原告败诉判决也不应例外。

4、人事诉讼判决主观范围扩张之例外

人事诉讼判决主观范围的扩张也不是无限制地进行，日本、台湾等国家和地区的人事诉讼法或民诉法就人事诉讼判决的对世效力进行了特别规定。德国民诉法第640条之8规定，确认亲子关系存在的判决，对于主张自己有双亲关系的第三人，以已参加诉讼为限，发生效力。日本旧人事诉讼法第18条第2款规定，以重婚为诉讼理由的婚姻撤销诉讼中，原告请求驳回判决对当事人前配偶而言，只有该配偶参加诉讼的情形下，才对其发生效力。我国台湾地区民事诉讼法第582条规定，以重婚为理由提起撤销婚姻之诉被驳回者，其判决对于当事人之前配偶，以已参加诉讼者为限，始有效力，没有参加诉讼的前配偶不受既判力拘束。以重婚为由提起撤销婚姻之诉中，前配偶未参加诉讼，便表明未给予其参与辩论之机会，若驳回原告诉讼判决对前配偶发生效力，就剥夺了其请求撤销婚姻之权利。法律为此作出例外规定，旨在保护前配偶之利益。但前配偶以外的第三人均受判决的拘束。[311]由此看来，对人事诉讼判决的对世效力应当进行适当限制，以切实保护案外第三人的合法利益，关于这一问题将在后续的第三人程序保障中加以具体阐述。但是，如果对判决的对世效力进行限制，其结果就会导致重复起诉，出现不同的判决结果，从而给身份关系带来混乱，因此，如果要提出与前诉判决相抵触的主张，只能通过再审之诉的途径。

(二)人事诉讼确定判决的失权效果

判决的失权效果又称为判决的排除效，它是指就同一法律关系，后诉中不能就前诉请求之外的其他请求加以主张之判决效力。这一规定的目的在于使判决确定的法律关系得以全面固化，防止将来再度发生诉讼，这与诉讼系属中别诉禁止(禁止重复起诉)之规定是遥相呼应的。人事诉讼案件中，一些国家和地区的法律都广泛认可判决的这一效力(如日本旧人诉法第9条、台湾地区民诉法第573条)。也就是说，在婚姻无效或撤销诉讼以及离婚或撤销诉讼中，承受败诉结果的原告不得援以前诉之合并、变更或追加所得以主张的事实再度提起独立之诉；同样，被告也不能根据前诉中应该作为反诉主张的事由提起独立之诉。上述规定也同样适用于收养关系案件、亲子关系案件中的认领无效之诉和认领撤销之诉。这一规定从条文表象上看，是规定的失权效果，实质上则包含着诉讼系属中别诉禁止之法理。

毋庸置疑，人事诉讼判决之失权效果对保持身分关系的高度稳定，具有相当积极的意义。但是，如果从立法理论的角度审视人事诉讼中施行的失权效果之规定，也并非就完美无缺。虽然人事诉讼中引入了职权探知主义，但是，民事诉讼的“私法自治”原则仍旧适用，审判对象(诉讼请求)仍由当事人确定，加之又不存有强迫第三人参与的强制手段，诉讼结果极有可能出现偏差。身份关系的不恰当确立，将给第三人在身份上产生重大的不利益，与公益要求背道而驰。现实生活中，人们就同一标的进行反复诉讼的事例极为少见，广泛认可失权效果未必十分必要，在这一点上，它并非具有与禁止重复起诉异曲同工之效，禁止重复起诉是基于诉讼集中之考虑，因此，与普通民事诉讼相比较，作为撤销手段之再审应适度准许在人事诉讼中适用。

基于禁止重复起诉法理演绎出失权效果的根据并非在于保持维系身份关系安定之一般性要求，而应从前诉当事人的提出责任以及由此推导出的当事人自我责任中去寻求。也就是说，前诉中应该提出的事实而未提出，若再将其作为“武器”加以使用，不能将之视为一种诉讼战术。

1、人事诉讼确定判决失权效果的性质

人事诉讼判决确定后所发生的失权效果，是否可视为既判力作用的结果呢?对此，学者之间的认识不一。在日本，学者一般认为，“该失权效果是剥夺了双方当事人再度提起诉讼的权能(权利)，与既判力作用结果的失权在性质上是不完全相同的。”[312]这一结论的得出，主要基于以下几点理由。(1)日本法(旧人诉法第9条) 所规定的失权效果尽管限于同种类诉讼，但也及于标的相异的后诉请求，因此，依据既判力理论是难以自圆其说的。(2)依据禁止重复起诉法理的要求，不仅前诉终止后即便是前诉系属中也不准许多个对立之诉系属，既判力理论难以实现这一要求。(3)既判力是指前诉判断对后诉在内容上的通用力(后诉法院必须做出与前诉结果相一致判断的拘束力，笔者注)，然而，人事诉讼判决确定后的失权效果是剥夺了当事人起诉的权利本身(诉权)，在作用上与既判力是不尽相同的。(4)即便是前诉口头辩

[310] 陈永然：《民事诉讼法概要》，保成出版事业有限公司1999年版，第682页。
[311] 吴明轩：《中国民事诉讼法》第三版，三民书局，第1574页。
[312] 松冈义正：「人事诉讼手续法」，第243页，中田淳一：「确定判决失权效」，《民事法诸问题研究》(末川六十岁纪念论文集)第444页，山木户克己：《人事诉讼程序法》第141页。

论终止时就已经存在的事实，倘若因当事人不知晓，或者知晓却难以举证的话，也并不阻却其依据未主张的事实提起诉讼。由此可见，该失权效果多受主观因素的左右，与一成不变的既判力理念难以融合。一向主张既判力应包含攻击防御方法失权效果的中田淳一博士也认为，“将人事诉讼中的失权效果解释为既判力的扩张是不够妥当的。依一个诉讼结果已经固化的身份关系不准许它日再通过其它诉讼加以(当然包括同种类案件，也包括标的相异的同类案件)争执、变更。”[313]剥夺双方当事人再度起诉的权利，赋予人事诉讼确定判决与既判力不同的排除效或失权效，有助于身份关系的高度稳定。那么，将人事诉讼确定判决的失权效果视为与既判力性质相异的观点真的经得起推敲吗?笔者认为，上述四点理由并未充分阐明人事诉讼失权效果与既判力作用结果的失权之间的相异所在。反过来，倒不如将其失权效果视为既判力作用下的失权，据此，无论是就失权的根据还是关于失权效果的范围，都能自圆其说，进而在既判力理论体系中构建一个具有整合性的理论。换言之，就确定判决后的再请求，抛开既判力作用而另行规定一种失权效，不仅理论上举步维艰，同时也不太现实。首先，第一点理由认为，既判力不能断绝与诉讼标的相异的请求。但是这一结论身又涉及到既判力所及范围的界定问题，即既判力的作用范围是否仅限于诉讼标的的范围。目前，我国学界对这一问题的研究还不够深入，本文也无暇就此问题加以进一步探讨。如果既判力是指前诉中应该提出而未提出，或提出并进行了充分抗争，作为自我责任的再主张失效的话，既判力的失权作用与其说是作为审判对象(诉讼标的)的判断，还不如说是一种单个主张(攻击防御方法)，“前访坏口后诉标的是否相同，并非既判力失权作用所要考虑的决定性要素。”其次，上述第二点理由认为，失权效果中包含诉讼系属中的禁止重复起诉原理，并非既判力。但是，在这里，诉讼中的禁止重复起诉只能说是法律条文的引申，而且，身份关系诉讼中，假设在一定范围禁止提起其它独立之诉的规定恰当的话，那么，民诉法中重复起诉禁止规定很有必要导入人事诉讼程序之中。从现行各国民诉法中的禁止重复起诉的理论来看，禁止重复起诉并非仅限于同一诉讼标的的情形。因此，没有必要将与终局判决后的失权作用相异的禁止重复起诉原理引入人事诉讼确定判决后的失权效果中。第三，第三点理由和第四点理由均非决定性理由。第三点理由的基本出发点是，规定失权效果的目的在于剥夺当事人的起诉权，与既判力理论难以融合。这牵涉到如何界定既判力作用的问题。若将既判力的作用视为对法院的拘束力(既判力的积极作用)，当事人诉权被剥夺之规定难以与既判力产生“亲和性”，但是，从当事人关系上看，如果将既判力视为遮断效力(一事不再理法理，既判力的消极作用)，结果是其主张遭致“封杀”，排斥诉讼本身。后诉中已不存在得以提出攻击防御方法时，失权效果与既判力则浑然一体。但是，如果将人事诉讼确定判决后的失权效果视为既判力作用结果的话，便意味着民诉法上既判力的有关规定当然地适用于人事诉讼中。日本等国家在民诉法之外，还专门对人事诉讼判决后的失权效果加以规定的缘由何在?它和一般民事诉讼中的既判力之间是一种什么样的关系?笔者认为，不能孤立地审视这一问题。因为，一些国家人诉法或民诉法规定，人事诉讼中诉的合并或反诉规定应缓和适用，即通过诉的合并或反诉手段砍断通向后诉的桥梁。从而堵住本身能够通过诉的合并或反诉加以主张的事由进行再度提诉的缺口。由此看来，一些国家进行这样的规定只能理解为明示人事诉讼案件的既判力的失权作用。因此，就这一问题的探讨，应该在整合民诉法既判力理论的基础上展开。

2、失权效果之适用范围

失权效果是就本案判决前诉中能够合并进行主张的其他请求发生效力。人事诉讼中，失权效果只对同一身份关系的同类案件发生作用力。原因在于这些案件在前诉中可以进行诉的合并。从性质上看，离婚无效之诉和夫妻关系确认之诉具有人事诉讼案件的性质，应当属于婚姻案件，同样，解除收养关系无效之诉以及收养关系确认之诉也应属于收养关系案件，但是，事实上，部分国家的法律规定，失权效果规定只适用于亲子关系案件中的认领无效诉讼和认领撤销诉讼，是否适用于其他人事诉讼案件法律上未加以明示。事实上，日本等国的多数学者认为，“诉的合并、禁止重复起诉以及失权效果只在认领无效诉讼和认领撤销诉讼中适用。”[314]就失权效果的正当性，笔者认为不应大力倡导失权效果的扩张。但是为了防止矛盾判决的出现，积极提倡可能的诉讼集中具有广泛的现实意义。失权效果是指对与前诉请求相异的其他主张发生效力。就与前诉内容相同的请求，由于既判力的作用力，已不存在诉的利益，因此，据此提起的诉讼是不合法的。例如，当法院对婚姻撤销之诉作出判决后，不能再度就同一婚姻关系提起婚姻无效之诉或离婚之诉；就撤销不适龄婚的诉讼，法庭已作出驳回诉讼请求判决后，又重新以近亲结婚为由提起婚姻撤销诉讼也是不予认可的。根据旧诉讼标的理论，不适龄之婚姻撤销请求与近亲婚姻撤销请求系不同性质的诉讼请求，其中之一的判决结果对另一诉讼不发生既判力。而根据新诉讼标的理论只能视为不同的攻击方法。但是，即使能够进行合并的请求，如果不是关于同一身份关系的，即关于身份关系的相关请求、损害赔偿以及财产分割的请求，不发生上述的失权效果。失权效果发生对象仅限于根据前诉事实审言词辩论终结之前已存在的事实所提出的主张。因为根据之后产生的事实所提出的主张不能与前诉合并。就非过失而不知晓的事实所提起的主张是应当加以排除的。无论是原告胜诉判决还是请

[313] 中田淳一：「确定判决的失权效」,《民事法诸问题研究》(末川六十岁纪念论文集)第 444、445 页。

[314] 松冈义正：「人事诉讼手续法」，第 290 页;大森洪太：「人事诉讼手续法」，第巧 3 页;山田正三：「人事诉讼手续法」，第 147 页。

求驳回判决，失权效果均同样发生。法律条文规定似乎只对请求驳回判决发生效果，人们普遍也是这样理解的。但是，在离婚诉讼中，法庭即使作出了请求认可判决一离婚判决也不对婚姻的有效性产生既判力，如果当事人提起婚姻无效诉讼，像这样的情形，这一规定应该同样加以适用。如果存在离婚判决，在此之后是不能再度就该婚姻作出无效判决的，正如日本学者松冈义所指出的那样，“离婚判决已致使婚姻无效请求权消失。”[315]

3、失权效果的内容

首先，起诉禁止。就承受失权效果的请求，不能据此再度提起新的诉讼。违反此规定的提诉将视为不合法，法院依职权进行调查后，可以裁定驳回其起诉。其次，禁止先决问题之主张。就确认之主张，作为诉讼上有关其他身份关系请求的先决问题，是否应该承受失权效果，是一个值得探讨的问题。就形成之主张，理论界一般认为不应予以承认。法律条文仅仅规定不能提起诉讼，但是，作为先决问题，如果准许加以主张，结果就会导致身份关系陷于混乱局面，因此，不应准许。[316]再次，第三人与失权效果。判决的失权效果是否对前诉当事人之外的第三人也产生作用，是一个值得考量的问题。因为，各国法律条文中仅仅规定“原告”及“被告”不能再度提起诉讼，广泛认可失权效果之举，其恰当性着实令人费解。但是，如果将第三人排除失权效果适用范围之外，不利于身份关系的高度稳定，必然导致身份关系出现混乱。因此，就第三人参加制度不管法律上如何规定，都应广泛予以认可，即第三人也应承受失权效果。

三、人事诉讼中第三人之程序保障

根据实体法形成权而提起的形成之诉可以使法院作出具有形成力的判决。实体法上的形成之诉是指变更或形成实体法律关系的诉讼。人事诉讼中的诸多案件都属于形成之诉，如离婚之诉、婚姻无效之诉、婚姻撤销之诉、收养无效之诉、收养撤销之诉、解除收养关系之诉、子女人领无效之诉、认领撤销之诉、子女否认之诉等。

判决效力中的形成力具有广泛性，它也是民事判决效力相对性的例外表象。大陆法系的民事诉讼理论认为，形成力是指形成判决确定后，发生法律关系形成、变更或消亡的效力，亦称判决的创设力。具有形成力的判决以形成判决为限，给付之诉和确认判决均无此效力。在判决发生形成力后，一定的法律关系在判决确定的范围内创设，以前未存在的法律关系因而发生，以前存在的法律关系因而变更或消灭，这种法律效果是任何人都不能否认的。由此可见，形成判决一般具有对世效力，其法律效果及于案外第三人。

德国、日本和我国台湾地区等民诉法或人诉法均对人事诉讼判决效力及于第三人进行了规定，即在人事诉讼中承认了判决具有对世效力。其旨意在于保持身份关系的高度一致性。从判决相对效原则的角度来看，显然是既判力主观范围的一种例外。未参加人事诉讼程序的第三人要接受既判力的拘束，其程序设计应该比普通诉讼程序更精密，否则，案外第三人的合法权益将可能遭到肆意的践踏。因此，对承受判决对世效力的第三人合法利益的保护，是各国立法政策上必须解决的难题。

(一)问题的提起一程序保障之困惑

在日本，山木户克己教授率先提出了“诉讼中的当事人权”。与非讼程序相比，能够表现当事人诉讼主体地位的“辩论权”、“异议权”是当事人权的重要组成内容。辩论权是指接受裁判者在判决下达前，就案件进行辩论，保障其提出裁判资料的机会，这一权能无论在实施处分权主义·辩论主义的普通民事诉讼中，还是在实行职权探知主义的人事诉讼程序中，均同样适用。但是，以前人们在探讨当事人权时，其着眼点在于如何保障形式上的诉讼主体即当事人的程序权。而形式上并非当事人但因判决效力的扩张而实质受影响的第三人之程序权该如何保障的问题，并非当事人权所直接论及的对象，第三人程序权保障的有关问题可谓当事人权所面临的新课题。该问题研究的重点在于以何种方式保障当事人参与诉讼的机会，即如何保障未参加程序的第三人接近法庭，或迈向法庭的程序之路该如何加以保障。

第三人程序权的根据在于各国宪法上所规定的“接受裁判的权利”或审问请权。接受裁判的权利之程序保障在德国表现为审问请求权，而在日本的程序保障表现为山木户克己教授提出的“当事人权”论和铃木忠之先生的“正当程序的保论”。就审问请求权的适用范围(基本法103条)，在德国也曾发生过论争。有学认为，审问请求权只有形式上的诉讼参与者才拥有；也有学者认为，承受裁判结实质影响的第三人也同样拥有。虽然各国宪法对“接受裁判的权利”规定的具体内容并未加以明示，但也是保障第三人接近法庭的一种基本权利。如果仅仅将“接受裁判的权利”理解为法庭上的某种程序保障，只能使此规定成为机械的教条，没有任何实际内容的空洞之物。因此，应当根据案件的性质，保障实施具有合理内容的裁判程序，如何将该条规定具体化，融入正当程序之中才是我们应该思考的问题。

民事判决效力主观范围相对性原则是对第三人程序权的最好保护。因为，确定既判力主观范围的原则是，既判力一般只对提出请求及相对人具有拘束力，而不涉及当事人以外的他人。而以身份关系为调整对象的人事诉讼确定判决

---

[315] 松冈义正：「人事诉讼手续法」，第234页。

[316] 大判1941年8月6日之判例，民集20卷1042页。事件概况如下：养子以伪造收养登记证明为由，提起协议离缘和协议离婚的无效确认之诉，结果败诉，败诉后，又以离缘和离婚欠缺当事人本意，应归于无效为由，提起了继承人恢复之诉。欠缺当事人真实意思的离缘和离婚应当无效，以作为恢复继承请求的先

的对世效力，我们暂且不考虑它属于形成力还是既判力，它都广泛地及于第三人。‘判决的对世效力不仅直接左右非当事人固有身份上的地位，而且，间接地影响将争讼身份关系作为先决事项的第三人的继承权、抚养义务等其他财产权。非当事人或第三人在有关自己法律地位的另行诉讼中，不能对身份判决内容加以争执。由此看来，非当事人或第三人的程序权受到了极大的制约。一般学者认为，人事诉讼判决的对世效力的根据在于保持身份关系统一确定之要求。但是，各国学者并未对统一确定要求的内涵进行明确的阐释。如果仅仅是因为如何调整身份关系的统一确定与利害关系人程序权保障之问题的话，让上述所有利害关系人的程序参与权得以保障，问题不就可以解决了吗?但是，事实并非如此简单。要解决这一问题，可以从以下几个方面着手：(1)身份关系的直接主体都作为当事人适格者(必要共同诉讼当事人)参与诉讼，以此实现程序权的保障。(2)除此之外的第三人可以通过任意诉讼告知方式开辟参与诉讼之路。(3)当事人如果通过欺诈等手段而获得的虚假判决，可以通过再审途径赋予受害人事后程序参与权限。(4)为了保护承受身份判决效力第三人的利益，实现对世效力的正当化，各国均采取了限制处分权主义·辩论主义，广泛适用职权探知主义等方策。而普通民事判决的相对效是以辩论主义为根据。在普通民事诉讼中，它是以私人能够进行处分的权利关系为对象，实施辩论主义是由“私人”纠纷性质所决定的，也是民事诉讼辩论主义和处分原则的反映，因此，判决效力限定于直接参与程序的当事人。也就是说，通过辩论主义所实施的诉讼追行尽管可能出现与实体真实不一致的不当判决，但是，诉讼中当事人对自己的实体权利义务关系进行了自由处分，作为其后果应当只对诉讼当事人具有拘束力。原则上，对未参加诉讼的第三人不发生拘束力，对其法律地位也不会产生任何影响。人事诉讼以不具处分性的身份关系为对象，辩论主义受到限制适用，实行职权探知主义。据此，我们不能说职权探知的实施本身就致使人事诉讼判决对世效力得以正当化。毋庸置疑，通过职权探知所产生的裁判结果比源于辩论主义的判决更接近实体真实一些，但并未堵住不当判决产生的源头。以宪法上“接受裁判权利”为基础的程序权在职权探知制度下，当事人的辩论权同样应该受到保障，它具有超越符合实体真实之上的价值——正当程序保障。人事诉讼中的职权探知只具有补充第三人程序保障的作用，而不具有取而代之的功能。(5)通过对当事人适格者的扩充，使更多的人能够亲自进行或参与诉讼追行，以力求实现人事诉讼中确定判决对世效力的正当化。从保障第三人程序的角度来看，上述(1)~(5)都是为保护承受对世效第三人利益之程序性保障，也是实现判决效扩张正当化的根据。但是，这些措施相互间该如何协作以及在何种场合下进行如何的组合，这些措施能发挥多大程度的保障功能，以什么为根据(标准)才可以说第三人的程序权得到了切实保障等问题，至今仍是一个谜团，有待人们进行进一步探明。

(二)人事诉讼判决效力的扩张与第三人程序参与权的一般法理

人事诉讼中有关身份关系的本案判决，无论是原告胜诉判决还是败诉判决，一般对第三人都具有判决效力。就原告胜诉判决的对世效力究竟属于形成力还是既判力学界虽尚无定论，但从第三人程序权保障的角度来看，姑且不论形成力是确定判决的法律要件效果还是作为既判力的基础，总之，判决对世效力使人们不得就判决内容再度进行争执。承受这种对世效力的第三人的程序参与权该如何加以保障以及第三人的利益该如何受到保护等都是我们必须冷静思考的问题。即便既判力不发生扩张，而判决本身具有反射效应，当事人之外的第三人也必须承认当事人间的判决。诚然，不适格的第三人不能单独提起诉讼，但是，形成判决对自己的既得地位造成了侵害，或者有关自己法律地位诉讼的先决事项的形成效果存有不妥之处。尽管不是适格者，作为当然的反射性效果，第三人是否便不能对此加以争执?不管是既判力的扩张还是反射性效果，不能对判决效力加以争执的第三人为了保护自己的合法权益，应该为其进行什么样的程序权保障?只要这一问题找到了答案，其他问题便迎刃而解。近来也有学者指出，对世效力并非判决的效力，它是判决的一种实际效果或者是一种波及功能。判决的对世效力即便被全盘否定，前诉判决对第三人仍存在事实上的波及效力。

各国通说认为，人事诉讼判决对世效力的根据在于身份关系统一确定之要求。因此，有学者指出，为了实现身份关系的统一确定，与该身份关系有直接利害关系的人都有必要成为适格当事人。也就是说，基于身份关系统一确定而产生了身份判决对世效力的要求，通过将密切利害关系人作为适格当事人，据此实现判决对世效力的正当化。比如，婚姻无效或撤销之诉以及亲子关系存否确认之诉中，除夫与妻、父与子能够提起诉讼外，也应该承认与该身份有密切关联的利害关系亲属的原告适格。以争讼身份关系干涉权为基础，通过判决效力的扩张，实现身份关系划一确定的正当化。

但是，“基于身份权的干涉权应与基于财产权的管理权一样，将之作为判决效扩张的根据属于一种拟制手法，并非认可了有关争讼关系的实体权。”仅限于密切利害关系人成为当事人适格者，通过他们积极诉讼追行，可以由此寻求判决效向其他人扩张的正当化根据。而日本通说认为，对世效力正当化根据应从密切利害关系人的干涉权这一形式理由去寻求。但是，通过适格当事人的干涉权所拟制的代理权或管理处分权容易迷惑人们对事物本质的认识。[317]因此，

[317] 谷口安平：“判决效的扩张与当事人适格”，《中田花甲纪念论文集》(下)54页。

充实当事人的诉讼追行更有利于程序权的保障。利害关系人的程序参与权除作为必要诉讼当事人外，诉讼告知也仅仅只是为他们提供了参与程序的可能性。若无诉讼告知，利害关系人便无从知晓诉讼系属，诉讼参加便无从谈起。

然而，人事诉讼中当事人适格原则上是法定的，这些适格者所进行的诉讼追行尽管非常充分，但是否可以说承受判决效力的第三人利益就得到了充分保护，还有待进一步考证。围绕争讼身份关系的利害关系人形形色色，适格当事人与非当事人间的对立冲突并不奇怪，比如，父子婚生否认之诉中，对此争执的子女母亲以及父亲的配偶等便是颇具代表性的例子。在这种场合下，适格当事人间的诉讼追行并未充分保护非当事人的利益，有时当事人间的合谋或不作为诉讼追行甚至损害非当事人的利益。由此看来，通过当事人积极的诉讼追行，保护第三人的合法权益，使身份关系判决正当化，也是一种拟制效果。

因此，在不能完全寄希望于法定适格当事人进行积极诉讼追行时，应该让实质的利害关系人作为必要共同诉讼当事人参与诉讼程序。但是，笔者认为，人事诉讼中系争身份关系的主体原则上为适格当事人，在法定适格当事人之间进行的诉讼，只因当事人未进行积极的诉讼追行就否定其诉讼利益的观点是非常值得商榷的。系争身份关系主体间的判决一旦确定，有关该身份关系的纷争便可以划上一个终结的句号。由于适格当事人间的诉讼追行尚存有不充分之处，是否可以另辟他路，保障利益受到侵害的利害关系人参与程序的机会。不仅可据此保障当事人的程序参与权，同时，对适格当事人间的诉讼追行发挥补充、监视的功能。[318]即使适格当事人间能够进行充分的诉讼追行，以什么为根据，使制约第三人的程序参与权得以正当化?实质利害关系人的积极诉讼追行，可以实现全面而又充分的审理，确保判决内容的实体正当化，从而使第三人的利益得到切实的保护。

以宪法上接收裁判权利以及请求审问权为根据的第三人程序参与权的法理基础，学界存在不同的认识。1、不当侵害防止说。这种观点的法理基础在于，防止不当判决侵害权利出现的可能。即要防止不当判决对利害关系人合法权益的不当侵害，只能让其参加诉讼程序，提供谋求自我权利保护的机会。判决内容如果与实体真实一致，就不会对第三人的利益发生侵害，也不存在程序参与权保障的问题。2、固有权限说。程序参与权并非仅仅消极地防止不当判决所引起的权利侵害的发生，而是利害关系人积极地参与自己法地位形成的诉讼程序的权限。从而保障亲自参与权利关系形成的诉讼机会。此种观点认为，通过第三人对自己权利形成诉讼程序的亲自参与，以确保判决客观、公正地形成，它是正当程序的重要环节。人事诉讼中利害关系人程序参与权是以利害关系人的法律地位与争讼身份关系如何关联、具有何种价值等为内容。固有权限说认为，作为争讼身份关系的固有权限者参与身份关系形成的诉讼程序是不可缺少的组成部分。也就是说，不仅仅是争讼身份关系的直接主体，对自己身份上的地位受身份判决左右的密切利害关系人来说也有必要参与诉讼程序，比如，受母子关系不存在的确认判决影响的婚生父亲必须保障其程序参与权。

身份判决并非直接确定身份上的法律地位，将争讼身份关系作为先决事项的继承权、抚养义务等其他财产权受到影响的利害关系人，情况则不尽相同。父子间认领判决损害其父配偶继承权便是典型的例子。这些次位利害关系人因其法律地位受到影响，没有理由对其正当程序的保障进行否定。但是，如果广泛认可这些人的程序参与权，就会严重阻碍适格当事人通过诉讼追行进行的权利保护，甚至影响司法运营功能的正常发挥。因此，这种情形下，不能仅仅考虑受判决影响第三人法律地位价值的大小，还要考虑基于保障程序参与权所消耗的时间、金钱等。也就是说，第三人参与诉讼程序，必然致使诉讼程序复杂化，导致诉讼迟延，增加诉讼费用等。由此看来，第三人的程序参与利益与适格当事人所追求的诉讼效率是截然对立的，二者处于一种相互制约的关系。因此，与当事人的利益相比，第三人的程序参与权具有多大的价值意义，为保障第三人的程序参与需要付出多大的代价等必须进行全面衡量，并且加以具体化。

第三人法律地位是否可以通过其他方法或手段进行保护，这也是限制第三人程序参与权正当化所要考虑的因素。当事人通过实施充分的诉讼追行，实现对第三人利益的切实保护，这也是使得限制第三人程序权正当化的原因之一。但是，当事人与第三人存在利益冲突，其充分的诉讼追行不能对第三人利益进行切实保护时，便不能以此为由限制其程序参与权。在限制处分权主义适用的职权主义程序中也同样如此。也就是说，普通诉讼程序中，如果能够确保判决内容的公正性，实现对第三人的保护，就有必要减轻第三人程序参与的必要性。但是，即便依据职权探知，也不可能完全消除不当判决，对以程序权为内容的第三人正当程序的保障，法院只能是积极地介入，并非能够完全取代。

综合上述分析，承受身份判决对世效力利害关系人的程序参与权是通过利害关系人成为适格当事人，还是通过诉讼告知方式为其提供参与的可能性，仅限于这种二选一的做法未必就具有相当的合理性。人事诉讼中，并非只有通过法定适格当事人所进行的充分诉讼追行来保护第三人的利益，通过扩大当事人的适格范围，使实质的利害关系人成为共同诉讼当事人的做法也未必完全具有合理性。对当事人间合谋所获得的虚假判决，第三人虽然可以通过再审程序寻求救济，然而，合谋事实的举证并非易事，因此，对第三人的利益保护未必完全充分。一般认为，第三人的程序参与权受制于适格当事人所追求的诉讼追行效率。如果第三人为争讼身份关系的密切利害关系人，或具有重大的法益时，

[318] 吉村德重：“判决效力的扩张与正当程序”，法政研究 44 卷 1 号 198 页。

有必要扩充程序参与权。

(三)人事诉讼中第三人程序保障之学术论争

程序保障是一个既古老又新鲜的话题。人们为追求公平、公正，一直在苦苦地追寻程序正义。从 1984 年福冈高等法院的判例到平成元年(1988 年)最高裁判所的判例，日本司法机关作出了难以让世人接受的裁判结果，因此，对案外第三人的程序保障问题的探讨在日本颇为关注，被称为程序改革的“第三浪潮’，为解决司法实践中存在的这一问题，不少学者在取“他山之石”的基础上提出了不少仁者见仁，智者见智的宝贵意见，为日本后来的法制完善提供了理论基础。这其中最具代表性的便是

吉村说，他的观点对其他学者产生了重大的影响。[319]通过对这些观点的透视，为我国

今后设立人事诉讼程序时，对第三人程序保障理论体系的建立具有很强的借鉴意义。

1、吉村说。在日本，吉村德重教授最早就人事诉讼判决效力与程序保障提出了自己的学说，并自成一派。吉村教授从宪法上国民都有接受裁判权利的角度，阐释了第三人程序保障的法理依据。人事诉讼判决的对世效力源于身份关系得以统一确定之要求。通过对处分权主义·辩论主义的限制以及片面职权探知主义的施行而使之正当化。然而，吉村教授认为，这些根据和举措对第三人的保护来说是不够充分的。“人事诉讼中的职权探知只对第三人程序保障具有补充性，而不具有替代功能。”[320]要对人事诉讼判决对世效力拘束的第三人的权益进行充分保护，只有让身份关系直接受判决影响的利害关系人的程序参与权受到实际的保护。该教授还指出，并非所有利害关系(第三人)在任何情形下，都有纳入共同诉讼人行列的必要，他将第三人分为密切关系人和次位关系人，与系争身份关系存有直接利害关系的为密切关系人，而身份关系不受影响，继承权等其他财产权可能受到侵害的为次位关系人。对直接利害关系人的诉讼参与实行必要传唤，而对次位关系人实行诉讼系属告知。吉村教授的观点主要受德国传唤制度的启发，这是将德国施行的必要传唤制度的两种功能分解得出的结果。[321]具体而言，与系争身份关系有直接利害关系者，如母子关系不存在确认之诉中的父亲、父子婚生否认之诉中的生母等实行第三人传唤制度，从而形成共同诉讼或三面诉讼形式；[322]而对于次位关系人则实行当事人诉讼系属告知制度。

2、高田说。高田裕成教授在详细研究德国法、法国法的基础上指出，对世效力这一法技术中，包含了法律关系的统一解决和纠纷一次性解决两个层面的内容。以死后认知诉讼的对世效力为例，某男性甲(死亡)为前诉原告乙之父亲这一法律关系，对任何人都可以主张，这就是统一解决之层面；诉讼一经提起，其他人不得再度提起诉讼，这就是一次性解决之层面。然而，作为身份关系判决的对世效力，一般以身份关系的统一解决为基础，一次性解决层面属于弹性内容(任意性内容)。法国法实施的就是这种暂时对世效力理论，并付诸于立法。高田说是将身份关系的划一解决要求作为对世效力统一解决层面的根据，并未强调纠纷的一次性解决之层面。但是这种观点的不足之处在于，容易导致诉讼的频繁提起，它是以牺牲法律关系的安定性为代价。因此，在这种理论观点下，提诉者的范围、提诉期间以及提诉理由等尚待进一步探讨。通过限制提诉人范围、期限、理由等方策的实施，虽然退化了一次性纠纷处理之层面，但有利于寻求利害关系人程序保障的平衡点。

3、奈良说。奈良次郎法官所持观点尽管与吉村说基本亦同，但作为具体的解释论却与吉村说大相径庭。将当事人的适格者与非适格者进行同一处理，“即便外国有这样的立法例，但作为法解释论似乎不太现实”，以母子关系不存在确认之诉中的父亲为例，仅仅就母子关系进行确认缺乏相当的合理性，日本有力说认为，应将父子、母子合为一体进行婚生亲子关系确认才较为恰当。吉村说认为应扩张诉讼告知的范围，作为未进行诉讼告知的制裁手段便是实施判决效力的相对性原则。奈良说认为吉村说的这一观点将使人事诉讼的对世效大打折扣，因此，对此进行了严厉的抨击。然而，奈良说也承认，从检察官作为诉讼当事人的判例来看，职权探知主义以及检察官的参与并未发挥出预想的效果。奈良法官提出，作为解释论应在限定范围的基础上，充分活用诉讼告知制度。由此看出，奈良说更重视判例或司法实践。

---

[319] 就此问题，除吉村说外还存在高田说、奈良说、本间说、竹下说等，但这些学说基本上都借鉴了吉村教授的观点，不同之处在于从问题的不同侧面加以论述而已。高桥宏志：“人事诉讼中之程序保障”，竹下守夫等著：《新民事诉讼法》(三)，有斐阁 1998 年版。

[320] S0 Zeuner，a.a.0.，S.40;Vgl.auch Schzoosser，a.a.0.，S.230。

[321] 德国在人事诉讼中为了切实保障第三人的利益，还施行了传唤制度。该传唤制度具有两种功能：1，传唤具有通知或告知的功能。接到通知者不仅可以使利害关系知晓诉讼系属的存在，同时也为之打开了诉讼参与之门;2，受到传唤者即取得关系人的地位，也意味着将接受判决对世效的拘束。

[322] 两面诉讼不能很确切地解释有独立请求权第三人与本诉当事人的关系，一些学者主张第三人之诉与本诉形成三面诉讼，把第三人与本诉当事人之间形成的当事人结构，看成是一个诉当中的三个对立关系，认为第三人与本诉的原告、被告三者各自具有独立的地位并且在诉讼中相互对立，三者间形成三面一体的一个诉讼。在一个诉讼程序中，三者相互独立和牵制，法院把三方当事人之间的纠纷作为一个纠纷一并解决，形成了三面对立关系的特殊诉讼结构。这种学说在日本已经逐步成为通说。三月章：《民事诉讼法》，1959 年版，有斐阁，第 223 页。

4、竹下说。竹下守夫教授的观点与吉村说大致相同，也是将利害关系人分为两个集团。两学说相比较，主要存在两处细微的差别。其一，对第一集团的利害关系人(与身份关系有直接利害关系者)不实行必要传唤，适用诉讼告知方式。因为，接受必要传唤者如果不能当然地取得程序上的地位，与诉讼告知似乎并无两样。其二，对仅仅财产上存有利害关系的第二集团要实行诉讼告知义务化较为困难。但是，在个案中，当可能出现与实体真实不同的判决时(比如，检察官作为被告的诉讼中，检察官不提出诉讼资料、证据资料时)，作为职权探知内容之一，法院应催促当事人进行诉讼告知，或者依职权将第三人作为证人进行询问。第二集团成员即便没有参与诉讼的机会，判决也对其具有拘束力，根据利害关系的程度，可以通过再审之路进行权利抗争。

(四)第三人程序保障现状透视与对策

1、第三人程序保障现状之透视

为防止案外第三人的合法利益免受不当侵害，德国和日本等在对人事诉讼程序加以精密设计外，还须制定诸多具体制度，比如允许公益代表者一检察官参与诉讼、对辩论主义进行限制适用、广泛适用职权探知主义等。人事诉讼与公益息息相关，要求发现实体真实，由于检察官参与制度以及职权探知主义等的施行，保障了裁判机关作出实体真实判断的概率，将这一判断的效力扩张至第三人，从表象上看，未见有不妥之处。倘若这些制度正常运行，将对案外第三人利益产生莫大的保护功能；反之，如果这些制度未发挥其应有的作用，甚至被人滥用的话，将产生难以想象的不良后果。

(1)检察官参与人事诉讼的状况。大陆法系的法国、德国、日本等民诉法或人诉法都规定了检察官参与人事诉讼，参与方式分为诉讼参与和一般参与。诉讼参与是指检察官以当事人(原告或被告)身份参与人事诉讼，但检察官并不是以当事人的身份能够参与所有的人事诉讼，各国对检察官的诉讼参与范围都进行了明文规定；而一般参与是指检察官列席人事诉讼的审判，陈述意见并进行证据、事实调查以及提出证据等。这种参与方式属于任意参与，即检察官是否参与某人事诉讼由检察官依职权确定。在对检察官参与人事诉讼的情况进行审视之前，首先对日本 1988 年案例作一番简单的扫描。案情大致如下：某甲以检察官为诉讼被告提起了死后认领请求诉讼，其诉讼请求得到了法庭的支持。判决生效后，被确定为父亲的其他子女乙，以不知晓诉讼的系属和欠缺代理权(日民诉法 338 条 1 项)为由，提起了再审之诉，将甲和检察官推向了被告席，日本最高裁判所以原告不适格，驳回了乙的再审之诉。[323]这一案例，曾引起日本民诉法学界一片哗然。在不知晓的情况下，法律上突然为自己“制造”了一个或几个兄弟姐妹。由此也暴露出检察官参与制度的弊端。检察官的本职是提起刑事公诉，参与民事诉讼的审理，主要是基于检察官的特殊身份一公益的守护神，从现有的司法资源看，检察官不可能参与所有人事诉讼，只能从其他途径寻找解决的办法。

(2)法院的职权探知状况。由于人事诉讼标的的特殊性，大陆法系诸多国家在人事诉讼中广泛适用职权探知主义，以发现实体真实。而在现实的审判活动中，诉讼资料的收集、提出通常都由当事人承担，法院一般仅仅进行释明，事实主张和证据方法的提出与普通民事诉讼几乎没有差别。由于为保障承接既判力拘束的第三人而设立的制度未发挥正常的功能，第三人的合法利益的保护将无从谈起，有必要从具体制度上加以完善，德国人事诉讼中施行的传唤制度或许对我们有一定的启示作用。

2、利害关系人程序保障之对策

“程序保障问题不是法院和当事人之间的规制问题，而是当事人之间诉讼内的行为规制问题。”[324]第三人诉讼参与之路是依据职权开辟，还是当事人间自行规制，对此问题，各国根据各自的法律制度施行了不同的举措。德国主要依据职权传唤或告知第三人之诉讼参与；而日本则实行的是当事人间的自我规制，即当事人之间自行施行传唤或告知。实行当事人自我规制的情形时，应充分活用释明权制度。奈良次郎法官认为，在以检察官作为当事人的人事诉讼中应充分活用诉讼告知，法院方面应做好诉讼指挥工作。在司法实践中，死后认领诉讼中的利害关系人的权益屡遭侵害，为切实保护承受判决对世效力的案外第三人的合法权益，各国均在立法上采取了相应的对策。如日本人事诉讼程序法第 33 条规定，“对于在父亲死亡之后提起子女认领诉讼中，父亲继承人的子女及其他因诉讼结果而致使继承权受到损害时，法院认为适当的，应根据最高裁判所规则的规定将诉讼系属通知相关人士。但是，该通知仅限于以诉讼记录判明其姓名及其住所或居所的情形”。无论是职权传唤还当事人自行传唤，如果不及时履行，将会给案外第三人的合法权益造成巨大伤害。在检察官作为当事人参与诉讼时，检察官虽然负有告知义务，但作为法院，应该与检察官紧密合作，充分发挥诉讼指挥权，以尽早、最恰当的方式实施诉讼告知程序。

第五章　检察机关参与人事诉讼之探析

---

323 日本民事判例集 43 卷 10 号 1085 页。

324 本间靖规:「身份诉讼的判决效力与程序权保障」,《龙谷法学》第 19 卷 2 号。

一、检察机关参与人事诉讼的基础理论

两大法系诸多国家对检察官参与人事诉讼不乏立法之先例，是德、日等民事诉讼法、人事诉讼程序法均承认的原则，我国也曾就检察机关参与人事诉讼(婚姻案件)作过一般性的规定，后来因为种种原因而被取消。就目前世界各国的规定来看，检察官参与人事诉讼，存在两种模式：一是以当事人身份即原告或被告参与诉讼；二是以诉讼参加人的身份参与诉讼。检察官参与人事诉讼的理论根据、参与的必要性与可行性、法律地位等等，都是我们必须要回答的问题。

(一)检察机关参与人事诉讼之法理

1、检察机关参与人事诉讼是基于职务与公益之法理。检察机关提起刑事公诉，当然含有维护公共利益的目的。同样，检察机关提起非刑事诉讼的根据还是在于维护公共利益，这是由检察官的身份所致，属于职务上的当事人。职务上的当事人是法定诉讼担当中的一种，是指权利关系主体行使诉讼追行权存有困难时，为了保护该主体及对方谋求纠纷解决的利益，法律赋予了一定法律上的职务第三人当事人适格，在诉讼法上称为“职务上的当事人”，比较典型的有日本人诉法中的检察官、成年监护人、禁治产者监护监督人、海难救助费请求诉讼中的船长等等。这些法律关系以外的第三人，就诉讼标的之权利关系而言，不具有独立的实体法地位，而是依据一定的职务，实体法或诉讼法赋予其担当者的适格。从诉讼担当的地位上看，职务上的当事人与狭义的法定诉讼担当无任何不同之处，只是法律赋予的旨意不同而已。检察机关参与人事诉讼同时也是基于社会公益之考虑。公益诉讼是相对于私益诉讼而言的，私益诉讼是因保护公民、法人的合法民事权益而引发的诉讼；公益诉讼则是因保障社会公益引发的诉讼。目前，公益诉讼存在两种典型的模式，即英美法系模式和大陆法系模式。两者模式的共同之处在于，一是检察官可以直接提起公益诉讼或在诉讼中参与诉讼；二是检察长可以成为诉讼当事人和诉讼参加人，并且几乎拥有与当事人或诉讼参与人一样广泛的诉讼权利。“在设计法律程序时，应当设定代表公共利益的法律主体。”[325]对损害国家利益和社会公益的行为若不实行适当的国家干预予以制止，将会阻碍国民经济的健康发展，扰乱正常的社会秩序。尽管我国检察机关的性质地位与国外的检察官不尽相同，但是在目前我国所有的国家机关检察机关是最合适的代表国家利益和社会公益的诉讼主体。自检察制度产生以检察机关就以国家利益和社会公益代表的面目出现，作为国家法律监督机关，中来负责监督法律统一正确实施的职责，检察机关能够有效地运用法律手段维护国家利益和社会公益。因此，赋予检察机关公益诉讼权利是完全必要的。

2、检察机关提起人事诉讼可以实现公平、公正与效益的统一。首先，检察机关作为法律监督机关，在民事诉讼中不存在部门利益，体制上的直接领导与独立于各级政府机关又可以有效地克服地方利益。免受部门和地方保护主义的不利影响，有效维护国家和社会公益。其次，检察机关提起民事诉讼为国家社会公共利益的管理与保护设置了一道监督的屏障，可以弥补行政管理中存在的管理漏洞，对依法行政能够起到宣示和警戒的作用，并对受损利益多提供一重救济。在刑事诉讼中实行国家诉追主义，提起刑事公诉，是将实现社会正义作为首要的目标。那么，在民事诉讼中国家机关为维护国家经济利益和社会公共利益，代表国家实施干预，提起民事公诉，同样也是以实现社会正义为己任，体现的是公正的理念和精神。再次，采取检察机关提起民事诉讼维护国家社会公共利益的途径，一方面有利于人民、社会舆论的公开监督，防止“一言堂”现象的产生，另一方面通过诉讼手段采取当事人间平等的攻击防御方法更有利于查明案件真相，维护当事人双方的诉讼权利。最后，检察官拥有监督权以及诉讼优势，如专业的法律知识和法律技能，调查取证上的特殊权利，收集获取信息方面的多途径与及时性、可靠性的结合等，能够在获得案源后的最短时间内，以最有效的方式提起和推进诉讼，避免在程序上的不必要的浪费。因此，我们说检察机关提起民事公诉可以实现公平、公正与效益的统一。

3、检察机关参与人事诉讼不违背诉讼法理，且符合国际惯例。作为解决私权争议的民事诉讼中，尊重当事人的处分权、实行当事人主义诉讼模式无可厚非。检察官参与与社会公益无关的一般民事案件，有践踏私权之虞。但是，人事诉讼涉及公益，不仅应限制适用当事人主义原则，而且国家往往需要对这类案件置缘其间。检察机关因超然于当事人双方，无疑最适合充当代表国家公权干预人事诉讼的角色。在西方，“作为最高法院法律秩序和道德秩序的代表者”的检察官对民事诉讼的参与不乏其例。各国在具体的法律规定上存在诸多相似或相同的特点：其一，关于检察官参与民事诉讼的方式，一般规定为直接提起诉讼和参与诉讼两种方式；其二，检察官参与民事诉讼的范围大多作了一定的限制；其三，关于检察官在民事诉讼中的地位，大多规定检察长可成为诉讼当事人和诉讼参与人，并且几乎享有与当事人或诉讼参与人一样的广泛的诉讼权利。

(二)检察机关在人事诉讼中的法律地位

检察机关提起人事诉讼后，在诉讼中究竟处于何种法律地位，历来是一个颇有争议的问题。检察机关参与人事诉

[325] 杨立新：“新中国民事行政检察发展前瞻”，《河南省政法管理干部学院学报》1999年第2期。

讼，由于其自身所具有的诉讼优势以及国家法律监督机关的特殊地位，是否会破坏“等腰三角形”的民事诉讼结构，造成诉讼中双方当事人诉讼地位的不平等，影响司法公正的实现。笔者认为，不论各国对检察机关参与人事诉讼的身份如何定位，检察机关选择启动或参与诉讼以实现监督权后，其角色均转化为诉讼的一方当事人，原则上享有当事人的各项权利和义务，而不是独立于诉讼当中的法官、当事人的第四方，并不会破坏“等腰三角形”的民事诉讼结构。而且，检察机关参与人事诉讼并不是为了任何一方当事人的利益，而是基于对社会公益或国家利益的保护，正是检察机关的这种特殊的超然地位，决定了他不会为当事人的任何一方谋利。检察机关介入民事诉讼(在我国，人事诉讼未从民事诉讼分离出来，当然地包括人事诉讼)后，由于诉讼主体的增加，致使通常的诉讼结构发生变化，必然涉及到检察机关在法律上的一个定位问题。纵观这一问题的理论研究，概括起来主要有以下几种观点：

第一种观点：“当事人”说。该学说认为检察机关在民事诉讼中应当处于诉讼当事人的地位，行使起诉权的检察机关应为原告，被起诉的则为被告(满足对审构造的需要)。按照民事诉讼基本原则，只有原告起诉才能提出被告，才能由法院受理，检察机关以程序上的原告身份起诉，引发诉讼程序启动后，便于责令实体法律关系的另一方当事人承担原告以实体权利主张者的资格进入诉讼；检察官起诉履行的是原告的程序。[326]因此，出庭起诉的检察员(官)享有原告的诉讼权利，承担原告的诉讼义务，在诉讼中处于一般原告人的地位。也有学者认为，检察机关参加人事诉讼或一些现代型民事诉讼不应该处于一般原告的诉讼地位。虽然检察官提起诉讼导致诉讼程序开始，能够发挥与一般原告相似的诉讼功能，但是，如果假设检察官是原告，不论是实体上的原告还是程序意义的原告，一旦发生反诉，则检察官就成为被告，检察机关不可能集法律监督者与被告于一身。因此，检察官在民事诉讼中不是一般的当事人。[327]为区别一般原告地位，可将之称为特殊原告地位。

第二种观点：“国家监诉人”说。该观点是受前苏联学界影响的产物，认为检察机关是国家法律监督机关，其任务是支持起诉和实行法律监督。检察官提起民事诉讼处于原告的诉讼地位，被诉便处于被告地位；参加已经提起的诉讼，其诉讼地位只能是法律监督者而不是当事人。[328]

第三种观点：“国家诉讼人”说。该学说认为检察官在民事诉讼中既不同于当事人，又不同于诉讼代表人，而是具有双重的法律地位，既是国家和社会公益的代表者，又是法律的监督者。因为，一方面代表国家承担对民事诉讼活动实行国家干预的任务，这决定了他不可能以任何一方当事人代表的身份参与民事诉讼活动，另一方面，他承担着对民事诉讼活动是否合法实行监督的任务，这决定了在诉讼中同时又具有法律监督者的法律地位。

第四种观点：“公益代表人”说。该说认为检察官在民事诉讼中处于社会公益代表人的地位。检察机关的职能是进行法律监督，在民事诉讼中，检察官行使法律监督权包括对民事实体和程序法实行的监督，这种监督是代表国家公益进行的。检察机关提起民事诉讼的目的在于维护社会公益。

第五种观点：“民事公诉人”说。该说认为检察机关提起民事诉讼，处于公诉人的地位。这种观点提出了“民事公诉人”之新概念，主张将检察机关的公诉权运用到民事诉讼中去，从方式上实现检察机关诉权的统一。

就上述五种观点，从不同的视角来看，应该说都不乏有其合理性。相比之下，第一种观点更为妥当，这种观点较为接近人事诉讼制度发达国家的主流观点。国外关于检察官在民事诉讼中的地位，大多规定检察长可成为诉讼当事人和诉讼参与人，并且几乎享有与当事人或诉讼参与人一样的广泛的诉讼权利，因此这种观点不会对通常的民事诉讼结构造成太大的冲击，只不过它并非一般意义上的当事人。“检察官作为职务上当事人参与人事诉讼时，拥有一般当事人相同的权能和责任。”[329]第二、三种观点认为，检察机关处于法律监督的地位，我们认为这两种观点是不妥的。因为在诉讼中，出庭的检察人员将既是起诉者，又是法律监督者，导致其角色出现竞合，从而使检察官的身份陷入一种不伦不类的境地。第四种观点认为，检察机关在诉讼中处于公益代表人的地位，单从检察机关提起民事诉讼目的以及所产生的结果来看，似乎并无不妥，但是，公益代表人并非一个严格意义上的法律术语，因此，将检察机关定位为公益代表人仍有失妥当。第五种观点中“民事公诉人”之概念单从字面上看，就表明诉讼地位占优，天然地造就了当事人间诉讼地位的不平等，不利于相对人合法权益的保护，同样有欠妥当。

(三)检察机关参与人事诉讼的必要性与可行性分析

1、检察机关参与人事诉讼的必要性

随着经济的发展和人们社会意识的变迁，如包二奶、家庭暴力、虐待老人和儿童的案件频繁曝光于新闻媒体上，在现实生活中，以离婚为手段规避人口政策，逃避债务、转移财产等虚假离婚现象大量存在，有些地区的假离婚达到

[326] 刘家兴：“检察机关参与民事诉讼的几个问题”，《民事诉讼检察监督》，中国公安大学出版社 1998 版。
[327] 颜运秋：《公益诉讼理念研究》，中国检察出版社，第 201 页。
[328] 李忠芳等主编：《民事检察学》，中国检察出版社 1996 年版，第 110 页。
[329] 野田爱子等：「人事诉讼法概说」，日本加除出版社 2004 年版，第 159 页。

离婚案件的 11%左右。[330]就动机不良的离婚案件，当事人和近亲属一般不会主动提起诉讼，只能依靠公益的护卫者一检察机关来提起诉讼。尽管有些领域的法律问题、诉的利益存在与否还有赖于实体法进一步确认，如婚姻无效之诉，由于法律并未赋予婚姻当事人以外的他人提起撤销诉讼，如果婚姻关系当事人自己不提起诉讼，就没有任何一个主体作为正当原告提起民事诉讼，这说明赋予检察机关等提起婚姻无效等人事诉讼的必要性。承认诉的利益作为当事人适格基础，可以发挥司法救济的积极作用。我国《收养法》施行的完全收养制，收养关系并不因养父母子女一方死亡而终止。当养父母双方俱已死亡后，养子女即无从终止收养关系，有时对养子女甚为不利，因为养子女不能再由他人收养或回本家，故有立法例(如日本新人事诉讼法第 42 条)设有养父母死亡后养子女终止收养关系的规定。但是适格的相对被告一养父母均告死亡，不存在被告，根据诉讼对审结构，该养子女的合法权益便难以救济。

我国《收养法》第 25 条的规定有时不利于对未成年人被收养人合法利益的保护。在一般情况下，收养人若不履行抚养教育的责任，虐待、遗弃被收养人，可由原送养人请求解除收养关系。但是，有时发生上述情况时，原送养人一直找不到下落，或是虽有下落，但出于种种原因，不愿提出解除收养关系的请求，将孩子领回。而继续维持这样的收养关系对被收养人身心健康可能带来更大损伤，虽然被收养人强烈要求解除，但囿于法律规定，法院无法接受被收养人的请求。例如，被收养人吴某幼时为一对夫妇收养，后养父母离婚，吴某与养母解除收养关系，由养父继续收养。岂料养父品质恶劣，将其多次奸淫。养父被判刑劳教后，年已 15 岁的吴某因生父母已查找不到，便自行诉诸人民法院，强烈要求“与这畜牲一刀两断!”可法院未予受理，让其“等二、三年成人后再说。”可见，在法律未赋予未成年人解除收养关系请求权的严峻现实下，对未成年子女的健康成长甚为不利。因此，很多国家规定可将检察官作为被告，提起解除收养关系之诉，这是值得我国借鉴的。这一制度同样适用于死后认领之诉中，随着我国婚外情现象的日益突出，非婚生子女大量出现，当非婚生子女提起有关诉讼时，推定的生父已经死亡，如果按照目前我国的当事人适格理论，该非婚生子女的权利不能得以救济，因此，在这种情况下，应允许将检察官作为被告提起死后认领之诉，只有这样才有利于对非婚生子女的保护，日本新人诉法第 43 条的规定对我国具有相当的借鉴意义。

人事诉讼追求的价值目标是发现实体真实，因而一般民事诉讼中视为天经地义的制度和原则在人事诉讼程序中必定会受到冷遇甚至排挤。职权探知主义虽然被广泛地加以适用，但是，目前在我国，由于法官工作任务重，法律素养参差不齐以及内部结构的缺陷，如未设立家事法院和家事审判庭、未配置家事调查官等等，发现实体真实的重任要完全交付法官或许是一种奢望。“检察官作为公益代表人，不仅仅基于当事人的立场，为发现真实而进行的举证活动，具有补充裁判所职权探知不足的意义。”[331]作为对法官不足的一种补充，允许检察官参与人事诉讼已是大势所趋。作为国家和社会公益的代表，国家特设机关提起诉讼，不仅能够使侵害社会公益的行为处于严密的监督和有效抑制之下，维护公民、法人和国家的经济利益，还可以在最大程度上保证起诉标准的统一和公正，避免私人起诉可能产生的报复和滥诉弊端，实现诉讼的效率与效益。“鉴于检察功能日益丰富并已成为各国司法体制发展的一般趋势和我国检察官机关公益代表身份的立法确认，法律应规定检察机关直接提起公益诉讼的权力。”[332]

2、检察官参与人事诉讼的可行性

(1)我国检察机关在民事领域行使监督权较为成功的司法实践，可资参考。从二十世纪 40 年代开始，我国立法曾就检察机关提起和参与民事诉讼作过规定，这可资检察官参与人事诉讼参考借鉴。在未将人事诉讼案件从民事诉讼案件加以分离的我国更具有现实意义。1949 年((中央人民政府最高人民检察署试行组织条例))第 3 条规定，最高人民检察署有权“对于全国社会与劳动人民利益有关之民事案件及一切行政诉讼，均得代表国家公益参与之”。同时，在最高人民检察署的机构设置上专门设立了第三处职掌“关于全国社会与劳动人民利益有关之民事参与事项”。1954 年的《中华人民共和国人民检察院组织法》第 4 条规定，“对于有关国家和人民利益的重要民事案件，检察院有权提起诉讼或参加诉讼。”这是我国法律上第一次明确检察机关对人民法院民事审判活动的起诉权和参与权。最高人民法院于 1957 年制定的《民事案件审判程序草稿》第 1 条规定，“人民检察院对于有关国家和人民利益的重要民事案件，也可以提起诉讼。”1979 年开始起草的《民事诉讼法》从初稿到颁布试行共 7 稿，其中前 6 稿都存有检察机关参与民事诉讼活动的条款，其中第 6 稿规定最为完整，达到巧个条款。这些在历史上昙花一现的规定在某种意义上讲为我国将来设置人事诉讼程序制度提供了立法上的先例。随着我国人事诉讼案件以及一般民事案件多元化的发展，在民事诉讼法中设置检察官参与人事诉讼和其它民事公益诉讼之具体制度已刻不容缓。

(2)我国公益诉讼理论的研究。随着我国改革开放的不断深入，国有资产流失问题、环境破坏和污染以及垄断案件日趋严重，对此，在现实中很难看到以诉讼方式对国有资产等进行保护，其中一个制度上的障碍就是未规定诉权主

---

330 姜海顺：“浅谈延边地区离婚案件的新特点”，延边大学学报 2000 年第 3 期。

331 野田爱子等：「人事诉讼法概说」，日本加除出版社 2004 年版，第 159 页。

332 颜运秋：《公益诉讼理念研究》，中国检察出版社，第 156 页。

体。“无救济即无权利”，没有救济的权利就会被暴虐吞噬，剩下一纸空文。为此，学者们为了拯救这些苍白的权利，冲破传统当事人适格理论的束缚，大胆引进了公益诉讼理论。然而，由于公益诉讼对我国传统诉讼理论如诉权、诉的利益以及当事人理论将带来剧烈的冲击，公益诉讼“本土化”问题曾引发了激烈的争论，百家争鸣之后，学界基本上就公益诉讼的主体已基本达成共识，最终锁定在公益的代表—检察机关。通学者们多年来孜孜不倦地耕耘，对公益诉讼理论的研究成果可谓硕果累累，这些丰富的理论储备为构建检察机关参与人事诉讼提供了坚实的基础。

(3)外国对检察官参与人事诉讼的认可。检察官参与人事诉讼是世界上绝大多数国家的普遍做法。例如，在英国，检察长最早是国王的代表，检察官有权参与的四种民事案件其中就包括确认婚生和非婚生子女合法身份的案件。当事人在向法院提出确认婚生子女或非婚子女身份的申请之前一个月，必须将申请书和正式陈述的副本提交给有管辖权的检察长。法国 1976 年新民事诉讼法典第 421 条、423 条规定，对于不符合法定条件的婚姻提起婚姻无效诉讼中，检察官可以作为主要当事人或联合当事人起诉。与民事诉讼法的规定相适应，法国民法典从实体法的角度也规定了检察官对尊卑血亲结婚等违法善良风俗或违反刑事法律规定的婚姻，可以向法院提起婚姻无效诉讼。德国民事诉讼法第 632 条等规定，检察机关对于婚姻无效案件、婚姻关系存否确认案件拥有诉权。日本新人诉法第 12 条规定，检察官可以当事人的身份—原告或被告参与婚姻关系诉讼、收养关系案件、亲子关系案件。作为社会主义国家代表的前苏联民事诉讼基本法第 29 条规定，“如果为了保护国家或社会利益以及公民的权利和法律所保障的利益，必要时，检察长有权在诉讼的任何阶段提起诉讼或参与诉讼。”可见，规定检察官参与人事诉讼已经在各国得到了很好的验证，并且日益受到重视，发挥越来越重要的作用。“他山之石，可以攻玉”，外国对检察官参与人事诉讼的认可，为我国设立检察机关参与人事诉讼制度提供了可资借鉴的蓝本，通过对外国丰富人事诉讼理论的研究，对建立有中国特色的人事诉讼程序制度定会带来诸多启迪。

二、检察官对人事诉讼的一般参与

总体来说，检察官参与人事诉讼的模式大体可分为两种：一种是检察官以“职务上的当事人”(诉讼担当)的身份参与特定的人事诉讼，具有原告或被告的地位(以下简称为“检察官的当事人参与”；另一种是不管检察官是否成为当事人的一方，均可列席人事诉讼的裁判，陈述自己的意见并提出有关事实主张及证据方法(以下简称为“检察官的一般参与”)。前者涉及检察官在人事诉讼中的当事人适格问题，特别是在我国由于检察官的特殊地位，如果允许检察官参与人事诉讼的审判，必然对我国目前的当事人适格理论带来巨大冲击，对此问题的研究将让位于后述“人事诉讼中检察官的当事人适格”章节中，本节主要就后者即检察官的一般参与问题进行初略的探讨。

(一)人事诉讼中检察官一般参与之立法例

人事诉讼中准许检察官的一般参与，其目的在于对法官职权探知加以必要的补充，协助法院实现人事诉讼之理念—发现实体真实。认可检察官一般参与的理论根据在于其身份的特殊性，因为作为公益的代表人—检察官可以从事其职权范围内的事务。从维系公益的角度来看，法律赋予检察官一种职务上的职责或权限，在法律上并不是代表国家也不是以代理人的身份参加人事诉讼。处于这种境地的检察官并不是以自己的名义要求判决，也不具有诉讼当事人的身份，检察官列席诉讼并不是为了一方诉讼当事人的利益，类似于诉讼法上辅助参加人的地位。[333]

1、大陆法系国家就检察官一般参与人事诉讼的规定

(1)日本对检察官一般参与人事诉讼的规定。明治 19 年(1886 年)日本政府委托德国人赫鲁曼·特沃(Hemrmal Tehcow)起草的民事诉讼法案第六编第 1 章第 2 条就检察官对婚姻案件的一般参与进行了规定，“检察官可以列席婚姻案件的言辞辩论，或列席受命法官或受托法官所进行的审问，并陈述对裁判的意见，同时，基于婚姻维持之考虑，还可以提出新的事实和证据方法”。日本旧民事诉讼法第 42 条(1890 年民诉法)以法国法为蓝本就检察官参与婚姻案件诉讼、亲子、养子以及其他有关身份关系诉讼、陈述意见进行了规定。[334]1898 年《人事诉讼程序法》又再度强化了检察官参与诉讼的权能，这些规定一直延续至今。该法第 5 条、26 条、32 条就检察官列席人事诉讼并陈述意见进行了规定；第 6 条、26 条、31 条则是有关检察官提出事实主张及证据方法的规定。

(2)德国对检察官一般参与人事诉讼的规定。德国 1877 年民事诉讼法第 569 条就对检察官参与婚姻案件进行了较为详细的规定。第一，检察官可以参与婚姻事件；第二，检察官得以列席受诉法院或受命法官以及受托法官对婚姻案件的审理，法院依职权通知检察官；第三，检察官得以就裁判陈述意见，基于婚姻维持之考虑，可以提出新的事实主张和证据方法；第四，笔录中应载明检察官的姓名以及陈述的具体内容。不过，早期的德国民事诉讼法仅就人事诉讼

---

333 就此问题在日本学界也存在分歧，山木户克己先生认为，人事诉讼中，一般参与的检察官的身份相当于辅助参加人，山木户克己著:《人事诉讼手续法》，第 113 页;而平贺健太认为，即使一般参与相对于检察官的诉讼担当而言从实质上也赋予了其诉讼当事人的地位，平贺健太著:《人事诉讼》，民事诉讼法讲座五卷 1305 页。而铃木认为，根据日本人诉法 5 条之规定，并未赋予检察官当事人和诉讼参加人的地位，德国的通说也是如此。笔者比较赞成诉讼参与人的观点。

334 (日)铃木忠之:“非讼事件中检察官的地位”,《非讼家事事件研究》，第 102 页。

中的婚姻案件进行了规定，而未对亲子关系案件的诉讼程序作具体规定。检察官参与人事诉讼制度并非德国本土产品，而是沿袭于法国的法律制度。在早期的德国法中，并不存在检察官以当事人的身份参与婚姻案件的规定，即便是检察官作为公益代表列席人事诉讼的规定也是几经周折，才得以确立。因为在最初的德国民诉法草案中，对检察官参与人事诉讼定位较高，几乎和刑事诉讼一样，没有检察官的列席，禁止开庭审理婚姻案件。但是，这一规定在后来的国会审议中引起了激烈的争论。是否将检察官参与人事诉讼的规定置于民诉法中形成了两种截然对立的观点。消极说者认为：（1)如果认同检察官参与婚姻案件，就会导致检察官和受其指挥的警察不当地涉足家庭关系之不良后果的发生；(2)法国民事诉讼法第83条、84条虽然就检察官一般参与婚姻案件进行了规定，但从法国部分郡的实施现状来看，检察官并未很好地履行这一权能，处于一种消极不作为状态。而积极说者认为，人事诉讼判决结果的效力不仅及于双方当事人，而且对案外第三人也将产生一定的拘束力。尽管法律上不认同当事人间的合意离婚，合谋诉讼案件也颇为稀少，但作为防止婚姻当事人合谋诉讼一种手段似乎具有相当的必要性，现实意义重大。为了防止非公平、非恰当诉讼结果的出现，仅仅依靠法院力量似乎略显单薄，基于此种顾虑，应该有必要让公益的代表者一检察官参与人事诉讼。两种观点基于不同的层面都存在相当的合理性，在最初国会审议的对决中消极说居于主导地位，该规定被予以全盘否定；然而在第二次审议中，通过有关人士的据理力争，检察官的一般参与作为任意性规定纳入了德国民事诉讼法中，从而宣告了旧民事诉讼法第569条(新法第607条)的诞生。1877年旧德国民事诉讼法后经修改，也相应地进行了一系列的修改，人事诉讼中检察官一般参与的范围也有了一定的扩充，现行的德国民事诉讼法第607条和第640条分别就婚姻案件和亲子关系间的法律关系确认案件进行了规定。

(3)法国法对检察官一般参与人事诉讼的规定。检察官对婚姻案件的一般参与是法国法中历史悠久的一项制度。就其渊源可以追溯到近世教会法中的防御者(matrimonu)参与制度。罗马法中原本不存在有关身份关系争讼的特别程序，都是照搬适用民事诉讼的一般规则，只有教会法对上述特别程序作了规定。[335]因为在近世的欧洲大陆，婚姻案件属于教会法院的管辖范围。1741年教会法令规定，就婚姻无效案件，防御者基于共助而参与，以探明可以继续维持婚姻之事由；同时，赋予其提出证据资料之职责，防御者必须列席参加案件的所有证据调查工作。[336]随着婚姻案件管辖权从教会法院脱离，移交于普通法院管辖进程的发展，法国防御者也伴随这一变迁而逐步淡出了自己曾经大显身手的舞台，作为公益的代表人——检察官取而代之参与人事诉讼。[337]

法国1810年颁布的法律((Sur Iorganizalion de Jodre judiciaire Iadministration de la justice)第46条规定，检察官不仅对人事诉讼案件具有一般参与的权能，同时对所有普通民事诉讼案件也拥有一般的参与权能，这一规定至今仍在适用。在检察官不以当事人身份参与的诉讼中，为在法庭陈述意见，可以作为从属当事人参与诉讼。该参与原则上属于任意性规定，对特定诉讼是否参加由检察官自由裁量。一般而言，只有在检察官认为有特别必要时，才决定参与诉讼。但是，“就破毁院的案件、有关人的身份或监护的案件以及其它法定案件(包括法院依职权应该通知检察官的案件等)，检察官必须参与，且陈述意见。”

2、英美法国家对检察官一般参与人事诉讼的规定

英国从1860年以来，古代教会法院时代就存在公益代表人之“王代诉人”(Kings Porctor)制度，在法务长官的指挥下，王代诉人任何时候都可参与婚姻诉讼，经法院许可，陈述意见、列席法庭举证程序，或者通过对离婚假判决的异议申诉等正当手段，达到防止当事人间通过串通等手法不当解除婚姻关系情况的发生。这也是“王代诉人”的主要职责。[338]只不过，当今“王代诉人”一职已被Treasury Solicitor所取代。[339]而美国在诸多领域设置有“参与官制度”(Porctor)。其职务内容因法律领域的不同而各异。美国的参与官制度与英国的王代诉人各呈现出显著不同的特点，比如，被告为精神病患者而不能到庭参加审判时，参与官Procotr可代之参与诉讼；离婚诉讼中，当事人对离婚请求不进行争辩或不进行诚实争辩以及对阻却离婚的事由不加以提出，等等，这种可能出现诉讼不公正的情形下，遵从法院的命令，参与官Porctor可以参与诉讼。在这种法律制度中，尽管主体不同，但是，制度实施的宗旨与大陆法国家应该是殊途同归的。

(二)人事诉讼中检察官一般参与的方式

检察官对人事诉讼的一般参与的主要职责分为两个部分，一是列席人事诉讼审判及陈述意见；二是提出新的事实主张和证据方法。

---

335 粟生武夫：《婚姻立法中二元主义的抗争》，第194页。

336 受法国的影响，梵蒂冈教会法规定，担任婚姻无效诉讼审理的教会法院由3名法官、1名公证人和1名婚姻保护官组成。婚姻保护官(defnesor vinculi)的职责是承担被告的辩护人，力争婚姻有效维持。梵蒂冈教会婚姻法的这一规定主要受法国历史潮流的影响。

337 (日)松冈义正：《特别民事诉讼论》，第182页。

338 1950年《英国婚姻诉讼事件法》第10条、11条、12条之规定。

339 Treasury Solicitor Act，1576。

1、检察官列席人事诉讼审判及陈述意见

检察官列席人事诉讼并陈述意见的制度实施以来，各国学界曾发生过激烈的论争。日本旧人诉法第 5 条和德国民诉法第 607 条就检察官对人事诉讼的一般参与都进行了规定。但在具体理解和适用上，彼此间的态度却截然不同。德国通说认为，该规定属于一种任意性规定，是否参与由检察官自由裁量；而日本学者认为，根据“检察官得以列席言辞辩论并陈述意见”条文字面来看，检察官列席人事诉讼的裁判应属于一种强制性的规定。因此，有学者指出，检察官的一般参与属于其职务上的义务，理所应当地列席庭审言辞辩论，并陈述自己的意见。日本著名人事诉讼法学者山木户克己教授认为，检察官是以公益代表者的身份参与人事诉讼，其旨在于实现人事诉讼至高目标一发现实体真实，为实现裁判的正当化打下坚实的基础。基于这一宗旨，山木户教授又进一步指出，对检察官来说，列席人事诉讼是一种依据其自由裁量判断认为恰当为限才履行的职责。由此看来，检察官的一般参与系一种弹性规定，只有检察官根据其固有的裁量权在认为恰当的限度内，才予以施行。[340]也有学者认为，检察官列席人事诉讼、陈述意见之举并不是法院审判不可缺少的有机组成部分，也不是法院审理案件和作出判决所必需的程序性要件。只不过宣告了检察官参与人事诉讼系职务上的一种义务而已。因此，检察官即使不列席法庭言辞辩论，也不会对法庭的审判、判决产生重大影响。检察官基于职务上的其它事由，不列席人事诉讼审判程序，也不能说是违背义务。

那么，检察官作为职务上的当事人(诉讼担当)即成为原告或被告时，法庭言词辩论时，其他的检察官是否有必要列席法庭辩论并陈述意见呢?检察官作为一方当事人参与诉讼时，一些学者担心检察官自身的实现公平、保护公益之天职未必能尽善尽美地得以履行。基于这一顾虑，有学者提出，在这种情形下，应该让不具有当事人地位的其他检察官参与到诉讼来。笔者认为这种建议或者主张非常值得商榷。首先，从现实看，检察官以诉讼担当方式参与人事诉讼，其当事人地位与一般意义上的当事人截然不同，基于对公益的保护而参与诉讼，其目的在于发现实体真实；其次，如果让其他的检察官再加入到同一诉讼中，必然造成司法资源的极大浪费，与诉讼经济原则背道而驰。从本质上看，检察官始终代表着公益，是公益的保护神，检察官成为人事诉讼中的任何一方当事人，并不代表他的行为就是为某一方当事人谋利益；再次，在职务执行方面，遵循检察官一体化原则。所谓的一体化原则，是指检察官的职务身份只有一种，与他在诉讼中所扮演的角色无关，因此，不管检察官是诉讼担当还是一般参与，其职责是不会发生改变的。

2、人事诉讼程序中检察官对事实主张及证据方法的提出

德国、日本等民诉法及人诉法规定，婚姻案件、收养关系及亲子关系案件中，检察官即使不具有诉讼当事人身份，也得以提出事实主张和证据方法。但从各国的司法实践看，判例甚少，学者们对此的理论研究也涉足不多。以下就此问题进行一些初略的探析。

(1)事实主张的提出。所谓事实主张的提出是指检察官在辩论期日或准备程序中出庭提出的有关案件事实的主张。这种情形下，检察官虽然并非当事人，但是，为了探求实体真实和维护公益，使裁判得以正当化，赋予检察宫这种权限是必要也是必需的。检察官所提出事实的效果与诉讼当事人所为相同，均成为诉讼资料的有机组成部分，因此，法院须就检察官提出的事实进行当事人询问。如果法院忽略了这一事项，所为裁判将视为审理不尽的枉法裁判，当事人可以此为由进行控诉。

(2)证据方法的提出。赋予检察官提出证据方法权能的意义、提出的方法以及效果与前述的事实主张提出亦同。法庭在对检察官提出的证据方法的采信、判断上出现错误而作出不当判决时，将视为审理不尽、违反证据采信规则，这也将成为合法的上告理由。

然而，从两大法系现行的规定来看，各国赋予检察官提出事实主张及证据方法的权能并非针对人事诉讼的所有案件。而是针对人事诉讼内部各类案件间的个体差异进行了不同规定。如日本旧人诉法第 31 条 1 项规定，基于婚姻关系和收养关系的维持，婚姻案件及收养关系案件中检察官可以提出新的事实和证据方法，而就亲子关系案件则未见提出目的之限制性规定。也就是说，在婚姻・收养关系案件中，检察官行使提出事实主张及证据方法权能的前提是基于对婚姻・收养关系的维持。除此之外，法律是予以禁止的。而亲子关系案件中，检察官基于公正的立场可以自由地行使上述权能，并无提出目的的限制。

就立法政策上的这一“差别对待”，日本学界存在三种不同的认识。第一种观点认为，就婚姻案件及收养关系案件，法律赋予检察官提出事实主张和证据的目的在于维持和拯救现存的婚姻・收养关系。因为他们认为尽力拯救和维持婚姻・收养关系才是符合公益要求的。基于这一目的的限制，即便检察官认为婚姻、收养关系的存续违背公益，也无权提出事实主张和证据去“妨碍”其存续。[341]第二种观点认为，条文上所言的婚姻、收养是指婚姻、收养无效或撤

[340] (日)山木户克己：「人事诉讼手续法」，有斐阁，1973 年版，第 114 页。

[341] 柳川胜二：「人事诉讼手续法」，严松堂 1926 年版，第 66 页、107 页。在亲子关系案件中对检察官的权能行使未加以限制的原因在于“亲子关系案件的判决结果是否符合真实，对社会公共秩序以及公序良俗并不会造成太大的影响”。这种观点为日本通说。兼子一：“人事诉讼”，《家族问题与家族法》，108 页。

销以及离婚、解除收养关系之诉，并非包含所有的婚姻、收养关系案件。[342]第三种观点认为，条文中“为了维持婚姻、收养关系”之表述，在诸多场合下，属于维持婚姻、收养关系的一种愿望，并无特别深刻的含义。[343]笔者也赞同第三种观点。诚然，法律的用语应该要求精密，但是有时死扣字眼的法解释学就显得死板，甚至偏离、违背立法之宗旨。总体来说，检察官提出事实主张和证据方法其目的只有一个，那便是公益，不应该因人事诉讼案件类型的不同而加以区别对待。

在此，笔者只就第一种观点加以初略的评析。第一种解释与检察官的身份不太符合。检察官参与人事诉讼的目的在于发现实体真实和实现正义，而并非为了诉讼当事人某一方的利益。第一种观点明显存有偏袒被告之嫌疑。因为，检察官即使知道存有离婚原因，也隐瞒不予提出，此举之意在于想让原告在诉讼战斗中败下阵来。这明显扭曲了检察官参与人事诉讼的本来意图。因此，此观点应该予以唾弃。特别是在实行离婚破裂主义的当今社会，检察官是否提出新的事实主张和证据不应该将维持婚姻、收养关系作为唯一依据，而应根据事实的客观情况综合判断是否行使法律所赋予的这一神圣权能。事实证明，勉强维持的婚姻常常会给当事人带来比离婚更大的痛苦。正如国外学者所指出的那样：“没有欢乐的完整家庭比已经破裂离婚的家庭对孩子的身心健康有更大的摧残作用。”[344]而且，当婚姻成为栓桔时，当事人处于精神痛苦和压抑状态，容易导致心理变态，增加恶性事件发生的可能性。

出现这样偏差规定的一个重要原因是，大陆法系国家的诸多法律制度多为模仿母法一德国法的规定，在借鉴其具体制度时，未加以仔细推敲便回圈吞枣原版照搬，“本土化”作业不够充分。上述现象在日本法中表现尤为突出，比如早期日本民法、民诉法基本上都是成套引进德国法的产物。德国等西欧各国深受婚姻系终身之物的基督教教义的影响，协议离婚以及婚姻无效和撤销的观念未被人们普遍接受和认可，法定事由之外的婚姻无效、撤销以及离婚行为是一律禁止的。在这样的法律制度框架下，检察官作为公益的代表只考虑如何维持已经成立的现实婚姻关系。也就是说，检察官的主要职责就是防止当事人之间的合谋以规避法定事由以外的不当离婚事件的出现。基于这一特殊的历史背景，规定检察官以维持婚姻之目的才能行使提出事实和证据方面的职能，这是完全可以理解的，也在情理之中。[345]诸多国家的法律都赋予了检察官提出事实主张和证据方法的特别权能，在司法实践中如何加以具体运用，是一个值得广为探讨的问题。从目前各国的司法阵营构成现状来看，未必能够完全胜任这一神圣使命。因为，检察官除对人事诉讼进行一般参与外，还要承担诉讼担当之重任。检察官仅诉讼担当一职都难以应对，要检察官积极从事一般参与似乎期望太高。

从当今世界各国的司法现状来看，无论是大陆法国家的检察官一般参与制度还是英国的王代诉人制度以及美国的参与官制度的利用率都极其低下。导致检察官一般参与制度沉寂的原因，日本学者冈恒学教授认为主要表现在以下几方面：首先，虽然法律明确规定检察官得以列席人事诉讼的言词辩论并陈述意见，然而，检察官列席辩论、陈述意见并非诉讼要件，即便缺少这一事项，也不构成枉法裁判早已被判例和通说所认同。其次，从案件的性质看，人事诉讼仍属于私的纠纷，纠纷的解决主要依据当事人自身努力，只有当诉讼当事人不积极进行诉讼活动时，基于公益维系之考虑，才补充性地赋予检察官的一般参与权。再次，检察官本职事务较为繁忙，加之其本身又非诉讼当事人，以监督者的身份列席人事诉讼的辩论程序实在是无暇顾及。最后，就人事诉讼案件，法律并未授予检察官事实探知和证据调查的特别权限，这也是检察官在一般参与中不积极作为的主要原因。基于检察官一般参与制度有名无实的现状，德国，日本等国的部分学者主张加以废除。笔者认为，不管检察官的一般参与制度的实际运用情况如何，作为一种制度在立法上存在还是具有相当的必要性，对此加以否定的观点不敢苟同。在司法实践中，尽管存在检察官不作为的现象，但是作为一种检测诉讼当事人通过合谋等其他不正当手法获取违反真实判决的必要手段，其作用不可小视，特别是在发现实体真实、匡扶正义、维护公益的人事诉讼中其重大意义更是不言而喻，这也是该制度本身存在充分的理由。之所以作为人事诉讼的代用、简易程序的家庭法院审判程序中，虽然未设置检察官的一般参与制度，却存在作为家庭法院职权探知的辅助机关一家事调查员，该辅助机关的积极作为，取得了理想的效果。由于审理人事诉讼事件的普通法院尚无这种辅助机关的存在，因此，作为一种补救措施，认可检察官的一般参与非常必要，也是必需的。

三、人事诉讼中检察官当事人适格问题研究

（一）人事诉讼中赋予检察官当事人适格的意义与功能

赋予检察官不法婚姻无效请求权的原因或动机，日本旧民法人事编的起草委员梅谦次郎先生的话语最为实在，他

---

342 山田正三：「人事诉讼手续法」，日本评论社 1938 年版，第 37 页、106 页。

343 大森洪太：：「人事诉讼手续法」，日本评论社 1920 年版，第 63 页、106 页

344 黄松有：《婚姻法司法解释的理解与适用》，中国法制出版社 2003 年，78 页。

345 欧洲近代法均认可检察官对婚姻事件的一般参与，其渊源于基督教教会法和婚姻诉讼法。但是，发源于基督教思想的“为维持婚姻”的片面思想近来在德国有受到否定的趋势。参见(日)栗生武夫： 《婚姻法的近代法》，157 页以下。

说，“婚姻的存否与身份关系和财产关系一脉相承”。[346]人事诉讼中赋予检察官当事人适格法的意义在于：(1)赋予检察官“职务上当事人”((Partei kraft Amtes)地位，无论其作为原告当事人还是被告当事人进行诉讼追行，都是以公益者的身份从事其权限范围内的事项。也就是说，检察官当事人适格理论上的根据是依据检察官特殊的职务或地位。那么，我们是否可以这样理解，国家是实质上的当事人，在法律上检察官是代表国家或以国家代理人的身份参与诉讼，笔者认为这样的理解是值得商榷的。一些国家的人诉法规定(如日本新人诉法第16条)，在人事诉讼中，检察宫作为诉讼担当参与诉讼败诉时，所发生的诉讼费用由国库负担，这是因为法律赋予了检察官人事诉讼中职务当事人的地位，而并不是代表国家参与诉讼。如果检察官是代表国家参与人事诉讼，那么，法律上作这样的规定岂不是多此一举吗?(2)人事诉讼中的检察官并不是指公法行政组织意义上的检察官，也不是指诉讼担当的检察官本人。诉讼法上的检察官是指在具体的诉讼活动中，行使检察官职能的职务担当者，涵盖了所有的检察官，具有高度的一体性和抽象性。因此，作为某人事诉讼案件当事人的某检察官即便发生死亡、退休或工作调动等而失去其地位时，也不能成为诉讼程序中断的事由，不会给诉讼活动的进行带来任何影响。因为，他只是作为检察官的一个职务担当者。(3)人事诉讼中，只有与受理法院平级检察院的检察官才能成为适格当事人。也就是说，比如，将检察官作为被告向甲法院提起人事诉讼时，只能是甲法院同级的检察院的检察长成为职务当事人(被告)，同样，上诉审中，高等法院的对应检察院检察长才是适格的职务当事人，依此类推。上述的检察长、检察总长等根据检察官一体化原则，可以让检察院所属的检察官进行诉讼行为。[347]检察官以当事人身份参与人事诉讼，原告适格参与与被告适格参与二者间存在不同的意义和功能。检察官作为原告参与人事诉讼程序，从公益的观点认可了检察官对当事人身份法律关系的干涉权。也就是说，构成民法中婚姻撤销事由的婚姻，即便当事人及亲属不行使撤销权，从优生学的角度或社会伦理的观点来看，都应该认可检察官对婚姻的干涉权。而检察官作为被告参与人事诉讼时，所依据的并非实体法上的干涉权，而是基于诉讼对审构造原理的需要。因应成为被告者已不复存在，为了启动或维持人事诉讼程序，作为一种保持诉讼对审构造的手段，诸多国家都认可了检察宫被告适格。由于事先未设计作为诉讼当事人的特定主体，不能实行代理构造体制，实质上是明显的诉讼代为。我国也有学者指出，基于身份权和继承权等权利，可以发生诉讼代位。[348]身分关系中多为形成之诉，身份法律关系的发生、变更及消灭等必须依据法院的生效判决，并非所有身份法律关系都具有法律主体的人身专属的特点(如离婚请求权)。要获得判决，只能通过诉讼途径，诉讼的基本构造为存在两造对立的当事人。对于人事诉讼适格被告已告死亡时，为了利害关系人启动或维持人事诉讼程序，缓和传统当事人适格理论，让检察官参与到诉讼中来，才是符合正义原则的。

(二)人事诉讼中检察官的原告适格问题

1、外国有关人事诉讼中检察官原告适格之规定

(1)日本有关人事诉讼中检察官原告适格之规定。日本旧人事诉讼程序法19条明文规定检察官作为原告提起人事诉讼限定在“不适法婚姻的撤销事件”上。不适法(不合法)婚姻是指婚姻关系的成立违反了法定的实质要件，主要包括不适龄结婚、重婚、再婚禁止期间的结婚以及近亲结婚四种。由于这些婚姻有背于公序良俗，因此，就这些不适法婚姻的撤销，除当事人、亲属等拥有撤销权外，法律也同时赋予了检察官撤销请求权。该规定的旨意在于当当事人或亲属等对上述违法婚姻不行使撤消请求权时公益的守护神一检察官理应挺身而出捍卫公益不受到伤害这也是赋予检察官这一特别权能的缘由之所在。

日本的这些规定尽管移植于德国、法国等西欧各国的法律制度，但是，日本民法所规定的婚姻撤销与西欧各国大相径庭。日本所称的婚姻撤消和婚姻无效两个概念间在内容上径渭分明，检察官原告适格的认可也应加以区别对待，从撤销和无效之请求在裁判上得以认可开始，婚姻的效力便产生溯及效应，即所谓的形成无效，而非认定为当然无效。

但是，日本法对检察官原告适格的适用也作了严格限制，日本民法744条规定，“当当事人一方死亡后，检察官便不能行使该请求权”。这一规定的根据在于夫妻一方死亡时，违反公序良俗的婚姻关系主体便随之消失。日本的这一规定主要是受法国民法190条规定(检察官行使撤销权“仅限于配偶双方均生存”之前提)影响的结果。

(2)法国民法中尚无婚姻撤销这一概念，自愿结婚的合意中若掺杂有强迫之瑕疵(法国民法第180条)以及未经同意权人的同意时(法国民法第182条)，其婚姻系相对无效婚姻(在理论上类似于婚姻撤销，笔者注)，对这类婚姻，特定的利害关系人可以在一定的期间内提起婚姻无效之诉，而检察官不具有原告适格。反之，违反不适龄婚、重婚以及近亲婚等规定(法国民法第144条、147条、161条、162条、163条)而缔结的损害公共秩序的婚姻系绝对无效婚姻，除配偶本人、利害关系人外，检察官作为公益代表可以主当事人(P叭iPerinciPal)e身份提起婚姻无效之诉，这也是

346 参见《日本法典调查会口民法议事速记录》47卷，第161页。

347 铃木忠之：《非讼案件中检察官的地位》，非讼口家事案件研究，第108页。

348 马新彦：“诉讼代位制度初探”，《中国法学》1992年第4期。

检察官的义务(法国民法第184条和第190条)。法国1976年的《新民事诉讼法典》第421条规定，检察机关可以作为主要当事人或联合当事人对不符合法定条件的婚姻提起婚姻无效诉讼。

(3)二战前的德国法规定，因欺诈、强迫等事由结成的婚姻应当撤销，特定“私人”在一定期间内可以提起婚姻撤销之诉，并未认可检察官的原告适格。但是，违反重婚、近亲婚等的婚姻系无效婚姻，检察官和配偶等都是适格的原告。二战以后，西德在对婚姻法进行全面修改之际，有关检察官原告适格规定被全盘否定。因为，德国对成为撤销对象的不法婚姻的公益性看得较轻，如果婚姻当事人一方死亡，反社会的婚姻关系实体便宣告灭亡。仅仅是以维护公益为由，检察官便没有行使撤消权的必要。

检察官提起婚姻撤销之诉必须将夫妻双方作为诉讼被告，即夫妻双方为必要共同诉讼当事人，也就是说，检察官行使婚姻撤销权必须以婚姻关系当事人的生存为限。有学者认为，从各国赋予检察官原告适格的宗旨来看，如果仅仅因为夫妻一方死亡就导致检察官撤消权丧失的话，似乎缺乏相当的合理性。对此，日本学者中川善之助先生指出，日本法之所以这样规定主要是受传统封建家族制度的影响。[349]而我妻荣先生和中尾英俊先生则认为，即使否定当事人和亲属撤销权的行使，也不应该否定检察官的撤销权。因为从优生学的角度看，充分发挥检察官的干预作用具有积极公益效应。[350]

检察官提起婚姻撤销之诉后，夫妻协议离婚该如何处理呢?构成撤销对象的婚姻因其他原因而撤销，在效果上与检察官所实施的撤销行为并无实质上的差异。不管是基于何种原因，诉的利益已经消灭，检察官不再具有原告适格。但是，如果违法婚姻通过离婚的方式解除时，有诸多值得探讨的地方。就这一问题，各国民法、民诉法并无限制性规定，从理论上看，未必致使检察官丧失原告适格。[351]

(三)人事诉讼中检察官的被告适格

纵观各国民诉法及人诉法之规定，检察官的被告适格主要集中在下列案件：(1)婚姻案件中的婚姻无效、婚姻取消以及离婚取消之诉；(2)收养关系案件中的收养关系无效、撤销以及离缘撤销之诉；(3)亲子关系中的子女认领之诉以及生父确定之诉。在这些诉讼中本应成为被告者死亡时，检察官具有被告适格。

1、婚姻、收养案件中检察官的被告适格的具体考察

(1)婚姻无效、撤销之诉中检察官的被告适格问题。婚姻无效之诉中，夫妻一方将另一方作为诉讼对方提起婚姻无效之诉时，应成为被告者死亡时，检察官具有被告适格。第三人将夫妻共同作为被告提起婚姻无效之诉时，如果夫妻中的一方死亡，将生存配偶作为被告，应成为被告的夫妻双方或一方死亡后提起诉讼时，检察官得以成为适格被告。比如，日本旧人诉法第2条2、3项、1961年韩国人诉法第27条3项都肯定了检察官在婚姻无效和婚姻撤销之诉中的被告适格。

提起婚姻撤销之诉时，成为被告的夫妻一方死亡，赋予检察官被告适格，对此大陆法系学界间已基本达成共识。而应成为被告的夫妻均告死亡，死亡这一事实导致违法婚姻消亡，再对死亡夫妻的婚姻提起撤销之诉似乎缺乏相当的合理性。因此有学者认为无需认可检察官的被告适格。因为即使撤销其死亡婚姻，判决也不产生任何实际的溯及效果。[352]但是，笔者认为，婚姻撤销定会导致相关身份关系发生连锁变动效应，这一变动将直接牵连财产权问题。存有撤销原因的婚姻是否予以撤销,对享有继承权的利害关系人将产生重大影响。如果因夫妻的死亡而使得利害关系人(第三人)无法提起婚姻撤销之诉的话，对利害关系人无疑是莫大的伤害，与正义原则是格格不入的。因此，在这种情况下，立法上应当赋予检察官的被告适格。

(2)离婚撤销之诉中检察官的被告适格问题。因欺诈、胁迫所结成的婚姻，只有婚姻当事人能够提起离婚撤销之诉，这一点各国民法均有规定。如果配偶死亡，要提起撤销之诉，检察官就是适格被告(如日本人诉法2条)。这一规定对我国目前存在的为数不少的逃避债务及规避人口政策的假离婚中当事人适格问题的解决具有很强的现实意义。

(3)收养无效、撤销以及杰出收养关系之诉中，应成为诉讼被告者死亡后提起诉讼时，检察官具有被告适格，日本等已有这样的立法例存在，如日本人诉法第24、26、2条。

(4)子女认领之诉中，父母均告死亡后，是否能提起认领请求在各国的有关法律上尚无明确的规定，围绕检察官被告适格的有无曾在学界发生过激烈的讨论。认领之诉的本质在于认领人父母所作的认领之意思表示，认领之意思表示是构成认领行为的必备前提，既然成为对方的父母已不在人世，要获得其意思表示已缺乏现实的可能，只能从其他方面去寻求救济的途径，1942年所颁布的7号法令规定父母死亡之日起三年内可提起认领之诉。子女或其法定代理人

---

349 中川善之助:《新订亲族法》，199页。

350 (日)我妻荣著:《亲族法》,《法律学全集》第64页;中尾英俊著:《注释民法》，第295页。

351 (日)松冈义正著:「特别人事诉讼手续」，第195页。

352 三田高三郎:「人事诉讼手续法解说」，帝国判例法规出版社1952年版，第124页，山木户克己:「人事诉讼手续法」，有斐阁1973年版，第29页。

提起认领之诉时，诉讼对方应为父或母；子女的直系卑属或其法定代理人提起诉讼时，诉讼对方为祖父或祖母；如果这些本应成为诉讼对方者均告死亡后，提起诉讼时，法律明文规定检察官具有被告适格(日本人诉法第 30 条 1 项)。这一规定对我国存在的非婚生子女的救济或许带来了诸多启迪。

2、亲子关系案件中检察官的被告适格

亲子关系案件中的子女否认之诉、认领无效之诉以及认领撤销之诉检察官是否具有被告适格，目前各国法律无明确的规定。那么，这些诉讼中，是否存在检察官被告适格的情形呢，以下就此进行一些初略的探讨。

(1)子女否认之诉中检察官被告适格问题。一般而言，能够提起子女否认之诉原则上限于丈夫，作为被告就是推定为其夫的婚生子女，或对其行使亲权之母，若无行使亲权之母存在时，由家庭法院或法庭为其选任特别代理人。

提起否认之诉后，作为诉讼对方的子女死亡时，将产生何种诉讼上的效果呢?就这一问题各国所持的态度并非一致。如前所述，德国民法规定，当子女死亡时，检察官可以向家庭法院申请撤销该子女的婚生资格；韩国现行民法第 489 条认可了检察官的被告适格。而未对此加以明确规定的国家学界主要存在以下几种观点：一是子女的死亡导致婚生否认权的消失，由于缺乏适格的被告，不能提起诉讼；二是死亡的子女如果存有直系亲属，有关死亡子女的认领可以类推民法的有关规定，可以将该直系亲属作为对方提起诉讼，若无直系亲属存在，便不能提起诉讼；三是只要存在否认利益便可将检察官作为对方提起诉讼。

问题在于本应成为被告方的子女如果死亡，且该子女无直系亲属存在或均告死亡，这种情况下，该作如何处理?在前述的子女认领之诉中，本应成为对方的父亲死亡时，一些国家的法律规定可以将检察官作为适格被告。如果将子女通过父的认领所获得的法律上的利益和推定婚生子女与父之间无法律上的父子关系所承受的利益进行比较的话两者之间只是主体不同而法律关系上并无差异存在对社会秩序也产生相同的影响。但是，在前者的情形中，应成为诉讼对方的父亲死亡时，赋予了检察官的被告适格，而在后者的情形中则未予以认可，从而导致两者间的失衡。而且，在否认之诉中，应成为诉讼对方者死亡后，以婚生父子关系存在为前提的现行法律关系依然存在。要消除这一状况，其否认必须存有法律上的利益。

(2)尽管各国法律就认领无效之诉中的诉讼对方均未进行规定，笔者认为，大致可概括为以下三种情形：第一，被认领人子女提起诉讼时，应将认领人作为诉讼对方；第二，认领人提起诉讼时，将被认领人作为诉讼对方；第三，第三人提起诉讼时，应将认领人和被认领人双方作为诉讼对方，若发生一方死亡的情况，则将生存者作为对方。

然而，上述所列举的应成为被告者若均告死亡时，谁是适格的被告无论在理论界还是在司法实践中都存在较大分歧。日本学界存在以下几种观点：1，由于法律缺乏明确规定，因此，无适格的被告存在时，便不能提起诉讼。[353]2，认领人死亡时，原则上是不能提起诉讼的，只限于被认领人子女存有直系亲属时，才可以将其作为被告提起诉讼。[354]3，应成为被告子女死亡后，只要存有直系亲属就可以将其作为诉讼对方；被告父亲死亡时，将其生存的子女或直系亲属作为被告，如果这些人划归原告方时，将检察官作为被告提起诉讼。[355]4，认领人死亡后，将检察官作为被告，被认领人子女如果存有直系亲属，则将其作为对方，无直系亲属或直系亲属均告死亡，可将检察官作为被告。5，被认领人子女提起诉讼时，作为对方的认领人死亡，虽然可以将检察官作为被告，但是，认领人或第三人提起诉讼时，如果作为对方的被认领人死亡，将其直系亲属作为对方，若无直系亲属或直系亲属死亡，便不能提起诉讼。6，不管是认领人还是被认领人，当其死亡时，将检察官作为诉讼对方。[356]从日本现有的判例看，在请求婚姻、收养无效的场合，婚姻、收养当事人均告死亡时，检察官是适格被告；在请求认领无效的场合由于法律未加以规定实务中采用了第 1 种观点。

认领无效之诉中，被认领人子女死亡时，其子女存有直系亲属时，应将直系亲属作为被告方，认领人、被认领人以及其直系亲属均告死亡时，检察官具有被告适格。即使发生当事人死亡，基于认领行为所形成的亲子关系以及基于该亲子关系所形成的各种法律关系仍荡然犹存，确认其存否的利益依旧存在。1942 年日本民法修改时，又创设了(父母)死后认领制度(日本旧民法第 853 条)，随后，日本人事诉讼法中又新增设了认领之诉，在这种诉讼中，当事人死亡后检察官可以成为被告方。就认领无效之诉没有涉足。从现行日本法的规定来看，上述第 4 种观点较为恰当。

(3)认领撤销之诉中检察官的被告适格问题。就这一问题在日本学界存在三种观点：1，历来的通说。日本民法 785 条中所指的撤销禁止并非撤回禁止之意，认领行为若在欺诈、胁迫的情形下所为时，应该予以撤销；2，旧法时代的有力说以及判例所持的观点。认领是决定身份关系的重要行为，应慎重行事，认领即使违背真实，既然已经发生，认领人就不能随意撤销；3，当今通说。认领既然已经形成亲子关系，撤回当然不予许可，即便是以欺诈、胁迫为由所要求的撤销也是一律禁止的。这种观点中又存在两种分歧的意见：a。认领撤销不可能说；b。承诺要件说。认领需要被认

[353] 谷口知平:《家族法》，新法学全书第 112 页。
[354] 山田正三:「人事拆松手统法」，日本评论社 1938 年版，第 124 页。
[355] 兼子一:「亲子关系的确认」，民事法研究 1 卷 351 页。
[356] 冈恒学:「人事诉讼的研究」，第一法规 1980 年版，第 81 页。

领人、直系亲属以及其母的承诺，只要认领欠缺这一要件，就应准许撤销。第 1、2 种学说都是将认领视为一种法律行为，主观意义上可以对之加以把握，而第 3 种学说接近客观意义的立场。[357]

然而，当应成为被告方的认领人和被认领人均告死亡时，该如何加以应对?就这一问题笔者认为存在以下几种方案：1，认领人如果死亡，应成为被告方的人已不复存在，不能提起诉讼；2，认领人死亡原则上不能提起诉讼，但是，被认领人存有直系亲属时，应将其作为被告方；3，认领人死亡时，将检察官作为被告方；被认领人死亡，如有直系亲属，将其作为被告方，若无直系亲属或其均告死亡，将认领人或检察官任何一方作为被告方即可；4，不分认领人还是被认领人，发生死亡时，一律将检察官作为被告方。从一些国家判例来看，基本上都是采用第 1 种观点。[358]

(四)构建我国检察机关参与制度应当考量的事项

检察机关提起民事诉讼素来是我国学界争议颇大的问题，也是最为敏感的问题。因为这一问题会触发诸多相关问题的讨论，甚至会引发我国现有法律制度部分条文的存废问题。为此，很少有学者闯入这一“禁区”。每当学者谈到这一问题时，人们大都会以我国检察机关与国外检察机关性质不同、地位特殊等等为理由，停止探索的步伐。而无论是检察机关提起一般民事公益诉讼，还是以诉讼担当方式参与人事诉讼，都已被国外实践证明，具有相当的合理性。尽管检察官的法律地位不同，但从本质上难以否认这些制度本身所具有的合理性。要把这些制度移植到我国，如何消除我国现行法中阻碍这一制度移植规定才是我们要探讨的问题。不能因为相克制度的存在而放弃相关问题在理论上的研究。更何况，我国现有的法律规定本身就存有诸多不足，理论的研究有助于推动法治进程。

那么，在我国检察机关地位优越的“残酷”现实条件下，检察机关就真的无法提起民事诉讼(人事诉讼)吗?笔者认为，其实也并非如此。我国宪法第 129 条规定人民检察院是国家的法律监督机关，检察院组织法等法律规定人民检察机关提起民事诉讼是其行使监督权力的重要方式。虽然这些规定太过于原则，缺乏操作性。但是，准许检察机关提起民事诉讼还只能从检察机关的监督权上作“文章”。检察机关在民事领域的监督权体现在两个方面，一是对审判活动的监督，对象是审判机关审判活动的合法性；二是对一般民事诉讼活动的监督，对象是民事活动主体民事活动的合法性。因此，自然人形成某种身份关系时，如果其行为违反法律规定，当然也是检察机关的“管辖”范围。具体到检察机关参与人事诉讼的问题上，对无人提起的无效婚姻、假离婚以及缺乏相对被告的人事诉讼等案件检察机关应义不容辞地担负起诉和被诉的重任。地位优越的检察机关在提起人事诉讼后，其监督权能是否会影响诉讼权的正当行使，是否有损司法公正?答案不言而喻。因为检察机关在行使不同下位权力时，尽管其角色发生转换，必须作为民事诉讼当事人遵从各种民事诉讼规则使其诉讼权的具体行使必须符合民事诉讼法的规定不过这种角色转换并不影响监督权的施行。在检察机关提起民事诉讼后，作为诉讼当事人，行使当事人的诉讼权利，同时对审判活动合法性进行监督，是并行不悖的。[359]

1、检察机关参与人事诉讼的范围

(1)检察机关提起一般民事诉讼的范围。为了最大限度地保护国家、社会以及公民的合法权益，应遵循纠纷解决的多元化机理，国家应尽能多地提供纠纷解决方式和救济途径。由于我国检察资源的有限性，检察官不可能也不必要参加所有的民事诉讼，检察官提起民事公诉案件应当有一个特定的范围，只能是涉及国家、社会利益和公民重大利益的民事案件。那么，检察机关究竟可以将哪些案件诉诸人民法院?这也是法学理论界与司法实务界争论颇多的一个问题。从西方的民事检察制度来看，检察机关参与民事诉讼案件主要涉及以下几类：一，关于自然人身份的案件。主要包括婚姻无效案件、亲子关系案件、收养案件、禁治产案件、监护权案件等。二，关于法人方面的案件。主要包括法人解散案件、法人清算案件、变更法人组织、公司法人的整顿及破产案件等。三，关于宣告民事行为无效性的案件。主要包括合同无效案件、遗嘱无效案件、无主物归国有的案件等等。四，侵权案件。主要包括侵害非特定人社会公益的案件、侵害国家、政府、公民、法人及其他特定对象并损害社会公益的案件等。

我国一些学者在主张检察机关提起民事诉讼的同时，对其提诉范围也进行了限制。限制的旨意主要基于以下两方面的考虑：一方面它避免提起案件的随机性，避免检察官机关的大包大揽行为；另一方面我们的检察资源有限，不能眉毛胡子一起抓，要突出重点。经过一番唇枪舌战并遵循一定原则的基础上，一些学者们将检察关提诉锁定在国有资产流失案件、环境污染案件不瑾断案件三类民事诉讼案件上。[360]

(2)检察机关参与人事诉讼的范围。遗憾的是，我国一些学者们并未把西方各国理所应当属于检察机关辐射范围的人事诉讼案件纳入我国检察机关提起民事诉讼的范围。这是一种反主流的学术观点。虽然学者们也列举了将人事诉

[357] 冈恒学:「人事诉讼的研究」，第一法规 1980 年版，第 82 页。
[358] 冈恒学:「人事诉讼的研究」，第一法规 1980 年版，第 82 页。
[359] 杨荣馨:《民事诉讼原理》，法律出版社 2003 年版，第 226 页。
[360] 杨荣馨:《民事诉讼原理》，法律出版社 2003 年版，第 233 页。学者们主要遵循三个原则：一是维护国家和社会利益原则;二是维护民事法律的统一、正确实施原则，三是维护司法公正、司法权威原则。

讼案件出局的理由，但都很难自圆其说。当然，检察机关也无必要参与所有人事诉讼案件，应将其参与范围限制在合理的范围内。从目前我国人事诉讼的状况来看，笔者认为暂且应将婚姻无效、撤销之诉、子女认领之诉、生父确认之诉等纳入参与范围。

2、我国构建检察机关参与人事诉讼所面临的困惑

目前，在我国由于检察官的特殊地位，如果允许检察官参与人事诉讼，那么，然对我国目前的当事人适格理论带来冲击。要赋予检察机关提起或参与包括人事诉讼在内的民事公益诉讼，将面临诸多捉襟见肘的困惑。其一，我国目前宪法、组织法等法律不能直接作为民事诉讼的依据，不能直接“司法化”，因此检察机关提起人事诉讼尚处于无明确法律可以依据的地位，从制度上给检察机关提起人事诉讼造成极大的阻碍。其二，由于法律规定的不明确性，各地检察机关提起民事公益诉讼的做法大相径庭，局面混乱。各地法院对此所持态度分歧较大，导致一些地方法院受理此类案件并做出判决，而另一些地方法院则作出不予受理的决定，无法保障司法的统一，严重危害了司法公正性和权威性。[361]其三，目前的民事实体法是计划经济体制下的产物，在体系上以及内容上都存在诸多不尽人意之处。其中对身份关系问题、环境污染问题、国有资产流失问题等民事领域的许多重大问题缺乏具体和有针对性的实体法保护，出现了许多合法利益和公益受损而无人提起或无法可依的困境。其四，在民事诉讼程序方面，我国的民事诉讼法仅原则性的规定了检察机关对民事审判活动享有的监督权，缺乏对检察机关的一般民事活动监督权及权力行使的具体规定，致使司法实践不统一。其五，现行庭审制度难以满足检察机关参与人事诉讼程序的需要，应施行的特别方策或构建一种特别的诉讼程序。检察机关提起民事诉讼以及参与人事诉讼，主要是基于对国家、人民利益和社会公益的保护，因此，对庭审程序也应进行一些特别的规定。比如，检察机关提起或参与人事诉讼时，一律由同级人民法院受理，不得驳回起诉，亦不得适用反诉；在未征得检察官同意的情况下不得进行调解等等。这是一直以来为何许多学者认为检察机关提起民事诉讼缺少法律依据并在监督权具体内容上争执不休的重要原因之一。

改革开放以来，我国社会中稳定而简单的婚姻家庭关系发生了很大的变化，随着人们伦理道德观念的多元化，身份关系纠纷呈现出日益复杂化的倾向，不但离婚率逐年攀升，非婚生子女的认领、收养等其他身份关系纠纷大量登堂入室。如果严格遵循“直接利害关系人”之当事人适格标准，既不能很好保护当事人的合法权益，同时也不利于社会公益的维系。尽管人事诉讼程序中限制辩论主义适用，强调法院的职权干预，但是就目前我国法官队伍的现状和法院内部结构来看，还难担此重任，检察机关的参与可以弥补职权探知的不足。因此，在未找到更为恰当人选(机构)之前，准许检察机关参与人事诉讼为大势所趋。

第六章 设立中国特色人事诉讼程序之构想

本文不惜笔墨用了五个章节对人事诉讼的程序价值、法理依据以及诸国人事诉讼(家事诉讼)程序相关规定等进行了较为详尽的介绍、评析，其旨意在于为我国将来设置人事诉讼程序发掘可资参考、借鉴的体例和内容。那么，首先就涉及到一个至关重要的问题，即我国是否有必要设立人事诉讼程序?若有必要，何时设立、具体该如何构建、哪些内容须纳入人事诉讼程序制度中、目前国内相关理论研究成果是否足以支撑我国人事诉讼程序的设立等等，都是本章所要涉猎的问题。要科学、合理地构建我国人事诉讼程序制度，有必要对我国目前有关人事诉讼程序理论研究状况和现行法对人事诉讼的相关规定等作一个全面透视，据此判断我国制定人事诉讼程序制度的必要性和时机。

一、我国人事诉讼程序理论研究与立法状况之透视与反思

(一)我国人事诉讼程序理论研究状况

从上世纪九十年代中后期开始，我国民事诉讼法学研究呈现出一片繁荣景象，民事诉讼法学获得了长足发展。民事诉讼基础理论的现代化、系统化、本土化基本完成，具体程序制度设计的研究也取得重大进展。[362]而在这些研究成果中，有关人事诉讼程序制度的研究却屈指可数。特别是改革开放以前，民诉法学界受前苏联民事诉讼理论的影响，极少有人对人事诉讼程序进行专题研究，甚至在理论上“人事诉讼”这一用语都尚未启用，人事诉讼程序制度的理论研究呈现出荒漠化现象。学界未涉足人事诉讼程序研究主要原因在于：其一，计划经济体制下公有制占主导地位，私人间的经济活动较少。法人间纠纷的解决更多的是依赖行政手段，民事案件种类单一，财产权纠纷较少，主要以婚姻诉讼案件为主，这一时期，只有经济案件才被人们视为特殊案件。完全按照行政模式建立和运作的司法程序中，法官的职权干预力度极大，当事人的诉讼权利受到极大的限制，普通诉讼程序和婚姻诉讼程序区别不大，尚无制定人事诉讼程序的现实要求。其二，婚姻家庭制度相对较为健全，婚姻家庭案件的诉讼程序直接影响着其他民事案件的诉讼程序，普通民事诉讼程序基本上可以满足单一的人事诉讼案件的需要，因此在相当长的时期内，我国无人提及“人事诉

[361] 杨荣馨：《民事诉讼原理》，法律出版社2003年版，第240页。

[362] 参见江伟、孙邦清：“民事诉讼法修改势在必行”，资料来源Law——thinker.com。

讼”和无人专门研究人事诉讼也是不足为奇的。

进入九十年代后，学者们的研究态度仍缺乏前瞻性，主要是对司法改革的热点问题如证据制度、准备程序、庭审制度等进行了热烈而深入的探讨和研究，对民事诉讼程序制度的空白地带如人事诉讼程序、简易程序等却泼墨甚少，只要信手翻阅前些年的法学书刊和杂志，就不难发现有关人事诉讼程序研究的文献的确可以用“凤毛麟角”来形容。

人事诉讼程序理论研究的滞后就真的表明司法实践中不需要人事诉讼程序了吗?事实上并非如此。率先着手人事诉讼程序研究的不是民事法学者而是司法一线的法官，比如李杰的《完善我国身份关系诉讼制度的构想》、王礼仁的《设立人事诉讼制度之我见》等等，他们积极地为人事诉讼程序的设立建言，从另一个侧面折射出审判实践对人事诉讼程序、理论的渴望。长期以来，司法实践中“重实体、轻程序”的观念根深蒂固，人们只关心作为裁判结果的实体问题的公正，漠视取得这种公正结果的过程。不太重视案件类型化和程序对称原理，对程序的专门化设计研究甚少。一般民事诉讼程序被供奉为解决任何性质案件的“万金油”。依据一个普通程序，法院都可以凭着感觉对各类案件作出裁判。这种无视程序对称内在机理的奇特操作程式，对人事诉讼这样性质特殊的案件则显得有些苍白无力。随着我国法制进程的推移，法院和当事人必然会关注程序与实体的公正性，必然会对诉讼程序提出规范化、精密化的要求，程序相对称原理也必定为人们所重视。因此，充分认识人事诉讼案件的特殊性，对构建符合中国国情的人事诉讼程序制度而言，具有十分重要的现实意义。

然而，值得庆幸的是，近年来，学界对人事诉讼程序的设立已初步达成共识，其研究亦逐渐成为民事诉讼法修改的诸多热点问题之一，不仅在一些著书中出现了关于人事诉讼程序的章节，同时问世了一些倡导人事诉讼程序设立的论著，为我国人事诉讼程序制度的理论荒漠增添了一道靓丽的风景线。[363]我们欣喜地看到，民诉学界致力于人事诉讼程序研究的同时，还对我国人事诉讼程序的确立进行了初步的尝试，[364]这种精神令人倍受鼓舞。

(二)我国现行法就人事诉讼程序规定的病理分析

自 1982 年我国第一部《民事诉讼法(试行)》的出炉到 1991 年现行《民事诉讼法》的问世，时至今日，已经历了 20 多个年头，民事诉讼法作为解决各类民事纠纷的程序依据，对司法实践发挥了重要的指导作用，对平息私人纷争、稳定社会秩序可谓功绩显赫。在民事诉讼法制定之初，由于民事案件大多为婚姻家庭纠纷，因此，立法者并未根据民事案件的性质不同，分别在民事诉讼法中设立对应的程序。换言之，在相当长的一段时期，民事诉讼法对司法实践而言是完全“够用”了，毫无对之加以修改和增设新程序的必要。然而，随着我国市场经济体制的导入和社会观念的变迁，新的纠纷类型不断涌现，民事纠纷种类在内部的比例也发生了变化。加之，《婚姻法》、《收养法》等的不断完善，人事诉讼案件的格局也发生了变化，原来以婚姻关系案件为主的格局已经打破，亲子关系案件、收养案件等亦大量登堂入室，人事诉讼案件在种类上呈现出多元化的趋势。民事诉讼法的滞后性已非常突出，在立法职能缺位的情况下，为了满足司法实践的需要，最高人民法院出台了诸多司法解释加以补充。这样以来造成司法解释极度扩张，民事诉讼法已经被各种形式的司法解释、司法改革措施所肢解、淹没，民事诉讼法已经支离破碎甚至被架空，这严重损害了民事诉讼法的完整性与统一性，以致于有学者称民事诉讼法已经成为摆设。[365]笔者认为，司法解释作为一种临时的补救措施，其作用与合理性是无可非议的。但是，如果法律制度不完备之处长期靠司法解释来补充的做法是非常值得商榷的。因为，司法解释具有先天“刚性”不足的缺陷，从法律规范的层级效力讲，它也不能与作为基本法规范的民事诉讼法律条文相提并论。从目前我国的司法实践来看，仅仅通过司法解释来规范人事诉讼程序是远远不够的，从解释的内容上看，只是初步认识到人事诉讼程序与普通程序有所不同，并未从根本上认识到人事诉讼程序的本质和人事诉讼案件的特殊性。

诚然，任何一种制度只能是一定历史时期的产物，而作为制度基础或背景的社会经济、运作环境及人们的意识等又始终处在永不停息的变化之中，因此，不管制度的设计者或制定者具有多么高远的前瞻性，其设计或制定出来的制度都不可能逃脱滞后的命运。我国民事诉讼法及相关司法解释有关人事诉讼程序的规定也不例外，其病态主要表现在以下几个方面：

1、条文过于偏少，不能满足司法实践的需要。我国民事诉讼法的制定与其他法律相似，遵循的是“宜粗不宜细”的立法技术。因此，无论是 1982 年的试行《民事诉讼法》还是 1991 年的现行《民事诉讼法》均未设立人事诉讼程序，最高人民法院也没有专门对人事诉讼审理程序作更多的司法解释。有关人事诉讼审理程序规定主要分散在民事诉讼法、司法解释以及婚姻法等中。试行《民事诉讼法》中关于人事诉讼程序规定的只有几个条文，如第 21 条、54 条、62 条、

---

[363] 李杰：“完善我国身份关系诉讼制度的构想”，《中国法学》1990 年第 6 期;王强义：《民事诉讼特别程序研究》，刘玉田：“建立我国身份关系诉讼之诉当议”;王礼仁：“设立人事诉讼制度之我见”。

[364] 江伟教授和孙邦清先生在《中华人民共和国民事诉讼法》修正建议稿中已将人事诉讼程序纳入其中，建议稿第 367 条——384 条便是关于人事诉讼的规定。

[365] 参见江伟、孙邦清：“民事诉讼法修改势在必行”，资料来源 Law—thinker.com。

84条、103条、119条等，从内容上看，基本上都是关于婚姻关系诉讼；1991年民事诉讼法有关人事诉讼程序规定从数量上看，尽管只增加了少许条目，但从内容上看，却发生了较大变化，对婚姻案件等人事诉讼案件的规定更加明确。[366]除此之外，最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》(第8条)、关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的意见(第10条一16条、第92条、93条、94条、144条、150条、151条157条、185条)、《婚姻法》(第32条、34条、10条、11条)、关于适用((中华人民共和国婚姻法》若干问题解释(一)(第7条、9条、12条)、(二)(第2条)、1984年最高院《关于贯彻执行试行民事诉讼法若干问题的意见》(第124条)，等等，均就人事诉讼案件的程序问题作了规定。[367]尽管司法解释对民事诉讼法就人事诉讼程序规定的缺位和不足进行了细化和补救但相对于人事诉讼案件占整个民事案件半成以上的司法实践而言，依然只能是杯水车薪，难以倚重。虽然条文的多寡并不能成为我们评价一项法律制度优劣的唯一标准，但太过偏少却无论如何都难以有效地规范相关主体的行为，同时又会给适用者留下太大的自由空间，从而会使该制度本身失范。

2、规定散乱，实践中难以遵循适用。现行民事诉讼法就人事诉讼的规定过于粗疏、简略，甚至显得有些支离破碎。而且，这些规定不集中，散见于民诉法、实体法的部分条文和最高人民法院的司法解释文件中，加之，在诉讼立法和司法解释上仅限于离婚诉讼规定，[368]对人事诉讼其他类型的案件如亲子关系案件以及收养关系案件的规定几乎是一片空白。法律制度规定的不完善，使司法实践部门的实际操作缺乏应有且必需的法律根据，给司法实践带来诸多不便。

3、规定太过原则和笼统，缺乏应有的操作性。从一定意义上讲，程序就是一种操作规程，因此操作性应当是自身所应有和必备的属性。但我国现行民事诉讼法有关人事诉讼程序的规定显然太过于原则和笼统。其中较为突出的就是适用案件范围明确，这与其它大陆法系国家的反差较大，比如日本人诉法第2条便对该法所适案件范围采用列举的手法进行了明确，而我国的规定却是含糊其辞。近年来的民事审判实践充分证明，就人事诉讼规定过于简单、笼统甚至是法律空白，已远远不能适应当今复杂的社会形势，更不能适应人事诉讼实践的要求。主要表现在：(1)人事诉讼中的离婚诉讼的规定不够完善。如民事诉讼法第111条第7项“判决不离婚和调解和好的离婚案件，没有新情况新理由，原告在6个月内又起诉的，不予受理”之规定，对当事人重新起诉的要件在诉讼立法上应当作出正面规定而法律却未规定，“没有新情况新理由”之说过于原则和笼统，实践中难以把握；当事人无讼能力，法定代理人如何确定没有规定；离婚诉讼能否再审、有无限制未作规定，等等。(2)对属于人事诉讼的亲子关系、收养关系诉讼没有做出适当的特殊规定，致使审判无法可依。例如，法院判决不准解除收养关系的收养诉讼，判决之后收养关系恶化，当事人能否重新起诉；收养关系诉讼与亲子关系可否适用调解制度，解除收养关系的诉讼调解是否是必经程序；亲子关系与诉讼关系可否存在第三人，能否再审等。

(三)我国未设立人事诉讼程序的成因分析

人事诉讼的厥失与新中国民事诉讼法生成发展的历史和特定的时代背景下人们由此形成的观念有关。[369]正如经济学家亚当·斯密所言：“一种法律在初成立时，都有其环境上的需要，并且，使其合理的，亦只是这种环境。”[370]人事诉讼案件在我国栖息已久，占据了民事诉讼案件的相当份额，先后颁布的两部《民事所诉讼法》均未设立人事诉讼程序加以应对，即使在这种情况下，人民法院也能毫无障碍地依据普通诉讼程序对人事诉讼案件作出妥当的处理，理论界极少有人究其原因。从表面上看，似乎让人有些匪夷所思，而从当时的司法制度和社会状况等来审视，却又是非常自然的事情。总之，我国未设立人事诉讼程序制度，既有民事诉讼法制定之初经济制度和社会结构方面的原因，也有立法政策以及民事诉讼程序体制方面的原因。

1、民事案件以婚姻家庭案件为主的格局决定了民事诉讼法中未设置人事诉讼程序

在经济体制转轨以前，离婚、收养等人事诉讼案件在我国一直存在，甚至占据了民事诉讼案件中的绝大多数，比

---

366 1991年民事诉讼法的第23条、62条、90条、221条、120条、134条、237条、244条、151条就人事诉讼程序进行了规定，内容上较1982年民诉法广泛、具体。

367最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第8条规定，有关身份关系的诉讼不适用自认和认诺规则： 最高院关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释中的第11条对婚姻撤销之诉所应适用的程序作了规定：1984年最高院《关于贯彻执行试行民事诉讼法若干问题的意见》第124条中规定，l，结婚时间短、财产争议不大的离婚案件，或者当事人婚前就患有法律规定不准结婚的疾病的离婚案件：2，确认变更收养、抚养关系，双方争议不大的案件应适用简易程序。

368 我国民事诉讼法及其司法解释就婚姻诉讼的特别规定，民事诉讼法第62条、11条、137条、181条，最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第8条，《关于适用<中华人民共和国民事诉讼法)若干问题的意见》第93条、144条、150条、157条，《婚姻法》第n条、32条、34条，《关于适用(中华人民共和国婚姻法)若干问题的解释》(一)第7条、9条、12条，解释(二)第2条等。

369 梁宏辉等：“论我国人事诉讼程序之建构”，《广西政法管理干部学院学报》第18卷第5期。

370 亚当·斯密：《富国论》，商务印书馆1987年版，第351页。

如，1963 年婚姻家庭案件占民事案件的 80%左右，1991 年约占 53%。[371]从新中国成立到改革开放这段历史时期，由于我国实行高度集中的计划经济体制，社会结构、经济结构都十分稳定。国民基本上没有私有财产，财产权纠纷相对较少；而在婚姻家庭领域，由于人口流动性很少，家庭极少受到社会外界因素的冲击，基本上维持了“法不入家门”的状态。加之，我国一直实行严格的户籍管理和婚姻登记制度，所以婚姻家庭关系极为稳定而简单。因亲子、收养关系而发生的诉讼甚少民事纠纷类型非常单一以婚姻关系案件为主这些纠纷往往是依据传统习俗或由单位、街道办解决，无需诉诸法院。从而缺乏制定人事诉讼制度的现实基础。这种现象反映到法律制度上，就是不重视身份关系的审理，有限的人事诉讼适用普通程序。在这种情形下，运用普通诉讼程序来处理上述身份关系案件，没有任何障碍，更何况，在当时的法院审理中超职权主义色彩浓厚，国家积极干预纠纷的处理，职权探知追求实体真实，重调轻判等正好契合了人事诉讼的特点。从而没有设立人事诉讼程序制度的现实要求，缺乏人事诉讼程序生成的土壤。

2、重实体与轻程序之立法政策影响了我国人事诉讼程序的制定

为了交易安全和社会秩序稳定，重视实体立法，轻视程序立法，这是世界大多数国家传统的立法政策，我国也未摆脱这一枷锁的禁锢。而先问世的实体法不同程度地制约了程序法的发展。

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，也就没有必要再单独设立人事诉讼程序。我国八十年代才颁布了第一部试行性质的《民事诉讼法》，而正式的《民事诉讼法》是九十年代初才颁布的。反观婚姻家庭制度，早在五十年代我国就制定了《婚姻法》。《婚姻法》的制定，使当时民事诉讼领域形成了以婚姻家庭方面的诉讼案件(包括人事诉讼案件)为主的局面，同时，婚姻家庭案件的诉讼程序也直接影响着其他民事案件的诉讼程序。在整个民事诉讼领域中，婚姻案件的审理程序，也是其它民事案件的审理程序，人事诉讼的特点得到了充分的体现，在人们的观念中，人事诉讼就是通常诉讼，而非特别诉讼。[372]因此，也就不可能再设立专门的人事诉讼程序，而且，人们也难以接受为其设立特别程序的做法。[373]

3、超职权主义诉讼模式决定了我国未考虑设立人事诉讼程序

(1)受苏联客观真实思潮的严重影响。原苏联民事诉讼基于对民事法律关系区别于公法关系的私法性质的否定，坚持国家对“私法关系”的干预，强调法院必须充分干预当事人的诉讼行为。在一种特定的意识形态指导下，其民事诉讼制度以追求诉讼的所谓实质真实为其最高理想，并且把这种对实质真实的追求作为区别于西方民事诉讼制度的根本点。为了实现这种理想和完成国家对民事诉讼实现积极干预的任务，法律规定法院和检察院可以对当事人的处分权实施干预。在原苏联民事诉讼中，“法院无论在收集证据，或者在审查双方当事人关于放弃诉讼请求，承认请求以及和解等声明方面都要进行广泛的干预，目的是要帮助当事人实现他们的权利和合法利益。”[374]否认辩论主义，允许法院收集和调查证据可以不受当事人主张的拘束，是原苏联民事诉讼为追求实质真实设置的绝招。我国由于受前苏联客观真实思潮的严重影响，没有考虑设置人事诉讼程序。

(2)司法实践中职权主义色彩浓厚。仔细翻阅先后两度颁布的民事诉讼法典，职权主义之规定几乎比比皆是。故有学者指出，“1982 年民事诉讼法典的职权主义是职权进行主义、职权调查主义与职权探知主义三者的结合。”[375]虽然 1991 年民诉法典提高了当事人在诉讼中的程序地位，弱化了法院对当事人诉讼行为的职权干预，强化了当事人的处分权，但是，由于 1991 年民事诉讼法脱胎于 1982 年试行民事诉讼法，或许是因为“遗传”的缘故，人们仍旧能看见试行民事诉讼法残留着的职权主义“胎记”。法院在案件审理过程中依然拥有较大的职权，当事人的诉权仍然无法较好地约束法院审判权。虽然遗留的职权主义“胎记”与一般民事案件的审理机体不太相称，但与人事诉讼案件的审理机体却甚为匹配。

在我国，长期实行职权主义诉讼模式存在主、客观方面的原因。从客观原因看，新中国刚刚建立时无论从经济上，还是文化上，广大老百姓还没有能力以自己为主来进行民事诉讼活动。这一特定的历史条件，决定了当时的诉讼宜采用职权主义，而不宜采用辩论主义，从主观原因看，我国受前苏联的影响以及国内极左思想的长期束缚，司法程序上完全按照行政模式建立和运作，在民事诉讼程序上实行国家干预原则。法官居于诉讼主导地位为基本特征的职权主义民事诉讼理论导致了超职权主义诉讼模式，[376]通常诉讼和人事诉讼无明显区别，人事诉讼中的职权主义特点已经得到

---

371 文敬：“试论建立民商事合一的现代审判制度”，《人民司法》2000 年第 9 期。

372 王礼仁：“设立人事诉讼制度之我见”，《法律适用》2002 年第 10 期。

373 梁宏辉等：“论我国人事诉讼程序之建构”，《广西政法管理干部学院学报》第 18 卷第 5 期。

374 克列曼：《苏维埃民事诉讼》，法律出版社 1957 年版，103 页。

375 肖建国：《民事诉讼程序价值论》，中国人民大学出版社 2000 年版，第 119 页。

376 超职权主义诉讼模式是指与大陆法系国家的职权主义模式相比，更注重法官在诉讼所发挥的主导或主宰作用的诉讼模式。参见陈桂明：“民事诉讼中法院职权的弱化及其效应”，《法学研究》1992 年底 6 期。

了充分体现。[377]在这种情况下，没有必要再单独设立人事诉讼。超职权主义诉讼模式正迎合了人事诉讼案件的特性，即发现真实的需要。

在我国职权主义的立法和审判模式下，人事诉讼程序相对于当事人主义的诉讼制度所欲遵循的特殊程序法理既失却了必要性，也失去了特殊性，因为这样的诉讼制度和诉讼模式本身就适合人事诉讼这一特殊机体。人事案件之特殊性要求在程序上有别于财产权案件的诉讼程序。因为以财产关系为诉讼标的的一般民事案件应施用私权自治为核心的当事人主义诉讼模式。一直以来，在司法实践中，司法机关并未根据案件的特殊性而适用不同的诉讼模式和裁判模式，无论是一般民事案件还是其他案件，一律都实行职权主义甚至超职权主义。在职权探知主义本身就是我国民事诉讼制度的一般常态的情形下，如果再在我国民事诉讼法中另行章节设立人事诉讼程序或单独制定人事诉讼程序法颇有一种画蛇添足的味道。

4、我国民事诉讼体制特殊的历史背景

建国以来我国所构建的诉讼制度是以职权主义为背景展开的。从历史看，我国职权主义的诉讼制度直接源于解放区的纠纷裁判模式，“马锡五审判方式”便是这个时代的典范。从单纯的操作层面看，马氏审判方式特点有二：其一是证据收集和提出可由裁判者代行。即通过职权对案件事实进行探知，不存在当事人举证制度；其二是在纠纷解决方式上，以调解结案为主。“马锡五审判方式”对后来我国人事诉讼立法和审判实践产生了重大影响，是形成我国职权主义审判方式和审判制度的主要历史根源。

我国民事诉讼体制和模式的确立受到了前苏联典型的职权主义的直接影响，在诉讼理论上表现为强烈的国家干预。“既然当事人之间争议的法律关系并不仅仅是涉及自己的利益，同时也涉及国家的利益，那么，法院和检察院在民事诉讼过程中的职权干预就成为顺理成章的事”，[378]正是因为前苏联民事诉讼体制在职权审判方式机理上与马氏审判方式间的情投意合，所以，我国诉讼体制和诉讼方式在继承“马锡五审判方式”的基础上毫无障碍地移植了前苏联的诉讼理论。我国二十世纪 40 年代既有以马锡五审判方式为代表的诉讼制度和程序，也有比较明确的诉讼指导思想和成形的诉讼观念，但缺乏体系化的诉讼理论作支撑。被移植的苏联诉讼理论不仅作为人们对受移植的诉讼体制的理论阐释工具，也成为传统诉讼纠纷解决方式得以继承和发展的理论依据。

5、我国特别审判方式方面的原因

长期以来，我国实行的是“诉讼”与“调解”并重的双轨纠纷解决机制，在相当长的一段时期，调解在纠纷的解决体制中甚至超过了诉讼方式。我国调解制度走过了一个“调解为主”到“着重调解”再到“自愿、合法调解”的历程。在前两个阶段，由于特殊的历史背景和社会状况，调解在民事纠纷的解决体制中一直独领风骚，占据着主导地位。即使 1991 年出台的现行民事诉讼法，将调解调整为自愿合法的原则，无论民事案件还是经济案件，一审调解率仍居高不下。比如，1998 年全国法院民事一审收案 3375069 件，其中 1540368 件是通过调解方式结案的。[379]由于人事诉讼案件的特性，人事诉讼程序所追求的价值目标并非简单的“非黑即白”的判断，以获取表面的相对正义和公平，而更多地表现为恢复情感、消除心理伤害、保护基本人权等，要求在其解决机制中实行调解前置主义。如此偏好调解的法院和如此重视调解之审判方式，正好迎合了人事诉讼案件中大部分案件的处理需要。比如 1998 年 1427482 件婚姻家庭案件中有 710428 件都是依调解程序结案的，几乎占据了半壁江山。调解与人事诉讼纠纷的解决具有天然的联系。以调解为主的审判体制本身就有利于人事诉讼纠纷的解决，司法实际部门一直也没有认为现行的诉讼程序“不够用”，从未要求立法部门制定专门解决人事诉讼纠纷的应对程序一人事诉讼程序。

二、设立人事诉讼程序的必要性和可能性

人事诉讼案件在我国一直存在，但未相应设置人事诉讼程序，在法律缺位的情况下，司法实际部门依据民事诉讼法、婚姻法以及最高人民法院的司法解释可以基本应对，甚至游刃有余。如今倡导设立人事诉讼程序制度，有学者一定会提出，从建国以来我国一直都无人事诉讼程序存在，人事诉讼案件不是都能很好地解决吗，何有设置人事诉讼程序的必要?这一问题的背后也牵涉到民事诉讼是否有修改的要性。我们谈设立人事诉讼时机时，主要涉及两个问题，一是人事诉讼程序设置的必要性问题,有什么必要在这个时候提出设立?二是现在提出设置人事诉讼程序是否可行或者说设置的理论基础是什么?笔者认为人事诉讼程序设置的必要性可以从以下几个方面进行考察。

1、设立人事诉讼程序是基于人事诉讼案件特殊性质的需要。人事诉讼是关于人的身份权利义务关系的诉讼，身份关系是社会关系的基础，事关社会安定和公序良俗，与一般财产法上的法律关系不同，它不能完全由当事人自由处分，而且身份关系更多地涉及到感情、亲情、伦理道德和隐私问题，因而我们有必要根据人事诉讼案件的不同性质和

[377] 王礼仁：“设立人事诉讼制度之我见”，《法律适用》2002 年第 10 期。
[378] 张卫平：《诉讼构架与程式》，第 97 页。
[379] 参见 1998 年司法年鉴统计资料。

特点，为其设置相应的人事诉讼程序，使其遵循不同的程序法理和程序规则，以利于纠纷的处理和当事人权利的保护。[380]由于人事诉讼的标的的特殊性，案件审理并非追求简单的“非黑即白”判决，使得人事诉讼在审判原则的适用、起诉、审理，特别是执行过程中都有特殊性。[381]具体而言，由于身份关系的非处分性，国家为了维护公益和家庭关系的和谐，应积极地介入人事诉讼案件的处理，故人事诉讼程序遵循的是一种职权主义的程序法理。而在修改后的新民事诉讼法中，通常程序向当事人主义靠拢已成为理论界与实务界的一种共识，[382]因而二者分立，设立人事诉讼程序有助于立法结构的安排和这两种程序内部的和谐一致，有利于“两便原则”的彻底贯彻。

2、设立人事诉讼程序适应人事诉讼案件数量的增加与多元化的需要。随着经济的飞速发展和社会的剧烈变迁，我国有关人事诉讼案件的范围越来越广，案件的数量和种类增多。除传统的离婚诉讼外，二十世纪九十年代，我国颁布了《收养法》，各类类收养关系诉讼增加，

	一审民事案件/件	
时间	总民事案件数	婚姻家庭案件比例
1987 年	1213219651875	53.7%
1988 年	1455130747506	51.3%
1989 年	1815385869872	47.9%
1990 年	1851897938586	50.7%
1991 年	1880635995520	53.9%
1996 年	30939951397672	45.1%
1997 年	32775721435194	43.8%[383]

特别是2001 年修改后的《婚姻法》中增设了无效婚姻和可撤销婚姻不仅仅是人事诉讼的范围增加而且从无效婚姻和可撤销婚姻案件的诉讼特点来看，职权干涉原则的色彩也更加浓厚。因而，从人事诉讼范围及其自身诉讼的特点来看，应当从通常诉讼中分离出来另行规定。

民事诉讼法中未设立人事诉讼程序，并不能否认人事诉讼的存在和发展。随着我国政治、经济体制改革的不断深入，我国的经济结构发生了很大的变化，平等主体之间的交往日益频繁，人口流动性大为增加，人与人之间的连接越发松散，这势必引起稳定而简单的婚姻家庭关系的变化。这种变化趋势已经在社会生活中逐步凸显：(1)离婚率逐年增高，离婚案件增多。如 1978 年的离婚与结婚的比率为 3.4%，而 20 年后，这一比例提高到 13%左右；[384]有关的司法统计资料表明，近十年，婚姻家庭案件几乎每年都以 100/0 的速度在递增，数量上增加了一倍多。[385] (2)身份关系与财产所有权人或被继承人的财产权关系重大。有关家庭财产的分配、遗产的继承等纠纷大量涌现，这些财产和遗产纠纷往往与一定的身份纠纷联系在一起，必然以身份纠纷的解决为前提，这是我国建立人事诉讼制度的社会经济原因。过去，法院处理离婚案件主要是对单纯的身份关系做出判决，而夫妻之间的财产问题一般不是法院审理重点，因为在过去的绝对公有制体制和分配制度下，个人所拥有的财富是十分有限的。而时至今日，由于市场经济原理的杠杆作用，公民积累的个人财富日益增多，这样一来，在离婚诉讼中，法院处理离婚案件不仅仅涉及离婚这一单纯的身份关系，更会涉及夫妻关系财产的认定、分割，以及离婚后对配偶一方的扶助、子女监护等问题。(3)与婚姻有关的纠纷日益增多。随着社会意识形态的变化，儒学礼教对人们行为约束力大大减弱，出现了包二奶、买卖婚姻、假结婚、离婚等不道德事件。据报道，近年来，我国因通奸、妍居而引发的离婚纠纷有所上升，大约占离婚纠纷的 10 一 20%，有的地区高达 30 一 40%左右；另一方面，通奸、娇居行为日益公开化，由此而引发的伤害、凶杀案件，在刑事案件中占有相当的比例。[386] (4)亲子关系、收养关系诉讼渐增。改革开放后，由于受西方意识形态的严重影响，非法同居现象的屡禁不止，导致非婚生子女大量涌现。由此伴随的非婚生子女的抚养、认领纠纷也频频出现在法庭之上。同样，收养关系诉讼日益增多。随着社会的发展以及人们权利意识的增强，我国婚姻家庭领域的案件数量呈不断增长之势已是不争的事实。为了适应客观需要，设立专门的人事诉讼程序解决家庭财产纠纷、维护社会稳定已刻不容缓。正如顾培东先生所指出的那样，“当某种社会冲突大量出现时，需要相应的解决手段时，一定的诉讼形式便获得了产生的根据。”

面对人事诉讼案件的日益复杂化、多元化发展，如果仍旧沿用普通诉讼程序的审理理念和程式来矫正出现“故障”

[380] 梁宏辉等：“论我国人事诉讼程序之建构，，《广西政法管理干部学院学报》第 18 卷第 5 期。
[381] 刘玉田：“建立我国身份关系诉讼制度当议”，《中央政法管理干部学院学报》1998 年增刊。
[382] 张卫平：“民事诉讼基本模式：转换与选择之根据”，《现代法学》1996 年第 6 期。
[383] 参见 1987 年——1997 年《中国司法统计资料》。
[384] 杨大文等：《婚姻法修订中的热点问题》，人大法学院建院五十周年学术讲座(三)。
[385] 《中国法律年鉴》，法律出版社 1998 年版。
[386] 巫昌祯主编：《婚姻与继承学》，中国政法大学出版社 1997 年版，第 56 页。

的身份关系，往往会迎面难以逾越的困惑。首先，普通诉讼程序严格遵循私权自治原则，在诉讼中给予当事人较多的自由权和选择权，法院一般不予干预；而人事诉讼事件则不完全适用私权自治之法理，其根本原因在于当事人对诉讼标的一身份关系不具有自由处分的权利。我国法律明确规定，无效婚姻是不准许当事人间进行私自和解的。其次，身份关系是涉及公私双益的一种社会关系，实体法就此关系作了种种规定，但诉讼法上没有完全对应的程序，普通诉讼程序充其量勉强能应付人事诉讼诉讼中的部分案件，但就婚姻无效之诉、婚姻撤销之诉、婚姻关系存否确认之诉等人事诉讼纠纷而言则显乏力，只得望洋兴叹，其结果是这些案件极少步入法院大门，致使违法状态一直延续着，严重损害了国家法律的权威和社会公益秩序。随着社会的不断发展和科学技术的进步，新的纠纷类型层出不穷，以公害、医疗纠纷等为代表的现代型诉讼不断显现，有必要将纠纷加以归类梳理，对应地完善或设立程序，设立人事诉讼程序的必要性也应运而生。

3、当事人主义诉讼模式的初步确立，客观上要求单独设立人事诉讼程序制度。最高人民法院《规定》确立了对通常诉讼案件以辩论主义为主的诉讼原则，并明确规定有关身份关系的诉讼不适用于通常的有关规则。这说明，人事诉讼应当有其自身规则。(1)适应人事诉讼的职权主义诉讼模式逐渐被当事人主义诉讼模式所取代。

随着民事司法制度改革的不断深入以及民事诉讼理论的研究不断深化，逐步冲破了超职权主义诉讼理论束缚，形成了符合现代要求的民事诉讼的新理念，为民事诉讼制度的改革指明了理论方向，并有力地推动和促进了民事司法改革步伐。目前，在民事审判诉讼活动中，已初步确立了辩论主义的诉讼原则。传统的以法官为主导的职权主义诉讼模式已逐步被当事人占主导地位的当事人主义诉讼模式所取代，人事诉讼与通常诉讼的区别自然显现出来，人事诉讼与通常诉讼开始分野，原来适应人事诉讼的的某些职权干预原则，应当保留，并从民事诉讼法中分离出来，作为特别诉讼另行规定。[387] (2)调解制度被淡化。我国法院曾长期采用“调解型”审判方式处理民事诉讼，使调解成为我国民事诉讼中最富有特色的一项制度。在很大程度上起到了消除纷争，维护社会安定团结的作用。然而，随着我国民事审判方式改革的深化，通过强化当事人的举证责任、加强合议庭的职能、强调公开审判和完善证据制度等措施，正在使我国的民事审判方式逐步从“调解型”的程序结构向“判决型”的程序结构全面转换。[388]一段时期以来，我国民事诉讼理论界对法院调解提出了一系列的改革方案，甚至有学者主张取消法院调解。在实务界，一些法院调解结案率急剧下降，出现了“重判轻调”的倾向。然而，调解制度被淡化的做法与人事诉讼中适用调解前置程序在制度上格格不入。淡化调解在一般民事审判中的作用、意义是无可非议的，要解决这一矛盾，只能将人事诉讼程序从普通诉讼程序中分离出来。

4、设立人事诉讼程序是与实体法相协调发展的需要。我国民事诉讼法、最高院司法解释以及实体法就人事诉讼案件所适用的程序都进行了规定，制定一部专门的人事诉讼程序法，将上述法典、司法解释中的零散规定加以集中，有利于司法实践部门操作使用。也有利于实现法律体例的规范性。

在我国建立人事诉讼程序制度是与现代民法的发展相适应的。民事诉讼法的目的是以诉讼手段保护民法上的权利。传统民法以财产为核心，物权和债权制度是民法的两大支柱，民法的精神实质是一种“物法”。相应地，在民事诉讼法中以保障和维护财产权为目的的普通程序就成为诉讼法的核心。但是进入 20 世纪以来，现代民法更注重对人身权的保护，尤其是对人格权的研究，大有与财产权分庭抗礼之势，使民法成为名副其实的“为民之法”。这种趋势代表了民法现代化、’文明化的潮流，成为现代民法的基本理念之一。[389]与此相适应，应该在民事诉讼法中高度重视以保障人身权为宗旨的人事诉讼程序。

建国以来，由于对前苏联的立法政策中毒太深，我国非常重视婚姻家庭方面的立法，先后制定了三部《婚姻法》。实体法上已就身份关系进行了种种规定，而程序法缺乏对应的程序，比如，《婚姻法》规定了无效婚姻和可撤销婚姻之诉，而在程序法中没有对应的程序，司法实践中人民法院陷入了无程序可依的尴尬境地。我国现有的法律和司法解释，虽然也有一些关于身份关系诉讼的特别规定，如涉及身份关系的诉讼不适用证据自认规则；离婚诉讼中当事人必须到庭；依法解除的离婚关系的案件不得申请再审；无效婚姻不能调解等等，但却不够全面和系统，不便于司法实践操作和运用，有必要进行全面修改、完善和集中。[390]法谚云“无救济即无权利”，人事诉讼程序的厥失，有使当事人的一些实体权利纸面化的危险。作为临时的权宜之计，只能将其置于离婚诉讼中加以调整。根据最高人民法院《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意见》的规定，以防欺诈对方的婚姻、弄虚作假缔结的婚姻、包办买卖婚姻以及有禁止结婚的疾病的婚姻等，均构成离婚理由。事实上，上述理由都应归于无效婚姻的范畴，将他们统统按照离婚案件处理，适用通常诉讼程序，采取不告不理的原则，这不仅违背婚姻法理，也不利于防范和杜绝那些违

[387] 王礼仁：“设立人事诉讼制度之我见”，《法律适用》2002 年第 10 期。
[388] 杨荣馨主编：《民事诉讼原理》，第 496 页。
[389] 王利明主编：《人格权法新论》，吉林人民出版社，第 196 页。
[390] 王礼仁：“设立人事诉讼制度之我见’，，《法律适用》2002 年第 10 期。

法婚姻的产生。因此，有必要制定单独的人事诉讼程序，将这些案件进行分类处理，以防止乱适用诉讼程序。

笔者认为，鉴于民事诉讼法与民事实体法的血肉联系，随着相关民事实体法的日益完善，民事诉讼法的有关程序亦有相应完善之必要，以利二者之间的协调。事实上，从外国实体法与程序法的关系看，每次实体法的变逸，程序法上都作出了相应的反应。比如，1942 年日本民法中新增设了死后认领之规定，人事诉讼程序法对 19 条和 32 条也进行了相应的调整，规定在子女认领之诉中，作为被告的父亲或母亲死亡后，可以将检察官作为被告提起诉讼(死后认领之诉)。我国《婚姻法》、《收养法》进行了数次修改、完善，而程序法上则未见任何动静，这与实体法的发展极不协调。正如日本学者兼子一教授在评价实体法和程序法的相互关系时所指出的那样:“实体法和程序法犹如一辆马车的两只轮子”，二者是相辅相承，缺一不可的。[391]如今的我国，婚姻家庭领域的实体法已相对完善，但与之相关的程序法却缺乏对应性，要么缺乏相应的程序规定，要么已有的程序规定没有顾及到身份关系诉讼案件的特殊性。也就是说我国婚姻家庭实体法车轮在不断革新，而程序法车轮却无任何改进，还是原来那只陈旧车轮，大家试想一下，我国“法制”这辆马车能正常行驶吗，结论肯定是否定的。反之，如果我们将程序法的旧车轮进行必要的修复，甚至另外安装一只新轮子，其结果就是另一番景象了。

5、设立人事诉讼程序是顺应民事司法改革的需要。民事审判方式改革发端于 20 世纪 80 年代，改革的动因在于改革开放、经济发展带来了纠纷的增多，这样一来，原先以职权探知为核心的职权主义审判方式受到了空前的压力。因此，这场司法制度或司法体制的改革是以司法公正和司法效率为价值目标。[392]改革开放以前，案件数量少，法官有可能亲自进行实时调查，收集证据，并能以事实为根据做出较为公正的裁决。而如今，纠纷增多，诉诸法院的案件数量迅速增长，其结果是，法官再也无力亲自去调查、采证，造成案件大量积压，给法院的审判工作带来诸多压力。为了解决这一矛盾，八十年代末，法院系统主要是基层法院和部分中级法院陆续进行了以“强调当事人举证责任，减轻法院调查取证负担”为核心的改革尝试，这一尝试拉开了审判方式的序幕。以后这一改革不断深化，从强调当事人举证责任到“庭审方式”改革，从庭审方式改革到“审判方式”改革。1996 年 7 月召开的建国以来第一次全国审判方式改革工作会议，使我国民事审判方式改革从点的试验走向全面实施阶段。到后来，审判方式改革工作的进一步发展，已经超出了“审判方式”改革的范畴，进入了“审判制度”改革的领域，审判制度改革的进一步发展，又超越其自身的篱笆，而进入“诉讼制度”改革阶段，最终完成“司法制度”的改革。[393]

在这场历经 10 余年的伟大实践中，法学家和法律家们逐步达成了共识，即基于职权主义的结构性缺陷，我国的民事诉讼模式应当从职权主义向以辩论主义为质的规定性的当事人主义转换，[394]转换的结果应当是以程序公正、程序效率两大价值目标为指针，构建我国的民事诉讼制度；真正尊重当事人之程序主体地位，确立实质性的辩论原则和处分原则；法院审理案件，不应当再强调客观真实，而应以法律真实予以代替；在诉权和审判权的关系上，“诉权应当被置于制约审判权行使的优先地位，而审半椒的行使贝&J1以保障当事人诉权的充分实现为宗旨。”[395]在证据规则上，强调当事人举证，法院一般不得动用职权调查证据，除非法律规定的特殊情形。即便法院在当事人申请下调查取证，也不能超出当事人主张的事实范围。

审判方式改革尽管的的确确给我国民事诉讼理论和实践带来了许多革命性的变化，然而这场改革从一开始就定位于财产权纠纷案件和程序，没有顾及与财产关系性质迥异的以身分关系为诉讼标的的人事诉讼案件，这使审判方式改革本身就具有先天不足的缺陷。现行的审判方式改革是重财产程序、轻身份程序，学者、专家们提出的改革良策大都是针对财产关系案件。这样一来，传统职权主义审判方式在我国民事诉讼领域逐步退缩，在传统审判方式下尚能占有一席之地的人事诉讼案件，

在新的历史条件下却常常表现出无所适从。既然我国民事诉讼法第 3 条将财产关系和人身关系的纠纷作为自己的调整对象，那么民事诉讼程序的改革和设计就不应该只顾及财产关系，而应平等地顾及身分关系纠纷解决的特殊性。若不能做到这一点，我国的民事审判方式改革必然是不全面的，其发展进程必然受到制约和阻碍，无法向纵深发展。因此，有学者指出，“针对程序而言，对于特别程序等非讼程序仍应保留较浓的职权主义色彩。”[396]由此看来，设置人事诉讼程序与司法制度改革并非南辕北辙，都是同一旋律上的音符。

---

391 兼子一等:《民事诉讼法》，法律出版社 1995 年版，第 8 页。

392发这场改革的直接动因是 1988 年 7 月在北京召开的第十次全国法院工作会议。时任最高人民法院院长的任建新同志在此会议上所发表的主题报告中指出:“人民法院要完成新时期的审判任务，必须搞好自身的改革和建设。改革和建设的目的，是要加强和完善自身的机制，充分发挥宪法和法律赋予的审判职能作用。这既包括要根本解决一些长期困扰和严重影响审判工作的问题，是各级法院有一个良好的执法环境：又包括要革除目前审判工作中存在的各种弊端，使审判工作正规化、规范化。”

393 景汉朝、卢子娟:《经济审判方式改革若干问题研究》,《法学研究》1997 年第 5 期。

394 张卫平:《诉讼构架与程式》，清华大学出版社 2000 年版，第 121 页。

395 江伟主编:《民事诉讼法》，高等教育出版社 2000 年版，第 38 页。

396 刘敏:《当代中国民事司法改革》，中国法制出版社 2001 年版，第 168 页。

6、现行民事诉讼法的严重滞后，难以指导人事诉讼之审判实践。现行民事诉讼法是计划经济时代的产物，这一立法背景决定了现行法不可能全面反映一些现代民事诉讼的理念以及与市场经济相契合的理念。中国仍处在“前现代”时期，现行民事诉讼法具有较多的“前现代”法律制度的特点，比如，在诉讼理念体现出强烈的职权主义色彩，在司法技术层面呈现出简易化、单一化、弹性化和非专业性等特征。在人事诉讼方面表现为规定散乱，而且，过于原则和笼统，操作性不强等。因此，在修改我国民事诉讼法的过程中，有必要借鉴外国现代化程度较高的诉讼理念和具体制度。案件分流、程序分类、职能分层等应是民事诉讼程序设计的发展趋势。基本的程序制度不能适应市场经济的需求，且存在着条文过于简略、粗糙，操作性不强等缺陷。民事诉讼法与其运行的社会环境之间的差距越发明显，民事诉讼法的滞后问题异常严重。鉴于民事诉讼法的滞后性，在民事诉讼法未及时修改的背景下，人民法院以现行民事诉讼法为基本框架，围绕证据、执行制度、简易程序、普通程序、再审程序等进行了富有成效的改革，作为这一改革经验主要表现形式为最高人民法院的司法解释，司法解释对民事诉讼法的“修改”是全方位的。由于司法解释的过度扩张，使得民事诉讼法已经支离破碎。由于司法解释不具有诉讼法条文的“刚性”特征，虽然对司法实践具有指导作用，但从根本上讲，它并非法律的“正规军”。况且，这种依靠司法解释来弥补立法空白的方式，并不符合法治的基本精神，采用依靠司法解释对民事诉讼法进行补丁式的完善，只能是头痛医头，脚痛医脚，不能从根本上解决民事诉讼法的缺陷。设置人事诉讼程序也是对民事诉讼法滞后性修复系统工程中的重要作业之一。

以上因素加在一起，在民事诉讼法中设置人事诉讼程序的时机已经成熟，且非常必要。在近两年的诉讼法年会上，对人事诉讼程序设置与否的问题均有涉足。比如，去年在山东烟台举办的中国法学会民事诉讼年会上，在有关民事诉讼法修改的议题中，大多数与会代表主张我国民事诉讼法应当建立多层次、多级别、功能分化的多元化程序体系，以适应不同案件、不同主体对诉讼程序的需求。其中有学者认为有必要设立特定的人事诉讼程序和家事诉讼程序，适用对象为婚姻、收养、抚养、继承方面的案件。这些类型的案件，无论在性质上还是特征上，都与普通民事争议案件有比较明显的区别，因此，它们的诉讼程序也应该有较大的分别，比如实行职权探知原则。[397]就人事诉讼程序制度制定的必要性可谓论据充分，那么，事实上在我国是否存在设立人事诉讼程序的可能性呢?理论基础是否充分?笔者认为，目前在我国建立人事诉讼程序存在相当的可行性。⑴我国清代、民国时代对人事诉讼程序的立法，将之“激活”，实现古为今用。在漫长的中华法制文明中，在诸法合体、民刑不分的封建法制体系下，人事诉讼程序就悄然存在。我国在西周时期就已经和刑事诉讼有了大致的区分，甚至在当时民事案件的审理还发展到根据案件的诉讼标的大小和性质不同而由不同的机构审理，例如婚姻案件由“地官”审理。[398]《尚书·尧典》记载，“帝曰：契，百姓不亲，不品不逊，汝作司徒，敬敷五教，在宽。”[399]《睡虎地秦墓竹简·封诊式》中的“告子爰书”[400]等都是体现对家事纠纷处理的高度重视。清末以后，受西方列强的殖民冲击，中华法系开始沿着大陆法系的轨迹迈上了法典化的法制进程。宣统二年(公元 1910 年)十二月，沈家本主持编撰了《大清民事诉讼律草案》，摆脱了长期以来民·刑一体化、实体·程序法不分的封建法枷锁的禁锢，为中国第一部民事诉讼法典，它给近代民事诉讼法带来了体系和内容。该草案四编 800 条，其中第四编就是关于“人事诉讼”程序的内容，主要包括禁治产宣告程序、准禁治产宣告程序、婚姻事件程序、亲子关系事件程序。这可谓是我国最早的有关人事诉讼程序的成文法尝试。1921 年北洋军阀政府中的北京政府和广东军政府分别编成了《民事诉讼条例》及《民事诉讼律》，这两部法都就人事诉讼程序进行了规定。1930 年至 1937 年分两次公布了民事诉讼法，后经 1935 年、1945 年等多次修改，人事诉讼程序已渐显雏形。1935 年国民党政府时期颁行的《中华民国民事诉讼法》九编十二章共 636 条。该法借鉴了德国民事诉讼法的立法体例，将人事诉讼程序的规定单设一编置于民事诉讼法中。该法第 9 编便是《人事诉讼程序》，分四章分别就婚姻事件程序、亲子关系事件程序、禁治产事件程序以及宣告死亡事件程序加以了规定。⑵现行法律和司法解释对人事诉讼已经有许多特别规定，这为制定全面、系统的人事诉讼制度创造了有利条件。发端于二十世纪八十年代的民事司法改革对民事司法领域的诸多问题，也形成了很多经验，最高人民法院作为经验总结出台了一些司法解释，其中也不乏人事诉讼的规定。《民事诉讼法》、《婚姻法》以及最高院的司法解释对人事诉讼的特别规定，实际上已经开创了人事诉讼立法(广义的立法)先例，意味着我国人事诉讼程序制度应有的内容已成雏形，我国民事诉讼法、司法解释以及实体法(如婚姻法)有关人事诉讼的程序规定总共也有几十条，将之加以归纳、集中并予以细化就可以大功告成。事实上，我国一些学者结合国情已经向全国人大法工委提出了人事诉讼程序立法建议稿，为我国人事诉讼程序的构建勾画出了大致的轮廓。⑶多年来，学者们坚持不懈的理论研究，有关人事诉讼程序构建的理论模式已逐渐成型，为人事诉讼程序的制定积蓄很好的理论储备。⑷两大法系部分国家完备的人事诉讼程序制度为我国建立人事诉讼程序制度提供了蓝本，在“扬弃”的基础上可以为我所用。近

[397] 参见周芳“民诉法修改在渐进中体现现代理念”，载2004 年 12 月《检察日报》。
[398] 平安主编：《民事诉讼法学》，中国检察出版社 2002 年版，第 8 页。
[399]《汉书口百官公卿表》，颜师古注。
[400] 李交发：《中国诉讼法史》，检察出版社 2002 年版，第 24 页。

年来，关于外国的一些人事诉讼程序制度引进、介绍、评价的研究成果较多，对两大法系人事(家事)诉讼程序法的一些制度有了一个比较清楚的了解，这是人事诉讼程序立法的一个非常重要的准备。

三、设立具有中国特色人事诉讼程序之初步构想

(一)构建我国人事诉讼程序应考量的因素

如何构建我国人事诉讼程序的工作固然重要，但是，我们在做具体的构建工作时，应当对我国的社会、文化背景、法律制度的现状等予以充分考虑，否则，打造出来的产品就会缺乏实用性。一般而言，影响立法主要有三个要素：一是国家的法律传统，包括文化传统和心理传统。二是社会现状。三是法律自身的科学性和规律性。因此，我国在进行中国式人事诉讼程序构建作业时，以下几个方面的因素值得考量。

(1)民事诉讼目的。民事诉讼目的是民事诉讼理论的前提和出发点，民事诉讼目的制约着民事诉讼模式、诉讼原则及诉讼制度等等。因此，我国在构建人事诉讼程序制度时，不能与民事诉讼目的背道而驰，不能偏离民事诉讼的基本价值目标。民事诉讼价值的多元化，决定了民事诉讼目的的多重性。不同性质的民事案件所追求的价值目标是不尽相同的，所采用的诉讼模式、诉讼原则等也彼此相异。不同的价值目标以及施行的不同诉讼模式、诉讼原则等在同一个程序内难以进行调和，只能根据不同案件的性质对应设立相异的程序，实现程序设计的专门化。人事诉讼是以自然人的身份关系争讼为调整对象，所追求的价值目标为发现实体真实，更多地采用职权主义之诉讼模式。我国经过司法改革的洗礼后，诉讼模式已逐步从职权主义诉讼模式过渡到当事人主义诉讼模式，以当事人为主导的诉讼模式已基本在我国确立。由于这场改革的重心是针对以财产关系为对象的普通民事案件，并未顾及身份关系案件，从前与人事诉讼相匹配的职权主义诉讼模式已土崩瓦解，人事诉讼目的难以在这种模式下实现，只能另辟他途。

(2)现存的民事诉讼理论体系。我国现存的民事诉讼理论体系是在不断扬弃传统民事诉讼理论糟粕，吸收外国民事诉讼理论的精华而建立起来的，具有相当的合理性，在相当长的一段时期内对我国司法实践发挥了重要的指导作用。因此，我国在构建人事诉讼程序制度时应充分考量这一经纬。为了建立人事诉讼程序而打破现有的理论体系，那将是本末倒置。我国构建人事诉讼程序应采用“软着陆”方式，对于一个尚处于法制建设进程中的国度来说，改革不能对现有体制带来太大的冲击，“伤筋动骨”的做法固然对解决我国民事诉讼理论积弊似乎是一劳永逸，然而，对弱体的当今中国司法而言或许是适得其反。据此，构建人事诉讼程序制度应在我国现有的民事诉讼体系许容的框架内进行，那种脱离中国现实而空谈改革理论的做法系游谈无根，应该加以批判。但是，也不能因为人事诉讼程序的构建会给整个民事诉讼理论体系带来一定的变革，就畏缩不前。与司法实践无法可依的尴尬相比，在不对现有的理论体系作大的变革的前提下，建立具有中国特色的人事诉讼程序制度才是我们明智的选择。

(3)国民的法律素养与司法队伍的素质。随着法制建设步伐的加快，国民的权利意识增强，依靠法律保护自己合法权益的观念已渐入人心，但是，法律意识的增强并不表示国民已普遍掌握了法律知识，也不意味着人们对司法程序的了解。司法的生命力在于国民的消费，要国民很好地消费司法程序，国家在制定诉讼程序时，应该以方便国民利用为首要目标。正如日本司法最终报告书所提出的口号那样，司法制度应成为方便国民之物。从目前我国诉讼程序设置现状来看，难以让国民明隙的成分甚多，因为适用各种不同类型案件的程序并非径渭分明。因此，借司法改革之东风，应将各类程序的疆界明确划分，使人们一目了然，即使不具备太多的法律知识也可以运用。由于历史的原因，司法队伍的整体素质还不尽人意，人事诉讼中即便推行职权主义，也未必就能谋求发现实体真实之价值目标。司法资源是有限的，事实调查和证据收据大多还是要依靠当事人本人，职权主义发挥着补充的作用。法官作为认定案件事实的主体，其个体因素的差异，难以达到客观真实。现代社会的法官，拥有广泛的自由裁量权，并非像孟德斯鸿作为法治理想而描绘的“自动售货机”式的法官。从我国目前司法队伍的现状来看，我国在构建人事诉讼程序的同时应建立检察官参与制度和家事调查员制度，以实现对法官职权探知主义不足的必要补充。

(4)制度移植与本土化兼顾。前面所提到的影响立法的三个主要因素统筹起来，归根到底就是(外国)制度移植与本土化兼顾的问题。总体来说，我国有关人事诉讼的理论资源仍较为匾乏，而德国、日本等人事诉讼程序制度已历经百年岁月，人事诉讼理论积淀甚厚，有关人事诉讼程序制度的论著可谓汗牛充栋，为我国人事诉讼制度的构建提供了丰富的可资借鉴的经验，对之加以介绍和研究是我国人事诉讼程序制度构建过程中不可或缺的重要环节。比较法的一个重要作用在于克服法律“作为一种地方性知识”的偏狭，促进本国文化的发展。[401]法律制度借鉴、移植与人事诉讼法的本土化是我国人事诉讼程序立法的两个重要方面。人事诉讼程序法的本土化，是指人事诉讼程序法的制度设计要根据我国的国情民俗，不能盲目地移植外国法律。因为任何一种法律制度都有其存在生存的气候和土壤。我国将来在借鉴外国人事诉讼程序制度一定要考虑移植的法律与其所依存的法律背景间的关系，对其运行机制、社会环境予以全面考察，并根据我国社会状况予以改良，千万不能为了引进而削足适履。在本土化的过程中，不能抛弃我国本身就优

[401] 左卫民等:《变迁与改革——法院制度现代化研究》，法律出版社2000年版，第20页。

越的本土资源(如调解制度)，而去移植所谓的先进制度。当然，也不能为了片面追求人事诉讼的本土化而将法律制打造得不伦不类，这样不仅不能真正实现本土化进程，反而导致弊端丛生。目前，我国要设置人事诉讼程序制度，在理论上定会遭遇诸多障碍，必然对我国现有的民事诉讼理论带来冲击。“他山之石，可以攻玉”，要消除理论和制度的障碍，借鉴外国先进的人事诉讼程序理念、制度是最为便捷的途径。但是，在“拿来”的过程中应结合我国国情进行“本土化”作业，以免出现水土不服。

(二)构建我国人事诉讼程序的立法模式

1、立法模式。放眼当今世界，就人事诉讼程序的立法体例大致可分为三种模式： 第一种是德国模式。即在民事诉讼法中，将人事诉讼程序作为专门一编加以规定，德国、我国台湾地区等采用此种模式；第二种是日本模式。将人事诉讼程序法单列，形成一部单行法规，日本、韩国等采用该种模式。第三种是苏联东欧模式。这种模式是在民事诉讼法中不区分人事诉讼与一般民事诉讼，仅就人事诉讼中的主要诉讼类型如离婚之诉等有关问题作出特殊规定。我国目前的做法就属于第三种。

从我国现行民事诉讼法就有关人事诉讼的规定来看，远远落后于《婚姻法》、《收养法》等实体法的步伐，基本上都是依靠最高人民法院的司法解释来进行补位，在此我们姑且不论最高院的司法解释的合理性、效力如何，如果司法实践中什么程序“不够用”就加以解释的话，那么，立法机关的职责何在?民事诉讼法中关于人事诉讼的规定过于简单，未免挂一漏万，现行法中有关人事诉讼程序的规定过于片面、笼统，已无法完全适应人事诉讼实践的需要，因此，笔者认为，结合中国司法制度的现状，对人事诉讼程序尽快予以完善是非常必要的，也是必需的。

那么，构建我国人事诉讼程序时，是采用上述三种模式中的一种，还是另辟他路?就这一命题，应结合我国法律制度的现状和构建的可能性加以抉择。首先，毋庸置疑，现行的前苏联模式应予摒弃，对此在我国学界已达成共识，就其理由不作更多的阐释。其次，日本模式-一单行立法体例，这种施用专门法规对人事诉讼加以规定的做法是值得称道的，存有相当的合理性和诸多可取之处，一则与他们较为繁杂的实体法相协调，便于实体法的贯彻实施；二则便于法院和当事人在诉讼中遵循。[402]笔者认为，日本模式应该是未来人事诉讼立法体例的主要发展方向，只不过这种模式目前还难以为我所用。再次，从我国目前的司法现状来看，德国模式最适合我国。从操作的方便性、可行性看，德国模式更适合现在的中国。具体而言，就是在民事诉讼法的第二编“第一审程序”中单列一章人事诉讼程序，对人事诉讼的范围、起诉、特殊主体的当事人适格、调解前置等需要特殊规定的问题集中加以规定。这种立法体例的好处在于，既可以凸显人事诉讼程序有别于一般民事诉讼程序，又不至于对现行民事诉讼法的体例构成造成太大的破坏。

2、采用德国模式的理由。采用德国立法模式主要存有以下几点理由：其一，人事诉讼具有与其他民事诉讼不同的特点。人事诉讼是以人的身份关系为诉讼标的，在适用诉讼模式、追求的价值目标等方面与一般民事案件存在较大的差别。将人事诉讼程序单列一章既便于法院司法、当事人守法，也便于立法技巧、结构的安排；其二，避免部分章节内容的重叠，以实现精密立法。虽然人事诉讼在适用原则、程序构造等方面与一般民事诉讼不尽相同，但是在诉讼制度、诉讼程序上，有诸多需要人事诉讼与一般民事诉讼共同遵循的内容，因此，对于一般民事案件所适用的起诉、管辖、证据采信、合议庭的组成等人事诉讼同样适用。其三，足以表明对人事诉讼事件特殊性的重视。人事诉讼与一般民事诉讼相比，在程序上具有较强的公益性，其判决结果不仅对诉讼当事人当然地具有拘束力，案外第三人也要受判决效力的拘束。因此，将这一程序从一般民事诉讼程序中分离出来，具有很强的现实意义。其四，可以减少新问世的程序给法院审判实践带来太大的波动。要将人事诉讼程序完全从民事诉讼法中肢解出来独立成法，一是条件还不够成熟；二是离我国原有的立法体例跨度太大，恐怕一时难以为社会各方所接受。因为，我国毕竟没有人事诉讼制度的历史传统，也没相关的概念体系。其五，增加设置人事诉讼程序制度的可能性。从目前的立法动向来看，要别于民事诉讼法另行制定一部人事诉讼程序法，缺乏现实的可能性，因为，民事诉讼法本身都还有诸多地方值得修改，无暇顾及人事诉讼程序的单独立法。德国立法模式较为简洁，立法改革阻力较少，搭民事诉讼法修改的便车来得方便快捷。[403]及早建立人事诉讼程序才是众望所归。事实上，从一些专家提交的民诉法修正草案中对人事诉讼程序的设置来看，都采用了德国模式，比如，江伟教授等拟订的民事诉讼法建议稿。

但是，笔者认为在民事诉讼法中单列一章“人事诉讼程序”的做法是一种暂时的策略，从长远来看，应该采用日本立法模式，制定一部单行的人事诉讼程序法。这是因为：(1)两种程序的价值取向不同。人事诉讼程序不是要裁判者作出一个“非黑即白”的判断，其目的在于为身份关系的稳定寻找良策。人事诉讼程序追求的实体真实，而一般民事案件追求的是法律真实，将两种价值取向各异的程序放在同一部法典中，不利于司法实践操作。同时，从今后的发展趋势来看，设立家事法庭也是大势所趋，家庭法院适用人事诉讼程序法，普通法院则适用民事诉讼程序法。这样一来

[402] 李杰：“完善我国身份关系诉讼制度的构想”，《中国法学》第6期。

[403] 梁宏辉等：“论我国人事诉讼程序之建构”，《广西政法管理干部学院学报》第18卷第5期。

便一目了然，便于程序的消费者消费程序。(2)程序的参与者不同。由于人事诉讼程序具有较强的公益性，程序的参与者一定会突破传统的当事人适格理论。为了程序的公益性和对案外第三人正当利益的保护，应准许公益的代言人一检察官参与人事诉讼。这样原来的诉讼程序已不适应人事诉讼案件的解决。单列人事诉讼程序法是解决这一程序冲突的最佳办法。(3)人事诉讼判决效力与一般民事诉讼判决不同。一般民事诉讼判决的效力只对双方诉讼当事人具有约束力，一般不发生对世效力；而在人事诉讼中，为了保持身份关系的高度稳定，其判决效力当然地对当事人产生拘束力外，也及于案外第三人。换言之，人事诉讼中，广泛认同了判决对世效力。因此，将两种判决效力各异的诉讼置于同一程序规定中，容易使程序消费者对司法机关的权威性产生迷茫的认识。

(三)我国人事诉讼程序的调整对象

适用范围问题是人事诉讼程序中一个最基本的问题，也是一个十分重要的问题，这个问题解决不好，就难以深入其他相关问题的讨论。在探讨我国人事诉讼程序适用范围时，应该根据《婚姻法》和《收养法》加以确定。笔者认为我国人事诉讼程序适用的案件范围应包括婚姻关系案件，亲子关系案件、收养案件。至于宣告死亡案件和确认公民无民事行为能力、限制民事行为能力案件所适用的程序，因“这种程序不具有诉讼性质，应属于非讼案件程序，而不应当属于人事诉讼程序”，[404]况且民事诉讼法对上述案件所适用的程序已有专门规定，因而不宜将其纳入人事诉讼程序所适用的案件范围中。另外，作为人事诉讼的附属事件如子女监护问题、财产分割问题、抚养费请求问题等尽管可以依据非讼程序或普通民事程序加以解决，而不能成为人事诉讼的适用对象，但是，这些事件可以通过诉的合并、追加等措施的施行，纳入人事诉讼审理程序中一并解决。

1、婚姻关系案件。婚姻关系案件包括婚姻无效之诉、婚姻撤销之诉、离婚之诉以及婚姻关系存否确认之诉，这些诉讼种类的确定在《婚姻法》中都能找到根据。[405]在(《婚姻法》修改以前，未就婚姻案件加以分类，种类较为单一，一般都是纳入离婚之诉加以解决。2001 年《婚姻法》新增设了可撤销婚姻制度，它与无效婚姻制度共同构成了处理违法婚姻的双刃剑。可撤销婚姻是指当事人因意思表示不真实而成立的婚姻，或者当事人成立的婚姻欠缺法定的结婚要件，通过依法享有的撤销权的当事人在法定期限内，行使撤销权，使已经发生法律效力的婚姻关系失去法律效力。理论上讲，可撤销婚姻，自撤销之日起无效，无效后果只指向将来，不溯及既往，婚姻在撤销之前具有法律效力。而无效婚姻是自始无效，且溯及既往。而我国为体现法律严肃性和对违法婚姻的制裁，《婚姻法》第 12 条规定“无效或被撤销的婚姻，自始无效”。目前，日本、英国、意大利以及美国的部分州采取无效婚姻和可撤销婚姻制度并行的双轨制，而法国、俄罗斯等国单采无效婚姻制度，德国则仅单设可撤销婚姻制度。

笔者认为，在人事诉讼程序法中应对“离婚无效之诉”加以规定，以对善婚姻无效制度进行必要的补充，有着很强的现实意义。因为，我国《婚姻法》第 10 条所规定的婚姻无效专指结婚无效，不包括宣告离婚无效之诉。实际上 1994 年《婚姻登记管理条例》第 25 条规定早已认可了离婚无效制度。[406]通过“离婚无效之诉”可以有效地防止那些利用离婚制度规避法律或国家政策的行为，如“假离婚、真逃债”以及借假离婚逃避人口政策到达超生目的等非法行为；还可以更好地保护妇女、儿童等弱势群体的利益，如因被欺骗或胁迫而离婚的一方，可以通过向法院提起离婚无效之诉来维护自己的合法权益。

关于夫妻同居之诉，虽然国外人事诉讼法中有规定，是否纳入我国人事诉讼案件的范围，是一个值得探讨的问题。有学者认为新《婚姻法》第 3 条“禁止有配偶者与他人同居”的规定，当然内涵是夫妻同居的义务，不得在婚外同居。[407]在我国司法实践中也有受理夫妻同居之诉的案例，如广西钦州一位八旬的香港老翁，起诉向自己的少妻索要同居权，法院受理并支持了这位老翁的请求。由于现行《婚姻法》没有明确规定“夫妻有同居义务”，笔者赞同部分学者提出的暂且不考虑在人事诉讼程序中加以规定之观点。主张不将“夫妻同居之诉”纳入人事诉讼范畴主要基于以下几点理由：其一、我国《婚姻法》没有确立配偶权，夫妻同居之诉缺乏法律根据。认为《婚姻法》第 3 条之规定暗含有夫妻同居义务的理解未免过于牵强；其二、如果把夫妻同居之诉作为身份关系诉讼的范围，可能会带来一些负面后果，不利于保护弱者，特别是不利于保护妇女的合法利益。如女方不堪男方的虐待或强暴而被迫离家分居，男方以同居之诉向法院提起诉讼，法院能受理并判决支持吗?其三、将同居之诉作为人事诉讼的范围，判决之后不易执行。[408]

2、亲子关系案件。亲子关系案件应包括否认子女之诉、子女认领之诉、认领无效之诉、认领撤销之诉以及亲子关系存否确认之诉。首先，子女否认之诉性质上属于确认之诉。根据我国司法实践的惯例，夫妻关系存续期间所生子

404 王强义：《民事诉讼特别程序研究》，中国政法大学出版社 1993 年版，第 19 页。

405《婚姻法》第 10 条是就婚姻无效之诉的规定;第 n 条是就婚姻撤销之诉的规定;第 32 条是就离婚之诉的规定。

406 1994 年《婚姻登记管理条例》规定：“申请婚姻登记的当事人弄虚作假、骗取婚姻登记的，婚姻登记机关应当撤销登记，对离婚的当事人宣布其解除婚姻关系无效并收回离婚证，并对当事人处以 200 元以下的罚款”。

407 杨遂全：《新婚姻家庭法总论》，法律出版社 2001 年版，第 136 页。

408 王礼仁：“设立人事诉讼制度之我见”，《法律适用》第 199 期。

女推定为夫妻婚生子女。若夫妻一方有事实证明非因丈夫而受孕，则可提起婚生子女否认之诉。这种否认权一般由丈夫行使。我国台湾地区的《亲属法》规定，妻子也可以行使这种权利。其次，子女认领之诉。它是指非婚生子女或其生母或其他法定代理人，提起的请求该非婚子女之生父将其认领为子女的诉讼，性质上属于给付之诉。目前，我国非法同居现象较为严重，规定这种诉讼具有很强的现实意义。再次，认领无效之诉和认领撤销之诉。从我国目前的现状出发，立法上可同时加以规定，诉讼内容主要是非婚生子女或生母对于生父之认领，可以予以否认。其四，亲子关系存否确认之诉。是指请求法院宣告停止父母对子女的权利，或者请求法院撤销其停止权利宣告，其性质为确认之诉。

3、收养关系案件。结合我国现行《收养法》的规定，人事诉讼程序中收养案件应包括收养无效之诉、撤销收养之诉和解除收养之诉。首先，关于收养无效之诉。它是指因收养关系违法法定要件，请求法院宣告收养无效，其性质为确认之诉。根据我国1998年修订的((收养法))第25条规定，“违反《中华人民共和国民法通则》第55条和本法规定的收养行为为无法律效力”。其中“本法规定”主要是指第4条、6条就被收养人和收养人的法定条件之规定。其次，撤销收养之诉。是指收养系意思表示错误或因被欺诈胁迫所为之意思表示，而诉请法院撤消，其性质属于形成之诉。再次，解除收养关系之诉。收养法第26条第2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，收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。”

(四)人事诉讼案件专门裁判机构的设立

1、两大法系家庭法院或家事法庭的设置。由于人事诉讼事件的特殊性，因此，世界诸多国家都设立了专门受理人事诉讼案件的家事法院或家事法庭。在大陆法系国家，作为一般民事案件的一审法院设有地方法院和区(简易)法院两种，而日本、韩国等设立有独立的家庭法院，其地位与地方法院等同，而大多数国家是在地方法院或简易法院设立家事事件部，例如，希腊就是将家事事件部设在地方法院。就人事诉讼事件管辖法院之规定各国间也存在较大的差别。从世界范围来看，主要分为以下三种模式：第一种是人事诉讼案件由普通民事法院管辖。如，芬兰、荷兰、瑞士、土耳其等国；第二种，由于传统司法模式的影响，一直以来，家事事件的裁判就采用别于一般民事案件的特别程序。根据案件种类的不同，分别由青少年法院、治安法院、监护法院或普通民事法院进行管辖。采用这种裁判程序的有比利时、英国、法国、意大利等；第三种，专门设置家庭法院，如澳大利亚、日本、韩国、墨西哥、葡萄牙等；有的国家将设立在普通法院内专门受理家事事件的部门也称为家事法院，如巴西、德国、希腊、美国部分州等。[409]

2、我国设立家事法庭的必要性。长期以来，我国既未设立家庭法院，也未设置专门的家事法庭，人事诉讼事件由一般的民事法庭受理、裁判。司法改革中也未就此加以专题讨论。笔者认为，应将人事诉讼事件的审理机构与一般民事案件的审理机构加以分离。其理由是：其一、人事诉讼案件数量众多。尽管人事诉讼案件在整个民事案件中所占的比例有所下降，但是，绝对数量每年仍呈上升趋势。其二、普通民事程序与人事诉讼程序所追求的价值不同。就此问题前面已作了详细论述在此不再述说。其三、审判方式、模式以及审判人员不同。一般民事案件的裁判采用公开的当事人主义诉讼模式，调解为任意程序，审判组织由职业法官构成；而人事案件的审理基于对个人隐私等保护之考虑，实行非公开审判方式，为了发现真实而采用职权探知主义，调解为人事诉讼的前置程序，审判组织由家事法官和调解人员(参与员)构成。

3、我国家事法庭的设置方式及组成。目前，就人事诉讼案件审判机构的设立存在两者选择，一是在基层法院内设立家事法庭，二是设立与基层法院平级的家庭法院。就我国人事诉讼案件的审理机构设置方式应当从我国基本国情出发，综合各种因素，要单独设立与基层法院平级的家庭法院的现实可能性甚小。一是人力资源方面的原因。我国的司法资源本身就较为匮乏，要单独设立家事法院一时难以满足这一需要；二是财力方面的原因。目前我国地方法院的财政预算都是来源于地方财政，地方财政困难的地区连法官的薪金都难以保障，要再设立家庭法院缺乏物质基础；其三、对我国目前现有的司法审判机构的冲击太大，难以实现内部协调。基于人力、财力以及机构体制的限制，最行之有效且操作性较强的方法就是在现有机构框架内进行小型调整，即在现有的法院内部另设立家事法庭或将现有的民事法庭之一改为家事审判庭。因为，目前要在我国推行家庭法院的设立，仅仅通过民事诉讼法的修改是不可能实现的，还会触发一系列相关法律与制度的变动。通过2000年8月最高人民法院启动的机构改革，取消了经济审判庭的建置，建立了大民事审判格局，目前我国法庭内部的“民一庭”一般是受理婚姻家庭案件、人身纠纷和房地产合同纠纷。因而将房产合同纠纷和部分人身权利纠纷案件从民一庭“出局”，由其专门负责人事诉讼案件的审判，这种变革不会对我国现有的审判组织构造带来太大的变更，同时也简单易行。

家事法庭应该由家事法官、家事调解委员会、家事调查员构成。由于人事诉讼事件的特殊性，担任人事诉讼案件

[409] 中村英郎：「家庭事件裁判制度的比较法的研究」，早稻田大学《比较法学》，第19卷第1号。

审理的法官除具备法律专业知识外，还必须具有丰富的社会经历和其它方面的知识。为了与普通法院担任一般民事案件审理的法官加以区别，诸多国家将担任人事诉讼事件审理的法官称为“家事法官”，并就担任家事法官的资格作了一些限制性的规定，比如，德国法官法第 10 条、14 条规定，试用法官不能担任家事法官一职，担任家事法官原则上要求具有 3 年审判实践的法官。家事法庭内设立的家事调解委员会，调解委员会由一名家事法官和数名调解委员组成，专门以调解方式处理家事纠纷。

由于法官身份的特殊和工作繁忙，要亲自进行证据调查似乎有些力不从心，为了使职权探知主义真正落到实处，日本等国实行了家事调查员制度。设立家事调查员制度的另一目的在于为了公正处理人事诉讼案件，要恰当处理人事诉讼纠纷仅仅依靠法律来处理显然是不够的，还必须从社会学、心理学等多角度的层面来进行分析和反思，然后，才能得出真正处理家庭纠纷的正确答案。因此，作为法律专家的法官十分有必要得到具有其他专业素养的专家的扶助，并共同处理家庭案件。[410]家事调查员受家事法官的指挥，负责对案件事实进行调查，然后，将调查结果以口头或书面形式报告与家事法官。当然，也可附上自己对案件的处理意见。充分保障了人事诉讼案件的恰当处理。因此，我国在设置家事法庭时，应考虑设立家事调查员一职。

由于人事诉讼中实行调解前置程序，因此，应改变目前我国的法院调解制度，实行“调审分离”，调解由专门的家事调解委员会承担，调解委员会由家事法官和调解委员组成，担任过调解的家事法官原则上不应再担任后来的审判工作，以防止先入为主现象的产生。

(五)我国人事诉讼程序中应确立的法则

1、非公开裁判原则。根据我国民事诉讼法第 10 条之规定，普通民事案件的裁判程序是以公开裁判为原则，非公开裁判作为例外。而人事诉讼案件的裁判则恰好相反。前者规定的旨意在于防止法官态意裁判而损害当事人的实体利益和程序利益。然而，人事诉讼案件的裁判大多涉及当事人的隐私、名誉等基本人权以及未成年人的利益，如果公开裁判，不仅不利于实体真实的发现，同时无法实现对上述基本人权和未成年人利益的保护。我国现行法中“是否公开审理由当事人申请并由法院决定”之规定，为此有必要改为“应当不公开审理”。但不能将不公开审判与秘密审判加以混淆。不公开审判并不意味着秘密审判，不公开是指法院审理人事诉讼案件时，不象公开审判那样，定期公布案由、审判日期，为群众旁听和新闻报道提供条件等。也就是说，不公开审判是一种消极的不作为行为，而秘密审判则是一种积极的作为。

2、调解前置主义。诸多国家规定，在大部分人事诉讼案件中，应适用调解前置程序。换言之，调解是许多人事诉讼案件进入裁判程序的必经程序，如果未进行调解申请，将起诉视为调解申请。但法官在审理离婚案件时，应充分注意身份关系的特殊性。并非所有人事诉讼事件都适用调解程序，人事诉讼诉讼中的确认之诉不得适用调解，如婚姻无效之诉、亲子关系存否确认之诉、婚姻无效确认之诉、收养无效之诉、撤销收养之诉等则不适用调解程序，因为人事诉讼中的确认之诉只是依据客观事实，不能以当事人的主观意志为依据。对此最高人民法院关于适用《婚姻法》的解释(一)第 8 条已作了明确规定(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)。但对于确认之诉以外的其他人事诉讼案件，调解则应作为必经程序，这是因为人事诉讼的当事人之间都存在某种血缘或感情联系，调解这种劝导性纠纷解决机制有利于缓和当事人之间激烈的感情冲突，恢复和睦相处的关系。我国《婚姻法》第 32 条规定，“男女一方要求离婚的，可由有关部门进行调解或直接向人民法院提出离婚诉讼。人民法院审理离婚案件应当调解，如感情确已破裂，调解无效，应准予离婚”。调解在我国是诉讼的必经程序，而不是诉讼的前置程序。关于调解程序的设置，应改变现行的调审合一的模式，改为调审分离，先调后审，实行调解前置程序。[411]也就是说，当事人欲对人事案件提起诉讼，首先必须向法庭提出调解申请。调解不成的，可以向法院提起诉讼。调解成立的，制作调解书，但是否制作调解书应根据个案而定。调解不成的将案件移交家事法庭或一般民事法庭。至于调解失败后，是依当事人申请还是法院依据职权决定进入诉讼程序，在各国学界尚无定论，笔者认为，应以当事人的申请为依据决定是否进入诉讼程序，使保障私权自治在人事诉讼中彻底贯彻实施。就人事诉讼中实行调解前置原则的观点，或许有学者会提出，在我国调解制度在婚姻案件中已得到了充分运用，是否有必要专门规定调解前置。此问题的解答涉及到调解制度的定位问题。因为就世界范围而言，调解制度存在两种模式，一是调、审分立，即案件在进入诉讼前必须经过调解程序，如日本、美国等，在这种模式下，一旦进入诉讼程序便不再进行调解，只能进行诉讼和解。二是调、审合一，即案件在审理的任何阶段，法官可以进行调解，我国目前便是施行的这种模式。鉴于人事诉讼的特殊性，应采用调解前置程序。这种模式的施行应与家事法庭调解委员会的设置统筹加以考虑。

3、限制辩论主义、适用职权探知主义。人事诉讼程序中所应适用的职权审理原则与一般民事诉讼程序中的辩论

---

410 冷罗生：《日本现代审判制度》，中国政法大学出版社 2003 年版，第 290——291 页。

411 梁宏辉等：“论我国人事诉讼程序之建构”，《广西政法管理干部学院学报》第 18 卷第 5 期。

原则相对立。换言之，在人事诉讼案件的裁判程序中，法院不受当事人提出的事实、证据所拘束，可以主动进行证据收集；法院在进行事实认定时，可以斟酌当事人未提出的事实；基于对未成年子女等利益的保护，法院还可以依职权就当事人请求以外的事项进行判断，作出假处分决定等。在上诉审中，上诉法院可以不受当事人上诉范围的限制。可见，在程序进行方面体现的是职权进行主义，在裁判所依据的事实方面则采用了职权探知主义。我国最高人民法院的《规定》第8条明确规定通常诉讼程序中的自认规则不适用身份关系诉讼案件，因此，对当事人自认的事实和对他人主张的事实不争执的事实不能直接作为裁判的依据，法官应依职权进行调查。例如，关于认诺效力的规定，不适用于人事诉讼。人事诉讼中，当事人在言辞辩论中，即使已为诉讼标的的认诺，法院也不能据此作出当事人败诉的判决。最高人民法院关于适用婚姻法的解释(一)第9条和解释(二) 第2条等是典型的国家干预和职权审判原则。

4、检察机关参与原则。现实的司法实践中，人事诉讼程序即便实行职权探知主义，但基于司法资源的有限和法官工作的繁忙，也难以真正实现对实体真实的发现。由于人事诉讼判决效力的扩张，对未参加诉讼程序的案外第三人也具有拘束力，为了切实保护案外第三人的合法权益，日本等国均认可了检察官对人事诉讼案件裁判程序的参与，以实现对法官职权探知主义不足的必要补充。我国在构建人事诉讼程序法时，应考虑检察机关参与人事诉讼，从而保障人事诉讼程序公益性的实现。检察官参与设定的目的在于，一方面对婚姻无效案件实施身份关系上的干涉权即婚姻无效请求权；另一方面使诉讼对审构造得以实现。检察机关参与人事诉讼既可以当事人身份参与，又可以进行一般参与，即列席人事诉讼裁判和提出事实主张与证据。这一原则规定在一些专家提交的建议稿中已经出现，从而，在某种程度上，说明我国学界对检察机关参与人事诉讼的认同。[412]

5、直接、言词原则。人事诉讼中法庭判决应该始终保持直接、言词的方式。人事诉讼案件中涉及当事人的感情问题，一般而言，当事人本人最清楚情感问题的症结所在，因此，通过当事人的亲自对话，更有利于纠纷的化解，实现“心理治疗”。直接、言词原则的内容表现在以下一些方面：其一、在证据方面，应当重视对当事人陈述和证人证言的审查和采信。在人事诉讼中，经过相互质证的当事人陈述和证人证言是主要的证据来源，对案件的正确裁判具有重要意义。其二、强制当事人出庭，即使有代理人，当事人也应该亲自参加庭审，排除或限制缺席判决。其三、限制法定代理人权限，诉讼代理人需要特别授权，排除限制书面证言的采用。[413]

(六)我国人事诉讼程序内容的具体构建

如前所述，我国人事诉讼程序法的立法体例应借鉴德国模式，即将人事诉讼程序作为独立的一章设置于民事诉讼法中，因此，民事诉讼法已经加以规定并适合人事诉讼程序的，在人事诉讼程序中不应再加以重复规定，只就特别之处进行规定足矣。笔者认为我国人事诉讼程序还应将如下内容纳入其中：

1、管辖。(1)婚姻案件管辖。婚姻案件中，夫妻有共同住所的，由共同住所地法院管辖；若无共同住所地，则由被告住所地法院法院管辖。若国内无住所地或住所不明的，则适用民事诉讼法有关管辖的一般规定。(2)亲子关系案件管辖。亲子关系案件由子女住所地或其死亡时住所地法院专属管辖。(3)收养关系案件管辖。收养关系案件由养父母住所地或其死亡时住所地法院专属管辖。(4)有关请求合并管辖之规定。在数人起诉或被诉的人事诉讼中，如果存在就多个身份关系的形成或确认为目的的数个请求，可以向有管辖权的其中之一的法院提起诉讼。(5)避免诉讼迟延的管辖移送。基于诉讼效率和对当事人或接受询问证人住所及其它事由之考虑，为了避免严重的诉讼迟延，或者为了谋求当事人间的衡平，拥有管辖权的法院可以根据当事人的申请或依职权将该人事诉讼案件的部分或全部移送其他管辖法院。(6)相关诉讼请求之移送规定。根据系属法院的人事诉讼请求原因之事实所提起的损害赔偿请求的一审系属法院(基层法院)可以依申请将其移送于其它法院，接受移送的法院可以就损害赔偿请求进行审理和裁判。

在国内结婚定居国外的华侨，如定居国法院以离婚诉讼须由婚姻缔结法院管辖为由不予受理，当事人向法院提出离婚诉讼的，由婚姻缔结地或一方在国内居住法院管辖。在在国外结婚定居国外的华侨，如定居国法院以离婚诉讼须由国籍所属国法院管辖为由不予受理，当事人向法院提出离婚诉讼的，由一方原住所地或国内的最后居住地法院管辖。中国公民一方居住在国外，一方居住在国内，不能哪一方向法院提起离婚诉讼，国内一方住所地的法院都有权管辖。中国公民双方在国夕胆未定居，一方向法院起诉的，应由原告或被告原住所地的法院管辖。[414]

2、关于起诉之特别规定，包括诉的合并、变更、追加及反诉等。民事诉讼法第126条规定，“原告增加诉讼请求，被告提出反诉，第三人提出与本案有关的诉讼请求，可以合并审理”。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第34条规定，“当事人增加、变更诉讼请求或提起反诉的，应当在举证期限届满前提出。”若不深究司法解释的这一规定是否与民事诉讼法的立法原意相悖，这一规定对于确保普通民事案件审前准备程序的顺畅运行是确有必要的，但若

412 江伟教授等提交的修改民事诉讼法建议稿第368条(夫妻一方死亡的，另一方提起宣告婚姻无效或撤消婚姻的，以检察院为被告)、382条(诉讼中检察院可以提出事实主张与证据)。

413 刘玉田：“建立我国身份关系诉讼制度色议”，《中央政法管理干部学院学报》1998年增刊。

414 参见江伟、孙邦清：《中华人民共和国民事诉讼法修改建议稿》(下)，资料来源Law——thinker.com。

在人事诉讼程序中使用这一规定，则显然有失其科学性。基于身份关系全面安定的需要，在人事诉讼中应尽可能做到纠纷的一次性解决，因此，应对人事诉讼中的诉的合并、变更、追加作放宽规定。人事诉讼案件在起诉上的特别之处在于各种诉讼可以合并审理以及限制起诉等方面，如婚姻关系诉讼，为了同时解决纷争、避免重复诉讼而造成的诉累以及避免裁判结果自相矛盾，应就当事人与婚姻有关的诉讼进行合并、变更、追加或反诉进行特别规定。同类人事诉讼案件，比如婚姻关系案件中的婚姻无效之诉、撤销之诉以及离婚之诉等可以进行诉的合并或反诉。为了一次性解决纠纷，也应规定人事诉讼案件与其效果事件进行合并审理，如离婚案件与子女监护、损害赔偿等事件应予以合并解决。如果当事人另行起诉的，法院应当裁定移送至受理婚姻案件的法院合并审理。为了保持家庭关系的稳定，我国现行法律就起诉限制也作了一定的规定，比如对男方起诉离婚的限制、重新起诉的限制等。为了保持身份关系的高度稳定，有关禁止重复起诉的内容也应纳入人事诉讼程序制度之中，比如，婚姻无效请求被驳回后，原告不得以变更诉或其理由提起独立之诉，被告亦不得以反诉得以主张的事实提起独立之诉。

3、人事诉讼当事人之特别规定。包括当事人的类别、诉讼能力、当事人适格突破等。人事诉讼涉及人的身份关系，应充分尊重其本人意愿，尽量由其自为诉讼行为，因而应扩张当事人的诉讼行为能力，赋予限制民事行为能力人以诉讼行为能力。同时，对各类具体人事诉讼案件的当事人应分门别类地加以规定，如婚姻无效之诉、收养关系存否确认之诉等各类人事诉讼案件谁可以提起，以谁为被告都要做出明确规定。基于公益的考虑，我国司法解释对当事人也作了扩大化处理，《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》第 7 条对无效婚姻诉讼主体作了限制性规定，即婚姻无效之诉的主体是指婚姻当事人及利害关系人，利害关系人包括当事人的近亲属和基层组织。但这只是对现行立法漏洞的补救性规定，现行立法在人事诉讼当事人制度方面的规定几乎是一片空白，将来在设立的人事诉讼程序中应加以完善。人事诉讼中，就当事人诉讼能力也不应严格遵循传统的有关诉讼能力的规定。已婚的未成年者在婚姻诉讼中有诉讼能力；不具有民事行为能力的未成年人、精神病患者在收养关系诉讼中，以代理人代位诉讼，亦具有诉讼能力；为了满足诉讼对审结构，检察官具有被告适格等。比如，夫妻一方死亡的，另一方可以将检察院作为被告提起婚姻无效之诉或婚姻撤消之诉的。

4、判决制度。人事诉讼中应尊重当事人本人的意思，限制作缺席判决，德国民诉法第 612 条规定，“对于被告，不许为缺席判决”；为了保持身份关系的高度稳定，德、日等国均对人事诉讼效力的扩张之第三人进行了规定，我国有必要加以借鉴。在承认人事诉讼判决对世效力的同时，如何保障承受既判力扩张的案外第三人的程序利益是值得认真探讨的问题。同行的做法就是通知案外第三人参与诉讼或让其知晓诉讼系属。

5、人事诉讼中再审制度的限制适用。我国《民事诉讼法》第 181 条规定，“当事人对已发生法律效力的解除婚姻关系的判决，不得申请再审。”此乃我国特有的一个规定。根据我国再审制度的特点，对人事诉讼的再审问题做出规定是完全必要的，应该加以保留。离婚诉讼、婚姻撤销之诉以及解除收养关系之诉等人事诉讼应当限制性地适用再审制度，而在婚姻关系存否确认之诉、收养关系成否确认之诉以及亲子关系存否确认之诉、确定生父之诉应当允许正常再审，无需限制。[415]人事诉讼中限制性适用再审，并不是完全禁止使用，充分体现了有错必纠的原则。我国《民事诉讼法》第 180 条规定，虚假离婚当事人在人民法院骗取离婚调解书的，当事人对已经发生法律效力的离婚调解书，提出证据证明调解违反自愿原则或调解协议的内容违反法律的，可以申请再审。经人民法院审查属实的，应当再审。就婚姻关系存否确认之诉、收养关系成否确认之诉以及亲子关系存否确认之诉和确定生父之诉，法院判决的依据是客观存在与否的事实，而对这些事实的认定难免会有偏差，准许这几种诉讼正常使用再审制度是十分必要的。

此外，人事诉讼程序制度还应包括国际管辖、证据调查例外规定(比如，自认、认诺、舍弃不适用；除涉及财产分割外，婚姻当事人可以随时提出新的事实主张和证据方法；在亲子关系诉讼中，检察机关可以提出事实主张和证据方法等)、禁止重复起诉、假处分特别规定等内容。

结语

人事诉讼程序是法制现代化国家广为采用的程序结构模式，是各个国家民事诉讼程序制度方面的经验结晶，其合理性是毋庸置疑的，借鉴和引进人事诉讼程序制度是我国民事诉讼程序改革和发展进程中不可或缺的一个环节。随着我国人事诉讼案件在量、质方面的变异以及司法改革的功成名就，以当事人主义为核心的诉讼模式逐渐在中华大地扎根，这种程序得以生成的程序法理、法则将无法满足人事诉讼案件在程序上的特殊需要，制定具有中国特色的人事诉讼程序制度已提到了立法的议事日程。在此之前，理论储备必须严阵以待，否则，司法改革中理论与改革脱节的怪圈将再次重现。因此，在今后的一段时间内，人事诉讼程序相关问题的研究将成为民事诉讼领域热点问题之一。本文虽然对人事诉讼的概念、特别法则、既判力扩张及根据、承受既判力扩张的第三人程序保障问题、检察机关参与人事诉讼以及我国人事诉讼构建的设想等进行了分析和探索，但有些问题的研究还不够深入，今后还有待进一步深化，这也

[415] 李杰：“完善我国身份关系诉讼制度的构想”，《中国法学》1990 年第 6 期。

是笔者今后的课题。

【主要参考文献】

一、中文部分

1、田平安:《民事诉讼法学》，中国政法大学出版社 1999 年版。
2、江伟:《中国民事诉讼法专论》，中国政法大学出版社 1998 年版。
3、常怡:((比较民事诉讼法》，中国检察出版社 2002 年版。
4、李祖军:《民事诉讼目的论》，法律出版社 2000 年版。
5、左卫民等:《变迁与改革——法院制度现代化研究》，法律出版社 2000 年版。
6、吴明轩:《中国民事诉讼法》，三民书局 1993 年版。
7、梅因:《古代法》，商务印书馆 1984 年版。
8、滋贺秀三:《中国家族法原理》，张建国、李力译，法律出版社 2003 年版。
9、夏吟兰:《美国现代婚姻家庭制度》，中国政法大学出版社 1998 年版。
10、张卫平:《民事诉讼法教程》，法律出版社 1998 年版。
11、柴发邦:《体制改革与完善诉讼体制》，中国公安大学出版社 1991 年版。
12、邱联恭:《司法之现代化与程序法》，三民书局 1999 年版。
13、(英)哈耶克:《经济、科学与政治—哈耶克思想精粹》，冯克利译，江苏人民出版社 2000 年版。
14、罗尔斯:《正议论》，中国社会科学出版社 1998 年版。
15、丹宁勋爵:《法律的正当程序》，群众出版社 1984 年版。
16、理查德·A·波斯纳:《法律的经济分析》(下)，蒋兆康译，中国大百科全书出版社 1997 年版。
17、王强义:《民事诉讼特别程序研究》，中国政法大学出版社 1993 年版。
18、博登海姆:《法理学一法哲学及其方法》，华夏出版社 1987 年版。
19、刘家兴主编:《新中国民事诉讼程序理论与适用》，中国检察出版社 1997 年版。
20、理查德口 A 口波斯纳:《法律的经济分析》，中国大百科全书出版社 1997 年版。
21、章武生:《民事简易程序研究》，中国人民大学出版社 2002 年版。
22、王亚新:《社会变革中的民事诉讼》，法制出版社 2001 年版。
23、邱联恭:《程序机能论》，三民书局 1996 年版。
24、杨荣馨:《民事诉讼原理》，法律出版社 2003 年版。
25、范愉:《非诉讼纠纷解决机制研究》，中国人民大学出版社 2000 年版。
26、张卫平:《诉讼构架与程式》，清华大出版社 2000 年版。
27、林菊枝:《亲属法专题研究》，五南图书出版公司 1985 年版。
28、陈棋炎:((亲属继承法基本问题》，台湾大学丛书 1980 年版。
29、棚獭孝雄:《纠纷解决与审判制度》，王亚新译，中国政法大学出版社 199 年版。
30、(意)莫诺口卡佩斯蒂等著:《当事人基本程序保障与未来的民诉法》，徐译，法律出版社 2000 年版。
31、川岛武宜:《现代化与法》，中国政法大学出版社 1994 年版。
32、何文燕:《民事诉讼理论与改革的探索》，中国检察出版社 2002 年版。
33、江伟:《民事诉讼法原理》，中国人民大学出版社 1999 年版。
34、三月章:《日本民事诉讼法》，汪一凡译，五南图书出版公司 1985 年版。
35、杨建华:《民事诉讼法实务问题研究》，台湾广益印书局 1981 年版。
36、王甲乙等:《民事诉讼法新论》，广益印书局 1999 年版。
37、肖建华:《民事诉讼当事人研究》，中国政法大学出版社 2002 年版。
38、王锡三:《民事诉讼法研究》，重庆大学出版社 1995 年版。
39、沈达明:《比较民事诉讼法初论》，中信出版社 1991 年版。
40、颜运秋:《公益诉讼理念研究》，中国检察出版社 2002 年版。
41、李忠芳:《民事检察学》，中国检察出版社 1996 年版。
42、王书江:《日本民法典》，中国公安大学出版社 1999 年版。
43、白绿铉:《日本新民事诉讼法》，中国法制出版社 2000 年版。

44、冷罗生：《日本现代审判制度》，中国政法大学出版社 2003 年版。
45、王洪：《婚姻家庭法》，法律出版社 2003 年版。
46、迈克尔口 D 口贝勒斯：《法律的原则——一个规范的分析》，张文显译，中国百科全书出版社 1996 年版。
47、《民事诉讼程序改革报告》，最高人民法院编，法律出版社 2003 年版。
48、《德意志联邦共和国民事诉讼法》，谢怀拭译，中国法制出版社 2001 年版。
49、李龙：《民事诉讼标的理论研究》，法律出版社 2003 年版。
50、李交发：《中国诉讼法史》，中国检察出版社 2002 年版。
51、江伟等：《民事诉权研究》，法律出版社 2002 年版。
52、顾培东：《社会冲突与诉讼机制》，四力 I 人民出版社 1991 年版。
53、邱联恭：《程序选择权论》，三民书局 2000 年版。
54、谷口安平著：《程序的正义与诉讼》，王亚新等译，中国政法大学出版社 1996 年版。
55、中村英郎：《新日本民事诉讼法讲义》，陈刚、郭美松译，法律出版社 2002 年版。
56、史尚宽：《家族法》，正大印书馆 1980 年版。
57、刘敏：《当代中国民事司法改革》，中国法制出版社 2001 年版。
58、杨遂全：《新婚姻家庭法总论》，法律出版社 2001 年版。
59、黄松有主编：《婚姻法司法解释原理的理解与适用)），中国法制出版社 2002 年版。
60、李杰：“完善我国身份关系诉讼制度的构想’，（(中国法学))1990 年第 6 期。
61、孙笑侠：“论法律与社会利益”，《中国法学》1995 年第 4 期。
62、朱柏松：“个人资料保护之研究—近代隐私权概念之形成与发展”，《法学丛刊》第 114 期。
63、方流芳：“民事诉讼收费考’，《中国社会科学》1999 年第 3 期。
64、季卫东：“法制与选择”，《中外法学》1993 年第 4 期。
65、丘仔联恭：“程序保障之机能”，《台大法学论业》第十七卷第一期。
66、张中秋：((中西法律文化比较研究》，南京大学出版社 1991 年版
67、魏大嚎：“家事诉讼与非讼之集中交错’，，《月旦法学杂志》第 94 期。
68、季卫东：“法制与调解的悖论”，《法学研究》1991 年第 5 期。
69、江伟：“完善我国民事诉讼立法的若干理论问题”，《中国社会科学》1991 年第 5 期。
70、李浩：“民事审判中的调审分离”，《法学研究》1996 年第 4 期。
71、陈爱武：“略论我国人事诉讼程序的构建”，南京民诉法年会论文。
72、景汉朝、卢子娟：《经济审判方式改革若干问题研究》，《法学研究》1997 年第 5 期。
73、刘玉田：“建立我国身份关系诉讼制度当议”，《中央政法管理干部学院学 998 年增刊。
74、王礼仁：“设立人事诉讼制度之我见”，《法律适用》2002 年第 10 期。
75、梁宏辉等：“论我国人事诉讼程序之建构”，《广西政法管理干部学院学报 18 卷第 5 期。
76、江伟等：“民事诉讼法修改势在必行”，Law——thinker.com。
77、滋贺秀三：“中国法文化的考察”，《比较法研究》1988 年第 3 期。

二、外文部分

1、山木户克己：「人事诉讼手续法」，有斐阁 1973 年版。
2、伊藤真：「民事诉讼法」(新版)，有斐阁 2004 年版。
3、安倍正三：「家庭紛爭と家庭裁判所」，有斐阁 1982 年版。
4、大森洪太：「人事诉讼手续法」，日本评论社 1920 年版。
5、松冈义正：「特别民事诉讼法论」，岩松堂 1925 年版。
6、斋藤秀夫：「民事诉讼法概论」，有斐阁 1982 年版。
7、野田爱子等：「人事诉讼法概说」，日本加除出版社 2004 年版
8、(德)鲁道鲁夫：「社会的民事诉讼法」，(日)森勇(译)成文堂 1990 年版。
9、山田正三：「人事诉讼手续法」，日本评论社 1938 年版。
10、三田高三郎：「人事诉讼手续法解说」，帝国判例法规出版社 1952 年版。
11、P.Schlosser，Gestal tungsklage und Gestaltungsrecht，1996，S.186。
12、W.Grunsky，a.a.O.S.,138，147。
13、W.Henekel，ProzeBrecht und Materielles Recht，S.134。

14、高桥宏志：「民事诉讼法」，有斐阁2004年版。
15、兼子一：「民事诉讼法体系」，酒井书店1965年版。
16、伊藤真：「民事诉讼当事者」，弘文堂1978年版。
17、Vgl.Burchardi—KlemPahn，Der Staatsanwalt und sein Arbeitgebiet(1956),S.180。
18、Massfeller，Das Neue Familienrecht，(1958),S.208。
19、尧尔里希：《民事诉讼法》(ZPO)第26版，贝克出版社2000年版。
20、Civ.1 sect.，26 juin 1956，D.1956 605，note Malaurie。
21、Ibid.，22.4，Carol S.Bruch，ibid.，P.398。
22、中村英郎：「民事诉讼制度和理论的法系考察」，成文堂1986年版。
23、中川善之助：「身分法总则的课题」，有斐阁1952年版。
24、中村英郎：「家庭事件裁判制度的比较法的研究」早稻田大学《比较法学》第19卷1号。
25、「日本家庭裁判所50年概貌」，法曹会1998年版。
26、铃木忠之：「非讼家事事件研究」，有斐阁1971年版。
27、冈恒学：「人事诉讼的研究」，第一法规1980年版。
38、Hellwig，System，Bd.I.S.6。
29、Martyet Raynaud；p.885。
30、Treasury Solicitor Act，1876。

论人事诉讼中辩论主义与职权探知主义的协同模式

郭美松

【内容提要】人事诉讼对象的非处分性造就了人事诉讼中应对辩论主义和处分权主义的适用加以限制，广泛适用职权探知制度。实行职权探知主义的根据在于人事诉讼判决具有对世效力，以维系身份法秩序的稳定，保护未行使审问请求权的第三人的合法权益。伴随传统的职权主义被当事人主义所取代，以当事人为主导的诉讼模式在我国逐步确立，普通诉讼程序法理不仅难以满足人事诉讼案件审判实践的需要，同时无法实现二者的调和。文章认为设立专门人事诉讼程序，构建一种辩论主义与职权探知主义兼容的协同模式，才能从根本上解决当事人主义对人事诉讼裁判带来的冲击。人事诉讼中诉讼与非讼法理交错适用，普通诉讼程序法理难以满足这一要求，构建既有别于普通诉讼程序，又不同于非讼程序的独立人事诉讼程序乃是客观之必然。

【关键词】人事诉讼；辩论主义；职权探知主义；协同模式

人事诉讼，又称身份关系诉讼，是指不以财产关系为诉讼标的、关于人之身份关系的诉讼。人事诉讼包括婚姻事件、收养关系、亲子关系等。由于身份关系不具有处分性，人事诉讼程序中不能完全遵循辩论主义和处分权主义，各国法律对其适用均作了限制规定，全面认可了法官的职权探知。同时人事诉讼判决效力具有扩张功能，仅仅依靠当事人难以实现裁判与真实的一致，无法实现对承受对世效力的第三人权益的保护，这也是对辩论原则进行限制，充分适用法官职权探知的根据之所在。

一、人事诉讼中辩论主义与职权探知主义之衡平

辩论主义是指只有当事人在诉讼中所提出的事实，并经辩论才能作为法院判决依据的一项诉讼制度或基本原则。反之，当事人没有在诉讼中提出的事实就不能作为法院裁判的依据。与辩论主义相对立的就是职权探知主义。“西方民事诉讼理论通常认为宏观上涉及解决私权利益问题的民事诉讼应采取辩论主义，而涉及解决公益问题的人事诉讼则应适用职权探知主义。”

人事诉讼程序中，辩论主义(处分权主义)该如何与职权探知主义(公权主义)进行衡平是必须予以考量的问题。普通民事诉讼中，当事人可以对构成诉讼对象的私法上权利、法律关系进行自由处分，诉讼的开始、终止以及诉讼对象的确定均为当事人自由行使诉权的结果，这就是普通民事诉讼中所严格遵循的“处分权主义”。辩论主义与职权探知主义的分水岭在于作为判决基础的决定性资料(事实和证据)的收集系当事人的责任还是法院的职责，两者均为诉讼资料收集所适用的原则。

民事诉讼中以施行处分权主义为基本原则，但民事案件种类繁多，个体差异较为明显，客观上造成了处分权主义并非无拘束地适用所有民事案件。由于处分权主义的施行是以当事人可以任意处分诉讼对象为前提，而当诉讼对象不具有处分性时，如果还硬搬处分权理论，就会面临诸多困扰。如检察官提起人事诉讼便是例外的典型代表。(1)对已经

开始的诉讼，不是依据法院的判决而是根据当事人意思终止诉讼的情形，原告的撤诉虽然有时需要取得被告的同意，或受禁止再度起诉的制约，但撤诉本身并不会给实体权利关系带来任何变动，只不过使当事人间的权利关系恢复到起诉前的状态罢了。因此，撤诉与自由起诉一样，在所有诉讼中都应予以认可。相反，从请求的舍弃、认诺将产生与生效判决相同的既判力的观点来审视此问题，撤诉所适用的法理应与请求的舍弃、认诺有所区别。请求的舍弃、认诺虽然不是对实体权利进行直接处分，但由于要产生既判力效果，实质结果是完全一致的。由此看来，在诉讼对象不具处分性的诉讼中，有必要对处分权主义进行一定的限制。同样诉讼上的和解也伴随着对诉讼对象处分的效果，如果赞同一些学者所主张的和解具有既判力之观点的话，毋庸置疑，诉讼上的和解和请求的舍弃、认诺一样，都应当受到一定的限制。

人事诉讼中，处分权主义与辩论主义的结合是程序法发展的必然趋势，事实上，处分权主义与职权探知主义并非水火不相容，人事诉讼中二者的结合并未出现不良反应，这已在其他国家得到了充分印证，只是在两者的结合度上要加以慎重考虑。在对诉讼对象无处分性的诉讼中，有必要对处分权主义进行一定限制的同时，对辩论主义也要作一定的限制。从人事诉讼的性质来看，对处分权主义和辩论主义进行一定限制的同时，应当广泛施行职权探知主义。实行职权探知主义的根据就在于人事诉讼的判决具有对世效力，以便维系稳定的身份法秩序，较好地保护未参加诉讼的第三人的合法权益。休洛萨教授认为，“无论是对审问请求权加以限制，还是予以全面否定，施行职权探知主义才是对第三者最好的保护”。他的话语中虽然对职权探知主义在实务中的机能有过于夸大评价之嫌疑，但其观点也实有道理。

从理论上讲，辩论主义和职权探知主义的适用时机难以判断，前者的适用就意味着释明被义务化，而后者的施行，就会致使法官并不是对所有事实都负有释明义务。只有在必要时，才履行探知义务。“在任何程序中，两主义中任何一个都不可能彻底实施和彻底否定，将两者完全割裂的观点是极其荒谬的。”从日本民事诉讼法第127条和德国民事诉讼法第139条的规定来看，就释明权规定的宗旨是不完全相同的。日本民事诉讼法中的释明权具有裁量的性质，在施行职权探知的诉讼程序中，只要当事人提出必要的事实和证据，法院就无需启动职权探知程序的必要。而在判决具有对世效力的裁判活动中，无论在理论上还是在实务中对辩论主义与职权探知主义的适用，应加以区别对待。法院认为必要时，不应仅停留在释明权行使的程度上，应积极启动职权探知程序力求发现真实，以实现对第三人的保障。

二、人事诉讼中辩论原则、处分权原则的限制适用

在诉讼对象不具处分性且判决具有对世效力的人事诉讼中，应对处分权原则、辩论主义进行必要的限制，广泛施行职权探知主义。人事诉讼中，只要具备撤诉的一般要件，就应予以广泛认同。在职权探知主义的指引下，“公益上既然应该依职权来确定请求的正当与否，那么，剥夺其机会的行为本身，对国家而言是自相矛盾的”，因此，不应适用再诉禁止(禁止重复起诉)。而从他国的判例来看，即使诉讼对象不具处分性，也应适用再诉禁止。为了严格维系身份法秩序，允许检察官提起诉讼，为了使已到终局判决的裁判程序不至于徒劳，作为一种制裁手段，导入禁止重复起诉制度是完全必要的。处分权主义是以当事人对诉讼标的拥有处分权为前提，请求的认诺、舍弃、和解都是基于此原则下的派生产物。如果将认诺加以排除，理论上舍弃与和解也应当加以排除。而从一些国家的民事诉讼法或人事诉讼法的现有规定来看，人事诉讼中仅排除了请求认诺的适用。日本等一些大陆法系国家之所以出现这样的规定完全是受德国民事诉讼法影响的结果。因为它们在移植德国法的相关规定时，并未进行充分的本土化作业。早期的德国法规定，婚姻诉讼中为维持婚姻关系准许施行片面职权探知主义。⑵在离婚诉讼和婚姻无效诉讼中，如果承认认诺的效力，便违背了当初维系婚姻关系之立法宗旨。尽管法律规定人事诉讼中不适用请求认诺，奇怪的是我们看到了在一些国家竟然又允许协议离婚和协议离缘(解除收养关系)的相关规定。

普通民事诉讼中，实行的是以当事人为主导的当事人主义诉讼模式，诉讼的开始、终止以及判决资料(事实和证据)的收集、提出均适用辩论主义。然而，在人事诉讼中，当事人的意思(私权)自治受到一定程度的制约，在广泛推崇职权探知主义的同时，对辩论主义加以部分禁锢。就人事诉讼中采用与一般民事诉讼截然不同的手法，就其根据，学界则是众说纷纭。从本质上看，作为人事诉讼对象的婚姻关系、亲子关系是构成社会秩序的基本元素，这些涉及身份性质的法律关系除具有非处分性的特点外，在其背后还暗藏着很强的公益性，因此，客观上要求它发现实体真实的程度要远远高于一般民事诉讼案件。加之人事诉讼判决既判力具有扩张功能，其判决结果除对当事人具有拘束力外，还及于诉讼主体之外的第三人，这更是要求对辩论主义加以限制适用。日本学者小室直人教授指出，人事诉讼中对辩论主义进行限制的根据就在于人事诉讼判决的对世效力。

在大陆法系国家中，德国、日本是最早对辩论主义实行限制的国家，1888年日本《民事诉讼法草案》和1877年德国民事诉讼法第六编《有关婚姻事件与禁治产事件的诉讼程序》均设有明确的规定。当然，这些限制性规定不是各国民事诉讼法或人事诉讼法由来就有的，它是民事诉讼法不断发展、完善的产物。

三、人事诉讼中职权探知主义的引入

职权探知主义，是指法院判决所依据的必要诉讼资料由法院依职权收集，不受当事人的诉讼资料的限制。广义上

的职权探知主义包括职权调查主义，狭义上的职权探知主义是指法院在事实和证据上不受当事人主张约束的一种制度或原则。在这一原则指导下，即使是双方当事人都未主张的事实，法院或法官也能予以认定；法院或法官的行为不受当事人自认的拘束；法院可以依职权广泛地调查证据。普通民事诉讼以当事人为主导，当事人主义为主旋律，诉讼的开始、终结以及作为判决资料的事实以及证据的收集都实行辩论主义。然而，人事诉讼事关社会公益，确定判决具有对世效力，以发现实体真实为价值目标，裁判上的重要事实须由法院依职权加以确定。在对当事人处分权进行必要限制的同时，诸国广泛认同了法院的职权干预。也就是说，人事诉讼中诉讼的提起、审判对象的确定、诉的撤销虽然原则上还是遵循私权自治原则，但是，当事人所为的请求的舍弃、认诺、和解受到不同程度的限制。同时，就判决资料也不适用自认法则，法院可依据职权进行证据调查和斟酌当事人未主张的事实。

尽管人事诉讼案件亦属私法上的纠纷，而其确定的对象乃自然人的身份关系，涉及家庭的和谐、国家利益和公序良俗，因此，特别需要寻求身份关系的真实性，法院有义务以监护人的身份对人事诉讼的真实进行探求，故人事诉讼程序中宜采用职权探知主义。“法官权力的扩张并不一定与当事人的保障冲突，相反，它将强化程序公正和判决的确定性”。

从事实审理的目的来看，人事诉讼程序强调的是法官的职权主义色彩。“因为单就发现案件事实的真实情况而言，职权主义诉讼模式显然优于当事人主义”。关于民事诉讼事实审理制度目的论，主要存有形式真实说、实体真实说以及信赖真实说。其中形式真实说是在当事人主义诉讼模式下进行，深受辩论主义的支配；而实体真实说则与职权主义诉讼模式密切相连，在于保障法院发现确定客观真实，从而完成国家所赋予的保护实体利益等司法裁判任务；而信赖真实说是从程序保障论的角度出发，追求实体利益与程序利益二者之平衡点上的真实。基于人事诉讼案件的特性，人事诉讼程序天平偏向于发现客观真实，但又不放弃对迅速解决纠纷维持家庭稳定的追求，即在发现真实的同时兼顾程序利益与实体利益的结合，要实现这一目标，应在人事诉讼程序中发挥法官的职权功能。当然，人事诉讼程序中，应根据具体案件的讼争性强弱变化来确定是适用诉讼法理还是非讼法理。在采用职权探知主义时，当某一具体案件涉及权利义务的争讼性时，辩论主义便是很好地发现真实的手段，故是否限制或排除辩论主义的关键点在于人事诉讼案件是否涉及公益。在普通民事诉讼程序中，当事人未提出之事实，法院不得依职权加以斟酌。我国台湾学者林台大先生指出，惟婚姻在公益上应予以维持，我国传统上也以维持婚姻为贵，故法院因维持婚姻或确定是否无效或不成立，得斟酌当事人所未提出的事实。但是，婚姻案件中法院斟酌未提出的事实也是有范围限制的，仅限于原告主张的诉讼标的和诉的声明范围内，逾此范围即为诉外裁判。

(一)人事诉讼中职权探知主义的施行

诸多大陆法系国家的民事诉讼法或人事诉讼法规定，人事诉讼中法院可依职权进行证据调查，并且，可以斟酌当事人未提出的事实主张，如德国民事诉讼法第616条、日本人事诉讼法第20条；同时，也不适用裁判上自认的法则，如德国民事诉讼法617条、日本人事诉讼法第19条。普通民事诉讼是以辩论主义为基本法理，言词辩论中未出现的主要事实不能作为判决的基础，当事人裁判上自认的事实不通过质证便可以直接作为判决的基础。根据“谁主张、谁举证”原则，对当事人之间具有争议的事实进行认定时，所采信的证据要求由当事人提出。而在人事诉讼中，辩论主义被加以限制，适用职权探知主义。职权探知主义适用本身就形成了人事诉讼最基本、最本质的特点。人事诉讼中，限制辩论主义是相对于普通民事案件而言，并非绝对化、极端化，这是民事诉讼的基本构造所决定的，因为人事诉讼的基本构造仍然以两造当事人的对立或对抗开展诉讼活动。

(二)人事诉讼中职权探知的具体表现

1、职权证据调查。人事诉讼中，诉讼主体提出证据是不言而喻的，此外，法官也可以依据职权进行证据收集。职权收集到的证据并非仅仅具有补充性质的证据，调查程序与普通民事案件并无相异之处。依职权进行证据调查时，就其调查结果必须进行当事人询问。由此看来，与普通民事案件相比，人事诉讼中证据的来源具有多面性。原因在于人事诉讼与普通民事诉讼发现真实程度的要求不同，普通民事案件只要达到相对真实的程度即可，而人事诉讼事关身份关系的确定，要求达到发现绝对真实的程度。

2、斟酌当事人未提出的事实。人事诉讼中，构成判决基础的事实来源于三方面，一是当事人提出的事实，二是检察官提出的事实，三是法官斟酌当事人未提出的事实即法院收集的资料。根据辩论主义的要求，法院事实认定得受当事人辩论的拘束，受拘束的主要事实是指直接影响法律效果发生的必要事实(法律要件实事)。在人事诉讼中，由于排除了当事人辩论的拘束，此处所言的当事人未提出的“事实”是指主要事实。能够依职权斟酌的事实应限定在与诉讼标的即诉讼请求有关的事实范围内。

人事诉讼中诉的提起以及审判对象的确定仍是原告的权能，就当事人未请求的事项法院是不能进行判决的，原本作为民事诉讼法的这一基本原则在人事诉讼中仍然适用。比如，在婚姻撤销之诉中，不适龄婚所导致的婚姻撤销请求和因欺诈或强迫所引起的婚姻撤销请求，依据旧诉讼标的理论，属于不同类型或不同性质的诉讼请求(诉讼标的)，在

不适龄婚姻撤销之诉中，对当事人未主张的欺诈、强迫的存在加以认定，是不能作出请求认容判决的(原告胜诉判决)。而依新诉讼标的理论，则属于同一诉讼标的，只是属不同的攻击方法，欠缺离婚意思的离婚无效之诉中，即便认定婚姻难以继续的事由(离婚事由)存在，也不能作出请求弃却判决(原告败诉判决)。

法院依职权予以斟酌的事实属待证事实，应当进行当事人询问。所谓“询问”是指要求当事人就该事实进行陈述，只要给予了当事人陈述的机会便足矣。但是，如果忽略或怠慢了这一程序，就会导致程序上的偏差，即偏离了正当程序法理之要求，这一偏差也将成为上告的理由。

3、人事诉讼中职权探知系全面探知而非片面探知。德国、日本等早期人事诉讼程序法一般规定，依职权进行的证据调查和事实斟酌，其旨意在于维持婚姻关系。早期人事诉讼程序中所施行的职权探知主义属于片面探知主义。日本早期的学者就人事诉讼中是否施行职权探知，可谓众说纷纭。三田高三郎认为，只有基于对婚姻维持之目的，才能施行职权探知；山田正三则认为，只有对原告请求有利的事实(基于现状的维持)才适用职权探知，因此，就离婚无效之诉而言，为了维持婚姻是可以准许的；也有学者认为，人事诉讼中为了呵护公益应当探求真实，如果对职权主义加以限制的话，将使这一要求成为一纸空文。德国旧民事诉讼法622条以及日本旧人事诉讼法第32条规定，婚姻无效之诉、婚姻成否确认之诉中，即便为了维持婚姻现状，亦不能对职权探知加以限制。职权探知主义最根本的立足点在于守护公益，该法条认可的职权探知其宗旨是基于公益和发现真实。为了发现真实，应该广泛地推崇全面职权探知。作为立法理论，兼子一教授认为在认可协议离婚的日本法制框架下，就离婚之诉应该依存辩论主义。日本人事诉讼法第20条规定，“人事诉讼中，法院得以斟酌当事人未主张的事实，且可依职权进行证据调查”，废除了旧法中“以维持婚姻为目的”之表述。由此表明，职权探知主义适用所有的人事诉讼案件，在性质上属于全面职权探知，由此也宣告人事诉讼中片面职权探知时代的结束。

4、当事人本人出庭决定。由于人事诉讼案件的特殊性，原则上要求当事人本人出庭，就当事人或检察官提出的事实进行询问，当事人不出庭或身处遥远之异地，法院可以委托受命法官或受托法官进行询问。日本人事诉讼法第21条规定，“法院进行当事人本人询问时，可以对该当事人作出按期出庭的决定”，不出庭的当事人准用不出庭证人的有关民事诉讼法规定，这是以职权探知主义为原则，与实行辩论主义的普通民事诉讼的当事人询问相比，具有特别之处。也就是说，当事人询问除法院依职权可以进行外，不需要其他补充性措施，但是，当事人不接受法庭传唤或拒绝供述、宣誓，也不能直接将对方当事人的主张视为真实。不配合法庭传唤工作的，其处理办法与证人亦同，将被处以罚金或拘留。

四、结论

在当事人主义机制引入我国之前，民事审判活动中，职权主义色彩十分浓厚，法官居于诉讼主导地位为基本特征的职权主义民事诉讼理论导致了超职权主义诉讼模式，通常诉讼和人事诉讼无明显区别，人事诉讼中的职权主义特点已经得到充分体现。超职权主义诉讼模式这正好契合了人事诉讼案件的特性。而伴随当事人主义诉讼模式在我国的确立，原来在传统诉讼模式下，尚有一席之地的人事诉讼，在新的模式下，却常常表现得无所适从。适用普通程序法理审理人事诉讼案件，难以满足发掘实体真实的至高目标的需要，同时也大大增加生产不当判决的可能性。在目前普通民事审判程序难以满足人事诉讼案件需要的困境下，单独设立人事诉讼程序，构建一种辩论主义与职权探知主义兼容的诉讼程式，即第三种程序，才是明智的抉择。

人事诉讼案件不仅具有不同于普通诉讼案件的特点，它也不同于普通的非讼案件。人事诉讼既可能是利益冲突与非利益冲突交错，也可能是公益和私益的重叠，与普通诉讼相比，它更亲睐采用非讼方式处理，但与典型的非讼案件相比，它又更为复杂，在以非讼程序解决纠纷的过程中，可以在一定情形下，适用诉讼程序法理。人事诉讼中，诉讼法理和非讼法理常常呈交错适用的态势。因此，构建不同于普通诉讼程序，也不同于非讼程序的独立的人事诉讼程序乃是客观之必然。

【参考文献】

[1]王礼仁。设立人事诉讼制度之我见[J]。法律适用，2002(10)：47—50。
[2]张卫平。诉讼构架与程式[M]。北京：清华大学出版社，2000：154。
[3]田平安。民事诉讼法[M]。厦门：厦门大学出版社，2006：173。
[4]P。Schlosser，Gestaltungsklage und Gestaltungsrecht，1966，S。186。
[5]W。Grunsky，a。a。o。，S。138，147。
[6][日]山木户克己。人事诉讼程序法[M]。东京：有斐阁，1973：117。
[7][日]松本博之。人事诉讼法[M]。东京：弘文堂，2006：58。
[8][日]野田爱子。人事诉讼法概说[M]。东京：日本加除出版株式会社，2004。
[9][意]莫诺•卡佩斯蒂。当事人基本程序保障与未来的民诉法[M]。徐昕，译。北京：法律出版社，2000：52。

[10]江伟。市场经济与民事诉讼法学的使命[J]。现代法学，1996(3)：17—19。
[11][日]三田高三郎。人事诉讼程序法解说[M]。东京：帝国判例法规出版社，1952：321。
[12][日]山田正三。人事诉讼程序法[M]。东京：日本评论社，1938：69。
[13][日]大森洪太。人事诉讼程序法[M]。东京：日本评论社，1920：8。
[14][日]小野漱厚。新しい人事诉讼制度[M]。东京：商事法务，2004：88。

人事诉讼判决效力的扩张与第三人程序保障

郭美松

【内容提要】为保持身份关系的稳定，实现社会秩序的和谐，诸多国家都赋予了人事诉讼判决的对世效力，它是判决“相对效原则”的例外。通过检察官参与人事诉讼、限制适用辩论主义、实行职权探知等特别“法则”的施行，为人事诉讼判决既判力的扩张提供了依据。但从施行这些特别法则国家的司法实践来看，难以实现对案外第三人利益的保护。在固守人事诉讼判决“对世效力”为基本原则的同时，应另辟它路实现对法律地位受到影响的第三人的程序保障。
【关键词】人事诉讼；判决效力；扩张；第三人；程序保障

人事诉讼，是关于人的身份上权利义务关系的诉讼，故又称为身份关系诉讼。为保持身份关系的高度统一，实现社会秩序的和谐与稳定，因此诸多国家都赋予了人事诉讼判决的“对世效力”，即判决效力也及于当事人以外的第三人，它是判决“相对效力”的例外。为了保护承受判决效力扩张第三人的合法权益，诸多国家都施行了检察官参与人事诉讼、限制适用辩论主义、实行职权探知等特别法则。通过这些特别法则的施行，不仅从程序上保障了法院具有作出与实体真实一致判决的可能，同时也为人事诉讼判决效力扩张奠定了坚实基础。但从法国、日本等国实施的上述特别法则的状况来看，其效果并不如人意，未能达到预期的效果，这就需要我们冷静思考如何保障承受判决效力的第三人的程序权的问题。

一、既判力的相对性原则

民事诉讼目的在于依据国家强制力平息纠纷，因此必须赋予其解决结果——“民事判决”一定的法律效力，以维持民事法律关系的稳定，从而使“一事不再理”原则得以贯彻，维护适法标准的统一。由于确定判决是诉讼过程中双方当事人程序权得以充分保障、在平等攻防基础上获得的成果，因此，应当依据诚信、公平原则，通过判决内容的确定，禁止再度诉讼等方式使之正当化。可以说，赋予民事生效判决制度性效力——“既判力”是民事诉讼目的的必然要求。

判决效力是指人民法院的生效民事判决所具有的法律效力，包括拘束力和确定力。实质上的确定力亦称作“既判力”，它具有积极和消极两方面的作用。积极作用是指法院不得随意自行撤销或变更自己作出的确定判决，也不得作出与确定判决的既决事项相矛盾的判决；而消极作用是指禁止双方当事人再就具有既判力的判决内容进行争执。通过上述作用，既判力确定法院所裁判的实体法律关系的客观范围和主观范围。一般而言，既判力的客观范围应以在确定的终局判决中经裁判的诉讼标的为限；而既判力的主观范围应限定在诉讼双方当事人，原则上不应将既判力的范围扩张至没有参加诉讼的案外人。

既判力的对象是基于原告主张所确定的诉讼标的。在受辩论主义和处分权主义支配的民事诉讼程序里，当事人获得充分的诉讼权利进行诉讼活动，应对其提供的诉讼材料所形成的判决结果负责。换言之，既判力原则上只能在对立的双方当事人之间产生，对没有得到程序保障的案外第三人不产生效力，这就是既判力的相对性原则。“判决效力的主观范围，即有关判决的效力对谁发生作用的问题。”确定既判力主观范围的原则是既判力只对提出请求及相对当事人有拘束力，而不涉及当事人以外的人。这表明判决效力的主观范围具有很强的相对性。依据辩论主义的要求，法院的裁判须以当事人双方在言词辩论中所主张的内容为基础。其他人没有参加诉讼，也就没有机会在言词辩论中声明自己的主张，既判力的主观范围一般情况下就不能扩大到当事人以外的其他人。

二、人事诉讼判决既判力主观范围的扩张及根据

(一)人事诉讼判决既判力主观范围的扩张

确定判决并不是无限制地对任何物、任何人都产生既判力，既判力所拘束的物和人应该有明确的范围。既判力及于当事人以外的第三人属于既判力主观范围的例外。在诉讼理论上，我国学者将这种例外称为既判力之扩张，日本部分学者将之称为既判力的“对世效力”。这种扩张现象在人事诉讼和公司法上的诉讼最为常见。根据实体法形成权所提起的形成之诉，可以使法院作出具有形成力的判决。在判决具有形成力后，一定的法律关系在判决确定的范围内形成，以前未存在的法律关系因而发生，以前存在的法律关系因而变更或消灭，这种法律效果任何人都不得否认。可见，

形成判决一般具有对世效力。也就是说，确定判决的主观范围要发生扩张效应，确定判决所形成的法律效果也及于第三人。以身份关系为标的的人事诉讼一般都为确认之诉，确认之诉的特点铸就了人事诉讼判决“对世效力”的属性。这也意味着人事诉讼判决效力突破了一般民事判决效力的相对性原则。

根据传统的既判力理论，民事判决既判力具有很强的相对性。但是，在特定条件下，由于案外第三人与本案诉讼标的存在密不可分的关系，若对这种关系不加以确定的话，那么，对权利的稳定无疑是有弊无利的，所以需要借助既判力的扩张功能加以调整，从而实现“纠纷的一次性解决”之理念。我国也曾有学者指出，“形成力的绝对效力性质来源于形成之诉的特点，形成之诉也只有在法律专门规定并以法院判决才能变更法律状态的情况下予以承认，且仅在社会团体关系和身份关系案件中才有较大适用的余地。”由于人事诉讼的特殊性，一些大陆法国家均对人事诉讼判决的“对世效力”进行了特别规定。《法国民法》第311条9项规定，“亲子关系的判决得以对抗当事人以外的第三人”。这一规定表明人事诉讼判决具有绝对效力(autoriteabsolue)《日本人事诉讼法》第24条规定，就婚姻无效或撤销、离婚或其撤销之诉作出的判决对第三人亦发生效力。《德国人事诉讼法》第640条之8规定，“判决在当事人生存时确定的，该判决为一切人并对一切人均生效力。”所谓“为一切人并对一切人”是指，判决对一切人(包括对其有利和对其不利的人)均发生效力，即判决的效力及于一切第三人。此即为《德国民事诉讼法》第325条关于判决既判力的主观范围的扩大规定{7}。我国台湾地区“民事诉讼法”第382条第1款规定，就婚姻无效、撤销婚姻或确认婚姻成立或不成立之诉所为之判决，对于第三人亦有效力。

(二)人事诉讼判决既判力扩张的根据

人事诉讼判决为何会发生判决效力扩张呢?根据何在?都是我们探讨此问题的关键。要解答这一问题，笔者认为只能从人事诉讼中所施行的特别法则和所追求的价值目标中去寻找答案。首先，人事诉讼是以身份法律关系为诉讼标的，与以财产权关系为诉讼标的的一般民事诉讼在适用法则和审判模式上存有较大不同。由于诉讼当事人对身份关系不能进行自由处分，因此辩论主义的适用受到严格的限制。其次，为了追求实体真实，广泛地适用职权探知主义。在人事诉讼中，法官不完全受当事人提出的证据方法拘束，可以斟酌当事人未提出的证据等。再次，仅仅依靠职权探知主义，还不能够完全实现实体真实的价值目标，因而一些国家特别是大陆法系的部分国家规定，准许检察官参与人事诉讼。无论检察官是以当事人身份参与诉讼，还是以诉讼参与人的身份列席人事诉讼裁判，都有利于真实的发现。最后，正因为人事诉讼是以身份关系为诉讼标的，为了保持身份关系的高度稳定，需要将判决效力扩张于当事人之外的第三人，以维持社会关系的正常运行。这些举措与特别法则的施行，为人事诉讼判决效力的扩张打下了坚实基础，同时也为既判力扩张提供了支撑。一般认为，通过法院的职权探知和检察官的一般参与，可以减少甚至消除未参加诉讼程序第三人利益遭受侵害的可能。

三、人事诉讼中第三人之程序保障

由于人事诉讼判决效力的扩张，案外第三人受到判决影响和拘束的现象是非常普遍的，为维护第三人的权益，程序设计是需要精心考虑的。

许多大陆法系国家的《民事诉讼法》或《人事诉讼法》对人事诉讼判决效力及于第三人加以规定，其旨意在于保持身份关系的高度一致性。从判决“相对效力”原则的角度来看，显然是既判力主观范围的一种例外。未参加人事诉讼程序的第三人要接受既判力的拘束，其程序设计应该比普通诉讼程序更精密，否则，案外第三人的合法权益将可能遭到肆意的践踏。因此，对承受判决对世效力的第三人合法利益的保护，是各国立法上必须解决的难题。

(一)问题的提起——程序保障之困惑

在日本，山木户克己教授率先提出了诉讼中的“当事人权”。与非讼程序相比，能够表现当事人诉讼主体地位的“辩论权”、“异议权”是“当事人权”的重要组成内容。“辩论权”是指接受裁判者在判决作出前，就案件进行辩论，保障其提出裁判资料的机会。这一权能无论在实施处分权主义、辩论主义的普通民事诉讼中，还是在实行职权探知主义的人事诉讼模式中，均同样适用。但是，以前人们在探讨“当事人权”时，其着眼点在于如何保障形式上的诉讼主体即当事人的程序权。而形式上并非当事人但因判决效力的扩张而实质受影响的第三人之程序权该如何被保障的问题，它并非“当事人权”所直接论及的对象，第三人程序权保障的有关问题可谓当事人权所面临的难题。

第三人程序权的法理根据，在于各国宪法上所规定的“接受裁判的权利”或审问请求权。接受裁判权利的程序保障在德国表现为“审问请求权”，而在日本程序保障则表现为山木户克己教授提出的“当事人权论”和铃木忠之先生的“正当程序保障论”。在德国，就《德国基本法》103 条所规定的审问请求权的适用范围，学界曾发生过激烈的论争。有学者认为，审问请求权只有形式上的诉讼参与者才拥有；也有学者认为，承受裁判结果实质影响的第三人也同样拥有。虽然各国宪法对“接受裁判的权利”规定的具体内容并未加以明示，但它是保障第三人接近法庭的一种基本权利。但是若仅仅将“接受裁判的权利”理解为法庭上的某种程序保障，那么就会致使此规定沦为机械的教条，成为没有任何实际内容的空洞之物；因此，应当根据案件的性质，保障实施具有合理内容的裁判程序，如何将该条规定具

体化，并融入正当程序之中才是我们应该思考的问题。

民事判决效力主观范围相对性原则是对第三人程序权的最好保护。因为，确定既判力主观范围的原则是，既判力一般只对提出请求及相对人具有拘束力，而不及于当事人以外的第三人。而以身份关系为调整对象的人事诉讼确定判决的对世效力，我们暂不管是定性为形成力还是既判力，都应广泛地及于第三人。判决的“对世效力”不仅直接左右非当事人固有身份上的地位，而且，间接地影响将争讼身份关系作为先决事项的第三人的继承权、抚养义务等其他财产权。非当事人或第三人在有关自己法律地位的另行诉讼中，不能对身份判决内容加以争执。由此看来，非当事人或第三人的程序权受到了极大的制约。如果仅仅是因为要处理好如何调整身份关系的统一确定与利害关系人程序权保障问题的话，让上述所有利害关系人的程序参与权得以保障，问题不就可以解决了吗?但事实并非如此简单。于是有日本学者提出，可从以下几个层面着手去化解二者间的矛盾。

1、身份关系的直接主体都作为当事人适格者(必要共同诉讼当事人)参与诉讼，以此实现程序权的保障。

2、除此之外的第三人可以通过任意诉讼告知方式开辟参与诉讼之路。

3、当事人通过欺诈等手段而获得的虚假判决，可以通过再审途径赋予受害人事后程序参与权限。

4、为了保护承受身份判决效力第三人的利益，实现“对世效力”的正当化，各国均采取了限制处分权主义和辩论主义，广泛适用职权探知主义等策略。尽管我们不能断言职权探知的实施本身就可以从根本上消除不当判决产生的可能，致使人事诉讼判决对世效得以正当化，但至少可以说，通过职权探知所产生的裁判结果比源于辩论主义的判决更接近实体真实一些。以《宪法》上“接受裁判权利”为基础的程序权在职权探知制度下，当事人的辩论权同样应该受到保障，它具有超越符合实体真实之上的价值——正当程序保障。人事诉讼中的职权探知只具有补充第三人程序保障的作用，而不具有取而代之的功能。

5、通过对当事人适格者的扩充，使更多的人能够亲自进行或参与诉讼程序，以力求实现人事诉讼中确定判决“对世效力”的正当化。

从保障第三人程序的角度来看，上述举措都是为保护承受“对世效力”及第三人利益之程序性保障，也是实现判决效力扩张正当化的根据。但这些措施能发挥多大程度的保障功能，以什么为根据(标准)才可以说第三人的程序权得到了切实保障等问题，至今仍是一个谜团，有待人们进一步探明。

(二)人事诉讼判决效力的扩张与第三人程序参与权的一般法理

人事诉讼中有关身份关系的本案判决，无论是原告胜诉判决还是败诉判决，一般对第三人都具有判决效力。原告胜诉判决的“对世效力”究竟属于形成力还是既判力学界虽尚无定论，但从第三人程序权保障的角度来看，姑且不论形成力是确定判决的法律要件效果还是作为既判力的基础，总之，判决“对世效力”使人们不得就判决内容再度进行争执。即便既判力不发生扩张，而判决本身具有“反射效力”，当事人之外的第三人也必须承认法院对当事人之间的判决。诚然，不适格的第三人不能单独提起诉讼，但是，形成判决对自己的既得地位造成了侵害，或者关于自己法律地位诉讼的先决事项的形成效果会因此存有不妥之处。尽管不是适格者，作为当然的反射性效果，第三人是否便不能对此加以争执?不管是既判力的扩张还是反射性效果，不能对判决效力加以争执的第三人为了保护自己的合法权益，应该为其进行什么样的程序权保障?只要这一问题找到了答案，其他问题方可迎刃而解。有日本学者指出，“对世效力”并非判决的效力，它是判决的一种实际效果或者是一种波及功能。判决的“对世效力”即便被全盘否定，前诉判决对第三人仍存在事实上的波及效力。

如前所述，人事诉讼判决“对世效力”的根据在于身份关系统一确定之要求。为了实现身份关系的统一确定，与该身份关系有直接利害关系的人都有必要成为适格当事人。也就是说，基于身份关系统一确定而产生了身份判决“对世效力”的要求，通过将密切利害关系人作为适格当事人，据此实现判决“对世效力”的正当化。以争讼身份关系“干涉权”为基础，通过判决效力的扩张，实现身份关系划一确定的正当化。

但是，“基于身份权的干涉权应与基于财产权的管理权一样，将之作为判决效扩张的根据属于一种拟制手法，并非认可了有关争讼关系的实体权。”仅限于密切利害关系人成为当事人适格者，通过他们积极诉讼追行，可以由此寻求判决效向其他人扩张的正当化根据。而日本通说认为，“对世效力”正当化根据应从密切利害关系人的干涉权这一形式理由去寻求；但是，通过适格当事人的干涉权所拟制的代理权或管理处分权容易迷惑人们对事物本质的认识。因此，充实当事人的诉讼追行更有利于程序权的保障。利害关系人的程序参与权除作为必要诉讼当事人外，诉讼告知也仅仅只是为他们提供了参与程序的可能性。若无诉讼告知，利害关系人便无从知晓诉讼系属，诉讼参加便无从谈起。

因此，在不能完全寄希望于法定适格当事人进行积极诉讼追行时，应该让实质的利害关系人作为必要共同诉讼当事人参与诉讼程序。但是，笔者认为，人事诉讼中系争身份关系的主体原则上为适格当事人，在法定适格当事人之间进行的诉讼，只因当事人未进行积极的诉讼追行就否定其诉讼利益的观点是值得商榷的。系争身份关系主体间的判决一旦确定，有关该身份关系的纷争便可以划上一个终结的句号。由于适格当事人间的诉讼追行尚存有不充分之处，是

否可以另辟蹊径，保障利益可能受到侵害的利害关系人参与程序的机会。不仅可据此保障当事人的程序参与权，同时，还可对适格当事人间的诉讼追行发挥补充、监视的功能。

对以宪法上接收裁判权利以及请求审问权为根据的第三人程序参与权的法理基础，学界存在不同的认识，概括起来主要有以下两种观点：1。“不当侵害防止说”。这种观点的法理基础在于，防止不当判决侵害权利出现的可能。即要防止不当判决对利害关系人合法权益的不当侵害，只能让其参加诉讼程序，提供谋求自我权利保护的机会。判决内容如果与实体真实一致，就不会对第三人的利益发生侵害，也不存在程序参与权保障的问题。2。“固有权限说”。程序参与权并非仅仅消极地防止不当判决所引起的权利侵害的发生，而是利害关系人积极地参与自己法地位形成的诉讼程序的权利，从而保障亲自参与权利关系形成的诉讼机会。此种观点认为，通过第三人对自己权利形成诉讼程序的亲自参与，以确保判决客观、公正地形成，它是正当程序的重要环节。

人事诉讼中利害关系人程序参与权以利害关系人的法律地位与争讼身份关系如何关联、具有何种价值等为内容。“固有权限说”认为，作为争讼身份关系的固有权限者参与身份关系形成的诉讼程序是不可缺少的组成部分。也就是说，不仅仅是争讼身份关系的直接主体，而且对自己身份上的地位受身份判决左右的密切利害关系人来说也有必要参与诉讼程序，比如，必须保障受母子关系不存在的确认判决影响的婚生父亲的程序参与权。

身份判决并非直接确定身份上的法律地位，将争讼身份关系作为先决事项的继承权、抚养义务等其他财产权受到影响的利害关系人，情况则不尽相同。父子间认领判决损害其父配偶继承权便是典型的例子。这些次位利害关系人因其法律地位受到影响，没有理由对其正当程序的保障进行排除；但是，如果广泛认可这些人的程序参与权，就会严重阻碍适格当事人通过诉讼追行进行的权利保护，甚至影响司法运营功能的正常发挥。因此，这种情形下，不能仅仅考虑受判决影响第三人法律地位价值的大小，还要考虑基于保障程序参与权所消耗的时间、金钱等。因为第三人参与诉讼程序，必然致使诉讼程序复杂化，导致诉讼迟延、增加诉讼费用等情况出现。由此看来，第三人的程序参与利益与适格当事人所追求的诉讼效率是截然对立的，二者处于一种相互制约的关系。因此，应将其与当事人的利益相比较，以便全面衡量第三人的程序参与权具有多大的价值，为保障第三人的程序参与需要付出多大的代价等，并且加以具体化。

第三人法律地位是否可以通过其他方法或手段进行保护，这也是限制第三人程序参与权正当化所要考虑的因素。当事人通过实施充分的诉讼追行，实现对第三人利益的切实保护，这也是使得限制第三人程序权正当化的原因之一。但是，当事人与第三人之间存在利益冲突，其诉讼追行不能对第三人利益进行切实保护时，便不能限制其程序参与权。在普通诉讼程序中，如果能够确保判决内容的公正性，实现对第三人的保护，就有必要减轻第三人程序参与的必要性。在广泛适用职权主义程序中，依据职权探知，不可能完全预防不当判决的产生，对以程序权为内容的第三人正当程序的保障，法院只能是积极地介入，并非能够完全取代。

综上所述，承受身份判决“对世效力”利害关系人的程序参与权无论是通过利害关系人成为适格当事人，还是通过诉讼告知方式为其提供参与的可能性，仅限于这种二选一的做法未必就具有相当的合理性。在人事诉讼中，并非只有通过法定适格当事人所进行的充分诉讼追行才能保护第三人的利益，通过扩大当事人的适格范围，使实质利害关系人成为共同诉讼当事人的做法也未必完全具有合理性。对当事人间合谋所获得的虚假判决，第三人虽然可以通过再审程序寻求救济，然而，合谋事实的举证并非易事，因此，对第三人的利益保护未必完全充分。一般认为，第三人的程序参与权受制于适格当事人所追求的诉讼效率。如果第三人为争讼身份关系的密切利害关系人，或具有重大的法益时，有必要扩充程序参与权。

(三)日本学界关于人事诉讼中第三人程序保障之学术论争

程序保障是一个既古老又新鲜的话题。人们为追求公平、公正，一直在苦苦地追寻程序正义。从1984年福冈高等法院的判例到1988年最高裁判所的判例，日本司法机关作出了难以让世人接受的裁判结果，由此引发了日本学界对案外第三人的程序保障问题的探讨，被称为程序改革的“第三浪潮”。

1、“吉村说”。吉村德重教授是日本最早就人事诉讼判决效力与程序保障问题进行研究的学者。吉村教授从宪法上国民都有接受裁判权利的角度，阐释了第三人程序保障的法理依据。人事诉讼判决的“对世效力”源于身份关系得以统一确定之要求。通过对处分权主义和辩论主义的限制以及片面职权探知主义的施行而使之正当化。然而，吉村教授认为，这些根据和举措对第三人的保护来说是不够充分的。“人事诉讼中的职权探知只对第三人程序保障具有补充性，而不具有替代功能。”要对人事诉讼判决效力拘束的第三人的权益进行充分保护，只有让身份关系直接受判决影响的利害关系人的程序参与权受到实际的保护。吉村教授还指出，并非所有利害关系(第三人)在任何情形下，都有纳入共同诉讼人行列的必要，他将第三人分为密切关系人和次位关系人，与系争身份关系存有直接利害关系的为密切关系人；而身份关系不受影响，继承权等其他财产权可能受到侵害的为次位关系人。对密切关系人的诉讼参与实行必要传唤，而对次位关系人实行诉讼系属告知。吉村教授的观点主要受德国传唤制度的启发，是他将德国施行的必要传唤

制度的两种功能分解得出的结果。“吉村说”认为应扩张诉讼告知的范围，作为未进行诉讼告知的制裁手段便是实施判决效力的相对性原则。

2、“高田说”。高田裕成教授在详细研究德国法、法国法的基础上指出，“对世效力”这一立法技术中，包含了法律关系的统一解决和纠纷一次性解决两个层面的内容。以死后认知诉讼的“对世效力”为例，某男性甲(死亡)为前诉原告乙之父亲这一法律关系，对任何人都可以主张，这就是统一解决之层面；诉讼一经提起，其他人不得再度提起诉讼，这就是一次性解决之层面。然而，作为身份关系判决的对世效力，一般以身份关系的统一解决为基础，一次性解决层面属于弹性内容(任意性内容)。法国法实行的就是这种暂时对世效力理论，并付诸于立法。“高田说”是将身份关系的划一解决要求作为对世效力统一解决层面的根据，并未强调纠纷的一次性解决之层面。这种观点的不足之处在于，容易导致诉讼的频繁提起，它是以牺牲法律关系的安定性为代价。

3、“竹下说”。竹下守夫教授的观点与“吉村说”大致相同，也是将利害关系人分为两个集团。不同点在于：其一，对第一集团的利害关系人(与身份关系有直接利害关系者)不实行必要传唤，适用诉讼告知方式。因为，接受必要传唤者如果不能当然地取得程序上的地位，与诉讼告知似乎并无两样。其二，对仅仅财产上存有利害关系的第二集团要实行诉讼告知义务化较为困难。但是，在个案中，当可能出现与实体真实不同的判决时(比如，检察官作为被告的诉讼中，检察官不提出诉讼资料、证据资料时)，作为职权探知内容之一，法院应催促当事人进行诉讼告知，或者依职权将第三人作为证人进行询问。第二集团成员即便没有参与诉讼的机会，判决也对其具有拘束力，根据利害关系的程度，可以通过再审之路进行权利抗争{18}。

(四)第三人程序保障现状透视与对策

1、第三人程序保障现状之透视

为防止案外第三人的合法利益免受不当侵害，德国和日本等在对人事诉讼程序加以精密设计外，还制定诸多具体制度，比如允许公益代表者(检察官)参与诉讼、对辩论主义进行限制适用、广泛适用职权探知主义等，据此提高裁判机关作出实体真实判断概率。

(1)检察官参与人事诉讼的状况。大陆法系的法国、德国、日本等国的民诉法或人事诉讼法都规定了检察官参与人事诉讼，参与方式分为诉讼参与和一般参与。诉讼参与是指检察官以当事人(原告或被告)身份参与人事诉讼，但检察官并不是以当事人的身份参与所有的人事诉讼，各国对检察官的诉讼参与范围都进行了限定；而一般参与是指检察官列席人事诉讼的审判，陈述意见并进行证据、事实调查以及提出证据等。这种参与方式属于任意参与，即是否参与某人事诉讼由检察官依职权确定。

在对检察官参与人事诉讼的情况进行审视之前，不妨对日本1888年的一起案例作一番简单的扫描。案情大致如下：某甲以检察官为被告提起了死后认领请求诉讼，其诉讼请求得到了法庭的支持。判决生效后，被确定为父亲的其他子女乙，以不知晓诉讼的系属和欠缺代理权(《日本民诉法》第338条1项)为由，提起了再审之诉，将甲和检察官推向了被告席，日本最高裁判所以原告不适格，驳回了乙的再审之诉。这一案例，曾使日本民事诉讼法学界一片哗然。在不知晓的情况下，法律上突然为自己“制造”了一个或几个兄弟姐妹。从此案例来看，第三人的程序保障相当缺乏。由此也暴露出检察官参与制度的弊端。检察官的本职是提起刑事公诉，参与民事诉讼的审理，主要是基于检察官的特殊身份——公益的“守护神”，从现有的司法资源看，检察官不可能参与所有人事诉讼，只能从其他途径寻找解决的办法。

(2)法院的职权探知状况。由于人事诉讼标的的特殊性，大陆法系诸多国家在人事诉讼中广泛适用职权探知主义，以发现实体真实。而在现实的审判活动中，诉讼资料的收集、提出通常都由当事人承担，法院一般仅仅进行释明，事实主张和证据方法的提出与普通民事诉讼几乎没有差别。由于为保障承接既判力拘束的第三人而设立的制度未发挥正常的功能，第三人的合法利益的保护将无从谈起，有必要从具体制度上加以完善。德国人事诉讼中施行的传唤制度或许对我们有一定的启示作用。

2、利害关系人程序保障之对策

“程序保障问题不是法院和当事人之间的规制问题，而是当事人之间诉讼内的行为规制问题。”第三人诉讼参与之路是依据职权开辟，还是当事人间自行规制，对此问题，各国根据各自的法律制度施行了不同的举措。德国主要依据职权传唤或告知第三人之诉讼参与；而日本则实行的是当事人间的自我规制，即当事人间自行施行传唤或告知。实行当事人自我规制的情形时，应充分用活释明权制度。日本法官奈良次郎先生认为，在以检察官作为当事人的人事诉讼中应充分活用诉讼告知，法院方面应做好诉讼指挥工作。在司法实践中，死后认领诉讼中的利害关系人的权益屡遭侵害，为切实保护承受判决对世效力的案外第三人的合法权益，各国均在立法上采取了相应的对策。如《日本人事诉讼程序法》第33条规定，“对于在父亲死亡之后提起子女认领诉讼中，父亲继承人的子女及其他因诉讼结果而致使继承权受到损害时，法院认为适当的，应根据最高裁判所规则的规定将诉讼系属通知相关人士。但是，该通知仅限于以

诉讼记录判明其姓名及其住所或居所的情形。”无论是职权传唤还是当事人自行传唤，如果不及时履行，将会给案外第三人的合法权益造成损害。在检察官作为当事人参与诉讼时，检察官虽然负有告知义务，但作为法院，应该与检察官紧密合作，充分行使诉讼指挥权，以尽早地用最恰当的方式实施诉讼告知程序活动。

日本人事诉讼法及其对我国的启示

郭美松

【摘 要】人事诉讼以身份关系作为调整对象，其裁判结果与社会秩序息息相关，普通诉讼程序法理难以满足其要求，需要施行一些特别法则。为此，两大法系不少国家都制定了人事诉讼程序法。本文通过对日本人事诉讼程序法立法沿革、修法背景以及人事诉讼法的特点、主要内容等的介绍和评析，根据程序专门化原理，认为未来我国有必要制定单独的人事诉讼程序法、设立专门的人事诉讼案件裁判机构。

【关键词】日本法 人事诉讼 管辖 特别法则 程序对称 裁判机构

人事诉讼又称身份关系诉讼，是以身份关系为调整对象之诉讼，主要包括婚姻关系诉讼、亲子关系诉讼和收养关系诉讼。鉴于人事诉讼纷争的特殊性，不少国家和地区就人事诉讼程序进行了专门规定，或单行立法或在民事诉讼法中加以规定。日本是世界上仅有的少数几个就人事诉讼程序进行单行立法的国家之一，时逾百年的历史，不仅建立了较为完善的程序制度体系，而且理论积淀深厚，通过对日本人事诉讼程序制度的沿革、立法现状及特点等的考察，探明其人事诉讼程序体系的变迁和程序完善的细化过程，由此判断我国设立人事诉讼程序的时机以及模式，为今后我国构建中国特色人事诉讼程序寻求可资参考的理论支撑和诸多启迪。

一、日本人事诉讼程序法的立法及修订沿革

日本于 1898 年颁布了第一部《人事诉讼程序法》，该法基本上原版照搬了德国民事诉讼法典第六编的内容，只是在立法体例上进行了调整，即采用单行立法模式，继而成为世界上最早采用这种立法模式的国家。 事实上，日本在颁布 1898 年人事诉讼程序法之前，1890 年为了配合日本旧民法典中人事编有关规定的实施，在出台日本旧民事诉讼法的同时，还施行了《关于婚姻事件、收养事件以及禁治产事件之诉讼规则》。此规则可谓当今日本人事诉讼法的前身。日本人事诉讼法自问世以来，尚未作过大的修订，基本上维持了原来的模式和内容，仅仅进行过为数不多的小型修补，其主要修法沿革如下：（1）1926 年颁布了日本新民事诉讼法，将当事人主义引入民事诉讼审判中，由于人事诉讼案件的特殊性，适应人事诉讼裁判的需要，人事诉讼程序法第 10 条、11 条也进行了相应修改，规定辩论主义不适用于人事诉讼。（2）1942 年由于民法典中新增设了死后认知之规定，对人事诉讼程序法 19 条和 32 条进行修订，规定在子女认领之诉中，作为被告的父亲或母亲死亡后，可以将检察官作为对方当事人提起有关诉讼。（3）1947 年将条文中的“检事”改为“检察官”，同年伴随民法典的修改和《家事审判法》的制定，将从前由人事诉讼程序法调整的亲权或财产管理权丧失或失权撤销事件、继承人废除事件、隐居事件、禁治产及准禁治产事件、失踪事件统统移交由家事审判程序处理，与这些事件有关的规定全部从当时的人事诉讼程序法中删除。 （4）根据《家事审判法》23 条的规定，包括人事诉讼案件在内的所有有关家庭的事件一律实行调解前置主义，且在调解程序中，可进行当事人间的合意审判。（5）1948 年将“家事审判所”改为“家庭裁判所”。（6）2003 年 7 月颁布了现行《日本人事诉讼法》，本次修法是 1949 年日本家庭法院成立以来就人事诉讼程序进行的最大一次改革，涉及人事诉讼案件的管辖、调查官作用的强化、法条文体等诸多方面的内容。

二、日本人事诉讼法出台背景以及有关管辖的学术论争

（一）日本人事诉讼法的出台背景

日本出台人事诉讼法的主要动机在于人事诉讼程序法为一个多世纪前的产物， 从 1898 年该法制定以来，基本维持了原来的风貌，几乎未进行过任何重大的修改，已不适应当今日本社会的需要，严重制约了公平、效率之司法理念的发展。 为了使既存的人事诉讼程序法更好地为解决人事诉讼纠纷服务，发挥家庭法院在解决人事纠纷方面的独特功能，日本立法机关对人事诉讼程序法的部分规定特别是人事诉讼事件的管辖、参与员制度等进行修订，使之成为便民消费的程序。 在新人事诉讼程序法出台以前，人事诉讼案件首先应通过家庭法院的调解程序，若调解的前提问题（如遗产的归属、遗产继承人的范围等）发生争议，调解就只能搁置下来，等待前提问题的裁判结果。而前提问题的解决只有通过诉讼手段在地方法院进行，地方法院就前提问题的裁判结果宣告以后，再回到家庭法院继续调解程序。 如果调解事项不能达成一致的，又得请求地方法院进行裁判。 这样，一个案件在家庭法院和地方法院间来回折腾，不仅花费了当事人不少的人力和财力，而且浪费大量的司法资源，这种操作程式有悖于民事诉讼的经济原则。加之，程序上过于复杂，难以让程序消费者明了。程序的复杂性和消费的不经济也是日本出台人事诉讼法的主要原因。

日本家庭法院是二战后受美国家庭裁判所制度的启示， 结合战前设有的日本少年裁判所制度以及人事调解制度

的具体情况，依据部分人士的提议，根据日本裁判法第 31 条的规定，于 1949 年设立的一种特殊法院。 家庭法院由家事审判官、调查官、事务官、技官（医生等）、书记官、速记官等组成。为了家庭法院能更好地运行，还配套制定和施行了《家事审判法》和《家事审判规则》。就人事诉讼事件的解决，其根本目的并非要分出一个黑与白的结果，而主要是寻求一个合理的解决纠纷途径，以促使当事人间恢复感情、消除对立、实现和解。家庭法院的设立目的也不在于以法律手段解决纠纷，而在于以具有人情味的具体、妥当办法解决问题。 日本人事诉讼法修订以前，家庭法院在地位上虽然是与地方法院相同的裁判机构，但不得以判决为宣告之特殊裁判所，主要从事家事审判、调解和少年审判，适用非诉讼程序纠纷解决程序，施行非公开形式审判，由于家庭法院的审判结果不得以判决宣示，比如，调解失败的案件，就必须通过诉讼程序在地方法院加以解决，并以判决形式宣示。因此，很早就有日本学者强烈主张，在上述情形下，应由家庭法院以判决加以解决，以实现纠纷解决的一元化。 理论上的长期准备和家庭法院设立的目的，最终促成了日本新人事诉讼法的出台。

（二）关于人事诉讼案件管辖的学术论争

就人事诉讼事件的管辖问题，在日本家庭法院成立之初就有学者提出应将人事诉讼事件的一审管辖由原来的地方法院移交于家庭法院，但迟迟未予以实现。是否将人事诉讼案件移交家庭法院管辖，日本学者之间存在不同的认识和理解。 持反对观点的学者认为，将人事诉讼事件移管于家庭法院，将损害家庭法院平和的非讼气氛，给调停、审判带来负面效应；担任调停的法官在诉讼程序中可能成为担任裁判工作的法官，对案件的处理会产生预决效果；将使以科学性、非形式主义特点自居的家庭法院的特色变得扑朔迷离，有损其人际关系的调节机能，使家庭法院的人际关系调节机能和权利保障机能陷入半途而废的境地； 将人事诉讼移交家庭法院管辖，不能实现对人权的充分保障；如果将人事诉讼移交家庭法院管辖，伴随的问题便是将少年的刑事犯罪案件也应移交家庭法院审理。如果不将少年犯罪案件移交，将有损家庭法院的统一性，但如果加以移交，又与家庭法院作为首要理念的“保护主义”不相符合；现阶段就家庭法院进行制度性的改革时机还不够成熟；作为人事诉讼发祥地的美国，还未存在家庭法院审理人事诉讼的案例，世界各国也无立法的先例。

而就人事诉讼案件移交家庭法院管辖持赞同态度的学者认为， 将包括身份关系案件在内的所有家庭关系案件全部交由家庭法院审理，有利于实现人事事件的一元化审判，不仅符合家庭法院的设置理念，且便于国民利用；家庭法院作为专门性很强的审判组织，将人事诉讼事件之管辖由地方法院移交给家庭法院，可以充分利用其科学化、社会化的程序设计，依据职权主义对案件进行审理，可以使纠纷得到迅速、恰当的解决；可以避免诉讼程序上的复杂性和事件处理上的矛盾和不平衡；可以反映调解阶段获得的资料和经过，使纠纷得到一体化解决，从而实现人事事件妥当的解决；可以提升家庭法院在司法系统的地位，进一步充实其机能；人事诉讼程序与家事调解相互间的顺利转换，增加了程序的机动性，同时，调解背后有审判、诉讼作后盾，可以使调解工作正确、高效地运行；被视为超越调解权限的事件的申诉也将消失，给家庭法院的调节机能带来积极的影响。

三、日本新人事诉讼法与旧法间的相异点

日本新人事诉讼法与旧法间的相异点表现在下列方面：一是法律章节和法条数的调整。日本新人事诉讼程序法在旧法的基础上新增加了一章，共四章计 44 条。 第一章是人事诉讼程序总则，主要包括通则、受理法院、当事人、诉讼费用、诉讼程序以及补充规则；第二章是关于婚姻关系诉讼的特例，包括管辖、附带处分、和解及请求的舍弃与认诺、履行的确保；第三章是关于亲子关系诉讼的特别规定；第四章是关于收养关系诉讼的特别规定。二是法律上就人事诉讼概念的内涵及人事诉讼案件的种类、范围进行了明确界定。人事诉讼法第 2 条规定，人事诉讼是指以身份关系的形成或确认为目的的诉讼。同时以列举的方式就人事诉讼案件种类、范围进行了明确。人事诉讼案件主要包括以下三类：（1）婚姻关系案件。 包括婚姻无效之诉、婚姻撤销之诉、离婚之诉、协议离婚无效及离婚撤销之诉、婚姻关系存否确认之诉；（2）收养关系案件。包括收养关系无效之诉、收养撤销之诉、离缘［5］之诉、协议离缘无效之诉及离缘撤销之诉、收养关系存否确认之诉；（3）亲子关系案件。亲生子女否认之诉、子女认领之诉、认领无效之诉、认领撤销之诉、确定父亲之诉、亲子关系存否确认之诉。三是将人事诉讼一审管辖由地方法院移交给家庭法院，实行一元化审理模式。一直以来，离婚、亲子关系等人事诉讼事件的一审都由地方法院管辖，家庭法院只承担调解工作，这种分段式纠纷解决程式不仅让消费者难以明了，而且，给程序消费者造成诸多不便。 为了使司法程序更容易让人们了解，更容易走进市民的生活，使人们都能方便地消费人事诉讼程序， 日本新人事诉讼法将人事诉讼以及与此相关的损害赔偿统一由家庭法院管辖，以实现审判的一体化。四是强化家庭法院调查官制度的机能。家庭法院最大的特点就是设立了调查官制度。离婚诉讼中，就监护人（亲权人）的指定、抚养费、财产的分割等申诉，调查官发挥着重要的作用，因为调查官不是普通的市民，而是具有专业知识的专业人士，通过他们的调查，可以使事件得到更为恰当的审理。五是新设参与员制度。参与员是从普通国民中选任的，他们代表着国民的意愿和心声。在人事诉讼事件的审理中，法官要充分听取参与员对案件处理的意见，将国民的良知反映到裁判中去。六是对部分人事诉讼程序性规定加以修改。在

宪法许可的范围内，明确规定了对当事人询问等不进行公开审理的要件和程序；离婚或离缘的解决可以通过诉讼上的和解，等等。七是将“人事诉讼程序法”改称为“人事诉讼法”，并使用现代语。日本人事诉讼程序法是明治 31 年（1898 年）的产物，条文表示所使用的文体为古文日语。人事诉讼程序法以前所进行的修改都未涉及条文文体。此次改革不仅对该法的名称进行了修改，而且对法条使用的文体进行了革新。

四、日本人事诉讼法的主要内容

人事诉讼属于特别民事诉讼，民事诉讼法的基本程序法理仍对其发生作用，但人事诉讼程序既然是民事诉讼的一种特别程序，与通常的民事诉讼在具体的操作程式上存在诸多例外。日本人事诉讼法就这些例外从法律上进行了明确。

（一）人事诉讼法总则的特别规定

1、关于管辖、移送管辖的规定：日本人事诉讼法第 4 条规定，人事诉讼由诉讼当事人普通裁判籍的家庭法院或其死亡时的家庭法院专属管辖，依照前述规定仍无法确定管辖法院时，根据最高裁判所规则所确定的家庭法院专属管辖。（1）有关请求合并管辖之规定。在数人起诉或被诉的人事诉讼中，如果存在就多个身份关系的形成或确认为目的的数个请求，可以向有管辖权的其中之一的家庭法院提起诉讼。（2）避免诉讼迟延的管辖移送。基于诉讼效率和对当事人或接受询问证人住所及其它事由之考虑，为了避免严重的诉讼迟延，或者为了谋求当事人间的衡平，拥有管辖权的家庭法院可以根据当事人的申请或依职权将该人事诉讼案件的部分或全部移送其他管辖法院。（3）相关诉讼请求之移送规定。根据系属家庭法院的人事诉讼请求原因之事实所提起的损害赔偿请求的一审系属法院（地方法院）可以依申请将其移送于家庭法院，接受移送的家庭法院可以就损害赔偿请求进行审理和裁判。

2、关于当事人及诉讼参与人的特别规定：（1）检察官的当事人适格。人事诉讼中若应作为被告的当事人均告死亡，无被告存在时，可将检察官作为被告。该规定打破了传统当事人的适格理论。（2）利害关系人参与人事诉讼。在检察官作为被告的人事诉讼中，法院认为诉讼结果可能损害第三人（利害关系人）财产继承权时，根据需要，可作出让其参加该人事诉讼的决定。但是，法院在做出上述决定之前，必须事先听取当事人和利害关系人的意见。在父亲死亡之后提起子女认知之诉的裁判中，法院认为恰当时，应将诉讼系属通知利害关系人。（3）人事诉讼中的参与员制度。参与员是各家庭法院根据有关规则从普通市民中选任参与家事审判的民间人士，裁判中法官应尊重参与员对案件的处理意见。

3、关于诉讼费用的特别规定：将检察官作为当事人的人事诉讼中，根据日本民事诉讼法第 61-66 条之规定，由检察官负担的诉讼费用，从国库负担。而利害关系人参加检察官为被告的人事诉讼时，相关诉讼费用的负担，援用日本民事诉讼法第 61-66 条之规定。

4、关于诉讼程序的特别规定：（1）当事人自认的例外。民事诉讼法中关于自认的规定不适用于人事诉讼。（2）人事诉讼中法官职权探知的适用。日本人事诉讼法第 20 条规定，受诉法院可以斟酌当事人未加以主张的请求和事实，同时可以依职权进行证据调查。这种情形下，法院应就事实和证据调查结果进行当事人询问。（3）当事人公开询问之禁止。法官可以酌情决定不实施公开当事人询问。形成或确认身分关系存否的人事诉讼中，作为形成或确认的事实可能涉及当事人的重大隐私， 这一隐私如果在公开的法庭陈述，可能对正常的社会生活产生危害效果，或不利于当事人进行充分的陈述，而如果欠缺当事人对这一事实——隐私事由的陈述，依据其他证据又不能对身份关系的形成或确认进行恰当判断时，法官可依决定实施非公开询问。但是，法庭在作出非公开询问决定之前，应听取当事人及证人的意见。实施非公开询问的决定时，应向退庭的公众说明缘由。重要事项（有关隐私的事项）询问完毕后，应让退庭的公众回到法庭。（4）检察官的一般参与人事诉讼。所谓的检察官一般参与是指检察官不是以当事人的身份参与人事诉讼程序。根据日本人事诉讼法第 23 条之规定，法院或受命法官或受托法官，根据事件审理的需要，可以让检察官在指定期日列席人事案件的庭审并陈述意见。检察官在列席人事诉讼案件的审理中，可以进行有关事实主张和证据提出。（5）赋予人事诉讼生效判决的对世效力。人事诉讼生效判决除对诉讼当事人、判决法院等产生拘束力（既判力）外，还具有对世效力，即对案外第三人也具有拘束作用。（6）检察官承继人事诉讼程序。当应成为被告的当事人均告死亡时，将检察官作为被告继续进行诉讼。

（二）关于婚姻关系诉讼的特别规定

1、婚姻关系诉讼的管辖问题 婚姻撤销以及离婚的诉讼中，婚姻当事人间如果拥有未成年子女，在适用本法第 6、7 条时，家庭法院必须考虑其子女的住所或居所。

2、婚姻诉讼中附带处分之规定 （1）有关附带处分的裁判。人事诉讼中的“附带处分”特指在婚姻撤销之诉和离婚之诉中，子女监护人的指定以及其他有关子女监护的处分、有关财产分割的处分。 就这些附带处分法院应该一并作出裁判。 法院作出准予离婚或撤销婚姻的判决时，除作出附带处分外，还可以就子女移交以及金钱支付等其他给付作出判决。法院作出支持原告离婚或撤销婚姻主张时，亲权人的指定同样适用上述规定。 但是，法院在就附带处分和亲权人指定进行裁判时，如果子女年龄达到 15 岁以上，必须听取子女的陈述。（2）事实调查。法庭在就附带处分和

亲权人指定进行裁判时，根据案件审理的需要，可以由合议庭成员亲自进行事实调查，也可以委托其他家庭法院或简易法院代为进行。事实调查程序实行非公开形式，但是，法院根据个案可酌情考虑允许公众旁听。（3）家事调查官所为的事实调查。审判长认为情况紧急时，可以委托调查官进行事实调查，调查完毕后，将调查结果以书面或口头形式向法院汇报。 调查官在调查报告中可以阐明自己的意见。 当事人可以申请翻阅调查官的调查报告，[7] 如果其请求被拒绝，当事人可以进行即时控告，但是，如果当事人即时控告的意图被视为拖延诉讼程序时，法院可以驳回其即时控告。被驳回即时控告的当事人或利害关系人不能进行不服申诉。具有利害关系的第三人也可以向法庭申请翻阅调查结果。

3、婚姻关系诉讼中的和解以及请求的舍弃与认诺 就离婚诉讼中的和解及请求的舍弃与认诺，适用日本民事诉讼法第 266、267 条之规定。 但是，就请求的认诺仅限于人事诉讼法第 32 条不要求进行裁判的情形；在离婚诉讼中，不能进行民诉法第 264、265 条所规定的和解；在民诉法 170 条规定的期日，当事人不能进行和解以及请求的认诺。

（三）亲子关系诉讼之特别规定

1、关于婚生否认诉讼中的当事人等规定 丈夫在子女出生前死亡或民法第 777 条 [8] 规定的期间内未提起婚生否认诉讼便死亡时， 继承权受害人以及丈夫三代血亲可以为其子女提起婚生否认诉讼。 在这种情形下，必须在丈夫死亡之日起一年内提起诉讼。 丈夫提起婚生否认之诉之后死亡时，根据前项规定，能够提起婚生否认之诉者自丈夫死亡之日起 6 个月内可以承继诉讼程序。 该情形下，不适用日本民诉法第 124 条第 1 款之规定。

2、认领之诉及确认生父之诉中检察官的当事人适格 认领之诉中，将父或母作为被告，其死亡后，将检察官作为被告。 确认生父之诉中，子女、母亲、母亲的配偶以及其前配偶根据民法第 772 条之规定，可以提起以确定父亲为目的的诉讼。 若出现适格被告死亡的情况，可以将检察官作为被告。

五、日本人事诉讼法对我国的启示意义

日本人事诉讼法从制定至今已有 100 余年的历史，其间，随着民法、婚姻家庭法等实体法的不断完善，为适应与实体法的协调发展，满足司法实务的需要，人事诉讼程序法虽然进行了若干次小型修改，但基本内容尚未发生根本的变化。新人事诉讼法是日本家庭法院设立以来就人事诉讼程序法进行的最大一次变革，其内容涉及法律本身的称谓、人事诉讼案件的管辖、法条文体等诸多方面的内容。 日本人事诉讼法对我国而言具有以下启示意义：

（一）人事诉讼程序应与民事实体法相协调发展

鉴于民事诉讼法与民事实体法的血肉联系，随着相关民事实体法的日益完善，民事诉讼法的有关程序亦有相应完善之必要，以利二者之间的协调。 事实上，从日本民事实体法与程序法的关系看，每次实体法的变迁，程序法都作了相应的反应。 比如，1942 年日本民法中新增设死后认领规定后，人事诉讼程序法便规定，子女认领之诉中，作为被告的父亲或母亲死亡后，可以将检察官作为被告提起诉讼。而在我国，婚姻法、收养法进行了数次修订，婚姻家庭领域的实体法已相对完善，而程序法上未作相应的跟进调整，与实体法的发展极不协调。 比如，我国《婚姻法》规定了无效婚姻和可撤销婚姻之诉，而在程序法中没有对应的程序。另外，我国现有的法律和司法解释，虽然也有一些关于身份关系诉讼的特别规定，如涉及身份关系的诉讼不适用证据自认规则；离婚诉讼中当事人必须到庭；依法解除的离婚关系的案件不得申请再审；无效婚姻不能调解等等，但却不够全面和系统，不便于司法实践操作和运用，有必要进行全面修改、完善和集中。因此，在整合现有各项关于人事诉讼规定的基础上，制定专门的人事诉讼程序法才是最终的抉择。

（二）人事诉讼程序的设立体现了程序专门化原理

民事程序设计应当根据案件特性的不同需要，建立多层次、多元化的程序体系，这是程序价值多元化与程序专门化原理之必然要求。 民事诉讼纠纷的多元化发展必然推动对应相称程序的设计和建立。对性质特殊的案件更需要设计特别的诉讼程序加以应对，正如我台湾学者邱联恭所言，立法者及法院须因应各该事件之特性需求，设立相当之程序制度。面对种类繁多的民事纠纷，客观上要求根据纠纷或案件的不同类型或性质分别给予不同的制度安排和解决方案。法律的主要作用在于通过对个人行为的安排、社会利益的保护，提供一种正如庞德所言的“通过法律的社会控制”。邱联恭教授指出：“如何将有限的司法资源公平地分配于各种类型的纠纷，避免因程序制度的原因而致使当事人承受不利益，因此，分别妥为建构、选用各类型事件所适合之程序制度、程序法理，并修正民事诉讼法，是 21 世纪社会的需求，也是紧要之课题。其中针对家事事件之特性，为其采择适合之程序法理，而设置异于一般财产权纷争事件之程序法，也是修正的内容之一。 ”因此，设立人事诉讼程序不是哪个国家的突发奇想，而是切实保障诉讼当事人程序选择权的需要，有助于彰显民事诉讼程序价值多元化。《民事诉讼法》、《婚姻法》以及最高院的司法解释对人事诉讼的特别规定，实际上已经开创了人事诉讼立法（广义的立法）先例，意味着我国人事诉讼程序制度应有的内容已成雏形，我国民事诉讼法、司法解释以及实体法（如婚姻法）有关人事诉讼的程序规定总共也有几十条，将之加以归纳、集中并予以细化就可以大功告成。事实上，我国一些学者结合国情已经向全国人大法工委提出了人事诉讼程序立法建议稿，

为我国人事诉讼程序的构建勾画出了大致的轮廓。

（三）有必要设立人事诉讼案件的专门裁判机构

由于人事诉讼事件的特殊性，因此，世界诸多国家都设立了专门受理人事诉讼案件的家事法院或家事法庭。日本、韩国等设立有独立的家庭法院，其地位与地方法院等同，而大多数国家是在地方法院或简易法院设立家事事件部。 就人事诉讼事件管辖法院之规定各国间也存在较大的差别。 从世界范围来看，主要分为以下三种模式：（1）人事诉讼案件由普通民事法院管辖。（2）由于传统司法模式的影响，一直以来，家事事件的裁判就采用别于一般民事案件的特别程序。 根据案件种类的不同，分别由青少年法院、治安法院、监护法院或普通民事法院进行管辖。（3）专门设置家庭法院。有的国家将设立在普通法院内专门受理家事事件的法庭也称为家事法院。

目前，我国就人事诉讼案件审判机构的设立存在两者选择，一是在基层法院内设立家事法庭，二是设立与基层法院平级的家事法院。 而从我国国情和审理机构体制来看，要单独设立与基层法院平级的家事法院的可能性甚小。一是人力资源方面的原因。我国的司法资源本身就较为匮乏，要单独设立家事法院一时难以满足这一需要；二是财力方面的原因。 目前我国地方法院的财政预算都是来源于地方财政，地方财政困难的地区连法官的薪金都难以保障，要另设家庭法院缺乏物质基础；其三，对我国目前现有的司法审判机构的冲击太大，难以实现内部协调。基于人力、财力以及机构体制的限制，最行之有效且操作性较强的方法就是在现有机构框架内进行小型调整， 即在现有的法院内部另设立家事法庭或将现有的民事法庭之一改为家事审判庭。因为，目前要在我国推行家庭法院的设立，仅仅通过民事诉讼法的修改是不可能实现的，还会触发一系列相关法律与制度的变动。 设立家事审判庭的做法不会对我国现有的审判组织构造带来太大的变更，同时也简单易行。

六、结语

我们在设计和构建各项制度的活动中，常常有必要审视先行者的足迹，以便为新程序的设计寻找可借鉴的模式或可资参考的经验。就人事诉讼程序而言，德国、日本等可谓十足的先行者，不仅已建立了较为完善的程序制度，而且理论储备也较为丰富，通过对这些国家人事诉讼程序制度和理论的详细考察、研究，定会为我国人事诉讼程序的构建找寻到可资参考的坚实理论支撑。身份关系是构成人类社会的基本元素，有关身份关系的纠纷是任何社会在任何时代都不可回避的调整对象，基于这一原因，现代各国都不同程度地对人事诉讼案件的解决程序进行了规定，就这些法律规定既有单行立法的体例，又有作为单独一编置入民事诉讼法中的体例。与我国相比，日本人事诉讼程序制度历史悠久，而且，进行了旷日持久的研究和争鸣，形成了一套较为健全的人事诉讼程序理论体系，其中诸多东西值得我们借鉴和参考。根据程序对称原理的要求，我国设立人事诉讼程序只是迟早的事。日本人事诉讼法修订中所解决的问题，也是我国将来人事诉讼程序立法所要面临和注意的问题。我国在构建人事诉讼程序制度时，对日本等域外人事诉讼程序制度的比较研究是不可缺少的重要环节。 比较法的一个重要作用在于克服法律作为一种地方性知识的偏狭。

“他山之石，可以攻玉”，伴随民事诉讼法趋同化进程的加快，既然先行者为我们提供了现存的制度和理论，借鉴已有的做法，经“扬弃”后为我所用，也不失为一种明智的抉择。因为通过对日本等先行者人事诉讼程序制度的了解，可以知晓其制定该制度的政治、经济、社会状况等，同时，该程序的演变本身也可以折射出人事诉讼体系的变迁和程序设置的细化过程。希望通过对日本人事诉讼所涉猎的相关问题的研究， 为我国将来人事诉讼程序的设立提供一些建设性的意见和建议。当然我们在构建人事诉讼程序之际，应结合我国国情，不能对现行制度、模式带来太大的冲击，切忌为了原版照搬外国制度体系而削足适履，外国制度的移植与本土资源应同时兼顾，二者不能偏废，否则，我们匠心打造出来的人事诉讼程序可能不伦不类。

设立具有中国特色人事诉讼程序之构想

郭美松

【摘要】人事诉讼裁判并非追求一个简单的“非黑即白”的结果，在适用程序、价值取向、诉讼法理等方面与普通民事案件存在诸多不同。文章从人事诉讼程序的设立模式、涉猎对象、特别法则以及裁判机构等多角度进行论析，提出了设立具有中国特色人事诉讼程序的初步构想，旨在为中国今后架构专门人事诉讼程序作理论上的铺垫。

【关键词】人事诉讼;诉讼程序;中国特色;立法模式

人事诉讼亦称身份关系诉讼，它以身份关系的争讼为调整对象，在价值取向、适用程序、诉讼法理等方面与普通民事程序存在诸多不同。因此，诸多大陆法系国家的民事诉讼法典中除设置有普通程序外，大多对人事诉讼程序进行了专门规定，形成了解决财产关系和身份关系泾渭分明的双轨操作程式。

中国先后两度颁布的民事诉讼法均未涉足人事诉讼程序，其原因在于受前苏联司法制度根深蒂固的影响，据此所确立的诉讼模式职权主义色彩浓厚，国家积极干预纠纷的处理，当事人的处分权受到限制，以职权探知主义追求实体

真实等程序法理和法则正好契合了人事诉讼裁判的需要。加之，中国第一部民事诉讼法制定之初，民事案件主要是婚姻案件，在人们的观念中，人事诉讼就是普通诉讼，而非特别诉讼，难以接受为其设立特别程序的作法。

中国经过司法改革的洗礼，诉讼模式已逐步从职权主义诉讼模式过渡到当事人主义诉讼模式，以当事人为主导的诉讼模式已基本在中国确立。由于这场改革的重心是针对以财产关系为对象的普通民事案件，通过辩论主义、证明责任分配理论等机理的引入，对以发现形式真实的一般民事诉讼而言可谓意义深远、重大。遗憾的是，改革中忽略了民事案件的个体差异，原本契合人事诉讼案件的一些程序法理被削弱以后，配套制度未及时跟进，导致了司法改革与程序完善的脱节。曾经在传统诉讼模式下尚有一席之地的人事诉讼，在新的诉讼模式下却有些无所适从。为保持与实体法的协调发展，顺应民事诉讼法发展的需要，同时基于人事诉讼等案件的特殊性质、数量的增加与多元化发展等原因，设立人事诉讼程序已刻不容缓。而在中国民事诉讼法本身尚需全面修订的大背景下，就人事诉讼程序专门立法，缺乏现实可能性。因此，借“他山之石”设立具有中国特色人事诉讼程序乃为务实之举。

一、构建中国人事诉讼程序应当考量的因素

一般而言，影响立法的因素主要在以下三个方面:一是国家的法律传统，包括文化传统和心理传统;二是社会现状;三是法律自身的科学性和规律性。因此，中国在进行中国式人事诉讼程序构建时，应当对中国社会、文化背景、法律制度的现状等予以充分考虑，否则，打造出来的程序就会缺乏实用性。总括起来，以下几个方面的因素值得考量。

(一)民事诉讼目的

民事诉讼目的是民事诉讼理论的前提和出发点，它制约着民事诉讼模式、诉讼原则及诉讼制度。因此，中国在构建人事诉讼程序时，不能与民事诉讼目的背道而驰，不能偏离民事诉讼的基本价值目标。民事诉讼价值的多元化，决定了民事诉讼目的的多重性，不同性质的民事案件所追求的价值目标不尽相同，所采用的诉讼模式、诉讼原则等也彼此相异。当不同的价值目标以及施行的不同诉讼模式、诉讼原则等在同一个程序内难以进行调和时，就只能根据不同案件的性质对应设立相异的程序，最终实现程序设计的专门化。

(二)现存的民事诉讼理论体系

中国现存的民事诉讼理论体系是在不断扬弃传统民事诉讼理论糟粕，吸收外国民事诉讼理论精华的基础上建立起来的，具有相当的合理性，在相当长的一段时期内对中国司法实践发挥着重要的指导作用。因此，中国在构建人事诉讼程序制度时应充分考量这一经纬。为建立人事诉讼程序而打破现有的理论体系，将是本末倒置之举，尚不可取。在中国构建人事诉讼程序应采用“软着陆”的方式，因为对于一个尚处于法制建设进程中的国度来说，改革不能对现有体制带来太大的冲击。“伤筋动骨”的做法对解决中国民事诉讼理论积弊似乎一劳永逸，然而，对弱体的当今中国司法而言或许会适得其反。因此，在中国构建人事诉讼程序应在中国现有的民事诉讼体系容许的框架内进行，那种脱离中国现实而空谈改革理论的做法系游谈无根，不值可取，应该加以批判。但是，也不能因为人事诉讼程序的构建会给整个民事诉讼理论体系带来一定的变革，就畏缩不前。与司法实践无法可依的尴尬相比，在对现有理论体系不作大的变革的前提下，构建具有中国特色的人事诉讼程序才是明智的选择。

(三)国民的法律素养与司法队伍的素质

随着法制建设步伐的加快，国民的权利意识逐步增强，依靠法律保护自己合法权益的观念已渐入人心。但是，法律意识的增强并不表示国民已普遍掌握了法律知识，也不意味着人们对司法程序的了解。司法的生命力在于国民的消费，要国民很好地消费司法程序，国家在制定诉讼程序时，应该以便民利用为首要目标。从目前中国诉讼程序设置现状来看，难以让国民明瞭的成分甚多，因为适用各种不同类型案件的程序并非泾渭分明。因此，借民事诉讼法修订之东风，应将各类程序的疆界明确划分，让不具备太多法律知识的国民一目了然，且能自由运用，以期实现“司法为民”的宗旨。

由于历史的原因，中国司法队伍的整体素质还不尽如人意，人事诉讼中即便推行职权探知主义，也未必就能谋求发现实体真实的价值目标。司法资源是有限的，事实调查和证据收集大多还要依靠当事人本人，职权探知主义只能发挥补充的作用。法官作为认定案件事实的主体，其个体因素差异较大，难以确保所有的案件都达到客观真实的程度。现代社会的法官，拥有广泛的自由裁量权，并非像孟德斯鸠作为法治理想而描绘的“自动售货机”式的法官。在中国司法队伍整体素质不高的严峻现实下，在构建人事诉讼程序的同时，应大力引进检察官参与制度以及家事调查员制度等国外先进而又成熟的制度，以实现对法官职权探知主义不足的必要补充。

(四)域外制度移植与本土化兼顾

前面所提到的影响立法的三个主要因素统筹起来，归根到底就是制度移植与本土化兼顾的问题。总体而言，中国关于人事诉讼程序的理论资源仍然较为匮乏，而德国、日本等国的人事诉讼程序制度已历经百年岁月，人事诉讼理论积淀甚厚，有关人事诉讼程序制度的论著可谓汗牛充栋，为中国人事诉讼程序的构建提供了丰富的可资借鉴的经验，对其进行介绍和比较研究是中国人事诉讼程序构建过程中不可或缺的重要环节。因为比较法的一个重要作用在于克服

法律“作为一种地方性知识”的偏狭，促进本国文化的发展。域外法律制度借鉴、移植与人事诉讼法的本土化是中国人事诉讼程序立法的两个重要环节。人事诉讼程序法的本土化，就是要求人事诉讼程序法的制度设计要根据中国的国情民俗，不能盲目地移植外国法律制度。在引入外国人事诉讼程序制度时，一定要考虑所移植的法律制度与其所依存的环境间的关系，对其运行机制、社会环境予以全面考察，并根据当时社会状况予以改良，千万不能为了引进而削足适履。在本土化的过程中，不能抛弃中国本身优越的本土资源(如调解制度)，而去移植外国所谓的先进制度。当然，也不能为了片面追求人事诉讼的本土化而将法律制度打造得不伦不类，这样不仅不能真正实现本土化进程，反而导致弊端丛生。目前，中国要构建人事诉讼程序，在理论上定会遭遇诸多障碍，必然对中国现有的民事诉讼理论带来冲击。“他山之石，可以攻玉”，要消除理论和制度的障碍，借鉴外国先进的人事诉讼程序理念、制度是最为便捷的途径。但是，在“拿来”的过程中应结合中国国情进行“本土化”作业，以免出现水土不服。

二、构建中国人事诉讼程序的立法模式

(一)域外人事诉讼程序的立法模式

大陆法系国家一般都就人事诉讼程序制定了成文法，进行了系统而全面的规定。目前，就人事诉讼程序的立法体例大致可分为三种模式:第一种是德国模式。即在民事诉讼法中，将人事诉讼程序作为专门的一编加以规定。目前，德国、中国台湾地区采用此种模式。第二种是日本模式。这种模式是将人事诉讼程序法单列，形成一部单行法规。目前，日本、韩国采用该种模式。第三种是苏联东欧模式。这种模式是在民事诉讼法中不区分人事诉讼与一般民事诉讼，仅就人事诉讼中的主要诉讼类型如离婚之诉等有关问题作出特殊规定。

那么，中国在设立人事诉讼程序时，是择用上述三种模式中的一种，还是另辟他路?就这一命题，应结合中国法律制度的现状和构建的可能性加以抉择。首先，毋庸置疑，现行的前苏联模式应予摒弃，中国学界对此已达成共识，就其理由不作更多阐释;其次，单行立法体例的日本模式，这种施用单行立法模式值得称道，存有相当的合理性和诸多的可取之处，一则与他们较为繁杂的实体法相协调，便于实体法的贯彻实施，二则便于法院和当事人在诉讼中遵循。笔者认为，日本模式应该是未来人事诉讼立法体例的主流，由于与中国现行立法体例差别甚大，目前还难以为我所用;再次，从操作的方便性、可行性看，德国模式更适合当今的中国。具体而言，就是在民事诉讼法的第二编“第一审程序”中单列一章人事诉讼程序，对人事诉讼的范围、起诉、特殊主体的当事人适格、调解前置等需要特殊规定的问题集中加以规定。这种立法体例的好处在于，既可以凸显人事诉讼程序有别于一般民事诉讼程序，又不至于对现行民事诉讼法的体例构成造成太大的破坏。

(二)中国引入德国立法模式的理由

引入德国立法模式主要存在以下几点理由:(1)人事诉讼具有与其他民事诉讼不同的特点。人事诉讼是以人的身份关系为诉讼标的，在适用诉讼模式、追求的价值目标等方面与一般民事案件存在较大的差别，将人事诉讼程序单列一章既便于法院司法、当事人守法，也便于立法技巧、结构的安排。(2)避免部分章节内容的重叠，实现精密立法。虽然人事诉讼在适用原则、程序构造等方面与一般民事诉讼不尽相同，但是在诉讼制度、诉讼程序上，有诸多需要人事诉讼与一般民事诉讼共同遵循的内容。因此，对于一般民事案件所适用的起诉、管辖、证据采信、合议庭的组成等同样适用于人事诉讼。(3)彰显对人事诉讼事件特殊性的重视。人事诉讼与一般民事诉讼相比，在程序上具有较强的公益性，其判决结果不仅对诉讼当事人当然地具有拘束力，同时由于判决的对世效力，案外第三人也要受判决效力的拘束。因此，将这一程序从一般民事诉讼程序中分离出来，具有很强的现实意义。(4)可以减少新问世的程序给法院审判实践带来太大的波动。要将人事诉讼程序完全从民事诉讼法中肢解出来独立成法，一是条件还不够成熟，二是与中国原有的立法体例跨度太大，恐怕一时难以为社会各方所接受。因为，中国毕竟没有人事诉讼程序的历史传统，也没相关的概念体系。(5)设置人事诉讼程序制度的可能性。从目前的立法动向看，要别于民事诉讼法另行制定一部人事诉讼程序法，缺乏现实的可能性。因为，民事诉讼法本身都还有诸多地方值得修改，无暇顾及人事诉讼程序的单独立法。而德国立法模式较为简洁，立法改革阻力较少，搭民事诉讼法修改的便车方便快捷，及早建立人事诉讼程序才是众望所归。事实上，从江伟教授等拟订的民事诉讼法修改建议稿中对人事诉讼程序的设置来看，大都借鉴了德国模式。

三、中国人事诉讼程序的调整对象

适用范围问题是人事诉讼程序中一个最基本的问题，也是一个十分重要的问题，这个问题解决不好，就难以深入其他相关问题的讨论。在探讨中国人事诉讼程序适用范围时，应该参照《婚姻法》、《收养法》等实体法规定来加以确定。笔者认为，中国人事诉讼程序适用的案件范围应包括婚姻关系案件、亲子关系案件和收养案件。具体而言，婚姻关系案件包括婚姻无效之诉、婚姻撤销之诉、离婚之诉以及婚姻关系存否确认之诉。夫妻同居之诉是否纳入中国人事诉讼案件的范围，学界尚存分歧。有学者认为，新《婚姻法》第3条“禁止有配偶者与他人同居”的规定，当然内涵是夫妻同居的义务，不得在婚外同居;还有学者认为，由于现行《婚姻法》没有明确规定“夫妻有同居义务”，暂且不考虑在人事诉讼程序中加以规定[8]。亲子关系案件应包括否认子女之诉、子女认领之诉、认领无效之诉、认领撤销之

诉以及亲子关系存否确认之诉。结合中国现行《收养法》的规定，人事诉讼程序中收养案件应包括收养无效之诉、撤销收养之诉和解除收养之诉。

至于宣告死亡案件和确认公民无民事行为能力、限制民事行为能力案件所适用的程序，因“这种程序不具有诉讼性质，应属于非讼案件程序，而不应当属于人事诉讼程序”[10]，况且民事诉讼法对上述案件所适用的程序已有专门规定，因而不宜将其纳入人事诉讼程序所适用的案件范围。另外，作为人事诉讼的附属事件如子女监护问题、财产分割问题、抚养费请求问题等尽管可以依据非讼程序或普通民事程序加以解决，却不能成为人事诉讼的适用对象，但是，这些事件可以通过诉的合并、追加等制度的施行，纳入人事诉讼审理程序中一并解决。

四、人事诉讼案件专门裁判机构的设立

（一）两大法系家庭法院或家事法庭的设置状况

由于人事诉讼事件的特殊性，因此，世界诸多国家都设立了专门受理人事诉讼案件的家事法院或家事法庭。在大陆法系国家，作为一般民事案件的一审法院设有地方法院和区（简易）法院两种。日本、韩国等设立有独立的家庭法院，其地位与地方法院等同，而大多数国家是在地方法院或简易法院设立家事事件部。例如希腊就是将家事事件部设在地方法院。就人事诉讼事件管辖法院之规定各国间也存在较大的差别。从世界范围看，主要分为以下三种模式：（1）人事诉讼案件由普通民事法院管辖。如芬兰、荷兰、瑞士、土耳其等。（2）由于传统司法模式的影响，一直以来，家事事件的裁判就采用别于一般民事案件的特别程序。根据案件种类的不同，分别由青少年法院、治安法院、监护法院或普通民事法院进行管辖。采用这种裁判程序的有比利时、英国、国、意大利等。（3）专门设置家庭法院，如澳大利亚、日本、韩国、墨西哥、葡萄牙等；有的国家将设立在普通法院内专门受理家事事件的法庭也称为家事法院，如巴西、德国、希腊、美国部分州等。

（二）中国设立家事法庭的必要性

长期以来，中国既未设立家庭法院，也未设置专门的家事法庭，人事诉讼事件由一般的民事法庭受理、裁判。笔者认为，应将人事诉讼事件的审理机构与一般民事案件的审理机构加以分离。其理由是：（1）人事诉讼案件数量众多。尽管人事诉讼案件在整个民事案件中所占的比例有所下降，但是，绝对数量每年仍呈上升趋势。（2）普通民事程序与人事诉讼程序所追求的价值目标不同。（3）审判方式、模式以及审判人员不同。一般民事案件的裁判采用公开的当事人主义诉讼模式，调解为任意程序，审判组织由职业法官构成。而人事案件的审理基于对个人隐私等保护之考虑，实行非公开审判方式，为了发现真实而采用职权探知主义，调解为人事诉讼的前置程序，审判组织由家事法官和调解人员（参与员）构成。

（三）中国家事法庭的设置方式及人员构成

目前，就人事诉讼案件审判机构的设立存在两种选择：在基层法院内设立家事法庭；设立与基层法院平级的家事法院。而从中国情和审理机构体制来看，要单独设立与基层法院平级的家事法院的可能性甚小：一是人力资源方面的原因。中国的司法资源本身就较为匮乏，要单独设立家事法院一时难以满足这一需要。二是财力方面的原因。目前中国地方法院的财政预算都是来源于地方财政，地方财政困难的地区连法官的薪金都难以保障，要再设立家庭法院缺乏物质基础。三是对中国目前现有的司法审判机构冲击太大，难以实现内部协调。基于人力、财力以及机构体制的限制，最行之有效且操作性较强的方法就是在现有机构框架内进行小型调整，即在现有的法院内部另设立家事法庭或将现有的民事法庭之一改为家事审判庭。因为，目前要在中国推行家庭法院的设立，仅仅通过民事诉讼法的修改是不可能实现的，还会触发一系列相关法律与制度的变动。2000年8月最高人民法院启动的机构改革取消了经济审判庭的建置，建立了大民事审判格局。目前中国法庭内部的“民一庭”一般是受理婚姻家庭案件、人身纠纷和房地产合同纠纷。因而将房产合同纠纷和部分人身权利纠纷案件从民一庭“出局”专门庭审，这种变革不会对中国现有的审判组织构造带来太大的变更，同时也简单易行。

家事法庭应该由家事法官、家事调解委员会、家事调查员构成。由于人事诉讼事件的特殊性，担任人事诉讼案件审理的法官除具备法律专业知识外，还必须具有丰富的社会经历和其他方面的知识。为了与普通法院担任一般民事案件审理的法官加以区别，诸多国家将担任人事诉讼事件审理的法官称为“家事法官”，并就担任家事法官的资格作了一些限制性的规定，比如德国法官法第10条、第14条规定，试用法官不能担任家事法官一职，担任家事法官原则上要求具有3年审判实践的法官。家事法庭内设立的家事调解委员会由一名家事法官和数名调解委员组成，专门以调解方式处理家事纠纷。但担任过调解的家事法官原则上不应再担任后来的审判工作，以防止先入为主现象的产生。

据调查似乎有些力不从心，为了使职权探知主义名副其实，日本等国施行了家事调查员制度。设立家事调查员制度的目的在于公正处理人事诉讼案件。要恰当处理人事诉讼纠纷仅仅依靠法律来处理显然是不够的，还必须从社会学、心理学等多角度的层面进行分析和反思，然后才能得出真正处理家庭纠纷的正确答案。因此，作为法律专家的法官十分有必要得到具有其他专业素养的专家的扶助，并共同处理家庭案件。家事调查员受家事法官的指挥，负责对案件事

实进行调查，然后将调查结果以口头或书面形式报告给家事法官，同时也可附上自己对案件的处理意见。

五、中国人事诉讼程序中应确立的特别法则

(一)非公开裁判原则

根据中国民事诉讼法第 10 条之规定，普通民事案件的裁判程序是以公开裁判为原则，非公开裁判作为例外。该规定的旨意在于防止法官恣意裁判而损害当事人的实体利益和程序利益。然而，人事诉讼案件的裁判大多涉及当事人的隐私、名誉等基本人权以及未成年人的利益，如果公开裁判，不仅不利于实体真实的发现，同时无法实现对上述基本人权和未成年人利益的保护。中国现行法中“是否公开审理由当事人申请并由法院决定”之规定，为此有必要改为“应当不公开审理”。不公开审判并不意味着秘密审判，不公开是指法院审理人事诉讼案件时，不像公开审判那样，定期公布案由、审判日期，为群众旁听和新闻报道提供条件。也就是说，不公开审判是一种消极的不作为行为，而秘密审判则是一种积极的作为行为。

(二)调解前置主义

调解是许多人事诉讼案件进入裁判程序的必经程序，如果未进行调解申请，将起诉视为调解申请。但并非所有人事诉讼事件都适用调解程序，人事诉讼中的确认之诉(如婚姻无效之诉、亲子关系存否确认之诉、收养无效之诉等)则不适用调解程序。因为人事诉讼中的确认之诉只能依据客观事实，不能以当事人的主观意志为依据。对此中国最高人民法院关于适用《婚姻法》的解释(一)第 8 条已作了明确规定。但对于确认之诉以外的其他人事诉讼案件，种劝导性纠纷解决机制有利于缓和当事人之间激烈的感情冲突，恢复和睦相处的关系。从中国《婚姻法》第 32 条规定看，调解在中国是诉讼的必经程序，而不是诉讼的前置程序。因此，有人提出，应将现行的调审合一的模式改为调审分离，先调后审，实行调解前置程序[1]。也就是说，当事人欲对人事案件提起诉讼，首先必须向法庭提出调解申请，调解不成的，可以向法院提起诉讼。就人事诉讼中实行调解前置原则的观点，或许有学者会提出，中国调解制度在婚姻案件中已得到了充分运用，是否有必要专门规定调解前置。此问题的解答涉及到调解制度的定位问题。因为就世界范围而言，调解制度存在两种模式:一是调、审分立，即案件在进入诉讼前必须经过调解程序，如日本、美国等，在这种模式下，一旦进入诉讼程序便不再进行调解，只能进行诉讼和解。二是调、审合一，即案件在审理的任何阶段，法官可以进行调解。中国目前便是施行这种模式。

(三)限制辩论主义、适用职权探知主义

人事诉讼程序中所应适用的职权审理原则与普通民事诉讼程序中的辩论原则相对立，体现的是国家干预原则。在人事诉讼案件的裁判程序中，法院不受当事人提出的事实、证据所拘束，可以主动进行证据收集;法院在进行事实认定时，可以斟酌当事人未提出的事实;请求的认诺、自认规则以及不争执的事实等不适用身份关系诉讼案件，法院可以不作为裁判的依据。基于对未成年子女等利益的保护，法院还可以依职权就当事人请求以外的事项进行判断，作出假处分决定等。在上诉审中，上诉法院可以不受当事人上诉范围的限制[13]。可见，在程序进行方面体现的是职权进行主义，在裁判所依据的事实方面则采用了职权探知主义。

(四)检察机关参与原则

现实的司法实践中，人事诉讼程序即便实行职权探知主义，但基于司法资源的有限和法官工作的繁忙，也难以真正实现对实体真实的发现。由于人事诉讼判决效力的扩张，对未参加诉讼程序的案外第三人也具有拘束力，为了切实保护案外第三人的合法权益，日本等国均认可了检察官对人事诉讼案件裁判程序的参与，以实现对法官职权探知主义不足的必要补充。中国在构建人事诉讼程序法时，应考虑检察机关参与人事诉讼，从而保障人事诉讼程序公益性的实现。检察官参与设定的目的在于:一方面对婚姻无效案件实施身份关系上的干涉权即婚姻无效请求权;另一方面使诉讼对审判构造得以实现。检察机关参与人事诉讼既可以以当事人身份参与，又可以进行一般参与，即列席人事诉讼裁判和提出事实主张与证据。这一原则规定在一些专家提交的建议稿中已经出现，由此说明中国学界对检察机关参与人事诉讼的认同。

(五)口头主义原则

人事诉讼中法庭裁判应该始终保持直接言词的方式，即口头主义。人事诉讼案件中多涉及当事人的感情问题，当事人本人最清楚情感问题的症结所在。因此，通过当事人的亲自对话，更有利于纠纷的化解，实现“心理治疗”。直接言词原则的内容表现在以下几个方面:(1)在证据方面。应当重视对当事人陈述和证人证言的审查和采信。在人事诉讼中，经过相互质证的当事人陈述和证人证言是主要的证据来源，对案件的正确裁判具有重要意义。当事人亲自出庭，可以从他在法庭的言行中捕捉到一些信息。因为眼光的表现可使法官依照经验法则对证人证言的证明力作出递增或递减的内心反映，而这些信息在书面证言中无法获得。(2)强制当事人出庭，即使有代理人，当事人也应该亲自参加庭审，排除或限制缺席判决。(3)限制法定代理人权限，诉讼代理人需要特别授权，排除限制书面证言的采用。

六、中国人事诉讼程序的内容

如前所述，中国人事诉讼程序法的立法体例应借鉴德国模式，即将人事诉讼程序作为独立的一章设置于民事诉讼法中。因此，民事诉讼法已经加以规定并适合人事诉讼程序的，在人事诉讼程序中不应重复规定，只就特别之处进行规定足矣。笔者认为中国人事诉讼程序还应包涵如下内容。

(一)管辖

第一，婚姻案件管辖。婚姻案件中，夫妻有共同住所的，由共同住所地法院管辖;若无共同住所地，则由被告住所地法院管辖。若国内无住所地或住所不明的，则适用民事诉讼法有关管辖的一般规定。

第二，亲子关系案件管辖。亲子关系案件由子女住所地或其死亡时住所地法院专属管辖。

第三，收养关系案件管辖。收养关系案件由养父母住所地或其死亡时住所地法院专属管辖。

第四，有关请求合并管辖之规定。在数人起诉或被诉的人事诉讼中，如果存在就多个身份关系的形成或确认为目的的数个请求，可以向有管辖权的其中之一的法院提起诉讼。

第五，避免诉讼迟延的管辖移送。基于诉讼效率和对当事人或接受询问证人住所及其他事由之考虑，为了避免严重的诉讼迟延，或者为了谋求当事人间的衡平，拥有管辖权的法院，可以根据当事人的申请或依职权将该人事诉讼案件的部分或全部移送其他管辖法院。

第六，相关诉讼请求之移送规定。根据系属法院的人事诉讼请求原因之事实所提起的损害赔偿请求的一审系属法院，可以依申请将其移送于其他法院，接受移送的法院可以就损害赔偿请求进行审理和裁判。

(二)关于起诉、诉的合并、变更、追加等特别规定

民事诉讼法第126条、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第34条之规定对于确保普通民事案件审前准备程序的顺畅运行确有必要，但若在人事诉讼程序中使用这一规定，则显然有失其科学性。基于身份关系全面安定的需要，在人事诉讼中应尽可能做到纠纷一次性解决。因此，应对人事诉讼中的诉的合并、变更、追加作放宽规定。人事诉讼案件在起诉上的特别之处在于各种诉讼可以合并审理以及限制起诉等方面，如婚姻关系诉讼，为了同时解决纷争、避免重复诉讼而造成的诉累以及避免裁判结果自相矛盾，应就当事人与婚姻有关的诉讼进行合并、变更、追加或对反诉进行特别规定。同类人事诉讼案件，比如婚姻关系案件中的婚姻无效之诉、撤销之诉以及离婚之诉等可以进行诉的合并或反诉。为了一次性解决纠纷，也应规定人事诉讼案件与其效果事件进行合并审理，如离婚案件与子女监护、损害赔偿等事件应予以合并解决。

(三)人事诉讼当事人之特别规定

当事人特别规定主要包括当事人的类别、诉讼能力、当事人适格突破等。人事诉讼涉及人的身份关系，应充分尊重本人意愿，尽量由其自为诉讼行为，因而应扩张当事人的诉讼行为能力，赋予限制民事行为能力人以诉讼行为能力。基于公益的考虑，中国司法解释对当事人也作了扩大化处理，《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》第7条对无效婚姻诉讼主体作了限制性规定。但这只是对现行立法漏洞的补救性规定，现行立法在人事诉讼当事人制度方面的规定几乎是一片空白，将来在设立的人事诉讼程序中应加以完善。人事诉讼中，就当事人诉讼能力也不应严格遵循传统的有关诉讼能力的规定。已婚的未成年者在婚姻诉讼中有诉讼能力;不具有民事行为能力的未成年人、精神病患者在收养关系诉讼中，以代理人代位诉讼，亦具有诉讼能力;为了满足诉讼对审结构，检察官具有被告适格等。比如，夫妻一方死亡的，另一方可以将检察院作为被告提起婚姻无效之诉或婚姻撤消之诉的。

(四)判决制度

人事诉讼中应尊重当事人本人的意思，限制缺席判决，德国民诉法第612条规定，“对于被告，不许为缺席判决”。为了保持身份关系的高度稳定，德、日等国均对人事诉讼判决效力扩张至第三人进行规定，中国有必要加以借鉴。在承认人事诉讼判决对世效力的同时，如何保障承受既判力扩张的案外第三人的程序利益是值得认真探讨的问题，同行的做法就是通知案外第三人参与诉讼或让其知晓诉讼系属。

(五)人事诉讼中再审制度的限制适用

中国《民事诉讼法》第181条规定“当事人对已发生法律效力的解除婚姻关系的判决，不得申请再审”。此乃中国特有的一个规定。根据中国再审制度的特点，对人事诉讼的再审问题做出规定是完全必要的，应该加以保留。离婚诉讼、婚姻撤销之诉以及解除收养关系之诉等人事诉讼应当限制性地适用再审制度，而婚姻关系存否确认之诉、收养关系成否确认之诉以及亲子关系存否确认之诉、确定生父之诉应当允许正常再审，无需限制。人事诉讼中限制性适用再审，并不是完全禁止使用，它充分体现了有错必纠的原则。中国《民事诉讼法》第180条规定，虚假离婚当事人在人民法院骗取离婚调解书的，当事人对已经发生法律效力的离婚调解书，提出证据证明调解违反自愿原则或调解协议的内容违反法律的，可以申请再审。经人民法院审查属实的，应当再审。就婚姻关系存否确认之诉、收养关系成否确认之诉以及亲子关系存否确认之诉和确定生父之诉，法院判决的依据是客观存在与否的事实，而对这些事实的认定难免会有偏差，准许这几种诉讼正常使用再审制度十分必要。

【参考文献】
[1]梁宏辉，张德峰。论我国人事诉讼程序之构建[J]。广西政法管理干部学院学报，2003(5):18-20。
[2]张卫平。诉讼构架与程式[M]。北京:清华大学出版社， 2000:11。
[3]左卫民，周长军。变迁与改革—法院制度现代化研究 [M]。北京:法律出版社，2000:20。
[4]邵毅超。域外人事诉讼程序比较研究[J]。辽宁教育行政学院学报，2007(11):19-21。
[5]李杰。完善我国身份关系诉讼制度的构想[J]。中国法学， 1990(6):103-108。
[6]江伟。中华人民共和国民事诉讼法修改建议稿及立法理由[M]。北京:人民法院出版社，2005:67-71。
[7]杨遂全。新婚姻家庭法总论[M]。北京:法律出版社， 2001:136。
[8]王礼仁。设立人事诉讼制度之我见[J]。法律适用，2002 (10):47-50。
[9]汪振江，申伟。人事诉讼民事特别程序的创设[J]。甘肃社会科学，2008(2):158-160。
[10]王强义。民事诉讼特别程序研究[M]。北京:中国政法大学出版社，1993:19。
[11]中村英郎。家庭事件裁判制度の比較法研究[J]。早稻田大学比较法学，1985，19(1)。
[12]冷罗生。日本现代审判制度[M]。北京:中国政法大学出版社，2003:290-291。
[13]刘玉田。建立我国身份关系诉讼制度刍议[J]。中央政法管理干部学院学报，1998(SI):57-59。
[14]王伟。论证人证言的诉讼形成[J]。重庆大学学报(社会科学版)，2008(2):48-52。
[15]江伟，孙邦清。中华人民共和国民事诉讼法修改建议稿

我国家庭暴力内涵的立法定位与构想
——以家庭暴力类型化分析为视角

王礼仁

摘　要：家庭暴力的内涵是反家庭暴力立法必须解决的问题。由于各国国情、社会意识形态以及学者的价值观不同，对家庭暴力的概念，往往从不同角度，根据不同标准，以各自的价值取向进行界定，没有一个统一定义。如果单纯在概念上纠缠，并希望寻求一个包罗万象的“万能”概念，不仅不切合实际，而且容易误入歧途。要正确认识家庭暴力，只有对家庭暴力进行类型化分析，才能了解不同类型家庭暴力之内涵，并为反家庭暴力立法提供新的路径。我国反家庭暴力立法不能照搬其他国家的立法模式，应当根据自己的国情界定家庭暴力的内涵 。

关键词：家庭暴力内涵; 立法; 家庭; 家庭暴力; 虐待
DOI 编码：10.3969/j.issn.1007-3698.2012.04. 收稿日期：2012-06-08
中图分类号：D440 文献标识码：A 文章编号：1007-3698（2012）04

作者简介：王礼仁，男，宜昌市中级人民法院三级高级法官，三峡法学法学院兼职教授，主要研究方向为婚姻审判和研究。

Family violence in China the legislation orientation and conception of connotation
——Family violence type of analysis perspective

Wangliren

Abstract The content of family violence is anti-domestic violence legislation must solve the problem.Because each country national condition, social ideology and values of different scholars, the concept of family violence, often from different angles, according to different standards, with a respective value orientation to define, not a uniform definition.If the simple in concept of entanglement, and hope to find a cover and contain everything "universal" concept, not only Not practical, but also easy to fall into a wrong path.We should have a correct understanding of family violence, only on the family violence were the type of analysis, to understand the different types of family violence and the connotation, for domestic violence legislation to provide a new path.China's anti-domestic violence legislation can not copy other countries legislation pattern, should according to their own national conditions to define the content of family violence.

Key word Family violence connotation Legislation Family Family violence To abuse

我国正在计划制定反家庭暴力法，而家庭暴力的内涵是必须解决的问题。有关家庭暴力的概念不可能有一个统一定义，如果单纯在概念上纠缠，并希望寻求一个包罗万象的“万能”概念，不仅不切合实际，而且容易误入歧途。要正确认识家庭暴力，只有对家庭暴力进行类型化分析，才能了解不同类型家庭暴力应有之内涵。家庭暴力的类型化分析可以为反家庭暴力立法提供新的路径。中外立法和理论关于家庭暴力概念表述之间的差异，既反映不同历史文化背

景，也反映了不同的立法目的和需求。我国反家庭暴力法有关家庭暴力内涵的界定，不能照搬其他国家或地区的立法模式，应当体现中国国情和特色，充分考虑与现行相关法律的衔接，[1]并根据我国的立法需求进行设定，只有这样，反家庭暴力法才能科学定位，并具有可操作性。

一、家庭暴力的类型化分析

从世界范围上考察，由于各国国情不同，社会意识形态不同，法律的适用范围不同，以及各个学者的价值观不同，看问题的方法不同，对家庭暴力的概念，往往从不同角度、根据不同标准，以各自的价值取向进行界定，可以说家庭暴力的概念难以有一个统一定义。如英国政府关于家庭暴力的定义是：“具有亲密伙伴关系的成年人之间或者家庭成员之间，不论其性别及性取向的任何威胁性的行为、暴力或虐待(心理、生理、性、经济或精神)”。[2] 但英国内务部和英国妇女援助联盟对家庭暴力的定义则又各不相同。 [3][4]联合国《消除对妇女暴力宣言》中的定义，则专指对妇女的暴力，且“不论其发生在公共生活还是私人生活中”。 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（一）》（以下简称《解释（一）》）关于家庭暴力的定义，则属于夫妻之间的暴力，并明确区分家庭暴力与虐待，虐待不属于家庭暴力的范围。 而许多国家则不区分家庭暴力与虐待，家庭暴力与虐待相互包容。因而，按照一种模式、一种思维理解和评论家庭暴力的概念是不切合实际的，并可能造成误判。例如，我国有许多学者批评《解释（一）》家庭暴力概念中的受害主体和暴力手段等方面的外延太窄，这实际上是根据自己设定一种所谓的“万能”概念作为评判标准；有的甚至照搬或套用其他国家家庭暴力的概念作为评价标准，在批评《解释（一）》的家庭暴力概念时认为，家庭暴力应当包括经济控制等非肢体暴力行为； [5]还有的用一般家庭暴力的概念去评价婚姻暴力（夫妻离婚暴力），从而造成许多误判。要正确认识家庭暴力，需要对家庭暴力进行类型化分析，只有这样才能探求不同类型家庭暴力应有之内涵，为我国反家庭暴力立法提供正确的路径。

笔者通过对中外立法或理论上关于家庭暴力的近百种概念分析发现，这些概念相互之间的分歧或差异主要表现在：1.家庭的范围不同。即是否包括非婚同居家庭或公共场所等范围；2.家庭暴力的主体范围不同。即是仅限于妇女或夫妻，还是包括其他家庭成员，以及其他家庭成员如何界定；3.家庭暴力的行为方式不同。即除了肢体暴力外，还是否包括语言等非肢体暴力；4.暴力侵害的客体或对象不同。即除了对身体侵害外，还是否包括对性、精神和财产侵害；5.判断家庭暴力性质的法律标准不同，即是否任何肢体打击或者肢体冲突都属于家庭暴力，有无性质区别； 6.家庭暴力与虐待的关系不同。即家庭暴力是否包括虐待、遗弃。根据各国关于家庭暴力界定上的差异，家庭暴力可以从不同角度划分为若干类型。

（一）从暴力范围上划分——家庭暴力与社会暴力

从暴力范围上划分，可以分为社会暴力与家庭暴力。社会暴力是指发生在家庭范围之外的暴力。如联合国《消除对妇女暴力宣言》第二条（b）所规定的主要就是社会暴力。该条规定的对妇女暴力，是指“在社会上发生的身心方面和性方面的暴力行为，包括强奸、性凌虐、在工作场所、教育机构和其他场所的性骚扰和恫吓、贩卖妇女和强迫卖淫”。家庭暴力是指发生在家庭范围内的暴力。但家庭暴力中“家庭”也有严格意义上的家庭（即传统意义上的婚姻家庭）与同居性质的准家庭之分。如许多学者认为，家庭暴力的范围不限于传统婚姻家庭范围，应当包括性伴侣、情人、同居者，甚至包括前性伴侣或前夫等。1996年英国的家庭法法案也规定为配偶、前配偶、同居者和前同居者之间的家庭暴力提供法律救济，其“家庭”并不限于传统的婚姻家庭。

（二）从主体上划分——对妇女的暴力与对其他人员的暴力

从主体上划分，家庭暴力可以分为：家庭成员之间的暴力；[6]婚姻暴力（夫妻之间的暴力）；对妇女的暴力；对老人的暴力；对儿童的暴力等。联合国《消除对妇女暴力宣言》是关于禁止对妇女的暴力；第44届联合国大会通过的《儿童权利公约》第19条所规定是禁止对儿童的暴力；我国老年人权益保障法和未成年人保护法有关禁止对老年和未成年人虐待（包括实施暴力）其对象是老年和未成年人；妇女权益保障法（修正）第四十六条则是专门 “禁止对妇女实施家庭暴力”；婚姻法第四十三条、第四十五条是关于禁止家庭成员之间的暴力；婚姻法第三十二条则专指发生在夫妻之间的家庭暴力。

（三）从行为模式上划分——肢体暴力、语言暴力、“冷暴力”

从行为模式上划分，可以分为：肢体暴力、语言暴力；“冷暴力”（既非肢体，也非语言，如互不理睬等）。还可以分为作为与不作为等。

所谓肢体暴力，是指用肢体或借助物理攻击，伤害他人身体的行为。所谓语言暴力，是指以语言威胁恐吓、恶意诽谤、辱骂等手段攻击他人，以引起他人心理伤害的行为。所谓 “冷暴力”，根据多数人的描述，是指夫妻在产生矛盾时，不是通过殴打等暴力方式处理，而是采取冷淡、轻视、放任和疏远等不理睬和回避方式冷落对方。所谓作为，是一种积极行为，如肢体暴力、语言攻击等。所谓不作为，是一种消极行为，是指不实施其法定义务和道德义务。

（四）从行为对象或客体划分——身体暴力、精神暴力、性暴力、财产暴力

从行为对象（即暴力行为所指向的对象或称客体）上划分，可分为：身体暴力、精神暴力、性暴力、财产暴力等，即针对身体、精神、性和财产实施的暴力。如最高人民法院中国应用法学研究所2008 年3 月发布的《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》（以下简称《指南》），《指南》第三条认为家庭暴力包括身体暴力、性暴力、精神暴力和经济控制。《指南》第二条关于家庭暴力的定义是：“指发生在家庭成员之间，主要是夫妻之间，一方通过暴力或胁迫、侮辱、经济控制等手段实施侵害另一方的身体、性、精神等方面的人身权利，以达到控制另一方的目的的行为”。

身体暴力，即对他人身体的不法侵害。这是家庭暴力最典型最常见的侵害对象。精神暴力，指施暴者的行为使受害者在精神上及心理上备受困扰的行为。性暴力，指在违反受害者个人意愿下，被强迫从事性行为，侵害其性自由的行为。财产暴力，即针对财产的暴力，其暴力行为的对象是财产，如摔、砸财产等。当然，也有的将摔、砸财产作为暴力手段，而非客体或对象。《指南》则将“经济控制”作为家庭暴力手段。

（五）从暴力性质上划分——离婚要件暴力与非离婚要件暴力

从暴力行为的法律性质上看，家庭暴力可分为离婚要件暴力与非离婚要件暴力。离婚要件暴力，就是能引起离婚法律效果的家庭暴力。该类家庭暴力有特殊的构成要件，一般是指情节较重的非对称型家庭暴力，否则不构成离婚暴力。非离婚要件暴力，是指凡发生家庭成员之间的一切形式的家庭暴力，没有情节轻重等特殊要件限制。我国婚姻法第三十二条所规定的家庭暴力是离婚要件暴力，根据《解释（一）》的规定，离婚要件家庭暴力必须达到一定的严重程度，即“给其家庭成员的身体、精神等方面造成一定伤害后果”。只有达到“一定伤害后果”，才属于法律意义上离婚要件家庭暴力。夫妻之间在日常生活中偶尔争吵发生的轻微肢体冲突和对称型斗殴，则不属于离婚法定要件家庭暴力。

所谓偶尔争吵发生的轻微肢体冲突，是指因生活琐事发生争执，一时之气引发的动手动脚或肢体行为。其基本特征是：偶发性和节制性。夫妻之间“偶而勃溪动手殴打”，虽然是错误的，但这种行为不足于引起夫妻离婚的法律后果，不能认定为法定离婚要件中的家庭暴力。

所谓对称型暴力，主要指夫妻双方势均力敌，一旦一方话不投机，则你打我一拳，我踢你一脚。所谓不对称型家庭暴力，主要指强势一方对弱势一方实施的暴力。家庭暴力主要是指不对称型暴力。无论是从生理，还是从政治、经济地位来看，在夫妻之间，处于优势地位的主要是男方，处于弱势地位的主要是女方。因而，夫妻之间的暴力，主要是丈夫对妻子的暴力。但也有少数妻子对丈夫实施暴力，这在老夫少妻的婚姻中更多。

（六）从立法体例上划分——区分虐待和暴力与不虐待和暴力

从立法体例上考察，可以分为区分暴力和虐待与不区分暴力和虐待两种不同立法体例。是否区分虐待和暴力，其暴力的含义和范围是不同的。区分暴力与虐待者，其家庭暴力不包括虐待；不区分暴力与虐待者，家庭暴力则包括虐待，或虐待包括家庭暴力。在一些国家和地区所规定的离婚原因中只有虐待，没有家庭暴力。如瑞士、苏格兰、美国有些州以及我国台湾民法亲属编，都只有虐待，没有家庭暴力。在这些国家和地区的相关法律中，往往用虐待代替家庭暴力的概念，家庭暴力包含于虐待之中。

上述六种类型，是笔者根据中外立法和理论关于家庭暴力的界定所进行的归纳分类。这种分类可以为我们了解家庭暴力开阔视野，以便从不同角度理解不同类型家庭暴力的内涵。如果不加区分，用一种标准或一种思维方式来判断家庭暴力，是很难得出正确结论的。如作为离婚条件的家庭暴力与一般家庭暴力的内涵是不一样的。在国外，涉及离婚条件的家庭暴力，必须达到“不堪同居”程度。[7]39 我国婚姻法对家庭暴力、虐待引起的离婚没有情节限制，这是不科学的。比如夫妻之间打一耳光或一拳头，能否获准离婚并要求赔偿，当然不能。《解释（一）》弥补了立法上的缺陷，设立了一些限制性规定，应当值得肯定。但一些学者则用一般家庭暴力的评判标准来判断夫妻离婚暴力，进而否认《解释（一）》的规定，这显然是不恰当的。又如在区分暴力和虐待与不区分暴力和虐待的不同立法体例中，对家庭暴力的界定也存在重大差异，在理解上也应当结合具体语境加以区别。家庭暴力的类型化分析，不仅可以帮助我们理解不同类型家庭暴力的内涵，更为重要的是可以为我们制定反家庭暴力立法提供新的路径。我国反家庭暴力法和相关法律中家庭暴力的界定，应当根据我国的国情，并结合具体立法目的和需求作出科学界定。切忌在不同领域或不同场所不加区分地使用同一概念，更不能生搬硬套外国立法中的有关家庭暴力的概念。比如作为离婚条件的家庭暴力，其内涵应当有别于一般家庭暴力，将来修改婚姻法时，应当根据其特殊的立法目的和需求予以合理界定。又如制定我国的反家庭暴力法，则必须考虑我国的历史文化背景，兼顾其他法律制度，妥善解决“家庭”的范围与家庭暴力的表现形式等问题，尤其是要处理好家庭暴力与虐待、遗弃的关系。

二、我国家庭暴力内涵的立法定位与构想

家庭暴力的内涵涉及许多内容，但如何界定家庭暴力中“家庭”的范围与家庭暴力的表现形式或形态，是反家庭暴力立法不可逾越、必须解决的两个问题。下面仅就此提出自己的初步构想。

（一）关于家庭暴力中“家庭”范围

我国传统家庭是以婚姻关系为纽带所组合的血缘（拟制血缘）关系共同体。一般不包括未婚同居、同性伴侣同居

等“准婚姻”共同生活体。但在“反家庭暴力法”中，其“家庭”的范围可以扩展，突破传统家庭的范围。但值得注意的是，扩展“家庭”范围，则不宜完全照搬外国的立法模式，把同居等“准婚姻”共同生活体直接界定在“家庭”同一内涵中。在我国，应当兼顾我国实际情况和传统文化习惯，在立法中应当区分传统法律意义上的家庭与其他准婚姻共同生活体的界限。对于其他“准婚姻”共同生活体，宜采取“准用”的立法形式，将其纳入反家庭暴力法范围。即在立法技术上可以考虑专门用一款规定：“对于未婚同居、同性伴侣同居等共同生活体之间发生的暴力，准用家庭暴力的有关规定处理”。这样，既可以把非传统家庭纳入家庭暴力管辖范围，又可以把非传统家庭与我国传统的法律意义上的家庭有所区别，避免法律上的不协调现象，也便于区分两种不同家庭暴力的不同法律后果。因为在我国现行法律体制下，传统法律意义上的家庭与其他准家庭或准婚姻共同生活体在法律上还存在许多差异。如传统婚姻家庭暴力可能引起离婚和离婚赔偿，但非传婚姻统家庭暴力则不产生此种法律后果。

（二）关于家庭暴力的的表现形式或形态

关于家庭暴力的表现形式，理论上所涉及的内容很多，[8] 但反家庭暴力法最主要的是要解决所谓的“冷暴力”和不作为等非暴力形态是否属于家庭暴力的范畴，特别是虐待、遗弃能否纳入家庭暴力内涵中。我认为，我国的家庭暴力主要应当是肢体暴力，不应当包括所谓的“冷暴力”和不作为等非暴力形态。

所谓“冷暴力”，实际上并没有一个统一的概念。从一些论者的观点看，主要包括：不说话或语言交流降到最低限度；不接触或疏远；漠不关心对方；懒于做一切家庭事务；用语言辱骂或威胁对方；分居；停止或敷衍性生活；对财产毁坏，扣留钱款，拒绝支付各种日常开支帐单；与第三者同居；等等。我不赞成“家庭冷暴力”的提法，更反对将其纳入家庭暴力范畴。在现实生活中，所谓使用 “冷暴力”者主要是妇女。因为妇女一般无法使用武力征服男方或发泄情绪，往往只能采取语言攻击，或者不说话、不理不睬、回避或拒绝性生活等消极无奈的手段对抗。如果把这些行为都认为是家庭暴力，妇女反而成为反家庭暴力法的主要被制裁者，这可谓是弄巧成拙。同时， “冷暴力”的提法缺乏科学性，是一种“泛暴力”现象，其中多数属于道德层面的问题，少数属于虐待、遗弃的内容。如果承认所谓的“冷暴力”，在实践中容易混淆视听，制造司法混乱，削弱反暴力的立法价值，损害妇女权益的保护。[9] [10]

所谓不作为等非暴力形态，应当由法律调整的内容主要是虐待、遗弃行为，但因其法律另有规范，也不宜纳入家庭暴力的内涵中。有人认为，家庭暴力应当包括不作为等非暴力方式，比如不给予适当衣食、患病不给治疗或者弃离不管、居住上的歧视性待遇等，都是家庭暴力。这实际上是把虐待、遗弃行为误认为家庭暴力行为。从我国的立法体制上考察，不能直接将虐待、遗弃界定在家庭暴力概念中，其主要理由是：

1. 我国法律区分家庭暴力与虐待（遗弃）

从立法体例上考察，家庭暴力与虐待有两种不同立法体例，即区分暴力和虐待与不区分暴力和虐待。在立法上是否区分暴力与虐待，其暴力的范围和含义是不同的。区分暴力与虐待者，其家庭暴力不包括虐待；不区分暴力与虐待者，家庭暴力则包括虐待、或虐待包括家庭暴力。

在我国现行法律体系中，其立法上是区分家庭暴力和虐待、遗弃的。如在宪法第四十九条、婚姻法第三十二条、妇女权益保障法第二条、老年人权益保障法第四条、未成年人保护法第八条、收养法第三十条、第三十一条、治安管理处罚法第四十五条、继承法第七条、刑法第二百六十条（虐待罪）、刑法第二百六十一条（遗弃罪）等法律中，都有关于虐待或遗弃的概念和相关犯罪的规定。而且除了婚姻法和妇女权益保障法等法律同时规定家庭暴力与虐待外，其他法律没有家庭暴力，只有虐待和遗弃的规定。在婚姻法第三十二条中家庭暴力与虐待、遗弃属于并列规定，家庭暴力与虐待是两个不同的概念。所以，最高人民法院的婚姻法《解释（一）》第一条在规定家庭暴力的同时，又明确指出：“持续性经常性的家庭暴力，构成虐待。”由于我国区分家庭暴力与虐待、遗弃，不能照搬不区分暴力与虐待国家和地区的立法体例。

2. 我国家庭暴力与虐待的联系与区别

在我国,家庭暴力与虐待既有联系又有区别，既有相同之处，又有不同之处，必须严格区分。家庭暴力和虐待相同之处主要表现在：（1）两者均发生于家庭成员之间；（2）两者都可以对家庭成员的身体或精神等方面造成伤害；（3）两者在行为方式或手段上也有某些相同之处，这主要是有些暴力行为与虐待行为存在重合或交叉现象。如殴打、捆绑、残害等，它既是家庭暴力行为，又可以转化而构成虐待行为。如《解释（一）》规定 ：“持续性、经常性的家庭暴力，构成虐待”。可见，家庭暴力与虐待存在重合或相同之处。

但是，家庭暴力与虐待毕竟不能等同，两者仍然存在重大区别和差异。其主要区别表现在两者的行为方式不同，其次是法律责任不同。

两者在行为方式上的不同之处主要表现在：（1）家庭暴力只能由积极行为构成，不能由消极行为构成，主要表现为暴力或以暴力相威胁；而虐待行为既可以由积极行为构成，如打骂、恐吓等；也可以由消极行为构成，如不给付生活费用、有病不给救治等。（2）虐待行为的方式和范围相对广一些，而暴力行为的方式和范围相对窄一些。暴力行为

主要局限于武力或以武力威胁，而虐待行为则不局限于武力，还包括非武力行为。（3）家庭暴力行为具有偶发性、间断性，虐待行为具有持续性、经常性。

家庭暴力与虐待法律责任不同，主要是刑事责任上不同。即家庭暴力的罪名不确定，虐待的罪名确定。一般的家庭暴力不构成犯罪，严重的家庭暴力则可能构成多种犯罪，如暴力致人伤害的，则构成伤害罪；以剥夺他人生命为目的致人伤害或死亡的，则构成杀人（包括未遂或既遂）罪；持续性，经常性殴打他人，而没有达到伤害罪的伤势程度，但情节严重的，则可构成虐待罪。而虐待罪的法律责任是法定的、特定的。只要符合虐待罪的特征和构成要件，就要按照法律规定的虐待罪，追究刑事责任。家庭暴力与虐待在民事责任和法律后果上都是一致的，即都可以引起离婚和离婚赔偿。

3. 混淆家庭暴力与虐待（遗弃）的弊端

由于我国立法区分家庭暴力与虐待，将家庭暴力与虐待、遗弃等混为一体，具有如下弊端：

第一，容易与其他法律“打架”。我国法律体系中的主要法律制度都有关于虐待、遗弃的概念和相应规范，而以“家庭暴力”的概念取代虐待、遗弃，这与我国法律体系中的主要法律制度相冲突。

第二，容易削弱法律的效力。家庭暴力目前没有明确的内涵和独立的法律责任体系，而且家庭暴力也难以构建独立的法律责任体系。一般来讲，家庭暴力构成伤害或杀人的，按照伤害或杀人处理；不构成犯罪的按治安处罚法的有关规定处理。而虐待、遗弃有明确的内涵和独立的法律责任体系，从治安处罚到刑事责任，都有章可循。但如果把虐待、遗弃都定性为家庭暴力，将会使本来有法可依的行为变为无法可依了，事实上削弱反家庭暴力立法的法律价值或效力。

第三，不符合我国的传统文化和历史习惯。我国自古就有虐待、遗弃的概念，虐待、遗弃与家庭暴力各有其内涵和表现形式，用家庭暴力取代虐待、遗弃，难以被人们所接受。

（三）我国家庭暴力的立法构想

1. 我国家庭暴力的立法条文构想

我国家庭暴力的内涵，除了“家庭”的范围外，主要是要解决好家庭暴力表现形式中的暴力与虐待的关系。从我国法律体系看，家庭暴力与虐待、遗弃是不同的违法形态，具有不同的内涵和法律效果，家庭暴力难以涵盖虐待、遗弃等。但无论家庭暴力是否包括虐待、遗弃，虐待、遗弃同样危害家庭成员的人身安全等基本权利，也是反家庭暴力法必须“管辖”的范围。但由于这是一个涉及到到反家庭暴力立法与刑法、婚姻法等法律规范相互之间的衔接问题，务须正确处理好家庭暴力与虐待、遗弃的关系。如何解决和协调这个问题？可供考虑的方案有三个：一是反家庭暴力法独树一帜，不顾及其他法律规范，将虐待、遗弃界定在家庭暴力范围内；二是反家庭暴力法作为特别法，统帅或左右其他法律。即以反家庭暴力法为准，其他法律随之修改，取消虐待、遗弃概念，将虐待、遗弃界定在家庭暴力内涵中；三是反家庭暴力法兼顾其他法律，与之衔接一致。

上述第一种模式，可能造成反家庭暴力法与其他法律相冲突，难以贯彻执行或执行效果差。第二种模式，几乎不可能。因为其他法律中不少是基本法，因反家庭暴力法而修改基本法的可能性很小。而且用家庭暴力代替虐待、遗弃的概念也不科学。如丈夫遗弃病重妻子而离家出走，或者父母遗弃未成年子女等，把这种行为定性为家庭暴力，可能难以被人们所接受。那么，唯一可以选择的方案就是第三种模式。采取第三种模式比较确实可行，其具体解决办法有二：一是在名称上就叫“反家庭暴力虐待法”，或“反家庭成员歧视法”，将侵害家庭成员人身安全等基本权利的一切违法行为纳入其中。二是名称还是反家庭暴力法，在反家庭暴力法中有效地衔接虐待、遗弃内容。其具体处理方法为：在界定家庭暴力概念及其列举的具体表现形式后，用一款专门规定虐待、遗弃准用家庭暴力的有关规定处置，其法律责任援引虐待、遗弃的有关规定处理。两种模式比较，第一种模式在立法技术上可能更简单处理一些，而后一种模式则稍复杂一些。

这里则按照第二种模式，并考虑到家庭暴力应有之内涵，构想设计我国家庭暴力的内涵及其相关内容的立法条文模式：

第XX条　本法所称的家庭暴力，是指行为人以殴打、捆绑、残害、强行限制人身自由或者以暴力相威胁等其他强制手段，危害家庭成员的生命安全、身心健康、人身自由的行为。

对于未婚同居、同性伴侣同居等准婚姻共同生活体之间发生的暴力，除法律另有规定外，准用家庭暴力的有关救济规定处理。

家庭暴力构成伤害或杀人的，按照刑法相关规定处理。持续性家庭暴力构成虐待的，按虐待处理。以非暴力方式虐待、遗弃家庭成员的，准用反家庭暴力法有关规定处置；需要承担法律责任的，按照虐待、遗弃的有关规定处理。

2. 我国家庭暴力立法构想之说明

上述条文共有三款，第一款是关于家庭暴力的内涵，主要内容包括家庭暴力的表现形式和所侵害客体。家庭暴力

的表现形式主要突出暴力性质，为了区别家庭暴力与虐待、遗弃的界限，本款将家庭暴力的表现形式界定在“暴力”或“强制”手段范围内，并采取概括与列举相结合的例示主义立法模式。这种立法模式既可以帮助人们认识家庭暴力的主要手段和特征，又可以避免采取单纯列举式立法模式可能出现的挂一漏万的缺陷，可谓疏而不漏。在本款中，除了所列举的几种主要家庭暴力形态外，则以“其他强制手段”予以概括规定。“强制手段”是家庭暴力的本质特征，凡是以武力或强制手段侵害家庭成员的生命安全、身心健康、人身自由的行为，都是家庭暴力，都是应当禁止的。

家庭暴力所侵害的客体是广泛的，包括对家庭成员的生命、健康、心理等方面都可能造成伤害。其中侵害“身心健康”，包括身体和心理（精神）两方面受到侵害或伤害，精神损害自然包括在“身心健康”中，无需单独规定精神损害。而“人身自由”包括身体自由、行为自由、性权利自由等。侵害性权利或性自由，则完全可以包括在人身自由中。对性器官的毁损，则属于身体暴力范畴。因而，性侵害实际上是对妇女身体、精神和自由侵害的特殊组成部分。这些内容都可以涵盖在上述概念中，没有必要单独规定性侵害。

条文第二款主要是解决未婚同居、同性伴侣同居等准婚姻共同生活体如何适用反家庭暴力法问题。“准婚姻”共同生活体除了其他法律有些特殊规定（如解除同居关系不适用婚姻法规定的精神赔偿等）外，均适用反家庭暴力法。准婚姻共同生活体成员遭受其他成员暴力、虐待、遗弃时，反家庭暴力法的救济措施等规定同样适用。

条文第三款主要是解决家庭暴力与与虐待、遗弃的关系，涉及三方面问题：一是家庭暴力与与虐待、遗弃是相互并列的违法行为，家庭暴力不包括虐待、遗弃；二是家庭暴力转化的法律适用问题，包括家庭暴力转化为虐待的法律适用问题；三是虐待、遗弃的法律适用问题。虐待、遗弃在性质上虽然不属于家庭暴力，但应当纳入反家庭暴力法管辖。本款重点是解决家庭暴力与虐待、遗弃之间的法律适用衔接问题。其基本精神就是虐待、遗弃既要纳入反家庭暴力法禁止和救助，又要在法律性质和责任上体现虐待、遗弃的特殊性。

3、我国家庭暴力立法构想之优点

上述家庭暴力立法构想之优点，主要体现在如下几个方面：第一、最大的优点就是对我国家庭暴力内涵的定位体现了中国国情和中国特色。对于家庭范围、家庭暴力与虐待、遗弃关系的处理，没有照搬外国家庭暴力的概念，在立法上既把准婚姻共同生活体和虐待、遗弃与传统家庭和家庭暴力加以区别，又把它纳入反家庭暴力法的管辖范围，符合中国法律体系和历史文化背景；第二、科学地划分了法律行为与道德行为的边界，克服了“泛暴力”化倾向，对于所谓的冷暴力等道德行为排除在家庭暴力之外。第三、家庭暴力应有之内涵丰富全面，足以应对发生在家庭中的各种侵害家庭成员的违法行为。该条文设计的家庭暴力内涵，无论是从表现形式上看，还是从所侵害的客体上看，可以涵盖各种违法情形，完全可以满足反家庭暴力的需要。

【参考文献】

[1] 夏吟兰.论制定《家庭暴力防治法》之必要性与可行性[EB/OL].
中国妇女研究网，http://www.wsic.ac.cn/hotcommentary/80821.htm.
[2]来自家庭法专题的报道[N].法制日报，2005-09-06.
[3]黄列.家庭暴力：从国际到国内的应对（上）[J].环球法律评论，2002,(春季号).
[4]李 霞.家庭暴力法律范畴论纲——基于性别的角度[J].社会科学研究,2005,(4).
[5]陈敏.关于家庭暴力认定难的思考[J].法律适用,2009,(2).
[6] 李春斌.论家庭暴力防治立法中“家庭成员”之界定[J].中华女子学院学报,2011,(5).
[7]端士民法[M]. 殷生根,王燕译.北京:中国政法大学出版社，1999.
[8]李明舜.制定反家庭暴力法的几点思考[J].中华女子学院学报,2003,(2).
[9]王礼仁.“家庭冷暴力”的提法应当冷下来[N].人民法院报,2005-12-05.
[10]王礼仁.婚姻诉讼前沿理论与审判实务（第八章）[M].北京:人民法院出版社，2009.

登记程序瑕疵婚姻的性质与救济路径之选择

王礼仁

【内容摘要】婚姻登记是民事登记，登记程序瑕疵婚姻纠纷所争议标的是婚姻关系及其效力，属于民事权利关系之争行政复议和行政诉讼均不适用瑕疵婚姻效力纠纷，即均存在法律障碍和功能障碍。民事程序解决瑕疵婚姻具有科学性和优越性，彻底废除瑕疵婚姻效力纠纷行政复议和行政诉讼程序具有必要性和可能性，凡涉及婚姻效力判断的案件，统一由民事程序解决。

【关键词】瑕疵婚姻 性质 救济路径 选择

在理论上和实践中，一直将登记程序瑕疵婚姻纠纷作为行政案件。这一现象产生的主要原因，就在于没有准确把

握瑕疵婚姻纠纷的基本性质，缺乏对婚姻行政诉讼与民事诉讼整合研究，对行政复议和行政诉讼解决瑕疵婚姻的功能不甚了解。为此，有必要对瑕疵婚姻纠纷的性质、行政复议和行政诉讼是否适用瑕疵婚姻、瑕疵婚姻救济路径到底应当如何选择进行探讨。

一、登记程序瑕疵婚姻的性质

（一）瑕疵婚姻的性质属于民事性质

对于“登记程序瑕疵婚姻”，一般简称“瑕疵婚姻”。它不是一个法律概念。从目前使用的特定语境看，所谓“瑕疵婚姻”，就是婚姻登记程序存在违法或欠缺必要形式要件等缺陷的婚姻。 “瑕疵婚姻”是法定无效婚姻和可撤销婚姻（相对无效婚姻）之外的又一种特殊婚姻形态。

瑕疵婚姻与其他形态婚姻相比并无本质区别，仍然属于民事性质。根据婚姻法和有关法理，我国不同效果的婚姻形态可以分为五种：即有效婚姻；无效婚姻；可撤销婚姻；不成立婚姻； 瑕疵婚姻。这五种婚姻形态都是婚姻登记的产物，可谓“一母所生”。从现行法律规定和法理来看，有效婚姻、无效婚姻、可撤销婚姻、不成立婚姻，其性质都是民事纠纷。那么，相同的婚姻登记行为不可能产生不同性质的案件，瑕疵婚姻当然也属于民事案件，不可能成为“杂种”而演变为行政案件。否则，在法理上无法解释。

同时，从瑕疵婚姻可能产生的不同效力上考察，它与其它婚姻形态亦无性质区别。由于瑕疵婚姻的违法情节各不相同，对瑕疵婚姻的认识也不尽一致，从目前的司法实践来看，各地法院针对不同情形的瑕疵婚姻，分别按照有效婚姻、无效婚姻、可撤销婚姻、不成立婚姻处理。 由此可见，瑕疵婚姻与其他婚姻形态相比较，其最大区别就在于其法律效力或效果具有不确定性，需要法院根据具体案件的具体情节判断或确定。瑕疵婚姻的具体法律效果如何判断，应当由其违法性质或违法情节的轻重而决定。尽管对某一具体瑕疵婚姻的效力如何判断，可能有不同看法。但无论存在何种争议，无论对瑕疵婚姻效力如何判断或处理，其结果肯定是有效婚姻、无效婚姻、可撤销婚姻、不成立婚姻中的一种，不可能超越这个范围。那么，无论瑕疵婚姻属于哪一种婚姻形态，都与民事存在血缘关系，不可能发生异变而成为行政案件。

在国外，有效婚姻、无效婚姻、可撤销婚姻、不成立之婚姻等都是民事案件，按照民事程序处理。在我国，有效婚姻、法定无效婚姻和可撤销婚姻等，也由人民法院按照民事诉讼程序作为民事案件处理。而无效婚姻、可撤销婚姻与瑕疵婚姻相比，除其具体违法形式和情节轻重不同、可能产生的法律效果不确定外，其他方面完全相同。即争议标的相同，都是婚姻关系；登记机关相同，都是婚姻登记机关；案件性质相同，都是平等主体之间的民事权益之争。对于性质相同的婚姻纠纷，为什么对前者由法院按民事纠纷直接处理，而对后者则要按行政案件处理呢？这种划分标准显然缺乏正当性法理基础。

如已婚男子王某某，伪造假身份与史某某结婚，史某某发现后，控告王某某重婚，法院判处王某某有期徒刑一年，缓刑两年。之后史某某又通过民事程序请求宣告史某某与王某某婚姻无效。南昌市西湖区人民法院(2007)西民一初字第597号判决宣告史某某与王某某的婚姻无效。

在这里，法院认定使用虚假身份结婚，不影响婚姻的成立，可以构成重婚，并分别判处王某某刑罚和其重婚无效。该判决实体和程序无疑都是正确的。那么，如果王某某原来没有结婚而使用虚假身份与史某某结婚，史某某或王某某因该婚姻是否成立或有效发生争议，起诉请求确认其婚姻效力时，按照婚姻法解释三的规定，则应当通过行政程序解决。这就是说，同样是使用虚假身份证结婚，构成了重婚，则是民事案件；而没有构成重婚，则属于行政案件。这种划分案件性质的标准是什么？具有何种科学性？

对于相同性质的婚姻案件，一部分作为民事案件处理，另一部分作为行政案件处理，导致婚姻案件主管上与审判上的分裂等混乱无序状态，在法制体系上极不协调，破坏了审判权的统一性和完整性。

（二）婚姻登记与民事行为性质的关系

在理论上，认为瑕疵婚姻属于行政案件的一个重要理由，就是婚姻登记行为属于行政登记确认行为，由行政确认行为引起的纠纷属于行政案件。这实际上是对婚姻登记性质、登记行为与民事行为之间的关系缺乏正确认识的结果。对此有必要予以澄清。

1、婚姻登记是民事登记

在行政许可法颁布之前，婚姻登记被认为是行政许可的观点比较流行。行政许可法颁布之后，仍有极少数人认为婚姻登记是行政许可。其主要理由是“婚姻经登记才能成立”。 这种观点实际上是把登记所产生的法律效果作为判断行政许可的标准，歪曲和“神话”了登记的意义或作用。实际上，“婚姻经登记才能成立”，这是登记的意义或效果，即婚姻经登记则产生民事婚姻效果，不登记则不产生民事婚姻效果，它与行政许可无关。目前的主流观点认为婚姻登记是行政确认。所谓“行政确认”，就是行政机关对民事行为或民事法律关系进行民事登记确认，并由此产生公示法律效果。结婚和离婚属于民事行为，婚姻登记是民事登记。对此，国务院法制办在《行政许可法疑难问题解答》中指出：

产权登记，机动车登记，婚姻登记，户籍登记，抵押登记等不是行政许可，而是民事权利、民事关系的确认。 这类登记，“行政机关不是行使行政管理权，而是以第三人的身份出现，起证实和确认作用”。 上述婚姻登记与其他登记在性质上都属于民事登记。世界各国的民事登记均包括婚姻登记，我国澳门的《民事登记法典》也包括婚姻、亲子、收养等。因而，婚姻登记属于典型的民事登记，应当是无可争议的。在国外，民事登记婚姻，又称民事婚姻，以区别普通法婚姻（事实婚姻）、宗教婚姻。在我国，婚姻登记只是婚姻产生民事法律效力的一种必要形式，即经登记的婚姻产生民事法律效力，属于民事婚姻；没有登记的婚姻，不产生民事法律效力，属于客观存在的事实婚姻。

2、婚姻登记不是单纯的行政确认行为

婚姻登记不是一种单纯的行政确认行为，而是婚姻当事人与登记机关共同完成的“婚姻宣示”(公示)行为。[1]这种理解不仅符合婚姻登记的特点，也有利于正确处理登记程序瑕疵婚姻案件。事实上，在判断程序瑕疵婚姻是否成立或有效时，并不能仅凭登记机关在登记程序（或形式）上是否违法来确定婚姻是否成立或有效，而主要考察当事人在婚姻登记中宣示的事实和意思是否真实或自愿。如他人代理婚姻登记，完全从行政机关的登记程序或形式上考察，肯定属于违法。但从当事人意思上考察，如果不违背当事人结婚意愿，则不影响婚姻成立或效力。而胁迫结婚正好与之相反，完全从登记机关的登记程序上考察，登记行为不存在违法。但从当事人意思上考查，则违背了当事人结婚意愿，其婚姻可以撤销。还有假结婚也是如此。从婚姻登记程序上看，登记行为不存在违法，但从当事人结婚意愿和婚姻事实上考察，当事人没有结婚的意思和婚姻事实，其婚姻不成立。如崔先生1987年跟妻子结婚，1997年为了给小姨子办城市户口，妻子逼着他跟小姨子领取结婚证，那时没有电脑查档，没被发现崔已婚。2006年崔妻去世，2007年崔再婚时，被登记员查电脑发现他在1997年已经与小姨子“结婚”了。 崔与小姨子的婚姻是否成立，显然无法从登记程序上判断，而要从双方有无结婚意思和婚姻事实上考察。

3、婚姻登记确认行为不改变其民事性质

《<婚姻法>解释三》新闻发布稿认为，婚姻登记是行政确认行为，行政确认行为引起的纠纷属于行政案件，应当通过行政途径解决。[2]这是理论上和实践中普遍存在的一种认识，也是当前影响登记程序瑕疵婚姻定性的一个最大误区。如前所述，婚姻登记不是一种单纯的行政确认行为，即使把婚姻登记理解为一种单纯的行政确认行为，也不能由此得出登记程序瑕疵婚姻属于行政案件性质的结论。

诉讼案件的性质主要由法律关系的性质决定，而不能由行政确认行为决定。这是一个很简单的道理，民事行为不因行政登记确认改变其民事性质。否则，父母的房屋登记在未成年子女名下、自己的车辆挂靠在单位或他人名下等财产登记瑕疵，法院民事都不能直接确认产权，非得进行行政诉讼不可。民事关系或民事权利因登记错误，不仅可以而且应当通过民事程序解决。故在离婚案件中处理夫妻财产时，对于登记在子女或第三人名下的财产，只要有证据证明是夫妻财产，仍然直接认定为夫妻财产并依法分割，并不需要通过行政诉讼解决财产登记瑕疵问题。道理很简单，因为这是民事法律关系，应当通过民事程序解决。

婚姻登记更是如此。相同的婚姻登记，之所以会出现离婚之诉、婚姻无效之诉、婚姻撤销之诉、婚姻成立或不成立之诉等民事性质案件，而并不都以所谓的婚姻登记是行政确认行为定性为行政案件？其原因就是诉讼案件的性质只能由法律关系的性质决定，而不能由所谓的行政确认行为决定。婚姻关系是民事关系，民事法律关不会因行政登记变成行政关系。否则，不仅无效婚姻、可撤销婚姻等都要通过行政诉讼解决，而且离婚也需要通过行政程序解除婚姻关系。因而，把行政确认行为作为行政案件定性的根据是不科学的。

还有一件很有趣的事。在《北京市高级人民法院关于行政审判适用法律问题的解答(二)》中，把离婚登记错误或争议作为行政案件，把离婚财产登记错误或争议作为民事案件。 这里就有一个问题，如果说登记是行政确认行为，那两者同样都是行政机关的行政确认行为，而且同样都是民事法律关系，怎么对于涉及婚姻关系的登记错误或有争议按行政诉讼处理，而涉及财产关系登记错误或有争议则不是行政诉讼？在同一性质的行政确认登记行为中，根据身份关系与财产关系来划分行政案件与民事案件，这显然是不科学的。实际上，民事“财产关系”不因行政登记确认改变其民事性质，民事“婚姻关系”也不因行政登记确认改变其民事性质，两者并无区别。

（三）登记程序瑕疵婚姻的法律效果与形态

无论是从立法上考察，还是从理论上考察，登记程序瑕疵婚姻所涉及的法律效果与形态，主要是婚姻成立或不成立问题。

1、从法律规范上考察瑕疵婚姻的法律效果与形态

从立法上看，无效婚姻已经由法律明文规定，瑕疵婚姻应当是无效婚姻之外的又一特殊婚姻形态，不可能是无效婚姻。那么，瑕疵婚姻属于何种法律效果的婚姻形态呢？根据婚姻法第8条和《婚姻登记条例》第4条、第5条以及《婚姻登记工作暂行规范》的有关规定，依法登记并领取结婚证，婚姻始可成立。因此，婚姻登记程序瑕疵所涉及的主要是婚姻成立或不成立问题。它所引起的法律后果并不是唯一的，因瑕疵性质或情节的轻重程度不同而有不同的法

律效果。具体说，婚姻登记程序存在轻微瑕疵，则不影响婚姻成立；婚姻登记程序存在严重瑕疵，则可能导致婚姻不成立。可见，“瑕疵婚姻”主要产生婚姻成立或不成立两种婚姻形态，它与无效婚姻是不同法律效果的婚姻形态。而且婚姻法第10条、第11条对无效婚姻有明确规定，其他情形也不宜再冠无效婚姻之名。否则，就会与法定无效婚姻制度相冲突。

2、从理论上考察瑕疵婚姻的法律效果与形态

瑕疵婚姻涉及的法律效果与形态主要是婚姻成立与不成立，这不仅与现行法律规范相吻合，有法律根据，而且也有充分的理论根据。一般来讲，判断婚姻的标准或要件有三个，即婚姻的属性要件、形成要件和效力要件。[3]

婚姻的属性要件，是判断婚姻与非婚姻的要件，即是婚与非婚要件。它的主要功能或作用在于解决什么是婚姻，什么不是婚姻。根据中外理论关于婚姻属性要件的通行观点，婚姻是男女两性之间以永久共同生活为目的的结合。它有两个基本特征，一是男女两性的结合；二是以永久共同生活为目的。不是男女两性结合，如同性结合，则不是婚姻；而两性之间不是以永久同生活为目的的结合，而是临时结合（通奸）或短期结合（同居），也不是婚姻。

婚姻的形成要件，又称形式要件，是判断婚姻成立与不成立的要件，其主要功能在于判断婚姻是否成立或存在。婚姻是否成立，是从结婚的形式要件判断，主要看当事人是否完成了结婚必要的程序或有无影响婚姻成立的程序违法行为存在。我国婚姻法第8条规定，男女双方依法登记，取得结婚证，即确立夫妻关系。这是婚姻的形成要件。根据该条规定，依法登记并取得结婚证，婚姻则成立。否则，婚姻不成立。

婚姻的效力要件，是判断婚姻有效与无效的要件。它的功能或作用是判断业已成立的婚姻是否具有法律效力。婚姻是否有效，是从婚姻的实质要件判断，主要看已经成立的婚姻是否存在阻却效力的法律障碍。婚姻法第3条、第5条至第7条是关于婚姻效力要件的规定。符合这些规定者，婚姻有效；否则，婚姻无效。婚姻效力要件，所判断的对象是已经成立的婚姻；判断的根据（标准）是婚姻的实质要件。可见，程序瑕疵婚姻与无效婚姻的判断标准是不同的。程序瑕疵婚姻的评判标准是婚姻的形成要件，无效婚姻的评判标准是婚姻的效力要件。

上述三个要件相互联系缺一不可，缺少其中任何一个要件，就可能导致婚姻的误判；不符合其中任何一个要件，婚姻就可能被否定。比如，不符合婚姻的属性要件，则无婚可谈，不能视为婚姻，不能按照婚姻对待或处理；符合法定结婚条件，但没有按照法律程序完成婚姻登记，婚姻则不成立；虽然按照法定程序缔结了婚姻或完婚，但不符合婚姻有效的法定条件，婚姻则无效。这三个要件又是一个相互依存和递进关系。婚姻的属性是判断婚姻的基础，而婚姻成立又是判断婚姻有效与无效的基础，婚姻不成立也就无所谓婚姻有效与无效。尽管婚姻成立并不等于婚姻有效，但婚姻有效必须婚姻成立。因而，一个合法成立的有效婚姻，必须同时具备上述三个要件。

（四）登记程序瑕疵婚姻争议标的是婚姻关系及其效力

在行政诉讼中，一直将“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。这是对婚姻登记程序瑕疵纠纷争议标的的扭曲。在婚姻登记程序瑕疵纠纷中，当事人通过行政诉讼请求撤销婚姻登记行为，是在民事诉讼拒绝受理的情况下，被迫采取的一种“曲线救国”路线。当事人所争议的真正诉讼标的不是“登记行为”违法与否，而是民事“婚姻关系”成立或有效与否。也就是登记违法瑕疵是否影响婚姻的效力，能否产生婚姻的法律效果，即婚姻是否成立或有效。判断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。而婚姻关系属于民事法律关系，瑕疵婚姻本质上属于民事权利争议。

二、行政复议和行政诉讼无法解决瑕疵婚姻

在现行法律体制下，行政机关和行政诉讼均难以解决瑕疵婚姻纠纷，均存在法律障碍和功能性障碍。

（一）行政复议和行政诉讼解决瑕疵婚姻之误区

在司法实践中，有些瑕疵婚姻强行通过行政复议或行政诉讼撤销了，有人便据此认为行政复议或行政诉讼可以解决瑕疵婚姻。这实际上是一种误解，瑕疵婚姻并不能通过行政复议或行政诉讼解决。以行政诉讼为例，且不说其受理和撤销婚姻是否正确或符合法律，假设所受理和撤销的某一婚姻没有法律障碍，那也仅仅是一种巧合，属于“歪打正着”。因为所谓行政诉讼可以解决瑕疵婚姻往往具有偶然性，即只有在某些特定条件才有可能。这些特殊条件至少有：

第一，婚姻登记机关必须存在过错或违法。如果婚姻登记机关不存在过错或违法，将这样的案件作为行政案件，登记机关则成为“无责被告”。这样的行政审判显然偏离了行政诉讼的宗旨，丧失了行政审判监督行政机关的意义。

第二，没有超过行政诉讼时效。如果超过行政诉讼期限，行政诉讼则无法受理。

第三，婚姻登记违法行为属于足以否认其婚姻效力的情形。如果违法行为不足以否认其婚姻效力，行政诉讼既要确认行政行为违法，又要确认婚姻有效，其判决功能难以实现。

第四，不存在与之相关的其他婚姻形态需要同时确认的情形。如果在同一婚姻中存在登记婚姻与事实婚姻两种交叉形态，撤销登记婚姻时，需要对事实婚姻进行确认；或者登记离婚后一方再婚，是否撤销离婚登记，则需要对再婚

是否善意进行判断后才能决定时，对此，行政诉讼则不具有这种功能，根本无法承载此类诉讼案件。

第五，不存在民政机关拒不举证、拒不到庭等情形。如果存在民政机关拒不举证、拒不到庭情形，按照行政诉讼的有关规定，则将直接认定婚姻登记缺乏根据而撤销登记。这可能导致不应当撤销的婚姻被撤销。

然而，在婚姻登记瑕疵案件中，同时具备上述几种情形的案件并不多。据我统计分析，有90%以上的案件，行政登记机关尽到了法定注意义务，并不存在过错或违法行为；有95%以上的案件超过行政复议或行政诉讼时效；有80%以上的婚姻瑕疵，不影响婚姻效力；在瑕疵婚姻中，不乏有登记婚姻与事实婚姻交叉并存、登记离婚后再婚的现象；民政机关拒不举证、拒不到庭的情形也时有发生。那么，在上述登记机关无过错等诸多情形中都无法通过行政诉讼解决，或者行政诉讼无法解决。

真正的婚姻登记行政案件，则是不涉及婚姻效力判断的单纯的婚姻登记违法侵权案件，主要有婚姻登记机关撤销婚姻登记的案件（因为它无权撤销）；无正当理由拒绝婚姻登记的案件；未尽法定注意义务错误登记造成损害的赔偿案件；在婚姻登记中乱收费等其他违法侵权案件。凡涉及婚姻效力判断的案件，都是民事案件，行政复议和行政诉讼根本无法解决，即均存在法律障碍和功能性障碍。

（二）瑕疵婚姻行政复议和行政诉讼的法律障碍

1、行政复议的路径不通。民政机关过去撤销婚姻登记，是在没有无效婚姻制度下的一种“牝鸡司晨”的不正常现象，其弊端甚多。因此，立法机关修改和完善了婚姻法。修订后的婚姻法对无效婚姻所采取的是列举式立法模式。这种立法的目的就在于阻止一切形式的任意撤销婚姻的可能。国务院据此及时修改了《婚姻登记条例》，取消了民政机关撤销瑕疵婚姻的职能。这一修改是非常正确的。试想，行政机关可以任意撤销婚姻登记，那无效婚姻制度还有什么独立存在的价值？岂不是否定了法定无效婚姻制度吗？

2、行政诉讼撤销瑕疵婚姻缺乏根据。根据修订婚姻法的规定，行政诉讼也无权撤销瑕疵婚姻。对此，时任最高人民法院行政庭副庭长的孔祥俊博士发表专文强调：行政诉讼撤销婚姻登记只限于法定无效婚姻和可撤销婚姻两类。[4]尽管我并不完全赞同通过行政诉讼处理两类法定无效婚姻，但孔庭长关于行政诉讼“撤销婚姻登记事由”的“法定性”和“限定性”的观点，是完全正确的。

3、登记机关无过错案件不属于行政诉讼调整范围

在婚姻登记程序中发生的错误，与行政机关的过错是两个概念。发生在婚姻登记程序中的错误，并不等于登记机关错误。在婚姻登记中，只有极少数或极个别登记错误属于婚姻登记人员把关不严，主观上存在过错，多数婚姻登记错误案件，婚姻登记机关尽到审查义务，其登记错误主要是婚姻当事人弄虚作假，婚姻登记机关受客观条件所限根本无法识别或发现。还有相当一部分所谓的登记错误，实际上并非属于登记错误，而是当事人所使用有效身份资料错误，如公安机关办理的身份证或户口信息错误，或者当事人通过关系办理虚假户口或身份证等，婚姻登记本身并无错误。对于不属于行政过错的婚姻登记案件，不能纳入行政程序解决。

实践中将行政机关无过错案件纳入行政审判，完全违背了行政审判监督行政机关依法行政的宗旨，偏离了行政审判应有的意义和价值。可以说，这是把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”，以便制造一个完整、合格的行政诉讼案件。因为没有行政机关作被告，就不可能有行政诉讼案件。为了使这类案件成为行政诉讼案件，不得不将没有过错的婚姻登记机关作为行政诉讼的“桥梁”，搭建行政诉讼的平台，实现行政诉讼形式上的圆满。正如民政部门所说，行政诉讼的解决方式使婚姻登记部门“无罪无错”却成为“司法大堂的陪绑者”。[5]更重要的是，把婚姻登记机关绑架到司法中来，只是为了便于通过行政诉讼程序解决当事人的民事婚姻关系，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，这种行政诉讼已经失去了行政诉讼应有的意义。

4、行政复议和行政诉讼期限不适用瑕疵婚姻

根据现行法律规定，行政复议期限是60天、行政诉讼期限是3个月，严格按照上述法律规定，几乎所有的瑕疵婚姻纠纷都超过了行政复议或行政诉讼期限。而有关司法解释关于行政诉讼时效的规定，实际上不适用瑕疵婚姻。即使勉强适用，仍然有大量瑕疵婚姻超过了行政诉讼期限。

（三）瑕疵婚姻行政复议和行政诉讼的功能性障碍

1、行政复议和行政诉讼的审查对象不适用瑕疵婚姻

行政复议和行政诉讼审查的对象或标的是婚姻“登记行为”，而瑕疵婚姻的真正诉讼标的是“婚姻关系”。行政复议或行政诉讼所要解决的是登记行为违法与否，而瑕疵婚姻所要解决的是违法瑕疵是否影响婚姻的成立或效力。行政程序对登记行为的合法性审查和判断，并不能解决瑕疵婚姻的真正争议，只能是“隔皮瘙痒”，无法完成应有的诉讼使命。

2、行政复议和行政审判的判断标准不适用瑕疵婚姻

行政审判对瑕疵婚姻的判断标准是“形式合法性”标准，即对登记程序或登记行为的合法性判断。而瑕疵婚姻的真正判断标准是“实体合法性”标准，即从婚姻的本质或实质上判断婚姻是否成立或有效。 婚姻登记程序是否合法与婚姻是否成立或有效是两个层面的法律问题。行政程序对瑕疵婚姻“登记程序的合法性”判断标准与婚姻实质上是否成立或有效的判断标准是两个不同性质的标准。婚姻登记程序合法与否，与婚姻关系成立或有效与否是两回事。根据登记程序违法与否的标准，不能得出瑕疵婚姻是否成立或有效的正确结论。具体说，登记程序不合法，婚姻则可能成立或有效；登记程序合法，其婚姻也可能不成立或无效。如虚假结婚，其婚姻登记程序不违法，但婚姻不成立（如前述崔先生婚姻案件）；他人代理婚姻登记，其登记程序违法，但只要不违背结婚当事人意愿，其结婚则成立有效。重婚、未达到婚龄、患有禁婚疾病等登记结婚都是违法的，但结婚后上述情形已经消失者，其婚姻仍然有效。因而，婚姻效力的判断标准，不是登记程序违法与否，而是婚姻法关于婚姻是否成立和有效的要件，登记程序合法与否的标准不适用瑕疵婚姻效力纠纷。行政诉讼对婚姻登记程序合法性审查和判断，难以正确有效地解决程序瑕疵婚姻。

3、行政判决的功能和形式不适用瑕疵婚姻

许多婚姻登记行为虽然不合法，但并不一定影响婚姻的成立与有效。行政判决既要确认婚姻登记行为违法，又要确认婚姻关系成立有效，其判决功能难以实现。对此，有些法院的意见是:在判决主文中判决确认被诉婚姻登记行为违法，而在判决理由中说明被诉婚姻登记行为有效。这种判决不仅其理由与主文相互矛盾,而且还会使当事人不知所云。其婚姻到底是有效，还是违法？当事人可能搞不清白。

而且判决确认登记行为违法，与瑕疵婚姻纠纷所要确认婚姻关系是否成立或有效相差甚远。因而，行政判决内容和形式并不适用瑕疵婚姻纠纷。

同时，对于登记程序违法而不能撤销婚姻登记的所谓维持判决，也只能适用民事判决理由，这类行政判决则成为“穿行政判决外衣的民事判决”。 [6]

4、涉及其他婚姻形态需要同时确认时行政诉讼无法应对

一是离婚后再婚的，是否撤销离婚登记涉及其再婚是否善意的确认时，行政诉讼无法应对。如许多“被离婚”案件，当事人请求撤销离婚登记。但当一方再婚后，行政诉讼无法对再婚效力进行判断，难以撤销离婚登记，只好判决确认离婚登记违法。这种判决不仅超越了当事人请求范围，而且离婚是否有效？原来的婚姻关系是否存在？判决并没解决，判了等于白判，行政诉讼成为毫无价值的诉讼“空转”。这类案件实际上涉及到后婚是否善意以及善意后婚如何保护问题，是一个重大的民法理论问题，行政诉讼根本无法承载。

二是登记婚姻与事实婚姻交叉并存，涉及对两个婚姻形态确认时，行政诉讼无法应对。如涉及 1994 年 4 月 1 日以前的登记结婚效力的案件，单纯撤销登记婚姻并没有真正解决问题，因为即使登记婚姻不成立或无效，两人也形成了事实婚姻，行政诉讼单纯撤销登记婚姻，并没有从根本上解决其婚姻问题，还可能间接否认事实婚姻，造成当事人误判双方无婚而再婚构成重婚。

5、“被结婚”案件行政诉讼难以处理

在目前的行政诉讼中，对于身份被冒用的 “被结婚”案件，无论是“冒用者”诉讼，还是“被用者”诉讼，行政判决一般都是撤销婚姻登记或者确认婚姻登记无效。比如妹妹使用姐姐身份证与高某结婚，姐姐申请撤销自己与高某的婚姻，法院认定姐姐与高某结婚无效而撤销。其判决既没有弄清法律根据，也没有弄清婚姻关系主体，更没有弄清婚姻纠纷与姓名权纠纷的界限，完全是一个稀里糊涂的判决。这类案件实际上并不那么简单，它至少涉及到三个问题：

第一，能否撤销？撤销的法律根据是什么？

第二，如何判断“冒用者”与“被用者”的婚姻关系？所撤销的到底是身份“冒用者”还是身份“被用者”的婚姻？这涉及到婚姻主体的认定。

第三，“被用者”有没有起诉要求撤销婚姻的权利？姐姐身份被冒用，她不是要求解决身份被侵害问题，而是要撤销别人婚姻。这就如同别人偷你的钱做了房子，你不是要求别人还钱，而是要求拆别人房子。这种诉讼合理吗？是否有侵犯他人婚姻之嫌?

这类案件涉及婚姻关系主体及婚姻效果与形态等多种法律问题，行政诉讼根本无法应对。简单地撤销婚姻登记或认定婚姻无效，都是错误的。如上述案例中，姐姐只是自己的身份被妹妹冒用结婚而已，姐姐与高某的婚姻根本不成立或不存在，而不是无效。因而，姐姐应当通过民事诉讼确认与高某的婚姻不成立。至于妹妹与高某婚姻效力如何，属于另一法律关系，不用你姐姐操心。

此外，行政复议和行政诉讼的证据规则、撤诉规定等，都难以适用瑕疵婚姻。

三、民事程序解决瑕疵婚姻具有科学性与合法性

（一）瑕疵婚姻属于民事案件审理范围

《<婚姻法>解释三》新闻发布稿认为，“当事人对结婚证效力提出异议，不属于法院民事案件的审查范围”。还有

人认为，“认定结婚证的效力超越了民事审判的职权”。 与之类似的看法还很多，其基本观点就是民事审判不能审查和判断婚姻效力。这实际上是长期以来将婚姻效力纠纷“行政化”的一种固有思维。

应当指出的是，上述观点中所谓审查或认定“结婚证效力”的提法是不准确的，应当表述为“婚姻效力”。“结婚证”只是证明婚姻关系的证据之一，婚姻关系及其效力并不能完全由结婚证决定。相反，婚姻的效力可以决定结婚证的效力，即婚姻有效，则结婚证有效；反之，则结婚证无效。同时，结婚证有瑕疵（内容填写遗漏、错误）或者结婚证丢失，但婚姻关系的实施清楚或者婚姻登记档案资料证实登记程序和实体合法者，其婚姻仍然成立有效。 因而，“结婚证”不是瑕疵婚姻直接审查的对象，不存在单纯审查或认定结婚证效力问题，单纯审查结婚证效力没有实际意义。有些行政判决书判决撤销结婚证是不科学的，因为瑕疵婚姻所争议的并不是结婚证效力，而是婚姻效力。

可见，所谓对“结婚证效力”的审查或认定，实际上是对“婚姻效力” 的审查或认定。对“婚姻效力” 的审查和判断，是民事审判的职责，根本不存在超越了民事审判职权问题。恰恰相反，行政复议或行政诉讼对“婚姻效力” 的审查和判断，则超越了其职权和功能，根本无法完成其诉讼使命。

（二）民事程序解决瑕疵婚姻具有合法性

在现行法律体制下，不仅可以而且应当通过民事程序解决瑕疵婚姻。婚姻登记程序瑕疵所涉及的主要是婚姻成立或不成立问题，在民事诉讼中确认婚姻成立或不成立，既可以有效地解决这类纠纷，又有其充分的法律根据和理论基础。

1、婚姻法第8条是关于婚姻成立与不成立的规定，确认婚姻成立或不成立之诉，有其充分的法律依据。而且这也是落实该条规定的需要。

2、在民事诉讼中也有确认之诉。确认之诉是民事诉讼的基本诉种之一，婚姻关系确认之诉在民事诉讼中没有法律障碍。在外国和我国台湾地区也有确认婚姻成立或不成立之诉。

3、在民事诉讼中拒绝受理瑕疵婚姻纠纷，则有违法之嫌。当事人对于瑕疵婚姻成立或不成立发生争执后，根据婚姻法第8条及其相关规定提起民事诉讼，请求确认其婚姻成立或不成立。对此，法院能够驳回起诉吗？当然不能。因为驳回起诉没有任何法律根据。第一、当事人争议的法律关系是婚姻关系，属于民事法律关系。第二、当事人诉讼主张的实体法是婚姻法第8条，有法可依。而且婚姻法属于民事法律范畴。第三、确认民事法律关系是民事诉讼的基本任务之一。无效婚姻不也是通过民事诉讼确认的吗？亲子关系不也是通过民事诉讼确认的吗？不说其他诸多理由了，就凭这三条，法院就无法驳回起诉，否则就是违法。

（三）民事程序解决瑕疵婚姻具有科学性和优越性

1、民事程序解决瑕疵婚姻具有科学性

瑕疵婚姻所涉及的主要是婚姻成立或不成立问题，通过确认婚姻成立或不成立之诉解决，不仅抓住了事物的本质，符合该类案件的特点，而且可以有效地解决与现行无效婚姻制度的衔接问题，避免与无效婚姻发生法律冲突，是解决瑕疵婚姻的有效途径。而且民事诉讼的功能可以有效地解决瑕疵婚姻的所争议问题。

2、民事程序解决瑕疵婚姻具有优越性

民事诉讼解决瑕疵婚姻具有优越性，可以将婚姻诉讼与子女财产诉讼合并审理，“一网打尽”，高效便捷。比如原告起诉离婚，被告可以反诉婚姻无效或婚姻不成立，将各种婚姻关系之诉与子女财产等附带之诉合并审理，一次性集中解决问题，避免重复诉讼和相互矛盾判决。

3、民事程序解决瑕疵婚姻可以弥补和克服行政诉讼的所有缺陷

行政诉讼处理瑕疵婚姻至少有十大缺陷，[7]这些缺陷在民事诉讼中都可以克服或避免。比如在民事诉讼中，没有诉讼时效障碍；在民事诉讼中，可以直接对婚姻效力进行全面审查和判断，避免行政诉讼单纯形式主义审查，片面否认婚姻效力的缺陷；在民事诉讼中，身份关系的职权主义审理原则、法律类推、重婚善意的判断、各种婚姻诉讼的合并审理等，都可以有效地贯彻和适用。[8]

四、废除瑕疵婚姻行政复议和行政诉讼，统一由民事程序解决

（一）废除瑕疵婚姻行政复议具有必要性和可能性

1、民政机关缺乏对婚姻效力判断的职能

民政机关办理婚姻登记的主要职责是审查申请材料形式上的真实性、合法性，不具有判断婚姻关系实质上有无效力的相应职能和能力，更没有对争议的调查、调处、裁决权。当事人对婚姻是否撤销有争议时，民政机关无论是撤销还是不撤销，都需要对婚姻事实进行调查和判断，而民政机关没有这个职权。民政机关处理此类纠纷，实际上是行使审判职权，超越了其职能范围。同时，婚姻登记机关的行政人员，也缺乏胜任此项工作的能力。

2、瑕疵婚姻效力不属于“补正”范围

瑕疵婚姻效力不属于“补正”范围，不能通过“补正”解决。有人认为，登记机关对登记程序瑕疵婚姻不一定都

是撤销，可以进行补正。 这实际上是混淆了补正与婚姻效力确认的界限。婚姻登记机关补正适用的条件和范围是有限的：（1）不涉及婚姻效力判断的单纯的技术性或文字性错误；(2)双方当事人均认可并具有足以确信的证据，才可进行补正或更正；(3)补正是一种非诉活动，即在双方无争议时凭有效证据或证件（如判决书等）到婚姻登记机关进行补正。对于涉及有争议的婚姻效力判断，不属于“补正”范围，无法通过补正解决。

3、民政机关处理瑕疵婚姻效力纠纷弊端甚多

有行政复议存在，就必然存在对行政复议不服或拒绝受理复议（事实上无权处理）等现象存在，这就必然滋生所谓的婚姻行政诉讼。而多增加一道行政程序，就会多增加当事人的诉讼成本。当事人往往需要先到行政机关再到法院，或者法院判决后又回到行政机关，使案件在行政机关与法院之间恶性循环，浪费社会资源。最典型的是海南黄朗源等诉万宁市人民政府婚姻登记案，行政机关先后作出七次处理决定，法院判决六次，历时七个年度。其中省政府作出两次决定，省法院作出两次判决。 行政复议还人为制造法院内部 “民行分立”现象，损害司法统一。废除婚姻效力纠纷行政复议程序，可以从根本上为行政诉讼程序“断奶”。

同时，由于受复议期限等法律和功能障碍，行政复议往往无法受理或无法处理子女、财产等问题，当事人还需要另行打官司，加重当事人负担。

4、废除瑕疵婚姻行政复议具有可能性

在现行法律上明确规定由民政机关主管的婚姻案件，事实上只有撤销胁迫结婚一种。而撤销胁迫结婚由法院统一主管更为有利，规定由民政机关与法院共同主管意义不大。因为民政机关受其职能限制，无法对被胁迫结婚事实和效力作出正确判断。为了便于婚姻机关判断，《婚姻登记条例》规定当事人向民政机关申请撤销胁迫结婚，应当出具“能够证明被胁迫而结婚的证明材料”。北京市、江苏省等民政机关规定的更为苛刻，当事人还要提供“公安机关出具的解救证明、人民法院作出的有受胁迫结婚内容的判决书或者其他能够证明受胁迫结婚的证明材料”，“且不涉及子女抚养、财产及债务问题的”，民政机关才受理。 而据一些民政部门的同志介绍，民政机关撤销胁迫结婚实际上是名存实亡，基本上没有受理这类案件。因而，保留民政机关主管此类案件没有多大实际意义，废除民政机关与法院共同主管，由法院统一主管是完全可以的。

（二）废除瑕疵婚姻行政诉讼的必要性和可能性

1、瑕疵婚姻的性质决定其不能选择行政诉讼机制

瑕疵婚姻纠纷属于民事性质，从本质上决定了它不能选择行政诉讼程序解决。如前所述，违反其特性和规律强行适用行政诉讼解决瑕疵婚姻纠纷，至多也只能勉强解决部分案件。这显然不符合一项诉讼制度存在的价值。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。瑕疵婚姻行政诉讼不仅与其性质不合，而且只能适用少数特殊情况，这样的诉讼机制或制度，显然无法承载或完成其应有的诉讼使命，不具有担当某一具体纠纷诉讼制度的合法“资格”，不能成为解决瑕疵婚姻纠纷的选择机制。

2、瑕疵婚姻行政诉讼的缺陷无法通过修改法律解决

行政诉讼解决瑕疵婚姻存在法律性障碍和功能性障碍，而且法律障碍和功能性障碍都是无法逾越的。特别是功能性障碍，无法通过修改法律弥补。因为现行法律障碍是其功能性障碍的外在表现，只要不改变行政诉讼性质，修改行政诉讼法的某些规定仍然无济于事。比如，对于瑕疵婚姻诉讼来讲，可供修改的内容主要是行政诉讼时效等。但为了受理瑕疵婚姻案件修改诉讼时效并不科学。一是这与行政诉讼时效的性质不吻合；二是婚姻效力纠纷应当由民事诉讼法调整，而且民事诉讼法可以调整，仅仅为了使行政诉讼能多管民事案件而修改诉讼时效，完全没有必要。三是非常不好修改。如有的再婚三、四十年后一方死亡，前婚子女主张再婚登记无效，婚姻行政诉讼时效到底规定多长时间管用？更为重要的是，即使修改了诉讼时效，还有登记机关无过错案件，又怎么修改后符合行政案件的性质？行政诉讼审查的对象又如何修改？是否为了审理瑕疵婚姻纠纷，修改行政诉讼的性质和功能，完全与民事诉讼接轨？行政诉讼不适用瑕疵婚姻效力纠纷是本质性的或功能性的障碍，无法通过修改法律解决。

3、行政程序解决瑕疵婚姻无法达到追究行政责任目的

有人认为，通过行政诉讼解决婚姻效力纠纷，有利于追究行政责任，督促行政机关依法行政。这实际上是把婚姻登记错误的行政责任，与当事人的婚姻关系效力认定混为一谈。且不说婚姻登记错误绝大多数责任并不在婚姻登记机关，即使个别登记错误责任在婚姻登记机关，但通过行政复议或行政诉讼处理，则无法实现行政机关承担责任的目的。因为无论是撤销婚姻登记或对婚姻登记的否定评价，所伤害的都是婚姻当事人，并没有伤及行政机关。

对于行政机关在婚姻登记中的过错责任，应当选择使行政机关能够承担实体责任的其他责任形式（如行政赔偿责任、行政处分责任、乃至刑事责任等），撤销婚姻或不撤销婚姻，与行政机关的行政责任实际上没有关系。

4、废除婚姻行政诉讼符合现行法律规定

在现行法律制度上，实际上并没有关于瑕疵婚姻效力纠纷行政诉讼的规定。相反，根据《中华人民共和国行政诉

讼法》第11条规定，人民法院受理行政诉讼案件只有八种情形。这八种情形中根本无法包括瑕疵婚姻效力纠纷。将瑕疵婚姻效力纠纷列为行政诉讼范围，实属勉强，没有法律根据。

5、行政诉讼解决瑕疵婚姻弊端甚多

行政诉讼解决瑕疵婚姻，在法律、功能、效率上都存在缺陷，弊端甚多，已如前所述。而且，婚姻案件的特殊性要求集中审理，不宜分庭抗礼。国外大都设有家事法院或家事法庭，我国不少地方也设立了婚姻家庭合议庭，也有学者主张我国应当设立家事审判庭。[9]因而，婚姻案件审判应当走集中化、专业化道路。人为地分割婚姻案件，不仅行政诉讼功能无法适用，行政审判人员也无法胜任，影响案件审判质量。

6、废除瑕疵婚姻行政诉讼的可能性

民事程序可以解决瑕疵婚姻效力纠纷，而且比行政诉讼更有效，没有必要通过行政诉讼解决，更没有必要因瑕疵婚姻对行政诉讼法作一些不必要的修改。

（三）民事程序是瑕疵婚姻纠纷的必然选择

1、民事程序与行政程序相比具有科学性和优越性

民事程序比行政程序具有科学性和优越性，实际上在前文已有介绍，这里只需要对两者作一个简单比较归纳即可。

（1）从法律上比较 。行政复议与行政诉讼均不能解决婚姻瑕疵效力纠纷，无论是撤销婚姻或认定无效均没有法律根据，并在诉讼时效等诸多方面存在障碍。用行政复议或行政诉讼解决婚姻瑕疵缺乏科学性和正当性，破坏了法律的规范价值，损害法律的权威。而且也损害了法律的正义价值，使登记机关当无责被告，偏离行政诉讼宗旨，偏离瑕疵婚姻诉讼目的。而通过民事诉讼确认瑕疵婚姻成立或不成立，具有充分的法律根据。可见，行政复议与行政诉讼处理此类案件具有不合法性或违法性，民事诉讼处理此类案件具有合法性。

（2）从诉讼功能上比较 。行政复议或行政诉讼的功能均无法适用瑕疵婚姻，包括行政复议或行政诉讼的审查对象、判断标准等均不适用瑕疵婚姻，根本无法解决瑕疵婚姻纠纷。所谓行政诉讼可以解决瑕疵婚姻往往具有偶然性。实际上一部分无法进入行政诉讼，一部分进入行政诉讼后也难以处理或难以正确处理。而瑕疵婚姻属于民事性质，民事诉讼的功能则可以有效地解决瑕疵婚姻案件，不存在任何功能障碍。

（3）从诉讼效率上比较。行政诉讼解决瑕疵婚姻繁琐复杂，效率低、成本高，且因功能障碍而无法处理或无法正确处理，更无法一次性彻底解决纠纷，当事人打完行政官司后，还必须又回到民事程序打财产分割、子女抚养官司。民事诉讼解决瑕疵婚姻可以在同一程序集中一次性彻底解决纠纷，可谓一个程序、一次诉讼、“一网打尽”，便民高效。

2、民事程序解决瑕疵婚姻是不可缺、不可弃、非有不可之手段

如前所述，尚有大量与行政违法无关或非行政行为引起的婚姻纠纷需要确认其婚姻效力。这与行政违法与否毫无关系，不能由行政法调整，只能通过民事程序解决。因而，民事程序确认婚姻关系是不可缺、不可弃、非有不可之手段。

3、民事程序是瑕疵婚姻纠纷的必然选择

通过对行政程序与民事程序处理瑕疵婚姻的优劣比较，并结合两者的性质和功能在解决瑕疵婚姻的作用，选择民事程序解决瑕疵婚姻纠纷，应当是一个必然结论。第一，民事程序解决瑕疵婚姻比行政复议或行政诉讼具有优越性；第二，民事诉讼可以弥补行政诉讼在处理瑕疵婚姻中的法律障碍和功能性障碍，行政复议和行政诉讼没有存在的价值；第三，有些与行政违法无关或非行政行为引起的婚姻纠纷，只能通过民事程序解决，民事诉讼具有不可替代性。因而，民事诉讼应当成为必然选择。

参考文献

[1][3]王礼仁著《婚姻诉讼前沿理论与审判实务》（第13章 婚姻成立与不成立的认定），人民法院出版社，2009年5月版。[8]同前，第15章。

[2]《关于<最高人民法院关于适用若干问题的解释（三）新闻发布稿》，法律图书馆，http://www.law-lib.com/fzdt/newshtml/21/20110812225554.htm

[4]孔祥俊《婚姻登记行为的可诉性与司法审查标准》一文，载《法制日报》2003年9月25日第九版，

[5]郭丽恒 李明舜《对婚姻家庭中人身关系规定的几点思考》，《中华女子学院学报》，2011年第2期。

[6]王礼仁《解决婚姻这类案件行政诉讼与民事诉讼“打架”之路径》，在国家法官学院《法律适用》2011年2期。

[7]王礼仁《聚焦婚姻法司法解释三——婚姻登记效力纠纷行政诉讼的十大缺陷》，北京大学法律信息网，http://article.chinalawinfo.com/Article_Detail.asp?ArticleID=57235 。

[9]蒋月《家事审判制：家事诉讼程序与家事法庭》，载《甘肃政法学院学报》2008年第1期。

瑕疵案件何以上榜“案例指导”

王礼仁

【摘要】程序瑕疵婚姻所争议的真正诉讼标的是婚姻关系及其效力，属于民事纠纷。婚姻登记机关不能成为民事婚姻效力纠纷的被告，由登记机关当被告，甚至当“无责被告”，偏离了行政审判宗旨。行政诉讼程序不具有审理瑕疵婚姻效力纠纷的 “合法资格”，行政诉讼时效、审查对象、判断标准等均不适用瑕疵婚姻效力纠纷。“即墨案”作为行政诉讼案件，属于定性错误。其诉讼程序明显存在问题，实体判决也有待研究，属于程序和实体均有瑕疵的案件，不能作为“案例指导”供司法效仿。

【关键词】瑕疵婚姻效力纠纷；民事纠纷；行政诉讼

2012年7月26日《人民法院报》（第06版“案例指导”）刊登了《当事人弄虚作假骗取的结婚登记应予撤销——山东即墨法院判决高萍丽诉即墨民政局结婚行政登记案》（下面简称“即墨案”）。但笔者发现“即墨案”的处理存在诸多法律障碍和理论障碍，是一个有明显瑕疵的案件，将其作为“指导案例”，容易造成负面影响，有必要对其存在的问题予以澄清。

【案情回放】

2005年12月27日，原告高萍丽与第三人“张振哲”（化名）双方自愿到被告山东省即墨市民政局申请办理结婚登记，被告根据《婚姻登记条例》第五条的规定，要求当事人出具了当事人本人的户口簿、身份证和本人无配偶以及与对方当事人没有直系血亲和三代以内旁系血亲关系的签字声明，经审查认为当事人符合结婚条件，为原告和第三人颁发了（2005）青即结字第007567号《结婚登记证》。后“张振哲”下落不明，经公安机关证实没有“张振哲”的身份信息，其使用的户口簿、身份证在公安机关没有登记，该人的真实身份不明。

山东省即墨市人民法院经审理认为，原告高萍丽与第三人“张振哲”申请办理结婚登记，被告依据《婚姻登记条例》的规定，要求当事人出具了相应的证件和证明材料，并作了形式上的审查，认定原告和第三人的申请符合婚姻法的规定，予以登记并颁发结婚登记证，该行政行为符合法律规定。后因“张振哲”下落不明，经公安机关查证第三人“张振哲”使用的户口簿、身份证是虚假的。“张振哲”的行为是导致被告错误认定原告和第三人的结婚登记申请符合婚姻法的规定，即被告据以作出具体行政行为的主要证据不足，依法应当撤销。2012年1月6日，法院（2011）即行初字第30号判决：撤销（2005）青即结字第007567号《结婚登记证》。

【法理透视】

“即墨案”具有代表性，可能在许多人看来这样处理是正确的。但实际上，无论是在程序上还是在实体上，这个案件都存在问题，尤其是在程序上存在明显的法律障碍和法理障碍。限于篇幅，这里主要讨论程序瑕疵婚姻是否属于行政案件，能否通过行政诉讼解决。

一、“即墨案”定性错误——瑕疵婚姻效力纠纷不属于行政案件

瑕疵婚姻效力纠纷属于民事纠纷，将其作为行政案件处理属于定性错误。

（一）“即墨案”定性错误之原因

在理论上和实践中之所以把登记程序瑕疵婚姻效力纠纷作为行政案件，主要是存在四大误区：

1、误判婚姻登记是行政许可或单纯的行政确认行为。实际上，婚姻登记是民事登记；婚姻登记不是一种单纯的行政确认行为，而是婚姻当事人与登记机关共同完成的“婚姻宣示”(公示)行为。我国《澳门民事登记法典》和外国的民事登记法，都明确规定婚姻登记是民事登记。

2、误判行政确认行为所产生的案件都是行政案件，或者认为民事婚姻关系经登记后就变成了行政性质。实际上，行政确认行为所产生的案件并非行政案件，民事婚姻关系经登记确认不能改变其民事性质。在国外，经民事登记的婚姻称为“民事婚姻”，具有民事法律效果，产生民法上的婚姻权利义务关系。没有经民事登记的“事实婚姻”或“宗教婚姻”等，一般不产生民事婚姻的法律效果。

3、误判登记程序瑕疵婚姻纠纷争议的标的是婚姻登记行为。而实际上，登记程序瑕疵婚姻争议的真正标的是婚姻关系及其效力。

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。

但长期以来，由于民事诉讼拒绝受理瑕疵婚姻效力纠纷，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，使瑕疵婚姻无法得到正确评判。

4、误判对瑕疵婚姻效力的判断属于行政诉讼审查范围，不属于民事审理范围。恰恰相反，对婚姻效力判断属于民事审理范围，不属于行政诉讼审查范围，行政诉讼根本无法应对瑕疵婚姻。

上述错误认识，就是导致“即墨案”定性错误之原因，也是该案上榜“案例指导”的原因。登记程序瑕疵婚姻效力纠纷的基本性质属于民事性质，我在《婚姻诉讼前沿理论与审判实务》第13章、《对最高法、北京、浙江4个瑕疵婚姻诉讼程序规定之批判》和相关文章中有比较详细论述，在此不再赘述。下面仅就婚姻效力判断为什么不属于行政诉讼审查的范围，作一些简要补充说明。

（二）程序瑕疵婚姻效力纠纷不属于行政诉讼审查的范围

1、程序瑕疵婚姻效力属于民事性质纠纷

根据婚姻法和婚姻法理，我国不同效果的婚姻形态可以分为五种：即有效婚姻；无效婚姻；可撤销婚姻；不成立婚姻；程序瑕疵婚姻（简称“瑕疵婚姻”）。瑕疵婚姻与其他婚姻形态相比，都是婚姻登记的产物，可谓“一母所生”。而有效婚姻、无效婚姻、可撤销婚姻、不成立婚姻，其性质都是民事性质，瑕疵婚姻不可能成为“杂种”而演变为行政案件。否则，在法理上无法解释。

同时，从每个具体瑕疵婚姻可能产生的不同法律效果来看，它只能是有效婚姻、无效婚姻、可撤销婚姻、不成立婚姻中的一种。那么，无论某一具体瑕疵婚姻属于哪一种婚姻形态，都与民事存在血缘关系，不可能发生异变而成为行政案件。

在国外，有效婚姻、无效婚姻、可撤销婚姻、不成立之婚姻等都是民事案件。我国的有效婚姻、法定无效婚姻和可撤销婚姻等，也是民事案件，而瑕疵婚姻怎么就成了行政案件呢？

而且，如前所述，瑕疵婚姻所争议的标的或焦点是婚姻关系及其效力，属于民事性质，民事性质的纠纷属于民事案件，应当通过民事诉讼解决。通过行政诉讼解决民事案件不仅越权、越位，丧失行政诉讼的价值，而且也难以有效地解决此类纠纷。

2、行政诉讼的审查对象不适用瑕疵婚姻

行政诉讼审查的对象或标的是婚姻“登记行为”，而瑕疵婚姻的真正诉讼标的是“婚姻关系”。行政诉讼所要解决的是登记行为违法与否，而瑕疵婚姻所要解决的是违法瑕疵是否影响婚姻的成立或效力。行政程序对登记行为的合法性审查和判断，并不能解决瑕疵婚姻的真正争议，只能是“隔皮瘙痒”，无法完成应有的诉讼使命。如婚姻登记存在违法，其婚姻是否成立或有效，单纯从登记行为的程序是否合法上难以作出判断。因而，“登记行为”不能成为瑕疵婚姻判断的对象。例如崔先生1987年跟妻子结婚，1997年为了给小姨子办城市户口，妻子逼着他跟小姨子领取结婚证，那时没有电脑查档，没被发现崔已婚。2006年崔妻去世，2007年崔再婚时，被登记员查电脑发现他在1997年已经与小姨子“结婚”了。崔与小姨子的婚姻是否成立，显然无法从“登记行为”程序上判断，而要从双方有无结婚意思和婚姻事实等实质要件上判断。

3、行政诉讼的判断标准不适用瑕疵婚姻效力纠纷

行政审判对瑕疵婚姻的判断标准是“形式合法性”标准，即对登记程序或登记行为的合法性判断。而瑕疵婚姻的真正判断标准是“实体合法性”标准，即从婚姻的本质或实质上判断婚姻是否成立或有效。 婚姻登记程序是否合法与婚姻是否成立或有效是两个层面的法律问题。行政程序对瑕疵婚姻“登记程序的合法性”判断标准与婚姻实质上是否成立或有效的判断标准是两个不同性质的标准。婚姻登记程序合法与否，与婚姻关系成立或有效与否是两回事。根据登记程序违法与否的标准，不能得出瑕疵婚姻是否成立或有效的正确结论。具体说，登记程序不合法，婚姻则可能成立或有效；登记程序合法，其婚姻也可能不成立或无效。如虚假结婚，其婚姻登记程序不违法，但婚姻不成立（前例中崔先生与小姨子的婚姻即是）；他人代理婚姻登记，其登记程序违法，但只要不违背结婚当事人意愿，其结婚则成立有效。重婚、未达到婚龄、患有禁婚疾病等登记结婚都是违法的，但结婚后上述情形已经消失者，其婚姻仍然有效。因而，婚姻效力的判断标准，不是登记程序违法与否，而是婚姻法关于婚姻是否成立和有效的要件，登记程序合法与否的标准不适用瑕疵婚姻效力纠纷。行政诉讼对婚姻登记程序合法性审查和判断，难以正确有效地解决程序瑕疵婚姻。

二、婚姻登记机关不能成为瑕疵婚姻效力纠纷的被告

行政行政诉讼解决瑕疵婚姻是“牝鸡司晨”，存在诸多弊端。对此我在《婚姻登记效力纠纷行政诉讼十大缺陷》一文中作了介绍。这里仅结合“即墨案”再谈一下婚姻登记机关能否成为成为瑕疵婚姻效力纠纷的被告。

（一）婚姻登记机关当“无责被告”偏离了行政审判宗旨

在“即墨案”中，法院明确认定婚姻登记机关的登记行为是：“该行政行为符合法律规定”。那么，在“即墨案”中，婚姻登记机关显然是当“无责被告”。 将行政机关无过错的案件纳入行政审判，完全违背了行政审判监督行政机

关依法行政的宗旨，偏离了行政审判应有的意义和价值。

这完全是把行政审判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”，以便制造一个完整、合格的行政诉讼案件。因为没有行政机关作被告，就不可能有行政诉讼案件。为了使这类案件成为行政诉讼案件，不得不将没有过错的婚姻登记机关作为行政诉讼的“桥梁”，搭建行政诉讼的平台，实现行政诉讼形式上的圆满。正如民政部门所说，行政诉讼的解决方式使婚姻登记部门“无罪无错”却成为“司法大堂的陪绑者”。

更重要的是，把婚姻登记机关绑架到司法中来，只是为了通过行政诉讼程序解决当事人的民事婚姻关系，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，这种行政诉讼已经失去了行政诉讼应有的意义。

婚姻登记机关当“无责被告”的现象具有普遍性。其中最典型是当事人在公安机关办理虚假户口或身份证后，利用该证件进行婚姻登记；或者公安机在办理户口或身份证时，因工作疏忽造成身份信息错误，当事人使用错误身份信息进行婚姻登记。由此产生的婚姻效力纠纷，则都成了婚姻行政案件。这里只列举几个具有代表意义的典型案例以加证明。

1、张某（男）是A省人，李某（女）是B省人，两人结婚时，李某不到婚龄。张某家人为了能使李某登记结婚，张某家人找到村长，送了礼，让村里开了虚假的身份证明等手续，李某顺利的在A省当地公安机关办理了户籍，并又办理了一张身份证。但李某在B省的户籍并没有迁往A省，原身份证与这次身份证除照片外均不相同。双方使用李某的新户籍和身份证在A省办理了结婚登记。

2、广西宜州北山镇板敢村的韦氏姐妹，因不识字身份证办理错误。法院认定民政机关已尽到了法定的审查义务，并无过错。但仍撤销了婚姻登记。

3、文成县女青年赵某与其胞妹到辖区派出所办身份证，结果粗心的办证人员将赵某与其胞妹的照片贴错了，两人领取身份证也就将错就错，没有要求更换。之后姐妹均使用错误身份进行婚姻登记。赵姐婚后生育一子女，后因性格不和引起婚姻纠纷。 法院不仅撤销了赵姐的婚姻，还认为赵妹的婚姻亦属无效婚姻，向县民政局发出司法建议书，建议将赵妹的结婚证予以撤销。

4、来宾市兴宾区石牙乡阿芳（化名）的第一张身份证是1983年在当地派出所办的。当年领证时，她就发现身份证出了错：她的相片贴到了阿梅（化名）的身份证上，而阿梅的身份证却贴着了她的照片。正好两人是好的朋友，后来两人私下商量，互换身份证使用。1994年阿芳与覃某结婚。2003年重新换证，阿芳恢复原来的身份。2007年后阿芳与老公感情上出了问题，阿芳向老公提出离婚，老公则以身份不符否认双方存在婚姻，因此引起婚姻效力纠纷。

5、江西省吉安县一女子在公安办理了一个虚假的临时身份证，然后用其结婚；等等。

这类案件举不胜举。象这类案件，民政机关有什么过错，它不信公安机关的证件又应该信谁呢？

还有一些人为了复读、升学、转学、考学等使用他人身份信息，然后参加工作、结婚等继续使用他人身份信息，婚姻登记机关又怎么能够发现？

更为严重的是，有的当事人私自伪造假结婚证、假离婚证，这根本就不是行政机关所为之行为，但由于审查结婚证、离婚证的真假，确认婚姻效力，不能通过民事诉讼解决，只能通过行政诉讼解决，婚姻登记机关也成为行政诉讼的被告，真是荒唐之极！

上述案例是婚姻登记机关明显没有过错的案件。还有一些婚姻登记纠纷，是当事人自己伪造的虚假身份信息，婚姻登记机关尽到必要审查义务，事实上也过错，但仍然被牵强附会的认定为有过错而成为被告，造成了许多案件成为“当事人自己造假，自己又作为原告起诉登记机关”的恶性循环现象。重庆石柱县一女子为骗领结婚证，找人顶替照了结婚相，后又以民政机关审查不严，将其告上法庭，请求法院判决撤销结婚证。忠县法院对这起行政官司作出宣判，判决撤销骗领的结婚登记。1999年马桂兰与李友贵在忠县务工时，经人介绍相识并同居并生育一女，后两人均外出务工。2002年9月，马桂兰从杭州务工回来，欲与李友贵办结婚证，但因李没在家，没办法办理。因李友明的内弟杨万华与李友贵长相酷似，遂说服杨一同到婚姻登记机关照相办证。之后，马曾起诉与李友贵离婚，法院因其主体资格问题没有受理，被告知提起行政诉讼。遂以被告未尽到审查义务、登记行为不合法为由，向法院提起行政诉讼，要求撤销被告颁发的结婚证书。法院认为，杨万华顶替李友贵到婚姻登记站进行结婚登记时，被告在当事人李友贵未到场且未提供居民身份证的情况下为原告和李友贵进行结婚登记，被告未尽到认真审查义务，其登记程序严重违反法律、法规的规定，登记行为不合法，遂作出前述判决。

（二）登记机关有过错也不能成为婚姻效力纠纷的被告

婚姻登记机关有过错，也不能成为婚姻效力纠纷的被告，这主要是因为婚姻效力纠纷属于民事纠纷。

如前所述，瑕疵婚姻的基本性质属于民事性质，瑕疵婚姻所争议的真正标的或焦点也是婚姻关系及其效力，属于民事争议。解决当事人之间的民事纠纷，不应当将行政机关作为被告。因而即使婚姻登记机关在婚姻登记中有过错，

婚姻登记机关也不能成为瑕疵婚姻效力纠纷的被告。

这里不妨做一个比喻，法院对判决的案件有过错，但当事人如果不是要求追究法院赔偿等责任，而是要求纠正或重新审理确认原判是 否正确，法院能否成为该案的被告或起诉的对象？当然不能。只有在当事人要求追究法院赔偿或相关责任时，法院才能成为起诉或控告的对象。解决当事人之间的民事权益争议，只能以利害双方关系人作为当事人。否则，案件就无法审理或无法得到正确审理。

（三）正确划分婚姻登记行政案件与民事案件的界限

婚姻登记行政案件是指不涉及婚姻关系效力判断的单纯的婚姻登记行政违法侵权案件。主要有：1、婚姻登记机关撤销婚姻登记的案件（登记机关不具有判断婚姻效力的职能，且现行法律规定婚姻登记机关无权撤销婚姻登记）；2、婚姻登记机关无正当理由拒绝婚姻登记的案件； 3、婚姻登记机关未尽法定职责错误登记给当事人造成损害的赔偿案件；4、在婚姻登记中乱收费等其他违法侵权案件。

凡是涉及婚姻有效与无效、成立与不成立等婚姻效力判断的案件，都是对当事人之间民事婚姻关系的判断，属于典型的民事案件，应当通过民事诉讼解决。

在司法实践中，对于因瑕疵婚姻所引起的纠纷，凡是当事人要求解决双方民事法律关系即婚姻关系的效力，而不是要求解决当事人与行政机关的行政责任或行政法律关系的纠纷，无论行政机关有无过错，均不能成为被告。

有人主张，可以通过行政诉讼撤销婚姻登记，以间接否认婚姻效力。这种观点是不妥的。这种观点的根源，还是认为民事诉讼无法否认婚姻效力，非要采取行政诉讼的迂回路径不可的缘故。实际上，能否否认婚姻效力，都应当遵循现行法律的有关规定，如果民事诉讼不能否认，行政诉讼当然也不能否认。而且民事诉讼可以从实体上审查婚姻的效力，并作出肯定或否定的判决，其判决结果比行政诉讼更准确。如果要否认婚姻效力，民事诉讼也是可以直接实现的。而行政诉讼解决婚姻效力纠纷不仅与其性质不符，对婚姻效力不能从实质上判断，在程序上也存在诸多障碍，不具有普遍适用价值。因而，行政诉讼只会造成司法程序混乱，实体处理错误。

三、瑕疵婚姻效力纠纷应当通过民事程序解决

（一）行政诉讼不具有审理瑕疵婚姻的合法“资格”

在司法实践中，包括“即墨案”在内的一些瑕疵婚姻强行通过行政诉讼撤销了，有人便据此认为行政诉讼可以解决瑕疵婚姻。这实际上是一种误解，且不说其受理和撤销婚姻是否正确或符合法律，假设所受理和撤销的某一婚姻没有法律障碍，那也仅仅是一种巧合，属于“歪打正着”。因为所谓行政诉讼可以解决瑕疵婚姻往往具有偶然性，即只有在某些特定条件才有可能。这些特殊条件至少有：

第一，婚姻登记机关必须存在过错或违法。如果婚姻登记机关不存在过错或违法，将这样的案件作为行政案件，登记机关则成为“无责被告”。这样的行政审判显然偏离了行政诉讼的宗旨，丧失了行政审判监督行政机关的意义。

第二，没有超过行政诉讼时效。如果超过行政诉讼期限，行政诉讼则无法受理。

第三，婚姻登记违法行为属于足以否认其婚姻效力的情形。如果违法行为不足以否认其婚姻效力，行政诉讼既要确认行政行为违法，又要确认婚姻有效，其判决功能难以实现。

第四，不存在与之相关的其他婚姻形态需要同时确认的情形。如果在同一婚姻中存在登记婚姻与事实婚姻两种交叉形态，撤销登记婚姻时，需要对事实婚姻进行确认；或者登记离婚后一方再婚，是否撤销离婚登记，则需要对再婚是否善意进行判断后才能决定时，对此，行政诉讼则不具有这种功能，根本无法承载此类诉讼案件。

第五，不存在民政机关拒不举证、拒不到庭等情形。如果存在民政机关拒不举证、拒不到庭情形，按照行政诉讼的有关规定，则将直接认定婚姻登记缺乏根据而撤销登记。这可能导致不应当撤销的婚姻被撤销。

然而，在婚姻登记瑕疵案件中，同时具备上述几种情形的案件并不多。据我统计分析，有90%以上的案件，行政登记机关尽到了法定注意义务，并不存在过错或违法行为；有95%以上的案件超过行政复议或行政诉讼时效；有80%以上的婚姻瑕疵，不影响婚姻效力；在瑕疵婚姻中，不乏有登记婚姻与事实婚姻交叉并存、登记离婚后再婚的现象；民政机关拒不举证、拒不到庭的情形也时有发生。那么，在上述登记机关无过错等诸多情形中都无法通过行政诉讼解决，或者行政诉讼无法解决。

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。瑕疵婚姻行政诉讼不仅与其性质不合，而且只能适用少数特殊情况，这样的诉讼机制或制度，显然无法承载或完成其应有的诉讼使命，不具有担当某一具体纠纷诉讼制度的合法“资格”，不符合一项诉讼制度存在的价值，不能成为解决瑕疵婚姻纠纷的选择机制。

“即墨案”也存在行政机关无过错和超过行政诉讼时效等问题。严格执行行政诉讼法，是难以进入行政诉讼的。

（二）瑕疵婚姻行政诉讼的缺陷无法通过修改法律解决

行政诉讼解决瑕疵婚姻存在法律障碍和功能障碍，而且法律障碍和功能性障碍都是无法逾越的。特别是功能性障

碍，无法通过修改法律克服。因为行政诉讼可供修改的内容就是诉讼时效。但修改诉讼时效，不仅会与行政诉讼时效的性质不吻合，而且婚姻效力纠纷应当由民事调整，而且民事诉讼法可以调整，仅仅为了使行政诉讼能多管民事案件而修改诉讼时效，完全没有必要。更为重要的是，即使修改了诉讼时效，还有登记机关无过错案件，又怎么修改后符合行政案件的性质？行政诉讼审查的对象、判断标准又如何修改？是否为了审理瑕疵婚姻纠纷，修改行政诉讼的性质和功能，使行政诉讼完全与民事诉讼接轨，成为“民事行政诉讼法”？因而，行政诉讼不适用瑕疵婚姻效力纠纷是本质性的或功能性的障碍，无法通过修改法律解决。

（三）在行政诉讼中对婚姻效力进行实质审查亦不可取

有人主张，为了适应瑕疵婚姻纠纷的需要，将行政诉讼由形式审查转变为实质审查。这种主张用意虽好，但婚姻行政诉讼由形式审查向实质审查转变，实际上是行政审判向民事审判转变，改变了行政诉讼基本性质和原则。因民事婚姻效力纠纷改变行政诉讼的基本性质是不可取的，而且仍然存在着诸多障碍无法克服。

（四）民事诉讼可以有效解决瑕疵婚姻。

无效婚姻、可撤销婚姻都通过民事程序解决，瑕疵婚姻效力纠纷与其相比，只是在实体处理结果上有所区别而已，在程序并无区别。而瑕疵婚姻的效力在实体上如何认定和处理，婚姻法第八条和相关规定有明确的判断标准。因而，在现行法律体制下，通过民事程序解决瑕疵婚姻有其充分的法律根据和理论基础，而且比行政诉讼具有明显的正当性和优越性，实践中也有不少这方面的判例。 有关这个问题不再赘述，可参考王礼仁《应当适用婚姻成立与不成立之诉解决婚姻登记瑕疵纠纷》（《人民司法》2009 年 13 期）；王礼仁《解决婚姻行政诉讼与民事诉讼“打架”之路径》（国家法官学院《法律适用》2011 年 2 期）；王礼仁等《借用他人登记结婚的诉讼路径与效力判断》（《人民法院报》，2010 年 11 月 11 日第七版）；王礼仁《<婚姻法>解释（三）生产出来的第一个错案》等。

四、“即墨案”的实体处理尚可研究

关于瑕疵婚姻的实体处理这里不作具体讨论，我在《<婚姻法>司法解释(四)建议稿》第三条和相关条文中提出了处理意见，可供参考。对于使用虚假身份结婚是否应当撤销，值得研究。特别是提供“即墨案”的作者认为，“使用虚假身份证明办理的结婚登记应予撤销”的观点，更值得斟酌。本文中也列举了三个因故互换身份证结婚的案例，是否应当撤销，也可供讨论。这里还提供一个 “失散红军用虚假姓名结婚是否有效” 案，供大家研究参考。 四川籍的老红军苟金元，1936 年 10 月随红军西路军西征，1937 年 4 月在西路军的最后一次战斗中被冲散了，苟金元因此与部队失去联系，在追赶大部队无望，又在敌人搜捕的情况下，便改名换姓“王子玉”，后在当地取妻生养儿女。直到 1966 年在四清工作组的动员下，才将隐姓埋名 18 年的名字“王子玉”正式更名为苟金元，子女们也随之改为苟姓。

使用虚假身份结婚的原因和情形十分复杂，多达几十种，包括因结婚受到他人干涉，无法使用自己身份登记结婚，被迫使用他人身份结婚的情形。认定使用虚假身份结婚的效力，也是一个非常复杂的问题，对此，我在《婚姻诉讼前沿理论与审判实务》一书有论述，在最高人民法院《最新行政审判与行政执法文件解读》2010 年第 12 期发表了约 1.2 万字的文章，即《使用虚假身份登记结婚的诉讼路径与效力判断》，可供参考。

尽管我不能说“即墨案”的实体处理是错误的，但绝对不能作为“范例”使用。

此外，“即墨案”在其他方面也还有一些值得研究的问题。比如，“结婚证”只是证明婚姻关系的证据之一，婚姻关系及其效力并不能完全由结婚证决定。结婚证有瑕疵（内容填写遗漏、错误）或者结婚证丢失，但婚姻登记事实清楚，档案资料所反映的婚姻登记程序和实体合法，其婚姻仍然成立有效。因而，“结婚证”是否属于程序瑕疵婚姻直接审查和判决的对象？能否把“结婚证”作为判决撤销的内容，亦是一个值得研究的问题。

总之，“即墨案”的诉讼程序明显存在问题，实体处理也有待研究，不能作为“案例指导”供司法效仿。

使用虚假身份登记结婚的三大问题

王礼仁

【内容摘要】使用虚假身份登记结婚，有三大问题需要解决：一是婚姻关系的主体；二是诉讼程序；三是婚姻效力。最高法院主编的《最高人民法院婚姻法司法解释（三）理解与适用》一书认为，使用他人身份登记结婚应当请求民政部门撤销结婚登记或直接提起行政诉讼解决，并认为使用他人身份登记结婚的主体应当认定为结婚证上载明的被冒用者，从而彻底否认了使用虚假身份登记结婚的效力。但可以在民事诉讼中按同居关系或事实婚姻处理。这种观点是错误的。使用他人身份登记结婚不能通过行政程序解决；使用他人身份登记结婚的主体只能是使用者本人，而不是被冒用者；使用他人身份登记结婚是否有效，应当根据具体情况判断，一律否认其婚姻效力，缺乏法律根据。

【关键词】虚假身份　登记结婚　婚姻主体　诉讼程序　婚姻效力

使用虚假身份登记结婚，在司法实践中，有三大问题需要解决：一是婚姻关系的主体；二是诉讼程序；三是婚姻效力。

在最高人民法院副院长奚晓明主编的《最高人民法院婚姻法司法解释（三）理解与适用》一书中，对于使用虚假身份登记结婚的诉讼程序、婚姻主体、婚姻效力等， 有如下观点：

“如果结婚证上载明的主体对结婚证希效力提出异议的，可以请求民政部门撤销结婚登记或直接提起行政诉讼；如果实际共同生活的当事人请求离婚的，法院应对当事人进行释明，告知因其结婚登记存在瑕疵，请求离婚的双方与结婚证上载明的主体不符，无法判断双方是否存在婚姻关系。若当事人坚持自己的诉讼请求，则应当裁定驳回起诉；若经过法院释明后，当事人变更诉讼请求，主张解决同居期间的财产分割、子女抚养等问题时，法院可以依法继续进行审理。值得注意的是，如果当事人系在1994年2月1日前以夫妻名义共同生活，可按照事实婚姻处理。

结婚证的效力是具体行政行为的结果。针对的对象是特定的，只对结婚证上载明的主体有约束力，而不应及于他人。我国对婚姻关系确立形式只有一种，即采取的是登记主义模式，记载于结婚证上的申请人才是行政机关许可缔结婚姻并承认婚姻关系的当事人。行政机关颁发的结婚证，实际确立的是被借用身份证件之人与持有真实身份证件之人夫妻关系的有效法律文件，具有公示公信的效力，是形式合法的婚姻关系，在未经法定机关通过法律程序撤销前，不能直接否认其效力。基于行政行为的相对性，该结婚证的效力不应及于实际共同生活的当事人，当事人之间不存在法律所承认的婚姻关系”。

上述观点概括起来有四层意思：

1、此类案件应当请求民政部门撤销结婚登记或直接提起行政诉讼；

2、当事人坚持离婚的，应当驳回起诉。但经过释明当事人变更诉讼请求，主张解决同居期间的财产分割、子女抚养等问题的，则可继续审理。

3、当事人系在1994年2月1日前以夫妻名义共同生活，可按照事实婚姻处理

4、应当以结婚证上载明主体（即被冒名姓名人）作为婚姻关系当事人

上述观点中的第1种些意见属于司法解释内容，第2、3、4种意见虽然不是司法解释内容，但由于它是最高法院法官的意见，实际上代表了最高人民法院的观点，对全国司法审判有直接影响。但我认为上述观点存在明显认识错误，有必要予以澄清。

一、使用虚假身份登记结婚的主体问题

对于使用他人身份结婚的主体，最高法法官的前述观点是：“结婚证的效力是具体行政行为的结果，针对的对象是特定的，只对结婚证上载明的主体有约束力，而不应及于他人”。这种观点已经影响了司法审判。

比如妹妹使用姐姐身份证与高某结婚，姐姐通过行政诉讼请求撤销自己与高某的婚姻，法院认定姐姐与高某结婚无效而撤销。

又如弟弟李二用其哥哥李大的身份证与陈某登记结婚并领取结婚证，法官则认为：“实际登记结婚的是李大与陈某，李二与陈某并不存在法律上的婚姻关系”。

虚假身份结婚行政诉讼根本无法应对。无论是冒用者诉讼，还是被用者诉讼，行政判决一般都认定其婚姻无效而撤销。其判决既没有弄清法律根据，也没有弄清婚姻关系主体，更没有弄清婚姻纠纷与姓名权纠纷的界限，完全是一个稀里糊涂的判决。

因而，上述观点以及两个案例的处理结果和看法都存在问题。这类案件实际上并不那么简单，它至少涉及到三个问题：

第一个问题是，婚姻能否撤销？撤销的法律根据是什么？

第二个问题是，如何判断“冒用者”与“被用者”的婚姻关系？所撤销的到底是身份“冒用者”还是身份“被用者”的婚姻？

第三个问题是，“被用者”有没有起诉要求撤销婚姻的权利？

这里先说使用虚假身份登记结婚的主体问题 。对于使用虚假身份登记结婚的主体，如果机械地、形式地、简短地、片面地认定为身份被冒用者（即身份“被用者”或“被结婚者”）为婚姻当事人，对于“冒用者”不生任何效力，不仅不符合实际情况，而且会造成法律适用上的诸多困难。

1、使用“他人”身份结婚，在形式上亦非“他人”

使用“他人”身份证结婚，实际上是一个“阴阳身份”，既是从外观或现象上看，其身份亦非属于“他人”。这种“阴阳性”主要体现在两个方面：一是单纯从形式上看，有明显的“阴阳性”。即一个人的姓名等文字身份信息，另一个人的照片等形象身份信息。“照片身份”与实际“姓名身份”不相吻合，这已经说明两者并非同一人。这种在形式上的“阴阳性” 身份，本身就否认了登记身份信息中的署名（姓名）人就是婚姻登记当事人。二是从“婚姻事实”上看，

更具有明显的“阴阳性”。即婚姻登记中被冒名登记的“姓名身份”当事人没有结婚的意思，也没有婚姻登记行为，更没有婚姻共同生活事实，缺少婚姻成立的基本要件。而具有结婚合意、履行婚姻登记行为、并实际共同生活的人，是婚姻登记中的“照片身份”人。面对这种情形，怎么能简单地根据登记中的姓名确定婚姻当事人呢？

2、以登记“姓名身份”作为婚姻主体，不符合客观事实

一个人的姓名等身份信息被他人用以冒名结婚，自己则成了婚姻主体或婚姻当事人，这明显不符合客观事实，甚至近乎荒唐。而且以登记的“姓名身份”作为婚姻当事人，在适用法律上，其弊端甚多。如许多“被用者”（即身份被冒用者或“被结婚”者），根本没有与他人结婚，则可能成为已婚者，甚至成为重婚者。同时，把“被用者”作为婚姻当事人，“冒用者”不是婚姻当事人，则可能逃避重婚等法律责任。如已婚男子王某某，伪造他人身份与史某某结婚，某法院判决王某某犯重婚罪。如果认定是“被用者”结婚，不是王某某结婚，王某某则不能构成重婚罪了。

3、 以登记姓名作为婚姻主体，容易造成错案扩大化

以登记姓名作为婚姻主体，是一种形式主义的片面观点，在司法实践中按照这种观点执行危害很大。因为如果推而广之，完全以婚姻登记记载的形式上的姓名作为认定婚姻当事人的根据，包括姓名登记错误在内的大量的婚姻都将被否定，势必造成错案扩大化现象。

因而，使用他人身份或者伪造虚假身份或姓名进行结婚，这种行为，只能对实施结婚的具体人产生法律效果，而不能对他人产生法律效果。这是一个很简单的道理，一个人冒用他人身份到达了美国，我们不能说“冒用者”没有去美国，而是“被用者”到了美国。

前述李二用其哥哥李大的身份证与陈某登记结婚并领取结婚证，其婚姻关系的主体应当认定为李二。认为婚姻关系的主体是李大与陈某，不是李二与陈某，其看法是片面和荒唐的。

二、使用虚假身份登记结婚的诉讼程序

根据最高法院法官的意见，使用虚假身份登记结婚的引起的婚姻效力纠纷，应当请求民政部门撤销结婚登记或直接提起行政诉讼；当事人坚持离婚的，应当驳回起诉。但经过释明当事人变更诉讼请求，主张解决同居期间的财产分割、子女抚养等问题的，则可继续审理；当事人在1994年2月1日前以夫妻名义共同生活，可按照事实婚姻处理。

上述观点也存在不少问题。一是行政复议或行政诉讼是错误路径；二是不认定婚姻效力，直接按同居处理财产和子女不妥；三是不对登记婚姻效力作出判断，直接按事实婚姻处理不妥。

（一）“登记婚姻”效力未依法确认，直接按同居处理财产和子女不妥

最高法院法官认为，使用虚假身份登记结婚的引起的婚姻纠纷，当事人坚持离婚的，应当驳回起诉。但经过释明当事人变更诉讼请求，主张解决同居期间的财产分割、子女抚养等问题的，则可继续审理。

这一观点的错误有二：一是“登记婚姻”的效力并没有否定，怎么能直接按照同居关系处理子女和财产问题？二是直接按照同居关系处理子女财产，实际上就是否认“登记婚姻”的效力。这就使最高人民法院的观点陷入了一个自相矛盾的境地。即最高人民法院一方面规定此类婚姻效力不能在民事程序中认定，但另一方又在民事诉讼中作认定了“登记婚姻”无效。这岂不是否认了此类婚姻效力不能在民事程序中认定的规定和观点吗？

如果按照同居关系处理子女财产问题，而“登记婚姻”的效力并没有解决，“登记婚姻”的效力岂不是悬而未决！“登记婚姻”的效力又如何解决？是否另行打行政诉讼官司？如果行政诉讼没有撤销或者认定“登记婚姻”有效，按同居关系处理财产是否应当再审呢？

凡此等等，在民事诉讼中要么直接认定“登记婚姻”效力并处理财产，要么等待婚姻效力确认后再处理财产。在婚姻效力没有确定之前，通过释明变更诉讼请求，直接按同居处理子女财产是错误的。

（二）“登记婚姻”效力未确认，直接按事实婚姻处理不妥

最高法院法官认为，对于1994年2月1日前的登记婚姻，如果登记婚姻不成立，但符合事实婚姻条件的，可以按事实婚姻处理。对“登记婚姻”效力没有作出判断或认定，直接按事实婚姻处理，这一错误的性质与直接处理子女财产的错误性质基本相同。 除此之外，还补充如下意见：

1、违反了“登记婚姻效力优先判断原则”

对涉及“登记婚姻”与“事实婚姻”两种不同婚姻形态效力需要判断时，应当坚持“登记婚姻效力优先判断原则”。只有在登记婚姻不成立或不具有婚姻效力时，才能考虑事实婚姻是否有效问题。有时则可能出现两种婚姻形态均不成立或无效的情形。

也就是说，只有在认定登记婚姻不成立或不具有婚姻效力时，但却符合事实婚姻条件者，才能“降格”按事实婚姻处理。最高法院法官则认为，符合事实婚姻条件的，直接按事实婚姻处理。这同样使最高人民法院的观点陷入了一个自相矛盾的境地。

最高法院法官既然认为，不能在民事程序中认定登记婚姻的效力，那在民事程序中又怎么知道或怎么能认定“登

记婚姻”无效，直接按事实婚姻处理呢？

因而，对于1994 年2 月1 日前的登记婚姻，必须首先判断登记婚姻效力，在登记婚姻效力没有解决之前不能按事实婚姻处理。在登记婚姻效力没有解决之前，直接按事实婚姻处理，其登记婚姻的效力岂不是悬而未决？

2、1994 年2 月1 日前的“登记婚姻”，只能通过民事程序解决

对于1994 年2 月1 日前的登记婚姻，通过行政诉讼解决，肯定超过了诉讼时效，严格按行政诉讼法执行，则不能受理。这样的判例不少。如婚姻解释三实施后，宁国法院即驳回此类行政诉讼案件。如果行政诉讼违法受理，也只能审查登记婚姻的效力，无法审查事实婚姻的效力问题。行政诉讼撤销事实婚姻后，要么会造成当事人误认为双方不存在婚姻关系而另行结婚，从而构成重婚；要么需要另行打民事官司确认事实婚姻效力，解决事实婚姻效力以及子女财产问题。这样的诉讼程序，既违法又复杂，还可能造成当事人出现新的违法。而在民事诉讼中解决此类案件，既合法又快捷。前述最高法院法官的观点，实际上是在民事诉讼中认定了“登记婚姻”无效。只是由于最高法院法官不主张在民事诉讼中解决登记婚姻效力问题，没有把审查登记婚姻效力作为一种诉来处理而已。如果承认民事诉讼可以审查登记婚姻效力，在民事诉讼中对“登记婚姻”与事实婚姻合并审理，先确认登记婚姻效力，登记婚姻成立有效则按登记婚姻处理；登记婚姻不成立或无效，则再审查事实婚姻的效力，事实婚姻有效则按事实婚姻处理。这样既不违法，又快捷高效，不留后遗症。

（三）行政复议或行政诉讼解决婚姻登记效力是错误路径

使用虚假身份登记结婚，行政复议或行政诉讼是错误路径。如前述案例中，姐姐申请撤销妹妹的婚姻，实际上是错误路径。

姐姐身份被冒用，她不是要求解决身份被侵害问题，而是要撤销别人婚姻。这就如同别人偷你的钱做了房子，你不是要求别人还钱，而是要求拆别人房子。这种诉讼合理吗？是否有侵犯他人婚姻之嫌？

实际上，认定姐姐与高某结婚无效或撤销是错误的。姐姐只是自己的身份被冒用结婚而已，她与高某的婚姻根本不成立或不存在，而不是无效。因而，姐姐应当通过民事诉讼确认与高某的婚姻不成立。至于妹妹与高婚姻效力如何，不用你姐姐操心。

实践中大量的被结婚者或身份被用者通过行政诉讼撤销婚姻，实际上都是错误的。
同时，行政诉讼时效、行政诉讼功能上等诸多方面都不适用婚姻登记效力纠纷。如登记婚姻与事实婚姻并存时，行政诉讼无法应对。

行政机关无过错案件，也明显不是行政案件。如弟弟拿了哥哥的户口本到当地公安机关利用其哥哥的身份信息办理了身份证，然后利用这张假的身份证到民政局办理了结婚登记。哥哥不能结婚时提起行政诉讼，状告民政机关。湖南省茶陵县法院认定“被告民政局在审查中尽到了注意审查义务，对此并无过错”。但还是判决婚姻无效。 这样的案件还很多。

民政机关根据公安机关的身份证件办理的结婚登记，过错何有？象这样的案件民政机关成为“无责被告”，其结果是，把行政诉讼对行政机关的监督演变为行政机关当“无责被告”或桥梁被告，以便制造一个形式完整的行政诉讼案件。而其目的则是解决当事人之间的民事婚姻关系或姓名权纠纷。这样的行政诉讼无疑偏离了行政诉讼的宗旨，丧失了行政诉讼的意义。这是民事案件行政化的典型表现。

更重要的是，婚姻登记是民事登记，婚姻登记效力纠纷，其性质属于民事纠纷，应当通过民事程序解决，行政诉讼解决此类纠纷是“牝鸡司晨”。对此，我有许多论述，不在赘述。可参考王礼仁《婚姻诉讼前沿离婚与审判实务》（第四编婚姻案件审判程序供5 章），人民法院出版社，2009 年5 月出版在《登记程序瑕疵婚姻的性质与救济路径之选择》（载《家事法研究》2012 年卷）、王礼仁《对最高法、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）、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《瑕疵案件何以上榜“案例指导”？》（中国民商法律网）、王礼仁《应当适用婚姻成立与不成立之诉解决姻登记瑕疵纠纷》，《人民司法》（应用）2009 年第13 期。

三、使用虚假身份登记结婚的婚姻效力

（一）姓名在判断身份中的性质和作用

姓名是一个人的身份代号，特定的姓名可以代表特定身份的人。但姓名又不完全等同一个特定身份的人，姓名只是附着于身份人上的一个特殊的外在标志。因而，一个特定身份的人并不完全由姓名来决定。一个特定身份的人要由他的外貌（五官、身材等）、血液、生产父母、出生年月日（或出生证明）、档案资料、姓名等多种要素构成，姓名并不是决定一个人身份的主要因素。事实上，一个特定身份的人，在出生时就决定了他的原始身份。之后即使变更自己的姓名或者假借他人的姓名，并不能改变自己的基本身份。因此，一个犯罪分子不论怎样改名换姓，甚至整容，都无法改变和否认他最原始的身份，公安机关仍然要依法对其抓捕打击。这就是姓名不能改变身份、姓名不能等同身份的

原因。

（二）虚假姓名在刑事案件和民事案件中对其责任的影响

如果不违反其他法律或有其他法律障碍，单纯的虚假姓名对刑事责任和民事责任一般没有影响。下面列举几个典型案例以资说明。

1、假身份引起的刑事案件

案例1：无名氏盗窃案

根据2011年2月25日《人民法院报》报道，河南省新郑市人民法院审结一起无名氏盗窃案件，犯罪嫌疑人拒不供述自己的真实姓名，法院依法判决无名氏甲拘役五个月，并处罚金人民币2000元。

案例2：死刑犯冒名他人身份案

张文华是襄樊人，因抢劫在宜昌市被捕，张文华便冒充襄樊老家长期在外打工的唐建敏。从被抓获、羁押、审查起诉、审判，直至最终被验明正身、明正典刑，司法机关都没有发现张文华冒名唐建敏。在襄樊唐建敏老家，人们也以为“唐建敏”被枪决了。直到张文华被执行枪决9年后，唐建敏回襄樊时人们才发现原来是张文华冒名了“唐建敏”。此案被各大媒体广泛报道。但这个案件并没有因为罪犯姓名认定错误而影响原判的效力。

2、假身份引起的其他民事案件

在其他民事活动中冒用身份的情况也很严重。

案例1：使用他人身份旅游发生事故赔偿案

李华因身份证丢失，在征得旅行社同意后，用其妹李萍的身份证向旅行社交纳了2800元费用，办理了登记手续，并通过旅行社向某人寿保险公司购买了一份《出国旅游人员人身意外伤害保险》，后因李华在旅游中不慎摔伤，医治无效死亡。被保险人李华的丈夫余某在多次向旅行社索赔无果的情况下，将保险公司与旅行社告上了法庭。法院判决保险公司向原告支付保险金，保险公司以主体不合格为由不服上诉，二审维持原判。

案例2：使用他人身份存款案

在银行冒用他人身份证开户存存款，同样是认定“冒用者”为存款当事人。如青山李女士发现身份证复印件被人利用开办了一张银行卡存进60万元巨款后，便立即持身份证将该银行卡挂失并更改密码成为60万元的新主人。原主人索要未果后以其不当得利将李告上法庭。法院判决李女士返还这笔巨款，并没有认定身份“被用者”李女士是该存款的所有人。

利用他人身份购买房屋或汽车等，其认定标准也是如此。

3、虚假身份结婚的情况十分复杂，更不能一律撤销或否定

使用虚假身份结婚的原因和情形十分复杂，多达几十种，包括没有姓氏、没有户口，以及因结婚受到他人干涉，无法使用自己身份登记结婚，被迫使用他人身份结婚的情形等等。

这里只列举几个案例，供大家参考。

案例1：“失散红军用虚假姓名结婚”案

四川籍的老红军苟金元，1936年10月随红军西路军西征，1937年4月在西路军的最后一次战斗中被冲散了，苟金元因此与部队失去联系，在追赶大部队无望，又在敌人搜捕的情况下，便改名换姓“王子玉”，后在当地取妻生养儿女。直到1966年在四清工作组的动员下，才将隐姓埋名18年的名字“王子玉”正式更名为苟金元，子女们也随之改为苟姓。那么，这个婚姻是否应该撤销？

案例2：自己没有姓名或户口，使用他人身份结婚案

胶南市泊里镇的刘丽(化名)和5个妹妹，由于是计划外生育，一直没有常住户口。2006年刘丽结婚时，在其父亲刘某的帮助下，刘丽冒用刘小爱(化名)的户口与张某办理了结婚登记。

还有一个叫“丫头”的无名氏姑娘，为了结婚使用他人身份。后来法院认定该婚姻有效。

案例3：结婚遭干涉，被迫用他人身份结婚案

山东省某地的杜奶奶原住农村，后到天津照顾自己年迈的老母。杜奶奶丧偶后，经人介绍与付大爷相识。两老准备结婚。但杜奶奶子女却反对。杜奶奶便偷偷地使用长相十分相似的孪生姐姐身份证去办理了结婚证。

案例4：因复读使用他人身份，延续至工作和结婚案

山东省平邑县资邱乡的贾某，1994年在平邑县资邱中学复读时因无应届毕业生学籍档案，便用该校应届落选退学生赵某的学籍档案、并以赵某姓名参加中考，同年贾某考入临沂卫校。1997年贾某毕业分配到平邑县某医院工作，遂将赵某户口又迁至该医院落户，继续使用赵某身份参加工作。2001年11月贾某结婚，仍然以赵某名义进行结婚登记。

凡此等等，不胜枚举。可见，认定使用虚假身份结婚的效力，也是一个非常复杂的问题。对于使用他人身份结婚的，不能采取否认婚姻效力的办法进行惩罚，婚姻效力应当根据婚姻要件进行评价。对于违反户籍法和其他法律者，

则可根据户籍法和有关规定追究相应法律责任，不能一概否认婚姻效力。使用虚假身份结婚的效力，我在《婚姻诉讼前沿理论与审判实务》一书有论述，在最高人民法院《最新行政审判与行政执法文件解读》2010 年第 12 期发表了约 1.2 万字的文章，即《使用虚假身份登记结婚的诉讼路径与效力判断》、《<婚姻法>司法解释(四)建议稿》以及王礼仁等《借用他人登记结婚的诉讼路径与效力判断》（《人民法院报》2010 年 11 月 11 日第七版）都有论述，可供参考。

总之，姓名并不等于身份，使用他人身份进行犯罪或从事民事活动，只要没有其他障碍，一般不受影响刑事责任和民事责任。而使用他人身份结婚的情况则更为复杂，更不应当简单否定。因而，那种认为“使用他人身份办理结婚登记应当一律撤销”，或者否认使用虚假身份的婚姻主体，进而否认其婚姻效力的观点，缺乏法律根据并违反客观事实。从目前的法律看，一律撤销这类婚姻，没有任何根据。使用他人身份或者伪造虚假身份结婚，其婚姻效力如何判断，应当根据具体情况而定。

对最高法、北京、浙江 4 个瑕疵婚姻诉讼程序规定之批判

王礼仁

在最高人民法院和北京、浙江两个高院的司法解释和指导性意见及答复中，有四个文件涉及或专门就瑕疵婚姻行政诉讼程序作出了规定。这四个文件分别是：

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）》（以下简称《婚姻法解释（三）》）第 1 条第 2 款。

2、最高人民法院行政审判庭针对浙江省高级人民法院《关于婚姻关系当事人以外的其他人可否对婚姻登记行为提起行政诉讼及对程序违法的婚姻登记行为能否判决撤销的请示》，于 2005 年作出《关于婚姻登记行政案件原告资格及判决方式有关问题的答复》（即法[2005]行他字第 13 号，简称“最高法行政庭《答复》”）。

3、《北京市高级人民法院关于行政审判适用法律问题的解答(二)》（京高法发[2007]113 号 ，简称“北京高法解答”）第三条。

4、《浙江省高级人民法院行政审判庭关于审理婚姻登记行政案件具体适用法律若干问题的指导意见（试行）》(简称“浙江行政庭意见”) 。这也是目前唯一一个专门审理婚姻行政案件的指导意见。

严格地讲，上述四个规范性文件，只有《婚姻法解释（三）》属于司法解释，其他均不属于司法解释，不生司法解释效力。但由于这些规定或意见、答复均出自最高人民法院业务庭或高级人民法院或业务庭，对全国或所属下级法院审理案件难免产生影响，因此有必要一并作出评析。

一、对四个规范性文件的整体评判

由于我国既没有建立人事诉讼（家事诉讼）制度，也没有建立民事登记制度，更因为过去没有无效婚姻制度，曾一度出现过一种“牝鸡司晨”的不正常现象，即婚姻登记机关行使对婚姻效力的裁判职能——撤销婚姻登记。这是一种特殊的怪象：应当有的制度没有，不应当有的制度却有了。这种制度层面的缺失和错误规定的误导，使人们认为婚姻效力纠纷就是行政案件。又加之理论研究上的空乏（缺乏对瑕疵婚姻本质研究，缺乏对婚姻实体法与程序法、身份关系诉讼与财产诉讼、民事诉讼与行政复议和行政诉讼整合与比较研究），使人们对瑕疵婚姻的性质和诉讼，一直陷入一种错误思维而不能自拔。

那么，上述四个规范性文件也难免受其影响而存在一个共同缺点，即没有把握瑕疵婚姻的本质，对瑕疵婚姻存在“双重误判”：一是误判民事诉讼不能审查婚姻效力，瑕疵婚姻不属于民事案件审查范围；二是误判行政复议或者行政诉讼可以解决瑕疵婚姻。

实际上，瑕疵婚姻具有纯正的“民事血亲关系”，属于典型的民事案件。行政复议或行政诉讼根本无法解决，即均存在法律障碍和功能性障碍。而且这种法律障碍和功能性障碍都是无法逾越的，特别是功能性障碍，无法通过修改法律改变。因为现行法律障碍是其功能性障碍的外在表现，只要不改变行政诉讼性质，即是制定一部专门的“婚姻行政诉讼法”，也难以解决好瑕疵婚姻问题。要想在行政诉讼解决瑕疵婚姻，除非制定一部“挂行政买民事”的 “婚姻行政民事诉讼法”。否则，是根本不管用的。因而，瑕疵婚姻只能通过民事程序解决，用行政诉讼解决，是《不走正门走侧门》。有些地方法院冀希通过制定婚姻行政诉讼规则，以达到破解瑕疵婚姻行政诉讼困境的做法，当然是徒劳的。现在的首要任务，则是要厘清婚姻行政案件与民事案件的界限。

真正的婚姻登记行政案件，只能是不涉及婚姻效力判断的单纯的婚姻登记违法侵权案件。主要有：婚姻登记机关撤销婚姻登记的案件（因为它无权撤销）；无正当理由拒绝婚姻登记的案件；未尽法定注意义务而错误登记造成损害的赔偿案件；在婚姻登记中乱收费等其他违法侵权案件。

凡是涉及婚姻有效与无效、成立与不成立等婚姻效力判断的案件，都是民事案件，应当通过民事诉讼解决。

二、对四个规范性文件的分别评判

（一）对《婚姻法解释（三）》之批判

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）》（以下简称《婚姻法解释（三）》第1条第2款规定：“当事人以结婚登记程序存在瑕疵为由提起民事诉讼，主张撤销结婚登记的，告知其可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼”

《婚姻法解释（三）》规定婚姻登记瑕疵纠纷通过行政复议或行政诉讼解决，没有选择民事诉讼，显然不符合瑕疵婚姻的特点和现行法制状况。1、所谓“行政复议”行不通。行政复议法颁布于婚姻法修订之前，修订后的婚姻法对婚姻无效的列举式立法模式，已经排除了通过行政手段撤销婚姻的可能，而且行政复议的功能也不适用涉及婚姻效力判断的纠纷。为此，国务院根据修订婚姻法的规定，在《婚姻登记条例》和有关规定中，均已经取消了婚姻登记机关处理婚姻登记瑕疵纠纷的职能和权力，行政机关已经无权处理婚姻瑕疵纠纷，不能通过行政复议程序解决。2、所谓“行政诉讼”，不仅不符合瑕疵婚姻纠纷特点，同样存在法律障碍。由于受行政诉讼功能限制，瑕疵婚姻纠纷难以通过行政诉讼解决。因而，解释的规定实际上只是一种画饼充饥，在立法形式上作了一种应付性交代，事实上根本不管用，如同一张空头支票。3、婚姻登记是民事登记，瑕疵婚姻纠纷是民事纠纷，应当通过民事诉讼解决，解释未予明确，这是对我国现行法律体制“双重误判”的结果。关于该条文的缺陷分析，详见笔者《<婚姻法>解释(三)中的空头支票如何兑现？》、《解决婚姻行政诉讼与民事诉讼“打架”之路径》、《行政复议法不适用涉及确认婚姻关系效力的婚姻登记瑕疵纠纷》、《婚姻登记效力纠纷行政诉讼十大缺陷》等。这里再补充说明几点。

1、婚姻登记是民事登记

结婚和离婚属于民事行为，婚姻登记是民事登记。对此，国务院法制办在关于《行政许可法疑难问题解答》中指出：产权登记，机动车登记，婚姻登记，户籍登记，抵押登记等不是行政许可，而是民事权利、民事关系的确认。 2003年8月20日，民政部在《关于学习宣传和贯彻执行<婚姻登记条例>的通知》中指出：“婚姻登记是婚姻登记机关依照婚姻法和条例的具体规定，为符合结婚或离婚条件的当事人办理结婚或离婚登记的法定程序，这是国家的一项重要的基础性的民事登记，是政府对公民婚姻关系的建立和解除进行监督和管理的制度。” 这类登记，行政机关在客观上虽然起到了监督和管理作用，但“行政机关不是行使行政管理权，而是以第三人的身份出现，起证实和确认作用”。 婚姻登记在性质上属于一种民事登记，与户籍登记、收养登记和产权登记等具有相同的性质。世界各国的民事登记均包括婚姻登记，我国澳门的《民事登记法典》中，也包括婚姻、亲子关系、收养等。因而，婚姻登记属于典型的民事登记，应当是无可争议的。 因民事登记引起的纠纷，通过民事程序解决，也是世界的惯例。

2、瑕疵婚姻属于民事性质

根据婚姻法和有关法理，我国有五种不同的婚姻形态：有效婚姻；无效婚姻；可撤销婚姻；不成立婚姻； 瑕疵婚姻。而有效婚姻、无效婚姻、可撤销婚姻、不成立婚姻、“瑕疵婚姻”都是婚姻登记的产物，可谓“一母所生”。从现行法律规定和法理来看，有效婚姻、无效婚姻、可撤销婚姻、不成立婚姻，其性质都是民事纠纷。那么，“瑕疵婚姻”为什么就不是民事纠纷，而成为“杂种”？这在法理上无法解释。

同时，对“瑕疵婚姻”进行分解，从“瑕疵婚姻”可能产生的不同婚姻形态上考察，它与其它婚姻形态也无本质区别，亦属于民事性质。“瑕疵婚姻”不是一个法律概念。从目前使用的特定语境看，所谓“瑕疵婚姻”，就是在婚姻登记中存在程序违法或欠缺必要形式要件等缺陷的婚姻。 瑕疵婚姻具有何种法律效果或效力，应当根据不同瑕疵婚姻的具体违法内容或情节判断。由于“瑕疵婚姻”的违法情节各不相同，各地法院对“瑕疵婚姻”的认识也不尽一致，从各地司法实践处理的情况来看，针对不同情形的“瑕疵婚姻”，分别按照有效婚姻、无效婚姻、可撤销婚姻、不成立婚姻处理。

尽管对瑕疵婚姻的效力如何判断，可能有不同看法。但无论存在何种争议，无论对瑕疵婚姻效力如何判断或处理，其结果肯定是有效婚姻、无效婚姻、可撤销婚姻、不成立婚姻中的一种，不可能超越这个范围。那么，无论“瑕疵婚姻”属于哪一种婚姻形态，都与民事存在血缘关系，不可能发生异变而成为行政案件。

在国外，有效婚姻、无效婚姻、可撤销婚姻、不成立之婚姻等，都是按照民事案件处理的。在我国，有效婚姻、法定无效婚姻和可撤销婚姻等，也都由人民法院按照民事诉讼程序作为民事案件处理。而登记程序瑕疵婚姻，与无效婚姻和可撤销婚姻相比，除其具体表现形式不同外，其他方面完全相同：即争议的标的相同，都是婚姻关系；登记机关相同，都由婚姻机关登记；案件性质相同，都是平等主体之间的民事权益之争。对于性质相同的婚姻纠纷，为什么对前者由法院按民事纠纷直接处理，而对后者则要按行政案件处理呢？这种划分标准显然缺乏正当性法理基础。

如已婚男子王某某，伪造了假身份与史某某结婚，史某某发现后，控告王某某重婚，法院判处王某某有期徒刑一年，缓刑两年。之后史某某又通过民事程序请求宣告史某某与王某某婚姻无效。南昌市西湖区人民法院(2007)西民一初字第597号判决宣告申请人史某某与被申请人王某某的婚姻无效。 在这里，法院认定使用虚假身份结婚，不影响

婚姻的成立，可以构成重婚，并分别判处当事人刑罚和宣告婚姻无效。该判决在实体和程序上无疑都是正确的。那么，如果王某某原来没有结婚而使用虚假身份与史某某结婚，史某某或王某某因该婚姻是否成立或有效发生争议，起诉请求确认其婚姻效力时，按照解释三的规定，则应当通过行政程序解决。这就是说，同样是使用他人身份证结婚，构成了重婚，则是民事案件；而没有构成重婚，则属于行政案件。这种划分案件性质的标准是什么？具有何种科学性？

对于相同性质的婚姻纠纷案件，一部分作为民事案件处理，另一部分作为行政案件处理，导致婚姻案件出现主管上与审判上的分裂等混乱无序状态，在法制体系上极不协调，破坏了审判权的统一性和完整性。

3、民事关系经过登记确认，不会改变其民事性质

首先，应当指出的是，婚姻登记不是一种单纯的行政确认行为（详见王礼仁《婚姻诉讼前沿理论与审判实务》第十三章（婚姻成立与不成立的认定）。

其二，即使把婚姻登记定性为一种单纯的行政确认行为，也不能由此得出登记程序瑕疵婚姻纠纷属于行政案件性质的结论。《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）》新闻发布稿（简称“新闻发布稿”）认为，婚姻登记是行政确认行为，行政确认行为引起的纠纷当然属于行政案件，应当通过行政途径解决。这也是当前影响登记程序瑕疵婚姻定性的一个最大的误区。

实际上，诉讼案件的性质主要由法律关系的性质决定，而不能由行政确认行为决定。这是一个很简单的道理。否则，父母的房屋登记在子女名下、自己的汽车挂靠在其他单位或个人名下等行政登记确认行为中的登记瑕疵，民事程序都不能直接确认产权，非得进行行政诉讼，由行政机关确认或撤销不可。这显然是错误的。如再婚夫妇共同购买了一套房屋，女方乘男方外出打工之机，将房屋登记在自己前婚女儿名下。直到离婚时男方才发现房屋登记在女方子女名下。但女方不承认该房屋是夫妻共同财产，认为是自己女儿的财产。而男方则坚持认为是夫妻共同财产。那么，这个案件，男方能否提起行政诉讼呢？要求撤销房屋登记呢？当然不能，因为这种登记确认的是一种民事法律关系，当事人所争执的产权归属也是民事法律关系，应当通过民事诉讼解决，行政诉讼不能解决，也无法解决。只有通过民事诉讼确权后，当事人再凭生效的民事裁判文书办理产权变更登记。因而，法院在民事离婚案件中处理夫妻财产时，对于登记在子女或第三人名下的财产，只要有证据证明是夫妻财产，仍然直接认定为夫妻财产并依法分割，并不要求必须通过行政诉讼解决财产登记瑕疵问题。因为这是民事法律关系，应当通过民事程序解决。

婚姻登记更是如此，比如，同样都是婚姻登记，但婚姻登记行为发生之后，之所以会出现离婚之诉、婚姻无效之诉、婚姻撤销之诉、婚姻成立或不成立之诉等民事性质案件，而并不以所谓的婚姻登记是行政确认行为定性为行政案件？其原因就是诉讼案件的性质只能由法律关系的性质决定，而不能由所谓的行政确认行为决定。婚姻关系是民事关系，“民事法律关系经行政机关登记，并不因此就变成行政关系”。 否则，不仅无效婚姻、可撤销婚姻等都要通过行政诉讼解决，而且离婚也需要通过行政程序解除婚姻关系。因而，把行政确认行为作为行政案件定性的根据是不科学的。

4、瑕疵婚姻效力属于民事案件审查的范围

最高法的“新闻发布稿”认为，“当事人对结婚证效力提出异议，不属于法院民事案件的审查范围”。还有人认为，“认定结婚证的效力超越了民事审判的职权”。 这些观点，实际上是长期以来将婚姻效力纠纷“行政化”的一种固有的错误思维，是婚姻登记机关 “牝鸡司晨”的余毒。尽管 2011 年修订婚姻法设立无效婚姻制度，尽管国务院取消了婚姻登记机关撤销婚姻的权力。但这种观点仍然没有改变。如今仍有很多人坚持认为，“婚姻登记是行政行为，受行政法的调整”。 甚至有人还认为，“结婚登记未撤销，法院不能判决其婚姻无效”。 上述观点的一个共同特征，就是民事审判不能对婚姻效力进行审查和判断。

首先应当指出的是，“新闻发布稿”和其它观点中所谓审查或认定“结婚证效力”的提法是不准确的，应当表述为“婚姻效力”。“结婚证”虽然是对婚姻关系的证明，但结婚证只是证明婚姻关系的证据之一，婚姻关系及其效力并不能完全由结婚证决定。相反，婚姻的效力可以决定结婚证的效力，即婚姻有效，则结婚证有效；婚姻无效，则结婚证无效。同时，结婚证有瑕疵（内容填写遗漏、错误）或者结婚证丢失，但婚姻登记事实清楚，档案资料所反映的婚姻登记程序和实体合法，其婚姻仍然成立有效。因而，“结婚证”不是登记程序瑕疵婚姻直接审查的对象，不存在单纯审查或认定结婚证效力问题，单纯审查结婚证效力没有实际意义。在行政诉讼中，有些判决书直接判决撤销结婚证，这是不科学的。实际上，对于登记程序瑕疵婚姻纠纷，当事人所争议也不是结婚证效力问题，而是婚姻效力问题。

那么，对于婚姻效力是否属于民事案件审查范围呢？回答当然是肯定的。因为婚姻关系属于民事法律关系，这已经被中外理论所公认，毋庸赘言。而根据婚姻法第 8 条和《婚姻登记条例》第 4 条、第 5 条以及《婚姻登记工作暂行规范》的有关规定，婚姻登记程序瑕疵所涉及的主要是婚姻成立与不成立问题。即依法登记并领取结婚证，婚姻成立；没有进行婚姻登记，婚姻不成立。而婚姻登记存在瑕疵，则可能产生婚姻成立或不成立的不同法律效果。具体说，婚姻登记存在轻微瑕疵，则不影响婚姻成立；婚姻登记存在严重瑕疵，则可能导致婚姻不成立。婚姻成立或不成立是对

婚姻关系的判断，其性质属于民事法律关系，这当然属于民事审查的范围。

可见，所谓对“结婚证效力”的审查或认定，实际上是对“婚姻效力” 的审查或认定。对“婚姻效力” 的审查和判断，是民事审判的职责，根本不存在超越民事审判职权问题。恰恰相反，行政诉讼审查的对象和标的是婚姻登记行为，而瑕疵婚姻真正的诉讼标的是婚姻关系。行政诉讼对登记行为的合法性审查和判断，并不能解决瑕疵婚姻效力问题。瑕疵婚姻所争议的不是登记行为是否违法，而是违法瑕疵是否影响婚姻的效力，能否产生婚姻的法律效果。行政诉讼对登记行为的合法性审查，只能是“隔皮瘙痒”，根本无法完成应有的诉讼使命。有关这个问题，详见王礼仁《解决婚姻行政诉讼与民事诉讼“打架”之路径》最高法院《法律适用》2011 年 第2 期，《<婚姻法>解释（三）生产出来的第一个错案》。

5、民事程序审理婚姻效力纠纷，符合世界惯例 （略）

（二）对“最高法行政庭《答复》”之评判

“最高法行政庭《答复》”内容如下：

一、依据《中华人民共和国行政诉讼法》第二十四条第二款规定，有权起诉婚姻登记行为的婚姻关系当事人死亡的，其近亲属可以提起行政诉讼。

二、根据《中华人民共和国婚姻法》第八条规定，婚姻关系双方或一方当事人未亲自到婚姻登记机关进行婚姻登记，且不能证明婚姻登记系男女双方的真实意思表示，当事人对该婚姻登记不服提起诉讼的，人民法院应当依法予以撤销。

上述答复虽然有其积极因素，比如，把男女双方有无结婚“真实意思表示”作为判断婚姻效力的标准，应当值得肯定。我在论述瑕疵婚姻效力时，也曾引用此答复作为论证的根据。但是，这一答复所潜在的问题，仍然有待于进一步检讨。

1、行政解释民事化——该解释实际上是审理民事案件的解释

从第二条的内容看，我觉得该答复似乎不是一个关于审判行政案件的答复，倒是一个审理民事案件的答复。

首先应当明确，行政审判的对象到底是婚姻登记行为的合法性，还是婚姻关系的有效性？

大家知道，行政诉讼以行政行为合法性为审查对象。因而，婚姻行政审判的对象应当是婚姻登记行为的合法性，而不是婚姻关系的有效性。婚姻关系有效与无效，或者成立与不成，则属于民事审判的内容。

而答复指出，在婚姻行政诉讼诉讼中，除了判断具体行政行为合法性外，还要判断男女双方是否有结婚的“真实意思表示”，即是否有结婚的合意或意愿。且不说，在行政诉讼中婚姻当事人以外的被告（行政机关）难以对此证明，仅从其审查的内容看，已经超出了行政审判的范围。因为这实际上是审查当事人的结婚合意，相当于审查一般财产民事合同实体内容中的意思表示。这不应该是行政审判的内容。由于这个答复把行政行为的合法性审查，演变为对婚姻关系有效性审查，事实上把行政审判变成民事审判。因而，这个答复更像一个民事答复。

同时，当事人是否有结婚的真实意愿，作为民事案件判决认定婚姻效力的标准是可以的，但把它作为行政判决的标准，根据不足。因为行政诉讼以行政行为合法性为审查对象，并不能准确反映当事人实际权利状况或法律关系在法律上的性质。反过来，当事人实际权利状况或法律关系性质，也不能准确反映行政行为合法与否。因而，用当事人实际权利状况或法律关系性质，来评价行政行为合法与否，当然不符合行政审判的性质和规律。它不仅“本末倒置”，偏离行政诉讼审查对象。而且依照结果来判定行政行为合法与否，将会使行政审判的标准荡然无存，失去行政审判应有的价值和意义。

2、答复中涉案原告是否有资格起诉值得研究

虽然根据《中华人民共和国行政诉讼法》第二十四条第二款规定， “有权提起诉讼的公民死亡，其近亲属可以提起诉讼”。但类似答复中所涉及的情形，在有权提起诉讼的公民死亡后，其近亲属能否提起诉讼，值得研究。因为答复中的案件（他人代理婚姻登记）是以结婚是否自愿，作为判断婚姻有效与无效的标准。我国婚姻法关于违反结婚意愿的婚姻有明确，即胁迫结婚，可以撤销。但胁迫结婚的撤销权，只限于婚姻当事人本人行使，他人无权行使。比照胁迫结婚的规定，第三人不得主张撤销该类婚姻。

这里需要指出的是，“有权提起诉讼的公民死亡，其近亲属可以提起诉讼”，一般应当为财产诉讼，或者因身份关系引起的单纯的财产诉讼。对于结婚是否自愿，以及婚姻当事人是否愿意撤销婚姻并不清楚的情况下，第三人有什么证据证明婚姻当事人在世时有请求撤销婚姻的意愿？因而，由婚姻当事人本人意愿决定是否撤销婚姻登记的，除非当事人已经起诉，第三人可以继受诉讼外，一般无权起诉。这就如同有行为能力的婚姻当事人有权提出离婚一样，如果他本人不起诉，他人就不得起诉。因而，涉及婚姻当事人结婚意愿的情形，第三人无权诉讼。

第三人有权主张涉及婚姻效力纠纷的案件，除法律规定的无效婚姻外，主要是不涉及当事人结婚意愿的其他情形，如结婚程序没有完成，其婚姻没有成立；一方伪造结婚证等虚假结婚；结婚程序严重违法或者登记资料不全，无法证

明存在有效结婚登记；等等。

3、他人代理登记结婚，当事人请求权的期限没有规定

他人代理登记结婚，可以撤销婚姻的理论基础就是违背当事人结婚意愿，这与胁迫结婚并无本质区别。比照胁迫结婚的规定，撤销婚姻也有除斥期间限制，而答复却没有涉及。目前，在司法实践中，对于代理结婚数年，甚至十多年、数十年的婚姻，也有撤销的情形。这对稳定婚姻关系和处理相关附随财产等，将产生不利后果。

总之，答复内容超越行政审判权或行政审判职能，违背行政审判规律。婚姻登记纠纷性质和特点属于民事性质，建议行政审判不要干民事活。

（三）对“北京高法解答”之批判

《北京市高级人民法院关于行政审判适用法律问题的解答(二)》（京高法发[2007]113 号），在其第 3 条问答中解答如下：

3、法院经过合法性审查，认定婚姻登记机关离婚登记确实违法的，如何进行处理？

答：离婚登记行政诉讼案件直接涉及双方当事人之间的人身关系，具有特殊性。因此，婚姻登记机关所实施的婚姻登记行为确属违法的，法院应作出确认婚姻登记行为违法判决，也可视具体情况，分别以判决驳回原告诉讼请求、撤销、确认无效等方式予以处理。

离婚登记双方当事人单独就离婚协议中财产及债务处理发生争议提起行政诉讼，请求撤销离婚登记行为的，不属于法院行政诉讼收案范围，应裁定驳回起诉。

在上述解答中，把离婚登记错误作为行政案件，把离婚登记中的财产登记错误错作为民事案件，行政诉讼不予受理。这里就有一个问题，同样都是行政机关的登记行为，同样都是民事法律关系，对于涉及婚姻关系的解除（离婚）登记是否错误者，则按行政诉讼处理，而涉及财产关系登记是否错误者，行政诉讼则不予受理。在同一性质的行政登记行为中，根据身份关系与财产关系来划分行政案件与民事案件，显然缺乏科学性。究其原因，实际上仍然是把婚姻登记作为作为行政许可的余毒在作祟。一些人虽然在形式上把婚姻登记作为行政确认行为，但在骨子里仍然把婚姻登记作为行政许可对待。否则，就不会在婚姻登记中，根据身份关系与财产关系来划分案件性质。

（四）对“浙江行政庭意见”之批判

“浙江行政庭意见”，其问题较多，这里只举其要者而述之。

1、行政诉讼受案范围的双重标准，缺乏科学性

“浙江行政庭意见”第 2 条则规定，利害关系人就婚姻法第十条、第十一条规定的婚姻无效、胁迫结婚情形提起诉讼的，告知当事人按民事诉讼处理。对于其他登记 “瑕疵婚姻”，则按行政诉讼处理。

在上述意见中，对于相同的婚姻登记行为，采取不同性质的处理方法，这在法理上同样难以自圆其说。

2、虚假身份结婚，行政诉讼无法解决

“浙江行政庭意见” 第三‘四、五条都是关于虚假身份结婚诉讼程序的规定。

实际上，虚假身份结婚行政诉讼根本无法应对。无论是冒用者诉讼，还是被用者诉讼，行政判决一般都认定其婚姻无效而撤销。其判决既没有弄清法律根据，也没有弄清婚姻关系主体，更没有弄清婚姻纠纷与姓名权纠纷的界限，完全是一个稀里糊涂的判决。

比如妹妹使用姐姐身份证与高某结婚，姐姐申请撤销自己与高某的婚姻，法院认定姐姐与高某结婚无效而撤销。这类案件实际上并不那么简单，它至少涉及到三个问题：

第一个问题是，能否撤销？撤销的法律根据是什么？

第二个问题是，如何判断“冒用者”与“被用者”的婚姻关系？所撤销的到底是身份“冒用者”还是身份“被用者”的婚姻？

第三个问题是，“被用者”有没有起诉要求撤销婚姻的权利？

姐姐身份被冒用，她不是要求解决身份被侵害问题，而是要撤销别人婚姻。这就如同别人偷你的钱做了房子，你不是要求别人还钱，而是要求拆别人房子。这种诉讼合理吗？是否有侵犯他人婚姻之嫌？

实际上，认定姐姐与高某结婚无效或撤销是错误的。姐姐只是自己的身份被冒用结婚而已，她与高某的婚姻根本不成立或不存在，而不是无效。因而，姐姐应当通过民事诉讼确认与高某的婚姻不成立。至于妹妹与高婚姻效力如何，不用你姐姐操心。

有关妹妹与高某的婚姻效力如何判断和处理，这里不讨论，笔者在《婚姻诉讼前沿理论与审判实务》中有专章论述，在最高人民法院《最新行政审判与行政执法文件解读》2010 年第 12 期，也刊登了 1.2 万字的文章，即《使用虚假身份登记结婚的诉讼路径与效力判断——全国首例运用婚姻成立与不成立之诉解决假身份证结婚案的法理浅析》，可以参考。

对于使用他人身份结婚，理论上有这样一种观点：“结婚证的效力是具体行政行为的结果，针对的对象是特定的，只对结婚证上载明的主体有约束力，而不应及于他人”。这种观点也是错误的。

第一、使用他人身份证结婚，实际上是一个“阴阳身份”，其身份并不属于任何一个人。这种“阴阳性”体现在两个方面：一是从形式上看，有明显的“阴阳性”。即一个人的姓名等文字身份信息，另一个人的照片等形象身份信息。“照片身份”与实际姓名身份不相吻合，这已经说明两者并非同一人。这种在形式上的“阴阳性” 身份，本身就否认了身份信息中的署名（姓名）人就是婚姻登记当事人。二是从婚姻事实上看，更具有明显的“阴阳性”。即婚姻登记中所登记的姓名身份当事人没有结婚的意思，也没有婚姻登记行为，更没有婚姻共同生活事实，缺少婚姻成立的基本要件。而具有结婚合意、履行婚姻登记行为、并实际共同生活的人，是婚姻登记中的“照片身份”人。面对这种情形，怎么能简单地根据登记中的姓名确定婚姻当事人呢？

第二、以登记的身份作为婚姻当事人，不符合客观实际情况，其弊端甚多。如许多“被用者”（即“被结婚”者），根本没有与他人结婚，则可能成为已婚者，甚至重婚者。同时，把“被用者”作为婚姻当事人，“冒用者”则可能逃避重婚等责任。如前述案例中的已婚男子王某某，伪造他人身份与史某某结婚，则不能构成重婚罪了。

第三、如果推而广之，完全以婚姻登记记载的形式上的姓名作为认定婚姻当事人的根据，包括姓名登记错误在内的大量的婚姻都将被否定。

因而，使用他人身份或者伪造虚假身份或姓名进行结婚，这种行为，只能对实施结婚的具体人产生法律效果，而不能对他人产生法律效果。这是一个很简单的道理，一个人冒用他人身份到达了美国，我们不能说“冒用者”没有去美国，而是“被用者”到了美国。

至于使用他人身份或者伪造虚假身份结婚，其婚姻效力应当如何判断，则应当根据具体情况而定。

3、“浙江行政庭意见” 规定的 “无责被告”，使行政审判丧失意义

“浙江行政庭意见” 第六条还专门规定了“无责被告”（登记机关没有责任）案件的处理，即“婚姻登记机关在作出婚姻登记行为时履行了审慎合理的审查职责，但由于申请人的原因造成婚姻登记行为存在违法情形之一的，在确认婚姻登记机关履行了审慎合理审查职责的同时，可以判决撤销被诉婚姻登记行为。”

这一规定，完全违背了行政审判监督行政机关依法行政的宗旨，失去了行政审判应有的意义和价值。可以说，这是把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”，以便制造一个完整、合格的行政诉讼案件。因为没有行政机关作被告，就不可能有行政诉讼案件。为了使这类案件成为行政诉讼案件，不得不将没有过错的婚姻登记机关作为行政诉讼的“桥梁”，搭建行政诉讼的平台，实现行政诉讼形式上的圆满。正如民政部门所说，行政诉讼的解决方式使婚姻登记部门“无罪无错”却成为“司法大堂的陪绑者”。 更重要的是，把婚姻登记机关绑架到司法中来，只是为了便于通过行政诉讼程序解决当事人的民事婚姻关系，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，这种行政诉讼已经失去了行政诉讼应有的意义。

行政诉讼民事化，民事案件行政化，是当前行政诉讼应当检讨的重要问题。许多地方法院的行政审判，每年就审理那么几件婚姻登记、房屋登记民事案件。这样的行政审判，根本就不需要存在。

4、“浙江行政庭意见”中规定的判决主文与理由相互矛盾

“浙江行政庭意见” 第九条规定:“人民法院经审理查明，婚姻登记机关违反《婚姻登记条例》第四条、第十条规定，为未共同到场的当事人办理婚姻登记的，应当以违反法定程序为由，判决撤销被诉婚姻登记行为；但有证据证明办理婚姻登记系男女双方真实意思表示的，可以判决确认被诉婚姻登记行为违法，同时在判决理由中说明被诉婚姻登记行为的有效性”。

根据上述规定,在判决主文中判决确认被诉婚姻登记行为违法，而在判决理由中说明被诉婚姻登记行为的有效性。这种判决不仅其理由与主文相互矛盾，而且还会使当事人不知所云。其婚姻到底是有效，还是违法？当事人可能搞不清白。

类似上述问题，充分暴露了行政诉讼功能性缺陷。行政诉讼审查的对象是婚姻登记行为，而瑕疵婚姻的真正诉讼标的是婚姻关系。行政诉讼对婚姻登记行为的合法性审查和判断，并不能解决婚姻关系合法与有效问题。许多婚姻登记行为虽然不合法，但并不一定影响婚姻关系的成立与有效。行政判决既要确认婚姻登记行为违法，又要确认婚姻关系成立有效，其判决功能难以实现。

实际上，还有许多案件行政诉讼都难以解决。如一个精神病患者女方与丈夫离婚后，丈夫又再婚了。法院认定离婚违法，但又以“有不可撤销的因素”这样一个含糊不清的判决理由，驳回了原告起诉。此案的判决与行政诉讼的性质，实际上是矛盾的。因为行政诉讼只能就具体行政行为进行审查，不可能考虑其他因素，按行政诉讼，本案只能撤销离婚。还有大量“被离婚”案件，一方再婚后，行政诉讼都是认为离婚违法，但其离婚是否有效，根本无法解决，往往只能作出确认离婚违法的判决。这种判决不仅超越了当事人请求范围，而且离婚是否有效？原来的婚姻关系是否

存在？判决并没解决，判了等于白判，行政诉讼成为毫无价值的诉讼“空转”。

这类案件，实际上涉及到后婚是否善意，以及善意后婚如何保护问题。它是一个重大的民法理论问题，行政诉讼根本无法承载。

三、对瑕疵婚姻诉讼程序之展望

瑕疵婚姻属于民事案件，应当通过民事程序解决。民事诉讼解决瑕疵婚姻具有科学性和优越性。既可以克服行政诉讼的所有缺陷，又可以将婚姻诉讼与子女财产诉讼合并审理，“一网打尽”，高效便捷。

同时，民事确认婚姻关系是不可缺、不可弃、非有不可之手段。因为还有大量的与行政违法无关的婚姻纠纷需要确认。如登记后未领证，其婚姻是否成立的确认；因户口登记错误引起的婚姻确认；结婚登记后修改身份资料引起的婚姻确认；涉嫌伪造结婚证的；涉及婚姻关系有无的纠纷；因学习、工作等需要使用假身份证后，沿用至结婚的纠纷；有无事实婚姻的确认；等等。这些与行政违法与否毫无关系，只能通过民事程序解决。这也说明民事确认婚姻关系具有不可替代性，而行政诉讼对瑕疵婚姻的无能和无效，则又可以由民事诉讼代替，因而，民事诉讼应当成为必然选择。

实际上，婚姻法解释三也为民事程序解决瑕疵婚姻留有巨大选择空间。 目前仍然可以大胆适用民事程序解决解决瑕疵婚姻。

但要从根本上解决问题，还需要完善两项制度：一是建立民事登记制度，从法律上明确婚姻登记的基本性质。二是以修改民事诉讼法为锲机，完善人事（或家事）诉讼制度，恢复瑕疵婚姻的“民事血亲关系”，结束瑕疵婚姻“被遗弃”、“被缺乏抚养能力的行政诉讼非法收养”的现状。为此，我希望有更多的法学家参与这一特殊的亲子认领和 DNA 鉴定活动，早日完成瑕疵婚姻认祖归根的法律程序。

八、律师办理婚姻家庭法律业务操作指引

律师办理婚姻家庭法律业务操作指引

目　录

总则
第一章 案件的受理
第一节　律师接待咨询
第二节　律师接受委托
第三节　涉外及涉港澳台案件的委托
第四节　收费
第二章 立案前的准备
第一节　立案前准备工作的内容
第二节　证据的收集整理
第三节　调解
第三章 立案及开庭前阶段
第四章 一审诉讼程序
第五章 二审诉讼程序
第六章　其它特别程序
第七章 结案后的工作
第八章 非诉讼业务
第一节 律师代写法律文书
第二节 律师提供其它非诉法律服务
附则

总　则

第 1 条 制定目的

为了保障律师依法履行职责，规范律师代理婚姻家庭案件的执业行为，为律师从事婚姻家庭法律服务提供指导意见，制定本指引。本指引并非强制性或规范性规定，仅供律师在执业中参考与借鉴。

第 2 条 指导思想

律师办理婚姻家庭法律业务过程中，应当以构建和谐家庭及和谐社会为指导思想，充分发挥律师的积极作用。

第 3 条 行为规范

律师办理婚姻家庭法律业务首先要遵守《中华人民共和国律师法》(以下简称《律师法》)、《律师职业道德和执业纪律规范》、《律师办理民事诉讼案件规范》等规范性法律文件，在此前提下结合婚姻家庭法律业务的专业特点参考以下操作指引。

第4条 业务特点

4．1 诉讼业务的委托人为自然人。婚姻家庭案件是与人身关系密切联系的案件，案件性质决定了委托人为自然人、而不能为法人或其它组织的特性。

4．2 某些业务中律师的代理授权受到限制。婚姻家庭纠纷具有人身关系的属性，且受委托人感情因素影响较大，建议代理律师通常情形下只接受一般授权代理。

4．3 当事人情感因素影响业务处理。婚姻家庭案件涉及当事人甚至其他家庭成员的情感因素较多，因此要求律师在办理案件中，特别注意当事人心理状态和情绪表现的变化，冷静处理家庭纠纷，将法学的技能与其它的社会学知识综合运用来办理法律业务。

第5条 工作原则

5．1 律师代理婚姻家庭案件，应当坚持以事实为根据，以法律为准绳的原则，勤勉尽责，恪守律师职业道德和执业纪律，维护司法公正和权威。

5．2 律师办理婚姻家庭法律业务，应当保守当事人的个人隐私及其它秘密。

5．3 律师代理婚姻家庭案件，应结合婚姻家庭案件的特点,在处理过程中注意当事人双方心理、情绪的变化，将心理疏导方式适当地与法律服务相结合，协助当事人冷静处理纠纷，防止矛盾激化。

5．4 律师代理婚姻家庭案件的过程中，应始终坚持注重调解的原则，尽可能地促成双方当事人理性平和地解决纠纷。

第6条 适用范围

6．1 本操作指引主要适用于律师从事婚姻家庭法律服务，包括代理婚约财产纠纷、离婚纠纷、婚姻效力及撤销婚姻纠纷、离婚损害赔偿纠纷、夫妻财产约定纠纷、离婚后财产纠纷、同居关系析产纠纷、夫妻扶养纠纷、子女抚养纠纷、监护权纠纷、探望权纠纷、赡养纠纷、收养纠纷、分家析产纠纷、申请承认外国法院裁决书、申请认可港澳台地区法院裁决的法律业务等，也包括涉及上述领域的非诉讼法律业务。

6．2 律师办理继承民事业务及重婚罪、遗弃罪、虐待罪等刑事法律业务的操作指引条款未列入本指引内。

第一章 案件的受理

第一节 律师接待咨询

第7条 在案件受理前，律师以面谈方式为当事人提供法律咨询时，可先了解案情概要，并提前告知当事人备齐书面材料，告知咨询是否收费及收费标准。

第8条 由于婚姻家庭事务可能涉及个人隐私，咨询时若律师安排其他律师或人员在场，应注意在提供咨询前主动征求当事人的意见。

第9条 律师咨询时应当首先了解双方当事人的基本身份信息、婚姻家庭基本信息，双方纠纷的基本情况，尤其是双方争议焦点及咨询者寻求律师帮助的主要目的。

但当事人出于个人隐私原因不愿透露给律师的信息，律师应予尊重。

第10条 当事人咨询内容涉及到财产纠纷时，律师对当事人财产情况可从以下方面选择了解：

10.1 房产情况；

10.2 存款情况；

10.3 股票、国债等有价证券情况；

10.4 家具电器情况；

10.5 贵重物品情况；

10.6 车辆拥有情况；

10.7 公司股权等企业投资权益拥有情况；

10.8 著作权等知识产权拥有情况；

10.9 接受赠与或继承财产的情况；

10.10 以第三人名义持有但由夫妻出资的财产情况；

10.11 当事人双方婚前财产拥有情况；

10.12 其它共同财产及个人财产拥有情况；

10.13 双方有无婚前或婚内财产约定；

10.14 双方有无共同债权债务或个人债权债务。

第11条 律师了解房产情况，可以从以下方面了解：

11.1 购房的时间、地点，所购房产的状态，即现房还是期房；

11.2 房产性质，比如，是商品房、售后公房、经济适用房等；

11.3 房产购置时的合同价格及现值；
11.4 购置房屋时支付房款的来源及方式；
11.5 若购房时有贷款，可以了解首付情况、贷款数额、主贷人、还贷本息、截至目前尚欠的贷款余额；
11.6 房屋权属状况、房产证记载的产权人信息；
11.7 房产有无其它抵押，目前房产是否涉及其它债权债务纠纷；
11.8 该房是否已建成交付业主，目前实际使用、居住情况；
11.9 登记在该房产地址的户口情况；
11.10 房产装修及出资情况；
11.11 其它房产相关情况；
第 12 条 律师了解存款情况，可以从以下几个方面了解：
12.1 双方名下有无存款、存款数额及来源，相互是否知晓；
12.2 是否保存对方的存、取款交易凭证或知悉对方当事人的开户行、账号等信息；
12.3 近期内存款账户的交易记录；
12.4 发生婚姻家庭纠纷期间，有无转移存款的迹象；
12.5 目前各账户的存款余额；
12.6 目前各存款账户归谁掌管。
12.7 是否存在以第三人名义开户存有夫妻存款的情况。
第 13 条 律师了解股票情况，可以从以下方面了解：
13.1 双方名下的股票账户、股东代码及开户证券公司；
13.2 股票资金账号及开户银行；
13.3 目前股票账户内的股票名称及数量，当前股市大约市值；
13.4 购买股票的资金来源，目前资金账户的余额；
13.5 是否存在由当事人出资，以第三人名义持股的情况。
第 14 条 在接待咨询阶段，律师可以视具体需要询问家具电器情况，包括购买金额、品牌、数量 、出资来源，以及了解家具电器的大约现值。
第 15 条 律师可以了解当事人双方持有贵重金属、贵重古董及其它有较大价值的动产财物的情况，了解是否有继承或接受赠与具有特殊意义物品的情况。
第 16 条 律师可以了解双方名下汽车拥有情况，包括以下信息：
16.1 汽车品牌、款式、牌照号；
16.2 购买时间、购买金额、付款方式、有无贷款以及还贷情况；
16.3 目前车辆车籍所有人及实际使用人；
16.4 目前车辆市值；
16.5 有无车辆抵押情况及与车辆有关的债权债务纠纷。
第 17 条 律师了解公司股权等企业投资权益情况，可以从以下方面了解：
17.1 企业的名称及营业地；
17.2 企业注册的时间、注册地、注册资本；
17.3 企业出资人的人数、姓名及各自出资方式、出资比例；
17.4 企业注册后有无工商登记的变更事项；
17.5 企业财务情况，比如会计报表所有者权益、企业净资产状况；
17.6 企业目前的经营状况及未来市场前景；
17.7 持有股权的一方当事人是否存在转让股权的情况
17.8 当事人对企业投资权益分割的态度；
17.9 其它企业相关信息。
第 18 条 对于当事人名下的保险利益、住房补贴、住房公积金及其它未来确定应获得的收益，由律师根据纠纷的具体情况考虑是否要详细了解。
第 19 条 律师在了解上述财产信息时，还应当了解财产所在的国家或地区，以便为当事人纠纷解决涉及的管辖问题提供法律建议。
第 20 条 律师在咨询中对有可能受理的婚姻家庭案件，应详细了解纠纷案情，确认案件管辖地，是否符合法院立案条件，能否受理。不符合立案条件的，应尽可能告知当事人其它解决矛盾的途径。
第 21 条 除回复当事人直接咨询的问题外，律师还可以从以下三个方面主动为当事人提供咨询：
21.1 以当事人告知的信息为基础，为其分析该案例可能的法律后果及处理方式；

21.2 结合实际操作来看，法律理论分析与实际操作结果可能会有哪些差异，实际操作中可能会遇到哪些问题、如何解决这些问题，当事人应报有怎样的态度和心理准备；
21.3 告知当事人解决问题的可能途径，当事人需要做好哪些准备、解决问题过程中可能会经历哪些阶段、可能会付出的时间成本、经济成本及社会成本。
第 22 条 律师接待咨询，可以填写《律师接待咨询记录表》，以便为委托人提供后续法律服务时保持对基本案情的了解，并方便当事人查询。
第 23 条 对于某些正处于激烈矛盾冲突中的当事人，律师应当从自己的职业道德出发，对当事人的目前婚姻家庭纠纷做出理性分析和建议，对于过于冲动的当事人，应当善意提醒当事人冷静处理问题。经告知诉讼风险，当事人仍坚持提起诉讼的，律师可考虑接受案件的委托。

第二节 律师接受委托

第 24 条 当事人要求与律师事务所建立委托代理关系时，代理律师应当首先了解有关情况，并分析当事人所委托案件的管辖法院所在的国家或地区，是否符合我国人民法院的立案受理条件，如不符合有关要求的，应告知当事人有关规定，并提供其它解决纠纷的途径。
第 25 条 律师需要注意对于已经发生法律效力的解除婚姻关系判决，不得接受委托人申请再审的委托。但若委托人仅就离婚判决中的财产分割或子女抚养内容要求再审的，律师可视具体情况接受委托。
第 26 条 委托人委托律师代为申请承认外国法院离婚判决事项的，律师应当告知中国法院只能承认离婚判决中的离婚效力，不承认离婚判决中的夫妻财产分割，生活费的承担及子女抚养方面的内容。
第 27 条 律师在咨询中发现离婚纠纷的委托人曾提起过离婚诉讼且自上一次诉讼终结未满六个月的，应告知委托人待六个月期间满后再起诉。但若律师在咨询中发现上次离婚诉讼终结后又发生新情况、新理由的，可接受离婚诉讼委托，同时应向委托人说明有关法律规定及未满六个月启动诉讼的法律风险。
第 28 条 律师在接受婚姻家庭事务的委托时，尤其要注意委托人是否为完全民事行为能力人，是否应与其法定监护人办理委托代理手续。
第 29 条 有下列情形之一的，律师事务所不得接受委托：
29.1 已经接受同一案件对方当事人的委托；
29.2 具有违反《律师执业避免利益冲突规则》的规定或不能接受委托的其它情形。
第 30 条 律师在办理委托代理手续前，应详细了解委托人是否已聘请其他代理人，如已有其他代理人的，律师可考虑是否还接受委托。
第 31 条 律师代理婚姻家庭案件，委托手续应包括以下内容：
31.1 律师事务所与委托人签订委托代理合同，一式三份，一份交委托人，一份交承办律师附卷，一份交律师事务所保存；
31.2 由当事人签署授权委托书，一式三份，一份交受理的法院，一份交承办律师存档，一份交委托人；
31.3 律师事务所同时出具公函，呈送受理案件的法院；
31.4 律师办理委托手续时，应与委托人确定司法文书和办案材料的送达地址。
第 32 条 律师受理婚姻家庭类案件，可以请委托人填写《基本信息登记表》，用于律师了解双方当事人的基本信息、财产情况、子女情况等，并确定法律文件的送达地址，明确通讯方式。
律师办理委托手续时，应当留存委托人的身份证复印件或其它身份信息。
第 33 条 律师与委托人签订委托代理协议时，协议中不得对所承接的法律事务结果做出承诺或保证。
第 34 条 律师事务所接受委托后，因发生特殊情况，承办律师不可能履行代理义务的，律师应当及时通知律师事务所，在征得委托人同意后，由律师事务所及时调整承办律师，或就终止合同一事进行协商。
第 35 条 接受委托后，委托人提供虚假证据或利用律师提供的服务从事违法活动的，经律师事务所收集证据、查明事实后，律师可以拒绝继续代理，告知委托人，解除委托代理关系，记录在案，并整理案卷归档。

第三节 涉外及涉港澳台案件的委托

第 36 条 本节所述的涉外、涉港澳台案件包括但不限于以下情形：
36.1 双方当事人或一方当事人系外籍人士或无国籍人士；
36.2 双方当事人或一方当事人系我国香港、澳门、台湾居民；
36.3 当事人之间民事法律关系的设立、变更、终止的法律事实发生在国外，或者诉讼标的物在外国的民事案件；
36.4 当事人之间民事法律关系的设立、变更、终止的法律事实发生在港澳台地区，或者诉讼标的物在港澳台地区的民事案件；
36.5 委托人办理委托代理手续时或诉讼期间在境外居住或停留。
第 37 条 对婚姻家庭领域的涉外、涉港澳台案件，律师可视具体情况需要接受委托人的特别授权还是一般代理授权。如委托人办理委托代理手续时或诉讼期间可能不在境内的，建议接受特别授权。

第38条 律师接受涉外及涉港澳台离婚案件委托时，要特别注意对离婚当事人是否符合诉讼主体资格进行审查，并确定诉讼离婚方式还是行政登记离婚方式，确定离婚管辖法院，并告知委托人选择中国内地法院立案管辖与选择其他国家和地区法院管辖的不同诉讼风险及可能结果，律师还有义务告知离婚裁判在不同国家及地区的效力。
第39条 律师接受特别授权代理的，应在授权委托书中载明授权的代理权限及代理期限。特别要注明律师是否有权代为签收法律文件。
第40条 律师接受境外委托人的委托，代理婚姻家庭法律业务，如委托人不能回到境内参加诉讼程序的，与代理事项相关的授权委托书、起诉书、答辩状、离婚意见书、委托人的身份材料、证据等相关法律文件，律师可提前指导当事人办理公证、认证等程序性手续。
第41条 律师接受境外中国公民的委托，担任婚姻家庭案件的代理人，需要向法院提交的法律文件通常有：
41.1 委托人的身份证复印件；
41.2 委托人的护照及签证复印件；
41.3 委托人签名的授权委托书；
41.4 委托人签名的起诉状或答辩状（或离婚意见书）；
41.5 在境内或境外登记的结婚证件；
41.6 子女出生证明或有关的身份证明文件；
41.7 境内及境外来源的证据材料。
上述法律文件若为外文的，应当经案件管辖法院认可的翻译机构进行翻译，一并向法庭提交翻译件。
上述法律文件应当根据其来源及案件管辖法院的具体要求，代理律师决定是否需经过委托人所在国公证机关或公证员进行公证，并经我国驻该国使领馆认证，或直接由我国使领馆公证。律师收到相关公证或认证的材料后再提交给管辖法院。
42 律师接受境外外籍委托人委托，担任婚姻家庭案件代理人，需要向法院提交的法律文件通常有：
42.1 委托人的国籍身份证明或护照复印件；
42.2 委托人签名的特别授权委托书；
42.3 委托人签名的起诉状或答辩状（包括离婚意见书）；
42.4 在境内或境外登记的结婚证件；
42.5 子女出生证明或相关的身份证明文件；
42.6 境内及境外来源的证据材料。
上述法律文件若为外文的，应当经受理案件法院认可的翻译机构进行翻译，一并向法庭提交翻译件。
上述法律文件应当根据其来源及案件管辖法院的具体要求，代理律师决定是否需经过委托人所在国公证机关或公证员进行公证，并经我国驻该国使领馆认证，律师需要注意各国对公证认证的具体要求有所不同。律师收到相关公证或认证的材料后再提交给管辖法院。
第43条 律师接受居住在香港的委托人委托，担任婚姻家庭案件代理人，需要向法院提交的法律文件通常有：
43.1 委托人的身份证明；
43.2 委托人的特别授权委托书；
43.3 委托人的中文起诉状或答辩状（包括离婚意见书）；
43.4 在境内或境外登记的结婚证件；
43.5 子女出生证明或相关的身份证明文件；
43.6 来自境内及境外的证据材料。
上述法律文件应当根据其来源及案件管辖法院的具体要求，代理律师决定是否需经过司法部指定的具有公证人资格的香港律师公证，并加盖中国法律服务（香港）公司转递章后提交给法院。
第44条 律师接受居住在澳门的委托人的委托，担任婚姻家庭案件代理人，需要向法院提交的法律文件通常有：
44.1 委托人的身份证明；
44.2 委托人的特别授权委托书；
44.3 委托人的中文起诉状或答辩状（包括离婚意见书）；
44.4 在境内或境外登记的结婚证件；
44.5 子女出生证明或相关的身份证明文件；
44.6 来自境内及境外的证据材料。
上述法律文件应当根据其来源及案件管辖法院的具体要求，代理律师决定是否需经过中国法律服务（澳门）公司证明，之后再提交给法院。
第45条 律师接受居住在台湾地区的委托人委托，担任婚姻家庭案件代理人，需要向法院提交的法律文件通常有：
45.1 委托人的身份证明；

45.2 委托人的特别授权委托书；
45.3 委托人的起诉状或答辩状（包括离婚意见书）；
45.4 在境内或境外登记的结婚证件；
45.5 子女出生证明或相关的身份证明文件；
45.6 来处境内境外的证据材料。
上述法律文件应当根据其来源及案件管辖法院的具体要求，代理律师决定是否需由委托人在台湾地区进行公证，并在境内受案法院所在地公证员协会核证后再提交给管辖法院。
第46条 若在境外的委托人委托其国内亲友代为办理律师委托代理手续的，律师要核实国内亲友方相关的委托手续及授权范围，在此基础上再签订委托代理协议。

第四节 收费

第47条 律师办理婚姻家庭法律业务，应按国家发改委与司法部联合颁布的《律师服务收费管理办法》收取代理费用，委托代理协议中应明确收费方式、收费数额、费用类别及费用的结算方式。
第48条 律师要特别注意婚姻类案件不允许实行风险代理收费。
第49条 委托协议中应明确，对于办案中出现的特定诉讼事项，如管辖异议、财产保全、反诉等工作事项产生的费用是否包括在原律师代理费中。如可以另行协商增加代理费的，应在协议中说明。
第50条 委托代理协议中应当明确约定：在律师已与委托人办理完毕委托代理手续，律师开始法律服务工作后，委托人单方终止委托代理或自行撤诉的，或者对方当事人撤诉的，律师费用如何结算。

第二章立案前的准备

第一节 立案前准备工作的内容

第51条 案件准备阶段，一般情况下包括以下工作内容：
51.1 了解和熟悉案情；
51.2 收集原、被告主体身份材料；
51.3 收集相关证据；
51.4 分析案情，制订代理策略；
51.5 草拟各类诉讼文书及财产清单、证据清单；
51.6 诉讼前的调解思路；
51.7 决定是否需要申请管辖异议、财产保全、证据保全、先于执行。
第52条 为保护委托人合法财产权益，保障给付判决的执行，防止对方私自转移财产，律师可建议委托人向管辖法院提起诉前财产保全，若申请诉前财产保全的，律师要注意必须于十五日内立案提起民事诉讼。
第53条 由于婚姻家庭类的案件常涉及到子女抚养费、赡养费、夫妻抚养费用的纠纷，律师可根据案情是否紧迫的需要，为委托人申请先予执行。

第二节 证据的收集整理

第54条 律师调查收集证据，应当合法、客观、全面、及时，注意证据的真实性、合法性和关联性。
第55条 律师不得仿造、变造证据，不得威胁、利诱他人提供虚假证据，不得妨碍对方当事人合法取得证据，不得协助或诱导当事人仿造、变造证据。
第56条 律师调查、收集与本案有关的证据材料，应由律师事务所出具介绍信，并出示律师执业证。律师向证人调查取证时，以两名律师共同进行为宜。遇有多名证人时应分别询问调查。
第57条 律师收集书证、物证应收集原件、原物。收集原件、原物有困难的，可以复制、拍照，或者收集副本、节录本，但对复制件、照片、节录本应附证词或说明，视听材料的收集，应明确其来源。
第58条 律师对涉及个人隐私的证据应当保密，需要法庭上出示的，应事先告之法庭，以不公开方式举证，不宜在公开开庭时出示。
第59条 立案前律师认为需要进行鉴定的证据，或者需要进行评估的财产在委托人同意的前提下，以律师事务所名义委托司法部门认可的司法鉴定机构、评估机构进行鉴定或评估。在诉讼庭审中有此必要时，律师应提示委托人向人民法院提出申请，请求人民法院委托有关机构进行鉴定或评估。
第60条 律师准备向法院提交录音资料时，需注意提交录音源文件，或者磁带原件。对于数码、电子证据，可刻录成光盘，并整理出录音资料的书面文字材料。
在向法院提交录音材料前，律师本人应仔细听录音文件，并与文字资料进行核对。
第61条 律师准备向法院提交的照片应冲洗或彩打出来，应按法院要求粘贴在规范大小的纸张上，并注明证据名称、证据来源、拍摄时间、证明内容等。
第62条 证据复印件份数应按当事人人数，是普通审理程序还是简易程序、法院要求及律师所存档的需要来做准备。

律师应当对其提交的证据材料逐一分类编号，对证据材料的来源、证明对象和内容做简要说明，制作出完整的证据清单并由委托人签名，注明提交日期。
第63条　立案后，针对案情具体情况，律师认为有必要申请人民法院调查收集证据的，应当及时提示委托人，若委托人同意的，律师应当提交书面申请，若人民法院对委托人的调查申请不予准许的，律师可建议委托人向受理申请的人民法院书面申请复议一次。
第64条　律师可以通过制作调查笔录的形式收集证据。调查笔录应载明：
调查时间、调查地点、调查人、被调查人、调查原因、被调查人陈述。
被调查人陈述完毕，应由其核对调查笔录，并签署“以上看过，无误”字样，并签名、注明年月日。
若调查笔录有多页，被调查人应在每页签字确认。
第65条　证据原件律师不宜保管。对确需律师保管的，承办律师应妥善保管，在与委托人进行证据原件交接时注意办好相关书面手续。
第66条　律师代理离婚纠纷时，了解案情并收集办案证据可围绕以下几个方面开展：
66.1　婚姻基础方面：包括婚前相识方式、恋爱情况及结婚登记情况，双方婚史情况；
66.2　夫妻感情方面：包括婚后夫妻感情发展状况，夫妻矛盾产生过程，感情破裂原因，是否已经过调解，离婚协商情况，有无和好可能；
66.3　子女抚养方面：包括子女过去主要由哪一方照顾抚养，子女现居住状况，子女本人的倾向，夫妻双方抚养意见及抚养能力，一方或双方还有无其他继子女、养子女或非婚生子女，双方当事人有利于和不利于抚养子女的各种因素；
66.4　财产方面：夫妻一方个人财产及债权债务情况、夫妻共同财产及债权债务情况，是否有其它书面约定；财产权属及占有、使用、掌管现状，当事人有无隐匿、转移共同财产情况；
66.5　双方当事人目前对于离婚的态度；
66.6　涉及离婚案件的程序方面情况：如一方或双方是否起诉过离婚，法院判决结果，在本次离婚诉讼中是否有一方当事人处于离婚限制期间，案件的管辖法院等。
66.6.1　律师代理离婚案件，可以收集以下证据材料证实夫妻感情状况：
（1）共住人如家政服务人员、邻居、朋友、同事及亲属等的证人证言、调查笔录；
（2）报警记录、出警记录、公安人员调查笔录、医院的诊断证明、法医鉴定报告等涉及家庭暴力的证据；
（3）离婚协议、保证书、电子邮件、信件、短信、日记等；
（4）反映夫妻感情的照片、录音录像资料、电子文件；
（5）有关单位如妇联、居民委员会、派出所、当事人所在工作单位介入到婚姻纠纷中的调解记录；
（6）其它相关的证据材料。
66.6.2　若当事人对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的归属有书面约定，律师可帮助当事人审查该协议的效力,并决定是否作为证据提交。
66.6.3　涉及到婚姻家庭案件的不动产分割的，律师可从以下方面着手准备证据：
（1）对于一方婚前个人房产或夫妻共同所有房产，律师可取得房产权利证书；若取得房产权利证书有困难的，或者产权登记尚在办理过程中的，律师可以根据不动产所在地的相关规定到房屋登记主管政府部门调取房产预售、销售的备案或登记信息，同时准备好购房合同、购房发票等书证；
（2）若房产权利证书上载明有未成年子女之外的第三人共有人的名称，律师可告知委托人，因房产涉及案外人权益，法院一般不会在离婚案件中一并处理；
（3）若当事人以向银行按揭贷款方式购买涉案房产，则律师需要向客户了解该套房产首付情况、婚后还贷情况及尚欠还贷余额，律师可以准备委托人的购房合同、抵押借款合同、还贷帐户还款明细等书面证据；
（4）若购房款出资来源涉及一方婚前个人财产或婚后的个人财产，律师可收集出资来源的证明，涉及第三人出资的，律师也可一并收集证明债务存在或赠与成立的相关证据；
（5）若双方当事人可能对待分割房产的市值分歧较大的，律师应尽量了解涉案房产的市场价值的信息，并收集相关证据；
（6）如有必要，律师可对分割房产目前的居住人情况调取证据，对双方当事人是否另有房产或居住场所进行取证，必要时可到房产所在地物业管理公司、居民委员会等机构取证。
（7）对于待分割房产有案外人主张所有权的，可告知委托人与案外人可另案诉讼解决，并可将相关物权诉讼判决作为婚姻家庭案件的证据提交。
66.6.4　律师为维护委托人利益可调查了解双方当事人的共同存款情况，即一方或双方名下的银行存款的基本信息，包括存款的开户银行、开户名、账号、大约的存款金额等，如有必要可提前准备好申请法院调查存款信息的书面申请。
66.6.5　律师为维护委托人利益可调查了解双方当事人的股票情况，即一方或双方名下的开户证券公司及股东代码、资金账户开户行及账号、股票交易记录、资金账户交易记录等。

66.6.7 当事人双方或一方以夫妻共同财产出资，但以第三人名义登记或购置的财产，律师可以协助委托人收集相关证据，并征求委托人对该项财产是主张物权还是债权的意见，并应当向委托人分析是否有必要另外提起物权或债权诉讼。
66.6.8 对于家具、家电情况，律师可建议当事人罗列财产清单，并注明家具电器的品牌、规格、数量、材质，并按照婚前个人财产及婚后共同财产、婚后个人财产分类列明，以便在法院开庭时提供。
66.6.9 若当事人双方或一方持有贵重金属、贵重古玩字画或其它有较大价值的财物，律师可以制订相关表格详细列明，并收集能够证明前述财产权属或价值的证据，并注意做好证据保全工作。
66.6.10 若相关动产容易灭失，或者对方当事人有可能私自转移、隐匿夫妻共同财产，律师可以建议委托人采取公证、摄像、证人证言等证据保全措施。
66.6.11 若当事人拥有车辆，律师可向委托人或车管部门收集行车证、购车合同、购车发票或出资证明相关证据，并调查了解购车时有无贷款、贷款本金、还贷情况、贷款余额，车辆牌照信息、车辆现值等，并询问目前车辆的实际使用人。
66.6.12 律师可向委托人了解当事人双方名下企业投资权益情况，并根据委托人提供的信息到工商行政管理局查询相关企业档案，并调查以下信息：
（1）企业申请设立的申请人、法定代表人或负责人；
（2）企业设立时的出资人名册、出资比例、出资方式、注册资金；
（3）企业年检的会计报告及会计报表，包括资产负债表、现金流量表和损益表；
（4）企业在工商行政管理局的登记有无变更情况；
（5）发生婚姻家庭纠纷期间一方有无私自转让企业投资权益情况，有无转移企业资产情况，有无恶意伪造企业债务情况；
（6）目前该企业的经营状况、市场占有份额及市场前景，以了解作为夫妻共同财产的企业投资权益所对应的市场价值；
（7）律师在收集以上工商材料时，注意收集企业开立的基本账户和非基本账户信息，以便在需要时进行资金查询；
（8）律师了解上述信息还可通过其它渠道，比如企业的网站、宣传资料、税务登记部门等。
66.6.13 除上述单列条款外，若双方当事人还存在其它财产或共同债权债务情况，律师应尽力查询，并收集相关证据。
66.6.14 若当事人的财产在国外或港澳台地区，律师应在尽力收集相关证据的基础之上，注意涉案财产所在国、所在地区的国际冲突规范、区际冲突规范，尤其要注意到我国法院的裁判文书在其它国家或地区能否得到承认和执行的风险。
第67条 律师代理同居析产纠纷或同居子女抚养纠纷证据的收集
律师代理同居纠纷，应调查收集证明下列事实的证据：
67.1 同居基本情况：双方当事人同居时间，是否属非法同居，同居期间的相处状况；
67.2 同居期间财产现状：同居期间财产来源及出资情况，财产权属登记情况，使用现状，双方是否有其它书面约定，是否有债权债务，双方对财产的分割意见；
67.3 同居期间子女基本情况：子女出生情况，子女过去主要由哪一方照顾抚养，子女现居住状况，子女本人的倾向，同居双方抚养意见及抚养能力，双方有无任何不利于抚养子女的习性或疾病。一方或双方还有无其他继子女、养子女或婚生子女；
67.4 发生同居纠纷的原因及双方或一方有无过错；
67.5 双方同居纠纷的主要争议焦点，比如是主要在解除同居关系方面还是财产分割方面，或是子女抚养权争议方面；
67.6 了解同居纠纷是否涉及到第三人（尤其是合法配偶及子女）的相关权益，以便于律师确定是否要收集相关证据。
第68条 律师代理扶养纠纷证据的收集
律师代理夫妻扶养纠纷，应调查收集证明下列事实的证据：
68.1 夫妻生活现状，一方当事人是否有遗弃、分居等情节；
68.2 双方经济收入状况，收集证据证明一方的生活困难状况，以及另一方的扶养能力状况；
68.3 发生扶养纠纷的原因；
68.4 确定扶养标准的依据。
第69条 律师代理抚养纠纷证据的收集
律师代理子女抚养纠纷，应调查收集证明下列事实的证据：
69.1 子女自然人基本情况：包括子女是婚生子女还是非婚生子女，是否属于继子女或养子女；
69.2 子女成长过程中的基本抚养情况：子女成长过程中由谁抚养照顾，居住现状，子女本人对抚养人的选择倾向；
69.3 抚养纠纷双方当事人有利于和不利于抚养子女的各种因素；
69.4 子女抚养费的实际需求及当地一般生活水平；

69.5　对于离婚后子女抚养权变更纠纷和离婚后子女抚养费变更纠纷，还要了解原离婚方式及要求变更子女抚养权的事实依据；
69.6　双方当事人的抚养能力及抚养意见。
第 70 条　律师代理赡养纠纷证据的收集
律师代理赡养纠纷，应调查收集证明下列事实的证据：
70.1　赡养义务人的基本情况，包括赡养能力；
70.2　被赡养人的现状及有无其它经济收入来源，有无其他赡养义务人；
70.3　发生赡养纠纷的原因；
70.4　被赡养人的赡养需求及其所在地的一般生活水平。
第 71 条　律师代理收养纠纷证据的收集
律师代理收养纠纷，应调查收集证明下列事实的证据：
71.1　收养关系的建立情况，是否签订有收养协议，是否办理收养登记，收养是否有效力问题；
71.2　收养人对被收养人的实际抚养情况；
71.3　要求解除收养关系的原因 ；
71.4　被收养人的态度，比如是否同意解除收养关系；
71.5　收养人为抚养养子女所花费的费用和其它付出；
71.6　收养关系建立后，被收养人与生父母的关系及相处方式。
第 72 条　律师代理探望权纠纷证据的收集
律师代理探望权纠纷证据的收集
72.1　法院出具的或当事人之间签订的有关抚养权和探望权的生效文书；
72.2　不直接抚养孩子的一方多次要求探望子女的事实；
72.3　直接抚养孩子的一方多次禁止或阻挠对方正常探望子女的事实；
72.4　不直接抚养孩子的一方明显不适于继续探望子女的事实。
第 73 条　律师代理婚姻效力或撤销婚姻纠纷证据的收集
律师代理婚姻效力或撤销婚姻纠纷，应调查收集证明下列事实的证据：
73.1　当事人一方重婚的事实；
73.2　当事人之间有禁止结婚的亲属关系的情况；
73.3　当事人一方婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈的情况；
73.4　当事人一方或双方目前未到法定婚龄的情况；
73.5　当事人的婚姻登记程序有重大瑕疵；
73.6　一方当事人因胁迫缔结婚姻的证据。
第 74 条　律师代理离婚后的损害赔偿纠纷证据收集
74.1　根据《最高人民法院关于适用〈中国人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第 30 条第 1 款第 2 项的规定在离婚后提起损害赔偿纠纷的，律师应调查收集证明下列事实的证据：
74.1.1　系离婚诉讼案件的被告，在离婚诉讼时答辩不同意离婚；
74.1.2　系在离婚诉讼之后 1 年内提起该损害赔偿诉讼；
74.1.3　当事人系《中华人民共和国婚姻法》（以下简称《婚姻法》第 46 条规定的无过错方，原配偶存在过错。
74.2　根据《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 27 条，在婚姻登记机关办理离婚登记手续后，以《婚姻法》第 46 条规定为由向人民法院提出损害赔偿请求的，律师应调查收集证明下列事实的证据：
74.2.1　系在离婚登记后 1 年内提出该诉讼；
74.2.2　当事人系《婚姻法》第 46 条规定的无过错方，原配偶存在过错；
74.2.3　当事人在协议离婚时没有明确表示放弃离婚损害赔偿请求；
第 75 条　律师代理承认外国法院民事裁决书方面的证据收集
律师代理承认外国法院裁判文书，可调查收集证明下列事实的证据：
75.1　申请人的基本情况；
75.2　出具裁决国法院具有管辖权；
75.3　该裁决已在国外生效；
75.4　当事人是否经合法传唤，是否参加庭审，其它程序权利是否公正；
75.5　外国法院裁决书是否经过公证及认证手续、是否有中文译本；
75.6　我国与裁决出具国是否有“相互承认民事裁决的司法协助规定”或“互惠原则” 。

第76条 律师代理申请认可港澳台地区法院的裁决，应按照有关规定准备相应证据，如最高人民法院于2006年3月21号作出的《内地与澳门特别行政区法院关于相互认可和执行民事判决的安排》等。
第77条 对于需收集来自境外的证据的案件，若委托人不能自行取得，代理律师可建议委托人委托境外的律师事务所或境外的亲友来调查收集。

第三节 调解

第78条 律师代理婚姻家庭纠纷案件，可建议委托人在诉前进行调解，以缩短争议解决时间，减少双方诉累，但诉前与对方调解显然不利于保护委托人合法权益的除外。
第79条 律师代理婚姻家庭类案件进行诉前调解，可与委托人制订调解方案和调解进度计划。 调解方案可随着案件的进展随时进行适当的调整。
第80条 律师在与对方当事人正式联系之前，可与委托人再次确认其意愿，并提醒委托人防止家庭暴力，做好私人证件、财物、工作资料的保存，注意安排好子女生活和学习的正常秩序。
第81条 律师代理婚姻家庭纠纷与对方当事人进行初次联系时，一般可告知以下内容：
81.1 告知委托人已书面委托律师代理某项纠纷的调解；
81.2 告知律师的姓名、执业机构、地址、联系方式；
81.3 告知对方当事人律师调解的建议和诚意，表达与对方当事人面谈调解解决纠纷的意愿。
第82条 如果对方当事人拒绝与律师就婚姻家庭纠纷进行协商，律师可以建议对方慎重考虑，之后再与对方联系。若再联系时，对方当事人仍然拒绝协商，律师可以考虑根据案件进度，征求委托人意见后，改用书面协商方式或是直接提起诉讼。
第83条 律师与对方当事人面谈协议有关婚姻家庭纠纷事宜时，可视具体情况建议委托人是否参与。同时应尽量避免双方近亲属有过多人员参与，以防当事人情绪激化及意外事情发生。
第84条 律师与对方当事人协商调解时应该在公共场所进行，若非特殊情况，一般不宜到对方当事人住所进行面谈。
第85条 与对方当事人协商调解时，律师应注意控制现场气氛，应主动缓和双方紧张情绪。与对方当事人要平等相待，口气温和，态度坦诚，立场适度中立，并说明协议解决争议较诉讼方式的优势，不宜一味强调委托人单方利益，避免引起对方当事人反感。
第86条 律师与对方当事人或其代理人协商后，应将调解情况及时告知给委托人，并就是否有必要与对方再次沟通或是调整协议的具体内容征求委托人意见。
第87条 若经过协商，双方当事人就协议调解事项达成一致意见，律师根据委托代理协议约定的法律服务内容，可协助双方到有关部门办理登记、过户等手续，或应委托人要求代理法院以简易程序审理、以调解方式结案的争议。若原委托代理协议未约定相关事项的，可与委托人协商变更委托代理事项后再确定。
第88条 律师与对方当事人进行有关纠纷的调解，应注意时间控制和进度把握，对于双方分歧较大、暂无协议可能的，在征得委托人同意后，可起诉立案。

第三章 立案及开庭前阶段

第89条 立案前，对于委托人未主动提出的诉讼请求，而法律明确给予保护的权利内容，如离婚损害赔偿请求、多分财产请求、家务补偿请求、生活困难帮助请求等，律师可主动告知委托人，帮助其明确立案诉求。
第90条 律师在立案时，向对方提出离婚损害赔偿时，应当告知委托人以下法律规定：
90.1 符合《婚姻法》第46条规定的无过错方作为原告，基于该条规定向人民法院提起损害赔偿请求的，必须在离婚诉讼的同时提出；
90.2 符合《婚姻法》第46条规定的无过错方作为被告的离婚诉讼案件，如果被告不同意离婚也不基于该条规定提起损害赔偿请求的，可以在离婚后1年内就此单独提起诉讼；
90.3 无过错方作为被告的离婚诉讼案件，一审时被告未基于《婚姻法》第46条规定提出损害赔偿请求，二审期间提出的，人民法院进行调解，调解不成的，告知当事人在离婚后1年内另行起诉。
律师作为离婚案件中被告的代理人，同样也应当告知委托人提出离婚损害赔偿请求的上述法律规定。
第91条 律师在立案前，可以从以下方面检查立案准备工作是否充分：
91.1 确定管辖法院立案时间、法院立案流程是否已了解；
91.2 立案所需材料是否准备齐全，起诉状及委托授权手续是否已由委托人亲自签署，是否已开具律师事务所函；
91.3 确认立案时是否有必要提起财产保全或证据保全，以及相关资料准备工作是否完成；
91.4 本案相关证据材料是否已调查收集完毕，证据清单及证据复印件是否已按法院要求准备；
91.5 双方当事人个人财产及夫妻共同财产清单是否已准备；
91.6 案件诉讼策略方案是否制订；
91.7 立案所需的诉讼费用或其它财产保全费用、担保费用是否已准备；
91.8 其它应该准备的工作是否完成。

第92条　立案时的案由，律师可比照最高人民法院在2008年2月4号发布的《民事案件案由规定》来确定。
第93条　委托人为外籍人士、港澳台人士且在国内的，若授权委托书未进行公证、认证，立案时委托人须与律师一同到法院办理立案手续。
第94条　立案时若存在被告即将出境，可能对案件审理造成不利影响的情况，律师可向法院申请限制被告出境。
律师申请限制被告出境，应提交书面申请，并在限制出境申请书上写明申请人、被申请人基本情况、申请限制出境的事实理由、提交必要的相关证据，以及缴纳保证金。
在法院准许的情况下，律师可了解限制被告出入境的时间，以便及时提交延长申请。
第95条　律师单独办理立案手续的，立案后，应尽快告知委托人，并注意将案件受理通知书、
第96条　作为被告代理律师，在接到委托人转交的法院送达的起诉书副本及举证通知书后，可首先分析案件的受理法院是否具有管辖权，并征求委托人意见后决定是否提起管辖异议。
第97条　作为被告代理律师，还应当审查原告是否具备起诉的主体资格，是否处于离婚诉讼限制期间，若发现有关情况，应告知当事人，并作出请求人民法院驳回原告起诉的答辩意见。
第98条　作为被告代理律师，应及时向委托人详细了解案情，明确被告的答辩意见，并整理出书面的答辩状，经与委托人沟通后由其签字确认。
第99条　作为被告代理律师，应根据案情需要积极调查收集相关证据，准备证据清单及证据原件、复印件，涉及到申请法院调查收集证据的，应当在举证期限届满前7日向法院提出书面申请。
第100条　若在立案后开庭前，发现被告下落不明的，如委托人坚持继续离婚诉讼，代理律师应及时与法院承办法官联系，并尽快进行公告送达。
第101条　若离婚诉讼的委托人为无民事行为能力人，代理律师应及时与其法定代理人联系，并告知法定代理人应当出庭参加诉讼。

第四章 一审诉讼程序

第102条　律师在开庭之前，可检查以下几项工作：
102.1　核实开庭时间、地点、审判人员组成等信息，并再次确认是否已告知委托人；
102.2　开庭之前，应对委托人说明庭审程序、每个环节的目的，确定委托人与律师如何分工、配合，说明法官可能询问委托人的问题；
102.3　在开庭前，律师可再次与委托人联系，并确认委托人本人是否亲自出庭。委托人亲自出庭的，提醒委托人携带身份证明、按证据清单顺序排列的证据原件；
102.4　再次检查卷宗材料是否完整、有否遗漏，各种文件是否复印齐备；
102.5　是否已准备好证据目录清单、原件及复印件，是否已按清单顺序装订整理；证据是否已在举证期限内提交、证人是否已妥善安排；
102.6　若有委托人的亲友旁听，应提示携带身份证明，提前告知其旁听规则。对于婚姻案件，律师还要告知委托人的亲友，该案原则上不公开审理的规定；
102.7　与委托人最后确认法庭上的调解方案。
第103条　对于没有书面开庭通知的案件，律师可在开庭前主动与法院联系，确认开庭时间，以防止开庭情况有变。
第104条　律师开庭前及庭审中，应注意防止委托人和对方当事人之间发生情绪冲突，防止相互指责、打骂事件的发生。若在案件代理过程中双方当事人发生激烈冲突，律师不应参与，并做好保护自身安全工作。同时律师可提示委托人控制情绪，避免委托人情绪过于激动。若委托人情绪失控，应注意采用适当方式调整，必要时，可申请法官休庭。
第105条　离婚案件庭审中，若律师发现对方当事人有下列情形之一，从而导致离婚的，可以建议委托人向法院提出离婚损害赔偿请求：
105.1　重婚的；
105.2　有配偶者与他人同居的；
105.3　实施家庭暴力的；
105.4　虐待、遗弃家庭成员的。
“损害赔偿”，包括物质损害赔偿和精神损害赔偿。涉及精神损害赔偿的，适用《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》的有关规定。
第106条　离婚案件庭审中，律师若发现对方当事人隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产，或者伪造债务企图侵占委托人财产的，律师可以建议委托人向法院提出对对方当事人少分或不分夫妻共同财产的请求。
第107条　若当事人双方书面约定婚姻关系存续期间所得的财产归各自所有，律师发现委托人因抚育子女、照料老人、协助另一方工作等付出较多义务的，离婚案件审理中律师可以建议委托人向另一方当事人请求家务补偿。
第108条　在离婚诉讼或变更子女抚养权案件中，若委托人有需要法院确定探望子女具体时间及方式的，律师应在庭审中及时提出。

第 109 条　在代理离婚诉讼时，法官根据庭审程序询问委托人关于案件事实方面的问题时，除非征得法官同意或应委托人强烈要求，律师不宜代为答复。
第 110 条　律师举证时，应按法庭程序安排，向法院逐项举证，并说明证据名称、证据来源及证明内容。
第 111 条　律师在开庭质证时，应当围绕证据的真实性、关联性、合法性，针对证据证明力有无以及证明力大小，进行陈述、说明或辩驳。
律师根据本案庭审情况，如有必要庭后再次调查，向法庭提交新证据的，应当庭申请举证期限。
第 112 条　律师发表首轮辩论意见之前，应尽量整理辩论提纲。
律师发表辩论意见，应围绕本案争议焦点进行简明扼要的阐述，辩论意见应具备逻辑性和层次性。
律师发表辩论意见后，要注意提示委托人是否陈述补充辩论意见。
第 113 条　律师在代理离婚诉讼过程中，一方当事人又发生其他诉讼，比如不动产转让诉讼、股权转让诉讼、重婚罪诉讼、债权债务诉讼等，离婚判决要依赖于该诉讼判决结果作依据的，可建议委托人向人民法院申请离婚案的中止审理，待有关诉讼终结后再申请恢复审理。
第 114 条　律师在庭审中作最后陈述时，应简单扼要，直截了当。
第 115 条　律师在法院组织的调解中，应尽量听取对方的意见，配合法官调解工作，并注意掌握调解的策略技巧。若双方均有调解意愿，但在法庭上难以当场达成一致意见的，律师可建议双方在休庭期间继续进行庭下调解。
第 116 条　在诉讼中律师应该掌握，当事人为达成调解协议对案件争议事实的默认，不得在其后的诉讼中作为对其不利的证据。
第 117 条　律师必须仔细阅读完毕庭审笔录后再签字，同时提示委托人认真阅读笔录内容。律师发现庭审笔录中的错误，应及时与书记员联系，按法院要求进行补充或更正。
第 118 条　再次开庭前，律师应安排与委托人的会面，向委托人总结上次开庭的情况，说明下一阶段的工作安排，并介绍下次开庭的庭审程序及内容。会谈时建议制作谈话笔录。
第 119 条　针对上次庭审的情况，律师根据案情需要申请法院调查收集证据的，或者需要申请法院委托有关司法机构进行鉴定、评估的，应及时准备书面调查取证申请、鉴定申请、评估申请，在法律规定的期间向法庭正式递交。
第 120 条　代理律师确因客观原因不能收集取得的证据，可征得委托人同意后向人民法院申请调查收集有关证据，律师向法院提交有关调查事项的书面申请时，还应告知委托人尽可能提供相关线索，法院将根据本案具体情况及有关规定决定是否同意委托人的申请。
第 121 条　休庭期间，有庭外调解可能的，律师可应委托人要求与对方及其代理人进行调解或谈判。双方达成调解的，律师应告知委托人可选择法院出具民事调解书的方式或双方签订调解协议书一方撤诉的方式，特别要告知不同结案方式的法律风险，由委托人自行选择。
第 122 条　庭审结束后，律师应及时向法院提交书面代理意见，并附卷一份。
第 123 条　一审法院判决书若是律师代收的，应在收到后立即告知委托人，并尽快交付给委托人，律师保留好寄件凭据，或当面请委托人签收，相关书面材料均应入卷。
律师代为领取一审判决的，应征求委托人对判决的意见，明确是否上诉等。并告知委托人上诉方式及期限。
第 124 条　人民法院做出的生效的离婚判决中未涉及探望权，律师可以建议当事人就探望权问题单独提起诉讼。
第 125 条　案件审结后，与本案有关的书面往来材料，律师应按照《律师业务档案立卷归档办法》的要求，复印并整理入档保留，电子往来数据、录音录像资料需备份保存，案件结束后，统一装订归档交律师事务所保管。

第五章　二审诉讼程序

第 126 条　律师在接受二审程序的委托代理时，应明确委托人的上诉请求及对一审判决的具体意见。
第 127 条　律师未代理一审程序而直接代理二审程序案件，除仔细查阅委托人交付的资料外，应与二审法院在开庭前联系，及时阅卷，复印相关证据材料及庭审笔录，以了解案情。
第 128 条　律师代理二审案件，应注意有无新证据提交，并注意新证据提交的期限。
第 129 条　律师在二审开庭前，应仔细阅读一审判决书“经本院审理查明”部分，并与委托人沟通，若有异议应作相应标记以备二审法官查问。
第 130 条　开庭结束后，律师应该及时提交代理词。
第 131 条　律师代为签收二审法律文书的，应及时转交委托人，并请委托人签收，或保存好其他交付凭证。

第六章 其它特别程序

第 132 条　律师承办申请承认外国法院裁决的法律服务事项，应当按照《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）、《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》、我国与其他国家签订的关于相互承认民事裁决的司法协助协议、《最高人民法院关于中国公民申请承认外国法院离婚程序问题的规定》等司法解释来办理。

第133条 若委托人需在我国领域外使用人民法院的判决书、裁定书，要求我国人民法院证明其法律效力的，以及外国法院要求我国人民法院证明判决书、裁定书的法律效力的，代理律师应当在我国法院作出裁决书生效后，要求法出具书面生效证明。
第134条 对于委托人可能要在境外使用我国法院的裁决书的情况，代理律师可告知委托人，律师可为其提供在国内的代办翻译及公证、邮寄、快递等服务。

第七章 结案后的工作

第135条 律师办理案件过程中，应注意材料的收集、整理和妥善保管。在审判程序结束时，可写出结案报告或办案小结，依照司法部《律师业务档案立卷归档办法》整理案卷归档。
第136条 案件结束后，律师应及时与当事人进行费用清算，移交相关证据材料原件。与案件有关的其他材料若当事人有要求备份的，律师应当复印交付当事人。
第137条 结案后，承办律师可以就裁判文书或调解书的内容征求当事人的评价或意见，若发现当事人有质疑的应予以说明。

第八章 非诉讼业务

第一节 律师代写法律文书

第138条 律师代为起草的《婚前财产约定》可以包含以下几个方面的内容：
138.1 双方当事人的基本信息；
138.2 婚前个人财产范围及权属的约定；
138.3 婚前债权债务范围及性质的约定；
138.4 婚后可能取得财产的归属的约定；
138.5 婚后可能产生的债权债务的性质约定；
138.6 婚前个人财产与婚后夫妻共同财产转化的条件及方式的约定；
138.7 婚后日常开支承担情况的约定；
138.8 双方父母或其他亲属赠与财产的权属约定；
138.9 因该协议引起的纠纷的解决方案；
138.10 该协议是否附公证等为生效条件。
其它可以列入婚前财产协议的约定内容。
第139条 律师代为起草的《婚内财产约定》可以包含以下几个方面的内容：
139.1 双方当事人的基本信息；
139.2 各自婚前个人财产范围及权属的约定；
139.3 各自婚前产生的债权债务的约定；
139.4 婚后取得的现有财产权属的约定；
139.5 婚后产生的现存债权债务性质的约定；
139.6 签订财产约定后可能取得财产的权属问题的约定；
139.7 签订财产约定后将产生的债权债务的性质的约定；
139.8 签订财产约定后生活费用支出承担方式及比例的约定；
139.9 因该协议引起的纠纷的解决方案；
139.10 该协议是否附公证等生效条件。
其它可以列入婚内财产协议的双方约定。
第140条 律师代为起草的《分居协议》可以包含以下几个方面的内容：
140.1 双方当事人的基本信息；
140.2 引起双方分居的事由；
140.3 双方分居的目的，分居期限的约定；
140.4 双方分居期间，在夫妻关系方面各自的权利义务；
140.5 分居期间，现有财产的使用及处分权利的约定；
140.6 分居期间，各自取得财产的归属问题的约定；
140.7 分居期间，产生的债务的偿还问题的约定；
140.8 分居期间，子女抚养权及抚养费用的约定；
140.9 分居期间，家庭日常开销费用支付的约定；
140.10 分居的终止情形的约定；
140.11 其它可以写入分居协议的事项。
第141条 律师代为起草的《离婚协议》可以包含以下几个方面的内容：

141.1 双方当事人的基本信息；
141.2 双方当事人自愿离婚的合意；
141.3 现有夫妻共同财产范围、如何分割及如何交付履行的约定；
141.4 现有债权归属及债务如何承担的约定；
141.5 子女抚养权归属、抚养费内容、数额及支付方式的约定；
141.6 子女探望时间及方式、子女节假日生活居住安排的约定；
141.7 关于离婚手续办理时间及方式选择的约定；
141.8 关于离婚协议书效力的约定；
141.9 其他可以在离婚协议中列明的事项。

第二节 律师提供其它非诉法律服务

第142条 委托人委托律师代为调解婚姻家庭纠纷的，律师与委托人签订法律服务协议时，应当写明调解方式、时间 、次数、期限，尤其要告知委托人有可能调解不成的风险；

第143条 委托律师代为与对方当事人进行离婚的谈判调解的，律师应当以事实为依据，以法律为准绳，保持适当的客观中立，与双方当事人进行理性的沟通与交流。

第144条 律师参与婚姻家庭纠纷居间调解或谈判，建议注意以下问题：
144.1 调解前，律师可充分了解和分析纠纷成因，归纳双方可能存在的争议焦点；
144.2 尽可能组织双方当面沟通，了解双方的真实意愿；
144.3 提前告知委托人所委托事务的风险及可能结果，以促成委托人心态平和，缩小双方当事人差距及心理期望；
144.4 调解时，律师不宜急于求成，适度保持耐心，做好多次调解的各项准备，切忌在调解中加入律师个人的道德评价或出现不文明的用语；
144.5 调解过程中应注意法学、心理学及实践经验的综合运用。

第145条 委托人委托律师代为办理协助离婚事项的，律师应在委托代理协议中尽可能详细列明服务事项，可从以下方面着手：
145.1 是否包括起草离婚协议书或其它书面材料；
145.2 是否包括离婚协议书的内容谈判及修改；
145.3 是否包括协议离婚期间对突发事件的处理，比如家庭暴力纠纷的处理；
145.4 是否包括组织双方当事人一起签订离婚协议书；
145.5 是否包括安排双方当事人到婚姻登记机关办理离婚手续；
145.6 是否协助双方当事人进行财物的交接或变更登记手续；
145.7 是否需要律师见证相关协议的签订过程，或担保财物交接过程

第146条 除前述非诉讼业务外，律师还可从事与婚姻家庭有关的以下业务 ：
146.1 代办有关协议、文书、证书、裁决书的公证事项；
146.2 担任某位公民、某个家庭、某机构或组织的婚姻家事法律顾问，提供日常法律咨询；
146.3 为公民或机构提供婚姻家庭方面的法律培训或讲座；
146.4 应委托人要求，为其提供婚姻家庭方面的专业调查取证事项；
146.5 应委托人要求，为其提供婚姻家庭财富的法律风险防控的规划配置；
146.6 受律师事务所指派，为当事人的婚姻家庭事项进行见证；
146.7 应委托人要求，就某一纠纷向其他当事人或有关机构出具书面律师函。
146.8 其它非诉讼法律业务。

附则

第147条 本指引根据2008年12月31日以前的法律、法规等规定，结合相关司法操作实践编写，若本指引公布后，法律、法规、司法解释有新规定的，应以新的规范为依据。

九、本次研讨会的相关媒体报道

诸多婚姻案件未能纳入法制轨道进行调整 专家建议

修改民诉法单独规定家事诉讼

发布时间：2012-08-21 07:36:09 法制网 席锋宇

http://www.legaldaily.com.cn/index/content/2012-08/21/content_3781574.htm?node=33768

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 江苏大厦）

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。



图为李阳离婚案第三次开庭引起众多媒体关注。　CFP 供图

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显示,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

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事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，不仅需要有与之相对称的诉讼程序，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国境，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　席锋宇

http://epaper.legaldaily.com.cn/fzrb/content/20120824/Articel03001GN.htm

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的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和技巧,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。两名陪审人员中,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。

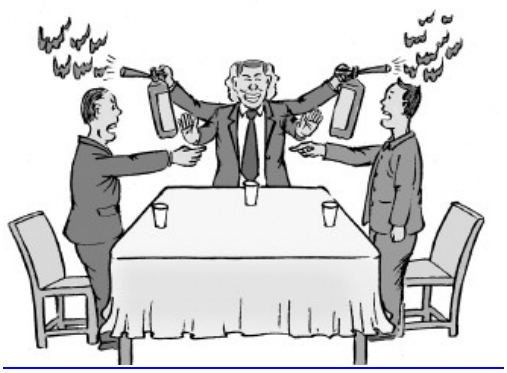
法官应严格遵守中立原则

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。



CFP 供图

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/Articel03002GN.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“气得喷血”。如果法官在开庭时竟突兀地提出调解,双方当事人在心理上、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。

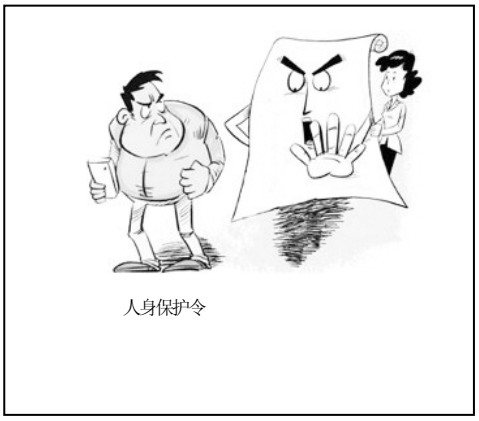
席锋宇辑

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



人身保护令

如果一个人在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研发现,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。

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。同时要进行合理的探讨和论证,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，而回娘家或在其他地方避难，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

20120829　法制晚报　刘武俊：司法部《中国司法》杂志总编，研究员

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

2012-08-29　中国妇女报　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扶养费的支付、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，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

2012-08-29 中国妇女报



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闹闹地来，到高高兴兴地走。

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心门，“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　2012-09-16 王殿学



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—— 家事法庭下的“特色审理”

2012-09-21　《民主与法制》周刊　刘 瑜

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、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！”童稚的声音，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，除了人民陪审团的安慰相伴，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。

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。"

家事诉讼的程序立法

律政俱乐部法律圆桌第 33 期　董朝燕

主 办 北京理工大学司法研究所

协 办 北京市岳成律师事务所 上海市沪家律师事务所

时 间 2012 年 8 月 12 日

嘉 宾 排名不分先后

徐 昕 北京理工大学法学院教授

陈爱武 南京师范大学法学院教授

陈 敏 最高人民法院中国应用法学研究所研究员

王红英 广东省高级人民法院民一庭法官

王 牧 江苏省徐州市贾汪区人民法院院长

苏东彪 河南省平顶山市律师协会副会长

孙 韬 江苏省律师协会省直分会民事专业委员会主任

杨晓林 北京市岳成律师事务所合伙人

王小成 上海市沪家律师事务所合伙人

赵宁宁 北京市京大（上海）律师事务所合伙人

李曙光 天津市星聚律师事务所主任

孙跃礼 安徽世浩律师事务所副主任

张秋敏 北京市京银律师事务所律师

姚 丹 天津市优法律师事务所律师

王军营 河北世纪鸿业律师事务所律师

背景资料

家事无小事。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）》（以下简称婚姻法司法解释三）公布，引发了社会各界的极大关注。近年来，在婚姻家庭司法实务领域，程序正义问题日渐突出。全国人大法工委正在进行的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。目前，许多地方法院开展的家事审判试点已取得一定成效。在此背景之下，北京理工大学司法研究所联合北京市岳成律师事务所、上海市沪家律师事务所举办了主题为"家事诉讼程序及立法完善"的研讨会，以配合我国民诉法的修订，并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研究与法律实务的交流与合作。《方圆律政》杂志特选取部分嘉宾精彩发言作为本期俱乐部内容，以飨读者。


陈 敏

暴力证据标准正在放松

陈 敏：这些年来，法院在家事审判改革方面推出了不少措施，也取得了不少成绩。在这里，我想重点谈下《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》（以下简称指南）。指南是由中国应用法学研究所于 2008 年 5 月发布。它的主要内容分七个方面，包括家暴知识、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、子女扶养和探视，以及特殊的调解政策。这里的调解不是中立的，而是要求扶弱抑强。指南的试点工作是在 2008 年 6 月正式开始的，我们的试点法院在以下四个方面取得了一些成效。

第一，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。

第二，家庭暴力的认定率提高了。提高的途径有两个，一是合理分配，指正责任；另一个是借助家庭暴力的知识查清事实，认定家庭暴力。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。

第三，涉家庭暴力更多的采用未成年人的证言来进行事实认定。家庭暴力因为其隐蔽性的原因，双方的子女通常是唯一的证人。采用未成年人证言认定家庭暴力，方便了家庭暴力事件的认定。

第四，法院更多的是依据职权取证查明事实。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，法院依职权取证就成为一种必需。事实上，在很多情况下依职权取证是查明事实的一个很重要的方法。

通过这些技术、技能的提高，我们的试点法院对家庭暴力的认定率提高了很多。比如， 浙江省温州市龙湾区法院在试点前，在审理离婚案件中，对家庭暴力的认定不到 8%，而在这其中还主要是男方在法庭上自认的。还有一种情况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，家庭暴力的认定率分别为 22%、26%、29%。而认定率的提高也使得受害人第一次起诉，被判离婚的以及调离的机会大大提高，当事人的满意度也相应提高。


王红英

王红英：为适应新形势下婚姻家庭案件数量不断增长、案情渐趋复杂的发展情况，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，广东省高院于 2010 年 3 月在中山中院、珠海市香洲区法院等 1 个中院 6 个基层法院中试点设立家事审判合议庭，专门审理婚姻家庭案件。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。

在试点工作中，各试点法院遵循家事审判的内在规律，在多个方面进行探索并取得突破。

第一，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。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，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；三是加大释明力度，弥补当事人在诉讼能力上的不足。

第二，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；二是试行家事案件不公开审理制度；三是试行当事人亲自到庭制度。

第三，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，但由于对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。

第四，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，调解必须深入细致地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，彻底消除矛盾的目标。 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；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；三是以家庭（族）会议促调解。

第五，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。


王 牧

王 牧：结合徐州市贾汪区法院在家事审判方面的创新实践，我们总结了以下几点经验。

第一，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，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。结合家事纠纷案件自身特点，实行家事纠纷案件的专业化、集约化审理十分必要，也是法院参与社会管理创新的重要途径。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。

第二，全面构建“三四五”工作体系， 有效化解家事纠纷。我们主要进行了以下有益探索和尝试。

首先，创新三种模式，大力营造家事审判工作特色氛围。一是，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。因此，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；二是，创新合议庭人员组成模式；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。

其次，坚持四项工作原则，充分凸显家事审判工作特色理念。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。

再次，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，建立符合家事案件纠纷特点的证据规则。比如针对家庭暴力案件，降低证明标准，合理分配举证责任，扩大法院依职权进行调查取证的范围，加大释明力度等。三是建立“人身安全保护裁定”制度。 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。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，给予必要的指导和帮助。并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， 助当事人解除心理障碍。

程序成本还要降低


徐 昕

徐 昕：家事无小事，家和万事兴，去年公布的婚姻法司法解释三，引起全社会的广泛关注，就是一个明证。在家事司法领域存在着相当多的问题，都值得我们研讨。家事诉讼领域，往往是诉讼法学理论扩展的领域，其在很多问题上存在着特殊性，比如当事人、诉讼标的、调解、证明责任等，这些都值得我们进行研究和探讨。很多国家和地区都有专门的家事诉讼程序，学界也有很多人在长期呼吁我国应设立一个独立的专门家事诉讼程序。在司法改革的领域，我们在家事审判中长期的探索也取得了一定的成绩。实践证明，在家事司法审判领域中进行改革，是可能取得较快进展的，甚至有可能会在将来成立独立的专门的家事法院。 我们也希望通过对家事司法领域具体问题的探讨和展望，推进我国家事诉讼程序立法和完善。


陈爱武

陈爱武：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，又让我们感受到家事诉讼法律程序建构可能会比较困难。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、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，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，诉讼程序已然向着“对抗化、规范化、专业化、高成本化发展”。而这一程序恰恰不能适用于家事案件程序，家事案件急需制定专门的家事诉讼程序进行应对；其二，法院调解日益式微，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。

但是，法院调解在 2003 年以后被最高院重新重视，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，从我国的家事立法以及家事诉讼实践来看，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作用。


苏东彪

苏东彪：首先，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，对私权进行过度干预。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。

其次，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。如对不受欢迎的“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，可通过“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。

免除财产保全担保义务


孙 韬

孙 韬：第一，应该设立调查令制度，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。只要律师有调查令，那么律师就可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，在诉讼程序上面，可以设立当事人的财产申报制度，由当事人自己申报自己名下的财产，并可以设立相应的惩罚制度，督促当事人如实申报名下财产。如果当事人在法院开庭前或判决前没有如实申报，那么一旦发现其有隐藏的财产未进行如实申报的话，就适用惩罚制度，使这些隐藏财产归对方所有。这样可以督促当事人如实申报自己的真实财产，促进家事审判达到合法和实质公平的状态。


王小成

王小成：当前阶段，完善家事审判程序，首先应合理配置法院资源，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家事审判合议庭，个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。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。其次，要进一步完善家事案件的释明程序，将建立释明程序作为家事案件的庭审前置程序。因为“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。再次，法院应加强司法能动性，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。


赵宁宁

赵宁宁：由于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应当有专门的规定。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，区分不同的情况进行受理。另外，关于域外送达的问题，在离婚案件中，如果对方在国外，我们会遇到这样的情况，法院的文件送出去后，等到文件送回可能要一年两年，有的甚至是送出去就没有任何的回音。对于这类案件，我们应突破我国民诉法所规定的送达手段。首先应突破单一的送达手段。很多国家，甚至我国的深圳、浙江有些法院，已经启动了一些现代化的送达手段，比如电子送达。这些方式的启动不但可以提高司法活动的效率，而且还能够更加有效、及时地保护当事人的权益，解决当事人的纠纷。


王军营

王军营：很多律师可能都会有这样的感受，即离婚诉讼财产保全的现实需求和实际应用是不协调的。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率很低。最主要、最现实的原因是，申请财产保全的一方没有能力提供担保。所以，基于对家事诉讼特殊性的考虑，建议在离婚案件中，可以对申请财产保全一方免除其担保义务。


李曙光

李曙光：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。“法律无情，人有情，”在解决子女抚养权问题上，应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的保护和尊重，且试图将离婚对于未成年子女的伤害程度降低。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，在家事诉讼程序立法中，应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的真实性，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。


孙跃礼

孙跃礼：在实践中，我们发现承办离婚案件的法官往往有倾向性，往往武断地反对原告方提出离婚，这种做法损害了司法公信力。冲动离婚的当事人是很少的，法官不仅是在离婚案件上，而且在普通的民事诉讼程序上，都应把握中立的原则。另外，在家事程序立法中， 应规定法官在处理离婚案件的时候，应告知当事人进行婚姻家庭咨询。当事人通过到社会专业机构进行婚姻家庭咨询和心理咨询，可以有效地改善他们的婚姻质量，可以挽回许多濒临破碎的婚姻。如果立法上不能实现，最高院也可以通过司法解释或者以通知的形式，将法官的这种告知义务进行落实。


张秋敏

张秋敏：作为弱势群体的无民事行为能力人一直广受社会关注和保护，对此，不仅表现在道义上，而且法律也给予了特别保护。婚姻法司法解释三第 8 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。本规定弥补了法律空白，对无民事行为能力人的权益，特别是婚姻中的权益给予了特别保护。但是，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，这是民诉法修改时需要进一步完善之处。

姚 丹：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。其原因在于，与其他民事财产纠纷不同，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，更多的是为了以后能更好地和平相处，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，如果一般的离婚纠纷都应实行先行调解的话，那么婚内析产纠纷就更有必要通过先行调解方式解决。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地联系在一起。


杨晓林

杨晓林：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，子女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”。在我国现有的有关时效制度的规定之下，最高院应保持该司法解释与合同法的统一，应当规定：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，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。

“家事法苑”律师团队杨晓林、段凤丽、程婷编辑整理
“家事法苑”婚姻家庭法律资讯简报
获取：“家事法苑”家事律师网http://www.famlaw.cn 首页“资料下载”！
欢迎加入“家事法苑”家事法主题QQ群（群号：171337785）--------每天即时分享最新中国婚姻家庭法制信息动态，真诚欢迎对婚姻家庭法感兴趣的律师、法官、学者、在校同学、媒体、妇联及其他朋友加入，共建专业交流的和谐平台！