

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报

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

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

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

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

2011年总第19期 增发专辑1 编辑时间：20110620

本期主题：创新审判模式 促进家庭和谐—广东高院关于家事审判合议庭试点工作的调研报告等一组《民事诉讼法》修改、家事诉讼程序相关资料

编者杨晓林律师的话：“婚姻案件无小案”，作为一线律师，特别是从事婚姻家庭业务的专业律师，对此深有体会，民事诉讼中的实体正义与程序正义始终是我们所关注的，遗憾的是不论是实体，还是在程序立法方面，我国立法均有不足，特别是在程序方面，家事诉讼程序被严重忽视，当事人的权益很难得到保障。建立中国专门的家事法院，制定专门的家事诉讼程序，是我们家事律师、家事程序学者所梦想并始终不渝追求的。

值此《民事诉讼法》修改之际，我们非常欣喜地看到最高人民法院姜启波法官等对家事程序明确提出重视“民事诉讼法中增设家事诉讼程序，专门审理除遗产继承、财产分配之外的婚姻、收养、亲子关系等家事身份关系案件，强调当事人熟虑、强调调解解决、强调专业人士陪审、强调隐私保护等，意义十分重大，修法中亦应充分考虑。”还有其他等等。

我今年先后参加了几个有关民事诉讼法修改、多元化纠纷解决机制（调解）的研讨会、讲座，由此萌生出想搞一个关于“民事诉讼法修改背景下的家事诉讼程序”民间沙龙，希望社会关注家事诉讼程序问题，我把我的想法与关注与研究研究诉讼程序及家事程序领域的北京理工大学、司法高等研究所主任徐昕教授、湖北宜昌中院王礼仁法官、南京师范大学陈爱武教授、北京航空航天大学张晓茹博士等老师交流，没想到得到他们的一致支持，我非常感动。我后来把这一想法汇报给了我们北京市律师协会婚姻家庭法律专业委员会主任雷明光老师，获得他的充分肯定，这个研讨活动有望上升到正式的由我们北京市律师协会主办的研讨会，希望得到学者、法官、专家们的支持。

虽然我们很清楚，这次民诉法修法，家事诉讼程序可能很难单独列章节写进去了，但是我们已看到了希望，我们会一直为之而努力。

目 录

中心文章：

创新审判模式 促进家庭和谐—广东高院关于家事审判合议庭试点工作的调研报告

2011-6-16，来源：人民法院报

民事诉讼法修改相关报道：

最高人民法院副院长江必新强调处理好七种关系 民事诉讼法修改第三次研讨会在京举行
法制网 发布时间：2011-06-15 08:52:44

全国人大常委会将适时启动民事诉讼法修改 最高法副院长称目前民事审判案多人少矛盾突出

---2011-02-22 新京报 记者 张蔚然

我国民事诉讼法修改工作启动 涉及八方面问题-----2011年03月20日 法制日报

民事诉讼法修改剑指“起诉取证申诉”三大难点-----2011-06-15 作者：蒋安杰 法制日报

创设多元民事诉讼程序的几点建议---姜启波，最高人民法院，2011年06月15日 法制日报。

民事诉讼法将修改 专家称强制执行或将单独立法-----来源：[新京报](#) 2011年06月14日

民诉法大修尚有悬念---《法治周末》 2011-03-30 法治周末记者 陈 霄

法学讲堂：论民事诉讼法的起草与修订---民事诉讼法全面修改系列讲座

江伟 中国人民大学法学院 教授 上传时间:2011-6-13 来自中国民商法律网

民事诉讼立法修改与程序分化 作者：王亚新 2011-04-11 18:19 来自清华大学网站

有关家事诉讼程序部分报道及理论探讨：

我国研究家事诉讼或人事诉讼的主要作者和著作----转自湖北宜昌中级人民法院王礼仁法官的“婚姻法直播”新浪博客 http://blog.sina.com.cn/s/blog_629353af0100p16v.html(2011-02-16 10:33:11)

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

原载《中华女子学院学报》2011年第1期 王礼仁法官

江苏新沂法院设立“离婚缓冲室” 劝和百对夫妻----2011年06月17日 人民法院报 窦金虎

钢铁巨头之妻“被离婚”案-----2011-06-10 作者:陆晴 来源:三联生活周刊

检讨与建构：离婚案件中的反诉问题研究--杨兵 北京朝阳法院法官 :2011-5-9 中国民商法律网

通州：离婚诉讼走“绿色通道”--2011/3/19 人民法院报 本报实习记者 杨 帆

虚假诉讼的“蛛丝马迹”---2011年03月23日 02:09 来源：检察日报

广东：涉家暴离婚案法院可依职权取证.....2011年03月25日 来源：法制日报

“和、引、保”三字裁断家事案.....2011年03月25日 来源：法制日报

家事审判 中山试水一年间.....2011年03月28日 来源：人民法院报

“清官难断家务事”？省高院试水家事合议庭-2010/03/24 来源：南方网讯

广东法院试点组建家事合议庭--- 2010年3月24日 人民法院报

北京晚间法庭昨夜审法官称晚上开庭更易调解---2011年02月25日 法制晚报

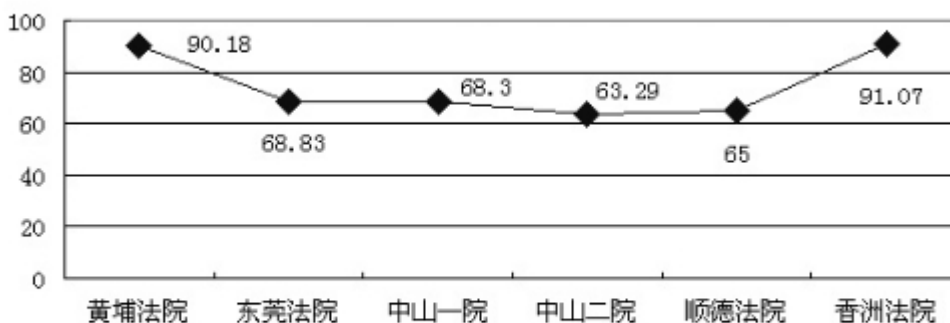
正 文

创新审判模式 促进家庭和谐

——广东高院关于家事审判合议庭试点工作的调研报告

2011-6-16 来源：人民法院报

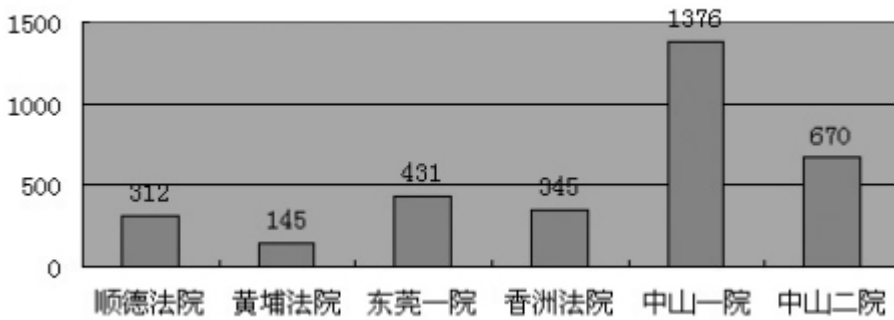
图一：各试点基层法院家事审判合议庭调撤率



◆折线图 1

(%)

图二：各试点基层法院一审案件收案情况表



(件)

为适应新形势下婚姻家庭案件数量增长快、案情渐趋复杂的需求,提高审理家事案件的专业化水平,广东省高级人民法院在充分调研的基础上,于2010年3月在中山市中级人民法院、珠海市香洲区人民法院等1家中院、6家基层法院试点设立家事审判合议庭,专门审理婚姻家庭案件。一年多来,广东法院本着“大胆探索、先行先试”的原则,积极探索家事案件审判的新路子,取得了良好的法律效果和社会效果。

试行家事审判合议庭的背景及基本情况

2007年至2010年,广东省受理的婚姻家庭纠纷(不含继承纠纷)一审案件分别为41264件、43358件、47765件、50915件,均占广东省受理的民事案件总量10%以上。同时,家事案件具有强烈的伦理性,特定的亲属之间既存在法律关系,又存在伦理关系。然而,司法实践中处理此类案件基本上采取审理财产案件的方法,对家事案件的情感色彩和人伦特点重视不够,简单化、程序化处理的情况比较突出,有些案件审结后的社会效果不佳。家事案件的处理直接影响社会和谐,为了维护社会公共利益,公权力需要较多地介入家事案件的解决,而家事案件又主要涉及当事人的私人领域。家事案件不仅要通过裁决解决纠纷,更需要鼓励当事人通过协商、和解等方式化解矛盾、解决纠纷。因此,基于广东省家事案件收案的情况和家事案件自身的特点,2010年3月,广东省高级人民法院在中山市中级人民法院、珠海市香洲区人民法院等1家中院、6家基层法院试点设立家事审判合议庭。各试点法院在制度建设、调解工作、调研创新方面均取得了比较明显的进展。

(一) 狠抓制度建设,家事审判合议庭的规范化建设取得明显进展。各试点法院制定了《家事审判工作流程》、《人身安全保护裁定实施细则》、《家事纠纷诉讼指引》等工作规范,明确家事审判合议庭的工作职责、立案范围、审理流程,为试点工作取得良好成效夯实基础。广东高院于2010年12月下发了《家事审判合议庭工作规范指引》、《人身安全保护裁定适用指引》。同时,各试点法院还积极开展家事纠纷诉调对接机制建设。

(二) 狠抓调解工作,家事审判合议庭审理的案件呈现“两高一低”(高调解率、高服判率、低改判率)的良好态势。服判息诉、案结事了是审判执行工作的“硬道理”,各试点法院以设立家事审判合议庭为契机,创新制度,深挖潜力,调撤率和服判息诉率得到大幅提升。2010年3月至2011年2月,各试点法院家事审判合议庭新收一审案件3279件,审结案件2655件,调解结案1859件,平均调撤率达70.02%,其中广州市黄埔区人民法院和珠海市香洲区法院的调解率分别为90.18%和91.07%(见图一)。结案率和调解率不仅高于近几年广东省基层法院婚姻家庭纠纷案件调解率平均水平,也高于广东高院排头兵指标所设定的2010年底一审民事案件调解率达到60%的要求。当事人对审结的家事案件提出上诉的154件,上诉率为5.59%,其中广州市黄埔区法院的上诉率仅为0.9%,远低于广东高院制定的排头兵指标上诉率不高于15%的指标,取得了案结事了、服判息诉的良好效果。

(三) 狠抓调研创新,形成多项重要调研成果。在目前我国家事审判工作实体法不完备、程序法又缺位的情况下,各试点法院积极开展家事审判调研,分析近年来婚姻家庭纠纷案件情况、特点和审理变化趋势,研究现代家事审判的新问题,突破现行理论的约束和樊篱,形成《关于审理涉家

庭暴力纠纷案件的调研报告》、《我国民事保护令制度的前瞻性研究》、《人身保护令在珠海的探索与实践》等成果，刊登在《人民司法》、《法庭》等刊物，这些理论与探讨为深入开展家事审判活动夯实了理论基础。

家事审判合议庭试点工作的特色创新

(一) 大胆探索符合家事案件特点的证据规则，实现“发现客观真实、追求实质公正”的审判目标。家事案件当事人及其利害关系人之间多具有紧密而又复杂的亲缘、血缘关系，亲亲相隐等传统家庭伦理规则，决定了在家事审判中仅依靠“谁主张，谁举证”的举证责任分配原则，难以查明离婚原因、夫妻共同财产范围及家庭暴力等私密性、隐蔽性较强的关键事实。为此，各试点法院在“发现客观真实、追求实质公正”价值取向指导下，大胆探索了符合家事案件纠纷特点的证据规则。一是针对家庭暴力案件，降低证明标准，合理分配举证责任。二是扩大法院依职权进行调查取证的范围，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。针对大多数家事案件当事人为社会弱势群体及诉讼能力偏低的实际情况，家事审判合议庭在审理案件过程中，加大释明力度，向举证能力较低的当事人释明具体案件需要证明的对象、所需证据种类及相关事实的证明程度，弥补当事人在诉讼能力上的不足。

(二) 大胆探索适应家事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。东莞市第二人民法院创设诉前家事案件财产申报制度，制作家事案件财产申报表供当事人在正式开庭前填写，明确当事人不申报相关财产应承担的诉讼风险，固定庭审争议财产范围，有效提升办案效率。二是试行家事案件不公开审理制度。家事案件公开审理不利于当事人对涉及个人隐私、家庭隐私的事实开展充分质证，不利于法院全面掌握案情和探求当事人内心真意，也不利于保障参加庭审的未成年人的身心健康。针对家事案件公开审理的前述弊端，中山市两级法院试行家事案件不公开审理制度，除非当事人申请，家事案件一般不公开开庭审理。三是试行当事人亲自到庭制度。基于身份关系的特殊性，多数家事案件当事人在诉讼中的作用具有不可替代性，当事人亲自到庭不仅能使法院兼听则明，还有助于牵涉众多感情因素和生活误解的当事人消除误会，恢复感情。中山中院审理的当事人亲自出庭的家事案件调解率高达80%以上的事实证明，家事案件当事人亲自到庭制度更加符合家事案件审判规律。

(三) 大胆探索建立“人身安全保护裁定”制度，加大对家事案件当事人的保护力度。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。试点一年以来，珠海市香洲区法院和中山市第一人民法院共受理人身安全保护裁定申请13起，发出人身安全保护裁定8份，裁定驳回申请5份。其中，未经听证程序作出的11份裁定中没有复议后被撤销的，说明法官自由心证对家庭暴力可能性判断的准确性较高，允许法官充分行使自由心证有利于简化人身安全保护裁定的程序，及时保障受害人合法权益。

(四) 大胆探索契合家事审判特点的调解机制，形成“劝、批、谈、教”的调解新模式。家事案件不宜简单地用“一刀两断式”的判决来处理，而必须把促成当事人之间恢复感情、消除对立、实现和解作为纠纷解决的根本目标和价值取向。因此，调解必须深入细致了解当事人的内心世界，通过“劝、批、谈、教”相结合，达到解开心结，彻底消除矛盾。在此基础上，试点法院主要采取以下调解手段：一是调解不局限于当事人的诉讼请求。二是劝离与劝和相结合。三是以家庭（族）会议促调解。

(五) 大胆探索家事案件判后司法延伸服务，创设了“探视抚养档案、登记离婚协议司法确认、心理指导矫治服务、社会帮扶”的新举措。一是建立判后探视抚养档案，解决离婚后子女抚养探视难题。佛山市顺德区人民法院创设了离婚案件判后探视抚养档案。二是建立登记离婚协议司法确认

机制。广州市黄埔区法院与黄埔区民政局共同开展离婚协议司法确认工作，有效地解决了“婚离了，事未了”的问题。三是借力专业组织和机构，为当事人提供心理指导矫治服务。广州市黄埔区法院在此类案件中引入心理疏导机制，在专业机构的协助下，由执业心理医生进行心理干预，帮助当事人解除心理障碍，取得了明显效果。四是定期回访重大敏感案件，尝试已结案件社会帮扶机制。

家事审判合议庭试点工作中存在的主要问题

(一) 各试点法院家事审判工作发展不平衡。一是试点法院收案、结案数量不平衡。例如就各试点基层法院而言，在一年的试点期间，收案最多的中山市第一法院达到 1376 件，而收案最少的广州市黄埔区法院只有 145 件，两者相差近 10 倍之多（见图二）。二是人身安全保护裁定的实施不平衡。7 个试点法院设立了 17 个试点合议庭，仅珠海市香洲区法院和中山市第一法院开展了人身安全保护裁定的司法实践。

(二) 法院依职权调查取证的力度难以准确把握。目前，家事审判合议庭审理的家事案件主要还是适用普通程序

审理的民事案件，法院在审理家事案件过程中应在哪些方面调查取证，在何种程度上突破一般民事案件由当事人提供证据的规则，维护审判者中立地位，成为困扰家事审判的一大问题。

(三) 人身安全保护裁定制度需进一步完善。一是人身安全保护裁定的受理范围有待放宽。实践中，存在的一些制止家庭暴力而不想解除婚姻家庭关系的受害人，因顾虑申请人身安全保护裁定必须起诉离婚而不提出这项司法保护请求，同时也限制了未成年的家庭暴力受害人申请该项司法保护，导致广东省人身安全保护裁定程序启动率不高。二是人身安全保护裁定的执行问题有待加强。如当事人违反裁定的，申请人可以向人民法院申请强制执行。家庭暴力大多发生在法院正常工作时间之外，仅靠法院的力量难以使受害人的合法权益得到及时保护。最佳选择是公安机关参与协助执行人身安全保护裁定，但很多公安机关以法律没有规定为由不配合，如何进一步协调公安机关参与裁定的执行十分迫切。

(四) 家事审判的长效协作和社会参与机制建设相对滞后。从审判实践来看，由于缺乏更高级别的机构进行统筹，也缺乏经费保障，各地还没有建立常态的联动机制。在行政机关和政府职能部门之间的职能分配呈条块分割的状态下，家事审判的社会参与和长效协作机制无法可依，仅靠个别试点法院与当地政府协调分散建立家事审判社会参与和长效协作机制，在个案中争取相关部门的支持与配合，无法解决试点法院整体家事审判社会参与和协作机制不完善的问题。

进一步推进家事审判合议庭工作的建议

(一) 以民事诉讼法修改为契机，将实践中成熟的审判制度纳入法律规定，破解家事审判工作欠缺规范化的难题。目前，我国民事诉讼法正处于修改阶段，建议对以下问题作出明确规定：一是规定家事案件采取“三限”原则，即“有限辩论原则、有限处分原则、有限公开原则”。最高人民法院出台《关于民事诉讼证据的若干规定》后，当事人主义诉讼模式已被广泛应用到民事诉讼之中。如前所述，家事案件具有很强的特殊性，应在当事人举证的基础上，加强法院依职权调查取证的力度。家事案件往往涉及个人隐私，关涉未成年人的健康成长，因此，对家事案件的审理应以不公开审理为原则，以公开审理为例外。二是重新审视家事案件的举证责任分配原则。家事案件具有特殊性，法律对此类纠纷的举证责任亦应予以单独规定。如针对家庭暴力连续性、隐蔽性的特点，应采取合理的举证责任分配原则，减轻受害人的举证责任，加大施暴人的举证责任，具体方法可以借鉴广东高院《家事审判合议庭操作指引》之规定。

(二) 合理配置家事审判合议庭的审判资源，破解试点工作发展不平衡的局面。一是收案较少的试点法院，可以考虑适当扩大收案范围。目前，家事审判合议庭受理的案件为离婚纠纷、婚姻关系无效纠纷、撤销婚姻关系纠纷、离婚后损害赔偿纠纷、同居关系析产或者子女抚养纠纷、确认或解除收养关系纠纷等 6 种，其中以离婚纠纷居多。但实际上赡养纠纷、分家析产纠纷、继承纠纷等均是家事案件，收案较少的试点法院将上述案件纳入家事审判合议庭收案的范围，不仅可以进一步提高专业化审理水平，而且为今后的试点工作提供可供借鉴的经验。二是收案过多的试点法院可以考虑增加家事审判合议庭。家事审判合议庭除了完成正常的审判任务之外，还承担了积极探索审判

工作新方法、总结审判工作新经验的任务。收案过多,案件压力过大,家事审判合议庭的上述功能无法凸显。三是为家事审判合议庭提供更为充分的支持,充分调动家事审判合议庭的工作主动性、能动性。与经济纠纷比较而言,家事案件涉及的标的一般不大,但案件大多十分琐碎,还需探知当事人的内心世界,并与各相关职能部门积极联动,方能彻底解决纠纷。家事审判合议庭承受了十分繁重的审判压力,理应在经费保障、评先评优、晋升等方面予以适当倾斜。

(三) 全面推进人身安全保护裁定的制度建设,破解裁定申请少、执行难的难题。一是要放宽人身安全保护裁定的申请条件。广东法院出台的《人身安全保护裁定适用指引》规定,诉前提出申请的,当事人应当在人民法院签发人身安全保护裁定之后15日内提出诉讼。逾期没有提起诉讼的,人身安全保护裁定自动失效。上述规定将人身安全保护裁定的适用与离婚诉讼联系起来,可以防止条件太宽松可能会引起大量的人身安全保护裁定申请,致法院难以应对的情形,具有一定的合理性。但在现阶段,为了进一步发挥人身安全保护裁定的作用,还是可以考虑将人身安全保护裁定与提起离婚诉讼脱离开来,即当事人受到家庭暴力侵害时,在提供初步证明材料后即可向人民法院申请核发人身安全保护裁定。二是加强人身安全保护裁定执行的配套法律和硬件支持,如配备安置场所,协调卫生行政主管部门安排被申请人自费接受心理治疗,协调公安机关执行人身安全保护裁定等。

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

最高人民法院副院长江必新强调处理好七种关系

民事诉讼法修改第三次研讨会在京举行

法制网 发布时间: 2011-06-15 08:52:44

法制网讯 记者蒋安杰 为了契合全国人大民事诉讼法修改进程,推进民事诉讼法学研究,中国法学会民事诉讼法学研究会继第一场在清华大学法学院、第二场在北师大法学院举办民事诉讼法修改系列研讨会之后,6月11日,又与最高人民法院、中国政法大学在法大共同举办以“民事诉讼法学修改”为主题的第三次研讨会。

中国法学会民事诉讼法学研究会名誉会长江伟、全国人大常委会法工委民法室副主任扈纪华、中国法学会副会长周成奎及最高人民法院副院长江必新、中国政法大学校长黄进分别致辞,来自国内高校的部分专家学者、全国人大法工委民法室的有关负责同志以及最高人民法院的法官参加了会议。

与会代表围绕“审判监督程序立法完善、公益诉讼制度立法研究、审前程序立法完善、抑制恶意诉讼立法研究”四个问题进行了深入的研讨。

最高人民法院副院长江必新在致辞时强调,民事诉讼法的修改应当立足于中国国情,关注社会期待,契合科学发展与构建和谐社会之内在要求,达到进一步促进司法公正、切实保护当事人权利的目的。一部好的诉讼法应当具备三个要素:一是要尊重诉讼的基本规律,符合程序的基本理性,契合程序法的本质属性;二是要面对现实,因应国情,解决实践中存在的突出问题;三是要平衡价值,处理好各种价值之间的关系。

江必新同时指出,为了达到这个标准,民事诉讼法的修改应该妥善处理好七个方面的关系:一是处理好公正与效率的关系,不能顾此失彼;二是处理好当事人诉讼处分权与法院程序主导权的关系,共同致力于纠纷解决的目标;

三是处理好司法最终解决与多元纠纷解决机制的关系,尤其要注意完善诉讼与非诉讼的衔接机制;四是处理好裁判的稳定性与有错必纠的关系,兼顾法安定性、合目的性与合正义性三大价值;五是处理好方便当事人诉讼与建构最低限度的正当程序的关系,使当事人能够接受有程序保障的司法服务;六是处理好当事人的意思自治与国家干预的关系,依法维护社会公共利益、国家利益和公民权益;七是处理好尊重当事人诉权、诉讼权利与防止其滥用诉权、诉讼权利的关系,采取有效措施减少恶意诉讼与虚假纠纷。

来源: 法制网——法制日报 (责任编辑:唐新茗)

全国人大常委会将适时启动民事诉讼法修改

最高法院副院长称目前民事审判案多人少矛盾突出

2011-02-22 09:41:25 新京报 记者 张蔚然

记者 21 日从最高人民法院民事诉讼法修改座谈会上获悉,1990 年至 2010 年,全国法院民事一审案件收案年均增长 9.56%。最高法院副院长奚晓明表示,全国人大常委会法工委适时启动民事诉讼法修改工作,为加强和改进民事审判工作提供了有利契机。

记者从会上了解到,2008 年至 2010 年,全国法院一审案件收案共计 19977144 件,其中一审民事案件收案 17303357 件,占人民法院全部诉讼案件的 86.62%。

奚晓明指出,民事诉讼法是中国特色社会主义法律体系中一部重要的法律,也是人民法院在审理民事案件中所依据的主要程序法律。民法实施近二十年来,对民事审判工作的顺利进行和民事权利的有效维护起到了重要作用,民事审判工作是人民法院审判工作的重要组成部分。

奚晓明确说,近年来,随着经济社会的发展和人民群众法律意识的提高,大量的矛盾纠纷以诉讼形式涌入法院,人民法院民事审判工作出现了一些新的特点,突出表现为案件数量大、涉及范围广、审理难度高。由此,也给人民法院的民事审判工作带来了新的问题和困难,如案多人少矛盾突出,执行、信访案件压力大。在民法的修改建议中,也要高度重视对人民群众诉讼权利的保护,以更好地满足人民群众日益增长的司法需求。

民法再次修改工作已启动

2011 年 03 月 10 日 10:02:21 来源: 法制日报

“目前修改民法的工作已经启动。”全国人大常委会法工委民法室副主任扈纪华近日就我国民法、民事诉讼法的立法进程与展望,接受记者采访时透露。

扈纪华介绍,民事立法包括实体法和程序法。在民事实体法方面,我国先后制定了民法通则、合同法、物权法、著作权法、商标法、专利法、婚姻法、收养法、继承法、侵权责任法、涉外民事关系的法律适用法等法律,在行政法、社会法等法律中,对民事关系也作出了一些规范,形成了以民法通则为基干,以具体法律为支撑的民事实体法。在民事程序方面,先后制定了民事诉讼法、仲裁法、海事诉讼法、人民调解法等法律。

民法通则通过前曾有过争论

新中国成立后民法通则制定之前,我国进行过民法起草工作,但因多种原因而中断。

“民法起草的中断,除了经济社会的客观条件和其他原因外,主观意识上的一个重要问题就是对商品经济如何认识。”扈纪华说。

1979 年,粉碎“四人帮”后,立法机关开始民法的起草工作。但当时制定一部完整的民法典条件还不成熟,因此便采取化整为零的办法,先将那些急需的、比较成熟的部分制定单行法,如 1980 年制定婚姻法、1982 年制定商标法、1984 年制定专利法、1985 年制定继承法。

1986 年,我国制定了民法通则,这是国家的一部民事基本法律。扈纪华透露,当时,对民法通则关于调整社会主义商品经济关系的规定争论得非常激烈。一些批评意见认为,民法通则的制定与党和国家在经济立法上的方针和部署并不协调一致,在民法通则起草过程中以及关于草案的说明中,不提党中央提出的建立经济法体系这一当前立法工作中的主要目标和中心任务,将给经济法体系这一门新兴的法律部门和法律科学造成混乱,对经济建设、法律和法学建设(其中也包括民法)都是不

利的。认为现在制定民法通则是不适宜的。

彭真同志为此专门召开委员长会议,把一些专家对制定民法通则的意见印发各位副委员长讨论。彭真同志在会上明确指出:“关于民法的调整范围,民法通则草案第二条规定了是平等主体之间的财产关系和人身关系。第三条规定,当事人在民事活动中的地位平等。第四条规定,应当遵循自愿、公平、等价有偿的原则。第三条、第四条是对第二条的补充。民法只能这么搞,管平等主体关系,没有包括领导关系、隶属关系,即纵向的经济关系。”委员长会议表示同意彭真同志的意见。民法通则在经过争论后,在全国人大会议上顺利通过。

民事的基本法律已相继出台

为进一步完善民事法律制度,受委员长会议的委托,2002年,全国人大常委会法制工作委员会在已有民事法律的基础上,形成了共有9编1209条的民法草案。

民法草案提交初审后,不少常委会组成人员以及有关方面认为,民法涉及面广,内容复杂,一并研究修改历时较长,以分编审议通过为宜,当前应抓紧制定物权法。

根据常委会组成人员的意见,十届全国人大常委会立法规划列入了民法草案中的物权法、侵权责任法和涉外民事关系法律适用法。

“物权法历经两届人大八次会议审议通过。”扈纪华说,物权法是一部明确物的归属,保护物权,充分发挥物的效用,维护社会主义市场经济秩序,维护国家基本经济制度,关系人民群众切身利益,规范财产关系的民事基本法律,是一部政治性、政策性和专业性很强的法律。

继物权法之后,民法草案中的侵权责任法和涉外民事关系法律适用法又分别于2009年12月和2010年10月经十一届全国人大常委会第十二次会议和第十七次会议审议通过。

关于民法草案中的人格权法的制定问题,扈纪华介绍,法工委曾与人民大学一起于2008年和2010年10月召开过两次国际研讨会,学术界对于是否单独制定人格权法存在不同意见,有的主张单独制定;有的主张在民法的民事主体部分规定人格权的内容即可,不必单独立法。这一问题还需进一步研究。

民诉法适用经济审理有过争论

“在民事立法方面,我们是先制定的程序法,1982年制定民事诉讼法(试行)时,许多民事方面的实体法还没有制定。”扈纪华介绍,有人主张先制定实体法,然后才能制定程序法。之所以没有这样做,是因为实体法比较复杂,不是短期内就能够制定出来的。在实际生活中,存在着大量的民事纠纷,法院进行审理时需要程序方面的规定,并且我们对民事审判工作有一定的经验,所以就先制定了民事诉讼法(试行)。

“民事诉讼法是国家的重要基本法律。”扈纪华介绍,1982年3月,五届全国人大常委会第二十二次会议,根据大会的授权,通过了民事诉讼法(试行),于当年10月1日起试行。1991年4月9日,七届全国人大四次会议通过了民事诉讼法。这部法律是在1982年民事诉讼法(试行)的基础上补充修改而成的。

在这次修订中,对于民事诉讼法是否适用于经济审理有较大争论,一种意见认为,民事诉讼法对审理经济案件不适用,主张专门制定一部经济诉讼法;另一种意见认为,民事诉讼法对经济案件原则上是适用的,可以对审理经济案件的一些问题加以补充,不必单独制定经济诉讼法。经研究,立法机关采纳了第二种意见。

民诉法实施16年后的2007年,我国对民诉法进行了部分修改。扈纪华介绍,那次修改主要包括审判监督程序、执行程序等方面内容。

民诉法修改涉及八方面问题

“2007年对民诉法的修改仅是部分修改。”扈纪华介绍,当时全国人大代表和有关方面还提出了一些其他意见,如一审普通程序、简易程序、二审程序、公益诉讼制度、证据制度、检察监督、调解制度等都有所涉及。

扈纪华介绍,目前启动的民事诉讼法修改涉及的问题较多,主要问题包括:

一是民诉法中的简易程序和小额诉讼程序。现行民诉法对简易程序规定的非常简单,只有5条,

按民事诉讼法规定,民事审判适用普通程序原则,而简易程序属于有限的适用,但目前中国案多人少的矛盾突出,司法实践中,50%至80%案件基层法院都在适用简易程序,现在有人提出要对简易程序作出更加具体的规定。此外,有人提出一些标的额较小的案件是否适用比简易程序更简的制度,对小额诉讼是否可以在较短的期限内适用一审终审、一次庭审当庭宣判等特殊程序。我们需要研究是否要建立小额诉讼制度,是否赋予当事人程序选择权、小额诉讼的适用范围、审级、程序、如何向普通程序转变的程序以及如何规定对当事人的救济程序等问题。

二是关于民事诉讼中的证据制度。现行民事诉讼法268条只有12条对证据问题作了规定,这些规定显然是不能适用司法实践需要的。关于调查收集证据问题我们国家规定的是法院依职权调查与当事人自行收集证据并举的制度,关于法院是否介入证据调查一直存在争议,有人认为法院介入打破了双方当事人平等地位的平衡;也有人认为,如果法院不介入调查,有些证据材料当事人拿不到,如银行、工商、税务等有关部门掌握的相关证据,当事人收集有困难。要不要赋予律师在调查证据中的权利,给多大的权利等。此外,关于举证时限、证据的审核和认定、举证妨碍的措施、鉴定结论等相关问题都需要研究。

三是关于审前程序问题。目前有的法院在进行审前程序的探索试点工作,有的提出应当规定一个独立的审前程序,这个程序包括送达诉讼文书,对管辖、诉讼主体资格等程序问题的审查,行使释明权,进行审前调解的,进行繁简分流等。有的人认为审前程序不应当是一个独立的程序,主要是将审前准备程序细化的问题,现在反映的问题是法院内部的分工问题。这里需要研究的问题是人民法院受理案件后有哪些工作应当在审理前完成,与审前准备程序的证据交换、争点整理等程序的关系等。

四是检察监督问题。检察院监督民事诉讼是中国的一个具有特色的制度。现行民事诉讼法规定对发生法律效力判决裁定的监督,即事后监督。现在有的提出,为了保证案件的公正审理,应当把检察监督扩展到事前和事中以及执行过程中,如司法实践中出现的不予立案也不给当事人裁定的问题,审判中当事人对管辖异议、对回避申请等程序问题,执行中的执行乱等问题需要监督。这里涉及理论与实践问题,分歧较大,需要进一步研究、沟通取得共识。

五是公益诉讼问题。公益诉讼也是多年来人大代表、有关部门和社会上关注的问题。如消费者权益的保护、环境污染的问题等,这些涉及到大众、国家的利益,谁来诉?尤其是对环境的破坏,光靠行政的、刑事的管理和处罚是不是就可以了,公益诉讼谁提起,诉权请求权应该包括哪些,是停止侵害还是对以前的侵害行为也要求赔偿,如何对众多的不确定主体赔偿等,公益诉讼需要研究的问题也很多。

六是诉讼外调解协议的司法确认问题。调解在中国有着深远的历史传统的,现在诉讼外有行政机关的调解、人民调解、商事调解以及法院立案前的调解,诉讼外的人民调解一般是由一些德高望重的人居中调解解决民间纠纷。诉讼外调解达成协议后具有何种效力?人民调解法规定了确认程序,除此这外,其他调解没有明确的法律规定。如承包法规定的调解、劳动争议纠纷、商事调解等,院外调解履行的没问题,如果不履行的到法院确认或者诉讼如何衔接需要在法律中作出规定。

七是再审问题。目前我们国家启动再审一是检察院抗诉,二是法院依职权再审,三是当事人申诉申请再审。有的人提出法院依职权提起再审是否还应当保留,对检察院提起抗诉再审及抗诉的事由要不要有一定的限制,公权力机构介入私权利是否合适,是不是只对涉及公共利益、社会秩序的提起抗诉;有的提出需要对向哪级法院提起再审的级别问题、再审的次数问题是不是要有限制性规定、再审是否应当规定特定的审理程序等进行研究。

八是执行程序问题。有人提出执行要单独立法,各国有不同的立法例。此中,对执行中异议的审查和救济问题,是重新起诉还是在执行中纠正,执行中被执行人的财产不足以偿还全部债权人债务又不能用破产程序解决时,是按比例还是按顺序分配,与破产的区别与衔接,执行中的拍卖主体、拍卖程序等都是需要研究的。

“除了以上问题,民事诉讼法的修改还有许多问题如送达问题、恶意或虚假诉讼等都是在民诉法修改中需要研究的。”扈纪华透露,目前民诉法的修改调研和征求有关方面意见工作正在抓紧进行中。(陈丽平)

民事诉讼法修改剑指“起诉取证申诉”三大难点

2011-06-15 作者: 蒋安杰 法制日报

我国民法自1991年实施,2007年立法机关首次针对当时突出的再审难和执行难问题作出了修改。

此次修法的核心是强化对当事人的诉权保障,比如当事人起诉难、收集证据难、申诉难等问题
□法制网记者蒋安杰

6月11日,中国法学会民事诉讼法研究会与最高人民法院、中国政法大学在法大共同举办了以“民事诉讼法修改”为主题的第三次研讨会,这也是民法修改列入今年全国人大常委会的立法工作计划之后,实务界与法学界为“民法修改”紧锣密鼓举办系列研讨会的又一次观点的碰撞与共鸣。

我国民法自1991年实施,2007年立法机关首次针对当时突出的再审难和执行难问题作出了修改。

此次修法的核心是强化对当事人的诉权保障,比如当事人起诉难、收集证据难、申诉难等问题。

面临各界经常反映的“三难”,为了不让民事诉讼多元化纠纷解决机制大调解格局走向异化,民事诉讼法的修改已经箭在弦上。

“这次民法修改是在司法实践和理论研究的积累上进行的,其基础是很雄厚的。修改的指导思想就是要解决司法实践中突出的问题,老百姓反应强烈的问题。在这次修改中要把握一些原则,比方说公正与效率的问题。为了实现公正可能会给予更多的救济,但是还要兼顾效率问题,正所谓迟到的公正就是不公正。简易程序的修改、小额诉讼的增加实际上就是在解决这个问题。”全国人大法工委的领导介绍说。

据悉,经过多次调研和专家座谈,全国人大法工委已经初步形成了修改方案。民法学界的著名学者江伟教授、杨荣馨教授和张卫平教授都分别提供了专家建议稿,至于建议稿中的哪些内容已经被吸收,哪些没有被吸收,负责人员都需要说明理由。

审判监督程序的立法完善

江伟 (中国法学会民事诉讼法研究会名誉会长):1991年对民法的修改较多,2007年作了局部修改。但是无论如何修改民法,都要明确一个原则:基本的原则制度不能变。首先要强调不能根本推翻,要进一步完善。民法施行二十多年的进程可以证明它是符合国情的,不能颠覆基本的东西。

另一点是我们这次修改要有不同的意见,不但要提出修改意见,而且还要提出修改理由。过分强调调解优先、调判结合的调解理论不是很合适。法律体系的形成过于强调而不实行是空谈。目前,有法不依、执法不严,谈不上法治社会。不应该强调大调解,这对诉讼的发展是有害的。调解优先、调判结合不应该规定在法律之中,如果作为法院的工作原则倒是可以的。有的法院人员说调解不用查明事实、分清是非,这是不对的。法治要讲规则之治,方方面面都要遵守规则,生活中的小事都做不到,不可能实现国家的法治。

李浩 (南京师范大学法学院教授):我个人认为,此次对审判监督程序的修订,可考虑围绕以下内容进行:

一是增设申请再审优先的原则。该原则有利于案件的诉求迅速获得解决,也体现了对再审启动程序的诉权化改造,把申请再审看作是当事人的一项诉讼权利。当事人申请再审被法院驳回后,当事人不服的,可以再向人民检察院申请抗诉。此外,该制度设计也可以有效减轻检察机关的负担,当然,该制度设计的前提应当是优化对人民检察院工作的考核机制。

二是增设申请再审的补充性原则。即申请再审,只有在当事人非因自己的过失而不能在原审中以提出异议、申请复议、提起上诉的方法提出时,才准许提出。该原则有利于一、二审程序的充分利用,也是建立再审制度的大陆法系国家多数都实行的原则,此外,最高人民法院和最高人民检察院的建议条文中也体现了这一原则。

宫鸣 (最高人民法院审监庭庭长):审判监督程序的完善,很关键的两个字:完善,而不是推翻。这

次得到修法的消息后,出现了很多议论。有的人主张应该以解决审判监督为目的;还有的同志提出应以解决现实中存在的问题,解决群众最关心的问题为思路。我的忧虑是,如果我们关注于解决某一类问题,以一个倾向性取代另一个倾向性,这样就谈不上完善了,就只有“完”而没有“善”。在有中国特色社会主义法律体系形成的背景下,我们应该追求法律体系内部的整体的科学和统一。

2010年出现了一个新的问题,一审案件上升,二审案件下降,再审案件上升。这“两升一降”说明了有一部分当事人不走二审程序,一审之后就申请再审或申请抗诉进入再审程序。所以解决再审案件上提一级的问题,有这样一个思路,一个是原生效裁判经过审委会讨论的案子上提一级,设置当事人申请再审在前,检察院抗诉在后;还有一种方式是向法院申请再审之后,让当事人到原审法院进行一定的释明,可称为软性的上诉许可。实践证明很多法院这么做以后,当事人搞清楚了判决意图之后,就没有回到上级法院继续申请再审,可减少申诉上访;另外一种方式是分清事实审和法律审。

蔡虹 (中南财经大学法学院教授):关于再审程序我想谈两点:第一是关于现行审判监督程序民事诉讼法第16章章名的修改,现在的章名与里面规定的内容逻辑上是不相符的,是有问题的。法院启动再审和检察机关抗诉引起的再审称为审判监督程序没有问题,但是当事人申请再审显然不是一个监督范畴的问题,而是一个救济层面的问题。因此,在修法时把监督层面的再审和救济层面的再审区分开,将再审事由和抗诉事由在技术层面分开,这个是可以达到的。因为监督性的再审和救济性的再审目标的设定是不一样的。

第二是检察院抗诉问题。在抗诉事由方面,应当将检察机关抗诉的事由与当事人申请再审的事由区别开来,应将抗诉理由严格界定在“违法的民事审判活动或审判行为”及审判人员在审判该案件时有贪污受贿徇私舞弊枉法裁判行为。在申请救济途径方面以当事人申请再审为主,与抗诉的事由不应该有功能上的混同。

公益诉讼制度的立法研究

刘荣军 (北京师范大学法学院教授):我们要打开公益诉讼这扇大门,这个门有个是大是小的问题,当然,这跟公益的界定有着密切关系,在现在的议论里面,把国家利益、政府利益、多数人利益考虑进里面的趋势比较明显,尤其是检察机关提起公益诉讼的时候,主要考虑的是国家利益。这些跟我们今天要谈论的公共利益是有所不同的,我自己觉得在这个问题上应该认真对待,即国家利益、政府利益和公共利益的区别,它们不能等同。

在市场经济发展的过程中,国家所代表的利益是代表一个抽象的利益,政府所代表的利益由于市场经济的影响,已经与公共利益有某种程度的对立,简单地将政府利益和国家利益等同于公共利益在制度上、现实中有一定难度。

肖建华 (中国政法大学教授):我看到了不同学者的建议稿,最高人民检察院的立法建议,还有最高人民法院的立法建议。大家在立法建议稿里对公益诉讼提出了不同意见,有的学者主张单独列为一章,或者作为特殊程序,或者作为特别程序的一部分。我对这个立法提议觉得有值得商榷的地方。我们在制定公益诉讼立法的时候是一项制度创新,但这个创新并不表明我们要在立法例上单独规定一章,理由是什么?它不属于特殊程序,也不属于特别程序,而是一个用通常诉讼程序,也可能适用简易程序来进行的诉讼。所以它应该说是属于一个当事人双方对抗的程序,因此我建议对公益诉讼不应设立专章,设立专章的话会造成在体例上的排斥。

王彦君 (最高人民法院民四庭副庭长):对于公益诉讼,我们的建议稿主要是提出一个主体问题,再一个是范围问题。主体是目前法律的一个缺失。现在有很多的水资源污染案件是怎么一个情况呢?每个具体的公民法人或者特定的社会组织遭受了损害,就按照普通的民事赔偿进行解决了。哪些不能解决呢?有一些权属是国家的,比如说河流、土地权属都是国家的,它的使用权涉及到社会的各个方面,所以其具有双重属性,一个是国家的资源,同时也是社会公共利益。

审前程序的立法完善

毕玉谦 (国家法官学院教授):我国现行审前程序存在一些弊端,我提出的改造建议包括如下几点:第一、法院与当事人之间以及当事人彼此之间的能动应加强,应建立强制答辩制度;第二、建立一些前置程序。如庭前证据交换,争议点的固定等程序,从而使当事人的举证有的放矢;第三、确立

多渠道审前程序,以适应不同案件的要求;第四、应确立举证时限,且举证时限要有一定的弹性,应当根据不同案件确定。

蔡彦敏 (中山大学法学院教授):在审前程序,我觉得应当明确法官的一个释明责任,即法官应当向当事人明确证明责任以及后果,促使当事人积极客观、诚实地承担证明责任。再有就是应当强调审前程序促进和解的功能,也就是说在这个阶段法官不是主要地承担调解人的角色,而是促进双方当事人达成合意并且制作具有法律效力的和解协议书。

抑制恶意诉讼的立法研究

陈刚 (华东政法大学教授):恶意诉讼和虚假诉讼的法律责任追究问题在很大程度上不是一个立法问题,而是一个法律的适用及完善问题。因为根据现有的理论及立法和司法实践都已证明,对恶意诉讼现象的处理不是无法可依,而是有法不依。

我认为不应当将恶意诉讼和虚假诉讼的概念写入民事诉讼法,因为这样写入的话会制造更多的麻烦,我国刑法不太可能对恶意诉讼专设一个罪名,我国民法也不可能为恶意诉讼专设一个损害赔偿,这是不入法的原因。

宋朝武 (中国政法大学教授):由于我国处于转型时期,在转型时期各种矛盾、纠纷不断变化而上升,其中一个重要的原因是中国目前在各个环节包括诉讼当中缺乏诚信。比如说在诉讼中,当事人之间丧失了诚信,包含各个环节的诚信丧失导致案件上升的原因。那么诚信丧失之后,有些人就利用我们国家法律的空子,即在法律上对恶意诉讼在概念上没有进行界定,包括民事处罚和刑事处罚没有作出明确的法律规定,因此一些当事人就胆大妄为,蔑视法律,以非法形式侵占国家、集体、他人的合法权益或者达到某种非法目的。我个人认为恶意诉讼在民事案件中经常发生,对有关行为不做法律规定会造成愈演愈烈的发展趋势。

林文学 (最高人民法院立案二庭副庭长):遏制恶意诉讼需要从道德的、经济的、法律的各个层面去解决,就民事诉讼法这方面来说我想提几点具体的建议:

第一,关于案外人申请再审的途径,或者修改案外人申请再审的规定;第二,修改现行民事诉讼法,对强制出庭给予适当强化;第三,在处罚力度方面,对现行民事诉讼法做相应的修改,即对串通行为,虚假代理,伪证等民事责任、行政责任、刑事责任作出符合实际的规定,改变行为人的利益风险预期。

中国法学会民事诉讼法学研究会负责人、清华大学法学院教授张卫平对四个专题进行了精彩点评。他谈到,在审判监督程序方面,重点涉及申请再审优先的问题。首先应当是当事人向法院申请再审,没有向法院提起再审不能向检察机关提起抗诉,检察机关也不宜提起抗诉,我们的主要考虑是消耗司法资源的问题,实际上从实证数据来看通过申请再审启动再审程序的比例是很高的,无需再通过检察机关再提起抗诉,这个现象值得关注。

创设多元民事诉讼程序的几点建议

2011年06月15日来源:法制日报。法学院

姜启波,最高人民法院立案一庭副庭长、法学博士
□姜启波

民事诉讼法的修订,应以有助于确立司法公信为着力点。实行繁简分流与纠纷的类型化处理,乃解决诉讼低效问题的根本出路。为此,笔者认为,必须设立适于案件分类处理的多元民事诉讼程序。

审前程序是民诉法修改的重头戏

我认为审判监督程序和审前程序是有关联的。之所以会出现这么多申诉和上访,很大原因就是我们没有审前程序。江伟老师说“调解优先,调判结合”这一原则跟民事诉讼法的自愿、合法的调解原则不相吻合,确实有这种情况。但是我们国家几十年来民商事审判或



者调解总是在两个极端,要么是高审判率,要么是高调解率。我觉得其中一个重要原因也是我们没有建立审前程序。现在法院提出的“调解优先,调判结合”也是不得已而为之,也是符合现代社会需求的。否则一审大量的判决、二审大量的上诉和大量的申请再审是没办法解决的,效果也不好。所以民事审前程序是民事诉讼法修改重点中的重点,它不仅关系到民商事审判,还关系到法院能否走出困境。

现行民事诉讼法虽然规定了简易程序、普通程序、督促程序、特别程序、公示催告程序等,但实际上,对于普通民商事案件,可适用的初审程序只是前三种。而在督促程序中,只要债务人提出书面异议,该程序即应终结,债权人需另行起诉。此规定使得督促程序几乎成为“休眠程序”。

因此,通常情形下,普通民事案件非适用简易程序,即适用普通程序,繁简分流的操作空间极其狭小,影响了诉讼整体效率。

多元民事诉讼程序适于案件分类管理

民事诉讼法的修订,应做出以下努力:

其一,设立民事审前程序。民事诉讼案件一方面数量多,必须高效完成;另一方面,少部分案件案情复杂,需要集中审理。在因应效率与公正的冲突中,英美法系国家选择了审前准备程序,但程序规定过于繁琐,在我国无法推行。

解决我国民事诉讼诸多问题,创设中国特色民事审前程序,势在必行,其已成为优化我国民事诉讼机制的焦点与核心。

笔者主张,在适用范围上,普通民商事纠纷案件均应首先经过审前程序,未经审前程序的案件,不得进入下一程序;在程序地位上,民事审前程序具有独立地位,与其他诉讼程序并行;在程序功能上,以实现繁简分流,并以庭审替代方式最大限度地解决民事纠纷为重点;在程序特征上,以实践经验为基础,形成诉讼内和法官主导下的多途径纠纷化解机制,不以英美国家审前证据交换与固定争点等为中心。

民事审前程序解决纠纷的方法有:法官释明后的准予原告撤诉,诉状送达与财产保全中的促进和解、调解,法院主导和法官指导下的委托调解,法官依职权调解等。由于民事审前程序承载着案件程序分流、管辖权异议等程序事项处理、促进和解、案件调解等功能,期限设定为自立案之日起两个月内完成较为合理。

其二,设立速裁程序,替代现有简易程序。对于经济欠发达地区数额在5000元以下、发达地区数额在5万元以下的给付之诉,或者微小权益请求诉讼,经调解无效后,一般由独任法官简易审理并当庭裁判。

基层人民法院和它的派出法庭可就一起案件当即审理并裁判,亦可就多起案件确定日期集中审理裁判。适用速裁程序审理的案件,期限自立案之日起,不超过一个月。

其三,完善督促程序,发挥支付令作用。人民法院立案后,对于事实清楚,证据充分的案件,经征得原告同意,可向被告发出支付令。被告提出书面异议的,其异议即视为答辩,原告不必重新起诉,案件直接进入调解或速裁程序。裁判结果与支付令一致的,应由被告承担原告因诉讼造成的损失。由督促程序转为速裁程序审理的案件,期限为两个月。

其四,将一审普通程序划分为审前准备阶段与开庭审理阶段。经过审前准备阶段的案件,限于适用简易程序审理的部分案件,如存在多种法律关系的商事纠纷、案情复杂的家事纠纷、需要审计鉴定评估勘验的房地产纠纷、知识产权等纠纷案件。具体哪些案件应当经过审前准备阶段,可由司法解释加以规定。对这些案件而言,审前准备阶段应是开庭审理的必经阶段。审前准备的任务是交换证据、固定证据,整理争点,促进和解,其功能与英美国家基本相同,目的是满足一次集中持续庭审的需求。

对于适用审前准备的案件,应当实行强制答辩制度,确立证据失权规则。普通程序审理的一审案件可设定两种审限,即须经过审前准备阶段的案件,审限为一年;其余案件审限仍为六个月。

其五,在民事诉讼法中增设家事诉讼程序,专门审理除遗产继承、财产分配之外的婚姻、收养、亲子关系等家事身份关系案件,强调当事人熟虑、强调调解解决、强调专业人士陪审、强调隐私保护

等,意义十分重大,修法中亦应充分考虑。

以上设计的目的,在于使不同的案件进入不同的审理程序,加快纠纷的类型化处理,提高诉讼效率。较为理想的状态是,通过审前程序、速裁程序、督促程序等在一到两个月时间内,解决70%左右的纠纷案件,过滤后不到30%的案件进入普通程序,而其中约半数案件又可在普通程序的准备阶段以裁判替代方式解决,最终只有10%或稍多的案件进入庭审程序,既大大提高一审案件处理效率,大幅减少裁判数量,又极大提高一审裁判案件质量。

同时,还应规定,只有经过普通程序审理的案件,当事人才享有上诉的权利,以有效缓解二审法院的压力,减少申请再审和申诉案件数量,从根本上扭转“人少案多”矛盾突出的局面,使民商事审判乃至法院整体工作步入良性循环。

民事诉讼法将修改 专家称强制执行或将单独立法

来源: [新京报](#) 2011年06月14日

汤维建

今年3月25日,东莞第三人民法院执法队来到塘厦清湖头冯屋围,屋主因欠亲戚124000元不还,被亲戚告上法院,申请强制执行。专家表示,今后强执可能会单独立法。刘在富 摄

对话人物
教授,中国法学会民法
名词解释

民事立法包括



汤维建,全国政协委员,中国人民大学法学院民事诉讼法学研究会副会长。

民事立法

实体法和程序法。在民事实体法方面,我国先后制定了民法通则、合同法、物权法、著作权法、商标法、专利法、婚姻法、收养法、继承法、侵权责任法、涉外民事关系的法律适用法等法律,在行政法、社会法等法律中,对民事关系也作出了一些规范,形成了以民法通则为基干,以具体法律为支撑的民事实体法。在民事程序方面,先后制定了民事诉讼法、仲裁法、海事诉讼法、人民调解法等法律。

1991年4月,全国人大通过民事诉讼法。这部法律是在1982年民事诉讼法(试行)的基础上补充修改而成的。实施16年后的2007年,民诉法首次修改,但修改内容不多。今年,全国人大常委会法工委再次启动修改该法,学者们预计此次将会是一次全面修订。

今年两会期间,全国人大常委会法工委民法室副主任扈纪华曾表示,民事诉讼法修改涉及的问题较多,主要涉及证据制度、审前程序、检察监督、公益诉讼、再审、执行程序等8方面的问题。

起诉难 法院要有诉必应

新京报:2007年民事诉讼法进行部分修改,这让期待大修的学术界有点失望。

汤维建:1982年通过的民事诉讼法(试行),实际上是计划经济的产物。1991年主要是调整诉讼模式,强化当事人的诉权,弱化法院的审判权,民事诉讼走上了向当事人主义模式的轨道。2007年主要修改的是执行程序和再审程序。这次修改要进一步强化当事人的诉权,进一步调整法院的审判权,朝着比较成熟的诉讼体制转变。



新京报：修改的关键在哪里？

汤维建：核心是强化当事人的诉权保障。如首先要解决对当事人起诉权的保障，现在起诉越来越难，对程序的要求越来越高，法院花在单位案件的时间越来越多。现在比较突出的问题就是起诉难。

新京报：起诉难有什么原因？

汤维建：起诉难的原因很多，有的是当事人起诉能力不足，有纠纷提交不到法院；有的是当事人有诉求，法院不受理，比如非常典型的公益诉讼，法院往往不受理。此外，群体诉讼、公害诉讼这些现代诉讼，法院受理可能会导致影响社会稳定，同时法院的审判能力也有点吃力。民诉法要解决的大问题，就是有诉必应，有求必理的问题。原告到法院起诉，法院不受理，也不给裁定。没裁定书，当事人不能上诉，这是立法中的一个漏洞，这次要想办法堵住这个漏洞。

新京报：我们讲到法治时会说，有权利必有救济。在民事权利保障上，保障当事人诉权是核心。

汤维建：诉权的作用越来越大，现代诉讼和传统诉讼尤其是我国古代的诉讼不同，古代诉讼强调审判权、强调官方的权力，现代诉讼强调当事人的权利，因为它要靠当事人自己来完成，比如由当事人提供证据、进行调查、进行法庭辩论，所以司法救济权是贯彻始终的，起诉后还有一系列的权利需要保障。

申诉难 应改向检察院申诉

新京报：当事人申诉权实现的不好，导致很多人不找法院而去上访了。

汤维建：当事人不服法院裁判是在所难免的，法官也不能绝对不犯错误，判了错案后要纠正，但申诉权的保障不力，造成了大量的上访。当事人通过司法获得救济的途径无法实现，他就寻找司法以外的途径寻求救济，这是目前法治建设中强调司法作用必须要解决的一个问题。

新京报：为什么申诉权难以实现？

汤维建：申诉实际上是对法院提出指控，指控法院判了错案，让法院纠正错案，法院有错案追究制，即便上提一级，有时也不起作用，因为下级法院做出判决时往往要请示上级法院，因此当事人向法院提出申诉，要求法院纠正错误的裁判是非常困难的。我们在诉讼法中有个格言，任何人不能成为自己案件的法官。实际上，申诉案件法官是一方当事人，和原来的案件是不一样的，如果还按普通的诉讼程序加以处理，就会造成当事人申诉权的保障非常软弱。

新京报：怎么改进这个不足？

汤维建：我的建议是取消当事人向法院提出申诉的制度，同时取消法院依职权发动再审的制度，当事人对生效裁判如有不满，应向检察院提出申诉，由检察院来决定是否提出抗诉。如果检察院认为确有错误，提出抗诉，法院必须再审。法院再审过程中，检察院进行跟踪监督，可以矫正不公正因素，尽可能的确保法院对申诉案做出正确裁判。

新京报：错案责任追究制是否也该取消？

汤维建：错案责任追究制，确实对法院纠正错案是有反作用的，纠正错案就意味着承担责任。为了避免承担责任，就尽量的拒绝纠正错案，这是一个很正常的思维。我认为应当采取一个更加务实的态度，这个制度肯定是不能废除的，对于严重的错案、枉法裁判的，不仅要追究司法责任，还要追究刑事责任。但是，这个制度应当得到非常严格的控制，如果没有发现法官有枉法裁判、严重违法法庭程序或者有明显的偏颇，就应该从宽适用这个制度。不然，看上去伤害的是法官，实际上最后伤害的是当事人。

取证难 完善收集证据权利

新京报：民事诉讼是“谁主张、谁举证”，但当事人收集证据很困难。

汤维建：这次民诉法要考虑完善当事人调查收集证据的权利。当事人有举证责任，但是巧妇难为无米之炊，当事人要举的证据往往不在他控制之中，可能在对方当事人那，也可能在其他单位，也可能在国外。这听上去是个很简单的问题，实际上非常复杂，诉讼成败往往系于此。现在民事诉讼法对这个基本没什么保障，最大的规定就是当事人可以申请法院调查取证，实际上仅仅局限于几种情况。

我们常听说“悬赏证人”，发生交通事故寻找目击证人，如果找不到关键性的目击证人，诉讼就很难打，这完全要靠当事人去找，但经常是很难找到。再比如医患纠纷，患者起诉医院，几乎所有证据都控制在医院，医院有可能篡改或伪造证据，当事人缺乏控制权，法院的调查取证权也很难行使到位。

新京报：采取什么办法能加强当事人收集证据的能力？

汤维建：美国在这方面是非常发达的，有个程序叫“发现程序”。按这个程序，律师可以向任何人、任何单位调查收集证据，只要与本案有关、不是保密的都可以收集，如果对方不提供，律师可以向法官申请“发现令”，律师凭令一定可以拿到证据，如果再拿不到，相关的人就构成藐视法庭罪。我国实践中出现了“调查令”制度，是由律师向法院申请的，应该说有一定的效力，但效力不强，对方可以拒绝，也没有制约措施。

新京报：民诉法修改应当明确调查令的法律地位和保障措施。

汤维建：对，我们不可能再回到靠法官去收集证据的老路了，肯定要推行当事人主义。不过调查令制度的实现还需要一系列的保障，如律师代理要比较普遍，不能原告有律师、被告没律师，但如果对当事人也发调查令就乱套了。同时，对于有关个人、有关单位也要有接受调查的义务和责任制约，如果他拒绝，就应该有法律后果。

新京报：中国现在还没有民事证据法，民诉法修改是否可以把这些证据规则写进去。

汤维建：这涉及我们是不是需要一部独立的民事证据法的问题，我认为应该建立独立的证据法，这些规则都可以纳入。

执行难 强执或单独立法

新京报：证据规则在民事诉讼中占据着重要的位置，制定一部民事证据法很难吗？

汤维建：民事证据法的专家建议稿已经不下5个了，而且都比较成熟，从立法技术上看没什么障碍了，但要推进立法非常难。

新京报：为什么？

汤维建：还是重实体法、轻程序法的观念，民法现在有民法通则、合同法、物权法、侵权责任法等，但民事诉讼法这么多年还是干巴巴的一些老条文。

新京报：民事实体法枝繁叶茂，诉讼法却没有获得足够重视，会制约实体法规定的实现吗？

汤维建：是一个严重的制约，民事实体法再发达，没有程序法的保障也是一纸空文，实体法无非是规定你有什么权利，如果你权利得不到实现就不能是真正意义上的权利，只能是权利的影子。

新京报：强制执行可能会单独立法。这是否会让法院把强制执行权交出去？

汤维建：暂时还不会，那是强制执行体制改革。执行权从法院职权中分离出去，我认为是第二步的改革目标，第一步的改革目标是把强制执行程序分离出来。

民诉法大修尚有悬念

《法治周末》日期：2011-03-30 法治周末记者 陈 霄

如果从新中国颁行民事诉讼法(试行)算起，至今已经是第30个年头。1982年的民诉法试行了10年，1991年才有正式的民诉法，2007年作过一次小修改，今年再次启动，或将迎来首次大修。

向专业进发用了20年

北京大学法学院民诉法学者傅郁林认为，1982年试行的民诉法，与其说是调整法院与当事人之间权利义务关系的程序法，不如说是一部法院审判的操作规程。其最大的历史进步是将新中国成立以来长期奉行的“依靠群众，调查研究，调解为主，就地解决”的民事审判十六字方针排除在立法之外，并且这归功于参与立法学者的强烈反对。

当年参加立法的中国人民大学法学院教授江伟回忆，当时他极力反对将口号式的用语而非法律语言写入立法：“光喊口号就能办案了？”

起草小组为此争论激烈，称其污蔑审判实践的人对江伟拍了桌子，而江伟也拂袖而去。后来的立法规定了“着重调解”。

1991年的民事诉讼法将“自愿合法”作为调解的基本原则，实务中调解案件的比例明显下滑。

傅郁林向《法治周末》记者介绍，1991年民事诉讼法主要是重新配置了法官与当事人的权限，当事人的诉权使司法裁判权受到一定的制约，法官职能有所弱化，例如对证据即由原来的全面“收集调查”改为“审查核实”。

立法的改变为上世纪90年代中期法院系统进行的审判方式改革提供了基础。这场由最高人民法院启动、学界广泛参与的司法改革，集中体现在《人民法院五年改革纲要》以及一系列司法解释和法律文件中，例如2001年的关于民事诉讼证据的若干规定。

这一规定大大加强了当事人的举证责任，著名的莫兆军案可谓是此规定的一个“副产品”。

2001年，广东省四会市人民法院审理了一起借款纠纷案，原告起诉一对夫妇，声称他们欠了自己一万元钱，并提供欠条作为证据。这对夫妇则声称欠条是在原告的威逼下被迫写的，但未能提供证据。审理此案的法官莫兆军认为，根据谁主张谁举证，被告夫妇不能证明自己没有借钱的主张，从而认定借条有效，判决这对夫妇还款。判决之后，这对夫妇双双在法院门口自杀身亡。

事隔不久，公安机关发现这对夫妇被持刀威逼写下欠条的事实。随后莫兆军被检察院以玩忽职守罪提起公诉，一审被判无罪，检察院抗诉，二审法院维持了原判。

这一时期的改革得到了学界的一致肯定。清华大学法学院教授张卫平说这种转化是与现代法治国家相适应的。

改革在2001年达到最高峰，随即转向。张卫平认为这是一种遗憾：“与我国社会的现实、政治体制和司法体制有密切的关系。”

调整方向的10年

民事诉讼法的修改在上一届人大立法规划中即被列入重点。

2007年民事诉讼法只对再审和执行程序进行了修改，各界都很不满意这样的小修补。

一直参与立法的学者杨荣馨猜测，民法的匆忙修改或许与人大的换届有关。

他回忆法工委当时已向他表示先出台物权法，跟着就是民法。不巧的是，物权法的出台因为北大教授上书事件搁置一年，人大马上面临换届，没有时间了，只好将急需修改的再审和执行问题修改出台了。

傅郁林向记者分析了实务中的原因：“不满裁判的申诉案件的大量增加给政府形成的压力，直接导致了2007年民事诉讼法修正案对再审程序的强化。”

她认为，在这一次修法中，法院在各方的博弈中大败，修法降低了再审的门槛，打开了法院的大门，再审程序的启动“泛滥成灾”。她反问：“难道说我们应该将申诉容易到终审裁判可以任意撤销不可，这样才叫解决申诉难吗？”

傅郁林认为，本世纪以来民事程序改革的方向已发生逆转，体现在各项司法政策向调解严重倾斜等方面。2009年，调解优先、调判结合成为各级法院的工作原则。

当然也有不同的看法。中国人民大学法学院教授汤维建认为，目前是对过去改革矫枉过正的调整，过去过于强调当事人主义，并不符合中国国情。

清华大学法学院教授王亚新也提出了他的看法：“经常被谓之为‘国情’或‘社会转型期特点’等许多复杂因素，对于民事诉讼立法、司法实务和法学研究构成了明显的制约。”他担忧在学界与实务界现在对民事司法的发展方向产生分离的趋势下，在民法全面修订的今天，使得修法走向很不明朗也极难预测。

毫无疑问的是，争论仍将继续。但正如傅郁林所说，一切只为一个共同目标——通过解决纠纷维护社会秩序，只不过终极目的因不同时期的政治目标而变为不同的话语，比如由解决人民内部矛盾，到为改革开放保驾护航，再到维护社会稳定、实现社会综合治理。

来源：[法治周末]

民法修订内情

日期：2011-03-30 点击次数：55

20年前，民事诉讼法诞生。20年来，新型民事案件层出不穷，民事纠纷范围不断扩大，民事诉

讼法早已力不从心。法学界认为，民事诉讼法已经支离破碎，亟待大修。

参与民事诉讼法修订研讨的全国政协委员、中国人民大学法学院教授汤维建告诉《法治周末》记者，民诉法的修改草案极有可能在今年年底完成，并在明年“两会”期间通过。

法治周末记者 陈 霄

“救救我吧，我不会讹你。”

在内蒙古自治区包头市包头乐园东墙附近，一名七旬老人不慎摔倒在地，嘴里不停地重复着这句话。但他的话并没有引来路人的帮忙。

老人摔倒了，路人竟然无动于衷？有路人辩解说，他们只是担忧———做了好事反倒成了对自己不利的证据，南京彭宇案就是前车之鉴。

得了彭宇案后遗症的路人，他们的这种担忧或许不久就成了杞人忧天。“不得以他人做好事的行为作为对其不利的证据”或将被写入民事诉讼法中，成为未来民事审判的证据采信标准之一。

多次参加民事诉讼法修订研讨的全国政协委员、中国人民大学法学院教授汤维建告诉《法治周末》记者，民诉法的修改草案极有可能在今年年底完成，并在明年“两会”期间通过。

从目前立法机关和学界透露的信息来看，这次民诉法的修订，至少是“中修”，也可能是学界争取的“大修”———以期解决这部颁行了 20 年的基本法律在现实适用中遭遇的各种困境。

修法关键词一

“彭宇案”将被扫入历史

汤维建透露，民事诉讼将采用非法证据排除规则。凡通过抢劫、盗窃等非法手段取得的证据，法院都将不予采信

被学者抨击为史上“最臭名昭著”的判决的“彭宇案”，或将成为推动民诉法创设新证据规则的“最大功臣”。

2007 年，江苏省南京市民彭宇送一位倒地受伤的老太太到医院就诊后，老太太起诉他要求赔偿。

在诉讼中双方各执一词，彭宇声称是在公交车站看到老太太摔倒，出于好意将其送到医院治疗；老太太及其家人则声称是彭宇将其撞倒的，要求承担赔偿责任。

最终，南京市鼓楼区法院作出一审判决，认为彭宇送老太太到医院并垫付医药费的行为与情理相悖，从而判决其承担民事赔偿责任。

此判决曾被学者抨击为史上“最臭名昭著”的判决，给社会风气带来极坏的示范效应，但案中涉及的证据问题，同时引起了民诉学者和相关部门的注意。

汤维建向《法治周末》记者分析说，该案中，彭宇做好事的行为实际上成了后来法官认定他应该负责的最关键证据。但做好事的行为其实是应当受到鼓励的，这样的行为不应当成为承担责任的不利依据，许多国家都有类似的证据规则。

打官司，其实就是打证据，这是许多人耳熟能详的一句话，也道出了证据在诉讼中的核心地位。

目前的民诉法 268 个条文中，对证据进行规定的只有 12 条，远远无法满足实践需要，最高人民法院也出台了相关司法解释以指导案件审判。

汤维建向记者透露，此次修订，除了细化现有的民事证据规定，还会创设一些新的证据规则，“不得以他人做好事的行为作为对其不利的证据”，可能成为未来民事审判的证据采信标准之一。

汤维建还透露，今后民事案件中还将采用非法证据排除规则。凡通过抢劫、盗窃等非法手段取得的证据，法院都将不予采信。此外，调解时也不能以一方作出的积极让步作为判决时对其不利的证据，等等。

实践中，法院调查取证一直备受争议。学界认为，此举违反了谁主张谁举证的基本原则，容易导致法院向一方当事人倾斜；但立法机关显然注意到了实务中当事人取证难的困境。

“从发展趋势来说，法院调查取证应该弱化，但目前实践中当事人的取证权利确实没有足够的保障，这是一个困难的选择。”汤维建说。这次修法中，法院调查取证将被强化和细化。

修法关键词二

公益诉讼入法将成定局

由于中国正处于体制转型时期，特殊的国情导致对公共利益的保护存在许多漏洞，提起公益诉讼将有法可依，是此次民事诉讼法修订的一个定局。

北京大学师生 2005 年提起的松花江污染诉讼案，注定会成为我国公益诉讼制度长期缺失的一个注脚。

当年，中石油集团下属的吉林分公司双苯厂发生剧烈爆炸并引起大火，导致 100 吨苯类污染物进入松花江，形成 80 公里的污染带，造成重大环境污染事故。

事故发生后，北京大学 3 名教授和 3 名研究生向黑龙江省高级人民法院提起了环境民事公益诉讼，要求被告赔偿 100 亿元治理污染流域、恢复松花江生态平衡。法院没有受理此案，立案庭法官口头告知，案件与他们无关。

这是近年来环境公益诉讼无法进入司法程序的一个缩影，起诉者往往因为与所诉案件没有利害关系而被法院拒绝受理。

由于中国正处于体制转型时期，特殊的国情导致对公共利益的保护存在许多漏洞。

环境污染、国有资产流失、垄断经营、侵害消费者权益等违法行为严重损害了社会的公共利益，但由于诉讼法领域理论和立法发展的滞后，导致社会无法通过诉讼途径有效地保护公共利益。

例如，在轰动全国的银广厦案和亿安科技案中，法院以“受理的时机还不成熟”为理由，暂不受理相关诉讼。

河南淮阳县青年农民葛锐以郑州市火车站厕所收费违法为由起诉郑州铁路分局。该案经过近 3 年的审理，法院最终判决葛锐胜诉，郑州铁路分局返还葛锐 0.3 元厕所收费，并承担一审、二审诉讼费用各 50 元。然而，郑州火车站败诉后，仍然继续收取入厕费用。

近两年，随着最高法院开始探索建立环境公益诉讼，情况已有所改观，但在法律上一直没有依据。

此次修法将公益诉讼纳入已成定局，目前存在的争论在于，谁有资格提起公益诉讼，公益组织、社会团体和公民并无疑问，检察院和行政机关的主体地位受到较大争议。

行政机关坚持自己是适格主体，实践中，已经出现的环保局提起环境公益诉讼和民政局为流浪汉提起索赔诉讼的案件，用于支持这种观点。

反对的声音则认为，行政机关提起公益诉讼并不合适，因为它同时享有行政处置权，有既是运动员又是裁判员的嫌疑，若以行政权压迫被告的诉权，会导致诉讼双方的地位显失平衡。

修法关键词三

监督权紧盯审判权

汤维建透露，最高人民法院和最高人民检察院也已就民事执行监督拟定了司法解释，不日将下发。

被誉为“中国第一执行局长”的广东省高院执行局局长杨贤才的落马，恰恰说明法院民事执行领域缺少监督。

2001 年，杨贤才当上广东省高院执行局长，对“执行难”案件实行统一管理，对恶意逃债者发布《限制高消费令》、追究赖债者的刑事责任，收到了立竿见影的效果。一时间，杨贤才成为全国法院系统的明星，被誉为“中国第一执行局长”。

杨贤才落马后，据法院审理查明，1996 年至 2008 年春天，他利用担任广东省高级法院执行庭庭长、执行局局长的职务便利，接受请托，为有关单位和个人谋取利益，非法收受所得折合人民币 1183 万余元，另外有价值 1694 余万元的财产不能说明来源。

业界高度认同的是，杨贤才出事的最关键因素还是权力太大又缺乏监督。过往许多事件也表明，执行领域是司法腐败的重灾区。也因此，社会各界对检察监督介入执行领域的呼声最强。

汤维建透露，即将在全国十几个省市进行民事执行法律监督的试点，最高人民法院和最高人民检察院也已就此拟定了新的司法解释，不日将下发。

检察监督除了介入民事执行，根据民诉法修订思路，还将全面进入民事诉讼，包括诉前、诉中、

诉后监督和执行监督。检察院只在法院判决之后才行使监督权(提出抗诉)的情况将会在修法后大大改变。汤维建说。

北京某法院立案庭的法官黄齐(化名)向《法治周末》记者坦言,对于一些敏感案件,法院确实奉行所谓的“三不原则”,即不收材料、不立案、不裁定,这些案件包括涉及群体性事件的、可能导致缠诉上访的、某些关于网站侵权的等。

修改后的民诉法拟规定,碰到不立不裁的情况,当事人可以向检察院申请监督,检察院审查之后,确属可以立案而不立案的,向法院发检察建议或意见,要求按民诉规定予以立案。

汤维建认为,审判权到哪,监督权就应该到哪,不留盲点和死角,否则独大的审判权必然导致腐败。

在修法过程中,检察院的监督权与法院的独立审判权之间的界限成为一个难题。法院系统反对全程跟踪式的监督,认为损害了独立审判权。两个系统的第一轮争论,以此前司法改革文件概括性的规定而告终,此次修法,将进一步细化监督的范围,但争论仍将持续。

同时参与修法研讨的北京大学法学院学者傅郁林告诉《法治周末》记者,将强制执行法单独立法,与民事诉讼法分开,已在学界达成高度共识,并希望能与修订的民诉法同时或者相继出台。这还有待立法机关的最终敲定。

来源:[法治周末] 责任编辑:[吕亚林]

法学讲堂

论民事诉讼法的起草与修订——民事诉讼法全面修改系列讲座

江伟 中国人民大学法学院 教授 上传时间:2011-6-13 来自中国民商法律网

主讲人:江伟 中国人民大学教授,博士生导师 中国法学会民事诉讼法学研究会名誉会长

主持人:汤维建教授,博士生导师

嘉宾:肖建国教授,硕士生导师

邵明副教授,硕士生导师

地点:人民大学明德法学楼 601 国际报告厅

时间:6月6日(星期一)上午 9:30——11:30

主持人汤维建教授:

各位同学,今天我们开始民事诉讼法全面修改系列讲座,这个讲座由江伟教授做开场第一讲,江老师的讲座也要揭开我们这个系列讲座的序幕,我们这个讲座可能要继续进行到我们民事诉讼法的修订完毕。江老师是我国民事诉讼法草创时期的奠基人之一,从1982年的民事诉讼法试行,一直到1991年的民事诉讼法修改,一直到现在,都全面地、深入地、主要地参加了其中,可以说是我国民事诉讼法发展的重要见证人。他的一些观点也将影响中国这次民事诉讼法的全面修改,所以我们对这一讲也充满了期待。

下面我们欢迎江伟教授给我们做讲座。

江伟教授:

民事诉讼法的起草与修订,实际上应该是一本书,但由于自己年纪比较大了,精神也较为有限,这本书迟迟没有写出来。由于时间限制,今天就不能讲得那么详细了,我们只能将这个过程给大家讲一讲。但为什么定这个题目来讲呢?现在我们法工委已经启动了民事诉讼法的修改,也列入了人大常委会的议程,就是要进行第四次的修订,但是这个修订应该怎样进行呢?我们已经修订过两次了,这是第三次大的修订,所以我们必须了解历史起草和修订的过程,通过历史进程来指导我们今天的修订沿着什么方向进行?

首先,我要讲一下民事诉讼法的起草,民事诉讼法的起草很有特色,因为当年在1979年人大常委会法制委员会下面专门成立了民事诉讼法起草小组,过去法律起草没有这个。其采用了三结合的安排,一共由三部分人组成,一部分人为民事诉讼法的起草学者,一部分为在职的法官,第三种

人就是领导了，所以称为三结合，这个班子一直延续了三年多之久，1979 到 1982 年，这个小组一直存在，起草很慎重，用了三年时间才起草了一个《中华人民共和国民事诉讼法（试行）》，但是在当时他也是正式的法律，写“试行”只是为了慎重，这是简单的过程。我主要想讲的是我们的起草不是随便进行的，现在有人批评我们这个法律是超职权的法律，而且批得很厉害，有一段甚至认为我们中国的这个民事诉讼法给人家一个很不好的印象，完全讲职权主义，不讲当事人主义，对当事人的地位予以漠视。实际上这个看法是错误的，他们主要是抓住了《中华人民共和国民事诉讼法（试行）》的 56 条，因为这条第一款规定，当事人对自己的主张有责任提供证据进行证明，第二款规定人民法院应当全面地、客观地收集、调查证据，最主要就是攻击这一款，认为这叫超职权主义。为什么说这种观点是错误的，我们民事诉讼法的起草工作是建立在对中国的国情、尤其是对中国司法实践的状况彻底了解的基础之上，也包括刚才所说的 56 条的条文，举个例子，在我们动手起草这个法律之前，我们用了十天左右的时间专门听取了全国各级法院领导介绍他们民事诉讼的运作过程和存在的问题，包括安徽、河北等等。不仅如此，我们起草小组有四名是来自法院的一些实践部门的同志，其中包括上海、天津、北京、辽宁，四个省法院的领导，也就是说我们不仅听取了来自全国各地法院法官的介绍，还专门听取了我们的起草小组内部实践部门同志的介绍，所以说我们对司法实践是做了比较深入的了解，之后我们才起草了条文，因此应当说我们 1982 年颁布的《中华人民共和国民事诉讼法（试行）》，是符合中国国情的法律，而且事实证明我们民事诉讼法确立的原则、制度和程序基本上是符合国情得、是正确的，绝不是所谓的超职权主义。这里要强调一点，因为中国历来法官在审理案件时都是处于主动的地位，中国历史上最有名的几个法官，包拯、海瑞、狄仁杰，你们都看过他们的电视，他们这些人主要办的就是刑事案件，当时民事案件不太受重视，清代将民事案件称为“细故”，这些大清官办案都是到现场去调查，这一点很重要，这是中国根深蒂固的做法，因为中国与西方不同，有比较完备的律师强制代理制度，我们一般当事人力量都比较弱，如果要让当事人在诉讼中起主导一切的作用，实际上当事人的权利是得不到保障的，所以我们的法官要关心当事人，甚至帮助当事人，现在西方国家提出来比如绝对的中立，当事人主张什么就审什么，没提出来的就不要管，那么你们看看包公办案，当事人没有提出来的也要管，所以我们要顾及历代的传统，我们并不是要发明一个什么东西，这就是中国固有的国情，我们只不过是要在法律上将其明确化，因此我们 1982 年已经奠定了很好的基础，后来 1991 年第一次大的修改，我当时有一篇文章，最早发表在《法学评论》1991 年第 3 期，叫做《新民事诉讼法的重大突破》，当时我一共写了十二个大问题，也就是说我们 1991 年修改主要针对十二个大问题，但只是处于修改和补充的性质，并没有对我们的原则、制度和程序做重大改变。比如，当时第一个大问题，民事诉讼法的任务，就是强调这个法律能够保证法院正确、合法、及时地审理案件，但没有提出保证当事人的诉讼权益，这是一个比较大的缺陷，所以 1991 年增加了一条，第一句话是保障当事人的诉讼权利，然后才是保障、保证法院正确、合法、及时地审理民事案件，也就是说我们的民事诉讼法的任务体现在两个方面，首先是保障当事人能正确行使自己的诉讼权利，其次就是给法院审理案件提供一个制度或者程序的保证，这样就比较全面了，这是修改的第一个问题。

第二个问题就是民事诉讼法的调整范围，这些问题都是根据当年各地所谈的情况制定的。我们当时中国最大的一个问题就是法院不立案，要有介绍信、人民调解委员会的证明，没有这些就拒绝受理，因此我们这里必须明确一个问题，就是法院到底要按照民事诉讼法规定审理哪些问题？如果不加以规定，各地法院就会自定政策，无法统一，我们规定的审理范围就是按照民法的原则，平等主体间发生地财产或者人身的问题，这个都化为民事诉讼法的调整范围，但这个调整范围问题也不小，太过于原则，但这个原则毕竟有一个标准，所以这是我们第二个修改的地方。

第三个问题就是基本原则，基本原则是当时一个争议很大的问题。我们中国历来地在民事审判方面奉行一个基本方针，“就是依靠群众，调查研究，调解为主，就地解决”的十六字方针，这是在战争年代，解放区根据地一直实行的原则方针，在建国后即 1949 年建立新中国以后仍然奉行这个方针，那么现在制定这个法律的时候是不是还把这个十六字方针原本内容一字不动地放在民事诉讼法中？这是一个很大问题，在当时争议也很大。我当时的态度是：精神可以保留，但要用法律的

语言来表达。后来经过大论战，把调解为主，改为着重调解，至于“就地解决”并不是一个方针性地问题，我们在有些地方规定便利群众、审理地点就行了。这就是原则的问题。

因为这十二个问题我不能一一都讲，我就讲其中几个大的问题。还有一个问题我要讲的就是当事人的问题，我们原先规定的是具有民事权利的人就具有民事诉讼权利资格，这个规定本身并没有错。但是谁具有民事诉讼权利能力，跟有没有民事权利能力是大有关系，那么公民、法人这是当然具有民事权利能力的主体，因而在程序法上也当然具有诉讼权利能力，但是除此还有一些组织，它虽不具有法人资格，但是它一样要从事民事活动，它既要与法人进行民事交往也要与自然人进行民事交往，那将这部分人抛弃在诉讼主体之外显然是不合适的，我当时写过一篇文章《论民事主体与诉讼主体的分离》，就是说它没有民事主体，我们要给它诉讼主体的地位，实际上也就是承认它有民事主体的地位，这个与民法学者的观点有所区别。像这类不具有法人资格的经济组织，它的权利受到了侵犯或者它侵犯了其他主体权利，其他主体如何告它？因此我们必须明确地加以规定公民、法人和其他组织都具有民事诉讼主体的资格，这一点就很重要了。这是一个主体上的问题，另外还有一个问题，就是1991年法律确定的，美国不是搞集团诉讼吗，我们中国的现实情况是也有大量地群体性诉讼发生，因此我们1991年的法律明确规定了“代表人诉讼制度”，因此就当事人的问题我们有所突破。

下面一个问题，就是举证责任的问题，现在我们目前有两位博士生写了两篇博士论文就是针对举证责任来写的。我们当时讲的举证责任是很明确的，就是主观上的举证责任，是提供证据的责任，我们不强调后果责任，也就是不能举证承担不利法律后果责任，我们没有规定这个，为什么没有规定？因为我们刚才也讲到了，不能举证法院可以调查，这是一个公理。当事人到法院来如果什么都搞得好好地，法院只需居中裁判，那法官当得就过于简单了。当事人到法院来实际就是希望法院能解决问题，解决问题之前你必须先把事实搞清楚，如果把这一切都交给当事人，当事人事实上并没有这个能力，就算有了律师也不一定解决问题，何况中国的律师制度也不是很发达，而且我们的发展势头也不是想搞一个律师强制代理制度，因此当事人的能力本来就很弱，法院如果再不调查，那么当事人肯定就只能败诉。因此我们的举证责任主要就是强调一个问题，当事人本身也不能闲着，既然打官司、提出主张，就要尽可能提供证据来证明，但是如果证明不了要求法院调查，法院有义务来调查，这就是一个真理，法官有义务对事实来负责。美国有陪审团来对事实负责，我们中国法官既要对事实负责也要对法律负责，所以说我们的原则应当是当事人举证与法院职权调查相结合，也就是当事人举证不能并不能自然导致败诉后果，只有经过法院调查也不能证实当事人的主张，才能承担不利的后果。最近有两个学生写了两篇博士论文，专门批判罗森贝克的客观的举证责任，这两个学生一个是法官、一个是律师，他们从实践出发，认为如果严格按照罗森贝克的观点，在中国来讲很容易造成冤假错案，他提出的事实真伪不明时就要采用举证不能的不利后果责任。那么什么是“真伪不明”？这个问题本身也值得探讨，如果案件多数为“真伪不明”那么法官将没有任何权威可言。虽然案件不能完全与原来发生的事实一模一样，但至少要在基本的问题上查清楚，这样才能取得群众的信任，因此“真伪不明”是不利后果责任的要害问题，把这个问题解决了再加上一个相结合的办法，就是当事人举证与法院调查相结合的办法，所以这都是一些重要的修改。意思就是说我们在1982年公布《中华人民共和国民事诉讼法（试行）》时，我们国家刚刚从计划经济向市场经济过渡，还没有过渡好，到了1991年又发生了许多新的问题，特别是法人之间的案件逐渐增多，而法人之间的案件在程序制度方面有别与个人之间的案件，因此也就促使我们对这个法律作了重大修改，一共涉及十二个主要方面，我刚才主要介绍了其中的四、五个方面，这就是第一次大修改。

第二次大修改就是2007年，这次修改就与以前不一样了。以前都是由起草小组来进行的，1991年的修改也有1982年起草小组成员的间接参与，而2007年的修改则不同了，它是由最高法院牵头，重点是修订了一个再审问题、一个执行问题，当然也不限于这两个问题。实际上2007年的修改也是一个大的修订，它不仅仅是重点放在再审和执行两个程序，而且对强制措施在法人方面增加到30万，另外删掉了企业法人破产还债程序，因为破产法已经制定，包含了这个问题，一切以破产法为准，民诉法再规定则没有必要了。当年规定的企业法人破产还债程序实际上补充破产法的

规定，当时我国破产法实际上是很狭窄的，规定就叫做《中华人民共和国全民所有制企业破产法》，它只限于全民所有制企业，这个制定法本身就很有问题，在实践中我还特意进行了调查，实际处理的全民所有制企业破产案件就一个、两个，实践中较多的是集体所有制企业的破产案件还有私营企业、外商投资企业的破产案件，那么这类案件则无法可依，所以民事诉讼法只能拾遗补缺了，所以说2007年的修改还是一个比较大的修订。比如再审增加了许多再审事由，另外再审的法院升一级，另外执行上也做了许多重要的规定。因此我给大家回顾一下，我们起草这个法律的时候就是符合中国国情的法律，我们的修订是在基本原则、制度和程序基础上的完善和补充，从来没有过颠覆我们这个原则、制度和程序的修订之举，两次大的修订都秉承这一原则，我们现在面临第三次大修订，加上原来的起草，相当于第四次大修订，这也是一个很大的修订，而且法工委现在态度也很诚恳，陆续召开许多会议，而且委托最高法院今年年初在房山召开了一次大型修改民事诉讼法研讨会，法工委连续几次来讨论修改的问题，那么我们今天应该抱着什么样的态度来修订呢？所以我刚才定了一个原则，我们现在并不是说把我们现在的民事诉讼法给颠覆了，什么问题都提，难道说我们现在的法律到了破落不堪、不堪收拾的地步，要重头再来，我们的态度是修订和完善，而不是全部破掉，这一点要不明确很容易走偏方向，就像当年民事诉讼法颁布，有很多人对这个法律进行指责，其中有一个很不好的地方，就是拿着外国的法律来指责中国的法律，这是很不对的，每个国家的国情不同，因此不能拿外国法律的眼光来看待中国的法律，这一点必须要正确对待。当然我们并不否定要借鉴，但是借鉴是借鉴，主体还是我们自己的国情和问题，而不能以外国的标准来看待我们的法律。所以我刚才提到了，第一不能把我们的法律颠覆了，另外就是不能拿外国法律的眼光来看待我们自己的法律，只要我们中国的法律是符合中国国情的，我们就应该尊重它、保护它、完善它，而不应该颠覆它，我觉得这两点很重要的，所以我们不应该一提修改就提诸多不适。现在有人提出来这次修订是大修、小修、中修，我觉得这个不需要讨论，需要大修就大修，需要中修就中修，关键是我们讨论些什么问题，所以如果是一个建设性的问题当然就可以考虑了。我现在发表意见也是借鉴，汤教授的学生张自合博士写了一篇“非讼程序”的博士论文，我就特别推崇非讼程序，因为我们中国现在大喊多元化的纠纷解决机制，大调解、诉调对接等，我们应该发动社会上的组织来参与纠纷解决，纠纷解决的途径不能太单一，不能完全就依靠诉讼，但是讨论这一问题我们必须明确一点，不能把多元化的纠纷解决机制提得太过头了，把诉讼说的根本就一无是处，不重要了，这就与我国的法治精神相违背，成了什么问题都拿去调解、都由社会组织化解了。真正解决问题应该是享有权利就应该得到保护，侵犯权利就应该受到制裁，否则还有什么是非可言，什么规矩可言，所以我们一定要警惕，我就并不是不赞成搞这一条，但是一定要有一个原则，现在有人一直对民诉法的这一条予以反对。调解有两条，就是自愿合法以及在查明事实、分明是非的基础上进行调解，他们反对这一条，意思就是说调解可以不分是非，不查明事实，这还叫什么解决争端，婚姻家庭、家事诉讼可以这样，不必斤斤计较，但是如果是合同问题、侵权问题也不讲明事实，分明是非，那么将来还有什么法治可言，时间长了人们就没有法制观念了，我们要注意提多元化纠纷解决机制，决不能忽视诉讼在解决纠纷中的核心作用。我最近看了一篇文章，并不是民事诉讼法学者写的，是北京市的一个副检察长，文章强调提多元化纠纷解决机制不要偏废诉讼，不要忽略诉讼，不能为了追求多元化纠纷解决效果把诉讼批的一无是处，我们在修改的时候这就是一个很大的问题。我们修改的时候是否要把多元化纠纷解决机制，诉调对接予以反映，所以我们必须反思到底如何规定、怎样对接？现在不是有一个条规定，就是人民调解委员会主持达成的协议，双方当事人可以请求法院确认它的效力，像这个问题，法律上就必须予以规定，还有一个与《人民调解法》相协调的问题，最高法院还发了一个关于这个修订的程序，所以像这个问题就要认真讨论，所以说张自合他们写的文章我比较欣赏，因为这是一个新东西，他们研究的结果是这个非讼程序不仅是古典的，而且发展到今天还有一个诉讼非讼化的问题，我们光讲多元化的纠纷解决机制，为什么不讲多元化的裁判机制？就是裁判也不仅是普通程序，还有非讼程序、保全程序，因此像这些问题都是大的问题，这些问题修改就是要借鉴，但是要在我国国情的基础上，只有符合国情的才可以吸收。

下面我再给大家介绍一下，现在法工委在修改民事诉讼法时广泛吸取意见，据我了解主要有以下几个问题：首先一个是小额诉讼，最高法院对于小额诉讼也很感兴趣，小额诉讼程序简单而且一审终审，这是吸引他们之处，现在案件多，遇到问题可以一次解决，不留后患，我原来也很欣赏小额诉讼，但是有一个问题，上次讨论这个问题也没有解决，我们现在的普通程序、简易程序和小额诉讼，有两个关系，一个关系是普通程序和简易程序的关系，就是哪些案件应该适用简易程序？我们现在法律的规定是事实清楚、争议不大、标的数额较小可以适用，但是过于简单，《最高人民法院关于适用〈民事诉讼法〉意见》中注意到了这个问题，列举了几类，他上面规定了几类案件，虽然也不一定准确，但也比抽象的几句话容易掌握和运用。首先必须掌握这个问题即普通程序与简易程序之间要有这个界限，在实践中就好运用，现在法工委有一个态度就是适用简易程序由当事人选择，这是一个办法，就是在普通程序与简易程序之间赋予当事人以主动权，但是也应有一个标准再赋予当事人选择权。另外就是再增加一个普通程序向简易程序转化的程序，法院在审理案件时，发现不宜适用简易程序的可以转化为普通程序，我当时不同意，已经先搞出一个标准，但又在适用时因为不同意又转为普通程序，这不是凭空增加程序负担，给当事人造成很多麻烦，我认为这一条必须堵死，既然当事人已经选定了。这里面的一个关键问题，就是我们现有的简易程序是否可以再进一步简化，现在的规定的是口头起诉、通知、送达用简易的方法，还能否再想一些办法进一步简化，现在可以把速裁程序中的经验借鉴过来使简易程序更简化。第二个问题，现在如果规定了小额诉讼程序，那么小额程序与简易程序的界限又是什么？有两个标准，一个是由最高法院根据各地社会经济发展情况规定，最高不得高于六千元。第二个按照人均收入的25%计算，即一个按照钱数看一个按照人均可支配收入的百分比来看，总之简易程序下又设立一个小额程序，一定要把两者的界限搞清楚，我一直欣赏的是简易程序不说一审终审，小额程序提一审终审，这一个一审终审问题又大了，审级制度民事诉讼法可以规定，但还有一个法院组织法呢？有人认为法院组织法是一个宪法性法律，它高于民事诉讼法，如果其不认可一审终审，问题就大了，就算法律上认可，也要对一审终审的小额诉讼程序给以救济，所以我们在程序上，应该从全局上考虑，就是从普通程序的序列来考量，不能认为小额程序也不错，就盲目规定。但是小额诉讼程序应该包括哪些内容呢？如果将家事纠纷放入简易程序，那么小额程序也就剩下“钱债”，那么这个钱债还有大有小，划分这个六千元又有问题，我认为在北京五万元都不算大，但有的经济落后地区两千元就比较大，因此很难掌握，前提条件必须把这个理清楚，要从整个普通程序系列来考虑这个问题。我们要建立多元化的纠纷解决机制，不仅仅是普通程序系列，还有非讼程序的系列，非讼程序我们现在太简单了，就只有宣告失踪死亡、认定公民无民事行为能力、认定财产无主再加上一个选民资格案件，与许多实体法也不配套。现在实体法上规定有些不一定要诉讼，有时只要一个执行根据就可以了，像仓单、提单，有什么好争论的，有提单不让提还用诉讼吗？只要给它一个执行名义就行了，用非讼的方式解决就可以了，又比如登记，行政机关的登记没有司法审查很容易出问题，比如拆迁现在闹得问题多大，这次修订要弄个司法审查，有些登记的案件经过司法审查就很慎重，也比较简便，跟实体法也比较配合。不能弄一个多元化纠纷解决机制就把诉讼给抛弃掉了，这是我们修改时最应该注意的问题。现在就是要多从制度的层面进行考虑，我们现在的保全程序太简单，财产保全就保持现状，那么行为保全像德国法上假处分，我们现在应该予以学习借鉴。当然我们现在已经有所借鉴，比如知识产权上的禁令，这个禁令非常好，比如你冒充他人商标，给他发一个禁令，禁止其继续出售，这个禁令一发这个官司也就没什么好打的了，东西已经不能卖了，禁令就起到了解决纠纷的作用，还有许多领域也有要运用类似禁令的办法，我们现在要说的就是这个意思，我们要修改的是一些建设性问题，因此我们要把重点放在实质性问题。

另一个就是关于检察监督的问题，现在的检察监督规定的太过于简单，就是人民检察院对民事审判活动有权进行法律监督，就只局限于民事审判活动，而执行、诉讼过程中的问题就没有，这些都可以完善。另外还有个特别问题，就是调解书，咱们现在的规定就是当事人能提起，违反自愿原则、违反法律的可以提起，那么检察院怎样进行干预，这里面又有一个问题，现在调解数量很大，问题也很大，现在最高法院提出的“调解优先、调判结合”的问题，它与调解为主类似，但有所区

别，比较巧妙，但也会导致倾向去调解的问题。我一个学生说他们如果调解数量不够，就可能把人民调解委员会的调解数字放到法院调解的数量中去，现在很容易造成弄虚作假的大问题。现行民事诉讼法的规定怎么就不合适呢？就是自愿合法，没有讲数量，而且这个合法，我们还有讲究，与判决不同，就是只要不违反禁止性规定就符合法律。如果真正将其替换为“调解优先、调判结合”，并不是很简单的问题。我们现在讲修改民事诉讼法也是对我们民事诉讼法理论的一个促进。

我这次去上海是一个私人问题，我的亲戚朋友都不懂法律，但是他们对于彭宇案意见还是很大的，怎么能弄成这种好人却成了侵权的人，这正好是我们这个学科应当回答的问题，这就与刚才说的“真伪不明”有很大的联系，这个案件也有所不同，他就是想把案件弄一个真伪分明，但是他用了一个反道德的原则来针对一个道德的行为，这个推定是反道德的，首先应该肯定人家将老太太扶了送到医院去，应该给予肯定，否则以后就没人去做了。现在有人提要设立一个基金会，专门对这种被人诬赖的行为予以负责，损失由基金会来负责。所以我们现在讨论民事诉讼法的修改也是一个学习、分析民事诉讼法理论问题的机会。

另外还有一个关于调解协议司法确认的问题。人民调解委员会做出的调解协议如果要是经过人民法院确认的话就具有强制执行力，这个确认程序究竟是什么程序呢？对此法工委认为是一个特别程序。如果不说是特别程序是什么程序？我可以表一个态度，说是特别程序怎么都不对。中国说的“特别程序”有两个意思，一个是与普通程序不一样的就是特别程序，这是一个笼统说法；另外一个特别程序又分为两种，一种就是非讼程序，另外一个就是特别类型案件的特殊程序，比如劳动争议案件的特别程序、知识产权案件的特别程序，还有就是已经有了的海事特别程序，这种特别程序意思就是说原则上还是适用普通程序，但是因为案件本身的特点又应当有一些特别的规定，我看就像日本的票据诉讼规定的一些特色，另外像我们现在规定涉外民事诉讼为什么要特别程序？涉外民事诉讼也要适用普通程序，但是也要就特色的地方设置特别程序，因此有这几种理解。那么能说法院对人民调解协议的确认称为特别程序吗？尤其司法确认是在什么阶段来进行的，实际上是在诉前，人家只需要法院确认一下并非要法院解决问题，是起诉以前，因此不能称为特别程序。将来法律上规定了可以，但是规定了以后我们也必须要搞清楚，这究竟算是什么程序？我这里有一个命题，多元化的裁判程序可以包罗多一些，有些是进入诉讼以后的，有些没有进入诉讼也可以算。

另外一个就是执行程序，最高法院执行局强烈呼吁要单独制定“强制执行法”，现在也做了很多论证，最高法院也搞了许多项目来论证。但现在法工委表态赞成单独制定“强制执行法”，但是怎样制定，要先修订民事诉讼法，修订后再说。许多学者听了以后比较灰心，认为什么时候再定就难了。实际上法工委这一说法也很有道理，要么就在修改民事诉讼法时对执行部分也一起修订，之后制定“强制执行法”时废止这一部分就行了。但最高法院不同意，认为既然要单独制定“强制执行法”，我们现在就不需要修改了，以防单独制定被搁置，只需要在修改时加入一条，人民检察院有权对民事执行活动进行法律监督，现在的问题是将来还是做点实际的，就是论证一下。要说“强制执行法”已经有学者论证了好几稿了，将来还要进一步论证，执行程序依我的看法，在修改的时候还不如将强制执行单独作为一编为好，现在这种相互对抗也没什么好处。

主持人汤维建教授：

刚才江老师首先回顾了民事诉讼法从建国以后，从民事诉讼法试行以前，到民事诉讼法试行，到1991年全面修法，2007年民事诉讼法的局部修改，到目前又要进入全面修改这样一个中国的民事诉讼法发展的一个基本脉络，基本的发展的线索。这样一个宏观的描述，也揭示了我国民事诉讼法发展的规律，是怎样来的？根在什么地方？几经变迁，现在到了什么样的一个现代化状态？将来又要朝着什么方向、按照什么趋势去演化？江老师特别强调了修法几个原则，很有指导意义。首先要尊重国情，解决实际问题，不能好高骛远；第二，要强调传承性，民事诉讼法的发展要尊重其基本规律，基本逻辑，不能跳跃式进行；第三，不能离开国外有关法制的有益借鉴，要有一个比较法、全球化、现代化的视野；另外是要强调它的建设性，要对现有的程序进行优化改造，特别强调了要处理好诉讼与非诉讼的关系，不能把非诉讼谈过了头，淡化了诉讼，诉讼应该是解决纠纷的主要途径。同时对修法过程中涉及的小额程序、特别程序、保全程序、检察监督，还有证据制度作了深入

而简明扼要的阐述,同时对执行程序的修改、完善也提供了建议,江老师提供的不仅是历史的知识,民事诉讼法的理论,同时更重要的是一种方法论,包括理论的方法论和立法的、修法的方法论。感谢江老师的精彩讲座!

(本讲座由中国人民大学法学院博士生杨奕整理)

民事诉讼立法修改与程序分化

作者:王亚新 2011-04-11 18:19 来自清华大学网站

现行民事诉讼法只规定了“简易”和“普通”这两种一审诉讼程序。从近年来民事一审收案量快速增长、不少法院“案多人少”负担沉重等现实情况来看,有关简易程序的规定显得愈发不能满足当事人和法院便捷迅速、成本低廉地处理大量小额、简单纠纷的迫切要求,所谓“简易不简”的问题更加明显。在当前的司法政策引导下,许多法院纷纷尝试通过如“速裁”或立案调解等司法 ADR 的多种方式,力图在一审程序的早期尽可能便捷地审理终结案件。拟议中的民事诉讼立法全面修改有必要充分考虑这些现实情况并做出有效回应,还需把吸收和规范实务中种种相关的改革尝试纳入视野。另一方面对于普通程序,在重新考量现行立法将其与合议制“捆绑”在一起的规定是否合理的同时,也要照顾到通过更加精致完善的程序设计来发展能够引导秩序形成的一般规则这个我国法治建设进程中的前瞻性需求。

以上提起的问题一般称为“繁简分流”,本文并不排斥这一用语,但更愿将此问题定义为“程序分化”。这里所谓的程序分化,就是将来的立法应规定哪些种类的一审程序、这些程序之间应有何关联及结构的问题。关于一审诉讼程序的种类,除了现行立法上“简易—普通”的区分外,学术界早有参照域外制度引进小额程序,设立单独的家事程序等主张,实务界也实施了速裁程序的操作等多种尝试。不过,至今尚未见到体系性的方案出现。如果对现行民事诉讼法展开全面修订,构想有关一审诉讼程序的这种体系性方案却是势在必行。在做这样的构想时,必须先考虑程序分化的根据或基础。第一审程序借以区分的根据可从两个方面去把握,一是案件标的额大小、简单复杂程度及争议性的强弱,另一则是纠纷类型。根据后者可以探讨的程序分化在范围上更加广泛,包括了是否应依家事、劳动关系、乃至知识产权、公司或票据等领域的纠纷分别设立反映其各自特点的程序等问题。笔者支持立法上至少对家事案件和劳动争议可单列程序的观点,不过对这些要求更多专门知识储备并需逐一分别考察的问题留待其他场合讨论,本文暂不予涉及。但合同钱债及侵权等一般的纠纷类型与案件标的额、难易度及争议性紧密相关,以下将一并作为构想程序分化基本方案的根据。

关于民事诉讼法修改时对一审诉讼程序如何从繁简分流的角度加以规定,笔者所构想的方案可概括如下:保留“简易—普通”的基本分类;对普通程序在缩小合议制适用范围之同时以“规则形成”为指向加以规范;现有的简易程序则在“更加迅速、便捷、节约成本地处理大多数案件”的宗旨下进一步分化为“小额”、“速裁”和“简易”三种程序;程序设计整体上注重与司法 ADR 的衔接及其规范性。限于篇幅下面只是尽可能简洁地说明此方案,更详细的论证拟待另撰专文去展开。

小额程序的内容包括实行禁止上诉的一审终审和大幅度地简化程序:除可以口头起诉和庭审不拘于法定方式及顺序的弹性化外,还应对证据方法加以限制(排除鉴定、勘验)或适当松动(允许书面证言),法庭笔录可不采取逐字逐句方式而用简单的归纳式记述(有条件的法庭保留全程录音),判决只需写明主文,简洁表述认定事实并在确有必要时指出所适用的法条即可,审限规定缩短为 30 日或 45 日。在审判主体方面,小额程序可由尚未取得审判资格的法官助理负责审理并以自己名义作出判决(或可规定宣判前须征询资深法官意见)的程序安排也应加以考虑。由于这样彻底地简化程序并为了保证其运用时的刚性,小额程序的适用对象应限于诉讼标的在一定金额以下的合同买卖类等小额钱债案件,侵权类案件即便标的额不大,因常常有较强的争议性或者案情复杂的情形更多,原则上不列入此范围之内。标的金额的“小额”程度也应相对压低。虽然规定具体的数额还需做大量调研,但考虑到我国地区差异和收入两极分化的现实情况,笔者目前倾向于立法

上只须规定一个例如从 2000 元到 10000 元的下限和上限，各地法院适用小额程序的案件标的金额则由最高法院通过司法解释授权各个高院，视省内不同管辖区域的实际情形分别加以确定。小额程序采取在审查原告起诉决定立案时根据诉额强制适用的方式。不过，经当事人双方申请或法院认为，虽然标的金额不大但案情却确实不宜适用小额程序的，可以改为简易甚或普通程序。如果被告针对原告的小额诉讼请求提起反诉，只要反诉标的金额本身仍在小额程序要求的数额之内，程序种类就不得更改。在常规方式无法送达（排除公告送达）或者其他不得不缺席判决的情况下，考虑到一审终审对有可能因值得同情的原因而缺席的被告过于缺乏程序保障，有必要在程序上略加调整。具体说来就是针对小额程序中的缺席判决，可允许被告在判决确定后一定时期内向作出判决的法院申请复议，法院根据被告提出的缺席原因是否合情合理，可决定驳回复议申请或者对本案同样按小额程序重新审理。

以上所设想的少量程序简化得相当彻底，法定程度也显得很具“刚性”，因此适用的案件种类也较为狭窄。为了让更多有必要适当简化审理程序的不同类型案件也可能比较灵活地“准用”这一程序，笔者着眼于“速裁程序”这个概念。目前一般所说的“速裁”，多为司法实践中一些法院对案情比较简单、双方当事人相对容易传唤的案件以简便迅速的方式加以集中处理的种种改革尝试。所谓“速裁程序”往往只是相关报道对于大量案件在短期内得到集中处理解决的现象性描述，在规范的意义并未体现出多少能够作为独立程序的特征。为了使速裁程序在立法上真正构成从一般简易程序分化出来的另一程序种类，笔者建议引入当事人选择这个当前为理论界和实务界都普遍认同的重要因素。具体而言，除了少量案件和适用普通程序的案件，对于类型和诉讼标的不同的各种案件，原则上都允许双方当事人在上文有关少量程序设计而列举的简化范围内对程序做出选择。最主要的选择对象包括庭审方式的简化（包括被告放弃或缩短答辩期以便尽早开庭），归纳式笔录方式、判决内容的省略和一审终审。具体操作方式可考虑在立案后向原告送达受理通知和向被告送达诉状时同时送达事先印制的告知书，由当事人双方以画勾等形式逐项选择并签字确认。这类程序安排均牵涉当事人基本的程序保障，尤其是一审终审的选择必须有原、被告的双方合意。另一方面，法院在这种速裁程序的选择上也有相当的主动性，可视受理诉状时初步了解到的案情决定要否为当事人提供选择机会。虽然这种程序一旦适用应当在较短时间内审结，但为了保持一定灵活度，有关审限的规定或许还是维持现行立法的三个月为宜。总之，速裁程序的基本定位可以理解为在当事人选择的前提下准用有关少量程序规定的简易程序，在适用的案件对象范围上更加广泛，程序简化和法定的程度也更加灵活或更具弹性。

上述两种程序均从现有的简易程序分化而出，不适用这两种更加简化的程序而又非普通程序的案件就是为将来立法上“简易程序”留下的适用对象。在这里，必须先考虑对经过分流的简易程序与普通程序的区别如何规定的问题。现行民事诉讼法规定简易程序只适用于基层法院及其派出法庭，对象为“事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的简单的”案件。实际上基层法院适用简易程序的普遍程度早已极大地突破了这些表述的制约。最高法院在 2003 年出台有关简易程序适用的司法解释之际，曾打算在认可其实际适用普遍性的前提下明确简易程序与普通程序的区别。但最后还只是仅列举了不应适用简易程序的少数几种情形而已。看来，要用文言表述来明确区分这两种程序的适用对象，在立法技术上似乎是一项不可能的任务。笔者主张在进一步分流简易程序的基础上保留“简易—普通”的基本分类，建议可反过来从“标的金额较大、案情复杂、争议性强”的角度来规定普通程序的适用即可，而把两者适用范围的划分留待司法实务根据具体情形去处理。为了使普通程序也具备某种程度的灵活性，立法上可规定例如案情特别复杂、具有集团诉讼性质、需要较高技术性鉴定的医疗等类型纠纷、存在疑难的法律适用问题或有法律上的一般性重要意义等等情形必须适用合议制。其余的无论基层还是中级法院的第一审普通程序案件，则都由有审判员资格的法官独任审理。对于具有法律适用上的重大指导意义，以及有助于解决或避免“同案不同判”问题等性质的案件，有必要利用现行立法已有的“管辖权移转”规定，第一审程序就可由上级法院提级管辖。考虑到目前司法实践中某些疑难案件的审理确实需要时间，普通程序的审限还可一般性地延长到八或十个月，特殊情况下经审批可再延一次，时间为四至六个月等。同时，为了尽可能促使基层法院

不要仅仅出于拉长审限的目的就把简易程序轻易地转为普通程序,是否把经过分化了的简易程序审限加以适当延长,或者是否规定三个月实在不能结案时可经审批再延一次?这类问题也应当纳入立法修改的视野。

以上为笔者构想的一审诉讼程序大致的整体框架。还有两个牵涉到立法回应并吸收实务中有关多途径纠纷解决的种种尝试、即关系到司法 ADR 的重要问题需要加以讨论。一个问题是上述的程序分化方案如何与这些 ADR 方式衔接。另一个附随的问题则为:应当在诉讼内设立某种独立的调解程序吗?首先可以确定的是,无论是可能适用普通、简易、速裁、小额等哪种程序的纠纷,都不妨碍在诉讼提起之际引导当事人利用法院内或外部的诉前调解。只是在“诉前”的调解不成功、必须立案之时,才发生适用何种一审诉讼程序的问题。不过,适用小额程序的案件看来已无必要于此阶段再附加一个“立案调解”的阶段,不用说,审理这种案件一般都可即行调解。同样,对于已经适用了小额还有速裁程序的案件,多数情况下所谓“委托调解”往往也会显得多余,或者反而可能失去为当事人赢得节约时间、减轻讼累等程序利益的本意。与此相对,无论简易还是普通程序案件,则更易根据具体情况运用立案调解、委托调解、协助调解等 ADR 方式。另一方面,在重视多途径纠纷解决的前提下讨论程序分化,很容易引向单独设立某种调解程序的思路。但是,我国现行民事诉讼立法已经规定了“诉讼调解”制度,并且当前的司法政策正在强调这种调解应当贯串整个诉讼审判,在所有程序阶段都必须得到充分运用。所谓“立案调解”或“协助调解”等名称,其实也都在诉讼调解的范畴以内。除了非诉讼的诉前或委托调解,以及已经是无所不在随时随地可由法院主动实施的诉讼调解之外,再于诉讼程序内规定某种如“审前调解”等所谓独立或单独的程序,不是“叠床架屋”的多余之举,就是把法官随机进行的调解在阶段上加以固定或“刚性化”而已,其立法上的意义实在非常有限。当然,一部分纠纷类型的强制性“调解前置”,例如设计家事程序时可考虑先由法官会同具有家庭社会学、心理学知识背景的专业人士进行的调解等,因有其独自的特征确实可构成单独的调解程序。不过此类程序并不在本文讨论范围内。

这样构想的一审诉讼程序分化方案,接下来还会发生例如与审级及上诉制度等如何衔接、对非讼程序应做什么样的规定、其又与诉讼程序有何关系等等问题。对于这些同等重要的研究领域,只能另找机会再加探讨了。原载《法制日报》2010年12月8日

我国研究家事诉讼或人事诉讼的主要作者和著作

转自王礼仁法官的婚姻法直播新浪博客

http://blog.sina.com.cn/s/blog_629353af0100p16v.html(2011-02-16 10:33:11)

王礼仁 家事诉讼或人事诉讼的主要著作

王礼仁《设立人事诉讼制度之我见》最高法院万鄂湘副院长主编《[法律适用](#)》2002年 第10期

王礼仁《全面改革家事案件审判体制之构想》,最高法院万鄂湘副院长主编《[法律适用](#)》,2008年第11期

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;最高人民法院副院长奚晓明主编《[民事审判指导与参考](#)》(2009年第4集)(总第37集)

王礼仁《“婚姻登记瑕疵”中的婚姻成立与不成立认定》载于《[人民司法](#)》(应用)2010年第11期;最高人民法院副院长奚晓明主编《[民事审判指导与参考](#)》(2009年第4集)(总第40集)

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
王礼仁等《婚姻登记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的法理浅析》,《[人民法院案例选](#)》2010年3期(总第15辑)

王礼仁《解决婚姻行政诉讼与民事诉讼“打架”之路径》最高法院万鄂湘副院长主编《[法律适用](#)》2011年 第2期

王礼仁《规范婚姻瑕疵纠纷诉讼路径之必要性与可行性》,《[中华女子学院学报](#)》2011年第1期。

王礼仁《亲子关系诉讼的价值冲突判断与选择》中华全国律师协会民事法律专业委员会编《[婚姻家](#)

庭法实务》(第2辑)

王礼仁《婚姻成立与不成立之诉在婚姻审判中的运用》，最高人民法院《最新民事法律文件解读》2007年第10期总第34辑

王礼仁《不走正门走侧门——对用行政诉讼处理婚姻登记纠纷的质疑》 最高人民法院《最新行政审判与行政执法文件解读》2007年第10期

王礼仁“离婚无伤”是离婚审判的最高追求——对最高人民法院《关于为构建社会主义和谐社会提供司法保障的若干意见》的解读 最高人民法院《最新民事法律文件解读》2007年第3辑(总第27辑)

王礼仁《建立婚姻成立与不成立之诉势在必行》，《中国民政》2007年10期

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1期

王礼仁：婚姻登记瑕疵纠纷诉讼路径立法构想及理由

王礼仁《是进步还是倒退？——评我国离婚标准中的例示主义立法模式》

最高人民法院《法律适用》2005年12期

王礼仁《婚姻诉讼前沿离婚与审判实务》，人民法院出版社，2009年5月出版

郭美松 家事诉讼或人事诉讼的主要著作

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 讲师 [《甘肃政法学院学报》 2010年03期](#)

设立具有中国特色人事诉讼程序之构想

郭美松：人事诉讼判决效力的扩张与第三人程序保障.

[日本人事诉讼法及其对我国的启示郭美松](#)

郭美松;[人事诉讼程序研究](#)[D];西南政法大学;2005年

张晓茹家事诉讼或人事诉讼的主要著作

张晓茹：发达国家的家事裁判制度

[张晓茹：婚姻诉讼的变更与合并](#)

张晓茹：日本家事法院及其对我国的启示

家事事件程序的法理分析 出处：《河北法学》2006年第6期

张晓茹;[家事裁判制度研究](#)[D];中国政法大学;2004年

张晓茹;;[家事保全程序探究——对我国民事诉讼立法中一个空白点的诠释](#)[J];河南社会科学;2006年04期

张晓茹;;[我国应设立家事事件程序](#)[J];法律适用;2006年04期

陈爱武家事诉讼或人事诉讼的主要著作

陈爱武;;[人事诉讼程序的法理与实证](#)[J];金陵法律评论;2006年01期

陈爱武;;[论家事案件之执行](#)[J];河北法学;2006年01期

[人事诉讼程序研究](#)，法律出版社

上述作者和著作收录不全，欢迎补充

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

原载《中华女子学院学报》2011年第1期

王礼仁

【内容提要】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。

【关键词】婚姻瑕疵 民事诉讼 婚姻成立与不成立 合并审理

The Necessity and Feasibility of Regulating Marriage Flaw litigations

——Modification of Article 1 of Marriage Law Judicial InterpretationIII

Liren Wang, Intermediate People's Court of Yichang City, Hubei

[Summary] Settle disputes of marriage flaw by means of litigations, this is necessary and feasible. But Marriage Law Judicial InterpretationIII doesn't involve this part. Consequently, the Marriage Law Judicial InterpretationIII should be modified to regulate marriage flaws through civil proceedings.

[Key Words] marriage flaw, civil litigation, established/non-established marriage, amalgamate trials

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。[i[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。[ii[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。[iii[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例，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。[iv[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。[v[5]] 有的女性不能与丈夫离婚，干脆与他人同居、甚至重婚。[vi[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。[vii[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。[viii[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。”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合并审理，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。[ix[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。

[1[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>

[1[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

[1[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>。

[1[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>

[1[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》。

[1[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。

[1[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。

[1[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/

[1[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。

江苏新沂法院设立“离婚缓冲室” 劝和百对夫妻

发布时间：2011年06月17日 来源：人民法院报 窦金虎

近年来，离婚案件年年攀升，有许多属于“冲动型”离婚，尤其是一些“80后”夫妻。江苏省新沂市人民法院去年12月尝试设立了“离婚缓冲室”，给离婚双方设置一段冷静期。半年来，“离婚缓冲室”劝和近百对年轻夫妻。

“闪婚”成为年轻人的一种潮流，却为“闪离”埋下了伏笔。由于婚前双方缺乏深厚的感情基础和相互了解，婚后在平淡的生活中会慢慢发现对方的缺点和不足，面对平淡生活的琐碎，双方不能用一颗宽容的心对待对方，极易因一些琐事反复吵闹而引发矛盾，很容易草率离婚。离婚后，许多夫妻又后悔，再复婚。为了避免草率离婚，新沂法院作出了设立“离婚缓冲室”的尝试，该室设在诉讼服务中心一个较隐蔽的房间内，由3名资深女法官轮流接待当事人，以她们丰富的人生阅历

和家庭生活经验，及时化解当事人的心结。

“我们设立这个缓冲室，目的是抑制冲动离婚，而不是阻止离婚。让想离婚的夫妻先别急着‘对簿公堂’，到这个房间里静下心来再谈一谈、考虑一下，或许这段婚姻还能挽回。”新沂法院服务中心负责人如此说明开辟这个房间的初衷。

半年来，“离婚缓冲室”劝和近百对年轻夫妻，被劝和的夫妻，目前没有一对再要求离婚的。该院今年的离婚案件数比去年同期下降 20%。

钢铁巨头之妻“被离婚”案

2011-06-10 作者:陆晴编辑:康晰 来源:三联生活周刊

核心提示：23 年的婚姻，将近 14 年的分居，民营钢铁巨头杜双华的婚姻因为一纸虚假离婚判决而受人瞩目。这桩亿万富豪之妻“被离婚”的离奇案件，让 5 位“平时不轻易发表评论”的民事诉讼法学专家聚在一起做出了专家意见，因为“被离婚”已经成为一个“严重而多发”的问题，其折射出的不仅仅是“玩弄法律而使他人婚姻安全得不到保障”的现状，更是法律制度的漏洞。



杜双华与宋雅红（摄于 1988 年）

“患难夫妻”

在宋雅红对本刊记者的回忆中，结婚前的日子是她和杜双华的关系里最甜蜜的时光。那时宋雅红在首钢劳动服务公司开叉车，杜双华在同一单位做模具、跑销售，因为同是首钢子弟，两家人以前就认识，双方父母又互相了解，自然而然地走在了一起。“20 岁出头跟他开始搞对象，我家住德胜门，他家住磁器口，那会儿我们两个人都是每月 20 多块钱工资，下了班我就跟他一起去倒鱼虫，每天能挣几毛钱。”

宋雅红说他们是“患难夫妻”，两个人的关系始于相对清贫的共同奋斗。杜双华虽然只有初中毕业学历，但是天生的做生意的头脑从卖鱼虫那时开始就显露出来，卖鱼虫攒了点钱之后又开始倒邮票。“那会儿吃不起肉，有一次他说挣了点钱带我吃肉去，那时候人简单，吃上肉就觉得特别幸福。”宋雅红回忆说。80 年代中期，在一般人只能门口看看的北京莫斯科餐厅（俗称“老莫”），他们就可以偶尔花上 5 块钱吃顿饭奢侈一把。

从两个人正式确立关系后，杜双华的父亲就让宋雅红去学开车，因为那时工厂里女司机很少，1985 年拿到驾驶证之后，两个人就跟着杜双华的父亲开始跑业务，逐渐进入了生意圈。

1988年，宋雅红24岁那一年嫁给了小她一岁的杜双华，学财务的本科生找了一个初中毕业学历的老公，用宋雅红的话说，“就是觉得人挺好能踏踏实实过日子”。杜双华的父母对儿媳妇也相当认可，结婚后，两口子就一直跟杜双华的父母和姐姐同吃同住，“后来搬了一次家也没分开过”。8月份，宋雅红生下长子杜秋龙，儿子虎头虎脑的，和爸爸长得很像。

进入90年代，夫妻二人离职开始创业。在首钢负责管理设备的公公的帮助下，他们租了个小厂房，成立了生产钢管的工厂，“白手起家”做起了钢管贸易。创业初期，杜双华经常在工厂过夜，监督生产。“他这个人做事玩命，出去做事从不讨价还价，首先是要把事情做好，在单位的时候就是这样。”宋雅红说自己这一点也是跟他学的，90年代初期，钢管生产供不应求，她形容在那个阶段，钱都是成麻袋地装，产品还没有生产出来，要货的人就排着队了。因为扩大生产的需要，杜双华回到祖籍地河北衡水，创办了京华制管厂——其日后基业的起点。为了照顾儿子，宋雅红没有一起去衡水，而是留在北京，继续和公公、婆婆住在一起。

“1993年企业搬到衡水之后，一开始他半个月、一个月回来一次，后来就几个月回家一次。”即便如此，宋雅红仍然认为他们那时关系还不错，只是“有钱以后，他非得高人一等，得低着头跟他说话，在家里也要装出多有钱那样，拿着有钱人的劲儿”，所以吵架拌嘴也是常有的事儿。“在1996年以前都挺好的，那会儿衡水的厂子流水就已经上亿元了，我手里拿着家里所有的钱，也从来没有钱还分谁的、应该有我一半这些概念，我觉得从苦日子过来的，都是北京人，家里又都认识，我还跟他爸妈住在一起，他能怎么样啊。”而杜双华日后对那段时间二人的婚姻状况却有不同的描述：“我常年在外做生意，尤其从1994年到衡水市京华制管总厂工作后，因工作繁忙，很少回家，对家照顾较少，夫妻之间难免生成误会。感情开始淡薄，以致后来被告怀疑我感情不专。”

虽然描述那段时间的孰是孰非在今天已经不具太多意义，大儿子杜秋龙在长大后，以成人的分析向本刊记者给出了相对公允的评价：“婚姻无法持续，双方都有责任。在我看来，父亲和母亲的性格都太强了，可能父亲后来希望母亲尽到照顾我和爷爷奶奶的责任就行了，不希望母亲过多干预他的事情，可是母亲又是那种一定要问一定要知道的性格。”杜秋龙其实已经很难记起自己幼年时父亲的形象，因为在一起的时间实在太少，忙于资本积累和事业扩张的杜双华可以说在很长一段时间缺失了作为父亲的形象。“很小的时候肯定也不记事，我印象里最后一次我们3个人在一起，作为一个家庭一起活动，是他们带我去看李连杰的《冒险王》。”那是1996年，杜秋龙8岁，这一年也成为杜宋二人夫妻感情决裂的分水岭。

婚姻拉锯战

1996年的夏天，离二儿子的出生还有七八天时间，宋雅红北京的家里来了一位不陌生的客人——杜双华在衡水安排的一个厂长。她跟宋雅红说，她和杜双华已经在一起好几年了，要跟杜结婚。“我那会儿都快生了，心脏也不好，哪儿有心思理她啊，她看我不着急那劲儿可能刺激她了，过来就抓我，阿姨过来挡，我还是摔了一跤。幸亏住得离医院近，当时都大出血了。”这一次可能“生命不保”的险情让宋雅红的母亲心脏病犯了，大病了一场，出院后一直找杜双华评理，转年的1月份，因为又吵了一架住进医院，“进去就没出来”。母亲的去世对宋雅红打击很大，“起了满嘴的泡，还得给孩子喂奶”。



宋雅红与二儿子（摄于 1996 年）

因为宋雅红的“不听话”，杜双华切断了她的经济来源。“以前要用钱直接给财务打电话，5 万 10 万元的，后来连 5 万元都要不出来。”当时宋雅红因为照顾两个儿子已经有五六年没上班。“我感觉不对，我得被他挤对死。”她决定把老二放到保姆家，自己出去工作，还是跑业务的老本行，因为开的车比老板的好，每次去公司都停得老远走过去上班。虽然每月只有 800 元的底薪，但因为给公司带来好多业务，第一年提成 18 万元，第二年将近 40 万元。“他有几个亿跟我没关系，我待着就觉得窝囊得慌，我自己也有能力过得好。”宋雅红这种倔强独立的个性，正好跟事业不断扩大、正在自我膨胀期的杜双华需要别人顺从的心理状态针尖对麦芒。

为了让宋雅红彻底低头，杜双华打算拿小儿子“当筹码”。“真的是‘抢走’的。”杜秋龙向本刊记者回忆这段时说，9 岁的他还误当了“小间谍”。虽然保姆和爷爷家住得很近，但是不知道具体在几门几号，杜双华就让儿子当了向导，记住了门牌号后，第二天家里来人从保姆怀里抢走了孩子。“我记得阿姨他们全家人都是老师，阿姨的胳膊当时都脱白了。”接下来的 11 年，宋雅红再没有见到过小儿子一面。“我开始每天都去要儿子，他们就是不告诉我在哪里，我也报过警，可人家说家事不管，11 年里，每次我把他问急了他就跑。”

母亲的去世和儿子被抢走两件事之后，宋雅红对杜双华“彻底没感情了”，但是在外人看来不可思议的是，他们的婚姻仍然维持着，宋雅红和杜双华的家人还保持着一家人的关系。

在这 11 年间，大儿子杜秋龙已经读完了寄宿小学和中学，上了大学，每次都是爷爷给交学费，虽然他猜想杜双华应该是把抚养费都给了爷爷，但是对父亲这个人已经“想不起来了”，只有偶尔爷爷提起的时候电话里说几句话。杜双华也早已让小儿子以为另一个女人是妈妈，还有了一个妹妹。而他自己，在 1997 到 2008 年这段时期，事业迅速扩张，逐渐形成了自己的钢铁帝国，身价达到几百亿元，位列 2008 年胡润百富榜第二。

虽然一直没有离婚，二人的婚姻关系早已名存实亡，在宋雅红起诉前，没人知道她老公是杜双华。“他的身份没有给我带来荣耀，没有让我过上幸福的生活，我的一切都是自己挣来的。”此时的宋雅红凭借在商场上出色的能力也已经有了两个自己的公司，也有几千万元资产，还有一个“互相依赖的好儿子”，“能享受平常人的幸福”。

2008 年，因为宋雅红心脏病发作，杜双华扛不过让宋雅红见到了 11 年未见的儿子，直到此时宋雅红才知道，他其实一直是姑妈在带，和爷爷住在一起，“没想到离得这么近”。杜秋龙回忆了一个更让人难以接受的细节：“每次我要去见爷爷，都是提前约时间，我去了之后还奇怪，怎么东西

都拿布盖着，看电视、冰箱什么的也都不像是有人住的样子。现在回想才明白，他们早搬家了，每次还约我在以前的住处见面。”

了却了见不到儿子的心病，宋雅红又有了新想法。她先是在网上看到有消息说，有个女人给杜双华生了个女孩，自己已经成了“前妻”，打电话过去问：“谁跟你离婚了？”杜双华的回复是“别听记者瞎说”。“又蹦出3个女人，3个孩子，原来都在眼皮底下我都不知道，知道了之后躺床上想，以前在电视上看还不相信是真的，在自己身上才相信，我也变成‘老大’了，朋友听了都笑。”这也让宋雅红最终做出离婚的决定。“我快50岁了，本来就‘守寡’这么多年，从来没有一个肩膀可以依靠，觉得还是趁早离婚踏实。”

“但是那会儿谈离婚不是真的想分他财产，很麻烦，我也不想从我这儿把这么大一份产业破坏了。我就想能安度晚年，在北京周边买几百亩地，弄个庄园，种点葡萄。”但是对于杜双华来说，400多亿元的身家，日照钢铁100%的股权，离婚当然是一个“坏的结果”，最理想的状态就是维持不分不合的现状。

从离婚谈判开始，儿子和杜双华的接触才多了起来。杜秋龙对父亲印象最深的一个画面是，爷爷带他去接机，“看见一个挺土的胖子被一群人簇拥围绕着走出来”。

两年的离婚谈判包括了争吵、安抚和手段，结果就是杜双华这边的坚决不离婚。最开始谈的时候，杜双华建议“双方互不补偿对方财产”，经过谈判，最后杜双华同意买下一层高档写字楼送给宋雅红，并建造一个100亩规模的农庄，并且承诺帮助宋追回800万的债权。杜双华还提议给宋雅红买套房。“选半天看上一套800多万元的别墅，他出了400万元首付，剩下的450万元是我自己拿的，他用房子没拿住我。”宋雅红想让杜双华帮忙追回自己的1000万元尾款，杜双华把钱截住，也作为不离婚的筹码。宋雅红回忆说，那段时间自己被盯梢好几次，她把后边跟着的车堵在马路中间，司机下来说：“嫂子，对不起我走了。”

“我记得有一次孩子回来搓手指头，一问说爸爸带着去验DNA，骗他们说要移民美国，必须亲子鉴定不然不给移民。这都是他为了独吞财产在做准备呢。”作为谈判条件，宋雅红要求杜双华把儿子带在身边，希望能跟他学着怎么做生意管理企业，于是杜秋龙看到了父亲在各地如何“呼风唤雨”，厂子附近的村民如何“感恩戴德”。“他的厂在衡水面积相当于一个区了，解决了大量就业，感觉衡水除了老白干就是他的厂子。”杜秋龙逐渐形成了对这笔财富边界的概念，“我没事儿会想，这么多的钱，掙起来得有多少间房，九牛一毛对我来说都是太大的财富。但是在我没有能力去驾驭的时候，这笔财富能不能给我的生活带来快乐，会不会成为我生活的负担？”杜秋龙告诉本刊记者，在那段时间觉得不自由，觉得压抑，因为杜双华要的是“绝对服从”，“他说，不然也别跟着我”。

然而对于杜双华来说，财富显然不仅意味着财富本身。宋雅红记得去年4月的一次谈判，杜双华“吐真言”说：“我现在还有点权力，还能呼风唤雨，要没这点权力，我也没有呼风唤雨的能力了。你放心，你的生活有我呢，我给你钱花。”后来杜双华同意重写协议书，给予宋雅红1亿元的“经济帮助”，这样的字眼惹怒了宋雅红，“再加上后头冒出来的那些女人，本来这层窗户纸不捅破知道了也就这样了，她们还找上门来管我要钱。1个亿我怎么花都花不了，但是我要为孩子争，不然以后这5个孩子就打起来了。我跟他说，法庭见。”2010年9月，宋雅红向北京市海淀区人民法院提起离婚诉讼。

离奇的离婚判决

接到法院打来的电话，杜双华告诉法官：“我们感情很好，不离婚。”几次做出拒不出庭表态后，海淀法院已考虑向其邮寄送达起诉状的时候，杜双华却委托律师给海淀法院送来了一份2001年河北衡水中院判决杜双华与宋雅红离婚的判决书。

“她看到这份离婚判决书之后非常吃惊，我们这边还在法院起诉呢，怎么10年前就离婚了，还是在衡水法院办的。”宋雅红的代理律师陈旭告诉本刊记者，突然出现的这个10年前的离婚案件中，宋雅红根本没有到庭应诉，接到起诉书副本和开庭传票，甚至连判决书都是以公告形式送达的，而且判决书上漏洞百出，“全是硬伤”。

根据这份（2001）衡民初字第14号判决书的文字记载，杜双华10年前在衡水中院起诉离婚的

理由是，他与妻子在 1997 年分居后 3 年半，没有联系过，妻子在此期间“下落不明”。衡水中院在没有尝试打电话通知、上门走访、也没有发司法专邮等任何通知手段的情况下，通过对宋雅红在北京居所的一名不知情的物业工作人员的走访调查，认定宋雅红“下落不明”。2001 年 2 月 9 日，法院将送达起诉状和开庭传票的公告见报，宋雅红当然没有机会看到这份报纸上的公告，公告期满后，法院于开庭当天做出缺席判决，并且公告送达了判决书，判决双方离婚。

陈旭告诉本刊记者，首先，杜双华当年想要离婚，有管辖权的法院应是其妻子宋雅红户籍或居所地法院，在当年杜双华没有提供任何证据证明宋雅红确实下落不明的情况下，河北衡水中院无权受理该案。第二，作为对双方当事人行使诉讼权利的最基本程序保证，法律严格规定了法院的送达方式。衡水中院受理案件后，没有采取法律规定的直接送达、邮寄送达、留置送达、委托送达等方式，而是在立案后第三天就决定公告送达起诉书副本和开庭传票，侵犯了宋雅红的诉讼权利，是严重的违法行为。

两个北京居民的离婚案件，为何要向衡水法院提请诉讼？公开信息也许已经提供了答案。1995 年，杜双华被评为衡水市明星企业家；1996 年，被评为衡水市青年创业先锋；1998 年，被选为衡水市人大代表；2003 年当选为河北省人大代表。



宋雅红

“他的时间选得很好，2001 年，正好是他事业急剧扩张之前，他可能已经判断到了之后的发展。”宋雅红对本刊记者说。

除了程序违法之外，陈旭律师还指出了在这份离婚判决书上的各处“硬伤”：宋雅红的名字错了一个字，杜双华出生日期错了 1 年，双方的结婚时间也是错的，两个儿子的出生日期有误，而且小儿子的名字更是离奇地使用了在 2007 年才变更的新名字。“漏洞太多了，杜双华这些年几次办理的河北暂住证上婚姻状况都是‘已婚’。对这样一个事关当事人重大人身权益和财产权益的案件，法院却未充分审查诉讼当事人身份，甚至连当事人的身份证、结婚证等最基本的身份信息都没有在案卷中留存，这些问题都应导致原审裁判无效。

显然，杜双华也注意到判决书上这些硬伤，遂向河北衡水中院申请更正判决书中的错误。2010 年 10 月 28 日，衡水中院发布裁定，将 2001 年判决中的错误一一改正，6 天后，河北衡水中院院

长签发了一份民事裁定书，称判决书已发生法律效力，“此案由该院另行组成合议庭再审，再审期间中止原判决的执行”。“等于案件又回到了衡水法院，我们对结果还是没有把握。”宋雅红对再审案件的处理结果并不太乐观，“我觉得我胜诉的可能性微乎其微，他一个能在‘鸟巢’后边龙脉上拿地建高尔夫球场的人，能量太大了，我就是蚂蚁搬大象，但是一切为了儿子。”宋雅红这样对本刊记者表示。因为去年夏天从新加坡留学回来之后帮着母亲录了自己和父亲的对话，杜秋龙失去了父亲的信任，不能再接近杜双华。在杜秋龙看来，离奇的离婚判决的出现使得之前的很多怪事都有了解释，“那会儿我们家里进了‘小偷’，宝石、钱、相机什么都没拿，还挺整齐地摆着，但是纸啊什么的一张一张翻得乱七八糟的”。

而由宋雅红向海淀法院提起的离婚诉讼案件，也因（2001）衡民初字第14号《民事判决书》的出现，被裁定驳回起诉。理由是在10年前，河北衡水法院已经判决双方离婚。宋雅红不服，提出上诉，认为河北衡水法院的判决书不具法律效力。此案二审也正在进行中。

制度的缺失

在接了宋雅红离婚案之后，陈旭连着接到了四五起“被离婚”的案子。“权贵玩弄法律，钻法律的空子。”陈旭对本刊记者说，虽然宋雅红的案子由于当事人身份特殊，标的财产数额巨大，是一起特殊的个案，但其中却蕴含了一个极为危险的信号：如果现存的婚姻关系可以通过这样的诉讼程序予以任意解除，那婚姻家庭的稳定性、社会关系的确定性都将受到严重破坏，涉及公众的公共安全无法得到保障。

在北京大学法学院副教授（博士生导师）民诉法专家傅郁林看来，“被离婚”不是一个简单地用“权贵玩弄法律”来解读的社会问题，而是已经成为一个“严重而多发”的法律问题，问题的根源首先要归咎于制度本身的缺失造成的漏洞。“现行立法中缺少两个制度，一个是利害关系人申请撤销不合法婚姻关系的制度，这是针对身份关系的实体性质的救济途径；二是生效判决的撤销，这是针对一般案件的错误生效判决的救济途径，目前只有再审程序没有撤销程序。但现在这两个制度都没有，就制造了钻空子的机会。”傅郁林向本刊记者分析说，两个制度的缺失也导致了最高法院在设计再审程序时的困境，最高法院规定离婚案件不得就身份关系申请再审，只能就财产部分提起再审；甚至在上诉程序中，如果一审法院判决准予离婚的，上诉时二审法院认为不应准予离婚的，也没法改变一审判决就身份关系做出的变更。这是考虑到，一旦判决离婚，则不仅双方当事人之间的身份关系发生变更，而且可能涉及或影响其他人的身份关系，比如一方可能再婚，因此不允许通过再审变更原审判决已经确定的身份关系。但是，“我国现有法律制度没有区分身份关系和普通民事关系的差别，也没有区分合法取得的身份关系与非法取得的身份关系的救济途径，因此没有专门建立一个专门针对身份关系或虚假离婚的有针对性的救济制度。比如，假离婚的案件应该启动两个撤销程序，前妻可以申请撤销前面的欺诈导致的错误裁判所确定的身份关系，同时申请撤销新的婚姻、请求宣告后面的婚姻关系无效。但现在这两个撤销程序都没有。”

傅郁林说，就本案而言，制度的漏洞还不是唯一的原因，法院在操作中也存在重大失误。正是由于在离婚案件中，身份关系一旦经由生效裁判确定就会产生严重的、现行法难以补救的法律后果，所以法律对于离婚案件的司法程序相对完备的硬性要求，也就是把程序保障放在了裁判前面，比如规定离婚案件必须要有当事人本人到场，哪怕是无民事行为能力或限制民事行为能力的人，在其他民事案件中可以完全由代理人出庭，但在离婚案件中要求本人也得到场。法律还规定，必须首先以直接送达、邮寄送达等其他合法方式通知当事人到庭，只有这些送达方式都无法送达时，最后的办法才是公告送达。“本案假造了一个事实，就是声称女方失踪了。但法律关于失踪规定了有明确的条件和程序，即便宣告失踪，还要等2年的时间，不能一方说失踪，也不经法律程序，法院也不穷尽法定途径去找当事人，马上就公告送达，就判决离婚了。这个案件根本没有穷尽送达手段，用公告送达的方式是在进行这些直接送达行为之前就预定的方案。而且，如果不能确定被告失踪这一事实，那么河北的法院也就没有管辖权。”

在傅郁林看来，绝大部分“假离婚”的案件，法院都是有重大过失或明显过错，甚至有的案件中不排除法官参与合谋的情况。“这一类案件很早就有了，只是本案因为漏洞太多、太明显，特别是

判决还未经合法送达，所以可以按照裁判尚未生效来处理，也还有可能在管辖权错误方面找到补救的理由。但是大部分虚假离婚都没有这种补救机会。而最高人民法院的司法解释进一步堵死了这个立法漏洞的可补救性，身份关系一旦确立，再审的时候不能就身份关系进行再审。目前正在讨论的民事诉讼法修正案有可能弥补这个漏洞，就是针对欺诈诉讼将专门建立一个裁判撤销制度。■

检讨与建构：离婚案件中的反诉问题研究

杨兵 北京市朝阳区人民法院 法官 上传时间:2011-5-9 来自中国民商法律网

一、问题提出：“中国式离婚”中反诉制度的缺失及检讨

反诉是现代民事诉讼中一项非常重要的制度，它在平等地保护双方当事人的合法权益、避免产生相互矛盾的判决、实现诉讼经济等多方面均有裨益，因此现代各国的民事诉讼中几乎都规定了这一制度。我国也不例外，在民事诉讼中明确规定了反诉制度。但作为民事纠纷的一种主要类型并适用民事诉讼法进行审理的婚姻案件，在我国无论从理论上还是实践中，均不认可反诉制度存在。

从理论上而言，主要基于以下几种观点否认离婚案件中反诉制度存在。其一，离婚案件属于人事案件中的一种，关乎家庭安定和社会稳定，具有强烈公益性，国家有干预和介入的必要，因此在审理中一般实行职权主义和职权探知主义，而限制辩论主义和处分权主义。所以，“无论原告请求与否，人民法院都应主动从婚姻关系、子女抚养及财产三个方面进行审理，被告的请求不起决定性作用，也就是说被告提出了人民法院应当审理，不提出也应全面进行审理。” [1]其二，

“反诉的目的在于抵消、吞并本诉原告所主张的民事权益。在离婚诉讼中，被告提出的请求，并不能达到抵消、吞并本诉原告主张的目的。” [2]其三，“反诉作为独立之诉，应与本诉有牵连，是一种新的诉讼法律关系。因此，认为离婚之诉的原告提起离婚，其诉讼请求解除夫妻间的身份关系，诉讼中若被告同意离婚，则为承认原告的诉讼请求，若不同意离婚，则为否认原告的诉讼请求，不存在被告提出一个新的独立的与本诉离婚不同的诉讼请求，因此，离婚反诉不能成立”。 [3]

在以上几种理论观点的影响下，我国司法实践中，“对于在离婚诉讼中提起反诉，大多数法官也是持否定态度”。 [4]

以实践中一个真实的案件为例： [5]原告王某（男）以双方分居已满两年、感情破裂为由起诉被告李某（女）离婚，其诉讼请求有如下几项：（一）判决原告与被告离婚；（二）婚生子小王归原告抚养，被告每月支付抚养费 200 元；（三）判决双方夫妻共同财产中彩电、冰箱、洗衣机归原告所有，沙发、双人床归被告所有。

被告则答辩称，同意与原告离婚，但称离婚原因并非双方分居满两年，而是原告与第三者长期同居，并要求：（一）婚生子小王归被告抚养，原告每月支付抚养费 300 元；（二）双方夫妻共同财产除原告所述外，还有汽车一辆、房产一套，要求该汽车和房产归被告所有，被告支付原告房屋补偿款 20 万元；（三）双方有夫妻共同债务 1 万元，双方各负担 5000 元；（四）原告给付被告精神损害赔偿 5000 元。

法院一审认定原告与第三者长期同居，但与被告分居未满两年，被告所称房子系案外人所有，故判决：（一）准予原告与被告离婚；（二）婚生子小王由被告抚养，原告每月支付抚养费 300 元；（三）双方夫妻共同财产中彩电、冰箱、洗衣机归原告所有，沙发、双人床、汽车归被告所有；（四）双方夫妻共同债务 1 万元，原告与被告各自负担 5000 元；（五）原告赔偿被告精神损失费 2000 元。

一审判决后，原告不服判决中关于其与第三者同居及双方共同债务的认定，上诉要求撤销判决第 4、5 项，被告不服判决中关于房产的处理，上诉要求改判判决第 3 项，确认房产为夫妻共同财产，并将该房产判归被告所有，被告支付原告房屋补偿款 20 万元。二审法院最终判决驳回两人上诉，维持原判。

这是一起典型的中国式离婚案件，其中的审判过程也是当前司法实践中一种典型的离婚案件处理方式。这起案件中一个鲜明的特点是：被告在答辩中提出了诸多具有请求性质的意见，但并

未被作为反诉请求进行处理，被告在当事人身份上也未被列为反诉原告，而被告答辩中的许多要求最终却在判决主文部分得到了处理。

对于上述理论观点及司法实践的处理方式，笔者均认为有值得检讨之处。

(一) 从理论上而言，以上三种否认离婚案件中反诉制度的观点均有值得商榷之处

首先，对于第一种观点，尽管以身份关系为特征的人事诉讼一般实行职权主义和职权探知主义，而限制辩论主义和处分权主义的适用，但婚姻案件有其特殊性和复杂性，因为婚姻案件中既包括着以身份关系为特征的纠纷，如婚姻事件之诉（包括离婚之诉、婚姻无效之诉、撤销婚姻之诉等）和子女监护人的确定之诉，也包括着以财产关系为特征的纠纷，如夫妻财产分割、离婚损害赔偿等。而“财产法上之权利，原则上当事人得自由处分……处分权主义、辩论主义，即系基于当事人得自由处分之权利而生之原则”。^[6]因此，婚姻案件中并非均实行职权主义和职权探知主义，在财产性质的非婚姻事件中，应适用通常诉讼程序，遵循处分权主义和辩论主义的法理。而且，即便是人事诉讼程序，也同样具有当事人主义的性质。否则，如果就事实的搜集、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，某些情况下甚至无法查清事实。譬如，当事人就双方是否分居两年发生争议，如果双方当事人不提供证据或者作出自认，仅凭法院依职权调查，将很难确认事实，因此，某种程度上适用辩论主义也是必要的。

其次，对于第二种观点，实际上是对反诉目的或功能的一种误解或者说曲解。这种观点将反诉作为本诉的一种附属，而忽视了反诉的独立性的一面。如果将反诉的目的定位为吞并或抵消原告的诉讼请求上来认识反诉，那么法院的裁判一旦驳回本诉原告的诉讼请求，就意味着反诉目的的实现，而根本没必要再去支持反诉的诉讼请求。这种逻辑显然与各国的法律规定和法理不符，因为相应的规定和法理均确认，即便本诉撤诉或被驳回，也不影响反诉的存续和审理。反诉作为一个独立的诉，其主要目的在于请求法院判决自己胜诉，而不是仅仅为了吞并、抵销、排斥本诉，后者不过是反诉的“副产品”而已。因此，上述第二种观点不能成为否定离婚案件中反诉制度的理由。

再次，对于第三种观点，判断反诉是否是独立于本诉的一个新的诉，要依据诉的要素来判断，而不能仅仅依据诉的声明。传统理论上的诉的要素包括当事人、诉讼标的、诉之声明三个方面。由于新诉讼标的理论的出现，其中一些理论将诉之声明作为了诉讼标的的识别标准，使得诉讼标的与诉之声明经常混为一谈。因此，要区别两个诉的关键因素还在于当事人和诉讼标的。而当事人是否相同，不仅指原、被告地位完全相同，即使互换其地位，亦为相同。因此，在离婚诉讼中，本诉与反诉应认为两诉当事人相同。所以，确认离婚本诉与反诉是否同一的关键在于诉讼标的的识别（关于诉讼标的，下文将有详尽论述）。因此，该观点仅依双方诉的声明一样就否认离婚案件中反诉制度存在，理由有欠充分。

(二) 结合上述案例，现行离婚案件否认反诉制度的处理方式存在以下不足之处

1. 将离婚之诉、子女抚育与夫妻财产分割等三类纠纷合一处理，并未区分它们的性质和适用的程序，使得对夫妻财产分割之诉违背了当事人主义的基本法理。(1) 违背了处分权主义。依处分权主义，诉讼对象和诉讼程序的开始、续行、终结依法由当事人决定，^[7]即“无诉即无审判”。而在上述案件中，一审法院却对被告仅以答辩形式而并未以诉的形式提出的汽车分割、共同债务负担、离婚损害赔偿等要求作出了判决。(2) 违背了辩论主义。辩论主义要求“法院作出判决时，应限于当事人声明的范围，未经当事人声明的事项，法院不得判决”。^[8]而上述案件中，原告诉讼请求中并无共同债务负担、离婚损害赔偿的内容，一审判决中却有相关体现。

2. 一审判决违背了当事人诉请得不到支持时应驳回诉讼请求这一基本处理原则。在民事诉讼中，对当事人提出的诉讼请求，法院如果认为缺乏证据支持或法律依据，应该判决驳回诉讼请求；如果诉讼请求中部分有理，则应该判决支持部分诉讼请求后，再判决驳回当事人其他诉讼请求。上述案件中，原告对子女抚育提出了诉讼请求，而一审法院的判决实际上并未支持原告这一诉请，而是支持了被告提出的子女抚育要求。依上述处理原则，法院应当判决驳回原告这项诉讼请求，但一审判决中却未体现此项内容。

3. 一审判决第1项虽然准予原、被告离婚，是对原告诉讼请求作出的处理，但实际上该项

判决依据的是被告提出的离婚理由。而原告对该理由不服，却无法对判决主文相关内容提出上诉，因为被告并未以诉的形式提出离婚请求，而一审判决主文的相关内容从形式上看仍是对原告诉讼请求的支持。

综上，笔者以为，在离婚诉讼中否认反诉制度，无论从理论上还是实践中，均存在诸多值得检讨和有待完善的地方。

二、离婚案件中确立反诉程序的理论依据

实际上，世界上许多国家和地区在法律上都规定了离婚诉讼中可以提起反诉。（一）日本。日本人事诉讼程序法第7条规定：“对婚姻无效之诉、撤销婚姻之诉、离婚之诉及撤销离婚之诉，可以提起合并或反诉。” [9]（二）德国。在家庭事件程序中明确规定：“离婚之诉，与离婚后事件可以提起反诉，他种诉讼则不得与离婚之诉提起反诉。”（三）法国。法国民事诉讼法在对“离婚与分居”这类案件的特别规定中，规定：“反诉，即使在上诉审，亦得受理之。” [10]（四）我国台湾地区。我国台湾地区民事诉讼法第572条规定：“婚姻无效、确认婚姻成立或不成立、撤销婚姻、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。”

上述国家和地区的立法虽然在具体规定上有所差异，但都不约而同地确认了离婚案件中可以提起反诉。而在这些法律规定的背后，有着充分的理论依据和实践积淀。正是这些理论依据的支撑，不仅为反诉程序在离婚诉讼中的运行提供了正当性，而且彰显了反诉程序在离婚案件中的必要性。

第一，从权利基础上看，夫妻平等原则和诉权平等原则为离婚案件中的反诉提供了内在依据

夫妻平等原则是婚姻法上的基本原则之一，是指夫妻双方婚姻方面权利平等，从婚姻的缔结到婚姻的消灭，双方的权利始终是平等的。 [11]因此，在离婚诉讼中，原告可以提出离婚，被告也应可以就离婚提出反诉，这样才能真正体现夫妻平等原则。否则，如果对被告在离婚诉讼中的反诉进行限制，不仅有悖夫妻平等原则，对被告所享有的离婚自由也是一种桎梏。

诉权平等原则是指在民事诉讼中，双方当事人享有平等地接受司法救济的权利，其诉讼地位平等、诉讼权利对应，合法权益受到平等保护。因此，要在离婚诉讼中保障双方诉权平等，赋予原告一方起诉权，就有必要赋予被告一方反诉权，这既是诉讼民主的重要内容和程序对等的重要举措，也是保护离婚诉讼被告诉权的特殊需要，因为在离婚诉讼中，如果不允许被告提起反诉，一旦本诉判决准许原告离婚，根据“一事不再理”原则和既判力理论，本诉的被告就不能再提起离婚之诉，这显然不利于被告。

第二，从诉讼标的上看，离婚诉讼中的反诉是一个不同于本诉的独立的诉

关于离婚诉讼的诉讼标的，在理论上存在着新旧诉讼标的理论之分。旧诉讼标的理论（即实体法说）认为，离婚之诉为形成之诉，其诉讼标的为形成权，发生形成权的原因事实不同，即为不同的形成权。如我国《婚姻法》第32条中规定，“有下列情形之一的，调解无效的，应准予离婚：（一）重婚或有配偶者与他人同居的；（二）实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员的；（三）有赌博、吸毒等恶习屡教不改的；（四）因感情不和分居满2年的；（五）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。”其中1至4项以及一方被宣告失踪均构成离婚的诉讼标的，当事人可以分别起诉离婚，不构成重复起诉，法院必须分别审理。

新诉讼标的理论指旧诉讼标的理论外的所有诉讼标的理论，其中影响最大的是“一分肢说”和“二分肢说”。“一分肢说”（即诉之声明说）认为，离婚诉讼标的为婚姻关系之解消或请求离婚之法律地位，民法规定的各个离婚之原因，甚至离婚事由与撤销婚姻事由之间，仅系不同的攻击方法而已，均为同一诉讼标的。 [12]“二分肢说”（即诉之声明+事实理由说）认为，诉讼标的应依原告诉的声明和事实二要素来确定，诉讼声明和事实二要素之一为复数，诉讼标的也为复数。 [13]依该说，当事人基于不同的事由提出离婚，即使其诉讼声明同一，但诉讼标的仍然

不同。

我国民事诉讼的理论通说和民事司法实践基本上认同实体法说。 [14]但比较而言，笔者更赞成在婚姻诉讼的诉讼标的识别上采“二分肢说”。这是因为，一事不再理是民事诉讼的一项基本原则，即当事人不得就已经起诉的案件，在诉讼过程中再行起诉，而判断是否再行起诉的根据就是前诉讼标的与后诉讼标的是否同一。 [15]如果依诉讼声明说，则当事人只能提起一次离婚之诉，如果其离婚之诉未得到法院支持，其将不能再次提起离婚，否则就违反一事不再理的原则，这显然不利于当事人离婚诉权的保障，也有悖于离婚自由原则；如果依实体法说，虽然当事人可以依法定的不同原因多次提起离婚之诉，但就一个法定原因却只能提起一次离婚诉讼，因为一个离婚原因就是—个诉讼标的，只能起诉—次，即便该原因项下出现了新的事由也不能再行起诉离婚，

[16]如原告以被告与某甲婚外同居为由起诉离婚，因证据不足被法院驳回诉讼请求，后又发现了被告与某乙婚外同居的事实，并掌握了充分证据，但依实体法说却不能再以被告婚外同居为由起诉离婚，这显然与婚姻法规定的旨趣相悖，也不利于当事人离婚诉权的保护。而依“二分肢说”则可以避免这两方面的问题，即便当事人的离婚被驳回，但只要出现新的离婚事实，当事人就可再行起诉离婚，而不受“一事不再理”原则制约。“二分肢说”唯一需要解决的问题是，如果当事人已经依某一离婚事实被法院判决离婚，当事人中的任一方能否依其他离婚事实再行起诉离婚？笔者以为，依“二分肢说”，这种起诉应该不违背“一事不再理”的原则，但由于这种起诉已经失去了诉的利益，故无审理的必要，应裁定驳回。

综上，笔者以为，依据“二分肢说”，只要起诉所依据的事实不同，就构成不同的诉讼标的，而在一般情形下，离婚诉讼中的反诉所依据的事实与本诉的事实均不相同，所以离婚诉讼反诉应被视为不同于本诉的独立之诉。

第三，从诉权要件上看，离婚诉讼中的反诉有其独有的诉的利益

诉的利益是指当民事权益受到侵害或者与他人发生民事纠纷时，需要运用民事诉讼予以救济的必要性。它与当事人适格一起构成了民事诉权的两大要件，通常情况下是法院作出实体判决的前提之一。 [17]

在离婚诉讼中，离婚诉讼的目的虽然主要在于解除婚姻关系，但又不仅在于此，而是关涉到财产分割、子女监护权及损害赔偿等诸多问题。如我国《婚姻法》规定：“离婚时，夫妻共同财产由双方协议处理；协议不成时，由人民法院根据财产的具体情况，照顾子女和女方权益的原则判决”、“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”等。因此，即使一方诉讼离婚，另一方亦愿意解除婚姻关系，但究竟归责于何方当事人，仍有诉请法院裁判之必要，因为离婚之原因存在于何方当事人，法律上会有不同的评价，相应的处理后果也会迥异。所以，原告方提起离婚之诉后，被告方也因为存在着诉的利益，也有提起相应反诉的权利，包括依自己的理由就离婚、财产分割、损害赔偿提出反请求等。

三、离婚案件中反诉的类型划分及其要件构成

在我国，通常意义上的反诉，一般有以下方面的条件限制：（一）当事人条件，即反诉的原告只能是本诉的被告，反诉的被告只能是本诉的原告；（二）管辖条件，即反诉必须受人民法院主管，只能向受理本诉的法院提出；（三）时间条件，—般认为反诉应当在法院受理本诉后、—审辩论终结前提出；（四）程序条件，即反诉与本诉必须属于同—种诉讼程序；（五）牵连性条件，即要求反诉的诉讼请求与本诉的诉讼请求必须有牵连性，这种牵连性大致有以下几种情形：1. 以同—法律关系或事实为依据；2. 权利义务由同—法律关系发生；3. 本诉与反诉属于同—目的；4. 与本诉的诉讼标的、诉讼理由有牵连。 [18]

然而，婚姻案件因为其前述的特殊性，不同于普通的民事诉讼。它既包括以人身关系为基础的婚姻事件诉讼，如婚姻无效之诉、撤销婚姻之诉、离婚之诉等，也包括以财产关系为内容的非婚姻事件诉讼，如离婚时夫妻财产的分割、离婚损害赔偿等。另外，在这些诉讼中，既有形成之诉

(如撤销婚姻之诉、离婚之诉),也有确认之诉(如婚姻无效之诉),还有给付之诉(如离婚损害赔偿)。正是因为婚姻诉讼要较一般的民事诉讼复杂,使得离婚诉讼中的反诉类型也呈现出比较复杂的样态,因而有必要对其进行细化分类,并对其相关要件进行分析。

(一) 在婚姻事件诉讼之间提起的反诉

婚姻事件诉讼专指因夫妻人身关系而引发的诉讼,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,亦不属于婚姻事件诉讼。 [19] 在我国的婚姻法上,婚姻事件诉讼主要包括三种类型:婚姻无效之诉、撤销婚姻之诉、离婚之诉。依本文主张的“二分肢说”,这三种类型的诉讼无论是在提起诉讼的事实上、还是在诉之声明上,都不相同,因此有着不同的诉讼标的。但由于这三种诉讼均以消灭婚姻关系为目的,且在很大程度上有着相互排斥性,如假设婚姻无效之诉得到法院确认,则再无撤销婚姻之诉、离婚之诉提起之余地,而婚姻一旦经撤销之诉被撤销,也不得再请求判决离婚,所以,为避免矛盾判决,并利于纠纷的一次性解决,应允许这三种诉讼进行合并和反诉。

1. 离婚之诉与婚姻无效之诉合并时的反诉

理论上,此种类型的反诉包括两种情形:一是原告提出离婚之诉时,被告对原告提出婚姻无效的反诉;二是原告提出婚姻无效之诉时,被告在提出否定抗辩的情形下,另对本诉提出离婚的反诉。但在前一种情形下,被告提出婚姻无效反诉的必要性值得商榷。因为婚姻关系效力的认定,属于离婚案件裁判的前提,且是法院依职权探知的范围,无论被告是否提出反诉,法院都应该审理查明。即便因为缺乏相关事实线索影响到法院的职权探知,被告只须提出关于婚姻无效事实的抗辩即可,而无须提出反诉。因此,在此种类型下的反诉实际只有后一种类型。

这种类型反诉的要件,在当事人、管辖、时间等条件上与一般的反诉无异,在牵连性的条件上也符合本诉与反诉属于同一目的这种情形。但在程序要件上,这种类型的反诉表现出例外性,即本诉与反诉的程序类型不同一。这主要是因为,依我国目前婚姻法和民事诉讼法的规定,离婚之诉适用的基本是普通的诉讼程序,可以提起二审,而婚姻无效之诉适用的是特别程序,以一审为终审。

2. 离婚之诉与撤销婚姻之诉合并时的反诉

包括两种情形:一是原告提出离婚之诉时,被告对原告提出撤销婚姻的反诉;二是原告提出撤销婚姻之诉时,被告在提出否定抗辩的情形下,另对其提出离婚的反诉。这种类型反诉的要件,与一般的反诉构成要件相同,在牵连性的条件上也是合乎本诉与反诉属于同一目的这种情形。

3. 离婚之诉的反诉

在原告起诉离婚后,被告虽然也表示同意离婚,但如果其对原告所依据的离婚事由不予认可,而是主张其他离婚事由,此时应当认定被告提出了离婚之反诉。如本文开头所举的案例,原告以双方感情不和分居满两年为由起诉离婚,被告则以原告与他人同居为由同意与原告离婚,实际上是被告针对原告的离婚本诉提出的一个反诉。在某些情况下,即使原、被告双方主张离婚所依据的是一个法定理由,但如果双方依据的事实不同,则仍然属于两个不同的诉。如原告以被告对其实施家庭暴力为由起诉离婚,被告也同意离婚,但理由是原告对其实施家庭暴力,双方虽然都声明离婚,且依据均是实施家庭暴力这一法定理由,但双方主张的发生家庭暴力的事实不同,因此仍构成本诉与反诉的合并。需要指出的是,在被告对原告的离婚理由表示认可,而未主张本方的离婚理由的情况下,被告表示同意离婚,就不应被视为反诉,因为在此情况下被告并未提出一个独立的诉。

离婚之诉的反诉在牵连性上也表现为与本诉属于同一目的,其余要件与一般的反诉要件一样,并无特别要求。

(二) 在非婚姻事件诉讼之间提起的反诉

非婚姻事件诉讼是指在离婚之诉中作为离婚后果而相伴提起的一些诉讼,包括子女抚养权的诉讼、夫妻财产的分割、财物返还、因婚姻事件的原因所产生的损害赔偿请求等。但由于子女抚养权的诉讼属于身份关系的诉讼,系法院依职权探知和处理的部分,因此无反诉的必要性。故此类型的反诉,主要是指财产性质的非婚姻事件之诉的反诉,包括被告针对原告提出的财产分割、财物

给付、损害赔偿等请求提出的反诉。这种反诉的牵连性主要表现为与本诉以同一法律关系为依据，其余要件均符合一般反诉的要件构成。

（三）在离婚之诉与非婚姻事件之诉相互间提起的反诉

一般情况下，离婚诉讼中的反诉提起发生在同种性质的诉讼之间，如婚姻事件的反诉针对婚姻事件的本诉提起、非婚姻事件的反诉针对非婚姻事件的本诉提起。但在下列情况下，非婚姻事件也可针对离婚之本诉提出反诉：1. 原告提出离婚之诉，但未提出财产性非婚姻事件之诉，而被告同意离婚，并提出分割双方共同财产、损害赔偿等财产性非婚姻事件之诉。在此情形下，被告所提的财产性非婚姻事件之诉只能是针对原告离婚本诉所提的反诉。2. 原告提出离婚之诉，但未提出财产性非婚姻事件之诉，而被告不同意原告的离婚请求，但为防备原告的离婚请求得到法院支持，被告特提出如果原告离婚请求为法院所支持则要求分割双方共同财产、损害赔偿等。在此情形下，被告所提的财产性非婚姻事件之诉实际是针对原告离婚本诉的一种预备反诉。这种预备反诉是“为了保障程序的连续性和程序的救济性的需要”，[\[20\]](#)是预备合并之诉在反诉中的具体体现。

上述两种反诉的牵连性表现为与本诉的权利义务由同一法律关系发生，在程序要件上，被告的反诉因系财产性非婚姻事件之诉，适用的是普通民事诉讼程序，而原告离婚本诉在我国虽未规定特别的程序，但与普通诉讼程序还是有些区别，因而两者在适用程序上不尽相同，在其余的构成要件上与一般反诉要件无异。

四、离婚案件反诉审理中的相关问题分析

基于对上述离婚案件反诉类型的划分，其相应在实际审理中也应有不同的处理方式。下面就相关问题作如下分析。

（一）反诉与本诉的审理：合并抑或分离

反诉提起后，法院一般应将其与本诉合并审理，但合并审理并非反诉之必然结果，在一定情形下，对于反诉也可分别审理，因为“合并审理并非反诉的目的，只是解决当事人纠纷的一种方式，并非所有的反诉都必须合并审理，分开审理也不影响反诉的成立。这应分不同情形进行合并审理、合并裁判，合并审理、分别裁判，或者分别审理、分别裁判。”[\[21\]](#)

但因为离婚案件的特殊性，有学者提出，离婚本诉与离婚反诉，是解除同一法律关系，其审理不能分别进行，应合并同时进行。[\[22\]](#)笔者以为，离婚案件中的反诉类型较为复杂，是否必须与本诉合并进行审理应依具体情形来确定。

1. 对于离婚之诉与婚姻无效之诉合并时的反诉，我国最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第7条规定：“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”。由此可见，婚姻无效之诉应先于离婚之诉进行审理，两者不能合并审理，这主要是因为婚姻效力问题是审理离婚案件的前提和基础，只有待效力问题明确后，离婚案件才能确定是否进一步审理的必要。

2. 对于离婚之诉与撤销婚姻之诉合并时的反诉，虽然撤销婚姻之诉不如婚姻无效之诉的公益性强，但撤销婚姻之诉所要解决的其实依然是婚姻的效力问题，所以其在与离婚之诉合并审理时，仍应先审理撤销婚姻之诉后再进行离婚之诉的审理。

3. 对于离婚之诉的反诉，笔者认为离婚之诉的本诉与反诉应该合并审理，不得分别辩论、裁定停止其中一诉讼程序和作局部判决，因为本诉与反诉的请求均为离婚，所要解除的是同一法律关系，因此应合并审理为宜，如果分别审理、分别判决，那么可能先行作出的解除婚姻的判决将使后诉的审理难以为继。

4. 对于财产性非婚姻事件的反诉，其与本诉的审理方式与普通民事诉讼的本诉与反诉审理方式一致，即一般情况下应将其与本诉合并审理，但合并审理并非反诉之必然结果，在一定情形下，对于反诉也可分别审理。

5. 对于财产性非婚姻事件之诉针对离婚之本诉的反诉，由于反诉适用的是处分权主义和辩

论主义，而本诉适用的是职权主义和职权探知主义，因此不必要求两诉必须合并审理。而且，对于反诉，可以尊重当事人自己的意愿，被告可以放弃相应的财产方面的诉讼请求，也可以另行起诉。

(二) 离婚案件反诉时一审判决主文的表述：一般及例外

一般情形下，对于离婚案件中提起的本诉和反诉，一审法院在作出判决时，其判决书主文应该是如下表达方式。

1. 如果认为本诉与反诉均无理由，应该作出驳回原告之诉讼请求及被告之反诉请求的判决。

2. 如果认为本诉有理由、反诉无理由，应该作出支持原告本诉请求、驳回被告反诉请求的判决。

3. 如果认为反诉有理由、本诉无理由，应该作出支持被告反诉请求、驳回原告本诉请求的判决。

4. 如果认为本诉与反诉均有理由，应该作出支持原告本诉请求、支持被告反诉请求的判决。例如原告主张被告与他人同居请求离婚，被告亦反诉主张原告与他人同居请求离婚，法院调查结果，认定双方均有与他人同居之事实，此时原告之本诉与被告之反诉均有理由，法院判决主文应为[准原告与被告离婚][准反诉原告与反诉被告离婚]。

但是，上述表达方式也有例外情形，即当离婚之反诉与婚姻无效之本诉合并时，判决书主文应如何表达？依最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第9条规定及《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第7条规定，婚姻效力的判决实行一审终审制，但涉及财产分割和子女抚养的问题可以继续审理和上诉。因此，对于此种情形，一审法院的判决应按以下方式进行。

1. 如果认为婚姻有效的，在判决书主文一项中写明确认双方婚姻有效，并对另一方的离婚之诉的诉讼请求作出相应处理，有理由的判决支持诉讼请求，无理由的判决驳回诉讼请求。对于离婚之诉的诉讼请求所作的判决，双方均可上诉。

2. 如果认为婚姻无效的，在判决书主文部分写明确认双方婚姻无效，同时裁定驳回另一方的离婚之诉。对双方的财产分割和子女抚养的问题，可以调解，也可以按双方请求进行判决，该判决可以上诉。

(三) 离婚案件反诉上诉的审理：区别对待

对于一般情形下一审法院对离婚案件本诉与反诉所作出的判决，双方当事人对于其中于己不利的部分，均有权提起上诉。对于上诉审理的方式，应分别进行。

1. 对于一审法院判决驳回原告之诉讼请求及被告之反诉请求或者判决支持原告本诉请求、支持被告反诉请求的，如果双方当事人均上诉的，应该对本诉和反诉的上诉都进行审理；如果只有一方当事人上诉，则另一方当事人未上诉部分也作为附带上诉部分一起审理。

2. 对于一审法院判决支持原告本诉请求、驳回被告反诉请求的，只有被告有上诉利益，二审法院对被告的上诉进行审理，但对于一审判决中未上诉部分的内容，也应该等二审判决生效后才发生法律效力。

3. 对于一审法院判决支持被告反诉请求、驳回原告本诉请求的，只有原告有上诉利益，二审法院对原告的上诉进行审理，但对于一审判决中未上诉部分的内容，也应该等二审判决生效后才发生法律效力。

注释：

[1] <http://hi.baidu.com/zyzy1982912/blog/item/15f9ab8020d92bd49023d908.html>, 2009年5月21日访问。

[2] 同上注。

[3] “读者信箱”，载《人民司法》1997年第1期，第65页。

[4] 陈志辉：“探析离婚诉讼中的反诉”，载《成都理工大学学报》2005年第3期，第72

页。

[5] 此案为北京市某区法院一个普通的离婚案件,据笔者了解,大多数的离婚案件都是以类似的方式处理。

[6] 杨建华:《民事诉讼法问题研析(三)》,台北三民书局有限公司1998年版,第486页。

[7] 邵明:《民事诉讼法理研究》,中国人民大学出版社2004年版,第301页。

[8] 张卫平:《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164页。

[9] 白绿铨:《日本新民事诉讼法》,中国法制出版社2000年版,第145页。

[10] 罗结珍译:《法国新民事诉讼法典》,中国法制出版社1999年版,第252页。

[11] 昌祯主编:《婚姻与继承学》,中国政法大学出版社1998年版,第51页。

[12] 杨建华主编:《民事诉讼法论文选辑》,台北五南图书出版公司1984年版,第547-548页。

[13] 段厚省:《请求权竞合与诉讼标的研究》,吉林人民出版社2004年版,第143页。

[14] 杨荣馨主编:《民事诉讼原理》,法律出版社2003年版,第92-93页。

[15] 张卫平:《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205页。

[16] 需要指出的是,实体法说为克服此一不足,在既判力的时间界限上作出了一个技术处理,即将既判力的发生作用的时间界点规定为口头辩论终结时,即口头辩论终结后,即使是同一法律关系,但如果出现新事由(指当事人即便想主张也无法主张的事实),则基于同一法律关系再行起诉,不受前诉既判力的约束,法院仍可进行审理。参见

[日]高桥宏志:《民事诉讼法制度与理论的深层分析》,林剑锋译,法律出版社2003年版,第488-491页。但笔者以为,这种处理方式与其说是实体法说的技术完善,毋宁说是实体法说向“二分肢说”的靠拢,因为直接以“二分肢说”进行解释,完全可以避免在既判力时间界限上的技术处理。

[17] 江伟、邵明、陈刚:《民事诉权研究》,法律出版社2002年版,第168、215-216页。

[18] 王福华:“论反诉制度中的诉讼权能平衡”,载《法学论坛》2000年第2期。

[19] 王礼仁:“设立人事诉讼制度之我见”,载《法律适用》2002年第10期。

[20] 毕玉谦:“试论反诉制度的基本议题与调整思路”,载《法律科学》2006年第2期。

[21] 房保国:“论反诉”,载《比较法研究》2002年第4期。

[22] 杨春华:“离婚诉讼之反诉初探”,载《甘肃政法学院学报》总第66期。

出处:《法律适用》2010年第12期

广东七法院涉家暴离婚案法院可依职权取证

2011年03月25日14:54 来源:法制网 邓新建 章宁旦 马伟峰

本报讯 广东省法院系统试点家事审判合议庭一年以来,许多法院形成了审理家事案件的特有审判模式。在总结试点法院经验的基础上,广东高院将以发布指导性案例等方式规范法律适用,统一裁判尺度。

因家庭暴力引发的婚姻家庭纠纷近年来成为社会关注的热点,反家暴司法越来越受重视。在这种情况下,去年3月,广东省高级人民法院选取1个中级法院和6个基层法院试点家事审判合议庭,离婚、家庭暴力、子女抚养权诉讼等有关婚姻、亲子关系争议的案件,由专门的家事审判合议庭受理和审判。

“设立家事审判合议庭是审判专业化的必然趋势。”广东省高级人民法院副院长谭玲说,由于家事案件具有高度隐私性,又需要公权力介入,这要求法官采取与一般民事案件不同的规则。

在试点过程中,家事审判合议庭遵循着重调解、快审快结、合理分配举证责任、加强依职

权调取证据的力度、增强释明等审理原则,提高家事案件审理的专业化水平,维护当事人尤其是妇女儿童的合法权益。

在审判中,合议庭尽量安排具有婚姻家庭经验或接受过家事审判专业培训的法官办理此类案件,并根据实际案情,请妇联有关人员担任陪审员参与案件庭审。

在涉家暴案件举证责任分配上,试点法院要求受害方证明受侵害事实,在受害方完成上述举证的情况下,由对方承担证明其并非侵权行为人的举证责任,如果无法证明的,推定其为侵权行为人。

另外,对于涉及家庭暴力的离婚案件、婚姻关系是否无效的案件、夫妻共同财产难以查清的案件、收养关系是否成立、亲子关系案件等,法院还进一步加强依职权进行调查取证,力求查清案件事实,体现客观真实。

通州：离婚诉讼走“绿色通道”

2011/3/19 15:26 来源： 人民法院报 本报实习记者 杨帆

访谈对象：北京市通州区人民法院民二庭副庭长 陈汉东

对话背景

近年来,离婚案件呈持续增长态势,财产分割、子女抚养问题日趋复杂,对法官调解和审理离婚诉讼案件提出了更高的要求。为此,北京市通州区人民法院在法院内部设立了“离婚调解室”,为离婚诉讼铺就了“绿色通道”。

通州法院专辟一间法庭作为离婚案件调解室,在调解室中张贴亲情图片,让原本庄严肃穆的法庭多了亲和与温馨,为成功调解案件打下了良好的基础。

绿色通道如何铺就

法周刊：通州法院创设“离婚调解室”，为离婚诉讼铺就“绿色通道”，这种模式是在什么背景下出台的？

陈汉东：离婚案件和老百姓关系最为密切,对离婚案件处理的妥当与否切实关系到家庭与社会的稳定。恰当处理离婚案件有利于和谐社会的构建,也有利于下一代的健康成长。

生活中,高速公路、火车站都有绿色通道,为百姓出行创造了更多的便利。我们就想把这种模式引入到对离婚案件的处理中,切实地保护当事人的合法权益。

法周刊：这个模式具体如何运行？

陈汉东：我们将离婚案件分为两种情况。对于当事人已经协商好的、争议不大的案件,立案庭的法官在立案的时候就将当事人带到我们设立的离婚调解室中,由专案法官进行调解。

而那些由当事人一方来起诉离婚的案件,立案庭会将案件送到专门设立的离婚调解组,由调解组的法官给当事人打电话查明情况,并安排当事人到离婚调解室进行调解。

只有那些争议很大无法调解的案件才会送到审判法官手中走诉讼程序。但依据民事诉讼法的规定,法官在审理案件之前也会先行调解。

找准切入点对症下药

法周刊：通州法院的“离婚调解室”与一般的法庭有哪些不同之处？

陈汉东：我们专辟了一间法庭做离婚调解室,在调解室内张贴有关家庭和谐、婚姻幸福的宣传画,在减少法庭庄严、肃穆感的同时让当事人首先想到家庭温暖以及和孩子在一起时的天伦之乐。

这种充满暖意的场景有助于消除当事夫妻之间的矛盾,有利于法官做调解工作。

法周刊：通州法院的“绿色通道”模式与一般的民事诉讼程序有什么不同？

陈汉东：在设立这种模式之前,离婚案件的审理与其他民事案件程序相同,都是经由立案庭到审判庭,再由庭长分配给各个审判员,由审判员按照民事诉讼程序开庭审理。由于每个法官手中的案件都很多,受审判期限的影响,法官无法与离婚诉讼的当事人进行充分、细致的交流。

采取“绿色通道”模式,我们由专门的法官负责离婚案件的调解,并将调解贯穿于全案始终,可以对当事人矛盾的焦点以及真正的想法有更为细致的了解,做到“对症下药”,自然提高了

调解成功率。

去年我院民二庭共受理离婚案件 471 件，结案 469 件，其中调撤案件 410 件。

法周刊：这其中有什么让您印象深刻的事情吗？

陈汉东：我们曾受理了一对中年夫妻起诉离婚的案件。法官在调解的时候发现，这对夫妻还有一个面临中考的女儿，成绩非常好，有望考上重点高中，还不知道父母闹离婚。

而我国法律规定，父母离婚，如果孩子年满十岁，必须要征询孩子的意见。也就是说如果走正常的诉讼程序，孩子必须到庭。但倘若如此，肯定会影响孩子的中考成绩。针对这种情况，法官以孩子的前途为切入点做当事人的工作，说服男方先撤诉，暂缓离婚。

中考结束后，我们接到了当事夫妻的电话，他们高兴地说，孩子考上了理想的高中，而他们夫妻经过这一“劫”，也化解了本来非常深的矛盾，打消了离婚的念头。

一个有益的尝试

法周刊：这种模式实行以来有什么显著的成效？

陈汉东：这种模式最大的特点在于能体现“以人为本、司法为民；调解优先、全程调解、调判结合”的办案理念，有助于当事人打一个便捷、明白的官司；能实现司法公正与效率的高度统一。

实践中常会出现这样的情形：虽然当事人并没有在专门的离婚调解室中达成和解，但正是这些专案法官的调解工作为当事人解开了心结，也为进入诉讼程序后的办案法官提供了更多的情况，庭前调解成功率也大大上升。

法周刊：通州法院模式有什么可供借鉴的经验？

陈汉东：首先必须要有专门的高素质调解人员，最好年长一点。只有具有丰富的生活阅历才能与当事人很好地沟通。如果审判员本身就是未婚，不会对婚姻生活有深刻的体会，也就无法获得当事人足够的信任。

其次，专门的调解室也为成功调解做了重要的铺垫，我们营造的温馨环境有助于当事人产生对美满家庭生活的向往，从而打消离婚念头，尤其对那些因为生活琐事冲动离婚的当事夫妻来说。

最后，庭室之间的相互配合也是非常重要的，正是我们与立案庭的有效沟通与协作，为离婚诉讼铺就了“绿色通道”。

法周刊：请您对通州法院模式做一个展望性的评价。

陈汉东：对离婚案件采用这种模式是我们法院审理民事诉讼案件的一个有益尝试。经过实践检验，效果非常好。我们考虑将这种模式逐步扩展应用于和老百姓生活息息相关的其他民事案件上，更方便、快捷地帮助老百姓解决纠纷。

虚假诉讼的“蛛丝马迹”

2011 年 03 月 23 日 02:09 来源：检察日报

民事虚假诉讼不仅侵犯当事人的合法权益，也扰乱正常的诉讼秩序，浪费司法资源，损害司法公正和权威，具有严重的社会危害性。2009 年以来，江苏省张家港市检察院共查办民事虚假诉讼案件 15 件，涉案金额达 300 余万元，经审查向法院发出再审检察建议 15 件，其中通过启动再审程序已监督纠正 10 件，向公安机关移送涉嫌妨害作证、帮助伪造证据案件 5 件 5 人，有 4 人已被法院作有罪判决。

民间借贷是“重灾区”

虚假诉讼案件以调解案件居多，且具有调解快、结案快、办案周期短的特点。由于虚假诉讼是当事人经预谋串通后采用虚构事实、伪造证据等方式提起民事诉讼，欺骗法院作出民事裁判，以实现其非法目的的行为，双方当事人并不具有实质意义上的对抗，因而往往会利用诉讼调解方式迅速达成调解协议，从而掩盖其非法目的。该院发现的 15 件虚假诉讼案件均为调解案件。

民间借贷案件成为虚假诉讼案件的“重灾区”。由于民间借贷案件法律关系简单，法院在审理此类案件时，认定借贷关系是否成立的主要证据就是借条，当事人虚构法律关系和伪造证据比较简

单,容易得逞,因而成为提起虚假诉讼的首选案由。该院办理的15件虚假诉讼案件中,有9件是民间借贷案件,占案件总数的60%;劳务(雇佣)合同纠纷4件,运输合同纠纷1件,买卖合同纠纷1件。

造假手段主要表现为伪造借条,或虚增借款数额,或虚构借款事实。该院办理的15件虚假诉讼案件中有11件采用了伪造借条的手段。其中虚增借款数额的6件,将本应由个人偿还的债务转嫁到公司身上、伪造借条虚构公司借款事实的3件,虚构借款的2件。

虚假诉讼当事人之间关系密切,往往存在乡邻、亲属、朋友等特殊关系或者其他利益关系。要通过诉讼实现非法目的,需要当事人各方密切配合,这种特殊关系使得双方更容易进行协商、串通一致。

虚假诉讼案件当事人到庭率不高。虚假诉讼案件双方当事人一般经事先预谋达成一致,因此通常由一方当事人或双方当事人委托代理人便可完成整个诉讼过程。在该院已监督纠正的10件虚假诉讼案件中,从未出现双方当事人均到庭参与诉讼的情况。

虚假诉讼案件隐蔽性强,发现查处难度大。在已发现的15件虚假诉讼案件中,案外人申诉的13件,自行发现的仅2件。且这些案件均是该院民行部门密切与公安、本院自侦部门的协作配合,经深入、细致调查才得以查清。

遏制和惩治虚假诉讼不力

经济利益的驱动使虚假诉讼当事人不择手段,不计后果。虚假诉讼当事人往往为了追求私利,不惜损害他人利益。如某纺织饰品有限公司系列虚假诉讼案件中,当事人在公司经营不善、资不抵债的情况下为了从公司资产拍卖款中提高受偿份额,不惜损害其他债权人利益,伪造借条,虚增借款金额。

法律意识淡薄使虚假诉讼当事人视法律为儿戏。虚假诉讼当事人往往对虚假诉讼行为的性质认识不足。有的当事人碍于情面,对他人提出的制造虚假诉讼的主张未加拒绝,根本没有意识到这种行为的违法性和后果。

现行民事审判方式使得虚假诉讼当事人有机可乘。目前,我国民事审判实践中倾向于当事人主义诉讼模式,实行“谁主张、谁举证”,法官在审理案件时一般不主动依职权调查证据,只要当事人双方认可即可作为裁判依据,给当事人恶意串通打开了方便之门。同时,“调解优先、调判结合”的审判工作原则,使得在审判实践中,双方当事人达成的调解协议只要不违法,法官均予以认定,让虚假诉讼当事人有了可乘之机。

立法不完善导致遏制和惩治虚假诉讼不力。现行民事法律没有规定虚假诉讼侵权责任制度,刑事法律规定局限性较大,不能对虚假诉讼行为进行有效的打击,低风险和高回报形成的鲜明对比使得一些当事人不惜铤而走险,虚假诉讼呈现蔓延趋势。

广东:涉家暴离婚案法院可依职权取证

2011年03月25日 09:17:21 来源: 法制日报



广东省法院系统试点家事审判合议庭一年以来,许多法院形成了审理家事案件的特有审判模式。在总结试点法院经验的基础上,广东高院将以发布指导性案例等方式规范法律适用,统一裁判尺度。

因家庭暴力引发的婚姻家庭纠纷近年来成为社会关注的热点,反家暴司法越来越受重视。在这种

情况下,去年3月,广东省高级人民法院选取1个中级法院和6个基层法院试点家事审判合议庭,离婚、家庭暴力、子女抚养权诉讼等有关婚姻、亲子关系争议的案件,由专门的家事审判合议庭受理和审判。

“设立家事审判合议庭是审判专业化的必然趋势。”广东省高级人民法院副院长谭玲说,由于家事案件具有高度隐私性,又需要公权力介入,这要求法官采取与一般民事案件不同的规则。

在试点过程中,家事审判合议庭遵循着重调解、快审快结、合理分配举证责任、加强依职权调取证据的力度、增强释明等审理原则,提高家事案件审理的专业化水平,维护当事人尤其是妇女儿童的合法权益。

在审判中,合议庭尽量安排具有婚姻家庭经验或接受过家事审判专业培训的法官办理此类案件,并根据实际案情,请妇联有关人员担任陪审员参与案件庭审。

在涉家暴案件举证责任分配上,试点法院要求受害方证明受侵害事实,在受害方完成上述举证的情况下,由对方承担证明其并非侵权行为人的举证责任,如果无法证明的,推定其为侵权行为人。

另外,对于涉及家庭暴力的离婚案件、婚姻关系是否无效的案件、夫妻共同财产难以查清的案件、收养关系是否成立、亲子关系案件等,法院还进一步加强依职权进行调查取证,力求查清案件事实,体现客观真实。(邓新建 章宁旦 马伟峰)

“和、引、保”三字裁断家事案

来源:法制日报 2011年03月25日 07:56

“作为广东省家事审判改革的7个试点法院之一,去年我们审理的家事案件85%是调撤结案的,上诉率只有3.3%。”广东省广州市黄埔区人民法院家事审判合议庭女法官李娜说。

这么高的调撤率是怎样实现的呢?面对记者的疑问,李娜颇为神秘地说,“在审理此类案件时我们有自己的“三字经”法宝。”

原来,黄埔法院根据婚姻家庭案件对审判程序的特殊需求,实行了与一般民事纠纷有所区别的家事审判新模式,探索出了“调和”、“引证”、“保护妇儿”三步走的“和、引、保”审判模式。

尽最大努力调和

记者了解到,在家事案件中,婚姻纠纷案件占了相当大的比例。以黄埔法院为例,2010年该院受理的153件家事案件中,离婚纠纷就有123件。

因此,“调和”成为了黄埔法院家事审理的第一步,也就是法官尽最大努力让婚姻纠纷双方调解和好。

而调解怎么个调法也有讲究。“我们不是盲目地进行和解,而是仔细研究双方矛盾根源所在,采取不同的调和方针。”李娜说。

两夫妻因生活琐事闹别扭,一时意气用事要离婚的,以“劝”字诀,劝导双方学会忍耐;小孩还小,一方就要求离婚的,以“批”字诀,批评双方不懂为小孩着想;因与对方父母相处不好而要求离婚的,以“教”字诀,教导双方如何与对方亲人和睦相处;因积怨已久,给夫妻感情造成影响的,以“谈”字诀,多与双方谈心,帮助双方了解婚姻的真谛、家庭的可贵。

李娜举了这样一个案例:邹某诉至法院要求与罗某离婚,经办法官查阅案卷发现,两人结婚已20年且有一个读高三的小孩。而在与邹某交谈中,法官感觉到邹某对罗某还是有感情的。在了解到罗某也并不意味着离婚后,法官多次组织双方做调和工作。与两人推心置腹地谈话后,终于打消了邹某离婚的念头。

去年,经合议庭法官做工作后调解和好或主动撤诉的案件就有51件,也就是说,将近42%的案件在第一步“调和”之后就得到了“消化”。

引导当事人举证

“第二步的“引证”就是引导当事人举证。”李娜告诉记者,对于无法调解和好的案件,及时进入审理阶段。家事案件特别是离婚案件与一般民事案件有所不同,涉及的不仅是婚姻关系,还涉及共同财产的分割、子女抚养权的归属、抚养费的支付、证明过错方行为等方方面面,在如此纷繁复杂

的法律关系中要理出头绪来并且进行有力的举证，对于家事案件当事人来说的确是件难事。

记者了解到，家事合议庭根据案件具体情况，从事实认定需要的证据方面出发，对当事人进行“引证”：一是引导当事人举证，即告知当事人可提交哪些证据证实自己的主张，并给予当事人一定期限的举证时间；二是引导当事人提供证据线索，对于当事人确因客观原因不能自行收集且该证据会影响案件审理的，依据当事人的证据线索依职权进行取证，力保最大限度查明案件事实。

“引证”在夫妻共同财产的处理方面能发挥很大作用。李娜介绍，2010年因在离婚案件中漏处理财产导致以离婚后财产纠纷起诉的案件仅有3宗，比2009年减少了5宗。

特殊照顾妇女儿童

第三步是“保护妇儿”。李娜介绍，审理家事案件时，家事合议庭在法律允许的范围内，从3个方面给予妇女儿童特殊照顾：第一是保全措施方面。发现男方有转移财产的可能，妇女一方申请财产保全但提供财产担保确有困难的，在查清事实的基础上，免除女方的担保义务；第二是抚养权确定方面。在听取双方意见的基础上，优先考虑女方的抚养意愿；第三是财产处理方面，首先保护妇女儿童的利益，如在一些男方存在家庭暴力、不照顾生病女方等案件中，依法支持女方的损害赔偿请求等。

黄埔法院院长张春和说，在2010年调解不成以判决结案的20件案件中，判后男方上诉的有3件，女方上诉的仅有1件，说明判决能够得到女性当事人的认同。

邓新建章宁旦马伟峰来源法制网——法制日报)

家事审判 中山试水一年间

发布于 2011-03-28 11:22:13 来源：人民法院报

广东省中山市中级人民法院是广东法院家事审判唯一试点的中级法院。3月25日，中国女法官协会会长王秀红在广东省高级人民法院副院长谭玲的陪同下，对中山市法院家事审判试点工作进行了“中考”。经过近一年的努力，中山市两级法院交出了这样一份成绩单：受理家事案件2158件，审结1713件，其中调解、撤诉1117件，调解、撤诉率65.2%。不少当事人共同感言：“离婚了不一定是仇人，其实还可做朋友，甚至是亲人，家事法官让我们心平气和处理好纠结的感情。”

温情：

父子轻拥离开法院

“俗话说‘清官难断家务事’。家事案件往往不能简单地评判对错是非、就案办案，而是要以消除对立、弥合亲情、恢复情感为目标。”采访中，广东省中山市中级人民法院党组书记、院长潘堰一语中的的向笔者道出家事审判之难。

“家事案件不同于普通的民事案件，它不仅涉及法律问题，更涉及伦理、感情问题，单纯的法律判断难以达到彻底解决纠纷的目的。”中山中院家事合议庭审判长苏代平感慨地说，并向笔者讲述了该院首宗家事案件的开展情况。

去年5月，中山中院家事合议庭接到首宗家事案件：老杨因儿子小杨拒不支付赡养费，便到小杨的公司吵闹，搞绝食；他也曾到政府部门上访，用裁纸刀准备自杀；还曾挂着“冤”字到媒体投诉。到了法院，老杨甚至指控其子犯了遗弃罪，要求法官将儿子抓起来，并要求儿子支付总额超过40万元的赡养费。因一审法院未完全支持老杨的诉求，老杨遂向中山中院提起上诉。在处理此案时，法官积极找寻解决家庭纠纷的最佳方案。他们对这对父子动之以情，晓之以理，劝导老杨要理解儿子在外所承受的压力；对小杨，则劝告他必须依法孝敬父亲。苦口婆心的调解终于弥合了这对父子的感情裂痕。6月4日，老杨不但得到了小杨积极筹措的2.7万元钱，而且小杨还依调解结果承诺每月负担老杨500元生活费。令老杨最高兴的是，小杨表示愿意继续孝顺他。

试点工作开展以来，全市法院没有一起家事案件因当事人认为处理不公而引起矛盾激化，更没有一起上访、闹访事件。

“我们要‘给足’当事人面子，熨平他们心中的褶皱，让‘反目为仇’的亲人，心平气和地处理各自

的纠葛，或好聚好散，或重归于好。虽然精力多一点，委屈多一些，但我们都无怨无悔，让仇人重归亲人，就是对我们最大的奖赏。”中山市第一人民法院家事合议庭女法官钟劲松自豪地说。

这对相见分外眼红的父子，在家事法官的调解下重归于好。令笔者感动的是，在离开法院时，儿子将手搭在表情严肃的父亲肩上，轻拥着父亲慢慢离开，父亲的会心一笑永远定格在摄影师的一张照片中——父子情深！新华社等众多媒体对此案进行大篇幅的报道，赞扬广东省法院系统家事审判试点开局顺利。

去年4月至今年2月，在中山法院审结的1713件家事案件中，65.2%的案件被成功调解或撤诉。中山中院主管家事审判工作的副院长林少棠认为：“家事纠纷不仅是财产纠纷，更重要的是情感纠纷。家庭是社会的纽带，恢复情感对社会和谐意义重大。因此，我们家事审判法官不是简单的判断者，而是了断者。家事审判的宗旨就是要弥合亲情、化解矛盾、促进和谐。”

创新：

众部门共筑“人身保护”

明确了家事纠纷的特点和家事审判的宗旨，应如何采取相应的措施开展好家事审判？中山中院院长潘焯认为，“家事审判的突破口就是扩大社会参与度”。

去年11月，因不堪丈夫的家庭暴力，居住在中山市港口镇的张凤娟（化名）向市第一法院起诉离婚。但在诉讼期间，其仍继续遭遇丈夫殴打。去年12月13日，中山市第一法院发出中山市首份人身安全保护裁定书，禁止其丈夫再对她进行殴打、威胁和骚扰，对张凤娟实施六个月的人身保护。然而“保护令”签发不久，中山市第一法院就接到中山市港口镇东街派出所电话，反馈男方梁某在12月19日有殴打、跟踪女方张凤娟的行为，并提供申请人、被申请人询问笔录、证人证言、医院诊断证明等材料证实。经核实，法院于20日决定对男方梁某予以司法拘留15日。12月28日，该院合议庭法官组织双方家属在拘留所进行最后一次调解，被告梁某当场写下悔过书及保证书，并由其家属作担保，保证不再骚扰、跟踪、殴打、威胁原告张凤娟，且双方就财产达成一致调解协议。鉴于男方的悔改表现，法院当场决定提前解除对男方的拘留。同时法官向被告再三强调：人身安全保护裁定有效期为6个月，即使双方离婚后，该裁定仍然有效，希望被告切记。被告梁某也保证：绝对不会再动她了。

在公安机关及妇联的参与下，中山市首起“人身保护令”取得了良好的社会效果。早在2010年12月10日，为对家庭暴力受害人实施人身保护，并建立联动长效机制，就由中山中院牵头，联合市公安局、市妇联召开专题会议，形成《会议纪要》，包括适用范围、种类及申请条件、妇联与公安机关相互协助等事项。为进一步扩大社会参与度，中山中院在试点中采取了建立诉讼档案制度、信息共享制度、家属会议调解、建立法庭之友制度等措施，为家事审判试点工作奠定了坚实的基础。

细节见证人文关怀

根据法律相关规定，离婚案件裁判文书生效后，法院应出具生效证明书，其固定格式为“本院某年某月某日作出的××号民事判决（调解）书已生效”。但由于生效证明书中没有说明法院裁决内容，当事人在找工作、买房、结婚时除了需要出具生效证明外，还要出具相应文书，而文书之中包含了当事人大量的隐私内容。

“离婚后，我去计生部门办个免查环的手续，他们只要知道我离婚了，小孩归谁抚养就够了，我根本不想让别人知道我为什么离婚，离婚后我分了多少财产。”当事人对法院出具的生效证明多有抱怨。

“现有的法院生效证明书确实有一些不利于当事人今后的生活与工作的地方。”苏代平向笔者介绍了中山法院的做法，“我们试行对现行的《生效证明书》进行修改，在原固定格式后加上‘××与××已离婚’，同时，根据当事人的申请，在生效证明书上增加子女抚养、财产分割等判决（调解）内容，以保护当事人隐私及方便他们以后的工作生活。”

此外，中山中院打破常规，按照“发现客观真实、追求实质公正”司法理念要求，将民事案件以当事人举证为主的证据规则，变为当事人举证与法院依职权调查取证并重，在当事人举证不足以证

明案件事实的情况下，法院主动查明相关事实。

去年8月，中山中院家事合议庭受理了欧某与尚某等5人继承纠纷上诉案，尚某否认欧某与死者具有亲子关系。承办法官通过走访当地群众，比对户籍登记照片等方式，查明欧某与死者母亲存在婚外同居关系，欧某与死者存在亲子关系的可能性极大，经调解，双方达成调解协议，由欧某继承死者50万元遗产。

实践证明，依职权取证并非在证据规则上“走回头路”，法院依职权主动查证，在查明事实后能够及时迅速化解矛盾，让仇恨回归亲情。

俗话说“家丑不可外扬”，为了保护当事人的隐私权、人格权和未成年子女的健康成长，不影响他们日后的生活，中山两级法院还积极尝试家事纠纷以非公开审理为原则，以公开审理为例外的做法。

“清官难断家务事”？省高院试水家事合议庭

2010/03/24 07:54:27 来源：南方网讯(记者 梁茜 刘中元 通讯员 粤妇宣 段勇)

今后，离婚诉讼、家庭暴力诉讼、争夺子女抚养权诉讼等有关婚姻、亲子关系争议的案件，将有专门的家事审判合议庭受理和审判。

昨天，广东高院宣布，在中山中院，广州市黄埔区法院，珠海市香洲区法院，中山市第一、第二法院，佛山市顺德区法院，东莞市第二法院试点设立家事审判合议庭，集中审理因婚姻关系、亲子关系引发的人身权纠纷，以及与该类人身权纠纷相关联的财产权纠纷。

家事案件增长审案需专业化

省高院副院长谭玲表示，设立家事审判合议庭是家事案件不断增长的客观要求。据了解，去年，全省妇联受理来信来访38000多宗，其中婚姻家庭类案件超过60%，达23000多宗。2006年到2008年，全省法院受理的离婚案件也呈上升趋势。此外，考虑到家事案件自身特点，当事人在诉讼中不愿意过度公开个人隐私，涉家暴案件的受害人收集证据十分困难，需要合理分配举证责任，设立专门的家事审判合议庭，有利于实现审理此类案件的专业化。

因此，家事合议庭将由熟悉婚姻家庭案件和审判经验丰富的法官组成，配备至少一名女法官，必要时邀请妇联干部、心理专家担任人民陪审员。

必要时请心理专家陪审

谭玲介绍，家事审判合议庭成立后，在审理涉及家庭暴力的案件时，会采用举证责任分配方式：受害方需要举证其受侵害事实，由对方承担证明其并非侵权行为人的举证责任，如果无法证明的推定其为侵权人。即老婆告老公施暴，老公要出具证据自证清白。合议庭也要主动调查取证，加强依职权调取证据的力度。

在审判流程上，合议庭对家事案件实行优先立案、优先审理、优先执行原则。在开展审判时，着重调解优先处理原则，做好调解和好与调解离婚工作，最大限度消解当事人之间的恩怨。对家事纠纷案件采取快审快结方法，尽量安排具有婚姻家庭经验或接受过家事专业培训的法官办理此类案件，并根据实际案情，请妇联有关人员担任陪审员参与案件庭审。家事合议庭可以委托妇联组织进行调解，调解成功的由法院予以司法确认。

黄埔区法院是广州设立家事审判合议庭试点。该法院法官李娜介绍，合议庭会建立绿色通道，对确有经济困难或其他特殊情况的妇女当事人给予法律援助，经申请批准可酌情缓交、减交或免诉费用，优先考虑妇女的抚养意愿。

●七试点法院：中山中院，广州市黄埔区法院，珠海市香洲区法院，中山市第一、第二法院，佛山市顺德区法院，东莞市第二法院。

●合议庭组成人员：由熟悉婚姻家庭案件和审判经验丰富的法官组成，配备至少一名女法官，必要时邀请妇联干部、心理专家担任人民陪审员。

●审理涉及家庭暴力的案件：采用举证责任分配方式。如老婆告老公施暴，老公要出具证据自

证清白，合议庭也要主动调查取证。

广东法院试点组建家事合议庭

2010年3月24日 人民法院报

本报广州3月23日电（记者 林晔晗 通讯员 段 勇）广东省高级人民法院今天宣布在7个法院试点组建家事审判合议庭，集中审理因婚姻、亲子关系引发的人身权纠纷，以及与此相关联的财产权纠纷。

在广东高院和广东省妇联联合举行的广东省家事审判合议庭试点工作启动会议上，广东高院宣布在中山中院、广州市黄埔区法院、珠海市香洲区法院、中山市第一、第二法院、佛山市顺德区法院、东莞市第二法院试点设立家事审判合议庭，集中审理因婚姻关系、亲子关系引发的人身权纠纷，以及与该类人身权纠纷相关联的财产权纠纷。

广东法院家事案件数量较大，仅离婚案件就占民事案件的8%，而且增速较快。广东高院副院长谭玲表示，鉴于家事案件具有高度的人身属性，当事人在诉讼中不愿意过度公开个人隐私，涉家暴案件的受害人收集证据十分困难，需要合理分配举证责任。设立专门的家事审判合议庭，有利于实现审理此类案件的专业化，有利于更好地处理家事纠纷。

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

北京晚间法庭昨夜审法官称晚上开庭更易调解

<http://www.sina.com.cn> 2011年02月25日 14:12 法制晚报

今年首次夜审 当事人：效率提高有利于安排工作

法官：调解率提高受外界干扰较小 专家：竞争意识弱双方容易“妥协”

昨晚7时，正是人们下班休息的时间，市二中院二楼的11法庭内灯火通明，审判长法槌一落：“现在开庭！”这是“晚间法庭”今年开审的第一起案件。

● 目击

晚7时准时开庭法庭格外安静

昨晚6时40分，位于南二环方庄地区的市二中院内没了行色匆匆的人群，审判大楼耸立在夜色中。

一起案件的原、被告双方走进劳动争议案“晚间法庭”。昨晚7时许，主审法官准时入庭。

此次审理的是一起劳动争议案件。55岁的陈某和代理人坐在上诉人席上，对面被上诉人席上的则是北京燕莎中心有限公司的代理人。

陈某要求燕莎中心提供解除劳动关系经济补偿金和带薪年假工资共23万余元。一审法院驳回其诉求后，陈某不服上诉到二中院。

“我们没有过错，不应赔偿。”陈某的代理人宣读完上诉状后，被上诉人一方辩解道。

陈某则喊了起来：“他胡说，全是谎话。”法庭的气氛立刻紧张起来。

“先别急，让人家把话说完，您不让他说完了，我怎么知道谁对谁错呢？”审判长郭嘉节笑着说道。

经过询问双方意见，审判长问双方是否同意调解，燕莎中心表示不同意。随后双方进行举证质证。

夜间的庭审显得格外安静，可清晰听到双方翻阅证据时的沙沙声。

晚上9时，审理了2个小时后，审判长再次敲响了法槌，庭审结束了。由于需要补充证据，该案将再次开庭。

● 特点

受干扰较小当事人不易激动

“我们白天都要上班，夜间开庭极大地方便了当事人，非常好。”此次案件的双方均向记者表

示，夜间开庭非常安静，有利于集中精力在庭上争辩。利用晚上的时间可以提高效率，更好安排工作。

“晚上开庭受外界干扰比较小，当事人的情绪不容易激动，利于双方进行调解。”主审法官郭嘉节介绍，“晚间法庭”的调解率在60%，高于50%的平均调解率。

“晚间审案占用了法官们的休息时间，他们没有情绪吗？”记者问。

郭嘉节称，起初会有一些情绪，毕竟占用了法官的休息时间，但是法官们发觉“晚间法庭”的办案效率非常高，通过调解很容易就息诉或服判了。这样他们就没有任何情绪了。

● 解析

晚上警觉性减弱容易“妥协”

中国人民公安大学教授武伯欣认为，从人的心理状态分析，白天尤其是上午，人的警觉性高、思维敏捷、情绪高涨，这个时候涉及利益时竞争意识强。反映在法庭上，就是不容易放弃利益，调解起来难。

武教授称，到了晚上人们大都处于疲劳状态，警觉性减弱，认知、情绪、竞争力等方面与白天相比大大降低，在一些问题上容易“妥协”。商业谈判很少在晚上进行就是这个原因，因为容易出现“失算”。

同时，武教授认为，从神经系统看，晚间人的神经系统的峰值降到了最低值，牵扯到利益的争论很容易让步。

武教授认为，晚间审案调解率高有心理因素的作用，法官应该抓住这个规律，多进行调解工作。

● 申请

立案后5天内可提出申请

二中院对申请晚间开庭作出了比较宽松的规定：传统的民事案件均可提出申请。

同时，为保证法官、当事人的正常休息，法院会选择案情简单、标的小、争议小的案件，快捷解决双方纠纷。

申请夜间开庭的方式也很简单。当事人可在立案后5天内提出夜间开庭的申请。若未提出，法院在送达起诉状之前，会征求原告的意见。如原告有需要，则需向法院提出夜间开庭书面申请。法院在接收申请后，征求被告意见，如果被告同意，也需出具书面确认书，双方达成一致后即可。

● 背景

近年来，劳动争议案件呈上升趋势，特别是2008年劳动法颁布后，该类案件呈井喷增长。2009年，二中院受理该类案件为4100件，2010年收案5100件，而今年到目前，两个月收案为1300件。

随着劳动争议案件的大幅增长，2009年二中院专门成立了劳动争议合议庭。劳动争议合议庭开始在每周一、二、三晚上加班，同时设立“晚间法庭”实行晚间审案。据了解，晚间法庭设立后，每年审案100多件。

文/记者洪雪

编辑：“家事法苑”婚姻律师团队

顾问：郝惠珍律师

主编：杨晓林律师

执行主编：段凤丽律师 成员：黄利琴律师

“家事法苑”™家事律师网 <http://www.famlaw.cn>

杨晓林律师新浪微博：<http://weibo.com/jiashifa>

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

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

简报订阅、意见反馈邮箱：xiaolinlvshi@vip.sina.com

