



北京理工大学

学者、法官、律师不同视野下的  
家事诉讼程序及立法完善研讨会

会议资料全集

(上)

主办：北京理工大学司法研究所

协办：上海沪家律师事务所

北京岳成律师事务所

北京江苏大厦 3层 汉风厅2012年8月12日

## 代序

“学者、法官、律师不同视野下的家事诉讼程序及立法完善研讨会”在2012年8月12日在北京江苏大厦圆满举行，这是家事诉讼程序立法第一次专门性的研讨活动。

本次研讨会由北京理工大学司法研究所主办，上海沪家律师事务所及北京岳成律师事务所协办。来自高校专门研究家事诉讼程序及婚姻家庭法学的学者、法官、律师、妇联、公益人士及媒体等的近70多名代表参加了此次研讨活动。

《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）》自2011年8月12日实施一年多来，相关问题认识不统一、同案异判的情况仍在继续，当事人合法权益难以得到应有维护，司法权威受到质疑。冷静观察，相当多的问题并不是实体法上能够根本解决得了，程序上保障双方当事人的利益，就是维护司法公正，也就是在一定程度上或实质意义起到妇女权益保护的作用。

《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》已于2012年8月31日通过，并于2013年1月1日起施行。家事审判内容并未得到应有的重视。

家事诉讼程序专门（单独）立法在英美等西方国家已趋于成熟并付诸实践多年，而我国台湾《家事事件法》也已于年初通过，将于2013年施行，其未来家事诉讼案件，得以合并审理，避免耗费司法成本及判决矛盾，有助于妇幼、弱势及老人权益保障。近年，我国江苏、广东等地人民法院进行家事审判改革、试点，也已取得一定的经验，有待进一步探索。

期待立法者、学者、法官、律师、妇联部门继续关注我国人民法院家事审判改革、试点动态，关注域外家事诉讼程序的动态，继续加强对家事诉讼程序的研究，能够就家事诉讼程序立法问题尽早达成共识！

希望大家为促进我国《民事诉讼法》未来修改、完善及对未来家事诉讼程序的专门立法建言献策。特此重新编辑补充了会议资料，特别感谢南京师范大学陈爱武教授、北京航空航天大学张晓茹副教授、湖北宜昌市中级人民法院王礼仁法官、西南政法大学郭美松教授又提供了他们多年的研究成果予以分享。

接受《民主与法制》杂志社刘桂明老师的建议，这个研讨会今后将以“中国家事法实务论坛”（暂名）的形式，内容体现实体与程序的结合，努力争取每年一次坚持举办下去，直到我国家事诉讼程序专门立法的那一天！

家事无小事，家和万事兴，共同关注！

联系人：杨晓林，电话：13366156089，邮箱：xiaolinlvshi@vip.sina.com

## 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

(上)

一、研讨会会议通知	6
二、研讨会会议日程	8
三、研讨会全程速记稿(未与本人核对, 虽经校对, 疏漏难免, 仅供学术研讨参考)	10
协办方之一——上海沪家律师事务所主任吴卫义律师中函答谢词	33
四、研讨会嘉宾发言稿及提交论文	
1、人民法院家事审判相关交流材料	
司法审判呼唤家事立法	夏正芳(江苏省高级人民法院民一庭) 34
关于家事审判合议庭试点工作的调研报告	王红英(广东省高级人民法院民一庭) 36
家事审判工作创新实践与思考	王牧(江苏省徐州市贾汪区人民法院) 42
巧解家务事 社会升和气——江苏徐州贾汪法院家事审判工作机制调查	人民法院报 张娜 郑菊 44
家事纠纷案件专业化 审理方式的积极探索	人民法院报 高其才 46
家事审判工作运行情况调查报告	江苏省徐州市贾汪区人民法院 47
寻找《民事诉讼法》的另一半	王礼仁(湖北省宜昌市中级人民法院) 51
检视与反思:《民事诉讼法》修改背景下法院调解制度的革新与完善	田源(山东省菏泽市中级人民法院) 59
关于“人身安全保护裁定”的思考	陈敏(最高人民法院应用法学研究所) 63
2、学者交流材料	
中国家事诉讼特别程序:在制度理性与实践理性之间	陈爱武(南京师范大学) 67
完善家事纠纷解决机制初探	张伟(西北政法大学) 74
论家事事件程序——兼评台湾《家事事件法》	张晓茹(北京航空航天大学) 80
民事保护令立法势在必行	肖建国(中国人民大学) 87
人身安全保护令准入家事程序立法视野的思考	李秀华(扬州大学)、田岚(中国政法大学) 96
诉讼与非诉讼程序衔接的若干问题	范愉(中国人民大学) 100
3、律师交流材料	
试论家事诉讼程序的建立与完善	贾明军 吴卫义(上海沪家律师事务所) 111
有关家事诉讼设计的两个问题	苏东彪(河南平顶山市律师协会副会长) 116
论能动司法在家事案件中的运用——小议家事案件中法院释明权与调查取证权的行使	吴卫义 王小成(上海沪家律师事务所) 117
对家事纠纷诉讼制度构建的几点建议	张承凤(四川省律师协会民委会副主任) 121
从婚内析产问题看民诉法修正案中的先行调解	姚丹(天津优去律师事务所) 123
当前家事诉讼证据制度的完善建议	孙韬(江苏苏源律师事务所) 125

北京理工大学司法研究所主办 上海沪家律师事务所、北京岳成律师事务所协办

婚姻诉讼中的财产保全 .....	李曙光 曹玉雯 (天津星聚律师事务所)	125
财产保全在离婚诉讼中的运用 .....	王军营 (河北世纪鸿业律师事务所)	129
离婚财产分割协议撤销的诉讼时效——对《婚姻法司法解释二》第9条的质疑 .....	杨晓林 (北京岳成律师事务所) 徐丽 (中国政法大学)	130
浅谈无民事行为能力人的离婚权利 .....	张秋敏 (北京市京银律师事务所)	133
一方下落不明离婚程序的完善 .....	易伟 (广东合恒律师事务所)	134
关于未成年子女随父母生活意见听取的程序建议 .....	李曙光 曹玉雯 (天津星聚律师事务所)	135
离婚诉讼程序的完善 .....	孙跃礼 (安徽世浩律师事务所)	137
民事诉讼法修改背景下涉外离婚管辖与域外送达的完善 .....	赵宁宁 (北京京大律师事务所上海分所)	138
关于对法院诉前调解的一点看法 .....	刘辉 (北京市隆安律所)	141

## 五、部分立法建议稿、司法解释、部门规章及地方法院家事审判意见(试行)参考资料

中华人民共和国家庭暴力防治法(专家建议稿2011 最终稿) .....		142
最高人民法院关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见(法发〔2009〕45号) .....		152
最高人民法院关于人民调解协议司法确认程序的若干规定(法释〔2011〕5号) .....		155
《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》(最高人民法院中国应用法学研究所) 2008年3月 .....		156
关于预防和制止家庭暴力行为的若干意见(中宣部 最高人民检察院 公安部 民政部 司法部 卫生部 全国妇联文件(2008年) .....		167
湖南省高级人民法院关于加强家庭暴力受害妇女司法保护的指导意见(试行) .....		169
陕西省人民法院家庭暴力案件“人身安全保护令”实施规则(试行) .....		171
广东省高级人民法院 广东省妇女联合会关于做好诉讼调解与妇联组织调解衔接工作的意见 .....		173
广东省高级人民法院《人身安全保护裁定适用指引》 .....		174
上海市高级人民法院婚姻家庭纠纷办案要件指引(一)(二)(沪高发民一〔2005〕2号) .....		177
广东省高级人民法院《家事审判合议庭操作指引》 .....		184
佛山市顺德区人民法院关于审理家事案件适用法律若干问题的意见(试行) .....		185
江苏省高级人民法院民一庭《婚姻家庭案件审理指南2012》 .....		187

## 六、域外资料

### 台湾家事事件法专题

“家事事件法”草案 立院初审通过 .....	联合报 王文玲	211
保弱勢 家事诉讼合并审理 .....	中国时报 曾慧苹 林伟信	211
保弱勢 立院初审通过家事法 .....	台湾时报	212
家事事件法草案总说明及逐条说明 .....		212
家事事件法(“中华民国”101年1月11日公布) .....		261
台湾少年及家事法院组织法 .....		283
香港法律改革委员会发表《排解家庭纠纷程序报告书》(二00三年三月) .....		287
香港法律改革委员会《排解家庭纠纷程序报告书》摘要 .....		288
香港法律改革委员会报告书:排解家庭纠纷程序(2003年3月) .....		288
日本人事诉讼法 .....		342
英国1991年家事诉讼程序规则 .....		347

(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证案去理浅析 .....	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(北京航空航天大学法学院)	540
发达国家的家事裁判制度 .....	张晓茹(北京航空航天大学法学院)	543
家事事件程序的法理分析 .....	张晓茹(北京航空航天大学法学院)	544
检察机关参与人事诉讼制度刍议 .....	张晓茹(北京航空航天大学法学院)	547

论婚姻诉讼中诉的变更与合并.....	张晓茹 (北京航空航天大学法学院)	549
论家事诉讼中未成年人利益保护的制度完善.....	张晓茹 (北京航空航天大学法学院)	553
日本家事法院及其对我国的启示.....	张晓茹 (北京航空航天大学法学院)	556
我国应设立家事事件程序.....	张晓茹 (北京航空航天大学法学院)	561
家事裁判制度研究.....	张晓茹 (北京航空航天大学法学院)	564
论我国设立家事事件程序的必要性.....	张晓茹 (北京航空航天大学法学院)	618
家事事件程序的法理分析.....	张晓茹 (北京航空航天大学法学院)	622
监护人责任纠纷法律问题的解释.....	张晓茹 (北京航空航天大学法学院)	625
家事保全程序探究.....	张晓茹 (北京航空航天大学法学院)	629
家事事件程序探析.....	张晓茹 (北京航空航天大学法学院)	635
论家事诉讼中未成年人利益保护的制度完善.....	张晓茹 (北京航空航天大学法学院)	637
外国家事裁判制度介评.....	张晓茹 (北京航空航天大学法学院)	640
外国法院家事调解制度考察.....	张晓茹 (北京航空航天大学法学院)	643
检察机关提起或参与人事诉讼制度初探.....	张晓茹 (北京航空航天大学法学院)	644
婚姻诉讼的变更与合并.....	张晓茹 (北京航空航天大学法学院)	647
中外家事裁判制度比较研究.....	张晓茹 (北京航空航天大学法学院)	652
“家事诉讼程序”专家建议稿及立法理由.....	张晓茹 (北京航空航天大学法学院)	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、《 <b>律师办理婚姻家庭法律业务操作指引</b> 》(中华全国律师协会).....		790
九、 <b>本次研讨会的相关媒体报道</b>		

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

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)

- 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.....  
.....马亿南(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

## 学者、法官、律师不同视野下的家事诉讼程序及立法完善研讨会会议通知

2012-08-10

家事无小事，家和万事兴。

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

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

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

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

诚挚邀请您参加研讨会并进行交流，为研讨会增彩。

### 一、会议议题

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

会议议程（附后）。

### 二、会议的时间和地点

时间：2012年8月12日9:00—12:30，会期半天。

地点：北京江苏大厦3层双风厅。 电话：（010）64271188

地址：北京东城区安定门外大街丁88号

会议规模：60人（含特邀嘉宾及以文与会的代表，其他代表以报名的先后顺序）

### 三、会议回执与书面通知

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

与会代表需要书面会议通知的，请会议期间向会务组索取。

回执请写清参会代表的姓名、单位、职务职称、电子邮箱、电话、通信地址。

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

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

### 3. 会务联系人：

会务组联系人：吴卫义律师 手机：13917564000

杨晓林律师 手机：13366156089

北京理工大学司法研究所主办 上海沪家律师事务所、北京岳成律师事务所协办



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)

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

电子邮箱: [xiaolinlvshi@vip.sina.com](mailto:xiaolinlvshi@vip.sina.com)。

主办单位: 北京理工大学司法研究所

协办单位: 上海沪家律师事务所

北京岳成律师事务所

2012年8月1日

## 学者、法官、律师不同视野下的家事诉讼程序及立法完善研讨会 议 程

时间: 2012年8月12日(周日) 9:00—12:30

地点: 北京市 江苏大厦3层 汉风厅

主办: 北京理工大学司法研究所

协办: 上海沪家律师事务所

北京岳成律师事务所

### 一、开幕式 9:00—9:30 每人发言5分钟

主持人: 刘桂明(《民主与法制》社总编)

徐昕教授(北京理工大学司法研究所主任) 致辞

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

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

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

主持人: 雷明光教授(中央民族大学、中国婚姻家庭法学研究会副秘书长)

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

2、王红英法官(广东省高级人民法院民一庭): 关于家事审判合议庭的调研报告。

3、王牧院长(江苏省徐州市贾汪区人民法院): 家事审判工作仓颉实践与思考

4、王礼仁法官(湖北省宜昌市中级人民法院): 全面改革家事案件审判体制之构想

互动 点评人: 每人5分钟

陈爱武教授(南京师范大学)、卢明生律师(北京大成律师事务所婚姻家庭专业律师、中国法学会婚姻法学研究会理事)

10:30-10:45 茶歇

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

主持人: 孙韬律师(江苏省律协省直分会民委会主任)

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

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

3、肖建国教授(中国人民大学): 民事保护令制度立法展望

4、张晓茹副教授(北京航空航天大学): 论家事事件程序—简评台湾家事事件法

5、张伟教授(西北政法大学): 完善家事纠纷解决机制初探

互动 点评人: 每人5分钟

王牧院长(江苏省徐州市贾汪区人民法院) 徐昕教授(北京理工大学)

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

主持人: 刘桂明(《民主与法制》社总编)

北京理工大学司法研究所主办 上海沪家律师事务所、北京岳成律师事务所协办

## 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)

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

点评人: 李轩教授(中央财经大学法学院) 夏正芳庭长(江苏省高级人民法院民一庭)

### 五、闭幕式 12:20 (10分钟)

主持人: 刘桂明(《民主与法制》社总编)

中国婚姻家庭法学研究会副会长、北京大学马忆南教授致辞总结

协办方 上海沪家律师事务所主任 吴卫义律师致答谢词

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

## 家事诉讼程序及立法完善研讨会合影留念

北京江苏大厦·2012.8.12



北京理工大学司法研究所主办 上海沪家律师事务所、北京岳成律师事务所协办

### 三、家事诉讼程序及立法完善研讨会速记稿

(未与发言人本人核对, 虽经校对, 疏漏难免, 仅供学术研讨参考)

时间: 2012年8月12日

地点: 江苏大厦汉风厅



刘桂明

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

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

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

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



徐昕

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

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

第二、就是在家事司法领域存在着相当多的问题, 值得研讨。

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

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

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

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

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

北京理工大学司法研究所主办 上海沪家律师事务所、北京岳成律师事务所协办

是不是该两面的人一样多的时候。

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



雷明光

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

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

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

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

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

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

还有关于管辖的问题，现在我看到了民政部的一个发言，今后的离婚可以不受户籍的影响，当事人在什么地方

生活，他就可以在什么地方起诉，这是民政部的一个规定，我认为要不要从民事司法的角度来规范这个问题，我觉得都是值得我们去关注的，当然由于时间限制，下来我再跟大家聊。非常感谢主办方给我这么一个发言的机会，谢谢大家。

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

北京理工大学司法研究所主办 上海沪家律师事务所、北京岳成律师事务所协办



会场全景

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



夏正芳

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

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

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

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

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

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

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

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

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

所以我们希望立法能够关注司法实践，能够尽早解决家事审判的理念和一些具体的程序方面的问题。我要介绍的就是这些，非常感谢大家。

刘桂明：谢谢夏庭长，刚才两位致词人是高度的概括。刚才夏庭长自己比较谦虚地说是抛砖引玉，不过我认为也

可以叫抛玉引砖，这个砖头可能不是很重。人民法院关注家事审判，我想可能更加注重的是《民事诉讼法》的修订。

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

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



陈敏

陈敏（最高人民法院中国应用法学研究所研究员）：很高兴有这么一个机会和大家分享这些，给我的题目是介绍《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》的试点情况，《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》是中国应用法学研究所2008年3月编的，5月份发布。它的主要内容分七个方面家暴知识、性别平等、原则和要求、人身安全保护措施、证据规则、财产分割、子女抚养和探视，以及特殊的调解政策。这里面的调解不是中立的，而是要求扶弱抑强的。具体的内容，大家可以在中国应用法网上找到。

指南的试点工作是在2008年的6月正式开始的。三年多来，我们的试点法院是在以下四个方面取得了一些成效。第一个也是最重要的，是理念上有了更新，在试点法院尝试反家暴工作当中，家庭暴力不再是某个人的家务事，而是被当做一个妇女、儿童和

老人在家庭中的人权保障问题来对待。在认识提高的高度上，我们在其他方面也有一些比较大的进步。首先是家庭暴力的认定率提高了，提高的途径有两个，一个是合理分配举证责任；另一个是借助家庭暴力的知识查清事实，认定家庭暴力。先说合理分配举证责任。我们的试点法院考虑家暴具有隐蔽性，以及当事人举证难的特点，比一般的法院更多地采用了优势证据原则来推定家庭暴力事实存在。我们到现在为止发现法院适用这个原则，推定的家庭暴力没有一例上诉的，说明推定比较符合客观实际。

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

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

借助家庭暴力知识来查清事实。最高法院的《婚姻法》司法解释（三）第七条规定，夫妻双方均有《婚姻法》第46条的过错情形，一方或者双方向对方提出离婚损害赔偿请求的，人民法院不支持。家暴是《婚姻法》第46条规定的过错情形之一，在这样情况下，对于互殴案件中，分清责任查明哪一方是施暴人，尤其对保护受害人、维持公平正义尤其非常重要。我们的试点法院是采取了这么一些方法，我讲两个例子来说明。第一个是浙江的一个法院审理案件，根据家暴的知识来识别谁是施暴人。在一起案件中丈夫是被告，在路上遇到已经分居的妻子，就想把她拉回家，而妻子不肯，两个人在路上拉扯厮打起来。在这个过程中，妻子的头发被揪下来一大把，高跟鞋被打掉了一支，人也被打倒在地上，情急之下这个妻子拿起自己的高跟鞋就向丈夫的脑袋砸过去，结果丈夫头上裂了一个大口子，他的伤比妻子被殴打的伤要重要的多。一般情况下就是相互殴打了，实际上根据家暴的知识它就不是这么回事，在庭审中双方对事情的经过没有异议，但互相指责对方是施暴方，实施家庭暴力。男方还提出了损害赔偿，但法院最后认定是男方是施暴方，因为我们对家庭暴力的定义和性质是一方为了控制另一方而采取手段，这个案件当中男方施暴的动机是为了把女方带回家，而女人的行为是不被带回去，男方实施的是控制型暴力，女方是抵抗型暴力，她是为了抵抗男方暴力，她实施的是法律赋予她的权利，因此不是过错方。这就是根据家庭暴力的知识来确定谁是施暴人。

还有一种方法是通过追问细节，来查清事实。这是广东的一个法院审理的案件。原告是以家庭暴力为由起诉离婚的，说被告经常打她，还掐她的脖子，但是她不能提供任何证明，因为等到起诉的时候，脖子上痕迹就没有了，她没

有证据，只向法院提供一本日记，这个日记里记了她每次是怎样挨打的，受伤的严重性，受伤的部位和时间、地点，但是被告只承认说双方是互殴，自己是被打并没有打妻子。法官根据其中的一次暴力事件开始追问，问原告你有没有打妻子，他说我没有，我只是被打，原告拿脚踢我，我也拿拳头打她。法官就问你打她哪里？他说我一般是打脸，他用“一般”就知道不是打一次了，法官就问有没有掐过她的脖子，他说有，但是是怕妻子反抗，所以才掐她的脖子。你掐她脖子掐了多长时间，他说大概4、5秒。法官问你掐她脖子，她是什么反应，开始追问细节了，被告说原告反抗用脚踢我，用手打我。这个时候就可以看出来是因为被告先掐她脖子，原告被掐住脖子的时候挣扎，用脚踢他，用手抓挠他，所以男方身上有抓挠伤而女方反而没伤，这种情况如果我们都把它看作互殴，对受害人是非常不公平的，也难以体现司法的公平公正。

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

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



王红英

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

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

职权调查取证的力度，主要灵感源泉是《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》。

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

第一年我们成果也是比较多的，受到了媒体的关注，也受到了最高人民法院的肯定和广东省当地政委的肯定。由于第一年势头开展的比较好，第二年的时候我们就进一步扩大了试点的范围，我们扩大试点范围也是有步骤、有目的，应该说有一定战略部署。第一个是根据国务院改革和发展委员会提出的大珠三角的发展规划，把大珠三角的很多城市列入了试点范围，主要的目的是及早掌握跨行政区域的婚姻家庭案件的特点。其次是把一些偏远山区的一些法院也纳入了试点范围，进一步对于传统的婚姻家庭案件进行深入的研讨和改革试点，同时还增加了在第一次试点的基础上，扩大了受案范围，现在已经扩展到了离婚以后的财产分割和继承，契合了现在《继承法》修改的一个立法趋势。在扩大试点过程当中继续进行调研，把前期形成的一些比较好的制度，比如说当事人在家事案件中亲自到庭，实行有限辩论原则，加强法院的职能作用进行调查取证，包括现在有新的调解方式，比如涉及房产的，我们要求当事人和法院必须到房屋进行现场勘查，如果发现房屋进行分割的话，我们就当场签调解协议。甚至在很多法院，目前是比较通行的一个做法是对于一些比较敏感、当事人的情绪又比较激动的案件，我们是实行层级调解，由承办人、主管的庭长、副庭长，主管副院长，甚至院长去参与调解，应该说是取得了一定的成效。我们在家事审判合议庭试点过程当中发现，仅仅依靠法院的力量是不足以推动我们国家整个家事法的改革，比如说我们涉及到人身安全保护裁定的执行问题，目前我们前期的七个试点都和当地的公安机关共同出台了《细则》，就是由公安机关去协助执行《人身安全保护裁定》。但是有一些丧失婚姻以后，一些妇女的经济能力导致下降，是不是也应该对她们进行帮扶，我们法院就利用当地社工部在案件审结以后向当地的民政部门发出一个帮扶函，目前已经非常有效地解决了近十几位当事人的生活困难问题。

在近期内准备上妇儿工委讲课的讲稿当中又发现一个问题，为什么会出现家庭暴力？难道仅仅是说当事人情绪控制不够、心理有问题，还是涉及到当地政府的家庭政策不够完善的问题。所以我们在进一步的实践当中，就不仅仅引入了心理介入机制，和当地的一些心理学研究机构共同建立一个专家库，在家事案件当中负责对当事人进行心理的疏



导，甚至是对案件进行心理评估，以保证这个案件的顺利进行。到目前为止我们的试点工作已经到第三年，今年首先统一了裁判制度，就试点过程当中发现的实体问题制定了会议纪要。

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

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

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

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



王牧

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

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

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

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

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

书记员席，而原告席和被告席，我们给变成了两个小的沙发，同时细看也从原来的原、被告变成了丈夫、妻子等等来表明当事人之间的关系，体现司法的宽容，构建浓郁的家的氛围。

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

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

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

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

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

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

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

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

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



王礼仁

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

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

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

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

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

家事程序不出台，无边错案滚滚来。就是家事程序在审判实践中造成了哪一些错误？家事审判需要家事程序的规范，没有家事诉讼法，家事程序就如同“无轨之车”。无论是脱轨审判还是接轨审判都会造成错案事故。我们目前的家事审判就处在无轨行驶和接轨行驶的这样一种无序状态，所以家事案件审判的错案情形是非常惊人的。我经常关注婚姻案件，总是有这样一个感觉，叫做浅谈婚姻案，举目见错判。更可悲的是不是错判未错案，原因是只愿错在制度中。

那就是说这些错案，我们的法官、其他的人不能发现它是错，就是因为我们的制度缺失和我们制度本身设计就是错的，人们就无法识别和判断这些案子是错的。所以目前这些案子错的情况相当严重。我觉得大概有这么几种情形：第一用行政诉讼解决民事婚姻效力纠纷。第二将婚姻诉讼等身份关系诉讼等同于财产诉讼，忽视了职权主义诉讼的色彩。第三是婚姻案件合并审理和反诉，基本上没有使用。第四婚姻成立和不成立之诉，没有用于解决婚姻纠纷案件。第五是无效婚姻和有效婚姻，现在我们这个程序，司法是否混乱。第六离婚调解程序没有得到重视和正确使用。这是仅仅从形式上来讲有这么六大方面的问题。

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

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

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

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

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

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



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

但是我想谈自己的一点看法，第一是关于家庭暴力忍受度的问题，有的家庭暴力是比较轻微的，当事人可以忍了，可能这个就不成为一个案件了。但是如果说家庭暴力比较严重，不可忍了，在情况之下，我们会发现家庭暴力案件一个重要的特性是具有反复性、多发性的，这就带来一个问题，如果出现了家庭暴力案件，一个是直接就家庭暴力要求赔偿，一个就家庭暴力作为一个事由要去离婚。如果进入了离婚的案件当中，我们能不能进行调解，这个我觉得要实务界的人士多去思考，因为在很多情形之下家庭暴力案件，我个人觉得根据情况都不适宜调解的，调解之后这个家庭暴力中的男的说保证不打了，一定会对她好，两人回去之后又打了。他们一起诉你就会调解他们，说回家吧，然后就手拉手回家，这是一个问题。

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

第二个是关于后面几位法官的问题。他们所介绍的情况，我觉得也有一些想法的，首先在实务当中我们做得是非

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

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



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

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

领域改革，应该会在几个层级法院的推动之下，应该会取得非常好的成绩。

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

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

作为广东高院的王法官和江苏贾汪法院的王副院长，他是从当地的家事审判制度的实践经验给大家做了一个介绍，当然实际上非常好有很多值得承办婚姻家庭案件律师应该学习的地方。婚姻家庭案件和其他案件是不一样的，它有独特的伦理性的一个点，可能要更多的运用心理学、社会学等等一些方面的知识，来帮助当事人解脱婚姻家庭困境，并且有很好的实践经验，有事前事中的心理评估，包括事后的社会帮助，应该说这样一种审判制度的改革对于当事人的救助是非常好的。当然最后王礼仁法官也从家事审判制度现实存在的一些困境，做了非常全面的分析，甚至如果我们看的话可能会比较惊讶，就是他认为没有家事审判程序的规范，错案大量存在，甚至他的论文当中也提到了，他所看的案件有80%以上的案件存在错案，当然这种错案不一定会对当事人实体权利会有存在各种损害，但是可能这种审理程序上有存在各种问题，当然存在这种问题的原因来源于什么？实际上我也想说一下这个隐忧，虽然我们最高法院系统上上下下对家事审判制度的改革都非常重视，并且提出在审理程序上婚姻家庭有别于民事案件的特殊性，应该特别关注，但是与之相对应的实体法方面却存在着混乱，就是说《婚姻法》变到《民法》这样的关系。

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

雷明光：谢谢两位点评专家。现在休息十五分钟。



(茶歇)

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

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



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

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

第三个要考虑的因素是婚姻家事法越来越多的出现了一种新的整合迹象,就是公、私法之间的高度交融。中国80年代末90年代进入改革的时候确实有些误区,刚才几位老师都说到了,就是过多的强调程序法和实体法的高度分离,过多地强调《婚姻法》向《民法》的回归,这个恰好和大势相背的。整个世界各国的专门性纠纷解决最大的趋势是实体法和程序法的合一,所以很多国家在特定的公益诉讼、集团诉讼,它不是从一般的诉讼制度来设立,而是通过专门的实体法的设立,比如说用垄断来搞一个特殊的法。所以从这个大趋势来讲,单纯的修改《民事诉讼法》和《婚姻法》都不足以解决一个单独问题,所以大的方向本来是应该合一。此外《婚姻法》中公法的因素越来越多,从早期的西方大陆法中,它表面上虽然归的是民法系列但是它在程序中完全是国家强制干预的高度职权主义,所以它弥补了这个,即使你在实体上、理论上放在民事上,但仍然是国家高度干预的、特殊的,所以这个东西也能调和。但是我们是这边完全向《民法》回归,一边把它向一般诉讼法回归,于是两个角度都导致了这种方式的混乱。在这样的情况下,我们对很多理念的问题没有解决,比如说现在中国,大家知道完全把婚姻家事看作私事,所以干预程度非常低,我们没有剥夺监护权,虐待、遗弃、重婚经常会淡化掉,所以在处理婚姻家事仅仅关注的是民事的一面。这个问题在对诉讼和非诉讼影响是非常大,比如像很多国家对非诉讼的调解非常重视,但是随着家暴问题的出现,它对调解员的训练中就非常强调,如果出现了家庭暴力问题,你不能仅仅强调“和”,一定要注意在什么样的界限下有举报的义务,这就是和传统的调解员的保密义务完全不同,所以它从行为规范到操作准则上都会有一系列的突破。

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

第四是诉讼和非诉讼衔接中关注的价值是什么,当然是很多元,第一就是家庭的和谐稳定,这个实践中我们都知

道，同样是离婚，调的离肯定比判的离要和谐，因为调的离可能会好说好散，包括孩子的监视权、将来的探视权，包括共同监护都可能完成，但是判的离婚容易出问题，同样的这种和谐的因素都是在家事纠纷解决中特别重视的。首先就是这种和谐的非对抗的因素。

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

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

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

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

孙韬：感谢范愉教授的精彩演讲，下面邀请南京师范大学陈爱武教授为大家进行中国家事诉讼特别程序的演讲。大家可以看一下会议资料，她一共向会议组提供了九篇的论文，是提交论文最勤奋、最多的学者。她研究的方向就是在中国家事诉讼、中国家事法院制度考虑和研究这样的研究性课题，有请陈教授。



陈爱武

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

我觉得首先前提要理解清楚，家事诉讼的这样一个程序有一个多维的背景，什么情况下需要大家去诉诸这个程序，因为我们说“法不入家门”，但是那个时候我们的家庭能成为解决家庭纠纷的自治体，外部也有一些调解或者其他社会力量能解决的时候，应该说那个时候我们肯定是不需要这些东西的。那么法入家门的情况是随着社会发生了这种的变迁以后，这种情况之下，在近现代以来家事法的发达引出了家事诉讼程序，从背景上来讲，一个背景是从离婚为核心的家庭事件增多，这里面有一个大的背景，从禁止离婚到准许离婚，准许离婚里面从有

责离婚到无责离婚，这样一来，离婚的比例肯定急剧上涨，还有一些因素，比如这个家庭里面本来可以由长辈来消解家庭纠纷，那这样核心化以后没有长辈给你解决这样纠纷，所以这个纠纷就外化了，就变成了内部人的自我消解了。

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

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

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

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

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

第三是实践的探索，谈一下自己的看法。我也比较关注实践，有什么新的举措我都会收集过来。在这个里面，我也觉得有一个值得反思的问题，就是说实践的探索是非常有意义的、非常好的，但是也有一些问题，可能要更深入一些，就是说有一些探索很多还是比较粗放型的，我们把家事案件作为一个整体去说，其实家事案件本身是非常复杂，所以我第一个就列到了家事案件，你说的家事案件范围是怎样的，你所采取措施是不是都能适用，所以家事案件我觉得多种类型要看到，比如说家庭诉讼案件、身份的、财产的案件，这里面要多分。还有家事保全程序、家事执行程序、家事调解程序都很有特殊性，因此只有整合为一个统一的程序，才能在里面大展身手。最后说一下我们自己的展望，我觉得对我们的程序还是有制定的必要性，我认为否定之否定之后得出的结论，我们还是应该在家事诉讼法制的完善上面去鼓吹、去呼吁。谢谢大家。

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



肖建国

肖建国（中国人民大学法学院教授）：非常感谢主办方的邀请，来到会场确实获得了很多新的信息，学习了很多新的东西。我过去一直是研究《民事诉讼法》，这次《民事诉讼法》的修改也全程参与，参加了法工委开的六次专家座谈会。8月2日，法工委开了第六次会议，最新的拟稿中仍然没有看到关于家事诉讼程序修改的内容，甚至连一个条文都没有，这是非常遗憾的。家事诉讼程序的完善，

上海沪家律师事务所、北京岳成律师事务所协办

这一年来获得了学术界和实务界的共识，家事诉讼程序、普通的民事诉讼程序，尤其以财产关系的争议为原形来设计的事诉讼程序，它的原理、制度、程序规则都是完全不同的。我们过去，法院长期以来因为缺少规则的规制，习惯用财产关系纠纷的专门诉讼程序来解决家事争议，这里面造成了用财产关系处理家事纠纷的争议的现象，显然用错误的办法解决争议的问题，最后这个案子出现错误也是在所难免的。所以家事诉讼程序的完善可能需要今后的学术界、实务界的共同努力。我的想法是通过《民事诉讼法》的修改来完成家事诉讼程序的完善，恐怕还是不现实，应该学习台湾地区、日本民事诉讼法修改，采用单一法的方式，单独制定《家事诉讼特别程序法》，就像我们《海事特别诉讼法》，如果有这样立法的计划，家事诉讼程序才有可能走上台面。

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

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

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

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

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

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

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

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

第三，就是保护令的申请形式，可以是口头申请、书面申请。

第四，就是法院应当为申请人提供合适的申请书。

第五，就是申请保护令，不收其费用。

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

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

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



人是一个福音。谢谢大家。

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



张晓茹

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

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

我的文章可以分为三部分：第一大部分家事事件程序，什么是家事纠纷、家事事件程序以及家事事件程序的适用范围。第二大部分，试图分析大陆为什么没有独立的家事事件程序，没在《民事诉讼法》单独成编、成章，像《海事诉讼程序》设立独立的程序法。第三部分讲家事事件程序所涉及一些重要的制度和理论问题。

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



张伟

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

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

在报告里面，提了一些目前的不足，从诉讼的局限性来讲有几个值得思考的部分。刚才几位学者已经说了，牵扯到一个怎么样在家事案件当中，包括实体立法和程序立法，一个价值取向的问题认定。婚姻家庭关系价值取向、最大的特点是它所具有的伦理性，出发点是处境家庭和睦、互惠互助、利他奉献而不是利己索取，它具有私密性、情感性、公益性、身份性、习俗和传统性，这是民事和商事关系不具有的，通过一般的诉讼解决难以顾及。

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

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

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

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

以上是我们给大家说的关于其他国家的一些做法。我们可以借鉴像日本、台湾地区等等，他们的有益经验和立法。在我们国家现行的条件下，应当在民事诉讼程序当中增设一个家事诉讼程序，但很遗憾的是这次没有把家事程序纳入，

制定单独的家事诉讼程序，我也赞成，但是我觉还要经过条件成熟，经过充分的论证、调研。

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

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

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

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



王牧：按照会议的安排，从基层法院的角度谈一谈对听完五位教授的演讲之后的启示，总体而言，个人感觉收获非常大。在前面的材料当中，曾经提到过进行家事审判的时候面临危险、困惑。当时搞的时候，虽然也做了一些调研，但对于家事审判工作的改革探索路子能走多远、能走多宽实际上是有困惑的。今天听了五位教授的精彩讲演，进一步坚定了我们的信心，当然由于时间关系，希望以后能有更多的机会能够听到我们五位老师在这方面能给我们更多的指导。具体而言，每个教授的演讲对我们确实有很大的指导作用。比如说，我们的范教授谈的主题是诉讼和非诉讼程序的对接，在家事审判领域搞诉讼和非诉讼的对接从实务的角度也发现了这个问题。单纯的把家事纠纷纳入法院的诉讼程序当中，实际上基层法院是不堪重负，我们也强调诉讼的调解程序，只有经过调解工作之后，确实没有办法化解的纠纷我们才纳入诉讼程序当中。

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

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

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

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

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

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

雷明光：我们有请这次会议的主办方徐昕教授来进行点评。



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

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

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

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

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

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

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



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

我提供三个数据：

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

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

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

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



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

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

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



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

在执行程序过程中，执行法官可以凭被执行人的身份证号码可以到银行把所有的银行存款全部可以调出来，而为什么在审理程序却不能做到，所以我们也感到非常困惑，也觉得这个事情在理论上、实际上都是可以操作的事情，为什么不能做，所以今天我也想借这个机会，可以引起各级法院的具体操作法官的重视。

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

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

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

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



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

因为我们在现实处理涉外离婚案件当中，我相信很多律师都会遇到这样一个尴尬的问题，由于我国现在社会和国际社会的交往频

上海沪家律师事务所、北京岳成律师事务所协办

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

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

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

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

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

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



王军营（河北世纪鸿业律师事务所律师）：由于时间关系我不再寒暄了，本次研讨会的主题是家事诉讼程序及立法完善，我想从离婚诉讼财产保全的角度来谈一点个人的看法。很多律师可能都和我有相似的看法，离婚诉讼财产保全的现实需求和实际应用是不协调的。一方面在现实当中，一方恶意转移财产的情形大量存在，这就说明离婚财产保全很有必要，但是另一方面现实当中离婚的财产保全利用很低。最主要、最现实的原因是，对申请财产保全的一方没有能力提供担保，尽管是《婚姻法》司法解释（二）



的第28条就这个问题作出了相关规定，但是由于这个规定缺乏可操作性，它在现实当中并没有起到应有的作用，针对这个问题我斗胆提出的建议，对财产保全一方免除他的担保义务，这是基于对家事诉讼特殊性的考虑，免除他的担保义务。我的建议可能很肤浅、不成熟，只是希望更多的理论学界、实务界对这个问题给予更多的关注，谢谢大家。

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



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

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

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



张秋敏(北京京银律师事务所律师):我的题目是《无民事行为能力人的离婚权利》,在《婚姻法》司法解释(三)中,明确规定了无民事行为能力人的配偶如果损害了无民事行为能力人的权利,其他监护人可以向法院申请进行变更他的监护权利。同时司法解释(三)赋予了他代理无民事行为能力人到法院进行诉讼的权利,我们首先感谢司法解释(三)关注这些特殊的群体。其次我要讲的是无民事行为能力人变更后的监护人是一种权利还是一种义务,我赞同是义务的观点。它既然有这个义务了,它在是离婚过程中,如何更好地保护无民事行为能力人的权利,《民法》明确规定

了原告方,就是说无民事行为能力人作为原告的时候,当他的代理人代理他进行诉讼,如果他在中途当中没有参加诉讼或者无能力参加诉讼,是否按撤诉处理。我觉得这个问题可能是比较小,但是也是现实当中存在的,我对此有三个观点。

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

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

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

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

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

这是我的一些建议，具体在我的论文中还有体现，谢谢大家。



刘辉（北京市将隆安律师事务所律师）：各位嘉宾上午好，我的题目是关于诉前调解的一些看法。目前民事案件立案难，代理家事案件难上加难，我们到法院立一个离婚案，要开被告的居住证明，而法院会为原告及律师设置层层阻碍。北京地区法院要求所有离婚案件，有律师代理，当事人本人要拿身份证亲自到场。这些规定为原告以及律师造成了重重的立案难。法院为了构建所谓的和谐社会试点搞诉前调解，实际上查《民事诉讼法》并没有相应的法律依据。根据《民事诉讼法》第112条的规定，所有立民事案件应该在七日内通知，如果说不予立案，要出具不予立案裁定，可是我们在实践当中基层法院基本上不给我们出具裁定。而且在北京朝阳区地区立一个离婚案，可能比调解难，立案原因会拖迟至少一个

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

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



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

在这次会议中，我也有两点欣喜。第一点是听到范愉教授提到的“演进论”，对于《继承法》来讲，从律师的角度我相信《继承法》一定是一个演进的趋势。咱们国家现在有1.6亿老年人，而且在未来将以每天两千万的速度增长，所以

无论是从制度也好，从理念也好，范愉老师主要讲的是理念的演进，理念的演进和制度的演进我相信都会有更多的发展。

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



点评嘉宾：李轩、刘桂明、夏正芳（从左至右）

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

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

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



回应。通过苏东彪律师的发言，我听出来是对我们的法官、法院不满的，我们虚心接受了。我们的司法能力确实有待提高，但是我也要谈一点，民事法官的压力确实是非常大的，就江苏的情况来看，超过50%的民事案件，但是审理民事案件的法官不到1/3左右，当然这是我们法院自己的问题，我们的判决书和仲裁差别很大，这也是我们今后努力方向，我们会继续努力。

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

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

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

关于财产保全这块，我在会前简单看了一下，在婚姻案件当中的财产保全说实在的，不光是婚姻案件当中的财产保全，在其他民事案件涉及到财产保全的时候，也确实存在着这个问题。就是法官对保全担保有时候要求比较严格，我考虑了一下其实是出于两个原因：一个是限制当事人滥诉，我们就有这样的案例，当时他的诉讼请求根本不可能达到那么多，但是他却要提出那么多诉讼请求，我们也告诉他如果保全有问题，你要承担赔偿对方的责任。他就这样告下去，但是现在案件他输了，对方又在告他。所以有时候觉得他申请就不可能达到这么多，通过诉讼保全担保限制当事人。还有一个是在民事案件当中，设置了国家赔偿的就是保全，如果保全出了问题，就是要承担国家赔偿责任的，这个对法官的压力也很大，所以往往我们在担保制度方面可能是审查的严一点，但是我觉得我们在婚姻案件当中可能要区别对待，因为它跟一般的案件确实有点不一样，而且最高法院也有这样一点，就是尽量考虑到可能的范围内让当事人提供担保。

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



会场实景

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

专门提出全套修改意见，这是属于少数了。

所以从这个角度，包括今天谈的家事诉讼程序，其实过去呼吁和讨论都很少，这次有这样一个集中的讨论，但是感觉有太晚了，想写进《民事诉讼法》是不太可能了。从目前官方两次审议的《民事诉讼法修正案(草案)》以及我最近从不同消息来源，听到的可能要进行的三审稿定稿来看，这次修改的总体思路仍然是十分局限的，根本谈不上全面

修改，更难以有效解决实践当中存在的，刚才律师们提到的司法不作为、司法腐化、司法不公、司法腐败等问题。我将这种问题概括为这次修法缺乏“六度情怀”。

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

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

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

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

第五是内容上缺乏宽度。

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

所以我在这两点呼吁，第一是呼吁在座的学者和律师们更多的关注《民事诉讼法》的修改，包括律师建议稿，很大程度上吸收了律师主流意见，包括这些律师提出来的意见在建议中都提到了，希望大家能够转载、呼吁。第二是呼吁全国人大在调节不成功的情况下，不要过早通过修正案，据说8月底就要通过，我们到希望它缓一缓。现在最直接、最有效的方面，实际上是通过你认识的人大常委去影响法工委的立法，因为现在的部门立法已经狭隘到，不是最高人民法院或者司法部来立法，狭隘到已经是全国人大法工委民法室的哪个办公室的几个人去立法，他们认为可以通过就过，常委会上常委们还有点意见。

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

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



马忆南

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

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

看到从去年开始《刑法》的修订，就是加进了“亲亲相隐”的内容，今年的《老年人权益保障法》的征求意见稿增加了“常回家看看”的内容，《婚姻法》司法解释（三）那些讨论和倾向性的意见也是呼吁要保护家庭，完善家庭，

政府要提供各种各样的政策上的措施，来加强家庭的功能，来维护家庭传统的价值。

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



协办方—上海沪家律师事务所主任吴卫义律师

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

杨晓林律师团队的律师的无私奉献,我代表主办方感谢各位亲临会场,谢谢大家。

刘桂明:今天的会议到此结束,谢谢大家!

——结束——

## 会议协办方之一上海沪家律师事务所主任吴卫义律师所致答谢词

各位法官领导、各位专家教授、各位律师同行们:

今天很有幸能请到各位在百忙之中抽出时间,相聚北京参加本次“学者、法官、律师不同视野下的‘家事诉讼程序及立法完善研讨会’”,在这里,我谨代表本次的主办单位北京理工大学司法研究所,协办单位北京岳成律师事务所、上海沪家律师事务所对各位莅临本次研讨会表达我们最真挚的感谢!

虽然本次研讨会只有短短三个半小时的时间,但是对于我个人来说却是一个学习和再提高的过程,在座的各位法官和专家学者包括我们专业家事律师都是我国家事案件研究、实践领域的重要参与者和推动者,在法理方面有着权威的研究,在学术方面有前沿的成果,在实践方面有丰富的经验。今天每一位嘉宾的发言都是毫无保留地将自己多年来的研究成果与我们进行交流,这些观点与研究结果都值得我们回去慢慢消化并运用到我们家事案件的审判实践中去。谢谢你们们的精湛发言和论述。

家事案件一直都是我国民事案件中的重要组成部分,根据一组1978年与2010年的对比数据来看,1978年,我国的婚姻家庭继承案件共计21.9万件,但到了2010年这个数字增长到142.3万件,占当年全部民事案件数量的23%,且每年还在以6.4%的增长速度继续增长。家事案件近些年来所呈现出的多元化、亲民化、专业化的发展趋势,在家事案件实体审理得到越来越多重视的同时,也给我们家事诉讼程序提出了更高的要求。我们召开本次研讨会也是一次抛砖引玉的尝试,希望提供给大家交流平台集思广益推动家事诉讼程序的完善。我相信这次研讨会的召开仅仅是一个开始,在今后的日子里我们也希望多加强法官、学者与律师之间的交流,共同为推进家事案件的立法完善建言献策。

为了这次会议能够顺利召开,与会的各位嘉宾以及参与本次研讨会筹备工作的社会各界朋友给予了全力的支持。在这里,我代表本次研讨会的筹办方对各位朋友表示我们最热诚的感谢。同时,我还要特别感谢本次研讨会的主要发起人杨晓林律师,感谢杨律师为本次研讨会所做的巨大努力与付出!

再次感谢光临研讨会的法官、学者和律师!

也欢迎你们有机会能来上海学习和交流!

## 四 研讨会嘉宾发言稿及提交论文

### 1、人民法院家事审判相关交流材料

#### 司法审判呼唤家事立法

江苏省高级人民法院民一庭 夏正芳

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

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

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

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

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

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

**4、创新工作方法，不断加大反家暴工作力度。**针对当前家庭暴力现象日趋严重的问题，早在2002年，省法院就与省委政法委、省公安厅、省妇联等单位共同制定了《关于预防和制止家庭暴力的意见》，明确了人民法院在预防和制止家庭暴力中的职责、任务。南京、苏州、连云港等地法院也与相关部门制定出台了预防和制止家庭暴力的规范性文件，为全省法院涉家暴案件审判的顺利开展奠定坚实的基础。2010年以来，省法院党组更是紧紧抓住“三项重点工作”对人民法院提出的新要求，将涉家暴案件的审判，特别是人身保护裁定工作的推动，作为人民法院化解涉诉矛盾纠纷，推进社会管理创新的一项重要抓手，摆上议事日程，与省妇联、省公安厅携手，共同制定了《关于依法处理涉及家庭暴力婚姻家庭案件若干问题的指导意见（试行）》，对全省法院、妇联、公安共同开展对家庭暴力受害者人身保护工作作出明确规定，这也是全国首家省级层面多部门合作、全面推行人身保护裁定这项工作，对江苏全省的反家庭暴力事业起到了极大的推动作用。无锡崇安法院作为最高人民法院反家暴审判工作试点法院之一，于2008年8月6日作出我国第一份反家暴领域人身安全保护裁定，将事后惩罚施暴者转变为事前保护受害人，开辟了国家公权力介入家庭暴力防治的新途径。目前我省已有扬州高邮法院、南通经济技术开发区法院等多家法院陆续进行了签发人身安全

保护裁定的实践,给予家暴受害人以全方位的保护,取得了良好的社会效果。针对家庭暴力认定难的问题,崇安法院从2010年下半年起着手成立由法学、社会学、心理学、司法精神病学、法医学等领域的专家学者组成的“反家暴专家委员会”,探索尝试专家辅助人制度,对家暴案件当事人进行心理疏导,专家辅助人的专家证词也成为认定家庭暴力的重要依据。扬州、盐城等地法院与基层派出所、社区警务室建立定期沟通制度,充分发挥妇女庇护中心的作用,形成反家暴维权网络,通过分工、协作,形成合力,切实有效地预防与解决家庭暴力问题。

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

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

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

**8、加大法制宣传,弘扬婚姻家庭道德风尚。**全省法院不断加大法制宣传力度,提高人民群众守法观念,弘扬良好的婚姻家庭风尚,营造安定的社会环境。今年,省法院在三八妇女节向社会发布了《江苏法院2010-2011年度婚姻家庭十大典型案例》,并联合社区维权工作站的工作人员开展“庭站对接,联动维权”活动,为社区群众宣讲婚姻家庭法律规范。南通启东法院自1994年开始连续17年在社区开设“幸福家庭讲习班”,集法律讲座、义务咨询、图片展示、庭审观摩、媒体报道于一体,成效显著,国家、省级媒体多次对讲习班的成功经验进行介绍推广。苏州平江法院在社区开设“父母婚姻课堂”,采取发放普法资料、观看视频资料、开展法制讲座、提供法律咨询等多种方式开展法制宣传。

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

我们希望立法能关注实践,尽早解决家事审判中的理念和具体实务问题。

## 关于家事审判合议庭试点工作的调研报告

广东省高级人民法院民一庭<sup>1</sup>

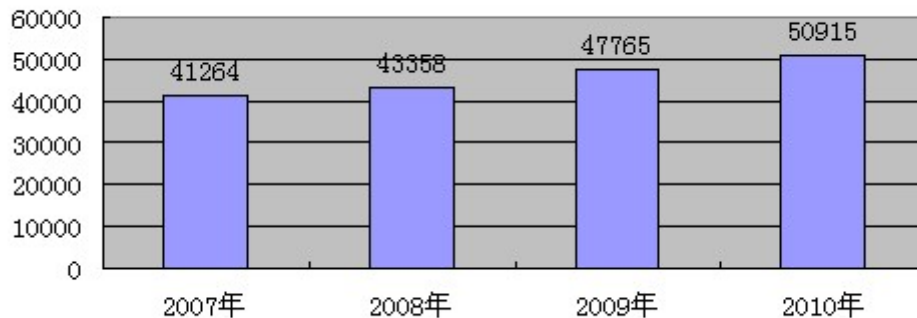
为适应新形势下婚姻家庭案件数量不断增长、案情渐趋复杂的需求，提高审理家事案件的专业化水平，积极落实服判息诉、案结事了的审判目标，促进家庭和谐与社会和谐，广东高院于2010年3月在中山中院、珠海市香洲区法院等1个中院、6个基层法院试点设立家事审判合议庭，专门审理婚姻家庭案件。一年多来，各试点法院在广东高院的指导下，积极探索家事案件审判的新路子，取得了良好的法律效果和社会效果。

### 一、广东法院试行家事审判合议庭的背景

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

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

2007-2010年全省法院受理婚姻家庭纠纷一审案件情况表（图1）



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

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

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

### 二、广东法院家事审判合议庭试点工作的基本情况

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

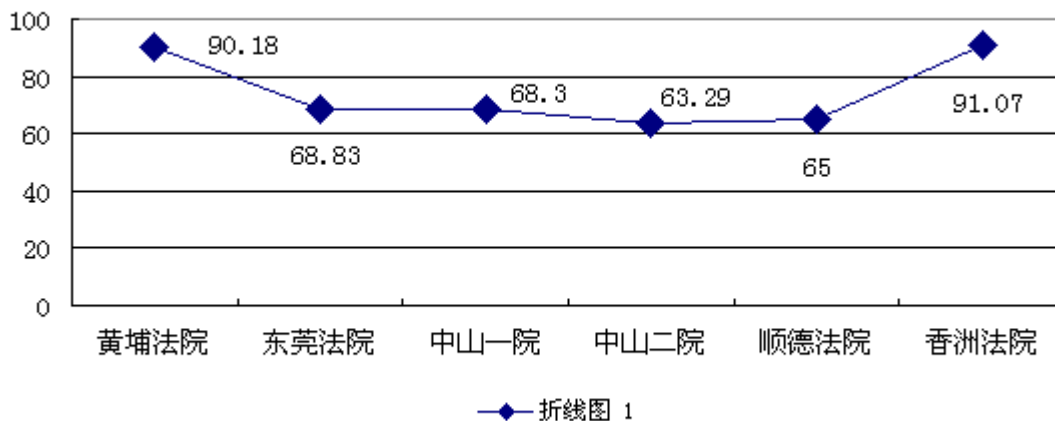
<sup>1</sup>课题组长：谭玲；课题组成员：谢文练、杨慧怡、陈吉生、陈志坚、喻静、王红英、秦旺。

市第二人民法院4个中心法庭共设立了17个家事审判合议庭。

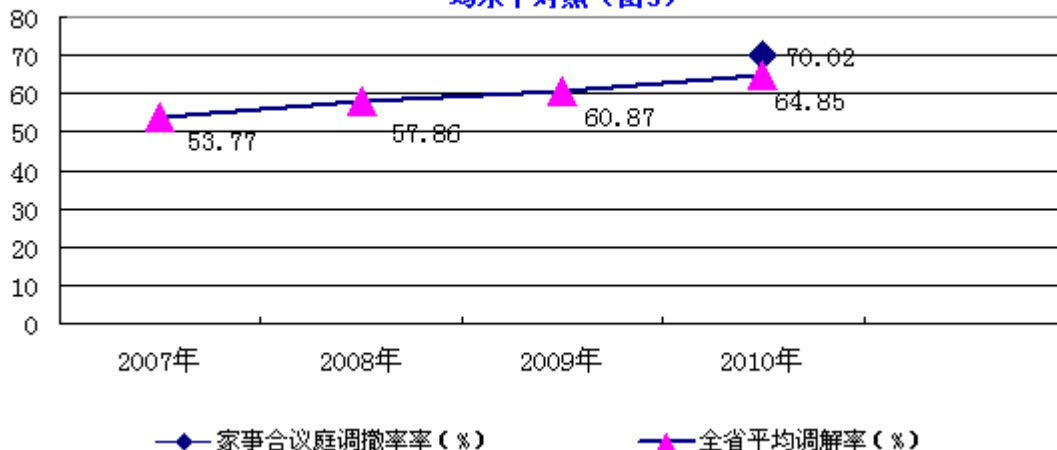
(一) 狠抓制度建设, 家事审判合议庭的规范化建设取得明显进展。各试点法院制定了《家事审判工作流程》、《人身安全保护裁定实施细则》、《家事纠纷诉讼指引》等工作规范, 明确家事审判合议庭的工作职责、立案范围、审理流程, 为试点工作取得良好成效夯实基础。中山中院还与中山市公安局、中山市妇联共同下发《关于对家庭暴力受害人实施人身安全保护的会议纪要》, 确保人身安全保护裁定得到及时执行。广东高院于2010年12月下发了《家事审判合议庭工作规范指引》、《人身安全保护裁定适用指引》。同时, 各试点法院还积极开展家事纠纷诉调对接机制建设, 顺德区人民法院、东莞市第二人民法院、中山市第一人民法院分别与当地妇联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

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

各试点基层法院家事审判合议庭调撤率(图2)



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



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

讨》等成果，刊登在《人民司法》、《法庭》等刊物，这些理论与探讨为深入开展家事审判活动夯实了理论基础。

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

### 三、广东法院家事审判合议庭试点工作的特色创新

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

**(一) 大胆探索符合家事案件特点的证据规则，实现“发现客观真实、追求实质公正”的审判目标。**家事案件当事人及其利害关系人之间多具有紧密而又复杂的亲缘、血缘关系，亲亲相隐等传统家庭伦理规则，决定了在家事审判中仅依靠“谁主张，谁举证”的举证责任分配原则，难以查明离婚原因、夫妻共同财产范围及家庭暴力事实等私密性、隐蔽性较强的关键事实。为此，各试点法院在“发现客观真实、追求实质公正”价值取向指导下，大胆探索了符合家事案件纠纷特点的证据规则。

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

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

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

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



当事人亲自出庭的家事案件调解率高达80%以上的事实证明,家事案件当事人亲自到庭制度更加符合家事案件审判规律。

(三) 大胆探索建立“人身安全保护裁定”制度,加大对家事案件当事人的保护力度。在离婚诉讼中,当事人自述存在家庭暴力的案件大约在10%左右,但当事人的救济途径不畅,难以及时有效保护受害人的人身安全。各试点法院借鉴国内外的先进经验,采取签发人身安全保护裁定的新举措,有力保障了受害人的人身安全。广东法院结合本身实际情况,在人身安全保护裁定的适用中进行了诸多创新:一是证据种类齐全、形式灵活。主要包括结婚证、户籍资料、出生证等身份关系的证据,以及伤情照片、医院病历、接警或者出警记录、带有威胁内容的录音和手机短信等证明家庭暴力存在的证据。其中,加害人所作的悔过书、保证书、受害人报警时的电话记录等可以作为认定家庭暴力事实存在的直接证据,其他重要辅助证明的证据则包括未成年人证言、带有威胁内容的手机短信和录音等。二是重视未成年人证言。重视具备相应的观察能力、记忆能力和表达能力的5周岁以上的未成年人提供的与其年龄、智力和精神状况相当的证言。三是允许法官充分行使自由心证。在证据不足或者没有证据的情况下,只要独任法官或者合议庭成员内心确信家庭暴力存在的可能性或者危险性较大的,就可以发出人身安全保护裁定。试点一年以来,珠海香洲区法院和中山市第一法院共受理人身安全保护裁定申请13起,发出人身安全保护裁定8份,裁定驳回申请5份。其中未经听证程序作出的11份裁定中没有复议后被撤销的,说明法官自由心证对家庭暴力可能性判断的准确性较高,允许法官充分行使自由心证有利于简化人身安全保护裁定的程序,及时保障受害人合法权益。四是完善对受害人居所及联系方式的保密规定。对于受害人已搬离与加害人共同住所的,人民法院不得在人身安全保护裁定书或者其他需要送达加害人的文书中列明申请人现居住地址。五是根据我省信息化程度较高的特点,在送达方式上有所创新;针对家庭暴力中有些施暴方存在暴力倾向的问题,加强对送达人员的安全保护。人身安全保护裁定以及听证通知等相关材料的送达,一般以书面形式直接送达、邮寄送达或者委托送达,拒绝签收的可以留置送达。紧急情况下,也可采取电话、传真、电子邮件、手机短信等方式送达,并将送达情况记录在案。人身安全保护裁定应当在作出后48小时内送达完毕。对被申请人的送达,必要时可在法警协助下进行。

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

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

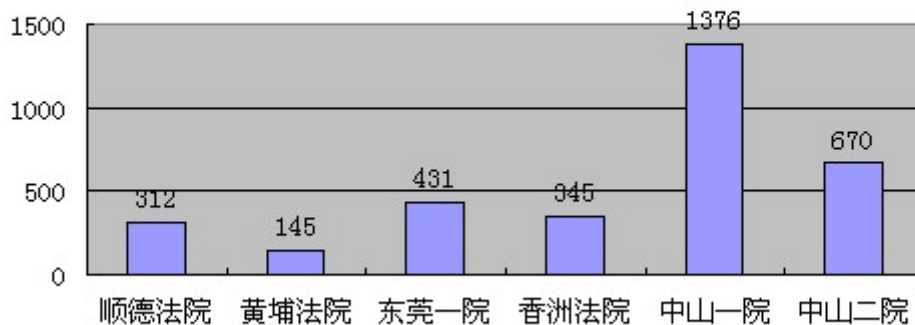
件当事人的社会帮扶制度，家事审判合议庭根据在案件审理过程中发现的当事人经济困难、心理创伤、子女入学难等情况，或者根据对当事人回访、对未成年人的探望、辅导情况，向当地妇联、社工、村居委等组织发出《社会帮扶建议函》，为这些当事人争取义工或社工服务，解决他们的实际困难。目前已向容桂妇联、容桂小黄圃居委会、容桂街道社工工作局等部门发出4份《社会帮扶建议函》，为2起案件的2名当事人解决了困难，在为其中一名当事人争取到三次临时救助金并派专人开展心理辅导后，该当事人主动表示息诉服判，不再上访。

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

#### 四、广东法院家事审判合议庭试点工作中存在的主要问题

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

各试点基层法院一审案件收案情况表（图4）



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

(三) 人身安全保护裁定制度需进一步完善。一是人身安全保护裁定的受理范围有待放宽。人身安全保护裁定依附于普通民事诉讼，目的是为确保普通民事诉讼程序正常进行而对受害人采取的保护性措施，如诉前申请人身安全保护裁定的，应当在人民法院签发裁定之日起15日内提出诉讼，否则裁定自动失效。但实践中存在的一些制止家庭暴力

而不想解除婚姻家庭关系的受害人，因顾虑申请人人身安全保护裁定必须起诉离婚而不提出这项司法保护请求，同时也限制了未成年的家庭暴力受害人申请该项司法保护，导致我省人身安全保护裁定程序启动率不高。二是与普通家事案件管辖权的协调问题。广东高院《人身安全保护裁定适用指引》规定人身安全保护裁定的申请由受害人经常居住地、加害人经常居住地、家庭暴力行为发生地的基层法院受理，两个以上人民法院都有管辖权的，由最初受理的人民法院管辖。但是在当事人申请诉前人身安全保护裁定后提起相关家事诉讼的情况下，就会出现如何协调与普通民事诉讼由被告住所地或者经常居住地人民法院管辖冲突的问题。当事人在诉讼过程中申请人身安全保护裁定的，还存在一个如何协调依据前述规定有管辖权的人民法院与已经受理相关民事诉讼的人民法院之间的管辖权问题。三是人身安全保护裁定的执行问题有待加强。如当事人违反裁定的，申请人可以向人民法院申请强制执行。人民法院可根据《民事诉讼法》第102条的相关规定，视被申请人行为的情节轻重，对其作出罚款、拘留的处罚决定。拒不执行裁定情节严重的，依照《刑法》第313条的规定追究刑事责任。但家庭暴力大多发生在法院正常工作时间之外，仅靠法院的力量难以使受害人的合法权益得到及时保护。最佳选择是公安机关参与协助执行人身安全保护裁定，但很多公安机关以法律没有规定为由不配合，如何进一步协调公安机关参与裁定的执行十分迫切。

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

#### 五、进一步推进家事审判合议庭工作的建议和对策

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

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

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

**(三) 全面推进人身安全保护裁定的制度建设，破解裁定申请少、执行难的难题。**人身安全保护裁定是20世纪

英美法系国家专门为预防和制止家庭暴力而设立的一项法律救济途径。目前，以法院签发保护令的方式为家庭暴力受害人提供法律救济已成为很多国家和地区的一种通常做法。从我省珠海市香洲区法院实施人身安全保护裁定的情况来看，效果十分明显，有必要进一步扩大人身安全保护裁定的实施范围。一是要放宽人身安全保护裁定的申请条件。广东法院出台的《人身安全保护裁定适用指引》规定，诉前提出申请的，当事人应当在人民法院签发人身安全保护裁定之后15日内提出诉讼。逾期没有提起诉讼的，人身安全保护裁定自动失效。上述规定将人身安全保护裁定的适用与离婚诉讼联系起来，可以防止条件太宽松可能会引起大量的人身安全保护裁定申请，法院难以应对的情形，具有一定的合理性。但在现阶段，为了为进一步发挥人身安全保护裁定的作用，还是可以考虑将人身安全保护裁定与提起离婚诉讼脱离开来，即当事人受到家庭暴力侵害时，在提供初步证明材料后即可向人民法院申请核发人身安全保护裁定。二是加强人身安全保护裁定执行的配套法律和硬件支持，如配备安置场所，协调卫生行政主管部门安排被申请人自费接受心理治疗，协调公安机关执行人身安全保护裁定等。三是要充分运用新闻媒体、网络平台宣传人身安全保护裁定。尤其是对人身安全保护裁定的具体规定进行广泛宣传，同时要通过案例的形式提高社会对人身安全保护裁定的感性认识，增强认同感。

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

## 家事审判工作创新实践与思考

江苏省徐州市贾汪区人民法院院长 王牧

(2012年8月12日)

尊敬的各位领导，各位专家：

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

### 一、充分认识家事审判工作的必要性和积极意义

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

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

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

### 二、全面构建“三四五”工作体系，有效化解家事纠纷

一年多的司法实践，我们主要进行了以下有益探索和尝试：

#### (一) 创新三种模式，大力营造家事审判工作特色氛围。

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

北京理工大学司法研究所主办 上海沪家律师事务所、北京岳成律师事务所协办

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

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

### (二) 坚持四项工作原则，充分凸显家事审判工作特色理念。

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

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

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

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

### (三) 建立五项工作机制，全力完善家事审判工作特色规则。

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

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

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

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

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

### 三、积极总结形成特色经验，打造家事审判品牌

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

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

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

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

#### 四、当前存在的问题及工作方向

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

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

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

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

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

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

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

谢谢。

## 巧解家务事 社会升和气

### ——江苏徐州贾汪法院家事审判工作机制调查

《人民法院报》2012年05月10日 张娜 郑菊

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

#### 家事纠纷 专案专人专审

家是人身心的港湾。在基层法院的民事纠纷案件中,涉及婚姻家庭纠纷和父子女、兄弟姐妹之间财产之争及人身伤害纠纷的案件每年约占民事案件的四分之一到三分之一,这类案件被统称为家事纠纷案件。贾汪区法院家事审判合议庭审判长付嘉丰介绍道:“与普通的民事案件相比,家事案件往往当事人的情绪更复杂、更激烈,纠纷背后常隐含着长年累积的亲情、爱情纠葛,如审理不慎,最容易案结事不了,波及的人怨怼情绪难以舒缓,潜在的矛盾难以化解。这表现在两个方面:一是容易情绪激动失控。



图为贾汪区法院法官在家事法庭审理案件。吴学军摄

最容易案结事不了,波及的人怨怼情绪难以舒缓,潜在的矛盾难以化解。这表现在两个方面:一是容易情绪激动失控。

当事人最容易聚集、最容易情绪激动失控的案件就数家事纠纷案件，其中以离婚最甚。二是往往还会再找由头互相起诉，夫妻、父子、婆媳、兄妹相互反目成仇。在我院未实行家事案件专门审理的前两年，因一个矛盾未能彻底解决引发多起诉讼连环案，每年都有近50起。”

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

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

### **创设制度 固本强基增效**

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

审理中，家事审判合议庭法官深挖细审，追求案结事了和深层矛盾化解的审理效果。

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

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

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

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

### **专注细节 倾情唤回真情**

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

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

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

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

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

庭前，法官带着书记员风尘仆仆到双方家庭走访，征询双方父母的态度，劝和的想法得到双方父母的支持。对着法官带去的摄像机镜头，张军的母亲抹着眼泪说，孙子这么小，希望二人好好过；李娜的妈妈现在的态度也缓和很多，表示虽然二人年龄差距大些，但现在已经克服困难在一起了，就要和和睦睦过日子。

功夫不负有心人。走进法庭正式开庭时，法官先播放完李娜提供的结婚录像和夫妻恩爱的照片以及法官采集的双

方父母的嘱托后，才开始调解，在法官的劝导下，张军和李娜当庭调解和好。

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

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

### 社会联动 呵护心灵家园

贾汪区法院主动联合公安、妇联等力量，延伸家事审判职能，共筑家的“防护墙”。

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

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

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

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

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

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

## 家事纠纷案件专业化 审理方式的积极探索

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

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

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

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

在现有法律和体制允许的情况下，我国的中级、基层人民法院可以选择适合自己特点的改革项目进行实验。贾汪区法院设立家事审判合议庭是不违反宪法和法律的，这样的司法改革是在法律容许的框架内，应当值得肯定和鼓励的。

在具体实践中，贾汪区法院围绕“专”字，突出家事审判的专门机构、专业人员、专立制度、专门案件、专门程



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

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

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

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

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

## 家事审判工作运行情况调查报告

江苏省徐州市贾汪区人民法院

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

### 一、家事审判工作的基本运行情况

#### (一) 充分认识家事审判工作的积极意义

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

根据党委对法院工作的新要求以及社会形势发展的需要，结合家事纠纷案件自身特点，实行家事纠纷案件的专业化、集约化审理基本具备条件。一是家事审判案件传统的民事纠纷案件，在十几年前或者更早些时候，所占法院案件比相当大，近年来虽有所下降，但仍占到四分之一到三分之一，数量较多，这是衡量家事审判专业化审理的重要标准，也是家事审判工作专业化审理的生命力所在。二是有一批长期从事家事审判、具有丰富审判经验的审判人才。可以说，

北京理工大学司法研究所主办 上海沪家律师事务所、北京岳成律师事务所协办

法院从来都不缺家事审判方面的人才。三是实行家事审判的专业化审理国内外都有例可循。国外像日本、英国、美国等国家都设有专门的“家事纠纷法院”或是“家事纠纷法庭”，专门处理家事纠纷案件；广东中山、北京等地法院也做了大量有益探索，积累了不少经验。成立专门的“家事审判庭”或者“家事审判合议庭”，可以有效提升审判人员的专业化技能，不断积累审判经验，做到案件的类型化解决，提高审判质量和效率；可以整合有限审判资源集中做好家事纠纷的矛盾化解工作，促进以“家”为最小单元的和谐稳定，进而促进社会大稳定；可以在司法改革方面做一些有益尝试，起到“筑桥铺路”作用。

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

(二) 家事审判案件的基本情况

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

家事纠纷案件受理情况（见下表）：

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

家事案件受理情况统计表（2010年—2012年6月）

单位：件

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

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

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

家事纠纷案件处理情况（见下表）：

家事案件处理情况统计表（2010年—2012年6月）

单位：件

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

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

2、案件处理效果越来越好。从数据分析，可以看出家事纠纷案件一方面判决案件不断减少，案件撤诉率也逐步下降，另一方面调解率不断上升，表明家事的专业化审理效果越来越显现，彻底解决家事纠纷的能力不断增强。因为判决少，表明纠纷的尖锐性降低，纠纷趋于缓和。撤诉案件少，表明纠纷得到更多解决，潜在的纠纷处理压力降低，撤诉虽能缓和阶段性矛盾，但不能杜绝纠纷出现反复的可能性。同时，家事纠纷专业化审理以来，没有出现信访和发回改判，达到了案结事了目标。

3、工作效率提高。专人专事审理家事纠纷案件，不仅提高了工作成效，而且更专注于案件的调解、做工作等，工

作效率有所提高,2010年42.3天,2011年39.3天,比2010年缩短3天,2012年上半年35.1天,比2010年缩短7天多,比2011年缩短4天多,办案周期缩短,效率提高。同时实施繁简分流,大量案件通过简易程序审理,也便于明确责任,促进工作效率的提高。

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

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

### (三) 全面构建“三四五”工作体系,有效化解家事纠纷

一年多的司法实践,我们主要进行了以下有益探索和尝试:

#### 1、创新三种模式,大力营造家事审判工作特色氛围。

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

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

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

#### 2、坚持四项工作原则,充分凸显家事审判工作特色理念。

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

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

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

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

#### 3、建立五项工作机制,全力完善家事审判工作特色规则。

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

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

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

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

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

#### (四) 积极总结形成特色经验，打造家事审判品牌

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

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

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

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

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

#### 二、家事审判工作存在的问题

我们的家事审判工作取得了一定成绩，但是不少工作还处在摸索阶段，还面临不少困惑。一是家事纠纷案件究竟包括哪些案件，哪些家事纠纷案件适合专业化、集约化审理，还需要进一步探讨。目前，贾汪法院家事审判庭审理的案件仅包括司法统计报表口径的“婚姻家庭纠纷”和“继承纠纷”两大类民事纠纷案件；二是如何划分部门职能问题，目前家事纠纷案件，就贾汪法院而言，分布在少年庭、刑庭、行政庭、人民法庭等多个部门，是否需要进一步整合归一到家事审判庭更为适当？我们的当前做法是将民一庭的原家事纠纷案件剥离出来归家事审判庭审理，涉及其他部门的家事纠纷案件尚未整合；三是家事审判的程序规则和证据规则，我们已经做了一些探索实践，但是仍然感觉到还很不完善，程序规则和证据规则设计在不违背法律的前提下，如何丰富完善，形成较为稳定的制度，还比较困惑，感觉困难。如家事审判庭审理纠纷案件仅限于民事纠纷案件，那么程序设计与证据规则的制定相对容易得多，但如扩大到刑事、行政类案件，那么程序规则和证据规则的设计要难得多；四是家事审判庭的生命力到底有多强，家事审判的发展度有多宽，还有待实践和时间的检验，需要理论的支撑、实践的推动以及决策层的关注；五是家事审判庭的人员配

备，男女法官的配备比如何确定更适合家事审判的需求，也有待在不断实践中考量，案件数量是一个方面，但不能仅限于此，家事审判还要承担相当多的社会责任。家事立法目前还是未知数，前景如何也未可知等等。我们的家事审判庭人员配备1名男法官、3名女法官和1名女书记员，男女配备比1:4。

### 三、家事审判工作完善的对策建议

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

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

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

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

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

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

(陈良清执笔)

## 寻找《民事诉讼法》的“另一半”

湖北宜昌中院 王礼仁法官

来源：北大法律信息网 [http://article.chinalawinfo.com/ArticleHtml/Article\\_72189.shtml](http://article.chinalawinfo.com/ArticleHtml/Article_72189.shtml)

【学科分类】民事诉讼法

【出处】本网首发

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

【关键词】民事诉讼立法；财产关系诉讼法；身份关系诉讼法；家事诉讼法

【写作年份】2012年

【正文】

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

### 一、家事程序不入法法律体系“半边”乏

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

(一) 从民事程序法上考察

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

### (二) 从民事实体法上考察

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

### (三) 从比较法上考察

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

## 二、家事程序未出台无边错案滚滚来

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

在理论上,之所以不能发现现行婚姻审判体制之弊端,主要是缺乏对婚姻法和相关法律制度统筹把握和整合研究。婚姻案件涉及的问题极其复杂,要真正了解和准确把握婚姻案件的实质和特点,正确适用婚姻实体法和婚姻程序法,除了婚姻法(亲属法)的一般知识和原理外,至少还要解决如下几个问题:

- 1、婚姻法(亲属法)与其他民法的关系,亲属法能否适用民法总则,以及如何适用民法总则?
- 2、财产关系诉讼与身份关系诉讼的关系如何?普通诉讼程序与人事诉讼程序的区别?普通程序中哪些规则适用身份关系诉讼,哪些不适用身份关系诉讼?
- 3、婚姻民事诉讼与行政诉讼的关系,身份关系诉讼到底是民事诉讼还是行政诉讼,婚姻关系效力纠纷是否应当适用行政诉讼程序审理?婚姻登记行政案件应当界定在哪些范围内?
- 4、婚姻登记机关的职能是什么?婚姻登记机关能否处理婚姻关系效力纠纷或者能否赋予其处理婚姻登记纠纷的职能?等等。

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

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

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

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

#### (一) 错误适用行政诉讼程序解决民事婚姻效力纠纷

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

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

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

行政诉讼解决瑕疵婚姻的障碍很多，至少有十大缺陷以上。其中致命障碍有：

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

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

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

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

【案例1】2012年5月7日湖南省益阳市资阳区人民法院(2012)资行初字第02号判决，撤销使用他人身份结婚案。冒用原告身份的第三人张宇系原告继母的外甥女，2006年因不到法定从业年龄，为外出打工，找原告继母帮忙，利用原告的户口信息在公安机关办理了二代身份证，直至申请办理结婚登记时，都一直冒用原告的身份信息，2012年2月原告无法登记结婚，便将登记机关推上被告席，请求撤销他人婚姻。法院判决支持了原告请求。[2]

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

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

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

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

案件的一方当事人一样。

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

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

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

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

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

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

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

## （二）将婚姻诉讼等同于一般财产诉讼，忽视职权主义色彩

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

### 1、法官不依职权调查收集证据，完全依靠当事人举证定案

具体表现在：（1）在证据收集上，一律实行一般财产诉讼规则的谁主张，谁举证原则，把举证责任完全推给当事人。对于该依职权主动调查的婚姻事实，不依职权主动调查，完全凭当事人的举证材料定案。（2）对庭审中涉及的重要婚姻事实，则往往以当事人没有提供证据证明而否认。对案件的真实事实或真正的离婚原因没有揭示；对潜在的矛盾没有解决。（3）对于婚姻案件中的举证期限，也死抠财产诉讼的“证据失权”制度，对于超过举证期限的证据，大都以“证据失权”为由，不予采纳。还有的认为，一审没有提出的婚姻事实或证据，二审不能提出。（4）对于当事人要求法官调查的证据，也以不属于职权调查范围为由，不予调查。如对婚姻有效与无效不调查；对婚姻成立或不成立不调查；对一方提出另一方有重婚或同居的事实不调查；对一方是否遭受家庭暴力或虐待不调查；对一方提出另一方有婚外情的事实或线索，更不调查和核对；等等。

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

### 2、法官不斟酌当事人未提出之事实，对自认、认诺等规则适用存在问题

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



提出,法官都不加斟酌或考虑。

### 3、在案件处理方法上,忽视婚姻案件的情感色彩和人伦特点

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

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

### (三) 婚姻案件的合并审理与反诉基本没有适用

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

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

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

### (四) 婚姻成立或不成立之诉没有用于解决婚姻纠纷

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

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

如一对当事人1987年登记结婚,2003年7月双方协议登记离婚。2003年7月28日,双方在婚姻登记机关填写了《婚姻登记申请书》,婚姻登记机关进行复婚登记记载,但由于双方当时没有合格的结婚照片,婚姻登记机关没有颁发结婚证,要求提供照片后再颁发结婚证。双方因故一直未领取结婚证书。2004年4月,女方及其女儿因车祸死亡。后男方与其岳母因女方所遗房屋等财产继承发生纠纷,男方以配偶身份诉至法院,要求继承女方财产。法院则认为双方没有婚姻法第十条的无效婚姻情形,认定其婚姻有效。男方以配偶身份继承了女方相应遗产。本案应当适用婚姻成立与不成立的判断标准,而不是适用婚姻有效与无效的判断标准。婚姻成立与婚姻有效是两个不同范畴,婚姻不成立则不存在婚姻有效与无效问题。本案当事人没有领取结婚证,其婚姻依法没有成立。

### (五) 无效婚姻、可撤销婚姻司法混乱,错案迭出

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

同时,司法解释也存在缺陷。如婚姻法解释(一)规定,无效婚姻适用特别程序、一审终审。这个规定并不完全

适用无效婚姻，在司法实践中问题较多。我在婚姻审判中甚至发现，有的使用伪造的结婚证，申请宣布合法登记婚姻为重婚，最后得到法院支持，当事人没有救济渠道。

#### (六) 离婚调解程序没有得到应有重视或正确适用

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

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

#### (七) 在身份关系案件的实体处理上，也存在不少问题

##### 1、将民法总则中有关适用于财产纠纷的规定和原则，完全适用于婚姻等身份案件。

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

##### 2、对婚姻法等身份关系实体法的理解和执行也存在许多问题

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

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

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

#### (八) 婚姻当事人诉讼难的情况严重

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

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

#### (九) 婚姻审判存在的问题具有普遍性

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

更可怕的是，不少婚姻错案和错误观点并没有被认为是错误的，往往以正面典型通过媒体广泛传播，扩大了对法

院判决案件的负面影响,促进了错案的发展和蔓延。如身份案件不适用自认,这是基本规则,不能动摇。但有的法院则适用财产诉讼的自认规则处理身份案件,并认为身份关系案件也可以适用自认。这样的案例和观点《人民法院报》竟然刊登了。[15]

又如,无效婚姻情形已经消失后不得再主张婚姻无效,这是多么简单的问题!然而,就是这样简单的问题,却屡屡发生判决适用法律错误。如今,婚姻法关于无效婚姻的规定已经实施10余年了,但到目前为止,这种应当避免的简单错误仍在大面积延续。如2012年08月17日法制网报道,乐清市人民法院宣告了一起重婚情形已经消失13年的婚姻为婚姻无效。[16]这样的案件本身是错案,却把它作为处理正确的好的典型案例报道,则是错上加错。

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

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

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

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

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

### 三、家事程序今何在散落寻常百姓家

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

同时,从家事案件的自身特点和数量看,也需要有专门的家事诉讼法。

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

第二、从家事案件数量看,具有现实立法价值。家事案件一般占整个民事案件的25%左右。从《中国法治建设年度报告(2011)》看,2011年各级法院共审结各类一审民商事案件6558621件,标的额10156.59亿元。其中,合同纠纷案件占50.12%,婚姻家庭、继承纠纷案件占24.54%,侵权、权属等方面的纠纷案件占25.34%。[17]如果将占24.54%的家事案件,折算为案件数量则在130万件以上。此外,在交通事故、矿山事故等死亡赔偿案件中、在涉及夫妻关系的民间借贷中以及以夫妻身份行使署名权、代理权、悼念权、遗体处理权等其它案件中,也有相当一部分涉及身份关系认定内容或法律适用问题。如此巨大数量的案件,没有一个程序法,法院怎么办案?调整如此巨大案件数量的法律,与有些法律相比,其立法价值又该大多少倍?

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

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

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

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

及起草工作，使家事诉讼法早日纳入立法计划，并尽快制定出台。

#### 四、家事程序“路”与“车”两者并重两步走

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

##### (一) 家事程序立法立项与理论研究论证两者并重

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

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

##### (二) 家事程序法律之“车”，“简装版”与“高档版”两步走

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### 【注释】

[1]在房屋登记产权纠纷中也存在这种现象。

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

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

[4]一起婚姻行政确认案引起的法律思考

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

[5]魏冬《我国婚姻无效制度之救济程序缺陷及立法建议》，

[http://www.china001.com/show\\_hdr.php?xname=PPDDMV0&dname=CJV3V31&xpos=74](http://www.china001.com/show_hdr.php?xname=PPDDMV0&dname=CJV3V31&xpos=74)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[16] 结婚两个月后丈夫才与前妻离婚 13 年婚姻被判无效，

法制网 [http://www.legaldaily.com.cn/Community/content/2012-08/17/content\\_3776777.htm?node=35932](http://www.legaldaily.com.cn/Community/content/2012-08/17/content_3776777.htm?node=35932)；

《乐清日报》 [http://rarb.zjol.com.cn/epaper/html/2012-08/17/content\\_109921.htm](http://rarb.zjol.com.cn/epaper/html/2012-08/17/content_109921.htm)

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

## 检视与反思：《民事诉讼法》修改背景下法院调解制度的革新与完善

田源（山东省菏泽市中级人民法院）

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

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

### 一、缺陷和弊端——影响制约法院调解的因素

#### （一）制度设计上的缺陷

##### 1. 对法院调解欠缺程序性的规定。

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

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

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

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

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

## 2. 对法院调解欠缺有效的监督制约。

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

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

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

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

## (二) 流程运转中的弊端

1. 调审合一现象仍较为普遍。实践中，由当法官主持法院调解的现象屡见不鲜，法官往往兼具调解员和裁判者的双重身份。一方面，法官既审又调的双重身份，使法官在调解的过程中对于案件的看法直接影响到当事人的主观意愿，当事人往往会囿于法官在审判中的权力，被迫接受调解或接受不公正的调解结果；另一方面，行使调解职能的法官在庭审前即穿梭往返于双方当事人之间，从事劝解和协调的行为，违反了法官在审理案件前不得通过言语或行为表明其对案件的看法和态度的法律规定<sup>9</sup>。

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

极为有限的审判资源,更损害了法院的权威和遵守调解协议一方当事人的利益。

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

## 二、它山之石:对其它国家和地区法院调解制度的考察与借鉴

### (一)美国法院调解制度及其特点

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

### (二)日本的法院调解制度及其特点

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

### (三)我国台湾地区的法院调解制度及其特点

我国台湾地区在《民事诉讼法》中明确区分和解与调解的范畴,把申请调解与起诉作为当事人请求法院保护自己民事权益的两条互相独立的途径<sup>18</sup>。另外,将法院调解分为强制调解与任意调解两种类型,并对其各自的适用范围给予了明确的界定。强制调解是指在起诉前案件必须经过法院调解,调解不成立时,才能诉之法院;而一般适用于简易程序审理的案件以及一些人事诉讼案件,没有明确规定必经法院调解程序的则依当事人的申请进行调解。台湾地区的法院调解具有以下特点:一是强制调解并强迫当事人调解的内容,而是规定不经调解则不得起诉的含义。二是法官并非主导者和指挥者,不会过多地介入案件的实体问题的处理,只是对程序进行大体地把握。三是经法院调解达成的调解书,其效力是无须经过法院审查确认的,调解协议经当事人合意即告成立<sup>19</sup>,与诉讼上的和解具有相同的法律效力。

## 三、尝试与探索——对法院调解制度的改革与完善

### (一)对法院调解的制度修缮

#### 1. 明确法院调解的受案范围。

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

#### 2. 建立严格的调审分离制度。

一方面,从法律上规定凡是参与调解的法官,不能参与其后的庭审过程。另一方面,对法官职能进行重新定位,分别设立负责主持调解的调解法官和专职负责案件审理的庭审法官,避免法官扮演调解者和判决者双重角色的身份冲

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

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

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

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

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

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

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

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

突。同时,对调解程序和审判程序进行适度分离,避免二者的混同或相互替代<sup>20</sup>;在适用调解和审判程序处理案件时,明确时间上和空间上的先后顺序,即只有在纠纷不能以调解方式加以解决时才能转入审判程序,在二者之间应当优先适用调解结案。

### 3. 明确法院调解主持人的选任范围。

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

### 4. 提供必要的救济途径。

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

### 5. 严格限制当事人对调解协议的反悔权。

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

## (二) 法院调解的流程设计

### 1. 法院调解的启动。

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

### 2. 尽到必要的告知义务。

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

### 3. 由当事人自主选择调解员及调解排期。

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

### 4. 具体的调解过程。

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

### 5. 对调解结果的处理。

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

### 6. 与诉讼程序进行衔接。

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

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

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

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



果加以权衡<sup>23</sup>，选择对自己有利的方案。

### 结语

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

## 关于“人身安全保护裁定”的思考

陈敏

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

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

### 一、建立民事保护令制度的必要性

#### (一) 我国家庭暴力问题严重

##### 1. 家庭暴力是基于性别的暴力

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

##### 2. 家庭暴力侵害家庭成员的人身权利

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

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

##### 3. 家庭暴力受害人同样可能危害社会

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

<sup>23</sup>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77页。

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

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

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

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

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

暴力犯罪的女犯人数的95.32%。<sup>29</sup>

#### 4. 家庭暴力是社会问题已成共识

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

#### 5. 国际通行的反家庭暴力理念

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

### (二) 现行法律保护相对滞后

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

#### 1. 治安救济途径不畅。

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

#### 2. 民事救济困难重重

民事救济主要体现在离婚诉讼上。2001年,修改后的《婚姻法》增设规定,将家庭暴力纳入离婚的法定理由,但其既未界定家庭暴力,又未规定当事人的行为构成家庭暴力后应当如何处置,而《民事诉讼证据规则》又未能根据家庭暴力隐蔽性特点作出相应的举证责任转移的规定,因而受害人若想寻求民事救济,则困难重重。

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

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

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

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

#### 3. 刑事救济形同虚设

《婚姻法》虽然规定了公安机关对实施家庭暴力或虐待家庭成员的治安处罚权,《治安管理处罚法》和《刑法》关于虐待(罪)的处罚规定,却均以“被虐待人要求处理的”、“不告不理”加以限制。这样的规定忽视了加害人和受害双方之间控制与被控制的关系,忽视了受害人可能被迫放弃法律救济的现实情况。道理很简单,只有不以受害人意志

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

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

<sup>31</sup> 《北京晚报》2010年11月23日。

为转移的惩罚，才会对加害人起到威慑作用。如果规定以受害人要求或受害人告诉作为追究加害人法律责任为前置条件，加害人完全可以通过暴力或暴力威胁，逼迫受害人放弃追究，因为，通过暴力手段逼迫受害人屈服，本来就是加害人驾轻就熟的手法。因此，这样的规定对于制止家庭暴力和虐待行为，形同虚设。

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

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

### (三) 港台对家庭暴力受害人的司法保护已远超大陆

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

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

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

## 二. 建立民事保护令制度的可行性

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

### 1、符合科学发展观的必然要求

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

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

### 2、具备政策依据

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

家庭暴力受害人是婚姻家庭关系中的弱者，当她和他们的自由和人身权利受到不法侵害，却得不到宪法和法律平等保护，挨打受骂却只能忍气吞声时，要想让这个群体过上有尊严的生活，就成了纸上谈兵。司法强力干预家庭暴力，

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

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

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

就是具体落实政府工作报告提出的要求，着力维护社会弱者的人身权利，将社会矛盾化解在萌芽中。

### 3. 具备法律依据

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

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

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

### 4. 人民法院的试点工作获得良好的效果

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

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

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

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

### 5. 人民法院的反家庭暴力试点工作已积累了有益经验

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

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

## 三、建议

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

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

罚则等。

## 2、学者家事诉讼程序立法交流材料

### 中国家事诉讼特别程序：在制度理性与实践理性之间

陈爱武\*（南京师范大学法学院 210046）

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

#### 一、家事诉讼程序的多维背景

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

##### （一）现实背景：以离婚为核心的家庭事件日益增多，且日趋复杂化

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

从比较法视野考察，在欧洲中世纪，离婚事件极少发生，离婚几乎是一种例外的社会现象，因为欧洲多数国家信奉天主教或基督教，而宗教教义往往告诫人们：婚姻是神合之作，不能用任何世俗力量解除婚姻关系，因此，法院是不能介入婚姻生活的。世俗的普通法法院无权作出离婚的判决，人们只能通过宗教法院获得别居。因重大事由需要离异的，须经国会单独的私法案，被称为“立法离婚”。<sup>35</sup>由于整个程序进行起来非常艰难且花费不菲，所以只有少数特权者可享受这一权利。但随着离婚事件的世俗化以及离婚法改革的不断推进，禁止离婚主义逐步走向有责离婚主义，有责离婚主义又逐渐让位于婚姻破裂主义，使得离婚变得越来越容易，离婚率随之不断上升。“对1980年至1991年的离婚率的研究表明，无过错离婚制度与高离婚率有着直接关系，这已是毋庸置疑的事实”。<sup>36</sup>

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

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

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

##### （二）制度背景：对抗制的诉讼程序不适合处理家事案件

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

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

\* 陈爱武，女，1967年生，江苏淮安人，南京师范大学法学院教授，博导。

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

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

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

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

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

最后，对抗式诉讼程序以判决作为主要的裁判方式，而家事案件以调解或和解作为主要的审理特点，是调解与审判相结合的诉讼模式。家事审判中引入调解，之所以得到诸多国家重视，主要原因在于，家事案件是涉及夫妻、亲子等家族间纠纷的案件，这些案件的主体间的关系具有继续性、永久性的特征，这种纷争不适合在公开的法庭上对抗，而适合通过不公开的方式调解解决。<sup>39</sup>“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。”<sup>40</sup>

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

### （三）法理基础：特殊诉讼标的需要特殊诉讼程序

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

首先，家事诉讼的标的——婚姻家庭中的身份关系——具有鲜明的公益性。在大陆法系国家或地区的学者看来，婚姻家庭中的身份关系，系建立于男女间之婚姻及亲属间血统社会自然之事实关系，性质上不容私人任意处分而变更。此种身份之法律关系，不仅涉及当事人之私益，还涉及社会秩序之公益，影响第三人之利害关系。一旦发生身份关系之纠纷，民事诉讼法不能不顾及诉讼影响之全面问题，从而对于身份关系之诉讼，遂采实体真实主义、职权主义、职权探知主义、裁判绝对效力原则为诉讼原理。<sup>41</sup>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？<sup>42</sup>

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

再次，身份关系纠纷具有面向未来性。财产契约纠纷一般具有事后性，即纠纷发生在过去，进而言之，法院对过去纠纷的解决只考虑过去的事实，不需要考虑或斟酌当事人之间的未来关系。而身份关系纠纷却具有不一样的特质，如夫妻离婚之后，还可能有很多未来事务需要协作进行，如未成年子女的生活安排、未成年子女抚养费的分担和支付、离婚后生活困难配偶抚养费的支付、探望权的行使、亲权、监护权的行使等等。按照程序的一般理论，对于“过去”的纠纷，法院通常没有必要进行过多的干预，应当主要由当事人自我负责，因为当事人是事件的亲历者，他（她）最了解事实的经过和本来面目。而家事事件的面向未来性，使得当事人无法借助传统诉讼程序获得救济，因为当事人不可能对未来的情事进行辩论，此其一；其二，未来之事多半涉及未成年子女之抚养和教育等利益，按照“未成年子女利益优先”之宪法乃至国际公约精神，父母不能自由处分未成年子女的利益，尤其不能通过放弃权利等处分方式损害儿童利益。为了防止上述损害发生，法院不能无所作为，而应当积极参与。在这种案件程序中，“辩论主义向纠问主义作出让步，双方当事人的处分权受到限制”。<sup>43</sup>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

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

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

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

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

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

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

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。”<sup>44</sup>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”。<sup>45</sup>

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

## 二、制度层面的家事诉讼程序：我国的立法现状及反思

### (一) 我国家事诉讼程序的立法

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

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

2、对与婚姻无效案件相关的程序问题作出系统规定。根据“婚姻法解释二”第2至7条的规定：(1)婚姻无效案件禁止撤诉。(2)在离婚案件中发现婚姻无效的，直接作出无效婚姻宣告，不能判决离婚或者驳回起诉。(3)婚姻无效之诉与附带事项分别处理。“人民法院审理婚姻无效案件，涉及财产分割和子女抚养的，应当对婚姻效力的认定和其他纠纷的处理分别制作裁判文书。”(4)离婚案件和宣告婚姻无效案件竞合时，优先审理婚姻效力。

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## (二) 评价与反思

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

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

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

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

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

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

## 三、实践层面的家事诉讼程序:探索与思考

### (一) 实践探索

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

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

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

实例三:四川广安市岳池县法院近年来在民一庭内,成立了由清一色女法官组成、专门审理婚姻家庭纠纷案件的“女子合议庭”,以切实维护妇女儿童的权益。该合议庭充分发挥女法官在案件审理中细致、亲和、易于沟通的优势,主要审理辖区范围内的离婚案件、宣告婚姻无效案件、抚养案件、抚养费案件、赡养案件和继承案件。在具体工作中,提出了“五个一”工作措施。即开设一个咨询台,随时接待和接受上述案件有关当事人或相关人员的当面咨询和电话咨询,解答他们的疑难问题,提出建议,供他们参考。建立一个联系网,加强与县妇联、民政局等部门的工作联络和协调,积极吸纳各乡镇妇女主任、辖区内企事业单位的妇女干部参与案件的审判调解活动,充分发挥女人民陪审员在审理婚姻家庭案件中的作用,营造良好的审判氛围。开好一个示范庭,定期或不定期地选择典型案件,特邀妇女干部为陪审员组成合议庭,通过巡回审理,就地办案的形式,充分运用新闻媒体,扩大宣传教育的作用。确立一个原则,

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

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

<sup>47</sup> 参见网络报道:《老河口市维权合议庭为妇女儿童撑起一片蓝天》,

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



即着重调解的原则，要充分尊重妇女的合法意愿，重视女方对婚姻的态度，立足调解，慎用判决，力争婚姻家庭纠纷案件的调解率达85%，切实尊重和保护妇女、儿童等弱势群体的合法权益。建立一个制度，即回访制度，案件审结后，把“问题家庭”作为重点走访对象，主要是对判决不准离婚的当事人，要有计划地上门走访，引导当事人及时调节夫妻关系；对判决或调解离婚后子女抚养的情况进行跟踪，确保未成年人的权利得到落实；对赡养案件要延伸服务，及时了解生效判决的落实情况，劝导当事人及时履行义务，让老人老有所养。<sup>48</sup>

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

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

实例五：

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

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

除此之外，北京、湖北、陕西等省市范围内的基层法院都有相应的试点和实践。

## （二）评价与反思

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

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

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

其一，家事案件的范围到底包括哪些？

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

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

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

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

不难看出，上述关于家事案件的种类范围，试点法院是有差异的。在笔者看来，对家事案件需要在内涵和外延上进行更加合目的性、合逻辑性，更为周延的划分，这样才能指导法官针对不同类型家事案件灵活运用不同程序法理，妥为审理，审慎裁判。我国台湾地区在其新颁布的《家事事件法》关于家事事件范围的立法理由中阐明，由于家事事件所包含之事件类型范围广泛，为因应各该事件类型之特殊需求，以便定其审理时应适用之程序法理，爰依各该事件

<sup>48</sup> 参见网络报道：《我院成立女子合议庭》，

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

<sup>49</sup> 参见《人民法院报》2010年3月24日。

<sup>50</sup> 《全国首个在编家事审判庭成立“清官难断家务事”将改善》，

[http://www.legaldaily.com.cn/locality/content/2012-05/08/content\\_3556202.htm?node=34638](http://www.legaldaily.com.cn/locality/content/2012-05/08/content_3556202.htm?node=34638)

2012年7月26日浏览

类型之讼争性强弱程度、当事人或利害关系人对程序标的所享有之处分权限范围及需求法院职权裁量以迅速裁判程度之不同,将性质相近之事件类型分别归类为甲、乙、丙、丁、戊等五类,每类又分为若干具体案件类型,共计40类。这种分类规范和适用的思维和具体举措值得我们学习和借鉴。

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

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

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

离婚案件占到如此高的比例,进一步的问题是,当今离婚案件的主要焦点到底是什么?各种类型的离婚案件是否具有相同或类似的特点?我们至少可以分出如下类型:农村离婚案与城市离婚案件是否相同?发达地区与欠发达地区人群的离婚案件是否相同?富翁离婚案件与平常百姓的离婚案件是否相同?年轻人的离婚案件与中年、老年人的离婚案件是否相同?女方起诉离婚与男方起诉离婚的案件是否相同?独生子女离婚案件与非独生子女离婚案件是否相同?有子女的离婚案件与无子女的离婚案件是否相同?第一次婚姻的离婚案件与再婚后的离婚案件是否相同?因第三者插足而导致的离婚与一般离婚是否相同?因多次家庭暴力而申请离婚有何特点?……

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

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

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

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

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

笔者认为,家事案件程序应当是一个综合的程序,在其内部应当划分为:(1)涉及身份关系的家事诉讼程序(人事诉讼程序),此类程序事件当事人之间具有讼争性,但当事人对于程序标的并无处分权或者相对无处分权,如婚姻事件程序、亲子事件程序、收养事件程序;(2)家事调解程序(除了性质上不能调解的家事案件外,家事案件在审判之前应当进行调解,实行调解前置);(3)涉及家事财产关系的民事诉讼程序,家事案件中的财产案件,如家庭成员侵权、

<sup>51</sup> 参见2010-2012上半年度苏州地区婚姻家庭案件审判工作总结。

<sup>52</sup> 参见2012年7月,徐州法院婚姻家庭类案件审理工作情况汇报。

<sup>53</sup> 参见网络资料《东莞2011年家事案件调研报告发布 离婚案超八成》, [http://news.timedg.com/2012-03/09/content\\_8934814\\_2.htm](http://news.timedg.com/2012-03/09/content_8934814_2.htm)

<sup>54</sup> 参见网络资料《东莞2011年家事案件调研报告发布 离婚案超八成》, [http://news.timedg.com/2012-03/09/content\\_8934814\\_2.htm](http://news.timedg.com/2012-03/09/content_8934814_2.htm)

婚约财产返还、婚姻损害赔偿、继承纠纷等等，不仅具有讼争性，且当事人对于程序标的亦有处分权限，此类事件本来应以一般财产权事件处理，但由于此类财产权事件与身份调整关系密切，且所应适用之程序法理亦与一般财产权事件未尽相同，为因应其事件类型之特殊需求，此类案件归入家事案件，虽适用一般民事诉讼程序，但是在整个家事诉讼程序中统合加以运用的；(4) 家事非讼程序，针对的是家事事件中较无讼争性，而当事人或利害关系人对于程序标的无处分权限者。此类事件有：宣告死亡事件、撤销死亡宣告事件、失踪人财产管理事件、撤销监护事件、确定监护人事件等；(5) 家事保全程序；(6) 家事执行程序

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

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

#### 四、我国家事诉讼程序：在制度理性与实践理性之间

##### (一) 家事诉讼程序的尴尬：从肯定到否定

我国是否需要制定家事诉讼特别程序？在十多年前，相关学者，包括笔者在相关课题研究中，极力论证并鼓动这一特别程序的制度化，基本原因有二：其一，随着我国市场经济的发展，契约、财产性纠纷日益增长，原先的职权审判模式越来越难以满足民商事纠纷对审判的要求，于是我国启动了审判方式改革，至上个世纪末，我国的民事审判已经越来越接近当事人主义，处分权主义、辩论主义已经深入人心，法官变得越来越消极，诉讼程序已然向着“对抗化、规范化、专业化、高成本化发展。”<sup>55</sup>而这一程序恰恰不能适用于家事案件程序，家事案件有无所适从之危机，亟需制定专门的家事诉讼程序进行应对。其二，法院调解日益式微，裹挟在民事调解中的家事调解比例也随之降低，判决的比率上升，需要法院职权干预的家事审判的困境由此产生，对家事诉讼特别程序的需求日益凸显。

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

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

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

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

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

##### (二) 家事诉讼程序的理性回归：否定之否定

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

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

<sup>55</sup> 傅郁林：《家事诉讼特别程序研究》，《法律适用》2011年第8期。

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

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

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

既然调解的复兴并不是以吞并诉讼为目的,那么,调解之外的诉讼程序仍应在其原有的发展轨迹上继续完善和发展,程序的改革目标和理念应当仍然是遵循程序的规律,符合法治社会的要求,满足社会民众对民事司法的需要。依循这一逻辑,在民事诉讼程序的改革和完善进程中,不能再以过去的粗线条为特征,而应当根据实际需要、按照纠纷类型分别制定不同的程序,真正实现精致司法的法治目标。家事诉讼程序,作为专门针对自然人身份关系纠纷的程序,理应在民事诉讼程序立法进程中受到特别关注。

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

### (三) 结语与展望:期待中国家事诉讼法典早日出台

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

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

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

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

## 完善家事纠纷解决机制初探

张伟\*

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

**关键词:** 家事 纠纷解决 诉讼 调解 完善

<sup>57</sup> 参见网络文章,张信涛:《理性认识“调解热”优化和完善民事诉讼调解机制》  
<http://chinalawedu.com/news/2005%5C10%5C183303349411301500213072.html>

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

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

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

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

### 一、现有家事纠纷解决机制的作用及其局限性

#### (一) 我国现有家事纠纷解决机制所起到的积极作用

##### 1、诉讼所起到的积极作用

婚姻家庭纠纷作为民事纠纷的一种,在我国由人民法院的民事审判庭审理,且这类案件一般都是由基层人民法院进行一审。民事诉讼中双方当事人的地位平等,这也就使得法院可以做出一个对双方当事人和利害关系人较为公平的裁判。法院作为国家司法机关,其做出的裁判具有强制性,双方当事人都必须遵守终审裁判,否则得承担相关的不利法律后果。诉讼的终极性决定了纠纷当事人在诉诸法院后必然会得到一个终局性的解决,可以避免当事人的利益得不到确认和保护。司法裁判也具有一定的指引作用,有利于在社会当中树立正确的合法的行为规范,对于其他民事主体的行为也起到了一定的规范、警示的作用。

##### 2、调解所起到的积极作用

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

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

#### (二) 现有婚姻纠纷解决机制的局限性及其原因

##### 1、诉讼的局限性及其原因

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

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

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

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

的时候,才有可能判决离婚。

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

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

## 2、现存调解机制的缺陷

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

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

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

(4)调解机制的建立健全缺乏必要的支持。现阶段随着一大批关于调解的法律法规的出台,调解作为一种解决纠纷的手段已经重新开始得到一定的重视。然而从现实当中来看,整个纠纷解决机制仍然缺乏必要的资金、技术、人才及专业知识等方面的支持。这对于整体的纠纷解决机制的建立健全和运行维护有着决定性的作用,应该引起相关部门的高度重视。

(5)诉讼调解与非诉讼调解的衔接不畅。调解按照其调解机构的不同,又可分为诉讼内调解和诉讼外调解,即法院调解和非诉讼的调解。随着我国法制建设不断深入,诉讼外的调解方式逐渐走向衰微,我国民事纠纷解决进入了“诉讼时代”。但是现行法院调解与诉讼外调解之间的衔接不畅,缺乏组织上和程序上的连通。法院调解与非诉讼调解组织两分离现象造成的结果,即有些纠纷经民间调解不成后,法院又进行调解,形成重复调解的局面。程序上的连通主要是通过法院对非诉讼调解达成协议的效力认定来实现。在这一点上,我国有关部门已经做了颇有成效的努力。例如,最新的《人民调解法》第31条规定:“经人民调解委员会调解达成的调解协议,具有法律约束力,当事人应当按照约定履行。”第33条规定:“经人民调解委员会调解达成调解协议后,双方当事人认为有必要的,可以自调解协议生效之日起三十日内共同向人民法院申请司法确认,人民法院应当及时对调解协议进行审查,依法确认调解协议的效力。人民法院依法确认调解协议有效,一方当事人拒绝履行或者未全部履行的,对方当事人可以向人民法院申请强制执行。人民法院依法确认调解协议无效的,当事人可以通过人民调解方式变更原调解协议或者达成新的调解协议,也可以向

人民法院提起诉讼。”但从实践中来看，法院调解与其他诉讼外调解机制之间的连接渠道仍未得到有效畅通，多元化纠纷解决机制的建立健全还有待进一步探索。

## 二、完善家事纠纷解决机制的建议与对策

### (一) 关于完善家事纠纷诉讼模式的建议

#### 1、设立专门的家事法庭和附设家事调解委员会，制定特殊程序与证据规则，在《民事诉讼法》中增设家事诉讼程序，条件成熟时制定专门的家事诉讼法

婚姻家庭关系虽然具有较强的身份性、传统性和伦理性，但其既是伦理关系，又是法律关系。在婚姻家庭案件中，原被告双方往往有着亲缘或血缘关系，即希望解决纠纷，又不愿意亲属关系恶化；即希望彻底查清事实公平处理，又不希望过度公开自己的隐私。就目前而言，绝大多数的法院都设置了两个以上的民事审判庭来审理民商事案件<sup>92</sup>，为了方便审理，各个审判庭都规定了明确的审理范围，婚姻家庭案件通常被作为一类案件由其中的一个审判庭集中审理。鉴于近年来离婚率的不断攀升，在我国建立专门的家事法院是必要的，同样也是可行的。2007年至2010年，广东省受理的婚姻家庭纠纷（不含继承纠纷）一审案件分别为41264件、43358件、47765件、50915件，均占广东省受理的民事案件总量10%以上。同时，家事案件具有强烈的伦理性，特定的亲属之间既存在法律关系，又存在伦理关系。然而，司法实践中处理此类案件基本上采取审理财产案件的方法，对家事案件的情感色彩和人伦特点重视不够，简单化、程序化处理的情况比较突出，有些案件审结后的社会效果不佳。家事案件的处理直接影响社会和谐，为了维护社会公共利益，公权力需要较多地介入家事案件的解决，而家事案件又主要涉及当事人的私人领域。家事案件不仅要通过裁决解决纠纷，更需要鼓励当事人通过协商、和解等方式化解矛盾、解决纠纷。为适应新形势下婚姻家庭案件数量增长快、案情渐趋复杂的需求，提高审理家事案件的专业化水平，广东省高级人民法院在充分调研的基础上，于2010年3月在中山市中级人民法院、珠海市香洲区人民法院等1家中院、6家基层法院试点设立家事审判合议庭，专门审理婚姻家庭案件。一年多来，广东法院本着“大胆探索、先行先试”的原则，积极探索家事案件审判的新路子，取得了良好的法律效果和社会效果。为此，广东省各级法院狠抓调解工作，家事审判合议庭审理的案件呈现“两高一低”（高调解率、高服判率、低改判率）的良好态势。服判息诉、案结事了是审判执行工作的“硬道理”，各试点法院以设立家事审判合议庭为契机，创新制度，深挖潜力，调撤率和服判息诉率得到大幅提升。2010年3月至2011年2月，各试点法院家事审判合议庭新收一审案件3279件，审结案件2655件，调解结案1859件，平均调撤率达70.02%，其中广州市黄埔区人民法院和珠海市香洲区法院的调解率分别为90.18%和91.07%。结案率和调解率不仅高于近几年广东省基层法院婚姻家庭纠纷案件调解率平均水平，也高于广东高院排头兵指标所设定的2010年底一审民事案件调解率达到60%的要求。当事人对审结的家事案件提出上诉的154件，上诉率为5.59%，其中广州市黄埔区法院的上诉率仅为0.9%，远低于广东高院制定的排头兵指标上诉率不高于15%的指标，取得了案结事了、服判息诉的良好效果。

日本作为中国的近邻，与中国一样，都是使用传统非诉讼纠纷解决方式的代表国家。日本现代的调停制度中设有专门的《家事调停法》，其性质属于法院附设的调解制度。日本于1949年成立家庭裁判所（家事法院）。目前，日本全国共有50所家事法院。日本的家事诉讼适用《人事诉讼法》（1898年颁布，2003年修改）和《家事审判法》。家事案件法定区分为两类：一是不经调解的案件，主要是有关选任监护人、认证遗嘱等诉讼争议较少但要求法院依职权介入的案件。二是须经调解的案件，包括婚姻费用分担、离婚时财产分配、财产分割等争议；认领、否认婚生子女等不许当事人自由处分的身份关系为标的之争议案件；有关离婚、抚慰金等案件。家事调停（我们称家事调解）在日本是前置程序，在家事法院内设家事调停委员会，有三名委员组成，由法官任主任，另外两名委员由律师、退休法官及具有专业素养和丰富生活经验的人士担任，同时要求这两名成员需是一男一女，年龄需40至70岁，品格高尚，具有保密意识等。家事调停委员会制作的调停文书与法院的判决书具有同等效力。家事法院特别重视家事纠纷调停，成功率很高，故在日本被称为和平法院和最成功的法院。这些做法和经验很值得我们借鉴参考。

笔者认为，我国应先在经济发达地区或是各省省会城市所在地的基层法院设立独立的家事审判庭和附设家事调解委员会，包括陕西省可以在西安等城市试点进行。家事审判庭的法官则由一批长期从事审理婚姻家庭案件的资深法官组成，附设的家事调解委员会成员除法官外，可吸收具有专业素养和丰富生活经验的人士参加，如律师、退休法官、心理学和法学等领域的专家学者及社会团体代表等。在调解和审理中，探讨适用和创新调解的模式与程序规则，制定不同于一般民事案件审理专门适用家事案件审理的特殊诉讼程序与证据规则，在调解和裁判过程中应当体现婚姻家庭关系本身的特殊性、伦理性、身份性和私密性。

在这方面，日本于1898年就制定了《人事诉讼法》，后来进行了修改，2003年新颁布的《人事诉讼法》已将分断式处置改由家庭法院统一处置（人事诉讼事件的一元化管辖），还增加了家庭法院调查官制度的扩充、参与员制度的导入（民间人士广泛参与家事案件的处理）以及在原有的检察官参与诉讼并作为被告人的人事诉讼案件中，导入利害关系人参加制度等内容。日本人事诉讼案件范围主要包括：婚姻关系案件、收养关系案件和亲子关系案件等。韩国的人

<sup>92</sup>目前我国的大部分法院的民事审判庭都超过了两个，分别称之为民一庭、民二庭，有些法院也会根据审理范围的不同直接将其命名，如有些法院将涉及到维护妇女、儿童、老人权益的案件的审判庭称之为维权庭。

事诉讼制度源于日本，与日本立法例类似，既有《人事诉讼法》，又有《家事审判法》。但到1991年，韩国修改了本国的家事诉讼制度，将有关身份关系的家事审判和人事诉讼统和为一，制定了单独的《家事诉讼法》。我国台湾地区人事诉讼法深受德国和日本的影响，不仅有专门的人事诉讼程序，而且具有自己的一些特色。台湾人事诉讼程序的立法模式与德国类似，即将人事诉讼程序置于《民事诉讼法》中，作为单独的一编加以规定，即第九编人事诉讼程序。台湾人事诉讼案件范围主要有：婚姻事件、亲子事件、禁治产事件、宣告死亡事件等。在程序上规定婚姻事件属于专属管辖、离婚之诉、夫妻同居之诉适用调解前置主义等内容。<sup>69</sup>笔者认为，我们可借鉴日本等国及台湾地区的有益经验和立法例，在我国《民事诉讼法》中增设家事诉讼程序，条件成熟时，制定单独的家事诉讼法。

## 2、应尊重原被告的处分原则

我国法院在庭审中一向奉行的是职权主义，即法官居于主导地位，依据自身职权把握庭审的全过程。近年来随着我国法官素质的不断提升，当事人主义在庭审中也有了较多的体现。然而不尊重双方当事人的处分原则、依据法院的各项内部指标主观的对案件进行裁判的情况在实践中仍广泛存在。笔者认为，在将调解前置的情况下，如果调解未果，则法院应当“以事实为根据，以法律为准绳”，对当事人的诉讼请求做出及时的裁判。不能通过延长审期或其他方式强迫当事人接受某种法律后果。

## 3、提高审判效率，降低当事人的诉讼成本

诉讼成本高、效率低的问题一直为社会各界所诟病，笔者认为，一方面，法官应当提高自身业务水平。许多情况下法官对于案情把握不准，内部讨论、寻求专家意见等等都在很大程度上耗费了当事人的时间，给当事人带来更多的财产损害和精神损害。另一方面，法官需要将政策同法律相结合，不能为了追求高调撤率（现阶段我国许多法院都将调撤率同法官的奖金福利等挂钩）而迟迟不对当事人的纠纷做出裁判，应当及时、公正的维护当事人的合法权益。在这一方面，应当通过设立与完善“调审分离”的模式来解决。

## 4、对主审法官选任应要求更高

家事法庭不同于其他民事法庭，婚姻家庭纠纷所具有的独属性使得家事法庭的法官仅具有法学知识是不够的。对于家事法庭的法官选任条件，笔者认为，首先，应当是已婚的。没有经过婚姻生活的，即使具有再丰富的法律知识，也无法切身体会到当事人双方之间的细微的情感变化，从而难以把握双方矛盾的原因。其次，年龄应当在35—45岁之间。太年轻会使当事人产生不信任的情绪，而年龄再大则会使法官和当事人之间的代沟更大，不利于把握双方矛盾的产生根源。第三，应具有一定的心理学、社会学等相关知识，这对于指导其用正确的方法从正确的角度解决纠纷有很大的帮助。

### （二）关于完善家事纠纷调解模式的建议

#### 1、建立健全调审分离的调解模式，保障当事人权利

笔者赞同调审分离，并认为调审分离应满足以下三点：一是调解机构与审判机构相分离。在法院内设置专门的调解机构；二是调解人员与审判人员相分离。调解机构成员分别由审判人员和非审判人员两部分人组成，审判人员的职责是参与并主持每一具体案件的调解工作，但审判人员只具有调解人身份，不再享有裁判权，对调解不成的案件不能再由同一审判员审判。非审判人员主要是指婚姻家庭纠纷调解员或是人民审判员，其职责是协助审判人员，做说服劝导工作，提出具体的调解方案让当事人双方参考，以使调解更易成立；三是调解程序与审判程序相分离。对于婚姻家庭案件，应将调解作为此案件的前置程序，必须先由调解机构调解。调解成立达成协议的，即制作调解书终结案件，当事人不得就同一诉讼标的，再行起诉；调解书具有法律的约束力，负有义务的一方当事人如果拒不履行义务，对方当事人则有权申请法院强制执行，法院可依据调解书予以强制执行。调解不成立的，法院应制作调解不成立的证明书，发给当事人，当事人持此说明书，可于一定期限内（如一年）就该案向法院提起诉讼，超过期限的，当事人在起诉前必须再申请调解。案件转入审判程序后，原调解的申请人，自其申请调解时视为已经起诉，便利诉讼。除非当事人自行和解或申请和解，审判人员不再进行调解。

我国现行法院调审合一模式下，法官将调解者与审判者双重角色归于一身是法院调解制度种种弊端产生的根源，由此导致了调解的强制性和审判的任意性。我国台湾地区“民事诉讼法”把法院调解作为审判的前置程序加以规定，设调解庭，专司调解工作；我国香港有独立科学的调解制度；日本的调解案件由一审法院内设置的调解委员会主持调解；美国的和解会议由法官主持，但主持和解会议的法官与主持审理的法官非同一人。在我国某些基层法院，如西安市雁塔区法院，针对此问题也作了一些改革和创新，设立了专门的机构（速裁室）以解决这一问题，其主要通过调解的方式解决婚姻家庭问题以及比较简单的民商事纠纷。速裁室的工作人员主要由两部分组成，一类是人民陪审员，另一类是审判员，不论是哪一类人员，其职责都是调解案件，只有在特定情况下审判员才可对案件进行判决，如果调解不成，就必须在规定的时间内将案件退回立案庭并重新分配到其他审判庭，这样就避免了调解人员与审判人员身份上的重合，避免了“以判压调”、“调审合一”。其结果是案件的调解成功率有了很大的提升。

## 2、以当事人主义定位调解制度

<sup>69</sup>陈爱武.人事诉讼程序研究（M）.北京：法律出版社，2008.41—54.



众所周知，调解是以当事人合意为基础的纠纷解决方式，当事人在调解中应当居于主导地位。然而长久以来，法院调解作为法院的一种结案方不可避免的染上了职权主义色彩，忽视了当事人在调解中的主导地位等等。笔者认为，调解是以当事人为中心的公正的最好体现。《人民调解法》第17条中明确规定“当事人一方明确拒绝调解的，不得调解。”调解程序应由当事人申请启动，在调解过程中法官及人民调解员可以通过行使释明权等行为对当事人的调解活动进行指导。这就要求调解人员要准确定位自己的角色，在为当事人提供法律引导和法律帮助的同时，限制其他权力的行使。

因此，推动调解制度向当事人主义定位转化是具有深刻的理论和现实价值。调动当事人参与的自主性，同时约束法官的行为。即使法官认为一个完全合理、正当且符合当事人利益的调解方案，也不能强迫当事人接受。另外，只要双方当事人明确表示同意的调解协议内容，法官即不必再次加以审查。如果出现可能影响当事人合法权益的情形，仍应适用回避制度。

### 3、完善庭前调解模式

所谓庭前调解是在法院受理案件后，开庭审理前，当事人在调解人员的主持下就争议进行自愿协商，以达成协议的活动。庭前调解在调解人员与审判人员相分离的情况下，能够有效避免审判权对调解的干扰，有利于保护当事人的合法权益。调解能够于庭前证据已经得到充分开示的基础上展开，不仅可以使调解者依据双方的证据提出更为合理的纠纷解决意见供其参考，而且双方当事人也更容易在衡量了彼此证据力量的基础上接受调解者的意见或者达成和解。审前调解把调解作为一个可供当事人自由选择的辅助程序，当事人可根据“实体利益”和“诉讼利益”的均衡，选择是否进行调解，从而有利于节约诉讼成本。再实现法官职能分离。审判员与调解员非同一人，保障调解的公正性。笔者建议将调解程序设定在正式开庭审理之前启动，而不是放在开庭审理后进行，以便发挥调解协商各方立场，化解矛盾的效用。同时，应具体规定庭前调解的程序规则 and 操作流程。

### 4、进一步完善非讼调解机制与诉讼的衔接，将人民调解作为婚姻家庭纠纷诉讼的前置程序。

在人民调解委员会与人民法院的关系问题上，2009年8月，最高人民法院制定和公布的《关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》中指出：“人民法院要大力支持、依法监督人民调解组织的调解工作，在审理涉及人民调解协议的民事案件时，应当适用有关法律规定。”，并再次明确了由其达成的协议具有民事合同性质，对于具有合同效力和给付内容的调解协议，债权人可以根据《民事诉讼法》和相关司法解释的规定向有管辖权的基层人民法院申请支付令。这在一定程度上肯定了人民调解的效力。2011年1月实施的《人民调解法》明确肯定人民调解协议的法律效力。《人民调解法》第18条规定：“基层人民法院、公安机关对适宜通过人民调解方式解决的纠纷，可以在受理前告知当事人向人民调解委员会申请调解。”

笔者认为，除此之外还应明确规定婚姻家庭纠纷案件的人民调解前置制度，即将人民调解作为婚姻家庭纠纷诉讼的前置程序。所谓人民调解前置，是指对婚姻家庭纠纷，当事人欲通过民事诉讼程序解决时，必须首先经过人民调解程序，即这些类型案件的解决施行“先调后诉”，人民调解作为民事诉讼的前置程序。当事人在起诉前需先提出调解申请；如未提出调解申请而直接向人民法院起诉的，人民法院不予受理，同时告知当事人向人民调解机构申请调解，或者依据职权将案件移送相关人民调解机构调解。在此一情形下，当事人的起诉书视同调解申请。经人民调解机构调解不成或当事人不愿调解的，人民调解机构应出具调解不成的证明书，当事人可持该证明书向人民法院提起民事诉讼。对于适用人民调解前置程序解决的纠纷，达成的人民调解协议，经人民法院审核、裁定，与民事裁定、判决具有同等法律效力。

### 5、应完善和细化婚姻家庭案件调解流程与程序规则

应对婚姻家庭案件调解的基本程式与流程规则、基本时限、调解的效力等作为较为具体细化之规定，进一步完善《人民调解法》的相关规定。虽然《人民调解法》第四章规定的调解程序、第五章规定的调解协议等内容，可为调解员主持调解工作提供指导和约束，也可以供当事人参照，对于基层社区调解婚姻家庭纠纷的也应适用《人民调解法》及婚姻家庭法律的相关规定。但现行调解制度缺乏调解人与当事人必须遵循的程序规范和具体规则，调解的手段和方法缺乏一套有效的体现公正、文明、民主的运作机制，缺乏程序性保障，更由于调解程序无细化明确规定，调解员自由裁量权过大，也使法官在适用调解程序时具有很大随意性，调解缺少科学性与专业性。故应完善和细化婚姻家庭案件调解流程与程序规则，协助当事人克服其心理障碍，权衡利弊，寻求自主解决纷争的方式，通过公正科学的程序设置以最大限度地保障当事人的合法权益。

### 6、建设专业化、现代化、职业化的家事纠纷调解队伍，改进人民调解的组织机构和工作条件，完善人民调解机制

人民调解工作要改革发展，保持生命力，就必须借鉴国外调解制度的先进经验，尝试走人民调解专业化、规范化、现代化、职业化的道路，家事纠纷是人民调解的主要内容之一，构建科学的家事纠纷人民调解制度具有重要的意义。具体而言，应做好以下几点：

(1) 培训和提高调解员素质，推动调解员队伍专业化、现代化、职业化，完善调解员的准入机制和遴选资格及考核程序。调解的成功率和当事人的满意程度往往取决于调解人的权威、经验和技巧，其在婚姻家庭领域表现的更为

突出。因此，调解工作做的如何与调解人员的素质息息相关。但现有的调解人员年龄偏老龄化，一般也不具有较高的法律素质，并缺乏相应的心理学和社会学的相关知识，致使做调解工作时方法简单、随意性较大。针对这些问题，笔者认为应该从以下三方面加以改进：

第一，更新调解队伍血液，促进使调解人员选拔的渠道多样化。我们可以面向社会招聘法律、心理学、社会学专门人才，充实到基层队伍中去，逐步实现调解人员和调解队伍的职业化、专业化。

第二，强化调解知识的培训以提高调解人员的专业化和现代化。现已实施的《人民调解法》中第14条第二款就规定：“县级人民政府司法行政部门应当定期对人民调解员进行业务培训。”应当从调解基础知识到现行法律、风俗习惯、社会学和心理学等知识在调解过程中的运用，从发生在身边的案例到如何把握好在调解中的各个环节，妥善解决双方矛盾等方面，进行实用性较大、操作性较强的不同形式的业务培训。使广大调解人员掌握常用的法律规范与相关专业技能并能够熟练应用，具备与掌握和调解工作有关的调解方法和技巧，更新理念和知识结构，具有现代视野，努力提高调解质量和调解效率。人民法院可以依照《人民调解法》第13条的规定<sup>64</sup>，通过选聘人民调解员担任人民陪审员<sup>65</sup>、组织调解干部观摩审判等方式，有效提高人民调解员的法律知识、调解艺术和工作水平。

第三，探索开展人民调解员队伍职业化建设。在条件成熟的情况下，可以建立人民调解员的资格考核审查，逐步实行调解员持证调解、分类管理。就目前的人民调解工作实际情况来看，《人民调解法》将人民调解委员会设立在基层——村委会和居委会，企事业单位需要建立的，也可以建立。而该法第5条规定：“国务院司法行政部门负责指导全国的人民调解工作，县级以上地方人民政府司法行政部门负责指导本行政区域的人民调解工作。”对于具备律师从业资格者、法律院校毕业生、基层法律服务工作者以及具备丰富人民调解工作经验的人员，可以经考核后聘用。同时将专业社工引入人民调解队伍。在基层实行人民调解员准入制，可以有效地改变传统人民调解员兼职过多、队伍不稳定的格局，提高基层调委会化解调处疑难、复杂矛盾纠纷的能力和水平，大大促进人民调解员队伍职业化建设进程。

(2) 政府可在资金、专业培训、机构与人员编制、政策制定与配套措施等方面给予人民调解大力扶持。政府要履行职责和提供支持，切实解决与改善人民调解面临的问题和困难，充分调动与发挥人民调解员和专业社工及社会团体的积极性和作用。

(3) 设立专门的家事纠纷调解中心。目前，我国某些地区的相关部门已经联合组建了专门调解婚姻家庭纠纷的工作室。早在2007年9月，常州钟楼区就成立了“婚姻家庭纠纷调解工作室”，这是区人民调解委员会依托妇联，由婚姻家庭调解员、心理咨询师、律师、法官等专业人员组成，集婚姻调解、心理疏导、法律帮助为一体的专门组织。该工作室的主要职责是调解婚姻矛盾和家庭纠纷；提供维权咨询服务；进行婚姻指导和心理疏导。2009年10月，郑州市也成立了“女子调解工作室”。该调解工作室针对性强，其主要目的是解决问题家庭的婚姻矛盾。通过设立专门的家事纠纷调解中心等调解机构，一是致力于恢复夫妻双方的和谐关系，为社会来访人员中夫妻感情尚未破裂的矛盾夫妻进行心理疏导，分析婚姻问题产生的根源，促使这类夫妻重归于好。二是对社会来访妇女中夫妻感情确已破裂的家庭提供咨询服务，维护妇女儿童合法权益，帮助其解脱痛苦。三是接受法院的委托调解和邀请调解，充分发挥妇联等社团组织在处理婚姻家庭案件中的独特作用，全面保障家庭成员的民事权利。四是发挥婚姻家庭调解工作室的延伸功能，开展法律咨询和婚姻风险的防范及干预等业务。

### 三、结语

我国正处于改革与社会发展的关键时期，尤其是和谐社会理念与和谐司法理念的提出，更加要求在新时期正确认识和把握新形势下各种矛盾产生的特点和规律，进一步完善相关法律和配套制度措施，在现行《人民调解法》、《民事诉讼法》、《婚姻法》等相关法律法规的指导下，建构与完善家事纠纷多元解决机制，以真正达到和谐社会所应有的民主法治、公平正义、诚信友爱和安定有序。

## 论家事事件程序——兼评台湾《家事事件法》

张晓茹\*

**【摘要】**家事纠纷相对于普通民事纠纷有其特殊性，因而，对审理程序有特殊要求，但是我国大陆因传统的诉讼观念，将婚姻家庭案件理解为普通民事诉讼案件，以及采取的超职权主义诉讼模式等多重原因致使现行立法包括草案并未对家事事件程序做出系统规定。各国依本国的制度以及国情选取其家事事件的范围，“家事案件”这一概念呈开放形态，其范围不断扩展。大陆可在民事诉讼法典之外单独制定家事事件程序法，并就法院职权探知主义，程序不公开原则，合并审理制度，检察官参与制度，家事诉讼事件之舍弃、认诺，专业调解制度，未成年人保护制度等做出具体规定。

<sup>64</sup> 《人民调解法》第13条规定：“人民调解员由人民调解委员会委员和人民调解委员会聘任的人员担任。”

<sup>65</sup> 苏州太仓市妇联曾向市人民法院推荐了9名政治素质好、业务能力强、群众威望高，有着丰富的调解经验的女性维权志愿者担任市人民法院婚姻家庭纠纷特邀调解员。

\* 作者简介：张晓茹，法学博士，北京航空航天大学法学院副教授。

【关键词】家事事件 家事事件程序 家事事件程序法

大陆十一届全国人大常委会第二十三次会议初次审议了《中华人民共和国民事诉讼法修正案(草案)》，并向社会公开征集意见，内容涉及到了除家事事件程序以外的所有程序。本文就家事事件程序的主要问题进行研究，并对台湾“立法院”于2011年12月12日三读通过的“家事事件法”加以评论，以期抛砖引玉。

### 一、家事纠纷的特殊性及其对审理程序的特殊要求

婚姻家庭领域的法律纠纷的范围大小取决于婚姻家庭实体法的制定情况和规范领域。家庭法在很大程度上关注直系血亲家庭成员的权利、义务和可以获得的救济。从传统上来说，家庭法仅被限定在结婚、离婚、同居及相关的经济和财产问题，包括一些与儿童有关的法律。因此，家庭法并不关注所有影响家庭的法律，其重点关注的是身份的创设和取消(结婚、离婚、亲子关系)及身份的创设和取消带来的法律效果和家庭成员的保护。家庭法同时将范围扩展到儿童领域，将收养和关于儿童的地方当局权力和义务也包括其中。<sup>66</sup>

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。<sup>67</sup>

本文所指的家事纠纷，是指婚姻家庭领域因婚姻、亲子、收养、同居等感情关系引起的身份关系或财产关系的法律纠纷。家事纠纷不同于其它民事纠纷，日本学者高野耕一先生通过研究发现，家事纠纷与通常民事纠纷相比有以下几个重要的特征：“第一，引起家事纠纷的原因复杂，不能轻易地探明；第二，家事纠纷的过程时时刻刻在流动，对它的变化无法预先判断；第三，解决家事纠纷的方法和途径多种多样；第四，家事纠纷的处理结果往往伴随着家事纠纷的拖沓、复杂和呈现出的困难态势，而出现当事人不予执行的情况。”<sup>68</sup>

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。”<sup>69</sup>针对家庭纠纷的特殊性，台湾“家事事件法”还设置家事调查官，以社工、教育、心理、辅导等专业学识知能就特定事项调查，提供意见，协助了解问题，查明事实。

### 二、家事事件程序的构成及适用范围

家事事件程序包括家事非讼程序、家事诉讼程序和家事案件的调解程序。日本就家事案件的解决先后制定了人事诉讼程序法、家事审判法、非讼案件程序法。一般认为，人事诉讼程序是指为处理关于婚姻事件、亲子关系事件、禁治产事件及死亡宣告事件等有关基本身份关系及能力关系的民事诉讼程序。身份关系因身份法的规定，有多样的法律关系，其中婚姻关系、亲子关系是基本的身份关系，故台湾“民事诉讼法”将之特别规定于人事诉讼程序。<sup>70</sup>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，其范围种类颇多，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”。<sup>71</sup>

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

<sup>66</sup> 参见[美]凯特斯丹德利著，屈广清译：《家庭法》，中国政法大学出版社2004年版，第9页。

<sup>67</sup> 参见汉英著：《澳门家庭法》，澳门基金会1996年出版，第29页。

<sup>68</sup> 参见[日]高野耕一：《家事调停中裁判官的责任》，《案例》72号。

<sup>69</sup> 参见陈荣宗、林庆苗著：《民事诉讼法》，三民书局1996年版，第936页。

<sup>70</sup> 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。

<sup>71</sup> 参见陈荣宗、林庆苗著：《民事诉讼法》，三民书局1996年版，第936页。

行之撤销死亡宣告、监护或辅助宣告事件，从诉讼改为非讼事件，另增设履行确保及执行编，以期能更妥适、迅速解决、统合处理家事纷争及其他相关家事事件，并兼顾子女最佳利益及家庭和谐。家事事件法共 200 个条文，分为总则、调解程序、家事诉讼程序、家事非讼程序、履行之确保及执行、附则等六编。

家事事件的具体范围究竟应该有多大以及对之应该采取何种程序，各国之间存在较大差异。1983 年 9 月在联邦德国召开的第七次诉讼法国际会议上，根据各国提交的报告，家事事件主要包括：

(1) 婚姻关系事件：包括婚姻无效之诉、撤销之诉，离婚之诉，分居之诉及离婚的无效、撤销之诉。作为离婚的伴随事件，如夫妻之间的财产分割、扶养（离婚给予）、姓名权的相关之诉（申请），如果有孩子的话——监护人的决定以及子女的扶养等等相关之诉。此外，还有夫妇的同居、协力义务之诉，夫妇财产之诉，婚姻费用的分担请求（夫妇间扶养）之诉，夫妇间意见不一致时的调整之诉。

(2) 亲子关系事件：亲子关系是否存在的确认之诉，是否嫡出之诉，认知的请求之诉、认父之诉；收养关系的确认之诉，收养的无效、取消之诉，收养的解除之诉、收养解除的无效、取消之诉；亲权的丧失以及恢复之诉、监护人的决定之诉、在子女同法定代理人之间产生利益冲突之时的特别代理人的确定之诉；对另一方配偶的扶养之诉，子女的扶养之诉，要求保护的双亲和兄弟姐妹的扶养之诉；继承权存在与否的确认之诉，遗产的管理、分割以及遗产管理人的选任之诉，遗嘱的确认之诉；禁治产、准禁治产宣告、失踪宣告、成年宣告之诉。

以上是广义上家事事件的一般范围，而各国在其中选取何种事件作为本国的家事事件，因各国法院制度的沿革以及各国基本国情不同而不同。大致上呈三种态度：第一种态度，包罗式（日本、韩国）；第二种态度：取其一部。通常是将婚姻关系事件、亲子关系事件和监护关系事件三种事件作为家事事件来处理，而将其他纳入通常民事诉讼程序的范围（德国、奥地利等国采这种做法，而瑞士则是将一部分该种事件交行政厅管辖）；第三种则是仅仅将婚姻事件作为家事事件来处理（澳大利亚）。72

日本的家事裁判所裁判的案件分为两大类，一类是与家庭事项相关联由民法典所调整的案件；另一类是少年案件，这类案件是有关少年犯罪，由少年法所调整的案件，对于犯了罪的少年原则上由家庭法院作为保护案件的对象予以处理，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。关于由家庭法院一元化审理的事件范围，在向来的争论过程中，被提出下列四项划分标准：

1、日本人事诉讼程序法所规定由地方法院审理的人事诉讼事件、准人事诉讼事件，74 以及因其诉之原因事实所生损害赔偿请求事件而得与该等事件合并提起者等，均直接改由家庭法院审理。75

2、不仅上述 1 所列事件，还包括事实上婚姻关系消灭时所伴生的慰抚金请求事件、婚约不履行时所伴生的慰抚金请求事件及聘金返还请求事件。此种事件在外观上虽为通常诉讼事件，但实质上与 1 所列事件同样受到身份关系或准身份关系所含非合理性、特殊性的影响，且向来实务上均由地方法院人事诉讼专庭审理。此等事件宜并改移家庭法院审理。76

3、不仅上述 2 之事件，还包括与身份关系事件密切相关的事件，属于此类事件的如：继承回复请求、特留分扣请求、确认遗嘱无效、确认遗产分割协议无效、继承之承认或抛弃无效确认、遗产范围确定、履行同居、婚姻费用分担义务、扶养义务存否之确认诉讼等。此类事件分别成为家事非讼事件（例如遗产分割事件、酌定扶养费事件）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。77

4、包含依法律规定或解释上可认为属于亲属法及继承法上一切纷争事件，均应移由家庭法院审理。这种观点所认事件范围最广，几乎涵盖所有成为家事调解对象的事件，将家事非讼事件以外所有与家庭有关的民事诉讼事件皆列为家庭法院审理的对象。78

<sup>72</sup> 参见[日]中村英郎：《家庭事件裁判制度的比较法研究》，载《比较法学》十九卷一号，1985年3月。

<sup>73</sup> 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。

<sup>74</sup> 此所谓人事诉讼事件包括婚姻无效、撤销婚姻、离婚、撤销收养、终止收养、撤销终止收养、否认子女、请求认领、认领无效、撤销认领及确定生父之诉等十三种人事诉讼事件。准人事诉讼事件包括离婚无效、终止收养无效及确定身份关系存否等三种。

<sup>75</sup> 采此见解者有东京家庭裁判所审议会，参照东京家庭裁判所编：『家庭裁判所の制度と展望—家事部—（家庭裁判所制度二十周年記念）』（1970年）第234页。

<sup>76</sup> 采此说者有沼边愛一：「人事訴訟の家庭裁判所への移管」，家族（社會と法）8号（1992年），13—14页。

<sup>77</sup> 采此说者有岡垣学：《人事訴訟事件の管轄権—家庭裁判所への移管について》《人事訴訟の研究》，41—42页。

<sup>78</sup> 日本全国律师公会、大阪律师公会以遗产所生孳息为例，认为：遗产所生孳息因系继承事实发生所生之财产，不属于继承事实发生时被继承人的财产范畴，但倘因认为该孳息不属遗产将无法利用遗产分割程序，应遵循分割共有物之诉讼程序解决相关纷争，则对当事人而言，就属于同一遗产之相关纷争解决，被强求必须利用两道程序，不但造成利用上的不便，更易招致其对于遗产分割审判的不信赖，于是主张

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，问题在于是否将其范围扩大至上述2乃至4所列事件。主张扩大应移管事件范围者越显有力。<sup>79</sup>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。<sup>80</sup>根据日本新人事诉讼法规定，<sup>81</sup>立法者较为谨慎地采纳了第一种见解。

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。<sup>82</sup>

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。<sup>83</sup>

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。<sup>84</sup>笔者认为，如今我们应打破传统人事诉讼的藩篱，把家事事件放在家事裁判制度的大框架之内进行合理分类。台湾“家事事件法”的做法可以为我们提供些许借鉴。

台湾“民事诉讼法”及“非讼事件法”的制定，相距达三十余年，就家事事件的分类来看未能通体考量事件的隐私性、公益性、自主性、伦理性、全面性、讼争性以及公权力介入的强弱等特性，而予以规范适当的处理程序，因而一些适合以非讼程序处理的事件却规定于人事诉讼程序中。为解决这一问题，台湾将人事诉讼程序、家事非讼程序及家事调解程序合并立法，命名为“家事事件法”。该法第3条依各该事件类型的讼争性强弱程度、当事人或利害关系人对程序标的所享有的处分权限范围及需求法院职权裁量以迅速裁判程度等的不同，将性质相近的事件类型分别归类为甲、乙、丙、丁、戊等五类。（1）就家事事件中具有讼争性，但当事人对于程序标的并无处分权的，列为甲类事件。此类事件有：确认婚姻无效事件、婚姻关系存在或不存在事件（含向来实务上诉请确认婚姻是否有效或是否成立事件在内）、确定母再婚后所生子女生父事件、确认亲子关系存在或不存在事件及确认收养关系存在或不存在事件（含向来实务上诉请确认收养行为或合意终止收养行为是否有效等事件在内）等。（2）就家事事件中具有讼争性，且当事人对于程序标的具有某程度的处分权限的，列为乙类事件。此类事件有：撤销婚姻事件、离婚事件、否认子女事件、认领子女事件、撤销收养事件、撤销终止收养事件。（3）与家事事件具有密切关系的财产权案件，具有讼争性，且当事人对于程序标的亦有处分权限，向来系以一般财产权事件处理，由于此类财产权事件与身份调整关系密切，且所应适用的程序法理亦与一般财产权事件未尽相同，为因应其事件类型之特殊需求，并利于家事诉讼程序中统合加以解决，故列为丙类事件。此类事件有：因婚约无效、解除、撤销、违反婚约之损害赔偿、返还婚约赠与物事件，因婚姻无效、

---

此类事件亦应一并移由家庭法院审理。参照大阪弁護士会「家事事件審理改善に関する意見書——家事審判、人事訴訟改正へ向けての立法提言—（2000年9月）」判例タイムズ1045号（2001年）；日本弁護士連合会《家事事件の家庭裁判所への移管に関する意見書》（2001年）。

<sup>79</sup> 参见邱璿如：《家事事件审理程序之新建构（下）》，载《台湾本土法学杂志》2002年第10期。

<sup>80</sup> 参见冷罗生书，第162页。

<sup>81</sup> 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。”

<sup>82</sup> 参见[德]罗森贝格、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。

<sup>83</sup> 参见[德]罗森贝格、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。

<sup>84</sup> 参见王强义著：《民事诉讼特别程序研究》，中国政法大学出版社1993年版，第285页。

撤销婚姻、离婚、婚姻消灭之损害赔偿事件，夫妻财产之补偿、分配、分割、取回、返还及其他因夫妻财产关系所生请求事件，因判决终止收养关系给与相当金额事件，因监护所生损害赔偿事件，继承回复、遗产分割、特留分、遗赠、确认遗嘱真伪事件或其他继承关系所生请求事件等。(4) 就家事事件中较无讼争性，而当事人或利害关系人对于程序标的无处分权者，列为丁类事件。此类事件有：宣告死亡事件、撤销死亡宣告事件、失踪人财产管理事件、监护或辅助宣告事件、撤销监护或辅助宣告事件、定监护人事件、选任特别代理人事件、认可收养或终止收养事件、亲属会议事件、抛弃继承、无人承认继承及其他继承事件，指定遗嘱执行人事件、儿童或少年保护安置事件、身心障碍者保护安置事件、停止严重病人紧急安置或强制住院事件、民事保护令事件等。(5) 就家事事件中具某程度讼争性，且当事人或利害关系人对于程序标的有某程度之处分权者，向来有以非讼事件处理者，亦有以诉讼事件处理者，惟此类事件性质上有赖法官职权裁量而为迅速、妥适之判断，列为戊类事件。此类事件有：因婚姻无效、撤销或离婚之给与赡养费事件、夫妻同居事件、指定夫妻住所事件、报告夫妻财产状况事件、给付家庭生活费用事件、宣告改用分别财产制事件、变更子女姓氏事件、定对于未成年子女权利义务之行使负担及交付子女事件、宣告停止亲权或监护权及撤销其宣告事件、监护人报告财产状况及监护人报酬事件、扶养事件(指除未成年子女请求父母扶养事件以外之扶养事件)、宣告终止收养关系事件。除前五类家事事件外，可能尚有其他应由家事法院处理的家事事件，这些事件应适用的程序，如果法律另有规定，则适用该规定，如法律没有明确规定，则适用家事事件法相关的规定。

台湾将家事诉讼与家事非诉讼事件统合于“家事事件法”，由家事法院合并审理的事项种类繁多，有的为家事诉讼与家事诉讼事件的合并，有的为家事非讼与家事非讼事件的合并，有的为家事诉讼与家事非讼事件的合并，这就涉及到诉讼程序与非讼程序交错适用和“诉讼事件非讼化”问题。<sup>85</sup>“家事事件法”规定的家事事件种类繁多，无相对人且须由法院迅速、妥适裁判的丁类事件，例外规定请求法院裁判前，毋须经法院调解程序。对有实质争讼的丁类事件，除法律另有规定者(例如家庭暴力防治法第十三条明定：保护令事件不得进行调解)外，为彰显家事事件调解替代解决纷争的功能，当事人也须于请求法院裁判前声请法院调解。对于家事诉讼程序的适用对象，明确规定为第三条所列甲类、乙类、丙类及其他家事诉讼事件，对于家事非讼程序的适用对象，明确规定为第三条所 listed 丁类、戊类及其他家事非讼事件。“家事事件法”第44条规定，当事人就家事诉讼事件与家事非讼事件之终局裁判声明不服的，除别有规定外，适用上诉程序。当事人仅就家事诉讼事件终局判决全部或一部声明不服的，适用上诉程序。当事人或利害关系人仅就家事非讼事件第一审终局裁定全部或一部声明不服的，适用该家事非讼事件抗告程序。对于家事诉讼事件终局判决声明不服的，以该判决所认定法律关系为据的其他事件的裁判，视为提起上诉。

### 三、大陆家事事件程序缺失的原因分析

#### (一) 传统诉讼观念是大陆缺乏家事事件程序的根本原因

大陆深受“法不入家门”、“清官难断家务事”思想的影响，再加上长期以来诉讼法与实体法不分，重实体轻程序，有关婚姻家庭的实体法律制度不断完善，但我国民事诉讼法关于家事案件的规定，除了特别程序外，仅有十余条，并且分散在各个章节中，不够全面和系统，不便于司法实践操作和运用。虽然最高法院在《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》、《关于民事诉讼证据的若干规定》中，也涉及了家事案件的规定，但同样地，存在着数量少、不全面、不系统的问题，这种法律条文加司法解释的做法并未构筑起一套体现家事裁判特色的系统规定，且存在许多问题。

#### (二) 先于民事诉讼制度建立的婚姻家庭制度，使得婚姻案件的审理程序代表和影响了整个民事诉讼程序

建国后相当一段时间，民事诉讼法律制度一直不能建立，而婚姻家庭制度却相对健全，1950年即制定了婚姻法。婚姻法的制定，形成了当时民事诉讼领域以婚姻家庭诉讼案件为主的局面，据1963年的统计，民事案件中占80%左右的是婚姻、家庭案件。<sup>86</sup>在人们的观念中，家事诉讼案件是普通民事案件，而本属于通常民事诉讼程序的案件，即公民之间、法人之间以及公民和法人之间的财产关系案件，则称为“经济案件”或“经济诉讼”。这种长期错位使人们把家事诉讼当作普通的民事诉讼，似乎没有必要再建立单独的家事事件程序。

#### (三) 大陆长期实行的超职权主义诉讼模式在某种程度上迎合了家事事件裁判的需要

建国以后的民事诉讼规则、民事诉讼法(试行)不同程度地受马锡五审判方式的影响。马锡五审判方式的实质有两点：一是，证据的收集和提出可以由裁判者完成，即在事实的探知上是一种职权探知方式，无所谓当事人的举证责任；二是，在纠纷解决方式上，更倾向于调解结案。马锡五审判方式解决的主要是婚姻纠纷和家庭财产纠纷，此种方式强调与当事人之间的感情交流和沟通，说服当事人化解纠纷，强调当事人对结果的认同。

1991年民事诉讼法和2007年民事诉讼法修正案也表现出强烈的职权主义色彩。家事审判须遵循职权探知主义，当事人的辩论权和处分权受到限制。我国长期以来的立法和司法现实是，实行当事人主义的财产关系的民事案件和应当采取职权主义的家事案件，都适用同样的职权主义模式，这样的模式“歪打正着”地迎合了家事审判的需要。在职权主义和职权探知主义是我国民事诉讼制度的一般常态的情形下，为家事案件设立独立的程序似乎是多此一举。

<sup>85</sup> 参见张晓霞：《家事事件程序法理分析》，载《河北法学》2006年第6期。

<sup>86</sup> 文敬：《试论建立民商事合一的现代审判制度》，载《人民司法》2000年第9期。

#### (四) 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。

#### 四. 家事事件程序法的内容

法国将家事审判糅合到民事诉讼法典中, 德国以“家庭事件程序”命名编规定于民事诉讼法典中, 日本制定了家事审判法和人事诉讼法, 韩国也单独制定了家事诉讼法。笔者主张, 在民事诉讼法典之外大陆应单独制定家事事件程序法, 应当在家事事件程序理论的指导下, 充分借鉴国外和台湾的成熟经验和做法, 结合中国的实际进行家事事件程序的立法, 以下内容值得思考和借鉴:

##### (一) 法院职权探知

台湾“家事事件法”第10条规定, 为求法院裁判与事实相符, 保护有利害关系第三人及便于统合处理家事纷争, 且家事事件与身份及公益有关, 故采行职权探知主义, 法院可依职权调查证据。家事审判遵循职权探知主义的原则, 并不意味着当事人是消极无为的, 家事审判程序同样具有当事人主义的性质。也就是说, 即使在采取职权探知主义的家事审判, 为发现真实, 也往往需要借助当事人或关系人某种程度的协力。纵然在人事诉讼程序中有职权探知主义的规定, 但是其裁判基础资料, 往往也借助于当事人的提出。当事人将资料提出后, 法院就容易进一步的加以调查。换言之, 在职权探知主义之下, 当事人如实际上不提供一定的资料或线索协助法院发现真实的话, 也可能遭受不利益的裁判。因此当事人不能谓既然采职权探知主义, 那么即使不提出事证也不会受不利的裁判。<sup>87</sup>

##### (二) 程序不公开

“家事事件法”第9条规定, 为保护家庭成员之隐私及名誉、发现真实、尊重家庭制度, 家事事件之处理以不公开法庭处理为原则, 但有特殊情况亦得公开及准许旁听。当事人对无妨碍公共秩序或善良风俗的事件合意公开, 或经有法律上利害关系的第三人声请, 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。<sup>88</sup>

##### (三) 合并审理制度

家事裁判强化家事事件与家事效果事件合并审判, 家事事件诉的变更、合并与反诉则较为宽松。家事事件有关家庭安定, 如果家庭经常处在纠纷之中, 不仅影响到未成年子女的健康成长, 而且极有可能影响社会秩序。同一婚姻关系如果多次提起诉讼, 此诉讼判决确定后, 再提起彼诉讼, 将会使有婚姻纷争的家庭经常处于不安定状态。若当事人分别起诉, 法院分别裁判, 则又可能发生判决矛盾的情形。为了当事人间与同一身份关系有关的诉讼能同时解决, 德国、日本和台湾就家事诉讼诉之合并、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。“家事事件法”第41、42条规定, 就基础事实相牵连之家事诉讼及家事非讼事件, 可以合并审理、合并裁判, 法院可发挥统合处理功效, 避免当事人奔波及劳费支出, 并符合程序经济原则。

##### (四) 家事诉讼事件中的舍弃、认诺

通常的民事诉讼程序遵循处分原则和辩论原则, 诉讼上的认诺、舍弃和自认是其重要内容之一。根据“家事事件法”第45条、第46条规定, 分割遗产或其他处分事项, 参酌民事诉讼法第384条规定, 明定当事人于言词辩论期日, 为舍弃或认诺者, 法院应本此迳为该当事人败诉之判决, 不得再行调查证据或认定事实。只有离婚或终止收养关系事件, 因属重大身份行为, 其舍弃或认诺应由当事人自行向法院表明真意, 不许他人代理, 倘其未经本人到场陈明者; 或因合并提起其他请求, 而当事人仅就离婚或终止收养关系为舍弃或认诺, 法院对于合并提起的其他请求又无法作出合并裁判或不相矛盾的处理的; 或法院认为依当事人舍弃或认诺所为裁判结果, 有危害其未成年子女利益之虞, 而未能就子女利益保护事项依声请或依职权合并裁判的, 即有必要适度限制当事人处分权, 法院并不依当事人舍弃、认诺直接作出其败诉的判决。

##### (五) 检察官参与制度

由于家事案件涉及公序良俗和社会公益, 应建立检察官参与家事案件的制度。笔者认为, 检察机关可以以公诉人的身份提起诉讼、以社会公益的代表和国家法律监督者的身份参加诉讼, 还可以以公益代表的身份作为被告参与家事诉讼。检察机关享有调查取证权, 但由于家事诉讼涉及当事人隐私, 检察机关对妨碍调查的人不能采取强制措施。检察机关在提起或参与家事诉讼时, 发现有犯罪嫌疑的, 除告诉才处理的案件外, 其他刑事案件检察机关可以立案侦查。

89

<sup>87</sup> 参见邱联恭:《诉讼法理与非讼法理之交错适用》, 载《民事诉讼法之研讨(二)》, 三民书局有限公司, 第438页。

<sup>88</sup> 参见台湾家事事件法制定条文对照表。

<sup>89</sup> 详见张晓茹:《检察机关参与“人事诉讼”制度刍议》, 载《人民检察》2006年第11期。

### (六) 专业调解制度

台湾“民事诉讼法”第422条、第577条第2项、第588条规定，有关婚姻事件及认领事件等人事诉讼事件，在调解程序中当事人所做的陈述或让步，在调解不成立后的本案诉讼程序中，不得采用为裁判的基础。此项规定着眼于，从担保调解任意性、自主性的角度，限制判决程序利用调解程序所呈现的相关资料。早在几年前有学者就思考，台湾将来在家庭法庭或家庭法院若设置像日本家庭法院调查官制度时，则调查官在调解程序中所作的调查报告书，在家事裁判程序中能否予援用？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。<sup>90</sup>

上述疑问“家事事件法”作出了规定，如第27条规定，家事事件之调解程序，由法官行之，并得商请其他机构或团体志愿协助之；第31条规定，调解程序中，当事人所为之陈述或让步，于调解不成立后之本案裁判程序，不得采为裁判之基础。前项陈述或让步，系就程序标的、事实、证据或其他事项成立书面协议者，如为得处分之事项，当事人应受其拘束。但经两造同意变更，或因不可归责于当事人之事由或依其他情形协议显失公平者，不在此限。就特定家事事件规定应先经调解，以及数家事事件可以合并调解、审理中可以移付调解，第28条规定声请调解事件，法官认为依事件性质调解无实益时，应向声请人发问或晓谕，依声请人之意愿，裁定改用应行之裁判程序或其他程序；其不愿改用者，以裁定驳回之。法官依声请人之意愿，按第一项规定改用裁判程序者，视为自声请调解时，已请求法院裁判。

### (七) 不同的抗告程序

家事调解程序中，法院作出的裁定，当事人抗告的程序和家事非讼程序中抗告的程序不同。“家事事件法”规定，家事调解程序中，调解成立，与确定裁判有相同的效力。因调解成立有关身份的事项，依法应办理登记的，法院应依职权通知相关户政机关。当事人不能处分的事项，其解决事件的意思已很接近或对于原因事实的有无不争执的，须合意声请法院做出裁定。法院做裁定，应附理由。当事人对裁定提出抗告，抗告中除另有规定外，应停止执行。为维持第三审为法律审的特性，并兼顾保障当事人权利及合理分配司法资源，对于抗告法院的裁定应限于以违背法令为理由，才能再次抗告，非以其违背法令为理由，不能再次抗告。但根据第94条规定，对于第一审就家事非讼事件作出的裁定的抗告，由少年及家事法院以合议裁定。为贯彻最高法院法律审的精神，并求裁判上法律见解的统一，对于前项合议裁定，仅须以其适用法规显有错误为理由，直接向最高法院提起抗告。在第二审追加诉讼请求或提起反请求的，对于第二审就家事非讼事件作出裁定的抗告，由其上级法院裁定。为保障当事人或关系人之审级利益，自应由该第二审法院之上级法院裁定，而非由少年及家事法院合议裁定之，以求程序妥适周延。

### (八) 未成年人利益的保护

在家庭案件中对未成年人利益的保护加以规定，是各国民事诉讼法的共同做法。大陆的《未成年人保护法》关于民事司法的规定比较笼统，民事诉讼法也没有特殊保护未成年人利益的规定。台湾“家事事件法”中对未成年人利益的保护规定的以下制度值得借镜。

#### 1、暂时处分制度

家事保全处分属于特殊保全处分，具有非讼性质。台湾“最高法院”曾就家事诉讼保全处分的性质表示意见如下：“对于未成年子女权利义务之行使或负担之假处分，旨在保护未成年子女之利益，性质上为定暂时状态之假处分，非属确定私权之诉讼程序，申请人释明有定暂时状态之必要，法院即得为准许假处分之裁定。至于其主张实体上理由是否正当，乃属本案问题，非假处分程序所应审究。”<sup>91</sup>“家事事件法”规定关系人申请暂时处分时应表明事项，以利于法院审酌，可依职权调查证据。其中关系人如果就处分事项为请求时，应释明暂时处分的事由，避免浮滥请求，以节省司法资源及保护其他关系人利益。暂时处分的内容，包括，法院就请求抚养费事件，得暂时命为一定之给付；就选定未成年子女监护人事件，得命暂时对子女为适当处置；于交付未成年子女事件，得命暂时禁止携未成年子女出国；于改定遗产管理人事件，得禁止遗产管理人为特定之行为等。法院并应将暂时处分之方法及内容具体载明于裁定书，以利执行。<sup>92</sup>

#### 2、未成年子女表意权特别保护

亲子非讼事件对于未成年子女的权益影响重大，法院除保障其听审请求权外，为使未成年子女真实表达意愿，“家事事件法”规定，法院就亲子非讼事件为裁定前，应依子女之年龄及识别能力等身心状况，于法庭内、外，以适当方式，晓谕裁判结果之影响，使其有表达意愿或陈述意见的机会；必要时请儿童及少年心理或其他专业人士协助。

<sup>90</sup> 参见邱璿如：《家事事件审理程序之新建构（下）》，载《台湾本土法学杂志》2002年第10期。

<sup>91</sup> 参见台湾地区“最高法院”2001年台上字第217号裁定，载<http://jirs.judicial.gov.tw>。

<sup>92</sup> 参见台湾家事事件法制定条文对照表。



### 3、选任未成年人程序监护人

法院在审理涉及未成年子女权利义务的行使或负担等事件中，象离婚案件、收养案件，未成年人并不是案件当事人，除确保未成年子女最佳利益、保障表意权及听审请求权之外，确保子女最佳利益的诠释能融入子女观点，妥善安排子女的照护及探视等事项，避免不当干扰，“家事事件法”特别规定为未成年子女选任程序监护人。该法第109条规定，就有关未成年子女权利义务的行使或负担事件，未成年子女虽非当事人，法院为未成年子女最佳利益，在必要时，依父母、未成年子女、主管机关、社会福利机构或其他利害关系人的声请或依职权为未成年子女选任程序监护人。

### 4、履行确保和交付子女及会面交往事件的执行

“家事事件法”规定，交付子女或给付扶养费等家事事件裁判确定后，采用嘱托其他法院或相关机关、团体及其他适当人员共同为之各项劝告措施，促使债务人自动履行。例如请相关机关、医疗机构、民间团体、心理师、社工人员、学校老师、债务人信赖的亲友等协助评估、劝告、沟通、安抚情绪等；劝告措施可为多元，例如，评估债务人自动履行的可能性、何时自动履行、债权人的意见、未成年子女的意愿、心理、感情状态或学习生活状况及其他必要事项等，以拟定适当对策；评估债权人及债务人会谈的可能性并促成会谈。进行亲职教育或亲子关系辅导；未成年子女无意愿时，予以适当辅导，评估促成共同会谈、协助履行；向其他关系人晓谕利害关系，请其协助促请债务人履行；协助债权人或债务人拟定安全执行计划或短期试行方案；劝告债务人就全部或已届期金钱或其他代替物的给付，提出履行方式或采取其他适当措施等。<sup>93</sup>“家事事件法”还规定，家事事件多涉及亲情、情感、子女、人格尊严等因素，执行时应考量未成年子女最佳利益的执行方式、综合审酌各种因素，采用适当执行方法，以利执行。

(本文还需修改, 请勿引用)

作者简介:

张晓茹, 女, 1975年9月出生, 法学博士, 北京航空航天大学法学院副教授, 硕士生导师, 美国范德堡大学法学院访问学者(2009年1月-2010年1月), 中国民事诉讼法学研究会理事、中国行为法学会执行行为研究会理事, 主要研究方向为民事诉讼法学、仲裁法学、司法制度。曾主持和参与多项国家社科基金项目和省部级项目, 独著《家事裁判制度研究》(中国法制出版社2011年10月版), 合著(含江伟主编《民事诉讼法典专家修改建议稿及立法理由》)等6部, 在《比较法研究》、《政治与法律》等刊物发表论文30余篇。

联系方式:

地址: 北京市海淀区学院路37号北京航空航天大学法学院, 100191

E-mail: zhangxiaoru\_buaa@sina.com

手机: 13522730715 办公电话: 010-82338750

## 民事保护令立法势在必行

肖建国(中国人民大学法学院 北京 100872)

**【内容摘要】**在民事诉讼法修改和家庭暴力防治法制定过程中, 借鉴域外近四十年保护令的立法和实践经验, 结合我国2009年以来最高人民法院推行的人身安全保护裁定试点的成功尝试, 将民事保护令入法, 作为克减和根治家庭暴力、保护受害人人身安全的法律装置, 可以提升司法干预家庭暴力的力度, 强化民事司法保护人权的功能。

**【关键词】**家庭暴力 民事保护令 人身安全保护裁定 民事诉讼特别程序

作为发生在家庭成员间的一种违反法律与善良风俗的暴力行为, 家庭暴力在我国已成为社会公害。但我国现有法律既难以对家庭暴力施暴人予以有效制裁和惩罚, 也无法为家庭暴力受害人提供恰当的救济, 更不能有效遏制家庭暴力的发生。其原因有很多, 最为突出的莫过于民事保护令制度的缺位。民事保护令入法, 可以提升司法干预家庭暴力的力度, 保护家庭暴力受害人的人身和财产安全, 免受施暴人的肢体和精神等暴力行径, 强化司法保护人权的功能, 为受害人擎起一片自由安全的蓝天。

### 一、民事保护令入法的必要性

#### (一) 民事保护令的缺失与家庭暴力发生的正相关性

家庭暴力是一个久治未愈的痼疾。2000年, 全国妇联针对一般人群关于家庭暴力的认知和态度做过一次问卷调查, 结果表明, 我国有29.7%的家庭存在家庭暴力, 其中90%的受害者是女性。

2002年, 中国法学会反家庭暴力网络在浙江、湖南和甘肃三省进行了一般人群的家庭暴力现状调查, 结果发现, 家庭暴力的发生率为34.7%。

2003年全国妇联的一项抽样调查表明, 在被调查的公众中, 有16%的女性承认被配偶打过, 14.4%的男性承认打过了自己的配偶。每年约40万个解体的家庭中, 25%缘于家庭暴力。特别是在离异者中, 暴力事件比例则高达47.1%。

<sup>93</sup>参见台湾家事事件法制定条文对照表。

据资料统计,目前全国2.7亿个家庭中,遭受过家庭暴力的妇女已高达30%。<sup>94</sup>

2007年-2008年,中国应用法学研究所对不同省市7个基层法院的问卷调研发现,涉及家庭暴力的离婚案件占接受调研的不同法院当年全部离婚案件的百分比,最低的是36%,最高的是62%,受害人基本上是女性。<sup>95</sup>

近几年,家庭暴力的案件也呈现出一定的上升趋势,家庭暴力现象在我国具有相当的普遍性,它不仅发生在夫妻之间,还多发于父母与未成年子女、成年子女与年迈父母之间。人们可以把家庭暴力的多发归结于种种原因,但域外的实证调查已经表明,家庭暴力发生的几率与保护令之有无存在着内在的关联。例如,美国20世纪70年代早期缓解家庭暴力的重点是建立安全的庇护所,并且通过立法将家庭暴力规定为犯罪行为,实施强制性现场逮捕和无证逮捕的政策,以保护受害人安全并且让施暴人对其所作所为承担责任,这一策略对于家庭暴力的解决不断取得重大进展。但家庭暴力仍然广泛存在,威胁着女性的生理、心理和精神的健康。到了20世纪70年代晚期,家庭暴力律师、受害人援助组织和专业人士经过共同努力,确立了美国州和联邦的民事保护令体系。1976年宾夕法尼亚州率先通过立法允许家庭暴力受害人可以不必先提出离婚请求,而单独向民事法院申请获得民事保护令。到1989年年底,美国所有的州都已通过有关保护令的相关立法,至此保护令制度已成为受害妇女保护自己最主要的途径。在美国,保护受害人的目标已经在每年获得保护令的120万受亲密伴侣强奸、跟踪、或身体攻击的受害人身上实现。她们获得民事保护令的过程和行动终止了家庭暴力的发生。全国州法院中心的研究表明,72.4%的受害人在获得最终保护令后没有再遭遇任何麻烦,<sup>96</sup>另一个研究发现获得保护令的受暴妇女在家庭暴力后一年受到攻击的可能性较没有获得保护令的妇女低约80%。<sup>97</sup>一些受害人非常依赖保护令,将其作为与施暴人分居期间的主要安全工具。美国抑制家庭暴力的经验已经证明,民事保护令可以大大减少潜在的家庭暴力危险,是阻断家庭暴力的一剂良方。

## (二) 民事保护令的缺失造成受暴妇女的“囚徒困境”

保护令的缺失,使得受暴妇女无论选择离婚还是留在婚姻中,都面临着左右为难的“囚徒困境”:

1、离婚。在存在家庭暴力的情况下,一方当事人如果坚决要求离婚,那么解散一个不幸的婚姻的确可以一定程度上消除家庭暴力的继续发生。我们也承认,实践中有通过离婚摆脱家庭暴力的一些成功案例。

但是,实证调查和实证研究表明,在我国,摆脱失败的婚姻并不是受暴妇女的最经常的选择;即便想离婚,也存在着不敢离的现象;即便最后成功离婚,也会大量出现“分手暴力”问题。

2007-2008年,中国法学会反对家庭暴力网络和美国律师协会全球法治项目部联合举行了一个针对受暴妇女的专项调查,历时一年半。调查报告载明,关于“受暴妇女最希望得到的具体服务”问题上,排在第一位的选项是“制止对方暴力,但不离婚”,占16.9%。接着是“对施暴者进行矫治”、“情感支持”,“离婚”选项排在第四位,占12.6%。关于受暴妇女的哪些需求没有得到满足问题上,“离婚”排在第一位。接着是“得到经济赔偿”、“住房”、“制止对方暴力,但不离婚”。关于离婚后的分手暴力问题,辽宁省妇联的调查表明,有7.4%的受暴妇女希望“制止对方在离婚后继续暴力”。<sup>98</sup>中国法学会反对家庭暴力网络对北京五家有重要影响的报纸在2008年9月至2009年8月一年间有关对妇女暴力的报道的研究结果也表明,18%的针对妇女的暴力来自配偶和前配偶之间的暴力。<sup>99</sup>因此,离婚的妇女如果继续在原地生活工作,不更换生活环境,其结果是只能摆脱婚姻,摆脱不了暴力,“分手暴力”就无法避免。在《妇女受暴口述实录》中,“离了反而好了”、“解脱之后我很幸福”等两起将离婚作为摆脱家庭暴力的途径的个案中,都是施暴人男方因婚外情被发觉后施暴,以施暴作为迫使女方接受离婚的手段,而女方因种种原因最初不愿离婚但最终在妇联的帮助下接受离婚并且取得较为有利的经济地位,如要了房子、孩子的抚养费等等。<sup>100</sup>这种情况,在一般家庭暴力案件中并不具有代表性。

实证调查显示,离婚使得处于性别角色分工中“主内”的妇女多年相夫教子的家庭奉献以及由此带来的工作能力和学习能力的丧失或下降,使受害妇女无法平等主张自己的权利,因而导致其离婚后的贫困化。这是国外“离婚妇女贫困化”理论的核心内容。事实上,对于受暴妇女而言,离婚导致其贫困化或者丧失生活的经济来源,实践中并不罕见;而且考虑到子女的抚养和成长,离婚的决断对于受暴妇女而言并非拍脑门那么简单。能不能离婚是一回事,愿不愿离婚是另一回事。

2、维持婚姻。在我国,更多的受暴妇女宁愿留在婚姻里,其中既有主观原因,也有客观原因。留在婚姻里的受暴

肖建国,中国人民大学法学院教授、法学博士、博士生导师。主要研究方向:民事诉讼法、司法制度。

<sup>94</sup> 参见十届全国人大三次会议《关于制定〈反家庭暴力法〉的议案》,载人民网<http://www.people.com.cn/GB/14576/28320/44535/44553/3230996.html>,访问时间2012年2月12日。

<sup>95</sup> 参见陈敏:《关于“人身安全保护裁定”的思考》,载《人民司法》(应用)2011年第5期。

<sup>96</sup> Susan L. Keilitz, Paula J. Hannaford, & Hillery S. Efkenan, Civil Protection Orders: The Benefits and Limitations for Victims of Domestic Violence, STATE CT. J. 19(1996\1997).

<sup>97</sup> Victory Holt, Civil Protection Orders and Risk of Subsequent Policy-Reported Violence, 288 J. AM. MED. ASS' N 589(2002).

<sup>98</sup> 中国法学会反对家庭暴力网络、美国律师协会全球法治项目部:《受暴妇女需求调查报告2009》,第28、48、29页。

<sup>99</sup> 中国法学会反对家庭暴力网络:《大众媒体如何报道对妇女的暴力——以北京地区五家报纸为例2009》,第20页。

<sup>100</sup> 宋美娅、薛宁兰主编:《妇女受暴口述实录》,中国社会科学出版社2003年版,第143-162、230-250页。

妇女，往往承受着可怕的结果。主要是：

(1) 继续忍受家庭暴力而致死致伤

家庭暴力导致受暴妇女伤残、死亡的案件增多。到妇联等部门投诉的受暴妇女，浑身是伤。有的甚至被打得肾脏出血、耳膜穿孔、眼巩膜充血造成视力下降，有的鼻梁骨折、肋骨断裂、手臂被打断，甚至有的被拉掉头皮、抠瞎眼睛、烧成终身残废等。1995年总人口为5772万的湖北省平均每天有一位妻子死在家庭暴力之下，二位受伤者。<sup>101</sup>

(2) 以暴制暴（以暴抗暴）

在继续忍受家庭暴力的妇女中，部分受暴妇女最后选择了“以暴制暴”，以杀死丈夫作为获得解脱、保护自己和家人生命安全的防卫方法。在《妇女受暴口述实录》中，受访的28位受暴妇女中有14位是“以暴制暴”被判刑的妇女，占了所有访谈案例的一半。她们分别来自北京、辽宁、天津、内蒙古、湖南等地女子监狱。访谈人发现，这些妇女原本都是善良的、勤劳的，她们大多是长期遭受暴力，在受暴的过程中，她们中有些人曾经多方求助，但没有得到有效的救助，面对丈夫的暴力，她们无能为力，在生命安全受到威胁的情况下，走到犯罪这一步。应该说，在我国的妇女犯罪中，“以暴制暴”占了相当的比例，其中据辽宁、内蒙古等地女子监狱的不完全统计，那里大约有50%左右。辽宁省女子监狱的1000多名女犯中，有100多人因杀夫入狱。在“忍到最后还是杀了他”、“我对他的心已经死了”、“杀了他我就没想活”、“我怎么就成了杀人犯了”、“真不知道我挨了多少打”等不同个案的访谈中，我们看到那些选择留在婚姻中的受暴妇女的处境，真是苦不堪言，甚至是生不如死，许多人生活在“人间地狱”的梦魇之中，她们常年累月遭受丈夫殴打而又求告无门，浑身伤痕累累，家庭暴力的严重程度，远远超过了她们的忍耐限度，多数情况下危及她们或家人的生命安全。为此，她们不得不铤而走险被迫杀夫。<sup>102</sup>

据我国监狱部门调研发现，因长期受家庭暴力侵害而被迫以暴制暴，一直是我国女性暴力犯罪的主要原因。虽然目前尚未看到全国性的统计数据，但笔者参与的家庭暴力防治法课题组2009年6月在海南省女子监狱的实证调研结果，也印证了上述看法。主管女监的张监狱长指出，海南省女子监狱关押的500名女犯中，因故意杀人、故意伤害入狱的不到200人，其中涉家庭暴力以暴制暴的女犯104人，超过了故意杀人、故意伤害女犯总人数的50%，高居已决女犯数量的第二位，仅次于毒品犯罪。调研时有三位服刑女犯已经超过70岁了，她们均因以暴制暴故意杀夫而入狱，杀夫时她们的年龄都超过了60岁，结婚达三四十年之久，最终仍然选择了以暴制暴的自救之路。

因此，如果不引入民事保护令并且确立其独立地位，受暴妇女选择留在婚姻里，那么其结果不是被打死，就是在忍无可忍之际“以暴制暴”。无论哪一种结局出现，都不是一个和谐社会和法治社会所能接受的。

(三) 我国反家暴立法供给的结构性缺陷

我国反家暴的立法供给存在着结构性缺陷。现行法律在抑制家庭暴力方面的不足，有如下表现：

一是，宣示性条款过多，与之配套的具体制度安排不足。我国并不缺乏保护妇女、儿童合法权益，禁止家庭暴力的实体性规范，我国宪法、婚姻法、妇女权益保障法等明确禁止家庭暴力，全国各省市也相继出台过禁止家庭暴力的地方性法规，2008年中央宣传部、最高人民检察院、公安部、民政部、司法部、卫生部、全国妇联联合制定了《关于预防和制止家庭暴力的若干意见》。但上述规定的相关条款较为原则，操作性并不强，而且，对于正在进行的暴力行为或者持续发生的暴力行为因保护令制度的欠缺而无法做到及时、有效的干预。例如，《婚姻法》和《妇女权益保障法》虽然做出了“禁止家庭暴力”的规定，但缺乏相应的程序性制度将该禁止性宣告落到实处。对于家庭暴力受害人的救助措施，也仅仅一般性地宣示“受害人有权向居民委员会、村民委员会、所在单位和公安机关等寻求救助”，但居（村）民委员会、所在单位和公安机关究竟能够提供何种救助，语焉不详。

二是，过于重视财产性争议的法律规制，忽视了人身关系、家事纠纷的立法供给。民法未明确区分财产关系诉讼与人身关系诉讼在原则、制度和程序上的差异，实践中往往简单地将财产关系诉讼的程序原则和规则套用于人身关系诉讼尤其是身份关系诉讼中，导致身份关系的不和谐。例如，关于临时性的救济措施，民法中仅规定了财产保全和先予执行两种。虽然临时保护令与财产保全、诉前停止侵权行为性质上同属于临时性救济措施，但是，现有法律中的临时性救济和停止侵权行为的救济，适用于财产性争议案件，无法解决人身安全保护的临时性或终局性救济问题。“海事请求保全”和“海事强制令”只能适用于海事诉讼中，知识产权诉前停止侵权行为只能适用于知识产权侵权诉讼，均难以一体适用于保护家庭暴力受害人人身救济措施中。现有法律规定的临时性救济方式的适用范围极为有限，而且都难以普遍适用于家庭暴力案件，无法保护家庭暴力受害人，也不能制止暴力发生。

三是，过于强调事后的实体性处理，忽视事前和事中的程序性救济。我国现有法律侧重于通过民事侵权之诉、刑事诉讼进行事后惩治，对于正在实施的家庭暴力和持续发生的家庭暴力行为欠缺及时、有效的事先干预和防范。受害人需要在施暴行为产生并且损害后果实际发生后才能主张侵权之诉或追究施暴人刑事责任；救济的机理均是通过设立违法成本让施暴者趋利避害而产生作用；实现救济的途径繁琐、冗长，需要经历漫长的取证、起诉、举证、审理程序，连迟到的正义都实现不了。因而在保护家庭暴力受害人的临时救济措施方面，我国目前存在着立法上的真空，这种立

<sup>101</sup> 陈敏：《我国家庭暴力受害人的司法保护》，载《中国律师》2003年第4期。

<sup>102</sup> 宋美娅、薛宁兰主编：《妇女受暴口述实录》，中国社会科学出版社2003年版，第13-128页。

法上的真空致使受害人救助无门，法院无所适从。事后的惩罚，看似惩罚了施暴人或者以暴制暴者，实际上，与保护令提供的事前预防措施相比，事后惩罚是在施暴人造成了更深更大的伤害或者受害人忍无可忍杀夫之后国家介入其中的，对于家庭暴力施暴人和受害人双方而言，姗姗来迟的刑事制裁除了报复性功能外，没有其他价值。因此，真正有意义的刑事制裁是在暴力伤害尚未造成不可回复的后果前进行，国外关于违反保护令的犯罪即是此例。

#### (四) 替代民事保护令功能的程序装置失灵

我国现行法上存在着一些替代保护令的程序装置，如社区人民调解、治安处罚。人民调解针对的是民间纠纷，由民间自治组织通过民间调解途径解决。《人民调解法》规定的人民调解的范围，并没有把家庭暴力纠纷排除在外。该法第25条规定：“人民调解员在调解纠纷过程中，发现纠纷有可能激化的，应当采取有针对性的预防措施；对有可能引起治安案件、刑事案件的纠纷，应当及时向当地公安机关或者其他有关部门报告。”这一规定中所谓的“可能激化的”纠纷、“可能引起治安案件、刑事案件的纠纷”，实际上隐含了家庭暴力纠纷。实践中，对于正在进行的家庭暴力行为，往往由社区警察处理，但是收效甚微。中国传统文化奉行“宁拆十座庙，不拆一门婚”的观念，把家庭暴力视为“家务事”，家庭暴力事件往往被人地淡化为家庭矛盾、夫妻纠纷，即便警察出警，到了现场后，一看是夫妻打架事件，往往简单地把双方拉开，或者劝解几句就一走了之，结果受害人不堪忍受、以暴抗暴，酿成了刑事案件。据统计，有个案件一共出警21次，有一天还早晚出了数次警，每次出警记录上都载明已处理好，但最后还是演变成恶性刑事案件。由于不堪忍受长期屈辱的家庭暴力，有的受害妇女在结婚30多年后，仍然忍无可忍，选择了以暴抗暴来结束暴力的生活。在暴力环境下，孩子的心灵受到严重创伤，形成了仇视、反社会心理，在以暴抗暴刑事案件中，孩子成为母亲杀夫的帮凶。

社区人民调解、治安处罚等替代性的程序装置，仍然具有事后性特征。显然，如果夫妻暴力没有达到一定的程度，社区人民调解、治安处罚是派不上用场的。即便动用了这些手段，效果也不明显。这些制度装置，都无法达到保护令那样的立竿见影的效果：抑制或威慑施暴者不再继续施暴，减少施暴者再次使用暴力的可能性，真正保护受害人及其子女的安全。<sup>103</sup>

关于家庭暴力是家务事的错误认识，以及法律救济途径的缺失，使得众多受害人生活在痛苦、愤怒和恐惧之中，严重损害受害人的人身权利，同时导致生活在暴力家庭中的未成年子女，至少会在心理健康、学习和行为等方面出现障碍，在不知不觉中学会了用拳头解决问题。当女性因为受暴而频频就医，或者因为家庭暴力造成的不良情绪难以排遣而导致工作效率降低，或被殴打致伤或致死，或自杀，或以暴制暴杀死施暴人时，社会的和谐与秩序为此付出的代价不可低估。

## 二、民事保护令入法的可行性

### (一) 预防性功能：民事保护令的制度价值

在民事诉讼法或家庭暴力防治法中引入民事保护令制度，是上世纪80年代以来西方国家普遍采用的一种预防和制止家庭暴力行为的特殊救济制度，已经广泛地适用于民事法律程序、刑事法律程序之中。民事保护令运用司法手段对受害人进行人身保护和财产保护，改变了原有的单纯事后处罚的补救手段，为事前保护家庭暴力受害人提供了预防措施。民事保护令也为法院通过司法程序干预家庭暴力、保障受暴者尤其是妇女、儿童、老人等弱者的人权提供了有力的法律手段，一定程度上改变了法院司法消极、被动的传统形象。

关于民事保护令的类型，依据保护令的救济范围的大小、救济的时间的长短、适用的条件的严格与否，大陆法系和英美法系都有通常保护令\终局保护令(permanent protection order)、暂时保护令\临时保护令(temporary protection order)的划分，也有应对紧急情形的紧急保护令(emergency protection order)。其中，英美法系一般将保护令分为临时保护令和终局保护令。就保护令的内容而言，多区分为限制令(retraining order)、禁止接触令(no contact order)、禁止骚扰令(no harassment order)、驱逐令(kick out order)、迁出令(vacate order)、独占令(exclusive order)、远离令(stay away order)等。大陆法系则一般将保护令分为通常保护令、暂时保护令，或者紧急保护令。保护令的内容包括：禁制令(包括命令禁止施暴及禁止接触)、迁出令(命令相对人迁出住居所)、远离令(命令加害人远离被害人住居所或工作场所)、决定令(定动产暂时占有权、子女暂时监护权、探望权)、给付令(如命令给付租金、扶养费等)、防治令(命令加害人完成处遇计划)等，法官可依据被害人及加害人需求，在不侵犯加害人合法权益的情况下，准许给予一种或多种救济。

民事保护令的首要目标是保护受害人，而非惩罚加害人。<sup>104</sup>民事保护令通过限制加害人行为并为受害人提供保护性救济而增强受害人的安全并促进其独立。如警告加害人不得接触、伤害、骚扰或跟踪受害人，或者责令施暴人搬离与受害人的共同住处，以便让受害人重新感到安全等等。

在我国，引入民事保护令制度是迫在眉睫之举。由于现有法律中保护令的缺位，已经造成家庭暴力受害人求助法

<sup>103</sup> 陈世杰：《中美家庭暴力事件有关保护令制度之比较研究》，载《中原财经法学》2002年第8期。

<sup>104</sup> Carolyne R. Dilgard, Crossing the Line: The Interstate Implications of Issuing and Enforcing Domestic Violence Protection Orders: An Examination of New Jersey, 35 RUTGERS L. J. 253, n.8(2003).

律无门的诸多困境。大量的案例显示，家庭暴力带来的弊害必须通过保护令制度才能克减。

## (二) 民事保护令在我国的实践

### 1、2008年3月：人身安全保护裁定制度的出台、试行

家庭暴力是社会的毒瘤，必须在其发生之初就要将其铲除。而在以往，公权力对家庭暴力受害人的保护具有明显的滞后性，通常只是在家庭暴力升级为刑事案件时，才强有力地介入，追究施暴人的刑事责任。为此，需要下猛药，在法律制度上作出恰当、有效的安排。

2008年3月，最高法院中国应用法学研究所发布了法官办案的参考性指南《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》，该指南第三章规定了“人身安全保护措施”，对于涉及家庭暴力的婚姻案件审理过程中普遍存在的受害人人身安全受威胁、精神受控制，尤其是典型的“分手暴力”现象，确立了保护受害人人身安全、维护诉讼程序严肃性和公正性的人身安全保护裁定制度。<sup>105</sup>同时，在全国还选择了9个基层人民法院作为指南的试点法院。

人身安全保护裁定的目的在于制止家庭暴力，保护受害人安全，因此，裁定的内容主要在于限制施暴人的人身自由以及某些民事权利的行使方面，其内容包括两部分：一是禁令，即人民法院为制止家庭暴力依法作出的禁止施暴人实施一定行为的裁定；二是要求施暴人完成一定行为的裁定。前者系禁止被申请人一定行为，后者系责令被申请人一定行为。

考虑到施暴人对家庭财产的经济控制很可能造成受害人人身安全的隐患，如果要求受害人就家庭财产问题另行向人民法院申请财产保全或先予执行，则既不经济，也徒增讼累，故国外的保护令制度将保护令的作用范围扩展到与受害人人身安全相关的财产领域。但是，我国现有的法律规定严格区分人身安全保护裁定与财产保全、先予执行制度。2009年4月15日湖南省高级人民法院颁布实施的《关于加强家庭暴力受害妇女司法保护的指导意见（试行）》中，对此，予以进一步的明确化。将加害人向受害人支付相关费用排除出保护令范围的做法，其实不利于及时保护受害人的合法权益。

《指南》专章规定人身安全保护措施，包括申请条件、审查重点、保护内容、生效执行、法律责任等内容，作为人民法院保护受害人的人身权利和排除妨碍诉讼行为的手段。根据《指南》的规定，人身安全保护裁定的申请，应当以书面形式提出；紧急情况下，可以口头申请。申请人人身安全保护裁定，应当符合下列条件：申请人是受害人；有明确的被申请人姓名、通讯住址或单位；有具体的请求和事实、理由；有一定证据表明曾遭受家庭暴力或正面临家庭暴力威胁。申请人人身安全保护措施的裁定，无需交纳任何费用。

“人身安全保护裁定”分为两种，紧急裁定有效期15日，长期裁定有效期3个月至6个月。

### 2、2008年8月至今：100多份人身安全保护裁定的发出

指南的发布，在全国引起了很好的反响，一些法院开始尝试将指南中确立的人身安全保护裁定制度运用于婚姻案件的审判实践。

2008年8月6日，我国首个人身安全保护裁定由江苏省无锡市崇安区人民法院作出，该裁定禁止被申请人许某殴打、威胁妻子陈某，裁定有效期为3个月。这是全国第一份反家庭暴力“人身保护令”，也是一份具有明确法律效力的“禁止令”。在收到法院的这份人身安全保护裁定之后，被申请人再没敢殴打妻子，直至半个多月后两人离婚。此后，该院在审理一起博士丈夫施暴掰断妻子手指案中，又一次发出人身安全保护裁定。此后，长沙岳麓区法院、重庆渝中区法院、珠海香洲区法院、温州龙湾区法院、莆田城厢区法院等纷纷签发人身安全保护裁定，效果明显，裁定保护的范由受害人扩展到受害人的亲属，保护的内容由禁止殴打扩展到禁止施暴人处分财产。随着“保护令”的出台，丈夫不敢再对妻子实施“家庭暴力”，婚姻得到了保存。

据统计，自2008年指南实施至2010年1月，全国各试点法院共发出过43份人身安全保护裁定，到2011年，各地试点法院发出100多份“人身安全保护裁定”，保护令时效分15天、3个月等。

### 3、人身安全保护裁定的性质和效果

人身安全保护裁定，属于临时保护令，在法律性质上应当定位为独立于离婚诉讼的特别程序。

实践表明，人身安全保护裁定取得了良好的法律效果和社会效果。已发出的保护令自动履行率非常高，不管案件是以原告主动撤诉，还是通过法院裁判结案的，家庭暴力行为基本上都没有再发生，保护令给家庭暴力受害人带来了安全感，并且开始得到了社会各方的支持和认可，处在家庭风暴中心孤立无援的受害人终于找到了可以抵御家庭暴力的“尚方宝剑”，早日摆脱家庭暴力的阴影，而施暴人也会慑于法律的权威而不敢继续施暴。

<sup>105</sup> 人身安全保护裁定，实际上与民事保护令并无质的区别。之所以采用“裁定”而非“命令”的形式，是因为《中华人民共和国民事诉讼法》第140条第一款列举了民事诉讼中适用裁定的十一种情形。民事裁定是人民法院在审理民事案件时，为保障审判的顺利进行，就诉讼程序方面的有关事项及个别实体问题所作的判定。其中，包括财产保全、先予执行、诉前停止侵权行为等在内的临时性救济措施均用裁定的形式。鉴于人身保护裁定也属于民事诉讼中的临时性救济的一种形式，并且第140条第一款第（十一）项规定了民事诉讼中“其他需要用裁定解决的事项”，因此，将民事保护令制度在人民法院的裁判形式上改采人身保护裁定，是有法律依据可循的。同时，鉴于人民法院发出的命令主要限于支付令、搜查令、执行令、督促执行令等有限的类型，贸然采用“民事保护令”这一名称，也有不易被社会接受的担心。

人身安全保护裁定首先改变的是双方当事人家庭中的地位。家庭暴力的特点就是控制与被控制，裁定发出以后是控制与被控制的力量对比有了改变，受害人有法院的裁定，觉得有了安全感。法院发出人身安全保护裁定，给当事人和社会传递一种信息：家庭暴力不再是“私事”，对于家庭暴力，公权力在干预。公权力的干预可以改变当事人双方力量的对比，可以给受害人一种支撑。<sup>106</sup>人身安全保护裁定也改变了人民法院孤军奋战的局面，形成了社会参与，多机构密切合作的新气象。

法院签发人身安全保护裁定可以发挥立竿见影的震慑效果和正面的引导功能。一个例子是，在我国的湖南省长沙市，当某区法院签发了人身安全保护裁定后，施暴人立即停止了暴力行为，而且真心悔过，每天给作为受害人的妻子送一束鲜花，以表达悔意。美国的一项研究显示，对于很多成功的申请人来说，申请暂时保护令或紧急保护令就足够了，申请人拿到暂时保护令或紧急保护令后没有再去申请永久性保护令，最常见的原因是被申请人已经停止骚扰申请人。这表明一旦施暴人成为法庭注意的对象后，他们的行为会发生改变。<sup>107</sup>

2010年，经地方法院主动申请，并经最高法院批准的基层试点法院已达72个。另外，湖南省、江苏省和广东省高级人民法院在本省辖区自行开展试点工作。《指南》的主要内容不断通过实践转化为地方性立法和司法政策。

### (三) 民事保护令入法的初步尝试

(1) 2010年《中华人民共和国家庭暴力防治法（专家建议稿）》第四章第一节专门规定了“民事保护令”。

(2) 2011年8月《最高人民法院关于〈中华人民共和国民事诉讼法〉修改立法建议稿》第176条之一规定了民事保护令制度。

最高法院建议在第十五章“特别程序”中，增加一节“申请民事保护令”，规定“自然人受到家庭暴力侵害或者有遭受家庭暴力侵害危险的，可以向有管辖权的基层人民法院申请民事保护令。人民法院经审查认为符合条件的，应当在受理申请后三日内签发民事保护令；申请不成立的，裁定予以驳回。民事保护令的送达和执行由公安机关实施。”

目前，全国人大常委会法工委正在研讨民事诉讼法的修改，就民事保护令是否纳入民事诉讼法的修改方案之中，正在进行审慎的讨论。

鉴于民事保护令现已成为当今世界上大多数国家为保护家庭暴力受害人而通行的一种做法，因此，立法应当采纳这一制度，专门对此作出规定，以填补我国目前法律中存在的空白。民事保护令可以及时有效地制止家庭暴力行为的实施，阻止家庭暴力的持续发生，及时将受害人从施暴人的影响范围中排除，以避免发生进一步的伤害。保护令的入法，不仅与国际上通行的制度相一致，弥补现行法律之缺漏，而且也使得人民法院在对家庭暴力实行司法干预中，能够为受害人提供有效的救济措施，有效地保护家庭暴力的受害人的基本人权。

### 三、民事保护令立法的中国特色

自上世纪80年代以来，西方国家普遍采用民事保护令预防和制止家庭暴力行为。保护令通过限制加害人行为而增强受害人的安全并促进其独立，其首要目标是保护受害人，而非惩罚加害人。保护令通过司法手段对受害人进行人身保护和财产保护，改变了原有的单纯事后处罚的补救手段，强化了家庭暴力的司法干预力度，一定程度上改变了法院司法消极、被动的传统形象。在制定我国家庭暴力防治法时，应当借鉴域外近四十年保护令的立法和实践经验，结合我国2009年以来最高人民法院推行的人身安全保护裁定试点的成功尝试，建立融申请、审查、签发、送达、执行、救济等程序于一体，通常保护令和临时保护令适用有别的中国特色的保护令制度。关于这一点，在中国婚姻法研究会会长、中国政法大学夏吟兰教授主持的《中华人民共和国家庭暴力防治法（专家建议稿）》中得到了充分体现。

#### (一) 应当规定申请民事保护令的便民措施

首先，申请保护令不以提起离婚诉讼为前提条件。民事保护令是一项独立的制度和程序，申请保护令不存在任何前置程序和前提条件。保护令的独立性能够给受害人提供是否离婚的选择机会，改变过去“取得保护令必须提起离婚诉讼”的做法。

其次，保护令的管辖要符合民事诉讼法理论和实践强调的“两便原则”：从便于及时保护受害人的合法权益不受侵害上说，由受害人住所地及临时居住地的法院管辖为优；从便于管辖法院及时调查了解情况、审查和调查证据和监督保护令的实施上说，由基层法院行使管辖权比较妥当。

第三，保护令的申请形式上，书面或者口头形式均可，口头申请更值得重视。保护令的申请形式，直接关系到签发保护令的门槛高低，门槛过高，不利于家庭暴力受害人及时获得保护令。由于我国家庭暴力受害人，多出生于农村，受教育程度较低，很多人是文盲。如果规定必须采取书面形式，可能让许多受害人望而却步，保护令的作用会大打折扣。

第四，法院应当为申请人提供格式申请书。法院制定特别简化的申请表格及填表说明，提供格式申请书，是落实法院的国家责任的一个表现。

<sup>106</sup> 《长沙岳麓区：家暴人身保护令总体实施效果良好》，2010年1月15日《中国妇女报》。

<sup>107</sup> Andrew Klein, Re-abuse in a Population of Court-Restrained Male Batters :Why Restraining Orders Don't Work, Eve Buzawa & Carl Buzawa, eds., Sage Publications 1996.

第五,规定申请保护令不收取费用。民事保护令的申请,是出于公益的目的,同时基于鼓励申请人提出申请,应当规定申请民事保护令,不收取案件受理费、申请费(包括工本费)等费用。

最后,扩大家庭暴力证据可采性的范围,以便于保护令的申请。用于说明家庭暴力机器损害的材料,如公安机关的报警记录、接警记录、出警记录、处警记录、询问笔录,以及保存的调解书、保证书、担保书、物证,医疗机构保管的诊疗材料、病历、鉴定等资料,均可作为申请保护令的证据材料。达到普通盖然性的释明标准,法院即可核发临时保护令。

### (二) 应当扩大民事保护令的申请人范围

对于保护令的申请人,是否仅限于受害人本人,尚有争论。笔者认为,民事保护令的申请人范围应当扩大。除了家庭暴力的受害人外,经受害人同意的其他知情的自然人(如受害人的近亲属、邻居)、法人或其他组织(如庇护机构、救助机构、社会福利院、妇联、受害人所在单位、居委会、村委会、中小学、幼儿园学前教育机构等),公安机关,人民检察院或者反家庭暴力委员会(专员)。理由在于:首先,家庭暴力不是私事,家庭暴力行为损害了社会秩序,因此,全社会都应当关注家庭暴力案件,对受害人伸出援手,主动积极介入到家庭暴力的防治中,扩大申请人的范围符合本法的宗旨。其次,受害人在周期性的家庭暴力中,学会了无助,充满恐惧和焦虑,若规定完全由受害人自行申请保护令,不太现实。最后,家庭暴力发生后,受暴妇女往往采取某些求助行动,如找娘家人、朋友或对方的家人,或者找村(居)委会、派出所、妇联,赋予这些机构或组织以申请权,有助于受暴妇女的维权。

### (三) 应当采用职权主义、不公开主义审理原则和特殊的审理程序

人民法院审理民事保护令申请,奉行诉讼资料收集上的职权探知主义以及证据收集上的职权调查主义。在针对家庭暴力申请保护令的案件中,法院应积极行使审判权,代表国家依职权进行干预,对于与当事人请求有关的事项,由法院依职权主动调查证据,从而达成简易、迅速而经济的裁判,并且保证裁判的合目的性、妥当性或创设性。审理民事保护令申请,应当实行不公开审理原则,这既是保护家庭暴力受害人及其子女、父母和其他利害关系人的隐私之需要,更是为了保护上述主体人身安全,以及安宁地生活、学习、工作的需要。

此外,基于家庭暴力案件本身的特点,在审理程序上,应当确立禁止调解或和解规则和隔离规则,即保护令案件的审理不得调解或和解,法院应当采取适当的隔离措施,保障受害人的安全出庭环境。至于要不要通知施暴人到场、要不要开庭对质、辩论等审理程序,应当对通常保护令与临时保护令作出不同的规定。例如,临时保护令的审查程序,可以是书面程序,也可以传唤一方或双方到场,还可以开庭审查,形式可以灵活多样,主要视实际情况而定,由独任法官酌情考量,没有强制性的要求。尤其对于较为紧急的临时保护令申请,更没有开庭的必要。

### (四) 应当确立融人身安全和财产保护于一体的民事保护令内容

通常保护令应当是保护令制度中程序最完整、措施最齐全、救济范围最广、法律效力最高的受害人保护措施,涵括了禁制令(包括命令禁止施暴及禁止接触)、迁出令(命令相对人迁出住所)、远离令(命令加害人远离被害人住所或工作场所)、决定令(定动产暂时占有权、子女暂时监护权、探望权)和给付令(如命令施暴人给付租金、扶养费等)。上述具体内容,既可以依据当事人的申请而确定,也可以由法院依职权决定。通常保护令的救济范围应当包括医疗费、生活费、律师费等金钱给付内容。理由是:施暴人对家庭财产的经济控制很可能造成受害人人身安全的隐患,如果要求受害人就家庭财产问题另行向人民法院申请财产保全,则既不经济,也徒增讼累。

### (五) 应当建立公安机关和人民法院各司其职的保护令执行制度

保护令的执行应当结合我国的实际情况,采取人民法院和公安机关分别针对保护令的不同内容,分享保护令的执行权的方案。其中,由人民法院负责执行的保护令的内容,限于目前我国民事诉讼法已经赋予人民法院民事执行权的事项,如金钱执行、禁止使用和处分不动产的执行、禁止行使监护和探望权的执行等,既符合我国现有立法的精神,发挥人民法院执行民事案件的经验和智慧,又不会给公安机关带来过重的负担。这种做法,在我国台湾地区的家庭暴力防治法第21条中,也得到了确认,而且规定得更为细致,操作性更强。

## 附:中华人民共和国家庭暴力防治法(专家建议稿)

起草小组顾问:陈明侠(中国社科院法学所研究员)

起草小组组长:夏吟兰(中国婚姻法学会会长、中国政法大学教授)

起草小组成员:李明舜(中华女子学院副院长)

费安玲(中国政法大学教授)

刘莘(中国政法大学教授)

皮艺军(中国政法大学教授)

肖建国(中国人民大学教授)

林建军(中华女子学院教授)

祁建建(中国社科院法学所副研究员)

## 第四章 民事干预

北京理工大学司法研究所主办 上海沪家律师事务所、北京岳成律师事务所协办

### 第一节 民事保护令

#### 第三十六条【民事保护令含义】

为制止家庭暴力，保护家庭暴力受害人安全，人民法院可以依法作出要求家庭暴力施暴人完成一定行为或者禁止实施一定行为的命令。

保护令分为通常保护令和临时保护令。

#### 第三十七条【申请人的范围】

家庭暴力受害人以及其他知情的自然人、法人或者其他组织，经受害人同意，可以向人民法院申请保护令。知情的公安机关、人民检察院或者反家庭暴力委员会（专员），应当向人民法院申请保护令。

#### 第三十八条【管辖】

保护令案件由家庭暴力受害人住所地、临时居住地或者家庭暴力发生地基层人民法院管辖。

两个以上同级人民法院都有管辖权的，由最初受理的人民法院管辖。

#### 第三十九条【申请的形式】

保护令的申请可以采取书面或者口头形式。

家庭暴力受害人处于家庭暴力紧急状态时，公安机关、人民检察院、相关政府机关、反家庭暴力委员会（专员）可以采取电话、电信、传真、数据电文或者其他方式申请临时保护令。

#### 第四十条【申请书的内容】

申请书应当载明下列事项：

- （一）申请人的姓名、性别、年龄、工作单位、送达地址，法人或者其他组织的名称、住所和法定代表人或者主要负责人的姓名、职务；
- （二）被申请人的姓名、性别、年龄、工作单位、住所及其与受害人的关系；
- （三）具体的救济请求和所根据的家庭暴力事实与理由；
- （四）证据和证据来源，证人姓名和住所。

人民法院应当为申请人提供符合上述要求的格式申请书。口头申请的，由人民法院指定的专门人员填写申请书，并由申请人以盖章、签名或者捺印等方式确认。

#### 第四十一条【申请的条件】

家庭暴力受害人处于家庭暴力的直接与现时危险中的，即可申请保护令。

申请保护令，不以提起民事诉讼为条件。

#### 第四十二条【申请的费用】

申请保护令不收取费用。

#### 第四十三条【申请临时保护令与通常保护令的关系】

人民法院在审理终结通常保护令的申请之前，为及时保护家庭暴力受害人，可以依申请核发临时保护令。

申请临时保护令，并且经人民法院准许核发的，视为申请人已经提出了通常保护令的申请。

#### 第四十四条【审判组织形式】

对于临时保护令申请，可以由审判人员一人独任审理。对于通常保护令申请，应当组成合议庭审理。

#### 第四十五条【法院审理的时间】

人民法院受理临时保护令申请后，应当立即进行审理，并在48小时内核发临时保护令；情况紧急的，应当在24小时之内核发。

人民法院不得以当事人之间存在其他案件侦查或者待决为由，延缓核发保护令。

#### 第四十六条【法院审理原则】

人民法院审查确认家庭暴力事实时，可以依职权调查证据，必要时分别询问家庭暴力施暴人和家庭暴力受害人。

保护令案件的审理一般不公开进行。

保护令案件不得进行调解或者和解。

#### 第四十七条【法院审理方式】

人民法院在审理通常保护令案件时，应当通知家庭暴力施暴人到庭。家庭暴力施暴人不到庭或者到庭后中途退庭的，不影响人民法院的审理。

家庭暴力施暴人和家庭暴力受害人都到庭的，人民法院可以采取适当的隔离措施。

人民法院在审理临时保护令案件时，可以不通知家庭暴力施暴人到庭。人民法院也可以不经审理程序，核发临时保护令。

#### 第四十八条【核发通常保护令】

人民法院审理终结后，认为符合本法规定的申请条件，应当依申请或者依职权，核发包括下列一项或者数项的通常保护令：



- (一) 禁止家庭暴力施暴人对家庭暴力受害人继续实施家庭暴力;
- (二) 禁止家庭暴力施暴人利用电话、信件、网络等方式骚扰家庭暴力受害人;
- (三) 禁止家庭暴力施暴人对其未成年受害子女行使监护权或者探望权;
- (四) 禁止家庭暴力施暴人进入家庭暴力受害人的工作、学习等活动地点;
- (五) 禁止家庭暴力施暴人对家庭暴力受害人实施跟踪、窥视等行为;
- (六) 禁止家庭暴力施暴人对家庭暴力受害人居住的房屋及其他不动产进行处分;
- (七) 责令家庭暴力施暴人迁出家庭暴力受害人的住所或者其他居住场所;
- (八) 责令家庭暴力施暴人给付家庭暴力受害人及其所抚养家属的生活费、医疗费或者其他必要的费用;
- (九) 责令家庭暴力施暴人负担相关的律师费用;
- (十) 其他为保护家庭暴力受害人及其特定家庭成员所必须的救济措施。

**第四十九条【核发临时保护令】**

人民法院认为家庭暴力事实可能存在或者申请人向人民法院提供保证书证明有家庭暴力事实的，可以核发临时保护令。

人民法院核发临时保护令时，可以依申请或者依职权核发本法第四十八条通常保护令第一款第一项至第八项的保护令。

**第五十条【保护令的送达】**

人民法院核发保护令后，应当在24小时内送达当事人、受害人、公安机关和反家庭暴力委员会（专员）。

反家暴委员会（专员）应当将人民法院所核发的保护令登录备查。

**第五十一条【通常保护令的效力】**

通常保护令的有效期为一年，自核发之日起生效。

通常保护令的内容，在有效期届满前因人民法院作出了其他生效裁判的，该部分内容失效。

**第五十二条【通常保护令的撤销、变更或者延长】**

通常保护令失效前，当事人、受害人可以向人民法院申请撤销、变更或者延长。

人民法院裁定撤销通常保护令的，自裁定之日起失去效力。

通常保护令延长的期间为一年以下，并以一次为限。

**第五十三条【临时保护令的效力】**

临时保护令自核发之时起生效，于申请人撤回通常保护令申请、人民法院审理终结核发通常保护令或者驳回通常保护令申请时失效。

临时保护令失效前，人民法院可以依当事人、受害人的申请或者依职权予以撤销或者变更。

**第五十四条【受害人同意与迁出令、远离令的效力】**

责令家庭暴力施暴人迁出受害人居住的场所或者其他场所的保护令，以及责令家庭暴力施暴人远离家庭暴力受害人的保护令，不因家庭暴力受害人同意家庭暴力施暴人不迁出或者不远离而失效。

**第五十五条【对保护令不服的救济】**

当事人对保护令不服的，可以在收到保护令之日起十日内向上一级人民法院申请复议一次。复议期间不停止保护令的执行。

**第五十六条【保护令的执行】**

禁止对房屋及其他不动产进行使用、收益或者处分以及金钱给付的保护令，可以作为民事执行依据，由受害人依据民事诉讼法的规定向核发保护令的基层人民法院申请执行，并且免征申请执行费。人民法院于必要时，可以请求公安机关协助执行。

其他保护令的执行，由公安机关负责。

公安机关应当依照保护令，保护家庭暴力受害人到其住所或者其他居住场所安全地享用其住所、机动车辆或者其他个人职业、教育、生活必需品。

**第五十七条【不服执行行为的救济】**

当事人或者利害关系人认为公安机关、人民法院执行保护令的行为违反法律规定的，可以依据民事诉讼法的规定，在保护令失效前，向执行保护令的人民法院提出异议。异议成立的，裁定撤销或者更正已经实施的执行行为；异议不成立的，裁定驳回。

对于上述裁定，不得申请复议。

公安机关不执行保护令，给家庭暴力受害人造成伤害后果的，受害人可以以公安机关不作为为由提起行政诉讼；对于公安机关的直接责任人员，人民法院可以向监察机关或者公安机关提出予以纪律处分的司法建议。

**第五十八条【违反保护令的强制措施】**

家庭暴力施暴人违反保护令的，人民法院、公安机关可以根据民事诉讼法的规定，对家庭暴力施暴人按照情节轻

重予以罚款、拘留。

#### 第五十九条【外国法院核发保护令的承认和执行】

外国法院核发的生效的保护令，需要中华人民共和国人民法院承认和执行的，依照民事诉讼法的规定，可以由当事人直接向中华人民共和国有管辖权的中级人民法院申请承认和执行，也可以由外国法院依照该国与中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的规定，或者按照互惠原则，请求人民法院承认和执行。

人民法院经审查，认为不违反中华人民共和国法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益的，裁定承认其效力，发出执行令，予以执行。违反中华人民共和国法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益的，不予承认和执行。

## 人身保护令准入家事程序立法视野的思考\*

李秀华<sup>1</sup>、田岚<sup>2</sup>

(1. 扬州大学法学院, 江苏 扬州 225009; 2. 中国政法大学民商经济法学院, 北京 100088)

**【摘要】**从人身保护令视角切入并深入研究考察,认为在制止家庭暴力方面,家事诉讼程序立法对受害人保障尚存在一定疏漏。研究认为家庭暴力诉讼程序立法方面的保护措施弱化与不利会导致受害人面临选择救助路径方面诸多困惑。研究高度肯定了人身保护令实施的意义与作用,并提出其实施过程障碍与改进对策,认为在家事程序立法中,应充分导入多元研究方法才能有效推进人身保护令实施与运行,从而全面而有效地保障受害人的合法权益。

**【关键词】**人身保护令; 家庭暴力; 家事程序; 立法思考

### 一、人身保护令进入家事程序立法的背景

所谓家庭暴力,是指行为人以殴打、捆绑、残害、强行限制人身自由或者其他手段,给其家庭成员的身体、精神等方面造成一定伤害后果的行为。持续性、经常性的家庭暴力,构成虐待。<sup>①</sup>在家庭暴力中,女性成为权利最容易受到损害之群体。2011年,全国妇联公布的调查数据显示,在整个婚姻生活中曾遭受过配偶侮辱谩骂、殴打、限制人身自由、经济控制、强迫性生活等不同形式身体暴力、精神暴力或性暴力的女性占24.7%,其中,明确表示遭受过配偶殴打的比例为5.5%。<sup>②</sup>对妇女权利保障力度成为衡量一个国家法治发展进步与文明程度的重要标志之一。我国婚姻法、妇女权益保障法明令禁止家庭暴力,全国各省市亦出台了相应的地方性法规。2008年,最高人民检察院、公安部、司法部等七部门联合制定了《关于预防和制止家庭暴力的若干意见》。尤其是2008年最高人民法院应用法学研究所《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》(以下简称《审理指南》),为法院处理案件提供了导向性指引。将人身保护令引入反家庭暴力立法系统不仅可填补中国学界对人身保护令制度研究的理论空白,为中国人身保护令制度引入司法领域奠定理论基础,亦可为中国预防与制止家庭暴力提供了强有力的救济措施,这在我国法治史上具有划时代意义。所谓人身安全保护裁定是一种民事强制措施,是人民法院为保护家庭暴力受害人及其子女和特定亲属的人身安全、确保民事诉讼程序的正常进行而做出的裁定。<sup>③</sup>法院发出人身安全保护裁定,首先是给当事人和社会传递一种信息:家庭暴力不是私事,公权力要干预。1995年北京第四次世界妇女大会后,中国在促进男女平等,保护妇女儿童及老人利益,打击对弱者的暴力工作方面,采取了多元的举措。许多学者开始尝试从不同视角关注家庭暴力研究,并取得突破性进展。但笔者认为,家事诉讼程序立法上的缺位是难以有效保障受害人权益的瓶颈。如是否应设立家事法院,在条件不成熟的地方,是否设立家事法庭?在立法滞后的情况下,在相应司法举措尚未到位时,引入人身保护令缺少相对有力的机制与立法土壤支持,显然有些仓促与不成熟。研究发现人身保护令制定与具体实施因国情、文化、习俗、立法背景不同有一定差异,但它毕竟带有极强的制约性与威慑力,因此对制止家庭暴力仍起到积极干预作用。2008年至2011年年笔者在承担中国诊所教育委员会关于“和谐社区与婚姻家庭诊所教育模式结合与功能创设”的项目时,始终将为家

---

作者简介:1.李秀华,扬州大学法学院教授,硕士生导师,扬州大学法学院婚姻家庭法律诊所项目负责人,中国婚姻家庭法学会常务理事。中国诊所教育专业委员会常委。研究方向:婚姻家庭法学、性别与法律、法律诊所教育;2.田岚,中国政法大学民商经济法学院教授,硕士生导师,中国婚姻家庭法学会常务理事。研究方向:民商法、婚姻家庭法学。

<sup>①</sup> 2001年最高人民法院婚姻法司法解释(一)第一条首次在立法上对家庭暴力的概念进行了界定。

<sup>②</sup> 在国务院新闻办于2011年10月21日于北京举行的新闻发布会上,全国妇联副主席、书记处第一书记、第三期中国妇女社会地位调查领导小组组长宋秀岩代表全国妇联和国家统计局发布了该项调查的基本情况和主要数据。调查认为,家庭暴力问题是世界各国普遍存在的一个社会问题,是对人身权利和公民尊严的一种严重的侵犯。参见陈丽平:《全国妇联积极推动出台反家庭暴力法律》,法制网,2011网络热点法治事件回顾(法律法规篇),<http://www.legaldaily.com.cn/zt/content>,2011年12月21日。

<sup>③</sup> 2008年最高人民法院应用法学研究所《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》指出,人民法院做出的人身安全保护裁定是以民事诉讼法第140条第1款第11项等规定为法律依据。

庭暴力受害者作为重点服务对象。2011年我们在对江苏省扬州市某社区调查时,设计了一些指标让被调查对象作出判断:如自家存在家庭暴力行为,邻里存在家庭暴力行为,如何面对与处理家庭暴力事件等。200多位被调查的男性中49%的男性认为在所在社区家庭暴力偶有发生。女性中47%的女性认为在所在社区家庭暴力偶有发生。家庭暴力事件的存在无疑成为家庭与社区和谐的隐患,如处理不当将会引发更大冲突,甚至会使家庭暴力事件不断升级。但相当一部分居民表示更喜欢用隐形方法处理家庭暴力事件。正是基于实证研究,2010年作者提出扬州法院系统应引入人身保护令的提案。这一提案受到扬州中院的高度关注。扬州中院牵头市公安局联合发文确定落实人身保护令实施中执行的具体措施;在审理过程中,承办人根据掌握的具体的家庭暴力情况,对受害人予以适当释明,指导受害人及时提出人身保护令的申请。目前,扬州法院已发出人身保护令多件,有效遏制了家庭暴力频发的情况。事实证明,人身保护令制度彰显了法律对弱势群体生命的尊重与关注,以其仁慈法律内涵和广泛立法实践及显著保护效果证明其在人身保护领域具有不可忽视的作用。人身保护令制度作为保护家庭暴力受害人而采纳的措施,在法院系统已受到关注。引入人身保护令,有助于完善对家庭暴力的司法干预制度。但如何有效实施保护令,采取何种实施保护令模式,如何有效保护家庭暴力受害人权益,仍是家事诉讼立法不能忽视的问题。

## 二、人身保护令进入家事程序立法视野的可行性分析

十届全国人大二次会议通过的《宪法》修正案第33条增加“国家尊重和保障人权”之规定,这在我国人权保障史上具有里程碑的意义。人身保护令对保障弱势群体的人权具有重要的立法价值。人身保护令制定与实施具有漫长的历史发展过程。人身保护令源自中世纪的英国。1640年英国首次通过人身保护的法例。人身保护令除了可向政府发出外,亦可向私人发出。美国法院制止家庭暴力的最主要途径是通过民事保护令,通过该程序,受到家庭迫害的妇女可得到保护。美国大部分州都明确规定违反保护令行为是犯罪。在香港,申请人身保护令需要提供病历、照片、报警证明等表明曾遭受家庭暴力或正面临家庭暴力威胁,可在离婚诉讼提起之前、诉讼过程中或者诉讼终结后的6个月内提出,不需要缴纳任何费用。人身保护令实施在一定程度上,将事后惩罚施暴者转变为事前保护受害者,开创了国家公权力干预家庭暴力的新维度。2008年《审理指南》中有关人身安全保护裁定的规定在家庭暴力公权力干预方面实现了司法理念与方法突破。《审理指南》第三章专章规定了人身安全保护措施。<sup>④</sup>《审理指南》第27条对人身安全保护裁定的主要内容作出了明确规定:1.禁止被申请人殴打、威胁申请人或申请人的亲友;2.禁止被申请人骚扰、跟踪申请人,或者与申请人或者可能受到伤害的未成年子女进行不受欢迎的接触;3.人身安全保护裁定生效期间,一方不得擅自处理价值较大的夫妻共同财产;4.有必要的并且具备条件的,可以责令被申请人暂时搬出双方共同的住处;5.禁止被申请人在距离下列场所200米内活动:申请人的住处、学校、工作单位或其他申请人经常出入的场所;6.必要时,责令被申请人自费接受心理治疗;7.为保护申请人及其特定亲属人身安全的其他措施。”第32条规定:人身安全保护申请的条件。1.申请人是受害人;2.有明确的被申请人姓名、通讯住址或单位;3.有具体的请求和事实、理由;4.有一定证据表明曾遭受家庭暴力或正面临家庭暴力威胁。受害人因客观原因无法自行申请的,由受害人近亲属或其他相关组织代为申请。相关组织和国家机关包括受害人所在单位、居(村)委会、庇护所、妇联组织、公安机关或检察机关等。申请人身安全保护措施的证据,可以是伤痕、报警证明、证人证言、社会机构的相关记录或证明、加害人保证书、加害人带有威胁内容的手机短信等。第33条规定人民法院收到人身安全保护措施的申请后,应当迅速对申请的形式要件及是否存在家庭暴力危险的证据进行审查。人民法院在审查是否存在家庭暴力危险的证据时,可以根据家庭暴力案件自身的特点和规律,本着灵活、便捷的原则适当简化。全国共有9家基层法院被选定为试点法院,并且已发出100多份人身保护令。从保护的对象上看,99.9%都是保护女性的,只有1起是保护男性的。从这100多个保护令发出后的结果看,自动履约率超98%,大多数都是男方承认错误并保证决不再动手后女方撤诉,或者经法官调解后和好,少数是女方坚决要求离婚而经法官调离或判离的。2012年3月,广东省珠海市香洲区法院发出了一份反家暴人身保护裁定“远离令”:“禁止被申请人曹武(丈夫)殴打、威胁、骚扰、跟踪申请人陈圆(妻子)及其亲友,禁止被申请人曹武在距离申请人陈圆现住处100米范围内活动。”人身保护令使饱受家暴蹂躏的申请人陈圆及其亲友在申请离婚期间有了一定的安全感。为了保证“远离令”不会成为一纸空文,香洲区法院同时向当地公安机关发出《协助执行通知书》,以监督被申请人对裁定的执行。如果有证据表明被申请人违反“远离令”,出现在禁止的特定区域对受害人造成骚扰,法院可视情节轻重对其采取罚款、拘留等强制措施。笔者认为这是法院积极运用人身保护令这一特殊的司法手段保护受害方的一项尝试,亦是法院贯彻以人为本理念,有效遏止家庭暴力的举措之一。《审理指南》虽然并不具有司法解释的效力,但是人身保护令制度充分体现了司法权对于行政之监督,对保障公民自由权利则是一个优良制度。这一制度的原理在于:法院在保障人权方面具有特殊作用。尽管保护令制度需要进一步完善与本土化,但高院的保护令规定在具体操作层面相比较其它规定有所细化与完善。尽管《审理指南》具有一定局限性,但对家事程序立法增设

<sup>④</sup> 《审理指南》第23条规定:在涉及家庭暴力的婚姻案件审理过程中,人民法院有必要对被害人采取保护性措施,包括以裁定形式采取民事强制措施,保护受害人的人身安全,确保诉讼程序的严肃性和公正性。第25条规定受害人保护性缺席。第30条人身安全保护措施管辖。第31条对涉及人身安全保护措施申请的提出时间作了规定。第34条 人身安全保护裁定的做出。“人民法院收到申请后,应当在48小时内做出是否批准的裁定。人民法院经审查或听证确信存在家庭暴力危险,如果不采取人身安全保护措施将使受害人的合法权益受到难以弥补的损害的,应当做出人身安全保护裁定。”

有关人身保护令的规定提供了立法与实践的宝贵经验。

### 三、实施人身保护令的难点解析

人身保护令是法院为保护特定受害人，使其免受家庭暴力侵害而发布的强制性禁止加害人为某些特定行为的命令或判决，它不以提出离婚请求为前置要件，可单独向法院申请民事保护令。这种保障受害者人身自由的综合性救济途径，宗旨在于以公权保护方式防止公民私权被他人侵犯，从而有效保障人权。就目前反家庭暴力的法律保护机制建构而言，首先必须了解目前法律保护难点所在，才能有的放矢，进而采取针对性措施来预防和遏制家庭暴力行为，其难点所在表现为：

#### (一) 缺乏综合、协调性立法系统

尽管《婚姻法》、《妇女权益保障法》、最高人民法院司法解释，最高人民法院中国应用法学研究所《审理指南》，在预防与制止家庭暴力方面起到一定积极作用，但上述规定及尤其是《审理指南》未上升到法律强制性层面，其不足之处主要表现为过于理论化、纲要化，缺乏可操作性。此外《审理指南》在实践中亦不能成为司法裁判的直接依据，导致司法机关难以有效干预家庭暴力。立法规范是反家庭暴力法律保护机制在世界各国确立的首要前提。以美国为例，美国法院预防与制止家庭暴力的最主要途径是启动民事保护令制度。美国大部分州均颁布法律，明确规定违反民事保护令的行为是犯罪。因此，为构建反家庭暴力司法保护机制，立法必须先行。为有效防治家庭暴力行为，保护公民人身权益，美国联邦及各州都制订了一系列配套法律规范，包括《家庭暴力逮捕法》、《预防家庭暴力与服务法案》、《民事保护令》等。在美国，这些防治家庭暴力的系统法律，为司法介入家庭暴力提供充分的立法依据，非单一的保护令实施。加拿大许多省规定，警察必须对家庭暴力案件做出及时反应，无论受害人是否愿意合作，警察都必须调查家庭暴力案件，提交报告，必要时提起指控。加拿大许多省颁布的《家庭暴力法》和《紧急状态下保护令》作出有利于受害人的规定，妇女受到暴力威胁时，随时可打电话向警察求救，即使未获得当事人允许，警察也可以破门而入并带走施暴者，限定施暴者一段时间内不得回家，直到警方认为解除暴力威胁为止。我国台湾制定了专门的《家庭暴力防治法》，该法对家庭暴力的定义和适用范围、民事保护令的申请、审理和执行、刑事程序、父母子女关系、家庭暴力的预防及处理等作了详细规定，使得家庭暴力防治工作在台湾得以法制化，法制化也促使公务部门积极回应。不否认我国在处理家庭暴力的问题上有众多举措，亦得到了有关部委、最高人民法院和地方政府、地方法院的重视。如全国妇联、中央宣传部、最高人民检察院、公安部、民政部、司法部、卫生部七部委于2008年7月31日联合下发了《关于预防和制止家庭暴力的若干意见》（以下简称《意见》），重点强化警方在反家庭暴力中的作用。《意见》规定，公安机关在受理家庭暴力案件后，应及时组织伤情鉴定，并根据家庭暴力情节作出及时合法的处理。人民检察院加强了对公安机关家庭暴力案件的立案监督。但无论《意见》还是《审理指南》都存在强制性薄弱、规定体系缺少统一与协调性，因此难以有效制止家庭暴力。

#### (二) 未建立有效的干预机制

处理家庭暴力，应形成由各部门齐抓共管的干预机制。如公安派出所、司法所、居民（村民）委员会、人民调解委员会、妇代会等组织要认真做好家庭矛盾纠纷的疏导与调解工作，防范家庭暴力于未然；家庭暴力报警已经纳入110出警范围。公安机关要根据情节，对施暴者予以训诫或治安处罚；对于有证据表明可能构成虐待罪或轻伤的案件，要告知家庭暴力受害人或其近亲属直接向法院起诉。必要时，司法局要给受害人提供减免服务费的法律援助。近几年，为保护家暴受害人及其特定亲属人身安全，全国各地妇联牵头建立了大约四五百家妇女庇护所，但大部分都门可罗雀，无人问津。究其原因，一方面，收容式的简单庇护容易使受害妇女感到失掉尊严；另一方面，妇女庇护所的保密性与安全性、心理抚慰、法律援助等均远远达不到国际水准。事实上，由于受害妇女受到“家事不可外扬”，“清官难断家务事”等观念影响，加之公权力不应过度干预私人领域的原则及协调机制上的缺位，出现家庭暴力问题时，相关部门之间衔接仍易断裂。囿于司法被动性局限，司法机关一般只能在有诉讼案件时方可立案处理。例如，2012年疯狂英语创始人李阳对美国籍妻子KIM实施家庭暴力多年，是妻子KIM通过微博发出求救信号才使李阳家暴行为被曝光并受到媒体的关注。李阳家庭暴力案使干预家庭暴力的难题再度引起社会各界尤其是司法部门的深度反思。

#### (三) 举证责任制度构建的困境

在家庭暴力案件中，如何收集被司法认定的证据是难点之一。在加拿大，施暴者暴力行为特别严重，将被提起刑事控诉。在审判过程中，受害人仅作为证人参加审判，无提供证据义务。在减轻当事人举证责任方面，他们具有合理性的判断。笔者认为如何在处理家庭暴力案件中，进行举证责任的合理分配将是法律探讨与突破的难点，如责任倒置与合理转移均是探讨的重点。据一项统计表明，各地人民法院所审理的婚姻家庭案件中，当事人主张存在家庭暴力的约40%—60%之间，其中只有不到30%的当事人能提供包括伤照、病历、报警记录、子女证言等间接证据。受“宁拆十座庙，不拆一门婚”等传统观念的影响，相关证人鲜有能站出来作证的。就现实案例来说，法院目前能认定家庭暴力的，基本上是根据加害人的自认，认定率不到10%。在司法实践中，家庭暴力一般只有构成家庭成员之间的轻微伤害案件及虐待案才能通过“告诉”处理，故对家庭暴力采用的是“排除一切合理怀疑”的刑事证明标准，受害人提供的其他证据再多，只要没有加害人自认的关键证据，法官即使内心确信存在家庭暴力，仍难以认定。有学者强调“务实地承认在相对确定的举证责任分配的前提下，法官可基于公平正义要求对具体案件中的举证责任作出部分转移的裁定，

即举证责任的部分转移。”<sup>P105</sup>笔者认为,就反家庭暴力的法律保护而言,针对其难点所在,应向受害者提供各种形式的法律援助与救济。《审判指南》在责任合理分配方面有一定突破,如举证责任转移至加害方。笔者认为,可以将《审判指南》行之有效的规定纳入家事诉讼程序的立法中。

#### (四) 建议设立专门的家事法院或家事法庭

引入人身安全保护令,需要立法相应的完善与配套。我国有必要建立专门的家事法院、设置专职家庭案件法官并且有效介入阻止家庭暴力事态扩大化。在条件尚未成熟时,可以设立专门的家事法庭。审判方式改革和审判领域不断拓宽,给法院工作提出了更高挑战。只有适应这种形势变化,制止家庭暴力才能有效推进。要捍卫法律尊严,提高审判效率,法院涉及审理家庭暴力案件时,就要改变传统的审判意识与方式。近年来,随着法官业务素质 and 专业化水平之改善,随着法院改革的深化,法院对处理家庭暴力案件积累了理论与实务经验,有能力引入人身安全保护令。

### 四、启动人身安全保护令:家事程序立法应有新维度

#### (一) 建立制止家庭暴力合议庭

运用国家公权力主动出击是制止家暴的重要举措之一。设立“反家庭暴力合议庭”是启动人身安全保护令实施机制的突破口。合议庭主要审议与家庭暴力相关的案件。合议庭应由社会阅历丰富、熟悉婚姻家庭审判和执行业务的审判员以及人民陪审员组成。还应吸取心理专家,社工等专业处理家庭暴力案件的人员诊断案件,从而提出最优方案。人身安全保护令将事后惩罚施暴者转变为事前保护受害者。受害者可通过提供病历、照片、报警等证明,在离婚诉讼提起之前、诉讼过程中或者诉讼终结后的一年内向法院提出申请,不需要缴纳任何费用。1999年我国台湾地区的《家庭暴力防治法》(2007年修改)正式实施。针对这一法案的实施,台湾警方改革了对家庭暴力的应对机制,如在警察部门内部成立专门的家庭暴力防治单位,落实家庭暴力防治官专职制,推行家庭暴力安全计划,制定警察处理家庭暴力案件的操作规程,建立家庭暴力数据库,简化家庭暴力处置程序,加强警察处置家庭暴力能力的培训等。根据台湾地区“司法院”《司法统计年报》,2005年1月至2009年4月台湾地方法院共核发保护令12345件,其中禁止实施家庭暴力50604件,占41%。<sup>⑦</sup>在人身安全保护裁定生效期间,人身安全保护令可禁止被告殴打、威胁原告或其亲友,还可禁止被告擅自处理、侵占夫妻共同财产等。

#### (二) 家事程序立法中应对人身安全保护令作出实施规范

人身安全保护令价值在于将事后惩罚施暴者转变为事前保护受害者,开辟国家公权力介入家庭暴力防治的新维度与新途径。人身安全保护令制度在全国的普遍激活的前提是有法可依,但目前我国现有关于维护妇女、老人、儿童权益的法律法规散见于《宪法》、《民法通则》、《刑法》、《治安管理处罚条例》、《妇女权益保障法》、《未成年人保护法》、《婚姻法》等法律法规中。虽然上述部分法律明确规定了禁止用暴力虐待、残害妇女,但由于家事程序立法的缺位,从而也就难以有效保护受家庭暴力侵害的受害人。由此,只有将人身安全保护令纳入家事程序立法中,受害人权益才能得到有效的法律保障。

综上,人身安全保护令实施裁决缺少法律依据,不利于从整体视角对家庭暴力行为进行司法规制。尽管《审理指南》明确提出了专门针对受害者事前保护的“人身安全保护令”,得到了各地法院的积极回应,但因缺少统一立法,使人身安全保护令的推动仍面临各种司法障碍。笔者建议,在立法层面上,明确人身安全保护令定义、受理条件、保护内容、人身安全保护令启动程序与执行机构、施暴者应承担的法律责任等内容,从而做到执法部门明确、各部门分工合作,可操作性强,让人身保护令启动做到有法可依。

#### (三) 完善人身安全保护令操作模式

因为缺少全国统一防治家庭暴力法案,并缺少家事程序立法的规范,《审理指南》有关人身安全保护规定亦未上升为全国统一的法律文件或者司法解释,一些法院在操作模式上仍处于探索阶段。法院在将人身安全保护裁定抄送辖区公安机关的同时,会同时函告辖区公安机关保持警觉,履行保护义务。被申请人对人身安全保护裁定不服的,可以在收到之日起5日内向签发裁定的法院申请复议。<sup>⑧</sup>“就目前来看,人身安全保护裁定大体有3种执行模式:长沙市岳麓区法院签发的3个人身保护令,都是由政法委协调公安机关执行的;无锡市崇安区法院签发的两个人身安全保护裁定,是法院与公安机关配合执行的;重庆一中院签发的4个人身保护令,则是法院、妇联、民政3家配合执行的”。笔者认为,在家事程序立法方面,要进行合理的探讨与论证,统一人身安全保护令的执行模式,有助于在全国复制与合理的本土化。

笔者认为,上述各项建议有助于各机构协调机制,有助于各级政府部门、司法部门与非政府组织之间建立起多元协作关系,共同推动和有效实施人身安全保护令保护令。

#### 参考文献:

- 1、高凌,李秀华,高建秀,刘婷婷.中国内地与香港针对妇女和儿童性暴力的理论及实务研究(J).妇女研究论丛,2008,(4).
- 2、李娜.全国已发出逾百个人身保护令(N).法制日报,2010\_10\_20.

<sup>⑧</sup> 参见徐伟:《人身安全保护裁定全国发出11个》,《法制日报》,http://www.sina.com.cn,2009年6月15日。

- 3、陈治家等. 首份反家暴远离令出炉 (N). 北京青年报, 2012\_03\_06.
- 4、赵喜斌. 家庭暴力庇护所, 八年没人来 (N). 北京晚报, 2012\_03\_27(17).
- 5、孙娜娜. 中国家庭暴力发生率达 35.7% 女性受害者占 9 成 (OL). 中新网-人民日报. <http://www.gscn.com.cn>, 2008\_10\_(7).
- 6、程春华. 举证责任分配、举证责任倒置与举证责任转移——以民事诉讼为考察范围 (J). 现代法学, 2008, (2).
- 7、史长青. 台湾家庭暴力之处理机制——从公力救济到乡镇市调解 (J). 台湾研究集刊, 2010(5).

## 诉讼与非诉讼程序衔接的若干问题

主讲人：范愉

主持人：汤维建

嘉宾：肖建国 邵明

来源：中国民商法律网

**【内容提要】**9月27日，民事诉讼法全面修改系列讲座第八讲在我院举行。我院范愉教授担任主讲人，并作了题为“诉讼与非诉讼程序衔接的若干问题”的演讲。我院肖建国教授和邵明副教授出席了本次讲座。讲座由我院汤维建教授主持。范愉教授首先介绍了当下民事诉讼法修改的大背景，深入分析了我国现行民事纠纷解决机制的混乱情况。她指出当下需要进行理性的制度建构，充分发挥非诉讼程序的功能，尤其是发挥人民调解的作用，实现诉讼程序和非诉讼程序的衔接。随后，范愉教授分析了诉讼和非诉讼程序衔接面临的几个问题：一是将人民调解前置的问题，即考虑由现行的多元化、层级化的调解机制先行解决一些民事纠纷；二是调解协议效力的确认问题，即需要解决现实中人民调解协议效力低的问题，纠正当下对人民调解协议效力的误解；三是救济程序的设立问题，即允许当事人提出撤销之诉。在互动阶段，范愉教授围绕附带民事诉讼中刑事和解的相关问题、此次民诉法修改侧重是维权还是维稳、强制调解是否对当事人的权益造成侵害以及如何平衡调解中当事人之间的利益等问题与同学们进行了深入交流。

**主持人：**各位同学，晚上好。今天我们民事诉讼法全面修改系列讲座八特别邀请到了，也是非常荣幸地邀请到了我国著名的学者范愉老师。范老师大家都很熟悉了，可能都不用我做过多的介绍。范老师在我国法学界，大名鼎鼎，名声赫赫。在法理学界和民事诉讼法学界都得到了高度地、充分地认同。那么在我们民事诉讼法的理论研究当中呢，范老师她主要是以研究ADR著称的，所以范老师在我们理论界，有人称她ADR之父，也有人她是ADR之母。ADR的最高权威就非范老师莫属了。所以我们今天非常荣幸地请范老师给我们介绍她ADR研究的最新心得、最新的研究成果，就是诉讼和非诉讼的衔接机制。那么这一次民事诉讼法修改，涉及到的议题或者问题点很多。其中就有一个诉讼与非诉讼的衔接问题，那么在这个方面由范老师来发表她的意见和观点，可以说是我国的民事诉讼法的修改和完善，肯定会起到很大的推动作用。今天范老师特别辛苦，下午她已经做了一个讲座，叫小额程序。也是民事诉讼法立法的一个难点问题。范老师今天也是作为主讲人，发表了她的真知灼见。那么晚上我们范老师很辛苦，晚饭还没有吃，就吃了一点点点心。我们很感动。我们对范老师给我们今天晚上做的讲座以及她给我们带来的传授知识的精神，让我们以热烈的掌声表示感谢。下面就有请范老师给我们做讲座。

**范愉：**好的，谢谢！各位老师、同学们，大家晚上好。汤老师刚才的介绍，实在受之有愧。实事求是地讲，在民诉法学界我是一个边缘人物。所以在民诉法的修改中，我本来是很低调，尽量靠边站的。所以汤老师邀请我来做这个讲座，我都不好意思来。因为这么多大家，像汤老师、江老师这样的大家，包括我们肖老师，都有自己非常系统的一系列思路，对民事诉讼法的修改做出了非常大的贡献。一些人甚至都拿出完整的立法草案来，那么庞大。但在汤老师不断邀请下，我只能勉强拿出这么一个非常小的话题来讲，因为这个话题我确实有一些研究体会。而且，在这次民诉法修改中，我一直被最高院委托参与这方面的一些论证，并在他们的要求下，写了一篇文章。可能有的同学和老师已经看到，就是在《法律适用》2011年第九期上发表的论文：《诉讼与非诉讼衔接的若干问题》。实际上，也就是对民诉法修改的这一个非常具体的问题，提出的一些非常浅薄的意见。

在讲这个问题之前，我先简单的说一下背景。我们大家都知道，对于民诉法的修改，很多学者做了很大的贡献，同时也对此寄予很高的期望。但是我们又确实必须承认，整个民诉法的修改只能在既有的体制下进行。我记得早几年汤老师他们就曾提出一个我非常赞同的意见，就是考虑对我国民事诉讼制度进行一个较大的修改。从法院体系进行改革，建立部分简易社区法庭或者调解中心，将低端司法功能从正式的法院中分流出去。这样的一个思路，我觉得是非常有创见的，也符合中国的国情和时代潮流。但是必须承认，这样的设想有很大的障碍。所以汤老师他们这样的理想，暂时可能无法实现。此外，我们中国大陆不是特别善于用非常细致的立法，进行理性建构和科学的制度设计的。我们的习惯做法是什么呢？就是摸着石头过河。说摸着石头过河本身不带贬义，反应出一种实践理性，但是也说明我们在理性建构方面存在很多欠缺，立法虽然有所作为，但作用有限。例如在非诉讼机制与诉讼衔接方面，很多西方国家以及东亚近邻的国家和地区，一般会通过立法设计一个比较完善合理的制度，对诉讼与非诉讼之间的区别和衔接设计出

合理的程序。远的不说，台湾地区，就有非常系统和完善的立法、制度和程序。尽管我们经常说调解是东方一枝花，我们有多么丰富的经验，但实际上，我国在调解方面缺少确定的立法和制度，政策也经常反复。同样都是中华民族的台湾地区，在调解制度的建构一直非常稳定、连续和扎实，制度一直比较先进。我们现在讨论的对调解协议的司法确认，很大程度就是对台湾的乡镇市调解制度的借鉴。台湾在制度设计中，既有独立的非诉讼的机制，如乡镇市调解；又有法院附设调解；同时法官在调解过程中也会非常灵活地运用各种各样的调解，包括移付调解，也就是我们说的委托调解，实现诉讼与非诉讼、调解与诉讼之间的衔接。乡镇市调解的司法确认，从50年代就已经建立了，有关法规经过多次的修改，近年来又不断加强，所以台湾调解制度的设计有些比我们现有调解制度更为成熟。从人民调解法制定到这次民法修改，其中有关司法确认的思路，一定程度上是参考借鉴台湾的经验。

我们近年来也提出了一些重要的理论，并致力于与实践联系起来，更好地促进多元化纠纷解决机制的整体建构。我们提出的多元化纠纷解决机制，不是仅仅指非诉讼纠纷解决机制，而是包括诉讼与非诉讼两大部分，以及二者的衔接。有些人经常误解我们的概念，认为提倡多元化纠纷解决机制就是主张全部或只搞非诉讼机制。这一点我必须得反复声明一下，纠正这种误解。至于实现非诉讼和诉讼之间的衔接的途径，可能有多种选择。最佳的选择，当然是通过完善的立法，理性构建合理的制度和程序，之后实施。但这种理想呢，坦率地说，实现起来很困难。因为决策者经常出现政策上的摇摆，立法中意识形态的因素很强。比如说担心推行非诉讼程序会影响公民的诉讼权利，等等。这些意识形态和政治性因素，以及一些体制性因素，使得我们在制度建构中常常出现混乱，政策也经常出现一些反复。

第二个进路就是通过实践创新推动制度的发展。最高人民法院在2002年曾经对人民调解协议有一个司法解释，承认人民调解协议的合同效力。其实我们都知道，江伟老师也多次指出，这个司法解释并没有真正提高人民调解协议的效力。因为，所有的协议，包括双方自行达成的和解协议，最低的效力就是合同效力。那司法解释起到了什么作用呢？其实作用很大。因为在此之前，法院完全不认可人民调解，法院既不把调解协议作为一个事实，也不把它作为一个证据，也完全不视为一个合同。由此人民调解组织就失去了调解的积极性。司法解释出台以后，至少起到了一个重振人民调解的作用。但是同时又造成新的混乱。甚至司法部的领导就在各种各样的场合下，如在中央电视台《今日说法》上宣称，只有人民调解的协议才有合同效力，其他的任何调解协议，包括行政调解都不具有这种效力。这样，就造成实践中，行政部门原来拥有调解职能的也拒绝调解，推说其调解协议没有效力。如果说行政调解属于行政行为吧，又怕当事人反悔、打行政官司；如果说连合同效力都没有，行政机关不知道自己为什么要干。再加上强调依法行政，行政机关往往以此为由拒绝参与调解，法律也没有规定我必须去调解，所以就导致了很多原来的传统的一些有效的纠纷解决机制逐渐失效，大家都把纠纷往法院那儿推，找各种各样的借口拒绝老百姓的诉求，因此导致纠纷解决机制的混乱。其实也有部门利益的问题，司法部想让人们调解一家独大，无形中也会否定其他机制、机构的作用；同时也想将人民调解改造成准司法程序。但是，人民调解按照原来宪法设定的思路，是一个村居委内设的民间、群众组织，并不能构成一种准司法程序。我们很多学者对此不满，认为村居委的这些老大爷、老大妈，地方人士，没有能力做到依法调解，不可能达到跟诉讼调解或判决同样的正义公平。由于对人民调解不信任，因此对进一步提高人民调解协议的效力的争议也比较大。

最高人民法院的第二个司法改革五年计划中，把多元化纠纷解决机制列为司法改革的目标之一。最高法院司改办在搞这个项目的时候，跟很多国外的机构进行了合作，包括亚行、欧盟等等，这些机构都非常支持，当时我也作为课题组成员，写了很多方案和意见。我主张，如果在立法暂时无法完成理性的制度构建的情况下，通过司法解释先行完成一种实践性的构建，是可行的。既然可以通过司法解释承认人民调解协议的效力，也可能对其他的调解协议的效力给予一个司法认同。由此，给大家拨乱反正，理清思路。在这个时期，法院已经逐渐脱离早期那种争夺诉讼资源（案源），靠案件量和诉讼收费来维持生存的状态，法院硬件条件和待遇明显提高，已经越来越意识到，过多依靠低端司法和数量支撑的司法并不是应该追求的，同时也接受了一些西方ADR的影响。在这个背景下，法院开始对社会力量参与，比如非诉讼调解与司法衔接（立案调解、委托调解等），有了更多的认识。当然我们也承认，法院有自我的利益动机。关于这一点，我们不断跟法院进行交流。指出法院要搞多元化纠纷解决机制的建构，不要老从自己的利益出发进行论证，比如案多人少，忙不过来等等，而要使公众和当事人认识到他们是真正的受益者。

当然从法院的角度来讲，还面临“案结事不了”的问题。司法改革早期追求一步到庭，强调当事人主义，对抗等现代程序公正等理念，但对我国当事人的文化、诉讼能力和诉讼本身固有的一些局限性等等估计不足，导致判决大量进入上诉、再审，涉诉上访、涉诉信访激增的危险局面。因此，法院要应对两个问题，一是案多人少；一是案结事不了。在这种情况下，开始对社会力量进来越来越感兴趣。如果社会力量进来的话，不仅可以在一定程度上减轻司法的压力，另一方面，有很多（大家怨言比较大的）法院不立案的群体性案件、复杂性的案件等，往往立了也结不了，结了效果也不好。如果能通过其他方式帮助当事人解决问题，往往比判决效果更好。在这个背景下，从肖扬院长后期对调判结合、诉前调解的支持，到王胜俊院长提出调解优先，以及诉讼与非诉讼衔接的项目等，都是在积极推动多元化纠纷解决机制的建构。在实践中也有很多法院进行各种探索，有的法院主动按照我提出的多元化纠纷解决机制的理念和制度设计进行实验，效果非常好：受案数量降低，涉诉上访的压力基本没有了，老百姓特别满意，不断提出表扬（如吉林市昌邑法院）。总之，法院推动多元化纠纷解决机制不仅从中获得了很大的利益，但更重要的是要使当事人和社会

成为真正的受益人。从当事人角度来讲，他们获得的好处是：非对抗、便捷、低成本等程序利益，纠纷解决的结果更加圆满，避免了那种非此即彼的僵化判决，维系长久的关系，降低负面损失和道德成本，等等。这都是现代调解的理念。而我们现在往往仅强调调解协议的效力，忽略了非诉讼机制的其他优势。对社会而言，节约司法资源，减少诉讼的负面作用，和谐稳定等，都是社会重大利益。

在社会开始认同多元化纠纷解决机制的背景下，通过最高人民法院的司法解释或政策文件促进诉讼与非诉讼的衔接是可行的。在最高法院进行这一项目过程中，多个机构行业都参与了合作，如仲裁机构、消费者协会、工会、多个行政部门，还有一些行业协会、保险业等等。这些机构过去都是阻碍调解的，比如说很多保险公司不承认调解协议，非得要判决书才可理赔，导致一些本来非常容易解决的问题，变得非常复杂。法院通过这种协作也有利于调动各个机构、包括行政部门超越自己的部门利益和立场，共同参与到这一机制的建构中去，改变以往对调解的态度。所以这些部门之间的协调非常顺畅。当时，最高法院司改办提出了一个“三步走”的方案。所谓的“三步走”就是首先完成一个类似司法解释或司法政策的文件，可以有一些超越立法的地方。这个成果就是2009年《最高人民法院关于健全诉讼与非诉讼衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》。原来叫诉讼与非诉讼衔接的多元纠纷解决机制，政法委将多元改为矛盾。其实若干意见还是存在很多值得探讨的问题的，但是我们当时达成一个共识，暂且先放下分歧或不同意见，对它先有一个支持的态度。因为它毕竟不是一个立法，能有这样的推进是不错的。《若干意见》的重要贡献，就是将诉讼与非诉讼程序加以衔接，凡有一定资质、相对正规的、法院能够认可的调解组织机构主持达成的调解协议，一律都承认其合同效力，可以通过司法确认来赋予执行力。这是一个没有法律依据的创新。其中包括了人民调解，行政调解，和其他正规的调解，如各仲裁委正在尝试建立的调解中心（走市场化路线，收费，因此不能涵盖在人民调解中）也被纳入其中。这是第一个背景。

另一个背景问题，就是2010年的人民调解立法。刚才我们说了《若干意见》的司法确认当时没有法律依据。但此后《人民调解法》把司法确认吸收到立法里了，这样就把司法确认变成了一个法律认可的程序或制度。但是，《人民调解法》只能调整人民调解，对商事调解、行政调解，没有办法统合。今年3月，最高人民法院制定了《关于人民调解协议司法确认程序的若干规定》，也只是对人民调解协议进行司法确认。这样，其他调解，如行政调解、商事调解等，暂时仍然没有法律依据，还是按照《若干意见》的方式去运作。现在《民事诉讼法》进入了修改议程了，前面有关调解协议的司法确认制度初建已经完成，那么应该把司法确认吸收到民事诉讼法来。如果民事诉讼法能够把这个确认制度收进来，同时以《若干意见》中规定的广泛的调解组织为基础，不限于人民调解这一个组织，就可能实现《若干意见》的基本目标，初步构建一个诉讼与非诉讼程序相互衔接的多元化纠纷解决机制。

我刚才说的最高法院的“三步走”的第二步，是由中央政法委出面或综治委出面，搞一个大的、各个部门协作的政策文件。这个东西，就是2011年3月中央社会综合治理委员会、最高人民法院、最高人民检察院、国务院法制办公室、公安部等16家单位印发的《关于深入推动矛盾纠纷大调解工作的指导意见》，这个意见不是立法，也不是司法解释，属于一种协调性的，能够把所有跟大调解有关的机构都能调动起来的政策文件。其中一些机构原来拒绝调解，或者认为自己没有调解职能，特别是行政机关，现在也开始承担纠纷解决和调解的义务。国务院法制办最近也在考虑制定一个诸如《行政调解条例》的东西。我个人觉得，是否用条例的方式是可以商榷的。因为行政法的特点是专门法较多，将特定领域的专门的实体法和程序法结合起来，分别设计纠纷解决机制，可能更有针对性、操作性价值。如果制定行政调解条例的话，肯定也是一个框架性的，不可能对所有的行政调解都做出非常细致的规定。但这样也有利于完成行政调解制度框架的建构，形成与民间调解、司法调解的分工和协作。总之，第二步就是由中央综治委搞一个这种大的文件，动员各个部门来参与到大调解活动中来。相当于由中央政策推动多元化纠纷解决机制的建构。

《人民调解法》和现在的民法修改都属于“三步走”的第三步，也就是立法。但并不是说一个立法。人民调解法和民事诉讼法完成后，也许还不足以解决所有的诉讼与非诉讼衔接的问题，今后还需要有更多的立法。比如说行政诉讼法的修改，也涉及到这个问题。将来还会有一些专门法，比如劳动法和劳动调解仲裁法属于已经完成的专门法，但是非常不完善的，制度的漏洞很多，还需要继续完善。很多专门领域都需要逐步完成这种专门化纠纷解决机制的建构。这些年来，各个行业在中纪委和最高法院上述政策文件的促动下，都开始纷纷搞行业性的调解机制。去年，徐孟洲老师他们就领衔研究了金融行业纠纷解决机制的课题，我也参与了。目前很多行业协会以及证监会、银监会等都在尝试搞本系统的调解机制。《人民调解法》出来以后，有一些机构会与人民调解组织进行整合，过去有很多机构搞了自己独立的调解组织，最初并不愿意向人民调解靠拢，但是现在发现人民调解制度已经有了法律保障，又开始向人民调解靠拢。比如说北京的医疗纠纷调解，原来是由医学会、保险公司自己搞的独立机制。但是现在按照卫生部的要求，重新整合为医疗纠纷人民调解机构。

在上述背景下，《民事诉讼法》修改的问题已经提入日程了，其中诉讼与非诉讼衔接成为其中的一个课题。

至于如何衔接等一系列具体的细致的操作性问题，有时候我们会感到有点无奈。为什么呢？因为我们的立法者不喜欢把法律搞得很细，很多法律制定中当需要制定操作性细节问题时，往往会出现一些争议和不同方案，立法者有时候会觉得这些问题不好解决，宁可搞得粗放一点，对细节不关心。而且，我们学者也不擅长解决操作性问题，包括我本人。所以我下面讲的也就相对粗一点，主要讨论一些较大的问题。



我们中国大陆讨论很多问题往往是从意识出发，想象的东西太多，比如说调解优先，总是先把它意识形态化，觉得调解就必然导致强制调解。先从意识形态出发，推定出或夸大许多问题，给它戴一个帽子，进行批判。其实把问题细化了以后，比如什么是可以调的、什么是不可以调的，分清之后，并没有想象中的那么大的危险。我在给法官学院讲课时，给法官讲什么叫“当判则判”，把这些问题用可操作性的方式列出来，包括需要防范和不宜调解的情形。后来将这些内容写成了论文。9月18号，最高法院主办了一个两岸四地，主要以法院为主的实务界的司法研讨会，主题就是调解。其实两岸四地对调解都没有异议，而且对于“调解优先”的问题，也没有异议。所以我报告了“当判则判”的论文后，他们都觉得非常好，认为就应该有操作性的东西。当时，台湾司法培训所的所长专门跟我说，你能把这些原则、规则弄的那么细，极具操作性，真的是不容易，真的很好。但是，当我国进行立法的时候，总是很粗，不太习惯把它弄的非常细，很多细节都没有很好地考虑。其实这不是一个很好的事。

那么诉讼与非诉讼衔接大概有哪些问题呢？

首先，先说调解前置的问题。这个问题这次民法修改中肯定是不考虑的。但是我为什么要说？是因为事实上早就有人提，在人民调解法制定的过程中就有很多法院提出，可不可以规定一部分案件必须调解前置，由人民调解等先行调解。当然我们知道，立法不会把所有的民事案件，或者相当多的民事案件交给人民调解，因为大家都不放心。不过有一点大家要知道，这里说的人民调解，其实并不是村居委的人民调解。现在人民调解本身是多元化的。它低端是设在村居委的，甚至还可以再往下延伸，可以聘请地方能人做调解员，建立在村组或城市社区的楼、层。同时，人民调解法开了一个非常大的口子，就是允许乡镇及专业团体设立人民调解。法院现在设立的人民调解窗口，其实很少是真正的从村居委一级人民调解请来的人。大部分都是退休法官、退休检察官、老公务员、老警察、资深调解员，还有一些资深律师等。人民调解法出台以后，全北京市都建立了人民调解窗口，其中大部分都是这种带有职业化或者退休人员构成的。由于这些人民调解窗口的调解员带有很强的准司法背景，是否可以由他们负责进行前置性调解呢？也就是说，调解前置其实也是仅仅考虑到比较正规的人民调解组织，并没打算说让村居委调委会来调。即使这样，立法者也仍然没有接受这个建议。在人民调解立法的时候，很多人非常担心，他们认为，好不容易搞法治了，注重诉讼了，再回到调解断然不行，不能接受调解前置，哪怕是极小部分民事纠纷。

今天下午我们讨论了小额程序，我其实不是绝对拒绝小额程序的。但是，我说小额程序其实是一个过时的制度设计。西方在早期司法改革中追求简易化，选择了小额程序。但是现在设计制度的话，更多国家会选择强制调解，也就是我们说的调解前置。如果我们立法进行程序设计时，有点前瞻性就好了。但是我们的立法者觉得这个调解前置是一个倒退，所以不接受这样一个制度程序设计。其实现在强制调解在很多国家和地区已经非常普遍了。欧盟现在也在推进。英国的整个民事司法改革，都是以减少诉讼，加强非诉讼程序的利用为目标的。香港受英国的司法改革的影响，也在更多的考虑调解前置。台湾一直以来就有强制调解，从50年代开始，没有经过太大的反复，一直在加强。不仅有强制调解，而且已经立案的，在法官审理过程中，如果认为适合调解，可以移付调解，就是委托调解，将案件转回调解程序（一些刑事案件检察官也可以委托调解）。在我们人民调解法的制定过程中，不仅诉讼的调解前置完全被否定了，而且委托调解，立法者也不敢接受。主要是担心什么呢？担心委托多了，会不会又扩大了人民调解的范围。其实人民调解从解放区到50年代到80年代，人民调解是可以调解轻微刑事案件的，自诉就更不用说了。到了80年代，人民调解的范围开始被缩小，司法部的条例不仅取消了刑事案件的调解，而且明确规定只能调解公民之间的民间纠纷，连法人之间的纠纷都被排除了。现在的立法不限制法人和商事纠纷了，但是轻微刑事调解并没有恢复。但是台湾乡镇市调解大量都是调解轻微刑事案件和刑事自诉案件，它的范围比人民调解广。而且，国外的调解发展特别快的也是刑事和解，特别是轻罪的和解。而我们老说自己的调解是东方一枝花，其实如果跟整个当代世界比的话，中国调解应用的范围以及制度设计都远远落后于很多国家，包括西方和亚洲近邻。

现在讲强制调解，大家都知道是什么意思，为了避免误会，我反复说，强制调解只是指作为诉讼前置程序，并不意味着让当事人必须接受调解的协议。当事人的诉权实际上并没有被剥夺，调解不成的时候，当事人进入诉讼并不受影响。为什么要设立前置调解？主要是考虑到一方当事人申请调解，如果是非前置的情况下，对方当事人不来，调解是没法进行的。如果是强制性的，对方当事人就有义务来参加调解。大多数强制性调解，结果调解成功率至少能达到70%左右。也就是说，这种设定是有明显效果的。但人民调解法立法时，立法者否定了调解前置。

其次，讲一下委托调解的问题。当初我在参与人民调解法制定的时候，多次提出希望能把委托调解纳入立法。为什么呢？因为人民调解范围被限制得很小，今后会有很多高端的专业化的甚至准司法类型的调解组织出现，如果仅限于现有的调解范围（民间纠纷），可能导致调解资源的浪费。如果把委托调解加进去的话，将来就可能通过司法和行政机关的委托扩大人民调解的范围。虽然人民调解法没有接受委托调解的方案，但是保留了一些可能性和实践空间，并没有明确禁止。只要没有禁止，法院还是可以委托调解的。所以事实上，委托调解仍在大量实行，不仅是法院委托，而且公安机关也委托。在北京，公安机关早已全面建立人民调解进派出所。派出所是有调解传统的，本来是解决治安纠纷的，但经常有大量的普通民事纠纷找到警察解决，警察忙不来，而且一些年轻警察调解能力也有限。基于这些原因，他们委托人民调解员进驻派出所帮助解决这些纠纷。所以人民调解不仅仅是跟司法衔接，还有跟行政的衔接。在这次民法的修改中，委托调解可以不可以纳入，立法者好象有点松动，有可能得到立法承认。法院的态度非常积极，

希望立法承认委托调解。

一旦委托调解被立法接受，用什么概念和程序设计就需要斟酌。委托调解设置其实也是很复杂的。首先需要明确委托与被委托的关系。是一个司法行为，还是一个非司法行为？这个问题很复杂，现在法院的委托调解本身就分几种。一种是诉前的委托调解，虽然叫委托调解，其实跟司法还没发生关系，没有正式立案它。还有一种是先立案，然后叫人民调解窗口进行调解，这也叫委托调解。但是这种调解与诉讼已经发生关联，其结果可能转化为司法行为。我举个例子，比如像离婚，人民调解可以不可以调解呢？本来婚姻家庭纠纷应该是调解的长项，例如分割财产、抚养权等。但人民调解无权调解离婚，因为人身关系不属于其调解的范围。所以就出现了一个矛盾，本来特别适合调解的但又不能让其调解，即使调解了，也不具有确认离婚的法律效力。还有类似房屋的权属等，人民调解都无权参与。如果当事人自愿调解，达成调解协议后可以通过一个司法程序或者行政程序使它生效，实际上是一种很好的办法。但现在法律没有这样的规定，就会导致很多人民调解拒绝调解。于是把人民调解本来应该发挥作用的一个重要领域反而取消了。在委托调解的情况下，就可以在一定程度上解决这个问题，调解协议达成后，可以将调解协议书通过行政程序或司法程序产生法律效力。但目前，这种调解也不属于司法确认的范围，在实践中，有的法院通过转化为诉讼调解书的方式解决委托调解与司法衔接的问题。但在操作中，混乱还是比较多。

还有一种委托调解，在国外使用比较多。就是在诉讼中，法官认为这个案子适合调解，那么就先中止诉讼程序，然后给当事人一个期限，由他们自己去找人来调解，或者由法院指定调解员调解。中国人老以为调解只适合解决简单案子，其实国外恰好认为调解最适合解决复杂的案子。比如像微软的案子就是这样，微软的案子一审的时候还让波斯纳这样的大法官和学者参与调解，但是没调下来。结果判完了以后引起了社会的激烈抨击。后来在上诉过程中，法院仍极力让当事人达成和解。各国在委托调解方面关系也比较复杂，有的司法委托达成了协议后，可以通过合意判决方式生效，产生诉讼判决的效力。有的则直接赋予和解协议生效判决的效力。我国对委托调解的性质和效力都没有明确的规定，所以就比较混乱。委托调解到底是一种什么委托行为，是司法行为还是一个普通的非司法行为？都搞不清楚。

第三，就是这次大家比较关注的非诉讼调解协议的法律效力和它的司法确认问题。这两个问题我分别说一下。

首先，非诉讼调解协议的效力究竟是合同效力还是更高？我知道江伟老师反复说，人民调解协议定为合同效力太低了。尽管我特别理解江老师的这个看法，但是从制度设计中，这种意见确实也有一些不好解决的问题。很多人说国外的调解效力多么多么高。实际上，这也是一种误解。在制度设计中，只有一种调解是有生效判决的效力的，那就是台湾、日本、韩国模式的法院附设调解。这是从日本那儿发源的一个制度。台湾、韩国都是学习的日本。那么这个调解为什么有这么高的效力呢？是因为调解委员会本身是在法院附设的，调解委员会主任本身就是法官。调解员都是经过遴选的社会人士。法官在调解过程中的作用本身就是进行司法审查，一旦双方当事人达成了合意，法官同时也完成了对调解协议的司法审查。因此，调解协议具有生效判决的效力。除此之外，没有见过哪个国家普通的调解协议具有这个效力，只有经过合意判决、仲裁裁决的确认，和司法审查确认之后，才可能产生更高的效力，包括强制执行、不得重新提起诉讼等。世界上形形色色的调解都是如此。如果是行政调解，调解达不成的话，可赋予该行政机构裁决的权力。比如日本设置了很多很多的这种行政调解，比如说环境公害调整委员会等都是这样。在调解不成时可以作出裁决。但是，第一，虽然可以作出裁决，但日本的行政委员会很少用过裁决，基本上都是调下来的；另外一点，即使做出了裁决，仍然不能剥夺当事人的诉权。换句话说，裁决不是一个终局性的、不能诉讼的裁决。在这个意义上，世界各国，非诉讼调解协议，都不具有强制效力。现在欧洲大陆推行的行政申诉专员制度是一种综合申诉、协商、调解和裁决为一体的制度。大部分是解决消费者争议的，由各种行业建立，如金融行业。设立申诉专员的行业，所有的这个行业成员都必须承诺，服从该机构的处理。首先，消费者可以投诉，行业成员必须应诉。专员首先敦促双方协商解决；协商不成，就由申诉专员进行调解，调解可以是建议性的、也可以是指导性的；如果调解不成，申诉专员可以裁决。这一机制在德国也被纳入强制调解范围。它具有很强的行政性，由作为公法人的行业协会设立，申诉专员一般都是退休法官等，具有很高的权威，但是其调解协议和裁决同样没有强制力。如果作出裁决，当事人仍要去诉讼，是可以诉的。所以，以往我们对于世界各国调解的效力往往以讹传讹，有一些误解。比如说美国，当事人如果不履行调解协议，法院可以加以处罚。这个都还是用的合同原理。就是说双方当事人事先进行约定，在调解之前达成一个协议，承诺如果调解达成，一定诚信履行，不履行的话，应承担违约责任，比如说双倍违约金等。有些地方是靠法官用裁量权对违背诚信的当事人加以处罚，但大前提就是这个法官必须有这种裁量权才行。美国有些州法院，法官的裁量权极大，他就可以强制当事人调解，如果拒不调解的话就可以用各种各样的手段，如拖着不办、甚至处罚，对当事人施加压力。不过从这个制度设计来讲，这种强制性调解并不多。更重要的是，调解的本意是真正促成和解，如果过多强调这种调解的强制力的话，可能会激发中国调解中存在的另一个问题，就是失去调解的本质合意，向裁判即命令和强制转化。大家都知道，中国的调解有一个特点，就是历史上历来调裁不分。就是，调中有裁的因素；而裁中也有调的因素，调解和裁判在历史上就是高度融合的。法制史研究者有的人说中国古代法官最喜欢调解，也有人说中国法官并非如此，更多的是裁判。其实两边都只抓住了一端，没有发现调裁之间的界限本身并不清晰。并不是像西方人理解的那种调解。

在这种传统下，如果你要赋予调解协议，比如说人民调解，过高的效力的话，就会促使法院、人民调解组织和当事人过多地追求这个。前几年我们在调研人民调解的时候就发现，他们追求的人民调解的现代转型的理想，就叫做庭

式调解，还被写到地方性法规里去了。像杭州曾出了一个人民调解条例，用庭式调解的案件必须不得少于 1/3。什么叫庭式调解呢？就是模仿法庭，调解员高高在上地居中坐着，原告被告分左两边，前面放置原告被告的座牌，强化法庭因素和国家权力色彩，挂国徽、标志等等。所以，他们没有真正注重发挥促进调解的因素，反而更多的把诉讼的对抗的因素发挥到极致。如果你们去调研行政调解，你发现更是这样。行政官员认为，什么是体现调解的公正性，就是这种庭式调解，他觉得这个是调解的优势。另外，调解组织非常强调判例，所有的调解案件都要形成案例，用案例来给大家讲，特别强调其中法律适用的结果，追求标准化，好象下一回调解你也必须这样调。其实调解是高度个性化的。所以，也就是说，我们称之为调解的很多东西，其实恰好不是。

人民调解立法是一个博弈过程，司法部这边出的草案是非常希望把人民调解协议的效力再提高点，什么叫再提高点，他也不知道。而立法机关呢就是坚决不同意再提高点，于是他们就搞了一些文字游戏，表述为人民调解协议具有法律约束力。人民调解法制定公布后，司法部开会庆祝、座谈，我也参加了。部长就高兴的说，瞧，人民调解协议现在有法律约束力了。我们原来是合同效力，现在我们高于合同效力了，准备按照这个基调去宣传。实际上，怎么理解出它就高于合同效力了？不过是用的词不一样了，但立法者马上就出了立法解释，人大常委会这个立法解释解释的非常清楚，其实人民调解协议仍然还是合同效力，只不过它没有使用这个词，而是说人民调解协议有法律约束力。其实我们都知道，合同效力也是一种法律约束力。然后说，当事人应当履行。但如果不履行的话，调解组织只能督促它履行，而不具有任何强制性措施。毫无疑问，调解协议本身不具有强制执行力。

接着，就是关于确认的问题。立法者在这个问题上实际上是很清楚的，也就是人民调解协议只具有合同效力，或相当于合同效力，但同时，确立了司法确认制度，由此提升调解协议的效力。把这两者连接起来看就是：调解协议相当于合同效力，主要依靠当事人自愿履行，调解机构也可以敦促履行，但是没有任何强制力，不能到法院申请强制执行。2002年最高人民法院关于人民调解协议的司法解释发布之后，法院设立了关于人民调解协议的确认之诉。承认人民调解协议为合同效力，如果当事人一方不履行的话，另一方当事人可以到法院提起诉讼，要求法院确认该协议。相对的当然也就是对调解协议的撤销之诉了。这种诉讼实际使用的不太多。司法部是有统计的，对不起，我今天没有那个统计数字。据司法部的统计，2002年以后，被法院撤销的比例不高，但是他们都非常注意研究被撤销的案件。被撤的大部分是什么类型呢？主要是超越权限。比如说他这个房屋权属，他在调解中直接进行确权了，这种协议没有进行法定登记是没有效力的。再比如说解除收养关系的，超出了调解的权限。或者严格的说，他其实可以调解，而且应该调解，但是调解协议达成后，他应该告知人家必须走一个行政登记或者司法确认程序。他没告诉人家这一点，这些权利变更不发生法律效力，如果无法履行或出现问题，法院必须撤销。其他的类型被撤销的不多。

现在关于确认的程序问题还是有点疑惑，如果把司法确认设计为非诉程序的话，原来的那个确认之诉程序是不是同时存在？是继续还是取消？这都是需要考虑的。我刚才说到调解协议效力的问题，另外还需要说一个问题。就是，我们过去有一个误区，我早期在论文中也说到过，人民调解为什么衰落？列举了很多原因，其中一个就是说它的调解效力低。我当时所说的调解效力低呢，并不是说它定为合同效力太低了，而只是指的事实上的效力低。就是当时法院对人民调解是完全不作任何认可，既不是合同、不是事实，也不是证据，社会舆论也好，公众和当事人心目中，都认为调解是完全可以随意反悔的。这其实也是一个很重要的社会因素。从我们的立法用语中，也可以看到这种倾向，例如《劳动调解仲裁法》说，当事人拒绝调解的、调解不成的和调解后反悔的，都可以进入诉讼。这个话虽然是事实，并不是错误的，但是你永远都感觉到好像在鼓励你在调解达成后随意反悔。不愿意调解的、调解不成的进入诉讼本来是毫无问题的，但他还写明调解后可以反悔。也就是说，对于反悔不仅没有任何的一种控制或制裁，甚至在立法上或多或少的还在提倡、鼓励。你既可以不去用调解，可以拒绝调解；调解不成也没人挡着你诉讼，但是你达成调解协议以后，随意反悔就不值得肯定了。这种用语有一种非常强烈的引导意义在里面。因此，我们说的人民调解效力低，其实更多的是指这种事实意义上的低，是社会意义上的效力低。包括立法者，公众，还有当事人自己没有任何诚信意识，对自己承诺负责的意识；调解的效力当然会很低。但是我们并没有说，调解达成了以后，如果出现了法定的情由，例如对公共利益和第三人利益的侵害、重大误解、显失公平等不可以诉讼，寻求救济，绝对没有这个意思啊。所以指出调解效力低，并不是说一定要把调解协议的效力提到更高，可以具有强制执行力。但是这个观点被反复重复强调，被理解为人民调解立法的一个重要的任务就是要进一步提高人民调解协议的效力。而且很多人追求这个，产生了一种特别强的诱导，法院也好，人民调解组织也好，各个机构也好，不断的跟当事人说，我们这个调解有很高的效力，可以强制执行。用这种办法吸引当事人来接受调解。其实这样就有一个非常大的问题，好象只有强制力高的调解才可能发挥它的作用。

我刚才已经说了，世界各国在制度设计中，除了拥有裁量权的法官等个别情况以外，绝大多数制度设计都没有赋予民间调解协议强制力。但是这并不妨碍各个国家建立更多的制度保障和提倡。所以相比较而言，前置性的强制调解的正当性与给调解协议赋予强制效力比起来，前者其实对当事人的权益保护更好。它的非选择性其实并不影响当事人的诉权。但如果给调解协议更高的效力的话，容易导致什么呢？可能会有大量的调解协议进入法院的强制执行程序。近年来法院自己都觉察到了，提高调解，包括和解撤诉率没有问题，但是一定要有一个指标，就是调解协议进入强制执行的比例。如果调解协议过多的进入强制执行，说明这个调解的风险比较大，问题比较多。因为调解有利于当事人

自愿履行的优势完全没有发挥出来，很可能仅仅是靠强制力使当事人达成的调解协议。也就是说可能由此扭曲调解的一些优势。在制度设计中，由于这样的一些误解，就会导致调解员越来越追求职权。原来人民调解法的草案中就有很多职权化色彩的规定，包括像回避这样的概念。

我们坚持人民调解作为民间调解组织，应该弱化职能意识，最后立法者把这种东西给弱化掉了。现在我们仍强调协议本身还是相当于合同效力，尽量由当事人自愿履行；同时不主张将大量的调解协议都提交司法确认，以增加强制力，进入强制执行程序。这样的制度设计可能违反真正的制度初衷。

我要说的第二个问了台湾地区乡镇市调解制度，我们不主张搞成一个确认之诉，而希望搞成一个非诉程序。确认的定位是法官对其进行的形式审查。形式审查是什么呢，就是说他审查调解协议的基本内容有没有明显的违法的问题，另外就是程序不对、当事人适格、自愿性的真实性等等。在这个过程中，法院应该尽可能的对一些可能存在的风险加以询问、调查等等。如果没有的话，其实形式上审查就完成了。其次，司法确认的范围，应该不局限于人民调解，应该达到《若干意见》的那个范围。既可以由司法解释统一掌握，也可以由地方法院来掌握。这样有利于鼓励一些，比较正规的，但是没有纳入人民调解的调解组织和行政调解积极发挥作用。我觉得今年3月最高人民法院的有关司法解释的司法解释所定的范围还不错。第三，在程序的启动上要注意，第一要双方当事人申请。实际上很多人，包括人民调解立法的时候，很多人都反对这一点，说这个范围太小了。说如果必须双方当事人都申请的话，那一方当事人有怀疑、不愿意来确认怎么办？我倒觉得双方申请反而有个好处，可以避免过多的确认，如果一方当事人要确认另一方当事人坚决反对的话，那么这个调解准保是有点问题的，有点风险的，不来确认反而好。由双方当事人申请的话，一般会考虑到必要性。第二，就是“确有必要”。“确有必要”是指的什么呢？是指有几个基本的条件，最高法院的司法解释中是有的，比如履行时间长、权益重大，需要确权等，现在基层的调解在操作过程中，往往用可以确认、有强制执行去诱惑当事人，其实在正常的情况下，还是应该鼓励当事人自愿履行。此外，司法解释还规定了一些排除的情况。最后，确认之后，作出什么处理？是确认、不予确认呢？还是驳回或撤销？我觉得在确认和不予确认或撤销之间应该有一个中间程序，例如撤回申请。要注意是调解的特点，就是民间调解有时候解决的纠纷比法院大，民事纠纷不仅指法律纠纷，普通的民间调解的范围很大，有的纠纷不属于法律纠纷，你比如说老子和儿子之间闹矛盾了，然后要赡养费，这都好办，属于法律纠纷，有明确的法律依据，也可以执行。但精神赡养和感情修复方面的问题，例如常回家看看、子女的探视权等，即使写到判决书里去，也很难执行。比如判决子女必须得多少天回家看一看，那个子女就不回家，你怎么把他押回家看看去，这不仅仅达不到目的，反而会使关系进一步破裂。这东西没法强制执行，而民间调解则可以灵活约定这类的内容。因此，我主张在确认和不确认之间增加一个特殊的环节，这些灵活的内容完全可以写入调解协议。如果双方人都自愿，就可以约定用各种各样的救济方式，包括地方性的一些风俗习惯等等。像西方离婚一般按法律规定监护权是父亲或是母亲一方，但是通过调解双方可以达成一个共同监护的协议。只要不违反法律的强制性规定都可以约定，就可能出现很多创造性的解决方案，如赔礼道歉的方式等等。比如一些封建迷信的东西，坟头、烧高香等类似风俗或特殊履行方式，都可以在调解协议里面规定，但是如果到法院去确认就比较复杂。如果只有两端，确认就是合法；不予确认或驳回、撤销就是不合法，就无法解决这种情况。如果增加一个允许当事人撤回申请，也就是说，调解协议本身很好，内容丰富而且具有创造性，但是没有办法强制执行，如果确认，它不属于法律可以强制执行的方式，但撤销就会导致纠纷重起，调解也白费了。在这种情况下，如果法院向当事人双方说明，调解协议非常好，鼓励他们自愿履行，但是不宜进行确认。建议他们撤回申请，继续履行。这样就能把调解的很多更生动的一面体现出来。

确认不能非此即彼，确认或驳回，让当事人觉得调解协议都错了。如果能够增加一个这种撤回申请，给当事人一个回旋余地，可能更好。我们的调解过多强调合法性，很多情况下，缺少创造力。而西方调解则鼓励当事人自己去寻找创造性的解决途径，而很少像我国法学界总是说什么调解就是让权利人让步。

此外我一直认为，在司法确认中对于有无执行可能性的审查非常必要，如果不可执行，就不应该进行确认。但是现在这个问题呢，大家好象有争议。比如说，先确认，如果无法执行，将来给他一个什么债权文书之类的凭证。总之，有关确认的范围目标还是有很多细节可以考虑的。

另外就是救济。前面说了，司法确认性质是形式审查，那么如果确认后发现调解协议存在错误，司法救济非常重要。怎么救济呢？我特别反对将救济程序变成一个非常复杂的程序，否则会給法官增加很大的负担。比如说，对错误的司法确认进行错案追究，就把一个简单的事搞的又复杂了。所以我主张不要搞特别复杂的救济程序，直接采用撤销之诉就可以了。我主张除当事人外，第三人也可以主张撤销。日本的法院调解也好，台湾的乡镇市调解也好，都在其产生生效判决的效力之后保留了这种司法救济程序。也就是说，即使调解协议经过了司法确认，但因为法院履行的只是形式审查义务，如果出现了法律规定的法定事由，比如说侵害第三人的权益，侵害公共利益，显失公平、重大误解、欺诈等情况，都可以构成撤销的理由。这样的情况下，重点不在于追究法官的责任，而在于给予当事人合理的救济。换句话说，把原来的调解协议撤销了，当事人获得了救济，比追究法官在确认中的错误更重要。这样，可以避免很复杂的程序。

因为时间关系，我就简单的说到这儿。目前有关诉讼与非诉讼的衔接，在这次民事诉讼法修改中，可能能够解决

的主要是调解协议的司法确认。委托调解也有可能。

除了民法的修改以外，将来还会有更多的一些途径。比如说单行法和专门程序法。比如说像劳动争议，它走特殊程序，不走民事诉讼法这个程序，它有自己的独立的一套衔接程序，可能更好。实际上劳动争议解决机制的立法设计基本上是失败的，因为按照立法的设计，仲裁和法院都吃不消，也不可能承担全部劳动争议的处理。所以沿海地区和其他劳动争议多发地区，都通过创新建立了带有前置性的劳动调解机构，承担了大多数劳动争议解决。但通过专门法建立独立的多元化纠纷解决机制是一个方向。我就讲到这儿，剩下的时间就留给大家提问、探讨、互相交流。谢谢！

**提问：**我最近碰到一个比较困惑的问题，有关刑事附带民事诉讼。法院现在强调刑事和解，在人身伤害方面，犯罪嫌疑人或者被告人家属会想要司法介入达到一个刑事和解的目的。现在有一种观点反对刑事附带民事诉讼。我不知道从比较法的角度的话，是否有可以借鉴的东西。另外，民事诉讼中可以提出精神损害赔偿，赔偿范围是比较广的，但刑事附带民事诉讼，不能提精神损害赔偿，只能主张赔偿实际损失。从民事诉讼的角度，请范老师能指点一下。谢谢！

**范愉：**你这个问题呢对我来讲还是有一定深度的。刑事和解我有一点研究，但是确实研究的并不太深。在刑事和解这个问题上，中国与西方真的是差别很大。现在对刑事和解，检察院也好，法院也好都是比较认同的。但刑事和解范围特别大，广义既包括刑事附带民事，也包括交通事故处理中交通肇事罪和赔偿之间的这种转换，还包括所谓的轻罪，再广义甚至包括治安纠纷中的和解。刑事和解兴起的原因主要是原来刑事事件完全由公权力垄断，被害人的权利基本上被忽略了。现在引进了被害人的利益在里面，被害人参与实际上起到了选择权的作用，被害人的利益甚至在一定程度能够影响公权力的决定，因此是一个很大的进步。李昌奎、药家鑫这些案子，如果放在这个大的背景来看，就是说，如果把被害人的意愿作为刑罚适用的一种柔性的缓和剂的话，大多数人都是可以认同的。但是，如果被害人并无和解意向，法院单方采用轻刑政策，甚至主张废除死刑则可能是无视民意和被害人权利。中国在制度设计上跟西方不太一样，比如说刑事附带民事，大多数国家都没有。但是西方国家实际上也存在一些类似的潜规则或者司法惯行。比如说原来我们曾问过德国的法学家，他们说我们没有诉辩交易，但是在司法实践中有先把民事赔偿的问题跟犯罪嫌疑人去谈，如果他的态度好并且积极赔偿，就可以征求被害人的意愿，事实上会影响量刑。这样，受益方实际上是受害人。所以在这一点上，等于是公权力的适度后退，对受害人的权益更加尊重。在理念上是可以接受的，在这个问题上我不是特别拿的准，但是我原则上比较赞成在现有的制度内进行一些规范性的设计，不作颠覆性的改变。附带民事里面，为什么不能主张精神损害赔偿呢？我觉得从它的制度设计理念上来讲还是说的过去的。但是现在大家争议比较大，我觉得争议比较大的时候，其实是一个博弈的问题，而不是谁对谁错的问题。如果在附带民事诉讼中主张精神损害赔偿的话，可能会使这个制度运行更加困难，达不到预想的效益或者优先性。很难起到把民事赔偿作为量刑参考依据的作用。因为刑事诉讼特别注重效率，如果把精神损害赔偿等等弄进去，将来还要上诉啊等等，搞的特别复杂，就比较麻烦一点。现在检察院在操作的时候，会首先把这种可能要强化精神损害赔偿的案件排除掉，这样操作起来就比较容易了。所以，在这个问题上更多的需要考虑实务机关的意见和选择，他们在这方面的作用更大一点。

**提问：**老师，您好！我问您一个问题就是民事诉讼法修改，立法者可能有两种价值选择，第一是维权，维护保障当事人的权利；另外一个维稳，要维护整个社会的稳定。非诉的方式，尤其是这样一种调解的方式，价值取向更侧重于哪一方面？

**范愉：**这是一个有趣的问题啊，应该去问立法者。因为我已经说了，我在立法这个过程中是很边缘的。不过，我认为制度设计并不存在维权还是维稳两种价值的对立，首先是考虑制度本身的合理性。因为一个制度或程序能够实现的价值可能会比较多，维权和维稳只是众多价值中的两个，还远远不够，还有什么呢？比如说效率，多种社会价值，如纠纷的预防，协商理念的提倡，文化的价值等等。像美国，他们原来诉讼价值强调对抗，后来就引进了和谐。所以，一个好的制度是可以兼顾多种价值的。如果只有两个角度的话太单薄了，而且将二者对立起来也是不必要的。

我们认为非诉讼纠纷解决机制的价值肯定有利于维稳，但是单靠这一个制度设计能不能达到维稳，谁也不敢预期。保证当事人权利也是一样，当事人的诉讼权利保障是应该的，但是它不是无限的，所以哪一个国家都提保障诉权的口号，像汤老师提倡的要诉权入宪。但是没有哪一个国家能够保证诉讼权利是无限的，在任何情况下都要保障，相反，都会对诉权进行限制。在限制诉权的同时，也必须保障当事人自愿或获得其他的利益。比如通过选择，让当事人自愿放弃某些权利。调解也是这样，强调调解并不仅仅是效益或者维稳，更多的是希望调解能给当事人带来好处，同时也能给社会带来公共利益。民事诉讼实际上是一种国家中心的解纷方式，法官代表国家做出裁判。现在民事诉讼强调调动当事人的参与。而调解在当事人参与方面肯定强于诉讼和判决的，因为当事人的处分权是最高的，可以充分考虑自己的利益，由自己决定，所以西方国家把调解，叫做新当事人主义。

在一个制度设计中，要综合考虑各方面东西。我觉得我们的价值观有时比较单一，有时光考虑到调解是为了减少案多人少的问题啊，没有考虑到，调解其实还有很多价值。我们的学者们认为，调解就是叫权利人让步。实际上现代调解，强调的理念是双赢，而不是非此即彼或单方受益。如果要是按照单向的那种调解模式，那么调解跟判决也许差不多，都是一方权利一方义务。而现在的调解呢，强调当事人本人参与，所以具有更强的民主性、参与性、平等性。

而且在这个过程中律师等法律职业的作用甚至可以排除出去，解决了民事诉讼中过于依赖法律职业、过于强调技术性的弊端。如果能看到调解的一些其他优势的话，你就会发现这样的一种合理的制度设计，有培养新的诉讼文化、纠纷解决文化的作用。

现在很多国家都在强调调解。但是我没有听过谁说是为了维稳或者仅仅是为了维权来提倡调解，都是主张实现多元化的价值。而且，现代调解本身已经类型化，有些调解它更多的是注重当事人的对话，有些准司法型的调解则比较接近于司法，如交通事故的交警调解，它是真正的专家调解，其实比法官调解更技术性、更专业化。它的调解完全按现行法规进行，规则和赔偿标准非常清晰，不需要过多的去讨价还价了。原来的有的人认为调解只适用于熟人社会，现在的社会是陌生人社会，所以调解不适合了。其实现在，调解越来越多元化，有许多适合于陌生人社会的调解，比如追求利益最大化、快速、经济、标准化的调解，也有适合熟人社会的调解，如社区调解。所以这种情况下，你通过制度设计，可以更好的把这些往往被我们忽略的价值提倡出来。比如现代的调解都是保密的，而我们的调解过去从来都是公开的，跟裁判没区别，这样调解在保护隐私方面的优越性就无法体现。

我们在立法中一直争取把这个保密性确立为基本原则，但司法部的草案完全没有这方面的内容，国务院法制办的也没有。但是立法者最后还不错，虽然没把它作为原则，但是非常聪明的把它作为当事人的权利写入人民调解法。我认为这种处理很好，吸收了现代的调解原则。当事人有选择公开还是保密的权利。这也符合国情，该公开的时候可以公开。我就觉得这是立法很聪明的一个地方。我写过几篇文章，大家可以参考一下。一个是人民调解法评析，发表在《法学家》，在《清华法学》有一篇人民调解和台湾乡镇市调解的比较。

在这个问题上需要详细区分一下不同的非诉讼调解之间的特点。《宪法》设计的人民调解是基层自治性的，人民调解法制定完成以后，在实践中，调解实际上可能向另一个方向走了。所有的司法行政部门、法院和地方、行业，都忙着建构正规化的、职业化的准司法的调解，而没有完全按照人民调解的本来形态发展。我原来的意见是希望尊重这种现实，把人民调解法搞成多元化的制度设计，把人民调解分出不同层级，我不太赞成村居委的调解协议进入司法确认，对其要求过高，很难达到职业化，也不必。但正规的调解机构则应该专业化、甚至职业化，应该进行确认。可是因为我们的立法比较粗，要么就高不就低，要么就就低不就高，那么它最后选择了就低不就高，我倒觉得还是比较好的，比就高不就低好。因为至少没有排斥掉村居委的人民调解。但是麻烦恰好在最需要规范的高层级的人民调解完全没有做出任何实质性的规范。现在的基层人民调解，最重要的问题就是怎么能够把司法所的行政调解跟真正的人民调解剥离开来。这个人民调解法完全没有完成。所以我们现在面临的问题就是法律跟实践严重脱节。而真正的到最后可能进入法院的这些调解协议呢，很可能并不符合原来制度设计的期待目标，所以我们还需要注意实践中的人民调解会是什么样子的。

**主持人：**最后一个问题。

**提问：**范老师您好！法官调解与当事人诉权保障的问题。

**范愉：**你说人民法院调解和当事人诉权，说的是诉讼调解吗？人民法院调解就是诉讼调解了，这个我们法律有明确的规定。现在法院调解已经非常多元了，有立案调解、诉前调解、审前调解，各种各样的，而且委托调解的性质又很不清楚，至少有好几种委托调解。跟国外，包括像我们台湾地区，非常标准化的制度都不太一样。如果你的问题是法官调解的话，这个问题就不需要太明确的回答。因为很清楚了，因为诉讼调解就是生效判决效力，当事人自愿放弃了上诉权等。这个一般是没有问题的，但是如果有法定情由，还是有救济程序。你说的这个诉权，就是说如果是法官调解的话，就是已经是在诉讼中了，已经立了案了就是在诉讼中了，所以并没有对诉权造成什么大的影响。只不过通过调解以后提前结束了诉讼，我们把它叫做诉讼终结的一种方式，一种结案方式。它本身是一种诉讼行为，实际上现在被视为是一种诉讼行为，所以它跟诉权没有影响。我认为没有影响的。

**提问：**我是安徽淮北师范大学的一个老师，在我们当地的调解中间呢，法官一个很形象的说明，就是说调解是什么呢，调解就是老实人吃亏。这个我有点担忧。为什么呢？我的律师朋友给我说了，在调解过程中，法官他一定是态度强硬去调解，他曾经也出现了一些这样的案例，你朋友之间有矛盾，原来是好朋友，就因为借钱的问题有矛盾了。后来法官给他调解下去了，调好后一方当事人回去之后他老婆就跟他打架，死活跟他离婚。就因为什么呢，就因为你这个调解不能让她接受，弄的让她吃亏了。所以这个我就有点什么担心，如果说在我们的法院调解中间注入强制性的因素，比如说我强制性你来，但不强制你出去，你可以不接受，但我强制你来。现在的问题是个什么问题呢，我们的老百姓非常的害怕这些机关，尤其是农村里面，老百姓一说是打官司，就觉得是很大很大一件事情。如果说让他去了，他就必须得接受了，他不接受的话说不过去啊。所以对强制性的因素非常担心。那么这就涉及到两个问题，我觉得如果在这个法院调解中间注入这一个强制性因素的话有利于提高这个调解效力，就是能很快的达成调解了。但问题它又涉及到一个什么问题，就是法律技术和公平正义之间它可能有一点点矛盾。我这一点想向您请教，就是如何来化解这种之间的这种矛盾。好，谢谢您！

**范愉：**现在这个问题实际上是两个问题。第一个就是你说的那个例证，我们听的非常多，其实它不是调解的问题，而是说法官不好好调解的问题。也就是说这个问题是这个法官的问题，而不是调解的问题。就像我们一个判决不好，怎么违背法律，违背情理，引起涉诉上访，但我们不能因为这些恶的判决就否定判决甚至审判本身。你拿一个调

解的恶例就来否定调解，实际上是同样的道理。那么这些例子为什么经常会使用呢，恰好就是我们现在最担心的，就是一讲调解，都说是东方经验。我们的调解是多么悠久，其实很多人甚至调解员、法官对现代调解反而并不了解。调解真优势很多根本就没有发挥出来，往往反而是把调解那种不该有的东西发挥到极致了。这个恰好是对调解不懂造成的，如果是我们现在倡导的真正意义上的调解，就是充分的让当事人自愿，没有对当事人的任何欺骗，让当事人亲自诚信参与，让他发表意见，就不会出现那些事后的反悔、怀疑和误解。为什么在西方调解被认为是优于判决的东西，因为当事人认为不是一个法官在那儿给我强下的一个命令，而是我自己参与的处理。而且，调解可以把隐私啊个人的恩怨等通过对话沟通、发泄加以化解，而不是像法庭那样都不让随便说话，法官让举证就举证，让辩论就辩论，在调解中你可以尽情的去倾诉，双方沟通，很多历史积怨、感情问题都可以一并解决。我们现在自以为是一个调解的老祖宗、发源国、先进国，可是调解的优势很多没有发挥出来，很多的法官或调解员甚至都不懂什么叫调解。你提到的那个法官就是如此。我们在调解的培训中，告诉他们现代调解的原理和技能后，很多法官都觉特别获益。所谓说调解就是老实人吃亏，得看谁说的，你去问问宋鱼水这么说说。你看看宋鱼水的案例中调解很多，她没一个不是为当事人着想。而且她真的使当事人的利益最大化，所以真正我看到的最好的法官都不是出不了判决，也不是不能做判决，他们确实是为当事人的利益着想去调解的。你要如果换一个背景角度去想，凭什么法官放着简单的事不干，费那么大的劲去帮你调解？如果你要是完全从那种不了解、不懂法官和调解员的立场出发都会导致这种荒谬的结论。前不久我给一些广东的基层调解员和干部讲课，说他们不需要讲调解的原理，要我三个小时给他们讲调解的技能，什么都听的津津有味，后来发现一些人根本不懂什么叫调解。他们喜欢讲案例，希望按照法院的判决调解，所有的调解都有一个标准或最佳方案。其实真正的调解是非常个性化的，所以我们把它叫艺术。它比判决不轻松啊，而且更多的是法官要放下自己的这种惟我独尊和自大的态度和立场，要让当事人把它利益最大化。就像一个简单的违约责任，违约条款很清楚，判就判了。但是他创造性的通过其他的方式去把这个违约责任问题解决。比如说我们用其他的方式进行补偿，比如说建立一个新的合同，它就更有创造性，所以才叫双赢。如果在调解中，自己首先自己认为调解就是老实人吃亏，调解就是让权利人让步，那个调解绝对不可能是双赢的，不可能让当事人满意。所以现在我们要解决的不是司法政策的问题，而是怎么能够让这些人在执行司法政策的时候真正懂得调解的艺术。这是第一个你要说的问题。

第二个，你对强制调解肯定不懂。强制调解不是像大家想的是依靠强制因素达成调解，而是一个带引号的法律术语，“强制”就是指的法定前置程序。你比如像劳动仲裁，就称之为强制仲裁。一般的程序设计原理是，可以有选择性的程序，也可以是法定必经程序。选择性程序由当事人约定启动，并可以约定一裁终局。但是法定前置了，一般不是终局性的。主要是考虑当事人的心理和纠纷的特点。例如邻里纠纷等简单的案件，一进入诉讼，唇枪舌战地斗起来，不利于纠纷的解决和长远利益。强制调解就使得当事人诉讼先要经过调解，对方当事人必须到场调解。人民调解往往没有办法找到对方当事人到场调解，也不能拘传之类的，为什么法院的诉前调解具有好处呢？法院对起诉的当事人建议采用人民调解窗口进行诉前调解，对方当事人接到法院通知往往会想，如果我不调解的话，我就成被告了，一旦利用这个机会达成调解，对双方都有好处，这就是当事人自己的理性判断。所以我们一般在调解中千万不能有什么原告被告的牌子。最多就是当事人，最好什么牌子都没有。像日本，法官调解，就是和解促成，法律明确规定不许穿法袍，不能在法庭进行。为什么呢？就是要弱化职权和强制性色彩。所以“强制”是考虑到当事人的习惯，规定当事人双方参加调解的义务，但是并没有要求其必须接受调解协议。

当然形式上的“强制”有时是存在的，但并不一定是坏事。例如调解员主动介入，积极调解，有时也被人视为“强制”。但完全的自愿有时也很困难。人民调解立法的时候，司法部的草案规定了一个非常认真的程序，要求双方当事人申请。后来大家就开玩笑，你怎么可能让双方当事人一同申请呢？极有少有可能当事人一块申请。像俩人都想离婚，虽然可以共同申请，但又不属于人民调解的范围。一般情况下不会共同申请，无论是打着来，还是手拉手的来，两边一块来的可能性不太大。那就是说，可以一方申请，可是最大的问题就是，一方申请要是不来怎么办？过去人民调解一向就是主动调解，就是不管你申请不申请，那儿打起来了，我就进入给你们俩隔开，开始调解。按照现在所谓的中立性原则，不告不理，似乎是不行。但是如果你从当事人的心理来讲，没有哪个当事人在打起来后希望别人都不要干预，双方永远打下去。其实这个时候，任何人的干预对他们来讲都是一件好事。他们虽然不会主动的停下来，咱们去申请调解，但是一般不会明示拒绝调解。从适合当事人的需求的角度话，这种主动介入，不明示的拒绝、消极的接受都属不违反自愿中立，过度强调形式上的消极中立是有害的。

真正的强制调解比这个又更进一步，考虑到调解对当事人没有害处，并没有剥夺其实质性的权利，有利于促进当事人参加调解，所以“强制”是合法正当的。很多国家都设立了这样的制度，北欧有几个国家所有的民事案件一律必须经过强制调解。但是注意，他们的强制调解不是由法官进行，正好满足了当事人不愿意进法院的心理。法定前置程序是由社会力量进行的，所以恰好给当事人提供了一个不上法院解决纠纷的途径。当然，这些国家都比较小了，所有的民事案件都可能通过社会性的、法院外的机构调解，调解不成，拿一个调解终结书才可以起诉，就像我们原来的交通事故处理程序。强制调解可以解决70%以上的纠纷，剩下不到30%进入法院，法官轻松多了。而且调解过程并没有强制当事人接受什么，完全是在自己参与、自己协商的过程中达成的合意。西方的国家对调解当事人做过调查，即便是调解不成的人，对调解的整个程序都没有怨言，都愿意再有机会的话继续尝试。为什么呢？因为其中没有强制，整个

过程都是尊重了当事人的自愿、自主，而且对于私法自治原理没有任何违背。总之，你考虑的那个问题，并不是强制调解带来的，而恰好是解决这些问题的良策。

**提问：**我感觉您说的跟我说的是两个层面的问题。我觉得您是拿西方国家在很高层次经济基础层面和法律制度的调解来拿到我们国家来。我所接触到的那个调解实际使我们的老百姓很容易对我们的法律规范、法律条文和法官的做法产生误解。

**范愉：**我并不认为老百姓像你说的那样反对调解，我看反对调解的多数是“精英”，而不是普通当事人。你能代表所有的老百姓吗？我本人调查的老百姓、当事人很多，而且我们一向都认为所有的改革包括立法，受益人必须是当事人。所有的改革都应该为当事人着想，而不是以前那样从原理、逻辑和法律人的理想出发。你以为调解真的就对法院有好处吗，你去看看现在法院推行的包括立案调解，检查一下像你所说的那种情况占大多数比例呢？还是当事人满意的占绝大多数？因为我看过很多法院做的比较好的，真的就是再没有上访，没有申诉，当事人满意，社会反响很好。我们没有办法挨个的去调查当事人，但是当事人的上访是自由的。他要不满意，不可能被堵住不去。而且你要相信今天的当事人，不是像过去那样什么都不懂。现在很多当事人都是有律师在帮助参与调解，如果他要觉得这个调解他拿不准，他会去咨询律师，律师对调解是一个很好的制约因素。所以永远认为老百姓都是愚昧无知的，调解对当事人没好处，是精英们自以为是的推定。推崇判决的人实际上有一种国家中心的强烈意识，而这种意识早已过时。难道我们中国老百姓永远必须得听国家，听法律的，什么都得按照一个法官的指示去做？他自己就没有协商能力，就没有参与的本领吗？我觉得这样也是低估了我们中国的老百姓。我们这个方面做调研太多了，一些人民调解做的好的地方，完全做到了小事不出村，但那里面没有压制，人家就是做的好。远的不说，我们近郊都有这样的，我都去做过调研。你可以代表一个老百姓，代表一个村的，一个地方或者你们家乡的。但是你不能代表所有的老百姓。而所有的调解、制度的改革都必须坚持一点，就是让当事人受益，也不仅仅是律师或者法官受益。这一点如果做不到，那你这种改革真的是没有意义的。

**提问：**范老师，我想问一个比较浅薄的问题。先举个例子吧，这个例子可能与这个无关，就是我来人大上学的第一天吧，到北京汽车站，然后打车过来人大。当时那个师傅问我，走桥上还是走桥下。幸好我来过人大，我说不管走桥上还是走桥下，你出门左拐再右拐。那这个问题呢就让我想到一点就是，在我们的诉讼程序当中，我们会注意注重当事人主义和职权主义的平衡。但是在我们的调解过程当中，当然我们这个调解人，他的心态、立场和他的技能并不很成熟的情况下，我们如何来保护弱势群体他的利益？我们应该进行怎样的一个制度规制或者说是怎样的救济渠道？

**范愉：**这是调解中非常具体的问题。我们前不久出了一套书，其中有一本叫《调解制度与调解人行为规范》。其中讲到调解员中立的问题，现在调解理论已经有了很大的发展，过去调解老强调中立，其实现代调解有些是可以能动的。调解中，什么叫中立？过去讲的是不偏不倚，有很多的形式标准，比如说像法官的回避等等。但是在调解中不用过多强调不偏不倚，为什么呢？有的时候一种熟人调解就是恰好是利用了自己与当事人之间的特定身份关系来发挥调解作用的。现代调解中就有许多的类型划分，其中一端是和解促进型的调解，强调调解人消极中立，尽可能让当事人自己协商，调解员的作用主要是创造和谐气氛，缓和气氛，提供了一些积极的调解氛围。另一端则是指导型或者评价型的调解，调解员的作用就比较积极，会提一些建议，比如说退休法官做的这些调解，大部分都带有这种特点，实际上提供的建议已经跟法律的判断非常接近了。如交通事故处理。调解的程序利益，包括成本降低、减少上诉，有利于履行等。总之，调解本身就是多元化的。

西方对调解的训练中，一定要告诉你不偏不倚的调解，是在双方当事人势均力敌的情况下的一种追求。但是如果双方当事人本身不势均力敌，你还不偏不倚，那么最容易导致的就是调解有利于强势，不利于弱势。这也是大家长久以来反对调解的理由。所以现在调解恰好强调要保证使双方当事人达到势均力敌，于是就需要帮助弱者。帮助弱者他的手段会比较多，比如像刚才说的和解促进型，就不能赤裸裸的直接帮助。如果双方当事人能力相差很多的时候，为了使弱者方面增加能力，可以建议他咨询律师，提供法律援助等等。但是如果是指导型的话，它的帮助就可以是直接的，释明，大量的释明，直接解释法条。法条是客观的，对双方都是一样，但是弱者可能听不懂，我就对弱者，实际上是当着双方一块进行示明的，所以不属于偏向。那么另外还有一种情况，比如说家暴，这类调解有很多具体规则，调解员一定要注意，并不是光给双方调和了就行。如果家暴中涉及弱势群体，如未成年人、妇女、老人，就可能涉及刑事案件，调解员有义务举报。调解人的行为规范中，有许许多多的细致的规定。我们现在提到或担心的所谓调解的问题，其实在调解的实践中，早就都关注到了，而且有很多周全的解决方法和很多成熟的理论。比如说利益冲突原则，限制调解员、特别是律师在参与调解后，不能再为当事人任何一方做代理人，除非双方当事人都不反对。由此避免过去一些律师在调解时用支持一方起诉威胁另一方当事人，所带来的这种强制性的因素。所以通过调解员行为规范、技术规则，都能解决这些问题，并最大限度保证不使调解出现不公平的结果。还可能赋予调解人一些权利，比如他发现双方力量明显的不均等，在提出一些建议帮助仍解决不了问题的时候，可以主动提出中止调解等。这样的情况下，实际上调解的灵活度是非常高的。

**提问：**我是北京岳成律师事务所的律师，北京律协婚姻家庭专业委员会的秘书长，就是说我是特别关注非诉讼解决机制这一块。就是您刚才讲的过程当中也提到了，就是我们这个离婚，涉及身份关系这种纠纷，用现在的话就是说，



到底咱们人民调解能不能做？做了之后的话，到底确认怎么来解决这个问题，怎么衔接的问题？

**范愉：**对，这是一个好问题。因为我们现在实践中大家都追求数量和业绩，将人民调解跟法院判决比，以此作为调解作用的评价标准。其实有的情况下，一个纠纷可能两个程序都走，并不是调解少，诉讼或判决必然相应增多。像美国要求所有的离婚程序，都要走司法程序，但是实际上当事人大量使用ADR，到法院去办离婚程序之前其实很多都已达成了离婚协议，有的是通过律师，有的是通过其他ADR。但是调解本身不能使离婚产生法律效力。于是就会变成非诉讼和诉讼二者兼用。司法程序还继续存在。但是ADR大大减轻了司法程序的负担，使司法程序就变成了一个登记性的行政性程序。我在美国曾经观摩过这种过程。法官的离婚程序非常简单，两边当事人都来了，调解协议也都达成了。法官就要双方当事人分别确认协议的内容，同时确认。实际上两个程序的衔接非常好。

那么我们现在的法院，有时候通过委托调解，如人民调解窗口调解离婚案件。原则上人民调解是不能调解离婚的，但是法院立案以后，再委托给人民调解去调解，就巧妙的解决了这个问题。达成调解协议后，分割财产、子女抚养都解决完了，法院可以将其转化为调解书。这样，表面上仍然走的是诉讼程序，但是同样借助了人民调解的力量。但是你在法律中可能看不到依据。我还知道有的法院让人民调解调解，通过确认让调解协议生效。但是，最高人民法院3月份的司法解释明确的把人身关系是排除在外。当事人可以先走个人民调解达成协议，然后到法院来立个案，说我们已经达成调解协议了，让法院出个调解书，非常简化。实际上大大减少了司法程序的负担，而且当事人自己的这种意志和协商性也都体现出来了。但是在统计数字上无法显示人民调解与诉讼的关系，谁多了谁少了。

**提问：**范老师，就是您刚才提到的这个对调解协议的确认，法院主要是形式审查，那么我就有两个疑问。第一个疑问，我们现在的司法解释也规定了，人民调解协议可以通过公证机关的公证获得强制执行力。那么这个强制执行和确认之间会不会有什么冲突的问题。第二个疑问，如果说只是做形式审查的话，那么你也讲到说我们在司法确认的过程中，实际上要求一个判断是什么呢，这个协议本身是否适宜执行。那么适宜执行本身是否就涉及到实质的东西呢，你这两者之间怎么协调？调解是否是一种私人产品？

**范愉：**我认为，司法确认程序立法完成后，公证可能会被挤压。因为司法确认的收费特别低，远远低于公证。当事人肯定会选择确认。现在人民调解也好，还有像商事调解，都把司法确认作为卖点，向当事人讲他们达成的调解协议可以确认，以此增加对当事人的吸引力。但是，公证也还会继续存在。也就是说，当事人两个都可以选择。调解协议的司法确认本身不排斥公证继续存在，但是事实上肯定会造成一个挤压。

至于能否执行是形式还是实质审查，我个人认为呢，也属于一个形式审查问题。因为它不做特别深究，对调解协议是否可以执行只是做一个形式上、而不是深度的调查，如它有多少财产啊，是不是有什么隐匿的可能性。主要是看，比方当事人协议的内容，能不能执行。就像我刚才说的，常回家看看，或者这个债务人是否有财产或能力，如果完全没有财产和能力，你确认了恐怕也没有用。在这种情况下，还不如让他直接就达成一个分期付款或者类似这样的约定，直接有可执行可能性的这样一个意见。

所谓私人产品问题，调解本来是双方的事。民事案件或民事纠纷，属于私法自治范畴，当事人的处分权优先的，即使在诉讼中，当事人的处分权也是优先的。假如一个案子，法官觉得应该做出判决，生产一个公共产品，可是人家当事人双方就是要和解，你能我必须出一个公共产品，不许你们俩和解吗？不行。所以从民事诉讼本身的定位来讲，它就是当事人权利优先的，在这种情况下，你定位它是私人产品没有什么关系，只不过我们过去认为公共产品或公共利益当然应该凌驾于当事人的利益之上，恐怕这个想法不太适宜了。

**主持人：**范老师给我们滔滔不绝、一气呵成，讲了两个半小时。那么对于调解制度给我们，可以说是描述了一幅全景图，既有国外的调解制度，也有中国的调解制度。既有诉讼外的调解制度，也有诉讼中的调解制度，各种各样的调解。范老师对内容都非常熟悉，可以说是如数家珍。因此可见范老师对调解制度的把握可以说是非常的好。前面我们所说的，说范老师是ADR之父或者之母是名不虚传的。那么范老师在这个讲座当中，提了也是非常好的问题，主要就三个方面的问题都做了非常精辟的分析。一个就是强制性的调解；第二个就是委托调解；第三个就是司法确认。那么在这三个方面，确实民事诉讼法的修改都讨论了，而且现在呢有的已经确定性的在民事诉讼法修改的条文上。有的在民事诉讼法修改当中呢，可以说他是在有点徘徊、有点犹豫。还有可能目前立法者的视野，所以这一些问题呢，可能还有待于我们进一步的思考和探索。那么今天范老师就给我们提供了很多的启发。我相信大家和我一样也都是很有收获。所以我建议大家再一次用热烈的掌声对范老师表示感谢。

好，今天的讲座就到这儿，也谢谢同学们的参与！

### 3、律师有关家事诉讼程序完善交流材料

#### 试论家事诉讼程序的建立与完善

贾明军、吴卫义（上海沪家律师事务所）

**【内容提要】**家事诉讼隶属于民事诉讼程序，是专门解决家事案件的诉讼程序，是具有一定特殊性的民事诉讼，正是这种特殊性决定了家事诉讼在法律规范方面应当有许多不同于一般诉讼程序的规定。虽然我国也已经从法律上认可了身份关系诉讼程序的特殊性，但诸多规定都零散于各个法律规定中，不成系统且难以操作。目前，不少国家的家

事诉讼制度在离婚研究和制度构建上都日趋成熟。因此,随着我国家事案件复杂化、专业化、多元化的发展趋势,完善我国家事诉讼程序,乃至建立独立的家事特别诉讼程序已成为一种必然。

【关键词】家事案件 家事法庭 婚姻关系 人身属性

## 引言

诉讼程序作为解决社会纠纷的规范性机制或方法,必定随着社会的发展而改进。尽管多年来诉讼法学理论的研究成果丰硕,但在家事诉讼程序领域,涉足者甚少。自1991年我国《民事诉讼法》颁布以来,仅2007年10月28日第十届全国人民代表大会常务委员会进行了一次局部修改,如对再审程序和执行程序的修改,修改后的《民事诉讼法》在审判和实践当中很大程度上提升了案件的可行性和操作性。

但随着社会分工的细化,随着案件多元化的发展趋势,审判实践中层出不穷的问题不断出现,如依一般程序审理的有关身份关系诉讼的案件,总被许多例外程序规范束缚,家事诉讼在程序中通常受到一种无形的挑战。<sup>108</sup>基于此,家事诉讼程序的建立与完善对社会各界包括学者、律师、法官而言都具有重大意义。

### 一、我国有关家事诉讼立法之现状

#### (一) 家事诉讼程序的立法背景

家事国事天下事,我国的《婚姻法》、《收养法》、《民事诉讼法》以及这些法律的有关司法解释均已认可了家事诉讼的特殊性,但这些规定散见于各个规范性法律文件或同一法律文件的不同章节中,不仅使当事人难以找到完备的规范,而且还造成了一般规定与特别规定在适用上的混乱。

自2011年8月《婚姻法司法解释三》颁布以来,一时激起千层浪,社会各界不同的声音不绝于耳。但不可否认的是,家事案件在司法实践当中的矛盾突出问题得到了很大程度的解决,为律师办理家事案件和司法机关处理家事诉讼提供了强有力的依据。此后两个月不到的时间里,也就是2011年10月《民事诉讼法》修改草案第一次被提请全国人大常委会初次审议。修改草案中有关于家事程序的建立与完善更是得到了社会各界的高度关注。

#### (二) 家事案件数量占据民事案件比例居高不下

在我国目前的司法实践当中,家事案件的数量占据了整个民事案件数量的四分之一,甚至是三分之一,这样庞大的数字显示了司法机关在处理民事案件中对于家事案件所要付出的资源和精力较其他民事案件都非常高。

家庭是社会最小的细胞,是整个社会关系最核心的部分,家庭的和谐关系到整个社会的安定,对家事案件处理的好坏直接关系到社会的可持续发展,所以建立完善的家事诉讼程序,提高家事案件的审判质量,于社会而言至关重要。

#### (三) 家事案件处理机构不统一, 民政机关亦有管辖权

根据修订后的《婚姻法》及《婚姻登记管理条例》的相关规定,婚姻登记机关可以受理的婚姻案件包括,无效婚姻、可撤销婚姻以及因程序问题引起的婚姻成立或不成立纠纷。比如说,《婚姻法》第11条规定:因胁迫结婚的,受胁迫的一方可以向婚姻登记机关或人民法院请求撤销该婚姻。而《婚姻法》12条对于无效婚姻的主管机关没有规定,由于婚姻法规定不明,加之受已失效的旧《婚姻登记管理条例》第25条、第28条(婚姻登记机关有权受理宣告婚姻无效的申请的)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”。<sup>109</sup>

可见,处理婚姻无效和撤销婚姻关系的纠纷不管是司法机关,民政部分也有一定的处分权,这使婚姻案件处理起来较分散,不够集中。

#### (四) 法院处理家事案件“民行分离”影响案件审判质量

目前法院审理家事案件的现状是“民行分立”:(1)由民一庭审理一般离婚、婚姻无效、撤销婚姻、抚养、赡养、收养、继承等家事案件。(2)由行政审判庭审理婚姻行政案件。这些婚姻行政案件,有一部分与民庭直接受理的婚姻无效或可撤销婚姻的性质是一致的,但更多则是当事人认为婚姻登记机关违反婚姻登记程序,当事人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。<sup>110</sup>

可见,对于婚姻无效和撤销婚姻关系的纠纷在法院内部由行政庭来审理,而非民庭。但行政庭的法官对于家事案件,尤其是对婚姻案件的专业知识结构不如民一庭的法官,这种现状严重影响了婚姻审判的质量,从一定程度上不适合婚姻案件实际情况的需要。

#### (五) 家事诉讼程序与其他民事程序无明显差别

我国在现行法基础上承认家事诉讼与普通民事诉讼之间的差异,但对于家事案件的特殊性认识和重视程度还不够充分。对于家事案件,我国法院目前的做法是将其安排在民一庭来处理,现行的民事诉讼法对于家事纠纷案件的诉讼

<sup>108</sup> 《对我国设立家事诉讼程序制度的宏观思考》腾威 江苏淮安市淮阴区人民法院

<sup>109</sup> 朱友学《婚姻效力探析》,中国法院网<http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=132419>

<sup>110</sup> 《全面改革和完善家事案件审判体制之构想》[王礼仁]——(2010-10-13)

没有设立专门的诉讼程序,更没有独立的家事诉讼程序法,但在民事案件总量持续增长的大形势下,家事案件的绝对数量仍然是非常庞大的,虽然民事审判方式改革中许多实务性的操作发生了改变,但身份关系的诉讼与其他民事诉讼无明显差别。一律适用同一程序和同一诉讼类型的传统做法不仅不科学而且有些落后。<sup>111</sup>

通过以上所有的分析看出,对家事案件进行集约化诉讼,在程序设置与机构设置上对家事案件“区别对待”,完善家事诉讼程序,乃至在我国建立独立的家事诉讼程序是符合社会经济发展和法制现代化之路的。<sup>112</sup>

## 二、建立与完善家事诉讼程序的几点意见

### (一) 设立专门的家事法庭

#### 1、家事案件数量庞大,设立家事法庭有其现实意义

所谓的家事案件,多数是指婚姻案件、赡养扶养案件、遗产继承和析产案件、收养关系案件,主要包括亲属身份争议和以亲属身份为依据所产生的财产争议两大类。

据不完全统计,2003年—2007年五年来,全国各级人民法院审结一审民事案件2214.5万件,其中审结婚姻家庭、遗产继承等案件593万件。某市第二人民法院也曾发布2011年审理家事案件调研报告,该报告显示该院去年共审理家事案件442宗。结案率为88%,其中离婚案件就占据了372宗,超过了总体家事案件的80%,离婚案件涉及财产分割和债权债务处理诉求的超过了270宗,占据离婚案件70%以上。也就是说该院每天要审理的家事案件就多达一到两件。所以家事案件所涉之多,设立专门的家事法庭有其现实意义。

#### 2、家事案件有其人身属性,建立家事法庭有重要的伦理意义

家事诉讼程序与普通的民事诉讼程序有所不同,具有其自身的特点,因家事案件涉及到人身权,其缔结婚姻而产生的亲属关系是彼此之间享有权利和承担义务的原始依据,这种人身权是终身而非一时,而一般的民事案件不涉及到人身属性。从此种角度来讲,家事案件不仅涉及到法律关系,更涉及到社会伦理关系。一旦处理不好,可能影响到家庭成员之间原本稳定的血缘关系,严重的甚至造成数代人的恩怨纠葛。也正因为这样的人身属性,所以当事人的自由处分权较其他民事案件受到一定的限制,这也是家事案件与一般的民事案件存在天壤之别最大因素之一。所以,为了更好的促进家事纠纷案件的解决,成立专门的家事法庭,对家事纠纷案件集中且专门化审理有一定的伦理意义。

#### 3、家事案件呈现多元化,建立家事法庭有重要的学术意义

随着社会经济的发展,股权越来越成为社会财富最主要的表现形式,在上个世纪90年代后期,中国尤其是南方的很多城市涌现出了一批创业热潮,很多“夫妻店”应运而生,随着中国经济的好转和公司日益发展壮大,曾经的小作坊如今衍变成了社会知名度很高的大公司,更不乏有些公司已经走上融资上市的大舞台,夫妻财产也从以前的“万元户”升级到了上千万财产,甚至过亿。所以离婚过程中,因为一般股权价值都比较大,保全起来存在一定的困难,不乏一些人为了隐匿巨额财产恶意转移股权,其股权转让的随意性也让很多陷入婚姻纠纷的另一方当事人面临更大的痛苦和损失。

正是因为家事案件的专业性特点使得对处理家事案件的法官素质要求很高,建立家事法庭,对法官进行专业化培训,在《婚姻法》、《继承法》、《收养法》等法律上加强研究其与《公司法》的交叉点与不同点,对家事案件的共点和特点进行研究,加强家事案件的办案质量,从其学术研究方面来讲有其长远意义。

据此,为了方便诉讼,应在基层人民法院设立独立的家事审判法庭,依法审理第一审家事案件。最高院同样设立家事法庭,当然其设立的目的不在于审理家事案件个案,而是对全国家事审判给出指导性意见。上级法院也可以通过审判家事案件发现新问题、新情况提出更好的解决方案和思路,引导下级法院家事法庭发挥其应有作用。

### (二) 家事案件统一归口处理,且应扩大家事案件受案范围

#### 1、家事案件统一由法院处理,排除其他行政机关的管辖

在我国,法律赋予婚姻登记机关处理部分婚姻案件,但婚姻登记机关因缺乏有效的自我监督能力,以及法律专业水平的有限,在处理婚姻案件的质量上不如法院处理婚姻案件。在外国民事(婚姻)立法和司法实践当中,婚姻有效或无效、婚姻成立与不成立等,一般都是作为民事案件,由人民法院统一管辖,婚姻登记机关不处理婚姻有效或无效、婚姻成立或不成立等案件,这些先进的国外经验都非常值得我们借鉴。

#### 2、家事案件统一归民庭审理,排除行政庭的管辖

家事案件由于其人身性、特殊性、多元化、复杂化等特点,所涉范围之广,知识面之宽,使得非专业机构的非专业人员难以胜任,如果仅简单的以行政诉讼来对其进行处理,势必造成法官对婚姻案件的处理不当,很有可能还会造成当事人立案难等其他延伸问题。从法院角度来讲不仅会造成司法资源的浪费,还很有可能造成“同案不同判”的结局。

因而,在法院内部肢解婚姻案件的审判没有必要,同时要求两个审判庭的法官都要对婚姻案件专业知识有所了解,

<sup>111</sup> 《对我国设立家事诉讼程序制度的宏观思考》腾威 江苏省淮安市淮阴区人民法院 审判委员会委员、研究室主任。

<sup>112</sup> 《〈民事诉讼法〉修改的集约化图景》韩波

也存在一定的不科学性，撤销行政庭审判庭审判婚姻案件的职能，各类婚姻案件统一归口一个审判机构审理。<sup>113</sup>

### 3、扩大家事案件的受案范围，避免私权力无限扩张

家事案件的范围各国不同立法有不同的规定，传统的人事诉讼范围主要包括婚姻案件、收养案件、亲子案件等身份诉讼案件，对于家庭暴力案件除非发展到形式案件或者引起离婚，否则司法机关很少有人问津。实践中，对于很多因家事案件引起最终导致犯罪的案件一般都作为刑事案件处理，而刑事案件的审判法官对于家事案件的来龙去脉，尤其是对家事案件的特殊性无法理解，从而对由此引发的犯罪案件不能够完整的究其最原始的根源进行很好的处理，随着家事案件的多元化发展，如果将家事审判庭的受案范围扩大到包括涉及婚姻家庭的刑事犯罪和违法在内的一切婚姻家庭案件，实行家事案件综合审判。如重婚、虐待、遗弃等犯罪案件，家庭暴力违法与犯罪，干涉婚姻自由违法与犯罪案件等，有配偶者与婚外异性同居、非婚同居关系的解除等案件，都可以纳入家事法庭处理。例如家庭暴力案件，可以赢当事人的要求发出停止侵权令，责令改过或批评教育，预防家庭暴力升级为刑事案件，避免公权力的让步，导致私权力的无限扩张。

### (三) 在家事诉讼前加入专门的心理辅导机构

#### 1、配备情感心理辅导老师，从情感上化解纠纷

现在诸多法院已经将诉前调解作为家事案件立案受理的前提条件，从法理上讲，诉前调解的目的在于化解当事人之间的纠纷，从情理上给予当事人更多的劝解。但实践中，很多诉前调解的程序都流于形式，很多当事人基于“推进案件进程”的考虑，参加诉前调解只是为了“走程序”，而很多主持诉前调解的法官在专业素质、生活经验，尤其是心理学知识不完善的条件下，如果意识到当事人的这种思维之后，也会潜移默化的跟着“走程序”，最终并没有解决实质问题，浪费了司法资源。

现如今，家事纠纷案件不仅涉及到当事人之间的法律问题，更涉及到当事人之间因亲属关系而形成的非法律问题，从实践上来说，其中的非法律问题占据了更大的空间，很多家事问题都是由最开始的小矛盾日积月累成重大问题，而真正由于原则性问题导致家庭出现裂痕的情形在家事纠纷案件中仅占有少数份额的。由此看来，即将走上法庭的家庭成员之间的纠纷不是没有一点可调解的余地，很多情况下都是当事人之间一时难解心头恨，本想通过诉讼给对方以震慑，却不料彼此之间的不冷静，最终造成了双方对峙庭上的不完美结局。如果在立案庭设立专门的“家事诉调中心”，在专业上配备情感心理辅导老师，从情感角度协助法官化解家事纠纷案件，从情感上维护了社会的稳定。

#### 2、配备专业素质法官，并经一定培训上岗

家事案件，除了涉及的法学理论和法律十分复杂外，还涉及到社会学，伦理学，性学、民风民俗等等各种综合知识，这就要求从事家事案件审判的法官，必须理论素质和综合知识素质要高。同时，家事案件（尤其是婚姻），主要涉及的是人与人之间的关系，法官如何运用法律调和当事人之间的情感关系，是一门十分深奥的学问或艺术，他要求法官必须能够敏锐地洞察婚姻案件的症结，准确把握婚姻案件的脉搏，还要求法官具有较强的思想疏导工作能力，沟通调解能力，社会协调能力，以及强烈的责任感和耐心细腻的工作方法。婚姻家庭审判庭的法官，除了综合素质有特殊要求外，一般应当是30—35岁以上的已婚者。配备家事法官，年龄结构应当比较合理，30岁、40岁和50岁以上的法官应当各占一定比例。家事法官，也应当有男性法官和女性法官共同组成，形成一定的性别比例。这样的配比会提高家事案件的审判质量。

### (四) 家事案件应以不公开审理为原则

#### 1、家事案件涉及到个人隐私，不公开审理有助于当事人维护自身生活

从现如今的司法实践来看，家事案件的审理程序与普通的民事案件审理程序无太大区别。但因家事案件往往涉及到当事人之间的隐私，而我国几千年留下来的“家丑不可外扬”的传统思想，使得当事人更不愿意将家事暴露在众目睽睽之下。

同时，因为家庭从建立之初就涉及到了两个完全不相干家庭的社会关系，亲属之间基于关爱或其他原因到庭旁听，因为大家的立场不同，最终在法庭上大打出手的情况也不是没有，两个人之间的问题没有解决好，反而双方家庭的矛盾激化升级。所以，家事案件以不公开审理为原则，是有其必要性的。

#### 2、家事案件关涉到未成年人的成长，不公开审理有助于子女成长

家庭的破裂所带来的负面影响不是单一的，不仅双方当事人受到情感上的伤害，对于未成年人的成长也存在一定程度的影响，而这种影响多是负面的，现实中我们看到太多的未成年因为家庭不完整，缺乏关爱，心里上蒙上了阴影，无法健康的在校园成长后无奈走向社会，不仅对个人的生活产生了巨大的影响，在一定程度上还给社会带来了负担。家事案件不公开审理，有助于维护未成年人的隐私，有助于未成年人在一个不被歧视的环境中健康的成长。

#### 3、家事案件涉及到当事人名誉问题，不公开审理有助于社会稳定

经济的迅速发展，社交的频繁，家庭生活的缺失，导致更多的家庭因缺少沟通，导致因世界观、人生观、价值观

<sup>113</sup> 《家庭纠纷专业化审理方式的积极探索》高其才

的不同最终走向了婚姻的终点，而这已经不仅仅是老百姓的生活写照，同样是聚光灯下的明星以及拥有较高社会地位的达官贵人和公司高管的真实生活。一旦他们的婚变被暴露在了媒体的焦点之下，可想而知其公众形象将会大打折扣。尤其是一些上市公司的高管，他们的婚姻更是受到各界的关注，一旦发生婚变，不仅其在公司多少年来积累下的地位受到威胁，严重的还会影响到公司的名誉和公司股票的价格，名誉和经济双双受到损失。所以，家事案件不公开审理，有利于个人、公司的稳定发展，更有利于维护社会稳定。

#### (五) 应加强家事案件法官依职权调查取证制度

##### 1、家事案件当事人特殊的人身性，使得当事人无法取得相关证据

在我们接触到的许多家事案件当中，遇到的最大问题莫过于双方走上法庭后的调查取证环节。没有人结婚是为了离婚，没有人生育子女是为了单单给付抚养费，没有人天生愿意将自己儿女告上法庭，没有哪个亲属之间是为了最后的决裂才沾亲带故。所以，亲属之间的信任不同于朋友之间的信任，这种信任是基于一辈子都无法改变的血缘关系而成立，也正因为这种信任，亲属之间在发生纠纷走上法庭之前，一般都不会收集不利于对方证据，所以我们常常遇到这种情形，夫妻一方已经向法院提起离婚诉讼请求，但对另一方名下的财产却无从知晓，不仅给当事人情感受伤的心灵上蒙上阴影，更是给律师的调查工作带来了众多阻碍。

##### 2、家事案件证人与当事人的特殊关系，使得证人不愿意出庭作证

我们知道，家事案件多发生在私密的空间，其证人也多为家事案件当事人的近亲属，基于此，家事案件的证人考虑情理因素，很少有人愿意出庭给其中任何一方作证，或者说是即使出庭作证，同样基于亲属关系可能做出的证明是伪证，此种情况在现实生活中不是没有，而是比比皆是。都说清官难断家务事，就是因为这样的尴尬局面时常出现，使得法官的自由心证或者通过日常生活经验难以判断孰是孰非，最终的结果就是对家事案件某些重要争议不予处理，这种结果看似对双方都非常公平，但事实是将“恩怨”积累了下来，不仅没有解决家事案件中疑难问题，更是增加了司法机关的工作量，浪费了司法资源，也增加了当事人的讼累。

##### 3、法官依职权调查取证，有利于家事案件审判质量

如果在家事案件中，法官能够主动介入，利用国家的力量依职权进行调查取证，不仅能够弥补当事人及律师举证能力不足的缺陷，不仅争取了处理家事案件的时间，还能够减少很多不必要的争议，保证了案件处理的效率和质量。比如在婚姻案件当中，与婚外异性存在不正常关系难以认定，有受害的原配偶因此觉得法律不保护弱者。在证据不足且不构成法定事由的情况下，法院的判案结果无可厚非。但法院思考的是，难举证不意味着不存在，无过错方的权益得不到最大的保护，不算真正解决了家事纠纷。114所以法院调查取证比例提高的同时，加强加大法院依职权取证的力度，必将对家事案件的处理带来福音。

#### 三、涉外家事诉讼现状之比较

鉴于家事案件的特殊性，德国、法国、日本、英国、韩国和新西兰等国家和地区都制定有专门适用于家事诉讼的特别程序法。

##### (一) 国外家事诉讼现状及发展史

在德国，《民事诉讼法》第六编中被区分为婚姻案件和其他家事案件，“其他家事案件”就包括了以亲属身份为前提的法定抚养义务争议，有关婚姻共同财产制争议、未婚母亲权利争议、涉及子女的案件、同居关系案件等。且家事案件实行不公开审理，某些情形下有经特别授权的律师强行介入，双方当事人应亲自参加庭审，否则需缴纳罚款。115德国强调应当对离婚案件和因离婚引发的特定的家事案件，在准许离婚申请的同时一并作出裁判。除婚姻案件以外的其他家事案件，大部分属于非诉事务。116

在英国，早在1970年开始，高等法院内就设置由一位主席和16名法官组成的家事分院，负责受理复杂家事案件的一审和家事案件上诉的审理，《1973年婚姻诉讼法》和《1984年婚姻家事诉讼法》就专门适用于家事诉讼。其家庭法官都是特别挑选，并经过了专门训练，使“家事审判程序成为可接近的、公正的、有效的”。除此之外，英国人还十分强调社会福利等相关专业机构和专业人员的协助，为法院提供更有效的儿童福利服务。由此可以看出，英国人希望家事法庭在家事诉讼中发挥更积极的作用，而不仅仅是一个裁决者。20世纪60年代以来，英国法院开始逐步认可、支持和解程序，他们认为离婚诉讼初期，应当尽可能地利用各种方法激励当事人和解，特别是在当事人有未成年子女时，和解对当事人和子女都非常有益。117

在日本，有专门的家事审判法，日本人的家事诉讼适用《人事诉讼程序法》和《家事审判法》，其中《家事审判法》第18条规定，人事诉讼和一般家事案件，须先向家事法院申请调解，协商不成才能提起诉讼。日本强调家事案件审理适用调解程序，对具有讼争性的家事案件，调解是审判的前置程序。家事调解由调解委员会执行，遵循非公开程序，促成当事人达成合意自主解决家事纠纷，调解作为化解家事案件的重要手段，取得了很好的社会效果。

<sup>114</sup> 广东法院试点家事审判合议庭 加强调查取证职能》羊城晚报（2011年5月5日）

<sup>115</sup> 《家事审判制：家事诉讼程序与家事法庭》蒋月 厦门大学教授、博士生导师

<sup>116</sup> 《奥特马·饶厄尼希·民事诉讼法》周翠译法律出版社，2003年版

<sup>117</sup> 《英国家事诉讼制度》陈刚、赵信会 中国人民大学出版社2004年

## (二) 我国台湾地区家事诉讼现状

在我国台湾地区，处理家事案件与一般民事案件有较大差异，其家事诉讼程序包括在民事诉讼程序中，台湾的民事诉讼法第九编设有民事诉讼的特别规定，由民庭按第九编规定的特殊程序审理家事诉讼案件。<sup>118</sup>二十世纪七十年代，我国台湾地区面对家事案件急剧增多的现状，颁布了《家事事件处理办法》，在地方法院设立家事法庭专门负责家事案件的审理，以此缓解民庭的压力。除此之外，台湾地区家事诉讼程序还做了一些特别规定，如调解前置主义、不公开审理原则、设有专属管辖之规定、对于当事人适格与否法条明文规定、诉讼当事人有诉讼能力者之范围扩大、法院职权主义审理，辩论主义受限制、限制当事人自认、认诺及不争执之效力等等。

## 结论

30年来中国家事纠纷解决机制的变迁及当前重建措施的教训与经验，可以归结为对“中国”与“家事”因素的背离与回归。这一转变，得益于认识到家事关系及其法律调整与一般民事关系及其法律调整的重大区别。<sup>119</sup>所以，在我国应尽快设立独立的家事诉讼程序制度。因为它不仅能体现家事诉讼的特殊品格，而且还能解决我国民事诉讼法律制度的缺位问题。同时，它也能有效的解决目前有关家事诉讼在理论与实践中的不协调问题。

总而言之，我国应尽快建立起一套适合我国国情的家事诉讼程序制度，它既能更好地维护民事诉讼当事人的合法权益，也能使我国民事诉讼制度的框架体系更加完备。因此，它必将成为我国实现司法价值的重要工具。

## 有关家事诉讼设计的两个问题

苏东彪（河南平顶山市律师协会）

感谢邀请！使我能够有机会与各位同仁一起共同思考有关家事诉讼立法的问题。

家事诉讼是民事诉讼的重要内容，未来民事诉讼制度改革的方向，必将影响到家事诉讼的走向，因此，积极地探讨民事诉讼制度的改革方向，并且保持家事诉讼与民事诉讼立法的统一性，是十分必要的。

### 一、化解家事纠纷的方式，应以自行和解为主

化解家事纠纷，是民事诉讼的基本功能，因此，自行和解制度应当成为化解家事纠纷的基本方式。自行和解制度，是未来化解民事纠纷的基本方式，这是民事诉讼制度现代化的基本标志。长期以来，我们一直坚持强权主义的民事诉讼制度，过度地强化着司法调解和裁判制度，对私权进行着过度地干预。这不但与现代私权自治的法治原则和限制司法权、保障诉权的司法制度相违背，而且也导致了司法权的滥用，司法不公和司法腐败现象严重，且无法从根本上得到预防和遏制，致使司法公信力荡然无存；同时，也导致了司法能力的严重低下和司法资源的严重浪费，致使大量民事案件的当事人无法走进司法，无法享受到司法的救济，正当的权利诉求无法得到保障。因此，未来化解民事纠纷的基本方式一定是、也必然是自行和解制度。

1、实现民事纠纷的自行和解，是现代法治社会的必然要求。现代法治的核心是“尊重和保障人权”，是权利（而不是权力）之间的相互制衡，而不是公权力的集权化管理。有了法律并不一定就是法治。我国现行的民事诉讼制度，由于没有很好地体现私权自治原则和限制司法权、保障当事人诉权的原则，因此，可以说它并不具有现代意义上的诉讼制度。自行和解制度充分体现了当事人的意思自治原则，摆脱了司法权对私权的过度干预，它与现代社会的法治追求是相吻合的。民事案件自行和解率的高低，标志着法治现代化的程度。因此，如何促进当事人之间的自行和解，无疑是未来民事诉讼制度的改革方向。

2、自行和解是化解民事纠纷的最好形式。通过制度的合理设计，促进民事诉讼的当事人平静地坐下来，按照法律规范，检讨各自的行为，寻找化解民事纠纷的共识，有利于从根本上化解民事矛盾。

3、有利于全面增强民事司法能力，实现对当事人诉权的全面保障。“保障当事人诉权”是92年民事诉讼法修改时增加的一项重要原则，然而这一原则并没有得到落实，“立案难”、“取证难”、“再审难”、“诉讼难”等现象并没有得到改变。究其原因，我们的民事司法能力及其低下无疑是主要因素。我国有约22万法官，一线办案法官也有8、9万之多。全年办理各类案件1000余万件，人均百余起。然而，美国法官人均办案年平均在1000余起左右，是我们的10余倍。由此可见，我国法官的办案能力之弱程度。

正是我们司法能力及其弱化，才导致诉权保障不力。美国仅民事案件的诉讼量为每千人年平均65起左右，欧洲多数国家也在40起左右，而我国仅为4起左右，是欧洲一些国家的十分之一，是美国的十五分之一。按照欧洲一些国家的比例，我国每年的民事诉讼案件数量应当在6000万件左右，按照美国的比例，我们的年民事案件数量，应当在9000万件左右。而我国现在每年只受理民事案件600万件左右。相比之下，我国法院每年受理的案件数量，仅为社会潜在民事诉讼需求的十分之一。即便如此，我们的法官们无视巨大的社会民事诉讼需求，无视“案少人多”的客观事实，相反的却是天天在大叫“案多人少”。由此可见我们的司法能力之差。而要想改变这种状况，全面满足社会潜在的民事诉讼需求，提高司法能力，无疑是一条正确的途径。而提高司法能力的最有效途径，就是促进民事案件当事人之间

<sup>118</sup> 《台湾地区家事诉讼程序研究及其对大陆的借鉴》

<sup>119</sup> 《30年来我国家事纠纷解决机制的变迁及其启示》 巫若枝 清华大学法学院博士后研究人员

的自行和解。除此之外，没有更好的办法。现在一部分人所推崇的“大调解”和小额诉讼制度，不但对提高司法能力缺少可量化的指标，具有明显的盲目性；而且是在不断强化民事诉讼制度的强权主义色彩，在与现代诉讼制度的要求背道而驰。

4、有利于促进司法公正，并从根本上遏制司法腐败。司法腐败来源于司法权的过少限制和过多滥用，主要存在于审判和司法调解环节。如果没有司法调解和审判，就不会有司法权的滥用。但没有司法调解可以，但没有审判就没有司法制度。我们要想遏制司法腐败，就必须从根本上铲除司法腐败产生的根源，这就是要废除司法调解制度，并尽量减少审判案件的数量。审判案件的数量越少，产生司法腐败的可能性就小。

正是基于以上问题的存在，我提出了“以诉权保护为核心，以司法能力、司法效率、司法公正和司法资源合理利用最大化为目标”的新的民事司法制度的设计理念。其设计目标是促进民事案件达到95%左右的自行和解率，从而使司法能力、司法效率、司法公正和司法资源合理利用程度得以全面的提高，其中争取民事司法能力能够达到美国的2至3倍，达到欧洲一些国家的4至5倍，达到我国现行民事诉讼制度的20倍以上。从而在我国民事法官约6万余人减少一半的基础上，即仅需要3万法官，就可以实现年受理民事案件6000万件的司法能力。如果能够实现这一目标，则就基本上满足了社会的全部民事诉讼需求，实现了对民事诉权的全面保护，而且也为我国未来法官队伍实行精英化，创造了条件。

民事自行和解协议的可执行力，已经通过最高法院司法解释和案例的形式确立起来。当前所要解决的问题是自行和解率极低的问题。这就需要对接现行的诉讼程序制度、司法调解制度、诉讼费用制度、案例指导制度、强制执行制度等相关联制度进行全面的反思和改革。只有想不到的，没有做不到的。要相信我们自己的智慧。只要我们的方向正确了，我们就一定能够找到解决问题的办法。我们的目的就一定能够达到。

## 二、建立禁止令制度，增加保护当事人合法权利的途径

我国目前的民事诉讼活动，主要偏重对当事人财产权利的保护，而对于非财产性权利的保护力度相当较低，尤其是对家事纠纷中一方当事人（主要是女方、老人、儿童、残疾人等弱势一方）非财产性合法权利的保护力度远远不够。如不受欢迎的“造访”、限制外出、限制居住等等现象，缺少及时有效的解决办法。因此，建立禁止令制度，对于明显存在的民事违法行为，通过“闻鼓升堂”的传统方式，即“即时申请、即时审判、即时裁决”（“三即时”）的传统方式，及时地制止民事违法行为，有效地保护当事人一方的非财产性合法权利，是十分必要的。从本次会议的议程安排上，我很高兴地看到肖建国老师提出的有关建立《保护令》制度的设想。这是从另一个角度，积极地探讨实现对当事人非财产性权利的保护措施。我认为意义重大，很有价值。这与我建立《禁止令》制度的设想，是异曲同工、不谋而合。

各位同仁，我国的民事司法制度存在着最大的理论和观念性问题，这些问题制约着我国民事司法制度的发展和跨越，如果这些重大的理论和观念不能突破，则我国的现行民事司法制度将无法摆脱强权主义的人治色彩，无法体现现代民主与法治的时代追求。三十年的民事司法实践证明，民事司法制度的小修小改是意义不大的，甚至是适得其反的。民事司法制度需要的不是小修小改，而是重新制定。老马破车，无法承载时代需要之重。因此，借此机会，我想呼吁民事司法制度的研究者和实践者，应当从宏观角度出发，深刻反思现行民事司法制度存在的最大理论问题，从而寻求全面的突破和跨越，以不辜负伟大的时代和人民。

谢谢会议组织者各方和与会各位同仁，对推进我国民事司法制度改革，所付出的辛苦劳动！

# 论“能动司法”在家事案件中的运用 ——小议家事案件中法院释明权与调查取证权的行使

吴卫义 王小成（上海沪家律师事务所）

**【内容提要】**随着我国家事案件复杂化、专业化、多元化的发展趋势，完善我国家事诉讼程序，乃至建立独立的家事特别诉讼程序已成为一种必然。从目前来看，由于法院所采取的当事人主义以及辩论主义的审判原则，致使法院过少的参与家事案件的审判之中。同时，由于家事案件的当事人存在着自身能力上的缺失，使得当事人无法完全的行使其应有的诉讼权利，这是当前形势下，笔者所感受到的家事案件中所存在重要问题之一。故在本文中，笔者从法院的调查取证权与释明权入手，讨论法院的“能动性”如何参与到家事案件的审判中去。期望能够对家事案件程序的审判实践及立法有所裨益。

**【关键词】**家事案件 能动司法 释明权 调查取证权

## 引言

当前，我国家事案件又迎来了一波爆发式的增长，所呈现出的是争议焦点的多元化、共同财产的多样化等发展特点。但是，在案件悄然发生变化的同时，家事案件的操作方式却没有能够跟上前者变化的步伐。两者之间发展的不平衡导致了在实践操作中的种种无奈和尴尬。

2009年8月27日至31日,最高人民法院院长王胜俊在江苏调研时所提出:“能动司法是新形势下人民法院服务经济社会发展大局的必然选择”给了家事案件的改革与发展提供了理论的基础。在这之后,各地法院都纷纷出台了相应的实施细则,加强了释明权、调查取证权以及举证责任分配在家事案件中的运用。同时,笔者注意到这些法院的出发点不可谓不佳,但是其所规定的内容是否与现行法律规定相冲突还有待进一步的研究。故,本文以此作为切入点展开讨论,希望能对司法实践有所帮助。

## 一、我国当前家事案件的现状与困惑

### (一) 我国当前家事案件的现状

我国目前正在进行着历史性的结构调整和社会转型,中国的婚姻家庭领域必然进行着适应性的调整,传统婚姻家庭的生存模式、运作方式必将发生嬗变。比如,随着社会的开放与发展,人们思想在逐渐解放。由此带来的是,传统思维中“从一而终”、“嫁鸡随鸡,嫁狗随狗”的婚姻观念也正在发生着改变,人们的婚姻自主意识不断增强,越来越注重婚姻质量,“离婚”已经不是一个让人谈虎色变的名词了。据不久前公布的全国民政事业统计数据,2011年3季度全国登记结婚人数为841.4万对,登记离婚人数为146.6万对,结离婚比为17.42%<sup>120</sup>。与全国相比较,离婚情况在北京、上海、深圳等一线城市更为多发。以上海为例,2011年3季度的上海结离婚比为27.56%<sup>121</sup>。需要注意的是,以上数据所统计的仅仅是双方通过民政部分协议离婚的人数,而大量的通过法院诉讼离婚人数则还未被统计在内。

在家事案件数量不断递增的同时,笔者也注意到家事案件中当事人的司法需求也在不断增加。例如,家庭暴力与违反夫妻忠诚义务在当前占有离婚案件中很大的比重,但是,在真正经过法院审理认定的家庭暴力或违反夫妻忠诚义务可能仅仅只占不到3%。我国一基层法院2008年至2010年共受理涉及家庭暴力案件共有69宗,仅有一宗得到了法院的支持。122这样的巨大落差,不由得使我们从事家事审判实践的法律工作者来反思我们的家事审判程序。

### (二) 家事案件的实践困惑

目前,法院在审理家事案件时,并未将家事案件与一般民事案件进行区分,忽视了家事案件所存在的特殊性及其人伦色彩,一味采取当事人主义或辩论主义。这使得当事人在缺乏法律意识或是举证遇到困难时,缺乏救济的方式与途径。具体表现为以下几个方面:

#### 1、机械使用举证原则,怠于主动进行调查

对庭审中,对于涉及双方感情、过错等重要事实,法院往往不会去主动调查与核实,而是简单的以当事人提供的证据不足以证明所主张的事实进而不加以认定。法院的操作虽然亦能对案件进行了裁判,但是并没有揭示案件最深层的原因,对于案件潜在的矛盾没有得到解决,使得受害一方常有判决不公正之感。

这种情况尤其在配偶一方主张另一方存在婚外情或家庭暴力的案件中最为常见。由于这两类案件涉及面广、矛盾负责,经办法官往往出于慎重、稳妥的心理而敬而远之,即使当事人提供了一些线索,法院也严格遵循一般民事纠纷举证原则,而不予主动调查。

从上海的审判实践来看,上海各级法院的取证工作基本上仅限于对于银行账户历史明细的查询了,并且还会设置诸多障碍。对于其他方面,基本不会在使用法院的调查权进行取证。笔者曾经有一个离婚案件在上海某基层法院审理,对方当事人涉及转移家中的古董与红木家具,笔者已经提供了相应的线索并申请法院能够前往进行取证,法院依旧以不属于法院取证范围拒绝了笔者的申请,最终对方当事人所转移的红木家具与古董被法院以我方当事人未提交相应的证据为由驳回了诉请。

当事人是没有取证权的,律师的取证权是受到严格限制的,法院又怠于行使自己的取证权,以上因素的叠加导致了一些当事人只能寻求社会上所谓调查公司的帮助,合法的途径寻求不到救济,非法途径的证据又存在证明力上的瑕疵,这不可谓不是目前家事案件审判中的无奈。

#### 2、释明权的行使不规范、不统一,增加当事人诉累与风险

在我国家事诉讼中,由于诉讼的参与主体多半是不熟悉法律的普通民众,且受教育的层次也有高低之分,故诉讼当事人的平均文化素质和法律水平在所设计的水平线以下,在加上我国的家事诉讼实行的不是律师强制代理制度。因此,诉讼当事人的法律弱势是相当明显的。因此,在诉讼的过程中,法院不完全的置身于诉讼之外,适度地参与诉讼,在当事人诉辩能力上的不足或缺陷,通过发问当事人的方式以澄清当事人所主张的某些事实,并引导和协助进行诉讼是有必要的。

但是,在我国的审判实践中,释明权更多的是法院在审判实践中所行使的一种权利而非义务,属法官审判权的一种。但是在审判实践中,法院或因严守当事人主义的诉讼模式而怠行释明权,或因害怕有悖于法官中立的形象而惧于释明权。这就使得最需要通过法院行使释明权引导当事人诉讼的家事纠纷领域出现了因当事人疏忽未提出相应主张而败诉的情形,使得家事诉讼带有了投机色彩,判决结果背离了公平正义的初衷。

<sup>120</sup> 该数据取自于《民政数据统计季报》(2011年3季度)

<sup>121</sup> 该数据取自于《民政数据统计季报》(2011年3季度)

<sup>122</sup> 李娜 《家事审判存在的问题及特殊程序建构》



3、忽视家事案件的情感色彩和人伦特点，追求迅速结案身份关系案件涉及人与人之间的情感纠葛，具有高度情感色彩和人伦特点，不像财产纠纷有明确的标的与争议焦点，可以简单、快速的进行处理。家事案件如同团成一团的毛线球，需要花较长的时间、花费较多的力气去解开纠缠在一起的线结，而不能简单粗暴，一剪刀了事，这样既不利于个案的公平、公正，也不利于社会的安定和谐。

但是从目前的审判实践来看，在审理家事案件时，并没有体现出其情感色彩与人伦特点。相反，更多的法院要求对家事案件进行速裁或诉调，在案件快速结案提高审判效率的同时，是否如预期那样化解案件当时人的矛盾呢？从笔者所了解的情况来看，离婚案件当事人在第一次调解和好或者判决离婚之后，90%以上均会再次提起离婚之诉，可见在第一次的离婚诉讼后总并未真正解决双方的婚姻矛盾，六个月或更久的缓解期没有发挥应有的作用。

### (三) 我国当前家事案件中关于调查取证权及释明权的立法现状

#### 1、法院调查取证权的法律规定

我国的立法者其实很早就注意到了在诉讼过程中双方当事人可能存在的不平等性，所以立法赋予了法院的调查取证权，以期在双方的举证能力发生不平等时可以得到救济。《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第七十三条“依照民事诉讼法第六十四条第二款规定，由人民法院负责调查收集的证据包括：（1）当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的；（2）人民法院认为需要鉴定、勘验的；（3）当事人提供的证据互相有矛盾、无法认定的；（4）人民法院认为应当由自己收集的其他证据。”

但是，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第二款又规定：“当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查”，也就是说，我国法律所规定的法院的调查取证权，法院是有权选择的，只有法院认为确有必要时，法院才会进行调查。

另外，根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（下称《民事证据规定》）第十五、十六、十七条的规定可以看到，法院的调查取证权亦非没有限制的，而是仅仅在特定的情况下才会去调取特定的材料。这无疑使得家事案件的诉讼当事人在申请法院取证时又增添了障碍。

#### 2、法院释明权的法律规定

我国的诉讼程序法对释明权没有明确统一的规定，更没有明确的关于家事法律程序中释明权的规定，而是散见于相关的司法解释和规定中，如：在2001年12月31日最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第35条第1款规定：“诉讼过程中，当事人主张的法律关系的性质或者民事行为的效力与人民法院根据案件事实作出的认定不一致的，不受本规定第34条规定的限制，人民法院应当告知当事人可以变更诉讼请求。”而其中第8条是对拟制自认问题的释明，“对一方当事人陈述的事实，另一方当事人既未表示承认也未否认，经审判人员充分说明并询问后，其仍不明确表示肯定或者否定的，视为对该项事实的承认。”

在家事案件的立法方面，一些地方性司法文件开始注意到了释明权在家事案件中的运用。如：上海高院关于《婚姻家庭案件办案要件指南》中就规定，“经审查 确属无效婚姻的，应当将婚姻无效的情形告知当事人，并依法作出宣告婚姻无效的 判决。”，还规定“条例实施后，男女双方符合结婚实质要件的，应告知其在案件受理前补办结婚登记之后，方可行使离婚请求权；对拒不补办结婚登记而坚持“离婚”的，按解除同居关系处理。”

尽管法律上已经注意到了释明权在家事程序中的运用，但是释明权制度在我国立法中仍旧未成为一套完整的体系制度，使之在民事诉讼中处于可有可无的状态，不利于法律的适用。

### 二、完善家事审判实践程序的几点建议

#### (一) 应当建立家事案件法官调查取证的制度

##### 1、家事案件中法院职权探知主义的拓展

在我国的民事诉讼领域，较多的采用的是当事人主义或辩论主义，法官不过度干预诉讼，只是做好居中裁判的角色。这种做法在大多数的审判领域都能够起到非常好的效果。但是，这并不代表着，我国目前的审判实践中已经完全摒弃了职权探知主义的适用。

事实上，在家事案件中，由于经常会有一方处于诉讼的弱势境地，其无法完成还原事实真相的举证。而在家事诉讼中，诉讼的相对方应当具有相当的诉讼地位，因此，这就使得法院职权探知主义有了适用的空间。眼下，法律规定的问题在于，法律仅仅规定了当事人可以请求法院调查取证的范围，但是从实际操作上来看，应当进一步明确家事案件中那些材料是人民法院必须依职权进行查明的。否则当事人申请法院的调查取证权利仅仅是“镜中花”、“水中月”，当事人在申请后若遭遇法院不作为，当事人缺乏救济的途径，难以最大程度的实现当事人利益和追求客观真实的平衡。

##### 2、调查取证权与释明权的相结合

笔者注意到2012年3月颁布的广东省高级人民法院《家事审判合议庭操作指引》是地方法院设立家事审判程序的有益尝试，其中也涉及到了法院调查取证的规定。如该《指引》第十二条有如下规定，“对于当事人难于举证又影响案件审理结果的事实，合议庭可根据当事人提供的线索，依职权进行调查取证，查清案件事实。”无可厚非，该法条设置的初衷是好的，是为了平衡家事案件的双方举证义务，是案件的审判最大程度上还原客观真实。但是，该地方性规定却突破了《证据规则》的规定，存在上位法与下位法之间的效力瑕疵。

《证据规则》第十五条规定,“《民事诉讼法》第六十四条规定的“人民法院认为审理案件需要的证据”,是指以下情形:(一)涉及可能有损国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的事实;(二)涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等与实体争议无关的程序事项”。也就是说,我国法律规定,法院可以依职权调查取证的只能限于损害国家、社会或其他人合法权益的事实或程序事项,对于实体事项法院无权依职权进行调查取证。那么,如何在不违反上位法规定的情况下,加强法院对调查取证工作的参与力度呢?

笔者认为,法院不能直接依职权进行取证,但是《民事诉讼法》同时规定了法院可以依据当事人的申请进行取证。因此,法院若在发生上述法条规定的情形时,不直接进行调查取证,而是向当事人进行释明,告知其可以申请法院取证的权利,并由当事人进行申请后,依当事人的申请进行取证。这样,既符合了我国上位法的规定,又能最大程度保障当事人的合法诉讼权利。

### 3、配备专职的家事案件调查法官

其实,我国法院调查取证难的最大症结在于,庞大的当事人取证需求与承办人员的数量之间的巨大差异。在上海的基层法院,承办家事案件的法官年处理案件量在300-400起的是一个正常数字,这就使得许多法官并非不想为当事人进行取证,实在受限于自身精力有限,只能保证最基本的审判工作的进行。

从一些其他地区的立法来看,2010年底,台湾立法院读立法成立家事法庭,并引进家事调查官制度;日本的家事法院除了法官、书记员之外,还配备有专职的调查官;这就使法官从繁重的调查取证实务中解脱出来从而专心于案件的审理,这既保障了当事人的取证权,又使得法官能够在查明案情的情况下保持中立,可以说是一举两得。

从我国的法院人员配置来看,关于调查法官的设置也存在历史的沿革。以上海法院为例,上世纪90年代,每个审判业务庭都会配备有专职的调查法官。后因法院统一管理、整合人力资源的需要,各个业务庭的调查法官合并成立保全组,一般设置于法院的执行庭或者立案庭,协调各个审判业务庭所提交的当事人调查取证申请。但是从近两年来看,由于家事案件当事人越来越在意婚姻中一方的过错以及双方财产的多样,从而家事案件的调查取证需求量要远远大于其他案件的需求量。若还是按照平均分配的原则来配置法官的人手,则家事案件的需求量将会明显无法得到保障。故应当学习台湾及日本的做法,配备专职调查法官,可以最大程度上缓解这种需求上的差异。

### (二)家事案件中法官释明权的规范与运用

释明权的行使是法官的诉讼行为,在家事案件中尤为重要。释明权的行使一方面对于法官的政治素质和业务素质提出了更高更严的要求,另一方面也需要对释明权加以规范,使得法院在诉讼的过程中不丧失自己中立的立场。笔者认为,在家事案件中,法官对于释明权的运用主要在以下三个方面:

#### 1、诉讼程序的释明

前文提到,家事案件的当事人不一定具有很高的法律水平,因此家事案件的当事人对于法律的理解通常是有限的,甚至无法独立完成整个家事案件的诉讼程序。这时法院应当行使其最基本的释明权,包括明确诉讼请求,申请法院调查取证、证据规则、法律理解、裁判结果等释明,引导当事人正确行使诉讼权利。

法院虽不是普法的结构,但是不能因当事人不懂法就将当事人拒于法律的大门之外,其理论依据在于,释明权通常被认为是法院为救济当事人在举证和质证过程中存在的能力上的不足或缺陷,通过发问、指导等方式以澄清或落实当事人所主张的某些事实,以引导和协助当事人对案件事实和主要证据进行有效和积极辩论的权力。其不仅是法官的一项审判权利,亦是一种义务,其责任即在于保障当事人在诉讼中的合法权益。

#### 2、诉讼风险的释明

释明权在家事案件中的运用还在于对于诉讼风险的释明。每一个案件的当事人都希望自己可以赢得案件的胜诉,对于家事案件这样与自己的命运密切相关的当事人来说尤其是这样。也正因为这样,一旦案件结果超出预期或者案件败诉,给当事人所造成的心理打击尤甚于实际的经济损失。

近两年来看,各基层法院开始重视家事案件中诉讼风险的释明工作。许多法院在家事案件的立案同时,都会让当事人阅读并签收诉讼风险告知书,让家事案件的当事人能够了解自身诉讼可能存在的风险,这就是法院所行使的诉讼风险的释明权。

但是,笔者同时也注意到,法院在释明诉讼风险的同时也存在一定的问题。首先,释明方式较为单一,一般会在立案时通过书面材料进行告知,但在诉讼过程中很少对诉讼的风险再次加以提醒;其次,是释明内容不彻底,一些法院为了保障自身的迅速结案,对一些风险事项不进行释明。如,离婚案件双方调解和好或撤诉,没有新的理由在六个月内不得再次起诉。这样重要的诉讼风险告知,很少在法院的诉讼风险告知书中看到,也很少在法院调解离婚时,由法院进行释明;第三,是各地法院适用不统一,由于释明权没有成体系的规定,各地法院也是根据自己法院的操作模式进行释明,故造成了各地法官行使释明权不一致的现象。

#### 3、举证责任的释明

经过多年的司法改革,我国的民事诉讼结构基本上建立了当事人主义诉讼模式,即审理对象由当事人决定、事实由当事人主张、证据由当事人提出。法官基本上不介入上述领域而保持中立的裁判地位。但是,家事诉讼是相当复杂的法律专业性活动,当事人不懂法或对案件事实、证据及法律适用存在认识上障碍的话,可能影响到诉讼公正的实现。

所以,为使当事人能够充分主张及举证,法院对案件适当地进行说明以促使当事人完成相应的诉讼行为是非常必要的。法院所享有的这种权力又称为释明权,其中对证明责任的释明便是其内容之一。

首先,法院应当阐明证明责任的分配。《证据规则》第三条规定,“人民法院应当向当事人说明举证的要求及法律后果,促使当事人在合理期限内积极、全面、正确、诚实地完成举证。“证明责任是举证的前提,只有明确了证明责任的分配,才能使当事人有目的地去收集和提供证据。应注意的是,法院证明责任分配的释明,应当说明理由,使当事人能够充分理解诉讼。

其次,法院通过释明,使当事人充分举证。法院在诉讼中如何阐明提供证据的问题,法律未作规定。笔者认为,法院的阐明应当是带有指导性的,但不能具体到每一项证据,否则将会影响到法院审判的中立性问题。

第三,法院应当向当事人阐明举证的方式与途径。这一点非常重要但经常被法院所忽视。根据《证据规则》第三十三条规定,“人民法院应当在送达案件受理通知书和应诉通知书的同时向当事人送达举证通知书。举证通知书应当载明举证责任的分配原则与要求、可以向人民法院申请调查取证的情形、人民法院根据案件情况指定的举证期限以及逾期提供证据的法律后果。”也就是说,当事人可以通过法院进行举证也是法院应当履行释明权所包含的内容之一。

### 三、当前阶段,完善家事审判程序的设想

#### (一)合理法院资源配置,加强法院参与家事审判的主动性

从我国法院的设立体制来看,短时间内成立专门的家事法院还很难被提上议事日程。但是,可以看到的是,各地基层法院已经开始建立起了家事审判合议庭,各别地区的法院已经开始试点建立家事法庭专门审理家事案件。笔者认为,这些做法都是有益的尝试,对我们家事审判程序的推进起到了重要的作用。

笔者同时认为,家事案件是一项复合之诉,在家庭关系日益复杂的今天,家事案件已经不仅仅限于婚姻案件,而是由此所引发的一些列人身、财产关系诉讼,因此,除去优化诉讼程序之外,更需要加强法院参与家事案件审判的主动性,当然,这需要与法院人力资源的配置互相配合。

笔者看来,有三个人是必不可少的。第一,是有经验的女法官,家事案件不同于一般的民事案件,需要有细腻的内心去感染当事人焦躁的情绪,此时女性法官比男性法官更具有先天上的优势;第二,是具有一定法律知识、熟悉家事纠纷的人民陪审员,人民陪审员经常被称为是“笼子的耳朵”,但是在家事案件中则不同,人民陪审员以其亲民的身份可能更容易打动当事人的内心;第三,是专职的调查法官,正如上文所述家事案件的调查工作远超过其他民事案件,并且其所得出的调查结果又是与家事案件的最后判决有着密不可分的关系,因此应当配备专职的调查法官配合当事人的调查申请,只有在查明事实的情况下,才能得出公正的判决。

#### (二)进一步完善家事案件的释明程序,建立释明程序作为家事案件的庭审前置程序

有一句著名的法谚是“只有了解自己的权利,才能更好地行使自己的权利”,这句话应当是每一个家事案件当事人所应当达到的状态。诚然,当事人的普法工作应当交给社会、传媒去完成,但是法院亦不应当利用当事人对于法律不熟悉而就此判决当事人败诉。

从现在的审判实践来看,法院在立案后都会向当事人发放受理通知书、应诉通知书、举证通知书等,这些都是法院行使释明权的体现。对于家事案件,一些法院也已经制作了专门的家事案件风险告知书就相关问题进行释明。笔者认为,由于家事案件当事人的特殊性,应当加大对于家事案件当事人的释明权。建议建立庭审前的释明程序,在案件的庭审之前制作统一的家事案件风险告知书向当事人进行送达,告知其诉讼风险。这样可以最大程度的保障家事案件当事人诉讼权利的行使,同时也使法院能够更顺利的开展诉讼程序。

#### (三)加强司法能动性,突破当事人主义的限制

能动司法要求法院应当更多地参与案件的审理,而不是一味恪守当事人主义的底线。家事案件与一般民事案件不同,案件当事人所处分的不仅仅是自身的权利,还有可能涉及整个家庭的权利,若简单地从当事人主义的角度出发进行裁判,很有可能损害了其他案外人的权益。

而实际上,法律上也赋予了法院突破当事人的权利,如,法律规定,对未办理离婚手续拒不补办结婚登记而坚持“离婚”的,按解除同居关系处理。这就是法院突破了当事人的诉讼请求所进行的判决。又比如,在关于子女抚养权的处理上,双方均同意子女随一方共同生活,但是法院经审查后发现子女若随该方共同生活明显不利于子女的成长,法院亦应当突破当事人的合意,依职权进行判决。

当然,法院所突破当事人的诉讼请求只能在法律所允许的情况下,这才不会导致司法审判权遭到滥用,又能够最大程度上保障家事案件审判的公平、公正,维护社会的公益!

## 对家事纠纷诉讼制度构建的几点建议

张承凤

我国目前主要用于调整家事案件的法律有《中华人民共和国民法通则》、《中华人民共和国婚姻法》、《中华人民共和国收养法》、《中华人民共和国继承法》和《中华人民共和国民事诉讼法》,以及一些相关的司法解释。就现行法律而言,在社会进入转型期,家事案件激增的背景下,适用同一普通民事程序,既影响诉讼效率又不能使家事案

北京理工大学司法研究所主办 上海沪家律师事务所、北京岳成律师事务所协办

件得到良好解决，因此，针对家事案件自身的特点及审理中出现的问题，笔者提出以下几点建议：

第一、设置家事法庭或法院专理家事案件。不断增加以及复杂化的家事案件要求设立独立的家事法庭或法院，配之有特殊素质的法官、辅之以社会工作者和其他适合于此的专业人士，适用家事诉讼专门程序，可以从专业性以及效率性两方面保障家事案件得到良好的法律效果以及社会效果。从世界范围观察，家事法院或家事法庭的普遍建立是20世纪四十年代末开始的司法改革运动的重要成果之一。在主要工业化国家和地区，家事审判制度已相当成熟，比如德国、日本就设立有专职管辖家事案件的独立家事法院，西班牙、奥地利、波兰等国法院内也有相似机构。我国台湾地区也设有家事法庭专理家事案件，家事案件包括《民事诉讼法》第九编规定的人事诉讼、《非讼事件法》规定的基于亲属身份引起的财产管理、监护及继承事件；因婚姻、亲属关系、继承或遗嘱所发生之民事事件。

具体构建审理家事诉讼的专门机构，在设置上可先在各级人民法院设立家事法庭，待经验成熟后，再设置独立的家事法院系统。根据我国家事案件由基层法院受理的规定，考虑方便诉讼原则，宜在基层人民法院普遍设立家事审判庭，依法审理第一审家事案件。针对家事案件上诉较多的现状，结合我国现行两审终审制，中级人民法院应设立家事审判庭。可喜的是，我国现在有的地方法院已经在开始试点，希望得到推广。

第二、离婚案件中的诉讼保全问题。一是保全的时间，由于离婚案件在第一次起诉时，如果被告不同意离婚，法院多半会判决不准离婚，这时伴随案件审理的结束，诉讼保全会解除，那么夫妻共同财产就可能被恶意处置。在笔者代理的案件里就出现了这样的问题，有在第一次起诉和第二次起诉期间出售房屋的；有在此期间转移存款的。对转移存款的行为，有的法院还不予处理，法院认为：我们只处理离婚时的夫妻共同财产，也就是在第二次起诉时，双方名下还存在的夫妻共同财产，如此的观点，当然会导致大量的财产转移。二是提出诉讼保全后的担保财产问题，虽然最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释（二）》中第二十八条特别规定：“夫妻一方申请对配偶的个人财产或者夫妻共同财产采取保全措施的，人民法院可以在采取保全措施可能造成损失的范围内，根据实际情况，确定合理的财产担保数额。”该条主要包含有两层意义：一是审理离婚案件时，当事人申请财产保全措施提供担保数额可适当降低；二是在采取保全措施可能造成损失的范围内确定合理的财产担保数额。但是一般情况下，法院还是会要求当事人或者利害关系人提供财产担保，提供财产担保的目的主要是申请财产保全虽为当事人的一项诉讼权利，但当事人应当承担财产保全给对方不利后果的责任承担。因此《中华人民共和国民事诉讼法》第96条规定：“申请有错误的，申请人应当赔偿被申请人因财产保全所遭受的损失。”但是在离婚案件中，如果财产保全担保程序还是按照民事诉讼法的一般规定进行的话，会难以实现当事人提出诉讼保全的权利，给提出离婚的当事人无形设置了障碍，其原因有：1、由于保全的财产多为夫妻共同财产，按照婚姻法所规定的婚姻期间约定属于“个人”的财产，在司法实践总是极少存在的，因此，夫妻一方在离婚诉讼中保全的财产多为夫妻共同财产，那么为了保全财产申请人很难提供可供担保的个人财产。2、案外人提供的财产担保在普通模式案件中会正常存在，但是离婚案件相比较属于特殊案件，案外的第三人一般不会提供财产担保的帮助，即使是亲戚关系都不会如此，人们还会考虑到离婚会不会得到法院支持，夫妻如果是气头上的冲动，今后万一和好如初，不就会仇视自己，更会受到社会的舆论谴责。3、随着经济的不断发展，如果一方有一定的雄厚财产，而另一方没有任何的经济收入，那么要求没有经济收入的一方提供财产担保就没有可能。

因此笔者建议将离婚案件中财产担保之特别规定中的“可以”换为“应当”。当然若我国能够建立完善的夫妻财产互查制度，同时加大对转移、隐匿财产方的处罚力度，比如像美国纽约州，对其处以税法方面的惩治，以及降低其个人信用评价等，也可以从侧面解决保全时间短而无法解决的转移、隐匿财产等问题。

条款：夫妻一方申请对配偶的个人财产或者夫妻共同财产采取保全措施的，人民法院应当在采取保全措施可能造成损失的范围内，根据实际情况，确定合理的财产担保数额。

其三、在调查取证方面，应以适用职权探知主义为原则。追求客观真实是家事案件公益性所延伸出来的必然结果。特别是在家事财产争议中，掌控财产的一方往往会隐匿、转移财产等，而另一方则显得十分被动，此时法院就应依职权主动进行调查，探求案件真实。从国外立法来看，在家事审判程序中，实行职权探知主义也是大势所趋。例如德国民事诉讼法规定，法院可以依照职权命令调查证据，并且在审讯配偶双方后，也可以依职权考虑双方未提出的事实；我国台湾地区民事诉讼法规定，在撤销婚姻或者离婚之诉中，对于未成年子女权利义务行使负担的内容与方法，法院可以斟酌当事人所未提出之事实，并应依职权调查取证。而在目前我国的司法实务中，法官调查取证一般都是依当事人申请，甚至有时当事人申请了，法官也不见得按申请来办，比如对于已经起诉过一次，即便当事人申请调查自第二次起诉离婚的时间倒推两年内另一方的存款以及股票情况等，法官还是按第二次离婚起诉时倒推回去一年的时间来调查，如果按第一次起诉的时间看，实际调查的时间只有两三个月时间左右，如此调查结果又有何意义呢？离婚起诉的当事人都是在经过考虑和安排以后才会启动法律程序，如此短的调查取证时间，实际意义是不大的。还有的法院对于当事人的申请要求必须提供相应的信息，否则拒绝调查；而银行系统也在现实中设置了大量的障碍，导致法院的调查取证有极大的局限性。这些都需要立法予以制定改变如此的局面。

条款：离婚诉讼中，法院除对当事人的调查取证申请事项中当事人无法完成的内容实施调查取证职权外，并可积极主动行使法院调查取证职权；对经查明但当事人未提出之事实，裁判时应当予以考虑。

其四，设计细致完善的离婚案件缺席判决制度。很多法律人士认为和普通的财产类民事诉讼不同，家事案件当事

人必须直接参与整个诉讼过程。然而我国目前存在大量人口移动的现状，当事人无法到场或者恶意缺席的现象比比皆是，虽然《民事诉讼法》有关于拘传的规定，但在构建和谐司法的背景下很少适用。难道一方起诉离婚，另一方不想离婚的方式就是不出席吗？若法官一味坚持缺席不判决，或者让到庭当事人承担败诉的后果，那此作法已经远离了程序法之要求，使诉讼公正与效率大打折扣，因此笔者认为设计完善细致的缺席判决制度，确立一方辩论主义为离婚案件缺席审判模式。其基本要求是法官裁判基础，不仅包含到庭当事人的陈述辩论及相关证据，同时也包括缺席方所提交答辩状及证据资料。单方陈述辩论，不能作为法院径行判决基础。依此种模式审理案件，应当注意以下几个方面：1、对于离婚问题，对原告适当降低证明标准。法院要对原告的诉讼请求、理由及有关证据进行审查。如果以上材料并不矛盾，能互相印证并基本能证明原告的主张，法院应作出原告胜诉的判决；2、保障缺席方合法权益。法官应充分注意保障缺席方合法权益，特别是财产分割问题，如缺席方确属下落不明，也应合理分割夫妻共同财产，并为其指定财产代管人。如缺席方就财产分割部分存在异议，可以申诉，请求重新分割财产；或提起诉讼，请求依法分割所遗漏财产，以此种方式求得司法之救济。如果财产分割会导致缺席方财产损失的，或者财产、债权债务无法查清的，可暂不处理，待当事人出现后再作处理。

同时，法院在缺席审判离婚案件时，可以考虑多种手段来保障缺席方的诉权，比如缺席方可以提交公证离婚意见书，或者视屏审理等。现实审理中，这两种离婚审理方式都已经出现。当然，这需要防止虚假公证和冒名顶替的情形。对于无正当理由拒不出庭的当事人应让其承担不利的法律后果。

对于“下落不明”的被告，在“送达”传票时，需要特别注意，除了如村委会、居委会或者派出所出具的证明外，人民法院还应当依职权调查被告的近亲属，从程序上尽可能保障被告被通知到，若近亲属也无法提供或提供的帮助也无法联系被告，结合原告提供的其他证据，才可以认定为“一方下落不明”，然后公告送达传票，

条款：离婚案件当事人由于特殊原因无法出庭的，应当向法院提交经公证的离婚意见书；有条件的法院，可以采用视频方式进行审理。

离婚案件对被告下落不明的，除原告提供相关部门的证明外，法院还应依职权进行调查，在查证属实后予以公告送达被告传票。

#### 参考文献：

- 1、傅郁林，家事诉讼特别程序研究，法律适用，2011年08期。
- 2、张晓茹，家事保全程序探究——对我国民事诉讼立法中一个空白点的诠释，河南社会科学，2006年04期。
- 3、周丽，离婚案件缺席审判制度，法制与社会，2008年33期。
- 4、蒋月，家事审判制：家事诉讼程序与家事法庭，中国论文联盟，<http://www.lwlm.com/minfaluwen/201011/445597.htm>

## 从婚内析产问题看民法修正案中的先行调解

天津优律师事务所 姚丹

“调解”发明于我国，被世界各国誉为“东方经验”而广受赞誉和借鉴。在我国现行民事诉讼立法体系中，关于调解不但在《民事诉讼法》中作了专章规定，还制定了大量有关调解的法律法规和规定，形成了以人民调解为主的“非诉调解”和以法院调解为主的“诉讼调解”的调解体系。然而对于何为先行调解，目前并没有明确界定，在法律规定上，也只有2003年颁布的《最高人民法院关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》（以下简称《简易程序规定》）中有所提及。本次《民事诉讼法修正案》（草案）中第25条规定：增加一条，作为第一百二十一条：“当事人起诉到人民法院的民事纠纷，适宜调解的，先行调解”，除此之外在修正案中无其它规定。然而就这么一个模糊的提法，不得不让我们产生疑问和思考。

### 一、“先行调解”的明晰及草案修改建议

#### （一）、先行调解的期间不明，导致其性质不定

根据我国现行法院的内部设置，立案庭是民事纠纷进入法院的第一道窗口。那么，所谓“起诉到人民法院的民事纠纷，适宜调解的”，按其表面意思似乎是指一旦有民事纠纷告诉到人民法院，立案庭的工作人员应先行审查其是否适宜调解。然而，如果这种理解正确的话，本条便直接违反了我国现行民事诉讼法关于案件受理的形式审查原则，也会与修正案中第122条的规定“人民法院应当保障当事人依照法律规定享有的起诉权利。对符合本法第118条的起诉，必须受理”相冲突。由此视之，修正案中先行调解的“先”，在我国还没有像有些国家那样在法院内部广泛设立诉前调解庭的情况下，其开始时间至少是在案件受理之后。而对于其期末时间，在上述提到的《简易程序规定》中，其第十四条规定先行调解案件“在开庭审理时应当先行调解”，并且这一条安排在该规定第三部分“审理前的准备”中，也就是说先行调解应至少在开庭审理前进行。综上分析，我们认为所谓的先行调解其期间应为立案之后开庭之前。其性质应属于与庭前调解一类的诉讼调解，而不是非诉调解。

#### （二）、先行调解无判断标准，无从确定其适用范围

对于草案中的先行调解，哪种案件应先行调解？只有简单的“适宜调解”四个字定位，基本没有实质内涵，是一

北京理工大学司法研究所主办 上海沪家律师事务所、北京岳成律师事务所协办

个太过原则的规定，必须有所具体。

本文开头提到，目前我国法律法规及司法解释关于先行调解的规定只出现在《简易程序规定》中，其第十四条规定：下列民事案件，人民法院在开庭审理时应当先行调解：（一）婚姻家庭纠纷和继承纠纷；（二）劳务合同纠纷；

（三）交通事故和工伤事故引起的权利义务关系较为明确的损害赔偿纠纷；（四）宅基地和相邻关系纠纷；（五）合伙协议纠纷；（六）诉讼标的额较小的纠纷。对于本条规定背后的立法理由立法者亦作出了解释，如当时主导该司法解释的最高人民法院副院长黄松有表示，“将婚姻家庭纠纷和继承纠纷列入调解前置程序，主要是这类案件内含着丰富的伦理道德内容，如果单纯用法律规范去调整，用很机械的、过于程式化的方式去解决，不利于纠纷的彻底妥善处理，难以取得良好的社会效果……”。<sup>①</sup>然而，除此之外，关于先行调解的受案范围再无其它规定，2004年颁布的《最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》和2009年颁布的《最高人民法院关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》也未曾提到。因此可想而知，在我国现行民事诉讼法还未对普通程序适用先行调解列明具体案件类型和确立判断标准的情形下，必然导致法院对何种案件适用先行调解无从判定。尽管修正案第一百三十二条<sup>②</sup>规定，“人民法院对受理的案件，分别情形，予以处理：（二）对当事人争议不大的，采取调解等方式及时解决纠纷”，看似是对先行调解判断标准的确立，但仍然过于抽象，而且就“争议不大”这项标准来说，其又与适用简易程序的判断标准重合，更加让法院无所适从。

通过以上分析，对于先行调解我们认为，应该把《简易程序规定》中规定的六类先行调解案件作为一般先行调解案件在修正案第一百二十一条中列举，再在第一百三十二条中概括规定其它先行调解案件。具体如下：

1、修改意见一：修正案第一百二十一条修改为：“当事人起诉到人民法院的下列民事纠纷，在立案后经当事人同意调解的应先行调解，调解不成的转入审理程序：

- （一）婚姻家庭纠纷和继承纠纷；
- （二）劳务合同纠纷；
- （三）交通事故和工伤事故引起的权利义务关系较为明确的损害赔偿纠纷；
- （四）宅基地和相邻关系纠纷；
- （五）合伙协议纠纷；
- （六）诉讼标的额较小的纠纷

2、修改意见二：修正案第一百三十二条第二项修改为：依照其它法律规定该案件应先行调解的，按照第一百二十一条的程序规定进行调解；

举例来说，对于离婚案件，《婚姻法》第三十二条第二款规定，“人民法院审理离婚案件，应当进行调解”。依据我们的修改意见二，既然《婚姻法》作为其它法律规定了这类案件应先行调解<sup>③</sup>，那么在受理此类案件后法院便应对其进行先行调解，当事人不同意调解或调解不成的，再按其性质适用普通程序或简易程序进行审理。

## 二、婚内析产问题是与财产有关的婚姻问题，应予先行调解

前文已述及，对于婚姻家庭纠纷和继承纠纷（又可统称“家事纠纷”）我国法律规定在开庭审理时应当先行调解，而且这一规定在现行法中只适用于简易程序，在普通程序中，只明确规定离婚案件应当先行调解，而对于其它婚姻家庭纠纷没有要求。那么，对于婚姻法司法解释（三）第四条所确立的婚内分割夫妻共同财产纠纷，它是否属于婚姻纠纷呢？对这个问题的回答将直接影响到这类新型纠纷对先行调解的适用问题。

对于婚内析产问题的纠纷性质，有一种观点认为，婚内析产问题只是因婚姻关系而起的财产问题，只需按照普通的财产纠纷解决方式审理即可。这种观点也是本人目前办理的“天津首例婚内分割夫妻共同财产案”<sup>④</sup>中法院的观点。针对这类案件，法院只把它当作普通的财产纠纷进行审理，法官只考虑原被告提出的事实和证据，不会基于双方当事人是夫妻关系而考虑情理因素。并且，持本观点的人还从本条的制定依据出发，认为婚内析产就是一个夫妻财产利益分割的问题，本条当时在解释（三）中得到确立，理论依据便是物权法第99条对财产共有权的规定，该条规定认为共同有人在共有关系存续期间，一方可基于重大理由请求分割共有物。所以，最高人民法院在这种共有物分割理论的指导下草拟了立法意见并经多方建议修改后制定了本条。因此基于本条的立法原理他们认为，本条规定的出台只是物权法的财产权理论在婚姻法中的又一处适用，并不需要考虑是否存在特殊的身份关系，

我们认为，婚内析产尽管解决的是夫妻之间的财产利益问题，但这一纠纷只是与财产有关而已，其本质还应归属于婚姻类纠纷。原因在于，与其它民事财产纠纷不同，婚内析产纠纷的当事人之间存在身份关系。而且由于当事人解决该纠纷的目的往往不是为了判断是非曲直，更多的是为了以后更好的和平相处，该纠纷解决后当事人之间仍存在身份关系。所以它比离婚纠纷更特殊，更进一步体现了身份性。消除当事人双方对立情绪、恢复受创情感、实现家庭和睦是解决此类纠纷的终极价值取向。所以说，如果一般的离婚纠纷都应实行先行调的话，那么婚内析产纠纷就更有必要通过先行调解方式解决了。因此，法院要想妥善处理这类婚姻家庭纠纷，取得良好的社会效果，必须将先行调解和诉讼有机联系。

所以，对于婚内析产这一问题，我们认为其实质是与财产有关的婚姻问题，而不是从其表面看来只是与婚姻有关的财产问题，根据前面我们关于先行调解的修改意见，我们认为对婚内请求分割夫妻共同财产的案件，法院应当在立

案之后对它进行先行调解。

#### 注释:

- ①现代快报: 婚姻家庭纠纷等六类民事案件应先调解, <http://news.sina.com.cn/c/2003-09-19/0859782181s.shtml>, 2012年7月25日访问
- ②《中华人民共和国民事诉讼法修正案》(草案)第二十八: 增加一条, 作为第一百三十二条: “人民法院对受理的案件, 分别情形, 予以处理:  
“ (一) 对当事人没有争议, 可以适用督促程序的, 转入督促程序;  
“ (二) 对当事人争议不大的, 采取调解等方式及时解决纠纷;  
“ (三) 根据案件性质, 确定适用简易程序或者普通程序;  
“ (四) 需要开庭审理的, 要求当事人交换证据, 明确争议焦点。”
- ③ 在法律出版社2012年出版的《中华人民共和国婚姻法》(注释本)一书中, 编写者在该条的注释中写道: “只有一方要求离婚的, 可以请求有关部门调解, 也可适用诉讼离婚, 但是在审理离婚案件时, 法院也要依法先行调解, 不能立即审理、宣判, 以便维护婚姻的稳定”
- ④ 参见8月11日北京市朝阳区律师协会民事业务研究会主办: “《婚姻法司法解释(三)》实施一周年热点难点问题研讨会”我们所提交的论文: 《婚姻法司法解释(三)第四条的理解与应用》

## 当前家事诉讼证据制度的完善建议

孙韬(江苏苏源律师事务所)

各位嘉宾: 今天我想和大家谈的一个问题是在职业过程中发现的一个新的问题。很多人可以看到现在在我们各个城市里面调查公司或者私家侦探如雨后春笋一般层出不穷, 而且业务量做的特别的好。在我看来呢, 虽然这些私家侦探或者调查公司他们游走在法律的边缘, 甚至有一些从业人员因为触犯法律的规定而受到法律的制裁, 但是这个行业仍然散发出蓬勃的生机, 业务非常的好。

我执业开始就一直和他们打交道, 我看到他们的运作模式或者说他们的业务发展方向相对而言我还是比较了解的, 目前调查公司的主要业务分两块(1)商务调查(2)婚姻家庭调查。婚姻家庭调查业务他们又大致分为两块, 一方面是婚外情的调查, 去找人啊, 找对方婚外情的证据, 这个说白了对他们而言是个体力活。可以给调查公司带来巨大利益的是另一个方面, 就是进行通话记录短信包括银行开户信息等方面的调查, 虽然这样的一个调查是非法的甚至是犯罪的, 可是却有着巨大的市场。如此现象的存在引发我的思考。目前在多数民事诉讼中, 特别是家事诉讼中很多的当事人是处于一个相当的弱势地位或者相当被动的地位, 特别是在资产过千万过亿的家庭中往往绝大多数的财产控制在一方名下, 并表现为股票、股权、公司的期权, 还有银行存款、理财产品等等, 作为另外一方往往是相夫教子或者是处于弱势的地位, 他知道家里面大概有多少资产但是等到双方一旦发生争议他就没有办法解决这个问题, 因为他举证非常困难。现在法院在绝大多数民事诉讼中你主张对方的有银行存款那就要求举证而且即便当事人提交了相关信息法院也很少去调查。提交了对方准确的各项银行信息后法院才有可能去调查。而且据我所知在江浙沪地区的调查令很多银行对调查令是不支持的不配合的只有法院去调。

为什么调查公司有这样违法的收入途径存在, 就是因为我国国家民事诉讼法不完善, 我们应该在家事诉讼中加一个特别制度。

我想初步应该是分两块:

第一我们可以规定在家事诉讼中只要一方当事人申请法院就给申请人或者申请人的代理律师一个调查令, 他可以凭这个调查令到任何一个开户银行和证券交易所等相关机构查询对方的开户情况和交易情况, 当然这个调查令我们可以设定一个时间例如半年或者一年内, 我们设定这样一个制度, 这样也可以减少法院的工作量, 让当事人或者当事人的律师去查, 这样就可以减少对方去转移财产的可能。

第二我们设定一个惩罚制度, 当事人要如实申报的义务, 就是在你名下有多少财产你的开户银行账户是什么你的房产有多少, 要如实申报, 如果说你不如实申报在法院开庭前或判决前你没有如实申报, 那以后一旦发现了你有隐藏的财产没有如实申报财产, 那么就用处罚制度, 这些隐藏财产就归对方所有, 这样的制度, 督促当事人如实申报自己的真实财产, 促使家事审判进入合法和实质公平的境地。

这就是我的两点建议, 谢谢大家

## 婚姻诉讼中的财产保全

李曙光, 曹玉雯(天津星聚律师事务所, 天津, 300201)

【摘要】离婚诉讼与其他类型的纠纷诉讼不同, 它是复合之诉, 涉及身份关系、财产关系及子女抚养关系, 这就

北京理工大学司法研究所主办 上海沪家律师事务所、北京岳成律师事务所协办

决定了离婚诉讼中的财产保全制度与其他类型纠纷的财产保全制度有着本质的差别，而现有民事诉讼法制度中的财产保全制度并不能完全解决离婚诉讼保全财产的相关问题，本文从财产保全担保制度、财产保全期限及保全措施三个方面试图寻求问题解决途径。

**【关键字】** 离婚诉讼；财产保全；家事诉讼程序

财产保全是指人民法院在受理案件前或者诉讼过程中，作出判决之前，为了保证判决的顺利执行，或者避免财产遭受损失，对当事人的财产或者争执标的物采取的限制当事人处分，或者禁止当事人实施或不实施某一行为的临时措施，财产保全包括诉前保全和诉讼保全两种形式，<sup>123</sup>其作用在于保障将来的生效判决能够得到执行，使判决结果落到实处。在离婚诉讼中，当事人一方为避免财产实际控制人隐匿、转移或毁损财产，往往在诉讼中甚至在诉讼前会申请财产保全，但是由于离婚诉讼是复合之诉，既有身份属性又具财产性且以身份属性为主，这就决定了离婚诉讼中的财产保全与其他类型的诉讼案件中的财产保全有本质的不同，在没有家事诉讼程序专门立法的现状下，现有民事诉讼法程序中的财产保全中的诸多制度设计并不能满足当事人在离婚诉讼时财产保全的需求，甚至在司法实践中给离婚当事人、司法机关都带来一定的困扰，并没有起到财产保全制度保护合法权益人的目的。笔者结合实践中所遇到的问题，从财产保全制度的目的出发，认为，因为离婚诉讼具有特殊性，为了保护诉讼离婚中的相对弱势方，现有的财产保全制度在担保制度、保全期限及保全措施等方面进行专门立法，具体阐述如下：

## 2012 离婚诉讼中财产保全制度不宜要求申请人提供担保

### (一) 离婚诉讼中适用现有财产保全制度而存在的问题

#### 1. 现有财产保全中的担保制度与夫妻财产制规定相矛盾

财产保全的担保有两种，一种是申请人为申请财产保全而向人民法院提供的担保，另一种是指被申请人为了使被申请人财产解除保全而向法院提供的担保，其中在离婚诉讼中与夫妻财产制存在冲突的诉讼担保制度是指前者，即因申请人申请财产保全不当而给被申请人造成损害给予赔偿而在财产保全过程中提供担保财产，以供保全错误时给予被申请人赔偿，这种担保是为弥补申请保全错误而造成的损失，当事人向人民法院提供担保财产而形成的人民法院与案件当事人之间的民事诉讼法律关系，人民法院与申请人、担保人并不形成债权债务关系，财产保全的担保需经接受保全申请的人民法院认可。<sup>124</sup>在司法实践中，调整财产保全担保的法律主要是《中华人民共和国民事诉讼法》和最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》（以下简称《民诉意见》），以及最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》中的相关规定，民事诉讼法第九十二条规定“人民法院对于可能因当事人一方的行为或者其他原因，使判决不能执行或者难以执行的案件，可以根据对方当事人的申请，作出财产保全的裁定；当事人没有提出申请的，人民法院在必要时也可以裁定采取财产保全措施。人民法院采取财产保全措施，可以责令申请人提供担保；申请人不提供担保的，驳回申请。”该法第九十三条规定“利害关系人因情况紧急，不立即申请财产保全将会使其合法权益受到难以弥补损害的，可以在起诉前向人民法院申请采取财产保全措施。申请人应当提供担保，不提供担保的，驳回申请。”《民诉意见》第九十八条规定“人民法院依照民事诉讼法第九十二条、第九十三条规定，在采取诉前财产保全和诉讼财产保全时责令申请人提供担保的，提供担保的数额应相当于请求保全的数额。”由此可见，在离婚诉讼中申请人若要申请财产保全则必须提供担保，而且提供担保的价值数额须与申请保全的财产价值相当，这就产生了两个问题：

#### (1) 申请人以何财产作为财产保全的担保？

在离婚诉讼的财产保全中，申请人一般都没有实际掌管财产，在离婚双方当事人中属于相对弱势方。而保全的财产又多为夫妻共同的主要财产或者重要财产，申请人没有别的财产可言，若要求其在申请财产保全的过程中提供担保，申请人只有两个选择，一是以所谓自己的财产提供担保，二是以案外人的财产提供担保。对于前者，由于我国夫妻财产制除夫妻另有约定外实行法定财产制，即在婚内的财产一般为夫妻共同所有，此时申请者以所谓的自己的财产提供担保，被申请人会对此财产提出异议，同时法官也难以作出裁定。对于后者，离婚一般是当事人的“家务事”，俗话说“清官难断家务事”，案外第三人一般不参与其中，也难以提供财产担保的帮助，因为人们会考虑法院是否会判决离婚，若判决不予离婚或者夫妻日后和好如初，提供财产担保者会遭受一定的舆论压力。

#### (2) 申请人为保全自己的财产也需要提供担保，与诉讼担保制度的目的不符。

如上文所述，离婚诉讼中财产保全所申请保全的财产在控制状态上为对方所控制，但是在权属性上并不必然为对方所有的财产，所申请保全的财产经人民法院裁判后其权属可能是申请人的，可能是夫妻共同所有，可能是被申请人的，在这种情况下，存在如下两个问题：一是，若申请保全的财产权属不明的条件下，是否存在保全错误的情况？一

<sup>123</sup> 孙海龙, 姚建军. 《司法程序中财产保全担保的实现路径——兼谈对我国民事诉讼中财产保全范围的理解》[N]. 人民法院报, 2009年5月5日006版.

<sup>124</sup> 曹茂幸. 《试述离婚案件中的财产保全》.

[http://www.chinalawedu.com/new/21604\\_3500\\_/2009\\_11\\_26\\_ji87690185862119002240.shtml](http://www.chinalawedu.com/new/21604_3500_/2009_11_26_ji87690185862119002240.shtml), 2012-7-30



般认为,如何认定申请财产保全是否有错误,要从申请人的主观和被保全的对象进行分析。如果当事人主观上存在过错,超争议标的数额申请保全,或将他人的财产申请保全,则属于申请保全错误。如果被申请保全的财产的性质在申请保全时尚未确定,只要申请人主观上没有过错,不论被保全的财产性质如何,均不属保全错误。<sup>125</sup>二是若经人民法院裁判,所保全的财产为申请人所有或部分所有,则申请人在保全财产时为保全自己的财产而提供了担保,这与财产保全担保为防止保全错误的目的不符合。

## 2. 关于财产保全中担保的规定民事诉讼法与婚姻法相关规定不统一

上文所述,根据我国《民事诉讼法》及《民诉意见》相关规定,在申请人申请财产保全时所提供的担保数额须与申请保全的财产数额相当,但是我国《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》(以下简称《婚姻法司法解释(二)》)第二十八条规定:“夫妻一方申请对配偶的个人财产或者夫妻共同财产采取保全措施的,人民法院可以在采取保全措施可能造成损失的范围内,根据实际情况,确定合理的财产担保数额。”在离婚案件中,夫妻一方将夫妻共同财产私自隐藏、处分、转移,从而导致对方在法院判决后分割共同财产时使判决成一纸空文的情况并不鲜见,为了防止出现这种情况,当事人可以申请法院采取财产保全措施,<sup>126</sup>而在司法实践中,对于非控制财产方需要提供与申请保全财产的价值相当的担保财产具有很大的困难,为了保护离婚案件中弱势群体一方的利益,使判决能够真正的落到实处,《婚姻法司法解释(二)》特别规定了离婚案件中的财产保全问题,即人民法院可以在采取保全措施可能造成损失的范围内,根据实际情况,确定合理的财产担保数额。虽然该条的规定对于保护离婚诉讼中相对弱势方具有积极的作用,但是其一,该条规定较为原则,操作性不强;其二,该条规定与《民事诉讼法》及其司法解释的相关规定并不统一,有违法制统一的原则。而若能在家事诉讼程序立法中对此问题加以规定,便可以解决此问题,因为家事诉讼程序是民事诉讼程序的特别程序,适用家事诉讼程序符合特别法优先于普通法的法律适用原则。

## 3. 现有财产保全制度极易提高当事人诉讼成本,不利于保护离婚诉讼中相对弱势方

离婚案件属于特殊案件,它是将身份关系、财产关系及子女抚养关系集为一体,其请求的结果是以离婚请求是否被支持为前提影响后两个请求的处理,即在人民法院判决准许双方当事人离婚的条件下,才会涉及财产的分割与子女的抚养问题。而在司法实践过程中,由于种种原因,当事人第一次起诉离婚而不被人民法院支持的情况较为常见。因而,对于离婚诉讼的当事人,在不确定最后是否准予解除夫妻关系的条件下而申请财产保全,其初衷是为了防止对方隐藏、处分、转移财产,这也说明该财产并不在申请人控制范围之内,而此时申请人需要缴纳保全费用及提供担保,若离婚的诉讼请求在一审时未得到支持,申请财产保全的行为无疑增加了当事人的诉讼成本,同时也未起到保护财产非控制方的利益的作用。

### (二) 上述问题之解决方法的意见:在离婚诉讼的财产保全中不宜要求申请人提供担保

如上文分析,在离婚诉讼中申请财产保全的一方往往是不控制财产的一方,也是在离婚诉讼中处于相对弱势的一方,从法学理论及司法实践中,要求其在财产保全过程中提供担保的规定并不合理,从2004年4月1日生效的《婚姻法司法解释(二)》第二十八条的规定可见,民事诉讼法中有关财产保全的规定已经对离婚诉讼中财产保全的相关问题的解决带来了一定的困难。因而,在家事诉讼程序专门立法中对财产保全问题进行规定显得更为重要,一方面可以解决现有财产保全制度与婚姻法中夫妻财产制度相冲突的法律理论问题,另一方面也可以解决在法律适用过程中法制不统一的问题,而且这样的规定更符合保护离婚中弱势方尤其是妇女权益的立法精神。

## 2013 离婚诉讼中财产保全的保全期间宜作适当延长

### (一) 问题的提出——“空档期”如何保全财产?

#### 1. 我国现有财产保全期限的法律规定及存在的问题

根据我国《民诉意见》的规定,财产保全裁定的效力至生效的法律文书执行时为止,即《民诉意见》第一百零九条“诉讼中的财产保全裁定的效力一般应维持到生效的法律文书执行时止。在诉讼过程中,需要解除保全措施的,人民法院应及时作出裁定,解除保全措施。”

同时,在《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》中对不同保全措施规定了不同的期限并可以申请保全期限延期,具体内容为:该法第四条的规定“诉讼前、诉讼中及仲裁中采取财产保全措施的,进入执行程序后,自动转为执行中的查封、扣押、冻结措施,并适用本规定第二十九条关于查封、扣押、冻结期限的规定。”第二十九条规定了不同保全措施进行财产保全的期限,即“人民法院冻结被执行人的银行存款及其他资金的期限不得超过六个月,查封、扣押动产的期限不得超过一年,查封不动产、冻结其他财产权的期限不得超过二年。法律、司法解释另有规定的除外。申请执行人申请延长期限的,人民法院应当在查封、扣押、冻结期限届满前办理续行查封、扣押、冻结手续,续行期限不得超过前款规定期限的二分之一。”第三十条规定“查封、扣押、冻结期限届满,人民法院未办理延期手续的,查封、扣押、冻结的效力消灭。查封、扣押、冻结的财产已经被执行拍卖、变卖或者抵

<sup>125</sup> 史友兴,《离婚诉讼妻子保全丈夫财产分道扬镳前夫起诉要求赔偿》[N]. 民主与法制时报,2003年8月26日第004版。

<sup>126</sup> 黄松有主编,《最高人民法院关于婚姻法司法解释(二)的理解与适用》[M],人民法院出版社,2004年1月。

债的，查封、扣押、冻结的效力消灭。”

通过上述法律规定可见，关于财产保全期限的规定，《民诉意见》与《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》是从不同角度进行的规定，前者以案件审结为标准，后者以不同保全措施为期限长短的标准，虽无本质冲突但是存在不一致的问题，根据这些法律规定，财产保全易出现“空档期”的情况，这在司法实践中，尤其是在离婚诉讼的财产保全中，容易导致被保全的财产处于一个“空档期”，即案件审结（未判决离婚）而财产保全措施的期限未到，乃至到下一次起诉离婚的这段时间里，财产保全的裁定已失效，在案件中被申请保全的财产处于一种无保护状态，具体有两种表现形式，以下内容进行阐述。

## 2. 保全财产“空档期”的表现

第一种，案件审结，财产保全措施的期限未满，但因无法申请延期，形成“空档期”。以“查封、扣押动产的期限不得超过一年”举例说明，2011年2月份甲向某人民法院起诉乙离婚，并在3月份申请了登记在乙名下的一辆机动车的财产保全，法院经审查批准保全财产期限为一年，该案件经一审普通程序审理至2011年8月份进行了不准离婚的判决，后甲不服一审判决进行上诉，二审法院于2011年11月份进行了不准许离婚的判决，而被保全的机动车的保全期限至2012年3月到期，至二审判决生效时，该机动车的保全裁定因案件审结而失效，但此时虽然被保全的机动车仍在保全期限内，但甲却无法申请延期以保全该财产不被乙处分。

第二种，案件审结，财产保全措施的期限也届满，因无法申请财产保全，致使至六个月后再次起诉期间形成“空档期”。司法实践中如果当事人第一次起诉离婚且不存在准予离婚的法定事由，人民法院往往不会判决离婚，而财产保全会因案件的审结而失去保全效力，此时便会出现这样的问题：原告第一次起诉离婚未被支持的判决生效后，被告开始有隐匿、转移财产的行为，但原告并没有确凿的证据，而此时没有出现新情况、新理由，且距上一次起诉不满六个月，因而无法再向法院提起离婚诉讼，更无法申请财产保全，此种情况下，非控制财产方的利益如何保护？

## （二）上述问题之解决方法的意见：在离婚诉讼财产保全中适当延长保全期限

1. 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》第四条是对夫妻一方利益受损的事后救济

我国《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》第四条规定“婚姻关系存续期间，夫妻一方请求分割共同财产的，人民法院不予支持，但有下列重大理由且不损害债权人利益的除外：（一）一方有隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或者伪造夫妻共同债务等严重损害夫妻共同财产利益行为的；（二）一方负有法定扶养义务的人患重大疾病需要医治，另一方不同意支付相关医疗费用的。”即规定了婚姻关系存续期间可以分割夫妻共同财产的情形，但是这一条款的适用须满足两个条件：一是夫妻一方的利益已经遭受损害，即夫妻一方已经开始隐藏、转移、变卖或者具有其他损害夫妻共同财产的行为并使夫妻共同财产受损；二是分割财产请求方必须有证据证明另一方有上述行为。但是在现实生活中，证据的收集对于夫妻财产的非控制方实属不易，往往因此而致使其利益遭受了损害而无法救济。

## 2. 建议在家事诉讼专门立法中适当延长财产保全期限

预防损害事实的发生与损害事实发生后的救济同等重要，而适当的延长离婚诉讼中财产保全期限可以在一定程度上防止恶意方隐匿、转移或其他有损夫妻共同财产行为的发生。笔者认为，离婚诉讼中财产保全的期限可以适当延长至第一次起诉离婚判决生效后的六个月。当然，财产保全的延长可能会造成夫妻共同财产或一方财产价值的贬损，对于这个问题，笔者将在第三部分予以分析。

### 一、离婚诉讼中财产保全的保全措施宜采取更为灵活的方式

#### （一）对我国现有的财产保全措施的分析

根据民事诉讼法规定，财产保全可以采取查封、扣押、冻结或者法律规定的其他方法。其中，查封是指人民法院将需要保全的财物清点后，加贴封条、就地封存，以防止任何单位和个人处分的一种财产保全措施。扣押是指人民法院将需要保全的财物移置到一定的场所予以扣留，防止任何单位和个人处分的一种财产保全措施。人民法院在财产保全中采取查封、扣押财产措施时，应当妥善保管被查封、扣押的财产。当事人可以负责保管被扣押物，但是不得使用。冻结是指人民法院依法通知有关金融单位，不准被申请人提取或者转移其存款的一种财产保全措施。人民法院依法冻结的款项，任何单位和个人都不准动用。财产已经被查封、冻结的，不得重复查封、冻结。查封、扣押及冻结在保证保全财产不被处分的同时，也使其经济效益有所减损。但是，不同于其他案件类型的诉讼保全的财产，离婚诉讼中申请保全的财产往往是夫妻共同财产，通常为存款、房屋、车辆、证券（一些案件中也会涉及到公司股权、知识产权等收益），其用于家庭生活，若按照上述方式进行查封、扣押、冻结，在现有财产保全期限不变动的条件下，都存在影响家庭正常生活的情况，则在适当延长财产保全期限后该问题会更加突出，对于这个问题的解决，笔者在下面的内容中进行阐述。

#### （二）离婚诉讼中财产保全措施允许双方当事人协商

在财产保全期限适当延长后，离婚诉讼中的财产保全措施可允许婚姻双方当事人协商，不必然适用上述三种方式。一方面，离婚诉讼中保全的财产为夫妻共同财产，采取何种保全措施由二人商定，这体现了当事人的意思自由，不论

采取何种保全措施，双方自愿承担这种保全措施所带来的风险；另一方面，也正由于保全的财产对于夫妻双方都存在利害关系，因而在保全措施的采用上会更为谨慎，有利于保全财产的经济性不被减损。

### （三）离婚诉讼中财产保全措施对于处分财产的限制适度放宽

现有财产保全措施中的查封、扣押及冻结方式对于保全财产的流动性都是极为严格的限制，但是作为夫妻共同财产，其对于家庭生活仍起着重要作用，若适当放宽保全措施对于保全财产的限制，一方面有利于缓和夫妻之间的矛盾与对立性，另一方面也与适当延长财产保全期限的制度设计相符合。例如，对于房产的保全，可以限制其买卖，但允许其租赁等。

### 结论

离婚诉讼较其他类型案件的诉讼具有特殊性，尤其是身份属性明显，在财产保全中同样存在因其明显的身份属性而造成的实践困扰，因而笔者主张，将家事诉讼程序作为民事诉讼程序的特别法加以规定，在此种专门立法的财产保全制度设计中，免去申请人提供担保的要求，同时适当的延长财产保全期限，并在财产保全措施上采取更为灵活的方式。

#### 参考文献：

- [1] 张文显主编.《法理学》（第三版）[M]. 高等教育出版社、北京大学出版社, 2007年2月.
- [2] 田平安, 陈彬主编.《民事诉讼法》[M]. 法律出版社, 2010年1月.
- [3] 孙海龙, 姚建军.《司法程序中财产保全担保的实现路径——兼谈对我国民事诉讼中财产保全范围的理解》[N]. 人民法院报, 2009年5月5日006版.
- [4] 史友兴.《离婚诉讼妻子保全丈夫财产分道扬镳前夫起诉要求赔偿》[N]. 民主与法制时报, 2003年8月26日第004版.
- [5] 黄松有主编.《最高人民法院婚姻法司法解释（二）的理解与适用》[M]. 人民法院出版社, 2004年1月.
- [6] 曾勇.《浅析我国诉讼财产保全的不足与制度完善》[J]. 法制与社会, 2011（8）.

## 财产保全在离婚诉讼中的运用

王军营（河北世纪鸿业律师事务所）

### 案例导入

温先生与黄女士1998年经人介绍认识，同年9月二人到民政部门办理了结婚登记，和众多的中国家庭一样，温先生主外，黄女士则相夫教子，相应的，温先生掌握着家庭的经济大权，房产及存款均登记在温先生名下。2010年6月温先生因生活作风问题，染上性病，导致夫妻感情破裂。于是黄女士向所在地法院起诉离婚，同时为防止男方恶意转移财产，便向法院申请对男方名下的财产进行保全。法院要求黄女士提供担保，终因黄女士不具备担保能力未能成功进行财产保全。结果，黄女士担心的事情果然发生了，诉讼期间，温先生转移了大部分财产。拿到胜诉判决的黄女士却无论如何也高兴不起来。

### 一、离婚诉讼中的财产保全存在特殊性

财产保全，是指人民法院在利害关系人起诉前或者当事人起诉后，为保障将来的生效判决能够得到执行或者避免财产遭受损失，对当事人的财产或者争议的标的物，采取限制当事人处分的强制措施。财产保全的价值在于，一旦对方的某项财产被采取了保全措施，申请人就可以放心地进行诉讼，如果案子胜诉了，即使对方拒不履行判决确定的义务，也有已被保全的财产可供执行。而且，因为财产保全限制了对方对财产的处分，极大影响着被申请人的生活、生产经营，故在权衡利弊后，很多情况下，为了满足双方的利益，大多数会和解，这样既节省了时间，也顺利解决了纠纷。

权利与义务总是相伴而生的。一方当事人享有申请财产保全的权利，则同时要承担提供担保（原则上为等额价值）的法律义务，这样可以避免财产保全被恶意滥用，从这个角度看，申请财产保全的一方要提供相应的担保当然无可厚非。

哪里存在将来生效判决无法得到执行的可能性哪里就有财产保全的用武之地，当然也包括离婚诉讼在内。离婚案件中，当事人一方转移、隐匿夫妻共同财产的行为经常发生，此时运用财产保全制度来维护另一方当事人的合法权益非常有必要，也非常迫切。

离婚诉讼的财产保全存在着鲜明的特殊性，因为当事人双方是夫妻关系，这种特殊的身份性决定了其中的财产保全有别于其他主体之间的诉讼活动。在我国，绝大多数家庭实行的是婚后财产所得共同制，这就意味着婚姻关系存续期间，登记在夫妻一方名下的财产实际上属于夫妻共同所有。在此情况下，再按照一般诉讼财产保全的规定要求财产保全申请方提供担保是没有道理的。更为现实的原因是，如导入案例中的黄女士，她根本没有能力提供担保财产。离婚诉讼财产保全的特殊性还表现在，离婚的诉讼请求如果得不到支持，即双方当事人依旧维系婚姻关系的判决生效，这就意味着案件已经审结，财产保全也便自动失去了效力。离婚

诉讼与其他普通民事诉讼的一个重要区别是，前者不受“一事不再理”的限制，6个月后可再向法院起诉离婚，而其他普通民事案件一旦审结，也就意味当事人之间的纠纷彻底划上了句号。从不准离婚的判决生效到6个月后的再次起诉，这期间，原被保全的财产存在极大的风险。如何降低乃至消除这一风险便成为摆在人们面前的一个难题。

## 二、财产保全在离婚诉讼中的运用

财产保全应该成为保护当事人合法权益的重要武器，法律应为财产保全作用的发挥提供支持。如果认识不到离婚诉讼中财产保全的特殊性或对这种特殊性认识不足，都将无益于当事人权益的维护。一切应从实际出发，这里的实际就是离婚诉讼中财产保全的特殊性。

鉴于离婚诉讼中申请财产保全的一方多是不掌握家庭财产的弱势方（多为女性），在其提出财产保全申请时，应该根据实际情况降低甚至免除其提供担保的义务。实际上免除担保义务是可以找到法律依据的，民事诉讼法第92条便规定了人民法院依职权裁定采取财产保全措施的情形，依照法律规定，人民法院采取财产保全措施，可以责令申请人提供担保，言外之意也可以不责令提供担保，可见人民法院享有最终的决定权。虽然法律是这么规定的，但现实中，法官普遍存在保全错误被追究责任的心理压力，于是就“多一事不如少一事”了。要打消法官的顾虑，就要从完善法律的规定入手，法律明确规定离婚诉讼财产保全的哪些情形可以免除担保义务，那么法官只要做到“依法办事”即可。

关于离婚诉讼财产保全问题，婚姻法司法解释二第28条也作出了相关规定，原文为：夫妻一方申请对配偶的个人财产或者夫妻共同财产采取保全措施的，人民法院可以在采取保全措施可能造成损失的范围内，根据实际情况，确定合理的财产担保数额。应该说，该条司法解释并不特别费解，其中包含两层含义：其一是，审理离婚案件时，当事人申请财产保全措施提供担保的数额可以适当降低；其二是，规定可以在采取保全措施可能造成损失的范围内确定合理的财产担保数额。由此可见，最高人民法院已经意识到了离婚诉讼中的财产保全存在的特殊性，无疑是一个值得肯定的进步。美中不足的是，该条款的诞生在司法实践中并未能够发挥其应有的作用，以笔者所在的石家庄为例，各基层法院在离婚诉讼财产保全问题上仍要求提供等额担保，理由是不存在可以少提供担保的法律依据。石家庄如此，其他地方也可窥一斑了。意识到了问题，但最终并未解决问题，这与该条款“犹抱琵琶半遮面”的风格存在极大关系。

在财产保全担保数额的确定问题上，北京市朝阳区人民法院走在了全国前列，规定：申请诉前财产保全的请求为冻结机动车辆、房屋的产权过户手续的，其担保数额最低限额为保全财产数额的10%；申请对被申请人所有的房屋土地、机动车辆、库存货物、办公设备、生产设备及其他合法财产采取查封、扣押措施的，其担保数额最低限额为保全财产数额的10%至30%。

无论是民事诉讼法第92条还是婚姻法司法解释二的第28条，都可以成为降低或免除当事人提供担保义务的依据，只是有进一步明确的需要。而保全期限上的特殊性则是一个难以找到相关依据的问题，在这个问题上法律是一个空白。鉴于多数情况下，第二次判离的可能性极大，因此笔者给出的建议是出台法律规定，即离婚诉讼中在第一次判决不准离婚的情况下，财产保全的期限直接延长6个月，如果第二次仍未判离，在判决生效后再自动延长6个月，依此类推。这样可以实现前后诉讼的“无缝对接”，对于保护婚姻当事人一方的财产权益大有裨益。

## 结束语

财产保全在离婚诉讼中的重要性不言而喻，要发挥该项制度的有益作用，就要从离婚诉讼的特殊性着眼，完善符合离婚诉讼实际需要的财产保全法律规定十分必要。希望该问题能够得到更多的理论界、实务界的关注，更希望相关法律规定的完善早日提上最高立法机构的议事日程。

## 离婚财产分割协议撤销的诉讼时效

### ——对《婚姻法司法解释二》第9条的质疑

杨晓林（北京岳成律师事务所） 徐丽（中国政法大学在读研究生）

#### 导入案例（上海市法院真实案例）

李某（男）与张某（女）原系夫妻，于2000年7月17日登记结婚，2006年1月7日生育一子李某某，2010年1月27日协议离婚。离婚时双方约定孩子由张某抚养，李某每月支付抚养费1000元。当时考虑到孩子的居住问题，离婚时李某同意放弃双方共有的房屋所有权。2010年8月张某出售该房屋，得房款114万元，但仅向李某支付了25万元。2011年5月11日，李某带孩子做亲子鉴定，结果发现疼爱了6年的孩子竟非其亲生。故李某于2011年6月诉至法院，要求法院：（1）确认双方离婚时的财产分割协议无效；（2）对原婚姻关系存续期间共有的房屋出售款，按原告55%、被告45%的比例重新分割，由被告支付原告差额377 000元；（3）被告赔偿原告因没有义务抚养孩子所支出的抚养费64 000元，并赔偿精神抚慰金10万元。

法院经审理后认为男女双方协议离婚对财产分割问题反悔，要求损害赔偿的起诉应在1年内进行，该1年为不变期间，故原告要求确认离婚协议财产内容无效及精神损害赔偿之诉讼请求，本原不予支持。因孩子系被告违反夫妻忠实义务与他人所生，故原告要求被告支付其对孩子抚养费之诉讼请求，本院予以支持。据此，依照《中华人民共和国婚姻法》第39条第1款，最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第9条第1款、第27条之规定，于2011年10月法院作出如下判决：（1）被告于判决生效之日起10日内支付原告抚养费人民币64 000元；（2）驳回原告的其他诉讼请求。

### 一、问题的提出

1. 李某请求法院确认双方离婚时的财产分割协议无效的诉讼请求不能得到法院的支持。我国《合同法》第52条规定：“有下列情形之一的，合同无效：（一）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；（二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；（三）以合法形式掩盖非法目的；（四）损害社会公共利益；（五）违反法律、行政法规的强制性规定。”我国《婚姻法司法解释二》第9条规定：“男女双方协议离婚后一年内就财产分割问题反悔，请求变更或者撤销财产分割协议的，人民法院应当受理。人民法院受理后，未发现订立财产分割协议时存在欺诈、胁迫等情形的，应当驳回当事人的诉讼请求。”在本案中，李某与张某于2010年1月27日协议离婚，但是李某于2011年6月才就财产分割问题反悔向人民法院提起诉讼。依照上述规定，李某应当知道自己的诉讼请求已经超过了《婚姻法司法解释二》规定的一年不变期间，不会得到法院的支持。由于无效的民事行为自始无效、当然无效、确定无效，不受诉讼时效的限制，因此其改变诉讼策略，请求法院确认双方的财产分割协议无效。但是，双方订立的财产分割协议并不符合我国《合同法》第52条规定的情形，并非无效。

2. 《婚姻法司法解释二》第9条中的1年是除斥期间。在该司法解释起草的过程中，有关该问题曾引起很大的争论：一种观点认为，一年的时间本来不长，如果再规定为不变期间，不允许中止、中断和延长，不利于保护当事人的合法权益。《合同法》第55条关于撤销权的规定是一年而且是从知道或者应当知道撤销事由时起算。现在的规定与《合同法》不符。127另外一种观点认为，规定一年的不变期间是必要的也是可行的，因为涉及婚姻家庭领域的一些协议之所以具有特殊性，是受影响最大的可能是在婚姻关系中处于弱势地位的妇女因为其所涉及的法律关系与人们的身份权及其相关利益有着密切的关系。男女双方离婚以后，各方都可能很快再次结婚，组建新的家庭。如果将允许登记离婚的男女因对原来签订的有关财产分割协议反悔而起诉的时间规定得过长，则会使因离婚而发生变动的财产所有权长期处于不确定状态，受影响的往往不仅仅是离婚男女双方当事人和他们的子女及各自再次组成的家庭，甚至可能包括其参与投资经营的企业、与之进行交易的其他民事主体。因此，使因婚姻关系变动而受到影响的财产关系尽早得到稳定，是制定《婚姻法司法解释二》时不可不虑及的问题。128最高院采纳了第二种意见。最高人民法院民事审判第一庭在其编著的《婚姻法司法解释二的理解与适用》中指出：《婚姻法司法解释二》第9条中的“一年”应当理解为不变期间，即这一年是不得中止、中断和延长的。129即该1年是除斥期间。

3. 该1年除斥期间的司法解释与离婚案件司法实践的冲突。离婚财产分割协议是指夫妻双方在婚姻关系存续期间达成的以离婚法律事实出现为条件的财产分割协议。这种协议可以表现为单纯以财产分割为内容，也可以与子女抚养混合在一起。130育有孩子的夫妻在协议离婚时，其达成财产分割协议时必然受孩子的影响，不抚养孩子的一方必然会考虑到孩子以后的生活条件，对抚养孩子的一方有所让步。其所达成的有关协议除另有约定外，应推定为以孩子与不抚养孩子的一方尤其是男方具有亲子关系为前提。这是因为我们中国自古以来就有传宗接代的思想，正所谓“不孝有三，无后为大”，无法生育或者没有生育男丁的夫妇甚至通过养子、过继、暂时的改系等续绝制度保障自己的财产在自己的家族内传承。费孝通先生曾在《生育制度》中道：生育制度是种族绵续的保障。现在各国都把在婚内出生的孩子主动推定为与男方具有亲子关系，作为私主体的个人受此影响也把在婚姻关系存续期间内出生的孩子视为与自己具有亲子关系。但是，在任何社会都不能杜绝如本案中张某那样女方对婚姻不忠实的行为，而男方可能对此不忠行为较难察觉，尤其是在一夜情等对婚姻不忠实行持续时间较短的情况下。既然对配偶的出轨行为较难察觉，那么在离婚时知晓孩子与自己不具有亲子关系的概率就更低了，而且离婚后孩子归对方抚养，对此事实的知晓就须更长的时间，甚至终生都不可能知晓。显然，在此情况下，最高人民法院《婚姻法司法解释二》1年除斥期间的规定不能保护此部分人的利益，我们不得不对此提出质疑。

### 二、最高人民法院将撤销权人行使权利的期间限定在“一年”内不甚合理

最高人民法院将当事人对离婚财产分割协议的撤销权的行使限定在协议离婚后1年以内，且不得中止、中断、延长不甚合理，理由如下：

1. 最高人民法院的此举有违立法的原则。我国关于除斥期间的规定始于《民通意见》。1986年的《民法通则》

<sup>127</sup> 最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院婚姻法司法解释（二）的理解与适用》，人民法院出版社，第88页。

<sup>128</sup> 同上。

<sup>129</sup> 最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院婚姻法司法解释（二）的理解与适用》，人民法院出版社，第82页。

<sup>130</sup> 奚晓明主编，最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院婚姻法司法解释三理解与适用》，人民法院出版社2011年版，第210页。

仅仅规定了诉讼时效，1988年的《民通意见》第73条第2款规定：“可变更或可撤销的民事行为，自行为成立之日起超过一年，当事人请求变更或者撤销的，人民法院不予保护。”1999年《合同法》第55条规定：“有下列情形之一的，撤销权消灭：（一）具有撤销权的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内没有行使撤销权；（二）具有撤销权的当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为放弃撤销权。”《民法通则》未就民事行为的撤销权或变更权设定除斥期间的限制，从历史解释的角度来看，其原因可溯及新中国第一批民法典草案，即1955年10月5日的《民法总则草稿》和10月24日的《民法典（第二次草稿）》。两个草案均在“法律行为”一章，规定了无效的法律行为和由法院确认（宣告）无效的法律行为。由条文表述来看，后者为我们现在所称的可撤销（或相对无效）法律行为之肇始，应无疑义。对于这种由法院确认（宣告）无效的法律行为，两草案未就当事人的申请作除斥期间之限制，而在紧接其后的“诉讼期间的效力”或“诉讼的时间效力”一章，有诉讼时效之规定。这意味着申请法院确认（或宣告）法律行为无效受诉讼时效制度的约束。1981年4月10日由全国人大常委会法制委员会民法起草小组拟就的《中华人民共和国民法草案（征求意见稿二稿）》，在第38条第1款和第2款规定：一方采取欺骗、威吓、强迫命令、乘人急需、与他人恶意串通的手段，使对方违背本人意志实施的法律行为，以及因重大误解而实施的法律行为，受害方或误解的一方有权撤销。131该规定一改此前“向人民法院请求确认（宣告）无效”的方案，撤销权至少在文义上具有了形成权的性质，顺理成章的是，诉讼时效制度对其无适用余地。后来的民事立法，又回到原苏俄式轨道：宣布无效或请求撤销须以起诉的方式为之，而诉讼当受诉讼时效的限制。在《民法通则》的制定过程中，亦未见对此问题展开进一步讨论。据此，从历史解释的角度来看，《民法通则》中的立法者意图甚为明显：请求人民法院或仲裁机构撤销或变更民事行为<sup>132</sup>的，须受诉讼时效的限制。《民法通则》于1986年4月获得通过后，一些学者开始探讨民事行为撤销的期间限制问题。在成稿于1986年12月的《民法新论》一书中，所引部分之执笔者王利明教授认为，“如果撤销权人长期不行使其权利，不主张撤销，在民事行为已经生效后的很长时间再提出撤销，则会使一些民事行为的效力长期处于不稳定状况，而不利于社会经济秩序的稳定”，参酌各国立法例，撤销权必须在规定的期限内行使，超期则消灭，而我国《民法通则》未对此作出明确规定，需由立法机关作出具体规定。<sup>133</sup>也许是受到学界此种新观点的影响，最高人民法院审判委员会于1988年1月通过的《民通意见》在第73条第2款确立了此后被学界通称为除斥期间的1年请求期限。最高人民法院的这一规定，表面上明确了撤销或变更权的行使期限，实质上已改变《民法通则》的立法意图，成功实现了“暗度陈仓”。可以说，该解释已经超越全国人大常委会在1981年6月10日《关于加强法律解释工作的决议》中授予最高人民法院的法律解释权限，事实上具有了立法的性质。

2. 最高人民法院的此规定有违民法的基本原则。从上述最高院所采纳的观点来看，其衡量了多方的利益，包括撤销权人、对方当事人以及社会公共利益（社会关系的稳定）。

（1）其将天平倾向于对方当事人有违民法的公平正义原则。在离婚财产分割协议的订立、变更、撤销关系中，涉及的仅仅是撤销权人和对方当事人的财产利益。在财产关系中，双方是平等的主体，法律应当给予平等的保护。《婚姻法司法解释二》将对离婚财产分割协议撤销权的行使限定在“一年”内，显然是过于急切的想让对方当事人获得的财产稳定下来。若是撤销权人已经知道或者应当知道自己的权利受到损害而其在一年内不行使权利，则赋予其更长的权利行使期间也无意义。但是，在实践中，有许多类似本案的一些情况，即在双方协议离婚时，约定孩子由女方抚养，男方考虑到孩子的利益，在分割夫妻共同财产时会作出一些让步，让抚养孩子的女方多分或者自己完全放弃财产分割。很明显，男方在作出让步或者放弃财产分割的意思表示时推定孩子就是自己的亲生孩子，否则，在重视血缘关系的我国，很少有男方如此慷慨。但是，孩子是否是自己亲生，在短时间内是很难发现的。《婚姻法司法解释二》将撤销离婚财产分割协议的时间限制在双方协议离婚后一年内，显然对这部分群体缺乏保护，而且让对婚姻不忠的女方获得了更多的利益，有违公平原则。

（2）其为了社会公共利益而放弃对撤销权人的长久保护，有违民法以权利为本位的本质。关于我国民法的本位，学者们认识不一：有的认为，民法的重要内容就是规定和保障民事主体的民事权利，其一切制度都是以权利为轴心建立起来的，因而我国民法应实行权利本位。<sup>134</sup>有的认为，权利本位作为资本主义发展初期特定社会条件的产物，既不符合社会化商品经济条件，也不可能适应中国旨在建立并完善社会主义公有制的实际。权利本位已经完成历史使命而寿终正寝了。我国民法不能再坚持权利本位，而应当把社会利益作为我国民法的恰当本位。<sup>135</sup>有的则认为，鉴于我国的国情，我国民法应采权利本位与社会本位相结合的原则，以权利本位为主，以社会本位为辅。<sup>136</sup>民法是调整平等主体之间的人身关系和财产关系的法律，保护的应当是私人之间的利益，对于社会公共利益不应过多的关注。况

<sup>131</sup>参见何勤华等编：《新中国民法典草案总览》（下卷），法律出版社2003年版，第442页。

<sup>132</sup>《民法通则》之前的各民法典草案，均使用“法律行为”一词，特此说明。

<sup>133</sup>参见王利明、郭明瑞、方流芳：《民法新论》（上），中国政法大学出版社1987年版，第400页。

<sup>134</sup>彭万林主编：《民法学》，中国政法大学出版社2002年版，第23页；刘心稳主编：《中国民法学研究述评》，中国政法大学出版社1996年版，第38页。

<sup>135</sup>史际春：“由民法看法本位”，载《法律学习与研究》1992年第1期。

<sup>136</sup>梁慧星：《民法总论》，法律出版社1996年版，第34至38页。

且,权利本位应与义务本位相对应,个人本位与社会本位相对应,权利本位与社会本位相结合,有违法律的逻辑。因此,我国的民法应以权利为本位。既然是坚持权利本位原则,就不能为了一般的社会公共利益而损害权利人的合法权益。

### 三、结论

在我国,育有子女的夫妻的离婚财产分割协议大多与子女抚养混合在一起。在订立此类财产分割协议时男方对抚养子女的女方在财产上作出让步的前提是自己与该子女之间具有亲子关系。但是,孩子与其不具有亲子关系的事实很少能在协议离婚后一年以内被发现。除斥期间是为了督促权利人及时行使权利,以使形成的法律关系尽早得到稳定。其不保护“躺在权利上睡觉的人”是完全符合社会正义的,但是,我国《婚姻法司法解释二》把男方行使该权利的时间限定在双方协议离婚后一年以内,对于权利的起算点的规定过于机械,在这段时间内男方甚至都不知道自己有撤销权,其并非“躺在权利上睡觉的人”。在离婚时,女方并没有因自己的过错而受到惩罚,相反却因此过错多分得了夫妻共同财产,作为受害方的男方若在1年后才发现因女方对婚姻不忠实的行为所生育的子女与自己没有亲子关系,但由于受《婚姻法司法解释二》第9条1年除斥期间的规定,其权利得不到救济,这明显违背了社会的公平正义。因此,在我国现有的有关时效制度的规定之下,最高人民法院应保持该司法解释与《合同法》的统一,应当规定:(一)具有撤销权的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内没有行使撤销权;(二)具有撤销权的当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为放弃撤销权时,撤销权人的撤销权消灭。

## 浅谈无民事行为能力人的离婚权利

张秋敏(北京市京银律师事务所)

做为弱势群体的无民事行为能力人一直广受社会关注,广泛受到保护,对此,不仅表现在道义上,而且,法律也给予特别保护。不仅有《中华人民共和国未成年人保护法》、《民法通则》等多部法律予以保护,而且,新近颁布的《中华人民共和国婚姻法司法解释三》设有单独条款保护其在婚姻中的权利。

《婚姻法司法解释三》第八条明确规定,无民事行为能力人的配偶虐待、遗弃等严重损害无民事行为能力一方的人身权利或者财产权益行为,其他有监护资格的人可以依照特别程序要求变更监护关系,变更后的监护人代理无民事行为能力一方提起离婚诉讼的,人民法院予以受理。本条规定,弥补法律空白,对无民事行为能力人的权益,特别是婚姻中的权益给予特别保护。但是,在《民事诉讼法》中没有提及如果监护人不能或者不履行监护职责,无故不参加庭审,从而损害无民事行为能力人的权利,应该如何处理?

### 一、无民事行为能力人的概说

自然人的民事行为能力,是指自然人通过自己的行为来引起民事法律关系发生、变更和消灭,并承担相应法律后果的能力。包括取得民事权利、履行民事义务和承担民事责任的能力。

法律赋予自然人民事行为能力是以人的意思能力为基础。人的意思能力是指人具有的自然的精神能力,包括合理的认识能力和判断能力。因此,具有民事权利能力的人却不一定具有民事行为能力。世界各国对于民事行为能力的划分多采用两个尺度,一个是年龄的尺度,一个是以理智或者精神为尺度。我国的《民法通则》就是依据上述两个尺度衡量自然人的民事行为能力。其中,年龄尺度是指不满10周岁的自然人。依据《婚姻法》规定,这类人群没有达到法定结婚年龄,显然本文中所指向的无民事行为能力人的离婚保护问题,不涉及到这类人群。而以精神为尺度的无民事行为能力人,是指完全不能辨认自己行为的精神病人。这类人群的患病原则上是在婚后(当然不排除婚前患病,然后治愈,婚后又复发的情况),如果婚前即患病,没有治愈不符合结婚条件时,依据《婚姻法》规定四种无效婚姻之一,即婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病,婚后尚未治愈的,婚姻无效。因此,不是本文讨论的有效婚姻后,所涉及的离婚问题,即婚前就患有精神病人也不是本文所讨论的人群。

对于婚后患有精神疾病的无民事行为能力人监护人的设定法律有明确规定。

### 二、无民事行为能力人监护人的设定

监护是指对无民事行为能力人、限制民事行为能力人的人身、财产及其他合法权益进行保护的法律制度。承担监护职责的人被称为监护人,被监护的无民事行为能力人和限制民事行为能力人,被称为被监护人。

本文着重阐述无民事行为能力人的离婚问题,因此,着重介绍涉及禁治产人(本文中指患有精神病的无民事行为能力人)的监护法律制度。德国民法、法国民法等规定,对禁治产人的监护除保护、教养外,尚须养护治疗,以谋被监护人心身恢复,其程度方法,不独受被监护人个人之财产状况定之,监护人有抚养义务者,并按其经济能力及身份定之。对于达到结婚条件的禁治产人,恢复常态时,结婚无需监护人同意,然离婚应由其监护人代为诉讼行为;如果监护人为其配偶时,应由亲属会指定人代为诉讼。禁治产人监护人管理其财产,必为本人之利益;否则,即使其同意,也为无效行为。对于禁治产人之行为,不因监护人之同意而为有效,故不发生同意问题。禁治产监护之撤销原因有下列,1、禁治产人恢复民事行为能力。2、禁治产人死亡。3、禁治产宣告撤销。4、离婚(配偶为法定监护人时)。5、监护人辞职、撤退、缺格事由发生、死亡等。禁治产监护撤销后,监护人有对监护财产清算的义务。

在我国主流观点认为,监护人的监护是一种义务,通常从两个方面理解监护义务,1、是监护人对被监护人的义

务,是监护人对被监护人人身、财产和其他方面合法权益保护的义务。2、监护人对社会的义务,监护人通过管理被监护人人身和财产,约束被监护人的行为,达到约束被监护人的违法行为,维护其他自然人的合法权益,维护社会秩序的目的。监护人有下列具体的监护义务,1、保护被监护人的人身、财产和其他合法权益不受侵害。2、照顾被监护人的日常生活,关心和教育被监护人。3、管理被监护人的财产。4、代理被监护人进行民事活动,参加民事诉讼等。5、监督被监护人的行为。我国的监护人设定通常指法定监护人和指定监护人。对于禁治产人即本文着重阐述的患有精神病的无民事行为能力人的一般顺序法定监护人为,1、配偶。2、父母。3、成年子女。4、其他近亲属。5、关系密切的其他亲属、朋友愿意担任监护责任,经精神病人所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会同意的。6、精神病人所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门。对精神病人的指定监护是指,对担任精神病人的监护人有异议,由精神病人所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会在近亲属中指定,对指定不服的,由人民法院裁决。近亲属通常是指配偶、父母、成年子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女和外孙子女。监护人选定后依据发生具体情况是可以变更的,有三种原因可以引起变更,1、依协议变更监护人。指原为法定监护人之间自行产生的监护人,后经法定监护人之间又自行协商变更监护人的。2、依有关单位或人民法院的指定而变更的。指原为法定监护人之间自行协商确定的监护人,后由于情况发生变化,有关单位或人民法院又另行指定监护人的。3、依人民法院撤销原监护人资格又另行指定监护人而变更的。

无民事行为能力人的监护人设定后,对于其婚姻中的权利如何给予保护,《婚姻法司法解释三》有明确规定。

### 三、无民事行为能力人的离婚诉讼

前面已论述无民事行为能力人的包括配偶在内的监护人应对其进行保护、教养,护养疗治,以谋被监护人身心恢复。如果作为监护人的配偶对其有虐待、遗弃的,即不履行保护、护养疗治义务,达到严重损害其人身权利或财产权利时,其他监护人有权利依据《民事诉讼法》第一百六十条 关于适用范围的规定,第一百六十一条 依照特别程序审理的案件,实行一审终审;等规定向人民法院提出变更监护人申请。变更后的监护人可以代理无民事行为能力人向人民法院提出诉讼与其配偶离婚。当然离婚案件的审理要适用《婚姻法》及《婚姻法司法解释》等相关法律、法规之规定,从而为无民事行为能力人的婚姻问题提供解决方案。但是,依据第一百二十九条 原告经传票传唤,无正当理由拒不到庭的,或者未经法庭许可中途退庭的,可以按撤诉处理;被告反诉的,可以缺席判决。如果无民事行为能力人的监护人在案件审理过程中,无故不到庭,按照撤诉处理;那么,无民事行为能力人的权利意味着被剥夺。法律应该如何更好保护这份权利,《民事诉讼法》没有规定。笔者建议应做补充。

综上,《婚姻法司法解释三》中关于无民事行为能力人的离婚权利的规定,给这类人群提供具有可操作性的离婚方式,极大的保护他们的人身权益、财产权益等合法权益。但是,《民事诉讼法》对此的规定,有待进一步完善。

## 一方下落不明离婚程序的完善

易伟137 (广东合桓律师事务所,汕头,邮编 515041)

**【摘要】**一方下落不明的离婚在实践中越来越多,但现行法规并不完善,经常在程序上出现问题。民法应明确此类案件的程序,加快案件处理,同事保障未成年人利益。

**【关键词】**下落不明 失踪 离婚

案例导入:甲男乙女结婚后育有一子丙,后经DNA测试,丙并非甲男亲生,乙女此时离家出走,下落不明。甲男诉至法院要求与乙女离婚,确认甲与丙非亲生父子关系。

实践中法院一般有以下处理方法:

A 法院,根据内部意见,此类案件不予立案。

B 法院准予立案,必须要求乙女自己来拿传票,随审限临近,此案搁置,要求原告撤诉。

C 法院准予立案,要求先宣告乙女失踪,中止该案审理,两年后再按一方失踪处理。

D 法院准予立案,公告两个月,准予离婚,确认甲与丙非亲生父子关系,丙仍有甲暂时抚养,判决再公告两个月。

E 法院准予立案,公告两个月,准予离婚,确认甲与丙非亲生父子关系,丙暂有福利院抚养,待找到乙后交由乙抚养。

由于社会观念多元化及迁徙的便利,异地联姻增长,此类案件实践中增多,个别案件引起媒体关注<sup>138</sup>,处理的不好会导致判决后另一方重现上访、申诉等情况<sup>i</sup>。

对于一方下落不明(含失踪)法律规范如下:

1989年8月22日最高人民法院《关于对一方当事人下落不明未满两年的离婚案件是否受理和公告送达问题的批复》“对于夫妻一方下落不明,另一方诉至法院,只要求离婚,不申请宣告下落不明人死亡的案件,不论下落不明人

<sup>137</sup> [作者简介]易伟,律师,现就职于广东合桓律师事务所。

<sup>138</sup> 阳永恒. 王杏飞. 离婚案件中“下落不明”被告权益的诉讼保护. [J]湘潭师范学院学报(社会科学版).2008-04



出走时间的长短,法院均应受理,并依照普通程序进行审理。法律文书的送达依照民事诉讼法(试行)第七十五条的规定进行。”(第七十五条 受送达人下落不明,或者用本章规定的其他方式无法送达的,公告送达。自发出公告之日起,经过三个月,即视为送达。)

1989年12月13日法(民)发<1989>38号《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件如何认定夫妻感情确已破裂的若干具体意见》“凡属下列情形之一的,视为夫妻感情确已破裂。一方坚决要求离婚,经调解无效,可依法判决准予离婚。12 一方下落不明满二年,对方起诉离婚,经公告查找确无下落的。”

1992年7月14日法发(1992)22号最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第151条“夫妻一方下落不明,另一方诉至人民法院,只要求离婚,不申请宣告下落不明人失踪或死亡的案件,人民法院应当受理,对下落不明人用公告送达诉讼文书。”

2001年04月28日《中华人民共和国婚姻法》第三十二条第三款“一方被宣告失踪,另一方提出离婚诉讼的,应准予离婚。”

《中华人民共和国民事诉讼法》“第一百三十四条宣告离婚判决,必须告知当事人在判决发生法律效力前不得另行结婚。”

《深圳市中级人民法院关于审理婚姻案件的指导意见(试行)》“十二、人民法院受理离婚案件后,依据原告提供的被告住址无法送达,应要求原告补充被告的其他住址或其近亲属的住址和联系方式,仍不能确定被告住址的,人民法院应当依法向被告公告送达诉讼文书。公告期满被告未到庭应诉的,法院可以缺席判决。人民法院受理夫妻一方下落不明但未宣告失踪,另一方提出离婚的案件,应责令原告提供被告下落不明的事实、时间等证据和证明材料,并附有公安机关或其他有关机关关于被告下落不明的书面证明。”

#### 比较法

台湾地区“民法典”第1052条:“夫妻之一方,有左列情形之一者,他方得向法院请求离婚 九、生死不明已逾三年者。”

《日本民法典》第770条:“夫妻一方,以下各项情形为限,可以提起离婚诉讼配(一)(3)偶生死不明达三年以上时”

尽管有上述的一些规定,但实践也存在了一些问题,比如此案的特点一是急切性。男方在得知非亲生子后怒不可遏,必须及时疏导,诉讼程序拖得太长,容易导致其他刑事案件发生。二是作为无辜的丙的抚养由谁处理,包括诉讼前和诉讼后,如何来保障未成年人的利益。

首先,此案案件法院不能扫地出门,要给予立案。其次,可以要求原告提供一方下落不明的证据,可以提供当地派出所、居委、村委证明、工作单位、亲戚等证言<sup>139</sup>。而对于公告期不应该拘泥于两个月,如没有特殊情况的案件,可以公告两个月;而针对此案特殊情况,可以证明夫妻感情破裂,情势紧急的,可以按照简易程序送达、在住所地公告,以缩短诉讼程序。

而在审理案件中,如果发现夫妻双方确已感情破裂,可以判决离婚,但离婚判决的根据不是夫妻一方下落不明的事实,而是其他证明夫妻感情确已破裂的情形<sup>140</sup>。

而对于审理此类案件中无辜子女的处理,可以借鉴欧美法系临时托管给保良局等慈善、福利机构,待判决后再处理。

鉴于此,在民事诉讼法修改中应该增加一方下落不明的离婚程序,并且适当缩短时间,适应现代化的快节奏。如适用简易程序时限,每次公告时间1个月,可以采用张贴公告节省诉讼成本和便于送达,那么两次公告加一审可以在半年内终结,使当事人纠纷得到及时解决,开始新的生活。另外对离婚子女抚养问题有争议的,引入临时寄养制度,以保障未成年人利益。另一方面,还需要防范当事人恶意利用下落不明进行离婚诉讼,规避管辖,分割财产等情形,人民法院可以从送达程序、利用基层组织力量、移送管辖、司法建议<sup>ii</sup>等方面进行防范。

总之,应该鼓励法院大胆适用缺席判决制度的规定处理一方失踪或下落不明的离婚案件,从而避免出现过去普遍存在的法院不愿受理、不敢处理此类离婚案件或对当事人的起诉无理推诿的现象。

## 关于未成年子女随父母生活意见听取的程序建议

李曙光,曹玉雯(天津星聚律师事务所,天津,300201)

**【摘要】**未成年子女随父或随母生活意见对于抚养权的归属具有很大的参考价值,但是现有法律规定并不完善,存在着子女随父或随母生活意见的真实性认定难及该意见在诉讼中法律性质不明确等问题,笔者认为,通过家事诉讼程序专门立法解决该问题中,确保未成年子女意思表示的真实性为核心,明确未成年子女随父或随母生活意见的法律性质为关键,采取合适的意见听取程序及认定程序为重要保证。

<sup>139</sup>陈卫良,邓小明.审理婚姻家庭纠纷案件几点思考[EB/OL]http://www.ftcourt.gov.cn/Detail.aspx?D=15,61,53,29

<sup>140</sup>殷桂宏.离婚案件公告送达的认定和对策分析[EB/OL]http://www.chinacourt.org/article/detail/id/535615.shtml.2012-07-16

【关键字】抚养权；未成年保护；家事诉讼程序

子女抚养权的归属是离婚诉讼中需要解决的重要问题之一，它不仅关系到夫妻双方的权益，更关系到未成年子女的切身利益，毕竟在离婚诉讼中受到最大伤害的便是未成年子女。常言“法律无情，人有情”，其实，在解决子女抚养权问题上，本着我国《婚姻法》保护儿童的立法原则，相关司法解释关于未成年子女抚养权归属的规定也体现了对未成年人保护并尊重，试图将离婚对于未成年的伤害程度降低。但是由于现有相关法律规定过于原则性，致使在司法实践中存在众多不同的操作方法，其中有些方法与保护未成年人的宗旨背道而驰，基于此，笔者建议在家事诉讼程序立法中，明确子女随父或随母生活意见的法律性质，在子女意见听取程序及法院采纳程序方面进行规定，以在最大限度内保证子女意见真实性，同时，也在最大程度上保护未成年子女的身心健康与合法权益。

### 一、现有听取未成年子女随父母生活意见的法律规定存在的问题

#### (一) 现有相关法律规定及分析

首先，审理抚养权归属问题的原则性规定有：《中华人民共和国婚姻法》第二条第二款规定“保护妇女、儿童和老人的合法权益。”其次，审理抚养权归属问题时明确需要听取未成年子女意见的规定有：《最高人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》第五条规定“父母双方对十周岁以上的未成年子女随父或随母生活发生争执的，应考虑该子女的意见。”另外，《中华人民共和国未成年人保护法》第五十二条第二款规定“人民法院审理离婚案件，涉及未成年子女抚养问题的，应当听取有表达意愿能力的未成年子女的意见，根据保障子女权益的原则和双方具体情况依法处理。”

由上述法律规定可见：第一，不论是《婚姻法》还是《未成年人保护法》对这个问题的立法精神皆为保护未成年人的合法权益；第二，需要听取意见的未成年子女的范围，婚姻法司法解释中是“十周岁以上的未成年子女”，而《未成年人保护法》则规定的是“有表达意愿能力的未成年子女”，二者规定不一致；第三，听取未成年子女随父母生活意见的方式及程序并没有明确规定，在司法实践中，有的法官采取庭外“谈话笔录”的形式将未成年子女随父或随母生活的意见记录下来，并作为审理判决案件的依据之一，有的法官则会采取在法庭上询问未成年子女的意见，并以此作为庭审内容记录在案卷中，作为最后审理判决案件的依据。

#### (二) 现有听取未成年子女随父母生活意见的程序中存在的困境

##### 1. 如何保证未成年子女随父或随母生活意见的真实性？

一方面，子女可能摄于父母双方的压力或者其他干扰，会存在难言之隐，致使未成年子女向法官表达的并不是自己的真实想法；另一方面，即使未成年子女没有受到外界过多的干扰，但随父还是随母生活的选择难度过大，未成年子女可能一时并不能做出唯一确定的选择，致使未成年子女的意见左右摇摆不能确定。在这些情况下，未成年子女的身心健康及合法利益很难得到保护，而且也对未成年子女随父或随母生活意见的认定带来一定的难度。笔者认为，这就需要从程序正义角度对该问题寻求解决方法。

##### 2. 未成年子女随父母生活意见的法律性质是什么？

现有法律并没有对未成年子女随父或随母生活意见的性质作出规定，但是该意见却是法官作出裁判的重要依据。按照《中华人民共和国民事诉讼法》的规定，“人民法院审理民事案件，必须以事实为依据，以法律为准绳”，而法院对案件事实的认定主要是以认定案件证据的形式进行，而未成年子女随父或随母生活的意见是否属于证据呢？如果属于证据，那就应当通过质证才能作为法官裁判的依据；如果不属于证据，那它的法律性质是什么，法院以此作为裁判依据的法律规定又是什么？

### 二、关于未成年子女随父母生活意见的听取及认定程序的完善建议

通过对上述问题的陈述，笔者认为，在未成年子女随父或随母生活意见的认定中，确保未成年子女意思表达的真实性为解决问题的核心，明确未成年子女随父或随母生活意见的法律性质为关键，采取合适的意见听取程序及认定程序为重要保证。

#### (一) 未成年子女随父或随母生活意见听取方式宜采用法官庭外单独听取的方式

在影响未成年子女随父或随母生活意见真实性的众多原因中，父母一方或双方给予子女的干扰和压力是最为常见的原因，若采取庭审中在父母面前接受此种询问的方式，不论是对于未成年人的身心健康还是对于案件的审理都具有极大的负面影响，而在司法实践中，一些法官会基于审理案件的效率压力采取庭内询问未成年子女随父或随母生活意见的方式。笔者认为，在家事诉讼程序立法中将法官庭外单独听取未成年子女随父或随母生活意见的程序规定加以明确，统一司法实践中的做法，更有利于未成年子女随父或随母生活意见的真实性，同时也利于保护未成年子女的合法权益和离婚案件的审理。在程序设置上，笔者认为，首先，询问的主体只能是法官，而不能是离婚双方的律师或者其他代理人；其次，询问意见应当制作笔录，以作为证据供庭审中质证。

#### (二) 明确未成年子女随父或母生活意见的法律性质

##### 1. 未成年子女随父或随母生活意见的性质可归为证据

民事诉讼证据是指能够证明民事案件真实情况的各种客观事实。征求未成年子女随父或随母意见，一方面是为了

尊重未成年子女的意见，另一方面也是为了证实抚养权归属于夫妻哪一方更为适宜。可见，它反映的是离婚案件中子女生活的情况，首先，虽然未成年子女随父或随母的意见是其主观意愿的表达，但是这种意愿形成于父母离婚之前的家庭生活，因而它并非是未成年子女的主观杜撰，而是形成于离婚案件发生之前，其具有客观性；其次，它与离婚案件的关联性也毋庸置疑，离婚案件一并解决的问题中包含子女抚养问题，而未成年子女随父或随母生活的意见对于将抚养权归于夫妻哪一方的判断具有直接的联系；最后，未成年子女随父或随母生活意见一般都是法官根据法律规定依职权进行询问并记录，不存在非法获得证据的情况，因而其也具有合法性。由此可见，未成年子女随父或随母生活意见符合民事诉讼证据的内涵及客观性、关联性、合法性的特征，可以确认其作为证据在离婚诉讼中发挥作用。若未成年子女随父或随母生活的意见的法律性质属于民事诉讼证据，则面临证据形式及质证形式的问题，下面内容进行阐述。

## 2. 未成年子女随父或随母生活意见宜采用书证质证的方式

法官在征询未成年子女随父或随母生活意见所作的笔录是属于证人证言还是属于书证呢？因为不同的证据形式，则质证的方式也不一样。笔者认为，对于未成年子女随父或随母生活意见的笔录不宜按照证人证言处理，作为书证并在法庭上由夫妻双方进行质证较为适宜，理由如下：

第一，将未成年子女随父或随母生活意见的笔录作为书面证据进行质证更利于保证未成年子女的真实意思表示，正如上文所述，在征询未成年子女随父或随母生活意见的方式宜在庭外由法官单独进行一样，若将未成年子女随父或随母生活意见作为证人证言处理，则需要未成年子女出庭接受父母双方的质证，一方面与上述庭外征询意见的程序设置相矛盾，另一方面也会对未成年子女随父或随母生活意见的真实性产生影响。

第二，将未成年子女随父或随母生活意见的笔录作为书面证据进行质证有利于从程序正义角度保证未成年子女意见的真实性。影响未成年子女随父或随母生活意见的真实性的因素有很多，若未经过质证而直接作为法官裁判的依据，争夺抚养权的双方会因程序上的不足而对裁判结果产生质疑。

第三，将未成年子女随父或随母生活意见的笔录作为书面证据进行质证更符合我国《婚姻法》保护儿童合法权益的立法原则。一方面，未成年子女的心智是否能够接受父母在法庭上对自己的质问，其作为证人出庭并不利于抚养权问题的解决，甚至可能加深夫妻之间、父母与子女之间的矛盾；另一方面，案件庭审过程中可能会发生很多意料之外的事情，尤其是离婚诉讼中，夫妻双方互为对立方，极有可能会因某一问题发生争吵乃至大打出手，若未成年子女在作证过程中遇此情形，其必会产生极大的阴影，对其身心健康将产生负面影响，这有悖于征询未成年子女随父或随母生活意见听取程序及采纳程序设置的初衷。

## 参考文献：

- [1]田平安,陈彬主编.《民事诉讼法》[M].法律出版社,2010年1月.
- [2]陈苇主编.《婚姻家庭继承法》[M].群众出版社,2005年8月.
- [3]张文显主编.《法理学》(第三版)[M].高等教育出版社、北京大学出版社,2007年2月.

## 离婚诉讼程序的完善

孙跃礼(安徽世浩律师事务所)

**【摘要】**离婚诉讼程序中，法官最常见的“错误”就是武断地反对原告离婚、对家庭暴力受害者权益有意无意地漠视——这损害了司法公信力，使家暴受害者的合法权益得不到有效保障。为此，有必要完善离婚诉讼程序，一、强调法官在审理离婚案件时在离婚问题上应严守中立原则，以支持家庭暴力受害者离婚为例外，以维护司法公信力并且更利于保障当事人合法权益；二、立法规定审理离婚案件过程中，法官应当告知离婚诉讼当事人进行婚姻家庭咨询（心理咨询），以便更好地解决当事人所面临的婚姻家庭难题，以利社会和谐。

**【关键词】**离婚 诉讼 程序 完善 法官 中立 告知 咨询

我国《婚姻法》第三十二条规定了人民法院审理离婚案件应当进行调解，这一规定体现了我国立法对婚姻家庭的特别保护，因此在司法审判实践中，法官对离婚案件“干预”较多，有时法官调解工作效果显著，有时则适得其反——这样不仅无助实现离婚调解的立法目的，还会损害法院的司法公信力。鉴于前述原因，完善我国婚姻诉讼程序则显得尤为必要。

### 一、法官在离婚问题上应严守中立原则，以支持当事人离婚为例外

司法实践中，许多法官不能严守司法中立原则，在离婚案件的诉讼调解过程中表现尤为明显——往往先入为主地形成某种看法，最为常见的是多数法官倾向认为“离婚总是一件不好的事情”，因而，在调解过程中，往往“打击”原告离婚的想法，其实这样做未必恰当。

由于离婚的成本代价实在是太高了，实践中虽然有冲动离婚的，但大多数离婚是当事人长期冷静思考的结果，当事人往往是鼓起相当大的勇气然后才去法院起诉离婚的——在这之前，离婚当事人之间往往已经协商过若干次而不能达成协议。

北京理工大学司法研究所主办 上海沪家律师事务所、北京岳成律师事务所协办

当事人起诉至法院离婚，案件审理法官给其“当头一棒”，有意无意强调离婚如何如何不好，要求原告方放弃离婚念头——这会让原告方感到“恼火”，感觉到自己的诉求得不到理解，甚至怀疑法官是不是受过被告一方给的好处了——因为当事人会想：为什么法官总是向着被告方呢？——这是“悲剧”之所在，这在司法公信力缺失的当下，尤需引起重视。

其实，法官对离婚原告当事人给予更多的理解，不仅有利于建立起与原告一方当事人之间的信任基础，而且利于今后调解中做原告方的工作，让原告方当事人实实在在地感受到司法公正。当然，法官更多理解原告方的离婚诉求，并不意味着调解不成就一定就支持原告方的诉求，法官完全可以在双方无法调解的情况下，依法作出离婚或不准予离婚的判决，这样一来，就算是原告方收到不准予离婚的判决书，也会理解法官的“难处”，相信法官是依法办案；反之，如果法官总是劝说原告方不要离婚，调解不成就判决不准予离婚——这容易引起原告方对承办法官的“反感”，社会效果往往较差。

法官在离婚案件审理过程中，在离婚问题上应当以保持中立为原则，多倾听案件双方当事人的想法和意见，耐心地调解，这样更容易与案件当事人之间建立起良好的互信关系，更容易促成案件的妥善解决。离婚不离婚，只有当事人自己最明白，法官不宜在这个问题上代替当事人拿主意，武断地反对离婚，相当于指责离婚案件原告方提出离婚诉求——而离婚自由是当事人的天然权利且有法律保障。

在离婚案件审理过程中，作为例外，在某些案件处理过程中，有必要支持一方当事人的离婚诉求，尤其是涉及家庭暴力的离婚案件，对受害方提出的离婚诉求应予支持。

在本人多年承办的离婚诉讼案件过程中，深深地感受到法官最容易犯的错误有：一是不问青红皂白地反对离婚；二是对家庭暴力受害者的权利给予不应有的漠视。有时在离婚案件调解过程中，我们可以吃惊地听到法官说“小两口打架是常事”——这实际上是在为家庭暴力施暴人的纵容与开脱。

典型的家庭暴力具有周期性，施暴人的暴力倾向如果没有改变的情况下，反对受害人提出离婚，等同于让受害人继续遭受家庭暴力——有些极端的家庭暴力受害人，长期由于无法忍受甚至杀死了施暴人……。因此，在本人承办涉及家庭暴力的离婚案件时，只要施暴人没有改变其施暴意愿并付诸行动，只要受害人想好了坚决要求离婚——这种情况下，我会坚定地站在受害者一边，支持其提出离婚诉讼。当然，离婚不是目的，如果施暴人真的努力改变其施暴倾向，通过自身努力或专业咨询来加以改变——惟有这种情况下，才可以劝说原告方考虑“和解”。

## 二、告知当事人进行婚姻家庭咨询（心理咨询）——作为离婚诉讼必经法定程序

婚姻关系可以算是最为复杂的一种人际关系，复杂的婚姻矛盾，通过常理的劝说已经没有收效了，如果要得到更好地解决，专业心理干预则显得非常必要，而且通常会有较为明显的效果。

我国婚姻家庭咨询（心理咨询）<sup>①</sup>起步时间不长，但我国已经有了一支数量较大的婚姻家庭咨询（心理咨询）师队伍，每所高校都有专职的心理咨询师，地级市一般都有婚姻家庭咨询（心理咨询）机构或专职的心理咨询师，近年来中小学也强调配备心理咨询师（心理辅导员），婚姻家庭咨询师的队伍也在慢慢扩大，但由于这两种职业在我国存在的时间只有几年，公众心目中婚姻咨询（心理咨询）意识还较为缺乏，有必要通过立法推动，完善离婚案件审理程序，以更好地解决婚姻家庭纠纷。

为此，可通过立法规定：离婚诉讼过程中，法官有义务告知离婚当事人寻求专业婚姻家庭咨询（心理咨询）——这作为必经的法定程序，记入审理案件的笔录中，以便更好地解决当事人自身婚姻中面临的问题——这样的立法规定，必定对我国婚姻家庭咨询（心理咨询）业的发展起到巨大的推动作用，许多濒临破碎的家庭就有了更多挽救的机会，这样可以更好地实现我国婚姻法的立法目的，利于社会和谐。

### 注：

①婚姻家庭咨询，与心理咨询具有同样的功能，二者都会通过咨询帮助来访者成长，以解决其面临的问题；但在咨询内容和方式上二者有所区别，婚姻家庭咨询包括法律咨询，心理咨询则不包含法律方面的咨询。

## 民事诉讼法修改背景下涉外离婚管辖与域外送达的完善

京大（上海）律师事务所 赵宁宁

### 【摘要】

随着中国与国际社会的日益交融，异国恋情、跨国婚姻、移民家庭在中国社会占据的比例越来越大；这类群体的离婚也备受关注。我国现有法律制度相对司法实践和社会发展的滞后，导致了涉外离婚案件在处理中遭遇诸多尴尬，尤以管辖和域外送达难题突出。本文通过涉外离婚案件处理过程中所存在的管辖和送达的难题与困境，并参考他国合理操作方式和制度，在我国民事诉讼法修改背景下，如何完善涉外离婚程序中的管辖和域外送达问题提出个人见解。

【关键词】：涉外离婚 管辖权 送达 域外送达 国际公约

### 一 涉外离婚管辖权

涉外离婚管辖权是指一国根据国际条约和国内立法规定所确定的，受理涉外离婚案件的权限范围和对特定涉外离

北京理工大学司法研究所主办 上海沪家律师事务所、北京岳成律师事务所协办

婚行使审判权的资格<sup>141</sup>。涉外离婚管辖权对处理涉外离婚案件具有不可忽视的意义。人们常说：打涉外官司，先打管辖权，再打时效问题和法律适用问题，最后才会谈事实和法律<sup>142</sup>。由此可见，管辖权的确定是对案件进行实体审理的前提和基础。

### （一）涉外离婚管辖的中国规则

中国关于涉外离婚管辖权的规定散见于《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称“《民事诉讼法》”）和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》（以下简称《民诉意见》）等法律法规和司法解释中。其中《民事诉讼法》第22条体现了属地管辖“原告就被告”的一般管辖原则；第23条特别明确了“就原告”的例外情形。另外《民诉意见》第13~16条就中国法院对涉外离婚管辖权的确定作了部分补充。

### （二）中国涉外离婚管辖制度面临的尴尬

尽管我国相关法律法规及司法解释对涉外离婚的管辖做了一定规定，但是，由于法律规定的滞后性，在司法实践中经常出现涉外离婚案件管辖权的争议。笔者根据自己作为涉外离婚案件一线代理律师的实践感触，总结涉外离婚案件管辖所存在的问题。

#### 1、涉外离婚管辖调整的对象不明确，不全面。

《民事诉讼法》第22条和23条，没有对管辖权的行使做国籍限制，虽《民诉意见》中对调整对象有国籍界定，但在司法实践中，涉及双方当事人均为外籍人士或外籍华人的情形却没有涉及，只有部分地区高院有内部规定，例如境内外国人之间的离婚，境外外国人起诉境内外国人离婚，境内外国人起诉境外外国人离婚等，各地法院往往因法律没有统一明确规定而存在不同操作意见，司法操作比较混乱，这样的做法明显与越来越多的外国人在中国居住，需要在中国起诉离婚的现实不符。目前，司法实际状况是，部分法院系有条件受理，如双方协商一致情形；但是，有的法院却因具体经验和个别喜好等因素拒绝受理。这样往往造成一些在中国居住生活数年的外国人离婚无门，无从维护自己的权益，同时，又混乱了中国司法秩序。

#### 2、涉外离婚认可平行管辖容易导致恶意规避法律。

因各国确定管辖权的标准和原则不同，“一事两诉”甚至“一事多诉”情形大量存在，结果导致一案多种判决，甚至结果相反的判决，必然导致司法资源的浪费且无法有效维护当事人合法权益。根据《民诉意见》的规定，中国公民一方居住在国外，一方居住在国内，不论哪一方向人民法院提起离婚诉讼，国内一方住所地的人民法院都有权管辖。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。即别国法院受理的离婚案件在华起诉，即使外国已经先受理了相关的离婚诉讼，只要符合我国受理的条件，我国法院对该案件仍有管辖权，并可进行到实体审理。这种平行管辖的制度必然导致法律的适用问题以及判决的承认与执行的冲突问题；且容易促使当事人为了逃避相关法律义务而选择对自己有利的法院进行诉讼。

### （三）完善中国涉外离婚管辖权的建议

#### （一）以与当事人最密切联系为原则确定涉外离婚管辖

即以与当事人有最密切联系的住所、惯常居所、国籍等来确定涉外离婚案件的管辖：只要涉外离婚的配偶双方或一方在中国形成惯常居所（至起诉时连续居住满一年以上），中国法院就应当具有管辖权；同时，辅之以属人管辖原则。从而从根本上解决部分涉外离婚无法在中国得到处理，尤其双方均是外国人或外籍华人在中国离婚难的问题。

#### （二）确立先受理法院管辖原则

我国解决涉外离婚平行诉讼应当引入“先受理原则”，这是很多国家解决平行诉讼的方式，以此协调各国离婚案件管辖权的积极冲突。由先受理法院行使管辖权，后受理法院中止行使管辖权。此外，本国法院可以作为不方便法院主动拒绝对外国民事案件行使管辖权，从而实现抑制管辖权冲突，其本身体现了涉外民事诉讼管辖权的国际协调精神，从诉讼经济、有效利用司法资源的角度出发，也体现出对本国法院管辖权的有效抑制，从而有效地防止当事人对法院选择程序的滥用，避免了因原告恶意选择法院导致被告权益及司法公正的实现陷入困境。

#### （三）对涉外离婚管辖权可以设专门规定，突出其特殊性

鉴于涉外离婚案件涉及人身关系，且与不同国家文化背景及社会风俗有着紧密联系，与经济合同纠纷存在根本性的区别，也与国内离婚案件不同，对于这类案件的受理标准亦与其他类型案件有着根本区别，所以，建议对涉外离婚案件管辖权设立专门规定，并根据司法实践中的具体类型对涉外离婚管辖的确定分别确定不同的依据和标准。

## 二、涉外离婚的域外送达

域外送达是指一国法院根据国际条约或本国法律或按照互惠原则将司法文书和司法外文书送交给居住在国外的诉讼当事人或其他诉讼参与人的行为。

### （一）中国域外送达规则

人民法院对在中华人民共和国领域内没有住所的当事人送达诉讼文书可以采用下列方式：

<sup>141</sup> 赵一民 国际私法教程【M】北京 知识产权出版社 2005 P304

<sup>142</sup> 杜焕芳 中国法院涉外管辖权实证研究 法学家【J】2007年第2期 P152-160

- 1、依照受送达人所在国与中华人民共和国缔结或者共同参加的国际条约中规定的方式送达；
- 2、通过外交途径送达；
- 3、对具有中华人民共和国国籍的受送达人，可以委托中华人民共和国驻受送达人所在国的使领馆代为送达；
- 4、向受送达人委托的有权代其接受送达的诉讼代理人送达；
- 5、向受送达人在中华人民共和国领域内设立的代表机构或者有权接受送达的分支机构、业务代办人送达；
- 6、受送达人所在国的法律允许邮寄送达的，可以邮寄送达，自邮寄之日起满六个月，送达回证没有退回，但根据各种情况足以认定已经送达的，期间届满之日视为送达；
- 7、不能用上述方式送达的，公告送达，自公告之日起满六个月，即视为送达。

#### (二) 中国域外送达存在的问题

我国涉外离婚案件审判中，“域外送达难”极为普遍，已经成为影响涉外案件当事人合法权益、制约涉外离婚案件审判的重要因素之一。域外送达周期长，送达效率低，使庭审程序等后续程序的启动严重滞压，在送达证明迟迟未归时，法院对送达结果的查询遇到困难时，后续程序本身根本无法继续进行。这不但严重影响了整个诉讼程序的进展，同时，也是对我国法院审判工作秩序和在国际社会中信誉、形象的毁损。究其原因主要为送达程序繁琐、送达主体单一、送达手段陈旧有限、法律规定不系统等。

1、法院送达程序繁琐。在我国，法院是送达的主体，送达被认为是国家司法权力，而法院作为国家司法权力的执行者，在具体操作程序中遵规蹈矩，一份拟向国外送达的司法文书需要逐级报送给最高人民法院，司法部或外交部，再递送给受送达国中央机关或我国驻该国使领馆，文书送达后的送达回执依同样的路径返回，这一程序累赘、拖沓，很容易拖延整个案件的审理期限，根据笔者的经验，在确定受送达人国外确切送达地址的前提下，只是在送达传票和判决书的情况下，依据目前我国的送达程序，至少需要14个月左右，这样下来，即便是一审的涉外离婚程序，也需要两年左右的时间，这样繁琐低效的送达程序使当事人的权益无法得到有效及时的救济。

#### 2、送达主体单一。

法院作为我国司法文书的唯一送达人，由于法院进行域外送达只能按照民事诉讼法规定的固定方式进行，往往手段单一，送达模式和申请程序僵硬，法院的送达一旦失败，将造成诉讼程序的停滞，无法保护当事人的合法权益。但在国外，送达人并不局限于法院。在美国，一般性司法文件的送达被看作是当事人或律师的事情。法国，也是原告向被告送达传唤状。德国民事诉讼法第270条规定，“如果没有其他送达方式，依职权为之”。而在我国送达成了的专属于法院的职权，使得整个案件送达的完成只能依赖于法院。

#### 3、送达周期过长，操作不明确

送达过程的长短在很大程度上影响着案件审理期限。根据《民事诉讼法》的规定，受送达人所在国的法律允许邮寄送达的，可以邮寄送达，自邮寄之日起满六个月，送达回证没有退回，但根据各种情况足以认定已经送达的，期间届满之日视为送达。但在司法实践中，在没有送达回执返回的情况下，如何认定“足以认定已经送达”？并且，即便依照《海牙送达公约》进行送达，也难免送达回执无法返回的情形，在没有法律统一标准和依据的情况下，法院只能个案考虑或自由裁断，但是，很多法院在没有送达回执返回的情况下，往往再进行公告送达。

如果一个涉外离婚案件中，被告方在国外，法院需要向被告所在地进行送达，一般域外需要半年以上的时间，如果法院没有送达成功，则需要再采取公告送达的方式，这样待公告送达后，一个审限的涉外离婚就需要两年甚至更长时间的期间。迟来的公正不是真正的公正。周期长、效率低的送达方式不但劳民伤财，还将使当事人的纠纷长期处于未解状态。

#### 4、送达文书不规范

根据《民事诉讼法》的规定，域外送达的文书需要翻译成相应的外文，但是，由于法律对于拟域外送达文书的翻译方面没有统一的规定，比如需要法院内部设立专门翻译机构还是法院指定当地具体翻译部门进行翻译，相关翻译机构的资质如何认定，文书译文的格式要求如何统一，文书内容翻译标准如何统一等等，由于缺乏这些方面的统一规范，往往造成域外送达文书译文的混乱，严重影响了司法文书的准确性和严肃性，同时，也对我国司法公正和尊严的带来了不良影响。

#### (四) 完善中国域外送达建议

由于涉外离婚案件主体的特殊性、案件性质的特殊性，其处理方式也尤其独特之处。漫长、繁琐的域外送达程序和方式无论对于法院还是当事人来讲，都是劳民伤财，并且，当事人不得不在冗长的诉讼程序中忍受煎熬。根据多年从事涉外离婚案件代理工作的体会，笔者针对我国域外送达程序中所存在问题，提出以下几点个人见解：

#### 1、突破单一送达手段。

《民事诉讼法》提供的几种送达方法，已经不能完全满足审判实践的需要，特别是无法实现高效率的送达，迟延了庭审时间，从而影响审判效率。运用高科技以及各种现代化手段已为多国法院在域外送达制度上得到了创新实践，英国已经将电子邮件送达付诸了法律，《英国民事诉讼规则》规定可以以传真或其他电子通讯方式送达。美国许多州允许电子送达，欧盟对于电子送达也持肯定的态度，新西兰、德国等国家也立法通过允许电子邮件或传真送达。

面对当今科技高度发达的社会，我们应该尝试运用先进的技术为我们的涉外离婚审判工作服务例如，传真方式、电子邮件方式、专业网站上发布公告的方式作为民事诉讼法规定的送达方式的补充。实际上，我国已有深圳、浙江等法院成功试点电子送达，但需要从诉讼法的层面对这些新式高效的送达方式进行统一规范并确定明确的操作标准和程序，在多种送达手段并存的情况下，应当允许当事人同时选择多种送达手段，以最先送达为准。

## 2、丰富域外文书送达主体

采用《海牙送达公约》关于允许直接通过文书接受国的司法助理人员、官员或其他主管人员完成司法文书的规定送达。文书发出国的司法助理人员、官员、其他主管人员以及任何在司法程序中有利害关系的人都可以这种方式向国外送达。这种送达方式也是较快捷、方便的送达方式，尽管我国、日本、德国、英国等许多国家对此都提出保留，但是，多方面送达主体，包括原告当事人、律师等送达主体，有利于突破法院单一送达的局限，并利于提高法院送达效率和减少法院工作量。

## 3、完善邮寄送达。

为提高域外邮寄送达的准确率和效率，在原告方能够提供确切送达地址的前提下，通过制定相应的程序规定，以确保降低被告方恶意拒收送达文书或恶意躲避送达文书的情况，包括诉讼法明确规定何为在没有送达回执原路返回的情况下视为送达的各种情形，以及是否需要原告方提供相应证据证明该文书应当“视为送达”以及证据类型等。

## 4. 规范域外送达文书的翻译

《民事诉讼法》中应明确规定拟域外送达的法律文书需要由当地指定的翻译机构进行翻译，且对翻译机构的规模、资质、文件翻译标准等做出统一规定，以规范我国域外送达文书的准确性和严肃性。

涉外离婚案件与合同、经济案件有着很大的区别，同时，也有别于国内离婚案件，实际上，在涉外离婚案件的处理程序中，除以上最为普遍的两大难题外，鉴于涉外离婚案件所涉及案件性质、文化背景、思维传统等方面的特点，应当对涉外离婚案件的处理进行整体上的程序立法，包括管辖权的确定依据、域外送达程序、证据规则、以及涉外离婚案件的专门审理机构及审理人员的确定等。作为专门处理涉外离婚案件的一线律师，希望本人实务中的体会和见解能为涉外民事诉讼程序的改进和完善尽到一点益处。

## 关于对法院诉前调解的一点看法

北京市隆安律师事务所 刘辉律师 2012年8月12日

目前一些基层法院正在轰轰烈烈的试点搞民事案件诉前调解，尤其是婚姻家庭案件，初衷是好的，可个人认为在程序上存在问题，而实际上也不见得达到预期目的。站在律师的角度看，法院多此一举，给律师代理案件增加难度，浪费律师和当事人的时间。

社会上已经有很多机构在做婚姻调解及家庭治疗这样的工作，也有政府倡议的人民调解机构存在，诉讼前，当事人大部分已经通过这些机构咨询、治疗、调解，也有的到律师所咨询委托办理调解事宜，可见，如果是婚姻案件，一方当事人不愿意离婚或一方当事人强烈要求离婚，他们往往会做很多准备和努力，咨询、寻求调解、请律师帮助等等，而通过这些努力没有效果才会想到最后一招，到法院起诉，希望通过法律途径尽快解决。

然而，法院却搞诉前调解，初衷是好的，迎合构建和谐社会的理念也是没错的，但调解应给予当事人自愿，强制调解有何法律依据？有的案子到法院一个月还不算给立案，强行拖延诉讼期限，走正常程序，审理过程中也有调解程序，为什么不在开庭审理时履行这个程序？由于法院的误导，当事人不懂诉讼程序，往往听劝走了诉前调解程序，而实际上，却造成对原告当事人很多不利的情况发生，被告藉此转移财产、争取时间争夺抚养权、甚至增加实施家暴的机会，由此可见，法院的诉前调解效果不见得达到预期的良好愿望。

当下法院诉前调解存在的问题：

一、诉前调解范围不一。诉前调解范围过窄，不易发挥诉前调解的功效，范围过宽则会使许多原本不能或无调解必要的案件由于没能及时立案进入审理程序，无形中拉长了纠纷的解决时间，影响了纠纷的及时化解。二、诉前调解制度缺乏明确的法律规定，不为当事人理解和接受。由于诉前调解不是诉讼调解，调解协议无法以法律文书的形式固定下来，调解后一方当事人反悔的，当事人无法直接采取公力救济的形式保护合法权益，还必须通过起诉、诉讼等法律手段，费时费力，因而不愿意接受诉前调解。三、诉前调解主体各地执行不一，混淆了诉前调解与立案调解的区别。诉前调解缺乏法律定位，导致各地法院诉前调解主体不一，有的法院由法院立案庭人员主持调解；有的由书记员组织调解；有的法院在法院立案庭设立“人民调解室”，由律师、人民调解员、人民陪审员，或由法院聘请的离退休法官主持调解。

因此，本律师认为，调解是好事，但谁来做这些事情，应该立法加以明确。现在法院进行的诉前调解是违反民事诉讼法的不当行为，严重侵犯了当事人正当的诉讼权利，建议或规范或命令禁止取缔。

本律师针对诉前调解程序提出建议如下：

一是加快立法进程，确立诉前调解的法律地位。对诉前调解案件的适用范围、原则、主体、期限程序、调解协议效力的确认等，以立法或者司法解释的形式做出具的规定，明确谁是在诉前调解中的主导地位？律师？法院？民间机

构政府职能部门? 以便实践中具有可操作性。

二是加大诉前调解的宣力度, 鼓励社会机构积极参与, 能为社会各界广泛认同, 当事人能理解和接受。

三是调解机构还应加强与司法行政部门、律师事务所工会、人民调解组织等单位的协调与沟通, 求得他们的理解与支持, 做到诉前调解与诉讼中调解的有效对接。

## 五、部分立法建议稿、司法解释、部门规章及地方法院家事审判意见(试行)参考资料

### 中华人民共和国家庭暴力防治法(专家建议稿 2011 最终稿)

起草小组顾问: 陈明侠(中国社科院法学所研究员)

起草小组组长: 夏吟兰(中国婚姻法学会会长、中国政法大学教授)

起草小组成员: 李明舜(中华女子学院副院长)

费安玲(中国政法大学教授)

刘 莘(中国政法大学教授)

皮艺军(中国政法大学教授)

肖建国(中国人民大学教授)

林建军(中华女子学院教授)

祁建建(中国社科院法学所副研究员)

#### 第一章 总则

##### 第一条【立法目的和依据】

为防治家庭暴力, 保护受害人的权益, 建设和维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系, 促进社会和谐稳定, 依据宪法, 特制定本法。

##### 第二条【家庭暴力定义】

发生在家庭成员之间的下列行为是家庭暴力:

- (一) 实施或者威胁实施身体上的侵害, 以及限制受害人人身自由的;
- (二) 实施或者威胁实施性暴力及其他违背受害人意愿的性行为的;
- (三) 以恐吓、侮辱、诽谤、宣扬隐私等方式造成受害人精神损害的;
- (四) 毁损财产以及其他经济控制行为的;
- (五) 非法强迫受害人堕毙胎儿的;
- (六) 遗弃受害人的;
- (七) 其他损害家庭成员身体、精神、性或者财产的行为。

##### 第三条【禁止一切形式的家庭暴力】

国家保护家庭成员依法享有的各项权益, 禁止一切形式的家庭暴力。

国家采取必要措施, 逐步完善防治家庭暴力的各项制度, 消除一切形式的家庭暴力。

##### 第四条【政府主导, 多机构合作】

家庭暴力防治工作, 实行政府统一领导, 有关部门各负其责, 社会广泛参与、多机构合作干预的工作机制。

##### 第五条【人民政府职责】

各级人民政府应当重视和加强家庭暴力防治工作。

县级以上人民政府应当将家庭暴力防治工作纳入国民经济和社会发展规划, 并将家庭暴力防治经费列入本级财政预算。鼓励和支持社会力量参与为家庭暴力受害人提供救助的公益事业及其他家庭暴力防治工作。

县级以上人民政府设立反家庭暴力委员会, 负责组织、协调、指导、督促有关部门做好家庭暴力防治工作。

各级人民政府有关部门在各自职责范围内做好家庭暴力防治工作。

##### 第六条【早期干预, 预防为主】

家庭暴力防治工作应当坚持早期干预, 预防为主。

对实施家庭暴力的施暴人应当给予必要的教育、矫治和制裁。

##### 第七条【对受害人的保护和救助】

对家庭暴力受害人应当给予及时的保护和救助。



处理家庭暴力受害人保护、救助等相关事务，应当尊重受害人的意愿。

**第八条【优先保护未成年受害人】**

对未成年的家庭暴力受害人应当给予特殊保护。

教育、卫生和社会保障等有关部门应当根据需要对未成年的家庭暴力受害人给予教育、医疗等专项救助。

**第九条【保密责任】**

处理家庭暴力案件的有关单位和人员，应当对当事人的隐私予以保密。

**第十条【准用条款】**

具有恋爱、同居等特定关系或者曾经有过配偶关系的当事人之间的暴力行为，准用本法。

**第二章 行政干预**

**第十一条【反家庭暴力委员会的设置】**

县级以上人民政府应当建立反家庭暴力委员会。乡、民族乡、镇的人民政府应当设立反家庭暴力专员。

反家庭暴力委员会成员或者反家庭暴力专员由政府官员、专家、社会组织的代表、人民陪审员等担任。

**第十二条【反家庭暴力委员会和反家庭暴力专员的职责】**

反家庭暴力委员会的主要职责如下：

- (一) 提出防治家庭暴力的立法建议；
- (二) 协调、监督有关机关对防治家庭暴力法律法规的实施；
- (三) 在基层人民政府或者社区设立家庭暴力投诉站、家庭暴力预防及咨询中心；
- (四) 协调防治家庭暴力的宣传与教育工作；
- (五) 督促、协调家庭暴力受害人保护和救助工作；
- (六) 对家庭暴力施暴人进行心理矫治、精神治疗、戒瘾治疗或者其他辅导、治疗的组织工作；
- (七) 进行家庭暴力防治相关数据的统计、调查；
- (八) 本法规定的其他职责。

反家庭暴力专员的主要职责为前款（一）、（二）、（四）、（五）、（七）项工作。

**第十三条【学校教育】**

教育行政部门应当督促指导学校将防治家庭暴力的知识纳入教育、教学内容，对学生进行防治家庭暴力宣传教育。

**第十四条【普法宣传】**

司法行政部门应当将预防和制止家庭暴力的法律规定纳入法制宣传教育规划，增强全体公民遵纪守法和防范家庭暴力的意识。

国家机关、社会团体、企事业单位以及其他组织，应当对本单位人员进行家庭暴力防治的宣传教育。

**第十五条【司法培训】**

公安机关、检察机关、审判机关和司法行政机关应当将防治家庭暴力的知识和技能纳入警察、检察官、法官、律师的日常在职培训课程。

**第十六条【首问负责】**

公安机关、检察机关、审判机关和司法行政机关实行首问负责制。在接到有关家庭暴力的报案时，均负有处理或者告知义务。不属于其管辖范围的案件，接案机关应当移送到有权处理的机关，并通知报案人。

**第十七条【公安机关接受报案】**

公安机关对有关家庭暴力的报案应当依法受理、立案或者移送、转介有关机关处理。

**第十八条【"110"接警】**

公安机关应当将家庭暴力纳入"110"接警范围，并依据案情迅速出警或者指定有管辖权的公安机关赴现场处理，制止家庭暴力行为的继续发生，保障家庭暴力受害人的人身安全。

公安机关应当制作报警、接警、出警、处警等记录。

公安机关应当依家庭暴力受害人申请或者依职权，及时组织对家庭暴力案件受害人的伤情进行鉴定、检查、治疗。

**第十九条【派出所出警】**

公安派出所及其所属的社区（村）警务室应当设立家庭暴力投诉（报警）站、点，在接到家庭暴力的报警后，应当依照相关规定采取措施。

**第二十条【庇护场所】**

县、市人民政府应当根据实际情况建立或者指定家庭暴力庇护场所，为家庭暴力受害人提供庇护和救助。

家庭暴力庇护场所不受侵犯，禁止非法搜查或者侵入。

各级人民政府应当鼓励支持企业事业单位及其他社会组织和个人提供或者兴建家庭暴力庇护场所和设施。

**第二十一条【专项救助】**

教育、卫生、社会保障、司法行政等有关部门应当根据需要对家庭暴力受害人及其未成年子女给予教育、医疗、法律援助等专项救助。

民政部门应当对未成年的受害人以及目睹家庭暴力的未成年人做出适当安置。

**第二十二条【强制矫治】**

公安机关对家庭暴力施暴人可以采取强制矫治措施。县级以上人民政府卫生部门、民政部门，应当配合同级公安机关做好强制矫治工作。

**第二十三条【强制矫治所】**

强制矫治所的设置，由省、自治区、直辖市人民政府根据本行政区内实施强制矫治的实际需要统一规划，由县级以上人民政府公安机关提出方案，报同级人民政府批准。

县级以上人民政府应当将强制矫治所的基本建设投资 and 所需经费，列入本级财政预算。

**第二十四条【强制矫治期限】**

强制矫治期限为一个月至三个月，自入所之日起计算。

对强制矫治期满后半年内再次实施家庭暴力的，由原作出决定的公安机关批准，再次强制矫治；但是，实际执行的强制矫治期限连续计算不超过半年。

**第二十五条【强制矫治费用】**

强制矫治费用由其本人支付，确有困难的，由当地人民政府承担。

**第三章 社会干预**

**第二十六条【社会预防责任】**

预防和制止家庭暴力是全社会的共同责任。

任何单位或者个人都有权劝阻、制止和举报家庭暴力行为。

国家机关、社会团体、企事业单位和其他组织，应当在各自的职责范围内做好家庭暴力防治工作。

**第二十七条【居民委员会、村民委员会的职责】**

村民委员会、居民委员会具有以下职责：

- (一) 开展防治家庭暴力的宣传教育；
- (二) 受理家庭暴力受害人的投诉和求助，告知家庭暴力受害人享有的权利；
- (三) 依法做好家庭纠纷的调解工作，化解矛盾，预防家庭暴力的发生；
- (四) 对正在实施的家庭暴力，应当及时劝阻、制止或者向当地公安机关报案；
- (五) 根据家庭暴力受害人意愿，及时将家庭暴力受害人转介到有关机构。

**第二十八条【当事人所在单位的职责】**

当事人所在单位具有以下职责：

- (一) 对正在实施的家庭暴力，应当及时劝阻、制止或者向当地公安机关报案；
- (二) 家庭暴力受害人向所在单位提出紧急救助请求的，所在单位应当提供救助。

**第二十九条【工会、共青团、妇联、残联等组织的职责】**

工会、共青团、妇女联合会、残疾人联合会等组织具有以下职责：

- (一) 开展防治家庭暴力的宣传教育；
- (二) 受理家庭暴力受害人的投诉，告知家庭暴力受害人享有的权利；
- (三) 协调、督促有关部门及时、公正处理家庭暴力案件，有关部门应当依法查处，并予以答复；
- (四) 根据家庭暴力受害人意愿，及时将家庭暴力受害人转介到有关机构。

**第三十条【各级信访部门的职责】**

信访部门具有以下职责：

- (一) 受理家庭暴力受害人的投诉或者求助，告知受害人享有的权利；
- (二) 处理家庭暴力受害人的来信来访，协调、督促有关部门及时、公正处理家庭暴力案件，有关部门应当依法查处，并予以答复。

**第三十一条【教育机构的职责】**

教育机构具有以下职责：

- (一) 教育机构应当将男女平等和防治家庭暴力的知识纳入到教学内容中；

(二) 教育机构应当在教师培训中纳入有关男女平等和防治家庭暴力的内容;

(三) 教育机构应当确保教材宣传男女平等观念, 不得包含宣扬家庭暴力和歧视、贬损女性的言论;

教材发表宣扬家庭暴力或者歧视、贬损女性言论的, 当地反家庭暴力委员会有权向教育行政主管部门申请禁令;

(四) 教育机构发现在校就读的未成年人遭受家庭暴力的, 应当向当地反家庭暴力委员会(专员)报告或者向当地公安机关报案。

### 第三十二条【医疗机构的职责】

医疗机构具有以下职责:

(一) 医疗人员在诊疗活动中发现疾病或者伤害系家庭暴力所致, 应当对家庭暴力受害人进行及时救治, 做好诊疗记录, 保存好相关证据, 并协助公安机关调查;

(二) 医疗机构在诊疗活动中发现未成年患者遭受家庭暴力的, 应当向当地反家庭暴力委员会(专员)报告或者向当地公安机关报案。

### 第三十三条【新闻媒体的职责】

新闻媒体具有下列职责:

(一) 开展防治家庭暴力的宣传教育;

(二) 宣传男女平等观念, 不得发表宣扬家庭暴力或者歧视、贬损女性的言论。

新闻媒体发表宣扬家庭暴力或者歧视、贬损女性言论的, 当地反家庭暴力委员会有权向新闻主管机关申请禁令。

### 第三十四条【法律援助机构和法律服务机构的职责】

法律援助机构和其他法律服务机构具有以下职责:

(一) 法律援助机构应当为符合条件的家庭暴力受害人提供法律援助;

(二) 法律援助机构和其他法律服务机构在提供法律服务过程中, 应当根据家庭暴力受害人意愿, 及时将家庭暴力受害人转介到有关机构。

### 第三十五条【民间组织的作用】

民间组织可以依法设立防治家庭暴力的咨询、庇护或者法律援助等机构。

国家鼓励和支持民间组织开展家庭暴力救助服务。

## 第四章 民事干预

### 第一节 民事保护令

#### 第三十六条【民事保护令含义】

为制止家庭暴力, 保护家庭暴力受害人安全, 人民法院可以依法作出要求家庭暴力施暴人完成一定行为或者禁止实施一定行为的命令。

保护令分为通常保护令和临时保护令。

#### 第三十七条【申请人的范围】

家庭暴力受害人以及其他知情的自然人、法人或者其他组织, 经受害人同意, 可以向人民法院申请保护令。

知情的公安机关、人民检察院或者反家庭暴力委员会(专员), 应当向人民法院申请保护令。

#### 第三十八条【管辖】

保护令案件由家庭暴力受害人住所地、临时居住地或者家庭暴力发生地基层人民法院管辖。

两个以上同级人民法院都有管辖权的, 由最初受理的人民法院管辖。

#### 第三十九条【申请的形式】

保护令的申请可以采取书面或者口头形式。

家庭暴力受害人处于家庭暴力紧急状态时, 公安机关、人民检察院、相关政府机关、反家庭暴力委员会(专员)可以采取电话、电信、传真、数据电文或者其他方式申请临时保护令。

#### 第四十条【申请书的内容】

申请书应当载明下列事项:

(一) 申请人的姓名、性别、年龄、工作单位、送达地址, 法人或者其他组织的名称、住所和法定代表人或者主要负责人的姓名、职务;

(二) 被申请人的姓名、性别、年龄、工作单位、住所及其与受害人的关系;

(三) 具体的救济请求和所根据的家庭暴力事实与理由;

(四) 证据和证据来源, 证人姓名和住所。

人民法院应当为申请人提供符合上述要求的格式申请书。口头申请的, 由人民法院指定的专门人员填写申请书,

并由申请人以盖章、签名或者捺印等方式确认。

#### 第四十一条【申请的条件】

家庭暴力受害人处于家庭暴力的直接与现时危险中的，即可申请保护令。

申请保护令，不以提起民事诉讼为条件。

#### 第四十二条【申请的费用】

申请保护令不收取费用。

#### 第四十三条【申请临时保护令与通常保护令的关系】

人民法院在审理终结通常保护令的申请之前，为及时保护家庭暴力受害人，可以依申请核发临时保护令。

申请临时保护令，并且经人民法院准许核发的，视为申请人已经提出了通常保护令的申请。

#### 第四十四条【审判组织形式】

对于临时保护令申请，可以由审判人员一人独任审理。对于通常保护令申请，应当组成合议庭审理。

#### 第四十五条【法院审理的时间】

人民法院受理临时保护令申请后，应当立即进行审理，并在48小时内核发临时保护令；情况紧急的，应当在24小时之内核发。

人民法院不得以当事人之间存在其他案件侦查或者待决为由，延缓核发保护令。

#### 第四十六条【法院审理原则】

人民法院审查确认家庭暴力事实时，可以依职权调查证据，必要时分别询问家庭暴力施暴人和家庭暴力受害人。

保护令案件的审理一般不公开进行。

保护令案件不得进行调解或者和解。

#### 第四十七条【法院审理方式】

人民法院在审理通常保护令案件时，应当通知家庭暴力施暴人到庭。家庭暴力施暴人不到庭或者到庭后中途退庭的，不影响人民法院的审理。

家庭暴力施暴人和家庭暴力受害人都到庭的，人民法院可以采取适当的隔离措施。

人民法院在审理临时保护令案件时，可以不通知家庭暴力施暴人到庭。人民法院也可以不经审理程序，核发临时保护令。

#### 第四十八条【核发通常保护令】

人民法院审理终结后，认为符合本法规定的申请条件，应当依申请或者依职权，核发包括下列一项或者数项的通常保护令：

- (一) 禁止家庭暴力施暴人对家庭暴力受害人继续实施家庭暴力；
- (二) 禁止家庭暴力施暴人利用电话、信件、网络等方式骚扰家庭暴力受害人；
- (三) 禁止家庭暴力施暴人对其未成年受害子女行使监护权或者探望权；
- (四) 禁止家庭暴力施暴人进入家庭暴力受害人的工作、学习等活动地点；
- (五) 禁止家庭暴力施暴人对家庭暴力受害人实施跟踪、窥视等行为；
- (六) 禁止家庭暴力施暴人对家庭暴力受害人所住的房屋及其他不动产进行处分；
- (七) 责令家庭暴力施暴人迁出家庭暴力受害人的住所或者其他居住场所；
- (八) 责令家庭暴力施暴人给付家庭暴力受害人及其所抚养家属的生活费、医疗费或者其他必要的费用；
- (九) 责令家庭暴力施暴人负担相关的律师费用；
- (十) 其他为保护家庭暴力受害人及其特定家庭成员所必须的救济措施。

#### 第四十九条【核发临时保护令】

人民法院认为家庭暴力事实可能存在或者申请人向人民法院提供保证书证明有家庭暴力事实的，可以核发临时保护令。

人民法院核发临时保护令时，可以依申请或者依职权核发本法第四十八条通常保护令第一款第一项至第八项的保护令。

#### 第五十条【保护令的送达】

人民法院核发保护令后，应当在24小时内送达当事人、受害人、公安机关和反家庭暴力委员会（专员）。

反家暴委员会（专员）应当将人民法院所核发的保护令登录备查。

#### 第五十一条【通常保护令的效力】

通常保护令的有效期为一年，自核发之日起生效。

通常保护令的内容，在有效期届满前因人民法院作出了其他生效裁判的，该部分内容失效。

#### 第五十二条【通常保护令的撤销、变更或者延长】

通常保护令失效前，当事人、受害人可以向人民法院申请撤销、变更或者延长。

人民法院裁定撤销通常保护令的，自裁定之日起失去效力。

通常保护令延长的期间为一年以下，并以一次为限。

#### 第五十三条【临时保护令的效力】

临时保护令自核发之时起生效，于申请人撤回通常保护令申请、人民法院审理终结核发通常保护令或者驳回通常保护令申请时失效。

临时保护令失效前，人民法院可以依当事人、受害人的申请或者依职权予以撤销或者变更。

#### 第五十四条【受害人同意与迁出令、远离令的效力】

责令家庭暴力施暴人迁出受害人居住的场所或者其他场所的保护令，以及责令家庭暴力施暴人远离家庭暴力受害人的保护令，不因家庭暴力受害人同意家庭暴力施暴人不迁出或者不远离而失效。

#### 第五十五条【对保护令不服的救济】

当事人对保护令不服的，可以在收到保护令之日起十日内向上一级人民法院申请复议一次。复议期间不停止保护令的执行。

#### 第五十六条【保护令的执行】

禁止对房屋及其他不动产进行使用、收益或者处分以及金钱给付的保护令，可以作为民事执行依据，由受害人依据民事诉讼法的规定向核发保护令的基层人民法院申请执行，并且免征申请执行费。人民法院于必要时，可以请求公安机关协助执行。

其他保护令的执行，由公安机关负责。

公安机关应当依照保护令，保护家庭暴力受害人到其住所或者其他居住场所安全地享用其住所、机动车辆或者其他个人职业、教育、生活必需品。

#### 第五十七条【不服执行行为的救济】

当事人或者利害关系人认为公安机关、人民法院执行保护令的行为违反法律规定的，可以依据民事诉讼法的规定，在保护令失效前，向执行保护令的人民法院提出异议。异议成立的，裁定撤销或者更正已经实施的执行行为；异议不成立的，裁定驳回。

对于上述裁定，不得申请复议。

公安机关不执行保护令，给家庭暴力受害人造成伤害后果的，受害人可以以公安机关不作为为由提起行政诉讼；对于公安机关的直接责任人员，人民法院可以向监察机关或者公安机关提出予以纪律处分的司法建议。

#### 第五十八条【违反保护令的强制措施】

家庭暴力施暴人违反保护令的，人民法院、公安机关可以根据民事诉讼法的规定，对家庭暴力施暴人按照情节轻重予以罚款、拘留。

#### 第五十九条【外国法院核发保护令的承认和执行】

外国法院核发的生效的保护令，需要中华人民共和国人民法院承认和执行的，依照民事诉讼法的规定，可以由当事人直接向中华人民共和国有管辖权的中级人民法院申请承认和执行，也可以由外国法院依照该国与中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的规定，或者按照互惠原则，请求人民法院承认和执行。

人民法院经审查，认为不违反中华人民共和国法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益的，裁定承认其效力，发出执行令，予以执行。违反中华人民共和国法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益的，不予承认和执行。

### 第二节 民事诉讼的特别规定

#### 第六十条【起诉】

以家庭暴力为由提起的民事诉讼，人民法院应当受理。

人民法院在审理侵权赔偿诉讼、离婚诉讼等案件中，涉及家庭暴力情节的，适用本法的规定。

受害人诉请人民法院判决家庭暴力施暴人损害赔偿，并且不要求解除婚姻关系的，人民法院应当受理。

#### 第六十一条【管辖】

以家庭暴力为由提起的民事诉讼，由家庭暴力受害人住所地、临时居住地或者家庭暴力发生地基层人民法院管辖。

#### 第六十二条【代理人】

未成年子女为受害人的家庭暴力民事诉讼中，未成年子女的监护人作为其法定代理人代为诉讼，但未成年子女的

监护人是家庭暴力施暴人的除外。

家庭暴力施暴人是监护人的，人民法院应当依法撤销其监护资格，并且依照有利于未成年子女的原则指定其他监护人作为法定代理人代为诉讼。

未成年子女没有监护人的，可以指定居民委员会、村民委员会、民政部门、社会福利机构、反家庭暴力委员会或者未成年人维权组织等担任诉讼期间的法定代理人。

#### 第六十三条【审判组织】

基层人民法院可以设立审理家庭暴力案件的合议庭，或者指定专人审理涉及家庭暴力的案件。

#### 第六十四条【审理原则】

人民法院审理家庭暴力民事案件，可以依职权审查当事人没有主张的事实，依职权调查收集证据，实行不公开审理原则。

#### 第六十五条【安全义务】

人民法院应当为受害人或者证人提供安全出庭的环境和保障措施。

有证据证明存在家庭暴力，且家庭暴力受害人出庭存在人身安全危险的，人民法院可以依据受害人的申请，单独听取其口头陈述意见，或者提交书面意见。

#### 第六十六条【告知义务】

家庭暴力民事诉讼中，人民法院应当告知民政部门为未成年的受害人以及目睹家庭暴力的未成年人给予适当安置。

#### 第六十七条【移送执行】

家庭暴力案件的民事判决，应当由人民法院的审判机构直接移送本院的执行机构进行强制执行，当事人也有权依据民事诉讼法的规定申请有管辖权的人民法院强制执行。

#### 第六十八条【对受害人的司法救助】

没有经济来源或者经济确有困难的家庭暴力受害人，向人民法院提起家庭暴力民事诉讼的，可以缓交、减交或者免交诉讼费用。

### 第五章 刑事干预

#### 第六十九条【先行拘留】

公安机关对于家庭暴力案件的现行犯，应当先行拘留。

#### 第七十条【取保候审和监视居住】

人民法院根据家庭暴力案件情况和被害人安全的需要，可以决定被取保候审或者监视居住的犯罪嫌疑人、被告人遵守本法第四十八条通常保护令的一项或者数项规定。

以上决定应当以书面形式作出，送达各方当事人。

被取保候审的犯罪嫌疑人、被告人违反前款规定，已交纳保证金的，没收保证金，并且区别情形，责令犯罪嫌疑人、被告人具结悔过，重新交纳保证金、提出保证人或者监视居住、予以逮捕。

被监视居住的犯罪嫌疑人、被告人违反前款规定，情节严重的，予以逮捕。

#### 第七十一条【法院管辖权】

家庭暴力犯罪案件由被害人居住地或者犯罪地的人民法院管辖，如果由被告人居住地的人民法院审判更有利于保护被害人的，可以由被告人居住地的人民法院管辖。

#### 第七十二条【不起诉和有罪免罚】

人民检察院决定不起诉的案件，可以根据案件的不同情况，对被不起诉人予以训诫或者责令具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失。

对被不起诉人需要给予行政处罚、行政处分或者需要没收其违法所得的，人民检察院应当提出检察意见，连同不起诉决定书一并移送有关主管机关处理。

人民法院依法判决免于刑事处罚的，人民法院可以根据案件的不同情况，予以训诫或者责令具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失。

对于需要给予行政处罚、行政处分或者需要没收其违法所得的，人民法院应当提出意见，连同判决书一并移送有关主管机关处理。

#### 第七十三条【法律文书的送达】

家庭暴力犯罪案件的立案决定书、不立案决定书、撤销案件决定书、不起诉决定书，应当在作出后5日内送达被害人。

被害人对不立案决定书、撤销案件决定书、不起诉决定书、判决书、裁定书有异议的，按照刑事诉讼法的有关规

定处理。

#### 第七十四条【被告人与被害人的接触】

未申请保护令的自诉案件，未经人民法院许可，被告人不得与被害人接触。

#### 第七十五条【缓刑、假释期间的行为规范】

因长期受虐或者不堪忍受家庭暴力而故意杀害、伤害家庭暴力施暴人构成犯罪，被判处有期徒刑的犯罪分子，实际执行原判刑期二分之一以上，被判处无期徒刑的犯罪分子，实际执行十年以上，如果认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现，假释后不致再危害社会的，可以假释。如果有特殊情况，经最高人民法院核准，可以不受上述执行刑期的限制。

人民法院对因家庭暴力犯罪而被宣告缓刑或者假释的，应当决定犯罪人遵守本法第四十八条通常保护令的一项或者数项规定。

缓刑、假释考验期间违反上述规定的，应当撤销缓刑，执行原判刑罚，或者撤销假释，收监执行未执行完毕的刑罚。

#### 第七十六条【防治机构对被宣告缓刑、假释的犯罪分子的监督责任】

人民法院作缓刑、假释宣告时，应当同时书面通知被害人及其居住地公安机关和有关家庭暴力防治机构。

被假释的犯罪分子，在假释考验期限内，由公安机关和有关家庭暴力防治机构予以监督，没有《中华人民共和国刑法》第八十六条规定的情形，假释考验期满，视为原判刑罚已经执行完毕。

### 第六章 证据

#### 第七十七条【证据的可采性】

公安机关的报警记录、接警记录、出警记录、处警记录、询问笔录，以及保存的调解书、保证书、担保书、物证；医疗机构保管的诊疗材料、病历、鉴定等，应当作为家庭暴力民事诉讼中的证据。

受害人近亲属、庇护机构、救助机构、社会福利机构、妇女联合会、居民委员会、村民委员会、中小学、幼儿园学前教育机构等知情的自然人、法人和其他组织出具的证明材料等，可以作为家庭暴力民事诉讼中的证据。

#### 第七十八条【未成年子女证言的可采性】

未成年子女提供的涉及家庭暴力的与其年龄、智力及精神状况相当的证言，可以作为认定家庭暴力的证据。人民法院在收集未成年子女证言时，应当采取相应措施，减少作证给未成年子女带来的伤害。

#### 第七十九条【品格证据的可采性】

施暴人曾经实施家庭暴力及其具有暴力倾向，可以作为家庭暴力案件民事诉讼的证据。

#### 第八十条【证明标准】

家庭暴力民事诉讼的原告，对其主张或者抗辩，提出证据证明、说明其主张或者抗辩理由的真实存在，只要能使一个正常的、理智的第三人认为其主张或者理由真实存在的，人民法院即应认为其真实存在，作为判断的依据。

#### 第八十一条【举证责任的分配和转移】

人民法院审理家庭暴力民事案件，应当充分考虑家庭暴力案件具有隐蔽性及受害妇女取证难等特点，合理分配举证责任。

家庭暴力民事诉讼中，主张家庭暴力存在的一方所主张的事实，符合本法第八十条所规定的情形的，应当告知被指控施暴的一方对该事实不存在的情形，承担举证责任。

#### 第八十二条【表见证明】

人民法院审理家庭暴力民事案件，对于因一定的事实经过，依高度盖然性的经验法则，必然产生一定的结果的，可以推定施暴人的行为有过错，或者施暴行为与该结果的发生具有因果关系。

#### 第八十三条【事实认定的原则】

家庭暴力民事诉讼中，对于施暴人的家庭暴力事实，人民法院应当综合全部证据进行审查判断，单一证据经查证属实的可以定案。

对于主张家庭暴力事实存在的当事人所作的陈述或者提供的其他证据，不能仅因其有前后不一致之处，即否认该事实存在。为查明该事实，人民法院可以依职权调取、收集、保全相关证据。

#### 第八十四条【有完全证明力的证据】

对民事诉讼中家庭暴力受害人提供以下遭受家庭暴力的证据材料，家庭暴力施暴人提出异议但没有足以反驳的相反证据的，人民法院可以确认其证明力：

- (一) 报警、接警、出警、处警记录；
- (二) 法医鉴定；

- (三) 病历;
- (四) 照片、录像等视听资料;
- (五) 证人证言;
- (六) 居民委员会、村民委员会、妇女联合会等组织和社会团体的相关记录。

#### 第八十五条【刑事判决预决的事实】

对于生效的刑事判决中认定的家庭暴力事实，人民法院在家庭暴力民事诉讼中应当直接认定，但当事人有相反证据足以推翻的除外。

因证据不足而作出的生效刑事无罪判决中有关家庭暴力事实的判断，人民法院不得在家庭暴力民事诉讼中直接认定家庭暴力事实不存在。

#### 第八十六条【刑事证据的认定】

对刑事诉讼中家庭暴力事实的认定，应当依照刑事诉讼法的有关规定，对证据查证属实，才能作为定案的根据。

#### 第八十七条【受虐妇女综合征】

家庭暴力的周期性过程中，长期受虐待的妇女表现出的一种不能主动终止对方暴力的被动、顺从、无助的心理状态，构成受虐妇女综合征。

受虐妇女综合征可以作为减轻受害人刑事责任和民事责任的事实情节和证据。

受虐妇女综合征可以由与家庭暴力受害人接触、知情的医学专家、心理专家等专业人员或者机构以书面证据或者言词证据来证明。

#### 第八十八条【受虐妇女综合征的认定】

在妇女作为受害人的家庭暴力民事案件中，人民法院应当综合考虑案件的以下具体情况，无需受害人主张，依职权认定受害人存在受虐妇女综合征：

- (一) 受害妇女遭受家庭暴力的次数;
- (二) 受害妇女遭受家庭暴力的频度;
- (三) 受害妇女遭受家庭暴力的循环周期;
- (四) 受害妇女当前的心理和精神状态;
- (五) 施暴人实施家庭暴力的强度;
- (六) 其他可以酌量的因素。

#### 第八十九条【施暴人不服的救济】

家庭暴力施暴人对人民法院认定受害人存在受虐妇女综合征不服的，可以提出相反证据予以反驳。

### 第七章 法律责任

#### 第一节 行政责任及法官、检察官的责任

#### 第九十条【施暴人的行政责任】

故意伤害家庭成员、非法拘禁家庭成员或者以其他方法非法剥夺家庭成员人身自由、以暴力或者其他方法公然侮辱家庭成员、捏造事实诽谤家庭成员或者虐待、遗弃家庭成员，尚未构成犯罪的，依照治安管理处罚法的有关规定处理。

受治安处罚的家庭暴力施暴人不服治安处罚决定的，应当先向有关机关申请复议。对复议不服的，可以向人民法院提起诉讼。

#### 第九十一条【政府工作人员的行政责任】

依据法律负有预防和制止家庭暴力职责的政府工作人员玩忽职守，没有给予家庭暴力受害人应有的法律帮助或者没有依法及时地制止家庭暴力施暴人行为的，由其所在单位或者上级主管部门给予纪律、行政处分。

家庭暴力受害人可以依法要求国家赔偿。国家赔偿后，对有故意或者重大过失的责任人追偿全部或者部分赔偿金额。

#### 第九十二条【人民警察的责任】

人民警察在处理家庭暴力案件时，有弄虚作假、隐瞒案情、不及时采取措施、不履行法定义务行为的，依法给予行政处分；有包庇、纵容违法犯罪活动行为的，除追究行政责任外，构成犯罪的追究其刑事责任。

#### 第九十三条【法官、检察官的责任】

法官、检察官处理有关家庭暴力案件有下列行为尚未构成犯罪的，应当依法给予纪律处分：

- (一) 徇私枉法的;
- (二) 隐瞒证据或者伪造证据的;



- (三) 滥用职权, 侵犯当事人的合法权益的;
- (四) 玩忽职守, 造成错案或者给当事人造成损害的;
- (五) 拖延办案, 贻误工作的;
- (六) 其他违法乱纪的行为。

符合国家赔偿条件, 受害人要求国家赔偿的, 依法进行国家赔偿, 对责任人重大过失或者故意的, 国家赔偿后向其依法追偿全部或者部分赔偿金额。

#### 第九十四条【具有防治家庭暴力职责的其他人员的行政责任】

医生、心理治疗人员、教师、律师等没有尽到法律所规定的防治家庭暴力职责的, 应当视其情况, 由其所在单位或者机构给予纪律处分或者行政处分。

#### 第九十五条【具有防治家庭暴力职责的单位的法律责任】

单位违反防治家庭暴力法定职责造成严重后果的, 对其负责人和直接责任人, 由所在单位或者上级机关给予批评教育或者行政处分; 构成犯罪的, 依法追究刑事责任。

### 第二节 民事责任

#### 第九十六条【一般规定】

家庭暴力施暴人承担损害赔偿责任的, 应当以其个人财产进行支付。

家庭暴力受害人因家庭暴力致死的, 家庭暴力受害人的近亲属有权请求施暴人支付本法第九十七条第一款规定的相关费用, 以及丧葬费、被扶养人生活费、死亡补偿费等其他合理费用。

家庭暴力受害人因家庭暴力遭受精神损害的, 有权请求精神损害抚慰金。

家庭暴力受害人因家庭暴力导致死亡的, 其近亲属有权请求施暴人承担赔偿损失和精神损害抚慰金等民事责任。

#### 第九十七条【侵害身体、健康与生命的民事责任】

家庭暴力受害人的身体完整性和身体健康因家庭暴力受到损害的, 有权请求家庭暴力施暴人停止侵害, 并请求其承担因医疗而支出的医疗费、护理费等各项费用和因误工减少的收入等。

家庭暴力受害人因家庭暴力致残的, 有权请求家庭暴力施暴人支付残疾赔偿金、残疾辅助器具费、被扶养人生活费、因康复护理和继续治疗实际发生的必要费用以及因丧失劳动能力导致的收入损失。

#### 第九十八条【侵害性自主的民事责任】

家庭暴力受害人因性暴力或者性骚扰而致身体、健康或者生命受到损害的, 家庭暴力受害人有权请求家庭暴力施暴人承担赔礼道歉、赔偿损失等民事责任。

家庭暴力受害人死亡的, 其近亲属有权请求家庭暴力施暴人承担赔礼道歉、赔偿损失等民事责任。

侵害性自主造成受害人精神损害的, 家庭暴力受害人有权请求精神损害抚慰金。

#### 第九十九条【侵害名誉、隐私等人格尊严的民事责任】

家庭暴力受害人因家庭暴力致自己的名誉、隐私、人身自由等人格尊严遭受侵害的, 有权请求家庭暴力施暴人恢复名誉、赔礼道歉, 并有权请求精神损害抚慰金。

#### 第一百条【侵害财产的民事责任】

家庭暴力受害人因家庭暴力致自己的财产遭受侵占的, 有权请求家庭暴力施暴人返还原物, 原物不能返还的, 应当赔偿损失。

家庭暴力受害人因家庭暴力致自己的财产遭受毁损的, 有权请求家庭暴力施暴人恢复原状或者赔偿损失。

家庭暴力受害人因家庭暴力致自己的财产遭受其他妨害的, 有权请求家庭暴力施暴人排除妨碍、消除危险、赔偿损失或者承担其他民事责任。

#### 第一百零一条【非法强迫受害人堕毙胎儿】

非法强迫受害人堕毙胎儿并致受害人的身体、健康、生命受到损害的, 受害人有权请求家庭暴力施暴人承担赔礼道歉、赔偿损失等民事责任。

造成家庭暴力受害人精神损害的, 家庭暴力受害人有权要求精神损害抚慰金。

#### 第一百零二条【滥用监护权的民事责任】

滥用监护权实施家庭暴力侵害未成年人合法权益的监护人, 除依照本法第九十二条的规定承担民事责任外, 未成年人的其他近亲属或者未成年人父母所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门有权请求人民法院撤销监护人资格。

父或者母丧失监护权的, 不免除其抚养子女的义务。

#### 第一百零三条【共有财产人的赔偿责任的承担】

北京理工大学司法研究所主办 上海沪家律师事务所、北京岳成律师事务所协办

家庭暴力施暴人应当承担的财产赔偿责任不因共有财产未分割而免除。

实行夫妻财产共有或者家庭财产共有的家庭暴力施暴人，在共有财产未分割之前暂无个人财产的，家庭暴力施暴人或者家庭暴力受害人可以请求人民法院分割共同财产或者制作债权文书。

请求分割财产的，家庭暴力施暴人以自己分得的财产承担赔偿责任。

请求制作债权文书的，家庭暴力受害人可持债权文书于将来共有财产分割时请求支付。

#### 第一百零四条【免责或者减轻责任】

被认定为存在受虐妇女综合征的家庭暴力受害人致家庭暴力施暴人身体或者财产损害的，可以减轻或者免除民事责任。

#### 第一百零五条【法律的适用】

对连带责任及赔偿额的确认，适用侵权责任法的相关规定。

#### 第三节 刑事责任

#### 第一百零六条【家庭暴力犯罪】

以下发生在家庭成员之间，故意造成家庭成员身体、精神、性伤害或者财产损害的行为，依照刑法及本法规定，构成家庭暴力犯罪：

(一) 现行刑法规定的、对家庭成员实施的故意杀人罪、故意伤害罪、非法拘禁罪、绑架罪、强迫卖淫罪、强奸罪、侮辱诽谤罪、暴力干涉婚姻自由罪、虐待罪、遗弃罪、强制猥亵、侮辱妇女罪等。

家庭成员中的一方以侵害对方生命或者身体健康相威胁的，依照刑法有关故意伤害罪、故意杀人罪的规定定罪，可以从轻、减轻处罚或者免除处罚。

(二) 因性别歧视或者其他原因，暴力强制女方堕毙胎儿的，依照刑法有关故意伤害罪的规定定罪处罚。

犯前款罪致女方身体伤害的，从重处罚。

(三) 在因感情不和分居期间，或者在人民法院审理离婚案件期间，丈夫以暴力、胁迫或者其他手段强行与妻子发生性关系的，依照刑法有关强奸罪的规定定罪处罚。

犯前款罪致妻子身体伤害的，以前款罪和刑法有关故意伤害罪的规定，数罪并罚。

(四) 违反保护令情节严重的，依照刑法有关拒不执行法院判决、裁定的规定定罪处罚。

#### 第一百零七条【家庭暴力防治人员的刑事责任】

依本法规定负有防治家庭暴力职责的人员，因滥用职权、玩忽职守、弄虚作假、拖延办案等违法乱纪行为，致使被害人遭受严重伤害，情节严重，构成犯罪的，依法追究其刑事责任。

#### 第一百零八条【从轻、减轻或者免除处罚事由】

因长期受虐或者不堪忍受家庭暴力而故意杀害、伤害施暴人构成犯罪的，应当根据情况从轻、减轻处罚或者免除处罚。

被认定为存在受虐妇女综合征的家庭暴力受害人，故意杀害、伤害施暴人构成犯罪的，应当免除或者减轻处罚。

### 第八章 附则

#### 第一百零九条【适用原则】

在中华人民共和国领域内发生的一切家庭暴力行为，均适用本法。

#### 第一百一十条【实施细则】

各省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常务委员会可以结合当地具体情况，制定本地区的实施办法。

#### 第一百一十一条【抵触条款】

本法施行前公布的法律有关对家庭暴力的规定与本法的规定相抵触的，以本法的规定为准。

#### 第一百一十二条【本法的施行】

本法自 年 月 日起施行。

## 最高人民法院关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见

法发〔2009〕45号

全国地方各级人民法院、各级军事法院、各铁路运输中级法院和基层法院、各海事法院，新疆生产建设兵团各级法院：

《最高人民法院关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》已经中央批准，现印发给你们，请认真贯彻落实。在贯彻落实中遇有问题，请及时报告最高人民法院司法改革领导小组办公室。

北京理工大学司法研究所主办 上海沪家律师事务所、北京岳成律师事务所协办

二〇〇九年七月二十四日

**最高人民法院关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见**

为发挥人民法院在建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制方面的积极作用，促进各种纠纷解决机制的发展，现制定以下意见。

**一、明确主要目标和任务要求**

1、建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的主要目标是：充分发挥人民法院、行政机关、社会组织、企事业单位以及其他各方面的力量，促进各种纠纷解决方式相互配合、相互协调和全面发展，做好诉讼与非诉讼渠道的相互衔接，为人民群众提供更多可供选择的纠纷解决方式，维护社会和谐稳定，促进经济社会又好又快发展。

2、建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的主要任务是：充分发挥审判权的规范、引导和监督作用，完善诉讼与仲裁、行政调处、人民调解、商事调解、行业调解以及其他非诉讼纠纷解决方式之间的衔接机制，推动各种纠纷解决机制的组织和程序制度建设，促使非诉讼纠纷解决方式更加便捷、灵活、高效，为矛盾纠纷解决机制的繁荣发展提供司法保障。

3、在建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的过程中，必须紧紧依靠党委领导，积极争取政府支持，鼓励社会各界参与，充分发挥司法的推动作用；必须充分保障当事人依法处分自己的民事权利和诉讼权利。

**二、促进非诉讼纠纷解决机制的发展**

4、认真贯彻执行《中华人民共和国仲裁法》和相关司法解释，在仲裁协议效力、证据规则、仲裁程序、裁决依据、撤销裁决审查标准、不予执行裁决审查标准等方面，尊重和体现仲裁制度的特有规律，最大程度地发挥仲裁制度在纠纷解决方面的作用。对于仲裁过程中申请证据保全、财产保全的，人民法院应当依法及时办理。

5、认真贯彻执行《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》和相关司法解释的规定，加强与劳动、人事争议等仲裁机构的沟通和协调，根据劳动、人事争议案件的特点采取适当的审理方式，支持和鼓励仲裁机制发挥作用。对劳动、人事争议仲裁机构不予受理或者逾期未作出决定的劳动、人事争议事项，申请人向人民法院提起诉讼的，人民法院应当依法受理。

6、要进一步加强与农村土地承包仲裁机构的沟通和协调，妥善处理农村土地承包纠纷，努力为农村改革发展提供强有力的司法保障和法律服务。当事人对农村土地承包仲裁机构裁决不服而提起诉讼的，人民法院应当及时审理。当事人申请法院强制执行已经发生法律效力判决书和调解书的，人民法院应当依法及时执行。

7、人民法院要大力支持、依法监督人民调解组织的调解工作，在审理涉及人民调解协议的民事案件时，应当适用有关法律的规定。

8、为有效化解行政管理活动中发生的各类矛盾纠纷，人民法院鼓励和支持行政机关依当事人申请或者依职权进行调解、裁决或者依法作出其他处理。调解、裁决或者依法作出的其他处理具有法律效力。当事人不服行政机关对平等主体之间民事争议所作的调解、裁决或者其他处理，以对方当事人为被告就原争议向人民法院起诉的，由人民法院作为民事案件受理。法律或司法解释明确规定作为行政案件受理的，人民法院在对行政行为进行审查时，可对其中的民事争议一并审理，并在作出行政判决的同时，依法对当事人之间的民事争议一并作出民事判决。

行政机关依法对民事纠纷进行调处后达成的有民事权利义务内容的调解协议或者作出的其他不属于可诉具体行政行为的处理，经双方当事人签字或者盖章后，具有民事合同性质，法律另有规定的除外。

9、没有仲裁协议的当事人申请仲裁委员会对民事纠纷进行调解的，由该仲裁委员会专门设立的调解组织按照公平中立的调解规则进行调解后达成的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。

10、人民法院鼓励和支持行业协会、社会组织、企事业单位等建立健全调解相关纠纷的职能和机制。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调解后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。

11、经《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》规定的调解组织调解达成的劳动争议调解协议，由双方当事人签名或者盖章，经调解员签名并加盖调解组织印章后生效，对双方当事人具有合同约束力，当事人应当履行。双方当事人可以不经仲裁程序，根据本意见关于司法确认的规定直接向人民法院申请确认调解协议效力。人民法院不予确认的，当事人可以向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。

12、经行政机关、人民调解组织、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对民事纠纷调解后达成的具有给付内容的协议，当事人可以按照《中华人民共和国公证法》的规定申请公证机关依法赋予强制执行效力。债务人不履行或者不适当履行具有强制执行效力的公证文书的，债权人可以依法向有管辖权的人民法院申请执行。

13、对于具有合同效力和给付内容的调解协议，债权人可以根据《中华人民共和国民事诉讼法》和相关司法解释

**北京理工大学司法研究所主办 上海沪家律师事务所、北京岳成律师事务所协办**

的规定向有管辖权的基层人民法院申请支付令。申请书应当写明请求给付金钱或者有价证券的数量和所根据的事实、证据，并附调解协议原件。

因支付拖欠劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金事项达成调解协议，用人单位在协议约定期限内不履行的，劳动者可以持调解协议书依法向人民法院申请支付令。

### 三、完善诉讼活动中多方参与的调解机制

14、对属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖的案件，人民法院在收到起诉状或者口头起诉之后、正式立案之前，可以依职权或者经当事人申请后，委派行政机关、人民调解组织、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进行调解。当事人不同意调解或者在商定、指定时间内不能达成调解协议的，人民法院应当依法及时立案。

15、经双方当事人同意，或者人民法院认为确有必要的，人民法院可以在立案后将民事案件委托行政机关、人民调解组织、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协助进行调解。当事人可以协商选定有关机关或者组织，也可商请人民法院确定。

调解结束后，有关机关或者组织应当将调解结果告知人民法院。达成调解协议的，当事人可以申请撤诉、申请司法确认，或者由人民法院经过审查后制作调解书。调解不成的，人民法院应当及时审判。

16、对于已经立案的民事案件，人民法院可以按照有关规定邀请符合条件的组织或者人员与审判组织共同进行调解。调解应当在人民法院的法庭或者其他办公场所进行，经当事人同意也可以在法院以外的场所进行。达成调解协议的，可以允许当事人撤诉，或者由人民法院经过审查后制作调解书。调解不成的，人民法院应当及时审判。

开庭前从事调解的法官原则上不参与同一案件的开庭审理，当事人同意的除外。

17、有关组织调解案件时，在不违反法律、行政法规强制性规定的前提下，可以参考行业惯例、村规民约、社区公约和当地善良风俗等行为规范，引导当事人达成调解协议。

18、在调解过程中当事人有隐瞒重要事实、提供虚假情况或者故意拖延时间等行为的，调解员可以给予警告或者终止调解，并将有关情况报告委派或委托人民法院。当事人的行为给其他当事人或者案外人造成损失的，应当承担相应的法律责任。

19、调解过程不公开，但双方当事人要求或者同意公开调解的除外。

从事调解的机关、组织、调解员，以及负责调解事务管理的法院工作人员，不得披露调解过程的有关情况，不得在就相关案件进行的诉讼中作证，当事人不得在审判程序中将调解过程中制作的笔录、当事人为达成调解协议而作出的让步或者承诺、调解员或者当事人发表的任何意见或者建议等作为证据提出，但下列情形除外：

- (一) 双方当事人均同意的；
- (二) 法律有明确规定的；
- (三) 为保护国家利益、社会公共利益、案外人合法权益，人民法院认为确有必要的。

### 四、规范和完善司法确认程序

20、经行政机关、人民调解组织、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调解达成的具有民事合同性质的协议，经调解组织和调解员签字盖章后，当事人可以申请有管辖权的人民法院确认其效力。当事人请求履行调解协议、请求变更、撤销调解协议或者请求确认调解协议无效的，可以向人民法院提起诉讼。

21、当事人可以在书面调解协议中选择当事人住所地、调解协议履行地、调解协议签订地、标的物所在地基层人民法院管辖，但不得违反法律对专属管辖的规定。当事人没有约定的，除《中华人民共和国民事诉讼法》第三十四条规定的情形外，由当事人住所地或者调解协议履行地的基层人民法院管辖。经人民法院委派或委托有关机关或者组织调解达成的调解协议的申请确认案件，由委派或委托人民法院管辖。

22、当事人应当共同向有管辖权的人民法院以书面形式或者口头形式提出确认申请。一方当事人提出申请，另一方表示同意的，视为共同提出申请。当事人提出申请时，应当向人民法院提交调解协议书、承诺书。人民法院在收到申请后应当及时审查，材料齐备的，及时向当事人送达受理通知书。双方当事人签署的承诺书应当明确载明以下内容：

- (一) 双方当事人出于解决纠纷的目的自愿达成协议，没有恶意串通、规避法律的行为；
- (二) 如果因为该协议内容而给他人造成损害的，愿意承担相应的民事责任和其他法律责任。

23、人民法院审理申请确认调解协议案件，参照适用《中华人民共和国民事诉讼法》有关简易程序的规定。案件由审判员一人独任审理，双方当事人应当同时到庭。人民法院应当面询问双方当事人是否理解所达成协议的内容，是否接受因此而产生的后果，是否愿意由人民法院通过司法确认程序赋予该协议强制执行的效力。

24、有下列情形之一的，人民法院不予确认调解协议效力：

- (一) 违反法律、行政法规强制性规定的；

- (二) 侵害国家利益、社会公共利益的;
- (三) 侵害案外人合法权益的;
- (四) 涉及是否追究当事人刑事责任的;
- (五) 内容不明确, 无法确认和执行的;
- (六) 调解组织、调解员强迫调解或者有其他严重违反职业道德准则的行为的;
- (七) 其他情形不应当确认的。

当事人在违背真实意思的情况下签订调解协议, 或者调解组织、调解员与案件有利害关系、调解显失公正的, 人民法院对调解协议效力不予确认, 但当事人明知存在上述情形, 仍坚持申请确认的除外。

25、人民法院依法审查后, 决定是否确认调解协议的效力。确认调解协议效力的决定送达双方当事人后发生法律效力, 一方当事人拒绝履行的, 另一方当事人可以依法申请人民法院强制执行。

### 五、建立健全工作机制

26、有条件的地方人民法院可以按照一定标准建立调解组织名册和调解员名册, 以便于引导当事人选择合适的调解组织或者调解员调解纠纷。人民法院可以根据具体情况及时调整调解组织名册和调解员名册。

27、调解员应当遵守调解员职业道德准则。人民法院在办理相关案件过程中发现调解员与参与调解的案件有利害关系, 可能影响其保持中立、公平调解的, 或者调解员有其他违反职业道德准则的行为的, 应当告知调解员回避、更换调解员、终止调解或者采取其他适当措施。除非当事人另有约定, 人民法院不允许调解员在参与调解后又在就同一纠纷或者相关纠纷进行的诉讼程序中作为一方当事人的代理人。

28、根据工作需要, 人民法院指定院内有关单位或者人员负责管理协调与调解组织、调解员的沟通联络、培训指导等工作。

29、各级人民法院应当加强与其他国家机关、社会组织、企事业单位和相关组织的联系, 鼓励各种非诉讼纠纷解决机制的创新, 通过适当方式参与各种非诉讼纠纷解决机制的建设, 理顺诉讼与非诉讼相衔接过程中出现的各种关系, 积极推动各种非诉讼纠纷解决机制的建立和完善。

30、地方各级人民法院应当根据实际情况, 制定关于调解员条件、职业道德、调解费用、诉讼费用负担、调解管理、调解指导、衔接方式等规范。高级人民法院制定的相关工作规范应当报最高人民法院备案。基层人民法院和中级人民法院制定的相关工作规范应当报高级人民法院备案。

## 最高人民法院关于人民调解协议司法确认程序的若干规定

(2011年3月21日最高人民法院审判委员会第1515次会议通过) 法释(2011)5号

《最高人民法院关于人民调解协议司法确认程序的若干规定》已于2011年3月21日由最高人民法院审判委员会第1515次会议通过, 现予公布, 自2011年3月30日起施行。

二〇一一年三月二十三日

为了规范经人民调解委员会调解达成的民事调解协议的司法确认程序, 进一步建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制, 依照《中华人民共和国民事诉讼法》和《中华人民共和国人民调解法》的规定, 结合审判实际, 制定本规定。

第一条 当事人根据《中华人民共和国人民调解法》第三十三条的规定共同向人民法院申请确认调解协议的, 人民法院应当依法受理。

第二条 当事人申请确认调解协议的, 由主持调解的人民调解委员会所在地基层人民法院或者它派出的法庭管辖。人民法院在立案前委派人民调解委员会调解并达成调解协议, 当事人申请司法确认的, 由委派的人民法院管辖。

第三条 当事人申请确认调解协议, 应当向人民法院提交司法确认申请书、调解协议和身份证明、资格证明, 以及与调解协议相关的财产权利证明等证明材料, 并提供双方当事人的送达地址、电话号码等联系方式。委托他人代为申请的, 必须向人民法院提交由委托人签名或者盖章的授权委托书。

第四条 人民法院收到当事人司法确认申请, 应当在三日内决定是否受理。人民法院决定受理的, 应当编立“调确字”案号, 并及时向当事人送达受理通知书。双方当事人同时到法院申请司法确认的, 人民法院可以当即受理并作出是否确认的决定。

有下列情形之一的, 人民法院不予受理:

- (一) 不属于人民法院受理民事案件的范围或者不属于接受申请的人民法院管辖的;

北京理工大学司法研究所主办 上海沪家律师事务所、北京岳成律师事务所协办

- (二) 确认身份关系的;
- (三) 确认收养关系的;
- (四) 确认婚姻关系的。

第五条 人民法院应当自受理司法确认申请之日起十五日内作出是否确认的决定。因特殊情况需要延长的,经本院院长批准,可以延长十日。

在人民法院作出是否确认的决定前,一方或者双方当事人撤回司法确认申请的,人民法院应当准许。

第六条 人民法院受理司法确认申请后,应当指定一名审判人员对调解协议进行审查。人民法院在必要时可以通知双方当事人同时到场,当面询问当事人。当事人应当向人民法院如实陈述申请确认的调解协议的有关情况,保证提交的证明材料真实、合法。人民法院在审查中,认为当事人的陈述或者提供的证明材料不充分、不完备或者有疑义的,可以要求当事人补充陈述或者补充证明材料。当事人无正当理由未按时补充或者拒不接受询问的,可以按撤回司法确认申请处理。

第七条 具有下列情形之一的,人民法院不予确认调解协议效力:

- (一) 违反法律、行政法规强制性规定的;
- (二) 侵害国家利益、社会公共利益的;
- (三) 侵害案外人合法权益的;
- (四) 损害社会公序良俗的;
- (五) 内容不明确,无法确认的;
- (六) 其他不能进行司法确认的情形。

第八条 人民法院经审查认为调解协议符合确认条件的,应当作出确认决定书;决定不予确认调解协议效力的,应当作出不予确认决定书。

第九条 人民法院依法作出确认决定后,一方当事人拒绝履行或者未全部履行的,对方当事人可以向作出确认决定的人民法院申请强制执行。

第十条 案外人认为经人民法院确认的调解协议侵害其合法权益的,可以自知道或者应当知道权益被侵害之日起一年内,向作出确认决定的人民法院申请撤销确认决定。

第十一条 人民法院办理人民调解协议司法确认案件,不收取费用。

第十二条 人民法院可以将调解协议不予确认的情况定期或者不定期通报同级司法行政机关和相关人民调解委员会。

第十三条 经人民法院建立的调解员名册中的调解员调解达成协议后,当事人申请司法确认的,参照本规定办理。人民法院立案后委托他人调解达成的协议的司法确认,按照《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》(法释〔2004〕12号)的有关规定办理。

## 涉及家庭暴力婚姻案件审理指南

最高人民法院中国应用法学研究所 2008年3月

### 目 录

说明

- 第一章 关于家庭暴力
- 第二章 基本原则和要求
- 第三章 人身安全保护措施
- 第四章 证据
- 第五章 财产分割
- 第六章 子女抚养和探视
- 第七章 调解
- 第八章 其他

### 前 言

本指南的编制背景 家庭暴力问题的严重性和特殊性越来越被全社会所了解,人民法院也逐渐认识到涉及家庭暴力的婚姻家庭案件与普通婚姻家庭案件的不同特点和规律,意识到其处理方式应当与普通案件有所不同。因此,传统经验和知识已越来越不适应该类案件的高质量办案需求,许多法院尤其是基层人民法院呼唤有一本为办理涉及家庭暴力的婚姻案件而编制的操作指南。

本指南的编制目的 本指南的编写目的,是为了让办理涉及家庭暴力婚姻家庭案件的法官,能有一本专业的资源手册,帮助其做好法律规则、性别平等理念、家庭暴力理论知识、审判组织保障等方面的准备,以利于提高办案效率和分配正义的质量,更好地保障家庭暴力受害人的人身和财产权利。

本指南的编制依据 本指南的法律依据包括《中华人民共和国民事诉讼法》、《中华人民共和国民事诉讼法》、《中华人民共和国民事诉讼法》、《中华人民共和国民事诉讼法》、《中华人民共和国民事诉讼法》和《最高人民法院关于进一步发挥诉讼调解在构建社会主义和谐社会中积极作用的若干意见》、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》。

党和国家领导人关于“要重视维护妇女权利,要使社会性别主流化”、“促进性别平等,实现共同发展”的重要指示,最高人民法院领导对性别平等和司法公正的强调,以及其他有关国家机关、社会团体制定的有关落实宪法规定的平等原则的政策性文件,都为本指南的编制提供了有力的政策性支持。

与此同时,基层人民法院在审判实践中根据实际需要,谨慎地在法律允许的框架内进行的有益尝试所积累的宝贵经验,也为本指南的编写提供了厚实的实践基础。

本指南的基本性质 最高人民法院领导指示,要为法官提供一些“指南式”的研究成果,直接服务于审判工作。本指南集法律研究、实践经验、域外借鉴、法律精神于一体,是人民法院司法智慧的结晶。但本指南不属于司法解释,而是为法官提供的参考性办案指南。

本指南的形式特点 本着全面、具体、明确、实用的原则,本指南在表现形式和表述方式上没有单纯地采取法律条文式的表述,而是对绝大多数条款作了进一步阐释,既提出了规范性的要求,对法律条文和法律原则做出了解释,又论述了相关的道理,对规范性要求的基础、原因作了阐述。这些阐释对于更好地理解指南的内容将提供一定的帮助。

本指南的使用方法 本指南不能作为法官裁判案件的法律依据,但可以在判决书的说理部分引用,作为论证的依据和素材。法官在运用本指南的过程中,如果发现需要增加的内容,可以继续发展;如果发现有的内容不完全符合本地实际情况,也可以在法律的框架内做出适当调整。

本指南的受益主体 本指南虽然是法官的办案指南,但其受益主体并不限于法官。律师、当事人、研究人员以及所有关注家庭暴力司法救济途径的人士都可以从本指南中获得自己需要的知识、教益和指导。

## 第一章 关于家庭暴力

### 第一条 了解家庭暴力基本知识的必要性

家庭暴力是一个社会问题,对其认识需要多学科的专门知识。人民法院在审理涉及家庭暴力案件的过程中,如果不能正确认识和对待家庭暴力,可能对人民法院高质、高效处理此类案件产生消极影响,不利于人民法院分配公平和正义。因此,本指南借鉴其他国家法官办理涉及家庭暴力案件的指南的做法,首先介绍家庭暴力基本知识,作为正确理解和执行本《指南》所有内容必不可少的重要基础。

### 第二条 家庭暴力的定义

家庭暴力作为国际领域普遍关注的一个社会问题,相关国际公约对其作了界定。尽管家庭暴力受害人并不限于妇女,有些情况下男性和儿童也会成为受害人,但是,由于针对妇女的家庭暴力最为普遍、最为严重,所以相关国际公约和其他国际文件对针对妇女的家庭暴力的界定通常只表述为针对妇女的暴力。

《联合国消除对妇女的暴力行为宣言》(1993)第一条规定,“对妇女的暴力行为”系指对妇女造成或可能造成身心方面或性方面的伤害或痛苦的任何基于性别的暴力行为,包括威胁进行这类行为、强迫或任意剥夺自由,而不论其发生在公共生活还是私人生活中。

联合国秘书长《关于侵害妇女的一切形式的暴力行为的深入研究》(2006)指出,基于性别的针对妇女的暴力行为是指“因为是女性而对女性施加暴力或者特别影响到女性的暴力,包括施加于身体、心理或性的伤害或痛苦或威胁施加这类行为,强迫和其他剥夺自由的行为。基于暴力的行为损害或阻碍妇女依照一般国际或人权公约享受人权和基本自由,符合联合国《消除对妇女的暴力行为宣言》第一条的规定”。

最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的解释(一)(2001)第一条规定:“家庭暴力是指行为人以殴打、捆绑、残害、强行限制人身自由或者其他手段,给其家庭成员的身体、精神等方面造成一定伤害后果的行为。持续性、经常性的家庭暴力,构成虐待。”

鉴于本指南旨在指导涉及家庭暴力的婚姻家庭案件的审理,所以本指南中的家庭暴力,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。

### 第三条 家庭暴力的类型

根据有关国际公约、国外立法例以及被普遍认可的学界理论研究成果,家庭暴力包括身体暴力、性暴力、精神暴力和经济控制四种类型。

1. 身体暴力是加害人通过殴打或捆绑受害人、或限制受害人人身自由等使受害人产生恐惧的行为;
2. 性暴力是加害人强迫受害人以其感到屈辱、恐惧、抵触的方式接受性行为,或残害受害人性器官等性侵犯行为;
3. 精神暴力是加害人以侮辱、谩骂、或者不予理睬、不给治病、不肯离婚等手段对受害人进行精神折磨,使受

害人产生屈辱、恐惧、无价值感等作为或不作为行为；

4. 经济控制是加害人通过对夫妻共同财产和家庭收支状况的严格控制，摧毁受害人自尊心、自信心和自我价值感，以达到控制受害人的目的。

#### 第四条 家庭暴力的普遍性和严重性

家庭暴力是一个全球性的社会问题，我国也不例外。据有关部门的权威调查，我国家庭暴力的发生率在 29.7% 到 35.7% 之间(不包括调查暗数)，其中 90% 以上的受害人是女性。

关于家庭暴力是家务事的错误认识，以及法律救济途径的缺失，使得众多受害人生活在痛苦、愤怒和恐惧之中，严重损害受害人的人身权利。因家庭暴力引发受害人以暴制暴的恶性案件，近年来受到越来越多的关注。

#### 第五条 家庭暴力发生和发展的规律

家庭暴力行为的发生和发展，呈周期性模式。模式的形成，一般要经过两个或两个以上暴力周期。每个周期通常包括关系紧张的积聚期(口角、轻微推搡等)、暴力爆发期(暴力发生、受害人受伤)、平静期(亦称蜜月期，加害人通过口头或行为表示道歉求饶获得原谅，双方和好直到下个暴力周期的到来)。加害人往往屡悔屡犯、始终不改。道歉、忏悔只是当家庭暴力暂时失效时，加害人借以达到继续控制受害人的手段而已。暴力周期的不断重复，使受害人感到无助和无望，因而受制于加害人。

#### 第六条 分手暴力的特别规律

人们往往以为离婚后暴力自然就停止了，但是，引发家庭暴力的内在动机是加害人内心深处控制受害人的需要。一般情况下，这种欲望不仅不会因为离婚而消失，反而会因为受害人提出离婚请求受到刺激而增强。因此，一旦受害人提出分手，加害人往往先是采取哀求原谅、保证下不为例以及利用子女等手段来挽留受害人。然而，如果哀求不奏效，加害人往往就会转而借助暴力或实施更严重的暴力手段来达到控制目的，因而出现“分手暴力”。这种现象在夫妻分居或者离婚后相当普遍。

国际上，加拿大的实证研究表明，大约有 1/3 的受害妇女在对方探视未成年子女时受到暴力威胁。36% 的女性在分居期间继续遭受男方的暴力侵害。美国司法部 1983 年和 1997 年 3 月公布的数据显示，美国有 75% 的家庭暴力受害人，在分手后继续遭受前夫或前男友的暴力侵害。

我国尚无这方面的统计数据，但是家庭暴力研究者普遍认为，分手期间或分手后，受害人的人身安全受家庭暴力侵害的频率和暴力的严重性确实迅速增加。

一般情况下，有三个变量可以预测发生分手暴力的危险：一是加害人之前有过身体暴力或暴力威胁行为；二是加害人和受害人居住地相距不远；三是加害人猜忌受害人有第三者。

#### 第七条 一般夫妻纠纷与家庭暴力的区分

一般夫妻纠纷中也可能存在轻微暴力甚至因失手而造成较为严重的身体伤害，但其与家庭暴力有着本质的区别。对此区别，应当考虑以下因素：暴力引发的原因和加害人的主观目的是否是为了控制受害方、暴力行为是否呈现周期性、暴力给受害人造成的损害程度等。

家庭暴力的核心是权力和控制。加害人存在着通过暴力伤害达到目的的主观故意，暴力行为呈现周期性，并且不同程度地造成受害人的身体或心理伤害后果，导致受害一方因为恐惧而屈从于加害方的意愿。而一般夫妻纠纷不具有这些特征。

#### 第八条 家庭暴力发生的原因

无论在社会上或家庭中，公民的人身权利均不得因任何原因而遭受人为侵害。家庭暴力的发生，不是受害人的过错，绝大多数情况下是基于性别的针对妇女的歧视。其发生的原因主要包括：

1. 加害人通过儿童期的模仿或亲身经历而习得暴力的沟通方式；

2. 家庭暴力行为通过社会和家庭文化的代际传递实现。传统文化默许男人打女人，父母打子女。在这种文化影响下长大的男人允许自己打女人，父母允许自己打子女。有这种文化的社会，接纳家庭暴力行为。在这样的家庭和社会中长大的子女，不知不觉接受了这种观念。家庭暴力行为就这样一代又一代传了下来；

3. 获利不受罚。虽然《中华人民共和国婚姻法》和《中华人民共和国妇女权益保障法》规定禁止家庭暴力，但是法律缺乏预防和制止家庭暴力的有效手段。社会给家庭暴力受害人提供的有效支持很少，因此家庭暴力发生时一般得不到干预。由于在家里打人能达到目的而不受惩罚，不管加害人事后多么后悔，又多么真诚地道歉，并保证决不再犯，都必然因缺乏真正改变自己行为的动机而一再使用暴力；

4. 加害人往往有体力上的优势。无论男打女还是女打男，加害人的体力，往往居于优势。90% 以上的家庭暴力受害人是体力处于弱勢的妇女、儿童和老人。

#### 第九条 家庭暴力的相关因素

家庭暴力的发生，与加害人的原生家庭、社会和文化环境、以及双方的体力对比有关，但与暴力关系中双方的年龄、学历、职业、社会地位、经济收入、居住区域和民族等，均无必然联系。

#### 第十条 加害人的心理和行为模式



### 1. 性别歧视

家庭暴力的加害人绝大多数为男性。这些男性信奉男尊女卑、男主女从的古训，他们相信暴力是其迫使受害人就范的合理而又有效的手段。因此，家庭暴力是基于性别的针对女性的暴力。

### 2. 内外双重面孔

加害人呈现给家人和外人的是两副不同的面孔。他们在家借助暴力手段控制家人，在外行为符合社会标准。

### 3. 过度的嫉妒

加害人有令人难以理解的嫉妒心。嫉妒表面上似乎是因为爱得过深，实质上嫉妒和爱没有太大关系。过度嫉妒者很少是心中有爱的人。嫉妒是嫉妒者因极度害怕失去某个人的感情、某种地位或利益而产生的焦虑，是嫉妒者不自信和缺乏安全感的表现。嫉妒者为了控制对方，以嫉妒为借口，捕风捉影，侮辱、谩骂、殴打配偶，甚至跟踪、限制对方行动自由。

### 4. 依赖心理

大多数加害人是自卑、不自爱、没有安全感的人，他需要借助别人对自己的态度，以证明自己的能力和价值。受害人在暴力下的顺从，是加害人获得自信和安全感的手段之一。这种依赖心理，使得加害人坚决不同意离婚，面对受害人的分手要求，加害人或采取分手暴力企图阻止受害人离开，或痛哭流涕保证痛改前非。

### 5. 人前自我伤害或以死相逼

受害人若想分手或离婚，加害人往往会在受害人、法官或特定人面前进行自我伤害，甚至以死相逼，其目的是为了受害人产生内疚和幻想，以便继续控制和操纵受害人。加害人的自我伤害或者以死相逼行为只能说明，他只想达到自己的目的而不在于对方的感受。自我伤害不是因为爱，而是暴力控制的另一种表现形式。

## 第十一条 受害人的心理和行为模式

### 1. 习得无助。

家庭暴力作为一种控制手段，随着周期性循环，越来越严重，越来越频繁。无法逃脱的受暴处境，使受害人“学会了无助”。因为这种在心理学上被称为“习得无助”，的信念，受害人以为自己无论如何也摆脱不了对方的控制，因而放弃反抗，忍气吞声、忍辱负重、委曲求全。

### 2. 抑郁状态。

受害人习得无助后，悲观随之而来，而悲观是造成抑郁的主要因素。长期处于抑郁状态的人中，不少人会自杀或尝试自杀或产生杀人的念头。他们希望通过自杀或杀死加害人，来终止让他们感到如此不堪的生活。

### 3. 恐惧和焦虑。

整天提心吊胆，神经高度紧张，是家庭暴力受害群体中最普遍的特征之一。暴力控制关系建立后，受害人会无限放大加害人的能力和权力，以为加害人无所不能。其恐惧和焦虑，甚至草木皆兵的心理，非一般人所能想象。

### 4. 忍辱负重。

传统观念认为单亲家庭不利于未成年子女成长；经济上女性的生存能力弱于男性，离婚使得她的生活水平大大下降；社会缺乏针对家庭暴力受害人的有效支持等，迫使相当一部分受害人不到万不得已，不会报警或寻求其他外界帮助，更不会提出离婚。

### 5. 优柔寡断。

如果受害人想要通过分手摆脱暴力控制，在社会和法律救济手段不到位的情况下，加害人的软硬兼施往往奏效。走投无路之时，受害人很可能被迫回到暴力关系中。

同样，家庭暴力受害人反复起诉和撤诉，表面上似乎优柔寡断，变化无常，实际上很可能是受害人想出的保护自己和子女暂时免受家庭暴力伤害的最佳和最无奈的办法。

## 第十二条 家庭暴力对受害人和加害人的危害

家庭暴力不仅使受害人身体受伤，还会导致受害人抑郁、焦虑、沮丧、恐惧、无助、自责、愤怒、绝望和厌世等不良情绪。长期处于这种状态中，受害人会出现兴趣减弱、胆小怕事、缺乏自信和安全感和注意力难以集中、学习和工作能力下降等症状，并且出现心理问题躯体化倾向。

表面看来，施暴人似乎是家庭暴力关系中获益的一方，其实不尽然。大多数施暴人施暴，不是要把妻子打跑，而是希望能控制她。但是，通过施暴得到的结果，只能是越来越多的恐惧和冷漠。这使施暴人越来越不满，越来越受挫。随着施暴人的挫败感越来越强烈，家庭暴力的发生也就越来越频繁，越来越严重。家庭暴力越来越严重，受害人就越来越恐惧。当暴力的严重程度超过受害人的忍耐限度时，受害人就可能转为加害人，杀死原加害人。

## 第十三条 家庭暴力对未成年人的伤害

根据联合国秘书长2006年发布的《关于侵害妇女的一切形式的暴力行为的深入研究》，生活在暴力家庭中的未成年子女，至少会在心理健康、学习和行为三个方面出现障碍。

1. 许多出身于暴力型家庭的子女，学习时注意力难以集中。学校的差生，包括逃学和辍学的学生，有相当一部分来自暴力家庭。他们往往处于担心自己挨打和(或)担心一方家长挨打的焦虑中。其症状经常被误诊为多动症伴注意力

集中障碍。然而，这些问题产生的根源往往在于使他们恐惧且缺少关爱的家庭暴力环境。

2. 即使未成年子女并不直接挨打，他们目睹一方家长挨打时所受到的心理伤害一点也不比直接挨打轻。家庭暴力发生时，孩子陷入极不安全和冲突的心理状态中。通常，他们一方面对加害人感到愤怒，另一方面又需要来自加害人的关爱。孩子无法理解，自己生活中最重要、也是最亲近的两个人之间，为什么会出现暴力。

3. 未成年子女挨打，不仅皮肉受苦，自信心和自尊心也受到很大打击。他们可能变得胆小怕事，难以信任他人，也可能变得蛮横无理、欺侮弱小、人际关系不良。心理上受到家庭暴力严重伤害的子女，还有可能在成年后出现反社会暴力倾向。加拿大的研究显示，目睹家庭暴力的孩子，出现严重行为问题的可能性，比起无暴力家庭中的孩子，男孩要高17倍，女孩要高10倍。

4. 更严重的后果是，家庭暴力行为的习得，主要是通过家庭文化的代际传递而实现的。根据联合国秘书长2006年《关于侵害妇女的一切形式的暴力行为的深入研究》，50%—70%的成年加害人是在暴力家庭中长大的。他们从小目睹父母之间的暴力行为，误以为家庭暴力是正常现象，并在不知不觉中学会用拳头解决问题。

#### 第十四条 家庭暴力对社会的危害

当女性因为受暴而频频就医，或者因为家庭暴力造成的不良情绪难以排遣而导致工作效率降低、或被殴打致残或致死、或自杀、或以暴制暴杀死加害人，社会保障和社会秩序为此付出的代价不可低估。

#### 第二章 基本原则和要求

#### 第十五条 性别平等原则

法律面前人人平等，这个平等是指实质意义上的两性平等。法院在审理涉及家庭暴力的婚姻案件时，应当坚持实质意义上的性别平等原则，避免一切形式的隐性歧视，如：对女性在社会上和家庭中的人身权利保障采取双重标准；或者形式上男女平等对待，实质上区别对待。

#### 第十六条 禁止家庭暴力原则

禁止家庭暴力，是我国批准加入的联合国相关文件对各国政府提出的要求，也是我国《中华人民共和国宪法》、《中华人民共和国婚姻法》、《中华人民共和国妇女权益保障法》的重要规定。我国各省市先后颁布的69个地方性预防和制止家庭暴力的法规，也对家庭暴力作了禁止性规定。虽然上述规定只是原则性的，可操作性有待提高，但是，众多的法规和政策体现了我国各级政府预防和制止家庭暴力的态度和决心，这也是本指南的核心。

#### 第十七条 婚姻自由原则

婚姻自由包括结婚和离婚自由。结婚需要两个人的合意，离婚则只需一人提出且符合离婚条件即可。人民法院在维护当事人结婚自由的同时，对离婚自由的维护不可偏废。当事人一方提出离婚诉讼的，只要有离婚的法定理由，人民法院经调解不能达成和解的，应当调解或判决离婚。

在认定家庭暴力的情况下，如果一方当事人坚决要求离婚的，不管要求离婚的是加害人还是受害人，人民法院均应当尊重当事人意愿，维护婚姻自由原则，尽快调解或判决离婚，避免因久拖不决而出现更严重的暴力伤害行为。一个不幸的婚姻死亡后，可以产生两个幸福的婚姻。即使其中有少数当事人是因为一时冲动而草率离婚的，作为成年人，他(她)们也应当为自己的行为负责。况且他们可以轻而易举地到民政部门办理复婚手续。即使复婚不可能了，这个经历也将教会他们珍惜自己未来的婚姻。

#### 第十八条 适当照顾受害人、未成年子女原则

最大限度保护和实现弱势群体的权利是司法机关永恒的价值取向。在办理涉及家庭暴力的婚姻家庭案件过程中，应当坚持照顾受害人，以及因此直接或间接受害的未成年子女的原则。人民法院不能以任何理由做出与这一原则相悖的裁判。

#### 第十九条 审理组织专门化

有条件的基层人民法院应当尽可能成立专门合议庭或安排专人独任审理涉及家庭暴力的婚姻案件，尽可能安排具有婚姻家庭经验和人生阅历较为丰富的中年法官，或者接受过家庭暴力专业培训和具备性别敏感性的法官办理涉及家庭暴力的婚姻案件，提高办案效率和探索审理此类案件的专门经验。

这是因为：处理家庭暴力问题不仅需要法学，还需要社会学、心理学、女性学和性别平等理论等知识，属于跨学科专业范畴。越是具备相关专业知识和社会阅历的人，越能理解婚姻案件中双方的心理互动模式和家庭暴力对婚姻的伤害，也就越能妥善处理涉及家庭暴力的婚姻案件。

#### 第二十条 法官接受性别意识和家庭暴力知识培训

各级人民法院应当将性别平等和家庭暴力知识纳入到法官在职培训课程之中，并纳入考核内容。办理相关案件的法官每年应当接受不少于12个小时性别意识培训和不少于18个小时家庭暴力知识培训等。培训应当包括但不限于下列内容：

1. 家庭暴力的性质、范围及其发生的根本原因；
2. 家庭暴力关系中双方的互动模式；
3. 家庭暴力受害人及其家庭成员人身安全的保障措施；

4. 家庭暴力受害人和加害人可求助的社会机构及其职能;
5. 司法程序中的性别偏见;
6. 家庭暴力对幸福家庭与和谐社会的破坏作用,以及对儿童心理和行为的恶劣影响。

#### 第二十一条 保护法官免受间接创伤

为避免法官在审理涉及家庭暴力案件时可能出现的心理枯竭或其他负面影响,各级人民法院应当尽可能给办案法官提供学习压力管理技巧的时间和机会,使法官了解有关自我保护的知识和措施,包括摄入足够的营养、积极参加体育锻炼、及时休息和放松、建立有效的社会支持系统、平衡生活和工作等。

心理学研究发现,直接或间接接触天灾人祸的人,包括受害人本人、目击者、受害人的亲朋好友和援助者,心理都会受到不同程度的负面影响。家庭暴力是违反人性的行为。暴力的残忍性,使人经历愤怒、悲恸、哀伤和无助的心理磨难。受害人都是一些正在经历严重心理创伤的人,法官频繁地接触她/他们,很容易受到负面影响,其累积效应,易导致心理枯竭,其症状包括越来越不想和别人交往、冷嘲热讽、身心疲惫、爱发火、焦虑、悲哀、睡眠障碍、紧张性头痛等。

除心理枯竭外,法官还可能因间接接触创伤事件所产生的其他负面影响而出现心理创伤。短期的创伤可能使法官出现易怒、悲哀、焦虑和睡眠障碍。长期创伤可能导致使法官出现冷嘲热讽、酗酒,甚至失去维持良好的夫妻关系的能力。

#### 第二十二条 为其他机构、人员提供相关培训

家庭暴力是一个社会问题,需要多机构合作,才能有效预防和制止家庭暴力。各级人民法院应当积极发挥在预防和制止家庭暴力的多机构合作链条中的作用。有条件的法院应当到当地大中小学、公安、妇联、医院、庇护所、人民调解委员会等机构,提供性别平等、家庭暴力知识和相关法律实务知识培训,以提高整个社会预防和应对家庭暴力的能力。

### 第三章 人身安全保护措施

#### 第二十三条 人身安全保护措施的必要性

在涉及家庭暴力的婚姻案件审理过程中,普遍存在受害人的人身安全受威胁、精神受控制的情况,甚至存在典型的“分手暴力”现象,严重影响诉讼活动的正常进行。因此,人民法院有必要对被害人采取保护性措施,包括以裁定的形式采取民事强制措施,保护受害人的人身安全,确保诉讼程序的严肃性和公正性。

#### 第二十四条 受害人联系方式的保密

人民法院应对受害人的有关信息保密,特别是不能将受害人的行踪及联系方式告诉加害人,以防止加害人继续威胁、恐吓或伤害受害人。

人民法院可以要求受害人留下常用的联系方式。

#### 第二十五条 受害人保护性缺席

有证据证明存在家庭暴力,且受害人处于极度恐惧之中的,正常的开庭审理可能导致受害人重新受制于加害人的,或可能使受害人的人身安全处于危险之中的,人民法院可以应受害人的申请,单独听取其口头陈述意见,并提交书面意见。该案开庭时,其代理人可以代为出庭。

#### 第二十六条 人身安全保护裁定的一般规定

人身安全保护裁定是一种民事强制措施,是人民法院为了保护家庭暴力受害人及其子女和特定亲属的人身安全、确保民事诉讼程序的正常进行而做出的裁定。

人民法院做出人身安全保护裁定,以民事诉讼法第140条第1款第11项规定等为法律依据。

#### 第二十七条 人身安全保护裁定的主要内容

人民法院做出的人身安全保护裁定,可以包括下列内容中的一项或多项:

1. 禁止被申请人殴打、威胁申请人或申请人的亲友;
2. 禁止被申请人骚扰、跟踪申请人,或者与申请人或者可能受到伤害的未成年子女进行不受欢迎的接触;
3. 人身安全保护裁定生效期间,一方不得擅自处理价值较大的夫妻共同财产;
4. 有必要的并且具备条件的,可以责令被申请人暂时搬出双方共同的住处;
5. 禁止被申请人在距离下列场所200米内活动:申请人的住处、学校、工作单位或其他申请人经常出入的场所;
6. 必要时,责令被申请人自费接受心理治疗。
7. 为保护申请人及其特定亲属人身安全的其他措施。

#### 第二十八条 人身安全保护裁定的附带内容

申请人申请并经审查确有必要的,人身安全保护裁定可以附带解决以下事项:

1. 申请人没有稳定的经济来源,或者生活确有困难的,责令被申请人支付申请人在保护裁定生效期间的生活费以及未成年子女抚养费、教育费等;
2. 责令被申请人支付申请人因被申请人的暴力行为而接受治疗的支出费用、适当的心理治疗费及其它必要的费用。

被申请人的暴力行为造成的财产损失，留待审理后通过判决解决。

第二十九条 人身安全保护裁定的种类和有效期

人身安全保护裁定分为紧急保护裁定和长期保护裁定。

紧急保护裁定有效期为15天，长期保护裁定有效期为3至6个月。确有必要并经分管副院长批准的，可以延长至12个月。

第三十条 人身安全保护措施的管辖

人身安全保护措施的申请由受害人经常居住地、加害人经常居住地或家庭暴力行为发生地的人民法院受理。

两个以上同级人民法院都有管辖权的，由最初受理的人民法院管辖。

第三十一条 人身安全保护措施申请的提出时间

人身安全保护裁定的申请，应当以书面形式提出；紧急情况下，可以口头申请。口头申请应当记录在案，并由申请人以签名、摁指印等方式确认。

人身安全保护裁定的申请，可以在离婚诉讼提起之前、诉讼过程中或者诉讼终结后的6个月内提出。

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日之内提出离婚诉讼。逾期没有提出离婚诉讼的，人身安全保护裁定自动失效。

第三十二条 人身安全保护申请的条件

申请人身安全保护裁定，应当符合下列条件：

1. 申请人是受害人；
2. 有明确的被申请人姓名、通讯住址、或单位；
3. 有具体的请求和事实、理由；
4. 有一定证据表明曾遭受家庭暴力或正面临家庭暴力威胁。

受害人因客观原因无法自行申请的，由受害人近亲属或其他相关组织代为申请。相关组织和国家机关包括受害人所在单位、居(村)委会、庇护所、妇联组织、公安机关或检察机关等。

申请人身安全保护措施的证据，可以是伤照、报警证明、证人证言、社会机构的相关记录或证明、加害人保证书、加害人带有威胁内容的手机短信等。

第三十三条 人身安全保护措施申请的审查

人民法院收到人身安全保护措施的申请后，应当迅速对申请的形式要件及是否存在家庭暴力危险的证据进行审查。

人民法院在审查是否存在家庭暴力危险的证据时，可以根据家庭暴力案件自身的特点和规律，本着灵活、便捷的原则适当简化。

对于是否存在家庭暴力危险，申请人和被申请人均可以提交证明自己主张的证据，必要时人民法院也可以依职权调取证据予以核实或者举行听证。

第三十四条 人身安全保护裁定的做出

人民法院收到申请后，应当在48小时内做出是否批准的裁定。

人民法院经审查或听证确信存在家庭暴力危险，如果不采取人身安全保护措施将使受害人的合法权益受到难以弥补的损害的，应当做出人身安全保护裁定。

第三十五条 人身安全保护裁定的送达

人身安全保护裁定应当向申请人、被申请人或其同住成年家属送达，同时抄送辖区公安机关；送达方式一般以书面形式直接送达、邮寄送达或委托送达，拒绝签收的可以留置送达。

情况紧急的，人民法院可以口头或通过电话等其他方式将裁定内容告知申请人、被申请人、辖区的公安机关，并将告知情况记录在案。

第三十六条 人身安全保护裁定的生效与执行

人身安全保护裁定自送达之日起生效。

人民法院将人身安全保护裁定抄送辖区公安机关的同时，函告辖区的公安机关保持警觉，履行保护义务。公安机关拒不履行必要的保护义务，造成申请人伤害后果的，受害人可以以公安机关不作为为由提起行政诉讼，追究相关责任。

人民法院应当监督被申请人履行人身安全保护裁定。被申请人在人身安全裁定生效期间，继续骚扰受害人、殴打或者威胁受害人及其亲属、威逼受害人撤诉或放弃正当权益，或有其他拒不履行生效裁定行为的，人民法院可以根据民事诉讼法第102条相关规定，视其情节轻重处以罚款、拘留。构成犯罪的，移送公安机关处理，或者告知受害人可以提起刑事自诉。

第三十七条 驳回申请及不服裁定的复议

人民法院经审查认为人身安全保护措施申请不符合申请条件的，驳回申请，并告知申请人申请复议的权利。

被申请人对人身安全保护裁定不服的，可以在收到人身安全保护裁定之日起5日内向签发裁定的人民法院申请复

议一次。人民法院在收到复议申请之日起5日内做出复议裁定。复议期间不停止人身安全保护裁定的执行。

#### 第三十八条 撤销人身安全保护裁定的听证

申请人、被申请人可以在收到人身安全紧急保护措施的裁定后3日内,请求人民法院举行延长或撤销紧急保护裁定的听证。

人民法院认为有必要举行听证的,应当在听证前三日将听证通知送达申请人和被申请人。特殊情况下,人民法院可以根据需要随时安排听证。

听证一律不公开进行。但是,经法院许可,双方当事人均可由一、两位亲朋陪伴出庭。陪伴当事人出庭听证的亲朋有妨碍诉讼秩序的除外。

听证通知合法送达后,申请人无正当理由拒不到庭的,一般情况下可以视为申请人放弃申请,但是,经核实受害人受到加害人胁迫或恐吓的除外。

被申请人无正当理由拒不到庭的,不影响听证的进行。

#### 第三十九条 对撤回人身安全保护措施申请的审查

申请人提出申请后很快撤回申请的,或者经合法送达听证通知后不出席听证的,经审查,如存在以下因素,人民法院应当保持警觉,判断其是否因施暴人的威胁、胁迫所致。存在以下因素的,不予批准:

1. 被申请人有犯罪前科的;
2. 被申请人曾有严重家庭暴力行为的;
4. 被申请人自行或与申请人共同来申请撤销的;
5. 申请人的撤销申请无正当理由的或不符合逻辑的;等等。

### 第四章 证据

#### 第四十条 一定情况下的举证责任转移

人民法院在审理涉及家庭暴力的婚姻案件时,应当根据此类案件的特点和规律,合理分配举证责任。

对于家庭暴力行为的事实认定,应当适用民事诉讼的优势证据标准,根据逻辑推理、经验法则做出判断,避免采用刑事诉讼的证明标准。

原告提供证据证明受侵害事实及伤害后果并指认系被告所为的,举证责任转移至被告。被告虽否认侵害由其所为但无反证的,可以推定被告为加害人,认定家庭暴力的存在。

#### 第四十一条 一般情况下,受害人陈述的可信度高于加害人

在案件审理过程中,双方当事人可能对于是否存在家庭暴力有截然不同的说法。加害人往往否认或淡化暴力行为的严重性,受害人则可能淡化自己挨打的事实。但一般情况下,受害人陈述的可信度高于加害人。因为很少有人愿意冒着被人耻笑的风险,捏造自己被配偶殴打、凌辱的事实。

#### 第四十二条 加害人的悔过、保证

加害人在诉讼前做出的口头、书面悔过或保证,可以作为加害人实施家庭暴力的证据。

加害人在诉讼期间因其加害行为而对受害人做出的口头、书面道歉或不再施暴的保证,如无其它实质性的、具体的悔过行动,不应当被认为是真心悔改,也不应当被认为是真正放弃暴力沟通方式的表现,而应当被认为是继续控制受害人的另一有效手段,因此不应作为加害人悔改,或双方感情尚未破裂的证据。

家庭暴力加害人同时伴有赌博、酗酒、吸毒等恶习,之前做出的口头、书面悔过或保证可以视为其不思悔改的重要证据。

加害人的口头、书面道歉或保证应记录在案。

#### 第四十三条 未成年子女的证言

家庭暴力具有隐蔽性。家庭暴力发生时,除了双方当事人和其子女之外,一般无外人在场。因此,子女通常是父母家庭暴力唯一的证人。其证言可以视为认定家庭暴力的重要证据。

借鉴德国、日本以及我国台湾的立法例,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,一般应当认定其证据效力。

法院判断子女证言的证明力大小时,应当考虑到其有可能受到一方或双方当事人的不当影响,同时应当采取措施最大限度地减少作证可能给未成年子女带来的伤害。

#### 第四十四条 专家辅助人

人民法院可以依据当事人申请或者依职权聘请相关专家出庭,解释包括虐待配偶综合症在内的家庭暴力的特点和规律。专家辅助人必要时接受审判人员、双方当事人的询问和质疑。专家辅助人的意见,可以作为裁判的重要参考。

目前司法界以及社会上普遍对家庭暴力领域中的专门问题了解程度不够。这直接影响了科学技术知识在办理此类案件中所起的积极作用。有条件的人民法院或者法院内部的相关审判庭,可以建立一个相关专业机构或专家的名单、联络办法,并事先作好沟通,鼓励其积极参与司法活动。

#### 第四十五条 专家辅助人资格的审查与认定

专家辅助人可以是社会认可的家庭暴力问题研究专家、临床心理学家、精神病学家、社会学家或社会工作者、一线警察、庇护所一线工作人员。他们一般应当有一年以上的直接接触家庭暴力受害人(不包括本案受害人)的研究或工作经历。

人民法院审查专家辅助人的资格时,应当首先审查其理论联系实践的能力和经历,而后审查其之前的出庭经历和获得的相关评价。

#### 第四十六条 专家辅助人的报酬

专家辅助人出庭所需费用,由申请人承担。

#### 第四十七条 专家评估报告

法院可以依据当事人的申请,聘请有性别平等意识的家庭暴力问题专家、青少年问题专家、临床心理学家、精神科专家、社会学家等依据“家庭暴力对未成年人的负面影响”问题清单中的内容,对家庭暴力对未成年人造成的负面影响进行评估,并形成评估报告,以此作为法院判决子女抚养权归属的参考。

评估报告的内容包括家庭暴力的负面影响是否给未成年人造成心理创伤及严重程度、目前的症状、过去的成长经历,以及父母或者直接抚养者对未成年人的经历和症状所持的态度。

#### 第四十八条 国家机关、社会团体和组织相关的记录与证明

家庭暴力受害人在提起诉讼之前曾向公安机关、人民调解组织、妇联组织、庇护所、村委会等国家机关、社会团体和组织投诉,要求庇护、接受调解的,或者家庭暴力受害人曾寻求过医学治疗、心理咨询或治疗的,上述机构提供的录音或文字记载,及出具的书面证词、诊断或相关书证,内容符合证据材料要求的,经人民法院审查后认为真实可靠的,可以作为认定家庭暴力发生的重要证据。被告人否认但又无法举出反证,且无其他证据佐证的,人民法院可以推定其为加害人。

#### 第四十九条 公安机关的接警或出警记录

人民法院在认定家庭暴力事实时,应当将公安机关的接警和出警记录作为重要的证据。

接警或出警记录载明施暴人、受害人的,人民法院可以据此认定家庭暴力事实存在。

出警记录记载了暴力行为、现场描述、双方当事人情绪、第三方在场(包括未成年子女)等事项的,人民法院应当综合各种因素,查明事实,做出判断。

报警或出警记录仅记载“家务纠纷、已经处理”等含糊内容的,人民法院可以根据需要或当事人的申请,通知处理该事件的警察出庭作证。

#### 第五十条 互殴情况下对施暴人的认定

夫妻互殴情况下,人民法院应当综合以下因素正确判断是否存在家庭暴力:

1. 双方的体能和身高等身体状况;
2. 双方互殴的原因,如:一方先动手,另一方自卫;或一方先动手,另一方随手抄起身边的物品反击;
3. 双方对事件经过的陈述;
4. 伤害情形和严重程度对比,如:一方掐住相对方的脖子,相对方挣扎中抓伤对方的皮肤;
5. 双方或一方之前曾有过施暴行为等。

#### 第五十一条 人民法院调取、收集相关证据

当事人可以申请人民法院调取、收集以下因客观原因不能自行收集的证据:

1. 当事人之外的第三人持有的证据;
2. 由于加害人对家庭财产的控制,受害人不能收集到的与家庭财产数量以及加害人隐匿、转移家庭财产行为有关的证据;
3. 愿意作证但拒绝出庭的证人的证言。

经审查确需由人民法院取证的,人民法院可以直接取证,也可以应当事人或其代理人申请签发调查令,由其代理人到相关部门取证。

#### 第五十二条 非语言信息对案件事实判断的重要性

人的思想控制其外在行为,人的行为反映其思想。心理学研究发现,在人际沟通中,人的非语言动作所传达的信息超过65%,而语言所传达的信息低于35%。很多时候,非语言动作所传达的信息的准确性要远远超过语言所传达的信息的准确性。因此,在审理涉及家庭暴力的离婚案件中,法官应当十分注意观察双方当事人在法庭上的言行举止,特别是双方的语音、语调、眼神、表情、肢体语言等,以便对事实做出正确判断。

### 第五章 财产分割

#### 第五十三条 财产分割的基本理念

离婚妇女贫困化理论认为,传统的“男主外、女主内”的性别角色导致的家庭分工,给男性带来相应的事业发展、能力增长和社会地位的提高。与此同时,女性在相夫教子的家务劳动中投入了大量时间和精力,这在很大程度上限制了她在社会上的发展。一旦离婚,多年的奉献所带来的,是工作能力和学习能力的丧失,以及家庭暴力受害造成其平

等协商能力的下降，使她无法平等主张自己的权利，因而导致其离婚后的贫困化。

人民法院在分割夫妻财产时，应当坚持性别平等的基本理念。这一基本理念的实现应当达到以下目的：一是公平地补偿，以平等体现离婚妇女在婚姻关系存续期间在照顾家庭方面投入的价值。二是有助于妇女离婚后的生存和发展。

#### 第五十四条 一般要求

家庭暴力受害人请求离婚时，与普通的离婚案件当事人相比可能面临特殊的困难，应当引起特别关注。法院应当依法采取有效干预措施，确保公平处理配偶扶养、财产分割问题。

法官在审理婚姻家庭案件中，如果发现存在家庭暴力，应当意识到当事人双方之间存在权力失衡或者协商能力悬殊的现象。法院依法分割夫妻共同财产时，应当充分考虑家庭暴力因素，以利于女性离婚后在尽可能短的时间内恢复工作和学习的能力，找回自信、独立性和自主决策的能力，更好地承担家庭和社会责任。

#### 第五十五条 财产利益受影响时的补偿与照顾

在加害人自认或法院认定的家庭暴力案件中，受害人需要治疗的、因家庭暴力失去工作或者影响正常工作的，以及在财产利益方面受到不利影响的，在财产分割时应得到适当照顾。

#### 第五十六条 受害人所作牺牲的补偿与照顾

受害人向加害人提供接受高等教育的机会和资金支持，或支持加害人开拓事业而牺牲自己利益的，无论当初自愿与否，如果这种牺牲可能导致受害人离婚后生活和工作能力下降、收入减少、生活条件降低的，在财产分割时应当获得适当照顾。

#### 第五十七条 家务劳动的平等对待

在家务劳动、抚育子女、照料老人等方面付出较多的当事人，在财产分割时可以适当予以照顾或补偿。

#### 第五十八条 适当照顾的份额

符合上述第六十条、第六十一条、第六十二条规定情况的受害人分割共有财产的份额一般不低于70%；针对加害人隐藏或转移财产的情况，分割夫妻共同财产时，受害方的份额一般不低于80%。

#### 第五十九条 精神损害赔偿

家庭暴力受害人请求精神损害赔偿的，无论家庭暴力行为人是否已受到行政处罚或被追究刑事责任，人民法院均应当依据《中华人民共和国婚姻法》第46条相关规定予以支持。

#### 第六十条 对共同债务的认定

认定夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义所负债务的性质，不能机械适用《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)》第二十四条规定，而应综合考虑是否为家庭共同利益所负。主张为夫妻共同债务的一方，应做出合理解释，相对方对此享有抗辩权。人民法院可以根据逻辑推理和日常生活经验进行判断，避免相对方的利益受损或放纵恶意债务人的不法行为。

#### 第六十一条 对伪造债务等行为的制裁

人民法院发现一方有伪造或指使他人伪造债务、转移或隐匿财产行为或嫌疑的，应当依据《中华人民共和国婚姻法》第47条和《中华人民共和国民事诉讼法》第102条相关规定予以处理。

#### 第六十二条 对原判是否考虑家庭暴力因素的审查

被害人以家庭暴力未予认定或者认定错误导致财产分割或子女抚养判决不公而上诉或申请再审的，人民法院应当对原判是否充分考虑了涉及家庭暴力离婚案件自身的特点和规律以及当事人家庭分工模式等因素进行重点审查。一审已经认定家庭暴力，但在财产分割或子女抚养方面未给予考虑的，二审或再审过程中对此要予以重点审查，做出公平、合理的判决。

### 第六章 子女抚养和探视

#### 第六十三条 加害方不宜直接抚养子女

考虑到家庭暴力行为的习得性特点，在人民法院认定家庭暴力存在的案件中，如果双方对由谁直接抚养子女不能达成一致意见，未成年子女原则上应由受害人直接抚养。但受害人自身没有基本的生活来源保障，或者患有不适合直接抚养子女的疾病除外。

不能直接认定家庭暴力，但根据间接证据，结合双方在法庭上的表现、评估报告或专家意见，法官通过自由心证，断定存在家庭暴力的可能性非常大的，一般情况下，可以判决由受害方直接抚养子女。

有证据证明一方不仅实施家庭暴力，而且还伴有赌博、酗酒、吸毒恶习的，不宜直接抚养子女。

#### 第六十四条 综合判断受害人的工作和生活能力

受害人很可能处于心理创伤后的应激状态，这可能在表面上使受害人直接抚养未成年子女看起来不如加害人理想，但是随着家庭暴力的停止，或者经过心理治疗，这种应激状态会逐渐消失。

人民法院需要综合考虑受害人在工作上的表现和能力，以及直接抚养子女的潜在能力，或者受害人婚前或者受暴前的工作和生活能力，做出最有利于未成年子女的判决。

#### 第六十五条 征求未成年子女的意见

人民法院在判决由哪一方直接抚养未成年子女前，应当依法征求未成年子女的意见。但是，有下列情形之一的，未成年子女的意见只能作为参考因素：

1. 未成年人属于限制行为能力的人，其认知水平的发展还不成熟，不能正确判断什么对自己最有利；

2. 未成年子女害怕、怨恨但同时又依恋加害人。暴力家庭中的未成年子女可能在害怕、怨恨加害人对家庭成员施暴的同时，又需要加害人的关爱，因此存在较强的感情依恋。这种依恋之所以产生，是因为受害人的人身安全取决于施暴人的好恶。不违背施暴人的意愿，符合其最大利益。这种状况被心理学家称为“斯得哥尔摩综合征”，或者“心理创伤导致的感情纽带”。

3. 强者(权威)崇拜。人类对强者或权威的崇拜，使尚不能明辨是非的未成年人可能对家庭中的强者(施暴人)怀有崇拜的心理，误认为自己与受害人一起生活没有安全感，因而选择与加害人一起生活。

法官应当在综合考虑其他因素的基础上，做出真正最有利于未成年子女的判决。

#### 第六十六条 未成年人权利优于家长的探视权

在未成年子女不受家庭暴力影响的权利与加害人探视未成年子女的权利相冲突时，应当优先考虑未成年人的权利。

加害人有下列情形之一的，受害人提出申请的，人民法院可以裁定中止加害人的子女探视权：

1. 在未成年子女面前诋毁、恐吓或殴打承担直接抚养义务的受害人的；
2. 利用探视权继续控制受害人的；
3. 利用探视权对受害人进行跟踪、骚扰、威胁的；
4. 利用探视权继续对受害人和 / 或未成年子女施暴的；
5. 法院认为有必要的其他情形。

#### 第六十七条 探视权的恢复

加害人有下列情形之一的，法院可以考虑恢复其探视权

1. 完成加害人心理矫治，并且有心理机构盖章、治疗师签名的其已经能够控制暴力冲动的证明；
2. 法院认为有必要的其他情形。

#### 第六十八条 有关探视的具体规定

离婚并不一定能够阻止家庭暴力。暴力和暴力威胁可能随着离婚诉讼而进一步加剧。为了避免未成年子女成为加害人继续控制受害人的工具，最大限度保护未成年子女的利益，判决或者调解离婚的，人民法院可以在判决或者调解书中明确规定探视的方式、探视的具体时间和具体地点，以及交接办法。例如：

1. 时间：每月两次，探视时间一般为9：00—17：00。

2. 地点：双方都信任、也有能力保障受害人和未成年子女人身安全的个人第三方、特定机构等。

特定机构包括庇护所、社会机构，包括营利和非营利机构等。

3. 接送方式：直接抚养的一方按约定提前20分钟把孩子送到指定地点，探视方20分钟后到达指定地点接走孩子。探视时间结束后，探视方按时把孩子送回到指定地点离开。直接抚养方在随后的20分钟内接回孩子。如果探视方有急事，要求临时变更探视时间，一般情况下，应当提前24小时通知第三方。第三方应当及时通知直接抚养孩子方，确定变更时间。

#### 第六十九条 违反探视规定的处置

1. 探视方在探视日超过规定时间30分钟未接孩子，事先又未通知第三方的，视为放弃该次探视。

2. 探视方不得在探视时间之前的12小时之内和探视期间饮酒，否则视为放弃该次和(或)下次探视。

3. 迟到没有超过30分钟的，第三方或社会机构可以向探视方收取孩子的监管费。收费标准由双方协商。

### 第七章 调解

#### 第七十条 受害人无过错原则

任何单位或个人都没有权利，在包括家庭在内的任何场合，侵害他人人身权利。法官办理案件过程中，任何情况下都不得责备受害人，或要求受害人调整行为作为不挨打的交换条件。否则，就有可能无意中强化“做错事就该打”的错误观念。

#### 第七十一条 有保留的中立原则

法官应当采取有保留的中立态度，通过对调解过程的掌控，减少加害人对受害人的不当影响，调整双方不平等的权利结构，提高受害人主张并维护自身权利的能力。

这是因为涉及家庭暴力的案件具有与普通民事案件不同的规律和特点，其中最大的差异在于双方不平等的互动模式，加害人在平常就控制了双方之间的话语权，案件调解时也往往会表现出控制欲，而受害人则因加害人的暴力威慑难以主张权利。要打破这种不平等的互动模式，需要法官对弱者的适度倾斜和道义上的支持。

#### 第七十二条 背靠背调解

在涉及家庭暴力的案件中，面对面调解可能会增加受害人继续遭受加害人骚扰、威胁、恐吓和人身伤害的危险性。因此，如果当事人提出申请或者人民法院发现存在上述可能性而认为确有必要的，应当采取背靠背的调解方式，以利



于保护受害人的人身权利。

第七十三条 适时调解和多元解纷机制的运用

法官可以根据双方当事人的具体情况，灵活地决定在庭前、庭中、庭后进行调解。

对于涉及家庭暴力的离婚案件，人民法院还可以运用多元解纷机制，邀请有关人员协助调解或者委托妇联或人民调解等组织或有关人员调解等多种调解形式对案件进行调解。

第七十四条 驾驭调解过程的技巧

人民法院可以通过控制调解的具体程序和内容来驾驭调解过程。

1. 决定双方当事人发言的次序：

2. 控制当事人发言的内容。对于破坏性或恐吓性的言语或行为，如一方对另一方进行警告、威胁、恐吓等，予以制止，必要时给予训诫：

3. 根据扶弱抑强的原则，决定双方法庭陈述的时间长短：

4. 支持、鼓励受害人主张自身权利；

5. 审查民事调解协议的具体内容，对显失公平的调解协议，法官可以向处于弱势的一方当事人行使释明权，告知其显失公平的情形。处于弱势的当事人坚持该协议内容的，人民法院在查明该当事人不是因为慑于加害人的威胁、报复的基础上，可以予以确认。

人民法院对于不予确认协议的离婚案件，应当及时做出判决。

第七十五条 和好调解

加害人认识到家庭暴力的发生完全是自己的过错，认识到家庭暴力造成的严重后果，且同时具备以下两种以上情形的，可以调解和好：

1. 积极配合，遵守法庭规则；

2. 承认施暴是自己的过错，不淡化暴力严重程度，不找借口，不推卸责任，并书面保证以后不再施暴；

3. 有换位思考的能力，能感受自己的暴力行为给受害人身体和心理造成的伤痛。

第七十六条 民事调解书的必要内容

民事调解书应当包含原告诉称和被告辩称的内容，一般情况下应当载明家庭暴力责任主体、子女监护权归属、财产分割等内容。

调解和好或撤诉的，应当注明双方均不得在民事调解协议书生效或撤诉后6个月内单方面处置双方共同财产。人民法院认为必要时可行使使明权，告知当事人提起财产确认之诉，以避免任何一方借机转移共同财产。

第七十七条 调解记录

人民法院主持调解时，应当将加害人的当庭悔过或口头保证记录在案。

对于当事人撤诉的案件，人民法院也应将已查明的家庭暴力事实记录在案。

对于加害人不思悔改，受害人再次提起离婚诉讼的，人民法院可以根据记录在案的加害人实施家庭暴力的事实，迅速调解离婚或判决离婚。

第七十八条 加害人的行为矫正

调解过程中，加害人真正愿意悔改以换取不离婚的，征得受害人同意后，人民法院可以依据《民事诉讼法》第136条规定，裁定诉讼中止，给加害人六个月的考察期。

考察期内，加害人再次施暴的，视为不思悔改，应当恢复审理。

在有条件的地区，必要时，法官可以责令加害人自费接受心理治疗，接受认知和行为的矫正。拒不接受的，承担不利后果。

第八章其他

第七十九条 诉讼费的承担

家庭暴力离婚案件经调解或判决离婚的，一、二审诉讼费用原则上由加害人承担。

第八十条 人身安全保护措施的申请费用

申请人身安全保护措施的裁定，无需交纳任何费用。

第八十一条 反馈与改进本指南的途径

人民法院在本指南的试点阶段，应当保持敏感性，注意发现问题，探索解决办法，积累有益经验，提出完善的建议，随时反馈给中国应用法学研究所。

## 关于预防和制止家庭暴力行为的若干意见

中宣部、最高人民检察院、公安部、民政部、司法部、卫生部、全国妇联文件（2008年）

为预防和制止家庭暴力，依法保护公民特别是妇女儿童的合法权益，建立平等和睦的家庭关系，维护家庭和社会稳定，促进社会主义和谐社会建设，依据《中华人民共和国婚姻法》、《中华人民共和国妇女权益保障法》、《中华

北京理工大学司法研究所主办 上海沪家律师事务所、北京岳成律师事务所协办

《中华人民共和国未成年人保护法》、《中华人民共和国治安管理处罚法》等有关法律，制定本意见。

第一条 本意见所称“家庭暴力”，是指行为人以殴打、捆绑、残害、强行限制人身自由或者其他手段，给其家庭成员的身体、精神等方面造成一定伤害后果的行为。

第二条 预防和制止家庭暴力，应当贯彻预防为主、标本兼治、综合治理的方针。处理家庭暴力案件，应当在查明事实、分清责任的基础上进行调解，实行教育和处罚相结合的原则。

预防和制止家庭暴力是全社会的共同责任。对于家庭暴力行为，应当及时予以劝阻、制止或者向有关部门报案、控告或者举报。

第三条 各部门要依法履行各自的职责，保障开展预防和制止家庭暴力工作的必要经费，做好预防和制止家庭暴力工作。各部门要加强协作、配合，建立处理家庭暴力案件的协调联动和家庭暴力的预防、干预、救助等长效机制，依法保护家庭成员特别是妇女儿童的合法权益。

第四条 处理家庭暴力案件的有关单位和人员，应当注意依法保护当事人的隐私。

第五条 各部门要面向社会持续、深入地开展保障妇女儿童权益法律法规和男女平等基本国策的宣传教育活动，不断增强公民的法律意识。

各部门要将预防和制止家庭暴力的有关知识列为相关业务培训内容，提高相关工作人员干预、处理家庭暴力问题的意识和能力，切实维护公民的合法权益。

第六条 各级宣传部门要指导主要新闻媒体加强舆论宣传，弘扬健康文明的家庭风尚，引导广大群众树立正确的家庭伦理道德观念，对家庭暴力行为进行揭露、批评，形成预防和制止家庭暴力的良好氛围。

第七条 公安派出所、司法所，居（村）民委员会、人民调解委员会、妇代会等组织，要认真做好家庭矛盾纠纷的疏导和调解工作，切实预防家庭暴力行为的发生。对正在实施的家庭暴力，要及时予以劝阻和制止。积极开展对家庭成员防范家庭暴力和自我保护的宣传教育，鼓励受害者及时保存证据、举报家庭暴力行为，有条件的地方应开展对施暴人的心理矫治和对受害人的心理辅导，以避免家庭暴力事件的再次发生和帮助家庭成员尽快恢复身心健康。

第八条 公安机关应当设立家庭暴力案件投诉点，将家庭暴力报警纳入“110”出警工作范围，并按照《“110”接处警规则》的有关规定对家庭暴力求助投诉及时进行处理。公安机关对构成违反治安管理规定或构成刑事犯罪的，应当依法受理或立案，及时查处。

公安机关受理家庭暴力案件后，应当及时依法组织对家庭暴力案件受害人的伤情进行鉴定，为正确处理案件提供依据。

对家庭暴力案件，公安机关应当根据不同情况，依法及时作出处理：

（一）对情节轻微的家庭暴力案件，应当遵循既要维护受害人的合法权益，又要维护家庭团结，坚持调解的原则，对施暴者予以批评、训诫，告知其应承担的法律责任及相应的后果，防范和制止事态扩大；

（二）对违反治安管理规定的，依据《中华人民共和国治安管理处罚法》予以处罚；

（三）对构成犯罪的，依法立案侦查，做好调查取证工作，追究其刑事责任；

（四）对属于告诉才处理的虐待案件和受害人有证据证明的轻伤害案件，应当告知受害人或其法定代理人、近亲属直接向人民法院起诉，并及时将案件材料和有关证据移送有管辖权的人民法院。

第九条 人民检察院对公安机关提请批准逮捕或者移送审查起诉的家庭暴力犯罪案件，应当及时审查，区分不同情况依法作出处理。对于罪行较重、社会影响较大、且得不到被害人谅解的，依法应当追究刑事责任，符合逮捕或起诉条件的，应依法及时批准逮捕或者提起公诉。对于罪行较轻、主观恶性小、真诚悔过、人身危险性不大，以及当事人双方达成和解的，可以依法作出不批准逮捕、不起诉决定。人民检察院要加强对家庭暴力犯罪案件的法律监督。对人民检察院认为公安机关应当立案侦查而不立案侦查的家庭暴力案件，或者受害人认为公安机关应当立案侦查而不立案侦查，而向人民检察院提出控告的家庭暴力案件，人民检察院应当认真审查，认为符合立案条件的，应当要求公安机关说明不予立案的理由。人民检察院审查后认为不予立案的理由不能成立的，应当通知公安机关依法立案，公安机关应予立案。

对人民法院在审理涉及家庭暴力案件中作出的确有错误的判决和裁定，人民检察院应当依法提出抗诉。

第十条 司法行政部门应当督促法律援助机构组织法律服务机构及从业人员，为符合条件的家庭暴力受害人提供法律援助。鼓励和支持法律服务机构对经济确有困难又达不到法律援助条件的受害人，按照有关规定酌情减收或免收法律服务费用。

对符合法律援助条件的委托人申请司法鉴定的，司法鉴定机构应当按照司法鉴定法律援助的有关规定，减收或免收司法鉴定费用。

第十一条 卫生部门应当对医疗卫生机构及其工作人员进行预防和制止家庭暴力方面的指导和培训。

医疗人员在诊疗活动中，若发现疾病和伤害系因家庭暴力所致，应对家庭暴力受害人进行及时救治，做好诊疗记录，保存相关证据，并协助公安部门调查。

第十二条 民政部门救助管理机构可以开展家庭暴力救助工作，及时受理家庭暴力受害人的求助，为受害人提供庇

护和其他必要的临时性救助。

有条件的地方要建立民政、司法行政、卫生、妇联等各有关方面的合作机制，在家庭暴力受害人接受庇护期间为其提供法律服务、医疗救治、心理咨询等人文关怀服务。

第十三条 妇联组织要积极开展预防和制止家庭暴力的宣传、培训工作，建立反对家庭暴力热线，健全维权工作网络，认真接待妇女投诉，告知受害妇女享有的权利，为受害妇女儿童提供必要的法律帮助，并协调督促有关部门及时、公正地处理家庭暴力事件。

要密切配合有关部门做好预防和制止家庭暴力工作，深化“平安家庭”创建活动，推动建立社区妇女维权工作站或家庭暴力投诉站（点），推动“零家庭暴力社区（村庄）”等的创建，参与家庭矛盾和纠纷的调解。

妇联系统的人民陪审员在参与审理有关家庭暴力的案件时，要依法维护妇女儿童的合法权益。

## 湖南省高级人民法院关于加强家庭暴力受害妇女司法保护的指导意见（试行）

为深入贯彻落实科学发展观，保障人权，体现司法为民，促进社会和谐，切实保护家庭暴力受害妇女、未成年子女及其他家庭成员的合法权益，有效预防和制止家庭暴力，公正高效审理相关案件，根据《中华人民共和国妇女权益保障法》、《中华人民共和国婚姻法》、《湖南省人民代表大会常务委员会关于预防和制止家庭暴力的决议》、《湖南省实施〈妇女权益保障法〉办法》等法律法规及相关司法解释，在总结审判工作经验的基础上，结合我省实际，制定本意见。

### 第一条 家庭暴力的范围

家庭暴力是指发生在家庭成员之间，主要是夫妻之间，行为人以殴打、捆绑、残害、强行限制人身自由或者其他手段，给其家庭成员的身体、精神等方面造成一定伤害后果的行为。

### 第二条 审判原则

全省各级人民法院在审理涉及家庭暴力的案件时，应坚持男女平等、婚姻自由、保障妇女合法权益、禁止家庭暴力等原则，按照法定程序收集、审查和核实证据，在法律允许的范围内，充分保护家庭暴力受害妇女、未成年子女及其他家庭成员的合法权益，实现法律效果与社会效果相统一。

### 第三条 家庭暴力受害妇女口头提起诉讼的受理

对因遭受家庭暴力提起民事诉讼或刑事自诉的妇女，书写起诉状确有困难的，可以口头起诉，由人民法院记入笔录，并告知对方当事人。

### 第四条 减、免、缓交诉讼费

对没有经济来源或经济确有困难的家庭暴力受害妇女，向人民法院提起婚姻家庭、损害赔偿民事诉讼的，对其诉讼费用可以缓交、减交或免交。

### 第五条 证据的认定

人民法院在审理涉及家庭暴力的民事案件时，应当充分考虑家庭暴力案件具有隐蔽性及受害妇女取证难等特点，合理分配举证责任。

对民事诉讼中受害妇女提供以下遭受家庭暴力的基本事实证据，如果对方没有足够证据予以否认，可以认定证据所证明事实存在：

1. 报警、接警、出警记录；
2. 法医鉴定；
3. 病历；
4. 照片、录像等视听资料；
5. 证人证言；
6. 社区、妇联等社会团体和组织的相关记录。

对刑事诉讼中家庭暴力事实的认定，应当严格依照《刑事诉讼法》等相关规定，对证据查证属实，才能作为定案的根据。

### 第六条 依职权取证

受害妇女因客观原因不能自行收集证据的，经受害妇女申请，或者人民法院认为确有必要时，人民法院可以依职权调取、收集、保全相关证据。

### 第七条 未成年子女证言的证明力

未成年子女提供的涉及家庭暴力的与其年龄、智力及精神状况相当的证言，可以作为认定家庭暴力的证据。人民

法院在收集未成年子女证言时，应采取相应措施，减少作证给未成年子女带来的伤害。

#### 第八条 财产保全

对于可能因施暴方的行为或者其他原因，使判决不能执行或者难以执行的案件，可以根据受害妇女的申请，作出财产保全的裁定；受害妇女没有提出申请的，人民法院在必要时也可以裁定采取财产保全措施。

受害妇女因情况紧急，不立即申请财产保全将会使其合法权益受到难以弥补的损害的，可以在起诉前向人民法院申请采取财产保全措施。申请人应当提供担保，不提供担保的，驳回申请。

#### 第九条 先予执行

经受害妇女申请，人民法院对下列案件可以裁定先予执行：

1. 无经济来源的受害妇女要求施暴方支付生活费的；
2. 受害妇女向施暴方追索未成年子女抚养费的；
3. 受害妇女要求施暴方支付因家庭暴力而产生的医疗费用的。

#### 第十条 对妨害民事诉讼的强制措施

民事诉讼期间，施暴方仍对受害妇女实施家庭暴力的，或者对受害妇女人身安全构成威胁的，人民法院可以根据情节轻重分别予以警告、罚款、拘留，或者向公安机关提出司法建议，由公安机关依法对施暴者予以治安处罚。

#### 第十一条 人身安全保护裁定

为进一步有效保护家庭暴力受害妇女及其子女的人身安全，确保民事诉讼的正常进行，经受害人申请，人民法院经审查确认存在家庭暴力危险，如果不采取人身安全保护措施将使受害人的合法权益受到难以弥补的损害的，在取得当地公安机关和社区的协助下，可以对申请人的人身安全保护请求依法作出裁定。各基层人民法院在上级法院的指导下，可以依据现有法律规定，开展人身安全保护裁定试点工作。

#### 第十二条 离婚案件的及时审理

家庭暴力受害妇女请求离婚的，人民法院应充分考虑其现实状况，在保护妇女人身安全、维护婚姻自由的原则下，及时审理结案。

对于确实存在家庭暴力行为，夫妻感情已经破裂，受害妇女坚决要求离婚的，人民法院应当及时调解或判决离婚，避免因久拖不决而出现更严重的暴力伤害行为。

#### 第十三条 离婚案件中的财产分割

在涉及家庭暴力的离婚案件中，人民法院分割夫妻共同财产时，应当对家庭暴力受害妇女给予照顾。

在确定房屋的所有权或居住权时，应当优先考虑受害妇女一方，避免受害妇女因离婚而无法正常生活。

#### 第十四条 离婚案件中子女的抚养

人民法院审理涉及家庭暴力的离婚案件，需确定未成年子女抚养权时，应当征求未成年子女的意见，并充分考虑受害妇女的抚养意愿。对有明显暴力倾向，特别是曾经对未成年子女实施暴力的施暴方，一般不宜确定其抚养未成年子女。

#### 第十五条 离婚案件中的损害赔偿

在离婚案件中，对因家庭暴力行为引起离婚的，家庭暴力受害妇女请求损害赔偿，人民法院应当予以支持。

损害赔偿包括物质损害赔偿和精神损害赔偿。受害妇女提出精神损害赔偿请求的，人民法院应当予以支持，并考虑受害妇女所受的伤害，确定适当的赔偿数额。

#### 第十六条 联合调解机制

人民法院在审理涉及家庭暴力案件时，可以根据双方当事人的具体情况，充分运用调解方式解决矛盾和冲突。必要时，人民法院可以邀请妇联、人民调解组织或其他专业人士参与诉讼调解工作。

对于施暴方确有悔改表现，且夫妻感情并未完全破裂的，人民法院在对施暴方进行教育后，调解和好的，允许撤诉。对于调解和好或撤诉案件，人民法院应将已查明的家庭暴力事实记录在案。对于施暴人再次实施暴力，导致受害妇女再次提起离婚诉讼的，人民法院可以根据记录在案的加害人实施家庭暴力的事实，及时调解或判决离婚。

#### 第十七条 虐待罪及刑事自诉

施暴方持续性、经常性实施家庭暴力的，构成虐待。受害妇女以虐待罪提起刑事自诉的，人民法院应当受理。

经审理对构成虐待罪的被告人，如果人身危险性较大、不判处监禁刑可能对受害妇女继续实施家庭暴力的，人民法院应考虑判处监禁刑。

#### 第十八条 对刑事案件被告人的强制措施

为防止家庭暴力受害妇女在刑事诉讼期间继续遭受家庭暴力，人民法院根据案件情况，对被告人可以依法拘传、取保候审、监视居住，或者依法决定逮捕。

**第十九条** 对“以暴制暴”刑事案件被告人的处罚

家庭暴力受害妇女在长期遭受暴力的情况下,为摆脱施暴方或保护家人,杀害或伤害施暴方,构成犯罪的,审理时应充分考虑引发犯罪的动机和原因,对主观恶性较轻、社会危害性较小,案发后真诚悔罪,或取得被害人及其家属谅解,特别是家中尚有未成年子女需要抚养的女性,依法可以从轻、减轻或免于处罚。

**第二十条** 对“以暴制暴”服刑人员的减刑、假释

对遭受家庭暴力而实施“以暴制暴”行为的女性罪犯,如果其在执行期间认真遵守监规,接受教育改造,确有悔改表现的,且有未成年子女需要抚养的,考虑其人身危险性一般不大,可依法对其减刑幅度予以适当放大,间隔时间予以相应缩短;对于此类女性罪犯,根据其犯罪情况和悔罪表现,确实不致再危害社会的,可以依法从宽适用假释。

**第二十一条** 专门合议庭及业务培训

有条件的基层人民法院可以成立家庭暴力案件专门合议庭或指定专人审理涉及家庭暴力的案件。

省高级人民法院及各中级人民法院应进一步加强对辖区内法院审理涉及家庭暴力案件工作的检查和指导,总结和推广典型经验和成功做法,并将预防和制止家庭暴力纳入法官在职培训课程中,积极推动预防和制止家庭暴力工作的深入开展。

## 陕西省人民法院家庭暴力案件“人身保护令”实施规则(试行)

### 第一章 总则

**第一条** 为有效预防和制止家庭暴力,切实保护家庭成员的人身权利不受侵害;确保民事诉讼活动顺利进行;根据我国《民事诉讼法》等法律法规和最高人民法院有关司法解释,结合我省家庭暴力案件的实际情况和审判实践;制定本规则。

**第二条** 本规则所称家庭暴力,是指行为人以殴打、暴力强制、威胁、侮辱、谩骂、强行限制人身自由或者其他手段,给其他家庭成员的身体、精神等方面造成或可能造成损害后果的行为。

**第三条** 本规则所称人身保护令;是人民法院为了保护家庭成员的人身安全,确保民事诉讼活动的顺利进行,依照民事诉讼法第一百四十条第(十一)项等法律规定,通过民事裁定的形式作出的一种民事强制措施。

**第四条** 本规则所称人身保护令分为诉前紧急保护令和诉中保护令。申请人可以在起诉前申请紧急保护令。诉前紧急保护令的效力及于诉讼中,但人民法院裁定准许后15日内申请人不起诉的,紧急保护令自动失效。

诉中保护令应在诉讼期间提出。

**第五条** 人民法院审查人身保护令申请时可依法进行调解。

**第六条** 人民法院在审查人身保护令申请时,可邀请妇联或从事妇女、儿童、老人等工作的人员参与。

**第七条** 申请人有权请求撤回人身保护令申请。人民法院作出人身保护令后,申请人有权申请撤销,是否准许由人民法院审查决定。

**第八条** 人身保护令保护期限应根据案件具体情况确定,最长可至案件裁判生效之日。

### 第二章 人身保护令的申请与受理

**第九条** 人身保护令的申请人应是家庭暴力行为的受害人。

当事人因客观原因无法自己提出的,受害人的近亲属或其所在单位、村(居)委会、妇联组织等可以代为申请。

**第十条** 申请人可就存在家庭暴力或家庭暴力明显倾向的下列民事案件申请人身保护令:

(一)婚姻和抚养、赡养、扶养等家庭纠纷案件。

(二)继承纠纷。

(三)婚姻自主权、人身自由权、人身损害赔偿等人格权纠纷案件。

**第十一条** 申请人身保护令应以书面形式提出,情况特殊的,可口头申请。

**第十二条** 申请人身保护令,应当符合下列条件:

(一)有明确的被申请人;

(二)申请人与被申请人存在婚姻关系、家庭关系;

(三)有具体的请求和事实、理由。

**第十三条** 人身保护令保护的對象可包括申请人之外的其他家庭成员。

**第十四条** 人身保护令申请,受害人居住地、加害人居住地和家庭暴力行为发生地的人民法院均可管辖。两个以上的人民法院均有管辖权的,由最初受理的人民法院管辖。

**第十五条** 申请人身保护令不缴纳诉讼费用。

北京理工大学司法研究所主办 上海沪家律师事务所、北京岳成律师事务所协办

第十六条 对诉前紧急保护令申请的审查,由人民法院立案庭优先办理。

诉中保护令,当事人直接向审理案件的合议庭或独任法官申请。

第十七条 公安机关已就所涉家庭暴力行为立案的,申请人又向人民法院提出人身保护令申请的,人民法院不予受理。

### 第三章 人身保护令申请的审查和裁定

第十八条 人民法院收到人身保护令申请后,应及时对申请以及是否存在家庭暴力或家庭暴力明显倾向的证据进行审查。

第十九条 对人身保护令申请,除对方自认有家庭暴力行为或家庭暴力明显倾向外,申请人应提交以下一项或多项证据:

- (一) 伤情照片或病历、医疗机构检查报告。
- (二) 亲友或村(居)委会成员等作出的证人证言。
- (三) 公安机关的接警、出警、询问记录或警察证言。
- (四) 国家机关、社会团体或社会组织相关记录和证明。
- (五) 信件、录音、手机短信或电子邮件等证据。
- (六) 加害人的悔过书、保证书等。
- (七) 其他能够证明存在家庭暴力或家庭暴力明显倾向的证据。

第二十条 当事人因客观原因不能自行收集的证据,可申请人民法院调取、收集。

第二十一条 人民法院对人身保护令申请的审查,可根据案件具体情况,采取审查申请材料、询问和听证等方式进行。

第二十二条 根据申请人提交的申请材料足以确定存在家庭暴力或家庭暴力明显倾向的,人民法院可径行发出人身保护令。

第二十三条 对诉前紧急保护令申请,人民法院应在收到申请后48小时内作出裁定。对诉中保护令,人民法院应在收到申请后3个工作日内作出裁定。

第二十四条 人民法院经审查认为人身保护令申请符合条件的,应及时作出保护令,并告知被申请人在收到保护令之日起5日内,有申请本院予以复议的权利;认为不符合条件的,驳回人身保护令申请,并告知申请人在收到裁定之日起5日内,有申请本院予以复议的权利。

第二十五条 人民法院对当事人的复议申请可以听证等方式进行。听证一般不公开进行,但经法院许可,当事人可由一至两位亲友陪同。

第二十六条 听证通知送达后,申请人无正当理由拒不到庭的视为放弃申请,被申请人无正当理由拒不到庭的不影响听证进行。

第二十七条 人民法院应在收到复议申请之日起3日内作出裁定。复议期间不停止人身保护令的执行。

第二十八条 人民法院做出的人身保护令可包括以下一项或多项保护措施:

- (一) 禁止被申请人殴打、暴力胁迫、威胁申请人及其他家庭成员;
- (二) 禁止被申请人跟踪申请人,或通过信件、电话和网络等方式骚扰申请人;
- (三) 责令被申请人搬出双方共同住处,或禁止被申请人进入申请人住所及申请人其他活动场所;
- (四) 中止被申请人对其未成年受子女行使监护权或探视权;
- (五) 为保护申请人及其他家庭成员人身安全的其他措施。

人身保护令中应载明违反保护令的法定制裁措施。

第二十九条 申请人申请撤回人身保护令申请或申请撤销人身保护令的,人民法院经审查,认为其意思表示不真实的,应不予准许。

### 第四章 人身保护令的生效、送达与执行

第三十条 人身保护令自送达被申请人之日起发生法律效力。人民法院在送达时,可对被申请人进行教育、劝诫。

第三十一条 人身保护令的送达适用民事诉讼法有关规定,可同时送达辖区公安派出所、村(居)委会或当事人单位协助执行;

第三十二条 人民法院应在作出裁定后48小时内送达当事人。情况紧急的,可通过口头、电话或其他方式将裁定内容先行告知申请人、被申请人及辖区公安派出所、村(居)委会或当事人单位,并将告知情况记录在案。

直接送达的,由法警协助进行。

第三十三条 作出人身保护令的人民法院应监督被申请人履行人身保护令。

第三十四条 被申请人违反人身保护令的, 人民法院应依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十四条第三款、《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第163条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百零二条第一款第(六)项等相关法律规定, 并视其情节轻重, 予以训诫、责令具结悔过、拘留。构成犯罪的, 依法追究刑事责任

第三十五条 对被申请人违反人身保护令的同一行为公安机关已经作出处罚的, 人民法院可不再处罚。

被申请人经处罚后再次违反人身保护令的, 人民法院可根据本规则第三十四条的规定, 作出更为严厉的处罚。

第三十六条 受家庭暴力或家庭暴力倾向明显, 暂时不能或不宜回家的受害人, 人民法院可告知妇联、民政等有关单位对其提供必要的救助。

#### 第五章 附则

第三十七条 刑事自诉案件涉及家庭暴力的, 参照本规则执行。

第三十八条 全省各级人民法院可与同级公安局、民政局和妇联等联合制定本地区协助执行人身保护令的具体办法。

第三十九条 本规则由陕西省高级人民法院解释。

第四十条 本规则从颁布之日起施行。

## 广东省高级人民法院、广东省妇女联合会关于做好诉讼调解与妇联组织调解衔接工作的意见

2012年3月8日 广东法院网

### 【核心提示】

广东省高级人民法院、广东省妇女联合会关于做好诉讼调解与妇联组织调解衔接工作的意见为贯彻落实最高人民法院《关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》, 充分发挥各级妇女联合会维护妇女儿童合法权益的积极作用, 拓宽矛盾纠纷解决渠道, 及时、高效、妥善地处理各类涉及妇女儿童权益的民事纠纷, 切实做好诉讼调解与妇联组织调解相衔接工作, 特提出如下意见:

一、建立调解衔接工作联席会议制度。各级人民法院与对应各级妇联组织应建立衔接工作联席会议制度, 并指定专人担任联络员, 负责日常联络工作。联席会议分为定期和不定期两种。定期会议原则上每年至少召开一次, 不定期会议根据工作需要, 经人民法院与妇联组织协商召开。

二、开展调解衔接工作应坚持依法、高效、便民利民和当事人自愿的原则。

三、建立信息通报交流制度。

1、人民法院与妇联组织要及时互相通报调解衔接工作情况。妇联组织应填写《妇联组织调解案件情况登记表》(附件1), 并定期抄送人民法院。

2、对经妇联组织调解而未能达成调解协议、当事人起诉到人民法院的案件, 妇联组织要及时向人民法院通报原调解工作的有关情况。

3、人民法院审理涉及不履行妇联组织主持下达成的调解协议而提起诉讼的案件, 要及时将生效裁判文书通报妇联组织。

4、经司法审查不予确认的调解协议, 人民法院要及时将不予确认的原因、案件审理中发现的问题及有关调解建议通报妇联组织。

四、建立诉前调解衔接制度。

1、属于人民法院受理范围的涉及妇女儿童权益民事案件, 人民法院在立案前, 经双方当事人同意, 可将案件委托妇联组织进行调解。

2、双方当事人均同意诉前委托调解的, 应当在《诉前委托妇联组织调解建议书》(附件2、3)上签字确认。人民法院应当及时将《委托调解函》(附件4)和有关材料移交妇联组织。一方或双方当事人不同意委托调解或者自人民法院委托之日起15日内不能达成调解协议的, 人民法院应当依法及时立案。

3、在妇联组织主持下达成调解协议的, 当事人可共同向人民法院申请司法确认。

五、建立诉中调解衔接制度。

1、经双方当事人同意, 人民法院可以在立案后将有关涉及妇女儿童权益的民事案件委托妇联组织进行调解。人民法院应当及时将《委托调解函》(附件4)和有关案卷材料移交妇联组织。自人民法院委托之日起30日内不能达成调解协议的, 人民法院应当及时审理。委托调解期间可不计入案件审理期限。

当事人双方均同意诉中委托调解的, 应当在《委托妇联组织调解建议书》(附件5)上签字确认。

2、人民法院审理的案件具有下列情形之一的，可以邀请妇联组织工作人员协助调解：（1）女性当事人或儿童的合法权益可能受到严重侵害的；（2）涉案标的较大，或案情较为复杂，女性当事人未委托律师参与诉讼的；（3）女性当事人情绪不稳定，有可能出现不理智行为的；（4）妇联组织工作人员协助调解有利于促成纠纷解决的其他情形。人民法院决定邀请妇联组织协助调解的，应将《协助调解函》（附件6）送达给妇联组织。妇联组织收到《协助调解函》后，应当及时派员参与协助调解工作。

3、达成调解协议的，当事人可以向人民法院申请撤诉或申请司法确认。调解不成的，人民法院应当及时判决。

4、妇联组织对接受诉前和诉中委托调解的案件，不管调解结果如何，均应当制作《委托调解情况复函》（附件7），并及时将有关案件材料送回委托调解的人民法院。

六、对经妇联组织调解的案件，人民法院根据案件需要，可以委托妇联组织代为送达裁判文书。人民法院应当及时将《委托送达函》（附件8）送达妇联组织，妇联组织应当自收到《委托送达函》之日起7日内送达。

妇联组织代为送达裁判文书的，在裁判文书送达给当事人之前，可以再次组织调解。达成调解协议的，当事人可以申请撤诉，也可根据调解协议申请司法确认。

七、经妇联组织调解达成的具有民事权利义务内容并由双方当事人签字或者盖章确认的调解协议，具有民事合同性质。妇联组织应当告知当事人可以向人民法院申请司法确认或者按照《中华人民共和国公证法》的规定申请公证机关依法赋予强制执行效力。债务人不履行或不适当履行经司法确认的调解协议内容或者具有强制执行效力的公证文书的，债权人可依法向有管辖权的人民法院申请强制执行。

八、当事人持已生效的调解协议向人民法院申请支付令，经审查符合《中华人民共和国民事诉讼法》第一百九十一条规定条件的，人民法院应当予以支持。

九、妇联组织应当安排经验丰富的工作人员参与调解工作。妇联组织在必要时可邀请人民法院指派审判经验丰富的法官协助开展调解和有关业务培训。

十、人民法院对于政治素质高、具有一定法律政策水平和调解工作经验的妇联组织工作人员，符合人民陪审员法定条件的，可依法提请任命为人民陪审员。

十一、各级人民法院和妇联组织要积极为诉讼调解和妇联组织调解的衔接工作提供场所，并为工作人员和当事人提供便利条件。

十二、各级人民法院和妇联组织要加大宣传力度，大力宣传调解衔接工作的机制优势和工作实效，提高广大妇女的法制意识和调解意识，促进社会和谐。

十三、各级人民法院和妇联组织要将调解衔接工作绩效列入年终考核的重要内容，建立奖励制度，并与年终评奖、评先、评优、晋级挂钩。

十四、本意见自下发之日起施行。

## 人身安全保护裁定适用指引

2012-03-08 广东法院网

为预防和制止家庭暴力，规范人身安全保护裁定案件的审理和执行，保护婚姻家庭案件中家庭暴力受害人的人身安全与合法权益，依照《中华人民共和国民事诉讼法》、《中华人民共和国侵权责任法》、《中华人民共和国婚姻法》、《中华人民共和国妇女权益保障法》、《中华人民共和国未成年人保护法》、《中华人民共和国民事诉讼法》的相关规定，制定本指引。

### 第一条 一般规定

人身安全保护裁定是人民法院为保护家庭暴力受害人及其特定亲属的人身安全，防止家庭暴力继续发生，根据申请人的申请，经审查后核发的具有强制力的裁定。

本规定所称家庭暴力，是指发生在夫妻、父母、子女等家庭成员之间，一方通过暴力或者胁迫、侮辱、经济控制等手段实施侵害另一方的身体、精神、性等方面的人身权利，以达到控制另一方的行为。

### 第二条 适用的种类和有效期

人身安全保护裁定分为紧急保护裁定和长期保护裁定。

紧急人身安全保护裁定有效期为15天；长期人身安全保护裁定有效期为3至6个月，确有必要并经主管院长批准的，可以延长至12个月。

家庭暴力受害人因正遭受家庭暴力或者面临家庭暴力的可能，情况紧急，不立即采取保护措施将有可能使其人身安全受到严重侵害，可以由其本人或者其近亲属、所在单位、社区（组织）、公安机关、庇护所、妇联组织、人民检察院

北京理工大学司法研究所主办 上海沪家律师事务所、北京岳成律师事务所协办



院等向人民法院申请紧急人身安全保护。人民法院接受申请后，应当在48小时内作出裁定。

### 第三条 管辖

人身安全保护裁定的申请由受害人经常居住地、加害人经常居住地、家庭暴力行为发生地的基层人民法院受理。两个以上人民法院都有管辖权的，由最初受理的人民法院管辖。

### 第四条 申请时间

人身安全保护裁定的申请，可以在提起诉讼之前、诉讼过程中或者诉讼终结后的6个月内以及其他需要制止家庭暴力的紧急情况下提出。

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日之内提出诉讼。逾期没有提出诉讼的，人身安全保护裁定自动失效。

### 第五条 申请条件

申请人身安全保护裁定，应当符合下列条件：

- (一) 申请人是受害人；
- (二) 有明确的被申请人姓名、通讯住址或者单位；
- (三) 有具体的请求和事实、理由；
- (四) 有证据表明曾经遭受、正在遭受家庭暴力或者正面临家庭暴力的可能。

受害人因客观原因无法自行申请的，可以由受害人近亲属、其他相关组织、国家机关代为申请。相关组织和国家机关包括受害人所在单位、居(村)委会、庇护所、妇联组织、公安机关或者检察机关等。

### 第六条 证据

申请人身安全保护裁定的，应当提交以下证据：

- (一) 证明婚姻家庭关系的证据；
- (二) 证明存在家庭暴力危险的证据，包括但不限于：照片、病历、法医鉴定、报警证明、证人证言、社会机构的相关记录或者证明、加害人保证书、加害人带有威胁内容的手机短信等。

未成年子女作为证人提供证言，可不出庭作证，由审判人员单独对该未成年子女进行询问。

受害人因客观原因不能自行收集证据的，经受害人申请，或者人民法院认为确有必要时，人民法院可以依职权调查、收集、保全相关证据。

### 第七条 对申请的审查

人身安全保护裁定案件可以由审判员一人独任审查，也可以组成合议庭进行审查。组成合议庭进行审查的，可以邀请妇联系统或者从事妇女工作的人民陪审员参加。

人民法院接到人身安全保护申请后，应当在48小时内完成书面审查。

人民法院经书面审查，确认申请人曾遭受家庭暴力或者正面临家庭暴力危险的，可以直接作出人身安全保护裁定。

人民法院经书面审查，认为申请人提供的证据不足以确认存在前款情形的，可以作出举行听证的书面决定。

人民法院经审查认为人身安全保护申请不符合条件的，应当裁定驳回申请。

未经听证，人民法院不得直接作出驳回人身安全保护申请的裁定。

### 第八条 裁定的事项

人身安全保护裁定，包括下列内容中的一项或多项：

- (一) 禁止被申请人殴打、威胁申请人或者申请人的子女及特定亲属；
- (二) 禁止被申请人利用骚扰、跟踪等手段，妨碍申请人或者其子女、特定亲属的正常生活；
- (三) 禁止被申请人对其未成年受害子女行使监护权或者探视权；
- (四) 禁止被申请人在距离下列场所200米内活动：申请人的住所、教育机构、工作单位或者其他申请人经常出入的场所；
- (五) 人身安全保护裁定有效期间，任何一方不得擅自处理价值较大的夫妻共同财产；
- (六) 有必要且具备条件时，可责令被申请人暂时搬出双方共同的住处；
- (七) 必要时，可责令被申请人自费接受心理治疗；
- (八) 为保护申请人及其特定亲属人身安全的其他措施。

### 第九条 复议

被申请人对人身安全保护裁定不服的，可以在收到人身安全保护裁定之日起5日内向签发裁定的人民法院申请复议一次。复议期间不停止人身安全保护裁定的执行。

人民法院在作出人身安全保护裁定前已经举行听证的，复议可不再进行听证；人民法院在作出人身安全保护裁定

前没有举行过听证的，复议应当举行听证。

#### 第十条 听证

听证分为是否作出人身安全保护裁定的裁定前听证和被申请人不服人身安全保护裁定的复议听证。

裁定前听证，适用以下规定：

(一) 人民法院举行听证，应当在听证前将听证通知送达申请人和被申请人。

(二) 对于是否存在家庭暴力危险，申请人和被申请人均可提交证明自己主张的证据。经人民法院准许，当事人可以在听证时提交证据。

(三) 听证一律不公开进行。经人民法院许可，双方当事人均可由一至两名亲友陪伴出庭。

(四) 听证通知送达后，申请人无正当理由拒不到庭的，一般情况下可视为其放弃申请。经核实，申请人因受到加害人胁迫或者恐吓无法到庭的除外。

(五) 被申请人无正当理由拒不到庭的，不影响听证进行。

复议听证，适用以下规定：

(一) 被申请人申请复议后拒不到庭参加听证的，可视为其撤回复议申请。

(二) 有证据证明存在家庭暴力，受害人处于极度恐惧之中，出席听证可能导致申请人重新受制于被申请人的，或者可能使申请人的人身安全处于危险之中的，人民法院可以应受害人的申请，单独听取其口头陈述意见，并提交书面意见，或者由申请人的委托代理人代为出庭。

(三) 申请人无正当理由不出席复议听证的，不影响听证的进行。

#### 第十一条 对撤回人身安全保护措施申请的审查

人身安全保护裁定申请可以撤回，经审查，确属自愿、合法的，予以准许。

#### 第十二条 受害人居所及联系方式的保密

人民法院应当对受害人的有关信息保密，不得将受害人的行踪或者联系方式告诉加害人，以防止加害人继续威胁、恐吓或伤害受害人。

受害人已搬离与加害人共同居所的，人民法院不得在人身安全保护裁定书或者其他需要送达加害人的文书中列明申请人现居住地址。

#### 第十三条 送达

人身安全保护裁定以及听证通知等相关材料的送达，一般以书面形式直接送达、邮寄送达或者委托送达，拒绝签收的可以留置送达。紧急情况下，也可采取电话、传真、电子邮件、手机短信等方式送达，并将送达情况记录在案。

人身安全保护裁定应当向申请人、被申请人或者其同住成年家属送达。

人身安全保护裁定应当在作出后 48 小时内送达完毕。对被申请人的送达，必要时可在法警协助下进行。

#### 第十四条 生效与执行

人身安全保护裁定自送达之日起生效。

被申请人应当履行人身安全保护裁定。被申请人在人身安全保护裁定生效期间，继续骚扰、殴打或者威胁受害人及其亲属，威逼受害人撤诉或者放弃正当权益，或者有其他拒不履行生效裁定行为的，申请人可以向人民法院申请强制执行。人民法院可根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百零二条的相关规定，视被申请人行为的情节轻重，对其作出罚款、拘留的处罚决定。拒不执行裁定情节严重的，依照《中华人民共和国刑法》第三百一十三条的规定追究刑事责任。被申请人的行为构成其他犯罪的，移送公安机关处理，或者告知受害人可以提起刑事自诉。

对被申请人的处罚决定由原作出人身安全保护裁定的审判部门作出后，移送法院执行部门执行。

#### 第十五条 收费

申请人身安全保护裁定，人民法院可以不收取费用。

附：

- (一) 人身安全保护裁定书格式
- (二) 人身安全保护撤销裁定书格式

广东省××市××区人民法院

民事裁定书

( ) ×民一初字第 号

申请人，性别，族，年月日出生，住。身份证号码：

委托代理人

北京理工大学司法研究所主办 上海沪家律师事务所、北京岳成律师事务所协办

被申请人，性别，族，年月日出生，住。身份证号码：

委托代理人

申请人×于年月日向本院提出申请，请求人民法院保护申请人的人身安全。

申请人×称（简述申请人所述暴力情况）。申请人×向本院提交了（证据名称）证据。

（未进行听证的不写）本院对申请人×的申请进行了听证，申请人×及其委托代理人、被申请人及其委托代理人到庭参加诉讼。双方的证人亦出庭作证。

本院经审查认为，申请人×的申请符合发出人身安全保护裁定的条件，根据《中华人民共和国民事诉讼法通则》第一百三十四条、《中华人民共和国侵权责任法》第十五条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十四条第一款第十一项之规定，裁定如下：

一、禁止；

二、

（诉讼中、诉讼终结6个月内提出）本裁定有效期为三个月（六个月、离婚诉讼期间），自送达之日起生效，送达后立即执行。

（诉讼之前提出）申请人应当自本裁定送达之日起十五日内提出诉讼。逾期没有提出诉讼的，本裁定自动失效。

如被申请人违反上述禁令，本院将根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百零二条之规定，视情节轻重处以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

如不服本裁定，可以在收到裁定书五日内向本院申请复议一次，复议期间不停止裁定执行。

审判员

书记员

年月日

广东省××市××区人民法院

民事裁定书

（）×民一初字第号

申请人，性别，族，年月日出生，住。身份证号码：

委托代理人

被申请人，性别，族，年月日出生，住。身份证号码：

委托代理人

本院于年月日作出（）×民一初字第号民事裁定书，裁定：（写清原裁定内容）。被申请人×对上述裁定不服，并申请复议。

经组织双方听证，本院认为（撤销的理由包括：1 被申请人×对申请人×实施家庭暴力行为证据不足，2 申请人×人身安全受到威胁的证据不足 3 其他理由 理由可以单用或并用），被申请人×申请撤销人身安全保护裁定的理由成立。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十四条第一款第十一项之规定，裁定如下：

一、撤销本院（）×民一初字第号人身安全保护裁定；

二、驳回申请人×人身安全保护裁定的申请。

本裁定为终审裁定。

审判员

书记员

年月日

## 上海市高级人民法院民一庭关于下发《婚姻家庭纠纷办案要件指南（一）》的通知

[沪高法民一（2005）2号]

第一、二中级人民法院民一庭、民二庭，区县法院民一庭、民三庭，浦东新区法院、黄浦法院民四庭，宝山法院速裁庭，区县法院各派出法庭：

现将由黄浦区人民法院起草，并经我庭多次组织讨论，最后确定的《婚姻家庭纠纷办案要件指南》下发给你们，供你们审理案件时参考。如发现问题，请及时向我们反映。

## 婚姻家庭纠纷办案要件指南(一)

### 第一部分 解除婚姻关系的办案要件指南

**第一条** 本要件指南所指的离婚纠纷案件是指当事人依据《中华人民共和国婚姻法》(以下简称婚姻法)有关规定,要求解除当事人之间的婚姻关系的案件。

**第二条** 解除婚姻关系的主张成立,必须具备下列要件:

- (一)婚姻关系合法;
- (二)符合婚姻法规定的准予解除婚姻关系的要求;
- (三)不存在法律规定的抗辩事由;
- (四)不存在解除婚姻关系的妨碍性事实。

#### [说明]

根据婚姻法及其司法解释的精神,解除婚姻关系一般须具备下列要件:

1、婚姻关系合法。包括合法办理了结婚登记手续,且不属于无效婚姻和可撤销婚姻的情况,以及事实婚姻两种情况。

2、符合法律规定的应准予离婚的要求。我国婚姻法概括性地规定了“感情确已破裂,调解无效,应准予离婚”的标准,同时也列举了确认感情确已破裂的五种情形。只要当事人举证证明夫妻一方或双方有上述行为,即可视为夫妻感情确已破裂。

3、不具有法律规定的抗辩事由。相对方如具有法律规定的抗辩事由,请求方要求解除婚姻关系的主张就不能成立。如现役军人对其非军人配偶离婚的主张,享有法定的抗辩权、女方在特殊情形下对男方在特定期间内的离婚主张的抗辩等。

4、不存在解除婚姻关系的妨碍性事实。主要是指原告撤诉或者按撤诉处理的,没有新情况、新理由,原告在六个月内又起诉的,人民法院不予受理的程序性妨碍。

**第三条** 婚姻关系当事人提出离婚请求的,提出离婚请求的当事人应当举证证明其婚姻关系合法。

#### [说明]

婚姻关系合法的基本证据,是双方已经履行了结婚登记手续。如结婚证、婚姻登记机关的结婚证明等,在一般情况下就是合法缔结婚姻的证据。

**第四条** 主张解除事实婚姻的当事人,应举证证明:

- (一)现存婚姻属于事实婚姻;
- (二)具有符合法律规定的解除理由和事实。

#### [说明]

事实婚姻与一般的合法婚姻相比,有几个方面的不同:(1)欠缺结婚的法定形式要件,即未办理或者合法办理结婚登记手续;(2)以夫妻名义公开共同生活,且具有长期共同生活的目的。这是事实婚姻区别于非婚两性关系如通奸、姘居等的重要要件;(3)符合结婚的实质要件,即男女双方均无配偶,已达法定婚龄,无禁止结婚的情形等。

根据1994年2月1日民政部《婚姻登记管理条例》(以下简称条例)和最高法院相关司法解释的规定,在条例实施前双方已以夫妻名义共同生活的,按事实婚姻处理。事实婚姻经补办登记手续的,即转化为合法婚姻,当事人可以行使离婚请求权。

未办理结婚登记但男女双方已经以夫妻名义共同生活,嗣后又诉至法院要求离婚的,以条例实施之日为分界点,区别情况分别处理:(1)条例实施前男女双方已符合结婚实质要件的,可认定具有事实婚姻的效力,不必补办登记,可以请求解除婚姻关系;(2)条例实施后,男女双方符合结婚实质要件的,应告知其在案件受理前补办结婚登记之后,方可行使离婚请求权;对拒不补办结婚登记而坚持“离婚”的,按解除同居关系处理。

事实婚姻关系具有婚姻的效力,当事人双方具有夫妻的身份,彼此间的关系适用婚姻法关于夫妻权利义务的规定;同居期间的财产处理问题,有约定的从约定;没有约定者,适用婚姻法关于夫妻财产制的规定。同居期间所生子女为婚生子女;互有配偶继承权。

**第五条** 判决准予离婚的,应具备下列要件:

- (一)感情确已破裂;
- (二)经调解无效。

**[说明]**

准予离婚的法定标准是：第一，夫妻感情确已破裂。审判实务中，应当从婚姻基础、婚后感情、离婚的原因、夫妻关系的现状及有无和好的可能等方面综合分析判断。第二，须经法院调解仍无效。对于调解无效，一方仍坚持己见或双方无法达成一致协议的，则应视为离婚条件已基本成就。

**第六条** 在审理离婚纠纷中，根据当事人提供的证据和材料，能够认定婚姻无效的，法院应确认婚姻无效。

**[说明]**

根据婚姻法司法解释(二)的规定，人民法院受理离婚案件后，经审查确属无效婚姻的，法官应当行使释明权，将婚姻无效的情形告知当事人，并依法作出宣告婚姻无效的判决。请求方申请撤诉的，不予准许。

**第七条** 申请宣告婚姻无效的当事人，应当举证证明：

- (一) 现存婚姻具有应当被确认为无效的理由和事实存在；
- (二) 申请人是婚姻当事人或利害关系人；
- (三) 申请是在法定期限内提出的。

**[说明]**

婚姻法明确规定了两类婚姻无效的法定情形：一是违反婚姻的实质要件的，包括重婚、有禁止结婚的亲属关系、婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病婚后尚未治愈以及未达到法定婚龄等情形；二是违反结婚程序要件的无效婚姻。

根据婚姻法及其司法解释的规定，申请确认婚姻无效的当事人，即在以重婚为由申请宣告婚姻无效的情况下，是当事人及其近亲属和基层组织；在以重婚以外的其它理由申请宣告婚姻无效的情况下，只能是当事人及其近亲属。人民法院根据当事人的申请，依法宣告婚姻无效后，应当收缴当事人的结婚证书，并将已生效的判决书寄送当地婚姻登记机关。

宣告婚姻无效的申请，既可以在婚姻双方当事人生存期间，也可以在一方当事人死亡后一年内提出，此处的一年为除斥期间，婚姻登记机关和法院可以确认宣告。但是，向人民法院申请宣告无效的，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。如结婚时未达到法定婚龄，申请宣告无效时已经达到法定婚龄的，不得以此为由申请宣告婚姻无效。

**第八条** 申请撤销婚姻的当事人，应举证证明：

- (一) 现存婚姻是因为胁迫缔结的；
- (二) 结婚违背当事人的真实意愿；
- (三) 申请人是拟申请撤销的婚姻关系的一方当事人；
- (四) 申请未超出法定期限。

**[说明]**

根据婚姻法的规定，因胁迫而缔结的婚姻可以被撤销。因为可撤销婚姻违背了婚姻自由的基本原则，不是当事人的真实意思表示，是行为人以给另一方当事人或者其近亲属的生命、身体健康、名誉、财产等方面造成损害为要挟，迫使另一方当事人违背意愿而形成的婚姻关系，依法应准予撤销。但可撤销婚姻的撤销权只能由受胁迫的当事人本人行使，由婚姻登记机关或人民法院依法撤销。受胁迫一方撤销婚姻的请求，应当自结婚登记之日起一年内提出。如撤销权人被非法限制人身自由的，应当自恢复人身自由之日起一年内提出请求撤销。

**第九条** 以重婚为由主张解除婚姻关系的，应举证证明下列事实：

- (一) 当事人原有合法婚姻关系存在；
- (二) 合法婚姻关系的当事人有重婚的事实。

**[说明]**

重婚是指有配偶者又与他人登记结婚，或虽未登记，但事实上确以夫妻名义同居生活的违法行为。在因重婚而离婚的纠纷中，无论哪一方提出离婚，无过错方均有权请求赔偿。

**第十条** 以有配偶者与他人同居为由而主张解除婚姻关系的，应当举证证明：

- (一) 有配偶者与他人婚外同居的事实；
- (二) 申请人是解除婚姻关系的适格申请人。

**[说明]**

一般认为，同居是指男女两性的共同居住、生活。有配偶者与他人同居与重婚的概念有交叉重合之处，重婚也是有配偶者与他人同居，但两者的主要区别在于：有配偶者与他人同居是指同居时既不办理婚姻登记，对外也不以夫妻名义共同生活；重婚则是指有配偶者与他人同居时办理了结婚登记或对外以夫妻名义生活。

**第十一条** 以婚姻关系当事人实施家庭暴力而主张解除婚姻关系的，应举证证明：

- (一) 婚姻关系当事人实施了家庭暴力事实存在；
- (二) 施暴行为人具有过错；
- (三) 申请人是解除婚姻关系的适格申请人。

**[说明]**

家庭暴力是指家庭成员间的一方以暴力或胁迫、侮辱等手段，侵害其他家庭成员的身体、精神等方面的人身权利，并造成一定损害后果的行为。在婚姻案件中的家庭暴力，施暴人与受害人之间存在特定的亲属身份关系，多为配偶关系，并以家庭住所为特定的行为场所。侵害的客体包括有形的身体暴力和无形的精神暴力。主观上行为人存在明显的故意和目的性，一般过失行为不构成家庭暴力。客观上，既可以是积极行为，如殴打、伤害、捆绑、禁闭等暴力行为，或以暴力进行恐吓、威胁、逼迫；也可以是消极的不作为，如使受害人受冻挨饿、不给治病等；同时，暴力行为已达到一定程度，造成了一定的伤害后果，此为家庭暴力与日常的争吵、打闹或造成一定后果的家庭纠纷行为之间的重要区别。

**第十二条** 以婚姻关系当事人有虐待家庭成员行为而主张解除婚姻关系的，应举证证明婚姻关系当事人有虐待家庭成员的事实。

**[说明]**

家庭暴力与虐待虽然在行为主体、客体、过错程度、外在表现形式及后果上基本一致，但两者仍有区别，是两类不同的行为，家庭暴力通常是偶发性和间断性的，虽可造成一定后果但尚不严重；而虐待是一种后果较为严重，并具有持续性、经常性的暴力行为。

**第十三条** 以遗弃家庭成员为由而主张解除婚姻关系的，应当举证证明夫妻一方有抛弃他方或家庭其他成员的事实。

**[说明]**

遗弃，一般是指婚姻关系当事人无正当理由，不履行对家庭成员，包括对夫或妻以及家庭的其他成员的扶养、抚育、赡养义务，且持续一定的期限的。

**第十四条** 以婚姻关系当事人恶习不改而主张解除婚姻关系的，应举证证明当事人有赌博、吸毒等不改正的恶习。

**[说明]**

一方具有赌博、吸毒、不务正业、不履行家庭义务、卖淫嫖娼、酗酒等恶习，虽经亲属、基层调解组织或有关单位劝说、调解、教育仍不改正的，往往使夫妻间产生矛盾，感情难以维系，夫妻共同生活不能，从而导致夫妻感情彻底破裂。在审判实践中，对于情节较轻，一贯表现尚可的，应促其悔改，争取和好。如无过错方对感情和婚姻已失去信心，确无和好可能的，应认为离婚的条件已基本成就。

**第十五条** 因分居而主张离婚的，当事人应当举证证明：

- (一) 夫妻双方因感情不和而分居已满两年；
- (二) 夫妻关系确无和好可能。

**[说明]**

分居是指夫妻未共同生活，互不履行夫妻之间的权利与义务，夫妻关系已名存实亡。分居的原因必须是夫妻感情不和，而不是工作、学习等原因客观上造成夫妻分居，而且分居期限必须满两年。如果双方因感情不合分居满两年的，一方坚持要求离婚，并经调解和好无望的，应视为确无和好可能。

**第十六条** 因宣告失踪而主张离婚的，当事人应举证证明对方已被宣告失踪。

**[说明]**

根据《民法通则》的相关规定，从配偶一方离开家庭住所且与家庭无通讯联系之时起算，下落不明满两年的，法院依其利害关系人的申请，经公告查找确无下落的，即可宣告失踪人失踪。夫妻一方失踪，客观上已不能履行对家庭、子女和配偶的责任，婚姻关系已名存实亡，对其配偶提出的离婚请求，由于只处理离婚问题，而无法涉及财产分割及子女抚养，故一般应判决准予离婚。

**第十七条** 依婚姻法对军婚特殊保护的规定而对解除婚姻关系的主张提出抗辩的，应举证证明：

- (一) 提出抗辩一方为现役军人；
- (二) 主张解除婚姻关系一方不是现役军人；
- (三) 提出抗辩一方不存在法定的重大过错。

**[说明]**

根据婚姻法的规定，在军人无重大过错的情况下，非经军人同意，法院不得判决解除军人婚姻。因此，现役军人

可以据此提出不同意解除婚姻关系的抗辩。在审理此类案件时，法院要考虑下列情形：(1)一方为现役军人，即提出抗辩一方是在中国人民解放军服役、具有军籍的干部与战士，包括中国人民武装警察部队的干部与战士。在军队工作未取得军籍的人员及退役、复员和转业人员不属于此范围；(2)现役军人的配偶提出离婚，是指非军人配偶向现役军人提出离婚，但双方均为现役军人或现役军人向非军人配偶方提出离婚的，不受此限；(3)现役军人没有法定的重大过错情节。根据婚姻法及司法解释，军人一方有重大过错，是指重婚或与他人婚外同居；实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员；有赌博、吸毒等恶习屡教不改；其他重大过错导致夫妻感情破裂的行为。

**第十八条** 依婚姻法对女方的特殊保护规定而提出不同意解除婚姻关系抗辩的，应当举证证明：

- (一)解除婚姻关系主张的提出是在女方怀孕、分娩或中止妊娠等特定时期内；
- (二)不存在法院确有必要受理男方的离婚请求的情况。

#### [说明]

婚姻法根据保护妇女儿童合法权益的原则，规定对怀孕期间和分娩后、堕胎后的妇女，在一定时间内男方不得提出离婚请求；适用该规定，应考虑以下几个条件：(1)男方提出离婚请求时，女方是在怀孕期间、分娩后一年内或中止妊娠后的6个月内的期间之内；(2)限制的主体只能是男方，即女方在此期间提出离婚的或双方自愿离婚的，不受限制；(3)限制的权利是男方的诉权，而不是剥夺其诉权，期限一旦届满，其离婚诉权自行恢复；(4)在特殊情况下，如法院认为确有必要的，仍然可以受理男方的离婚诉讼。所谓“确有必要”，一般是指男方提出离婚是因为双方确有不能继续共同生活的重大、紧迫的事由，男方坚持要求离婚，如不及时受理，会造成矛盾激化，甚至危及生命安全。此时，法院可受理男方的离婚请求，但是否准予离婚，仍应根据法律规定作出处理。

## 婚姻家庭纠纷办案要件指南(二)

[上海市高级人民法院 沪高法民一(2005)18号]

### 第二部分 离婚后的子女抚养及损害赔偿

#### 第一节 离婚后的子女抚养

**第一条** 哺乳期内的子女，以母亲直接抚养为原则，但父母双方协商由父亲直接抚养的除外。父方主张直接抚养的，应当举证证明具有下列情形：

- (一)母亲患有久治不愈的疾病或其他严重疾病，子女不宜与其共同生活的；
- (二)母亲有抚养条件不尽抚养义务的；
- (三)因其他原因，子女确实无法随母亲共同生活的。

#### [说明]

从有利于婴儿健康成长出发，哺乳期内的子女以母亲直接抚养为宜。根据最高法院《关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》(以下简称“子女抚养意见”)的规定，以2周岁为哺乳期界限。2周岁以下的子女，以母亲直接抚养为原则，但父母双方协议子女随父亲生活，并对子女健康成长无不利影响的，可予准许。

若父方举证证明或法院查明有下列情形，应由父亲直接抚养，体现以子女方的利益为重的立法思想：(1)母亲患有久治不愈的传染性疾病或其他严重疾病。如母亲仅患有一般性疾病，经治疗可以痊愈，则不在此限。如父母双方均患有久治不愈的传染性疾病或其他严重疾病的，则应选择相对较轻、更有利于子女健康成长的一方直接抚养。(2)母亲有抚养条件不尽抚养义务，虽属于违法行为，但如强迫其直接抚养，将对子女不利。如果父亲要求子女随其生活，可以允许。(3)在现实生活中，母亲可能因工作、学习等原因，或者染有吸毒、赌博、卖淫等恶习，或者离家出走下落不明等原因，而无法或者难以妥善照顾小孩，致使子女无法随其共同生活，从维护子女利益出发，应当由父亲直接抚养。

**第二条** 父母一方请求抚养2周岁以上未成年子女的，请求方应当举证证明具有下列情形：

- (1)具有优先直接抚养的条件；
- (2)子女愿随其生活；
- (3)具有抚养能力。

#### [说明]

(1)优先直接抚养的条件。2周岁以上的未成年子女，父母双方均要求随其生活，一方有下列情形，可予优先考虑：①已做绝育手术或因其他原因丧失生育能力的；②子女随其生活时间较长，改变生活环境对子女健康成长明显不利的；③无其他子女，而另一方有其他子女的；④子女随其生活，对子女成长有利，而另一方患有久治不愈的传染性疾病，或者有其他不利于子女身心健康的情形，不宜与子女共同生活的。父母一方享有优先直接抚养条件，即可据此确定子女由其直接抚养。

如果父亲与母亲直接抚养子女的条件基本相同，双方均要求子女与其共同生活，但子女单独随祖父母或外祖父母共同生活多年，且祖父母或外祖父母要求并且有能力帮助子女照顾孙子女或外孙子女的，可作为子女随父或随母生活的优先条件。祖父母与外祖父母的条件，作为相对优先直接抚养条件，只在父母双方直接抚养子女的条件基本相同，且均要求子女与其共同生活时适用。

(2) 子女的意见。父母双方对10周岁以上未成年子女的直接抚养权发生争执的，应征询子女的意见。因其已具备一定的识别能力，尊重其意愿，更利于其健康成长。但这并非绝对，如子女的选择对其成长明显不利，则不能一味地从其选择。

(3) 父母的抚养能力。抚养能力主要指父母双方的经济收入、离婚后的居住条件以及是否具有教育子女、督促子女学习的能力和条件等。实务中，对父母双方的抚养能力、抚养条件等方面进行综合判断时，一方面应该看到此为动态的而非一成不变静止的过程，法官的判断应带有一定的前瞻性；另一方面应结合个案中子女的实际状况，以利于子女的身心健康、全面发展为出发点和归宿点。

应注意的是，在有利于子女利益的前提下，父母双方协议轮流抚养子女的，可以准许。父母的意愿固然要考虑，但应以有利于子女的健康成长为前提。由于轮流直接抚养子女不断改变孩子的生活环境，可能带来不利因素，实践中应严格掌握。

### 第二节 子女抚养费的负担与变更

**第三条** 父母双方可就非直接抚养方负担抚养费的多少、支付期限、支付方式、出现问题的处理方法等协商达成协议；协议不成或协议不予准许时，由人民法院从保护子女合法权益、有利于子女健康成长出发，根据子女的实际需要、父母双方的负担能力和当地的生活水平依法作出判决。

#### 【说明】

离婚后，无论子女随父或母生活，另一方应负担必要的生活费和教育费。父母经平等协商，可就抚养费的相关问题达成明确、具体的协议，不损害子女的合法权益的，应予准许。由于抚养费协议关系到下一代的健康成长，因此，在父母达成一致协议的基础上，法院仍具有审核的义务，如果协议不利于子女的，不应准许。

协议不成或不予准许时，法院应根据双方的经济状况、子女的实际需要、当地的生活、教育水平等确定。

**第四条** 子女要求父或母增加抚养费的给付，应当举证证明下列要件事实：

- (1) 原定抚养费数额不足以维持当地实际生活水平，或者子女的实际需要超过原定数额，或者有其他正当理由；
- (2) 父或母有给付能力。

#### 【说明】

子女在必要时要求父母增加抚养费，是其一项重要权利。父母双方首先应当协商解决，协议不成时，子女可以向法院起诉。子女有下列情形之一，父或母有给付能力的，应予支持：(1) 原定抚养费数额不足以维持当地实际生活水平的；(2) 因子女患病、上学，实际需要已超过原定数额的；(3) 有其他正当理由应当增加的。

**第五条** 父或母一方请求减少、中止给付子女抚养费的，应当举证证明本人的生活境遇发生变化，无实际给付能力。

#### 【说明】

抚养教育子女是父母应尽的义务，但抚养费的实际给付，以其具有负担能力为前提。根据司法经验，父母具有下列情形之一的，可适当减少：(1) 给付方的收入明显减少，虽经努力仍维持在较低的水平；(2) 给付方长期患病或丧失劳动能力，又无经济来源，确实无力按原定数额给付，而直接抚养子女一方又有抚养能力；(3) 给付方因违法犯罪被收监改造或被劳动教养，失去经济能力无力给付的，但恢复人身自由后有经济来源的，则应按原协议或判决给付。需要注意的是，父或母减少或中止给付抚养费后，一旦恢复甚至超过原有的抚养能力，子女仍有权要求回复至原定的抚养费数额，甚至要求增加抚养费。

### 第三节 抚养关系的变更

**第六条** 父母双方协议变更子女的抚养关系，经审查，符合法律规定且意思表示真实，应予准许。协议不成，一方起诉要求变更抚养关系的，应当举证证明存在需要变更的正当事由。

#### 【说明】

父母双方协议变更子女抚养关系的，只要双方具有相应的民事行为能力，意思表示真实，不违反法律或社会公共利益，对子女成长并无不利，应予准许。

审理变更子女抚养关系的纠纷，首先应当进行调解，调解不成时，如有下列情形之一的，应当认为变更理由充分，请求权成立：(1) 与子女共同生活的一方因患严重疾病或因伤残无力继续直接抚养子女的；(2) 与子女共同生活的一方不尽抚养义务或有虐待子女的行为，或其与子女共同生活对子女健康确有不利的；(3) 10周岁以上的未成年子女



愿随另一方生活，该方又有直接抚养能力的；(4)有其他正当理由需要变更的。如与子女共同生活的一方因犯罪被劳动教养、被逮捕、被收监服刑或者较长时间出国无法直接抚养的。

#### 第四节 探望请求权

**第七条** 探望权的行使，需具备以下构成要件：

- (一)父母离婚后，子女由一方直接抚养；
- (二)权利主体为未直接抚养子女的父母一方；
- (三)探望权的行使不会损害子女的身心健康。

##### [说明]

探望权，是指父母离婚后，不直接抚养子女的一方依法享有对未与之共同生活的子女进行探视、看望、交往的权利，是与直接抚养权相对应的一项法定权利。探望权的权利主体主要是指未直接抚养子女的一方。直接抚养方作为义务主体不但负有不妨碍对方行使探望权的消极不作为义务，而且还负有协助的义务。同时，探望权的行使不得损害子女的身心健康。

**第八条** 未成年子女、直接抚养方及其他负担抚养、教育之责的法定监护人提出中止探望权请求的，应当举证证明出现了不利于子女身心健康的法定中止事由。

##### [说明]

从保护子女的利益出发，婚姻法司法解释明确规定：未成年子女、直接抚养子女的父或母及其他对未成年子女负担抚养、教育义务的法定监护人，有权向人民法院提出中止探望权的请求。权利人范围相对较宽，一旦出现因探望而导致不利于子女身心健康的情况，可以有更多适格的主体向法院寻求救济，从而更好地实现对未成年子女的保护。

婚姻法将中止探望权行使的法定事由概括地规定为不利于子女身心健康，即探望给子女的身心造成损害。根据司法实践，其情形主要有：(1)探望权人是无行为能力人或者限制行为能力人；(2)探望权人患有严重传染性疾病或者其他严重疾病，可能危及子女健康的；(3)探望权人在行使探望权时对子女有侵权行为或者犯罪行为，损害子女利益的；(4)探望权人与子女感情严重恶化，子女坚决拒绝探望的；(5)其他不利于子女身心健康的情形。

探望权是法律赋予的一项实体权利，有关探望权的中止和恢复，并非是对权利的实质性处分，只是暂时性地加以限制。由于中止探望权的行使事关当事人的权利及子女的健康成长，办案人员需慎重对待。

**第九条** 享有探望权的父或母提出恢复探望权的请求的，应当举证证明不利于子女身心健康的情形完全消失。

##### [说明]

提出恢复行使探望权的，应为享有探望权的、离婚后不直接抚养子女的父或母。因探望权的恢复直接涉及探望权人能否继续探望子女，权利人是否提出申请应由其自主决定，无需他人干涉，故恢复探望权行使的请求，只须由前述权利人自行提出即可。

探望权的中止仅是暂时停止探望子女的权利，并非完全剥夺、消灭。待中止的事由消灭后，还应依法恢复，其恢复的前提是中止探望的事由即不利于子女身心健康的情形完全消失。

根据最高人民法院《婚姻法司法解释(一)》第二十五条的规定，中止探望情形消失后，人民法院应当根据当事人的申请通知其恢复探望权的行使。

#### 第五节 离婚损害赔偿

**第十条** 夫或妻一方主张离婚损害赔偿请求权的，须具备以下构成要件：

- (一)相对方具有《婚姻法》第四十六条规定的严重过错行为；
- (二)请求方无过错；
- (三)相对方因该严重过错行为而导致夫妻离婚。

##### [说明]

根据婚姻法的规定，离婚损害赔偿请求权的成立，需具备下列构成要件：(1)相对方具有法定的严重过错行为，而请求方无过错，此为构成离婚损害赔偿的必要条件。根据婚姻法的有关规定，严重过错行为限于以下四项：重婚、有配偶者与他人同居、实施家庭暴力和虐待、遗弃家庭成员。此为限制性的列举规定，实践中不能对法定的过错行为作任意的扩大化解释。(2)请求方须为无过错，如双方均有过错，则根据过错相抵原则，任何一方均不能以对方有过错为由要求赔偿。(3)因严重过错行为而导致夫妻离婚。只有当因夫妻一方的过错而导致双方离婚的，才需追究过错方的损害赔偿责任。在婚姻关系存续期间，无过错一方不得以对方有过错为由提起损害赔偿之诉。人民法院判决不准离婚的，对当事人提出的损害赔偿请求，也不予支持。

此外，根据《婚姻法司法解释(一)》第三十条的规定，人民法院在适用婚姻法第四十六条时，应当区分以下三种不同情况：(1)无过错方作为原告提起损害赔偿请求的，必须在离婚诉讼的同时提出；(2)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; (3) 无过错方作为被告的诉讼案件, 一审时未提出损害赔偿请求, 二审期间提出的, 人民法院应当进行调解, 调解不成的, 告知当事人在离婚后1年内另行起诉。

**第十一条** 人民法院应根据无过错方遭受的实际损害判令过错方支付财产损害赔偿金; 精神损害抚慰金数额的确定, 应以保护合法的婚姻家庭关系, 保护无过错方为原则, 综合考虑各种因素酌定。

**[说明]**

损害赔偿, 包括物质损害赔偿和精神损害赔偿。物质损害, 一般应以无过错方遭受财产上的实际损失为限, 以支付赔偿金等方式承担, 因离婚而受到的财产期待权损失除外。对于精神损害赔偿, 根据《民法通则》和最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》, 人民法院除判令侵权人承担停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉等民事责任外, 还可根据无过错方的请求, 判令赔偿相应的精神损害抚慰金, 抚慰金的具体数额可结合多种因素酌定。这些因素主要包括: (1) 精神损害程度, 即受害人遭受精神伤害和精神痛苦的程度; (2) 过错方的过错程度, 包括过错方实施过错的种类、动机情节等; (3) 具体的侵权情节, 可以根据过错方侵权行为方式、侵权行为的具体情节等综合考虑其情节之轻重; (4) 其他情节, 如双方结婚的年限, 过错方对家庭的贡献大小, 过错方的经济状况以及当地的平均生活水平等。

## 家事审判合议庭操作指引

2012-03-08 广东高院网

**第一条** 为适应新形势下家事案件数量不断增长、案情渐趋复杂的特点, 充分发挥人民法院在审理家事案件中的司法能动作用, 实现家事案件审判的规范化, 根据《中华人民共和国婚姻法》、《中华人民共和国妇女权益保障法》、《中华人民共和国民事诉讼法》及其他有关法律、行政法规和司法解释的规定, 结合本省审判工作实际, 制定本指引。

**第二条** 家事审判合议庭审理家事案件以发现客观真实、追求实质公正为价值取向, 以化解矛盾、促成和谐为根本目标。

**第三条** 家事审判合议庭应注意处理好审判与维权的关係, 发挥好合议庭的职能作用。既要提高家事案件审判质量, 真正发挥调整婚姻家庭关系的功能, 又要促进当事人自我维权意识的提高, 增强案件的辐射功能和社会效果。

**第四条** 家事审判合议庭在试点法院民事审判第一庭内或者具备条件的基层法院派出法庭内设立, 由审判经验丰富、综合素质高、协调能力强并善于做群众工作的审判人员组成, 并配备专门的书记员。

**第五条** 家事审判合议庭成员应相对固定, 并至少有一名女法官。根据案情的具体情况, 可以邀请具有一定法律知识、熟悉家事纠纷当事人心理特点的人员担任人民陪审员。

**第六条** 事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的家事案件, 可以由家事审判合议庭组成人员中的一名审判人员独任审理。

**第七条** 家事审判合议庭(含独任庭, 下同) 主要受理下列案件:

- (1) 离婚纠纷;
- (2) 婚姻无效纠纷;
- (3) 撤销婚姻纠纷;
- (4) 家庭成员间损害赔偿纠纷;
- (5) 抚养、扶养、赡养纠纷;
- (6) 监护权、探望权纠纷;
- (7) 同居关系析产、子女抚养纠纷;
- (8) 收养关系纠纷;
- (9) 确认亲子关系纠纷;
- (10) 分家析产纠纷。

**第八条** 家事审判合议庭应积极与当地妇联组织等有关单位沟通协调, 充分利用妇联组织等机构在解决家事纠纷方面的职能优势、人才优势和经验优势, 拓宽处理家事案件的方法和途径。

对社会影响大或者有关部门关注的案件可主动邀请当地妇联组织派人旁听, 并及时沟通和反馈案件审理情况。

**第九条** 合议庭成员应互相尊重、密切配合。有陪审员参与审理的案件, 应充分尊重陪审员依法享有的权利, 认真听取陪审员的意见, 并将其意见记入合议庭笔录。

**第十条** 合议庭审理家事案件, 应当将调解贯穿整个诉讼过程。积极贯彻落实省法院、省妇联《关于做好诉讼调解

与妇联组织调解衔接工作的意见》，充分运用基层组织、工会、妇联和其他社会组织中妇女干部善于耐心细致做思想工作的优势，发挥其缓和矛盾以及参与调解的作用，尽最大可能促使矛盾化解，并应注重调解的质量和效果。

第十一条 合议庭审理家事案件应当合理分配举证责任。在审理涉家庭暴力案件中，采用以下举证责任分配方式：受害方需要举证证明其受侵害的事实；在受害人完成上述举证的情况下，由对方承担证明其并非侵权行为人的举证责任，如果无法证明的，推定其为侵权行为人。

第十二条 对于当事人难于举证又影响案件审理结果的事实，合议庭可根据当事人提供的线索，依职权进行调查取证，查清案件事实。

第十三条 当事人法律水平不高又未聘请律师的，合议庭应主动进行必要释明，包括明确诉讼请求、申请法院调取证据、证据规则、法律理解、裁判结果等释明，引导当事人正确行使诉讼权利。

第十四条 当事人经济困难没有委托代理人，符合《法律援助条例》规定条件的，应当引导当事人向法律援助机构申请法律援助；符合《司法救助规定》规定条件的，应当引导当事人向法院申请减免诉讼费用，切实保障当事人的合法权益。

第十五条 家事案件的受理，由各试点法院立案庭或者派出法庭负责立案审查。

第十六条 承办法官接到家事案件后，如案件适用普通程序审理，应当在两天内确定合议庭的组成人员。

第十七条 案件开庭前，应当进行下列工作：

(1) 普通程序案件，书记员应当在确定合议庭组成人员后三日内向当事人送达合议庭成员告知书。

(2) 承办法官应认真审核当事人提交的诉讼请求和证据，厘清案件的法律关系和争议焦点；对诉讼能力不强的当事人，应注意依法引导其举证。

(3) 进行庭前调解。合议庭应当在接到案件后及时组织双方当事人进行庭前调解，庭前调解可视情况邀请街道、工会、妇联和其他社会团体的工作人员协助进行。

第十八条 开庭审理时应注意下列事项：

(1) 庭审中，对表述确有困难的当事人在诉讼请求、答辩、举证中予以必要的引导。

(2) 围绕当事人争议焦点展开法庭调查，准确查明事实、分清是非。

(3) 针对家事案件不同于一般民事案件的特点，注意采取合适的辩论原则、处分原则。

(4) 边审边调，最大限度地消解当事人之间的恩怨，并充分发挥陪审员的有利作用，尽最大努力促进矛盾的化解。

(5) 寓教于审，将法制教育、家庭伦理教育融入庭审当中。

第十九条 合议庭评议时应结合家事案件高度的人身属性、强烈的伦理情感色彩等特点，并注意从有利于受害人身心健康的角度出发，对案件的处理进行综合评判。

对涉及家庭暴力等受害人身处困境急需解决的案件，合议庭应当优先审结，尽量缩短办案周期。其他家事案件的处理，为充分发挥调解的作用和功能，调解期间可不计审限，如确实无法调解的，应当及时判决。

适用简易程序审理的案件，一般应当庭作出判决。

第二十条 案件宣判前，应注意把握机会，尽一切可能组织双方再行调解。如仍无法调解的应及时宣判。

第二十一条 案件宣判后，合议庭应向不服判决的当事人解释裁判依据，宣传相关法律政策，作好疏导工作，力争服判息诉。

第二十二条 家事审判合议庭应定期进行工作总结，积极探索审理家事案件的经验、方法。对审判实践中出现的新情况、新问题，及时进行调查研究，提高审理家事案件的专业化水平。

## 佛山市顺德区人民法院关于审理家事案件适用法律若干问题的意见（试行）

为正确审理家事案件、保护各方当事人合法权益，依据《中华人民共和国婚姻法》、《中华人民共和国民事诉讼法》及相关法律法规、司法解释的规定，结合民事审判实践，制定本指导意见。

第一条 本意见所指家事案件主要包括：

- (一) 离婚纠纷；
- (二) 离婚后财产纠纷；
- (三) 婚姻无效纠纷；
- (四) 撤销婚姻纠纷；
- (五) 抚养纠纷；

北京理工大学司法研究所主办 上海沪家律师事务所、北京岳成律师事务所协办

(六) 探望权纠纷;

(七) 其它类型家事纠纷

第二条 离婚案件中应当对子女抚养、财产分割问题一并予以处理。当事人离婚诉讼中未对子女抚养、财产分割问题提出请求, 人民法院适当释明, 引导当事人诉讼。

第三条 离婚案件的被告在答辩状中或在举证期限内提出子女抚养、财产分割方面的请求或者要求离婚损害赔偿的, 不构成反诉, 人民法院对该诉讼请求应予合并审理。

当事人在一审举证期限届满后发现新的夫妻共同财产的, 可以在一审法庭辩论终结前提出增加分割该部分财产的诉讼请求, 人民法院应予合并审理。

第四条 离婚诉讼中, 一方主张对方有重婚、与他人同居、实施家庭暴力、遗弃家庭成员等情形, 人民法院认为有必要的可以进行调查取证。

第五条 离婚时, 主张财产为个人所有的一方应承担举证责任, 当事人无法举证且人民法院又无法查清的, 应认定为夫妻共同财产。

第六条 父母双方均要求抚养两周岁以上未成年子女的, 应结合是否具有优先抚养条件、抚养能力以及十周岁以上子女的医院等因素综合考虑。如上述条件相当, 可以优先照顾女方, 判决未成年子女归女方抚养。

第七条 双方抚养协议或法院生效裁判确定子女由一方抚养, 但实际上却由另一方抚养的, 实际抚养子女一方有权要求另一方承担已发生的合理的抚养费。但双方书面协议抚养费均由实际抚养一方承担的除外。

第八条 生父与继母或生母与给付离婚时, 对曾受其抚养教育的继子女, 继父或继母不同意继续抚养的, 仍应由生父母抚养。

第九条 夫妻一方有能力抚养子女但长期拒绝抚养的, 在离婚分割共同财产时, 可适当照顾抚养子女的一方。

第十条 抚养费一般分月、分年给付, 但认为确有必要一次性给付的, 具有以下条件之一的, 可判决一次性给付:

支付方在离婚时分得的财产足以抵押的;

支付方一次性支付不会影响其个人生活的;

抚养方生活困难而支付方条件较好的;

不一次性给付可能无法履行的。

第十一条 人民法院在对十周岁以上未成年子女的探望权作出判决前, 应先征求未成年子女对探望时间和探望方式的意见。

第十二条 离婚时, 夫妻双方均主张抚养权, 生效裁判文书确定子女由一方抚养, 直接抚养子女一方多次恶意拒不协助另一方行使探望权, 另一方可要求变更抚养权, 人民法院一般予以支持。

第十三条 在执行生效法律文书的过程中, 发现有下列情形之一的, 应当裁定中止探望权的行使:

(一) 患有严重精神疾病或烈性传染病未治愈的;

(二) 探望过程中对子女有严重违法或犯罪行为的

(三) 有吸毒、赌博等恶习或怂恿子女进行违法犯罪活动的;

(四) 有借探望之机藏匿子女的行为或明显藏匿倾向的;

(五) 有其他不利于子女身心健康的情形。

第十四条 婚前以夫妻一方名义购买的房屋, 产权证也登记在该方名下, 另一方有证据证明该房屋为双方共同出资购买, 属于共同共有, 仅是名义上登记在一方名下的, 该房屋应认定为夫妻共同财产。离婚时, 尚未还清银行贷款的, 该贷款为夫妻共同债务。离婚后, 一般由取得房屋所有权的一方负责偿还。

第十五条 夫妻双方婚后出资购买或建造房屋, 并将该房屋所有权或部分所有权登记在子女名下, 视为对子女的赠与。但有证据证明双方并无赠与真实意思表示的除外。

第十六条 离婚时, 夫妻双方均要求取得房屋而同意进行竞价的, 应告知当事人在指定期限内提供竞价书, 价高者得, 以竞价金额作为房屋的价值进行分割。

第十七条 夫妻一方在婚姻关系存续期间取得的土地承包经营权、集体建设用地使用权、宅基地使用权等, 可以认定为夫妻共同财产。离婚时应依法予以分割, 不适宜分割的, 取得权利一方应给予对方一定的补偿。

第十八条 夫妻一方在婚姻关系存续期间取得的不动产承租权和转租权, 是因合同而取得的权利, 应由合同签订各方按照合同法等法律的规定处理。若涉及租赁期间对租赁物有添加等不动产利益的, 按本意见第十七条规定的原则处理。

第十九条 婚前一方取得的土地使用权或分配的农村宅基地使用权为夫妻个人财产。婚后使用夫妻共同财产在该土地或宅基地上建造房屋, 房屋登记在夫妻双方名下的, 应视为夫妻共同财产, 离婚时按房地产总价值进行分割, 并

优先考虑婚前取得土地使用权或分配农村宅基地使用权的一方取得房屋，如由对方取得房屋，土地使用权或农村宅基地使用权的相应价值可以优先从夫妻共同财产中补偿。

第二十条 夫妻一方在婚姻关系存续期间购买保险，应视为处分夫妻共同财产的行为。对保险合同的有关利益应当依据婚姻法、保险法等法律的规定予以确定。

具有人身性质的保险合同的财产利益明确约定由受益人享有的，应当认定为受益人的个人财产，不宜作为夫妻共同财产分割。

具有分红、储蓄等财产性质的保险合同中的财产利益，应当作为夫妻共同财产予以分割。

以离婚一方或其亲属（子女除外）为受益人的分红、储蓄等财产性质的保险合同，另一方可以请求对方按保险单现金价值进行补偿。保险合同尚未到期的，如可查明保单现有现金价值的，可作为夫妻共同财产分割，如无法查明的，可以另行处理。

第二十一条 一方在婚姻关系存续期间取得的知识产权权属，应认定为个人所有，另一方主张该知识产权应为夫妻共同所有的，可依知识产权权属纠纷的程序另行处理。

对婚姻关系存续期间因一方或双方的知识产权实际取得的财产性收益，应为夫妻共同财产，应予以分割。

在婚姻关系存续期间，夫妻一方在取得知识产权的过程中，另一方给予了较大帮助的，离婚时应由取得知识产权的一方对另一方给予适当的补偿。

第二十二条 夫妻一方在农村集体经济组织所享有的股权属于夫妻一方个人所有，婚姻关系存续期间，因该股权获得的财产性收益，属于夫妻共同财产。

第二十三条 一方婚前将个人财产投资于公司或企业，在婚姻关系存续期间基于该投资取得的收益，属于夫妻共同财产。

一方将自己婚前所有的房屋出租，所取得的租金应视为夫妻双方共同经营的收入，属于夫妻共同财产。

第二十四条 婚姻关系存续期间，在2001年4月28日婚姻法修正前，夫妻一方因遗嘱继承、赠与行为而取得的财产，视为夫妻共同财产。

第二十五条 本意见自二零一一年八月十一日起施行。本意见施行后与新制定的法律、司法解释以及上级法院的指导意见规定不一致的，以法律、司法解释和指导意见的规定为准。

佛山市顺德区人民法院法律研究室

2011年9月7日印发

## 江苏省高院《婚姻家庭案件审理指南2012》

来源：<http://wenku.baidu.com/view/51aad701e87101f69e3195f3.html>

江苏省高级人民法院民一庭

### 第一章 婚姻家庭案件的特点和裁判理念

#### 第二章 婚约彩礼纠纷

#### 第三章 同居关系纠纷

#### 第四章 无效婚姻与可撤销婚姻纠纷

#### 第五章 离婚纠纷

#### 第六章 离婚财产处理

#### 第七章 离婚债务的处理

#### 第八章 离婚后子女抚养

#### 第九章 离婚损害赔偿

#### 第十章 扶养、抚养和赡养关系纠纷

### 第一章 婚姻家庭案件的特点和裁判理念

#### 一、婚姻家庭案件的特点概述

民事诉讼包括财产关系诉讼和身份关系诉讼。财产关系诉讼，争议产生于当事人之间，属于私益范畴，与第三人

北京理工大学司法研究所主办 上海沪家律师事务所、北京岳成律师事务所协办

关系不大，多数情况下也不涉及社会公益的问题。所以，对于财产关系诉讼，诉讼法上是以形式真实主义、处分权主义、辩论主义作为诉讼程序的原理，也就是这类诉讼更适合用当事人主义来解决，法院无须过多干涉，审判权只要充分保障诉权行使便可。而婚姻家庭案件属于身份关系诉讼，与财产关系诉讼相比有其自身特点：

一是标的具有特殊性。婚姻家庭中的身份关系，不仅涉及当事人私益，同时还具有鲜明的公益性。身份关系是建立在男女间的婚姻及亲属间的血缘关系这一自然事实基础之上，身份关系与婚姻家庭紧密相连，而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是不可以任意成立和变更的，否则容易引起社会秩序的混乱，甚至可能引发社会恶性事件。所以，身份法律关系不允许私法自治。同时身份法律关系可能涉及国家在特定历史时期的特殊政策，比如对特定群体利益(如妇女、儿童、老人)进行特殊保护。因此，身份法律关系具有强烈的公益性，不容许私人任意处分或变更，如要变更必须得到国家同意，否则变更无效。例如我国《婚姻登记管理条例》明确规定男女双方结婚或离婚均需到婚姻登记机关办理登记。即使是因协议离婚而签订的财产分割、子女抚养协议也需经过民政部门审查方生效。

二是身份法律关系具有鲜明的道德性和伦理性。身份法律关系与个人的婚姻、血缘和家庭相关，这类纠纷是熟人或亲人之间的纠纷，当事人之间一般都存在某种情感的联系，其中的权利和义务相对复杂，同时这一关系还可能涉及当事人的隐私保护，涉及当事人之外第三人的利益，这些特殊性使得这类纠纷不能简单地以权威性的裁判来分清是非，或者即便分清是非，纠纷也不一定得到合情合理的解决，甚至有时表面上的纠纷解决了，却带来更多更严重的问题。比如离婚诉讼，法院一旦判决离婚，不仅对成人产生影响，对未成年子女更将产生巨大的影响，未成年子女在成长中失去对他们至关重要的东西——家庭结构。与成人不同，孩子的痛苦并非在父母关系破裂时达到顶峰，而后慢慢减少，相反，离婚所造成的伤害，对孩子而言是一个累积的过程，它的影响甚至会随着时间而增加。有人形容，离婚等身份关系纠纷就象一个向外发射电波的核心点，它的影响随着发射的电波一圈一圈向外扩大，如果不能妥善处理好离婚案件，带来的消极影响将呈几何级数累加。因此，针对身份关系诉讼，宜采取与财产关系诉讼不同的裁判理念和方法，以妥善处理纷争，为家庭和谐以至社会和谐打下基础。从国外来讲，两大法系为此都构建了不同于普通民事诉讼程序的人事诉讼或家事诉讼程序。

三是身份法律关系具有面向未来性。身份关系诉讼处理的是过去发生的纠纷，但纠纷的处理却具有面向未来性。以离婚为例，并不是离婚后当事人一了百了，相反还有许多事情需要合作，如未成年子女的安排、监护权的行使等。这与财产关系诉讼是不同的，财产关系诉讼着眼于过去纠纷的处理，法院无须考虑当事人今后的关系，法院遵循辩论主义、处分权主义来处理即可。而身份关系诉讼具有面向未来性，法院必须适度干预。

四是即使与身份关系紧密相连的财产关系也与民法上一般财产关系有所不同。与身份关联的财产关系是身份关系引起的法律后果，它常常随着身份关系的产生而产生，随着其变更而变更、消灭而消灭。相应地，对这种财产关系的处理不能不顾及这种关系的前提关系——身份关系，所以它必然与一般财产关系处理有所不同。这种不同，学者概括为以下几方面：(1)基本原则不同。一般财产关系以等价有偿、公平、自愿为原则；身份上的财产关系以男女平等、保护弱者为原则。(2)目的不同。一般财产关系以服务于商品经济关系或市场经济关系为目的，身份上的财产关系以服务于家庭共同生活、实现家庭职能为目的。(3)产生的根据不同。身份上的财产关系以引起特定身份关系的法律事实为根据，而引发一般财产关系的法律事实不具有此特性。(4)性质不同。一般财产关系带有任意性，具有意思自治特点，而身份上的财产关系大多带有强制性，且权利义务的对等、互动性要求较低。因此，当事人在身份关系领域所达成的财产处理协议与当事人在商事关系中签订的合同绝不可等同对待。

正是由于身份法律关系这些特殊性，身份关系诉讼在程序价值理念上与普通民事诉讼相比也具有特殊性。

## 二、审理婚姻家庭案件的程序价值理念

程序法上的价值理念具有多元性，包括公正、效率、秩序和程序安定四个方面，其中核心价值是公正与效率。公正又包含程序公正和实体公正两个方面。实体公正意味着需满足两个要件：认定事实清楚、适用法律正确。在认定事实方面，虽然客观真实是终极目标，但在此过程中法律承认“法律真实”。在程序公正方面要求做到：1、裁判者的中立性；2、程序的平等性；3、程序的参与性；4、程序的自治性；5、程序的公开性。所谓效率原则，从经济学观点来看，要求在诉讼投入恒定情况下取得最大的诉讼收益，或者在产出恒定的情况下投入最少的诉讼资源。在当前的司法改革中，我们要求通过加强对案件的管理，促进诉讼效率的提高，降低诉讼的成本。快审快结，对财产关系诉讼而言，是必要的。“迟到的公正非公正”。

上述程序价值理念对财产关系诉讼而言是非常适当的，而对身份关系诉讼来讲，在追求公正与效率方面有其特殊性。首先在事实认定方面坚持客观真实。为达此目标，在具体程序构造上要求：1、提供证据主体多元；2、广泛调查事实内容；3、调查方法特殊；4、诉讼中的自认在一定程度上受限制；5、法院调查的范围不受当事人主张的限制。其次，在法律适用上，除了依法裁判之外，必须认真对待伦理道德，认真对待习惯或善良风俗，将之巧妙地融入到法律

适用的司法过程中，以求获取更好的社会效果。第三，在效率价值方面，“多快好省”对人事诉讼并非好事，常言道“事缓则圆”。因此，婚姻家庭案件审理的原则是当快则快，能快则快，因为案件的审理追求的是综合效果。

故此，在婚姻家庭案件审理中法官更应当充分发挥职能作用，当“有为而治”，常怀善良仁慈之心并富有智慧和艺术。办理婚姻案件的法官如果能“练达人情”并“洞明世事”，则对案件处理无疑更为有利。

## 第二章 婚约彩礼纠纷

婚约是男女双方以将来结婚为目的所作的事先约定。

### 一、婚约的效力认定

#### (一) 订婚不是法定的结婚必经程序

我国法律并未规定结婚之前必须履行订婚程序，因此是否采用订婚形式，是男女双方根据当地风俗而为，双方只负道义上责任，法律不予干涉。但双方一旦解除婚约产生返还彩礼的纠纷，人民法院予以受理。

#### (二) 双方不形成夫妻关系

根据《中华人民共和国婚姻法》(以下简称《婚姻法》)第八条的规定，男女双方只有亲自到婚姻登记机关进行结婚登记，取得结婚证，才可确立夫妻关系。因此订婚本身不产生确立夫妻关系的效力。婚约的解除无需经过任何法律程序，双方合意或单方解除均可，当事人就婚约解除或对婚约本身履行问题发生争议，人民法院不予受理。

### 二、彩礼纠纷的处理

按照农村的一般习俗，婚约一方会向对方或对方亲友赠送订婚礼物，俗称彩礼。彩礼在我国许多地区特别是农村地区具有一定的普遍性。因婚约的解除引发的彩礼返还纠纷，长期以来一直是司法实践中的难点。

#### (一) 对于彩礼的认定

要解决彩礼返还问题，首先需认定何谓彩礼。男女恋爱期间互赠财物表情达意实属人之常情。这种表达感情的物质载体并非一概为彩礼，因此男女互赠信物一旦赠与行为已经完成，是否返还完全由双方决定。而彩礼则不然，法律规定了返还原则。基于二者法律后果上的不同，需对何谓彩礼进行判断。对此，法律缺乏明确规定，但从实际情况出发，可从以下几个方面进行考量：

- 1、当地是否有给付彩礼的习俗。有给付彩礼习俗的，是认定彩礼的前提。如果当地没有给付彩礼的风俗习惯，男方婚前给付一般不宜认定为彩礼。
- 2、给付财物价值大小多少的考量。彩礼一般为数额较大的金钱或者价值较高的财物。数额是否较大需从当地经济状况出发进行认定。我省某些地区经过调研，根据当地的城镇居民人均可支配收入及农民人均纯收入情况确定礼金或礼物价值在2000元以上则认定为彩礼，这一做法值得肯定。当然随着当地经济发展，这一数字应相对确定，适时仍可调整。

#### (二) 是否返还的问题

1、不予返还。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)》(以下简称《婚姻法解释二》)第十条的规定，当事人虽接受彩礼，但已经结婚的，离婚时如一方主张返还的，原则不予支持。但特殊情形下例外：一是虽办理结婚登记但确未共同生活。二是因婚前给付导致给付人生活困难。此处应指因给付行为导致给付人依靠个人财产和离婚分得的财产无法维持当地最基本生活水平的情形。

2、应予返还。有以下三种情形，彩礼应予返还：

- (1) 给付彩礼后双方未办结婚登记的。
- (2) 包办、买卖婚姻而收受彩礼的。
- (3) 以订婚为名行骗取彩礼之实。

#### (三) 返还数额的认定

法律虽规定了返还与不返还的原则，但如果返还究竟如何掌握返还的尺度，仍需根据当地风俗及当事人特殊情况酌情认定。具体如哪方提出结束人身关系、双方结婚时间长短、有无生育子女、财产使用情况、双方经济状况等。如我省泰州姜堰市法院规定“接受彩礼方提出解除婚约的，彩礼价值在2000元以上至10000元的，按照80%返还；价值在10000元至20000元的按照90%返还；价值在20000元以上的则全额返还。如果是给付彩礼方提出解除婚约的，2000—10000元按60%返还；10000—20000元按70%返还；20000元以上则全额返还”。此做法兼顾了当地风俗及经济发展情况，效果较好，值得借鉴。

#### (四) 返还主体问题

实践中，给付彩礼并不单纯是婚姻当事人之间的事情，很多情况下涉及到两个家庭之间的来往，因此彩礼给付人与收受人往往不限于男女双方，而一旦产生纠纷，当事人则抗辩自己非收受方或对方非给付方。对此应区别不同情况进行处理：

- 1、男女双方办理结婚登记手续后，一方提起离婚诉讼，并在离婚诉讼中要求返还彩礼的，一般不列彩礼的实际给

付人、实际收受人为诉讼当事人，而应以男女双方作为彩礼返还的权利人与义务人。一方以不是彩礼的实际给付人或者实际收受人为抗辩，拒绝返还彩礼的，人民法院不予支持。

2、男女双方未办理结婚登记手续，一方提起返还彩礼之诉的，如果彩礼的给付人与收受人不为男女双方，可直接列实际给付人和实际收受人为诉讼当事人，既符合实际的权利义务状态，也有利于真正纠纷的解决。

### 第三章 同居关系纠纷

#### 一、同居关系的分类

(一) 未婚同居。《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》)第五条规定的“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”，一般指符合结婚的实质要件，但欠缺程序要件的行为。此种同居属自然状态，法律不予介入。

(二) 婚外同居。《婚姻法解释一》第二条规定的“有配偶者与他人同居”，指有配偶者与婚外异性，不以夫妻名义，持续、稳定地共同居住。此种同居为法律所禁止。

#### 二、同居纠纷的受理

《婚姻法解释二》第一条规定：“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。”

##### (一) 关于“未婚同居”关系

对于未婚同居，往往会产生两种纠纷：一是解除同居关系；二是同居期间产生的财产争议或子女抚养纠纷。对前者，法律明确规定人民法院不予受理。但同居期间产生的财产争议、子女抚养问题，人民法院应予受理。

##### (二) 关于“婚外同居”关系

因婚外同居违反了《婚姻法》一夫一妻的基本制度，有损于社会公序良俗，为法律所禁止，故一方要求解除的，人民法院应予受理。

##### (三) 关于事实婚姻关系

事实婚姻与未婚同居实质并无不同，但法律后果却不一样。根据《婚姻法解释一》第五条的规定，对事实婚姻如当事人要求解除的，人民法院应按离婚案件立案受理。

那么何谓事实婚姻，则是必须首要解决的问题。对此，《婚姻法解释一》明确规定：“在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。”因此，事实婚姻的认定条件：一是男女双方在1994年2月1日前符合结婚实质要件；二是以夫妻名义同居，外人也认为其为夫妻；三是在1994年2月1日以前即开始同居；四是未办结婚登记。如此则意味着1994年2月1日之后不再存在事实婚姻的问题。

#### 三、同居关系解除后的法律后果

未婚同居是否解除，人民法院虽不予干涉，但同居期间或同居解除后引起的财产争议和子女抚养问题，人民法院应予处理。至于如何处理，《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》第八条至第十三条作了具体规定。

##### (一) 同居引起的财产争议处理

如同居期间形成财产共有关系，则解除同居关系时，对该共有财产，首先由当事人根据自愿的原则协商处理。协商不成的，人民法院可以根据照顾子女和女方的原则，考虑财产的实际情况和双方的过错程度妥善分割。如果涉及婚外同居，在财产处理时需注意不得侵害合法婚姻当事人的财产权益。当然同居期间一方的个人财产不在分割之列。由于同居关系不属于法律保护的范畴，故双方不形成法律所保护的夫妻人身关系。因此，如果同居期间双方各自继承或受赠取得的财产，按个人财产对待。一方如去世，另一方也无权以继承人身份参加继承。

##### (二) 同居期间债务的处理

同居期间为共同生产、生活形成的债权、债务可按共同债权、债务处理，双方均应承担共同返还之责。如为一方的个人债务，则由个人偿还。

##### (三) 同居期间所生子女抚养问题

同居期间所生子女虽为非婚生子女，但根据《婚姻法》相关规定，享有与婚生子女同等的权利，父母都有抚养的义务。至于子女由谁直接抚养，首先由生父生母双方协商，协商不成的，人民法院同样应从子女利益最大化角度判决确定。不直接抚养子女的一方应承担抚养费，同时也享有探望子女的权利。

#### 四、婚外同居当事人赠与的认定

婚外同居的男女之间相互赠送财物，一旦同居关系终止，很容易为赠与物归属产生纠纷。这种纠纷如何处理，既涉及法律也涉及社会公序良俗，处理失当，极易为社会所关注。目前，对这种特殊关系之间的赠与合同效力，学界争



议较大:

第一种观点认为,当事人双方自愿达成的财产赠与合同,当事人只要处分的是其个人财产,应当认为有效。这种观点强调婚外同居行为违法,但不必然导致同居当事人处分财产的行为无效;婚外同居与财产赠与是两个不同的民事行为,各具独立性。

第二种观点认为,婚外同居者的赠与,其目的在于建立、维持或者加强双方之间的不法性关系,因此有损公共秩序或者善良风俗。任何人都不应当通过非法行为获益。根据民事法律行为的价值和法律保护的价值取向,这类赠与应当归于无效。第三种观点认为,有必要对婚外同居者的赠与区别对待。婚外同居行为违法,并不必然导致婚外同居者的赠与当然无效,而应当根据当事人动机不同区别认定赠与行为的效力。具有性交易性质的赠与,赠与的动机是为了继续保持婚外同居关系,甚至将此作为赠与的条件,这种赠与应为无效赠与,但基于彼此之间感情或共同生活的需要而为之的赠与,不能因为具有婚外同居的烙印而被全盘否定。

对此,我们倾向于认为,根据物权法的规定,处分共有的不动产或动产应当经全体共有人同意。夫妻一方将共有财产赠与他人属于对共有财产的处分,因未经配偶同意,故处分行为无效,赠与人的配偶向人民法院主张返还的,应予支持。此也符合《婚姻法》有关规定精神。当然,如赠与人处分的是其个人财产,当无要求返还之理。

#### 第四章 无效婚姻与可撤销婚姻纠纷

##### 一、无效婚姻

无效婚姻是指虽经婚姻登记部门登记结婚,但婚姻当事人欠缺结婚实质要件,故不具备法律效力的一种违法婚姻。

##### (一) 无效婚姻的法定情形

《婚姻法》第十条规定了婚姻无效的四种情形:

1、重婚的。对重婚问题的认定,应坚持前婚有效、后婚无效原则。所谓重婚,是指有配偶的人又与他人登记结婚的违法行为,或者明知他人有配偶而与他人登记结婚的违法行为。虽未登记结婚,但有配偶的人与他人以夫妻名义同居生活的,或者明知他人有配偶而与之以夫妻名义同居生活的,也构成重婚。

2、有禁止结婚的亲属关系的。根据《婚姻法》第七条第(一)项规定,直系血亲和三代以内的旁系血亲禁止结婚。

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。至于哪些是医学上认为不应当结婚的疾病,法律虽未明定,但实务中可向专业医疗机构咨询。

4、未达法定婚龄的。即违反了《婚姻法》第六条“结婚年龄,男不得早于二十二周岁,女不得早于二十周岁”的规定,当然民族自治地方例外。

##### (二) 无效婚姻的阻却事由

虽然符合无效婚姻的事由,但如果当事人申请确认婚姻无效时,无效事由已经消失的,人民法院可不予判决婚姻无效。比如虽婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病,但在起诉时已经治愈的;虽登记结婚时不法定婚龄,但起诉时已达婚龄的。因此,无效婚姻的认定存在阻却事由的问题,人民法院在审查时应予关注。如果人民法院认定当事人申请宣告婚姻无效的请求并不成立,而当事人坚持要求解除人身关系的,人民法院可建议当事人按离婚诉讼处理。

##### (三) 申请宣告婚姻无效的主体范围

申请宣告婚姻无效的主体包括婚姻当事人及利害关系人。针对不同的无效婚姻事由,法律上规定了不同的利害关系人范围。具体是:

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,为与患者共同生活的近亲属。

##### (四) 申请宣告婚姻无效案件的审理程序

申请宣告婚姻无效的案件属于非讼案件,人民法院应比照适用《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)关于特别程序的规定进行审理。

1、申请宣告婚姻无效的案件实行一审终审制,当事人提出上诉或申诉,人民法院均不予受理。

2、申请宣告婚姻无效的案件不适用调解,应当依法作出判决,判决是该类案件的唯一裁判方式。

3、申请宣告婚姻无效的案件不适用撤诉的规定,也不适用按自动撤诉处理的规定。

4、对于因婚姻无效而产生的民事权益争议分别适用不同的诉讼程序予以处理。在审理申请宣告婚姻无效案件中,涉及财产分割和子女抚养的,应当对婚姻效力的认定和其他纠纷的处理分别制作裁判文书。涉及财产分割和子女抚养的,可以调解,其判决也可以上诉。

5、利害关系人申请宣告婚姻无效的，只能就婚姻效力提出请求，而无权要求处理当事人的财产分割和子女抚养问题。

6、当事人以离婚为由提起诉讼，人民法院经审查认为双方的关系属于无效婚姻的，人民法院应行使释明职责，将婚姻无效的情形告知当事人，当事人变更诉讼请求申请宣告婚姻无效的，应依法作出判决，当事人坚持原离婚诉讼请求的，应依职权改变案由，直接判决驳回诉讼请求，宣告婚姻无效。

7、在当事人提起的宣告婚姻无效请求不被支持，人民法院认为该婚姻有效后，并不能基于当事人的请求直接处理财产分割和子女抚养问题，对于符合起诉离婚条件的，应当告知当事人另行起诉。当事人坚持其关于处理财产分割与子女抚养的请求的，应当驳回诉讼请求。

8、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。婚姻关系被宣告无效后，涉及财产分割和子女抚养的，应当继续审理。

司法实践中，应注意以下两种情形：

(1) 请求人民法院宣告婚姻无效的申请由婚姻当事人一方提出，当事人可能会同时提出请求人民法院处理同居期间财产分割和子女抚养问题，此种情形下，人民法院应当针对当事人的诉讼请求作出裁决。

(2) 请求人民法院宣告婚姻无效的申请是由利害关系人提出，而婚姻当事人只提起离婚诉讼，此种情形下，受理无效婚姻宣告申请的人民法院在宣告当事人婚姻无效的同时，不能在缺少当事人诉请的情况下，主动处理财产分割和子女抚养问题，应释明婚姻当事人可以请求人民法院就财产分割和子女抚养问题作出裁决或告知婚姻当事人向受理离婚诉讼的人民法院请求继续审理财产分割和子女抚养问题。

#### (五) 登记瑕疵的婚姻效力认定与处理

众所周知，缔结婚姻既需具备结婚的实质要件，也需按法定程序进行登记。如欠缺结婚的实质要件，法律规定了无效婚姻制度和可撤销婚姻制度。而如欠缺结婚的形式要件，即不符合法定程序，则其婚姻效力如何认定、实体上如何处理，理论上既存在争议，实践中也是做法各异。

欠缺结婚的形式要件，通常指的就是婚姻登记瑕疵，一般来说有以下情形：非当事人本人亲自到婚姻机关进行登记、借用他人身份证进行登记、使用虚假姓名登记或姓名登记错误等等。司法实践中，当事人常以婚姻登记存在瑕疵为由诉至法院申请宣告婚姻无效。

婚姻登记瑕疵与婚姻无效是两个完全不同的概念。《婚姻法》第十条规定了婚姻无效的四种情形，在该四种情形之外，法律上并未有兜底规定，故以婚姻登记瑕疵为由申请宣告婚姻无效，缺乏法律依据。但对实际生活中确实存在的登记瑕疵婚姻如何处理，新近出台的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》（以下简称《婚姻法解释三》）第一条作了明确，即当事人就《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。对当事人以婚姻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，应当告知其通过行政程序解决，或者依法申请行政复议，或者提起行政诉讼。该条规定解决了司法实践中的难题。

## 二、可撤销婚姻

### (一) 可撤销婚姻事由

缔结婚姻首先需双方自愿，而如果结婚非当事人自愿，系受到对方胁迫，则尽管双方已办理了登记手续，法律规定该登记婚中受到胁迫的一方可在法定时间内申请撤销。

所谓胁迫一般是指行为人实施了对受胁迫人或者其近亲属的生命、身体健康、名誉、财产等方面造成损害为要挟的不法行为，而受胁迫人正是在这种胁迫之下作出了违背真实意愿与胁迫者结婚的行为。

### (二) 婚姻撤销权的行使主体

无效婚姻违反了《婚姻法》关于一夫一妻原则和优生学、道德伦理所要求的婚姻实质要件的规定，有损于社会公共秩序与利益，而可撤销婚姻违反了婚姻自由原则，纯属个人意愿和权益范围的事由，相比之下，无效婚姻违反了婚姻的公益要件，可撤销婚姻违反了婚姻的私益要件，因此根据《婚姻法解释一》第十条第二款的规定，因受胁迫而请求撤销婚姻的，只能由受胁迫一方的婚姻当事人本人提出，其近亲属或其他组织或个人均无权提出。

### (三) 婚姻撤销权的行使

根据《婚姻法》第十一条的规定，撤销权应通过向婚姻登记机关或人民法院请求撤销婚姻的方式行使。

人民法院审理婚姻当事人因受胁迫而请求撤销婚姻的案件，应当适用简易程序或者普通程序。

为避免可撤销婚姻的效力长期处于不确定的状态，平衡兼顾婚姻当事人的利益并维护婚姻关系的安定性，根据规定，受胁迫的一方申请撤销婚姻，应当在婚姻登记之日起一年内提出，被非法限制人身自由的当事人请求撤销婚姻的，应当自恢复人身自由之日起一年内提出。该期限属于除斥期间，不适用诉讼时效的中止、中断或者延长的规定，该期

间届满，撤销权消灭。

### 三、婚姻被宣告无效、被撤销后的法律后果

无论是无效婚姻还是可撤销婚姻，一旦被宣告无效或被撤销，则婚姻自始无效，即从当事人结婚之时，婚姻就没有效力，而不是从婚姻登记机关或者人民法院宣告之时起婚姻才没有法律效力。这说明我国对无效婚姻和可撤销婚姻采宣告主义，即只有经过宣告确认程序后，才产生自始无效的后果，也即未经公权力宣告前，不能作为无效对待。

而一旦婚姻无效，则意味着：（一）当事人之间不发生夫妻的权利和义务。（二）对婚姻被宣告无效、被撤销后的财产如何处理，《婚姻法》第十二条明确规定：“同居期间所得的财产，由当事人协议处理；协议不成时，由人民法院根据照顾无过错方的原则判决。对重婚导致的婚姻无效的财产处理，不得侵害合法婚姻当事人的财产权益。”《婚姻法解释一》第十五条规定：“被宣告无效或被撤销的婚姻，当事人同居期间所得的财产，按共同共有处理。但有证据证明为当事人一方所有的除外。”（三）婚姻被宣告无效、被撤销后，有关子女的抚养权的归属、抚养费的负担、探望权等问题，应根据《婚姻法》有关父母子女的规定处理。

## 第五章 离婚纠纷

离婚诉讼是人民法院民事审判部门处理较多的案件类型之一。男女双方因有感情而自愿结婚，而一旦情感失去，解除婚姻关系不失为从痛苦中解脱的办法。离婚分为两种形式：协议离婚和诉讼离婚。协议离婚可通过民政部门办理离婚登记解决，前提是双方必须对解除人身关系、财产分割或子女抚养问题达成一致。一旦双方难以协商一致，则只能通过诉讼离婚解决。诉讼离婚涉及以下具体问题：

### 一、离婚诉讼的主体

结婚是男女双方的自愿行为，离婚当然也应由男女双方所为，他人无权代为实施。但如果婚姻一方当事人系无民事行为能力人，则如何解除婚姻关系，在实践中存在争议。

《婚姻法解释三》第八条对此作了规定，厘清了模糊认识。该条明确：“无民事行为能力人的配偶有虐待、遗弃等严重损害无民事行为能力一方的人身权利或者财产权益行为，其他有监护资格的人可以依照特别程序要求变更监护关系；变更后的监护人代理无民事行为能力一方提起离婚诉讼的，人民法院应予受理。”至于如何变更监护关系，《中华人民共和国民事诉讼法通则》（以下简称《民法通则》）有具体明确的规定。如果离婚案件的被告系无民事行为能力，同样应先通过特别程序指定监护人。

### 二、离婚诉讼的管辖

离婚案件属于普通民事诉讼范畴，其管辖与其他民事诉讼无别，同样适用基本的管辖原则，即一般由被告住所地人民法院管辖；被告住所地与经常居住地不一致的，由经常居住地人民法院管辖。此为一般原则，在特殊情形下可由原告住所地人民法院管辖，原告住所地与经常居住地不一致的，由原告经常居住地人民法院管辖。具体适用以下情形：1、被告不在中华人民共和国领域内居住。2、被告下落不明或者被宣告失踪。3、被告被劳动教养。4、被告被监禁。5、被告离开住所地超过一年。6、夫妻双方离开住所地超过一年，没有经常居住地的。7、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的。8、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。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。9、中国公民一方居住在国外，一方居住在国内，无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。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，应由原告或者被告住所地的人民法院管辖。

### 三、离婚请求权的特殊规定

#### （一）男方离婚诉权的限制

我国实行结婚自由和离婚自由原则。因此男女双方无论基于什么原因都有权起诉离婚。但在特定情况下出于对女方特殊利益的保护，对男方的离婚诉权有所限制。法律规定“女方在怀孕期间、分娩后一年内或中止妊娠后六个月内，男方不得提出离婚。女方提出离婚的，或人民法院认为确有必要受理男方离婚请求的，不在此限。”

#### （二）对一方为现役军人的特殊保护

军队是国家的钢铁长城，因此，涉及军人离婚，《婚姻法》作了特别规定，明确：“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。”所谓现役军人一般是指正在军队服役、具有军籍的人员。所谓军人一方有重大过错一般是指现役军人有重婚、与他人同居、实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员、有赌博、吸毒等恶习屡教不改等严重损害夫妻感情的行为。当然需着重指出的是对军婚的特殊保护适用于非军人对军人起诉离婚的情形，而现役军人要求与非军人一方离婚，或者双方都是现役军人则无此要求。

### (三) 对原告再次起诉离婚的限制

对诉讼离婚未获支持再行起诉的,《民事诉讼法》在相关条款中特别规定“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的,不予受理。被告起诉的,不在此限。”

### (四) 离婚诉讼中的特殊规定

前已所述,离婚案件与财产关系诉讼相比有其特殊之处,故现行法律在一些方面作了特殊规定:一是在离婚案件中,调解是必经程序。二是当事人有权选择是否进行公开审理。三是当事人除不能表达意志的以外应当本人出庭,确因特殊情况无法出庭的,必须向人民法院提交书面意见。这里需强调一个问题,一方起诉离婚,而另一方下落不明,司法实践中法院常采取公告的方式送达诉讼文书,并在另一方缺席的情况下判决离婚,“被离婚”的现象屡屡发生。公告虽然是法定的送达方式之一,但在婚姻案件中应慎重从事。婚姻是当事人的重大人生事项,婚姻一旦解除,对当事人本人及其社会关系带来的影响很大,因此无论是实体权利还是程序权利都应得到充分保障,最突出的一点就是出庭应诉的权利。司法实践中,对于一方起诉离婚,另一方下落不明的,应尽量说服当事人待知晓另一方确切地址后再行起诉,尽量避免采用公告送达的方式缺席判决离婚。四是离婚案件一方当事人死亡,诉讼即终止。五是当事人对已经发生法律效力解除婚姻关系的判决,不得申请再审。

## 四、离婚的法定条件

我国《婚姻法》将“夫妻感情确已破裂”作为离婚的法定条件,因此人民法院在审理离婚案件中无论是判决离婚还是调解离婚均应着重审查离婚当事人的感情是否确已破裂。如何审查,可以从以下方面入手:

(一) 重婚或有配偶者与他人同居的。重婚前已所述。“有配偶者与他人同居”是指有配偶者与婚外异性不以夫妻名义,持续、稳定地共同居住。

(二) 实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员的。“实施家庭暴力”往往是指行为人以殴打、捆绑、残害、强行限制人身自由或者其他手段,给其家庭成员的身体、精神等方面造成一定伤害后果的行为。持续性、经常性的家庭暴力,构成虐待。遗弃是指对其家庭成员负有扶养、抚养、赡养义务而拒不履行,给受遗弃的家庭成员造成生活上极端困难后果的行为。当然家庭成员间偶尔的吵、打、闹非家庭暴力。

(三) 有赌博、吸毒等恶习屡教不改的。

(四) 因感情不和分居满二年的。分居是客观现象,但作为夫妻感情破裂的判断标准必须是因夫妻感情不和而分居。故离婚诉讼一方以此作为离婚原因的,必须举证证明双方是因感情不和而分居,如因工作、学习、住院、出国等原因而分居不能作为感情破裂的判断标准。同时这种分居还应是不间断、连续的分居。

(五) 其他导致夫妻感情破裂的情形。这是法律规定的兜底条款,由法官根据案件具体情形来判断夫妻感情是否破裂。

## 第六章 离婚财产处理

离婚诉讼中财产如何认定和处理,对当事人利益影响较大,故往往也是争议的焦点。离婚必然需对共同财产进行分割,但前提必须对共同财产进行认定。

### 一、夫妻共同财产的认定

我国法定夫妻财产制是婚后所得共同制。但在这个原则之外,我国同样承认夫妻可以对财产进行约定。根据《婚姻法》第十九条的规定,夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。在无约定或者约定不明确、约定无效的情况下,婚姻关系存续期间的夫妻所得除个人特有财产外,均为夫妻共同财产。

#### (一) 约定夫妻共同财产

有效的夫妻财产约定需具备民事法律行为的有效要件,同时为保全证据宜采取书面形式。司法实践中,易引起争议的在于夫妻之间财产赠与的问题,尤其是房产的赠与。

关于夫妻之间房产赠与效力如何看待,曾在学界争议很大,集中在这种赠与是否需办理过户手续。有学者主张,《婚姻法》规定夫妻可以对财产进行约定,这种约定受法律保护。那么一方赠与对方房产应当被看作是一种财产的约定,是否办理过户手续并不影响赠与的效力。一旦合同成立,受赠方有权要求对方履行合同。但也有观点认为,无论是婚内赠与还是婚外赠与都应根据《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)的规定办理过户手续,如未办理,赠与方可以随时撤销赠与行为。

《婚姻法解释三》为这种争议划了句号。该解释第六条规定:“婚前或者婚姻关系存续期间,当事人约定将一方所有的房产赠与另一方,赠与方在赠与房产变更登记之前撤销赠与,另一方请求判令继续履行的,人民法院可以按照合同法第一百八十六条的规定处理。”而根据《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第一百八十六条的规定,赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。具有救灾、扶贫等社会公益、道德性质的赠与合同或者经过公

证的赠与合同不适用前款规定。该条表明夫妻之间的赠与同样应适用《合同法》的规定。

与此相关的问题是，在协议离婚或诉讼离婚中，当事人为离婚达成一揽子协议，其中包括人身关系的解除和财产处理、子女抚养等内容，如果明确约定夫妻共有的房产或一方的房产归子女所有，其后拒不办理过户手续，并要求撤销赠与的是否应得到支持呢？我们倾向于认为这种一揽子协议相关条款具有联系，且该协议得到民政部门或人民法院的审查，当事人应不得随意解除其中某个条款。

## （二）法定夫妻共同财产

《婚姻法》规定，夫妻在婚姻关系存续期间所得的财产为夫妻共同所有。最高人民法院司法解释则明确了具体财产的归属。根据法律规定精神，在夫妻关系存续期间取得的下列财产归夫妻共同所有：

### 1、工资、奖金

参照1993年9月23日劳动部印发的《〈中华人民共和国企业劳动争议处理条例〉若干问题的解释》的规定，属于劳动报酬性质的津贴、补贴也应属于夫妻共同财产范围。

### 2、生产、经营的收益

主要包括劳动收入和资本收益。具体形式除设立公司、企业、办厂以外，还有承包、租赁、投资、个体经济等多种方式，从事上述活动的收益应属于夫妻共同财产。

### 3、知识产权收益

“知识产权收益”是指婚姻关系存续期间，实际取得或者已经明确可以取得的财产性收益。如果作者的作品在婚姻关系存续期间尚未能出版或被采用，其即仅属于一方的精神财富，尚不具备物质财富的内容，故不能请求分割。但如作品在婚姻关系存续期间已然出版或被采用，由此取得的收益，则属于夫妻共同财产，不论该收益实际取得是在婚姻关系存续期间还是在离婚之后。

### 4、继承或赠与所得的财产，但遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产除外。

《婚姻法解释三》第十五条规定：“婚姻关系存续期间，夫妻一方作为继承人依法可以继承的遗产，在继承人之间尚未实际分割，起诉离婚时另一方请求分割的，人民法院应当告知当事人在继承人之间实际分割遗产后另行起诉。”

### 5、一方以个人财产投资取得的收益

“一方以个人财产投资取得的收益”包括一方婚前或婚后的个人财产投资后取得的收益。投资性收益凝聚的是双方或一方的体力或脑力劳动的付出，虽然由于社会分工不同，双方的付出表现方式不同，但即使从事家务劳动的一方，对家庭收入的贡献不可抹杀，故虽为一方的个人财产，但婚后收益应共有。这里需要提请注意的是对“投资”的判断。我们认为，只要这种“收益”由一方或双方的劳动付出所获取，就应认为是“投资”所得。我们注意到《婚姻法解释三》第五条规定了：“夫妻一方个人财产在婚后产生的收益，除孳息和自然增值外，应认定为夫妻共同财产。”“自然增值”理解不难，但这里的“孳息”我们认为应作限缩解释，比如虽然房屋租金在民法理论上属于“孳息”，但租金的获取也是需要房屋进行经营后所获，故认定为“投资性收益”较为合适。

### 6、男女双方实际取得或者应当取得的住房补贴、住房公积金

### 7、男女双方实际取得或者应当取得的养老保险金、破产安置补偿费

对于养老保险金，《婚姻法解释三》第十三条规定：“离婚时夫妻一方尚未退休、不符合领取养老保险金条件，另一方请求按照夫妻共同财产分割养老保险金的，人民法院不予支持；婚后以夫妻共同财产缴付养老保险费，离婚时一方主张将养老金账户中婚姻关系存续期间个人实际缴付部分作为夫妻共同财产分割的，人民法院应予支持。”

## （三）夫妻个人财产

虽然夫妻婚后所得工资性收益为共同财产，但夫妻在婚内同样可以有个人财产。根据相关规定，下列财产为夫妻一方的财产：

- 1、一方的婚前财产；
- 2、一方因身体受到伤害获得的医疗费、残疾人生活补助费等费用；
- 3、遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产；
- 4、一方专用的生活用品；
- 5、军人的伤亡保险金、伤残补助金、医药生活补助费；
- 6、夫妻一方个人财产在婚后产生的孳息和自然增值；
- 7、其他应当归一方所有的财产。

## （四）需注意的问题

1、主张方举证原则。夫妻一方主张财产属于其个人财产，必须承担举证责任，如举证不足，则争议财产应认定为夫妻共同财产。

2、财产性质不因结婚时间长短而转化。《婚姻法》明确规定“夫妻一方的婚前财产应为个人财产”。《婚姻法解释一》第二十九条进一步规定：“夫妻一方的个人财产，不因婚姻关系的延续而转化为夫妻共同财产。当事人有约定的除外。”这意味着过去最高人民法院曾规定夫妻个人财产因结婚时间而转化为共同财产的规定将不再适用。

3、夫妻分居期间各自所得的财产，因婚姻关系仍然存续，故仍应认定为夫妻共同财产。

4、夫妻双方在婚姻关系存续期间所得的财产，包括财产的实际取得和权利的取得。因为财产权利的取得与实际财产的取得有时是同步的，而有时却是前后分开的。例如继承虽然开始，但遗产尚未分割，此间与他人结婚，婚后分得的遗产，貌似“婚姻关系存续期间所得的财产”，但实际上财产权利已在婚前取得，因此，应认定为个人财产，不能列入夫妻共同财产的范围。

## 二、夫妻共同财产的分割

### (一) 婚姻关系存续期间夫妻共同财产的分割

《物权法》第九十九条规定：“共有人约定不得分割共有的不动产或者动产，以维持共有关系的，应当按照约定，但共有人有重大理由需要分割的，可以请求分割；没有约定或者约定不明确的，按份共有人可以随时请求分割，共同有人在共有的基础丧失或者有重大理由需要分割时可以请求分割。因分割对其他共有人造成损害的，应当给予赔偿。”《物权法》的这一规定突破了传统民法的共有理论，即允许共同共有人在特殊情况下请求分割共有物，同时还要保持共有关系。

《婚姻法解释三》第四条也作出规定，在夫妻关系存续期间，夫妻一方请求分割夫妻共同财产的，人民法院不予支持。但一方有隐藏、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，或者一方负有法定扶养义务的人患重大疾病需要医治，另一方不同意支付相关医疗费用时，夫妻一方请求分割夫妻共同财产，在不损害债权人利益的情况下，人民法院可以支持。

因此，在司法实践中要准确把握“重大理由”的含义，在法律规定的范围内严格掌握婚姻关系存续期间对夫妻共同财产进行分割的标准，在有利于夫妻关系的和谐、家庭的稳定和不损害夫妻任何一方财产权益之间达到最佳的平衡。

### (二) 离婚时夫妻共同财产的分割

因离婚分协议离婚和诉讼离婚，因此，在不同的解决方式中都存在分割夫妻共同财产的问题。

#### 1、协议离婚时财产的分割

根据《婚姻登记管理条例》的相关规定，离婚协议中应当载明当事人自愿离婚的意思表示以及对子女抚养、财产及债务处理等事项协商一致的意见。婚姻登记机关应当进行审查并询问相关事项。

《婚姻法解释二》第八条规定：“离婚协议中关于财产分割的条款或者当事人因离婚就财产分割达成的协议，对男女双方具有法律约束力。当事人因履行上述财产分割协议发生纠纷提起诉讼的，人民法院应当受理。”这说明，当事人协议离婚时所达成的财产分割协议，对当事人具有法律效力。虽然法律赋予当事人诉权，但如果主张方没有证据证明上述协议存在欺诈、胁迫等情形的，人民法院应当维护协议的效力。这里对协议的审查不能简单适用合同法等价有偿的原则，而应着重从是否有违当事人真意、是否侵害子女和女方利益等角度进行考量，并且根据规定，该请求须在法定时间内提出，即在协议离婚后一年内提出，超出此限人民法院不予支持。

司法实践中，应注意附协议离婚条件的财产分割协议的效力认定问题。如双方当事人办理登记离婚或到人民法院协议离婚，在婚姻关系存续期间达成离婚协议，并对子女抚养和财产分割等问题作了约定，但由于种种原因，双方协议离婚未成，一方在离婚诉讼中反悔的，该财产分割协议并不当然生效，人民法院应根据实际情况对财产进行分割。对此，《婚姻法解释三》第十四条作出明确规定。

#### 2、判决离婚时夫妻共同财产的分割

离婚诉讼中，如当事人协商不成，人民法院对夫妻共同财产的分割需秉承下列原则：

##### (1) 男女平等原则

男女平等是《婚姻法》第二条第一款规定的一项基本原则。在处理离婚财产分割时，双方当事人对夫妻共同财产平等的享有分割权。只要是夫妻共同财产，不论其来源和双方的贡献大小，双方均享有依法分割的请求权。

##### (2) 照顾子女和女方权益原则

我国《婚姻法》无论是在基本原则还是在具体条文中充分体现了保护弱者、保护妇女的基本原则。根据《婚姻法》第三十九条的规定，离婚时双方对夫妻共同财产的分割不能协商一致时，由人民法院根据财产的具体状况，以照顾子女和女方权益的原则判决。《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》（以下简称《离婚财产分割意见》）第十三条规定：“在双方条件等同的情况下，应照顾女方。”就目前社会现状而言，我国妇女从总体上经济收入和独立谋生的能力与男性还有一定的差距，为使妇女在离婚后生活有一定的保障，在分割夫妻共同财产时，应适度给予妇女较多财产份额，或在财产种类上将某些对正常生活影响较大的财产，如住房等分割给女方。

### (3) 区分夫妻共同财产具体情况原则

财产具体情况包括财产的性质、种类、价值、各种财产的相互关系等，如财产分属于主物和从物，必须配合使用才能发挥其效能，则不宜分割使用。

### (4) 有利生产、方便生活原则

人民法院在判决分割共同财产时，应根据财产的具体情况确定其归属。《离婚财产分割意见》第十一条规定：“对夫妻共同经营的当年无收益的养殖、种植业等，离婚时应从有利于发展生产、有利于经营管理考虑，予以合理分割或折价处理。”目前夫妻共同财产中生产资料所占比重越来越大，对此在分割时应在不损害其效用和价值的前提下，注意保证生产活动、经营的正常进行，无论当事人是否存在过错，原则上应判决给有经营能力的一方所有。对于夫妻共同财产中的生活资料，分割时应根据双方各自的实际需要，体现物尽其用、方便生活的原则。

### (5) 不得损害国家、集体或第三人合法权益原则

分割夫妻共同财产时，不得将国家、集体或第三人的合法财产作为夫妻共同财产加以分割；不得借分割夫妻共同财产为名逃避共同债务；不得借分割夫妻共同财产为名逃避应当承担的抚养、抚养、赡养义务。

在遵循上述原则时，应注意几个问题：

(1) 兼顾婚姻主体的特定情形。《婚姻法》第四十条规定：“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。”第四十二条规定：“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。”付出较多义务一方要求的补偿以及困难一方要求的帮助均是因无法从分割夫妻共同财产中获得补偿和救助，从而要求另一方以其个人财产支付。如果有足够的夫妻共同财产，则应适用上述“照顾子女和女方权益原则”。

(2) 《婚姻法》第四十七条规定：“离婚时，一方隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产，或伪造债务企图侵占另一方财产的，分割夫妻共同财产时，对隐藏、转移、买卖、毁损夫妻共同财产或伪造债务的一方，可以少分或不分。离婚后，另一方发现有上述行为的，可以向人民法院提起诉讼，请求再次分割夫妻共同财产。”《婚姻法解释一》第三十一条规定：“当事人依据婚姻法第四十七条的规定向人民法院提起诉讼，请求再次分割夫妻共同财产的诉讼时效为两年，从当事人发现之日起计算。”对于起诉离婚前，一方隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产，或伪造债务企图侵占另一方财产的，人民法院在分割夫妻共同财产时，对该行为人可以少分或不分。

## 3、分割方法

夫妻共同财产的分割方法包括：

(1) 实物分割。即在不影响财产的作用和价值的情况下，对财产进行分割，双方各自取得应得份额。

(2) 变价分割。即在双方均不主张取得共有财产的情况下，将共有财产拍卖、变卖，对所得价款进行分割，双方各自取得应得份额。

(3) 作价补偿。即一方主张共有财产，一方不主张共有财产，取得共有财产的一方应给予另一方相当于一半价值的补偿。如双方均主张共有财产且双方情况相当时，可在征求双方意见后采取竞价的方式，由出价高者取得共有财产，给予另一方相当于一半价值的补偿。

## 三、夫妻离婚财产处理中的疑难问题

### (一) 房产的认定和处理

#### 1、房屋登记在夫妻一方名下或第三人名下的产权认定

我国婚姻法既承认婚后所得共同制，同时又认可夫妻一方婚后可拥有个人财产。房屋属于不动产，根据我国物权法相关规定，房屋权利的取得以登记为准。产权登记具有公示、公信的效力。因此，我们提倡所有的夫妻共有房屋宜登记在夫妻共同名下，以避免纠纷。但实际生活中，代表登记的现象一定程度上存在，因此，当夫妻离婚时，房屋问题是争议的焦点，一方主张婚后所购为共同财产，而另一方则强调登记在自己名下为自己单方所有。对这两种不同情况，我们认为：

(1) 对登记在一方名下的房屋性质认定：由于我国法定夫妻财产制是婚后所得共同制，因此婚姻关系存续期间购买的房屋，原则上首先应认定为夫妻共有。但如登记方主张房屋归其所有，必须承担举证责任，证明该房屋系其个人出资所购，或符合《婚姻法解释三》第七条规定的其父母出资为其购买等情况。

(2) 对登记在子女名下、父母名下或其他第三人名下的房屋性质认定：对登记在第三人名下的房产，夫妻如主张房屋为共有或一方所有，属于产权争议，主张方自应承担举证责任。对登记在未成年子女名下房屋的权属认定，情形比较复杂。现实生活中，夫妻双方共同出资购买房屋后，可能基于各种因素的考虑将房屋产权登记在未成年子女的名下，但这并不意味着该房屋的真正权利人即为未成年子女，人民法院应审查夫妻双方在购买房屋时的真实意思表示。如果真实意思确实是将购买的房屋赠与未成年子女，离婚时应将房屋认定为未成年子女的财产，由直接抚养未成年子女

女的一方暂时管理;如果真实意思并不是将房屋赠与未成年子女,离婚时应将该房屋作为夫妻共同财产处理比较适宜。

## 2、离婚案件中按揭房屋的认定和处理

夫妻一方婚前签订不动产买卖合同,以个人财产支付了首付款并在银行贷款,婚后用夫妻共同财产还贷,不动产登记于首付款支付方名下的,离婚时对该不动产性质如何认定及分割?司法实践中一直存在争议,既有认定为登记方所有的,也有认定为夫妻共同所有的。随着《婚姻法解释三》的出台,该争议尘埃落定。《婚姻法解释三》第十条规定:“夫妻一方婚前签订不动产买卖合同,以个人财产支付首付款并在银行贷款,婚后用夫妻共同财产还贷,不动产登记于首付款支付方名下的,离婚时该不动产由双方协议处理。协议不成的,人民法院判决该不动产归产权登记一方,尚未归还的贷款为产权登记一方的个人债务。双方婚后共同还贷的款项及其相对应财产增值部分,离婚时应根据婚姻法第三十九条第一款规定的原则,由产权登记一方对另一方进行补偿。”

## 3、父母赠与房屋的归属

《婚姻法解释二》第二十二条规定:“当事人结婚后,父母为双方购置房屋出资的,该出资应当认定为对夫妻双方的赠与,但父母明确表示赠与一方的除外。”由于传统习惯的缘故,父母在出资时往往并不会明确出资给哪一方,因此,很多情况下由于无证据证明是对自己子女的出资,故只能认定为夫妻共同所有,但这又明显有违赠与方父母的本意。由于现实的原因,目前房价畸高,为子女能有好的住处,父母往往倾其所有为子女买房,但一旦小两口离婚,出资父母方不仅在感情上受到伤害,在经济上也有损失,此类问题常常使双方矛盾激化,为到底赠与哪一方争执不休。为此,《婚姻法解释三》第七条进一步规定:“婚后由一方父母出资为子女购买的不动产,产权登记在出资人子女名下的,可按照婚姻法第十八条第(三)项的规定,视为只对自己子女一方的赠与,该不动产应认定为夫妻一方的个人财产。由双方父母出资购买的不动产,产权登记在一方子女名下的,该不动产可认定为双方按照各自父母的出资份额按份共有,但当事人另有约定的除外。”该规定不仅易于操作,同时也更理性,使婚姻回归本质,也更符合出资方的本意。尽管该规定在现实社会中引发很大争议,被认为对女方不利,但这只是司法解释对房产的处理所作的规定,保护妇女的利益是婚姻法的基本原则之一,因此,人民法院应根据案件具体情况,结合《婚姻法》保护妇女利益的相关规定来妥善处理离婚诉讼中的财产问题。

## 4、离婚案件中公房的使用、承租问题

现今商品房市场比较繁荣,离婚诉讼中经常涉及的是所购商品房的性质认定和分割问题,关于公房的使用和承租已经随着历史的发展较为少见,但并不代表没有。因此,如果涉及这一问题,人民法院仍可根据《最高人民法院关于审理离婚案件中公房使用、承租若干问题的解答》有关规定进行处理。

## 5、离婚案件中房改房的分割

房改房是指城镇居民自行出资购买的根据国家房屋改革政策出售的房屋。实际生活中,城镇居民购买的房改房主要有两种情况:一是按房改政策购买并已经取得所有权的房屋;二是按房改政策购买尚未取得所有权或者只享有部分所有权的房屋。

### (1) 按房改政策购买并已经取得所有权的房屋的处理

根据房改政策,职工购买公有房屋实行市场价、成本价或者标准价。职工以市场价购买的住房,产权归个人所有,可以依法进入市场,按规定交纳税费后,收入归个人所有。职工以成本价购买的住房,产权归个人所有,一般住用五年后可以依法进入市场,在补交土地使用权出让金或所含土地收益和按规定交纳有关税费后,收入归个人所有。按房改政策购买并已经取得所有权的房屋就是指以市场价和成本价购买的房改房。其中区分个人婚前购买的房改房和婚姻关系存续期间购买的房改房。

①对于个人婚前购买的房改房,根据《婚姻法》第十八条的规定,除当事人另有约定外,属于一方婚前财产,离婚时不得作为夫妻共同财产分割。

②对于婚姻关系存续期间购买的房改房,情况则比较复杂。

《婚姻法解释二》第十九条规定:“由一方婚前承租、婚后用共同财产购买的房屋,房屋权属证书登记在一方名下的,应当认定为夫妻共同财产。”

如果登记方主张该房改房系其个人出资,应为其个人财产,是否应予支持?我们倾向认为,按照《国务院关于深化城镇住房制度改革的决定》,职工按成本价购买公有住房,每个家庭只能享受一次,职工购买现已使用的公有房屋的,售房单位应根据购房职工建立起住房公积金制度前的工龄给予工龄折扣,此外还要综合考虑职工的职务等因素。可见,按房改政策出售的房屋价格不是单纯的房屋市场价格,该出售价格中包含了夫妻双方的工龄折扣等福利待遇,如果该房屋由夫妻一方按当时购买价以个人财产购买并作为个人财产处理对另一方显属不公。因此,考虑我国实行婚后所得共同制,类似房屋首先应认定为夫妻共有。如果登记方主张其个人所有,必须举证证明该房改房的取得与对方并无任何关系,对方也未因此利益受损,否则认定为共有较为合适。当然,在认定共有的前提下,人民法院可根据实际情况



对出资方适当多分。

#### (2) 尚未取得所有权或者只享有部分所有权的房屋的处理

这主要是指夫妻双方根据福利政策以标准价购买的公有房屋。对于尚未取得所有权或者只享有部分所有权的房屋，人民法院在审理离婚诉讼时，不能对房屋所有权的归属和分割作出判决，只有在夫妻双方取得该房屋的完全所有权后，才可向人民法院就房屋所有权的归属和分割提起诉讼。当然，双方当事人可以就房屋的居住、使用以及以后房屋所有权的取得、归属协商解决，如果就上述问题无法达成一致，人民法院只能就房屋的居住、使用作出判决。《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。”

司法实践中，婚姻关系存续期间，双方用夫妻共同财产出资购买以一方父母名义参加房改的房屋，产权登记在一方父母名下，离婚时另一方主张按照夫妻共同财产对该房屋进行分割，对于这个问题，《婚姻法解释三》第十二条规定：“婚姻关系存续期间，双方用夫妻共同财产出资购买以一方父母名义参加房改的房屋，产权登记在一方父母名下，离婚时另一方主张按照夫妻共同财产对该房屋进行分割的，人民法院不予支持。购买该房屋时的出资，可以作为债权处理。”

#### 6、关于享受本人工龄和已死亡配偶生前工龄优惠后所购公房是否属夫妻共同财产。

对此，最高人民法院[2000]法民字第4号针对司法部律师公证工作指导司的复函有明确规定，即夫妻一方死亡后，如果遗产已经继承完毕，健在一方用自己的积蓄购买的公有住房应视为个人财产，购买该房时所享受的已死亡配偶的工龄优惠只是属于一种政策性补贴，而非财产或财产权益。夫妻一方死亡后，如果遗产没有分割的，应予查明购房款是夫妻双方的共同储蓄，还是配偶一方的个人所得，以此确认所购房屋是夫妻共同财产还是个人财产，如果购房款是夫妻双方的共同储蓄，所购房屋应视为夫妻共同财产。

#### 7、离婚案件中对违法建筑的处理

离婚案件中，属于夫妻共同财产的违法建筑是否应当处理以及如何处理的问题，一直是司法实践中的难点。我们认为，违法建筑之所以违法，是因为建设者未取得建设工程规划许可证和其他批准文件造成的，可以通过补办相关审批手续而成为合法建筑，但在违法建筑合法化之前，人民法院无论是判决分割违法建筑还是确定违法建筑的所有权或使用权均是没有法律依据的，故此类纠纷，人民法院不予处理。但对于违法建筑已经产生的既得收益，比如一方出租违法建筑已收取的租金，则应当作为夫妻共同财产进行分割，否则一方因违法建筑获益而另一方一无所获，明显不公，但对于违法建筑可能产生的预期利益，人民法院不予处理。

#### (二) 买断工龄款的分割

何谓买断工龄，法律上并未明确解释其内涵，但现实中存在这项政策，因此，离婚当事人往往会就对买断工龄款的性质和分割产生争议。根据有关政策精神，我们理解所谓买断工龄，实际上是企业与下岗职工解除劳动合同，按劳动法及相关规定支付给下岗职工一种经济补偿金的行为。考虑到司法实践中夫妻婚姻关系存续时间以及买断工龄款的具体构成包含补偿或者再就业保障因素，将买断工龄款一概认定作为夫妻共同财产处理，有失公平；完全不顾及另一方对家庭所作的贡献将买断工龄款作为夫妻一方的个人财产处理，也不尽合理。我们认为买断工龄款是发放给职工的一次性补偿费用，与发放到军人名下的复员费、自主择业费相似，因此可以参照《婚姻法解释二》第十四条的规定处理，即将夫妻关系存续期间对应的买断工龄款认定为夫妻共同财产。

#### (三) 投资经营性财产的分割

随着改革开放的不断深入，经济发展和社会生活都发生了重大变化，婚姻家庭关系中的财产种类越来越多、越来越复杂，处理难度也越来越大。《婚姻法解释二》第十五、十六、十七、十八条就专门对这些新型财产纠纷的处理做了明确规定。总体来说，要妥善解决这些复杂问题，除正确适用《婚姻法》外，还必须与《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）、《中华人民共和国合伙企业法》、《中华人民共和国个人独资企业法》（以下简称《个人独资企业法》）等商事法律的规定和精神保持一致，注意坚持以下原则：一是坚持男女平等、保护子女和女方权益原则；二是自愿协商原则；三是维护其他股东、合伙人合法权益原则；四是有利于生产和方便生活原则。综合考虑案件具体情况，既保护婚姻当事人的合法权益，又不损害其他关系人的利益。

#### 1、对股票、债券、投资基金份额等有效证券以及未上市股份有限公司股份的分割

根据《婚姻法解释二》第十五条的规定，对此应先行协商，如协商不成的，可以按市价分配；按市价分配有困难的，可以根据数量按比例分配。应注意的是，对于法律法规限制转让的股票或者股份，人民法院不宜进行分割处理。如根据《公司法》第一百四十二条的规定，发起人持有的本公司股份，自公司成立之日起一年内不得转让；公司董事、监事、高级管理人员在任职期间每年转让的股份不得超过其所持有本公司股份总数的25%，所持本公司股份自公司股

票上市交易之日起一年内不得转让，离职后半年内，上述人员不得转让其所持有的本公司股份。如果夫妻共同财产中的股份属于法律规定的上述情形，必须按照有关法律办理，待转让条件成就后，参照《婚姻法》第四十七条的规定，请求再次分割夫妻共同财产。

## 2、对在有限责任公司的出资额的分割

根据《婚姻法解释二》第十六条的规定，人民法院审理离婚案件，涉及分割夫妻共同财产中以一方名义在有限责任公司的出资额，另一方不是该公司股东的，按以下情形分别处理：(1) 夫妻双方协商一致将出资额部分或者全部转让给该股东的配偶，过半数股东同意、其他股东明确表示放弃优先购买权的，该股东的配偶可以成为该公司股东；(2) 夫妻双方就出资额转让份额和转让价格等事项协商一致后，过半数股东不同意转让，但愿意以同等价格购买该出资额的，人民法院可以对转让出资所得财产进行分割。过半数股东不同意转让，也不愿意以同等价格购买该出资额的，视为其同意转让，该股东的配偶可以成为该公司股东。用于证明过半数股东同意的证据，可以是股东会决议，也可以是当事人通过其他合法途径取得的股东的书面声明材料。

司法实践中，应注意以下问题：

(1) 适用《婚姻法解释二》第十六条规定的前提，是用于认缴该有限责任公司出资的财产是夫妻共同财产，但在公司登记里被记载在夫或妻一方之下，即虽从外表形式上看登记在一方名下，但却是夫妻关系存续期间的共同财产。

(2) 夫妻婚姻关系建立之前，一方已经作为公司股东出资于有限责任公司，其股本金虽不属于夫妻共同财产，但在夫妻关系存续期间的收益应作为婚后投资性收益，作为夫妻共同财产分割。婚后对公司新增资本的认缴依法也应认定为夫妻共同财产。

(3) 该条规定仅适用于夫妻中只有一方是该公司股东，另一方在纠纷发生时并非公司股东的情形，如夫妻均为同一有限责任公司股东的，则根据《公司法》的规定，股东之间可以相互转让其全部出资或部分出资。

(4) 《婚姻法解释二》第十六条规定适用于夫妻双方就有限责任公司的出资问题协商一致的情况。如果夫妻本身对其共同财产中在有限责任公司的出资分割问题无法达成共识，则不适用直接分割股权。考虑到公司的人合性，人民法院可以判决股权归出资一方所有，另一方可以取得相应的折价补偿。通常应在公平原则的基础上，由专业机构对公司的财产状况和财务状况进行综合评估，按照股权的实际价值决定对股东的配偶进行补偿的数额。

(5) 本条中关于许多问题的表述都是“可以”这种授权性做法，而不是必然、必须等强制性规定。因为司法实践中情况错综复杂，司法解释的规定无法穷尽一切可能出现的情况，并对其一一作出规定，只能是把一些相对比较可行的做法加以类型化，为解决实际问题提供一些方法和依据。具体应根据案件的特定情况作出分割处理。另外，如果是分割股权的，则当事人还必须按《公司法》的相关规定到有关部门办理变更手续。

3、对合伙企业中的出资的分割。根据《婚姻法解释二》第十七条的规定，涉及分割夫妻共同财产中以一方名义在合伙企业中的出资，另一方不是该企业合伙人的，当夫妻双方协商一致，将其合伙企业中的财产份额全部或者部分转让给对方时，按以下情形分别处理：(1) 其他合伙人一致同意的，该配偶依法取得合伙人地位；(2) 其他合伙人不同意转让，在同等条件下行使优先受让权的，可以对转让所得的财产进行分割；(3) 其他合伙人不同意转让，也不行使优先受让权，但同意该合伙人退伙或者退还部分财产份额的，可以对退还的财产进行分割；(4) 其他合伙人既不同意转让，也不行使优先受让权，又不同意该合伙人退伙或者退还部分财产份额的，视为全体合伙人同意转让，该配偶依法取得合伙人地位。

## 4、对在独资企业中夫妻共同财产的分割

根据《婚姻法解释二》第十八条的规定，夫妻以一方名义投资设立独资企业的，人民法院分割夫妻在该独资企业中的共同财产时，应当按照以下情形分别处理：(1) 一方主张经营该企业的，对企业资产进行评估后，由取得企业一方给予另一方相应的补偿；(2) 双方均主张经营该企业的，在双方竞价基础上，由取得企业的一方给予另一方相应的补偿；(3) 双方均不愿意经营该企业的，按照《个人独资企业法》等有关规定办理。根据《个人独资企业法》第二十六条、第二十七条等有关规定，双方均不愿意经营该企业的，应当解散该企业并进行清算。

司法实践中，应注意投资人在婚前以个人财产或婚后以个人婚前财产或婚后个人财产出资设立个人独资企业的，该企业的投资部分属于投资人的个人财产。但婚姻关系存续期间因生产经营所得收益应属于夫妻共同财产，夫妻离婚时只应对经营企业所得收益进行分割，而不能对企业财产进行分割。

## 5、对夫妻公司财产的分割

在离婚案件中处理有关夫妻公司问题时，可以参考公司登记中载明的投资比例状况作为划分财产所有权份额的依据，但也不必然。因为夫妻关系的特殊性可能会导致工商登记载明的投资比例并不真实，如一方提出异议，应根据其举证情况作出综合认定。对于夫妻公司的处理，应与《公司法》相衔接，离婚后夫妻双方都有经营能力，并且也都愿意继续共同经营的，可根据《婚姻法》有关处理夫妻财产的规定，直接分割双方的股权比例；夫妻双方都不愿意继续

经营的，可解散公司进行清算，对公司剩余财产按《婚姻法》规定分割；夫妻一方要求经营公司，另一方要求退出公司的，可考虑通过股权转让的方式解决，使退出一方的补偿获得实现。

#### 四、夫妻家事代理权

《婚姻法》第十七条第二款规定：“夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。”该规定充分体现了男女平等的原则。但平等并不意味着所有的事务均需双方对外亲自处理，这既不现实也不可能。为此，《婚姻法解释一》第十七条第（一）项进一步明确“夫或妻在处理夫妻共同财产上的权利是平等的，因日常生活需要而处理夫妻共同财产的，任何一方均有权决定”。该规定明确了夫妻对日常生活事务的家事代理权，也即夫妻一方因日常事务在与第三人进行民事交往时所为法律行为，视为夫妻共同的意思表示，配偶他方需承担连带责任。但该条第（二）项同时又规定“夫或妻非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定，夫妻双方应当平等协商，取得一致意见。他人有理由相信其为夫妻双方共同意思表示的，另一方不得以不同意或不知道为由对抗善意第三人”。因此，当涉及夫妻一方对外所为民事法律行为效力与责任承担时，首先需判断该行为是属于日常生活还是非日常生活范畴，然后根据法律规定确定其效力与责任承担。一般来说，涉及家庭柴米油盐事务自然系日常生活，但如涉及住、行、子女教育等事务自然应夫妻互商互量。

与家事代理有关的纠纷常见的一类是对夫妻共有房屋的处理。夫妻一方将属于夫妻共有的房屋售与他人，买受人要求夫妻履行合同，而夫妻一方或双方往往以出售行为未与配偶协商，不符合婚姻法和司法解释的规定为由进行抗辩。我们认为，夫妻一方对房屋的处理应不属于日常生活范畴，故如果确实出售方未与配偶协商，私自出售自当认定为无权处分，协议无效。但如果买受人有证据证明其有理由相信该出售行为系夫妻双方的意思表示，且其是善意购买人，则夫妻一方的出售行为构成表见代理，该售房行为合法有效。

### 第七章 离婚债务的处理

当前，离婚案件中债务的认定和处理是司法实践中难点和热点问题，处理不当，极易导致矛盾激化和涉法上访。同时，法官在处理类似问题时，普遍感到离婚案件中虚假债务现象较为普遍，因此，如何有效防止离婚时的虚假债务，是每个审理离婚案件的法官最感棘手的问题。一些当事人离婚时，财产或债权并不多，但债务远远超过财产，法官无论是认定这些债务，还是否定这些债务往往觉得心里没底，因为很多债务都是亲戚朋友之间打的白条。之所以出现这一现象，与现行法律规定有关联。从《婚姻法解释二》第二十四条规定来看，它把债务是否形成于夫妻关系存续期间作为判断标准，虽然有利实务操作，却被不诚信者所利用。因此，涉及夫妻共同债务问题，法官首先需判断此债务是否客观真实，如主张方提供的证据不足认定，则应否定债务的真实性。如债务真实性无法否定，法官应重点考虑该债务是否为夫妻共同债务。

#### 一、关于夫妻共同债务的判定标准

确认婚姻关系存续期间的债务属于夫妻个人债务还是夫妻共同债务，一般可以从以下两个方面进行判断：

1、夫妻有无共同举债的合意。这是从夫妻双方的意思表示来认定夫妻共同债务。夫妻关系存续期间，只要夫妻双方有共同举债的意思表示，不论该债务的用途如何，也不论该债务所带来的利益是否为夫妻共享，均应认定为夫妻共同债务。

2、夫妻是否分享了债务所带来的利益。尽管夫妻事先或事后均没有举债的合意，但该债务发生后，夫妻双方共同分享了该债务所带来的利益，如用于家庭共同生活经营，则同样应视其为夫妻共同债务。

#### 二、关于夫妻共同债务的范围

根据《婚姻法解释二》及《离婚财产分割意见》的有关规定，婚姻关系存续期间，夫妻共同债务一般包括以下几类：

- 1、夫妻为共同生活需要所负的债务。这里的夫妻共同生活，是指夫妻双方以衣、食、住、行等方面为内容的生活。
- 2、夫妻一方或者双方为履行法定扶养、抚养、赡养义务所负的债务。
- 3、夫妻为继承遗产或接受赠与所负的债务。根据《婚姻法》第十七条的规定，婚姻关系存续期间继承或赠与所得的财产属于夫妻共同财产。根据权利义务相一致的原则，因继承或赠与而附随发生的债务，也应当认定为夫妻共同债务。
- 4、为支付夫妻一方或双方的教育、培训费用所负的债务。
- 5、夫妻一方或者双方行使共同财产管理权过程中所负的债务。如修缮共有房屋、维修共有车辆所发生的债务。
- 6、为支付正当必要的社会交往费用所负的债务。
- 7、夫妻协议约定为共同债务的债务。
- 8、未成年子女对他人侵权所负的债务。严格说，这类债务不是夫妻一方或者双方所为，也不是夫妻所负的债务，但作为法定监护人的父母有义务承担未成年子女所负的债务。

下列债务应认定为个人债务：

1、夫妻一方的婚前债务。如夫妻一方为购置房屋负担的债务，该房屋没有用于婚后共同生活的，应当认定为个人债务。但根据《婚姻法解释二》第二十三条的规定，债权人就一方婚前所负个人债务向债务人配偶主张权利的，人民法院不予支持。但债权人能够证明所负债务用于婚后家庭共同生活的除外。也就是说，如果夫妻一方婚前所负债务用于婚后家庭共同生活，则应转化为夫妻共同债务，由夫妻共同偿还。

2、夫妻一方未经对方同意，擅自资助没有扶养、抚养、赡养义务人所负的债务。

3、夫妻一方未经对方同意，独自筹资从事生产或者经营活动所负债务，且其收入确未用于共同生活的。

4、遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产，附随该遗嘱或赠与合同的债务也应为夫或妻一方的债务。

5、夫妻双方约定由个人负担的债务。夫妻双方将本属于夫妻共同的债务约定由一方负担，该约定只对夫妻双方有约束力，对第三人不产生法律效力，除非第三人事先知道该约定或事后追认该约定。

6、夫妻一方个人不合理的开支。如赌博、吸毒所负债务。

7、其他依法应由个人负担的债务。如夫妻一方实施违法犯罪行为所负的债务。

三、夫妻共同债务的举证责任

关于夫妻债务问题，涉及两重法律关系：一是离婚时夫妻债务在夫妻之间如何承担的内部关系，二是债权人向夫妻双方求偿时形成的外部法律关系。

#### （一）内部关系

此种情形经常出现在离婚诉讼中，一方当事人持欠条甚至持已生效的债务纠纷判决书、裁定书或调解书，主张该债务为夫妻共同债务，而另一方当事人则主张该债务系伪造或者为举债一方的个人债务。

对此问题的处理应按照诉讼的一般原理，即谁主张谁举证。如果举债方要求对方共同承担债务，必须举证证明该债务是用于家庭共同生活或基于双方合意所借。即便一方持已生效的债务纠纷法律文书作为证据，也只能认定该债务的真实性已得到确认，但对债务的性质仍应举证，以防止举债方与债权人合谋伪造虚假债务。在举债方提供充分证据证明后，对方否认的，同样应提供反驳证据。

#### （二）外部关系

确认夫妻内部债务问题相对容易，当前突出问题在于夫妻债务的外部关系当中。前已所述，《婚姻法解释二》第二十四条规定：“债权人就婚姻关系存续期间夫妻以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务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的除外。”该条确立了夫妻债务外部法律关系中应以债务形成时间为共同债务的判断依据。即债权人只要证明该债务形成于夫妻关系存续期间，夫妻双方应当共同对外承担偿还责任。夫妻一方否定责任承担的，需从两个方面进行抗辩：债权人与债务人明确约定为个人债务；债权人知道夫妻为约定财产制情形。由此可见，司法解释将债务性质的证明责任归由夫妻一方承担。该解释更多是从维护交易秩序安全的角度所作的利益衡量，对于夫妻债务的认定标准简便易操作。但实务中该条为一些不诚信的人所利用，夫妻一方与债权人串通损害另一方配偶的利益的情形时有发生。配偶一方非举债关系当事者，欲证明债权人与债务人是否明确约定为个人债务几乎不可能，而且我国夫妻约定财产制缺乏公示制度，第三人知道夫妻进行了共同财产的约定或配偶一方证明第三人知道其夫妻财产约定根本无从着手，无从考证。因此，《婚姻法解释二》对债权人利益保护较为有利，但对非举债的夫妻一方的利益保护不利。《婚姻法解释三》（征求意见稿）注意到了实践中的问题，在征求意见的过程中，提出了另一种观点：“离婚时或离婚后，夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义所负的债务，举债的夫妻一方或债权人能够证明所负债务基于夫妻合意或者用于家庭共同生活、经营的，应当认定为夫妻共同债务。”由此可见，最高人民法院对夫妻共同债务的认定欲重回《婚姻法解释二》之前的认定标准，以更好保护非举债的夫妻一方的利益。但这一改变事属重大，虽对受害一方有利，但却有违现代民法优先保护交易安全的理念。孰轻孰重，难以取舍。最终出台的《婚姻法解释三》中这一条未见其踪影，足以证明最高人民法院慎重从事。我们认为，在当前形势下，人民法院对夫妻债务外部关系的认定上应以坚持《婚姻法解释二》确立的标准为原则，但同时应结合《婚姻法》的有关规定予以恰当的认定，即当配偶一方举证证明该债务非用于家庭共同生活的，应当排除配偶对债务承担连带之责。当然在这里，配偶应当承担举证责任，法官应根据配偶所举证据进行综合分析认定。

目前在司法实践中，应注意以下几个问题：

1、婚姻当事人内部关于对夫妻存续期间所得的财产归各自所有、对所发生的债务由各自承担的约定，对婚姻当事人之间具有约束力，但如果债权人不知道这种约定，则该约定对债权人不产生约束力，债权人可以向夫妻双方主张权利，仍应以夫妻存续期间所得财产承担责任。

2、根据《婚姻法解释二》第二十五条的规定，当事人的离婚协议或者人民法院的判决书、裁定书、调解书已经对

夫妻财产分割问题作出处理的，债权人仍有权就夫妻共同债务向男女双方主张权利。双方对共同债务承担连带责任，一方对共同债务承担连带清偿责任后，可以基于离婚协议或者人民法院的法律文书向另一方追偿。

3、根据《婚姻法解释二》第二十六条的规定，夫或妻一方死亡的，生存一方应当对婚姻关系存续期间的共同债务承担连带清偿责任。

## 第八章 离婚后子女抚养

### 一、离婚后子女抚养权问题

#### (一) 确定子女抚养权的因素

为了充分保证子女的健康成长，人民法院在确定子女抚养权时应综合考虑多种因素，根据法律的规定、立法的原则和精神，从子女利益最大化的角度，慎重作出决定。具体而言，应综合考虑下列因素：

1、直接抚养人的抚养能力。抚养能力应包括抚养人的健康状态、个人品格、受教育程度、经济能力、居住条件和职业状况等因素在内。因为这些因素往往会牵涉到抚养人能否充分行使及负担对子女的权利义务，因此应是首先考虑的因素。

2、抚养子女的意愿及对子女的感情和态度。因为这些因素关系到抚养人未来是否愿意付出心血，努力谋求子女最大幸福，因此是决定子女直接抚养人应考量的重要因素。

3、子女的年龄和性别。一般情况下，年幼的子女适宜由母亲照顾，而同性别的子女与父母间的沟通较便利和自然，也符合性别发展的规律。因而，可由母亲抚养年幼的子女，而当子女成熟至性别认同阶段，再根据子女意愿考虑由同性别的父亲或母亲抚养。

4、子女受教育环境的继续性和适应性。应考虑子女成长环境及父母所提供照顾的稳定性及继续性的问题，尽量维持子女在父母离婚前后的成长环境（如近亲属照顾、家庭环境和学校或社区等成长环境）的相似或一致。

5、其他可供参考的因素。如近亲属协助照顾的意愿和能力，子女对双方近亲属的依赖关系和感情等。

#### (二) 确定子女抚养权的具体情形

《婚姻法》第三十六条第三款规定：“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的，由人民法院根据子女的利益和双方的具体情况判决。”《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》（以下简称《离婚子女抚养意见》）对审理离婚后子女抚养问题作出具体规定。人民法院审理离婚案件，对子女抚养问题，应根据《婚姻法》及《离婚子女抚养意见》，从有利于子女身心健康，保障子女的合法权益出发，结合父母双方的抚养能力和抚养条件等具体情况妥善解决。

#### 1、哺乳期内子女的抚养权归属

根据《离婚子女抚养意见》第一条的规定，两周岁以下的子女，一般随母方生活。母方有下列情形之一的，也可随父方生活：

- (1) 患有久治不愈的传染性疾病或其他严重疾病，子女不宜与其共同生活的；
- (2) 有抚养条件不尽抚养义务，而父方要求子女随其生活的；
- (3) 因其他原因，子女确无法随母方生活的。

《离婚子女抚养意见》第二条规定：“父母双方协议两周岁以下子女随父方生活，并对子女健康成长无不利影响的，可予准许。”

#### 2、哺乳期后子女的抚养权归属

哺乳期后的子女即两周岁以上的未成年子女。对这个年龄段的未成年子女的抚养权归属问题，首先应由父母双方协商确定，协商不成的，由人民法院综合子女的权益、双方的抚养能力、抚养条件等各方面因素作出判决。

(1) 根据《离婚子女抚养意见》第三、四条的规定，对于两周岁以上未成年子女，父方和母方均要求随其生活，一方有下列情形之一的，可予优先考虑：

- ① 已做绝育手术或因其他原因丧失生育能力的；
- ② 子女随其生活时间较长，改变生活环境对子女健康成长明显不利的；
- ③ 无其他子女，而另一方有其他子女的；

④ 子女随其生活，对子女成长有利，而另一方患有久治不愈的传染性疾病或其他严重疾病，或者有其他不利于子女身心健康的情形，不宜与子女共同生活的；⑤ 父方与母方抚养子女的条件基本相同，双方均要求子女与其共同生活，但子女单独随祖父母或外祖父母共同生活多年，且祖父母或外祖父母要求并且有能力帮助子女照顾孙子女或外孙子女的，可作为子女随父或母生活的优先条件予以考虑。

#### (2) 考虑子女意见确定

根据《离婚子女抚养意见》第五条的规定，如果子女是已满十周岁的未成年人，父母双方对子女随父或随母生活

发生争执时，应考虑该子女的意见，因为十周岁以上的子女已经具备初步辨识能力及责任能力。

### (3) 协议子女轮流随父母生活

根据《离婚子女抚养意见》第六条的规定，婚姻当事人在离婚后如仍在同一地区居住生活，在不改变子女学习环境和不影响子女生活安定的情况下，父母双方可以协议轮流抚养子女。

### (4) 在离婚诉讼中争抢或拒绝抚养子女

如果在离婚诉讼期间，当事人双方均争抢或拒绝抚养子女的，根据《离婚子女抚养意见》第二十条的规定，人民法院可先行裁定暂由一方直接抚养，待离婚案件审理终结，再确定子女随哪一方生活，以保障离婚诉讼的顺利进行。

值得注意的是，在由于一方的过错而导致的离婚案件中，若双方发生争养子女的纠纷时，不能一概剥夺过错方对子女的抚养权。抚养教育子女是父母双方的法定权利义务，子女的利益不能因父母婚姻的破裂而受到损害。那种不顾当事人的实际情况，将未成年子女一律判归无过错方直接抚养，以此作为对过错方的惩罚和对无过错方的补偿的做法是错误的，其实是在漠视子女的利益。当然，如果父母一方曾经存在对子女的不当行为或不法行为时，如虐待或伤害子女、恶意不履行抚养义务等，则不宜令其直接抚养子女。

## 3、继子女与养子女的抚养权归属

(1) 根据《离婚子女抚养意见》第十三条的规定，生父与继母或生母与继父离婚时，对曾受其抚养教育的继子女，继父或继母不同意继续抚养的，仍应由生父母抚养。

(2) 根据《离婚子女抚养意见》第十四条的规定，在《中华人民共和国收养法》（以下简称《收养法》）施行前，夫或妻一方收养的子女，对方未表示反对，并与该子女形成事实收养关系的，离婚后，应由双方负担子女的抚育费；夫或妻一方收养的子女，对方始终反对的，离婚后，应由收养方抚养该子女。而在《收养法》施行之后，收养应当向县级以上人民政府民政部门登记，收养关系自登记之日起成立，不再存在事实收养关系。养父母离婚后，双方均仍有义务抚养养子女，按照上述子女抚养问题的确定方法确定子女抚养权的归属。

### (三) 子女抚养权的变更

未成年子女抚养权的变更通常有两种情况：1、父母双方协议变更子女的抚养权；2、一方要求变更子女的抚养权。

对于第1种情况，如果变更抚养权有利于子女的健康成长和合法权益，则应准许双方协议。对于第2种情况，根据《离婚子女抚养意见》第十六条的规定，如果有下列情形之一的，人民法院也应当准予变更：

- 1、与子女共同生活的一方因患严重疾病或因伤残无力继续抚养子女的；
- 2、与子女共同生活的一方不尽抚养义务或有虐待子女行为，或其与子女共同生活对子女身心健康确有不利影响的；
- 3、十周岁以上未成年子女，愿随另一方生活，该方又有抚养能力的；
- 4、有其他正当理由需要变更的。

## 二、子女抚养费问题

《婚姻法》第三十七条规定：“离婚后，一方抚养的子女，另一方应负担必要的生活费和教育费的一部或全部，负担费用的多少和期限的长短，由双方协议；协议不成时，由人民法院判决。关于子女生活费和教育费的协议或判决，不妨碍子女在必要时向父母任何一方提出超过协议或判决原定数额的合理要求。”这是对离婚后子女抚养费的规定，《婚姻法解释三》再次明确了“婚姻关系存续期间，父母双方或一方拒不履行抚养子女义务的，未成年子女或不能独立生活的子女请求支付抚养费的，人民法院应予支持。”上述两条规定相结合，更为有利地保护了子女的合法权益。至于子女抚养费的确定应以满足子女生活和教育需要为着眼点，结合父母双方的负担能力和当地的实际生活水平确定。

### (一) 子女抚养费数额的确定

根据《婚姻法解释一》第二十一条的规定，抚养费包括子女生活费、教育费、医疗费等费用。根据《离婚子女抚养意见》第七条的规定，确定子女抚养费数额区分以下几种情形：

1、有固定收入的，抚养费一般可按其月总收入的20%至30%的比例给付。负担两个以上子女抚养费的，比例可适当提高，但一般不得超过月总收入的50%；2、无固定收入的，抚养费的数额可依据当年总收入或同行业平均收入，参照上述比例确定；

3、有特殊情况的，可适当提高或降低上述比例。

### (二) 子女抚养费的给付期限

1、根据《离婚子女抚养意见》第十一条的规定，抚养费的给付期限，一般至子女十八周岁为止。十六周岁以上不满十八周岁，以其劳动收入为主要生活来源，并能维持当地一般生活水平的，父母可停止给付抚养费。

2、根据《婚姻法解释一》第二十条的规定，对于尚在校接受高中及其以下学历教育，或者丧失或未完全丧失劳动能力等非因主观原因而无法维持正常生活的成年子女，父母仍应负担必要的抚养费。

3、关于成年子女索要高校学费的问题

《离婚子女抚养意见》第十二条规定：“尚未独立生活的成年子女有下列情形之一的，父母又有给付能力的，仍应负担必要的抚育费：（1）丧失劳动能力或虽未完全丧失劳动能力，但其收入不足以维持生活的；（2）尚在校就读的；（3）确无独立生活能力和条件的。”也就是说，该条司法解释是把尚在校就读的成年子女纳入父母应给付抚养费范围的。《婚姻法解释一》第二十条规定：“《婚姻法》第二十一条规定的‘不能独立生活的子女’，是指尚在校接受高中及其以下学历教育，或者丧失或未完全丧失劳动能力等非主观原因而无法维持正常生活的成年子女。”很显然该条司法解释将尚在大学就读的成年子女排除在“不能独立生活的子女”之外了。两个司法解释的规定不一致，按照新法优于旧法的原则，应以《婚姻法解释一》的规定为准。制定该条司法解释的初衷是考虑大学教育并非义务教育，接受高等教育，是一种智力投资，在知识经济时代实际上就是就业投资，接受的教育程度越高深，就业条件就越优越。这项投资的直接受益人是子女自己，依照权利和义务相一致的原则，子女应为自己的预期可得利益作出相应的付出，即自己承担继续深造的费用，因此负担大学费用不应成为父母的法定义务，有经济能力的父母为其子女支付大学费用只属道德上的义务，其目的是鼓励成年子女勤工俭学，凭自己的劳动收入完成大学教育。

### （三）子女抚养费的给付方式

1、根据《离婚子女抚养意见》第八条的规定，抚养费原则上应定期给付，有条件的可一次性给付。

2、根据《离婚子女抚养意见》第九条的规定，对一方无经济收入或下落不明的，可用其财物折抵子女抚养费。此外，给付方从事农业生产或其他生产经营活动，没有固定收入的，可以按季度或年度支付现金或实物。

### （四）子女抚养费的变更

#### 1、抚养费的增加

根据《婚姻法》第三十七条第二款的规定，子女生活费和教育费的协议或判决，不妨碍子女在必要时向父母任何一方提出超过协议或判决原定数额的合理要求。根据《离婚子女抚养意见》第十八条的规定，子女要求增加抚养费有下列情形之一的，父或母有给付能力的，应予支持：

- （1）原定抚育费数额不足以维持当地实际生活水平的；
- （2）因子女患病、上学，实际需要已超过原定数额的；
- （3）有其他正当理由应当增加的。

#### 2、抚养费的减少或免除

抚养费的确定既要考虑子女的实际需要，又要考虑父母的实际负担能力。当一方确实无力按照判决或者协议给付抚养费时，可以请求减少或免除。

需要指出的是，负担继子女的生活费或者教育费，不是未形成抚养教育关系的继父或继母的法定义务，如果继父或者继母不愿意负担，生父或者生母还应当继续承担抚养费。负有给付义务的一方，也不得因子女变更姓氏而拒付子女抚养费。

### 三、离婚后子女探望权问题

#### （一）审理探望权纠纷案件的基本原则

1、子女利益优于权利保障的原则。在审理中应当首先考虑如何更有利于子女健康成长来确定探望权的内容。如果探望的时间、地点和方式违背子女本人意愿或影响其生活和学习，探望权人的权利保障应当让位于子女的利益，因为这不仅是探望权的核心精神，也是双方当事人的利益共同点。

2、着重调解的原则。把调解工作贯穿于案件审理的全过程，尽可能促成双方当事人协商一致。即使不能达成调解协议，也应当充分听取双方意见，力争最大限度地协调双方意志，增加判决内容中的当事人合意，以减少将来执行的障碍。

探望权的行使可能会随着子女成长和父母双方的实际情况发生一些变化，比如父母一方工作调动、子女学习环境发生变动等，因此涉及探望权的判决，我们建议不宜过细，以免不具可行性。具体情况发生变化，可在执行中协商变更为妥。

#### （二）探望权的行使主体

1、一般主体 探望权行使的权利主体为不随子女生活的父母一方，义务主体是随子女生活的父母一方。

2、特殊主体 这里主要指未成年人的祖父母或外祖父母。由于没有直接的法律依据，人民法院对此类案件的处理各有不同。根据《婚姻法》第三十八条的规定，享有探望权的主体是不直接抚养子女的父或母。探望权的产生以父母双方婚姻关系的解除为前提条件，以不直接抚养子女为必要条件。祖父母、外祖父母探望孙子女、外孙子女应当是合情合理的，但不是法律调整的范围，《婚姻法》只是规定人们在婚姻家庭领域中所必须遵守的基本准则，还有诸多问题有赖于通过道德规范、风俗习惯来加以调整，婚姻家庭问题中涉及当事人感情、隐私、风俗习惯等方方面面，公权介入太多未必有利于婚姻家庭关系的稳定。鉴于祖父母、外祖父母到人民法院起诉请求保护其探望孙子女、外孙子

女的权利缺乏相应的法律依据，人民法院应当裁定驳回起诉。

(三) 探望权的行使方式 《婚姻法》第三十八条规定：“离婚后，不直接抚养子女的父或母，有探望子女的权利，另一方有协助的义务。行使探望权利的方式、时间由当事人协议；协议不成时，由人民法院判决。”当事人在协议离婚或者在判决离婚时，应当对探望权的行使协商一致，明确约定探望的时间、地点、次数等等。目前，在实践中行使探望权的方式一般有两种：一种为探望性探望，即不与子女共同生活的一方到对方家中或者指定的地点进行探望，这种方式时间短，方式灵活且没有脱离直接抚养方能够监护的范围，容易为直接抚养方所接受；另一种为逗留性探望，即可在约定时间内或人民法院判定的探望时间内，由探望权人领走并按时送回未成年子女。为了使探望能够顺利进行，首先应以双方都能接受的方式协商决定探望的方式。协商不成时，则应考虑子女意愿和父母双方的具体情形，决定以何种方式探望子女。最终无论采取何种方式，都要以不影响子女的学习、生活为前提。在行使探望权的方式上，当事人应积极达成协议，这样有利于双方配合实施。如达不成协议，则由人民法院判决。享有探望权的一方在行使探望权时，另一方应当协助，如果另一方妨碍探望权的行使，受害人可以侵权为由要求排除妨碍，确保探望权的实现。

司法实践中，需注意两个问题：

1、对于以往的离婚中没有涉及子女探望权的，根据《婚姻法解释一》第二十四条的规定，人民法院作出的离婚判决中未涉及探望权，当事人就探望权问题单独提起诉讼的，人民法院应予受理。所以，不管是登记离婚还是诉讼离婚，只要没有对探望权作出处理，当事人都可以提起诉讼，通过法律手段解决探望权问题。

2、对于离婚诉讼中当事人并未主张探望权，人民法院应否一并判决的问题。我们认为，当事人在诉讼中不主张探望权，既可能基于对法律的不了解，也有可能根本不愿主张。对此，人民法院应本着彻底解决纠纷的原则，可对当事人予释明。如释明后当事人仍不主张，则基于不告不理原则，可不予处理。

#### (四) 探望权的中止与恢复

##### 1、探望权的中止

探望权的中止，是指探望权人符合探望权中止的法定事由时，由人民法院判决探望权人在一定时间内中止行使探望权的法律制度。探望权是探望权人的法定权利，法律应该保护探望权人的探望权，但是探望权也涉及到抚养方和子女的利益，可能损害子女的合法权益，因此有必要从立法上加以限制。

##### (1) 探望权中止的事由

结合司法实践并根据《婚姻法》第三十八条第三款关于“不利于子女身心健康”的规定，下列情形构成中止探望权的事由：

- ①患有严重精神病或尚未治愈的严重传染性疾病的；
- ②对子女实施家庭暴力或虐待子女的；
- ③探望权人与子女关系严重恶化，子女坚决拒绝探望的；
- ④探望权人不按协议或判决确定的时间、地点、方式探望，严重影响子女生活、学习的；
- ⑤探望权人教唆、胁迫、引诱子女实施不良行为或违法犯罪行为的；
- ⑥探望权人发现子女有不良行为或违法犯罪行为不教育制止的；
- ⑦其他不利于子女身心健康的情形。

需要注意的是，“不利于子女身心健康”是探望权中止的法定事由。不利于子女身心健康，包括子女的身体、精神、道德或感情的健康。一方不负担抚养费或未按期给付抚养费的情况，不能成为中止探望权的事由。

##### (2) 探望权中止的程序

探望权人存在不利于子女身心健康的情形，享有中止探望权请求权的人可以向人民法院申请中止探望权人的探望权。根据《婚姻法解释一》第二十六条的规定，未成年子女、直接抚养子女的父或母及其他对未成年子女负担抚养、教育义务的法定监护人，有权向人民法院提出中止探望权的请求。根据《婚姻法解释一》第二十五条的规定，请求权人提出中止探望权的申请后，人民法院应依法进行审理，并在征询双方当事人意见后，认为需要中止行使探望权的，依法作出裁定。

##### 2、探望权的恢复

《婚姻法解释一》第二十五条规定：“中止探望的情形消失后，人民法院应当根据当事人的申请通知其恢复探望权的行使。”探望权的中止，仅是暂时性地对探望权人探望子女的权利加以限制，并非完全剥夺，待中止的事由消灭后，还应依法恢复。要恢复探望的权利，其前提条件是“不利于子女身心健康”的情形完全消失，而且即使中止探望权的事由消失，也不能自行恢复，而应由探望权人向人民法院提出请求，由人民法院依法作出恢复探望权的决定。

司法实践中，应注意一个问题，即当事人提出的有关探望权中止行使和恢复行使的权利主张，不属于一个独立的新的诉讼，而是在履行有关生效法律文书过程中发生的事情，是执行程序阶段出现的问题。根据司法解释的规定，人



民法院就中止探望权问题需以裁定形式作出，关于恢复探望权问题是以通知形式作出。

#### (五) 探望权的强制执行

探望权人的探望权受法律保护，任何人不得阻挠或干涉，直接抚养子女的一方就对方探望权的行使负有协助的义务。根据《婚姻法》第四十八条的规定，对拒不执行有关探望子女等判决或裁定的，人民法院得依法强制执行，有关个人或单位负有协助执行的责任。由于探望权涉及子女人身问题，为避免强制执行中的偏差，《婚姻法解释一》第三十二条又进一步规定：“婚姻法第四十八条关于对拒不执行有关探望子女等判决和裁定的，由人民法院依法强制执行的规定，是指对拒不履行协助另一方行使探望权的有关个人和单位采取拘留、罚款等强制措施，不能对子女的人身、探望行为进行强制执行。”也就是说，直接抚养子女的一方拒不履行有关探望权的生效法律文书的，另一方可申请强制执行，人民法院首先应对不履行义务的一方进行教育，责令其履行义务，仍不履行义务的，可采取罚款、拘留等强制措施，但不能对探望行为强制执行，更不能对子女的人身强制执行。

司法实践中，应坚持以下原则：

1、依法执行的原则。在强制执行过程中，执行人员应严格按照法律的规定执行，不得采取暴力、恫吓、威胁、哄骗等不法手段。

2、教育与强制相结合的原则。在强制执行过程中，要把思想教育和法制宣传贯穿始终，切实做好疏导教育工作，促使当事人自觉履行协助义务，以最大限度减少对子女的不良影响。同时，在教育无效的情况下，应坚决依法对被执行人采取强制措施。

## 第九章 离婚损害赔偿

### 一、离婚损害赔偿的构成要件

离婚损害赔偿是新修订的《婚姻法》确立的一项新制度，该制度较为有效保护了婚姻关系中无过错方的利益。因此实践中应当用好这一制度。什么情况下可以提出离婚损害赔偿，《婚姻法》作了明确规定：

#### (一) 一方实施了法定过错行为

《婚姻法》第四十六条规定了四种情形：1、重婚的；2、有配偶者与他人同居的；3、实施家庭暴力的；4、虐待、遗弃家庭成员的。只有具备上述情形，无过错方才有权请求损害赔偿。

#### (二) 因一方实施的法定过错行为导致离婚

离婚损害赔偿是以离婚为条件的，如果婚姻双方没有离婚，即使一方存在上述法定过错行为，另一方也不可提出离婚损害赔偿。《婚姻法解释一》第二十九条第二款规定：“人民法院判决不准离婚的案件，对于当事人基于婚姻法第四十六条提出的损害赔偿请求，不予支持。”因此，如果人民法院判决不准离婚，即使一方当事人存在法定过错行为，另一方的离婚损害赔偿请求也不能得到支持。

#### (三) 需另一方无过错

根据《婚姻法解释一》第二十九条第一款的规定，只有无过错方才有权请求损害赔偿，如果夫妻双方都有《婚姻法》第四十六条规定的过错情形的，《婚姻法解释三》第十八条规定人民法院对任何一方当事人主张离婚损害赔偿的请求，均不予支持。

#### (四) 无过错方存在损害后果

损害后果包括物质损害和精神损害。

#### (五) 法定过错行为与双方离婚后果之间有因果关系

双方离婚是法定过错行为造成的，则无过错方可提出损害赔偿，如果双方是因其他原因导致离婚，则不能主张离婚损害赔偿。

### 二、离婚损害赔偿请求权的行使

#### (一) 无过错方作为原告行使离婚损害赔偿请求权的期限

《婚姻法解释一》第二十九条第三款规定：“在婚姻关系存续期间，当事人不起诉离婚而单独依据该条规定提起损害赔偿请求的，人民法院不予受理。”根据《婚姻法解释一》第三十条的规定，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。符合《婚姻法》第四十六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。因此，权利人主张损害赔偿的，应当在起诉离婚时提出或在离婚诉讼中经人民法院书面告知其权利后随即提出。逾此期限，视为放弃该权利。

#### (二) 无过错方作为被告行使离婚损害赔偿请求权的期限

根据《婚姻法解释一》第三十条的规定，符合《婚姻法》第四十六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，可以在离婚后一年内就此单独提起诉讼。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》第四十六条规定提出损害赔偿请求，二审期间提出的，人民法院

应当进行调解，调解不成的，告知当事人在离婚后一年内另行起诉。逾期提出的，人民法院不予支持。

### (三) 登记离婚后无过错方向人民法院请求离婚损害赔偿的期限

根据《婚姻法解释二》第二十七条的规定，当事人在婚姻登记机关办理离婚登记手续后，以《婚姻法》第四十六条规定为由向人民法院提出损害赔偿请求的，人民法院应当受理。但当事人在协议离婚时已经明确表示放弃该项请求，或者在办理离婚登记手续一年后提出的，不予支持。

### 三、离婚损害赔偿的责任主体

《婚姻法解释一》第二十九条第一款规定：“承担婚姻法第四十六条规定的损害赔偿责任的主体，为离婚诉讼当事人中无过错方的配偶。”因此，离婚损害赔偿的责任主体是无过错方的配偶，第三者不是离婚损害赔偿的责任主体。

### 四、离婚损害赔偿数额的确定

离婚损害赔偿包括物质损害赔偿和精神损害赔偿。物质损害赔偿，应当以赔偿实际损失为原则。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若干问题的解释》的有关规定。在确定具体赔偿数额时，应考虑下列因素：

1、赔偿数额应该能够足以抚慰受害人遭受的心灵上的创伤和精神上的痛苦。这要考虑对方过错程度、侵权行为程度等因素，并考虑受诉法院所在地平均生活水平为必要。

2、考虑加害人的经济负担能力，体现出对加害人有效的制裁，不能数额过高无法承受，也不能过低体现不了制裁的性质。

3、赔偿数额应当考虑受害人的过错在导致离婚后果的原因力大小，分清主次原因，以此确定赔偿主体的责任。

4、考虑过错方侵害的手段、场合等具体情节，以及造成的社会影响程度，综合分析。

最后，离婚损害赔偿是一方实施损害夫妻感情、破坏婚姻家庭的一种行为，故应以过错一方的个人财产承担赔偿责任。

### 五、关于生育权的问题

所谓夫妻之间侵害生育权的行为，实际上多数时候并非是侵权，而是夫妻生育权行使的冲突。由于生育权具有人格权的属性，且需夫妻协力完成，所以在生育理念上存在分歧时冲突在所难免。

是否生育，公权力难以介入，因此在双方产生争议时，人民法院只能变通保护。根据《婚姻法解释三》第九条的规定，丈夫以妻子擅自中止妊娠侵犯其生育权为由请求损害赔偿的，人民法院不应支持。当然，夫妻双方不能在生育问题上达成合意，并不意味着丈夫的生育权永远无法实现，如果夫妻双方因生育问题发生纠纷导致夫妻感情破裂，任何一方均可以提起离婚诉讼以维护自身的权利，人民法院应依照《婚姻法》第三十二条第三款第（五）项规定的“其他导致夫妻感情破裂的情形”处理。

## 第十章 扶养、抚养和赡养关系纠纷

### 一、扶养、抚养和赡养关系概述

扶养、抚养和赡养关系纠纷是家庭案件中关于家庭成员之间的经济供养和生活扶助权利义务关系的纠纷。

1、扶养指平辈亲属之间依法发生的经济供养和生活扶助权利义务关系，主要体现为夫妻之间和兄弟姐妹之间的扶养关系。但要注意的是，我国《中华人民共和国继承法》第三十一条关于遗赠扶养协议的规定中所说的“扶养”，则不是因亲属关系而发生的，扶养人既可以是公民，还可以是集体所有制组织。

2、抚养指长辈亲属对晚辈亲属之间依法发生的经济供养和生活扶助权利义务关系，主要体现为父母与子女，祖父母、外祖父母与孙子女、外孙子女之间的抚养关系。

3、赡养指晚辈亲属对长辈亲属之间依法发生的经济供养和生活扶助权利义务关系，主要体现为子女与父母，孙子女、外孙子女与祖父母、外祖父母之间的赡养关系。

### 二、扶养、抚养和赡养关系的内容

#### (一) 扶养关系

#### 1、夫妻之间的扶养关系

《婚姻法》第二十条规定：“夫妻有互相扶养的义务。一方不履行扶养义务时，有要求对方付给扶养费的权利。”

(1) 夫妻之间扶养关系产生的确定标准。只有合法夫妻身份关系的存在，才产生夫妻之间的扶养关系。合法的夫妻是指符合结婚实质要件和形式要件的男女双方，因此夫妻之间扶养权利和义务始于婚姻缔结之日。

(2) 夫妻之间扶养关系成立条件的确定标准。夫妻通常情况下各自都有独立的经济收入，相互间不发生扶养问题，但在一方无固定收入并缺乏生活来源、丧失劳动能力生活不能自理、双方收入悬殊等情形下，夫妻一方就有权要求他方履行扶养义务。

(3) 夫妻之间扶养关系消灭的确定标准。夫妻之间扶养关系是夫妻关系存续期间夫妻间享有的权利和承担的义务，

夫妻之间扶养关系消灭的确定标准是夫妻间身份关系的解除，主要包括夫妻一方死亡和夫妻离婚。

## 2、兄弟姐妹之间的扶养

(1) 兄、姐对弟、妹的扶养关系产生的确定标准。《婚姻法》第二十九条规定：“有负担能力的兄、姐，对于父母已经死亡或父母无力抚养的未成年的弟、妹，有扶养的义务。”根据上述规定，兄、姐对弟、妹的扶养义务是有条件的：

①兄、姐有负担能力。负担能力主要指能够扶养未成年弟、妹的经济条件和监护能力。如果负有扶养义务的兄、姐死亡或者失去负担能力，对未成年弟妹的扶养义务即终止。

②父母已经死亡或无力抚养。父母已经死亡包括生理死亡和宣告死亡。根据《民法通则》第二十三条规定，公民下落不明满四年，或因意外事故下落不明从事故发生之日起满两年的，人民法院可以根据利害当事人的申请宣告该公民死亡。抚养子女是父母的共同责任，父或母一方死亡，生存方仍应当承担抚养其未成年子女的义务，同样父或母一方失去抚养能力的，如患有严重疾病失去生活自理能力的，另一方仍然有抚养子女的义务。但这种情况下，成年的子女应当协助父或母抚养自己未成年的弟、妹。当父母都已死亡或都失去抚养能力的，根据《民法通则》第十六条第二款的规定，有负担能力的兄、姐可以成为未成年弟、妹的监护人，承担抚养他们的义务。

③弟、妹需要抚养。需要扶养的弟、妹未满十八周岁，没有独立生活能力。如果他们年满十六周岁但未满十八周岁，以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为能够独立生活，就不应该由兄、姐继续承担扶养责任，但兄、姐自愿提供经济帮助的，法律不作限制。

(2) 弟、妹对兄、姐的扶养关系产生的确定标准。《婚姻法》第二十九条规定：“由兄、姐扶养长大的有负担能力的弟、妹，对于缺乏劳动能力又缺乏生活来源的兄、姐，有扶养的义务。”根据上述规定，弟、妹对兄、姐的扶养义务是有条件的：

①弟、妹有负担能力。如果弟、妹自己也缺乏劳动能力或没有经济来源，法律也不要求他们对兄、姐承担扶养责任。

②兄、姐曾扶养过弟、妹。一般是指弟、妹在未成年时，因父母死亡或者父母无力抚养而由兄、姐扶养成年的。司法实践中确定弟、妹是否系兄、姐扶养成年，是一项比较复杂的工作，应根据各类不同情况，综合分析合情合理予以确认。

③兄、姐丧失劳动能力又缺乏生活来源确实需要抚养。

## (二) 抚养关系

### 1、父母对子女的抚养

根据《婚姻法》第二十一条的规定，父母对子女有抚养教育的义务，父母不履行义务时，未成年的或不能独立生活的子女，有要求父母给付抚养费的权利。

(1) 离婚不是给付抚养费的前置条件。抚养未成年子女是父母的法定义务，法律并没有规定离婚是主张子女抚养费的前置条件，尽管夫妻双方没有离婚，子女也可以追索抚养费。如果双方最终离婚，既可以要求法院对离婚后的子女抚养问题作出处理，也可以要求另一方一并支付婚姻关系存续期间应当给付的子女抚养费。夫妻在婚姻关系存续期间采取分别财产制的，由于财产的个人所有性质，夫妻需以各自的财产履行自己抚养子女的义务。而在没有约定实行分别财产制的夫妻之间，双方在婚姻关系存续期间的所得一般为夫妻共同财产，一方以自己的收入抚养子女可以视为另一方的共同抚养，这在夫妻关系正常的情况下的确如此。但是，在夫妻分居期间，夫妻财产实际上是处于分割状态，夫妻各自控制和支配着自己使用的那部分财产，其财产状态与夫妻分别财产制或离婚后各自的财产关系相似。如果机械地理解法律，势必使一些当事人借此逃避自己应尽的法定抚养义务。父母对未成年子女的抚养义务是无条件的、强制性的，解除婚姻关系并不是父母给付子女抚养费的前提。故根据《婚姻法解释三》第三条的规定，婚姻关系存续期间，父母双方或者一方拒不履行抚养子女义务，未成年的或不能独立生活的子女请求其支付抚养费的，人民法院应予支持。

(2) “父母”包括养父母和形成抚养教育关系的继父母，“子女”包括非婚生子女、养子女和形成抚养教育关系的继子女。

(3) 再婚关系终止，无论是因为离婚或因生父或生母死亡而终止，继母或继父与继子女之间的抚养教育关系均不当然解除。

①生父与继母或生母与继父离婚时，对曾受其抚养教育的继子女，继父或继母不同意继续抚养的，子女应由生父母抚养。

②如果生父或生母死亡，在形成抚养教育关系的未成年子女无其他抚养人的情况下，一般不允许解除继父母子女关系。但生父或生母还活着，继父或继母要求解除继父母子女关系的，可以解除。

③由继父母抚养教育的继子女成年后，为维护老人的合法权益，继子女应负担赡养继父母的义务，继父母子女关系一般不允许解除。但如果双方经协商一致或者双方关系恶化无法和睦相处的，继父母或继子女提出解除继父母子女关系的，可以解除。

④未形成抚养教育关系的继父母子女关系，因双方仅为姻亲关系，在法律上不产生父母子女间的权利义务，因此在再婚关系解除或生父或生母死亡时，姻亲关系随之解除。

有关父母对子女的抚养纠纷更多出现在离婚诉讼中，包括抚养权的归属、抚养费的支付和探望权问题，前文第七节中已有详述，在此不再赘述。司法实践中，需注意以下两个问题：

#### (1) 人工授精子女的抚养权问题

由于人工授精所采用的精源不同，带来的法律问题也有所不同。如果精源来自生父，则只涉及受孕的方法问题，所生子女与正常受孕所生子女的法律地位相同。而如果精源来自生父以外的男性，人工授精所生子女，因只和母一方有自然血亲，而提供精源者与母并无婚姻关系，故只在母与子女之间存在单边的自然血亲关系，和父之间没有自然血亲关系，此种情形构成一种新类型的父母子女关系。

最高人民法院在1991年7月8日《关于夫妻关系存续期间以人工授精所生子女的法律地位的复函》中指出：在夫妻关系存续期间，双方一致同意进行人工授精，所生子女应视为夫妻双方的婚生子女，父母子女之间权利义务关系适用《婚姻法》的有关规定。该复函首先肯定了人工授精所生子女的法律地位与婚生子女的法律地位相同，由此产生的父母子女之间的权利义务关系应适用《婚姻法》有关父母子女权利义务关系的规定。其次也确立了人工授精所生子女作为夫妻双方的婚生子女的条件，即人工授精是夫妻双方一致同意的。这种一致同意的意思表示，可以是书面的，也可以是口头的。

因此，应承认夫妻双方在婚姻关系存续期间一致同意经人工授精所生子女具有婚生子女的法律地位，父一方虽然与该子女无血缘关系，仍然应对该子女尽抚养义务。

#### (2) 亲子关系诉讼问题

亲子关系诉讼是身份关系诉讼的一种，主要包括婚生子女否认之诉和非婚生子女确认之诉，即否认法律上的亲子关系或承认事实上的亲子关系。

亲子鉴定作为一种证据方法，其实施必须具有必要性与正当性。有利于子女的最佳利益构成必要性。所谓正当性，是指当事人在请求进行亲子鉴定时，已具有推论亲子关系存在与否的重要证据，使进行亲子鉴定成为正当的收集证据的手段。因此请求确认亲子关系的一方要承担与其诉讼请求相适应的举证责任，即其生父和生母有同居或受孕之可能的基本事实，只有申请人完成了行为意义上的举证责任，足以使法官产生内心确信的基础上，才能够请求进行亲子鉴定。

在处理有关亲子关系纠纷时，如果一方提供的证据能够形成合理的证据链条证明当事人之间存在或不存在亲子关系，另一方没有相反的证据又坚决不同意做亲子鉴定的，由于亲子鉴定使用的是人体生物学样本，本人是否同意鉴定、同意采样，关系到人权问题，人民法院不能强制当事人做亲子鉴定，在这种情形下，人民法院可以根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第七十五条关于“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”的规定作出处理。根据《婚姻法解释三》第二条的规定，具体情形如下：

①对婚姻关系存续期间所生育的子女，夫妻一方向人民法院起诉请求确认亲子关系不存在，并已提供必要证据予以证明的，另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定的，人民法院可以推定确认亲子关系不存在一方的主张成立。

②非婚生子女一方起诉请求确认亲子关系，并提供必要证据予以证明，另一方没有相反的证据又拒绝做亲子鉴定的，人民法院可以推定请求确认亲子关系一方的主张成立。

这里需强调的是，如何正确掌握申请亲子鉴定一方的证明责任，合理及时把握行为意义上举证责任转换的时机，是判定亲子鉴定中举证妨碍的重要条件。如果过分强调申请方的证明责任，势必使申请方的实体权利难以得到保护；但如果忽略申请方的证明责任，则可能导致权利滥用，不利于家庭关系的稳定和当事人隐私的保护。因此，此类案件的处理应注意举证责任的分配，不能机械理解“谁主张，谁举证”的原则，应根据当事人举证能力、诉讼中主张与抗辩地位的转换，科学地转移和重新分配举证责任。

#### 2、祖父母、外祖父母对孙子女、外孙子女的抚养

《婚姻法》第二十八条规定：“有负担能力的祖父母、外祖父母，对于父母已经死亡或父母无力抚养的未成年的孙子女、外孙子女，有抚养的义务。”根据上述规定，祖父母、外祖父母对孙子女、外孙子女的抚养义务是有条件的：

(1) 祖父母、外祖父母有负担能力。祖父母有负担能力的，应由祖父母承担抚养未成年孙子女的义务，外祖父母有负担能力的，应由外祖父母承担此项义务。祖父母和外祖父母都有负担能力的，应由双方协商解决，从孙子女、外

孙子女的切身利益出发，由条件较好的祖父母或外祖父母抚养较为妥当。对于已满十周岁未成年的孙子女、外孙子女，应征求其本人的意见。

(2) 孙子女、外孙子女的父母已经死亡或无力抚养。

(3) 孙子女、外孙子女未成年，需要抚养。孙子女、外孙子女尚未成年是指孙子女、外孙子女未满十八周岁，尚不能独立生活。祖父母、外祖父母对已成年的孙子女、外孙子女一般不再承担抚养义务。

### (三) 赡养关系

#### 1、子女对父母的赡养

根据《婚姻法》第二十一条第一款的规定，子女对父母有赡养扶助的义务。子女不履行赡养义务的，无劳动能力的或生活困难的父母，有要求子女付给赡养费的义务。

(1) “父母”包括养父母和继父母，“子女”包括非婚生子女、养子女和形成抚养教育关系的继子女。

(2) 收养行为被人民法院确认无效的，养子女不负有法定赡养义务；收养关系解除后，经养父母抚养的成年养子女，对缺乏劳动能力又缺乏生活来源的养父母，应当给付生活费。

(3) 继父母与已经形成抚养教育关系的继子女之间的赡养关系，不因继父母与生父母之间的婚姻关系的消灭而消灭，曾受抚养教育的继子女成年后对生活困难的继父母应尽赡养义务。

#### 2、孙子女、外孙子女对祖父母、外祖父母的赡养

《婚姻法》第二十八条规定：“有负担能力的孙子女、外孙子女，对于子女已经死亡或子女无力赡养的祖父母、外祖父母，有赡养的义务。”根据上述规定，孙子女、外孙子女对祖父母、外祖父母的赡养义务是有条件的：

(1) 孙子女、外孙子女有赡养能力。

(2) 祖父母、外祖父母的子女已经死亡或无力赡养。

(3) 祖父母、外祖父母需要赡养。对有固定收入或其他经济来源，生活上完全可以自理的祖父母、外祖父母，其孙子女、外孙子女可以免除承担赡养义务。(完)

## 六、域外资料

### 台湾家事事件法专题

#### “家事事件法”草案 立院初审通过

2011-12-02 联合报 王文玲

立法院昨天初审通过「家事事件法」草案，草案共计 200 条，为首部处理家事事件的统一法典，特色在迅速、综合、专业处理家事纷争。

家事事件具有多项特色。例如，建立社工的陪同制度，当未成年女子面对父母争夺监护权必须出庭表达意见时，新法设有社工陪同出庭协助，由社工协助孩子认识法庭，并能充分表达意见。

其次是设家事调查官，调查官依法官命令，专业调查家事纷争背后隐藏的问题，或引入社会资源处理家事事件。

三，建立合并审理制度，纠纷一次解决。过去离婚者一方不付子女抚养费，他方就已经代付的款项，须打民事诉讼请求返还「不当得利」，还未付的，得打家事诉讼要回，十分麻烦；新法规定都归家庭处理，民众不必再奔波。

四，订有「暂时处分」制度。例如母亲请求父亲给付生活费官司中，子女上学需注册费，法院可命父亲暂付，母亲无须先缴担保金；又在监护权官司中，父母一方欲将孩子带离台湾，法官可通知境管局暂时不准。

五，新设履行劝告、履行确保制度。如果巴西男童吴忆桦事件发生在今天，法院可依声请在执行交付孩子前，引入专业的心理、社会资源，先行劝说，减少冲突。交付子女、会面交往，也要求以最符合未成年子女利益的方式来执行。

#### 保障弱势 家事诉讼合并审理

2011-12-02 中国时报 曾慧苹、林伟信

立法院司委会昨天初审通过《家事事件法》草案，未来家事诉讼案件，得以合并审理，避免耗费司法成本及判决矛盾；未成年者出庭陈述意见时，必要者，须由社工等人陪同；未成年者亲子关系认定上，若声请当事人有足够事实怀疑血缘关系存在与否，必须接受DNA检验。

《少年及家事法院组织法》明年六月开始生效，台湾女人联机、台北市女性权益促进会等妇女团体昨天在《家事法》草案初审后联合发表声明，认为草案有助于弱势保障，呼吁立法院应尽快三读通过。

现行家事事件审理，相关规定散见于《民事诉讼法》及《非讼事件法》，设有民事诉讼、人事诉讼、调解及非讼事

件等四种程序，同一家事事件，却由不同法官、程序审理，不仅耗费劳力、时间，还会出现判决抵触等情形。

昨天初审的通过的草案，明订未来家事诉讼事件，得合并处理。林锦芳表示，这对于妇幼、弱势及老人权益保障，将往前迈进一大步。妇女团体也认为，合并审理、裁判，可让同一家庭所涉的家事事件尽量委由同一程序、法官处理，避免当事人耗费诉讼成本或发生裁判歧异。

为了保护未成年者权益，未成年者在陈述意见时，必要者法院应指派社工等人陪同在场，且须隔离询问。并设程序监理人，未成年者与法定代理人有利益冲突时，法院亦得替其选任程序监理人。法条也创设履行劝告制度，交付子女或给付扶养费等家事事件裁判确定后，法院为促使义务人自动履行，得采用适当的劝告措施，协助债务人自动履行。但「交付子女并会面交往之执行」，牵扯因素复杂，与一般财产权执行不同，所以须采用以未成年子女最佳利益的执行方法。

## 保障弱势 立院初审通过家事法

2011-12-02 台湾时报 彭宗弘

立法院司法及法制委员会昨天审查通过家事事件法草案，司法院指出，草案对妇幼、弱势及老人权益的保障，往前迈进一大步，是家事司法制度改革的重大里程碑。

司法院表示，社工陪同是由具有社会工作背景的专业人士，陪同未成年子女出庭表达意愿、陈述意见或作证，可以稳定、安抚小孩情绪，避免再受伤害；程序监理人是由法院为能力不足的当事人选任律师或社工师等专业人士，代表当事人为程序行为，保护当事人实体利益及程序利益，作为当事人与法院间沟通的桥梁。

司法院指出，合并审理的设置，是就基础事实相牵连的家事诉讼及家事非讼事件合并审理、合并裁判，以维持家庭的平和安宁，避免当事人之间因家事纷争多次兴讼，符合程序经济原则。履行确保主要是创设履行劝告制度，在交付子女或给付扶养费等家事事件裁判确定后，法院为促使义务人自动履行，得实行适当的劝告措施，协助债务人自动履行。

此外，「交付子女并会面交往之执行」，是因这类事件多涉及家族亲情、情感纠葛、子女意愿、人格尊严等因素，与一般财产权执行特性不同，所以规定得实行以未成年子女最佳利益的执行方法、执行时宜注意的事项，以利执行。

司法院指出，待家事事件法完成立法程序，将依法培训及选任具有性别平权意识、尊重多元文化并有相关学识、经验及热忱者担任家事法官，也会积极培训家事调解委员、司法事务官、书记官等家事法庭人员，并办理倡导及讲习说明会，让民众了解家事事件法内容。

## 家事事件法草案总说明

我国现行关于家事事件之处理，分别散见于民事诉讼法、非讼事件法等法律，并无统一适用之法典。惟家事事件系处理具一定亲属关系之人因共同生活、血缘亲情、继承等所产生之纷争，而当事人间之关系、情感、抚养未成年子女之权利义务，通常不会因司法程序结束而終了，故家事事件之性质，与一般财产诉讼不同，法院处理时，除厘清当事人间之纠葛外，更着重于当事人及其未成年子女间长期关系之调整，自有藉助各项专业社会资源，以统合妥适迅速处理之必要。

司法院有鉴于此，并为贯彻宪法保障国民基本人权、维护人格尊严及保障性别地位实质平等，促进程序经济，保护关系人之实体利益与程序利益，兼顾未成年子女及所有家庭成员包含老人之最佳利益，同时呼应公民与政治权利国际公约第二十三、四条：「采取适当步骤，确保夫妻在婚姻方面，在婚姻关系存续期间，以及在婚姻关系消灭时，双方权利责任平等。婚姻关系消灭时，应订定办法，对子女予以必要之保护。」及第二十四、一条：「所有儿童有权享受家庭、社会及国家为其未成年身分给予必需之保护措施，不因种族、肤色、性别、语言、宗教、民族本源或社会阶段财产、或出生而受歧视。」等规定，特拟具家事事件法草案，除纳入现行民事诉讼法人事诉讼程序编及非讼事件法家事非讼事件章之规定外，同时衡酌实务运作、未来发展需求及各界期待，创设社工陪同、程序监护人、家事调查官、合并审理、暂时处分、履行确保及交付子女并会面交往之执行等制度，以期根本解决家事纷争，健全社会共同生活，奠定国家发展之基础。

本法草案共计二百条，分总则、调解程序、家事诉讼程序、家事非讼程序、履行确保及执行、附则六编。兹分述各编要旨如次：

第一编 总则（草案第一条至第二十条）

立法目的

揭示本法以妥适、专业、统合处理家事事件，维护人格尊严、保障性别地位平等、谋求未成年子女最佳利益，并

健全社会共同生活为目的。(草案第一条)

专业处理原则

明定家事事件由少年及家事法院或地方法院家事法庭处理之；少年及家事法院处理家事事件之法官，应遴选具有相关学识、经验及热忱者担任。(草案第二条、第七条)

三、程序不公开原则

为保护家庭成员之隐私及名誉，期发现真实并尊重家庭制度，规定家事事件之处理程序，除有特别规定之情形外，以不公开法庭行之。(草案第八条)

四、职权调查事实及证据

家事事件多与身分关系有关，且涉及公益，审理程序中，为求法院裁判与事实相符，并保护受裁判效力所及之利害关系第三人，便于统合处理家事纷争，宜实行职权探知主义，明定除法律别有规定外，法院得视个案具体情形，斟酌当事人所未提出之事实，并得依职权调查证据。(草案第九条)

五、社工陪同

未成年子女于家事诉讼或非讼程序中，时有表达意愿或陈述意见，甚或于保护令事件出庭作证之情形，为稳定、安抚其情绪，明定法院得视个案情况，通知社会工作人员或其它适当之专业人员陪同出庭协助，以利得顺畅陈述。而为确保未成年人、陪同人员之隐私及安全，法院亦得采取适当之必要措施(例如隐匿其姓名或住所或安排安全出庭环境等措施)。(草案第十条)

六、程序监护人制度

为促进程序经济、更加保护关系人之实体利益及程序利益，于家事事件程序中设计程序监护人制度，代当事人为程序(包括诉讼事件及非讼事件)行为，保护其利益，并作为当事人与法院间沟通之桥梁，协助法院迅速妥适处理家事事件，订定程序监护人之选任、撤销、变更及其资格、权限等规定。(草案第十四条、第十五条)

七、家事调查官

为了解家事纷争背后隐藏之真正问题，辅助法院厘清事实，圆融解决家庭纷争，乃参考少年事件处理法少年调查官之设，明定家事调查官承法官之命，以其专业社工、教育、心理、辅导等学识知能就特定事项而为调查，并协助法官分析家事事件个案所需之专业辅助，进而引入社会资源，妥适处理家事事件。(草案第十七条、第十九条)

第二编 调解程序(草案第二十一条至第二十七条)

一、强制调解原则

为周全解决家庭成员间之纷争，家事事件除法律别有规定、依法律关系性质、当事人意愿或其它情形，不能调解、无法调解、显无调解必要或实益之情形外，于法院裁判前，应让当事人先经由调解程序，自主解决纷争，期能重建或调整和谐之身分及财产关系，乃明定调解前置程序，以建构替代性解决讼争之功能。(草案第二十一条)

二、调解之效力

基于统合处理家事事件，圆融解决当事人纷争，谋求家庭成员全体利益之立法意旨，家事事件性质属于准许当事人合意处分或形成之法律关系，规定当事人合意成立调解时，原则上与确定裁判有相同之效力。(草案第二十五条)

三、调解委员之资格等规定

家事调解有别于财产诉讼事件之调解，无论调解程序之进行、资源之引入、调解委员之伦理规范均与财产诉讼事件有所不同，为期家事调解制度妥当运用，发挥诉讼外纷争解决机制之功能，有效重建家庭结构，调整家庭成员之关系，就有关调解委员之资格、聘任、考核、训练、解任、报酬等事项，爰规定由司法院定之，以利整体规划。(草案第二十七条)

第三编 家事诉讼程序(草案第二十八条至第七十八条，并分六章：第一章通则、第二章婚姻事件程序、第三章亲子关系事件程序、第四章监护及辅助宣告事件程序、第五章宣告死亡事件程序、第六章继承诉讼事件)

一、通则

订定起诉之程序、当事人适格、诉讼参加、和解、有关舍弃认诺之适用、攻击防御方法之提出时期、第三人再审之诉、诉讼程序之停止及终结等规定。(草案第二十八条至第三十条、第三十四条至第四十条)

二、合并审理制度

鉴于家事事件有统合处理之必要性，避免因诉讼类型之分化或请求权之差异，导致当事人必须分别提起数宗诉讼，造成当事人无谓之劳费支出及裁判矛盾，订定婚姻或亲子关系之诉讼事件得合并提起，或与本于同一原因事实所生之家事诉讼事件或家事非讼事件合并请求，以及为请求之变更、追加或反请求、合并事件之审理裁判、上诉等规定。(草案第三十一条至第三十三条)

三、家事诉讼事件之范围

家事诉讼事件分为婚姻、亲子关系、撤销监护宣告及辅助宣告、撤销死亡宣告及继承等事件，于本编第二章至第六章中，订定各该事件之管辖法院、处理程序等规定。（草案第四十一条至第七十八条）

#### 四、国际管辖权

因应跨国婚姻、国际收养之需求，订定国际管辖及准用之规定，以利依循。（草案第四十二条；第五十九条第一项、第一百条第二项、第一百零三条第三项准用之）

第四编 家事非讼程序（草案第七十九条至第一百八十六条，并分十二章：第一章通则、第二章婚姻非讼事件、第三章亲子非讼事件、第四章监护及辅助宣告事件：第一节监护宣告、第二节监护宣告之撤销、第三节辅助宣告及声请撤销辅助宣告；第五章宣告死亡事件、第六章失踪人财产管理事件、第七章收养事件、第八章未成年人监护事件、第九章定抚养费给付方法事件、第十章继承事件、第十一章亲属会议事件、第十二章保护安置事件）

##### 一、通则

订定声请之程序、书状记载事项、程序能力、证据之调查、程序之承受、续行及终结、裁定之送达及生效、抗告等规定。（草案第七十九条至第八十一条、第八十三条、第八十五条至第八十七条、第九十六条至第九十九条）

##### 二、合并声请制度

为避免关系人间迭次兴讼，并符程序经济，参酌第三十一条合并审理之相关规定，就同一原因事实所生之家事非讼事件，规定得合并请求，并得于终结前为请求之变更、追加或反请求等规定。（草案第八十四条）

##### 三、暂时处分制度

为因应本案裁定确定前之紧急状况，避免本案请求因程序延滞造成无法回复之损害，设置暂时处分制度，明定法院得依声请或依职权核发具有中间裁定性质之命令，以应实务处理之需要。（草案第八十八条至第九十五条）

##### 四、家事非讼事件之范围

家事非讼事件分为婚姻、亲子、监护宣告及辅助宣告、死亡宣告、失踪人财产管理、收养、未成年人监护、定抚养费给付方法、继承、亲属会议及保护安置等事件，于本编第二章至第十二章中，订定各该事件之管辖法院及处理程序等规定。（第一百条至第一百六十八条）

##### 五、命给付之方法，得不受声明之拘束

家事非讼事件，往往具有展望性及未来性，需要法院审酌关系人未来生活之展望，依职权裁量做出最妥适之处理，故规定法院就婚姻、亲子事件及定抚养费事件有关费用请求之给付方法，得不受声请人声明之拘束而为斟酌，以利一次解决关系人间有关数项费用之纷争。（草案第一百零二条、第一百零六条第二项准用）

##### 六、关系人参与程序之保障

家事非讼事件常涉及关系人、未成年子女身分或权益重大事项，自宜确保其有机会参与程序，以落实宪法第十六条人民诉讼权之保障，爰订定关系人之程序参与、意见陈述、未成年子女意愿表达及意见陈述等程序权利保障规定。（草案第八十二条、第九十一条第二项、第九十四条第四项、第九十八条、第一百条第二项、第一百零五条、第一百二十三条第二项、第一百三十三条第二项、第一百四十八条、第一百五十九条、第一百六十四条第二项）

##### 七、未成年子女表意权之特别保护

为使法院充分了解未成年子女之真正意愿，规定有使未成年子女表达意愿或陈述意见之必要时，得请儿童及少年心理或其它专业人士协助。（草案第一百零七条）

##### 八、监护宣告、辅助宣告及死亡宣告事件之非讼化

声请为监护宣告、辅助宣告或死亡宣告之事件，本质上无对审性，亦缺乏对立之当事人，无从行言词辩论程序，属非讼事件性质，且此类事件往往需要迅速处理，更有以非讼程序处理之必要。本法乃连同性质相近之死亡宣告事件，一并予以非讼化，改列于家事非讼事件程序中。（草案第一百十一条至第一百四十三条）

第五编 履行之确保及执行（草案第一百八十七条至第一百九十五条，并分二章：第一章履行劝告、第二章交付子女及与子女会面交往之强制执行）

##### 一、创设履行劝告制度

债权人取得执行名义后，固得依法声请强制执行，惟强制执行过程中，往往会让债权人与债务人之间关系更加紧张，甚或影响未成年子女与其它家庭成员之身心健康及安全。为维护未成年子女及家庭成员之最佳利益，降低债权人与债务人之间情绪对立，本法创设履行劝告制度，订定债权人得声请法院劝告债务人履行债务、法院得实行之劝告措施、劝告无效之处理等规定，以期于强制执行前，法院得协助债权人劝告债务人自动履行债务，进而维护债权人及其未成年子女之权益。（草案第一百八十七条至第一百九十条）

##### 二、交付子女及与子女会面交往之执行

交付子女及会面交往事件之强制执行，涉及血缘家族间亲情伦常关系及复杂之情感纠葛、子女意愿、身心健康、安全



暨人格尊严等因素，往往影响长期性之亲属生活关系，与一般财产事件执行具有一次性之特性不同，爰规定交付子女及与子女会面交往事件之强制执行，得准用履行劝告章中劝告措施、采取间接强制或直接强制方法执行时宜注意之事项等规定，以提示注意并利妥适执行。(草案第一百九十二条至第一百九十五条)

第六编 附则 (草案第一百九十六条至第二百零条)

明定本法施行后，法院系属中之家事事件应适用之程序、期间之计算、保全程序与救济程序之管辖等新旧法适用规定，以利依循。另家事事件审理程序之详细规定及落实本法施行所应配合之相关措施，明定授权由司法院定之，使能因时制宜，灵活运用。又因本法属新制定之法律，其施行日期，亦应由司法院视实际状况，另予订定。(草案第一百九十六条至第二百零条)

家事事件法草案逐条说明

条文	说明
第一编 总则	为协助民众使用法院解决家事纷争，并期法院可妥适、专业及统合处理家事事件，爰于本编规定家事事件程序之一般性内容。
第一条 为妥适、专业、统合处理家事事件，维护人格尊严、保障性别地位平等、谋求未成年子女最佳利益，并健全社会共同生活，特制定本法。	为贯彻宪法保障国民基本人权、维护人格尊严及保障性别地位实质平等之精神，本法将人事诉讼程序、家事非讼程序及家事调解程序合并立法，期能根本解决、专业并统合处理家事纷争事件，以促进程序经济，保护关系人之实体利益与程序利益，并兼顾未成年子女最佳利益及家庭和谐，进而谋求健全社会共同生活，奠定国家发展之基础，特于本条明定立法目的。
<p>第二条 家事事件由少年及家事法院处理之；未设少年及家事法院地区，由地方法院家事法庭处理之。</p> <p>前项所称家事事件，系指下列事件：</p> <p>一、本法第三编家事诉讼程序事件及第四编家事非讼程序事件。</p> <p>二、民法第四编亲属、第五编继承所定前款以外之家事事件。但夫妻财产制契约登记事件，不在此限。</p> <p>三、家庭暴力防治法之民事保护令事件。</p> <p>四、其它法律规定事件，经司法院指定由少年及家事法院处理者。</p>	<p>一、为贯彻家事事件（包括家事诉讼事件、家事非讼事件及家事调解事件）专业处理之精神，爰于第一项明定家事事件之第一审事务管辖法院。</p> <p>二、本法所着重者在处理、解决家庭成员间所生之身分及财产权纷争，所包含之事件类型范围虽然广泛，惟主要仍以民法第四编亲属及第五编继承之相关内容为核心，是第二项第一款至第三款即规定家事事件之范畴除包括经本法明文列举之诉讼事件及非讼事件外，并及于其它经民法第四编亲属、第五编继承所规定之争执（例如：民法第九百八十八条之一第四项至第六项、第九百九十九条及第一千零五十六条所定事件因确认婚姻无效、撤销婚姻、离婚及婚姻消灭之损害赔偿事件、民法第九百八十八条之一第二项至第三项、第九百九十九条之一、第一千零三十条之一、第一千零三十八条及第一千零五十八条所定夫妻财产之补偿、分割、分配、取回、返还及其它因夫妻财产关系所生请求事件、民法第一千零二十条之一所定夫妻婚后财产处分行为之撤销权事件、民法第一千零二十三条第二项及第一千零四十六条所定夫妻债务之清偿事件、民法第一千零七十九条之五第三项及第一千零八十二条所定因判决撤销收养或终止收养关系给与相当金额事件、民法第一千一百零九条、第一千一百一十三条及第一千一百一十三条之一所定因未成年人监护、监护宣告及辅助宣告所生之损害赔偿事件、民法第一千一百三十七条所定不服亲属会议决议之声诉事件、民法第一千一百零三条、第一千一百零四条所定监护人报告财产状况及监护人报酬事件、民法第一千零九十七条第二项、第一千一百一十三条及第一千一百一十三条之一所定于数监护人或辅助人中酌定一人行使受监护人或受辅助人重大事项权利事件、民法第一千零九十九条及第一千一百一十三条所定监护人陈报财产清册及延长陈报期间事件、民法第一千一百零一条第二项、第一千一百一十三条所定监护人财产管理事件、民法第一千一百零三条第二项、第一千一百一十三条及第一千一百零三条第二项所定监护、辅助事务报告、财产清册或结算书之提出、监护或辅助事务、监护财产之检查事件、民法第一千一百零八条、第一千一百一十三条</p>

	<p>所定新监护人陈报结算及财产清册事件、民法第一千一百十二条之一、第一千一百十三条之一所定指定、撤销或变更数监护人或辅助人共同或分别执行职务之范围事件), 及家庭暴力防治法规定之民事保护令等事件。此外, 为免疏漏, 并利日后新增修法律所定事件之及时处理, 并设第四款之规定, 以资弹性运用。惟民法第一千零八条及第一千零八条之一有关夫妻财产制契约之订立、变更、废止及其它约定事项等登记事宜, 依非讼事件法第一百零一条至第一百零七条之规定, 向由各地方法院登记处处理, 无论法院登记处或人民使用上均无不便, 且其程序复多属司法行政范畴, 与审判事务之关连性较低, 故此类事件自宜维持现制, 由地方法院登记处处理较为妥适, 爰设第二项第二款但书之规定, 以资明确。</p>
<p>第三条 少年及家事法院就其受理事件之权限, 与非少年及家事法院确定裁判之见解有异时, 如当事人合意由少年及家事法院处理者, 依其合意。 前项合意, 应记明笔录或以文书证之。</p>	<p>一、少年及家事法院受理经非少年及家事法院(含行政法院及普通法院)裁判确定归属家事事件之事件, 而少年及家事法院依其合理之确信认该事件不属家事事件时, 如当事人合意由少年及家事法院处理者, 受理事件之少年及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, 爰于第一项明定之。惟如当事人未能合意时, 应依本法第四十条准用民事诉讼法第三十一条之一至第三十一条之三等相关规定处理, 并此说明。 二、为慎重, 并避免日后发生争议, 前项合意应由书记官记明于笔录, 或由当事人以文书证之, 爰于第二项明定之。</p>
<p>第四条 家事事件之管辖, 除本法别有规定外, 准用非讼事件法有关管辖之规定; 非讼事件法未规定者, 准用民事诉讼法有关管辖之规定。</p>	<p>由于家事事件之类型广泛, 有关其管辖之一般事项, 例如: 定共同诉讼之管辖法院, 有关管辖竞合、指定管辖、合意管辖、应诉管辖之处理, 定管辖之时期及移送裁定前必要之处分等, 除本法有特别规定外, 应依各该事件之性质及其所应适用之程序法理, 先准用非讼事件法相关规定, 于非讼事件法未规定时, 再准用民事诉讼法有关之规定, 爰于本条明定之。</p>
<p>第五条 法院受理家事事件之全部或一部不属其管辖者, 除当事人有管辖之合意外, 应依声请或依职权以裁定移送于其管辖法院。但法院为合并处理事件认有必要, 或当事人已就本案为实体陈述者, 得裁定自行处理。 对于前项移送之裁定, 得为抗告。 移送之声请被驳回者, 不得声明不服。 移送之裁定确定时, 受移送之法院受其羁束。 移送之裁定确定后, 法院书记官应速将裁定正本附入卷宗, 送交受移送之法院。受移送之法院, 应即就该事件为处理。</p>	<p>一、法院(本法所称法院, 除有特别之说明外, 均指少年及家事法院以及地方法院之家事法庭)受理家事事件之全部或一部不属其管辖者, 原则上应依当事人之声请或依职权以裁定移送于其管辖法院。惟于当事人有管辖之合意, 为尊重当事人之意思, 便利其使用法院, 应许当事人得以合意定其管辖法院, 爰于第一项明定法院于此情形应受当事人管辖合意之羁束, 不得将该事件移送于其它法院。又家事事件较需法官弹性处理而为合目的性之裁判, 故受理法院虽无管辖权, 但为合并处理事件认有必要时, 宜赋予法院有决定是否自行处理之裁量权; 另于当事人已就本案实体法律关系以言词或书面为陈述, 基于程序安定及程序经济之要求, 亦应许受理法院得斟酌个案情形依职权自行处理。为使程序明确, 受理法院依本项但书规定自行处理事件时, 应以裁定为之。 二、为保障当事人之程序权, 就法院所为移送之裁定, 应许当事人提起抗告, 以为救济, 爰于第二项明定之。 三、法院应否驳回移送诉讼之声请, 原为管辖权有无之问题。如当事人移送诉讼之声请为法院驳回, 则受理法院即具管辖权, 就该事件有为裁判之义务, 当事人即无坚持必由其它法院裁判之必要, 爰参考民事诉讼法第二十八条第三项内容, 为第三项之规定。 四、为使管辖事项得迅速确定, 以利事件尽速获得处理, 爰参考民事诉讼法第三十条第一项之规定, 于第四项明定, 移送之裁定确定后, 受移送之法院应受该确定裁定羁束, 不得据以将该事件再移送于他法院。 五、为使合并审理裁定确定后之程序得以迅速进行, 俾使事件尽早获得处理, 爰参考民事诉讼法第三十一条第二项规定, 于第五项明定法院所为移送之裁定确定后, 书记官应速将裁定正本附入卷宗,</p>

<p>第六条 同一地区之少年及家事法院与地方法院处理权限之划分,除本法及其它法令别有规定外,由司法院定之。 同一地方法院家事法庭与民事庭之事务分配,由司法院定之。</p>	<p>送交受移送之法院,以避免延滞程序。</p> <p>一、随着社会生活复杂化,民事事件之类型日益繁复,本法第二条第二项虽已明定少年及家事法院处理事务之范围,并赋予司法院得指定由少年及家事法院处理事务之权限,惟就某类民事事件,究属家事事件或一般民事事件,可能仍有难以明确划分之情形。为便于当事人请求法院处理,并避免法院间因事件之定性见解分歧,造成审理程序延宕,致减损当事人之程序利益,爰于第一项规定同一地区少年及家事法院与地方法院民事庭间就事件之处理权限有所不明时,宜授权司法院另定解决方法,以求迅速处理。</p> <p>二、至于同一地方法院家事法庭与民事庭相互间,关于某类事件之处理权限,乃同一地方法院内部之事务分配问题,因其分配办法事涉琐细,亦宜授权司法院另行规定,爰于第二项明定。</p>
<p>第七条 法院处理家事事件之法官,应遴选具有相关学识、经验及热忱者任之。</p>	<p>无论于少年及家事法院或地方法院处理家事事件之法官,均应具备性别平权意识、了解权控议题,知悉多元文化协调、融合等专业素养,且有相关之人生体验、学识、经历,并富热忱,爰仿少年事件处理法第七条之立法例,订定本条规定。至法官之遴选方式,少年及家事法院组织法第二十条第二项已授权司法院定之。</p>
<p>第八条 家事事件之处理程序,以不公开法庭行之。但有下列各款情形之一者,审判长应许旁听: 一、经当事人合意,并无妨碍公共秩序或善良风俗之虞。 二、法律别有规定。 审判长认为适当时,得许就事件无妨碍之人旁听。</p>	<p>一、家事事件既多涉及当事人间之私密事项,为保护家庭成员之隐私及名誉、发现真实、尊重家庭制度,以利圆融处理,爰订定第一项本文,以不公开法庭行之。但当事人对无妨碍公共秩序或善良风俗之事件合意公开,或法律另有规定者(例如家庭暴力防治法第十三条第四项之情形),审判长即应准其旁听,以保障当事人、利害关系人之程序主体地位。又审判长准许旁听之处分,为程序进行中之处分,自不得声明不服。</p> <p>二、家事事件范围广泛,裁判效力间有兼及于第三人(例如确认婚姻无效、撤销婚姻、确认婚姻存在或不存在之诉所为之判决对第三人亦发生效力;又如因非讼事件裁定而权利受侵害者得为抗告等均是),是为确保法律上利害关系人之到场旁听、阅卷卷宗或辩论时在场等程序主体权,并兼顾家事处理程序之特性,对无妨碍之人宜适当公开,爰参考法院组织法第八十七条第二项及非讼事件法第三十四条但书之立法例,赋予审判长裁量权,得准许无妨碍之人旁听。</p>
<p>第九条 法院审理家事事件认有必要时,除法律别有规定外,得斟酌当事人所未提出之事实,并依职权调查证据。 前项情形,法院应使当事人或关系人有辩论或陈述意见之机会。</p>	<p>一、家事事件多与身分关系有关,并涉及公益,故在审理程序中,为求法院裁判与事实相符,并保护受裁判效力所及之利害关系第三人,及便于统合处理家事纷争,爰实行职权探知主义,于第一项本文明订法院得视个案具体情形所需,斟酌当事人所未提出之事实,并于未能由当事人声明之证据获得心证时,得依职权调查证据。惟法律如别有规定,例如本法第四十七条第三项,当事人提起撤销婚姻或离婚之诉,以其目的在求为解消有效之婚姻,于此类婚姻事件,法院仅于为维持婚姻所必要,就可据为驳回原告之诉之事实,始得依职权予以斟酌,亦即如构成法定解消婚姻之原因事实,则不在法院得依职权斟酌之列。</p> <p>二、第一项虽规定法院对于审理之家事事件原则上具有依职权调查证据、斟酌事实之权限,惟此情形涉及当事人或关系人权益甚巨,自应使其有辩论或陈述意见之机会,以避免发生突袭性裁判,爰于第二项明定之。</p>
<p>第十条 未成年人表达意愿或陈述意见时,法院认为必要者,得依声请或依职权通知社会工作人员或其它适当人员陪同,并得隔别为之。 前项情形,法院得采取适当及必要措施,保护未成年人及陪同人员之隐私及安全。</p>	<p>一、未成年人于家事诉讼程序或非讼程序中,时有依照本法第一百零七条或其它规定表达意愿或陈述意见之情形,甚或有于家庭保护令事件出庭作证之必要,因此未成年子女面对高度冲突对立之父母等同居亲属,特别是目睹家庭暴力发生之未成年人,即有可能需要社会工作人员或专业人士陪同出庭协助。爰参照家庭暴力防治法第十三条第二项、第三项等规定,于第一项明定法院除得视个案之必</p>

	<p>要性, 依声请或依职权通知社会工作人员或其它适当之专业人员陪同未成年人到场以稳定、安抚其情绪外, 并可斟酌情形令未成年人为隔别讯问, 以利其意愿表达或意见陈述得顺畅无碍。</p> <p>二、为确保未成年人与陪同人员之隐私及安全, 法院得采取认为适当及必要措施, 诸如隐匿其姓名或住所或安排安全出庭环境及措施等, 爰于第二项明定之。</p>
<p>第十一条 当事人、证人或鉴定人之所在处所与法院间有声音及影像相互传送之科技设备而得直接审理者, 法院认为必要时, 得依声请以该设备为之。</p> <p>前项情形, 其期日通知书记载之应到处所为该设备所在处所。</p> <p>依第一项进行程序之笔录及其它文书, 须受讯问人签名者, 由讯问端法院传送至受讯问人所在处所, 经受讯问人确认内容并签名后, 将笔录以电信传真或其它科技设备传回讯问端法院。</p> <p>法院依第一项规定审理时, 准用民事诉讼法第二编第一章第三节第二目、第三目及第五目之一之规定。</p> <p>第一项之审理及第三项文书传送之办法, 由司法院定之。</p>	<p>一、家事事件之当事人如窘于资力又不符诉讼救助或请求法律扶助之资格时, 于审理过程常有无力支出提解羁押或执行中之他造到场费用之情形, 形成事件进行之阻碍; 此外, 家事事件亦常有重要证人、鉴定人因故无法于期日亲自赴远地法院应讯, 经法院一再通知皆未到场, 造成程序每多延滞之情事。上开情节, 除不利当事人间纷争之解决外, 亦有碍事件之尽速终结。爰于第一项明定法院就家事事件, 认为必要时 (例如: 两造当事人均同意且事件之性质适当者), 得依声请进行远距视讯审理, 以便利家事事件之关系人利用法院, 并兼顾审理之迅捷。</p> <p>二、第二项规定法院为远距视讯审理时, 其期日通知书记载应到之处所, 为该设备所在处所, 俾当事人或证人、鉴定人知悉到场。</p> <p>三、第三项明定进行远距视讯审理时, 笔录及其它文书须受讯问人签名时, 其传送之方式。</p> <p>四、当事人、证人或鉴定人于法院行远距视讯审理时, 无论法院所应践行之程序或受讯问之人应遵循之义务, 与通常审理程序并无二致, 因此民事诉讼法第二编第一章第三节第二目人证、第三目鉴定及第五目之一当事人讯问之相关规定 (例如对于在监所之人之通知、证人、鉴定人或当事人具结得拒绝证言或陈述之情事、程序等), 于性质相符之部分, 自得并予准用, 爰规定如第四项。</p> <p>五、由于科技设备之种类及文书传送之细节, 应随科技发展状况而定, 宜另以办法订定, 爰于第五项规定其办法由司法院定之, 以求弹性。</p>
<p>第十二条 法院处理家事事件认有必要, 得命当事人或法定代理人本人到场。</p> <p>当事人或法定代理人本人不从法院之命到场者, 准用民事诉讼法第三百零三条规定。但不得拘提之。</p> <p>法院得使受命法官或受托法官讯问本人。</p>	<p>一、家事事件因多涉及家庭内部纷争, 非经当事人或法定代理人本人到场陈述, 不易了解彼此争端所在, 且为期调解或诉讼上和解得有效进行, 尤需当事人本人或法定代理人本人到场, 爰设第一项规定。</p> <p>二、经法院命当事人或法定代理人本人亲自到场者, 当事人或法定代理人本人即有到场之义务, 爰于第二项明定若无正当理由而不从法院前开命令到场者, 准用民事诉讼法第三百零三条处罚之, 以促使当事人或法定代理人本人到场陈述, 达到发现真实、促进程序之目的; 又为兼顾保障当事人及法定代理人本人之人身自由, 爰于第二项但书规定不得拘提。</p> <p>三、家事事件, 法院亦得使受命法官或受托法官讯问当事人本人或法定代理人本人, 爰明定为第三项; 此时受命法官或受托法官自得依前项准用民事诉讼法第三百零三条规定处理, 附此说明。</p>
<p>第十三条 家事事件之程序能力, 除本法别有规定外, 准用民事诉讼法有关诉讼能力之规定。</p>	<p>程序能力, 乃当事人得有效自为或自受诉讼或非讼程序行为之资格。就涉及财产权之家事事件而言, 依实体法规定享有完全之行为能力人, 即能独立以法律行为负义务, 其意思能力应足可辨识利害得失, 行使诉讼或非讼程序上之权利, 此于民事诉讼法第四十五条、非讼事件法第十一条已有明白规定; 又受辅助宣告之人依民法第十五条之二规定虽不因辅助宣告而丧失其程序能力, 但就其涉及财产权家事诉讼事件所为之诉讼行为, 民事诉讼法第四十五条之一、第五十条、第五十六条第二项亦有明文规范。乃为立法简洁, 爰于本条明定就涉及财产权之家事事件程序能力, 直接准用民事诉讼法诉讼能力规定即足当之。至于当事人或关系人所涉非财产权之纷争,</p>

	<p>既经本法于各该事件制定程序能力之特别规定，自属本条前段所称之「别有规定」，并此说明。</p>
<p>第十四条 法院处理家事事件有下列各款情形之一者，得依利害关系人声请或依职权选任程序监护人： 一、当事人与其法定代理人有利益冲突之虞。 二、当事人之法定代理人不能行使代理权，或行使代理权有困难。 三、非选任程序监护人不能保护当事人之利益者。 当事人为未成年人或受监护宣告之人，虽依法律规定有程序能力，法院亦得依职权选任程序监护人。 法院依前二项选任程序监护人后，认有必要时，得随时以裁定撤销或变更之。 法院为前三项裁定前，应使当事人、法定代理人、被选任人及法院职务上已知之其它利害关系人有陈述意见之机会。但有碍难之情形或恐有害其健康或显有延滞程序者，不在此限。</p>	<p>一、为促进程序经济、保护关系人之实体利益及程序利益，本法参酌德国非讼事件法中程序监护人(Verfahrenspfleger)制度，于家事事件程序中设计程序监护人制度，代当事人于本诉讼程序中为程序(包括诉讼事件及非讼事件)行为，保护其利益，并作为当事人与法院间沟通之桥梁，协助法院迅速妥适处理家事事件。 二、法院在处理家事事件时，如遇有下列各款情形之一时，均得依利害关系人之声请，或依职权，选任程序监护人：(一)无程序能力人之当事人(例如未满七岁而无程序能力之未成年人及受监护宣告之人)与其法定代理人有利益冲突或有利益冲突之虞。(二)无程序能力之当事人虽有法定代理人，但其法定代理人无法行使其代理权或行使代理权有困难者。例如无程序能力人之法定代理人本身即为无程序能力人，无法行使其代理权或行使代理权有困难；或无程序能力人之法定代理人依民法第一千零九十四条第五项规定，由当地社会福利主管机关任之，该主管机关未及时指定代理人之情形。(三)当事人虽有程序能力，但于程序中因受年龄、教育、心理及精神状态等影响，事实上无法在程序上行使权利或行使有困难。例如当事人已成年且未受监护宣告，但于诉讼中因年迈致无法适切表达其陈述真意，甚至陈述屡有矛盾反复之情形，此时为保护其实体及程序利益，亦宜为其选任程序监护人，爰为第一项之规定。 三、未成年人或受监护宣告之人，虽就特定身分事件，例如本法第四十三条、第五十一条等事件，经法律特别赋予程序能力。惟考虑其受年龄、教育、心理及精神状态影响，思虑周延性恐与一般能独立以法律行为负义务之人仍有差距，故于第二项明定法院就此情形得视个案具体情节决定是否依职权为其选任程序监护人，以充分保障其实体及程序利益，并有助于程序进行顺利。 四、法院于程序进行中，如认当事人已有适合之法定代理人(包括法院依民法第五十一条所选任之特别代理人)、有程序能力人自己已能妥适保护其实体及程序利益，或程序监护人不适用，且有必要时，自得随时以裁定撤销程序监护人之选任，或变更选任更适当之程序监护人。爰规定如第三项。惟如法院裁定撤销选任之程序监护人时，当事人、原法定代理人或特别代理人即回复其程序之权利。 五、程序监护人之选任、变更或撤销影响当事人及其法定代理人等程序上之权益，是审判长于裁定前，应听取当事人、法定代理人、被选任人及法院依职权已知之其它利害关系人陈述意见。惟如亲自听取其意见有碍难情形或有害其身心健康或显有延滞程序之虞时，法院自宜以其它适当方法调查，爰设第四项规定。</p>
<p>第十五条 法院得就社会福利主管机关、社会福利机构所属人员，或律师公会、社会工作师公会或其它相类似公会所推荐具有处理家事事件相关知识之适当人员，选任为程序监护人。 程序监护人有为当事人之利益代为一切程序行为之权，并得上诉、抗告或为其它声明不服。程序监护人之行为与当事人之行为不一致者，以法院认为适当者为准。 选任之程序监护人不受审级限制。 法院得依程序监护人声请，按其职务内容、事件繁简等一切情况酌给酬金，其报酬为程序费用之一部。</p>	<p>一、程序监护人既得代当事人为程序行为，具有相当程度之公益性及专业性，宜由社会福利主管机关、社会福利机构所属人员，或由律师公会、社会工作师公会或其它相类似公会所推荐具有处理家事事件相关专业之适当人员担任，爰规定如第一项。 二、程序监护人担任当事人与法院间沟通之桥梁，并保护当事人之利益，协助法院迅速、妥适处理家事事件，自有「代」当事人一切程序行为之权。程序监护人既然是「代」当事人为程序行为，故当事人本人依法所得为之程序行为，程序监护人始得代为，反之当事人本人不得为之程序行为，程序监护人当然不得为之。例如在撤销婚姻诉讼中，当事人所为之认诺，或就撤销婚姻之原因事实所为之自认，或不争执事实，依第四十七条之规定既不发生法律效力，则程序监护人为之亦同，爰明定为第二项前段。又法院系为保护当事人客观利益，且认有必要，始为程序监护人之选任；是为无程序能力</p>

<p>前项酬金，法院于必要时得定期命当事人或利害关系人预纳之。但其预纳显有困难者，得由国库垫付全部或一部。其由法院依职权选任者，亦得由国库垫付之。</p> <p>有关程序监护人之选任、酌给酬金、预纳费用及国库垫付办法，由司法院定之。</p>	<p>人选任之程序监护人所为之程序行为，外观上若与该无程序能力人所为程序行为不一致时，固应依照程序监护人之行为，作为裁判或程序行为效力之依据；惟于有程序能力人选任之程序监护人所为之程序行为与该有程序能力人行为不一致时，则应以法院认为适当者为准，若法院认为程序监护人之行为适当，即以其行为为准，以符合设置程序监护人之目的。例如程序监护人希达成诉讼上和解而有程序能力之当事人不同意时，应以何者为适当，即委由法院依个案具体事实为个别之判断，爰明定为第二项后段。另于做成裁判时，得经由审级制度加以救济。且为保护当事人之客观利益，程序监护人当可不受当事人意思之拘束，独立上诉、抗告或为其它声明不服，然仍受第二项后段规定之拘束。</p> <p>三、程序监护人之资格、选任程序及权利行使（法院认有必要时，得随时以裁定撤销或变更）均有明文限制之必要，故若重复于每审级选任程序监护人，则易造成过多劳费及程序之不经济，爰参考民事诉讼法第六十九条第二项但书立法意旨，于第三项中明定选任之程序监护人不受审级之限制。</p> <p>四、程序监护人之酬金为程序费用之一部，程序监护人自得声请法院酌给。又程序监护人之权责繁重，允宜依其职务内容（含各专行业酬金之一般标准在内）、事件繁简等一切情况，以裁定酌给一定酬金，以鼓励符合资格之人担任程序监护人，爰规定如第四项。</p> <p>五、法院于程序进行中，依声请选任程序监护人，因此所发生程序监护人之酬金当然为程序费用之一部，是第五项明定审判长认为必要时，自得定期命当事人或利害关系人预纳酬金，当事人或利害关系人不为预纳，法院得不为选任，惟其预纳显有困难时，得先由国库垫付全部或一部，以免程序监护人在程序终结后尚须负担追索酬金之程序，甚或造成应负担程序费用之人无资力而求偿无门之窘境，进而影响符合资格之人担任程序监护人之意愿。而由法院依职权选任之程序监护人，倘发生无人预纳酬金等情事，允宜由国库先行垫付全部或一部。</p> <p>六、有关法院如何从社会福利主管机关、社会福利机构所属人员、律师公会、社会工作师公会或其它相类似公会推荐人员中选任程序监护人；程序监护人酬金酌给标准、费用如何预纳及国库如何垫付酬金等办法，均于第六项规定授权由司法院订定，使能因时制宜、灵活运用。</p>
<p>第十六条 法院得嘱托警察机关、税捐机关、金融机构、学校及其它有关机关、团体或具有相关专业之适当人士为必要之调查。</p> <p>前项受托之机关、团体有为调查之义务。</p> <p>嘱托调查所需必要费用及受托个人请求之酬金，由法院核定，并为程序费用之一部。</p>	<p>一、为统合处理家事事件，并能迅速澄清事实、促进程序，自有加强法院职权探知功能之必要。爰参考民事诉讼法第二百八十九条第一项、日本家事审判规则第八条及韩国家事诉讼法第八条立法例，于第一项明定法院得嘱托警察机关、税捐机关、金融机构、学校及其它有关机关、团体或其它具有相关专业适当之人为必要之调查，作为简易、迅速收集资料之补充性调查方法。</p> <p>二、受法院嘱托调查之机关、团体有为调查之义务；惟有正当理由，例如依法律规定有保密义务或依法得拒绝协助调查者，应尽速函覆法院不能协助调查之原因，同时仍应将与保密及法律规范无涉之资料提出，爰明定为第二项。</p> <p>三、法院嘱托调查所需必要费用，为程序费用之一部，而受托个人为必要之调查所发生之酬金，爰于第三项明定为程序费用之一部，经声请后由法院依事件繁简、时间久暂、调查难易等相关情形予以核定。</p>
<p>第十七条 法院得命家事调查官就特定事项调查事实。</p> <p>家事调查官为前项之调查，应提出报告。</p>	<p>一、家事纷争既常因家庭成员或亲属间感情之纠葛引发，故发掘、了解家事纷争背后隐藏之真正问题，方能通权达变、圆融解决。法院为处理特定事项，即有必要借助家事调查官调查事实，爰参考日</p>

<p>法院命为第一项调查前,应使当事人或利害关系人以言词或书状陈述意见。但认为不必要者,不在此限。</p> <p>法院斟酌第二项调查报告书为裁判前,应使当事人或利害关系人有陈述意见或辩论之机会。但其内容涉及隐私或有不适当之情形者,不在此限。</p> <p>法院认为必要时,得命家事调查官于期日到场陈述意见。</p>	<p>本人事诉讼法第三十四条、家事审判规则第七条之二及韩国家事诉讼法第八条之立法意旨,明定为第一项。</p> <p>二、家事调查官就特定事项调查事实时,并应调查事件当事人或关系人之性格、经历、身心状况、家庭情形、财产状况、社会文化、教育程度及其它必要之事项,提出报告书以帮助法院厘清事实,爰为第二项之规定。</p> <p>三、为避免浪费家事调查官人力资源及延宕程序,法院命家事调查官就特定事项调查事实前,应先令当事人或利害关系人以言词或书状陈述意见,以掌握事件要旨、引导查明争点,并应具体指示家事调查官调查方向及重点,但法院就事件性质认为不必要者,则不在此限。爰参考民事诉讼法第二百八十八条之体例,订定第三项。</p> <p>四、为确保当事人之听审请求权、辩论权及公正审判请求权,法院在斟酌第二项调查报告书为裁判前,应使当事人或利害关系人有陈述意见或辩论之机会。但调查报告书内容如与当事人隐私有密切关连或有其它不适当情形者,不在此限,爰明定为第四项。另但书之规定并未排除受调查之本人得就涉及其个人之事项陈述意见之情形,附此说明。</p> <p>五、家事调查官之职位与工作,有经验累积之特性,其调查之事实供法官在处理家事纷争时参酌,可收妥适、迅速、专业之效果,爰于第五项明定法院认有必要时得命其于期日到场陈述意见。</p>
<p>第十八条 处理家事事件需支出费用者,法院得定期命当事人预纳之。但其预纳显有困难,并为维护公益应依职权调查证据所需费用,法院得裁定暂免预纳其全部或一部,由国库垫付之。</p> <p>法院为程序费用之裁判时,应并确定前项国库垫付之费用额。</p>	<p>一、裁判费用预纳为家事事件系属法院之合法要件,处理程序进行中,尚须支出鉴定、调查证据、通知或其它处分、处置之费用,法院得定期命当事人预纳,以利程序之进行。但当事人如因资力不足,预纳程序进行中之费用显有困难,而法院为维护公益又有应依职权调查证据之必要时,得以裁定暂免预纳费用之全部或一部,由国库先行垫付,以兼顾及时发现真实及程序之顺畅进行,爰规定如第一项。至于获准诉讼救助者,依相关规定办理,乃属当然。</p> <p>二、关于第一项国库垫付之费用,于事件终结时亦有确定其数额之必要,爰于第二项订定法院为程序费用之裁判时,应依职权并确定第一项国库垫付之费用额。此后法院即应依第四十条、第九十九条分别准用民事诉讼法第七十七条之二十二及非讼事件法第二十五条等规定,向应负担费用之当事人或关系人征收之,附此说明。</p>
<p>第十九条 民事诉讼法有关法院职员回避之规定,于家事调查官准用之。</p>	<p>家事调查官利用其相关专业知能,就特定事项调查事实提出报告书或到场陈述意见应公平执行职务,不得偏颇,以祛除当事人疑虑,并维护法院之威信,爰规定民事诉讼法有关法院职员回避之规定,于家事调查官准用之。至于办理家事事件之法官、书记官、通译等其它职员之回避,为求立法简洁,本法已于第四十条及第九十九条分别规定准用民事诉讼法及非讼事件法相关规定。</p>
<p>第二十条 本法关于审判长权限之规定,于受命法官行准备程序时准用之。</p>	<p>受命法官于行准备程序时,就原属审判长权限之事项,例如有关法庭公开与否之决定(第八条)、对于当事人晓谕舍弃、认诺之法律效果(第三十五条第二项)及为受辅助宣告人选任律师为诉讼代理人(第四十五条第二项)等属于诉讼指挥之程序事项,如得由受命法官先行处理,当有助于程序之迅速进行,爰设本条之规定,以资适用。</p>
<p>第二编 调解程序</p>	<p>为协助家事事件之争执两造能透过争讼程序以外之解决机制,妥当且和平处理彼此之歧见,避免日后再起纠纷,爰设本编规定。</p>
<p>第二十一条 家事事件请求法院裁判前经调解。但法律别有规定、依法律关系性质、当事人意愿或其它情形,不能调解、无法调解、显无调解必要或实益者,不在此限。</p>	<p>一、家事纷争具有私密性,又包含家庭成员及亲属间之感情纠葛,性质上与财产关系之争讼不尽相同,为尽可能周全解决家庭成员间之纷争,法院处理家事事件时,应让当事人先经由调解程序确实了解纷争所在,期能自主解决纷争,重建或调整和谐之身分及财产关</p>

<p>前项事件当事人径向法院请求裁判者，视为调解之声请。但当事人应为公示送达或于外国为送达者，不在此限。</p> <p>第一项但书之情形，法院应向声请人发问或晓谕，依声请人之意愿，裁定改用应行之裁判程序，由原法官处理，并视为自声请调解时，已请求法院裁判；其不愿改用者，以裁定驳回之。</p> <p>前项裁定，不得声明不服。</p>	<p>系，建构裁判方式所无法达到之替代性解决纷争功能，爰于第一项本文规定调解前置程序。惟如家事事件已经法律明定不得进行调解（例如家庭暴力防治法第十三条第七项之规定），或依其性质上显然难以藉由调解程序解决之事项（例如：宣告死亡事件、撤销死亡宣告事件、失踪人财产管理事件、宣告监护事件、宣告辅助事件、继承事件等），或当事人已经表示并无调解之意愿，或有其它情形，可资认定不能调解，或显无调解之必要或实益（例如：纷争已经其它调解机关调解不成立、无法通知当事人者），则例外于但书规定请求法院裁判前，毋须经法院调解程序。</p> <p>二、为贯彻调解前置主义，使家事纷争尽量以替代性解决纷争方式处理，故于第二项规定如当事人就前项家事事件，径向法院请求裁判者，视为调解之声请，但当事人应为公示送达或于外国送达者，致显然无法进行调解程序，则不在此限。</p> <p>三、家事事件原则采取调解前置主义，且调解之功能并不局限于促使成立调解，例如确认婚姻无效、不存在或撤销婚姻事件，亦期能经由调解程序，使纷争当事人调整家庭成员间利害关系，便利当事人考虑除裁判外，有无其它更符合家庭成员利益之解决方案，以重新建立生活关系，纵使无法成立确认婚姻无效、不存在或撤销婚姻之调解，如能因此不再争执婚姻效力问题，进而撤回调解或裁判之请求，自主、圆满解决纷争，维持家庭和谐，仍然具有调解实益。但如声请调解之家事事件有第一项但书之情形时，为兼顾司法资源不宜滥用，及尊重当事人程序选择权，爰于第三项明定受理调解事件之法院此时应向声请人发问或晓谕，若确定声请人有意愿将调解程序转换为请求裁判程序或其它程序，即依其意愿裁定转换程序，并仍由原法官处理，且视为自声请调解时，已请求法院裁判，以确保当事人权益；如不愿改用者，则以裁定驳回其声请。</p> <p>四、前项裁定系经法院判断认为调解无必要或实益，复以发问或晓谕方式征询声请人之意愿，对其程序选择权已有充分保障，爰设第四项规定，不许对该裁定声明不服。</p>
<p>第二十二条 家事调解事件，除别有规定外，由管辖家事事件之法院管辖。</p>	<p>家事调解事件，原则上固由管辖家事事件之法院所管辖，惟如法律另有规定者（例如继承人因遗产分割而发生争执，而遗产包括价额高昂，属于主要遗产之动产，以及经济价值较低之不动产，并分处各地，然继承人未依本法第七十六条之规定，选择继承人住所、居所或主要遗产所在地法院解决此类家事纷争，反依民事诉讼法第十条第一项之规定，择定不动产所在地法院起诉，此时该法院依民事诉讼法第四百零三条第一项第三款规定，亦需对此类事件于起诉前行强制调解），即应依其规定，故设本条规定，以资适用。</p>
<p>第二十三条 家事事件之调解程序，由法官独任行之。</p>	<p>本条明定家事调解事件，包括强制调解及移付调解事件，均由独任法官办理。又第二审法院如就所受理之家事事件移付调解时，亦有本条之适用，附此说明。</p>
<p>第二十四条 法院得于家事事件程序进行中依职权移付调解；除两造合意或法律别有规定外，以一次为限。</p> <p>前项情形，原程序停止进行。调解成立者，程序终结；调解不成立者，原程序继续进行。</p>	<p>一、为扩大调解功能，应许法院于裁判程序开始后，认有必要时，得依职权将事件移付调解，爰参照民事诉讼法第四百二十条之一之立法例，为第一项前段之规定。惟因裁判程序开始后之调解，耗费司法资源，故于后段明定原则上仅限一次，以免因移付情形浮滥而延滞诉讼，仅在两造当事人合意且法院亦认有必要时，始无次数限制，以增加程序选择之机会。</p> <p>二、移付调解之事件，原程序应停止进行，以免浪费司法资源。调解如经成立者，原程序即告终结；反之，原程序继续进行，爰规定如第二项。</p>
<p>第二十五条 调解经当事人合意而成立；调解成立者，与确定裁判有同一之效力。但关</p>	<p>一、基于统合处理家事事件，圆融解决当事人纷争，谋求家庭成员全体利益之立法意旨，家事事件性质属于准许当事人合意处分或形</p>



<p>于身分关系是否存在，或依事件、法律关系之性质不得调解或法律别有规定者，不在此限。</p> <p>因调解成立有关身分之事项，依法应办理登记者，法院应依职权通知该管户政机关。</p>	<p>成之法律关系者，均得由当事人合意成立调解以尊重当事人之程序选择权。而依前揭规定成立调解者，即与确定裁判具有相同之效力，爰规定如第一项本文。惟因身分关系之存否（例如确认身分关系无效、存在不存在之争执）等事项，或就争执事件、法律关系性质无从成立调解者（例如监护、辅助之宣告及其撤销事件或死亡宣告及其撤销事件），当事人既不具处分权，自无许当事人可以成立调解；此外，如法律另有规定（例如家庭暴力防治法第十三条第七项），自亦不许当事人成立调解，故设但书之规定。</p> <p>二、就身分事项成立调解时，倘有涉及依法应办理户政登记者，民法第一千零五十二条之一已就调解离婚明定法院应于调解成立后，依职权通知户政机关。爰参酌前揭法理，于第二项明定凡身分事项属于得为调解之范围，而其发生、变动依法需办理户籍登记者（例如户籍法第九条、第四十八条之离婚登记，以及同法第四十九条之子女姓氏登记），法院应于调解成立后依职权通知户政机关，俾其得依相关法律处理。</p>
<p>第二十六条 当事人两造于调解期日到场而调解不成立者，法院得依一造当事人之声请，按该事件应适用之程序，命即进行裁判程序，并视为自声请调解时已请求裁判。但他造声请延展期日者，应许可之。</p> <p>当事人声请调解而不成立，如声请人于调解不成立证明书送达后十日之不变期间内请求裁判者，视为自声请调解时已请求裁判；其于送达前请求裁判者亦同。</p> <p>以裁判之请求视为调解之声请者，如调解不成立，除当事人声请延展期日外，法院应按该事件应适用之程序，命即进行裁判程序，并仍自原请求裁判时，发生程序系属之效力。</p>	<p>一、调解事件之两造当事人于期日均已到场，惟无法成立调解，法院即可依一造当事人声请，改按该事件原来应适用之裁判程序立即进行，爰参考民事诉讼法第四百十九条第二项之意旨，于第一项本文明定此种情形视为自声请调解时已经请求裁判，以免当事人权利因逾除斥期间或时效消灭而受影响。惟调解程序究与裁判程序有别，为使他造得为充分之准备，第一项但书特别明定，他造如声请延展期日，法院应予许可，不得进行裁判程序。至于当事人如仅为调解之声请，而未请求裁判，法院即无从依声请命即为进行裁判程序，乃属当然。</p> <p>二、当事人声请调解而不成立，如未依第一项规定请求法院裁判者，调解程序即告终结。倘当事人仍欲请求裁判，基于贯彻保障当事人之期间或时效利益，又为避免当事人延滞请求，爰参考民事诉讼法第四百十九条第三项之精神，于第二项规定，其必须于调解不成立证明书送达后十日之不变期间内为之，始能视为自声请调解时已经请求裁判，而溯及于声请调解时，发生系属之效力。惟如当事人于调解不成立证明书送达前已经请求者，其请求之效力则与期间内请求相同。</p> <p>三、以当事人请求裁判视为调解之声请者，当事人原来之请求，并不因视为声请调解而失其效力，故参考民事诉讼法第四百十九条第四项之内容，于第三项明定，此类事件如调解不成立，除当事人声请延展期日，应予尊重外，法院应不待当事人声请，径按该事件原应适用之裁判程序继续进行，并自原请求时发生系属法院之效力。</p>
<p>第二十七条 关于家事调解委员之资格、聘任、考核、训练、解任及报酬等事项，由司法院定之。</p> <p>调解程序，除本法另有规定者外，准用民事诉讼法第二编第二章调解程序之规定。</p>	<p>一、家庭成员间所生家事纷争其症结每多纠缠复杂，因此处理家事事件之调解委员即需多方面之专业知识及能力，始能探求家事纷争背后隐藏之困难及争议所在，以便妥适解决。故为整体规划，爰于第一项明定关于家事调解委员之资格、聘任、考核、训练、解任及报酬等事项，由司法院另定之。</p> <p>二、第二项规定家事调解除本法另有特别规定外，准用民事诉讼法有关调解程序之规定，例如民事诉讼法第四百零五条第一项及第二项、第四百零六条之一第二项及第三项、第四百零六条之二、第四百零七条、第四百零七条之一、第四百十条第一项、第四百十二条、第四百十三条、第四百十四条、第四百十五条之一、第四百十六条第二项至第五项、第四百十七条、第四百十八条、第四百二十条、第四百二十一条、第四百二十二条、第四百二十三条、第四百二十五条、第四百二十六条等。此外，法院亦得视具体个案之类似性质，准用该程序其它相关规定。</p>

第三编 家事诉讼程序	为促使法院顺利进行诉讼程序，并便利当事人解决纷争，爰于本编规定家事诉讼程序之相关内容，以利适用。
第一章 通则	为方便当事人及法院了解家事诉讼之一般性规定，以促使家事诉讼程序之顺利进行，特订定本章。
<p>第二十八条 起诉，应以诉状表明下列各款事项，提出于法院为之：</p> <p>一、当事人及法定代理人。</p> <p>二、诉讼标的及其原因事实。</p> <p>三、应受判决事项之声明。</p> <p>诉状内宜记载下列各款事项：</p> <p>一、因定法院管辖及其适用程序所必要之事项。</p> <p>二、准备言词辩论之事项。</p> <p>三、当事人间有无共同未成年子女。</p> <p>四、当事人间有无其它相关事件系属于法院。</p>	<p>一、起诉应将起诉所必要之事项以书状表明并提出于法院，始生起诉效力。就书状内容而言，须载明两造当事人，如有法定代理人，亦应记载之。又为提示法院审判对象、预告判决效力之范围及对他造提示攻击防御之目标，防止突袭性裁判，诉状亦应揭明诉讼标的及其原因事实。此外，应受判决事项之声明，攸关诉讼审判之范围，若有欠缺，则难以确定诉讼审理之方向及界限范围，故亦应表明之，爰参照民事诉讼法第二百四十四条第一项规定，于第一项明定起诉应备之程序。</p> <p>二、其次，为促请当事人及法院注意，乃于第二项规定诉状宜记载之事项。其一为定法院管辖及其适用程序所必要之事项，前者为据以定普通审判籍、特别审判籍或合意管辖事项，后者据以定事件可否适用家事程序。其二为准备言词辩论之事项，即原告因准备言词辩论之必要，将本应以准备书状记载其所用之攻击防御方法，在诉状内一并记载，以促进诉讼。其三为当事人间是否有共同之未成年子女，因婚姻事件常涉及子女权益保护事项，如当事人并于诉状中表明，法院即得审酌有无依职权介入统合处理之必要。其四为当事人间是否另有其它相关家事事件系属于法院，如经原告载明于诉状，有助于法院了解当事人讼争情形，并审酌是否需要统合审理，以便利程序之进行。惟法定宜记载事项，并非起诉必备程序，原告遵守与否不影响其起诉效力。</p>
<p>第二十九条 家事诉讼事件如由身分关系当事人之一方起诉者，以他方为被告；由第三人提起者，以身分关系当事人双方为共同被告；其中一方已死亡者，以生存之他方为被告。但法律别有规定者，不在此限。</p>	<p>由于家事诉讼事件中涉及身分关系之发生、变动者，其终局判决具有对世效，影响范围相当广泛，自应保障判决对世效之正当性，尽量避免事后争执本诉讼之判决效力，故需明确规定被告适格要件。惟为避免家事事件分则中所定当事人适格规范范围有所缺漏，宜于通则中制定被告适格要件之一般性规定，爰于本条规定，除法律别有规定外，前揭家事诉讼事件，如由讼争身分关系当事人之一方提起时，则应以讼争身分关系之他方为被告；如以讼争身分关系以外之第三人提起者，应由讼争身分关系当事人之双方为共同被告；倘有一方已死亡，则仅以生存之他方为被告（例如甲、乙是父母，丙是子女，如第三人丁欲起诉请求确认甲、丙间之父子关系不存在时，需将甲、丙列为共同被告，如于起诉时甲已死亡，则仅以丙为被告即可）。</p>
<p>第三十条 家事诉讼之结果，于第三人之分身关系受影响者，法院应于事实审言词辩论终结前相当时期，将诉讼事件及进行程度，以书面通知已知悉之该第三人，并将判决书送达之。</p> <p>前项受通知人依民事诉讼法第五十八条规定参加诉讼者，准用同法第五十六条规定。第一项以外之家事诉讼事件之结果，于第三人具有法律上利害关系者，得准用民事诉讼法第六十七条之一规定。</p>	<p>一、依第三十七条第一项之规定，法院对于涉及身分关系之诉讼事件所为确定终局判决具对世效力。因此，为使于身分关系受影响之第三人能获知诉讼而有及时参与诉讼之机会，以保护第三人程序参与权及实体权益，维持确定裁判之安定性，并贯彻一次诉讼解决纷争原则，爰于第一项明定，法院应依职权于事实审言词辩论终结前，适时将诉讼事件及进行程度以书面通知审理中所知悉之该第三人，且无论该第三人有无参与诉讼，均应于判决后对其送达判决书，俾利其决定是否参与上诉程序，以保障其程序权及听审请求权。</p> <p>二、前项受通知之第三人，得视其情形自行斟酌是否参与诉讼及参与方式，例如依民事诉讼法第五十四条规定起诉，依同法第五十八条规定参加诉讼，或为当事人之追加，或依其它法定程序行使或防卫其权利。该第三人如依民事诉讼法第五十八条规定参加诉讼者，因前项事件系涉身分关系，其诉讼标的对当事人或参加人应合一确定，与民事诉讼法第六十二条规定之情形相若，应准用同法第五十</p>

	<p>六条之规定,以保护全体当事人及参加人之利益,并统一解决该等人间之纷争,爰设第二项之规定。</p> <p>三、至第一项事件以外之其它家事诉讼事件,本诸同上事理,法院认为必要时,亦得准用民事诉讼法第六十七条之一规定,依职权斟酌通知有法律上利害关系之第三人,俾其能知悉诉讼而有及时参与诉讼之机会,及令受通知人了解如得依民事诉讼法第五十八条规定为参加而未参加或参加逾时,所生视为于得行参加时已参加诉讼之效果,递行准用民事诉讼法第六十三条之规定,爰规定如第三项。</p>
<p>第三十一条 本编第二章或第三章所定之家事诉讼事件,为避免裁判矛盾,得合并提起,或与本于同一原因事实所生之家事诉讼事件或家事非讼事件合并请求。但本法设有专属管辖之规定者,应向该专属管辖法院提起。</p> <p>前项情形,得于第一审或第二审言词辩论终结前为请求之变更、追加或为反请求。</p> <p>依前项情形得为请求之变更、追加或提起反请求者,如另行提起时,法院认有必要者,得依声请或依职权,以裁定移送于本编第二章、第三章所定之家事诉讼事件系属最先之第一审或第二审法院合并审理,并准用第五条第二项至第五项之规定。</p> <p>受移送之法院于移送裁定确定时,已就系属之事件为终局裁判者,应就移送之事件自行处理。</p> <p>前项终局裁判为第一审法院之裁判,并经合法上诉第二审者,受移送法院应将移送之事件并送第二审法院合并审理。</p>	<p>一、为维持家庭之平和安宁,避免当事人间因家事纷争迭次兴讼,并符合程序经济原则,免生裁判之抵触,爰于第一项本文规定就有关本编第二章、第三章所定之家事诉讼事件,为避免裁判矛盾,彼此间得合并起诉,或与本于同一原因事实所生之家事诉讼事件或家事非讼事件,向就其中一家事诉讼事件有管辖权之家事法院合并请求(例如:婚姻事件中,并为赡养费、扶养费或者对于未成年子女权利义务之行使负担之酌定请求)。惟合并提起之家事诉讼事件中如有已经本法规定为专属管辖者,以其事件既与公益有关,当事人自仅得向该专属管辖之法院提起,爰为但书之规定。</p> <p>二、当事人就第一项所定事件虽未合并请求,然为期间统合处理家事纷争,俾兼顾程序之迅速及经济,复设第二项规定,准许当事人于第一审或第二审言词辩论终结前,仍得为请求之变更、追加或为反请求。</p> <p>三、依第二项规定得为请求之变更、追加或为反请求之情形,系为避免迭次兴讼,有害公益,当事人如舍此另行起诉或请求,法院基于统合处理事件之必要,认为由家事诉讼事件系属最先之法院合并审理较为适当,得依声请或依职权裁定移送家事诉讼事件最先系属之第一审或第二审法院合并审理。至有关移送裁定之相关事宜,例如抗告、确定效力以及后续法院之处理等情节,则为立法简便,准用第五条第二项至第五项之规定即可,爰为第三项规定。</p> <p>四、为贯彻本法家事事件统合处理之精神,受移送法院于移送裁定确定时,已系属之家事诉讼事件虽经终局裁判,仍应续行处理移送之事件,以节省劳费,并免裁判两歧,爰设第四项之规定。且受移送法院纵于移送之裁定确定后卷证送交前,就已系属之事件为终局裁判者,对于移送之事件仍应自行处理,始符合前项准用第五条第五项后段及本项规定之意旨。</p> <p>五、受移送法院如属第一审法院,并已为第一项之终局裁判,复经当事人合法上诉第二审者,受移送法院应将移送之事件并送该第二审法院合并处理,始能充分实践合并处理之立法本旨,爰设第五项规定。</p>
<p>第三十二条 法院就前条第一项至第三项所定得合并请求、变更、追加或反请求之数宗事件,应合并审理、合并裁判。但有下列各款情形之一者,得分别审理、分别裁判:</p> <p>一、请求之标的或其攻击防御方法不相牵连。</p> <p>二、两造合意分别审理、分别裁判,经法院认为适当。</p> <p>三、依事件性质,认有分别审理、分别裁判之必要。</p> <p>法院就前项合并审理之家事诉讼事件与家事非讼事件合并裁判者,除别有规定外,应以判决为之。</p>	<p>一、法院就第三十一条第一项至第三项之数宗事件,原则上应合并审理、合并裁判,爰设第一项本文规定,以求贯彻统合处理之立法意旨,节省法院及当事人之劳费,并避免裁判矛盾。惟法院就数宗家事事件合并审理时,其程序应该如何进行为宜,因其情事并非单一,此部分留待实务及学说发展。另法院如认数宗事件之请求标的及其攻击防御方法并无牵连关系,或经两造合意分别审理、分别裁判,或法院斟酌事件之性质,认有分别审理、分别裁判之必要者,如仍强行合并审理、合并裁判,恐将延滞程序之进行,抑或忽视当事人之程序选择权,乃设但书规定,准许法院得就该等情形分别审理、分别裁判。</p> <p>二、法院就非讼事件之处分,固以裁定为之,惟对于第一项合并审理之诉讼事件与非讼事件合并裁判者,除别有规定外,应一并以程序较为周延之判决为之,爰为第二项之规定。至所谓「除别有规定</p>

<p>第三十三条 当事人就合并审理之家事诉讼事件与家事非讼事件之终局裁判声明不服者，除别有规定外，适用上诉程序。</p> <p>当事人仅就合并审理之家事诉讼事件之终局判决全部或一部声明不服者，适用上诉程序。</p> <p>当事人或利害关系人仅就合并审理之家事非讼事件之终局裁判全部或一部声明不服者，适用抗告程序，并准用民事诉讼法第四编之规定。</p> <p>对于合并审理之家事诉讼事件之终局判决声明不服者，以该判决所认定之法律关系为据之其它事件之裁判，视为提起上诉。</p>	<p>外]，例如因程序不合法而应裁定驳回者即属之。</p> <p>一、当事人对于家事诉讼事件与家事非讼事件合并审理之终局判决，如就判决内容全部均声明不服者，除别有规定外（例如就家事非讼事件有特别限制其抗告审级者，即应依各该规定处理），应适用上诉程序，爰为第一项规定。惟第一审法院如依第三十二条第一项但书规定分别裁判，而当事人就各该家事诉讼事件及非讼事件之裁判均声明不服者，第二审法院仍宜合并审理、合并裁判，并应适用上诉程序，以保障当事人之程序利益。又前开之声明不服可同时或先后为之，若先后为之而同时系属于第二审法院，仍有第一项规定之适用。至家事诉讼事件若因程序不合法而经裁定驳回者，其声明不服程序应循抗告程序，不适用本项规定，附此说明。</p> <p>二、当事人若仅就家事诉讼事件之终局判决全部或一部声明不服者，应以上诉程序为其第二审应适用之救济程序，爰设第二项规定。</p> <p>三、当事人若仅就家事非讼事件之终局裁判全部或一部声明不服者，参考民事诉讼法第五百八十二条之一第三项规定，应以抗告程序救济之，且其抗告程序，应适用民事诉讼法第四编之规定，即以高等法院为第二审法院，故设第三项规定。又除当事人得对于家事非讼事件裁定提起抗告外，利害关系人亦得为之，附此说明。</p> <p>四、当事人仅对于家事诉讼事件之终局判决声明不服者，若其它事件（包括诉讼事件及非讼事件）系以该判决所认定之法律关系为依据，其裁判亦应视为一并提起上诉（例如：原告提起离婚诉讼，并合并提起分配夫妻剩余财产诉讼以及请求酌定未成年子女亲权等事件，后二者均系以离婚诉讼之判决结果为其裁判之前提，原告于第一审败诉后虽仅表明对于离婚事件提起上诉，此时有关分配夫妻剩余财产诉讼及酌定未成年子女亲权事件亦视为一并提起上诉），方能贯彻家事事件合并处理之目的，并避免发生裁判两歧之情形，爰明定为第四项。</p>
<p>第三十四条 第二十五条规定，于家事事件之和解，准用之。</p>	<p>诉讼上和解之功能、目的既与调解相近，则有关得为和解之事件类型、要件、效力以及和解成立后法院应践行之通知义务等事项，自应与调解之规范相同，为立法简洁，爰规定如本条。</p>
<p>第三十五条 当事人于言词辩论期日为舍弃或认诺者，法院应本于其舍弃或认诺为该当事人败诉之判决。但法律别有规定者，不在此限。</p> <p>前项情形，本于当事人之舍弃或认诺为判决前，审判长应就该判决及于当事人之利害为晓谕。</p>	<p>一、为保障当事人之程序处分权，应允许其就家事诉讼事件中得为处分之事项可为舍弃、认诺，爰参酌民事诉讼法第三百八十四条规定，于第一项明定当事人于言词辩论期日为舍弃或认诺者，法院应本此径为该当事人败诉之判决，不得再行调查证据或认定事实。但法律（包括本法及其它法律规定）如别有规定，即有必要适度限制当事人之处分权，故设但书之例外规定，此时法院并不依当事人之舍弃、认诺径为其败诉之判决，以求慎重。</p> <p>二、法院依第一项本文规定为判决前，审判长应对当事人就该判决所及之利害关系予以晓谕，当事人始能权衡得失，谨慎为程序选择，爰为第二项之规定。</p>
<p>第三十六条 攻击或防御方法，除别有规定外，应依事件进行之程度，于言词辩论终结前适当时期提出之。</p> <p>当事人因故意或重大过失逾时提出攻击或防御方法，有碍事件之终结者，法院于裁判时得斟酌其逾时提出之理由。</p> <p>前项情形，法院应使当事人或关系人有辩论或陈述意见之机会。</p>	<p>一、家事事件，不论系得处分或不得处分之事项，当事人均应在适当时期提出攻击或防御方法，此为其促进诉讼义务，以防止诉讼延滞及浪费司法资源，故于第一项明定，除另有法律或有权机关依法所定命令外（例如民事诉讼法第二百七十六条准备程序之效果、第四百四十七条对于当事人在第二审程序提出攻击或防御方法所作限制等规定），当事人应依事件进行之程度，于事实审言词辩论终结前适当时期提出攻击防御方法，俾能节省劳费，爰为第二项规定。</p> <p>二、当事人如因故意或重大过失，逾适当时期始行提出攻击或防御方法，有碍事件之终结者，法院得于裁判时斟酌其逾时提出之原因而形成心证。</p>

	<p>三、第二项虽规定法院得斟酌逾时提出之理由，惟因事涉当事人或关系人之权益，故于第三项明定法院裁判前，应使有辩论或陈述意见之机会，以保障程序权。</p>
<p>第三十七条 就第二条第二项所定之家事事件中有关身分关系之诉讼所为确定之终局判决，对于第三人亦有效力。但有下列各款情形之一者，不在此限： 一、当事人以重婚为理由，提起确认婚姻无效之诉讼被驳回，对于非因可归责于己之事由于该诉讼之事实审言词辩论终结前未参加诉讼之前配偶。 二、认领子女之诉，由生母或其它法定代理人起诉，因无理而被驳回，对于非因可归责于己之事由，于该诉讼之事实审言词辩论终结前未参加诉讼之非婚生子女。 因前项确定判决致身分关系受影响之第三人，非因可归责于己之事由而未参加诉讼者，得提起再审之诉，并准用民事诉讼法第五编再审程序之规定。</p>	<p>一、本法第二条第二项所定家事事件中关于涉及身分关系之诉讼事件，因与公益有关，故法院就此类事件所为确定之终局判决，自应赋与对世效力，避免在不同人间发生歧异，并期纷争能一次解决，爰设第一项本文之规定。惟为使第三人权益获得保障，爰参照民事诉讼法第五百八十二条第二项、第五百九十六条第一项但书规定，于本项但书列举数种涉及重大身分事项之诉讼，其确定判决不及于各该事件非因可归责于己之事由不能于该诉讼之事实审言词辩论终结前参加诉讼之前配偶或非婚生子女。至于但书所定之人，既为确定判决效力所不及，自得另行提起独立诉讼，附此说明。 二、为使受前项诉讼确定判决效力所及之特定利害关系第三人，有救济错误判决之机会，以保障其权益，爰于第二项明定，因前揭诉讼之判断结果导致身分关系受影响之第三人，非因可归责于己之事由而未参与诉讼，致不能提出足以影响判决结果之攻击或防御方法，得提起再审之诉，藉以达成除去已确定之终局判决之目的。至其程序，为求立法简洁，准用民事诉讼法第五编有关再审之规定。</p>
<p>第三十八条 法院认当事人间之家事诉讼事件，有和谐解决之望或解决事件之意思已甚接近者，得定六个月以下之期间停止诉讼程序或为其它必要之处分。</p>	<p>为维护家庭成员间之平和安宁，避免家事纷争迭次兴讼，对于当事人间有可能自主解决纷争，或解决事件之意思已甚接近时，法院得斟酌具体情形，依职权定六个月以下之期间停止诉讼程序，或为其它必要之处分，例如依第二十四条移付调解、依乡镇市调解条例移付调解委员会调解，或准用民事诉讼法规定拟定和解方案等，俾使当事人能充分试以诉讼外方式彻底解决纷争，兼收节省劳费之效。</p>
<p>第三十九条 身分关系之诉讼，原告于判决确定前死亡者，除别有规定外，关于本案视为诉讼终结。 依第二十九条规定提起之诉讼，于判决确定前，共同被告中之一方死亡者，由生存之他方续行诉讼。 依第二十九条规定提起之诉讼，于判决确定前被告均死亡者，除别有规定外，由检察官续行诉讼。</p>	<p>一、确认身分关系是否无效以及存在不存在诉讼之确认利益为身分利益，且具一身专属性，故原则上于为原告讼争身分关系之当事人或第三人死亡时不使其续行诉讼；至于撤销诉讼等关于身分关系之形成诉讼，因亦具有一身专属性，故除有特别规定须续行诉讼者外，原则上该诉讼亦应告终结，爰参酌日本人事诉讼法第二十七条第一项及我国民事诉讼法第五百八十条之规定，订定第一项。 二、第二十九条之家事诉讼事件，既与身分关系之变动有关，具有一定之公益性，即使被告死亡，亦仍有使其身分关系明确之必要，故参酌日本人事诉讼法第二十六条第一项内容，于第二项明定，由第三人提起者，若判决确定前，共同被告中之一方死亡时，由生存之他方续行诉讼。 三、如由讼争身分关系当事人之一方或第三人依第二十九条之规定起诉，若被告均于判决确定前死亡者，因我国现行法体系在涉及公益之民事事件如无当事人时，多系规定由检察官做为职务上之当事人，爰并参酌日本人事诉讼法第二十六条第二项规定，于第三项明定除别有规定外，由检察官续行该诉讼。</p>
<p>第四十条 家事诉讼事件，除本法别有规定者外，准用民事诉讼法之规定。</p>	<p>家事诉讼事件性质上为人事诉讼之一种，为免本法规定不备，乃仿效强制执行法第三十条之一及破产法第五条规定，除本法别有规定外，准用民事诉讼法之规定。至于以财产上之给付为诉讼标的者，本应参照民事诉讼法规定办理，自不待言。</p>
<p>第二章 婚姻事件程序</p>	<p>为明确婚姻诉讼事件之种类及程序进行之重要内容，以利法院适用，并方便当事人了解，爰订定本章规定。</p>
<p>第四十一条 确认婚姻无效、撤销婚姻、离婚、确认婚姻关系存在或不存在及履行同居事件，专属夫妻之住所地或夫、妻死亡时住所地之法院管辖。但诉之原因事实发生于夫</p>	<p>一、按确认婚姻无效、撤销婚姻、离婚事件、确认婚姻关系存在或不存在及同居事件，多在婚姻生活之中心，即夫妻住所地发生，然现今婚姻形态多样，婚姻事件中有争执而提起诉讼之夫妻，有可能无法依民法第一千零二条之规定达成协议，或未声请法院定住所</p>

<p>或妻之居所地者，得由各该居所地之法院管辖。</p> <p>夫妻之住所地法院不能行使职权或在中华民国无住所或其住所不明者，准用民事诉讼法第一条第一项中段及第二项之规定。</p> <p>夫或妻为中华民国人，不能依前二项规定，定管辖之法院者，由中央政府所在地之法院管辖之。</p>	<p>地，或常已各自分离居住，故为因应时代变迁及婚姻态样多元化之现象，并兼顾维护公益及调查证据之便捷，爰于第一项规定原则应以夫妻住所地法院或于夫妻一方死亡时，先死之夫或妻死亡时之住所地法院为上开事件之专属管辖法院，惟如原告提起婚姻之诉之原因事实发生在夫或妻居所地之情形，亦得由夫或妻居所地之法院管辖。又本项所称确认婚姻无效事件，包括结婚有民法第九百八十八条之违反法定方式、自始无结婚行为及欠缺结婚意思等婚姻自始即未成立等情形；又所称确认婚姻关系存在、不存在事件，系指除前揭情形以外，当事人争执于言词辩论终结之际有无婚姻关系之情形，例如原告以两造协议离婚无效为由，提起确认婚姻关系存在之诉即是。</p> <p>二、夫妻住所地法院如在事实上不能行使审判权，则准用民事诉讼法第一条第一项中段规定，由其居所地之法院管辖；而夫妻如在中华民国境内现无住所、住所不明等情形，则准用民事诉讼法同条第二项规定，以夫妻在中华民国之居所视为其住所，由该居所地之法院管辖，无居所或居所不明者，以其在中华民国最后之住所视为其住所，由该最后住所地之法院管辖，爰规定如第二项。</p> <p>三、为保障我国国民权益，爰于第三项规定，如遇有夫妻在中华民国境内从未设定住所或居所，致无从依前述第一项、第二项规定定其管辖法院之情形，应由中央政府所在地之法院管辖。</p>
<p>第四十二条 婚姻事件有下列各款情形之一者，由中华民国法院审判管辖：</p> <p>一、夫妻之一方为中华民国人。</p> <p>二、夫妻均非中华民国人或一方为无国籍人，而于中华民国境内有住所或持续一年以上有共同居所。</p> <p>被告在中华民国应诉显有不便者，不适用前项之规定。</p>	<p>一、前条所示婚姻事件，于夫妻任一方为非中华民国人或无国籍人时，究由何国法院行使审判管辖权，我国法目前尚无相关规定，为免争议，爰参酌德国民事诉讼法第六百零六条之一，于第一项规定我国法院就特定情形之涉外婚姻事件有国际审判管辖权。至于依本条规定决定我国有国际审判管辖权后，应由我国之何法院管辖该事件，则另依前条土地管辖之规定判断之。</p> <p>(一) 夫妻之一方为中华民国人时，因该涉外婚姻事件涉及我国国民权利保护问题，爰于第一项第一款规定我国法院就该事件有国际审判管辖权。</p> <p>(二) 为求国籍与住所之调和，并避免当事人轻率起诉或有随意选择法庭(Forum shopping)之情形，爰于第一项第二款规定于夫妻均非中华民国人，或其中一方为无国籍人，而于中华民国境内有住所或持续一年以上有共同居所者，即使我国法院对该涉外婚姻事件有国际审判管辖权。</p> <p>二、为保障被告之程序权，避免被告应诉困难，爰参酌民事诉讼法第一百八十二条之二立法例，于第二项规定被告在我国应诉显有不便时，我国法院对于其婚姻事件无审判管辖权，而不适用前项之规定。</p>
<p>第四十三条 未成年之夫或妻，就确认婚姻无效或确认婚姻不存在之诉，亦有程序能力。</p>	<p>未成年之夫或妻，在确认婚姻无效或确认婚姻不成立之诉，既对婚姻曾否合法缔结或于言词辩论之际是否依然存在有所争执，在法院判决确定前尚无从认定；惟婚姻事件为保护当事人之利益，容以本人为诉讼行为较为妥适，不宜委由法定代理人代为之。且此类情形纵于法院已依本法第十四条之规定选任程序监护人后，亦同。爰设本条规定，赋予未成年之夫或妻，于前揭诉讼事件具有程序能力，以资适用。</p>
<p>第四十四条 婚姻事件，夫或妻为受监护宣告之人者，应由其监护人代为诉讼行为。如监护人即为被告或为起诉之第三人时，法院应依利害关系人之声请或依职权为受监护宣告之人选任特别代理人，代为诉讼行为。监护人违反受监护人利益而起诉者，法院</p>	<p>一、按受监护宣告人依实体法规定为无行为能力人，故其亦为无程序能力人。是婚姻事件之夫或妻若为受监护宣告人者，应由其监护人代为诉讼行为。惟如监护人即系其配偶时，或监护人以夫妻为被告提起撤销婚姻事件时，法院应依利害关系人之声请或依职权为受监护宣告之人选任特别代理人，代为诉讼行为，作为受监护人之保护机制，爰为第一项规定。又本项规定并不排除本法第十四条及第</p>

<p>应以裁定驳回之。</p>	<p>十五条有关程序监护人规定之适用，附此说明。 二、于个案具体事实中，若监护人代婚姻事件中为受监护宣告人之夫或妻为诉讼行为时，其当本于为受监护宣告人之最佳利益而为诉讼行为，始符合受监护宣告人设置监护人之本旨。爰于第二项规定如监护人违反上开原则而起诉时，法院应以裁定驳回之。</p>
<p>第四十五条 受辅助宣告之人于婚姻事件有程序能力，为诉讼行为时，无须经辅助人同意。 受辅助宣告之人为诉讼行为者，受诉法院之审判长应依声请，选任律师为其诉讼代理人，于认为必要时，并得依职权为之选任。选任诉讼代理人之裁定，应送达于该诉讼代理人。 第二项裁定，不得声明不服。</p>	<p>一、受辅助宣告人在婚姻事件应与身分行为相同，须亲自为之。参考本法第四十三条既赋予未成年之夫或妻，就确认婚姻无效或确认婚姻不存在之诉讼，亦有程序能力，基于相同法理，受辅助宣告之人于婚姻事件，仍应有程序能力，爰设第一项规定。 二、受辅助宣告之人于婚姻事件涉讼，固具程序能力，惟其或因精神障碍或有其它心智缺陷，辨识能力显有不足，为保护其利益起见，爰仿民事诉讼法第五百八十五条第一项之规定，设第二项规定。 三、受诉法院之审判长选任律师为受辅助宣告之人之诉讼代理人，应以裁定行之，此项裁定，除向当事人送达外，应并送达于被选任为诉讼代理人之律师，爰设第三项规定。 四、第二项裁定系经法官判断后，认为保障受辅助宣告人实体及程序权益，而为其选任律师为诉讼代理人，对于受辅助宣告之人当有充分保障，爰设第四项规定，不准对该裁定声明不服，以求程序之迅捷。</p>
<p>第四十六条 提起确认婚姻无效、撤销婚姻、离婚事件、确认婚姻关系存在或不存在事件，因无理而被驳回者，受该判决之原告，不得援以前依诉之合并、变更追加所得主张之事实，提起独立之诉。 以反诉提起前项之诉，因无理而被驳回者，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。 前二项情形，法院应向当事人晓谕。</p>	<p>一、为全面解决有关同一婚姻关系之纷争，以尽早使婚姻关系趋于安定，避免因诉讼反复提起而造成程序上之不经济，爰于第一项、第二项分别明定原告提起确认婚姻无效、撤销婚姻、离婚及确认婚姻关系存在或不存在事件等婚姻关系等诉讼，或被告以反诉提起前揭诉讼，如经法院认其诉在实体上为无理由，而以判决驳回确定者，不得援以前诉讼程序，依诉之合并、变更、追加所得主张之事实，就同一婚姻关系提起独立之诉，使其发生失权效。 二、为保障当事人之程序权，爰于第三项明定法院应晓谕当事人前二项之法律效果。</p>
<p>第四十七条 关于认诺效力之规定，于婚姻事件不适用之。关于舍弃效力之规定，于确认婚姻无效、确认婚姻存在或不存在之诉，不适用之。 关于诉讼上自认及不争执事实之效力之规定，在撤销婚姻、离婚或夫妻同居之诉，于构成撤销婚姻、离婚或拒绝同居之原因、事实，及在确认婚姻无效或婚姻存在或不存在之诉，于确认婚姻无效或不存在及婚姻有效或存在之原因、事实，不适用之。 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。</p>	<p>一、婚姻事件程序，法院之裁判务求真实，当事人之认诺既未必与事实相符，如使法院之裁判受当事人认诺之拘束，即有害于公益，因此于第一项前段规定，纵令当事人已为诉讼标的之认诺，亦无本法第三十五条规定之适用。又在确认婚姻无效、确认婚姻存在或不存在之诉，如法院本于原告舍弃为其败诉之判决确定，就原告所主张相反之法律关系，即有既判力（最高法院五十年台上字第二三二二号判例参照），而原告舍弃既亦未必符合真实，爰本于同一法理，规定如第一项后段。惟法院以此舍弃、认诺，为其判断事实真伪之参考数据，则无不可，并此说明。 二、为维持婚姻制度，并兼公益之维护，关于诉讼上自认及不争执事实之效力之规定，于构成撤销婚姻、离婚或拒绝同居之原因事实，凡得证明撤销婚姻、离婚或拒绝同居原因存在之事实，以及确认婚姻无效或确认婚姻不存在之原因事实，包括可资证明两造并未结婚、结婚方式不备以及违反近亲结婚限制等事实在内，均无适用之余地。亦即虽当事人一方于上揭情形主张此等原因事实，而经他造对之于诉讼中为自认或不争执，然主张原因事实之该造仍不能引民事诉讼法第二百七十九条或第二百八十条等规定，而得卸免就其主张事实所应负担之举证责任。至于当事人所主张前述各该原因事实以外之事实，如经他造为诉讼上自认或不争执者，则仍当有诉讼上自认及不争执事实之效力规定之适用，故为第二项之规定。 三、本法第九条已采职权探知主义，而确定婚姻之存在与否或维持有效婚姻，既与公益有关，自应许法院就上开事件，得斟酌当事人所未提出之事实，爰为第三项之规定。故除此之外，例如于撤销婚</p>

	<p>姻或离婚之诉,就构成法定解消婚姻之原因事实,或在夫妻同居之诉,就被告得据为拒绝履行同居理由之事实,即均不在本法第九条或本项法院得依职权斟酌范畴之列,并此说明。</p>
<p>第四十八条 离婚之诉,夫或妻于判决确定前死亡者,关于本案视为诉讼终结;夫或妻提起撤销婚姻、履行同居之诉者,亦同。</p>	<p>一、按婚姻关系之一方死亡时,婚姻关系即解消而无从继续,故离婚之诉,如当事人之一方于判决确定前死亡,该诉讼无再为续行之必要,爰参酌民事诉讼法第五百八十条规定,订定本条。又撤销婚姻之法律效果系使身分关系向后解消,与离婚并无不同,而夫妻之同居义务,亦于夫妻一方死亡致婚姻关系消灭时而不复存在,故并规定撤销婚姻、履行同居之诉系由夫或妻提起者,若夫或妻于判决确定前死亡时,关于本案亦视为诉讼终结。 二、婚姻事件如合并有其它附带事件,是否亦因本案程序之终结而终结,自应依附带事件之性质,而为不同之决定,此部分留待日后实务及学说之发展而定。</p>
<p>第四十九条 撤销婚姻之诉,原告于判决确定前死亡者,有权提起同一诉讼之他人,得于知悉原告死亡时起十日内声明承受诉讼。但于原告死亡后已逾三十日者,不得为之。</p>	<p>撤销婚姻之诉,往往涉及有法律上利害关系之第三人,且其撤销原因常有法律上之特别理由,而赋予撤销权,即使已行使撤销权之原告死亡,仍有必要使其它撤销权人得利用同一诉讼程序为之,以明确身分关系,故参酌民事诉讼法第五百八十一条规定,明定原告于判决确定前死亡时,得提起同一诉讼之撤销权人于知悉原告死亡后,得声明承受诉讼之期间及最后期限,以求法律关系之安定,及程序上之经济。</p>
<p>第三章 亲子关系事件程序</p>	<p>为明确亲子关系诉讼事件之种类,并规范诉讼程序上之重要事项,爰设本章之规定。</p>
<p>第五十条 亲子关系事件,除法律别有规定外,专属下列法院管辖: 一、子女或养子女住所地之法院。 二、父、母、养父或养母住所地之法院。 前项事件,被告中有未成年子女或养子女为被告者,由其住所地之法院专属管辖。</p>	<p>一、按确认收养关系存在或不存在、撤销收养、终止收养关系、确认亲子关系存在或不存在、否认子女、否认推定生父、就母再婚后所生子女确定其生父或认领子女之诉等亲子关系事件,多在该身分关系生活之中心,即子女、养子女、父母、养父母之住所地发生,为维护公益及调查证据之便捷,便利其使用法院及平衡追求实体与程序利益,参酌民事诉讼法第五百八十三条、第五百八十九条及非讼事件法第一百三十三条规定,除法律别有规定(例如本法第五十七条),以竞合管辖之方式,定其专属管辖法院,爰为第一项规定。 二、惟为保护未成年子女之利益,特于第二项规定被告当中如有本身系未成年之子女或养子女时,由其住所地之法院专属管辖之。</p>
<p>第五十一条 确认收养无效、终止收养无效或撤销收养,与确认收养关系存在或不存在,及终止收养关系或撤销终止收养之诉,养子女虽不能独立以法律行为负义务者,亦有程序能力。</p>	<p>未满二十岁而未结婚之未成年人依民法第十三条第二项规定固为限制行为能力人,不能独立以法律行为负义务,惟收养之诉讼既涉及养子女身分关系之存否或变动,影响其权益重大,宜由养子女亲自为诉讼行为,爰设本条,以为本法第十三条之特别规定。</p>
<p>第五十二条 养父母与养子女间之诉讼,如养子女无程序能力,而养父母为其法定代理人者,应由本生父母代为诉讼行为。 无本生父母或本生父母不任者,法院得依养父母、养子女、主管机关、社会福利机构或其它利害关系人之声请或依职权,为养子女选任特别代理人代为诉讼行为。</p>	<p>一、按因收养关系所生之诉讼,例如确认收养关系不存在、撤销收养、终止收养关系之诉等,其结果可能使养子女回复与本生父母之关系,爰于第一项规定如养子女无程序能力,而养父母为其法定代理人者,应由本生父母代为诉讼行为。 二、无程序能力之养子女无本生父母,或虽有本生父母但并不任时,法院得依民法第一千零八十六条规定,为养子女选任特别代理人时,此时即无第一项之适用,爰规定如第二项。至于诉讼上如有本法第十四条第一项第一款或第二款规定之情形时,法院自亦得适用该规定选任程序监护人,以确保其利益,此乃当然之理,附此叙明。</p>
<p>第五十三条 否认子女之诉,应以未起诉之夫、妻及子女为共同被告。 子女否认推定生父之诉,以法律推定之生父为被告。</p>	<p>一、否认子女之诉之终局判决具对世效,影响范围相当广泛,自应保障判决对世效之正当性。故为加强判决正当性,并尽量避免事后争执本诉讼之判决效力,应加强事前之程序保障,爰于第一项规定否认子女之诉之被告适格。又所称夫妻,亦包括婚姻关系已经解消</p>



<p>前二项情形，应为被告中之一人死亡者，以生存者为被告；应为被告之人均已死亡者，以检察官为被告。</p>	<p>之情形，附此说明。 二、民法第一千零六十三条既明定子女得提起否认法律推定生父之诉，爰参照民事诉讼法第五百八十九条之一第三项规定，于第二项明定子女提起此类诉讼时之被告适格。 三、否认子女之诉倘应为被告中之一人已死亡时，则仅以生存者为被告（例如甲、乙是夫妻，丙是子女，如甲提起否认子女之诉时，需将乙、丙列为共同被告；如于起诉时乙已经死亡，则仅以丙为被告即可）为已足。又因否认子女之诉以及子女否认推定生父之诉均具有公益性质，即使应为被告之人均已死亡，仍有使当事人身分关系明确之必要，参照我国现行法体制，在涉及公益之民事事件，如无当事人时，系由检察官做为职务上之当事人，成为被告，以便利并确保诉讼程序之遂行，爰规定如第三项。</p>
<p>第五十四条 否认子女之诉，夫或子女于法定期间内或期间开始前死亡者，继承权被侵害之人得提起之。 依前项规定起诉者，应自被继承人死亡时起，于一年内为之。 夫或子女于其提起否认子女之诉后死亡者，继承权被侵害之人得于知悉原告死亡时起十日内声明承受诉讼。但于原告死亡后已逾三十日者，不得为之。</p>	<p>一、否认子女之诉，其裁判效力兼及于因民法第一千零六十三条第一项之推定致继承权被侵害之人，故为保障其权益，纵使夫或子女于法定期间内或期间开始前即已死亡，仍有使其身分关系明确之必要，爰于第一项规定此时该继承权被侵害之人亦得提起否认子女之诉；并于第二项规定其得起诉之期间，以使身分关系能尽早统一明确。至于子女与其生母原即具直系血亲关系，并无侵害他人继承权可能性，自无再予规定之必要，并此叙明。 二、为求法律关系之安定，及程序上之经济，如否认子女之诉之原告于判决确定前死亡时，自有必要使继承权被侵害之人得利用同一诉讼程序续行诉讼，以明确身分关系。爰参酌本法第四十九条，于第二项、第三项规定该继承权被侵害之人得声明承受诉讼之期间及最后期限。</p>
<p>第五十五条 确定母再婚后所生子女生父之诉，得由子女、母、母之配偶或前配偶提起之。 前项之诉，由母之配偶提起者，以前配偶为被告；由前配偶提起者，以母之配偶为被告；由子女或母提起者，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。 前项情形，应为被告之人均已死亡者，以检察官为被告。</p>	<p>一、为维持家庭安定，避免司法资源之浪费，爰参照日本人事诉讼法第四十三条第一项立法例，于第一项规定得为提起确定生父之诉之原告适格。 二、确定生父之诉，系为解决子女之生父究为何人，而与该身分地位有直接利害关系(如须否负扶养义务)者，除子女及其母以外，核为母之配偶及前配偶，除认其得为原告外，亦将之列于被告，且为避免起诉欠缺被告适格之要件，爰规定为第二项。 三、由于确定生父之诉之终局判决涉及公益而具有对世效力，爰参照本法第五十三条第三项，于第三项规定应为被告之人均已死亡时，以检察官为职务当事人，成为被告而便利诉讼程序之进行。</p>
<p>第五十六条 认领之诉，有民法第一千零六十七条第二项后段之情形者，得以社会福利主管机关或检察官为被告。 由子女、生母或其它法定代理人提起之认领之诉，原告于判决确定前死亡者，有权提起同一诉讼之他人，得于知悉原告死亡时起十日内声明承受诉讼。但于原告死亡后已逾三十日者，不得为之。 前项之诉，被指为生父之被告于判决确定前死亡者，由其继承人承受诉讼；无继承人或被告之继承人于判决确定前均已死亡者，由检察官续受诉讼。</p>	<p>一、因提起认领之诉之原因不一，或为继亲生父财产；或为请求生父扶养；或单纯为认祖归宗而提起，非必与社会福利主管机关所辖事项有关，为使纷争当事人有选择之机会，同时符合现行法体制多由检察官任职务当事人之立法例，并参考民法第一千零六十七条第二项规定，明定为第一项。 二、为求身分关系之明确及程序上之经济，如已提起认领之诉之原告死亡，仍有必要使其它有权提起同一诉讼之他人得利用同一诉讼程序为之，爰于第二项规定该他人得声明承受诉讼之期间及最后期限。 三、按认领之诉之终局判决有对世效力，并具公益性质，是虽被指为生父之被告于判决确定前死亡，仍应由其它得代表被告及公益之人担任当事人，以确保诉讼之进行，俾使身分关系明确。又因本法第十四条程序监护人可能由社会福利主管机关任之，则作为被告之生父死亡且无继承人，而须由公益之人续行诉讼时，如仍由社会福利主管机关任之，易有争议，故规定此际应由检察官为职务当事人，成为被告而续行诉讼程序，爰规定如第三项所示。</p>
<p>第五十七条 宣告停止亲权或撤销其宣告</p>	<p>一、关于亲权事件，包括宣告停止亲权之诉以及撤销停止亲权宣告</p>

<p>之诉，专属行亲权人或曾行亲权人住所地之法院管辖。</p> <p>宣告停止亲权之诉，以现行亲权之人为被告。</p> <p>撤销停止亲权宣告之诉，以现行亲权之人或监护人为被告。</p>	<p>之诉。前者业经民法第一千零九十条载有规范，后者于实体法中虽无明文，惟民事诉讼法第五百九十二条原亦设有规定。为便于法院就近调查审判，爰于第一项规定，宣告停止亲权之诉，应依现行亲权之父母住所地定其管辖法院；在撤销停止亲权宣告之诉，应以前受停止亲权宣告之父母住所地法院定其管辖法院。</p> <p>二、于宣告停止亲权之诉，其原告适格可见诸民法第一千零九十条、儿童及少年福利法第四十八条第一项、儿童及少年性交易防制条例第二十条第二项等规定，爰于第二项规定被告之适格。</p> <p>三、另于撤销停止亲权宣告之诉，于第三项明定仅现行亲权之人或监护人得为适格之被告。至于此类事件之原告，依理当指已受停止亲权宣告之父或母，附此说明。</p>
<p>第五十八条 就法律所定亲子或收养关系有争执，而有即受确认判决之法律上利益者，得提起确认亲子或收养关系存在或不存在之诉。</p> <p>依第二十九条规定，由二人以上或对二人以上提起前项之诉者，法院应合并审理、合并裁判。</p>	<p>一、亲子或收养身分关系是否存在，为定子女与被指为生父或生母间、养子女与养父母间有无扶养、继承等法律关系之基础，并常涉及第三人（例如其它扶养义务人或继承人）之权利义务；复因现今科技进步，亲子关系形成原因多样化，已非单纯仅由血缘所生者始构成亲子关系（例如人工生殖法第二十三条、第二十四条规定），如有即受确认判决之法律上利益之人，就民法或其它法律所定亲子或收养关系有争执者，自应许其就亲子或收养之关系存否，得提起确认之诉，俾使纷争当事人有得以利用诉讼程序之机会，以应实际之需要，并保护子女之权益。惟为免导致滥诉，就得提起确认之诉之原告，参照民事诉讼法第二百四十七条第一项，仅限有即受确认判决法律上利益之人，始得提起。至于有无上开法律上利益，应由法院依具体个案情形判断之，而与本案请求在实体法上有无理由之问题有别，爰规定如第一项所示。</p> <p>二、又为贯彻统合处理家事事件之立法目的，避免裁判两歧，兼收诉讼经济之效，爰于第二项规定，如由二人以上或对二人以上依第二十九条规定，提起前项之诉者，法院应合并审理、合并裁判。</p>
<p>第五十九条 第四十一条第二项、第三项、第四十二条、第四十四条至第四十六条及第四十九条规定，于本章之事件准用之。</p> <p>第四十七条之规定，于确认收养无效、终止收养无效或撤销收养，与确认收养关系存在或不存在，及终止收养关系或撤销终止收养之诉，准用之。</p> <p>第四十八条之规定，于撤销收养、终止收养关系、撤销终止收养之诉准用之。但第三人提起终止收养关系之诉后，仅养父母或养子女一方死亡者，不在此限。</p> <p>关于认诺及诉讼上自认或不争执事实之效力之规定，于第五十三条至第五十八条之诉，不适用之。</p>	<p>一、本章所规定之收养、亲子及亲权等诉讼事件之终局判决多具有对世效力，且公益色彩浓厚，故第二章婚姻事件程序之规定，于性质相通，而本章又无特别规定者，应可准用，爰规定如第一项至第三项所示。惟第三人以养父母及养子女为共同被告，依民法第一千零八十条之三规定提起撤销终止收养关系之诉者，如仅养父母或养子女于判决确定前死亡，第三人既仍得以生存之养父母或养子女为被告续行诉讼，不影响诉讼程序之进行，其本案自无即因此发生视为终结之效果，爰为第三项但书之规定。惟如养父母及养子女于判决确定前均死亡，此际当然仍应依第四十八条之规定处理，并此说明。</p> <p>二、按第五十三条至第五十八条所定之亲子及亲权事件，既均事关公益，而当事人之认诺既非必与真实相符，如使法院对于前开事件之裁判需受当事人认诺行为之拘束，难免有害公益；又如在此类事件任令当事人对于他造所主张反于真实之事实为自认或不争执，而促使法院得不调查证据径行据为裁判之基础，亦与亲子、亲权事件发现真实之目的有悖。爰于第四项明定第五十三条至第五十八条之诉，均不适用认诺及诉讼上自认或不争执事实之效力之规定，以资适用。</p>
<p>第四章 监护及辅助宣告事件程序</p>	<p>为规范因监护宣告及辅助宣告事件所衍生之诉讼事件种类及其处理程序，特制定本章。</p>
<p>第六十条 撤销监护宣告之诉，专属为监护宣告裁判之地方法院管辖。</p>	<p>按撤销监护宣告之诉既系因原为监护宣告之裁定系自始不当，而请求法院除去该宣告效力之诉，为证据调查之便利，自应专属就监护之声请为裁判之地方法院管辖，爰设本条规定。又监护宣告之声请倘经驳回，在抗告程序，经抗告法院废弃原裁定，自为宣告监护之</p>

	裁定,对于此类情事提起撤销监护宣告之诉,仍应由为监护宣告裁判之地方法院管辖,并此说明。
第六十一条 依法律之规定得声请监护宣告之人,得提起撤销监护宣告之诉。 前项情形,以声请监护宣告之人为被告。由声请监护宣告之人起诉或该声请人死亡者,以监护人为被告;如该声请人为监护人者,以受监护宣告之人为被告。 撤销监护宣告之诉,受监护宣告之人有程序能力。	一、民法第十四条第一项及老人福利法第十三条第一项,均规定有权声请监护宣告之人,爰于第一项规定如依法律规定得为声请监护宣告之人,均得提起撤销监护宣告之诉,至其人是否为原声请监护宣告之人在所不问。有无此项身分关系,则以起诉时为准。 二、撤销监护宣告之诉,原则上以声请监护宣告之人为被告,如声请监护宣告之人提起撤销监护宣告之诉或死亡时,即不能为被告,故明定此时需以监护人为被告。但如声请人即为监护人时,因其不能为被告,故改以受监护宣告之人为被告,爰为第二项规定。 三、以自始无监护宣告之原因为理由提起撤销监护宣告之诉,影响受宣告人行为能力之存否,如受监护宣告之人为当事人时,宜由其亲自参与诉讼,爰参照第四十三条,为第三项之规定。
第六十二条 撤销监护宣告之诉,应于三十日之不变期间内提起之。 前项期间,于受监护宣告之人自其知悉受监护宣告时起算,于他人自该裁定发生效力时起算。	一、第一项明定撤销监护宣告之诉法定不变期间之限制。 二、前项不变期间,于受监护宣告之人自为原告起诉者,于其精神正常或其精神回复正常后确实知悉并理解有此宣告时起算;如由受监护宣告之人以外之人为原告起诉者,应自宣告监护之裁定发生效力时起算。而依本法第一百八十八条第一项规定,宣告监护之裁定,自法院选定之监护人受送达或当庭受告知时发生效力。
第六十三条 声请监护宣告之人为被告,于判决确定前死亡者,由监护人承受诉讼。 受监护宣告之人于判决确定前死亡者,关于本案视为诉讼终结。	一、撤销监护宣告之诉,当事人两造均具专属之性质,故当事人任何一造于诉讼程序进行中死亡,尚不得依一般法定其承受诉讼之依据。爰设第一项,明定如声请监护宣告之人为被告,在诉讼系属中死亡,参考本法第六十一条第二项之规定,由监护人承受诉讼。惟若此时为被告之监护宣告声请人即为监护人时,因依民法第一千一百十三条准用同法第一千一百零六条第一款规定,法院需依声请或依职权选定新监护人,诉讼程序应于新监护人承受诉讼前当然停止,此属当然。 二、提起撤销监护宣告之诉其目的既在请求法院撤销监护宣告,以回复原受监护宣告之人之行为能力,故受监护宣告之人于撤销之诉判决确定前死亡,即失其保护之对象,其诉讼程序当无进行之必要,爰设第二项之规定。
第六十四条 选定监护人及指定会同开具财产清册之人之裁定,于撤销监护宣告判决确定时,自始失其效力。	撤销监护宣告裁定之判决确定时,该裁定既因撤销而自始失其效力,因监护宣告而选定监护人及指定会同开具财产清册之人之裁定,当然亦失所附丽,并溯及失效,爰设本条,以期明确。
第六十五条 撤销监护宣告判决确定前,监护人所为之行为,不失其效力。 撤销监护宣告判决确定前,受监护宣告之人所为之行为,不得本于宣告监护之裁定,而主张无效。	一、应监护人受监护之宣告后,即成无行为能力人,依民法第七十六条规定由监护人代为法律行为,为保护第三人因信赖法院宣告监护之裁定,而与监护人为法律行为之效果,爰为第一项之规定。 二、按受监护宣告之人如其精神并无障碍或缺陷,即无受监护宣告之原因,依法原得自为法律行为,然因法院误认有此原因而对之宣告监护,致其成为无行为能力人,故如经当事人提起撤销监护宣告之诉,并为法院以判决撤销该不当之裁定,与自始未为此宣告相同,应使该宣告溯及既往失其效力,故规定如第二项。
第六十六条 撤销监护宣告之诉,不得合并提起他诉,或于其程序为诉之追加或提起反诉。	撤销监护宣告之诉事关公益,与他诉之性质不同,自不得合并提起他诉,或于其程序为诉之追加或提起反诉,爰为本条规定。又在此程序中,依同一法理,亦不得为诉之变更,乃属当然。
第六十七条 第四十五条第二项至第四项、第四十九条、第五十九条第四项、第八十八条至第九十五条、第一百五十五条、第一百六十六条及第一百八十八条第二项之规定,于第六十条之诉准用之。	按撤销监护宣告之诉事件之终局判决既有对世效力,且具公益性,故第三编第二章婚姻诉讼事件程序及第三章亲子关系事件程序有关为受监护宣告之人选任诉讼代理人、承受诉讼以及不适用认诺或不争执事实之效力等规定,自可准用;又第四编第一章及第四章有关法院于裁判前应讯问受监护宣告之人、鉴定人暨所为裁判应予公告,并如认受监护宣告之人之权益有可能受到侵害时,必要时复

	得依声请或职权命为暂时处分等规定，亦得并予准用，爰为本条之规定。
<p>第六十八条 依法律之规定得声请辅助宣告之人，对于法院所为辅助宣告之裁定，得提起撤销辅助宣告之诉。</p> <p>第六十条、第六十一条第二项、第三项、第六十二条、第六十三条及第六十五条至第六十七条之规定，于前项之诉准用之。</p>	<p>一、民法第十五条之一第一项及老人福利法第十三条第一项，均规定有权声请辅助宣告之人，爰于第一项规定前揭人选均具提起撤销辅助宣告之诉当事人适格；至其人是否为原声请辅助宣告之人则在所不问。至于有无此项身分关系，则以起诉时为准。</p> <p>二、按声请辅助宣告与声请监护宣告，二者对于受宣告人之心智欠缺程度不同固有差异，惟本旨均系为保障心智有欠缺之人所设之制度，且关于社会公益及个人利益之保护情形亦甚近似，故两者应施行之程序，即有共通之处。另有关撤销辅助宣告之诉既事涉公益，自应许法院于必要时行职权探知，且不宜任令当事人得以认诺方式而产生处分诉讼标的之情形。故为免重复，爰于第二项就撤销辅助宣告之诉事件程序明定其准用婚姻事件程序以及监护宣告事件程序之有关规定。</p>
<p>第六十九条 依法律之规定得声请撤销监护宣告之人，对于法院所为驳回撤销监护宣告声请之裁定，得提起撤销之诉。</p> <p>选定监护人及指定会同开具财产清册之人之裁定，自撤销驳回撤销监护宣告判决确定时起，失其效力。</p> <p>第四十五条第二项至第四项、第四十九条、第五十九条第四项、第六十条、第六十一条第二项、第三项、第六十三条、第六十六条、第八十八条至第九十五条、第一百五十五条、第一百六十六条及第一百八十二条第二项之规定，于第一项之诉准用之。</p> <p>前三项规定，于依法律之规定得声请撤销辅助宣告之人，对于法院所为驳回撤销辅助宣告声请之裁定提起撤销之诉，准用之。</p>	<p>一、声请人以受监护宣告人有监护原因消灭之事由，向法院声请撤销监护宣告，法院如对之为驳回声请之裁定，此类裁定依本法第一百三十一条规定虽不得抗告，惟为保障此类程序之救济，自应准许依法律规定（例如民法或老人福利法等）得声请撤销监护宣告之人，可起诉请求法院以判决除去驳回撤销监护宣告声请裁定之效力，并进而撤销监护宣告之诉。爰规定如第一项。</p> <p>二、依前项撤销之诉所为撤销监护宣告确定判决，并无溯及效力，仅能向将来发生效力，爰设第二项之规定。</p> <p>三、按请求撤销驳回撤销监护宣告声请之裁定之诉事件之终局判决亦有对世效力，且具公益性质，故第三编第二章婚姻诉讼事件程序及第三章亲子关系事件程序有关选任诉讼代理人及不适用认诺或不争执事实之效力之规定，以及撤销监护宣告之诉有关管辖、被告适格、受监护宣告之人之诉讼能力、当事人及受监护宣告之人死亡之效果、诉之合并、追加或提起反诉之禁止等规定，及本法第四编第一章有关法院于裁判前如认受监护宣告之人之权益有可能受到侵害者，必要时复得依声请或职权命为暂时处分等规定，均得并予准用。爰为第三项之规定。</p> <p>四、按辅助宣告与监护宣告，仅系心智欠缺程度有异，于因宣告之原因消灭，而声请撤销原有之宣告如经法院裁定驳回后，两者应进行之程序，有共通之处，为免重复规定，特于第四项就请求撤销驳回撤销辅助宣告声请之裁定之诉事件程序，明定准用前三项所定请求撤销驳回撤销监护宣告声请之裁定之诉事件程序之相关规定。</p>
<p>第七十条 依法律之规定得声请监护宣告之人，对于法院就监护宣告之声请，认为未达民法第十四条第一项之程度，而有辅助宣告之原因，所为辅助宣告之裁定，得提起撤销辅助宣告之诉或宣告监护之诉。</p> <p>前项辅助宣告及选定辅助人之裁定，自监护宣告判决确定时起，失其效力。</p> <p>第四十五条第二项至第四项、第四十九条、第五十九条第四项、第六十条、第六十一条第二项、第三项、第六十二条、第六十三条、第六十六条、第一百二十二条至第一百七十七条及第一百八十二条第二项之规定，于第一项之诉准用之。</p>	<p>一、法院对于监护之声请，认为未达民法第十四条第一项之程度，而有辅助宣告之原因，以裁定为辅助之宣告者，依本法第一百三十五条准用第一百三十一条规定，对于此类裁定不得抗告。惟依民法或其它法律规定得声请监护或辅助宣告之人，如认为该项裁定自始不当时，应赋予一定之事后程序保障，以资救济。惟基于程序处分权之法理，当事人对于前开裁定，应视其不服之内容而决定其提起诉讼之种类，如认为法院辅助宣告之裁定自始不当者，可提起撤销辅助宣告之诉，于撤销辅助宣告之判决确定时，辅助宣告裁定因被撤销而自始失其效力；另如认为法院仅为辅助之宣告而未为监护之宣告为不当者，则可提起宣告监护之诉，由法院径为监护宣告，于判决确定时，始生监护宣告之效力，爰设第一项规定。</p> <p>二、撤销辅助宣告之判决确定时，其辅助宣告既因被撤销而自始失其效力，则与辅助宣告裁定同时所为之选定辅助人裁定，亦失所附丽，而自始失其效力，此属理之当然。至于依前项规定提起监护宣告之诉，原辅助宣告及选定辅助人之裁定，于监护宣告判决确定前，</p>

	<p>仍有其效力，仅自该判决确定时起，始失其效力，与前开提起撤销辅助宣告之诉之法律效果不同，故设第二项规定，以资明确。</p> <p>三、宣告监护之诉，与声请监护宣告同属请求法院以裁判宣告监护，两者所应进行之程序，当有共通之处，因此本法第四编第四章关于监护宣告声请事件之相关程序规定，自有准用之必要。再者，关于提起宣告监护之诉之管辖、当事人适格、起诉期间、受监护宣告之人之诉讼能力、选任律师为诉讼代理人、诉之合并禁止、受监护宣告之人于判决确定前死亡者之处理、原告于判决确定前死亡者之承受诉讼、法院于判决确定前因保护受监护宣告之人所为紧急处分及判决确定之公告要旨等事项，则应准用同属诉讼程序之撤销监护宣告之诉之相关规定，爰设第三项规定。至于撤销辅助宣告之诉，因可直接适用本法第六十八条之规定处理，无须在此重复规定，并予叙明。</p>
<p>第七十一条 依法律之规定得声请监护或辅助宣告之人，对于法院就撤销监护宣告之声请，认受监护之人受监护原因消灭，而仍有受辅助宣告之必要，以裁定变更为辅助之宣告者，得提起撤销辅助宣告之诉或撤销变更之诉。</p> <p>原监护宣告、选定监护人及指定会同开具财产清册之人之裁定，于变更裁定经判决撤销确定时，回复其效力。</p> <p>第四十五条第二项至第四项、第四十九条、第五十九条第四项、第六十条、第六十一条第二项、第三项、第六十二条至第六十六条、第八十八条至第九十五条、第一百十五条、第一百十六条及第一百八条第二项之规定，于第一项之诉准用之。</p> <p>前三项情形，就法院对于变更监护宣告为辅助宣告之声请，或变更辅助宣告为监护宣告之声请，认为有理由之裁定，所提起之撤销变更诉讼，准用之。</p>	<p>一、依法律规定（例如民法第十四条、第十五条之一以及老人福利法第十三条第一项等）得声请监护或辅助宣告之人，如认为法院就撤销监护宣告之声请，认为受监护之人受监护原因虽已消灭，但仍有受辅助宣告之必要，而以裁定变更为辅助之宣告，然其裁定自始不当时，当事人对于前开变更裁定，可视其不服之内容而决定其诉之种类，如认为并无为监护宣告之原因，且无辅助宣告之必要者，得提起撤销辅助宣告之诉，以撤销法院所为之辅助宣告；如认为尚有监护原因，亦即变更为辅助宣告系不当者，则得提起撤销变更之诉，以回复原监护宣告之效力，爰设第一项规定。</p> <p>二、对于前项变更裁定提起撤销变更之诉，经法院判决撤销确定时，即回复至原监护宣告之状态，不必另为监护宣告，故原监护宣告、选定监护人及指定会同开具财产清册之人之裁定，均应回复其效力，爰规定如第二项。</p> <p>三、本法关于撤销监护宣告之诉程序所应适用之相关规定，于第一项撤销变更之诉有准用之必要，爰设第三项规定。至于撤销辅助宣告之诉，因可直接适用本法第六十四条，无须重复规定，并予叙明。</p> <p>四、法院对于变更监护宣告为辅助宣告之声请，或变更辅助宣告为监护宣告之声请，认为有理由，所为之各该变更裁定，其性质均与第一项撤销变更之诉所指之变更裁定类似，为避免重复规定，特于第四项明定就上开裁定变更事件所提起之撤销变更诉讼程序准用前三项规定。又本项系规范声请变更监护宣告为辅助宣告及变更辅助宣告为监护宣告等事件，故其准用之范围，自仅限于撤销变更之诉讼事件，至于认为法院宣告监护、辅助宣告为不当而提起撤销之监护或辅助宣告之诉，可依第六十条以下以及第六十八条之规定解决，不在本项准用之列，附此说明。</p>
<p>第五章 宣告死亡事件程序</p>	<p>为规范撤销死亡宣告诉讼事件之程序进行事项，特订定本章。</p>
<p>第七十二条 撤销死亡宣告之诉，专属为死亡宣告之法院管辖。</p>	<p>撤销死亡宣告之事件系因原宣告死亡之裁定具有法定之撤销原因，而请求法院以判决除去或更正该宣告之效力之诉，为证据调查之便利，爰于本条规定专属就死亡宣告为裁判之法院管辖。</p>
<p>第七十三条 撤销死亡宣告之诉，检察官或有法律上利害关系之人，得提起之。</p> <p>原声请死亡宣告之人死亡者，得以其它有法律上利害关系之人作为被告。</p>	<p>一、宣告死亡之裁判足以剥夺失踪人权利能力之效力，而依民事诉讼法第六百二十五条准用民事诉讼法第五百五十一条第一项或本法第一百四十二条第二项之规定不得上诉、抗告，乃为维护公益及保护利害关系人之利益，并参考民法第八条第一项有关利害关系人或检察官得声请法院对于失踪人为死亡之宣告之规定，爰于第一项明定检察官或有法律上利害关系之人对于宣告死亡之裁判，得提起撤销死亡宣告之诉。</p> <p>二、撤销死亡宣告之诉得由死亡宣告之声请人起诉，亦得由声请人以外之人起诉。如由原声请人以外之人起诉者，应以宣告死亡之原</p>

	声请人为被告，至于原声请人如已死亡者，得以其它有法律上利害关系之人作为被告，爰规定如第二项。
第七十四条 撤销死亡宣告之判决，不问对于何人均有效力。但判决确定前之善意行为，不受影响。 因宣告死亡取得财产者，如因前项判决失其权利，仅于现受利益之限度内，负归还财产之责。	一、撤销死亡宣告之判决既为形成判决，对于任何人自均具效力，且可以溯及既往。惟当事人一造或两造所为善意行为之效力则须存续，以保善意交易之安全，爰规定如第一项。 二、因宣告死亡裁定为原因而取得失踪人所有财产权之人，例如继承人，倘因撤销死亡宣告判决而丧失权利（例如受死亡宣告人现尚生存），而需返还财产时，只应返还当时现存之财产，以保护其利益，故为第二项之规定。
第七十五条 第四十九条、第五十九条第四项、第六十六条及民事诉讼法第五百五十一条第二项、第五百五十二条之规定，于第七十二条之诉，准用之。 受死亡宣告人尚生存或确定死亡之时不当者，亦得提起第七十二条之诉。但以受死亡宣告人尚生存为理由起诉者，不适用民事诉讼法第五百五十二条之规定。	一、撤销死亡宣告之诉事件，与公益有关，故本法有关婚姻、亲子及监护事件等家事诉讼程序有关承受诉讼、不适用认诺或不争执事实效力及合并起诉之禁止等规定，自得准用之；又此类事件之原因事实及起诉期间，并准用民事诉讼法有关除权判决之规定，故为第一项之规定。 二、宣告死亡制度系失踪人生死不明，藉宣告死亡促使法律关系得早日确定而设，惟依民法第八条、第九条规定，宣告死亡判决仅生推定失踪人死亡之效力及确定死亡之时。故失踪人如现尚生存，推定其为死亡之原因即已不存在，与死亡宣告判决确定失踪人死亡之时不当者，均许得提起撤销死亡宣告之诉。惟前项所述提起之期间，仅限于准用民事诉讼法第五百五十一条第二项及确定死亡之时不当者为限始有适用，若以受死亡宣告之人现尚生存为理由，则不受此项提起期间之限制，以免产生将现尚生存之人推定为死亡之情事，爰规定如第二项。
第六章 继承诉讼事件	为规范继承诉讼事件程序之处理，并促使当事人协力诉讼程序之进行，爰为本章之规定。
第七十六条 因继承回复、遗产分割、特留分、遗赠、确认遗嘱真伪或继承人因继承关系所生请求事件，得由下列法院管辖： 一、继承开始时被继承人住所地之法院；被继承人于国内无住所者，其在国内住所地之法院。 二、主要遗产所在地之法院。	按因继承回复、遗产分割、特留分、遗赠、确认遗嘱真伪或其它于继承人彼此间因继承关系所生继承诉讼事件，由与被继承人关系最密切之法院即被继承人之住所地（国内无住所者，其在国内住所地）或主要遗产所在地之法院管辖，较便于证据调查及有助于诉讼程序之进行，爰规定继承诉讼事件之管辖法院，以资适用。
第七十七条 请求遗产分割之诉状，除应记载第二十八条规定之事项外，并宜附具继承系统表及遗产清册。	遗产分割事件中，继承人何人及待分割之遗产为何，攸关当事人之起诉是否合法及诉讼审判之范围，而继承系统表及遗产清册之附具则有助于上开问题之厘清，故为促使当事人善尽其一般的协力迅速进行诉讼之义务，上开数据自宜于诉状附具之，以使法院及当事人得以掌握案情全貌，进而整理争点，于期日前为充分之准备，爰设本条规定。
第七十八条 于遗产分割诉讼中，关于继承权有争执者，当事人得于同一诉讼中为诉之追加或提起反诉请求确定该法律关系。	遗产分割事件诉讼进行中，当事人如对于继承权有无发生争执（例如：原告自居为继承人，起诉请求分割遗产，但被告于诉讼中否认原告为继承人），如不解决此等先决问题，即无法妥善处理后续之继承事件纷争，且亦难以防免当事人于本案判决确定后另生争执，爰参照民事诉讼法第二百五十五条第六款之规定，爰于本条明定当事人可于遗产分割诉讼进行中，就此等先决问题，为诉之追加或提起反诉，俾受诉法院得于同一程序中统合解决此类继承事件之纷争。
第四编 家事非讼程序	本编规定家事非讼事件之通则及各类家事非讼事件。
第一章 通则	各类家事非讼事件有其共通之程序，为求立法简洁，适用便利，本章为通则之规定。

<p>第七十九条 声请或陈述，除别有规定外，得以书状或言词为之。 以言词为声请或陈述，应在法院书记官前为之。 前项情形，书记官应作成笔录，并于笔录内签名。</p>	<p>家事非讼事件之声请或陈述，除别有规定外，应得以书状或言词择一为之，以便利当事人使用法院。又以言词为声请或陈述时，应在法院书记官前为之，并由书记官制作笔录，于笔录内签名，以代当事人所应作之文件，爰为本条之规定。</p>
<p>第八十条 声请书状或笔录，应载明下列各款事项： 一、声请人之姓名及住所或居所；声请人为法人、机关或其它团体者，其名称及公务所、事务所或营业所。 二、有相对人者，其姓名、住所或居所。 三、有利害关系人者，其姓名、住所或居所。 四、有法定代理人、非讼代理人者，其姓名、住所或居所，及法定代理人与关系人之关系。 五、声请之意旨及其原因事实。 六、供证明或释明用之证据。 七、附属文件及其件数。 八、法院。 九、年、月、日。 声请书状或笔录内宜记载下列各款事项： 一、声请人、相对人、其它利害关系人、法定代理人或非讼代理人之性别、出生年月日、职业、身分证件号码、营利事业统一编号、电话号码及其它足资辨别之特征。 二、定法院管辖及其适用程序所必要之事项。 三、有其它相关事件系属于法院者，其事件。声请人或其代理人应于书状或笔录内签名；其不能签名者，得使他人代书姓名，由声请人或其代理人盖章或按指印。 第一项、第二项声请书状及笔录之格式，由司法院定之。 关系人得以电信传真或其它科技设备将书状传送于法院，效力与提出书状同。其办法由司法院定之。</p>	<p>一、为识别裁判之对象、确定审理之方向及界限范围，以利非讼事件程序之进行，爰于第一项规定声请书状或笔录内应记载之事项。又非讼事件之讼争性较低，亦无对审性，并无诉讼事件当事人之概念，仅有声请人、相对人等关系人之概念，为使利害关系人得参与程序，自应由声请人于书状中载明利害关系人之姓名等资料。 二、为促进程序之进行，声请人宜于书状中记载有利诉讼迅速进行之相关事项，第二项提示书状宜记载之事项。其中第一款之身分证件号码，如果是中华民国国民，固然指国民身分证字号，如果是外国人，则可以填写护照号码等足以辨识身分之证件文号。此外为促进法院注意依照个别案情，审酌是否须合并审理，于第二款规定书状亦宜记载定管辖及所适用程序之必要事项，俾使审理程序依诉讼或非讼程序尽早确定，以利案件迅速进行。 三、复为求慎重，依照现行非讼事件法第三十条第二项之例，于第三项规定声请人或代理人应于书状或笔录内签名。至于相关格式，则由司法院定之，以供当事人遵循，爰为第四项之规定。 四、又因科技进步，以电信传真或其它科技设备传送文书，已日渐普遍，爰参照民事诉讼法第一百十六条第三项，设第五项规定授权司法院订定相关办法。</p>
<p>第八十一条 满七岁以上之未成年人，除法律别有规定外，就有关其身分之家事非讼事件，有程序能力。</p>	<p>一、家事非讼事件涉及未成年人身分者，包含有关未成年人权利义务之行使负担事项、收养认可、监护人选定等事件，满七岁以上之未成年人已具有意思能力，为尊重其人格之独立，自应使其具有程序能力，俾参与非讼程序。又为避免于家事非讼事件中一一规定满七岁未成年人之程序能力，允宜于通则中一并规定，以求体例清晰完整，爰设本条文。 二、至于受监护宣告人、身心障碍者及依照精神卫生法安置之严重病患，就涉及其本人事件之程序能力，由于性质与满七岁之未成年人有所不同，且各有其不同之处，难以于通则中一并规定，自应于各事件中分别规定之。</p>
<p>第八十二条 法院得通知下列之人参与程序： 一、亲子关系相关事件所涉子女、养子女、父母、养父母。</p>	<p>一、由于非讼程序采取职权探知主义，法院应视程序进行所需，通知其它相关利害关系人参与程序，以保障其程序参与权，爰于本条明定之。 二、亲子关系相关事件，其裁判结果发生对世效力，并涉及子女权</p>

<p>二、因程序之结果而法律上利害受影响之人。</p> <p>三、该事件相关主管机关或检察官。</p>	<p>益之保护，应使该事件所涉及之子女、养子女、父母、养父母有参与程序之机会，爰规定第一款。因程序之结果，虽权利未受侵害，但其法律上利害受影响之人，宜赋予其参与程序之权利，应为第二款之规定。另法院如认为有保护未成年子女利益之必要，亦得通知非讼事件相关主管机关或就该事件有申请权之检察官参与程序，使之成为关系人，民法第一千零九十四条选定监护人事件即为一例，爰规定如第三款所示。</p>
<p>第八十三条 法院应依职权调查事实及必要之证据。</p> <p>法院认为关系人之声明或陈述不完足者，得命其叙明或补充之，并得命就特定事项详为陈述。</p>	<p>一、家事非讼事件授予法院相当之裁量权，为求裁定之妥当，自应由法院职权调查事实及证据，爰设第一项规定。</p> <p>二、家事非讼事件虽因法院拥有广泛的裁量权，必须依职权调查事实与必要之证据。惟关系人仍负有协力之义务，特别是请求定抚养费、家庭生活费用等事件时，应由法院阐述其裁定所需依赖的事实以及证据，由关系人协力提出陈述或主张，以使法院妥适迅速裁定。又为尽速处理关系人之声明，法院亦得指明特定事项，诸如夫妻共同生活所产生债务之债权人姓名、其数额以及得调查之证据，命关系人陈明或补充之，爰设第二项规定。至于命陈明或补充之方法，可先订期日通知关系人到庭陈述，或使关系人先以书状陈述，属于法院诉讼指挥之一环，应由法院斟酌个案决定之，毋庸于条文中明定。</p>
<p>第八十四条 数家事非讼事件之请求系本于同一原因事实所生者，得向就其中一事件有管辖权之家事法院合并请求。</p> <p>前项情形，得于终结前为请求之变更、追加或反请求。</p> <p>依前项情形得为请求之变更、追加或反请求者，如另行请求时，法院认有必要者，得依声请或依职权，以裁定移送家事非讼事件系属最先之第一审或第二审法院合并审理。</p> <p>前项移送之裁定，准用第五条第二项至第五项之规定。</p> <p>受移送之法院于移送裁定确定时，已就系属之事件为终局裁判者，应就移送之事件自行处理。</p> <p>前项终局裁判为第一审法院之裁判，并经抗告者，受移送法院应将移送之事件并送抗告法院合并审理。</p> <p>家事非讼事件之合并、变更、追加或反请求，准用第三十二条第一项规定。</p>	<p>一、为维持家庭之平和安宁，避免关系人间因家事纷争迭次兴讼，并符合程序经济原则，除于第三十一条规定合并审理之相关程序外，并就本于同一原因事实所生之数家事非讼事件，于第一项明定得选择向有管辖权之家事法院合并请求，爰设第一项之规定。</p> <p>二、关系人就第一项所定事件虽未合并请求，然为统合处理家事纷争，兼顾程序之迅速及经济，复设第二项规定，准许关系人于第一审或第二审程序终结前，仍得为请求之变更、追加或反请求。又法院对于得合并请求、变更、追加或反请求之情形，自应行使阐明权，以确定关系人之本意，如有主张不明了或不完足者，并促其补充或叙明之，以利程序之进行。</p> <p>三、依第二项规定得为请求之变更、追加或反请求之情形，系为避免迭次兴讼，有害公益，关系人如舍此另行请求，法院基于统合处理事件之必要，认为由家事事件系属最先之法院合并审理较为适当，本件受理法院得依声请或依职权以裁定移送家事事件最先系属之第一审或第二审法院合并审理。至是否有统合处理事件之必要，则由审理法院依个案情形斟酌之，例如于审理终结前，始另行请求者，多可认为不具统合处理之必要性。又如移送合并审理之事件可能有未经第一审法院裁判即移送第二审法院处理之情形，对关系人之审级利益难免有所侵害，此时法院自应审酌合并审理之实益是否高于关系人之审级利益，如认无须优先保护当事人之审级利益，方可谓为统合处理事件认有必要之情形，法院于给予关系人陈述意见之机会后，即得依第三项规定裁定移送合并审理；如认为有优先保护关系人审级利益之必要时，即不应裁定移送合并审理，而应自为审理。至于同一法院内之合并审理，属法院内部事务分配事项，故毋须以裁定为之，应由法院本合并审理之意旨，妥适处理，爰设第三项之规定。</p> <p>四、为保障当事人之程序权，关于移送之裁定，不论准驳，均应许提起抗告，以为救济。至于声请移送经驳回者，受理法院即有管辖权，就该事件有为裁判之义务，自不得由声请人抗告。又为使管辖事项得予迅速确定，故于第四项规定，于移送裁定确定后，受移送之法院即受该确定裁定之羁束，纵使该裁定违背管辖规定，因以统合处理之必要为优先考虑，受移送之法院亦不得据以将该事件再移</p>



	<p>送于他法院,以利事件尽速获得彻底处理。另亦明定法院所为移送之裁定确定后,书记官应速将裁定正本附入卷宗,送交受移送之法院,以避免延滞程序,爰于第四项规定准用第五条第二项至第五项之规定。</p> <p>五、为使合并审理裁定确定后之程序得以迅速进行,俾使事件尽早获得处理,受移送之法院无论其原所审理之事件进度如何,均应就受移送事件依移送卷证当时之状况续行处理,亦即受移送法院原来审理之事件若尚未终结及裁判,即应依本法立法意旨合并处理;原事件若已经终结或裁判,则应就移送事件单独为审理、裁判,若已提起抗告,则应移送于抗告法院合并审理,爰于第五项、第六项并予明定,以杜争议。</p> <p>六、又有关家事非讼事件合并审理、裁定之规定应准用第三十二条第一项规定,爰于第七项明定之。</p>
<p>第八十五条 声请人因死亡、丧失资格或其它事由致不能续行程序者,其它有声请权人得于该事由发生时起十日内声明承受程序;法院亦得依职权通知承受程序。相对人有前项不能续行程序之事由时,准用前项之规定。非讼程序因关系人死亡而无续行之实益,经法院公告者,视为终结。</p>	<p>一、声请人因死亡、丧失资格或其它事由致不能续行程序时,应许其它有声请权人得声明承受程序,俾利用同一程序审理非讼事件。惟家事非讼事件要求迅速终结,其得声明承受之期限自不宜过长,因此定声请人应于事由发生时起十日内声明承受程序。又为使家事非讼事件得以迅速终结,法院亦得依职权通知其承受程序,爰规定如第一项。另法院依职权通知时,宜酌定适当之声明期限,以利程序顺利进行。</p> <p>二、相对人如有不能续行程序之事由时,应许其它具相对人资格之人得承受程序(例如请求扶养费事件之相对人死亡时,相对人之继承人),爰于第二项规定得准用第一项规定承受程序。至于家事非讼事件程序标的或进行程序之目的已经消灭,例如未成年子女权利义务行使负担事件中,未成年子女死亡者,程序之续行已无实益,应予终结,法院即毋庸依职权通知承受程序,并予叙明。</p> <p>三、非讼程序若因关系人死亡而无续行程序之实益,自应视为终结,并由法院公告以资确认,爰为第三项规定。</p>
<p>第八十六条 裁定应送达于受裁定之人,并应送达于已知之利害关系人。第八十二条所定之人及依法律规定应依职权通知参与程序之人,得声请法院付与裁定书。</p>	<p>一、家事非讼裁定,常涉及多数人,爰于第一项规定裁定应送达于受裁定之人,包含声请人、相对人、关系人、法定代理人、非讼代理人及裁定内容所指定之人,如指定遗嘱执行人事件中所指定遗嘱执行人。又法院于审理过程中,知悉其它利害关系人,亦应将裁定送达之,以维权益。</p> <p>二、第八十二条所定得参与程序之人及其它依法律应职权通知参与程序之人,因法院不知该关系人,致未能送达裁定正本时,应许其得向法院声请付与裁定正本,爰规定如第二项所示。</p>
<p>第八十七条 裁定,除法律别有规定外,于宣示、公告、送达或以其它适当方法告知于受裁定人时发生效力。但有合法之抗告者,抗告中停止其效力。命给付扶养费之裁定,不适用前项但书。以公告或其它适当方法告知者,法院书记官应作记载该事由及年、月、日、时之证书附卷。</p>	<p>一、为使关系人可预测裁定效力之发生时点,允宜明确规定家事非讼裁定生效之时点。且由于家事非讼裁定类型繁多,有涉及身分关系之形成者,例如未成年子女照护义务归属之裁定,有涉及财产者,例如扶养费请求。裁定之效力未必以确定时为生效时点。而裁定生效之时点,有裁定送达时、公告时、确定时等不同之选择可能,也可能区分不同类型之裁定做出不同选择,惟为免法律规定之琐碎复杂导致适用上之困扰,允宜采用一致性之规定,因一般家事非讼事件要求迅速,自应使裁定尽早发生效力,因此于第一项规定于宣示、公告、送达或以其它适当方法告知于受裁定人时发生效力。又若关系人已经合法提起抗告,为保障抗告人之权益,裁定自应于抗告时中止发生效力。</p> <p>二、又扶养费给付之裁定,既系保障受扶养权利人之生活,有立即给付之必要,关系人纵有不服而提起抗告,仍应优先保障受扶养权利人之权益。爰订定第二项之规定,以排除第一项但书之适用,至若法院认为所命给付之扶养费金额庞大,为免扶养义务人遭受无法</p>

	<p>回复之损害，自可定履行之相当期间，例如命扶养义务人于六个月后按月给付扶养权利人每月新台币五万元。</p> <p>三、公告或其它适当方法亦为裁定对外公开之方式，为使裁定生效之时点有确实之证明方法，爰参照民事诉讼法第二百二十四条第二项规定本条第三项。</p>
<p>第八十八条 法院于本案裁定确定前，认有必要时，得依声请或依职权命令或禁止关系人为一定行为，并得为定暂时状态之处分或为其它适当之处置。但本案程序开始前及关系人得处分之事项，非依其声请，不得为之。声请暂时处分，应表明本案声请、应受暂时处分之事项及其事由，并就得处分之事项释明暂时处分之事由。</p> <p>暂时处分，除法律别有规定外，得免供担保。关于得命暂时处分之类型及其方法，其办法由司法院定之。</p>	<p>一、基于家事非讼事件之职权性及合目的性，并为因应本案裁定确定前之紧急状况，避免本案请求因程序延滞造成无法回复之损害，爰于第一项前段规定法院就受理之家事非讼事件，除但书所列情形之外，必要时得依声请或依职权命为适当之暂时处分。为达上开暂时处分之目的，于本项规定暂时处分之内容。例如：法院就请求抚养费事件，得暂时命为一定之给付；就选定未成年子女监护人事件，得命暂时对子女为适当处置；于定子女照护义务归属事件，得命暂时禁止携未成年子女出国；于改定遗产管理人事件，得禁止遗产管理人为特定之行为等。法院并应将暂时处分之方法及内容具体载明于裁定书，以利执行。至于就仅关系人得处分之事项，为尊重其处分权，自应规定仅于关系人声请时，法院方得核发暂时处分。此外非讼事件于法院受理前，自应由关系人声请，法院方得核发暂时处分，爰并设第一项但书。</p> <p>二、关系人为暂时处分之请求时应表明本案声请、应受暂时处分之事项及其事由等事项，以利法院审酌。惟法院仍可依第九条之规定，依职权调查证据。又为避免声请浮滥，节省司法资源并保护其它关系人之利益，关系人就处分之事声请暂时处分时，应释明暂时处分之事由，爰设第二项规定。</p> <p>三、家事非讼事件，或有不宜命供担保性质者，如定未成年子女照护义务归属事件；或有关系人处于经济上弱勢者，如未成年子女请求抚养费事件，为保障关系人利益，自应明定得免供担保，爰特设第三项规定。</p> <p>四、家事非讼事件种类繁多，得核发暂时处分之事件类型及所应核发暂时处分之方法内容，应授权司法院定之，以肆应社会之发展需求，故设第四项规定。</p>
<p>第八十九条 暂时处分，由受理本案之法院裁定；本案裁定业经抗告，且于声请时，卷宗已送交抗告法院者，由抗告法院裁定。但本案系属后有急迫情形，不及由本案法院或抗告法院裁定时，得由财产、标的或其相关人所在地之法院裁定，并立即移交本案法院或抗告法院。</p>	<p>暂时处分系附随于本案事件，原则上由受理本案之法院裁定，爰于本条规定管辖法院。另为因应急迫情形，例如已经系属甲法院之定未成年子女照护义务归属事件，关系人未经许可，擅自准备携带子女出国，而人已经出现在乙法院管辖区域之机场时，自应允许得由财产、标的或其相关人所在地之法院管辖，爰设但书规定。又但书所定法院于裁定后，应立即移交本案系属法院。</p>
<p>第九十条 暂时处分于裁定送达或告知受裁定人时，对其发生效力。但告知显有困难者，于公告时发生效力。</p>	<p>为使暂时处分得尽速生效，规定于裁定送达或告知受裁定人时即对其发生效力。此项「告知」系包含受裁定人在场之宣示在内。又告知显有困难时，自应于对外发布时发生效力，爰为但书规定。</p>
<p>第九十一条 暂时处分之裁定确定后，如认为不当或已无必要者，本案法院得依声请或依职权撤销或变更之。</p> <p>法院为前项裁定时，应使关系人有陈述意见之机会。但法院认为不适当者，不在此限。</p>	<p>一、暂时处分之裁定于确定后，关系人已不得循抗告途径请求救济，如本案法院认为有不当情形或已无必要时，自应许法院得依声请或依职权撤销或变更之，爰规定第一项。</p> <p>二、为保障关系人程序参与权，避免不当侵害其权益，法院为前项裁定前，应使关系人有陈述意见之机会，爰设第二项本文之规定。至于法院认为不适当时，自无必要，爰为但书规定。</p>
<p>第九十二条 暂时处分之裁定，有下列各款情形之一者，法院应依声请或依职权撤销或变更：</p> <p>一、本案请求经裁判驳回确定。</p> <p>二、本案程序经撤回请求或因其它事由视为</p>	<p>一、暂时处分之裁定系附随于本案请求，故如本案请求经裁判驳回确定、本案程序经撤回请求或其它事由视为终结时，暂时处分之裁定论理上自应失效。暂时处分目的在于使法院更妥适地处理因本案请求所衍生之各项家事纷争，与本案仍存有一定之附随关系，暂时处分内容如与经裁判确定之本案请求相异，或与调解成立或经合并</p>

<p>终结。</p> <p>三、暂时处分之内容与经确定裁判、调解或和解成立之本案请求相异。</p>	<p>审理诉讼事件之和解内容相异者，于相异之范围内，论理上亦应失其效力。</p> <p>二、惟因本案裁定与暂时处分裁定未必同时裁定，也未必由同一法院裁定，为免争议，避免造成关系人之困扰，当暂时处分因本条所列各款情形失效时，应由法院依声请或依职权就已经失效之部分撤销或变更之。</p>
<p>第九十三条 暂时处分之裁定经撤销或变更者，法院得依声请或依职权，在撤销或变更范围内，命返还所受领给付或为其它适当之处置。</p> <p>法院为前项裁定前，应使关系人有陈述意见之机会。</p>	<p>一、暂时处分之裁定如有第九十一条、第九十二条所定情形而失其效力时，应许法院得依声请或依职权于失效之范围内，裁定命返还所受给付或为其它适当之处置(如命暂时交付之财产清册应予返还等)以回复至暂时处分裁定前之原状，爰为第一项规定。惟如暂时处分系命给付家庭生活费用或扶养费者，为保护受给付人，于未逾必要范围时，自不宜命返还。</p> <p>二、为保障关系人程序参与权，避免不当侵害关系人权益，规定第二项，使关系人有陈述意见之机会。</p>
<p>第九十四条 暂时处分之裁定，除法律别有规定外，因裁定而权利受侵害者得为抗告；抗告中不停止执行。但原审法院或抗告法院认为必要时，得裁定命供担保或免供担保后停止执行。</p> <p>前项但书之裁定，不得抗告。</p> <p>驳回暂时处分声请之裁定，仅声请人得为抗告。</p> <p>抗告法院为裁定前，应使关系人有陈述意见之机会。但抗告法院认为不适当者，不在此限。</p> <p>暂时处分之变更、撤销之抗告，准用前四项之规定。</p>	<p>一、暂时处分与本案请求有相当程度之密切关系，对于暂时处分之抗告，应仅限于就本案请求之裁定有抗告权人方得为抗告，而暂时处分通常具有急迫处理之必要性，纵经抗告，亦不宜停止执行，爰规定如第一项本文。惟暂时处分内容不一，宜赋予法院一定裁量权视个案情形决定是否停止执行，并得命供担保，爰设第一项但书规定。</p> <p>二、为避免程序复杂化，参照民事诉讼法第四百九十一条第三项立法例，爰于第二项规定停止执行之裁定不得抗告，</p> <p>三、暂时处分事件如系关系人声请者，于法院驳回其声请时，自仅该关系人得为抗告，以尊重其程序处分权，爰为第三项规定。</p> <p>四、为保障关系人之程序参与权，抗告法院为裁定前应使其有陈述意见之机会。但如抗告法院认为不适当者，抗告法院得予裁量，以避免暂时处分无法达到实际效用，爰规定如第四项。</p> <p>五、对撤销或变更暂时处分之裁定抗告，其性质与对暂时处分抗告相同，爰于第五项明定其抗告程序。</p>
<p>第九十五条 暂时处分及第九十三条第一项之裁定得为执行名义。</p>	<p>为保全或实现本案请求之目的，应许暂时处分之裁定得为执行名义。又为使第九十三条第一项裁定所命返还所受给付或其它适当之处置能实现，应许得为执行名义。</p>
<p>第九十六条 因裁定而权利受侵害之关系人，得为抗告。</p> <p>因裁定而公益受影响时，该事件相关主管机关或检察官得为抗告。</p> <p>依声请就关系人得处分之事项为裁定者，于声请被驳回时，仅声请人得为抗告。</p>	<p>一、因家事非讼事件之本案裁定而权利受侵害之人，虽非声请人或相对人，应许其得提起抗告，以维护其权益，例如继承人、遗产债权人当选任遗产管理人裁定如有不服，应得抗告。爰订定第一项。</p> <p>二、因裁定致社会公益或秩序受影响，亦应认事件相关主管机关或检察官得为抗告，例如民法第一千零九十四条选定监护人事件，认其选定不符未成年子女利益时，主管机关得为抗告，爰设第二项。</p> <p>三、程序标的事项，仅关系人有处分权，例如指定夫妻住所事件，法院不得依职权为之者，如关系人向法院声请，于被驳回时，自仅声请人得为抗告，爰设第三项。</p>
<p>第九十七条 受裁定送达之人提起抗告，应于裁定送达后十日之不变期间内为之。但送达前之抗告，亦有效力。</p> <p>未受裁定送达之人提起抗告，前项期间应自其知悉裁定时起算。但裁定送达于受裁定之人后已逾六个月，或因裁定而生之程序已终结者，不得抗告。</p>	<p>一、抗告权人既得抗告，自应规定提起抗告之期限，经参酌民事诉讼法第四百八十七条以及非讼事件法第四十二条之规定，以十日为抗告期间。又抗告期间之起算点亦应于本法明确规定，爰参照民事诉讼法第四百八十七条之规定，以裁定送达于受送达人时起算抗告期间，爰为第一项之规定。</p> <p>二、依本法第八十七条之规定，裁定并不以送达为生效之唯一方法，法院当庭告知裁定内容，亦对该受告知人发生效力，爰为第二项本文之规定。又为了避免裁定长期处于不确定之状态，应使关系人虽未受裁定，但自法院裁定送达受裁定人已逾六个月时，仍使裁定不得抗告，另因裁定而生之程序已经终结者，抗告即无实益，亦不得</p>

<p>第九十八条 抗告法院为本案裁判前，应使因该裁判而权利受侵害之关系人有陈述意见之机会。但通知显有困难或认为不适当者，不在此限。</p>	<p>抗告，爰为第二项但书之规定。 为保障关系人之程序参与权，避免其权利被不当侵害，规定抗告法院为裁定前，应使关系人有陈述意见之机会。惟因家事非讼裁定之关系人范围较为广泛，为免抗告法院因为无法通知关系人到庭，致使迟迟无法裁定，影响其它关系人之权益，例如改任未成年子女之特别代理人，无法通知杳无音讯之父母一方，或法院认为通知关系人到庭陈述，恐有碍裁定之落实，例如改任失踪人财产管理人，自应规定通知显有困难或认为不适当时，法院得不通知关系人陈述意见。</p>
<p>第九十九条 家事非讼事件，除法律别有规定外，准用非讼事件法之规定。</p>	<p>本法所列之家事非讼事件，系涉及身分、亲属、财产等事项之处理。核其本质既均属非讼事件，除法律别有规定者外，例如家庭暴力防治法，其余应准用非讼事件法之规定，爰明定之。又既然规定仅系准用，自仅限于与家事非讼事件性质相同者，方可准用，此属当然。</p>
<p>第二章 婚姻非讼事件</p>	<p>民法为使婚姻家庭生活更圆满顺畅，规定于特定情形下得由法院适当之介入，本章规定法院裁定时应遵循之各项程序。</p>
<p>第一百条 下列各款事件，由夫妻住所地、共同住所地、原因事实发生时之住所地法院管辖；夫或妻死亡者，由夫或妻死亡时住所地法院管辖： 一、民法第一千零二条第一项指定夫妻住所。 二、民法第一千零三条之一定家庭生活费用。 三、民法第一千零十条、第一千零十一条宣告改用分别财产制。 四、民法第一千零二十二条报告夫妻财产状况。 五、民法第一千零五十七条定赡养费之金额。 夫妻之一方为外国人或无国籍人，准用第四十二条规定。 前二项事件，法院于裁定前，应使夫妻有陈述意见之机会。但有碍难情形者，不在此限。</p>	<p>一、第一项规定有关指定夫妻住所、请求报告夫妻财产状况、定给付家庭生活费用、赡养费等事件以及宣告改用分别财产制事件之管辖法院。本法既已扩大家事诉讼事件与家事非讼事件合并审判之可能范围，是上开事件除应尽可能合并于同一程序审理外，对于管辖之规定亦应采与本法第四十一条所列定婚姻事件同一之管辖，以求立法前后一致。 二、跨国婚姻事件日益增多，爰订定第二项，准用本法第四十二条规定，定其国际管辖权。 三、夫妻婚姻事件，为确保夫妻陈述意见之权利，爰为第三项规定。</p>
<p>第一百零一条 请求定家庭生活费用、扶养费或赡养费，应于准备书状或笔录载明下列各款事项： 一、请求之金额、期间及给付方法。 二、关系人之收入所得、财产现况及其它个人经济能力之相关资料，并添具所用书证复印件。 声请人就前项费用之请求，得合并声明给付之总额或最低额。</p>	<p>一、为促进家事非讼程序之进行，关系人应有协力促进程序之义务，爰参照民事诉讼法第二百六十六条第一项之规定，于第一项明定声请人应于声请状或笔录具体记载声明事项，并提出相关数据，俾利相对人能迅速提出证据资料以供法院裁定之依据。惟声请人所负上开义务，并非声请之要件，纵于声请时就上开主张有不明或不完足之处，法院亦得于期日予以阐明。又第二款所称之关系人，系指夫妻双方，并予叙明，爰为第一项规定。 二、鉴于金钱债权之争执事件，虽因本于处分权主义之要求，声请人须具体表明请求之金额，做为法院审理之标的，并利于相对人防御。惟因婚姻非讼事件，委由法院依其认定事实结果而为裁量，声请人请求之际，难期待其得预测法官将来裁判之项目费用金额，故设本条明定声请人于提出前条之请求时，虽仍应表明请求之项目、费用金额，但除得采取单独或分别列明各项费用金额外，亦得合并其中数项费用而合并请求，并以总额或最低金额之方式声明。声请人如表明系为总额之请求者，法院于裁判时即应斟酌关系人陈述意旨及调查证据之结果，于理由内厘清声请人得主张之费用项目及其金额，并就各项费用之金额不受声请人声明之拘束而为斟酌，以利一次解决关系人间有关数项费用之纷争。惟法院如认为声请人请求</p>

	<p>之项目、费用或金额有不明或不不足之处，自应予晓谕令其叙明或补充之，爰为第二项规定。</p>
<p>第一百零二条 法院定给付家庭生活费、扶养费或赡养费之负担或分担，得审酌一切情况，定其给付之方法，不受声请人声明之拘束。 前项给付，法院得依声请或依职权，命为一次给付、分期给付或给付定期金，必要时并得命提出担保。 法院命分期给付者，得酌定迟误一期履行时，其后之期间视为亦已到期之范围或条件。 法院命给付定期金者，得酌定逾期不履行时，丧失期限利益之范围或条件，并得酌定加给之金额。但其金额不得逾定期金每期金额之二分之一。</p>	<p>一、本法所定扶养费等费用请求事件，既已缓和处分权主义，明定法院得于声请人请求之总额内，依职权斟酌费用项目数额，基于同一事理，有关给付方法之声明，法院亦得依职权取舍、决定，不受关系人声明以及主张拘束，爰为第一项之规定。 二、有关扶养费等费用请求事件，多为权利人生活所需，且涉及关系人或家庭成员间相处之实际情形，故对于此类费用之给付方法，自宜尊重关系人之意愿。惟法院亦得斟酌权利人请求之费用性质、关系人之财产状况、生活需要程度等类相关数据，依职权命义务人一次给付、分期给付或以定期金给付，必要时并得命提出担保，爰为第二项规定。 三、权利人请求之费用额如已到期，义务人固以一次全部清偿为原则，然法院如认于裁判时尚无必要命义务人全部清偿，自可弹性裁定采取分期给付方式。惟为避免权利人因分期给付，导致必须分别、逐次声请强制执行，蒙受劳力、时间、费用等程序上不利益，损及实体利益，法院得于审酌前揭因素及义务人履行可能性后，于裁判时并予宣示义务人一期不履行时，其后债务视为到期之范围或条件。例如，义务人如一期不履行时，当期以后之一、二期，甚至全部债务均视为到期之范围，或可酌令义务人提出相当担保等条件，以督促义务人履行债务，并兼顾关系人或家庭成员生活之需，爰为第三项规定。又法院得定分期给付者，限于原本应一次清偿或已届清偿期之债务而言，若属定期金给付之债权，自不得命分期给付，并此叙明。 四、另如法院认为权利人与义务人间因具一定之身分关系，须于此等关系存续中命义务人履行债务，并以给付定期金之方法为之，因其履行期限何时届至未必恒属确定，自不宜于义务人一期未能履行时，即令其后未必确定存在之债务亦发生视为到期之效果。惟权利人此类请求既属赖以维生之必要费用，为使义务人切实履行债务，法院自得于裁判时衡量双方之经济能力与实际需要，酌定义务人如有逾期不履行，所丧失期限利益之范围或条件。如有必要，亦得对义务人预定课予加给金额之间接强制方式，藉以督促义务人确实履行，爰为第四项规定。</p>
<p>第三章 亲子非讼事件</p>	<p>为建构更融洽之亲子关系，民法分别于第一千零五十五条以下规定各类应由法院裁定之事件，本章规定各该事件应适用之程序。</p>
<p>第一百零三条 下列事件，由子女住所、居所地或所在地法院管辖： 一、民法第一千零五十五条、第一千零六十九条之一、第一千零八十九条、第一千零八十九条之一对于未成年子女权利义务之行使及负担。 二、民法第一千零五十九条第五项、第一千零五十九条之一第二项及第一千零七十八条第三项变更子女姓氏。 三、民法第一千零八十六条第二项选任特别代理人。 未成年子女有数人，其住所、居所或所在地不在同一法院管辖区域内者，各该住所、居所地或所在地法院俱有管辖权。 父母子女或关系人之一方为外国人或无国籍人，准用第四十二条规定。</p>	<p>一、关于亲子非讼事件，多发生在子女生活之中心即其住居所地，为增强法院之亲近性，便利未成年人使用法院，并利证据之调查，以追求实体及程序利益，自应以其住所或居所地法院为管辖法院。未成年人为弃婴或其它无住居所者，自应以其所在地法院为管辖法院。至于未成年人住所之认定，民法第一千零六十条并非法定住所之规定，而系亲权行使之具体内容之一，属于父母亲对未成年子女居所之指定权。至于住所之认定仍应依照民法第二十一条规定，无行为能力人或限制行为能力人以法定代理人之住所为住所；于父母离婚时，既以法定代理人之住所为住所，未成年人与父母一方同住，即以该法定代理人之住所为未成年人住所。 二、未成年子女有数人，而其住所或居所不在一法院管辖区域内时，声请人向何人之住所或居所地法院提出申请，有自由选择之权，爰为第二项规定。惟准用非讼事件法第三条但书规定，受理声请事件之法院得依声请或职权以裁定将事件移送于认为适当之其它管辖法院，附此说明。 三、跨国亲子事件日益增多，爰订定第三项，准用本法第四十二条，</p>

<p>第一项及前项之事件有理由时，程序费用由未成年子女之父母或父母之一方负担。</p>	<p>定其国际管辖权。 四、第一项亲子非讼事件原均属未成年子女之父母应尽义务之事项，法院为有理由之裁定，所生程序费用，自应由父母负担，爰为第四项之规定。</p>
<p>第一百零四条 婚姻或亲子诉讼事件与本于同一原因事实所生之亲子非讼事件，已分别系属于法院者，除别有规定外，法院应将亲子非讼事件移送于婚姻或亲子诉讼事件系属中之第一审或第二审法院合并裁判。前项移送之裁定不得声明不服。受移送之法院应即就该事件处理，不得更为移送。</p>	<p>一、婚姻或亲子诉讼事件与本于同一原因事实所生之亲子非讼事件如已分别系属于不同法院，基于此类事件有统合处理之必要，并避免裁判歧异，除别有规定外，上开事件应合并由婚姻或亲子诉讼事件系属之第一审或第二审法院处理，并由受理亲子非讼事件之法院依职权裁定移送，爰规定如第一项。至于合并审理之其它相关程序规定，自应适用本法第八十四条之规定。 二、为使管辖权之有无得予迅速确定，除关系人不得对于移送裁定声明不服外，受移送之法院亦应受该裁定羁束，不得以其无管辖权为由将该事件再移送于他法院，爰为第二项之规定。</p>
<p>第一百零五条 法院为审酌子女之最佳利益，得征询主管机关或社会福利机构之意见、请其进行访视或调查，并提出报告及建议。 法院斟酌前项调查报告为裁判前，应使关系人有陈述意见之机会。但其内容涉及隐私或有不适当之情形者，不在此限。 法院认为必要时，得通知主管机关或社会福利机构相关人员于期日到场陈述意见。 前项情形，法院得采取适当及必要措施，保护主管机关或社会福利机构相关人员之隐私及安全。</p>	<p>一、法院审理亲子非讼事件时，应以子女之最佳利益为最高指导原则，而儿童及少年主管机关及福利机构，对未成年人之保护有专业之知识及经验，法院如于程序中征询上开机关或机构之意见或嘱托进行访视或调查，并提出报告或建议供法院参考，当可收事半功倍之效，爰规定如第一项。 二、为确保关系人之听审请求权，法院斟酌前项报告或建议，应使关系人有陈述意见之机会，爰为第二项之规定。惟如内容涉及隐私或其它不适当之情形，自不宜使关系人得知其内容，爰设但书之规定。 三、儿童及少年主管机关或福利机构相关人员调查所见闻事实之报告或建议，系供法院处理亲子非讼事件参酌之重要数据，法院认有必要时，自得命其等于期日到场陈述意见，爰规定如第三项。 四、主管机关或社会福利机构相关人员到庭陈述意见，往往面对竞争性高之关系人，为确保隐私以及安全，应使法院得采取必要适当之措施以保障其隐私及安全，爰设第四项之规定。</p>
<p>第一百零六条 法院酌定、改定或变更父母对于未成年子女权利义务之行使或负担时，得命交付子女、未行使或负担权利义务之一方与未成年子女会面交往之方式及期间、给付抚养费、交付身分证明文件或其它财物，或命为相当之处分，并得订定必要事项。前项命给付抚养费之方法，准用第一百零二条规定。 第一项裁定得为执行名义。</p>	<p>一、基于亲子非讼事件之职权性及合目的性，法院于酌定、改定或变更父母对于未成年子女权利义务之行使或负担时，得斟酌子女之实际需要及父母之负担能力等，而并为多样性之裁定；并明定法院得为其它相当之处分及订定必要事项，爰规定如第一项。 二、上开裁定如系就未成年子女之抚养费酌定给付方法，其性质即与夫妻间之费用请求方法相仿，爰于第二项规定准用第一百零二条之规定，以期周全保护未成年子女之权益。 三、第一项之执行既属命相对人或关系人为特定行为，自应特别规定得为执行名义，爰设第三项之规定。</p>
<p>第一百零七条 法院就前条事件及其它亲子非讼事件为裁定前，应依子女之年龄及识别能力等身心状况，于法庭内、外，以适当方式，晓谕裁判结果之影响，使其有表达意愿或陈述意见之机会；必要时，得请儿童及少年心理或其它专业人士协助。前项儿童及少年心理或其它专业人士之报酬，准用第十六条第三项规定。</p>	<p>一、亲子非讼事件既于未成年子女之权益影响重大，法院除应依第一百零五条之规定保障其听审请求权外，于裁定前更应依未成年子女年龄及识别能力等不同状况，于法庭内、外，亲自听取其意见、或藉其它适当方式，晓谕裁判结果对于未成年子女可能发生之影响，藉以充分保障其意愿表达及意见陈述权。又未成年人陈述意见或表达意愿，时而必须仰赖儿童及少年心理专家或其它专业人士之协助，因此于第一项后段特设相关规定。 二、依照第一项后段请儿童及少年心理专家或其它专业人士协助所生之报酬，应准用第十六条第三项之规定，爰特设第二项。</p>
<p>第一百零八条 法院为未成年子女选任特别代理人时，应斟酌得实时调查之一切证据。法院为前项选任之裁定前，应征询被选任人之意见。</p>	<p>一、法院依民法第一千零八十六条第二项为未成年子女选任特别代理人，应依职权探知事实。复为迅速选任特别代理人，确保未成年子女权益，法院调查证据之心证程度仅达释明即可，毋庸达证明之程度，爰为第一项之规定。 二、为使被选任之特别代理人于就任前，确认承担该职务之意愿，</p>

<p>前项选任之裁定，得记载特别代理人处理事项之种类及权限范围。</p> <p>选任特别代理人之裁定，于裁定送达或当庭告知被选任人时发生效力。</p> <p>法院为保护未成年子女之最佳利益，于必要时，得依父母、未成年子女、主管机关、社会福利机构或其它利害关系人之声请或依职权，改定特别代理人。</p>	<p>并使受选任人知悉其责任与义务，自应于裁定前征询被选任人之意见，爰为第二项规定。</p> <p>三、特别代理人之个别权限具有多样性，为免特别代理人因权限未明，导致所代为之法律行为产生是否有代理权限之争议，允宜由法院视具体个案，酌量未成年子女利益之保护，于裁定中明文记载特别代理人所得处理事项之种类及权限范围，爰为第三项规定。</p> <p>四、特别代理人之选任，有其急迫性，自应特别规定从裁定送达或告知被选任人时即发生效力，爰为第四项之规定。</p> <p>五、法院选任特别代理人之裁定，因情事变更或其它为保护未成年子女最佳利益，原选任之特别代理人已不适任时，应得由民法第一千零八十六条第二项所定之声请权人声请或由法院依职权改任之，爰为第五项规定。</p>
<p>第一百零九条 法院得依特别代理人之声请酌定报酬，并按其职务内容、事件繁简等一切情况，以裁定酌给酬金。</p>	<p>未成年子女因与父母利益相反，经选任特别代理人代为处理事务，特别代理人因此付出劳力费用，自应参照民法第一千一百零四条之规定，允许特别代理人得声请法院酌定报酬额。至于法院酌定报酬额所应考虑之因素，除未成年子女与父母之财力、特别代理人执行职务所花费之劳力外，也应将造成父母与未成年子女利益相反之情形是否肇因于父母本身之行为纳入考虑因素之一，并尚应视特别代理人与未成年子女之亲疏远近关系、照顾未成年子女之状况等情酌定其报酬。</p>
<p>第一百十条 本章之规定，于确认婚姻无效或撤销、确认婚姻不存在、婚姻视为消灭及非婚生子女经认领时，有关对于未成年子女权利义务之行使负担事件，准用之。</p>	<p>依照民法第九百九十九条之一第二项规定结婚经撤销者、第一千零六十九条之一规定非婚生子女经认领者，均准用民法第一千零五十五条、第一千零五十五条之一以及第一千零五十五条之二等规定，自均应列入本章适用范围。至于婚姻无效、确认婚姻不成立、婚姻视为消灭等涉及未成年子女照顾义务归属事件，性质类似，亦应一并规定，原非讼事件法第一百三十条已有规定，爰参酌而一并规定。</p>
<p>第四章 监护及辅助宣告事件</p>	<p>为保障意思能力欠缺之人，民法设有监护及辅助宣告制度，本章规定监护及辅助宣告事件之程序。</p>
<p>第一节 监护宣告</p>	<p>本节首先规定监护宣告事件之管辖、调查及裁定等程序。</p>
<p>第一百十一条 声请监护宣告事件，由应受监护宣告人住所地法院管辖。但原因事实发生于居所地者，得由居所地法院管辖。</p> <p>应受监护宣告人住所地法院不能行使职权或在中华民国无住所或其住所不明者，准用民事诉讼法第一条第一项中段及第二项之规定。</p>	<p>一、民法为保护因精神障碍或其它心智丧失致不能为意思能力或意思能力显有不足之人，于第十四条以下设监护宣告制度，自应于本法规定监护宣告相关程序。又监护宣告既系维护应受监护宣告人之利益，自应以应受监护宣告人之生活重心即其住所地为管辖法院。</p> <p>二、应受监护宣告人住所地之法院不能执行职权或于中华民国境内无住所或住所不明，自应准用民事诉讼法第一条第一项中段及第二项之规定，定其管辖。</p> <p>三、又本法所规定之监护以及辅助宣告，除民法第十四条以下之监护宣告以及辅助宣告之外，老人福利法第十三条规定「对于因精神障碍或其它心智缺陷，致不能为意思表示或受意思表示，或不能辨识其意思表示之效果之老人，法院得因主管机关之声请，为监护或辅助之宣告。」亦包含在内，附此叙明。</p>
<p>第一百十二条 法院得于监护宣告之程序开始前，命声请人提出诊断书。</p>	<p>为促进监护宣告之程序，保障受监护宣告人之权益，法院得于程序开始之前，先命声请人提出诊断书，俾利进而依职权调查其它证据资料或选任鉴定人。</p>
<p>第一百十三条 监护宣告之程序，不得公开行之。</p>	<p>为保护应受监护宣告人之隐私，特别规定监护宣告程序不得公开行之。</p>
<p>第一百十四条 法院就监护宣告之声请，应斟酌声请人所表明之事实及证据，依职权为</p>	<p>一、监护宣告事涉应受监护人个人人格自由之剥夺，法院除应斟酌声请人所表明之事实与证据外，并应依职权调查必要之证据，以确</p>

<p>必要之调查。 调查费用,如声请人未预纳者,由国库垫付。</p>	<p>保应受监护宣告人之人格利益。 二、法院为监护宣告所需之费用,应由声请人预纳,声请人未预纳者,为使程序顺利进行,应由国库先行垫付,爰于第二项明定之。</p>
<p>第一百五十五条 法院应于鉴定人前讯问应受监护宣告之人。但有碍难讯问之情形或恐有害其健康者,不在此限。 前项讯问,得使受托法官为之。</p>	<p>一、讯问应受监护宣告人,为监护宣告程序中调查证据方法之一,惟其心智状况如何,非有特别智识之人在场,难为正确之判断,爰于第一项规定讯问应受监护宣告人,应于鉴定人前为之。但如果有碍难讯问之情形或恐有害其健康者,法院自得采取其它调查证据之方法,爰设但书之规定。 二、又讯问亦得由受托法官为之,爰于第二项明定,以杜审理之争议。</p>
<p>第一百六十六条 监护之宣告,非就应受监护宣告之人之精神或心智状况讯问鉴定人后,不得为之。</p>	<p>应受监护宣告人是否有精神障碍或其它心智缺陷,非有特别智识无从判定,本条特别明定必须命行鉴定,并应讯问鉴定人,方得为监护宣告与否之决定。</p>
<p>第一百七十七条 监护宣告之裁定,应同时选定监护人及指定会同开具财产清册之人,并附理由。 前项裁定,应送达于声请人、受监护宣告之人、法院选定之监护人及法院指定会同开具财产清册之人;受监护宣告之人另有法定代理人者,并应送达之。</p>	<p>一、依民法第一千一百一十一条第一项规定,法院为监护之宣告时,应依职权就配偶、四亲等内之亲属、最近一年有同居事实之其它亲属、主管机关、社会福利机构或其它适当之人选定一人或数人为监护人,并同时指定会同开具财产清册之人,爰于第一项明定其程序。 二、又为使受监护宣告之人、法院选定之监护人及法院指定会同开具财产清册之人知悉法院裁定之内容,并依裁定之内容执行,自应明定该裁定应送达于上述各关系人,又若受监护宣告之人有法定代理人,并应送达之,爰为第二项之规定。</p>
<p>第一百八十八条 前条第一项之裁定,自法院选定之监护人受送达或当庭受告知时发生效力。 前项裁定生效后,法院应以相当之方法,将该裁定要旨公告之。</p>	<p>一、前条第一项所规定之裁定,既应向多数关系人送达,则其效力应于何时发生,应明文规定。监护宣告裁定生效前,尚无监护人,为符合民法保护受监护宣告人之精神,宜当庭告知选定之监护人,并记明笔录,使宣告监护裁定及早发生效力,如当庭告知与送达不一致,以生效在先者为准,爰为第一项之规定。 二、又监护宣告裁定后,使受宣告者成为无行为能力人,故应将该裁定公告,使第三人不至受意外之损害,爰为第二项之规定。</p>
<p>第一百九十九条 驳回监护宣告声请之裁定,得为抗告。 第一百二十二条至第一百四十四条之规定,于抗告法院之程序准用之。</p>	<p>一、声请监护宣告,经法院调查后认为声请不合法或无理由而驳回时,声请人自得提起抗告,爰为第一项之规定。 二、抗告法院并应准用第一百二十二条至第一百四十四条之规定审理之,设第二项之规定。</p>
<p>第一百二十条 关于声请监护宣告程序之费用,于宣告监护时,由受监护宣告之人负担。 除前项情形外,其费用由声请人负担。检察官为声请人时,由国库支付。</p>	<p>一、监护宣告,系为保护受宣告人之利益,故其费用应由受监护宣告人负担,爰设第一项规定。 二、至其它裁定,则应依据负担诉讼费用之一般法则,由声请人负担。检察官为声请人时,应由国库支付,爰设第二项规定。又第一百四十四条所生之调查费用亦属于本条所称程序费用,应适用本条之规定定程序费用之负担,并应由法院于裁定中载明该项费用,以杜争议。</p>
<p>第一百二十一条 宣告监护之裁定,不得抗告。</p>	<p>监护宣告,不得以抗告声明不服,然监护宣告,若有不当,应使有声请权之人,得依第六十条提起撤销监护宣告之诉,自不待言。</p>
<p>第一百二十二条 对于选定监护人及指定会同开具财产清册之人之裁定,得为抗告。抗告法院为裁定前,应使抗告人、受监护宣告之人、法定代理人、选定监护人及指定会同开具财产清册之人有陈述意见之机会。抗告法院认抗告有理由者,应自为裁定。对于抗告法院之裁定,不得再为抗告。</p>	<p>一、法院选定监护人及指定会同开具财产清册之人之裁定,因影响关系人之权益,宜赋予救济之机会,爰设第一项规定。又得为抗告之人,以受裁定之关系人及经法院选定之监护人及指定会同开具财产清册之人为限,乃属当然。 二、为保障利害关系人之程序权,抗告法院于裁定前,应使抗告人、受监护宣告之人、法定代理人、选定监护人及指定会同开具财产清册之人,均有陈述意见之机会,爰设第二项规定。 三、为免程序拖延,致法院选定之监护人及指定会同开具财产清册之人未能及时执行职务,抗告法院认抗告有理由而为废弃时,应自</p>



	<p>为裁定，爰设第三项规定。</p> <p>四、对于抗告法院之裁定，不得再为抗告，爰设第四项规定。</p>
<p>第一百二十三条 法院对于监护宣告之申请，认为未达民法第十四条第一项之程度，而仅有辅助宣告之原因者，法院得为辅助之宣告。</p> <p>法院为前项裁定前，应使申请人及受辅助宣告之人有陈述意见之机会。</p> <p>第一项之裁定，不得抗告。</p>	<p>一、依民法第十四条第三项规定，法院对于监护之申请，认为未达同条第一项之程度者，得依同法第十五条之一第一项规定，为辅助宣告，且参诸同法第十四条第三项之立法理由，法院得依职权为辅助宣告之裁定。又申请监护宣告之人于法院认为仅有应受辅助宣告之程度，自亦得变更为辅助宣告之申请，爰设第一项规定。</p> <p>二、关于是否变更为辅助宣告，法院为裁定前应使申请人及受辅助宣告之人有陈述意见之机会，以保障其程序权，爰设第二项规定。</p> <p>三、法院为辅助之宣告，申请人不得声明不服，仅得依第七十条提起撤销之诉，爰设第三项之明文。</p>
<p>第一百二十四条 法院对于变更监护宣告为辅助宣告之申请，认有理由者，应以裁定变更之。</p>	<p>法院对于变更监护宣告为辅助宣告之申请，认为有理由者，依民法第十四条第四项规定，应为变更之宣告。</p>
<p>第一百二十五条 民法第一千一百十二条之一指定、撤销或变更监护人执行职务范围事件，由选定监护人法院或受监护宣告之人住所地或居所地之法院管辖。</p> <p>民法第一千一百十三条所定监护事件，由受监护宣告之人住所地或居所地之法院管辖。</p> <p>第一百零八条之规定于受监护宣告之人选任特别代理人事件准用之。</p> <p>受监护宣告之人，于前三项事件有程序能力。</p> <p>第一百零五条、第一百零七条及第一百零八条第一项、第二项之规定，于第二项所定监护事件准用之。</p>	<p>一、依民法第十四条及第一千一百十二条之一之规定，就指定、撤销或变更监护人执行职务范围事件，规定由选定监护人法院或受监护宣告之人住所地或居所地之法院管辖，爰为第一项之规定。至于法院依民法第一千一百十一条第一项及第一千一百十二条之一第一项规定，于为监护宣告时同时选定数监护人，并依职权指定其共同或分别执行职务之范围者，非属本条所指之指定监护人执行职务范围事件，其指定应由为监护宣告之法院为之，附此叙明。</p> <p>二、依民法第一千一百十三条规定，民法第一千零九十五条、第一千零九十七条第二项、第一千零九十八条第二项、第一千零九十九条、第一千一百零一条第二项、第一千一百零四条、第一千一百零六条及第一千一百零六条之一等未成年人监护之规定，于成年人之监护准用之，自有明定该等事件管辖之必要，爰设第二项。</p> <p>三、依民法第一千一百十三条准用同法第一千零九十八条第二项为受监护宣告人选任特别代理人，其选任程序以及职务范围等事项应准用第一百零八条之规定，爰于第三项明定之。</p> <p>四、前三项之事件，受监护宣告之人均可独立提出申请，爰定第四项，明定其有程序能力，以保障其程序权。</p> <p>五、第一百零五条、第一百零七条以及第一百零八条第一项、第二项等规定于第二项所定监护事件准用之，爰于第五项明定之。</p>
<p>第二节 监护宣告之撤销</p>	<p>受监护宣告之原因消灭后，民法第十四条第二项规定得声请法院撤销，本节规定声请撤销之相关程序。</p>
<p>第一百二十六条 依民法规定得声请监护宣告之人，于监护宣告之原因消灭后，得声请撤销监护宣告。</p>	<p>监护宣告原因消灭后，该宣告自无存续之理，故须使申请人得依简便程序，撤销监护宣告，以维受监护宣告人之权益，爰设本条规定。</p>
<p>第一百二十七条 撤销监护宣告之申请，由受监护宣告之人住所地之法院管辖。</p> <p>第一百十一条第一项但书及第二项之规定，于前项申请准用之。</p> <p>撤销监护宣告之申请，不能依前二项规定定其管辖法院者，得向曾就监护宣告之申请为裁判之法院为之。</p>	<p>一、监护宣告既由应受监护宣告人住所地法院管辖，监护宣告之撤销亦应由受监护宣告人住所地之法院管辖，爰为第一项之规定。</p> <p>二、为避免住所地认定困难或无住所地以至于无法定管辖法院，应准用第一百十一条有关监护宣告管辖之规定，应设第二项。</p> <p>三、撤销监护宣告，无法依前二项定其管辖者，自应允许向为裁判之法院声请之，爰设第三项之规定。</p>
<p>第一百二十八条 第一百十二条至第一百十六条之规定，于撤销监护宣告之申请准用之。</p>	<p>撤销监护宣告之程序仍应准用第一百十二条至第一百十六条所定之程序，为使条文简洁，爰明定准用之条文。</p>
<p>第一百二十九条 关于声请撤销监护宣告程序之费用，如撤销监护宣告者，由受监护</p>	<p>一、声请撤销监护宣告之费用，如经宣告后，因系为受监护宣告人本人之利益，即须由受监护宣告人负担，爰设第一项规定。</p>

<p>宣告之人负担。 除前项情形外，其费用由声请人负担。检察官为声请人时，由国库支付。</p>	<p>二 至其它情形，自应依据负担诉讼费用之一般原则，使声请人负担之。另依民法第十四条，检察官于撤销监护宣告事件，亦得为声请人，当检察官为声请人时，如有应行负担程序费用之情形，参照非讼事件法第二十一条第一项之例，其费用应由国库支付，爰于第二项后段设此规定，以资配合。</p>
<p>第一百三十条 撤销监护宣告之裁定，应附理由。 前项裁定，应送达于声请人、受监护宣告之人、法院选定之监护人及法院指定会同开具财产清册之人；受监护宣告之人另有法定代理人者，并应送达之。 选定监护人及指定会同开具财产清册之人之裁定，自撤销监护宣告裁定确定时起，失其效力。 第一百十八条第二项规定，于第一项裁定准用之。</p>	<p>一、撤销监护宣告之裁定，应附加理由，设第一项明文。 二、裁定应送达于声请人、受监护宣告人、法院选定之监护人、法院指定会同开具财产清册之人及受监护宣告之人。如受监护宣告人另有法定代理人，该法定代理人为应受送达之人，爰于第二项明定裁定应送达之。 三、又监护宣告之裁定，既因监护原因消灭而经撤销确定，则因监护宣告而选定监护人及指定会同开具财产清册之人之裁定，自当然失所附丽。又此系因嗣后发生之监护原因消灭经撤销而失效，则其效力自应向后发生，并无溯及效力，爰设第三项规定。 四、撤销监护宣告之裁定，应以相当方法公告之，爰于第四项规定准用第一百十八条第二项。</p>
<p>第一百三十一条 驳回撤销监护宣告声请之裁定，不得抗告。</p>	<p>法院驳回撤销监护宣告之声请时，声请人得依第六十九条之规定提起撤销驳回撤销监护宣告之诉，自不得允许依抗告程序请求救济。</p>
<p>第一百三十二条 法院对于撤销监护宣告之声请，认受监护宣告之人受监护之原因已消灭，而仍有辅助之必要者，法院得为辅助之宣告。 第一百二十三条第二项及第一百三十条第三项规定，于前项变更裁定准用之。 第一项之裁定，不得抗告。</p>	<p>一、依民法第十四条第四项规定，受监护之原因消灭，而仍有辅助之必要者，法院得依第十五条之一第一项规定变更为辅助之宣告，参诸第十四条第四项之立法理由，法院得径行变更为辅助宣告之裁定。故法院对于撤销监护宣告之声请，认为受监护宣告之人，其受监护之原因消灭，而仍有辅助之必要者，自亦得依声请或依职权变更为辅助宣告之裁定，爰设第一项规定。 二、撤销监护宣告之声请，应使受辅助宣告人有陈述意见之机会，爰于第二项明定准用第一百二十三条第二项，裁定效力则应准用第一百三十条第三项。 三、变更之裁定若有不当，声请人得依第七十条提起撤销变更之诉，自不允许循抗告程序请求救济，爰设第三项之规定。</p>
<p>第三节 辅助宣告及声请撤销辅助宣告</p>	<p>本节规定辅助宣告以及声请撤销辅助宣告之相关程序。</p>
<p>第一百三十三条 辅助宣告之裁定，自受辅助宣告之人受送达或当庭受告知时发生法律效力。 法院为前项裁定前，应使受辅助宣告之人有陈述意见之机会。 本章第一节之规定，于辅助宣告声请事件准用之。</p>	<p>一、按声请辅助宣告与声请监护宣告，均系为保障心智能力有欠缺之人所设之制度，二者仅受宣告人之心智能力欠缺程度不同而有异，但其等关于社会公益及个人利益之保护，情形相类，故两者应施行之程序，有共通之处。惟就声请辅助宣告与声请监护宣告程序相异之点，则有特别规定之必要。为保护受辅助宣告之人之利益，明定辅助宣告之裁定，于送达或当庭告知予受辅助宣告人时即发生法律效力，如当庭告知与送达不一致时，以生效在先者为准，爰设第一项规定。 二、于声请辅助宣告情形，受辅助宣告人仍有一定之心智能力，法院为第一项裁定前，应使受辅助宣告之人有陈述意见之机会，以保障其程序权，爰设第二项规定。 三、至于与声请监护宣告有共通处之事项，为免重复规定，爰于第三项就辅助宣告之声请事件程序明定其准用监护宣告事件之相关规定。</p>
<p>第一百三十四条 受辅助宣告之人，法院认为有受监护之必要者，得依声请以裁定变更为监护宣告。</p>	<p>受辅助宣告之人，因精神障碍或其它心智缺陷致不能为意思表示或受意思表示或不能辨别其意思表示之效果，而有受监护宣告之必要者，依民法第十五条之一第三项规定，法院得依同法第十四条第一项规定，变更为监护之宣告，则受辅助宣告之人，法院认为有受监护必要者，自得依声请以裁定将辅助宣告变更为监护宣告；若有声请权之人均未提出声请，法院不得依职权径将辅助宣告变更为监护宣告，爰设本条规定。</p>

第一百三十五条 依民法规定得声请辅助宣告之人，于辅助宣告之原因消灭后，得声请撤销辅助宣告。 前节撤销监护宣告之规定，于撤销辅助宣告声请事件准用之。	一、依民法第十五条之一第二项之规定，受辅助宣告原因消灭后，声请权人得声请撤销辅助宣告，爰于第一项明定之。 二、又撤销辅助宣告程序与撤销监护宣告雷同，为免重复规定，特设第二项准用之规定。
第五章 死亡宣告事件	民法第八条设有死亡宣告制度，并规定由法院裁判宣告，本章规定死亡宣告之各项程序。
第一百三十六条 宣告死亡之声请，由失踪人住所地之法院管辖。	死亡宣告之声请，应由失踪人住所地之法院管辖，俾利公示催告等程序之进行。
第一百三十七条 宣告死亡，得由利害关系人或检察官声请之。	民法第八条规定，死亡宣告得由利害关系人或检察官声请，本条明定其旨。
第一百三十八条 宣告死亡事件应经公示催告。 公示催告，应记载下列各款事项： 一、失踪人应于期间内陈报其生存，如不陈报，即应受死亡之宣告。 二、凡知失踪人之生死者，应于期间内将其所知陈报法院。 前项公示催告应公告之。 民事诉讼法第五百四十二条及第五百四十五条第一项于死亡宣告事件准用之。	一、死亡一经宣告，失踪人即丧失权利能力，影响甚巨，为确认失踪人是否尚生存，应行公示催告，使失踪人或知悉其生死之人，得陈报法院，俾利法院是否为死亡之宣告，爰设第一项。 二、公示催告应明定公示催告应记载之内容，设第二项之规定。 三、为发生公示催告之效果，自应将公示催告公告之，故设第三项之规定。 四、民事诉讼法第五百四十二条有关公告方法之规定及同法第五百四十五条第一项有关声请死亡宣告期间之规定，均应于死亡宣告事件准用之，爰设第四项规定。
第一百三十九条 前条陈报期间，自公示催告最后登载公报或新闻纸之日起，应有六个月以上。 失踪人满百岁者，公示催告得仅黏贴于法院之牌示处。 前项情形，其陈报期间，得定为自黏贴牌示处之日起二个月以上。	一、第一项规定陈报期间之起算时点。 二、满百岁之失踪人于第二项特设公示催告之简便方法以及陈报期间。 三、第三项规定第二项满百岁失踪人公示催告起算期间之特别规定。
第一百四十条 为失踪人生存之陈报在期间届满后，而未宣告死亡前者，与在期间内陈报者，有同一效力。	陈报人为失踪人现尚生存之陈报，虽于期间届满后，仍应具有与期间届满内同一之效力，为杜争议，特设此规定。
第一百四十一条 为失踪人生存之陈报，而声请人否认其事实者，法院应于有确定裁判前，以裁定命停止程序。	失踪人陈报其尚生存，而声请人不承认其事实者，因失踪人与陈报现在生存者是否为同一人，无法于公示催告程序中确认，故法院仅能以裁定停止公示催告程序，而另循诉讼程序解决之。
第一百四十二条 宣告死亡之裁定应确定死亡之时。 法院应以相当之方法，将死亡宣告之要旨，公告之。 宣告死亡之裁定，不得抗告。	一、死亡之时点，对于权利主体亡故而确定之法律关系，影响甚巨，故宣告死亡之裁定，应于裁定中确定死亡之日时，此第一项之所由设。 二、另死亡宣告足以影响其它人，自应由法院以适当之方法公告之，爰设第二项之规定。 三、至于死亡宣告，既经允许，即无抗告之实益，应另循撤销死亡宣告之诉请求救济，爰设第三项规定。
第一百四十三条 关于宣告死亡程序之费用，如宣告死亡者，由遗产负担。 除前项情形外，其费用由声请人负担。检察官为声请人时，由国库支付。	一、公示催告程序之费用，如有死亡之宣告时，按之情理，自当由遗产负担，爰设第一项规定。 二、其它情形则应由声请人负担。又依民法第八条规定，检察官亦得为死亡宣告之声请人，于此情形，声请费用自应由国库支付，爰设第二项规定。
第六章 失踪人财产管理事件	失踪人之财产，应为适当之管理，以确保失踪人以及其它关系人权益，本章特设失踪人财产管理之相关规定。
第一百四十四条 关于失踪人之财产管理	本条规定失踪人财产管理事件之管辖法院。管理失踪人之财产，由

事件, 由其住所地之法院管辖。	失踪人生活重心所在地即住所地法院最适当, 爰于本条规定之。
第一百四十五条 失踪人未置财产管理人者, 其财产管理人依下列顺序定之: 一、配偶。 二、父母。 三、成年子女。 四、与失踪人同居之祖父母。 五、家长。 不能依前项规定定财产管理人时, 法院得因利害关系人或检察官之申请, 选任财产管理人。 财产管理人之权限, 因死亡、受监护、辅助或破产之宣告或其它原因消灭者, 准用前二项之规定。	一、失踪人之财产必须设管理人管理之, 为明确规定管理人之顺位, 特于第一项明定之。第一项所定顺序系以与失踪人关系最为密切之配偶等亲属为财产管理人, 毋庸经法院裁定。 二、如无法依第一项定财产管理人时, 即应由利害关系人或检察官声请法院选定, 以免因财产管理人迟迟无法产生, 致使失踪人之财产散佚, 损害失踪人或其继承人利益, 爰设第二项规定。 三、又如依第一项所定管理人, 因死亡、监护宣告、辅助宣告或破产宣告或其它原因, 例如因消费者债务清理条例受清算宣告尚未复权等原因, 无法胜任职务时, 应依第一项所定顺序, 由后顺位之人担任财产管理人, 如后顺位之人均无法担任管理人, 即应依第二项之规定, 由利害关系人或检察官声请选任之。至于依第二项所选定之财产管理人有相同原因无法执行职务时, 法院自应依声请改定之, 爰设第三项规定。
第一百四十六条 财产管理人有数人者, 关于失踪人之财产管理方法依协议定之; 不为协议或协议不成时, 财产管理人或利害关系人得声请法院酌定之。	本条规定财产管理人有数人时, 关于失踪人财产之管理方法。
第一百四十七条 财产管理人不能胜任或管理不适当时, 法院得依利害关系人或检察官之申请改任之; 其由法院选任者, 法院认为必要时得依职权改任之。	财产管理人不适时, 为保护失踪人及利害关系人之权益, 应明定改任之方法。改任之声请人除利害关系人之外, 亦应允许检察官得声请, 以维公益。法院于必要时, 亦得依职权改任之。
第一百四十八条 法院选任或改任财产管理人时, 应讯问利害关系人意见。	为确保利害关系人得参与程序, 并利于财产管理, 法院于选任或改任财产管理人时, 应讯问利害关系人之意见。
第一百四十九条 失踪人财产之取得、设定、丧失或变更, 依法应登记者, 财产管理人应向该管登记机关为管理人之登记。	失踪人财产之取得、设定、丧失或变更依法应登记者, 为维护交易安全, 无论其财产管理人依何种方式产生, 均应向该管登记机关为管理人之登记, 以公示何人为失踪人之正当财产管理人。
第一百五十条 财产管理人应作成管理财产目录, 并应经公证人公证, 其费用由失踪人之财产负担之。	为促使财产管理人审慎作成财产管理目录, 爰参考日本家事审判规则第三十六条第二项, 规定管理财产目录应经公证人公证, 其费用由失踪人之财产负担。
第一百五十一条 法院得因利害关系人或检察官之申请, 命财产管理人报告管理财产状况或计算; 财产管理人由法院选任者, 并得依职权为之。 前项裁定, 不得声明不服。	一、不论是否为法院选任之失踪人财产管理人, 其管理财产是否妥善, 均与失踪人及利害关系人利害攸关, 为督促其善尽职责, 爰参考日本家事审判规则第三十三条意旨, 规定利害关系人或代表公益之检察官得声请法院命财产管理人报告管理财产状况或计算之规定。 二、第一项之裁定仅系命财产管理人报告财产状况, 并未就实体权利关系为裁判, 自无许抗告之必要, 爰设第二项。
第一百五十二条 利害关系人得释明原因, 向法院声请阅览前条之报告及有关计算之文件, 或预纳费用声请付与缮本、复印件或节本。	为有效促使财产管理人善尽职责, 应许利害关系人得向法院声请阅览财产管理人管理财产状况及计算之报告, 爰订定本条。
第一百五十三条 财产管理人应以善良管理人注意, 保存财产, 并得为有利于失踪人之利用或改良行为。但其利用或改良有变更财产性质之虞者, 非经法院许可, 不得为之。	为维护失踪人财产之利益, 除明定财产管理人之注意义务外, 并应许财产管理人得就该财产为有利于失踪人之利用或改良, 惟利用或改良之行为致变更财产性质时, 或会损及失踪人之利益, 故于为变更之前, 即应先经法院许可。
第一百五十四条 法院得命财产管理人就财产之管理及返还, 供相当之担保, 并得以裁定增减、变更或免除之。 前项担保, 准用民事诉讼法关于诉讼费用担	一、财产管理人为失踪人管理财产, 影响失踪人以及利害关系人权益, 为促使财产管理人谨慎管理, 法院得命财产管理人提供相当担保, 并得以裁定增减、变更或免除之, 爰设第一项。 二、又该项担保, 应准用民事诉讼法有关诉讼费用担保之规定, 爰

保之规定。	设第二项。
第一百五十五条 法院按财产管理人与失踪人之关系、管理事务之繁简及其它情形，得就失踪人之财产，酌给财产管理人相当报酬。	法院就失踪人之财产酌给财产管理人报酬，除应审酌财产管理人与失踪人之关系亲疏外，关于管理事务之繁简、管理方法是否须备专门技术与智识等，亦应在审酌范围之内，方能周全，爰于本条明定之。
第七章 收养事件	为确保收养家庭结构健全，民法规定收养需应法院认可，并规定其它应由法院裁定许可或认可之事件，本章规定相关事件所应遵循之程序。
第一百五十六条 认可收养子女事件，由收养人或被收养人住所地之法院管辖。认可及许可终止收养事件，由养子女住所地之法院管辖。收养人或被收养人之一方为外国人或无国籍人，准用第四十二条规定。	一、关于认可收养事件，多在收养人或被收养人身分关系之中心即住所地发生，为维护公益及调查证据之便捷，便利其使用法院及平衡追求实体与程序利益，参酌日本家事审判规则第六十三条之意旨，以竞合管辖之方式，定其管辖法院。 二、为保护养子女之利益，于第二项规定有关认可终止收养事件(如民法第一千零八十条第二项所定事件)、许可终止收养事件(如民法第一千零八十条之一第一项所定事件)由其住所地法院管辖之。 三、跨国收养事件日益增多，爰订定第三项，准用本法第四十二条，定其国际管辖权。
第一百五十七条 认可收养事件，除法律别有规定外，以收养人及被收养人为申请人。认可收养之申请应以书状或于笔录载明收养人及被收养人、被收养人之父母、收养人及被收养人之配偶。前项申请，应附具下列文件： 一、收养契约书。 二、收养人及被收养人之身分证明文件。 三、被收养人为未成年人时，收养人之职业、健康及有关资力之证明文件。 四、夫妻一方被收养时，他方之同意书。但有民法第一千零七十六条但书情形者，不在此限。 五、经公证之被收养人本生父母同意书。但有民法第一千零七十六条之一第一项但书、第二项但书或第一千零七十六条之二第三项情形者，不在此限。 六、收养人或被收养人为外国人时，收养符合其本国法之证明文件。前项文件在境外作成者，应经当地中华民国驻外机构认证或证明；如系外文，并应附具中文译本。	一、为明确程序开始之适格申请人，爰于第一项规定申请认可收养事件，除法律别有规定外，以收养人和被收养人为申请人。 二、认可收养事件之申请，应得以书状或言词择一为之，以便利当事人；另为保障关系人能获知程序而有陈述意见之机会，以保护其程序参与权，申请人自应于书状或笔录内载明关系人之姓名、住所等年籍资料，以利法院送达。爰为第二项之规定。 三、为资识别裁判之对象，并利收养认可事件程序之进行，爰参考民法第一千零七十九条第一项(收养之方式)之规定，于第三项明定申请书状或笔录内应附具之文件。另为促请法院注意，以利认可收养事件之调查，并使申请人知所遵循，爰参考民法第一千零八十三条之一准用第一千零五十五条之一(收养未成年人时，应考虑收养人背景之事项)、第一千零七十六条(被收养人配偶之同意及例外)、第一千零七十六条之一第一项、第二项、第一千零七十六条之二第三项(被收养人父母之同意、方式及例外)及涉外民事法律适用法第五十四条(涉外收养成立、终止及效力之准据法)等规定，于第三项明定申请认可收养时应附具之各项文件，以利程序之迅速及明确。 四、第三项所定文件如系在中华民国境外作成者，为确保其形式上之真正，有经我国驻外机构认证或证明之必要，如系外文，并应附具中文译本，以利调查，爰为第四项之规定。
第一百五十八条 法院认可未成年人被收养前，得准收养人与未成年人共同生活一定期间，供法院决定之参考；共同生活期间，对于未成年人权利义务之行使负担，由收养人为之。	法院在认可收养未成年子女前，让收养者与被收养之未成年人共同生活一段时间，有利于法院为认可收养与否决定时之参考，现行儿童及少年福利法第十四条第三项即定有明文，因收养制度攸关亲属及身分关系，自应明定其程序。又前开准许共同生活期间，未成年人实际由收养人而非其本生父母或监护人保护教养，爰订定本条规定。
第一百五十九条 被收养人之父母为未成年人而未结婚者，法院为认可收养之裁定前，应使该未成年人及其法定代理人有陈述意见之机会。但有碍难情形者，不在此限。	认可收养裁定生效后，子女于收养关系存续中，与父母间之权利义务均停止，于关系人间之影响重大，所以在该裁定程序法院除应依本法第八十二条保障利害关系人之程序参与权外，如被收养人之父母尚未成年且未结婚者，尤须保障出养人及其法定代理人之听审请求权。惟未成年人出养其非婚生子女之原因不一，为免对其造成伤害并兼顾事件进行之便利，并设但书之例外规定，以资因应。

第一百六十条 第一百零五条及第一百零七条之规定，于收养事件准用之。	收养非讼事件既于未成年子女之权益影响重大，法院于裁定前除应征询对于未成年人之保护有专业知识及经验之主管机关或社会福利机构之意见或嘱托进行访视或调查，并提出报告以供法院参考外，并应保障未成年子女之意愿表达及陈述意见权。爰设本条规定，以资适用。
第八章 未成年人监护事件	未成年人无父母或父母均不能照护未成年子女时，民法第一千零九十一条以下规定设置监护人及其它相关事件，本章配合规定法院处理此类事件应遵循之程序。
第一百六十一条 有关未成年人无父母，或父母均不能行使、负担对于其未成年子女之权利义务之监护事件，由未成年人住所地或居所地法院管辖。	<p>一、民法第一千零九十一条所定未成年人无父母，或父母均不能行使、负担对于其未成年子女之权利、义务之监护事件，并非本法第一百零三条以下有关子女亲权行使之事件，两者性质不同，内涵亦有差异，自应特设规定，定其管辖以及应适用之程序。又此类事件系为保护未成年子女而设，自应以未成年人住所地或居所地为管辖法院。</p> <p>二、又本条所规范之事件范围为民法第四编第四章第一节以下有关未成年子女监护事件，包含民法第一千零九十五条规定之监护人辞任职务事件、民法第一千零九十七条第二项规定之于数监护人中酌定一人行使受监护人重大事项权利事件、民法第一千零九十九条规定之监护人陈报财产清册及延长陈报期间事件、民法第一千一百零一条第二项规定之监护人财产管理事件、民法第一千一百零三条第二项规定之监护事务报告、财产清册或结算书之提出、监护事务、监护财产之检查事件、民法第一千一百零四条规定之监护人报酬之事件、民法第一千一百零八条规定之陈报结算及财产清册事件、民法第一千一百十一条及第一千一百三十一条之一规定之定监护人之事件、民法第一千一百十二条之一规定之指定、撤销或变更数监护人共同或分别执行职务之范围等事件。</p> <p>三、此外亦包含儿童及少年福利法第四十八条选定改定监护人事件、同法第四十九条所定之财产管理事件，以及儿童及少年性交易防制条例第二十条第二项所定之选定监护人事件。</p>
第一百六十二条 第一百零五条、第一百零七条、第一百零八条第一项、第二项之规定于法院为未成年人选定、另行选定或改定监护人事件准用之。	监护事件于未成年人之权益影响重大，法院除得于裁定前征询主管机关或社会福利机构之意见外，并得嘱托进行访视、调查；更应保障未成年子女之意愿表达及陈述意见权。并应允许法院视具体个案而为多样性之裁定，或为其它相当之处分、订定必要之事项。另外选定监护人应先征询被选定人之意见，法院并得于裁定载明监护人处理事项之种类及权限范围，爰设本条准用规定，以资适用。
第一百六十三条 第一百零八条之规定，于法院为受监护人选任特别代理人事件准用之。	监护人与受监护人利益相反时，法院为受监护人选任特别代理人，其程序与未成年子女选任特别代理人同，自应准用第一百零八条规定。
第九章 定抚养费给付方法事件	关于定抚养费给付方法、期间、数额及变更等事件均属于「定抚养费给付方法之事件」，民法第一千一百十八条之一、第一千一百二十条但书以及第一千一百二十一条均有规定，本章特设相关之程序。
第一百六十四条 定抚养费给付方法事件，由受扶养权利人住所地或居所地法院管辖。法院就前项事件为裁定前，应使关系人有陈述意见之机会。第一百零五条至第一百零七条之规定，于第一项所定事件准用之。	<p>一、抚养费事件既系为保障或保持受扶养权利人之生活，自应由受扶养权利人住所地或居所地法院管辖。</p> <p>二、为保障利害关系人之听审请求权，法院于裁定前，应使关系人有陈述意见之机会，爰设第二项之规定。</p> <p>三、第三项规定准用第一百零五条至第一百零七条之规定，以妥适裁定抚养费事件。</p>
第十章 继承事件	涉及继承之事件，民法及其它法律为明确继承关系，设有由法院裁定之相关规定，该类事件之程序，自应明定之，本章特设规定。

<p>第一百六十五条 下列各款事件,由继承开始时,被继承人住所地之法院管辖:</p> <p>一、民法第一千一百五十六条、第一千一百五十六条之一继承人陈报遗产清册。</p> <p>二、民法第一千一百七十四条抛弃继承。</p> <p>三、民法第一千一百七十七条、第一千一百七十八条、第一千一百七十八条之一无人承认继承。</p> <p>四、民法第六十条第三项、第一千二百一十一条、第一千二百十八条指定遗嘱执行人。</p> <p>五、台湾地区与大陆地区人民关系条例第六十六条及第六十七条之一大陆地区人民声明继承及指定遗产管理人。</p> <p>民法第一千一百七十八条之一所定保存遗产事件,亦得由遗产所在地法院管辖。</p> <p>关于遗产事件之申请为有理由者,程序费用由遗产负担。</p>	<p>一、民国九十八年修正民法继承编,改采概括继承有限责任制度之原则,继承编中规定须向法院为一定行为者,包含概括继承有限责任之清算程序、抛弃继承之声明、无人承认继承之遗产管理以及指定遗嘱执行人事件,另外台湾地区与大陆地区人民关系条例第六十六条就继承声明事件、第六十七条之一指定遗产管理人均设有特别规定,此等事件均应由被继承人住所地法院管辖,以期完整而妥善处理继承事件。且为符体例,应于本章首条条文将继承事件之管辖一并规定,再分就各继承事件,依民法继承编规定之顺序即概括继承有限责任之清算程序、抛弃继承之声明、无人承认继承之遗产管理以及指定遗嘱执行人事件,逐条为相关程序之规定。</p> <p>二、又民法第一千一百七十八条之一所定遗产保存事件,既属保存遗产,自应允许遗产所在地法院管辖,以求程序之便利与迅速,爰为第二项之规定。</p> <p>三、有关遗产事件之申请有理由,其程序费用自应由遗产负担,爰设第三项之规定。</p>
<p>第一百六十六条 继承人陈报遗产清册,并应记载下列各款事项:</p> <p>一、陈报人。</p> <p>二、被继承人之姓名及最后住所。</p> <p>三、知悉继承之时间;如有其它继承人者,其姓名、性别、出生年月日及住、居所。</p> <p>前项遗产清册应记载被继承人之财产状况及继承人已知之债权人、债务人。</p>	<p>一、民法继承编于九十八年修正,将继承财产之清算程序修改为得由继承人、债权人或法院依职权进行,并均须由继承人陈报遗产清册(民法第一千一百五十六条、第一千一百五十六条之一),提出遗产清册之后,即应由法院行债权公示催告程序(民法第一千一百五十七条),于依民法第一千一百五十八条以下之规定完成清算程序后,并须向法院陈报,由法院依一定程序处理之,本条为有关继承人提出遗产清册之规定。</p> <p>二、民法第一千一百五十六条规定,继承人于知悉其得继承之时起,三个月内开具遗产清册呈报法院,继承人为该项陈报时,自应记载陈报人以及被继承人之相关数据,并应记载其知悉得继承之时间,以资法院迅速有效审查陈报之事项,爰为第一项规定。</p> <p>三、另外由于陈报遗产清册之后,即应进行清算程序,催告债权人陈报债权,自应由陈报人于陈报书中载明已知之债权人以及债务人,以利清算程序之进行,爰为第二项之规定。</p>
<p>第一百六十七条 债权人声请命继承人提出遗产清册事件,其申请书应记载下列各款事项:</p> <p>一、声请人。</p> <p>二、被继承人之姓名及最后住所。</p> <p>三、继承人之姓名及住、居所。</p> <p>四、声请命继承人提出遗产清册之意旨。</p>	<p>民法第一千一百五十六条之一第一项规定债权人得声请命继承人提出遗产清册事件,本条自应就该事件申请书应记载事项规定之。</p>
<p>第一百六十八条 民事诉讼法第五百四十一条、第五百四十二条第一项、第二项及第五百四十三条之规定,除申报权利期间外,于法院依民法第一千一百五十七条为公示催告被继承人债权人报明债权时,准用之。</p> <p>前项情形应通知其它继承人。</p>	<p>一、继承陈报遗产清册后,依民法第一千一百五十七条第一项规定,法院应依职权开始公示催告程序,命被继承人债权人于一定期限内报明债权,此一公示催告程序明定准用民事诉讼法第五百四十一条、第五百四十二条第一项、第二项及第五百四十三条之规定,使法院有所遵循。惟有关申报权利期间,因民法第一千一百五十七条第二项已明定报明债权之期限不得在三个月以下,与民事诉讼法第五百四十三条所定申报权利期间为二个月以上者不同,特设排除准用之规定。另外民事诉讼法第五百四十二条第三项规定视为撤回公示催告申请之规定,因公示催告程序系法院依职权进行,无撤回申请之可言,因此不在准用之列,亦附此叙明。</p> <p>二、至于未经公示催告程序之遗产清算,以及继承人未依规定为登报时,是否应适用民法第一千一百六十一条或者第一千一百六十二条之二,则属民法解释适用上之问题。</p>

<p>第一百六十九条 前条报明债权期间届满后六个月内，继承人应向法院陈报偿还遗产债务之状况并提出有关文件。 前项六个月期间，法院因继承人之声请，认为必要时，得延展之。</p>	<p>一、为防继承人于陈报限定继承后，怠于清偿债务，有害债权人之权益，爰明定第一项，规定继承人应于报明债权期限届满后六个月内，清理遗产偿还债务，并向法院陈报偿还遗产债务状况及提出相关表册。 二、为恐继承人不及于六个月内清理遗产偿还债务，故明定第二项法院得依继承人之声请延展声报期限之规定。</p>
<p>第一百七十条 抛弃继承为合法者，法院应予备查，通知抛弃继承人，并公告之。</p>	<p>继承人依民法第一千一百七十四条第一项、第二项之规定向法院为抛弃继承之意思表示后，溯自继承开始时即生继承权丧失之法律效果，原无须法院为准许之裁定。惟继承人欲办理后续相关事宜时，主管机关往往要求须提出已抛弃继承之证明，始克完成全部手续。为便利继承人办理相关手续，并使因其抛弃而应为继承之人知悉上情，爰于本条规定抛弃继承合法者，法院应予备查，将结果通知抛弃继承人并公告之。至于抛弃继承不合法者，法院应以裁定驳回，自不待言。</p>
<p>第一百七十一条 亲属会议依民法第一千一百七十七条为报明时，应由其会员一人以上于陈报书记载下列各款事项，并附具证明文件向法院提出之： 一、陈报人。 二、被继承人姓名、最后住所、死亡之年月日及时及地点。 三、选定遗产管理人之事由。 四、所选定遗产管理人之姓名、性别、出生年月日及住、居所。</p>	<p>依民法第一千一百七十七条之规定，于继承人有无不明时，亲属会议应选定遗产管理人，并将继承开始及选定遗产管理人之事由向法院报明，惟因亲属会议既非法人，又非非法人团体，无程序能力，应于本法明定其陈报之方式，爰特设本条，规定由其会员一人以上以陈报书附具证明文件，向法院报明，并明定应报明之事项，以利遵循。</p>
<p>第一百七十二条 亲属会议选定之遗产管理人，以自然人为限。 前项遗产管理人有下列各款情形之一者，法院应解任之，命亲属会议于一个月内另为选定： 一、未成年。 二、受监护或辅助宣告。 三、受破产宣告或依消费者债务清理条例受清算宣告尚未复权。 四、褫夺公权尚未复权。</p>	<p>一、私法人或非法人团体本身之行为，须假自然人之董事为之，故不适于担任遗产管理人，爰于第一项订定亲属会议选定之遗产管理人以自然人为限。又本条仅限于亲属会议选任之情形，与第一百四十四条第三项之情形不同，附此叙明。 二、选任之遗产管理人应有消极资格之限制，以免损害继承人以及债权人之权益。又因遗产管理人仅系由亲属会议选任，并陈报法院，并非声请法院裁定，法院无从审核所选任人是否有消极资格之情事并为准驳。惟若法院调查后发现已就任之遗产管理人有本条所定情形者，自应解任之，爰为第二项规定。 三、又亲属会议选定之遗产管理人因有第二项所定各款之情事，经法院解任后，亲属会议固应依法院之命令另行选定新管理人；惟亲属会议若迟误或怠于选任，将有害于遗产之管理，爰于第二项订定应于一个月内另为选定之规定。至于亲属会议若未于一个月内另行选定者，利害关系人或检察官即得依民法第一千一百七十八条第二项、本法第一百四十四条之规定，声请法院选任遗产管理人，并此叙明。</p>
<p>第一百七十三条 亲属会议选定之遗产管理人有下列情形之一者，法院得依利害关系人或检察官之声请，征询亲属会议会员、利害关系人或检察官之意见后解任之，命亲属会议于一个月内另为选定： 一、违背职务上之义务者。 二、违背善良管理人之注意义务，致危害遗产或有危害之虞者。 三、有其它重大事由者。</p>	<p>遗产管理人有违背职务上义务等不适任之情形时，应允许利害关系人声请法院解任，并参酌民法第一千一百七十八条第二项规定检察官亦得声请解任遗产管理人之例，授权检察官亦得声请解任。解任遗产管理人应征询亲属会议成员、利害关系人或检察官之意见，以利后续解任后另选任遗产管理人之程序进行。又遗产管理人解任后，仍须另选管理人继续管理遗产，方达遗产管理之目的，自应规定法院解任时，应命亲属会议于一个月内另为选定之规定。若亲属会议未于一个月内另为选定，利害关系人或检察官即得依民法第一千一百七十八条第二项、本法第一百四十四条之规定，声请法院选任遗产管理人，并此叙明。</p>
<p>第一百七十四条 利害关系人或检察官依</p>	<p>一、利害关系人或检察官得依照民法第一千一百七十八条第二项声</p>



<p>民法第一千一百七十八条第二项声请选任遗产管理人时，其申请书应记载下列事项，并附具证明文件向法院提出之： 一、声请人。 二、被继承人之姓名、最后住所、死亡之年月日及时及地点。 三、声请人为利害关系人时，其法律上利害关系之事由。 亲属会议未依第一百七十二条第二项或前条另为选定遗产管理人时，利害关系人或检察官得声请法院选任遗产管理人，并适用前项之规定。 法院选任之遗产管理人，除自然人外，亦得选任公务机关任之。</p>	<p>请选任遗产管理人，自应于本法规定声请之程序，爰于第一项明定之。 二、第二项规定亲属会议于其所选定之遗产管理人解任后，未依第一百七十二条第二项及第一百七十三条之规定另为选定时，利害关系人或检察官得声请法院选任，并适用前项声请程序，俾更周延。 三、无人承认继承之遗产清理完毕后，如有剩余，应归属国库，而国有财产向由公务机关担任管理人，故订定第三项，规定法院选任遗产管理人时，除自然人外，亦得选任适当之公务机关任之。</p>
<p>第一百七十五条 依民法第一千一百七十八条所为之公示催告，应记载下列事项： 一、陈报人。 二、被继承人之姓名、最后住所、死亡之年月日及地点。 三、承认继承之期间及期间内应为承认之催告。 四、因不于期间内承认继承而生之效果。 五、法院。</p>	<p>一、无人承认之继承，经依民法第一千一百七十七条由亲属会议选任遗产管理人，或者依民法第一千一百七十八条第二项由利害关系人或检察官声请法院选定遗产管理人后，依民法第一千一百七十八条第一项之规定，法院即应依职权为继承人搜索之公示催告，为明确公示催告程序之进行，自应规定公示催告应记载之事项。 二、搜索继承人之公示催告虽由法院依职权为之，惟为使公示催告内容明确，使继承人更容易为承认与否之表示，自应于公示催告中载明陈报人，此所谓陈报人包含选任遗产管理人之亲属会议成员以及声请选任遗产管理人之利害关系人或检察官。又因亲属会议并非法人组织，陈报人之记载依本法第一百七十一条规定，应以会员一人以上为陈报人。 三、又民法第一千一百八十五条既然规定「期限届满，无继承人承认继承时，其遗产于清偿债权，并交付遗赠物后，如有剩余，归属国库」，自应于公示催告中载明此旨。</p>
<p>第一百七十六条 依民法第一千一百七十九条第一项第三款所为之公示催告，除记载前条第二款及第五款所定事项外，并应记载下列事项： 一、遗产管理人之姓名、住所及处理遗产事务之处所。 二、报明债权及愿否受遗赠声明之期间，并于期间内应为报明或声明之催告。 三、因不报明或声明而生之失权效果。</p>	<p>一、无人承认之继承，经选任遗产管理人后，除依前条规定，由法院依职权为继承人搜索之公示催告外，并应由遗产管理人声请法院裁定为债权以及受遗赠人之公示催告程序，自应于本条规定公示催告应记载之事项。 二、公示催告程序中，除应记载遗产管理人姓名、住所及处理遗产事务之处所等事项，并同陈报债权之期限外，亦应于公告中载明民法第一千一百八十二条之意旨，以利债权人以及受遗赠人于陈报时，知所依循。</p>
<p>第一百七十七条 民事诉讼法第五百四十二条及第五百四十三条之规定，除申报权利期间外，于前二条之公示催告准用之。</p>	<p>第一百七十五条属于搜索继承人之公示催告，应由法院依职权为之，而第一百七十六条则属于催告债权人行使权利，系由遗产管理人声请法院裁定公示催告，二者性质不同，公告之程序以及内容均不相同，因此分别规定之，惟就共同而得适用民事诉讼法第五百四十二条以及第五百四十三条之部分，则合并于本条规定。但准用之范围仍可能因性质不同而有所不同。例如于第一百七十六条之情形，登报属于遗产管理人义务，与第一百七十五条之公示催告不同，附此叙明。</p>
<p>第一百七十八条 第一百四十七条至第一百四十九条、第一百五十一条、第一百五十二条及民法第一千一百七十八条之规定，于第一百七十四条选任之遗产管理人准用之。法院选任之遗产管理人有第一百七十二条第二项及第一百七十三条所定各款情形之</p>	<p>一、为使遗产能受适当之管理，本法关于失踪人财产管理人部分规定，如管理人改任、财产管理人登记、财产状况之报告、前开报告之阅览及民法第一千一百七十八条之一所定亲属会议选定遗产管理人前保存遗产之必要处置等，于依第一百七十四条规定所选任之遗产管理人，亦有准用必要，爰于第一项明定。 二、法院选任之遗产管理人如有第一百七十二条第二项及第一百七</p>

<p>一者，得依职权或依声请改任之。</p>	<p>十三条所定各款情形之一者，已不适任，法院得依职权或依声请予以改任，爰于第二项明定其旨。</p>
<p>第一百七十九条 继承人因故不能管理遗产，亦无遗嘱执行人者，利害关系人或检察官得声请法院选任遗产清理人。 前项事件，由继承开始时被继承人住所地之法院管辖。 失踪人财产管理之规定，于第一项选任遗产清理人事件准用之。 遗产清理人就职后，应以公告方法催告债权人及受遗赠人，报明债权或为愿否受遗赠之声明，对于已知之债权人及受遗赠人并应分别通知之。 遗产清理人应于公告期满后六个月内清偿债权，交付遗赠物，如有剩余，应提存之；其性质不适于提存者，得于拍卖后，提存其价金。为清偿债权或交付遗赠物之必要，清理人得经法院之认可，变卖遗产。 第一百六十九条第二项规定，于前项情形准用之。</p>	<p>一、继承开始时，确有继承人者，遗产即归继承人所有，由继承人管理，不生民法继承编第二章第五节所定无人承认继承时应选定或选任遗产管理人之问题。但继承人有不能管理遗产之情事时，为兼顾债权人及受遗赠人之利益，确有选任遗产清理人代继承人清理遗产之必要。又因遗产之清理与公益有关，宜使检察官有权介入，爰为第一项之规定。 二、第一项选任遗产清理人事件，宜由被继承人住所地之法院管辖，爰于第二项明定之，俾利适用。 三、本法关于失踪人财产管理人之规定，于本条之遗产清理人有准用之必要，爰于第三项规定。 四、为利清理遗产暨使债权人及受遗赠人知所行使权利，参考公司法第八十八条有关清算人催告债权人报明债权之例，于第四项规定催告债权人及受遗赠人报明债权及愿否受遗赠声明之程序。 五、为配合前项所订之公告程序，将清理遗产之六个月期限规定为自公告期满后起算，并规定清理人为清偿债权或交付遗赠物之必要，得经法院许可变卖遗产，以利遗产之清理，爰为第五项之规定。 六、为恐遗产清理人不及于六个月内完成遗产清理事务，爰于第六项规定准用第一百六十九条第二项，必要时得声请法院延展清理遗产期限之规定。</p>
<p>第一百八十条 法院选任之遗产管理人或遗产清理人于职务执行完毕后，应向法院陈报处理遗产之状况并提出有关文件。</p>	<p>法院对于其所选任之遗产管理人或清理人有监督之权，其监督之方法，依第一百七十八条第一项，应准用失踪人财产管理人之相关规定；惟失踪人之财产仅生管理而无清理之问题，与遗产应全部处理完毕之情形未尽相同，爰于本条规定处理完毕后应向法院陈报，以落实法院之监督。</p>
<p>第一百八十一条 第一百四十九条规定，于指定遗嘱执行人事件准用之。</p>	<p>遗嘱执行人有依法有管理遗产之权责时，如相关遗产权利之取得、丧失或变更依法应登记者，自应向登记机关为遗嘱执行人之登记，俾公示正当之遗产管理人，以维交易安全，爰于本条明定准用第一百四十九条有关失踪人财产管理人登记之规定。</p>
<p>第十一章 亲属会议事件</p>	<p>民法第一千二百三十二条以下规定各类亲属会议所应处理及相关事件，本章特设各类事件应遵循之程序。</p>
<p>第一百八十二条 民法第一千一百三十二条所定亲属会议事件，由下列法院管辖： 一、为遗产声请法院指定亲属会议会员事件，由继承开始时被继承人住所地之法院管辖。 二、声请法院就民法第一千一百二十条本文之酌定扶养方法事件及第一千一百二十一条之变更扶养方法或程度事件，由受扶养权利人住所地或居所地之法院管辖。 前项事件之声请为有理由时，程序费用由各该事件之遗产、养子女或受扶养权利人负担。 第一百零二条、第一百零五条至第一百零七条之规定，于第一项第二款所定事件准用之。</p>	<p>一、第一项明定各项亲属会议事件之 管辖法院。 二、于第二项明定声请费用之负担。 三、至于有关定扶养方法等相关事件，自得准用第一百零二条等规定，特于第三项明定之。</p>
<p>第一百八十三条 依民法第一千一百三十二条第二项规定，声请法院处理下列各款所定应经亲属会议处理之事件，由被继承人住所地之法院管辖：</p>	<p>一、第一项规定民法所定各项声请法院处理应经亲属会议处理事件之管辖法院。 二、就费用之负担于第二项规定之。</p>

<p>一、民法第一千一百四十九条所定遗产之酌给。 二、民法第一千一百七十九条第二项及第一千一百八十条所定对于遗产管理人之监督。 三、民法第一千一百八十三条所定遗产管理人报酬之酌定。 四、民法第一千一百九十七条所定口授遗嘱真伪之认定。 五、民法第一千二百二十二条所定遗嘱之提示。 六、民法第一千二百二十三条所定密封遗嘱之开视。 前项各款所列事件之声请为有理由时，程序费用由遗产负担。</p>	
<p>第一百八十四条 法院为前条第一项第三款之裁定时，得调查遗产管理人所为遗产管理事务之繁简及被继承人财产收益状况。</p>	<p>法院酌定遗产管理人报酬时，有审酌管理人所为遗产管理事务之繁简及被继承人财产收益状况之必要，爰于本条规定得为调查。</p>
<p>第十二章 保护安置事件</p>	<p>本章规定各个法律所定应由法院裁定保护安置事件之相关程序。</p>
<p>第一百八十五条 儿童及少年福利法、儿童及少年性交易防制条例、身心障碍者权益保障法所定安置事件，由被安置人住所、居所地或所在地之法院管辖。 满七岁以上之未成年人及被安置人，于前项事件有程序能力。</p>	<p>一、儿童及少年福利法第三十七条第二项、儿童及少年性交易防制条例第十六条至第十八条及身心障碍者权益保障法第八十条第一项等安置规定，均由法院裁定，自应规定该等事件之管辖法院。 二、满七岁以上之未成年人及被安置人，就第一项事件，均有程序能力，爰于第二项明定之。</p>
<p>第一百八十六条 精神卫生法第四十二条第三项及第五项所定声请法院裁定停止紧急安置或强制住院事件，由严重病人住所、居所地或所在地之法院管辖。 被安置之严重病人于前项事件有程序能力。</p>	<p>一、精神卫生法第四十二条第三项及第五项所定声请法院裁定停止紧急安置或强制住院之规定，应于本法规定管辖之法院，爰为第一项之规定。 二、严重病人为满七岁以上之未成年人或受监护宣告之人，就第一项事件，均有程序能力，爰于第二项明定之。</p>
<p>第五编 履行之确保及执行</p>	<p>为促使债务人自动履行债务、法院妥适处理交付子女及与子女会面交往之强制执行事件，维护未成年子女及家庭成员之最佳利益，特订定本编。</p>
<p>第一章 履行劝告</p>	<p>为利法院连结相关资源，协助债权人劝导债务人自动履行债务，订定本章规定。</p>
<p>第一百八十七条 第二条所定事件之执行名义系命债务人为金钱、其它代替物或特定物之给付、交付子女或与子女会面交往者，债权人除得依法声请强制执行外，亦得于声请强制执行前，向执行名义成立之法院声请劝告债务人于一定期间内履行；执行名义于第二审法院成立者，向该第一审法院声请。前项声请，应检附执行名义正本；其为确定裁判者，应提出裁判确定证明书及各审级之裁判正本。 第一项声请，征收费用新台币一千元，由声请人负担，并准用民事诉讼法第七十七条之二十三第四项规定。</p>	<p>履行劝告系为促请债务人自动履行债务，避免强制执行而设，与强制执行程序目的及方式有所不同，为利区隔并避免混淆，于第一项明定执行名义之种类，并揭示债权人除得依法声请强制执行（如强制执行法、家庭暴力防治法等）外，亦得于声请强制执行前，向最知悉当事人间纠葛之执行名义成立之法院，声请劝告债务人于一定期间内履行债务。 第二项规定应提出执行名义正本，以确定债权人已取得执行名义。 第三项明定应征收之声请费用及负担，以促进司法资源之有效利用。同时规定准用民事诉讼法第七十七条之二十三第四项，不另征收邮电送达及法官等法院人员（含司法事务官、家事调查官等）之差旅费，俾减轻声请人之负担。 本条（以下条文同）所称债权人、债务人，包括依执行名义之记载，有权声请交付子女或与子女会面交往之权利人、应交付子女之义务人。另本条第一项之声请，系债权人请求债务人清偿债务之表现，应属民法第一百二十九条第一项第一款所定消灭时效中断之「请求」事由，而有民法消灭时效中断相关规定之适用。</p>

<p>第一百八十八条 法院受理前条声请后,应调查债务履行之状况,并得通知债务人陈述意见;如认劝告有妨碍日后强制执行之虞或不当者,应通知不予受理或晓谕债权人撤回。</p> <p>前项调查,得命司法事务官或家事调查官为之,并得命债权人查报,或向税捐及其它有关机关、团体或知悉债务人财产之人调查债务人财产状况,受调查者不得拒绝。但受调查者为个人而有正当理由时,不在此限。债权人撤回劝告声请时,得于撤回后三个月内声请退还所缴声请费用新台币六百元。</p>	<p>第一项规定法院受理履行劝告声请后应进行之事项。另考虑个案情形不一,如因劝告致有妨碍日后强制执行之虞,或不适宜劝告(例如债权人已声请强制执行、债务人受破产宣告、监护宣告或遭遇重大事故、长居国外或其它碍难进行劝告之情形等),法院即应不予受理,以维护债权人之权益。又因履行劝告系法院于案件终结后特别提供之行政协助措施,不受理时不影响债权人依法声请强制执行之权利,爰明定法院应以通知而非裁定之方式告知,以简化作业;至有无通知债务人之必要,宜由法院斟酌具体情形决定之。另法院不受理时,债权人仍得依法声请强制执行,无损其债权之实现,故债权人应不得声明不服,并此叙明。</p> <p>为善用司法资源,订定第二项,让法院得视实际需要或个案状况,请司法事务官或家事调查官进行债务履行状况之调查,或命债权人查报,或向税捐及其它有关机关、团体或知悉债务人财产之人调查之。</p> <p>债权人撤回声请时,因法院通常已进行债务履行状况调查等事项,为兼顾使用者付费原则及债权人之负担,订定第三项,并规定退还定额费用,以减轻法院计算退费之繁琐。</p>
<p>第一百八十九条 法院认有劝告之必要者,得视实际需要、法院及社会资源等情形,实行下列措施,必要时,并得嘱托其它法院或协调相关机关、机构、团体及其它适当人员共同为之:</p> <p>一、评估债务人自动履行之可能性、何时自动履行、债权人之意见、未成年子女之意愿、心理、情感状态或学习生活状况及其它必要事项等,以拟定适当之对策。</p> <p>二、评估债权人及债务人会谈可能性并促成会谈。但有家庭暴力情形者,准用家庭暴力防治法第四十七条之规定。</p> <p>三、进行亲职教育或亲子关系辅导。</p> <p>四、未成年子女无意愿时,予以适当之辅导,评估促成共同会谈、协助履行。</p> <p>五、向其它关系人晓谕利害关系,请其协助促请债务人履行。</p> <p>六、协助债权人或债务人拟定安全执行计划或短期试行方案。</p> <p>七、劝告债务人就全部或已届期之金钱或其它代替物之给付,提出履行之方式。</p> <p>八、其它适当之措施。</p> <p>前项第二款、第三款及第六款情形,应经债权人及债务人之同意;请债权人、债务人与未成年子女共同会谈时,并注意未成年子女之意愿及其最佳利益。</p> <p>法院认第一项第七款履行之方式适当时,得通知债权人是否为接受之表示;债权人表示接受时,请债务人依债权人接受履行之方式为之。</p> <p>第一项各款措施需支出费用者,由法院酌量情形,命债权人及债务人以比例分担或命一造负担,或命各自负担其支出之费用。</p>	<p>一、参酌实务运作需求,于第一项规定法院劝告时得实行之措施。又考虑法院及所在地区之行政、社会资源状况不一,各款措施未必均能实行,亦可能有须请其它法院、机关、机构、团体或其它适当人员共同协助处理之必要(例如债务人居居于他法院辖区、于县市府设置之处所进行会面交往、请相关机关、医疗机构、民间团体、心理师、社工人员、学校老师、债务人信赖之亲友甚或外交单位等协助评估、劝告、沟通、安抚情绪等),爰并于本文后段规定,必要时得嘱托或协调上开单位及人员共同为之。</p> <p>二、第一项各款措施说明如下:</p> <p>(一)第一款:规定法院得进行个案状况之评估,以探讨不履行之原因及拟定对策。至如何进行评估,宜由法院视其资源状况及个案情形决定之。</p> <p>(二)第二款:债权人与债务人如能进行良性对话,应有助于债务人自动履行。惟个案状况不一,未必均适合当面会谈,爰规定应进行会谈可能性之评估,如认可行则促成会谈。但有家庭暴力情形时,为保护被害人安全,特别规定准用家庭暴力防治法第四十七条规定,即原则上不促成会谈,如评估认可进行会谈,则应由曾受家庭暴力防治训练之人协助会谈,并确保被害人安全或其它得使被害人免受加害人胁迫之方式进行,被害人亦得选定辅助人共同参与会谈。</p> <p>(三)第三款:实务上常见以阻挠他方与子女见面或拒绝交付子女作为报复或惩罚他方之工具,亦有子女因长期未见面而与父母产生疏离,拒绝会面之情形。此际如有亲职教育专家协助辅导沟通,或有助于改变上述观念及亲子间之关系,间接促成债务人自动履行债务,故订定本款。</p> <p>(四)第四款:未成年子女之意愿常攸关交付子女或会面交往能否顺利进行。爰规定本款,以期能以适当方法辅导无意愿之子女,促使其积极协助债务人履行债务。</p> <p>(五)第五款:实务上不乏债务人为规避执行,而将子女托付其它亲友照顾,或其亲友认不履行有利于债务人,而阻止其履行之情形。为利法院于此情形得适时劝谕,让该关系人理解自动履行之好处及对未成年子女之影响,将有助于协助债务人自动履行,爰订定本款。</p> <p>(六)第六款:债权人与债务人常因往昔纠葛而互不信任,</p>

	<p>如法院能协助债权人或债务人拟定安全执行之计划或短期试行方案(例如于特定地点或第三人监督下履行、于执行名义范围内,定期渐进试行会面交往时间或方式等),应有助于促请债务人自动履行,特订定本款。</p> <p>(七)第七款:实务上常有债务人因昔日恩怨而不愿依执行名义直接向债权人给付金钱或其它代替物之情形。为鼓励债务人自动履行,订定本款,同时于第三项为相对应之规定,以利债权尽速受偿。</p> <p>(八)第八款:授权法院得实行其它适当之措施,以因应实务发展及个案需要。</p> <p>三、当事人有意愿时,进行会谈、亲职教育或亲子关系辅导,以及拟定安全执行计划或定期试行方案,始能达成最佳效果,爰订定第二项。</p> <p>四、第一项各款措施,或有需支出费用者,其负担宜有明文,故订定第四项。</p>
<p>第一百九十条 履行劝告无效果或债权人、法院认无继续之必要者,法院得停止劝告,并通知债权人;债权人得声请法院将债务人未履行部分移送强制执行,并以其履行劝告之声请,视为强制执行之声请。移送强制执行时,债权人已缴纳之声请费用,应作为强制执行费用之一部。</p>	<p>一、履行劝告无效果,或债权人、法院认无继续劝告之必要时,为避免延滞债权之实现暨维护债权人权益,宜让法院有停止劝告之权,爰订定第一项前段。另为便利债权人,于后段设有移送强制执行之规定,同时考虑强制执行系以实现私权为目的,有关程序之开启与进行,宜尊重债权人意思,故于第一项明定移送强制执行须依债权人之声请。至停止劝告时有无通知债务人之必要,宜由法院斟酌具体情形决定;另法院停止劝告时,债权人仍得依法声请强制执行,无损其债权之实现,故债权人应不得声明不服,并此叙明。</p> <p>二、移送强制执行时,因以债权人履行劝告之声请视为强制执行之声请,故其已缴纳之声请费用,应作为强制执行费用之一部,爰订定第二项。至债权人或债务人依第一百八十九条第四项负担之费用,系付予法院以外之机关、机构、团体或个人,性质上与上开声请费用不同,故未视为强制执行费用之一部,并此叙明。</p>
<p>第一百九十一条 本章各条之相关作业细节、办理流程等事项,由司法院定之。</p>	<p>本章各条之相关作业细节、办理流程,事涉技术性细节事项,宜授权由司法院规定,爰订定本条。</p>
<p>第二章 交付子女及与子女会面 交往之强制执行</p>	<p>为促使执行法院能更妥适处理交付子女及与子女会面交往事件之强制执行事件,订定本章规定。</p>
<p>第一百九十二条 第二条所定事件之执行名义为交付子女或与子女会面交往者,其强制执行,除法律别有规定外,依本章及强制执行法令规定办理。</p>	<p>强制执行事件,除法律别有规定外(如家庭暴力防治法第二十一条第一项第二款、第二十四条、第二十五条等),本应依强制执行法及其相关规定办理,本法仅系针对交付子女或与子女会面交往事件之特性,增加相关规定,为免误解仅须依本章规定办理,爰订定本条。</p>
<p>第一百九十三条 第一百八十九条第一项至第三项规定,于前条强制执行事件准用之。</p>	<p>为利执行法院得采取更多间接强制之方法,妥适处理交付子女或与子女会面交往之强制执行事件,于本条规定第一百八十九条第一项至第三项有关法院为履行劝告时所得实行之措施,于上开事件之强制执行程序中亦得准用。</p>
<p>第一百九十四条 交付子女强制执行事件有下列情形之一者,宜先施以间接强制方法: 一、违反子女意愿。 二、须以强制力拘束子女人身自由,始能执行。 三、债权人或债务人有家庭暴力行为。 四、有事实足认直接强制不利于子女身心健康。</p>	<p>订定交付子女时宜先施以间接强制之情形,以提示注意并维护未成年子女之最佳利益。</p>
<p>第一百九十五条 以直接强制方式命债务</p>	<p>法院必须以直接强制方式取交子女时,通常系因间接强制方法已无</p>

<p>人交付子女时,宜先拟定执行计划;必要时,得不先通知债务人执行日期,并请警察机关、社工人员、医疗救护单位、外交单位及学校老师等协助之。</p> <p>执行过程中,宜妥为说明劝导,宣示执行决心与直接强制之后果,尽量采取平和之手段,并注意未成年子女之身体、生命安全、人身自由及尊严,安抚其情绪。</p>	<p>效果。实务上发现,债务人于此情况,常有许多情绪性作为或聚众顽抗,法院执行时更应审慎处理,故于本条提示宜注意事项,以促请注意。</p>
<p>第六编 附则</p>	<p>本法施行后,涉及民事诉讼法与非讼事件法新旧法比较适用之问题,应明定之,以资遵循,特设本编规定。并为施行细则及审理细则之授权规定。</p>
<p>第一百九十六条 本法施行后,已成立少年及家事法院之地区,原管辖之地方法院,应以公告将本法所定家事事件,移送少年及家事法院,并通知当事人。</p>	<p>本法施行后,已成立少年及家事法院之地区,原已受理本法所定家事事件之法院,即应将事件交由少年及家事法院以本法所定程序进行,移交时自应由原管辖之地方法院公告,并通知当事人。为使程序明确化,俾资依循,爰为本条之规定。</p>
<p>第一百九十七条 除本法别有规定外,本法于施行前发生之家事事件亦适用之。</p> <p>本法施行前已系属尚未终结之家事事件,依其进行程度,由系属之法院依本法所定程序终结之,已依法定程序进行之行为,效力不受影响。</p> <p>本法施行前已系属尚未终结之家事事件,依系属时之法律定法院之管辖。</p> <p>本法施行前已系属尚未终结之家事事件,除依本法施行前民事诉讼法人事诉讼编得合并裁判者外,不得移送合并审理。</p> <p>本法新定期间之程序行为,而应于其施行之际为之者,其期间自本法施行之日起算。但本法施行前,法院依原适用法律裁定之期间已进行者,依其期间。</p>	<p>家事事件之审理于本法制定前,原应分别适用民事诉讼法、非讼事件法等相关程序法律,本法制定后,依照程序从新之基本原则,自应适用本法续行审理,爰于第一项揭示此旨。</p> <p>本法施行前,已经依照原法定程序进行之行为,包含当事人之各项声请等行为,其效力仍应依照原法定程序之法律定之,以免因本法之施行,使程序行为之效力产生变动,阻碍程序之进行。</p> <p>法院之管辖应以起诉时定之,起诉时有管辖权之法院,不因情事之变动而受影响。本法施行后,除设有少年及家事法院之地区,应由普通法院将家事事件依照本法第一百九十六条之规定,移由少年及家事法院审理外,其它于起诉或声请时,已经取得管辖权之法院,自不因本法之施行受影响。至于尚未设立少年及家事法院之地区,该地区之地方法院就已经取得管辖权之家事事件,亦不得将事件移送其它地区之少年及家事法院审理。</p> <p>为更有效统合处理家事事件,本法第三十一条以下定有合并审理之规定,旨在促进诉讼程序之进行,确保当事人之程序利益,若当事人已经于法院进行诉讼程序,自不应再移并其它法院审理,爰为第四项之规定。</p> <p>本法就诉讼行为之期间设有不同于民事诉讼法以及非讼事件法之规定者,例如第四十九条承受诉讼之期间,为免期间计算之争议,自应于第五项明定本法施行后期间之计算。</p>
<p>第一百九十八条 本法施行前已系属尚未终结之非讼事件必要处分程序,由系属之法院依本法所定程序终结之;已终结程序之撤销、担保金之发还及效力等仍依原程序所适用之法律。</p> <p>本法施行前法院已终结之家事事件,其异议、上诉、抗告及再审之管辖,依原程序所适用之法律定之。</p> <p>本法施行前已取得执行名义系命债务人为金钱、其它代替物或特定物之给付、交付子女或与子女会面交往者,适用本法所定履行劝告及执行程序。</p>	<p>一、本法于八十八条以下增设暂时处分制度,与民事诉讼法之保全程序或非讼事件法第一百二十四条以下之必要处分等制度间,有功能重迭之处,然因要件、内容以及供担保等事项并不相同,则已经系属之非讼程序必要处分,自应依照本法所定程序终结。至于已经终结之程序,并同终结后之撤销等程序,自仍应适用原程序所适用之民事诉讼法及非讼事件法,爰设第一项之规定。</p> <p>二、本法施行前已终结之家事事件,为免当事人诉讼权受影响,其救济程序之事务管辖仍应以起诉或声请时所应适用之法律定之,爰设第二项规定。</p> <p>三、本法第五编增设履行劝告及执行程序,其中履行劝告使债权人于声请强制执行前,得声请法院采取劝告措施,促使债务人履行债务内容,并未增设债权人、债务人额外之程序负担,则本法施行前已取得执行名义者,若属于第一百八十七条第一项所定之执行名义者,亦得由债权人声请为履行劝告。至于执行部分,亦仅增加子女交付及会面交往执行手段之规定,并未增加债权人、债务人额外之负担,自亦应得适用本法。</p>

<p>第一百九十九条 家事事件审理细则、本法施行细则，由司法院定之。</p>	<p>家事事件审理程序之详细规定及为落实本法施行所应配合之相关措施，应由司法院定之，因此仿效少年事件处理法第八十六条之例，规定本条。</p>
<p>第二百条 本法施行日期，由司法院定之。</p>	<p>本法属新制定之法律，其施行日期，应由司法院视实际状况另定之，爰为本条规定。</p>

## 家事事件法

中华民国 101 年 1 月 11 日公布

### 第一编 总则

第一条 为妥适、迅速、统合处理家事事件，维护人格尊严、保障性别地位平等、谋求未成年子女最佳利益，并健全社会共同生活，特制定本法。

第二条 本法所定家事事件由少年及家事法院处理之；未设少年及家事法院地区，由地方法院家事法庭处理之。

### 第三条

下列事件为甲类事件：

- 一、确认婚姻无效、婚姻关系存在或不存在事件。
- 二、确定母再婚后所生子女生父事件。
- 三、确认亲子关系存在或不存在事件。
- 四、确认收养关系存在或不存在事件。

下列事件为乙类事件：

- 一、撤销婚姻事件。
- 二、离婚事件。
- 三、否认子女、认领子女事件。
- 四、撤销收养、撤销终止收养事件。

下列事件为丙类事件：

- 一、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。
- 二、因婚姻无效、撤销婚姻、离婚、婚姻消灭之损害赔偿事件。
- 三、夫妻财产之补偿、分配、分割、取回、返还及其它因夫妻财产关系所生请求事件。
- 四、因判决终止收养关系给与相当金额事件。
- 五、因监护所生损害赔偿事件。
- 六、因继承回复、遗产分割、特留分、遗赠、确认遗嘱真伪或其它继承关系所生请求事件。

下列事件为丁类事件：

- 一、宣告死亡事件。
- 二、撤销死亡宣告事件。
- 三、失踪人财产管理事件。
- 四、监护或辅助宣告事件。
- 五、撤销监护或辅助宣告事件。
- 六、定监护人、选任特别代理人事件。
- 七、认可收养或终止收养、许可终止收养事件。
- 八、亲属会议事件。
- 九、抛弃继承、无人承认继承及其它继承事件。
- 十、指定遗嘱执行人事件。
- 十一、儿童、少年或身心障碍者保护安置事件。
- 十二、停止紧急安置或强制住院事件。
- 十三、民事保护令事件。

下列事件为戊类事件：

- 一、因婚姻无效、撤销或离婚之给与赡养费事件。
- 二、夫妻同居事件。
- 三、指定夫妻住所事件。
- 四、报告夫妻财产状况事件。
- 五、给付家庭生活费用事件。
- 六、宣告改用分别财产制事件。
- 七、变更子女姓氏事件。
- 八、定对于未成年子女权利义务之行使负担事件。
- 九、交付子女事件。
- 十、宣告停止亲权或监护权及撤销其宣告事件。
- 十一、监护人报告财产状况及监护人报酬事件。
- 十二、扶养事件。
- 十三、宣告终止收养关系事件。

其它应由法院处理之家事事件，除法律别有规定外，适用本法之规定。

#### 第四条

少年及家事法院就其受理事件之权限，与非少年及家事法院确定裁判之见解有异时，如当事人合意由少年及家事法院处理者，依其合意。

前项合意，应记明笔录或以文书证之。

第五条 家事事件之管辖，除本法别有规定外，准用非讼事件法有关管辖之规定；非讼事件法未规定者，准用民事诉讼法有关管辖之规定。

第六条 法院受理家事事件之全部或一部不属其管辖者，除当事人有管辖之合意外，应依声请或依职权以裁定移送于其管辖法院。但法院为统合处理事件认有必要，或当事人已就本案为陈述者，得裁定自行处理。

法院受理有管辖权之事件，为统合处理事件之必要，经当事人合意者，得依声请以裁定移送于相关家事事件系属中之其它法院。

对于前项移送之裁定，得为抗告。

移送之声请被驳回者，不得声明不服。

移送之裁定确定后，受移送之法院不得以违背专属管辖为理由，移送于他法院。法院书记官应速将裁定正本附入卷宗，送交受移送之法院。受移送之法院，应即就该事件为处理。

#### 第七 条

同一地区之少年及家事法院与地方法院处理权限之划分，除本法及其它法令别有规定外，由司法院定之。

同一地方法院家事法庭与民事庭之事务分配，由司法院定之。

#### 第 八 条

处理家事事件之法官，应遴选具有性别平权意识、尊重多元文化并有相关学识、经验及热忱者任之。

前项法官之遴选资格、遴选方式、任期及其它有关事项，由司法院定之。

#### 第 九 条

家事事件之处理程序，以不公开法庭行之。但有下列各款情形之一者，审判长或法官应许旁听：

- 一、经当事人合意，并无妨碍公共秩序或善良风俗之虞。
- 二、经有法律上利害关系之第三人声请。
- 三、法律别有规定。

审判长或法官认为适当时，得许就事件无妨碍之人旁听。

#### 第 十 条

法院审理家事事件认有必要时，得斟酌当事人所未提出之事实，并依职权调查证据。但法律别有规定者，不在此限。

离婚、终止收养关系、分割遗产或其它当事人得处分之事项，准用民事诉讼法第二编第一章第二节有关争点简化协议、第三节有关事实证据之规定。但有下列各款情形之一者，适用前项之规定：

- 一、涉及家庭暴力或有危害未成年子女利益之虞。
- 二、有害当事人或关系人人格权之虞。
- 三、当事人自认及不争执之事实显与事实不符。
- 四、依其它情形显失公平。



第一项情形，法院应使当事人或关系人有辩论或陈述意见之机会。

第十一条

未成年人、受监护或辅助宣告之人，表达意愿或陈述意见时，必要者，法院应通知直辖市、县（市）主管机关指派社会工作人员或其它适当人员陪同在场，并得陈述意见。

前项情形，法院得隔别为之，并提供友善环境、采取适当及必要措施，保护意见陈述者及陪同人员之隐私及安全。

第十二条

当事人、证人或鉴定人之所在处所与法院间有声音及影像相互传送之科技设备而得直接审理者，法院认为必要时，得依声请以该设备为之。

前项情形，其期日通知书记载之应到处所为该设备所在处所。

依第一项进行程序之笔录及其它文书，须受讯问人签名者，由讯问端法院传送至受讯问人所在处所，经受讯问人确认内容并签名后，将笔录以电信传真或其它科技设备传回讯问端法院。

法院依第一项规定审理时，准用民事诉讼法第二编第一章第三节第二目、第三目及第五目之一之规定。

第一项之审理及第三项文书传送之办法，由司法院定之。

第十三条 法院处理家事事件，得命当事人或法定代理人本人到场，或依事件之性质，以适当方法命其陈述或讯问之。但法律别有规定者，依其规定。

当事人或法定代理人本人无正当理由，而不从法院之命到场者，准用民事诉讼法第三百零三条之规定。但不得拘提之。受前项裁定之人经法院合法通知，无正当理由仍不到场者，法院得连续处罚。

受裁定人对于前二项裁定得为抗告；抗告中应停止执行。

第十四条 能独立以法律行为负义务者，有程序能力。

满七岁以上之未成年人，除法律别有规定外，就有关其身分及人身自由之事件，有程序能力。

不能独立以法律行为负义务，而能证明其有意识能力者，除法律别有规定外，就有关其身分及人身自由之事件，亦有程序能力。

第十五条 处理家事事件有下列各款情形之一者，法院得依利害关系人声请或依职权选任程序监理人：

一、无程序能力人与其法定代理人有利益冲突之虞。

二、无程序能力人之法定代理人不能行使代理权，或行使代理权有困难。

三、为保护有程序能力人之利益认有必要。

前条第二项及第三项情形，法院得依职权选任程序监理人。

法院依前二项选任程序监理人后，认有必要时，得随时以裁定撤销或变更之。

法院为前三项裁定前，应使当事人、法定代理人、被选任人及法院职务上已知之其它利害关系人有陈述意见之机会。但有碍难之情形或恐有害其健康或显有延滞程序者，不在此限。

第十六条 法院得就社会福利主管机关、社会福利机构所属人员，或律师公会、社会工作师公会或其它相类似公会所推荐具有性别平权意识、尊重多元文化，并有处理家事事件相关知识之适当人员，选任为程序监理人。

程序监理人有为受监理人之利益为一切程序行为之权，并得独立上诉、抗告或为其它声明不服。程序监理人之行为与有程序能力人之行为不一致者，以法院认为适当者为准。

选任之程序监理人不受审级限制。

法院得依程序监理人声请，按其职务内容、事件繁简等一切情况，以裁定酌给酬金，其报酬为程序费用之一部。

前项酬金，法院于必要时得定期命当事人或利害关系人预纳之。但其预纳显有困难者，得由国库垫付全部或一部。其由法院依职权选任者，亦得由国库垫付之。

有关程序监理人之选任、酌给酬金、预纳费用及国库垫付办法，由司法院定之。

第十七条 法院得嘱托警察机关、税捐机关、金融机构、学校及其它有关机关、团体或具有相关专业之适当人士为必要之调查及查明当事人或关系人之财产状况。

前项受托者有为调查之义务。

嘱托调查所需必要费用及受托个人请求之酬金，由法院核定，并为程序费用之一部。

第十八条 审判长或法官得依声请或依职权命家事调查官就特定事项调查事实。

家事调查官为前项之调查，应提出报告。

审判长或法官命为第一项调查前，应使当事人或利害关系人以言词或书状陈述意见。但认为不必要者，不在此限。

审判长或法官斟酌第二项调查报告书为裁判前，应使当事人或利害关系人有陈述意见或辩论之机会。但其内容涉及隐私或有不适当之情形者，不在此限。

审判长或法官认为必要时，得命家事调查官于期日到场陈述意见。

第十九条 当事人或关系人为聋、哑人或语言不通者，法院得依声请或依职权令通译传译之，并得以文字讯问或命以文字陈述。

第二十条 处理家事事件需支出费用者，法院得定期命当事人预纳之。但其预纳显有困难，并为维护公益应依职权调查证据所需费用，法院得裁定暂免预纳其全部或一部，由国库垫付之。

法院为程序费用之裁判时，应并确定前项国库垫付之费用额。

第二十一条 民事诉讼法有关法院职员回避之规定，于家事调查官及咨询人员准用之。

第二十二条 本法关于审判长权限之规定，于受命法官行准备程序时准用之。

## 第二编 调解程序

第二十三条 家事事件除第三条所定丁类事件外，于请求法院裁判前，应经法院调解。

前项事件当事人径向法院请求裁判者，视为调解之声请。但当事人应为公示送达或于外国为送达者，不在此限。

除别有规定外，当事人对丁类事件，亦得于请求法院裁判前，声请法院调解。

第二十四条 关于未成年子女权利义务行使负担之内容、方法及其身分地位之调解，不得危害未成年子女之利益。

第二十五条 家事调解事件，除别有规定外，由管辖家事事件之法院管辖。

第二十六条 相牵连之数宗家事事件，法院得依声请或依职权合并调解。

两造得合意声请将相牵连之民事事件合并于家事事件调解，并视为就该民事事件已有民事调解之声请。

合并调解之民事事件，如已系属于法院者，原民事程序停止进行。调解成立时，程序终结；调解不成立时，程序继续进行。

合并调解之民事事件，如原未系属于法院者，调解不成立时，依当事人之意愿，移付民事裁判程序或其它程序；其不愿移付者，程序终结。

第二十七条 家事事件之调解程序，由法官行之，并得商请其它机构或团体志愿协助之。

第二十八条 声请调解事件，法官认为依事件性质调解无益时，应向声请人发问或晓谕，依声请人之意愿，裁定改用应行之裁判程序或其它程序；其不愿改用者，以裁定驳回之。

前项裁定，不得声明不服。

法官依声请人之意愿，按第一项规定改用裁判程序者，视为自声请调解时，已请求法院裁判。

第二十九条 法院得于家事事件程序进行中依职权移付调解；除两造合意或法律别有规定外，以一次为限。

前项情形，原程序停止进行。调解成立或第三十三条、第三十六条之裁定确定者，程序终结；调解不成立或未依第三十三条、第三十六条规定裁定或该裁定失其效力者，程序继续进行。

## 第三十条

家事事件之调解，就离婚、终止收养关系、分割遗产或其它得处分之事项，经当事人合意，并记载于调解笔录时成立。但离婚及终止收养关系之调解，须经当事人本人表明合意，始得成立。

前项调解成立者，与确定裁判有同一之效力。

因调解成立有关身分之事项，依法应办理登记者，法院应依职权通知该管户政机关。

调解成立者，原当事人得于调解成立之日起三个月内，声请退还已缴裁判费三分之二。

## 第三十一条

当事人两造于调解期日到场而调解不成立者，法院得依一造当事人之声请，按该事件应适用之程序，命即进行裁判程序，并视为自声请调解时已请求裁判。但他造声请延展期日者，应许可之。

当事人声请调解而不成立，如声请人于调解不成立证明书送达后十日之不变期间内请求裁判者，视为自声请调解时已请求裁判；其于送达前请求裁判者亦同。

以裁判之请求视为调解之声请者，如调解不成立，除当事人声请延展期日外，法院应按该事件应适用之程序，命即进行裁判程序，并仍自原请求裁判时，发生程序系属之效力。

前三项情形，于有第三十三条或第三十六条所定之声请或裁定者，不适用之。

调解程序中，当事人所为之陈述或让步，于调解不成立后之本案裁判程序，不得采为裁判之基础。

前项陈述或让步，系就程序标的、事实、证据或其它事项成立书面协议者，如为得处分之事项，当事人应受其拘束。

但经两造同意变更，或因不可归责于当事人之事由或依其它情形协议显失公平者，不在此限。

第三十二条 关于家事调解委员之资格、聘任、考核、训练、解任及报酬等事项，由司法院定之。

家事调解，应聘任具有性别平权意识、尊重多元文化者为调解委员。

调解程序，除本法另有规定者外，准用民事诉讼法第二编第二章调解程序之规定。

第三十三条 当事人就不得处分之事项，其解决事件之意思已甚接近或对于原因事实之有无不争执者，得合意声请法院为裁定。

法院为前项裁定前，应参酌调解委员之意见及家事调查官之报告，依职权调查事实及必要之证据，并就调查结果使当事人或知悉之利害关系人有陈述意见之机会。当事人声请辩论者，应予准许。

前二项程序，准用民事诉讼法第一编第二章第三节关于诉讼参加之规定。

第三十四条 法院为前条裁定，应附理由。

当事人对于前条裁定得为抗告，抗告中除别有规定外，应停止执行。

抗告法院之裁定，准用前二项及前条第二项、第三项之规定。

对于抗告法院之裁定，非以其违背法令为理由，不得再为抗告。

前项情形，准用民事诉讼法第四百六十八条、第四百六十九条第一款至第四款、第六款、第四百七十五条及第四百七十六条之规定。

第三十五条 第三十三条裁定确定者，与确定裁判有同一之效力。

前项确定裁定，得准用民事诉讼法第五编之规定，声请再审。

第一项确定裁定效力所及之第三人，得准用民事诉讼法第五编之一之规定，声请撤销原裁定。

第三十六条 就得处分之事项调解不成立，而有下列各款情形之一者，法院应参酌调解委员之意见，平衡当事人之权益，并审酌其主要意思及其它一切情形，就本案为适当之裁定：

一、当事人合意声请法院为裁定。

二、当事人合意声请法院与不得处分之牵连、合并或附带请求事项合并为裁定。

三、当事人解决事件之意思已甚接近，而仅就其它牵连、合并或附带之请求事项有争执，法院认有统合处理之必要，征询两造当事人同意。

前项程序准用第三十三条第二项、第三项、第三十四条及第三十五条之规定。

### 第三编 家事诉讼程序

#### 第一章 通则

#### 第三十七条

第三条所定甲类、乙类、丙类及其它家事诉讼事件，除别有规定外，适用本编之规定。

#### 第三十八条

起诉，应以诉状表明下列各款事项，提出于法院为之：

一、当事人及法定代理人。

二、诉讼标的及其原因事实。

三、应受判决事项之声明。

诉状内宜记载下列各款事项：

一、因定法院管辖及其适用程序所必要之事项。

二、准备言词辩论之事项。

三、当事人间有无共同未成年子女。

四、当事人间有无其它相关事件系属于法院。

第三十九条 第三条所定甲类或乙类家事诉讼事件，由讼争身分关系当事人之一方提起者，除别有规定外，以他方为被告。

前项事件，由第三人提起者，除别有规定外，以讼争身分关系当事人双方为共同被告；其中一方已死亡者，以生存之他方为被告。

第四十条 第三条所定甲类或乙类家事诉讼之结果，于第三人有法律上利害关系者，法院应于事实审言词辩论终结前相当时期，将诉讼事件及进行程度，以书面通知已知悉之该第三人，并将判决书送达之。

法院为调查有无前项利害关系人，于必要时，得命当事人提出有关资料或为其它必要之处分。

第一项受通知人依民事诉讼法第五十八条规定参加诉讼者，准用同法第五十六条之规定。

法律审认有试行和解之必要时，亦得依民事诉讼法第三百七十七条规定，通知有利害关系之第三人参加和解。

第四十一条 数家事诉讼事件，或家事诉讼事件及家事非讼事件请求之基础事实相牵连者，得向就其中一家事诉讼事件有管辖权之少年及家事法院合并请求，不受民事诉讼法第五十三条及第二百四十八条规定之限制。

前项情形，得于第一审或第二审言词辩论终结前为请求之变更、追加或为反请求。

依前项情形得为请求之变更、追加或反请求者，如另行请求时，法院为统合处理事件认有必要或经当事人合意者，得

依声请或依职权，移由或以裁定移送家事诉讼事件系属最先之第一审或第二审法院合并审理，并准用第六条第三项至第五项之规定。

受移送之法院于移送裁定确定时，已就系属之事件为终局裁判者，应就移送之事件自行处理。

前项终局裁判为第一审法院之裁判，并经合法上诉第二审者，受移送法院应将移送之事件并送第二审法院合并审理。法院就第一项至第三项所定得合并请求、变更、追加或反请求之数宗事件合并审理时，除本法别有规定外，适用合并审理前各该事件原应适用法律之规定为审理。

第四十二条 法院就前条第一项至第三项所定得合并请求、变更、追加或反请求之数宗事件，应合并审理、合并裁判。但有下列各款情形之一者，得分别审理、分别裁判：

- 一、请求之标的或其攻击防御方法不相牵连。
- 二、两造合意分别审理、分别裁判，经法院认为适当。
- 三、依事件性质，认有分别审理、分别裁判之必要。

法院就前项合并审理之家事诉讼事件与家事非讼事件合并裁判者，除别有规定外，应以判决为之。

第四十三条 依第四十一条第三项规定裁定移送时，系属于受移送法院之事件，其全部或一部之裁判，以移送事件之请求是否成立为前提，或与其请求不兼容者，受移送法院得依声请或依职权，在该移送裁定确定前，以裁定停止诉讼程序。

第四十四条 当事人就家事诉讼事件与家事非讼事件之终局裁判声明不服者，除别有规定外，适用上诉程序。

当事人仅就家事诉讼事件之终局判决全部或一部声明不服者，适用上诉程序。

当事人或利害关系人仅就家事非讼事件之第一审终局裁定全部或一部声明不服者，适用该家事非讼事件抗告程序。

对于家事诉讼事件之终局判决声明不服者，以该判决所认定之法律关系为据之其它事件之裁判，视为提起上诉。

第四十五条 当事人就离婚、终止收养关系、分割遗产或其它得处分之事项得为诉讼上和解。但离婚或终止收养关系之和解，须经当事人本人表明合意，始得成立。

前项和解成立者，于作成和解笔录时，发生与确定判决同一之效力。

因和解成立有关身分之事项，依法应办理登记者，法院应依职权通知该管户政机关。

民事诉讼法第五编之一第三人撤销诉讼程序之规定，于第二项情形准用之。

第四十六条 当事人于言词辩论期日就前条第一项得处分之事项，为舍弃或认诺者，除法律别有规定外，法院应本于其舍弃或认诺为该当事人败诉之判决。但离婚或终止收养关系事件有下列各款情形之一者，不在此限：

- 一、其舍弃或认诺未经当事人本人到场陈明。
- 二、当事人合并为其它请求，而未能为合并或无矛盾之裁判。
- 三、其舍弃或认诺有危害未成年子女之利益之虞，而未能就其利益保护事项为合并裁判。

前项情形，本于当事人之舍弃或认诺为判决前，审判长应就该判决及于当事人之利害为阐明。

当事人本人于言词辩论期日就不得处分之事项为舍弃者，视为撤回其请求。但当事人合并为其它请求，而以舍弃之请求是否成立为前提者，不在此限。

民事诉讼法第二百六十二条至第二百六十四条之规定，于前项情形准用之。

第四十七条 法院于收受诉状后，审判长应依事件之性质，拟定审理计划，并于适当时期定言词辩论期日。

攻击或防御方法，除别有规定外，应依事件进行之程度，于言词辩论终结前适当时期提出之。

当事人因故意或重大过失逾时提出攻击或防御方法，有碍事件之终结者，法院于裁判时得斟酌其逾时提出之理由。

离婚、终止收养关系、分割遗产或其它当事人得处分之事项，有前项情形者，准用民事诉讼法第一百九十六条第二项、第二百六十八条之二第二项、第二百七十六条、第四百四十四条之一及第四百四十七条之规定。

前二项情形，法院应使当事人有辩论之机会。

依当事人之陈述得为请求之合并、变更、追加或反请求者，法院应向当事人阐明之。

第四十八条 就第三条所定甲类或乙类家事诉讼事件所为确定之终局判决，对于第三人亦有效力。但有下列各款情形之一者，不在此限：

- 一、因确认婚姻无效、婚姻关系存在或不存诉讼判决之结果，婚姻关系受影响之人，非因可归责于己之事由，于该诉讼之事实审言词辩论终结前未参加诉讼。
- 二、因确认亲子关系存在或不存诉讼判决之结果，主张自己与该子女有亲子关系之人，非因可归责于己之事由，于该诉讼之事实审言词辩论终结前未参加诉讼。
- 三、因认领子女诉讼判决之结果，主张受其判决影响之非婚生子女，非因可归责于己之事由，于该诉讼之事实审言词辩论终结前未参加诉讼。

前项但书所定之人或其它与家事诉讼事件有法律上利害关系之第三人，非因可归责于己之事由而未参加诉讼者，得请求撤销对其不利部分之确定终局判决，并准用民事诉讼法第五编之一第三人撤销诉讼程序之规定。

第四十九条 法院认当事人间之家事诉讼事件，有和谐解决之望或解决事件之意思已甚接近者，得定六个月以下之期间停止诉讼程序或为其它必要之处分。

第五十条 身分关系之诉讼，原告于判决确定前死亡者，除别有规定外，关于本案视为诉讼终结。

依第三十九条规定提起之诉讼，于判决确定前，共同被告中之一方死亡者，由生存之他方续行诉讼。

依第三十九条规定提起之诉讼，于判决确定前被告均死亡者，除别有规定外，由检察官续行诉讼。

第五十一条 家事诉讼事件，除本法别有规定者外，准用民事诉讼法之规定。

## 第二章 婚姻事件程序

第五十二条 确认婚姻无效、撤销婚姻、离婚、确认婚姻关系存在或不存在事件，专属下列法院管辖：

一、夫妻之住所地法院。

二、夫妻经常共同居所地法院。

三、诉之原因事实发生之夫或妻居所地法院。

当事人得以书面合意定管辖法院，不受前项规定之限制。

第一项事件夫或妻死亡者，专属于夫或妻死亡时住所地之法院管辖。

不能依前三项规定定法院管辖者，由被告住、居所地之法院管辖。被告之住、居所不明者，由中央政府所在地之法院管辖。

第五十三条 婚姻事件有下列各款情形之一者，由中华民国法院审判管辖：

一、夫妻之一方为中华民国人。

二、夫妻均非中华民国人而于中华民国境内有住所或持续一年以上有共同居所。

三、夫妻之一方为无国籍人而于中华民国境内有经常居所。

四、夫妻之一方于中华民国境内持续一年以上有经常居所。但中华民国法院之裁判显不为夫或妻所属国之法律承认者，不在此限。

被告在中华民国应诉显有不便者，不适用前项之规定。

第五十四条 依第三十九条提起确认婚姻无效、婚姻关系存在或不存在之诉者，法院应依职权通知未被列为当事人之其余结婚人参加诉讼，并适用第四十条之规定。

第五十五条 婚姻事件之夫或妻为受监护宣告之人者，除第十四条第三项之情形外，由其监护人代为诉讼行为，并适用第十五条及第十六条之规定。

监护人违反受监护宣告人之利益而起诉者，法院应以裁定驳回之。

第五十六条 确认婚姻无效、撤销婚姻、离婚或确认婚姻关系存在或不存在事件，得依第四十一条第二项规定为请求之变更、追加或反请求者，不得另行请求。其另行请求者，法院应以裁定移送于诉讼系属中之第一审或第二审法院合并裁判，并适用第六条第二项至第五项之规定。

第五十七条 有关婚姻关系之诉讼，经判决确定后，当事人不得援以前依请求之合并、变更、追加或反请求所得主张之事实，就同一婚姻关系，提起独立之诉。但有下列各款情形之一者，不在此限：

一、因法院未阐明致未为主张。

二、经法院阐明，因不可归责于当事人之事由而未为主张。

第五十八条 关于诉讼上自认及不争执事实之效力之规定，在撤销婚姻，于构成撤销婚姻之原因、事实，及在确认婚姻无效或婚姻关系存在或不存在之诉，于确认婚姻无效或婚姻不存在及婚姻有效或存在之原因、事实，不适用之。

第五十九条 离婚之诉，夫或妻于判决确定前死亡者，关于本案视为诉讼终结；夫或妻提起撤销婚姻之诉者，亦同。

第六十条 撤销婚姻之诉，原告于判决确定前死亡者，除依第四十条之规定为通知外，有权提起同一诉讼之他人，得于知悉原告死亡时起十日内声明承受诉讼。但于原告死亡后已逾三十日者，不得为之。

## 第三章 亲子关系事件程序

第六十一条 亲子关系事件，专属下列法院管辖：

一、子女或养子女住所地之法院。

二、父、母、养父或养母住所地之法院。

前项事件，有未成年子女或养子女为被告时，由其住所地之法院专属管辖。

第六十二条 养父母与养子女间之诉讼，如养子女无程序能力，而养父母为其法定代理人者，应由本生父母代为诉讼行

为；法院并得依第十五条之规定选任程序监理人。

无本生父母或本生父母不适任者，依第十五条之规定选任程序监理人。

第六十三条 否认子女之诉，应以未起诉之夫、妻及子女为被告。

子女否认推定生父之诉，以法律推定之生父为被告。

前二项情形，应为被告中之一人死亡者，以生存者为被告；应为被告之人均已死亡者，以检察官为被告。

第六十四条 否认子女之诉，夫妻之一方或子女于法定期间内或期间开始前死亡者，继承权被侵害之人得提起之。

依前项规定起诉者，应自被继承人死亡时起，于六个月内为之。

夫妻之一方或子女于其提起否认子女之诉后死亡者，继承权被侵害之人得于知悉原告死亡时起十日内声明承受诉讼。但于原告死亡后已逾三十日者，不得为之。

第六十五条 确定母再婚后所生子女生父之诉，得由子女、母、母之配偶或前配偶提起之。

前项之诉，由母之配偶提起者，以前配偶为被告；由前配偶提起者，以母之配偶为被告；由子女或母提起者，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。

前项情形，应为被告之人均已死亡者，以检察官为被告。

第六十六条 认领之诉，有民法第一千零六十七条第二项后段之情形者，得以社会福利主管机关或检察官为被告。

由子女、生母或其它法定代理人提起之认领之诉，原告于判决确定前死亡者，有权提起同一诉讼之他人，得于知悉原告死亡时起十日内声明承受诉讼。但于原告死亡后已逾三十日者，不得为之。

前项之诉，被指为生父之被告于判决确定前死亡者，由其继承人承受诉讼；无继承人或被告之继承人于判决确定前均已死亡者，由检察官续受诉讼。

第六十七条 就法律所定亲子或收养关系有争执，而有即受确认判决之法律上利益者，得提起确认亲子或收养关系存在或不存在之诉。

确认亲子关系不存在之诉，如法院就原告或被告为生父之事实存在已得心证，而认为得驳回原告之诉者，应阐明当事人得为确认亲子关系存在之请求。

法院就前项请求为判决前，应通知有法律上利害关系之第三人，并使当事人或该第三人就亲子关系存在之事实，有辩论或陈述意见之机会。

依第三十九条规定，由二人以上或对二人以上提起第一项之诉者，法院应合并审理、合并裁判。

第六十八条 未成年子女为当事人之亲子关系事件，就血缘关系存否有争执，法院认有必要时，得依声请或依职权命当事人或关系人限期接受血型、脱氧核糖核酸或其它医学上之检验。但为声请之当事人应释明有事实足以怀疑血缘关系存否者，始得为之。

命为前项之检验，应依医学上认可之程序及方法行之，并应注意受检验人之身体、健康及名誉。

法院为第一项裁定前，应使当事人或关系人有陈述意见之机会。

第六十九条 第五十二条第二项至第四项、第五十三条、第五十六条、第五十七条及第六十条规定，于本章之事件准用之。

第五十四条及第五十五条之规定，于第六十二条之诉准用之。

第五十九条之规定，于撤销收养、终止收养关系、撤销终止收养之诉准用之。

#### 第四章 继承诉讼事件

第七十条 因继承回复、遗产分割、特留分、遗赠、确认遗嘱真伪或继承人因继承关系所生请求事件，得由下列法院管辖：

一、继承开始时被继承人住所地之法院；被继承人于国内无住所者，其在国内居所地之法院。

二、主要遗产所在地之法院。

第七十一条 请求遗产分割之诉状，除应记载第三十八条规定之事项外，并宜附具继承系统表及遗产清册。

第七十二条 于遗产分割诉讼中，关于继承权有争执者，法院应晓谕当事人得于同一诉讼中为请求之追加或提起反请求。

#### 第七十三条

当事人全体就遗产分割方法达成协议者，除有适用第四十五条之情形外，法院应斟酌其协议为裁判。

法院为前项裁判前，应晓谕当事人为辩论或为请求。

#### 第四编 家事非讼程序

##### 第一章 通则

#### 第七十四条

第三条所定丁类、戊类及其它家事非讼事件，除别有规定外，适用本编之规定。

第七十五条

声请或陈述，除别有规定外，得以书状或言词为之。

以言词为声请或陈述，应在法院书记官前为之；书记官应作成笔录，并于笔录内签名。

声请书状或笔录，应载明下列各款事项：

一、声请人之姓名及住所或居所；声请人为法人、机关或其它团体者，其名称及公务所、事务所或营业所。

二、有相对人者，其姓名、住所或居所。

三、有利害关系人者，其姓名、住所或居所。

四、有法定代理人、非讼代理人者，其姓名、住所或居所及法定代理人与关系人之关系。

五、声请之意旨及其原因事实。

六、供证明或释明用之证据。

七、附属文件及其件数。

八、法院。

九、年、月、日。

声请书状或笔录内宜记载下列各款事项：

一、声请人、相对人、其它利害关系人、法定代理人或非讼代理人之性别、出生年月日、职业、身分证件号码、营利事业统一编号、电话号码及其它足资辨别之特征。

二、定法院管辖及其适用程序所必要之事项。

三、有其它相关事件系属于法院者，其事件。

声请人或其代理人应于书状或笔录内签名；其不能签名者，得使他人代书姓名，由声请人或其代理人盖章或按指印。

第三项、第四项声请书状及笔录之格式，由司法院定之。

关系人得以电信传真或其它科技设备将书状传送于法院，效力与提出书状同。其办法由司法院定之。

第七十六条

法院收受书状或笔录后，除得定期间命声请人以书状或于期日就特定事项详为陈述外，应速送达书状或笔录缮本于前条第三项第二款及第三款之人，并限期命其陈述意见。

第七十七条

法院应通知下列之人参与程序。但通知显有困难者，不在此限：

一、法律规定应依职权通知参与程序之人。

二、亲子关系相关事件所涉子女、养子女、父母、养父母。

三、因程序之结果而权利受侵害之人。

法院得通知因程序之结果而法律上利害受影响之人或该事件相关主管机关或检察官参与程序。

前二项之人或其它利害关系人得声请参与程序。但法院认不合于参与之要件时，应以裁定驳回之。

第七十八条

法院应依职权调查事实及必要之证据。

法院认为关系人之声明或陈述不完足者，得命其叙明或补充之，并得命就特定事项详为陈述。

第七十九条

家事非讼事件之合并、变更、追加或反声请，准用第四十一条、第四十二条第一项及第四十三条之规定。

第八十条

声请人因死亡、丧失资格或其它事由致不能续行程序者，其它有声请权人得于该事由发生时起十日内声明承受程序；法院亦得依职权通知承受程序。

相对人有前项不能续行程序之事由时，准用前项之规定。

依声请或依职权开始之事件，虽无人承受程序，法院认为必要时，应续行之。

第八十一条

裁定应送达于受裁定之人，并应送达于已知之利害关系人。

第七十七条第一项所定之人，得声请法院付与裁定书。

第八十二条

裁定，除法律别有规定外，于宣示、公告、送达或以其它适当方法告知于受裁定人时发生效力。但有合法之抗告者，抗告中停止其效力。

以公告或其它适当方法告知者，法院书记官应作记载该事由及年、月、日、时之证书附卷。

第八十三条

法院认其所为裁定不当，而有下列情形之一者，除法律别有规定外，得撤销或变更之：

一、不得抗告之裁定。

二、得抗告之裁定，经提起抗告而未将抗告事件送交抗告法院。

三、就关系人不得处分事项所为之裁定。但经抗告法院为裁定者，由其撤销或变更之。

法院就关系人得处分之事项为裁定者，其驳回声请之裁定，非依声请人之声请，不得依前项第一款规定撤销或变更之。裁定确定后而情事变更者，法院得撤销或变更之。

法院为撤销或变更裁定前，应使关系人有陈述意见之机会。

裁定经撤销或变更之效力，除法律别有规定外，不溯及既往。

第八十四条

法院就家事非讼事件所成立之调解，准用前条之规定。但关系人得处分之事项，非依声请人或相对人声请，不得撤销或变更之。

就关系人得处分之事项成立调解而应为一定之给付，如其内容尚未实现，因情事变更，依原调解内容显失公平者，法院得依声请以裁定变更之。

法院为前项裁定前，应使关系人有陈述意见之机会。

第八十五条

法院就已受理之家事非讼事件，除法律别有规定外，于本案裁定确定前，认有必要时，得依声请或依职权命为适当之暂时处分。但关系人得处分之事项，非依其声请，不得为之。

关系人为前项声请时，应表明本案请求、应受暂时处分之事项及其事由，并就得处分之事项释明暂时处分之事由。

第一项暂时处分，得命令或禁止关系人为一定行为、定暂时状态或为其它适当之处置。

第一项暂时处分之裁定，免供担保。但法律别有规定或法院认有必要者，不在此限。

关于得命暂时处分之类型及其方法，其办法由司法院定之。

第八十六条

暂时处分，由受理本案之法院裁定；本案裁定业经抗告，且于声请时，卷宗已送交抗告法院者，由抗告法院裁定。但本案系属后有急迫情形，不及由本案法院或抗告法院裁定时，得由财产、标的或其相关人所在地之法院裁定，并立即移交本案法院或抗告法院。

第八十七条

暂时处分于裁定送达或告知受裁定人时，对其发生效力。但告知显有困难者，于公告时发生效力。

暂时处分之裁定得为执行名义。

暂时处分之执行，除法律别有规定外，得由暂时处分裁定之法院依职权为之。

暂时处分之裁定就依法应登记事项为之者，法院应依职权通知该管机关；裁定失其效力时亦同。

第八十八条

暂时处分之裁定确定后，如认为不当或已无必要者，本案法院得依声请或依职权撤销或变更之。

法院为前项裁定时，应使关系人有陈述意见之机会。但法院认为不适当者，不在此限。

第八十九条

暂时处分之裁定，除法律别有规定或法院另有裁定外，有下列各款情形之一者，失其效力：

一、本案请求经裁判驳回确定。

二、本案程序经撤回请求或因其它事由视为终结。

三、暂时处分之内容与本案请求经裁判准许确定、调解或和解成立之内容相异部分。

四、暂时处分经裁定撤销或变更确定。

第九十条

暂时处分之裁定有前条所定情形之一者，法院得依声请或依职权，在失效范围内，命返还所受领给付或为其它适当之处置。但命给付家庭生活费用或抚养费未逾必要范围者，不在此限。

法院为前项裁定前，应使关系人有辩论之机会。

第一项裁定，准用第八十七条第二项、第三项及第九十一条之规定。

第一项裁定确定者，有既判力。

第九十一条

暂时处分之裁定，除法律别有规定外，仅对准许本案请求之裁定有抗告权之人得为抗告；抗告中不停止执行。但原法



院或抗告法院认有必要时，得裁定命供担保或免供担保后停止执行。

前项但书裁定，不得抗告。

驳回暂时处分声请之裁定，仅声请人得为抗告。

抗告法院为裁定前，应使关系人有陈述意见之机会。但抗告法院认为不适当者，不在此限。

#### 第九十二条

因裁定而权利受侵害之关系人，得为抗告。

因裁定而公益受影响时，该事件相关主管机关或检察官得为抗告。

依声请就关系人得处分之事项为裁定者，于声请被驳回时，仅声请人得为抗告。

#### 第九十三条

提起抗告，除法律别有规定外，抗告权人应于裁定送达后十日之不变期间内为之。但送达前之抗告，亦有效力。

抗告权人均未受送达者，前项期间，自声请人或其它利害关系人受送达后起算。

第一项或第二项受裁定送达之人如有数人，除法律别有规定外，抗告期间之起算以最初受送达者为准。

#### 第九十四条

对于第一审就家事非讼事件所为裁定之抗告，由少年及家事法院以合议裁定之。

对于前项合议裁定，仅得以其适用法规显有错误为理由，径向最高法院提起抗告。

依第四十一条规定于第二审为追加或反请求者，对于该第二审就家事非讼事件所为裁定之抗告，由其上级法院裁定之。

#### 第九十五条

抗告法院为本案裁判前，应使因该裁判结果而法律上利益受影响之关系人有陈述意见之机会。但抗告法院认为不适当者，不在此限。

第九十六条民事诉讼法第五编再审程序之规定，于家事非讼事件之确定本案裁定准用之。但有下列各款情形之一者，不得更以同一事由声请再审：

一、已依抗告、声请再审、声请撤销或变更裁定主张其事由，经以无理由被驳回。

二、知其事由而不为抗告；或抗告而不为主张，经以无理由被驳回。

#### 第九十七条

家事非讼事件，除法律别有规定外，准用非讼事件法之规定。

### 第二章 婚姻非讼事件

#### 第九十八条

夫妻同居、指定夫妻住所、请求报告夫妻财产状况、给付家庭生活费用、扶养费、赡养费或宣告改用分别财产制事件之管辖，准用第五十二条及第五十三条之规定。

#### 第九十九条

请求家庭生活费用、扶养费或赡养费，应于准备书状或于笔录载明下列各款事项：

一、请求之金额、期间及给付方法。

二、关系人之收入所得、财产现况及其它个人经济能力之相关资料，并添具所用书证复印件。

声请人就前项数项费用之请求，得合并声明给付之总额或最低额；其声明有不明或不完足者，法院应晓谕其叙明或补充之。

声请人为前项最低额之声明者，应于程序终结前补充其声明。其未补充者，法院应告以得为补充。

#### 第一百条

法院命给付家庭生活费、扶养费或赡养费之负担或分担，得审酌一切情况，定其给付之方法，不受声请人声明之拘束。

前项给付，法院得依声请或依职权，命为一次给付、分期给付或给付定期金，必要时并得命提出担保。

法院命分期给付者，得酌定迟误一期履行时，其后之期间视为亦已到期之范围或条件。

法院命给付定期金者，得酌定逾期不履行时，丧失期限利益之范围或条件，并得酌定加给之金额。但其金额不得逾定期金每期金额之二分之一。

#### 第一百零一条

本案程序进行中，声请人与相对人就第九十八条之事件或夫妻间其它得处分之事项成立和解者，于作成和解笔录时，发生与本案确定裁判同一之效力。

声请人与相对人就程序标的以外得处分之事项成立前项和解者，非经为请求之变更、追加或反请求，不得为之。

就前二项以外之事项经声请人与相对人合意者，法院应斟酌其内容为适当之裁判。

第一项及第二项之和解有无效或得撤销之原因者，声请人或相对人得请求依原程序继续审理，并准用民事诉讼法第三

百八十条第三项之规定。

因第一项或第二项和解受法律上不利影响之第三人，得请求依原程序撤销或变更和解对其不利部分，并准用民事诉讼法第五编之一第三人撤销诉讼程序之规定。

#### 第一百零二条

就第九十九条所定各项费用命为给付之确定裁判或成立之和解，如其内容尚未实现，因情事变更，依原裁判或和解内容显失公平者，法院得依声请人或相对人声请变更原确定裁判或和解之内容。

法院为前项裁判前，应使关系人有陈述意见之机会。

#### 第一百零三条

第九十九条所定事件程序，关系人就请求所依据之法律关系有争执者，法院应晓谕其得合并请求裁判。

关系人为前项合并请求时，除关系人合意适用家事非讼程序外，法院应裁定改用家事诉讼程序，由原法官继续审理。

前项裁定，不得声明不服。

### 第三章 亲子非讼事件

#### 第一百零四条

下列亲子非讼事件，专属子女住所或居所地法院管辖；无住所或居所者，得由法院认为适当之所在地法院管辖：

一、关于未成年子女扶养请求、其它权利义务之行使或负担之酌定、改定、变更或重大事项权利行使酌定事件。

二、关于变更子女姓氏事件。

三、关于停止亲权事件。

四、关于未成年子女选任特别代理人事件。

五、关于交付子女事件。

六、关于其它亲子非讼事件。

未成年子女有数人，其住所或居所不在一法院管辖区域内者，各该住所或居所地之法院俱有管辖权。

第一项事件有理由时，程序费用由未成年子女之父母或父母之一方负担。

#### 第一百零五条

婚姻或亲子诉讼事件与其基础事实相牵连之亲子非讼事件，已分别系属于法院者，除别有规定外，法院应将亲子非讼事件移送于婚姻或亲子诉讼事件系属中之第一审或第二审法院合并裁判。

前项移送之裁定不得声明不服。受移送之法院应即就该事件处理，不得更为移送。

#### 第一百零六条

法院为审酌子女之最佳利益，得征询主管机关或社会福利机构之意见、请其进行访视或调查，并提出报告及建议。

法院斟酌前项调查报告为裁判前，应使关系人有陈述意见之机会。但其内容涉及隐私或有不适当之情形者，不在此限。

法院认为必要时，得通知主管机关或社会福利机构相关人员于期日到场陈述意见。

前项情形，法院得采取适当及必要措施，保护主管机关或社会福利机构相关人员之隐私及安全。

#### 第一百零七条

法院酌定、改定或变更父母对于未成年子女权利义务之行使或负担时，得命交付子女、容忍自行带回子女、未行使或负担权利义务之一方与未成年子女会面交往之方式及期间、给付抚养费、交付身分证明文件或其它财物，或命为相当之处分，并得订定必要事项。

前项命给付抚养费之方法，准用第九十九条至第一百零三条规定。

#### 第一百零八条

法院就前条事件及其它亲子非讼事件为裁定前，应依子女之年龄及识别能力等身心状况，于法庭内、外，以适当方式，晓谕裁判结果之影响，使其有表达意愿或陈述意见之机会；必要时，得请儿童及少年心理或其它专业人士协助。

前项儿童及少年心理或其它专业人士之报酬，准用第十七条第三项规定。

#### 第一百零九条

就有关未成年子女权利义务之行使或负担事件，未成年子女虽非当事人，法院为未成年子女之最佳利益，于必要时，亦得依父母、未成年子女、主管机关、社会福利机构或其它利害关系人之声请或依职权为未成年子女选任程序监理人。

#### 第一百十条

第一百零七条所定事件及其它亲子非讼事件程序进行中，父母就该事件得协议之事项达成合意，而其合意符合子女最佳利益时，法院应将合意内容记载于和解笔录。

前项情形，准用第一百零一条、第一百零二条及第一百零八条之规定。

#### 第一百十一条

法院为未成年子女选任特别代理人时，应斟酌得实时调查之一切证据。

法院为前项选任之裁定前，应征询被选任人之意见。

前项选任之裁定，得记载特别代理人处理事项之种类及权限范围。

选任特别代理人之裁定，于裁定送达或当庭告知被选任人时发生效力。

法院为保护未成年子女之最佳利益，于必要时，得依父母、未成年子女、主管机关、社会福利机构或其它利害关系人之声请或依职权，改定特别代理人。

#### 第一百十二条

法院得依特别代理人之声请酌定报酬。其报酬额，应审酌下列事项：

- 一、选任特别代理人之原因。
- 二、特别代理人执行职务之劳力。
- 三、未成年子女及父母之资力。
- 四、未成年子女与特别代理人之关系。

前项报酬，除法律另有规定外，由未成年子女负担。但选任特别代理人之原因系父母所致者，法院得酌量情形命父母负担全部或一部。

#### 第一百十三条

本章之规定，于父母不继续共同生活达六个月以上时，关于未成年子女权利义务之行使负担事件，准用之。

### 第四章 收养事件

#### 第一百十四条

认可收养子女事件，专属收养人或被收养人住所地之法院管辖；收养人在中华民国无住所者，由被收养人住所地之法院管辖。

认可终止收养事件、许可终止收养事件及宣告终止收养事件，专属养子女住所地之法院管辖。

#### 第一百十五条

认可收养事件，除法律别有规定外，以收养人及被收养人为声请人。

认可收养之声请应以书状或于笔录载明收养人及被收养人、被收养人之父母、收养人及被收养人之配偶。

前项声请应附具下列文件：

- 一、收养契约书。
- 二、收养人及被收养人之国民身分证、户籍誊本、护照或其它身分证明文件。

第二项声请，宜附具下列文件：

- 一、被收养人为未成年人时，收养人之职业、健康及有关资力之证明文件。
- 二、夫妻之一方被收养时，他方之同意书。但有民法第一千零七十六条但书情形者，不在此限。
- 三、经公证之被收养人父母之同意书。但有民法第一千零七十六条之一第一项但书、第二项但书或第一千零七十六条之二第三项情形者，不在此限。
- 四、收养人或被收养人为外国人时，收养符合其本国法之证明文件。
- 五、经收出养媒合服务者为访视调查，其收出养评估报告。

前项文件在境外作成者，应经当地中华民国驻外机构验证或证明；如系外文，并应附具中文译本。

#### 第一百十六条

法院认可未成年人被收养前，得准收养人与未成年人共同生活一定期间，供法院决定之参考；共同生活期间，对于未成年人权利义务之行使负担，由收养人为之。

#### 第一百十七条

认可收养之裁定，于其对声请人及第一百十五条第二项所定之人确定时发生效力。

认可收养之裁定正本，应记载该裁定于确定时发生效力之意旨。

认可、许可或宣告终止收养之裁定，准用前二项之规定。

#### 第一百十八条

被收养人之父母为未成年人而未结婚者，法院为认可收养之裁定前，应使该未成年人及其法定代理人有陈述意见之机会。但有碍难情形者，不在此限。

#### 第一百十九条

第一百零六条及第一百零八条之规定，于收养事件准用之。

### 第五章 未成年人监护事件

第一百二十条

下列未成年人监护事件，专属未成年人住所地或居所地法院管辖；无住所或居所者，得由法院认为适当之所在地法院管辖：

- 一、关于选定、另行选定或改定未成年人监护人事件。
- 二、关于监护人报告或陈报事件。
- 三、关于监护人辞任事件。
- 四、关于酌定监护人行使权利事件。
- 五、关于酌定监护人报酬事件。
- 六、关于为受监护人选任特别代理人事件。
- 七、关于许可监护人行为事件。
- 八、关于交付子女事件。
- 九、关于监护所生损害赔偿事件。
- 十、关于其它未成年人监护事件。

第一百零四条第二项、第三项及第一百零五条之规定，于前项事件准用之。

第一百二十一条

关于监护所生之损害赔偿事件，其程序标的之金额或价额逾得上诉第三审利益额者，声请人与相对人得于第一审程序终结前，合意向法院陈明改用家事诉讼程序，由原法官继续审理。

前项损害赔偿事件，案情繁杂者，声请人或相对人得于第一审程序终结前，声请法院裁定改用家事诉讼程序，由原法官继续审理。

前项裁定，不得声明不服。

第一百二十二条

法院选定之监护人，有下列情形之一者，得声请法院许可其辞任：

- 一、满七十岁。
- 二、因身心障碍或疾病不能执行监护。
- 三、住所或居所与法院或受监护人所在地隔离，不便执行监护。
- 四、其它重大事由。

法院为前项许可时，应另行选任监护人。

第一百零六条及第一百零八条之规定，于监护人辞任事件准用之。

第一百二十三条

第一百零六条至第一百零八条及第一百十一条第一项、第二项之规定，于法院为未成年人选定、另行选定或改定监护人事件准用之。

第一百二十四条

第一百十一条及第一百十二条之规定，于法院为受监护人选任特别代理人事件准用之。

第六章 亲属间扶养事件

第一百二十五条

下列扶养事件，除本法别有规定外，专属受扶养权利人住所地或居所地法院管辖：

- 一、关于扶养请求事件。
- 二、关于请求减轻或免除扶养义务事件。
- 三、关于因情事变更请求变更扶养之程度及方法事件。
- 四、关于其它扶养事件。

第一百零四条第二项、第三项及第一百零五条之规定，于前项事件准用之。

第一百二十六条

第九十九条至第一百零三条及第一百零七条第一项之规定，于扶养事件准用之。

第七章 继承事件

第一百二十七条

下列继承事件，专属继承开始时被继承人住所地法院管辖：

- 一、关于遗产清册陈报事件。
- 二、关于债权人声请命继承人提出遗产清册事件。

- 三、关于抛弃继承事件。
- 四、关于无人承认之继承事件。
- 五、关于保存遗产事件。
- 六、关于指定或另行指定遗嘱执行人事件。
- 七、关于其它继承事件。

保存遗产事件，亦得由遗产所在地法院管辖。

第五十二条第四项之规定，于第一项事件准用之。

第一项及第二项事件有理由时，程序费用由遗产负担。

#### 第一百二十八条

继承人为遗产陈报时，应于陈报书记载下列各款事项，并附具遗产清册：

- 一、陈报人。
  - 二、被继承人之姓名及最后住所。
  - 三、被继承人死亡之年月日时及地点。
  - 四、知悉继承之时间。
  - 五、有其它继承人者，其姓名、性别、出生年月日及住、居所。
- 前项遗产清册应记载被继承人之财产状况及继承人已知之债权人、债务人。

#### 第一百二十九条

债权人声请命继承人提出遗产清册时，其声请书应记载下列各款事项：

- 一、声请人。
- 二、被继承人之姓名及最后住所。
- 三、继承人姓名及住、居所。
- 四、声请命继承人提出遗产清册之意旨。

继承人依法院命令提出遗产清册者，准用前条之规定。

#### 第一百三十条

法院公示催告被继承人债权人报明债权时，应记载下列各款事项：

- 一、为陈报之继承人。
- 二、报明权利之期间及在期间内应为报明之催告。
- 三、因不报明权利而生之失权效果。
- 四、法院。

前项情形应通知其它继承人。

第一项公示催告应公告之。

前项公告应揭示于法院公告处、信息网络及其它适当处所；法院认为必要时，并得命登载于公报或新闻纸，或用其它方法公告之。

第一项报明期间，自前项揭示之日起，应有六个月以上。

#### 第一百三十一条

前条报明债权期间届满后六个月内，继承人应向法院陈报偿还遗产债务之状况并提出有关文件。

前项六个月期间，法院因继承人之声请，认为必要时，得延展之。

#### 第一百三十二条

继承人抛弃继承时，应以书面表明下列各款事项：

- 一、抛弃继承人。
- 二、被继承人之姓名及最后住所。
- 三、被继承人死亡之年月日时及地点。
- 四、知悉继承之时间。
- 五、有其它继承人者，其姓名、性别、出生年月日及住、居所。

抛弃继承为合法者，法院应予备查，通知抛弃继承人及已知之其它继承人，并公告之。

抛弃继承为不合法者，法院应以裁定驳回之。

#### 第一百三十三条

亲属会议报明继承开始及选定遗产管理人时，应由其会员一人以上于陈报书记载下列各款事项，并附具证明文件：

- 一、陈报人。
- 二、被继承人姓名、最后住所、死亡之年月日时及地点。
- 三、选定遗产管理人之事由。
- 四、所选定遗产管理人之姓名、性别、出生年月日及住、居所。

第一百三十四条

亲属会议选定之遗产管理人，以自然人为限。

前项遗产管理人有下列各款情形之一者，法院应解任之，命亲属会议于一个月内另为选定：

- 一、未成年。
- 二、受监护或辅助宣告。
- 三、受破产宣告或依消费者债务清理条例受清算宣告尚未复权。
- 四、褫夺公权尚未复权。

第一百三十五条

亲属会议选定之遗产管理人有下列情形之一者，法院得依利害关系人或检察官之声请，征询亲属会议会员、利害关系人或检察官之意见后解任之，命亲属会议于一个月内另为选定：

- 一、违背职务上之义务者。
- 二、违背善良管理人之注意义务，致危害遗产或有危害之虞者。
- 三、有其它重大事由者。

第一百三十六条

利害关系人或检察官声请选任遗产管理人时，其申请书应记载下列事项，并附具证明文件：

- 一、声请人。
- 二、被继承人姓名、最后住所、死亡之年月日时及地点。
- 三、声请之事由。
- 四、声请人为利害关系人时，其法律上利害关系之事由。

亲属会议未依第一百三十四条第二项或前条另为选定遗产管理人时，利害关系人或检察官得声请法院选任遗产管理人，并适用前项之规定。

法院选任之遗产管理人，除自然人外，亦得选任公务机关。

第一百三十七条

法院公示催告继承人承认继承时，应记载下列事项：

- 一、陈报人。
- 二、被继承人姓名、最后住所、死亡之年月日时及地点。
- 三、承认继承之期间及期间内应为承认之催告。
- 四、因不于期间内承认继承而生之效果。
- 五、法院。

前项公示催告，准用第一百三十条第三项至第五项之规定。

第一百三十八条

法院依遗产管理人声请为公示催告时，除记载前条第一项第二款及第五款所定事项外，并应记载下列事项：

- 一、遗产管理人之姓名、住所及处理遗产事务之处所。
- 二、报明债权及愿否受遗赠声明之期间，并于期间内应为报明或声明之催告。
- 三、因不报明或声明而生之失权效果。

第一百三十九条

第一百三十条第三项至第五项之规定，除申报权利期间外，于前二条之公示催告准用之。

第一百四十条

法院选任之遗产管理人于职务执行完毕后，应向法院陈报处理遗产之状况并提出有关文件。

第一百四十一条

第八章之规定，除法律别有规定外，于遗产管理人、遗嘱执行人及其它法院选任财产管理人准用之。

第八章 失踪人财产管理事件

第一百四十二条

关于失踪人之财产管理事件，专属其住所地之法院管辖。

第五十二条第四项之规定，于前项事件准用之。

第一百四十三条

失踪人未置财产管理人者，其财产管理人依下列顺序定之：

- 一、配偶。
- 二、父母。
- 三、成年子女。
- 四、与失踪人同居之祖父母。
- 五、家长。

不能依前项规定定财产管理人时，法院得因利害关系人或检察官之申请，选任财产管理人。

财产管理人之权限，因死亡、受监护、辅助或破产之宣告或其它原因消灭者，准用前二项之规定。

第一百四十四条

财产管理人有数人者，关于失踪人之财产管理方法，除法院选任数财产管理人，而另有裁定者外，依协议定之；不为协议或协议不成时，财产管理人或利害关系人得声请法院酌定之。

第一百四十五条

财产管理人不胜任或管理不适当时，法院得依利害关系人或检察官之申请改任之；其由法院选任者，法院认为必要时得依职权改任之。

财产管理人有正当理由者，得声请法院许可其辞任。

法院为前项许可时，应另行选任财产管理人。

第一百四十六条

法院选任、改任或另行选任财产管理人时，应询问利害关系人及受选任人之意见。

第一百四十七条

失踪人财产之取得、设定、丧失或变更，依法应登记者，财产管理人应向该管登记机关为管理人之登记。

第一百四十八条

财产管理人应作成管理财产目录，并应经公证人公证，其费用由失踪人之财产负担之。

第一百四十九条

法院得因利害关系人或检察官之申请，命财产管理人报告管理财产状况或计算；财产管理人由法院选任者，并得依职权为之。

前项裁定，不得声明不服。

第一百五十条

利害关系人得释明原因，向法院声请阅览前条之报告及有关计算之文件，或预纳费用声请付与缮本、复印件或节本。

第一百五十一条

财产管理人应以善良管理人之注意，保存财产，并得为有利于失踪人之利用或改良行为。但其利用或改良有变更财产性质之虞者，非经法院许可，不得为之。

第一百五十二条

法院得命财产管理人就财产之管理及返还，供相当之担保，并得以裁定增减、变更或免除之。

前项担保，准用民事诉讼法关于诉讼费用担保之规定。

第一百五十三条

法院得依财产管理人之声请，按财产管理人与失踪人之关系、管理事务之繁简及其它情形，就失踪人之财产，酌给相当报酬。

第九章 宣告死亡事件

第一百五十四条

下列宣告死亡事件，专属失踪人住所地法院管辖：

- 一、关于声请宣告死亡事件。
- 二、关于声请撤销或变更宣告死亡裁定事件。
- 三、关于其它宣告死亡事件。

第五十二条第四项之规定，于前项事件准用之。

第一项事件之程序费用，除宣告死亡者由遗产负担外，由声请人负担。

第一百五十五条

宣告死亡或撤销、变更宣告死亡之裁定，利害关系人或检察官得声请之。

第一百五十六条

法院准许宣告死亡之声请者，应公示催告。

公示催告，应记载下列各款事项：

- 一、失踪人应于期间内陈报其生存，如不陈报，即应受死亡之宣告。
- 二、凡知失踪人之生死者，应于期间内将其所知陈报法院。

前项公示催告，准用第一百三十三条第三项至第五项之规定。但失踪人满百岁者，其陈报期间，得定为自揭示之日起二个月以上。

第一百五十七条

为失踪人生存之陈报在陈报期间届满后，而未宣告死亡或宣告死亡之裁定确定前者，与在期间内陈报者，有同一效力。

第一百五十八条

宣告死亡程序，除通知显有困难者外，法院应通知失踪人之配偶、子女及父母参与程序；失踪人另有法定代理人者，并应通知之。

宣告死亡之裁定，应送达于前项所定之人。

第一百五十九条

宣告死亡之裁定应确定死亡之时。

宣告死亡之裁定，于其对声请人、生存陈报人及前条第一项所定之人确定时发生效力。

前项裁定生效后，法院应以相当之方法，将该裁定要旨公告之。

第一百六十条

宣告死亡裁定确定后，发现受宣告死亡之人尚生存或确定死亡之时不当者，得声请撤销或变更宣告死亡之裁定。

第一百六十一条

声请撤销或变更宣告死亡之裁定，应于声请状表明下列各款事项：

- 一、声请人、宣告死亡之声请人及法定代理人。
- 二、声请撤销或变更之裁定。
- 三、应如何撤销或变更之声明。
- 四、撤销或变更之事由。

前项第四款之事由宜提出相关证据。

第一百五十八条之规定，于撤销或变更宣告死亡裁定事件准用之。

第一百六十二条

受宣告死亡人于撤销宣告死亡裁定之裁定确定前死亡者，法院应裁定本案程序终结。

第一百六十三条

撤销或变更宣告死亡裁定之裁定，不问对于何人均有效力。但裁定确定前之善意行为，不受影响。

因宣告死亡取得财产者，如因前项裁定失其权利，仅于现受利益之限度内，负归还财产之责。

第一百五十九条第二项及第三项之规定，于第一项裁定准用之。

第十章 监护宣告事件

第一百六十四条

下列监护宣告事件，专属应受监护宣告之人或受监护宣告之人住所地或居所地法院管辖；无住所或居所者，得由法院认为适当之所在地法院管辖：

- 一、关于声请监护宣告事件。
- 二、关于指定、撤销或变更监护人执行职务范围事件。
- 三、关于另行选定或改定监护人事件。
- 四、关于监护人报告或陈报事件。
- 五、关于监护人辞任事件。
- 六、关于酌定监护人行使权利事件。
- 七、关于酌定监护人报酬事件。
- 八、关于为受监护宣告之人选任特别代理人事件。
- 九、关于许可监护人行为事件。
- 十、关于监护所生损害赔偿事件。



十一、关于声请撤销监护宣告事件。

十二、关于变更辅助宣告为监护宣告事件。

十三、关于其它监护宣告事件。

前项事件有理由时，程序费用由受监护宣告之人负担。

除前项情形外，其费用由声请人负担。

第一百六十五条

于声请监护宣告事件及撤销监护宣告事件，应受监护宣告之人及受监护宣告之人有程序能力。如其无意思能力者，法院应依职权为其选任程序监理人。

第一百六十六条

声请人为监护宣告之声请时，宜提出诊断书。

第一百六十七条

法院应于鉴定人前讯问应受监护宣告之人。但有碍难讯问之情形或恐有害其健康者，不在此限。

监护之宣告，非就应受监护宣告之人之精神或心智状况讯问鉴定人后，不得为之。鉴定应有精神科专科医师或具精神科经验之医师参与。

第一百六十八条

监护宣告之裁定，应同时选定监护人及指定会同开具财产清册之人，并附理由。

法院为前项之选定及指定前，应征询被选定人及被指定人之意见。

第一项裁定，应送达于声请人、受监护宣告之人、法院选定之监护人及法院指定会同开具财产清册之人；受监护宣告之人另有程序监理人或法定代理人者，并应送达之。

第一百六十九条

监护宣告之裁定，于裁定送达或当庭告知法院选定之监护人时发生效力。

前项裁定生效后，法院应以相当之方法，将该裁定要旨公告之。

第一百七十条

监护宣告裁定经废弃确定前，监护人所为之行为，不失其效力。

监护宣告裁定经废弃确定前，受监护宣告之人所为之行为，不得本于宣告监护之裁定而主张无效。

监护宣告裁定经废弃确定后，应由第一审法院公告其要旨。

第一百七十一条

受监护宣告之人于监护宣告程序进行中死亡者，法院应裁定本案程序终结。

第一百七十二条

撤销监护宣告之裁定，于其对声请人、受监护宣告之人及监护人确定时发生效力。

第一百六十六条至第一百六十八条及第一百七十条第三项之规定，于声请撤销监护宣告事件准用之。

第一百七十三条

法院对于撤销监护宣告之声请，认受监护宣告之人受监护原因消灭，而仍有辅助之必要者，得依声请或依职权以裁定变更为辅助之宣告。

前项裁定，准用前条之规定。

第一百七十四条

法院对于监护宣告之声请，认为未达应受监护宣告之程度，而有辅助宣告之原因者，得依声请或依职权以裁定为辅助之宣告。

法院为前项裁定前，应使声请人及受辅助宣告之人有陈述意见之机会。

第一项裁定，于监护宣告裁定生效时，失其效力。

第一百七十五条

受辅助宣告之人，法院认有受监护宣告之必要者，得依声请以裁定变更为监护宣告。

前项裁定，准用第一百七十二条之规定。

第一百七十六条

第一百零六条至第一百零八条之规定，于声请监护宣告事件、撤销监护宣告事件、就监护宣告声请为辅助宣告事件及另行选定或改定监护人事件准用之。

第一百二十二条之规定，于监护人辞任事件准用之。

第一百二十二条之规定，于酌定监护人报酬事件准用之。

第一百十一条及第一百十二条之规定，于法院为受监护宣告之人选任特别代理人事件准用之。

第一百二十一条之规定，于监护所生损害赔偿事件准用之。

#### 第十一章 辅助宣告事件

##### 第一百七十七条

下列辅助宣告事件，专属应受辅助宣告之人或受辅助宣告之人之住所地或居所地法院管辖；无住所或居所者，得由法院认为适当之所在地法院管辖：

- 一、关于声请辅助宣告事件。
- 二、关于另行选定或改定辅助人事件。
- 三、关于辅助人辞任事件。
- 四、关于酌定辅助人行使权利事件。
- 五、关于酌定辅助人报酬事件。
- 六、关于为受辅助宣告之人选任特别代理人事件。
- 七、关于指定、撤销或变更辅助人执行职务范围事件。
- 八、关于声请许可事件。
- 九、关于辅助所生损害赔偿事件。
- 十、关于声请撤销辅助宣告事件。
- 十一、关于声请变更监护宣告为辅助宣告事件。
- 十二、关于其它辅助宣告事件。

第一百六十四条第二项、第三项之规定，于前项事件准用之。

##### 第一百七十八条

辅助宣告之裁定，于裁定送达或当庭告知受辅助宣告之人时发生效力。

第一百零六条、第一百零八条、第一百六十六条至第一百六十八条、第一百六十九条第二项及第一百七十条之规定，于声请辅助宣告事件准用之。

##### 第一百七十九条

法院对于辅助宣告之声请，认有监护宣告之必要者，得依声请或依职权以裁定为监护之宣告。

前项裁定，准用第一百七十四条第二项及第三项之规定。

##### 第一百八十条

第一百零六条至第一百零八条之规定，于法院选定、另行选定或改定辅助人事件准用之。

第一百二十二条之规定，于辅助人辞任事件准用之。

第一百十二条之规定，于酌定辅助人报酬事件准用之。

第一百十一条及第一百十二条之规定，于法院为受辅助宣告之人选任特别代理人事件准用之。

第一百二十一条之规定，于辅助所生损害赔偿事件准用之。

第一百七十二条之规定，于声请撤销辅助宣告事件准用之。

第一百七十三条之规定，于声请变更监护宣告为辅助宣告事件准用之。

#### 第十二章 亲属会议事件

##### 第一百八十一条

关于为未成年人及受监护或辅助宣告之人声请指定亲属会议会员事件，专属未成年人、受监护或辅助宣告之人住所地或居所地法院管辖。

关于为遗产声请指定亲属会议会员事件，专属继承开始时被继承人住所地法院管辖。

关于为养子女或未成年子女指定代为诉讼行为人事件，专属养子女或未成年子女住所地法院管辖。

关于声请酌定扶养方法及变更扶养方法或程度事件，专属受扶养权利人住所地或居所地法院管辖。

声请法院处理下列各款所定应经亲属会议处理之事件，专属被继承人住所地法院管辖：

- 一、关于酌给遗产事件。
- 二、关于监督遗产管理人事件。
- 三、关于酌定遗产管理人报酬事件。
- 四、关于认定口授遗嘱真伪事件。
- 五、关于提示遗嘱事件。
- 六、关于开视密封遗嘱事件。

七、关于其它应经亲属会议处理事件。

第五十二条第四项之规定，于前五项事件准用之。

第一百零四条第二项及第一百零五条之规定，于第四项事件准用之。

第一项事件有理由时，程序费用由未成年人、受监护或辅助宣告之人负担。

第二项事件有理由时，程序费用由遗产负担。

第三项事件有理由时，程序费用由养子女或未成年子女负担。

第五项事件有理由时，程序费用由遗产负担。

第一百八十二条

法院就前条第五项所定事件所为裁定时，得调查遗产管理人所为遗产管理事务之繁简及被继承人财产收益状况。

第一百八十三条

第一百二十二条之规定，于第一百八十一条第一项及第二项事件准用之。

第九十九条至第一百零三条及第一百零七条之规定，于第一百八十一条第四项事件准用之。

第一百零六条之规定，于本章之事件准用之。

本章之规定，于其它声请法院处理亲属会议处理之事件准用之。

第十三章 保护安置事件

第一百八十四条

下列安置事件，专属被安置人住所地、居所地或所在地法院管辖：

一、关于儿童及少年之继续安置事件。

二、关于儿童及少年之安置保护事件。

三、关于身心障碍者之继续安置事件。

四、关于其它法律规定应由法院裁定安置事件。

除法律别有规定外，第一百零六条、第一百零八条、第一百六十五条、第一百六十六条、第一百六十九条及第一百七十一条之规定，于前项事件准用之。

第一百八十五条

下列停止事件，专属严重病人住所地、居所地或所在地法院管辖：

一、关于停止紧急安置事件。

二、关于停止强制住院事件。

三、关于其它停止安置、住院事件。

除法律别有规定外，第一百零六条、第一百零八条、第一百六十五条至第一百六十七条、第一百六十八条第一项、第一百六十九条第一项及第一百七十一条之规定，于前项事件准用之。

第五编 履行之确保及执行

第一章 通则

第一百八十六条

依法作成之调解、和解及本案裁判，除法律别有规定外，得为强制执行名义。

家事事件之强制执行，除法律别有规定外，准用强制执行法之规定，并得请求行政机关、社会福利机构协助执行。

第一百八十七条

债权人于执行名义成立后，除依法声请强制执行外，亦得声请法院调查义务之履行状况，并劝告债务人履行债务之全部或一部。

前项调查及劝告，由为裁判或成立调解或和解之第一审法院管辖。

法院于必要时，得命家事调查官为调查及劝告，或嘱托其它法院为之。

第一项声请，征收费用新台币五百元，由声请人负担，并准用民事诉讼法第七十七条之二十三第四项规定。

第一百八十八条

法院为劝告时，得嘱托其它法院或相关机关、团体及其它适当人员共同为之。

劝告履行所需费用，由法院酌量情形，命债权人及债务人以比例分担或命一造负担，或命各自负担其支出之费用。

第二章 扶养费及其它费用之执行

第一百八十九条

扶养费请求权之执行，暂免缴执行费，由执行所得扣还之。

第一百九十条

债务人依执行名义应定期或分期给付家庭生活费用、抚养费或赡养费，有一期未完全履行者，虽其余履行期限尚未届至，债权人亦得申请执行。

前项债权之执行，仅得扣押其履行期限届至后债务人已届清偿期之薪资债权或其它继续给付之债权。

#### 第一百九十一条

债务人依执行名义应定期或分期给付家庭生活费用、抚养费或赡养费，有一期未完全履行者，虽其余履行期限尚未届至，执行法院得依债权人之声请，以裁定命债务人应遵期履行，并命其于未遵期履行时，给付强制金予债权人。但为裁判法院已依第一百条第四项规定酌定加给金额者，不在此限。

法院为前项裁定时，应斟酌债权人因债务不履行所受之不利益、债务人资力状态及以前履行债务之状况。

第一项强制金不得逾每期执行债权二分之一。

第一项债务已届履行期限者，法院得依债权人之声请，以裁定命债务人限期履行，并命其于期限届满仍不履行时，给付强制金予债权人，并准用前二项之规定。

债务人证明其无资力清偿或清偿债务将致其生活显著窘迫者，执行法院应依债务人之声请或依职权撤销第一项及前项之裁定。

#### 第一百九十二条

前条第一项、第四项强制金裁定确定后，情事变更者，执行法院得依债务人之声请变更之。

债务人为前项声请，法院于必要时，得以裁定停止强制金裁定之执行。

前项裁定，不得声明不服。

#### 第一百九十三条

未成年子女抚养费债权之执行，不受强制执行法第一百二十二条规定之限制。但应酌留债务人及受其扶养之其它未成年子女生活所需。

### 第三章 交付子女与子女会面交往之执行

#### 第一百九十四条

执行名义系命交付子女或会面交往者，执行法院应综合审酌下列因素，决定符合子女最佳利益之执行方法，并得择一或并用直接或间接强制方法：

一、未成年子女之年龄及有无意思能力。

二、未成年子女之意愿。

三、执行之急迫性。

四、执行方法之实效性。

五、债务人、债权人与未成年子女间之互动状况及可能受执行影响之程度。

#### 第一百九十五条

以直接强制方式将子女交付债权人时，宜先拟定执行计划；必要时，得不先通知债务人执行日期，并请求警察机关、社工人员、医疗救护单位、学校老师、外交单位或其它有关机关协助。

前项执行过程，宜妥为说明劝导，尽量采取平和手段，并注意未成年子女之身体、生命安全、人身自由及尊严，安抚其情绪。

### 第六编 附则

#### 第一百九十六条

本法施行后，已成立少年及家事法院之地区，原管辖之地方法院，应以公告将本法所定家事事件，移送少年及家事法院，并通知当事人及已知之关系人。

#### 第一百九十七条

除本法别有规定外，本法于施行前发生之家事事件亦适用之。

本法施行前已系属尚未终结之家事事件，依其进行程度，由系属之法院依本法所定程序终结之，已依法定程序进行之行为，效力不受影响。

本法施行前已系属尚未终结之家事事件，依系属时之法律定法院之管辖。

本法施行前已系属尚未终结之家事事件，除依本法施行前民事诉讼法人诉讼编得合并裁判者外，不得移送合并审理。本法所定期间之程序行为，而应于其施行之际为之者，其期间自本法施行之日起算。但本法施行前，法院依原适用法律裁定之期间已进行者，依其期间。

#### 第一百九十八条

本法施行前已系属尚未终结之非讼事件必要处分程序，由系属之法院依本法所定程序终结之；已终结程序之撤销、担

保金之发还及效力，仍应依原程序所适用之法律。

本法施行前法院已终结之家事事件，其异议、上诉、抗告及再审之管辖，依原程序所适用之法律定之。

本法施行前已取得之家事事件执行名义，适用本法所定履行确保及执行程序。

第一百九十九条

家事事件审理细则、本法施行细则，由司法院定之。

第二百条

本法施行日期，由司法院定之。

## 台湾少年及家事法院组织法

2010年12月8日公布,施行日期由司法院以命令定之

### 第一章 总 则

第一条 (立法目的)

为保障未成年人健全之自我成长、妥适处理家事纷争，并增进司法专业效能，特制定本法。

第二条 (少年及家事法院职掌之审判事务范围)

少年及家事法院，除法律别有规定外，管辖下列第一审事件：

一、少年事件处理法之案件。

二、民事诉讼法之人事诉讼事件。

三、非讼事件法之家事非讼事件。

四、家庭暴力防治法之民事保护令事件。

五、儿童及少年福利法、儿童及少年性交易防制条例之儿童及少年保护安置、定监护人事件。

六、台湾地区与大陆地区人民关系条例之遗产继承事件。

七、精神卫生法之停止紧急安置或强制住院事件。

八、身心障碍者权益保障法之保护安置事件。

九、其它因婚姻、亲属关系、继承或遗嘱所发生之民事事件。

十、其它法律规定由少年及家事法院、少年法院、地方法院少年法庭或家事法庭处理之事件。

前项第三款至第十款所生非讼事件之抗告事件，除法律别有规定外，由少年及家事法院管辖。

前二项事件，于未设少年及家事法院地区，由地方法院少年法庭、家事法庭办理之。但得视实际情形，由专人兼办之。

第一项及第二项之第一审事件，由地方法院检察署检察官对应执行职务。

第三条 (少年及家事法院之设置地点)

少年及家事法院之设置地点，由司法院定之，并得视地理环境及案件多寡，增设少年及家事法院分院。

少年及家事法院管辖区域之划分或变更，由司法院以命令定之。

高等法院及其分院设少年法庭、家事法庭。但得视实际情形由专人兼办之。

第四条 (少年及家事法院案件之审理)

少年及家事法院审判案件，以法官一人独任或三人合议行之。

合议审判，以庭长充审判长；无庭长或庭长有事故时，以庭员中资深者充之，资同以年长者充之。

独任审判，即以该法官行审判长之职权。

第五条 (法院之类别、员额及应适用之类别、变更)

少年及家事法院之类别及员额，依附表之规定。

少年及家事法院应适用之类别及其变更，由司法院以命令定之。

### 第二章 法院组织编制及职等

第六条 (少年及家事法院法官之配置、职等、晋叙及法官助理之聘用)

少年及家事法院置法官，荐任第八职等至第九职等或简任第十职等至第十一职等；试署法官，荐任第七职等至第九职等；候补法官，荐任第六职等至第八职等。

实任法官继续服务十年以上，成绩优良，经审查合格者，得晋叙至简任第十二职等至第十三职等；继续服务十五年以上，成绩优良，经审查合格者，得晋叙至简任第十二职等至第十四职等。

少年及家事法院于必要时，得置法官助理，依相关法令聘用各种专业人员充任之；承法官之命，办理诉讼案件程序之审查、法律问题之分析、数据之搜集等事务。

具律师执业资格，经聘用充任法官助理期间，计入其律师执业年资。

第七条 (设置院长及职等)

少年及家事法院置院长一人，由法官兼任，简任第十职等至第十二职等，综理全院行政事务。但直辖市少年及家事法院兼任院长之法官，简任第十一职等至第十三职等。

#### 第八条（少年及家事法庭之设立）

少年及家事法院设少年法庭、家事法庭。

少年法庭得分设保护庭、刑事庭；家事法庭得应法律规定或业务特性，分设专庭。

#### 第九条（设置庭长及职等）

少年及家事法院之庭长，除由兼任院长之法官兼任者外，余由其它法官兼任，简任第十职等至第十一职等或荐任第九职等，监督各该庭事务。

曾任高等法院或其分院、高等行政法院或智慧财产法院法官二年以上，调任少年及家事法院法官，得晋叙至简任第十二职等至第十四职等。

#### 第十条（执行处之设立及人员配置）

少年及家事法院为办理强制执行事务，得设执行处，或嘱托地方法院民事执行处代为执行。

执行处置法官或司法事务官、书记官及执达员，办理执行事务。

#### 第十一条（公设辩护人室、人员、职等之设置）

少年及家事法院设公设辩护人室，置公设辩护人，荐任第七职等至第九职等或简任第十职等至第十一职等；其公设辩护人合计在二人以上者，置主任公设辩护人，荐任第九职等或简任第十职等至第十二职等。

实任公设辩护人服务满十五年以上，成绩优良，经审查合格者，得晋叙至简任第十二职等。

曾任高等法院或其分院、智慧财产法院公设辩护人四年以上，调少年及家事法院之公设辩护人，成绩优良，经审查合格者，得晋叙至简任第十一职等至第十二职等。

具律师资格者于担任公设辩护人期间，计入其律师执业期间。

#### 第十二条（设置司法事务官、职等及年资之采计）

少年及家事法院设司法事务官室，置司法事务官，荐任第七职等至第九职等；司法事务官在二人以上者，置主任司法事务官一人，荐任第九职等至简任第十职等。

具律师执业资格者，担任司法事务官期间，计入其律师执业年资。

#### 第十三条（调查保护室及家事调查官之设置）

少年及家事法院设调查保护室，置少年调查官、少年保护官、家事调查官、心理测验员、心理辅导员及佐理员。少年调查官、少年保护官及家事调查官合计在二人以上者，置主任调查保护官一人；合计在六人以上者，得分组办事，组长由少年调查官、少年保护官或家事调查官兼任，不另列等。

少年调查官、少年保护官及家事调查官，荐任第七职等至第九职等；主任调查保护官，荐任第九职等至简任第十职等；心理测验员及心理辅导员，荐任第六职等至第八职等；佐理员，委任第四职等至第五职等，其中二分之一得列荐任第六职等。

#### 第十四条（书记处之设置、强制执行及提存事务之掌理）

少年及家事法院设书记处，置书记官长一人，荐任第九职等至简任第十职等，承院长之命处理行政事务；一等书记官，荐任第八职等至第九职等；二等书记官，荐任第六职等至第七职等；三等书记官，委任第四职等至第五职等；分掌纪录、强制执行、提存、文书、研究考核、总务、数据及诉讼辅导等事务，并得视业务需要分科、分股办事，科长由一等书记官兼任，股长由一等书记官或二等书记官兼任，均不另列等。

前项一等书记官、二等书记官总额，不得逾同一法院一等书记官、二等书记官、三等书记官总额二分之一。

#### 第十五条（通译、技士、执达员、录事、庭务员、法警之设置及职等）

少年及家事法院置一等通译，荐任第七职等至第八职等；二等通译，荐任第六职等至第七职等；三等通译，委任第四职等至第五职等；技士，委任第五职等或荐任第六职等至第七职等；执达员，委任第三职等至第五职等；录事、庭务员，均委任第一职等至第三职等。

前项一等通译、二等通译总额，不得逾同一法院一等通译、二等通译、三等通译总额二分之一。

少年及家事法院为办理值庭、执行、警卫、解送人犯及有关司法警察事务，置法警；法警长，委任第五职等或荐任第六职等至第七职等；副法警长，委任第四职等至第五职等或荐任第六职等；法警，委任第三职等至第五职等。

#### 第十六条（人事室之组成及人员之职等与职掌）

少年及家事法院设人事室，置主任一人，荐任第八职等至第九职等；科员，委任第五职等或荐任第六职等至第七职等，依法办理人事管理事项。

#### 第十七条（会计室、统计室之组成及人员之职等与职掌）

少年及家事法院设会计室、统计室，各置会计主任、统计主任一人，均荐任第八职等至第九职等；科员，委任第五职等或荐任第六职等至第七职等，依法分别办理岁计、会计、统计等事项。

#### 第十八条（政风室之组成及人员之职等与职掌）

少年及家事法院设政风室，置主任一人，荐任第八职等至第九职等；科员，委任第五职等或荐任第六职等至第七职等，依法办理政风事项。

第十九条（信息室之组成及人员之职等与职掌）

少年及家事法院设信息室，置主任一人，荐任第八职等至第九职等，承院长之命处理信息室之行政事项；信息管理师，荐任第七职等；助理设计师，委任第四职等至第五职等，其中二分之一得列荐任第六职等，处理信息事项。

### 第三章 庭长、法官及其它人员之任用

第二十条（庭长及法官之积极资格与法院人员在职进修义务之规定）

少年及家事法院庭长及法官，应遴选具有处理少年或家事务之学识、经验及热忱者任用之。

前项遴选办法，由司法院定之。

少年及家事法院人员应定期在职进修，以充实其法学及相关专业素养，提升裁判品质。

前项进修得由司法院或其它适当机关办理之。

第二十一条（少年调查官之任用资格）

少年调查官、少年保护官，应就具有下列资格之一者任用之：

一、经公务人员高等考试或公务人员特种考试司法人员考试相当等级之少年调查官、少年保护官、观护人考试及格。

二、具有法官、检察官任用资格。

三、曾任少年调查官、少年保护官、家事调查官、观护人，经铨叙合格。

四、曾在公立或经立案之私立大学、独立学院社会、社会工作、心理、教育、辅导、法律、犯罪防治、青少年儿童福利或其它与少年调查保护业务相关学系、研究所毕业，具有荐任职任用资格。

第二十二条（家事调查官之任用资格）

家事调查官，应就具有下列资格之一者任用之：

一、经公务人员高等考试或公务人员特种考试司法人员考试相当等级之家事调查官考试及格。

二、具有法官、检察官任用资格。

三、曾任家事调查官、少年调查官、少年保护官、观护人，经铨叙合格。

四、曾在公立或经立案之私立大学、独立学院社会、社会工作、心理、教育、辅导、法律、犯罪防治、青少年儿童福利或其它与家事调查业务相关学系、研究所毕业，具有荐任职任用资格。

第二十三条（调查保护室主任之任用资格）

调查保护室之主任调查保护官，应就具有少年调查官、少年保护官或家事调查官及拟任职务所列职等之任用资格，并有领导才能者遴任之。

第二十四条（心理测验员及心理辅导员之任用资格）

心理测验员、心理辅导员，应就具有下列资格之一者任用之：

一、经公务人员高等考试或公务人员特种考试司法人员考试相当等级之心理测验员、心理辅导员考试及格。

二、曾在公立或经立案之私立大学、独立学院心理、社会、社会工作、教育、辅导或其它与心理测验或辅导业务相关学系、研究所毕业，具有荐任职任用资格。

### 第四章 法官以外人员之职务

第二十五条（司法事务官办理之事务）

司法事务官办理下列事务：

一、返还担保金事件、调解程序事件、督促程序事件、保全程序事件、公示催告程序裁定事件、确定诉讼费用额事件。

二、拘提、管收以外之强制执行事件。

三、非讼事件法及其它法律所定之非讼事件。

四、其它法律所定之事务。

司法事务官办理前项各款事件之范围及日期，由司法院定之。

第二十六条（少年调查官及少年保护官之职务及服从监督义务）

少年调查官应服从法官之监督，执行下列职务：

一、调查、搜集关于少年事件之资料。

二、对于责付、收容少年之调查、辅导事项。

三、其它法令所定之事务。

少年保护官应服从法官之监督，执行下列职务：

一、掌理由少年保护官执行之保护处分。

二、其它法令所定之事务。

少年调查官、少年保护官得相互兼理之。

第二十七条（家事调查官之职掌及服从监督义务）

家事调查官应服从法官之监督，执行下列职务：

- 一、调查、搜集关于第二条第一项第二款至第九款事件之资料。
- 二、其它法令所定之事务。

第二十八条（心理测验员之职掌及服从监督义务）

心理测验员应服从法官、司法事务官、少年调查官、少年保护官及家事调查官之监督，执行下列职务：

- 一、对所交付个案进行心理测验、解释及分析，并制作书面报告等事项。
- 二、其它法令所定之事务。

第二十九条（心理辅导员之职掌及服从监督义务）

心理辅导员应服从法官、司法事务官、少年调查官、少年保护官及家事调查官之监督，执行下列职务：

- 一、对所交付个案进行心理辅导、转介心理谘商或治疗之先期评估，并制作书面报告等事项。
- 二、其它法令所定之事务。

第三十条（书记官、佐理员及执达员之服从监督义务）

书记官、佐理员及执达员随同司法事务官、少年调查官、少年保护官或家事调查官执行职务者，应服从其监督。

第三十一条（司法事务官执行职务时少年调查官及家事调查官之协助）

司法事务官执行职务时，少年调查官、家事调查官应协助之。

#### 第五章 司法年度及事务分配

第三十二条（少年及家事法院司法年度起迄日期）

司法年度，每年自一月一日起至同年十二月三十一日止。

第三十三条（少年及家事法院处务规程之订定）

少年及家事法院之处务规程，由司法院定之。

第三十四条（司法事务分配、代理次序及合议审判时法官之配置）

少年及家事法院于每年度终结前，由院长、庭长、法官举行会议，按照处务规程及其它法令规定，预定次年度司法事务之分配及代理次序。

前项会议并应预定次年度关于合议审判时法官之配置。

第三十五条（年度事务分配会以院长为主席及其决议方式）

前条会议，以院长为主席，其决议以过半数之意见定之，可否同数时，取决于主席。

第三十六条（年度中事务分配事项有变更必要时之处理方式）

事务分配、代理次序及合议审判时法官之配置，经预定后，因事件或法官增减或他项事故，有变更之必要时，得由院长征询有关庭长、法官意见后定之。

#### 第六章 法庭之开闭及秩序

第三十七条（少年及家事法院之开庭地点、法庭席位布置、旁听规则）

少年及家事法院开庭，于法院内为之。但法律别有规定者，不在此限。

少年及家事法院法庭席位布置及旁听规则，由司法院定之。

第三十八条（少年及家事法院临时开庭之处理）

少年及家事法院于必要时，得在管辖区域内指定地点临时开庭。

前项临时开庭办法，由司法院定之。

第三十九条（审判长之职权）

审判长于法庭之开闭及审理诉讼，有指挥及维持秩序之权。

第四十条（审判长之职权）

有妨害法庭秩序或其它不当行为者，审判长得禁止其进入法庭或命其退出法庭，必要时得命看管至闭庭时。

前项处分，不得声明不服。

前二项之规定，于审判长在法庭外执行职务时准用之。

第四十一条（审判长之职权）

诉讼代理人、辩护人、辅佐人在法庭代理诉讼、辩护或辅佐案件，其言语行动如有不当，审判长得加以警告或禁止其开庭当日之代理、辩护或辅佐。

第四十二条（处分事由之笔录记载）

审判长为前二条之处分时，应记明其事由于笔录。

第四十三条（受命法官或受托法官执行职务时准用审判长之职权）

本章有关审判长之规定，于受命法官或受托法官执行职务时准用之。



第四十四条 (违反维持法庭秩序命令时之处罚)

违反审判长、受命法官、受托法官所发维持法庭秩序之命令，致妨害法院执行职务，经制止不听者，处三月以下有期徒刑、拘役或科新台币九千元以下罚金。

第七章 司法行政之监督

第四十五条 (少年及家事法院之司法行政监督)

少年及家事法院行政之监督，依下列规定：

- 一、司法院院长监督少年及家事法院及其分院。
- 二、高等法院院长监督少年及家事法院及其分院。
- 三、少年及家事法院院长监督该法院及其分院。

第四十六条 (监督权之限制)

依前条规定有监督权者，对于被监督之人员得为下列处分：

- 一、关于职务上之事项，得发命令使之注意。
- 二、有废弛职务、逾越权限或行为不检者，加以警告。

第四十七条 (监督权之限制)

被监督之人员，如有前条第二款情事，而情节较重或经警告无效者，监督长官得依公务员惩戒法办理。

第四十八条 (审判独立权)

本章各条之规定，不影响审判权之独立行使。

第八章 附 则

第四十九条 (授权司法院订定案件之审理期限)

少年及家事法院之审理，应规定期限，其期限由司法院以命令定之。

第五十条 (准用法院组织法之规定)

本法未规定者，准用法院组织法及其它有关法律之规定。

第五十一条 (准用之规定)

本法于少年及家事法院分院及于未设少年及家事法院地区之地方法院少年法庭、家事法庭准用之。

第五十二条 (预算支应)

少年及家事法院于年度预算执行中成立，其因调配人力移拨员额及业务时，所需各项相关经费，得由移拨机关在原预算范围内调整支应，不受预算法第六十二条及第六十三条规定之限制。

第五十三条 (施行日期)

本法施行日期，由司法院以命令定之。

## 香港法律改革委员会发表《排解家庭纠纷程序报告书》

<http://www.hkreform.gov.hk/chs/publications/rdispute.htm>

法律改革委员会(法改会)今日(三月二十七日)发表《排解家庭纠纷程序报告书》。报告书的研究范围是解决家庭纠纷所可采用的各种不同方法，而重点特别在于调解服务的使用。报告书提出了多项建议，以加强家事调解服务和改善家事诉讼程序。

法改会监护权和管养权小组委员会主席刘健仪议员解释，法改会所提出的多项建议，目的在于淡化家事法律程序的对抗性，以便促进儿童的最佳利益。刘健仪议员表示：「我们相信如果采用调解来解决家事法律程序所涉各方之间的有纠纷事宜，那么各方(特别是子女)所受的感情创伤便可大大减少。有鉴于此，我们建议家事调解的使用应获法庭和政府的大力支持及鼓励。」

就家事调解的支持服务而言，法改会支持家事法庭现时所推行的家事调解试验计划，并建议为调解服务提供便于取用的设施和推动调解服务应属家事法庭制度的不可或缺部分。为配合试验计划下的现有安排，报告书建议向打算离婚的夫妇双方提供由法院主办的免费讲座，以告知他们关于家事支持服务的资料和诉讼以外的其它选择，例如调解服务。此外又应引入辅导会议，其目标是协助离婚双方解决可能会妨碍他们就实际问题(特别是子女的日后管养和探视安排)达成协议的感情纠纷。报告书又建议律师应有责任告知其当事人有讲座、辅导服务和调解服务可供使用。

关于调解员的一般作用，刘健仪议员说：「报告书在这方面所作出的建议，旨在确保香港的调解服务能按照清晰的指引而运作，并有充足的资源来配合，令调解程序完整无缺和服务质素得以保持。」

在此主题之下的建议涉及了调解员的培训、调解员的认可制度、本身亦属律师的调解员或本身亦属社会工作主任的调解员的角色区分指引，以及设立机制容许在调解过程中考虑儿童的意见。法改会又建议调解应可获提供法律援助。

关于家事诉讼程序，刘健仪议员表示：「我们建议采用一个新而精简的法院程序来处理家事案件。这个程序的主要特色是应用案件管理策略以减少延误，因为延误显然并不符合儿童的最佳利益。」

北京理工大学司法研究所主办 上海沪家律师事务所、北京岳成律师事务所协办

改善家事诉讼程序的各项建议包括赋予法官更多权力管理家事法律程序的过程并控制讼费、订立处置涉及儿童的民事案件的目标时间、举行争议事项会议及和解会议以进一步推动双方达成协议，以及订立拟备社会福利报告的目标时间。法改会又建议家事法庭备存更多与儿童有关案件的统计资料，但儿童的私隐应由规管发表无汇报的关于儿童的判决书的实务指引加以保障。报告书赞同采用实务守则，供处理家事案件（特别是涉及儿童者）的律师遵守。

《排解家庭纠纷程序报告书》是法改会就儿童的监护权和管养权所进行的研究而发表的一系列四份报告书中的第三份。第一份和第二份报告书分别是《儿童监护权报告书》和《国际性的父母掳拐子女问题报告书》，法改会已于去年发表。第四份报告书是关于管养权和探视权，预期会于今年稍后时间发表。

《排解家庭纠纷程序报告书》现已印备，欢迎大家向法改会秘书处索取，地址是香港湾仔告士打道三十九号夏慤大厦二十楼。报告书亦已上存互联网，网址：[www.info.gov.hk/hkreform/](http://www.info.gov.hk/hkreform/)完

二〇〇三年三月二十七日(星期四)

## 《排解家庭纠纷程序》(香港法律改革委员会报告书)

法律改革委员会已于2003年3月27日发表《排解家庭纠纷程序报告书》。报告书的研究范围是解决家庭纠纷所可采用的各种不同方法，而重点特别在于调解服务的使用。报告书提出了多项建议，以加强家事调解服务和改善家事诉讼程序。

法改会进行此方面研究的重点是就淡化家事法律程序的对抗性质的方法作出建议，以求促进儿童的最佳利益。法改会认为如果采用调解来解决家事法律程序所涉各方之间的有纠纷事宜，那么各方（特别是子女）所受的感情创伤便可大大减少。有鉴于此，法改会建议家事调解的使用应获法庭和政府的大力支持及鼓励。

就家事调解的支持服务而言，法改会支持家事法庭现时所推行的家事调解试验计划，并建议为调解服务提供便于取用的设施和推动调解服务应属家事法庭制度的不可或缺部分。为配合试验计划之下的现有安排，报告书建议向打算离婚的夫妇双方提供由法院主办的免费讲座，以告知他们关于家事支持服务的资料和诉讼以外的其它选择，例如调解服务。此外又应引入辅导会议，其目标是协助离婚双方解决可能会妨碍他们就实际问题（特别是子女的日后管养和探视安排）达成协议的感情纠纷。报告书又建议律师应有责任告知其当事人有讲座、辅导服务和调解服务可供使用。

关于调解员的一般作用，报告书所作出的建议旨在确保香港的调解服务能按照清晰的指引而运作，并有充足的资源来配合，令调解程序完整无缺和服务质素得以保持。报告书又就下述各者作出建议：调解员的培训、调解员的认可制度、本身亦属律师的调解员或本身亦属社会工作主任的调解员的角色区分指引，以及设立机制容许在调解过程中考虑儿童的意见。法改会亦建议调解应可获提供法律援助。

改善家事诉讼程序的各项建议包括有赋予法官更多权力管理家事法律程序的过程并控制讼费、订立处置涉及儿童的民事案件的目标时间、举行争议事项会议及和解会议以进一步推动双方达成协议，以及订立拟备社会福利报告的目标时间。法改会又建议家事法庭备存更多与儿童有关案件的统计资料，但儿童的私隐应由规管发表无汇报的关于儿童的判决书的实务指引加以保障。报告书赞同采用实务守则，以供处理家事案件（特别是涉及儿童者）的律师遵守。

## 香港法律改革委员会报告书 排解家庭纠纷程序

本报告书已上存互联网，网址：<http://www.info.gov.hk/hkreform/>。2003年3月

香港法律改革委员会（法改会）于1980年1月由当时的行政局任命成立，负责研究由律政司司长或终审法院首席法官转交的有关改革香港法律的课题。

法改会现任成员如下：

梁爱诗女士 GBM 太平绅士 律政司司长（主席）

李国能先生 终审法院首席法官

严元浩先生 SBS 太平绅士 法律草拟专员

白景崇博士

包致金先生 终审法院常任法官

陈弘毅教授

周永健先生

范耀钧教授 太平绅士

胡汉清先生 资深大律师

北京理工大学司法研究所主办 上海沪家律师事务所、北京岳成律师事务所协办

梁刘柔芬议员 SBS 太平绅士

麦高伟教授

法改会的秘书是施道嘉先生，办事处地址为：

香港湾仔告士打道 39 号夏慤大厦 20 楼

电话：2528 0472 传真：2865 2902

电邮：[hklrc@hkreform.gov.hk](mailto:hklrc@hkreform.gov.hk) 网址：<http://www.info.gov.hk/hkreform>

目录

导言

第 1 章 简介排解家庭纠纷程序

对抗程序

谈判及和解

对抗制度及家庭纠纷

调解作为排解家庭纠纷程序

调解的特色

调解与辅导及治疗之间的对比

调解员的功能

调解员在理念上所扮演的角色

对调解员角色的一般误解

调解的优点

调解奏效的因素

显示调解不适用的指标

第 2 章 排解家庭纠纷——香港现时情况

对抗制度——法院的运作情况

离婚的标准程序

家事法律程序非对抗性排解纠纷在香港的发展

早期活动

终审法院首席法官所委任的家事调解试验计划工作小组

我们的谘询文件

试验计划工作小组的建议

家事调解试验计划的推行

在试验计划之下的转介调解程序

试验计划的评估

中期评核报告的研究成果及建议

排解家庭纠纷——何去何从？

第 3 章 英格兰与威尔斯的排解家庭纠纷制度

背景：调解的价值

英格兰与威尔斯

《1989 年儿童法令》

《1996 年家事法法令》

用于家事调解服务的法律援助

《1996 年家事法法令》和调解服务

《司法服务》——伍尔夫报告书

律师会的回应

其它近期发展

结论

第 4 章 澳大利亚与新西兰的排解家庭纠纷制度

澳大利亚

司法管辖权

北京理工大学司法研究所主办 上海沪家律师事务所、北京岳成律师事务所协办

家事法庭的目的和目标  
调解和《司法服务报告书》  
澳大利亚的《1995年家事法改革法令》  
家事法庭的辅导服务  
附属于法院的调解服务  
律师参与调解过程  
调解试验计划的评估(1994年)  
联邦政府资助的家事调解服务——墨尔本市评估(1995年)  
联邦政府资助的家事调解服务——悉尼市的评估(1996年)  
家庭暴力与调解  
家事法庭的家庭暴力政策  
为家事案件提供法律援助  
昆士兰省的法律援助会议  
新西兰  
调停辅导  
辅导服务统筹员  
调解会议  
结论

第5章 改革建议——设于法院的家事调解支援服务

引言  
设立家事法庭工作小组  
设于法院的家事调解试验计划  
我们就设于法院的家事调解服务作出的建议  
关于排解家庭纠纷支持服务的资料  
律师的责任  
讲座  
转介出席讲座  
法院在调解方面的权力  
关于强制性权力的问题  
关于设于法院的调解服务的附加建议  
‘工作小组’须考虑儿童的特别需要  
辅导会议  
支援服务统筹员  
在家事法庭内辟设支持服务的办公地方  
调解个案的甄别和配对

第6章 改革建议——一般家事调解服务

引言  
调解员的培训  
认可  
社会工作主任与调解服务  
其它专业与调解工作  
专家报告  
特权和保密  
法律责任豁免权  
法律意见  
法律援助和调解  
儿童在调解程序中的心声  
子女安排

	教养计划
	强制执行调解协议
	社区调解服务
	认可社区调解服务
第7章	改革建议——家事诉讼程序及相关事宜
	引言
	新的法院程序
	案件管理与和解
	实务指示
	家事法律程序所出现的延误情况
	争议事项及和解会议
	争议事项会议
	家事和解会议
	审前会议
	社会工作主任的报告
	独立专家的报告
	统计资料和研究
	判决书的提供与私隐权
	家事案件的操守指引
	结论
第8章	建议摘要
	附件
附件1	建议用于排解纠纷程序的案件管理及支持服务流程图
附件2	回应《监护权和管养权咨询文件》的个人及团体名单

### 导言

1. 香港法律改革委员会（法改会）所作建议已为影响家庭的香港法律带来关键性的变化。法改会于1991年发表《非婚生子女问题研究报告书》，建议进行改革以规范儿童的法律地位，而有关建议终于1993年透过《父母与子女条例》（第429章）得以落实。两年之后，法改会建议实施新的离婚制度，结果令《婚姻诉讼条例》（第179章）作出重大修改。至于关乎儿童的监护权和管养权的法律，则是未经改变的一个环节。虽然海外方面已有重大发展，香港至今仍是沿用1970年代末期所制订的有关法律。

2. 就像其它的众多司法管辖区一样，香港的离婚率近年不断急剧上升。大家都承认离婚这个法律程序，是会对办理离婚的家庭造成严重影响，而如果要为子女作出安排的话，影响就更为严重，故此某些司法管辖区，例如联合王国和澳大利亚，均已全面修订这方面的法律，而其它的司法管辖区，也正在考虑究竟需要进行什么改革。

3. 1995年4月当时的律政司和首席大法官把监护权和管养权这个课题交予法改会研究，并设定以下的一般研究范围：

“审议关乎儿童的监护权和管养权的法律及就如何作出适当的修改提出建议。”

4. 法改会于1996年5月委出了一个小组委员会，由刘健仪议员担任主席，专责探讨上述课题，并向法改会提交改革建议。小组成员的成员如下：

刘健仪议员 太平绅士 刘健仪律师行独资经营律师

（主席）

苏礼仁法官 区域法院法官

（副主席）

蔡淑音女士 法律援助署助理首席法律援助律师

朱佩莹女士 史蒂文森黄律师事务所合伙人

Robyn Hooworth 女士 调解员

（任期至2001年8月28日止）

洪宏道先生 刘裕丰邝辉南洪宏道律师事务所合伙人

北京理工大学司法研究所主办 上海沪家律师事务所、北京岳成律师事务所协办

梁冰濂资深大律师 大律师

廖雅慈博士 香港大学法律学院副教授

马伟东先生 太平绅士 香港家庭福利会总干事

唐陆思娴女士 社会福利署港岛福利专员 (已退休)

黄丽君女士 大律师

黄丽璋女士 辅导员

5. 小组委员会的首任秘书是薛佳仪女士。薛女士于1999年2月获委任为香港监护委员会的主席，小组委员会秘书一职由颜倩华女士接任。颜女士于2000年4月获委任为法改会的副秘书长。

6. 小组委员会在仔细研究此方面的法律和实际做法的过程之中，认定了多个重要课题进行检讨。这些课题包括法律和法院对儿童的管养权和探视安排的处理方法、父母其中一方或双方去世时子女的监护安排、国际性的父母拐拐子女问题，以及在家事案件中采用另类排解纠纷程序。

7. 小组委员会于1998年12月发表了一份内容详尽的监护权和管养权谘询文件，以探讨这些课题，并作出多项范围广阔的改革建议。在历时3个月的谘询期内收到的意见书共有51份，作出回应者包括了法律界人士、社会工作者、福利机构、青年团体、妇女团体、辅导员、调解员、教育机构、政府部门和个别人士，名单详见于附件2。我们谨在此对曾就谘询文件提出意见的人士表示谢意。

8. 法改会于2002年1月发表《儿童监护权报告书》，此乃本课题所包括的四份报告书的首份。第二份是《国际性的父母拐拐子女问题报告书》，已于2002年4月发表。本报告书是此系列报告书的第三份，内容涵盖了研究范围中与另类排解纠纷方法有关的部分。

本报告书的形式

9. 本报告书的第1章是探讨家事案件中所采用的各种排解纠纷程序，研究重点是调解程序，对调解的主要特色有所阐释，并指出调解与其它排解纠纷程序的不同之处。报告书的第2章介绍家庭纠纷排解在香港的现况，扼要说明有关的法院程序和现有的支持服务，而第3及第4章，则探讨其它司法管辖区所采用的各种排解纠纷模式。

10. 本报告书的第5至第8章，胪列了我们的结论和改革建议。

### 第1章 简介排解家庭纠纷程序

“离婚是人生重要事情，不但影响牵涉其中的男女双方，对子女的成长和福祉也有影响。离婚所造成的家庭纠纷，如果不能圆满解决，是为每一方带来痛苦的。以往家庭纠纷通常是透过诉讼去解决，但在过去20年中，调解已逐渐成为排解纠纷的另类做法。”

1.1 本报告书是研究在香港现行可用的排解纠纷程序之下，与子女管养权和探视权有关的纠纷如何处理。至于法院程序本身和为协助家事法律程序而提供的各种支持服务，我们也会加以探讨。

1.2 在本章中，我们会介绍排解家庭纠纷的各种不同做法，特别是会比较对抗性的诉讼与调解两者的各别主要特色。

对抗程序

谈判及和解

1.3 据民事诉讼方面的研究显示，法律的主要制度不是审讯，而是庭外和解”。因为规避审讯是指望可“造成压力或胁迫力，促使持敌对立场的各方当事人进行和解磋商，并达成协议”。

有一名作者就曾指出：

“由于我们知道在民事诉讼中，大约有95%以和解结案，因此精明的当事人和能干的律师所必须着眼者，便是在这类案件中如何于诉讼程序中尽早达致公平的和解方案。”

1.4 要在对抗制度之下达成和解，律师在与对方谈判期间往往会力图竞争，所用策略带有“我赢你输”的强烈意味。有人曾把这种做法称为“高压谈判”。在这种做法之下，分别代表各方当事人的律师在谈判时往往会不友善地与对手交锋，并避免让各方当事人作面对面的谈判。因此，律师会成为“自己的当事人的主要诠释员，会按出庭时所可能出现的情况来向其阐释何谓公平”。

对抗制度及家庭纠纷

1.5 爱尔兰法律改革委员会 (Irish Law Reform Commission) 在检讨爱尔兰的家事法庭结构时，曾研究过有关对抗做法的各种支持及反对论点，并表示：

“…… 对抗做法，据称凭借盘问和主问程序，是测试证人的证供可信程度的最有效方法。第二，对抗制度减低了审理家事案件时所出现的过度司法干预风险。”

但爱尔兰法律改革委员会继而指出：

“反对在家事法中采用对抗制度的主要论点是，这样做可能会令双方当事人更加各走极端，往往会令法庭无法获得就

例如经济给养和子女管养权等范畴作出知情决定时所需知悉的全部各种事实。”

1.6 我们认为在大部分涉及子女管养权和探视权的案件中，如果律师是积极鼓励父母各持敌对态度，并控制局面令提交法院的文件显得尖刻恶毒，则事态并不符合子女的最佳利益。一名在这方面有著作的作者便曾说过：

“根据任何常理标准，以及从经年累积的研究数据来看，都显示子女需要…… 父母平息双方之间的纷争。故此作为订定离婚后子女教养安排的方式之一，以满意程度和持久性来看，对抗程序肯定排名甚低……。”

另外又有一名作者指出，很多人均认为对抗制度“有碍对不幸的家庭提供协助…… 让这些家庭能适应环境变化，携手合作继续共同肩负责任。” 据我们所了解，就此方面而言，香港的家事法庭在处理关乎儿童的事宜时已采取半查讯式的做法。

调解作为排解家庭纠纷程序

1.7 要减轻对抗制度的负面影响，可鼓励有关人士在最初阶段便采用另类排解纠纷方法，以便只有最棘手的案件才会交由法院审理。 在很多国家之中，对于家事案件来说，调解是较多人乐于采用的另类排解纠纷方法。

调解的特色

1.8 调解的主导理念是假定双方当事人能够达成协议，而可因应个别案情所订立的解决方法是独一无二，不需受既定的法律原则所规管。进行调解时会应用谈判技巧，由调解员推动和引导双方当事人自行谈判。调解过程是不带对抗色彩，调解员主持过程的方式能让双方当事人保持互相尊重的态度，但调解员本身没有作出决定的权力，而基本规则在调解进行前已经议定，以减少调解期间出现冲突。

1.9 家事调解与在对抗制度之下所采用的谈判方式有所不同，它的重点是从互相合作的角度着眼来界定影响双方当事人的事宜，以夫妇所认为公平者为依归，考虑的要点是夫妇的利益而非权利。

调解与辅导及治疗之间的对比

1.10 把调解员、辅导员和治疗师所担当的不同角色加以区分有助于我们的研究工作。公众人士，尤其是律师，往往会混淆三者的不同角色和服务。常见的谬误是假设辅导服务只在一方当事人有意和解时才起作用。另一谬误则是认为调解员的作用一如辅导员。

1.11 这三种服务的特色，在不同的方面确有重叠之处。调解的基本原则，例如建立自主信心、顾及所有家庭成员的最佳利益、同心协力解决问题及公平分配资产，均符合婚姻和家庭治疗的理论和实践方法。对当事人负责、避免情绪受创和公平对待，是治疗员所秉持的部分价值观，而沟通技巧，则是辅导和调解所同样重视的。

1.12 然而，家事调解与辅导或治疗之间是有重大的分别，应该加以区分。罗伯逊（Robinson）曾经指出：

“在辅导和心理治疗过程中，取向往往是透过了解过去经历来处理现况。在家庭治疗方面，重点通常是着眼于现况以求改用新方法来自付未来，而在调解方面，取向则明显是着眼于未来。”

他又补充说明调解员的工作目标是：

“协助夫妇既保留彼此之间的权力亦将之更平均地重新分配，这通常是对子女和钱财而言。至于在心理治疗和家庭治疗方面，心理治疗师和家庭治疗师会一方面协助家庭成员争取更大权力，另一方面则协助整个家庭寻找更有效地共同运用权力的方法。”

1.13 调解的目标与治疗的目标有所不同。治疗（包括离婚辅导）的目标是“帮助个人解决情绪问题，令其生活得更惬意和更有发挥”。调解的着眼点，则是在于作出可同时为双方当事人带来最佳成果的决定。

1.14 两者的过程也各有不同。调解员在过程中所作的评估，旨在拟定策略协助有关人士作出决定；而“治疗师所作的评估，则层面更为广阔，旨在加强有关人士的洞察能力，从而在行动上有所改变。调解给予双方当事人机会，在受控制的环境下宣泄心底的各种忧虑和不满，而这些忧虑和不满是可能会妨碍谈判的，但这样却不会令调解变成治疗。夫妇接受调解，并不是回首往事和处理未有解决的感情问题。（事实上，如果夫妇之间确有这些问题，便可能需由治疗师或辅导员先加开导，直至问题解决之后才进行和解。）正如马利岳（Mariott）和布朗（Brown）所言：

“家事调解本身服务是一个独立过程，很清楚的一点便是受聘提供家事调解服务的人不会有私下提供治疗或辅导服务的想法；而曾受正式训练的家事调解员，也不会把这些角色混淆。”

调解员的功能

1.15 下文所列的是调解员所打算发挥的各种不同功能。 它们可分为程序、沟通和实务三个范畴。

程序方面的功能：

- (1) 与双方当事人一同会晤或分开会晤
- (2) 主导会晤气氛和时间长短
- (3) 主持会晤并维持秩序
- (4) 决定有关事项的讨论次序和如何分类，及

(5) 当其中一方当事人需要时间冷静或不宜继续下去时便中止会晤。

沟通方面的功能:

- (1) 保持开放和畅顺的沟通
- (2) 诠释并传递资讯
- (3) 探讨双方当事人所提出的其它解决方法
- (4) 传达双方当事人对自己所持立场的执着程度
- (5) 传达其中一方当事人对协议的恪守程度, 及
- (6) 在双方当事人之间传送有关大家行踪的信息。

实务方面的功能:

- (1) 决定双方当事人的处事先后缓急次序
- (2) 测试是否符合现实情况
- (3) 纾缓极端立场
- (4) 培养达成协议的习惯
- (5) 评估某项相持不下事宜对其它待决事宜的重要性有何影响
- (6) 确定协议并予以确认, 及
- (7) 监察协议。

调解员在理念上所扮演的角色

1.16 有人曾提出一个较理念化的架构, 来描述调解员这个角色的各个不同方面:

- (1) 沟通渠道开启者。双方当事人可能不习惯开放或自由沟通, 调解员可推动打开沟通渠道并令之保持开放。
- (2) 地位确认者。调解员帮助每一方当事人明白对方有参与程序的权利。
- (3) 程序推展者。调解员订立步骤, 引导大家遵守基本规则, 并担任公证人的角色。
- (4) 教练。调解可以是一个潜移默化的过程, 对那些对谈判这门艺术缺乏信心的当事人进行教育。
- (5) 资源拓展者。调解员会协助双方当事人找出更多和解方案, 并可代为联络外界专家, 例如会计师和律师。
- (6) 问题探究者。调解员会协助双方当事人采用大家满意的有创意策略来解决问题。
- (7) 实事求是推动者。调解员会确保落实和解建议是合理而又切实可行。
- (8) 引领者。调解员会主动采取行动, 令谈判得以继续进行。

对调解员角色的一般误解

1.17 律师普遍对调解员在排解纠纷程序中所扮演的角色有多种误解, 例如:

- (1) 调解员的工作是为双方当事人评估其法律申索的强弱;
- (2) 调解员所扮演的角色是被动的聆听者, 希望以促进诉讼各方互相了解和心有同感的方式来达成和解;
- (3) 调解员是公正不阿的, 所以会敦促每一方当事人各自作出次数相若的让步; 及
- (4) 调解员只着意达成和解, 并不理会和解协议的实质条款是否公平。

调解的优点

1.18 经研究人员识别所得的调解优点 包括有:

- (1) 决定符合经济效益
- (2) 迅速达成和解
- (3) 结果令双方均感满意
- (4) 遵守协议的比率甚高
- (5) 所作的决定可行和能够执行
- (6) 协议内容全面
- (7) 传授有创意的解决问题策略及步骤
- (8) 有较大自主空间和较易推断结果
- (9) 提高个人自主信心
- (10) 调解是双赢策略, 父母双方为子女着想而继续保持友好关系的机会会较大
- (11) 以利益为本的调解协议所达成的和解要比双方各有得失的妥协决定来得令人更感满意
- (12) 经调解达致的和解可维持较长时间, 及
- (13) 尽管世界各地所采用的计划各有不同, 研究结果显示当事人对计划均感到十分满意。

凯利 (Kelly) 的结论是:

北京理工大学司法研究所主办 上海沪家律师事务所、北京岳成律师事务所协办



“调解的真正价值在于能影响配偶之间关系的质素和未来发展方向，特别是夫妇双方在离婚后能否合作，以及能否更实在地体察对方的愤怒心情。”

调解奏效的因素

1.19 调解在下列情况之下是最为有效:

- (1) 双方过去曾经合作一起解决问题
- (2) 双方没有长期积怨亦不曾进行诉讼
- (3) 双方能就某些问题达成共识
- (4) 对于对方的怨恨和愤怒程度只属中等或偏低
- (5) 双方之间依然保持交往
- (6) 双方极之希望能解决纠纷
- (7) 双方接受调解员介入和提供协助
- (8) 有外来压力促使双方和解(时间、胜负难料、利益日减)
- (9) 有足够的资源来促成妥协, 及
- (10) 双方均有向对方施压的余地(奖励或伤害的能力)。

显示调解不适用的指标

1.20 有研究人员指出人们对诉讼和调解在期望上抱有双重标准。托安斯(Thoennes)及皮尔逊(Pearson)有以下的看法:

“人们只期望诉讼能达成和解; 但对于调解——在部分个案中调解只有两小时——却期望它除了能将夫妇关系从极度不和转为相亲相爱地合作外, 还能令当事人收拾极度悲痛的心情, 转而积极地适应离婚后的家庭生活。”

1.21 大家都明白调解并不是能治百病的万应灵丹。调解员也承认不是所有纠纷均适合以调解方式处理, 故此诉讼对于某些类别的个案仍能派上用场, 其中包括了有以下情况的个案:

- (1) 家庭暴力
- (2) 有威胁性的行为并且事后不愿意进行谈判
- (3) 缺乏沟通和信任
- (4) 其中一方处于支配地位而造成权力失衡
- (5) 其中一方不接受分居
- (6) 精神病患纪录
- (7) 酗酒或滥用药物, 或
- (8) 性虐待儿童。

1.22 虽然对于这些棘手的个案来说, 调解也许不是当事人所适宜选择的做法, 但对于很多正在办理离婚并尽力为子女未来作出最好安排的夫妇来说, 调解仍是一种极之合适的做法。在对抗程序之中, 当事人把事情交由律师办理, 自己退居一旁, 最后的结果便是接受一项由第三方(法官)所施加的决定; 调解则不一样, 有余地让当事人自己决定有纠纷的是什么, 各自提出观点, 并基于双方的共同最佳利益而达成自己所独有的协议。

## 第2章 排解家庭纠纷——香港现时情况

“离婚在香港是日益严重的问题。在过去20年期间, 离婚案件数目急剧上升。以1981年来说, ……由夫妇入禀的离婚呈请有2,811宗。在1990年时, 数字已上升至6,767宗, 及至2001年, 更达到13,737宗。根据香港特区政府司法机构所提供的资料, 在2001年所授予的离婚绝对判令有13,425项, 是1981年所授予者(2,060项)的6倍。”

2.1 有研究指出 香港每年所发生的离婚案件总数之中, 约有百分之十是涉及须在法院透过附属法律程序解决的纠纷。研究又指出每年均有款额庞大的公帑是用于协助夫妇寻求离婚的法律援助经费之上。故此, 香港近年已积极推动采用有可能是较为廉宜和快捷的排解家庭纠纷方法, 而调解便是所倡行的主要模式。

2.2 本章首先扼要介绍关于离婚及子女管养权事宜的现有法院程序。在本章的第二部分中, 我们会探讨香港现时可用于协助排解家庭纠纷的非对抗性支持服务。

对抗制度——法院的运作情况

离婚的标准程序

2.3 下文所列出的是办理离婚的法律程序中所通常采取的步骤。须为子女作出的安排显然是这个离婚程序的不可或缺环节。

- (1) 作为申请人的配偶一方向家事法庭登记处提交离婚呈请书, 或配偶双方共同提出离婚申请。
- (2) 凡有呈请书提交, 呈请书须送达作为答辩人的一方, 而答辩人可对呈请书作答。

北京理工大学司法研究所主办 上海沪家律师事务所、北京岳成律师事务所协办

- (3) 在某些情况下可能会有紧急申请提出，要求作出例如临时探视令、管养令或赡养令等的临时命令。
- (4) 誓章可在此阶段提交。
- (5) 离婚事宜会列入法院暂准判令案表内。
- (6) 离婚判令本身通常都是不予抗辩的，但有可能出现关于财产、赡养、管养或探视的争议。如果离婚是不予抗辩的，呈请人会被传召到庭核实呈请书和关于子女安排的陈述书的内容，这会在法庭公开进行，而答辩人可选择是否出庭。如果答辩人出庭，法官会确定答辩人是否拟就法律程序提出抗辩。
- (7) 如果双方已就管养、探视及其它事宜达成协议，法官可批准有关协议，并作出最后命令。
- (8) 要求作出绝对判令的申请，可在暂准判令批出后六星期提出，而绝对判令则大约在此之后两个月发出。

如双方当事人达成协议

2.4 在批出暂准判令之前，法庭必须对关于子女的安排感到满意。（在双方已达成协议的案件中，大家已关注到离婚案表甚长，或者意味着法官并没有多少时间去考虑关于子女的安排，这情况又以双方当事人达成协议而未有社会背景调查报告为法庭拟备者为甚。）

如未有达成协议

2.5 如双方当事人未有就管养权或探视权达成协议，案件会押后至传召出席的日期。在传召出席之时，法庭会就案件就绪受审之前所应采取的步骤作出指示，例如是否需要拟备社会工作主任报告或儿童心理学家的专家报告。

2.6 较为可取的安排是在取得社会工作主任或心理学家的报告后才递交誓章，因为某些案件会因双方当事人决定接纳社会工作主任报告所作的建议而得以和解。

2.7 在下一传召出席之时，法官和双方当事人都可取得有关报告。这份社会福利报告可能需时多月才能完成，是由隶属于社会福利署的保护家庭及儿童服务课（前称监护儿童事务课）的人员之一拟备。社会工作主任会与有关家庭会面，并会在父母分别在场的情况下与儿童见面，然后根据观察所得和所作评估拟备报告。在等待报告完成期间，由于现况会维持不变，所以对没有同住管养权的配偶而言并不公平。

2.8 法庭虽然会向社会工作主任索取报告，但一般来说不会索取精神报告。如果觉得有特别原因需要进行检验，则需要什么专业意见来协助法庭便明显易见，而法庭也可以据此作出适当的命令。

接获社会工作主任报告之后的程序

2.9 有关事宜如在社会工作主任提交报告后获得和解，则法庭可在双方同意之下作出命令；但如仍未和解，法庭会就应提交什么誓章或非宗教式誓词作出指示，并指示有关的社会工作主任或心理学家出庭接受盘问。至于有争议的聆讯，则会在递交誓章日期之后，由法院登记处编定一个双方当事人都感到方便的日期。

审前复核

2.10 《高等法院规则》第 25 号命令就要求作指示的传票作出规定，而这些传票可用于安排审前复核。审前复核或和解会议的作用是安排双方当事人在律师在场或不在场的情况下与法官会面，以协助大家识别确有争议的问题。上述会议也可用于鼓励双方当事人就纠纷达成和解。不过，香港似乎未有利用这个渠道来解决纠纷。法官在此情况中只担当推动者的角色。

有争议的管养权案件

2.11 未能和解的案件虽然只属少数，但双方当事人的怨怼通常较深，而正因子女具有象征意义，所以此类诉讼争持也较为激烈，费时也会更长，以致其中一方可能会在事后拐带子女。管养权争议拖延愈久，子女和其父母所受的创伤就会更深。

更改

2.12 由于法院有司法管辖权确保儿童的福利是首要考虑的事项，因此，即使是经双方当事人同意而作出的管养令和探视令，也可以申请更改。申请更改的理由包括儿童的父母其中一方再婚而令生活安排有变，或儿童年纪渐长而需要作出较为灵活的安排。

家事法律程序非对抗性排解纠纷在香港的发展

早期活动

2.13 这方面最早期的发展工作之一便是香港公教婚姻辅导会于 1988 年推行的婚姻调解及辅导计划。香港社会服务联会的家事法庭工作小组随后于 1989 年建议在家事法庭设置一名法庭调解统筹员，而法改会则于 1992 年建议政府优先向大众推介香港现有的家事调解及调停服务，并考虑在日后扩充和发展这些服务。

2.14 然而，数年之后政府在家事调解方面仍没有多大正式发展之意。反而是有一小撮律师和社会工作者，“因应办理分居和离婚手续的夫妇的需要及所遇到的问题，接受家事调解或排解纠纷方面的特殊训练，并透过自己所受聘的机构或以个人私人执业的形式来提供调解服务。”

2.15 1996年,首席大法官委任工作小组研究婚姻法律程序,于是就香港的家事案件引入另类排解纠纷程序便旧事重提。可惜当时的结论是设立一个附属于法院的调解制度时机尚未成熟,应待“香港拥有相当数目合专业资格的调解员时”才再行考虑这个方案。

终审法院首席法官所委任的家事调解试验计划工作小组

2.16 香港家庭福利会及人际辅导中心均于1997年推行离婚调解服务,而在同年的10月,终审法院首席法官成立了香港家事法诉讼调解试验计划推行工作小组(“试验计划工作小组”)。

我们的谘询文件

2.17 我们于1998年12月就子女的监养权和管养权发表谘询文件,文件中载有多项有关附属于法院的调解服务及一般调解服务的建议(该等服务自然是本报告书的研究对象)。我们就附属于法院的调解服务所作出的建议,与试验计划工作小组所作出的最后建议大致上相同,而试验计划工作小组是于1999年4月发表其报告的。

试验计划工作小组的建议

2.18 试验计划工作小组的建议,令试验计划后来得以实施。该等建议的摘要见于下文。

为期三年的试验计划研究

2.19 工作小组建议推行为期三年的试验计划,测试以调解方式在香港排解婚姻纠纷的成效。

调解讲座及调解服务

2.20 工作小组建议在试验计划之下,应以自愿而非强制形式向诉讼人提供调解讲座及调解会议服务,所以诉讼人不会被强制出席讲座及会议。

关于服务提供者的选择

2.21 工作小组建议让诉讼人从载有合资格的调解员的名单中自行选择调解员。这份名单应包括社会福利署、非政府机构和私人执业的调解员。

经费及服务成本

2.22 工作小组建议应拨款资助社会福利署、非政府机构和私人执业的调解员提供调解服务。此外,工作小组又建议在提供高质素调解服务和确保调解服务具成本效益两者之间取得平衡。

2.23 工作小组建议在试验计划之下免费提供相当数目的调解会议,以鼓励诉讼人尝试使用此项服务。

试验计划的支援服务

2.24 工作小组建议设立一个全职调解统筹主任的职位,由一位全职的秘书和一位书记协助,并且建议调解统筹主任办事处应设于家事法庭内,从而向法律执业者和诉讼人清楚表示法庭对调解服务的全面支持。

2.25 工作小组建议试验计划开始前应有6个月的筹备时间,以便调解统筹主任能制备有关调解的简介单张及筹办活动,以促进家事法庭法官、法律界、法院登记处职员、有关政府部门、社会福利机构和公众人士对调解服务的认识 and 了解。

调解服务的推广——律师须负的责任

2.26 鉴于调解服务的主要转介者预计会是律师,工作小组建议律师应有责任告知其当事人有调解服务可供使用,并将调解统筹主任所制备的有关调解的简介单张交给他们。工作小组建议律师须向法院提交一份名为“调解事宜证明书”的表格,证明已履行上述责任。工作小组又建议“调解事宜证明书”应藉终审法院首席法官发出的实务指示推出。

督导委员会

2.27 工作小组建议由终审法院首席法官委派督导委员会就试验计划的推行提供意见。

试验计划的评估

2.28 工作小组建议在试验计划推行的第二年年底由一独立研究小组进行中期评估,而全面评估则在三年试验期完结时进行。

家事调解试验计划的推行

2.29 工作小组的报告发表之后各项建议旋即开始落实。调解统筹主任办事处于1999年6月成立,地点设于湾仔区域法院。2000年5月,由司法机构拨款支持并负责监察的家事调解试验计划正式推出。

在试验计划之下的转介调解程序

2.30 在离婚法律程序中可能会出现各种不同的情况,下文扼要说明试验计划在这些情况中如何运作。

诉讼展开前

1. 调解统筹主任可能会在诉讼展开前收到来自夫妇其中一方或双方的提供资料要求或转介要求。
2. 如只是夫妇其中一方寻求协助,调解统筹主任会向夫妇另一方发出信件邀请该一方参与调解计划。如另一方愿意尝试让人调解,调解统筹主任便会邀请双方出席调解讲座。
3. 如双方均寻求调解,调解统筹主任会安排双方出席调解讲座,而在此情况下,调解的进行便不牵涉法院。

4. 如另一方拒绝出席调解讲座或之后拒绝尝试让人调解, 调解统筹主任会将此情况告知另一方, 而法院同样不牵涉其中。

已提起婚姻法律程序

1. 当夫妇其中一方谘询律师并决定提起婚姻法律程序时, 律师须:

- (a) 告知呈请人可使用调解服务, 以及调解服务如何可以辅助婚姻法律程序; 及
- (b) 将调解统筹主任所制备的调解简介单张交给呈请人。

2. 为证明律师已有遵守这些规定, 律师在提交离婚呈请书时, 须一并提交已由呈请人和律师签妥的“呈请人调解事宜证明书”。

3. 如呈请人表示有意尝试让人调解而其本人又有律师代表, 上述证明书会由其律师提交调解统筹主任。如呈请人没有律师代表, 上述证明书便会由家事法庭登记处提交调解统筹主任。

4. 调解统筹主任会致函另一方以征询其是否同意参与。如另一方同意, 调解统筹主任会安排双方出席调解讲座。如另一方拒绝出席调解讲座或在之后拒绝尝试让人调解, 调解统筹主任会通知呈请人或其律师。

5. 呈请人或其律师应将呈请书, 连用调解简介单张、签妥的“呈请人调解事宜证明书”和一份“答辩人调解事宜证明书”表格送达答辩人。

6. 答辩人须填写“答辩人调解事宜证明书”表格。如答辩人表示有意尝试让人调解, 登记处会将要求转介调解统筹主任处理, 由调解统筹主任联络呈请人以征求其同意。如答辩人同意, 双方会获安排出席调解讲座。如呈请人拒绝出席调解讲座或之后拒绝尝试让人调解, 调解统筹主任会将此情况告知答辩人。

7. 当没有律师代表的呈请人自行向登记处提交呈请书时, 登记处职员会将调解简介单张连同“呈请人调解事宜证明书”表格交给呈请人。如呈请人表示有意尝试让人调解, 上文所述的程序便适用。

8. 如夫妇双方共同提出申请, 登记处会将“申请人调解事宜证明书”表格交给他们作填写之用。

诉讼展开后

1. 诉讼期间, 任何一方均可向调解统筹主任提交“调解申请书”。如是由其中一方提交申请书, 调解统筹主任会致函邀请另一方参与。如另一方同意, 双方会获邀请出席调解讲座。如另一方拒绝出席调解讲座或其后拒绝尝试让人调解, 调解统筹主任会将此情况通知要求调解的一方。

2. 任何一方申请调解均不会导致法律程序自动搁置。例如, 双方同意离婚, 但在附带事宜上未能达成协议, 他们可一方面继续寻求暂准离婚判令, 而同时透过调解来解决其它问题。在进行调解期间, 仍可编排审讯日期及完成状书的程序。

调解完成后

1. 调解统筹主任应就调解结果向法庭呈交报告。该等报告须以中立的措词撰写, 告知法官——

- (a) 虽然曾寻求调解, 但双方均没有出席调解讲座。
- (b) 一方或双方已出席调解讲座, 但其后没有转介调解。
- (c) 当事人曾与调解统筹主任或调解员会面, 但调解统筹主任或调解员认为本个案不适宜采用调解方法。
- (d) 曾进行调解, 但双方未能解决任何问题。
- (e) 曾进行调解, 而双方已解决了一些问题 (例如, 离婚、管养权和探视权、赡养费、一般财务事宜)。

法官在调解中的角色

2.31 虽然法官可在合适的案件中鼓励夫妇双方尝试让人调解, 但法官在任何时候均应保持中立, 因为如果诉讼人尝试让人调解而结果不成功的话, 法官便要审理有关的案件。因此, 法官不能让人觉得他是在与调解统筹主任共同行事, 亦不能让人基于调解结果而推断他可能偏帮或针对其中一方。

试验计划的评估

2.32 按照试验计划工作小组的建议, 在计划推行至中期之时便有聘请顾问机构作出报告, 就所提供的服务的多个范畴进行评估。评估所针对的问题包括以下各项:

谁曾使用计划?

公众是否知道有此计划?

计划是如何推行?

计划是否有效?

使用者的满意程度有多大?

中期评核报告的研究成果及建议

2.33 调解计划中期评核报告于2002年4月发表, 并公开多项研究成果和作出多项建议。

关于服务使用情况及调解成果的数据

#### 2.34 研究发现:

于2000年5月2日至2001年11月13日期间一共举行了294次调解讲座,透过调解服务而出席这些讲座的人数多达1,670。研究人员的评语是:“出席率相当理想,因为有纠纷的夫妇其实亦可寻求试验计划以外的调解服务,而且很多个案根本并不需要调解。”

出席讲座者中有87.8%在调解统筹主任办事处(办事处)接受初步评定,之后有547宗个案转介调解服务(即约为总数的四分之三):分别由社会福利署(28.7%)、非政府机构(33.8%)及私人执业者(37.5%)处理。在研究进行之时,办事处的名册之上共有55名调解员,来自社会福利署的有两名,来自非政府机构的有29名,而私人执业者则有26名。

个案之中约有60%曾经过初步评定,以决定是否适宜以调解方式处理,并在一个月內由办事处转介调解员处理。在这些个案中,约有75%需要调解员少于三个月的时间来完成调解过程。

在2000年5月2日至2001年11月13日期间,完成调解过程(即经由调解员跟进并结束档案者)的个案共有458宗,其中达成全面协议的有71.4%,而达成局部协议的则有8.5%。

以界别而论,社会福利署的调解员在达成全面协议方面的成功率最高(81%),而且完成一宗有提供调解服务的个案所花的时间也是最少。

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,而不能达成任何协议的也要花6.3小时。平均而言,完成一宗有提供调解服务的个案,社会福利署的调解员要花6.8小时,非政府机构的调解员要花10.02小时,而私人执业的调解员则要花11.45小时。

使用者对试验计划的满意程度

#### 2.35 总的来说,研究指出:

调解能节省使用者的时间和金钱。服务的安排具有效率而且免费;提供服务的是专业人士,并且易于接触;此外,如果能达成协议,那就无须进行诉讼。

调解对使用者具有教育作用,让他们学习如何以有建设性的方法来处理离婚问题。

一经达成协议,调解即可纾缓双方当事人之间的紧张关系。若能达成协议,消除不明朗的局面,夫妇之间的紧张关系会变得缓和,令大家较为容易保持交往,这对于共同教养子女来说是有帮助的。

调解可使双方更易于就离婚相关事宜展开对话。部分使用者表示,调解员能帮助他们在比对没有调解员在场的情况下,较为无拘无束和没有对抗性地面对配偶而表白自己的看法和处境。

#### 2.36 至于使用者对调解服务满意与否,研究也有列出各种数据。

受访者中差不多有80%表示对所获提供的调解服务感到“满意”或“非常满意”。

受访者中有超过60%同意自己能透过调解以平和合理的态度与配偶讨论有争议的事项。

受访者中有超过80%表示自己的调解员在提供调解服务的过程中能保持中立无偏。

在被问及其调解员可有代为作出决定时,差不多所有受访者均答称没有。

公众对调解服务的认识

2.37 为找出公众对试验计划的认识有多少,研究人员进行了两次意见调查:第一次是在2000年9月进行,受访人数有828人,第二次则在2002年1月进行,受访人数有915人。关于以下所提出的各项问题,研究人员的发现如下:

有多少人对于家事调解试验计划有认识和他们是如何得知有此计划?在第一次调查中,研究人员发现受访者中约有25%曾听闻有此计划。在第二次调查中,数字却下降至21.1%，“大抵反映了在该段期间,试验计划的宣传已经逐渐减弱。”

传媒在试验计划的推广方面显得十分重要。曾听闻有此计划者大部分都是透过电视或电台而得知(在第一次调查是73%,而在第二次调查则是69%),又或者是透过报章或杂志而得知(在第一次调查是38%,而在第二次调查则是33%)。研究人员指出“在两次调查当中,只有少部分受访者是透过社会服务机构或法律专业人员而知悉有此计划。”

公众对家事调解与家事诉讼的感觉有何不同。在第一及第二次的调查中,分别有68%及75.2%的受访者相信家事调解比家事诉讼更能节省时间。两次调查中分别有差不多74%及81.1%的受访者相信家事调解可减少费用。

在第一及第二次调查中分别有61.6%及68.6%的受访者相信家事调解对家庭关系所造成的伤害较诉讼为轻。两次调查中各有71.3%及80.3%受访者相信家事调解可给予正在办理离婚手续的夫妇双方更多机会,在排解纠纷程序中道出自己的看法和所关注的事项。一般人所相信的是“有争执的夫妇在调解员在场时与对方会有较好的沟通”(在第二次调查中,持此信念的受访者有70%,而不以为然的则少于10%)。

在第一次调查中,相信经家事调解而达成的协议是可持续履行的占受访者人数少于一半(47.8%),而在第二次调

查中,相信情况如此的则仅多于被访者的一半(53.6%)。

在另一方面,研究人员有以下的评语:“诉讼是對抗性的程序,往往会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。”与家事诉讼相比,在第一及第二次调查中分别有62.9%及约70%的被访者相信家事调解有助正在办理离婚手续的夫妇双方和衷合作,履行为人父母的责任。

第一次调查中差不多有80%的被访者选取家事调解而非家事诉讼作为解决离婚所产生的纠纷的方法,而作此选择者在第二次调查中占被访者的86%。“在第一及第二次调查中分别只有6.6%及2.8%的被访者持不同看法。”

与此正面评价一致的便是“在两次调查中,绝大部分被访者均同意应进一步推广家事调解,作为解决家庭纠纷的方法之一。”对服务表示支持的在第一次调查中有85.6%,而第二次调查中则有97.8%。

至于应否进一步推广家事调解此一问题,研究人员的评语如下:“这些成果非常正面,表示了公众一般而言是接纳以家事调解作为排解离婚争执的另类方法。这些成果也表示出对试验计划的支持已随着时日而有所增加。”

试验计划的可行性

2.38 研究的结论是有力证据显示,家事调解在香港是排解家庭纠纷的另一可行选择。基于此故,研究建议政府考虑继续拨款,长期资助家事调解服务计划。

自愿性抑或强制性

2.39 研究指出虽然调解员群中有人赞成调解应属强制性,但这样有违是项调解服务的自愿性质,所以有必要对问题详加考虑。不过,研究建议应规定婚姻案件中的法律援助申请人必须到调解统筹主任办事处出席调解讲座。

服务所用名称

2.40 研究发现调解服务所用名称有待商榷,因为服务有时似乎被人误会为婚姻问题调停服务,故此研究建议更改服务现有名称,以免招人误会。

甄别个案

2.41 研究建议甄别个案的程序和调解统筹主任在此程序中所扮演的角色需再作研究。这样做可确保甄别个案以纳入服务范围的做法不致过于来者不拒,因为这样会有吸纳甚多不适合接受调解服务的申请人的风险。

服务模式多元化抑或单一化

2.42 研究指出不同的服务提供者(计为分别来自社会福利署及非政府机构的调解员及私人执业的调解员)对不同类别的使用者有不同的吸引力,所以建议维持现有的“多元化”服务模式,而不采用由某一类服务提供者控制整项服务的单一化服务模式。

2.43 研究又建议不管夫妇当初有否选择接受调解,在整个离婚程序和附属法律程序中,夫妇仍然有权随时选择接受调解。

避免调解员与法律援助律师两种角色之间发生冲突

2.44 研究人员认为家事调解员与代表诉讼人的法律援助律师之间的“各说各话”可能会产生问题,因为律师的工作往往会与调解员的工作有冲突。有见及此,研究建议就获得法律援助的当事人而言,串行的服务模式(即当事人在获提供法律服务之前要先进行调解)要比同时提供两种服务的做法可取。

服务收费

2.45 研究发现提供完全免费的调解服务可能并非最符合使用者的利益,而酌量收费其实是可以接受,而且可能会令服务使用者更有动机去善用服务。故此,研究建议如果是长期推行家事调解,则可为有能力负担服务费用的使用者订立收费机制。

排解家庭纠纷——何去何从?

2.46 从上文的讨论可见非对抗性的家庭纠纷排解方法,特别是经转介而提供的调解服务,现已在香港成为强而有力的发展方向。在本报告书的余下各章之中,我们会探讨如何使这个新近出现的做法精益求精,特别是会探讨这个做法如何与对抗性的家事诉讼程序互相接壤。

### 第3章 英格兰与威尔斯的排解家庭纠纷制度

“作为一种非对抗性排解纠纷程序,主导家事调解的假设是正在办理分居及离婚手续的夫妇是可以透过自行谈判而达成对双方均属公平的协议。家事调解近年来已获大家接受,实行家事调解的国家数目也日渐增加……。”

3.1 我们曾在谘询文件中仔细探讨了多个不同司法管辖区所采用的非对抗性排解纠纷方法,其中包括了英格兰、澳大利亚与新西兰、加拿大与美国、中国内地、日本与新加坡。在本报告书中,我们的研究重点是英格兰与威尔斯的排解纠纷制度,而在下一章中,研究重点则是澳大利亚与新西兰的排解纠纷制度,因为我们的最后建议有部分是这些制度的某些特点为基础的。

背景:调解的价值

3.2 在探讨这些海外模式之前，再次重申我们已在第1章中扼要介绍的调解程序目标是有帮助的。柏嘉（Parker）及柏坚逊（Parkinson）注意到调解鼓励夫妇直接沟通，也鼓励他们商议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，则调解对他们而言可有一定帮助。夫妇如未能“在感情上离婚”，便会“继续纠缠不休，所造成的恶果，不但影响自己，而且还祸及子女”。

3.3 柏嘉及柏坚逊强调需要早日干预，因为“研究结果清楚显示，如未能在开始阶段就探视权达成协议，那么待到子女与已离家的父亲或母亲中断联系后才订立定期探视安排便会更加困难。”另一项研究发现，父母在分居时所订的安排，通常都决定了日后的安排会是如何。柏嘉及柏坚逊建议在双方当事人等待批给法律援助或编定法院聆讯日期期间便应进行调解。他们总结说：

“理想的做法是（调解）与法律意见应同步提供，以收相辅相成之效，使正在办理分居和离婚的夫妇能得到最大的帮助”。

3.4 上述两名作者又指出由于调解员立场中立，且明显地能从专业角度来看整个家庭以处理问题，所以关乎子女的需要和感受的建议，如果是由调解员提出，会较易为子女的父母所接受。

3.5 戴维斯（Davis）表示，引进由法院安排的正式调解约晤服务至为重要，因为有关程序“明确体现了法院致力谋求和解的处事取向”。其它评论家则指出不应只视调解为迅速处理纠纷的方法。由于大部分案件最终都会以和解收场，评估调解的成效时，着眼点应为调解对离婚和解协议订立所需时间和协议本身质素的影响。

英格兰与威尔斯

《1989年儿童法令》

3.6 英格兰的家事法，尤其是自《1989年儿童法令》（1989 Children Act）实施后，“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。”把问题重点改置于双方性格不合而非归咎过错是较有可能促使双方进行谈判的。上述转变理论上应可令到若情况维持不变对抗制度便要处理的有争议案件数目有所减少。

3.7 英格兰制度的重点是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。关于子女的安排，预期是应在离婚令申请或作出之前订立。事实上，一旦有这些安排作出，亦即证明婚姻已破裂至无可挽救了。

实务指示

3.8 为了反映《1989年儿童法令》的修改，当局在1992年发出实务指示，规定区域法院法官于考虑为儿童所作的安排时，可随时指令双方当事人出席“调停”约晤。根据实务指示的条款，区域法院法官与双方当事人及其法律顾问一同出席约晤。如纠纷未能于在区域法院法官和福利工作人员在场的首次会议席上解决，双方当事人便单独再次与福利工作人员会晤。如调停失败，实务指示规定：

“区域法院法官可发出指示（包括订定日程表），以安排早日聆讯和处理有关申请。在这类案件中，区域法院法官和法院福利工作人员不会进一步介入该宗申请。”

3.9 如调停约晤已经结束，一直负责考虑为儿童所作的安排的区域法院法官便会发出证明书，以证明法院已有遵从《1973年婚姻诉讼法令》（Matrimonial Causes Act 1973）第41条。

特别程序的影响

3.10 在特别程序制度之下，不予抗辩的离婚案中即使双方当事人没有出庭，也可获判离婚，而大部分离婚呈请都是通过这制度得以处理解决。

3.11 在早期之时也有采用儿童约晤制度，以便能全面调查儿童的教养事宜。不过，有关儿童约晤的条文，其后却在《1989年儿童法令》的附表中废除了。现时审查为儿童所作的安排时，都是以非公开形式进行，“是由权力大受约束的区域法院法官进行审查，并几乎每次都是在双方当事人或其代表缺席的情况下进行”。

《1996年家事法法令》

3.12 大法官办公厅（Lord Chancellor's Department）在《前瞻——调解与离婚理由》（Looking to the Future - Mediation and the Ground for Divorce）白皮书中，提出下列改革建议：

- (1) 应引入“无过错”、“需要时间处理”的离婚程序；
- (2) 应透过强制性的离婚讲座来提供更多有关离婚程序的资料；
- (3) 夫妇应采用调解而非诉讼方式来解决彼此之间有关离婚和附带事宜的纠纷；
- (4) 接受法律援助的夫妇须采用调解服务；但属于例外类别（例如暴力）者除外；及
- (5) 获得法律援助的当事人只可获提供有限的法律意见，且不会获提供法律代表，因为其纠纷可透过调解来解决。

3.13 《1996年家事法法令》（Family Law Act 1996）的构思是在于实施白皮书所载的建议。法令第I部处理法例的一般性原则，第II部处理对有关离婚和分居的实体法所作的修改，而第III部则对《1988年法律援助法令》（Legal Aid Act

1988)作出修订,以纳入为家事调解服务提供法律援助的新订条文。

3.14 尽管法例是在1996年7月制定,但实施的时间表预计会在很久之后。这是因为需要预留时间进行各种关于讲座和调解服务的试验计划,并对其成效作出评估。第一项关于讲座的试验计划于1997年6月分别在五处地点推行,而更多的试验计划则相继于1997年10月及1998年1月推行。

讲座

3.15 《1996年家事法法令》第5条规定,一方或双方当事人必须先提交婚姻破裂声明,然后其婚姻才会被视为已破裂至无可挽救。

3.16 法令第8条规定,提交婚姻破裂声明的一方必须于作出声明前不少于三个月出席强制性的讲座,而另一方如拟就家中子女向法院提出任何申请或就任何申请提出争议,也必须先出席讲座。

3.17 计划的其它详情是打算载于附属法例,而有关的规例会指明在根据第8条举行的讲座中,双方当事人会获提供关于以下各方面的什么资料:婚姻支持服务、儿童福利的重要性、调解服务、可获提供的独立法律意见、法律援助,以及离婚程序。有关的规例也订明双方当事人会有机会在讲座结束后与婚姻辅导员会晤。

3.18 在家事法法令计划之下,双方当事人会透过三个可能途径收到有关的资料:上文所提及的第8条所订明的讲座、律师及可转介双方当事人出席关于调解的讲座的法院。此处所述的讲座与第8条所订明的讲座不同,其作用近似调解服务初步接见之前的初步会议,目的在于“向双方当事人解释可供采用的调解设施,……并提供机会让双方当事人协定采用这些设施”。

用于家事调解服务的法律援助

3.19 在英格兰,调解服务已被视为离婚和子女案件的较可取排解纠纷方法。由于此类案件已有好一段时间占用了法律援助预算经费中的不成比例部分,所以大法官(Lord Chancellor)在一份关于法律援助的绿皮书中建议,调解服务的提供者有资格取得法律援助服务合约。当局的打算是从法律援助的诉讼经费中拨款作为此计划的经费。

“政府确实认为,……对于解决大部分家事案件所衍生的问题,家事调解服务是较为适合且更为有效,尤胜于由律师代表进行谈判或通过诉讼解决。”

拒绝进行调解

3.20 调解并非强制性,但法律顾问必须把拒绝进行调解的可予接受理由记录在案。可予接受的理由会在指引中列明,其中包括了涉及家庭暴力或照顾令的案件。因此,“断然拒绝进行调解不会当作是一个好理由。如果当事人不能为自己选择拒绝进行调解的决定提出理由,(法律援助)律师是不能代表他的。”采用这种做法是因为研究显示,通常最少有一方在开始时是甚至拒绝考虑进行调解,但他们一旦到访调解机构,得到专人解释调解如何运作式和有何优点后,便会改变主意,最少也会愿意尝试进行调解。”

《1996年家事法法令》和调解服务

3.21 与调解服务有关的条文是载于法令的第三部。1996年法令第27(3)条规定,除非“调解员认为有关的纠纷和双方当事人以及案件的所有情节,都适宜采用调解”,否则不得批给用于调解服务的法律援助。法令又规定不得批给某人法律代表服务,除非该人已与调解员会面,以决定他是否适合进行调解,如属适合者,则调解员会“协助该名申请法律代表服务的人决定是否改为申请调解服务”。有关的例外情况为根据《1989年儿童法法令》中处理保护的条文而提起的法律程序。第28(3)条规定,接受法律援助的人必须分担调解费用。

3.22 用于家事调解服务的法律援助有不少细节是由规例订明的。有关的规例规定,调解员在提供调解服务前,应先评估当事人的经济状况。尽管调解员与当事人之间有保密权存在,但这并不阻止调解员向法律援助局披露他曾向接受法律援助的人提供的任何有关调解的资料,以协助该局履行其职能。

3.23 法令规定为提供调解服务而订立的合约,应规定调解员遵从实务守则。调解员必须:

“作出安排以确保双方当事人受到推动而考虑:

(a) 每名子女的福利、意愿和感受;及

(b) 应否和在什么程度上给予每名子女机会在调解进行时表达其意愿和感受。”

《司法服务》——伍尔夫报告书

3.24 在英格兰,建议对排解家庭纠纷制度和法律援助制度作出的变革,是与建议对法院民事司法制度作出的变革相辅相成。

3.25 伍尔夫勋爵(Lord Woolf)发表了一份有关英格兰与威尔斯民事司法制度的中期报告书,他在报告书中批评现有法院制度不平等、费用高昂、缺乏明确性、进度缓慢、程序繁复零碎,以及对抗意味浓。他指出“关键问题是讼费、延误和程序复杂,这全都是因诉讼程序不受控制而造成的。”



3.26 尽管伍尔夫勋爵在其中期报告书中并无特别针对家事法庭制度的改革事宜，但他所建议进行的改革对于案件管理以及另类排解纠纷制度的提供和推广，都有相关意义。首个相关的建议是：

“如在法院以外有令人满意的另类排解纠纷方法，而且采用这种方法对诉讼人有利，则法院应该鼓励采用这种另类方法。为此，有关人员和司法机构都必须知道现时有哪种另类排解纠纷方法可用和可以收到什么成效。”

3.27 伍尔夫勋爵承认“另类排解纠纷方法对双方当事人和法院都有重要价值；对双方当事人而言是能早日解决问题和节省费用；对法院而言则是能节省资源”。他的目标包括以下各项：

(a) 如果这样做是合理的话，双方当事人应在诉诸法律之前解决彼此之间的纠纷；如果诉讼是无可避免，则进行诉讼也是希望能早在适当阶段鼓励进行和解；及

(b) 如果是有适当的另类排解纠纷机制，可以更经济和更有效率地排解纠纷，则应鼓励双方当事人在展开或继续进行法律程序之前先使用该机制。

#### 法律援助

3.28 伍尔夫勋爵承认，另类排解纠纷方法并无法律援助可用，可能是较少人采用此方法的原因。他提议在发出法院的法律援助证书之时，如果是有另类排解纠纷计划的话，应该考虑使用该计划。

3.29 在其名为《司法服务》的最后报告书中，伍尔夫勋爵建议应为诉讼前排解纠纷服务和另类排解纠纷服务提供法律援助经费，并规定双方当事人须在案件管理会议上和审前复核时表明曾否讨论采用另类排解纠纷方法的问题。如没有的话，理由为何；如有的话，结果又如何。如诉讼人不合理地拒绝尝试采用另类排解纠纷方法，法官在决定日后如何处理案件时，应可将此点列为考虑因素之一。此外，法官也应考虑，双方当事人在采用另类排解纠纷方法的过程中，是否有不合理的行为。

3.30 伍尔夫勋爵承认，律师或许将采用另类排解纠纷方法的提议视为示弱的表现。因此，他鼓励法官向双方当事人示意采用另类排解纠纷方法或可节省可观的讼费，但这只限于双方当事人未有谈及另类排解纠纷方法的情况。至于应否将不合理地拒绝采用另类排解纠纷方法列为决定讼费数额的考虑因素，伍尔夫勋爵认为需作谘询始可有定论。此外，他在最后报告书中提议，判付讼费的命令，不应单是反映法律程序的结果，也应反映双方当事人或其法律代表处理案件的方式。

3.31 其它的建议包括大法官和法院服务处应视向公众推广另类排解纠纷方法为其责任之一。伍尔夫勋爵的报告书强调，有需要令有关制度更为切合诉讼人的需要。为此，有关方面可透过单张、录影带、电话热线和资讯科技，为诉讼人提供更多资料。法院人员应向诉讼人提供关于如何处理其案件的资料和协助，而对于诉讼人的需要，也会持续进行监察和研究。

#### 律师会的回应

3.32 英格兰律师会 (English Law Society) 同意如果进行调解是既符合成本效益而又不损害公众信心，那么规定双方当事人考虑在诉诸法律之前进行调解，也是正当的做法。

#### 对司法服务的限制

3.33 律师会认同“国家是有责任提供具权威性的排解纠纷途径，但这未必表示所有纠纷都可全无限制地通过法院解决。”不过，律师会认为限制必须是施加于全部有可能成为诉讼人的人，而非单是施加于接受法律援助的人。律师会觉得这才可确保所有人都有均等机会获得司法服务，免得另类计划沦为只有穷人才采用的次等另类方法。不过，公平的原则是人人都享有均等机会和选择权，所以为确保公平起见，强制性调解是不能接受的。

#### 由律师达成和解

3.34 律师会吁请当局推行更多措施，以促使当事人可早日达成和解。律师会在为律师辩护时指出，如果律师只顾图利，他们便不会在 95% 的案件中达成和解，尽管和解是在后期才达成。律师会承认，在案件即将开审前才和解尤其欠缺效益，因为除非编定的审讯期长达数周，否则可省却的讼费其实并不多，因为仍要支付聘请律师的费用和专家的解约费。

#### 附属于法院的调解服务

3.35 律师会对于伍尔夫勋爵未有就设于法院的调解试验计划作出具体建议表示失望。律师会认为除非有更多有关另类排解纠纷方法的研究资料，并有更广阔的调解员网络，否则法官是无从对诉讼人拒绝采用另类排解纠纷方法作出正确评估的。律师会建议当局适当拨款，以推行附属于法院的调解服务试验性计划，从而“累积足够经验，以说明可以得到什么好处”。

#### 其它近期发展

##### 《1996年家事法法令》第II部

3.36 2001年1月大法官宣布 尚未实施的《1996年家事法法令》第II部，未能达致政府挽回婚姻或协助正在办理离

婚手续的夫妇在怨恨减至最少的情况下解决其问题的目标。该项宣布表示政府会基于此故提请国会适当之时废除法令的第Ⅱ部。

3.37 我们在本章上文已指出,《1996年家事法法令》第Ⅱ部的条文是旨出更改关于离婚的安排,以便可引入无过错、“需要时间处理”的程序来代替现有的制度。不过,政府现时的结论却是“第Ⅱ部所载的复杂程序可能会令人在决定如何为未来作安排时遇到严重延误及难以预料的情况。”政府所关注者是这类延误并不符合夫妇或其子女的最佳利益。有报道引述大法官之言如下:

“法令的复杂程度可能会令离婚程序出现很多难以预料的情况,这对于身处困境和情绪激动的家庭来说并无帮助。”

讲座

3.38 法令第Ⅱ部的重心所在是根据法令第8条建议举行的强制性讲座。举行这些讲座旨在(但事实证明这想法也许是不切实际)达到双重目的,那就是帮助夫妇挽救婚姻或在困扰和怨恨减至最少的情况下结束婚姻。关于这方面,该项宣布说:

“试验计划在两年期间曾测试过不同类型的讲座,但研究的结果是六种讲座模式之中,没有一种能胜任在全国各地实施第Ⅱ部条文的工作。”

3.39 研究指出,虽然出席讲座者都重视资料的提供,但在英格兰所试验推行的讲座模式,对于帮助大部分人挽回婚姻(这是讲座所强调的目标之一)并不奏效,因为举行讲座之时已为时太晚了。有证据显示讲座会令那些对自己的婚姻尚未有明确想法的人倾向于选择离婚。曾进行试验的讲座模式的其它缺点如下:

“这些讲座欠缺灵活性,不能为人提供切合其个人需要的资料。除此之外,在大部分案件之中,出席讲座者只有入禀申请离婚的人,但如果要有成效,婚姻辅导、和解式的离婚方法和调解都需要双方愿意参与其事。”

3.40 至于前瞻方面,该项宣布表示:

“政府会根据研究所得的证据,研究怎样才最能在出现关系问题的家庭(特别是有子女的家庭)有需要之时,向该等家庭提供其所希望得到的资料和支持。”

由公帑资助的家事调解服务

3.41 除了就讲座进行的试验研究,另外还有一个由英格兰法律服务委员会(English Legal Services Commission)(即前法律援助局)委托进行的研究计划。此研究计划是监察家事法法令改革中关于调解服务的一环,目标共有多个,其中包括了决定:

透过英格兰可用的各种提供服务安排而外判由公帑资助且质量有保证的家事调解服务的好处和成本效益之间的比重;

支持由公帑资助的家事调解服务所需的质量有保证法律意见所应达到的水平,并决定提供这项服务的最具成本效益安排是什么;

提供由公帑资助的调解服务及支持用的法律意见与现有安排比较,对于受助人和纳税人来说,好处和成本之间的比重。

3.42 研究以所测试的特定英格兰调解服务环境为基础,公布了一系列内容广泛的研究结果。这些结果扼要述明如下:个案类别

转介至调解服务提供者的个案中有85%是涉及子女安排,有33%则含有经济或财产纠纷的成分。由非牟利服务负责处理的个案绝大部分都是关于子女的纠纷,而律师所负责处理的则主要是经济问题。

在这项英格兰研究之中,有70%的调解个案是经由律师转介(一些有律师是因为法例规定要这样做,也有一些律师是出于自愿),有12%是经由法院转介,而余下(18%)的则是自我转介。

由“初步接见”(即初步转介)转化为确实接受调解者:

源于根据第29条作出的转介——30%

其它律师作出的转介——61%

法院作出的转介——65%

自我转介(通常都是一方单独行事)——52%。

在这项英格兰研究的特定条件之下,政府拨出公帑资助调解服务看来对调解服务的工作量并无即时影响。法例规定法律援助申请人须探讨进行调解的可能性,这的确令到转介至调解服务提供者的个案(即“初步接见”个案)数目大大增加,但整体来说,真正进行调解的个案数字只有轻微增长。

调解所得经验

大致上来说,受访者对调解的经验均属正面。研究发现在与子女事宜有关的问题上,非牟利组别的得分会比较高,而牟利组别则会在经济纠纷方面得分较高(特别是就调解员的谅解态度而言)。

关乎子女事宜的调解工作是令客户甚感满意的一环(有35%认为调解“非常有用”;另有35%认为调解“相当有用”;51%觉得调解员“非常明白”其处境,另有27%认为调解员“相当明白”其处境;有71%表示会向其它面对子女纠纷的人推介调解服务)。

虽然大多数个案都有出现“害怕暴力对待”的情况,但这害怕之心看来大部分可以透过调查得以消除。女性对于调解经验的反应大致上比男性的更要正面一些。

#### 调解程序

参与研究的调解员似乎接受由调解员决定个案是否适合进行调解这个原则,而双方当事人愿意参与又几乎等同于个案适合进行调解。研究发现由于初步接见的约晤通常都只有一方当事人到场,所以关于个案是否适合进行调解的判断,在该阶段来说只能算是临时的判断。

在这项英格兰研究的个案中,大约有50%的调解经验(有别于“初步接见”)仅限于一次调解会议。余下个案中有大部分是有两至三次调解约晤。研究人员的评语是这个模式大抵反映了进行调解的个案主要是“只涉及子女”,而这类个案似乎大部分都只需要一次会议来处理。

调解程序的性质是强烈地受到所须讨论的问题影响。就财产/经济而进行的调解与就子女问题而进行的调解之间分别之大,每每令人也搞不清处理这两类个案所需的技巧是否属于同一类别。

家事调解员应对双方当事人一视同仁,而且对调解的结果保持中立。人们又以为家事调解员要尽量纠正双方当事人之间的权力失衡和维护儿童的福利。(研究人员指出这些目标在逻辑上是互相矛盾的。)调解员一般都避免直接表达意见,但在与儿童有关的纠纷中,就必须划定“不得逾越的范围”。

研究的个案之中,子女有出席调解会议或调解员有会见子女的一个也没有,但关于子女前景的例行讨论倒是有的。至于调解员对孩子前途的重视程序有多大,或视孩子前途为双方当事人达成协议的关键因素的程度有多大,则人人不同。

研究人员发现英格兰的调解服务组别在运用各种专门技术之上似乎有困难。研究人员评论说这对于发展一致的服务来说是有影响的。他们又指出:“如未能达成协议便发出终止调解服务通知这种做法,有必要再作探讨……因为似乎并无着力与双方当事人一同研究日后做法能作何选择。”

#### 调解协议比率

就英格兰的调解服务组别来说,研究人员发现对欣赏调解服务这种“较软性”的测度方法有正面反应,不一定会转化成为达成协议这种“硬性”的测度方法。研究人员评论说:“这不是说调解服务未有作出宝贵贡献。‘协议’明显地是一种有或没有的测度方法,把它应用于比较短暂的问题(例如子女与非同住父或母的联系)介入之上可能并不恰当,因为要解决问题必然需持续进行谈判。”

#### 政府为每宗调解个案所支付的费用

这项英格兰研究发现在试验计划推行期间,委员会就每宗调解个案支付给调解服务提供者的费用变幅极大。“付给非牟利的调解服务提供者的标准费用是每宗调解个案700英镑,而付给牟利的调解服务提供者的标准费用则是每宗调解个案约1,200英镑。在受我们监察期间,非牟利的调解服务提供者对每宗个案的收费是倾向于低于牟利的调解服务提供者。”研究人员评论说在试验计划过后,每宗个案的调解费用可能会下调,而所有调解服务提供者也会划一收费。研究人员表示,这主要是“由于我们预期政府不会一如感到理应对待调解服务的先驱者般而愿意投下大量金钱来换来数量不多的个案。”

#### 调解服务对法律援助申请的影响

研究人员有以下的看法:“如果我们所着眼的问题只是调解服务对所发出的法律援助证书有何影响,调解服务乍看之下似乎是有造成影响,但一俟采用方法更正了不同类别个案组合所造成的差异后,所得的数据便不再支持这一点。……我们发现当所有因素均列入考虑范围后——包括年龄、性别、收入及是否有子女——接受调解服务对获批法律援助的影响便下跌至零。”

上述研究结果似乎具争议性,而研究人员亦特别表明这是此组特定数据所反映出来的现象。他们又进一步解释此结果:“然而,这有很大程度是取决于个案的筛选和转介调解服务方法。如果有一套更加完善的个案分配制度和一套更具效率的转介机制,令调解服务得以融入法律程序的早期阶段,便可对律师服务的需求造成一定的影响,但我们不能奢望这会造重大影响。……需要强调的一点是这项分析没有考虑调解服务的潜在好处——主要是双方当事人对调解过程和成果的满意程度。”

#### 调解服务对律师收费的影响

就律师的收费而言，研究人员也同样发现他们所得的特定数据显示调解服务对律师收费所造成的下调压力微不足道，但研究人员也有指出重要的一点是大家应明白对律师收费造成影响“只是大家对调解服务所能抱有的其中一项期望而已。”

在调解员与律师之间作比较所造成的问题

这项英格兰研究的另一具争议性研究结果是整体来说，测试对象对律师的反应较其对调解服务的反应还要来得正面。基于这一点，研究人员推断说：“有明显的证据显示把律师描绘为咄咄迫人的麻烦制造者（调解服务则不一样，是合情合理和互谅互让的体现），只是一种讽刺性的做法，现应视为过时了。然而，律师那有偏袒性的专业的表现仍是一个重要特色，面对压力的人士会对此极为珍而重之。”

研究人员又发现用以支持调解服务的说法之一是对于处理子女问题来说，这是较为可取的策略，因为父母必须继续进行谈判，而调解所得的经验能帮助他们这样做。不过，在这项英格兰研究的特定背景之下，研究结果却发现调解的长远影响与由律师进行谈判所得成果可能相同。研究人员评论说：“此项研究结果令人对关于调解服务的其中一个说法产生疑点，这个说法就是调解服务可改善双方当事人日后一起进行谈判的能力。”不过，研究人员又补充解释说：“由于调解服务在很多方面都是一种比较短暂的介入行动，研究结果如此其实不足为奇。”

有需要发展一套独立的服务价值量度方法

研究人员表达了一项很重要的意见，那就是进行研究的环境是以“法律界为重心”。他们说：“关于律师和调解员在离婚过程中所分别扮演的角色的争论，大致上反映出大家对服务价值的看法并不一致。”研究人员指出在检讨调解服务和律师服务之时，常用的量度“成功”方法是：a) 不进行有争议的法律程序；及 b) 完成该等法律程序但没有进行审讯。研究人员认为这些方法不足以量度服务的价值，并表示：“‘事情转好的程度有多大？’这个问题多半不会提出，即使对于律师服务和调解服务两者来说，这个问题是应该提出的。”

研究人员继续说：“法律意见和代表是主导的模式，而调解员则要证明自己有用，方式是证明自己有能力做到律师所能做到的事情（最少也要是部分事情），但所需代价却要调低一些。”他们评论说（就英格兰的调解服务组别的情况而言）：“也许更适当的做法是视调解服务为私下沟通的辅助工具——若是如此，则我们不应期望调解服务能对法律服务的需求造成很大的影响。”

研究人员在此标题下的结论是（最低限度就英格兰的情况而言）以调解服务取代律师的可能性不高。他们说：“这并不是说调解员不能对某些夫妇提供宝贵服务，可惜就政策所进行的辩论却倾向于把重点放在与法律服务分流之上。我们的数据显示如果要对法律活动的数量和法律费用造成重大影响，就必须直接处理这些事情。”

调解服务的前景

研究人员基于这项英格兰研究的结果，力言政府对调解服务的支持“反映出专业热忱，但对于服务对象人数偏低这一点却置之不理。”（这个说法似乎有点以偏盖全）。他们表示出现此情况是因为“调解这个‘故事’——与合情合理和互谅互让拉上关系——动人心弦”，而且“政府已接受了调解员的论点，相信可以透过把个案分散由调解服务处理来减轻不断增加的法律费用。”

关于这最后的一点，研究人员认为不应以调解服务能否减轻律师收费来衡量调解服务，因为在他们眼中，这“并不是一个合乎实际的期望。”他们指出调解服务在某个时间——那就是在双方当事人投入调解程序之时，可以是一个解决某些纠纷的具成本效益选择。

研究人员评论说要善用调解服务，就需要有完善的个案筛选方法，其次还需要有一个能确保双方当事人均接受服务的转介制度。他们指出时间具有关键性。“在联合王国和海外均有大量数据显示，在双方当事人寻求法律协助之后便立即把他们强制转介调解服务，对于在法律上达成和解并不奏效。同样地也有数据显示在双方早前曾各为其利益进行谈判失败后才提供的由法院赞助的调解服务，在这情况下是可以‘有效’的。”

“第29条”是一项要求律师告知其当事人有调解服务的法定规定。研究人员指出该条以当时的施行情况来说，并非令有可能受惠于调解服务的人在自己认为适当之时考虑接调解服务的有效方法。研究人员表示：“如果我们要强制转介当事人接受调解服务或强制当事人考虑选择调解服务，这一点便必须更牢固地包含在法律程序之中。”

研究人员在结论中提出了两个可供采取的策略，作为调解服务的前瞻路向。第一个策略是包含有初期由法院作出评估的制度。评估可以排除了明显地不适合的个案，“接着便可强制转介当事人接受调解服务（强制者意指不会提供进一步的法律援助和法院资源，直至当事人有尝试进行调解为止）。”

研究人员所提出的第二个策略可能是“推动调解服务作为诉讼以外的一个实际可行选择。正在闹分居的夫妇也许可获通知有此服务和此服务有什么潜在的好处。构思中的计划是由政府设立多个可能成为‘资料站’的中心点，为当事人提供服务而无须规定他们出席为取得资料而举办的特别讲座。”研究人员提议衡量这个层面的调解服务的方法，是看其是否“有能力提供当事人所珍视的服务”。他们指出由政府赞助与这个构思并无矛盾之处。但是，研究人员又补充

说他们觉得“期望这些服务在对律师意见、谈判和法律代表的需求方面会有很大的影响，并不合乎实际。”他们总结说：“调解服务会得到支持，作为一个独立、平行的制度而运作，而且会有自己的价值和特色。”

结论

3.43 英格兰在此方面的改革明显地是仍在发展之中。当地一些近期研究所得的结果虽然一般值得关注，但在考虑之时，当然有必要也考虑其特有的英式排解家庭纠纷制度和英式调解服务组别背景。香港的排解家庭纠纷制度有自己的独特文化条件和法律架构，因此在香港的制度与英格兰的研究结果之间寻找直接的相互关系，并不是妥当的做法。

#### 第4章 澳大利亚与新西兰的排解家庭纠纷制度

4.1 我们在上一章重温了英格兰近年在排解家庭纠纷方面的发展。在本章中，我们的探讨重点是排解家庭纠纷制度在澳大利亚与新西兰的演变。

澳大利亚

司法管辖权

4.2 家事法庭应否有综合的司法管辖权处理所有会影响家庭的事宜（由儿童交由谁人照顾以至离婚事宜），是一个意见纷纭的课题。举例而言，西澳大利亚省的家事法庭对于联邦以至该省的事务都有司法管辖权，但其它省的省法院却只处理家事法的某些范畴，例如家庭暴力令或儿童的照顾安排。大体而言，在西澳大利亚省，司法常务官或裁判官负责审理的案件类别为：不予抗辩的离婚案件、要求发出指示的案件、关乎管养权及探视权的临时命令的申请、强制令、关乎赡养的法律程序和关乎探视权的简易程序。余下由法官负责审理的案件类别则有：关乎财产、管养权及探视权的最终命令的准予抗辩法律程序、准予抗辩的离婚法律程序、藐视法庭案件、《海牙公约》申请及其它案情复杂的临时事项。

家事法庭的目的和目标

4.3 在《1993至94年度关于律政司职务的服务承诺》（1993-94 Program Performance Statement of the Attorney General's Portfolio）中，家事法庭的目标被定为“透过为所有属于法院司法管辖权范围的事宜提供公正及公平的司法服务来为澳大利亚社区谋福利”。为实现这个目标，某些法律程序阶段所需的轮候时间已有订明，而家事法庭亦有简化其所用表格，以令使用者称便。

4.4 由于有必要加强“公正及公平的司法服务”，以诉讼以外的另类方法排解家庭纠纷已日益受到重视。这转变已在联邦议会研究《家事法法令》的联合专责委员会（Joint Select Committee of the Commonwealth Parliament on the Family Law Act）的报告书反映出来。该报告书建议：

“100 扩阔《1991年法院（调解及仲裁）法令》（Courts (Mediation and Arbitration) Act 1991）的条文范围，以推动和实施另类排解纠纷机制的发展；这个机制不应处于现行的对抗性制度之内，而应是一个随时可供采用的实际另类方法。

101 由选用另类排解纠纷程序的双方当事人所达成的协议，在由双方当事人签署之前不应由法院审阅或核准。

102 法例（应该）规定，如由双方当事人达成的协议出现纠纷，家事法庭可检讨该协议，但检讨必须在某个时限之内进行。

103 澳大利亚的家事法庭和法律界（应该）主动找出什么事宜较适宜以另类排解纠纷机制来解决。”

4.5 司法服务谘询委员会（Access to Justice Advisory Committee）在1994年发表了一份名为《司法服务——工作计划》（Access to Justice, An Action Plan）的报告书，建议采用“法院计划草拟本”（Draft Court Plan）。该计划的目标包括：

- (1) 采用一致和精简的程序和常规，以订立服务标准，并减少诉讼人所面对的延误和所需支付的费用；
- (2) 确保所有有可能使用服务的人都有均等机会享用法院服务；
- (3) 推动公平处事和避免偏颇；
- (4) 确保职员知道并能有效地满足服务对象的需要；及
- (5) 确保所拨备的资源能反映法院在提供司法服务和满足服务对象的需要这两方面所订的优先次序。

调解和《司法服务报告书》

4.6 司法服务谘询委员会的职责，是找出加强司法服务和使法律制度更形公正、更有效率和更具效用的方法。其中一项研究课题是探讨调解服务可以发挥什么作用。委员会虽然知道有各种论据反对使用附属于法院的调解服务，但仍建议：

“在制定旨在鼓励市民采用另类排解纠纷程序的正式计划时对这些论据加以考虑，最起码的做法便是鼓励调解员接受适当培训，并订立甄别程序以找出不宜采用调解方法来排解其纠纷的当事人。”

反对附属于法院的调解服务的论据

4.7 《司法服务报告书》将反对附属于法院的调解服务的论据扼要述明如下：

北京理工大学司法研究所主办 上海沪家律师事务所、北京岳成律师事务所协办

(1) “据称法院是公共权力之地，法官在法院作出裁决，而裁决可透过制裁来强制执行。这些特质……与另类排解纠纷方法的理念在本质上互不兼容，因为后者的立论基础是在双方同意下解决纠纷。”

报告书的回应是此论点所针对的不是附属于法院的调解服务本身，而是法院可单方面转介双方当事人接受调解的权力。

(2) 让法官参与另类排解纠纷程序会有损司法机关的威望：“附属于法院的另类排解纠纷服务，会减损司法裁决工作本身的价值，并使法院作为最高裁决机构的重点功能有所改变。”

(3) 某些调解技巧，例如分别与其中一方私下会晤，是与司法程序不相符，因为司法程序必须是公开和对双方绝对公平。

联邦法院首席大法官作出回应时指出，自五年前提供这项服务以来，从未收到任何投诉指另类排解纠纷制度导致市民不当地使用法院服务。

支持附属于法院的调解服务的论据

4.8 司法服务谘询委员会指出支持附属于法院的调解服务的论据有以下各点：

(1) 减轻费用，因为纠纷可以早日解决，结果是法院可以应付的工作量得以增加；

(2) 另类排解纠纷方法让现有资源有机会加以善用；及

(3) 裁决更易于为人所接受，而素质也得以提升。

4.9 司法服务谘询委员会的结论是赞成联合专责委员会的建议，改用另类排解纠纷方法处理家事事宜，“但须继续采取适当措施，以减低调解家事法事宜时出现性别歧视的风险”。委员会承认另类排解纠纷方法对司法服务贡献良多，并强调应提供足够资源实施委员会的建议。

标准及评估

4.10 尽管委员会不同意订立正式的认可计划，但仍认为澳大利亚政府应：

“采取无损于司法独立的措施，确保家事法庭提供的……和透过家事调解计划提供的另类排解纠纷计划，素质良好、完整无缺、具问责性和……便于使用。”

4.11 委员会建议，履行上述责任的最有效方法是设立一个专门的另类排解纠纷组织，就另类排解纠纷方法的政策事宜，包括该等计划所应有的最低标准，向政府和法院提供意见。这个组织并应考虑设立全国性的数据库，将关于有关计划、机关、执业者和培训的资料储存起来。最重要的是澳大利亚政府必须确保定期对联邦政府的另类排解纠纷计划进行严谨的评估，以确保该等计划既可达致本身目标，但又不会令任何一组服务对象因制度问题而被置于不利地位。评估会包括与法院制度以外的无系统谈判方法作出比较，以及与法院制度以内的传统诉讼方法作出比较。此外，评估还应了解服务对象的满意程度，并找出该等计划是否较诸其它排解纠纷方法更具成本效益。

附属于法院的调解服务的目标

4.12 委员会留意到新南威尔士省法律改革委员会（New South Wales Law Reform Commission）所关注的事宜，就是为附属于法院的调解服务的运作而订立的指引，应确保案件管理和减少法院工作的延误并非实施另类排解纠纷计划的唯一或主要理由，因为若是如此，当事人便可能会被被迫接受调解。

4.13 委员会建议，应以排解纠纷专业人员协会（Society of Professionals in Dispute Resolution）所发表的《与法院有联系的调解服务计划的全国标准》（National Standards for Court-Connected Mediation Programs）报告书中所列明的原则为基础来订定联邦计划的最低标准。这些标准应纳入法院的约章之内，而该等约章是用以订明提供给公众的服务的标准。

《司法服务报告书》的实施

4.14 联邦政府在1995年5月发出一项“司法”声明，承诺使排解纠纷服务更广为人用，并拨款透过一个为期四年的计划在澳大利亚各地设立24个新的家事调解服务处。联邦政府另外又拨款扩充以社区为本的家事调解服务。据1995年7月进行的一项全国民意调查显示，只有17%的澳大利亚人知悉有家事调解服务。当局于1995年12月推行社区宣传计划，向市民介绍有关服务，并于1995年11月成立全国另类排解纠纷服务局（National Alternative Dispute Resolution Council），为扩充另类排解纠纷服务制定全面的政策大纲。

澳大利亚的《1995年家事法改革法令》

4.15 政府顺应改革建议，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。《1995年家事法改革法令》（Family Law Reform Act 1995）（《1995年法令》）反映了这个转变，而法令是在1996年实施的。

4.16 《1995年法令》提供了一个机制，使以社区为本的辅导和调解组织成为《1975年家事法法令》（Family Law Act 1975）下的认可组织。保障法院调解员的关于豁免、保密和承认等事项的条文，也扩及适用于这些认可组织。为了落实法例，政府已有增加拨款。法令第13E条规定有关部长须公布一份载明认可组织的名单。

4.17 《1995年法令》在提述仲裁、辅导和调解时，采用“主要的排解纠纷程序”一词，目的在于强调这些是排解家事法纠纷的主要而非“另类”程序。

## 家事法庭的辅导服务

## 辅导

4.18 《1975年家事法法令》规定在法律程序展开之前和进行期间向有关家庭提供辅导服务，以协助其适应法院命令。所有隶属于法院计划的辅导员和认可辅导组织的辅导员现时均称为家庭及儿童辅导员，以强调儿童的需要。

4.19 婚姻其中一方可用书面向家事法庭提出申请，要求提供家庭及儿童辅导员的服务。该项申请可在未有提起任何其它法律程序的情况下提出。法院服务处在接获通知后，“须安排……双方当事人与辅导员会谈……以改善他们之间的关系或他们与任何一名子女的关系”。另有又有条文规定父母任何一方或子女也可向法院服务处要求提供此类辅导，而任何人亦可不经书面直接向家庭及儿童辅导员要求提供服务。

4.20 法院在作出命令或授予强制令时，如认与家庭及儿童辅导员会晤是符合双方当事人或其子女的利益，则法院必须指示或建议其中一方当事人或双方当事人与辅导员会晤。

4.21 法院如认为接受辅导有助改善双方当事人之间的关系或他们与任何一名子女的关系，也可建议双方当事人接受辅导。除了根据第VII部分提起的关乎儿童的法律程序之外，法院必须考虑是否建议法律程序中的双方当事人接受辅导，以协助他们及其子女“适应婚姻破裂的后果”。

## 调停辅导

4.22 《1975年法令》载有条文，规定关乎子女的法律程序中的一方可寻求辅导以讨论有关子女的照顾、福利和成长事宜，并尝试解决双方当事人之间的分歧。调停辅导有别于调解。调停辅导旨在鼓励夫妇进行对话以减少冲突，并鼓励他们就实际问题达成协议，特别是关乎住所和联系的事宜。调停辅导的目标也较调解为阔，因为调停辅导的服务范围可以包括提供辅导，以协助父母和子女适应分离，平息愤怒和纾解伤痛。第65L条规定，辅导员可能需要透过例如监督父母与子女之间的联系，以监督或协助双方当事人遵守教养令：

“这是一个鼓励和协助正在分居的父母共同为子女日后的福利作出决定的程序……辅导员须着眼于儿童的最佳利益，并据此而教育有关儿童的父母。”

## 调停会议

4.23 《1975年家事法法令》第62F条赋予法院酌情决定权，使法院可在有关的法律程序中，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，并商议子女的照顾、福利和成长事宜。此外，双方当事人也可在提起法律程序前自愿接受调停辅导。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。双方当事人只需同意他们会一起出席会议便可，无需真的接受调停。不过，双方当事人有责任作出真诚努力来达成协议。如不遵照法院命令出席调停会议，可被视作藐视法庭。

4.24 如未能达成协议，或有人没有出席会议，辅导员或福利工作人员会将此事向法院报告。除此之外，在会议之上所说的任何事情均不会获法庭接纳为证据。不过，辅导员会向法院提交备忘录，说明调停辅导的结果，并就日后处理有关案件的方法提供指引。备忘录不会透露享有特权的资料。

4.25 财产事宜也必须转介至由司法常务官主持的调停会议处理。至于子女和财产的事宜，也可在司法常务官和辅导员所共同主持的联合调停会议上一并处理。

## 福利报告

4.26 法院可根据《1975年法令》第62G(1)条命令有关方面提交福利报告。为了拟备报告，法院可命令双方当事人与福利工作人员会晤，而报告是可获接纳为证据的。担任这任务的辅导员有各式各样，某些法庭甚至会延聘外间机构拟备报告。

## 附属于法院的调解服务

4.27 《1975年家事法法令》第19A条赋权有可能提出诉讼的人向家事法庭申请委任“家庭及儿童调解员”。第19AA条容许任何人直接向家庭及儿童调解员提出这个要求。法院如设有这项服务，便有责任提供有关协助。第19B条授予家事法庭权力在双方当事人同意下将有关法律程序转交调解员处理。法院如认为家庭及儿童调解员有助双方当事人解决纠纷，便有责任建议双方当事人要求调解员协助。法院可押后法律程序，让双方当事人接受调解。

4.28 调解服务始于1992年，迄今已有多个城市开设。调解可由一名调解员主持。调解员一职是由具法律或社会科学背景的人士担任。

## 提供资料和意见的责任

4.29 律师和法官均有责任考虑和解的可能性。他们亦须考虑应否向正在考虑提起法律程序的人推介可用以解决纠纷的主要排解纠纷方法。另外也有类似的规定，使双方当事人及其子女接受关于适应婚姻破裂后果的辅导，以及接受关于适应根据第VII部作出的命令所带来的后果的辅导。

4.30 申请人的代表律师必须提供一份经法院核准的文件，内载法院或其它地方所设有的调解和仲裁服务的详情。申请人的代表律师还必须将这份文件送达答辩人。如果双方当事人均没有律师代表，法院职员便要负起相类责任。律师可直接把当事人转介调解服务。

#### 调解讲座

4.31 如果其中一方当事人要求进行调解，家事法庭的家事调解主管可指令双方当事人出席“调解讲座”。法院或司法常务官如认为“出席讲座是有好处的”，可命令双方当事人出席讲座。这些讲座是由司法常务官（一名律师）联同辅导员主持。他们会扼要介绍各种可供选用的排解纠纷方法，并会：

“较详细地介绍调解过程，也会谈及一些有教育意义的课题，包括分居过程、沟通模式、从儿童成长角度剖释子女对父母分居的反应、有关夫妇是否适宜接受调解，以及可以藉调解处理的事项。”

4.32 现以 1995 年 2 月在布里斯班市举行的调解讲座为例来阐释其中过程。在该次讲座上，法院辅导服务处的职员利用活页挂图介绍有关资料，解答关于法律程序和心路历程的各种问题，并备有关于离婚程序的资料套供人索取。

#### 初步会谈

4.33 如果夫妇二人于参加讲座后要求进行调解，调解员便会与他们进行会谈，“以查明每一方当事人是否愿意和有能参与调解程序”。家事法庭的家事调解主管指出，“要进行有建设性的谈判，寻求达成协议者之间必须维持合理的权力均势”。双方当事人在进行调解前会一起出席会谈，以安排首次调解会议，并讨论有什么资料需要共享和定出调解会议的议程。

#### 保护措施

4.34 《家事法规则》第 25A 号命令第 5 条规则列出多项决定有关纠纷是否适宜以调解方式处理的考虑因素，藉此而提供一些保护措施。这些考虑因素是：

- “(a) 双方当事人谈判权力的均等（或不均等）程度；
- (b) 虐儿的风险（如有的话）；
- (c) 家庭暴力的风险（如有的话）；
- (d) 双方当事人的情绪和心理状态；
- (e) 其中一方当事人有否藉选用调解而拖延时间或谋取其它利益；及
- (f) 与打算进行的调解有关的其它事宜。”

4.35 虽然下列两项考虑因素未有纳入第 5 条规则之内，但吉布森（Gibson）仍认为应该加以考虑：

- (1) 其中一方当事人的身体机能能否因酗酒、滥用药物、精神病或精神状况不稳而受损；及
- (2) 是否有违反协议以致影响他人对其信任的前科。

4.36 如果调解被认为不适宜，第 25 号命令第 6 条规则订明须告知双方当事人其它可供采用的主要排解纠纷方法。根据第 25A 号命令第 12 号规则，调解员必须于调解开始进行之时、他认为适当的任何时间，以及调解已经结束而任何协议尚未产生法律效力之时，提醒双方当事人应就其权利、责任和义务征询法律意见。调解员可指令双方当事人拟备或出示他认为是有必要或适当的文件。

#### 目标

4.37 《家事法规则》第 25A 号命令第 10(1)(a)条规则列明调解的目标如下：

“…… 一次决策过程，其间法院调解员会透过推动双方当事人互相交流来协助他们，以便他们可以：

- (i) 就争议事项交换意见；及
- (ii) 找出对每一方当事人及其任何子女（如适用的话）均属公平的圆满解决方法；及
- (iii) 就争议事项达成协议……。”

4.38 在进行调解会议或会晤时与法院调解员、社区或私人执业的调解员所谈及之事，在法庭不得获接纳为证据。家庭及儿童调解员在履行其职能时所享有的保障和豁免权，跟家事法庭的法官履行其职能时所享有的一样。

#### 律师参与调解过程

4.39 《家事法规则》第 25A 号命令第 11 条规则订明，双方当事人可由律师陪同。阿杜巴里（Altobelli）指出，如有律师参与调解过程，达成和解的机会较高。他提及由新南威尔士省法律援助委员会（Legal Aid Commission of New South Wales）在巴拿马达市（Parramatta）的家事法庭登记处开办的案件会议计划。在该计划之下，调解工作由一名本身是家事律师的调解员联同一名本身是社会科学学者的调解员携手进行。阿杜巴里说：

“法律代表是调解会议中不可或缺的一员。据耳闻目睹的资料所示，法律代表在协助双方当事人达成和解方面贡献良多。”

4.40 阿杜巴里指出，这可从一项新南威尔士省的研究得到印证。这项研究结果显示，有律师积极参与的案件，以和解



收场的达71%。但令人遗憾的是,未能和解的案件所花的法院时间长得不成比例;就以悉尼市登记处为例,案件的聆讯延误达12至24个月之久。

调解试验计划的评估(1994年)

4.41 墨尔本市在1992年开办调解试验计划(家事法庭调解服务),提供综合调解服务,作为现有调停服务以外的新增服务。所谓“综合”服务,是指任何有争议的问题均可成为调解的标的。在此计划之下任何个案的转介均属自愿性质。澳大利亚家事法庭研究及评估小组(Family Court of Australia Research and Evaluation Unit)于1994年发表一份报告,就试验计划的成效进行评核。

综合性的调解服务

4.42 由于试验计划提供综合性的服务,所以可同时处理关乎子女和财产的问题。据评估报告的结果所示,如调解所处理的问题多于一项,则案件得以解决的比例较高。在涉及多项问题的争议中,达成协议的有88%;而在只涉及单一问题的争议中,达成协议的仅为73%。在进行调解的案件中,单是处理关乎子女的问题者只占少数。

选择调解的原因

4.43 评估报告发现促使当事人选择调解的关键因素,是避免提起法律程序以省却因此而起的费用。虽然有75%的当事人打算在调解未能解决问题之时便会诉诸法律,但有68%的当事人选择调解,是为了省却讼费和不想面对诉讼的对抗性质。

满意程度

4.44 有82%的个案藉调解获得某种程度的和解,其中有71%可就所有争议事项达成和解,而另外的11%是就一项主要事项达成和解。有87%的当事人表示满意,认为在进行调解时所作出的决定是公平的。此外,有79%的当事人认为双方均对协议有相同的影响力,而有78%的当事人则表示透过调解达成的协议,与调解程序开始前提供给他们的法律资料所述者相近。

4.45 只有5%的当事人觉得调解员有向他们施压令他们达成协议。有19%认为自己要是诉诸法律应可取得更理想的和解方案。评估报告指出,虽然调查结果有不一致之处,但调解确可改善双方在纠纷出现后的关系,并有助正在闹分居的家庭的成员作出适应。和解比率高显示调解服务的自愿转介性质,似乎可以鼓励双方当事人达成协议,而且肯定不会令双方当事人对调解过程的认真态度有所降低。

协议的持久度

4.46 在协议达成后约八个月之时进行的跟进会谈证实有86%的协议仍获遵守。在余下未获遵守的14%协议中,大部分已透过律师重新谈判,需要法院介入的只有一宗个案。相对来说,不能透过调解达成协议的当事人中,有42%是需要法庭聆讯。上述数据获得其它研究人员支持,他们发现透过调解达成的协议的“存活率”介乎50%至88%之间。澳大利亚的有进行调解的个案的诉讼率的统计数字,也与其它研究的结果相符:在有进行调解并达成协议的个案中,当事人提起诉讼的比率介乎4%至12%之间;至于调解失败的个案,比率则介乎17%至35%之间。

4.47 评估报告曾研究法院的纪录,发现调解结束后13个月之时,“在调解成功的个案中,需要法院作出裁决的少于5%,而在未能透过调解达成协议的个案中,则有27%需要这样做……。”透过调解达成协议的当事人中,有23%曾就与透过调解解决的问题无关之事提起诉讼。

转介来源

4.48 评估报告所得结论如下:

“虽然调解服务应该维持自愿性质,但必须令人更清楚明白这项服务的重要把关人(法律界、法院和其它非法律组织)所扮演的角色和所采用的转介准则,并在有需要时令该等角色和准则更为统一。为鼓励服务对象主动联络有关机构,有必要教育公众,令他们知道作为另类排解纠纷策略的调解服务的存在、宗旨和优点。”

4.49 有一点值得注意,由律师或法律援助转介的个案占51%,由家事法庭职员转介的个案占24%,而由其它机构(包括法律谘询中心)转介的个案则占13%。有65%的女性当事人和54%的男性当事人在进行调解时已谘询或延聘律师。

在何时进行调解

4.50 评估报告发现在法律程序提起前进行调解的成效最大。评估报告提及一项研究,指当事人在诉诸法律之前曾尝试进行调解的个案中,成功率达79%,而在法律程序终结后才进行调解的,成功率却只有44%。

4.51 家事法庭的调查总结说:

“夫妇如已向法院提出申请,则成功达成调解的机会便会明显降低。在‘诉讼阴影’笼罩之下,不但难以取得正面的成果,还有可能会使夫妇双方在商讨有关问题时无法保持合理及和衷共济的立场。”

对家事法庭评估报告的意见

4.52 司法服务谘询委员会认为家事法庭调解服务试验计划的评估报告令人鼓舞,但指出“评估报告未有试图查究为何

同时涉及财产和管养权的纠纷的成功率较只涉及两者之一的纠纷为高。”委员会指出聂利 (Neely) 的说法或者能解释这个情况。据聂利所言, 妇女可能是受到丈夫的压力, 在财产方面所享的权利上作出让步以换取管养权。委员会又批评研究“并没有与其它调解计划作出比较分析”。委员会提醒大家, 由于共同调解的模式独一无二, 故此与其它模式作比较时必须审慎。

联邦政府资助的家事调解服务——墨尔本市评估 (1995年)

4.53 联邦律政署辖下的法律援助及家庭服务部 (The Legal Aid and Family Services Division of the Commonwealth Attorney General's Department) 自1988年起, 便拨款推行家事调解计划, 由不同的社区组织管理, 负责提供家事及儿童调解服务。这类服务计划现时共有17项。

4.54 法律援助及家庭服务部在1995年1月发表报告, 将家事调解计划与家事法庭调解服务相比, 以检讨前者的成效, 并分析不同服务对象组别的特色。这项检讨所采用的方法, 与本章上文所提及的由波度 (Bordow) 及吉布森 (Gibson) 就家事法庭调解计划所进行的评估方法相若。这项检讨评估了两个由法律援助及家庭服务部资助的机构, 分别是维多利亚婚姻辅导中心 (Marriage Guidance Victoria) 和家事调解中心, 同时也有评估家事法庭调解服务。

费用

4.55 令人遗憾的是上述调查无法与诉讼费用进行可靠的比较。进行可靠比较的唯一方法是透过法院系统, 把有进行调解的个案与未有进行调解的个案配对以作评估。其中一个调解中心的服务对象的收入较低, 而尽管部分个案所涉及的法律费用并不高, 他们仍表示法律费用对他们来说是很沉重的负担。

转介来源

4.56 平均来说, 服务对象之中有50%是经转介而来, 并非出于个人抉择。不同机构有不同的转介来源: 举例而言, 律师和法律援助是家事法庭服务 (51%) 和家事调解服务 (47%) 所处理的个案的最主要转介来源。至于附属于家事法庭的调解计划所处理的个案, 转介自律师的较转介自其它机构的为多。值得一提的是, 家事法庭的职员曾为律师举办研讨会, 让他们“参与法律教育课程和鼓励法律执业者作出回应”。整体而言, 在抽样调查的55宗来自家事法庭调解服务以外的机构的个案中, 有21宗是由律师或法律援助转介, 由家庭或朋友转介的占11%, 自我转介或经传媒转介的占9%, 而由法院转介至其它机构的仅占4%。

期望

4.57 服务对象对透过非属家事法庭的调解机构进行调解所抱有的期望令人诧异: 只有8%的男性和15%的女性期望能达成公平的协议。他们最主要的期望是“有一名公正的第三方和一个中立、稳定的环境” (43%男性和29%女性), 其次便是改善沟通 (12%男性和26%女性)。服务对象对家事法庭调解服务的期望却不一样, 主要是希望能达成公平的协议 (48%男性和46%女性), 期望“有一名公正的第三方和一个中立、稳定的环境”的男女分别只占21%和19%。

4.58 在被问及是什么因素令他们无法私下解决问题时, 服务对象中有最多人是归咎于前配偶的态度, 而指称律师妨碍和解的, 则男性介乎12%至15%, 女性介乎0%至5%, 要视乎是由哪间机构提供服务而定。其中一间机构的服务对象中有12%的男性和5%的女性提及“子女意愿”这个因素。不过, 只有12%至19%的服务对象同意自己要是诉诸法律应可取得较有利的和解方案。平均有75%的服务对象认为所达成的调解协议“与自己所收到的关于和解方案的法律资料相近”。

就关乎子女的事宜而达成的协议

4.59 从两所非属家事法庭的调解服务机构所一共抽取的27宗个案样本中, 达成全面协议的有41%, 达成局部协议的有37%, 而未能达成协议的则有22%。上述样本只有5宗个案涉及管养权纠纷。就关乎子女的事项达成全面协议的占样本的40%, 达成局部协议的占40%, 未能达成协议的占20%。至于关乎探视权的纠纷, 在两所非属家事法庭的调解服务机构抽样所得个案中, 有77%达成全面协议, 有8%达成局部协议, 另外有15%未能达成协议。

4.60 在家事法庭调解服务处所抽样取得的66宗个案中, 达成全面协议的有88%, 达成局部协议的则有8%。至于关乎管养权的纠纷, 达成全面协议的有94%, 达成局部协议的有3%, 而未能达成协议的则有3%。在抽取自家事法庭调解服务的样本中, 关乎探视权的纠纷能达成全面协议的有92%, 能达成局部协议的有7%, 未能达成协议的有1%。

满意程度

4.61 在量度服务对象对涉及子女的问题的处理方法的满意程度时, 下述问题录得最高满意率: “我认为涉及子女的协议合乎实际、实事求是和可行”。赞成此说法者介乎64%至87%之间, 视乎由哪一机构提供有关服务而定。赞成“调解有助我们就子女与非同住的父或母相聚的时间达成协议”的说法的服务对象介乎42%至75%之间。

4.62 服务对象对于调解员的专业技巧和公正态度、所接获的资料是否充分, 以及调解服务对其本人与另一方之间的关系的影响, 均表示极之满意, 达成协议的比率超逾75%。在参与调查的服务对象中, “表示在处理与分居有关的新问

题方面，大大改变了他们心目中对律师和法院的倚赖”。在跟进个案的样本中，有40%的服务对象表示子女的情况有改善，而在1994年进行的家事法庭调查则显示有37%的服务对象表示子女情况有改善。在跟进个案的样本中，有90%的服务对象表示愿意再次使用调解服务。

协议的持久度

4.63 在一个为期六个月的跟进调查中，发现有31%的个案更改了就子女教养问题所达成的协议，更改协议者中有60%是因应子女的需要改变而作出。大体而言，在达成协议的服务对象中，有14%表示协议已经告吹。

联邦政府资助的家事调解服务——悉尼市的评估（1996年）

4.64 法律援助及家事服务部在1996年委托外界对悉尼市家事法庭调解组和社区调解服务进行评估。社区调解服务是由关怀中心家事调解计划（Centracare Family Mediation Program）、澳大利亚（新南威尔士省）家庭关系的夫妇及家庭调解服务（Couple and Family Mediation Service of Relationships Australia (NSW)）和完整家事调解服务（Unifam Family Mediation Service）组成。

调解服务的费用和经费

4.65 受访的服务对象极之同意他们之所以选择调解，主要原因是为了免付额外的法律费用。对于为数甚多的服务对象来说，选择调解的诱因是因为他们觉得费用较廉。不过，费用对于部分人而言仍是一个难题。有数名服务对象表示他们需要负担双重费用，既要在调解不能解决纠纷时支付调解费用，之后还要负担进行诉讼所需的费用。

4.66 为了比较调解费用与在家事法庭提起法律程序的讼费，评估采用了一种计算成本的方法，找出这两种排解纠纷程序各个阶段所涉及的工作、员工、时间和成本。以诉讼来说，用于家事法庭职员的费用估计是902.51澳元。非属家事法庭的调解服务的职员费用估计是479.32澳元及627.70澳元，视乎采用哪一种调解模式而定。至于由家事法庭调解组提供的服务，估计职员费用是884.35澳元。

4.67 悉尼市的评估报告的第12项建议总结如下：

“联邦政府继续拨款资助家事调解服务是很重要的，因为这样可以继续吸引大家使用既经得起时间考验而又有成效的服务。由于对部分有子女的家庭而言，离婚涉及的费用对于他们能否承受离异后在物质和情绪上的转变有决定性的作用，所以应视受资助的家事调解服务为对离异的家庭的未来所作出的精明低成本投资。”

转介的原因

4.68 关于进行调解的原因，有29%的男性和31%的女性是因为管养权之故，但有50%的男女是以子女教养问题为理由。令那些视调解为主要处理子女教养问题的人诧异的是，有68%的男性和72%的女性把涉及财产的纠纷列为问题。有近半数个案是经由法律援助委员会（Legal Aid Commission）的律师转介，另有23%的个案是当事人自我转介。

满意程度

4.69 服务对象对于调解员的专业程度、所感受到的公正态度、调解员与当事人之间关系的素质，以及觉得有人聆听的感受，均表示非常满意。差不多所有服务对象都同意自己在调解期间获得充分的资料，足以保障自己的最佳利益。尽管有人对调解程序作出一些负面批评，但“绝大多数的回应是对调解服务的特色表示极度支持”。

达成协议的比率

4.70 个案中有44%达成全面协议，另有39%达成局部协议，未能达成协议的则有17%。就涉及管养权的纠纷而言，个案中有74%达成全面协议。就涉及探视权的纠纷而言，个案中有60%达成协议，至于涉及子女教养纠纷的个案，有61%达成协议。

协议的持久度

4.71 研究人员在调解协议达成后三个月之时进行跟进调查，发现有更改协议的占个案的占33%，主要是与子女教养问题有关。因协议告吹而作出更改的只占8%；在这些个案中，有40%是自行议定改动的内容，由律师协助的则有25%，另外又有12.5%接受进一步的调解或辅导以取得援助。此外，这些个案中有34%表示调解有助自己与另一方建立更为正面的关系。

4.72 调解结束后三个月，向法院提出申请，以就调解协议所处理的事项提出争议的个案只有11%，而完成整个有争议的聆讯的个案仅有2%。研究人员总结说：“上述数字显示，有进行调解的个案很少会演变至列入有争议的案件审讯表，而完成整个有争议聆讯的就更少。”

家庭暴力与调解

4.73 有人关注到初步接见时的甄别程序，是否足以找出因涉及家庭暴力而不宜采用调解的个案。

4.74 法律援助及家庭服务部在1996年进行的研究建议，调解机构必须认识到：

“暴力或虐待事故极为普遍……所以要确保所有调解员及其它职员均曾接受适当培训，能明白和识别与家庭暴力有关

的问题；所有机构均应设有配合当事人需要的初步接见、转介、调解、跟进和其它程序，不论当事人会否继而采用调解服务。”

#### 家事法庭的家庭暴力政策

4.75 认可的调解员在决定应否进行调解时，有责任评估是否有虐儿和家庭暴力的风险。 举报虐待事件的责任只限于虐儿事件。 有关指引表明，如果当时正有暴力事件发生，便不会向双方当事人提供调解服务。如果当时没有暴力事件发生，但过往曾经常发生家庭暴力事件，则除非受害人能说服调解员，令调解员相信受害人可在合理地平等的基础上进行谈判，否则一般是不会向双方当事人提供调解服务的。有关政策规定，“如果曾受暴力对待的受害人可藉调解服务来解决纠纷并因此而受惠，则拒绝向其提供调解服务是不适当的做法。”

#### 为家事案件提供法律援助

4.76 现时已有多个法律援助委员会（包括昆士兰省、维多利亚省和新南威尔士省）发展调解服务和会议计划；在该等计划之下，家事法的服务对象获批法律援助的条件是参与计划。在北领地，法律援助的申请人必须接受家事法庭辅导服务。澳大利亚首都区、南澳大利亚省和塔斯马尼亚省的法律援助委员会规定，除非当事人曾真正尝试解决纠纷，否则通常不会提供援助。 如果法律援助委员会本身并无设有调解会议计划，便会把案件转介家事法庭的调解员处理。新南威尔士省法律援助委员会表示，在转介至该会的试验计划所设的调解会议计划处理的纠纷个案中，得以解决的占70%。

#### 昆士兰省的法律援助会议

4.77 昆士兰省的法律援助会议计划是一项为接受家事法法律援助的当事人而设的强制性计划。该计划提供机会让有争议的当事人在自己律师在场的情况下解决纠纷。 若家事法庭的辅导服务已不能起作用，双方当事人又愿意谈判，而举行会议是符合成本效益，便可举行会议。会议本身结合了调解、调停和仲裁这三方面的功能。会议带有调停功能，因为主席负责主持谈判过程并作出建议；会议有仲裁功能，因为如双方当事人未能达成和解，主席会就每一方是否有权继续接受法律援助资助作出建议；会议有调解功能，因为主席是保持中立的第三方，负责尝试推动双方当事人解决纠纷。

4.78 在1992至93年度内，为涉及家事法的纠纷而举行的会议共有849次，其中以和解收场者有444次（或65.4%）。和解的方式是建议提供法律援助使当事人可入禀法院要求作出经双方同意的命令，或建议“毋须提供援助”，因为双方当事人选择不采取进一步的法律行动。由1993年7月1日至1994年3月30日期间，一共举行了636次会议，其中有326次得以全面和解，另有84次则得以局部和解。

#### 法律援助会议的程序

4.79 举行会议的时间，是在接获法律援助申请并确定申请人的经济状况符合资格之后，但法律程序尚未展开之前。如纠纷未能解决，会议的主席便会就案件是否有足够的法律理据向法律援助处（Legal Aid Office）提交报告，以协助该处决定日后是否拨款资助。1994年的指引订明援助可暂停提供。

4.80 会议可于纠纷发生期间任何时间举行。法律援助会暂时中止，直至会议举行为止。在提供任何其它法律援助和进行法律程序之前，双方当事人会获邀出席会议。会议也可于审讯前数周举行。担任主席的是“曾接受调解技巧培训”的人。他们都是至少曾执业两年的律师、大律师或社会科学学者。会议可由两名有不同专业背景的主席联合主持。“把调解技巧与专业知识结合起来，对那些不愿接受自己律师意见的当事人最有帮助。”

#### 虐儿或家庭暴力

4.81 如属涉及家庭暴力的个案，可安排电话会议或把双方当事人置于不同房间。在此类个案或涉及虐儿或精神病的个案中，家庭服务部门的一名职员和儿童的独立法律代表会出席会议。1994年的指引订明，如果当时正有法律程序处理涉嫌性侵犯儿童的案件，或已有因家庭暴力而发出的禁止联系令，或双方当事人的权力明显失衡，则通常不会举行会议。

#### 律师的参与

4.82 当事人通常会与自己律师一同出席会议。当局鼓励这个做法，因为可藉此确保“当事人在作出决定时获得支援和适当的意见”。 让律师参与其事也可使他们认识这个程序，从而可妥为其当事人作好准备，向他们推介这个程序。罗杰斯（Rogers）指出，根据所有法律援助委员会的经验，说服双方当事人自愿参与这个程序往往非常困难。她强调会议的准备工作的积极态度，是计划是否成功的关键。

#### 早期介入会议

4.83 早期介入会议旨在评估规定管养权和探视权纠纷的双方当事人在获批法律援助前出席会议所造成的影响。威廉斯（Williams）指出，随着法律援助处的财政日趋紧绌，利用会议作为一种过滤机制的情况已日趋普遍。

4.84 威廉斯在1990年12月至1992年4月期间，就昆士兰省的计划进行独立评估。威廉斯的第一阶段研究工作，是

在早期介入会议进行后立即与双方当事人、其代表律师和主席会谈。第二阶段是在早期介入会议举行6至12个月后，向接受法律援助的当事人进行意见调查。威廉斯发现当事人认为会议过程“公正和容易明白，所作出的决定符合儿童的最佳利益”，而律师和主席，则“绝大多数是支持采用会议方式来处理管养权和探视权事宜”，他们所指的正是早期介入会议。

4.85 威廉斯发现当事人宁愿出席会议也不愿出庭。因此，尽管出席会议是一项强制安排，“自愿参与的成分很高，使有关活动犹如调解一样。”当事人同意会议使他们对纠纷、自己的法律权利和对方的立场有更深入的了解。不过，也有为数不少的当事人指出，他们与前度伴侣的关系在会议后变得恶化。威廉斯指出，“对纠纷及法律权利有更深入的了解，并不能保证一段可行的后同居关系得以持久。”威廉斯总结说，如参与其事的律师支持有关程序，当事人能透过会议达成和解的机会会较高。

#### 跟进研究

4.86 据跟进研究所示，支持举行会议的比率未有明显下降，而协议的持久性也相对地高。有四分之三的受访者表示，虽然在管养权和探视权方面出现一些问题，但所订的协议仍然有效。以关乎管养权的协议来说，有90%仍获遵守。大约有三分之二的受访者指出，他们的探视协议在订立6至12个月后仍然获得遵守。威廉斯指出，由此看来，协议有效与否主要视乎双方当事人之间的关系而非达成协议所用的机制。

4.87 当事人之中有超过三分之二表示会向其它人推介会议程序。会议程序成功与否要视乎专业人员付出多少心血和程序本身是否有作用。威廉斯作出以下评论：

“会议程序的质素如何和能取得什么成果，既系于当事人本身的性格特质，亦视乎法律和社会工作专业人员所投入的资源的质和量而定。”

威廉斯发现绝大多数有参与会议程序的专业人士都支持透过举行会议来处理管养权和探视权的事宜。

#### 法律援助和解会议

4.88 法律援助处在1994年11月宣布推行和解会议计划。这计划类似现有的法律援助会议，但旨在处理非属现有管养权/探视权指引所订范围以内的个案。当事人只要符合以下其中一项条件便可获批准法律援助：当事人在过去六周未有分居；没有就管养权出现“真正”的纠纷；较早前透过法律援助会议达成的协议未获遵守；寻求法律援助的目的是更改未满两年的管养令或更改现有的探视令；或严格来说未有“禁止”探视的情况出现。

#### 探视安排调解计划

4.89 布里斯班市法律援助处也有推行自愿参与的“探视安排调解”计划，由该处的社工负责。该计划的服务对象为非属法律援助会议或和解会议指引所订范围以内的人，但如果他们已开始接受辅导，就必须先完成整个辅导过程。此外，该计划的服务对象也包括有意更新透过法律援助会议、和解会议或法庭在经双方同意下作出的命令而订立的探视安排的当事人，以及主要是因为须考虑12岁以上儿童的意愿而希望可以更新探视安排的人。

#### 新西兰

##### 调停辅导

4.90 新西兰的家事法庭是于1981年成立。新西兰的另类排解纠纷程序的发展过程与澳大利亚的有颇大分别。排解纠纷程序的第一阶段是于法院或私下进行辅导，如仍未能解决问题，便会进行调解会议，目的是“向夫妇二人阐明，解决纠纷是他们的责任。”如果调解会议不能排解纠纷，最终一着就是付诸裁决。

4.91 辅导服务可以因应夫妇其中一方要求而提供，或因为于申请分居令后被“强制转介”而提供。法院如认为有关辅导服务有助和解或调停的话，可于法律程序进行期间的任何阶段酌情安排辅导。《1980年家事法律程序法令》(Family Proceedings Act 1980)第10(4)条订明，如属根据《1968年监护法令》(Guardianship Act 1968)提出的关乎儿童的管养权的申请，法官可指令转介调停辅导处理。

4.92 不过如果家事法庭法官指示谓配偶或子女曾受暴力对待或曾被恐吓会受暴力对待，或有延误情况出现或有其它合理理由，便可免却辅导安排。辅导服务是由婚姻辅导员或私人执业的辅导员提供，但于法院以外的地方进行。

##### 律师的责任

4.93 法律顾问也可以把个案转介调停辅导处理，因为他们有法定责任鼓励当事人接受调停。在任何家事法律程序或管养权事宜排期聆讯之时，律师必须核证自己已履行责任，以确保有关的配偶：

“(a)知悉促进和解及调停的现存服务设施，及

(b)按照大律师或律师的意见，促进和解的进一步行动，或如不可能和解，(采取)促进调停的进一步行动。”

##### 关于调停辅导的研究

4.94 在1987年，在要求安排调停辅导的个案中，有35%是透过律师转介的。麦士维(Maxwell)的研究结果显示，

北京理工大学司法研究所主办 上海沪家律师事务所、北京岳成律师事务所协办

在下列情况下较有可能达致良好成果：双方当事人曾经一起参加辅导晤谈；个案是根据第9条转介的；以及曾经有六节或以上的辅导晤谈。有很多纠纷在调停辅导阶段已获解决，而这阶段的工作是可以“把调解工作和纯辅导的工作结合起来的”。在1987年的个案样本中，有77%的夫妇是在调停辅导阶段达成完全或部分和解协议。在1982至1988年间，要求安排调停辅导的个案与全部辅导个案的比例，已由三分之一增至二分之一。“随着自愿使用调停服务的个案增加，在法院进行拟予抗辩的聆讯案件也相应减少”。不过，由法院转介接受调停辅导的个案中，达成协议的只有43%。

#### 辅导服务统筹员

4.95 《1980年家事法庭法令》设立辅导服务统筹员一职，其职责（载列于第8条）是令家事法庭、辅导服务及其它如调解等相关服务的运作畅顺。第8(3)条规定统筹员必须是法院人员。

4.96 一名家事法庭法官指出，辅导服务统筹员在家事法庭扮演举足轻重的角色，对于家事法庭的工作的成功与否起关键性的作用。卡赖特（Cartwright）法官指出，“在新西兰各地，凡有辅导服务统筹员派驻的家事法庭，该处的司法工作量都显着下降。”统筹员“使法院的官僚本来面目”人情味化，而律师也有利用这项服务转介当事人给统筹员，以便统筹员再把当事人转介往适合的辅导员或其它机构。

#### 转介辅导服务

4.97 现时共有40名统筹员分别派驻于24个家事法庭，负责转介当事人给位于新西兰各地的500名个别辅导员或辅导机构。辅导服务是由下列人士或机构提供：婚姻辅导员（占25%至30%）、有社会工作或临床心理学经验及训练的私人执业辅导员（占55%），以及各式各样的社区组织。

4.98 若案情显示纠纷会有争议，统筹员可把个案转介辅导服务处理。事实上，差不多所有关乎管养权、探视权、监护权和涉及家庭暴力的申请，都会被转介辅导或调解服务处理。除非是非常紧急的申请，否则所有法律程序会暂时搁置，直至辅导员告知法院辅导不能解决纠纷为止。

4.99 司法部的政策及研究科（Policy and Research Division of the Department of Justice）所发表的一份研究报告表示，尽管有妻子投诉丈夫不愿出席，但实际拒绝出席的人为数甚少。一名统筹员指出，经她转介辅导的当事人之中，有出席的达90%。

4.100 统筹员指出现行法律有一个缺点，就是第9条不适用于已解除婚约的人，因为经转介的个案必须与婚姻有关。统筹员建议，转介服务应该也适用于离婚后才出现的管养权及探视权纠纷。

#### 案件管理与统筹员

4.101 案件管理人所扮演的角色，就是监督整个程序的各个阶段，以确保案件进展顺利。首席家事法庭法官所发出的实务指引，是指定代表儿童的律师（即代表儿童的独立法律代表）为每项法律程序的案件管理人。虽然有此明确指引，但一份关于家事法庭法官的研究报告指出，仍有四名法官视统筹员为扮演案件管理人角色的人。

4.102 因此，为确保案件能作有效管理，及早委任律师代表儿童实际上是相当重要的工作。但上述研究发现，代表儿童的律师有时是在很后期的阶段才委任，那就是在有关案件的家庭辅导员提议后才委任。统筹员若在早期能有更多时间评估案情，便可在法律程序一开始展开时即就代表儿童的律师的委任事宜作出建议。

#### 调解与统筹员

4.103 有一点很重要值得注意，那就是尽管有关法例没有提及此项服务，但统筹员可转介个案以调解方式处理。察特（Chart）的报告指出，大部分辅导工作，都是旨在藉调停促使双方当事人达成和解。事实上，麦士维也发现有77%的夫妇是于接受转介后达成全面或局部协议的。然而，令人遗憾的是现时用语仍只选用“辅导”和“调停”两词，并未有包括调解在内。

4.104 布舒雅（Boshier）的报告呼吁另外提供家庭调停服务，以便于有需要时可采用调解辅导来辅助调解程序进行。此外，辅导服务统筹员会担当重要角色，负责“把个案及早分类和转介，并进行公众教育”。辅导服务统筹员如获提供额外的文书工作支持，便可专注于联络当事人、评估和转介个案、联络专业团体和举办公众教育活动。

#### 调解会议

4.105 如果双方当事人未能在法院辅导员协助之下解决问题，就分居令或赡养令提出申请或就子女管养权或探视权提出申请的夫妇，可要求举行调解会议，而家事法庭法官也可提出这样的要求。司法常务官随即定出会议的时间和地点，而会议可于法庭、特别会议室或法官办公室举行。“尽管是强制规定出席，但不能迫使当事人积极参与”。

《1980年家事法律程序法令》第17条赋予法官指令双方当事人出席调解会议的权利，但实际上法官甚少需要行使这项权力。如果当事人有所要求，律师也可陪同当事人出席会议。

4.106 调解会议举行之前，通常会有专家拟备报告，并分送主席（由家事法庭法官出任）和有关的律师。双方当事人通常也会收到有关报告。如问题未能解决，便会定出聆讯日期。即使如此，有些个案仍能在审前会议之上得到解决。

4.107 在1982年至1988年间,转介辅导服务的个案所占比率由37.5%上升至78.6%,而调解会议的次数则由26%下降至14.8%。《1980年家事法律程序法令》第14(2)条订明,调解会议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,主持会议的家事法庭法官可作出具约束力的命令。如未能达成协议,则第16条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,则作别论。

结论

4.108 澳大利亚与新西兰在这方面的发展确是饶有趣味。特别是在澳大利亚,研究结果显示在“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,而联邦政府同时拨款开设社区调解计划及家事法庭计划,正好表明它对这个结果是有点认同的。

## 第5章 改革建议——设于法院的家事调解支援服务

### 引言

5.1 排解子女管养权纠纷的做法,可从传统的对抗程序与另类排类纠纷程序(通常是与调解有关连)两者之间选择其一,而我们已于本报告书的第1及2章中,对这些不同的做法作出扼要介绍。

5.2 正如我们在第2章中所见,随着家事法庭推行家事调解试验计划后,香港近年在调解服务方面已有重大发展。此外,又有人提出新的民事诉讼制度改革方案,而该等方案主要是来自终审法院首席法官辖下民事司法制度改革工作小组。

5.3 为了配合这些改革行动,我们在考虑这方面需要什么改革之时,已把重点放在如何淡化家事法律程序的对抗性质,以及如何减少透过法院处理家事案件所可能出现的延误情况。

5.4 我们的研究范围包括了:

- (a) 设于法院利便在香港推行家事调解的支援服务,而该等服务也是本章的研究对象;
- (b) 香港的一般家事调解服务,这会在第6章中加以探讨;及
- (c) 家事诉讼程序本身及其它有关事宜,这会在第7章中进行讨论。

5.5 本章的研究对象是设于法院的支持服务,我们在就之作出最后建议时,有重新考虑我们较早时所作出的改革建议,而该等建议是收载于《监护权和管养权谘询文件》。此外,我们也有考虑研究此范畴工作的其它人士所提出的建议。

5.6 大家会从下文的讨论得知,这些较早时所作出的建议之中,有多项已透过家事法庭的家事调解试验计划暂时落实。不过,我们认为在适用的情况之下,仍然值得重申我们对这些建议的支持,以便加强把家事调解试验计划日后扩展为永久性服务的赞成声音。在另一方面来说,我们的建议和那些已在试验计划之下落实的建议也不尽相同,所以我们会利用此机会来重点说明两者的分歧之处。我们相信政府在为家事诉讼中的调解服务制定长远策略时,也会把这些其它或附加建议列入考虑范围。

### 设立家事法庭工作小组

5.7 在我们的谘询文件中,我们大致上是赞同并采纳家事法庭工作小组的报告书所作出的建议。该等建议指出,“调停服务和辅导服务都是……建立完善家事法庭制度的基础。”工作小组的报告书建议在家事法庭为调停员和辅导员设立办事处,让他们提供服务。此外,辅导或调停转介服务,还包括把当事人转介法院以外的合资格人员。法院调停统筹员会在双方当事人、他们的法律代表、法院及调停机构之间充当联络人,而有关职员则会与律师联络,以“保证早日达成和解和有效率地管理案件”。工作小组认为设于法院的调停服务,会有助双方当事人处理其纠纷在情绪、实务和法律各方面的问题,并进行谈判以达成和解。

5.8 在用语方面,我们却认为“调解”和“调解员”较“调停”和“调停员”可取,而为了配合工作小组的做法,我们在谘询文件中建议把调解服务列为家事法庭制度中一个不可或缺的部分。我们指出透过拨出更多资源来推动调解服务、讲座和父母教育计划以提供支持,便可配合法院程序。我们特别觉得有需要把这些支持服务和资源与法院制度结合起来,以确保法院服务便于取用及具负责性。我们又建议这些家事诉讼支持服务的经费应由政府拨付。

5.9 在进行谘询之时,这些建议得到大部分在这方面提出意见的回应者赞同。有一名回应者指出如果双方当事人是互相敌视的话,关乎调解服务的建议通常便可能难于落实,而另一名回应者则表示要求政府拨付所建议推行的服务经费的建议,会对成本和资源有深远的影响。我们在保留原来做法之时对回应者所表达的这些忧虑加以考虑。

### 建议1

我们一般赞同并采纳家事法庭工作小组的报告书就支持服务所作出的建议,但认为在用语方面,“调解和调解员”较“调停和调停员”可取。

我们建议为调解服务提供便于取用的设施应属家事法庭制度中一个不可或缺的部分。

我们认为透过拨出更多资源来推动调解服务、提供讲座和父母教育计划,以为调解服务提供支持,便可配合法院程序。我们建议这些为调解服务提供支持的资源,经费应由政府拨付,并应在家事法庭制度以内提供。

设于法院的家事调解试验计划

5.10 为确立调解为一项永久性的排解纠纷方法，我们在谘询文件中建议在家事法庭推行附属于法院的家事调解试验计划。我们有详尽说明应如何设立此计划和此计划应提供什么服务，并表示此计划应是一个“在全面实施计划前的实验方案，在规模和期限方面都有限。”

5.11 我们曾特别建议：

成立工作小组，负责策划并推行附属于法院的调解服务试验计划

成立管理委员会负责监察试验计划的推行情况

加强向公众推广调解及其它排解纠纷服务，方式是透过律师及法院来进行，并在家事法庭就这些服务举办可供市民参加的特别讲座

法院应具有鼓励双方当事人尝试进行调解的权力

在家事诉讼程序中也引入辅导会议，以协助双方当事人克服有碍排解纠纷的情绪问题

设立支持服务统筹员一职，其职责是令支持家事法庭排解纠纷制度的服务运作妥当

在家事法庭辟设办公地方，方便尽快转介当事人接受合适的服务

就涉及家庭暴力及儿童受性侵犯的案件制定指引，以甄别适合接受家事调解服务的案件

对附属于法院的调解试验计划进行独立评估

由终审法院首席法官成立的香港家事法诉讼调解试验计划推行工作小组考虑我们就调解服务、案件管理及拟议的试验计划所作出的建议，以决定会否有助他们制定其建议。

5.12 在我们的谘询文件发表之后，司法机构也发表了《香港家事法诉讼调解试验计划推行工作小组报告》，而家事法庭的调解试验计划亦告成立，并于2000年5月推行。

我们就设于法院的家事调解服务作出的建议

5.13 在我们就设于法院的调解服务作出的建议中，有部分仍然值得参详，其详情列于下文。

关于排解家庭纠纷支持服务的资料

5.14 我们在谘询文件中建议法院应更尽力令父母与支持服务保持接触。我们指出有需要加强向公众进行宣传和教育的工作，以鼓励家庭在发生冲突的初期或最初遇到问题之时向区内的家庭服务中心或其它机构求助。我们建议家事法庭应提供关于法院程序、支持服务，以及诉讼以外的其它选择的资料。我们又建议例如《婚姻路知多少》资料套之类的单张应存放于家事法庭本身和高等法院大楼的大堂，以备索阅。

5.15 特别是对于调解服务来说，我们指出由于这是较为新兴的服务，如要用作对抗程序以外的一个可资信赖的其它选择，便需要广为宣传。基于此故，我们建议法院应有责任积极推广调解服务，而终审法院首席法官则应核准一份列明调解服务的优点和调解程序的文件。至于另类排解纠纷方法的其它形式，我们建议资料小册子应存放于家事法庭和家庭服务中心，以备索阅。该等小册子应载有关于在诉讼以外可供采用的调解服务的资料，并鼓励公众采用调解作为诉讼以外的另一选择。我们又认为例如《婚姻路知多少》资料套之类的小册子应载有关于调解服务的资料，而这些小册子和《婚姻路知多少》资料套均应定期予以更新。

5.16 这些有关推广另类排解纠纷方法的建议，受到谘询回应者的广泛支持。

建议2

我们建议法院应更尽力令父母与支持服务保持接触。此外，有需要加强向公众进行宣传和教育的工作，以鼓励家庭在发生冲突的初期或最初遇到问题之时向区内的家庭服务中心或其它机构求助。

我们建议家事法庭应提供关于法院程序、支持服务，以及诉讼以外的另类方法（包括调解在内）的资料。

我们建议法院应有责任积极推广调解服务，而终审法院首席法官则应核准一份列明调解服务的优点和调解程序的文件。

我们建议编制小册子，以载列关于在诉讼以外可供采用的调解服务的资料，并鼓励公众采用调解作为诉讼以外的另一选择。这些关于调解服务的资料小册子应收纳于《婚姻路知多少》资料套之内。

我们建议这些资料小册子，包括《婚姻路知多少》资料套在内，应存放于家事法庭、高等法院大楼的大堂和各家庭服务中心，以备索阅。我们又建议这些小册子应定期予以更新。

律师的责任

5.17 有多个国家都向律师施加法定责任，规定他们必须告知并鼓励其当事人考虑和解的可能性，以及于和解失败时考虑接受辅导和调解服务。《婚姻诉讼规则》（第179章）表格2A订明，代表呈请人的律师必须证明自己有无与当事人讨论和解的可能性，以及有否将有资格协助达成和解的人的姓名和地址告知当事人。

5.18 我们在谘询文件中建议规定律师有责任告知并鼓励其当事人考虑和解的可能性，并须告知申请人（和获送达状书的答辩人）辅导和调解的性质和目的，以及向他提供一份载列和解服务、辅导服务和调解服务的名单。此等资料会收



载于家事法庭所核准的小册子中。

5.19 在谘询进行之时，有就此建议提出意见的回应者中，除一人之外全都表示支持。该名表示反对的回应者认为规定律师须鼓励其当事人考虑进行和解是鼓励律师充当业余心理学家或社会学家，而这并非律师所应扮演的角色。对于这个看法，我们有作考虑但未敢苟同，因为此建议的重点所在是确保当事人能获告知另类的非对抗性排解纠纷服务。

### 建议3

我们建议规定律师应有责任告知并鼓励其当事人考虑和解的可能性。

我们建议申请人（和获送达状书的答辩人）应获告知辅导和调解的性质和目的，并且应获提供一份载列和解服务、辅导服务和调解服务的名单。此等资料应收载于家事法庭所核准的小册子中。

### 讲座

5.20 讲座旨在阐述各种可供选择的处理纠纷方法，并且：

“较详细地介绍调解过程，也会谈及一些有教育意义的课题，包括分居过程、沟通模式、从儿童成长角度剖释子女对父母分居的反应、有关夫妇是否适宜接受调解，以及可以藉调解处理的事项。”

5.21 我们在谘询文件中建议引入自愿出席的讲座，而讲座是开放给每一个人使用的服务。在大部分个案中，双方当事人都会在提交呈请书之前出席讲座。讲座的内容成分会包含美国的父母教育计划和澳大利亚的讲座。

5.22 我们曾构思在讲座举行之时，双方当事人可收到关于家事支持服务和诉讼以外的另类方法（例如调解）的资料和意见。此外，还会有以口述、录影带和资料套等方式提供的关于教育父母有关离婚的心路历程及离婚对子女的影响方面的资料，而负责讲解的人员均曾接受辅导和调解的培训。律师、法律援助署和当值律师服务应告知当事人有讲座可供参加，而关于此等服务的资料可收载于家事法庭所核准的小册子中。

5.23 这些建议得到谘询回应者的广泛支持，我们另外也收到一些其它提议。有一名回应者特别强调讲座时所作的讲解应以广东话、英语和普通话进行，而内容全面的资料套所用语文则应中英兼备。此外，又有人提议分别以中英文举行讲座，而由于双方当事人较适宜各自出席讲座，所以讲座应经常举行，时间或者可以是每隔一至两个星期分别以中英文举行一次。另一名回应者则建议讲座举行时应有保安人员在场。我们经考虑后同意此等提议有其可取之处。

5.24 回应者所关注的另一问题便是讲座应否为强迫性。有部分回应者主张应强迫所有正在办理离婚手续的当事人出席讲座，我们有考虑他们的意见，但结论是不赞同强迫出席此一做法（法院转介当事人出席讲座的权力却不在此限，详细讨论见于下文）。

### 建议4

我们建议引入自愿出席的讲座，而讲座是开放给每一个人使用的服务。在大部分个案中，双方当事人都会在提交呈请书之前出席讲座。

我们建议在讲座举行之时，双方当事人可收到有关家事支持服务和例如调解之类的诉讼以外的另类方法的资料 and 意见。此外，还会有以口述、录影带和资料套等方式提供的关于教育父母有关离婚的心路历程及离婚对子女的影响方面的资料。讲座的内容成分会包含美国的父母教育计划和澳大利亚的讲座。

我们建议负责讲解的人员均应曾接受辅导和调解的培训。

我们建议律师、法律援助署和当值律师服务应告知当事人有讲座可供参加，而关于此等服务的资料可收载于家事法庭所核准的小册子中。

### 转介出席讲座

5.25 有份参与排解家庭纠纷制度的人，不管是律师、法官，抑或间接地参与其中的社会工作者，均有必要作出鼓励，以确保能有更多当事人出席讲座，从而得以受惠。

5.26 我们故此在谘询文件中建议律师应有责任告知其当事人有讲座可供参加。

5.27 我们又建议家事法庭法官应有转介双方当事人出席讲座的权力。我们建议该权力不是用命令形式行使，而是暂停或押后进行法律程序以待双方当事人出席讲座的权力。

5.28 在谘询进行之时，大部分有就此建议提出意见的回应者均表示支持。不过，有一名被谘询者对法庭暂停进行法律程序以待双方当事人出席讲座的权力表示关注。该名被谘询者所持的反对意见是，为求推广另类排解纠纷程序，这项建议会在实际上令双方当事人不能采用诉讼的做法。关于这项反对意见，我们在经过一番讨论后觉得较为可取的做法是更改原来建议，改为给予法庭命令双方当事人出席讲座的权力，因为这样可给予被如此命令的双方当事人权利，在自己认为有需要之时针对法官的决定提出上诉。

### 建议5

我们建议律师应有责任告知其当事人有讲座可供参加。

我们建议家事法庭法官应有命令双方当事人出席讲座的权力。

法院在调解方面的权力

5.29 我们在谘询文件中建议采纳首席大法官所委任的工作小组就附属于法院的调解服务所提交的报告 所载的自愿调解建议，使法庭只可在双方当事人均表同意的情况下命令他们接受调解。我们亦指出《婚姻诉讼条例》(第 179 章)第 15A 条订明，法庭如觉得有合理可能达成和解，可将法律程序押后。我们建议可为鼓励调解而制定一项相若的条文。

5.30 我们在谘询文件中建议参照澳大利亚的《1975 年家事法法令》第 19A 条而制定一项条文，赋权有可能提出诉讼的人或双方当事人向家事法庭提交要求委任调解员的通知书。我们又建议制定一项条文，订明如双方当事人同意进行调解但未能就调解员人选达成共识，法庭可委任一名合适的调解员。我们认为法官不应直接介入调解；但建议如一方当事人不同意押后法律程序以进行调解，则法官可尽其所能鼓励进行调解。

5.31 我们更建议在案件排期聆讯之前，双方当事人应提供一份证明书，以令法院信纳他们曾有考虑或未有考虑调解服务，或信纳调解服务并不适合。

5.32 在谘询进行之时，有就这些建议提出意见的回应者一般均表示支持，但对于调解员在双方当事人极度满怀敌意的情况下介入程序，有一名回应者担心这样只会拖长法律程序，因为双方当事人无论如何也会有需要诉诸法律。我们理解此一看法，但我们的结论是调解员一般不会浪费时间在此类案件中进行调解，而只会向法庭回报并指出曾尝试和解却不成功，或调解并非适当选择。

5.33 我们也注意到另有一名回应者觉得法官的角色可能会有矛盾之处。这是因为法官一方面完全无意介入调解过程之中，但在另一方面却有可能需要鼓励双方当事人进行和解。不过，我们并不同意这会造成重大冲突。

#### 建议 6

我们建议采纳首席大法官所委任的工作小组就附属于法院的调解服务所提交的报告所载的关于自愿调解的建议，使法院只可在双方当事人均表同意的情况下命令他们接受调解。《婚姻诉讼条例》(第 179 章)第 15A 条订明，法庭如觉得有合理可能达成和解，可将法律程序押后。为了鼓励调解，一项相若的条文可予制定。

我们建议参照澳大利亚的《1975 年家事法法令》第 19A 条而制定一项条文，赋权有可能提出诉讼的人或双方当事人向家事法庭提交要求委任调解员的通知书。

我们又建议制定一项条文，订明如双方当事人同意进行调解但未能就调解员人选达成共识，法庭可委任一名合适的调解员。

我们同意法官不应直接介入调解；但如一方当事人不同意押后法律程序以进行调解，则法官应可尽其所能鼓励进行调解。

我们亦建议在案件排期聆讯之前，双方当事人应提供一份证明书，以令法院信纳他们曾有考虑或未有考虑调解服务，或信纳调解服务并不适合。

#### 关于强制性权力的问题

5.34 我们在谘询文件中指出，给予法官权力拒绝在双方当事人向其证明他们曾尝试进行某种形式的调解之前把诉讼排期聆讯，不失为可取的做法。我们也建议法官应有权力建议双方当事人尝试透过和解来解决问题，并在特殊情况所需之下，规定他们要这样做。然而，我们不赞同在现阶段把调解列为强制规定。至于首席大法官所委任的工作小组就附属于法院的调解服务所提交的报告 所载的自愿调解建议，应否予以采纳来排解管养权纠纷，我们欢迎被谘询者提交意见书。

5.35 究竟应否把调解列为强制规定，这问题在谘询进行之时被发现是带有争议性。虽然大部分回应者均支持不把调解列为强制规定的建议，但我们留意到也有人对相反看法表示支持。我们的结论是，如果我们要赞同把调解列为强制规定，就先要提出极之强而有力的论据，因为会有强制规定进行调解根本不是适当做法的情况出现。我们又认为调解讲座的质素和内容，可能会是一个鼓励双方当事人利用调解程序的重要因素。

#### 建议 7

我们并不认为调解应列为强制规定，但我们建议法官应具有权力在适用的案件中，拒绝在双方当事人向其证明他们曾尝试进行某种形式的调解之前把诉讼排期聆讯。

#### 关于设于法院的调解服务的附加建议

5.36 我们已在本章上文提及虽然家事法庭的调解试验计划有反映了我们在此方面的多项建议，但一些重大分歧仍然存在。我们会在下文列出这些其它或补充建议，并盼望政府在研究长期推行家事法庭调解服务的计划时也会对之加以考虑。

‘工作小组’须考虑儿童的特别需要

5.37 我们以前曾建议成立工作小组研究应否在香港开办附属于法院的家事调解服务。关于这一点，我们主张工作小组应“仔细探讨儿童的特别需要，以及如何能在调解过程和家事法庭上尽量保护他们”。我们又指出这“对于甄别哪类

别的家事法庭最能平衡诉讼人、他们的子女、司法机构和法院行政机构各方需要一事上，也有一定影响。” 我们仍然维持原来看法，觉得在研究香港一般采用的家事调解和家事诉讼制度的未来计划及发展之时，应小心和特别考虑儿童的特别需要。

#### 辅导会议

5.38 我们在谘询文件中建议在推行调解之余亦引入强制性的辅导会议。“调停辅导”是澳大利亚的用语，目标较调解为广，因为其工作范围可包括辅导父母和子女，协助他们适应婚姻破裂所带来的变化和宣泄愤怒情绪及疗治伤痛。调停辅导会在调停会议上由法院辅导员进行，目的在于减少冲突，并鼓励当事人就实际问题（特别是关于管养权和探视权的问题）达成协议。法院辅导员均是曾受特别培训的社工或心理学家，擅于处理人际关系破裂的问题。当局会鼓励父母利用这些程序来解决问题，以免进行有抗辩的聆讯，而令双方之间的冲突积怨更深。

5.39 我们在谘询文件中指出澳大利亚的《1975年家事法令》第62F条 赋予法院酌情权在有关的法律程序中，指令双方当事人出席调停会议，以商讨子女的照顾、福利和成长事宜，并尝试解决彼此之间的分歧。这样做的理据是强制性的辅导会议，可让各方有机会解决部分令父母无法专注照顾儿童的最佳利益的问题。如果双方当事人在辅导会议上解决了彼此之间的分歧，便可继而拟备经同意而作出的命令而无需进行调解。

5.40 我们承认调停会议确有优点，因为这个程序不但能处理离婚的法律程序，也能照顾到当事人的情绪变化，而后者在香港的法律制度之下是备受忽视的。我们因此在谘询文件中建议引入与澳大利亚调停会议相若的程序，但为免与调解混淆，我们觉得应采用“辅导会议”一词。我们建议会议可由辅导员主持，而经费则应从公帑拨付。

5.41 我们建议辅导会议应是法院程序中的一个必经阶段，并视之为法院制度中的案件管理程序的不可或缺部分。我们建议支援服务统筹员应以书面向法官报告双方当事人有否出席辅导会议，以便进行下一阶段的程序。

5.42 我们也建议如果父母双方在子女和经济问题之上都有纠纷，便应安排联合辅导会议一并处理这些问题。

5.43 在谘询进行期间，有就这些建议提出意见的回应者均认为有需要清楚区分辅导会议与调解会议两者之间的分别。有意见指出调解的基本目的是协助双方当事人解决彼此之间有纠纷的实际问题，而辅导的目的则是协助当事人解决情绪问题和克服障碍。

5.44 此方面的回应者大部分均对关于辅导的建议表示欢迎，但有某机构认为辅导会议应仅限于在合适的个案中采用，而不应列为法院制度中的案件管理程序的强制部分。我们虽然理解这名回应者的看法，但仍然维持原来建议，认为参与辅导会议应列为家事诉讼程序的必要部分。

#### 建议 8

我们建议引入与澳大利亚调停会议相若的程序，但为免与调解混淆，我们觉得应采用“辅导会议”一词。

我们建议辅导会议应是法院程序中的一个必经阶段。辅导会议应视为法院制度中的案件管理程序的不可或缺部分。

我们建议支援服务统筹员应以书面向法官报告双方当事人有否出席辅导会议，以便进行下一阶段的程序。

我们建议会议应由辅导员主持。我们建议会议的经费应从公帑拨付。

如果父母双方在子女和经济问题之上都有纠纷，便应安排联合辅导会议一并处理这些问题。

#### 支援服务统筹员

5.45 我们在谘询文件中建议开设“支持服务统筹员”一职，其职责是令支持家事法庭排解纠纷制度的服务运作妥当。在家事调解试验计划之下，当然已设有相类的调解统筹主任一职。不过，根据我们所作的建议，支持服务统筹员的工作范围预计会较大，并不限于调解，而是扩及至辅导会议和转介双方当事人接受法院以外的辅导服务。

5.46 在我们所建议采用的模式之下，支持服务统筹员会评估双方当事人对辅导、辅导会议或调解服务的需要，并将适合的个案转介予适当人士处理，如社会福利署的辅导员或调解员、社区调解或辅导服务机构、专业调解员、专业辅导员或其它支持服务机构。

5.47 我们又建议支持服务统筹员人数有需要多于一人，因为他们需要统筹转介当事人出席讲座和辅导会议的工作。有关的进度报告也可送交支持服务统筹员处理，以便他们与法律代表保持联络。为确保转介得宜，统筹员可查阅誓章或资料单张，或于有需要时与双方当事人会谈。统筹员可向当事人和介入的专业人员搜集意见，以评估提供家事诉讼支持服务的过程是否有尚需改进之处。此外，统筹员也会与社会福利署负责向法庭提交有关双方当事人的报告的人员保持联络。

5.48 在谘询进行之时，有就这个拟议的支持服务统筹员角色提出意见的回应者全都表示支持。

#### 建议 9

我们建议开设支援服务统筹员一职，其职责是令支持家事法庭排解纠纷制度的运作妥当。

支持服务统筹员的工作范围并不限于调解，而是扩及至辅导会议和转介双方当事人接受法院以外的辅导服务。

在家事法庭内辟设支持服务的办公地方

5.49 我们在谘询文件中建议家事法庭的办公地方应设有环境舒适的会客室，以保障双方当事人及其子女私隐。我们觉得这会改善在法庭进行和解的环境。我们又提议为辅导员和调解员辟设办公地方，以便他们能在正常办公时间内与当事人会晤，并在有传召出席案表处理的日期向法院提供协助。我们指出让这些人员在法院当值的好处是如果要达成和解，这个安排可能会较两边的律师在传召出席或聆讯时才在“法庭门槛”进行谈判更能收排解之效。

5.50 在谘询进行期间，有在此标题之下作出回应的人大部分均支持这些建议，虽然所表达的各种意见不乏有所保留者。其中一名回应者强调必须在辅导服务与调解服务之间保持清楚的界线，我们当然同意这个看法。另外有意见认为在透过法院进行推广之时，不应把非属政府的调解服务和私人调解服务排拒于外。其它的回应者就认为只应单为支援服务统筹员及其支持人员在家事法庭之提供永久办公地方，而调解员和辅导员则仅可使用法院的设施。另一名回应者表示法院与支持服务之间应保持一段距离（在现行的试验计划安排之下，只有调解统筹主任的办事处是设于法院之内），以便在其它地方进行调解工作。这些意见，我们有留意在心。

#### 建议 10

我们建议在家事法庭之内为辅导员和调解员辟设办公地方，以利便早日转介当事人接受适当的服务。

#### 调解个案的甄别和配对

5.51 作者本杰明及欧文认为，对决策者而言，最关键的问题不是调解是否有用，而是如何为当事人选配最切合其需要的特定服务模式，以充分发挥调解的优点。所以他们建议采用甄别程序来达致这个目标。他们指出如果转介及初步接见服务未能适当“断症”，则所提议采用的“疗方”也许并不恰当，以致对这个制度构成更多问题和造成更大开支。不过，如可根据个案特点选配适当的排解纠纷程序，则以调解会议和辅导会议为例的程序便能发挥辅助正规法院制度的功能，并且使消费者和向其提供意见的专业人员能有更多选择。

#### 处理家庭暴力和性侵犯的指引

5.52 新西兰的布舒雅报告书建议，“一般而言，如有人提出保护家庭的申请，而且是附连监护权申请，调解即不再适用。”布舒雅报告书又建议：

“涉及实在的性侵犯指称的个案不应转介家事调停服务处理，最起码要先待有关方面对指称妥为调查，而且必须在双方当事人达成协议并经法官审核后，才可作出转介。”

5.53 我们因此在谘询文件中建议参照澳大利亚与新西兰的指引，制定有关处理家庭暴力和儿童受性侵犯个案的指引，以甄别适合接受家事调解服务的个案。在谘询进行期间有就这些建议提出意见的回应者全部表示支持。

#### 建议 11

我们建议参照澳大利亚与新西兰的指引，制定有关处理家庭暴力和儿童受性侵犯个案的指引，以甄别适合接受家事调解服务的个案。

## 第 6 章 改革建议——一般家事调解服务

### 引言

6.1 我们在上一章中，概述了我们对设于法院以便在香港推动家事调解服务的支持服务所作的建议，并指出我们早前在此方面所提出的建议，有多项已随着家事法庭推行家事调解试验计划而得以落实。

6.2 本章的研究重点是我们曾就调解员角色所提出的一些较为广泛的建议。这些建议旨在确保调解服务在香港运作之时，能有明确指引和充裕资源，以令程序保持完整无缺和服务质素得以保持良好。

#### 调解员的培训

6.3 就新西兰而言，布舒雅报告书建议应让调解服务在家事法庭制度享有突出地位，方法是坚持“对调解员的甄选、培训、监管及认可和对持续认可的规定订定严格标准”。

6.4 我们在谘询文件中表示同意布舒雅报告书所提述的重点，并建议为参与任何透过家事法庭而运作的调解计划的家事调解员，订定严格的甄选、培训、监管及认可标准。

6.5 所有在谘询期间收到的回应这些建议的意见，都是表示支持。

#### 建议 12

我们建议为参与任何透过家事法庭而运作的调解计划的家事调解员，订定严格的甄选、培训、监管及认可标准。

#### 认可

6.6 香港国际仲裁中心辖下的香港调解会（前称调解组）已核准一套合格的家事调解员的认可制度，并备有一份此类调解员的名册，我们希望所有合格的家事调解员，不论是私人执业的调解员、社区调解员或来自社会福利署的调解员，均能在这套制度之下得到认可，以确保大家水平划一和质素良好。如果这套制度得到政府和司法机构核准，则有关的服务机构便会较为容易取得政府拨款资助或补助。

6.7 我们因此在谘询文件中建议现有的合格家事调解员认可制度应得到政府和司法机构核准。此建议得到所有在

这方面提出意见的回应者支持。

#### 建议 13

我们建议现有的合资格家事调解员认可制度应得到政府和司法机构核准。

#### 社会工作主任与调解服务

6.8 我们在谘询文件中指出，在透过家事法庭推行调解服务之后即有需要澄清社会工作主任所担当的角色，以免如果新的调解员角色是由社会工作主任担当，新角色会与社会工作主任的原来调查员角色有所混淆。我们留意到社会工作主任所担当的调查员或法庭专家角色，是与辅导员或调解员的角色不同。我们故此建议把本身是具备专业资格的调解员而又参与透过家事法庭而运作的调解服务的工作主任，与负责为法庭调查社会背景和拟备报告的工作主任区分开来。我们又建议社会福利署制定适当指引来区分这些职能。

6.9 在谘询进行之时就有就此建议提出意见的回应者中，除一人之外全都表示支持。表示反对的回应者似乎以为此建议是主张社会工作主任同时兼负两种截然不同的职能，一方面是调查员或法庭专家，而另一方面则是调解员。这一点我们要作澄清，因为此建议的目的在于表明那些身兼调查员或法庭专家之职的工作主任，不应也担当调查员角色。

#### 建议 14

社会工作主任所担当的调查员或法庭专家角色，是与辅导员或调解员的角色不同。我们故此建议把本身是具备专业资格的调解员而又参与透过家事法庭而运作的调解服务的工作主任，与负责为家事法庭调查社会背景和拟备报告的工作主任区分开来。

我们又建议社会福利署制定适当指引来区分这些职能。

#### 其它专业与调解工作

6.10 合资格的调解员同样不应辅导其当事人或参与其它治疗工作，因为会出现角色混淆的问题。此外，又有需要把律师出任为调解员和以律师或大律师身分行事两个不同的职能清楚区分。

6.11 我们在谘询文件中建议参与辅导或治疗工作的其它专业人员，不论是在政府或非政府机构任职，抑或是私人执业，均须采用相类的指引。我们又建议律师会和大律师公会应拟备适当指引，以确保可区分律师作为代表律师和作为调解员所担当的不同角色。

6.12 在谘询进行之时，有就这些建议提出意见的回应者全都表示支持。

#### 建议 15

参与辅导或治疗工作的其它专业人员，不论是在政府或非政府机构任职，抑或是私人执业，均须采用相类的指引。

我们又建议律师会和大律师公会应拟备适当指引，以确保可区分律师作为代表律师和作为调解员所担当的不同角色。

#### 专家报告

6.13 新西兰的布舒雅报告书建议在处理棘手个案时，可能有需要于调解进行期间，提供某些途径以取得心理专家或资深社工的专家意见。这样做会“有助双方当事人专注照顾子女的需要和意愿”，并且可能有助达成和解。

6.14 我们因此在谘询文件中建议，家事调解员应获提供途径，利便他们在双方当事人同意之下取得专家报告，以助处理涉及子女纠纷的棘手个案。这建议在谘询之时得到广泛支持。

#### 建议 16

我们建议为家事调解员提供途径，利便他们在双方当事人同意之下取得专家报告，以助处理涉及子女纠纷的棘手个案。

#### 特权和保密

6.15 “特权”是其中一方当事人阻止他人援引一些陈述或文件作为证据的权利。英格兰和威尔斯法律委员会（Law Commission of England and Wales）建议应对调解过程中所作的陈述赋予法定特权。该会又建议所作陈述如显示儿童有受到伤害的风险，则属享有特权而非属机密。

6.16 英格兰的上诉法院于 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的一件重要且宝贵的工具”。因此，“让所有试图就子女纠纷达成和解的过程保持秘而不宣”，实在极为重要。

6.17 有意见指出调停如要奏效，双方当事人就必须在过程中坦诚相对和互让互谅，并愿意作出承认和表示以达成和解；反之，如果“双方当事人各持己见，互不相让，那就不可能停战和解的”。此外，除非双方当事人把会议内容保密，否则调解是不会成功的。双方当事人必须“抱有信心自己所作出的让步和承认，不会在（调解）失败后全力进行诉讼之时被用作对付自己的武器。”

6.18 这种形式的特权，与如果通讯是以“无损任何一方权利”为前提而作出，那么为了真正尝试谈判以解决纠纷而作出的通讯是会受到保护的规则相类。不过，这种特权其实是源自下列原则：“如第三方在进行调停过程中接获需予保密的资料，法院是不会强迫他在未经双方当事人同意的情况下披露所谈及之事。”此特权建基于维系婚姻的公众利益之上，在当时来说是属于新的类别。

6.19 英格兰的上诉法院总结说：

“在根据《1989年儿童法令》提出的法律程序中，不得就任何一方在为进行调停而举行的会议或作出的通讯中作出的陈述提出证据，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，保障儿童利益的公共利益，较将试图调停一事保密的公共利益为重。”

6.20 香港的上诉法庭在W诉W一案中，裁定作为调解员和调停员的心理医生就案中夫妇关系所作的证供享有特权，故对调解和调停工作也有作出一些支持。

6.21 “特权”一词是指某人在某些情况下不向法院透露资料的权利，而“保密”一词则是指某项通讯或资料在法律上获承认为一个可在法官席前要求享有特权的理据。保密是调解的必要元素，作用是保障程序完整无缺和保障双方当事人的利益，并鼓励全面披露资料以达成和解。香港调解会所采用的守则——《家事调解员专业实务守则》（Guidelines for Professional Practice of Family Mediators）有向调解员施加保密的责任，以保护双方当事人在调解过程中所透露的资料，并只在某些明确界定的情况下才不受此限。该守则又表明调解员如被传召出庭会声称享有特权。

6.22 英格兰和威尔斯法律委员会建议赋予调停程序中所作出的陈述法定特权。如果所作出的陈述显示儿童有受到伤害的风险，该项陈述会是享有特权而非属于机密。《1995年苏格兰民事证据（家事调解）法令》（Civil Evidence (Family Mediation) (Scotland) Act 1995）订明，在认可家事调解员主持的家事调解过程期间所发生的一切事情，都不会获接纳为证据。

6.23 现时有多个国家都在主体或附属法例或实务指示中订明和解会议或调停会议享有特权。我们在上文亦已有指出，另外还有一项建基于维系婚姻的公共利益之上的普通法特权。香港的上诉法庭在W诉W一案中裁定，由心理专家以调解员和调停员身分就案中夫妇关系作出的证供享有特权。

6.24 法定特权在香港有先例可援。《劳资关系条例》（第55章）第II部规定以调解方式排解劳资纠纷，如未能解决纠纷，调解员须向劳工处处长提交报告，开列各方当事人同意的事实和看来仍有争议的事实，处长可随而把有关纠纷转交由劳资关系科高级人员出任的特派调解员处理。条例第9条规定有关的通讯享有特权：

“调解员或特派调解员因根据本条例执行职能而获传达的资料，除非获得向调解员或特派调解员传达该等资料的人同意，否则不得在仲裁庭或调查委员会进行的任何法律程序中被接纳为证据”。

6.25 《残疾歧视条例》（第487章）第80(6)条规定：

“由任何人在根据本条进行的调解过程中所说的话或所做的事（包括在为该等调解的目的而举行的会议中所说的话或所做的事）的证据，除得该人同意外，不得在根据本条例进行的法律程序中获接纳为证据。”

6.26 为免除疑问，我们在谘询文件中建议制定一项法定条文，使所有合格的家事调解员都享有特权，犹如《1995年苏格兰民事证据（家事调解）法令》的规定一样。

6.27 在谘询进行之时，我们所收到的所有关于此建议的回应，一般都是支持此建议，但至于在发现有虐待儿童情况出现的个案中当事人应享有什么程度的保密权和特权，部分被谘询人却有所保留。对于他们所表达的忧虑，我们不敢掉以轻心，在检讨我们原来建议的内容之余更特别再次研究英格兰法律委员会所建议采用的模式。

6.28 我们注意到英格兰法律委员会曾建议在调解过程中作出的陈述应享有特权。不过，该会又提出一项附加意见，表示所作出的陈述如显示儿童有受到伤害的风险，则应只属享有特权而非属于机密。故此，假若个案中的调解员知悉有儿童受到虐待，而参与调解的一方或双方希望把这项资料保密，调解员是向有关当局举报虐待事件的。

6.29 然而，这并不表示调解员日后会被迫在法庭之上就事件作供。英格兰法律委员会指出实际的运作情况是有关资料一旦传交当局，调查便会展开，而其后若有任何程序进行，是因为调查的结果所致，而不是因为最初有人把个案转介当局处理。该会总结说：

“要对儿童的福利提供更佳保障，究竟方法应是强迫（调解员）在该等程序中作供，抑或是给予绝对特权以鼓励大家在调停或调解过程中更加坦诚表白，是判断上的问题。……我们在权衡轻重后，认为绝对特权能对儿童的福利提供更佳保障，因为有关专业人员的实务守则已有包括一项表明不得在关乎保护儿童的事宜（例如关于虐待的指称）之上保密的规定。”

6.30 关于这一点，我们注意到香港家事调解试验计划所采用的接受调解同意书标准表格第5(e)条载有以下的陈述：

“调解员须将在调解过程中收到的一切资料及/或文件保密；如果有关资料是关乎生命或人身安全受到实际或潜在威胁，则属例外。”

6.31 香港的《家事调解员专业实务指引——实务守则》第VI(c)(ii)条亦载有一项陈述，表明一般施加于调解员的保密责任有例外情况，而其中之一是：

“当资料透露生命或人身安全受到实际或潜在威胁之时，所透露的资料须以绝对有必要为限。”

6.32 鉴于部分被咨询人有忧虑，我们经重新考虑我们较早时在此方面所持的立场后，现时觉得一般来说，适宜采取与英格兰法律委员会所作建议相若的做法。我们在上文已有指出，该会建议对双方当事人作出调解过程中作出的陈述赋予法定特权，但陈述如显示儿童有受到伤害的风险，则应只属享有特权而非属机密。我们认为这种做法，一方面能保存调解过程的完整无缺和推动双方当事人之间全面表白以促进和解，另一方面能使儿童及其它人的安全免受威胁，是可以在两者之间取得平衡的。

#### 建议 17

为免除疑问，我们建议一项制定法定条文，对在调解过程中作出的陈述赋予特权。

此外，我们建议虽然在调解过程中作出的陈述，一般来说应是既享有特权亦属于机密，但陈述如显示人命（特别是儿童）有受到伤害的风险，则应只享有特权而非属机密。

#### 法律责任豁免权

6.33 澳大利亚有不少法规规定，在附属于法院的调解服务计划或政府机构工作的调解员，在民事法律责任方面享有豁免权和受到保障。有此规定的理据是如果调解员可因疏忽而被起诉，则调解服务发展将会受到窒碍。这当然也假设了在法院或认可机构服务的调解员，在质素与问责方面都达到一定水准，从而减低了他们被起诉的机会。澳大利亚的《1975年家事法法令》第19M条规定：

“家事及儿童调解员……在履行家事及儿童调解员的职能时所享有的保障和豁免权，与家事法庭法官在履行家事法庭法官职能时所享有的一样”。

6.34 我们故此在咨询文件中建议参照澳大利亚的《1975年家事法法令》第19M条，制定一项赋予豁免权的条文，以保障合资格的家事调解员。在咨询进行期间有就此建议提出意见的回应者，全都表示支持。

#### 建议 18

我们建议参照澳大利亚的《1975年家事法法令》第19M条，制定一项赋予豁免权的条文，以保障合资格的家事调解员。

#### 法律意见

6.35 根据澳大利亚的《家事法规则》第25A号命令第12条规则，调解员如认为适当的话，须在调解程序开始之时或任何其它时间，忠告双方当事人应就自己的权利、责任和义务征询法律意见。是项忠告亦须在调解结束而任何协议在法律上仍未有约束力之前发出。

6.36 我们在咨询文件中建议香港应采纳一项参照澳大利亚的《家事法规则》第25A号命令第12条规则而制定的条文。在咨询进行期间有就此建议提出意见的回应者，全都表示支持。

#### 建议 19

我们建议采纳一项参照澳大利亚的《家事法规则》第25A号命令第12条规则而制定的条文，规定调解员须忠告当事人应就自己的权利、责任和义务咨询法律意见。

#### 法律援助和调解

6.37 我们在咨询文件中指出，英格兰的《1996年家事法法令》授予法律援助局（现为法律服务委员会）法定权力提供调解服务。该法令又规定除非有关人士已与调解员会面以决定是否适合进行调解，否则不会获批法律援助所安排的代表律师服务。

6.38 我们在咨询文件中建议制定法定条文，规定在香港就监护权、管养权和探视权纠纷进行的调解可获提供法律援助。法律援助现时在香港只限于在法律程序中代表受助人办理案件，故此我们也明白我们所提出的把法律援助扩及调解服务的建议，代表了改变法律援助计划的根本基础。不过，我们认为这样做会促使双方当事人早日和解，而对于现时法律援助预算经费中用于家庭纠纷的可观部分，也可能有正面影响。我们并不建议如果未有尝试进行调解便不提供法律援助，这和英格兰所采取的做法是成对比的。

6.39 我们又在咨询文件中建议，一俟有关法例制定法律援助署即应为家事调解服务设立妥善的拨款计划，工作范围会包括教育、宣传和潜在个案的甄别。

6.40 在咨询进行之时，有就此建议提出意见的回应者全都支持。不过，我们注意到有一名被咨询者表示有所保留。该名被咨询者指出透过法律援助来拨款推行家事调解会对经费和资源造成重大影响，所以此问题无论如何也应留待家事法庭的家事调解试验计划有结果后才作决定。我们注意到有这些意见，但仍认为调解服务应有法律援助提供。

#### 建议 20

我们建议制定法定条文，规定就监护权、管养权和探视权纠纷进行的调解可获提供法律援助。

我们又建议一俟有关法例制定法律援助署即应为家事调解服务设立妥善的拨款计划，工作范围会包括教育、宣传和潜在个案的甄别。

儿童在调解程序中的心声

6.41 有一名作者注意到，新西兰大部分有关管养权、探视权和监护权的纠纷都是透过辅导和调解来排解的，但现时却仍未有法律规定须在这些程序中考虑儿童的意见。要取得儿童的意见，可直接由调解员与儿童会谈，或间接由另一位专业人员与该儿童会谈，但有需要制定特别准则，以订定适宜安排与儿童会谈的条件和会谈环境。

6.42 有另一名作者概括指出留意儿童心声的目标是：

1. 使儿童成为家庭决策过程的中心人物；
2. 征询儿童对父母所作决定的意见；
3. 在有需要时为儿童客观澄清事情和教导儿童；及
4. 向儿童的父母反映儿童的心声。

6.43 我们已在谘询文件中指出有机制在诉讼程序中听取儿童的意见。《1995年苏格兰儿童法令》(Children (Scotland) Act 1995) 第 11(7)条特别规定法庭：

“在顾及该儿童的年龄和成熟程度的情况下，须在切实可行的范围内尽量

- (i) 给他机会表明是否希望表达意见；
- (ii) 如他表明希望如此，便给他机会表达意见；及
- (iii) 对他所表达的意见加以考虑。”

6.44 我们故此建议 采纳一项参照经修订的《1995年苏格兰儿童法令》第 11(7)条而制定的条文，以设立机制在调解程序中考虑儿童的意见。我们也建议考虑需要什么机制来确定儿童的意见，以便调解员能注意到儿童的意见。

6.45 我们在谘询进行期间所收到的回应这些建议的意见，全部都是表示支持。

#### 建议 21

我们建议采纳一项参照经修订的《1995年苏格兰儿童法令》第 11(7)条而制定的条文，以设立机制在调解程序中考虑儿童的意见。

我们也建议考虑需要什么机制来确定儿童的意见，以便调解员能注意到儿童的意见。

#### 子女安排

6.46 我们在谘询文件中认为有必要列明如何将调解协议或教养计划纳入现有法院程序中。向法院提交的离婚呈请书和关于子女安排的陈述书 都必须交由法官审阅，以确保符合《婚姻法律程序与财产条例》(第 192 章) 第 18 条的规定。如有关安排未能令法院满意，绝对判令便不会作出。

6.47 我们曾建议法院审议调解协议、教养计划和关于子女安排的陈述书，有关的程序会与处理同意令或判令的程序相若。事实上，调解协议甚至可夹附于同意令的草拟本。双方当事人会出庭应讯，法官如不满意有关安排便会加以提问，并有酌情权可拒绝同意有关安排。这样可令人安心，无需担忧双方在调解时所订立的安排或教养计划不符合子女的最佳利益。

6.48 我们故此在谘询文件中建议法院规则应利便将调解协议转化为在同意下作出的法院命令。我们指出这应既有助遵从协议的条件，更可于协议遭违反时将之强制执行。

6.49 在谘询进行之时，有就此建议发表意见的回应者全都表示支持。

#### 建议 22

我们建议法院规则应利便将调解协议转化为在同意下作出的法院命令。这应既有助遵从协议的条件，更可于协议遭违反时将之强制执行。

#### 教养计划

6.50 在华盛顿州，有规定必须填报一份教养计划的标准表格，以处理须就子女的学年、假期、生日和其它各项重要事务而负的父母责任。在教育、宗教和医疗各方面所作的决定必须扼要述明，父母又必须表明日后如有争执会希望选用什么排解纠纷方法，而各种选择包括有诉讼、调解和辅导。

6.51 澳大利亚的《1975年家事法法令》第 63C(2)条是于 1995 年藉修订而加入的。这项条文规定教养计划可处理子女的住所(管养权)、联系(探视权)和瞻养事宜，以及父母对子女的责任方面的任何其它事宜。这些内容详尽的计划是按个别家庭的需要而制定，制定后即可提交法院登记。这种排解纠纷的方式较传统式的命令可取。传统式的命令是把管养权判给母亲，但命令附有为父亲而设的含糊“合理探视”条款，即使命令是在同意下作出的情况也是如此。教养计划可由调解员、辅导员，社会工作主任或律师拟定。

6.52 我们认为应鼓励香港改变方针，由偏重父母权利和对抗性程序及用语而改为偏重父母责任和更合符人道的程序，例如拟定教养计划，以符合儿童的最佳利益。我们故此在谘询文件中 建议采纳一项类似澳大利亚的《1995年家事法改革法令》条文的可于家事法庭登记的教养计划条文。我们赞成采用澳大利亚的模式，宁可选用一项用语较笼统的条



文来引入教养计划，好让双方当事人有较大的灵活性去订定切合自己境况的教养计划。我们认为澳大利亚的做法，要比华盛顿的模式更容易达到这个目的。我们在谘询文件中指出根据《婚姻法律程序与财产条例》(第192章)第18条作出的声明仍然可以作出，并且可把教养计划夹附其中。我们又补充说教养计划应受到鼓励，并应有宽限期之设。在宽限期内，教养计划会属自愿性质；而我们亦有指出教养计划应只在较后阶段才变为强制性，以确保其得获广泛使用。

6.53 在谘询进行之时，有就此建议提出意见的回应者大部分均表示支持。有一名回应者认为如果双方当事人是互有敌意，使用该等计划可能会带来更多费用昂贵的诉讼，而另一名回应者虽然同意应该引入教养计划却主张不应有宽限期之设。对于这些意见，我们有加以注意。

#### 建议 23

我们建议采纳一项类似澳大利亚的《1995年家事法改革法令》条文的可于家事法庭登记的教养计划条文。根据《婚姻法律程序与财产条例》第18条作出的声明仍然可以作出，并且可把教养计划夹附其中。教养计划应受到鼓励，并应有宽限期之设。教养计划在宽限期内会属自愿性质，并应只在较后阶段才变为强制性，以确保其得获广泛使用。

#### 强制执行调解协议

6.54 有越来越多的人使用调解作为另类方法去解决双方离婚时所出现的管养权和探视权纠纷或离婚后因子女渐长而需作出的更改安排事宜。除非有关条款已纳入协议内，否则调解在法律上并无约束力。如果协议是有征询独立法律意见，以及一方并无向另一方施加任何压力，则协议可视为具约束力。协议的备忘录应清楚订明协议是否对双方当事人均具约束力，以免日后就此而再起争端。此外，协定进行调解的协议可规定，经调解达成的协议，除非以书面作出并经双方当事人签署，否则并无约束力。也有一些协议可能会规定双方当事人应在取得独立法律意见后才同意受协议约束。此外，调解协议可在双方当事人同意之下纳入法院命令之中。如果协议载有条款列明强制执行的程序，以处理任何一方当事人因不遵从协议或命令而构成的失责问题，也会有所帮助。

6.55 双方当事人为子女所作的任何安排，如未经法院根据《婚姻法律程序与财产条例》(第192章)第18条予以批准，在法律上并无约束力。事实上，除非有关安排看来不符合子女的福利，否则法院不大可能干预双方当事人所达成的协议。特别是关于管养或探视的安排，不论是载于调解协议、同意令，抑或其它命令之中，法院都会视为可因应子女的利益而加以修改。

6.56 如果日后有任何关乎同意令的释义问题的争议出现，法院会抗拒把双方当事人所自愿达成的协议作废此一做法。双方当事人不能就同意令提出上诉，而必须以情况有变或受到胁迫或欺诈为理由而申请把该命令作废。上诉法庭法官高奕晖在W诉W一案中指出：

“法院会视一份经征询恰当法律意见，并以妥善和公平的方法达成的正式协议为一份应予以执行的协议，除非有充分和实质的理由显示要双方当事人遵守协议条款会造成不公正的情况。”

6.57 他提到法院在某些情况下，会考虑双方当事人达成协议时的心态：

“其中一方所施加的〔不合理〕压力、利用支配地位以取得不合理利益、没有足够知识、可能取得差劣的法律意见，以及达成协议时所未能预见或所忽略的重要情况变化，对于双方当事人之间的公正与否问题全都事有攸关。”

6.58 律师对于当事人未有征询法律意见而签订调解协议的情况表示关注。上诉法庭在W诉W一案中确认除非有实质理由令人得出有不公平情况的结论，否则一份经征询资格的法律意见并在公平情况之下订立的协议一般是会予以执行的。

6.59 有意见指出，除非修订《婚姻法律程序与财产条例》(第192章)第14条的规定，否则双方当事人在未有征询独立法律意见的情况下订立的调解协议，可能会有被法庭作废之虞。第14条规定，如赡养协议中载有条文限制向法庭申请作出关于财务安排的命令的权利，则该条文乃属无效；而事实上，该条例的第15条更赋予法庭权力修改赡养协议。

6.60 我们认为在草拟关于财务安排的调解协议时需要审慎从事，以免给人僭越法院司法管辖权的印象。不过，我们认为并无需要修订该条例的第14条，而我们其实亦已建议鼓励双方当事人在签订调解协议前先征询独立法律意见。

6.61 我们故此在谘询文件中指出，我们认为并无需要修订《婚姻法律程序与财产条例》(第192章)。在谘询进行之时有就此建议提出意见的回应者，除一人之外全都表示支持。该名表示反对的回应者认为第14条应予修订，以免在调解协议的强制执行方面产生疑问。

#### 建议 24

我们认为并无需要修订《婚姻法律程序与财产条例》第14条(该条规定如赡养协议中载有条文限制向法庭申请作出关于财务安排的命令的权利，则该条文乃属无效)。

#### 社区调解服务

6.62 社会福利署开设了42个家庭服务中心提供家庭服务，而非政府机构开办的同类中心最少有23个，另外又有19个分设于现有社区中心的家庭资源及活动园地，全部都是为家庭而设的前线联络点。家庭服务中心和家庭资源及活动

园地应宣传有调解服务可供使用，而部分指定的家庭服务中心（包括由政府和非政府机构开设的）则应提供调解服务，以协助排解家庭纠纷，免得争议恶化而须闹上法庭。在调解服务尚未广为人知之前，较适当的做法是把调解服务附设在现已提供家庭辅导服务的中心之内，以便接受该等中心转介个案。

6.63 家庭关系一旦出现危机，便可诉诸法律制度解决，因为法律制度是被视为最适合或唯一的可用服务。有鉴于此，有需要加强宣传和教育公众，以鼓励他们在发生纠纷初期或初遇到问题之时，便向区内的家庭服务中心求助。这些地区中心的职员会包括具备专业资格的调解员，他们的职能不是提供中心所设的辅导服务，而是在事件闹上法庭之前，协助有关人士排解家庭纠纷。

6.64 我们故此在谘询文件中建议应为公众提供设于社区的家事调解服务，并藉加强推广和教育工作鼓励尽早转介有关人士接受该等服务。在谘询进行之时，有就此建议提出意见的回应者全都表示支持。

建议 25

我们建议为公众提供设于社区的家事调解服务，并藉加强推广和教育工作鼓励尽早转介有关人士接受该等服务。

认可社区调解服务

6.65 澳大利亚的《1995 年家事法改革法令》设定了机制，使设于社区的辅导和调解服务机构可成为《1975 年家事法法令》下的认可机构，第 13E 条更规定有关部长有责任公布认可机构的名单。

6.66 我们故此在谘询文件中建议参照澳大利亚的《1995 年家事法改革法令》中关于设定机制使设于社区的辅导和调解服务机构成为认可机构的条文，以制定相若的条文。我们建议在香港成立相若的计划，并由政府拨款资助认可机构。政府会与该等机构携手处理有关服务质素、持续监管、调解员培训和其它相关事宜。有在此方面提出意见的回应者，全都表示支持这些建议。

建议 26

我们建议参照澳大利亚的《1995 年家事法改革法令》中关于设定机制使设于社区的辅导和调解服务机构成为认可机构的条文，以制定相若的条文。

我们建议在香港成立相若的计划，并由政府拨款资助认可机构。政府会与该等机构携手处理有关服务质素、持续监管、调解员培训和其它相关事宜。

第 7 章 改革建议—— 家事诉讼程序及相关事宜

引言

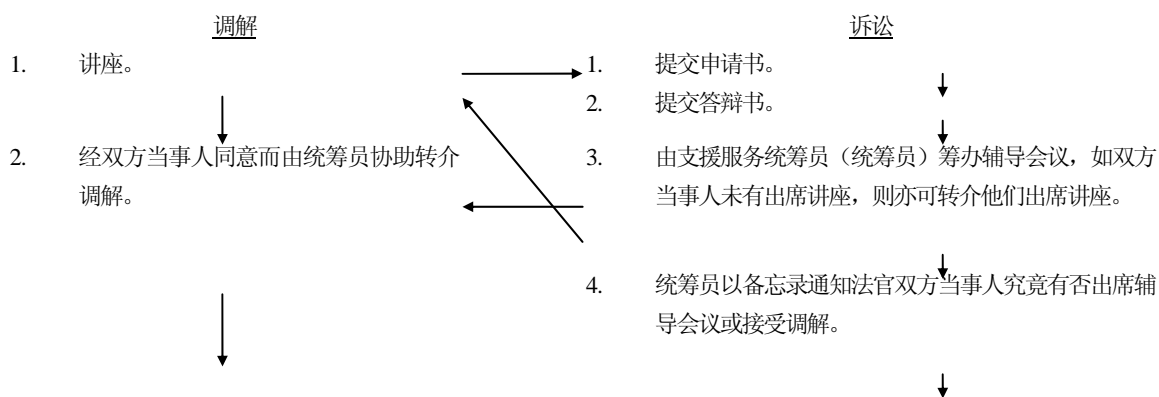
7.1 我们在上两章中，分别列出了我们就设于法院的家事调解支持服务及一般家事调解服务所作出的建议。在本章中，我们的研究重点是家事诉讼程序本身以及其它相关事宜。

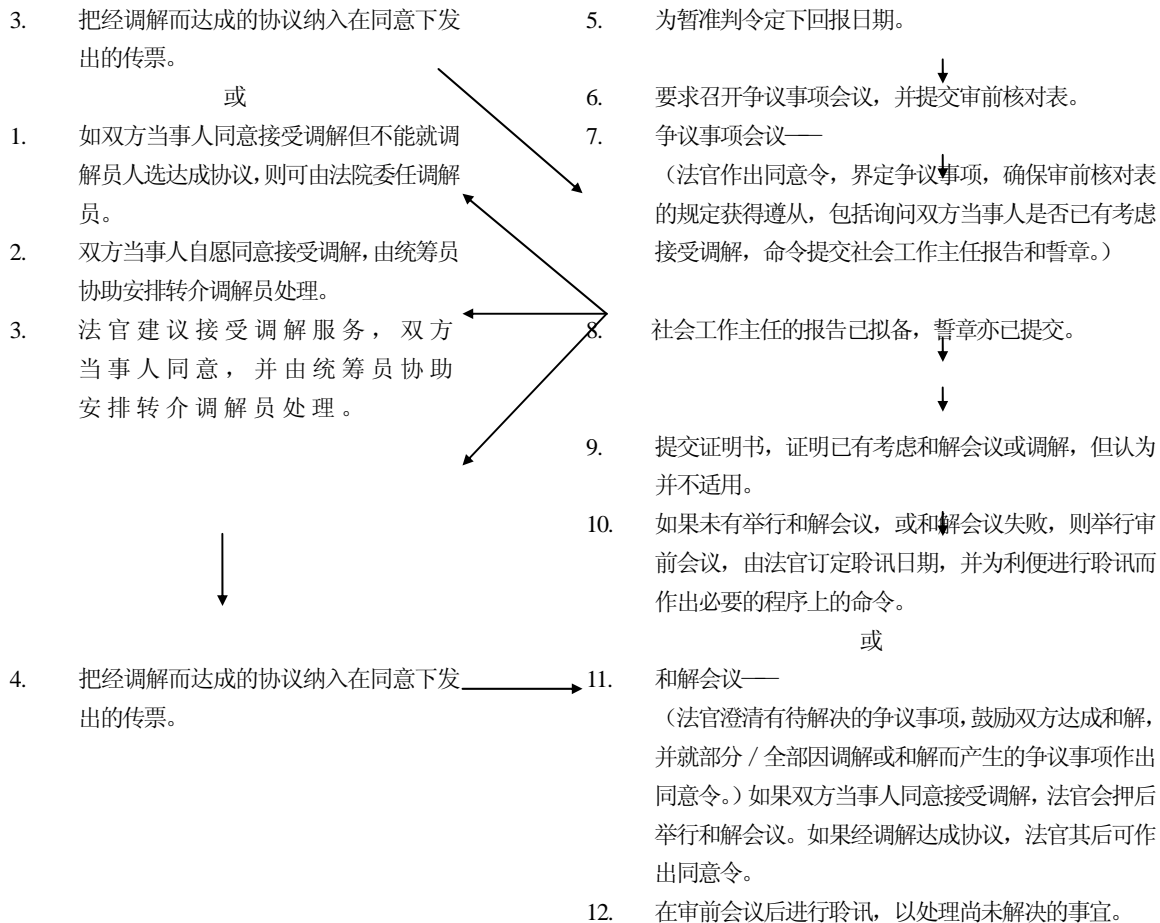
7.2 我们已在第 5 章的引言指出，香港近年在民事法律程序方面有重大发展，既有家事调解试验计划的推行，亦有终审法院首席法官辖下民事司法制度改革工作小组就民事司法制度提出新的改革方案。为了配合这些行动，我们在此方面所作的改革建议，是把重点放在如何减轻家事法律程序的对抗性质，以及如何缩短法庭在处理这些案件时所可能造成的延误时间。大家会在下文看到，第二个考虑要点对于本章所列举的各项建议尤其事有悠关。

新的法院程序

7.3 我们就家事诉讼所作出的建议之中，有许多项都是建基于一个新而精简的处理家事案件法院程序之上。我们设计了一个流程图（见下页），以扼要说明我们所建议采用的新程序中的各个步骤。这个新的法院程序的主要特色便是应用案件管理策略，所以流程图中所列出的各个步骤也就是家事案件管理中的各个必要步骤，而时间表则由法官经谘询双方后订出。至于关乎新程序中的这些步骤的建议，我们会在下文加以讨论。

建议用于排解纠纷程序的案件管理及支持服务流程图





案件管理与和解

7.4 关于香港的现有民事诉讼制度时,终审法院首席法官辖下民事司法制度改革工作小组有以下的看法:

“现有制度无疑容许审讯因与讼各方本身仍未准备就绪而有所延误。虽然有为数甚多的与讼各方及其律师是毫不拖延地尽一己之责去令案件得以进行审讯,但希望拖慢进度的与讼一方或律师仍能轻而易举地令审讯受到相当程度的延误。……”

“造成这个不能令人满意的情况是因为民事司法制度本身的设计是对抗性。这种设计令到案件的进度可以完全由与讼各方控制,法庭不能订下时间表,也不能强制执行时间表。再者,法庭是视自己为不偏不倚的公断人,故此所采取的政策就是押后审讯,直至肯定与讼双方均已完全准备就绪进行争战为止。”

7.5 终审法院首席法官正在考虑的一个可能解决问题的方法,便是令案件管理成为民事诉讼程序制度的“首要目标”之一和采用列明法庭管理案件权力的规定。在此一方面,工作小组的报告有述及载于英格兰的《民事诉讼程序规则》(Civil Procedure Rules)第1条规则的首要目标之一。该条规则述明:

“1.4 (1) 法庭必须积极地管理案件来实践首要目标。

(2) 积极的案件管理包括——

- (a) 鼓励各方在进行法律程序时互相合作;
- (b) 及早确定各项争议点;
- (c) 迅速决定哪些争议点须作全面研究,进行正式审讯,其余的则以简易程序处理;
- (d) 决定解决争议点的优先次序;
- (e) 在法庭认为合适的情况下,鼓励各方采用其它方式解决纠纷,并协助他们使用这些方式;
- (f) 协助与讼各方就案件达成完全和解或部分和解;
- (g) 设定时间表,或控制案件的进度;
- (h) 衡量采取某一步骤所能带来的好处,是否与其所需要付出的代价相称;
- (i) 尽量在同一场合处理案件多方面的事宜;
- (j) 处理案件时,尽量不需各方出庭;
- (k) 活用科技;及

(l) 作出指示，以确保案件的审讯可迅速而有效率地进行。”

7.6 我们在谘询文件中指出 案件管理是将管理案件的责任从律师转移至法官，以便可早日解决问题、缩减延误时间、减少积压案件量、节省讼费，以及使诉讼人更感满意。我们也指出和解会议正是案件管理的程序之一，可鼓励有关人士在司法程序展开的初期阶段便达成和解。

7.7 这些会议可由法官或司法常务官主持，尽管目前尚未有专责管理家事案件的司法常务官。透过在初期即进行案件管理以加强介入程度，既可鼓励双方当事人达成和解，亦可让法官有更多时间审视为儿童所作出的安排，而该等安排是同意令的标的。布舒雅曾告诫说，案件管理技巧只应用作排解纠纷的有效方法而不应是本身的目标。案件管理（及缩减法庭延误）的计划的目標：

“不应是推行计划的唯一或主要理由，这样会削减而非加强双方当事人的权利……。造成出现胁迫情况的最大危机的也正是这个目标。”

实务指示

7.8 原讼法庭建筑案表的实务指示和核对表，规定各方当事人在要求作指示的传票阶段，便须通知法院“有否作出任何行动尝试排解纠纷，如有的话，是什么行动，以及当中有否采用调解方法。不过，这项规定只要求披露有否进行调解，并不要求披露调解的细节。”

7.9 有规定必须填写一份审前核对表，而该核对表会询问各方当事人是否觉得审前复核有用。每一方当事人均会接获终审法院首席法官批核而拟备的文件，文中会列明调解的优点，解释如何取得调解员服务，并指明如调解不成功也不会影响诉讼。

7.10 有规定必需填写一份资料单张，而所需回答的问题包括非属业界的当事人是否从法院取得该份文件，重点在于调解的部分问题如下：

争议事项

“5.(a) 请简要列明案件所涉及的争议事项。

(b) 其中是否有可藉协议解决的争议事项？

(c) 诉讼是否有任何争议事项适合作为初步争议事项而进行审讯？……”

专家证据

“7.(a) 有什么课题 / 争议事项可能需要专家证据？……

(d) 是否有机会达成协议？……”

审讯

“8.(a) 你现时估计审讯需时多久？……

9. 审前复核可会有所帮助吗？

10. 法院可有方法协助各方当事人在无需进行审讯 / 全面审讯情况下解决纠纷？

11. 非属业界的当事人有否收到由法院发出建议接受调解的资料单张？

12. 各方当事人有否尝试采用调解程序？如没有的话，是否有人提议他们按照香港国际仲裁中心的规则尝试进行调解？他们又是否希望法院就调解员的委任提供协助或委任调解员？

13. 各方当事人是否已获提供迄今所招致的讼费的详情，以及是否已获告知如有关事宜进展至全面聆讯阶段所可能招致的讼费会是多少？”

审前核对表也可以包括例如以下各者的问题：

“1. 你或大律师有否与你的当事人讨论尝试以另类排解纠纷方法来解决是项纠纷（或某些争议事项）的可能性？

2. 某种形式的另类排解纠纷方法是否可能有助解决或缩窄此案件中的争议事项？

3. 你或你的当事人有否与其它当事人探讨以另类排解纠纷方法来解决是项纠纷（或某些争议事项）的可能性？”

7.11 这份资料单张必须在要求作指示的传票的回报日期前最少两日或之前递交审理建筑案件的法官的书记存档，而副本则必须分送各方当事人。

7.12 我们故此在谘询文件中建议精简家事法庭的程序，并透过有效的案件管理来持续监察该法庭程序制度的运作。我们又建议引入规管家事法庭案件管理的实务指示。该套指示会促使案件管理持续地变得更有效，也会促使案件由有争议的聆讯而转为透过调解处理。我们当时认为并无需在此阶段决定该套指示的具体条文。不过，建筑案表的核对表和相关的实务指示均具有参考价值，可作为制定家事案表的蓝本。

7.13 我们又在谘询文件中建议规定案件如涉及关于儿童的纠纷，有关人士必须在要求作指示的传票阶段填写审前核对表。我们建议为送达与案件有关的誓章设定时限以减少延误。我们又建议给予法官更大的控制权，以减少讼费及家事法庭程序制度中出现的延误。我们认为未能以最经济的方式处理案件的后果应是判处适当的缴付讼费命令，包括缴

付虚耗的讼费命令在内。

7.14 在谘询进行之时就有就此建议提出意见的回应者，除一人之外全都表示支持。该名回应者认为关于案件管理的建议，应只适用于较冗长和复杂的案件，否则便有可能造成延误。对于这个看法，我们有加以注意。

#### 建议 27

我们建议精简家事法庭的程序，并透过有效的案件管理来持续监察该法庭程序制度的运作。

我们建议引入规管家事法庭案件管理的实务指示。该套指示会促使案件管理持续地变得更有效，也会促使案件由有争议的聆讯而转为透过调解处理。我们认为并无需在现阶段决定该套指示的具体条文。不过，建筑案表的核对表和相关的实务指示均具有参考价值，可作为制定家事案表的蓝本。

我们建议规定案件如涉及关于儿童的纠纷，有关人士必须在要求作指示的传票阶段填写审前核对表，并为送达与案件有关的誓章设定时限以减少延误。

我们又建议给予法官更大的控制权，以减少讼费及家事法庭程序制度中出现的延误。未能以最经济的方式处理案件的后果应是判处适当的支付讼费命令，包括支付虚耗的讼费命令在内。

#### 家事法律程序所出现的延误情况

7.15 正如香港的其它类别诉讼一样，家事案件在编定全面聆讯日期方面也有延误情况出现。就区域法院的有抗辩家事法律程序而言，工作指标是由呈请书发出至案件排期聆讯以100天为限，但未有为管养权申请的聆讯另订指标。延误的严重后果便是子女管养权安排的现状会维持不变，对寻求作出改变的父母一方造成损害。

7.16 我们又认为《法律援助条例》(第91章)第15条的实施可能会造成更多延误。该条规定当有法律援助申请提出时，有关的法律程序便须暂停进行。据我们了解，暂停期限最长为42天，因为当局需要此段期限来对法律援助申请进行经济和案情审查。紧急的申请会获优先处理，但如只是关乎管养权和探视权的案件，则除非案件涉及具体急需解决的事宜，否则一般都不符优先进行法律援助评估的资格。如有法例表明延误审理该等案件会损害儿童的最佳利益，则需调拨更多资源，以将该等案件转拨入优先审批法律援助证书类别。

7.17 延误可能损害儿童福利的原则在英格兰是藉《1989年儿童法令》(Children Act 1989)第1及第11条在法律上得到确认。这些法定条文反映出儿童的心理需要是明确知道未来和早日有决定就管养权和探视权作出。第1(2)条述明：“在任何出现关乎儿童的教养问题的法律程序中，法庭须顾及延误裁决该问题会损害该儿童的福利的一般原则。”

#### 第11(1)条述明：

“在任何出现作出〔管养权或探视权〕命令的问题或关于该命令的其它问题的法律程序中，法庭须……

(a) 拟订时间表，以在无延误的情况下裁决该问题；及

(b) 作出其认为适当的指示，以在合理地切实可行的范围内，确保时间表得获依从。”

7.18 我们故此在谘询文件中建议为促进儿童的最佳利益，涉及儿童(即管养权和探视权、掳拐儿童、法院监护及监护权)的纠纷，必须优先进行聆讯。我们建议参照《1989年儿童法令》第1(2)和11条制定法定条文。我们又建议在有关的法例尚未制定之前，应为处置管养权、探视权和监护权纠纷订定目标时限。有就谘询文件此方面提出意见的回应者全都支持这些建议。

#### 建议 28

为促进儿童的最佳利益，涉及儿童的纠纷(即关于管养权和探视权、掳拐儿童、法院监护及监护权的纠纷)，必须优先进行聆讯。我们建议参照英格兰的《1989年儿童法令》第1(2)和11条制定法定条文。

我们建议在有关的法例尚未制定之前，应为处置管养权、探视权和监护权纠纷订定目标时限。

#### 争议事项及和解会议

##### 争议事项会议

7.19 新西兰的布舒雅报告书建议在法律程序的早期适时举行争议事项会议。争议事项会议会下令提交有关报告书、作出适当命令和指示，并界定争议事项。新西兰的争议事项会议与香港的传召出席案表相类，而有关的指示是在处理传召出席案表时作出的。弃“指示聆讯”一词不用而改用“争议事项会议”一词，是反映了争议事项会议也会处理调解事宜并会把重点改置于双方当事人之间的有待解决争议事项。争议事项会议与现有的指示聆讯一样，都是法院程序的必经阶段。

##### 家事和解会议

7.20 根据新西兰的建议，一俟报告书备妥便会安排和解会议。和解会议的目的，“是容许法官探讨多个和解方案，如果看来不可能达成和解协议，便根据适用于案件的条件，把案件排期聆讯。”当所有相关资料都在法官席前时，便会召开家事和解会议，双方当事人和律师都会出席。会议举行时，大律师应可就迄今已支出的法律及其它费用和如果有关事宜进展至聆讯阶段预计所需讼费会是多少提供意见。如果在争议事项会议召开后但和解会议尚未召开前需要进

一步的指示(例如因为没有遵从指示或没有作出披露),便可召开另一次会议,但有关费用会判令由败诉一方支付。

7.21 一般来说,争议事项会议及和解会议的设计,都是令法官能够探讨纠纷的性质,并协助诉讼人找出各种解决问题的方法。不过,这两种会议应该清楚区分,因为它们的特定目的各有不同。此外,规定须召开另一种重点在于审讯管理的会议也会有所帮助。这种会议其实便是和解会议失败时所需进行的正式审前复核。

审前会议

7.22 萨斯喀彻温省法律改革委员会(Saskatchewan Law Reform Commission)提议在关于管养权的法律中加入一项有关审前会议的条文。这项条文把争议事项会议的功能与和解会议的功能互相结合如下:

“(A) 在一宗管养权申请中有人首次出庭后,或在该宗申请聆讯之前的任何时间,法庭可指示在法官或由法庭指定的其它人面前举行审前会议,以达成下列目的:

- (i) 解决或缩窄争议事项;
  - (ii) 披露将于聆讯时提出的证据的性质;
  - (iii) 鼓励和缓或调停;及
  - (iv) 议定会纳入法律程序中的各种程序,包括委任法庭之友和就管养权调查作出指示。
- (B) (1) 在双方当事人同意下,审前会议可由司法常务官安排,而无须由法庭就该会议作出指示。  
(2) 审前会议会以主持该会议的法官或其它人所指示的方式不拘形式地进行。  
(3) 主持审前会议的法官或其它人必须撰写备忘录,列明双方当事人在会议上议定的事项,把备忘录交由双方当事人批核,并将备忘录存档。  
(4) 未经双方当事人同意,审前会议上所披露的证据不得获接纳为在会议上作出的承认,亦不得获接纳为会议的誊本或纪录的一部分。”

7.23 我们在谘询文件中建议制定法定条文,引入切合香港需要的争议事项会议及和解会议。我们认为争议事项会议与和解会议之间应有明确区别,而这些会议是独立于调解以外的。

7.24 我们建议除非一方当事人或双方当事人提交证明书,表明在和解会议上尝试达成和解的成功机会不大,而出席会议会徒然浪费金钱,否则和解会议应是整个程序中的必经步骤。

7.25 我们又建议如不举行和解会议,则仍会举行类似指示聆讯的会议,以便命令就审讯作出指示。我们认为法官在此阶段仍可提议进行和解。

7.26 我们又建议在这些审前会议上披露的证据,未经双方当事人同意,不得在其后进行的任何聆讯或法律程序中获接纳为作出的承认,亦不得获接纳为该等会议的誊本或纪录的一部分。

7.27 在谘询进行之时,有就此建议提出意见的回应者大都表示支持,有异议的只有两人。其中一人认为这两种显着不同类别的会议并无必要或可能只会为法律程序带来不当的延误。另外一人则觉得所建议引入的会议可能会不必要地增加法律程序的复杂性。

7.28 我们有注意到这些回应者的意见,但希望强调争议事项会议及和解会议旨在简化法律程序而非令法律程序变得复杂,目的是给予法庭权力在适用的案件中使用这些会议。举例来说,在复杂或有争议的案件中,这些会议可能会有助缩窄争议事项以作排解。

7.29 我们又得指出一点,那就是我们认为法官如果觉得在某宗案件中并无必要举行这些会议,他定当有权力不举行这些会议。

建议 29

我们建议制定法定条文引入切合香港需要的争议事项会议及和解会议。

争议事项会议与和解会议之间应有明确区别,而这些会议是独立于调解以外的。

我们建议以争议事项会议取代传召出席案表。

除非一方当事人或双方当事人提交证明书,表明在和解会议上尝试达成和解的成功机会不大,而出席会议会徒然浪费金钱,否则和解会议应是整个程序中的必经步骤。

如不举行和解会议,则仍会举行类似指示聆讯的会议,以便命令就审讯作出指示,而法官在此阶段仍可提议进行和解。在这些审前会议上披露的证据,未经双方当事人同意,不得在其后进行的任何聆讯或法律程序中获接纳为作出的承认,亦不得获接纳为该等会议的誊本或纪录的一部分。

社会工作主任的报告

7.30 《未成年人监护条例》(第13章)第3(1)(i)(B)条规定,法官须对“任何关键性资料,包括聆讯进行时社会福利署署长备呈法院的任何报告”加以适当考虑。在拟备这些“社会背景调查报告”时要尽量避免延误无疑十分重要,特别是因为和解安排往往会押后至案中律师取得有关报告的意见和建议后才作出。社会福利署的保护家庭及儿童服务课故

此需要有充裕人手，以便在拟备报告时尽量减少延误。

7.31 与此相关的是香港的执业者对于提交法院的社会背景调查报告质素参差表示有点关注。其它的司法管辖区，例如澳大利亚，是坚持社会工作者必须具备起码的年资才能拟备提交家事法庭的报告，这是很重要的一点。

7.32 我们故此在谘询文件中建议有需要增拨更多资源给当时的监护儿童事务课，以减少为法庭进行调查和拟备报告时所出现的延误。我们又建议引入服务承诺，确保社会工作主任尽快拟备报告，且无论如何需时不得多于六周。我们亦进一步建议为家事法庭拟备报告的社会工作主任，应具备最少三年处理有关家庭和儿童事务的工作经验，而其培训应包括拟备法庭报告在内。

7.33 在谘询进行之时，这些建议得到广泛支持。有一名回应者指出有需要在建议引入的服务承诺中加入一些弹性，因为拟备报告所需的时间是视乎每宗个案所需的整体处理时间而定。如果大部分个案均以所建议采用的六周时限为最长时间，我们对这个提议不表反对。

#### 建议 30

我们建议有需要增拨更多资源给保护家庭及儿童服务课，以减少为法庭进行调查和拟备报告时所出现的延误。我们又建议引入服务承诺，确保社会工作主任尽快拟备报告，且除非情况特殊，否则无论如何需时不得多于六周。

我们亦进一步建议为家事法庭拟备报告的社会工作主任，应具备最少三年处理有关家庭和儿童事务的工作经验，而其培训应包括拟备法庭报告在内。

7.34 在此标题下的另一点是，在谘询进行期间也有人提议除社会工作主任需要接受培训之外，还应为负责处理家事个案的工作者拟备一本收载此方面的有关法律（包括一套收集有关词语的词汇）的手册。我们希望政府会考虑落实这个值得一试的提议。

#### 独立专家的报告

7.35 尽管《未成年人监护条例》（第13章）第3(1)(i)(B)条规定法官须对“任何关键性资料”加以适当考虑，但这可能不足以赋权法官在一方当事人反对的情况下仍命令提交独立专家的报告。我们认为法庭应该能够应单一方当事人的要求而命令专家（例如心理专家、注册社工或儿童精神病专家）拟备报告，并且应该能够命令另一方当事人遵从，以便专家能与有关的儿童和夫妇双方会谈。

7.36 目前来说，夫妇其中一方可否决上述要求，以致法庭只能命令提交社会工作主任报告。如果有身体受虐待或性虐待的指称作出，需要进行医疗或精神科检验，这一点便特别重要。因此，法庭亦应该可主动命令社会工作主任以外的人提交专家报告。

7.37 我们故此在谘询文件中建议，法庭应有权力命令独立专家（例如心理专家、精神病专家、儿科专家，注册社工或其它有关专业的专家）提交报告。虽然有一名回应者表示担心给予法庭权力命令提交独立报告可能会令涉及儿童的申请争议更大，但所有其它有就这些建议提出意见的回应者均一致表示支持。

#### 建议 31

我们建议法庭应有权力命令独立专家（例如心理专家、精神病专家、儿科专家，注册社工或其它有关专业的专家）提交报告。

#### 统计资料和研究

7.38 在2000年入禀的离婚呈请共有12,748宗，但涉及管养权或财产的家事案件所占比例的细节资料则从缺。家庭法律协会曾建议设立资料库，以确定有多少宗管养权案件是透过协议解决或有所争议，以助制定政策和进行法律改革。根据报道，司法机构原则上是赞同这项建议，但对于人力资源方面则有所保留。

7.39 我们需要正视已提起的管养权、探视权和监护权法律程序数目和其中有多少宗是有争议的统计资料从缺这个问题，因为该等统计资料有助当局认清是否需要改变政策或增拨资源。事实上，澳大利亚和新西兰的家事法庭都设有研究部门，所发表的研究报告不单载有统计资料，还载有服务对象的满意程度分析、新法律的影响评估，以及本国的家事法庭运作情况的一般研究。

7.40 我们又注意到《个人资料（私隐）条例》（第486章）第62条规定，有关资料如只用以制备统计数字或进行研究，而不会用于任何其它目的，且所得的统计数字及研究成果不会以识辨各有关资料当事人身分的形式提供的，则特别可获豁免不受保障资料原则的条文所管限。

7.41 我们故此在谘询文件中建议，如统计资料能备存于家事法庭及研究能在家事法庭进行，则会对法律改革委员会和政策制定者非常有用。我们建议应由家事法庭备存有关管养权、探视权或监护权案件数目的统计资料，包括达成和解的案件数目和何时达成和解等资料。这会有助政策的规划和落实。

7.42 谘询文件的回应者对此建议大力支持，但有一名回应者表示事情应交由政府考虑是否有可能拨备资源设立家事案件资料库。

## 建议 32

如统计资料能备存于家事法庭及研究能在家事法庭进行，则会对法律改革委员会和政策制定者有用。我们建议应由家事法庭备存有关管养权、探视权或监护权案件数目的统计资料，包括达成和解的案件数目和何时达成和解等资料。这会有助政策的规划和落实。

## 判决书的提供与私隐权

7.43 我们明白家事法执业律师对香港所正式报道的家事案件判决为数不多一事表示关注。造成这种情况的成因不一而足。家事案件是在内庭聆讯，而家事案件判决书的提供是受到某些法定条文和一套实务指示限制的。

7.44 如果法庭在一宗先前处理的案件中曾就关于婚姻的条例的诠释作出指引，则让家事法执业者取得该项判决的报告，会有助他们向其当事人就可采取的行动方案提供意见，这些方案包括了案件和解。此举可使诉讼策略较为统一，让人可更准确推断结果，从而有助早日解决有争议的事宜。虽然和其它范畴的法律相比，监护权和管养权案件是没有那么倚重援引先例，但如能增加在此方面所报道的判决数目，仍是能起一定作用的。

7.45 实务指示第 25.1 号（前为第 27 号）《内庭法律程序的报道》（Reports on Chambers Proceedings）规定：

“对于在内庭（即以非公开形式）进行的任何法律程序（包括判决），如未获该等法律程序是在其席前进行的聆案官或法官授权，不得作出报道。”

如果聆案官或法官认为应该发表有关的资料，各方当事人可向他作出申述。

7.46 《关于在非公开法庭进行民事法律程序的工作小组报告书》（Report of the Working Party on Civil Proceedings Conducted in Private）表明，（当时的）实务指示第 27 号现已搁置不用。一般而言，大部分附有理由的判决书都会存放在高等法院图书馆供公众查阅。“判决书如明显属于机密性质，例如在非公开法庭作出的，便不会予以提供”。

7.47 《司法程序（报导限制）条例》（第 287 章）的目的之一是对司法程序的报导作出规管，以防止损害公众道德。第 3 条规定，任何人印刷或发表关于为解除婚姻、使婚姻无效或裁判分居而提起任何司法程序的详情，均属违法；但法律程序各方及证人的姓名、地址及职业；已有证据支持的控告、辩护及反控告的简要陈述；以及法院的决定和判决则除外。第 3(4)条规定，此条对于透过真正法律汇报系列而发表法律程序的汇报，或真正拟于法律专业或医疗专业的成员之间流通的专业刊物，并不适用。

7.48 该条例的第 5(1)条规定，发表任何在非公开法庭进行的法律程序的有关资料，不属藐视法庭，除非“该法律程序关乎幼年人的监护或领养，或纯粹或主要关乎幼年人的监护、看管、赡养或教养，或关乎对幼年人的探视权”。不过，第(2)款却进而表明，在不损害第(1)款的原则下，发表非公开法庭所发出命令的文本本身不属藐视法庭，但如法庭明确禁止发表者则除外。

7.49 《香港人权法案》已把《公民权利和政治权利国际公约》纳入香港的本地法律。该法案收载于《香港人权法案条例》（第 383 章），它的第十条规定，法律程序必须公开进行，但“于保护当事人私生活有此必要时”，会禁止新闻界和公众旁听；并规定除了“事关婚姻争执或子女监护问题外”，所作的任何判决应一律公开宣示。

7.50 在香港，部分家事案判决书载有诉讼双方当事人的姓名和可资识别身分的细节。当中固然有部分案件是在上诉法庭公开聆讯的上诉案件。在其它未有报道但已披露的判决书中，尽管载于判决书首页的双方当事人的姓名已经删除，但判决书内文所载的细节，包括证人的姓名，却仍足可用以辨识双方当事人和其子女的身分。我们对此做法不以为然，因为双方当事人已要应付离婚或分居事宜，正处于生命中的伤痛时刻，这样做却偏偏把他们的脆弱之处，特别是其子女，暴露于公众面前。判决书载有上述资料，原意是存放于高等法院图书馆只供执业律师查阅，但这样是难以防止新闻界或好奇的公众人士取得资料的。

7.51 以下是不遵从前实务指示第 27 号的一个令人难忘例子：在一宗掳拐儿童案件中，女与讼人把属于法律程序标的之儿童谋杀后自杀。有一份香港杂志刊登了判决书首页的照片，而该页是有披露该儿童的全名的。这是由于法院虽然已将父母的姓名删去，但却未有删掉该儿童的姓名。此外，法律程序的纪录编号在照片中也能见到，令到其它新闻界从业员更容易找到判决书。

7.52 在爱尔兰，有汇报和无汇报的判决书都会存放在法律图书馆，供法律执业者和法律记者查阅，但双方当事人及其子女的姓名都会删去，只余下其英文姓名的首字母（举例来说，“Murphy”便会以“M”一字作识别）。所有可资识别身分的细节，如地址、学校名称、工作地点，甚至证人姓名等，均会删除。只要有正确的判决日期，这种做法并不会造成混淆。如有实务指示发出，规管家事案件判决书的发布，规定除了要删除双方当事人的姓名之外，还须删除判决书中的其它可资识别身分的资料，便会对事情有所帮助。

7.53 如果所有可资识别身分的资料均已删除，便可将关于儿童纠纷的判决书更广泛地向法律执业者提供，这既可推动家事法的法理学发展，也可让律师和律师掌握更多资料，以便就未来行动向当事人提供意见。

7.54 我们故此在谘询文件中建议发出规管发表涉及儿童的纠纷案件中的无汇报的判决书的实务指示，使判决书可更广泛



泛地向法律执业者提供。我们又建议，为保护儿童及其父母起见，不管判决书是否有作汇报，判决书中所有可资识别身分的细节，包括双方当事人及其子女的姓名、地址、学校名称、工作地点，甚以证人的姓名，均应删除（只保留其英文姓名的首个字母）。

7.55 在谘询进行之时，有就这些建议提出意见的回应者均表示支持。

#### 建议 33

我们建议发出规管发表涉及儿童的纠纷案件中的无汇报的判决书的实务指示，使判决书可更广泛地向法律执业者提供。我们又建议为保护儿童及其父母起见，不管判决书是否有作汇报，判决书中所有可资识别身分的细节，包括双方当事人及其子女的姓名、地址、学校名称、工作地点，甚至证人的姓名，均应删除（只保留其英文姓名的首个字母）。

#### 家事案件的操守指引

7.56 我们也在谘询文件中建议香港应采纳一套家事律师实务守则。我们认为这套守则可收纳例如协助达成有建设性的和解及把儿童的最佳利益置于首要位置等原则。我们指出这样或可鼓励律师早日达成和解及 / 或把关于监护权和管养权的纠纷转介调解员处理。我们留意到大部分的被谘询者均对此建议表示支持。

7.57 其后于 1998 年 7 月，香港家庭法律协会一致通过采纳其第一套操守指引。香港指引虽然曾因应本地情况作出修改，但大体上是以英格兰律师的家事法协会实务守则为基础。香港家庭法律协会当时的会长表示指引“清楚界定了我们相信那些真正体谅到有关家庭及家事法问题的律师应该采取的工作方式。” 施伟勋指出：

“指引并非能即时解决所有家事法的问题的灵丹妙药。前车可鉴，随着（英格兰的指引）实施，大部分家事法案件在处理方式上已变为更具有调解性、建设性及切合成本效益。”

7.58 香港指引所涵盖的事宜，计有家事律师与当事人的关系、对待其它律师、对待未有律师代表的另一方、法院诉讼程序及子女等。

7.59 马伟东扼要指出采纳指引的理由如下：

“一直以来，律师们及司法界成员都知道，在处理离婚案件时，须顾及双方子女的利益及诉讼本身所牵涉很多感情上的问题，采用对讼式制度时必须加以调和。若果以对讼方式处理案件会对当事人造成损害，我们绝不能单单以我们的制度乃是对讼制度为借口而一成不变。”

关于英格兰的指引，弗里格（Fricker）表示：

“应该促使大部分当事人在遇到未能解决的争议事项时都会进行调解，并使这取向成为家事法文化的一部分。在这文化下，诉讼应被视作别无他法时的最后一着。……对于不能达成协议的争议事项，法律界人士以及公众一般应视调解为解决大部分此等事项的最合适方法。”

7.60 香港家庭法律协会指出“尽管英国司法部及律师会早在 1988 年已采纳英国指引”，但在英格兰执行指引一直存在着困难。有见及此，香港家庭法律协会在指引甫在香港发展的初期即尽力谋求令指引不但能获得律师会向其成员推荐，亦能成为强制性，以令违反指引属于纪律事宜。时至今日，香港指引仍然是自愿性，“用意是鼓励或带领律师们把工作做得更好。指引并不存在着强制性条文的问题。”

7.61 英格兰律师的家事法协会（English Solicitors Family Law Association）除有为会员订立一套通用的实务守则（Code of Practice）外，也有发出一套《代表儿童的律师良好实务指引》（Guide to Good Practice for Solicitors Acting for Children）。这反映了涉及儿童的案件的独特敏感性和处理时所需的专门经验水平。指引对守则有辅助作用，目的在于协助律师会见和代表儿童。指引的前言述明：

“儿童的心声在私法和公法两种法律程序中的重要性正日益增强……。由儿童延聘的律师在处理案件的专业工作中扮演重要的角色，确保少年人的意见得获聆听，并在获考虑时占有一定分量和得到应用的尊重……。这一方面现仍未涵盖于我们的法律教育范围之内；在此情况之下，我们所能做到的亦只是分享经验和互相学习而已。这套指引正好反映了此种做法。”

7.62 我们相信在采用一套较通用的实务守则之余亦采用一套相类的指引，对于香港的律师有相当的价值，而谘询文件已有反映这一点。此外，尚有多项问题是我们认为政府应邀请法律界加以处理的。

7.63 这些问题的第一项是香港家庭法律协会现有的操守指引，应否以正式纳入有关专业团体的守则的形式而列为强制性。操守指引现时属于自愿性质，这意味着它只是述明所期望秉持的操守原则，不遵从的唯一制裁仅是业内同侪的压力罢了。如果并无权力对违反指引施加制裁，而部分法律执业者又公然对指引不加理会，所造成的不幸后果便是令指引的地位在本来属意施行的对象眼中低降。然而，我们也知道向某一特定行业引入一套强制性的守则是会引起相当大的敏感反应，而这个问题是需要法律界详加考虑的。

7.64 第二项问题是指引应否扩阔而适用（经适当的修改后）于律师，以及家事诉讼范畴工作的其它专业（例如大律师、调解员及社会工作者）。同样地，我们认为不应在广泛谘询有关的专业团体之前就此问题作出任何决定。

## 建议 34

我们留意到香港家庭法律协会已有引入操守指引。我们赞同此举，并相信这样可鼓励律师采用更有调解作用的做法。我们建议除此之外，亦应采用一套以对等的英格兰指引为蓝本的律师良好实务指引，以为代表儿童的律师提供特定指引。

我们又建议政府应就下列问题咨询法律界及其它在此范畴工作的机构的意见：

- (a) 应否把香港家庭法律协会的操守指引以纳入各有关团体的守则的形式而列为强制性；及
- (b) 应否把香港家庭法律协会的操守指引扩阔（经适当的修改后）而适用于律师，以及在家事诉讼范畴工作的其它专业。

## 结论

7.65 一名作者曾对家事律师的香港指引作出中肯评论，我们谨以此作结：

“当然，困难、敌对、费时及昂贵的家事案件是始终会存在，而指引亦是无能为力。但一般相信，对大部分案件来说，指引会提供另一种处理方式，以至案件可更快捷而毋须涉及昂贵费用及感情压力的情况下得到解决。”

这个看法，我们希望能全都适用于我们在本报告中作出的所有建议。

## 第 8 章 建议摘要

（以下所列建议见于本报告书第 5 章—— 设于法院的家事调解支援服务。）

## 建议 1

（设立家事法庭工作小组）

- (a) 我们一般赞同并采纳家事法庭工作小组的报告书就支持服务所作出的建议，但认为在用语方面，“调解和调解员”较“调停和调停员”可取。
- (b) 我们建议 为调解服务提供便于取用的设施应属家事法庭制度中一个不可或缺的部分；
- (c) 我们认为透过拨出更多资源来推动调解服务、提供讲座和父母教育计划，以为调解服务提供支持，便可配合法院程序。我们建议这些为调解服务提供支持的资源，经费应由政府拨付，并应在家事法庭制度以内提供。

## 建议 2

（关于排解家庭纠纷支持服务的资料）

我们建议：

- (a) 法院应更尽力令父母与支持服务保持接触。此外，有需要加强向公众进行宣传和教育的工作，以鼓励家庭在发生冲突的初期或最初遇到问题之时向区内的家庭服务中心或其它机构求助；
- (b) 家事法庭应提供关于法院程序、支持服务，以及诉讼以外的另类方法（包括调解在内）的资料；
- (c) 法院应有责任积极推广调解服务，而终审法院首席法官则应核准一份列明调解服务的优点和调解程序的文件；
- (d) 编制小册子，以载列关于在诉讼以外可供采用的调解服务的资料，并鼓励公众采用调解作为诉讼以外的另一选择。这些关于调解服务的资料小册子应收纳于《婚姻路知多少》资料套之内；
- (e) 这些资料小册子，包括《婚姻路知多少》资料套在内，应存放于家事法庭、高等法院大楼的大堂和各家庭服务中心，以备索阅；
- (f) 这些小册子应定期予以更新。

## 建议 3

（律师的责任）

我们建议：

- (a) 规定律师应有责任告知并鼓励其当事人考虑和解的可能性；
- (b) 申请人（和获送达状书的答辩人）应获告知辅导和调解的性质和目的，并且应获提供一份载列和解服务、辅导服务和调解服务的名单；
- (c) 此等资料会收载于家事法庭所核准的小册子中。

## 建议 4

（讲座）

我们建议：

- (a) 引入自愿出席的讲座，而讲座是开放给每一个人使用的服务；
- (b) 在大部分个案中，双方当事人都会在提交呈请书之前出席讲座；
- (c) 在讲座举行之时，双方当事人可收到有关家事支持服务和例如调解之类的诉讼以外的另类方法的资料和意见；
- (d) 此外，还会有以口述、录影带和资料套等方式提供的关于教育父母有关离婚的心路历程及离婚对子女的影响方面

的资料；

- (e) 讲座的内容成分会包含美国的父母教育计划和澳大利亚的讲座；
- (f) 负责讲解的人员均应曾接受辅导和调解的培训；
- (g) 律师、法律援助署和当值律师服务应告知当事人有讲座可供参加；
- (h) 关于此等服务的资料可收载于家事法庭所核准的小册子中。

建议 5

(转介出席讲座)

我们建议：

- (a) 律师应有责任告知其当事人有讲座可供参加；
- (b) 家事法庭法官应有命令双方当事人出席讲座的权力。

建议 6

(法院在调解方面的权力)

我们建议：

- (a) 采纳首席大法官所委任的工作小组就附属于法院的调解服务所提交的报告所载的关于自愿调解的建议，使法院只可在双方当事人均表同意的情况下命令他们接受调解；
- (b) 可制定一项与《婚姻诉讼条例》(第 179 章) 第 15A 条相若的条文以鼓励调解；
- (c) 参照澳大利亚的《1975 年家事法法令》第 19A 条而制定一项条文，赋权有可能提出诉讼的人或双方当事人向家事法庭提交要求委任调解员的通知书；
- (d) 制定一项条文，订明如双方当事人同意进行调解但未能就调解员人选达成共识，法庭可委任一名合适的调解员；
- (e) 如一方当事人不同意押后法律程序以进行调解，则法官应尽其所能鼓励进行调解；
- (f) 在案件排期聆讯之前，双方当事人应提供一份证明书，以令法院信纳他们曾有考虑或未有考虑调解服务，或信纳调解服务并不适合。

建议 7

(关于强制性权力的问题)

- (a) 我们并不认为调解应列为强制规定；
- (b) 我们建议法官应具有权力在适用的案件中，拒绝在双方当事人向其证明他们曾尝试进行某种形式的调解之前把诉讼排期聆讯。

建议 8

(辅导会议)

我们建议：

- (a) 引入与澳大利亚调停会议相若的程序，但为免与调解混淆，我们觉得应采用“辅导会议”一词；
- (b) 辅导会议应是法院程序中的一个必经阶段。辅导会议应视为法院制度中的案件管理程序的不可或缺部分；
- (c) 支援服务统筹员应以书面向法官报告双方当事人有否出席辅导会议，以便进行下一阶段的程序；
- (d) 会议应由辅导员主持；
- (e) 会议的经费应从公帑拨付；
- (f) 如果父母双方在子女和经济问题之上都有纠纷，便应安排联合辅导会议一并处理这些问题。

建议 9

(支援服务统筹员)

我们建议：

- (a) 开设支援服务统筹员一职，其职责是令支持家事法庭排解纠纷制度的运作妥当；
- (b) 支援服务统筹员的工作范围并不限于调解，而是扩及至辅导会议和转介双方当事人接受法院以外的辅导服务。

建议 10

(在家事法庭内辟设支持服务的办公地方)

我们建议在家事法庭之内为辅导员和调解员辟设办公地方，以便利早日转介当事人接受适当的服务。

建议 11

(调解个案的甄别和配对)

我们建议参照澳大利亚与新西兰的指引，制定有关处理家庭暴力和儿童受性侵犯个案的指引，以甄别适合接受家事调解服务的个案。

(以下所列建议见于本报告书第6章——一般家事调解服务。)

建议 12

(调解员的培训)

我们建议为参与任何透过家事法庭而运作的调解计划的家事调解员，订定严格的甄选、培训、监管及认可标准。

建议 13

(认可)

我们建议现有的合资格家事调解员认可制度应得到政府和司法机构核准。

建议 14

(社会工作主任与调解服务)

我们建议：

- (a) 把本身是具备专业资格的调解员而又参与透过家事法庭而运作的调解服务的社会工作主任，与负责为家事法庭调查社会背景和拟备报告的社会工作主任区分开来；
- (b) 社会福利署制定适当指引来区分这些职能。

建议 15

(其它专业与调解工作)

我们建议：

- (a) 参与辅导或治疗工作的其它专业人员，不论是在政府或非政府机构任职，抑或是私人执业，均须采用相类的指引；
- (b) 律师会及大律师公会应拟备适当指引，以确保可区分律师作为代表律师和作为调解员所担当的不同角色。

建议 16

(专家报告)

我们建议为家事调解员提供途径，便利他们在双方当事人同意之下取得专家报告，以助处理涉及子女纠纷的棘手个案。

建议 17

(特权和保密)

我们建议：

- (a) 为免除疑问，制定一项法定条文，对在调解过程中作出的陈述赋予特权。
- (b) 虽然在调解过程中作出的陈述，一般来说应是既享有特权亦属于机密，但陈述如显示人命（特别是儿童）有受到伤害的风险，则应只享有特权而非属机密。

建议 18

(法律责任豁免权)

我们建议参照澳大利亚的《1975年家事法法令》第19M条，制定一项赋予豁免权的条文，以保障合资格的家事调解员。

建议 19

(法律意见)

我们建议采纳一项参照澳大利亚的《家事法规则》第25A号命令第12条规则而制定的条文，规定调解员须忠告当事人应就自己的权利、责任和义务谘询法律意见。

建议 20

(法律援助和调解)

我们建议：

- (a) 制定法定条文，规定就监护权、管养权和探视权纠纷进行的调解可获提供法律援助；
- (b) 一俟有关法例制定法律援助署即应为家事调解服务设立妥善的拨款计划，工作范围会包括教育、宣传和潜在个案的甄别。

建议 21

(儿童在调解程序中的心声)

我们建议：

- (a) 采纳一项参照经修订的《1995年苏格兰儿童法令》第11(7)条而制定的条文，以设立机制在调解程序中考虑儿童的意见；
- (b) 考虑需要采用什么机制来确定儿童的意见，以便调解员能注意到儿童的意见。

建议 22

(子女安排)

我们建议法院规则应利便将调解协议转化为在同意下作出的法院命令。这应既有助遵从协议的条件，更可于协议遭违反时将之强制执行。

建议 23

(教养计划)

我们建议：

- (a) 采纳一项类似澳大利亚的《1995年家事法改革法令》条文的可于家事法庭登记的教养计划条文；
- (b) 根据《婚姻法律程序与财产条例》(第192章)第18条作出的声明仍然可以作出，并且可把教养计划夹附其中；
- (c) 教养计划应受到鼓励，并应有宽限期之设，而教养计划在宽限期内会属于自愿性质；
- (d) 教养计划应只在较后阶段才变为强制性，以确保其得获广泛使用。

建议 24

(强制执行调解协议)

我们认为并无需要修订《婚姻法律程序与财产条例》第14条(该条规定如赡养协议中载有条文限制向法院申请作出关于财务安排的命令的权利，则该条文乃属无效)。

建议 25

(社区调解服务)

我们建议为公众提供设于社区的家事调解服务，并藉加强推广和教育鼓励尽早转介有关人士接受该等服务。

建议 26

(认可社区调解服务)

我们建议：

- (a) 参照澳大利亚的《1995年家事法改革法令》中关于设定机制使设于社区的辅导和调解服务机构成为认可机构的条文，以制定相若的条文；
- (b) 在香港成立相若的计划，并由政府拨款资助认可机构。政府会与该等机构携手处理有关服务质素、持续监管、调解员培训和其它相关事宜。

(以下所列建议见于本报告书第7章——家事诉讼程序及相关事宜。)

建议 27

(案件管理与和解)

我们建议：

- (a) 精简家事法庭的程序，并透过有效的案件管理来持续监察该法庭程序制度的运作；
- (b) 引入规管家事法庭案件管理的实务指示(或者可以建筑案表的核对表和相关的实务指示作为蓝本)；
- (c) 规定案件如涉及关于儿童的纠纷，有关人士必须在要求作指示的传票阶段填写审前核对表；
- (d) 为送达与案件有关的誓章设定时限以减少延误；
- (e) 给予法官更大的控制权，以减少讼费及家事法庭程序制度中出现的延误；
- (f) 未能以最经济的方式处理案件的后果应是判处适当的支付讼费命令，包括支付虚耗的讼费命令在内。

建议 28

(家事法律程序所出现的延误情况)

我们建议：

- (a) 为促进儿童的最佳利益，涉及儿童的纠纷(即关于管养权和探视权、掳拐儿童、法院监护及监护权的纠纷)，必须优先进行聆讯；
- (b) 我们建议参照英格兰的《1989年儿童法令》第1(2)和11条制定法定条文；
- (c) 在有关的法例尚未制定之前，应为处置管养权、探视权和监护权纠纷订定目标时限。

建议 29

(争议事项及和解会议)

我们建议：

- (a) 制定法定条文引入切合香港需要的争议事项会议及和解会议；
- (b) 争议事项会议与和解会议之间应有明确区别；
- (c) 这些会议是独立于调解以外的；
- (d) 以争议事项会议取代传召出席案表；

(e) 除非一方当事人或双方当事人提交证明书，表明在和解会议上尝试达成和解的成功机会不大，而出席会议会徒然浪费金钱，否则和解会议应是整个程序中的必经步骤；

(f) 如不举行和解会议，则仍会举行类似指示聆讯的会议，以便命令就审讯作出指示，而法官在此阶段仍可提议进行和解；

(g) 在这些审前会议上披露的证据，未经双方当事人同意，不得在其后进行的任何聆讯或法律程序中获接纳为作出的承认，亦不得获接纳为该等会议的誊本或纪录的一部分。

建议 30

(社会工作主任的报告)

我们建议：

- (a) 有需要增拨更多资源给保护家庭及儿童服务课，以减少为法庭进行调查和拟备报告时所出现的延误；
- (b) 引入服务承诺，确保社会工作主任尽快拟备报告，且除非情况特殊，否则无论如何需时不得多于六周；
- (c) 为家事法庭拟备报告的社会工作主任，应具备最少三年处理有关家庭和儿童事务的工作经验，而其培训应包括拟备法庭报告在内。

注：

有人提议除社会工作主任需要接受培训之外，还应为负责处理家事个案的工作者拟备一本收载此方面的有关法律（包括一套收集有关词语的词汇）的手册。我们希望政府会对此提议加以注意。

建议 31

(独立专家)

我们建议法庭应有权力命令独立专家（例如心理专家、精神病专家、儿科专家，注册社工或其它有关专业的专家）提交报告。

建议 32

(统计资料和研究)

如统计资料能备存于家事法庭及研究能在家事法庭进行，则会对法律改革委员会和政策制定者有用。我们建议应由家事法庭备存有关管养权、探视权或监护权案件数目的统计资料，包括达成和解的案件数目和何时达成和解等资料。这会有助政策的规划和落实。

建议 33

(判决书的提供与私隐权)

我们建议：

- (a) 发出规管发表涉及儿童的纠纷案件中的无汇报的判决书的实务指示，使判决书可更广泛地向法律执业者提供；
- (b) 为保护儿童及其父母起见，不管判决书是否有作汇报，判决书中所有可资识别身分的细节，包括双方当事人及其子女的姓名、地址、学校名称、工作地点，甚至证人的姓名，均应删除（只保留其英文姓名的首字母）。

建议 34

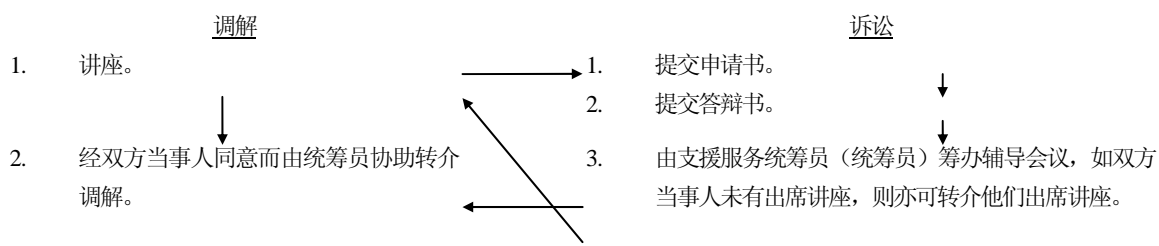
(家事案件的操守指引)

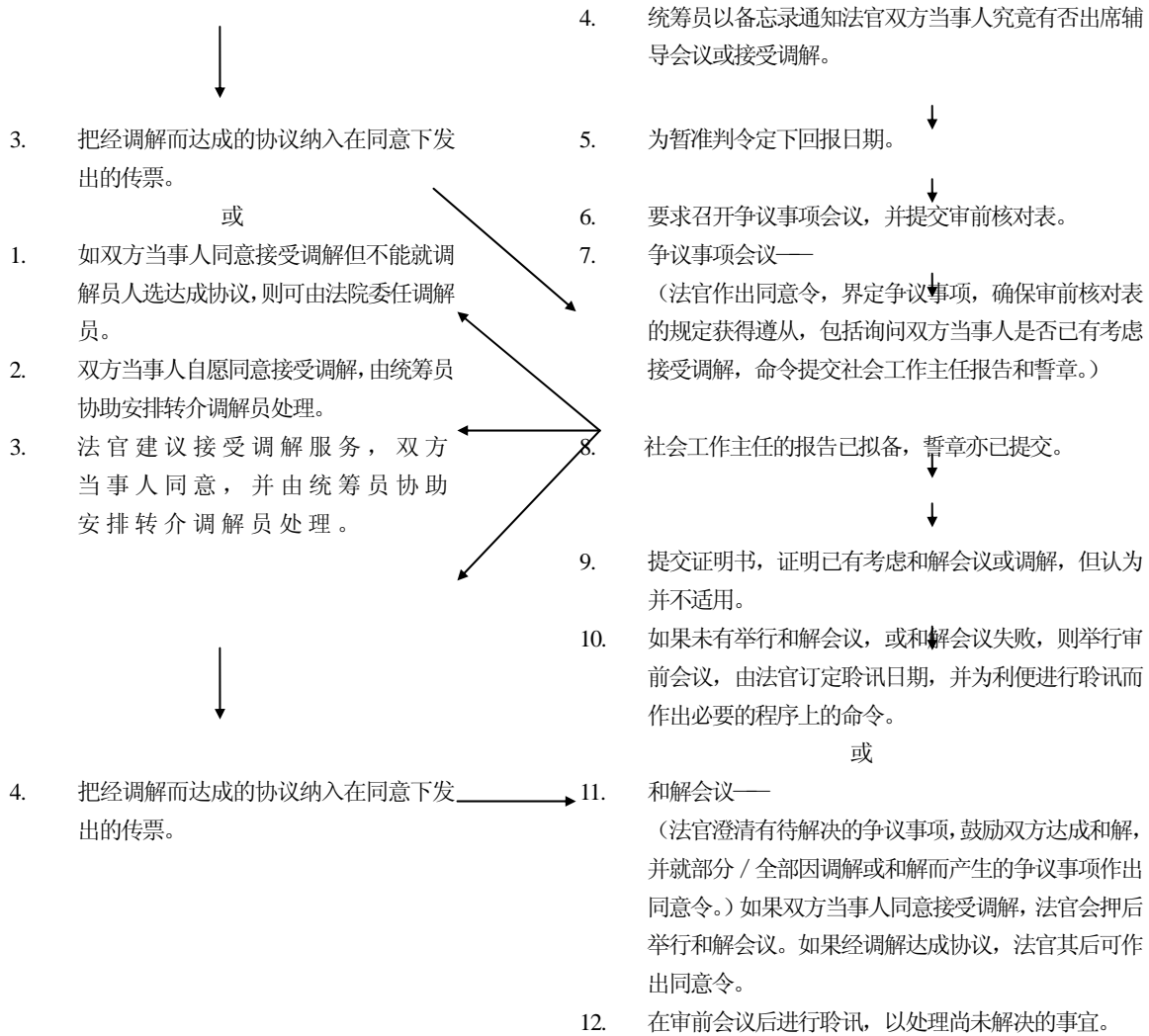
我们留意到香港家庭法律协会已有引入操守指引。我们赞同此举，并相信这样可鼓励律师采用更有调解作用的做法。我们建议除此之外，亦应采用一套以对等的英格兰指引为蓝本的律师良好实务指引，以为代表儿童的律师提供特定指引。

我们又建议政府应就下列问题咨询法律界及其它在此范畴工作的机构的意见：

- (a) 应否把香港家庭法律协会的操守指引以纳入各有关团体的守则的形式而列为强制性；及
- (b) 应否把香港家庭法律协会的操守指引扩阔（经适当的修改后）而适用于律师，以及在家事诉讼范畴工作的其它专业。

附件 1 建议用于排解纠纷程序的案件管理及支持服务流程图





附件2 回应《监护权和管养权谘询文件》的个人及团体名单

1. 防止虐待儿童会
2. 新妇女协进会
3. JJA Bosh 先生及 SFM Wortmann 女士
4. 香港明爱家庭服务婚外情问题支持服务
5. 香港明爱(社会服务部)
6. 香港明爱家庭服务
7. 香港家庭福利会陈子英女士
8. 周毅英医生
9. 郑梅红女士
10. 香港中华基督教青年会
11. 钟婉仪女士
12. 香港城市大学公共及社会行政学系
13. 律政司民事法律科
14. 律政司刑事检控科
15. 法律援助署署长
16. 卫生署署长
17. 民政事务总署署长
18. 入境事务处处长
19. 社会福利署署长

20. 香港城市大学法律学院助理教授 Heather Douglas 女士
21. 金爱宁女士
22. 和谐之家
23. 基督教灵实协会
24. 群福妇女权益会
25. 香港大律师公会
26. 香港家庭福利会
27. 香港各界妇女联合协进会
28. 香港女律师协会
29. 香港学生辅助会
30. 香港妇女发展联会
31. 香港青年法律工作者协会有限公司
32. 香港基督教女青年会
33. 司法机构政务长
34. 希仕廷律师行江润红女士
35. 香港家庭福利会劳柳爱女士
36. 法定代表律师
37. 人际辅导中心
38. 民政事务局局长
39. 房屋局局长
40. 圣约翰座堂辅导服务
41. 香港小童群益会
42. 香港公教婚姻辅导会
43. 香港儿童权利委员会
44. 香港社会服务联会
45. 香港家庭法律协会
46. 香港调解中心
47. 香港心理学会
48. 香港律师会
49. 香港大学社会工作及社会行政学系
50. 香港大学法律学院
51. 曾蕴慧女士

## 日本人事诉讼法

2003年第109号法律颁布,2004年4月1日开始实施 张晓茹译

第一章 总则

第一节 通则

第一条(宗旨)

本法是关于人事诉讼程序,作为民事诉讼法(1996年第109号法律颁布)等的特别规定。

第二条(定义)

本法所称的“人事诉讼”,是以下以身份关系的形成和存在与否的确认为目的的诉讼(以下称“关于人事之诉”)。

一 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

二 子女否认之诉、子女认知之诉、认知的无效及撤销之诉,依照民法第773条的规定,以父亲的确定为目的之诉以及确认亲子关系存在与否之诉

三 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

第三条(最高法院规则)

对于人事诉讼程序有关的必要事项,除本法规定者外,由最高法院规则规定之。

北京理工大学司法研究所主办 上海沪家律师事务所、北京岳成律师事务所协办



## 第二节 法院

## 第四条(人事之诉的管辖)

第一款 人事之诉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。

第二款 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。

## 第五条(请求合并的管辖)

数人对数人提起的一个人事之诉中,提出以确认数个身份关系的形成和存否为目的的数个请求时,不受前条规定的限制,可依同条规定向对其中一个请求拥有管辖权的家庭法院提起诉讼。但是,以民事诉讼法第38条前段规定的情况为限。

## 第六条(调停事件家庭法院自行处理)

家庭法院认为人事诉讼的全部或部分不属于其管辖时,当该人事诉讼的有关事件属于家事审判法第18条第1项规定的属于家庭法院申请调庭的事件,经过调停,认为特别有必要考虑当事人的意见及其他情形时,不受民事诉讼法第16条1项规定的限制,根据申请或依职权,可以将诉讼的全部或部分自行审理并作出裁判。

## 第七条(避免拖延诉讼而移送)

人事诉讼虽属于该家庭法院管辖,但考虑到当事人及接受询问的证人的住所及其他情况,为避免明显地拖延诉讼或者认为有必要在当事人之间谋求平衡时,根据申请或依职权,可以将该人事诉讼的全部或部分向其他管辖法院移送。

## 第八条(与请求有关联的诉讼的移送)

第一款 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。

第二款 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。

## 第九条(参与员)

第一款 家庭法院认为有必要时,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。

第二款 根据每个案件,参与员的人数要在一人以上。

第三款 参与员由家庭法院根据案件从每年家庭法院选任的参与员名录中指定。

第四款 前项规定的被选任者资格、人数和其他与选任有关的必要事项,由最高法院规定。

第五款 根据最高法院规定,向参与员支付旅费、日薪及住宿费。

## 第十条(参与员的排斥及回避)

第一款 民事诉讼法第23条到第25条的规定,准用于参与员。

第二款 对参与员提出排斥或回避申请时,关于该申请的裁定确定之前,参与员不能参与与该申请有关的事件。

## 第十一条(对泄露秘密的制裁)

参与员或者曾任参与员的人,无正当理由泄露由于其职务而获知的他人秘密时,处以1年以下监禁或者50万元以下的罚款。

## 第三节 当事人

## 第十二条(被告适格)

第一款 人事诉讼身份关系的当事人一方提起诉讼的,除特别规定外,以另一方为被告。

第二款 人事诉讼身份关系的当事人以外的人提起诉讼时,除特别规定外,以该身份关系的当事人双方为被告,一方死亡时,以另一方为被告。

第三款 依前两款规定,应当成为该诉讼被告的人死亡、没有被告时,以检察官为被告。

## 第十三条(关于人事诉讼诉讼能力等)

第一款 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。

第二款 无诉讼行为能力人认为有必要为前款所规定的诉讼行为时,审判长可以根据申请选定律师为其诉讼代理人。

第三款 即使无诉讼行为能力人没有提出前款申请,审判长可以命令选定律师为诉讼代理人或依职权选定律师为其诉讼代理人。

第四款 依前两款的规定,无诉讼行为能力人应当向审判长选定作为诉讼代理人的律师支付的报酬,数额由法院决定。

第十四条 人事诉讼的原告或被告为成年被监护人时,其成年监护人为成年被监护人起诉或应诉。但该成年监护人为该诉讼相对方时不受此限制。

第二款 前款规定的情况,成年监护监督人可以为成年被监护人起诉或应诉。

## 第十五条（利害关系人的诉讼参加）

第一款 在检察官为被告的人事诉讼，认为与诉讼结果有利害关系的第三人（以下称“利害关系人”）有必要参加诉讼时，为了辅助被告，法院可以裁定该利害关系人参加诉讼。

第二款 法院作出前项裁定时，事先应当听取当事人及利害关系人的意见。

第三款 民事诉讼法第43条第1项的申请及第1项的裁定，关于利害关系人参加检察官为被告的人事诉讼，不适用该法第45条第2款的规定。

第四款 关于前款规定的利害关系人，准用民事诉讼法第40条第1款到第3款（该款限于诉讼程序的中止部分）的规定。

第五款 法院可以撤销第1款的裁定。

## 第四节 诉讼费用

第十六条 检察官为当事人的人事诉讼，依民事诉讼法第61条到第66条的规定，检察官应当负担的诉讼费用由国库负担。

第二款 利害关系人依民事诉讼法第43条第1项的申请及前条的裁定，参加检察官为被告的人事诉讼的诉讼费用的负担，准用该法第61条到第66条的规定。

## 第五节 诉讼程序

## 第十七条（关联请求的合并等）

第一款 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。

第二款 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。

第三款 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。

## 第十八条（诉之变更及反诉）

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1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。

## 第十九条（民事诉讼法规定适用的例外）

第一款 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。

第二款 关于人事诉讼的诉讼标的不适用民事诉讼法第266条及第267条的规定。

## 第二十条（职权探知）

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。

## 第二十一条（当事人本人出庭命令等）

第一款 关于人事诉讼，法院询问当事人本人时可以命令当事人在规定的期日出庭。

第二款 前款规定的出庭命令的当事人无正当理由不出庭时，准用民事诉讼法第192条到第194条的规定。

## 第二十二条（寻问当事人等的不公开进行）

第一款 关于人事诉讼当事人本人或者法定代理人（以下该款及下一款称“当事人等”）或者证人，该人事诉讼标的的身份关系的形成或者存在与否的确认的基础的事项，关系到自己私生活的重大的秘密，受询问时，法官一致认为，该当事人等或是证人在公开法庭上对该事项的陈述会给当事人的正常社会生活产生明显妨碍，并且，欠缺对该事项的陈述依据其他证据，不能对该身份关系的形成或存在与否的确认做适当的裁判时，法院依规定可以不公开进行该事项的询问。

第二款 法院在作前款裁定时，预先应当听取当事人及证人的意见。

第三款 法院根据第一款的规定不公开进行该事项的询问时，让公众退庭之前，应当把其趣旨与理由一同宣告。当该事项的询问终了时，应当再让公众入庭。

## 第二十三条（检察官的参与）

第一款 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。

第二款 检察官于前款规定的期日到场，可主张事实并提出证据。

## 第二十四条（确定判决效力波及的范围）

第一款 人事诉讼的确定判决，不受民事诉讼法第115条第1款规定的限制，对第三者也有效。

第二款 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，对于前婚的配偶，不受前款规定的限制，只有当事人前一配偶参加与该请求有关的诉讼时才对他有效。

第二十五条（判决确定后关于人事诉讼提起之禁止）

第一款 人事诉讼判决（不合法之诉作出的判决除外，下款同样）确定后，原告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，不得提起相关的人事诉讼。

第二款 人事诉讼判决确定后，被告就反诉主张的基于同一身份关系的事实，不得提起相关的人事诉讼。

第二十六条（诉讼程序的中断及继受）

第一款 第12条第2款规定的人事诉讼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。

第二款 关于第12条第1款及第2款的规定，被告都死亡时，检察官为被告承继诉讼。

第二十七条（当事人死亡时人事诉讼的终结）

第一款 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。

第二款 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，不受前条第2款规定的限制，该人事诉讼当然终结。

## 第六节 补则

第二十八条（对利害关系人诉讼系属的通知）

已提起的人事诉讼有利害关系人，法院根据最高法院规则规定，对于在父亲死亡后提起认知子女之诉的其他作为继承人的子女及其他因诉讼的结果而受损失的人通知诉讼系属情况。但是，该通知以诉讼记录判明其姓名及其住所或居所的为限。

第二十九条（民事诉讼法的适用关系）

人事诉讼程序适用民事诉讼法规定的，该法第25条第1款“对于地方法院的独任法官的排斥或回避由法官所属的法院、对于简易法院法官的排斥或回避由管辖该法院所在地的地方法院”为“对于家庭法院独任法官的排斥或回避，为该法官所属的法院”、该法第2款及该法第132条的5第1款、第185条、第235条第2款及第3款、第269条第1款、第329条第3款以及第337条第1款中“地方法院”为“家庭法院”、该法第281条第1款中“地方法院作为第一审法院作出的终局判决或简易法院”为“家庭法院”、该法第311条第2款中“对于地方法院的判决向最高法院、简易法院的判决向高等法院”为“对于家庭法院的判决向最高法院”、该法第336条第1款中“地方法院及简易法院”为“家庭法院”。

第三十条（保全命令事件管辖的特例）

第一款 人事诉讼保全命令事件不适用民事保全法（1989年法律第91号）第12条第1款的规定，由本案的管辖法院或管辖应予假扣押的物或系争物所在地的家庭法院管辖。

第二款 人事诉讼请求与该请求的原因事实所发生的损害赔偿请求合并为一诉时，就该损害赔偿请求申请保全命令的，可由假扣押物或系争物所在地的家庭法院管辖。

## 第二章 婚姻关系诉讼的特例

### 第一节 管辖

第三十一条 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。

### 第二节 附带处分等

第三十二条（关于附带处分的裁判等）

第一款 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。

第二款 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。

第三款 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。

第四款 在第1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。

第三十三条（事实调查）

第一款 法院在作出前条第1款的附带处分判决或同条第3款的指定亲权人的判决时，可以进行事实调查。

第二款 法院认为适当时,可以命令合议庭成员或者委托家庭法院或简易法院让他们作出前款的事实调查(以下简称“事实调查”)。

第三款 根据前款规定,受命法官或受托法官调查事实时,法院及审判长的职责由该法官履行。

第四款 法院开庭听取当事人陈述,进行事实调查时,其他当事人可于该期日当场。但是,其他当事人被认为于该期日到场有碍事实调查时,不受此限。

第五款 事实调查不公开进行。但是,法院可允许认为适当者旁听。

第三十四条 (家庭法院调查官进行事实调查)

第一款 法院可以让家庭法院调查官进行事实调查。

第二款 有紧急情况时,审判长可以让家庭法院调查官进行事实调查。

第三款 家庭法院调查官对事实调查的结果以书面或口头形式向法院报告。

第四款 家庭法院调查官可对前款规定的报告附加自己的意见。

第三十五条 (事实调查部分的阅览等)

第一款 诉讼记录中事实调查部分(以下本条称“事实调查部分”)对于民事诉讼法第91条第1款、第3款以及第4款的规定阅览或者誉写其正本、誉写或者抄本的交付或其复制(以下本条称“阅览等”)的请求,法院可依下一款或第3款的规定有限制地许可。

第二款 当事人阅览等事实调查部分的申请得到许可时,法院应许可阅览等。但是,进行事实调查部分的阅览等被认为有以下情况时,可适当限制该阅览等的许可。

一 当当事人间有未成年子女时,损害该子女的利益

二 损害当事人或第三人稳定的私生活或工作

三 当事人或第三人私生活的重大秘密受到侵犯,对该人正常社会生活产生明显妨碍,或者明显侵害名誉

第三款 有利害关系的第三人申请许可阅览等事实调查部分时,法院认为适当时,可许可阅览等。

第四款 针对第2款的申请被驳回的裁定,可提出即时抗告。

第五款 前款规定的即时抗告被认为是以造成人事诉讼程序不当迟延为目的时,原法院应驳回该即时抗告。

第六款 针对前款规定的裁定,可以提出即时抗告。

第七款 针对第3款的申请被驳回的裁定,不能因不服提起申诉。

第三十六条 (未作出判决婚姻终止时附带处分的裁判)

撤销婚姻或离婚之诉未作出判决,该诉婚姻终止时,已申请附带处分的,该附带处分事项婚姻终止时未被确定的,受诉法院应对该附带处分审理并作出裁判。

### 第三节 和解与请求的放弃及认诺

第三十七条 离婚之诉的诉讼和解(这里仅指离婚,以下本条相同)与请求的放弃及认诺,不适用第19条第2款的规定,适用民事诉讼法第266条(第2款中关于请求的认诺部分除外)及第267条的规定。但是,有关请求的认诺仅限于第32条第1款的附带处分及同条第3款指定亲权人不需要判决的场合。

第二款 有关离婚诉讼,不适用民事诉讼法第264条及第265条规定的和解。

第三款 在离婚诉讼民事诉讼法第170条第3款规定的期日,对该条第4款的当事人不作出和解及请求的认诺。

### 第四节 履行的确保

第三十八条 (履行的劝告)

第一款 关于依第32条第1款或第2款规定判决确定的义务,当权利人提出申请时,作出该判决的家庭法院(在上诉法院作出该判决时,第一审法院的家庭法院),可以调查义务的履行状况、劝告义务人履行义务。

第二款 前款的家庭法院可以嘱托其他家庭法院比照前款规定进行调查及劝告。

第三款 第1款的家庭法院及前款受嘱托的家庭法院可以让家庭法院调查官比照第1款的规定进行调查及劝告。

第四款 履行依第32条第1款及第2款规定判决确定的义务、撤销婚姻及离婚之诉和解中确定的义务,准用前3款的规定。

第三十九条 (履行命令)

第一款 怠于履行依第32条第2款的规定判决确定的支付金钱和给付其他财产为目的的义务,作出该判决的家庭法院(在上诉法院作出该判决时,第一审法院的家庭法院)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其义务。此命令是针对命令作出时止义务人怠于履行的义务的全部或一部分而言。

第二款 前款的家庭法院依该款的规定命令履行义务,必须听取义务人的陈述。

第三款 履行依第32条第1款及第2款的规定判决确定的以支付金钱、给付其他财产为目的的义务、撤销婚姻或离婚之

诉讼和解确定的义务, 准用前2款的规定。

第四款 依第1款(含准用前款的情况)规定被命令履行义务的人无正当理由未执行命令时, 作出履行义务命令的家庭法院, 以决定处10万元以下罚款。

第五款 针对前款决定, 可以提出即时抗告。

第六款 关于第4款的决定, 准用民事诉讼法第189条的规定。

第四十条 (金钱的寄托)

第一款 履行依第32条第2款的规定判决确定的金钱支付为目的的义务, 作出该判决的家庭法院的法官所属的家庭法院, 有以下情形时, 根据义务人的申请, 可以接受权利人金钱的寄托。

一 命令在家庭法院寄托金钱的支付判决发生法律效力时

二 前项情形下, 关于履行判决确定的支付金钱为目的的义务, 所属家庭法院法官认为寄托金钱适当时

第二款 依第32条第2款所作判决, 应当寄托的家庭法院被特别决定时, 该家庭法院可接受金钱寄托。

第三款 依前两款规定接受金钱寄托的家庭法院, 根据权利人的请求, 应当向权利人支付金钱。但是, 权利人反对给付时, 以寄托人提出的书面文书或判决书、公证文书及其他证明有反对给付事实的文书为限。

第四款 履行依第32条第2款规定判决确定的以支付金钱为目的的义务、撤销婚姻或离婚之诉讼和解确定的义务, 准用前3款的规定。

### 第三章 亲子关系诉讼的特例

第四十一条 (亲子否认之诉的当事人等)

第一款 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。

第二款 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。

第四十二条 (确认之诉的当事人等)

第一款 关于确认之诉, 以父亲或母亲为被告, 两者都死亡时, 以检察官为被告。

第二款 前款规定的父亲或母亲为该诉的被告时或两者都死亡时, 准用第26条第2款的规定。

第三款 子女在提起确认之诉后死亡时, 该子女的直系卑属或其法定代理人, 在民法第787条但书规定的期间经过后, 从子女死亡之日起6个月内可以承继诉讼程序。此种场合, 民事诉讼法第124条第1款后段的规定不适用。

第四十三条 (确认父亲之诉的当事人等)

第一款 子女、母亲、母亲的配偶或其前一配偶, 可以依民法第773条的规定提起以确认父亲为目的的诉讼。

第二款 以下各提起者提起前款规定的诉讼时, 分别以该各确定的人为被告, 该人死亡后, 以检察官为被告。

一 子女或母亲 母亲的配偶及其前一配偶(一方死亡后, 以另一方)

二 母亲的配偶 母亲的前配偶

三 母亲的前配偶 母亲的配偶

第三款 依前款规定该款各种确定的人为该诉被告时, 该人死亡后准用第26条的规定。

### 第四章 收养关系诉讼的特例

第四十四条 解除收养关系之诉的诉讼和解(依此仅限于解除收养)与请求的放弃及认诺准用第37条(第1款但书除外)的规定。

附则(略)

## 英国1991年家事诉讼程序规则

袁晖 张婷婷译 张晓茹 闫庆霞校

### 第一章 序言

引文及实施

1.1 本规则为1991年家事诉讼程序规则, 并于1991年10月14日生效。

解释

1.2 (1) 本规则中, 除非上下文有其他要求, 均按如下解释——

“1973年法”指1973年婚姻诉讼法[2];

“1984年法”指1984年婚姻和家事诉讼法[3];

“1986年法”指家事法法令[4];

“1989年法”指1989年儿童法[5];

“辅助救济”指——

- (a) (财产等) 处置无效令,
- (b) 财政救济令,
- (c) 抚养费未决诉讼令,
- (d) 所有权调整令, 或者
- (e) 变更令;

“(财产等) 处置无效令”指1973年法第37条第2款b或c项之规定;

“营业日”的意思根据规则1.5(6)之规定确定;

“诉讼”指婚姻诉讼, 如1984年法第32条之定义或者指1973年法[6]第19条(推定死亡和解除婚姻关系)规定的诉讼;

除第4章以外, 其他章中“儿童”和“家庭儿童”的意思由1973年法[7]第52条第1款分别加以规定;

“同意令”指1973年法[8]第33A条规定的决议;

“法院”指法官或者地方初审法官;

“审判法院”指郡离婚法院, 由英国司法大臣按照1984年法第33(1)条之规定指定, 而涉及在郡离婚法院未决的婚姻诉讼案件的, 主要登记处应被视为在王座法院中有开庭资格的审判法院;

“辩护诉讼”指并非没有辩护的诉讼;

“地方初审法官”, 关于主要登记处, 区登记处或郡法院的诉讼, 指区法官或登记处或郡法院的地方法官之一, 视情况而定;

“区登记处”指有郡离婚法院的该区范围内的任何区登记处;

“郡离婚法院”指司法大臣根据1984年法第33条第1款之规定指定的郡法院;

“离婚地”, 涉及任何婚姻诉讼, 指高等法院被授权在王座法院之外审理婚姻诉讼或者属于此类诉讼的地方;

“文书交换”指由司法大臣批准的暂时的文书交换;

“家事诉讼程序”的意思根据1984年法第32条之规定确定;

“财政补助令”指1973年法第21条第1款中提及的任何决议, 不包括该法第27条第6款[9]的决议;

“财政救济”的意思同1973年法第37条中之规定;

“法官”不包括地方初审法官;

“答辩意向申请书”根据第10.8之规定确定意思;

“待决诉讼抚养令”指1973年法第22条规定的决议;

“个人提名”包括被定义为“以A.B.名义宣告”的人;

“庭长”指家事法庭的庭长或者, 如果他缺席或因病或者其他原因而不能出庭, 或者庭长职位空缺, 则由该庭的资深助理法官担任;

“主要登记处”指家事法庭的主要登记处;

“适格官员”指——

- (a) 和主要登记处相关的家事诉讼部门的主要职员, 以及
- (b) 跟其他任何法院或登记处相关的主要职员, 或者依照司法大臣颁布的指令, 代表他行事的其他法院或登记处的官员;

“财产处分令”指在1973年法第21条第2款中提及的任何命令;

“离婚城镇登记处”的解释应当符合本规则的第2.32(6)条的规定;

“王座法院”, 与郡离婚法院的未决婚姻诉讼相关, 指的是, 王座法院或者司法大臣根据1984年法第42条第2(a)款之规定给出的指令中限定的其他法院;

“资深区法官”指家事法庭的资深区法官或者在主要登记处缺位时, 参与登记处登记的资深区法官;

“特别程序表”指第2.24(3)条规定的程序表;

“无抗辩的案件”指——

- (1) 没有提交答辩状的案件或者提交的答辩状被除去的案件, 或者
- (2) 只能根据被告的答辩进行诉讼的案件, 被告的答辩已经提交但没有回复或答辩或者回复或答辩被除去的案件, 或者
- (3) 适用第2.12(4)条之规定, 根据该规定没有给出任何通知或给出的通知被撤回的案件, 或者
- (4) 请求救济的答辩已经提交但却没有提交反对中期判决的诉状或者答辩或诉状中反对获得救济的部分被除去的案件, 或者
- (5) 不在以上(1)到(4)条款范围内的已被法院宣判的案件;

“变更令”指1973年法中第31条[10]规定的命令。

- (2) 除非本规则另有规定，否则应当根据本规则将因起诉而发生的案件视为未决案件，尽管该诉讼的最终判决或者命令已经做出。
- (3) 除本规则另有规定外，规则或涉及的数字部分指本规则中的规则或编号。
- (4) 本规则中提到的数字表格指在本规则附录1中列明的表格，根据不同案件的不同要求适用。
- (5) 本规则中提到的命令和规则指——
  - (a) 如果前面附有“CCR”字母，则指1981年《郡法院规则》[11]中的命令和规则，还有
  - (b) 如果前面附有“RSC”字母，则指1965年《最高法院规则》[12]中的命令和规则。
- (6) 本规则中有关郡法院的条款，涉及婚姻诉讼的，应当视为关于郡离婚法院的条款。
- (7) 在本规定和1.4条规定中，“婚姻诉讼”指1984年法第33、34或35条规定的或郡离婚法院有管辖权的诉讼。

其他规则的适用

1.3—(1) 属于本规则、1981年《郡法院规则》以及1965年《最高法院规则》的规定可以做必要的修改以分别适用郡法院和高等法院的家事诉讼。

(2) 根据第(1)项之规定，本规则中任何授权或许可的条款可以比照适用于家事诉讼，如1981年《郡法院规则》的规定在郡法院诉讼未决案件中，1965年《最高法院规则》的规定在高等法院未决的诉讼中。

在主要登记处的郡法院诉讼

1.4—(1) 属于本规则的条款，在主要登记处的任何时间未决的婚姻诉讼，如果已经在郡离婚法院开庭，在该法院的应定时间未决的，则应当依据本规则的目的和1981年《郡法院规则》和1984年的《郡法院法案》任何条款的规定，视为郡离婚法院的未决案件而不是高等法院的案件。

(2) 除本规则另有规定外，本规则规定的任何关于离婚郡法院诉讼开始或起诉，或者从该法院移送或移送到该法院的证明信，包括给主要登记处的证明信。

时间计算

1.5—(1) 本规则，或者适用本规则的任何规则规定的，或者任何判决、裁判、命令或任何诉讼指令确定的时间期限，都应当按照如下规定计算。

- (2) 诉讼行为为要求在不少于指定期间的指定期日前做出的，此期间自该行为完成的期日后立即开始计算并且在指定期日前立即结束。
- (3) 诉讼行为为要求在指定期日后或自指定期日起的限定期间内做出的，此期间自上述指定期日后立即开始计算。
- (4) 除本款规定之外，7日之内的异议期间包括非营业日在内的，非营业日不能被排除。
- (5) 在规定的诉讼行为时间届满之日法院不办公，并且因此诉讼行为不能于当日进行的，该行为应当及时在办公的第二天进行。
- (6) 本规则中的“营业日”指任何一天，不包括——
  - (a) 星期六、星期天、圣诞节或者耶稣受难日；或
  - (b) 在英格兰和威尔士，1971年银行和财政法[14]规定的银行假期。

注释

[1] 1984 c. 42.

[2] 1973 c. 18.

[3] 1984 c. 42.

[4] 1986 c. 55.

[5] 1989 c. 41.

[6] 第19条被1973年住所和婚姻诉讼程序法(c. 45)，第17(2)条和目录6部分废除。

[7] 第52(1)条适用于1984年婚姻和家事诉讼法(c. 42)。其他申请或任何撤销法令或修正案均与这些规则无关。

[8] 第33A条被插入在1984年婚姻和家事诉讼法(c. 42)第7部分中。

[9] 唯一相关的修正案根据1978年国内诉讼和治安法院法(c. 22)的第63(3)条制定的。

[10] 第31条由1981年婚姻家庭和财产法(c. 24)第8(2)条，1982年公平遗产管理法(c. 53)第51条和1984年婚姻和家事诉讼法第6条加以修正。the Administration of Justice Act 1982

[11] S.I. 1981/1687.

[12] S.I. 1965/1776.

[13] 1984年c. 28.

[14] 1971年c.80

## 第二章 婚姻诉讼

第二章的适用范围

2.1 本章适用于——

北京理工大学司法研究所主办 上海沪家律师事务所、北京岳成律师事务所协办

- (a) 诉讼;
- (b) 依《1973年法案》第二章之规定提起的申请,但第27、32、33、35、36和38条除外;以及
- (c) 规定具体诉讼程序以遵照《1973年法案》第41条[15]所规定的要件。

诉讼的提起等

基于申请开始的诉讼

2.2——(1) 诉讼均由申请提起。

(2) 离婚申请,婚姻无效申请或者法院的分居判决表明家庭中有未满16周岁或者已经超过此年龄界限,正在教育机构接受教育,或正在进行某行业培训的未成年子女的,提交申请时应附带一份申请人个人签名的声明,如能征得被告同意,声明中应包含所需的M4格式的信息,并附在任何提及的医疗报告的副本中。

诉状的内容

2.3 除非另有指令,每份诉状均应包含本规则附录2所要求的信息。

依《1968年民事证据规则》第11条或12条[16]之规定提起诉状的请求人

2.4——(1) 请求人依《1968年民事证据规则》第11或12条之规定,欲证明某人——

(a) 在联合王国已被法院或者在法庭上宣判有罪,或者被当地或其他地方的军事法庭宣判有罪,或者

(b) 在英格兰和威尔士任何法院的婚姻诉讼中发现犯有通奸罪,或在相关诉讼中成为孩子的父亲,或在联合王国法院的亲子关系诉讼中判为孩子的父亲,则在其诉状中必须包括该请求人的意图声明,载明如下细目——

(i) 判决,事实认定或判决和相关日期,

(ii) 作出有罪判决,事实认定或判决的法院或军事法院,就事实认定或判决而言,做出该认定或判决的诉讼,以及

(iii) 有罪判决,事实认定或判决相关诉讼中的争议点。

(2) 本条所指的“婚姻诉讼”,“相关诉讼”和“亲子关系诉讼”与上述第12条所指的具有相同意思。

签署诉状

2.5 如果律师代理诉讼的,则诉状皆应由律师签署,如果不是,则应由请求人的诉状律师以其自己名义或者以其事务所名义签署,或请求人自己起诉的则由请求人签署。

提交诉状

2.6\_\_ (1) 诉状可以提交至任何一个郡离婚法院。

(2) 除非指令申请单独提出,否则和本案有关的结婚证明应与诉状共同提交。

(3) 诉状律师代表请求人实施离婚申请或分居申请的,结婚证明应以M3格式与诉状共同提交,除非指令申请单独提出。

(4) 尚未被最终裁定驳回或者由终局命令作出其他处分的诉状呈至郡离婚法院或高等法院的,由同一请求人就同一婚姻提起的另一诉状,没有获得未决诉讼中对作出的申请的许可,不得提交。

假如不需要许可,则自结婚之日起一年期满后,提交离婚诉状声称《1973年法案》第1条第2款所规定的事实,是上述期间届满之前提起请求法院判决分居的诉状中声称的事实。

(5) 诉状应该和任何声明以及依规则2.2(2)之规定法院办公室所需的报告,被送达人数同等数目的诉状副本和声明的副本和依2.2(2)要求送达至被告的报告,共同提交。

(6) 《郡法院规则》第3号令,规则4(2)(同适用上述命令规则5,此规则规定了诉状的提交和送达)不应适用,但适格官员应在提交诉状时附加全部诉状副本,送达附加M6格式的M5格式通知,还应附加送达至被告的诉状副本任何声明和依本规则第5项之规定需提交的报告的副本。

当事人

2.7\_\_ (1) 依第2项之规定,诉状声称被告已经犯有通奸罪的,则被声称共同犯有通奸罪的人应被认定为该诉讼的共同被告,除非——

(a) 诉状中未提及此人,或者

(b) 法庭另有指令的。

(2) 诉状声称被告已经对提及之人犯有强奸罪的,那么尽管第1项有其他规定,该人也不应被认定为共同被告,除非法庭如此指令。

(3) 诉状声称被告已经和被提及之人有不当同谋(而非通奸罪)的,法庭可以作出指令责令被提及之人作为诉讼中的共同被告,为此地方初审法官可以要求适格官员向请求人和任何其他已经给出辩护意图通知的当事人发出日期、时间和地点的通知,那时法庭将考虑给出相关指令。

(4) 依第1项之规定,如尚未给出辩护意图通知的,则请求作出指令的申请应单独提出。

(5) 被提及之人在提交诉状之前已经死亡的,不适用本规则第1和第3项之规定。

送达诉状前撤回诉讼

2.8 诉状被送达至任何人之前,请求人可以提交撤诉通知,诉讼应立即驳回。



送达诉状等

送达诉状

2.9\_(1) 依本规则条款和规则 9.3 与 10.6, 诉状副本应被直接送达或邮寄送达至每个被告或共同被告。

(2) 实施送达——

(a) 被送达的当事人是无行为能力的人的, 依规则 9.1 之规定经由请求人, 以及

(b) 在任何其它情形下, 经由法庭, 或者如果请求人提出要求的, 则经由该请求人。

(3) 直接送达不得由请求人本人实施。

(4) 经由法院送达的任何诉状副本应由法庭官员邮寄送达, 或者如请求人要求地方初审法官作出指令的, 则由执行官直接传送诉状副本于当事人本人。

(5) 依上述各项规定之宗旨, 诉状副本应被视为送达, 如果——

(a) M6 格式的送达认收书由被送达的当事人签署, 或者由代表该当事人的代理律师签署, 并被返还至法庭官员, 以及

(b) 意在由被告签收的表格, 则其签名在审理中被验证, 或者, 诉讼无辩护, 则在请求人依本规则 2.24 (3) 之规定提交宣誓陈述书中验证签名。

(6) 诉状副本已经被送至一方当事人, 且送达认收书尚未被送至法庭办公室的, 如地方初审法官确信宣誓陈述书, 或当事人已经收到文书的, 则可以作出指令文书应被视为已及时送达当事人。

(7) 诉状副本已经直接送达至一方当事人, 且送达认收书尚未送至法院办公室的, 则应提交送达宣誓陈述书证明已经送达 (或者, 由执行官送达的, 则依《郡法院规则》第 7 号令, 规则 6 之规定以送达背书证明), 就被告而言, 以送达者确认被送达当事人身份的方式证明。

(8) 送达认收书被送至法院办公室的, 适格官员应将影印副本送达至请求人。

(9) 请求准许以其他送达方式代替第 1 项所规定的送达方式或者准许由公告或其他方式代替诉讼中的通知的申请应单独做出, 通过提请宣誓陈述书阐明申请的依据, 并且任何公告的形式应由地方初审法官决定。

除非地方初审法官认为存在合理的可能性使相关人知晓公告, 否则不得发布准许以公告替代诉讼中的通知的命令。

(10) 《郡法院规则》第 7 号令, 规则 8 应适用于本规则规定的执行官送达, 也适用于上述命令的规则 10 规定的执行官送达传票。

(11) 地方初审法官认为根据上述各项之规定将文书送达至当事人是不可行的, 或者有必要或情况紧急可免于送达诉状副本至被告或任何其他人的, 则法官可以发布命令免于送达。

请求依此项规定发出命令的申请应在诉讼第一阶段通过呈递阐明申请理由的宣誓陈述书的方式被单方面提起, 但是如地方初审法官认为有必要的则应要求提出此申请的请求人出庭。

同意判决

2.10\_(1) 审理诉请之前声称, 经由被告同意法院的判决夫妻双方分居两年, 被告方希望向法庭表明其同意法院判决的, 则应提交由被告本人签署的有效通知。

按照本项规定之宗旨, 含有被告同意法院判决声明的送达认收书应被视为通知, 若该认收书经如下人签署——

(a) 被告亲自提交的, 由被告, 或者

(b) 诉状律师代表被告提交的, 由被告和诉状律师。

(2) 声称第 1 项所提及的任何事实的诉状指向的被告, 可以向法庭发出通知, 告知其不同意法院判决或撤回其已经给出的任何承诺。

任何通知已送出且没有声称其它《1973 年法案》第 1 条第 2 款所提及的事实, 则基于诉状提起的诉讼应中止, 适格官员应就中止诉讼程序立即向所有当事人发出通知。

答辩状及修正

补充诉状和诉状修正

2.11\_(1) 根据规则 2.14 之规定——

(a) 在提交答辩之前的任何时间无须准许皆可提交补充诉状, 但之后则需经同意; 以及

(b) 在提交答辩之前的任何时间无须准许皆可对诉状进行修正, 但之后则需经同意。

(2) 根据第 3 项之规定, 依本规则之规定的准许申请——

(a) 如每一对方当事人同意以书面形式提交补充诉状或修正诉状的, 则可以通过在法官办公室呈递补充诉状或提议修正的诉状副本的方式做出; 以及

(b) 在任何其他情形下, 除非另有指令, 否则应送达通知 (或在高等法院通过传票) 至每一对方当事人。

(3) 如地方初审法官认为合理, 可以要求提供宣誓陈述书以证实准许申请。

(4) 授权准许令应——

(a) 任何当事人已经给出辩护意图通知的, 在其答辩必须被提交或修正的期间内确定时间;

(b) 开庭审理的指令已经发出后做出命令的,中止审理直至指令更新。

(5) 依本规则之规定授权进行的修正应通过提交已经修正的诉状副本的方式实施。

(6) 规则 2.5 和 2.7 应适用于补充的或修正的诉状,同其适用于原始诉状。

(7) 除非另有指令,否则补充的或修正的诉状副本,应同依本规则之规定做出的命令副本一起被送达至原始诉状或者补充或修正的诉状的每一被告和共同被告处。

(8) 请求人应提交第 7 项之规定所要求的应送达至任何人的文书,除非另有指令,否则规则 2.6 (6) 和 2.9 应适用于相关人员,同其适用于要求被送达原始诉状的相关人员。

提交答辩状

2.12\_\_ (1) 根据第 2 项和规则 2.10,2.14 和 2.37,被告或者共同被告——

(a) 希望针对诉状做出辩护或者对诉状中声称的事实提出质疑的,

(b) 希望在诉讼中针对请求人提起请求反诉的被告,基于请求救济的,或者

(c) 依《1973 年法案》第 5 条第 1 款之规定提起的诉状中指定的被告,希望反对基于上述条款所提及理由作出的判决的;

应在给出辩护意图通知所限期满后 21 日内,提交答辩状。

(2) 尽管提交答辩之人尚未给出答辩意图通知,但可以提交答辩。

(3) 对已经给出答辩意图通知之人的任何裁定应被视为包括对尚未给出辩护意图通知就已提交答辩之人的裁定。

(4) 诉讼中依《1973 年法案》[17]第 12 条 d 款之规定寻求救济,被告提交答辩仅包括对诉状中所陈述事实的简单否定的,如被告欲辩驳诉状中的控告,则应在其提交答辩时向法院给出有效通知。

提交(原告对被告的)答辩状和后续答辩状

2.13\_\_ (1) 请求人可以在收到依规则 2.17 之规定送达的答辩状副本后 14 日内提交对被告的答辩。

(2) 如果请求人未提交对被告的答辩,除非答辩请求判决,否则只要其提出了作出开庭审理指令的要求,即可视为该请求人已经对答辩中做出的重要事实陈述予以否认。

(3) 未经许可,不得提交原告对被告的后续答辩状。

作出开庭审理指令后提交和修正答辩状

2.14 在已经给出开庭审理指令后,未经许可不得提交或修正答辩状。

答辩和后续答辩状的内容

2.15\_\_ (1) 答辩,回复或后续答辩不仅包括对诉状,答辩或回复中陈述事实的简单否认的,视情形,答辩应充分阐述所依事实的细节而不是将要证明事实的证据,如丈夫或妻子提交答辩,与上述事实相关,则此答辩应包括附件 2 第 1 项第 k 目规定的诉状中所要求的信息。

(2) 除非另有指令,否则对诉状中所包含的附件 2 第 1 项(f),(g)和(h)要求的全部声明,丈夫或妻子提出质疑时,由其提起的答辩应包括所依事实的全部细目。

(3) 附件 2 第 4 (a) 项之规定加之必要修改后,于适当时应适用于被告之答辩,同其适用于原告之诉状:在答辩中无须包括要求请求人负责诉讼费用的主张。

(4) 对任何诉状做出的答辩包括救济请求的,只要请求人尚未给出诉状,则该答辩应包括附件 2 第 1 (j) 项所要求的信息。

(5) 一方当事人的辩护包括规则第 2.4 条所提及的声明的,则如果他方当事人——

(a) 否认定罪,事实认定或与声明相关的判决,或者

(b) 声称定罪,事实认定或与声明相关的判决是错误的,或者

(c) 否认定罪,事实认定或判决是与诉讼中的任何争端相关联的,其必须在答辩中做出否认或声明。

(6) 规则第 2.4 和 2.5 加之必要修改应适用于答辩,不仅仅适用于诉状。

答辩中对第三人的主张

2.16\_\_ (1) 规则第 2.7 和 2.9 加之必要修改后应适用于答辩不仅仅适用于诉状,故尽管在上述规则中对共同被告作出裁决但应由被传讯的一方当事人的裁决替代。

(2) 规则第 2.12 条加之必要修改后应适用于被传讯的一方当事人,同其适用于共同被告。

送达答辩状

2.17 提交答辩,回复或后续答辩的当事人,应在同一时间提交副本以送达至各自的对方当事人,适格官员应在被传讯的一方当事人的答辩中附加送达 M5 和 M6 格式通知,应送达副本至各自的其他对方当事人。

补充答辩和答辩状修正

2.18 本规则第 2.11 条加之必要修改,应适用于提交补充答辩和答辩状修正或者其他非诉状之文书,同其适用于提交补充诉状和诉状修正。

细目

2.19\_\_ (1) 已被送达答辩之一方当事人,可以以书面形式要求另一当事人在其答辩状中给出任何声明或其他辩护事实的细目,如其未在合理期间内给出细目,提出要求的当事人可以提起申请要求做出强制给出细目的命令。

(2) 执行给出细目的要求或命令应与细目合并,细目每一项直接附随在要求或命令的对应项之后。

(3) 给出细目的一方当事人,无论是为执行命令还是其他,皆应在同一时间提交细目副本。

开庭审理之准备

辩护诉讼中证件开示

2.20\_\_ (1) 《最高法院规则》第 24 号令(证件的开示和审查)应适用于基于诉状提起的辩护诉讼,无论是在高等法院还是在地方法院地方初审法官,同其适用于基于令状提起的诉讼一样,加之如下修改——

(a) 本规则第 2 条第 1 款第 2 项和第 2 条第 2 款至第 4 款,第 4 条第 2 款和第 6 条,第 7 条应予忽略,

(b) 在本规则第 16 条第 1 款中,从“包括”至结束的词语应予忽略,

(c) 在本规则第 2 条第 7 款中“诉讼中指令传唤被发出”应由“开庭审理传票被发出”替代

(2) 依《最高法院规则》第 24 号令,规则 2(1)之宗旨,同本条第 1 项之适用,答辩状应在送达答辩后 14 日期满时被视为终结,即使任何先前做出的关于细目的要求或命令尚未被履行仍视为终结。

(3) 请求人和任何已经提交答辩的当事人应有权利拥有任何清单副本,同本条第 (1) 项之适用依《最高法院规则》第 24 号令该清单是送达至任何其他当事人的证件清单,且上述副本应由送达清单的当事人按照要求提供给免于起诉之人。

本项中“证件清单”包括证实所列清单的宣誓陈述书。

辩护诉讼中书面询问开示

2.21\_\_ (1) 《最高法院规则》第 26 号令(处理书面询问开示)应适用于基于诉状提起的且在高等法院待决的辩护案件,同其适用于上述命令的案件一样,但应忽略如下之规定——

(a) 本规则第 2 条第 1 款第 b 项

(b) 在本规则第 4 条第 1 款中“或者第 25 号令,规则 7 规定的通知”,以及

(c) 在本规则第 6 条第 1 款内,从“包括”至结束的词语。

(2) 依《最高法院规则》第 26 号令,规则 3(1)之规定送达审议中的书面质问副本或者依《最高法院规则》第 26 号令,规则 1(2)之规定发出命令传票时,应同时提交审议中的书面质问副本。

(3) 辩护案件在郡离婚法院待决的,则同适用《郡法院规则》第 14 号令,规则 I I,《最高法院规则》第 26 号令应予适用,且本规则里适用上述第 26 号令的各项条款应视为同适用上述应适用的各项条款。

婚姻无效诉讼中的体格检查

2.22—— (1) 在基于无能力圆房提起的请求宣告婚姻无效的诉讼中,请求人应按照第 2 项之规定,向地区初审法官提出申请决定是否应指定医疗检查员对双方当事人进行检查。

(2) 依第 1 项之规定提起的申请不应该在无辩护案件中做出——

(a) 如丈夫是请求人的,或者

(b) 如妻子是请求人的以及

(i) 诉状表明妻子或是寡妇或是在考虑婚姻时离婚,或者

(ii) 诉状或其他方式表明妻子已经怀孕的,或者

(iii) 妻子做出的其不是处女的声明被提交;

在任何此种情形下,请求人宣称自己没有生育能力的除外。

(3) 仅依被告之辩护进行诉讼或者仅在被告之辩护中做出无能力圆房之声称的,第 1 项和第 2 项之规定中对请求人的裁定应被视为同对被告之裁定。

(4) 依第 1 项之规定由请求人提起的申请应以如下方式做出——

(a) 被告尚未给出辩护意图通知的,则在发出通知的限定期已满足之后;

(b) 被告已经给出辩护意图通知的,则在允许提交其答辩的时间期满后或者,如其已经提交答辩的,则在答辩已经被提交之后;

依第 1 项之规定由被告提起的申请应在其已经提交答辩后做出。

(5) 被要求依第 1 项之规定做出申请的当事人未能在合理的期限内提起申请的,则另一方当事人如果正在对此案件提起公诉或进行辩护,可以根据上一项之规定做出申请。

(6) 在基于被告有意拒绝致使尚未圆房而提起的请求宣告婚姻无效的诉讼中,任何一方当事人可以向地方初审法官提出申请请求指定医疗检查员对双方当事人进行检查。

(7) 如被告尚未给出辩护意图通知的,则请求人可以根据第 1 或第 6 项之规定单方面提起申请。

(8) 如依第 1 或第 6 项之规定审理申请之地方初审法官认为是权宜之计,则其应指定一名医疗检查员或者,如其认为

有必要，则指定两名医疗检查官对双方当事人进行检查并向法庭报告检查结果。

(9) 在审理任何第1项所提及的诉讼程序时，如法庭认为适当，可以指定一名或两名医疗检查官对任何尚未接受检查的当事人进行检查或者对已经接受检查的当事人做进一步检查。

(10) 根据当事人提起的申请依第8项之规定作出命令的，或者在当事人已经实施的诉讼中依第9项之规定已经做出对另一方当事人进行体检之命令的，该当事人应将指定进行体检的日期、时间和地点的通知送达至另一方当事人。

实施体格检查

2.23\_\_ (1) 依本规则第2.22条之规定任何体格检查皆应在医疗检查官的咨询室进行或者，根据情况需要，在所指定的实施体检的医疗检查官中的某一人的咨询室进行：

地方初审法官可以根据一方当事人的申请作出指令责令对当事人进行的体检应该在法院办公室或者在地方初审法官认为便利的其他地方进行。

(2) 每个到场体检的当事人应在检查官的见证下签署一份声明，表明其本人就是所指的请求人或被告，根据情况需要，在体检令中，以及在体检结论中，检查官应证明声明是由已经接受体检的人在检查官在场的情况下签署的。

(3) 根据本规则第2.22条做出的每份报告应予提交，并且任何一方当事人均应有要求提供规定费用付款的副本。

(4) 在无辩护案件中，无要求检查官出庭并在审理时作证，但有此指令的除外。

(5) 在无辩护案件中，如按照本规则第2.22条之规定所做的报告被双方当事人认可的，则当事人应在确定的庭审日期之前不少于7个净日内向地方法官和检察官发出相关通知；此通知发出后，无须要求检查官出庭并在庭审时作证。

(6) 按照第4项或第5项之规定检查官未在开庭审理时作证的，则其报告应被视为由法庭上的鉴定人提供给法庭的信息并在法庭认为适当时赋予这样的分量。

开庭审理指令

2.24\_\_ (1) 按照请求人或者正在为基于请求提起的案件作辩护的任何一方当事人提出的书面要求，地方初审法官应该给出开庭审理案件的指令，如其确信如下情形——

(a) 诉状副本（包括任何附加或修正的诉状）和任何后续答辩已经被及时送达至需要被送达的各方当事人，并且该当事人是无行为能力人的，则任何本规则第9.3条第2款之规定的宣誓陈述书已经被提交；

(b) 如有权发出通知的任何一方当事人尚未发出辩护意图通知的，则发出此通知的限定日期已满；

(c) 如任何一方当事人尚未发出辩护意图通知的，则允许其提交答辩的时间已满；

(d) 如答辩已经被提交的，则允许其提交任何后续答辩的时间已满；

(e) 在宣告婚姻无效诉讼中——

(i) 本规则第2.22条第1项所要求的任何申请已经做出，以及

(ii) 根据依第2.22条之规定提起的申请已经做出对当事人进行体检之命令的，则上条规则第10项所要求的通知已经被送达，检查官的报告已经被提交。

(2) 根据第3项之规定，案件在郡离婚法院而不是在主要登记处待决且将要在上述法院开庭审理的，如地方初审法官认为可行应给出开庭审理指令。

(3) 案件为请求离婚或法院判决分居的无辩护案件的，就《1973年法案》第1条第2款第4项之规定而言，被告已经依第2.10条第1款之规定提交通知表明其同意判决的，除非另有指令，否则请求人应在提交请求开庭审理指令的要求时共同提交宣誓陈述书——

(a) 包括以M7第a、b、c、d或e项（任何一个皆适当）要求格式的信息接近所发出的命令的，连同任何请求人试图援引的确凿的证据一起，以及

(b) 根据情况需要加以修正，证实请求人依本规则第2.2条第2款之规定提交的任何安排陈述的内容的，则地方初审法官应在特别程序清单里通过提起诉讼给出开庭审理指令。

(4) 就辩护案件而言地方初审法官可以将开庭审理指令的要求视为传票或指令申请，从而使其有权就下述内容给出指令——

(a) 诉讼的下一步程序，

(b) 附加救济申请或者与孩子有关的命令的申请，以及

(c) 与家庭中孩子的安排或安排建议相关的证据条款，如为保证公正、迅速、经济地处理案件或申请出庭是必要或可取的；适格官员应给出当事人通知说明该要求将被考虑的日期、时间和地点。

(5) 在任何其他案件中地方初审法官应通过要求有关官员记录案件以备开庭审理的方式给出审理指令，并发出通知说明其已经对涉案的各方当事人做出指令。

(6) 除根据第3(b)项之规定已经提供证据之外，依本规则之审理指令，除法庭另有命令，应包括向请求人发出的提交宣誓陈述书的指令，该指令根据情况需要加以修正以证实任何安排声明的内容，此声明是由请求人根据本规则第2.2条第2款之规定提交的。

(7) 就针对被告之答辩进行的无辩护案件而言，如果对被告和请求人分别作出替代裁决，第3项和第6项应就对请求

人和被告的裁决产生效力。

确定开庭审理地点

2.25\_(1) 开庭审理指令，除根据本规则第 2.24 条第 3 款之规定给出了的之外，应确定开庭审理地点。

(2) 就不适用本规则第 2.24 条第 3 款之规定的无辩护案件而言，指令要求应陈述——

(a) 期望的开庭审理地点，(b) 拟定在开庭审理时所传唤证人的居住地，(c) 可能的开庭审理期限的估计，以及(d) 任何其他的可能与确定审理地点相关的事实。

(3) 就辩护案件而言，意欲做出指令请求的当事人应该在做出请求之前不少于 8 日内，向其他各方已经给出辩护意图通知的当事人发出期望的审理地点的通知，如果意欲作出此请求的当事人是被告，则通知发给请求人。

通知应陈述所传唤的代表发出通知方当事人利益的证人的数目和该当事人以及其证人居住的地点。

(4) 如任何一方当事人不同意通知确定的审理地点的，则可以在收到通知后 8 日内向地方初审法官提出申请，要求指令在其他地方进行审理；若其同意通知确定的地点，则应在上述期限内送给发出通知的当事人一份由其律师（或其本人，如其自己进行诉讼）签署的声明，表示通知已经收到并确定代表其利益的证人数目和该当事人以及其证人的居住地。

(5) 未在上一项所确定的期限内依第 4 项之规定做出在某其它地方进行审理的申请的，则提出该指令请求的当事人应在其请求里陈述——

(a) 期望的审理地点；

(b) 代表该当事人利益的将被传唤的证人的数目和该当事人以及其证人居住地；

(c) 如是事实，则从任何一方当事人（指定的）到根据第 3 项之规定向其发出通知的人，均尚未收到声明；以及

(d) 可能的审理期限的估计；

应同要求一起，提交任何的由任何其他当事人根据第 4 项之规定送达至该当事人的声明。

(6) 发生的情况趋向于说明，根据第 2(c)项或者第 5(d)项之规定给出的或者是按照第 4 项规定的申请做出的可能的审理期限的估计不准确，则应提交进一步的估计。

(7) 在确定审理地点时地方初审法官应已经考虑到案件的所有情况，从而使法官有可能基于对其有用的信息做出决定，包括当事人和他们的证人的便利之处，可能支付的诉讼费用，审理进行的日期和审理期限的估计。

(8) 确定任何诉讼之审理地点的指令可以由法庭的地方初审法官或依据涉案当事人之申请正在进行诉讼的登记处做出更改。

依《1973 年法案》第 1 条第 2 款(b)项之规定的声称指令

2.26\_(1) 在辩护案件中请求人声称被告已经做出一些举止，从而无法合理期待请求人与被告一起生活的，则根据给出的审理指令或在审理前任何时间任何一方当事人所作的申请，地方初审法官可以命令或授权已经做出请求或接受此指令的当事人提交在答辩状或细目里做出的声称和反声称的目录。

(2) 做出或授权给出此命令的，除非另有指令，否则声称和反声称应该被简洁地列在编年命令中，每个陈述反对与其相关的声称的反声称中，提交目录的当事人应送达目录副本至任何其它已经提交案件答辩的当事人。

根据《1973 年住所与婚姻诉讼程序法》[18] 延期诉讼

2.27\_(1) 在离婚诉讼中请求人或被告向法院提出申请要求做出《1973 年住所与婚姻诉讼程序法》第 1 目录第 8 项（在本规则中被指为“目录 1”）中规定的命令的，则该申请应向地方初审法官提起，该法官可以决定申请，或者，把申请或由此产生的任何问题提交给法官做指令，如果该申请是一份附加救济申请。

(2) 请求做出目录 1 第 9 项规定的命令的申请应向法官提起。

(3) 一旦发出审理指令，地方初审法官按照附录 2 第 1(j)项或规则 2.15(4)或本规则第 4 项之规定给出的信息应知晓，与审查中的婚姻相关的或者足以影响婚姻效力、维持的诉讼程序正在英格兰和威尔士之外的任何国家持续，并且应考虑到是否按照附录 1 第 9 项之规定中止基于诉状进行的诉讼程序的问题应当由法庭做出决定，地方初审法官应确定法官审议上述问题的日期、时间和地点并立即向各方当事人发出通知。

本项中“在英格兰和威尔士之外的任何国家持续的诉讼程序”与附录 2 第 1 项第 j 目之规定意思相同。

(4) 任何一方当事人提出要求，请求做出附录 1 第 2 项规定的婚姻诉讼程序审理的指令，如在按照附录 2 第 1 项 j 目和本规则第 2.15 条第 4 款之规定给出的信息里已经有更改，则该当事人应提交更改细目的声明。

(5) 由诉讼之一方当事人提起的请求依附录 1 第 10 项之规定做出命令的申请应向地方初审法官提起，且该法官可以决定申请或者可以将申请或由此产生的任何问题提交给法官，如果该申请是一份附加救济申请。

证据

案件审理中的证据

2.28\_(1) 根据本规则和第 2.29 条、第 2.36 条、第 10.14 条以及《1968 年民事证据法案》[19]和任何其他法令的各项规定，任何对基于请求提起的案件进行的审理中需要由证人的证据证明的事实应通过口头检查证言的方式加以证明并应在公开法庭上予以证明。

(2) 在本规则和第 2.29 条、第 10.14 条规则中未有规定足以影响法官在审理中拒绝承认任何证据之权力, 如果法官认为这样做符合公正之要求。

(3) 法庭可以命令——

(a) 如法庭认为合理, 可在审理时宣读任何证人的宣誓陈述书;

(b) 在审理时应通过命令中确定的方式给出任何特殊事实的证据, 特别地——

(i) 通过依据信息或信念的起誓做出的声明, 或者

(ii) 通过文书制作或登记, 或者 (iii) 通过文书副本或登记, 或者 (iv) 就现在是或者曾经是共同认识的问题的事实而言, 或者普遍地或者在某个特殊地区, 通过制作包含了上述事实声明规定的报纸; 和

(c) 可以传唤不多于限定数目的专家证人

(4) 向地方初审法官提起的请求作出第 3 项规定的命令的申请应——

(a) 如辩护意图通知尚未给出的, 或者

(b) 如请求人和每个已经给出辩护意图通知的当事人同意请求此命令的, 或者

(c) 如案件无辩护且审理指令已经给出的,

则通过单方面提交说明做出申请之理由的宣誓陈述书的方式提起。

(5) 在审理证人的宣誓陈述书可以在法庭上宣读的命令之前做出申请的, 或者审理时通过宣誓陈述书给出特别事实的证据的, 则拟定的宣誓陈述书或者草稿应和申请一起呈递; 在受理申请之前宣誓陈述书已经宣誓且充分陈述作出申请之理由的, 则不应根据第 4 项之规定要求其他的宣誓陈述书。

笔录供词

2.29 法庭可以依据基于诉状提起之案件的任何一方当事人的申请做出《郡法院规则》第 39 号令, 规则 1 规定的命令, 或者 (如案件在高等法院待决) 依《最高法院规则》第 39 号令, 规则 1, 命令对任何当事人的誓言进行检查; 《郡法院规则》第 20 号令, 规则 18 或者 (如案件在高等法院待决) 《最高法院规则》第 38 号令, 规则 9 以及第 39 号令, 规则 1 至 14 (规定制作笔录供词的程序) 加之适当修改应产生效力。

发出证人传票

2.30\_(1) 在郡离婚法院待决之诉讼案件的证人传票可以由该法院或者审理案件的审判法院发出。

(2) 在高等法院待决之案件的传审令可以发出自——

(a) 正在对案件进行诉讼的登记处, 或者 (b) 如案件要在王座法院审理的, 则主要登记处; 或者 (c) 如案件要在离婚地审理的, 则该城镇的登记处

高等法院传闻证据和专家证据

2.31 《最高法院规则》第 38 号令, 规则 2.1 应对在高等法院相关的辩护案件产生效力, 如同一

(a) 依上述规则中的第 2.28 条, 第 2.29 条和第 10.12 作出的裁定替代第 38 号令第 3 规则第 4 项中的裁定; 以及

(b) 第 5 项之规定被忽略。

开庭审理等

开庭审理的方式和地点

2.32\_(1) 除非另有指令以及根据规则第 2.36 条之规定, 每个案件和任何由此产生的争端均应由法官审理无需陪审团。

(2) 任何基于诉状提起的在离婚郡法院待决的案件 (进入到特别程序清单的案件除外) 可以在任何审判庭进行审理。

(3) 任何基于诉状提起的在高等法院待决的案件可以在王座法院或任何离婚城镇进行审理。

(4) 在离婚城镇登记处任何案件已经被安排审理, 法官或者离婚登记处的地方初审法官认为在离婚地审理案件不便利的, 则可以命令在其它离婚城镇审理该案件; 规则 10.10 条第 4 项和第 5 项应适用于此命令同其适用于依本规则第 1 项之规定做出的命令。

(5) 一旦在离婚郡法院待决的案件安排审理之后, 审判庭的适格官员应尽快确定日期、尽可能近的地点、审理时间, 并向案件的各方当事人发出通知。

(6) 这些规则里案件将要被审理的离婚城镇登记处作出的任何裁决, 关于没有登记处的离婚城镇, 应该被视为大法官指派, 如果离婚城镇不位于任何地区登记处地区, 视为主要登记处裁决。

争点的审理

2.33 给出了对任何争点进行单独审理的指令并且已经遵守了上述指令的, 地方初审法官应该——

(a) 如争点源自附加救济申请或者申请是关于家庭中任何子女或拟制子女的, 则争点为法官依据附加救济申请作出裁决的程序和规则 2.65 应予以适用;

(b) 在任何其他情况下, 安排审理争点且如果该争点是诉因, 本规则第 2.32 条第 5 款和第 6 款应予以适用。

在安排审理案件中地方初审法官管辖权的行使

2.34\_(1) 案件已经在离婚地登记处被记录待审, 该处的地方初审法官, 或者, 案件在王座法院被记录待审, 主要登记处的地方初审法官如认为已考虑到审理日期临近或其他情况是可行的, 则可以在诉讼中行使案件正在进行的登记处的

地方初审法官的管辖权。

(2)《最高法院规则》第34号令,规则5(3)加之必要修改后应适用于在高等法院待决的辩护案件,如同其适用于基于令状提起的诉讼。

关于审理日期的进一步规定

2.35 当事人同意或法官准许的除外,无论有辩护还是无辩护,自给出审理指令之日起10日期满后才应审理案件;

本规则不适用于已进入特别程序清单的案件。

特别程序清单中案件的处置

2.36—(1)一旦案件已经进入到特别程序清单,地方初审法官应尽快考虑由请求人提交的证据,且——

(a)如果地方初审法官确信请求人已经充分证明了请求的内容,并有权做出判决的,则地方初审法官应予以证明;

(b)如果地方初审法官不确信可以给请求人提交进一步证据的机会或者自特别程序清单里移除案件,则本规则第2.24条第3项应停止适用。

(2)在制作第1项规定的证明书时应确定法官或地方初审法官在公开法庭宣布判决的日期,适格官员应将确定的日期和地点的通知和证明书副本送达给各方当事人,但是根据第3项之规定此种情况下无须要求任何当事人出庭。

(3)地方初审法官做出第1项规定的证明书并且请求中包含了祈求诉讼费用的,则地方初审法官可以——

(a)如确信请求人有权祈求此诉讼费用,则在证明里包括相关声明;

(b)如不确信,则向反对支付此诉讼费用的当事人发出通知,表明若其希望继续反对,必须在按照第2项之规定确定的日期前出庭。

(4)在宣布根据第1项规定的证明书做出的判决之后的14日内,任何人可以审查该证明书和依本规则第2.24条第3项之规定提交的证据,可以预定副本按规定的费用付费。

就诉讼费用进行听审的权利

2.37—(1)被告,共同被告或者被传讯的当事人,未提交答辩状,可以听审诸如诉讼费用的任何问题,但法庭可以在任何时间命令反对诉讼费用要求的任何一方当事人提交并送达陈述了其反对理由的声明至做出此要求之当事人。

(2)无论一方当事人是否已经向法庭官员送还送达确认书,确认书陈述了其希望对该问题进行审理的,则该当事人皆有权按照第1项之规定听审任何问题。

(3)在作出离婚诉讼的中期判决或法院分居判决之后的诉讼中,不应做出任何如下命令,即有权要求共同被告或被传讯的当事人负责支付并非直接与判决有关的诉讼费用,除非共同被告或者被传讯的当事人是涉及此诉讼的当事人或者已经被给出意欲辩护通知以便申请此命令。

被告就子女安顿作出的声明

2.38—(1)依本规则第2.2条第2款之规定被送达声明的被告,无论其是否同意此声明,均可以向法庭官员提交书面声明,表明其自己对孩子现在的和提议的安排的看法,并且一收到被告的声明有关官员即应送达副本至请求人。

(2)任何被告观点之声明,如可行,均应在允许给出辩护意图通知的时限内予以提交,且无论如何均应在依《1973年法案》第41条第1项[20]之规定地方初审法官考虑对家庭中孩子的抚养和福利的安排或建议安排之前提交。

遵照《1973年法案》第41条的程序

2.39—(1)在没有规则2.40(1)所指的申请待决时,地方初审法官应根据情况所需,在做出第2.36条第1款第1项规定的证明书之后或者在按照指令做出证据条款之后,紧接着考虑1973年法案第41条第1款确定的与下一条款相一致的事实。

(2)在考虑相关证据,包括任何进一步的按照本规则之规定提供的证据或报告,以及任何由被告根据本规则第2.38条之规定提交的声明时,地方初审法官确信——

(a)对家庭中的孩子不适用1973年法案第41条之规定,或者(b)法庭无须行使其与孩子中的任何人相关的1989年法案赋予的职权,或者给出任何1973年法案第41条第2款规定的指令的,

地方初审法官应证实,依副项(b)适用之情况,请求人和被告应分别被送达有关官员出具的证明书副本。

(3)地方初审法官不确信以上第2项提及的事项的,则其可以在不侵害1973年法案第41条第2款或1989年法案之规定赋予的职权的情形下,给出一个或更多的如下指令——

(a)当事人,或他们中的任何人,应提交进一步的与孩子安排相关的证据(指令应确定处理进一步证据的事实);

(b)有关孩子的或他们中任何人的福利报告,已准备好;

(c)当事人,或者他们中的任何人,应在指令中确定的日期,时间和地点出庭;

且随后应通知当事人。

(4)法庭作出1973年法案第41条第2款规定的指令的,指令通知应被送达至当事人。

(5)本规则中“当事人”是指请求人,被告和任何出庭照顾孩子的人。

与家庭中孩子相关的申请

2.40—(1)诉讼待决,由案件一方当事人或任何其他他人提起申请,要求作出1989年法案第1章或第2章的任何条款规

定的与家庭中孩子相关的命令的,则此申请应在诉讼中作出;申请人并非诉讼当事人并且已经得到1989年法案规定的作出申请所需的许可的,则不许可参加诉讼是必要的。

(2) 如诉讼待决时,与家庭中孩子相关的诉讼程序正在任何其它法院开始的,诉讼性质的简要陈述应立即由开始此诉讼程序的人提交,或者如其不是案件的当事人,则应由请求人提交。

在审理中被延期事项的恢复

2.41 在案件的审理中,任何申请被法庭因在法官室审理而延期的,该申请可得以恢复——

- (a) 在高等法院,通过无传票通知;
- (b) 在郡离婚法院,依照《郡法院规则》第13号令,规则1(处理诉讼程序中的申请);或者
- (c) 在高等法院或郡离婚法院,通过地方初审法官给出通知的方式,当他认为应对事实做出进一步调查时;该通知应写明审理恢复申请的日期、时间和地点并送达给各方当事人。

再审申请

2.42\_\_ (1) 在审理中未声称法庭有错误的,请求由独任法官审理案件(不论是在高等法院还是在郡离婚法院)的再审申请,应提交给法官。

(2) 除非另有指令,否则申请应提交给审理该案件的法官并应公开审理

(3) 申请应通过如下方式做出——

- (a) 在高等法院,通过在通知里确定出庭日期的通知,以及
- (b) 在郡法院,按照与《郡法院规则》第13号令,规则1相一致的通知(处理诉讼过程中的申请),该通知应写明申请的依据。

(4) 除非另有指令,否则通知必须在做出判决后六周内送出,并于确定听审申请之日前不少于十四天内送达给案件各其他当事人。

(5) 申请人应提交一份证明表明通知书已及时送达到所需送至的每个人。

(6) 申请应有一份宣誓书支持,该宣誓书陈述申请人所援引的主张,或提出任何在申请被核准后其打算提交的辩护的副本,且宣誓书副本应送达至案件各其他当事人。

(7) 申请人应于申请被受理前不少于七日内提交与任何正式的审理中诉讼程序速记笔录相关的听审记录副本。

(8) 一方当事人不服离婚或婚姻无效的绝对判决而上诉的,则会出现其是否已有时间和机会对离婚诉讼中的绝对判决所依赖的中期判决不服提出上诉的问题,此问题应依照本条之规定由再审申请确定。

(9) 任何其他再审申请应通过上诉的方式提交至上诉法院。

(10) 本规则加之必要修改,应适用于依第2.36条之规定处理的案件,如同它适用于由独任法官审理的案件,除却申请提交给地方初审法官,地方初审法官宣布判决的情况。

判决与命令

2.43\_\_ (1) 除本规则第2.61条适用的案件之外,每个判决,每个在公开法庭作出的命令以及每个其他的需要起草的命令应该由以下人起草——

(a) 就判决或在郡离婚法院作出的命令而言,由该法院的有关官员; (b) 就判决或在王座法院作出的命令而言,由主要登记处的有关官员; (c) 就判决或在离婚地作出的命令而言,由离婚地登记处的有关官员。

(2) 《郡法院规则》第22号令,规则7(在判决中处理的其他事项)不应适用于在离婚地方法院待决的诉讼中做出的判决。

申请撤销判决

2.44\_\_ (1) 被告依1973年法案第10条第1款撤销离婚判决之规定提起的申请应提交给法官并应公开听审,除却地方法官宣布判决时申请仍应提交给地方法官的情形。

(2) 规则2.42第3项和第5项之规定应适用于本规则规定之申请,如同其适用于《1973年法案》规定的申请。

(3) 除非另有指令,否则申请通知应在确定受理申请之日前不少于14天内送达至请求人。

(4) 申请应有一份宣誓书佐证以陈述申请人所援引的声明,且该宣誓陈述书副本应送达至请求人。

《1973年法案》第10条第2款规定的申请

2.45\_\_ (1) 申请应制作成M12格式的通知,由离婚请求的被告提出,提请法庭考虑离婚后被告方的经济地位。

(2) M12格式通知送达至请求人的,除非其已经依本规则第2.58条第2款之规定提交了宣誓陈述书,否则该请求人应在通知送达其本人之后14日内提交一份宣誓陈述书,答复申请中包括的其本人财产和收入状况的任何细目,如缺少此陈述,法庭可以命令请求人补充。

(3) 依第2项之规定送达任何宣誓陈述书于请求人之后的14日内,或者在法庭确定的其他时间内,被告应提交一份包括本人财产和收入的任何细目的宣誓陈述书以作回复,其已经依本规则第2.58条第3款之规定向法庭提交了宣誓陈述书的除外。

(4) 法庭审理申请的职权一般由地方初审法官行使。



(5) 请求人已有两年或者五年分居的事实，且法庭在未对其它任何《1973年法案》第1条第2款所提及的事实做任何认定的情况下，已经准许作出中间判决的，适格官员应确定审理人员，如上诉申请是请求附加补偿的，应适用本规则第2.62条第3款至第7款以及第10.10条之规定。

(6) 任何就《1973年法案》第10条第3款所提及的关于法庭确信的事实的声明，或者，在法庭已经依第10条第4款之规定进行诉讼程序的，条款规定的条件均已满足之声明，应在法庭记录里注明。

政府律师参与诉讼作辩护

2.46\_(1) 如政府律师欲表明理由反对将中间判决改为绝对判决的，则其应向法庭和判决宣布的受益当事人给出通知，表明意图。

(2) 依第1款之规定给出通知后21日内，该政府律师应提交答辩，陈述其期望作辩护的理由，同时提交送达给判决宣布的受益当事人，以及受判决影响的其它各方当事人的答辩副本。

(3) 有关官员应送达答辩副本给第2项所提及的每个人。

(4) 根据本规则以下条款，这些法规应适用于任何后续答辩状和涉及答辩的诉讼，如同该答辩是启动案件诉讼程序的诉状。

(5) 如在限定时间内未提交答辩回复，或者提交了回复但回复被修正或者不能适用的，则政府律师可立即适用动议请求做出判决无效以及不受理请求的命令。

(6) 本规则第2.24条可适用于案件的开庭审理，如同适用于与政府律师提起的答辩相关的诉讼程序，故尽管任何答辩中的起诉在回复中被否认，指令申请应由政府律师提起，在任何其他情况下申请应由政府律师提起，在任何其他情况下申请应由中期判决宣布受益的当事人提起。

政府律师以外的人参与诉讼作辩护

2.47\_(1) 如政府律师之外的任何人期望依《1973年法案》第9条之规定参与诉讼反对将中间判决改为绝对判决，则其应提交陈述其所援引事实的宣誓陈述书，副本应送达至判决宣布受益的当事人。

(2) 依第1项之规定宣誓陈述书副本已经送达至一方当事人，该当事人应在送达后14日内提交宣誓陈述书的回复，如其提交回复，回复副本应送达至作辩护之人。

(3) 作辩护之人可在送达宣誓陈述书回复后14日内提交宣誓陈述书答复，如其提交答复，副本应送达至各方已收到该辩护人之原始宣誓陈述书副本的当事人。

(4) 宣誓陈述书答复后，应经许可方能送达宣誓陈述书。

(5) 依第1、2或者3项之规定提交宣誓陈述书的任何人应同时提交需要被送达至每个人的副本，适格官员应随后送达副本至上述人。

(6) 作辩护之人应在准许提交宣誓陈述书回复的期日届满后14日内，向法官提出申请要求做出指令（或者在地方法官已经宣布中期判决时），或者，在宣誓陈述书答辩已经提交，在准许提交这样的宣誓陈述书期日届满后14日内。

(7) 如作辩护之人未依第6项之规定在准许的期间内提出申请的，则判决宣布受益之人可以在准许的期间内提出申请。

同意撤销中间判决

2.48\_(1) 调解在原告和被告之间已经发生效力的，则——

(a) 中间判决已经宣布之后但已经被改为绝对判决之前，

(b) 法院的分居判决已经宣布之后，

任何一方当事人均可以申请同意撤销判决的命令。

(2) 在郡离婚法院诉讼待决，向另一配偶和判决承担诉讼费用的任何其他当事人或者受判决影响的当事人发出通知的，则申请应根据此通知做出，以及在高等法院诉讼待决的，则做出申请所依据的传票副本应送达至上述每个人。

(3) 申请应提请给地方初审法官并可以在法官室进行审理。

依据诉讼通知之最终判决

2.49\_(1) 根据本规则第2.50条第1款之规定，一方配偶提出申请，请求做出对其有利的绝对判决的宣判，则通过向法庭呈递M8格式通知的方式。

(2) 呈递此通知时，地方初审法官应让核查法庭记录，并且如其确信——

(a) 没有撤销判决的申请或再审申请以及没有反对判决之上诉或不受理待决诉讼之再审申请；

(b) 法庭尚未做出延长提起再审申请时限之命令或上诉法院尚未做出不服判决提起上诉或不受理再审申请时限之命令或者，如任何此命令已经做出的，则被延长的时间已满；

(c) 没有b项所提及的请求做出命令的申请待决；

(d) 没有规则2.46或2.47规定的参与诉讼待决；

(e) 法庭已经遵照《1973年法案》第41条之规定且尚未依第41条第2款[21]之规定作出任何指令；

(f) 《1969年司法行政法》[22]第12条规定的与判决相关的证明书已经被准予的——

(i) 没有直接向上议院提起上诉之许可申请待决；(ii) 直接向上议院提起上诉之许可申请的延期未获准许或者，如任何此延期已经被准许的，则被延期的时间已满；以及 (iii) 向上议院提起任何上诉的时限已满；以及 (g) 《1973年法案》第10条第2款至第4款之各项规定未适用或已经被遵照执行的，地方初审法官应做出绝对判决。

如在中期判决之后超过12个月提呈通知的则应同时提呈书面解释：

(a) 给出迟延理由；

(b) 陈述是否当事人已经自中期判决以来共同居住，如共同居住，则陈述起止日期；以及

(c) 陈述是否妻子已经提出申请，或丈夫有理由相信其妻自中期判决以来已经生育子女，如确已生育的，则陈述相关事实以及是否声称孩子是或可能是家庭里的孩子；

地方初审法官可以要求请求人提交宣誓陈述书证实所述解释且地方初审法官认为合适可以根据申请作出命令。

依据申请之绝对判决

2.50—(1) 在如下情形，请求将中期判决变为绝对判决之申请应向法官提起，即——

(a) 政府律师向法庭和判决宣布后受益之当事人给出通知表明其要求有更多时间决定是否解释反对做出绝对判决的理由，且该通知尚未撤回的，或者

(b) 有其他应在将中期判决变为绝对判决之前引起法庭注意之情形的。

除非另有指令，否则做出申请所依据的传票（或者，诉讼在郡离婚法院待决时，申请的通知）应被送达至案件的每个当事人（除了申请人），副项（a）适用时，送达至政府律师。

(2) 一方配偶提起的申请，请求将宣布后对其不利的中期判决改为绝对判决，应向法官或地方初审法官提起，作出申请所依据的传票（或者，当案件在郡离婚法院待决时，申请的通知）应该在申请被听审之日前不少于4个净日内送达至另一配偶。

(3) 本规则规定的准许申请之命令应在地方初审法官已经让调查法庭记录且确信本规则第2.49条第2款提及的事实时才产生效力。

绝对判决的签名和确认

2.51—(1) 中期判决改为绝对判决的，有关官员应在判决上签名，记载作出绝对判决的准确时间。

(2) 中期判决被改为绝对判决时，有关官员应送达由郡离婚法院印章或登记处认证的 M9 或 M10 格式的适当证明书至请求人和被告。

(3) 绝对判决的主要指数应由主登记处控制，任何人应被赋予要求在那里调查并提供调查结果证明书的权利并支付规定的费用。

(4) 中期判决已改为绝对判决的 M9 或 M10 格式的证明书应向以规定的费用付费的任何需要证明书的人发放。

附加救济金

对附加问题审理的权利

2.52 被告未提交答辩仍可就附加救济金的任何问题被听审，且无论其是否已经向法庭官员返还送达认收书陈述其期望就该问题被听审。

请求人或被告提起的附加救济金申请

2.53—(1) 请求人或提交答辩主张救济金之被告提起的任何申请，请求——

(a) 待决诉讼抚养令，

(b) 财政救济令，

(c) 财产处置令，

应该在请求或答辩中作出，根据情况所需。

(2) 尽管第1项作出规定，但是本应该在请求或答辩里作出的附加救济金申请可以随后提起——

(a) 经法庭准许，或者通过 M11 格式通知或者在审理时，或者

(b) 当事人同意草拟的命令条款的，不以 M11 格式通知准许。

(3) 请求人或者被告提起的附加救济金申请，并非所要求的在请求或答辩中作出的申请，应该通过 M11 格式通知的形式作出。

父母、监护人等提起的关于孩子的附加救济申请

2.54—(1) 下面提及的任何人，即——

(a) 家庭中任一孩子的父亲或母亲或监护人，

(b) 与家庭中孩子相关的居住令发布的受益人，和该命令的申请人，

(c) 任何其他有权申请关于孩子的居住令的人，

(d) 地方政府，即根据《1989年法案》第30条第1款第(a)项之规定已经作出命令将孩子置于其监护之下，

(e) 官方代诉人，如被任命做第9.5条规定的家庭中孩子的诉讼监护人，以及

(f) 家庭中的孩子，其已经被允许为实现申请附加救济之目的而参与诉讼，可以申请关于孩子的附加补偿的命令，以 M11 格式通知的形式。

(2) 本规则里的“居住令”是指据《1989年法案》第8条第1款之规定发出的。

M11 或 M12 格式的申请

2.55 以 M11 格式的通知形式作出的附加救济申请或者通过本规则第 2.45 条规定的以 M12 格式的通知形式作出的申请，应提交通知——

(a) 如案件在郡离婚法院待决的，则在此法院，或者

(b) 如案件在高等法院待决的，则在正进行诉讼的登记处，并且在提交通知后 4 日内申请人应送达副本至申请指向的被告。

治安法庭发布命令后的附加救济申请

2.56 治安法庭发布的抚养配偶或孩子的命令生效时提起附加救济申请的，则申请人应在受理申请之时或之后提交该命令副本。

在某些申请中被分开陈述的孩子

2.57—(1) 向高等法院或郡婚法院提起变更处置令的申请，除非法庭确信审议中的变更不会对提及的孩子的权利或利益产生不利影响，否则法庭应该指令在申请里将孩子分开陈述，或者由一般辩护律师或者法律顾问，可以根据申请之宗旨指定代诉人或者其他合格的人做孩子诉讼监护人

(2) 按照任何其他附加救济申请法庭可以给出此指令或者作出指定，同法庭被第 1 项之规定授权给出指令或作出指定一样。

(3) 依本规则之规定任命政府律师以外的人为诉讼监护人之前，为孩子做代理的一般辩护律师应提交证明书证明提名做监护人在人与孩子不利的事实上没有利益且其正是担任监护人的合适人选。

附加救济申请之证据等的一般规定

2.58—(1) 请求人或者已经在其请求或答辩中申请附加救济的被告和意欲在地方初审法官处继续申请的被告，应该根据本规则第 2.67 之规定，提交 M13 格式通知并在此之后的 4 日内送达副本至另一配偶。

(2) 作出附加救济申请，并非本规则第 2.61 条适用的申请的，M11 或 M13 格式的通知，按照情况所需，除非另有指令，否则应由一份申请人提供的宣誓陈述书佐证，该陈述书包括申请人财产和收入的全部细目并陈述支持申请所依赖的事实。

(3) 在送达第 2 项规定的宣誓陈述书之后的 28 日内或者法院确定的其他时限内，申请指向的被告应提交包括其财产和收入的全部细目的宣誓陈述书以作答复。

申请财产理算或避免处置命令的证据

2.59—(1) 申请财产理算令或者避免处分财产令的，就申请人所知的，佐证的宣誓陈述书应包括以下全部细目——

(a) 就请求财产转移或处置的申请而言——

(i) 与作出的申请相关的财产；

(ii) 申请反对当事人有所有权或继承权的财产。

(b) 就变更处置令的申请而言——

(i) 对配偶做出的财产安置，无论是婚前协议还是婚后协议，以及

(ii) 将单方存款混同为依法财产；

(c) 就财产处置令撤销的申请而言——

(i) 与处置令相关的财产；

(ii) 处置令被指称受益的人，以及处置令被指称的财产处置方式，处置受托人和收益人。

(2) 申请请求财产理算令或者与土地相关的处置令无效的，M11 或 M13 格式的通知应该鉴定土地且——

(a) 陈述土地权是经登记的还是未登记的，如经登记，土地登记处加数目标号；以及

(b) 给出细目，就申请者知道的任何土地抵押或者任何孳息。

(3) 根据情况所需，M11 或 M13 格式的副本同佐证的宣誓陈述书副本一起，应被送达至申请指向的被告及下列人，即——

(a) 就变更处置命令的申请而言，财产授予的受托人和财产授予者如其依然生存；

(b) 就避免处置令的申请而言，宣读已作出的处置后受益的人；

此类其他人，如果存在地方初审法官可以作出指令。

(4) 就第 3 项所指的申请，根据情况所需 M11 或 M13 格式的副本应送达至任何按照上一项之规定应予给出细目之抵押权人；任何收到送达的人可以在送达后 14 日内向法庭提出书面申请，请求申请的宣誓陈述书副本。

(5) 任何人，即——

(a) 按照第 3 项之规定被送达宣誓陈述书的人，或者

(b)收到附随在按照第4项之规定作出的申请后的宣誓陈述书，可以在送达或收到之后14日内，根据情况所需，提交宣誓陈述书以做答复。

送达宣誓陈述书答辩或回复

2.60—(1) 提交宣誓陈述书以备根据规则2.58和2.59之规定提起申请之用的人，应同时送达副本于另一方当事人，宣誓陈述书中包括犯有通奸罪或与指定之人有不正当关系的主张，那么，如法庭作出指令，其应与M14格式的通知一起被签署，并且宣誓陈述书或法庭指令的部分宣誓陈述书的副本，与签署上述文书一样经签署后，应由提交宣誓陈述书的人送达给另一方当事人，指称犯有通奸罪或与指定之人有不正当关系的人应有权在送达宣誓陈述书于其本人后7日内，通过申请本规则第2.62条第5款规定的指令的方式，参与诉讼。

(2) 本规则第2.37条第3款适用于共同被告，其也应适用于依第1项之规定应予以送达宣誓陈述书之人。

财政救济准许令申请的信息

2.61—(1) 根据第2和第3项之规定，搜查令草稿的两个副本应与根据《1973年法案》第23、24条或者第24A条之规定作出的每个准许令申请一起提呈，搜查令草稿的一个副本应有声明做背书，该声明由申请的被告签名表明其同意，信息声明（可以制作出不止一件文书）应包括——

(a) 婚姻持续期间，双方当事人年龄以及家庭里任何未成年或受抚养子女的年龄；

(b) 双方当事人以及家庭任何的未成年子女的主要财力和纯收入的大致数量或价值的简易形式估计；

(c) 就各方当事人和家庭中任何未成年子女的食宿欲作的安排；

(d) 是否一方当事人已经再婚或者已经有意结婚或与他人同居；

(e) 命令条款规定财产转移时，确认已经送达了申请通知至任何上述财产的抵押权人的声明以及收到通知14日内抵押权人对财产转移没有提出反对意见；以及

(f) 任何其它特别重要的事实。

(2) 提出准许令申请以改变定期付款令的，应充分遵守第1项之规定，如要求信息声明与申请一起呈递的，则该申请仅包括与第1(b)项提及的纯收入相关的信息，且临时定期支付的准许令申请待决的，附加补偿申请的判决可以以类似方式作出。

(3) 任何当事人或者任何一方当事人参加财政救济申请审理的，法院可以免于呈递依第1项之规定应呈递的信息声明，并在对声明中要求给出的信息作出指令，该声明是以适当的方式给出的。

地方初审法官对附加补偿申请的调查

2.62—(1) 在提交M11或M13格式的通知之时或之后，地方初审法官应确定听审申请的人员。

(2) 如可行，撤销处分令的申请应与任何相关的附加补偿申请同时进行审理。

(3) 除非申请通知是以M11或M13格式的形式给出（视情形），否则适格官员应将通知送达给申请的各方当事人。

(4) 在附加补偿申请的审理中，地方初审法官应根据本规则第2.64、2.65和10.10条之规定调查佐证或回应申请的声明，可以采纳口头证据，可以在诉讼程序的任何阶段，无论是审理之前还是正在审理中，命令任何人出庭以接受讯问或者交叉讯问，命令告之和提供任何文书或者要求进一步的宣誓陈述书。

(5) 地方初审法官可以在诉讼中的任何阶段就提交并送达正式书面答辩状和进一步的诉讼指导给出指令。

(6) 上述申请的任何一方当事人打算在约定的审理之日提出指令请求的，应该提交并送达生效通知给每个其他当事人。

(7) 任何一方当事人皆可以向法院提出请求，命令任何人必须参加开庭前的约定（“开示约定”），提供命令中规定的或描述的任何文书，该文书的出示对于公平地处置附加补偿申请或者节省诉讼费用是必要的。

(8) 任何人都均不应为第7项规定的命令所强制在开示约定时提供文书，任何人不能被强制在审理附加补偿申请时提供文书。

(9) 法庭应该允许根据第7项规定的命令参加开示约定的任何人在约定中陈述事实。

要求进一步的信息等

2.63 申请附加补偿的任何一方当事人可以通过书面要求任何其他当事人提供进一步信息，或者提供相关文书的清单，或者允许对任何此类文书进行调查，并且在上述的其它当事人不予以配合时可以向地方初审法官提出指令申请。上述信息是关于任何包含在任何宣誓陈述书里的任何事实或者任何其他相关事实的，该宣誓陈述书是由另一方当事人或其代理人提交的。

关于申请附加补偿的命令

2.64—(1) 根据本规则第2.65条之规定，地方初审法官应在依本规则第2.62条之规定完成证据调查之后，如其认为有正当理由作出此命令。

(2) 申请的最终裁定待决，地方初审法官如其认为有正当理由可以基于这些条件作出临时命令。

(3) 《最高法院规则》第31号令，规则1（土地买卖令的效力）应适用于附加补偿的申请，如同其适用于在大法官法庭的诉讼案件。

提交申请于法官

2.65 地方初审法官可以在任何时间向法官提交关于附加补偿申请或在其上提出的任何争论点，以获得指令。

法官安排审理申请等

2.66—(1) 附加救济申请或在其上提出的任何争端已提交至法官或延期开庭审理的，则适格官员应确定审理申请或审议争端的日期，时间和地点，并立即通知所有当事人。

(2) 除非法庭另有指令，否则审理或审议应在法官室进行。

(3) 申请在郡离婚法院处理，该离婚法院不是开庭审理法院，或者申请在最高法院待决但在不位于离婚地的地方登记处处置的，则审理或者审议应该在诸如开庭审理法院或离婚地进行，由地方法官决定最近或者最便利的地点。

依本项规定之宗旨王座法院应被视为离婚地。

(4) 针对依本规则之规定提交法官的任何申请，法官应有同地方初审法官依本规则第 2.62 条第 5 款之规定所拥有的同样的职权。

与待决诉讼抚养令相同比率的定期付款请求

2.67—(1) 在离婚诉讼中期判决或婚姻无效判决产生之日或之后，待决诉讼中的抚养令仍有效，命令发布后受益的当事人，如已经在请求或答辩中提出了请求定期付款令的申请，视情形，要求地方初审法官以书面形式发布命令（本规则中指“相应命令”）规定同待决诉讼赡养令中规定的相同比率的付款。

(2) 作出上述要求的，适格官员应送达 M15 格式的通知于其配偶，如该配偶反对制定相应命令，在收到 M15 格式的通知书后 14 日内向法庭和申请人提起通知表明态度。

(3) 如另一配偶未在上述规定的时限内给出反对通知的，则地方初审法官可以作出相应命令而无需给另一配偶进一步的通知或要求申请人或其律师出庭，此种情况下应送达命令副本至申请人及另一配偶。

根据《1973 年法案》第 37 条第 2 款第 1 项之规定申请法院命令

2.68—(1) 依《1973 年法案》第 37 条第 2(a) 款之规定提起的请求法院命令之申请，意在限制任何人试图使财政救济的诉讼请求或者要求保护的诉讼请求无效，可以向地方初审法官提出。

(2) 如果是附加救济申请，本规则第 2.65 条与第 2.66 条之规定，加之必要修改，适用之。

注释

[15] 第 41 条取代《1989 年儿童法案》第 4 条附表 12 第 31 项之规定

[16] 1968 c. 64. 第 11 条由《1973 年刑事法院职权法案》(c. 62), 附表 5, 第 31 项修正, 第 12 条由 1987 年家事法改革法 (c. 42) 第 29 条修正。

[17] 第 12 条 d 项由《1983 年精神健康法》(c. 20), 附表 4, 第 34 项修正。

[18] 1973 c. 45.

[19] 1968 c. 64.

[20] 第 41 条由《1989 年儿童法案》(c. 41), 附表 12, 第 31 项替代。

[21] 第 41 条由《1989 年儿童法案》(c. 41), 附表 12, 第 31 项替代。

[22] 1969 c. 58, 第 12 条第(2)款(b)项和第 8 条由《1971 年法院法》(c. 23), 第四章, 附表 11 撤销, 第 12 条第(2)款 a 项由《1981 年最高法院法》(c. 54), 附表 7 撤销。

[23] 第 23 条由《1982 年司法行政法》(c. 53) 第 16 条修正并且由《1984 年婚姻和家庭诉讼程序法》第 21 条 a 款扩展。第 24 条由第 46 条第 1 款和附表 1, 第 11 项修正, 由《1984 年婚姻和家庭诉讼程序法》第 21 条 b 款扩展。第 24A 条由《1981 年婚姻住宅和财产所有权法案》(c. 24) 第 7 条增补。

### 第三章 其他婚姻诉讼

败诉时提供合理抚养费的申请

3.1—(1) 《1973 年法案》第 27 条规定的任何申请应当以 M19 格式提交原申请书。

(2) 申请书交给郡离婚法院并且原告应当和申请书一起提交宣誓陈述书以及送达给被告的申请书和陈述书的副本。

(3) 宣誓陈述书应当说明——

(a) 根据附录 2 第 1 节后列举的(a), (c), (d), (f) 和(i)的规定, 与诉状请求相同的关于婚姻, 法院管辖权, 儿童和以前诉讼的;

(b) 被告败诉向原告提供合理费用之细目, 或, 视具体案件, 被告败诉, 向家庭儿童提供或做适当捐助、合理援助之细目; 以及

(c) 原告财产、收入和被告财产、收入的全部事项, 在原告可能知道的范围内。

(4) 第(2)项提到的申请书和陈述书副本应当和 M20、M6 格式的通知书一同送达被告。

(5) 根据第(6)项规定, 被告应当送交送达认收书后 14 日内提交陈述书, 并说明——

(a) 无论提出的主张是否失败, 合理的捐助、适当的援助是被允许或者被拒绝, 并且, 如果被拒绝应基于其信赖的理由;

(b) 被告反对原告所提出的任何主张；并且

(c) 属于被告的财产和收入的全部事项，除非用别的方法直接说明。

(6) 如果被告质疑法院具有审理该请求的管辖权，则应当在允许送达送达认收书后的14天内，提交陈述书陈述反对的理由；并且根据第(5)项的规定直到管辖权问题确定之后和法院已经决定强制管辖权存在的14天后才有义务提交陈述书。

(7) 被告的陈述书包括与某人通奸或不正当的关系，适用2.60规则的条款（处理送达事项、调解事宜、被提名的人）

(8) 如果被告不能提交符合第(5)项规定的陈述书，法院可以指令其提交包含其财产和收入的全部细目，以及该情况下被告应当向原告送达此陈述书的副本。

(9) 在被告方提交的陈述书副本送达之时的14天内，原告方可以根据被告方的有争议的陈述书提交关于财产和任何事实的进一步的陈述书。

未经准许不得提交其他陈述书

(10) 规则2.61至2.66和规则10.10应当根据1973年法第27条做适当的修改适用于申请书，如申请是关于辅助救济的申请书。

当事人终身抚养费协议变更的申请

3.2—(1) 1973年法第35条规定的抚养费协议变更的申请，应当在原始申请书的内容中设定，除非用其他方式直接说明，该内容需要用M21格式。

(2) 申请向任何郡离婚法院提出，由地方初审法官审理和判决。

(3) 申请人同申请书提交陈述书应当提出协议副本并且应证实申请书中的陈述，还要提交申请书副本和送达被告的陈述书副本。

(4) 第(3)项中提及的申请书和陈述书副本应当和附有M6格式的M20格式的通知书一起送达被告。

(5) 被告应当在允许提出辩护意见的时间后的14天内，提交陈述书以答复申请书中包含其财产和收入的全部事宜，如果被告不做出回应，则法院可以命令他提交包含这些细目的陈述书。

(6) 根据第(5)项提交陈述书的被告应当同时提交副本，该副本将由适格官员送达申请人。

一方当事人死亡后抚养费协议变更的申请

3.3—(1) 根据1973年法令[26]第36条规定，一方当事人死亡后关于抚养费协议变更的申请，当事人应当——

(a) 在高等法院，由主要登记处或者任何区登记处的高级法院传唤令，或者

(b) 在郡法院，以M22格式发出原始申请。

(2) 为证明申请书申请人提交陈述书时应当提出协议副本和取得死者遗产继承权的官方证明副本以及遗嘱中写明的每份证明文件并说明——

(a) 死者是否死于定居地英格兰和威尔士；

(b) 协议中双方当事人的结婚地点和日期以及在结婚之前妻子的姓名和身份；

(c) 家庭中每个孩子的姓名和合同中做出财政约定安排的任何其他孩子的姓名，和——

(i) 每个活着的（或者，已满18岁的）孩子的出生日期以及和这些未成年孩子一起居住的人和住址

(ii) 协议签订时已经死亡的孩子的死亡日期

(d) 是否已经在其他法院审理，若有此情况，则先前的诉讼程序中关于协议或婚姻或家庭中的孩子们或协议中做出财政约定的其他孩子，和在此诉讼程序中做出的任何命令或判决的日期和效力；

(e) 申请人是否已经根据1975年继承法令的规定或由其废除的任何法令，在任何法院诉讼对死者的遗产提出抗辩，以及在此诉讼中所做出的任何命令的日期和效力；

(f) 由生存的一方当事人提出申请时，申请人的财产；

(g) 由死者的遗嘱执行人提出申请的情形，申请人所知道的生存的当事人的财产，以及(a), (b), (c)款和规则3.4(4)所提及的信息；

(h) 申请人为证明合同中变更事项和变更的意图提出的事实；

(i) 如果申请是在关于死者遗产说明首次公布之后的六个月的最后期限之后提出，理由是基于法院同意考虑申请的意图。

(3) 《郡法院规则》第48条令，规则3(1)，7和9应当适用于依上述第36条作出的原始申请，同样他们适用于依1975年继承法令（家事和亲属条款）的第1条作出的申请。

(4) 在此规则和下一个规则中的“死者”意指与申请有关的合同中的死亡的当事人。

依3.3规则申请的进一步诉讼

3.4—(1) 根据《最高法院规则》15号令[28]（有关当事人和其他事宜）在不损害法官权力下，郡法官可以在诉讼程序中的任何阶段指令根据3.3规则增加任何人为申请中的被告。

(2) 《最高法院规则》15令，规则13（在某些案件中使法院作出继承命令）应当适用于上述规则13第(1)项提及的

诉讼。

(3) 在郡法院的申请,《最高法院规则》第15令第(1)(2)项和15令第13规则的注解应当以《郡法院规则》第5令和第5号令第6规则的注解分别予以解释。

(4) 作为死者遗产管理人的被告,应当在提出答辩意向申请书的限制时间后的14天内提交陈述书,以回复申请并说明

(a) 死者遗产价值评估的全部细目,履行清偿葬礼、遗嘱和管理费用、欠款和到期应付的债务后,包括遗产税及其的利息;

(b) 人员或者从遗产中受益的不同级别的人(提供所有生存的受益人的名字和住址)和已经确定的他们各自权益的价值,并且

(c) 任何生存的受益人(指被提名者)是否是规则9.1意义上的未成年人或者病人。

(5) 如果作为死者遗产管理人的被告没有提交陈述书声明在第(4)项中提到的事实,郡法官可以要求他提交。

(6) 不是死者遗产管理人的被告可以在提出答辩意向通知的时限后的14天内提交陈述书以回复申请。

(7) 每个提交陈述书作为回复申请的被告应当同时提出副本,有关官员应将其送达申请人。

依1973年法案第35或36条提起的在诉讼中适用其他规则的申请

3.5—(1) 以下规则经必要的修正应当适用于1973年法案第35或者36条规定的申请,如果该申请是为了辅助救济——

(a) 如果申请是根据以下任何一条,规则2.60, 2.62(4)至(6), 2.63, 2.64, 2.65 和 10.10;

(b) 如果申请是根据第35条,规则2.66;

(c) 如果申请是根据第36条,规则2.66(1)(2)。

(2) 依照第(1)项和规则3.2到3.3条款,这些规则就适用性而言应当经必要修改运用于根据1973年法案第35或36条(视情形)作出的申请,如果申请成为诉讼事由,原始申请或传票是起诉状,申请人成为起诉人。

1882年已婚妇女财产法

3.6—(1) 依照第(2)项规定,根据1882年已婚妇女财产法第17条规定提出申请(这里以及下一个规则中也指的是“第17条”)应当——

(a) 在高等法院,通过可能由主要登记处或任何区登记处发出的原始传票,或者

(b) 在郡法院,通过以M23格式并应当附以陈述书的原始申请。

(2) 依第17条作出的命令可以在任何辅助救济诉讼程序中作出,基于任何一方当事人以M11形式通过申请通知或传票而提出申请。

(3) 根据第17条的申请应当提交给郡法院——

(a) 依照下面(b)项,申请人或者被告在法院所辖地区居住,或者

(b) 郡离婚法院已经受理任何由申请人或被告发起的或代表其利益的未决的婚姻案件,或者任何将由申请人发起的婚姻案件。

(4) 申请涉及土地所有权或占有权时,原始传票或申请应当——

(a) 说明土地所有权是否登记以及如果已登记,土地登记所有权编号;以及

(b) 列出申请人迄今为止已知的关于土地抵押权或其中任何的利益关系的细目

(5) 申请应当和陈述书副本及M6格式的送达确认书一起送达被告。

(6) 按照第(4)项规定作出抵押权事项时,申请人应当提交原始传票副本或申请,以送达给抵押权人;任何被送达人可以在送达之后的14天内以书面形式向法院提出请求,并提交陈述书副本;在收到此陈述书的14天内可以提交陈述书作为回复并有权被听审申请。

(7) 如果被告意图辩驳申请,他应当在允许发出送达认收书后的14天内,提交答复申请的陈述书并说明他所依据的理由,及向法院办公室提呈送达申请人的陈述书副本。

(8) 如果被告没有遵从第(7)项,则申请人可以请求指令;郡法官可以发出认为合适的指令,包括被告禁止抗辩该申请的指令,除非在郡法官指定的时间内提交陈述书。

(9) 郡法官可以根据第17条在诉讼程序中许可禁令,当且仅当该禁令是那些程序中许可的辅助或意外救济禁令。

(10) 规则2.62(4)至(6)和2.63至2.66经必要的修正,应当适用根据第17条提出的申请,如同适用于辅助救济的申请。

(11) 根据本规则的条款,这些规则经必要的修正,应当适用根据第17条提出的申请,如果申请成为诉讼事由,原始申请或传票是起诉状,申请人成为起诉人。

根据1882年已婚妇女财产法第17条 郡法院主要登记处管辖权的行使

3.7—(1) 任何关于离婚、婚姻无效或夫妻分居的诉讼,是或者在主要登记处未判决的或者将由申请人发起的诉讼,现在或将来在郡离婚法院被视为未决的案件,则如果是郡法院,根据第17条由婚姻一方当事人提出的申请可以由主要登记处负责。

(2) 根据此规则的第(1)项或根据1984年法案[30]第38条作出的命令从高等法院移交到主要登记处开始或意将开始在主要登记处的相关诉讼程序——

(a) 1984年法案第42条和因此制定的规则经必要的修正应当有效,如同对开始的或者移交到主要登记处的相关诉讼程序有效一样;以及

(b) 《郡法院规则》第4号令,规则8和规则3.6(3)(有关审判管辖权的)不应当适用。

(3) 规则1.4(1)经必要的修正应当适用于依第(1)项开始或意图在主要登记处开始的诉讼,如同其适用于婚姻诉讼。

根据1983年婚姻家庭法[31]目录1及第1条和第9条的诉讼

3.8—(1) 在此规则中,除非上下文另有要求,通过编号所指的条文或者目录意思是1983年婚姻家庭法中编号的条文或目录。

(2) 依照第(3)项,规则3.6的条款经必要的修改,应当适用于第1条或第9条的诉讼正如其适用于依1882年已婚妇女财产法第17条的申请。

(3) 未决的婚姻诉讼,诉讼一方当事人按照第1条或第9条对那些诉讼所作的申请应当像在那些诉讼中的申请一样进行。

(4) 依照第1条或第9条的命令申请可以由地方初审法官审理和判决。

(5) 按照第1条或第9条申请人请求命令解除被告的占有权以及在法院出庭,因申请人诉及既往的申请,被告不占有与申请有关的住宅以及经合理调查不能确定其住处,法院可以豁免向被告送达申请和审理及判决申请。

(6) 此规则应当适用于废除F级土地管理登记或者通知或者按照1967年婚姻家庭法第2(7)条的登记担保或按照1983年婚姻家庭法第2(8)条的登记通知,无论是否依相关条文与申请相关联,正如其适用于依照那些条文的申请。

(7) 在目录1下的法院管辖权可以由地方初审法官行使。

(8) 根据目录1的命令的申请,申请的通知(或者,在高等法院,为申请的传票)应当送达——

(a) 在上面提到的目录第1项中的配偶有权占有与申请有关的住宅,且

(b) 住宅的房东;和任何受送达人应当有权听审该申请。

(9) 按照目录1郡离婚法院对未决的命令申请可以指令将申请转移到另一个郡离婚法院;且规则10.10(4)和(5)应当适用于此种指令,正如其适用于依该规则第(2)项的指令一样。

(10) 在制定按照第(9)项转移申请命令之前,法院应当考虑这是否更加方便转移规则10.10(2)的案件。

(11) 除非法院另有指示,请求或许可判决的案件转移应当包括申请的转移。

(12) 在此规则中“婚姻诉讼”意思是——

(a) 婚姻案件;或者

(b) 根据1882年已婚妇女财产法第17条与婚姻家庭相关的诉讼程序。

1976年家庭暴力和婚姻诉讼法[33]

3.9—(1) 此规则中数字编号的条文指的是在1976年家庭暴力和婚姻诉讼法中编号的条文。

(2) 按照第(3)项,第1条的申请可以在高等法院通过最高法院规则附录A中第10格式的原始传票或者通过原始申请向申请人或者被告住所地或者是婚姻住所地的郡法院发出,申请应当在法官工作室处理,除非法院另有指示。

(3) 这部分的案件或诉讼,待决时,由诉讼一方当事人按照第1条提出的申请可以同样在那些诉讼中作为申请。

(4) 法院未决的第1条的申请应当(由任一方申请或者出于他自己的申请)考虑是否按照规则10.10行使职权转移申请的审理权到另一个法院并且如果有必要或这样做便利则应当指令转移。

(5) 申请应当在不迟于审理申请日期的两天内送达被告,除非法院令有指令。

(6) 禁令包括一个或多个按照第2(1)条描述的条款(在此项和第(7)项中指的是“相关的条款”)及禁令所指的逮捕权力。

(a) 相关条款应当以禁令的不同条款来表述且那些条款不应涉及任何妨害方式,这些方式不能依照第2(3)条赋予警察逮捕被告的权力;以及

(b) 相关条款的副本应当暂时交给警官由任何申请人所在的警局管理。

(7) 变更或解除依第2条有逮捕权的禁令的有关条款的命令,有关官员应当立即通知官员由根据第(6)项禁令副本所递交的警察局暂时负责,并且,如果申请人的地址已经变化,警察局应当以新地址为准;并且应当将此命令的副本交给被告知的官员。

(8) 根据第2(4)条规定,受理法官可以中止诉讼,以及命令被逮捕的人应当被释放且——

(a) 自被捕之日起14日内处理(无论是否由同一法官或其他法官);且

(b) 不迟于两天作出中止审理通知,在此项中不应禁止符合郡法院规则29号令规则1(4)的通知事项,如果被逮捕人不能在上述(a)项的期限内被处理。

(9) 按照此命令和《郡法院规则》29号令,规则3的郡法院担保,关于被拘留的人应当同按照第2(1)条作出申请的



人提出命令和担保一样有效。

1978年家事诉讼和治安法院法[35]

3.10 按照1978年家事诉讼和治安法院法第28条作出的指令,该指令与逮捕权相联系的治安法院的命令应当效力终止,该指令应当立即通知暂时负责的治安法院发送了命令副本的警局的官员,且如果申请人的地址已经变更,警局应当以新地址为准;此外,指令副本应当递交给被告知的官员。

关于多配偶婚姻的诉讼

3.11—(1) 此规则的条款应当对起诉状、原始申请或原始传票在1973年法第47(2)条意思范围内请求婚姻救济有效,关于婚姻是依照允许多配偶制法律的婚姻(在此规则中指的是多配偶婚姻)。

(2) 起诉状,原始申请或原始传票——

(a) 应当说明所提婚姻是多配偶制的;

(b) 应当说明,根据原告或申请人的了解,是否有任何附加于被告的他或她的生存配偶,视案件情况而定,是否有任何附加于请求人或申请人的被告的生存配偶(在此规则中指附加配偶)。

(c) 如果任何附加配偶应当给出他或她的全名和地址以及与被告或原告或视情况而定的被告结婚的日期和地址,或者说明迄今为止可能适用的那些原告或申请人所不知道的信息。

(3) 依照《最高法院规则》15号令(有关当事人)或《郡法院规则》15号令(有关修正案)不损害法院权力的情况下,法院可以命令任何附加配偶——

(a) 被追加为诉讼的一方当事人;或者

(b) 被通知——

(i) 诉讼程序;或

(ii) 诸如1973年法第47(2)(d)条提到的命令的任何诉讼中的申请。

(4) 依照第(3)项的任何命令可以在诉讼中的任何阶段作出,且由申请的任何当事人提出或通过法院自己的动议,以及在起诉状或起诉状送达接收书中提到附加的配偶,一旦在诉讼中提出申请,或如果没有任何先前的申请已经在程序中作出,一旦提出要求指令审理,原告应当请求指令是否依照第(3)项作出命令。

(5) 任何按照第(3)项命令被给出通知的人,没有提交答辩状或书面陈述,应当有权听审诉讼程序或与通知有关的申请。

根据1986年法第55条关于婚姻状况陈述的申请

3.12—(1) 除非另有指示,根据1986年法第55条关于婚姻状况陈述的诉讼的起诉状,应当说明——

(a) 与申请有关的婚姻当事人的姓名和提出起诉状时的每个人的居住地址;

(b) 与申请有关的婚姻仪式的地址和日期;

(c) 提出申请的理由和原告用以证明陈述的其他事实材料;

(d) 是否已经或正在英格兰和威尔士的任何法院,法庭或权威机构或涉及当事人之间的其他地方进行诉讼,或者能够影响婚姻的效力,或者申请涉及到的婚姻存在、离婚、无效或法定分居,或者与当事人一方有关的婚姻状况,且,如果这样——

(i) 性质,以及结果或那些诉讼的现状;(ii) 诉讼开始之前的法院、法庭或权威机构,(iii) 诉讼开始的日期,(iv) 当事人的姓名,(v) 审理的日期或预计日期,(vi) 与问题有关的起诉状是否按照1973年家事和婚姻诉讼法[38]附录1的规定陈述任何其他事实;且任何此种诉讼应当包括任何在英格兰和威尔士之外的任何国家提出的诉讼,如果它们是按照决定婚姻状况问题的法律在法庭或其他权威机构提出的诉讼,如果它们已经开始还没有最终处理完毕应当继续处理。

(e) 声称法院依据户籍有管辖权,涉案婚姻当事人起诉时居住在英格兰和威尔士或在该日期之前死亡且当时在英格兰和威尔士定居。

(f) 声称法院依据经常居住地享有管辖权,涉案婚姻当事人已经在英格兰和威尔士经常居住,或者在该日期之前死亡且在死亡前一年内已经在英格兰和威尔士经常居住;

(g) 原告不是与案件有关的婚姻当事人一方,其决定提出申请的相关利益事项。

(2) 宣告在英格兰或威尔士之外的任何国家承认离婚无效、撤销或法定分居的诉讼有权或无权在英格兰和威尔士承认,起诉状应当附加说明离婚、婚姻无效或法定分居的日期和地点。

(3) 应当给起诉状附加涉案结婚证书副本,或者,根据具体案件,离婚判决,婚姻无效或与申请有关的法定分居判决的证明副本。

(4) 根据第(3)项效力制定的文书没有以英文书写,除非另有指示,其应当附随由公证人或陈述书认定的翻译本。

(5) 与宣告目的有关的婚姻当事人应当分别是请求的请求人和被请求人,除非第三人申请宣告,在该案中第三人是请求人且婚姻当事人应当是申请的被请求人。

根据1986年法第56(1)(a) [39]关于亲子关系宣告的申请

3.13—(1) 除非另有指令, 根据 1986 年法第 56 (1) (a) 亲子关系宣告提起诉讼的起诉状应当说明——

(a) 请求人的姓名(包括名与姓), 且如果原告众所周知的姓名不是出生证上的姓名, 那么其他的姓名也应当在起诉状说明及在任何判决中指明如上的情况;

(b) 请求人的性别;

(c) 请求人的出生日期和地点;

(d) 所知道的请求人的父亲的姓名(包括名与姓)、出生日期和地点, 住所地和职业;

(e) 所知道的, 请求人的母亲的出生日期和地点, 住所地和职业, 及其姓名(包括名与姓)——

(i) 她的出生日期; (ii) 如果不同, 她的第一次婚姻的日期; (iii) 如果不同, 请求人的出生日期; (iv) 如果不同, 她最近的婚姻的日期; (v) 如果不同, 起诉状的提交日期;

(f) 原告的理由和其他一切证明其宣告的事实材料;

(g) 是否有或者已经在英格兰和威尔士或其他地方的任何法院、法庭或权威机构提出与请求人有关的亲子关系的诉讼, 且如果有则——

(i) 诉讼的事项, 包括开始之前的法院、法庭或权威机构及其性质、结果或现在的状况,

(ii) 诉讼开始的日期,

(iii) 双方当事人的姓名, 和

(iv) 审理程序的日期或预计日期;

(h) 或者提交起诉状时请求人居住在英格兰和威尔士, 或者自提交之日前一年的时间内已经经常居住在英格兰和威尔士; 且

(i) 请求人的国籍、公民或者移民身份和在起诉状提及的任何人如父母, 和准许宣告亲子关系对请求人身份的影响, 关于他的国籍、公民身份或在联合王国的权利。

(2) 除非另有指令, 应当在起诉状后附加一份关于原告出生证明的副本。

(3) 请求人的父母如果生存, 都应当作为申请的被告方。

(4) 1986 年法第 56 (4) 条所指的官员应当是主要登记处家事诉讼部门的主要办事员。

(5) 在向所指官员提交亲子关系宣告之后的 21 日内应当交给户籍处 M26 格式的宣告和起诉状副本。

根据 1986 年法第 56(1)(b)和(2)条合法性或正当性宣告的申请

3.14—(1) 除非另有指令, 按照 1986 年法第 56(1)(b)和(2)条合法性或正当性宣告提出的起诉状应当说明——

(a) 请求人的姓名, 以及请求人出生证明上的其他为人所知的姓名, 其他姓名应当在起诉状和因此作出的判决书中说明;

(b) 请求人的出生日期和地点;

(c) 如果知道, 请求人父亲的姓名和请求人母亲未婚时的姓名, 以及如果不同的话, 她现在的姓名, 和在提出起诉状时他们的经常居住地;

(d) 请求人的诉讼理由和其他证明宣告的其声称的一切事实材料; 以及

(e) 或者提交起诉状时原告的住所在英格兰和威尔士, 或者自提交之日前一年的时间内已经经常居住在英格兰和威尔士。

(2) 除非另有指令, 应当在起诉状后附加一份关于请求人出生证明的副本。

(3) 原告的父亲和母亲, 或者生存父母应当作为申请的被告方。

根据 1986 年法第 57 条关于涉外收养的申请

3.15—(1) 除非另有指令, 按照 1986 年法第 57 条关于涉外收养申请, 诉讼开始的起诉状应当说明——

(a) 按照第 (4) 项将作为被告的那些人的姓名和在提交诉状时他们每个人的经常居住地;

(b) 原告的出生日期和地点;

(c) 法院或法庭或权威机构作出的收养令的日期和地点;

(d) 由原告提出的任何证明其申诉的其他一切事实材料和作出申请的理由。

(e) 或者提交起诉状时原告的住所在英格兰和威尔士, 或者自提交之日前一年的时间内已经经常居住在英格兰和威尔士。

(2) 应当在起诉状后附加一份原告出生证明的副本(如果可得到应是起诉状中提到的收养后制作的证明)以及, 除非另有指令, 依照大不列颠岛外的任何国家的法律收养令证明有效。

(3) 基于第 (2) 项制定的文书不需用英文表述, 除非另有指令, 它应当附随一份经公证人或权威机构证明的翻译作为陈述书。

(4) 如果生存, 以下的人可作为申请的被告方, 或者——

(a) 根据 1976 年收养法第 39 条[40], 原告所主张的是他的养父母; 或者

(b) 根据该条原告所主张的不是其养父母的人。

按照规则 3.12, 3.13, 3.14 和 3.15 关于诉讼程序的普通条款

3.16—(1) 按照规则 3.12, 3.13, 3.14 和 3.15 的起诉状应当作为陈述书由原告举证起诉内容并给出其利益和与原告关系可

能受诉讼程序影响的每个人的事项。

在原告未满 18 岁的情况下，除非另有指令，陈述书应当由其次代理人提出。

(2) 接受诉状的法院管辖权应根据经常居住地确定，诉状应当包括当事人居住地点和每个地点居住期限，或者在截止提交诉状前的一年时期内，或者如果该人死亡，则是截止死亡日的整个一年期间。

(3) 根据第 (1) 项的陈述书可以包括信息陈述或与陈述相关的根据和理由。

(4) 起诉状副本和每份附随的文件应当在提交诉状前的至少一个月内由原告呈递给总检察长，并且此后无必要将文件送达给他。

(5) 有关官员应当将回复副本呈递给总检察长，如果他已经通知法院他希望参与到诉讼中。

(6) 当诉状的所有答辩已经提交，原告应当向被告提交和送达申请的指令请求，就其他应作为起诉状的被告或应给出诉讼通知的人而言。

(7) 依据第 (6) 项的指示法院应当考虑检察长是否有必要辩论与诉讼有关的问题，如果认为确实必要，检察长不需要提交答辩，法院应当指示要求他送达给诉讼当事人他的辩论摘要。

(8) 按照第 (6) 项规定给出指令被给出诉讼通知的人，应当在收到送达通知书之日起 21 日内有权请求法院作为当事人参加。

(9) 检察长可以在根据第 (7) 项规定给出指示之后的 21 日内提出诉状回复意见，直到第 (8) 项提到的日期届满才作出审理指令。

(10) 决定是否有必要或便于参与诉讼程序的检察长，可以调查及审查和证明提交的任何文件的副本或在法院办公室提交的和任何其他在诉讼中提到的家事诉讼程序相关的文件副本。

(11) 根据 1986 年法第 55、56(1)(a)、56(1)(b)、57 条作出的申诉应当分别以 M29、M30、M31 和 M3 格式提交。

(12) 依照规则 3.12、3.13、3.14 和 3.15 以及此规则，这些规则，就适用性而言除了规则 2.6 (1)，经过必要修正，适用于诉讼程序。

1984 年法第 13 条的许可申请

3.17—(1) 依据 1984 年法第 III 章许可申请财政救济令的申请，应当通过原始传票由主要登记处以 M25 格式单方面提出，且由申请人的陈述书作为支持，该陈述书说明在该法第 16 (2) 条陈述的支持申请的事项所依赖的事实。

(2) 用以佐证的陈述书应当列出司法判决或其他诉讼程序的要点，即，与申请有关的婚姻被解除或被宣告无效或者婚姻当事人已法定分居，还应当载明申请人所知道的以下事实：

(a) 婚姻当事人的姓名和结婚日期和地点；

(b) 每个婚姻当事人的职业和住所；

(c) 家庭中是否有生存的孩子，以及如果有则这些孩子的数目及其每个孩子的全名（包括姓）、出生日期，或者其超过 18 岁的情况；

(d) 其中一方是否已经再婚；

(e) 双方当事人以及家庭任何的未成年子女的主要财力和纯收入的大致数量或价值的简略评估；

(f) 按照 1984 年法第 111 章，法院有受理财政救济申请的管辖权的理由。

(3) 适格官员应当确定由法院的法官审理申请的日期、时间和地点以及给出关于申请的通知。

根据 1984 年法第 III 章财政救济令或和解令无效的申请

3.18—(1) 根据 1984 年法第 III 章财政救济令的申请应当依据由主要登记处发出的 M26 形式的原始传票提出且同时，除非另有指令，申请人应当提交陈述书给出他的财产和收入的全部事项以符合传票要求。

(2) 申请人应当送达加盖印章的高级法院传唤令副本给被告且如果已经提交陈述书的应当附加陈述书副本、诉讼通知书和 M28 格式的送达认收书，规则 10.8 应当适用于此送达认收书，同该规则第 (1) 项之 M6 表格的规定和该规则第

(2) 项之 7 天的规定一样，分别规定为 M28 表格和 31 天。

(3) 2.57、2.59、2.61、2.62(5)和(6)、2.63 和 2.66(1)(2)经必要的修正应当适用于依该规则的财政救济令的申请，正如它们适用于以 M11 形式的通知书作出的辅助救济申请，且法院可以命令询问或者交叉询问人员的参与以及任何文书的开示和制作。

(4) 按照第 14 条抚养费临时命令的申请或者按照 1984 年法第 23 条和解无效令，除非法院另有指令，可以按照第 (1) 项原始传票或者按照规则 10.9(1)以传票制作，以及按照第 23 条命令的申请应当以陈述书作为支持，可以按照第 (1) 项提交陈述书，陈述事实依据。(5) 如果被告打算抗辩申请，他应当在给出辩护通知的时限后 28 日内，提交陈述书以回复申请列出信赖的根据以及向申请人送达副本。

(6) 关于和解无效令的申请，法院可以给出指示或者作出命令如授权其按照第 (3) 条给出或者作出，以及规则 2.59 应当经必要的修正适用于和解无效令的申请如其适用于处置无效令。

(7) 原始传唤令包括依 1984 年法[41]第 22 条的命令申请，申请人应当向住宅房东送达副本且他有权听审申请。

(8) 根据 1984 年法第 III 章的财政救济令的申请或者和解无效令的申请应当由法官裁定。

根据1984年法第24条妨碍和解令的申请

3.19—(1) 根据1984年法第24条妨碍和解令的申请应当以M27形式由主要登记处通过原始传唤令做出,且应当由申请人通过陈述书陈述支持其申请的事实。

(2) 申请人应当送达加盖公章的原始传唤令副本给被告且应当附加陈述书副本、诉讼通知书和M28格式的送达认收书,规则10.8应当适用于此送达认收书,同该规则第(1)项之M6表格的规定和该规则第(2)项之7天的规定,分别规定为M28表格和31天。

(3) 如果被告打算抗辩申请,他应当在给出辩护通知的时限后28日内,提交陈述书以回复申请列出信赖的根据以及向申请人送达副本。

(4) 申请应当由法官裁定。

(5) 规则2.66(除第(3)项)经必要修正应当适用于申请,正如其是辅助救济申请。

未成年人婚姻的确认

3.20—(1) 根据1949年婚姻法第3条[42](本条中指“第三条”)法院同意未成年人婚姻的申请应当在法官办公室处理,除非法院另有指令。

(2) 申请可以由区法官审理和裁决。

(3) 根据第3条的申请可以在没有申请人的诉讼代理人参与的情况下提出,除非法院另有指令。

(4) 根据第3条之规定,拒绝确认婚姻后立即提出申请的,拒绝确认的每个人均应作为传票中的被告方或申请里的被告方,如果适当的话。

(5) 除非法院另有指令,申请应当自审理申请之日前不少于7天的时间内送达。

注释

[24]第27条由1973年住所与婚姻诉讼法,第6(1)条,1978年家事诉讼和治安法院法,第89条和目录3,1984年婚姻和家事诉讼法,第4条和46(1)和目录1,第12项和1987年家事法律改革法,目录2,第52项修正。

[25]第35条由1984年婚姻和家事诉讼法,目录1,第13项修正。

[26]第36条由1975年继承(家庭和抚养条款)法第26(1)条和S.I. 1981/1636修正。

[27]1975年c. 63

[28]由S.I. 1966/1055, 1970/1861, 1975/911, 1977/960 和 1955, 1979/402, 和 1716, 1986/1187 和 1990/1689 修正。

[29]1882年c. 75; 第17条由1984年婚姻和家事诉讼法第43条修正,且由1969年成文法部分废除。

[30]第38条由1988年婚姻诉讼法第1(1)条和1989年未成年人法,目录13,第51项修正。

[31]1983年c. 19第1条由1985年房产法(继起条款),目录2,第56项和1988年房产法修正。

[32]1967年,目录17,第33项。

[33]1976c. 50

[34]S.I. 1965/1776.

[35]1978c. 22.

[36]第28条由1983年婚姻家庭法(c. 19)第12条和目录2修正。

[37]1973c. 18第47(2)条由1978年家事诉讼和治安法院法(c. 22),目录2,第39项和1986年家事法律(c. 55),目录1,第14项修正。

[38]1973c. 45,目录1,第11项由1981年婚姻家庭和财产法第8(3)条修正。

[39]第56(1)(a)条由1987年家事法律改革法(c. 42)第22条代替。

[40]1976c. 36.

[41]第22条由1988年房产法(c. 50),目录17,第36项修正。

[42]1949c. 76;第3条由1969年家事法律改革法(c. 46)第2(2)和2(3)条,1975年未成年人法(c. 72)目录3,第7项,1987年家事法律改革法(c. 42)目录2,第9项,和1989年未成年人法(c. 41)目录12,第5项修正。

#### 第四章 《1989年儿童法》(规定)的诉讼程序

释义及适用

4.1—(1) 在本规则本章中,除非有相反意思—

所提及的节或附表是指1989年法中编目的节或附表;

“第8条令”的意思依第8(2)条而定;

“申请”指的是依据1989年法或者依据本规则所做出的申请,“申请人”也据其做出相应解释;

与本章适用的诉讼程序相关的“儿童”—

(a) 是指,符合下述(b)项规定,涉诉的不满18岁的人,

(b) 在依据附表 1 所进行的诉讼程序中, 也包括已满 18 岁的人;

“命令指定”是指依据规则 4.14(2)为做出指令而进行的听审;

“紧急保护令”是指第 44 条所规定的命令;

“诉讼监护人”是指依据第 41 条之规定为涉诉的儿童指定的诉讼监护人;

“准许”包括许可和批准;

“笔录”包括以习惯方式做出的记录;

“父母义务”的意思依第 3 条而定;

“恢复令”是指第 50 条所规定的命令;

“特定诉讼程序”的意思依第 41(6)条和规则 4.2(2)而定;

“福利官员”是指被要求准备第 7 条规定的福利报告的人。

(2) 除非有相反意思, 本章条款适用于高等法院和郡法院对下列事项所进行之诉讼—

(a) 第 8 条令的申请;

(b) 抚养令或监督令的申请;

(c) 第 4(1)(a), 4(3), 5(1), 6(7), 13(1), 16(6), 33(7), 34(2), 34(3), 34(4), 34(9), 36(1), 38(8)(b), 39(1), 39(2), 39(3), 39(4), 43(1), 43(12), 44, 45, 46(7), 48(9), 或 50(1)条所列事项的申请;

(d) 附表 1 所列事项, 除非财政救济也代表成年人的利益,

(e) 附表 2 第 19(1)项所列事项的申请;

(f) 附表 3 第 6(3), 15(2) 或 17(1)项所列事项的申请;

(g) 附表 14 第 11(3) 或 16(5)项所列事项的申请;

(h) 第 25 条所列事项。

1989 年法中的法定事项

4.2—(1) 依据第 38 (6) 条而做出指令的诉讼中的当事人, 和在该命令中被指定的人, 是第 38 (8) 条 (申请变更临时抚养令或临时监督令) 的法定人员。

(2) 下列诉讼程序是专为第 41 条之(6)(i)适用的特定诉讼程序—

(a) 第 25 条中的诉讼程序;

(b) 第 33 (7) 条中的申请;

(c) 附表 2 第 19 (1) 项中的诉讼程序;

(d) 附表 3 第 6 (3) 项中的申请。

(3) 已按第 43 (1) 条做出的命令的申请人和第 43 (11) 条中提及的人, 可以在任何情况下, 按照第 43 (12) 条的规定申请变更或撤销儿童鉴定令。

(4) 下列人员构成第 44 (9) 条 (申请变更命令) 中的法定人员—

(a) 变更命令申请中的当事人;

(b) 诉讼监护人;

(c) 相关儿童经常居住地的当地权力机构;

(d) 指令中被指定的任何人。

申请准许开始诉讼程序

4.3—(1) 若要请求法庭准许开始本章适用的诉讼程序, 请求许可之人应当提交—

(a) 列明申请原因的书面许可请求; 以及

(b) 按照本规则附录 1 中的正确表格而制作的旨在获得许可的申请草表, 如果没有此表格, 以书面形式, 以及足够送达所有被告的副本。

(2) 考虑依第 (1) 款之规定提出的许可请求, 法院应当—

(a) 准许该请求, 并立即由适格官员将该决定通知申请人, 或

(b) 指定对该请求进行听审的日期, 适格官员应立即将该日期确定, 并向法庭指令的做出请求之人和其他法庭要求被通知之人发出通知, 告知其确定了日期。

(3) 若要获准开始本章所适用的诉讼, 其申请应当依照规则 4.4 进行; 但其第 (1) (a) 项不适用。

(4) 在依照附表 1 提出开始诉讼的请求时, 第 (1) 项中的申请草表应当随附一份说明 (其内容包括申请人认为与该请求相关的财政细目和制作人对该细目就其所知的真实性所作的声明), 以及足够送达所有被告的说明书副本。

申请

4.4—(1) 根据第 (4) 款之规定, 申请人应当—

(a) 提交按照本规则附录 1 中的正确表格而制作的与每个儿童有关的申请表, 如果没有相应表格, 则以书面形式, 以及足够送达所有被告的申请表副本, 以及

(b) 在第(2)(a)项中的确定日期(专为本规则附录3第(ii)栏中的申请指定的日期)之前,将申请表副本送达至每个被告,副本上所签署的事项应与第(2)(b)项相符。

(2) 自收到依据第(1)(a)项所提交的文书之日起,适格官员应当—

(a) 确定听审或命令指定的日期,确定该日期时应留给申请人足够时间以完成第(1)(b)项中规定的事项,

(b) 在申请人提交的申请表副本上签署该确定日期,并且

(c) 立即将申请表副本返还申请人。

(3) 在遵守第(1)(b)项的同时,申请人应当将诉讼事项和第(2)(a)项中确定的听审或命令指定的日期和地点书面通知本规则附录3第(iii)栏中所列明的诉讼相关人员。

(4) 对于以下申请—

(a) 第8条中的禁止措施令或特别事项令

(b) 紧急保护令

(c) 第48(9)中的担保令,或

(d) 恢复令

可依单方申请而做出。申请人应当—

(i) 提交按照本规则附录1中的正确表格而制作的与每位儿童有关的申请表—

(a) 如果申请是通过电话提出的,则应在申请提出后的24小时内提交申请表,或者

(b) 任何其他情况下,在提出申请之时提交申请表,以及

(ii) 如果申请第8条中的禁止措施令或特别事项令,或者紧急保护令,则应在命令做出后的48小时内将申请表副本送达每一个被告。

(5) 如果法庭拒绝依照单方当事人的申请做出命令,则法庭可指令该申请在各方当事人之间进行。

(6) 在依照附表1进行的诉讼程序中,第(1)款中的申请表应当随附一份说明(其内容包括申请人认为与该请求相关的财政细目和制作人对该细目就其所知的真实性所做的声明),以及足够送达所有被告的说明书副本。

申请的撤回

4.5—(1) 只有经过法庭许可,申请才可撤回。

(2) 根据第(3)款,想要撤回申请的人应当提交一份列明理由的书面请求,并将其送达各方当事人。

(3) 如果各方当事人和诉讼监护人或福利官员在场,则第(2)款中的请求可以口头向法庭提出。

(4) 一经收到第(2)款中规定的书面请求,法庭应当—

(a) 如果—

(i) 双方当事人书面同意,

(ii) 诉讼监护人已有机会作出陈述,并且

(iii) 法庭认为适当,则准许其请求的,由适格官员将该请求的获准通知双方当事人、诉讼监护人和福利官员,或者

(b) 指定审理请求的确定日期,适格官员应当至少在7日前将该确定日期通知双方当事人、诉讼监护人和福利官员。

从治安法院向郡法院和从郡法院向高等法院的案件移送

4.6—(1) 如果治安法院拒绝做出移送案件命令,则申请人可以依据1989年法附表11第I章的任何命令做出的条款,向郡法院申请从治安法院移送案件的命令。申请人应当—

(a) 提交符合CHA58表格的申请,和一份治安法院签发的证明的副本,以及

(b) 申请人收到证明文件后2日内,将(a)项中的文书副本亲自送达给其请求移送的案件中的所有当事人。

(2) 自收到按照第(1)(b)项送达的文书后2日内,申请人之外的任何其他当事人均可以提交书面说明。

(3) 在第(1)款中的申请提交后的4日后,除非双方当事人同意先前的事由,否则法庭应当考虑该申请,并且,或者—

(a) 准许该申请,并立即由适格官员将该决定通知双方当事人,或者

(b) 指定审理该申请的日期,适格官员应立即固定该日期,并于至少1天前将该确定日期通知双方当事人。

(4) 按照1989年法附表11第I章中的任何命令条款从治安法院移到郡法院的案件,郡法院应当考虑是否按照此命令将该案移送高等法院,并且,或者—

(a) 裁定不必要做出此命令,

(b) 做出此命令,

(c) 无论此命令是否应当做出,均应指定审理该问题的确定日期,并立即由适格官员发出法庭命令,将该确定日期通知双方当事人,或者

(d) 在确定日期内就应否做出此命令向双方当事人征询书面意见,一经收到该意见,法院应按第(a)(b)或(c)项的规定处理。

(5) 适格官员应当将按照1989年法附表11第I章任何命令条款而从郡法院或高等法院移送案件的命令通知双方当事人

人。

当事人

4.7—(1) 本章所适用的诉讼程序中的被告应当是本规则附录 3 第 (iv) 栏的相关项目中列明的人。

(2) 在本章所适用的诉讼程序中, 某人可以书面请求他或其他人—

(a) 作为当事人参与诉讼, 或

(b) 不再作为当事人。

(3) 对第 (2) 款规定的请求加以考虑, 法庭应当根据第 (4) 款—

(a) 可不经审理或说明而准许 (第 (2) (a) 项中的请求除外), 并立即由适格官员将该决定通知双方当事人和申请人, 或者

(b) 指定审查该请求的确定日期, 并立即由适格官员将该确定日期通知, 并连同请求书副本一起送交——

(i) 对于第 (2) (a) 项中的请求, 则给申请人,

(ii) 对于第 (2) (b) 项中的请求, 则给双方当事人, 或者

(c) 在确定日期内就应否准许该请求向双方当事人或任何一个当事人征询书面意见, 一旦期间届满, 法庭应按第 (a) 或 (b) 项的规定处理。

(4) 如果有父母义务的人请求按照第 (2) (a) 项的规定参与诉讼, 法庭应当准许。

(5) 在本章适用的诉讼程序中, 法庭可以指令—

(a) 依本规则不能成为被告的人作为当事人参与诉讼, 或者

(b) 某个诉讼当事人不再作为当事人。

送达

4.8—(1) 根据规则 4.6(1)(b) 个人送达的要求, 文书的送达须按本章规定进行 (而不是适用第 105(8) 条 (依法案规定的通知书或其他文书的送达) 中的条款), 方可有效——

(a) 如果送达人不知道受送达人是通过律师诉讼的—

(i) 可亲自将文书交给他, 或者

(ii) 递送或通过一类邮寄发送至他的住所或他的最后为人所知的住所, 或者

(b) 如果送达人知道受送达人是通过律师诉讼的—

(i) 可将文书递送或通过一类邮寄发送至律师的受送达地址,

(ii) 如果律师的受送达地址中包括一个文书交换处的编号信箱, 则可将文书留在该文书交换处, 或者留在一个于每个营业日都会转送文书到该文书交换处的其他文书交换处, 或者

(iii) 通过传真发送清晰的文书副本到律师的办公室。

(2) 本条中的“一类邮寄”是指预先付费的一类邮寄或者与一类邮寄相关的无需预先付费的邮寄。

(3) 如果作为本章适用的诉讼程序的当事人的儿童被要求按照本规则或法庭的其他规则送达文书, 则送达须通过以下方式方法进行方可有效—

(a) 由律师代理其进行, 或者

(b) 如果没有律师, 则由诉讼监护人代理, 或者

(c) 如果既没有律师也没有诉讼监护人, 则由法庭代理。

(4) 依照法庭的任何指令向儿童送达任何文书, 均须通过以下方式进行方为有效—

(a) 由律师代理其接收, 或者

(b) 如果没有律师, 则由诉讼监护人代理, 或者

(c) 如果既没有律师也没有诉讼监护人, 在法庭准许下, 可由该儿童接收。

(5) 如果在第(4)(c)项规定的情况下法庭拒绝准许, 则法庭应当根据第 (8) 款之规定作出指令。

(6) 除非有相反证据证明, 下列日期视为文书送达日期—

(a) 通过一类邮寄送达的, 于邮寄之后的第二个营业日,

(b) 通过第(1)(b)(ii)项中的方式送达的, 于文书被留在文书交换处后的第二个营业日。

(7) 在本章适用的诉讼程序中第一次指令指定或听审之时或之前, 申请人应当提交一份送达说明, 其内容包括—

(a) 申请书副本已成功送达至每一个被告;

(b) 诉讼程序通知书已按规则 4.4(3) 的要求成功送达; 且该说明应当载明—

(i) 送达的方式、日期、时间和地点, 或

(ii) 通过邮寄送达的, 邮寄的日期、时间和地点。

(8) 在本章适用的诉讼程序中, 法庭可以指令本规则或其他法庭规则中关于文书送达的要求不予适用或者按法庭指令的方式送达。

申请答辩

4.9—(1) 在第8条令的申请书送达后14日以内,每位被告均应提交一份按照CHA10A表格制作的申请答辩书,并将其送达各方当事人。

(2) 在规则1中的申请书送达后14日以内,每位被告均应提交一份按照CHA13A表格制作的申请答辩书,并将其送达各方当事人。

(3) 在本章所规定的申请书送达之后,除规则4.3或第8条令中的申请书之外,被告可以根据第(4)款的规定提交书面答辩,并将其送达其他当事人。

(4) 除了第25,31,34,38,43,44,45,46,48或50条中的申请之外,第(3)款中的答辩书应当于确定的审理申请之日至少2日前提交并送达。

#### 诉讼监护人的指定

4.10—(1) 特定诉讼程序开始之后,或者该诉讼移送至该法院之后,法院应尽快指定诉讼监护人,除非—

(a) 移送该案的法院已做出指定,并且该指定继续有效,或者

(b) 法院认为此种指定对于保护该儿童利益而言是不必要的。

(2) 在特定诉讼程序的任何阶段,当事人可在不通知其他当事人的情况下(除非法庭另有指令),申请指定诉讼监护人。

(3) 法院应当准许第(2)款中的申请(除非认为此种指定对于保护该儿童利益而言是不必要的),并应当说明理由;该理由应由适格官员记入笔录。

(4) 在特定诉讼程序的任何阶段,法庭可依职权指定诉讼监护人。

(5) 适格官员应将依据本条规则所做的指定尽快通知各方当事人和福利官员,或者在某些情况下通知其不予做出此种指定的决定。

(6) 诉讼监护人一经指定,适格官员即应尽快通知其该指定,并向其送达申请书副本和按照规则4.17(1)所提交的文书。

(7) 依据第41(7)条所确立的规则而产生的陪审团不能指定下列人员为诉讼监护人—

(a) 作为本案当事人的当地权力机构中的成员、官员或雇员,或者作为本案当事人的经授权人员(其意思依第31(9)条而定),除非其只是被该权力机构雇佣为诉讼监护人的陪审团成员和报告官员;

(b) 是或曾经是当地权力机构或志愿组织(其意思依第105(1)条而定)中的成员、官员或雇员,并且在该诉讼开始前的五年内与该儿童的抚养、收容或救济的相关指定中其曾是该儿童的直接负责人;

(c) 见习官员(除非在见习期内见习官员与该儿童或其家庭无关,见习官员未从事其职务时可被临时雇用为诉讼监护人)。

(8) 当指定诉讼监护人时,法庭应当考虑指定曾做过该儿童的诉讼监护人的人。

(9) 依据本规则而做出的诉讼监护人的指定,其有效期为该指定中所载明的期间或者直至法庭终止该指定。

(10) 在做出第(9)款中的终止指定时,法庭应当给出书面理由。

(11) 法庭依照本条规则指定诉讼监护人时或者拒绝做出指定时,法庭或适格官员应当以CHA30表格对该指定或该拒绝指定做出记录。

#### 诉讼监护人的权力和义务

4.11—(1) 在履行第41(2)条规定的义务时,诉讼监护人应当注意第1(2)条中列明的原则,和第1(3)(a)至(f)条所列明的事项,如该条中“法庭”一词被“诉讼监护人”一词所替代。

(2) 诉讼监护人应当—

(a) 委托一名律师代理该儿童,除非已经做出过这种委托;

(b) 向该儿童提出与其理解力相符的建议,并根据规则4.12(1)(a)指示律师全权代理关乎该儿童利益的所有事宜,包括诉讼过程中出现上诉的可能性。

(3) 如果在诉讼监护人看来该儿童—

(a) 直接向其律师做出指示,或者

(b) 有意并且有能力自行进行诉讼,

则诉讼监护人应当通知法庭,然后—

(i) 应当履行本条规则中列明的所有其应负担的义务,但是第(2)(a)项中的义务和法庭指示的其他此类义务除外;

(ii) 应当按照法院指令参与诉讼;

(iii) 在法庭许可下,可以在履行这些义务时享有合法的代理权。

(4) 除非法庭免除,诉讼监护人应当参加本案诉讼程序中的所有命令指定和听审,并就以下事项向法庭提出建议—

(a) 对于包括拒绝服从法庭有权要求、指示或命令的医疗鉴定、精神病鉴定或其他鉴定的行为,该儿童是否有足够的理解其意图;

(b) 在与该诉讼相关的任何事项(包括出席法庭)中该儿童的意愿;



- (c) 该诉讼的正确管辖地;
  - (d) 诉讼程序或其任何阶段的适当时间安排;
  - (e) 与该儿童相关的各种选择, 以及每一种选择(包括对申请进行认定时应当做出何种命令)的适当性;
  - (f) 法庭向其征询建议或其认为应当通知法庭的任何其他相关事项。
- (5) 按照法庭的命令, 依第(4)款之规定给出的建议可以口头或书面形式提出; 如果口头提出建议, 则应由法庭或适格官员记入笔录。
- (6) 如果可行, 诉讼监护人应当通知其认为为了保护该儿童利益而可能作为当事人参加诉讼的任何人, 告知其享有依据规则 4.7(2) 而申请参加诉讼的权利, 并且诉讼监护人应当将下列事项告知法庭——
- (a) 所发出的任何此类通知,
  - (b) 其按照本款规定试图通知但却联系不到任何人,
  - (c) 其认为可能希望参与诉讼的任何人。
- (7) 除非法庭另有指令, 诉讼监护人应当于诉讼中最后一次听审之日的至少 7 日前, 提交一份关于为保护该儿童利益而提出的建议的书面报告; 适格官员应当尽快将该报告书副本送达各方当事人。
- (8) 诉讼监护人应当代表该儿童按照规则 4.8(3)(b) 和(4)(b) 的要求送达文书和接收送达文书, 在该儿童本人未被送达且其具有足够理解力时, 告知其任何被送达文书的内容。
- (9) 诉讼监护人应当调查对其履行义务可能必要的事项, 尤其是应当——
- (a) 与其认为适当的或法院指令的人联系或会面,
  - (b) 如果其查阅第 42 条中所提及的各类记录, 则提请法庭和可能被法庭指令的其他人注意其认为可能会对做出正确诉讼裁定有所帮助的所有这些记录和文书,
  - (c) 获得其认为适当的或法庭指令其获得的专业帮助。
- (10) 除了本条其他款规定的义务之外, 诉讼监护人还应向法庭提供后者所要求的其他协助。
- (11) 当事人可以就诉讼监护人依据本条规定向法庭提出的口头或书面建议向诉讼监护人提出询问。

#### 儿童的律师

- 4.12—(1) 依据第 41 (3) 条或规则 4.11 (2) (a) 的规定而委派的律师应当按照如下方式为儿童代理——
- (a) 依照诉讼监护人的指示(除非律师在考虑了诉讼监护人的观点和法庭依据规则 4.11 (3) 所做出的任何指示后, 认为该儿童希望做出与诉讼监护人的指示相冲突的指示, 并且在充分考虑到该儿童理解力的基础上, 认为其能够自行做出指示。在此情况下, 律师可以按照该儿童的指示进行诉讼), 或者
  - (b) 如果该儿童没有被指定的诉讼监护人, 且符合第 41(4)(b) 条规定的情形, 则依照该儿童的指示, 或者
  - (c) 如果没有 (a) 或 (b) 项中的指示, 则采取能促进该儿童最大利益的方式。
- (2) 依据第 41(3) 条或规则 4.11(2)(a) 的规定所委派的律师, 应当按照规则 4.8(3)(a) 和(4)(a) 的要求代理该儿童送达文书和接收送达文书, 在该儿童本人未被送达且其具有足够理解力时, 告知其任何被送达文书的内容。
- (3) 如果儿童希望终止依第 41 (3) 条或规则 4.11 (2) (a) 所做出的律师委派, 其可以申请法庭做出终止委派的命令; 律师和诉讼监护人应当被给予陈述的机会。
- (4) 如果诉讼监护人希望终止依第 41 (3) 条所做出的律师委派, 其可以申请法庭做出终止委派的命令; 律师和该儿童(如果其有足够理解力) 应当被给予陈述的机会。
- (5) 按照第 (3) 或 (4) 款终止委派时, 法庭应当说明理由, 并由法庭或适格官员记入笔录。
- (6) 法庭按照第 41(3) 条委派律师或者拒绝做出委派时, 法庭或适格官员应当以 CHA31 表格记录该委派或该拒绝委派。

#### 福利官员

- 4.13—(1) 如果适格官员通知福利官员听审中由后者做出报告或审理其报告, 则除非法庭赦免, 该福利官员应当出庭; 任何当事人均可在听审中就该报告向福利官员提问。
- (2) 福利官员应于法庭指令的时间提交一份书面报告副本, 如果法庭未做指令, 则于第 (1) 款中规定的其被通知参听审之日的至少 5 日前提交; 适格官员应当尽快将书面报告副本送达各方当事人和诉讼监护人。

#### 指令

- 4.14—(1) 本条中, “当事人” 包括诉讼监护人, 如果法庭的要求或指示涉及第 7 条中的报告, 则“当事人” 也包括福利官员。
- (2) 在本章适用的诉讼程序中, 法庭可以就下列事项根据第 (3) 款做出、变更或撤销指令以引导诉讼程序的进行——
- (a) 诉讼程序的时间表;
  - (b) 变更实施某一(本规则或其他规则规定的或者法庭指令的) 诉讼行为的期间或最后期日;
  - (c) 儿童的出庭;

- (d) 依据第 41 条或其他规定指定诉讼监护人, 或者依据第 41(3)条委派律师;
  - (e) 文书的送达;
  - (f) 证据(包括专家报告)的提交;
  - (g) 第 7 条中的福利报告的准备;
  - (h) 向其他法院移送案件;
  - (i) 与其他诉讼程序的合并。
- (3) 在下列情况下, 法庭可以做出、变更或撤销第(2)款中的指令—
- (a) 在已经将法庭的意向告知了各方当事人、并且给予了其出庭并接受聆讯或做出书面陈述的机会后, 法庭可依职权进行;
  - (b) 根据一方当事人的书面请求(该书面请求载明了被请求、提交并送达至其他当事人的指令)而进行;
  - (c) 根据一方当事人的书面请求(该书面请求载明了请求的、经其他当事人同意、并且已由所有当事人本人或其代理人签字的指令)而进行。
- (4) 紧急情况下, 第(3)(b)项中的请求可在法庭许可下—
- (a) 口头提出, 或者 (b) 不必通知当事人, 或者 (c) 如第(a)项规定的口头提出, 并且如第(b)项规定的不必通知当事人。
- (5) 一经收到第(3)(b)项中的书面请求, 适格官员即应确定审理该请求的日期, 并且于该确定日期至少 2 日前通知各方当事人。
- (6) 考虑第(3)(c)项中的请求时, 法庭应当—
- (a) 准许该请求, 并立即由适格官员将此决定通知各方当事人, 或者
  - (b) 指令审理该请求的日期, 立即由适格官员将该日期固定, 并且于该日期至少 2 日前通知各方当事人。
- (7) 当事人可以申请第 11(3)条中规定的命令, 或者依据第(3)(b)或 (c)项申请(如果其被赋予该项权利)第 38(1)条中的命令。
- (8) 法庭考虑依职权做出第 8 条令, 或者第 31, 34 或 38 条中规定的命令时, 应当行使第(2)款中的指令权。
- (9) 如果某项法庭指令在本章所适用的诉讼移送至其他法院之前仍然有效, 则移送之后其效力继续(该指令适用于被移送的法院, 不过术语相应地发生变化), 除非该指令被第(2)款中的指示所变更或撤销。
- (10) 对于依据本条进行的做出、变更或撤销指令, 法庭或适格官员应当记入笔录, 并尽快将该记录的副本向做出、变更或撤销指令时缺席的当事人送达。

#### 诉讼期间

4.15—(1) 如果本规则或其他法庭规则规定了(本章适用的诉讼程序中)实施特定诉讼行为应遵守的期间, 则除法庭按照规则 4.14 另行做出指令外, 该期间不得延长。

- (2) 在下列情形下—

  - (a) 将本章适用的诉讼移送至法院,
  - (b) (在本章适用的诉讼程序中)延期或中止听审或命令指定, 或者
  - (c) 结束听审或命令指定(除了做出诉讼判决),

在上述行为发生之时或其后即刻, 法庭或适格官员应当—

- (i) 确定(按照法庭指示之宗旨)再次诉讼的日期, 在第(a)项情形下, 再次诉讼应于移送之后尽快进行, 以及
- (i i) 将该确定日期通知各方当事人、诉讼监护人或福利官员。

#### 出席命令指定和听审

4.16—(1) 依照第(2)款, 除非法庭另有指示, 当事人应当出席其已按规则 4.14(5)被通知参加的命令指定。

- (2) 以下情形中, 诉讼程序或其任何阶段均应在任何当事人(包括儿童)缺席的情况下进行—
    - (a) 在考虑了将被讨论的事项或可能提出的证据后, 法庭认为这是符合该儿童利益的做法, 并且
    - (b) 当事人由诉讼监护人或律师代理; 且, 在考虑(a)项中规定的儿童的利益时, 法庭应当给予诉讼监护人、该儿童的律师和该儿童(如果其有足够理解力)一次陈述的机会。
- (3) 根据第(4)款, 在听审或命令指定的时间和地点, 如果申请人出席而一名或多名被告缺席, 则法院可以继续听审或命令指定。
- (4) 在被告缺席的情况下, 法庭不得开始审理申请, 除非—
- (a) 法庭确信有充分证据证明被告已经收到了合理的听审日期通知; 或者
  - (b) 法庭确信在本案情况下继续进行听审是合理的。
- (5) 在听审或命令指定的时间和地点, 如果一名或多名被告出席而申请人缺席, 则法庭可以拒绝该申请, 或者, 如果法庭已收到充分证据, 也可在申请人缺席的情况下继续进行听审或命令指定。
- (6) 在听审或命令指定的时间和地点, 如果申请人和被告均缺席, 则法庭可以拒绝该申请。
- (7) 除非法庭另有指令, 本章适用的诉讼程序中的听审或命令指定应当在法官办公室进行。

## 书面证据

4.17—(1) 依照第(4)款和(5)款,在本章适用的诉讼程序中,当事人应当提交下列文件并将其送达各方当事人、任何福利官员和其依规则4.10(5)而接到的通知中指定的诉讼监护人—

(a) 当事人准备在听审或在上述诉讼程序中的命令指定中提出的口头证据之要义的书面陈述,该书面陈述应当—

(i) 注明日期,

(ii) 由陈述人签字,并且,

(iii) 由陈述人声明该陈述真实性,并声明其知晓该陈述将在法庭出示;

(b) 任何文件,包括当事人准备在听审或命令指定中援引的专家报告的副本,上述文件应于法庭指令的时间,或若无指令则于听审或命令指定之前提交并送达。

(2) 当事人可以根据法庭对本条中陈述的期间所做的指令,提交一份依第(1)款送达的陈述的补充陈述,并将其送达各方当事人。

(3) 在听审或命令指定中,未经法庭许可当事人不得—

(a) 提出证据,或者

(b) 援用不符合第(1)款要求的文件。

(4) 在第8条令的诉讼中,当事人应当—

(a) 除非按照本规则的要求或授权,不得提交或送达任何文书,

(b) 在填写本规则规定的表格时,未经法庭许可不得出现该表格未作要求或未作授权的信息或陈述。

(5) 在第8条令的诉讼程序中,到法庭指令的时间方可依据第(1)款之规定提交陈述或副本。

## 专家证据——对儿童的鉴定

4.18—(1) 未经法庭准许,任何人都不得为了准备诉讼中援引的专家证据而使儿童进行医学鉴定或精神病鉴定,或者其他鉴定。

(2) 除非法庭另有指令,第(1)款中的鉴定申请应送达诉讼各方当事人和诉讼监护人。

(3) 如果没有第(1)款中的法庭准许,则未经法庭许可不得做出该款中的鉴定结论。

## 修正

4.19—(1) 根据规则4.17(2),在本章适用的诉讼程序中已被提交或送达的文书,未经法庭准许(除非法庭另有指令,该准许应以书面形式做出)不得修正。

(2) 对修正文书的请求加以考虑后,法庭应当—

(a) 准许该请求,并立即由适格官员将该决定通知申请人,或者

(b) 在确定日期内就应否做出该命令向各方当事人或任何一个当事人征询意见。

(3) 修正文书者应当提交该修正文书并将其送达修正前的受送达人;该修正文书应当经过认定。

## 口头证据

4.20 法庭或适格官员应当将(本章适用的诉讼程序中的)听审或命令指定中的口头证据的要义记入笔录。

## 听审

4.21—(1) 在本章适用的诉讼程序中,法庭可以就听审或命令指定中言词和证据的次序做出指令。

(2) 根据第(1)款中的指令,在(本章适用的诉讼程序中)听审或命令指定中,当事人和诉讼监护人应当按照以下次序提出证据—

(a) 申请人,

(b) 对儿童有负有父母义务的任何当事人,

(c) 其他被告,

(d) 诉讼监护人,

(e) 儿童(如果他是诉讼的当事人且没有诉讼监护人)。

(3) (本章适用的诉讼程序中)最后一次听审之后,法庭应当尽快发出判决书。

(4) 做出命令或拒绝申请时,法庭应当说明任何发现的事实和决定的理由。

(5) 在本章适用的诉讼程序中,做出的命令应当由法庭或适格官员按照本规则附录1中的正确表格予以记录,如果没有相应表格,则以书面方式记录。

(6) 根据第(7)款,依照第(5)款做出的命令的副本应当在命令做出后尽快由适格官员送达诉讼程序中(在该程序中,命令是依据与儿童同住的人提出的申请而做出的)的各方当事人。

(7) 在依据单方申请而做出下列命令后48小时内—

(a) 第8条中的禁止措施令或特别事项令,或者

(b) 第44, 48(4), 48(9) 或50条中的命令,

申请人应当将按照本规则附录1中的正确表格而制作的命令副本送达至—

- (i) 每位当事人,
  - (ii) 实际照料该儿童的人, 或临近命令做出前曾照料该儿童的人, 以及
  - (iii) 上述 (b) 项命令中儿童居住地或被发现地的权力机构。
- (8) 如果对申请的听审或命令指定是在法院正常办公时间之外进行的, 则法庭或适格官员应当将诉讼程序的要点记入笔录。

上诉

#### 4.22—(1) 下列上诉—

- (a) 依据第 94 条向高等法院提出的, 或者
  - (b) 对于地方初审法官的裁判向做出该裁判的法院的法官提出的,
- 只有符合以下条款方可成立; “下级法院”指被提起上诉的法院或人。
- (2) 上诉人应当提交下列文书并将其送达下级法院诉讼中的各方当事人和诉讼监护人—
    - (a) 列明上诉依据的书面上诉通知;
    - (b) 传票或申请书和被上诉命令及其中止执行命令的经认证的副本;
    - (c) 证据笔录的副本;
    - (d) 裁判理由的副本。
  - (3) 上诉通知书应当按照第 (2) (a) 项之规定于下列日期提交并送达—
    - (a) 被上诉的判决做出后 14 日以内, 或
    - (b) 对第 38 (1) 条中的命令提起的上诉, 于该命令做出后 7 日以内, 或
    - (c) 经被上诉的法院或法官准许, 于该法院或法官指令的时间内。
  - (4) 第 (2) (b) 至 (d) 项中提及的文书, 应依照被上诉的法院或法官的指令, 于第 (2) (a) 项中的上诉通知书提交和送达之后尽快地提交并送达。
  - (5) 根据第 (6) 款, 如果被告希望—
    - (a) 在上诉中主张, 全部或部分变更下级法院裁判中的事项或被允许上诉的事项, 或者
    - (b) 主张下级法院的裁判应当以其未援用的其他理由为根据而做出, 或者
    - (c) 以交叉上诉方式主张下级法院的裁判全部或部分错误的,
- 被告应当于收到上诉通知书 14 日以内, 提交列明理由的书面通知, 并将其送达上诉案件的其他所有当事人。
- (6) 在针对第 38 条中的命令提起的上诉中, 不得提交或送达第 (5) 款中的通知书。
  - (7) 在上述第 (1) (a) 项提及的上诉中, 对下列事项的申請—
    - (a) 撤回上诉,
    - (b) 经所有当事人同意而驳回上诉, 或
    - (c) 修正上诉理由,
- 可以由地方初审法官审理。
- (8) 除非院长另有指令, 上述第 (1) (a) 项提及的上诉应当由一名法官独任审判。

文书的保密

4.23—(1) 尽管法院规则有不同规定, 未经法官或地方初审法官准许, 除命令记录外法院留存的和与本章诉讼程序相关的所有文件均不得泄露, 除了一—

- (a) 当事人,
  - (b) 当事人的合法代理人,
  - (c) 诉讼监护人,
  - (d) 法律援助委员会, 或
  - (e) 福利官员, 未得到法官或地方初审法官的获准。
- (2) 法庭或适格官员依第 37 (1) 条向相关权力机构发出指令通知, 不受本条规则的限制。

同意通知

#### 4.24 下列条款中的同意—

- (a) 第 16 (3) 条,
- (b) 第 33 (7) 条, 或
- (c) 附表 2 第 19 (3) (c) 或 (d) 项,

应当—

- (i) 在法庭之上以口头形式做出, 或
- (ii) 向法庭递交由同意人签字的同意书。

安全处所证据

4.25 第 25 条的诉讼程序中，如果可行，法庭应当准备所有书面报告的副本，以便下列人员可在听审之前获取—

(a) 申请人；(b) 儿童的父母或监护人；(c) 儿童的合法代理人；(d) 诉讼监护人；和 (e) 儿童（除非法庭另有指令）；

如果法庭认为必要，可以将这些报告的副本出示给依照本规则有权通知诉讼的任何人。

第 37 条的调查

4.26—(1) 本条适用于高等法院或郡法院依据第 37 (1) 条向适当权力机构做出指令的情形。

(2) 一旦做出指令，法庭应当延期诉讼，法庭或适格官员应当书面记录该指令。

(3) 依照第 (2) 款所记录的指令的副本，适格官员应当于指令做出后尽快送达诉讼各方当事人，如果适当的权力机构不是当事人，也应送达该机构。

(4) 向适当的权力机构送达指令副本时，适格官员应同时向其送达按照法庭指令于诉讼中已经或将要提出的书面证据副本。

(5) 如果当地权力机构向法庭通知第 37 (3) (a) 至 (c) 条列明的事项时，应当以书面形式做出。

要求当地教育机构申请教育监督令的指令

4.27—(1) 依据 1944 年教育法第 40(3)和(4)条之宗旨，高等法院或郡法院要求当地教育机构申请教育监督令的指令应当以书面形式做出。

(2) 根据该指令，如果当地教育机构通知法院其已决定不申请教育监督令，则应当以书面形式做出。

过渡性条款

4.28 本规则本章中的条款不适用于本规则生效前的未决诉讼（“未决”的意思依 1989 年法附表 14 第 1 款的规定确定）。

注释：

[43]1994 c. 31 (7 & 8 Geo. 6)；1989 年儿童法附表 13 第 8 至 10 款对其作了相关修正。

#### 第五章 监护权

未成年人受法庭监护的申请

5.1—(1) 未成年人受法庭监护的申请，应当通过原始传唤令提出，除非法庭另有指令，原告在发出原始传唤令时应当提交一份支持该申请的宣誓陈述书。

(2) 就效力而言，规则 4.3 应当适用于当地权力机构依据 1989 年法第 100 (3) 条向法庭提出的许可申请。

(3) 如果除未成年人之外没有其他人成为适格被告，原告可向地方初审法官提出单方申请，请求发出单方原始传唤令或者发出以未成年人为被告的原始传唤令；除非法庭准许该申请，未成年人不得于程序初始即成为本条中原始传唤令的被告。

(4) 依据本条在区登记处发出的传票的细目，应由适格官员送交主要登记处以便在监护登记簿中予以登记。

(5) 除非法庭另有指令，传票中应当载明未成年人的出生日期，并且原告应当—

(a) 于发出传票之时或者第一次听审之前或之时，在传票发出的登记处留存一份有关该未成年人的儿童登记簿的经认证副本，或者

(b) 于第一次审理传票之时，申请以其他方式证明该未成年人出生日期的指令。

(6) 传票主文中应当简要记述诉讼中每位当事人的姓名，其与该未成年人相关的利益或关系。

(7) 除非法庭另有指令，传票应当载明未成年人的下落，或者（某些情况下）载明原告不知其下落。

(8) 一旦收到传票，未成年人之外的每位被告均应立即向传票发出的登记处提交一份通知书，该通知书应载明被告住址和未成年人下落，或（某些情况下）载明被告不知其下落，并且，除非法庭另有指令，还应向原告送达一份同样内容的通知书。

(9) 发出或（某些情况下）送达传票之后，如果未成年人之外的当事人变更其住址或得知未成年人下落的变更，则除非法庭另有指令，其应立即向传票发出的登记处提交变更通知，并将该通知书的副本送达其他每位当事人。

(10) 传票应当包括一份告知被告第 (8) 和 (9) 款要求的通知。

(11) 本规则中未成年人的下落是指未成年人生活的住址或与未成年人共同生活的同住人，或者可能发现其下落的其他相关信息。

法警对命令的执行

5.2 高等法院通过官员出席法庭而遵从关于法庭监护指令的权力，可通过法警执行命令来得以实现。

未成年人不再受法庭监护

5.3—(1) 根据 1981 年最高法院法第 41 (2) 条[44]，依规则 5.1 发出传票而成为法庭监护人的未成年人，在下列情形下不再受法庭监护—

(a) 在传票发出后 21 日以内未就审理传票的指定提出申请的，则于该期间届满之时不再受法庭监护；

(b) 在上述期间内提出了上述指定申请的，则于决定通过传票提出申请之时不再受法庭监护，除非审理传票的法庭命

令该未成年人受法庭监护。

(2) 第(1)款之规定不得影响法庭依据上述1981年最高法院法第41(3)条之规定命令其时受法庭监护的未成年人不再受法庭监护的权力。

(3) 如果在传票发出后21日以内未按照规则5.1就审理传票的指定提出申请的,则载明申请人是否有意通过传票继续申请的通知单须留存于登记处,登记处在期间届满后立即进行该事项。

受法庭监护的未成年人的收养

5.4—(1) 下列许可申请—

- (a) 开始收养受法庭监护的未成年人的诉讼程序;或
- (b) 开始解除收养受法庭监护的未成年人的诉讼程序,

可以单方面向地方初审法官提出。

(2) 如果当地权力机构被准许收养受养父母监护的未成年人,则除非法庭另有指令,该权力机构不必提出第(1)(a)或(b)项中的许可申请。

(3) 如果提出第(1)(a)或(b)项中许可申请的申请人,或者第(2)款中指出的提出许可申请的当地权力机构,或者养父母提出请求,地方初审法官可以指令,在接下来的诉讼程序中须保证被提名收养人不与被告或尚未知晓其身份的潜在被告见面或为他们所知,但被提名收养人同意的除外。

(4) 第(1)款和第(3)款中的“诉讼程序”是指在高等法院或者郡法院进行的诉讼程序。

注释:

[44] 1981 c. 54.

第六章 1985年儿童掳拐和监护法

释义

6.1 在本章中,除非文意另有所指—

- (a) “法令”是指1985年儿童掳拐和监护法[45],且字词或表述与该法中意思相同;
- (b) “海牙公约”是指法令第1(1)条所界定的公约,“欧洲人权公约”是指法令第12(1)条所界定的公约。

申请方式

6.2—(1) 除本章另有规定外,海牙公约和欧洲人权公约中的每一份申请均应通过原始传唤令提出,原始传唤令的格式应为1965年最高法院规则[46]附录A之表格10。

(2) 在监护诉讼中,申请法令第23(2)条中规定的声明书,应当通过该诉讼程序中的传票进行。

原始传唤令的内容:一般规定

6.3—(1) 海牙公约或欧洲人权公约中的申请所依据的原始传唤令应当载明—

(a) 与申请有关的儿童的姓名和出生日期;(b) 儿童的父母或监护人的姓名;(c) 儿童的下落或者可疑下落;(d) 该案中原告的利益,和申请理由;以及(e) 与儿童有关的任何诉讼(包括超出管辖权的诉讼和终结的诉讼)的细目,并且应当随附所有相关文书,包括但不限于海牙公约第8条或(某些情形中)欧洲人权公约第13条所特指的文书。

原始传唤令的内容:特别规定

6.4—(1) 海牙公约中规定的申请,除规则6.3明确规定的事项外,还应当包括—

(a) 依第8条之宗旨提出返还儿童的申请所依据的原始传唤令应当载明,被宣称曾带走或容留儿童的人的身份,和被推测与儿童在一起的人的身份(如与前述人员不同);

(b) 依第15条之宗旨提出声明书的申请所依据的原始传唤令,应当对做出该声明书申请所属的诉讼程序予以确认。

(2) 在欧洲人权公约规定的申请中,除了规则6.3明确规定的事项外,原始传唤令还应确认有关监护或寻求进行登记或执行的接触权的决定,或者寻求有关的不予确认之声明的决定。

被告

6.5 依法令之规定,申请的被告应当是—

- (a) 宣称曾将儿童(与依海牙公约提起之申请相关的)带入英国的人;
- (b) 被宣称与儿童在一起的人;
- (c) 儿童的父(母)或监护人(须在英国境内,否则便不能成为当事人);
- (d) 若其非当事人则有关监护的决定做出便对其有利的人;
- (e) 与儿童的福利有足够利害关系的出席法庭的其他人。

送达确认

6.6 对海牙公约或欧洲人权中规定的申请所依据的高级法院传唤令的送达予以确认的期间应当是,高级法院传唤令送达后7日(包括送达当日)内,如果向规则6.5(d)或(e)中提及的被告送达,则法庭可指令进一步确认送达的期间。

证据

6.7—(1) 依照海牙公约或欧洲人权公约发出高级法院传唤令时，原告可以在主要登记处提交誓证以支持其申请，并将副本随同高级法院传唤令一起送达被告。

(2) 海牙公约或欧洲人权公约中的申请的被告，可以在主要登记处提交誓证，并在收到高级法院传唤令后7日内将副本送达原告。

(3) 海牙公约或欧洲人权公约规定的申请中的原告，可在收到前款文书后7日内，在主要登记处提交一份回复声明，并将该声明副本送达被告。

审理

6.8 法令中的任何申请（除了（a）被告合并的申请，（b）豁免送达的申请或延期进行送达确认的申请，或者（c）诉讼移转的申请），应由法官予以审判，除非法院另有指令，该审判应在法官办公室进行。

豁免送达

6.9 法庭可以在法令规定的任何诉讼程序中豁免送达传票（无论是高级传票还是普通传票）。

传票的延期审理

6.10 海牙公约或欧洲人权公约中的申请所依据的高级法院传唤令，其审理可延期进行，每次延期不得超过21日。

诉讼中止

6.11—(1) 依海牙公约之规定的诉讼中的当事人，若其知道有关监护权的法律根据的申请在相关权力机构中尚属未决，则应在主要登记处提交一份有关该未决申请性质的简要说明，包括该权力机构名称。

(2) 下列当事人—

(a) 法令第16条中未决诉讼的当事人，或者

(b) 其诉讼结果是有关监护权的决定已按法令第16条做出登记的诉讼中的当事人，

如果上述当事人知道法令第20(2)条[47]所指定的申请在相关权力机构中尚属未决，则应提交一份有关该未决申请性质的简要说明。

(3) 适格官员自收到第(1)或(2)款中的说明时，应当通知负责未决申请的相关权力机构，并且随后通知其诉讼结果。

(4) 法庭自收到第(3)款中规定的来自最高民事法院或北爱尔兰高等法院的通知或更高级别的通知时—

(a) 如果是有关监护权法律根据的申请，则该案的诉讼程序应当中止，直至依海牙公约之规定在高等法院、最高民事法院或北爱尔兰高等法院进行的诉讼依情况被驳回，并且，适格官员应当将诉讼中止和诉讼驳回通知本案当事人；

(b) 如果是法令第20(2)条规定的申请，则适格官员应当通知本案当事人。

(5) 本条中“相关权力机构”包括高等法院、郡法院、治安法院、最高民事法院、地方法院、1968年（苏格兰）社会工作法[48]第3章对儿童审理的北爱尔兰高等法院、北爱尔兰的郡法院、北爱尔兰的即决审判法院，和国务大臣。

诉讼移交

6.12—(1) 在法令规定的诉讼中的任何阶段，法庭均可依职权或依诉讼当事人通过传票（该传票应于两天前发出）提出的申请，命令将诉讼移交至最高民事法院或北爱尔兰高等法院。

(2) 第(1)款中规定的命令做出之后，适格官员应当将命令副本（应载明命令理由），连同高级法院传唤令、命令的随附文书和证据一起，根据情况送交最高民事法院或北爱尔兰高等法院。

(3) 诉讼被移交至最高民事法院或北爱尔兰高等法院的，移交前后的所有诉讼费用均应由被移交的法院裁量。

(4) 诉讼由最高民事法院或北爱尔兰高等法院移交至高等法院的，适格官员应当通知当事人，如果其已经依据规则6.2中规定的高级法院传唤令开始了诉讼程序，则该诉讼程序应当继续进行。

临时指令

6.13 紧急情况下，法令第5条或第19条中的临时指令申请可由单方当事人通过誓证提出；除此之外，申请应通过传票提出。

获得经认证的决定副本

6.14 意图在英国之外的缔约国依海牙公约之规定提出申请的人，应当使法庭有权获得有最高法院封印的、由高等法院做出的、并与申请中的相关儿童有关的命令的官方副本。

已登记决定的撤销和变更

6.15—(1) 本条适用于已经按法令第16条予以登记、但随后被做出决定的缔约国的权力机构变更或撤销的决定。

(2) 一旦对已撤销决定注销登记，法庭即应通知—

(a) 抚养儿童的出席法庭的人；

(b) 以其名义申请命令登记的人；

(c) 申请中的其他当事人。

(3) 一旦被通知决定变更，法庭即应通知—

(a) 抚养儿童的出席法庭的人；

(b) 登记变更决定申请中的当事人;

上述人员可以在诉讼中通过传票申请登记决定,以便在登记变更前向法庭提出抗议。

(4) 任何与该事项有利害关系的出席法庭的人,可以在登记决定的诉讼中通过传票申请注销或变更登记。

信息披露命令

6.16 依欧洲人权公约之规定,在诉讼的任何阶段,如果法庭有理由相信某人知晓与作为诉讼主体的儿童相关的信息,则法庭可以命令此人披露该信息,并且可以为此命令此人出席法庭或提交誓证。

注释

[45] 1985 c. 60.

[46] S.I. 1965/1776.

[47] 第 20 (2) 条已被 1986 年家庭法法案附表 1 第 21 款修正。

[48] 1968 c. 49.

第七章 命令的执行

第一节 一般规定

给付金钱命令的执行等

7.1—(1) 在家事诉讼中,(向任何人)给付金钱命令的执行程序启动之前,应当提交一份誓证,证实命令中的应付数额,并列明如何计算得出该数额。

《郡法院规则》25 号令,规则 11 (关于郡法院执行高等法院判决的问题)所适用的案件中,本款要求在誓证中载明的信息,可依照上述规则于提交的誓证中提出。

(2) 除地方初审法官准许外,不得在变更命令申请未决的情形下签发财物扣押令或执行令以执行(依据辅助救济令或者 1973 年法[49]第 27 条中的命令)一定数额金钱的给付。

(3) 如果签发执行令以执行主要登记处未决(郡离婚法院认为是未决的)家事诉讼中做出的命令,则已签发的执行令中所涉及的动产,无论其所在何处,按照 1984 年郡法院法[50]第 103 条的规定,均被视为超出主要登记处的管辖权范围。

(4) 1971 年收入扣押法[51]和郡法院规则命令 27 (关于收入扣押问题),与适用于郡离婚法院做出的命令的执行同样,也适用于主要登记处未决(郡离婚法院认为是未决的)家事诉讼中做出的命令的执行。

(5) 如果郡法院规则命令 25 规则 3 (关于对判决书中的债务人的口头讯问)中的申请,与郡离婚法院做出的命令相关,则—

(a) 该申请应当向申请人认为距离债务人居住地或营业地最近的郡离婚法院提出。

(b) 本条第 (1) 款所要求的誓证应当与申请一起提交,除非申请向做出(被申请执行的)命令的法院提出,命令的副本应被提交作为誓证的证明;

上述规则 3 中第 (2) 款的规定不适用。

拘押和禁令

7.2—(1) 根据最高法院规则命令 52 规则 6 (除特定案件外,对拘押令申请须公开审理),在高等法院的未决家事诉讼中,拘押令申请应当通过传票提出。

(2) 如果没有法官方便审理该申请,则在不违反郡法院规则命令 29 规则 3 (2) (特定情形下授予地方初审法官以管辖权)的前提下,下列申请—

(a) 申请释放被拘押人,或 (b) 申请撤销法官准许的禁令,

可以向地方初审法官提出,如果事态紧急并且对诉讼有利,地方初审法官可就该申请做出(法官在同样情况下可能会做出的)命令。

(3) 在主要登记处未决(郡离婚法院认为是未决的)家事诉讼中,如果拘押监禁某人的命令已经做出或签发,则无论此人所在何处,按照 1984 年郡法院法[52]第 122 条的规定,其均被视为超出主要登记处的管辖权范围;但是,如果拘押不能遵从禁令的期限,则在法官指令下,该命令可由任意郡法院辖区的法警执行。

(4) 依据 1984 年郡法院法[53]第 118 条,申请在王座法院审理家事诉讼的,法警应被视为法院的官员。

郡法院命令移交至高等法院

7.3—(1) 希望将郡离婚法院在家事诉讼中做出的命令(定期付款令或定期付款欠款收回令除外)移交至高等法院的人,应当通过誓证向法庭提出单方申请,该誓证应当载明命令中的应付数额,申请一经提出,移交即为有效。

(2) 命令被移交的,其效力不变,且其适用与高等法院命令同样的诉讼程序。

注释:

[49]第 27 条被 1973 年居籍与婚姻诉讼法(c.45)第 6 (1) 条,1978 年国内诉讼与治安法院法(c.22)第 63 条、第 89 (2)



条和附表3, 1984年婚姻与家事诉讼法(c. 42)第41条、第46(1)条和附表1第12款, 以及1987年家事法律改革法(c. 42)附表2第52款所修正。

[50] 1984 c. 28.

[51] 1971 c. 32.

[52] 1984 c. 28.

[53]第118(1)(i)条被1986年成文法(废除)法(c. 12)附表1第I章部分废除。

## 第二节 司法传讯

### 一般规定

7.4—(1) 在本章节中, 除非文意另有所指—

“命令”是指家事诉讼中做出的给付金钱命令;

“判决债权人”是指有权执行1869年债务人法[54]第5条中命令的人;

“债务人”是指命令中承担义务的人;

“司法传讯”是指上述第5条中的传讯, 即要求债务人出庭并在法庭宣誓后就其收入接受审查。

(2) 申请可通过以下方式进行—

(a) 如属高等法院的命令, 可以向主要登记处、区登记处或郡离婚法院三个机构中判决债权人认为最方便的机构申请签发司法传讯;

(b) 如属郡离婚法院的命令, 可以向判决债权人认为最方便的郡离婚法院申请签发司法传讯, 不论哪种情形, 均需考虑的是债务人的居住地或营业地, 而不论命令由哪一个法院或登记处做出。

(3) 申请签发司法传讯的, 应当提交一份按格式M16制作的请求书和按照规则7.1(1)的要求制作的誓证, 除了向做出命令的登记处或郡离婚法院提出申请的情形外, 还须提交一份命令副本作为誓证的证明。

(4) 如果债务人不履行(基于一个与监禁令相关的先前司法传讯而做出的)监禁令中的债务, 则未经法官准许不得签发司法传讯。

(5) 每份司法传讯均应按照格式M17制作, 并且应于审理日的至少10日前(以私人送达方式)送达债务人, 送达之时, 应当向债务人支付一定数额(合理限度内足够其往返传讯法院)的金钱。

(6) 郡法院规则命令28规则3(涉及连续司法传讯的签发)应当适用于司法传讯, 无论是高等法院还是郡离婚法院签发的司法传讯, 但是同上述规则3不适用郡法院规则第7号令, 规则19(2)一样。

(7) 即使判决债务人自原司法传讯签发后即停止在格式M16中记载的地址居住或营业, 仍可签发连续的司法传讯。

(8) 如果申请人已经在同样的但为了不同人的利益而提出的申请中获得了—

(a) 其有权代表任一判决债权人发出与这些命令有关的司法传讯, 而(如果判决债权人是儿童)无需获得准许作为该儿童的次代理人。

(b) 只能发出一份与这些命令有关的司法传讯。

(9) 在司法传讯的审理中—

(a) 如果是关于一次性付款条款或费用的命令, 或者

(b) 如果是关于在诉讼未决期间提供赡养费的命令或其他定期付款命令, 并且在法官看来该命令本应变更或中止假如债务人已经为此而提出申请,

以上两种情形下, 法官可以根据原命令做出一份有关(或在指定期间内给付或分期给付)应付数额及司法传讯费用的新命令。

(10) 如果法官做出命令或拘押令, 则在债务人向判决债权人(在支付了原命令中增加的数额外)给付了应付数额及司法传讯费用(不论是在指定期间内给付还是分期给付)的情况下, 其可以指令中止执行该命令或拘押令。

(11) 除非法官另有指令, 新命令或拘押令中的所有给付均应向判决债权人做出。

(12) 如果拘押令依据第(10)款而中止执行, 则—

(a) 依据该命令所做的所有后续给付应当视为, 首先, 原命令下偶尔增加的数额的偿还; 其次, 与签发司法传讯和传讯费用相关的债务的偿还;

(b) 《郡法院规则》28号令, 规则7(4)和(5)(关于再次中止的申请)应当适用于该命令, 不论其在高等法院还是郡离婚法院做出;

(c) 直到判决债权人提交了债务人不履行债务的誓证, 该命令才可签发。

### 在高等法院进行司法传讯的特别规定

7.5—(1) 《最高法院规则》38号令, 规则2(3)(在特定案件中可通过誓证方式提供证据)应当适用于在高等法院签发的司法传讯, 如同适用于高级法院传唤令。

(2) 证人可被传唤对债务人的收入提供证明, 传唤的方式与证人在案件审理时被传唤作证的方式相同, 传唤令可由签发司法传讯的登记处签发。

(3) 债务人出庭的，向其支付的旅费可被准许作为证人费用（如果法官做出此种指示），但是债务人出庭且拘押令未做出的，法官可以用抵消其他费用的方式向债务人支付适当费用（包括所损失时间的补偿），如同法庭审理时被告出庭的情况一样。

(4) 做出新命令或者拘押令的，签发司法传讯的登记处的适格官员应当通知债务人，如果原命令是由另一个登记处做出的，则须通知该另一登记处的适格官员。

(5) 拘押令应当指令法警负责执行，或者交由（债务人在其辖区内的）郡法院的适格官员，由助理法警执行。

(6) 除非法官另有指令，判决债权人所支付的司法传讯费用及其附加费用，应当根据最高法院规则命令 62 规则 7(4) 予以确定，并且应当免税。

(7) 如果法官指令对判决债权人所支付的司法传讯费用及其附加费用予以征税，则最高法院规则命令 62 应当对必要调整的费用有效。

在郡离婚法院进行司法传讯的特别规定

7.6—(1) 《郡法院规则》25 号令，规则 3, 4 和 11（关于对债务人进行口头审问以及在郡法院执行高等法院的命令）和命令 28 规则 1, 2, 3(2), 7(3)和 9(2)（关于在郡法院签发司法传讯及后续程序）不适用于在郡离婚法院签发的司法传讯。

(2) 郡法院规则命令 28 规则 9(1)（与在郡法院根据高等法院的判决或命令审理的司法传讯有关）应当适用于此类传唤：以“任何其他法院”一词替换“高等法院”一词（在其首次出现时），而以“该其他法院”一词替换“高等法院”（在其再次出现时）一词的情况下的传唤。

(3) 郡法院规则命令 28 规则 7(1)和(2)（与拘押令的中止执行有关）应当适用于本规则中规则 7.4（10）和（11）项下的传唤。

注释：

[54] 1869 c. 62.第 5(b)条被 1883 年破产法(c. 52)废止，附表 5 第 5 条被 1956 年审判管理法第 40 条(c. 46)扩展，被 1970 年审判管理法第 11 条(c. 31)限制。

### 第三节 羁押令的登记和执行

依据 1986 年家庭法法案[55]的登记

7.7—(1) 本章节中，除非文意另有所指—

“适格法院”，是指（与苏格兰有关的案件中）苏格兰高等法院和（与北爱尔兰有关的案件中）北爱尔兰高等法院；

“首席书记官助理”是指法庭的首席书记官助理；

“第 I 章命令”是指 1986 年法第 I 章中的命令；

主审法官是指北爱尔兰高等法院（监护）的主审法官。

“登记”是指依照 1986 年法第 I 章所进行的登记，“做登记”和“经登记的”也应据此做相应解释。

(2) 依照法案第 27(4)和 28(1)条，法定官员应当是主要登记处家事诉讼部的主书记官，1986 年法第 27(3)和 28(1)条中的法庭职能应当由适格官员履行。

“第 I 章命令”英文登记申请

7.8—(1) 按照 1986 年法第 27 条申请登记高等法院做出的第 I 章命令，应当在主要登记处或区登记处提出，根据情况提交该命令的认证副本，和变更原命令的命令的副本，以及一份申请人用以支持其申请的誓证及其副本。

(2) 按照 1986 年法第 27 条申请登记郡法院做出的第 I 章命令，应当在该法院提交一份该命令的经认证副本，和变更原命令的命令的经认证副本，以及一份支持该申请的誓证及其副本。

(3) 上述第（1）和（2）款中用以支持申请的誓证应当列明—

(a) 申请人的姓名和地址，及与该命令的利害关系；

(b) 与该命令相关的儿童的姓名和出生日期，其下落或可疑下落，以及被指称与该儿童一起的人的姓名；

(c) 其他与该命令有利害关系的人的姓名和地址，以及是否已向其送达该命令；

(d) 是否将该命令在苏格兰或北爱尔兰或同时在该两个辖区进行登记；

(e) 申请人有最充分理由相信，该命令具有法律效力；

(f) 该命令是否已经登记，若已登记，在何处登记；以及

(g) 申请人所知的任何对该儿童有影响的、并且在第 I 章命令将要登记的辖区内有有效力的命令的细节，与申请有关的所有文件均应提交，以作为誓证的证明。

(4) 如果第（1）和（3）款或者第（2）和（3）款中的文书根据情况被送至适格法院，则适格官员应当—

(a) 保留原始誓证，并根据情况将其他文书送交首席书记官助理或者主事官；

(b) 将文书送交的事实记入法庭笔录；以及

(c) 将这些文书的副本存卷归档。

(5) 自收到适格法院第 I 章命令的登记通知之时，适格官员应将命令登记的事实记入法庭笔录。

(6) 如果适格官员认为第 I 章命令已经失效或者该儿童已满 16 岁, 则其应当拒绝向适格法院送交文书, 并且应当在拒绝之日起 14 日内将该拒绝决定及拒绝的理由通知申请人。

(7) 如果适格官员拒绝送交文书至适格法院, 则申请人可以向内庭法官申请命令将这些文书(或其中的任何文书)送交适格法院。

苏格兰和北爱尔兰命令的登记

7.9 自收到在苏格兰或北爱尔兰做出的登记命令的经认证副本之时, 法定官员应当—

(a) 在登记簿中记载该命令的下列细节—

(i) 申请人的姓名和地址, 及与该命令的利害关系; (ii) 儿童的姓名和下落或可疑下落, 出生日期, 及其满 16 岁的日期; (iii) 命令的条款, 做出该命令的日期和法院;

(b) 将命令的经认证副本和随附文书存卷归档;

(c) 向发送经认证副本的法院和登记申请人通知该命令已被登记。

英文命令的撤销和变更

7.10—(1) 如果登记于适格法院的第 I 章命令被撤销或变更, 则做出撤销或变更命令的法院的合适官员应当—

(a) 根据情况向首席书记官助理或主事官送交一份该命令的经认证副本, 并将其送至做出第 I 章命令的法院(如果该法院不同于做出撤销或变更命令的法院), 以备其归卷存档;

(b) 将送交的事实记入法庭笔录; 以及

(c) 将命令的副本归卷存档。

(2) 自收到修正登记的适格法院发出的通知之时, 做出第 I 章命令的法院和做出撤销或变更命令的法院中的适格官员应当各自记录修正的事实。

已废除、撤销或变更的苏格兰或北爱尔兰命令的登记

7.11—(1) 自收到在苏格兰或北爱尔兰做出的废除、撤销或变更已登记的第 I 章命令的命令的经认证副本之时, 适格官员应根据情况在登记簿中记载废除、撤销或变更的细节, 并将该登记通知下列机构和人员—

(a) 发送经认证副本的法院,

(b) 做出第 I 章命令的法院(如果其不同于(a)项中的法院),

(c) 登记的申请人, 以及

(d) 请求废除、撤销或变更命令的申请人(如果其不同于(c)项中的申请人)。

(2) 1986 年法第 28 (2) 条中的申请应当通过传票提出, 并且可由地方初审法官进行审判。

(3) 如果第 I 章命令的申请人不是 1986 年法第 28 (2) 条中的申请人, 则其应作为申请的被告。

(4) 如果法院依职权或者依第 (2) 款中的申请取消登记, 则适格官员应当相应地修正登记, 并将该修正通知做出第 I 章命令的法院。

临时指令

7.12—(1) 1986 年法第 29 条中的临时指令申请可由地方初审法官进行审判。

(2) 执行程序的当事人和第 I 章命令的申请人(如果其不是当事人), 应当作为申请的当事人。

执行程序的中止和驳回

7.13—(1) 1986 年法第 30 (1) 或 31 (1) 条中的申请可由地方初审法官进行审判。

(2) 被请求中止的执行程序的当事人, 和第 I 章命令的申请人(如果其不是当事人), 应当作为上述两条之一的申请的当事人。

(3) 如果法庭依据 1986 年法第 30 (2) 或 (3) 或 31 (2) 条做出命令, 则适格官员应当相应地修正登记, 并且应当将该修正通知做出第 I 章命令的法院以及登记申请人、执行申请人和中止或驳回执行程序的申请人。

其他诉讼程序的特别规定

7.14 第 I 章命令或与第 I 章命令相关的诉讼程序中的当事人, 如果其知晓与相关儿童有关的其他诉讼程序(包括超出管辖权的诉讼程序和已经终结的诉讼程序), 则其应当提交一份誓证, 该誓证应当载明—

(a) 该其他诉讼程序在哪一个辖区和法院提起;

(b) 该诉讼程序的性质和现状, 及所请求或获得的救济;

(c) 该诉讼程序的当事人的姓名, 及其与儿童的关系; 以及

(d) (适当的且其所知晓的) 在第 I 章命令或与第 I 章命令相关的诉讼程序中所请求的救济没有在其他诉讼程序中提出的理由。

登记查阅

7.15 下列人员—

(a) 已登记的第 I 章命令的登记申请人; (b) 地方初审法官认为与第 I 章命令有利害关系的人; 以及 (c) 获得地方初审法官准许的任何人,

可以查阅登记簿中与该命令有关的记录，并且可以获得该命令和任何相关文书的复印件。

注释：

[55] 1986 c. 55.

## 第八章 上诉

对地方初审法官的裁判提起的上诉

8. 1—(1) 除第2款适用的情形外，任何一方当事人均可对郡法院家事诉讼程序中地方初审法官所做出的命令或判决向上诉法官提起上诉；下列情形—

(a) 《郡法院规则》第13号令，规则1(10) (该条款授权法官变更或撤销地方初审法官在诉讼程序中做出的命令)。  
(b) 《郡法院规则》第37号令，规则6 (该条授权对地方初审法官的判决或终局裁判向法官提起上诉的权利) 不应适用于该命令或判决。

(2) 任何准许或变更 (或者拒绝准许或变更) 下列命令的命令或裁判—

(a) 对辅助救济申请所做的命令，或者  
(b) 适用规则3.1, 3.2, 3.3, 3.6 或 3.8 的诉讼程序中做出的命令，

应当被视为依据《郡法院规则》第37号令规则6而做出的最终命令。

(3) 审理针对上述第(2)款事项而提起的上诉案件时，法官可行使其自由裁量权以撤销地方初审法官的裁判。

(4) 除非法庭另有命令，本条中的通知必须于被上诉的命令或裁判做出之日的14日以内发出，并且于上诉听审之日的至少14日前送达。

(5) 除非法官另有指令，本条中的上诉听审应当在法官办公室进行。

(6) 除非法庭另有命令，本条中的上诉不得影响被上诉的命令或裁判的诉讼程序。

依据《1978年家事诉讼和治安法院法》[73]提起的上诉

8. 2—(1) 依照下述第(9)款，任何根据《1978年家事诉讼和治安法院法》向高等法院提起的上诉均应由家事法庭的分区法庭进行审理，并且应当向主要登记处提交三份动议通知书副本进行登记。

(2) 在被上诉命令做出后6周以内，应当送达通知书并进行上诉登记。

(3) 动议通知书的送达应依照《最高法院规则》第65号令规则5的规定进行。

(4) 除非另有指令，上诉人应在于上诉登记时或其后尽快向主要登记处提交—

(a) 传票和被上诉命令以及中止执行命令的三份经认证的副本，

(b) 三份书记员证据笔录副本，

(c) 三份法官裁判理由副本，

(d) 动议通知书已按时送达书记员与上诉所涉及的每位当事人的证明，

(e) (如果动议通知书中包括一份延期上诉的申请) 上诉人的律师提供的证明 (及副本)，或者 (如果上诉人亲自诉讼) 上诉人列明延期理由及相关日期的证明 (及副本)。

(5) 如果书记员未制作证据笔录，则法庭可以依据治安法庭上提出的在其看来足够充分的其他证据或陈述，对上诉案件进行审理和判决。

(6) 法庭可不予准许仅仅基于错误指令或不恰当的证据接收 (或拒绝接受) 而提起的上诉，除非法庭认为其已引致了实质性错误或审判不公。

(7) 地方初审法官可以驳回本条中欠缺起诉的上诉，或者在征得各方当事人同意下驳回上诉或准许撤回上诉，并处理因驳回或撤回上诉而引发的费用问题。

(8) 与本条中的上诉相关联的或依据本条中的上诉而提出的中间申请，可由一名法官独任审判。

(9) 如果本条中的上诉仅针对命令中周期性付款或一次性付款的数量，则除非院长另有指令，应由一名法官独任审判，并且在该情形中—

(a) 第(1)款和第(4)(a)(b)和(c)项中提及的三份文书副本，在本款情形中只需提交一份；

(b) 当事人可以书面同意或者院长可以指令在离婚城镇审判该上诉案件。

注释

[73] 1978 c. 22.

## 第九章 无行为能力

第九章释义与适用

9. 1—(1) 在本章中——

“精神病人”，依照《1983年精神健康法》[74]，是因精神错乱而不能支配和管理自己的财产和事务的人；

“无行为能力人”是指未成年人或精神病人。

“第七章”是指《1983年精神健康法》第七章。

(2) 凡涉及未成年人的, 本规则本章中的条款不适用于《1989儿童法》[75]第41(6)条规定的特别诉讼程序, 而对于与特别诉讼程序合并进行的诉讼, 根据儿童法第41条和本规则第七章之规定, 本章条款应当有效。

无行为能力人必须通过次代理人提起诉讼等

9. 2—(1) 无行为能力人可以通过次代理人提起家事诉讼, 也可以通过其诉讼监护人提出辩护, 除本条另有规定外, 诉讼监护人不必由法庭指定。

(2) 任何人均不得在诉讼中担任无行为能力人的次代理人, 除非其为政府律师或者第(7)款中规定的文件已被提交。

(3) 依第七章之规定被授权以精神病人名义或代表该精神病人实施诉讼行为的人, 依照第(4)款, 有权在其被授权的家事诉讼程序中担任该精神病人的次代理人或者诉讼监护人。

(4) 如果在家事诉讼中有权辩护的人是精神病人, 并且没有第七章所授权的人以该精神病人名义或代表该精神病人进行辩护, 则—

(a) 由政府律师(若其同意)担任该精神病人的诉讼监护人, 但是在诉讼的任何阶段, 均可申请指定其他人作为诉讼监护人, 该申请应在至少4日前通知政府律师。

(b) 在其他情形下, 可以代表精神病人提出指定诉讼监护人的申请; 并且, 依据本款规定提出申请的, 应当提交第(7)款规定的文件。

(5) 如果诉状、答辩书、原始申请书或原始传唤令已经送达有合理根据确信为无行为能力的人, 并且未以该无行为能力人的名义发出预期答辩通知、做出答辩或在已提交的答辩书中宣誓, 则请求送达文书的那方当事人, 在诉讼中采取进一步措施之前, 应当向地方初审法官提出关于是否指定诉讼监护人代理该无行为能力人进行诉讼的申请, 对于该申请, 如果地方初审法官认为对保护受送达的无行为能力人为必要, 则可做出命令, 指定适当人选担任其诉讼监护人。

(6) 不得由无行为能力人或以无行为能力人的名义发出预期答辩通知、对该通知进行答辩或在已提交的答辩书中宣誓, 除非发出通知或提交答辩或宣誓的人是下列人员—

(a) 是政府律师, 或者(在第(4)款适用的情形中)是政府律师或被法庭指定的诉讼监护人;

(b) 在其他情形下, 是已经提交了第(7)款规定的文件的人。

(7)第(2), (4)和(6)款中所指的文件是—

(a) 由被提名的次代理人或诉讼监护人代理诉讼的书面同意书;

(b) 如果无民事行为能力人是精神病人, 且被提名的次代理人或诉讼监护人依第七章之规定被授权以精神病人的名义或代表精神病人进行诉讼, 则该文件是, 经保护法庭封印的命令的官方副本或依第七章做出的其他授权书的官方副本。

(c) 无行为能力人的代理律师所出具的有关下列事项的证明, 但被提名的次代理人或诉讼监护人享有(b)项中授权的除外—

(i) 证明其知晓或相信与此证明相关的人是未成年人或精神病人, 如果此人是精神病人, 则须列明其知晓或相信该无行为能力人是精神病人的理由, 以及列明无人获得上述授权;

(ii) 证明中被提名作为次代理人或诉讼监护人的人与本案无利害关系, 或在无行为能力人不利的争议事项中无利害关系, 且其是次代理人或监护人的适当人选。

送达至无行为能力人

9. 3—(1) 如果规则2.9中规定的文书被要求送达该规则定义的无行为能力人, 则应通过如下方式送达—

(a) 对于非精神病人的未成年人, 应向其父亲或监护人送达, 如其无父亲或监护人, 则应向与其同住的人或保护其的人送达; (b) 送达精神病人的一

(i) 应当向经第七章授权以精神病人名义或代表精神病人进行与所送达文书相关的诉讼的人送达;

(ii) 如果无人获此授权, 则应向政府律师(如果其已同意依规则9.2(4)之规定担任该精神病人的诉讼监护人)送达;

(iii) 在其他情形下, 则应向与精神病人同住的人或保护精神病人的人送达;

如果法庭命令已经或将要向无民事行为能力人或第(a)、(b)项提及的人以外的其他人送达的文书被视为按时送达无行为能力人。

(2) 文书依照第(1)款被送达的, 应当以符合M24格式的通知予以认可; 文书送达之后, 除非政府律师是无行为能力人的诉讼监护人或法庭另有指令, 请求送达文书的人应当提交一份由文书受送达人作出的宣誓书, 该宣誓书应列明无论文书内容还是文书意图均已传达给无行为能力人, 如果没有传达, 则须列明理由。

以精神错乱为由的无效申请

9. 4—(1) 基于被告在婚姻存续期间患有《1983年精神健康法》规定的或不适宜结婚的精神错乱, 而已经提出无效申请的, 则无论被告是否发出预期辩护通知, 未经地方初审法官许可, 申请人不得继续进行诉讼。

(2) 审理申请的地方初审法官, 可在有适当人选被指定为被告的诉讼监护人的条件下, 准许该申请。

儿童的分别代理

9. 5—(1) 在不违反规则2.57的前提下, 如果在家事诉讼中法庭认为儿童应当被分别代理的, 法庭可以指定—

- (a) 政府律师，或者
- (b) 其他适当人选，  
(两种情形均要经其同意)担任该儿童的诉讼监护人，授权其代表儿童参与诉讼。
- (2) 第(1)款中的命令，法庭可依职权做出，或者依一方诉讼当事人或被提名的诉讼监护人的申请做出。
- (3) 法庭可在任何时候指令当事人提出第(1)款命令的申请，并且可以推延诉讼直至该申请被提出。
- (4) 除非另有指令，在提出第(1)款命令的申请时，申请人应当——
- (a) 提交一份被提名的监护人同意其提出该申请的书面同意书，除非申请人就是被提名的诉讼监护人；
- (b) 除非被提名的诉讼监护人是政府律师，应提交一份律师证明，证明被提名的监护人在诉讼中其利益与该儿童不相冲突，并且是监护人的适当人选。
- (5) 除非另有指令，依照本条或规则 2.57 被指定在家事诉讼中担任儿童的诉讼监护人的人，在本规则有关向诉讼当事人送达文书或发出通知的条款中，应当被视为当事人。

---

#### 注释

[74] 1983 c. 20.

[75] 1989 c 41.

### 第十章 通常程序

#### 申请

10.1 本章各条款适用于所有的家事程序，但根据本规则其他任何章之条款产生效力。

#### 送达至律师

10.2—(1) 本规则要求送达文书至任何由律师代理诉讼之人的，则根据任何其他指令或命令，送达应通过如下方式产生效力——

(a) 由第一级邮政送达文书至律师地址处；或者

(b) 上述地址包括文书交换处编号邮箱的，则在该文书交换处或在每个工作日传送文书至该文书交换处的文书交换处；或者

(c) FAX (《最高法院规则》第 1 号令，第 4 规则第 1 款规定的与《最高法院规则》第 65 号令，第 5 规则第 2B 款各项规定一致) [76]

(2) 依第 1 项 b 目之规定在文书交换处留置的任何文书应被视为已经在文书被留置当日后的第二日被送达，除非相反情况被证明。

(3) 无其他送达方式被限定、指定或命令的，送达可以通过在律师地址处留置文书的方式附带产生效力。

#### 送达至自诉人

10.3—(1) 根据第 3 项规定和任何其他指令或命令，要求送达文书至任何自诉之人的，则送达应通过此方式产生效力，由第一级邮政将文书送至该自诉人给出的地址处，或如其尚未给出送达地址的则送至最后知道的地址处。

(2) 根据第 3 项之规定，无其他送达方式被限定、指定或命令的，则送达可以通过将文书交付给其本人或将文书留置在第 1 项所明确指定的地址处的方式附带产生效力。

(3) 郡法官认为将文书交付给被送达之人是不切实际的且如果文书被留置在或由邮局送至第 1 项明确规定的地址处则自诉人不可能收到该文书的，郡法官可以免除文书送达。

#### 在主要登记处进行的诉讼中的执达官送达

10.4 在主要登记处待决的在郡离婚法院亦被视为待决的任何诉讼程序中，由执达官送达文书的，则文书应被送至文书应被送达的地区范围内的地方法院的有关官员。

#### 法庭官员送达证明等

10.5—(1) 法庭官员将诉状送至任何人的，应在法庭记录里注明邮寄日期。

(2) 未违反《1984 年郡法院法案》[77]第 133 条之规定(送达传票的证明等)根据第 1 项之规定做出的记录应作为所陈述事实的证据。

(3) 法庭已经授权公告通知取代送达且公告已经由非有关官员之人刊登的，则应提交包含该公告的报纸副本。

#### 英格兰和威尔士之外的送达

10.6—(1)在英格兰和威尔士之外可以未经许可送达家事诉讼程序中的任何文书或者以规则限定的方式或者通过——

(a) 诉讼程序在高等法院待决的，则按照《最高法院规则》第 11 号令，第 5 和第 6 规则(关系令状的域外送达)；或者

(b) 诉讼程序在郡离婚法院待决的，则按照《郡法院规则》第 8 号令，第 8 至 10 规则(关系传票的域外送达)。

(2) 按照《最高法院规则》第 11 号令，第 5 和第 6 规则送达文书的，该规则以及上述 11 号令第 8 规则(处理国务大臣承担费用)应在关于文书送达时产生效力同其关于令状通知送达时产生效力一样，但如果文书被亲自送达，上述第

5 规则第 5 项所提及的官方送达证明应表明送达者知晓被送达人身份之方法的除外。

(3) 按照《郡法院规则》第 8 号令，第 8 至 10 规则之规定送达文书的，此规则应经如下修改产生效力——

(a) 只要按照送达生效地法律之规定送达了文书的则文书无需被亲自送达至要求被送达之人；

(b) 如文书被亲自送达的，则关于上述第 10 规则第 6 项所提及之送达的官方证明或声明应表明送达者知晓被送达人身份的方法；以及

(c) 上述第 10 规则第 7 项中“或者以传呼不出庭者传票必须送达的方式”的表述应予忽略。

(4) 诉状应被送达至在英格兰和威尔士域外的人的，则——

(a) 应确定此人必须给出辩护意图通知的时限，并考虑到依《最高法院规则》第 11 号令，第 4 规则第 4 条之规定（要求作出许可管辖权之外送达令状限定出庭时间之命令）采用的惯例以及 M5 格式的通知应随后加以修改。

(b) 如不是按照《最高法院规则》第 11 号令，第 5 和第 6 规则，或者《郡法院规则》第 8 号令，第 8 至 10 规则送达诉状，且有合理理由相信被送达之人不懂英语的，则诉状应附带翻译，郡法官许可的使用送达生效国官方语言的 M5 表格通知，或者如果该国有两种以上的官方语言，采用送达生效地适用的语言；但此附加项不应当适用于被送达国的官方语言或官方语言之一是英语的文书。

(5) 明确规定有听审日期的文书在英格兰和威尔士之外送达的，应确定日期并考虑如果文书是诉状，应依第 4 项之规定被限制给出辩护意图通知的时间。

给出通知的方式

10.7 除非另有指令，否则这些规则要求的送至任何人的任何通知应以书面形式且可以根据《最高法院规则》第 65 号令，第 5 条之规定有效送达的方式给出。

辩护意图通知

10.8—(1) 本规则中对答辩意图通知的任何裁定是 M6 表格形式的送达认收书的裁定包含具有由某人或代表某人签署的意图在与认收书相关的诉讼程序中作辩护效力的声明，以及任何给出辩护意图通知的裁定是向法庭办公室返还此通知的裁定。

(2) 对于任何文书应被送达至的要求或授权送达认收书返还至法庭办公室的人，本规则中裁定给出辩护意图通知时限的裁定为——

(a) 送达文书后七日，依本规则第 11 章就诉状作辩护意图通知的情形下，以及

(b) 在任何其他情形，14 日或确定的其他时间。

(3) 依照第 2 项之规定的人可以给出辩护意图通知尽管他已经将不构成此通知的送达认收书返还至法庭办公室。

提出申请的方式

10.9 除这些规则，或者这些规则适用的任何规则，另有规定之外，家事诉讼程序中的每个申请——

(a) 应向地方初审法官提起；

(b) 如果诉讼程序在高等法院待决的，则应通过传票作出，或者，如果诉讼程序在郡离婚法院待决的，则根据《郡法院规则》第 13 号令，第 1 条（处理诉讼程序中的申请）之规定作出。

家事诉讼程序的移送令

10.10—(1) 案件在高等法院待决的，待决该案件的登记处的郡法官或者法官可以命令移送案件至其他登记处。

(2) 案件在郡离婚法院待决的，法庭可以命令移送案件至其他郡离婚法院。

(3) 第 1 项和第 2 项应适用于案件中的申请同其适用于案件一样；但是视情形而定，在作出移送申请的命令之前法庭应考虑根据第 1 项或第 2 项之规定移送案件是否更便利。

(4) 法庭不应该根据第 1, 2 或 3 项之规定作出命令，或者是其自己的申请或者按照任何一方当事人的申请，除非当事人或者——(a) 有针对争议被听审的机会，或者 (b) 同意此命令。

(5) 当事人，或任何一方当事人，要求审理移送问题的，则法庭应向当事人给出日期、时间和审议问题地点的通知。

(6) 第 4 项和第 5 项经必要修正应适用于《1984 年法案》第 38[78]或 39 条规定的家事诉讼程序中的移送令，同其适用于本条第 1 项或第 2 项规定的命令一样。

(7) 法庭依《1989 年儿童法案》[79]附表 11 第 1 章之规定作出的任何命令的各条款做出第 1, 2 或 3 项规定的移送命令的，第 4 项和第 5 项之规定不应适用。

案件或申请移送的程序

10.11—(1) 任何案件或申请被命令从某一法院或登记处移送至另一法院或登记处的，首次提到的法院或登记处的有关官员应向当事人给出移送通知，另有指令的除外。

(2) 此规则中的任何条款，或者在任何按照这些规则作出的命令或给出的通知中，对于郡离婚法院和高等法院之间的诉讼程序移送，与移送令之后在主要登记处继续进行的诉讼程序相关的，应被视为——

(a) 就从高等法院移送至郡离婚法院而言，关于诉讼的条款被视为在郡离婚法院待决，以及

(b) 就从郡离婚法院移送至高等法院而言，诉讼的条款不再被视为在郡离婚法院待决。

(3) 按照此规则从郡离婚法院移送至高等法院的诉讼，除非移送令另有指令，否则应该在距移送案件的郡离婚法院最近的登记处进行诉讼程序，但是本项中没有任何规定应侵犯根据这些规则命令移送诉讼至另外的登记处的职权。

宣誓陈述书提供的证据

10.12 按照作出的任何申请——

(a) 在郡法院，由原始申请或依据《郡法院规则》第13号令，第1条（处理诉讼进行中的申请），或者

(b) 在高等法院，通过原始传票、通知或提议，

除非另有规定或法庭另有指令，否则证据可以通过宣誓陈述书给出，但是法庭可以根据任何一方当事人之申请命令作出任何此宣誓陈述书的人出庭接受询问；在已经作出该命令之后，此人未出庭时，未经法庭许可其宣誓陈述书不应被当作证据使用。

郡法院诉讼中宣誓陈述书的采信

10.13 关系待决的家事诉讼程序或在郡离婚法院被视为是待决的，1984年郡法院法案之第58条第1款应有效力如同c项之后插入以下的表述——

或者

(d) 主登记处的郡法官；或者

(e) 任何由庭长依据《1989年宣誓公证人法案》[81]第2条之规定授权的主要登记处的官员；或者

(f) 王座法院的办公室的书记员被授权采信宣誓陈述书以实现在最高法院进行诉讼之目的。

在英格兰和威尔士之外的婚姻证据

10.14—(1) 英格兰和威尔士之外的婚姻仪式和根据婚姻缔结地国之法律规定的婚姻仪式的效力，在任何未对婚姻的存在和效力提出质疑的家事诉讼程序里，可以由结婚双方当事人中一方的证据和具有以下意义的文书证明——

(a) 结婚证或者类似的根据该国有效的法律之规定发出的文书；或者

(b) 该国的有效法律规定的记载在结婚登记册上的经验正的副本。

(2) 根据第1项之效力规定制作的文书未使用英文的，除非另有指令，否则该文书应由公证人公证了的翻译文本或鉴定了的宣誓陈述书补充。

(3) 本规则不应被视为排除与1933年证据[82]（国外的、本土的和殖民地证明）法案相一致的婚姻证明或者以任何其他经授权的除本规则之外的方式作出的婚姻证明。

诉讼的官方速记笔录等

10.15—(1) 除非法官另有指令，否则官方速记笔录应在公开法庭审理高等法院待决之案件时记录下诉讼程序。

(2) 如司法大臣给出记录此笔录之指令的，则官方速记笔录可以在法官或郡法官面前记录下任何其他诉讼程序。

(3) 速记员应在笔录上签字并证明是正确的诉讼程序速记笔录，并且应该保留该笔录除非郡法官指令其将笔录递给法庭。

(4) 按照上述指令，速写令应向法庭提供被指令的速写笔录的全部或者部分的记录副本。

(5) 任何一方当事人、任何已经介入诉讼的人、政府律师或者，根据1986年法案第56条第1款第a项之规定已经作出出身声明的，总注册官应有权要求从速记员处获得一份速记笔录的副本，速记员应该在任何有此权利的人的请求下向其提供笔记的全部或任何部分的副本，但应向速记员支付费用，此是由规定了记录法定诉讼程序的官方速记笔录的生效方案所授权的。

(6) 除以上所述之外，速记员不应在未得到法庭允许的情况下向任何人提供速记笔录或笔录之全部或任何部分的副本。

(7) 此规则中速记笔录的规定包括通过机械手段制作的诉讼记录和与此记录相关的速记员的规定应该有效力，如同负责整理笔录的人的规定一样。

判决和命令之副本

10.16—(1) 每个判决副本应由有关官员呈递给案件各方当事人。

(2) 盖章的或其他在公开法庭作出的判决或命令之副本应发给任何在支付规定的费用时要求获得此副本的人。

送达命令

10.17—(1) 已经拟草了家事诉讼程序中作出的命令的，除非另有指令，否则作出此命令的法院的有关官员应呈递命令副本至受命令影响的各方当事人。

(2) 作出的命令对其不利的一方当事人是由律师代理诉讼的，如郡法官认为合适，副本递给他的律师，还可以递给该当事人如同其自己进行诉讼。

(3) 对受益于作出的命令之人而言没有必要证明命令副本已经送至任何其他要求被递送之人。

(4) 本规则并未因实现要求特定方式送达命令之目的而违反《最高法院规则》第45号令，第7条（处理送达的作为或不作为等的命令）《郡法院规则》第29号令，第1条（处理通过拘押的强制性命令）和任何其他规则或条例之规定。

一年后意欲继续无须通知

10.18 《最高法院规则》第3号令，第6规则（要求一方当事人在一年延期后给出意欲继续的通知）不应适用于在高等



法院待决的任何诉讼。

在审理地点提交文书

10.19 为审理或其他目的,家事诉讼程序的卷宗已经从某郡离婚法院或登记处转递至其他郡离婚法院或登记处的,为实现此目的所必需的和要求应被提交的任何文书应在其他法院或登记处提交。

留存在法院的文书的检查

10.20—(1)根据本规则第 10.21 条之规定,任何家事诉讼程序的当事人或其律师或政府律师或根据 2.57 条或 9.5 条之规定被指定做孩子诉讼监护人的人,可以进行调查,可以检查并预订此诉讼中提交或呈递给法院办公室的任何文书副本。

(2) 没有资格获得以上第 1 项规定的文书副本的人,意欲根据《海牙公约》(《1985 年儿童绑架和监禁法案》[84]第 1 条所指的)之规定在缔约国而不是在联合王国做出申请的,如果其使地方初审法官确信其欲提出此申请,则应该被授予获得盖有法院印章的命令副本,此命令是关于申请所涉及的孩子监禁的。

(3) 除由本规则第 2.36 条和第 3.16 条以及本条第 1 项和第 2 项所规定的之外,未获得郡法官的准许提交或提呈给法院办公室的文书除了公开法庭作出的判决或命令不应公开检查,并且任何此类文书副本或此类文书摘录的副本不应由未得到此准许的人获得或发给未获得此准许的人。

告知地址

10.21—(1)没有任何规定应被认为是要求任何一方当事人泄露其私人住所(或孩子的住所)的地址,该地址由法院令予以保护。

(2) 一方当事人因上述第 1 项之规定拒绝告知地址的,则其应向法庭给出 CHA59 格式的地址通知并且该地址不应被告知给任何由法院令保护的人。

在地区登记处和郡离婚法院应予遵守的诉讼手续

10.22—(1)庭长和资深郡法官,经大法官的一致同意,可以发出指令以实现在地区登记处和郡离婚法院保证家事诉讼程序中手续的一致性和法定条件的正当遵守。

(2) 《最高法院规则》第 63 号令,第 11 规则(要求在地区登记处遵守最高法院办公室的诉讼手续)不应适用于家事诉讼程序。

过渡性条文

10.23—(1)根据以下第 2 项之规定,就可行性而言,这些规定应在生效之日适用于任何待决诉讼。

(2) 本规则第 8.1 条不应适用于对命令或判决不服提出之上诉,该命令或判决是郡法官在郡离婚法院进行的离婚诉讼程序中做出或给出的,上诉通知已经在这些规则生效日之前予以递交。

(3) 经上述第 1 项之理由,这些规则不适用于在其生效日待决的特别诉讼程序的,则此日之前直接有效的规则应继续适用于上述诉讼程序。

(4) 考虑到撤销的效力,本规则中没有任何规定应被视为违反《1978 年解释法》[85]条款的实施。

(5) 未违反上述第 1 项的一般原则(且为避免置疑)本规则第 2.39 条不应适用于任何《1989 年儿童法案》[86]附表 14 第 1 项规定的待决诉讼。

注释

[76]S.I. 1990/2599 插入第 5 规则第 2B 条

[77] 1984 c. 28.

[78] 38 条由《1988 年婚姻诉讼(移送)法》(c. 18)第 1 条第 1 款修改

[79] 1989 c. 41.

[80] 1984 c. 28 第 58 条第 1 款由《1985 年司法行政法》(c. 61)附表 7, 第 8 项和附表 8 修改。

[81] 1889 c. 10.

[82] 1933 c. 4.

[83]第 56 条第 1 款第 a 项由《1987 年家事法改革法案》(c. 42)替代。

[84] 1985 c. 60.

[85] 1978 c. 30.

[86] 1989 c. 41.