

国家转型与法学丛书

主 编 / 龙卫球

# 家事裁判制度研究

张晓茹 / 著

国家转型与法学丛书

主 编 / 龙卫球

# 家事裁判制度研究

张晓茹 / 著

## 图书在版编目 (CIP) 数据

家事裁判制度研究/ 张晓茹著. —北京: 中国法制出版社, 2011. 8

ISBN 978 - 7 - 5093 - 3107 - 1

I. ①家… II. ①张… III. ①婚姻家庭纠纷 - 民事诉讼 - 审判 - 研究 - 中国 IV. ①D925.118.24

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 173195 号

策划编辑 周林刚

封面设计 蒋怡

---

### 家事裁判制度研究

JIASHI CAIPAN ZHIDU YANJIU

著者 / 张晓茹

经销 / 新华书店

印刷 / 河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本 / 880 × 1230 毫米 32

版次 / 2011 年 10 月第 1 版

印张 / 13.5 字数 / 261 千

2011 年 10 月第 1 次印刷

---

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 3107 - 1

定价: 41.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66017726

传真: 66031119

编辑部电话: 66067024

邮购部电话: 66033288

司法部  
“法治建设与法学理论研究科研项目”  
成 果

## 总 序

这套丛书缘起起于一种思考：如何进行一种可持续的国家转型。国家转型是个大课题，并且我国超级巨大的治理规模这个事实，使得我们的转型成为一个前无古人的大课题。以一种长程的历史眼光来看，近代以来将近两百年的中国历史，整个是一个转型历史；以一种较为切近的现实眼光来看，最近三十多年的改革开放史，也是一部性命攸关的转型历史。

国家或者文明继往开来之转型，牵涉到军事、科技、经济、文化、法律、政治，牵涉到整个国家生存发展的方方面面。近代史给出的教训是，在这许许多多的环节中，并不存在一个固定的、能够一转百转的环节；然而同样是这段历史，总是存在一种努力，试图找到一个类似的中心，因此军事救国、实业救国、教育救国、文化改造、社会改造等等主张、路线前后相继、不绝如缕，结果各个环节在同一个时空中累积、汇聚，导致批判的武器以武器的批判告终，改革的问题以革命的方式解决，文明的转型以政治的空间收尾。如此反复轮回，已一而再，可为镜鉴。因此之故，文明期待深厚的过程之积累。

另一方面，中国晚近的改革史日益明白地显示出，国家与社会之间的相互沟通，对于稳定的国家转型具有十分关键的意义。社会创造力的释放过程，是、也应当是国家获得有力建构的过程。法律恰好是国家与社会沟通的中间环节，而且法律这个中间环节在某种

## 2 家事裁判制度研究

意义上具有全方位的地位：一方面，民主立法过程实现社会领域内的问题、意见、意义向国家的转译，而各种社会问题产生的纠纷，又以司法作为最终的救济手段。因此，转型中的每一个难题与课题，最终也都可能或可以转化为法律的问题、法学的问题。

所以，本质上，我国的法学就是“转型中国的法学”，它在不同的时期总是遇上自己的新课题。但在应对这些新课题挑战的智识努力中，同仁们或许已经发现，要释放在法学的新创造力，往往还需要深挖基础理论。因此，法学发展的一般趋势一直是新课题的不断开拓，以及基础理论的不断深挖。这两个方向并行不悖，互为支援。唯有如此，才能使法学在深度、广度上获得建设和积累，向立法和司法两个方向反馈，最终将自己构建为内在于国家转型的知识通道，这是一种内在的信念。

若能对此宏大的历史进程贡献一二，岂非我辈法学人之幸事？此即为本丛书编纂之初衷。是为序。

龙卫球

2011年8月

于北京航空航天大学法学院

## 序

不同类型民事纠纷的解决，均应有与之适应的蕴含不同法理与原则的程序制度与结构——这种观点在我国民事诉讼法学界已属不争。然而，遗憾的是，在我国许多本应由不同类型程序解决的民事纠纷却在同一种类型的程序中进行处理，家事纠纷就是其中的一类。

家庭是社会的基本细胞，家庭是否和谐不仅关系未成年人的利益，还在一定程度上影响社会的稳定，因此，家庭纠纷正当、有效的解决不容忽视。鉴于家庭纠纷的私密性、涉人身性、涉情感性以及对社会稳定的重要性，为保护家事纠纷中的弱势方，为维护家庭及社会的稳定，作为家庭纠纷解决渠道之一的家事诉讼，其程序制度的设计与普通的民事诉讼有很大区别，其特殊性表现在：当事人的处分权受到限制；当事人的释明义务与职权探知主义相结合；以不公开审理为原则；调解举足轻重，和解只在当事人可以自由处分的家庭事件中适用；强调当事人本人参与，扩大当事人的诉讼能力；强化家事事件与家事效果事件合并审判，诉的变更、合并与反诉较为宽松；当事人适格的突破，法律关系之外的第三人可以成为家事案件的当事人，等等。

正因为家事诉讼的特殊性，许多国家和地区制定了专门适用于家庭纠纷的诉讼程序，如日本的家事审判法和人事诉讼法；德国是在民事诉讼法典中设立“家庭事件程序编”；美国、日本、韩国则

## 2 家事裁判制度研究

设有专门的家事法院或家事法庭，日本的家庭法院不仅有法官、书记官，还设有医务室、家庭科学调查室、家庭裁判所委员会，以协助家事审判的进行，家庭法官在裁判案件时注意心理学、社会学、教育学、精神病学等科学知识的运用；与此相适应，家事事件审判程序和家事司法制度的理论研究在不断加强。

我国在上世纪九十年代初完成了新民事诉讼法的制定，并以新民事诉讼法的制定为契机，在九十年代中期掀起了民事司法改革的热潮，在此进程中，为提高司法效率，节约司法资源，扩大民众接近司法裁判的机会，保护当事人的合法权益，学界及司法界对纠纷的类型化解决、程序类型的细化和司法的专业化进行了理论上的探索及实践上的努力。但是，由于种种原因，我国的民事诉讼制度在程序类型上仍然不乏缺失之弊。

从家事诉讼而言，现行制度的不足首先体现在家事审判程序法的欠缺。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10余条，并且分散在各个章节中，不便于司法实践操作和运用。虽然最高人民法院在《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》中有涉及家事审判的规定，但同样存在着数量少、不全面、不系统的问题。简单、粗陋的法律条文加零散的司法解释的做法，不能保证对家事纠纷妥当、有效的解决，同时产生许多问题，如当事人的处分权应受限制的家事纠纷案件与当事人可以自由处分民事权利的民事案件的程序不加区分，适用同样的原则和程序。再比如，现行民事诉讼法适用意见只是规定了离婚案件须经调解，但离婚以外的其他家事案件是否适用调解没有明确规定，正当的司法需要完备的立法为先导，家事案件的审判无统一的程序法理、程序规则可供遵循，给司法审判造成诸多负面影响。



再则，我国没有专门裁判家事事件的司法机构和司法人员，这也影响到司法裁判的质量与效果，不利于节约司法资源，提高司法效率。现有的婚姻家庭案件由民事审判庭的普通法官审理，虽然最高人民法院的民事审判一庭集中审理婚姻家庭案件和特别程序案件，各省高级法院和部分中级法院也作出了类似规定，但民事一庭并不是专门的家事法庭，家事案件只是其审理的民事案件中的一种。更何况，基层法院的民庭及其他的派出法庭审理所有的民事案件，而家事案件恰恰多数集中在基层法院。这种情况与司法专业化的追求相背离。虽然最近几年基层法院纷纷设立少年法庭，少年法庭的审理案件范围也由原来的刑事案件扩展到涉及未成年人的民事案件和行政案件，但很多案件，像离婚案件、收养案件，未成年人并不是案件当事人，这些案件少年法庭很难受理。而法官适用相同的程序规则指导不同类型的案件审判，又违背民事纷争的程序设置要与案件类型相适应、不同类型的案件应适用不同的程序这一基本法理，与多样化纠纷类型的本质相冲突，使裁判的效率降低、结果有失公正：要么因为法官过大的职权干预违背当事人主义的诉讼法理，要么法院的被动、消极使得社会公益、家庭成员合法权益缺乏保护。

在连基本的家事审判程序都不健全的情况下，心理学、医学或社会学等学科知识在家事裁判中的运用更是少有。

当然，从学界而言，目前国内有关家事裁判制度理论方面的研究也相当薄弱，这也影响到我国家事诉讼立法与相关司法实践。

针对不同类型的民事纠纷，设计不同的解决程序，这也许是我国民事诉讼法完善进程中最大的“实事求是，从实际出发”和最迫切的“与时俱进”。《家事裁判制度研究》一书，对于浩大的民事诉讼改革与完善工程而言，无疑是增砖添瓦之作。

#### 4 家事裁判制度研究

《家事裁判制度研究》一书在司法体制改革的大环境下，对我国家事裁判制度进行总体性、全局性的方案设计，丰富了民事程序法学研究的领域，开拓性地对家事裁判制度进行了较为系统的理论研究和细致的程序设计，为立法部门制定家事裁判法提供理论铺垫和制度拟制，也为司法的专业化分工提供可供参考的方案。从这个意义上而言，该书又是国内填补空白之作。

比较的研究方法是本书的突出特点，作者利用她的外语优势，收集、翻译、研究了大量的外文资料，在通过对国外制度运作情况和我国的情况进行考察分析，作出科学抽象和经验总结的基础上，还提出了许多独到的见解。

张晓茹是我指导的博士生，看到她研究多年的成果出版成书，由衷地为她感到高兴。希望她以后能继续关注家事裁判制度的理论发展和司法实践，为我国家庭纠纷解决机制的完善做出贡献。

杨荣馨  
2011年6月28日

# 目 录

## 上篇 家事裁判制度总论

|                                            |    |
|--------------------------------------------|----|
| <b>第一章 家事裁判制度基本理论</b> .....                | 3  |
| 第一节 家事裁判制度概述 .....                         | 3  |
| 一、家事纠纷与家事纠纷解决 .....                        | 3  |
| 二、家事裁判制度的概念及其与其他相关程序的<br>关系 .....          | 9  |
| 三、家事裁判制度的适用范围 .....                        | 13 |
| 第二节 设立家事裁判制度的理论依据 .....                    | 21 |
| 一、由于家事案件的标的特殊，审理家事案件程<br>序应有别于通常诉讼程序 ..... | 21 |
| 二、家事纠纷涉及社会利益，家事裁判需要更多<br>的干预 .....         | 23 |
| 三、从司法效率和质量的角度考虑，纠纷解决应<br>类型化 .....         | 25 |
| 四、现代社会生活的复杂化和社会的高度分工要<br>求法律活动的专门化 .....   | 26 |
| <b>第二章 世界各国（地区）家事裁判制度的比较</b> .....         | 29 |
| 第一节 各国（地区）的家事裁判制度 .....                    | 29 |

## 2 家事裁判制度研究

|                                     |           |
|-------------------------------------|-----------|
| 一、德国 .....                          | 29        |
| 二、日本 .....                          | 32        |
| 三、法国 .....                          | 34        |
| 四、英国 .....                          | 35        |
| 五、美国 .....                          | 37        |
| 六、澳大利亚 .....                        | 41        |
| 七、韩国 .....                          | 42        |
| 八、台湾地区 .....                        | 43        |
| 第二节 各国（地区）家事裁判制度的比较与评析 .....        | 45        |
| 一、各国（地区）家事裁判制度的差异 .....             | 45        |
| 二、各国（地区）家事裁判制度的优劣及理想模<br>式的选择 ..... | 47        |
| <b>第三章 我国家事裁判制度的检讨 .....</b>        | <b>50</b> |
| 第一节 我国家事裁判制度的历史考察 .....             | 50        |
| 一、中国古代的家事裁判制度 .....                 | 50        |
| 二、清末至民国时期的家事裁判制度 .....              | 54        |
| 三、新民主主义革命根据地的家事裁判制度 .....           | 55        |
| 四、新中国的家事裁判制度 .....                  | 56        |
| 第二节 对我国家事裁判制度现状的检讨 .....            | 57        |
| 一、现行制度的主要弊端 .....                   | 57        |
| 二、我国缺乏家事裁判制度的原因分析 .....             | 59        |
| 三、构建中国家事裁判制度的必要性 .....              | 64        |
| 第三节 构建中国家事裁判制度的设想 .....             | 69        |

## 下篇 家事裁判制度分论

|                    |     |
|--------------------|-----|
| <b>第四章 家事审判机构</b>  | 73  |
| 第一节 家事法院（法庭）的设立    | 73  |
| 一、家事法院的司法职能        | 74  |
| 二、家事法院的社会职能        | 77  |
| 三、我国建立家事法院的必要性与可行性 | 81  |
| 第二节 家事法院工作群体的组构    | 86  |
| 一、职业法官             | 87  |
| 二、参审员              | 88  |
| 三、法官的辅助机构          | 90  |
| 四、我国家事法院工作群体的组成    | 91  |
| 第三节 家事法院的行政管理      | 96  |
| <b>第五章 家事调解程序</b>  | 98  |
| 第一节 外国、台湾地区的家事调解制度 | 99  |
| 一、日本               | 99  |
| 二、新西兰              | 106 |
| 三、英国               | 108 |
| 四、澳大利亚             | 109 |
| 五、美国               | 111 |
| 六、德国               | 112 |
| 七、台湾地区             | 113 |
| 八、评析               | 115 |
| 第二节 家事调解制度基本问题剖析   | 118 |
| 一、家事调解的功能定位        | 118 |

#### 4 家事裁判制度研究

|                                    |     |
|------------------------------------|-----|
| 二、家事调解的程序 .....                    | 123 |
| 第三节 我国家事调解程序的构建 .....              | 125 |
| 一、我国现有法律对家事调解的规定 .....             | 125 |
| 二、我国法院家事调解制度的完善 .....              | 127 |
| 第六章 检察机关参与家事诉讼制度 .....             | 130 |
| 第一节 各国及台湾地区立法例 .....               | 130 |
| 一、法国 .....                         | 130 |
| 二、德国 .....                         | 131 |
| 三、日本 .....                         | 132 |
| 四、英国 .....                         | 133 |
| 五、匈牙利 .....                        | 134 |
| 六、台湾地区 .....                       | 135 |
| 第二节 我国检察机关提起或参与家事诉讼的状况 .....       | 136 |
| 第三节 我国检察机关提起或参与家事诉讼制度的<br>构建 ..... | 140 |
| 一、检察机关提起或参与家事诉讼的方式及法律<br>地位 .....  | 140 |
| 二、检察机关提起或参与家事诉讼时的几个特殊<br>问题 .....  | 143 |
| 第七章 家事保全程序 .....                   | 146 |
| 第一节 家事保全处分的性质 .....                | 146 |
| 一、家事保全处分属于特殊保全处分 .....             | 146 |
| 二、家事保全处分是非讼事件 .....                | 148 |
| 第二节 家事保全程序的功能 .....                | 150 |
| 一、基本功能 .....                       | 150 |
| 二、衍生功能 .....                       | 151 |

|                                                   |     |
|---------------------------------------------------|-----|
| 第三节 家事保全处分事件类型 .....                              | 154 |
| 一、日本家事审判法所设保全处分类型 .....                           | 154 |
| 二、台湾家事保全处分类型 .....                                | 155 |
| 三、评析与借鉴 .....                                     | 156 |
| 第四节 家事保全程序的构成要件 .....                             | 157 |
| 一、申请家事保全的案件一般应具有给付内容 .....                        | 157 |
| 二、申请家事保全的标的应当处于危险状态 .....                         | 158 |
| 三、提出家事保全申请的人可能需要提供担保 .....                        | 159 |
| 第五节 审理家事保全案件应遵循的原则 .....                          | 160 |
| 一、处分权受限制原则 .....                                  | 160 |
| 二、当事人的释明义务与职权探知主义相结合的<br>原则 .....                 | 162 |
| 三、以不公开审理为原则 .....                                 | 163 |
| <b>第八章 家事事件审判程序</b> .....                         | 164 |
| 第一节 家事事件审判程序的特殊规则与制度 .....                        | 164 |
| 一、家事裁判为达到实体真实主义的需求，应遵<br>循职权探知主义 .....            | 164 |
| 二、在家事裁判制度中，调解举足轻重，和解只<br>在当事人可以自由处分的家庭事件中适用 ..... | 167 |
| 三、家事裁判以不公开进行为原则 .....                             | 168 |
| 四、家事裁判强调当事人本人参与，扩大当事人<br>的诉讼能力 .....              | 169 |
| 五、强化家事事件与家事效果事件合并审判，诉<br>的变更、合并与反诉较为宽松 .....      | 171 |
| 六、当事人适格的突破，法律关系之外的第三人<br>可以成为家事案件的当事人 .....       | 173 |

|                            |     |
|----------------------------|-----|
| 第二节 家事裁判程序的程序法理 .....      | 174 |
| 一、诉讼法理与非讼法理交错适用 .....      | 174 |
| 二、家事审判程序交错适用程序法理 .....     | 176 |
| 三、家事事件非讼化 .....            | 182 |
| 第三节 婚姻事件程序 .....           | 184 |
| 一、婚姻事件的种类 .....            | 184 |
| 二、婚姻事件的管辖 .....            | 187 |
| 三、婚姻事件的当事人 .....           | 191 |
| 四、婚姻事件的诉讼程序 .....          | 193 |
| 第四节 亲子关系事件程序 .....         | 214 |
| 一、亲子关系事件的种类 .....          | 214 |
| 二、亲子关系事件的管辖 .....          | 216 |
| 三、亲子关系事件的当事人适格 .....       | 217 |
| 四、亲子关系事件的程序 .....          | 219 |
| 第五节 收养事件程序 .....           | 220 |
| 一、收养事件的种类 .....            | 220 |
| 二、收养事件的管辖 .....            | 221 |
| 三、收养事件的当事人适格 .....         | 221 |
| 四、收养事件之诉讼能力 .....          | 222 |
| 五、收养事件之特别程序 .....          | 222 |
| 第六节 追索赡养费、扶养费、抚育费案件 .....  | 224 |
| 一、追索赡养费、扶养费、抚育费案件的管辖 ..... | 224 |
| 二、追索赡养费、扶养费、抚育费案件的程序 ..... | 225 |
| 第九章 家庭纠纷的诉讼外解决机制 .....     | 227 |
| 第一节 法院以外的机构 .....          | 228 |
| 第二节 家庭纠纷的诉讼外解决方式 .....     | 231 |



|                              |     |
|------------------------------|-----|
| 一、和解（交涉、协商） .....            | 231 |
| 二、调解 .....                   | 232 |
| 三、仲裁 .....                   | 233 |
| 四、律师的早期审理评议 .....            | 233 |
| 结 语 .....                    | 234 |
| 参考文献 .....                   | 236 |
| 附录一：“家事诉讼程序”专家建议稿及立法理由 ..... | 244 |
| 附录二：日本人事诉讼法 .....            | 257 |
| 附录三：英国 1991 年家事诉讼程序规则 .....  | 272 |
| 附录四：台湾地区“少年及家事法院组织法” .....   | 399 |
| 后 记 .....                    | 412 |