

家事诉讼法论丛 | 主编 刘敏



BIJIAO YU JIEJIAN

JIASHI JIUFEN FAYUAN TIAOJIE
JIZHI YANJIU

比较与借鉴

| 汤鸣 / 著 |

家事纠纷法院调解
机制研究

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

家事诉讼法论丛 | 主编 刘敏



BIJIAO YU JIEJIAN
JIASHIJIUFEN FAYUAN TIAOJIE
JIZHI YANJIU

比较与借鉴

汤鸣 / 著

家事纠纷法院调解
机制研究

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

比较与借鉴:家事纠纷法院调解机制研究 / 汤鸣著.
—北京:法律出版社,2016.10
ISBN 978-7-5197-0140-6

I. ①比… II. ①汤… III. ①婚姻家庭纠纷—处理—
研究—中国 IV. ①D923.904

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 247222 号

比较与借鉴:

家事纠纷法院调解机制研究
汤 鸣 著

编辑统筹 法商出版分社
责任编辑 慕雪丹 章 雯
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任印制 胡晓雅

开本 710 毫米×1000 毫米 1/16
印张 18.5
字数 265 千
版本 2016 年 10 月第 1 版
印次 2016 年 10 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5197-0140-6

定价:49.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

“家事诉讼法论丛”总序

在法院处理的案件中，有大量涉及婚姻家庭的案件，其中有身份型纠纷案件，有与身份有关的财产纠纷案件，还有不存在争议的家事非讼案件。这些身份型纠纷案件、与身份有关的财产案件以及不存在争议的家事非讼案件在广义上统称为家事案件。与普通民事案件不同，家事案件有其特殊的性质和特点。第一，家事案件往往涉及亲情、家庭伦理关系。家事案件大多发生在夫妻之间、父母子女之间以及其他家庭成员或者亲属之间，家庭成员之间、亲属之间存在着亲情、感情，亲情无价，千金难买。家庭是社会的基础，家庭的和谐稳定才能保证社会和谐稳定。法院对家事案件的处理需要修复感情，弥合亲情，尽量维护好父母子女、兄弟姐妹等家庭成员或亲属之间亲情关系。第二，家事案件的处理往往牵涉未成年子女利益。离婚案件、亲子关系案件、监护案件、探望权案件以及与身份关系有关的财产案件，都有可能涉及未成年子女利益，维护未成年人利益最大化是联合国《儿童权利公约》确立的一项基本原则，《中华人民共和国未成年人保护法》确立了未成年人特殊、优先保护原则。因此，处理与未成年人利益有关的家事案件，应当坚持未成年人利益最大化原则。第三，家事案件不少属于确认之诉案件。在家事案件中，有婚姻关系的确认之诉案件，有亲子关系的确认之诉案件，有收养关系的确认之诉案件，这些确认之诉案件不允许当事人自由处分，判决具有对世效力，要求法院以客观真实作为裁判根据。

正因为家事案件不同于普通民事案件，处理家事案件的诉讼程序的价

值目标、诉讼原则以及诉讼程序规则不完全等同于普通的民事诉讼程序，因此，有必要制定有别于普通民事诉讼程序的家事诉讼程序。广义的家事诉讼法包括身份型诉讼法即人事诉讼立法、家事非讼程序立法以及家事调解立法。21世纪以来，为适应社会发展的需要，一些国家和地区纷纷修订或者制定家事诉讼法，使家事诉讼立法更加科学、完善。2003年日本修订了《人事诉讼程序法》，制定了更加便利当事人使用的《人事诉讼法》，该法自2004年4月1日开始实施。^[1]2011年日本修订了《家事审判法》，制定了更能为国民理解并适应时代需求的《家事事件程序法》，该法自2013年1月1日起正式施行。2008年德国将家庭事件内容从《德国民事诉讼法》中独立出来，与《非讼事件法》放在一起，制定了《家事事件与非讼事件程序法》，该法自2009年9月1日起施行。德国之所以将家事事件与非讼事件合并立法，乃在于家事事件比较适合用非讼程序依据非讼原理来处理。2011年12月12日我国台湾地区“立法院”通过了“家事事件法”，该“法”自2012年6月1日起实施。该“法”包括总则、调解程序、家事诉讼法程序、家事非讼程序、履行之确保与执行、附则等六编内容。

虽然不同国家和地区的家事诉讼立法内容不完全相同，但有一些共同的特点，并形成了一定趋势。第一，强调家事案件的统合处理。家事案件既有身份型诉讼案件，也有家事非讼案件，还有与身份关系有关的财产案件。家事案件有必要统合处理，特别是在一个诉讼程序中统合处理相关的家事案件。家事案件统合处理有利于及时解决当事人之间的争议，保护当事人或者利害关系人的合法权益，防止作出矛盾判决。例如，日本《人事诉讼法》第17条第1款规定，人事诉讼请求与关于该请求原因之事实而发生损害赔偿请求，不论《民事诉讼法》第136条^[2]之规定，都可以在一个诉讼中提起。在这种情形时，对该人事诉讼请求具有管辖权的家事法院

[1] 日本的人事诉讼是指婚姻关系、亲子关系、收养关系等身份关系的形成或确认为目的的诉讼。

[2] 《日本民事诉讼法》第136条规定：仅限于以同一种诉讼程序，才可以在一个诉讼中提出数个请求。

可就该损害赔偿请求进行自行审理，并作出判决。第18条规定，人事诉讼程序中，不论《民事诉讼法》第143条第1款及第4款、第146条第1款及第300条的规定，在一审或控诉审口头辩论结束之前，原告可变更请求及请求原因，被告可提起反诉。第32条第1款规定，在夫妻一方对另一方所提起的婚姻撤销或离婚诉讼请求认可判决中，根据申请，法院可就子女监护人的指定及其子女监护的处分或者关于财产分割的处分进行裁判。该条第2款规定，在前款情形，法院可对当事人作出交付子女、金钱支付、交付财产及其他给付命令。我国台湾地区“家事事件法”第41条规定：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53条及第248条规定之限制。（第一项）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。（第二项）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。（第三项）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。（第四项）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。（第五项）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。（第六项）。

第二，贯彻未成年人利益最大化原则。未成年人利益最大化原则是联合国《儿童权利公约》确立的一项基本原则，《儿童权利公约》第3条规定，关于儿童的一切行动，不论是公私社会福利机构、法院、行政当局或立法机构执行，均应以儿童的最大利益为一种首要考虑。21世纪不同国家和地区的家事诉讼立法普遍贯彻了未成年人利益最大化原则，例如，德国的《家事事件与非讼事件程序法》第155条规定，涉及子女居住地、子女交往权或交付子女的亲子事件，以及因危及子

女福祉而启动的程序，具有优先地位，应当加快进行。第158条规定，在涉及未成年子女人身的亲子事件中，为维护子女利益而有必要时，法院应当为其委托一名合适的程序辅助人。我国台湾地区的“家事事件法”第1条将“谋求未成年子女最佳利益”作为“立法”宗旨予以规定。第三，扩大非讼原理适用范围。与辩论主义、处分主义、公开主义等诉讼原理不同，职权探知、限制处分、不公开审理、职权裁量等属于非讼原理。在家事案件中，有的是家事诉讼案件，有的是家事非讼案件。家事非讼案件当然适用非讼原理，然而，即使是家事诉讼案件包括身份型的家事诉讼案件甚至与身份有关的财产案件，也有适用或者部分适用非讼原理的必要。德国《家事事件与非讼事件程序法》基于家事事件特别需要法院对当事人（利害关系人）的保护照顾以及强化国家就裁判实体正确性责任考虑，将家事案件全面非讼化，适用非讼原理处理。2005年1月1日起实施的《奥地利非讼事件法》将属于身份型诉讼程序的生父关系确认或否认案件、认领子女及否认认领案件、同意离婚案件及剩余财产分配案件、扶养请求案件都明文改为非讼案件，在非讼事件法上予以规范。^[1]日本以前的《人事诉讼程序法》对婚姻关系和收养关系实行片面职权探知主义，即只有在法院为维持婚姻关系和收养关系时，才可依职权进行证据调查，并斟酌当事人未提出的事实。修改后的《人事诉讼法》实行双面职权探知主义，即对婚姻关系、亲子关系、收养关系案件，不管是否维持当事人之间的关系，法院都实行职权探知主义。我国台湾地区“家事事件法”第9条规定，家事案件的处理程序以不公开为原则。根据该“法”第10条规定，除“法律”另有规定外，法院审理家事案件认为有必要时，可以斟酌当事人所未提出的事实，并依职权调查证据，即对家事案件的处理实行职权探知主义。根据该“法”第100条规定，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，决定其给付方法，不受申请人声明的

[1] 参见沈冠伶：《民事程序法之新变革》，新学林出版股份有限公司2009年版，第219~220页。

拘束。第四，注重当事人和利害关系人的程序保障。程序保障是家事诉讼具有正当性的基础，也是提升当事人的程序主体地位和保障利害关系人合法权益的需要。尽管家事案件的处理往往适用非讼原理，但为了加强当事人和利害关系人的程序保障，也要适当听当事人或者利害关系人的意见。日本人事诉讼实行职权探知主义，但日本《人事诉讼法》注重当事人的程序保障，例如该法第20条规定：“人事诉讼中，法院可斟酌当事人未主张的事实，并可依职权进行证据调查。这种情形时，法院应当就事实及证据调查的结果听取当事人意见。”为加强未成年人等当事人或者利害关系人的程序保障，《德国家事事件与非讼事件程序法》规定了程序辅助人制度，根据该法第158条规定，在涉及未成年子女人身的亲子事件中，为维护子女利益而有必要时，存在法定情形时，法院应当为其委托1名合适的程序辅助人。我国台湾地区的“家事事件法”借鉴德国的程序辅助人制度规定了程序监理人制度。该“法”第15条规定，处理家事事件有下列各款情形之一的，法院得依利害关系人申请或依职权选任程序监理人：（1）无程序能力人与其法定代理人有利益冲突之虞。（2）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。（3）为保护有程序能力人之利益认有必要。第五，强调通过调解或和解处理家事案件。家事案件往往是家庭成员之间、亲属之间纠纷，这些纠纷往往是带有非理性的感情纠纷，具有伦理因素，对于家事案件的处理，更适合通过调解解决，因为调解能够弥合亲情，修复感情，促进当事人和谐解决纠纷。各国和地区的家事诉讼立法都比较重视调解在处理家事案件的作用，对家事案件的调解作出规定。澳大利亚的《家庭法》第13B条规定，对于申请离婚令的诉讼、有婚姻继续存续的当事人一方提起的财产诉讼以及有关子女的诉讼，在诉讼期间，家事法院认为无论从提交的证据还是从婚姻当事人的态度来看，当事人之间达成和解的可能性比较大时，其应中止诉讼，给当事人机会以考虑和解。该法第13C条规定，家事法院可以在诉讼的任何阶段作出诉讼当事人双方参加家庭纠纷调解的指示。我国台湾地区的“家事事件法”规定，除了该“法”规定的丁类家事案件外，其他家事案件在起诉前，都应该法

院调解。第六，强调家事案件处理过程中的社会参与。家事案件的处理牵涉家庭的稳定与和谐，为使家事案件得到妥当处理，切实保护各方当事人及利害关系人的合法权益，特别是保护未成年子女的利益，有必要引进社会人员或社会组织参与家事案件的处理。从各国和地区的家事诉讼立法情况来看，社会参与家事案件处理的形式多种多样，有参与案件的有关事实调查的；有参与或者列席案件审理，发表意见的；有参与调解的；有提供咨询服务的；有作为社工人员陪同当事人或利害关系人出庭的；有作为程序辅助人代为当事人进行诉讼的。例如，日本的《人事诉讼法》第9条规定，家事法院认为有必要时，可以让参与员列席审判或者和解劝试，并听取其意见。我国台湾地区“家事事件法”第17条规定，法院得嘱托警察机关、税捐机关、金融机构、学校及其他有关机关、团体或具有相关专业知识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。该“法”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。”该“法”第11条规定，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他适当人员陪同在场，并得陈述意见。

我国目前没有专门的《家事诉讼法》，有关家事诉讼的内容散见在民事诉讼法、婚姻法以及有关的司法解释中，家事诉讼程序的内容很不完善。2016年5月，针对家事案件的特殊性，最高人民法院颁布了《关于开展家事审判方式和工作机制改革试点工作的意见》，决定在全国100余家法院开展为期两年的家事审判方式和工作机制改革试点，家事审判方式和工作机制改革的目标是：通过家事审判方式和工作机制改革试点，转变家事审判理念，推进家事审判方式和工作机制创新，加强家事审判队伍及硬件设施建设，探索家事诉讼程序制度，开展和推动国内外法院之间家事审判经验交流和合作，探索家事审判专业化发展，维护婚姻家庭关系稳定，依法保护未成年人、妇女和老年人合法权益等。

为促进我国家事诉讼立法的完善，2013年本人承担了国家社会科学基

金项目“我国家事诉讼立法研究”，该课题的研究目标是起草《中华人民共和国民事诉讼法》学者建议稿并提出立法理由。我国进行家事诉讼立法，推进家事审判方式和工作机制改革，有一系列的理论和实践问题需要深入研究。为吸引更多的专家学者致力于家事诉讼理论和实务的研究，推动我国家事诉讼立法进程，促进家事诉讼立法科学化，并对家事诉讼实践有所帮助，南京师范大学现代司法研究中心特组织力量进行“家事诉讼法论丛”的编辑出版工作。“家事诉讼法论丛”向国内外专家学者开放，凡是与家事诉讼立法有关的学术著作都可以入选。“家事诉讼法论丛”将精选并推出一批高质量、高水准的家事诉讼法方面的学术著作，以其为我国的家事诉讼立法、家事审判方式改革、家事纠纷的多元化解决提供理论支持。同时，我们也希望通过家事诉讼法论丛这一形式，给有志于从事家事诉讼法研究的专家学者特别是中青年学者提供发表优秀作品的园地。

南京师范大学法学院教授、博士生导师 刘敏
中国法治现代化研究院、现代司法研究中心研究员

二〇一六年十月于南京

序言

在很大程度上，家是一切民事活动的起点也是终点，承载着养老育幼、抵御风险、代际传承等社会功能。在环境、工作等压力不断增大的今天，家庭对人们的支撑比任何时候都要重要，人们对家庭的精神和物质依赖程度也日益增强。但另一方面，家也并不总是避风的港湾，它也常常产生各种矛盾纠纷，在个体的自由和独立性备受重视的今天，一些家事纠纷的解决要比以往任何时候都更困难、更棘手。因此，如何凝聚家庭成员的共识并将其扩大到更广泛的亲属群体中，让家庭成为社会的稳定器，是民事解纷机制必须直面的问题。尊重家庭的内在秩序，而不是依靠外力重新确定新的秩序，有必要促成当事人合意的解决纷争，通过程序实现自愈。家事纠纷法院调解机制正是这样一种关系调整型的解决纷争机制，为当事人提供一个由国家强制力作为保障的、自律的解决纷争的制度空间。当然，唯有合理的、充满正向激励的家事纠纷法院调解机制，才能促成这种内在秩序的良性运作。

家事纠纷法院调解机制的改革是家事审判方式改革的重要一环，也是类型化解决纠纷的应有内容。与域外 20 世纪 70 年代兴起的家事调解制度相比，我国的家事纠纷法院调解机制尚未从制度上走向专门化、专业化。近年来，全国各地法院不乏设置家事法庭、配置家事法官、吸纳诉讼外资源特邀调解、建立家事案件调解委员会等探索法院家事调解的新路径的改

革尝试。最高法院 2016 年开始在全国选择 100 个左右基层法院或者中级法院开展家事审判方式和工作机制改革试点，确定了家事纠纷解纷机制专门化的改革方向。

他山之石，可以攻玉。《比较与借鉴：家事纠纷法院调解机制研究》一书对域外家事调解制度的背景、制度框架、程序运作、家事调解的效果和存在的问题等方面做了较为深入的比较，试图通过借鉴域外经验，探索适合我国的改革路径。改革必须立足我国家事纠纷法院调解的现状和现实环境，该书中从宏观和微观两个方面分析了我国法院调解的变迁历程、改革背景和现实困境，指出家事纠纷法院调解改革必须解决家事调解的适用范围、调解主体的专业化、调解程序与诉讼程序的衔接、家事调解的资源保障、调解主体激励机制的完善等问题。由此，厘定改革的路径方向在于构建专门化的家事调解制度，并对我国家事调解制度的构建提出了具体的模式和程序设计。

该书系统地阐释了调解模式选择的内在机理；分析了调解程序与诉讼程序衔接中存在的理论问题；明确了家事调解员的调解与法官在审判中的调解在作用、身份性质、调解方法和职权范围上的区别；给出了家事调解的整体案件流程，而不仅仅是浮于表面想当然的、概念化的方向。对实践中可能遇到的具体问题，如调解主体积极性的调解行为是否超越了他律的边界，影响到家事调解的正当性和合法性；在当事人间经济能力差距很大时，为了保护弱者，保障实质上的公平，调解主体的积极引导和介入的界限在哪里；在涉及未成年子女利益时，法官有无义务对调解协议的公平性进行审查等从法理上做出了解答。此外，对家事调解激励机制的构建，作者提出了调解时间约束实行弹性控制、以奖励制度替代惩戒制度、增加外部评价、指标考核过程取向而非结果取向、考核偏离度而非排名等独特的见解。相信该书对正在进行的家事审判方式改革具有一定的参考价值。

汤鸣是我指导的博士，看到她的研究成果得以出版，由衷地为她感到高兴。我国的家事审判制度还在探索和构建的过程之中，家事审判在我国还是一个新兴的研究领域，希望本书的出版，能够推进和深化家事调解的理论研究，能够为法院家事调解制度的改革提供理论上的参考。希望她能继续关注和思考家事审判改革中的问题，出更多的研究成果。

李 浩

二〇一六年九月二十八日

目录

前言	1
一、问题的提出	1
二、国内外研究现状	5
三、研究方法	7
第一章 家事调解之基本理论	11
第一节 概念界定	11
一、家事调解的概念	11
二、家事调解与民事调解	13
三、家事调解与谈判、和解	16
四、家事调解与家庭心理辅导	17
五、家事调解的分类	17
第二节 家事调解的功能	20
一、保障未成年子女的利益	20
二、提高当事人自动履行的意愿	22
三、调整修复人际关系	24
四、缓解制定法与民俗习惯的冲突	26
五、个性化解决纷争、实现实质正义	27

第三节 家事调解的原则	28
一、以利益而不是以权利为中心	28
二、未成年子女最大利益	30
第四节 家事调解的工作模式	32
一、问题解决模式	33
二、程序模式	34
三、治疗模式	36
四、转化模式	37
第二章 家事纠纷法院调解制度之比较法考察	40
第一节 大陆法系国家（地区）的家事调解制度	40
一、日本	40
二、法国	56
三、中国台湾	60
第二节 英美法系国家（地区）的家事调解制度	70
一、澳大利亚	70
二、英国	84
三、中国香港	90
第三节 域外家事调解制度之比较	97
一、共性分析	97
二、差异比较	99
第三章 我国家事纠纷法院调解的历史与现实	106
第一节 历史考察	106
一、清代	106
二、民国时期	109
三、新中国成立后—改革开放前	113

第二节 现实嬗变	118
一、三十余年家事纠纷法院调解的变迁	118
二、离婚案件调解	149
三、赡养、抚养、扶养案件调解	157
四、继承案件调解	163
五、调解程序的微观运作：基于实证访谈的研究	166
第三节 存在的问题	184
一、调解人员供给不足	184
二、家事纠纷调解价值认知表面化	187
三、诉前调解主体的身份有待明确	188
四、调解人员缺乏专业训练	190
五、考核机制有待合理化	192
第四章 改革路径：构建家事调解制度	195
第一节 构建家事调解制度的必要性	195
一、提高家事纠纷的调解质量的需要	195
二、家事纠纷调解活动专门化的需要	197
三、家事纠纷调解活动专业化的需要	199
四、对妇女儿童利益平等保护的需要	199
五、家事纠纷调解机制多元化的需要	200
第二节 家事调解之模式选择与制度化构想	201
一、我国家事调解模式的选择——法院附设调解	201
二、法院附设调解的可行性	206
三、我国家事调解模式的制度化构想	208
第三节 家事调解的主体	214
一、家事调解主体的资格	214
二、家事调解主体的行为准则	217
三、家事调解主体的角色	221

四、家事调解主体的分案选择	222
第四节 家事调解的范围与限度	225
一、家事调解纠纷类型的界定	225
二、不适宜调解的家事纠纷	228
三、家事调解的限度	235
第五节 家事调解的程序	238
一、调解程序的启动	238
二、调解程序与诉讼程序的衔接	242
三、家事调解案件流程	245
第六节 家事调解的方法	247
一、家事调解工作方法的争论	247
二、离婚案件的调解方法	251
三、“三养”案件的调解方法	253
四、继承案件的调解方法	255
第七节 家事调解的激励机制	256
一、绩效考核的正当性反思	256
二、家事调解激励机制的构建	258
参考文献	266