

# 我国家事非讼程序的立法设计

## ——诉讼与非讼二元并立格局

张艳丽 郭 爽

(北京理工大学法学院 北京 100081)

**内容提要:**家事案件从程序的角度可分为家事诉讼案件和家事非讼案件两大类型,域外大陆法系国家和地区在其单独的家事程序法中,大都依据案件类型实现了家事纠纷解决程序的“诉讼与非讼二元并立格局”。我国没有单独的家事程序法,也没有诉讼与非讼程序分别立法的历史传统,因此,法院在适用“大一统”的《民事诉讼法》处理家事案件过程中,形成了诉讼与非讼案件全面“争讼化”的一元格局状态。随着我国家事审判改革的进一步深化,以及《民法典》“婚姻家庭编”和“继承编”对家事实体法律规范的完善,要制定单独的“家事程序法”,首先要充分认识到家事诉讼程序与家事非讼程序相互独立的地位,并基于案件类型与程序相称论、诉讼法理与非讼法理二元分离以及交错适用等理论,从立法上确立“诉讼与非讼二元并立格局”。进而从家事非讼程序的适用范围、审理原则、基本制度及统合处理等几方面,在诉讼法理和非讼法理交错适用的基础上,科学设置与家事诉讼程序相互独立的家事非讼程序,以充分发挥家事非讼程序的特殊司法功能,最终妥善及统合地处理复杂的家事案件。

**关键词:**家事程序法 家事非讼程序 家事诉讼程序 二元并立格局

---

**作者简介:**张艳丽(1963—),女,汉族,山东威海人,北京理工大学法学院教授、博士生导师。

郭 爽(1994—),女,汉族,山东济宁人,北京理工大学法学院博士研究生。

本文为北京市社会科学基金重点项目“北京市基层法院家事审判机制改革研究”(项目编号:17FXA001)的研究成果。

## 一、我国家事非讼程序的现实困境

### (一)“大一统”《民事诉讼法》中家事非讼程序的缺位

当代大陆法系多数国家和地区不仅实行民事诉讼与家事诉讼的单独立法,而且基于家事案件包括家事诉讼案件与家事非讼案件两大类型,在其单独的家事程序法中,除了实行家事案件调解程序前置之外,同时设置了相互独立的家事诉讼程序与家事非讼程序,实行家事诉讼与非讼二元并立的立法格局。<sup>①</sup>我国尚未制定单独的家事程序法,作为民事案件种类之一的家事案件(包括家事诉讼案件和家事非讼案件),统一按照《民事诉讼法》的有关规定来处理。而“大一统”的《民事诉讼法》不仅没有诉讼与非讼类型划分的立法传统,而且长期偏重司法权的纠纷解决功能,忽视了司法权的纠纷预防和权益保障等功能,在立法上将诸多本应属于非讼的案件规定为诉讼案件,并致力于如何改进和完善诉讼程序,进而忽略了非讼程序的价值和重要性。<sup>②</sup>因此,就所有家事案件的处理只能统一援引民事诉讼程序的有关规定,使得家事案件陷入全面“争讼化”的一元格局状态。<sup>③</sup>不过,也有学者认为我国《民事诉讼法》第十五章规定的特别程序,在类型上与通常的非讼程序并无差异,其中关于宣告失踪、宣告死亡、认定公民民事行为能力等案件的规定可以视为家事非讼程序的范畴。<sup>④</sup>但是,从非讼程序独立于诉讼程序,并与诉讼程序共同构成民事审判程序的法律地位来看,我国《民事诉讼法》所规定的特别程序显然不具有独立性,其仅仅是民事普通诉讼程序的补充程序或附随程序。对此,从特别程序的具体规定便可得到印证:第一,特别程序中缺乏独立的审理原则与制度,而独立的审理原则与制度是判断某一审判程序是否得以独立的重要因素;<sup>⑤</sup>第二,特别程序中规定了在本部分没有规定时适用民事诉讼法的准用条款,这就意味着民事诉讼法中的处分原则、辩论原则、公开审理原则等民事诉讼程序的基本原则也可被适用于非讼程序,这不仅有悖非讼程序的审理理念与价值追求,而且使得特别程序与诉讼程序具有了同质性。因此,尽管第十五章特别程序中规定了某些传统的家事非讼案件,但是,这并不代表我国已经确立了家事非讼程序,非讼程序乃至家事非讼程序在我国现行《民事诉讼法》中处于一种缺位状态。

### (二)家事审判改革中对家事非讼程序考量的忽略

受“大一统”《民事诉讼法》诉讼一元格局配置的影响,在司法实践中,不仅家事案件与民事案件混同适用以财产关系为基础所建立的民事诉讼程序,家事诉讼案件与家事非讼案件更是混同适用争讼性的民事诉讼程序。尽管2016年开展的家事审判改革明确提出,要转变家事审

① 如德国的《家事事件与非讼事件程序法》、日本的《人事诉讼法》和《家事事件程序法》、我国台湾地区的“家事事件法”以及韩国的《家事诉讼法》等,都属于家事程序单独立法模式,并且区分了家事诉讼和非讼程序。其中最为典型的是我国台湾地区的“家事事件法”对调解、诉讼、非讼三类程序的划分。

② 参见郝振江:《论非讼程序在我国的重构》,载《法学家》2011年第4期。

③ 参见方俊:《家事审判改革的实践困境与改进路径》,载《广西民族大学学报》(哲学社会科学版)2019年第5期;参见丁宝同:《我国家事审判改革阶段性成效盘点》,载《法治现代化研究》2020年第4期。

④ 参见廖中洪:《制定单行〈民事非讼程序法〉的建议与思考》,载《现代法学》2007年3期。

⑤ 参见郝振江:《论我国非讼程序的完善——聚焦于民诉法特别程序的“一般规定”》,载《华东政法大学学报》2012年第4期。

判理念、修正传统程序规则,但是,由于缺乏家事诉讼与非讼二元分化的程序意识,导致许多试点法院的改革举措只是囿于家事诉讼程序与家事调解程序,对家事非讼程序甚少涉及:第一,在家事案件类型的划分上缺少程序视角的考量,即缺乏诉讼与非讼二元分化的案件分类意识。多数试点法院都是从实体层面,立足于请求权基础的不同对家事案件进行分类。或是按照2011年《民事案件案由规定》在“婚姻家庭纠纷”与“继承纠纷”分类基础上增加了人身安全保护令案件;<sup>⑥</sup>或是按照2016年《家事审判改革试点意见》将家事案件分为婚姻案件、抚养赡养、亲子案件、收养案件、继承案件等;<sup>⑦</sup>或是在2011年《民事案件案由规定》基础上,虽规定家事案件包括婚姻家庭纠纷、继承纠纷和特别程序案件,<sup>⑧</sup>但也仅是将原有案件类型进行归纳汇总,其案件分类理念及方法并无实质性变化。第二,在转变与修正传统家事案件审理理念与原则,强化法官职权探知和自由裁量、限制当事人处分权、实行不公开审理等非讼法理时,也多是围绕离婚等家事诉讼案件展开,并未论及家事非讼案件及其审理理念和原则。第三,在探索某些新类型家事非讼案件的审理程序时,多数试点法院也仅制定了人身安全保护令案件的审理规则,对于指定遗产管理人等特别程序中没有规定的其他新型家事非讼案件,虽根据有关司法文件的要求,可以比照特别程序中的一般规定审理。但一般规定中对审级、独任制、审限内容的规定,显然难以为此类家事非讼案件的审判提供实质支撑。家事审判中诉讼与非讼二元分化意识的缺失,不仅使家事非讼程序在家事审判改革中被忽略与遗忘,更使得家事诉讼案件与家事非讼案件在程序的适用上处于混合状态。如确定、变更或撤销监护权的家事非讼案件,有的法院适用诉讼程序审理,并允许当事人上诉;有的法院则适用特别程序审理,实行一审终审。

### (三)专家学者对家事诉讼与非讼二元格局的立法建议

我国的家事审判制度改革确实提出了许多家事审判的新理念和新制度,以区别于一般民事案件的处理方式。但是,由于缺乏诉讼与非讼二元分化的立法传统,如何按照诉讼法理与非讼法理分别处理好家事诉讼案件与家事非讼案件,依然是摆在我们面前的困境和难题。随着家事审判改革的进一步深入,目前已有不少专家学者认识到家事诉讼案件与家事非讼案件必须区别对待,独立的家事非讼程序在处理家事案件中具有重要的价值与不可或缺性,并提出我国未来有必要制定单独的“家事程序法”,<sup>⑨</sup>明确家事诉讼程序与家事非讼程序二元并立的立法

<sup>⑥</sup> 例如深圳市宝安区人民法院、浙江省丽水市青田县人民法院等,在规定家事案件范围包括《民事案件案由》规定的婚姻家庭和继承纠纷的同时,增加了人身保护令案件。

<sup>⑦</sup> 例如山东省德州市武城县人民法院规定家事案件包括:1. 婚姻案件及其附带案件,包括离婚案件、婚姻无效等,附带案件包括监护权纠纷、离婚后财产分割等;2. 抚养、扶养及赡养纠纷案件;3. 亲子关系案件,包括确认亲子关系、否认亲子关系;4. 收养关系纠纷;5. 同居纠纷,包括同居期间的财产分割、非婚生子女抚养等;6. 继承和分家析产纠纷等;7. 其他涉及家庭身份和财产关系的案件。

<sup>⑧</sup> 例如广西壮族自治区柳州市中级人民法院规定家事案件包括:1. 婚姻家庭纠纷,包括婚约财产纠纷、离婚纠纷、离婚后财产纠纷等15类;2. 继承纠纷,包括法定继承纠纷、遗嘱继承纠纷等5类;3. 特别程序案件,包括宣告失踪及宣告死亡案件、认定公民民事行为能力案件、监护权特别程序案件。

<sup>⑨</sup> 我国学界对未来立法的名称存在不同见解,如“家事诉讼程序法”“家事诉讼法”“家事事件法”“家事程序法”等。本文认为该法主要是对家事诉讼程序、家事非讼程序和家事调解程序进行规范与安排,为了避免与家事诉讼程序相混淆,又能准确涵盖上述三程序,理应采用“家事程序法”这一称谓。

格局,以纠正目前司法实践中“诉讼一元程序”的配置意识。<sup>⑩</sup> 学界已有专家出版了“《家事诉讼法》建议稿及立法理由书”,认为我国未来的家事程序法应包括家事诉讼程序与家事非讼程序两大板块。<sup>⑪</sup> 这一立法建议稿中明确了家事诉讼与非讼程序二元并立的立法格局,既是域外各国和地区家事程序立法的发展趋势,也是未来我国家事程序法的必然选择。但该建议稿并未深入地触及家事诉讼与家事非讼二元分离的理论逻辑,以及在一元程序中如何将非讼法理与诉讼法理交错适用的问题,即没有深入解决家事诉讼与家事非讼两个程序轨道之间“并立协行”的逻辑关系。<sup>⑫</sup> 同时,该建议稿也未依据“调审分离”原则,在家事诉讼程序和家事非讼程序之前设置独立前置的家事调解程序。随着《民法典》“婚姻家庭编”和“继承编”对家事实体法律规范的完善,充当其实施载体和精神桥梁的家事程序法的单独出台已成为不二选择。但是,如何在“家事程序法”中合理设置家事诉讼与非讼程序二元并立格局,尤其是对没有立法传统的家事非讼程序的独立设置,成为我们目前需要继续讨论和解决的重要问题。

## 二、我国家事非讼程序的立法模式

### (一)家事非讼程序的域外考察

当代大陆法系国家和地区普遍以家事案件诉讼与非讼二元分化为逻辑起点,<sup>⑬</sup>在单独的家事程序法或民事诉讼法中规定了相互独立的家事诉讼程序与家事非讼程序,有的国家甚至将家事案件全面非讼化,这对我国未来诉讼与非讼二元并立格局的“家事程序法”的制定提供了丰富的域外经验。

1. 德国“全面非讼化”模式下的家事非讼程序。在2009年正式施行《家事事件与非讼事件程序法》之前,德国的家事事件<sup>⑭</sup>处理程序主要被规定在1877年《民事诉讼法》和1898年《非讼事件程序法》中,前者规定婚姻、亲子及抚养等家庭诉讼事件程序,后者规定监护、收养以及遗产分割等家庭非讼事件程序。<sup>⑮</sup> 随着“诉讼事件非讼化”趋势的扩张以及现代当事人程序主体

<sup>⑩</sup> 参见张艳丽:《中国家事审判改革及家事审判立法——兼谈对台湾地区“家事事件法”的借鉴》,载《政法论丛》2019年第5期;丁宝同:《我国家事审判改革阶段性成效盘点》,载《法治现代化研究》2020年第4期;陈爱武:《家事案件审判程序改革的观察与思考——兼议民法典时代我国家事诉讼立法的必要性》,载《法治现代化研究》2020年第4期;郝振江:《后民法典时代我国家事程序的构造》,载《南大法学》2020年第1期。

<sup>⑪</sup> 参见刘敏,陈爱武:《〈中华人民共和国国家事诉讼法〉建议稿及立法理由书》,法律出版社2018年版,第27-48页。

<sup>⑫</sup> 参见丁宝同:《我国家事审判改革阶段性成效盘点》,载《法治现代化研究》2020年第4期。

<sup>⑬</sup> 考虑到英美法系基于“事实出发型”的诉讼构造并不对诉讼事件与非讼事件加以区分的情况,故选取了德国、日本等大陆法系国家和地区的家事非讼程序立法作为研究对象。尽管英美法系国家和地区的法院也会处理一些非讼事件,但其一般采判例法,需要在识别先例的基础上作出裁决,因而对我国家事诉讼程序立法的借鉴意义不大,故本文并未过多研究。参见[日]中村英郎:《新民事诉讼法讲义》,陈刚、林剑锋、郭美松译,法律出版社2001年版,第14页。

<sup>⑭</sup> “事件”与“案件”在本文中并无语义区别,只是基于不同国家和地区用语习惯的差异,有的使用“案件”一词,有的使用“事件”一词。不过,我国一直习惯使用“案件”一词。

<sup>⑮</sup> 参见《德意志联邦共和国民事诉讼法》,谢怀拭译,中国法制出版社2001年版,第151-152页。参见《德日家事事件与非讼事件程序法典》,郝振江、赵秀举译,法律出版社2017年版,第9-10页。

理念的确立,《非讼事件程序法》的弊端逐渐显露,推动了该法在德国的全面修改。修改时,考虑到家事事件的特殊性、审理理念与非讼程序规则的相通性等特征,适用非讼程序可能更有利于家事事件的公正、妥适与迅速解决,故而德国将散落在《民事诉讼法》《民法典》等其他法律中的家事事件进行整合,全部纳入《家事事件与非讼事件程序法》的调整范围,实行家事事件全面非讼化模式。该法虽针对家事事件实行全面非讼化审理,但其法律中也规定了婚姻事件和家事争议事件作为家事非讼事件的例外,在本法没有规定时可以准用民事诉讼程序审理,即德国同样将家事事件分为诉讼事件与非讼事件,以分别适用民事诉讼程序与家事非讼程序。从具体内容来看,此部新法在延续1898年《非讼事件程序法》规定的职权主义、非公开审理、自由证明、裁判变更等内容基础上,从统一规范关系人称谓和明确规定审问请求权方面,强化了对关系人的程序保障。德国“全面非讼化”模式下的家事非讼程序安排,使得家事事件处理程序更加科学、合理,既满足了程序保障的最低限度要求,也凸显了用非讼程序处理家事事件的价值与优势。

2. 日本“两分立法”模式下的家事非讼程序。第二次世界大战前,日本的家事事件处理程序主要被规定在1898年制定的《人事诉讼程序法》和1898年制定的《非讼事件程序法》中,前者用以调整身份关系诉讼事件,后者用以调整包括家事非讼事件在内的民事非讼事件和商事非讼事件。二战后,为维持家庭和睦以及实现亲属间纷争的理想解决,日本制定了《家事审判法》,专门用以调整家事非讼事件。至此,与《人事诉讼程序法》就家事非讼事件与家事诉讼事件的审理程序形成了两分单独立法模式。进入21世纪后,大量诉讼事件被非讼化,现有法律制度难以满足程序保障的需求,再加上受民事诉讼法全面修订浪潮的影响,日本先后对《人事诉讼程序法》和《家事审判法》进行全面修订,分别于2003年公布了新《人事诉讼法》、2011年公布了新《家事事件程序法》,并在《家事事件程序法》中,依据事件争讼性、处分性和对审性等因素将家事非讼事件分为第一类事件与第二类事件。第一类家事非讼事件通常无争讼性,且无两造对立当事人,故不适用家事调停程序,而直接适用家事审判程序;第二类家事非讼事件因具有纷争性,需要先经过前置的家事调停程序进行调停,调停不成再进入家事审判程序进行审理。此处的家事审判程序即为家事非讼程序。从具体内容来看,该《家事事件程序法》在继续贯彻职权主义、不公开审理、自由证明和裁判变更等非讼规则的同时,从明确当事人包括申请人与被申请人、增加当事人的证据调查申请权与协助义务、赋予当事人记录阅览权等方面强化了对当事人的程序保障,在实现法律自足性的同时大大提升了当事人的程序主体地位。<sup>⑩</sup>

3. 法国“民事与家事合并立法”模式下的家事非讼程序。与德国、日本就家事程序法所实行的单独立法模式不同,法国实行的是民事与家事合并立法模式。但此处的民事与家事合并立法,并非我国民事程序“大一统”框架下的民事与家事不分的立法模式,而是在对普通民事案件与家事案件进行分离的同时,再将普通民事案件的处理程序与家事案件的处理程序共同规

<sup>⑩</sup> 参见[日]梶村太市、德田和幸:《家事事件程序法》,郝振江、傅向宇、刘涛译,厦门大学出版社2021年版,第83-85页。

定在《民事诉讼法》中的立法模式。法国在《民事诉讼法》第三卷中的第一编“人”以及第三编“夫妻财产制、继承及赠与”部分较为集中的规定了家事案件处理程序。在该部分,法国并未像日本与德国那样将家事诉讼案件与家事非讼案件分别规定,而是在按章节规定离婚、收养、亲权行使、宣告失踪等家事案件审理规则时,对其中的宣告失踪、收养子女、承认非婚生子女为婚生子女、共同申请行使亲权等几类简单无争议案件规定适用非讼程序审理,以遵守第一卷“适用一切法院的通则”,以及第二卷“各种法院的特别规定”中对职权探知主义、书面审理、第三人关于本案案卷的查阅权、案件的提起、独任法官的确定以及检察官的列席等非讼程序的审理原则及制度的规定。<sup>①</sup>可见,法国《民事诉讼法》虽没有针对家事诉讼程序与家事非讼程序分别专编或专章规定,但其仍属于家事诉讼程序与家事非讼程序二元并立的立法格局。

4. 我国台湾地区“统合立法”模式下的家事非讼程序。我国台湾地区历经十年之久,终于2011年出台了“家事事件法”,该法对家事事件进行全面整合,改变了之前就家事事件处理程序散见于“民事诉讼法”与“非讼事件法”的现状,确立了家事诉讼单独立法模式。除了单编设置家事调解前置程序外,基于家事事件包括家事诉讼事件与家事非讼事件的基本分类,该“家事事件法”在第三编、第四编规定了相独立的家事诉讼程序与家事非讼程序,明确了家事审判程序诉讼与非讼二元分化的立法格局。相较于德国、日本,我国台湾地区就家事事件的分类更为复杂与细致。该“家事事件法”依据事件争讼性强弱、处分权限大小以及需求法院职权裁量程度的不同,将家事事件分为甲、乙、丙、丁、戊五类事件。其中,甲、乙、丙三类事件为家事诉讼事件,适用家事诉讼程序;丁、戊两类事件为家事非讼事件,适用家事非讼程序。<sup>②</sup>从具体内容来看,该“家事事件法”扩大了家事非讼程序的适用范围,将某些向来以诉讼事件处理者予以非讼化,归为戊类家事非讼事件。同时,认可家事事件合并审理的价值,对家事事件的合并审理大开方便之门。规定数件家事诉讼事件、数件家事非讼事件可以合并审理,而家事诉讼事件与家事非讼事件若基础事实相牵连的也适用合并审理。基于上述家事诉讼事件的非讼化、家事事件的统合处理,主张在家事非讼程序中依据案件性质交错适用诉讼法理,如适当限制职权主义而采处分权主义、适用书面审理兼采言词审理原则、强化关系人的程序保障等,以公正、妥善地处理家事非讼事件。

## (二)我国家事非讼程序的未来立法

与域外已形成较完备的家事诉讼与非讼程序立法不同,我国既没有单独的家事程序法,更谈不上对家事非讼程序的立法安排。要实现家事审判程序诉讼与非讼的二元分化,首先要解决的是我国未来家事程序法的立法选择问题。从域外发展来看,家事程序单独立法是现代“家

<sup>①</sup> 参见罗结珍:《法国新民事诉讼法典·上下册》,法律出版社2008年版,第67-1122页。

<sup>②</sup> 甲类为家事身份确认诉讼事件,此类事件具有争讼性,但当事人对于程序标的并无处分权;乙类为家事身份形成诉讼事件,此类事件具有争讼性,且当事人对于程序标的具有某种程度处分权;丙类为家事财产诉讼事件,此类事件具有争讼性,且当事人对于程序标的具有处分权;丁类为家事非讼事件,此类事件无争讼性,且关系人对程序标的无处分权;戊类为家事非讼事件,此类事件具有某种程度争讼性,且关系人对程序标的具有某种程度处分权,向来有以非讼事件处理者,也有以诉讼事件处理者,但因此类事件性质上多有赖法官职权裁量而为妥适、迅速判断,故列为戊类事件。

事程序法”的必然选择。<sup>①</sup>就民事案件与家事案件在审理理念、审判方式等方面的差异来看,若采混合立法模式,不仅会导致民事与家事的互相掣肘,影响彼此功能的发挥,而且可能会导致民事诉讼法规定繁琐、篇章冗长,不方便司法实践中检索适用。因而,相较于法国模式,德国、日本及我国台湾地区的单独立法模式更加适宜和可行。

在单独立法基础上,是选择日本的家事诉讼与非讼程序“两分立法”,还是我国台湾地区的“统合立法”,抑或是德国的“全面非讼化”形式,仍需进一步探讨。从我国立法及司法现状来看,德国的全面非讼化形式在我国暂无适用优势,因为相较于德国具有一百多年的非讼程序法典、长期家事与民事分离的历史,我国还尚未形成真正意义上独立的非讼程序法律规范。家事案件与民事案件的分离、诉讼与非讼的二元区分意识才刚刚起步,也就更谈不上家事案件的全面非讼化。同样,与日本较早就在诉讼与非讼、人事诉讼与普通民事诉讼相互分离基础上,进行的家事诉讼与非讼程序的单独立法不同,我国制定家事程序法既涉及民事与家事的分离,也涉及家事诉讼与家事非讼的分离,若实行日本的两分立法则过于繁琐。因此,我国台湾地区的“统合立法”较为可行,既符合我国立法传统,又能解决现有规定散乱、不易适用的局面,同时还能与《民法典》“婚姻家庭编”与“继承编”的家事实体法律规范形成有效对接。即,我国未来应制定单独的“家事程序法”,将所有家事案件囊括其中,同时基于诉讼与非讼二元分化理念,将家事案件划分为诉讼案件与非讼案件,设置与之相应的家事诉讼程序与家事非讼程序,确立家事程序法的“诉讼与非讼二元并立格局”,并基于“调审分离”原则设置独立前置的家事调解程序。

### 三、我国家事非讼程序的独立设置

#### (一)家事非讼程序的基础理论

1. 家事非讼程序的独立定位。诉讼法之所以要实行诉讼与非讼的二元格局,是因为诉讼与非讼程序各自承担不同的司法功能和相互独立的程序地位。当代大陆法系国家和地区大多继承了罗马法司法审判权性质的二元论观点,认为法院的民事审判权既包括争讼审判权也包括非讼审判权,<sup>②</sup>而不同属性审判权承担着不同的司法功能,并据此在家事程序法中设置了相独立的家事诉讼程序与家事非讼程序,以分别审理家事诉讼案件与家事非讼案件。法院之所以要按照不同程序分别审理,是因为基于家事案件的复杂状态和多样化,当事人就某一家事事项提起诉讼或申请,或需要法院公正审理以解决纠纷,或需要法院确认某项事实或行为的法律效力以预防纠纷,或需要法院职权干预以保护权益等。这些不同的需求需要设置不同的诉讼原则和制度,在不同的审判程序中予以解决和处理,因此,立法需要对家事审判程序进行分化,

<sup>①</sup> 参见刘敏:《21世纪全球家事诉讼法的发展趋势》,载《中国应用法学》2017年第5期;郝振江:《后民法典时代我国家事程序的构造》,载《南大法学》2020年第1期;张艳丽:《中国家事审判改革及家事审判立法——兼谈对台湾地区“家事事件法”的借鉴》,载《政法论丛》2019年第5期;丁宝同:《我国家事审判改革阶段性成效盘点》,载《法治现代化研究》2020年第4期;陈爱武:《家事案件审判程序改革的观察与思考——兼议民法典时代我国家事诉讼立法的必要性》,载《法治现代化研究》2020年第4期。

<sup>②</sup> 参见赵蕾:《非讼程序:司法权介入市民社会的第二条路径》,载《探求》2014年第1期,第34页。

其最基本的就是设计实现不同功能的家事诉讼程序与家事非讼程序。二者的司法功能分别是:由家事诉讼程序审理具有权利义务争议的身份关系诉讼案件以及与身份关系有关的财产关系诉讼案件,以实现纠纷解决功能;由家事非讼程序审理通常无权利义务争议的家事非讼案件,以及具有一定权利义务争议,但基于某种考量非讼化审理的本质上市家事诉讼案件,以实现预防和解决纠纷、权益保护等特殊司法功能。因此,家事诉讼程序与家事非讼程序是法院分别对家事诉讼案件和家事非讼案件行使审判权的两种不同路径,是两个实现不同司法功能的相互独立的程序。家事程序法必须根据不同案件当事人的不同诉求,设置相互独立的家事诉讼程序和家事非讼程序,以实现家事程序法的目的。当然,基于家事诉讼案件的非讼化发展以及程序法理交错适用的强化等因素,使得家事诉讼程序与家事非讼程序在原则及制度上具有了诸多相似之处,如均不同程度地采取职权探知主义、不公开审理主义等,但是,无论如何家事诉讼程序与家事非讼程序不可能混为一谈,二者有着各自相互独立的司法功能和程序地位。

2. 家事非讼程序的设立依据。“任何一项事业的背后都存在某种支撑该项事业发展方向和命运的精神力量”,<sup>①</sup>以诉讼与非讼二元分化为依托的家事非讼程序绝不是单纯的技术层面的程序需要,其背后必然有着法理层面的理论支撑。(1) 家事案件类型化与程序相称性理论。作为现代程序原理之一的“程序相称”是指民事诉讼所设置的程序要与处理的案件类型和当事人利益满足相适应。具体而言,对于一般的简单案件适用简便快捷的程序,而对于疑难案件、复杂案件适用通常的诉讼程序,更重要的是,对于不同性质的案件,设置不同的程序规则,适用不同的程序法理。具体到家事程序法中,基于婚姻家庭关系的复杂性,可以将家事案件分为家事诉讼案件与家事非讼案件、家庭财产关系案件与家庭身份关系案件、当事人可自由处分家事案件与当事人不得自由处分的涉及公益的家事案件等等。<sup>②</sup> 上述家事案件的多样形态,要求法院对家事案件进行种类区分,并根据案件类型的差异设计不同的处理程序,以适用不同的程序法理,此即家事案件类型化与程序相称性理论。在家事案件类型化的实现过程中,最基本的分类就是家事诉讼案件与家事非讼案件,最基本的程序设置就是家事诉讼程序与家事非讼程序。家事诉讼案件具有两造对立的当事人和争讼性的权利义务关系,原则上以诉讼法理为主;而家事非讼案件通常不具有争讼性或争讼性较弱,强调法官职权干预与自由裁量,故而以非讼法理为主,部分情况下兼采诉讼法理。在未来的“家事程序法”中,依据家事诉讼案件和家事非讼案件的不同分类,设置相适应的家事诉讼与家事非讼程序是程序相称理论的基本要求。(2) 诉讼法理与非讼法理二元分离适用与交错适用理论。“诉讼法理与非讼法理二元分离适用论”认为民事案件可分为诉讼案件与非讼案件,两类案件在审理原则、基本制度等方面都存在很大差异,若想有针对性地化解纠纷、切实保障当事人的程序利益与实体利益、实现司法资源的优化配置,就必须依据案件性质的不同在民事程序法中设置相互独立的诉讼程序与非讼程序,以

<sup>①</sup> 参见[德]马克斯·韦伯:《新教伦理与资本主义精神》,于晓、陈维纲译,北京三联书店1987年版,第55-57页。

<sup>②</sup> 参见陈爱武:《论家事案件的类型化及其程序法理》,载《法律适用》2017年第19期。



分别适用诉讼法理与非讼法理。<sup>②③</sup>然而,随着理论研究的不断深入,学界开始对二元分离适用理论提出质疑,认为传统的诉讼案件与非讼案件截然两分的分类方法过于简单和机械,无法应对复杂多样的案件审理需求。再者,传统非讼程序过于强调职权的介入和对程序经济、便捷的追求,忽视了对非讼程序关系人的程序保障,使关系人沦为程序客体,明显有违现代的人权保障理念。<sup>④</sup>面对上述质疑,学界开始对二元分离适用理论进行反思,提出了所谓“诉讼法理与非讼法理交错适用论”。该理论打破了传统二元分离适用理论中诉讼程序不能适用非讼法理、非讼程序不能适用诉讼法理的绝对状态,主张依据案件性质,在诉讼程序中交错适用非讼法理或者在非讼程序中交错适用诉讼法理。就家事案件而言,在纯家事诉讼案件与纯家事非讼案件外,还有许多兼具诉讼与非讼双重属性的家事案件,同时还有基于特定因素考量非讼化的家事诉讼案件、诉讼化的家事非讼案件和统合处理的各类家事案件,是以,为实现家事案件的公正、妥适与迅速化解,有必要在家事诉讼程序或家事非讼程序中交错适用非讼法理或诉讼法理。不过,应该明确的是该交错适用理论是在二元分离适用理论基础上得以发展与延伸的,在适用时不能脱离二元分离适用的基本前提。

## (二)家事非讼程序的适用范围

所谓家事非讼程序的适用范围,即家事非讼案件。既包括通常无争讼性的传统家事非讼案件,也包括具有争讼性、本质上为诉讼案件,但基于合目的性考量非讼化审理的家事非讼案件。前者如宣告失踪、宣告死亡等传统家事非讼案件,后者如未成年子女抚养等本质上为诉讼案件的家事非讼案件。对于将宣告失踪、宣告死亡、认定公民民事行为能力等现行立法中规定适用特别程序、涉及身份关系的传统家事非讼案件纳入家事非讼程序的适用范围,我国学界并无质疑。但对于需要非讼化审理的家事诉讼案件,我国学界仍存在诸多看法。有学者认为家事非讼案件除包括宣告失踪、宣告死亡、认定公民民事行为能力和监护等传统非讼案件外,还包括本质上为诉讼案件的未成年子女抚养和探望权案件。<sup>⑤</sup>有学者认为家事非讼案件除包括宣告失踪及宣告死亡、认定公民民事行为能力和监护等案件外,还包括婚姻和亲权、收养、遗嘱验证、夫妻财产登记和家庭财产分割等案件。<sup>⑥</sup>也有学者认为家事非讼案件大体上可包括宣告失踪及宣告死亡、认定公民民事行为能力和监护等案件。<sup>⑦</sup>

纵观域外大陆法系国家和地区的家事非讼程序立法,虽普遍采取扩大家事非讼程序适用范围的做法,但不同国家和地区在具体范围的界定上也各有不同。如,实行家事事件全面非讼化审理的德国,针对家事事件原则上适用非讼程序,仅有例外情形才准用民事诉讼法的规定;日本将婚姻无效及撤销、收养关系确认等身份型事件以外的家事事件全部定性为家事非讼事

<sup>②③</sup> 参见江伟:《民事诉讼法专论》,中国人民大学出版社2005年版,第440页。

<sup>④</sup> 参见姜世明:《非讼事件法新论(修订四版)》,新学林出版股份有限公司2021年版,第55页。

<sup>⑤</sup> 参见刘敏、陈爱武:《〈中华人民共和国国家事诉讼法〉建议稿及立法理由书》,法律出版社2018年版,第55-61页。

<sup>⑥</sup> 参见廖中洪:《制定单行〈民事非讼程序法〉的建议与思考》,载《现代法学》2007年第3期。

<sup>⑦</sup> 参见许少波:《家事纠纷类型化分析》,载《江海学刊》2014年第3期。

件;我国台湾地区除规定无争讼性、无处分权的丁类事件为家事非讼事件外,还将某些具有争讼性且有一定处分权的诉讼事件,基于对法院职权裁量的需求等确定为戊类家事非讼事件。其实,何种家事案件适用诉讼程序、何种家事案件适用非讼程序,并没有统一明确的标准,甚至随着社会发展的需要,就同一案件呈现出不同时期适用不同程序的现象。<sup>28</sup>因此,在确定家事非讼案件范围时,既要考虑不同案件的价值取向与裁判需求,也要立足于本国发展需要与审判传统。

与域外具有丰富的非讼程序立法历史相比,我国“大一统”的《民事诉讼法》尚未确立真正意义上的非讼程序,实务界对非讼程序的认知更是参差不齐或者说缺乏基本的认知。在此背景下,我国在设立家事非讼程序的最初期,并不宜将家事非讼案件范围界定的过于宽泛,除我国《民事诉讼法》《民法典》以及2020年《民事案件案由规定》<sup>29</sup>等相关法律文件规定的宣告失踪、宣告死亡、认定民事行为能力和申请为失踪人财产指定或变更代管人、监护、人身安全保护令申请和指定遗产管理人等传统无实体权利义务争议的家事非讼案件外,对于需要非讼化审理的本质上市事诉讼案件应持谨慎态度,多方斟酌是否确有适用非讼程序审理的必要。尤其是在“诉讼法理与非讼法理交错适用”的基础上,在家事诉讼程序若也可以通过交错适用非讼法理来满足案件审理的需求,则可以暂且适用诉讼程序来审理本质上的家事诉讼案件,留待将来立法成熟时再决定是否非讼化审理。不过,以下几类具有公益性需要法官职权介入给予照顾和保护、涉及未来生活安排需要法官自由裁量,并且对案件简易、迅速处理有着特别需求的家事诉讼案件理应纳入家事非讼程序的审理范畴:

第一,有关未成年子女抚养和探望案件。从表面看这两类案件似乎都存在较大争议,但实质上这些争议并不涉及私权利的确认或变更等事项,仅是对谁有抚养资格或谁更适宜抚养以及如何行使探望权等存在争执。再者,对于这些争执的事项,很难依靠法律予以明确规范,只能由法官在秉持未成年子女利益最大化原则的基础上,结合具体案件进行自由裁量,作出最妥当的处理与安排,故需要非讼化审理。第二,有关抚养费、赡养费、扶养费等基本生活费用给付案件。这些案件属于财产给付类诉讼案件,本应适用诉讼程序审理,但许多大陆法系国家和地区认为其具有未来展望和持续给付性等特征,应适用非讼程序审理。<sup>30</sup>首先,就案件中费用的

<sup>28</sup> 参见沈冠伶:《家事非讼案件之程序保障——给予纷争类型审理论及程序法理交错适用论之观点》,载《民事程序法之新变革》,新学林出版股份有限公司2009年版,第207-258页。

<sup>29</sup> 经2020年修改,2021年1月施行的《民事案件案由规定》将第十部分改为“非讼程序案件案由”,在其中增加了“指定遗产管理人”和“申请人身安全保护令”两类家事非讼案件。至此,该规定中规定的家事非讼案件有:宣告失踪及宣告死亡案件;认定民事行为能力案件;指定遗产管理人案件;监护权特别程序案件;申请人身安全保护令案件。

<sup>30</sup> 如日本的《家事事件程序法》规定了包括成年监护、保佐、家事辅助、不在者财产管理的处分、宣告失踪、有关婚姻费用分担的处分、扶养义务人应负担费用额的确定、亲权、未成年人监护、扶养、废除推定继承人、遗产分割、继承的承认和放弃、遗嘱等27类家事审判事件。再如我国台湾地区的“家事事件法”规定了丁类和戊类为家事非讼事件,其中丁类包括宣告死亡、撤销死亡宣告、失踪人财产管理、监护或辅助宣告、选定监护人、选任特别代理人、指定遗嘱执行人等事件;戊类包括因婚姻无效、撤销或离婚之给付赡养费、夫妻同居、宣告改用分别财产制、宣告停止亲权或监护权及撤销其宣告、扶养等事件。

确定和支付方式,实体法上通常并无具体规定,需要法官综合考量申请人或相关人的生活需求、被申请人的经济收入和支付能力等情况作出裁量判断,此为实体法上的非讼化现象。其次,申请人或相关人就费用的需求通常具有紧迫性,需要法官在查明案件事实的基础上迅速作出裁判,以保障申请人或相关人的基本生活,即对法官职权探知和程序快捷有着特殊追求。最后,上述给付事项关涉申请人或相关人的未来日常生活需求,需要法官从国家监护与照顾的立场,作出合目的性裁判,即涉及社会公益,对法官职权介入给予保护和照顾具有特殊需求。是以,将其归入家事非讼案件更有利于实现家事司法正义。<sup>③</sup>

综上所述,适用家事非讼程序审理的家事非讼案件有:1. 宣告失踪及宣告死亡案件:申请宣告公民失踪案件;申请撤销失踪宣告案件;申请为失踪人财产指定代管人案件;申请为失踪人财产变更代管人案件;申请宣告公民死亡案件;申请撤销死亡宣告案件。2. 认定公民民事行为能力案件:申请宣告公民无民事行为能力案件;申请宣告公民为限制民事行为能力案件;申请宣告公民恢复限制民事行为能力案件;申请宣告公民完全恢复民事行为能力案件。3. 人身安全保护令案件。4. 指定遗产管理人案件。5. 监护案件:申请确定监护人案件;申请变更监护人案件;申请撤销监护人资格案件。6. 探望权案件。7. 未成年子女抚养案件:同居关系子女抚养纠纷案件;夫妻离婚后未成年子女抚养案件;变更抚养关系案件。8. 抚养费、赡养费、扶养费等基本生活费用的给付案件。

### (三)家事非讼程序的审理原则及制度保障

1. 家事非讼程序的审理原则。家事非讼程序的基本原则充分反映了家事非讼程序的价值取向和内在规律,是程序制度设计和司法适用中的根本性指导规则。具体包括以下内容:(1) 限制处分权原则。处分权原则是指程序标的的形成、程序的启动、终结由当事人决定,且该决定对法院具有约束力。但家事非讼案件的处理往往涉及社会公益或第三人利益,需要对关系人的处分权进行限制。比如监护案件,程序的启动由关系人决定,但关系人请求范围对法院并无拘束力,就程序的终结,关系人可以和解或调解,但不得损害未成年人利益。(2) 职权探知主义原则。该原则与辩论主义原则相对立,意指由法院承担裁判所需事实证据的收集和提出职责。家事非讼案件的处理往往关涉社会公益或他人利益,强调案件实体真实的发现,因而需要排除辩论主义的适用,由法院依职权调查和收集证据,并可以不受关系人主张和自认的限制。(3) 不公开审理原则。民事案件应当公开审理,这是司法公开原则的基本要求,目的在于通过公开、透明化的审理过程,保障裁判的公正与公信力。但家事案件往往牵涉家庭成员间隐私,不宜为外人知晓,公开审理反而可能会不利于案件的妥当解决。而且家事非讼案件一般比较简单,不公开审理同样能保证案件审理的正当性要求,因此家事非讼程序应以不公开审理为原则。(4) 书面审理兼采言词审理原则。传统家事非讼案件,如宣告死亡及宣告失踪案件通常不存在两造对立关系人,因而法院一般不开庭审理,直接通过书面审理方式作出裁判。但随着诉讼案件非讼化的发展以及家事非讼程序中程序保障的强化,只采用书面审理难以满足案件的

<sup>③</sup> 参见刘敏:《论家事司法正义——以家事司法实体正义为视角》,载《江苏社会科学》2021年第4期。

多样化需求,需要依案件性质实行言词审理方式。(5)未成年人利益最大化原则。法院在处理涉未成年人家事案件时应当遵循未成年人利益最大化原则,既包括审理过程中充分听取未成年人意见、给予未成年人特殊关怀等,也包括法院作出裁判时应将未成年人利益最大化作为首要考虑因素。(6)程序保障原则。依据程序主体性原则,在家事非讼程序中理应保障关系人的程序基本权。不过,程序保障并非越严越好,关键在于如何在满足程序保障需求的同时,达到适用非讼程序审理不同性质家事案件的目的。对于传统的家事非讼案件,由于不存在对审结构、也无权利义务争议,设置保障其听审请求权所需的基本事项便已足够,包括关系人知悉权、意见陈述权和法院的审酌义务。<sup>②</sup>对于非讼化审理的家事诉讼案件,因其属于本质上的家事诉讼案件,具有争讼性,宜应赋予关系人不亚于诉讼程序应有的程序保障,以满足其诉讼属性所需审理要求。<sup>③</sup>

2. 家事非讼程序的制度保障。如果说基本原则反映了家事非讼程序的内在规律和价值取向,那具体制度便是其内在规律和价值取向的外在表现。而一个完备和体系化的家事非讼程序理应包括以下几项制度。

(1) 关系人制度。我国“大一统”的《民事诉讼法》并不区分家事诉讼程序参与人与家事非讼程序参与人,而是将法院外的主要程序参与人统称为“当事人”。纵观域外大陆法系国家和地区的家事程序法,则出现了与诉讼程序“当事人”相对应的非讼程序“关系人”概念。如德国《家事事件与非讼事件程序法》规定关系人包括申请人、相对人及其他利害关系人;再如我国台湾地区“家事事件法”规定,家事非讼程序采关系人概念,包括声请人、相对人及其他利害关系人,以区别于家事诉讼程序当事人概念。我国未来家事程序法也可以借鉴上述做法,区分家事诉讼程序当事人与家事非讼程序关系人。如此,既可以避免概念混淆,又可以通过扩充主体范围来强化家事非讼程序中的程序保障,改善我国现行立法中对非讼案件相对人、第三人等程序权利保障的忽视局面。

(2) 管辖制度。首先是级别管辖问题,不论家事案件有无争议,也不论家事案件争议金额大小,家事案件都应由基层法院管辖,家事非讼案件也不例外。2015年最高法颁布的《关于调整高级人民法院和中级人民法院管辖第一审民商事案件标准的通知》第4条的规定,弥补了《民事诉讼法》中除适用特别程序审理的家事案件由基层法院管辖外,不分案件类型统一实行级别管辖的弊端。如此设置符合家事案件的特殊性,既方便当事人或关系人提起诉讼或申请以及时、妥善处理案件,也方便法院深入基层调查了解案件事实。其次是地域管辖问题,除《民

<sup>②</sup> 听审请求权属于宪法权利的范畴,它是民事当事人的程序基本权。许多国家和地区都通过宪法确认了当事人的听审请求权,但对于其内容和要素却没有统一标准。但就其共通内容来看,主要包括以下要素:陈述权、证明权、到场权、辩论权、意见受尊重权(法院的审酌义务)、知悉权等。考虑到家事非讼程序一般无对审结构、职权主义、书面审理等因素,本文认为家事非讼程序中的听审请求权应包含三个基本要素:知悉权、陈述权和法院的审酌义务。参见刘敏:《论民事诉讼当事人听审请求权》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2008年第6期;任凡:《德国民事听审请求权及其借鉴》,载《西部法学评论》2011年第4期。

<sup>③</sup> 参见许士宦:《家事非讼之程序保障》,载《家事审判与债务执行》,新学林出版股份有限公司2013年版,第44页。

事诉讼法》规定的宣告失踪及宣告死亡、认定公民民事行为能力等案件由下落不明人或被申请认定人住所地人民法院管辖外,其余家事非讼案件并不适合《民事诉讼法》中的“原告就被告”原则。为方便法院调查取证、听取弱势群体意见、维护其合法权益,我国未来家事程序法在制定管辖制度时应着重体现照顾保护理念,确立不同于民事诉讼法的地域管辖规则。除现有《民事诉讼法》规定宣告失踪等适用特别程序审理的案件由下落不明人或被申请人住所地人民法院管辖外,对于抚养、探望、赡养费与抚养费给付等涉及未成年人、老年人、妇女等弱势群体利益的家事非讼案件,应由该弱势群体住所地基层法院管辖。

(3)自由证明规则。自由证明与严格证明是证明制度中两种不同的证明方式,严格证明中对案件事实的证明必须严格依照法律规定的证据方法和程序进行;自由证明中对案件事实的证明则无须按照法律规定的方法和程序进行,如无需遵循证据调查中的公开原则、直接原则等,<sup>④</sup>主要适用于程序中需要法官依职权调查取证的事项。<sup>⑤</sup>自由证明制度源于德国的刑事诉讼法领域,最初是为了缓和严格证明和释明适用的僵化性,后被逐渐引入民事诉讼和非讼程序中,并在非讼程序中逐渐被确立为原则性制度。如德国1898年施行的《非讼事件程序法》,虽未明确使用自由证明称谓,但也未明确规定法院职权探知的方式,将调查方式交由其自由裁量。2008年的《家事事件与非讼事件程序法》虽对自由证明的运用作了一定限制,规定了某些情形必须采取严格证明方式,但原则上仍是实行自由证明制度。基于家事非讼事件需要迅速、灵活处理以及法院职权介入予以保护照顾、行使自由裁量权等考量,我国未来家事非讼程序中应规定自由证明制度,赋予法官较大自由裁量权,由其在需要时自行决定采取何种调查取证方式。

(4)裁判变更制度。家事诉讼案件裁判作出后,如果发现不当或出现新情况,当事人或利害关系人可以在法定期间内通过上诉进行救济。法定期间经过,裁判生效后,还可以通过审判监督程序进行救济。但家事非讼案件通常涉及私权关系的设立、变更或消灭,追求案件迅速、灵活与妥当处理,原则上实行一审终审。故在家事非讼案件裁判作出后,一旦发现不当或出现情势变更时,并不能通过上诉或审判监督程序进行救济。此时便应准许关系人申请或法院依职权变更或撤销原裁判,以纠正原裁判错误或不当,谓之裁判变更制度。一般认为家事非讼案件的裁判是法院基于公益或国家监护人角色介入公民私人生活领域,为了预防今后纠纷的发生而对有关事项做出的确认、宣告或安排,这种确认、宣告或安排应当具有合目的性与妥当性。故而,在家事非讼案件裁判作出后,如果发现不当或者出现情势变更时,法院应当根据关系人申请或者依职权变更或撤销原裁判,以迅速确保家事非讼案件裁判的妥当性与合目的性。例如,被宣告死亡的自然人出现,或者无行为能力人恢复能力等情况。不过,对于抚养、探望等非讼化审理、具有争讼性的家事诉讼案件而言,仍应按照家事诉讼程序的规定,在裁判作出后,发现不当或出现新情况时,通过上诉或者审判监督程序进行纠错与救济,而不适用裁判变更制

<sup>④</sup> 参见张卫平:《民事证据法》,法律出版社2017年版,第233页。

<sup>⑤</sup> 参见[日]中村一郎:《新民事诉讼法讲义》,陈刚、林剑锋、郭美松译,法律出版社2001年版,第198页。

度。因为此类非讼化审理的家事诉讼案件,只是基于某种考量改变了审理程序与审理方式,并未改变其本身的案件性质。在追求案件合目的性处理的同时,因涉及未成年人未来生活、学习等状态安排,也更加强调法的安定性与确定性。另外,实务中此类案件往往争议较大,很难通过一级法院审理就宣告终结,上诉、再审等情形可谓屡见不鲜。因此,就抚养、探望等非讼化审理的家事诉讼案件,并不适用一审终审制,也不适用裁判变更制度。

3. 家事非讼案件的统合处理。为及时、全面解决家庭纷争,保护当事人及利害关系人的合法权益,避免因迭次兴讼导致家庭关系恶化或产生相矛盾判决。在2016年开展的家事审判改革中,不少试点法院都规定了程序合并原则或统合处理原则。2018年的《深化家事审判改革意见(试行)》也规定了人民法院审理离婚案件时,应对子女抚养、财产分割问题一并处理。就数件家事案件实行统合处理业已达成共识,但是否所有家事案件都可以合并审理?是否有条件限制?合并后程序法理如何适用?如何救济?等等。对于上述一系列问题,尚缺乏明确指引,需要进一步探讨。因行文所限,此处仅就与家事非讼案件有关的家事非讼案件与家事诉讼案件的统合处理、数件家事非讼案件的统合处理两种类型展开论述。

(1) 家事非讼案件与家事诉讼案件的统合处理。在民事诉讼法中,不同种类民事案件一般不得合并审理。但家事案件性质特殊,某一纷争的发生常常牵涉着数位当事人或数个类型相异的家事案件,为彻底且终局性的解决纠纷,维护家庭平和安宁,有必要实行统合处理,尽可能一次性地解决所有相关联的家事诉讼案件与家事非讼案件。不过,家事诉讼案件与家事非讼案件毕竟是两种不同的案件类型,其合并审理有着严格的条件限制。如德国《家事事件与非讼事件程序法》在赋予法官自由裁量权,由其根据情况作出合并或分立程序决定的同时,又对具体家事事件的合并与禁止合并进行了列举式的明确规定。再如日本《人事诉讼法》同样采取列举的方式对人事诉讼事件与家事非讼事件的合并审理作出了明确规定。与德日所采取的谨慎做法不同,我国台湾地区“家事事件法”规定基础事实相牵连的家事诉讼事件与家事非讼事件均得以合并审理,可谓为家事诉讼事件与家事非讼事件的合并审理大开方便之门。对此,有学者提出质疑,这种大开合并审理之门的设计,不免有偏向请求一方、忽视他方程序权益的嫌疑。<sup>⑥</sup>其实,统合处理只是家事程序法的价值追求之一,在统合处理之外还需平衡兼顾审级利益、程序效益等其他程序法上的基本要求。在我国家事程序法、家事非讼程序尚付阙如的背景下,并不宜采取我国台湾地区的扩大做法,否则不仅无法实现统合处理家事案件的初衷,反而会造成程序拖延、法理适用混乱等问题,进而损害当事人及利害关系人的合法权益。故而,我国未来家事程序法可以借鉴德国和日本,以列举方式对家事诉讼与非讼案件的合并审理作出明确指引。在统合处理的案件中,仍坚持诉讼案件适用诉讼法理,非讼案件适用非讼法理的原则性要求,在此基础上,赋予法官较大自由裁量权,由其自行决定何时适用诉讼法理、何时适用非讼法理,以及何时交错适用诉讼法理与非讼法理。但法官自由裁量权的行使必须以保护未

<sup>⑥</sup> 参见魏大晓:《家事事件之合并分离——程序裁量与统合处理》,载《台湾法学杂志》2012年第201期;许政贤:《人事诉讼的典范转换?!——以家事事件合并审理制度为例》,载《月旦法学杂志》2012年第209期。

成年人、老年人等弱势群体的合法权益为目的,以全面、及时并经济的解决家事纷争为导向。对于统合处理作出的裁判,当事人若对整体不服的,为保护当事人的审级利益和权益,允许当事人对全案提起上诉,若当事人仅对家事诉讼案件的处理不服的,按照家事诉讼程序的规定处理;若关系人仅对家事非讼案件的处理不服的,则按照家事非讼程序的规定处理。

(2)数件家事非讼案件间的统合处理。因适用相同或类似的程序法理,数件家事非讼案件之间的合并,相比于家事非讼案件与家事诉讼案件合并的限制,较为自由、也更加具有可操作性。如日本《家事事件程序法》规定法院可以自行决定合并或者分离家事事件的审理程序。再如我国台湾地区“家事事件法”规定,数件家事非讼事件可以合并审理,不受民事诉讼法中对诉的客观合并以及共同诉讼规定的限制。甚至有学者称,一般而言,就数件家事诉讼事件或家事非讼事件,一概得以合并、请求变更、追加或反请求。<sup>⑦</sup>为及时、全面处理家事案件,使家事非讼案件关系人免受额外财力、时间和精力损耗,确实应对家事非讼案件之间的合并审理给予立法肯定。这是否就意味着数件家事非讼案件之间的合并审理并无条件限制?我们认为并非如此,就数件家事非讼案件之间的合并审理仍需注意以下两个要素:一是数件家事非讼案件之间的关联性,即有无合并审理的必要性。<sup>⑧</sup>比如甲男向法院申请宣告其妻乙女死亡,同时甲男之父也向法院申请宣告甲男之母死亡,此时两个案件中的关系人均具有家庭身份关系,但两个案件并无实质性的事实联系,故而并无合并审理的必要。但若是甲男之妻与甲男之母在同一事件中发生意外而下落不明,甲男与其父基于同一意外事件分别申请宣告乙女、甲男之母死亡,此时这两个案件便具有了关联性,可以进行合并审理。二是数件家事非讼案件合并审理是否会损害其他更重要的价值。比如合并审理将会造成程序过分拖延,严重损害关系人程序利益,则法院应分别审理、分别裁判。

#### 四、结语

在我国明确制定“家事程序法”的蓝图下,有必要依据诉讼法理和非讼法理对家事非讼程序的立法设置进行深层解读,以明确家事非讼程序所具有的独立于家事诉讼程序的重要价值与司法功能。但是,由于我国没有诉讼法和非讼法分别立法的历史传统,以及长期受“诉讼一元程序”配置格局的影响,对于何为非讼程序以及何为家事非讼程序,家事诉讼程序与家事非讼内在的逻辑关系如何,在理论界和实务界还没有一个充分和统一的认识。因此,落实家事诉讼程序与家事非讼程序二元并立格局,合理设置家事非讼程序的立法工作不可能一蹴而就。本文除了期待通过制定单独的“家事程序法”实现家事程序的二元并立格局之外,更期待在打破我国“大一统”的《民事诉讼法》基础上,尽早出台独立于民事诉讼法的“非讼事件法”。

<sup>⑦</sup> 参见沈冠伶:《家事事件之类型及统合处理(摘要)》,载《月旦法学杂志》2012年第210期。

<sup>⑧</sup> 参见陈爱武:《论家事事件之程序合并》,载《月旦民商法杂志》2018年第60期。

## The Legislative Design of Family Non – Litigation Procedure in China ——the Dual Parallel Pattern of Litigation and Non – litigation

Zhang Yanli Guo Shuang

**Abstract:** From the perspective of procedure, family cases can be divided into two types: family litigation cases and family non – litigation cases. In their separate family procedure laws, most extraterritorial civil law countries and regions have realized the “litigation and non – litigation dual parallel pattern” in family dispute resolution procedures according to the type of cases. There is no separate family procedure law in China, nor is there a historical tradition of separate legislation of litigation procedure and non – litigation procedure. Therefore, in the process of applying the “unified” civil procedure law to deal with family cases, the courts have formed a unified pattern of litigation cases and non – litigation cases. With the further deepening of the reform of the family trial system in our country and the improvement of the substantive legal norms of family entities in the “marriage and family series” and “inheritance” sections of the Civil Code, in order to formulate a separate “Family Procedure Law”, we must first to fully recognize the independent status of family litigation procedure and family non – litigation procedure. And based on the theory of proportionality between case type and procedure, the theory of the binary separation application and the staggered application of litigation jurisprudence and non – litigation jurisprudence, the “litigation and non – litigation dual parallel pattern” is established from the legislation. And then, from the several aspects of application scope of family non – litigation procedure, the trial principles, the basic system, the integrated handling and so on, on the basis of the staggered application of procedural jurisprudence and non – litigation jurisprudence, we should scientifically establish family non – litigation procedure which is independent of family litigation procedure, so as to give full play to the special judicial function of family non – litigation procedure, and finally properly and uniformly handle complex family cases.

**Keywords:** family procedure law; family non – litigation procedure; family litigation procedure; dual parallel pattern

(责任编辑:杨志航)