

家事审判中职权探知的限度

傅向宇*

摘要 我国家事程序正在从普通民事程序中分离。家事审判实行职权探知主义已系共识,但裁判资料的形成与事实调查权的具体配置,却仍处于理论盲区、制度空白、实务混乱的状态。“当事人权”作为分析工具,既可以从理论上区分中国以诉讼体制定义的诉讼模式论与大陆法系诉讼结构模式论下的辩论主义和职权主义,又可以从制度上厘清家事审判在职权主义原则下法官特有的事实调查权和当事人协助义务,与普通民事诉讼在辩论主义原则下的当事人自治及其例外情形,以及超越诉讼模式而基于诉讼主体地位无差别共享的“当事人权”及其相应的主体义务三者之间在适用范围、适用条件及法律后果上的差异,从而探求我国家事审判从普通民事诉讼体系中剥离后职权探知的限度。

关键词 家事案件 家事审判 职权探知 当事人权

家事案件不同于普通民事案件的诸多特殊性应当在程序设置中有所体现,已在我国法律界和理论界形成基本共识。以身份关系为基础、自治性与涉他性并存、私益与公益兼具等家事案件的特点,决定了家事审判的当事人处分权和辩论权受限、权利保护与社会适应性二元功能并重、程序的诉讼法理与非讼法理多维交错等相应特征,在裁判资料的形成与事实调查机制上实行职权探知主义。然而,家事案件类型多样,从适用国家照护主义的监护案件,到适用强职权主义非讼法理的身份关系案件,再到适用准辩论主义诉讼法理的家庭财产争议案件,具体到特定类型、特定事项、特定程序的家事审判,上述每一个维度究竟具有怎样的“特殊性”,从而在怎样的尺度上限制了普通民事诉讼中的处分权主义和辩论主义,又在何种区间内适用诉讼法理与非讼法理等等,则缺乏具体和充分的探究。近年来中国又引入了大陆法系国家“后辩论主

* 西南政法大学高等研究院讲师。本文为2019年度教育部人文社会科学研究青年基金项目(项目编号:19YJC820028)阶段性成果。

义”新概念——协同主义、修正辩论主义、事案解明义务等等,却鲜有论及其在“宿主国”的制度前提与逻辑位阶,从而进一步给中国家事审判从普通民事诉讼中剥离时确定职权探知的边界形成了理论干扰。

本文尝试将家事审判改革置于民事程序分类建构的体系之中进行整体理论思考,引入日本在进行诉讼程序非讼化改造时提出的“当事人权”理论,以超越辩论主义与职权主义理论争议,为我国家事审判与普通民事诉讼分离时析出“当事人权”这类“共同财产”提供理论参考,为职权探知主义下保障当事人基于诉讼主体地位而共享的基本程序权利和义务提供理论资源,也为对接《民法典》婚姻家庭篇的家事程序建构提供系统化思路。

一、作为职权探知主义对立范畴的“辩论主义”在中国的不同表达

正在迅猛推进的家事审判改革乃至更广泛意义上的审判专业化,旨在将家事审判程序与普通民事诉讼程序进行剥离,进而在家事审判程序中针对不同类型的家事案件的诉讼特质与非讼特质,分别与我国普通民事审判程序的共享法理和非讼程序原理进行衔接。审判专业化的另一端,是高度自治主义的商事审判从普通民事审判程序中逐步剥离,这个过程自1990年代由海事海商审判和知识产权审判开始,渐至金融审判等其他领域。然而,贯穿始终的逐步专业化“分家”过程中的核心概念——当事人主义与职权主义、辩论主义与职权探知主义这两对范畴的理论内涵及其制度表达,在主流学理中仍处于混战状态。家事审判中所奉行的职权探知主义,常常被简称为职权主义,而职权主义作为定义诉讼模式的概念本身的理论争议存续至今,职权探知主义也卷入这一理论漩涡而致其内涵混沌。

(一)深陷于诉讼模式理论漩涡的职权主义与职权探知主义

在家事审判改革重新确立职权探知主义方向之前,中国理论界关于当事人主义与辩论主义的讨论,基本上是以逆反中国传统诉讼体制的超职权主义为目标、以增强当事人主体地位和程序权利为价值取向而展开的。因而凡是增加当事人诉讼主体地位的制度规范和价值追求,都被归入了当事人主义,而那些基于诉讼主体地位而享有的、超越当事人主义或职权主义任何诉讼模式的基本程序权利也被囊括其中,诉讼模式论的各派主张者对此似乎浑然不觉。其结果是,当家事审判从普通民事审判中剥离时,原本属于任何诉讼主体均应享有的“共同财产”却被归入了辩论主义模式下的“独有财产”。

具体而言,以张卫平教授的诉讼模式论为代表的(本文称为广义诉讼模式论或诉讼体制论),我国九十年代以降作为民事诉讼模式改革的理论资源应运而生的当事人主义、辩论主义概念,至今仍占据中国主流学说并富有理论生命力和制度影响力。广义的当事人主义和辩论主义概念以民事诉讼体制作为整体研究对象,将世界代表性国家的诉讼模式划分为以苏东职权主义为一端、以英美当事人主义为另一端,将位于两端之间的德日诉讼模式划入亚当事人主

义。^{〔1〕}这种划分方法明显不同于比较法上普遍采用并为当下多数中国学者所接受的英美当事人主义(对抗制)与大陆法系职权主义所局限于庭审模式的划分标准,也不同于中国学者广泛援引的大陆法系辩论主义概念“三大内涵”之本义(容后详论)。然而,由于民事诉讼制度改革之初乃至当下作为中国最迫切的任务仍是在诉讼体制上解决法院职权与当事人权利的配置关系模式,因此广义的职权主义被作为改革对象和历史垃圾,而狭义的职权探知主义即使在中国学者普遍接受狭义的辩论主义概念之后也并未真正成为与之分庭抗礼的对立范畴纳入理论视野,因而这种概念混用的理论旧账直到家事审判分离时才不得不盘点清算。

进而言之,当下我国高度共识的辩论主义三大命题及普遍援引的德日民事诉讼理论著述和现行规范,在其宿主国是以剥离了已经独立的家事审判程序、非讼程序及相对独立的商事审判程序之后的普通诉讼程序体系作为默示前提的,因而德日学者关于辩论主义的论述及“后辩论主义”衍生概念和制度探讨不必观照家事程序和非讼程序,^{〔2〕}也不必进行区分、限定或附加前提,致使那些看似普适于所有民事程序的一般规范和理论实际上却是已然剔除了家事和非讼事项而仅仅针对“诉讼”制度的理论。如果这些概念和理论被引入依然裹挟着家事案件的中国民事诉讼体系中,不加界分地用于解释或解决中国问题,就会缺乏针对性或以偏概全,但这一意识和觉知的普遍缺乏恰恰是当下普通民事诉讼理论研究的重要盲区,仅家事审判及非讼程序研究者努力将这种区分推向理论视野毕竟太过小众甚或边缘。目前援引大陆法系民事诉讼理论、规范和判例来讨论中国民事诉讼相应问题时,几乎都无视后者包含了前者毋须应对的家事案件的另类需求,都自动屏蔽了家事案件。典型例证是我国第三人撤销之诉不区分家事案件第三人与民商事交易第三人,但恰恰最需要这一制度的身份关系诉讼在德日家事审判法乃至实体法中另有制度安排。^{〔3〕}另一例证是关于事案解明义务的研究,援引德国判例时将追索抚养费的家事争议案件与普通民商事案件无差别无前提地列在一起,进而在小结中将家事争议案件等同于家事案件,由此得出德国事案解明义务由不正当竞争领域发展到家事审判领域的结论。^{〔4〕}然而,按照理论界对辩论主义与职权探知主义的普遍认知,既然家事审判实行职权探知主义,事案解明义务作为辩论主义的有限例外就不会进入家事审判体系,家事案例中当事人的协助义务要么在职权探知主义框架内另作解释,要么必须对家事案件中争议类与非争议类进行区分后才能纳入辩论主义诉讼法理讨论其例外适用事案解明义务的情形。可见,保持一种系统性觉知,不只对家事审判研究而且对普通民事诉讼比较研究都不可或缺。

有鉴于此,本文虽然只讨论作为狭义辩论主义之对立范畴的职权探知主义及其制度边界,

〔1〕 参见张卫平:《程序公正实现中的冲突与衡平》,成都出版社1993年版。

〔2〕 尽管德、日及我国台湾地区对于家事程序与非讼程序的边界划分方法并不一致因而相应理论也各有千秋,但其家事程序与普通民事诉讼程序之间的边界,从理论概念到制度规范都是相对清晰的。

〔3〕 有研究者特别关注到家事案件对于第三人撤销之诉制度的影响并进行了专门讨论。参见任重:“论虚假诉讼——兼评我国第三人撤销诉讼实践”,《中国法学》2014年第6期,第241—262页;任重:“回归法的立场:第三人撤销之诉的体系思考”,《中外法学》2016年第1期,第139—164页。

〔4〕 参见吴泽勇:“不负证明责任当事人的事案解明义务”,《中外法学》2018年第5期,第1360—1379页。

将研究对象明确定位于家事审判中法院与当事人围绕诉讼资料和事实调查而形成的权限配置关系,但也保留对广义诉讼模式论应有的观照,因为将一国法院与当事人之间的权限配置关系作为一个整体以观察其诉讼体制从而挖掘相应诉讼结构下的诉讼体制和价值基础的研究方法,至今在中国仍有广泛的理论影响力和深远的制度渗透性,并且以其强大的现实回应性成功地推动了1991年以来我国民事诉讼制度改革,提升当事人的诉讼主体地位、增加当事人程序权利保障、合理限制法院的职权,全面重构市场体制下以民商事交易为基础的民事诉讼体制。然而,这一诉讼体制在由超职权主义向广义辩论主义靠拢的过程中,仍有许多具体规范保留了明显的职权主义色彩;同时在诉讼体制全面转向处分权主义和辩论主义的过程中,家事审判也被裹挟其中。因此,当近年来家事审判改革探索职权探知主义模式,开始划定辩论主义与职权主义各自的“主营”范围时,就必须借助狭义诉讼模式论,回归英美当事人主义(对抗制)与德日辩论主义的概念本原。〔5〕

勿庸赘言,体制意义的诉讼模式具体分解为三个维度的权限配置关系——裁判对象维度上的处分权主义与国家干预主义分野、事实调查维度上的辩论主义与职权(探知)主义分野、程序推进维度上的当事人进行主义与职权进行主义分野。〔6〕而大陆法系理论中通常所称的辩论主义与职权探知主义仅指在事实调查权这个维度上的权限配置关系,即辩论主义的三大内涵——法院不得将当事人没有主张的主要事实作为裁判的基础;法院必须将当事人之间没有争议的主要事实当然作为裁判的基础;法院必须依当事人提出的证据认定争议事实。〔7〕以辩论主义为对照,职权探知主义在上述三个命题中均有突破:第一,法院作为判决的基础的事实不局限于当事人主张的事实;第二,当事人之间无争议的事实并非必须作为法官裁判的基础,亦即自认对法院没有拘束力,对当事人之间没有争议的事实法院也可以且应当辨别其真伪;第三,当事人提出的证据之外的其他证据法院可依职权开展调查。〔8〕

通过两组概念的简单对照可见,中国现行民事诉讼制度中,需要进一步区分具体哪些是传统超职权主义体制的残留,从而需要在中国语境下进一步改革;哪些是“后辩论主义”的修正或例外性职权干预,从而应保留在普通民事诉讼中但须对其适用条件进行限定;哪些才真正是作为狭义辩论主义对立范畴的职权探知主义原则下的干预,因而应仅适用于家事审判程序并进行体系性规制。关于这些问题的观察和答案,仍然自觉或不自觉地受到前述基本概念体系和定义标准的影响。为了超越诉讼模式论就辩论主义的理论内涵及其制度成果所产生的分歧,本文引入了日本在诉讼程序非讼化过程中提出的“当事人权”理论,首先将现行民事诉讼规范

〔5〕 参见傅郁林:“迈向现代化的中国民事诉讼法”,《当代法学》2011年第1期,第9—10页;傅郁林:“家事诉讼特别程序研究”,《法律适用》2011年第8期,第81—85页。

〔6〕 参见汤维建:“两大法系民事诉讼制度比较研究——以美、德为中心”,《诉讼法论丛》1998年第1期,第394—396页。

〔7〕 参见江伟:《民事诉讼法专论》,中国人民大学出版社2005年版,第98页。

〔8〕 参见(日)松本博之:《人事訴訟事件について東京家庭裁判所の実務運用》,法学家1301号(2005年版),第39页以下。

中作为诉讼模式改革成果但实际上属于诉讼主体共同享有的“当事人权”析离出来；随后再讨论家事审判当事人基于职权探知主义而承担的协助义务，并与辩论主义下不负证明责任的一方当事人所承担的事案解明义务进行辨析和区分，以探究其价值基础和理论前提的差异及其对当事人协助义务的规范要件和适用范围的影响。

（二）我国现行民事诉讼制度中的诉讼主体权利义务配置结构

家事审判程序正在从现行民事诉讼制度中与普通民事诉讼程序分离、独立，一方面要将只适用于家事审判的职权探知主义与普通诉讼程序目前仍普遍保留的职权主义元素进行剥离，另一方面基于家事程序中诉讼法理与非讼法理交错，因而在适用诉讼法理的案件中仍须保留某些辩论元素，此外还要将诉讼主体共享的当事人权从理论上剥离以期在两类制度中均予保留。为此，首先要回到辩论主义与职权主义的基本涵义这个起点上，找到其在我国普通民事诉讼程序中的坐标，只能借助于对标已有理论共识的辩论主义三大命题，来定位中国现行民事诉讼法确立的诉讼模式。

根据辩论主义如前所述的三大命题，主张责任、当事人自认和举证责任这三个层次上的概念和制度规范，不仅对当事人形成拘束从而构成其义务、权利与责任或风险，同时也约束裁判者的事实调查权，从而局限了裁判者的事实调查范围（或义务）。对标上述准则不难发现，即使在普通民事诉讼程序中，我国也只是确立了处分权主义，并未形成辩论主义。1991年民事诉讼法率先在上诉程序中确立了处分权主义，规定上诉审理范围限于上诉请求，2007年修正案（现行第200条）进一步将裁判超越诉讼请求作为再审事由，从而完整表达了以当事人诉讼请求限定法院裁判对象的处分权主义。然而，现行法从未真正确立辩论主义；职权主义不仅在上述三个层面均有残留，而且在2015年民诉法司法解释和2019年证据规则中均得到强化。

辩论主义的第一命题，以当事人的事实主张来限定法院事实调查权限和范围，在我国制度层面或实践层面均未确立。“主张责任”这个在第一层次上限定法院的事实调查权、在第二层次上作为当事人之间证明责任划分之前提的概念，在我国始终只是教科书或学术论文中的纯学理概念。即使是在当事人自治和奉行辩论主义最彻底的商事案件审判中，法院也可以依职权询问任何一方当事人均没有主张的主要事实，并要求当事人就该事实提交证据。

1991年民事诉讼法在证据调查和事实形成的权限配置方面的重大变革是明确规定了当事人应当对自己的主张承担举证责任，法院的职责则由“全面、客观地收集和调查证据”相应修改为审查核实证据并且必要时收集证据。然而，当事人在事实调查和举证责任方面的角色改变主要是增加了当事人的举证“义务”，而非“自治”——自治意味着举证的权利、义务和风险一并由法院转移至当事人；意味着当事人的举证作为一种诉讼行为，其自治性效力不仅约束自己，而且也约束包括法官在内的所有诉讼主体，从而对法官的事实调查权限（及相应义务和责任）形成限定和制约。当事人举证证明的义务性倾向在2015年司法解释和2019年证据规则中又得到了明显强化和拓展。

此外，《民事诉讼法》第200条将法院应当收集而未收集证据的情形列入再审事由，但并未规定其事实调查范围受当事人事实主张的限制。这一规定也与该条关于法官不得超越诉讼请

求裁判的处分权主义限制形成明显对照,表明法院的事实调查权未像实体裁判权那样受到当事人主张的限制,并且绝非立法者技术上的倏忽,而是对处分权主义与辩论主义进行了明确的区别对待。

辩论主义的第二命题,在我国主要体现在2001年证据规则首开先河形成的自认规则中。然而“自认的事实作为免于证明的事实”这一规则,目前已受到2015年民事诉讼法司法解释第92条规定的但书的明显冲击,即“自认的事实与查明的事实不符的,人民法院不予确认”,2019年证据规则完全复制了上述第92条。虽然司法解释将这种例外情形的适用范围限于身份关系和国家利益、社会公共利益案件,但规定并未明确限定于身份关系的事实本身,这是否意味着“涉及身份关系的案件”中的所有自认均不适用自认规则?而婚姻家庭案件全部是基于身份关系形成的,即均不适用辩论主义。同理,涉及国家利益和社会公共利益案件中,不限于涉及国家利益和社会公共利益的事实本身,而是整个案件的事实认定均不适用自认规则。但由于国家利益和社会公共利益的定义具有不确定性,并且很可能不是由整个案件的诉讼请求或诉讼标的在诉讼早期阶段确定的,而是由审理过程中主张或发现的个别合同条款或案情事实来定义的,而且该案件是否构成“涉及国家利益或社会公共利益”在诉讼程序上并没有相应的攻击防御的程序安排,甚至不在“主张责任”范畴之内,因此案件是否不适用自认规则应由法官来定义,而不是相反——由自认规则来定义法官的事实调查权。

辩论主义的第三命题,法院必须依当事人提出的证据认定争议事实,应该说在我国是法律内涵最清晰、实践奉行最普遍的规则,司法解释对此规则的例外情形规定的也非常具体、明确。但现行法的目的强调的仍是当事人的“举证和证明义务”,而不是证明规则下的当事人权利义务对法院的事实、证据调查权形成的约束。

然而,如果将当事人权限配置的增长及其对法官权限的制约关系,全部置于辩论主义与职权主义的框架内讨论,从历史的视角会抹杀中国民事诉讼法在确立和推进当事人主体地位和程序权利保障方面取得的持续性进步;从未来的视角则会将当事人基于诉讼主体地位而普遍享有的权利和应当履行的义务,交织乃至埋葬在家事审判程序基于案件涉及身份关系等特殊性质而在当事人与法官之间另行配置事实调查权的特殊规则之中。实际上,辩论主义与职权探知主义仅仅是配置诉讼主体权利义务的一个维度,而不是全部。当事人作为诉讼主体所享有的基本程序权利,尽管在中国民事诉讼模式改革中借当事人主义或辩论主义之名而生,却是超越于狭义辩论主义或职权探知主义的一种共享权利。

实际上,自1991年民事诉讼法颁布以来,立法对于当事人程序权利的增加及其相应对法官权限的约束从未停下脚步,特别是在程序参与权和程序选择权方面已经发生了质的飞跃。裁判对象层面上,在民事诉讼法2007年修正案中已确立了完整的处分权主义——通过再审事由明确规定了当事人的诉讼请求对审判权形成界定与制约。^{〔9〕}在事实调查层面上,立法规定了法官调查和认定事实的“程序”(过程)规范,比如证据应当在法庭上出示,并由当事人相互

〔9〕 由于诉讼标的内涵的不确定性和识别标准的多元性,这种裁判权限的界定与制约也只是相对的。

质证,否则不得作为法院定案的依据。

然而,我国现行法在事实上保障当事人权利、制约法官职权的规范,主要路径并不是通过限定法官调查事实的权限或范围,而是通过规范法官行使这一权力的“方式”和“程式”,比如规定证据应当在庭审中出示并质证时,并不区分该证据是针对当事人主张的事实还是法官依职权调查的事实,也无论证据是由当事人提交抑或法院调取,均应在庭审中质证。理论上,限定法官调查事实和调查证据的权限和范围才属于辩论主义的讨论范畴;而在庭审中出示并质证属于程序透明和程序参与权范畴,但长期以来却全都被归入了辩论主义框架。

这一概念区分在方法论上具有基础性意义,在逻辑上有助于解决一般/原则、特殊/例外与共享/基本的权限配置的紧张关系,在功能上可缓解辩论主义与职权主义的二元切分导致权限配置的双刃性难题。这一概念在日本法理论上称为“当事人权”,即“诉讼当事人接受审判时作为程序的主体应当享有的所有程序权利的总称”。^[10] 它的引入为日本诉讼事件非讼化的程序变革提供了正当化基础,在家事审判程序的建构中缓解了职权探知主义所附带的当事人主体地位受损与诉讼能动性不足的双重困境。而我国现行法中当事人权利保障条款的理论误读与归类方法,即以法院权力与当事人权利在整体上的张力作为辩论主义与职权主义的划分标准,妨碍了将权力 vs 权利配置的具体维度与逻辑层次做进一步析分。如果将中国民事诉讼制度中持续推进的当事人权利增长与相应的法官权力受制全部归入辩论主义的成果,那么作为这枚硬币的另一面,当事人自我责任风险与自治权同步增长、权利滥用导致社会风险增加时,辩论主义也就合乎逻辑地要承担全部责难,进而当曾经因蕴含着权力滥用等更大风险的职权主义全面卷土重来时,理论界也很难作出强有力的回击。这种概念混沌与逻辑不清反映在家事审判改革的实践中,于是出现了两种倾向——要么在辩论主义名义下,将家事案件的事实调查责任和风险全部交付当事人;要么在职权主义名义下,完全无视当事人诉讼主体地位和基本程序权利及其基本程序义务。

二、家事审判中事实调查权的多层次多维度配置

在抽象意义上,事实调查权的配置在普通民事诉讼程序中以辩论主义为原则,在家事案件中以职权探知主义为原则,其原理是按照案件类型和性质设计不同的程序模式,从而使每一种程序与相应案件的性质相适应,体现并实现其各自的理念和价值取向。但比较法上关于家事案件的程序分类和相应程序中的职权元素并没有统一或相对一致的标准,其共同特点是立法对于案件及相应程序的分类都采用了抽象定义+具体列举的模式,表明家事案件特征的模糊

[10] (日)山木戸克己:“訴訟における当事者権”,山木戸克己編:《民事訴訟理論の基礎的研究》,有斐阁1961年版,第60页。

性和交叉性所致进行一般性分类的高难度。^[11] 各国理论界普遍认同家事审判存在诉讼法理与非诉讼法理交错,制度上我国非讼程序异常狭窄而诉讼程序无所不包,因而家事审判的程序分类与权限配置模式必须摒弃“辩论主义的诉讼法理与职权主义的非诉讼法理”这种简单的二元分类模式,探寻多元、多层次和多维度的权限配置模式。

(一)家事案件的基本分类与职权探知的多层配置

关于我国家事审判程序采取何种标准从普通民事审判程序中分离出来,学术界主要依赖于不同的理论资源而采不同主张,倾向于德、日、台模式的各有其代表学者。^[12] 德国法 2009 年《家事事件及非讼事件程序法》才统合了家事程序规范;日本亦步亦趋紧随德国修改了法律,但与德国分类标准明显不同,日本的家事事件是其《人事诉讼法》和《家事事件程序法》调整对象的总和,而将程序特征具有非讼性质的事件归入了《非讼事件法》;我国台湾地区虽受德日影响,但家事程序的分类却有鲜明的独特性——不是以家事案件的特征进行分类并据此确定相应程序,而是根据本地既有的诉讼程序与非讼程序的法律特征来界定家事事件的类型——身份诉讼事件、非讼化审理事件、家事非诉事件适用职权探知主义,家事财产诉讼事件、离婚事件及其他非讼化审理事件、成年人之间宣告终止收养关系事件及其他非讼化审理之财产事件则适用限制的辩论主义。

相比之下,我国现行制度只有“涉及身份关系的案件”的某些特别规定,但实践中就家事案件的表述则范围很大,包括身份关系案件、以身份关系为基础的财产案件,以及与家庭相关的其他案件。^[13] 在我国现有制度框架中,人事诉讼程序缺乏、非讼程序适用范围狭窄、普通诉讼程序并未真正贯彻辩论主义,既未在程序制度框架上形成二元划分的路径依赖,也未在理论上达成划分家事审判案件和相应程序的共识,如果二元划分理论作为家事审判程序分类的依据,反而会加剧原本已经显现的制度标准冲突和法理困境。因而我国家事案件类型和家事程序模式的选择应当摆脱比较法上并不一致、在其本土制度运行和理论解释中也日益面临困境的二元划分的羁绊,而应考虑中国家事案件处理机制一部分依赖于行政性资源的突出特色,促成其转换为中国特色家事案件 ADR 发展的优势。^[14]

本文受研究主题所限,对于家事案件及其审判程序的类型化问题本身不展开论述,只是声

[11] 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 56 页。参见许士宦:“家事审判之事实收集原则(下)”,《月旦法学教室》2013 年第 134 期,第 76 页。

[12] 比如留德派学者赵秀举认为我国家事纠纷可参考德国分为婚姻案件、家事争讼案件和家事非讼案件三类,参见赵秀举:“家事审判方式改革的方向与路径”,《当代法学》2017 年第 4 期,第 127 页。另有主张采日本模式,参见刘敏:“21 世纪家事诉讼立法的发展趋势与中国家事诉讼法的基本架构”,载《第四届中国婚姻家庭法实务论坛会议资料集(2017 年)》,第 4 页。

[13] 在我国法律实务中,家事案件主要包括:①婚姻案件,含:离婚、婚姻无效、婚姻撤销等;及其附带案件,含:监护权纠纷、子女抚养费、离婚后财产分割等;②赡养、抚养及扶养纠纷案件;③亲子关系案件;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。资料来源:武城县人民法院内部会议。

[14] 参见谢芳:《家事案件审判类型化研究》,2018 年北京大学博士学位论文,第 1—12 页。

明本文并非以二元程序划分理论为基础,而是从家事案件自身的特征出发,总结各国或地区在建立本土家事程序时所考量的具体因素和方法,努力在中国现行制度框架内寻找与家事案件特征相适应并与中国现行制度资源兼容的家事程序分类标准,以家事程序的多元性适应家事案件性质的多样性,以程序分类的多层次性对应家事审判价值目标多元而特定程序优位价值的差异性。但在众多差异之中,各国和地区对于身份关系的确定和涉及公共利益的案件一般均适用法院依职权收集证据,以得出客观真实的判断。^{〔15〕}

在我国民事诉讼制度的整体发展中,职权探知主义与辩论主义此消彼长,其核心问题是,在法院与当事人构成的民事诉讼法律关系中,究竟谁对事实负责,谁享有相应的事实调查权,以及不承担事实调查责任的相对方应承担何种义务和责任。辩论主义设定了当事人固有的支配领域,从而抑制法院职权介入,严格的辩论主义原则限制法官对当事人未主张的事项做出裁判,法官也不能斟酌当事人所未提出的事实;^{〔16〕}而在职权探知主义下,法院可依照职权调查事实而不受当事人的事实主张及所为自认的拘束,也不因当事人举证不能而做出对其不利判决。然而,在黑白两端之间还可切分出更多层次的色差,比如修正的辩论主义强调法院基于查明真相和实质正义的目标,主动斟酌当事人未主张的事实和未提出的证据,以最大程度追求裁判的妥当性,但其实质只是需要强调当事人基于程序协助义务与法院共同推进诉讼的进行;^{〔17〕}与之相应,职权探知也不意味着当事人的消极无为或法官职权的无所限制。

具体而言,在围绕辩论主义与职权主义各自的适用范围形成的横向轴上,以高度自治或辩论主义适用强度最大的商事案件为一端,以高度干预和职权主义适用强度最大的家事案件为另一端,辩论主义或职权主义适用的强度或限度并不能切分为非白即黑甚或边界清晰的区间,因为居于两端之间的普通民事案件,在案件的自然特征甚或法律特征上都存在多层次、多维度的交汇或交错,因此不可能简单笼统地把家事案件归入职权主义、把其他民事争议归入辩论主义范畴,而是根据案件特征做出进一步分类,比如商事争议案件、普通民事争议案件、家事财产争议案件、身份关系争议案件、家事非讼案件,将相应的事实调查权配置划分为严格辩论主义、修正辩论主义、相对职权主义、高度职权主义。在严格辩论主义下,当事人享有高度自治权并对法官事实调查权限形成严格限制,当事人也据此承担自我责任和懈怠后果;修正辩论主义下,当事人基于自治和自我责任原则而对事实负责,但法官在特定条件下享有有限调查权;相对职权主义下,法官的事实调查权不受当事人事实主张的范围或自认等自我责任的限制,当事人在事实调查和程序促进方面均负有协助义务,但不承担“懈怠后果”;高度职权主义下,法官在事实调查权和程序事项上享有更大裁量权。

〔15〕 参见(日)中村英郎:“家事事件裁判制度的比较法研究”,郎治国译,载张卫平主编:《民事诉讼法研究》(第三辑),厦门大学出版社2007年版,第338页。

〔16〕 参见王亚新:《对抗与判定——日本民事诉讼的基本结构》,清华大学出版社2010年版,第53页。

〔17〕 修正的辩论主义又称限制的辩论主义或协同主义。相关研究参见唐力:“辩论主义的嬗变与协同主义的兴起”,《现代法学》2005年第6期,第78—84页。

然而,上述横向轴上的切分最多只是在实体层面解决了法院与当事人之间事实调查权配置关系。在我国尚未普遍建立辩论主义的完整概念和相应规范的语境下,区分当事人权利与法院权力不同层次的内涵及其与“辩论主义”或“职权主义”符号下具体权限配置的关系,尤为重要。我国在走向辩论主义的过程中,实质上只是将举证责任和证明风险(懈怠后果)转移给了当事人,(狭义的)辩论主义三个命题并不包含对法官行使权限方式的制约和对当事人程序权利的保障。同理,与辩论主义相对立的职权主义本身能否清晰界定家事审判中法官与当事人的权限配置关系?比如,在身份关系案件的事实调查中,法官的事实调查权不受当事人事实主张或自认等限制,但是否受其他限制?当事人举证不力不承担“懈怠后果”,是否承担其他后果?当事人若不享有事实调查自主权,那有没有其他相关权利?针对这些问题,欲在职权主义模式下具体确定法官与当事人之间的权限边界,形成分层、进阶式权限配置的制度规范,还必须引入程序视角,包括事实调查权的行使方式及程序规范,在事实调查权的配置关系上再增加一个程序权利配置的纵向轴。申言之,必须将当事人作为诉讼主体享有的内在权利和相应义务与当事人主义/辩论主义诉讼结构下的当事人自治权和相应后果进行剥离,才能突破狭义诉讼模式论范围狭窄而广义诉讼模式论边界模糊的缺陷,从而为具体类型的家事案件找到事实调查权配置的实质规范与程序规范的坐标。日本在进行诉讼案件非讼化改造的过程中,学者于当事人主义之外提出的“当事人权”概念,为当事人程序保障提供了理论资源,其方法与法理对于思考上述问题颇具启发性。日本非讼程序所包含的家事程序与中国家事审判程序也有很大程度的重合,借助日本专门针对非讼程序中当事人权理论,可以观察家事审判当事人基于诉讼主体地位所具有的权利义务及其与法官权限的配置关系是如何区别于基于辩论主义或职权探知主义所具有的权利义务及其与法官权限之间的配置关系的。

(二)“当事人权”理论下的家事审判事实调查权

日本学界的主流观点曾经将职权主义与当事人主体性对立视之,认为当事人在程序上的主体性是由当事人主义所保障的,职权主义则是属于法院的裁量。^[18]但这一传统观点成为非讼程序中确立当事人的主体地位和相应权利保障的理论障碍,于是“当事人权”理论登上了历史舞台,藉此确立了超越于诉讼模式的当事人的主体性。

1. 诉讼主体角色内含的“当事人权”

“当事人权”的核心是强调当事人作为程序主体的基本权利保障。日本学者吉村德重针对非讼程序的导入引起的当事人权保障问题,提出辩论权和在场权的保障是法治国家程序法上具有普遍价值的原则。^[19]当然,非讼事件中当事人权的保障方式与诉讼事件中是不一样的,这是因为前者通用职权主义,从自由证明得到认可的角度来看也算理所当然,但当事人权的保

[18] (日)井上哲男:“乙類審判事件における職権探知と適正手続の具体的運用”,岡垣学、野田愛子編:《講座実務家事審判法1》,日本评论社1989年版,第127页。

[19] 参见(日)吉村德重:《民事事件の非訟化傾向と当事者権の保障》,日弁連特別研究叢書昭和四一年(下),第135页。

障必须是实质性的,这与职权主义并不矛盾。山木户教授进一步提出和论证了辩论权、在场权、记录阅览权、异议权等当事人权,还提出了认可非讼程序中关系人的请求权问题。^[20]尔后,铃木忠一法官正面认可了非讼事件程序中当事人的程序主体性,认为在适用职权主义的非讼事件程序中也理应保障“审寻请求权”,^[21]但对于应当保障到什么程度,则可根据事件的性质、目的、有无对立当事人等做阶段性区分,一方面由立法政策确定,另一方面由法官裁量。^[22]

也有学者基于当事人程序主体地位,强调当事人权所包含的程序协助义务(即“有纪说”)。^[23]非讼事件中当事人基于程序主体地位,与程序参与权同时存在的还有程序协助义务。在适用非讼事件程序的家事诉讼中也存在利害关系的对立双方,这一点与民事诉讼相近似,在实践中不进行程序协助的当事人可能导致对本方的不利益。该观点进而认为,职权探知主义与程序协助义务并不矛盾,不仅在争议型程序中,而且在非争议型程序中也要求自我责任原则、程序经济、制度效率等发挥一定作用。程序保障是与自我责任相关联的,要强调程序保障就不能否定当事人的职能分担占有相对更多的比重。但有纪先生特别强调,主张当事人的程序协助义务的前提是要首先解决当事人的程序参与权这一先决要素问题。

佐上教授的程序保障论则更侧重于“询问”和“应答”这种以当事人之间的关系为基础的责任论构成(即“佐上说”)。^[24]通常而言,审寻请求权考虑的角度是法院与当事人之间的纵向的关系,在职权主义模式下,鉴于当事人知悉作为裁判基础的资料的内容,故被赋予表明自己意见的机会,而法院对当事人所表示的意见负有考量的义务。但在非讼程序的职权探知主义框架中以法院的事实调查责任为前提,还应探讨当事人可能进行怎样的职能分担。程序保障不仅止于单纯保障辩论权、在场权、记录阅览权,而且在涉及利益调整的争议程序中应包括有具体内容的责任构成,比如针对对方提问的应答责任等,具体包括:不能忽视以当事人自主的、主体性的判断来解决争议的重要性;要明确谁对谁、提示怎样的要求;参加合意的当事人之间相互平等,并以能够自主进行判断为前提。

[20] 参见(日)山木户克己:“訴訟における当事者権”,山木户克己:《民事訴訟理論の基礎的研究》,有斐閣1961年版,第59页以下。

[21] 审寻请求权系日文术语,来源于德国法。“审寻”本意指给予当事人或利害关系人以陈述的机会(书面或口头的,方式不限),在日本是决定、命令程序的审理方式之一,相当于判决程序的口头辩论。参见(日)林屋礼二、小野寺規夫:《民事訴訟法辞典》,信山社2000年版,第196页。

[22] 参见(日)鈴木忠一:“非訟事件に於ける正当な手続の保障”,鈴木忠一編:《非訟・家事事件の研究》,有斐閣1971年版,第259页。

[23] 参见(日)有紀新:《非訟事件における手続関係人の手続協力義務(事案解明義務)》,青山法学論集14卷4号,第1页以下。

[24] 参见(日)佐上善和:《利益調整紛争における手続保障とその限界》,法律时报52卷7号1980年版,第27页;(日)佐上善和:“家事審判における当事者権”,鈴木忠一、三月章監修:《新実務民事訴訟講座8》,日本评论社1981年版;(日)佐上善和:“ドイツの世話事件における事件本人の手続能力と手続監護人について”,原井龍一郎先生古稀祝賀論文集刊行委員会編:《改革期の民事手続法》,法律文化社2000年版。

笔者观察,上述理论尽管强调的角度或侧重点不同,但都主张在职权探知主义下当事人基于程序主体地位内含的一般权利,包括在场权、辩论权、记录阅览权、异议权,以及就争议事项自主判断和表达利益诉求的权利等;与之相应,当事人作为程序主体也应承担相应义务或责任,特别是在争议性审判程序中,通常包括针对法官调查的协助义务和针对对方提问的应答义务。就当事人权与辩论主义的关系来看,除有纪说之外的其他学说都不主张非讼程序当事人负有自我责任,只是强调当事人基于程序主体地位而应具有的基本权利和相应义务,比如参与权与协助义务、辩论权与应答义务等。在配置法官和当事人权限时还会考量程序经济、制度效率等重要因素,因此“当事人权”的定义中对当事人程序保障与义务分担进行平衡,但无论如何不会跨越到辩论主义下的当事人自我责任,否则职权探知主义的内涵就荡然无存了。此外,“当事人权”也不同于宪法意义上的司法请求权或正当程序,因为后者主要强调获得司法程序救济机会的基本权利保障,而当事人权讨论的是已进入司法程序而成为程序主体的当事人所享有的一般性程序权利及相应义务,不受特定程序结构的影响。

笔者认为,就我国家事审判中法官的事实调查权与当事人主体角色而言,无论改革的走向是将家事争议解决归入诉讼程序还是非讼程序,采用职权探知主义在整体上并无争议。但这并不意味着把所有的事实调查和资料收集工作都交给法院而当事人可以无动于衷,也不意味着法官可以享有没有制约的事实调查权或程序裁量权,比如法官不能将自行调查或委托调查员提供的证据或其他事实信息在未经当事人质证或辩论的情况下直接作为认定事实或作出裁决的依据。即使是在我国非讼程序中,当事人基于程序主体的角色所应享有的程序保障和应当承担的相应义务也应当受到法律和实践的保障。当事人权本身具有独立的价值,与辩论主义或职权主义之下的权限配置虽有逻辑关联,但各自有着自己的作用空间。基于当事人权的基本程序保障不以具体程序类型为条件,据此产生的程序协助义务是当事人基于程序主体参与审判程序、获得司法保障所应当承担的基本义务;在涉及利害关系当事人的有利益争议的案件中,任何一方当事人都应当具有提供和澄清争议解决所需的必要信息、回应对方提问或质询、进行意见交换和信息交流的义务——当然同时也有针对对方的相应权利。

以当事人作为程序主体的权利义务为前提,基于案件特点和相应程序的价值取向,比如基于对公平公正与成本效率的价值平衡与偏重、个人私益与利害关系人权益及社会公益的目标兼顾与倾斜,在特定程序中确立辩论主义或职权探知主义作为划定当事人与法官的权限与责任的原则,只是局部的(仅适用于事实调查)和第二位的(以诉讼主体各自享有的基本权利和责任为前提)。就事实调查设定法官与当事人之间的诉讼法律关系模式,应遵循三大原则:其一,在主体角色这一基本层面上,正如法官作为行使审判权的诉讼主体,即使在严格处分权主义和辩论主义原则下,审判权所内含的核心权力和职责也不受影响;同样,当事人作为程序主体而非审判客体,即使在高度职权主义原则下,当事人权所包含的基本权利和相应义务也不受影响。其二,在横向维度上,无论具体审判程序是采辩论主义还是职权探知主义,也无论其权限或责任配置的层次或强度如何,法官的权限或当事人的权利配置总是与其各自承担的义务和责任相对应,并且一方的权力/权利本身即已内含对对方的约束和限制。其三,在动态视角上,

当辩论主义与职权探知主义的适用范围随着案件类型和审判程序的价值取向进行移转,从而发生此消彼长的动态调整时,任何一方主体的权限与其义务和责任,及其对对方的约束和制约也应当进行同步、同比例的动态移转。

遵循上述基本逻辑和原理,那么家事案件的分类标准和相应程序的选择普遍面临的技术性困难不至于构成对程序基本价值的损害,而具体制度或模式选择除了考虑案件本身那些可辨识的突出特征之外,还可以更多地考量本土原有的法律框架和路径依赖、民事司法功能的政治定位、当事人的诉讼能力和法律服务状况,以及司法外替代或补充机制的效能,等等。下文将在当事人协助义务部分进一步分析,如何具体区分在职权探知主义下当事人基于“当事人权”所承担的事实调查协助义务及其基于辩论主义所承担的证明责任,以及区分基于“当事人权”所享有的程序保障与辩论主义对法官事实调查权的制约。

2.“当事人权”对于职权探知主义下法官事实调查权的限定性

辩论主义或职权探知主义实际上就事实调查权限及相应责任(风险)的配置形成了两个层次的关系:一是当事人与法官之间的权限配置关系(纵向关系),二是当事人双方之间的权限配置关系(横向关系)。在这两个层次的关系中,都存在由关系的一方对事实负责但对方虽然不承担结果责任却仍负有一定行为义务的规则或现象。

在辩论主义之下,当事人对法官裁判所需要的事实负责,并以当事人主张责任构成对法官事实调查范围的制约。以此为前提,围绕法官获悉须查明的要件事实的路径形成了如下规则:其一,以证明责任分配为核心,就特定要件事实在当事人双方分配(客观)证明责任,该事实不能证明或真伪不明时由承担证明责任的一方承担该事实不被法官认定的(败诉)风险,基于证明责任的结果责任内涵及其与行为责任内涵的同源性,亦即在逻辑出发点上责任主体的同一性,促使负有证明责任的一方(本证方)尽可能提供证据和信息;其二,基于证明责任理论中所包含的证明尺度和表见证明规则,双方当事人围绕法官临时心证所展开的拉锯战,也促使不负有证明责任的一方(反证方)尽可能提供证据和信息;其三,证明责任分配并不是促进事实证明的全部路径,因为既不是本证方,也并非出于反证方在证明责任规则下的自利或自愿,亦可能被强制赋予提供证据的行为义务,否则可能承担不利后果,比如基于妨碍证明的制裁规则可推定对方的事实主张成立;其四,无需证明即可认定的事实,比如法官通过司法认知即可获得的事实,则任何一方当事人均不必证明,一方自认的事实则对方可免于证明;其五,基于诚实信用原则承担的义务,如真实义务所包含的全面陈述义务,促使一方主张利己事实时也可能包含有利于对方的事实信息;其六,基于程序参与者的一般义务所承担的事案解明义务。^[25]

据此,在围绕裁判事实的获取形成的第一层次关系中,当事人对事实负责,并对法官调查事实的范围构成刚性制约——法官不仅没有义务而且也没有权力对当事人未主张或无争议的事实进行调查,无论是法官可依据自己的认知获悉事实真相,或者是当事人自认的事实。然

[25] 那些根本不成为要件事实的事实,比如无过错责任中的过错事实,不应成为证明对象,故不在事实调查或证明责任理论讨论的范畴。

而,在第二层次关系中,当事人之间的证明责任分配只构成获取事实的一部分路径,且一方当事人基于结果责任而承担行为责任的情形只有第一种;对事实查明不承担结果责任的当事人,也会基于种种法定原因而承担行为义务,比如第三、第五、第六种情形。不过严格地说,第五、六种情形下承担的行为义务是任何一方当事人基于诉讼主体地位和程序参与权都应当承担的行为义务,不履行该义务也会导致在某种程序法上的制裁甚或产生实体上的不利益,但这种义务和责任与辩论主义无涉。应当指出的是,对于不负有证明责任的一方当事人所负有的“事案解明义务”的研究,通常是在奉行辩论主义的普通诉讼下展开的,因此被理所当然地解读为辩论主义的修正(或修正的辩论主义),对此,主张事案解明义务一般化或例外化的学者首先应当指出在中国制度语境下,家事案件当事人承担上述义务,是应当作为辩论主义的例外规则并在辩论主义框架内配置当事人之间的法律责任和风险后果,还是按照实行职权探知主义的一般原则,抑或作为诉讼主体共享的权利义务规则。细究理论家和司法判例论证事案解明义务正当性的理由,并非出于对抗双方当事人之间的权利义务配置关系,而是基于应当普遍遵循的主体行为规范。^{〔26〕}那么,当事人承担的事案解明义务就应当是基于纵向关系而向法官承担的义务,受公法规范调整,这与基于自我责任和私人利益对抗产生的不利后果性质不同。

相反,在职权探知主义之下,上述第一层关系发生了逆转,即原则上由法官对事实负责,而当事人只负有辅助义务,任何一方当事人均不承担证明责任(结果责任),因此也不发生辩论主义之下的当事人对抗或风险分配,也就并不存在对抗双方当事人之间就事实证明形成的第二层次的关系。法官就裁判所依赖的事实,有权向掌握事实信息的任何一方当事人询问,也有权委托第三方(如家事调查官)向任何知情者调查,而不必受当事人主张的事实范围所限。虽然当事人不必对事实结果承担自我责任,但基于其诉讼主体角色内含的程序参与权利和程序合作义务,应当就其所知悉的事实诚实地回答法官和对方当事人的提问,同时也有权要求知悉和质疑法官(及其委托第三人)调查的事实,以及向对方当事人和其他程序参与者提问。

进而言之,法官在辩论主义原则下获悉其裁判所需事实的逻辑为:法官基于当事人主张应当查明的要件事实,除非法官已知悉(司法认知),或者对方已承认(自认),否则当事人应当证明从而使法官得以就该事实形成心证;如果事实最终无从知悉,则由法律分配风险(结果责任);知悉事实的当事人,即使不承担证明责任也应协助事实调查,但仅就其行为(主观违法性)遭受制裁或不利益,而不必对结果负责。法官在职权探知主义原则下获悉其裁判所需事实的逻辑为:法官基于查明要件事实的需要,除非已知悉(司法认知),否则法官有权限也有义务调查(或委托第三方调查)该事实;法官调查的案情事实和其他对裁判有影响的信息应当向当事人开示;当事人应当在其所知悉范围内协助法官查明事实,否则可能因其行为(主观违法性)遭受制裁或不利益;但当事人不必对结果承担自我责任;如果事实最终无从知悉,则法官根据已获悉的事实情况酌情裁判。

然而,家事案件倡导法院职权探知并不代表司法能动的无度,司法裁判的克制与理性在家

〔26〕 参见吴泽勇,见前注〔4〕,第1367—1369页。

事案件中同样需要贯彻,特别是家事争议案件中当事人职能还有其自我决定这一层面。在日本法上,尽管承认非讼事件程序与一般民事诉讼相比具有简易、迅速、经济等特点并因此会对当事人权产生一定制约,但仅限于在合理的范围内。^[27]即使在家事非讼事件程序中职权探知原则下,当事人基于其享有的“当事人权”也负有相应的协助义务。积极协助义务包括具体、详细的事实主张或证据的提出等,消极协助义务包括回答法官的询问和回应对方当事人的问题。但这些义务不同于辩论主义下的主张责任、证据提出责任,而是在职权探知的限度框架内加以综合考虑的。比如日本法规定,在允许当事人进行协议离婚的离婚诉讼中,为确保当事人的自我决定权,当事人对于把不利于婚姻存续的事实作为判决根据的做法存有异议时,法院不能将其作为判决的根据。然而,这种职权探知主义下的当事人决定权与辩论主义模式下的自我责任差异在于,法院所探知的事实若为双方当事人未主张的事实,在听取当事人的意见后,仍可以将其作为判决的根据,而听取当事人意见的目的在于给予当事人辩驳的机会,防止突袭裁判。换言之,职权探知的结果须通知当事人,通过保障其防御的机会,以达到防止职权探知造成的突袭的目的。而作为当事人,只要知晓其内容,获得必要的展开防御方法的机会即可,至于事实上是否行使,则交由当事人决定。这种状态下,在顾及简易、迅速、经济的程序特点的同时,其可能带来的社会公益性价值也不可忽视。

质言之,在当事人权保障方面,不论是将法官职权探知视为义务还是权力,只要承认当事人在家事程序中的主体地位,就应当尊重当事人权,不能以适用职权探知原则的名义越俎代庖。不论其事件类型为争讼性或者非讼性,在程序的运行过程中,应当保障当事人及关系人针对判断资料发表自己意见的机会。不论是在家事诉讼程序还是家事非讼程序中,当事人都应当拥有接触作为家事审判判断材料的资料、证据调查的结果、抑或参与程序的权利。^[28]换言之,知晓审判中的判断要素,并就此表明自己的意见,在这种权利得到保障的方面家事非讼程序与诉讼程序中的程序权并无二致,正如中野贞一郎所说,“这些权利之间并非并列关系,而是为了实现程序保障有机结合的关系。”^[29]作为审理的展开方式,实体法所规定的法律要件依然应当成为限定职权探知范围的依据,另一方面也要以当事人提供的主张及证据作为判断材料,但法官不必完全受其拘束,可以把探知的范围扩展到当事人主张的事实以外的资料上,以实现程序的进展。而且,当事人权保障在第三方辅助调查制度下具有更加特别的意义。

“当事人权”理论适用于第三方辅助调查的情形,在我国主要表现为正在试点的家事调查员制度。鉴于家事调查员的调查行为主要是根据法官的指令和自己的职责进行的,调查结果对家事审判有很大影响,并且其正当性基础也应建立在法院职权探知与当事人程序保障的诉

[27] 参见(日)鈴木正裕:“訴訟と非訟”,中野貞一郎、竹下守夫ほか編:《演習民事訴訟法》,青林书院1987年版,第45页。

[28] 有观点认为,按照民事诉讼法进行证据调查的情况下,应当认可当事人就证据调查的在场权,但并不需要连当场的意见陈述权或反向询问权都予以保障。这是因为,虽然上述情况也是职权探知的一环,但其实施的目的是为了知晓职权探知的结果,从而对自己的意见形成有所帮助。

[29] 参见(日)中野貞一郎ほか:《新民事訴訟法講義》,有斐阁1998年版,第193页。

讼法律关系框架内。在日本及我国台湾地区,家事调查官制度主要针对要件事实的周边事实进行辅助性调查,透过家庭成员或亲属之间的纠葛发现隐藏在背后的真正问题,以公平而妥善地解决家事争议。比如在台湾,家事审判既要调查法律事实或要件事实,也要调查生活事实、社会事实及“心理上的事实”,在此基础上把握案件的全貌。为此,由法院委托专门的家事调查员,委派他们通过走访邻居、亲属、朋友、工作单位、社区等方式了解当事人的婚姻家庭状况及未成年人的监护状况,并以书面方式向法院出具调查报告,出庭陈述调查意见,为法院解决纠纷提出建议。在日本,家庭法院的调查是以家事调查官为中心针对纠纷当事人进行必要的取证调查。家事调查官主要负责与纠纷当事人或其子女会见,调查问题发生的原因和背景,在有必要时与社会福利机构及医疗机构等相关机构进行联络,寻求对当事人及其子女最好的纠纷解决方式并向法官报告。法官依据报告内容,对纠纷进行裁判或者调解。此外,针对因烦恼而情绪激动的当事人,通过谈话、心理咨询的方式进行心理疏导,促进纠纷当事人之间的对话顺利进行。^[30] 而我国目前各地法院的做法尚未统一,^[31]对于家事调查员调查事实的范围、事实调查的性质、调查结果的效力等理论问题,以及调查事项的范围、调查报告的开示、调查过程的保密等程序问题,尚缺乏适当的制度安排。家事调查员作为家事审判中职权探知主义运行的重要辅助,其进行的“第三方调查”是在审判程序之外,有可能未经当事人参与或许可而获得案件信息,尽管这些事实或许并不构成法律要件事实,但也可能对司法裁判产生直接影响,如何保障这些信息的真实性和正当性,职权探知主义本身很难提供答案,但可能借助当事人权利理论探寻程序保障与程序协助的规范。

三、职权探知主义下当事人的协助义务

(一) 职权探知主义下当事人协助义务与辩论主义下当事人证明责任的关系

如前所述,基于家事纠纷解决的涉他性和公益性,家事审判必须兼顾形式公正和实质公正,因而为了满足实体真实的需求,在普通民事诉讼中适用的处分原则和辩论主义在家事审判中受到限制,对于当事人未能举证、没有申请调查取证的证据,若对案件的审理和纠纷的解决确有重要意义,比如诉讼当事人可能基于自身利益而没有将所有的证据向法庭提供,但其中可能包含涉及案外人利益的证据时,法官可以依法主动开展调查取证工作。在职权探知主义模式下,作为判决基础的事实,其收集、提出的权限和责任均被赋予了法院,对此我国立法虽然没有系统规定,但理论界对此并无分歧。然而,职权探知主义是否意味着,即使当事人不尽协助义务,也不可做出对其不利的判决?就此问题的答案产生了许多理论争议——若当事人负有行为义务,但又不必承担后果责任(风险),那么义务如何落实?当事人怠惰、诉讼拖延、难以查

[30] 日本的家庭裁判所还审理未成年人案件,故家庭调查官须同时负责未成年人案件的调查。

[31] 比如,广东高院与广东省妇联联合制定下发了《关于建立家事调查员制度的意见》,对家事调查员的选拔培训、队伍建设、日常管理、工作统筹等方面有一系列详实的规定。

明事实真相等问题如何解决? 实践中大量存在法院的职权探知因为种种现实障碍而受到牵制或掣肘的情形,有时法院依职权进行事实探知却不得不依赖于当事人的主张事实、提出证据,如果没有当事人的主张或协助,法官可能连需要发现的事实都无从知悉,也很难接触到相关证据,主动展开职权调查无从谈起。此时职权探知主义所追求的实质公正目标就会落空,损害利害关系人利益。就效率目标而言,在当事人不履行协助义务就难以发现事实真相的情况下,也会导致诉讼拖延和成本增加。然而问题在于,如果在职权探知主义下将当事人协助事实调查的义务科以“当事人懈怠效果”,那与辩论主义下的证明责任又有何差异?

我国目前的司法实践中普遍认为,家事案件当事人未能主张的事实、未能举证、也没有申请调查取证的证据,如果对案件的审理和纠纷的解决确有重要意义,法官可以主动开展调查取证工作。那么,基于法官事实探知权的行使与实现,同时也要求作为诉讼主体的当事人履行相应的协助义务,这种权限与义务的边界又当如何划定? 按照普遍的理论预期,家事审判改革从辩论主义向职权探知主义转型,相比过去适用与普通民事财产案件毫无差别的证明责任,更有利于事实真相的发现,保障当事人和相关第三人实现实质正义。但实践中却出现一种矫枉过正的现象,即以职权探知完全代替当事人应尽的义务,却反而导致事实真相发现的新困难。我国家事案件基本都在基层法院,家事案件当事人的诉讼能力普遍较低,在诉讼活动中提出的请求、声明、主张等往往不清楚、不明确或不充分,进而可能影响到案件的实质审理结果,因此法官主要依赖诉讼指导工作和调查取证工作,通过提问、询问、提醒等方式,并主动释明双方当事人应享有的诉讼权利,合理引导当事人对自己的诉求给予补充、举证,确保当事人能正确、准确表达自己的真实意思,从而确保案件在实质上公平、公正的审理。但实际上,很多诉讼当事人都有律师作为代理人,却也难以促使其承担诉讼协助义务,主要依赖于法院去发掘事实真相,对于律师所代理的当事人不自己申请证据调查等懈怠表现,如果法院不依职权调查就会被认为是违反了职权探知原则。这种诉讼主体的消极懈怠所导致的事实和证据缺陷不仅造成司法资源浪费、审判效率堪忧,而且也违背了以职权探知主义弥补依赖于双方对抗的辩论主义获得案情事实的初衷,且使得当事人的程序主体地位面临挑战。

当然这种困扰并非中国独有。日本理论界甚至有人提出辩论主义与职权探知主义相对化,并提出一些新模式来解决这一问题,比如山本和彦倡导“职权顾虑主义”,构想一种包含辩论主义和职权探知主义的多样的、缓和的审理方式。^[32] 但主流学者对此持批判态度,坚持强调职权探知主义与辩论主义的差异。比如松本教授认为,在职权探知主义模式下不存在主张责任和证据提出责任,认可法院在案件解明义务中的裁量性是自我矛盾的,故而否定之;并且认为,就离婚诉讼中的离婚原因等仅关乎当事人私人领域的事项,对于当事人没有主张的具体

[32] 参见(日)山本和彦:“狭義の一般条項と弁論主義の適用”,太田知行、中村哲也編:《民事法秩序の生成と展開:広中俊雄先生古稀祝賀論集》,创文社1996年版,第88页以下。其倡导的是“职权顾虑主义”,即在辩论主义、职权探知主义的相对化之下,对包含辩论主义和职权探知主义的多样的、缓和的审理方式加以构想。

事由不承担解明义务。而相反观点认为,在离婚原因这类事项审理中,即使可以效仿辩论主义的做法,也仍有裁量性驳回事由及苛刻条款等不适合交由辩论主义的事项,所以整体上仍应采用职权探知主义。^[33]

《日本民事诉讼法》明确规定适用职权探知主义,因为人事诉讼判决不仅对当事人同时对案外第三人也会产生有利或不利的效力,所以要求法院应作出与真相一致的判决,为此法院必须依职权对裁判上重要的事实加以确定,不适用主张责任及证据提出责任,而是“应根据个案的具体情况,合理地适用职权探知,采取有益于查明身份关系的所有合法且可能获得的证据方法进行证据调查。”^[34] 裁判依据的重要事实是否有必要加以证明,其决定权不在当事人而在法院,法官对相关事实只要未形成完全心证的,都需要加以证明。^[35] 除了排除自认法则及自认规定的适用以外,还明确规定将“当事人懈怠效果”予以排除。当事人的懈怠行为在普通民事诉讼中规定当事人需承受严重的法律后果,但在以身份关系为诉讼对象、非常重视依据实体真实进行判决的家事诉讼中不适用这一规定,以免阻碍案件真实的发现,导致实体正义难以实现的结果。小島武司教授认为,在普通民事诉讼中,法官被“锁定”在“专业理性”“司法技术”的路径依赖中,但在家事纠纷的处理中法官被限缩为有限的现代裁判者角色,而积极的职权主义意味着法官在“家庭剧本”背景下的角色转换,可弥补格式化的法条和程序对家事纠纷的破坏,引导案件向客观真实的方向发展。^[36]

并且,家事审判中法官职权探知的限度还受到案件具体类型的影响。比如在以人的身份关系为基础的家事诉讼中,鉴于身份关系原则上不能由当事人自由处分,同时也由于判决效力及于案外第三人,故非常重视实体真实的发现,广泛适用职权探知主义。域外立法例以及我国试点法院家事审判方式和工作机制改革实践均允许法院可依职权调查案件事实,特定情形下可提出当事人未主张的事实。但这类家事案件在我国台湾地区实际上采用的是“限制的辩论主义”审理原则。原告于起诉状中应标明诉讼标的及其原因事实,以提示法院审判对象、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,且在裁判对象的形成上,法院不得逾越当事人主张的诉讼标的的范围而为突袭性裁判,不得就当事人未主张的诉讼标的进行审判,以平衡保护系争实体利益和程序利益。在事实方面,原告在提出诉讼请求时会一并主张支持其诉讼请求的具体事实,这是诉讼当事人的基本责任。法院应尊重当事人的处分权,避免对当事人造成突袭,但若案件涉及社会公益及未成年子女利益保护,则对于案件裁判所需之重要事实,即使当事人未予主张,法院也可依职权斟酌适用。

在德国,婚姻案件的程序原则上采用职权探知主义,因此排除适用认诺的效果、未做出事

[33] 参见(日)梶村太市、徳田和幸编著:《家事事件手続法(第3版)》,有斐阁2016年版,第535—536页。

[34] (日)松本博之:《日本民事诉讼法》,郭美松译,厦门大学出版社2012年版,第50页。

[35] 职权探知主义可以适用于一审程序和控诉审程序,上告审原则上不宜适用职权探知主义。同上注,第50—52页。

[36] (日)小島武司:“家事法院的诉讼意义——职权探知·调停中心主义”,载陈刚主编:《自律型社会与正义的综合体系》,中国法制出版社2004年版,第227页。

实或书证的真正相关说明抑或被拒绝时的效果的相关规定,同时排除适用对方当事人、证人、鉴定人的宣誓被当事人放弃时的相关规定以及裁判上的自认效果的相关规定。即使当事人表现出不争的态度(拟制自认),或者进行了自认,但只要在事实的探知或证据调查上确有必要,那么就要对这种关系加以处理。法院可以利用任何形式的认知手段,可以进行对当事人的询问,为了调查当事人的陈述对证人进行询问,并且能够运用个人所具有的专业知识或职务上获得的认知等。其目的在于形成充分的心证,不允许一知半解的状态下做出判断,如果不能满足这种程度上的要求而是出现懈怠的情况,那么相关判决将作为有瑕疵的判决而成为撤销的对象。此外,德国法在注释中有“法院的职权探知义务”“必须依职权进行探知”等表述,可以理解为是义务性规定。然而,职权探知主义只是排除了当事人的主张责任和证据提出责任,而客观证明责任分配作为一般原则仍然通用,比如在离婚诉讼中,如果就长期分居存在真伪不明,则请求离婚的一方承担败诉后果。^[37]可见,在家事审判中当事人的协助义务不同于证明责任,职权探知主义下当事人负有行为上的义务,但并不因此限制法官调查事实的权限;家事案件中排除适用辩论主义下当事人举证不力所产生的不利后果,但当最终事实依然无法查明时,败诉后果的风险分配仍通用客观证明责任分配的一般原则。

(二)家事审判中当事人协助义务的具体内容

在以职权探知为原则的审理中,当事人是与事件相关的重要信息来源,且很多情况下该信息是为了子女的福祉等公益之达成所不可或缺的认知来源,此时当事人对程序的协助权及协助义务的出发点在于关系人作为程序主体的地位,即关系人是程序的主体,而不是裁判的客体,因此须积极参与程序,不得妨碍主张或证据提出的实施。质言之,正因为其在程序中占据主体的地位,所以相对应的也处于具有责任的地位。

仅就当事人领域的实际问题而言,如果没有当事人的主张或者协助,法院依职权进行事实探知在实践中可能很难接触到事实关系,因而实际上是不得不依赖于当事人的主张、证据提出的。如此一来,基于与当事人(关系人)的协助义务之间的关联,而导致法院的职权探知权能受到掣肘,纵然将其视为法院的义务,也应有所限度。换言之,当涉及属于当事人领域内的事实信息时,即使从权限或职责配置关系而言,法官对当事人所提出的主张或证据须以探知的方式进行验证,但在当事人完全闭口不提或者对探知不作回应的情况下,法院既无义务也无可能进行广泛的职权探知。这与辩论主义原则下法官的义务是明显不同的。

具体而言,当事人在事实调查和程序促进方面均负有协助义务。职权探知原则的适用并不意味着把所有的资料收集工作都交给法院、当事人完全不管不问的审理方式。即使依职权探知主义审判,对当事人仍有一定义务的要求,如果当事人拥有案件相关的信息,则应将其提供出来以充实判断材料;并且还要求尽早提供信息,以实现诉讼促进的功能。当事人也有义务协助解明事实关系,并且就对手方所主张的要点表明自己的意见,不允许懒惰心理,期待法

^[37] 日本学者松本教授也认为离婚原因等仅关乎当事人私人领域的问题,故法院对于当事人对没有主张的具体事由不承担解明义务。

院为了事实关系的解明而依职权追求一切可能性。在当事人没有提供作为探知切入口的资料时,虽然往往以此划分职权探知的界限,但不应使仅仅因当事人没有主张详细的事实为理由而不进行探知成为常态,从这一意义而言,法院负有义务以适用条文的要件事实或当事人的主张为线索,努力解明事案。^[38]

我国制度规范中关于职权探知原则在家事案件中的适用范围为“涉及身份关系的案件”,主要是民事诉讼法及其司法解释和新证据规定中依职权调查规则和排除适用自认规则。但“涉及身份关系的案件”并不限于身份关系案件,家事审判实务中适用职权探知原则范围很广,具体情形包括:在家事诉讼案件审理过程中,对于当事人难于举证但又有可能影响案件审理结果的重要事实,当事人可以提供线索,法院可以依职权进行调查取证,查清案件事实;根据案件实际情况,法院可以在当事人提出的请求范围之外综合考虑其他事实;二审法院对案件的审理可以不受当事人上诉范围的约束等。^[39]这意味着在家事纠纷的审理中,当事人的诉讼行为并不约束法官的裁判,法官可主动考量其他与案件有关内容,以追求更大可能的裁判的妥当性。但家事审判中奉行职权探知原则并不等同于法院负有全面依赖于职权探知事实的义务。法院不可能依职权收集所有当事人未主张的具体事实,法院依职权考虑和调查当事人未主张的事实是需要条件的,比如在离婚案件中主要包括:其一,有利于未成年子女利益或者婚姻中弱势一方当事人的利益;其二,有利于婚姻关系的维护;其三,有利于实现客观真实和当事人之间的实质公平。特别重要的是,对于符合上述条件且当事人未主张的事实,法院应先对当事人进行释明,促使其补充未主张的事实,若法院行使释明权后当事人仍未补充,法院才可依职权查明,其目的是为保障当事人的程序主体地位,尊重其辩论机会,避免造成裁判突袭。但我国实践中这一问题较为严重和普遍。

法院在家事财产类案件和家事身份类案件中所需遵循的规则相同,只是依职权获取当事人未主张事实的范围有所差别。在更多涉及社会公益的家事身份类案件中法院的职权色彩会更浓厚一些,而涉及属于当事人领域内的事项时,即使对当事人所提出的主张或证据须以探知的方式进行验证,在当事人完全闭口不提或者对释明不作回应的情况下,当事人是否应当就此承担不利后果,即家事诉讼中是否同一般民事诉讼中一样产生当事人自我责任下的“懈怠效果”,^[40]日本学界尚存在争议。甚至有观点认为,“(人事诉讼中)法院所进行的职权探知只能

[38] 参见(日)本間靖規:《非訟事件手続・家事事件手続における裁判所の役割》,法律时报 83 卷 11 号 2011 年版,第 20 页。

[39] 近几年来,夫妻一方与案外人恶意串通、伪造债务,损害另一方合法权益的情况逐渐增多,实行职权探知主义可以避免利用离婚等方式进行虚假诉讼。

[40] 关于“当事人懈怠效果”,原本考虑到家事诉讼有别于一般民事诉讼的特殊性,以及有关身份关系案件审判的公益性,从维护社会稳定的角度出发,担心当事人若因此承担不利后果会带来一系列的问题,日本的主流观点是主张在家事诉讼中予以排除的。然而如此又有可能造成当事人怠惰、诉讼拖延、难以查明事实真相等问题,从而导致实质上的诉讼公平同样难以实现。

定位为例外的、补充性的”。〔41〕无论这些观点是否过于激进,都无法否认一个基本观点:如果承认职权探知与当事人(关系人)的协助义务相关联,就应当承认法院的职权探知有所限度。

四、结 语

虽然辩论主义和职权探知主义作为纯粹的理念类型是相对概念,但在现实的审理中却存在着各种各样的中间形态,从这一意义来看二者并非是完全对立的审理方式。认为采取了职权探知主义就表示法院可以全然不顾当事人的意向而全力发现真实的观点,其实是一种误解。家事案件之所以要采用职权探知主义,是因为在审理中存在不适合交由当事人进行主张和证明的情况。目前我国实践中却常常采取的是暧昧的审理方式,一方面呼吁整体采用职权探知主义,但在实际审理中又基本上是以当事人主义展开审理。

本文通过梳理中国民事诉讼模式由普遍职权主义转向普遍辩论主义进而转向二者分流的过程中事实调查权限及相应责任的配置关系,提出中国是采用“权限范围”与“权力行使方式”两套制度体系来划定法官的权力、保障当事人权利的,并以此来缓解在事实调查权配置关系中当事人的自我责任与法官的职权调查之间的紧张关系。这种双重规范并行的中国制度实践与日本诉讼程序非讼化发展中形成的“当事人权”理论不谋而合,也为我国家事审判选择职权探知主义模式时解决当事人懈怠与法官权力滥用的矛盾提供了理论启示和中国路径。由于家事案件往往涉及第三人利益和社会公共利益,所以不能采用断然的方式单纯通过划定后果责任来解决事实发现的问题,而应用行为义务/责任来推进当事人履行协助义务。协助义务也可以被强加不利后果,但不是一种完全的结果风险和自我责任。如此一来,既不对法官的事实调查权限构成限定而制约事实的充分发现,又可以通过当事人主体权利的程序保障,避免法官的权力滥用,同时通过针对当事人具体行为的法律后果将当事人的协助义务明确化。

进而言之,在辩论主义模式下,当事人自治本身包含着正反两面意思——自己的事情自己担当,既然行使了权利就要对结果负责,因此举证既是权利也是义务、责任和风险。但我国从职权主义走向辩论主义的过程中,只转移了责任,没有完全赋予当事人相应的权利,因为法官调查事实的范围和权限并未真正受到来自当事人举证权利的限定。但即便如此,也不能因此就否认近年来当事人权利保障方面取得的进步,虽然未实现对法官“权力”的限制,却通过程序透明、质证权的保障而实现了对“权力行使方式”的限制。同理,在家事案件中,事实调查的权限配置给了法官,没有来自辩论主义对事实调查权限的限定;但权限(范围)不受限制不等于权力行使方式不受限制,也不等于当事人的权利在程序上不受保障。在职权探知主义模式下,法官可以超越当事人主张和当事人举证范围之外获取事实和证据,甚至采用调查员等方式,但都必须保障当事人作为程序主体的基本权利,如知情权、在场权、陈述权、质证权、审寻请求权、程序透明等。把权力/权利本身与权力/权利的实现方式分开来看,无论采辩论主义或职权主义,

〔41〕 比如日本东京家庭法院。参见松本博之,见前注〔8〕,第39—42页。

也无论何种类型的案件,当事人只要作为诉讼主体就应享有这些共通的基本权利;同时,不是以风险结果的分配来促使当事人提供事实、证据信息及相关线索,而是以具体行为义务和相应法律责任来促进其履行程序合作义务,或许能缓解“主义”的选择所无法解决的多重冲突。

总之,鉴于家事案件的多样性和复杂性,家事审判中既要充分反映当事人意向、保障当事人充分参与,又要加强法官职权探知,在客观真相的充分获悉基础上保障第三人和社会公共利益,因此要根据案件类型,限制性适用辩论主义、恰当地发挥职权探知的优势,首先在理论上不能把职权探知主义与当事人程序保障对立视之。以此为基础,才能在中国语境下进一步探讨:作为家事程序改革试图剥离的母体或底色,在我国现行普通民事程序并未完全贯彻辩论主义三大命题的情况下,建构中的家事特别程序应在哪些事项上完全背离辩论主义,以职权探知主义建立家事非讼程序(适用于即使在我国现行民事诉讼框架下也没有争议的狭义非讼案件);又应在哪些事项上实行有限的辩论主义,以适度的职权探知建立非讼化的家事争议诉讼程序。

Abstract: In the process of the separation of family procedure from ordinary civil procedure, there is a consensus on the doctrine of judicial discovery of facts in family cases. However, the rules and theories of the specific allocation of power and duty of proof collection and fact investigation are still missing or confusing. The concept of “basic rights of litigants” introduced here as a new theoretical analysis tool is helpful, which can define judicial power of fact investigation specially operated in family trials and the “basic rights of litigants” that transcend any trial mode but are based on the status as a party of the litigation (a litigation body), who undertakes corresponding basic obligations. In this way, the limits of judicial power of fact investigation after the family trial is separated from the ordinary civil litigation system can be explored.

Key Words: Family Cases; Family Trials; Exploration of Authority; Basic Rights of Litigants

(责任编辑:刘哲玮)