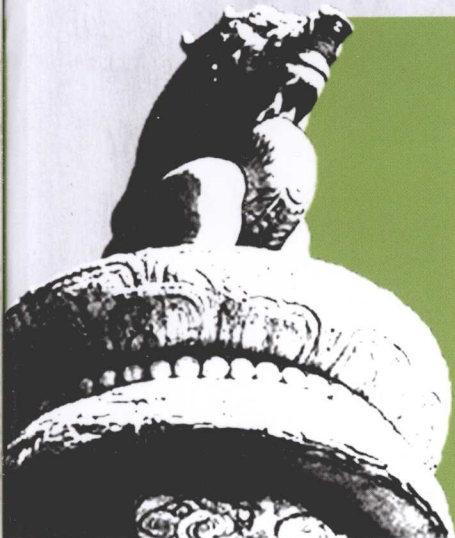


Access to Justice

张卫平 齐树洁 主编
邹郁卓 执行主编



司法改革 Judicial Reform Review 论评



第十七辑



厦门大学出版社 国家一级出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS 全国百佳图书出版单位

C14040518

D926-53

06

V17

第十七辑

Judicial Reform Review

司法改革论评

张卫平 齐树洁 主编
邹郁卓 执行主编



D926-53
06
V17



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位



北航

C1727785

图书在版编目(CIP)数据

司法改革论评. 第 17 辑/张卫平, 齐树洁主编. —厦门: 厦门大学出版社, 2014. 4
ISBN 978-7-5615-5005-2

I. ①司… II. ①张…②齐… III. ①司法制度-体制改革-文集 IV. ①D916-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 046352 号

厦门大学出版社出版发行

(地址: 厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编: 361008)

<http://www.xmupress.com>

xmup@xmupress.com

三明市华光印务有限公司印刷

2014 年 4 月第 1 版 2014 年 4 月第 1 次印刷

开本: 787×1092 1/16 印张: 24.75 插页: 2

字数: 473 千字 印数: 1~2 000 册

定价: 54.00 元

如有印装质量问题请与承印厂调换

主编简介

张卫平,男,山东人,1979年考入原西南政法学院法律系,1983年本科毕业。1986年研究生毕业留校执教。1993年从讲师直接破格晋升为教授。同年赴日本留学,先后在东京大学法学部和一桥大学法学部学习。1996年获得博士生导师资格,同年任《现代法学》主编。1999年初调清华大学法学院任教至今。现为清华大学法学院教授、博士生导师,中国民事诉讼法学研究会会长。代表著作:《程序公正实现中的冲突与衡平》(1992)、《破产程序导论》(1993)、《诉讼构架与程式》(2000)、《探究与构想:民事司法改革引论》(2004)、《民事诉讼:关键词展开》(2005)。在《法学研究》、《中国法学》等杂志上公开发表学术论文百余篇。

齐树洁,男,河北武安人,1954年8月生。1972年12月自福建泉州一中应征入伍,1978年4月从新疆军区39487部队退役。1982年7月毕业于北京大学法律系,获法学学士学位。1990年8月毕业于厦门大学民商法专业,获法学硕士学位。2003年11月毕业于西南政法大学诉讼法专业,获法学博士学位。曾在西南政法学院、中国人民大学、香港大学、澳门大学、台湾政治大学、菲律宾Ateneo大学、英国伦敦大学、德国Freiburg大学、法国巴黎第二大学、美国佛罗里达大学研修和访问。现为中国民事诉讼法学研究会副会长,厦门大学法学院教授、博士生导师、司法改革研究中心主任。



]]]

司法改革任重而道远

齐树洁

20世纪80年代以来,全球范围内的司法改革运动蓬勃兴起,波澜壮阔。在中国,肇始于20世纪80年代末的审判方式改革经过司法系统多年的经营和民间话语的推动,已经由单纯的诉讼制度改革发展成为牵涉广泛的司法体制改革,并在全国致力于建设法治国家的伟大实践中被赋予新的政治内涵。1997年9月,党的十五大不仅提出了“依法治国”的基本方略,而且明确提出必须“推进司法改革,从制度上保证司法机关依法独立公正地行使审判权和检察权”。这是自我国实行改革开放政策以来,执政党首次在正式工作报告中提出司法改革的要求,其意义十分重大。2013年11月,中共十八届三中全会通过《关于全面深化改革若干重大问题的决定》(以下简称《决定》),进一步将深化司法体制改革作为推进法治中国建设的重要内容。司法改革包含着从观念到制度、从理论到实践各方面的变革与创新。基于经济的发展、社会的变迁,在世界司法改革潮流的冲击和国际人权公约的推动下,我国司法改革正朝着优化司法职权配置、加强人权保障、提高司法能力、满足人民司法需求等方面进行努力。

以党的十一届三中全会的召开为标志,我国拉开了改革开放的帷幕,当代中国法制与司法由此进入了一个恢复与重建的新时期。从2004年开始,我国启动了统一规划部署和组织实施的司法改革,着力完善司法机关的机构设置、职权划分和管理制度。2008年以来,以中共中央转发《中央政法委员会关于深化司法体制和工作机制改革若干问题的意见》为标志,我国启动了新一轮司法改革,从优化司法职权配置、落实宽严相济刑事政策、加强司法队伍建设、加强司法经费

保障等四个方面提出具体改革任务。^① 2012年10月9日,国务院新闻办公室发表《中国的司法改革》白皮书。白皮书称:“本轮司法改革的任务已基本完成,并体现在修订完善的相关法律中。”白皮书发布1个月之后,中共十八大报告指出:“进一步深化司法体制改革,坚持和完善中国特色社会主义司法制度,确保审判机关、检察机关依法独立公正行使审判权、检察权。”党的十八大对司法体制改革的表述,被视为中国启动新一轮司法体制改革的发轫。根据十八大的要求,十八届三中全会对司法体制改革作出全面部署,着力解决司法权地方化、司法行政化以及司法领域的人权保障问题。

地方人民法院、检察院作为地方司法机关,依法独立地享有司法权,不受行政机关、社会团体及个人的干涉。《宪法》第126条、第131条以及刑事诉讼法、民事诉讼法、行政诉讼法对此均予以明确规定。但从司法权的实际运行情况来看,由于我国司法辖区与行政辖区的高度重合,人财物高度依赖于地方,审判权与检察权难免受到当地政府的影响与干预。司法权地方化问题较为严重,已成为司法改革亟须解决的问题。《决定》指出:“推动省以下地方人民法院、检察院人财物统一管理,探索建立与行政区划适当分离的司法管辖制度,保证国家法律统一正确实施。”具体而言,可从人财物保障及案件管辖方面逐步改革司法管理体制:将省以下地方人民法院、检察院的人财物交由省一级统一管理,地方各级人民法院、检察院和专门法院、检察院的经费由省级财政统筹,中央财政保障部分经费;在现行宪法框架内,探索与行政区划适当分离的司法管辖制度,通过提级管辖、集中管辖,审理行政案件及跨地区民商事案件。在此基础上,加大最高人民法院及高级人民法院的监督力度,探索设立巡回法庭,充分运用再审之诉,统一法律的适用标准。^②

法院、检察院依法独立行使职权,不仅需要挣脱地方利益的掣肘,亦应祛除司法行政化的影响。以法院为例,由于法院内部的层级管理和呈报审批制度,导致司法裁判责任不清、效率不高等问题,也引发了外界对“审者不判、判者不审”模式的质疑。行政化的司法模式,违背了司法的亲历性、独立性原则的双重要求,“去行政化”成为司法体制改革的关键。《决定》指出:“应当改革审判委员会制度,完善主审法官、合议庭办案责任制,推行法院内部人员分类管理改革。”此前,最高人民法院已于2013年10月下发《关于深化司法公开、审判权运行机制改革的试点方案》,要求在上海、江苏、浙江、广东、陕西等省市部分法院开展上述改革的试点工作。试点于2013年12月正式启动,为期两年,旨在建立符合司法规律的审判权运行机制,优化配置审判资源,严格落实独任法官、合议庭、审判委

① 中华人民共和国国务院新闻办公室:《中国的司法改革》(2012年10月)。

② 孟建柱:《深化司法体制改革》,载《人民日报》2013年11月25日第6版。

员会办案责任。^① 为达致司法“去行政化”的目标,应当改革审委会制度,严格缩限审委会讨论案件的范围,建立审委会讨论案件的过滤和分流机制;^②探索审判组织新模式,择优运作,不断提高审委会委员、法院庭长参加合议庭审理案件的比例;着力推进司法人员分类管理改革,完善法官、检察官、人民警察选任招录及任免、惩戒制度,强化司法人员的职业保障制度。同时,应当落实办案责任,建立并完善科学合理的法官审判实绩考核制度,推进审判流程公开平台及裁判文书公开平台建设,督促法官职业技能的提高。此外,还应不断完善裁判文书签发制,规范院长、庭长审批案件的范围和程序,充分尊重独任法官与合议庭的意见。要言之,就是从审判的组织形式与工作机制两个层面进行重点改革,双管齐下,最终实现“让审理者裁判、由裁判者负责”。具体到操作层面,不仅应将司法机关与一般行政管理机关区别管理,而且应当严格区分司法机关内部的审判、检察工作岗位与行政管理岗位、后勤服务岗位,落实法官法、检察官法规定的不同于公务员序列的职务级别要求,提高法官职级、工资和福利待遇,确保法官享有任期保障、人身安全保障及职务行为豁免保障,建立法官、检察官单独序列制度及身份保障制度。法官、检察官非因法定原因、非依法定程序,不得被免去职务,不得被调离岗位或者剥夺其审判权和检察权,以保障其依法独立行使审判权和检察权。^③

我国司法改革的内发性动力来自正义对司法运行的要求。该动力不仅源于影响当事人诉权行使,并与公正、效率相违背的诉讼迟延、诉讼成本过高、执行难等问题,而且更主要地源起于旧的司法体制及其运行过程中暴露出来的种种弊端,包括司法活动中地方保护主义的产生、蔓延;现行法官管理机制导致法官整体素质难以适应审判工作专业化的要求;审判、检察工作的行政管理模式,不适应审判、检察工作的特点和规律;等等。因而,司法权地方化与司法行政化已经成为目前司法改革面临的主要问题。法院、检察院要确保其职权行使的独立性,既要寄希望于外部司法环境的改善,又要大力开展内部改革创新,提升司法人员的职业化、专业化水平。在我国司法改革的进程中,官方的决策不仅是推动改革的重要动力,也是关系改革方向及成效的决定性力量。^④ 为此,必须确保司法机关依法独立公正行使审判权、检察权,健全司法权力运行机制,完善人权司法保

① 袁定波:《最高法审判权运行改革试点12月将启动》,载《法制日报》2013年11月15日第5版。

② 龙飞:《“去行政化”是审判权运行机制改革的核心与关键》,载《人民法院报》2013年11月19日第1版。

③ 王利明:《深化司法体制改革 确保依法独立公正》,载《人民法院报》2013年11月19日第2版。

④ 左卫民:《十字路口的中国司法改革:反思与前瞻》,载《现代法学》2008年第6期。

障制度。十八届三中全会为建设法治中国勾勒了改革的整体框架,加强人权的司法保障成为此次改革的另一项重要内容。

2004年,我国将“国家尊重和保障人权”写入宪法。2010年9月26日,国务院新闻办公室发布《2009年中国人权事业的进展》白皮书,强调“完善人权的司法保障体系”。2012年6月11日,国务院新闻办公室发布《国家人权行动计划(2012—2015年)》,将民众获得公正审判的权利作为人权的重要内容纳入宪法保护的范畴。^①在此背景下,尊重和保障人权必然成为司法改革的题中之意。围绕这一改革目标,司法机关依法采取有效措施,防范和遏制刑讯逼供,保障犯罪嫌疑人和被告人的辩护权,严格控制和慎用死刑,完善国家赔偿制度。“人权保障”理念贯彻改革始终。《决定》从司法程序、责任追究机制、犯罪嫌疑人和被告人保障机制、证据采纳以及死刑适用等方面作出了具体安排,并强调发挥律师的重要作用,进一步完善司法救助及法律援助制度。值得一提的是,为避免个人自由因行政权的滥用而受到损害,十八届三中全会还正式作出了废除劳动教养制度的重大决定。

司法体制改革必须统筹协调中央和地方、司法机关和其他部门的关系,统筹司法机关上下级之间、司法机关内部各部门之间的关系,确保改革积极稳妥推进。为此,《决定》提出中央成立全面深化改革领导小组,负责改革总体设计、统筹协调、整体推进、督促落实。这意味着本轮司法改革不仅具有明确的路线图,更具有使改革措施得以落实的保障。

党的十八大报告提出要将法治作为治国理政的基本方式,强调用法治思维和法治方式深化改革、化解矛盾。《决定》指出,改革的总目标是发展中国特色社会主义制度,推进国家治理体系和治理能力现代化。国家治理体系和治理能力的建设与法治中国建设一脉相承,法治既是目标与保证,也是其重要内容。只有建立符合社会经济发展要求的司法制度,法治中国之梦才有可能实现。从司法能力来说,满足人民日益增长的公平正义需求,不仅仅是司法自身的发展要求,也是衡量国家治理能力的重要标尺。本轮司法改革涉及司法理念的调整、司法功能与作用的重新定位、司法管理模式与运行方式的变革以及司法制度的现代化等重大问题,从一定意义上而言是对我国的司法体制的重构。推行如此全面的司法改革也从侧面说明了当前中国司法领域存在的问题的深度与广度。

回顾司法改革之路,我们不仅要看到改革取得的阶段性成果,总结实践经验,还应看到影响司法公正、制约司法能力的机制性、保障性障碍。随着改革步伐的不断加快和改革程度的逐步深化,我国的司法改革将步入新的历史阶段并

^① 中华人民共和国国务院新闻办公室:《国家人权行动计划》(2012年6月)。

迎接更多更难的挑战。司法制度是一个整体,其改革与完善的任务艰巨,道路曲折而漫长,不可能一蹴而就,毕其功于一役。实践证明,只有目标坚定、锲而不舍地坚持改革,深化改革,全面改革,才能实现改革的目标——建设公正高效权威的社会主义司法制度,维护人民权益,让人民群众在每一起司法案件中都真实地感受到公平正义。

目录

111

《《 卷首语

司法改革任重而道远

齐树洁(1)

《《 理论纵横

我国家事案件调解制度之发展

张榕 林毅坚(1)

追求表面的公正还是实质的认同

——论刑事事实认定疑案的解决路径选择

崔凯(12)

新民事诉讼法的理解与适用

——中国民事诉讼法学研究会 2013 年年会综述

韩宝 陈利红(24)

凝练东亚法律文化,共建区域司法共识

——东亚司法改革国际学术研讨会综述

陈慰星 丁超 丁小敬(40)

替代性纠纷解决机制在澳门的发展

蔡肖文(47)

简论台湾地区“民事诉讼法”修法的指导理论

熊云辉(57)

违法性认识的内容及其判断规则

张兴慧(69)

《《 诉讼制度

新刑事诉讼法实施背景下职务犯罪侦查面临的问题及其对策

刘莉芬(81)

如何确保法律的执行力

——民事诉讼法修改后社会热点问题的思考

孙山 易利娟(94)

检察立案监督权面临的机遇与挑战

——以龙岩市新罗区检察院为考察对象

段炼 林昇(102)

通过判决说理促进司法公正

——以新民事诉讼法第 152 条的规定为背景

陈邕凌(113)

未成年人民事诉讼特别程序初探

乐宇歆(122)

刑事庭前会议实务探析

季俊强(133)

《《 审判实务

两岸投资争端解决的司法公正性探讨

——以《海峡两岸投资保护和促进协议》为视角 李 桦 李 婧(143)

交通肇事案件适用和解程序的实践与难题

——以兵团五家渠法院为样本 渠底模(154)

案件事实真伪不明时法官如何裁判 崔拓寰(167)

司法公正与既判力之衡平

——以完善案外人申请再审制度为视角 李 云 方晋晔(179)

论行政裁决案件中的司法变更权 张世民(191)

博饼民俗商业化运作中的法律规制

——解读一起博饼合同纠纷案 林 蕾(201)

《《 实证研究

厦门法院涉台民商事案件司法互助的

调研报告 厦门市中级人民法院课题组(209)

南沙新区建设中的若干法律问题 广州市南沙区人民法院课题组(222)

关于行政诉讼简易程序试点运行情况的

调研报告 厦门市思明区人民法院课题组(231)

关于龙岩市生态资源司法保护的

调研报告 龙岩市中级人民法院课题组(243)

社会转型时期替代性纠纷解决机制的创新

——以厦门市无讼社区的实践为基础

厦门大学法学院“无讼社区”课题组(253)

《《 东莞调研

基层司法如何实现案件的分流与集约

——“东莞一院”快速处理中心的启示 厦门大学法学院课题组(267)

物业服务纠纷案件调解难之对策 方敬萍 许林波(281)

东莞第一法院适用小额诉讼程序的调研报告 陈 冰(290)

石龙法庭民事案件结案方式探析 罗学林 杨 涛(299)

石龙法庭推行社区法官助理制度的调研报告 魏 玲 陈闽珠(308)

《《 域外司法

葡萄牙仲裁司法监督机制述评	谢广汉(319)
波兰调解制度的发展与启示	欧 丹(329)
英国家事诉讼程序的发展及其借鉴意义	黄丹翔(340)
俄罗斯调解制度新发展述评	方 俊(352)
法国调解人制度探微	林芳雅(364)
瑞士调解制度新发展简述	牛子文(375)

理论纵横

我国家事案件调解制度之发展

张 榕 林毅坚*

家事案件与多个术语联系密切,其中首先应提及的是家事诉讼的称谓和范围。所谓家事诉讼,一般涉及的主要是有关婚姻家庭或身份关系诉讼程序。各国和地区在具体的立法称谓和体例上则不尽相同,包括家事诉讼法、人事诉讼法、家事事件程序、婚姻与家事诉讼法等。^① 家事诉讼范围的大小因此显现差异。与此相联系,各国对家事诉讼的对象——家事案件的界定也各不相同。在这种背景下,对于“家事”和“人事”的界限,虽然由于案件的复杂性而难以截然区分,但大致的区别还是有必要厘清的。正如有学者所指出的,从严格意义上讲,“人事”与“家事”是有区别的。“人事”主要指婚姻事件、收养事件、亲子事件等与自然人身份相关的特定事件。而“家事”则不限于身份事件,还包括身份事件之外的其他婚姻家庭事件。^② 其次应提及家事事件程序。所谓家事事件程序,是指“法院(家事法院或家事法庭)为处理或预防夫妻、亲子及家属间纠纷所适用的程序。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,其主要包括家事诉讼程序、家事非讼程序及家事调解程序”。“与家事事件程序相关的一个

* 张榕:厦门大学法学院教授,博士生导师;林毅坚:厦门大学法学院诉讼法博士研究生。本文系张榕教授主持的2010年教育部人文社会科学研究规划基金项目“中国法院能动司法机制研究”(项目号:10YJA820131)的阶段性成果。

① 例如,德国在其《民事诉讼法》第六编规定了家事审判程序。日本于1898年和1947年分别制定和颁布了《人事诉讼程序法》和《家事审判法》。法国家事案件的司法程序规定主要见于法国新民事诉讼法典第三卷“某些案件的特别规定”以及法国民法典第一卷第六编第二章关于“离婚的程序”之规定。英国则于1973年和1984年分别制定了《婚姻诉讼法》和《婚姻与家事诉讼法》。美国制定了《美国1970年统一婚姻及离婚法》。澳大利亚的家事裁判程序主要规定在《1959年联邦婚姻案件程序法》和《1975年家事法》。韩国则于1990年12月31日公布了《家事诉讼法》。我国台湾地区也于2012年1月11日颁布了“家事事件法”。

② 王礼仁:《家事案件审判体制改革之构想——以婚姻案件审判现状为背景》,载《法律适用》2008年第11期。

概念是大陆法系的人事诉讼程序,人事诉讼的诉讼标的是身份法律关系,不涉及家庭财产关系,家事事件程序处理的事件既包括家事身份关系事件又包括家事财产关系事件,这是人事诉讼与家事诉讼的主要不同。”^①

在我国,目前并不存在独立的家事纠纷解决程序,也没有独立、统一的“家事纠纷”概念。尽管如此,理论界及实务界对家事纠纷的研究兴趣并没有因此而消减。“家事诉讼程序”这一概念早已被广泛使用。从现有学者的观点以及既有法律的规定来看,家事诉讼程序主要指的是法院审理和解决与婚姻家庭有关的身分关系纠纷的程序和没有争议的非讼事件的程序,其中既包括身份关系诉讼程序也包括非讼程序。相应的,对于家事案件的界定业已形成了较为统一的认识:“家事案件系指与婚姻家庭相关的,以身份关系为核心的家庭纠纷,包括婚姻案件、亲子案件、监护案件、扶养案件、继承及遗嘱案件、与禁治产等相关的案件等。家事案件是一个复杂的纠纷体系,它既包括诉讼案件,也包括非讼案件;既包括身份关系案件,也包括由此关系所引发的财产纠纷案件。”^②

一、家事案件调解制度概述

家事案件与一般民事案件不同,具有较强的利益主体牵连性、公益性和私密性。由于婚姻、血缘、亲属以及其他身份关系的存在,家事案件中利益主体牵连性较强,往往具有千丝万缕的联系;由于社会主要是以婚姻家庭作为细胞单元,因此家事案件的处理结果不仅涉及个人私益,还有可能涉及社会秩序的稳定等社会公益。此外,由于家事案件往往涉及人们的隐私,因而其私密性特点也很明显。针对如此特殊的案件,传统纠纷解决机制也难免出现力有不逮的窘境,因此很多国家采用了与一般民事案件不同的解决方法——大量的非讼手段。家事调解是其中比较出彩的一种方式。

家事纠纷对家事调解具有特殊的需求。在家事案件的处理中,家事调解凸显其独特的功能和地位。家事纠纷蕴含的情感、身份等因素,使得当事人提出的诉讼请求与纠纷事实本身的错位会更明显。例如,在离婚析产案件中,名义上仅仅只是对分割共有财产的争议,但实际中却存在一方对配偶不忠或无法过夫妻生活等诸如此类难以启齿的细节,且这些细节不欲为外人所知晓。或许双方在财产分割方面得以形成默示的合意,但见诸诉讼之中的诉请理由却往往掩盖了纠纷事实本身的面目,而假托于诸如夫妻性格不合、与子女共同生活需更多花费等理由。这种在法律范围内允许的错位,折射出家事案件的私密性和牵连性等特点,要求纠纷处理者必须具有较强的敏感度,能整体把握纷争实质,察觉一方

① 张晓茹:《我国应设立家事事件程序》,载《法律适用》2006年第4期。

② 陈爱武:《家事调解:比较借鉴与制度重构》,载《法学》2007年第6期。

做出的让步能够让另外一方获得不宜言明的补偿的情形,并给予及时的法律确认。如果不采取这种细微的谨慎处理法,家事纠纷中的当事人往往会觉得“面子与里子”都丢光了,并增生对纠纷处理结果的愤懑度,进而影响家事案件的处理实效。而调解这种纠纷解决方式契合了家事案件这种特殊需求,因此,许多国家将家事调解规定为必经的审前程序或以强制调解的方式来提升家事纠纷的处理效率。

调解对家事案件处理的独特功用并不意味着它是一种“放之四海而皆准”的处理方式,相反的,家事调解应该是一种“存在着禁区的能动调解”。^① 考虑到婚姻家事诉讼中一方申请调解可能被视为示弱而情绪化地放弃调解,则调解的开始不应以当事人提出为限,法官可视情形主动调解,这对法官提出能动调解的要求。而对于婚姻的无效与撤销、收养关系的成立与解除等案件,由于承载着传统价值、社会公益以及身份关系的特性,不能进行调解。因此婚姻家事案件对法官调解的介入力度和界限把握上有很高的要求。由此可以说,婚姻家事案件的调解实际上是存在着禁区的能动性调解。

综上所述,家事调解的适用非常广泛但又是有界限的。一方面,家事纠纷涉及血缘、婚姻和伦理等因素,与感情、亲情和道德密切相关,不同于普通的民事法律关系。因此,纠纷解决的基本价值取向是尽力恢复当事人之间的亲情和和谐的关系,为此家事调解在家事案件的处理中占据了得天独厚的地位。但在另一方面,对于某些家事案件,^②基于社会公益、案件性质等特殊因素的考虑,则不予适用调解。

二、我国家事事件调解制度的历史与现状

总体而言,在不同的时期,调解在家事纠纷解决中都发挥了重要的作用,而相关立法、司法实务都非常重视家事纠纷的调解。

(一)我国家事案件调解制度之历史^③

1. 传统家事调解制度之描摹

调解是中国传统文化的重要内容,是纠纷解决的特色,甚至一度被称之为“东方经验”。但传统意义上的调解并不能等同于现代调解制度。传统的家事调

① 曾琼:《婚姻家事案件对诉讼程序的特殊需求》,载《湖北社会科学》2009年第6期。

② 例如,最高人民法院2004年8月18日通过的《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》第2条规定:对于有可能通过调解解决的民事案件,人民法院应当调解。但适用特别程序、督促程序、公示催告程序、破产还债程序的案件,婚姻关系、身份关系确认案件以及其他依案件性质不能进行调解的民事案件,人民法院不予调解。

③ 本部分的论述主要参考来文彬:《家事调解制度研究》,西南政法大学2010年博士学位论文,第7章。

解从本质上来说是民间调解,具有如下特征:其一,调解是小农经济基础上熟人社会的礼治产物;其二,调解是由具有社会自治权威的人士充当第三人,依据权威的社会规范(情理法交融,注重人情、义理考虑,法律为辅)促成当事人互谅互让,就纠纷达成协议之程序,是中国传统社会家事等民间纠纷自治性解决的根本或者说重要方式;其三,调解具有鲜明的实用主义色彩,通常是以“秩序、和谐、社会正义”为客观依据,以教化为目标,不仅要化解纠纷,而且要教育当事人并恢复秩序与和谐,因而具有“权威判断性”、“评价性”与“教化性”等特征。^①

应当说,传统的家事调解制度与完全以当事人为中心、遵循形式公正的西方现代调解制度是不同的。虽然传统的家事调解制度也是以当事人为中心,以促成当事人和解为目的,但调解的依据并不是当事人的合意而是当时社会普遍认同的社会规则(无论该规则实质上是否合适),尽管从表象上看,当事人的确“合意”接受了该调解结果,但这种接受在很大程度上是基于调解人的劝解、说服而做出的让步,并非当事人真正心甘情愿的让步。由此引发的问题是,只有当事人的合意解决纠纷才是调解的核心本质,如果当事人的“合意让步”遭到扭曲,那么即使当事人接受了调解的结果,也不能称之为完整意义上的“当事人意思自治”。因此,严格说来,传统的家事调解并不能归属于现代意义上的家事案件调解制度的范畴。

2. 现代家事调解制度之描摹

“现代家事调解”是相对于传统家事调解而言的。考究现代家事调解制度肯定离不开对社会环境(如意识形态、组织结构、社会规范等)的宏观描绘。本文仅就各个时期的家事调解简况及其大致特点作简要概括。

其一,现代家事调解制度起源时期。20世纪三四十年代,中国现代家事纠纷调解制度的相关内容(家事的法律规范、家事纠纷解决机制、调解的具体类型、特点)在很大程度上均起源于这一时期,其可以看作是中国传统调解与现代调解的分水岭。这一时期里,体现革命精神的人民调解制度与人民司法制度成为社会纠纷解决的主要机制,调解主要采取人民内部矛盾的“批评、教育、帮助”等方式。身份等级制度、“三从”制度、妾制、童养媳、包办、买卖婚姻等封建礼治下的家事自治制度被清除。家事纠纷解决逐渐“司法化”,大力弘扬人民调解与审判相结合,典型模式为著名的“马锡五审判方式”。

其二,1950年婚姻法实施期间(1950—1979年)。新中国第一部婚姻法——《中华人民共和国婚姻法》颁布实施,其第17条明确规定,离婚案件应先进行调解,调解无效时即行判决。这一时期有关家事纠纷调解的立法和司法政策的基

^① 来文彬:《家事调解制度研究》,西南政法大学2010年博士学位论文,第174~177页。

本特点主要是:调解为离婚的必经程序;以调解为主,调解确实无效的,方予以判决;必经调解的对象仅限于一方坚决要求离婚的案件,若双方均同意离婚的案件不受“必经调解”的限制;以调解和好为特色,调解尽量就地进行,并且几乎可以随时进行;调解以党和国家的政策、法律为依据。这一时期家事诉讼案件主要是离婚案件,调解也主要是法官对离婚案件的调解。人民调解以家事纠纷为主要调解对象,但并没有对家事调解作出具体的规定。

其三,1980年婚姻法实施期间(1980年至今)。这一时期处于改革开放之后,随着社会组织结构的变化、经济文化的发展以及人们婚姻家庭观念的变化,家事纠纷以及家事纠纷的调解经历了不同阶段的发展,但从本质上看是一直在随着不同时期的司法、行政工作方针的“波浪”逐流之后的结果。这个时期可细分为:(1)“着重调解”阶段(1980—1990年)。这个阶段规定调解为离婚的必经程序;在调解与判决的关系上,着重调解;比照审判程序具体规范了调解制度,如“调解生效后发现错误的,按照审判监督程序处理”等;明文规定了协助调解制度。这一时期人民调解的案件主要仍是离婚案件,但1985年继承法颁布后,继承案件逐渐增多,年均在10万件以上。(2)“自愿、合法调解”阶段(1991—2001年)。这一阶段由于司法理念发生转变,法院调解进入“自愿与合法”阶段。在法院,调解不再优先于审判或者说不如从前那么优先于审判。调解率包括家事调解率呈逐年下降趋势。家事纠纷人民调解工作也相应弱化。(3)“调判结合”时期(“能调则调、当判则判、调判结合、案结事了”、“调判结合、调解优先”——2002年以来)。这一时期家事纠纷调解之对象或范围得以细化,并规定了一些不适用调解的案件类型,此外还规定了婚姻家庭继承纠纷之先行调解制度。自2002年开始,诉讼调解重新开始受到高度重视,政府与有关部门强调其对于促进社会和谐之意义,并通过司法解释规范调解行为、增强调解协议效力;通过委托调解与协助调解实现调解主体的社会化。这一时期的人民调解制度也有了长足发展。先是从中央到地方政府的重视,后是人民调解的不断法制化,再是符合条件的人民调解协议被界定为合同性质,最后是通过法律(如2011年施行的《人民调解法》中规定调解协议的司法确认)和司法解释(2009年的最高人民法院《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》)为诉调对接提供了保障。从数据上来看,这一时期自2004年开始家事纠纷诉讼案件逐步缓慢回升,例如,2004年到2008年,全国婚姻家庭一审案件由116万多件增至132万多件,调解占全部结案量的比例从34.6%增加到46.47%;而家事纠纷人民调解的案件量则呈逐年下降趋势,例如,调解量上,2001年,为186万多件,到2008年,已降到102万件左右;家事案件占全部民间纠纷的比例从2001年38.30%