

离婚诉讼中的调解研究

张学军*

我国婚姻法第 25 条第 2 款: 人民法院审理离婚案件, 应当进行调解; 如感情确已破裂, 调解无效, 应准予离婚。

按照现行婚姻法理论, 终止婚姻关系的原因有二, 即配偶一方的死亡(包括宣告死亡)和离婚。离婚以解除婚姻关系的方式为标准可分为协议离婚和判决离婚。法院审理离婚案件时, 原则上应当首先进行调解, 且调审分开。我国婚姻法第 25 条第 2 款及民事诉讼法、有关的司法解释对离婚诉讼中的调解也有明文规定, 它们是否妥当有加以研究的必要。

一、基本立法状况分析

(一) 日本法

1939 年裁判所鉴于“用道义充满温情来解决”亲族纠纷及其他家庭相关事件, “准之我国自古以来良好风俗和特有的亲属制度最为理想”, 制定了人事调停法。它始将调解制度引入到亲属法领域。法律实行时, 作过调停委员的人曾被训示“尽量不考虑法律进行调停”。调停委员是裁判所委托附近的村镇公所推荐调停委员的候补人员并凭该推荐选派而成。村镇公所接受该委托时, 不由自主地把候补人员范围限定在该村镇“实力派”人物中。裁判所内部的主导思想是家事调停不应考虑法律, 而应本着门外汉之圆满之常识来处理。^[1]

日本 1947 年制定了家事审判法, 废除了人事调停法。家事审判法规定了调停前置主义, “对能进行调停的事件提起诉讼的人, 首先必须在家庭裁判所申请调停”, 而这样的事件“不作调停申请而起诉的情况下, 裁判所必须将该事件交付家庭裁判所”。家事调停制度的基本思想仍是“协和”, 对多数调停委员起了公定教科书作用的 1954 年发行的《调停读本》称调停时应注意的要点是“比争论更要紧的是义理同人情的说合”, “不同权利义务论是非”, “不成熟的法律论搁置一旁”, “不定黑与白之处最是味道足”, 足以证明。^[2] 负责调停的委员会由法官和两名

* 山西大学法律系讲师。

[1] [日]川岛武宜著:《现代化与法》, 中国政法大学出版社, 1994 年版, 第 193 页以下。

[2] 同上书, 第 197 页以下。

调停人组成,法官通常不参加调停会议,通常听取调停人的报告后提出意见或进行查验。年龄在40岁以上,并在大学参加过家庭法讲座或在职业学校受过劝告训练的人,经过面试和集体讨论会主持的测试合格后方可担任调停人。调停程序的主要阶段是:(1)家庭裁判所调查官的调查。1951年在家庭裁判所的家庭事务部中设置了调查官这样一种新的职位。调查官由完全受过训练并有实践经验的心理、社会学、教育学大学生,再经家庭法院试验官研究和训练所培训后担任。他们的职责主要是在调停程序开始前调查、发现问题,对问题加以分类,并进行临时处置,然后向调解员提交报告。调解员努力创造一种信任的气氛,使当事人理解调停期间所暴露的事实系属保密,在调解期间即使一方有违法行为也不发布临时禁令或临时扣押令。(2)双方当事人背景的查实。调停员要努力查实双方当事人的背景,有时将人生史追溯至其童年时代。在有些情形下,调停员甚至能从其人生史中发现有关当事人并未意识到的重要事实,有时也采用调查员报告中的意见,这样做的目的是帮助当事人获得公正意识、洞察力和理性。在此基础上调停员帮助当事人思考自己的问题并自行得出结论。如果双方当事人决定离婚是正确的解决方法时,调停员鼓励当事人讨论子女监护、家庭财产的分割、精神损害的赔偿问题。在80%的调停案件中子女的监护权被赋予了母亲,同时又赋予父亲以接近权。无论监护权赋予何方,实际上均由外祖父母或祖父母照料。如就监护权有争议,调停程序则寻求其他问题的协议,而将监护问题交由家庭法院决定。(3)协议的签订。如果在调停委员会内达成协议,该协议一经登记就发生终局的效力。

在日本,调解于婚姻和家庭的稳定方面起着重要作用。在所有的离婚案件中,18%以调解和好告终,40%以调解离婚告终。^[3]

(二)新西兰法

1980年新西兰《家庭程序法》引进了调解讨论会制度。调解讨论会处于新西兰家庭法院三个活动层次中的第二个层次。第一个层次是法院的劝告服务,它应当事人或其律师的要求而提供,而且向家庭法院提出的很多申请都须经过劝告。第三个层次是家庭法院法官的审判。

调解讨论会设立的理论基础是避免不必要的诉讼。其目的是查清当事人争执的事项并努力使当事人达成解决这些问题的协议。调解讨论会对当事人一方向家庭法院申请分居判决、扶养判决、监护判决和接近判决的案件均可提供。调解讨论会可在审判前的任何阶段应任何当事人的要求由书记官予以召集,也可在诉讼的任何阶段由法官安排。调解讨论会的日期和地点被确定后邮寄通知当事人及其律师。

调解讨论会由家庭法院法官主持。在调解时法官无权裁判,讨论会本身也不是诉讼程序。如果调解不成,该法官也不得充任审判官。法官均是专家。调解讨论会具有非正式性。讨论的房间虽然简朴但家具和装潢极具魅力。法官与当事人坐在同一水平面上并且与当事人接近。当事人不是面对面而是很近地落座。律师有时在当事人旁边落座,有时离开当事人落座。律师在讨论会上的作用极为有限,因为无需提供证据或质证,其作用仅在帮助当事人弄清争执并增进争执的解决方式。不过如涉及到监护权和接近权时为儿童利益被任命的律师,可以通知主持法官和当事人以调查结果及建议从而发挥积极的作用。有时候当事人的律师可以被故意安排不出庭,或者在征得当事人同意后要求其离开。当事人希望律师参加的愿望虽然一直得到尊重,

[3] Ichiro Shimazu: Procedural Spects of Marriage Dissolution in Japan, 载 Eekdaar John, M. ed: The Resolution of Family Conflict: Comparative Legal Perspectives, Toronto Butterworth, 1984, PP. 117—120.

但法院已经表明立场是希望律师颇为消极,但代理儿童的律师除外。

法官宣读离婚申请后便与当事人研究了他们争执的问题。既可频频邀请当事人向其解释其所关注的争执(这常常直接到达争执的核心),又可偶尔要求短暂停止,在当事人发怒时尤其如此。法官有义务书面记载调解讨论会上为当事人所解决和未解决的争执。达成协议后法官便恢复裁判角色,遵照协议制定判决。如果当事人未被律师代表,常会暂停调解以使其获得律师意见,但其明确表明无须律师意见也可遵照制定的除外。依照协议所制定的判决不仅可以涉及到扶养、监护、接近问题,而且可以涉及财产问题。当事人未达成最终协议的问题可达成临时协议。

调解讨论会当然不公开,而且其程序享有特权,没有任何信息、陈述、承诺在以后的任何程序中得到承认。调解讨论会大约持续一个半小时。^[4]

(三) 英国法

英国离婚法牢固的指导思想是离婚案件中的离婚本身这一主要问题,而子女监护、财产分割等问题是附带的问题,法院对上述两个方面予以分开处理。英国法律的根本原则是分配正义应在法院公开进行,离婚也不例外,因此,当事人在其婚姻生活的任何细节方面都可能受到质证。这样做的目的是防止审判权的滥用。^[5]1971年1月27日颁行的《实践注意(离婚:调解)》始将调解程序引进到离婚诉讼中。它规定,如果法院有理由认为有和好的可能或在附带问题上调解有益时可将案件或案件中的某个或某几个问题交由法院福利官。法院福利官在与当事人讨论后决定是否有任何和好的希望或者调解是否可以帮助当事人协议解决他们的全部或部分纠纷。如果没有希望,就应向法院报告。如果有和解的希望或者调解可以帮助当事人协议解决他们的全部或部分纠纷,除自己继续处理此事外,可将案件提交观护官(Probation Officer),或者提交有关婚姻指导和福利的适当组织的分支机构推荐的完全合格的婚姻指导辅导员,或者提交由案件特殊情况决定的一些其他适当个人或组织。福利官接到上述三者报告后向法院报告。这些报告仅限于陈述和解是否有效或者如果有效那么当事人在何种程度上协议解决他们的全部或部分纠纷。但是该调解并无实际效用。^[6]

1977年专门对“审前谈话”(Pre-trial review)程序进行调整用以调解有抗辩的案件。书记员在谈话时要试图查实案件的实情并就案件的公正、迅速和经济的处理提供必要的指导,使案件尽量以协议方式解决。1980年该程序被扩展适用到财产调整和一揽子判决问题上,因其不成功地于次年被废除。但该程序仍得到广泛的支持,在子女问题上尤甚。1983年1月1日施行的《操作指南(家庭法庭:调解程序)》规定高等法院家庭身分登记处为有争议的监护权、接近权及其变更问题提供调解指导。每当发布传唤令时,就在书记员主持下,在双方当事人和他们的顾问及与任何一方共同生活的10周岁以上的子女(但仅限于就其监护权有争议)及福利官的参加下,进行调解。如果调解成功,书记员即依当事人达成的协议制定判决,几乎不进行调查或提出异议。它还规定,如果调解未达到协议,案件则由其他的书记员和福利官员审理,调解过程中的讨论和陈述不作为判决的依据,用以保护当事人的利益。其他法院所适用的调解程序总

[4] J. M. Priestly: Mediation Conferences—The New Zealand Family Court's Alternative to Litigation, Eekelaar, John, M. ed. PP. 99—105.

[5] [6] [英] Cretney, S. M.: The Principles of Family Law, London: Sweet & Maxwell, 1990P. 180, PP. 187—188, P. 193.

体上与家庭法庭的相同。^[7]

(四) 丹麦法

丹麦于十六世纪宗教改革后始承认离婚。法定离婚理由是通奸、遗弃、婚前所患的麻疯病、婚前所患且不能治愈的不能人道、终生流放(1950年扩展适用至终生监禁)。然而丹麦国王也可准予离婚。起初仅限于存有法定离婚理由但为节约当事人的费用和除却到法院的麻烦而为合理,或者是离婚的法定限制将要终止但尚未终止,但自大约1770年始即使无法定离婚理由也予准许。1827年颁布法令授予郡县长官基于分居判决且分居持续三年可准许离婚,基于这一传统,绝对的王权衰落后的1949年第一部丹麦宪法仍确立了行政裁决离婚和法院判决离婚并存的格局。

行政离婚裁决和离婚判决都须于满足法定离婚理由后方可作出。处理子女监护问题的根本原则是子女的福利,如果父母就此达成协议除非明显违反子女福利原则法院即予接受。如果未达成协议则由法院决定。就离婚后配偶帮助问题法院虽然可以决定一方对他方是否有此义务以及此义务持续的时间,但周期性的给付额由郡县长官决定,不服的可上诉至部长。就法定共同财产制下共同财产分割由配偶协商解决,协商不成的由遗嘱检验法院处理。如婚姻持续时间较短的法院可以决定不平均分割,如婚姻持续时间较长,实行分别财产制且一方财产总额远远超过对方,法院可以决定补偿对方大笔金额。如果离婚系由一方严重违反义务所致,法院虽可决定有过错方赔偿对方因此所受的损失,但司法实践几乎不用。如果婚姻住所属租赁房屋,离婚时法院可以决定由谁承继该合同。

郡县长官办公室有义务对离婚案件进行调解^[8]。每当郡县长官收到当事人双方或一方的离婚申请后,长官办公室即传唤配偶双方参加一个会议。该会议的主要目的除查实法定理由是否确已具备外,就是调解协商离婚的后果。调解通常由配偶双方和调解员参加,但如配偶居住地间隔过于遥远也可由调解员与其分别调解。调解员的职责是努力查找分歧的原因,通知当事人离婚的后果,与其讨论同居的可能性,如有未成年子女必须特别考虑其福利并将此点向配偶双方强调。调解员由受过法律训练的长官办公室工作人员担任。如果配偶双方就离婚的附带问题已提前达成协议,调解员还有义务查看该协议并与当事人进行讨论,以确保就子女监护问题的协议不违背子女的福利,以确保就其他问题的协议明确且对于配偶一方不致于明显不合理,还有义务通知配偶双方以确保其意识到自己的法律地位并落实协议的内容。如果未提前达成协议,还有义务与配偶双方讨论存在的问题。这通常导致问题愉快地解决,如果认为适当,也会努力导致在共同财产分割问题上达成协议。调解协商的结果登记在郡县长官的档案册中,并由配偶双方和调解员签字。在此基础上由郡县长官颁发离婚裁决。^[9]

(五) 美国法

1899年美国芝加哥第一个成立了专门管辖青少年犯罪的法院。在此后的几年内这一运动

[7] 前引[6], Cretney, S. M 书, 第193页以下。

[8] 丹麦国 andrupil 认为, 将法院审理案件所适用的程序称为“司法的”程序, 而将行政机关处理离婚纠纷所适用的程序称为“行政的”程序并无益处。某一功能在有些国家由法院行使, 在另外一些国家由行政机关行使。有些行政官员承担着传统上属于法院的任务。笔者赞同这一观点。故在本文中仍将丹麦郡县长官办公室调解予以分析。
[丹麦] Andrup, *Divorce Proceedings: Ends and means*, 前引[4] Eekelaar, John. M. ed 书, 第169页。

[9] T. Svenne Schmidt: *The Scandinavian Law of Procedure in Matrimonial Causes*, Eekelaar, John. M. ed, PP72—91.

席卷全美。因成功治理青少年的犯罪行为必须与家庭合作,而且青少年犯罪不过是家庭问题的一个侧面而已,^[10]故 1914 年俄亥俄州辛西那提市第一个设立了家庭法院,此后,该州各市先后仿效并影响到全美各州。^[11]

在家庭法院内部设有受理部门。受理案件的官员将应由其他社会福利机构处理的事件移到有关机关,将应由家庭法院处理的事件除当事人即时由法官审理者外,还在受理部门由受理案件的工作人员、调查官或观护官进行调解。有些家庭法院设有婚姻协谈人员,不仅在受理或调查阶段或个案作业中,而且在法官审理过程中。如认为有和解的希望时可移送案件于婚姻协谈人员。婚姻协谈人员并非法律专家,而是个案作业的专门技术人员。^[12]

依照美国统一结婚、离婚法的规定,配偶双方就子女抚养、监护和探视所达成的协议对法院没有约束力,法院根据有关抚养、监护和探视的准则对协议进行慎密的调查,以履行自己的职责,保护子女合法权益。就双方所有财产的分配,对一方的扶养所达成的协议,法院不得对此表示异议,除非它在考虑到双方的经济状况以及他们自己提出或在法庭要求下提出的任何其他证据,认为分居协议极不合理。所谓的极不合理的标准即为商法中使用的标准,它包括防止单方利益,施加压力或不公正的乘人之危。如配偶双方愿意使双方所有财产的分配,对一方的抚养的协议具有私人契约的性质,仍可以使协议条款不写入判决。如无上述约定则应将协议条款写入离婚判决,可命双方执行。配偶双方还可约定有关抚养和财产分配的条款即使写入判决也不得被修改,或只能根据协议进行修改。^[13]

(六) 前苏联法

在判决离婚中,法院查清离婚原因之后,只要不违背一方配偶的利益,子女的利益以及共产主义伦理道德,必须设置调解期间延期审判,寻求使当事人和解的方法。即使在判决手续准备阶段也应努力促进双方的和解。另外,在设置调解期间时,只要不侵犯当事人的个人自由,可以把该决定转给当事人的工作单位以及他们所居住地方的劳动团体、社会团体,请求他们的帮助。具体说来,当事人一方(主要是妻子)的工作时间(倒班制度情况等)、住房条件、子女的保育设施问题等往往成为家庭纠纷的起因,而当事人另一方(主要是丈夫)的酗酒以及生活紊乱也会成为纠葛的起源。调解期间在俄罗斯、白俄罗斯、亚美尼亚为 6 个月,哈萨克没有限定时间的长短,多数共和国以 3 个月为限。^[14]

(七) 德国法

德国原民事诉讼法采和解前置主义。即在离婚与婚姻生活恢复的诉讼,应首先试行和解,以打消离婚当事人的离婚意见。调解由区法院主持。1938 年修改民事诉讼法后调解则由地方法院主持。1978 年离婚法修改后一反过去的旧制而无需先行调停。^[15]

[10] Hoggatt, Brend Family, Law and Society: Cases and Materials, London: Butterworth, P. 627 页。

[11] 林菊枝:《亲属法专题研究》,五南图书出版公司 1985 年再版,第 182 页。

[12] 同上书,第 184 页以下。

[13] 见美国统一结婚离婚法第 306 条及其注释。

[14] [日]利谷信义等编:《离婚法社会学》,北京大学出版社 1991 年版,第 240 页,第 262 页。

[15] 前引 [11],林菊枝书,第 174 页、197 页、302 页。

二、若干问题研析

(一) 离婚调解的概念

离婚调解是指当事人在足智多谋的、中立的第三人帮助下,试图彻底区分双方的异同,谋求多种解决方案并在妥协的基础上达成协议的过程。它既是一个解决冲突的过程,又是一个使当事人承担自我决定自己生活的责任的管理过程。它虽可划分为若干阶段并完成若干任务,但并无统一的模式。^{〔6〕}

调解与审判的主要区别是: 1. 当事人参加方式。审判的方式为提供证据与论证,调解的方式为交涉及调整。2. 指挥者的作用。审判的方式为论据的评价和原理的宣示,调解的方式为当事人良性互动的促进。3. 预期结果。审判的方式为根据要件事实和正当理由进行决定,调解的方式为协商解决以实现社会和平。4. 内在道德原理。审判的方式为公平审判的诸条件,调解的方式为公平调解的诸条件。5. 欲达到目标。审判的方式为权利与义务的问题,调解的方式为解决两者关系中的纠纷。^{〔7〕}

(二) 离婚调解制度的优点

离婚调解制度与审判制度相比,优点主要有三:

1. 有利于消除夫妻感情上的对立。离婚审判是指以审理时提出的情况为根据,以离婚实体法的原则和规则为准绳,对当事人间的离婚纠纷以判决的方式解决。^{〔8〕}这不仅会增加夫妻间的不和与紧张,也许更会将有可能缓和的局面予以破坏从而导致破镜无法重圆的结果,而且极易导致夫妻双方当事人在离婚后仍以仇人相视,互相憎恶以竟终生。^{〔9〕}这是因为查明案件事实会增进夫妻双方相互指责从而加剧了已有矛盾。依过错离婚法无过错方受到奖励而有过错方受到惩罚当然增进指责。依破裂离婚法婚姻确已确裂的证明责任往往牵涉到过错或性格、情趣、爱好、道德品质等方面的弱点。调解则有利于消除双方感情上的对立,这是由调解的本质特征决定的。调解的本质特征是始终尊重当事人意志,使当事人在自愿的前提下参加调解过程,在互相理解的基础上达成共识,从而使纠纷得到解决。^{〔10〕}之所以能相互理解而达成共识,是因为自主交涉中常见的对论具有引起反省的作用,^{〔11〕}一般说来,人们听到与自己意见完全不同的见解时,往往会考虑一下自己的想法是否正确。尤其当有义务就自己的观点向对方进行合理的说明时,这种反省作用会更加明显。许多情况下,听到对方的反应后有可能意识到自己

〔6〕 [美] H. Jaj Folberg 《Divorce Mediation, Eelceaar, John. M. Emerging American Model》P. 194; 参见季卫东《法制与调解的悖论》,《法学研究》1991年第5期。

〔7〕 CF. Lon. L. Fuller The principli of social order ckenoeth Iwinston de., Duke university press, 1981, P34, 转引自季卫东:《程序比较论》,《比较法研究》1993年第1期。

〔8〕 [美] 迈克尔·D·贝勒斯《法律原则——一个规范的分析》,中国大百科全书出版社1996年版,第20页。

〔9〕 陈棋炎:《亲属继承法基本问题》,台湾大学丛书编辑委员会编辑,1980年版,第563页。

〔10〕 前引〔6〕,季卫东文,第21页。

〔11〕 对论是对席辩论的简称,是指当事人各自将自己认为对于彼此来说都是合乎正义的解决方法向对方作出合理说明的一种社会过程。对论在两点上可以既不依靠外在的强制力,又不必经过严密的论证这种方式,仍然能够达到纠纷的解决,其一是对论具有引起反省的作用;其二是对论具有创造的功能。见[日] 棚濑孝雄,《纠纷解决与审判制度》,中国政法大学出版社1994年版,第124页以下。

看法的片面性或者完全是错误的,从而导致双方意见的接近。更重要的是,对尚未深入考虑过自己方的意见进行反省,能够促使当事者有意识地明确和深化其背后的规范性根据,进而使他在看待与对方的关系上获得新的角度或标准。^[21]

2. 离婚调解有利实现实质性的正义。离婚审判是将普遍已存的离婚法规范演绎于具体的事实而解决纠纷,这往往不能实现实质性正义。这是因为普遍已存的法律规范往往不能切合具体的实际情况而游离于现实。正常运行着的社会关系是任何普遍的规范都不能完全包括的过程,其中无处没有通过参与者之间个别的了解而形成的个别规范。^[23]当事人为了使自己的主张得到正当化,总会援引各种各样的规范,而且说明的主要部分往往是关于这些规范是否适合于双方正在争执的问题,或者这些规范本身是否妥当的论证。当事人援引的这一类规范一般是成文法律以外的常识或共同生活的准则等等,未必构成完整的体系并进行严密的演绎推论;但这些规范也不是无法加以理性讨论的随心所欲地勉强拼凑在一起的命题。另如对方反对自己的主张,怀疑其妥当性,就有必要诚实地向他说明自己的根据。认真考虑自己主张的规范性根据,并进一步寻找对双方来说都有说服力的解决方案,^[24]从而实现实质性正义。

3. 有利于保护子女的利益。科学研究表明父母就离婚后儿童监护(亲)权所作的激烈的争论将使儿童处于痛苦的沮丧中,这不仅会阻碍儿童心理发展,而且会损害儿童心理发展。^[25]离婚判决实际上是在增进父母间的激烈的争论,因为过错离婚法下监护(亲)权归无过错方,破裂主义离婚法下监护(亲)权归最有利于子女利益的一方。标准如此抽象模糊以致于双方都认为是最有利于子女利益方,即使不真正想取得但为增加谈判砝码也假装请求。离婚调解有利于平息激烈的争论,因为它反映了当事人自己的选择,满足了自己和儿童的实际需要,从而减少了愤怒和敌意。^[26]

三、离婚调解的分类及利弊分析

离婚调解依据解决纠纷的成本和解决内容的性质作为其功能上的特质何者更为重要?这根轴和调解的基本目标是发现法律上正确的解决方法,让当事者选择自己的喜好和解决这根轴构成的坐标所处的位置,可分为四种。^[27]

1. 判断型离婚调解

判断型离婚调解是指把发现法律上正确的解决作为应贯彻的同一目标,同时在与审判比

[21] 前引 [21], 棚濑孝雄书, 125 页。

[23] 同上书, 第 126 页。

[24] 同上书, 第 124 页以下。

[25] 前引 [8], Andrup 文, 载 I: Eekelaar, John·M. 书, 第 166 页。

[26] Houlgaet, Laurence D. Family and State Philosophy of Family Law, Totoha, N. J. Rowman 82 Littlefield Publisher, 129 页。

[27] 前引 [21], 棚濑孝雄书, 第 46—73 页。不过, 棚濑孝雄先生对调解分类时并未专指离婚调解的分类, 笔者认为其研究成果完全可以适用于离婚调解, 故在此予以引用。季卫东先生将调解分为三类: 中介型(即调停机关起着纠纷当事人交涉、和解协定的中间媒介的作用), 仲裁性(即以调停机关实质的自身的判断为核心, 求得意见的统一), 教谕性(调停机关行使影响力和操纵技术, 根据一定的规范说明当事人, 以达成一致意见, 解决纠纷, 同时进行动机的教育, 可供比较。他认为我国法院的调解主要具有仲裁性和教谕性双重属性。

较的意义上把降低正确解决所需要的成本作为固有长处。其优点是节约费用,提高效率,有助于向社会普及法律。其缺点是:(1)容易导致调解人强制当事人接受解决方案从而违背调解的合意原则。一方面判断型的离婚纠纷解决只要是正确的,本质上就具有不管当事人是否情愿接受也要贯彻到底的倾向;另一方面为了坚持自主解决的理想,又必须尽一切可能排除强制的契机,故判断型离婚调解遇到了无法解决的尖锐矛盾。克服上述矛盾的第一种方法是审判的强制性为后盾使当事人接受解决方案。因此调解所发挥的功能也就成为当事人自身无力进行的对审判过程和结果的模拟,及推动当事人根据模拟作出决定。然而如果进行高度的审判模拟,就与不摒弃审判制度使其能处理一切纠纷而设置调解制度来满足社会需要的基本选择相矛盾,而且成本大幅度上升。在头脑中进行逻辑推理,使负责调解的人员只要有充分的法律素养,不致于引起成本的大幅度上升,那么即使缺乏当事人的举证责任,能动的辩证也能保证判断者中立性公正性。一系列严格程序不仅会使判断者的调解在事实上根本达不到审判的模拟,从而使当事人主动参加处理的意识受挫,而且其相互交流变质为调解者根据自己构想好的并认为是正确的判断而对当事人施加压力和从上而下地进行说服动员。第二种方法是削弱发现正确的解决,只要达成合意即可,调解的重点从解决方案的形成移向“不管怎样,只要当事人同意就行”。但是这会使调解向行使有形无形的强制力方面倾斜。(2)严格依法解决的僵硬化毛病。严格依法解决排除了从纠纷的背景、当事人间的关系等纠纷整体上的性质出发寻找与具体情况相符合的恰当解决的可能性,而且往往强调权利排他的绝对的归属。这常导致当事人发生不必要的感情对立,从而不仅不能助长合理解决问题的态度,还会引起当事人之间的长期不和。判断型离婚调解因尽量追求法律上的正确性也容易犯这个毛病。(3)当事人的合意受到干扰。调解者的判断在调解中获得决定的意义使当事人展开程序的努力向着有利于自己的方向集中,使相互作用的方向成为垂直状态,使当事人间形成合意在水平方向上的对话受到干扰。这不仅导致当事人在纠纷处理中失去自己解决问题的主动权而依存于调解者自上而下的判断和强制,而且导致或助长当事人借助调解者的权威达到审判中不能得到的结果这种侥幸心理。

2. 交涉性离婚调解

交涉型离婚调解是指当事者在估计纠纷由审判处理时可能得到的解决(a)以及所需成本(b)的基础上,以(a)和(b)为下限,眼前有可能获得的最有利解决为上限,与对方进行谈判及讨价还价的调解。其目的不在于发现法律上正确的解决,而在于为那些把节约成本放在第一位并不惜为此降低达到法律上正确解决这一要求的当事人提供一种方便。其优点是降低了成本。其缺点是:(1)解决的不确定性。当事人对审判所需费用,对审判结果的预测并不总是有把握,对让步妥协在何种程度上为合理不存在基准,使得解决往往取决于当事人拥有的资源及讨价还价的能力或技巧。这种解决的不确定性不仅可能使解决结果实质上很不公平,而且会因当事人“讨价到天,还价到地”而形成的调解者即使积极干预也无法帮助打开僵局。(2)当事人不满足于自己的选择。当事人往往在给条件的制约下就可能达到的最有利结果作出高度现实主义的选择,同时对作为该选择前提的现实条件抱有不满和持批评态度。这不仅会使当事人对自己的选择感到不满足,而且会使其产生改变制约条件的要求。(3)不利于保护弱者的利益。双方当事人应该有什么样的解决不存在合理的决定标准,而且因一方的利益就是另一方的损失,需要软硬兼施的巧妙手法、讨价还价的技巧和策略,好运气。这会导致强有力的一方随心所欲地把自己的意思强加于对方。

3. 教化型离婚调解

教化型离婚调解是指将发现法律上正确解决目的相对化,不去谋求审判的再现,而是发现调解自身持有的正义或所谓另一种正确的解决,从而谋求恢复在依法的解决中很容易失去的平衡,并进而实现某种社会连带的调解。其优点是:(1)更有利于纠纷的彻底圆满解决。教化型调解是从纠纷的背景、当事人间的关系等纠纷整体上的性质出发,寻找与具体情况相符合的恰当解决,避免当事人间发生不必要的感情对立,进而避免感情对立产生的减损合理解决问题态度和正常人间的长期不和,使纠纷得到彻底圆满的解决。(2)节约资源。教化型调解所追求的平衡式解决不带多少技术性因素,不需要高度的法律专业知识或受过法律训练的专门人材参与,从而大幅度节约投入纠纷处理的资源。其缺点是:(1)真正发挥作用的前提条件的缺失常使其良好初衷落空。教化型调解真正发挥作用的前提条件是人们之间具有密切关系的小范围的共同体本身必须存在,以及那里的规范确实能够制约和支配人们的生活和思维方式。在对共同体的归属意识已经相当稀薄的情形下,调解者越是强调平衡和连带的价值,就越有可能使当事人认为调解是在空谈或强加于人,从而使调解无效。(2)常要求无原则的“和稀泥”。为了达到恢复密切关系的连带目标,调解者并不强调权利义务的有无,而强调伦理人情,实际上是在要求一种无原则的和稀泥。这不仅使调解费时费力,成功可能性降低,而且使人们不再把调解视为能够带来正义的解决方式并尽量加以避免。(3)当事人的合意受到干扰。这与判断型离婚调解相同,因为平衡性的追求和连带性的恢复意味着共同体价值从上至下的灌输和教育,从而使调解者的判断突出出来。(4)给合意的形成增加额外负担,因合意不仅是在解决纠纷上的意思一致,而且有了约定“消除对立并恢复友好关系”的含义。

4. 治疗型离婚调解

治疗型离婚调解是指把离婚纠纷视为人际关系的一种病理现象,试图通过广泛的人际关系调整方法来治疗病变,从而使其恢复正常的调解,其优点是有益于从根本上解决纠纷,因为它从造成纠纷的深层原因入手来寻求解决的途径。其缺点是:(1)所需投放的资源太大。心理治疗是一门高度的专业技术,仅仅经过简单训练的调解者不可能充分掌握所需的技能。(2)即使适合进行治疗的纠纷,如当事人不积极配合也会使治疗无法奏效。如纠纷涉及到的感情,有必要分清纠纷是否依赖心理上和精神上的净化(尽情说出想说的一切埋怨和忿恨)而得到解决。如纠纷仅涉及到具体的争执上,就有必要分清治疗是否使当事人产生不耐烦的情绪,选择甄别较为困难。即使选择甄别正确,如果当事人不把面临的状况视为心理上的不适应并积极要求脱离这种状态,则无论怎样进行治疗也是全然没有效果的。而且治疗型调解并不能治疗当事人面临的重大心理危机。(3)给合意的形成增加额外负担。这与教化型调解相同,因为通过治疗达成合意解决纠纷也意味着使人际关系恢复正常。

离婚调解的要素包括:

1. 调解员

就离婚调解员之立法主义有二:其一是由受过法律训练的人员担任,如美国受理部门的调解员,丹麦的调解员;其二是由法官协同有关专家、福利官员、有关单位担任,如日本、英国、前苏联等国的调解员。

2. 调解过程中的两个关键程序

在调解过程中,为了使不同的主张向合意靠拢,说服和互让这两个程序项目便十分重要。其实质是实现一种合理的妥协。从妥协的视角来考察合意,就可以发现合意具有不能还原于当事人各方意志的独立的存在价值。说服可以定义为促使他人采取特定行为目的的符号操作。因

而可以分解为出示证据、引用规范、陈述证明、动员影响力、把握时机(主要指利害关系的时间性、时间流逝而引起的纠纷变形和吸收、解决问题的战略时机)等可以程序化的问题,在当事人双方相持不下的情形下,为了避免交涉失败,调解员的积极调控和判断往往势在必行。互让可以定义为一方面和对方的主张相违背,另一方面又部分地放弃自己的要求,以探求妥协的可能性,总结出一种折衷方案或者说是超越双方主张的第三种方案以求解决纠纷。^[28]

3. 离婚调解的效力、性质

审判上的离婚调解不仅发生实体法上的效力,而且发生诉讼法上的效力,即当事人不得再以该法律关系为标的提起新的诉讼。

就离婚调解的性质有两种学说,其一认为它非为民法上的和解,不能依民法规定使其无效;其二认为诉讼上的和解一方面为私法和法律行为,另一方面为终止诉讼的诉讼行为,二者有不可分离的关系。故其意思表示依民法规定撤销或为无效时,其诉讼行为也失去效力,不使诉讼终了。而且,因无诉讼行为能力或无合法代理权所为或因其他情事依民事诉讼法之规定应认为诉讼行为不发生效力时,调解也全部无效。^[29]

4. 审判上离婚调解的标的

就审判上离婚调解标的立法主义有二。其一是就离婚的全部法律后果均允许调解,如英国、日本等。其二是仅能就子女抚养、监护权、探视权以外的事项为调解,如美国。

四、我国离婚诉讼中的调解

(一) 立法特征

建国后,我国离婚诉讼中有关调解的立法以1950年婚姻法第17条,现行婚姻法第25条第2款规定为核心,以民事诉讼法及有关的司法解释为辅助,形成了较为完整的体系。

1. 人民法院审理离婚案件应当进行调解。1950年婚姻法第17条规定,县或市人民法院对离婚案件,应首先进行调解,《关于中华人民共和国婚姻法起草经过和起草理由报告》(以下简称《报告》)规定:“离婚案件调解程序”“是必要”的,理由为有一部分离婚案件,或者是出于一方或双方一时感情冲动的结果,或者是夫妻双方感情关系并未达到确实不能再继续共同生活的地步,或者是产生一方要求离婚的原因经过法院调解而得到了合理的解决。现行婚姻法第25条第2款规定,人民法院审理离婚案件应当进行调解。《最高人民法院关于适用中华人民共和国民事诉讼法若干问题的意见》(以下简称《民诉法意见》)规定,人民法院审理离婚案件,应当进行调解。《民诉法意见》还规定,离婚案件当事人确因特殊情况无法出庭参加调解的,除本人不能表达意志的以外,应当写出书面意见。

2. 离婚调解应在查明事实、分清是非的基础上进行。《报告》规定,经过调解而双方同意不离婚并不是无原则地劝和,经过调解而双方同意离婚不能是法院调解人员强制“说服”的结果。《最高人民法院关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》(以下简称《意见》)规定,人民法院审理离婚案件,必须坚持查明事实,分清是非,进行调解。分清是非具体内容是:因第三者介入而造成的离婚纠纷对有过错的一方和第三者,应给予批评教育,或建议有关组织严肃处理

[28] 前引[17],季卫东文,第15页。

[29] 史尚宽:《债法各论》,第814页以下。

理;因一方升学、招工、提干等引起思想感情变化而提出离婚的,对喜新厌旧的错误思想行为,要依靠有关单位和组织进行严肃批评教育;因生女孩或女方采取节育措施而提出离婚的,应依靠有关单位和组织对其重男轻女、传宗接代的封建思想进行批评教育;因对方好逸恶劳或不务正业而提出离婚的,应配合有关方面,对有过错方进行批评教育。《中华人民共和国民事诉讼法》继承了《意见》关于审理离婚案件应查明事实,分清是非,进行调解的原则规定。⁶⁰⁾《民诉法》摒弃《意见》收集和调查证据应由审判人员主持的规定,实行“当事人对自己提出的主张,有责任提供证据,当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据,或者人民法院认为审理案件需要的证据,人民法院应当调查收集”的规则后,虽未明确规定该举证责任规则适用于离婚调解中的“查明事实”,但从婚姻法第 25 条第 2 款“如感情确已破裂,调解无效,应准予离婚”的规定看,应作肯定回答。《民诉法意见》规定证据应当在法庭上出示,并且经过庭审辩论、质证。

3. 离婚调解人员是法院的法官及有关协助人员。民事诉讼法规定,调解由审判员一人主持,也可由合议庭主持,可以邀请有关单位和协助,被邀请的单位和协助人应当协助人民法院进行调解。《意见》还规定,调解时应依靠当事人所在单位和基层组织以及当事人的亲友多做思想工作,尽可能帮助解决某些实际问题。

4. 离婚调解过程即为调解人员(主要是法官)依法进行说服教育。《报告》规定人民法院对离婚案件的调解只能是依据婚姻法原则规定向当事人进行说服教育的工作。《意见》又具体地对不同种类的离婚案件规定了不同的说服教育方法。对下述离婚案件做调解和好的工作:(1)因第三者介入而造成的离婚纠纷,而由有过错方提出离婚,如原来夫妻关系融洽,感情尚未破裂,对方谅解的;(2)因一方升学、招工、提干等引起思想感情变化而提出离婚,如原来夫妻感情较好的;(3)因生女孩或女方采取节育措施而提出离婚的;(4)实行生产责任制后,一方身体不好或缺乏生产技术,收入较低,生活暂时困难,另一方提出离婚,如夫妻感情较好的;(5)现役军人配偶提出离婚而军人不同意的;⁶¹⁾(6)因一方劳改对方提出离婚,如结婚时间较长,生有子女,夫妻感情较好,刑期不长的。《最高人民法院关于贯彻执行民事政策法律的意见》(以下简称《民事意见》),具体地规定对下述离婚案件也要做调解和好工作:(1)包办强迫的婚姻关系,一方要求离婚,如关系还能够维持,特别是生有子女的;(2)对换亲、转亲的婚姻关系,一方要求离婚,根据每件婚姻关系的具体情况不应该离婚的;(3)因买卖婚姻提出离婚,如结婚时间较长,生有子女,夫妻关系能够维持的;(4)因严重自然灾害等原因外出与人重婚,应尽量调解促使与原夫和好。《意见》规定对下述案件应调解离婚:(1)因第三者介入而引起离婚纠纷,如夫妻感情确已破裂的,勉强维持夫妻关系不仅使双方长期痛苦,还可能使矛盾激化的;(2)因一方升学、招工、提干等引起思想感情的变化而提出离婚,如夫妻感情确已破裂,或判决不准离婚后夫妻关系仍无改善的;(3)因对方好逸恶劳或不务正业而提出离婚,经批评教育坚持不改又无和好可能的。《民事意见》具体规定对下述案件也应调解离婚:(1)包办强迫的婚姻关系,一方要求

60) 《中华人民共和国民事诉讼法》第 85 条规定:“人民法院审理民事案件,根据当事人自愿的原则,在事实清楚的基础上,分清是非,进行调解。”“民事案件”包括离婚案件,因为第 90 条规定:“对调解和好的离婚案件”,“人民法院可以不制作调解书”。

61) 《最高人民法院关于贯彻执行民事政策法律的意见》规定:“对婚姻基础和婚姻感情都比较好,非军人一方没有什么重要原因提出离婚的,应对其进行说服教育,珍惜与军人的婚姻关系,调解或判决不准离婚”,可资对照。

离婚,如始终没有建立感情,夫妻关系已不能维持的;(2)对换亲、转亲的婚姻关系,一方要求离婚,根据每对婚姻关系的具体情况应该离婚的;(3)因自然灾害等原因外出与人重婚,如原来夫妻感情不好,女方坚决不愿回去,或外出重婚时间长,与后夫感情很好,已生育子女的。

5. 人民法院于调解达成协议后应制作调解书,调解书具有法律效力。民事诉讼法规定,离婚调解达成协议,人民法院应当制作调解书。调解书应当写明诉讼请求、案件的事由和调解结果。不过对于调解和好的离婚案件可以不制作调解书,将协议记入笔录,由双方当事人、审判人员、书记员签名或盖章后即具有法律效力。《民事诉讼法意见》规定,无民事行为能力人的离婚案件,由其法定代理人进行诉讼。法定代理人对方达成协议要求发给判决书的,可根据协议内容制作判决书。民事诉讼法规定,调解书经双方当事人签收后即具有法律效力。对于调解和好的离婚案件,没有新情况,新理由,原告在六个月内又起诉的,不予受理。《民事诉讼法意见》规定,当事人一方拒绝签收调解书的,调解书不发生法律效力,人民法院要及时通知对方当事人。

6. 子女抚养问题和财产问题。子女抚养问题虽可经调解达成协议但受到一定限制。最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养的若干具体意见(以下简称《子女意见》)规定,父母双方协议两周岁以下的子女随父方生活,只有对子女健康成长无不利影响的方予准许,父母双方协议轮流抚养子女的,只有在有利于子女利益的前提下才予准许,父母双方虽可协议子女随一方生活并由抚养方承担子女全部抚养费,但经查实,抚养方的抚养能力明显不能保障子女所需费用,影响子女健康成长的,不予准许。不过现行婚姻法规定,夫妻共同财产处理,超过共同财产部分的债务的清偿,离婚时如一方生活困难而由另一方给予适当的经济帮助的具体办法均由双方协议。

(二) 利弊分析

1. 人民法院审理离婚案件应当进行调解的优点是它有利于消除夫妻感情上的对立,有利于实现实质性正义,有利于维护子女利益。但也有缺点:(1)“应当”一词不准确。汉语中“应当”一词和英语中 Should 不同,没有法律义务的含义,是指从事物的常理出发当然应为之行为,“必须”一词才有法律义务的含义。这两个词在内涵上的区别于我国婚姻法上不一定很清楚,但确有强制性程度上的浓淡。^[62]而我国婚姻法第 25 条第 2 款规定的“应当进行调解”,其实就是必须进行调解,属必经程序。^[63](2)调解过于迟延不利于及时缓和配偶双方之间的矛盾。民事诉讼法虽未规定离婚调解应迟延至法庭辩论终结后至判决前进行,但至少至少在案件受理后至独任审判员或合议庭确定后这一较长时间无法进行调解。这不利于及时缓和配偶双方之间的矛盾,^[64]也有可能危害子女的利益,也就没有实现或没有完全实现调解的“简便易行,通融灵活的解决纠纷方式,来实现审判制度力所不能及”的社会功能。^[65]

2. 离婚调解应在查明事实、分清是非的基础上进行的优点是它有利于避免调解的盲目性。审判人员只有首先对当事人双方的情况、引起离婚纠纷的原因、夫妻感情的基础以及发展

[62] 季卫东:《调解制度的法发展机制——以中国法制化的价值分裂为线索》(三),载日本《民商法杂志》103 卷第 2 号,第 195 页。

[63] 王红岩:《试论离婚诉讼中的调解》,载陈光中主编:《诉讼法学论丛》(1986—1987),中国政法大学出版社 1988 年版,第 464 页。

[64] 陈棋炎先生认为,在离婚诉讼手续开始以前先行调解,不但可以缓和夫妻两适当事人之感情,也许进一步提供可以挽回危机、避免夫妻离婚之机会。可供参考。见前引 [19],陈其炎书,第 564 页。

[65] 前引 [16],季卫东书,第 24 页。

变化情况等了解清楚,分清当事人间的是非曲直,才能抓住问题的关键,有针对性地做当事人的思想工作,明确调解的方向。否则调解就带有盲目性,就事论事,很难收到预期效果。^[66](1)当事人对自己提出的主张,有责任提供证据。当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据或人民法院认为审理案件需要的证据,人民法院应当调查收集的举证责任规则会削弱调解的优越性。就夫妻感情确已破裂举证会加剧夫妻感情上的对立。因为因一方有过错而导致离婚的无过错方会指责对方。《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理财产分割的若干具体意见》规定对夫妻共同财产的处理坚持“照顾无过错方”,《子女意见》并未象《美国统一结婚、离婚法》第 309 条明文规定法院处理子女抚养问题不必考虑婚姻关系中的不正当行为又会强化指责的动机。无过错方为维护自己财产、子女抚养的利益以及社会评价的利益很可能会反唇相讥。^[67]因双方均有过错而导致离婚的双方至少为维护自己社会评价的利益很可能会互相指责。即使双方均无过错至少为了使子女随自己生活也会贬低对方。^[68]就财产归属问题另有约定、某项财产为婚前财产、生活确有困难另一方应给予适当的经济帮助、某项债务为单独债务负举证责任等也会导致配偶激烈争论。这不仅不利于缓和夫妻关系的紧张,而且会加剧夫妻感情上的对立。就两周岁以上的子女随自己生活更有利于子女的身心健康负举责任会危害子女的利益。因为这必然伴随着贬低对方,由于子女抚养利益的对立和对社会评价利益的维护对方不甘示弱。就要求变更子女的抚养关系,有关“与子女共同生活的一方不尽抚养义务,或有虐待子女行为,或其与子女共同生活对子女身心健康确有不不利影响,或有其他正当理由需要变更”的举证责任也会如此。从某些方面说,对抗式程序妨碍争执的和平解决可作为佐证。^[69](2)浪费了资源,而且对弱者不利。想方设法欺骗法院的当事人耗费了大量资源。弱者常常付不起调查费、鉴定费、律师费等费用,使许多能作证的证人不愿出来作证,弱者通常为女方。调解对证据的要求“不是太严的”。(3)分清是非可能妨害离婚自由,因为当事人鉴于法院、有关单位或组织的压力,很可能要么不敢提出离婚,要么满足于对方无理要求而协议离婚,同时也强化了对力辩解的动机。因此大多数工业化国家已放弃将惩罚过错方、酬谢无过错方,从而使配偶强行接受一定行为方式作为程序追求的目标。^[40]澳大利亚家庭法明确规定婚姻破裂后,打碎法律外壳应以最公正但是最小的痛苦、消沉、羞愧的方式达到。^[41]

3. 离婚调解人员是法院的法官及有关协助人员的优点有二:(1)邀请有关单位参加调解有利于缩短距离关系。当事人间距离关系越大,越倾向于形式化处理纠纷。判决外的社会控制方式弱化或是无效的时候,才把判决作为最后手段。但法院判决时仍存在通过再次缩短关系距离以求靠非形式化的纠纷解决方式的转机。^[42]在中国维持、缩短人与人间距离关系的媒介即是大单位。单位虽然是指根据社会分工不同所形成的经济社会运营组织,但实际上跨越了分工

[66] 李忠芳主编:《中华人民共和国婚姻法概论》,山东人民出版社 1968 年版,第 170 页。

[67] 李浩:《民事举证责任研究》,中国政法大学出版社 1993 年版,第 242 页。

[68] 发生离婚纠纷的原因包括三种情况。第一种原因是不可归责于双方的过错,第二种原因是双方的过错造成的;第三种原因是一方有过错。见杨大文主编:《婚姻法学》(修订本),法律出版社 1980 年版,第 181 页。

[69] 前引 [8], 迈克尔·D·贝勒斯书,第 39 页。

[40] Andrup Ziegert: *The Completed Reform: The Family*, Offie Ekelaar, John, M. ed. P181.

[41] 前引 [8], 第 164 页以下。

[42] Donale. J. Black: *The Boundaries of Legal Sociolgy*, in D. J. Black nad M. Mileski(eds), *The Social Organization of Law Seminar*. press, 1978.

而具有多种功能,是国民日常生活以至于社会调控的媒介。在参与调解的过程中,单位内部非契约性的人际关系的安定和调和、实质上的平等都受到重视,与当事人有关的事情得到较充分考虑,因此解决可能性、实效性都很大。(2)尽可能帮助解决某些实际问题有助于纠纷的解决。因为当事人一方的工作时间、住房条件、子女的保育设施等问题往往成为家庭纠纷的起因。^[43]缺点是上述人员并不能完全胜任调解工作。审理离婚案件的程序只有是由法律与科学两方面分工合作所构成的更仔细的程序,才能对离婚案件作出个别的、具体的科学调查与判断,作各种指导与帮助,使当事人能够克服目前因纠纷所发生的困难从而能够尽快恢复社会适应性。对当事人的性格、出身、环境等的调查与判断依赖于医学、心理学、社会学、教育学等各种科学。^[44]而上述调解的法官、有关单位和个人、当事人的亲友通常都不具备所需要的科学训练。^[45]

4. 离婚调解过程是依照婚姻法原则进行说服教育工作的,其优点是:(1)有利于防止封建主义婚姻家庭制度和陈规陋习复活。如过分强调个别性的意见一致,比较简单的利益瓜葛就会变形为价值性瓜葛。这会使传统的价值和现有状况相妥协的通道被打开,从而导致封建主义婚姻家庭制度和陈规陋习的复活。(2)有利于维护婚姻法的严肃性。因为无原则的交涉可能使双方将能够接受的法律当作买卖的对象。也有利于克服教化性调解的缺点。(3)有利于双方交涉的成功。调解就是在第三者介入下进行交涉。如当事人双方对立不让就需要调解者比较积极地控制和作出判断。其缺点是:(1)容易成为判断型调解从而具有后者的全部缺点。为防止调解达成的协议违反法律原则,国家确有必要以调解作为杆杠强化社会控制。但如果走到极端的话就会导致调解官员的恣意,使调解为成判断型调解。我国的离婚调解因强调说服教育通常便是如此。离婚调解通常不仅谋求当事人间的意思疏通,进一步确定重点,决定事实问题,具体地提供合理解决方案,有时甚至下暂时性、劝告性的结论,而且针对当事人一方或双方施加很强的政治性、经济性、社会性、道义性的压力使其不得不“自发性”地同意调解方案。^[46]换言之,离婚调解只向“官僚性非正式主义”这边倾斜,纠纷处理的经济学合理性被削弱,政治学的契机被加强,而向市民性非正式主义即自律性个人主义的倾斜不足。(2)不利于离婚法律规范的发展。依靠调解的制度化、组织化,国家法律体系和社会规范体系之间的两个循环渠道得以实现。根据这种反馈回路,传统上固有的社会规范升华为近代法律规范的过程和依靠法律制定出来的新的社会性规范的过程得以实现。在此过程中受到近代法律洗礼的调解机关的作用,具有促进法律和社会规范新陈代谢循环的抽水机那样的意义。^[47]婚姻法具有很强的伦理性,它尤其要求社会规范和法律规范间的交流,我国社会主义市场经济体制的建立必然给婚姻家庭带来深刻变化又必然增强这种要求。

5. 调解书具有实体法和程序法两方面的效力的优点是有利于督促当事人履行义务,有利于防止形成缠诉。其缺点是达成和好调解协议以外的协议在达成后至送达签收前任何一方当事人均可反悔,不利于维护调解的严肃性及其效率。

[43] 前引 [4], 利谷信义书, 第 262 页。

[44] 前引 [9], 陈棋炎书, 第 567、572 页。

[45] 夏勇主编:《走向权利的时代》, 法律出版社 1995 年版; 第 224 页以下。

[46] J. A. Cohen op, cit supra note(1) at P1201。转引自前引 [42], 季卫东文, 第 204 页。

[47] 前引 [62], 季卫东文, 第 192 页。

6. 调解协议的范围包括子女抚养,其优点是:(1)能避免父母间的激烈争论从而有利于维护子女利益。更何况交由法院决定时法官并不能对离婚后子女与其生活方的父母间的关系作出预测从而使一方抚养子女的行为优越于他方的判决带有盲目性。很多行为专家也承认他们不能将父母双方的人格、特征分开,从而能够作出预测。^[48](2)有利于节约资源。如不允许双方协商决定,而法官依靠其经验并不能作出科学决定时,便须交由有关专家决定,然而很多精神病医生、精神分析学家坦率地承认他们对于某一个儿童随父(母)一方生活可能发生什么并不能提供可信的指导。(3)对协议加以审查又有利于防止父母双方滥用权利从而危害子女。其缺点是对夫妻共同财产分割问题的协议缺乏监督,有可能使一方的合法财产权益因某种原因受到极大损害,从而违反男女平等原则。

(三)立法构想

1. 立法原则。离婚调解即为谋求意见一致,用以实现实质性正义和个人自治。^[49]因此离婚程序应由呈现非对抗性辩论的充分性、正确法律判断的复数可能性、含混法律价值、调解协议审查的必要性、对经济社会变化的优先考虑、向前看的关系调整,更彻底地实现当事人主义的特征。^[50]

2. 人民法院审理离婚案件有义务进行调解,并于案件受理后立即进行。首先要查明案件事实。查明事实虽应提倡和重视当事人举证,但主要由调解人员主持调查和收集证据。调查和收集证据应深入群众,依靠有关组织,查清离婚纠纷的全部状况,^[51]然后对问题加以分类,制订相应的调解措施。只有对调解和好有益时才诚恳和和蔼地指出和分析其明显的或本人承认的缺点与错误,帮助他们提高认识,端正态度。^[52]所查明事实不能作为以后诉讼的依据。

3. 离婚调解人员由受过专门科学如医学、行为科学、教育学、社会学、心理学、法学训练的人士组成。^[53]受过法律训练的为主持人。可以邀请有关单位和个人协助进行调解。尽可能依靠单位和亲友帮助解决某些实际问题。离婚调解人员不参加调解不成后案件的审理,调解达成协议时主持人转化为法官,制作协议书。

4. 离婚调解过程是“有管理的自治”过程,确保判断和交涉的平衡。调解人中的主要作用是:(1)营造相互信任的气氛;(2)宣传我国离婚法律的原则;(3)使当事人的主张进一步向客观化、明朗化转化,调和社会常识、法律规范、事实关系及当事人的意见;^[54](4)控制交涉秩序,防止互相攻击;(5)启发、引导双方重归于好,如离婚是更好的方法,则启发、引导、帮助、控制双方就子女抚养、财产分割问题达成符合婚姻法原则的协议,引导当事人双方将自己对于彼此来说都是合乎正义的解决的认识,向对方作出合理的说明并占主导地位。

5. 离婚调解书具有实体法和诉讼法的效力。离婚调解书一经制定就发生法律效力。

6. 离婚调解的标的包括子女抚养问题和夫妻共同财产分割问题。就子女抚养问题所达成的协议,就夫妻共同财产分割问题的协议应注意审查,以维护子女利益和男女平等原则的实现。

[48] 前引 [26], Houlgate, Laurence, D. 书,第 126 页。

[49] 前引 [62], 季卫东文,第 190—191 页。

[50] 同上书,第 197 页。

[51] 参见《最高人民法院关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》第 27 条,第 28 条。

[52] 江伟、杨荣新:《人民调解学》,法律出版社 1990 年版,第 148 页。

[53] 前引 [40], Andrup 和 Zuegert 文,第 185 页。

[54] 前引 [21], 棚濑孝雄书,第 57 页。