

# 日本家事调停制度及其资鉴

陈 颉

[摘要] 日本拥有相当完备的家事调停制度,以专门的家庭法院对家事案件实施调停,调停不成则以家事案件不同类型而进入不同的诉讼程序。家事调停以遵从双方当事人的合意为最初原点和最终追求。日本家事调停制度设计和有效运行为我国解决一直居以民事案件总量三成以上家事案件提供了有效资鉴。

[关键词] 家事调停; 家事案件; 调停学说; 资鉴

中图分类号: DF552

文献标识码: A

文章编号: 1004—3926(2009)10—0171—05

作者简介: 陈颉(1978—),女,浙江宁波市人,西南政法大学诉讼法博士,重庆市荣昌人民法院院长助理。重庆 400031

## 引言

日本学者认为,家事纠纷多为“涉及夫妻、亲子等家族间纠纷的案件,即其纠纷主体间关系具有继续、永久性的特征,因此这种纷争不宜于公开的法庭上对抗进行,而适合以不公开、调停的方式予以解决”;<sup>[1]</sup>正是“家事纠纷的特有身份关系之前提,而身份关系是非合理的关系,其背后多隐藏复杂的人际关系。从表面上看诸如财产分割、精神安慰或养育费等就是一般支付请求,然其根本必然是充满着非合理特性的夫妻或亲族间的情感与心理纠葛”。<sup>[2]</sup>所以,必须首要地正视其非合理性因素的特殊影响,采用“以当事人合意为基础的调停(方式)来解决亲族之间已经达致法律纷争的矛盾,该是最为适当或妥善的解决方案。”<sup>[3]</sup>日本民族源于中华民族文化积淀的“和为贵”传统,以调停为消解对抗、消弭纷争的手段,不仅为缓和、解决家庭纠纷,更为积极地维持、回复圆满的家庭。而这共同的传统文化基础也为当前解决我国日益递增的家事案件提供有效资鉴。

## 一、日本家事调停制度的基本内容

日本家事调停制度旨在维护个人尊严与男女实质平等、维持家庭和睦与健全亲属共同生活;“其实质性的内容正随着这个时代、这个社会、这一辈人的变化而有所发展”。<sup>[4] (P.2)</sup>家事调停是为解决亲族之间已经达致法律纷争的矛盾,当事人自愿合意的达成是调停的最根本性前提,也是家事调停制度最本质的内容构成。

(一)家事调停案件。广义上说,日本的家事案件是指因身份与财产关系而产生影响有关维持家庭和睦、健全共同生活的所有案件,<sup>[5]</sup>具体包括(1)甲类审判案件、(2)乙类审判案件、(3)人事诉讼案件以及与家庭有关的普通民事诉讼案件。但作为调停对象的是除却(1)外的上述三类:(2)乙类审判案件是指有关夫妇同居及互相扶持义务的处分、关于子女监护人的指定和其他有关监护的处分、决定赠予的处分以及遗产分割处分等10类案件;(3)人事诉讼案件,即有关婚姻、亲子、收养关系以及其他有关身份关系(如姻亲)的形成或否认等相关案件。

至于与家庭有关的普通民事案件可依高野法官的“三要件”进行判定:1.以人为标准,即有亲属关系、或存在与之有同等关系的人之间存在的纠纷。这种关系不仅是过去的“曾经拥有”(离婚夫妇),还有准亲属关系(非法同居、缔结婚约等),以及涉及继承人与遗产受赠者的纷争等。2.纷争存在。不仅是身份关系纠纷,也包括亲属间与财产相关的纷争。3.纷争有可调整的空间,则首选调停以图解决。尽管此类案件原本实属一般的民事诉讼案件范畴,但因其与家庭有关的这一特殊性,按照家事审判法规定也须实行强制调停前置程序。

(二)家事调停机关。家事调停是家庭法院的专有权限,一旦受理当事人调停申请即为此案件管辖法院。原则上,家事调停须以合议制形式进行,由1名家事法官(或家事调停官)和2名以上的家事调停委员组成家事调停委员会,以“委员

会”名义进行调停;例外则由 1 名家事法官或家事调解官而进行“单独调停”。家事调停委员会权限广泛,包括:事实调查与证据查实;作出不予调停处置;调停前的临时措施;代理人、辅佐人的出席许可;旁听的许可;家庭法院调查官或医务室技官的出席期日、陈述意见的许可;以及受托向政府部门进行有关调查等事项。委员会最终决定须依其成员过半数以上的意见形成;评议过程秘密进行,其成员(曾是成员)若无正当理由泄露评议任何内容的,以秘密泄露罪科处 30 万日元的罚金。

“单独调停”:一是为当事人申请,如出于个人隐私保护等原因而特别希望仅有家事法官实施调停;二是家庭法院认为合适的情形下,通常对案件事实清楚、法律关系简单案件,抑或为迅速解决考虑而又无充裕时间组织调停委员会等情状下,可仅由家事法官进行独任调停制。上述情况下,独任制调停该是最好的选择。<sup>[4](P. 2)</sup>

(三)家事调停规范。日本家事调停规范包括裁判规范与行为规范。民事诉讼法、家事审判法、家事调停法等是其裁判规范构成;另有关当事人合意形成、并以此确认当事人权利义务内容等规定也作为判断基准而同样属于裁判规范范畴,如民法(亲族法·继承法)等实体法即为此意义上的裁判规范。当然,民法等实体法也有作为行为规范的一面存在,如离婚等身份案件中,作出离婚许可的裁判、未成年者监护人的确定、财产分与数量的大小等都可按其法的实定内容作出预测。就此意义上说,民法等实体法不仅是裁判规范,也是行为规范。

从规范适用上看,因家事调停的根本性基础是当事人合意,所以自不免因个案的特性差异而有规范适用上的不同,并随着社会的变化而充实着新的内容,融入了国际性、地域性、阶层性等多样态新特征。如国际性,如果当事人一方或双方为外国人,或长期居于外国的本国人,即便非上所述,在传媒信息如此发达的今天,离婚或其他家族法等诸规范都在全世界都已经形成规模,不可避免的会带有世界性、国际性的特点;而地域性与阶层性,家事调停所要解决的是人与人之间日常生活中的私人纠纷,自然受到当事人所生所长的地域、阶层(农民、商人、工薪阶级等)的生活习俗等影响,忽视这点而采用整齐划一的法规范很有可能导致调停方式的僵化,而最终的纠纷解决方案也可能困难获得当事人的认同或流产或终结。质言之,在裁判规范、尤其是行为规范中都有纳入诸如本国或他国风俗习惯、伦理道德、宗教教义等社

会规范的现实作法。

(四)家事调停程序。日本家事调停程序分强制调停前置程序和付随调停两类。前者是指按照家事审判法规定,除甲类案件及法院认定不适合调停的特殊案件之外,当事人不管提起何种程序的诉讼,首先必须向家庭法院申请调停。

家事调停前置程序首先以当事人的申请开始,当事人以书面或口头形式向家庭法院提出调停申请,申请书载明其住址、姓名、户籍所在地(如是有关身份关系的家事案件);若涉及未成年人或限制行为能力的当事人,还须载明作为亲权者的法定代理人或监护人的住址、资格、姓名等事项。口头形式申请,则在家庭法院书记官指导下并由其代笔完成与书面申请同等的要求事项。

第二,调停终了。家事调停的当事人双方合意的达成是调停程序的临界点,基于合意而成解决方案最后交由调停机关予以确认形成调停书,即为调停程序终了。调停书与诉讼判决享有同等效力。调停合意不成,则按案件类型进入对应的家事审判程序、人事诉讼程序、或普通民事诉讼程序。

付随调停,即除甲类审判案件外,对正处诉讼进行中的、任何与家庭有关案件,法院无论何时都可对之进行本由家庭法院实行的调停程序。这种情形下的法院,人事诉讼案件则由家庭法院和高等法院进行,民事请求案件则由简易法院、地方法院及高等法院实行。需要明确指出的是——此处的付随调停不同于前面提及的“调停前置主义的情形”,前者适用案件已然经过了调停前置程序。

## 二、日本家事调停制度的理论解读

上述可知日本已有了相当完备的制度设计,更有其理论上相当精到的诠释与研究,至今的日本学界和实务依然秉持以调停方式解决家事纷争,因为:第一,直接在公开、对审的法庭上争讼与家庭相关的案件,和维持家庭和睦、健全家族共同生活的宗旨不符;第二,家庭身份关系案件具有非理性等特殊性质,对之处理不能以诉讼之一般方法——通过要件事实的认定,采取刚性、划一的方式——解决,而当由家事调查官活用诸学科知识对之进行疏导、调整,不仅解决纠纷还维持初始的圆满人际关系;第三,虑及多处经济弱势地位的妻子、孩子或高龄老人的保护立场,快速解决纠纷是其更要考虑的重要因素,调停委员会基于立场而先取调停旨在简易、迅速的调停方式更极其必要。<sup>[6]</sup>

日本以调停方式、且推行强制性调停前置方式解决家事纠纷的路径选择并非一役而就,而是经历了长时间的探索与论证,最为集中的是“调停方式解决纠纷的实质到底是寻求当事人自由合意,还是求得调停机关对此合意以裁判的确认”的争论,就此点的讨论与思辨也就有了学理上的调停合意说和调停裁判说的分野。

二战后很长的一段时间里,二学说几乎截然对立,从其坚持的各自主张可见一斑。持调停合意说者多为法学界人士,他们认为:调停程序是调停机关居于当事人之间斡旋、致力于双方利益的协调,是基于公权的推动而促使当事人双方合意达成的过程。即:纠纷解决的主体是当事人,调停只为当事人合意的达成,是为最大限度的尊重当事人作为主体而进行纠纷解决的努力,当事人自由达成合意才是调停的本质。不管当事人的意向如何而依法院强权以事实认定,并据此依法判决的这种纠纷解决方式是与调停本质相异的。<sup>[7]</sup>相反,持调停裁判说者多为法官,村崎满法官就提出,“通常所说的裁判,无论是判决、决定、命令,法官都是依据法的大前提、事实的小前提之‘三段论法’而作判决等意思表示,调停与之又有何不一!家事法官在非讼程序上作出的判决也还是法律上的裁判”。<sup>[8]</sup>高野耕一法官也持同样观点,“家事调停,是家庭法院介入解决亲族之间已经达致法律纷争的矛盾,虽然是采纳该当事人合意而作妥善的解决方案,但是当事人自主、自愿的接受这种方案更是不言而喻。就此点而言,如此的解决方案就是调停机关的判断。即是说,家事调停也是按法的宗旨而行,归根结底也还就是裁判。”<sup>[3]</sup>

然自 20 世纪 70 年代始,许是各国关于诉讼外纠纷解决机制研究兴起的外部因素影响,再加上日本国内家事诉讼案件量的增加,且其个案的多元化、国际性、地域性与阶层性等特征考虑,更有为提高日本国民司法资源利用效益等内部因素计,原先持调停裁判说的法官们也开始重视调停合意说理念在实务中的运用:发挥家事法官的积极指挥的事实调查、促进当事人合意达成、确认合意内容等能动作用,极力推进定式化的调停进程。而事实上“两个学说已经没有太大的差别了,实践中二者已悄然进行着相互渗透、融合”;“就调停的主要角色而言,调停机关和当事人可谓都是重要的角色,在理论与实务上都具有相当的地位”;高野法官还特别指出,“尤其是涉及儿童、妻子、老年夫妇等弱者的案件,家事法官在调查、核实案件事实、充分进行法之研究、提出妥适的调停方案,以

及积极劝说当事人进行调停等方面的作用是极其重要的。当然,即便是运用调停合意说的案件中,也当融入调停裁判说理念,希望是以两种学说的利弊扬弃为目的而努力”。<sup>[9]</sup>

其实,不管是合意说坚持的当事人主导作用、还是裁判作为调停本质的解决办法,值得我们真正去关注的是——作为自主、自愿进行纠纷解决方式的家事调停,如果当事人双方未能达成合意,接下来惟有依裁判程序解决。而这正是家庭法院实现宪法理念、发挥家事调停司法功能和人际关系调整功能的重要意义所在。司法功能,因为家事调停是家庭法院根据司法程序来解决纠纷的制度,必然担当司法功能的发挥,而其中的司法保障功能是其最为主要的作用体现:<sup>[10] (P.394)</sup>第一,规范性。调停的内容不得违反宪法规定的基本人权保障和对人的尊重精神,当然当遵守任何实体法的强制性规定及其他有法律效力的各项规定。第二,公平性。公平是调停程序的生命线,双方当事人正是抱有对司法公正的信念而希望借助司法的帮助来获得自己的正当诉求。第三,任意性。遵循并尊重当事人的合意成立,但当事人或因失误、或因对方当事人及第三人欺诈与强迫而成的瑕疵意思表示、或因事后表示达成合意是为被强制或胁迫而成的等情状下,调停机关需提供援助和保护。

人际关系调整功能,是基于家事案件的亲情、伦理性考虑而旨在平和解决家事纠纷,以最大限度回复初始圆满的人际关系。主要表现:第一,调整当事人心理。专业人士以专业技能对当事人进行情绪疏导,助其回复正常的理性状态而自我决意。第二,利用社会关系。家事法官(家事调停法官)利用各方社会资源,帮助当事人达致社会适应状态而自我决意。第三,社会经验导引。选定对应的家事调停委员,为当事人提供普遍市民常识,帮助当事人达致适合一般常识的状态而自我决意。第四,法的利害关系调整。多由家事法官、法学界或法律界资深人士担当,依凭其法律知识或司法实务经验为当事人提供正确的资讯以作法的利害关系调整,助其行为符合法规状态而自我决意。<sup>[10] (P.395)</sup>

总之,“婚姻家庭争议等当事人处于纷乱心理状态下,而其法律关系也处变动之中,通过人际关系调整以安定当事人情绪、化解其人际矛盾是当事人福祉的一个要素。”<sup>[11]</sup>家事调停的司法机能和人际关系调整机能孰重孰轻,因当事人的意向及相关案件的具体内容不同而有侧重,但不管哪

个,纷争的平和解决和原先关系的尽量回复圆满才是家事调停所追求的原旨。

### 三、日本家事调停制度的重要资鉴

“中国、日本以及其他亚洲国家的调停文化都受到儒家哲学思想的深度影响,在纠纷的解决方式中,一直秉承斡旋与调停的优先机制,与诸如‘以理服人’、‘以情动人’儒教传统的德治优先一脉相承。<sup>[12]</sup>所以,基于是调停制度的先初法文化传统的共有基础,现行日本调停制度的成功务实运行理当成为我国学者、实务界的研究对象,并对处理相关婚姻家庭等案件提供有效资鉴。

(一)扩大调停的案件范围。我国没有家事案件类型的专门划分,参考日本家事案件特征,现民事案件中有关婚姻、继承、亲子鉴定、扶养、收养等案件与此相当。而且,自建国至 20 世纪 90 年代间,上述案件(尤其是婚姻案件)数量一直占据我国民事案件总数的绝对主体位置。第一部婚姻法颁布后的 1953 年,全国法院仅就离婚案件受理就达 117 万件,占民事案件量 90% 以上,1980 年第二部婚姻法颁布当年是 27.2 万起,占 56.79%;<sup>[13]</sup>其后,据历年最高人民法院报告统计,婚姻嫁家庭案件每年更以 8.1% 递增,1991 年始突破百万件,达 1013529 件,占民事案件量 41.40%;至今,此类案件数徘徊 120 万件间,占同年民事案件量的 25% - 33%,形成与商事、侵权鼎足三分的态势。面对如此庞大数量、特性突显的家事纠纷,如果能对此作专门的单列类型划分,并且实施强制性调停前置程序与付随调停,必将有助于更针对性、更有效地解决家事纠纷。

(二)家事调停与审判的专司机关设置。日本设置专门的家庭法院处理家事案件,且相当于我国中级法院管辖级别,可见其对家事纷争处理的重视。我国没有日本专设的家庭法院配置,而是把所有具家事性质的纷争统归普通法院作为一般民事案件对待。通常由基层普通法院受理、审判,若有涉外因素、或诉讼标的额达到中级法院管辖标准等情形的,即以中级人民法院为一审法院。此点有别于日本对待家事案件的统一化处理。

以专门的法院、中院审级的配置解决家事纠纷固然理想,但鉴于我国当前的司法资源投入、经济水平参差、家事案件多在农村地发生等客观情形下,自不能、也不必完全套用日本家事调停模式。我国基层法院长期积累有丰富的调解经验,只要在现有的法院机构内部设置家事法庭,抽调现成的资深法官担任专门家事法官,并选取人民

陪审员库中的相应专业人士充实家事调解员,如具备社会学、医学、教育学、心理学、行为学知识以及法律专家、社会贤达等人士,不仅可以担任婚姻家庭、亲族关系的咨询员,也可以和家事法官组成家事调停委员会,进行专业、有效地家事纠纷处理。

(三)完备家事调停规范的立法。我国家事纠纷调解主要是法院调解和人民调解调停,二者享有法律赋予的各自位置:人民调解按照宪法、人民调解委员会组织条例等规定行事;本文论及的家事调停相当于我国的民事诉讼调解,于此相关规定仅散见于《民事诉讼法》《婚姻法》及相关司法解释,如《民事诉讼法》第 85 条、《婚姻法》第 32 条、最高人民法院《关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》第 14 条及《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》第 2 条。

考量上述关于家事调停的零星规定,对照日本家事调停的立法规定和融入风俗习惯、伦理道德、宗教教义等社会规范的现实作法,兼顾在法院内设立家事法庭的实现,我国的民事诉讼立法修改中完全可以增加家事法庭、家事调停委员会、家事法官、家事调停委员、调停程序等内容,在原由立法体例框架下设以专编或专章的规定,条文设计更可吸收实践中的法院调解和人民调解等民间调解经验总结,尤其在家事纠纷的事实调查环节,也可融入普通民众普遍遵从的风俗习惯、伦理道德、宗教教义等活化的社会规范以弥补立法不足。为妥善处理家事案件,不仅要调查法律上的事实,更要应对其生活上的事实投以更多的关注,如此方可全揽总体、透视当事人内心,进而获悉解决该纷争的有效路径。

(四)确立强制调停前置程序。与日本家庭法院实施的家事调停程序不同,我国就此类案件的处理完全遵照民事普通程序(简易程序)和特别程序;并且,民事诉讼法、婚姻法及其相关司法解释更未有调停前置程序的强制规定,立法技术上仅有“应当”字样的规定,并只限于离婚案件。如此,立法、司法以单一范式的诉讼程序应对社会生活中出现的所有民事案件类型,不仅完全忽视家事案件的自我特质而有悖类型化纠纷解决程序理论,而且也有碍于实践中的家事纠纷处理追求良好的个案与社会效益目标的实现。

所以在民事诉讼法修改中,应当明确规定——不仅离婚案件,凡属与家庭、亲属有关的任何案件,特别涉及未成年子女利益争议的家事案件,无论当事人愿意与否,都必须经过调停前置程

序; 调解无效才可进入诉讼程序, 并且诉讼过程中, 法官依然可随时辅之调停, 尽力促进当事人以调停方式化解纷争、回复家庭和谐、家族和睦。

(五) 重构家事调停原则。日本处理家事案件首先都必须经过家庭法院调停, 然后才有不同的程序跟进, 强制调停前置程序是家事调停遵循的第一原则。第二是遵从当事人合意的根本原则。当事人合意是调停的最根本前提, 也是调停成功的根本内容构成。因此, 具体的调停程序开展也因此发挥调停的极具灵活性而无须严格依据实体法或程序法规定, 也不必严格依循证明规则, 甚至可以为个案量身定做合适、具体的解决方案, 因为基于“具体的身份关系的家事纠纷的处理, 应按照个案特点而作具体的、个别的处理, 如此才能符合亲属的身份关系之实质”。<sup>[14]</sup>

我国民事诉讼调解遵照“自愿”、“合法”和“查清事实、分清是非”三大原则。“自愿”原则前文已有论述, 对“合法”原则的理解, 学者多从程序和实体的角度进行解释: 无论从调解的具体程序、调解协议内容等都必须遵守民事诉讼法和民法、婚姻法、继承法等有关实体法规定。此种解释与法院判决的严格合法性并无二致, 既然选择调停方式解决家事纠纷, 从程序合法上当借以调停的程序灵活性, 更有考虑当事人以此方式而图省时、省力、简捷等优势, 以便经济、高效解决纠纷。“法院调解的实质, 是进行法制教育和思想政治工作, 其目的是促成当事人达成协议, 解决纠纷。因此, 方式是多样的, 形式是灵活的, 一般没有严格的要求。”<sup>[15]</sup>再从实体合法上看, 诉讼调解过程的最核心内容是调解协议, 不管原告与被告有怎样的或多或少的让步, 只要当事人双方自由合意, 且无损国家、社会和其他公民的礼仪, 法院完全可予认可。以调停方式解决纷争的合理性并非源自法律而成解决方案, 而是取决于当事人双方对调解方案的认同。

第三条“查清事实、分清是非”更与调停本质相对立。照此原则, 法官就必须调查、认定事实, 并在严格的证据规则下查核证据。可是调停的过程就是促使双方在互谅互让的基础上达到既不伤和气、又解决纠纷的目的。因为家事纠纷的调解就是互相让步、相互妥协的过程, 因此大可不必把事实查彻底、清楚, 更无需寸步不让、锱铢必较, 不管哪个细节, 夫妻、家族亲人之间终究是有道不明、也说不清楚的情感纠结其中。同样, 对案件事实的具体范围也具有一定的弹性, 并非严格限定在

当事人的诉请范围内, 所以调解的结果也并不全然与案件事实相契合。

## 结语

家事调停案件涉及的多为夫妻、家族、亲属之间的非常私人领域, 所以国家不宜直接介入, 而希望通过当事人之间协商进行解决; 但也正是因为通过当事人、亲属、或其他调停人等都未能予以协调成功, 才转向法院提出申请调停以解决家事纷争。因此, 从选择法院调停的开始, 就表明“家事纷争已相当深刻”, 需要由家庭法院的介入以发挥司法职能作用; 另一方面, 基于家事案件的亲情、伦理等特性, 所以当首选以调停方式, 促进当事人合意达成, 以圆满解决家事纠纷、最大限度回复初始圆满的人际关系的作用发挥。

## 参考文献:

- [1]【日】吉岡睦子、长谷部由起子. 日本人事訴訟法解説 [M]. 三省堂, 2007: 79
- [2]【日】我妻榮. 家事調停論 [A] 穗積追悼. 家族法の諸問題 [C]. 有斐閣, 1952: 545.
- [3]【日】高野耕一. 家事調停論 [M]. 信山社, 2002: 59; 野田愛子. 兒童の福利の中心となる諸問題 [J]. 《一研究》1980-182-44.
- [4]【日】梶村太市. 家事審判制度研究 [M]. 有斐閣, 2008.
- [5]【日】山木戸. 家事審判 [M]. 弘文堂, 1957: 83.
- [6]【日】石田敏明. 調停前置主義の討論 [M]. 有斐閣, 1979: 31-37.
- [7]和田仁孝. 民事紛争交渉過程論 [M]. 信山出版社, 1991: 16; 廣田尚久. 紛争の解決学 (新版) [M]. 信山社, 2002: 41; 小林久子. 調停促進 [M]. 日本加除出版社, 2004: 19.
- [8]【日】村崎滿. 家事調停の私論—理念と実情 [J]. 法時第 31 卷第 2 号、3 号, 1959.
- [9]【日】高野耕一. 家事調停論 [A] / 同法研修所論集創立紀念特集 [C]. 2008: 209 以下 .
- [10]【日】梶村太市. 家事調停的现代課題 [J]. 法時, 1986.
- [11]【日】野田愛子. 兒童の福利の中心となる諸問題 [J]. 一研究第 182 号, 1980: 195.
- [12]陈根发. 当代日本法学思潮与流派 [M]. 法律出版社, 2005: 208.
- [13]黄传会. 天下婚姻——共和国三部婚姻法纪事 [M]. 上海文汇出版社, 2002: 39.
- [14]陈棋炎. 亲属、继承法基本问题 [M]. 三民书局, 1980: 557.
- [15]【日】棚瀬孝雄. 纠纷的解决与审判制度 [M]. 中国政法大学出版社, 1994: 13.