

何兵:法律程序的价值与弊端 PDF转换可能丢失图片或格式，
建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E4_BD_95_E5_85_B5__E6_B3_95_c122_485582.htm 法律程序的价值与弊端?D?D与人民调解相比较 近年来发表的法学文献中，涉及法律程序的，汗牛充栋。大多数篇章偏重于发扬光大法律程序的“积极面”，对法律程序的“阴暗面”隐忍不发，以免煞风景。然而，程序价值的背面即掩藏着程序的弊端，对此不可不予省察。今举偶二三，姑作醒世之言。正义的程序需购买任何一种纠纷解决方式应有其正当性基础，否则即无生命力。诉讼是以正当的程序来追求公正的结果。由于在法律疑难案件中，结果是否公正并无客观度量的标准，故此，法律为法院设置了最为苛刻的程序规则，将诉讼的正当性建立在程序正义之上，以程序规则扼制法官的恣意妄为。法官被要求按严格的程序规则进行生产（制作裁判和命令等），以正当程序确保法官恪守中立。国民不分贵贱，一视同仁。民间自治、自决过程中仗势欺人，“拳头里面出真理”的现象得以淡化。问题的另一面是，正义的程序需要支付代价。专业的法官、职业的律师、豪华的法庭、精细的鉴定、细密的论证等等，无不需当事人或社会支付沉重的代价正义的程序需购买。财力雄厚的当事人往往通过聘请优秀的律师玩弄程序规则于股掌之间，通过拖延诉讼使对手陷入两难境地，由此导致另一种形式的恃强凌弱，即经济上的恃强凌弱有钱才能购买真理。民间调解优先考虑结果的正当而非过程的正当，将结果正当建立在“双方自愿”、“不服可以不从”之上。“不服可以不从”意味着给当事人以选择的机会，由当事

人综合诸多因素结果的可执行性、双方关系的维系、诉讼之成本、胜算之概率进行综合算计、衡量，选择最优方案。调解人如过于偏离中间立场，不予基本公正，当事人可以用“拒绝调解”这种“以脚投票”的方式表达不满。调解由于不强调程序以及法律适用，当事人之间可以省略中间环节以及程序较量，直奔主题：D?D你准备赔多少钱？追求结果的公正，大幅地节省时间、金钱甚至感情的耗费。不轻信天理和良心程序的一个功用是重塑过去已经成为历史的案件事实。经过程序加工的“过去”才成为确定的过去。这意味着在程序中，事实上的过去和程序上的过去并存，并发生着由前者向后者转化。程序操作出来的真实属于“程序的真实”，其特点是通过证据的相关性原理将不相干的证据排除于程序之外，防止不着边际的证据给法官形成沉重负担并误导法官，其弊端在于人为地割裂复杂的社会关系，具有机械性和局限性。程序通过举证责任的分配制度防止互相扯皮，困境在于举证责任分配并无明确可行的规则，最终由法官自由裁量分配，出现“嘴大就是真理”的偏差。程序不相信天理和良心，防止有人昧着天理和良心说话，其弊端在于怀疑一切，漠视人有良知这一客观事实。程序原则上不轻信过去的经验尤其在刑事诉讼程序中，过去的经验轻易不能用来证明现在的事实，不能因某人是个惯犯即推定他为现行犯，因为经验并不总能上升为规律，完全可能因为例外的出现而呈现偏差；但问题在于，舍弃经验又非常可惜，因为经验时常又确实是可靠的。程序因为“难容经验”，操作过去依赖于证明，未经证明的事实视为不存在的事实，以防“莫须有”式的凭空捏造。然而，事实并非都是可以证明的，将未经证明的事实一

概推定为“不存在”，让人觉得天理不彰，恶无恶报。调解操作过去往往与此相反。调解人强调“人不能不讲良心”，否则会有报应（威慑）；即使没有证据，也不能不认账，恩将仇报（感化）；“人”不能睁眼说瞎说，否则将来谁敢理你？（制裁）。调解所依赖是实践经验，所追求的是实质正义和多快好省，所凭借的是公理、良心。调解所倚重的是感情、感觉，程序倚重的是理性和理论。如果我们不带任何感情上的偏好和观念上的教条，就会发现在司法的程序正义与民间调解的实质正义之间很难作伯仲之分，而且从各国发展趋势来看，两者有相辅相承、互相融合的动向。故意制造紧张局面 诚如著名法学家季卫东教授所言，法律程序的参加者如果完全缺乏立场上的对立性和竞争性，就会使讨论变得钝滞，问题的不同方面无法充分反映，从而影响决定的全面性、正确性，而且对立面的竞争活动意味着不同的目标追求，这种竞争机制会强化参与者的动机，促进程序改善，当然，这并不是意味着程序排斥协商的可能。对立面设置的目的在于制造一种对立竞争机制，调动人类好斗的本能，使双方发生直接碰撞和竞争，将涉案信息包括证据、理由等从不同的角度挖掘、阐发，取得一种兼听则明的效果。对立面设置的流弊在于当事人间形成争斗的伤痕，关系难以修复。程序侧重于“先前事实和关系”的发现和判断，罔顾将来关系的维系和发展，导致当事人之间关系紧张，难以恢复，“一场官司百世仇”为各国的通例。依靠对立面的设置来运行的诉讼程序制度适合解决那种具有临时性、单一性、偶然性法律关系所发生的纠纷。这类纠纷中，当事人之间关系属“一次性”的如食客与酒家之间，乘客与“的哥”之间，双方无须顾

及“将来”。对于长期性的（如家庭关系）、综合性的（如团体与成员间关系）、难舍难分性的（如不动产相邻关系）社会关系所生之纠纷，以设置对立面的诉讼方式来解决，远非明智之举。调解与诉讼恰恰相反。民间调解从本质上排斥竞争，鼓励合作，奉行“和为贵”的原则，将对话建立在协商的基础之上。调解在寻找事实真相的同时，更强调将来关系的发展。调解立足于调和双方的姿态而不去设置、制造敌人；尽可能将双方从对立、紧张的状态中解放出来，而不是蓄意制造紧张局势最好能将双方拉到酒席上谈；为防止纠纷漫延扩大，调解并不追求事实的水落石出如有必要则不惜忽略甚至隐瞒真相；为协调双方的立场，调解不强调法律的适用，远离概念和本本，着重于双方实质利益的衡量。法官，他原是个陌生的人在法官的中立性得以保证之后，诉讼程序规则主要用来保证作为裁判者的法官在做出裁判时能够得到充分、准确的信息。从这一点来看，法庭是一个相对封闭的信息交流空间，各种信息流按程序规定的管道向法官的大脑里流淌，这在英美式的陪审团审理案件中最明显不过。陪审员开庭之前，脑子里对案情一片空白，开庭过程中各种信息按程序规则不停而有序地向陪审员灌输，审理结束后审判官当即依据刚刚获得的信息对案件下裁判。将纠纷交由对案件一无所知并且毫无利害关系的人进行裁判，其利在于保证裁判者的中立无私，但纠纷解决的成本将会成倍地增长。由于法院一般总是远离纠纷发生场所，所有的信息必须通过一定载体从案发地“运输”到法庭，比如录取证人证言，制作勘验笔录等，这中间不仅产生成本问题，而且在这些信息的录制、播放等转换过程中，会发生信息变形、流失、误解甚至

歪曲。控制此弊的手段之一是尽可能地减少中间环节，如让证人直接出庭，要求鉴定人到庭说明等，但这同样增加了诉讼的成本。法官由于事先对纠纷一无所知法官原是个陌生人，所有的涉案事实包括那些对于调解人来说一清二楚、根本无须证明的事实，法官都得小心求证，成本负担进一步沉重。比如有关证人的品格、证言的可信度、地方的风俗、习惯、双方的交易惯例等信息，法庭只有通过调查、交叉询问、证据比较等方法解决，而调解人则主要运用自己在日常生活中对涉案人物及事件的背景知识掌握“地方性知识”来解决纠纷。这些地方性知识使得调解人对于许多涉案事实免于求证，如当事人的年龄、精神状态、经济实力，房屋、土地所有权的沿革，婚姻案件中双方感情变化的真实原因以及修复的可能性等。这些事实，对于法官来说必须以证据来证实，而对于民间调解人来说，因为长期的共同生活，相互知根知底，不证自明。上述比较凸显了正式纠纷解决机制在收集涉案信息方面的劣势，但这并不意味着正式解决制度在这此方面一无是处。由于诉讼是一种官方正式解决，国家可以调动各种官方资源包括通过暴力来搜集信息资料，前者如调取官方档案、委托专业鉴定，后者如搜查、证据保全等措施，而这些又是民间调解人所望尘莫及。人为割裂社会关系 诉讼程序的讨论、辩驳、说服要求具有针对性，必须围绕着一一定的争论点进行，法官经常会以“与本案无关”为由打断当事人的“絮絮叨叨”。为防止争议漫无边际，诉讼需要从错综复杂的社会关系中“切割”出其中的一段，将其作为“诉讼标的”，进行“切片式”研析、判断和治理。通过相关性原理，诉讼程序成功地将其它的社会关系人为地以“与本案无关

”为由排斥于外。对话被限定在与“诉讼标的”有关的方面，无关的言论被禁止，无关的人员和证据被排除，以免给法官造成不应有的负荷。对于诉讼程序而言，这种切割是必要的；对于生活而言，这种切割则是机械的，具有明显人为的痕迹，类似于“人造的风景”，属于将“主观臆造”强加于生活现实。例如，在人身伤害案件中，即使是受害人的血亲和配偶也往往因为不是“直接受害人”被拒斥于程序之门，这真是“闭着眼睛说瞎话”。从生活实际层面观之，我们根本无法想象妻子的受害会与丈夫无关无论是物质利益上还是精神利益上。民间调解不受这种观念教条的束缚，相关的人员利益和话语都会被接纳、斟酌并作通盘考虑，而且这些人员有时反过来会被作为纠纷解决的资源动员起来。相对于调解而言，诉讼的对话方式、内容显得太简单化，也太机械化了。一个基层法官和一个基层调解员的感受 基层法官的感受或许比理论分析更有穿透力。下面的议论摘自于一名叫方如采的法官所发表的“基层人民法院与人民调解组织应加强通联互动”一文：多年的审判实践中深深体会到，人民法院的审判工作与人民调解组织的工作密切相关。有效地建立基层人民法院与各人民调解组织间的通联互动机制，使其在各自的执法活动中做到必要的衔接互补，对各自的职能有效开展将起到促进作用。基层人民法院与人民调解组织具有双向需求同时又优势互补。近年来，新类型纠纷不断涌现，人们在解决纠纷时更愿意“讨公道，要说法”，对人民调解工作提出更高要求，如何提高人民调解人员素质已是当务之急，而这正是负有指导职责的人民法院所长。另一方面，人民调解组织设置于民间，活动于群众中，了解民情、社情，掌握一

些事件的根源和真像。人民法院在审理婚姻、家庭、赡养、继承、宅基地、相邻权等案件时，面对完全陌生的人、事，往往需要付出大量精力去了解事由。如果撇开人民调解组织的支持，在案件调查、认证、执行等诸多方面都难以顺利进行。实践证明，有的当事人、证人对审判人员甚至对自己的律师说假话、作伪证，却一般不愿意或不敢在知情的基层干部或在那些素有威望、受人信赖的调解员面前说谎。有的当事人敢与法院对抗执行，但却愿意接受基层干部的教育疏导。就这一方面看来，人民法院之所需正是人民调解之所能。这位法官话语重心长而且一语中的。下面让我们再看下一位基层调解人员对这一问题的想法。在名为“对人民调解协议书效力的思考”一文中，一个名叫邱于标的人民调解员说：现行调解协议上的这种效力状况，使人民调解与其所负的任务不相适应的。主要表现在：（一）时常被民事违法行为人用以推诿责任，使被侵害人不能贪污保护自己的权益，常有义务方千方百计寻找借口拖延履行义务；（二）削弱调解人员的劳动成效，挫伤了调解人员的工作积极性。调解一起纠纷并不是容易的，常常要耗费大量心血。这样形成的调解协议书任何一方一反悔，调解人员的心血就白白耗费了；（三）动摇了当事人对调解组织的信任，引发一些误解。当调解协议书得不到履行，权利方未能兑现权利时，他们常常责问调解人员：“明摆着违法你们都不敢管，还叫群众怎么靠你们！”“调解书可以反悔还要调解干什么，不如私了！”人民调解协议书应具有法律效力，这是广大调解工作者的呼声，也是健全社会主义法制的迫切需要。笔者提出如下设想：（一）规定当事人双方的约定具有法律效力；（二）经法

院核准产生法律效力。经法院核准后的调解协议书产生与法院判决同效力。不予核准的，可发回调委会重作调解或由法院通过审理矫正。采用这一方法，将使基层人民法院对调委会的指导得到加强，切实体现人民调解是国家司法制度不可缺少的组成部分。（三）经基层人民政府复核产生法律效力。人民调解协议书可以一律由司法助理员依照司法部《民间纠纷处理办法》第十八条规定办法，代表基层政府进行复核，取得与人民政府处理决定书同等的效力。基层人民政府根据当事人的申请，可按《民间纠纷处理办法》规定予以执行。……大胆提出以上设想，期望能引起讨论。可以预料，当人民调解书真具有法律效力时，我国的人民调解必将有大的发展，必将在有中国特色的社会主义民主法律建设中发挥更大作用。这位基层司法行政人员所琢磨的对策未必全都合适例如关于由政府审核后具有执行力，但谈及调解协议书没有效力所引发的诸多困窘真是栩栩如生。在此，笔者不妨重述这位作者的话来结束本文的讨论：“可以预料，当人民调解书真具有法律效力时，我国的人民调解必将有大的发展，必将在有中国特色的社会主义民主法制建设中发挥更大作用”。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com