

论上诉不加刑

陈林林^{*}

一、问题之由来

修订后的刑事诉讼法第190条规定:“第二审人民法院审判被告人或者他的代理人、辩护人、近亲属上诉的案件,不得加重被告人的刑罚。”该条第2款又规定:“人民检察院提出抗诉或自诉人提出上诉的,不受前款规定的限制。”这与原刑事诉讼法第137条的规定相比较,无一字的增减,和刑法整体上大幅度修改不能相提并论。‘刑事诉讼制度科学化、民主化’以及‘增加条文数量、加强可操作性’的修律指导思想,在此显得无所建树。然而,静止的条文并不意味着内部的和谐一致,只能说明立法者在这一问题上的消极与无奈。有关上诉不加刑原则各说杂陈的局面,并没有因新刑法的颁行而改观。

立法、司法和学理三界对上诉不加刑的认识一直存有异议,实践中对此原则的片面理解(包括各取所需式解释)、误用甚至否定的做法也不为鲜见。这一方面归因于上诉案件个案情形的复杂性,原审案件的种类、所判罪名、刑种与二审法院对其的重新界定,都有其特殊性;另一方面不能不归咎于新旧刑法在这一问题上的简单化规定。虽然最高人民法院在《关于审理刑事案件程序的具体规定》中增补有共同犯罪、数罪并罚、缓刑与拘役的执行实施办法,但在纷繁复杂的具体个案前,仍是杯水车薪,不足以解决问题。对‘刑’、‘不加刑’具体含义的理解,对原则的效力、适用范围以及案件种类的界定,各方的认识有时大相径庭,法律更是缺少保证该原则贯彻落实的具体制度和配套规定。

学界不乏废除上诉不加刑原则的声音,其一般论据是:(1)违背实事求是与有错必究原则,导致轻纵犯罪;(2)与原刑法第176条、新刑法第189条‘原判决认定事实没有错误,但适用法律有错误,或者量刑不当的,应当改判’的规定相矛盾;(3)原则的实施客观上鼓励被告人滥用上诉权,加重了二审的负担;(4)司法实践中这一原则已为众多变相加刑的做法取代,不如摒弃。^①在司法界,这种意见也有其支持者。1958年,最高人民法院在一个批复中指出:‘如果原判处刑显然过轻,确有加重刑罚必要,而案件事实以及为量刑所需要斟酌的一切犯罪情节都完全清楚,证据明确,无须发回原审更审判时,也可以不发回原审人民法院而由上诉审人民

^{*} 杭州大学法律系讲师。

^① 参见楚林智:《上诉不加刑置疑》,载中国法学会诉讼法学研究会编《刑事诉讼法的修改与完善》,中国政法大学出版社1992年版,第323页以下。樊崇义主编《刑事诉讼法学研究综述与评价》,中国政法大学出版社1991年版,第500页以下。

法院自行改判”。^②实际上就完全否定了上诉不加刑原则。但放眼看一看世界各国刑事诉讼制度的历史和现实情况,废除论者就会发现一个尴尬的事例:上诉不加刑是世界各国普遍采用的一项重要的刑事诉讼原则,自其肇始于1877年德国刑事诉讼法典后,就在全世界范围内被推广,其间只有在法西斯统治下的德国和日本,在二战前夕被废黜。^③

在改革开放后,在民主与法制建设的进程中,这一诉讼原则于1979年的刑事诉讼法中,得到了承认。1996年修订的刑诉法,进一步作了确认。可以这么说,在确定上诉不加刑原则过程中,我们是走过弯路的。我国刑事诉讼法确立这一原则,是在总结正反两方面的经验教训,在权衡利弊得失的基础上作出的深思熟虑的决定。对这一原则,不能粗暴、简单地加以否认。但理论准备的不足,以及传统观念和司法惯性的影响,人们并未真正把握和完全接受这一原则。本文拟从原则本身蕴义、司法操作及学理基础这三方面着笔,以期勾勒出原则本来的、应有的面貌。

二、上诉不加刑原则本义之探讨

(一)“刑”:刑罚抑或刑事责任

对一项事物认识的偏差,经常发生在对其字面含义误读或片面理解的场合。“上诉不加刑”是我国学者对该项原则的一种简略式、口语化的称谓,其意思不免含混。上诉不加刑原则在各国刑法上有“禁止加重刑罚”(德国)、“禁止变更为不利”(日本)、“不能给当事人带来麻烦”(罗马尼亚)等表述,通称“禁止不利变更原则”。^④上诉不加刑从字面上接近德国刑法上的“禁止加重刑罚”,但外延无疑要小于“禁止不利变更”。正如域外学者在论及禁止不利变更原则时所言,何谓“利益”;即成为“不利益”的关键,而“不利益”;亦成为原则之关键。要正确把握上诉不加刑原则,唯有从“刑”及“不加刑”入手。

我国刑法中“不得加重被告人的刑罚”的规定,其意思不甚明了。加上刑法典对刑罚规定有特别的执行方式,如缓刑,能对被告人的实际受刑产生质的影响。僵硬地把“刑”理解为“刑罚”,就会在刑法以外留下了规避上诉不加刑原则的空间。我们认为,传统理论将“刑”理解为刑罚,包括刑法将上诉不加刑直译成“不得加重被告人的刑罚”,不免是望文生义。“刑”,应该是刑事责任;“不加刑”,即不得加重被告人的刑事责任。

刑事责任,是指行为人对违反刑事法律义务的行为所引起的刑事法律后果的一种应有的、体现国家对行为人否定的道德政治评价的承担。^⑤刑事责任既是犯罪的后果,又是刑罚的先导。“罪——责——刑”的逻辑结构,是整个刑法内容的缩影。认定犯罪——确定责任——决定刑罚,完整地反映了办理刑事案件步骤和过程。而刑罚与刑事责任是两个联系非常密切、又有一定区别的概念。二者的联系表现在:(1)刑事责任的存在决定刑罚适用的现实可能性,没有

^②最高人民法院“关于被告人或者他的监护人、辩护人、近亲属提起的上诉,上诉审人民法院可否直接改判加重刑罚的复函”(1958),载最高人民法院研究室编:《中华人民共和国最高人民法院司法解释全集》,人民法院出版社1994年版,第798页。

^③参见陈光中主编:《外国刑事诉讼程序比较研究》,法律出版社1988年版,第305页。

^④同上书,第305页。

^⑤高铭喧主编:《刑法学原理》卷1,中国人民大学出版社1993年版,第416页。

刑事责任就没有刑罚; (2) 刑事责任的大小是判处刑罚轻重的标准; (3) 刑罚是刑事责任的主要体现形式, 是刑事责任实现的主要方式。刑事责任与刑罚虽然关系密切, 但二者毕竟不是一个概念。它们的区别有: (1) 刑事责任的本质是刑事法律关系, 是犯罪人与国家间的权利义务关系, 而刑罚是这种权利义务关系的主要客体; (2) 刑事责任是犯罪人在国家面前承担的法律后果, 刑罚则是法院以国家名义对犯罪人适用的制裁方法; (3) 刑事责任通常伴以刑罚, 作为自己的法律后果和具体体现。但这不是绝对的, 有时追究刑事责任, 结果并没有判刑。刑事责任的外延无疑比刑罚要宽泛, 它具体可以外化为罪名和刑罚(包括其执行方法)。^⑥

我们没有使用“禁止不利益变更”(Verbot der Unnützlichkeitsänderung in Pejus) 的国际通用术语, 顾及“不利益”之外延太过宽泛, 比如说二审法院对被告人实施强制医疗、增加被告人的民事赔偿额、建议主管单位对其行政处分等, 判决无疑对其进行了不利变更, 但未有刑事责任的增加, 刑事部分始终坚持了上诉不加刑原则。^⑦ 这种变更有时能收到积极的效果: 保护受害人、惩罚教育上诉人、调节社会失衡心态。

(二) 关于罪名变更问题

罪名变更问题亦须附上一笔。笔者曾著文指出: 刑事责任的外化, 就是有罪宣告及刑罚。^⑧ 在不少场合, 被告人被确认有罪, 又被免除刑罚处罚。在此, 刑事责任的唯一着落点, 就是罪名。有学者依据本国判例认为, 在不加重原判决刑罚的前提下, 对被告人可以重新认定罪名, 适用较重的罚条。^⑨ 应当指出, 罪名与刑罚同为刑事责任的表现, 二者就应同等看待。而且在某种意义上, 罪名亦是刑罚的基础。将较轻的罪名改为较重的罪名, 就直接加重了被告人的刑事责任, 使他处于更不利的地位。这显然与上诉不加刑原则的宗旨相悖。^⑩ 相反的做法是, 美国许多州的法院主张上诉不得加重罪名。^⑪

(三) 原则之适用范围

上诉不加刑原则适用的案件范围, 也是一个颇具争议而又需界定的问题。歧义源于对“上诉”的不同理解。新旧刑诉法对原则的适用范围, 明确指出是“被告人或者他的代理人、辩护人、近亲属上诉的案件”。至于检察机关(自诉人)为被告人利益而提起的抗诉(上诉)案件是否适用, 却仍有待一番研讨。^⑫

对检察机关为被告人利益提起抗诉仍适用上诉不加刑原则, 是世界各国刑诉法的通例。日本刑诉法第 402 条规定: “关于由于为被告人提起控诉的案件, 不得宣告较重于原判决的刑罚。”德国 1994 年刑诉法则更为清楚地规定: “仅由被告人, 或者为了他的利益由检察院或者他

⑥ 这一界定排除了非刑罚处罚方法。我们认为, 传统观点把非刑罚处罚方法网入刑事责任的范畴, 在理论上存在着许多可商榷之处, 也易引起操作面的混乱。事实上, 这种观点已经导致了学者们在刑事责任终结问题上的分歧。参见何秉松主编: 《刑法教科书》, 中国政法大学出版社 1993 年版, 第 329 页。

⑦ 1994 年修订的德国刑事诉讼法典规定在审理为被告人利益上诉的案件时, 判决在“……处分的种类、刑度方面, 不允许作不利于被告人的变更”; 同时又明确指出: “此规定不与移送精神病院、戒瘾所的命令相抵触。”参见德国刑事诉讼法典第 385 条, 李昌珂译, 中国政法大学出版社 1995 年版, 第 130 页以下。

⑧ 陈林林: 《无罪推定原则思考》, 《法律科学》1995 年 5 期。

⑨ 参见[日]平野龙一: 《刑事诉讼法》, 有斐阁 1956 年版, 第 219 页。

⑩ 第一部由学者起草的刑事诉讼法修改建议稿在上诉不加刑这一条中也建议: “不得判处比原判重的罪名”; 对照以前的观点来看, 这是一个转变。参见陈光中、严端主编: 《中华人民共和国刑事诉讼法修改建议稿与论证》, 中国方正出版社 1995 年版, 第 57 页。

⑪ 王以真主编: 《外国刑事诉讼法学》, 北京大学出版社 1994 年第 2 版, 第 264 页。

⑫ 可供供检索主权者在这一问题上的态度的佐证或许只有最高人民法院在《关于自诉人提起上诉的案件可以直接改判加重刑罚问题的批复》(法研字第 16952 号) 中的意见: 只要程序到位、证据充分, 有加重刑罚的必要, 就可以“直接改判加重刑罚”; 而不必问上诉的其他内容。

的法定代理人提出了上诉的时候,对于被声明不服的时候,对于被声明不服的判决在法律的处分种类、刑度方面,不允许作出不利于被告人的变更。我国新刑诉法第192条第2款笼统地规定:凡检察院提出抗诉,则上诉不加刑原则就不再适用。究其原因,不外是把“上诉”理解为被告方的上诉,被告方发动二审程序是为了减轻处罚;而抗诉方发起二审程序,则是为了追惩犯罪,即抗轻不抗重。这就完全抹杀了检察机关作为国家司法机关在刑事诉讼中的司法品格(当然,检察机关自己在这方面做得也不够,导致出现这种假象)。¹³应当看到,人民检察院是我国的法律监督机关,是代表国家专门行使检察权的司法机关,对法律的统一及正确实施进行监督。包括监督法院的审判活动,维护被告人的合法权益。如果检察院认为一审判决认定事实清楚、适用法律正确,但量刑错误(包括偏重和畸重),当然会而且应该提起抗诉。当检察机关认为处罚过重而提起抗诉时,客观上就是为被告人利益上诉。这是检察机关监督法律的实施、维护被告人正当权益的职能表现,也是公、检、法三机关分工负责、互相配合、互相制约原则的要求和体现。当检察机关为被告人利益上诉时,和被告人的上诉主张相吻合,二者不发生矛盾或对抗。根据按诉按其主张归类的原理,此为同一之诉。同理,对于共同犯罪中部分被告人上诉及自诉人认为判决过重而上诉的案件,也应视为被告方的上诉,适用上诉不加刑原则。

综上所述,上诉不加刑原则的含义,可以作如下表述,即“为被告人利益而起动的二审程序中,判决不得加重被告人的刑事责任”。其适用的案件范围包括:被告人或者他的代理人、辩护人、近亲属上诉的案件;检察机关和自诉人为被告人利益提起的抗诉或上诉案件;共同犯罪中部分被告人上诉的案件。不得加重被告人的刑事责任,具体讲不得加重被告人的罪名、刑罚及其执行方法,但非刑罚处罚方法,如强制医疗和其他责任,不在此限。

三、上诉不加刑原则在刑事诉讼构造中的定位

鉴明了上诉不加刑的学理含义后的另一个问题是实践中如何切实有效地贯彻这一原则。徒法不足以自行。当今刑事审判实践中变相加刑的作法层出不穷,以至有的学者慨叹此原则已被“架空”。刑事诉讼结构是一个有机构造,上诉不加刑原则要切实融入这一构造中,在实践中发挥应有的作用,必须有与其相配合的配套措施与具体规定。

上诉不加刑原则是刑事二审程序的原则,这是它的基本定位。刑事二审程序不得与其相抵触,同时它也不能作用于一审及审判监督程序。它的效力明显低于刑事诉讼法在总则中规定的基本原则及基本规则。另外,一审程序是二审程序的基础,而二审程序又是上诉不加刑原则赖以发生作用的根据。因此,一审程序的某些基本规定,如审判管辖、回避等制度,当然优先于上诉不加刑原则的适用。据此,我们反对将原则效力绝对化的观点。¹⁴但是,如果二审法院审理为被告人利益上诉的案件后,作出发回重审从而重新启动的一审程序,因是上诉方间接启动,应

¹³ 最高人民检察院曾在“六抗五不抗”文件中把“能否抗赢”作为抗诉标准之一,据解释是因为抗诉成功率太低。这就颇耐人寻味了。

¹⁴ 早已有部分拥护上诉不加刑原则的同志提出了“申诉不加刑”的主张,并反对所有导致原判加重的程序更改,就不免“只见树木,不见森林”了。

视为二审程序的延展,除发现并证明有新的犯罪事实、且经检察机关重新起诉的案件,仍得适用不加刑的规则。

其次,对于适用上诉不加刑原则的二审处理结果,不得以刑不抵罪、适用法律错误或者其他名义为由,提起审判监督程序。因为作为纠错手段的审判监督程序,其基础是原审程序、判决确有错误。对于适用上诉不加刑原则而产生的对上诉人处罚过轻的,是适用法律的结果,体现着一种程序正义,不存在适用法律错误的问题。不少坚持并主张完善上诉不加刑的同志,在这一点上却流露出其思想的不彻底性。他们小心地补充:对个别确属量刑畸轻的案件,二审法院可先维持原判,再由人民法院按审判监督程序提审予以纠正,¹⁵最后达到加刑的目的。这种做法无异于把严肃的刑事审判活动视若儿戏,依然是一种不折不扣的变相加刑,与上诉不加刑原则的立法宗旨背道而驰。另外,推出这一观点的前提,却存在着致命的缺陷,即片面假设:(1)一审法院出现适用法律严重错误,导致量刑畸轻;(2)提起公诉、出席庭审的检察官不清楚被告人的罪责,在一审判决畸轻的情况下,不知抗诉;(3)作恶自知的被告人及其代理人、辩护人(包括通晓法律的律师)、近亲属,在判决刑不抵罪、对其极为有利的情况下,还一味上诉,请求二审法院的减刑(抑或加刑);(4)受犯罪切身侵害的受害人一方,在判决畸轻时,却保持沉默。退一步讲,在因适用上诉不加刑原则而使被告人受罚过轻的情况下,我们还可以通过其他手段,如徒刑执行时从严掌握减刑、假释等手段,来进行救济。另外,刑法的任务不光是打击犯罪,个案加刑只能是“治标”之属的小动作,优化法律职业者队伍的素质、规范办案程序、提高办案质量才是“治本”之关键。

再次,在上诉审和发回一审的重审中,都可能发现新的犯罪事实,则原控诉范围也应相应地扩展。作为法律适用的基础——案件事实发生了变化,故一、二审法院都应当把这个案件发回并重新审理。对这一类案件的审理,不适用上诉不加刑原则。

综合以上所述,我们认为对上诉不加刑原则,刑法应增补以下规定:

‘第* * * 条:第二审人民法院审理为被告人利益上诉的案件,判决不得加重被告人的刑事责任,并应当执行下列具体规定:

- (一)对判决有罪的被告人,禁止在罪名、刑种或实际执行方面,进行不利变更;
- (二)共同犯罪案件,只有部分被告人上诉的,既不能加重上诉的被告人的刑事责任,也不能加重其他被告人的刑事责任;
- (三)对被告人实行数罪并罚的,既不能加重决定执行的刑罚,也不能在保持决定执行的刑罚不变的情况下,加重数罪中某一或几个罪的刑罚。在罪名方面,也不得进行不利变更;
- (四)案件发回重审的,除发现并证实有新的犯罪事实外,同样得适用本条规定;
- (五)二审法院不得自行变更案件的管辖,由其进行一审,判决加重被告人的刑事责任。确因管辖错误,而由其同级检察院提起公诉的,不在此限;

¹⁵ 徐益初:《关于修改刑事二审程序的几类意见》,载中国法学会诉讼法学研究会编:《刑事诉讼法的修改与完善》,中国政法大学出版社1992年版,第321页。这种观点的法律依据是最高人民法院“关于执行刑事诉讼法中若干问题的初步经验总结”(1981),以及“关于第二审人民法院对上诉案件维持原判刑期撤销缓刑是否违反‘上诉不加刑’原则的电话答复”(1986)。最高人民法院在这两份资料中认为对确属量刑过轻而又只有被告方上诉的案件,可以先维持原判,再依审判监督程序来实现加刑。参见前引②书,第927、967页。

(六)对适用本条规定判决的案件,不得仅以适用法律错误、量刑过轻为由,提起审判监督程序;

(七)非刑罚处罚方法,如合理的强制医疗(.....),不在此限;

(八)刑事附带民事诉讼的案件,刑事部分适用本条规定,民事部分,不在此限。¹⁶

另外,为杜绝变相加刑,保持刑事诉讼规范内在的一致性,在提起审判监督程序的章节中,规定凡有变相加刑的案件,¹⁷皆属“适用法律错误”,得提起审判监督程序。

四、对以往观点的述评

制度层面的内容梳理、构建之后,还需要挖掘原则背后的底蕴,即回答我们为什么要设计这样的制度?原则被制定、执行,它有什么合理性基础?谁授予了它的合法性?

(一)已有的三种理论的述评

学者多从法律现象和实践效应两个层面来阐述上诉不加刑原则的意义。其立论依据可概括如下:(1)上诉不加刑原则是被告人行使上诉权的重要保障,有利于贯彻上诉制度和二审终审制;(2)“不加刑”规则的存在,客观上有利于促进检察院履行法律监督职责,加强一审法院的责任感,提高办案质量;(3)它也是国际通例。¹⁸这些讨论立足司法实践、纵贯了整个程序,无疑是积极和有益的,但对该原则的诉讼理论意义或者法学理论意义却揭示得不够。缺乏理论准备的事物,在实践中往往缺少生命力,无论从中国现代化建设的宏观视野,还是就部门法制建设的微观角度来看,我们都备尝了这一规律的教训。上诉不加刑原则在法律层面上卡在“上不去”、“下不来”的尴尬境况,很大的原由在于理论上这种苍白的平话解释。

已有学者尝试为该原则在刑事诉讼结构中寻找更为坚固的生长点和立足点、寻找原则背后的诉讼法理学底蕴。较有独创性和代表性观点有:(1)“控审分离说(不告不理)”,¹⁹他们认为“上诉不加刑”是由控审分离这项标志刑事诉讼民主、科学、文明的原则所要求的,即使法律未明文规定,二审法院也应严格遵守。控审分离的一个核心内容是法院审判必须受诉讼主张的限制,在只有被告人一方提出上诉的情况下,法院是依据要求减轻刑罚之诉进行第二审程序的,理所当然不能加重对被告人的处罚。如果二审判决加重了对被告的处罚,就明显超越了诉讼主张的限制,违背了不告不理和控审分离的原则。(2)“利益权衡说”,²⁰持该种观点的论者认为,刑事诉讼程序中存在着实体与程序、惩罚与保障、控制犯罪与过程正当的矛盾,以及通过这些矛盾表现出来的不同利益间的冲突。在刑事诉讼立法和司法活动中,当两种以上的利益不能兼得或相对立的价值发生冲突时,国家及其代表官员根据一定的原则和标准,确定某一方或某些方面更为优越而放弃另外的方面。论者在区分了国家利益、社会利益、某一社会方面总的利益

¹⁶ 第(2)、(3)项。最高人民法院在《关于审理刑事案件的具体规定》中已施行。

¹⁷ 变相加刑,暂时可以归纳为以下几种:1.认为原处刑罚过轻,法院要求检察院抗诉或自诉人上诉;2.发回重审,由一审法院加刑;3.以各种理由改变管辖,重新审理并加刑;4.提起审判监督程序加刑。

¹⁸ 参见陈光中主编:《中国刑事诉讼程序研究》,法律出版社1993年版,第282页以下;前引①樊崇义主编书,第498页以下。

¹⁹ 参见洪道德:《控诉与审判分立应贯穿整个刑事诉讼程序》,《政法论坛》1992年第1期;李文健:《上诉不加刑原则的学理渊源及其完整含义》,《研究生法学》1995年第3期。

²⁰ 参见宋英辉:《刑事诉讼目的论》,中国人民公安大学出版社1995年版,第200页以下;张棉:《冲突与选择:刑事诉讼中的必要丧失》,《法学》1991年第11期。

以及个别利益的基础上提出,当在具体案件上对犯罪的控制(个别利益)与维护刑事程序某项制度的利益(某一社会方面总的利益)冲突时,一般应放弃个别利益而维护较高级的某一社会方面总的利益。这种选择虽然有利于被告人,但同时也是维护国家和社会利益所要求的。上诉不加刑原则坚持了程序上的人权保障而放弃个案刑罚权的行使,是为了牺牲某个“真实”为代价而谋求普遍的“真实”,体现着一种司法正义和程序自治。

我们认为,上述两种观点从刑事程序基本原则和诉讼法理学的高度对原则展开的论述,理由各不相同,却都具有相当的说服力。但这并不意味着问题已经解决,如果重新检讨这些立论的理由,就会发现它们都存在着可商榷之处。

“控审分离”又称“控告原则”,是大陆法系各国诉讼制度普遍采用一项基本原则,“不告不理原则”即包括在这一原则的内容和要求之中。“控告原则”的意义在于对法院的权力实施有效的限制,防止它以各种方式集追诉与裁判职能于一身。这一原则对诉讼职能的保障体现为:它对检察官和法官的关系进行了合理、适当的协调,促使法官在启动审判程序方面保持其被动性和中立性,同时维护检察官在行使追诉权和启动程序方面的主动性,实现控审分离。具体而言,这一原则可以包含以下几个方面的含义:(1)刑事追诉权和裁判权分别由两个国家专门机构各自独立地行使,即审检机构的分立。削弱了审判官在心理上势不两立的责任感,使得审判可以否定控诉;(2)法院的审判必须在检察机关提出合法的正式起诉的前提下才能开始和进行,换言之,无控诉则无审判。控告原则的这一要求又被称为不告不理原则;(3)法院审理和裁判的对象和范围必须仅限于起诉书所明确记载的对象和范围;(4)法院裁判的结论必须建立在其独立进行的法庭审判基础之上。²¹

大陆法系国家确立“控告原则”,旨在纠正历史上纠问式诉讼程序中法官专制的现象,这与英美法系有所区别。“控告原则”为法官的活动设置了以下限制规则:(1)法官应将审判活动重心放在法庭审判上,将庭外调查仅仅视为一种例外,即使有必要,也应在这种调查活动中保持中立姿态;(2)法官在庭审前不得与追诉方单方面进行接触;(3)审查公诉程序与庭审程序相分离,禁止将主持审判的法官与主持审查公诉的法官合而为一。²²“控告原则”意在为法官的中立地位奠定坚实的基石。

不难发现,“控告原则”作为刑事程序的基本原则,其效力仍是有适用范围的。控告原则约束的是法官在受案、审理上的形式内容(虽然这些形式能够影响实体),它虽然能限定法官的审理范围,却不能左右法官对案件的审理结论。法官可以支持检控,也可以削弱、否定检控。有的学者则明确认为,控审分离(不告不理)原则的基本含义,只是“对于未经起诉的案件,法院不能受理和审判。”²³虽有失偏狭,仍不失其本义。拉控审分离(不告不理)原则来作上诉不加刑原则的理论依据,认为二审法院在审理只有被告人一方上诉的刑事诉讼中,如果法院加重对被告人

²¹ 参见陈瑞华:《刑事审判原理》,北京大学出版社1997年版,第235页。

²² 同上书,第244页以下。

²³ 张子培:《论不告不理》,《法学评论》1991年第2期。

的处罚,是超越了诉讼主张的范围,就是违背控审分离(不告不理)的观点,不免是穿凿附会。²⁴

利益权衡作为一项法律原则,发端于20世纪20至30年代在德国兴起的以耶林为先锋的“利益法学”(Jurisprudence of interests)运动,其理论渊源却可以追溯到19世纪英国政治哲学家吉米·边沁所倡导的功利主义学说。²⁵

作为利益法学出发点的一个根本的“真理”是,法的每个命令都决定着一种利益的冲突,法起源于对立利益的斗争;法的最高任务是平衡利益。此处的利益包括私人利益和公共利益,物质利益和精神利益等。²⁶但利益法学仍然回避了一个关键性的问题:立法者和法官怎样去平衡相互冲突的利益?换言之,他们依据什么标准去评估和取舍存在冲突的利益?哈耶克揶揄这种情况犹如母亲们送小孩看病一般,在医生找到一种能够增进效率的井然秩序(或许还不够)以前,她们“决不可能一致同意在众多病入膏肓的小孩中医生应该先看哪个”。²⁷此时学者大多回复功利主义的传统,按照“最大多数人的最大幸福”的准则尝试为利益评估等级序列,并按等级的高低进行取舍。他们对利益序列的一般理解是:多数人的利益高于个人利益,任何一个公民都应该为了全社会的利益而放弃个人利益。²⁸个人利益、部分利益和社会共同利益在这一准则上建立、维持的某种平和协调的关系,是社会及其成员发展的动力。“把一切法律禁令和为了使这些禁令付诸实施的所有程序按其功利来思考,作为达到最大多数人的最大幸福的手段。”²⁹但功利主义漠视利益背后的价值观基础,它至少可能带来两个严重的后果:第一,它可能容许社会整体或多数人利益的名义,去侵犯少数人的自由权利;第二,它可能容许一种经济利益分配上的严重差别,造成贫富悬殊。³⁰这是功利主义两个经常受攻击的弱点,而作为功利主义改良版的利益法学和权衡理论,在这方面并无所改进。

和功利主义一脉相承,与论者所持的刑事诉讼法上的利益权衡原则同样还缺乏对价值观的分析与认识。利益权衡的全部内容可以概括为利益的“估价”和选择的问题。而利益的评估和取舍,是一个价值判断和价值取向在法律体系中作用的过程。抽掉价值观这个“标准”和底蕴,建立在利益权衡上的法律体系就会整个地坍塌。而价值观却是相对活跃的意识形态,因其包罗万象而在社会中呈现多元主义、自由发展的姿态。先进的法律制度在立法和司法过程中倾向于限制价值论推理范围,其原因也在于此。³¹价值观的能动性和多样性,使得以利益权衡为基础的法律和判决,都体现有较程度的不确定性和不可预见性,在这个意义上,它根本无助

²⁴ 这种观点漏洞之处不一而足,它难以回答如下诘问:如果在只有控诉方上诉(抗诉)的刑事二审程序中,法院判决是否只能维持或加重对被上诉人处罚,否则就超出了启动程序的诉讼主张,违背了控审分离(不告不理)原则。其次,这种诉讼主张限制法院判决的做法,是否已不自觉地在让被告人(包括真正的犯罪分子),在公法领域中僭越国家权力,当上了自己的法官。再此,这种观点付之实践,法官的自由裁量权与法院的审判权、司法活动的独立性又将如何立足?

²⁵ 功利主义也被认为是19世纪哲学激进派的社会哲学,主张善便是快乐或幸福,所谓恶便是痛苦。一种事态如果包含的幸福超过痛苦的盈余大于另一种事态,或者痛苦超过幸福的盈余小于另一种事态,它比另一种事态善。在一切可能的事态中,包含着幸福超过痛苦的最大盈余的那种事态是善的。每个人总是在追求他所认为的自己的幸福。所以,立法者的职责是在公共利益和私人利益之间造成调和。见[英]B·罗素:《西方哲学史》下卷,马元德译,商务印书馆1976年版,第328页以下。[英]J·边沁:《政府片论》,沈叔平等译,商务印书馆1995年版,第92页以下。

²⁶ [德]赫克:《利益法学》,转引自张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社1996年版,第130页以下。
²⁷ [英]F·V·哈耶克:《法律、立法与自由》卷二“社会主义的幻想”,转引自[美]C·M·霍伊:《自由主义政治哲学》,刘锋译,三联书店(北京)1992年版,第135页。

²⁸ J·达维士:《权利集体管理中的公共利益》,转引自吴汉东:《著作权合理使用制度研究》,中国政法大学出版社1996年版,第44页。

²⁹ [美]G·H·萨拜因:《政治学说史》下册,刘山等译,商务印书馆1986年版,第752页。

³⁰ 参见何怀宏:《契约伦理与社会正义——罗尔斯正义论中的历史与理性》,中国人民大学出版社1993年版,第141页。

³¹ 参见[美]博登海默:《法理学、法哲学及其方法》,邓正来译,华夏出版社1984年版,第485页。

于实现如前所述的那种“平和协调的关系”，也无法为社会提供一个稳定、安全的法制环境。

利益在理论上可以分门别类，在社会生活中却不可能泾渭分明。有时个人利益乔妆打扮以社会利益的面目出现，而有时社会利益、国家利益以冰山一角的形式呈现为局部利益甚至只是个人利益。R·庞德曾举了“某人未经我的同意而取走了我的表”这一事例，来说明各种利益间的重叠、渗透和转化关系，他说“我对表的要求”（个人的物质利益）也可以被认为是与保障占有物的社会利益相一致的，当“我”起诉时，“我的要求就作为保障占有物的社会利益而提出”。³²利益的上述属性，使得利益的评估过程比利益的选择更为艰难，有时甚至会显得既无可能，也无必要。其次，从社会发展的眼光来看，某种特定的历史偶然性或社会偶然性都可能会在社会利益中规定或强制规定某些特殊的顺序安排，为法律制度确定一种长期有效的或稳定的价值等级，利益等级并没有多大意义。³³所以讲缺少方法论和难以进行实证分析的权衡理论（包括刑事诉讼上的利益权衡原则），在克服这些先天缺陷以前，谁也不能保证它在自己的法律疆域内会是一位不会犯错误的国王。

利益权衡理论还有一个自身难以克服的缺陷，即利益评估的量化问题。由于利益无法用统一的数量单位来计算、比较，虽然论者在概念上区分了刑事诉讼中的国家利益、社会利益、某一社会方面总的利益以及个别利益，并排就了它们的“座次”，但评判、取舍的结果仍不免缺乏说服力。另外，如论者自己所言，“利益的优劣，可能因具体条件和个案情况的不同而有所变化”。³⁴这就不能回避某些个别情况，即利益权衡的结果与预期的目的、利益的既定等级背道而驰。在只有被告人上诉的二审程序中，利益权衡并不能必然推导出上诉不加刑的唯一结果。³⁵如果对被告人加刑更符合利益最大化的权衡规则，就会置审判于无所适从的地步。

综上所述，利益权衡理论只是法理学上一种尚未成熟的学说，由于出发点的局限及其标准选择的失当，它可能永远也走不出既存的理论困境。权衡规则（利益标准）的模糊性、利益分类与评估的艰难性（不可能且不必要）、利益选择的单向性和主观性以及权衡结果的不确定性和不稳定性，都是摆在立法者面前的现实难题，但是与论者不是回避这些问题，就是将问题简单化。借用R·德沃金批评法律经济学的一句话，我们认为利益权衡的法律学说“对于赞美竞争的政治理论可能是对口的，但是对于主张更平等的（法律）理论来说，却远非适当”。³⁶探究上诉不加刑原则在法理学上的理论来源，还需另辟蹊径。

（二）我们的观点：“诉讼民主化——控辩平衡——上诉不加刑”

现代刑事审判制度建立在国家追诉主义理论基础之上，主持庭审的法官与出庭支持公诉的检察官均为国家专门机关的代表，国家在刑事审判中事实上同时担任了裁判者和追诉者两种诉讼角色。这是刑事审判的一项显著特征。刑事审判的主要目的在于实现正义，使被告人受

³² [美]罗斯科·庞德：《通过法律的社会控制》，沈宗灵译，商务印书馆1984年版，第37页。

³³ 参见前引³¹，博登海默书，第385页。

³⁴ 前引²⁰，宋英辉书，第207页。

³⁵ 运用利益分析和利益权衡的方法，不加刑的规则虽有利于维护被告人的上诉权和上诉制度，但仍应看到：（1）上诉权存在的理由是基于避免错误成本或获得程序利益，但上诉显然增加了直接成本（[美]M·D·贝勒斯：《法律的原则》，张文显等译，中国大百科全书出版社1996年版，第78页以下）。（2）上诉权的行使与上诉制度的维护，与不加刑之间并无直接的、必然的联系，利益盘算有时不免落空；（3）刑事被害人学与诉讼民主化的潮流要求刑事诉讼尊重作为一个团体的被害人的权利和利益，不加刑的做法显然与此相悖；（4）不加刑有可能使同一罪行最后的处罚不同，公平作为被牺牲的代价，其间的利益损失如何估价？

³⁶ [美]R·德沃金：《认真地看待权利》，哈佛大学出版社1977年英文版（坎布里奇），第97页。

到公正的定罪和判刑。为了实现这一目的,现代法治国家一般均建立了诉讼职能的区分与制衡机制。有学者指出,程序确保法官选择“合乎理性”的途径之一是创造了根据证据资料自由对话的条件和氛围,使各种观点和方案得到充分考虑,实现优化选择。³⁷即尽量为两造提供创造平等的地位、提供相同的机会和条件,这在刑诉法上体现就是“控辩平衡原则”。刑事审判过程中,诉讼职能区分的机制要得以维持,除了控审职能分离以外,还有赖于控诉与辩护职能的相对平衡。我们认为,上诉不加刑原则在刑事訴訟法学上的直接理论来源,就是刑事诉讼中的“控辩平衡”理论。

全部刑事诉讼发达史可以概括为一个诉讼民主化、科学化的进程。“民主化”的主要表现,就是被告人在刑事诉讼中地位的上升轨迹,是控辩平衡理论从思想到实际的展开过程。

无论从历史还是现实的刑事诉讼过程来看,控诉方(检察官)与辩护方(被告人)在参与诉讼的能力方面存在着较为严重的不平等现象,这导致控辩双方诉讼地位的不平衡,这是一个不争的事实。我国学者已开始讨论刑事诉讼构造问题,但对诉讼构造标准的分类——控诉与辩护在刑诉中的关系及其比重,却少有系统研究,也就发育不出成型的控辩平衡理论,理不清对上诉不加刑原则的认识。

大陆法系上控辩平衡的原则,渊源于其政治思潮上要求平等优先的性格品位。卢梭在批判启蒙理性的教育、知识万能论时指出:“教育不仅能在没有受过教育的人之间制造差别,而且还随着所受的教育程度的不同而增大存在于前者之间的差别。因为一个巨人和一矮子在同一条路上行走,二人每走一步,彼此之间的距离却更为增长。”³⁸卢梭不是简单地否定教育和知识,他只想指出前者的不足,并通过其他途径来弥补差距,寻求社会公平。他的这一教育观点,后来被扩展为一种有意压低强者、补偿弱者的“反向歧视原则”(Reverse Discrimination),并被泛化为一种社会性的实质平等主张,进入政治实践。³⁹

国家追诉主义在现代刑事诉讼中的确立,一个副作用是控辩双方在攻击和防御能力乃至诉讼地位上的不平等性越来越严重。而诉讼法则,系采取当事人对等主义。⁴⁰法律一味鼓励双方对抗,诉讼就只能沦为弱肉强食的斗兽场,无丝毫公平可言。新的程序公平理论逐渐用实质平等的观念来克服控辩双方诉讼能力及地位不平衡状态:既然为了打击犯罪的需要,不能压低强者,就向一方提供对抗武器,以补偿弱者。主张通过赋予被告人一系列的诉讼特权来纠正双方地位的实质不平等。欧洲人权委员会最早提出了“平等武装”(Equality of Arms)的概念,该委员会在对“*öfner and Hopfinnnger V. Austria*”一案的裁决中认为:“检察官与被告人(在刑事诉讼中)的程序平等(procedure equality)一般可称为平等武装,这是公平审判的一项内在要素。”1972年举行的第12届国际刑法协会大会以“平等武装”为题对在刑事诉讼中控辩双方诉讼地位的平衡问题进行了探讨,对平等武装的地位与内涵进一步作了梳理,并提出了其实现的

37 参见季卫东:《程序比较论》,《比较法研究》1993年第1期。

38 卢梭:《论人类不平等的起源和基础》,李常山译,商务印书馆1982年版,第107页。

39 罗尔斯在《正义论》中对这种补偿论也有所论述。这种主张当然会引起被漠视和被侵权者的抗争,但也会有一部分人去拥护和实践。典型案例如“贝克诉加州大学案”:一九七八年,美国加州大学拒绝白人学生贝克进入它的医学院,同时却录取了一名成绩远不如贝克的黑人学生。贝克诉之法院。校方辩护说,这种“反向歧视”是作为一种补偿,补偿少数民族过去受到的不平等待遇。最后法院判决贝克败诉。参见朱学勤:《六十年代的教育危机与八十年代的语言破译》,载作者文集:《风声、雨声、读书声》,三联书店(北京)1994年版,第261页。

40 刁荣华:《刑事诉讼法释论》上册,台湾汉苑出版社,第6页。

途径。大多数代表均认为,平等武装的地位与内涵进一步作了梳理,并提出了其实现的途径。大多数代表均认为,平等武装应为刑事审判程序的一项必要特征,要实现控辩双方在法庭审判过程中地位的平衡,必须要过审判前和审判过程中对被告人的特殊保护来落实和保障。⁴¹

加强对被告人的特殊保护,使其拥有一些特权,是为了克服控辩双方实质上的不平等来换取实质的平等,也是数千年来人们对公平、正义等问题思考的理论结晶。刑事诉讼构造中积极惩罚、消极保护的设置,以及掌握在检察机关手中的国家权力往往使控诉在尚未开庭以前,就占据了主导地位。司法实务中检察官所处的与辩护方对抗的地位,使他们的公正性、客观性和中立性会有一种不可避免的限度,加强对被告人的特殊保护就更应视为一种对控辩双方地位的主要平衡手段。

从控辩平衡的理论和实际来看,加强对被告人的特殊保护就意味着强化被告人已有的诉讼权利,并赋予被告人一系列“特权”或保障。同时相应地分配给检察官一系列的特殊义务或负担,使被告人具备在法庭上与检察官相抗衡的能力,并与检察官平等地参与法庭审判活动。德国学者约阿希姆·赫尔曼在论及其本国的刑事诉讼法典时认为,“手段同等原则”和“诉讼关照义务原则”,是主导德国的刑事诉讼程序的刑事诉讼法原则之一。⁴²所谓“手段同等”和“诉讼关照义务”的内容,无不是从被告人的立场来考虑的规则设置。根据联合国《公民权利和政治权利国际盟约》与其他一些国际人权保障公约,以及世界各国刑事诉讼立法,这些旨在平衡控辩双方诉讼地位的特殊保护措施一般有:1. 被告人有权及时获知被控罪名和案由;2. 任何被告人都未必自我归罪;3. 被告人有权要求法院强制传唤证人;4. 保证被告人获得辩护律师的有效协助,并有充分的时间和便利进行辩护准备活动;5. 其他刑事诉讼中被告人当然享有的权利和便利。我们认为,上诉不加刑就属于前列第5项中被告人享有的其他“权利和便利”的内容。

我国刑事诉讼的构造主要是侧重控诉的,实践证明,这不仅不利于辩护职能的发挥,而且也不利于保证控诉的正确性,从而不利于裁判者“兼听”,影响裁决的公正性。基于这种分析,有学者设计了刑事诉讼横向构造的控辩统一式和纵向构造的侦审中断式。⁴³其实,这完全可以归入控辩平衡的理论来展开。在我国,被告人在诉讼中的对抗能力很可疑,保障、强化被告人的辩护权,无疑有重大的理论和实践意义。刑事诉讼中上诉不加刑原则的确立,为强化被告人的诉讼地位、推进控审平衡,提供了以下的支撑力:1. 上诉权是辩护权的重要内容,法律明确规定了上诉不加刑,为被告人行使上诉权提供了有效的法律保障,使辩护权得以全面行使和落实;2. 上诉发动的二审程序,直接产生判决不生效的法律后果,是对控诉方活动与成就的形式否定,并获得对一审裁判内容的全面复查、重新认定和裁决的机会;3. 上诉不加刑客观上鼓励被告人启动二审程序,只要被告人提起上诉,二审程序必须启动,使他拥有可与检察机关相媲美的“法律监督权”,这对法院和检察机关都是一个警示,督促其谨慎、负责行事,以使辩护方获得应有的权利与地位。上诉不加刑原则从对辩护方的程序补偿出发寻求刑事诉讼结构中的控辩平衡,辉映着现代刑事诉讼的民主精神。

41 参见前引[21],陈瑞华书,第261页。

42 [德]约阿希姆·赫尔曼:《德国刑事诉讼法典》中译本引言,李昌珂译,中国政法大学出版社1995年版,第12页。

43 李心鉴:《刑事诉讼的构造》,《中国法学》1991年第4期。

五、一点附论: 实事求是、程序正义与 上诉不加刑——观念的转变与提升

刑诉法学常常会置身于尴尬的境地,即学者苦心经营出来的种种“应该”,有些并不被立法者及司法者看好。其间固然有立法者及司法者对研究者的研究成果缺乏重视的因素,但仍然可以发现研究者自身的一些欠缺,即营构理论时,是否注意到了:(1)法过程的研究,包括立法的社会反映、法律规避以及如何克服不符合现代法精神的陈规陋习,是否纳入了研究者的视野;(2)对诉讼法文化与价值倾向的把握。⁴⁴ 上诉不加刑同样面临着类似的诘难和挑战,而这些非难集中到一点,就是文章开头废除论者的“实事求是论”及其背后的实体真实主义。

(一) 泛实事求是论: 迷失在雾瘴中的圣训

人们诉讼法观念中唯实事求是论、苛求有错必纠的背后,是司法操作与司法理想不分、法律事实和客观事实混同的制度。这二者又互动地渗透在法过程的各个领域。但被奉为圣训的实事求是并不能解决它自以为能摆平的所有问题。根据哲学上普遍性和特殊性、共性和个性的关系原理,就不能以实事求是方针具有普遍作用而否认各项具体工作的特殊矛盾、特殊规律的存在,更不能直接拿它来取代或抹杀各项具体工作的特殊原则、特殊方法。将这一高度概括和抽象的原则到处套用,不仅不能正确理解实事求是的精神,也无助于各类具体问题的解决。⁴⁵ 已有外国同行毫不客气地指出:从法律的角度讲,实事求是这一原则“似乎是循环论证,它并不能产法律逻辑的力量。因为没有法律后果的哲学命题对于司法来说不仅空泛无力,也是与其本意不合的”。⁴⁶ 刑事诉讼有许多体现自身特殊规律的原则,如无罪推定原则、非法证据排除规则等等,都是单凭一个实事求是原则解释不了的制度创新。

撇开刑事诉讼基本原则和司法规律不说,以有错必纠、刑不抵罪为由反对上诉不加刑,亦不免是一种缺乏全局目光和专业修养的浅见。刑事诉讼中有许多原则都是有例外的。例如审判公开原则,涉及个人隐私的案件就应例外。这种例外人们一般是能够理解的,并不因此而认为是矛盾对立的。就上诉不加刑原则来说,它作为一种例外也有其充足的理由:(1)例外的效力只是局部的、个别的,在只有为被告人利益的上诉审中适用不加刑的规则,对有错必纠等原则的影响,是很有限的;(2)允许例外,是因为存在着更为重要或同样重要的权益要保护,如果没有例外,该项权益将受到严重的侵害。上诉不加刑原则的存在,对在更广阔的范围内加强对上诉权的保障、落实二审终审制有着重要的意义;(3)上诉不加刑虽作为有错必纠的例外而存在,但二者的根本目的是一致的,对于完成刑事诉讼任务来讲,都是必不可少的。⁴⁷

(二) 从实体真实走向正当程序: 另一种正义观和法治观

废除论者以实事求是为口号把刑事司法的内容限定在查明案件和对犯罪的处罚上,反对

⁴⁴ 徐友军:《迈向第三台阶——刑诉法理学》,《中外法学》主编书,1990年第6期。

⁴⁵ 参见前引⑧,陈林林文:前引①,樊崇义主编书,第37页。

⁴⁶ [斯洛文尼亚]儒潘基奇语,转引自贺卫芳等:《关于司法改革的对话》,载刘军宁等主编:《市场社会与公共秩序》,三联书店(北京)1996年版,第151页。

⁴⁷ 参见前引①,樊崇义主编书,第508页以下。

上诉不加刑,要求有罪必罚,是一种彻头彻尾的实体真实主义。⁴⁸

实体真实意味着实体对程序的优先与超越,而将正当程序压制在奴婢的地位:只要认定案件真实准确,判决就不应因受违反程序规则的影响而得到肯定。依照中国传统的观念,法律以及法院解决争议的方法在社会关系中所占的地位是微不足道的,对于法律规则以及法院对这类规则的实施也不必给予很大的重视。⁴⁹ 程序法一直没有独立于实体法之外,其内部分化也很不充分。因而从总体上看,中国传统法律中形式主义的要害十分稀薄,缺乏一种形式上受到保证的法律和一种理性的管理和司法。⁵⁰ 中国的司法过程从来不是程序法的领地,正当程序、程序正义对老百姓来说,不啻于天外飞来的不速之客。如果仅因为程序违法或依据程序规则(如适用上诉不加刑),而为那些已先入为主地被划到敌对阵营中的罪人进行“开脱”,在观念和实践中都是难以接收和执行的。

但我们需要呼吸这些事物带来的新鲜空气,对我们的社会进行脱胎换骨式的改造。在西方旧的身分共同体关系解体与市场秩序确立这一历史过程中,有两项制度起到了神奇的作用:一个是社会或私法领域的契约;另一个就是国家或公法领域的程序。⁵¹ 在现代中国向法治国家艰难演变的进程中,程序的张扬和合理化将是关键。因为法律向日常生活世界中的渗透基本上是通过程序性的法律装置而实现的,也正是作为理性权威和传统权威结合体的程序,决定了法治与恣意的人治之间的基本区别。⁵² 基于这样的现实,正当程序、程序正义等概念开始被导入正义理论的体系。⁵³ 程序法也不再是“助法”,而是具有实体内容形成作用的法的重要领域。⁵⁴ 只要严格遵守正当程序、程序规则,结果就被视为是合乎正义。捍卫上诉不加刑在我国刑事诉讼法上的地位与作用,是为着一种新的正义理论能在古老的东方生根开花而未雨绸缪,也寄托着我们对未来法治国家的些许希望和信心。

48 [日]松尾浩也认为:“在实体法上针对国家法益的犯罪,要首先重视。由于这种犯罪而直接感到痛苦的国家,作为所谓生理上的防卫机能,要在诉讼上谋求确保处罚,就是当然的趋势了。在这个意义上,所谓实体真实主义,无非是必罚主义的委婉托词而已。”《刑事诉讼原理》,东京大学出版社1974年版,第127页。

49 [德]K·茨威格特、H·克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,贵州人民出版社1992年版,第615页以下。

50 [德]M·韦伯:《儒教与道教》,洪天富译,江苏人民出版社1993年版,第124页。

51 N·卢曼:《通过程序获得正统性》,转引自季卫东:《法律程序的意义》,《中国社会科学》1993年第1期。

52 [美]威廉姆·道格拉斯有一句广为传诵的名言:“权利法案的大多数规定都是程序性条款,这一事实决不是无意义的,正是程序决定了法治与恣意的人治之间的区别。”参见前引37,季卫东文。

53 [美]J·罗尔斯把程序的正义作为一个重要的部分来构筑他的正义理论体系,并区分了“纯粹的”、“完整的”和“不完全的”程序正义。参见《正义论》,哈佛大学出版社1971年英文版,第85页以下。而R·德沃金则认为,公平、正义和诉讼的正当程序,是政治理想所应具备的“三大美德”。见《法律帝国》,李常青译,中国大百科全书出版社1996年版,第148页。

54 谷口安平:《程序的正义与诉讼》,王亚新、刘荣军译,中国政法大学出版社1996年版,第7页。