

# 程序公正的理念及其实现

肖建国\*

## 一、正义与程序公正

### (一) 正义的规定性和分类

正义历来被视为人类社会的美德和崇高理想，是人类生生不息的追求。正义与法律的关系是法哲学上的一个经久不衰的论题。人们通常将正义视为法律制度应当具备的优良品质，法律只能在正义中发现其适当的和具体的内容，而理想的法律往往又成为正义的化身。但是，什么是法律正义？评价法律正义有哪些标准？这些问题在不同时代、不同国家、不同群体、不同学派，甚至不同的人中会有不同的理解。正象恩格斯谈到正义观念时指出的：“关于永恒公平的观念不仅因时因地而变，甚至也因人而异，它是如米尔柏格正确说过的那样，‘一个人有一个理解’”。<sup>〔1〕</sup>博登海默也说：“正义具有着一张普洛透斯似的脸，变幻无常，随时可呈不同形状，并具有极不相同的面貌。”<sup>〔2〕</sup>

正义是一个历史的、相对的概念，西方的思想家或法学家赋予了正义多种含义，如：正义是各人得其所应得（乌尔比安、西塞罗、格老秀斯）；正义即“和谐”（柏拉图、庞德）；正义即“平等”（亚里士多德、德沃金）；正义即“自由”（洛克、卢梭、杰斐逊、康德、斯宾塞）；正义即“安全”（托马斯·霍布斯）；正义指“自由与平等”（罗尔斯）；正义指法治或合法性（凯尔森、阿尔夫·罗斯）；正义就是“共同幸福”（阿奎那）。这些含义有的强调正义与人的理性的关系（如自然法学派），有的强调正义与法律规则的关系（如分析法学派）；有的强调正义的主观性（如乌尔比安、西塞罗、凯尔森、阿尔夫·罗斯），有的强调正义的客观性（如洛克、卢梭、杰斐逊、霍布斯）；有的强调实体正义（如乌尔比安、西塞罗、霍布斯），有的则还包含了程序正义的因素（如罗尔斯）。可见，正义具有多方面、多层次的规定性或含义。因此，比利时法学家佩雷尔曼指出：“正义是一个最为崇高但也最为混乱的概念之一。”<sup>〔3〕</sup>

尽管正义本身犹如“普洛透斯”的脸，变幻不定，但这并不意味着正义是主观的，不存在判断是否正义的客观标准。相反，无论在历史上最低限度的、不以立法者意志为转移的正义或当代世界中，都存在着人类社会普遍接受的某些正义观念，这些正义观念“是人类对自己生存发展的秩序、条件和规则的意识，是一种社会化的理性、理智”，<sup>〔4〕</sup>在一定程度上代

\* 北京科技大学文法学院讲师，民诉法学博士。

〔1〕《马克思恩格斯选集》第2卷，第539页以下。

〔2〕〔美〕E·博登海默：《法理学—法哲学及其方法》，邓正来等译，华夏出版社1987年版，第238页。

〔3〕C. Perelman, *Justice, Law, and Argument*, D. Reidel Publishing Company, 1980 p. 1.

〔4〕李德顺、戚渊：《关于法的价值对话》，《中国法学》1996年第5期。

表和体现着人的发展水平,人的自我意识和理性健全的程度,反映着法律的内在精神和实质。在法律思想史中,普遍的正义观念一般是同自然法联系在一起的,特别是在启蒙时代,自然法往往被理解为一个符合正义要求的、完整的和现成的规则制度,而不管它们在一国的实定法中是否得到了正式表达。尽管自然法关于人性永恒的假设具有唯心色彩,但是从现代眼光来看,任何社会秩序中都存在着一些最低限度的、不以立法者意志为转移的正义需求(当然发达与不发达的社会之间并非完全相同),自然法(如果说有的话)“只是构成了一个正义制度的最为根本的基础,它是由那些最低限度的公正和合理的标准组成的,没有这些标准,就没有可行的法律制度”。<sup>[5]</sup>在这里,自然法不是“法”,而是法的精神、法的理念、法的实质;正义不仅是法律所要实现的崇高目标,也是人们评价法律制度的价值标准。

为了说明正义的规定性,西方思想家或法学家对正义作了各不相同的分类。柏拉图将正义分为个人正义和国家正义,个人正义就是做好与自己秉性相适应的工作,不非分越位;国家正义是统治者依据各种人的秉赋安排合适的工作。亚里士多德将正义分为普遍正义和特殊正义两类。普遍正义又叫原始正义、抽象正义,指的是正义的根本和全体;特殊正义包括政治正义和法律正义,它又可分为分配正义和纠正正义两种。阿奎那把正义分为自然的正义和实在的正义,前者归结于自然之理,后者归结于契约或统治者的命令,后者从属于前者。<sup>[6]</sup>霍布斯将正义分为交换的正义和分配的正义,“交换的正义是立约者的正义……分配的正义则是公断人的正义”。<sup>[7]</sup>卢梭把正义分为两种:一种是普遍的正义或自然的正义,它源于事物的理性或上帝意志;另一种是约定的或法律规定的正义,它与约定者的公共利益相一致。<sup>[8]</sup>庞德把人们对正义的理解归为三种:“在伦理上,我们可以把它看成是一种个人美德或是对人类的需要或者要求的一种合理、公平的满足。在经济和政治上,我们可以把社会正义说成是一种与社会理想相符合,是以保证人们的利益与愿望的制度。在法学上我们所讲的执行正义(执行法律)是指在政治上有组织的社会中,通过这一社会的法院来调整人与人之间的关系及安排人们的行为”。<sup>[9]</sup>庞德认为,在这三种正义中,只有第三种才是真实可行的。

当代“正义理论集大成者”罗尔斯对正义作了系统的分类。他认为,正义可分为实质正义、形式正义和程序正义三大类。实质正义是关于社会的实体目标和个人的实体性权利与义务的正义,它包括政治正义(或宪法正义)、经济正义(或分配正义)和个人正义,其中政治正义和经济正义合称社会正义。形式正义又叫“作为规则的正义”或法治,其基本含义是严格地一视同仁地依法办事。实质正义与形式正义的差别在于前者对正义的要求是实质性的,后者只是形式上的。以平等为例,实质正义所要求的是人与人之间事实上的平等,而形式正义所要求的只是形式上的平等或法律上的平等,至于法律规则的内容本身是否正义和坚持它能否达到正义则在所不问。由于形式正义仅要求法律适用的公平性和一致性,因此,形式正义可能包括某些实质的非正义。程序正义是介于实质正义与形式正义之间的一种东西,它要求规则在制定和适用中程序具有正当性。程序正义又可分为纯粹的、完善的和不完善的程序正义三种。<sup>[10]</sup>

[5] 前引[2],E·博登海默书,第271页。

[6] 托马斯·阿奎那:《阿奎那政治著作选》,商务印书馆1982年版,第138页。

[7] [英]霍布斯:《利维坦》,黎思复等译,商务印书馆1985年版,第114页。

[8] 卢梭:《社会契约论》,何光武译,商务印书馆1980年版,第48页以下。

[9] [美]庞德:《通过法律的社会控制、法律的任务》,沈宗灵等译,商务印书馆1984年版,第73页。

[10] [美]罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社1988年版,第80页以下。

罗尔斯的正义论体系完整、结构宏伟、思想丰富，在西方思想界引起极大关注，被誉为“目前最佳的正义理论”。罗尔斯对正义的分类比较系统，并具有实际意义，因而获得了人们普遍的接受，我国一些学者在正义问题上也采纳了罗尔斯的分类方法。<sup>〔11〕</sup>本文对程序公正价值的论述，也是以这种分类为基础展开的。

具体说来，在法律制度中，实质正义（或实体正义）是指立法在确定人们实体权利义务时所要遵循的价值标准，如平等、公平、合理等。实体权利义务确定，本质上是对政治自由和平等、资源、社会合作的利益和负担进行权威性地、公正地分配。形式正义是指法律适用方面的正义，只要严格依法办事，或者说严格地执行和遵守体现实质正义的法律和制度，就符合形式正义。关于形式正义的经典表述是：“同样情况同样对待”或“类似情况类似处理”。形式正义以实质正义为前提，并为实质正义服务。程序正义是立法者在程序设计、司法者在程序操作过程中所要实现的价值目标。就程序利益的分配、程序权利义务的安排而言，程序正义与形式正义与实质正义有内在联系，就程序规范的普遍效力和遵循的强制性要求而言，程序正义与形式正义又密不可分。然而，与程序正义相比，实质正义和形式主义主要是一种“结果价值”，是评价程序结果的价值准则。而“程序的本质特点既不是形式性也不是实质性，而是过程性和交涉性”，<sup>〔12〕</sup>因此程序正义本质上是一种“过程价值”，它主要体现于程序的运作过程中，是评价程序本身正义与否的价值标准。然而迄今为止的法律解释学都是从形式的角度来理解程序的，凯尔森试图把一切法律现象都还原为程序法，达到严格的法律形式主义的极致。但程序未必可以完全归入形式的范畴，程序正义也不能简单地归结为形式正义。<sup>〔13〕</sup>程序正义价值可以广泛地适用于审判、调解、立法、行政等法律程序中。本文所谓“程序公正”，仅指诉讼程序的公正价值。

## （二）程序公正观念的演变

程序公正观念肇端于英国，并为美国所继承和发展。在英美法中，程序公正观念经历了从自然公正观到正当程序观的演变过程。自然公正的概念起源于自然法，在18世纪以前，这个概念常与自然法、衡平法等通用。近代以后，自然公正通常表示处理纷争的一般原则和最低限度的公正标准，又叫做“诉讼程序中的公正”，<sup>〔14〕</sup>其具体内容包括：“任何人不能自己审理自己或与自己有利害关系的案件”；“任何一方的诉词都要被听取”。<sup>〔15〕</sup>自很早以来，这两个原则就一直被牢固地确立于英国司法制度中。根据第一项原则，一个法律制度必须为保护权利和补偿损失提供公正的法庭，而且任何人都不得在自己的案件中充当法官。如果法官与判决结果有任何法律上或金钱上的利害关系，或者法官有偏袒一方当事人的可能性或迹象，那么法官应放弃审理该案。根据第二项原则，在当事人双方进行法律争讼时，法官应给予双方平等陈述己见的机会，并同等地看待他们的意见。这些原则制约着人们在法庭内外

〔11〕 严存生：《论法与正义》，陕西人民出版社1987年版，第155页。陈瑞华：《刑事审判原理论》，北京大学出版社1997年版，第53页。

〔12〕 季卫东：《法律程序的意义——对中国法制建设的另一种思考》，《中国社会科学》1993年第1期。

〔13〕 有些西方学者将程序正义与形式正义等同起来，认为“法律适用方面的正义是程序正义或形式正义”。这种观点是不正确的。参见张文显：《当代西方法哲学》，吉林大学出版社1987年版，第203页。

〔14〕 龚祥瑞：《西方国家司法制度》，北京大学出版社1993年版，第126页。

〔15〕 [英] 戴维·M·沃克：《牛津法律大辞典》“自然正义”词条，光明日报出版社1988年版，第628页。

行使司法职权时应当遵循的行为方式,如违反这些原则,有关的司法审判活动则被宣布无效。<sup>[16]</sup>

自然公正观本来是英美法中程序公正的最低标准,但英国法学家哈特完全从形式正义的角度解释自然公正观。他认为,每当人的行为受到公开宣布的并由司法适用的一般规则所控制时,也就必然实现了最低限度的正义——自然公正,因此,自然公正是由一般行为规则构成的,自然公正观的核心要素就是“同样情况同样对待”和“不同情况不同对待”。<sup>[17]</sup>美国哲学家罗尔斯也强调自然公正观与形式正义之间的关联。他指出,法治(形式正义)要求某种形式的恰当程序即一种设计合理的、体现自然公正观的诉讼规则体系,其中包括必须有合理的审理程序和证据规则;法官必须独立和公正;任何人不应审理他本人的案件;审理必须公正和公开,但又不受公众的喧哗所控制;等等。罗尔斯认为,自然公正观的准则,是用来维护司法诉讼的正直性的指针,它们能保障法律秩序被公正地、有规则地维持。<sup>[18]</sup>自然公正观现在是英国法院采行的一条最基本的宪法原则,并仍然是英国司法程序与非司法程序中所要遵循的准则,它适合于审理一切案件。这一准则在欧洲和美国也得到了发展,并已深入到欧美人的公正意识之中。在美国法中,自然公正观已被正当程序观所取代。正当程序一词首先由詹姆斯·麦迪逊在起草《权利法案》时提出,并被美国联邦宪法确立为一项基本原则。它具有一种技术上的精确涵义,只适用于法院的诉讼过程和程序。<sup>[19]</sup>正当程序有以下三个特征:(1)有权向不偏听不偏信的裁判所和正式法院陈述案情;(2)有权知道被指控的事由(事实和理由);(3)有权对控告进行辩解。<sup>[20]</sup>在美国内战前期,正当程序的概念扩大到对政府权力的限制,实质性正当程序代替了自然法的基本规范,宪法的核心从自然法的理论迅速转向对正当程序条款进行扩大解释,由此在美国形成了一种新的观念:不论是从实体法还是从程序法的观点看,个人的权利都是由正当程序保护的。正是由于正当程序包含了实体法方面的含义,才使它具有了限制政府权力的重要意义。美国宪法第5条修正案规定:“非经正当法律程序,不得剥夺任何人的生命、自由或财产。”该法第14条修正案对各州也提出了相同的要求。可见,美国宪法中的正当程序条款包含了实质性正当程序与程序性正当程序两方面的内容。前者是正当程序概念扩大化的产物,它直接了当地把最重要的实质性限制加到了政府权力之上;后者则是“正当程序”一词的始初含义,它要求解决争端的程序必须公正合理。据美国的《布莱克法律辞典》的解释,“程序性正当程序的中心含义是指:任何权益受判决结果影响的当事人都享有被告知和陈述自己意见并获得听审的权利……合理的告知、获得庭审的机会以及提出主张和抗辩等都包含在‘程序性正当程序’一语中。”<sup>[21]</sup>美国学者认为,程序性正当程序体现了正义对法律程序的基本要求,换言之,满足正当程序要件的程序才是合乎程序公正要求的,反之,合乎程序公正要求的程序就是正当程序。因此,“程序

[16] 在司法程序中,最早使用“自然公正”一词的是英国的普拉特法官。他负责起草了1723年“国王诉剑桥大学案”的判决书。在该案中,王座庭的裁决恢复了著名的本特利博士的神学博士学位。这个学位曾在剑桥大学副校长主持的一次会议上被取消,对此,本特利没有获得任何申辩的机会。担任该案首席法官的普拉特评论道:“此次会议在对他进行与之不利的指控、降低其资格的时候拒绝听取他的申辩,这与自然公平是不相容的”。参见[英]彼得·斯坦、约翰·香德:《西方社会的法律价值》,王献平译,中国人民公安大学出版社1990年版,第97页以下。

[17] [英]哈特:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第157页。

[18] 参见前引[10],罗尔斯书,第228页以下。

[19] 参见[美]伯纳德·施瓦茨:《美国法律史》,王军等译,中国政法大学出版社1989年版,第49页以下。

[20] 参见前引[14],龚祥瑞书,第128页。

[21] H·C·Black, *Black's Law Dictionary*, West Publishing Co. 1979. P. 1083.

性正当程序实际所表达的价值就是程序公正”。〔22〕

程序公正的观念在英美法中的出现和发展决不是偶然的現象。日本学者谷口安平将英美程序公正观念的演变归结为三个原因：陪审裁判以及作为其前提的当事人主义诉讼结构；先例拘束原则；衡平法的发展。首先，当事人双方在由一般市民组成的陪审团面前相互提出证据、进行辩论，陪审团对案件作出胜败的判决，陪审团的判决不提供理由，这样就无从检验判决结果是否符合客观真实，只能由程序的正当性来间接地支持结果的正当性。其次，先例拘束原则要求法院在审理与先前的案件相同或相似的案件时，应按照以往判决所确立的先例，对于相似的法律问题作出同样的判决。其前提也在于当事人及其律师尽量找出有利于己方的先例，并通过辩论说服法院予以适用。最后，衡平法是在缺乏普通法的救济方法时，由衡平法官根据当事人的申请并运用其自由裁量权，对案件作出适当的决定。在这里，保证衡平法官判决结果正确的仍然是程序。〔23〕在上述几个因素的影响下，英美法形成了重程序的传统，即不是以某种外在的客观标准来衡量判决结果正当与否，而是通过充实和重视程序过程本身以保证判决结果能够获得当事人的接受，这就是程序公正的精神实质。

### （三）程序公正的模式

美国哲学家罗尔斯在构筑他的正义理论体系时，是以程序倾向为特色的。在他看来，公正的法治秩序是正义的基本要求，而法治取决于一定形式的正当过程，正当过程又主要通过程序来体现。罗尔斯把程序正义作为一个独立的范畴加以类型分析，并根据程序正义与实体正义的关系将程序正义分为三种，即纯粹的、完善的、不完善的程序正义。本文以罗尔斯的程序正义分类为基础，展开论述程序公正（正义）的理论模式。

#### 1. 纯粹的程序公正

所谓纯粹的程序公正（pure procedural justice），指的是一切取决于程序要件的满足，不存在关于结果正当与否的任何标准。其典型事例是赌博，只要游戏规则不偏向某一赌客且被严格遵守，那么无论结果如何都认为是公正的。换言之，在纯粹的程序公正的场合，只要程序规则不有利于某个特定的参加者，是否合乎正义就只取决于程序而不取决于结果。据此，罗尔斯指出：“在纯粹程序正义中，不存在对正当结果的独立标准，而是存在一种正确的或公平的程序。这种程序若被人们恰当地遵守，其结果也会是正确的或公平的，无论它们可能会是一些什么样的结果”。因此，“纯粹程序正义的一个明确特征是：决定正当结果的程序必须实际地被执行，因为在这些情形中没有任何独立的、参照它即可知道一个确定的结果是否正义的标准。”〔24〕

就诉讼程序而言，纯粹程序公正具有巨大的实践优点，这就是：在满足正义的要求时，它不再需要追溯无数的特殊环境和个人不断改变着的相对地位，从而避免了由这类细节引起的非常复杂的原則问题。〔25〕纯粹程序公正在诉讼程序中仅适用于程序问题。以送达为例，送达纯属于一项程序行为，不管送达的是何种文书，也不管送达文书的内容正确与否，公正的送达程序应当是在适当的时间以适当的方式将文书送达给当事人及其代理人。然而诉讼程序并不是一个完全自我封闭、逻辑自足的体系，程序所达到的最终结果是判决，判决是用来解决实体问题的。因此，纯粹程序公正在很大程度上是诉讼程序的理想状态，要把它落实到

〔22〕 前引〔11〕，陈瑞华书，第57页。

〔23〕 参见谷口安平：《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4页以下。

〔24〕 前引〔10〕，罗尔斯书，第82页。

〔25〕 参见前引〔10〕，罗尔斯书，第83页。

现实的制度层面上去,还需要借助于一些程序技术手段(如法律拟制)。

## 2. 完善的程序公正

所谓完善的程序公正(perfect procedural justice),是指在程序之外存在着决定结果是否合乎正义的某种标准,且同时也存在着使满足这个标准的结果得以实现的程序这样的情况。在完善的程序公正的场合,虽然存在关于结果是否正当的独立标准,但是程序总是导致正当的结果。其典型事例是蛋糕等分问题,只要设定了切蛋糕的人最后领取自己应得的一份这样的程序,就能够保证均分结果的实现。罗尔斯指出,完善的程序公正有两个特征:“首先,对什么是公平的分配有一个独立的标准,一个脱离随后要进行的程序来确定并先于它的标准。其次,设计一种保证达到预期结果的程序是有可能的。”<sup>[26]</sup>可见,完善的程序公正具有两个关键要素,即独立的结果公正标准和保证结果公正的程序。

在诉讼程序中,的确存在着确定判决结果正当与否的独立标准,这种独立标准就是真实地再现争执事实,正确地适用实体法。然而,要让法官在有限的诉讼期限和程序空间内充分地、完全地再现程序之外的事实构成,达到客观真实是极其困难的。因此,那种希望设计出一种诉讼程序,只是适用它就一定能实现结果公正的想法是不切实际的。就现实的形态而言,诉讼程序的公正只能算是不完善的程序公正。

## 3. 不完善的程序公正

所谓不完善的程序公正(imperfect procedural justice),是指“虽然在程序之外存在着衡量什么是正义的客观标准,但是百分之百地使满足这个标准的结果得以实现的程序却不存在”。<sup>[27]</sup>在不完善的程序公正的场合,程序未必一定能导致正当的结果,程序之外的评价标准便具有重要的意义,其典型例子为刑事审判。在刑事诉讼中,即便法律被仔细地遵循,过程被公正、恰当地引导,程序要件规定得非常完备,也还是不能完全避免错误结果的发生。在这类案件中,错判所导致的“不正义并非来自人的过错,而是因为某些情况的偶然结合挫败了法律规范的目的”。因此,罗尔斯说,不完善的程序公正的基本标志是:“当有一种判断正确结果的独立标准时,却没有可以保证达到它的程序。”<sup>[28]</sup>

为了弥补不完善的程序公正的场合有能确保正当结果的问题,便需要借助于程序公正的正当化作用,普遍的做法是采用法律拟制,即通过追加一种所谓半纯粹的程序公正使结果正当化,常见的有陪审制度、当事人主义的参与保障等措施。具体说来,当事人自认的事实,法院可直接予以认定;当事人诉讼上和解,可以直接产生诉讼法上的效果,以及刑事诉讼中无罪推定原则和民事诉讼中的宣告失踪、宣告死亡程序,都是在“客观真实”不易达到时所采取的拟制规定。在这里,理论上是不完善的程序公正,在制度上却作为完善的或纯粹的程序公正而发挥了作用。

罗尔斯关于程序公正的上述三种分类较为恰切地反映了程序公正的性质。尽管程序公正总是被与通过程序而达到的结果公正联系起来考察,但是真正对我们有意义的还是纯粹的程序公正。罗尔斯的理论对人们的深刻启示在于,“在对一种至少会使一部分人的权益受到有利或者不利影响的活动或决定作出评价时,不能仅仅关注其结果的正当性,而且要看这种结果的形成过程或者结果据以形成的程序本身是否符合一些客观的正当性、合理性标准。”<sup>[29]</sup>

[26] 前引[10],罗尔斯书,第81页。

[27] 前引[23],谷口安平书,第2页。

[28] 前引[10],罗尔斯书,第82页。

[29] 陈瑞华:《程序正义论——从刑事审判角度的分析》,《中外法学》1997年第2期。

为了实现程序或者过程本身的正当性,把现实生活中不完全的程序公正通过一定的程序技术装置转换或拟制为纯粹的程序公正就显得至关重要了。

## 二、程序公正的立法实现:一般公正

### (一) 程序一般公正实现的前提

程序一般公正是立法者将公正的理念反映到现实的程序规范中的产物,它要求诉讼程序的设计应当符合公正的目标。程序一般公正与形式公正密切相关,并有所交叉,但又不同于形式公正的内容。一方面,用于解决社会冲突的程序本身必须体现公正价值,另一方面,在程序规范未曾涉及的领域,或者具体程序规范虽已涉及但与程序所应具有的正义精神相悖的情况下,适用正义精神解决纠纷。要实现程序一般公正,立法者在制订程序规范时,必然尽量满足以下两个前提条件:一是尊重当事人的意志和人格,二是承认法官的司法权威地位。

#### 1. 对当事人意志和人格的尊重

承认当事人的程序主体地位,确立诉讼程序中的“程序主体性原则”,<sup>[30]</sup>必然要求立法者尊重当事人的意志和人格。我们知道,程序主体的一个重要特性就是内在自由和外在自由的统一,或者说意志自由和行为自由的统一,而缺乏意志自由和行为自由的主体是不成其为“主体”的。立法者应当通过程序使当事人的精神净化,而不应在他们的尊严之上再施暴行。<sup>[31]</sup>立法者对当事人意志和人格的尊重,反映到程序法律规范上,就是全面、充分地保障当事人的程序基本权利:其一,立法者要尊重当事人的合法意愿,并使之具有诉讼法上的效果。诉讼过程是当事人之间、当事人与法院之间进行信息交流和沟通的过程,立法者既要维护当事人之间自主的横向交流活动,又要赋予当事人在与法院之间进行非自主的纵向交流时所提供的信息以束缚法院的权力。在诉讼程序的进行上,奉行“不告不理”的诉讼发动机制,并应当承认当事人在推进程序和终结程序上有一定的决定权。其二,立法者要尊重当事人的合法处分行为,并使之直接产生诉讼法效力。以民事诉讼法为例,民事诉讼法中的处分权原则,其理论根据和价值前提就是对当事人意志和人格的尊重,此所谓“私法自治”或“当事人意思自治”。对当事人合法处分行为的尊重表现于两个方面:一曰诉讼权利的处分,二曰实体权利的处分。前者体现在当事人合法的程序行为能够有充分的实施自由,包括:(1)诉讼权利的行使与放弃取决于当事人的自愿;(2)在有多种诉讼程序或多种诉讼手段可以适用时,当事人有选择权。后者体现为当事人在不损害第三人利益和社会公共利益的情况下,有处分自己实体权利的程序性权利,包括承认对方的请求、自行达成和解协议、申请法院调解等权利。

#### 2. 对法官权威的承认

实现程序一般公正的另一个前提是确立法官的权威地位。法官的权威包含了以下要求:(1)法官行为的神圣性。由于诉讼程序需要通过法官的具体行为才得以实施,因而程序的权威性便在实践中层次上衍化为法官行为的权威。(2)法官行为的公正性。法官常常被视为正义的守护者,法官的超然中立立场保证了其对待法律事务的公正无私的态度。(3)法官行为的合法性。英国著名法官布莱克斯通宣称,法官是“法律的保管者”,“活着的圣谕”。法官永

[30] 江伟:《市场经济与民事诉讼法学的使命》,《现代法学》1996年第3期。

[31] [美]伯尔曼:《法律与宗教》,梁治平译,生活·读书·新知三联书店1991年版,第59页。

远是法律评价的主体,法官的任何社会联系或社会的合法性评价对其行为不产生决定性影响。<sup>[32]</sup>在古典主义的法官形象中,“法官”这一职业成了社会公正的典型化的人格载体,是公正廉明、明断是非的崇高化身。

立法者对法官权威的强化旨在唤起人们对法律的信仰,而关于“法律神圣”的理解和体验首先是从能够看得见的程序形式中开始的。庄严的程序活动和严格的程序仪式会给人带来灵魂上的震撼,使人油然而生对法律的敬意、景仰和信心。法制史上宗教仪式与法律程序合而为一的内在根源,在于以神权为世俗的审判权被披上神圣的灵光;即使在神权旁落、皇权兴起的时代,法官形象的权威性仍然未曾受到人们的怀疑。在普通法国家,法官的黑色袍服、高高的法庭布置、开庭仪式(随全体起立而喊出“肃静!肃静!”)、严格的出场顺序、誓证程序和对法官的尊敬辞令(法官被人尊称为“阁下”)等许多法律仪式,也象宗教的多种仪式一样具有戏剧化色彩。这种戏剧化不仅是用来肯定一种有益于社会的价值的理知信念,而且是为了唤起把它们看作是生活终极意义之一部分的充满激情的信仰。并且,如果没有这个戏剧化的过程,程序公正价值便无以存身,意义尽失。正如美国法学家伯尔曼所言:“司法正义的诸多理想凭借它们在司法、立法和其他仪式中的种种象征标记而得以实现,在此过程中,它们根本不是被当作实现某种功利目标的工具,而是被奉为神圣之物,根本不是充当抽象的理念而是人所共享的情感。这些司法正义理想包括共同的权利、义务观念,公正审理的要求,对自相矛盾的反感,受平等对待的热望,对非法行为的憎恶,以及对合法性的要求,等等。”<sup>[33]</sup>

对法官权威的承认还要求立法者尊重法官的自主性,为法官行为留下一定的自由空间。判例法国家具有悠久的法官“衡平”和“自由裁量”传统,在无先例和成文法可遵循时,法官就被赋予了造法职能。在成文法国家,法律的抽象性与案件的具体性,法律的稳定性与社会的变动性之间的矛盾决定了法官在适用法律上应具有一定的创造性。无论是否授予法官立法的权力,法官总是不能回避诉诸于他们的、在立法上没有明确具体规定处理办法的某些社会冲突,司法权的被动性特点并不能完全排除诉讼程序中的法官意志。

## (二) 程序一般公正实现的途径

### 1. 程序公正标准的提出

程序一般公正实现的途径即程序公正的标准。在西方学者看来,程序公正的判断依据或具体形态是同动态的诉讼过程联系在一起的,离开程序一般公正实现的过程和途径,就无法全面说明程序公正标准的设置。美国学者泰勒认为评价某一法律程序是否公正的价值标准有:(1)程序和决定的参与性;(2)结果与过程的一致性;(3)执法者的中立性;(4)决定和努力的质量;(5)纠错性;(6)伦理性。<sup>[34]</sup>另一位美国学者戈尔丁则认为程序公正包含以下九项内容:(1)任何人不能作为有关自己案件的法官;(2)结果中不应包含纠纷解决者个人的利益;(3)纠纷解决者不应有支持或反对某一方的偏见;(4)对各方当事人的意见均给予公平的关注;(5)纠纷解决者应听取双方的辩论和证据;(6)纠纷解决者只应在另一方当事人在场的情况下听取对方的意见;(7)各方当事人应得到公平机会来对另一方提出的辩论和证据作出反应;(8)解决的诸项内容需应以理性推演为依据;(9)分析推理应建立于当

[32] 顾培东:《诉讼制度的哲学思考》,载柴发邦主编:《体制改革与完善诉讼制度》,中国人民公安大学出版社1991年版,第101页。

[33] 前引[31],伯尔曼书,第47页以下。

[34] Tom R. Tyler, *What is procedural Justice*, in *law and society Review* 22 (1988).



事人作出的辩论和提出的证据之上。<sup>〔35〕</sup> 戈尔丁提出的程序公正标准贯穿了直观的诉讼过程, 他认为, 只要坚持上述公正标准, 就能够促使争端从心理上得到真正解决, 并且还能确保各方当事人对整个司法审判制度产生信任, 这种信任构成了法律制度存在的基础。

我国学者对程序公正的标准存在不同的理解。归纳起来, 主要有以下五种观点:

两要素说。有学者认为, 程序公正性的判断标准是: 民事诉讼程序能否准确、及时和恰当地实现实体权利, 彻底地解决社会冲突。<sup>〔36〕</sup>

三要素说。有学者主张, “程序公正的实现决定于这样三个要素: 冲突事实的真实回复; 执法者中立的立场; 对冲突主体合法愿望的尊重”。<sup>〔37〕</sup>

四要素说。有学者提出, “程序公正与否的评断标准有四: (1) 当事人的地位平等; (2) 权利义务相当; (3) 排除恣意专断; (4) 程序合理”。<sup>〔38〕</sup>

五要素说。有学者认为, 程序规则的科学性、法官的中立性、当事人双方的平等性、诉讼程序的透明性、制约与监督性共同构成了程序公正的标准和要素。<sup>〔39〕</sup>

六要素说。有学者主张, “程序的民主性、程序的控权性 (从人权角度看)、程序的平等性、程序的公开性、程序的科学性和程序的文明性是现代法治社会对程序公正的要求, 离开了这六方面, 那么程序公正将是不完整的”。<sup>〔40〕</sup>

上述五种学说代表了我国学理对程序公正标准的认识, 各种学说之间虽然不乏某些共同点, 但总的说来差异很大。“两要素说”把实现实体权利、解决纠纷作为程序公正的标准, 其不妥之处在于它实际上把诉讼程序的外在价值、外在目的误认为是程序公正的要素。在“三要素说”中, “冲突事实的真实回复”和“对冲突主体合法愿望的尊重”则分别是实体公正 (结果公正) 的标准和程序一般公正实现的前提, 而非程序公正的价值标准。“四要素说”、“五要素说”和“六要素说”则从不同侧面展示了程序公正的价值标准, 不足点是要么过于抽象 (如程序合理性、程序的科学性), 要么把程序的性质和功能当成程序公正的标准 (如限制恣意、制约权力)。

那么如何确定程序公正的标准呢? 应当承认, 泰勒、戈尔丁和我国学者所列举的上述规则大致可以反映程序公正的一般标准和实现手段。然而, 即使规则列举得再详尽, 也无法综合而全面地反映程序一般公正的实现途径。这是因为, 程序公正的观念和标准总是不断发展变化的, 它们要与特定时代和特定社会的政治、经济、文化等方面的状况相适应, 并受制于一个社会的法律传统, 人们很难提出一种普遍适用于所有时代和社会的公正理想。<sup>〔41〕</sup> 但是, 我们也不能否认, 任何时代、任何社会的诉讼活动中程序主体对程序本身的需求具有某种共同性的因素, 这些共同性的因素才是程序的生命力之所在, 有了它们, 程序才会愈来愈发达, 程序技术才愈来愈科学。因此, 美国著名法学家坎贝莱特指出: 任何活生生的原则、制度或价值都不能脱离历史和社会中变幻着的具体情形。尽管如此, 诉讼法史上仍然存在着构成“审判制度的永恒的、不可更改的组成部分”的基本规则 (原则), 包括“由无偏见的法

〔35〕 [美] 马丁·P·戈尔丁:《法律哲学》, 齐海滨译, 三联书店 1987 年版, 第 240 页以下; 前引〔13〕, 张文显书, 第 204 页。

〔36〕 郭伟林:《论民事诉讼程序的公正性》,《南京大学法律评论》创刊号。

〔37〕 顾培东:《社会冲突与诉讼机制》, 四川人民出版社 1991 年版, 第 90 页。

〔38〕 张令杰:《程序法的几个基本问题》,《法学研究》1994 年第 5 期。

〔39〕 陈桂明:《诉讼公正与程序保障—民事诉讼程序之优化》, 中国法制出版社 1996 年版, 第 12 页以下。

〔40〕 孙笑侠:《两种程序法类型的纵向比较—兼论程序公正的要义》,《法学》1992 年第 8 期。

〔41〕 前引〔11〕, 陈瑞华书, 第 59 页。

官审判”、“平等防御”、“程序公开”等，这些原则是对诉讼程序“最基本的最低限度的要求”，<sup>〔42〕</sup>亦即程序公正的最低标准。英国人将这些原则贴上了“自然公正”的标签，美国人则称之为“正当程序”。

随着自然法概念的衰落，最低限度的程序公正标准逐步由观念形态转变为规范形态，通常在诉讼法典中就能找到它们的位置。但是二战以来的实践已悲惨地昭示了程序公正及其保障极易受到侵犯和变动，尤其是那些从德国、意大利和日本法西斯独裁和打击的梦魇里挣扎起来的国家，出于对滥用权力侵犯权利、践踏正义的憎恶，呈现出一种保护程序权利的普遍化趋势。这种不断增长的现象是所谓“现代宪政主义”（Modern Constitutionalism）的一个主要方面，其意思就是这些基本原则（规则）和程序保障是宪法性的，是比普通的诉讼法典具有更高效力的宪法规范。任何法律、法规都不得违反最低限度的程序公正标准，否则就有可能导致对立法者立法行为的合宪性进行司法审查。在这方面，美国和德国走到了前面。在美国，对于最低限度程序公正标准的程序保障具有宪法性特点，违反宪法的法律将被法院宣告无效。法院没有一种特别的诉讼程序来攻击不合宪的法律，只能把不合宪的法律作为具体案件判决中的一个事件而宣告无效，之后，先例原则便发挥作用，不合宪的法律虽然仍在“纸上”，但实际上已成“死法”。德国在对诉讼程序公正的宪法保护上更进了一步，除了规定最低限度程序公正标准以外，还规定了对立法行为的集中审查制度。自1951年以来，德国设立了一套称为“宪法申诉”的特殊程序，对于任何类型的行政行为、立法行为、司法行为，宪法权利受到侵犯的个人都可以直接向联邦宪法法院提出申诉。<sup>〔43〕</sup>美国和德国的做法引起了很大反响，许多国家纷纷采纳了这种制度，如日本、比利时、西班牙、瑞典、意大利等。

与最低限度程序公正标准的宪法化相类似的发展是程序公正标准及其保障的国际化。越来越多的国际文件承认和接受了最低限度程序公正标准。如《世界人权宣言》第9条至第11条、《公民权利及政治权利国际公约》第14条第3项、《欧洲人权宣言》第6条第3项及《美洲人权宣言》第8条都分别规定了“最低限度程序保障”或最低限度程序权利，它们体现了最低限度程序公正观念和标准。不过，从严格的实定法的观点看，由于多数国际文件无强制实施的有效手段，这些规定几乎无法律意义。唯有1950年的《人权和基本权利欧洲公约》是一个例外，该公约于1953年9月3日生效，有21个加入国。该公约第21条第1款允许公民直接向公约的审判机构（1975年成立了欧洲法院）申诉，这一条款使公约具有司法强制力而不仅是理论意义。公约为其成员国设定了程序公正的最低标准，某些规定只适用于刑事诉讼，某些还能适用于民事诉讼程序。《欧洲公约》具有国内法上的强制力，它能弥补国内法在最低限度程序公正标准规定上的不足，同时能使成员国的公民获得超国家的救济。

笔者认为，最低限度程序公正标准的宪法化和国际化趋势并不能完全代替诉讼程序立法。宪法和国际文件上的程序公正标准只是粗线条的规定，它的具体化还需要民事、刑事、行政诉讼法的支持。诉讼程序设计必须体现这些价值标准，不遵守这些标准必然给人们带来不公正感。根据笔者的归纳，确定诉讼程序公正的最低标准应当从两个方面入手：一是实现一般公正的诉讼构造，这方面的标准有法官中立原则和当事人平等原则；二是实现一般公正

〔42〕 Mauro Cappelletti and Bryant G. Garth, *International Encyclopedia of Comparative Law Civil Procedure Introduction* P. 43, 1986 by Martinus Nijhoff Publishers.

〔43〕 前引〔42〕，Cappelletti and Garth书，第49页以下。

的动态过程，这方面的标准主要有程序参与原则、程序公开原则和程序维持原则。

## 2. 法官中立原则

程序公正首先要求法官处于中立地位。中立性原则是现代程序的基本原则，是“程序的基础”。<sup>〔44〕</sup>法官的中立是相对于当事人和案件而言的，它表明在诉讼结构中，法官与双方当事人保持同等的司法距离，对案件保持超然和客观的态度。中立是对法官最基本的要求。不中立便是偏私，便是法官与当事人的角色混淆，其结果的不公正乃是必然的。人们常常把法官形象地描绘为足球场上的裁判员，本身并不踢球，而是让参赛双方按照既定的游戏规则竞赛，并最终宣布居优势地位一方获胜。这就是法官中立（尤其是在英美法中）的生动写照。

法官中立原则包括以下两项具体要求：（1）法官同争议的事实和利益没有关联性。按此，法官既不能裁判有关自己的争讼，也不得与案件结果或争议各方有任何利益上或其他方面的关系。强调法官与案件事实和利益上的非关联性，对于保持法官的中立性无疑是必要的。正如英国法谚所说：“一个人不能在自己的案件中当法官，因为它不能既做法官又做当事人”，既做裁判员又做运动员。法官是正义的守护神，但法官同时也是人，也有情感需要和利益需求。如果法官或与之有利害关系的人成为当事人，那么法官在诉讼中的双重角色难以保证纠纷解决过程和裁判结果的公正性。在这种情况下，回避制度的设置就非常必要了。（2）法官不得对任何一方当事人存有歧视或偏爱。法官中立不仅要求他同争议事实和利益没有牵连，而且要求他个人的价值取向、情感等因素不产生“偏异倾向”。法官对某一方当事人的偏见，既可能源于纠纷解决过程中所形成的义愤、同情等情感上的好恶，也可能源于法官对案件事实和法律上的价值判断。法官的偏见和预断会妨碍他公平地对待当事人各方，公平地处理纠纷。为此，有必要通过法官的资格认定、分权制衡等制度来保证法官中立的实现。

有的学者把中立原则视为一种消极性原则，甚至把法官中立和法官在诉讼中的消极作用等同起来。这种观点虽有一定道理，但不全面。实际上，法官中立原则在对抗制和纠问制诉讼模式下分别有不同的表现。在对抗制下，法官以相当消极的方式行使其司法权，诉讼程序进行的控制权操于双方当事人及其律师之手。波洛克爵士指出，在英美法中，“法官是中立的；它们对当事人加以裁断，甚至在刑事案件中或涉及国家公务时也不能实施一种官方性质的调查”。<sup>〔45〕</sup>如果法官积极、主动地参与对证据的调查和对证人的询问，就会打乱对抗制的竞技规则，妨碍律师开示证据，并损害法官的中立性和公正性。英国著名法官丹宁勋爵审理的一起上诉案就是一个典型的例子。在这个案件中，双方当事人的上诉理由都包括初审法官哈利特爵士提问过多而使案件难以得到公正审理。丹宁勋爵在上诉判决中指出：

“在民事诉讼中不允许法官传唤他认为可以使事实得到澄清的证人，这在我国法律中规定得相当死。法官只能传唤诉讼双方请来的证人。同样，要由律师来轮流质询证人，而不是由法官来质询，以免显得法官有所偏袒。而且要由律师尽可能完整有力地阐明案情，不要粗暴地打断律师的话头，以免影响他辩护的效果。法官的事情就是听取证词。只有在需要澄清任何被忽略或不清楚的问题时，在需要促使律师行为得体以符合法律规范时，在需要排除与案情无关的事情和制止重复时，在需要通过巧妙的插话以确保法官明白律师阐述的问题以便作出估价时，以及最后在需要断定真相所在时，法官才能亲自询问证人。假如他超越此

〔44〕 季卫东：《程序比较论》，《比较法研究》1993年第25期。

〔45〕 转引自〔美〕格伦顿、戈登、奥萨魁：《比较法律传统》，米健、贺卫方、高鸿钧译，中国政法大学出版社1993年版，第144页。

限,就等于是自卸法官责任,改演律师角色。但是这种改变对法官并没有好处。培根大法官说得很对,他说:‘听证时的耐心和庄重是司法工作的基本功,而一名说话太多的法官就好比一只乱敲的铜钹。’这就是我们的标准,这些标准定得很高,不能指望我们始终都能达到。在追求司法公正时,我们可能会过于热心,以致不够稳重,于是就会出差错、栽跟头。这里发生的事情就属于此种情况。一位思维敏锐、学识渊博、动机良好的法官却由于介入案情辩论的次数太多,结果造成诉讼双方的一方——不,双方——控告他不能公正审案,而本庭认为控告是有道理的”。<sup>[46]</sup>

上诉法院最后判决本案重新审理,哈利特也由于此案而结束了他的法官生涯。

上述情形只能发生在英美的对抗制诉讼模式中。但在大陆法的纠问制下,法官中立并不意味着法官的消极角色。相反,大陆法的法官对于诉讼程序的进行起着主导和支配作用。法官的中立不是表现为法官对于当事人的诉讼行为袖手旁观,而是在尊重当事人意志和人格的前提下,通过揭露事实真相来指导诉讼。“大陆法的法官认为自有足够的把握和理由听取、收集和评断所有的证据及其有效性。他不排斥传闻证据,而是确定对其赋予何种证明价值。如果必要,他将毫不犹豫地使用有说服力的言辞来使陪审员了解在他看来是可能歪曲的事实。”<sup>[47]</sup>可见,大陆法系国家的法官在案件事实的确认和发现方面,比英美法系法官具有更强的积极性和主动性,从这个意义上说,大陆法的法官属于积极型的法官。积极型法官在中立性上比消极型法官显然要弱一些。

### 3. 当事人平等原则

在诉讼程序中,当事人平等是一项基本诉讼原则,一般认为它包括两层涵义:一是当事人享有平等的诉讼权利,二是法院平等地保护当事人诉讼权利的行使。前者是“静态的平等”,指的是当事人双方诉讼权利和诉讼义务在立法上的分配;后者是“动态的平等”,指的是法院或法官在诉讼过程中给予各方当事人以平等参与的机会,对各方的主张、意见和证据给予同等的尊重和关注。

法学上的“平等”,只能是同样情况同样对待,不同情况不同对待。当事人平等是“法律面前人人平等”这一宪法原则的必然派生。“法律面前人人平等”是有时空限制的,“表现在司法制度中,就是人人都有起诉权”。在这里,“法律面前”平等是指在“正式的法庭面前”即“法官面前”,并且是在审判过程之中的平等。因此,龚祥瑞先生说,“‘法律面前人人平等’是指程序性的权利平等,实质性的权利是无法平等的。”<sup>[48]</sup>英国学者戴雪也认为,当事人平等包含着享有同样法律程序,适用同样法定手续的权利。诉讼权利平等的意义在于保证当事人各方处于平等地位,以便形成立场上的对立性和竞争性,这就是所谓的“对峙”(opposition),<sup>[49]</sup>在刑事诉讼和行政诉讼中是权力与权利的对峙,即握有控诉权或行政权的一方与弱势者的个人之间的对立,在民事诉讼中则是居于平等地位的民事主体之间的对立。通过对立面的设置及其竞争性的活动,可以强化程序参加者的动机,使法官获得全面的信息。特别是在英美的对抗制下,“法官地位的消极与当事人地位的均衡的结果便是实实在在的

[46] [英]丹宁勋爵:《法律的正当程序》,李克强等译,群众出版社1984年版,第52页。

[47] [美]埃尔曼:《比较法律文化》,贺卫方、高鸿钧译,生活·读书·新知三联书店1990年版,第174页。

[48] 前引[14],龚祥瑞书,第117页以下。

[49] “对峙”是黑格尔在《历史哲学》一书中用来描述历史的辩证过程时使用的一个概念。他认为,历史的真实意义存在于对峙之中,即“普遍的绝对的东西”与“有限的存在”的对峙,“主观的东西”同“客观的东西”的对峙。参见陈端洪:《对峙——从行政诉讼看中国的宪政出路》,《中外法学》1995年第4期。

的对抗”。<sup>[50]</sup> 英美人常把诉讼比作战争：原告武装以诉讼形式，仿佛佩上了刀剑，因此，被告要用抗辩装备起来，作为盾牌加以抵抗。<sup>[51]</sup> 在“诉讼战争”中，基于“武器平等”的理念，必须赋予当事人双方平等的诉讼权利进行“攻击”和“防御”。就此而论，诉讼权利平等是公正审判的先决条件。

当事人平等的第二层涵义是平等保护和平等对待。当事人平等的实现还仰赖于法官的平等保护。所谓平等保护，就是无差别对待，它包括两项基本要求：一是法官在诉讼程序进行中应给予双方当事人平等的机会、便利和手段；二是法官对各方的意见和证据予以平等的关注，并在制作裁判时将各方的观点均考虑在内。<sup>[52]</sup> 法官在诉讼中的神圣职责之一是维护当事人平等的诉讼地位，并为他们平等地行使诉讼权利提供便利条件，同时要求他们平等地履行诉讼义务。法国哲学家皮埃尔·勒鲁关于“平等创造了司法和构成了司法”<sup>[53]</sup>的论断就是从这个意义上提出来的。但是，平等保护并不完全否定基于合理立法目的的“差别对待”。对于当事人中的弱者，立法上应给予他们一定程度的特殊保护，保证他们拥有与强者实质上平等的参与诉讼的能力和机会，其典型例子是法律援助制度。由于程序参与各方事实上的不平等，“差别对待”在刑事诉讼和行政诉讼中意义更大。具体做法有：证明责任由控方承担（在行政诉讼中由行政机关负举证责任）；不得强迫被告人自证其罪；无罪推定；非法获得的证据受到严格限制乃至必须予以排除等等。

#### 4. 程序参与原则

美国学者朗·富勒曾精辟地指出：“使审判区别于其他秩序形成原则的内在特征在于承认审判所作决定将对之产生直接影响的人能够通过一种特殊的形式参与审判，即承认他们为了得到对自己有利的决定而提出证据并进行理性的说服和辩论。”<sup>[54]</sup> 富勒关于审判的定义与程序参与原则是一致的。在英美法中，程序参与原则又称为“获得法庭审判机会”的原则。其涵义是，那些利益或权利可能会受到裁判或诉讼结局直接影响的人应当有充分的机会富有意义地参与诉讼的过程，并对裁判结果的形成发挥其有效的影响和作用。<sup>[55]</sup> 具体说来，在涉及当事人利益、地位、责任或权利义务的审判程序中，应从实际上保障其具有参与该程序以影响裁判形成的程序权利；而且在裁判作成之前，应保障当事人能够及时、正确地提出诉讼资料，陈述意见，或进行辩论的机会，在未被赋予这种机会的情况下所收集的事实及证据资料，不能直接作为法院裁判的基础。

程序参与原则在宪法上的依据是政治参与。在民主社会中，政治参与是指普通公民通过对政治活动尤其是政治决策活动的参与来影响或试图影响某种结果的一种行为，它要求“所有的公民都应有平等的权利来参与制定公民将要服从的法律的立宪过程和决定其结果”。在罗尔斯看来，正义的宪法首先应是一种满足平等自由要求的正义程序，并且在所有可行的正义安排中，它比任何其它安排更可能产生出一种正义的和有效的立法制度。而参与原则是实现宪法正义（即政治正义）的主要手段。为此，“宪法必须采取一些措施来提高社会所有成员参与政治的平等权力价值。宪法必须确保一种参与、影响政治过程的公平机会。”<sup>[56]</sup> 参与

[50] 贺卫方：《对抗制与中国法官》，《法学研究》1995年第4期。

[51] 语出 *Hobert's Englishking's Bench Reports*, P20 转引自前引 [50]，贺卫方文。

[52] 前引 [11]，陈瑞华书，第66页。

[53] [英] 皮埃尔·勒鲁：《论平等》，王允道译，商务印书馆1988年版，第66页。

[54] Lon Fuller, *The Form and limits of Adjudication*, in *Harvard Law Review* 92 (1978), P364.

[55] 前引 [11] 陈瑞华书，第61页。

[56] 前引 [10]，罗尔斯书，第211页以下。

原则的意义在于它能迫使当权者关心选民的现实利益,使每个人都有同样的途径进入宪法所建立的政治秩序中。

“参与原则适用于各种制度”,<sup>[57]</sup>诉讼制度当然也不例外。对于诉讼程序公正来说,最重要的就是作为争议主体的当事人能够有充分的机会参与诉讼程序,提出自己的主张和有利于自己的证据,并反驳对方的证据、进行交叉询问和辩论,以此来促使法院作出尽可能有利于自身的裁判。只有从制度上充分地保障当事人享有和行使程序参与权,诉讼程序的展开本身才能为审判的结果带来正当性。除了具有这种工具性意义外,程序参与原则还有独立的内在价值,“因为各方一旦能够参与到程序过程中来,就更易于接受裁判结果;尽管他们有可能不赞成判断的内容,但他们却更有可能服从它们”。<sup>[58]</sup>

程序参与原则有两项基本要求:(1)当事人对诉讼程序的参与必须是自主、自愿的,而非受强制的、被迫的行为。自愿参与的要求基于如下理论预设,即“人在其生活目的、满足方面是一个理性最大化者(rational maximizer)”。<sup>[59]</sup>一个有理性的人会运用逻辑推理和所有相关的可以获得的信息,去实现愿望和价值,决定如何行动。在诉讼过程中,当事人也是自我利益的最大化者,“不告不理”和禁止依职权更换当事人的规定体现了当事人参与诉讼的自愿性。自愿参与原则要求立法者和法官尊重当事人的意志和人格,不能把当事人当作实现某种目的的工具,比如当事人仅仅被动地出席或陈述自己的意见等在许多情况下并不能成为真正意义上的程序参与。

(2)当事人必须具有影响诉讼过程和裁判结果的充分的参与机会,这是程序参与原则的核心内容。美国哲学家贝勒斯从诉讼程序动态过程的角度把程序参与机会分解为以下6个要素,即在合理的时间内公开审理、充分的通知、获得律师帮助的权利、提出和反驳证据的机会、裁判以当事人在诉讼中提供的信息记录为基础以及当事人对裁判上诉的机会。<sup>[60]</sup>事实上,贝勒斯提出的这些要素触及到了诉讼程序的全部过程,并且在《公民权利及政治权利国际公约》、《欧洲人权公约》和《美洲人权公约》中都有所反映。在笔者看来,当事人程序参与机会的实质含义是:在法院作出有关严重影响他们权益的裁判前,当事人应有充分的机会表达自己的意见、观点和主张,并对他方当事人的证据和主张进行质证、反驳和抗辩,以便将裁判建立在这些主张、证据、辩论等所进行的理性推论的基础上。为此,法院要在当事人之间适时沟通诉讼信息,把一方的主张和证据及时告知对方,确保每一方都有充分的时间进行攻击或防御准备,确保参与能力不足的当事人获得必要的法律帮助。

## 5. 程序公开原则

程序公开又称审判公开,它是指民事诉讼程序的每一阶段和步骤都应当以当事人和社会公众看得见的方式进行。其主要内容包括:第一,法院在开庭前公告当事人姓名、案由和开庭的时间、地点,以便公众旁听。第二,除法律规定不公开审理的案件外,应当允许公众旁听和新闻记者采访报道,公众可以旁听审判的全过程,包括法庭调查、法庭辩论、宣判等。在英美法系国家和瑞士,甚至允许公开合议庭成员的不同意见,当事人和旁听者能够目睹法官们的争论及其结果;而在大陆法系国家,传统观念是把法院作为一个权威机构面对外界,它的判断是一致的判决,法官的文官心理也保证其不泄露合议庭的少数意见。但是近年来,

[57] 前引[10],罗尔斯书,第217页。

[58] Michael D. Bayles, *Principles of law* p. 32, 1987 by Reidel Publishing Company.

[59] [美]理查德·A·波斯纳:《法律的经济分析》上册,蒋兆康译,中国大百科全书出版社1997年版,第3页。

[60] Michael D. Bayles, *Procedural Justice*, p. 39, 1990 by Kluwer Publishing Company.

大陆法系国家的态度有了缓慢的变化，至少日本法院和德国宪法法院是允许公布不同意见的。<sup>〔61〕</sup>第三，不论案件是否公开审理，判决都必须公开宣告。

程序公开原则长期以来被视为程序公正的基本标准和要求。英国有句古老的法律格言：“正义不但要伸张，而且必须眼见着被伸张”（Justice must not only be done, but must be seen to be done）。这并不是说，眼不见则不能接受；而是说，“没有公开则无所谓正义”。<sup>〔62〕</sup>程序公开原则的主旨就在于让民众亲眼见到正义的实现过程。这一过程对当事人和社会公众具有提示、感染和教育作用，同时程序公开提供了对诉讼过程实施社会监督的可能，“如果公正的规则没有得到公正地适用，那么公众的压力常能够纠正这种非正义。”<sup>〔63〕</sup>

程序公开是司法民主程度的标尺。由古至今，受程序的技术性所影响，各个时代各个国家诉讼程序的公开程度不相一致，总的规律是：司法审判的民主化程度越高，程序的公开性也越高，反之，司法审判越是具有专制特征，程序的秘密性越强。在罗马早期的法定诉讼和程序诉讼中，诉讼程序从审理到宣判完全公开。随着帝政时期司法专制主义的加强，秘密审判程序普遍适用于司法实践。在中世纪，无论是教会诉讼还是世俗诉讼，都主要采用秘密方式进行，诉讼的整个过程基本是封闭的，不仅对社会而且对当事人也保持着一种隔绝状态。<sup>〔64〕</sup>中世纪欧洲宗教裁判所在程序的秘密性上达到了登峰造极的地步。为了惩治异端者，号称“神圣”法庭的宗教裁判所使用一套秘密的告发、侦讯、审问制度，《宽容》的作者房龙对这种秘密法庭所带来的灾难进行了鞭挞，他指出：

“在整整五个世纪里，世界各地成千上万与世无争的平民仅由于多嘴的邻居的道听途说而半夜三更被从床上拖出来，在污秽的地牢里关上几个月或几年，眼巴巴地等待既不知姓名又不知身份的法官的审判。没有人告诉他们罪名与指控的内容，也不准许他们知道证人是谁；不许与亲属联系，更不许请律师。如果他们一味坚持自己无罪，就会饱受折磨，四肢都被打断。别的异教徒可以告发他们，但要替他们说好话却是没有人听的，最后他们被处死时连遭到如此厄运的原因都不知道。”<sup>〔65〕</sup>

中世纪以前采用秘密诉讼程序的目的并不在于排除社会势力对诉讼的干扰，保障审判的独立性，而是以它为手段维护统治阶级的暴力和私利。马克思指出：“有人把怕见天日的私人利益运进我们的法里，就必须赋予这种内容以相应的形式，即秘密的诉讼程序的形式。”<sup>〔66〕</sup>“秘密”总是与专制为伍的，作为一种统治艺术，它对庶民百姓有特殊的威慑作用。在近代资产阶级革命中，黑暗的中世纪司法制度受到猛烈抨击，司法民主化成为一种潮流，程序公开取代了秘密审判，并和审判独立一样受到资产阶级的推崇。被誉为“刑法学之父”的贝卡利亚 18 世纪就提出“审判应当公开”<sup>〔67〕</sup>的主张。近代以来，程序公开作为一项诉讼原则先后被各国法律和多数国际性法律文件所确认。我国现行民诉法（第 10 条和第 120 条）、刑诉法（第 11 条和 152 条）和行诉法（第 6 条）也规定了这一原则。程序公开原则之所以获得广泛接受。其原因在于它是衡量程序公正与否的一个重要指标。

程序公开与审判独立虽然都具有民主意义，但二者在实践中并不是完全协调的。审判独

〔61〕 前引〔47〕，埃尔曼书，第 228 页以下。

〔62〕 前引〔31〕，伯尔曼书，第 48 页。

〔63〕 前引〔60〕，Bayles 书，第 42 页。

〔64〕 前引〔32〕，第 194 页。

〔65〕 [美] 房龙：《宽容》，连卫等译，生活·读书·新知三联书店 1985 年版，第 136 页。

〔66〕 《马克思恩格斯全集》第 1 卷，第 178 页。

〔67〕 [意] 贝卡利亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，中国大百科全书出版社 1993 年版，第 20 页。

立客观上要求程序保持一定的封闭性,而程序公开则在某种程度上影响审判独立的实现。二者之间相互作用的结果是:既不存在绝对的程序公开,也不存在绝对的审判独立——程序公开和审判独立都是相对的。现代诉讼程序都以一定程度的相对封闭来维系相对的审判独立,同时又在相对独立的前提下保证程序的相对公开。<sup>〔68〕</sup>

#### 6. 程序维持原则

程序维持原则是关于诉讼行为及其效力设置的一项程序公正标准,它是指诉讼行为一旦生效之后要尽量维持其效力,不能轻易否定其既定内容。“程序的公正性的实质是排除恣意因素,保证决定的客观正确。”<sup>〔69〕</sup>在这一方面,程序维持原则具有重要的功能。程序具有操作过去的可能性,程序启动之时,程序主体具有最大的意志自由和行为自由。然而,随着程序的展开,人们的操作越来越受到限制。具体的言行一旦成为程序上的过去,即使可以重新解释,但也绝不能推翻撤回。经过程序认定的事实关系和法律关系,都一一被贴上封条,成为无可动摇的真正的过去,而起初预期的不确定性也逐步被吸收消化。一切程序参与者都受自己的陈述与判断的约束,事后的抗辩和反悔一般都无济于事。上诉、申诉等程序虽可以创造新的不确定状态,但选择的余地已经大大缩小了。<sup>〔70〕</sup>

程序维持原则要求立法者赋予程序主体的诉讼行为以法定效力,并且禁止任意诉讼。诉讼行为是在诉讼法上引起某种效果的行为,诉讼行为是否成立,是否有效以及是否合法等,都应当取决于诉讼法的规定。诉讼法对诉讼行为的这种调整方法在法理学上称为法定主义调整方式,这与法律行为的调整方法恰成反照。这是因为,诉讼行为并不象法律行为那样表现为独立的意思表示,而是与其他行为紧密联系,构成一个前后相继的诉讼行为链条。在诉讼中,原则上应排斥意思主义,而采表示主义(或称客观主义),因而当事人的诉讼行为一般与行为的真意表示无涉。按照表示主义理论,诉讼行为的效力以行为当时的客观效果为准,而不深入探究行为人的内心真实意思,因此,即使行为人的真意与表示不符,在效力认定上也以其客观表示为准。由此可见,诉讼行为效力上的表示主义与法定主义的调整方式在很大程度上具有一致性。

### 三、程序公正的司法实现:个别公正

程序个别公正是司法者(即法官)将普遍公正的程序规范适用于具体案件和具体情况的产品。个别公正必须以立法的公正无私为前提。马克思指出:“如果认为在立法者偏私的情况下可以有公正的法官,那简直是愚蠢而不切实际的幻想!既然法律是自私自利的,那末大公无私的判决还能有什么意义呢?法官只能一丝不苟地表达法律的自私自利,只能够无条件地执行它。”<sup>〔71〕</sup>由于程序规范本身的局限性,通过立法所确立的一般公正在适用于个别案件时,并不能自动地转化为个别公正,而是有赖于法官能动的司法活动。一般公正是使多数人或一切人在典型情况下都能各得其所的分配结果。但社会冲突千差万别,法官在处理具体案件时必须根据具体情况对一般规定有所变通,以实现个别公正。所以,个别公正是指在一般公正的指引下,对个别人、个别案件处理的公正。程序个别公正个案处理的特点,能够在

〔68〕 前引〔32〕,第195页。

〔69〕 前引〔44〕,季卫东文。

〔70〕 前引〔44〕,季卫东文。

〔71〕 《马克思恩格斯全集》第1卷,第178页。



一定程度上弥补程序规范确定性、概括性和抽象性所可能损及的某些公正。

程序个别公正必须通过法官的司法活动来实现，法官是程序个别公正的人格载体。程序个别公正与否评价的指向，只能是法官而非当事人。培根非常强调法官在实现个别公正上的作用，他指出：“一次不公的（司法）判断比多次不平的举动为祸犹烈。因为这些不平的举动不过弄脏了水流，而不公的判断则把水源败坏了。”<sup>〔72〕</sup> 尽管通过司法实现个别公正是近现代世界各国的共同要求，但是法官采用何种途径实现个别公正，以及如何妥善处理程序个别公正与一般公正的关系，不同的国家基于不同的法律传统而产生了不同的做法和观点。

在大陆法系国家，法官的传统角色是成文法律的忠实执行者，法官的形象就是立法者所设计和建造的机器的操作者，法官本身的作用也与机器无异。法官通常把自己视为司法官僚机构的“国家公务员”，由司法机构任命、提升、付酬、奖赏和发给退休金，这些官僚施行一部被认为是无所不包和确定无疑的法典，遵循着严格限制自身创造性的极端的分权学说。<sup>〔73〕</sup> 司法具有相对的机械活动的特征，法官酷似一种专门的工匠，除了很特殊的案件外，他出席法庭仅是为了解决各种争讼事实，从现在的法律规定中寻觅显而易见的法律后果。他的作用也仅仅在于找到这个正确的法律条款，把条款与事实联系起来，并对从法律条款与事实的结合中会自动产生的解决办法赋予法律意义。因此，大陆法系法官的思想方法是演绎性的，司法活动是以成文法为前提的一种三段论式的逻辑推理过程。如果大前提是正确的，小前提——法官应当查明的案件事实真实可靠，那么，结论——也就是司法判决必定是公正的。这样，对大陆法系国家来说，重立法而轻司法、重一般公正而轻个别公正似乎成为一个普遍的现象，一般公正得以不断强调，个别公正则是一般公正的必然派生。在这种情况下，“人们致力于塑造一部作为最高立法智慧而由法官机械地运用的完美无缺的法典，忽视了司法在实现公正中的作用”。<sup>〔74〕</sup>

大陆法系的这一传统主要形成于 18 世纪的资产阶级思想启蒙运动。封建司法的黑暗及法官专断造成了人们对司法的极端不信任，司法机关作为封建保守势力的维护者而成为资产阶级革命的攻击目标。为了防止法官滥施审判权，启蒙思想家提出了立法权、司法权、行政权三权分立思想，司法权不得僭越立法权，司法者不得染指立法活动。与此同时，狂热的理性主义导致了一种认为立法可以穷尽未来一切社会关系的思想倾向，立法者和法学家们都相信，“仅用理性的力量，人们能够发现一个理想的法律体系。因此很自然，他们都力图系统地规划出各种各样的自然法的规则和原则，并将它们全部纳入一部法典之中”。<sup>〔75〕</sup> 于是从 18 世纪中叶开始，在欧洲兴起了一场声势浩大的法典编纂活动。法典往往庞大而琐细，如普鲁士邦法多达 16000 条，其中第一卷内容主要是诉讼程序。人们希望，无论法官遇到什么样的案件，都能从现存的法律规范中找到可以直接适用的规定。不仅如此，立法用语还必须平易、通俗，不需要任何技巧就可以把握。法官无权裁量，也不容许解释法律，所以法官的作用不大，地位自然低下。温斯坦莱说：“他所以是法官，并不是因为审判站在他们面前的违法者的行为是他自己的意志和愿望，而是因为他是宣读法律的喉舌，法律才是真正的法官。”<sup>〔76〕</sup> 这种将法官视为宣读法律的法律之口的理念作为一种制度事实传入了 19 世纪。

〔72〕 [英] 弗·培根：《培根论说文集》，水天同译，商务印书馆 1983 年版，第 193 页。

〔73〕 [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 457 页。

〔74〕 陈兴良：《刑事司法公正论》，《中国人民大学学报》1997 年第 1 期。

〔75〕 前引〔2〕，博登海默书，第 67 页。

〔76〕 转引自《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社 1983 年版，第 216 页。

立法权和司法权的严格区分,要求法典必须完整、清晰、逻辑严密。如果不能达到这种要求,就必然造成法官立法。“这是因为,第一,如果法官需要处理一个法律未加规定的案件,那他实际上就要立法,但这种做法是与严格的分权原则相违背的。在这种情况下,势必要求立法机关制定出完美无缺的法律。第二,如果法典中的条文互相矛盾,需要法官选择对案件事实更为适用的规定,那么这样做又形成了法官立法。为了避免这类情况的发生,就要求法典规定本身不能有任何矛盾。第三,如果允许法官对模棱两可或者含混不清的法律条款确定其真正含义,那就无异于承认法官立法。因此,这又要求法典的规定必须明白无误。”<sup>[77]</sup>然而,任何一部法典,无论它规定得多么周详,都不可能囊括社会生活关系的一切方面,并且立法技术上的不完善难免造成法律规范的疏漏和冲突。而在当事人权利的确定取决于法律规范的场合,法律内容的确定性在不确定的案件事实面前,就显得毫无力量了。事实上,“完整、清晰、逻辑严密”并且具有预见性的法典,即使有,也不能使法官摆脱对必要的法律条文进行解释和适用的负担。直到19世纪以后,大陆法系国家重立法、轻司法的现象才开始有所改观。尽管此后法律程序尤其是法院判决仍耽溺于传统的风格与形式,但显见的事实是,制定法日渐失去它先前所具有的突出地位,学说和判例在法的形成和发展中所起的作用得到承认,法官享有越来越广泛的权力,“事实上在很大程度上使法重新受司法人员所信奉的主张的支配”,<sup>[78]</sup>法官在法律的发展中正在发挥更大的作用。时至今日,孟德斯鸠提出的“自动售货机”式的法官形象已成为大陆法中古典的法治理想的反映,大陆法系国家现在也承认法官在司法活动中的创造性或主动性,而这正是实现程序个别公正的必要条件。

如果说在大陆法国家立法机关具有优越地位的话,那么在英美法国家则有司法机关处于优越地位的传统。英美奉行日耳曼的法律观,认为法从远古就存在,并且由法官宣布和发现,这种法的发现、法的宣布的法律观,构成了英美判例法主义的基础。判例法是由法官或法院适用不成文法、习惯法解决纠纷时所作的判决积累而成,既非解释制定法,也不是在制定法承认之下适用的习惯法。判例法的核心要求是遵循先例,即凡是与先例相同的案件,必须作出同样判决。当先例已经过时或与案件事实不合时,英美法系国家又都承认法官创造先例以及在司法实践中衡平的权利,这就使得“法官中心论”在英美法系得以形成并牢固确立。对法官在英美法系国家的地位,梅利曼作过如下描述:“生活在普通法系国家中的人们,对于法官是熟悉的。在我们看来,法官是有修养的伟人,甚至具有父亲般的慈严。普通法系中有许多伟大的名字属于法官:科克(Coke)、曼斯菲尔德(Mansfield)、马歇尔(Marshall)、斯托里(Story)、霍姆斯(Holmes)、布兰代斯(Brandeis)、卡多佐(Cardozo)。普通法系的最初创建、形成和发展,正是出自他们的贡献。”<sup>[79]</sup>德国学者茨威格特和克茨比较了两大法系的法官后也认为:“法国和德国一样,没有产生睿智、贤明的法官,而在英美法系国家,人们发现法官是如此的引人注目。”<sup>[80]</sup>英美人对法官非常信任,不存在对于法官创法和司法干预行政的恐惧,因而不需要大陆法国家那样小心地提防和限制法官的权力。

在法律思维方法上,英美法系国家与大陆法系国家之间无疑具有巨大差异。庞德对此作过如下描述:英美法国家“习惯于具体地而不是抽象地观察事物,相信的是经验而不是抽象

[77] [美] 约翰·亨利·梅利曼:《大陆法系》,顾培东等译,西南政法学院1983年印行,第31页以下。

[78] [法] 勒内·达维德:《当代主要法律体系》,漆竹生译,上海译文出版社1984年版,第63页。

[79] 前引[77],梅利曼书,第36页。

[80] [英] 罗杰·科特威尔:《法律社会学导论》,潘大松等译,华夏出版社1989年版,第263页。

概念；宁可在经验的基础上按照每个案件中似乎正义所要求的从一个案件到下一个案件谨慎地行进，而不是事事回头求助假设的一般概念；不指望从被一般公式了的命题中演绎出面前案件的判决……这种心态根源于那种根深蒂固的盎格鲁撒克逊的习惯，即当情况发生时才处理，而不是用抽象的具有普遍性的公式去预想情况”。<sup>〔81〕</sup> 英格兰著名法官库珀勋爵也表达了相似的见解，他认为，大陆法崇尚理性主义，采用演绎推理，而英美法崇尚经验主义，采用归纳推理。“大陆法法律家的推理自然地原则到个案，普通法法律家则从个案到原则，大陆法法律家坚信三段论法，而普通法法律家则信奉先例；在每个新问题出现时，前者暗自思量：‘这次我们该怎么办？’，而后者在同样的情况下则大声询问：‘上次我们是怎么办的？’……大陆法法律家的本能是从事系统化，普通法法律家的运作规则是在活动中解决”。<sup>〔82〕</sup> 由于英美注重实际的经验主义和从案件到案件循序渐进的习惯，他们把通过制定适用整个生活领域的一般法规来预先规定相似案件的做法，看作是危险的和不自然的，而奉行的是“船到桥头自然直”的信条。英美法系法官贬低制定法在法律渊源中的价值，很少将制定法的规定用作司法创制的起点。英美法这种以案件的特定事实为基础的归纳式思维方法和深入细致地对待有关先例的方式，保证了程序个别公正的实现。

以上我们从总体上回顾了两大法系在实现个别公正和处理它与一般公正关系上的立场观点及其历史背景、文化传统。对于程序公正而言，上述分析同样可以适用。尽管程序维持原则要求对诉讼行为采取法定主义调整方式——这意味着法官对于程序性活动的裁量余地和解释权受到极大限制，但是，法官在诉讼程序的进行上仍有诉讼指挥权，并且许多程序制度（如期间）只是给法官和当事人划定了一个实施诉讼行为的范围，在此范围内法官仍有裁量权。此外，诉讼程序中还有一些一般性条款，如诉讼基本原则，通常只是为诉讼行为提供导向，其适用还需要由法官据此导向自由裁量，或者由最高法院作出司法解释。因此，基本原则能成为法官进行创造性司法活动的理性依据。凡此种种都说明，民诉程序个别公正的实现，必须在程序一般公正的引导下，由法官根据个案的特殊性，展开能动而有效的司法活动。只有从司法活动的程序机制出发，才能对程序个别公正的实现作出科学的分析。

〔81〕 Roscoe Pound, *What is the common Law*, in *Furure of the Common Law* (1937) P. 18.

〔82〕 Cooper, *The Common Law and the Civil law A Scot's View*, in *Harvard Law Review* 63 (1950) P. 476.