

## 1

## 看得见的正义

——从三位大法官的名言谈起

作为人类法律制度的基本价值，正义一般有两种表现形式，即实体正义和程序正义。实体正义主要体现在实体法之中，贯彻于司法裁判的结论上面，构成一种对法官的实体性道德限制。从静态的角度来看，实体正义具有一系列明确的价值标准。刑法学者所研究的罪刑法定、罪刑相适应、对类似案件给予相同处理等法律原则，大体上可以视为实体正义的主要内容。但是，如果从动态的角度观察，实体正义在一个个具体的案件中却没有一个统一的标准。由于几乎所有案件在事实和情节上都不完全相同，所涉及的法律问题也互有差异，而案件在裁判结论形成之前，多多少少都具有一定的不可预测性或不确定性，因此，要想给所有案件的裁判活动确定一个统一适用的公正结果，确实是十分困难，甚至是不现实的。

尽管如此，人类法律价值中还有一些内容与裁判的结果

或结论没有直接的关系，它们体现于法律程序的设计以及司法裁判的过程之中，具有明确、具体且可操作的道德标准，属于“看得见的正义”。如果说一个案件最终裁判得是否公正，往往只有当事者自己心知肚明的话，那么，一个案件的裁判过程是否符合公正的标准，有无明显的不公之处，则不仅为当事者所能感知，而且还能为一般社会公众所觉察。甚至在有的时候，普通公众进行的价值评价就是通过观察法律实施的过程来进行的。很明显，这种“看得见的正义”也就是程序正义。

将程序正义视为“看得见的正义”，其实是英美人的一种法律传统。这源于一句人所共知的法律格言：“正义不仅应得到实现，而且要以人们看得见的方式加以实现”（*Justice must not only be done . but must be seen to be done*）。

用最通俗的语言解释，这句格言的意思是说，案件不仅要判得正确、公平，并完全符合实体法的规定和精神，而且还应当使人感受到判决过程的公平性和合理性。换句话说，司法机构对一个案件的判决，即使非常公正、合理、合法，也还是不够的；要使裁判结论得到人们的普遍认可，裁判者必须确保判决过程符合公平、正义的要求。因此，所谓的“看得见的正义”，实质上就是指裁判过程（相对于裁判结果而言）的公平，法律程序（相对于实体结论而言）的正义。

为什么要制定并遵守法律程序？作为旨在形成某种法律决定的法律实施过程、步骤和程式，法律程序难道不就等于一系列的办事“手续”吗？例如，有人刚刚购置了一部电

脑，需要了解并熟悉它的操作程序；有人要举行一场婚礼，需要事先确定各项喜庆“程序”；有人要去打高尔夫球，也要遵守一系列复杂的运动“程序”……显然，制定并遵守这些带有技术性的“程序”，可以确保机器操作得更加顺利，使事情进行得更加有条不紊，也可以取得竞赛的最后胜利。那么，法律程序与这些技术性的操作手续究竟有什么区别呢？

针对这一问题，前任美国联邦最高法院大法官佛塔斯（Fortas）曾从宪政主义的立场阐述了法律程序的意义：

坚持那些为我国宪法所要求的程序保障，并非只具有技术性意义……宪政主义不是一种技术问题……宪法性权利也不是一系列技术性规则……宪法性程序是我们文明社会的核心、良心和灵魂。这是一个人们一直为之奋斗和牺牲的基本原则。在国家将我们投入监狱或者剥夺生命之前，如果自由不是指正当法律程序的权利，那它还能意味着什么呢？

按照佛塔斯的观点，不能从技术的角度来理解法律程序的意义，法律程序的建立实质上是对个人自由提供的一种重要保障。这就使程序与道德发生了密切的联系。另一位大法

① 转引自 Christopher Osakwe . The Bill of Rights for the Criminal Defendant in American Law . in Human Rights in Criminal Procedure( edited by J. A. Andrews ), Martinus Nijhoff Publishers . 1982 pp.260-264.

官杰克逊 ( Jackson ) 曾就此作出过进一步的解释 :

只有那些未经教化的粗俗之辈或者骗人的律师才会说程序是无关紧要的。程序的公正与合法是自由必不可少的构成要素。实体法只要能得到公平和无偏见的适用,那么即使它再苛刻,也是可以忍受的。实际上,如果可以选择的话,人们宁愿接受一种通过我们的普通法程序加以适用的苏联实体法,也不愿意忍受我们的实体法通过苏联的诉讼程序加以实施。不要忘记,正当法律程序并不会使被告人成为惟一的受益者,它还是使政府摆脱一些错误的最好保证,而这些错误会不断地玷污一个司法制度,并注定以单方面的形式发生.....

杰克逊对法律程序正当性的强调,略微透露出一个普通法法官的自负和居高临下。而道格拉斯 ( William Douglas ) 大法官则更加明确地论述了遵守程序在美国制度中的重要性 :

权利法案的绝大部分条款都与程序有关,这并不是没有意义的。正是程序决定了法治与任意或反复无常的人治之间的大部分差异。坚定地遵守严格的法律程序,是我们赖以实现人人在法律面前平等

① 转引自 Christopher Osakwe . The Bill of Rights for the Criminal Defendant in American Law . in Human Rights in Criminal Procedure ( edited by J.A.Andrews ), pp.260-264

享有正义的主要保证。<sup>①</sup>

上述三位大法官对法律程序的强调，很容易使凡事讲究“中庸之道”的中国人产生反感：美国人这种对法律程序的偏爱，显然是在“重程序，轻实体”，这岂不与中国人的“重实体，轻程序”一样在走极端吗？！

实际上，美国法官对法律程序的“极端强调”，源于英美普通法的法律传统。程序正义作为一种观念，早在 13 世纪就出现在英国普通法之中，并在美国得到前所未有的发展。程序正义观念的古典表述在英国是“自然正义”（*natural justice*），而在美国则是“正当法律程序”（*due process of law*）。

1215 年，英格兰国王颁行的《大宪章》（*Magna Charta*）第 39 条就曾规定：

“除非经由贵族法官的合法裁判或者根据当地法律”，不得对任何自由人实施监禁、剥夺财产、流放、杀害等惩罚。

1355 年，英王爱德华七三世颁布的一项律令（有学者称为“自由律”）明确规定：

“任何人，无论其身份、地位状况如何，未经正当法律程序，不得予以逮捕、监禁、没收财产

<sup>①</sup> 转引自 Christopher Osakwe, *The Bill of Rights for the Criminal Defendant in American Law*, in *Human Rights in Criminal Procedure* (edited by J.A. Andrews), pp.260 - 264.

……或者处死。”

这两个法律文件被许多学者视为英美普通法中正当程序或程序正义的最早渊源。英国法律制度在其发展的较早时期即有注重程序的传统，人们相信“正义先于真实”（Justice before Truth）。<sup>①</sup>这一方面与英国法官长期形成的遵循先例的传统有关，使得法律程序——即法官的裁判过程——具有形成和发展实体法的功能，另一方面也体现出英国人运用法律程序对政府权力加以制约的思想。而注重法律程序的最集中体现就是对自然正义原则的严格遵守。

自然正义是英国法治（rule of law）的核心概念，是法官据以控制公共行为（public behavior）的基本程序原则。这一原则有两个基本要求：

- （1）任何人均不得担任自己案件的法官；
- （2）法官应听取双方的陈述。

这两项要求原本仅适用于法官的司法裁判活动，被用来作为法官解决纠纷时所要遵循的最低限度程序公正标准。但从20世纪初以来，它们逐渐发展成为法院监督行政权的重要程序保障，成为行政程序正当性的基本根据。根据上述第一项要求，法官在审判中不得存有任何偏私，而且须在外观上使任何正直的人不对其中立性有任何合理的怀疑。为防止那些对某一方当事人怀有不利偏见的人担任裁判者，法官不

<sup>①</sup> 转引自勒内·达维德：《当代主要法律体系》，上海译文出版社1983年版，第337页。

仅不能与案件或者当事人双方存有利益上的牵连，而且不得对案件事实事先形成预决性的认识或判断，否则法官所作的裁判就会失去法律效力。

自然正义的第二项要求又可称为“两造听证”原则，即法官必须给予所有与案件结局有着直接利害关系的人有充分陈述意见的机会，并且对各方的意见和证据平等对待，否则他所制作的裁判就不具有法律效力。

不难看出，自然正义的这两个要求都是有关法律程序本身正当性和合理性的标准，法官对它们的违背会直接导致裁判结论法律效力的丧失。这样，自然正义原则就包含了法律程序正当性的基本内容，成为程序正义观念的最早体现。

英国普通法上的程序正义观念在美国得到继承和发展。美国联邦宪法第五条和第十四条修正案均规定：“未经正当法律程序，不得剥夺任何人的生命、自由和财产。”这标志着程序正义观念在美国以宪法原则的形式得到确认和保障。根据美国学者和联邦最高法院的解释，正当法律程序可分为“实体性正当程序”（*substantive due process*）和“程序性正当程序”（*procedural due process*）两大理念。其中前者是对联邦和各州立法权的一种宪法限制，它要求任何一项涉及剥夺公民生命、自由或者财产的法律不能是不合理的、任意的或者反复无常的，而应符合公平、正义、理性等基本理念；而后者则涉及法律实施的方法和过程，它要求用以解决利益争

端的法律程序必须是公正、合理的。<sup>①</sup>

美国权威的《布莱克法律辞典》对程序性正当程序的含义作出了具体的解释：

“任何权益受判决结果影响的当事人有权获得法庭审判的机会，并且应被告知控诉的性质和理由……合理的告知、获得法庭审判的机会以及提出主张和辩护等都体现在‘程序性正当程序’之中。”<sup>②</sup>

在美国学者看来，正当法律程序体现了正义的基本要求，而程序性正当程序更是体现了程序正义的基本观念。

显然，在英美人的观念中，在对一个人的生命、财产、自由等各种实体性权益加以剥夺、限制之前，公共权力的行使者必须遵守基本的法律程序。在这里，仅仅存在一种“法律程序”是远远不够的。这种程序还必须符合一系列最基本的道德标准。正如同一个人必须遵守道德规范才能成为一个“好人”一样，法律程序和法律制度也必须具备最低限度的道德性，才能成为“好”的制度和程序。人类历史上出现的各种专制主义政权，如德国纳粹、意大利法西斯、日本军国主义等，一般都建立了大体上还算完备的司法制度和法律程序。但这些所谓的“司法制度”和“法律程序”并不具备最基本的道德标准，不符合人类普遍的公平、正义观念。换句话说，不符合公平、正义等价值观念的法律程序，即使非常

<sup>①</sup> 《布莱克法律词典》“due process”条。

<sup>②</sup> 《布莱克法律词典》“due process”条。

完备、有效和实用，也不具备道德上的正当性。

应当说，英美人所信奉的“自然正义”、“正当法律程序”等程序正义观念，即使在其他社会中也具有普遍的意义。当然，这并不意味着所有的社会都要按照整齐划一的程序正义标准，建立完全相同或相似的程序模式。事实上，正如一位学者所说的那样，

“正当程序是一个灵活的概念……对正当程序的要求是绝对的，但它的适用却不是”。<sup>①</sup>

对于中国人而言，问题的关键并不是对某一个或者某几个西方国家的法律程序加以模仿、移植，而应当是理解并坚持一种“法律程序道德性”的观念，培养一种按照正义要求设计法律程序的文化。如果能做到这一点，那么我们建立的所有涉及剥夺个人财产、自由甚至生命的法律决定过程，就会逐渐贯彻自然正义、正当程序和程序正义等价值的要求，并真正符合中国人与生俱来的公平、正义观念，从而使法律制度甚至统治秩序得到中国人普遍的认可和尊重。

按照通常的说法，中国社会存在着明显的“重实体，轻程序”问题。在任何一种司法裁判过程中，无论是法官、控辩双方还是普通公众，所关注的往往是裁判的结果，而不太重视司法裁判的过程、步骤和方式。甚至在一些情况下，司

<sup>①</sup> 转引自 Christopher Osakwe, *The Bill of Rights for the Criminal Defendant in American Law*, in *Human Rights in Criminal Procedure* (edited by J.A. Andrews), p.265.

法官出于效率、便利等实用的考虑，还会故意地通过牺牲程序来保证某种预期的结果。

不过在笔者看来，这种“重实体，轻程序”终究是一个表象。中国人其实在其他一些场合并不忽略程序，甚至还将程序问题提到令人困惑不解的地步。例如，向政府部门申请营业执照，向某一机构申请办理某种许可证……这时人们往往要经受一系列的步骤和程式。这里的程序不仅繁琐复杂，而且费时耗力，甚至演变成专门限制、刁难百姓的手续。联想到司法官员在诉讼中经常迫不及待地作出结论的情况，这里的程序为什么会受到如此不正常的重视呢？

原因其实很简单。这里的程序是政府机构专门用来管理、控制社会的手段，也是对个人权利的一种限制方式。这种对程序的重视仍然是一种表象。因为官员们通过使程序繁杂化，逐渐将自己的衙门和权力在百姓心中神秘化甚至市场化，使宪法和法律上确立的公民权利透过自己对权力的恣意行使，而受到近乎苛刻的“过滤”。

显然，司法制度中的“重实体，轻程序”也罢，行政管理中的“重手续”也罢，实质上不过是“重权力，轻权利”的表现形式。具体到诉讼领域，这种对国家权力的畸形重视以及对个人权利的极度轻视，显示出这是一个“重国家，轻两造”的社会。在此情况下，重视手续和轻视程序所造成的后果都是一样的，也就是使处于弱者地位的被裁判者、被管理者、被控制者都不具有人的尊严，其本身也都不成其为目的，而不过是用以实现他人、社会、国家甚至衙门本身目的

的手段。

康德曾将下面的一段话视为“绝对的道德命令”，也就是社会正义的最低要求：

永远把人类——无论你亲自所为还是代表他人——当作目的，而绝不仅仅当作手段来对待。

这一点，其实就是程序正义的灵魂所在！作为“看得见的正义”，程序正义所最终要求的就是代表国家行使公权力的官员或机构，在作出使一个人的权益直接受到有利或者不利影响的决定之前，必须给予这个人以充分、有效参与决定制作过程的机会；对那些利益处于对立状态的当事者，必须保持中立，不偏不倚，并确保参与者拥有平等的参与机会和参与能力。与此同时，决定者在作出限制或者剥夺个人权益的决定时，还必须极其慎重，内心具有并向外部表达出充足的理由，以便能尽量说服受到不利对待的一方……

或许，人们永远不可能将程序正义的内容揭示到“穷尽”的程度。但无论如何，程序的不公正和非正义都是有着固定标准的。那就是使人仅仅成为手段或工具，而不成其为目的。只要人们受到这样的对待，非正义也就发生了，法律制度和法律程序的道德正当性也就会引起普遍的质疑。

## 2

# 获得听审的权利

“如果你是一个领导者，  
请冷静地听取申诉者的诉说；  
在他想向你吐露心中委屈的时候，  
请不要打断他。  
痛苦的人希望获得胜诉，  
更渴望向你倾诉衷肠。  
申诉一旦被阻止，  
人们会追问：‘为什么他要拒绝？’  
不是所有申诉都会成功，  
而一次好的听审能抚慰人的心灵。”<sup>①</sup>

这首诞生于数千年前古埃及的诗歌，曾被用来说明给予那些陷入困境者以听审机会的重要性。从其所蕴涵的思想的深刻性来看，它丝毫不逊色于今日一些有关程序公正问题的

<sup>①</sup> 转引自 Jerry L. Mashaw, *Administrative Due Process: The Quest for a Dignitary Theory*, in *Boston University Law Review*, Vol.61, 1981.

宏篇巨作。因为它向人们揭示了这样一种观念：对于那些陷人诉讼之中的当事人来说，胜诉固然是他们所竭力追求的结局，但获得听审的机会也同样重要，并具有完全独立的意义。最初接触这首诗歌，笔者并没有什么特殊的感受。但随着最近不断地观察中国的司法实践，思考中国的司法改革问题，笔者越来越强烈地意识到，要实现司法公正，就至少要使人获得听审的机会！

在现代法治社会中，获得听审往往被视为个人的一项基本公民权利。所谓“听审”（hearing），是指裁判者在权益争议双方的参与下，通过听取双方的证据、主张、意见和辩论，对有关争议加以裁决的活动。对于那些与案件结局有着直接利害关系、其利益会受裁判结论直接不利影响的当事者而言，获得听审也就等于获得了在裁判者面前“为权利而斗争”的机会。

《世界人权宣言》第十一条要求：

任何人在其权利和义务处于受判定状态或者受到刑事指控时，有权享有独立无私法庭之绝对平等不偏且公开之听审。

《公民权利与政治权利国际公约》第十四条也规定：

任何人在其受到刑事指控或者其权利、义务处于待判定状态时，应有权受独立无私之法定管辖法庭公正、公开之听审。

一些地区性的国际人权公约也有类似的原则规定。从这些规定中不难看出，获得听审的机会只不过是公正审判的一

项最基本的要素。当然，公正的审判还要求裁判者独立、中立和没有偏私，听审过程公正、公开，裁判者对其裁判结论明确说明理由……。但是，所有这一切都应建立在给予当事者听审机会的前提之下。

怎样才能使当事者获得听审的机会呢？按照英国古老的“自然正义”法则，裁判者“应听取双方的陈述”（*audi et alteram partem*），尤其要在一方已经向其倾诉主张和理由的时候，听取另一方的意见。而在中世纪的日耳曼法中，法庭裁判也讲求类似的哲学：“诉讼一方的陈述等于无陈述；裁判者应听取双方的陈述”（*eines Mannes Rede ist keines Mannes Rede. Man soll sie billig horen Bede*）。

上述法谚的意思无非是说，裁判者要作出一项公正的裁决结论，仅仅听取原告或者被告的一面之词是不行的，而必须听取另一方的意见和辩解。用程序法学的语言解释，就是要允许所有利益受裁判结论直接影响的人亲自参与到裁判的制作过程中来，提出自己的证据、意见和理由，与对立的一方进行辩论，并进而对裁判者的结论施加积极的影响。

美国学者戈尔丁曾将这一点视为程序公正的第二类标准，其中包括有四项要素：

对各方当事人的诉讼都应给予公平的关注；

纠纷解决者应听取双方的论据和证据；

纠纷解决者应只在另一方在场的情况下听取一方的意见；

各方当事人都应得到公平的机会来对另一方的

论据和证据作出回应。<sup>①</sup>

而在《公民权利与政治权利国际公约》第 14 条中，获得公平的听审则直接被视为刑事被告人最低限度的权利保障。这种听审应包括以下内容：

立即以其通晓之语言，详细告知被控罪名和理由；

给予充分时间和便利，准备答辩并与其选任的辩护人进行联系；

到庭受审，并亲自答辩或者由其选任的辩护人进行答辩；

对不利于自己的证人可亲自或间接加以质证；

向法庭申请传唤本方证人，并在与不利于自己证人同等条件下出庭作证；

如不通晓或不能使用法院所用之语言，法庭应免费为其准备翻译……

当然，被告人如果被判决有罪，还应有权向具有较高审级的法院提出上诉或申请重新审判。一场法庭审判如果满足了这些要求，当事者就能够较为充分地参与到裁判结论的制作过程之中，并有机会对裁判者的结论施加自己的影响。但是，裁判者即便能够做到同时听取双方的陈述和辩解，也还有可能抛开双方的意见不顾，而从法庭之外寻找裁判的根据和理由。这就产生了当事者的参与能否对裁判者产生影响和

戈尔丁：《法哲学》，中译本，三联书店 1987 年版，第 240 - 241 页。

约束的问题，也就是当事者参与的有效性和是否富有意义的问题。这一问题如果得不到解决，那么当事者的所有参与就将完全流于形式。

对于这一问题，戈尔丁的理论在解决纠纷这一环节设定了一项独立的要求：

（裁判者的）推理论及所提出的论据和证据。<sup>①</sup>

美国学者艾森伯格则要求法官在认真听取当事者主张的基础上，还要履行两项新的义务：

必须以认真回答当事人主张的方式，对自己作出决定的根据进行充分的证明；

法官作出的决定必须建立在当事者提出的证据和辩论的基础上，并与此相对应。<sup>②</sup>

也就是说，当事者的参与要真正富有意义，就必须对裁判者产生直接的约束力，使其裁决结论真正形成于法庭之上，产生于控辩双方的举证、质证和辩论之中。在这一意义上，法律程序以及裁判制作的过程就对裁判结论本身具有了自主的影响力和决定作用，裁判结论也就与当事者的参与以及获得听审的机会具有了内在的联系。在这里，程序和过程本身的自主性，会直接促使当事者的主体性得到增强；裁判

戈尔丁：《法哲学》，中译本，第 241 页。

<sup>②</sup> Melvin Eisenberg, "Participation, Responsiveness, and the Consultative Process: An Essay for Lon Fuller", in *Harvard Law Review* 92 (1978), pp.411-412.

结论直接形成于过程之中，也就意味着当事者对裁判者结论的形成具有了施加影响的能力。

为什么要给予当事者以获得听审的机会？换言之，为什么要允许当事者参与到裁判的制作过程？这一问题对于生活在基督文明之下的西方人而言，似乎是不需要进行充分论证的。英国行政法学家韦德曾就此作出过形象的分析：

根据一条如诗如画的司法格言，人类历史上第一次审讯（也就是“听审”）是在伊甸园中赐予的：“我记得一个十分博学的人在一个这样的场合说过，甚至上帝本人在召唤亚当作出辩护之后才通过其判决。‘亚当’，上帝说，‘你在哪里？你难道没有偷食我戒令你不得食用的那棵树上的果子吗？’同样的问题也向夏娃提出过。”这话是在本特来案件中说的。在该案中，剑桥大学鉴于他侮辱了副大法官法庭而剥夺了这位违抗纪律的学者的学位，但他靠王坐法院的强制令恢复了学位，理由是，这种剥夺是不正当的，无论如何按“上帝法与人法”的要求他应当得到通知以便作出辩护。<sup>①</sup>

显然，就连“万能”的上帝要惩罚偷食了禁果的亚当和夏娃，也必须首先举行一场“听审”，听取这两位“当事者”的陈述和辩解。这尽管属于传说和神话，但也多多少少反映

威廉·韦德：《行政法》，中译本，中国大百科全书出版社 1997 年版，第 135 页