

第一章

正义与司法

一、正义的概念和特性

“谁不在争取正义？谁能不受正义问题的影响？政治制度、宗教、科学——特别是伦理学、法理论和政治理论——全都关心正义问题，而且全都渴望有一个按照他们的特殊概念来看是正义的世界。新闻记者和酒吧间的人们也在谈论正义问题。谁能不考虑怎样才算是公平的报酬，什么是公平的价格和公平的合伙条件？我们谋求有公正的制度和在一切人际关系中有正义。总之：正义是一个无处不在的问题。”^{1①}

1、正义观念源流述略

(1) 西方正义观念的历史沿革

正义，作为一种非常古老的概念，在西方最早产生于古希腊时期，它是以一种调整自然力对宇宙组成部分的作用、保证平衡与协调的先验宇宙原则第一次出现的。后来的进一步发展才使它主要成为一个伦理概念、宗教概念、政治概念和法律概

见本书注释 1，下同。

念。毕达哥拉斯首先发展了正义是平等的思想。柏拉图把正义变成一种道德原则，认为正义存在于社会有机体各个部分间的和谐关系之中。正义就是将彼此相关的德行都置于恰当的位置。亚里士多德认为，正义寓于“某种平等”之中。他将正义区分为分配正义和矫正正义，自然正义和规则正义。^①在希伯来思想中，经典的教义比臆测的观念更实际；正义与正直定会从生活的实际问题中出现。摩西法律比希腊人根据法律发展的正义思想更清晰完整：法律与正义是相同的，因为二者均出自上帝。希伯来的传说强调了法律对正义之举的重要性。

在西方，正义观念发展的重要特点是始终与自然法观念相共存并纠缠在一起。西方的自然法观念源自古希腊的哲学，罗马由市民法到万民法的发展，实际上是沿袭了古希腊的自然法思想。斯多噶派哲学阐述了永恒法、自然法和人定法的区别，这种区别以自然法思想为中心主题，进一步阐述了宇宙理性的法律，自然法和人定法的区别，自然法在范围上比永恒法更受限制。奥古斯丁认为自然法源自上帝。阿奎那的自然法是不可变更的，并以神的理性为根据，为人定法和正义树立了标准。邓斯·司各特鼓吹自由意志高于理性，认为正义不是由意志强加的达到目的的手段，而仅仅是自身的目的。

16世纪西方掀起了使自然法世俗化的潮流。格老秀斯开辟了主权国家的新时代，认为普遍有效的自然法高于任何人定法，他还为新的形势提供了切实可行的准则。在格老秀斯以后的 17、18

关于矫正正义 (corrective justice) 在几种汉译本中有不同的表述。在苏力翻译的波斯纳的《法理学问题》一书中译成“校正正义”。在苗力田根据古希腊文翻译的亚里士多德的《尼各马科伦理学》中使用的是“矫正的公正”。在《牛津法律大辞典》和博登海默的《法理学——法哲学及其方法》中均译为“平均的正义”。在夏勇著《人权概念起源》一书中有“纠正的正义”、“补偿的正义”。

世纪里，正义与自然法和希腊罗马基督教的发展进程的联系变得比较淡薄，而法律变得愈来愈世俗化、实证主义化，远离广泛的哲学运动。法理学家们不得不为超出国家权力但又承认国家及其按国家意志制定法律的权力这样的法律寻找理性根据。这时，有一个显著的趋势是，自然法中原本就包含的功利因素开始膨胀，不久功利主义就被更为广泛地接受了。到了 19 世纪，正义的观念被逐渐融入历史主义思潮和社会学、人类学的理论中。

19 世纪中期，随着马克思主义的诞生，在清算资产阶级及以前的唯心主义论调中，正义的观念发生了革命性的变化。这种变化我认为至少表现在两个方面：一是公平正义观念是具有阶级性的，它决定于一定的经济关系；二是任何正义观念都是一定时代的产物，它自始至终都处在不断发展变化之中。

进入 20 世纪后，耶林和狄骥分别在对个人、社会和公众利益的安全与保证中以及社会团结中发现了“正义和社会功利主义的正义理论。施塔姆勒在正义和法律问题上改变了康德哲学的方向，摒弃了自然法与实证主义者的方法；正义的规范必须在人们想起正义、社会理想时所预先假定的认识中寻找。拉德布鲁赫的相对主义正义理论随着自然法的复兴应运而生。在他看来，尽管正义必须考虑个别情况，但是，法律是一种实际存在的事物，其意义在于为正义服务，而其核心就是平等。庞德的实用主义理论也产生于这个时期。他认为正义只不过是对于行为秩序和交往的一种调整，要尽可能以最小的磨擦和滥用使生活的善行四处传播。

70 年代初，“被认为将列入经典之林”的美国著名哲学家、伦理学家罗尔斯的代表作（正义论）正式出版。在罗尔斯看来，正义的主要问题是社会基本结构。象自然资质的分配一类问题是无所谓正义不正义的；人降生在社会的某一特殊地位也说不上不正义。因为这些只是自然的事实。正义或不正义是

制度处理这些事实的方式。虽然任何伦理学理论都承认社会基本结构作为正义主题的重要性，但并非所有的理论都同样地看待这种重要性。在“作为公平的正义 (justice as fairness)”中，社会被解释为一种为了相互利益的合作冒险。其基本结构是一个公开的规范体系，它确定一种引导人们合力产生较大利益，并在此过程中分派给每一合理要求以应得的一份的活动方案。³ 仅仅三年之后，罗伯特·诺齐克出版了其堪与罗尔斯的《正义论》相媲美的名著《无政府、国家与乌托邦》，向表现出强烈平均主义倾向的罗尔斯的正义论提出了挑战。诺齐克的正义论是以权利为重心，以持有和转让为核心范畴而展开的。诺齐克认为，持有正义的主题由三个主要论点组成：第一点是持有的最初获得，或对无主物的获取。第二点涉及到从一个人到另一个人的持有的转让。第三点是对持有中的不正义的矫正。这样，持有正义的理论的一般纲要就可以概括为：如果一个人按获取和转让的正义原则，或者按矫正不正义的原则对其持有是有权利的，那么，他的持有就是正义的。如果每个人的持有都是正义的，那么持有的总体（分配）就是正义的。⁴

(2) 中国正义观的特点及其嬗变

在中国，正义的观念同样久远。它既典型地表现在古老的“灋”字及其解释上，^①也体现在“儒”、“法”、“道”、“墨”等

据东汉（说文解字）释义：“灋，刑也。平之如水，从水；廌所以触不直者去之，从去。”参见章若龙主编《新编法理学》，中国政法大学出版社 1990 年版第 41 页。另见范忠信、郑定、詹学农著《情理法与中国人：中国传统法律文化探微》，中国人民大学出版社 1992 年版第 9 页。曾有人认为，在中国古代法中，在“刑”、“灋”、“律”三者之间没有如 JUS 和 LEX 分层；更不含有权利、正义的意蕴。参见梁治平：《“法”辩》载《中国社会科学》1986 年第 4 期。这种观点失之片面，是值得商榷的。俞荣根通过确立“法”之广狭二义从而得出的相反观点是很有见地的。参见俞荣根《儒家法思想通论》，广西人民出版社 1992 年版第 666 页以下。

诸子百家的政治哲学思想和国家的“刑”、“礼”制度中。有人把“情”、“理”和“法”的概念与儒家的“仁”、“义”和“礼”的概念联系起来考虑，并排序为：仁、义、礼、情、理、法。以说明在古代中国的公平正义观念。⁵

有些人试图从正义与自然法观念的关系上来寻找东西方正义观的某些相同点，认为在先秦时期，中国也曾出现过一种自然法观念。^①这当然是一个有争论的问题。不过，可以肯定的是，中国历史上的自然法观念即使有过也是很微弱的，从来就不曾象西方那样出现过自然法思想大放异彩的时代。实际上，自秦汉以来，在正统儒家法律思想中，我们所看到的，的确是那些有可能被称之为“自然法”观念的东西日趋式微，乃至衰绝。因此，不同的文化传统必然会孕育出不尽相同的正义观念和制度。从总体上说，发达的权利观念和制度可以被认为是西

中国古代虽无“自然法”一词，但类似的观念还是存在的。最先指出这一点的似乎是梁启超，此后的许多中外学者相继肯定。例如，前几年出版的一本译著就认为，在中国传统中，自然法的概念“是以诸如‘天命’或是‘性命’和‘天志’，或者诸如‘天理’、‘天道’和‘人道’等术语来表达的。”参见〔美〕金勇义书第91页尾注5。针对这种比附倾向，有人从理性精神、宗教神秘主义、权利本位和思维方法等方面提出了批评，认为中国古代没有“自然法”，所谓儒家法理学就是“自然法”的论调只不过是本世纪初叶受到“欧洲中心主义”和“文化一元主义”的文化价值指向影响下的产物。当历史走向21世纪，人类已接受“文化多元主义”价值指向的时代，“摆在我们这一代法史学工作者面前的一个课题就是：摈弃一切比附，寻找中国历史上法律制度、法思想、法文化的‘自我’。”参见俞荣根《儒家法思想通论》广西人民出版社1992年版第40-59、668-669页。不过，从俞荣根的中西比较中，我们似乎得不出中国古代没有“自然法”的结论，而只能得出中国古代的“自然法”思想具有不同于西方自然法思想的特征这一结论。西方自然法的根本特性应该在于它确立了一个超越实在法、并能在必要时批判实在法的价值标准这个标准既可以是理性、神意，也可以是道德和正义。俞先生在并不否认甚至还极力维护儒家法思想“包含了良法观念，包含了正义和公道”，持有“现实批判主义法文化精神”的前提下，要令人信服地否定儒家法思想的“自然法”性质，恐怕还需要作出进一步的论证。

方文化的特色，而中国传统文化中所蕴含的正义观念在权利与义务、个人与社会的关系上似乎更侧重于后者。⁶

当然，中西文化观念的差异性并不意味着中国的社会关系及其价值观念只有“特殊性”而无“普遍性”。现代新儒学的代表人物之一余英时从文化价值的角度出发，认为“特殊主义”和“普遍主义”是任何社会中都同时存在的现象；中国和西方都有适用于一切人的最高普遍原则这在西方以“公平”（Justice）为代表，在中国则是“仁”（后来是“理”）的概念。“公平”和“仁”当然有不同，这是由外倾文化与内倾文化的差异而衍生的。余英时说：“‘公平’是一个法律观念，其源头上上帝立法说，这是外在超越的倾向。‘仁’是一个道德观念，其根据在心性论，这是内在超越的倾向。”⁷换言之，“‘仁’与‘公平’都是普遍性的价值，其不同乃是由于不同的文化有不同的价值预设。中国价值系统因为没有预设客观化的、形式化的‘上帝’的观念，因此法律没有绝对的神圣性，也占不到最高的位置。但是作为次一级的观念，‘法’仍然是有普遍性的。”⁸不过因为“法”不是中国价值系统中的最高权威，因此必须与另一基本价值——“孝”——取得协调。孔子对“其父攘羊，其子证之”的反应即证明了这一点。“父为子隐，子为父隐，直在其中”是中国价值系统下的“公平”（“直”即“公平”之义）。这是孔子用“礼”来调节“法”的实例。孔子又说：“道之以政，齐之以刑，民免而无耻。道之以德，齐之以礼，有耻且格。”“法”只是消极的，只能“禁于已然之后”；“礼”则是积极的，可以“禁于将然之前”。社会不能没有法律，但法律并不能真正解决犯罪问题。“‘礼’或人伦秩序并不否定法律和制度的普遍性和客观性，但却不以此为止境，法律和制度的对象是抽象的、通性的‘个体’，因而只能保障起码的公平或‘立足点’的‘平等’。‘礼’或人伦秩序则要求进上

步照顾每一个具体的个人。”⁹合起来看便可知，儒家是要追求一种更高的“公平”和更合理的“秩序”。

中西正义观念的区别还表现在确立“人的尊严”观念的时间方面。余英时指出，在西方，首先建立起人的尊严观念的是在近代世俗化的历史进程中倡导文艺复兴的人文主义者。而中国文化由于不必经历世俗化阶段，人的尊严的观念自孔子以来便巩固地成立了，两千多年来不但很稳定，而且遍及社会各阶层。孔子用“仁”字来界定“人”字，强调“己所不欲，勿施于人”。孟子说“人皆可以为尧舜”，荀子说“涂之人可以为禹”，佛教徒竺道生也说“一阐提可以成佛”，都是说人有价值自觉的能力。所以，中国的“人”字是最有普遍性的，也无性别之分。圣人固然是“人”，小人也还是“人”，其中的分野便在个人的抉择。有知识、有地位、有财富并不能保证人格一定高，故《论语》中有“小人儒”、“为富不仁”之谓。主人是人，仆人也是人，两汉禁奴令中常引的一句话是“天地之性人为贵”。^①

然而，儒家追求的所谓更高的“公平”和“秩序”以及更早确立的“人的尊严”观念毕竟没有发展出现代化的科学技术和民主的法治制度来。在经历了因落后而挨打的痛定思痛之后，儒家的正义哲学自“五四”运动以来终于遭到了空前彻底的批判。新的正义观念总是与如何使中国尽快实现现代化的考虑紧密地联系在一起。五四以来，思想界提供了三种现代化模式：“全盘西化”、“中体西用”以及马克思主义同中国实践

尽管不可否认的是中国传统社会中人有等级、职业种种分别、分化的事实，“但那完全是另一个问题”。参见方克立主编《现代新儒学辑要丛书》第一辑，辛华、任菁编（余英时新儒学论著辑要·内在超越之路），中国广播电视出版社1992年版第21-22页。这也许是说，事实问题不等于价值问题。

相结合而发展至今的有中国特色的社会主义。当代中国的选择不言而喻的。这种选择当然不是偶然的，而是适应了中国历史发展的客观需要。在长达一个多世纪的革命斗争中，各种社会力量相继为国家的强盛作出了努力和奋斗。以中国共产党为领导核心的新民主主义革命之所以能够取得最后的胜利，根本原因就在于它树立了以反帝、反封建和反对官僚资本主义为革命的基本任务，以实现共产主义为远大理想这一正义目标。新中国成立后的头几年里，凭借着革命胜利的东风和旺盛的建设热情，我们在经济方面也曾有过飞跃发展的时期，在法制建设方面也有过良好的开端。遗憾的是，在正义的问题上，我们缺乏客观、公允的态度。实际上，在党的十一届三中全会以前，中国法学作品中几乎从不涉及正义的概念，更不用谈法与正义的关系，仿佛将正义当作西方法学的一项专利。当然，这并不意味着正义的全部要素都被彻底抛弃，而是作为正义观念层面上的某些因素被过分地放大了。其主要表现是，在党和国家的政策目标导向上，计划经济的体制和先国家后集体再个人的分配原则，特别是“以阶级斗争为纲”和“在无产阶级专政下继续革命”的政治理论，严重歪曲了正义概念中“个人自由”与“社会平等”之间的关系，“大公无私”和绝对平等化的政策倾向导致了个人自由的严重萎缩，其结果是严重影响了国家经济发展的效率。因此，自改革开放以来，党和政府决定将国家工作的重心转移到发展经济上来，经济体制也实现了由计划经济到市场经济的转变，并提出了“效率优先，兼顾公平”的口号。这一口号意味着当代中国正奉行一种有效率的正义观念。¹⁰

在法学领域里，我们也开始认识到这样一个客观事实，即，“自古至今，人类社会尽管对正义有无数不同的解释，但普遍认为这是一个崇高的价值、理想和目标。法与正义的关系问题始终是古今中外法学中一个永不消失的问题。”¹¹ 1995年

10月6日，国家主席江泽民在北京召开的“国际反贪大会开幕式上的讲话中指出：“人类社会发展的历史告诉我们，贪污腐败现象是社会稳定、发展与进步的阻碍因素。它们破坏社会政治体制的正常运转和国家政策的实施，扰乱社会秩序和资源的合理分配，破坏社会公平和正义的原则，侵蚀社会道德和人们的精神世界。所以，要维护社会的稳定，促进社会的发展和进步，就必须坚持进行反对贪污腐败的斗争。”¹²最高人民法院前任院长任建新在八届人大第三次会议上作的（工作报告）中，把司法审判中的公正问题放到了非常重要的位置，并把严格执法视为司法公正的根本保证。¹³这些迹象表明，正义正在逐步成为我国政治、经济、伦理、法学等领域中的一个重要命题。

（3）当代西方正义理论之现状

自从正义这个最早的、分歧最广的理论思想被提出以后，人们一直不断地为正义理论之厦添砖加瓦。在80年代前后的西方世界里，我们注意到了这样一些人物和观点：Eugene Kamenka 认为，正义的概念必须包括涉及历史传统的社会态度和超越人们与意识形态之抵触的信念。John Passmore 区分了不同的和相反的正义概念——市民正义与公有正义、形式正义与社会或者甚至宇宙正义。Brian Barry 探索了作为互惠的正义观念的有限性，并提出了一种新的对国际正义和代际正义（intergenerational justice）的探索途径。Alice Erh-Soo Tay 展示了在普通法中正义的感觉是怎样适应和反应社会变化，以及承受公平贸易的创造性传统的。Julius Stone 反击了把正义作为平等和理性进行重新解释的倾向，认为法律应该是区别对待的。¹⁴博登海默则指出，正义这个概念把我们的注意力集中到了作为规范大厦组成部分的规则、原则和标准的公正性与合理性之上。如果用最为广泛和最为一般的术语来谈论正义，人们

就可能说，正义所关注的是如何使一个样体的秩序或社会制度适合于实现其基本目的的任务。“满足个人的合理需要与要求，并与此同时促进生产进步和社会内聚性的程度——这是维持文明社会生活方式所必要的——就是正义的目标。”¹⁵

总之，正义的观念源远流长，尽管我们不能公认一致地说它是永恒的，但我们却可以肯定无疑地说它不是 17、18、19 世纪的一项发明，更不要说 20 世纪了。在正义领域里，由柏拉图和亚里士多德、孔子和老子所推进的思考与探索，并没有使我们觉得它属于非常遥远和不相干的过去，或者根本不能作为我们自己的问题来对待。也许这就是为什么正义是一个形式概念，以及为什么正义的古典定义具有显著的“开放性”特征，以留待每一个时代和社会群体去注入其自己的内容和做出自己的应用。毫无疑问，在 20 世纪的后半期，人们已经注意到了那样一种关于正义的实践要求——关于在伦理的、法律的和社会的正义之间，在正义与权利之间，在正义、自由与平等之间的关系——的基本的和持续的争论。该争论已经呈现出一种倾向性特征，即模糊或抛弃在形式正义与自然正义、法学家的正义与社会或伦理正义、正义本身与其它伦理范畴之间进行的区分，而试图发现一种有普遍兼容性（熔解力）的超级行动原则。¹⁶

2、正义、公平与公正

在汉语中，正义有几个含义相当的词，如公平、公正、公道、公理、正当、合理等。但这些词在“意义强弱、范围大小”方面可能还是存在着差别，并非都能通用，而要根据不同场合有所选择。¹⁷

在英语世界里，似乎也存在着同样的情况。让我们首先来

看一下 **justice** 这个词，它是英语中对正义最一般的表达，对应于拉丁语中的 **justitia**。后者有三层意思，即公平，正义；管辖权和法官职位。实际上，**justice** 的含义比之更为广泛，并不仅仅限于正义。据有关词典释义，**justice** 至少含有以下六种意思：（1）正义，公正，公正原则，公平；公道，公理；（2）指英国高等法院的法官和美国最高法院法官（3）司法审判，法律制裁；（4）法官，治安法官；（5）正当理由；合法；正确，确实；（6）公平处理，公平待遇，应得的奖赏或惩罚。¹⁸ 其中第（1）、（5）、（6）三种意思是很难区分的，而在第（1）种意思中，要在正义、公正、公平、公道和公理之间再作进一步的区分就更难了。^① 下面仅就正义、公平和公正三者之间的关系作一简要分析。

除了 **justice** 外，在英语中含有正义意味或者与正义密切相关的还有 **equity**、**fairness**、**impartiality**、**reasonable**、**right**、**true** 等。其中 **equity**、**fairness** 和的 **impartiality** 在法学著作中较为常见。**equity** 有好几层意思，与本文主题关系密切的主要是两种：一是指英国历史上的衡平法；二是指公道、公平、公正。一般不指正义。它可能对应于拉丁语中的 **Aequitas** 和 **Epieikeia**。**Aequitas** 据说是一种正义原则或者法律精神，它是 13 世纪英国普通法法院的指导原则。**Epieikeia**（平衡、和谐）

有人认为，正义在中国俗称“公道”，二者意义相似。参见亚里士多德《政治学》中译本（吴寿彭译）商务印书馆 1965 年版，1983 年第 3 次印刷第 136 页脚注 1。“公理”与正义的关系大概也是如此，朱执信先生在对公理与权利之间进行区别时指出，公理与权利是不同的。因为权利要拿强力竞争来保存的，不一定合于公理。“公理不是保护一国权利的，不是可以要一部不要一部的，不是喜欢就要，不喜欢就丢的。拥护公理，就是拥护全世界人类的公理，伤了他一节，就是伤了公理的全部。简括来讲，就是‘公理是不可分的’。”参见《朱执信集》（下集），中华书局 1979 年版第 465-469 页。这体现了一种与中国儒家传统一脉相承的正义观念。

在柏拉图和亚里士多德的思想中被认为是用来表达一种自然正义的，它是纠正由法律的普遍性（统一性和一般性）而导致的司法审判不完善的原则。在 16 世纪，**Aequitas** 被用来表达上述存在于法律正义与社会和自然的正义之间的平等与和谐的原则。到了 18、19 世纪，布莱克斯通和梅特兰两人则似乎都把它视为一种规则体，而不是一个原则。¹⁹ **fairness** 一词可以译为公平、公正和合理，一般也较少对应于汉语中的“正义”。该词不仅频繁出现于政治学、法学、伦理学等文献，也广泛应用于商业领域，它指的是公正诚实的品质，强调一种没有偏见、偏袒和自私的理想境界，在相冲突的利益之间求得均衡和平等，如 **fair trade**（公平贸易）；**fair trial**（公正审判）。²⁰ **impartiality** 一般也只译成公平、公正或者公理、公道，较少译成正义。例如，在《牛津法律大辞典》中，**impartiality** 被译作“公正”，用以表达法官在适用法律过程中不偏不倚不偏私的“品质”。实际上，该词也适用于仲裁者，如 **impartial arbitrator**（公正的仲裁人或公断人）。这似乎意味着 **equity**、**fairness**、**impartiality** 等词的含义均不如 **justice** 那样宽泛，具有某种限定性。也就是说，虽然 **justice** 的含义在不同的场合可以用 **equity**、**fairness** 和 **impartiality** 等词来进行诠释和说明，但它们的含义应该是有所不同的。因此，我们可以认为，在法律用语中，公平（**equity**、**fairness**）和公正（**impartiality**）更多地用来强调正义（**justice**）的某个方面、原则或者特性。它可能是正义最为基本的东西，但并不完全等同于正义。

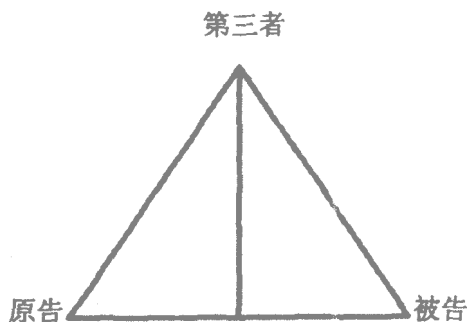
当然，由于在汉语中对这些词缺乏令人满意的解释，^① 我

现代汉语词典对这些词的一般解释是：“公平：处理事情合情合理，不偏袒哪一方面，如公平合理。”“公正：公平正直，没有偏私。”“公道：公正的道理。如主持公道。”正义：公正的、有利于人民的道理。”

们也就很难从词的本身进行这种区分，而只能由各人根据具体语境去作理解了。不过，在阅读译文的时候，可能会出现理解上的困难。因为同一个词（如 Justice）往往由于译者的偏爱或喜好不同而具有了不同的表达（如分别被译成正义、公平、公正等），而本来有所侧重的不同的词也会由于同样的原因而只有同一种表达，对于只读译文不看原文的读者来说，公平、公正、正义一类词到底在何种情况下具有何种意义？相同还是不同？判断起来未必是一件轻松的事情。

因此，比较实际的做法也许是对这些词略为作一点限定或者叫做“约定”：把公平和公正分为广狭二义。在广义上，二者均代表着正义、正义的法律和正义的判决。它要求把仁善与理性运用于法律之中。作为正义原则的公平、公正乃是法律的渊源和目标，它意味着伦理和道德的原则优越于普通的法律规则，强调法律的实质，而不是法律的形式或技巧。因此，在实现正义的过程中，广义上的公平、公正有时候就要求以不受严格的成文法约束的理性和伦理原则来判案。狭义上的公平、公正用于指法律适用中应坚持的原则，但二者在使用过程中又略有侧重，公平可能更多地用来表述人们在法律面前或者纠纷中的双方当事人（或仲裁）过程中的地位和待遇，公正更多地强调法官或仲裁者在对待当事人双方和适用法律或社会正义时所应具有的不偏不倚、公而无私的品质；在由两造当事人与居间者构成的“三边关系”中，公平观念侧重于对两造权利享有与维护的考察，公正则侧重于对居间者行为公允而无私的要求；公平强调实体正义和实质正义，公正强调程序正义和形式正义；公平的核心是平等，既包括案内平等，即两造当事人之间的地位平等、权利平等，也包括案外平等，即“同等案件同等对待”；公正的核心是无私、中立，它意味着居间者既要受自身情绪的影响，又要排除外界的任何压力，还要无视当

事人双方的任何身份背景等；如果居间者确实做到了无私，两造当事人就有可能获得待遇上的平等；如果有一造没有得到平等，人们就有理由怀疑居间者是否做到了无私；做到了平等和无私也就意味着实现了正义，不平等和偏私就意味着司法的不正义。公平是正义的横向坐标轴，公正是正义的纵向坐标轴，正义就座落在二者的交叉点上（参见下图及其说明）。因此，在这个意义上，公平、公正与正义虽然在本质上是一致的，但不能说在概念的内涵和外延上是完全同一的。正义应该比公平和公正具有更大的包容性。^①



说明：这是一个等腰三角形，“等腰”意味着居间者与两造当事人之间保持同等距离，不近此远彼；中线“正”，代表居间者的品质；底边“平”，代表普遍的法律规则本身的公平性；当二者垂直相交时，就形成两个 90° 角。这时，我们就可以说，审判是公平的，裁判者是公正的。司法正义也就基本实

① Chapman 教授在描绘“公平”与“正义”之间的区别时指出，我们讲一项公平的审判，而说其正义的结果（尽管我们也说“公平的份额”）。作为在“公平审判”中的公平，处理由规则统领的习惯，而正义是关于这样一些因素，诸如需要，基本与结果无关联的含有对复杂的事物进行平衡、权衡、认知，并提供一项不为公平的审判所包含的最终决定的意蕴。参见 John Chapman, “Justice and Fairness”, in C. J. Friedrich and J. w. Chapman (eds), *Justice; Nomos VI* (New York, 1963), pp 147 - 169.

现了。之所以只说“基本实现”，是因为还有另外几个因素会影响到正义的完全实现，它们是事实调查、裁判者对法律规则的正确理解，以及判决最后的公正执行等。

3、正义的定义

正义是一个涉及面非常广泛的具有开放性的概念，人们可以从政治学、法学、哲学、神学、伦理学、人类学、经济学等各种不同的角度去进行理解。庞德曾经指出：“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，足以保证人们的利益与愿望的制度。在法学上，我们可以讲的执行正义（执行法律）是指在政治有组织的社会中，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；现代法哲学的著作家们也一直把它解释为人与人之间的理想关系。”²¹

实际上，把正义的基本问题归结为人与人之间的关系在西方始于古希腊时期，柏拉图和亚里士多德都是在一种人与人之间的关系上来谈论正义问题的。柏拉图把人划分为三个不同的等级，即统治阶级、辅助阶级和无产阶级，正义就意味着每个阶级的成员必须专心致力于本阶级的工作，并且不得干涉其他阶级成员所干的工作。一些人生来就是统治者，而另一些人则注定是辅助统治者或无产者。如果无产者试图去统治别的阶级，那就不仅是愚蠢的，而且还是不正义的。统治者务必要使每个人找准他在生活中的恰当地位并尽力去履行相应的义务构成这一正义观念所依据的是这样一种假定，即一个人并不是一个孤立的个人，他不能随心所欲，为所欲为，而要从属于某种普遍性的制度，并使自己的个人愿望与喜好服从于集体统一的有机协调性。亚里士多德从社会伦理的角度指出，正义是

一种涉及人与人之间关系的社会美德。“在各种德性中，唯有公正是关心他人的善。因为它是与他人相关的，或是以领导者的身份，或是以随从者的身份，造福于他人。”^① 亚氏着重探讨了政治的或城邦的正义。他说：“这种公正就是为了自足存在而共同生活，只有自由人和比例上或算术上均等的人之间才有公正，对于那与此不符的人，他们相互之间并没有政治的公正，而是某种类似的公正。”^② 在这里，亚里士多德把正义寓于“某种平等”之中。一方面，他把平等强调为正义的尺度，另一方面又承认真正优越的人的统治，所谓相等的东西给予相同的人，不相等的东西给予不相同的人。也就是说，亚氏的“平等”是以不平等为前提的。^③

柏拉图和亚里士多德的正义观可以用一句来概括，即“给予每个人以其应得的东西”，或者更简洁地说：“各得其所”。实际上，这就是正义概念的一般形式。古往今来，各种不同的正义理论可以在别的方面很不相同，但在这一点上却是相同

① [古希腊]亚里士多德《尼各马科伦理学》，苗力田译，中国社会科学出版社 1990 年版第 90 页。如前所述，公正理广狭二义，广义的公正与正义相通。此处引文中的“公正”实即“正义”。实际上，人们在谈论亚氏时更多地使用“正义”一词。例如，博登海默上引书中有一段类似的引文使用的就是正义：“正义本身乃是‘他人的利益’，因为它所为的恰是有益于他人的事情。”〔美〕博登海默《法理学——法哲学及其方法》，邓正来、姬敬武译，华夏出版社 1987 年版第 253 页。

② 至于“类似的公正”，亚里士多德指的是“主人的公正和父亲的公正”，也包括“家室的公正”。对于这三种公正，亚里士多德只是予以指出，并未深究。他认为，这三种公正与政治上的公正虽然有些相似，但并不完全相同。人们对于自己的所有物，是无所谓公正和不公正的。奴隶和还不到独立年龄的孩子，正如自己身体的一部分，谁也不会有意地来伤害自己，从而对他们是不存在不公正的。……与孩童和奴隶相比，公正对妇女更合适。亚里士多德所说的情形，在现代社会里虽然已经有了很大的变化，奴隶制无论是作为一种观念还是制度都已告消灭，但奴役现象远未绝迹，种族歧视和妇女儿童问题则已成为现代正义理论中的重要命题。

的。古罗马时期两个著名的正义定义就体现了这一点其一是《查士丁尼法学总论》中提出的，并被认为是古罗马法学家乌尔庇安（Ulpian）首创，它是这样表述的，“正义是给予每个人他应得的部分的这种坚定而恒久的愿望”；²³ 其二是罗马早期的西塞罗所下的定义，正义是“使每个人获得其应得的东西的人类精神意向”。博登海默认为，“上述两个定义着重强调了正义的主观方面。正义被认为是人类精神的某种态度、一种公平的意愿以及一种承认他人的要求和考虑的意愿。正义的雇主愿意考虑其雇员的合理要求。正义的法官会决意在一起诉讼案中避免对一方当事人产生偏袒和偏见。正义的立法者愿意关注根据义务应当代表的所有个人和群体的利益。”²⁴ 为了有效地起作用，正义呼吁人们从他们那些唯一只顾自己利益的冲动中解放出来。

然而，仅仅培养一种公正待人和关心他人的精神状态其本身并不足以实现正义。公平对待的善意，必须通过被设计来实现正义社会的目标的实际措施和制度上的手段来加以实施。圣·托马斯·阿奎那把正义描述为“一种习惯，依据这种习惯，一个人以一种永恒不变的意愿使每个人获得其应得的东西。”²⁵ 他通过明确指出正义不仅含有某种精神上的先入为主倾向，而且还含有一种行为方式，应该说这是对前两种定义的改进。魁奈则进一步强调正义的客观性，他说，“如果有人问我：什么是正义呢？我将回答说，正义是由理性之光所承认的，明确决定什么是属于自己的，和什么属于他人的问题的自然最高规律。”²⁶ 瑞士一位当代神学家埃米尔·布伦纳（Emil Brunner）将正义的精神和制度这两个组成部分结合在一起，认为“无论是他还是它只要给每个人以其应得的东西，那么该人或该物就是正义的；一种态度、一种制度、一部法律、一种关系，只要能使每个人获得其应得的东西，那么它就是正义的。”²⁷