



当事人平等原则的程序展开



杜睿哲 著



科学出版社

当事人平等原则的程序展开

杜睿哲 著

西北师范大学法学重点学科资助出版

科学出版社

北京

内 容 简 介

本书从民事诉讼当事人平等原则的一般原理入手,在理论层面深入探讨当事人程序平等权、参与权、处分权的内涵、程序意义及相互关系,继而研究保障当事人平等的不同路径,可通过构建差别诉讼程序规则,法官、律师在民事诉讼中的介入,检察机关在民事诉讼中坚持尊重和保障诉权以及救济的补充和适度等方法实现对当事人平等权的维护,同时在处理连带债务、裁判脱漏、确定民事证明标准等问题时也应首先考虑当事人诉讼能力的平等。

本书适合从事相关研究的人员阅读,也可作为法律相关专业本科生和研究生的参考用书。

图书在版编目(CIP)数据

当事人平等原则的程序展开 / 杜睿哲著. —北京: 科学出版社, 2018.9

ISBN 978-7-03-053674-7

I. ①当… II. ①杜… III. ①民事诉讼法—研究—中国 IV. ①D925.104

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第138072号

责任编辑: 王丹妮 / 责任校对: 李 影

责任印制: 吴兆东 / 封面设计: 蓝正设计

科学出版社出版

北京东黄城根北街16号

邮政编码: 100717

<http://www.sciencep.com>

北京虎彩文化传播有限公司印刷

科学出版社发行 各地新华书店经销

*

2018年9月第 一 版 开本: 787×1092 1/16

2018年9月第一次印刷 印张: 10

字数: 238 000

定价: 78.00 元

(如有印装质量问题, 我社负责调换)

作者简介



杜睿哲，男，汉族，1967年11月生，甘肃环县人，西北师范大学法学院教授，硕士研究生导师，西北师范大学法学省级重点学科带头人，主要从事诉讼法、司法制度的教学和研究工作。近年来主持或参与完成了17项国家、省部级及其他课题，先后在《中国法学》《现代法学》《人民司法》等核心刊物上发表学术论文40余篇，撰写专著、教材8部。现任中国法学教育研究

会第四届理事会理事、甘肃省法学会常务理事、甘肃省法学会学术委员会副主任委员、甘肃省社会稳定风险评估法学研究会副会长、兰州市法学会名誉会长。现担任中共甘肃省委法律顾问、甘肃省人民政府法律专家咨询委员会委员、甘肃省委政法委咨询专家、甘肃省人大特邀地方立法研究员、中共甘肃省委讲师团成员等社会职务。

自序

在西南政法大学读研究生时，受恩师田平安教授的指导和影响，我对程序正义问题产生了浓厚的兴趣，开始广泛涉猎中外相关文献资料，集中精力学习和研究正当程序的理论和规则，将学习心得和研究思路汇报给导师，得到了他的肯定和进一步的指导，我于1997年6月完成了第一篇和导师合作的论文《程序正义初论》（发表在《现代法学》1998年第2期，后被中国人民大学复印报刊资料《诉讼法学、司法制度》全文转载）。这使我进一步坚定了对正当程序问题研究的信心和决心，对我以后的教学和科学研究影响较大，也激励着我在此道路上砥砺前行。1998年全国民事审判方式改革研讨会在天津经济技术开发区人民法院召开，我在导师的指导下完成了一篇参会论文《当前民事审判改革的反思》（刊发在江平主编的《民事审判方式改革与发展》一书中）。这篇论文也是以程序正义理论为视角，对中国当时正在进行的民事审判改革出现的偏差进行了批判，并提出了改革的对策与建议。兴趣一旦起航，就难以转向，我开始思考程序正义与中国法治国家建设以及民事诉讼法的完善等问题，研究成果见于1999年独立发表的三篇论文，即《民事审判方式改革与撤诉制度的完善》（发表在《现代法学》中）、《程序正义理念与法治国家》（发表在《人大研究》中）和《论我国法学界轻程序的现象、根源及对策》（发表在《甘肃社会科学》中）。当初这样做，一方面是为理论界兴起研究正当程序问题的热潮抛砖引玉；另一方面是为推进中国以正当程序为理念路径和技术路径的法治国家建设尽自己的绵薄之力。但随着对正当程序“原点”的逐渐接近和对中国法治建设现状的不断了解，我开始徘徊在理想与现实之间，并不断追问：发端于西方自然法思想的正当程序观念能否与中国的传统文化相融合，能否与中国的司法传统和现实相衔接，特别是以自由和平等为价值基础的民事诉讼结构，能否保障当事人自主、自治、平等地利用司法资源，从而在司法裁判中分享社会的公平正义，而不至于被司法分配造成二次伤害？于是，我逐渐将程序正义问题聚焦于如何实现双方当事人平等地参与程序的全过程，不仅是形式上，更重要的是实质上的平等这一最具中国意识的问题，这也是正当程序制度的“原点”问题。

将平等原则理解为民事诉讼程序的“原点”，是因为民事诉讼法作为程序公共理性的表达，为民事诉讼活动提供着制度构架。而民事诉讼是通过平等对话和居中聆听将程序

公共理性具体化的，这就要求法院的声音和行动要被赋予一定的权威。程序是制造权威的途径，基于程序正义对法官中立性的要求，双方当事人诉讼中能否平等对话、理性沟通，对于司法的社会治理至关重要。因此，以程序正义为理念基础和当事人理性对话的民事诉讼构造，是以“经济人”的理论假设为前提的，即当事人进行诉讼，是为了追求利益的最大化，并且双方当事人通过诉讼实现自己利益最大化的能力旗鼓相当。于是，现代民事诉讼法确立了决定对抗制诉讼结构方向性的两大原则，即处分权主义和辩论主义。这两大原则指引的以自治、合意为特征的诉讼机制，能否让法官如足球场上的裁判一样作出公正裁决，取决于当事人能否真正把握诉讼游戏规则，并恰当地作出选择。故，民事诉讼立法将民事主体最迫切需要的民法品格的平等原则延伸到民事纠纷解决的民事诉讼领域，成为民事诉讼法最基本的价值选择。需求和正当性是一致的，在此意义上，程序正是以实体为基石的。如果诉讼裁判的结果是法官对实体公共理性的宣示和具体化，那么诉讼过程中对双方当事人实质平等的追求和保障则是法官赋予程序公共理性的法治意义。

按照英国著名的大法官科克的解释，“程序正义”的规范表达最早见于1215年的英国《自由大宪章》。该宪章第三十九条规定：“任何自由人，如未经其同级贵族之依法裁判，或经国法判决，皆不得被逮捕，监禁，没收财产，剥夺法律保护权，流放，或加以任何其他损害。”该条规定已蕴含了法律平等原则。从观念上来看，程序正义条款源于英国人视为不证自明、毋庸置疑的道德原则——自然正义观念。由是，自然正义就成为解释法律程序正当性的理由。“任何人都不得成为自己案件的法官”和“当事人有陈述和被倾听的权利”被认同为自然正义的基本原则，也就成为最低限度的程序正当性的要求。没有裁判者的中立即没有程序公正，程序设计中的回避制度、禁止在私人房间单方面会见当事人或律师等都是平等原则的程序展开。因此，“任何人都不得成为自己案件的法官”是自然正义中的平等原则在程序正义中的表述。“当事人有陈述和被倾听的权利”是基于自然正义中人的道德主体性、尊重人格尊严和人的平等性而提出的程序正义原则。在被非人道地对待或冒犯个人尊严的诉讼程序中，个人并没有被视为在法律（法官）面前平等的人，而是作为低等公民被剥夺了尊严。因此，当事人平等地参与诉讼，平等对话、协商与辩论，平等地听取其他诉讼主体尤其是法官公开的信息，就成为法律程序的正当性内容和评价标准。故，作为自然权利内容的平等是程序内在价值的基础和终极目标。同时，从法律程序正当性价值评价的角度出发，诉讼主体平等又是实现程序内在价值的手段，成为程序正当性的评价标准。

作为正当程序制度“原点”的平等原则是最具有中国意识的问题，这是因为改革开放以来的社会分层多元、贫富差距悬殊、利益集团固化等社会现实以及司法经验告诉我们，大规模组织或多数有组织的群体的运作，富人与穷人、受过良好教育者和没有受过教育者之间的对话等，深刻地影响着我们的生活质量。延伸到诉讼领域，组织对个体，尤其是分散、孤立的个体的对抗，深刻地影响着司法正义供给。在一定意义上，复杂的社会关系和社会结构决定着案件的结构，案件结构也折射出一定的社会结构。不平等的社会现实使民事诉讼法所确立的平等价值和诉讼实践的差距越来越大，这正是中国司法

改革和司法实践必须面对和解决的问题，否则难以兑现“努力让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义”的庄严承诺。

为此，本书围绕如何实现当事人平等这一民事诉讼程序的“原点”问题展开研究，得出如下认识或结论：第一，对民事诉讼当事人平等原则的一般原理以及民事诉讼法保障当事人诉讼进行能力平等方面的缺陷进行系统论证。第二，论述当事人的程序平等权、程序参与权、程序处分权的内涵、程序意义及其相互关系。第三，提出差别司法正义的命题，认为差别司法是透过当事人之间的差异和案件结构动态地观察司法运行过程而对正义所作的选择。差别司法正义追求的目标是根除不平等因素对法律价值的威胁，赋予平等价值以具体含义，关注的重点是案件的社会结构，考察的关键点是违法行为或错误行为与社会条件的对抗。为此，差别司法正义强调司法的过程性改革，给予当事人诉讼实质平等意义的司法努力构成了过程性改革的核心，主张针对特殊对象构建差别诉讼程序规则。第四，通过当事人程序合意选择权法理的分析，指出当事人程序合意选择权对于实现当事人平等的意义及其路径选择。第五，实质平等的实现往往需要第三方的辅助，在民事诉讼中法官、律师是实现这一目标的很重要的路径。第六，在民事诉讼中第二公权力的介入对于平衡双方当事人的诉讼力量和能力具有积极意义。检察机关在民事诉讼中有监督职能，从监督职能行使的目的、动机来看，民事检察监督有救济性监督和督察性监督两种类型。救济性监督以救济当事人权利为主，以监督为辅，因而在处理与当事人的诉权关系时，坚持尊重和保障诉权以及救济的补充性和适度性原则，有利于实现当事人之间的平等。第七，在对抗制诉讼机制下，由一个中立的裁判者作出裁决时，证明责任及证明标准对诉讼结果将产生关键性影响。当事人诉讼平等是對抗制诉讼机制实现司法公正的理论前提，也应成为确定民事证明标准的法理基础。当事人诉讼能力平等是确定证明标准的前提，风险平等是确定证明标准的底线。合理的证明标准应使诉讼风险、错误裁判概率、错误裁判的潜在损失及成本在当事人之间平等分配。一般而言，低要求的证明标准较高要求的证明标准更有利于实现当事人诉讼平等。

本书是在较繁重的教学任务和复杂日常事务的管理过程中完成的，写作时间的碎片化、思考的不深入和水平所限，都会影响研究的系统性、内容的完整性和论证的深刻性，敬请读者批评指正！但无论如何，为了初心，永不放弃，因此也甚感欣慰！

是为序。

杜睿哲

2018年3月于西北师范大学法学院

目 录

第一章 公正司法与正当程序	1
第一节 司法的基本属性及其法治意义	1
第二节 司法的核心价值及其标准	3
第三节 正当程序的渊源及其不同理论	5
第四节 正当程序的独立价值及基本要求	8
第五节 公正司法必须处理和解决的几个重要问题	9
第二章 差别司法正义	12
第一节 差别司法正义概述	12
第二节 差别司法正义的提出背景	13
第三节 差别司法正义的价值	15
第四节 差别司法正义的法理基础	17
第五节 差别司法在现行《中华人民共和国民事诉讼法》中的体现	19
第六节 差别司法理念产生的问题意识	21
第七节 本章小结	23
第三章 民事诉讼当事人诉讼平等原则	24
第一节 平等原则的一般法理	24
第二节 当事人主义诉讼构造与实质的当事人平等原则	40
第三节 当事人的诉讼进行能力与实质的当事人平等原则	50
第四章 当事人程序平等权	65
第一节 程序平等权的内涵	65
第二节 程序平等权的程序意义	66
第三节 程序平等权的保护	67
第五章 当事人程序处分权	70
第一节 程序处分权的内涵及法理基础	70
第二节 程序处分权的程序意义	71

第三节 程序处分权的保护	73
第六章 当事人程序参与权	77
第一节 程序参与权的内涵	77
第二节 程序参与权的程序意义	78
第三节 程序参与权的保护	79
第七章 法官与律师：实现当事人实质平等的两种程序进路	83
第一节 问题的提出	83
第二节 民事诉讼构造对当事人平等价值的诉求	84
第三节 我国民事诉讼平等原则的缺陷：基于当事人实质平等的分析	86
第四节 实现当事人实质平等的进路：法官与律师的视角	86
第八章 确定民事证明标准的一般法理——基于当事人诉讼平等的思考	90
第一节 当事人平等在证据法上的价值定位	90
第二节 确定民事诉讼证明标准的认识论基础	92
第三节 能力平等：确定民事证明标准的前提	93
第四节 风险平等：确定民事证明标准的底线	94
第五节 低要求证明度：我国民事证明标准的建构思路	97
第九章 当事人合意选择权的基本理论、现状和存在的问题及其制度构建	99
第一节 当事人合意选择权的基本理论	100
第二节 当事人合意选择权的现状和存在的问题	110
第三节 我国当事人合意选择权的制度构建	117
第十章 二审裁判脱漏及其程序上的处理	122
第一节 二审裁判脱漏的概念分析	122
第二节 二审裁判脱漏认定及其后果定性分析	123
第三节 二审裁判脱漏在程序上的处理	125
第十一章 目的论视域中民事检察监督权与诉权的关系	127
第一节 检察权在民事诉讼领域的职能定位	127
第二节 目的论视域中检察监督的两种类型及其价值取向	129
第三节 救济性监督与诉权的关系	131
第四节 督察性监督与诉权的关系	135
第十二章 再审事由立法论视野中裁判遗漏问题的处理	137
第一节 民事诉讼再审事由立法论协调的问题	137
第二节 裁判遗漏的性质及其后果	140
第三节 现行立法对裁判遗漏问题处理的得失	141
第四节 本章小结	144
参考文献	146

第一章 公正司法与正当程序

建设社会主义法治国家是实现中华民族伟大复兴的必由之路。社会主义法治国家首先应当是一个公平正义的国家。公平正义实现的首要前提是立法的分配正义，最终落脚点是公正司法。因为公正司法是维护社会公平正义的最后一道防线，公正是司法的灵魂，公正司法是法治的根本保障，而正当程序是公正司法的逻辑前提。没有程序正义就没有司法的公正，正如法谚所云：正义不仅要得到实现，而且要用一种能够看得见的方式实现。

对于一个人治传统浓厚的国家来说，走向法治国家的征途势必充满了艰辛，尤其是我国长期以来“重实体、轻程序”的法制文化传统和程序法制滞后的现状，更是法治国家建设的主要阻碍因素，这更加凸显了通过正当程序实现司法公正的紧迫性和必要性。鉴于此，有必要从最基础的理论入手，准确把握正当法律程序发展的历史脉络，细致梳理司法及司法公正的基本要义，不懈探求并达致司法公平正义的基本路径，这对于革新司法人员的执法理念、推进司法改革进程、促进法治国家目标的早日实现具有重要的启发作用和深远的现实意义。

第一节 司法的基本属性及其法治意义

一、司法的概念与特征

“司法”一词，在我国古代是作为官名使用的，如唐代州一级的掌管刑法的官名为“司法参军”，县一级的掌管狱讼的官名为“司法”。近代意义上与立法、行政相对应的司法概念始于清末修律，如《大清法规大全·宪政部》中便有“立法、行政、司法则总揽于君上统治之大权”这样的内容。中国古代由于封建专制统治、没有独立的司法机构、司法与行政不分等因素，不存在近代意义上的司法概念。中华人民共和国成立以后，由于《中华人民共和国宪法》（以下简称《宪法》）没有使用“司法权”“司法机关”等概念，司法概念在学术界与实务界存在着不同的看法。一般认为，司法是国家司法机关根据法定职权和法定程序，具体应用法律处理案件的专门活动。由于对司法机关的理解不同，司法有广义和狭义之分。广义上的司法是指审判机关、检察机关、公安机关等依照法律享有司法权的机关，按照法定的职权和程序，应用法律裁决纠纷以及制裁违法犯罪的活动，具体指从立案（刑事自诉案件、民事、行政案件由当事人决定）、侦查（调查），到公诉（起诉）、审判、执行的整个诉讼过程中，公安机关、检察机关、审判机关行使司法权力的所有活动；狭义上的司法仅指法院裁判纠纷的活动。具体而言，司法有以下基本特征。

(1) 司法中立性。没有裁判的中立,就没有司法的公正,中立是裁判的生命。司法的中立性是指在审判结构中,法官与各当事人没有任何利害关系,以超然、无偏私的态度和立场对待各方当事人,与各方当事人保持同等的诉讼距离,对当事人的诉讼权利给予同等的保障。英国著名法官丹宁曾说:“一名法官想要得到公正,他最好让争讼双方保持平衡而不要介入争论。假如他超越此限,就等于是自卸法官责任,改演律师角色。”法官中立首先要求法官与争议的案件既无实质的关联性,也无形式的关联性,也就是法官与案件、当事人及其代理人无个人利益的纠缠;其次要求法官对法律、政策、事实或某方当事人不能存在偏见或歧视,否则一个法官基于法律信仰差异、性别歧视、价值倾向、种族歧视等因素对当事人不平等对待,这对司法公正的危害显而易见;最后要求法官地位上的超脱性和与双方当事人在诉讼距离上的平等性。

(2) 司法专门性。司法是由专门的机构所从事的适用法律的活动。一方面司法以享有司法权为基础,必须由国家专门的司法机关依法具体实施;另一方面司法活动的目的是依据法律裁判案件,解决纠纷,具有高度的专业性,需要受过专业训练的司法人员进行,才能确保司法裁判的权威性和公信力。我国由于中断了十多年的法学教育,法学人才较少,还不足以满足法官队伍专业化的需求,但这种状况随着国家卓越法律人才培养计划的实施和法律职业资格证书考试制度的改革正逐步得到改善。

(3) 司法统一性。司法制度是国家政治制度的组成部分,司法权必须由法定机关统一行使,其他机关不得分享。司法机关处理案件通过正确适用法律、司法解释或指导性判例统一全国各级审判机关的裁判尺度。主权统一论从国家权力角度揭示了司法统一的基本渊源,国家主权包括独立权、平等权、自保权与管辖权;司法管辖权是国家主权在法律方面的物化形式,是国家主权在司法制度上的重要体现;法律(司法)至上论奠定了司法统一的法治根基,决定了司法权的行使必须具有高度的统一性;司法价值论从司法本身所追求的价值目标角度揭示了司法统一的内在要求,指明了司法统一的目标和方向;国际规范论从国际性和应时性角度论证了我国实现司法统一的必要性和迫切性。

(4) 司法独立性。司法的独立性体现在两个方面,一是司法机关地位的独立性,司法机关独立地行使司法权,不受其他机关的干涉;二是司法过程的独立性,在司法过程中,司法机关不受任何人、任何组织的干涉,独立审判,独立作出裁决。司法独立性在概念上与西方国家是一致的,但在程度上有差异,如美国的司法独立来自三权分立原则,而中国的司法独立处于人民代表大会制度框架内,法院受人民代表大会的监督;美国法官的审判行为是个人的,在中国则是集体行为。

(5) 司法权威性。司法权威性也称司法的终局性,体现在司法裁判的终局性和执行的强制性。司法活动是司法机关依据国家赋予的司法权解决纠纷和争议的活动,相比于其他形式的纠纷解决,司法具有最高的效力,其裁判结果也具有终局性和稳定性,一般在生效的情况下,很难轻易改变,同时国家权力作为其后盾,在判决不能得到执行的时候,可以强制执行。我国实行两审终审制和一个“打补丁”的再审制,判决生效后还可能提起再审。近年来涉诉信访案件不断出现,甚至不断缠诉现象的增多,严重影响了我国司法的权威性,需通过对涉诉信访的法治化进行改革,以维护司法权威性。

二、公正司法的法治意义

(1) 公正司法有助于维护法律的尊严。法治意味着法律在社会生活中具有至高无上的地位,形成人民崇尚法律、信任法治的法治氛围。要做到这一点,必须通过公正的司法充分实现法律的公平正义价值,培育法治精神,唤起全社会对法律权威的充分尊重,否则,法律尊严荡然无存。正如培根所言:“一次不公的(司法)判决比多次不平的举动为祸尤烈,因为这些不平的举动不过弄脏了水流,而不公的判决则把水源败坏了。”

(2) 公正司法维护法律秩序。司法活动是化解争议、解决纠纷的过程。纠纷和争议的出现是对法律秩序的背离。司法活动具有“矫正正义”的功能,具体个案的司法结果不仅实现了个别正义,而且使广大民众受到了普法教育,有利于弘扬法治精神,增强法治信仰,最终使法律秩序得以维护,法律权威得以树立。

(3) 公正司法保障人权。现代法治的理论基础是人权原则,人权原则在法治上的实现,是以法律的可诉性为最终保障的,其首先取决于国家权力对公民诉权保障的完善程度。诉权可以更直接地通过法律制度来保障每一个公民自由表达自己的意志,通过个体意志最大化的法律表达来形成人民整体意志的最大值。没有这种诉权所具有的终极对抗国家权力的性质,人民的意志势必会在国家机关代行人民权利的过程中被削弱。国家建立司法裁判制度的最大目的,就在于给予每一位公民以公正的关怀,对每一个人的权益给予同等的关注。

(4) 公正司法限制公权力的恣意。法律的产生意味着国家把社会成员的权益纠纷由私力救济或大规模的社会冲突转化为一种正统秩序下的制度形态予以化解。司法权、立法权和行政权是保障公民生命、自由和财产的三种主要权力。司法权的正当行使,能够对立法权和行政权形成一定的牵制和制约,从而防止立法权沦落成为利益集团代言的工具,以及防止行政权力因过于强大而恣意妄为。

第二节 司法的核心价值及其标准

一、司法的核心价值

司法所追求的价值具有多样性,一般而言,司法具有公正、效率、秩序、人道、自由等价值。其中,公正是司法的核心价值,理由在于以下几个方面。

(1) 司法的目的在于实现公正。亚里士多德将正义分为“分配正义”和“矫正正义”,分配正义是典型的立法活动,矫正正义则体现在司法层面。当公民的权益受到侵犯时,司法机关的职责就在于矫正不正义以维护原有的正义。国家设置司法机构的目的在于公正地解决纠纷,保护公民合法权利,维护社会秩序安定。

(2) 司法公正是公民信赖司法的基础。司法是维护公平正义的最后一道防线,与调解、仲裁等纠纷解决方式相比,司法是公民最为信任的能够实现公正的纠纷解决方式。司法公正与司法本身具有高度的重合性,甚至在普通老百姓的眼中司法就是公正的代名词。公民信赖司法,因而愿意将纠纷诉请法院予以解决。

(3) 司法公正可以弥补法律漏洞。在法律出现空白或漏洞时,公正的司法活动能够

通过阐发法律原则或者合理利用善良风俗习惯,以实现个案公正,促进法律发展。

二、司法公正的标准

一般而言,司法公正的标准分为两类:法律标准和社会标准。法律标准是指司法公正需要严格地依照法律的规定来进行,由法律来评价司法是否公正,具有确定性和客观性。社会标准则是社会大众对司法公正的一般性评价,具有不确定性和主观性。但此二者并不是对立和不相容的,民意认可法律规定,而法律规定是民意的体现,社会评价的基础是法律标准,并在此基础上合理吸收民意。具体而言,司法公正有以下几个标准。

(1)裁判主体的独立性、中立性和廉洁性。司法的独立性是司法公正的前提,裁判主体在裁判过程中应当保持独立的地位。一方面,通过诉讼程序的“隔音空间效应”主动营造三方主体参与的诉讼结构;另一方面,司法主体应当主动拒绝其他干扰因素,独立行使司法权力,秉公办案。司法的中立性则要求司法人员要无偏私、无偏见,这不仅要求司法主体在诉讼上与双方当事人保持同等距离,同时也要求司法主体不得在未经庭审之前作出任何先入为主的“预断”。裁判主体的廉洁性不仅是对司法人员的道德约束,也是对司法人员的法纪约束。

(2)严格依照实体法。法官的裁判活动必须有法可依,且严格依法办案,任何裁判的作出都必然是依据实体法律规范所得出的权利义务的分配,如果裁判不依据实体法律的内容作出,就不具有合法性与有效性。

(3)严格依照法律程序。法律程序的设置目的在于限制法官恣意,实现公正。司法活动必须严格依照法律程序进行。法律程序通过角色安排以及对当事人之间权利和义务的划分来对法官的权力进行限制,保障当事人的诉讼权利。严格遵守设定的法律程序是实现裁判公正的必由路径,也是司法公正的题中之意。

(4)裁判结果公平正当。裁判结果的正当性一方面体现在正确认定事实的基础上,准确还原并认定已经发生的事实,这需要充分的证据作为支撑并予以证明,唯有如此,才能最大可能地接近“真相”;另一方面体现在是否严格遵循了诉讼活动的法定程序,正当程序本身具有增强裁判结果的可接受性的功能。

三、程序公正与实体公正的关系

司法公正的基本内涵就是要在司法活动的过程和结果中坚持和体现公平与正义的原则,前者为程序公正,后者为实体公正,二者共同构成了司法公正的基本内容。

(1)实体公正是指司法人员在执法的过程中严格按照行政、民事和刑事实体法等实体性规范处理各种行政、民事或刑事案件,即司法活动就诉讼当事人的实体权利和义务关系所作出的裁决或处理是公正的。

(2)程序公正是指诉讼活动的整个过程对于诉讼活动的参与人员来说是公正的。换言之,诉讼参与人在诉讼过程中所受到的对待是公正的,所得到的权利主张机会是公正的。一般来讲,程序公正主要包括裁判者的中立性、当事人的平等性、过程的公开性、诉讼主体的参与性、诉讼结果的稳定性以及程序自身的安定性等方面。

(3)实体公正和程序公正的关系。实体公正与程序公正之间是一种辩证统一的关系。

一方面,二者之间存在一定的对立关系。就其内容而言,前者是结果,后者是过程。二者有时难以兼得,如程序公正的实现并不必然意味着实体公正的实现,程序公正具有明确性和可操作性的特点,实体公正则有时体现了抽象性和原则性的特点。另一方面,实体公正与程序公正存在统一关系,表现在实体公正与程序公正相互促进、相互依存、相互作用、相互影响。司法公正要求做到实体公正和程序公正并重,二者缺一不可。程序公正是实现实体公正的重要手段和保障,实体公正是司法系统追求的根本目标,是程序公正的结果和最终目的,“理想的正义是形式要素和实体要素之和”^①。

四、公正司法的程序保障逻辑

(1) 程序有助于保障裁判主体的独立与中立。“自断其案”与偏见是影响公正司法的两大不利因素,裁判主体如果在其自身有利害关系的案件中担任法官,无疑会将裁判的利益偏向于自己,则司法便失去了公正。与“自断其案”类似的还在于司法裁判中的偏见,偏见促使先入为主观念的形成,这极有可能导致裁判结果的不公正。“程序正义”的一个基本要求是“任何人不能做自己案件的法官”。正当程序的设计能够实现权利分配、诉讼角色划定、法官回避等,这在很大程度上确保了裁判主体的独立与中立。

(2) 程序有助于认定事实与适用法律。程序本身所具有的确性、法定性、形式性、自治性、规范性的特点能将案件事实和法律本身的不确定因素进行固化。在认定事实方面,程序赋予当事人双方充分辩论的权利,合理的证据规则也能帮助法官认定变动不居的事实。在适用法律方面,程序是法律与个案案件事实的连接纽带。程序要求法官公开心证过程和裁判理由,从而防止错案发生,确保公正司法的实现。

(3) 程序保障当事人司法参与。司法公正要求当事人能够充分、有效地利用司法程序。现代意义上的司法公正是一种以当事人为诉讼主体资格获得充分尊重的公正,是以程序为本体的司法公正。司法过程离不开多方当事人的诉讼参与,在刑事诉讼中需要控辩双方的辩驳、质证、对抗,在民事诉讼中需要原、被告双方的协商、交涉、辩论。司法者所作的裁判,必须是在受判决直接影响的有关各方的参与下,通过提出证据并进行理性说服和辩论,以此为基础促进裁判的形成,而不像行政管理者那样,通过单方面调查取证就可形成决定^②。

(4) 程序保障司法公开与透明化。公开和透明是公正司法的基本要求,也是审判民主化的主要特征。设计科学的程序能够保障司法程序的公开与透明,从而使司法活动的运行过程处于“阳光”之下,以杜绝“秘密裁判”和“暗箱操作”,最终促进司法公正的实现。

第三节 正当程序的渊源及其不同理论

一、正当程序的渊源

正当程序,作为一个法律名词最早出现于13世纪的英国,但其思想源头可以追溯到

① 戈尔丁 M.P. 法律哲学[M]. 齐海滨译. 北京:生活·读书·新知三联书店,1987:237.

② 章武生,等. 司法现代化与民事诉讼制度的建构(修订本)[M]. 北京:法律出版社,2003:4.

古希腊、古罗马时期^①。肇始于古希腊斯多葛学派的自然法思想,认为存在一种基于理性的普遍自然法,它在整个宇宙中都是普遍有效的。它的要求对世界各地的任何人都有约束力。自然正义首先被当作衡量法律内容正当性的标准,即自然法。自然正义是正当程序中的核心要素,其主要包括两个方面:一方面是任何人都不得在与自己有关的案件中担任法官;另一方面是应听取双方之词,任何一方之词未被听取不得对其裁判。从自然正义中逐步演化出法律的正当程序,学者们后来又从法律的正当程序中,发掘出了程序正义的观念。在自然法思想中,正当程序是实现人格尊严的自然正义。

一般认为,英国1215年的《自由大宪章》第三十九条的规定是关于“正当程序”的最早规定。该条规定:“任何自由人,如未经其同级贵族之依法裁判,或经国法判决,皆不得被逮捕,监禁,没收财产,剥夺法律保护权,流放,或加以任何其他损害。”“正当法律程序”一语,最早出现在1353年英王爱德华三世公布的《伦敦威斯敏斯特自由法》之中,该法第三章第二十八条规定:“任何人无分身份或情况,非依正当法律程序应讯,不得被逐出与没收其土地或租地,剥夺其继承权,与处以死刑。”1628年的《权利请愿书》也用的是“正当程序”一词。1679年,议会中反对国王的辉格党人为了保障自己不受国王任意逮捕,提出并通过了《人身保护法》。这个被认为是英国重要的宪法性文件的法律共有20条,其中近2/3的内容为程序性规定。

“正当法律程序”的概念和精神,伴随着殖民地政府陆续开发新大陆而传入美国。在美国宪法制定之前,美国各州的宪法中也有包括类似于英国《自由大宪章》所包含的正当程序精神的规定。1791年美国《联邦宪法》增加的统称为“权利法案”的10条修正案,第5条便规定了“正当法律程序”。此外,1868年美国宪法第十四条修正案第一款明确规定:“所有在合众国出生或归化合众国并受其管辖的人,都是合众国的和他们居住州的公民。任何一州,都不得制定或实施限制合众国公民的特权或豁免权的法律;不经正当法律程序,不得剥夺任何人的生命、自由或财产;在州管辖范围内,也不得拒绝给予任何人以平等法律保护。”该条规定将正当法律程序要求扩展到美国各州,从而使正当程序成为具有广泛效力的基本司法原则。

相比于英国和美国在其宪法(宪法性文件)中对正当程序的直接规定,一些国际条约中,虽没有正当程序的明文规定,但也有对正当程序实质内容的规定。例如,1948年联合国制定的《世界人权宣言》第十条规定:“人人完全平等地有权由一个独立而无偏倚的法庭进行公正的和公开的审讯,以确定他的权利和义务并判定对他提出的任何刑事指控。”此外,《公民权利和政治权利国际公约》中第十四条也有类似规定。

二、正当程序的不同理论

(一) 程序本位主义

程序本位主义认为,程序是独立于实体存在的,评价法律程序的价值标准在于它本身是否具有一些内在的优秀品质,而不是对结果的有用性。“尽管法律程序在作为实现公

^① 樊崇义,史立梅,张中,等.正当法律程序研究——以刑事诉讼程序为视角[M].北京:中国人民公安大学出版社,2005:1.

正结果的手段方面价值十分重要,但和程序正义价值相比,只能处于第二位。只有法律程序自身的公平、合理的内在价值得到保障,那些利益受到程序结果直接影响的人才能受到基本的公正对待即享有作为个人而非动物或物品所必需的尊严。”^①程序本位主义强调法治的意义在于过程,而不仅仅在于结果。

罗尔斯认为,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。罗尔斯提出关于正义的两个基本原则,并在此基础上形成了三种不同的程序正义模式,即纯粹的程序正义、完善的程序正义和不完善的程序正义。纯粹的程序正义的情形是指无论程序产生什么样的结果,它都是公正的,不存在衡量程序结果的独立标准,程序本身就决定了程序结果的正义性。罗尔斯认为纯粹的程序正义的典型例子是轮盘赌,只要程序被人们恰当地遵守,那么,其结果也总会是正确或公平的,无论它们可能会是一些什么样的结果。完善的程序正义和不完善的程序正义都存在独立的公正标准,不同的是前者存在一种总是能够保证达到这种结果的程序,其典型例子是切蛋糕程序。不完善的程序正义的基本标志是指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。罗尔斯认为,在刑事审判中,即便法律被仔细地遵循,过程被公正地恰当引导,还是有可能达到错误的结果,这就是一种不完善的程序正义^②。

程序本位主义盛行于英美法系国家,这与英美法系国家重视正当程序理论是分不开的。程序本位强调程序的正义性,将程序与裁判看作一个整体,认为在正当的程序下,必然会得出正当的裁判结果,美国在正当程序的基础上,还发展出了程序性正当程序和实体(质)性正当程序,使得在程序本位观的指导下,从对程序的正当性审查发展到对实体(质)性正当性的审查。

(1)程序性正当程序。程序性正当程序主要体现在美国联邦宪法第五和第十四修正案中,强调“在公民的生命、自由和财产被剥夺之前必须经过正当的法律程序,而且也只适用于法院的诉讼程序,不涉及立法机关法案的实体内容”。其目的在于保障公民在日常生活中的各项权利不被不合法地剥夺,政府剥夺公民权利的任何行为都需要在法定的正当程序下进行审查。

(2)实体(质)性正当程序。实体(质)性正当程序则是在程序性正当程序之上发展起来的。1856年美国纽约州法院对“怀尼哈默案”的判决是实体性正当程序出现的标志。在该案中,法院认为纽约州出台的禁止公民私藏烈性酒的法案侵犯了公民的权利,即便其执法的程序是正当的,也由于该法案的不正当性,应该认定为无效。由此可见,“实质性正当程序所限制的是政府做出决定的实体内容,即政府决定所涉及的国家权力界限和公民权利范围是否符合英语国家一般认可的公平和正义标准”^③。

(二)程序工具主义

程序工具主义价值的鼻祖可以追溯到边沁,其所倡导的功利主义在程序方面的体现

① 于向花,李志君. 正当程序及其法理阐释[J]. 甘肃社会科学, 2015, (3): 96-99.

② 罗尔斯 J. 正义论[M]. 何怀宏,何包钢,廖申白译. 北京:中国社会科学出版社, 1988: 79-82.

③ 汪进元. 论宪法的正当程序原则[J]. 法学研究, 2001, (2): 51-59.

便在于程序的工具主义。程序工具主义理论一般认为,法律程序不是作为自主和独立的实体而存在,它没有可以在其内在品质中找到合理性和正当性的因素,它本身不是目的,而是用以实现某种外在目的的工具或手段。程序工具主义追求裁判结果的公正性,认为程序的作用只在于帮助法官作出正确的裁判,而没有其独立的作用。在程序工具主义的基础上,还形成了绝对程序工具主义理论、德沃金主张的相对程序工具主义理论以及波斯纳主张的经济效益主义程序理论^①。这些学说在具体的主张上有所不同,但其基础是一致的,即认为程序不具有独立的意义,其本身在于对实体正义实现的帮助,是实现正当裁判结果的工具。

第四节 正当程序的独立价值及基本要求

一、正当程序的独立价值

(1) 正当程序能够吸收不满。如果一个法律程序本身是正当的,它就会具有吸收当事人异议或不满的能力。这是因为,一方面,正当法律程序能够保障当事人行使其所享有的各项诉讼权利,使双方当事人都能够充分发表自己的意见。在正当法律程序的空间里,双方当事人的陈述都被裁判者听取。对于当事人而言,他们都感觉到自己的诉讼权利和人格尊严得到了应有的尊重,诉讼主体地位得到了张扬,从而打消了当事人的各种顾虑。当事人相信程序本身是公正的,裁判的结果也应当是公正的。另一方面,正当程序也使整个诉讼程序的运作处于“阳光”之下,避免了暗箱操作,增强了裁判结果的可接受性。正如法谚所云:“正义不仅应当得到实现,而且应当以人们看得见的方式得到实现。”

(2) 正当程序能够限制恣意。程序是法治和恣意而治的分水岭。程序的实质是管理和决定的非人情化。正当程序具有限制裁判者恣意的功能。一方面,正当程序具有确定性,从而使当事人对诉讼程序的推进有明确的预期,这在很大程度上构成了对裁判者程序违法行为的限制和制约,另一方面,正当程序所包含的回避制度、审限制度、审级制度、直接言词原则、集中审理原则等,有助于限制裁判者的恣意妄为,从而确保司法公正。

(3) 正当程序的纠错功能。正如罗尔斯所言,审判制度本身就是一种“不完善的程序正义”,“即使法律被仔细地遵循,过程被公正、恰当地引导,还是有可能达到错误的结果。一个无罪的人可能被判有罪,一个有罪的人却可能逍遥法外”^②。正当程序具有纠错功能,尤其是复审程序的纠错功能更加明显。作为一种“不完善的程序正义”,第一审裁判的错误不可能完全避免,因此,设置复审程序成为必要。复审程序的设置有利于压缩一审误判的空间,也有利于通过上下级法院的权力制衡来弥补审判程序的不完善,预防法官的不负责任和有意犯错。

二、正当程序的基本要求

(1) 裁判者的中立性。中立性是正当程序的基本原则,是程序的基础。法官的中立

^① 陈瑞华. 程序价值理论的四个模式[J]. 中外法学, 1996, (2): 1-7.

^② 罗尔斯 J. 正义论[M]. 何怀宏, 何包钢, 廖申白译. 北京: 中国社会科学出版社, 1988: 81.