

法律程序与行政过程译丛

丛书主编 陈端洪



# 程序正义

Procedural Justice

——向个人的分配

Allocating to Individuals

Michael D. Bayles

迈克尔·D.贝勒斯 著

邓海平 译

高等教育出版社

法律程序与行政过程译丛

**Procedural Justice**

**Allocating to Individuals**

**程序正义**  
——**向个人的分配**

丛书主编 陈端洪

迈克尔·D.贝勒斯 著

**Michael D. Bayles**

邓海平 译

高等教育出版社

Procedural Justice. Copyright © Kluwer Academic Publishers 1990.

图字:01-2003-7919

图书在版编目(CIP)数据

程序正义——向个人的分配/贝勒斯(Bayles, M. D.)

著;邓海平译. —北京:高等教育出版社, 2005. 7

书名原文: Procedural Justice: Allocating to Individuals

ISBN 7-04-017210-0

I. 程… II. ①贝…②邓… III. 诉讼程序 - 研究

IV. D915.18

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 050487 号

---

出版发行	高等教育出版社	购书热线	010-58581118
社 址	北京市西城区德外大街 4 号	免费咨询	800-810-0598
邮政编码	100011	网 址	<a href="http://www.hep.edu.cn">http://www.hep.edu.cn</a>
总 机	010-58581000		<a href="http://www.hep.com.cn">http://www.hep.com.cn</a>
		网上订购	<a href="http://www.landaco.com">http://www.landaco.com</a>
经 销	北京蓝色畅想图书发行有限公司		<a href="http://www.landaco.com.cn">http://www.landaco.com.cn</a>
印 刷	北京印刷一厂		
开 本	850 × 1168 1/32	版 次	2005 年 7 月第 1 版
印 张	11	印 次	2005 年 7 月第 1 次印刷
字 数	270 000	定 价	25.00 元

---

本书如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请到所购图书销售部门联系调换。

版权所有 侵权必究

物料号 17210-00

## 译者序

呈现在读者诸君面前的《程序正义——向个人的分配》，是迈克尔·D. 贝勒斯的一部经典作品。

贝勒斯是美国佛罗里达州立大学哲学系教授，著名的法律哲学学者。除了本书之外，他还有《立法的原则：政治权威的运用》(*Principles of Legislation: The Uses of Political Authority*) (1978)、《道德与人口政策》(*Morality and Population Policy*) (1980)、《正义、权利与侵权法》(*Justice, Rights and Tort Law*) (1983)、《法律的原则：一个规范的分析》(*Principles of Law: A Normative Analysis*) (1987, 已有中文译本)、《哈特的法律哲学》(*Hart's Legal Philosophy: An Examination*) (1992)等著作。

关于程序正义，法学界的研究可谓繁复。但这种研究通常关注的主要是个别领域或个别情况下的程序正义。真正从更普遍的意义对程序正义展开讨论，并进而提出一个一般性的程序正义理论的，还是很少。可以说，贝勒斯的这部著作，是进行这种一般性理论论述的一次有益而深刻的尝试。

说这部著作是对程序正义问题的一个更为一般性的研究，并不是说它探讨了程序正义的全部。实际上，就“程序”一词而言，根据贝勒斯的分析，人们通常在以下三种语境下使用它：作出集体决定或选举代表的程序，典型的是议会程序；对两造争端进行裁决的程序，典型的是民事诉讼；作出使相对方承担负担或享受利益的决定的程序，典型的是行政行为和刑事追诉行为。贝勒斯在这部著作中考察的主要是最后一种情况。

为了提出一个一般性的程序正义理论,作者首先从对抗式审判模式出发,对该模式下的传统程序原则,比如,无偏私、得到听证的机会、形式正义,等等,进行了深入的探讨和分析。之所以首先对对抗式审判模式进行分析,现实的理由是,人们(尤其是律师)对这种模式非常熟悉。更深层次的理由是,这个模式包含了程序正义的核心原则。

接着,作者提出了一个评价程序的基本理论规范。根据这个规范,只有当一个程序能够使程序的错误成本(error costs)加道德成本(moral costs)加直接成本(direct costs)再减去过程利益(process benefits)的总和最小化的时候,该程序才是一个恰当的程序。用公式表达就是:最小化( $EC + MC + DC - PB$ )之和。根据这一基本规范,尽管体现在对抗式审判模式下的主要程序原则都是合理的,但对抗式审判模式本身,并不是每一种情形下的最佳程序模式。对抗式审判模式是有它的重大局限的。为此,作者指出,针对不同的情形,有必要采用不同的程序模式。除对抗式审判模式之外,其他程序模式包括:官僚调查模式、管理模式、职业服务模式和协商模式。

最后,作者把前述基本理论规范应用到两个最为常见的负担/利益应用领域:一个是对职业人士进行惩戒的程序,另一个是各种不同的雇用决定。这两个领域,几乎包含了由法律或道德支配的施加负担、赋予利益、终止利益和减轻负担的决定的全部组合。因此,它们构成了一个评价该理论的几乎全部现实情形的集合。通过对不同情形的具体分析,作者认为,前述基本理论规范是站得住脚的。

就译者本人的体会而言,这部著作简洁却细致、深入又浅出、冷静而深刻。为了能够让读者朋友在阅读这一著作的过程中,不致因翻译的拙劣而无法获得一种本应获得的智识上的愉悦,译者对译稿进行了一而再、再而三的校读与修订(请参见“译后记”),以期至少达到忠实准确地表达原意的地步,尽管不当之处或者错误总是难免

的。请爱好法律学术的读者诸君拿起它，一口气读下去，必有收获。  
余皆毋需赘言。

是为序。

邓海平

2005年4月30日

## 原著编辑前言

在 20 世纪上半叶,法律哲学(又称法律理论或法律学)已经有了相当的发展。它再也不是法律和哲学领域内少数几个孤单的学者的领地了。无数领域内的数以百计的学者参加有关这个主题的国际会议。在某些大学,拥有 500 甚至更多学生的讲座课程也在研究这一领域。

“法律与哲学书系”的主要目的是,推出来自英美法传统和欧洲传统的最佳法律哲学原创作品。它不仅有助于向国际上推广这些最优秀的作品,而且也加强了两大法律传统对彼此的关注以及相互间的交流。我们主要集中在学术专著上,尽管也选择了一些原创论文编成的集子。本书系的编者得到了由国际知名学者组成的编辑顾问委员会的鼎力支持。

法律哲学不应当被当作一个狭窄封闭的领域。对法律和法律制度的洞见可能来自讨论不同问题的不同学科。在那些对法律哲学作出贡献的相关学科或视角中,除了法律与哲学之外,还有人类学、经济学、政治学和社会学。法律哲学所探讨的话题包括法律理论,法律的概念与法律制度,法律推理与审判,证据的认识论问题与程序,法律与正义、经济学、政治学或道德,以及诸如刑法、契约法和财产法等法律领域内的理论问题。

## 作者致谢

本书发端于我此前写过的一本程序法著作。我深信,哲学家过去忽略了程序正义这个问题,我还深信,在切实地实现相关目标上,正当的程序比实体原则更为重要。因此,我开始着手写作一本探讨程序正义的哲学及道德基础的著作。然而,在写作过程中,本书越来越成为一本法律哲学而非法律道德的书。哲学家在程序正义这个问题上鲜有著述,因此大部分研究材料都来自法律领域。看起来,在我对法律问题有一个准确把握之前,去提出一种严格意义上的道德理论,是没有丝毫意义的。此外,就像我刚开始写本书时一样,大多数哲学家不注意法律分析。所以,本书的第一部分主要是要阐明当前的法律原则。第二部分则提出了一个法律与道德的理论框架。第三部分则阐明该框架是如何适用于两个重要领域的。

像往常一样,我在这个问题上的想法,因为教授两门与之有关的课程而变得更为清晰。其中之一是1984年在西安大略大学(University of West Ontario)讲授的,另一门则是1986年在佛罗里达大学(University of Florida)讲授的。我要感谢选修这两个课程的学生。艾力克·贝克(Eric Baker)是1986年我在佛罗里达大学时的研究助手,他完成了无可估价的图书检索工作。约瑟夫·戈西克(Joseph Grcic)通读了本书的草稿,提出了一些总体性意见。书稿改进工作得到了佛罗里达大学研究资助处(Division of Sponsored Research)的研究发展奖金(Research Development Award)和研究生助教奖学金(Graduate Research Assistantship)的资助。两个直到最近才不再处在匿名状态的审稿人(referee)——卡尔·维尔曼(Carl Wellman)与提默西·特洛(Timothy Terrell),对本书倒数第二稿提出了诸多有益



的意见,尽管我相信他们还认为本书尚有进一步改进的余地。

我要感谢弗洛伦斯·波尔(Florence Ball)制作了本书的照相原版,同时要特别感谢唐纳德·贺格特(Donald Herget),他为制作相关表格和图表付出了大量的劳动。

本书的某些部分是在此前发表过的作品的基础上作了大量改动而得来的。第一章的第二节中有四个段落以及第七章第二节的头六段取自“程序性正当程序”,它收录在迪安娜·T.梅耶斯(Diana T. Meyers)和肯尼斯·吉普尼斯(Kenneth Kipnis)编辑的《宪法的哲学基础(*Philosophical Foundations of the Constitution*)》中(Boulder, Colo: Westview Press, 1989),页207及210-212。最后,第一章第三节中的两段、第五章中的一段、第六章中的头三节以及第八章第一节取自《法律的原则(*Principles of Law*)》(Dordrecht: D. Reidel Publishing Co., 1987)中的 §§ 1.2、2.3.9、2.1.1-2.1.3 和 2.2。

# 缩略语表

ABA, American Bar Association 美国律师协会

APA, Administrative Procedure Act 行政程序法, 5 U. S. C. (1978)

Cdn. Charter, Canadian Charter of Rights and Freedoms, Constitution Act 加拿大权利和自由宪章, 宪法法案, 1981

CE, Council of Europe 欧洲议会

IEEE, Institute for Electric & Electronics Engineers 电气和电子工程师协会

LRCC, Law Reform Commission of Canada 加拿大法律改革委员会

MSA, National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, Model State Administrative Procedure Act (1981) 统一州法全国委员会会议, 模范州行政程序法 (1981)

OAS, Organization of American States 美洲国家组织

RSA, National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, Revised Model State Administrative Procedure Act (1961) 统一州法全国委员会会议, 模范州行政程序法修正稿 (1961)

UN, United Nations 联合国

# 目 录

第一章 导论 .....	1
程序语境 .....	2
某些区分 .....	4
一种规范的方法 .....	11
对抗式审判模式 .....	16

## 第一部分 传统原则

第二章 无偏私 .....	22
利益、偏见和必要性 .....	25
独立性 .....	35
单方接触 .....	44
小结 .....	46
第三章 得到听证的机会 .....	48
听证公开 .....	51
及时性和通知 .....	53
证据的提交 .....	58
辩护 .....	65
记录 .....	68
上诉 .....	70
小结 .....	73
第四章 决定的依据 .....	75
自由裁量权 .....	77
标准 .....	82
结论和理由 .....	88

---

举证责任 .....	96
司法审查 .....	99
小结 .....	103
<b>第五章 形式正义 .....</b>	<b>106</b>
一致性 .....	111
遵循先例 .....	120
服从规则 .....	127
小结 .....	135
<b>第二部分 理 论</b>	
<b>第六章 一种理论论证 .....</b>	<b>140</b>
经济成本 .....	143
道德成本 .....	146
过程利益 .....	155
基本原则的合理性 .....	164
小结 .....	168
<b>第七章 法律的限度 .....</b>	<b>170</b>
国家行为 .....	174
剥夺 .....	177
重要性 .....	185
特殊标准 .....	188
替代性保护 .....	191
小结 .....	194
<b>第八章 替代性决定模式 .....</b>	<b>197</b>
对抗式审判的局限 .....	198
替代模式 .....	204
模式选择 .....	218
小结 .....	225

---

### 第三部分 应 用

<b>第九章 职业惩戒</b> .....	230
法律和审判 .....	232
无偏私 .....	237
得到听证的机会 .....	240
调查结论、理由和形式正义 .....	249
小结 .....	253
<b>第十章 雇用决定</b> .....	257
聘用 .....	258
业绩和提升 .....	266
惩戒和降职 .....	271
终止雇用 .....	277
小结 .....	283
<b>著作索引</b> .....	288
<b>案例目录</b> .....	300
<b>名词索引</b> .....	305
<b>译后记</b> .....	329

# 第一章 导 论

程序正义的诸多问题渗透在现代社会中。它们发生在家庭作出集体决定、分配家务劳动及惩罚孩子的时候。教育领域也充满了程序正义的问题,从录取学生到评分再到毕业资格审查(certification for graduation),无不如此。作出雇用决定(聘用、解雇、提升及业绩加薪)的程序的正义性,经常受到质疑。程序正义的问题还发生在日常生活的许多其他领域中,例如确定一个人的信用等级和分配稀缺资源(比如捐赠的器官)的方法等。甚至诸如到食品杂货店购物之后在付款台排队付款这样琐碎的日常活动,也涉及程序正义,比如当有人插队的时候。当政府与公民交往时,几乎总是要涉及程序正义:确定领受利益(比如社会保障和福利)的资格、授予合同、评估财产以进行征税、颁发和吊销汽车驾驶证及施加刑事处罚的方法,都可能是公正的或不公正的。程序正义的问题也与选举及作出立法决定的方法相关。

与社会中的任何其他团体相比,律师更关注程序正义问题,因为程序占据了法律的中心地位。大法官菲力克斯·弗兰克福特(Justice Felix Frankfurter)说,“自由的历史,在很大程度上就是程序保障的历史”(McNabb v. United States, 318 U. S. 332, 347, 1943)。大法官道格拉斯(Justice Douglas)说,“《权利法案(Bill of Rights)》的大部分条文都是程序性的,这并非没有重要意义。正是程序决定了法治和任意之治的分野”。(Joint Anti-Fascist Refugee Comm. v. McGrath, 314 U. S. 123, 179, 1951)。肯尼斯·卡尔普·戴维斯(Kenneth Culp Davis)的主张,“正义的核心主要是程序正义”,确实是一种夸

张的说法,但是它并不像人们想象的那样不着边际(Davis 1972, 192)。尽管程序正义这个问题具有普遍性和重要性,哲学家们在很大程度上忽略了这个问题。从亚里士多德以来的哲学文献,将正义分为分配正义和校正正义(或报应正义)。程序正义在这种划分体系下甚至连一席之地都没有。有关正义问题的绝大多数哲学文献,特别是20世纪的后半叶,主要都集中在分配正义上(也可参见 Davis 1977, 444)。大多数法律文献集中在特定程序的正义性问题上,而没有提出什么一般性理论来支持相关主张。对程序正义的一般性考虑则集中在程序法、行政中的自然正义(natural justice in administration)及美国宪法中的“正当程序”条款[修正案V及XIV(1)]上。本书是扭转这种状态的一次初浅尝试,它要考察的是某一种决定类型的程序正义原则。

## 程序语境

程序正义的问题至少发生在三种不同的语境下,这三种语境可能要求我们进行不同分析。其一是集体决定。这个语境的一个分支涉及对问题作出决定的活动。罗伯特议事规则(*Robert's Rules of Order*)及其他会议规则要么是公正的、要么是不公正的程序。另一个分支涉及官员或代表的选择。选择立法者的程序,与立法辩论和立法行动的规则不同,但是两者都涉及集体决定活动(collective or group decision making)。尽管一个完备的程序正义的一般理论应当包括集体决定的程序,本书并不探讨这种程序。这样做的理由之一很简单,程序正义的问题太多,要在一本书中都加以探讨是不可能的。理由之二是,研究决策问题的理论家及其他人,已经考察了集体决定中的许多问题,比如加权投票和议题提交顺序的影响等。

发生程序正义问题的第二个语境是解决两造或多造之间的冲突。冲突通常都是诉诸强力[战争或强制(*coercion*)]、谈判、调解、

咨询、仲裁或审判来解决的。这些问题大多发生在法律程序中。尽管本书对审判问题作了大量探讨,冲突解决(conflict resolution)程序并不是本书重点所在。我已经在其他地方探讨过法律审判的合理程序(Bayles 1987, 第2章)。并且,还有大量法律文献探讨过这些领域的具体问题。

本书集中探讨对个人施加负担或赋予利益的决定,也即“负担/利益决定”(burden/benefit decisions)这个语境中的程序正义问题。这里的个人可以是自然人,也可以是诸如公司这样的组织。赋予利益的决定包括诸如获得社会保障或福利的权利,获得津贴或业绩奖励,被大学录取或被加护病房接纳,以及被聘用等问题。有时候这些决定需要根据某个标准或规范来评估个人,这个标准或规范规定了个人应当满足规定的条件才能得到社会保障残疾救济金。其他“负担/利益决定”则需要根据某个标准或规范来对不同个人进行比较。比如,业绩加薪决定通常是一种竞争性的决定。相关个人根据某些标准被评判,然后又被相互比较,而其最终得到的利益则取决于其所处的相对等级。后面这种决定将被称作“竞争性”决定,而前面那种则被称为“非竞争性”决定。当没有特别说明时,两种类型的决定都包括在内。

“负担/利益决定”通常都被处理成“冲突解决决定”(conflict resolution decisions)。例如,如果两家公司在争取一个电视台执照,联邦通信委员会(Federal Communication Commission)可能召开听证会,在听证会上两家公司都提出各自的理由。有时候,非竞争性决定也被构造为冲突解决决定,最明显的例子是英美法系的刑事审判。刑事审判需要根据实体刑事法律标准来对个人进行非竞争性的评估,但是刑事审判是将相关问题当作两造之间的冲突来处理的,这两造就是控方和辩方。确实,至少在美国,有这样一个重要的法律趋势:将“负担/利益决定”转化成“冲突解决决定”。这使得审判原则成了这个语境下的主要的形式正义观念。然而,在许多情况下,彻底



的对抗式审判是不合适的。我们需要考虑的主要问题之一是,在何种情况下,这种或那种模式更为适当。

## 某些区分

程序与实体。程序正义与实体正义相对。大多数人对两者之间的区别有一种常识性的把握。程序关心的是作出决定时所采用的过程或步骤。实体关心的是决定的内容。两者在概念上是不同的,人们可以在同一个实体问题上使用不同的程序,也可以将同样的程序用在不同的实体问题上。因此,某个实体问题并不指向某个特定程序,某个特定程序也并不指向某个特定的实体问题。

4 最近,在美国宪法领域,有些人否认实体和程序是能够也是应当被区分的。假设除非因正当理由被解雇,艾琳(Aileen)有权获得持续雇用(continued employment)。有人主张,正当理由是否存在,进而艾琳的权利的限度,都取决于决定此种理由是否存在的程序(*Arnett v. Kennedy*, 416 U. S. 134, 152 - 154, 1973)。然而,此种主张将一个命题(存在正当理由)的真实性与确定其真实性的方法混为一谈了。

另一个主张是,实体问题是可以被转化成程序问题的。例如,艾琳的权利可以被表述成这样一个程序性权利:对解雇决定作出上诉并进而恢复原职,如果最终证明该决定的作出没有正当理由的话(Mashaw 1987, 436)。然而,这个主张的陈述方式本身就已经假定了程序和实体之间存在区别。这里,申诉的权利被当作程序性权利而不是实体权利。此外,人们可以从该程序中区分出一个实体因素(也即是否存在正当理由)。人们可以因为该表述中程序性因素占了主导地位而通常都将该权利当作一种程序性权利,但是,从中区分出实体因素和程序因素还是可能的。

第三种主张是,在评价一个实体规则时,我们必须考虑适用该规