

# 无偏私:立场、原则、限度

## ——基于程序正义的法哲学视角

陶爱萍

(金陵科技学院马克思主义学院, 江苏 南京 211169)

**摘要:**决定者应无偏私是程序正义的一个重要而传统的原则,其源于自然法之自然正义理念,是公认的人权并被各国法律所承认。决定者对结果享有个人利益、决定者对结果存有偏见、决定者职能混合、决定者与当事人单方面接触都会导致无偏私的缺乏。但无偏私原则并不是绝对的,其限度表现为对由个人利益引起表面影响的禁止、替代决定的不能、政策的合理控制和决定者职能的有限混合。

**关键词:**程序正义;无偏私;立场;原则;限度

**中图分类号:**D915.1

**文献标识码:**A

**文章编号:**1673-131X(2020)01-0074-05

论及程序正义,国内学界大多聚焦于英国的“自然正义”和美国的“正当法律程序”,而对美国学者迈克尔·D·贝勒斯的综合性程序正义理论关注甚少。贝勒斯的程序正义理论融合了20世纪60年代以来诸多程序正义理论中有价值的内容,值得我们对其进行系统研究。他对程序正义原则中无偏私的阐释,对我国社会主义法治建设亦具有启发和借鉴意义。

目前,学者一般多在如下三种语境中探讨程序正义:其一,作出集体决定或选举代表的程序,其中以议会程序为代表;其二,解决两造或多造之间冲突的程序,其中以民事诉讼程序为代表;其三,作出使对方承受负担或享受利益的决定程序,其中以行政程序与刑事追诉程序为代表<sup>[1]2</sup>。无论在何种语境中,程序设置的要素,即对立面、决定者、信息、结果等,都是程序正义考量的内容。其中,决定者(一般是指解决纠纷的第三者或程序的指挥者)在程序正义中扮演着极其重要的角色。因为在程序中“法律的重点不是决定的内容、处理的结果,而是谁按照什么手续来作出决定的问题的决定。简单地说,程序的内容无非是决定的决定而已”<sup>[2]</sup>。英国大法官阿尔弗雷德·汤普森·丹宁在谈及作为决定者的法官时曾说:“一名法官要想做到公正,他最好让

争诉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。”<sup>[3]</sup>可见,程序正义对决定者最重要的要求就是其无偏私。无偏私既是程序正义的重要要求,亦是重要原则。

### 一、无偏私之立场

偏私是指事先倾向于一种而非另一种结果。无偏私即不偏不倚,公正中立。作为程序正义的一个重要而传统的原则,无偏私并非可有可无,亦非理论虚构,其有着深刻的现实依据和理论背景。

首先,作为程序正义之重要原则,无偏私源于自然法中的自然正义理念。其内容包括两项最基本的程序规则:“任何人或团体不能作为自己案件的法官”和“任何一方的诉词都要被听取”<sup>[4]</sup>。按照自然正义的基本理念,自己不能作为决定者来解决与自己有利害关系的纠纷。人们认为,如果让与案件有利害关系的人作为决定者来裁决该案件,其有可能偏袒一方,从而使案件无法得到公平公正的处理。但是,纠纷长期悬而不决也有损当事人的利益,所以通常的做法是双方或多方当事人各自出让自己的部分权利,授权与此案无利害关系的第三者

收稿日期:2019-12-20

基金项目:江苏省教育科学“十三五”规划课题(B-b/2020/01/11)

作者简介:陶爱萍(1976-),女,江苏扬州人,副教授,硕士,主要从事法学基础理论研究。

来对纠纷进行裁决。也就是说,当事人默认遵循中立、无偏私原则的第三者对纠纷进行裁决的结果的正当性。第三者被授权以后只能以中立、无偏私的立场行事,如果他偏离或违背了中立、无偏私的立场,那么当事人就有权收回自己的授权。在现实生活中,当无法找到能秉持中立、无偏私原则的第三者时,为了防止纠纷波及更大的范围,国家有义务来担当这个中立、无偏私的第三者,并在解决纠纷时,“对各方当事人的诉讼都应给予公平的注意;纠纷解决者应听取双方的论据和证据;纠纷解决者只有在另一方在场的情况下听取一方意见;各方当事人都应得到公平的机会来对另一方提出的论据和证据作出反响”<sup>[5]</sup>。也就是说,决定者必须听取各方当事人的辩护,否则不得作出裁决。任何人都有为自己辩护的权利,决定者应该无偏私地给予每个人为自己辩护的机会,并且无偏私地听取每个人的辩护。

其次,作为程序正义之重要原则,无偏私是人权的重要内容。人权是“人之为人”的权利,由一个无偏私的法庭来审理与公民自身利益有关的案件当然是人权的重要内容。联合国于1966年通过的《公民权利及政治权利国际公约》第14条第1项和美洲国家组织于1969年通过的《美洲人权公约》第8条第1款都承认公民有得到一个合格的、独立的和无偏私的法庭审判的权利。虽然在很多场合,决定者是否合格或许存有争议,但是法官的适格性一般都不会成为法律上的争议,因为法官通常都符合法定的任命标准。再则,当事人也不愿意为了诸如酗酒这样简单的问题去挑战法官的适格性,因为当事人害怕这样做会增加法官的敌意,从而置自己于不利之地<sup>[1]22</sup>。因此,决定者(主要指法官、行政官员)的适格性并不是一个需花费太多笔墨去探讨的问题,而决定者的独立和无偏私则是需要重点关注的问题,因为其对保障公民的人权尤为重要。

最后,作为程序正义之重要原则,无偏私也为许多国家的法律所承认。美国宪法第五和第十四修正案、《加拿大权利和自由宪章》都规定法庭必须是无偏私的<sup>[6]</sup>。英国《皇家检察官守则》第203条规定:“皇家检察官应当是公平的、独立的和客观的。”<sup>[7]</sup>《德国刑事诉讼法典》和《日本刑事诉讼法》中有关回避的条款、《中华人民共和国刑事诉讼法》第150条有关人民法院对检察院移送的卷宗材料的程序性审查而非实质性审查的相关规定以及第28条与第29条有关回避制度的规定,都体现了对

公民享有无偏私法庭的权利的法律保障。

## 二、无偏私之原则

基于程序正义,决定者应是无偏私的。这一原则通常被认为包含以下内容:第一,决定者对结果不能拥有特定利益;第二,在听证中不得有偏袒行为;第三,不能审理对他或她先前作出的决定的上诉;第四,不能同时担任控方和法官;第五,不能表现出偏见<sup>[1]23</sup>。贝勒斯将程序正义放在法哲学的视野里并对无偏私原则进行了深入的考察。

首先,如果决定者对决定享有个人利益,那么其决定就可能缺乏无偏私<sup>[1]25</sup>。面对一个待决事项,如果决定者在诸多决定中选择一个能给其带来利益的决定,我们就认为其对决定享有个人利益,决定者的偏私就可能发生。当然,这里的个人利益也不能简单地理解为决定者的一己之利,其近亲属及与其有其他亲密关系的人从其决定中所获之利亦应归于其个人利益。贝勒斯认为,因个人利益而偏私的最典型的例子就是贿赂。因贿赂而作出的决定在带给决定者以利益的同时,很可能损害了正直的另一方当事人的利益,如此,其决定行为当然缺乏无偏私。此外,贿赂的另一种情形是决定者接受一方当事人的贿赂所产生的利益损害并不是另一方当事人的而是第三方的,例如,通过贿赂政府官员而取得最低生活保障或政府廉租房等,虽然此时对另一方当事人的损害看上去并没有发生,但是第三方(国家)的利益却遭受了损害。在这种情形下,我们仍然认为此种行为缺乏无偏私。

其次,如果决定者对结果表现出偏见,那么其决定就可能缺乏无偏私。美国联邦大法官卡多佐曾指出:“在法院活动中,一定不能有偏见或偏好,一定不能有专断性或间歇不定。”<sup>[8]</sup>可见,偏见将影响到裁判、决定的公平正义。贝勒斯对三种可能的偏见进行了区分:“对法律或政策的事先倾向”“对事实的事先倾向”和“对一方当事人的事先倾向”。就对事实的事先倾向而言,此种事先倾向往往与其他诸如对政策的事先倾向、对当事人的敌意等因素交织在一起,而用一项决定是否作为证据所支持这种检测标准来检测决定的正确与否是不适当的,这是一种纯粹工具主义的思维。为证据所支持并不意味着为优势证据所支持,特别是在势均力敌的案件中,偏见足以改变对事实的看法,从而产生一个不

同的决定<sup>[1]32</sup>。可见,偏见往往会使决定者的决定存在偏私。

再次,如果决定者职能混合,那么其决定就可能缺乏无偏私。一般来说,在决定程序中,将调查或控诉职能与决定职能混合在一起,就可能导致对相关事实形成预先判断,而这种预先判断很大程度上会造成决定的无偏私的缺乏。但调查职能与决定职能的混合和控诉职能与决定职能的混合对决定者无偏私的影响并不相同,不同诉讼模式下的决定者的职能混合对无偏私的影响也不相同。就调查职能与决定职能混合而言,在当事人主义的诉讼模式下,相互角力的双方当事人各自展开调查,并向决定者提交那些能支持其立场的信息。由于这种调查以辩护为导向,旨在发现有利于特定一方的证据,所以“在对抗式审判中,有强有力的理由将控诉与审判职能分开”<sup>[1]239</sup>。因为控诉就意味着对某一结果的执着,其容易导致决定者的决定有偏私。

最后,如果决定者与当事人单方面接触,那么其决定就可能缺乏无偏私。“如果一方当事人在另一方当事人不在场的情况下,与决定者接触,那么表面的偏私就发生了。”<sup>[1]44</sup> 诉讼所涉及的当事人与法官通常有不同的社会距离,与法官关系越近,就可能得到越多的同情,而这与实际的对错无关<sup>[9]</sup>。在这种情况下,决定者就与其接触的那方当事人产生了特殊的关系,如果此种接触涉及与决定相关的信息,那么对方当事人可能会失去一个反驳该证据的机会。这明显违反了无偏私原则,即“任何一方的诉词都要被听取”。因此,如果发生必要的或偶然的单方面接触,那么单方面接触的信息就应当被详细记录并向另一方公开,同时应给另一方提供反驳不利信息的机会,否则就构成偏私。

### 三、无偏私之限度

程序正义要求决定者是无偏私的,这是一个被普遍接受的原则。但是贝勒斯也指出,绝对的无偏私并非总能实现,他认为,“有三个主要的因素可能妨碍决定人保持独立和无偏私。其一,他们可能因为利益冲突或偏见而缺乏无偏私。其二,他们可能处在一个利害关系人或组织的控制之下,或拥有与独立性和无偏私不相容的职能。其三,他们可能以一种至少表明他们有偏私的方式从一个利害相关

人处得到信息”<sup>[1]24</sup>。但偏私又是被禁止的,这就必然存在一个有关无偏私的限度问题。

其一,对由个人利益引起表面影响的禁止。贝勒斯认为,当一个决定者对其决定有表面上的个人利益时,在逻辑上就可能存在四种关系:个人利益并不影响结果,结果是公正的(情形1)或不公正的(情形2);个人利益影响了结果,结果是公正的(情形3)或不公正的(情形4)。就实践目的而言,情形1和情形2可以放在一起,因为个人利益并没有影响决定,因此它并不解释结果<sup>[1]27</sup>。如果一个人关心的只是结果的正义性,也就是说,以工具主义的思维来评价程序,即决定就是“给每个人仅属于他的东西”<sup>[10]</sup>,那么只有情形4是应当避免的。因为只有在这种情形下,个人利益才发挥了作用,并且结果是不公正的。如果缺乏一个评价公正与否的标准或者一个人无法独立地适用该标准以决定哪个结果是公正的,那么就无法区别情形3和情形4。因此,应避免出现这两种情形,因为决定者不知道个人利益是否促成了一个不公正的结果<sup>[1]27</sup>。在情形1和情形2中,个人利益并没有影响结果的公正性,为什么还要对其禁止呢?在贝勒斯看来,有两个理由。其一,“确定个人利益是否影响了一个人的决定是极其困难的。通常来说,个人利益并不只是以被加入某个等式的另一因子的方式发挥作用的,而是以更微妙的方式在裁决过程中发挥作用。”<sup>[1]27</sup> 因此,为了防止个人利益影响决定,就必须禁止这种情形,即决定者对结果享有表面的个人利益。其二,为了避免道德败坏,就必须确保人们对决定者的信心。如果人们经常可以因不服从而获得个人利益,那么服从就可能意味着一种毫无用处的牺牲,牺牲了眼前的个人所得,但是却没有从对规则的遵守中获得补偿此种牺牲的一般利益<sup>[1]28</sup>。在这种情形下,人们就没有理由当然也不会去自觉地遵守法律法规,其结果就是法纪的松弛和社会秩序的荡然无存。

其二,替代决定的不能。在某些情形下,要找到一个对案件没有任何个人利益或偏见的决定者是非常困难的,特别是在现代这样一个连带性很强的社会中显得尤为困难。若因个人利益或偏见而剥夺决定者资格可能会使唯一一个能作出决定的法庭都被排除在外,但纠纷就在眼前且必须解决,那么剥夺决定者的资格就会面临挑战。因为在适用此原则的过程中,需要考虑的另一个重要因素是

不让某个法庭审理某个案件的后果。在这里,法庭不能审理一个案件通常意味着一方当事人取得了胜利。这个结果所带来的不正义,可能与将该案件交给一个可能存有偏见的或有利害关系的人来审判所带来的不正义是一样的<sup>[1]34-35</sup>。因此,在这种情况下就需要权衡各种因素,以决定避免偏私或表面偏私是否值得。也就是说,要决定是否剥夺唯一一个能进行审判的法庭的审判资格,就需要对该法庭所具有的偏见或利益造成不正义的可能性与不允许该法庭根据案件是非作出判决所带来的不正义的可能性进行权衡。或许在这种情形下,可接受的充分条件之一是,可能遭受不利影响的当事人同意或放弃权利。但当事人并不会在所有案件中都作出这样的同意表示,即使所有当事人都同意,不正义还是可能会发生。虽然这种不正义因当事人的同意而显得不是很重要了,但它仍然是不正义的<sup>[1]34</sup>。而且,这种表面的不正义很可能会造成社会道德的败坏。因此,替代决定就应当被限制。

其三,政策的合理控制。决定者独立、无偏私的一个重要决定因素是决定者不受有利害关系的某一方当事人或某个群体的控制,因为利害关系人的控制极可能导致决定者的无偏私的缺乏。但是,由于当下社会连带性和现实生活复杂性的程度都比较高,决定者在作出某项决定的过程中,免受政策的控制是很难实现的。需要指出的是,并不是所有对决定者的控制都会妨碍规则或政策的无偏私适用。在很多时候,上级机构或组织所进行的许多控制并不是出于对任何有害于无偏私的个人利益之考量。贝勒斯指出,只有当某种控制带来了与被决定者或与被适用的政策相悖的利益而影响了或者可能影响决定时,政策的控制才应该被反对,因为它造成了决定者独立性的丧失。此外,允许上级机构或组织进行政策控制,也是有着充分的理由的,因为被错误解释和错误适用的政策也会引发不公正或不正确的决定<sup>[1]36</sup>。因此,如果政策制定者对决定者的控制仅仅是带来了偏私出现的可能性,并且这种控制有正当理由(一个理性人能接受的理由),那么该控制就是可接受的。

其四,职能的有限混合。虽然职能的混合往往会造成对无偏私的表面上的损害,但正如上文所述,决定者职能的混合并不必然产生偏私,也不必然对无偏私造成损害。在某些情形下,调查职能与决定职能的混合并非与决定活动不相容,特别是在

较为普遍的非正式决定活动中(如学校对其教职工违纪情况的调查与处理),更是难以确定决定者职能分离的限度。此外,在以职权主义为主的诉讼体系中,法官在刑事诉讼中有查明案件事实真相的义务,故而法律赋予法官必要的权力以探寻案件事实真相,让法官承担一定的调查事实的责任,如传唤并询问证人等。由于这种调查任务并不是按照以相关问题的一方而非另一方为导向的方式展开的,而且,事实往往是“未能作出调查”而不是“进行了调查”经常被当作一个人没有决定者资格的理由<sup>[1]41</sup>,所以在职权主义诉讼程序的设计上,对法官的行为限制相对较少。“在主审程序中的主审人并不满足于一个不偏不倚主持审讯的位置:他自行审理,讯问被告,询问证人,基于检察官和预审法官所提供的预审程序的案卷,他必定在主审程序开始之前,已对事实状况有一个主观印象”,虽然这“有从不偏不倚的法官角色突然滑向控告一方的危险”<sup>[11]</sup>,但这种体系仍然存在并保持着维护正义的足够力量。也就是说,在职能混合并不必然导致对某一特定结果的执着进而带来明显的不正义时,职能的有限混合应被允许。

## 四、结语

鉴于我国长期受重实体、轻程序的传统法律文化的影响,法学界近年来一直呼吁应充分重视和发挥程序正义的价值,但现实依然不尽如人意。笔者认为,可将无偏私作为一个切入点,借鉴贝勒斯融合程序工具主义和程序本位主义的思路,用系统论方法研究程序正义价值的实现问题,要兼顾程序的工具性价值和目标性价值,结合我国国情推进社会主义法治国家的建设。

### 参考文献:

- [1] 迈克尔·D·贝勒斯. 程序正义——向个人的分配[M]. 邓海平,译. 北京:高等教育出版社,2005
- [2] 季卫东. 法治秩序的建构[M]. 北京:中国政法大学出版社,1999:16
- [3] 丹宁. 法律的正当程序[M]. 李克强,杨百揆,刘庸安,译. 北京:法律出版社,2011:69-71
- [4] 张文显. 法理学[M]. 北京:高等教育出版社,北京大学出版社,2007:182-183
- [5] 马丁·P·戈尔丁. 法律哲学[M]. 齐海滨,译. 北京:三

- 联书店,1987:241
- [6] 卡尔威因,帕尔德森.美国宪法释义[M].徐卫东,吴新平,译.北京:华夏出版社,1989:279
- [7] 迈克·麦康威尔.英国刑事诉讼导言[M]//中国刑事诉讼法律研究中心.英国刑事诉讼法(选编).北京:中国政法大学出版社,2001:70
- [8] 本杰明·卡多佐.司法过程的性质[M].苏力,译.北京:商务印书馆,2000:106
- [9] 理查德·A·波斯纳.法理学问题[M].苏力,译.北京:中国政法大学出版社,1994:159
- [10] 谷口安平.程序的正义与诉讼(增补本)[M].王亚新,刘荣军,译.北京:中国政法大学出版社,2002:1
- [11] 拉德布鲁赫.法学导论[M].米健,朱林,译.北京:中国大百科全书出版社,1997:125
- (责任编辑:唐银辉)

## Impartiality: Position, Principles, Limit Degree: Analysis on the Procedure Justice from the Perspective of Jurisprudence

TAO Ai-ping

(Jinling Institute of Technology, Nanjing 211169, China)

**Abstract:** It is an important and traditional principle that the decision maker should be impartiality in the procedure justice. It derives from the concept of natural justice in natural law, which is recognized as a human right by the laws of all countries. The decision maker's personal interest in the result, his bias towards the result, the functions mix of the decision maker, and his unilateral contact with the parties, can all lead to a lack of impartiality. However, the principle of impartiality is not absolute, and its limits are manifested in the prohibition of superficial influences caused by personal interests, in the impossibility of substitution decisions, in the reasonable control for policies, and in the limited mix of decision-maker functions.

**Key words:** procedure justice; impartiality; position; principles; limit degree

### 声 明

1. 本刊已许可相关合作单位以数字化方式复制、汇编、发行、通过信息网络传播本刊全文,相关著作权使用费与本刊稿酬一次性给付。

2. 本刊已加入“中国知网”学术期刊优先数字出版平台。

作者向本刊提交文章发表的行为视为同意我刊上述声明。

本刊编辑部