

[文章编号] 1672-7320(2010)01-0055-05

司法公正和律师自由若干问题探讨

沈 敏

[摘 要] 司法公正是诉讼程序设计公正和程序规则选择运用的公正。律师自由是指律师实现律师价值的独立性状态。司法公正与律师自由两者的关系从表层看似乎是紧张亦或是冲突的,深究其实质,两者的终极价值却是契合的、趋同的,律师自由是制约司法不公的一个重要因素。

[关键词] 司法公正;律师自由;法治;契合;制约

[中图分类号] DF6 [文献标识码] A

公正与自由是一永恒的话题。公正是人们所追求的崇高目标,是法治的灵魂和核心。自由从来也一直是人们追求、奋斗的理想。“人的生命、尊严和良心是高于国家之上的。……国家有义务保障信仰自由和良心自由。国家应当为每一个人在独立的自我负责和履行社会义务的过程中得以发展自己的个性创造先决条件。公民的基本权利不仅应该保障,个人在国家面前享有自由,而且还应该作为组成社会共同体的权利来参与奠定国家的基础。”^[1] (第 346 页)自由与民主、公平、正义总是密切相关的,而与限制、禁止、专制等永远是相对立的。司法公正是宪政的内在要求,是法治的组成部分和基本内容。1959 年在印度召开的“国际法学家会议”通过的《德里宣言》曾将司法独立和律师自由作为实施法治原则的必不可少的条件,律师自由在法治框架内必具不可或缺的重要作用。那么,何为司法公正?何为律师自由?两者之间究竟存在何种关联?本文试图对此作一浅析。

一、司法公正的本质内涵

所有法律都是为了追求公平正义,民众赋予司法的最神圣的职责就是实现公平正义。正如有学者所言:“正义是社会制度的首要价值,正如真理是思想的首要价值一样。一种理论无论多么精致和简洁,只要它不真实,就必须加以拒绝或修正;同样,某些法律与制度不管它们如何有效率和有条理,只要他们不正义,就必须加以改造或废除。”^[2] (第 3 页)“裁判应求其公正,也即应顾及公信、公平与公允。公信者,社会一般之信任,公平者,当事人之间的平衡,公允者,各事之妥适解决”^[3] (第 523 页)。司法是实现、维护和争取社会正义的最后阵地,司法公正是宪政的永恒主题,是法治的生命力之所在。关于司法不公正的危害,正如培根所指出的:“一次不公正的司法比多项不平的举动的祸尤烈,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。”^[4] (第 193 页)所以,如何全面深刻理解司法公正的本质内涵具有相当重要的意义。

有学者认为,司法公正是由实体公正和程序公正的结合,一般公正与个别公正的统一、公平与效率的一致为特点的。一般说来司法公正包括两个方面:一是司法公正要求做到严格执法;二是在准确认定事实的基础上作成正确的裁判^[5] (第 12 页)。也有的学者认为,司法公正包含了这样两个要求:一是司法权内部制度的约束,比如,以法官制度来保护法官不偏不倚;二是宪政体制的分权保障,以独立于其他机

关的司法权来保证司法不受干扰。参考众多学者观点,本文认为:

(一)从实体的角度讲,司法公正具有历史性、抽象性和相对性

虽然人类对司法公正的追求是一永恒的理念,但人们对司法是否公正的评价却是一个时代的判断。司法公正是一历史性概念,人们对其理解会随着时代的变迁而更新。同时,公正是一抽象性概念。“公平、正义作为一个抽象的法律模式建构要素,要将其转化为具体的可操作性的立法内容,不是一件容易的事情。”^[6](第 66 页)面对具体案件如何判断何为公正,这时常成为司法人员的困惑,亦即司法公正抽象性的具体表征。当面对涉及复杂的利益因素究竟如何选择评判公正标准的案件时,“我们一般都是从某些模糊的结论预期开始,或者是对多个不同结论的预期,然后我们再去查找原则和资料,以列举事实支持该决定,或使我们在冲突的结论方面作出聪明的选择。”^[7](第 17 页)但终究无法做到尽善尽美。有时依照法律所确定的公正标准有时与社会舆论所认为的公正标准往往存在冲突,而且由于人们对法律的不同理解和解释等因素,“正确答案就是说该判决是所有考虑到的答案中最好的或最令人偏爱的,而在其他人看来也同样如此。……对于答案的范畴而言,通常在合理的或可以接受的答案之间仍有多个答案。”^[8](第 228 页)因此,司法公正是一相对性的范畴。

(二)从程序的角度讲,司法公正乃是诉讼程序设计公正和程序规则选择运用的公正

一般来说,在诉讼过程中追求程序公正本身也是司法的任务和目的。“实体公正是程序公正的结果,而缺乏程序公正就不可能有实体公正。然而,程序公正也具有其自身的独特价值。这就是说它不仅是实体正义的手段,而且是正义本身。”^[5](第 61 页)“程序公正是正确选择和适用法律,从而也是体现法律正义的根本保障。首先,程序公正可以排除在选择和适用法律过程中的不当偏向。……其次,公正的程序本身就意味着它具有一整套能够保障法律准确适用的措施和手段,并且由此能够形成保障法律准确适用的常规机制。”^[9](第 67 页)程序公正是由立法公正通往具体现实社会关系公正的桥梁,违反程序必然会导致程序上的不公正,但程序设计公正或严格遵守程序并不必然导致结果的公正。在诉讼过程中,“证明责任的分配由于立法技巧的能动性与其局限性的矛盾所决定,它不可能以当事人各方所感知的反映为根据,而是不得不以非人格化的法律机理或事实逻辑作出中立性的推断,但这不过是反映立法所谓倡导公正的本能。事实上,在许多案件中,当事人的证明能力多有受制于客观局限的束缚的原因,而为法律所认同的这种证明能力一旦与其法律要求的某种证明责任相吻合,则以在客观上确实存在为前提的事实主张将无法得到法庭的认可。”^[10](第 193 页)

程序公正有两方面的含义:一是指程序规则本身的科学性与合理性,即“法律为了保持日常司法工作的纯洁性而认可的各种方法:促使审判和调查公正地进行,逮捕和搜查适当的采用,法律援助顺利地取得以及消除不必要的延误等等”^[11](第 1-2 页)。二是说程序的运用要公正,指裁判者的中立和独立、程序的合理性、程序的公开性、程序的平等性、程序的民主性、程序的便利性和及时性在诉讼中切实得以践行,正如有学者指出的:“程序正义是权力制约制度的重要内容”,“程序正义是保障人权的基本手段”,“程序正义确立宪法权威的政治性,形成宪法信仰;程序正义产生宪法权威的道德性,维护宪法尊严;程序正义保障宪法权威的国家性,实现宪法至上。”^[12](第 295 页)那么,司法公正、程序正义的价值便得以彰显。

二、律师自由的价值体现

所谓律师自由,是指在法治的条件下,律师在实现律师价值的活动中所具有的独立性状态以及实现律师价值的能力。律师的自由源于近现代以来民主政治对法治的要求,“自由是做法律所许可的一切事情的权利”,“在一个有法律的社会里,自由仅仅是:一个人能够做他应该做的事情,而不被强迫做他不应该做的事情。”^[13](第 154 页)在哈耶克看来,自由更是成为“在一种限制个人自由、使所有人的同等自由得到实现的法律之下的自由。”^[14](第 140 页)自由作为人类永恒的精神追求与生活方式,自由需要法律作为尺度加以规制,法律应该为自由的实现提供保障。而律师自由作为自由范畴中的组成部分,法治更应是律师自由的题中之意。同时,律师自由的特殊性源于律师的政治属性、社会属性和职业属性,律师自由

是法治所要求的应然状态。“律师价值”和“独立性”是律师自由含义的内在体现。众所周知,律师是国家民主政治制度运作过程的产物,律师对政治构架和政治过程的实际影响是其最重要之价值体现。法治社会要求律师具有制约公权力的价值,具有维护人权的价值等等,而这些价值的实现有赖于律师独立的精神、独立的思想、独立的行为、独立地承担责任。否则,不仅律师会成为公权力的奴婢,而且人人皆会成为公权力的奴婢。1959年在印度召开的“国际法学家会议”通过的《德里宣言》曾将司法独立和律师自由作为实施法治原则的必不可少的条件,足见律师的自由对法治的不可或缺的重要作用。1990年9月7日联合国第八届预防犯罪和罪犯待遇大会通过《关于律师作用的基本原则》指出:律师的作用是“为一切需要诉讼的人提供法律服务以及与政府和其他机构合作,进一步推进正义和公共利益的目标。”其目的在于“充分保护人人享有的人权和基本自由,无论是经济、社会和文化权利或是公民权利和政治权利。”而在律师维护人权的价值方面,律师是以维护民众个体人权的形式出现的,律师的独立性和能力也因此表现得尤为充分和具体。原因在于,维护人类个体的权利是律师及其制度的本质属性和根本宗旨,是诸多律师价值中表现得最为清晰的价值要素与价值需求,律师制度正是应民众对其自身权利维护的需求的产物。概括地说,律师所要实现的基本使命在于维护人的自由和契约自由,律师的独立和自由是律师能抗衡权力和捍卫人权的物质基础和制度保障。由此,在律师执业活动中,律师应具有独立的人格,独立地思考和独立地判断,独立自主地完成自己的执业活动。因此,律师的自由是以实现律师价值为目的的,律师的独立性表现了律师自由的程度。只有厘清律师在法治框架内其所应该具有的自由尺度和自由空间,赋予律师实现自由的能力,同时律师在执业活动中能够依法享有、行使自由的权利,才能真正发挥出律师在法治社会中应该起到的作用,全面、完整地实现律师的价值与使命^[15](第77页)。《关于律师作用的基本原则》第14条规定:“律师在保护其委托人的权利和促进维护正义的事业中,应努力维护受到本国法律与国际法承认的律师自由,并在任何时候都根据法律和公认的准则以及律师职业道德,自由和勤奋地采取行动。”可以说,在走向宪政国家的进程中,律师自由是与司法公正一起共同构成“法治”不可缺少的一项基本原则。

三、司法公正与律师自由之间的契合

据以上对司法公正与律师自由的内涵分析,两者的关系表层上看是紧张抑或是冲突的,究其实质,司法公正和律师自由是统一的,“实现法律的目的,光靠裁判所的努力,显然是不够的。无论如何,它是需要律师协助的,特别是在诉讼外的事件中,有助于实现法律目的的法律工作者,只能是律师,律师的使命绝不只有为了实现法律。它在法律不完备或者法律内容上存在不利于国民的时候,律师还应该提出该法无效的主张。”^[16](第89页)两者的终极价值是契合的、趋同的,其共同目标是:构建法治国家,保障民众权利。两者之间显然具有这样一种关联:律师自由的程度反映着司法公正的程度;司法是否公正体现着律师是否自由。同时,律师自由是制约司法是否公正的一个重要因素。

(一)在律师参与司法程序中,律师以其专业技能,从一定层面上能制约司法不公

古罗马时期的辩护士或代言人是从当时法学家中分化并进而形成的职业群体,而自中世纪以来,在诉讼理性的影响下,律师就从形式主义的日耳曼诉讼程序的“代言”发展了起来。现代意义上的律师是伴随着诉讼程序的形式理性化而出现的。律师通过参与司法程序从而实现维护人权和实现社会正义之根本目的,这正是现代律师制度得以普遍建构的法理基础。在诉讼结构中,律师的作用无疑是全方位的。对于当事人,律师扮演着一种法律帮助者和翻译家的角色。现代民事诉讼遵循依法审判和当事人主导原则,法院的裁判往往以当事人提出的诉讼请求(处分权原则)和证据资料为界线,在这种模式下,律师的帮助确具有前提性的意义^[17](第75页);对争议事实,律师的调查取证有助于实现生活事实向“法的事实”、客观真实向程序真实的转化;对于结果,律师的参与可增强判决的妥当性和可接受程度。

律师的程序功能契合了正当程序的观念。法治社会纠纷的解决机制要求给予程序当事人以最充分的参与权,因为当事人可能存在法律专业知识的缺陷,而作为法律专家的律师则能赋予参与权最充分的

实质内容,并最终确保程序的正当性机理得以发挥和实现。由此可见,诉讼程序中,律师对维护司法公正,防止司法不公具有不可或缺的功能。

(二)在律师参与国家民主政治生活中,律师自由能有效制约司法不公

无论从托克维尔、马克斯·韦伯等人对西方政治制度及其运作过程的描述来看,还是从林肯、汉密尔顿、布兰代尔等人所直接经历的社会实践来看,在西方国家中,律师都是作为社会政治结构中的重要力量,直接参与并实际影响着西方国家的民主政治制度运作过程的。“美国法律界的另一重大工作领域,是在政府的各种机关里。在美国那样庞大和复杂的国家里,政府机构大多数有法律顾问,许多律师受雇于联邦、州和地方政府。此外,法律专家被任命负责行政工作,他们虽非直接处理法律问题,可是他们所受的法律训练可以对他们大有裨益。”^[18](第 200 页)托克维尔把律师理解为平衡民主的最强大的一种力量,一方面以其特有的权威,联合平民对抗行政专制倾向,另一方面基于其与行政权之间“自然亲和力”,调和平民的民主激情,从而维系西方民主政治体系的存续。

在利益多元化的当下社会中,在利益的选择和协调上,法律决定和政府决策的确存在着某种程度的契合。在专业分工日趋细密,利害关系错综复杂的现代社会,律师既可以避免党人政治家的空泛,又可以弥补工匠型专才的褊狭,以其独特的平衡感觉在多元格局中操纵自如。在宪法诉讼、利益集团诉讼以及劳资纠纷、产品质量责任纠纷、国际贸易纠纷等所谓“现代型”诉讼中,律师对法律的参与更有可能成为一种新的政治参与形式,律师辩护往往也是一种政治上的辩护,法院也成为律师展现其政治良知与社会责任、尊重人权与关怀民众的特殊舞台。律师应当以促成符合社会公共利益的政策性决策为目的,提出构思严密、具有说服力的理论依据。如果说利益集团意欲使司法程序成为一种政治表达的方式和工具,正是律师实质性地促成了这种转变的发生。

前述分析意在对中国律师有更为本质化认识,面对中国律师职业活动中的某些困窘,如何拓展中国律师的政治空间,如何有效发挥律师的民主政治功能,那么律师自由有效制约司法不公则当属不言而喻。当然,律师自由是法律之下的自由,而如何从各个层面加强对律师自由的保障是我们必须关注的课题。综上所述,律师自由是建设法治社会所要求的一项法律制度,律师作为推进民主政治进程不可或缺的职业群体及向社会提供法律服务的专业人员,在维护司法公正、制约司法不公中发挥着重要的功能,律师自由与司法公正相辅相成、相互制约、相互促进。

[参 考 文 献]

- [1] [德] 米勒、特波霍夫:《德国社会民主党简史》,刘敬钦等译,北京:求实出版社 1984 年版。
- [2] [美] 约翰·罗尔斯著:《正义论》,何怀宏等译,北京:中国社会科学出版社 1988 年版。
- [3] 史尚宽:《宪法论丛》,北京:荣泰印书馆 1973 年版。
- [4] [英] 培 根:《培根论文集》,水天同译,北京:商务印书馆 1983 年版。
- [5] 王利明:《司法改革研究》,北京:法律出版社 2001 年版。
- [6] 刘作翔:《法律的理想与法制理论》,西北大学出版社 1995 年版。
- [7] Dewey, John. 1992. *Logical Method and Law*, in Aulis Aarnio and D. Neil Mac Cormicded. *Legal Reasoning II*. Hanover: Dartmouth Publishing Company Limited.
- [8] 解兴权:《通向正义之路》,北京:中国政法大学出版社 2000 年版。
- [9] 顾培东:《社会冲突与诉讼机制》,成都:四川人民出版社 1991 年版。
- [10] 毕玉谦:《民事证据及其程序功能》,北京:法律出版社 1997 年版。
- [11] [英] 丹 宁:《法律的正当程序》,刘庸安等译,北京:法律出版社 1999 年版。
- [12] 徐亚文:《程序正义论》,济南:山东人民出版社 2004 年版。
- [13] [法] 孟德斯鸠:《论法的精神》上册,张雁深译,北京:商务印书馆 2002 年版。
- [14] [德] 格尔哈德·帕普克:《知识、自由与秩序》,黄水源等译,北京:中国社会科学出版社 2001 年版。
- [15] 樊 华:《当代中国政治文明建设中的律师价值、实现障碍及解决途径》,载《中国律师论坛—管理发展卷》,北京:法

律出版社 2003 年版。

- [16] [日] 河谷弘之:《律师职业》,康树华译,北京:法律出版社 1987 年版。
- [17] [日] 谷口安平:《程序的正义与诉讼》,王亚新、刘荣军译,北京:中国政法大学出版社 1996 年版。
- [18] [美] 哈罗德·伯曼:《美国法律讲话》,陈若恒译,北京:三联书店 1998 年版。
- [19] 顾培东:《中国律师制度的理论检视与实证分析》上,载《中国律师》1999 年第 10 期。

(责任编辑 车 英)

Some Issues on Judicial Justice and Lawyer' s Freedom

Shen Min

(Law School, Wuhan University, Wuhan 430072, Hubei, China)

Abstract: Judicial justice refers to the justice of judicial procedure designation and selection on procedural rule. Lawyer' s freedom refers to the situation of independence achieving his professional value as a lawyer. Outwardly, the relationship between judicial justice and lawyer' s freedom seems to be tensile or conflicting, But essentially we finger out that the ultimate value of both is convergent and matched. Lawyer' s freedom is one of the key factors in restricting judicial injustice.

Key words: judicial justice; lawyer' s freedom; rule of law; agree with; restraint