

冯象:正义的蒙眼布 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E5_86_AF_E8_B1_A1__E6_AD_A3_c122_485538.htm 正义 (G i u s t i z i a)。其形象为一蒙眼女性，白袍，金冠。左手提一秤，置膝上，右手举一剑，倚束棒 (f a s c i)。束棒缠一条蛇，脚下坐一只狗，案头放权杖一支、书籍若干及骷髅一个。白袍，象征道德无瑕，刚直不阿；蒙眼，因为司法纯靠理智，不靠误人的感官印象；王冠，因为正义尊贵无比，荣耀第一；秤……比喻裁量公平，在正义面前人人皆得所值，不多不少；剑，表示制裁严厉，绝不姑息，一如插着斧子的束棒，那古罗马一切刑罚的化身。蛇与狗，分别代表仇恨与友情，两者都不许影响裁判。权杖申威，书籍载法，骷髅指人的生命脆弱，跟正义恰好相反：正义属于永恒利帕 (C e s a r e R i p a) 《像章学》卷三 (1 5 9 3) 欧洲的肖像纹章之学 (i c o n o l o g i a)，过去念中世纪文学时钻研过一阵子。最近重新查阅一次，却是因为耶鲁法学院校友会波士顿分会的一封通知，征文纪念柯维尔 (R o b e r t C o v e r) 教授。这分会规模不大，但活动勤，几乎每月一次：或同希拉里克林顿参议员座谈“九一一”反恐怖，或与麻省首席大法官（也是女校友）周末聚餐国情不同，律师以校友会名义邀法院领导吃饭，不违反职业纪律。每次通知，从来不忘附一只捐款信封、一张“鸣谢”榜。榜上最末也是名单最长的一栏叫做“柯维尔之友”，是上一年给母校捐了五百至九百九十九美元者的荣誉。柯先生生前以博学及献身公益事业著称。他的课我没赶上听，但为应付“联邦

诉讼程序”考试，读过他的名著《程序》。读到第五章，有这么一个故事，印象颇深：天庭上的众神失和了，世界处于灾难的边缘。谁来调解仲裁？血气方刚的容易受水仙女的勾引，老于世故的却不敢对权势直言。天上地下找遍了，也没有合适的人选。最后，天帝身旁站起一位白袍金冠的女神，拿出一条手巾，绑在自己眼睛上，说：我来！众神一看，不得不点头同意：她既然蒙了眼睛，看不见争纷者的面貌身份，也就不会受他的利诱，不必怕他的权势。“蒙眼不是失明，是自我约束”，柯先生写道，“是刻意选择的一种姿态……真的，看的诱惑，君子最难抗拒，特别是克服屏障而直视对象的诱惑”。接着另起一行：“程序是正义的蒙眼布。”（第1232页）这句话现在已经当作格言收入法学词典，每每被人引证。所以我想，为纪念柯先生，表彰他的成就与理想，不妨从这句格言出发，考查一下正义女神的像章谱系，谈谈程序在改革中的中国的政法地位、功用与价值。先说程序。所谓程序，就司法而言，即专为实现法律规定或“赋予”的各项权利而制定的一套套规则、方法和步骤。所以，程序法也称“辅助（*adjective*）”法；与之相对，那些通过程序主张并获得保护的權利所依据的条文规范，便叫做“实体（*substantive*）”法。法律是政治的晚礼服。实体法本本答应的权利，总是比程序法所能辅助实现的要多一些也漂亮一些。这意味着，某些老百姓期待享有的权利，虽然在现阶段不受司法保护，却是有法理依据的。例如，《宪法》规定公民享有言论、出版等自由（第三十五条），亦即说话写作发表传播，不受别人非法干涉、无理制裁的“基本权利”。但按照现时的政法实践，在一般情

况下，此项权利还不能通过司法获得保护。主要原因，便是缺乏一套直接引用《宪法》条款而启动的诉讼程序。同理，如果小说涉及真人真事或新闻报道批评失实，引起名誉权官司，作者或报社也不能以言论自由抗辩，而只能就事实真相、主观过错、名誉损害以及言论与损害间有无直接因果关系等民法上侵权之诉的要件，提出答辩（见《读书》二〇〇一年十一期拙文《案子为什么难办》）。不过去年六月，最高人民法院就“齐玉苓诉陈晓琪等姓名权纠纷案”批复山东省高级人民法院（法释〔2001〕25号），认为：被告冒用原告姓名、顶替原告升学，看似侵犯了姓名权，实质是剥夺原告“依据《宪法》〔第四十六条〕规定所享有的受教育的基本权利，并造成了具体的损害后果，应承担相应的民事责任”。这就为公民通过民事诉讼程序主张宪法权利，开了一个小小的口子；公民的“一部分宪法权利”，终于开始摆脱“睡眠或半睡眠状态”（见《中国青年报》二〇〇一年八月十五日采访报道）。批复因此受到社会舆论的一致好评。近年来，随着立法渐具规模，本本上同“国际”接轨（例如世贸谈判）日臻熟练，司法程序的改革遂成为国内外传媒关注、观察家跟踪的一个热点。但改革涉及法院系统人事组织、行政管理、审判方式等各方面的调整，牵扯到许多跨部门深层次的政府架构问题，不可能一蹴而就。比如民事审判方式的改革，以“强调当事人举证责任”为指导思想，大约始于八十年代末。“主要动因，是法院案件多人员少，力量与任务的矛盾日益突出，想借此减轻法官和法院调查取证的负担。”（景汉朝、卢子娟：《经济审判方式改革若干问题研究》，载《法学研究》一九九七年五期，第3页）改革的对

象，则是人民法院传统上走群众路线办案形成的“先定后审”、“纠问式”庭审和庭审走过场等，跟法治时代不般配的做法。通过“完善”程序，还希望提高法官业务素质，反腐倡廉，改善法院的公关形象。十多年下来，虽然成绩尚未受到老百姓普遍认可（每年召开各级人大，法院院长做工作报告压力最大），但经济负担肯定减轻了；各地新盖的法院大楼如雨后春笋，有的更比北京的最高法院还雄伟气派。当然，改革审判方式，离不开审判者自身的改造。这也有程序的一面，就是在开展学历资格培训的同时，革新中国法官的形象举止：卸下肩章大沿帽，换上西装黑法袍。自今年“六一”儿童节开始，法官们登堂折狱更要多一样表达权威与秩序的道具：法槌。根据最高人民法院新近颁布的《试行规定》，操作程序为：开庭或继续开庭，先敲槌后宣布；休庭或闭庭，先宣布后敲槌；判决或裁定，也是先宣布后敲槌。法槌的设计，却是极传统的；选材要花梨木，请“民间雕刻家手工精雕而成”：槌体上端刻一个独角兽头，乃是古代皋陶治狱所用“性知人有罪，助狱为验”的神羊獬豸；“底部的圆型与方型的底座”（原文如此），则暗喻“方圆结合、法律的原则性与灵活性的结合”。手柄刻有麦穗齿轮，“说明我国是工人阶级领导的，以工农联盟为基础的人民民主专政的社会主义国家”。法槌由主审法官使用，通常只敲一下。指望的是，法庭上“旁听人员随意走动、喧哗、交头接耳，传呼机、手机此起彼伏，当事人未经法庭许可随意发言”的现象，能够从此消失（《人民法院报》网络版二〇一一年十二月七日）。尽管如此，观察家论及当前中国的法制，依旧是那句老话：重实体，轻程序。意为执法司法，时有不尊重当

事人程序权利的情况发生；处理纠纷、扫黄严打，只消最后结果群众满意，大快人心就成。仔细想来，这里面有两个相关的问题。一是政府做事（无论人治法治），须满足老百姓对正义的企盼。老百姓心目中的除恶扬善报仇伸冤，说的都是实质正义。在这一点上，“包青天”式不受程序约束的侦察办案，以道德理想取代法律原则的公案故事，其实并无太多中国特色。换一个社会，比如法治早已建成的美国，好男女如果不藐视法律，像黑旋风李逵那样“出他一口鸟气”，在好莱坞大片里也是做不成英雄的。所以自古以来，文艺作品中鲜有代表大众正义的律师（波士纳，第40页）。这是根深蒂固四海皆准的成见；不是一两次审判方式的改革，甚至大胆引入英美法系“对抗制”诉讼，所能解决的技术问题。事实上，随着法律技术日趋复杂，优质的市场化的律师服务便很可能成为只有少数富人要人才消费得起的奢侈品，老百姓对利用程序手段阻挠实质正义、消灭实体权利的憎恶，恐怕只会愈加强烈。值得我们研究的是第二个，亦即柯先生指出的问题：程序是司法的正义给自己绑上的蒙眼布，是“刻意选择”的与当事人及外界权势保持距离的一种政治与伦理“姿态”。这姿态，套用我们熟悉的宪法术语，就是“法律面前人人平等”。于是程序对于建设中的法治，便有双重的含义：一方面，假定蒙眼的正义不会偏袒，这是现代法治的“形式平等”原则。形式平等是对阶级特权的反动。不看阶级成分的程序，可以在形式上抽象地拉平当事人的身份与地位差异，让打工妹和工头、老板一样，依法（在本本上）成为平等的权利主体。另一方面，因为正义不再“直视对象”，无须关照个案的特殊性，程序上的公正或“正当程序（

due process) ”就可以脱离实体权利而表现独立的价值。由此生出司法技术化、专业化乃至标榜“非道德化”的可能。这是因为注重程序，诉讼必然要放缓节奏，将争议导向技术细节，从而发挥律师的作用。做成案例，注解评析，使法律思维倾向于技术化。按照英国法律史家梅特兰（一八五 - 一九 六）的说法，现代对抗制诉讼的基本性格，可以追溯到十三世纪的“特殊抗辩（special plea）”制度。特殊抗辩，即不管实体权利或事实真相，仅以技术上的理由排斥对方的实体主张。我们讨论过的“鲁迅肖像权”案中，被告方提出诉权、时效、管辖等抗辩事由，便是一例（见《读书》二 一年三期拙文《鲁迅肖像权问题》）。或许因为英国普通法与司法独立及法治的特殊历史纽带，形式平等而讲求技术的诉讼程序，一向被视为司法者避免外界干预的一道屏障，也是律师行会向政府争取行业自治和业务垄断的一大理由。然而，程序一复杂就容易累讼，变成当事人的沉重负担，引发诸多社会问题。这也是法治社会的通病：大多数人，包括中产阶级，实际是排除在大部分程序之外的。例如在美国，刑事被告人定罪，百分之九十五未经庭审。道理很简单，被告人穷人居多，请不起昂贵的擅长刑事诉讼的律师。法院指定的公益辩护律师人少案多，不堪重负，就同控方（检察官）“抗辩谈判（plea bargain）”，拣一两项较轻的指控认罪，结案了事。只有辛普森那样的明星款爷，才有条件雇一个“梦之队”律师和专家证人班子，将诉讼抗辩七十二变的招数使一个遍。该案因此被称为美国式法治在真实生活中罕见的完美表演，“哈佛〔法学院传授的〕法律规则”铁树开花的现场示范（阚泊

斯，第22页)。按理说，法治沦为少数人的福利，社会上该有大声的抗议；而抗议声中的法治为取信于民、恢复尊严，只好拉下正义的蒙眼布，让她直视法治之下普遍的特强凌弱贫富悬殊：法律面前，从来没有人人平等。幸亏，抗议并不经常发生，除了几处贫民区的骚乱。安分守己的中产阶级习惯了崇拜那块蒙眼布，不敢不信“一部美国人的自由史，在很大程度上，就是程序的保障史”（联邦最高法院大法官弗兰克福特语，Malinskiv . New York , 324 U . S . 401 , 414 [1945] ）。所以说，法治的根基在信仰与习惯。我以为，用正义的蒙眼布比喻程序的政法功能，妙是妙，但还有一个前提需要澄清：蒙眼如何成为信仰，法治怎样获得对象，或者说程序与正义究竟什么关系？这是柯先生的寓言故事暗示了却没有讨论的。让我绕个弯，从正义女神的像章史说来。正义裁断生死，本是主女神或月神的一个殊相，属猪。这属相大约源于先民的生殖崇拜和丰收 / 还阳神话（参见《万象》二 年七期拙文《摩帝纳拱门》）。她在地中海文明圈的诸民族中有不同的名号；在希腊神话，即执掌德尔斐神庙的女巨神正义（Themis）日神阿波罗（属鸦）杀白蟒（月神之子或情人）夺神庙，是后来的事。女巨神是众神之母大地与天空结合所生的女儿，天帝宙斯的第二任妻子。她的埃及前身，则是享受法老供奉，为天地维持秩序的妈祖（Ma'at）。妈祖头上插一根羽毛，用来在她的天平上称量死者的心灵。妈祖和正义，都是目光犀利的女神。因为祭坛前举行的司法仪式（神判）体现神意，源于神谕，那颁布神谕裁断生死的女神必定无所不察。但是，服侍女神的祭司却常常是瞽者：视力对

于专职求问神谕的人是多余的东西；睁开他的眼睛，反而容易分心误会神意。德尔斐神庙的祭司（希腊传记家）普鲁塔克（五 - 一二五）说，埃及王城底比斯的司法最为公道，因为那里宣示神谕的祭司必须断手闭目。他不能伸手收取贿赂，眼中不见权势，便不会司法不公，令神明不悦，降灾于苍生（《道德论》卷五）。罗马人管正义女神叫 I u s t i t i a。由此派生出英法德意等现代西方语言的“正义”（j u s t i c e , e t c）一词。学者考证，蒙眼正义的肖像最早出现在文艺复兴时期（即作为拟人化的抽象概念，阴性名词；作为女神则与基督教教义不符）。当时，一些商业城市的司法权已经跟国王和教廷的管辖分离，有了相对独立的地位。司法往往由本地贵族垄断了，令市民们十分反感。所以蒙眼正义的早期的像章诠释，跟后世刚好相反。比如，丢勒（一四七一 - 一五二八）笔下那任人摆布的无知的“正义姑娘”，眼睛上的布条是一位浪荡公子给系上的，他的外号就叫“愚弄”。为了提醒司法者不忘上帝的教导，不可受贿而玩弄法律程序，人们想起了古代底比斯城断手闭目的祭司。一时间，所谓“断手法官像（l e s j u g e s a u x m a i n s c o u p e e s）”流行起来，专门绘制（或雕刻）了放置在法院和市政厅里。此类“儆戒画”中有一幅极出名的《康帝行刑图》，是佛兰芒画家戴维（G e r a r d D a v i d , 一四六 - 一五二三）为布吕日（今比利时西北）市政厅创作的。画的是古希腊“历史之父”希罗多德《历史》（卷五）记载的一个故事：康帝（C a m b y s e s）是波斯大帝居鲁士之子，性格凶残多变，曾攻入埃及肆虐而终于发疯。大法官（兼祭司）西桑尼（S i s a m n e s

) 受贿，康帝大怒，下令剥皮处死。并将剥下的皮裁剪了，一片片蒙在大法官的座椅上。然后命西桑尼的儿子继承父位，坐在那张人皮椅子上审理案件。《康帝行刑图》为双联画，一边画康帝捉拿西桑尼，另一边画剥皮行刑。画面上的西桑尼如真人一般大小，绑在木板上受刑，那血淋淋的场面，无声的呼号和疯狂的眼神，叫市政厅里的长官不小心瞥见了，绝对毛骨悚然。到了十六世纪下半叶，市民阶级渐渐壮大，蒙眼布的含义才慢慢变了。人们开始做正面的解释，把它视为公平司法的象征。意大利像章学家利帕总结道：正义蒙眼，象征“司法纯靠理智”（见题记），更显出人文主义者对人的理性的推崇。这大写的理性，自然是不受王权、教廷辖制的。因此主张理性指导司法，既是关于正义的一种新的信念或理想，也是冷静的政治策略和行业伦理。法官有了崇高的理性做他的是非善恶之秤，便能名正言顺地反对外界干涉，要求独立司法。换言之，蒙眼不仅仅是司法技术的更新换代。程序之所以能够促进司法独立，帮助律师争取行业自治与业务垄断，成为正义的蒙眼布，是因为我们先已信了“司法纯靠理智”，希望法治的正义来自“理性之光”。而程序标志着的，正是那理性之光的疆界。疆界之外，一切归上帝或国王；疆界之内，司法只服从理性。从此，蒙眼的正义不必事事求问神谕，也不必天天向国王鞠躬。一如犹太法典所言：我们不审判国王，但国王也不事审判（Mishneh Sanhedrin 2：3）。这，才是现代法治意识形态的起点，形式平等海市蜃楼的成因所在。也只有这样“理性地”划定职权，信守“中立”，法治才能打消冲突着的各社会阶级的疑虑，赢得他们的信任与合作，并最终把他们“

一视同仁”收编为法治的对象。这个道理，拿来衡量中国的司法改革，则可知道扭转“重实体，轻程序”的局面，还有一段长路要走。而且问题的根本，不在审判方式、法官学历等技术培训和资格证书的不足，甚至也不在一些部门的腐败风气；因为程序越是精巧繁复，贪官污吏越有可乘之机。事实上，从法院系统发布和大众传媒报道的案例来看，法官脱离程序调解判案，跟法律技术的难易似乎并无因果关系。诸如送法下乡、上门办案、“情理法并重”“背对背”做当事人思想工作之类的传统做法，固然“轻”了程序，可也是“为民解难、为民办实事”（《法律适用》，一九九八年二期，第21页）。解难、办实事，亦即主持正义、实现人们普遍认可的正当权益。只不过那正义另有法律之外的渊源，例如国家的大政方针和民间惯例，故而司法不必受程序约束。这意味着什么呢？恐怕不单程序，连整个司法制度都用作蒙眼布了。因为，就制度的设计而论，诉诸法律只是满足政治的程序要求，体现政策才是司法的程序目的。法律，让我再说一遍，是政治的晚礼服。法治的一般要求，法官应学会克制，谨慎甄别，奉行所谓“俭省司法”的原则，坚持“能不做就不做”的惯例（艾伯拉罕，第364页）。所以有“政治问题法律不管不判”的学说，以便坚守司法的疆界，将法律与其他政治程序隔离开来。但是在中国，由于司法的正义的渊源在法律之外，法官必须采取相反的策略，模糊程序的界限，才可保证司法的效能。故“重实体、轻程序”不但是政治文化和心理传统，也是法律得以顺利运作，分配正义，法院法官得以维持民众信心，争取最低限度的独立的现实手段。法治的当务之急，便是把那些不可能在司法制度内提出

或解决的纠纷，以法律的语言特别是程序的比喻重构复述了，使之大体符合本本上的规定、分类与想像，包括填补立法的“漏洞”。惟有这样，才能维护整个体制的尊严，不致造成太大的震荡，使法律在生活中常例的失败，变成一个个孤立的“例外”而不及其余，断绝联想。在此意义上，宣传正当程序，以程序技术充当正义，在现阶段，乃是控制冲突，使社会矛盾“法治化”的不二法门。这是一种灵巧的工具主义法治。它的前提却是认定现行法律充满缺陷，有待完善；必须“情理法并重”或如那柄新雕的羊头法槌暗示的，“原则性与灵活性”结合，才能避免失误。这也是一种信念，其司法原则则是寻求人情常理的衡平。亚里士多德说过（《修辞学》卷一第十三章），衡平（*epieikes*）是超越制定法的正义，所以不能按照法条的字面意思理解，而必须考虑立法意图（*dianoia tou nomothetau*）；不能拘泥于行为本身，而应当强调道德目的（*proairesis*）。工具主义的法治，比起形式平等的法治来，更需要人情常理的衡平而坚持超越法律的实质正义。否则法律原则的妥协、程序规定的克服就无章可循。制定法需要不时修订补充，人情常理却是（至少在理论上）经久不变的，犹如自然之法或神的正义：“不是今天也不是昨天的律令，而是活着的永恒之法，谁也不知道来自何方。”（《安提戈涅》，456行）所以这“情理法并重”的正义和古代的女神一样，是不戴蒙眼布的：没有任何程序可以挡住她的视线。而“原则性与灵活性”结合的司法方针，也如同诉诸神意、求问神谕的祭祀仪式，要求的是司法者的忠诚与正直，而非技术知识。但问题是：在程序技术俨然已如法治化身

之际，到哪里去找“断手闭目”的法官。（《程序》（Procedure），柯维尔（Robert Cover）等著，第二版，Foundation Press，1988；《司法程序》（The Judicial Process），艾伯拉罕（Henry Abraham），第六版，牛津大学出版社，1993；《法律与文学》波斯纳（Richard Posner），修订版，哈佛大学出版社，1998；《法疯：美国法发疯》（Jurismania: The Madness of American Law），阚波斯（Paul Campos），牛津大学出版社，1998）来源：法律之维 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com