

辽宁大学法学学术文库

国家“211工程”三期立项重点课题资助

权力规范与权力技术

——刑事诉讼中国家权力配置问题研究

徐阳/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

辽宁省教育厅的课题《刑事诉讼中国家权力配置问题研究》
资助（项目号20060352）

国家社科基金青年课题《交涉正义的价值与实践——和谐
社会理念关照下的交涉性刑事司法》资助（项目号08CFX038）

辽宁大学法学学术文库

国家“211工程”三期立项重点课题资助

权力规范与权力技术

——刑事诉讼中国家权力配置问题研究

徐阳/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

权力规范与权力技术:刑事诉讼中国家权力配置问题研究 / 徐阳著. —北京:法律出版社,2010.3

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0488 - 4

I. ①权… II. ①徐… III. ①刑事诉讼—研究—
IV. ①D915.304

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 032622 号

辽宁大学
法学学术文库

权力规范与权力技术——刑事
诉讼中国家权力配置问题研究

徐 阳 著

责任编辑 刘文科
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 10 字数 260 千

版本 2010 年 4 月第 1 版

印次 2010 年 4 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京外文印刷厂印刷

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0488 - 4

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《辽宁大学法学学术文库》编委会

编委会主任：杨 松 佟连发

编委会成员：(按姓氏笔划排序)

于 虹	任 际	张锐智
郑 莹	郝建设	赵丙贵
郭 洁	路 军	

辽宁大学法学学术文库总序

新中国成立以来,社会主义法制与法学经历了 60 年的发展,特别是改革开放新时期的变革创新,中国特色社会主义法学理论体系趋向成熟、社会主义法治理念得以确立、中国特色社会主义法律体系基本形成。这些深刻变化和辉煌成绩,充分印证了中国法学对法治文明和社会进步的贡献。如今,法治已经成为我国社会最主要的话题之一,法治的理念开始深入人心,法学已经在向中国的“自主性”及法学的中国范式与中国体系发展。

进入 21 世纪,当我们置身于全球化的背景中,深入思考法治及法学问题时,我们发现越来越多的影响因子是上个世纪所没有直面的、至少是没有成为影响法治基本内涵与构建的主要因素,比如环境问题、科技发展、公共卫生、金融危机、外汇储备、裁军与反恐,等等,而今已成为决定法治进程的重要因素。适应鲜活的社会现实、回应大千世界的变化,法律在行动,法律在前进,于是出现了全球治理结构与法治文明演进、国际规范与价值的重塑、非政府组织对法律规制的介入、基于国际义务的国内法修复,等等。在中国社会进程中长期形成的法治理念、法律制度、法制实践路径均遇到来自新世纪社会问题的挑战。它使法学研究始终面临变革和机遇。它使我们这些法学研究者不能总是停留在对传统法律体系的传承上,不能总是纠结在对眼前法律运行的零星观察与思

考中,不能总是沉湎在对西方法律学说和制度的引进与评价上,我们需要突破、需要创新,需要自主,需要在 21 世纪的今天、在中国社会科学贡献于中国乃至世界发展的成果中,体现法学的话语体系,树立法学的不可替代的地位。所以,探索从来就不是终结的,它始终是在新的起点上。那么,我们的使命是什么? 什么是我们的贡献?

21 世纪的今天,从事法学研究是幸运的,这不仅仅在于中国的社会主义市场经济和民主政治的制度与实践愈益完善,为我们提供了深厚的实践源泉和进步的社会思潮;同时也在于我们今天所处的世界与历史上的世界、甚至十年前的世界是那么不同,多元化、趋同化、分层化的发展,特别是金融危机的蔓延与深化,使中国及其他新兴经济体成为世界秩序重构的重要力量,提升了我们在国际经济秩序、政治秩序和法律秩序中的发言权和决策权,从而也为我们的法学研究提供了广阔的平台和开放的视野。法治实践的深化呼唤法学研究的繁荣,它赋予我们当代法学家与时俱进的时代使命和不断创新的学术责任。这已经成为法学学术共同体的共识。从日益雄厚的学术积累和不断更新的学术成果就可以看出法学人的不懈努力和追求。辽宁大学法学院教学研究人员的系列成果就是其中的一份。

我与辽宁大学相识已久,交往甚深。他们的经济学、管理学、文学、哲学一直是国内公认的优势学科,他们的法学学科则是经过跨越式发展而后来居上、脱颖而出,已经在法学界拥有显赫之地。特别是 2005 年成功获得经济法学博士学位授权点,突破了发展的“瓶颈”,跃上了新的台阶。辽宁大学法学院是改革开放后国内最早创立的全日制法学本科教育基地之一,在老一辈法学专家的奠基与创建后,经过多年的建设和发展,已经成为我国法学研究和法律人才培养的重镇之一。辽宁大学法学院汇集了一批优秀的中青年骨干教师。他们不慕虚名、敬业尚学、勤奋笃实,辛勤耕耘出一片学术沃土,为国家和地方的民主法制建设和现代化事业提供了理论成果和智力支撑。去年他们的实验室被批准为教育部国家级法学实验教学示范中心,再一次反映出辽宁大学法学学科在学

科建设和人才培养等方面的不懈探索。

此次设立的“辽宁大学法学学术文库”，是辽宁大学法学院在学术研究上又一可喜尝试。辽宁大学作为国家重点建设的“211”学校，在其三期建设规划中，把法学学科作为独立立项建设单位，以“和谐社会的法律规制与创新”为主题，整合学术团队进行学术研究，先后在法治理念、经济法制、国际化问题、司法保障等领域取得了一系列成果。本文库是为了集中展示辽宁大学法学研究成果和整体水平，重点资助在“211”工程三期建设中立项的专著类成果而设立的。在即将出版的成果中，多数是在作者主持完成的国家社科基金课题、司法部部级重点课题、教育部人文社科基金课题的结项成果以及部分教师的博士学位论文的基础上，经过修改、完善而成的。首批出版的几部专著，内容涉及法理学、经济法学、诉讼法学、刑法学、行政法学等。本文库以后还会有第二批、第三批专著陆续出版，这些研究成果不但反映了作者们对国家法治问题的深切关注，而且也显示了他们对国家法治发展的理论贡献。这些凝聚着心血的成果让我们看到了辽宁大学青年学者在法学研究上的探索和努力。

我们相信，也期待着辽宁大学法学院的教师们会不断贡献新的研究成果，更加成为中国法治建设行列中的重要力量！正是有这样一批又一批年轻后生，中国的法治建设与法学事业才真正富有希望！

是为序。

教育部人文社会科学重点研究基地·吉林大学理论法学研究中心主任

吉林大学资深教授

中国法学会副会长

教育部社会科学委员会法学学部召集人

教育部法学学科教学指导委员会主任委员

张文显

目 录

绪论	/1
第一章 刑事诉讼中国家权力静态配置原则	/12
第一节 权力有限原则	/12
第二节 权力有效原则	/25
第三节 权力诉讼关照原则	/43
第二章 刑事诉讼中国家权力动态配置原则	/51
第一节 以权力制约权力原则	/51
第二节 以权利制约权力原则——以无罪推定 为逻辑基础的论证	/63
第三节 权力自律原则	/74
第三章 刑事诉讼中裁量权的配置	/92
第一节 权力主体的裁量行为及其规制	/93
第二节 刑事诉讼中的裁量权界定及历史考察	/102
第三节 刑事诉讼中裁量权的设置与规制	/113

第四章 国家权力之间关系的制度配置 /136

第一节 控审关系的制度配置 /136

第二节 检警关系的制度配置 /162

第五章 国家权力与公民权利关系的制度配置(之一)

——国家权力与犯罪嫌疑人、被告人权利关系的制度配置 /177

第一节 沉默权与刑事诉讼中国家权力关系的制度配置 /178

第二节 辩护权与刑事诉讼中国家权力关系的制度配置 /197

第三节 犯罪嫌疑人、被告人救济权与国家权力关系的制度配置 /233

第六章 国家权力与公民权利关系的制度配置(之二)

——国家权力与被害人权利关系的制度配置 /250

第一节 被害人的诉讼主体地位与国家权力配置 /250

第二节 被害人的程序启动权与刑事诉讼中国家权力关系的制度配置 /263

第三节 被害人的诉讼参与权与刑事诉讼中国家权力关系的制度配置 /284

第四节 被害人获得国家扶助权利与刑事诉讼中国家权力配置 /295

绪 论

一、权力之辩

(一) 权利与权力

我们已经走进了一个权利时代。“认真对待权利”业已成为现代法治的标识。权利不仅与主体的现实利益相关,更与主体的尊严关涉。从启蒙思想家开始,权利被注入了人文关怀的内涵,权利成为人凭借自然本性所选择的“人权”。于是在人摆脱神的束缚后,权利获得了神圣性。人应将他人的人性与自己的人性平等对待,因此人应当作为目的,而不能作为他人的手段。权利在以人为终极关怀的向度上确立了其正当性基础。

“天赋人权”是权利正当性论证的起点,但它只在先验的观念领域才是“不言自明的”。人类社会历史经验表明:人在享有他本应享有的权利过程中,总是遭遇诸多阻滞。人是生而平等的,但在奴隶制时代奴隶却被物化为“非人”;男女应当平等,但即便在所谓法治先驱国家,男女享有平等的选举权也仅仅是并不久远的事实;人是生而自由的,但

在人类历史大部分时期里,个人自由可以不被告知理由的、无期限的被剥夺,官员可以对百姓实施合法的暴行,迫使他认罪;人要追求幸福,但当大部分生产资料和社会财富都集中在少数人手中,而又缺少合理的财富再分配机制时,绝大部分人的幸福就是没有物质基础的空中楼阁。权利作为主体获得利益的可能性,其向现实的转化,既没有神灵的庇护,也无法“自然而然”完成,而必须由权利主体争取。

马克思认为近代意义上的权利,在资产阶级思想家笔下被抽象为了“人权”,真正人权是美国人和法国人在资产阶级革命中发现并享有的,国民议会与封建王权只能用斗争的胜利来证明自己的权利,权利在力量的一方。^①“权利永远不能超出社会的经济结构以及由经济结构制约的社会文化发展。”^②站在历史角度,权利不是神赋、不是天赋,而是人赋。权利就是“一种制度安排,其中利益受到法律保护,选择受到法律效力的保障,商品在有保障的基础上提供给个人”。^③即使在民主与法治甚嚣尘上的当下,我们仍要坚持为权利而斗争。既然如此,是什么威胁着我们的权利,与我们斗争的敌人在哪里?是他人、社会组织、官员、政府,还是国家?

事物只有存在对立面时,它的意义与价值才能得以凸显。与权利对立的一个范畴就是权力。这一对范畴不仅仅是概念符号,它们承载着深刻的现实意蕴。要想“认真对待权利”,就必须“认真对待权力”。权利主体为个人,以个体自由与平等为核心要素。权力却在群体中产生影响。霍布斯认为权力是“使大家畏服,并指导起行为以谋求共同利益”的东西。^④在韦伯眼中权力是“这样一种可能性,即处于某种社会关系内的行动者能够不顾抵制而实现其个人意志的可能性,而不论这一可能性

① 《马克思恩格斯全集》(第6卷),人民出版社1961年版,第5~6页。

② 《马克思恩格斯全集》(第19卷),人民出版社1963年版,第12页。

③ [英]戴维·米勒、韦农·波洛丹主编:《布莱克维尔政治学百科全书》,邓正来译,中国政法大学出版社1992年版,第611页。

④ [英]霍布斯:《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,商务印书馆1985年版,第131页。

所依赖的基础是什么”。^①物以类聚,人以群分,群体生而权力随。人为群体化的政治动物,权力为凝聚群体资源、维护群体秩序所必须,但权力总是以武力压迫、直接或间接操纵等方式运行,^②其如影随行的副产品总是:对权利的掳掠或侵犯。

支配性是权力功能上的根本特征,“权力如果不具备支配性,那它在实践中也没有了任何功能”。^③权力的支配性潜藏着对他人自由压迫的危险,正在此意义上,权力成为权利的对立面;另一方面,权利与权力又互动关联。“权力的权威性和强制性不过是权利的集中化表现而已,即权力者有支配和强迫他人的行为服从自己的能力。这种能力可视为一种权利,即特定地位上的权利。”^④甚至权力可以被界定在更广泛的权利之中,可以被视为保障权利的工具。^⑤

(二) 国家权力与社会权力

在社会学大视野中要厘定权力与权利的分界,确实相当困难。权力有着多元化的社会学特征,诸如福柯等哲学家在研究权力问题时,坚持着一种泛权力观,认为权力并不集中于国家,而是通过许多非政治群体和组织加以分散。我国学者通常将权力视为公权力,与国家相联系。西方学者对权力也有狭义的界定,认为权力是“人民通过协调一致的联系和行为所具有的特殊能力”。^⑥在恩格斯的论述中,国家拥有的为维护秩序而表面上凌驾于社会之上的公共权力,成为国家的本质属性。“为

① [美]博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第357页。

② 权力运行的方式除武力、操纵外,还有说服。[美]丹尼尔·朗:《权力论》,陆震纶、郑明哲译,中国社会科学出版社2001年版,第357页。

③ 谢晖:《法学范畴的矛盾辨思》,山东人民出版社1999年版,第291页。

④ 文正邦:“有关权利问题的法哲学思考”,载《中国法学》1991年第2期。

⑤ 庞德提出权利有6种含义:利益;利益加上保障它的法律工具;狭义的法律权利;权力;自由权;特权。[美]庞德:《通过法律的社会控制——法律的任务》,沈宗灵译,商务印书馆1984年版,第47页。

⑥ [英]戴维·米勒、韦农·波洛丹主编:《布莱克维尔政治学百科全书》,邓正来译,中国政法大学出版社1992年版,第641页。

了使这些对立面,这些经济利益互相冲突的阶级,不致在无谓的斗争中把自己和社会消灭,就需要有一种表面凌驾于社会之上的力量,这种力量应当缓和冲突,把冲突保持在‘秩序’的范围以内,这种从社会中产生但又居于社会之上并且日益同社会脱离的力量,就是国家。”^①

郭道晖先生认为以往西方学者对权力的划分立足于国家权力内部之间的制衡,而现在各种社会主体自主地拥有社会权力,随着中国公有制一统天下格局的结束,各种社会组织、行业组织成为相对独立的利益群体,国家与社会一体化状态被打破,在中国讲分权,国家与社会分权更有现实意义。^② 有学者指出,在我国要实现国家权力与社会权力平衡,必须引入第三个因素,而政党权力就是新型权力链条中的一个环节。^③ 所谓政党权力即执政党权力,执政党有独立于国家机构的组织体系,相对于社会权力的分散性特点,政党权力更为集中,因此政党权力完全可以作为独立权力来界定。人民权力监督政党权力,政党权力领导国家权力,国家权力促进人民权力,是理想的权力链条结构。

从社会学角度考察,权力是多元的、多层次的、分散的。自黑格尔以来,国家与社会二元结构成为最重要的社会分析方法。按这一方法对多元权力进行整合,即可得出国家权力与社会权力二元结构。笔者认为,人民权力、政党权力和国家权力的分界尚缺乏充分论证。政党权力能否作为与人民权力和国家权力等量齐观的独立权力,有待商榷。此外,由于权力与权利之间内在的联系,许多学者在同一意义上将“权利”与“权力”并用。笔者对此不做更多梳理,仅在下文中阐明法治视野中权力的分界。

二、法治视野中的权力

(一) 法律中的权力

法律范畴中的权力与权利有清晰的界分。尽管有学者鉴于权力与

① 《恩格斯选集》(第4卷),人民出版社1972年版,第166页。

② 郭道晖:“多元社会中法的本质与功能”,载《中外法学》1999年第3期。

③ 喻中:《法律文化视野中的权力》,山东人民出版社2004年版,第160页。

权利的联系,提出法权概念,^①但仍然强调两者之间对立的属性。权力与权利的对立源于它们体现着社会整体利益的不同构成部分:由于物质财富相对稀缺,社会整体利益不能与个体利益、公共利益取得表现形式上的同一性,其矛盾不可避免。^②法律正是协调各方利益,缓和各种冲突,进行社会控制的手段。法律视野中的权利与权力的厘定,应以国家与社会基本矛盾为参照。权利是起源于古罗马法的概念,其承载着平等主体之间的私法关系。在私法领域权利与义务是一对基本范畴;在公法领域与权利相对应的是权力。法律视野中的权力即公权力,可以直接界定为国家权力。其特征如下:其一,权力主体为抽象的国家。在权力运行中,由代表国家的特定国家机关行使权力。法国公法学家博丹提出国家主权受神法和自然法的约束,不能分割。卢梭提出主权在民思想的同时,反对分割国家权力。国家权力归属问题决定国家性质,是民主与专制制度的标识。但国家权力要实现管理国家的公共职能,必须由相应机构承担一部分职能。如何分离国家权力的权能,及如何配置国家机构的权能,即是国家政体,由宪法和基本法来确立。其二,国家权力体现国家与个人、社会组织之间的非对称的支配关系。国家权力具有调动社会资源、分配社会财富、剥夺或限制个人权利的权能。专制体制下国家权力成为通过暴力强制实现统治意志的手段,民主社会国家权力可能以温和面目出现,甚至通过说服与商谈的方式推行权力意志。但并不排除在某些特定情况下,国家权力以强制力为推行手段,以维护公共利益为目的,对个人权利进行限制或剥夺。在民主社会,国家权力一旦获得法律上的“合法性”,仍然以国家机器为其运行的最终保障。

(二) 国家权力善恶之辨

近代哲学家中,黑格尔是国家主义情结最浓重的一位。他认为国家是继家庭、市民社会之后出现的伦理生活的最高形式,国家是精神为自

^① 童之伟:《法权与宪政》,山东人民出版社2001年版,第294页。

^② 童之伟:《法权与宪政》,山东人民出版社2001年版,第296页。

己所创造的世界自在自为的过程,因此他同样推崇国家权力的神圣性,由于他鼓吹权力的至高无上而被称为“官方哲学家”。^①霍布斯认为,正义意味着“必须存在某种强制力,通过某种惩罚的威吓来平等的迫使人们履约,这种惩罚将大于违法所得到的收益……这种强制力只有在国家中才可能实现”。^②霍布斯也是国家主义者,他认为国家主权来自于人们将生命权以外的权利向主权者的让渡,以此作为国家权力正当性的来源。霍布斯将国家比喻为巨人“利维坦”,拥有巨大力量,维护人们的生命健康。卢梭与其他国家主义者不同,他强调主权在民,社会契约实质为公意,虽然人民在缔结契约时交出了主权,但每个人都是主权者一分子,因此国家必须实行直接民主,保证人民始终掌握国家权力。^③

与对国家权力保有崇敬之心的哲学家不同,自由主义思想家对国家权力持敌视与怀疑态度。孟德斯鸠对权力的断言是:自古以来的经验表明一切被授予权力的人都容易滥用权力。洛克主张人民有权采取自卫措施反抗滥用权力的暴政,在自然状态中,人们享有执行自然法的自卫权,为了确保财产权的行使,人们放弃自卫权,由政府来依法律公平地解决一切争端,如果政府滥用人民委托的权力,人民只能根据自然法的要求推翻政府,保护自己的权利。^④德国的弗里德希·迈内克指出,一个被授予权力的人,总是面临着滥用权力的诱惑,面临着逾越正义和道德界限的诱惑,人民可以把它比做附在权力上的一种咒语——它是不可抵抗的。^⑤依据社会契约论的逻辑,只有国家权力作为保证权利实现的手段时,才具有正当性;只有国家权力为实现公共利益而存在,并得到控制时,权力之“恶”才是可以容忍的。

① 张乃根:《西方法哲学史纲》,中国政法大学出版社1993年版,第15页。

② 张乃根:《西方法哲学史纲》,中国政法大学出版社1993年版,第97页。

③ 钱弘道:《为卢梭申辩——卢梭政治法律思想评判》,北京大学出版社1999年版,第115~116页。

④ 李龙主编:《西方法学名著提要》,江西人民出版社1999年版,第146页。

⑤ 转引自[美]博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第362页。

国家权力在运作中的异化——对权利的侵犯性和破坏性,其根源不在于权力本身,而在于掌握权力的人。权力的异化实质是人的异化,权力之恶来自于人性之恶。西方国家有着“人性恶”的文化传统意识。圣经开篇即为人类始祖亚当与夏娃因偷吃禁果被上帝逐出伊甸园,被称为人类之原罪。而我国传统文化则体现出对人性善的乐观态度,“人之初,性本善”,人人可以为尧舜,只要权力掌握在圣人手中,就可以安枕无忧。如果人人是天使,就不需要政府与法律,也无须对国家权力加以防范。性恶论使人们对国家权力产生出敌视与恐惧,孕育出了法治文化的基因;性善论则论证了对国家权力服从与敬畏的人性基础,因此生成了人治的文化导向。^①其实,人性充满矛盾,理性与非理性,善与恶总是如影随形。如果人人是魔鬼,任何法律也对他奈何不得,好的法律正是通过对人的引导,使人避恶趋善。只不过未加妥善控制的国家权力,由于可以形成对他人的社会资源的强势支配,更易使人性之恶凸显、膨胀,造成危害结果。

(三) 法治中对权力的制约

权力趋于腐败,绝对权力便趋于绝对腐败。“自由就在于把国家由一个站在社会之上的机关变成完全服从这个社会的机关。”^②“法律的基本作用之一乃是约束和限制权力,而不论这种权力是私人权力,还是政府权力,在法律统治的地方,权力的自由行使受了规则的阻碍,这些规则迫使掌权者按一定的行为方式行事。”^③法治的核心在于对国家权力制约。法无明文禁止即权利,而对国家权力则是法无明文规定即禁止。首先,法律设置行使国家权力的特定主体。只有特定国家机关或其授权组织才能在某一领域中行使国家权力。越权即无效,除法定主体外,任何

^① 丁以升:“论法治国家的理念基础”,载《现代法学》2002年第1期。

^② 转引自程燎原、王人博:《权利及其救济》,山东人民出版社1993年版,第193页。

^③ [美]博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第358页。

其他国家机关、社会组织和个人都不能行使此项国家权力。其次,法律为权力主体行使国家权力设定一定权限。即使在权力运行的领域,权力主体也不能为所欲为,超越权限其行为便归于无效。权力主体只能通过动用法定手段与措施实现公共管理职能。最后,公民权利之所在国家权力界线之所在。国家权力运行中对公民权利造成损害,应承担相应的法律责任。对公民权利尊重与保护,是国家权力主体的推定义务。

仅仅依靠法律为国家权力设置边界,尚不足以对权力进行有效控制。实体上的令行禁止,只有转化为一系列程序上的步骤、方式等环节,才具有可操作性。程序具有限制恣意的功能,“它是角色分派体系,不是集权而是分化、独立,程序为了达成一定的目的而进行活动,经过不断反复而自我目的化”。^①“有意识的削弱专制的努力首先是针对政府的,它的主要工具是法治和正当程序制度,即一系列限制政府专横地侵犯个人的能力的程序。”^②

在权力边界模糊和存在自由裁量权的情况下,以设置权力边界为前提的实体控权模式对权力运行无法施加有效影响,只有倚重程序控制,才是可能行之有效的路径。实体控制重点在于赋予各权力主体相互牵制的权力;程序控制则侧重于权力主体应遵循的过程、顺序、方式方法及程序性法律后果;实体控制重在对滥用权力者的惩治和对危害结果的补救,具有消极性和事后性;而程序控制与权力运行同步展开,能起到防患于未然的预防作用。^③程序对于实现对权力有效制约起着不可或缺的作用。甚至在一定程度上,较实体法控权,程序法控权有更强的可操作性、更好的社会效果,因此程序被认为是法治的核心。

美国宪法修正案中的正当程序条款,将正当程序作为宪法原则确立

① 季卫东:“法律程序的意义”,载《中国社会科学》1993年第1期。

② [美]斯蒂芬·L.埃尔金等编:《新宪政论》,周叶谦译,三联书店1997年版,第106页。

③ 程序控权具有补遗性、独立性和能动性。参见汪进元、汪新胜:“程序控制论”,载《法学评论》2004年第4期。