

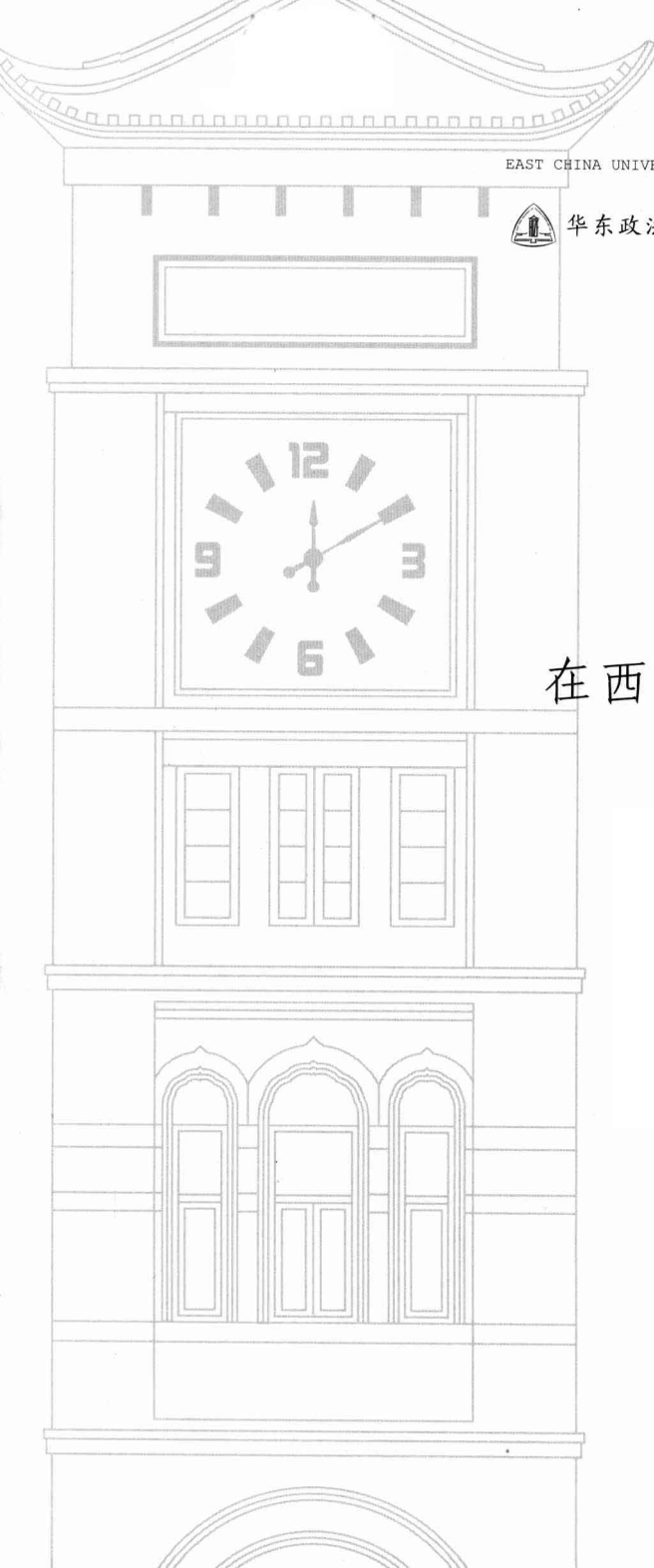


华东政法大学校庆六十周年纪念文丛

程序正义理论 在西方的历史演进

邓继好◎著

法律出版社
LAW PRESS · CHINA



EAST CHINA UNIVERSITY OF POLITICAL SCIENCE AND LAW



华东政法大学校庆六十周年纪念文丛

程序正义理论 在西方的历史演进

邓继好◎著

图书在版编目(CIP)数据

程序正义理论在西方的历史演进 / 邓继好著. —北京: 法律出版社, 2012. 4
(华东政法大学校庆六十周年纪念文丛)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 3358 - 7

I. ①程… II. ①邓… III. ①诉讼程序—研究—西方国家 IV. ①D915.180.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第053456号

华东政法大学校庆
六十周年纪念文丛

程序正义理论在西方
的历史演进

邓继好 著

责任编辑 高山

装帧设计  ilovee

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2012年5月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 8.375 字数 179千

印次 2012年5月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 3358 - 7

定价:25.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

沉舟侧畔千帆过

——华东政法大学校庆六十周年纪念文丛总序

沧海桑田，情怀依旧。六十年来，在逆境中崛起，在忧患中奋进，在辉煌中卓越，一代又一代华政人，将华政精神传承。从长宁旧居赏月苏州河畔，到松江新校读书玉泊湖旁，今天，华东政法大学迎来了六十周年华诞！六十年，华政为国家、为社会培养了大量优秀的人才，而他们，已经成长为国家的栋梁和母校的骄傲。

忆往昔，桃李不言，自有风雨话沧桑。1952年6月，经华东军政委员会批准，华东政法学院（现华东政法大学）由原圣约翰大学、复旦大学、南京大学、东吴大学、厦门大学、沪江大学、安徽大学等9所院校的法律系（法律学院）、政治系和社会系等合并组建成立。其后由于历史原因，学校曾于1958年和1972年两度停办，1979年3月经国务院批准复校。2007年3月，经教育部批准，华东政法学院正式更名为华东政法大学，2012年系华东政法大学建校六十华诞。

自1952年从苏州河畔的这一片红墙绿瓦中走出

新中国第一批政法干部开始,六十年来,华政经历了三起两落的命运。昨日的历练成就了今日的辉煌,近十万毕业生勤勉工作,开拓进取,奋发向上,成为共和国法治建设及各项事业的骨干力量。复校以来,尤其是2003年于松江进行“二次创业”以后,华政在办学条件、办学规模、办学层次、队伍建设、学科建设、科学研究、服务社会等方面均取得了飞速发展。目前,学校设有长宁、松江两个校区,占地面积1300余亩,是“教育部依法治校示范校”、“国家语言文字规范化示范校”、“上海市文明单位”、“上海市市级建筑保护单位”、“上海市花园单位”。学校现设有16个学院(部),现拥有法学一级学科博士学位、硕士学位授予权,以及政治学、马克思主义理论、公共管理、应用经济学一级学科硕士学位授予权,建有10个博士点、25个硕士点、23个本科专业及法学博士后流动站。2002年、2008年两次教育部本科教学工作水平评估均被评为优秀。目前,学校法律史学科为国家级重点学科,法律史学、经济法学本科教学团队为国家级教学团队,外国法制史、中国法制史、经济法学、司法鉴定概论为国家级精品课程,法学综合实验教学中心为国家级实验教学示范中心,法学、侦查学为教育部高等学校特色专业建设点,“开放型国际法律人才培养模式创新实验区”为教育部建设项目。学校已被社会各界广泛赞誉为“法学教育的东方明珠”。

建校六十年来,华政披星戴月,风雨兼程,赢得桃李满天下,更在中国的法制现代化进程中,留下了浓墨重彩的一笔。华政的莘莘学子,肩负着建设法治社会的重任,同时也见证着母校各方面的长足发展。硬件方面,从“帐篷办学”到长宁校区的精致典雅,再到松江校区的恢宏大气且美仑美奂;软件方面,从实现华东地区法学博士点零的突破,到一举拿下法学一级学科博士点、获得非法学专业硕士学位授予权,再到填补上海市法学国家重点学科零的空白。2009年至2011年,学校国家社科基金法学类课题立项数连续三年名列全国第一,2011年又实现了国

家社科基金重大项目的历史性突破。2007年3月,华政更名大学的成功,标志着学校从此踏上了建设多科性大学的新的征程。

岁月悠悠,薪火相传,六十岁的华政犹如惊鸿一瞥。此番出版校庆六十周年纪念文丛,华政并未走“遍寻成功校友、为其寻章摘句并编撰成册”之路径,而想虚中求实,为青年教师提供出版著作、展示才华之契机。故而,入选本文丛的,绝大多数是尚未获得教授职称的青年学者。华政奖掖才俊、提携后学之美意,尽在其中矣!

值此华政建校六十周年之际,谨祝这颗法学教育的东方明珠更加光彩夺目!

华东政法大学校庆六十周年纪念文丛编委会

2012年6月

前 言

作为与实体正义相对的概念,程序正义业已为中国学者所熟知,这得益于 20 世纪后期对程序正义的理论输入。然而,理论的移植并非能一蹴而就,最近二十年来我国以审判方式改革为主的司法改革便是明证。当我们在感慨地域人文差异给移植带来的困难之时,仍有一批学者对程序正义孜孜以求,思考未停。但就目前的研究而言,大多停留在对国外学说的介绍层面;而这些介绍往往又是单个进行的,缺乏系统性和整体性。基于此,笔者选择程序正义的历史演进为题进行研究,旨在通过对程序正义从观念到理论发展过程的揭示,为人们系统地了解程序正义及其理论发展提供一个历史维度的视角。

本书共有五章。

第一章为程序正义观念的缘起与演变。这一部分重点考察了古希腊和古罗马时期有关程序正义的观念,中世纪的欧陆诉讼程序中所体现的程序观念以及正当程序在英美两国的演变。

通过对苏格拉底的审判和古罗马的立法等法律

实践的考察,本书认为,在古希腊和古罗马时期人们对正义的理论探讨基本上是围绕实体正义展开的,但仍然存在一些程序正义的观念,这些观念的产生可能就像当时思想家所阐释的那样,是出于自然理性(natura rerum)。而通过对柏拉图、亚里士多德、斯多葛学派和西塞罗等人相关论述的理论考察,在他们有关正义的思想中,发掘出蕴藏着的程序正义的种子。柏拉图的秩序正义观、亚里士多德对自然正义的论述、被斯多葛学派系统化并由西塞罗弘扬的自然法思想,都成为程序正义的理论源头。而在实践中,自然正义的两个基本原则“一个人不得做自己案件的法官”和“应听取当事人的陈述”也在古罗马后期得到确立。

到了中世纪,出于打击犯罪、巩固封建统治的现实需要,欧洲大陆普遍采用了纠问式诉讼程序。这种诉讼程序的弊端是显而易见的,并最终被教会法院和世俗法院作了极致发挥。但就是在这样的诉讼程序中,仍然体现着人们对诉讼程序的一般观念,概括起来主要有:必须通过审判实施惩罚;裁判以证据为基础;审判目的不仅仅是为了惩罚,更重要的是要解决纠纷和冲突;法官依据理性和良心进行审判;等等。

而在中世纪的英国,古代的程序正义观念获得了进一步的发展。1215年《大宪章》的制定使得程序正义有了法律表述,而正当程序思想经过爱德华·科克等人的努力也获得了成文化和具体化。同时,在反对王权专制的斗争中,正当程序始终是英国人民强有力的武器,发挥了巨大的历史作用。到了近现代,正当程序实体方面的含义逐步演译为现代英国的法治原则(rule of law),成为公民社会中限制国家权力的关键把手。而正当程序最初的程序性含义则被不断地具体化,与原先的自然正义相融合,通过一个个鲜活案例形成了实实在在的程序规则;这些程序规则反过来又强化人们的程序正义观念,并引发对程序正义的进一步思考。当然,在现代英国,人们已更多地用“程序正义”一词代替了原先的“自然正义”。

美国的法律与英国一脉相承,有关程序正义的观念和相应的程序规则无不被其全盘承接。与正当程序在英国的发展相仿,美国也从原本纯粹只具有程序性含义的正当程序中发掘出了实质性的内容;这一“节外生枝”的创举足以和科克“移花接木”的手笔相媲美。而且,就其社会功能来说,美国实质性正当程序与程序性正当程序恰好与英国的法治原则与自然正义原则相对应。这究竟应归功于人为的发明呢,还是正当程序本身就带有这种潜质:人们只不过是予以发现而已呢,非常耐人寻味。

第二章为程序正义理论的形成与发展,重点对西方近现代有关程序正义的代表性学说进行了介绍和评述。

本书认为,对程序最早进行理论关注的当属杰里米·边沁,他从功利主义的立场出发,阐述了程序之于结果的意义,并将程序法与实体法作了明确划分。而与边沁处于同一时代的切萨雷·贝卡里亚在对旧有刑法制度进行的猛烈批判中,也比较全面地阐述了程序法的思想,并提出了程序本位主义的价值观。这两者应当视为程序正义理论的先驱,而他们的论述也打开了程序正义理论研究的大门。

到了20世纪70年代,约翰·罗尔斯的《正义论》出版,将程序正义作为与实体正义(分配正义)相对的概念予以阐释,提出了程序正义的具体样态,并对各自的功能、与实体正义的关系等问题进行剖析,程序正义理论得以形成。此后,程序正义迅速成为学界关注的焦点,各家学派纷纷著书立说,程序正义理论本身不断得以丰富和扩展。

在对程序正义理论进行历史叙述的同时,第二章中还分专题介绍了程序价值论、程序公正论和对程序正义的法社会学研究。前两者是程序正义理论的主要内容,而后者体现出了对程序正义研究方法上的多样和丰富。

通过对罗斯科·庞德、理查德·波斯纳、罗纳德·德沃金、朗·富

勒·杰瑞·马肖、罗宾·达夫和罗伯特·萨默斯等人程序价值论的阐述,我们发现,程序价值论经历了从外在价值论(结果本位的)到内在价值论(程序本位的)、从一元价值论到综合价值论的发展过程。本书认为,作为程序正义理论的重要组成部分,程序价值论从法学理论的角度阐述了法律程序的社会意义,为程序的必要性和正当性寻找了逻辑基础。程序价值论所揭示出来的具体价值形态,一方面体现了法律程序所具有的潜在功效,为我们的程序设计提供了目标,另一方面也为我们评价实在的法律程序提供了标准。

在程序公正论方面,文章重点考察了马丁·戈尔丁和迈克尔·贝勒斯的论述。文章认为,戈尔丁的学术贡献主要在于对程序公正的标准进行了理论上的梳理,虽然他的梳理和论证显得过于简单甚至存在缺陷,但毕竟为我们判断一项实在的纠纷解决程序是否公平合理提供了重要的评价尺度。戈尔丁同时强调公正的诉讼程序对纠纷从心理上得到真正解决、而不仅仅是将案件结束所起到的促进作用;这样的诉讼程序在真正解决纠纷的同时,还能够促进当事人对整个司法制度的信任,而这种信任构成了法律制度存在和发挥效用的基础。而贝勒斯对程序正义的论述涉及程序正义的内涵、标准、理论基础和适用范围等,是对英美国家自20世纪60年代以来的程序价值理论学说和观点的总结。他认为程序正义的真正价值基础在于对被裁判者人格尊严和道德主体地位的尊重,这进一步发展了萨默斯和马肖等人的学术观点,在理论上丰富了人们对法律程序之社会意义的认识。他所提出的程序公正标准,相对于戈尔丁来说,也更为具体和可行,有些就可以直接作为程序规则来适用。

在对程序正义的法社会学研究部分,本书主要选择了埃德加·林德与汤姆·泰勒等人的心理学研究和尤尔根·哈贝马斯社会学的交往行为理论。心理学研究不仅丰富了程序正义的研究方法,其所得结论

也颇具启发性。例如,心理学的研究表明,结果对于人们评价程序是否公正是有着直接影响的,这就推翻了程序本位主义要求只从程序本身来看待程序公正的主张,为程序工具主义者的观点提供了强力支撑。这个结果的意义还不仅限于此,实质上它为综合价值理论寻找到了合理基础,进一步促进了程序内在价值论与外在价值论的融合。而哈贝马斯的交往行为理论或者商谈理论虽然主要不是关于程序的,他对程序问题的分析,只不过是为了论证自己的理论,但不可否认的是,哈贝马斯运用社会学理论和方法对程序问题进行阐释,无疑拓宽了对程序正义研究的路径。他认为程序具有一种“正义界定”功能的观点,对学界也是颇具启迪意义。

第三章为程序正义理论下的英美司法变革。通过对英美两国20世纪后期司法变革的考察,我们发现,两国在正当程序方面都进行了较大的调整,而调整的主旋律则是回缩。在刑事司法方面,出于打击犯罪之目的,对当事人享有的并为正当程序所强调的程序性权利进行了限制;在民事司法方面,出于提高司法效率之目的,则简化诉讼程序并弱化对程序规则的严格遵循。本书认为,从表面上来看,这种变革的价值取向与程序正义理论的主张似乎相左,但实际上却正是对程序正义理论的践行和印证。

第四章为程序正义理论的国际化,主要考察了《欧洲人权公约》等区域性公约和《公民权利和政治权利国际公约》等国际性公约中程序正义的体现。

本书认为,在“二战”之后,这些国际法律文件对程序正义的规定,本身就说明了程序正义的普遍性和共通性,程序正义理论所揭示出的程序价值以及程序公正标准也得到国际社会比较一致的认同。这些国际法律文件中所设定的是适用于各大法系国家、各种诉讼模式的最基本、最低程度的程序正义标准,使得各缔约国的遵守义务具有道德上的

不可抗拒、不可推卸。而随着这些国际法律文件在各国的逐步施行,程序正义理论所强调的程序价值和程序公正标准正在向世界的各个角落不断延伸。

第五章为程序正义理论的发展趋势。程序正义理论正处于适用领域不断拓展、国际化不断深入、其本身仍在不断发展的状态之中。

目 录

导论	001
第一章 程序正义观念的缘起与演变	006
引言	006
第一节 古希腊的程序正义观念	007
一、苏格拉底的审判	007
二、柏拉图论正义	014
三、亚里士多德的自然正义观	016
四、斯多葛学派的自然法思想	018
第二节 古罗马的自然正义原则	021
一、西塞罗的自然法思想	021
二、古罗马对自然正义的实践	026
第三节 中世纪欧陆的程序观念	033
一、中世纪欧陆的诉讼程序	033
二、中世纪纠问式诉讼程序的特征	037
三、中世纪欧陆的程序观念	039
第四节 近现代英美的正当程序思想	042
一、正当程序思想在英国的形成及其实践	042
(一)罗马法对《大宪章》的影响	042

- (二)《大宪章》中的正当程序思想 045
- (三)科克对正当程序思想的诠释 050
- (四)司法实践对程序正义的秉持 056
- 二、正当程序思想在美国的发展 064
 - (一)殖民地时期的正当程序 064
 - (二)独立战争时期的正当程序 069
 - (三)建国初期的正当程序 073
 - (四)实质性正当程序与程序性正当程序 078

第二章 程序正义理论的形成与发展 098

引言 098

第一节 程序正义理论的形成 099

一、外在价值论:边沁论程序 099

二、内在价值论:贝卡里亚的程序法思想 102

三、对功利主义的超越:罗尔斯的程序正义论 109

第二节 程序正义理论对程序价值的揭示 115

一、法律程序的秩序价值:庞德 117

二、程序价值的经济学分析:波斯纳 120

三、对功利主义程序价值的再反思:德沃金 124

四、程序自然法——程序的法治价值:富勒 126

五、正当程序内在价值再探讨:马肖 132

六、对马肖尊严价值论的呼应:达夫 137

七、走向综合的程序价值论:萨默斯 140

第三节 程序正义理论对程序公正标准的寻求 148

一、对程序公正标准的初步梳理:戈尔丁 149

二、综合价值论基础上的程序公正标准:贝勒斯 151

第四节 程序正义的法社会学研究 160

一、程序正义的心理学解读 161

(一)蒂博特与沃克的初步研究 161

(二)林德与泰勒的团体价值理论 167

二、哈贝马斯对罗尔斯的批驳:交往行为理论 171

第三章 程序正义理论下的英美司法变革 176

引言 176

第一节 英国的司法改革 177

一、司法改革的背景 177

二、司法改革的主要内容 179

三、司法改革与程序正义理论 186

第二节 正当程序在美国的调整 188

一、相关背景 188

二、调整的主要内容 189

三、简要的评述 201

第四章 程序正义理论的国际化 203

引言 203

第一节 区域性公约中的程序正义 204

一、《欧洲人权公约》 204

二、《美洲人权公约》 209

三、《非洲人权与民族权宪章》 213

第二节 国际人权公约中的程序正义 214

一、国际人权公约的文本 214

二、有关程序正义的规定 215

第五章 程序正义理论的发展趋势 222

一、适用领域不断拓展 222

二、国际化不断深入 223

三、理论本身仍在不断完善 227

参考文献 231

词语索引 242

导 论

一、研究对象

本书的研究对象是程序正义理论的历史演进过程。

正义始终是人类社会的永恒主题。自有文字记载以来,对于什么是正义、如何实现正义、人们就进行了不断的思索和追求;正是在这样的过程之中,正义理论得以形成和发展。不过在进入近现代之前,人们的探讨主要聚焦于实体正义,并没有产生对程序正义的理论研究。然而,程序是人们每天都要面对的或者说必须从事的活动,因为只有通过一定的程序,关于实体正义所讨论的利益分配才能得到实现。因此,从人与百兽揖别组建起人类社会的那一刻起,程序正义问题就已经存在,相应的观念就开始产生。

基于此,本文将程序正义观念的缘起作为对程序正义理论的考察起点。但具体的时间起点又设定为古希腊,之所以如此是基于两个方面的考虑:一是从古希腊时期开始,记载人类活动的历史文献才比较丰