

特稿

刑法平等观探源

胡云腾^{*} 赖早兴^{**}

平等是人类追求的理想。“平等也是我们所有理想中最不知足的一个理想。其他种种努力都有可能达到一个饱和点。但是追求平等的历程几乎没有终点……因此，如果说存在着一个使人踏上无尽历程的理想，那就是平等”。^①人们对“法律面前人人平等”理想的追求已伴随着这一“无尽历程”数千年。刑法又是制裁措施最严厉的法律，其平等性更受关注。本文试图探求中、西方刑法平等观的形成与发展历程，并对两者作初步的比较。

一、中国刑法平等观的形成及发展

如果说，人类社会是从人人不自由向人人自由发展的过程，那么也可以说，它是从人人不平等向人人平等进化的过程。因为自由必须以平等为根基，没有平等的自由要么是恶意欺骗，要么是空中楼阁。但耐人寻味的是，人类进入文明社会恰恰是从失去原始社会的平等开始的。在中国，确保人人不平等的等级制度和身份制度构造了中国奴隶社会和封建社会的基本秩序，这一秩序在诸法合体的法律中得到了淋漓尽致的反映。从远古的甲骨文字、断简残篇到卷帙浩瀚的律例大典，无不把维护不平等的秩序作为首要任务。礼治社会的西周即规定“礼不下庶人，刑不上大夫”，^②在汉代刑法运用中有议亲、议贤、议贵的惯例。曹魏时将“八议”正式入律（《魏律》）封建贵族官僚中的八种人犯罪后须“议其所犯”，特殊对待；北魏和南陈还规定了“官当”制，官吏犯罪后可以官职或爵位抵当徒刑；不仅如此，《晋律》还规定了“准五服以制罪”的原则，即规定凡服制愈近，以尊犯卑，处罚愈轻，以卑犯尊，处罚愈重。唐代八议、例减、赎等优待措施，不仅及于官贵本人，还及于官贵的亲属。此后直至明清，这些特权成为绝对不可删改的制度。在诉讼程序上，特权阶级也

胡云腾，法学博士，最高人民法院政策研究室副主任，中国人民大学博士生导师。

赖早兴，湘潭大学法学院教师，中国人民大学刑法学专业博士研究生。

〔法〕皮埃尔·勒鲁著：《论平等》，64页，商务印书馆，1988。

② 《礼记·曲礼上》。

享有一系列的特权,如《周礼》规定“命夫命妇不躬坐狱讼”汉代有“上请”制度等等。这些崇尚差别、拒斥平等的法律传统,即使在当代的法律中,也不难寻其踪迹。

然而,即使是在等级和身份制度十分森严的上古时代,刑法平等的萌芽就开始产生,并在艰难的环境中顽强发展。

形成于战国初期、代表小生产者要求的墨家主张“天下之人皆相爱”:一方面要求在相爱上打破贵贱、贫富界限,主张“富不侮贫”、“贵不傲贱”;另一方面要求“爱人若爱其身”,不分远近、亲疏,一视同仁地爱,即所谓“爱无差等”。这表达了其“平等”的思想。^①在赏罚问题上墨家主张“不党父兄,不偏富贵”,即要求切实做到“赏当贤,罚当暴,不杀不辜,不失有罪”。^②

初发于春秋末期、成型于战国时期、代表新兴地主阶级利益和愿望的法家较系统地提出刑法平等的观念。商鞅提出“壹刑”说:“所谓壹刑者,刑无等级。自卿相将军以至大夫庶人,有不从王令、犯国禁、乱上制者,罪死不赦。有功于前,有败于后,不为损刑;有善于前,有过于后,不为亏法。忠臣孝子有过,必以其数断。守法守职之吏有不行王法者,罪死不赦,刑及三族。”^③为实现其“壹刑”思想和“刑无等级”的主张,针对守旧贵族的竭力反攻,在太子犯法的情况下,商鞅“刑其傅公子虔,黥其师公孙贾”。^④后来韩非也提出:“法不阿贵,绳不挠曲。法之所加,昏者弗能辞,勇者弗敢争。刑过不避大臣,赏善不遗匹夫。”^⑤虽然关于“壹刑”的主张和“刑无等级”的观念旨在提高君主的地位(因为它毕竟是与封建的中央集权的君主专制政体相联系的,他们所求的平等也仅止于适用刑法的平等,而不敢奢望权益保护上的平等),但他们发现了刑法平等这一事关法治文明的根本问题,对“刑不上大夫”观念公开提出了挑战,为后人留下了丰富的刑法平等思想。

汉初的黄老学派也认为,尊贵的人犯了法既不应稍加宽贷,卑贱的人犯了法也不应加重处刑;犯法的虽是贤人,也必须予以诛戮,守法的虽是庸人也要宣判无罪。^⑥

为实现“法治”以图自强,诸葛亮极力主张“刑不择贵”,要求执法公平、平等。在赏罚问题上,诸葛亮认为:“赏罚之政,谓赏善罚恶也。赏以兴功,罚以禁奸,赏不可不平,罚不可不均。赏赐之所施,则勇士知所死;刑罚之所加,则邪恶知其所畏。故赏不可虚施,罚不可妄加。”^⑦诸葛亮反对在执法上因人而异、刑赏别亲疏贵贱,他曾劝后主刘禅说:“宫中府中,俱为一体,陟罚臧否,不宜异同。若有作奸犯科及为忠善者,宜付有司论其刑赏,以昭陛下平明之理,不宜偏私,使内外异法也。”^⑧

唐太宗曾赞扬诸葛亮立法公平,不为人作轻重,他说:“昔诸葛孔明,小国之相,犹曰‘吾心如秤,不能为人作轻重’。况我今大国乎?”^⑨唐太宗执法公平、带头守法,出现了“贞观之初,志存公道,人有所犯,一归于法”^⑩的局面。

^① 参见张国华、饶鑫贤主编:《中国法律思想史纲》(上),128页、284页~285页,甘肃人民出版社,1984。

^② 《墨子·尚同中》。

^③ 《商君书·赏刑》。

^④ 《史记·商君列传》。

^⑤ 《韩非子·有度》。

^⑦ 《诸葛亮集·便宜十六策·赏罚》。

^⑧ 《诸葛亮集·前出师表》。

^{⑨⑩} 《贞观政要·公平》。

北宋中期 朝廷内外“刑罚不中 日有枉滥”司法官吏执法不公、徇私舞弊。对此 范仲淹认为：“法者，圣人为天下画一，不以贵贱亲疏而轻重也。”^①他强调“贵贱亲疏 赏罚惟一；有功者虽憎必赏，有罪者虽爱必罚，舍一心之私，示天下以公”。^②与范仲淹同一时期的北宋思想家李觏也主张法律不辨亲疏，不异贵贱，认为：“法者，天子所与天下共也。如使同族犯之而不刑杀，是为君者私其亲也。有爵者犯之而不刑杀，是为臣者私其身也。君私其亲，臣私其身，君臣皆自私，则五刑之属三千止谓民也，赏庆则贵者先得，刑罚则贱者独当，上不愧于下，下不平于上，岂适治之道耶？故王者不辨亲疏，不异贵贱，一至于法。”^③

辽国之初，由于采取“因俗而治”政策，在司法上造成贵贱异法、轻重不一的混乱现象，以至“辽之世 同罪而异论者盖多”。^④针对这种情况，辽圣宗主张改变“贵贱不一”的旧法律制度。辽圣宗曾下诏：“自今贵戚以事被告，不以事之大小，并令所在官司按问，具申北南院覆问，得以实闻。其不按辄申，及受请托为奏言者，以本犯人罪罪之。”^⑤辽圣宗改变了一系列原不平等的法律规定，以至“先是，契丹及汉人相殴致死，其法轻重不均。至是，一等科之”。^⑥

沈家本主张刑法平等。他曾指出：“凡人皆同类……法之及与不及但分善恶而已，焉得有士族匹庶之分？”^⑦在《旗人谴军流徒各罪照民人实行发配折》中他强调旗人汉人犯罪应“一体同科，实行发配”。体现其近代刑法思想的《大清新刑律》一定程度上采取了法律面前人人平等的原则，取消了因官秩、良贱、服制而在刑律适用上所形成的差别，取消了“八议”制度。

及至现代，毛泽东、董必武等人在刑法平等思想的发展上亦有其贡献。在新民主主义革命时期，由于受到“左”倾错误思想、封建特权残余观念和小资产阶级绝对平等思想的影响，在刑事立法中出现了“唯成分论”和“唯功绩论”。例如 1934 年制定的《中华苏维埃共和国惩治反革命条例》第 34 条规定：“工农分子犯罪而不是领导的或重要的犯罪行为者，得依照本条例各该条文的规定，比较地主资产阶级分子有同等犯罪行为者，酌量减轻其处罚。”第 35 条规定：“凡对苏维埃有功绩的人，其犯罪行为得按照本条例各该条文的规定减轻处罚。”^⑧这种“唯成分论”和“唯功绩论”的出现虽有其特定的历史背景，但它是违背“法律面前人人平等”原则的。毛泽东 1937 年在黄克功一案致雷经天的信和 1938 年在给林伯渠就有关司法工作报告的批示中纠正了这一错误倾向。对于黄克功杀害刘茜一案，毛泽东指出：“不得不根据他的罪恶行为‘适用刑罚 对他‘处以极刑’是因为‘他犯了不容赦免的大罪’。如为赦免，‘便无以教育党 无以教育红军 无以教育革命者 并无以教育做一个普通的人’”。毛泽东还指出：“共产党与红军，对于自己的党员与红军成员不能不执行比较一般平民更加严格的法律。”^⑨1938 年 9 月，林伯渠就地主富农利用统一战线的政策

① 《范文正公集·政府奏议》卷下，《再奏雪张亢》。

② 《范文正公集·文集》卷七，《奏上时务书》。

③ 转引杨鹤皋著：《宋元明清法律思想研究》，36 页，北京大学出版社，2001。

④⑤ 《辽史·刑法志》。

⑦ 沈家本：《历代刑法考·总考三》。

⑧ 《红色中华》第 176 期，1934 年 4 月 17 日。

⑨ 参见毛泽东：《致雷经天》（1937 年 10 月 10 日）载《毛泽东书信选集》，110～111 页，人民出版社，1983。

进行反攻倒算的罪行，在量刑上是较一般人民从重还是平等适用法律的问题专门向毛泽东请示。毛泽东指出：不能再沿用苏维埃政权的法律，那是极‘左’的东西，应该平等，贫富平等。^① 1941 年毛泽东审批的《陕甘宁边区施政纲领》第 8 条专门规定：“共产党员犯法者从重治罪。”

曾任最高人民法院院长的江华同志也主张刑法平等。^② 他认为：“不论什么人犯罪，都要受到法律的处罚”；“家庭出身和个人成分不是定罪量刑的依据，不能只因为罪犯是剥削阶级家庭出身，就定为反革命犯罪，就从重或者加重刑罚。”^③ 在定罪量刑时不能“过分强调民愤，说什么不杀不足以平民愤”。^④ 针对林彪、江青反革命集团一案的审理，江华指出：“不管什么人，只要他的行为危害了国家和人民的利益，触犯了国家的刑事法律，构成了犯罪，就毫不例外地要受到国家的审判和应得的惩罚；而那些应当受到法律保护的公民人身权利和民主权利都一视同仁地得到法律的切实保障，真正做到公民在法律上一律平等。”^⑤

1997 年，刑法平等已由观念变成我国刑法的基本原则，《刑法》第 4 条规定：“对于任何人犯罪，在适用法律上一律平等。不允许任何人有超越法律的特权。”

二、西方刑法平等观的形成与发展

西方刑法平等观也是针对西方奴隶制、封建制刑法的身份性而提出并不断深化的。在古希腊时期便有论者论及刑法平等问题，如亚里士多德就认为：“法律只着眼于损害的性质，并且对于两造是平等的：一个人做下了错事，另一个人承受了这件错事，或者一个人施加伤害，另一个人受到伤害。所以，在此类案件中，法官力图补偿这一不正义，而不正义正是在于不平等——因为一个人打了另一个人，这个人被那个人打了，或者一个人杀人而另一个人被杀，受害与行为是以不平等的份额分配的，而法官的努力在于以刑罚的手段，从攻击者拿走他所攫取的某种东西，使他们恢复平等。”^⑥

启蒙思想家们更是基于自然法的平等理论和社会契约论，主张刑法平等。格老秀斯倡导以自然作为判断一切行为善恶的标准，认为惩罚之苦等于行为之恶，排除了封建刑法基于身份不平等而处罚不平等的不合理现象；洛克把刑罚权的基础归之于社会契约，认为刑罚权来源于全体公民让渡给国家的立法权。国家必须以正式公布和被接受的法律来统治，法律对贫穷、富贵、权贵和平民都应一视同仁、一律平等，不能有例外。“每一个个人和其他最微贱的人都平等地受制于那些他自己作为立法机关的一部分所订定的法律”；^⑦ 并认为：“损害的罪行，不管是出自戴王冕的人或微贱的人之手，都是一样。罪犯的名位和他的党羽数目，除了加重罪行之外，并不使罪行有何差异”。^⑧ 法国百科全书派认为，法律包括刑法是社会契约的产物，主张任何人犯罪在法律面前一律平等，法律对任何人有效，不允许存在权利与义务不对等的情况。在百科全书派看来，公平或公正是据以创制法律

参见张希坡主编：《中国法制通史》第 10 卷 404 页，法律出版社，1999。

② ③ ④ ⑤ 《江华司法文集》，284 页、65 页、58 页、170 页，人民法院出版社，1989。

⑥ [美] 汤姆·L·彼彻姆著：《哲学的伦理学》，333 页，中国社会科学出版社，1990。

⑦ ⑧ [英] 洛克著：《政府论》下编，59 页、108 页，商务印书馆，1964。

的准则之一，因此，“没有正义，社会便不能提供任何幸福。正义也叫公平，因为借助于为命令一切人而制作的法律，它使所有社会成员一律平等”。^① 卢梭认为人生而平等，受自然法的支配，为克服自然法状态下诸多弊端，人们通过社会契约组成国家。国家单纯依靠自然法是不够的，因为自然法缺少自然的制裁。于是国家就制定实在法，如政治法、民法、刑法、习惯法。在实在法中，“刑法在根本上与其说是一种特别法，还不如说是其他一切法律的制裁力量”。^② 公民平等需要依靠刑法来维护。

刑事古典学派较系统地阐述了刑法平等思想。当时，在经济上已具有相当实力的资产阶级在政治上还没有相应地位。资产阶级还生活在封建专制的政治制度和法律制度统治之下，急需争得政治、法律和社会地位的平等。表现在刑法领域，就是反对封建刑法的身份性，主张刑法面前人人平等。如贝卡里亚接受了卢梭和孟德斯鸠的社会契约论，认为刑罚权源自社会成员自愿让渡的权利，故关于什么是犯罪、什么样的犯罪应处什么样的刑罚等问题的解决均需符合全体社会成员的利益，必须以“不可磨灭的人类感情为基础”。故而他主张，“对于贵族和平民的刑罚应该是一致的”；“伟人和富翁都不应有权用金钱赎买对弱者和穷人的侵犯。否则受法律保护的、作为劳作报酬的财富就成了暴政的滋补品”；^③ “法律认为：所有臣民都平等地依存于它，任何名誉和财产上的差别要想成为合理的，就得把这种基于法律的天平等作为前提”。^④ 针对此观点，他认为，从教育上的差别以及一个富贵家庭将蒙受的耻辱来看，对贵族和平民处以同等的刑罚，实际上是不平等的。对此，贝卡里亚认为：“量刑的标尺不是罪犯的感觉，而是他对社会的危害，一个人受到的优待越多，他的犯罪行为造成的公共危害也就越大。刑罚的平等只能是表面上的，实际上则是因人而异的。”^⑤ 功利主义者、英国法学家边沁也认为，一种刑罚应该在某种程度上对所有犯同样之罪的人产生同样的痛苦效应才是合理的；同样的名誉刑可能对一些人太严厉，而对另一些人太温和；固定的罚金刑对不同命运的人也绝不是平等的刑罚；放逐也是如此。因此边沁认为，刑罚在适用时必须考虑年龄、性别、条件、命运、个人习惯及其他情节。故边沁所主张的平等，是本质上的平等而非形式上的平等。^⑥ 德国古典唯心主义哲学的奠基人、著名思想家康德也接受了社会契约论，认为人生而平等，都有同样的自由意志，都享有公平的天赋人权，因此在法律面前人人是平等的。所以，在犯罪的惩罚上理应受到同样的公平对待，才能使刑罚体现正义的要求。他说：“处罚的方式和尺度是什么：公正的正义可以把它作为原则和标准，这就是平等的原则。根据这个原则，在公正天平上的指针就不会偏向一边。”^⑦ 不过，康德所主张的刑法平等除人之间的平等外，更注重的是刑罚与犯罪之间的平等；而他对刑罚与犯罪平等的理解又着重于两者在侵害方式，特别是危害结果上的对等，即等量报复。德国著名哲学家黑格尔深受卢梭和法国大革命的影响，早期对封建国家的一些野蛮残酷的专制制度进行了激烈的抨击，并提出了一系列的合理法律思想，其中包括主张法律面前人人平等。^⑧

① [法] 霍尔巴赫著：《自然的体系》上卷，127 页，商务印书馆，1964。

② [法] 卢梭著：《社会契约论》，63 页，商务印书馆，1962。

③ ④⑤ [意] 贝卡里亚著：《论犯罪与刑罚》，72 页、73 页、73～74 页，中国大百科全书出版社，1993。

⑥ 参见马克昌主编：《近代西方刑法学说史略》，68 页，中国检察出版社，1996。

⑦⑧ 《西方法律思想史资料选编》，424 页、106 页，北京大学出版社，1983。

与黑格尔同一时期的德国近代著名的自由主义政治思想家威廉·冯·洪堡从预防犯罪的角度谈到了平等问题，他说：“尊重他人的权利是防范犯罪惟一和万无一失的手段；一旦不是每一个侵犯他人权利的人在行使他自己的权利时恰恰在同等的程度上受到阻止，那么不平等就会或多或少地存在着，人们也就永远实现这种意图。因为只有这样一种对待一致能在人内在的道德培养教育和国家措施的开展之间保持和谐，没有这种和谐，即使是最巧妙的立法也永远不能达到其终极目的。”^①

19世纪法国著名的哲学家皮埃尔·勒鲁提出了“平等的同一原则”，^②他认为：“司法，就其本质而言，就是平等：越缺乏平等条件的地方，我就越难看出在刑罚平等上有什么司法。”他认为当时的法兰西“在刑法中，也处处都宣告了平等的原则”但又认为：“刑法上的平等，如同今天我们所了解的那样，只是用以掩盖和隐藏可悲的不平等。不过究竟需要多少世纪才能达到这方面的平等呢！如果真能达到，这真成奇迹了。”

三、中、西方刑法平等观源起之比较

从中、西方刑法平等观念的形成和发展的历史轨迹中，我们可以发现其源起中的众多共性，同时也能看到其间内在的差异性。

（一）中、西方刑法平等观源起之共性

中、西方刑法平等观源起共性之表现是多方面的，这些共性体现出人类认知能力和认识水平提高的渐进性及其与社会进步的趋同性。这种共性主要体现在以下诸方面：

1. 中、西方刑法平等观的源起均以法律平等观为平台。

在历史上，因长期没有明确的部门法划分，故法律大多表现为多个部门法集合在一起，其中以刑法作为其主要的组成部分。所以思想家们对刑法诸问题的思考是以对法律综合体的思考为前提的。从刑法平等观的提出及其发展来看，它是与法律平等观的形成和演化交织在一起的。其表现为：一是众多思想家在论述刑法平等观时，自身就论及了法律平等观。西方如亚里士多德主张一定范围内的法律平等，同时又在此基础上主张刑法平等。又如皮埃尔·勒鲁认为：“凡是不愿看见人类平等原则的人，至少应当承认存在着一种公民平等的原则。我理解的公民平等是公民在刑法、（行）政法、民法各个方面的平等。”^③中国古代及近现代众多学者也是在论及法律平等的同时阐述其刑法平等思想的，如中国古代的墨家“兼相爱、交相利”为核心的法律思想中指的是法律平等观，为了保证“兼相爱、交相利”原则的贯彻，墨家主张赏罚“不党父兄，不偏富贵”，即要求切实做到“赏当贤，罚当暴，不杀不辜，不失有罪”，这又是刑法平等观的体现。在近代，洪仁玕主张依法办事、法律平等，即使是“高官王位”，也一定要“奉行天法”。破坏天国法律令者要“明正典刑”，以至“处以大辟”。^④二是一些思想家在论述刑法平等观时虽然对法律平等观论及甚

^① [德]威廉·冯·洪堡著：《论国家的作用》，148～149页，中国社会科学出版社，1998。

^② [法]皮埃尔·勒鲁著：《论平等》，28～33页、25页，商务印书馆，1988。

洪仁玕：《立法制喧谕》。

少，但其论述是以前人法律平等观为基础的。如近代刑法之父贝卡里亚接受了洛克、卢梭和孟德斯鸠等人的法律平等观，主张“对于贵族和平民的刑罚应该是一致的”，“伟人和富翁都不应有权用金钱赎买对弱者和穷人的侵犯”。在中国近代，沈家本接受西方法律平等观，主张实行法律平等原则，建立公正平等的法律秩序，在刑法平等问题上沈家本主张旗人犯罪与汉人犯罪“一体同科，实行发配”。

2. 中、西方刑法平等观都是针对奴隶制刑法和封建制刑法的身份性、特权性提出来的。^①

身份性、特权性是中西奴隶制刑法和封建制刑法的共性，即由于行为人的身份不同，可以决定处罚的有无及处罚的轻重。如依《汉穆拉比法典》规定，奴隶主可以杀死奴隶，而奴隶对其主人稍有不逊之处，便要受到严厉的制裁；法典对伤害阿维鲁和穆什凯努身体的同样罪行，判处的刑罚也有很大的差异，伤害阿维鲁的肢体，以损伤犯罪者的相应肢体作为惩罚；如果受害的是穆什凯努，犯罪者仅交纳一定数量的罚金便算了事。^②中国古代刑法中，这种不平等规定更是随处可见。如官当、八议、依服制定罪等制度很大程度上使特权阶级或阶层置身于刑法调整范围之外；即使受到刑法调整，其力度也相当弱（除非特权阶级或阶层人所犯下的是“十恶”之类的“不赦”之罪）。正是由于古代刑法的身份性、特权性违背了法律平等的观念，因而众多中外思想家对其进行激烈的抨击，进而提出刑法平等的设想。

3. 古代和近代中、西方刑法平等观的外延均存在一个由窄到宽的发展过程。

在中国，思想家们所论述和追求的平等的适用对象实际上是很有限的，刑法平等既不敢上达君主，也不屑下及奴隶和农奴的。因为虽然法家提出了“刑无等级”、“刑过不避大夫”的口号，但从未提出过“刑过不避君主”的口号，也未提出过奴隶和主人平等的主张。我们充其量只能在东晋“无君论”者的平等观中才可以找到平等普遍性的蛛丝马迹。晚清以后，受西方人权观念的影响，刑法平等观的外延才有所拓展。在西方，亚里士多德主张的平等也仅限于贵族和自由民的平等，作为被统治者的有生命的“工具”（即奴隶）是被排除在平等之外的。^③近代以后，启蒙思想家们以“法律面前人人平等”为口号反对封建法制。受其影响，刑事古典学派主张刑法面前人人平等。如洛克认为，“每一个个人和其他最微贱的人都平等地受制于那些他自己作为立法机关的一部分所订定的法律”；并认为，“损害的罪行，不管是出自戴王冕的人或微贱的人之手，都是一样。罪犯的名位和他的党羽数目，除了加重罪行之外，并不使罪行有何差异”。又如贝卡里亚主张，“对于贵族和平民的刑罚应该是一致的”；“伟人和富翁都不应有权用金钱赎买对弱者和穷人的侵犯。否则受法律保护的、作为劳作报酬的财富就成了暴政的滋补品；”“法律认为：所有臣民都平等地依存于它，任何名誉和财产上的差别要想成为合理的，就得把这种基于法律的先天平等作为前提”。至此，平等才由少数人享有的专利提升为全体社会成员的游戏规则。

① 当然，中西方思想家提出刑法平等观的目的并不都是为了反对奴隶制、封建制刑法本身。

② 林榕年主编：《外国法制史新编》，113页，群众出版社，1996。

③ 因为亚里士多德是赞同奴隶制的，他认为人性上是不平等的，“有些人在诞生时就注定将是统治者，另外一些人则注定将是统治者”。亚里士多德从“工具论”的角度来论证当时奴隶制存在的合理性。他认为，工具分为有生命和无生命的两种，对于有生命的工具被其排除在社会平等范围之外。

4. 从观念到法律原则，刑法平等体现的是刑法对人权的尊重与关怀。

人类为什么需要平等，不惜代价追求平等？根本的动力在于，只有在人人平等的社会里，人权才能得到绝对的尊重、充分的实现和最大程度的保障。同时，平等权本身又是人类与生俱来的一项基本人权，《世界人权宣言》开宗明义地规定“人人生而平等”，可见，平等既是实现人权的基本条件，又是基本人权本身。它是手段和目的的统一、价值和工具的统一其中，刑法的平等，更与人权问题密切相关。

（二）中、西方刑法平等观源起的差异

虽然中、西刑法平等观源起上有众多相同或相似之处，但由于在文化背景、法律传统等方面存在明显的差异，而导致两者在这一问题上的差异性。

1. 从内容上看，中国古代刑法平等观是中国古代法律平等观的主要内容，而西方刑法平等观仅是西方法律平等观的小部分内容。

如前所述，中国古代刑法平等观的内容基本上就是中国古代法律平等观的内容。究其原因，大抵是因为中国传统法律的刑法化所致。中国传统法律的刑法化主要体现在以下几个方面：从词义上来看，在中国古代文献中，刑、法、律三者可以互训，如《尔雅·释诂》：“刑，法也”；“律，法也”。《说文》：“法，刑也。”《唐律疏议·名例》：“法，亦律也。”从时间上看，今天称之为古代法的，在三代是刑，在春秋战国是法，秦汉以后则主要是律。刑、法、律三者中刑是核心。^① ③从内容来看，周朝的《吕刑》、战国的《法经》、汉朝的《九章律》、隋朝的《开皇律》、唐朝的《永徽律》、宋朝的《宋刑统》、元朝的《大元通典》及至以后的明律、清律都是名副其实的刑法。从调整社会关系的手段来看，中国古代众多民事法律关系、经济法律关系、行政法律关系等都是运用刑罚的手段来调整。如唐朝无息契约订立后，若借贷人违约不偿还的，“一匹以上违二十日笞二十，二十日加一等，罪止杖六十，三十匹加二等，百匹又加三等”，^② “诸许嫁女，已报婚书及有私约而辄悔者，杖六十”。^③ 正是因为中国传统法律的刑法化，在思想领域对于法律问题的思考无疑也是基于刑事法的视角。只是到了近现代，受西方宪政思想的影响，中国众多思想家开始从宪政的视角探讨和阐释法律平等的问题。

与此相异的是，西方思想家直接对刑法平等的论述相对较少，刑法平等观只是其法律平等观的一部分，甚至不是主要部分。其原因之一在于，古希腊法和古罗马法是通过贵族内部及平民与贵族的政治斗争而发展和演进的。在这种斗争中，政治与法律是相伴相随的。“作为雅典和罗马国家形成的标志或者说里程碑，正是法，可以说古希腊雅典和罗马的国家政治史就是一部法律史，政治与法律构成了同一事物的两面，从而法获得了等同于国家的概念和效力”。“法在西方从来就有广泛性和普遍性的特征”。^④ 所以西方古代思想家们在论及法律平等问题时经常将平等问题作为政治问题来论证，如古希腊思想家亚里士多德和斯多葛学派的众多思想家对平等问题的论述就是如此。原因之二在于，“传统上私法始终是西方法律体系的‘基底和根干’”。^⑤ 这表现在：①西方传统法律以民法为其

① 参见梁治平：《“法”辨》，载《中国社会科学》，74页，1986（4）。

② 《唐律疏议·杂律》。

③ 《唐律疏议·户婚律》。

④ ⑤ 张中秋著：《中西法律文化比较研究》，34页、102页，南京大学出版社，1999

核心内容。在西方传统法律中发达的不是刑法（典）而是民法（典）。民法法系国家如此，英美法系国家亦不例外。民法法系是以罗马法为基础发展起来的法律的总称。英美法系虽然肇始于日耳曼法，但它同时也参照了罗马法，特别是其中有关契约、债和继承制度诸原则。^①很显然，两大法系都受到罗马法的影响，而罗马法的主要内容是民法。故而从历史传统看，西方两大法系中民法是其法律的主要内容。从立法实践看，西方传统法律也是以民法发达为其突显特征。在这一点上，民法法系国家自不待言，就是在英美法系国家中，虽然法典不是法律的主要表现，民法典的编纂也远不及民法法系国家，但民法的发达却毫不逊色，无论是在概念、术语、原则还是具体的规则和内容上，只是形式不同而已。^②

从调整社会关系的手段来看，西方传统法律中大量在今天看来属于刑事法律关系的内容在当时是由民事手段来调整的。正如 Graeme Newman 所言，罗马人基本上用私力手段对付犯罪，罗马没有高度发达的刑法体系。^③在罗马法中窃盗和强盗均作为私犯，如果不是现行犯，则违法者只需承担加倍返还财物价值的民事责任。欧洲中世纪的《萨利克法典》中也有刑事民法化的类似规定。^④

2. 从刑法平等观提出者所倚立场来看，西方学者主要是从民主和人权的角度提出法律平等观（包括刑法平等观），中国古代学者主要是从维护奴隶主或封建主的统治而提出刑法平等观。

正如美国著名政治学家乔·萨托利所言：“有些平等在民主之前就已存在，与民主没什么关系，只有把平等主义理想提升为民主观念的突出象征这种地位上，平等和民主才吻合起来。这意味着对平等的需要在民主制度内部获得了最大的威力和发展。”^⑤在西方（欧洲）民主思想源远流长，“从历史的角度对民主追根溯源，在时间上可以上溯得十分遥远”，“斯巴达、雅典、罗马等古代共和国被孟德斯鸠和当时的‘哲学家’们看成是民主的、正义的、秩序井然的社会的典范，是与非正义的、混乱的现代世界截然对立的”。^⑥而安东尼奥·拉布里奥拉则认为“民主的根源在于现代欧洲整个历史之中”。^⑦正是古希腊雅典的民主政体和古罗马的共和制孕育了西方近现代民主，也是在这种民主制度下，古希腊和古罗马的思想家才有发挥民主思想的空间。并在这种民主制下，古希腊和古罗马才出现了古代人权的萌芽。^⑧虽然“法律面前的平等（isonomia），即受普遍法则的平等保护，在希腊民主制度中只是一种短命的试验”，^⑨“罗马共和国倾覆之后，古代的民治政体就因此消灭了”，^⑩但古希腊和古罗马思想家们的平等观却在文艺复兴中及其后得到了继承和发扬。因为人性、人权、自由、个性解放等是文艺复兴时人文主义的重要内容，资产阶级革命时期，自由、平等、天赋人权等口号更是响彻整个欧洲，并进而影响到北美。资产阶级革命胜利后，各主要资本主义国家从保护人权的立场出发，在宪法中对法律平等原则作出了规

① 参见周枏等主编：《罗马法》，1页，群众出版社，1994

② 参见[德]K·茨威格特 H·克茨著：《比较法总论》，第二十至二十一章，贵州人民出版社，1992。

③ Graeme Newman, *The Punishment Response*, pp. 105, New York: Harrow and Heston, 1985.
张中秋著：《中西法律文化比较研究》，113~114页，南京大学出版社，1999。

④ [美]乔·萨托利著：《民主新论》，东方出版社，384页，1998。

⑤ [意]萨尔沃·马斯泰罗内著：《欧洲民主史》第2版，前言，社会科学文献出版社，1998。

⑥ 关于古代人权的萌芽，参见夏勇著：《人权概念起源》，61~78页，中国政法大学出版社，1992

[美]乔·萨托利著：《民主新论》第2版，东方出版社，384页，1998。

⑩ [英]詹姆斯·布赖斯著：《现代民治政体》（上册），26页，吉林人民出版社，2001。

定，同时法律面前人人平等也成了各主要资本主义国家民主制度的重要内容和基本要求。

不过，亦如乔·萨托利所言，平等与民主关系密切“并不意味着在民主制度之外不存在平等，或者说凡平等都是民主制度的成就”。^① 中国古代刑法平等观的提出就属于这种情况。古代中国是一个典型的奴隶制或封建制社会，在这两种社会中等级制是其突显特征。中国古代社会中也并没有萌芽出与古希腊和古罗马一样的古代人权观。所以在当时的社会中，附属于统治阶级的众多思想家往往从统治者的立场对社会问题进行思考。从中国古代刑法平等观的提出来看，大多数思想家都是以维护奴隶主的统治或封建王朝的存续为其出发点的。如在论述法的作用时，法家认为：“夫法者，上之所以一民使下也。”^② “不明于法而欲治民一众，犹左书而右息之。”^③ “一民使下”“治民一众”说明法家是站在统治者的立场来看待法的作用的。故法家的刑法平等观不可能是从人权的角度而站在统治者的对立面而提出的。又如，黄老学派也认为：“为治之本，务在安民。”这说明黄老学派也是从统治者的立场来思考治国方略的。再如，诸葛亮是为实现“法治”以图蜀兴而主张“刑不择贵”的。

3. 中、西方刑法平等观的理论前提也存在不尽一致之处。

从西方来看，自 17 世纪以来，持刑法平等观的学者大多是从自然法的角度、从社会契约论的立场出发论证其刑法平等思想的。如古典自然法学派代表人物洛克认为，人类在自然状态中是自由的、平等的，在这种自然状态中“每个人都有权惩罚违法者，反过来，它也可以防止自己违法。”但由每个人来执行刑罚权不免会出现过火的情况而导致人们之间的战争状态。这就使人们意识到社会契约的必要性。为此，人们便将自己的惩罚权让渡给国家。在此，洛克把刑罚权的基础归之于社会契约，认为刑罚权来源于全体公民让渡给国家的立法权。同样，洛克也是基于社会契约原理论证其刑法平等观的。法国百科全书派也是支持自然法和社会契约论的。如作为百科全书派代表人物之一的狄德罗就认为人既有社会性又有反社会性，由于这两种性质所产生的冲突不是自然法所能调整的，而需要更强有力的权威来解决，所以人们订立契约，成立国家，制定法律，脱离自然状态。在狄德罗看来，法律（包括刑法）是社会契约的产物。百科全书派正是在社会契约论的前提下主张刑法平等的。作为社会契约论的集大成者，卢梭认为人生而平等，受自然法的支配，为克服自然法状态下的诸多弊端，人们通过社会契约组成国家。在刑事古典学派中，贝卡里亚接受了卢梭等人的社会契约论，认为“离群索居的人们被连续的战争状态弄得筋疲力尽，也无力享受那种由于朝不保夕而变得空有其名的自由，法律就是把这些人联合成社会的条件。人们牺牲一部分的自由是为了平安无忧地享受剩下的那份自由。为了切身利益而牺牲的这一份份自由总合起来，就形成了一个国家的君权”。^④ 康德也接受了社会契约论的理论，认为在自然状态中人有社会性和非社会性。为克服自然状态中人的非社会性导致的生存竞争局面，康德认为：“人们首先不得不做的事，就是接受一条原则：必须离开自然状态。……所有那些不免要互相来往的人组成一个联合体，大家共同服从由公共强

① [美]乔·萨托利著：《民主新论》，385 页，东方出版社，1998。

② 《管子·任法》

③ [法]霍尔巴赫著：《自然的体系》上卷，8 页，商务印书馆，1964。

制性法律所规定的外部限制。”“人民根据一项法规把自己组成一个国家，这种法规叫做最初的契约。”^①

综上所述，刑法平等观从最初的对部分人的平等到对所有人的平等、从刑法对人适用的平等到对人权保护的平等的提出与发展，只是表明人类在对刑法平等观念的科学认识和追求刑法平等保护权利的过程中取得了重大成就。但正如本文开头所言，人类对平等的需求和探索是没有止境的，在历史和现实社会的各种形态中，人类都必须面临和解决各种不平等问题。我国刑法尽管确立了刑法面前人人平等的原则，但是，把这一原则贯彻到具体的法律条文中，进而把法律条文落实到司法实践中去，尚需要长期艰苦的努力。

^① [德]威廉·冯·洪堡著：《论国家的作用》，418页，中国社会科学出版社，1998

略论法治建设中的程序优先理念与制度

姚建宗

现代法治乃“良法之治”，即优良的法律对社会的统治或治理从根本上讲，这种统治或治理主要靠的是以“理”服人，靠的是规范化、制度化的理由说服机制（这种机制最大限度地过滤掉了人的主观情感因素）来保证这种理由的客观和公正和有效。也正是在这个意义上，亚里士多德坚信“法治”比“人治”优越。他说：“谁说应该由法律遂行其统治，这就有如说，惟独神祇和理智可以行使统治；至于谁说应该让一个个人来统治，这就在政治中混入了兽性的因素。常人既不能完全消除兽欲，虽最好的人（贤良）也未免有热忱，这就往往在执政的时候引起偏向。法律恰恰正是免除一切情欲影响的神祇和理智的体现。”^①“良法”的统治或治理，主要依靠的是心平气和的说理，而不是或者主要不是单纯的暴力或者暴力威胁，因为后者在很大程度上最多能够使人口服而不可能使人真正心悦诚服。这样，仅从技术角度来看，要能够真正地展示具有说服力的理由，就必须将获得理由的这一过程分解为各种不同的，然而又具有严密的逻辑联系的环节和方面，并使这每一环节和方面都体现出客观和公正的品质，这样，过程的合理性、公正性和有效性在很大程度上就保证了作为其结论或结果的理由的合理、公正与有效。于是，合理的、公正的程序既先于又优于其所获致的结果（具体理由），其重要性就自然而然地凸显出来。

一、法律程序对于法律制度及其运作的一般意义

从法律对社会的调整来看，法律的调整不外乎两个方面：一方面是对人们的行为的规范性引导，通过法律规范所提供的标准化的行为模式及其后果的展示，引导社会成员依照法律的合法要求调整自己的行为从而达至合意的结果。显然，这种引导之所以是有效的，乃是因为法律所提供的规范性行为模式可以在过程上为行为人提供合乎逻辑、合乎情理的推理，这种推理的过程及其结果因而是能够预期的。显然，在这里，这种推理的过程及其环节在逻辑上决定了其结果，其重要性当然也就优于结果。另一方面，法律对社会的调整是对社会纠纷的规范性解决。任何社会矛盾或纠纷一旦发生，其自身就确定无疑地成

姚建宗，法学博士，吉林大学法学院教授，博士生导师

〔古希腊〕亚里士多德：《政治学》，168～169页，商务印书馆，1995

了相对于其被纳入解决过程的“过去”，而要解决作为“过去”的社会矛盾或纠纷，就必须首先搞清楚构成这矛盾或纠纷的“过去”发生的事实，然后才能依据既有的法律规范予以法律解决，获得一个确定的法律结果。这样，对社会矛盾或纠纷的法律解决的过程，首先也就是一个从获得的各种事实与逻辑环节“片断”“拼贴”“复制”“再现”完整的社会矛盾或纠纷事实的过程。在这里，过程及其各个环节和方面是否合理、是否公正，就显得特别重要，它不仅直接关系到其“拼贴”“复制”“再现”的社会矛盾或纠纷事实的准确性、客观性，而且还直接决定了社会矛盾或纠纷的法律解决结果。在这里，过程及其环节和方面的重要性仍然肯定地优于且先于结果（无论是作为被“再现”的社会矛盾或纠纷的“事实”的“结果”还是作为社会矛盾或纠纷的法律解决的“结果”）。

上述情况清楚地表明，在实行法治、追寻“良法”的过程中，无论是在客观事实上还是在理论逻辑上，程序实际上是也应当是居于法律的观念与制度建构及其现实运作的优先而核心的关键地位。正是在这个意义上，我们强调，我国的法治建设中，必须在观念和意识中坚定地确立程序优先理念，在法律的制度建构中以法律的程序制度建设为核心和重点。

一般说来，所谓法律程序，指的是按照既定的规则所要求的顺序、方式和手续来作出具有法律意义的决定的相互关系的各个环节和方面的总和。换言之，法律程序的存在形态一般体现为按照某种标准和条件整理各种争论的核心要点，公平地听取各相关方面的意见，在使当事人彼此理解或认可的情况下作出明确的决定。因此，法律程序并不是简单的法律决定过程，而是包含了相当多的彼此具有密切联系的各种关系。

法律程序体现为非人格化的同等情况同等对待和处理，排除了具体的特殊性，而保留并坚持一种统一性与普遍性。在这里，法律程序表现为普遍性的规则和固定化的制度设计。因此，法治所要求的法律至上、法律权威与法律神圣的原则，通过普遍性的法律规则和法律制度的至上性、权威性与神圣性而得到落实，其实质恰好体现出了法律程序的至上性、权威性和神圣性，也体现了法律的形式合理性优于法律的实质合理性。正因为这样，不仅在学术理论界而且在法律实际工作中都对此达成了基本共识，同时，现代文明发展的历史与现实经验也已经证明并将继续证明，法律程序的规范与制度建设及其实践乃是法治的关键。正如美国联邦最高法院法官威廉·道格拉斯所说的：“权利法案的大多数规定都是程序性条款，这一事实决不是无意义的。正是程序决定了法治与恣意的人治之间的基本区别。”^①

马克思也曾明确地强调指出，程序是法律的生命。我们同样可以毫不夸张地说，法律程序乃是现代民主、宪政和法治的生命。一般认为，民主是通过多数表决的方式在众多的备选方案中选取一种方案来做出某种政治决策的制度安排。由于单纯的多数人的意见未必就正确，集体选择的结果也并不一定都是最好的和可行的，所以，“为了使自由的、民主的选择更合乎理性和正义，就需要采取一种逻辑严密的推理方法，循序而进，有条不紊地达到正确的决定”。^② 在现代社会，这种推理方法就是程序，“合理而公正的程序是区别健

^① 转引自季卫东：《法治秩序的建构》，1页，中国政法大学出版社，1999

^② 季卫东：《法治秩序的建构》，50页，中国政法大学出版社，1999

全的民主制度与偏执的群众专政的分水岭。因为民主的真正价值显然不是取决于多数人的偏好，而是取决于多数人的理性。在众口难调的状况下，程序可以实现和保障理性”。^①在法治的背景当中，合理的法律程序具有多方面的超过实体法律规定及其具体法律结果的积极意义。

首先，合理的法律程序使宪政制度和法治所追求的限制公共权力和保障公民基本权利与自由的目标更有保障。宪政是一种通过对社会公共权力的运作设定既定框架与限制条件，从而最大程度地保障公民的基本权利和自由的制度安排。这种制度安排的重心恰好在于程序规则和制度的设计，即为社会公共权力的运作设定合理的法律程序，一方面防止社会公共权力的恣意扩张及非法专横行使；另一方面又为社会公共权力的正当行使提供基本的保障，也就是排除权力正当行使的各种障碍；在此基础上，同时为公民的基本权利和自由提供以程序为核心内容的制度化保障。

其次，合理的法律程序可以产生、维持甚至强化优良的法律的公信力，使其在提供“理由”的论辩中的说服力得到增强。我们一直强调，法治的核心在于确立法律的至上权威与神圣性，然而，法治所需要的法律权威不是也不能是单纯的暴力或者强权来建立和维系的权威，而是来源于确信和承认的公正的权威。在现代文明社会，确信是由逻辑严密的证明过程来得到的，承认也是由具有充分说服力的理由来保证的。于是，法律权威问题就转换为公正问题，而这一问题的解决又是由正当的程序来保证的，所以，法律的权威性也就是程序的正义性与程序的合理性。日本法学家谷口安平认为，“在‘正当程序’得到实施的前提下，程序过程本身确实能够发挥给结果以正当性的重要作用。这样的作用包含着相互联系的两个方面。第一个方面是使由于程序进行蒙受了不利结果的多事者不得不接受该结果的作用。例如，进行诉讼而遭致败诉的当事者经常对判决感到不满，但因为自己已经被给予了充分的机会表达自己的观点和提出证据，并且由相信是公正无私的法官进行了慎重的审理，所以对结果的不满也就失去了客观的依据而只能接受。这种效果并不是来自于判决内容的‘正确’或‘没有错误’等实体性的理由，而是从程序过程本身的公正性、合理性产生出来的。由程序本身产生的正当性还具有超越个人意思和具体案件的处理，在制度层次上得到结构化、一般化的性质，第二个方面则是对社会整体产生的正当化效果。人们判断审判结果的正当性一般只能从制度上正当程序是否得到了保障来看。如果法院在制度性的正当程序方面得到了公众的信赖，自己的决定也就获得了极大的权威”。^②通过合理的法律程序产生的结果之所以具有得到强化的正当性与较强的公信力，乃是因为，一般说来，“通过权威程序选择的东西无论怎样（在别的条件相等的情况下）总要比没有经过这样选择的其他结果要好”。^③

再次，合理的法律程序不仅可以充分保障实体法律规定的实现，而且，在通过合理的法律程序而获得程序正义的同时，也使实体正义或者实质正义能够最大限度地达到。谷口安平教授认为：“实现实体法内容的方法归根结底是由程序法所规定的诉讼过程，实际

季卫东：《法治秩序的建构》，51页，中国政法大学出版社，1999。

② [日]谷口安平：《程序的正义与诉讼》，11页，中国政法大学出版社，1996。

③ [美]斯蒂芬·L·埃尔金、卡罗尔·爱德华·索乌坦编：《新宪政论》，104页，生活·读书·新知三联书店，1997。

上程序法对这个过程进行的调整结果总会归结到实体法上去。换言之，诉讼的实际结果由于诉讼程序或具体过程的差异可以有极大的不同。”在这里，谷口安平教授进一步介绍了日本东京大学兼子一教授的观点，即：“程序法并不是助法，而是具有实体内容形成作用的法的重要领域。实体法上所规定的权利义务如果不经过具体的判决就只不过是一种主张或‘权利义务假象’，只有在一定程序过程产生出来的确定性判决中，权利义务才得以实现真正意义上的实体化或实定化。”^①

最后，合理的法律程序更有利于消解社会矛盾，更有利于防止或者合理地、和平地解决社会冲突与社会纠纷，从而建立和维护良好的社会秩序与法律秩序。可以说，健全的法律程序具有社会安全阀的功能，社会矛盾一旦进入法律程序，就会因程序的各个环节的逐一展开而逐渐得到‘冷却’和‘降温’，矛盾各方的怨气和怒气也得以释放，从而在降低其本身的内在压力的同时也减少了其爆发而对社会可能造成的破坏与危害。

综上所述，合理的法律程序有利于优良的法律秩序的形成和巩固。而对于法律程序之于法律秩序的作用，季卫东博士阐述得相当精辟而透彻。他认为，程序对于法律秩序的直接作用具体体现在以下几个方面：“第一，对各种主张和选择可能性进行过滤，找出最适当的判断和最佳的决定方案。第二，通过充分的、平等的发言机会，疏导不满和矛盾，使当事人的初始动机得以变形和中立化，避免采取激烈的手段来压抑对抗倾向。第三，既排除决定者的恣意，又保留合理的裁量余地。第四，决定不可能实现皆大欢喜的效果，因而需要吸收部分甚至全体当事人的不满，程序要件的满足可以使决定变得容易为失望者所接受。第五，程序参加者的角色分担具有归责机制，可以强化服从决定的义务感。第六，通过法律解释和事实认定，做出有强制力的决定，使抽象的法律规范变成具体的行为指示。第七，通过决定者与分担角色的当事人之间的相互作用来进行合理的选择，这一定程度上可以改组法律体系的结构，实现重新制度化，至少使变法的必要性容易被发现。第八，可以减轻决定者的责任风险，从而也减轻了请示汇报、重审纠偏的成本负担。”除了这些明显的直接作用之外，季卫东博士认为程序还可以带来一些非常重要的间接效果：“首先，决定过程中的道德论证被淡化，先人为主的真理观和正义观都要暂时被束之高阁。中国的传统是法律与伦理的一体化，至今法制的道德色彩仍然很浓厚，而法律与道德的分离被公认为是自由的前提。由此亦可见程序对于中国体制改革的特殊重要性。其次，程序要件的精密化使法学能够建立在科学的基础上，并且与实用的操作技术结合起来。更重要的是，通过对抗性的充分议论，法律命题实际上不断受到否认的锤炼，从而大大提高法律规范的真理性。再者，审判程序和行政程序的条件导向可以加强决定的强制可能性，进而减少法律在教化、社会化方面的负担。程序要件不充分的决定，即使其目的是正当的，也容易引起争论，从而造成贯彻执行上的阻碍。如果要强行实施，那么就会给社会以一种被放大的压抑感；而如果试图解释说服，那么就只能是事倍功半。中国的政治和法律方面许多令人费解的问题，也多半由此产生。”^②

① [日]谷口安平：《程序的正义与诉讼》，6～7页，中国政法大学出版社，1996

② 季卫东：《法治秩序的建构》，36～37页，中国政法大学出版社，1999

二、我国法治建设的良性运作有赖于 程序优先的理念与制度的确立

长期以来,我国法治建设最大的也是最核心和关键的真正困境,在于其制度化程度不高、制度化的效果较差。而这种绩效较差的制度化缺失的真正原因,倒不是因为我国法律制度中有关实体性的法律制度的落后,而恰恰是我们的法律制度中有关程序性的法律制度的羸弱。经过对多年来我国法制建设的深刻反思,以及对法治精神与原则的现实运作的分析考察,绝大多数学者都已经逐渐意识到我国法治建设的制度困境的症结之所在及其可能的出路,许多学者和法律实务专家都在大声疾呼要加强我国法律程序制度建设或者称之为程序法制建设。之所以如此,乃是因为人们已经对于“程序”及其“制度化”之于“法治”的积极意义有了更为清醒而理智的认识。恰如季卫东博士所说:“程序具有开放的结构和紧缩的过程;随着程序的展开,参加者越来越受到‘程序上的过去’的拘束,而制度化的契机也由此形成。程序开始于高度不确定状态,但其结果却使程序参加者难以抵制,形成一种高度确定化的效应。因此,如果我们要实现有节度的自由、有组织的民主、有保障的人权、有制约的权威、有进取的保守这样一种社会状态的话,那么,程序可以作为其制度化的最重要的基石。”^①法治的运作是以优良的法律制度的存在与良性运作为内容的,然而,“缺乏程序要件的法制是难以协调运行的,硬要推行之,则极易与古代法家的严刑峻法同构化。其结果,往往是‘治法’存、法治亡。因此,程序应当成为中国今后法制建设乃至社会发展的一个真正的焦点”。^②

然而,中国社会在传统上就是特别关注‘结果’而不太重视获得这‘结果’的‘过程’在法的意识和行为当中,在理论和实践当中,都一直存在轻视‘程序’、贬损‘程序’而过分追求实质或实体‘结果’的所谓‘公平’与‘公正’的倾向。如果可以做这样的类比的话,我们似乎可以说,在对待社会纠纷或矛盾的法律解决问题上,中国社会传统与主导甚至统治地位的思想观念与实践取向,基本上是一种“结果”功利主义的立场。也正是这一思想与实践立场的过分强大,使中国社会传统法律中“程序”的地位极其低微并始终趋于萎缩状态,也使中国社会“程序法”的规范和制度极不发展,进而导致中国社会法的解释与适用的技术的不发达,并致使“形式正义”与“程序正义”的观念和意识缺乏产生的土壤、根基与契机。恰如季卫东博士所言:“从总体上看,我国传统法律之中形式主义的要害十分稀薄。这种属性妨碍程序法的发展是不言而喻的。反过来,程序的不合理又会限制实体法的生成和进化的机制。而实体法的疏简并没有诱导法律解释技术的发达,相反形成了正当化作业的法外指向,进一步压抑了程序的分化。这是一种恶性循环。”^③

这种轻视“程序”而只重视“结果”的思想观念与行为的实践取向在我国根深蒂固,至今还极为严重地全面影响和阻碍着中国的法制与法治建设。我们认为,我国法治建设要想走出目前的制度困境而向法治的精神和原则所昭示的方向前进,那么,我们无论是在法治的制度建设上还是在实践操作上,都理应确立程序优先的理念并以程序的制度建设及其现实运作为核心而展开。在这方面,我们要做的事情的确非常多,在此我只提出如下两

① ② ③ 季卫东:《法治秩序的建构》,11页、10页、55~56页,中国政法大学出版社,1999。

个对于程序法制与法治而言直接相关的重要而关键的问题加以简单说明。

首先，应当树立准确的现代“程序”观念，全面理解现代“程序”的内涵。可以说，现代社会就是一个“程序”的社会，无论是公权力的行使还是私权利的享有，无论是职责的履行还是一般义务的承担，都是当然也应当是在“程序”之中进行和完成的。而我们所谈到的“法律程序”实际上也包括多种类型，比如选举程序、立法程序、司法审判程序、行政程序，等等。然而，无论在理论上还是在实践上，我们似乎始终都存在对“程序”内涵理解上的偏差。其具体表现为，一方面我们习惯于将“程序”视为“工具”或者“形式”，视其为实体法律的“等而下之”的附属物，轻视或者忽视“程序”所具有的独立存在的内在价值。另一方面，即使承认“程序”具有独立的内在价值，因而相当重视“程序”及其建设，但在这种情况下，人们几乎都自觉或不自觉地将“程序”等同于“司法审判程序”或者“诉讼程序”。比如，我国现行《刑事诉讼法》和《民事诉讼法》规定的内容，实际上分别都是既包括了“刑事诉讼程序”和“民事诉讼程序”又包括了大量的“非刑事诉讼”和“非民事诉讼”而仅仅与“刑事诉讼”和“民事诉讼”直接或者间接相关的各种“程序”，因此，这两部法律实际上应当分别称之为“刑事‘程序’法”和“民事‘程序’法”然而我们这些从事法学理论研究的学者和从事法律实务工作的人士却习以为常地称之为“刑事‘诉讼’法”和“民事‘诉讼’法”而对其是否恰当却从未有过丝毫的怀疑，更不用说对其自觉地加以反思！因此，在译介英语世界的学者的英文著述时，对于“Criminal procedure”和“Civil procedure”，我们也几乎是本能地将其分别译为“刑事诉讼(法)”和“民事诉讼(法)”而不是将其译为“刑事程序(法)”和“民事程序(法)”(很遗憾，我不懂别的外国语言，不知道在别的外国语言当中，我国的译者是如何翻译类似术语的)！

特别地提到这一方面的问题，或许是因为我个人的过分敏感甚至偏激。但我想借此表达我的一个担心，那就是：由于我们过分狭隘地认识和理解“法律程序”，从而将焦点全部对准“司法审判程序”或者“诉讼程序”，而轻视甚至因忽视而完全放弃了其他类型的“法律程序”的观念培育与规范和制度建构。如此，则既误解了“程序优先”理念与制度的真正意义，也最终对我国的法治建设具有负面影响甚至根本有害。

其次，应当给予“法律事实”以优越地位，并紧紧围绕获得“法律事实”来建构法律程序规则。在对社会矛盾和纠纷的法律解决的过程中，首要的也是最为核心的问题，乃是如何再现或复原矛盾和纠纷的“事实”。我们知道，作为当前要解决的矛盾和纠纷的“事实”实际上是“过去的”事实，对其了解与把握只能靠向“过去”的回溯来复原与再现。在我国，无论是理论界还是实务界，过去都特别强调要通过这种复原与再现获得“客观事实”，从而求得社会矛盾和纠纷的法律解决结果的“实质正义性”。然而，“过去”的事实无论如何复原或再现都是根本不可得到与“事实的真相”完全相同的“客观事实”的。换句话说，虽然在很多情况下，“法律事实”与“客观事实”是可以达到基本上吻合的，但绝对不可能百分之百的吻合。因此，在现代社会，从程序的角度来看，无论是司法程序还是非司法程序，就获得社会矛盾和纠纷的“过去的事实”而言，它已经特别强调了将在充分而确实的合法证据证明和支持之下逻辑地再现或复原的“法律事实”置于优越地位。于是，程序的重心便从对“客观事实”的直接寻求转向了对关于这“过去的事实”的各种“证据”的合法寻找，这是一种间接的然而更具有技术理性的方法。因此，在我们加强“法律程序”法制建设的过程中，对于与“证据”及其运用相关的程序法制的建设，理应居于核心与首要的地位。