



CHENG LI FA ZHI DE ZHI DI LUO JI XUE LI NING GOU JIAN

程序法治的制度逻辑

与理性构建

江必新 著

“十八大与法治国家建设”丛书

SHI BA DA YU FA ZHI GUO JIA JIAN SHE CONG SHU

深入学习宣传贯彻党的十八大精神主题出版重点选题
“十二五”国家重点图书出版规划项目
国家出版基金资助项目

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



国家出版基金项目
NATIONAL PUBLICATION FOUNDATION

CHENG XU FA ZHI DE ZHI DE JI GUO JIA JIAN SHE CONG SHU

程序法治的制度逻辑

与理性构建

江必新
◎ 著



“十八大与法治国家建设”丛书

SHI BA DA YU FA ZHI GUO JIA JIAN SHE CONG SHU

深入学习宣传贯彻党的十八大精神主题出版重点选题
“十二五”国家重点图书出版规划项目
国家出版基金资助项目

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

程序法治的制度逻辑与理性构建 / 江必新著. —北京: 中国法制出版社, 2014. 6

(十八大与法治国家建设)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 5455 - 1

I. ①程… II. ①江… III. ①社会主义法制 - 建设 - 研究 - 中国
IV. ①D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 126961 号



策划编辑 马 颖

责任编辑 谢玲玉 周林刚

封面设计 李 宁

程序法治的制度逻辑与理性构建

CHENGXU FAZHI DE ZHIDU LUOJI YU LIXING GOUJIAN

著者/江必新

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/710 × 1000 毫米 16

版次/2014 年 6 月第 1 版

印张/19.5 字数/279 千

2014 年 6 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 5455 - 1

定价: 57.00 元

值班电话: 010 - 66026508

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 010 - 66031119

网址: <http://www.zgfs.com>

编辑部电话: 010 - 66066324

市场营销部电话: 010 - 66033393

邮购部电话: 010 - 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010 - 66032926)

总 序

人类很早就意识到法治与国家治乱兴亡之间的规律性关联。秦商鞅说，“以治法者强，以治政者削。”汉王符说，“法令行则国治，法令弛则国乱。”古希腊柏拉图也观察到，现实中的那些统治者能不能服从法律乃是决定城邦兴衰成败的关键问题。数以千计的历史年轮已经充分展现了这样一个规律：法治是迄今为止人类所能找到的治国理政的最好方式。然而，历经时空层层打磨后的“法治”二字，其内涵绝不仅限于字面。作为“规则之治”，法治塑造着人类生活的规范性、制度性和程序性；作为“法之统治”，法治要求法律规则的权威性、统一性和至上性；作为“良法之治”，法治内含了公平正义自由秩序等诸种价值；作为“程序之治”，法治强调程序的合法性、正当性以及程序相较于实体的优先性；作为“理性之治”，法治要求奉法者执中守正、辩证施治、莫走极端。法治所蕴含的从人类日常生活和历史实践中所积累出来的智识、思维、价值、信仰、模式、程序，深远而现实地影响着每一个人的生命和生活，左右着每一个国度以及民族的盛衰和荣辱，揖别人类的过往并祈祷着人类社会的未来。

党的十八大是中国法治建设的重要里程碑。以习近平为总书记的新一届中央领导集体，举“法治中国”为纲，张“法治

国家、法治政府、法治社会与依法治国、依法执政、依法行政”为目，法治成为治国理政的基本方式，法治思维和法治方式成为新时期领导干部的基本准则，依法办事成为举国上下的第一遵循，科学立法、严格执法、公正司法、全民守法成为推进法治中国建设的宏伟阶梯，维护宪法法律权威、深化行政执法体制改革、确保依法独立公正行使审判权检察权、健全司法权力运行机制、完善人权司法保障制度成为法治改革的五大重心，法治理念、法治精神、法治思维、法治方式、法治文化、法治环境编织起法治中国的立体网络。这份决心和担当所诠释的共同体认是：法治是建设中国特色社会主义的重要内容，是党领导人民治国理政的基本方略，是实现中华民族伟大复兴的重要支撑，是如期建成小康社会的捷径快道。

毫无疑问，一个通过全方位法治化而实现国家治理现代化的中国正在熔炉中锻造。笔者以为，法治中国这一宏大命题比依法治国、依法行政等命题拥有更加丰富的内涵：“法治中国”是人类法治文明成果的“继承版”，是法治国家建设的“中国版”，是中国法治建设的“升级版”。从依法治国到法治中国，是中国法治建设的一次极为重要的升级，是中国共产党探索治国理政规律的一个极为重要的成果，是中国政治文明进一步提升的一个极为重要的契机。佐证这个结论的是这样一些正在发生的细节性事实：中国正在经历从有法可依向科学立法、民主立法的提升，从强调法律体系和规则体系向强调理念、体制、制度、机制四位一体的提升，从倡行法律面前人人平等到力求权利平等、机会平等、起点平等的提升，从依法管理向依法治理的提升，从简单地强调政府严格执法向强调公正文明执法的提升，从规范执法行为向从行为到程序、从内容到形式、从决

策到执行一体规范的提升，从事前授权、事后纠错的控权方式向建立权力运行的监督制约体系的提升，从注重私法权利向不仅注重私法权利而且注重公法上的权利保障的提升，从严格司法向公正司法的提升，从强调执法司法队伍建设向强调所有法治环境和法治条件改善的提升……据此必可期待，未来之治理必定滋养于法治，未来之中国必定享誉于法治的成就，未来之人民必定受益于法治中国建设的红利。

建设法治中国，仍需在规则治理上完成未竟事业，尤需在中国特色上凝心聚力，更要在制度建设上大展宏图；既要在“加快建设”上争速度，又要在“全面推进”上“舒广袖”，还要在有效治理上见成效。这无疑是一项重大而艰巨的时代任务。笔者深感，于法治中国建设方兴未艾之际，亟待进行系统研究和深挖细嚼，以彰显法治中国之精义，描绘法治中国之图谱，拓展法治中国之路径。有鉴于此，笔者搜几十年法学研究之思虑，索数十载政法工作之体验，不揣浅薄，于工作之余，梳理法治国家、法治政府、法治社会之宏旨，阐释良善司法、辩证司法、程序法治之大要，研究法治思维与法治方式之运用，探求法治中国之制度逻辑与构建方式，拢此八本为“十八大与法治国家建设”丛书一套，愿能藉此弘扬法治之精神，略陈法治建设之己见，以陋砖而引真玉，以个人短视而发方家之真言。

还记得儿时的夏夜，每当在屋外稻场纳凉的时候，祖母总是指着遥远的星空，让我辨识一个又一个的星座。从那时起，我就感到宇宙之宏大无穷，而个人之渺小不足道；人类对于真理的认识和接近太过于艰难。而此时，耳边又似响起祖母的教诲：“好好学习吧，将来做一个对公家有用的人。”谨以此丛书

献给我敬爱的、伟大的祖母——易诗秀老人！

本丛书入选国家新闻出版广电总局“深入学习宣传贯彻党的十八大精神主题出版重点选题”、“‘十二五’国家重点图书出版规划项目”，并获得国家出版基金支持。邹雅竹、蒋惠等帮助整理了部分文稿；我的博士后、博士生李春燕、刘润发、杨科雄、何君、王红霞、鞠成伟、张宝、刘耀辉、郑雅方、罗英、廖希飞、杨省庭、兰燕卓、郑礼华、刘琼、石毅鹏、蒋清华、曹实、贺译葶、张雨、邵长茂以及最高法院的梁风云、李纬华、阎巍、周觅同志、北京高院的程琥同志、重庆高院的王彦同志、江苏高院的杨志刚同志、江西财经大学的方颌琳老师帮助整理了部分讲座录音稿，个别章节也有他们的合作参与（程琥、李春燕、王红霞、邵长茂等）。中国法制出版社总编辑刘时山、编辑马颖等同志在项目申报、文字审校和最终出版方面付出了辛勤劳动。没有这些深情支持和热心帮助，就不能有这套书的面世，在此谨致以衷心感谢！

是为序。

江必新

甲午仲夏于地坛寓所

目 录 CONTENTS

绪 论 / 1

第一章 程序法治及其功能 / 4

- 一、程序法治能实现公权力机关和利益相关人的双赢····· 4
- 二、程序法治有利于预防和解决各种争议 ····· 7
- 三、程序法治有助于实体正义的实现 ····· 7
- 四、程序法治建设与高效便民行政并不冲突 ····· 10
- 五、以程序法治建设推动善治建设 ····· 11

第二章 立法程序的正当化 / 13

- 一、什么是立法程序的正当化····· 14
- 二、立法程序正当化的必要性 ····· 15
- 三、提高立法程序正当化所应解决的主要问题 ····· 19

第三章 正当程序原则及其在 WTO 争端解决中的适用 / 39

- 一、正当程序原则的内涵····· 40
- 二、正当程序原则在 WTO 争端解决中的价值定位 ····· 43
- 三、正当程序原则与 WTO 争端解决机制改革 ····· 51

第四章 程序法制对行政相对人的权益保护 / 58

一、程序法制对行政相对人的权益保护的意义	58
二、中国程序法制建设的进程	59
三、中国保护个人程序性权利的主要措施	64
四、中国程序法制发展需要进一步解决的若干问题	67

第五章 行政程序法律制度的构建 / 71

一、行政程序法的含义	71
二、行政程序法的产生和发展	73
三、行政程序法的作用	75
四、行政程序法的目标模式	76

第六章 给付行政程序 / 80

一、关系视角下的给付行政程序	80
二、给付行政程序的法律特色	88
三、给付行政程序与行政法变革	95

第七章 公众参与程序 / 101

一、公众参与的法治意义	101
二、公众参与在中国行政法治建设中的实践与作用	104
三、公众参与对行政法治的冲击	108
四、行政法和行政法学应当积极应对公众参与所提出的问题	109
五、公众参与在中国的发展展望与完善建议	112

第八章 行政程序正当性之司法审查 / 115

一、程序正当性司法审查的必要性与可得性	116
二、程序正当性司法审查的依据与路径	123

三、程序正当性司法审查的原则与标准	129
四、程序正当性司法审查的强度与限度	141

第九章 司法程序的基本范畴 / 150

一、司法程序的内涵	150
二、司法程序的要素	154
三、司法程序的结构	159
四、司法程序的功能	167
五、司法程序的价值	176
六、司法程序的分类	182

第十章 公正司法的程序要求 / 185

一、必须高度重视司法程序的正当化	185
二、确定正当司法程序的基本原则	186
三、建构正当程序运行之环境	187
四、打通通向司法程序的正当化之路径	188

第十一章 司法程序的终局性 / 191

一、司法程序终局性的内涵和重要意义	191
二、司法程序终局性与再审制度的现实悖论和运行困境	197
三、司法程序终局性的基本条件和要求	204
四、司法程序的终局性与我国审级制度的完善	208

第十二章 民事诉讼程序之正当化 / 221

第十三章 刑事诉讼程序的正当化 / 245

一、刑事诉讼程序正当化的意义	245
----------------------	-----

二、刑事审判基本正当程序规则的主要内容	247
三、适用刑事审判基本正当程序规则应当注意的问题	264

第十四章 行政诉讼程序的正当化 / 266

一、确保权利救济的有效性	272
二、降低行政诉讼成本	280
三、强化行政诉讼的解纷功能	285
四、促进行政诉讼效果的最大化	288
五、防止行政审判权怠用和滥用	292
六、提升行政诉讼法的科学化	294

绪 论

在人类管理公共事务的历史上，程序的发明和应用发挥了神奇的作用：它推开了法治文明的大门，实现了驯服统治者、把权力晒在阳光下的梦想，正是凭借程序的锁链才得以将公共权力这个巨大“利维坦”关进制度的笼子里，人类自此可以与恣意和专横的人治相揖别，正如法谚所言：“正是程序决定了法治与恣意的人治之间的基本区别。”

我国经历“文革”浩劫后毅然选择了走法治道路，党的十八大更把法治建设提到一个前所未有的高度。但直到今天，对于很多法学专业以外的人来说，到底什么是法治，什么是人治，仍不甚清楚。笔者以为，如果抛开周密而繁琐的标准，用一个通俗易懂的标准区分人治和法治，“程序”无疑是一个很好的选择。换句话说，讲程序就可以约等于讲法治，反之亦然。

对于治国理政，程序法治有极大的优越性。从表面上看，程序似乎由一些琐碎的步骤、顺序、方式、形式、时间所组成，但组合得科学良好的程序却至少具有九大功能：行为引导、品质改善、正义实现、民主参与、权力制约、意志统一、利益平衡、权利救济和责任追究等等。程序法制，是规范人们行为的最有效的制度。

对于民主政治和法治政府，程序法治是最重要的标志和最基本的依托。试想，如果没有选举程序，没有民意表达程序，没有公民参与程序，没有公开决策程序，那民主是什么呢？民主也许会因此变得“空

心化”。我们之所以能够理直气壮地宣称我们拥有社会主义民主政治，也就在于我们有一套选举程序、票决程序、公民参与程序、政治协商程序等等。我们讲法治，如果没有公民权利救济程序，没有对权力的监督制约程序，没有严格的刑事诉讼程序，那法治又是什么呢？法治也许只是“空气震荡”。所以，我们不难证明，正是程序法治决定了恣意的人治与具有确定性的法治之间的区别；我们不难理解，人们更愿意在虽无实体规则但有良好程序规则之下生活的道理。

对于实现伟大而光荣的中国梦来说，程序法治有着更为现实的意义。有了科学合理的程序法治，才可以通过正当程序充分吸纳民意、集中民智、维护民权，以人为本理念才能真正贯彻在执政活动之中，中华民族伟大复兴才有程序依靠。

对于相对有限的立法资源来说，程序立法的效益好于实体立法。当前，我国立法任务十分繁重，方方面面都需要立法。立法资源有限，先立什么法律？笔者认为，还是应先创设统一的程序法。单个法律即使成百上千，但仍然不能囊括无余；而制定统一的程序法，却可以将所有活动纳入法律规范，以一当十甚或以一当百。即使实体法定得再多，若无一部程序法来保障，这些实体法也很难实现。相反，如果没有实体法，但有一部良好的程序法，大家都按照设计得良好或正当的程序来操作，作出的行为虽不能保证百分百的高质量，却可以保证绝大多数行为符合或接近公平正义的要求。

对于社会转型、体制转轨、社会关系急剧变动的现实，更宜制定程序法而不宜仓促制定实体法。因为制定实体规则，既要考虑昨天的历史，又要迁就今天的现实，还要考虑明天的发展，这使立法者勉为其难，只能制定出十分抽象、缺乏可操作性的原则规范。制定程序规则，对复杂变动的社会关系依赖较少，可以适当超越时空的限制，对成千上万的行为进行类型化处理，分别作出统一的程序要求。这样的法律规范不仅具有可操作性，而且容易得到有效实施。

可见，科学制定和认真实施程序法，大力发展程序法治，是建设法治中国的“方便法门”。本书拟就如何树立程序法治意识，如何科学制定程序法，如何贯彻实施程序法，谈一些感想和体会，与读者分享，诚望广大读者与笔者一道，沿着正当的程序法制之路，携手走向共和国的法治大厦。

第一章 程序法治及其功能

中国近百年的战争史和斗争史，使不少国民忘记了中华民族是最讲程序的“礼仪之邦”。不少官员认为程序是束缚手脚的绳索，是降低速度和效率的繁文缛节，是碍手碍脚的羁绊。因此，要建构理性的程序，法治必须对其性质与功能进行再认识。

一、程序法治能实现公权力机关和利益相关人的双赢

一个设计得好的程序，能使公权力机关和利益相关人实现双赢。我们进行程序法治建设的目的，就是要实现公权力机关和利益相关人的双赢，实现科学发展，促进社会和谐。

政府在这个过程中能够得到的好处是：

第一，程序法治可以防止公权力机关决策的重大失误，确保决策的正确性。公权力机关的决策错了，就会浪费大量的人力、物力、精力，劳民伤财，甚至会失去科学发展的宝贵时机。我国因决策失误而造成的损失太多了。“文革”就是一部典型的决策错误而导致历史性灾难的反面教材。

第二，程序法治能够促使公权力机关最大限度地公开信息、听取民意、吸取民智，确保公权力机关决策的民主化科学化。有时候，公权力机关的决策从原则上来看是正确的，方向也是对的，但由于程序不公开，缺少广泛地听取意见（特别是不同意见）的程序，就容易导致公权力机关决策所依据的信息不全面，出台的政策就可能有偏差。程序法

治从制度上保证了老百姓有较为完善的机制和程序来发表意见，公权力机关的决策方案就会少一点缺陷，多一份胜算的把握。

第三，程序法治有利于促进沟通，凝结共识，推动公权力机关决策的顺利实施。程序法治可以搭建一个规范化的公权力机关与利益相关人对话、沟通和交流的平台。公权力机关通过程序法治让更多的人民群众参与，通过双方的沟通、协商、互动反馈，促进彼此间的理解，甚至形成共识，保证公权力机关决策的贯彻落实。通过这样的程序，公权力机关可以向老百姓讲清楚为什么要做、如何做、何时做，而老百姓也会自发地支持公权力机关来把好事办好，支持凝结了自己共识的公权力机关决策和决定，也会体认公权力机关管理是为了老百姓的切身利益和长远利益。长沙市曾就绿化、交通疏导、城市色彩等民生问题，召开了一个市民代表旁听、电视网络广播同步直播的市政府常务会议，得到了社会各界的广泛关注和支持。这就是一个利用公开的行政程序达到双赢的很好的例证。

第四，程序法治可以及时化解矛盾，减少争议。程序法治由于从制度上保证利益相关人的参与权，保证双方有着较为畅通的信息交流和反馈，容易缩小彼此间的差距，至少会避免因误解而扩大争议。任何一个工程、一项政府决策都可能涉及不同利益，都可能难以同时让所有人满意。但通过程序法治，公权力机关就可能充分平衡各方面的利益，使各方能够找到利益的共同点，求大同，存小异；及时化解矛盾，避免因矛盾的不断堆积而成为科学发展的阻力。

第五，程序法治有利于提高公权力机关决策的透明度和公权力机关行为的能见度，有效预反腐败，提高效率。公权力机关的一切权力来自于人民，应当服务于人民，随时接受人民群众的监督。通过程序法治，公权力机关将每一项权力行使都摊在阳光下，便于人民群众监督。

对于老百姓来说，程序法治可以方便其维护自己的合法权益。

首先，程序法治可以有效地保障公民的知情权。在行政程序中公民可以要求政府机关依法公开与他有关的信息和材料，有权了解政府调查

了解的事实、证据，甚至通过听证等方式，维护自身的权利。例如借助公开的程序，公民就更加容易了解某个工程的来龙去脉，这个项目投资多少，对他们有什么益处，等等。可以说，程序法治保障了公民对社会管理活动的知情权。

其次，程序法治有利于保障公民的参与权。当事人参与程序的法治化，使他们不再单纯是一个被管理的对象，同时也是程序的主要参与者。程序法治化要求公权力机关在整个程序中，要做到事前有告知、事中有听证、事后有释明。而通过这样的一个个具体的程序，老百姓参加到管理的每个环节，行使着广泛的参与权。民主的真谛在参与，没有参与即无所谓民主。过去我们把民主的希望过多地寄托在选举上，实践表明，选举对民主的作用是非常有限的，不如参与来得具体、来得实在、来得持久。参与权是人民群众实现自己的民主权利、实现自己主人翁地位的一个最好的平台。

再次，程序法治有利于保障公民的表达权。公开的程序是当事人制度化地表达意见的平台。在公权力机关决定作出之前，利益相关者有权自由地表达自己的看法和观点，特别是公权力机关在作出对他不利的决策和决定时，必须事先听取他的意见。公民的观点和看法不论正确与否，都应当被公正、无偏私地听取，否则公权力机关就可能构成程序违法。这些制度设计从根本上保障了公民的表达权。

最后，程序法治有利于保障公民的监督权和请求救济权。公民如认为权力机关侵犯其权益，可以要求依法定程序进行救济，甚至可以要求公权力机关赔偿。而程序法治就是将各种救济制度法治化，当事人对公权力机关的决定不满意，可以自由选择通过不同的权利救济渠道来解决，使自己受到损害的权益得到恢复。

因此，对于普通民众来说，程序法治是其权利的保护伞，没有程序保障，再美好的权利也可能只是画饼充饥。而只有通过程序法治，公民的知情权、参与权、表达权、监督权（申请救济权），才能真正得到保障。