

法学名篇小文丛

法律程序的意义

——对中国法制建设的另一种思考

季卫东 著



中国法制出版社

法学名篇小文丛

法律程序的意义

——对中国法制建设的另一种思考

季卫东 著

中国法制出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法律程序的意义/季卫东著. —北京:
中国法制出版社, 2004.11
ISBN 7-80182-385-0

I. 法… II. 季… III. 法律程序-意义-研究
IV. D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 105545 号

法学名篇小文丛

法律程序的意义

FALU CHENGXU DE YIYI

著者/季卫东

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/850×1168 毫米 32

印张/4.875 字数/68 千

版次/2004 年 11 月第 1 版

2004 年 11 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80182-385-0/D·1351

定价: 10.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66062741

市场营销部电话: 66012216

编辑部电话: 66078158

读者俱乐部电话: 66026596

邮购部电话: 66033288

作者简介

季卫东于1957年出生于江西省南昌市。北京大学法学学士，日本京都大学法学硕士、法学博士。日本神户大学法学院副教授（1990），正教授（1996—至今）。美国斯坦福大学法学院访问学者（1991—1992）。社会学国际协会法社会学研究委员会指定理事、英国学术期刊《法社会学国际杂志》编辑委员、日本法社会学会理事。主要研究领域为法社会学、比较法学、中国法律与政治。其主要学术成果如下：《法治秩序的建构》（中国政法大学出版社1999年版）；“从边缘到中心：二十世纪美国的‘法与社会’研究运动”（《北大法律评论》第2卷第2期）；“作为物语的物权——二十世纪中国的财产法的变迁”（《神户法学杂志》第49卷第3·4号）；“中国审判中的实证规范与个人意思”（《神户法学杂志》第48卷第1号）；“法治与选择”（《中外法学》1993年第5期）；“调解制度的法律发展机制”（《民商法杂志》第102卷第6号、第103卷第1号、第2号）；“法律试行的法律反思机制”（《民商法杂志》第101卷第2号、第3号、第4号）等。

目 录

一、序言：作为制度化基石的程序	(2)
二、现代程序的概念与特征	(17)
(一) 对于恣意的限制	(22)
(二) 理性选择的保证	(26)
(三) “作茧自缚”的效应	(28)
(四) 反思性整合	(31)
三、现代程序的结构与功能	(35)
(一) 基本的构成因素	(35)
(二) 类型分析	(43)
(三) 功能要件	(59)
四、程序与现代社会	(65)
(一) 程序与资本主义市场经济的 兴起	(67)
(二) 程序与言论自由	(81)

法学名篇小文丛

- (三) 程序与民主 (85)
- (四) 程序与权威 (89)
- 五、中国法律程序的缺陷 (94)
 - (一) 传统程序与现实问题 (98)
 - (二) 变动期的非程序化倾向及其
批判 (110)
 - (三) 与程序有关的法律形式上的
弱点 (116)
- 六、结语：程序建设的程序 (125)
 - (一) 程序与正统性问题 (126)
 - (二) 中国法制的程序化 (134)
 - (三) 程序再铸的设想 (142)

法律程序的意义

夫听讼者，或从其情，或从其辞。
辞不可从，必断以情。其大法也三焉，
治必以宽，宽之之术归于察，察之之术
归于义。

——《孔丛子·刑论》

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。

——威廉·道格拉斯^①

^① Justice William O. Douglas's Comment in *Joint Anti - Fascist Refugee Comm. v. McGrath*, See *United States Supreme Court Reports* (95 Law. Ed. Oct. 1950 Term), 'The Lawyers Cooperative Publishing Company, 1951, p.858.

一、序言：作为制度化 基石的程序

英国，1687年，牛顿发现万有引力法则，其结果导致了以力学为基础的产业革命。两年后，议会颁布《权利法案》和信教自由令，限制王权、规定王位继承程序、确立立法的至高无上性。与产业发展相配合的组织和制度也陆续完备起来，例如，英格兰银行成立于1694年，又过了四年，伦敦股票交易所创设。

而在中国，1687这一年，孟子庙落成于邹县，主张民贵君轻的“亚圣”被置于治道的守护神的地位。也是两年后，《大清会典》完成，重新认可强化君权的非常申诉（“登闻鼓”）之制。与宫廷体面相配合的大规模土木工程也不一而足，例如，1695年金碧辉煌的紫禁城太和殿甫告竣工，不久又开始

法律程序的意义

营造极尽奢华的圆明园。至 1709 年宁波绍兴等地的商船贩米活动才终于得到官府的许可，不言而喻，工商业发展的组织、制度条件当然极其匮乏。

一个多世纪之后，中英第一次鸦片战争爆发。结果，我国战事惨败，被迫签订丧权辱国的南京条约。此后，居庙堂之上的大人们不能不从兵工文化的角度认真考虑西方的挑战。但是对于保障器物技术发展的法律制度的重要性，依然普遍认识不足。比较中日两国在面临西方文明的冲击时的应对措施及其效果可以清楚地看到：与当时的我国同样，日本也力求保持政治上的安定和连续性；但又与我国不同，日本自始至终非常注意适时建立与经济发展配套的新型组织和制度。两国的差距固然取决于很多原因，但无论如何，我国一味强调经济技术先行而轻视制度层面的革故鼎新的偏向，以及后来革命时期一味追求“毕其功于一役”的激变而轻视点点滴滴的制度建设的偏向，可以说是问题的症结所在。

法学名篇小文丛

对照表 1（见下页）所罗列的产业化和制度化的重大事件可以发现，在兴产殖业方面我国与日本可以说是同时起步，重要的经济发展进程先后差距不过数年之内而已。然则在制度建设方面，我国一般比日本落后大约三十年上下。况且 1898 年以后清政府所颁布的“奖励工艺”的各种章程措施也多流于形式、了无实效^②。

现在又到了—个世纪之交的关口。1992 年底召开的中国共产党第十四届全国代表大会提出建立新型市场经济体制的构想，这是顺应时势和民意的重大决断。然而，我们能否避免重犯历史的错误呢？在有了长期政治动荡的惨痛教训之后，我们能否把握时机建立起一整套合理而公正的制度呢？事关国运，不可不做亡羊补牢或者未雨绸缪的斫析对策。

^② 张之洞：《张文襄公电稿》卷 24，光绪二十一年七月十八日“致总署电——及电四”。

法律程序的意义

表 1—a 中日经济产业化初期过程的比较

日 本		中 国	
1865	横滨制铁所横须贺造船所开工	1865	江南制造机器总局开工
1872	富冈缫丝工厂开工	1872	继昌隆缫丝工厂开工
1872	新桥横滨间铁道通车	1876	上海吴淞间铁道通车
1874	高岛矿山开发	1875	湖北兴国矿山开发
1878	东京中央电信局开业	1882	上海电气公司开业
1879	千住制绒所创立	1878	甘肃机器毡呢厂创立
1887	东京电灯株式会社开业	1888	广州电灯公司开业

表 1—b 中日制度现代化初期过程的比较

日 本		中 国	
1872	派遣使节团赴欧美考察法制	1905	派遣五大臣赴欧美考察法制
1874	司法省法学校开讲	1906	京师法律学堂开讲
1877	共同法律事务所出现	1912	律师组合出现
1878	株式交易所建立	1920	证券交易所建立
1886	不动产登记法制定	1930	土地法制定
1890	商法公布	1903	商人通例·公司律公布
1898	民法典公布	1930	民法典公布完毕

法学名篇小文丛

我国并非没有市场经济和契约精神的传统。实际上，在帝制之下基本不存在世袭的固定的身份制度，从生业选择到土地的买卖、租赁，经济活动的广大领域至少在形式上取决于个人间的自愿的契约关系。然而，由于一直不具备适应市场自由竞争的组织——制度条件，不能形成均衡的、可预测的机制，这种无规范的强肉弱食状态只能产生类似韦伯所说的，既缺乏伦理自觉、又缺乏职业尊严、且极具铤而走险之心的“贱民资本主义”（pariakapitalismus）。为了减轻竞争的残酷性和风险性，商贾在获利之后往往倾向于购田置产、变成地主，或者捐官买爵、混淆仕商；基于经济竞争不安定性的危机感与传统的伦理观结合在一起，形成、进而强化了重农抑商的国家政策及意识形态。在投机性营利的乱局之中，庶民为求安全保障，便通过血缘或地缘的社会团体形成了连环保证的“承包秩序”。^③ 其结果，我国历史上

^③ 关于我国传统经济的“包的秩序”之内容和特征分析，详见柏祐贤：《经济秩序个性论——中国经济的研究》I、II、III，人文书林，1947—1948年。

法律程序的意义

尽管“封建性”身份关系比较薄弱，但相互扶助、连带责任的“封建性”利益共同体关系却无所不在；尽管早就有自由竞争的经济活动，但自由主义的经济思想体系却得不到发展，合理性的资本经营方式更无从生根。现在我们要推行市场体制当然绝不是要回归到上述经济模式。

但是不能不指出，80年代以来的中国经济体制改革却是以个人承包责任制为特征的，尚未摆脱传统的经济秩序的窠臼。首先当然要肯定，承包责任制打破了指令性计划经济的“条条专政”，激发了基层的活力，在农村和企业都取得了显著的成效。同时也要看到，一个“包”字遮盖了事物的发展过程，只问结果、不计手段和方式，并不具备制度建设的优势，更何谈“包医百病”呢?!目前引起广泛讨论的所谓“诸侯经济”、“一统就死、一放就乱”等问题正好表明：承包责任制的局限已经显然，该适时提出合理的制度创新的课题了。否则，我们将无从走出四十年来放权与收权循环不已的动态迷宫。

法学名篇小文丛

实际上，许多改革实务家、经济学者、政治学者、历史学者乃至哲学者都已经或多或少地意识到目前存在的问题，特别是法律体系合理化的关键意义。但是迄今为止，对于建立什么样的法制以及如何去实现这一目标等重大问题，意见仍然很不一致，有些场合甚至连问题之所在也如坠五里雾中。对于社会变革时期推行法治的深刻两难，例如法律的规范强制性与认知调适性、法律关系的组织化与自由化、守法与变法、法律的效用期待与负荷能力等一系列的矛盾，也缺乏必要的剖析处置。基于现实的急切需求而正在大力移植或创制的新法规，只有在具备了一定的功能前提条件（functional prerequisite）之后才能顺利运作，其实际效果还将取决于各种法律措施之间及其与外部环境的协调整合。立法技术的改进也迫在眉睫。民事诉讼第一审受理案件数逐年递增，法院已感觉力难从心。律师供不应求，但在资格授予上采取“放低门槛”的政策又不免滥竽充数之忧。法制建设，的确是百端待举、头绪纷纭。那么、从何处着手才能纲举目张呢？

法律程序的意义

在发展中国家，推动社会改革的统治集团一般都把立宪工作放在首位，因为这既是自英国大宪章以来西方诸国建立资本主义法治秩序的传统路数，也比较适合自上而下贯彻国家意志的现实需要。但是这里有两点必须注意：

第一，西方是在城邦自治、教会抗衡、商人造反（the merchant as rebel）^④等历史条件下签订城下之盟，宪法原则既是自然法信仰的体现，又是市民社会与国家主权妥协的结果。但是在非西方社会，所谓“民主化”的政治改革中其实存在着一种默示的前提：即被变革的对象不是国家行使权威的机会结构（opportunity structure），而是民众的传统行为方式。无怪乎，尽管“发展挂帅的行政”（developmentalist government）病态扩张，长驱直入，而许多颇具自由主义色彩的知识分子也久能宽恕为怀，其原因概由此而起。所以，在这里宪法的基础不是自然权和社会契约的精神，而不得不是国家机

^④ Cf. Michael E. Tigar and Madeleine R. Levy, *Law and the Rise of Capitalism*, Monthly Review Press, 1977, pp.3ff.

关的统治良心和反思理性。因此，怎样才能使国家机关确定一套公正合理的办事程序就显得尤其重要。

第二，宪法被认为是国家的根本大法，是规范效力的金字塔型体系中的顶端。但是就其实质意义而言，宪法也不妨被理解为关于制定规范的规范形态。因此，其重点可以转移到确立关于法律变更的选择方式上来，而不必成为法规序列中的特定典章。^⑤ 换言之，立宪不等于起草一份最高纲领，而是建立一个可变而又可控的法律再生产的有机结构（constitution）。正是由于这个道理，现代西方立宪主义的核心是“正当过程”条款（the due process clauses）。按照 W·道格拉斯的权威性解释，“公正程序乃是‘正当过程’的首要含义。”^⑥ 例如，美国宪法最突出的特征体现在互相监督制衡（checks and balances）的分权体制上，各个权力之间的关系

^⑤ Niklas Luhmann, *Rechtssoziologie* (2, erw. Aufl.), Westdeutscher Verlag, 1983, S.214. 第1版日译本，岩波书店，1977年，第235页。

^⑥ William, O. Douglas, *op. cit.*, p. 848.

法律程序的意义

调更主要是通过程序进行的。如果把美国的宪法发展史看作是“自由的行进过程”的话，那么该国著名大法官 F·福兰克弗特的这一命题十分值得记取：“自由的历史基本上是奉行程序保障的历史。”^⑦

比较而言，中国的宪政研究多注重国体政体、权利义务等实体部分，于程序问题则不免有轻视之嫌。从中国现行宪法条文上看，需要改进之处的确不在少数，但关于公民基本权利的原则性宣言倒未见得与西方的章句相去多远。问题是，这些权利义务根据什么标准和由谁来确定、对于侵权行为在什么场合以及按照什么方式进行追究等程序性前提的规定（包括程序法的各项具体内容和实体法中的程序性配件，以下笼而统之简称“程序要件”）却一直残缺不全。至于超法的政治问题这里姑且存而不论，仅就个人权利的尊重和保护而言，其实既不必

^⑦ The opinion of the Court delivered by Justice Felix Frankfurter in *LeNabb v. United States*, See *United States Supreme Court Reports* (87 Law.Ed.Oct.1942 Term), The lawyers Cooperative Publishing Company, 1943, pp.827—828. Cf. Melvin I. Urofsky, *A March of Liberty: A Constitutional History of the United States* (Vol. I, To 1877), Alfred A. Knopf, Inc., 1988, pp. 94f.