

浙江省哲学社会科学规划课题研究成果（课题编号：08CGFX003ZQ）



程序性基本权利 法律保障研究

孙祥生 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

浙江省哲学社会科学规划课题研究成果（课题编号：08CGFX003ZQ）



程序性基本权利 法律保障研究

孙祥生 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

程序性基本权利法律保障研究 / 孙祥生著. -- 北京:
法律出版社, 2018

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1790 - 2

I. ①程… II. ①孙… III. ①人权法—研究—中国
IV. ①D922.74

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 309389 号

程序性基本权利法律保障研究

CHENGXUXING JIBEN QUANLI FALÜ BAOZHANG YANJIU

孙祥生 著

责任编辑 周 洁

装帧设计 贾丹丹

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京玺诚印务有限公司

责任印制 胡晓雅

编辑统筹 法律应用·大众读物出版第一分社

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

印张 14.5

字数 222 千

版本 2018 年 12 月第 1 版

印次 2018 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-83938336

咨询电话/010-63939706

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-83938334/8335

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071010/1636

深圳分公司/0755-83072995



书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 1790 - 2

定价:56.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

自序

笔者对程序性基本权利的关注与思考至今已有十多个年头,这期间也断断续续发表了一些论文;但是,到目前为止,对笔者而言,程序性基本权利研究的旅程才刚刚开始,很多问题需要进一步深入探讨。在本书付梓之际,简要向读者诸君交代本书写作背后的一些思考与体会。

一、选题缘起

本书的研究始于笔者读博期间博士课程《公法原理》的课堂讨论。当时,笔者负责准备“当事人角度的程序公正”专题的课堂发言讨论材料。在撰写发言材料过程中,笔者发现,从当事人的角度来看,程序公正与程序性基本权利能否得到尊重与保障有密切的联系,程序公正必须转化为程序主体的程序性基本权利才能得以实现。在导师孙笑侠教授的精心指导之下,笔者将程序与权利两者结合在一起进行研究,从程序的视角来探讨基本权利的保障与实现机制,从基本权利的视角探讨程序的正当性标准。在这个过程当中,笔者对程序性基本权利的功能与价值有了更加深入的认识。一方面,基本权利的实现有赖于正当法律程序的保障;另一方面,对程序性基本权利的保障本身也是正当法律程序的构成要件之一,也是正当法律程序能够建构并有效运行的必要条件,而程序性基本权利基因的缺失恰恰是制约我国程序法律制度功能发挥的重要因素。近年来,我国程序法律制度有了长足的进步;但是,从法律程序制度运行的实践来看,部分法律程序制度还处于“制度失灵”的尴尬局面,法律程序没有完全转化为权利保障、权力制约的制度安排。从一定意义上讲,我们不缺乏程序制度,缺乏的是以保障程序性基本权利为导向的程序制度。程序的核心是平等主体之间的交涉与参与,程序制度要有效运行,需要程序参与主体的基本权利得到

保障,特别是对程序主体参与权、知情权的充分保障。

程序性基本权利基因的缺失固然和我国基本权利保障的整体状况有密切的关系,但也和我们对程序性基本权利的认识误区息息相关。长期以来,我们把程序法看作实体法的附庸,把程序性权利看作实现实体性权利的形式和工具。诚然,从程序性基本权利的产生来源来看,程序性基本权利来自实体性权利的保障需求;但是,程序性基本权利一旦产生,自身便具有独立的价值。美国耶鲁大学法学院教授杰里·马修认为,程序正义体现了人性尊严的基本要求,是公民程序主体地位的外在表现,因而具有独立存在的价值。从本书实证调研情况来看,无论是政府官员还是普通民众的独立价值意义上的程序性基本权利意识还比较淡薄。行政、司法机关在行使职权时,不严格遵循程序法的规定履行程序职责,法律所规定的并不完备的程序性基本权利时常受到侵害。实践中以牺牲公民的程序性基本权利为代价追求所谓的“实体正义”,最终的结果往往是“实体正义”与“程序正义”防线的双重失守。

二、选题意义

程序性基本权利法律保障研究具有理论、制度、实践的多重功能与价值。

首先,程序性基本权利保障研究具有重要的理论价值。与国外程序性基本权利研究相比,当前我国程序性基本权利保障研究还存在一些不足与缺陷。一是程序性基本权利保障基础理论研究不足。尽管我国学者从各个领域对程序性基本权利的内容进行了较为广泛的研究,但研究对象比较分散,还没有形成系统的程序性基本权利保障的理论体系,对程序性基本权利的概念内涵、法律性质、法律特征、理论基础、基本内容、法律功能还缺乏全面系统的剖析,程序性基本权利的法律保障与救济机制研究还不太深入。二是程序性基本权利保障研究存在部门法学研究与宪法学研究之间的脱节。目前关于程序性基本权利保障的研究主要集中在诉讼法特别是刑事诉讼法学领域,学者关注的重心是刑事程序性基本权利保障的研究,把程序性基本权利仅仅视为部分人(刑事被告人)的权利,自觉或不自觉地脱离了宪法学的理论框架,缺乏从宪法基本权利体系的层面对程序性基本权利进行深入思考与系统构建。本书在借鉴前人研究的基础上,以宪法学为统领、涵盖多个部门法学对程序性基本权利法律保障基

础理论进行全面系统研究,构建程序性基本权利法律保障理论体系,对于弥补程序性基本权利保障研究的不足、深化基本权利理论研究具有重要的理论价值。

其次,程序性基本权利保障研究具有重要的制度价值。程序性基本权利具有重要的针对国家公权力的积极对抗或防御功能,对于防范国家公权力的不当行使具有积极的作用。也正因为这个功能,面对现代国家权力的不断扩张,程序性基本权利保障的重要性日渐凸显。从当今诸多国际人权公约的内容来看,程序性基本权利已成为国际人权保障的重要内容,它的扩充与强化已成为当代国际社会人权保障的基本趋势。但是,从当前我国相关程序法律制度来看,法律对于国家公权力机关的职权规定很多,但对于公民的程序性基本权利、公权力机关的程序性义务及其救济机制关注很少。在国家公权力运行过程中,违反程序法律制度的行为还在一定程度上存在,公民程序性基本权利受到侵犯的现象屡禁不止,公民程序性基本权利保障有待进一步加强。本书运用社会实证的研究方法,系统研究我国程序性基本权利保障的基本状况与主要问题,提出完善我国程序性基本权利保障制度的基本思路,对于我国程序性基本权利保障制度的完善具有重要的现实意义。

最后,程序性基本权利保障研究具有重要的实践价值。一方面,程序性基本权利保障使权利体系具有开放性与动态性。比如,在英国“程序先于权利”的法律传统中,正是通过程序性基本权利的保障,才使实体性权利不断丰富与扩张。因此,通过程序性基本权利的行使与保障,使整个权利体系随着主体和社会的发展与需要在动态中自我完善。另一方面,从程序民主理论的视角来看,程序性基本权利保障体现了交往理性的内在要求,促进了个体与国家之间、个体与个体之间的交流与共识,为程序民主的形成奠定了制度基础。正是在这个意义上,现代程序民主理论认为,要实现人们的共识,必须保障公民参与程序对话、辩论的权利。以行政听证为例,通过民众与行政机关之间的交涉,使行政机关及时了解民众的呼声,并认真对待其利益诉求,从而在合理考虑各方意见的基础上作出决策,最终实现决策的民主化和理性化。因此,通过研究程序性基本权利法律保障制度,对于法治建设和民主发展具有重要的实践价值。

当然,程序性基本权利理论与程序性基本权利制度本身的价值是不同的,笔者也不敢奢望本书的出版能发挥如此重要的作用,本书最重要的目的在于唤起公众对程序性基本权利保障的重视,重新思考与认识程序性基本权利的独立价值,并将程序性基本权利的保障与法治建设有机结合起来,共同推进社会主义法治国家建设目标的实现。

是为序。

2017 年 4 月

目 录

导 论	1
一、研究背景	1
二、研究现状	2
三、研究意义	4
四、研究内容	4
第一章 程序性基本权利的基本内涵	6
第一节 程序性基本权利概念探析	6
一、程序性基本权利概念的主要学说	7
二、两种视角下的程序性基本权利	8
三、程序性基本权利的三种内涵	11
第二节 程序性基本权利的法律特性	14
一、救济性	14
二、防御性	15
三、主动性	15
四、复合性	15
五、交互性	16
第三节 程序性基本权利相关概念辨析	17
一、程序性基本权利与实体性权利	17

二、程序性基本权利与第二性权利	18
三、程序性基本权利与获得权利救济的权利	19
四、程序性基本权利与公民法律程序中的权利	19
五、程序性基本权利与诉权、诉讼权利	19
第四节 程序性基本权利的主要分类	20
一、宪法程序性基本权利	21
二、法律程序性基本权利	21
第二章 程序性基本权利保障的发展历史及其趋势	24
第一节 公民程序性基本权利保障的历史起源	24
一、人类自我保存本能与程序性基本权利的起源	25
二、原始社会个体程序性基本权利的萌芽	26
三、国家公共权力与个体程序性基本权利的形成	29
第二节 程序性基本权利保障在西方社会的发展	30
一、程序性基本权利保障在西方古代社会的发展	31
二、程序性基本权利保障在西方近代社会的发展	34
三、程序性基本权利保障在西方现代社会的发展	36
第三节 程序性基本权利保障在中国社会的发展	39
一、程序性基本权利保障在中国古代社会的发展	39
二、程序性基本权利保障在中国近现代社会的发展	42
第四节 程序性基本权利保障的发展趋势	45
一、程序性基本权利保障的实定化	45
二、程序性基本权利保障的宪法化	45
三、程序性基本权利保障的国际化	48
第三章 程序性基本权利保障理论基础探析	51
第一节 人权保障理论与程序性基本权利	52

一、权利救济观念的视角	52
二、自然权利理论的视角	53
三、基本权程序保障功能理论的视角	55
第二节 程序正义理论与程序性基本权利	57
一、绝对程序工具主义理论与程序性基本权利	57
二、相对程序工具主义理论与程序性基本权利	58
三、程序本位主义理论与程序性基本权利	60
第三节 人的主体性理论与程序性基本权利	62
 第四章 程序性基本权利保障宪法基础探析	 65
第一节 人性尊严原则与程序性基本权利保障	65
一、人性尊严的定义及其本质	66
二、人性尊严原则在各国宪法中的体现	68
三、人性尊严原则与程序性基本权利保障	70
第二节 自然正义原则与程序性基本权利保障	71
一、自然正义原则的制度变迁	72
二、自然正义原则的主要内容	75
三、自然正义原则与程序性基本权利保障	77
第三节 正当程序原则与程序性基本权利保障	78
一、程序性正当法律程序(procedural due process)	79
二、实质性正当法律程序(substantive due process)	81
三、正当程序原则与程序性基本权利保障	82
 第五章 程序性基本权利主要内容的理论与规范分析	 85
第一节 程序性基本权利主要内容的理论分析	85
一、权利救济权	85
二、程序参与权	86

三、中立裁判权	88
四、程序平等权	89
五、程序公开权	90
六、程序理性权	91
七、程序自治权	92
第二节 程序性基本权利主要内容的宪法规范分析	93
一、国际人权公约中的程序性基本权利	93
二、外国宪法中的程序性基本权利	98
第六章 程序性基本权利宪法保障制度研究	105
第一节 程序性基本权利宪法救济机制	105
第二节 程序性基本权利限制的宪法保障	107
一、程序性基本权利限制需遵守的基本原则	108
二、程序性基本权利限制的制度分析——基于英、美两国当代实践的考察	108
第三节 程序性基本权利司法组织保障	114
一、公正、中立的司法机构是程序性基本权利保障的基本诉求	114
二、公正、中立的司法机构是程序性基本权利的组织保障	115
三、建立公正、中立的司法机构是国际人权公约的基本要求	115
第七章 程序性基本权利法律救济机制研究	118
第一节 程序性侵权行为概念分析	118
第二节 程序性侵权行为法律后果制度	120
一、侵犯刑事程序性基本权利行为的法律后果	120
二、侵犯行政程序性基本权利行为的法律后果	122
第三节 程序性侵权行为主体法律责任制度	124
一、民事责任	124

二、行政责任	126
三、刑事责任	128
第四节 程序性基本权利法律救济途径	129
一、个人救济	129
二、国家救济	130
三、国际救济	132
 第八章 我国程序性基本权利法律保障现状的规范分析	135
第一节 我国程序性基本权利法律保障的基本进展	135
一、程序性基本权利保障在我国宪法上的进展	135
二、程序性基本权利在我国法律上的进展	138
第二节 我国程序性基本权利法律保障存在的主要问题	143
一、程序性基本权利宪法保障的缺失与不足	143
二、我国程序性基本权利法律保障存在的主要问题	146
 第九章 我国公民程序性基本权利意识的社会实证分析	151
第一节 问卷设计与数据来源	151
第二节 样本特征与分析方法	151
一、样本特征	151
二、分析方法	154
第三节 问卷调查数据结果分析	154
一、关于公民对程序性基本权利的基本认知	154
二、关于公民对程序性基本权利保障的主观看法与心理认同	156
三、关于公民对完善程序性基本权利保障的基本看法	164
 第十章 我国程序性基本权利保障现状的社会实证分析	168
第一节 问卷设计与数据来源	168

第二节 样本特征与分析方法	169
一、样本特征	169
二、分析方法	171
第三节 律师问卷调查数据结果分析	171
一、律师对 2012 年《刑事诉讼法》实施效果的总体评价	171
二、律师会见权、阅卷权和调查取证权保障及其权利救济保障的基本现状	172
三、律师对刑事被告人程序性基本权利保障现状的基本判断	177
第四节 刑事被告人问卷调查数据结果分析	179
一、刑事被告人对程序性基本权利了解情况及其权利被告知情况	179
二、刑事被告人侦查阶段程序性基本权利保障情况	182
三、刑事被告人辩护权利保障情况	186
四、刑事被告人对司法判决及其权利保障的整体评价情况	188
 第十一章 我国程序性基本权利法律保障的完善思路	 191
第一节 树立程序性基本权利意识,培育正当程序文化	191
一、开展面向社会公众的程序性基本权利教育	192
二、强化国家机关工作人员的正当程序意识	193
三、加强程序法制宣传,改进普法教育方式	194
第二节 完善我国程序性基本权利宪法保障制度	194
一、程序性基本权利的入宪及其完善	194
二、完善程序性基本权利的宪法保障制度	195
第三节 完善我国程序性基本权利法律保障制度	197
一、加快程序法制建设,保障程序性基本权利	198
二、完善程序性侵权行为的法律后果与责任制度	200
三、完善程序性基本权利司法救济制度	202
四、加强法律实施监督,提高法律实施效果	203

结 语 认真对待程序性基本权利	205
参考文献	207
后 记	217

导 论

一、研究背景

从当今诸多国际人权公约与西方发达国家宪法的内容来看,公民程序性基本权利已成为国际人权保障与宪法权利保障的重要内容,公民程序性基本权利的扩充与强化已成为当代国际社会公民权利保障的基本趋势。但是,与国际社会的程序性基本权利保障相比,我国程序性基本权利保障还存在一些不足。在宪法保障层面,程序性基本权利救济还缺少基本制度保障。季卫东教授曾指出,“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法配件,以下笼而统之简称为‘程序要件’)却一直残缺不全……正是在这一意义上,对于宪法精神以及权利的实现和保障来说,程序问题确系致命的所在”。^①在法律层面,宪法所确立的程序性基本权利还没有得到充分有效的法律保障。从当前我国程序法律制度来看,法律对于国家公权力机关的职权规定很多,但对于公民的程序性基本权利、公权力机关的程序性义务及其救济机制关注很少。在国家公权力运行过程中,实践中违反程序法律制度的行为还大量存在,公民程序性基本权利受到侵犯的现象屡禁不止,公民程序性基本权利保障有待进一步加强。

^① 季卫东:《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社1999年版,第9页。

二、研究现状

国外学者基于不同的领域对程序性基本权利法律保障的理论基础、主要内容、基本制度、发展趋势等问题进行了大量的研究,取得了丰硕的研究成果。就研究领域而言,国外程序性基本权利保障研究主要集中在宪法学、人权法学、刑事诉讼法学等领域。早期学者主要关注司法过程中的程序性基本权利保障问题,随着现代社会行政权的扩张,学者开始关注行政过程中的程序性基本权利保障问题,程序性基本权利研究的广度与深度不断加强。就理论背景而言,程序性基本权利保障理论主要涉及基本权利保障理论、基本权程序保障功能理论、程序正义理论、程序宪政理论及程序民主理论。德国宪法学者提出了基本权程序保障功能理论,为程序性基本权利保障奠定了理论基础。20世纪50年代以来,西方法律本位主义理论确立了法律正当程序的独立价值,进一步深化了程序性基本权利保障研究。

近年来,国外学者对程序性基本权利法律保障进行了新的探索。第一,从纯理论研究、规范研究到社会实证研究。早期程序性基本权利保障研究主要是纯理论研究和规范研究,特别是法理学、宪法学研究,充满了哲学思辨的色彩。随着研究的深入,程序性基本权利保障研究从纯理论研究、规范研究发展到社会实证研究,学者采用社会调研方式开始对程序性基本权利保障机制的实际运行、公民程序正义观念及其心理机制等问题进行系统研究。^① 第二,从自身研究到比较研究。在程序性基本权利保障国际化背景之下,不少学者对程序性基本权利法律保障进行了国际比较研究。第三,宏观研究与微观研究相结合。在继续推进程序性基本权利宏观基本理论问题研究的同时,对程序性基本权利的具体内容、主要制度、运行过程进行微观研究。

随着我国公民权利保障事业的不断进步与基本权利理论研究的深入,程序

^① 主要代表性著作有: Jerry L. Mashaw, *Due Process in the Administrative State*, New Haven, Yale University Press, 1985. E. Allen Lind, Tom R. Tyler, *The Social Psychology of Procedural Justice*, New York, Springer, 1988. Tom R. Tyler, *Why People Obey the Law*, New Haven, Yale University Press, 1990. Akhil Reed Amar, *The Constitution and Criminal Procedure*, New Haven, Yale University Press, 1997. Richard Clayton, Hugh Tomlinson, *Fair Trial Right*, Oxford, Oxford University press, 2001。

性基本权利保障研究也渐渐进入人们的视野。孙笑侠教授基于其对法律程序问题的研究,在1992年提出“实体性人权”与“程序性人权”的划分,是较早关注程序性基本权利问题的学者之一。^① 近几年来,我国学者对程序性基本权利进行了全面研究,取得了很大进展。首先,从研究内容来看,我国学者对公民诉权、公正审判权、听证权、沉默权、知情权等程序性基本权利进行探讨,涉及程序性基本权利的基本内涵、法律特征、法律功能、法律保障等诸多问题。其次,从研究领域来看,程序性基本权利保障研究主要集中在法理学、宪法学、刑事诉讼法学、行政法学等领域,特别是刑事诉讼法学对程序性基本权利保障进行了大量的研究,在公民刑事程序性基本权利保障研究方面取得较大进展。^② 最后,从研究趋势来看,早期学者研究主要集中在国外程序性基本权利理论与制度的介绍和引进方面,后来一些学者开始关注我国程序性基本权利法律制度的完善与改造。

与国外程序性基本权利研究相比,当前我国程序性基本权利保障研究还存在一些不足与缺陷:其一,程序性基本权利保障基础理论研究不足。尽管我国学者从各个领域对程序性基本权利的内容进行了较为广泛的研究,但研究对象比较分散,还没有形成系统的程序性基本权利保障的理论体系,对程序性基本权利的概念内涵、法律性质、法律特征、理论基础、基本内容、法律功能还缺乏全面系统的剖析,程序性基本权利的法律保障与救济机制研究还不深入。其二,程序性基本权利保障研究存在部门法学研究与宪法学研究之间的脱节。目前关于程序性基本权利保障的研究主要集中在诉讼法特别是刑事诉讼法学领域,学者关注的重心是刑事被告人程序性权利保障的研究,把程序性基本权利仅仅视为部分人(刑事被告人)的权利,自觉或不自觉地脱离了宪法的理论框架,

① 参见孙笑侠:《论法律程序中的人权》,载《中国法学》1992年第3期。

② 代表性的论文与著作有,郭曰君:《论程序权利》,载《郑州大学学报》2000年第6期。李建良:《论基本权利之程序功能与程序基本权》,载《宪政时代》第29卷第4期。李继业、刘超:《程序基本权若干理论问题研究》,载《研究生法学》2007年第1期。王锴:《论宪法上的程序权》,载《比较法研究》2009年第3期。王锡锌:《行政过程中相对人程序性权利研究》,载《中国法学》2001年第4期。林劲松:《刑事诉讼与基本人权》,山东人民出版社2005年版。林林:《被追诉人的主体性权利论》,中国人民公安大学出版社2008年版。屈新:《被追诉人的人权保障研究》,中国政法大学出版社2008年版。薛兹:《人身保护令制度研究》,法律出版社2008年版。韩阳:《被追诉人的宪法权利》,中国人民公安大学出版社2007年版。岳捍惟:《刑事程序人权的宪法保障》,法律出版社2010年版。