



——
孙洪坤
著

法学新思维 **文丛**

◆ Chengxu yu Fazhi

权利法案中的大多数条款都是关于程序的规定，这并不是没有任何意义的，正是程序决定了法治与恣意的人治之间的主要区别。

——美国前联邦最高法院大法官威廉·道格拉斯 (Douglas)

程序与法治

Faxue Xinsiwwei Wencong

中国检察出版社

Faxue Xinsiwwei Wencong

法学新思维
文丛

程序与法治

■ □ — 孙洪坤 著

Faxue
Xinsiwwei
AW
法学新思维

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

程序与法治/孙洪坤著. —北京: 中国检察出版社, 2008. 3

ISBN 978 - 7 - 80185 - 894 - 8

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 014704 号

程序与法治

孙洪坤 著

出 版 人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电子邮箱: zgjccbs@ vip. sina. com

电 话: (010)68682164(编辑) 68650015(发行) 68650029(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市中国画美凯印刷有限公司

开 本: A5

印 张: 10.5 印张 插页 4

字 数: 291 千字

版 次: 2008 年 3 月第一版 2008 年 3 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 80185 - 894 - 8/D · 1870

定 价: 28.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究

如遇图书印装质量问题本社负责调换

序 一

依法治国建设社会主义法治国家是我国新时期法治建设的宏伟战略目标，作为一项系统工程，“程序法治”是“法治”不可或缺的方面，也是衡量一个国家法治程度的重要标志。然而，由于我国传统中长期“重实体”、“轻程序”观念的惯性影响，导致我国程序法治理论研究滞后和薄弱。今天，青年学者孙洪坤同志送来了他的最新研究成果——《程序与法治》一书的书稿。据我所知，该书是我国迄今为止法学理论领域最为系统和全面地研究程序与法治国家建设思想的学术专著，我为其大胆的理论勇气、严密的逻辑论证、独到的新颖见解和犀利的语言文字所吸引。该书研究视角独到，对程序与法治的若干重大理论与现实问题进行了深入的探讨，如从法社会学的视角研究程序正义在中国的可适应性问题；程序正义的中国语境；正当程序的宪政价值与构造；正当程序的文化底蕴；中国刑事程序正当化设计的标准、设计的基调、设计的视角；等等。尽管其中某些问题的研究尚待进一步深入，但这些问题的提出有利于开阔我们研究程序法理论的视野，加深我们对程序在法治建设中重要性的认识，促进我国程序法治制度的改革完善。

我为诉讼法学界这一部力作将要由中国检察出版社出版而高兴，为中国程序法理论研究的不断深化而欣喜，是为序。

徐静村*

* 徐静村，西南政法大学教授、博士生导师，中国管理科学院终身院士。

序 二

党的十六大报告提出要着重加强制度建设，实现社会主义民主政治的制度化、规范化、程序化。党的十七大报告提出推进社会主义民主政治制度化、规范化、程序化，为党和国家长治久安提供政治和法律制度保障；支持人民代表大会依法履行职能，善于使党的主张通过法定程序成为国家意志。可见，通过法定程序推进法治建设，已成为我国社会发展的时代特征与精神。近年来，从理论界来看，虽然就程序问题进行研究和分析的学者不在少数，但从宏观上全面探讨程序与法治建设的关系及其基本规律的学者却凤毛麟角。孙洪坤同志的最新成果——《程序与法治》一书，可谓是适时而作，对程序与法治的关系按照逻辑联系从不同方面进行了概括和梳理，并阐明了他的程序与法治思想，已初步形成独立完整的理论体系。我认为，该书是一部具有较高学术价值和社会价值的优秀成果之一，是一部非常重要的、不可多得的关于程序与法治国家建设互动关系思想的力作，其重要贡献在于，能够运用多学科的视角把程序与法治的重大理论问题的观点同建设我国法治社会具有重要现实意义的问题联系起来，提出了一系列新的学术思想观点，如程序是建构法治的起点、是法治运行的动脉、是法治国家的象征，程序文明：程序价值的新视野，等等。

陈云生*

* 陈云生，中国社会科学院研究生院法学系教授、博士后导师，北京师范大学法学院特聘教授。

目 录

序 一	/1
序 二	/1
导 论 正当程序的法治意义	/1

上 篇 程序正义的法治之理

第一章 程序正义的中国解读	/21
第二章 程序正义的中国语境	/37
第三章 程序正义：现实语境下的多维度批判	/54
第四章 程序正义的中国诉说	/71

中 篇 正当程序的法治之神

第五章 正当程序的宪政之维	/89
第六章 正当程序的人文精神	/107
第七章 正当法律程序的文化底蕴	/125
第八章 正当程序与人权保障	/147
第九章 正当程序与政治文明	/163
第十章 程序公正与诉讼效率	/177
第十一章 程序文明：程序法治的新视野	/188

下 篇 刑事程序的法治之维

第十二章	正当法律程序与最低限度的公正	/201
第十三章	刑事诉讼正当程序原则	/232
第十四章	论中国刑事程序的正当化	/245
第十五章	刑事诉讼法再修改的价值取向	/267
第十六章	侦诉关系模式：比较、反思与重构	/280
第十七章	刑事被害人法律援助制度	/297
第十八章	刑事司法的特性	/312
后 记		/326

导论 正当程序的法治意义

——一种法社会学的思考

随着司法改革的深入，正当程序问题已逐步进入国内理论界、实务界的视野。但从目前的著作、杂志、报纸等媒体对这一问题的研究和报道来看，更多的只是浮于理论层面，且大多是对英美等国理论简单的介绍或抽象的分析，而未能就如何将“正当程序”这一观念、宪法原则结合中国的法律文化背景加以改造、为我所用等问题提出具体理论和指导。故此，本文拟从我国社会结构转型期这一背景出发，对正当程序在实现依法治国进程中的意义及建构之路进行初步探讨，以抛砖引玉。

一、正当程序的思想渊源

“正当程序”作为一种法治观念产生于 13 世纪的英国。作为普通法的基本要求，法庭在对任何一件争端或纠纷做出裁决时应遵循“自然正义”原则。这个原则包含两项具体要求：第一，任何人均不得担任自己诉讼案件的法官；第二，法官在制作裁判时应充分听取双

方当事人的陈述。可以说,自然正义的两项要求均与程序有关,是判断有关法律程序本身正当性和合理性的标准。“正当程序”(due process)通常又称为“法律的正当程序”或“正当法律程序”(due process of law),^①是一种重要的法治观念,同时又是一条极为重要的宪法原则,是在“维护人权”的过程中成长起来的。注重程序日益成为世界各国的共识,正如美国著名大法官本杰明·卡多佐所指出的,“不经正当法律过程,无人应被剥夺自由,这是一个最具普遍性的概念”。^②当今任何一个追求文明与进步的民族,都应该有他们自己的正当程序,尽管他们也许不使用“正当程序”这个称谓。^③正当程序正在超越英美国家传统法律文化的藩篱,而逐渐为其他法律文化所认同。

如同“程序正义”,“正当程序”也是起源于英国的法律思想,导源于英国的《自由大宪章》,是西方古代“法的统治”观念与自然法学说的产物。1215年英国国王签署的《自由大宪章》明确规定:“凡自由民,如未经其同级贵族之依法裁判,或经国法判决,皆不得被逮捕、监禁、没收财产、剥夺法律保护权、流放或加以任何其他损害。”它被认为拥有约束其他普通法的效力,因而被誉为保护人民自由权利的最初的成文宪法性文件。那时,“正当程序”仅指刑事诉讼必须采取正式的起诉方式并保障被告人接受陪审裁判的权利,主要用在刑事诉讼中对封建贵族的权利进行保护。在随后的爱德华三世时代,1354年英国国会通过的第二十八条法令即《自由令》第三章规

① 有人认为,“法律的正当程序”与“正当法律程序”是有区别的,前者侧重程序的形式合法性,后者强调程序的实质正义性。笔者认为,这种区别其实并不存在,“法律的正当程序”与“正当法律程序”仅是 due process of law 的两种不同译法,只是中文表达的字面差异,而 due process of law 包含了上述两层含义,这反映了两种语言之间缺乏严格的对应关系。

② [美] 本杰明·卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆1998年版,第46页。

③ 杨一平:《司法正义论》,法律出版社1999年版,第150页。

定：“未经法律的正当程序进行答辩，对任何财产或身份的拥有者一律不得剥夺其土地或住所，不得逮捕或监禁，不得剥夺其继承权，或剥夺其生杀之权利。”这条规定首次以法令形式表述了正当程序原则，并扩大了其适用范围。

随着美利坚合众国的成立，美国成为这一理论发展和实践的先锋，以迥异的风格将正当程序推向全盛时期。美国独立革命后，汉密尔顿在1787年的纽约州批准宪法会议上提出“正当程序”一词，指出：除非依照“正当的法律程序”，否则，任何人都应得到保证，不被剥夺特定的权利。它构成了美国宪法第五条修正案和后来的第十四条修正案的“正当程序”条款的起源。1791年通过的美国宪法第五条修正案规定：“无论何人，除非根据大陪审团的起诉，不得受判处死罪或者其他不名誉罪行之审判。任何人不得因同一罪行而两次遭受生命或身体的危害；不得在任何刑事案件中被迫自证其罪；不经正当法律程序，不得被剥夺生命、自由和财产。不给予公平赔偿，私有财产不得充作公用”。这条规定适用于联邦政府机关。1868年通过的美国宪法第十四条修正案规定：“凡在合众国出生或归化合众国并受其管辖的人，均为合众国的和他们居住的州的公民。任何一州，都不得制定或实施限制合众国公民的特权或豁免权的任何法律；不经正当法律程序，不得剥夺任何人的生命、自由或财产；对于在其管辖下的任何人，亦不得拒绝给予平等法律保护。”这条规定适用于各州政府机关。美国宪法第五条、第十四条修正案所包含的“不经正当法律程序，不得剥夺任何人的生命、自由和财产”的内容被称为“正当程序条款”。

在正当程序问题上，英美两国的主要差异在于：在英国正当程序是普通法的产物，而在美国则是宪法的产物。

二、正当程序的标准

何谓正当程序的标准？汤姆·泰勒教授认为，某种法律程序是否正当，构成衡量标准的最关键的因素有三个，即涉及身份认同和资格

的“个人立场”，涉及权威者的动机和善意“可信度”以及决定过程只取决于事实和逻辑而不受到偏见和差异影响的“中立性”。^①笔者认为，正当程序的判断标准应包括以下内容：

（一）裁判者要“正当”

1. 中立。“任何人均不得担任自己诉讼案件的法官”，这一程序正义原则旨在确保各方参与者受到裁判者平等地对待；与程序法律结果有牵连的人不得成为裁判者；裁判者与当事人任何一方不得有利益或其他方面的联系。中立原则需要通过一系列的制度来保障，如回避制度、权力制约等。

2. 独立。裁判者独立地行使裁判权，只受法律和自己良心的约束，不受任何外界因素的干预，法律程序是法律结果的唯一的决定因素。

3. 程序法定。程序法只能由立法加以规定，只能具有立法性质，裁判者不得违背程序法所明确设定的程序规则而任意决定诉讼的进程，其价值根基在于“以程序制约权力”，有序并有效地与恣意抗衡。

（二）当事人对法律程序的“正当”要求

1. 程序平等。平等是一种反映人们普遍的追求和理想的价值目标。程序平等意味着程序要保障当事人能够平等地参与，相似情况能得到相似的对待；同时，裁判者要平等地保护双方当事人权利的行使，从而真正地实现“法律面前人人平等”。

2. 程序自治。平等作为一项主观感受因人而异，作为权利可以放弃，而不会带来任何不利后果。对不平等的反抗是程序公正的要求。因此，程序的“反抗权”就是对程序的自愿参与。这种自治是同意而非强迫。“投票不得强制、听证不必非要参加不可、民事诉讼

^① Tom R. Tyler, *Why People Obey the Law: Procedural Justice, Legitimacy and Compliance*, Yale University Press, 1990, pp. 98 - 101.

当事人可以不出庭、刑事被告人可以拒绝回答等就体现了程序自治。”^①

3. 程序人道。当事人被人道地对待，其隐私与人格尊严受到尊重，不受侮辱和毁谤。

（三）程序及时

对当事人而言，程序是对程序法律行为的时序性要求。它的内涵是：程序应当及时地终结，不能一拖再拖，遥遥无期。如果时间拖得太久，不仅会造成司法资源的巨大浪费，且不利于当事人权益的实现。“迟来的正义为非正义”，时间久了，即便最终得到了公正的结果，正义也变了味道。对于当事人来说，意义也会大为减弱。

（四）程序公开

“公平的实现本身是不够的。公平必须公开地、在毫无疑问地被人们所能够看见的情况下实现。这一点至关重要。”^② 现代法治原则的发展要求执政者以公布的成文法来进行治理，程序公开、透明要求除法律明确规定的特殊案件外，都应公开审理，允许公民旁听，将执法、司法活动的全过程置于广大人民群众监督之下。没有透明的程序，其产生的结果无论如何都无法使人信服，只有将程序公开化、透明化，公正的实现才能看得见、摸得着，才能够及时纠正执法、司法中的各种错误意见。

上述标准可以构成判断不同法律程序规则正当性的基本依据。当然，由于社会条件不同，它有不同的表现形式，如“裁判者中立”，意味着裁判者独立于其他的机构和个人，在西方是司法独立，在我国则被称为人民法院依法独立行使审判权。

^① 徐亚文：《程序正义论》，山东人民出版社2004年版，第219页。

^② [英] 彼得·斯坦、约翰·香德：《西方社会的法律价值》，王献平译，中国法制出版社2004年版，第112页。

三、中国的程序观念

在中国的历史长河中，轻程序观念由来已久。这种观念不仅存在于立法中，也存在于司法中；不仅存在于刑事诉讼中，还存在于民事诉讼中。其原因有历史上的也有现实上的；有观念上的也有制度上的；有法律历史传统的，也有新中国成立以来各种人为的。

笔者认为，造成今天程序观念缺失的最直接的原因是未能把刑事诉讼法当做独立的法律部门来对待，未能赋予其独立的法律地位和生命价值。在立法方面，未能对违反刑事诉讼法的行为规定相应的法律后果，也未规定责任主体；在司法方面，受中国重实体、轻程序的传统诉讼文化思想影响，刑事诉讼法本身的缺陷日益显露，乃至出现了司法人员借刑事诉讼法的立法缺陷来规避有关诉讼程序的做法，而且这种做法在很大程度上是得到司法领导者默许的，甚至是有组织地进行的。

追溯到诉讼文化，西方注重发挥的是程序的控权作用，重视对个人权利的保护，法律追求的也是对社会的科学管理和个人权利、自由的保障与张扬。中国传统文化的倾向则是绝对的集体主义，作为宗法社会中的一员，只能消极地适应群体需要而非积极地发展自己的个性或潜能。中国传统诉讼文化不仅缺乏民主与权利的土壤和气候，而且更致力于维护一个安定的社会，这正是程序法治长期不发达的观念性原因。每一种观念的形成都是有一定历史根基的。难以改变一种观念的关键并不在于这种观念本身有了多少年历史，而在于这种观念给了人们一种顺从的习惯；一种观念，纵使有着几千年的历史，而一个人一生一般也就有着六七十年的生命，但是这种传统观念对一个人的影响是处于其中的人所控制不了的，对他的影响亦是潜移默化的。

（一）“工具论”的观念

我国的司法者以及很大一部分立法者都认为刑事诉讼法只不过是实现刑法功能的一个程序性工具而已。其作用无非是辅助刑法实现其

惩罚犯罪、维护社会秩序的工具。这就带有了明显的倾向性，即偏向追诉人一方，而对犯罪的打击则是可以违反、越过、规避程序的，是毫不留情和想尽一切办法的，甚至是可以“不择手段”的。立法者制定了这样一部带有明显倾向性的法，也同样把这种倾向性传给了本已有这种倾向的司法者。这种倾向在司法过程中被无限量的强化了，比如违法取证、先定后审和司法界很是津津乐道的“公检法”联合办案等。

（二）诉讼效率的评价标准问题

为什么有的执法人员乐此不疲地去破坏已有的程序呢？其原因是我们一直这么认为：我们要以最简便的方法、最快捷的速度实现刑法的惩罚功能来打击犯罪，以为这才不失高效率。“从严、从重、从快”，这就是我们的效率观。这种观念的形成有着深厚的历史原因。在特定的历史时期，这种观念也能发挥较好的作用。从新中国成立到90年代末相当长的时间内，刑事司法工作一直都是在这种指导思想下进行的，其成果对这一时期的法制探索进程有较大的推动作用，基本上保障了社会经济建设的顺利进行和整个社会的稳定。这一事实让我们得出这样一种经验：被怀疑的犯罪嫌疑人绝大多数（至少也是大多数）都是有罪的，赋予他们过多的权利无疑是一种浪费，问题的关键是如何揭露罪行、惩罚犯罪。既然是经验，那肯定是要被宣传和学习的，久而久之，这种经验便成了一种共识，更准确地说是一种价值观念，深深地扎根在我们的思维中。比如要是谁家门前出现了警察和警车，几乎肯定会被认为是这人“犯什么事”了，除非他本人就是警察，这就是经验思维！

（三）关于公正的评价标准

过去我们一直所追求的公正就是“发现犯罪事实，强有力地打击犯罪”。认为既然是业已发生的事实，就一定能够发现它，证明它的存在，这是程序工具主义所认同的重要内容。至于是如何发现的、发现的过程是否“正当”，立法者很少予以考虑；司法者也没有对“不严守公正的程序会不会对刑法的实现产生障碍”这样的问题产生

过疑惑，因为答案在他们心中早已形成，而且是相当的肯定：发现罪行、惩罚犯罪才是公正。当“公正”的概念在人民心中确立时，真正不公正的东西当然要被“理所当然”地剥夺。但一直以来，由于我们相信“事实一定会被发现”，而忽视了这样一个现实：事实是不可能重现的，我们到底能够发现多少事实，只能靠已有的证据加以证明。由于司法裁判是借助证据对以往事实的判断，由于证据的有限性和既往事实的不可重现性，势必出现一些冤假错案，正如同错误和误差一样。误差可以避免，但错误则是可以避免的。

（四）制度方面

“我们需要的与其说是好的人，还不如说是好的制度。我们渴望得到好的统治者，但历史的经验向我们表明，我们不可能找到这样的人。”^① 当出现了司法腐败的时候，人们往往会怪罪到某一个人身上，比如某一个被逮捕的院长、某一个被判刑的法官，说他有多腐败、有多黑暗，而很少去反思我们的制度。道德自律在国家生活中是不可靠的，总是存在着道德风险。要避免这一风险唯一的办法就是通过制度来解决。法治社会应是一个制度化的社会，我们所倡导的法治社会更是以法制的健全为前提的。我们所做的努力，从表面上看是为了我们这个时期的需要，但从更深层来看，更是我们中华民族对法治的需要与渴望。

1. 立法制度。立法权是由全国人大行使的，但是我们的代表来自全国各个行业，当然也有来自法学界、司法界的，但毕竟是少数。如此就产生了这样一种尴尬的局面：立法者不懂法，审议法律的人不懂法律。他们中的一些人不仅不能从法治的角度来衡量一部新的法律，更不能从整个社会发展的高度审视之。我们经常可以看到这样的新闻，说是某大学法学院或系某著名法学教授应邀给某某人大讲课，又说某某领导听得有多认真，听后又大发感慨，说依法治国有多重

^① [英] 卡尔·波普尔：《猜想与反驳——科学知识的增长》，傅季重等译，上海译文出版社1986年版，第491页。

要。普通百姓眼中的法律和司法者手中的法律当然是不同的，而司法者与法学研究者对待法律的态度也是不同的，我们不能混淆他们之间存在的差距，更准确地讲应该是存在的“差别”。因为“差距”强调的是距离，“差别”强调的则是层次；“差距”是说距离的远近，“差别”则是说层次的高低。普通民众、司法者和法学研究者眼中的法律肯定是不同的，因为他们的角度是不一样的，这是显而易见的。但笔者强调的是应该使用这种“差别”，补充、完善我们的立法制度，凸显不同的层面。立法既要显示出一定的专业水准，又能吸收司法者的意见，倾听大众的呼声。

像正当程序这种对中国人来讲有点近乎“不可理喻”的东西，普通民众是无法一下子接受的。我们的司法者也很难在司法中予以忠实地执行，至于立法者是否对此有坚强的立法本意也会受到质疑。

2. 程序性法律责任制度。现代程序价值的确立，意味着“正当法律程序不是一种可遵守、可违反的‘软法’，而是必须遵守的‘硬法’”。^① 程序制度不完善，缺乏制裁机制，无疑对我们的法治是一个重大的打击。以刑事诉讼为例，最大的缺陷就是刑事诉讼法未能规定违反它的法律后果。作为中国一个重要的法律部门来讲是不应该的，其最直接的危害就是使其失去了法律本应有的威信，让监督者找不到其权力行使的依据。程序法可以被轻易违反，当然就缺乏威信了。

四、正当程序与依法治国

“正是程序决定了法治与恣意的人治之间的基本区别。”^②就我国来说，正当程序的引进在很大程度上是由于在社会结构转型期出现了一系列的问题，而正当程序正是直指这些问题的。这里所说的社会转

① 张彩凤：《英国法治研究》，中国人民公安大学出版社2001年版，第270页。

② William. O. Douglas's comment in Joint Anti - Fascist Refugee comm. v. Mcgrath, the lawyers cooperative publishing company, 1951, p. 858.

型，是指我国的改革开放和现代化建设事业。我们每个人都可以从实际生活中感受到，短短 20 余年的改革开放和现代化建设，已经使中国社会发生了巨大而深刻的变化：从经济形态看，是从以国家计划为主导的计划经济社会向以市场为导向的商品经济社会转变；从政治形态看，是从各种以权威控制为特征的集权专制型社会向建立在个人自由平等基础上的民主法治型社会转变；从社会关系看，是从各种以身份为特征的依赖型关系向以个人独立自由为基础的契约型社会关系转变；从价值观念看，是从中国传统的“权力本位”向“权利本位”转变。这正是中国引入正当程序的一个大的社会背景。

依法治国越来越为我们国家所重视，国家领导人越来越重视法律的作用，已经完成了由法律虚无主义向依法治国理念的转变。具体法治、程序法治，或者说具体的程序法治已经进入我国，至少进入了我国许多法学理论研究者的视野。从根本上说，理论来源于现实的需要，正是因为我们存在着这样或那样的问题，才迫使我们引入这样一种制度，以期待它能解决我们棘手的问题。司法腐败、道德失范、价值观念由单一走向多元，使得这些问题更显得尖锐和复杂起来。

我国法律程序存在着很大的缺陷：限制恣意的方式更多依赖的是实体法上的具体性规定，而非在正当程序框架内的分权制约、平等交涉和职业尊严自律，这种制度安排在缩减恣意的同时也压抑了选择，而选择恰恰是程序的价值所在。结果选择的要求只能以非程序的方式去满足，在这种制度安排下，恣意随着限制不是减少而是增多。比如在司法审判中，当事人可以出尔反尔，任意反悔；案件可以一判再判，随时回炉；法官可以先报后判，多方周旋；上级机关可以一再复查复审，主动干预。

我们所要建立的是一个法治社会，是一个良序社会，在这个社会中，每个成员都能有一种有效的正义感，都能按照社会的规则来行为。因此，我们所讨论的“正当程序”应该是能在中国实行的“正当程序”，而不是那种仅仅限于基本理论层面的，至少应该是为中国设计的“正当程序”，是镶嵌在中国法治背景上的。