

社科文献  学术文库

| 社会政法研究系列 |



JURISPRUDENCE OF LEGAL PROCEDURE

(第二版)

孙笑侠 著



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

社科文献



学术文库

| 社会政法研究系列 |

程序的法理

JURISPRUDENCE OF LEGAL PROCEDURE

(第二版)

孙笑侠 著



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

图书在版编目(CIP)数据

程序的法理 / 孙笑侠著. --2 版. --北京: 社会科学文献出版社, 2017. 11

(社科文献学术文库. 社会政法研究系列)

ISBN 978-7-5201-1074-7

I. ①程… II. ①孙… III. ①诉讼程序-研究-中国
IV. ①D925.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 165142 号

社科文献学术文库·社会政法研究系列 程序的法理 (第二版)

著 者 / 孙笑侠

出 版 人 / 谢寿光

项目统筹 / 刘骁军

责任编辑 / 关晶焱 赵瑞红

出 版 / 社会科学文献出版社 (010) 59367161

地址: 北京市北三环中路甲 29 号院华龙大厦 邮编: 100029

网址: www.ssap.com.cn

发 行 / 市场营销中心 (010) 59367081 59367018

印 装 / 三河市东方印刷有限公司

规 格 / 开 本: 787mm × 1092mm 1/16

印 张: 22.5 字 数: 294 千字

版 次 / 2017 年 11 月第 1 版 2017 年 11 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978-7-5201-1074-7

定 价 / 158.00 元

本书如有印装质量问题, 请与读者服务中心 (010-59367028) 联系

 版权所有 翻印必究

出版说明

社会科学文献出版社成立于1985年。三十年来，特别是1998年二次创业以来，秉持“创社科经典，出传世文献”的出版理念和“权威、前沿、原创”的产品定位，社科文献人以专业的精神、用心的态度，在学术出版领域辛勤耕耘，将一个员工不过二十、年最高出书百余种的小社，发展为员工超过三百人、年出书近两千种、广受业界和学界关注，并有一定国际知名度的专业学术出版机构。

“旧书不厌百回读，熟读深思子自知。”经典是人类文化思想精粹的积淀，是文化思想传承的重要载体。作为出版者，也许最大的安慰和骄傲，就是经典能出自自己之手。早在2010年社会科学文献出版社成立二十五周年之际，我们就开始筹划出版社科文献学术文库，全面梳理已出版的学术著作，希望从中选出精品力作，纳入文库，以此回望我们走过的路，作为对自己成长历程的一种纪念。然工作启动后我们方知这实在不是一件容易的事。对于文库入选图书的具体范围、入选标准以及文库的最终目标等，大家多有分歧，多次讨论也难以一致。慎重起见，我们放缓工作节奏，多方征求学界意见，走访业内同仁，围绕上述文库入选标准等反复研讨，终于达成以下共识：

一、社科文献学术文库是学术精品的传播平台。入选文库的图书

必须是出版五年以上、对学科发展有重要影响、得到学界广泛认可的精品力作。

二、社科文献学术文库是一个开放的平台。主要呈现社科文献出版社创立以来长期的学术出版积淀，是对我们以往学术出版发展历程与重要学术成果的集中展示。同时，文库也收录外社出版的学术精品。

三、社科文献学术文库遵从学界认识与判断。在遵循一般学术图书基本要求的前提下，文库将严格以学术价值为取舍，以学界专家意见为准绳，入选文库的书目最终都须通过各该学术领域权威学者的审核。

四、社科文献学术文库遵循严格的学术规范。学术规范是学术研究、学术交流和学术传播的基础，只有遵守共同的学术规范才能真正实现学术的交流与传播，学者也才能在此基础上切磋琢磨、砥砺学问，共同推动学术的进步。因而文库要在学术规范上从严要求。

根据以上共识，我们制定了文库操作方案，对入选范围、标准、程序、学术规范等一一做了规定。社科文献学术文库收录当代中国学者的哲学社会科学优秀原创理论著作，分为文史哲、社会政法、经济、国际问题、马克思主义等五个系列。文库以基础理论研究为主，包括专著和主题明确的文集，应用对策研究暂不列入。

多年来，海内外学界为社科文献出版社的成长提供了丰富营养，给予了鼎力支持。社科文献也在努力为学者、学界、学术贡献着力量。在此，学术出版者、学人、学界，已经成为一个学术共同体。我们恳切希望学界同仁和我们一道做好文库出版工作，让经典名篇，“传之其人，通邑大都”，启迪后学，薪火不灭。

社会科学文献出版社

2015年8月

社科文献学术文库学术委员会

(以姓氏笔画为序)

卜宪群	马怀德	马 敏	王延中	王 名	王国刚
王建朗	王 巍	付子堂	邢广程	邬书林	刘庆柱
刘树成	齐 晔	杨 光	李友梅	李 平	李永全
李 扬	李向阳	李 林	李国强	李剑鸣	李培林
李景源	李 强	邴 正	吴大华	吴志良	邱运华
何德旭	张宇燕	张异宾	张蕴岭	陆建德	陈光金
陈春声	林文勋	卓新平	季卫东	周 弘	房 宁
赵忠秀	郝时远	胡正荣	俞可平	贾庆国	贾益民
钱乘旦	徐俊忠	高培勇	唐绪军	黄 平	黄群慧
曹卫东	章百家	谢寿光	谢维和	蔡 昉	潘家华
薛 澜	魏礼群	魏后凯			

作者简介

孙笑侠 浙江温州籍，教育部“长江学者”特聘教授、复旦大学特聘教授、法学院教授、博士生导师。中国社会科学院法学博士，哈佛大学高级访问学者。从事法理学、当代中国法治、公法一般理论、法律职业、法律程序、法律方法和法学教育等研究。代表作有《司法的特性》（2016）、《法治需求与动力》（2016）、《法门穿行》（2016）、《程序的法理》（2005）、《法律对行政的控制》（1999）、《法的现象与观念》（1995）等。在《中国社会科学》、《法学研究》、《中国法学》等刊物发表论文近百篇。曾任教于浙江大学（及原杭州大学）法学院，曾任浙江大学光华法学院院长和复旦大学法学院院长。现兼任中国法理学会副会长、中国法学教育研究会副会长、教育部法学教育指导委员会委员、全国法律硕士专业学位教育指导委员会委员。多次参加全国人大常委会、中央政法委、最高人民法院、最高人民检察院、司法部等国家机关组织或委托的咨询论证活动。获得国务院政府特殊津贴（1999），第三届（2002年）全国十大杰出中青年法学家称号，入选教育部新世纪优秀人才支持计划（2005），国家“百千万人才工程”（2007）。

内容提要

本书以法律程序的一般原理为论述范围，从法的“形式化”（formality）思想入手来分析中国法律的特点是缺乏形式化因素。由此设定了本书的理论前提：正当程序（与职业法律家并列）是西方法律制度化的两大要素之一，它是建构现代法律的基石，也是中国法律克服传统弊端走向形式化的基本要素。全书选择了十余个比较重要的法律程序基本理论问题作为主要的研究内容，结构大致分为三个部分：上篇，主要是探讨法律程序原理的基本问题，包括正当程序的基本特征与要素、法律程序的形式性及其意义、法律程序内在的基本矛盾、程序正义的基本理论。中篇，主要涉及司法程序，并把焦点对准法律家与程序伦理，包括司法与程序、程序中的法官、法律家的程序伦理和法官在程序内外的言论。下篇，着重研究宪治中的程序问题，包括程序化的宪法、程序与人权、程序与行政、行政程序的设计四题。本书基于法律形式化的理念而展开，旨在探讨法律程序中具有一般规律性的问题。

Abstract

The author's main argument in this book is that, according to the basic principles of legal procedure, and from the point of view of legal formalism, a prominent feature of Chinese laws is their lack of formal qualities. A basic premise of the argument is that, due process, as well as a system legal professionals, are a key element of Western legal institutions . It is not only the keystone for the modern law, but also the fatal factor for Chinese law to overcome the conventional shortcomings. The book provides an in-depth analysis of the significance of legal formalism and the general principles underlying legal procedures. The three parts of the book cover a total of ten major topics in this field. The four chapters in Part I focus on such foundational questions about legal procedure as g the basic features and elements of due process, the significance of formalism, inherent contradictions in legal procedures and basic theories of procedural justice. Part II has four chapters, which address various issues related to judicial procedure, the role of the judge, legal professionals and procedural ethics, and judges utterance . Discussions in Part III, which encompasses chapters nine through twelve, cover a range of topics related to legal procedure and constitutional governance. They include formalism and the constitution,

the significance of legal process for human rights and for government administration and finally, principles for establishing sound administrative procedure.

目 录

序论 中国法的“形式化”与现代化	001
------------------------	-----

上 篇

第一章 程序的特征与要素	015
一 法律程序的概念	015
二 程序的正当性	018
三 正当程序的特征	022
四 正当程序的要素	029
第二章 程序形式的特殊意义	034
一 程序的形式性	034
二 “无程序的法律”难以容忍	040
三 程序形式的相对独立性	045
四 程序形式是现代法的基本特征	049
五 程序形式是制度化的两大基石之一	052

第三章 法律程序的内在矛盾	056
一 程序的矛盾规律	056
二 程序目标（产出）与程序手段（成本）	059
三 大众生活逻辑与职业专门逻辑	062
四 职权主义与当事者主义	068
五 实体倾向与形式倾向	073
第四章 程序正义	078
一 法律与程序正义论	078
二 形式正义应用的三种典型形态	083
三 “看得见的”正义	087
四 程序的外在价值与内在价值	095
五 程序内在价值的基本要素	099

中 篇

第五章 司法与程序	111
一 司法权是判断权	111
二 司法权与行政权的区别	116
三 司法独立于行政的理由	121
四 司法程序与司法权	125
第六章 程序中的法官	131
一 法治中的人的因素	131
二 专业法官的产生	133
三 专业法官的威望来自何处	138
四 司法程序中的思维特征	143

第七章 法律家的程序伦理	156
一 程序中的伦理述要	156
二 德才兼备：程序伦理与技术理性之间	163
三 程序伦理可能被列举穷尽吗？	170

第八章 程序内外的法官言论	177
一 法官“金口难开”	178
二 法官慎言义务从惯例走向“客观化”	182
三 法官慎言义务的理由分析	188
四 我国法官慎言义务及主要遗留问题	194
五 与法官慎言义务有关的制度安排	204

下 篇

第九章 程序化的宪法	213
一 宪法实效与宪法程序	213
二 宪法的正当程序原则	220
三 宪法中的权力程序	224
四 合宪性监督程序	228

第十章 程序与人权	233
一 权利与程序性权利	233
二 程序性权利的特点	238
三 法律程序中涉及人权的几对矛盾	241
四 程序与人权价值	246

第十一章 程序与行政	251
一 控制行政权的两种模式	251
二 两种模式适应近代社会自由倾向的支点	258
三 严格规则模式的危机与行政程序的崛起	261
四 现代行政法的有效功能——程序抗辩	267
小 结	273
第十二章 行政程序的设计	277
一 行政法的结构	277
二 行政程序的“正当性”	281
三 行政程序基本制度的设计	284
四 中国行政程序的观念问题	287
结 语	293
参考文献	297
术语索引	307
人名索引	325
后记	333
修订版后记	335

Contents

Introduction	Formalism and Modernization of Chinese Law	/ 001
Chapter 1	Basic Features and Elements of Due Process	/ 015
1.	The concept of legal procedure	/ 015
2.	Legitimacy of procedure	/ 018
3.	Characteristics of due process	/ 022
4.	Elements of due process	/ 029
Chapter 2	The Unique Significance of Procedural Formalism	/ 034
1.	Procedural formalism	/ 034
2.	Law without procedures is intolerable	/ 040
3.	Relative independence of procedural formalism	/ 045
4.	Formal procedure is the basic feature of modern law	/ 049
5.	Formal procedure is one of the two foundations of institutionalization	/ 052
Chapter 3	Inherent Contradictions in Legal Procedure	/ 056
1.	Patterns in procedural contradictions	/ 056
2.	Ends (output) and means (cost)	/ 059

3. The logic of public life versus the logic trades and professions	/ 062
4. Authority system and adversary system	/ 068
5. Substance-trumps-form versus form-trumps-substance	/ 073
Chapter 4 Procedural Justice	/ 078
1. Law and procedural justice	/ 078
2. Three typical application models of formal justice	/ 083
3. “visible” justice	/ 087
4. Extrinsic and intrinsic value of procedure	/ 095
5. Basic elements of intrinsic value	/ 099
Chapter 5 Jurisdiction and Procedure	/ 111
1. Jurisdiction is judgment	/ 111
2. Differences between judicial and administrative powers	/ 116
3. Understanding the independence of the judiciary from administration	/ 121
4. Judicial procedure and judicial power	/ 125
Chapter 6 The Role of the Judge in Legal Procedure	/ 131
1. Human factor in the rule of law	/ 131
2. Judgeship as a profession	/ 133
3. The source of the judge’s authority of	/ 138
4. Features of procedural reasoning	/ 143
Chapter 7 Procedural Ethics for Jurists	/ 156
1. Ethical dimensions of procedure	/ 156
2. Integrity and competence: procedural ethics and technical rationality	/ 163
3. Is there an exhaustive list of procedural ethics?	/ 170

Chapter 8 Judges Utterance	/ 177
1. Judges as “tight lipped”	/ 178
2. Judge’s discretion: from self-imposed duty to professional rule of conduct	/ 182
3. Understanding judge’s due of discretion	/ 188
4. The situation of Chinese judges and outstanding problems	/ 194
5. Institutional setup to ensure judge’s discretion	/ 204
Chapter 9 Proceduralism and the Constitution	/ 213
1. Effectiveness of the constitution and constitutional procedure	/ 213
2. Principles of due process in the constitution	/ 220
3. Power procedure in the constitution	/ 224
4. Procedure for monitoring constitutionality	/ 228
Chapter 10 Procedure and Human Rights	/ 233
1. Rights and procedural rights	/ 233
2. Characteristics of procedural rights	/ 238
3. Several contradictions in legal procedure pertaining to human rights	/ 241
4. Procedure and the value of human rights	/ 246
Chapter 11 Procedure and Administration	/ 251
1. Two ways to contain administrative power	/ 251
2. How the two containment models fit in with the commitment to liberty in modern societies	/ 258
3. The crisis of strict containment and the emergence of administrative procedure	/ 261
4. The effective function of modern administrative law: procedural defense	/ 267
brief summary	/ 273