



浙大学术精品文丛

程序的法理

孙笑侠 著



商務印書館

浙大学术精品文丛

程序的法理

孙笑侠 著

商务印书馆

2005年·北京

图书在版编目(CIP)数据

程序的法理/孙笑侠著. —北京:商务印书馆, 2005
(浙大学术精品文丛)
ISBN 7-100-04312-3

I. 程... II. 孙... III. 程序法—法理学—研究
IV. D901

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004) 第 112349 号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

程序的法理

孙笑侠 著

商务印书馆出版

(北京王府井大街 36 号 邮政编码 100710)

商务印书馆发行

北京民族印刷厂印刷

ISBN 7-100-04312-3/D·360

2005 年 11 月第 1 版 开本 880×1260 1/32

2005 年 11 月北京第 1 次印刷 印张 9 1/2

定价:17.00 元

《浙大学术精品文丛》总序

近代以降，西学东渐，接受西方先进科学技术成为开明人士的共识。杭州知府林启(1839—1900)会同浙江巡抚和地方士绅，积极筹备开设一所以西方科学体系为主要课程的新型学堂。经清廷批复，求是书院于1897年3月在杭州设立(1901年改为浙江大学堂)。这是近代中国最早的几所新型高等学府之一。

求是书院几经变迁，到1928年，成为国立浙江大学。1936年，杰出的气象学家和教育家竺可桢(1890—1974)出任校长，广揽英才，锐意改革，很快使浙江大学实力大增，名满东南。抗日战争期间，全校师生在竺可桢校长的率领下，艰苦跋涉，举校西迁，在贵州遵义、湄潭办学，一时名师云集，被英国著名科技史家李约瑟誉为“东方剑桥”。

浙江大学的人文社会科学研究历史悠久，底蕴深厚，名家辈出。1928年，浙大正式设立文理学院，开设中国语文、外国语文、哲学、心理、史学与政治等学科。1936年增设史地学系，1939年，文理学院分为文学院、理学院，1945年成立法学院，后又陆续增加哲学系、人类学系、经济学系等系科和一批文科类研究所。与求是书院同年创建的杭州育英书院，1914年成为之江大学。陈独秀、蔡元培、陈望道、胡适、蒋梦麟、马叙伦、马一浮、郁达夫、夏衍、吴晗、胡乔木、施蛰存、郭绍虞、林汉达、经亨颐、汤用彤、谭其骧、劳乃宣、邵裴子、宋恕、蒋方震、许寿裳、沈尹默、邵飘萍、梅光迪、钱穆、

2 程序的法理

马寅初、张荫麟、张其昀、贺昌群、钱基博、张相、夏承焘、姜亮夫、朱生豪、王季思、严群、许国璋、王佐良、薄冰、方重、裘克安、戚叔含、李浩培、孟宪承、郑晓沧等著名学者曾在这两所学校学习或任教。

1952年全国院系调整，浙江大学一度变为以工科为主的高等学府。它的文学院和理学院的一部分，与之江大学文学院、理学院合并成为浙江师范学院，后演变为杭州大学。它的农学院和医学院则分别发展为浙江农业大学和浙江医科大学。1998年9月，同根同源的原浙江大学、杭州大学、浙江农业大学、浙江医科大学合并成为新的浙江大学，这是新时期中国高校改革的一项重要措施，新浙大是目前国内学科门类最齐全、规模最大的研究型综合性大学之一。

新浙江大学成立后，人文社会科学得到了更大、更好的发展机遇。目前，浙江大学拥有文学、哲学、历史学、语言学、政治学、艺术学、教育学、法学、经济学、管理学等人文社会科学的全部一级学科，门类齐全，实力雄厚。而在人文社会科学与自然科学、技术科学的学科交叉和相互渗透方面，浙江大学更具有明显优势。为了有力推动浙江大学的人文社会科学研究，新世纪之初，学校确立了“强所、精品、名师”的文科发展战略，从机构、成果、队伍三方面加强建设，齐头并进。《浙大学术精品文丛》就是这一发展战略的重要组成部分。

自然科学、人文科学和社会科学共同构成了人类的知识系统，是人类文明的结晶。历史与未来，社会与人生，中国与世界，旧学与新知，继承与创新……时代前进和社会发展为人文社会科学的研究提供了广阔的空间。在经济全球化与文化多元化的时代趋势下，人文社会科学的地位和重要性正日益凸现，每一个有责任感的

学者,必将以独立的思考,来回应社会、时代提出的问题。编辑这套《浙大学术精品文丛》,正是为了记录探索的轨迹,采撷思想的花朵。

浙江素称文化之邦,人文荟萃,学脉绵长。自东汉以来,先后出现过王充、王羲之、沈括、陈亮、叶适、王守仁、黄宗羲、章学诚、龚自珍、章太炎、鲁迅等著名思想家、文学家、史学家、科学家,南宋后更形成了“浙江学派”,具有富于批判精神、实事求是、敢于创新的鲜明学术传统。浙江大学得地灵人杰之利,在百年发展史上集聚和培育了大量优秀人才,也形成了自己“求是创新”的优良学风。《浙大学术精品文丛》将以探索真理、关注社会历史人生为宗旨,继承优良传统,倡导开拓创新的精神,力求新知趋邃密,旧学转深沉。既推崇具有前瞻性的理论创新之作,也欢迎沉潜精严的专题研究著作,鼓励不同领域、不同学派、不同风格的学术研究工作的同生共存,融会交叉,以推进人文社会科学的健康发展。

《浙大学术精品文丛》是一套开放式的丛书,主要收纳浙江大学学者独立或为主撰写的人文社会科学领域的学术著作。为了反映浙大优良的学术传统,做好学术积累,本丛书出版之初将适当收入一些早年出版、在学界已有定评的优秀著作,但更多的位置将留给研究新著。为保证学术质量,凡收入本丛书者,都经过校内外同行专家的匿名评审。“精品”是我们倡导的方针和努力的目标,是否名实相符,真诚期待学界的检阅和评判。

同样诞生于1897年的商务印书馆向以文化积累和学术建设为己任,盛期曾步入世界出版业的前列,而今仍是在海内外享的盛誉的学术出版重镇。浙江大学和商务印书馆的合作有着悠久的历史。早在1934年,商务印书馆就出版过《国立浙江大学丛书》。值

4 程序的法理

得一提的是,浙大历史上有两位重要人物曾在商务印书馆任职。一是高梦旦(1870—1936),他1901年任刚刚更名的浙江大学堂总教习,次年以留学监督身份率留学生赴日本考察学习。1903年冬他应张元济之邀到商务,与商务共命运达三十余年,曾任编译所国文部部长、编译所所长,主持编写《最新教科书》,倡议成立辞典部,创意编纂《新词典》和《辞源》,为商务印书馆的发展做出了重要贡献。一是老校长竺可桢,他1925—1926年在商务印书馆编译所史地部主持工作,参加了百科词典的编写。在浙江大学努力建设世界一流大学的今天,百年浙大和百年商务二度携手,再续前缘,合作出版《浙大学术精品文丛》,集中展示浙大学人的研究成果。薪火相继,学林重光,愿这套“文丛”伴随新世纪的脚步,不断迈向新的高度!

目 录

绪论 中国法的“形式化”与现代化·····	1
-----------------------	---

上 篇

1. 程序的特征与要素·····	15
1.1 法律程序的概念·····	15
1.2 程序的正当性·····	17
1.3 现代程序的特征·····	23
1.4 现代程序的要素·····	29
2. 法律的程序形式·····	35
2.1 程序的形式性·····	35
2.2 宁要“有正当程序的恶法”·····	43
2.3 程序形式的相对独立性·····	49
2.4 程序形式是现代法的基本特征·····	54
2.5 程序形式是制度化的两大基石之一·····	57
3. 法律程序的内在矛盾·····	61
3.1 程序的矛盾规律·····	61
3.2 程序目标(产出)与程序手段(成本)·····	64
3.3 大众生活逻辑与职业专门逻辑·····	68

2 程序的法理

3.4 职权主义与当事者主义	74
3.5 实体倾向与形式倾向	80
4. 程序正义	85
4.1 法律与正义	85
4.2 形式正义的三种形态	89
4.3 “看得见的正义”及其对当事人的意义	93
4.4 程序的外在价值与内在价值	99
4.5 程序内在价值的基本要素	105

中 篇

5. 司法与程序	119
5.1 司法是精神活动,司法权是判断权	119
5.2 司法权与行政权的区别	124
5.3 司法独立于行政的理由	130
5.4 司法程序与司法权	134
6. 程序中的法官	141
6.1 法治中的人的因素	141
6.2 专业法官的产生	143
6.3 专业法官的权威来自何处	149
6.4 程序中的思维特征	153
7. 法律家的程序伦理	164
7.1 程序中的伦理述要	164

7.2 德才兼备:程序伦理与技术理性之间	172
7.3 程序伦理可能被列举穷尽吗	180

下 篇

8. 程序化的宪法	189
8.1 宪法实效与宪法程序	189
8.2 宪法的正当程序原则	196
8.3 宪法中的权力程序	201
8.4 合宪性监督程序	206
9. 程序与人权	211
9.1 权利与程序性权利	211
9.2 程序性权利的特点	216
9.3 法律程序中涉及人权的几对矛盾	220
9.4 程序与人权价值	226
10. 程序与行政	230
10.1 控制行政权的两种模式	230
10.2 两种模式适应近代社会自由倾向的支点	237
10.3 严格规则模式的危机与行政程序的崛起	241
10.4 现代行政法的有效功能——程序抗辩	248
10.5 小结	255
11. 行政程序的设计	259
11.1 行政法的结构	259

4 程序的法理

11.2 什么叫行政程序的“正当性”	263
11.3 行政程序基本制度的设计	267
11.4 中国行政程序的观念问题	270
结语	277
主要参考文献	281
后记	291

绪论 中国法的“形式化”与现代化

中国的传统法律具有重内容轻形式^①的倾向,这正如中国文化的其他领域。^②就形式与内容的关系而言,中国法律观与审美观确实有许多相似之处。比如权利(义务)与程序的关系,正如中国审美中的“神”与“形”、“意”与“象”、“情”与“景”^③等关系一样,前者为内容,后者是形式。中国美学思维把“神”、“意”、“情”作为目的,而“形”、“象”和“景”则被当做手段,沦为为工具性的载体。既然是手段,当然会轻视它,这种轻形式的倾向在法律上同样得到完全的反映——权利(在中国法里边实际表现为权力)是目的,程序是手段,所以程序被看得很轻,没有独立的意义,得不到应有的重视。

① 法律与情理的关系某种意义上说是形式与内容的关系。法律原本都和道德、政治、经济、民意等事实因素相互关联,如果说写在纸上的法律是形式,那么其他所有道义或功利之事实范畴都是法律的内容。如果把情与法、义与法联系起来,那么,前者为内容,后者为形式。

② 比如形式与内容作为哲学的重要范畴,在中、西美学中它们的关系是不同的。中国注重内容而轻视形式,而西方则既注重形式又注重内容,甚至有时视形式高于内容。因此有人称中国美学为“内容的美学”,西方美学叫“形式的美学”。在中国,艺术的形式没有独立自足性,而是为审美主体的思想、情感等内容服务的。赵宪章:《西方形式美学》,上海人民出版社1996年版,第31页。

③ “形神无间”出自陆时雍的《诗境总论》;“意象俱足”出自薛雪的《一瓢诗话》;“情景交融”出自方东树的《昭昧詹言》。

2 程序的法理

要透视中国轻程序重实体的传统,有必要先了解作为内容的事实与作为形式的法律之间的关系。

中国自东汉起独尊儒术,经义决狱之风盛行,礼与法结合,情理与法律再也剥离不开。数千年来中国法律均传承这一风气与习惯,直至今日,留给我们的是一个独特而自足的法律传统。由于伦理与法律在中国的特殊的^①关系,导致古代法官^②在法律与道德之间不作区分,或者认为道德本身就是法律。法官,其断案的基本方法是“衡情度理”,其断案的普遍原则是“法本原情”,当出现法律与情理相抵触时则坚持“舍法取义”^③的原则——因为“法律精神只是道德精神的劣等代用品”^④。在中国“法”总是处于“理”和“义”的下位^⑤。这里的“情”、“理”、“义”等都属于法律外的伦理价值标

① 中国法中的这个特殊关系,就是中国法律极端重视礼,礼成为法律的重要组成部分,礼成为判断有罪无罪的标准。礼认为对的,就是法认为合法的;礼所不容许的,也就是法所禁为的。参见瞿同祖:《瞿同祖法学论著集》,中国政法大学出版社1998年版,第401页。然而,西方法律传统却与此形成截然对照——“法律制度与其他类型制度之间较为鲜明的区分。虽然法律受到宗教、政治、道德和习惯的强烈影响,但通过分析,可以将法律与它们区别开来”,“政治和道德可能决定法律,但它们不像在其他某些文化中那样被认为本身就是法律。在西方,法律被认为具有它自己的特征,具有某种程度的相对自治”。参见〔美〕伯尔曼:《法律与革命》,中国大百科全书出版社1993年版,第9页。

② 严格来讲他们不是法官,因为他们不具有法律职业的专门化特征。从他们的职责与隶属看,是行政官;从他们的思维方式与价值取向看,是道德家。

③ 即使法律与情理不发生矛盾的情况下,中国法官也未必严格按法律既定规则办事。滋贺秀三在分析中国的情理法关系时指出过:“所有判断都必须根据对国法的解释才能作出”这种思想,从根本上是不存在的。”参见〔日〕滋贺秀三:《明清时期的民事审判与民间契约》,王亚新等译,法律出版社1998年版,第29页。

④ 〔美〕费正清:《美国与中国》,张理京译,世界知识出版社1999年版,第112页。

⑤ 与日本文化进行比较会发现,中日两国在理与法的相位方面有所区别,与中国不同,日本将“理”置于“法”的下位。参见〔日〕沟口雄三:《中国的思想》,赵士林译,中国社会科学出版社1995年版,第22页。

准体系。

一个人把房子卖给另一个人,后来,因为穷困潦倒,这位出卖房子的人又找到买房子的人,想住房子。如果买房子的人拒绝考虑这位老式的中国人兄弟般的帮助的愿望,传统的法律精神就会被打乱。于是,已经贫困的卖房子的人作为一个未付租金的房客而住进了房子。^① 韦伯举这一例,是为了说明传统中国法律精神与资本主义社会结构及运行方式是格格不入的。韦伯所举例子如果按照明代著名法官海瑞断案斟酌标准中的“与其屈贫民,宁可屈富民”^②,那么财产法、契约法等都得服从伦常斟酌标准,它们的执行都被打了折扣。川岛武宜说:“国家法只把明确地用数学的正确度得以计算的项目采用在其方程式中,而排除不能计算的未知数。伦理正是这种未知数”,“为邻居的和睦而放弃自己的债权,以人道的精神过分地减价出售财产等在伦理上是值得称赞的行为,但是这种做法又只能是搞乱商品等价关系的偶然未知数而已”。^③ 在这样的情况下,即便是制定得良好的法律也就不再是真正的法律了。与其称之为法律,不如称之为伦理更贴切。

这种思考或处理问题的方式混淆了两种不同序列的事物,作为形式化预设的规则与作为这种规则最终目的的正义。这种方式就是中国式的法律思维方式。

作为一般民众在判断是非曲直时,倾向于“情”、“理”、“义”等

① [德]韦伯:《文明的历史脚步》,黄宪起等译,上海三联书店1997年版,第143页。

② 《海瑞集》第117页,转引自[美]黄仁宇:《万历十五年》,中华书局1982年版,第135页。

③ [日]川岛武宜:《现代化与法》,王志安等译,中国政法大学出版社1994年版,第27页。

4 程序的法理

事实方面无可厚非,但是作为职业法官却不应该像民众那样对待法律。我们不可否认这种原则在个案中能够勉强地实现具体的正义,但是法律在堂而皇之的名目之下被这些所谓的“法官”阉割了,成为每一位法官个人的任意理解、自由裁量的对象,因而法律形同虚设或有名无实。

这典型反映了中国传统法律的形式化成分匮乏,换言之,中国传统法律具有非制度化倾向。法律与情理的关系在某种意义上说就是形式与内容的关系。法律原本都和道德、政治、经济、民意等事实因素相互关联,如果说写在纸上的法律是形式,那么其他所有道义或功利之事实范畴都是法律的内容。如果把情与法、义与法联系起来,那么,前者为内容,后者为形式。中国传统的法律存在着这样的特点,即不承认法律内在的合理标准(比如严格执法、遵循既定规则是法律的一种美德),而是把外在于法律的合理标准(比如是否合乎情理和伦常,是否受人欢迎和乐于接受)作为追求目标。^① 因此当法律与道德、政治、经济、民意等事实因素发生矛盾时,则无疑需服从后者。这是一种反形式的倾向,被称做“实质合理性”倾向。在中国,程序是“形式(法律)的形式”,程序没有自己独立的地位和内在价值标准,因此其地位更次于实体的法律规则。这就是我们研究法律程序为什么首先研究中国法的“形式化”成分的原因所在。

^① 在西方法律观念中,法律内部存在着自身的合理性标准,它不是于道德或情、理、义的标准,它是形式化的,超越具体问题的。富勒所谓法的内在道德与法外在道德之区分,就是这个意思。美国学者艾伦·沃森说:“法律思维的理性建立在超越具体问题的合理性之上,形式上达到那么一种程度,法律制度的内在因素是决定性尺度。”〔美〕艾伦·沃森:《民法法系的演变形成》,李静冰等译,中国政法大学出版社1992年版,第32页。

韦伯的“形式主义法律”理论,把西方法律传统概括为“形式法律”(formal law)、“形式化”(formality)或“形式主义法律”(formalism law)。^①他以这种概念来描述法律和法律思维的两个不同方面:(1)简单指“依一般规则或原则的统治”; (2)法律的独立或自治。韦伯更多地是在后一种意义上使用,其含义是:不承认法律原则与非法律原则之间区别的法律秩序便是缺乏形式性的。^②中国法就是典型,它混淆了法律原则与伦理原则。中国法律传统可称为“非形式”(informal)倾向,或者说是形式因素的极端缺乏。

昂格尔说,在现代西方法治的历史上,有一个压倒一切并包容一切的问题,即法律中的形式问题。^③“形式主义”法律,其要求在于:将法律与法律外的思量区别开来。非形式的法律具有这样的特点:法律问题与非法律问题(如道德问题)处于不分离状态,人们总是有意识或无意识地把它们纠缠在一起进行考虑,混淆法律内的合理标准与法律外的合理标准^④。“这种将法律与事实混淆在一起的做法表明法律与政治、宗教、伦理之间并无严格的界限,法律还不曾获得独立的地位。”^⑤梁治平分析道:

① “形式”、“形式主义”等词在韦伯关于法的理论中是一个关键词。参见〔德〕韦伯:《经济与社会》(下卷),林荣远译,商务印书馆1997年版,第17页。

② 参见梁治平:《寻求自然秩序中的和谐》,中国政法大学出版社1997年版,第322页。

③ 参见〔美〕昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章、周汉华译,中国政法大学出版社1994年版,第189页。

④ 富勒所谓“法律内的道德”(inner morality of law)与“法律外的道德”(external morality of law),也表达同样的意思。Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, Yale University Press 1973, p. 44.

⑤ 梁治平:《寻求自然秩序中的和谐》,第325页。

6 程序的法理

中国古代法的合“理”不仅不能够造就一种严密的、无隙可寻的法律体系,反而使法律只具有否定的价值。虽然这种法律早已脱离神判,只依靠人的智力来判断真伪,但是它的系统化程度和可预测性并不高。大量的商业活动和民事纠纷并不是依据法律决断,因为法律的任务只是维系此一社会的道德秩序(治安秩序亦包括在内),它将尽可能降低法律的适用率,尤其是在与商业和民事有关的领域。^①

将法律完全建立在道德和正义观上是危险的,有学者认为其理由有二:一是这些观点因时、因地、因人而异;二是一个人的道德观和正义观只有本人才知道,因而,在自然法制度下,他能够明知故犯,却说他在按照他的良心办事,从而要求豁免。^②

昂格尔所理解的法律中的形式,“仅仅意味着一种法律制度的特殊的标记:追求一种具有普遍性、自治性、公共性和实在性的法律”。说一种规则体系是形式的,就是指该体系允许它的执行者“仅仅根据规则本身以及是否具备规则所要求的有关事实来论证自己的决定,根本不用考虑公平和效益问题”^③。昂格尔下面的理解恐怕更有助于我们对程序与形式性的思考:

在较为狭隘的意义上理解,形式是指一种愿望,它允许由是否具备外部庄严的形式,如火漆封印来决定有关各方的权利和义务。然而,作为规则的形式和作为仪式的形式都可以

① 梁治平:《寻求自然秩序中的和谐》,第323页。

② [英]詹姆斯:《法律原理》,关贵森等译,中国金融出版社1990年版,第6页。

③ [美]昂格尔:《现代社会中的法律》,第190页。