

# 论程序正义对中国法治建设的意义

谢小敏

(湖南大学, 湖南省长沙市, 邮编 410082)

**摘要:** 程序正义在西方法治国家中是一项非常重要的原则, 以英国的“自然正义观念”和美国的“正当法律程序原则”为典型, 不仅认可程序的工具性价值, 而且特别强调程序自身的独立性价值。反观中国的法律传统, 一直存在着重实体法轻程序法现象, 这严重阻碍了中国法治建设的进步, 在全球化的背景下, 也妨碍了中国法律与国际接轨的脚步。因此, 本文将我国三大诉讼法为视角, 指出其中典型的程序性规则的缺失或者不完善, 从经济、政治、法律传统等方面探索中国法治建设面临这一困境的原因, 并且从立法、执法、司法、法律信仰等方面提出改变之对策, 在中国程序法研究界提出自己的一些看法

**关键词:** 程序正义, 中国法治建设, 程序的独立价值

中图分类号: D9

文献标识码: A

## 一、绪论

作为一个古老的话题, 古今中外的法学家均未对正义做出一个明确的概念, 人们仅仅是从一个具体的案例中能感受到什么是正义的、什么是非正义的。与此相对应, 关于正义的分类标准也存在多种观点, 本文只谈及其中一种分类, 根据正义与主体利益的关系, 分为实体正义与程序正义。

程序正义是一个古老的话题, 它不仅为西方法学家和法律实践所重视, 近些年, 也成为中国理论法学研究界的研究热点问题。在中国谈程序正义, 我们不能不提到西方国家的程序正义理论。早在古罗马法时期, 人们就以“自然正义”法则来评判司法领域的程序正当性问题, 而这项法则的第一要义就是“任何人都不得作为自己案件的法官”, 用法言法语来表述, 就是“裁判者必须在控辩双方之间保持中立、无偏私的态度。程序正义观念发展到后来, 已然成为西方法治社会里一项铁定的法律原则, 其典型代表就是英国的“自然正义”和美国的“正当法律程序原则”。前者的内容可分为两项: 一是任何人均不得担任自己诉讼案件的法官; 二是法官在制作裁判时应当听取双方当事人的陈述, 后者的主要精华在于“非经正当的法律程序, 不得剥夺任何人的生命、自由、财产。”

在法律全球化的背景下, 许多国家在进行法制建设和法治改革时, 均在不同程度上对外借鉴程序正义观念, 作为国内法律优化的重要标准。就中国法律传统而言, 重实体轻程序、诸法合体是其一贯特征, 人们的程序法治意识非常淡薄。随着改革开放的进程加快, 中外法律交流加强, 政府对法治也日益重视, 特别是在中国加入世贸组织以后, 建设社会主义法治国家被提到了突出的位置: 中共十五大及随后的九届人大一次会议, 正式确立了“依法治国, 建设社会主义法治国家”的治国理念。从“人治、德治”到“法治”, 从计划经济体制到市场经济体制, 法律与公民生活日益接近, 程序正义进入到越来越多人的眼中。

然而, 中国的法治建设道路, 走得并非想象中的那么顺畅, 实现程序正义这一目标, 仍

需大刀阔斧的动作。特别是在司法领域，人们对于实体正义的狂热追求丝毫不减，对程序正义的轻视并未见明显的改变。程序正义作为法治国家的重要标志，对中国的法治建设具有十分重要的意义。本文就是在中国法治建设面临“重实体轻程序”这一障碍的背景下，采用比较研究等方法来分析其原因并探讨其对策，以呼吁对程序正义的重视，加强程序性立法，完善执法检查，强调严守司法程序，设计程序性违法行为的制裁规则等。

诚然学者们对程序正义的理论研究各有千秋，但在论及程序正义对我国法治建设的意义时，有一个观点却是一致的，那就是在我国的法治建设中要凸显程序正义的独立价值，重视程序法治。

本文的研究内容主要包括：程序正义的内涵、标准与价值，程序正义与实体正义的关系，我国程序法治建设的困境及其对策。

本文主要采用以下的研究方法：实例分析法；比较分析法；法条分析法；历史和现实分析方法；概念分析法。

## 二、程序正义概说

### 1、程序正义的内涵

本文的目的并不是对程序正义理论进行详细的阐述，但是若要论证程序正义对法治建设特别是中国法治建设的意义，则十分有必要弄清程序正义的基本内涵。程序正义的观念发源于英国，程序正义的规范表达最早见于 1215 年的英国《自由大宪章》第 39 条：凡自由民，如果未经其同级贵族之依法裁判，或经国法判决，皆不得被逮捕和监禁，没收财产，剥夺法律保护权，流放，或加以任何其它损害。

按照学界比较通行的正义分类观点来看，程序正义与实体正义相对，如果说实体正义是关于制定什么样的规则来实现对社会公共资源进行公平分配的话，那么程序正义的内涵就是怎样来实施这些规则以及当这些规则被违反时如何加以处置并进行救济，因此有人讲程序正义称为“看得见的正义”。

讲到程序正义问题，我们不得不提到美国著名学者罗尔斯的《正义论》，因为大多数学者对程序正义的研究，都是以罗尔斯《正义论》中的程序正义作为出发点的。罗尔斯认为，实体正义本质上是一个社会的结构问题，是一个社会合理分配权利和价值的基本原则，实体正义就是社会制度特别是法律制度本身的正义，这种正义要求尊重社会中每个人的权利与自由，公平地分配权利与义务。可见，实体正义指的是人们关于事实平等和结果平等的一种价值追求。

在《正义论》一书中，他将法治与正义放在一起进行研究，并认为法治的基本要求就是公正的法治秩序，而法治取决于特定形式的正当过程，正当过程又借助于程序来实现。特别值得一提的是，罗尔斯通过将结果公正与程序公正结合起来将程序正义分为纯粹的程序正义、完善的程序正义和不完善的程序正义。为了将这三个抽象的概念论述清楚，罗尔斯分别用三个例子对其进行了生动的说明。在纯粹的程序正义的情况下，问题的关键在于完全符合

程序要件而不存在关于结果正当与否的标准，例如赌博，只要透明无偏私的游戏规则被所有人遵守，那么不管是赢钱还是输钱，人们都认为这个结果是公正的；在完善的程序正义的情况下，虽然存在关于结果公正与否的标准，但是程序总是产生公正的结果，例如著名的分蛋糕案例，只要分蛋糕的人总是最后拿取属于他的那一份，那么不管他是按照什么方法分的，实际上是否精准地将蛋糕分成理想状态中完全平等的份额，就不用担心结果的公正性；在不完善的程序正义的情况下，程序并不必然导致公正的结果，程序之外的某些标准具有重要意义，就像法治发达、程序正义理论成熟的某些西方国家，仍然会出现冤案错案。

从现实来看，纯粹的程序正义与完善的程序正义只是人们所希望的一种理想状态，因为就像在赌博中，不管多么公正的游戏规则被所有人遵守，输钱的人出于自己的私益，多少会觉得结果不能被接受，从而不认可结果的公正性。而在分蛋糕的案例中，不一定每个分蛋糕的人都能接受自己最后拿取。所以，只有在不完善的程序正义的情况下讨论程序正义，才是具有现实意义的，也才能对法治建设产生影响。

程序正义即程序本身是正当的，不违反法律基本原则，不违背人类基本理性，不严重侵犯他人合法权益。具体来说，程序正义一指程序本身是公正的、不偏不倚的，二指正当的程序一经合法制定，就应当为全体程序参与人所遵守。假设某种程序设定得不合理，导致了不公正的结果，那么其制定机构就必须重新合理审慎地制定出正当的程序规则。如果有人因为部分程序参与人的程序违法行为受到不当损害，就应当对程序违法者进行惩罚，对程序违法行为的受害者进行补偿，以维持程序正义。

## 2、程序正义的价值

### (1) 关于程序正义价值的几种学说

关于程序正义的价值，理论界主要有两种观点，一种是程序工具主义，另一种是程序本位主义。在坚持程序工具主义的人看来，法律程序存在的唯一价值就是促进实体正义的实现，如果实现了实体正义，则该法律程序无论如何都是正当了，也就实现了程序正义，也就是说，程序法不过是实体法的辅助法，即实体法是第一位的，程序法是第二位的，或者说程序法是有可无的，在持程序工具主义观点的人看来，实现实体正义是程序正义唯一的价值，也是判断程序正义的唯一标准。只有到了 20 世纪 70 年代以后，在萨默斯和马修的努力研究及其研究成果的影响下，人们才开始高度重视法律程序本身的独立性价值，程序正义的独立性才真正登上学术殿堂。

程序本位主义者认为，程序可以独立于实体而存在，法律的使命就是实现程序正义，最终产生的结果如何并不重要，决定程序正义价值的不是结果，二是程序本身进行的过程，这种观点很明显地在强调程序正义的独立性价值。

绝对的程序工具主义只注意到了程序正义价值的片面性，毫无疑问，除了作为实现实体正义的“手段”或者说“工具”，程序正义还具有人权保障、权力制约、完善法律实践、防止司法腐败等独立性价值。绝对的程序本位主义认为只要有条不紊的按程序进行，就能得到

公正的结果，形成双方当事人“幸福”的局面，在理论上这是行得通的，甚至可以说是完美的，但是司法实践却给程序本位主义提出了不少的挑战。例如，广东深四会市“莫兆军事件”<sup>1</sup>，原告勒索被告写下欠条一张，因被告不能举证证明欠条系原告威胁所作，独任法官莫兆军故判决被告偿还原告欠款一万余元，原告不服判决自杀身亡。针对此案，有人认为莫兆军法官完全是按照法律程序来审判的，符合程序正义，无须对判决结果及其他后果负责。但也有批评者认为，莫兆军法官已经构成玩忽职守罪，其审判行为造成的悲剧有违实体正义，应当承担相应的责任。可见绝对的程序本位主义认为程序与结果无关，只要实现了程序正义，产生什么样的结果都是符合实体正义原则这一理论观点与司法实践存在着矛盾。本文举的是个例，但反映出来的问题却绝不仅仅存在于个案之中。

绝对的程序工具主义在国内外早已收到了批判，特别是程序工具主义观点容易成为“重实体轻程序”的思想渊源，应当受到严厉批判。因此，国内学者大多热捧程序本位主义，这本来无可非议，但是就像上述案例所展示的那样，也不能指望仅仅依靠程序本位主义来取代程序工具主义作为法治建设的指导思想。

## （2）程序正义在法治社会中的作用

基于上述分析，本文认为应当结合社会正义或者程序正义的独立性价值来考察程序正义的工具性价值，只重实体轻视程序显然不对，只讲程序忽略实体也不行。综合考虑二者来评价程序正义在法治社会中的作用的话，程序正义主要具有如下价值：

首先是人权保障作用，程序正义的生命力就在于限制权力以保障权利。在强大的国家权力面前，公民权利总是以弱者的姿态出现，公民权利受到侵害的最大危险就来源于国家公权力的恣意行为。正是通过法律程序对国家权力行使的规范和制约，才使得公民权利成为可能。坚持程序正义，就能更好的实现宪政目标和建成法治社会，最终有利于实现人权保障等终极目标。

其次是促进法律实施、树立法律信仰的作用。程序正义是看得见的正义，讲究过程透明，重视成员平等，给当事人营造出得公平正义氛围，极容易使当事人觉得自己的尊严得到了尊重，即使判决结果给一方当事人带来了实体上的不利，只要他感受到了程序正义带来的公正感觉，他也能接受判决结果。可见程序正义不仅能够满足当事人获得胜诉的欲望，而且还能满足当事人对于受到公正对待的心理需求。这样，不仅有利于判决得到良好的执行，也有利于号召人们守法，促进法律的实施。

## 3、程序正义的标准

美国前联邦最高法院大法官威廉·道格拉斯说：“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”。在我国，程序正义是一个兴起不久的舶来品，所以，进行法治建设若要突出程序法治，那就必须理性结合国内的现实背景和国外的有益经验。为此，首先需要解决的问题就是程序正义

<sup>1</sup> <http://www.sina.com.cn>2003年4月24日 10: :29 南方都市报

的判断标准是什么,只有这样我国程序法治建设才不会南辕北辙。本文认为程序正义的标准包含以下几个方面:

一科学性。所谓科学性即合理性,只有合理的程序才能产生公正并且让人信服的结果,如果程序不合理,当事人根本不了解程序是如何开启、进行、结束的,对判决的结果和根据也无从知晓的话,当事人就会有受到不公正待遇的不满情绪,从而降低其对法律的信仰程度。现行法律制度中的回避和变更管辖制度就是极好的正面例子,就回避而言,不管是主动回避还是当事人申请回避,只要负责案件审查的法官与该案件具有某种特殊关系,可能影响案件公正审判的,就应当退出该案件的审理。因为即使该法官秉公办案,严格依据法律规定认定事实作出准确的裁判,也总是消除不了外界特别是受裁判不利益一方当事人对案件审判公正性的担忧。如果当事人认为受案法院的全体法官都应当回避的时候,实际上就转换到了变更管辖制度了,这同样也是出于程序科学性的考虑。

二参与性。所谓参与性就是强调受裁判结果影响的当事人,应当被赋予充分的机会参与程序的进行,让他们亲身体验程序从开始到结束的全过程。这里不仅仅指当事人被动的置身于程序之中,还强调他们的主动参与性,因此基于程序正义原则,应当赋予参与程序并受其裁判结果影响的当事人以陈述权、抗辩权等程序参与性权利。比如合理地设定听证程序、辩护环节、证据交换制度等等,使得每一个当事人和其他程序参与人具有参与的机会,以充分表达自己的意见或对他人的观点进行辩驳。

三中立性。中立性就是指裁判者要出于一种超然的、不偏不倚的地位,不偏袒任何一方,也不对另一方存有狭隘的偏见,甚至不得作出有利于或者不利于某一方的言语表述,相比其他法律程序,中立性在司法程序领域更具有显著的意义。中立是整个司法活动的前提与核心,是实现司法公正的重要保证。如果裁判者本身与案件具有利害关系或者与任何一方当事人具有特殊关系,有可能使他在作出裁判的瞬间,受到诉讼外部利益的影响,那么程序正义就受到了致命性的怀疑。

四平等性。所谓平等性就是双方当事人应该受到裁判者平等对待,双方的权利义务应当是平等的。裁判者不能因为其中一方的身份、财产、教育、社会地位等因素而赋予其特权,或者对其施加不当的法外义务。这就首先要求做到法律面前人人平等,具体说来主要就是使用规则和制裁违法行为方面的平等。

五公开性。公开性可以说是程序正义的灵魂所在,之所以称程序正义为“看得见的正义”,就是因为任何正当的法律程序都将公开性作为其基本要求。例如案件的公开审理(法律规定不适用公开审理规定的案件除外,不仅应当对双方当事人公开进行,也应对对社会公开进行,赋予公众旁听的机会,同时要求媒体参加,保证社会监督作用的真正发挥。基于程序正义,一个正当的法律程序对当事人来说,必须是透明的。

#### 4、程序正义与实体正义的关系

程序正义和实体正义是联系密切的两个概念,二者之间的关系如何,仁者见仁,智者见

智, 归结起来, 主要有三种看法。依赖说, 此种观点认为程序正义的存在依赖于实体正义的实现程度, 只有能够促进实体内容实现的程序才是正义的, 否则就不是正义的, 没有实体正义也就没有程序正义。独立说, 这种观点认为程序本身有内在价值, 只要这些价值被实现了, 该程序就被认为是正义的, 经过程序所产生的结果正确与否对程序正义的判定没有意义, 程序正义独立于实体正义而存在。程序存在的全部意义就是保障程序符合正义, 在英美刑事诉讼中, 如果正当法律程序没有得到严格遵守, 整个诉讼活动就会被宣布无效, 即使明知被告有罪, 也只能作出无罪判决。并行说, 该观点认为程序正义与实体正义同样重要, 均为程序追求的目标, 二者没有主次之分, 二者均对诉讼活动的进行起着重要作用。

本文认为, 如果只全面肯定程序正义的作用否定实体正义的作用, 就会出现“莫兆军”事件那样的悲剧, 使人们对法律失望, 丧失法律信仰, 从而放弃将诉讼作为解决纠纷的手段, 社会又会倒退到依靠非法私力救济的时代, 法治建设必将无法实现。反过来, 如果一味重视实体正义忽略程序正义, 就容易造成权力腐败、法不公等恶果, 对法治建设同样有百害而无一利。而辩证地对待程序正义与实体正义的关系, 同时重视两者的价值, 则十分有利于宪政目标的实现和法治社会的形成, 这也是改变我国“重实体轻程序”落后观念的有力举措。

### 三、我国程序法治建设的现状及存在的问题

#### 1、我国程序法治建设的现状

所谓法治建设, 究其本意而言, 既包括实体法治建设又包括程序法治建设, 回顾我国的法治建设过程, 在实体法治建设方面取得了显著的成绩, 但是我国的程序法治建设却进展缓慢。我国民法、商法、刑法、经济法等实体法经过多次修改, 体系已经十分完整了, 但是民事诉讼法、刑事诉讼法、行政诉讼法等程序法的情况却不是那么令人满意。在立法上, 程序性规则不足, 而在已有的程序性规则中, 也呈现出体系不完备和内容不周密等缺陷。有些程序性操作手段的设计, 仅仅是单纯的步骤安排, 并不是我们强调的正当法律程序。在实践层面行政执法程序混乱, 行政干预司法导致的司法不独立和司法腐败, 不仅加剧了程序法治落后的局面, 而且严重影响到司法公正的建立。

#### 2、程序法治的内涵与存在的主要问题

本文认为, 所谓的程序法治就是制定出有助于现代法治社会完善的正当程序性法律规范并且利用这些正当程序限制国家权力、规范权力行使秩序, 以实现国家治理目标, 而这里所说的正当性法律规范不仅仅指狭义上的程序性法律, 还包括相关的正当程序原则和程序正义理念。从法哲学的角度来说, 程序法治强调借助法律理性和正当程序功能, 从人权与自由出发, 重视公民个人的尊严, 讲究个体平等, 重点解决权力集中的弊端, 旨在营造一个开放、透明、平等、相关当事人充分参与的环境, 在追求公正的同时又讲究效率, 以此来解决纠纷与矛盾。同法治的良法与良法被践行二要素相对应, 程序法治除了要求有正当程序设计的存在, 还要求它们必须在立法、执法和司法实践中得到真正地贯彻。本文将从以下几个主要方面来探讨我国程序法治之困境:

一是我国程序法治缺乏必要的宪政渊源。程序法治必要的宪政渊源，通俗地讲，就是一国的宪法中应当有相关的宪法条文对程序正义与正当法律程序作出明确的规定。为什么程序正义滥觞于英国，又在美国发展到另一高峰呢？这当然和英美两国对其宪政渊源的重视分不开。英国早在1215年，《大宪章》就对正当程序原则做了初步规定：凡自由民，除经贵族的合法裁判或根据国家的法律以外，不受逮捕、监禁、没收财产、剥夺、放逐或用任何别的方式加以摧残；1354年的《自由令》又规定：如果没有经过正当法律程序的审判，一律不得剥夺任何财产或身份的拥有者的土地、住所、继承权或生存权。而在美国，早在1787年，《纽约州宪法》就对“正当程序”作出了明确规定，特别值得一提的就是，1791年通过的美国宪法第五条修正案和1868年通过的美国宪法第十四条修正案，分别针对联邦政府的行为和各州政府的行为，对正当程序作出了进一步详细的规定，由此形成了著名的“正当法律程序”原则，对美国的程序法治产生了深远的影响。再观察《中华人民共和国宪法》，仅在第五条笼统地提出了“实行依法治国，建设社会主义法治国家”，而且从其内容来看，注重的还是实体法治，丝毫没有突出程序法治这个概念。我国宪法的程序性规定不足，司法性较差，对国家权力的制约性规定不多且没有提供相应的程序规定，造成了我国程序性立法水平不高。由此形成的程序法治宪政渊源不足，直接导致了我国程序立法之重要组成部分的三大诉讼法对程序规则的轻视，不仅如此，还间接地造成了我国的程序法体系出现之杂乱无章、内容重叠、程序正义不足等缺陷。

二是程序法律规范不足而隐形程序较多、对程序性违法行为的制裁不严。我们没有统一的程序立法，在最应讲究程序法治的执法和司法领域，具体的程序法律规范不仅数量没有保障，而且其内容上也存在许多不科学之处。需要特别注意的就是，在行政执法领域，我国至今尚未出台行政调查法、行政征收法、行政检查法等具体程序操作规则，而实践中像红头文件、上级批示、领导指示、先前惯例等“隐形程序”特别多。可见，我国程序立法不仅存在大量无法可循的空白之处，有法不循的现象则更为严重，这些现象是我国程序法治建设过程中亟待解决的难题。前述现象的存在，很大程度上源于已有程序立法不科学，我国的程序立法往往是各个部门各自为政，各行其是，表现为具体问题、具体部门、具体地方、具体规定，所以，出现程序设置不科学、不统一，发生权限重复、交叉、冲突，以及程序繁琐、影响效率等现象，就不足为怪了。

再者，从我国三大诉讼法的立法情况来看，在很大程度上存在着“重实体、轻程序”的立法观念，缺少对程序违法行为和程序违法后果的规定，这也是程序法治建设步履维艰的一大原因。具体而言，对于司法机构、检警机构违反法律程序实施的行为、收集的证据甚至做出的法律结论，法律没有有关排除其法律效力的规定；对于当事人和其他诉讼参与人诉讼权利遭受侵害的情况，法律也没有确定救济的途径和手段。特别值得注意的是，就对公权力的制约而言，我国三大诉讼法中的法律责任大多数是针对实体违法行为的，哪些行为是程序违法行为以及这些行为的后果如何，不是没有规定，就是规定的很笼统，只是概括地规定“……

依法追究民事（刑事）责任，或者规定“……依法判决承担责任”。这样，在我国上诉制度和上诉程序不完善的情况下，国家机关的程序违法行为，往往得不到有效制裁，通常是个别人员或单位承担政治责任。

#### 四、我国程序法治建设困境背后的原因

造成我国程序法治建设落后的原因是多方面的，具体来说，可以从以下几个方面来分析其原因：

##### 1、传统观念的影响

在儒家文化占主流的中国传统文化的影响下，强调礼法合一，德主刑辅，认为诉讼是可耻的，主张建立一个无诉讼的理想社会。因此，道德和礼仪被认为是社会调整规则的最佳选择，法律不过是一种辅助手段。另外在关于刑罚与法律的选择上，“德主刑辅”一直为历代统治者所采用，过分强调刑罚的惩罚功能，轻视法律的教化和防患功能。在这样一种文化氛围的影响下，中国法治建设严重缺乏重要的民主、权利等思想根基，也就更谈不上存在程序法治建设的理论基础了。

##### 2、经济基础的制约

经济基础决定上层建筑，法治建设属于上层建筑的范畴，因此我国程序法治落后是有其重要的经济根源。在中国古代社会，绝大多数朝代都重农抑商，1945年到1978年，在经济上我国长期实行计划经济体制，在政治上实行相对集权的政治体制，市场主体不能享有经济发展自主权，各种经济活动全部听凭国家的指令性经济计划运转，人民的合法权利不被重视，行政手段严重干预公民私人生活。在这样一个社会环境中，人们对人权、民主、法治等利益的追求，不是通过正当的法律程序来获得，计划主义主宰了一切，因此，任何结果形成的过程或程序正义显得微不足道，程序法治更加难以建设。

##### 3、程序工具主义的影响

由于我国法治建设发展晚、起点低、任务多，所以一开始主要集中精力解决诉病较多的实体法建设，把程序法治建设搁置到了一边。与此相应，学术界对实体法治建设的研究也比较多，并且对国外相关理论的借鉴也比较理性。与此同时，国内有关程序正义价值的研究比较少，程序工具主义一度占据理论制高点。在程序工具主义的影响下，重实体轻程序的现象更加严重了，认为程序既然是一种工具，只要实现了实体正义，那么所采用的程序也就不那么重要了。在这个思想的影响下，甚至有观点认为为了实现人们追求的实体正义，那么违反程序也不是不可以的，只有当违反程序的行为影响了实体正义的实现，此时才会受到追究。在这样的背景下，程序被认为是一种实现实体正义的工具，有时候甚至显得繁琐负责，可想而知，程序法治建设难度之大。

##### 4、司法工作者专业素质不强

从现实角度来看，我国传统的司法工作者并不是专业的法科出身，并没有收到过系统的法学训练就上岗，因此在审判案件时，不能严格依据法律的准绳和法律程序的限制进行审理，

在法与情的矛盾中，倒向人情世故的一边。作出判决时特别重视社会评价，将民意的反应作为判断审判公正的重要标准。目前在职的法官、检察官中，还有一大部分人是军人在国家退伍再就业政策的分配下，经过短期的法律课程学习，就进入了司法系统工作，与西方国家的专业司法官们相比，我国这部分的司法工作者尤显专业素养欠缺，程序意识不强，特别不利于程序法治建设。

## 五、如何推行并完善我国程序法治建设

从世界上其他国家的法治改革来看，很多国家都将程序问题作为改革的重点，并且将对程序正义的重视和定位作为人治向法治转变的标志。在我国努力建成社会主义法治国家的进程中，若想消除“重实体轻程序”对法治建设的消极影响，我们就应该重视程序正义，优先发展程序法治建设。当代中国程序法治建设在立法和司法层面上都存在着明显的不足，我们应以这两个方面为重点，使程序正义这个概念进入更多人的视野，正确认识程序正义对法治建设的意义。

### 1、加强程序立法 为程序法治保驾护航

#### (1) 确立程序法治的宪法原则

推进行程序法治的前提就是完善程序法制，宪法是我国效力最高的法律，是其他一切立法活动的依据，因此，在宪法中确立程序正义与程序法治原则，就成为完善程序法制、推进行程序法治的首要措施。为此，本文认为可以借鉴西方国家宪法对“正当程序原则”的规定，来充实我国宪法的程序内涵。例如，我国现行宪法对公民人身自由的程序性条款仅有第 37 条、第 40 条、第 125 条，与其他宪政国家的宪法相比较为单薄，我们可以在此基础上，突出“法律程序”的地位。例如在第 37 条中明确增加规定“非经正当法律程序，中华人民共和国的人身自由和私人财产不受侵犯；须依据刑事诉讼法规定的法定程序，才能对公民作出逮捕、搜查等限制人身自由的决定”。最重要的是，应当对程序法治作出一个总的原则性规定，在我国现行《宪法》第 5 条中增加程序法治后规定为：中华人民共和国实行依法治国，优先进行社会主义程序法治建设，同时兼顾实体法治。……一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律，一切违反宪法和法律程序性规定与实体法内容的行为，必须予以追究。……”。

#### (2) 制定统一的行政程序法

应松年在《行政法学新论》中指出：“21 法律的发展，以程序法的发展为特色，其中行政程序法的发展必将成为先导”。引起行政程序法产生的直接动因，来自于国家行政权力的扩张、依法治国原则的贯彻以及“程序理性”观念的深化等多种因素的交融。改革开放后，随着我国社会主义法治国家建设的进行，我国公民参与行政的要求日益提高，需要一个公开、公正和高效的政府为之服务，而行政领域作为公民与公权力打交道最多的领域，自然也是公权力侵害相对人权益发生最多的领域，而程序法治的核心要求就是要制约公权以保障私权，因此制定一部统一的行政程序法是推行和完善我国程序法治建设的必要举措。

从已有的法律、法规的规定来看,我国行政程序立法在总体上还比较落后,存在的问题主要有:程序法治观念淡薄,许多行政行为还缺乏行政程序法规范,大部分行政程序尚未法律化;针对不同的行政行为,制定了不同的行政程序,显得杂乱无章;重事后程序,轻事前、事中程序等。为此,我们应当借鉴国外行政程序立法的经验,结合我国的实际情况,在制定单行的行政程序立法的同时,积极着手起草制定一部统一的行政程序法典。

### (3) 《刑事诉讼法》应明确规定正当程序原则

程序正义最早是作为刑事诉讼的原则而产生发展起来的,其后,才慢慢发展到其他法治程序领域,这是因为刑事诉讼对正当程序原则坚守与否,对人权保障产生的利害关系最大。在我国现行刑事诉讼法原则中,虽然体现了正当程序的因素,但未明确确立为其原则,为了防止国家权力滥用,对国家的刑事司法权实行法律抑制,有必要在刑事诉讼法中确立正当程序原则。

具体来说,现行刑事诉讼法在“第一章 任务和基本原则”首先应在第12条明确规定:非经正当法律程序审判,对任何人都不得确定为有罪。此外第3条应明确规定:人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉讼,必须严格遵守本法和和其他法律的有关刑事诉讼程序规定。其次,程序法治建设的顺利进行必须以程序性制裁作为保障,为此第15条规定的撤销案件、不起诉、终止审理或者宣告无罪等后果适用的情形应增加一项:违反刑事诉讼程序的行为。违反程序的行为分为严重程序违法行为和一般程序瑕疵行为,在这里,当然是指前者。当然在刑事诉讼领域,与程序法治有关的其他制度,如无罪推定、非法证据排除等,其程序完善也是十分必要的,囿于本文主题,不赘述。

## 2、从正当程序要件出发 审视我国程序法治建设

正当法律程序的要件公认为有五个:程序的合法性、主体的平等性、过程的公开性、裁决的中立性、结果的合理性,将正当法律程序置于程序法治建设的语境中,就派生出听证制度、司法独立、辩护制度、公开制度、反对自证其罪制度、非法证据排除制度等程序法治制度。我国程序法治建设需要完善的地方很多,本节仅从正当法律程序的要件出发,重点从一下三个方面入手,提出完善我国程序法治的建议。

### (1) 建立健全听证制度 实现过程的公开性

听证就是当面听取当事人的意见、申述及建议,接受其提供的证据和有关材料,并根据实际需要组织辩论与质证,听证是当事人参与程序最重要的表现,是程序正义的核心要素,更是推进行程序法治的重要制度。

听证制度给人们的首要印象就是行政听证制度,其实听证最早是在司法领域应用,随后才扩展到立法程序和行政程序之中。从我国现有的行政听证制度、立法听证制度和刑事程序中的听证制度来看,主要存在听证会的主持方不科学、代表不具有广泛性和代表性、公众参与热情不高、听证双方的信息不对称、听证会结果不公开等问题。为了完善听证制度,应该规定听证会主持方应当是与听证事项没有利害关系的第三方,如行业协会等社会团体;听证

会代表应当由文化界、商业界、政府部门等领域具有不同专业知识和背景的人组成，既要有专家等知识精英，也要有普通民众；各单行程序性法律规范应当明确规定听证事项于听证会举行 XX 日前在电视、网站或者居民区公布听证会的内容；重视听证笔录的制作，对于公众意见的取舍一定要明确说明理由，并且以听证笔录作为最后决定的唯一依据；扩大听证的适用范围，以保护相对人的合法权益；及时公布听证结果。

### （2）实现司法独立 增强裁决的中立性

没有司法独立，程序正义将会是水中花、镜中月，只是一种不现实的理想。程序法治的首先要求就是法官出于中立地位，法官的独立性和中立性是现代程序的基本要求。我国宪法和相关程序法已经将司法独立作为一个原则定下来了，但是在实践中，司法不独立，主要表现在：我国的司法独立强调的是司法权独立而不是法官的实质独立，使得司法独立很难实现；法官的身份和地位没有保障；上下级法院之间的办案请示现象普遍；法院内部，审判员受制于庭长、院长等等。

为此我们改革司法机关在财政经费的拨付、工作人员的选任制度。具体说就是改变以往地方司法机关的经费支出由同级行政机关拨付的做法，转而规定由国家财政统一拨付，这样就能在极大程度上减少行政权对司法权的不当干预；参照西方国家的法官职务保障制度、生活保障制度，实行高薪制，为法官审判独立提供制度上的保障；法院体制去行政化，取消对法院工作人员实行副科级、科级、副处级、处级、副厅级、厅级副部级、部级的行政级别之分，真正贯彻实施《法官法》规定的法官十二级别制；实行主审法官责任制；妥善处理舆论监督与司法独立之间的平衡等等。

### （3）保护律师权利 促进主体的平等性

强调主体平等，在刑事诉讼程序中具有十分重要的意义。平等性首先要求当事人双方具有平等的程序地位，也就是说，不管双方当事人在财产、教育程度、社会地位上有着多么悬殊的差距，一旦进入刑事诉讼活动中，都平等地享有诉讼权利和诉讼义务。此外在公诉案件中，由于行使追诉权的侦查机关、检察机关是国家公权力的代表者，与作为被追诉方的犯罪嫌疑人、被告人相比，处于强势地位，出于主体平等性的考量，要提高变化律师在刑事诉讼活动进行过程中的地位和权利，以在形式上保持主体之间的平等。

具体来说，新刑诉法肯定了一些刑辩律师的权利，但同时也增加了许多限制。例如第 37 条虽然规定了辩护律师持“三证”可以直接会见当事人或者与其通信，但又将“三类特殊案件”排除在外，而且把会见限定在 48 小时内安排，与《律师法》规定的当即办理相比，使得实践中辩护律师会见当事人在程序上不容易。第 37 条虽然规定了律师会见犯罪嫌疑人、被告人时不被监听，但实际上由于没有规定看守所监听的法律责任，使得实践中监听或变相监听的情况大量存在，辩护律师的会见、通信权大打折扣。因此，未来立法应该对律师权利，在实体上作出具体规定，并给予程序性的保障。例如规定律师的介入死刑复核权，应当同时规定“听取辩护人意见”的具体程序以及违法此程序的法律后果。此外，为了促进主体平等，

还应该扩大法律援助的范围。

## 六、结语

改革开放 30 多年,我国法治建设取得了喜人的成绩,人民的权利意识也在不断增强,对于程序正义的呼声越来越高。但是由于我国“重实体轻程序”传统的存在,程序正义没有得到足够的重视,还一度受程序工具主义的误导,对程序正义的独立价值理解有偏颇,导致我国的法治建设发展不平衡,即实体法发展比较完善,而程序法治建设的状况却差强人意。程序正义在法治建设中的缺失,主要体现在立法和司法层面上。从国外有关程序正义的理论来看,程序是法治建设中的核心要素,程序正义是一个法治社会应有的标签。面对我国程序法治建设落后的状况,完善程序法治,不仅是建成社会主义法治国家的必经阶段,也是促进司法改革成功的重要条件。程序正义对法治建设的意义是不言而喻的,它不仅能促进各种实体正义,而且对于人权保障具有重要意义。有理由相信,随着程序正义观念进入越来越多人的视野,人们对程序的价值形成正确的认识,中国的法治建设一定会更加完善。

## 参考文献

- [1] 季卫东.《法律程序的意义》[M],《中国社会科学》1993(1).
- [2] 田平安.《程序正义初论》[M],《现代法学》1998(2).
- [3] 宋冰.《程序、正义与现代化—外国法学家在华演讲录》[M],中国政法大学出版社,1998年12月第1版
- [4] 陈瑞华.《看得见的正义》[M],法律出版社,1999年版
- [5] 季卫东.《法治秩序的建构》[M],中国政法大学出版社,1999年版
- [6] 季卫东.《法治秩序的建构》[M],中国政法大学出版,1999年版
- [7] 张中秋.《中国法律形象的一面:外国人眼中的中国法》[M],法律出版社,2002版
- [8] 孙笑侠.《两种价值序列下的程序基本矛盾》[M],《法学研究》2002(6)
- [9] 马贵翔.《刑事司法程序正义论》[M],中国检察出版社,2002年11月第1版
- [10] 徐亚文.《程序正义论》[M],山东人民出版社,2004年3月第1版
- [11] 鲁千晓、吴新梅.《诉讼程序公正论》[M],人民法院出版社,2004年6月第1版
- [12] 曾竹等.《行政程序法治与与法治政府》[J],《行政与法》2005(5)
- [13] 陈卫东.《程序正义之路》[M],法律出版社,2005年6月第1版
- [14] 徐显明主编、[美]约翰.V.奥尔特著.《正当法律程序简史》[M],商务印书馆,2006年8月第1版
- [15] 高一飞.《程序超越体制》[M],中国法制出版社,2007年2月第1版
- [16] 张卫平.《推开程序理性之门》[M],法律出版社,2008年7月第1版
- [17] 孙洪坤.《程序与法治》[M],中国检察出版社,2008年3月第1版
- [18] 郑红秀.《走向法治—法治话语下的程序正义论》[M],中国时代经济出版社,2010年11月第1版
- [19] 邓继好.《程序正义理论在西方的历史演进》[M],法律出版社,2012年5月第1版

## On the influence of Procedural Justice to the Construction of rule by law in China

Xie Xiaomin

(Hunan University, Hunan, Changsha, 410082)

**Abstract:**Procedural Justice Principle is of much significance in western countries ruled by law, especially Natural Justice theory in England and Due Process of Law theory in America. Not only have they recognized the instrumental value of process, but also they have been emphasizing its' independent value. In contrast, there has been a focus on substantive law but a neglect of procedural law in Chinese law tradition. It has seriously hindered the progress of the rule of law in China. In a global context world, it also hindered the communication of Chinese law and foreign law. In the perspective of three procedural law of China, we aim to point the typical imperfection of procedural law and find the reasons of this dilemma. Moreover, this article try to make its countermeasures and suggestions from the aspects of legislation, enforcement and judgment and put forward my own opinions.

**Keywords:**Procedural Justice; the Construction of rule by law in China; the Independent Value of Procedure

作者简介:谢小敏,女,湖南大学法学院,法学硕士研究生