

程序正义的中国诉说〔*〕

○ 孙洪坤^{1,2}

(1. 山东大学 威海法学院, 山东 威海 264209;
2. 浙江农林大学 法政学院, 浙江 杭州 311300)

〔摘要〕程序正义的社会基础是市民社会,公正的程序具有角色分工、对立面、无知之幕、直观公正、形式理性等特点和机制,它能够有效地制约权力的运行。程序正义在现实中国的困境表现为:历史上司法模式的惯性影响、程序正义实现的社会基础尚未具备、程序工具主义的思想浓重、程序立法不足与司法的非程序化。我们要从全面依法治国的高度,在立法、执法、司法中将程序正义作为其基本理念,并在司法改革中嵌入程序正义的基因,实现法治国家的社会设计。

〔关键词〕程序正义; 社会基础; 中国诉说

在中国全面推进依法治国的历史大语境之下,程序正义已经成为我国法治理论和实践关注的焦点。而从西方发端的法律形式理性化的运动,其重要内容就是司法过程的程序化。从某种意义上说,“程序正义”是法治国家的一个标志,是从人治到法治、从传统法文化到法制现代化过程中至关重要的一种价值。确立程序正义的观念并以此作为我国立法、执法、司法和司法制度改革的基本理念,才能最终实现法治国家的社会设计。因此,可以说没有程序正义的确立,也就不可能有法治的实现。所以,对程序正义的关注就是法学人的必然之事了。

一、缘起:程序正义的社会基础和司法渊源

(一) 社会基础

程序正义作为一种法治观念,起源于13世纪英国的自然法思想。作为普通

作者简介:孙洪坤,山东大学威海法学院博士生,浙江农林大学法政学院教授。

〔*〕本文系国家社科基金重点项目(14AKS009)的成果。

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,该原则包含两项具体要求:第一,任何人均不得担任自己案件的法官;第二,法官在作裁判时应充分听取双方当事人的陈述。这是西方古代“法的统治”观念与自然法学说的产物。程序正义产生之后,在美国得到了前所未有的发展,最终成为法治的一个必不可少的观念意识的组成部分。而如同任何一个思想观念都有其社会基础一样,程序正义也有其内生的社会基础,只有找寻其社会基础,我们才能更加稳健地抓住程序正义的客观之根。从西方整个社会的发展历程来看,程序正义的社会基础是市民社会。而“政治解放一方面把人归结为市民社会的成员,归结为利己的、独立的个体,另一方面把人归结为公民,归结为法人。”^[1]也就是说,市民社会是建立在商品交换基础之上的。在这样的一个社会经济体系中,对财富的追求和对种种需要的满足成为了每个人行为的动力和激励因素。在这样一个以市场需要为导向的社会本应像亚当·斯密所期待的那样,“用不着法律的干涉,个人的利害关系和情欲自然会引导人们的社会的资本尽可能按照最适合于社会利害关系的比例分配到国内一切不同用途。”^[2]“市民社会是个人私利的战场,是一切人反对一切人的战场,同样,市民社会也是私人利益跟特殊公共事务冲突的舞台,并且是它们两者共同跟国家的最高观点和制度冲突的舞台。”^[3]

社会是法律产生和发展的基础,而法律发展的形态则根源于与之相应的社会内在结构。由于市民社会的内在冲突的必然性,这样就决定了市民社会有一种自我削弱的趋势,仅仅依靠其自身的社会制约调整机制是很难使社会有序发展的。在这样的一个历史情势下,以虚幻的、代表普遍利益的政治共同体形式出现的国家就有必要对特殊利益进行实际的干涉和约束。国家借助法律的形式,建立起一种法律秩序,从而使其对社会的控制和管理合法化。由于社会的市场机制持续存在,这就决定了对法律规制社会冲突的要求将是持续的。这在其后果上,就形成了韦伯所说的形式合理性的历史运动。这样,随着市民社会与国家的相互分离,国家的立法与司法活动也日益具有形式主义的性质,成为解决市民社会中各种权利和利益冲突的法律机制。司法作为社会权利的最后保障线,对人们权利实现的影响日趋重大。司法侵权的可能性的增加,相应地也就使社会民众的护权积极性大为增强。而这种发自社会内部的护权积极性使人们更加注意司法的公正性,这也就使人们对司法的关注在市民社会中得到了前所未有的加强。

(二) 司法渊源

可以说,程序正义在西方的成型,不仅是历史观念和社会的产物,从其直接起源上来看更是当时司法活动的内在需要。在西方近代史上,资本主义是在世界化的同时得到发展的。在这种历史语境下,人们在相互交往的过程中产生的各种矛盾和冲突就会日益成为社会的一个常态。特别是在资本主义发展的初期,社会的机会主义行为往往会因为社会的暂时无序而呈现大面积的扩展趋势。

一般来说,为了解决社会矛盾和冲突,人们在彼此无法处理自己的冲突时就往往需要外在的权威力量的介入和裁判。而在国家这种公权力存在的既定条件下,法院的权力由于其自身的客观性和公共性而使其重要性达到了最高峰。而司法过程也是由一定主体参与而实现的,这样,从其现实性的角度来讲,司法的客观和公正往往可能由于司法人员的主观任意而得不到有力的保障。这就在客观上产生了这样的一种需要,用明确和规范的流程去限制司法过程可能的任意和不公。在司法过程中,程序的设置会使诉讼的对立面得以设置,其两方面就是为了排斥任意性,促进理性选择,以形成法官的合理的稳妥的结论。司法的任务就在于把一般法律应用于特殊情况下的具体事实,从而使司法判决具有可靠的预测性。这一情形被马克斯·韦伯称为司法形式主义。^[4]

在现实中,人们的利益往往会由于对方对司法承载者的争取而处于被侵害或可能被侵害的弱势地位。为了能公平合理地处理社会纠纷,以最终使社会在有秩序的状态中充分发展,在客观上就要求司法机关能够实现法治化。而在司法的法治化的过程中,司法过程的程序性就显得十分重要。在适用法律的过程中,司法程序问题占有重要的地位,它是关乎法治命运的重要问题之一。如果没有司法的程序化,司法就可能陷入司法人员的主观任性,当事人的合法权利就无法得到切实的保障。而法律程序的重要特点,就是公开性和透明性,它可以为普通民众所了解和运用。程序本身所具备的各种形式和步骤具有客观性、公平性和极强的可操作性,可以为权利的实现和义务的履行提供最强有力的制度保障。因此,我们可以看出,程序正义的最终落脚点还在于社会中形成并在法律中得到表达的社会权利。

对权力的程序性制约作为一种新型制约手段是市民社会保障自己权利的必然选择。程序性制约是采用法律程序在权力行使过程中来制约权力。公正的程序具有角色分工、对立面、无知之幕、^[5]直观公正、形式理性等特点和机制,它能够有效地制约权力的运行。因此,程序正义在西方就越来越成为人们的社会追求和必然选择。

二、程序正义在中国缺失的原因

与在西方的早熟截然不同,程序正义在古代中国传统中可以说是缺失的,而且这种缺失是有其必然原因的,我们可以从经济基础和政治专制这两个主导性方面来予以考察。

(一)经济基础

在我国古代,虽然在特定时代,商品经济的发展处于比较发达的状态,但从一个社会的主要条件的核心圈的判准来看,可以说我国基本上处于自然经济的笼罩之下。社会生产的基本单位是相互独立的村社。在这样的村社生产模式下,再生产和扩大再生产的活动在自己的狭小的空间内就可以完成。它们有完全独立的组织,自己的一个小天地。这样的自然经济制度使每一个这样的小单

位都成为孤立自在的组织,过着闭关自守的生活。在这样的传统中国社会里,国家与社会之间不仅存在着彼此分离的情形,而且更表现为一种相互依赖、内在统一的状态。在这样的社会环境里,社会秩序的实现,主要靠社会成员对集体义务的履行,而非社会权利的享有。而这种社会的存在和发展,其必然要求对社会的基本行为模式的稳定性的保有。在此社会基础上形成的司法理念必然是维护社会的实质正义。

由于自然经济在我国长期处于统治地位,历代统治者为了实现其最大化的统治,而对其社会经济基础进行保护,采取了“重农抑商”的政策。商品经济在这样的历史情势下就不可能得到促进和发展。由此决定了我国在长期的发展历程中始终是国家与社会的高度统一。在这样的经济基础决定的社会结构里,民众和司法就必然重实质正义,而轻视程序正义。

(二) 政治专制

自然经济的内在封闭性决定了在这样的经济形态上只能建立起封闭型的专制政治统治。“各个公社相互间由这种完全隔离的状态在全国造成虽然相同但绝非共同的利益,这就是东方专制制度的自然基础。”^[6] 而在一个专制的社会中,是不可能有多元权力架构的存在的。这也是古代中国与西欧在政治上的最大不同。古代中国社会的这种单一性不仅造成了东方社会的停滞,而且也使民主法治没有社会的内在需要。也就是说,在古代中国,是不存在法治的社会基础的。在这样的一个专制国家里,是不可能有权利的内在需求的。因而,在一个对权利没有强大的内在需要的社会里,司法的目标就不可能是维护社会民众的权利,其指向只能是国家的稳定和社会的安宁。其必然后果就是集体侵蚀个体。而在一个没有个人权利和民主法治的社会里,程序正义难以有生存的土壤。

三、程序正义在现实中国的困境

由于我国司法模式的历史惯性的影响,又加上当下的社会现实的型塑,使我国当代司法上的程序正义的实现遇到了一些困境。可以说,如果不解决这些困境,就不可能实现程序正义。

(一) 历史上司法模式的惯性影响

任何一个司法模式的形成都是这个社会各种重要因素的共同作用的产物。它一旦形成,就会在其合理性完全丧失之前对生活在这个社会中的人们产生内在的影响。

中国经历的漫长封建社会形成的法制传统的倾向是重“人治”而轻法治;在法制上,重实体法轻程序法,造成审判的政治化与社会化倾向,审判的政策性和实用性很强。“在漫长的古代社会中,真正明法于众的王朝是屈指可数的,大多数的统治者宁愿百姓蒙昧于法,以便于他们的统治。”^[7] 而在尤为重要的司法审判方式上,也显现出与现代司法格格不入的气质。在审判组织上,司法权和行政权密切结合,而且法官与检察官合一,即公诉人也是审判者。由于中国长期处于

一种宗法血缘的社会之中,个人对宗族的义务得到了最重要的关注,因而造就了中国古代社会法律的特征是,实体法相对发达,程序法极度落后。

受传统法律文化的影响,在当代中国法制建设中,人们普遍不太相信法律程序救济,即使参与诉讼,也更加重视实体法,轻视程序法。可以说,这样一个传统的轻诉讼和轻程序的惯性影响是对程序正义实现的一种负面消解。

(二)程序正义实现的社会基础尚未具备

从上述分析中,我们可以看到,程序正义的实现所需要的社会生存域是市民社会,市民社会可以为程序法治的实现提供最大限度的推动。

古代中国,由于政治上的专制主义在长时期内持续强化,以至商品经济在中国始终难以发达,市民社会也就始终难以成型。在中国传统的农业社会中,农耕文明占主导地位,调解、和解等制度就容易出现。比如在中国农村这样的乡土社会中,就很难产生程序正义。因为在农耕社会中,人口流动性不强,而且是一个熟人社会,这种情况下不需要冷冰冰的程序,而只需要温情脉脉的儒家经典,需要的是那种建立在君臣、父子、夫妻等人伦秩序之上的和谐文化。所以,强调“和为贵”,秉持中庸之道,将无讼奉为最高的司法理想。这些都充分说明,程序正义这套理论在中国没有发育的机会。^[8]因而,“中国缺乏中世纪欧洲使兴旺的自治市中自由民得以发展的那些制度。中国经济中一直不存在资本主义企业的法律基础和社会基础”。^[9]

而在当下中国,市民社会的建设虽然已经进入快车道,但仍然不能说已然具备。可以说中国现在已经基本上进入了市场经济发展的黄金期。市场经济内在的对法治的需要使我国法治建设有了非常强大的社会支持。但由于历史和现实的原因,中国市场经济体制还没有充分建立起来,经济垄断等非市场区域和各种非规范行为还大量存在。因此,这就决定了中国市民社会还不可能成熟。

(三)程序工具主义的思想浓重

在当代世界,程序作为权利的保障器,其权利保护的价值不断地提升,成为世界法治潮流的一个核心点。在法治背景下,程序正义的含义应该是保障人民的各项权利。但由于传统文化、历史惯性所形成的诉讼模式及法制状况的差异,各个国家在对程序的价值取向和配置上就会趋于差别化。在古代中国,由于自然经济的封闭性和司法权力的有限性,司法和行政成为事实上的统一体。整个司法都显现出一种义务本位的气质。在这种司法模式下,司法的核心价值在于使社会有序发展,当时社会的脆弱性就决定了社会集体的存在必须要有强大的义务付出。而为了这个目的,更注重个人对社会集体的责任。在此社会需要之下,司法呈现出很强的工具价值性,一切都是为了维护社会的整体稳定和封建专制的稳固存在。

这种司法的工具性气质在新中国仍然没有全部散去。在当代中国,程序的基本价值无非是打击犯罪和进行有效控制,以维护国家的长治久安。在强调控制犯罪的程序价值理念下,“程序正义”就是维护国家权力,其工具性价值就成

为超越其他一切价值的价值。在这种程序价值理念下,允许国家司法机关为查明真相、有效打击犯罪,可以根据自己的判断和意愿,在一定条件下斟酌其诉讼行为的范围和方式。在配合打击犯罪行为的过程中,所有的权力是作为整体而存在的,司法权力和行政权力都要服从一个国家整体的治理目标。即使出现了权力滥用或权力侵犯权利的现象,对于国家的整体治理目标来说,也是可以作合理解释和可原谅的。因而,在现实中,司法人员为了发现和惩处犯罪即使在程序上出现一些违法行为,国家和民众也会在事实上予以认可。可以说,在当代中国,对程序的重要性的认识还更多地停留在其工具价值的层面上,更不用说在行为上维护程序的严肃的实现了。在这个意义上,我们可以说,程序工具主义的观念不得到根本改变,就不可能有程序正义的广泛实现。

(四)程序立法不足与司法的非程序化

程序的工具性价值观念必然带来相应的法律行为气质,突出地表现在法治实践中,往往还有程序立法不足与司法的非程序化的现象。在寻求法治现代化的当下,运用程序法律来保护公民的各种合法权利,成为现代法治的客观要求。

从单纯的立法层面上来看,我国的程序立法在保护人权的方面确实取得了很大的进步,程序立法的内容也在一定程度上体现了民主法治的现代精神。但在现实中程序立法往往还停留在抽象层面上,没有进入细节性的论证和规定的阶段。在立法内容中,也出现重实体、轻程序的现象。如2012年《民事诉讼法》第170条第(4)规定:“原判决遗漏当事人或者缺席判决等严重违法法定程序的,裁定撤销原判决,发回原审人民法院重审。”这就是说,原判决虽然违反法定程序,但没有达到严重的程度,那么,上诉人所得到的结果极有可能是驳回上诉,维持原判。即使程序上的现代性的立法内容,往往在现实上也是规定与实际具有非一致性。

相应地,在司法实践中,重实体、轻程序现象非常严重。先定后审、强迫调解、放弃管辖权、超期立案、超期送达、随意延长审限、不告知当事人诉讼权利等违反程序的现象屡见不鲜,而且在事实上轻视程序的行为却并未受到应有的惩处。

四、促进程序正义在中国的承继和实现

任何一种新事物的出现和发展,都会有一个艰难的过程。程序正义这个非中国原生的新事物也是如此。如同程序正义在西方的出现和传播是一个相当大的系统的合力的作用一样,中国的程序正义的实现也离不开一系列因素的配合和推动。在当代中国,要想尽快实现程序正义,必须在以下几个方面多做努力。

(一)加快市民社会和民主政治的建设

市民社会是程序正义的社会基础,民主政治和法治的实现是其最直接的推动力。所以,为了加快程序正义的现实化,就必须首先在这个根本问题上下工夫。只有市民社会的建成,国家权力才能向社会权利和个人权利回归。在这样

的背景推动下,程序才能在配置和界定国家权力与市民权利之间的关系时发挥关键作用,从而,也使程序正义成为评价国家权力和市民权利的主导价值标准。也只有市民社会的成熟,才能使国家权力受到最深层的制约。

(二)改造传统司法价值的认定,转变程序价值的观念

在分析了程序正义在中国实现的社会基础之后,针对我国的特殊历史惯性,尤其需要强调转变程序价值的观念。在我国传统的司法中,特别注重秩序,强调个体在社会系统中的特定身份与角度,要求修己与安人的内在统一。在更多的场合下,广大民众力图通过自己努力来排解纷争进而公平交往。在其生存共同体内部有一种很实用的内在解决纠纷的平衡机制。如果司法不能使社会的实质性的权利和义务顺利实现,那么就可能使社会的发展处于不稳定之中。这就使其价值首先是要维护社会的稳定和整体有序,这就决定了它的模式是维护实质正义的。

而在现代社会中,市场经济的发展使社会的流动性空前增加,社会矛盾也日益普遍化。社会由自然经济方式的熟人社会转变成商品经济生产方式的陌生人社会。由于个人权利的享有和配置往往会对社会的有序运行产生至关重要的影响,所以现代法治的核心点就在于对个人权利的保护。因此,个人权利的实现过程就需要借助于一套形式理性化的程序正义规则。在理性化的权利实现制度中,程序正义固然具有为实体正义服务的职能,但服务并不等于服从,这是因为,在制度安排上,两者既是手段与目的的关系,也是前提和结论的关系。司法者被理性化的权利实现制度设置在程序之内去实施实体正义,因此,他就必须在程序正义的指引和限制下,去发现和认定事实并选择和适用权利实现的相关规则。^[10]程序强调价值中立、客观性,注重形式上的对等,这就为不同价值观的和平共处发展提供了回旋空间和前提条件。因此,中国社会转型应该从具有可操作性的程序入手。^[11]

(三)在推进司法改革中嵌入程序正义的基因

程序正义是我国司法改革所致力的一大目标,这一理念要求程序优先,对其他任何目标的追求都不得有违程序正义,目的是通过程序对权力进行约束和限制,力求以程序的公正、合法、人道取得民众对司法的信任。司法改革对诉讼体制和机制的重塑,寄托着对程序正义理念的孜孜以求。我们国家积极进行司法改革,只有司法制度的彻底变革,才能切实地保障人民的各项权利。首先我们要认识到程序正义不只是一种门面,一种可以置于服从地位的价值。程序正义是司法公正不可缺少的重要的另一半。对此,党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》在推进严格司法中指出:“健全事实认定符合客观真相、办案结果符合实体公正、办案结果符合程序公正的法律制度。”^[12]因此,我们要从全面依法治国的高度,在改革中嵌入程序正义的基因,设置制度以保障程序正义的实现,推进以审判为中心的诉讼制度改革,并在此基础上,改革侦诉关系和诉审关系。

五、结 语

“有时,正义本身不能赢得权威,而是看得见的正义才能赢得权威和服从。”^[13]在当代中国,程序正义正在受到越来越多的人的关注。但我们又必须切实地看到,程序正义的非内发性,就在某种程度上决定了其必须进行中国化的改造,解决中国的现实问题。由于一个国家的传统是各种社会重要因素耦合的产物,所以在程序正义中国化的历程中,必然会有各种因素的共同作用。只有这样,程序正义才能在中国这块土地上生根发芽和奉献沁人心脾的芬芳。

注释:

[1]《马克思恩格斯全集》(第3卷),北京:人民出版社,2002年,第189页。

[2][英]亚当·斯密:《国民财富的性质和原因的研究》(下),郭大力、王亚楠译,北京:商务印书馆,1979年,第252-253页。

[3][德]黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,北京:商务印书馆,1961年,第201页。

[4]马克斯·韦伯指出:“司法的形式主义使法律体系能够像技术合理性的机器一样运行。这就保证了个人和群体在这一体系内获得相对最大限度的自由,并极大地提高了预言他们行为的法律后果的可能性。程序变成了以固定的和不特殊类型的和平竞争。”[德]马克斯·韦伯:《经济与社会》(上卷),林荣远译,北京:商务印书馆,1997年,第656页。

[5]无知之幕是罗尔斯正义论体系的一个重要理论,其用纯粹程序正义的概念作为理论的一个基础,假定各方是处在一种“无知之幕”的背后。具体论述可参见[美]约翰·罗尔斯:《正义论》(修订版),何怀宏、何包刚、廖申白译,北京:中国社会科学出版社,2009年,第105-110页;《作为公平的正义——正义新论》,姚大志译,北京:中国社会科学出版社,2011年,第106-110页。

[6]《马克思恩格斯全集》(第18卷),北京:人民出版社,1961年,第618页。

[7]张晋藩:《中国法律的传统与近代转型》,北京:法律出版社,1997年,第298页。

[8]陈瑞华:《法律人的思维方式》,北京:法律出版社,2007年,第221页。

[9][德]马克思·韦伯:《文明的脚步——韦伯文集》,上海:上海三联书店,1988年,第174页。

[10]郑成良、杨力:《以人为本与法治发展》,《学习与探索》2007年第4期,第98页。

[11]季卫东:《通往法治的道路:社会的多元化与权威体系》,北京:法律出版社,2014年,第87页。

[12]《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,北京:人民出版社,2014年,第23页。

[13]孙洪坤:《检察权威研究》,《东方法学》2014年第3期,第14页。

[责任编辑:流 金]