

# 公民权利的程序保障研究

尚代贵<sup>①</sup>

(湖南工业大学 法学院, 湖南 株洲 412008)

**摘 要:** 随着人文主义的兴起,程序的正义得到张扬,人们注重从程序上保障公民的权利。我国由于处于自然的小农经济基础和重视社会整体、忽视个人权利的思想基础,导致了重实体轻程序的局面。而程序的参与原则、公开原则和中立与平等原则有着独立的作用,体现了对公民权利的保障。目前仍然存在对程序价值认识的不足,导致了程序法不发达,为了更好的保护公民的权利,我们应当转变观念,树立程序优先的理念,并进一步完善程序法。

**关键词:** 程序; 权利; 保障

近年来,随着人文主义的兴起,程序的正义得到张扬。反映在司法中,要求贯彻人文关怀,公正与人文关怀相辅相成。虽然司法公正主要着眼于被害人一方,但它同样也应包括犯罪人一方,无视犯罪人的合法权益,就有可能酿成冤假错案,破坏司法公正。因此,我们要认真反思传统轻程序和重实体的做法,树立一种程序优先的理念,注重处理过程的正当性,反对为达目的而不择手段,以期更好地维护公民的权利。

## 一 程序原则的内容与作用

公民作为国家的主人,当然有权利对司法工作进行了解和监督。这种权利能否充分的行使,是一个国家民主与法制健全与否的重要标志。从这个意义上说,在处理个人与国家的关系上,程序作为个人与国家交涉的途径,要求司法机关必须遵循一定的原则,从而保障公民权利同时又限制司法机关恣意。一般认为司法程序有以下原则。

### (一) 程序参与原则

参与原则的基本根据在于民法的意思自治和自我责任理论。人本主义的司法观要求人应当作为程序的主体,而不能沦为程序的客体。人作为社会的主体,有权参与到涉及自己利益的事件中来,通过自身的行为,形成自己负责的结果。处于平等地位的个人参加决定过程,发挥各自的角色作用,具有充分而对等的自由发言的机会,从而使决定更加集思广

益、更容易获得人们的共鸣和支持。如果他不能参与到对其权益有影响的决定的形成过程中来,而静候别人安排自己的命运,那么便会产生强烈的不公正感,更不能体现人的自治与自主。参与是形成法律程序的必要前提,有参与,参与者才可以进行交涉,才可以充分表达自己的意志,才可以对决定的形成起到积极的作用。参与原则在一定程度上使当事人的意志对法院的审判权形成有效的制约,有利于保证裁判结果的客观性和公正性。正如罗尔斯所说的,“因为各方一旦能够参与到程序过程中来,就更容易于接受裁判结果,尽管他们有可能不赞成裁判的内容,但他们却更有可能服从它们”。

### (二) 程序公开原则

程序公开原则源于英国古老的法律格言:“正义不但要伸张,而且必须眼见着被伸张。”(Justice must not only be done, but must be seen to be done)。这并不是说,眼不见就不能接受,而是说,“没有公开则无所谓正义。”<sup>[1]</sup>到 18 世纪时,意大利杰出的法学家贝卡利亚在其名著《论犯罪与刑罚》中提出了“审判应当公开,犯罪的证据应当公开,以便使或许是社会唯一制约手段的舆论能够约束强力和欲望。”这一闪光思想的提出,经历了一个漫长的历史发展过程,并逐渐为各国所接受。到现代,各国的法律中均作了明确的规定,主要包括庭前公告、庭审公开、允许社会公众旁听和新闻记者采访报道、宣判公

<sup>①</sup> 收稿日期: 2008-02-29

基金项目: 湖南省教育厅资助科学研究项目 (02C661)

作者简介: 尚代贵,男(苗族),湖南龙山人,湖南工业大学法学院副教授,研究方向为民商法。

开等制度。我国的宪法也吸收了这一人类文明硕果,于第125条明确规定:“人民法院审理案件,除法律规定的特殊情况外,一律公开进行。”法院组织法、刑事诉讼法、民事诉讼法和行政诉讼法都在总则中作了相应的规定,并细化了这一司法民主程度的标尺。程序公开原则的深远意义在于:公开使得诉讼程序透明化,使参加者和公众看见正义的实现过程,排除了程序的参加者因对必要信息的无知而产生的心理紧张、不安以及对程序合理性和正当性的怀疑,并对社会公众具有提示、感染和教育的作用。同时提供了对诉讼过程实施社会监督的可能,防止了法官擅断和暗箱操作。“如果公正的规则没有得到公正地适用,那么公众的压力常能够纠正这种非正义。”<sup>[2]</sup>

### (三) 程序中立和平等原则

程序中立和平等原则主要是要求法官在诉讼中对诉讼各方的意见和证据予以平等的关注,并在制作裁判时将各方的观点考虑在内。从程序的工具价值来看,这必然有助于形成正确的判决结果,而其独立的内在价值则在于使各方参与者确信受到了公正的对待。

程序中立原则是针对法官提出的要求,它是程序的基础,并且需要通过一系列的制度来保证。例如,法官的资格认定、人身保障以及回避制度、分权制衡、公开听证等等,它表明在程序设计中,法官对于争议各方当事人保持一种超然无偏袒的态度和地位,与争议各方当事人保持同等的诉讼距离。它具体体现为两项要求:1.法官与争议的案件没有关联性,在该案件中不存在法官的个人利益。如果法官与争议的案件存在利益上的关联,我们就很难想象该法官还能保持超然的地位,做到不偏不私。英国的一句法谚便形象地描绘了这一原则,“一个人不能在自己的案件中当法官,因为他不能既做法官又做当事人”。在英国中立原则被看作是“程序的心脏”。2.法官不得对任何一方当事人含有个人价值偏向,对其进行歧视或偏爱,在纠纷的解决中含有不恰当的个人感情。从人性而言,人在大多数的情况下都是非理性的。因为法官也是人,也有自己的情感和价值取向,在解决纠纷的过程中也容易受这些因素的导向,从而对一方当事人给予不公正的对待,难以确保进行公正的判决。程序中立原则要求法官在飞舞正义之剑时要尽量理性化,克服自己人性的非理性因素,从而确保进行公正的判决。法官的中立性是正当程序的基础性原则,如果没有这一原则

或者得不到遵守,那么正当程序的其他内容根本就无法保障。程序中立不仅仅是形式上的中立,更要求法官实质的中立,实质中立的形成有赖于良好的外部环境——司法独立作为保障,若司法权受到立法、行政、社会舆论等各方面的影响并为其所左右,那么程序中立等于空谈,因为案件结果早已被外来的种种因素所既定,无法在法律程序中按照理性的判断形成。

程序平等原则是针对当事人而言的,它是与法官中立原则紧密联系的,要求法官保持与当事人双方的同等诉讼距离,要求法官对当事人予以平等的对待。在此意义上,可以说平等原则是中立原则在诉讼领域的动态延伸。它主要有两种含义:1.当事人的诉讼地位平等,享有平等的诉讼权利,承担同等的诉讼义务。2.法官平等的保护当事人诉讼权利的行使,使当事人双方享有均等的诉讼机会。平等原则是程序性的权利平等,而非实质性的权利平等。平等原则的核心就是要求同样的情况同样对待,不同的情况不同对待。

法律程序原则的核心价值在于对人权的保障。在法律程序原则的基础上,作为程序的参与人可以依据法律程序性条款直接享有和行使程序性权利,如被告知理由,要求进行听证等。这可以规制国家权力的正当运行,是“以权利制约权力”的具体体现,从而保障人权的有效实现,防止国家权力可能给人权造成的不法侵害。另外,法律程序是一个流动的中间领域,是对抗的缓冲层。社会关系在程序中可以简化。就司法而言,它在政治社会体系中占有的是一种可称为“平衡器”的特殊位置。社会中发生的几乎任何一种矛盾、争议,尽管经过各种各样的决定仍有不能得到解决并蕴含着给政治、社会体系的正统性带来重大冲击的危险时,最终可以被诉讼审判所吸收或“中和”。通过诉讼、审判,尽管争议或矛盾本身未必真正得到了解决,由于司法所具有的诸如把一般问题转化为个别问题,把价值问题转化为技术问题等特殊的性质和手法,因发生争议或矛盾而可能给政治及社会体系正统性带来的重大冲击却得以分散或缓解。<sup>[3]</sup>程序可以作为实现有节度的自由、有组织的民主、有保障的人权、有制约的权威、有进取的保守这样一种社会的制度基石。

### 二 我国程序法的现状

权利主体是市场经济的主体,公民的各种权利神圣不可侵犯受法律保护。从程序价值而言,就是使权利得到充分、及时和有效的救济。“获得法院

的判决,也就可以说获得了权利观念上的实现。”<sup>[3] 66</sup>这意味着司法在人权的实现与保障方面发挥着最终的决定性作用。目前,在我国刑事、行政、民事三大程序法中,在人权保障方面有较完善的制度基础,尤其是随着我国先后签署了《经济、社会和文化权利国际公约》和《公民权利和政治权利国际公约》在人权保障方面有了相当大的进步,在许多方面已经达到或接近于人权的国际保障标准,但是在制度及实际运作中仍然存在一些不足之处,主要体现在如下几方面:

### (一)对法律程序功能认识不足

自古以来,我国的经济主要是自给自足的小农经济,人们靠天吃饭,而天经常是风云变幻莫测,因而人们形成了轻过程重结果的心态。建立在这种经济基础上的政治形态是高度集权的帝王专制,社会思想观念是社会本位的儒家伦理思想。其反映在法律文化上的基本精神是重团体、轻个体、重结果、轻过程、重实质、轻形式、重实体、轻程序。久而久之,实体法相对发达,程序法极度落后,形成了一种追求实质正义的法律文化观。由于受此观念的影响,许多人对法律程序作用的理解在相当程度上带有程序工具主义的色彩,认为程序只是一种工具,其目的在于保证实体正义的实现。认为只要达到实体处理的正确,不使用这种工具并无不可,甚至为了便于实现实体正义,采用违反诉讼程序的其他方法不仅可以,往往还是必须的。另外,“诉讼效益观”认为,程序步骤多、手续繁杂、速度慢,不符合诉讼效益原则。由于受此功利观念的影响,在实务中许多人一旦发生诉讼后,只求尽快得到解决,并不要求按什么程序解决,因而程序自身的独立价值受到了严重削弱。

### (二)程序设置过于粗略,缺乏可操作性

由于立法技术的落后,法律程序的体系仍然不完备,程序的衔接、呼应等方面依然欠缺。一些已有的法律程序也因为忽视程序要件的规定而缺乏可操作性,从而难以发挥其功能,给恣意留下了藏垢之所。另外,由于中国传统司法具有实质性的价值取向,集行政与司法职能于一身的官员们掌握着“超级的自由裁量权”,在任何情况下,解决争端的方法均不受既有的法律条条框框的局限,为了道德的正义性和实际情形的妥当性以及个案处理结果的公正,以天理、人情和道德来弥补法律的刚性,即所谓的“律意虽远,人情可推”,往往是被许可、被褒奖的,大众也对此津津乐道。由于受此传统观念的影响,程序操作者的程序意识不强,实际操作中不按程

序办事的情况仍然比较普遍,这更是专制与腐败的一大病灶。

### (三)立法不足,有的缺位

目前,无论是民事诉讼还是行政诉讼,我国法院不予受理的纠纷的种类较多,审判权的范围受到严重的限制。因而,公民的起诉权得不到有效保护,许多人徘徊在法院的门口,而更多的人转向求助于申诉或上访。

对于行政法而言,行政程序法缺位,行政权的行使缺乏规范,不符合现代法治国家的理念和人权保障的需要。在我国社会管理的实践中,主要是以行政机关的管理为主。长期以来由于受重实体轻程序、重结果轻过程观念的影响,忽视了对运作程序的配套规定,行政机关的自由裁量权过大,政府官员为了所谓的“政绩”,使管理显得过于主观化、随意性。戴雪(A. V. Dicey)曾经说:“凡有裁量的自由,必有专断的余地”。在社会管理的实践中,许多重大的决策由于缺乏程序的制约,广大民众无法参与,导致了决策的领导个人独断化,而非民主化和科学化,一方面造成重复建设多,社会财富浪费巨大;另一方面对医疗卫生、社会保险和文化教育等公益事业投入不足,以至于广大民众享受类似的社会福利的权利受到了严重削弱。

法定程序不够严谨,对于违反程序行为所规定的法律责任不够明确,有些甚至没有规定程序违法责任等。在我国,审判人员违反了审判公开原则,不仅审判人员不承担责任,而且对被侵犯了权益的当事人也没有任何形式上的致歉以及从轻、减轻处罚的规定。在刑事诉讼中,尽管我国现行法律对侦查程序的违法性后果有相应的规定,但存在明显不足之处。比如对没有犯罪事实或者没有事实证明有犯罪重大嫌疑的人严重超期羁押,不仅国家赔偿法没有相应的赔偿规定,而且对违法执法者的责任追究也仅限于内部处理。因而在司法实践中,大量存在犯罪嫌疑人及其家属不知因何被采取强制措施,不知羁押何处,甚至被严重超期羁押的现象也就不足为奇了。

### (四)法律程序中公民的地位不高

由于司法与行政合一的体制,形成了视审判为行政的一个环节的观念,审判程序是按行政原理设计的。在程序中公民的主体地位体现不够,对于民诉的审判程序而言,职权主义色彩很重,整个程序的运行并不是以当事人为主导,而由法官主导。审判的重心仍然存在于当事人和法官之间的纵向沟通,

而不是当事人与当事人之间的横向沟通,当事人之间唇枪舌战的内容并不能对法官的裁判形成有效的制约。当事人权利不够充分,使程序所要求的民主性和平等性难以得到满足,当事人在程序活动中的自主和自治性不能得到充分发挥。尽管现行民事诉讼法中规定了当事人的处分原则,但是这些规定只局限于当事人对诉讼程序的开始、发展和终结的作用以及诉讼法某项具体权利的处分这一层面上。而没有意识到和承认当事人对作为裁判基础的案件事实的处分是当事人行使处分权的重要内容。并且在审判当事人实务中不尊重当事人的处分权情况屡见不鲜。对于刑事诉讼和行政诉讼而言,都戴着公权优先的有色眼镜,并没有理性地把刑诉中被告人与代表公权检察院和行政诉讼中的行政相对人(原告)与代表公权的行政机关从事实上放在同一个平等的平台上对话。因而刑诉中被告人和行政诉讼中的行政相对人(原告)的权利就无法得到应有的保障。

### 三 改革措施

#### (一) 树立程序优先的观念

首先我们应当从主观层面上纠正和消除对法律程序的误解和偏见,抛弃程序工具主义的理念,树立程序优先的新理念。实际上,实体法主要在于规范各种实体权利,无须亦不可能为每种权利都设置一个诉讼法上的救济依据。然而从罗马法和英国法的早期历史来看,不存在实体或实体法规范不清楚的时期都已经存在诉讼和审判。通常,立法者只对其认为特别重要的权利在实体法中设置诉权救济条款,大量的一般实体权利的救济应通过诉讼法解决。美国著名大法官 J·福兰克福特曾经宣称“自由的历史基本上是奉程序保障的历史”。<sup>[4]</sup>其次,我们应用追求实质正义一样的热情来追求程序正义。程序正义作为一种理论观念不是中国社会自然经济发展的必然产物,而是少数的精英当作一种权利保障和救济良方从西方直接引进的。其有效运作的前提条件是:价值多元而自由的社会基础,具有精深的专业知识和高度职业伦理素养的法律职业者的实践等等。著名的德国程序主义者 J·戈尔德施密特曾经说过,法律程序只有在自由主义的土壤之中才能茁壮成长。欲望这种良方在中国具有悠久专制主义传统的厚实土壤里产生奇效,克服排斥反应,的确还需要一个精心培育和护理的过程,因为程序理论只有得到广大民众内心的认可和接纳,才能富有生命力。当然,我国改革开放的大环境为其生长提供了必要的土壤,但是程序理念价值的进一步的张扬,将取决

于我国改革开放的不断深入和社会经济的持续发展。

#### (二) 完善程序制度

加强法律程序理论研究和制度建设,提高法律程序的设计技术水平,使程序的设计不断科学化、合理化和人性化。程序主义法律制度的构思主要起源于宪政精神。我国宪法规定:“国家尊重和保障人权”(第 33 条);公民的人身自由不受侵犯,即使法院、检察院以及公安机关也不能采取非法的方法剥夺或限制人身自由(第 37 条);禁止非法搜查或者非法侵入公民的住宅(第 39 条);出于刑事侦查的需要对通信进行检查必须依照法定程序(第 40 条)等等。这些保障公民权利的宪法条款主要依靠诉讼法来贯彻和落实。在法治社会,国家向国民开放诉讼作为权利救济的方式,是国家向国民承担的义务。诉权是现代法治社会中第一制度性的人权,只有诉权是可以要求政府承担无限的保护责任的,并且这种保护责任是可能的、现实的。<sup>[5]</sup>起诉权是程序参与的前提,作为一个法治国家应当确保公民享有充分的司法救济权,以便公民有充分的机会和条件接近法院、利用法院和使用法院。为此,公民的起诉权应首当其冲地得到保护,就行政和民事诉讼法而言,我们应扭转过于强调诉讼法的受理必须有实体法上的依据的错误观念,改变目前所实施的立案受理制度,扩大立案范围,简化受理条件。我们认为公民的起诉只要履行了起诉手续,法院就应当立案,而不得以诉讼要件欠缺为由拒绝受理案件,更不得以诉讼要件欠缺权力保护要件为由拒绝受理案件。以人权保障为己任的法院,不能以实体法没有规定为由而拒绝裁判。对此,域外的《法国民法典》于 1804 年就在第 4 条中明文规定:法官借口没有法律或法律不明确,不完备而拒绝受理者,得以拒绝审判罪追诉之。<sup>[6]</sup>

另外,从刑事诉讼法来看,我们应抛弃传统偏向于为达到实质性结果的刑事诉讼指导思想,树立程序主义的刑事诉讼观。为此,应严格限制惩罚犯罪的权力,充分保障嫌疑人、被告人获得辩护的权利,扩大律师在刑事诉讼过程中的权利。在刑事诉讼中,因为犯罪嫌疑人处于弱势地位,致使诉讼严重失衡。目前,我国刑事诉讼法的主要问题在于在法院受理案件之前的侦查起诉阶段,律师不能阅览公安机关和检察院收集到的证据(刑诉法第 36 条);律师向被害人及其近亲属收集证据时需要经过检察院或法院的许可(刑诉法第 37 条),这在相当大的程

度上限制了律师对案情的了解,导致了实务中律师的诉讼参与率较低、在辩护方面发挥的作用十分有限,这些都是源于程序的失灵。而程序公正与人权保障体现在刑事诉讼中,其纽带就是以辩护律师为核心的维护公民权利运动。为此,我们应当严格侦查机关执行侦查程序,赋予犯罪嫌疑人一定的权利,以期与侦查机关武装平等。扩大律师在该阶段的权利,使律师的权利不仅限于“提供法律咨询、代理申诉、控告”,从而更好的保护犯罪嫌疑人的权利。我们认为对惩罚犯罪的权力进行严格的限制,目的当然不是纵容作奸犯科,而是要防止滥伤无辜,维护公民的基本权利。基于人性本恶的法治理念,尽管天网恢恢,但是我们不可能做到除恶务净。就刑事诉讼法的本质而言,科以刑罚的结果本身并不是目标,更重要的是防止失误、不公正以及违法行为等等,为此我们应该特别关注那些有利于防止偏见误判的制度条件、形式性要件以及论证和审议的法律沟通过程。早在20世纪初,清末著名法学家沈家本等人就引用“西人之言”指出过:“刑律不善不足以害良民,刑事诉律不备,即良民亦罹其害。”<sup>[7]</sup>历史告诉我们像聂树斌枉死、佘祥林误囚那样发人深省的事例不能再次发生。培根(Francis Bacon)在《论司法》一文中阐述得很清楚:“一次错判比多次犯罪的危害更大,因为罪行只不过搅浑了水流,而冤案则会污染水源”。

### (三)追究违反程序的责任

严格贯彻法律程序,切实保障程序有效运行。在西方国家,从罗马法时代开始,就强调在诉讼中要严格遵守法定程序,甚至在某种程度上对程序正义的重视超过了对实质正义的重视,程序正义确实被放在了首位。比如有些国家在审理案件时,因为程序上出现了问题而使案件发生了误审,就要解散陪

审团而重新进行审理;在证据的运用上,如果是违反法定程序收集的证据就有可能不能进入司法程序或者被弹劾,甚至影响到被告人,导致被告人因此可能会减轻或免除所承担的刑事责任。借鉴域外经验,我们的立法部门应以出台“办法”或以其他方式规定,追究违反法定程序具体责任人员的法律责任。对审理案件中因违反程序的规定而出现程序上的瑕疵,可以根据该瑕疵造成的影响以及损失的大小来考虑对被告人在量刑时作适当补偿。也就是说要对审判过程中因程序上的失误造成的损失承担相应的责任和后果。这样,不仅有利于进一步提高程序法的地位,而且对切实增强审判人员的办案责任心,树立程序正义的新理念,确保审判人员严格执行程序也有着非常重要的意义。

### 参考文献:

- [1] [美]伯尔曼.法律与宗教[M].梁治平,译.北京:三联书店,1990:48
- [2] Michael D. Bayles. Procedure Justice [M]. Kluwer Publishing Company, 1990
- [3] [日]谷口安平.程序的正义与诉讼[M].王亚新,刘荣军,译.北京:中国政法大学出版社,1996
- [4] 季卫东.法治秩序的建构[M].北京:中国政法大学出版社,1999:9
- [5] 莫纪宏.现代宪法的逻辑基础[M].北京:法律出版社,2001:305
- [6] 法国民法典[M].罗结珍,译.北京:中国法制出版社,1999:1
- [7] 沈家本.俞廉三进呈刑事诉讼律草案的奏折[M]//李贵连.沈家本与中国法律现代化.光明日报出版社,1989:128

(责任编辑:徐蓓)

# ABSTRACTS

## (1) On the Range of Prosecutorial Discretion in China

ZHANG Shan-yi SHAO Feng-qing( 004)

*Law School, Central South University, Changsha 410083, China*

**Abstract** It's unilateral to discuss the prosecutorial discretion only in the range of criminal public prosecution power. Prosecutors of China also have discretion in case-filing and investigative power, legal superintendence power of criminal litigation and anti-prosecution power of civil and administrative cases. Prosecutorial discretion has both the nature of executive power and that of judicial power. The executive discretion should be strictly controlled because executive power is easy to be extended and the judicial discretion should be extended because judicial power is comparatively neutral. At the same time, procedural control on the range of prosecutorial discretion should be strengthened.

**Key Words** prosecutor; discretion; range

## (2) Research on Procedural Guarantee of Citizens' Rights

SHANG Da-gui( 008)

*Law School, Hunan University of Technology, Hunan Zhuzhou 412008, China*

**Abstract** With the rise of humanism, people are paying increasing attention to procedural guarantee of citizens' rights. In the state of naturalism all-scale peasant economy, China lays emphasis on the whole society and substance, and neglects individual rights and procedure. The publicity principle, participation principle, and neutrality and equality principle of procedure can guarantee citizens' rights. In China, there isn't an advanced procedure law and people can't fully understand the value of procedure. To protect citizens' rights, priority should be given to procedure and procedure law should be perfected.

**Key words** procedure; right; guarantee

## (3) Harmonization and Conformity: Scientific Development Thought and Its Value Orientation

YIX ian-fei FU Ru-liang( 013)

*Research Base of Deng Xiaoping Theory, Changsha University of Science and Engineering, Changsha Hunan 410076, China*

**Abstract** Traditional thought of development takes materialism as its foundation and holds that the value of human being is actually the value of material. It results in the shortage of value rationality and the inversion of developmental purpose and means. Scientific development thought realizes the harmonization and conformity of value orientation and that of implement rationality and value rationality, gets rid of the predicament of value, and eliminates the value absurdity of traditional thought of development.

**Key words** value theory; scientific development thought; value orientation