

■ 法学理论

法治进程中的程序法制及其现代化^{*}

汪 进 元

(武汉大学 法学院,湖北 武汉 430072)

[作者简介] 汪进元(1959-),男,湖北洪湖人,武汉大学法学院法律学系讲师,法学博士,主要从事外国宪法研究。

[摘 要] 西方法治的历史就是奉程序法制的历史。中国传统社会重实体轻程序,现行的程序法制仍带有国家职权主义色彩。建构中国社会主义法治国家,首先必须加强程序法制建设,建立主体平等、过程公开、决策自治的现代程序制度,发挥程序法制和实体法制的双轨合力,加速中国法治化的进程。

[关键词] 法治;程序法制;现代化

[中图分类号] D 902 [文献标识码] A [文章编号] 1008-2999(2001)01-0042-07

有人说“程序是法律的心脏”^[1](第 363 页)。也有人说:“程序法与实体法如同一辆摩托的两个轮子,对法制建设的价值而言,应等量齐观,它们之间不存在也不应该存在主从关系,不存在也不应该存在手段与目的关系”^[2](第 32 页)。可见,程序对法律的存在和运行,以及对法律价值的保障和实现等方面的意义是如此重要,二者对法治建设的意义,不可偏废。但是,程序研究在中国,始终是诉讼法学领域的独门话题,虽然近几年法理学界和行政法学界开始注重法律程序和行政程序的研究并有不少成果面世,但是关于程序法制的理论研究仍然是一个薄弱的课题,更没有能够引起法律实践部门的应有重视。因此,加强程序法制的理论研究,加速“依法治国,建设社会主义法治国家”的进程,是摆在法学理论工作者面前的重要任务之一。

一、西方法治进程中的程序法制

在西方,法治的历史就是奉程序法制的历史。以判例法著称于世的英美法系国家,尽管从整体上说,法治的形式化(法典化)不如大陆法系国家,但是,程序法制的形式化则远远高于大陆法系国家。可以说英美法系国家法治的形式化主要是程序法制的形式化。美国宪法修正案第 5 条和第 14 条确认的正当程序原则,正是英美法系程序法制形式化的典型表征。

然而,从历史渊源来看,美国的正当法律程序原则,源于英国的普通法传统。早在公元 5-11 世纪,盎格拉-萨克逊人入主英格兰并形成了国王未征求意见和征得同意不得行动的习惯。1215 年的自由大宪章第 39 条规定:“任何自由人不得被逮捕、监禁、侵占财产、流放或以任何方式杀害,除非他受到贵族法官或国家法律的审判。”1354 年,爱德华三世颁布法令:“未经法律的正当程序进行答辩,对任何财产和身份的拥有者一律不得被剥夺其土地或住所,不得逮捕或监禁,不得剥夺其继承权和生命。”这就是英

国的自然公正原则。在英国,自然公正原则只是一个程序性原则,其含义包括听取对方的意见及任何人不能作为自己案件的法官等两个程序规则。美国独立之后对于法制改革问题发生过长期争论,有人主张用大陆法体系取代英国的普通法,也有人主张根据自然法原则另起炉灶搞一套新规范体系。由于当时的法律家只懂英国普通法,因此,维持和改善普通法体系成为一种不可抗拒的决定。于是,1791年美国宪法第5条修正案也采用了“正当程序”的概念,并具体规定:“未经法律的正当程序,不得剥夺任何人的生命、自由和财产。”1867年第14条修正案将正当程序原则扩大到州的法律实践之中。在美国,正当程序原则不但是一个程序性原则,而且也是一个实体性原则。1791年《权利法案》的起草人麦迪逊把正当法律程序写入当时,也只把它看做一种程序上的保障,而且也只适用于法院的诉讼过程和程序,不涉及一项立法机关的法案的实体内容问题^[3](第55页)。因为在正当程序被扩大到对政府实质性限制之前,早期的美国法官,包括联邦法官和州法官,往往利用宪法中的自由和契约自由条款以及自然法理论和社会契约论等来限制政府的权力。但是,美国内战前后,随着坎特著作的出版,人们对自然法的怀疑导致美国宪法的核心从自然法理论迅速转向了包含在正当程序条款之中的明示限制。1856年“怀尼哈默诉人民案”纽约州法院的判决,标志着正当程序原则已由单纯的程序性原则转化为既含程序限制也含实质限制的原则。“怀尼哈默案”起因于一项纽约州法律。该法律禁止出售非医用烈性酒,并禁止在住所之外的任何地方储存非用于销售的酒类。该法还进一步规定,立即销毁全部违反其规定而保存的酒;如有违反,以轻罪论处。纽约州法院认为:“该法的实施,消灭和破坏了这个州的公民拥有烈性酒的财产权;”“即使在形式上符合法律的正当程序”,也违背了宪法规定的正当程序条款的精神,当然超出了政府的权限范围^[3](第56页)。美国宪法第14条修正案出台之后,联邦最高法院也采纳了这一观点。从此,实质性正当程序成为美国联邦和州法院普遍适用的一项原则。从而使正当程序原则和司法审查制度,成为美国分权型政府体制运作的两大支柱,如果说美国的分权制衡型体制是一辆马车,那么,正当程序原则和司法审查制度,就是两个不可或缺的轮子。

相比之下,以德、法为代表的大陆法系国家,程序法制的建设相对缓慢,但正当程序思想在这些国家中也已经得到巩固。在程序仅被看成实体附属物的法国,迄今为止颁布了10多部宪法,均以1789年的《人权宣言》为序,《宣言》第7条规定:“除非在法律所规定的情况下并按照法律所指示的手续,不得控告、逮捕或拘留任何人。”之后又通过法院的决定确立了“对抗原则(Principe de Contradictoire)”,赋予诉讼当事人双方充分的机会陈述案情并对对方的主张提出异议。二战之后,正当程序的概念在全世界范围内广为传播。很多国家通过修宪的方式采用了类似的明确规定。

二、中国现行政程序法制的缺失

在中国,以儒家“德”、“礼”为本的法律文化和“家”、“国”同构的社会结构延续了两千多年。“亲亲”、“尊尊”维系的身份关系是中国传统法制的核心内容,而在这样一个家庭化的国家中,皇帝就是“家父”,一准维护“家父”的最高权威和至上的统治是“臣子”的义务和责任。在那里,虽有“讼”、“狱”之别,“听讼”、“折狱”之分,但没有当事人的诉讼主体地位和诉讼权利。纠问式的诉讼制度和严刑拷打、刑训逼供的法定取证方式是当时程序运行的重要特色。从皇帝老子到州县长官,既是行政首长,又是司法官员,行政兼理司法,皇帝才是最终的神明裁判者。这样一种司法行政合一的权力体制,一切都成了诉讼的对象,一切问题都只能通过诉讼的途径解决。现在流行的影视片《包青天》《康熙微服私访》等等,无一不是历史的再现。可是,在法律形式上,却是一种相反的表象。诸法合体,民刑不分,实体法与程序法合一,而且是主法与从法的关系,这是中国传统法律结构体系的重要特点。就程序法而言,应该说自《周礼·秋官·大司寇》载有“讼谓以财货相告者,狱谓以罪相告者”之后,战国李悝的《法经》六篇,设“囚”、“捕”两篇专门规定了诉讼程序的内容;唐律中的“斗讼”、“捕亡”、“断狱”,也基本上是刑事诉讼的程序性规定;到了元朝,据《元典章》《事林广记刑法类·大元通制》等的记载,“诉讼”一词已有了新的含义,同唐律相比,

元朝律制已有了民事诉讼和刑事诉讼相分离的趋势。但是,在传统的专制体制下,程序法的从属地位没有改变,当事人的诉讼客体地位也没有改变。因为,在这样的社会里,缺乏“自然理性”和“程序正义”的约束机制。

清末统治时期,西方列强的侵华战争,打开了紧闭着的中国国门,中国人民在蒙受凌辱的同时,也接受到了西方的自然法理念和程序法思想。以沈家本为代表的清末法学家,制定了诸如《刑事民事诉讼法草案》之类的程序法规则,引进了西方的审判制度、辩护制度、陪审制度,及合议、公开、回避等方面的审判制度,可谓开启了中国传统程序法制向现代化程序法制的转型过程。然而,作为程序法制之基础的宪法程序却没见端倪。

辛亥革命胜利之后,孙中山先生根据西方的分权原则、司法独立原则并吸收了西方的程序法制理念,对中国传统程序法制进行了革命性和先进性的制度改造,并在《中华民国临时约法》中规定了法官独立审判原则和法官终身制度,除外,还规定了“人民之身体,非依法律不得被逮捕、拘禁、审问、处罚”,以及人民的请愿程序、诉愿程序、大总统及国务员被弹劾的程序、参议会的会议公开程序及议决法案的复决程序和《临时约法》的增修程序等等。同时还草拟了一系列单行的诉讼法规文件,进一步确认了法官考试录用制度,以及公开审判、陪审和律师参审的程序法制度。孙中山先生的程序法制改革,开始注意到了宪法对程序法制建设的重要意义和宪法程序对程序法制的基础性作用。可惜的是,袁世凯的篡权和国民党蒋介石的专制独裁统治,中国近代社会已经开启的程序法制改革再遭挫败,中国传统的重程序、轻实体的倾向再度出现。在当时,立法上意欲简化程序,实务中试图松弛程序的现象屡见不鲜。对此,担任国民党司法行政部顾问的庞德教授曾语重心长地告诫说:“过份简单从事是危险的。……为了保证决定的合理性,必须要求在认定事实的陈述和适用法律的主张之中系统阐明其理由,舍此没有更有效的方法。……废除或松弛关系到判断基础的程序要件(requirements)势必将利少弊多”^[4](第 56 页)。

中国传统程序的积弊,对新中国成立后的法制建设,尤其是程序法制建设,带来的负面影响是不可否认的。现行的法律程序,尤其是宪法程序,存在的问题主要表现为以下方面。

首先,程序法规不够健全。程序是设计出来的,而设计的程序是通过规则表现的。以程序为先导和核心内容的西方法治社会,首先和主要表现为程序法制的宪法规制。英、美两国是这样,而作为大陆法系代表之一的法国亦如此。中国现行宪法典大部分关于授予国家机关以权力的条文,国家权力如何行使?以及渎职和滥权行使应如何处置?宪法没有规定,相应的程序法规也难以出来,表现最为突出的是监督法、行政程序法。控制国家权力保障公民权利,是宪法存在和发展的前提和基础,而控制国家权力的有效手段,一是权力分立与相互制约(实体控权);二是权力运行的程序控制(程序控权)。我们不搞分权与制衡,孰可理解,但完善的程序控制,应该是可以接受的良方。另外,现行宪法关于公民权利的行使与保障的程序性规定也极不完善。我们不谈国家权力无控制自然意味着公民权利无保障的问题,就是宪法直接赋予公民享有的权利也无程序规则保障。例如,宪法规定公民对国家机关的批评建议权、公民的受教育权、劳动权和物质帮助权等等,如果这些权利在享有和行使的过程中受到阻碍应采取什么样的救济措施?宪法没有规定,也没见到其他法律作过相应的规定。

其次,法官的独立地位没有彻底落实。现行宪法和相关的程序法的确定将司法独立作为一个原则确定下来了。但司法机关必须受党委领导和人大监督,由于党委领导和人大监督在方式方法上缺乏法律的具体规制,在实际运作过程中,由“领导”和“监督”变成了少数党员干部和人大领导同志对具体案件的微观指导和代办(当然是“黑箱”操作)。同时,就法院内部体制设计来说,现行的法院体制基本上是按照集权型管理模式设计的,如审判委员会的设立、上级法院的提案和指令再审、检察院的抗诉等等,应该说这些制度设计的动机是好的,但实际操作时则出现了不少麻烦。一方面承办法官层层请示,层层汇报,不但导致法官不能自主决策,反而还增加了外部干扰,养成了拉关系找后台、层层庇护的诸多弊端。

再次,当事人的诉讼权利没有保障。现行的民事诉讼法和刑事诉讼法都明确规定人民法院依法保障诉讼参加人的诉讼权利,但同时又规定:“公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人经审判长许可,可以对证

人、鉴定人发问”(刑诉法第 156 条)，“当事人要求重新进行调查、鉴定或者勘验后，是否准许，由人民法院决定”(民诉法第 125 条)。如果审判长和法院决定不予“许可”，则意味着有关当事人的诉讼权利得不到享有和行使；如果所发问的内容对当事人的实体权利保障有特别重要的意义，因没有得到“准许”，还可能导致当事人的实体权益得不到保障。可见，我们的程序设计还带有国家职权主义的特点，没有能够充分体现程序自治原则。另外，法案中有明显不尊重当事人诉讼权利的规定，例如，刑诉法第 191 条第 3 款关于发回重审的列举事项的规定，其中剥夺或限制了当事人的法定诉讼权利，可能影响公正审判的。”此款言下之意是，剥夺或限制了当事人的法定诉讼权利还有可能影响公正审判，因而只要不影响公正的判决，即使是剥夺了当事人的诉讼权利，也不发回重审。可见在立法者看来，诉讼权利并不重要。

最后，违反程序法的后果不明确。有权利就有义务，有义务就有责任；同样，有权力就有职责，有职责就有法律后果；实体法上是这样，程序法上更应如此。通观我国所有的程序性法律、法规，以及实体法中有关的程序性规定，违反程序法则的法律后果，要么没有规定，要么规定的不明确。例如我国宪法和选举法都规定选民或代表等都有权向人大及其常委会提出罢免案，如果人大及其常委会拒绝受理或怠于受理或于受理之后放纵不管，应有什么样的法律后果，法律没有规定。再如宪法和人大议事规则都规定人民代表有权对政府的施政方针和政策，提出询问和质询并要求政府有关人员进行口头和书面答复，如果政府人员答复不满意怎样办，法律仅规定重新答复，就没有下文了。宪法是这样的，专门的诉讼程序法也是如此。刑事诉讼法和民事诉讼法对违反程序规则的一审判决或生效判决，二审或再审法院可以裁定撤销原判、发回重审。这是两部诉讼法所规定的最重的、也是少见的惩罚方式。除外，其它违反程序规则的行为，似乎不需要承担责任。

三、中国法治化进程中的程序法制重构

针对中国传统程序的积弊和现行程序的缺失，结合西方社会法治建设的路径和成功经验，我认为，在中国建设社会主义法治国家，首先应该重铸程序法制体系，发挥程序法制的先导作用。同时，在程序法制完备的前提下，利用程序法与实体法的“双轨”合力，推动中国法治化进程。而目前亟待要做的是，完善程序法制建设。对此，我提出如下浅见。

1. 加强程序理论研究，是程序重铸的首要任务

重铸中国程序法制，加速程序法制的现代化，理论研究的先导作用不能忽视。以美国为代表的近代意义的成文宪法的产生，无疑是近代自然法学派代表人物洛克、孟德斯鸠和卢梭等人的“天赋人权学说”、“分权学说”、“社会契约论”、“人民主权学说”等的规范化和制度化。美国 20 世纪 60 年代发生的“正当程序革命”，与当时著名的思想家庞德、富勒、罗尔斯等人的“社会控制论”、“程序自然法”、“程序正义论”等思想有着必然的联系。中国社会的改革已经从经济体制改革向政治体制改革的纵向发展，目前正处于规则化的调整阶段，需要完备和完善的法制。程序法制与实体法制相对体制改革而言不可或缺。因此，加强程序法制的理论研究之意义近在咫尺。

从目前情况来看，加强程序理论研究，首先应跳出诉讼法和行政程序法的狭窄领域，至少在公法理论领域应该受到普遍重视。宪法是法律之母，宪法程序是一国法律程序启动的始基，制宪程序的展开，不但意味着制定了一部成为宪法典，而且意味着创制了国家权力的运行程序，同时意味着随着程序的牵引，一国包括实体法制在内的整个法制系统开始运行。可见，作为程序之母的宪法程序具有何等重要之地位。因此，加强程序研究，首先得注重宪法程序的研究。

同时，加强程序理论研究，更应注重程序的结构功能和作用的研究，以及程序价值的独立性研究，消除程序功能的辅助性、程序价值的附随性和程序的从法地位及观念，给程序的地位和作用一个合理的定位。更应注意的是，在加强理论研究的同时，针对我国现行的程序法规、程序设计和程序运行等方面存在的问题，提出合理化的建议，促进我国程序法规的完备化、程序设计的合理化和程序运行的规范化。

2. 利用程序控制权力,是程序重铸的应有之义

千百年来,权力制约一直是西方政治哲学关注的热门话题。近代西方,以洛克、孟德斯鸠为代表的自然法学者率先提出了“权力分立与相互制约”的实体控权理论,并首先在美国的宪法中得到了实现。几年以后,以麦迪逊为代表的美国政治社会的设计师们,以修正案的方式将“正当法律程序”载入宪法条文之中,增加了以“程序制约权力”的程序控权制度。而几乎同一时期的法国,于 1791 年颁布了宪法,也基本上是仿美国宪法之制。但是,为什么法国宪法确立的分权制衡型体制屡遭挫败而不能延续下来?其主要原因固然是法国当时封建复辟势力的顽固性和新生资产阶级内部政治派别的多元化及相互矛盾的激烈化所造成的。但是,法国的实体控权制度没有注入程序控权的机制,可能也是其中的原因之一。20 世纪晚近时期,以斯蒂芬·L·埃尔金、卡罗尔·爱德华·索乌坦为代表的新宪政论者,指出了古典的控权理论存在着的弊端,并提出了以“权力保障”为核心的新宪政论。新宪政论者的主要观点之一就是程序控权论。例如,林德布洛姆主张,把限制政治权力——这个传统问题,作为对控制过程的分析而加以重新阐述;宪政设计的一般问题就是构造出一些手段,通过这些手段,领导人能够彼此制约,下属能够制约上级,追随者能够制约领导者。在诸多的程序构成要素中,他重点强调权威、交换和说服等三要素。林德布洛姆还认为,政治生活的基本问题是,少数领导人基于人民大众的福利而进行的理性选择^[5](第 31 页)。又如西奥多·J·洛伊则认为:授予权力是任何代议制政府的一个不可避免和必要的做法。而授予权力是一个程序问题,授予者与接受者之间关系的变化也是一个程序问题。他还指出,美国宪法至少有下列三种方式对权力加以规定或规范化:其一,美国宪法通篇借鉴“社会契约论”规定了对权力的限制;其二,用限制任意行为的法治来规定权力;其三,权力通过程序的可靠性加以正规化,即严格的形式主义或正当程序^[5](第 181—182 页)。

综合上述制度层面的考察和理论层面的分析,我认为,实体控权和程序控权及其形式化(法典化)是现代民主宪政的理想模式。如果说实体控权的古典正统理论,是一种滞后的、被动的制度设计;那么程序控权的新宪政论则是一种积极的、能动的制度保障。宪政的必然规律就是实现积极保障与消极防范、超前能动引导与滞后被动制约的有机统一,即权力控制与权力保障的结合。在中国这样一个缺乏分权与制约传统的国家之中,建构自治型程序模式,发挥程序控制权力的功能和作用,则更显得必要和重要了。

3. 建构自治型程序模式,是程序重铸的必由之路

程序自治是现代程序的根本性原则。而程序自治的基本要件包括:程序的合法性、主体的平等性、过程的公开性、决策的自治性、结果的合理性等。建构中国的自治型程序模式,首先应该保障所设计的程序满足上述五种要件,其次是建立和完善相应的制度。下面针对宪法程序的几种主要类型,讨论各自应该建立的制度问题。

(1) 制宪程序

制宪程序是一国法律程序全部启动的前提和基础。制宪程序的结果,不但是创造或修订了一部国家行动的最高纲领,而且是为国家权力的运行程序和公民权利的保障程序开启了航线,并指明了航道。因此,各国对制宪程序的设计更为慎重。罗尔斯的程序正义论,首先关注的就是社会基本结构的合理安排,其实质就是通过理性的制宪程序将一个合作体系中的主要社会制度予以分派和组合。于是,他提出了两个著名的正义原则。第一个是平等原则,即“每个人对与其他人所拥有的最广泛的基本自由体系相容的类似自由体系都应有一种平等的权利”;第二个是差别原则,即“社会和经济的不平等应这样安排,使它们被合理地期望适合于每一个人的利益;并且依系于地位和职务向所有人开放。”^[6](第 56 页)他认为,正义的宪法应该是一种满足平等自由要求的正义程序;在所有可行的正义安排中,它比任何其它安排更可能产生出一种正义的和有效的立法制度。在政治程序中,平等自由原则表现为平等参与原则,而参与原则要所有的公民都应有平等的权利来参与制定公民将要服从的法律的立宪过程和决定其结果。”^[6](第 211 页)近代社会启蒙思想家提出的“社会契约论”,既是美国等西方国家宪法产生的预设方案,也应该是宪法政治的运行机制。因此,制宪程序的合理设计,是理性社会的共同需求。

设计中国宪法的制定程序,首先应该认可制宪权是人民的权利,人民如何行使制宪权应由人民自己确定。因此,建立公民动议制度、全民公决制度,是承认人民享有制宪权的体现和保障,也是宪法权威得以认可和民主宪政得以实现的基本途径。

(2) 选举程序

选举程序是制宪程序的接力棒,是中介制宪程序与国家权力运行程序和公民权利保障程序的桥梁。可以说,有制宪程序自身的合理性及其产生之结果——宪法的合理性,没有选举程序的展开和保障,再好的宪法也只能是一纸空文。因为选举程序的结果是,产生了人民所信任的代表和公职人员,组成各类国家机关,代表人民行使国家权力。可见,选举的民主性及选举程序的合理性,是民主政治得以运转和实现的中枢和心脏。现代各国宪法和选举法都规定了选举的普遍原则、平等原则、匿名投票原则和多数表决原则,是为可喜。但是,比较而言,各国在具体落实这些原则的方式和手段上则较大的区别,主要表现在候选人的举荐、候选人的能力展示和实绩公开等的方式和方法上。在候选人的举荐方面,有的国家规定了直接预选方式,如美国总统的选举,有的国家采用推举与协商相结合的方式,目前大多数国家系采此制。在候选人的能力展示和实绩公开方面,目前世界上多数国家的通行做法是竞选。美国现代学者 C·B·鲍威尔曾经提出了衡量现代民主制度的 5 项标准,其中之一是组织竞争性政治选择的制度安排。竞选不应仅被看成是一种金钱的哺乳,而更多的是能级的较量和实绩的再现,竞选也是一个信息场,通过竞选程序,选民根据了解到的候选人的详细情况,作出理性的选择。竞选也不应被看成是导致社会不安定的因素。因为程序规则的制阻和合理制度的保障,会把可能带给社会的不安定因素降到最低限度。竞选也不能单纯看成是党派之间的较量,尽管现代社会的竞选主要表现为党派之间的竞争,但是一党之内通过竞选,推出党内最优秀的人出任国家高层领导人也是可行的。西方多党制国家的竞选,由于没有哪一个政党能够在竞选中占绝对优势,于是出现政党之间的联合,实质上是削弱了竞选的党派性。美国总统的选举和国会议员的选举,均是由人民选举产生的,其结果不一定是总统与国会多数议员属于同一党派,也因如此,美国的政党政治逐渐弱化,而取而代之的是全民政治(至少在形式上如此)。

基于上述分析,我认为,我国的选举程序应该吸收国外通行的竞选制度,以增加选举的开明度,保证选举产生的代表和国家公职人员具有尽可能高的能级和广泛的民意性。

(3) 违宪审查程序

违宪审查是宪法实施的重要保障,违宪审查程序则是宪法实施的必备程序。当今世界上一个普遍的趋势是,违宪审查程序的司法化。而代表性的模式是美国式的普通法院审查程序和欧洲式的宪法法院审查程序。尽管两种程序在主体、对象、原则、方式、方法及裁决效力等方面不完全一样,但是二者的审查主体和程序的司法性是不容置疑的。违宪审查程序的司法性之所以能够得到世界范围内广泛的认同,是由司法权的功能和作用所决定的。司法权是国家权力保障的最后一道屏障,相对立法权和行政权而言,具有独立性、终极性和不可逆转性。违宪案件一经司法裁决,具有终局的效力,有的国家宪法和有关规定不得上诉(如德国)。同时违宪审查的司法性,保证了普通公民以宪法诉讼的方式直接参与对宪法实施的监督,充分实现了社会成员对宪法实施的全方位的、经常性的监督,既能保证宪法的有效实施,也能保证公民权利的充分实现。

我国宪法基于代表机关的最高性和全权性,将宪法监督权赋予全国人大及其常委会。这一做法不仅在理论上是说不通的,而且在实践中也是有害的。因为任何人不能是自己案件的裁判官,这已被证明是公理性准则,人大自己立法并审查自己制定的法律是否违宪,与现代程序的回避原则是相违背的。同时由于人大的工作时间有限,立法性事务繁忙,这一体制在实际运行中缺乏经常性和可操作性。我认为,基于中国的现行体制,在保证代表机关权力至上的前提下另设一个立法机关专门行使立法权,代表机关主要行使选举、罢免、创制、复决和规范性文件违宪的审查等方面的权力,而行为违宪的审查交由普通法院(通过单设的宪法庭或扩大行政庭的职权)进行审查。这既不违背现行体制而又分工明确,具有可操作性。另外,在宪法诉讼中,还应赋予普通公民的宪法诉愿权、平等对话权等,并采用对抗式的诉讼方式,职能

专门化的陪审制度(即陪审员认定事实,而法官仅适用法律)等等。

[参 考 文 献]

- [1] 宋冰.程序、正义与现代化[M].北京:中国政法大学出版社,1998.
- [2] 田平安,杜睿哲.程序正义初论[J].现代法学,1998,(6).
- [3] [美]施瓦茨.美国法律史[M].北京:中国政法大学出版社,1990.
- [4] 季卫东.法治秩序的建构[M].北京:中国政法大学出版社,1999.
- [5] [美]斯蒂芬·L·埃尔金,等.新宪政论[M].上海:三联书店,1997.
- [6] [美]罗尔斯.正义论[M].北京:中国社会科学出版社,1988.

(责任编辑 车 英)

Law System of Procedure and Its Modernization in Course of Rule of Law

WANG Jin-yuan

(Wuhan University Law School, Wuhan 430072, Hubei, China)

Biography WANG Jin-yuan(1959-), male, Doctor, Lecturer, Wuhan University Law School, majoring in constitution, comparative constitution.

Abstract In the West, the history of “rule of law” is right the history of law system of procedure. In the traditional society of China, the substantive law is superior to the law of procedure, and today’s law system of procedure contains state authority. Building up socialist rule-of-law state means setting up the law of self-rule procedure, including equality of parties, opening of order, self-government of decision etc, in order to give double-track play to the substantive and procedural law in the course of the rule of law.

Key words rule of law; law system of procedure; modernization