

■法学理论

程序法规则良性背离的法理学思考

阮 堂 辉

(西南政法大学 法学院, 重庆 400031)

[作者简介] 阮堂辉(1971-), 男, 安徽合肥人, 西南政法大学法学院博士生, 湖北经济学院讲师, 主要从事诉讼法学研究。

[摘 要] 法理学的发展使人们逐步认识到成文法的局限和不足, 例如成文法的僵化、歧义、滞后或过于超前等不合时宜问题。从法理学角度来说, 司法活动也不可能始终, 同时也不应当始终沿着制定法、“应然法”所界定的逻辑行进。作为法律规范之一种的程序法规范自然也逃脱不了一般法律的这一宿命。因此, 司法实践中司法者合理地违背或游离于某些不合时宜的程序性规范之外就成为可以理解的事情了。

[关键词] 程序法规则; 良性背离; 程序法定

[中图分类号] DF6 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2005)05-0627-06

按照通常理解, 程序法规则的背离或称程序法规则的不遵守是与人类理性和社会发展要求相悖的。但是, 随着社会学法学的崛起, 人们对法律实证主义的现实法律运动进行考察发现, 以理性主义为基础的法学观正在步入困境。人们豁然发现, 人类自身经过理性努力而建构起的“法律帝国”并非像预期的那样运转, 法律的遵守和背离相互对抗与交织, 共同构成整个法律发展过程的常态。本文旨在通过分析程序法规则的良性背离现象, 以解决近几年来理论界与实务界关于程序性违法问题的争论。在讨论良性背离现象之前, 作者有必要首先对良性背离与恶性背离作一概念上的判明。

一、程序法规则良性背离概念的初判

所谓对法规范的良性背离, 是指这种背离是由于法规范的内在缺陷所至, 并且这种背离是普通人和整体主观上能够容忍, 从整个社会发展过程看, 对社会并未造成损害的背离, 因而即使构成对规范的背离, 也勿须承担责任。反之, 对法规范的恶性背离, 是指背离是由于法律之外的法适用主体或遵守主体等外在因素所至, 此现象为公众和整体主观上不能容忍, 从对社会发展的影响角度来看, 这种背离破坏了社会发展进程, 理应使背离者承担相应的法律责任, 以彰显法的社会预防及引导功能。

良性背离与恶性背离的区分是一个相当复杂且属易变的问题, 任何妄图用单项标准来衡量出何者为良、何者为恶的努力都是徒劳的。作者在给良性背离与恶性背离下定义时, 主要采用主观的方法。包括法的内在、外在原因、个人与社会的容忍度、对社会发展是否造成危害等因素, 全都依赖主观进行衡量和判断。惟有承担责任性具有客观性, 但由于承担责任是恶性背离行为导致的结果, 用客观上是否承担程序违法责任的结果来判断背离法规范的行为属良性抑或恶性, 这对于我们区分良性背离与恶性背离没有帮助, 或至少不具有实践上的意义。因此, 我们急切需要一个客观的标准来帮助判断和区分何者为良性背离、何者为恶性背离问题。

诉讼法学者龙宗智教授在论及司法的相对合理性时,提出了司法活动的最大容忍限度,即司法活动的“底限”控制问题,其基于客观的角度,为司法活动的“底限”提出两条标准:一是司法行为所涉及的系技术性规范还是价值性规范。如果属于价值性规范,则属司法的“底限”,对之进行侵犯,可能构成对程序规范的恶性背离。如果违反的是技术性规范,则为笔者所称的良性背离。二是所涉系根本性规范还是非根本性规范。在司法行为违反价值规范时,还须进一步判断所涉价值性规范系属根本性规范抑或非根本性规范,只有违背的系根本性规范时,才构成程序规范的恶性背离^[1](第 28 页)。龙教授的技术性规范与价值性规范、根本性规范与非根本性规范的区分具有一定的客观性,为我们判断和界定何者为良、何者为恶提供了一项颇具价值的参考标准。但笔者认为,仅以这一标准来对良性背离与恶性背离进行判别是不够的,应综合使用主客观标准以求达到判明的效果。笔者在后文中还会对这一问题作侧重性的展开和分析,在此不再赘述。

二、程序法规则良性背离的理论溯源

法律规范的遵守在不同的法学派系观念中具有各不相同的原因基础。分析实证主义法律理论认为,法的遵守是依靠国家权力的强制性为支撑的,按照既定法规则进行行为是社会个体、团体,乃至国家自身的既定义务。依据奥斯丁的观点,法律最首要的特性和“法律科学的关键”在于强制,即以威胁为后盾命令他人予以服从^[2](第 13 页)。“在任何时间和地点,法律都有一个最为显著的普遍特征,这就是它的存在意味着特定种类的人类行为不再是任意的,而是在某种意义上具有强制性。”^[3](第 7 页)纯粹法学的凯尔森在给法律下定义时认为,法律是“人类行为的一种秩序”和“社会组织的技术”^[4](第 3 页),它和其他许多人类行为秩序或社会秩序(包括宗教和道德秩序)的区别就在于:“法律是一种强制性秩序”^[4](第 19 页)。自然法学派则认为,人类对法律的遵守主要源于人类普遍地对诸如理性、正义的向往和追求,自然法即是理性、正义等概念的化身,因此,人类遵守自然法实质上成为人类作为理性主体的一种自然倾向,是不带有任何强制性的。如托马斯·阿奎那认为,自然法是由人的理性、心理特征组成的,“任何人都有一种按理性行事的自然倾向,亦即按美德行事。因而,根据这种考虑,所有善举都是由自然法规定的。因为每个人的理性都自然地命令他做出善举”^[5](第 26 页)。

“法律应当被严格遵守”,这似乎成了不仅包括现代自由主义法治社会而且还包括一切把法律视为统治器械之一的社会的一句不朽至理名言,尤其法律的唯理论者站在逻辑的高度更持这种观点。然而,随着社会不断发展与进步,人们对法律现象的认识程度不断加深,法律规范(而非法律理论)与现实社会之间的矛盾逐渐展露在人们面前,这一矛盾伴随着法律与生俱来。亚里士多德在论述其分配正义与矫正正义的分类时,就注意到了这一矛盾的存在,“即在司法时,可能会出现这样的情形,如法律规则的一般性和刚性可能会在个别案件中导致困难”,因为“法律所考虑的是多数案件,亦即典型的和一般的情形,但法律对特殊的情况无法加以说明”,这样,“如果出现了这种情况,法官就可以背离法律的字面含义,并像立法者所可能会对该问题做出的处理那样审理案件”^[5](第 11 页)。亚里士多德表述这段话的意图主要是要表明制定法在客观实际上的不足和根本缺陷,并进而提出矫正这一缺陷的方法,但这恰恰使司法者背离法律规则进行司法或解决纷争初现端倪。

虽然亚里士多德早在 2000 多年前就已经洞察了制定法的过分的稳定性和僵化性特征,并间接地提出了司法者背离或超越制定法进行司法的思想,但其后的 2000 多年时间里,这种思想并未引发理论者和司法实践者应有的关注^[5](第 25 页)。直到 19 世纪中后期,反对司法活动对制定法进行任何形式的背离,提出严格恪守严密细致的制定法规则的思想还一直占据主导地位。19 世纪末,社会学法学和法律现实主义蓬勃兴起,司法活动对制定法背离的思想又重新活跃起来,如法国社会学法学的代表人物热尼(Gény)指出,“法律的正式渊源并不能够覆盖司法活动的全部领域,总是有某种领域要依靠法官的自由裁决权来决定,在这种领域中,法官必须发挥其创造精神和能动性”。这种背离制定法进行司法活动的

思想随着20世纪初产生于德国的自由法运动的崛起而发展到了极至。自由法学运动强调审判过程中的直觉和情感因素,并要求法官根据正义与公平去发现法律^[5](第137页)。

近现代以来,在英美普通法和大陆制定法实践中,法官司法对制定法或原先判例规则的背离越发引人注目。普通法实践中法官司法与制定法的背离或不和谐源于立法权与司法权的斗争和互相怀疑。在这种斗争中,法官对制定法近乎苛刻,乃至背离字面意义的解释“显系基于一种确信,即‘议会往往把法律改得更糟,而法官的任务是把它干预的害处尽可能加以限制在最小的范围内’,‘具有保守倾向的英国法官运用上述解释原则来限制和阻挠他们认为不合自己口味的现代社会立法,这是公开的’”^[6](第386页)。普通法的法官对严格遵循原先判例的态度也有相当大的转变,除了初级法院外,英国上议院也于1966年放弃了严格恪守自己先前判例的原则。

传统认为,在大陆法系国家,法官的主要职能是机械适用极为严谨周密的制定法规则,即使制定法存在不明确和欠缺的情形,法官也应通过探求制定法本身的目的来避免制定法的上述不足,法官在司法过程中应把自己视为“立法机构的真正伙伴”,而非对立者^[6](第386页)。这一观点现已遭到很多批判,一般认为,大陆法系国家的法官实际在法律发展中正逐渐发挥较重要作用。正如美国联邦大法官本杰明·卡多佐所说:“法典和制定法的存在并不使法官显得多余,法官的工作也并非草率和机械。会有需要填补的空白,也会有需要澄清的疑问和含混,还会有需要淡化的难点和错误。”^[7](第4页)社会学法学派的热尼、埃利希等也提出要用更大的自由来改编和解释(construction)法律。他们认为,制定法经常支离破碎、考虑不周并且不公正,因此,法官作为社会中的法律和秩序之含义的解释者,就必须提供那些被忽略的因素,纠正那些不确定性,并通过自由决定的方法使审判结果与正义相互和谐^[7](第5页)。

三、程序规则良性背离的样态分析

程序规则良性背离在司法现实中是个极为复杂的问题,要想搞清楚这一问题,必须对现实中纷繁复杂的良性背离现象进行全面梳理,然后进行分类、归纳,如此,才能把握这一现象的基本特点和规律,最后为科学认识并解决这一问题提供助益。下面,笔者尝试将程序规则的良性背离粗略地分为三类,期望能较全面涵盖这一现象。

(一)对程序规则的直接违反,即程序规则运作的“黑色区域”

法律作为广义上的社会文化的一个组成要素,无疑也受到社会经济结构以及由经济结构所制约的其他社会文化要素影响和制约。法律的建立或制订必须考虑和尊重经济和社会条件,一律地追求理论上的对称与完美而不顾及社会现实条件只意味着制度上的“乌托邦”,这种作法必然会遭致实践的对抗,表现在现实中即构成对法律的不遵守或违反。由于现实中实施条件的不具备,致使现行规范或法条无法实施,这明显有别于对程序规范或法条的恶性违反,所以笔者将之纳入“良性背离”范畴;同时,由于此种状况是对程序规则或法条的字面和精神直接违反,所以笔者称其为“程序规则运作的黑色区域”,以示与其他良性背离的区别。

对于理论与现实条件的相互脱节与对抗,制度法论者魏因贝格尔早有论述,他指出,法律的知识包括对于法律的“应然”的“规范——逻辑”分析和对于法的社会学含义上的“实然”的认识这两个方面^[8](第41页)。一方面,“应然法”与“实然法”存在着天然共生性与对抗性,共存与对抗构成一种常态,另一方面,“应然法”与“实然法”又相互靠拢,致力于趋向一致,但又不可能达到一致。对“应然法”的违反,未必构成对现实中法的违反。当理论上的法,也即“应然法”上升为制定法时,由于社会现实实施条件的不具备,“应然法”必然遭遇现实中的法即“实然法”的抗拒,如此一来,司法实践对制定法的违反,换句话说,就是直接违反法律规范或法条也就不足为怪了,理性地分析,这种现象乃至是可以容忍或接受的。

在程序法规范实施过程中,这种现象比比皆是,例子不胜枚举。如司法人员违反程序法规定,在羁押期限上采用“打擦边球”的作法;人民法院违背合议庭独立审判原则而强化审判委员会审判职能;人民

陪审员“陪而不审”以及采纳非法言词证据等现象。这些现象或行为虽都构成了对程序法规范的直接违反,但却具有现实合理性,符合制度性道德要求和实践理性。

应当看到,既使我们创造条件,努力改善“实然法”,但“应然法”与“实然法”之间的断裂永远无法完全弥合,法律规范与社会现实条件始终存在一定差距。正视断裂和差距,努力弥合断裂和差距,应成为我们之所取。

(二)对程序规则的规避,即程序规则运作的“灰色区域”

对程序规则的规避,涉及到法律的多元化和中国传统诉讼理念问题,此处不便作深入讨论。在现实生活中,对程序规则规避的现象颇为常见,在此类案件中,对民间纠纷的处理习惯纳入了司法者的视野,而具有普适性的程序制定法在司法者面前却显得苍白无力了。究其原因在于,这种民间处理纠纷方式的习惯深深植根于乡民的精神观念和社会生活之中,它通过一代又一代的感染、传承,相沿成习,被模式化为一种带有遗传性的特质,经过长时间的积累、净化得以绵延、传递,凝聚着人们的心理、智力与情感,通过被人们反复适用,逐渐被人们认同,成为他们接纳的共享的资源。因此,它在乡土社会中有着巨大的、高度的稳定性、延续性、群体认同性和权威性,它事实上成了乡土社会平时更为常用、更容易接受的法律样式。在解决这类纠纷时,法官往往规避正式的程序法规范而采取乡民普遍认同的解决纠纷的“程序机制”。关于这一点费孝通先生在《乡土中国》一书中也曾有论述,他认为现行的正式司法制度与原有的礼治秩序(即民间习惯法)经常发生冲撞,如果在礼治社会强行推行法治秩序,“法治秩序的好处未得,而破坏礼治秩序的弊病却已先发生了”^[9](第 58 页)。现代法律规范与民间原有秩序的二元对抗与冲撞,迫使法官们甘冒风险,抛弃严格规则而转向寻求民间习惯秩序来化解纷争了。

(三)对程序规则的超越解释,即程序规则运作的“白色区域”

一般理论认为,对法律规范的解释不构成对法律规范的背离,之所以要进行解释,无非是为了准确把握法律规范的真正含义或法律的真正意图。所以从这一意义上讲,对程序规则在适用时进行适当的解释并不构成程序性违法,因为它是在程序规则含义或意图之内的扩张解释,这也是笔者称其为程序规则运作的“白色区域”的原因所在。同时,这一称谓也可表明此种状况与前述两种违反程序规则现象有别。但是,法律规范的解释是一种极其复杂的现象,远非上述表述那样简单。根据卡尔·拉伦茨的观点,法律解释可分为三个层次,第一层次为字义范围内的解释,虽然司法者多未意识及此,但这是每个司法者必然经历的阶段;第二层次为超越字义范围但仍在立法者原本的计划、目的范围内的解释,这也可以称作为法律的漏洞填补;第三层次为超越法律的解释,即为既超越字义范围,又超越立法者原本计划、目的范围,但仍在整体法秩序的基本原则范围内的解释^[10](第 246 页)。如果进一步超越整体法秩序的基本原则范围,则毫无异议构成恶性违法,在程序规则方面则构成恶性背离,业已超出本文论题。另外,有一问题值得注意,即为何在某种状况下法律解释超越了立法者原本计划和目的范围而并不构成对法律规范的恶性背离,只属于对法律规范的良性背离呢?卡尔·拉伦茨的回答很简单,即立法者的原本计划和目的并不总是符合正当性要求,当立法者的原本计划和目的偏离正当性要求时,司法者就可以发挥其能动性,在整体法秩序的基本原则范围内,按照正当性要求,对法律进行超越立法者计划和目的的解释。

那么在法律解释方面,程序规则的良性背离究竟所为何指?依笔者观点,拉伦茨所说的第一层次字义范围内的解释显然不属于背离法律规范的范畴,因为这种解释完全符合法律规范字义,而且为日常司法所必须,我们总不能说司法者无时无刻在背离法律规范吧。第二层次在立法者原本计划、目的范围内的解释与第三层次在整体法秩序的基本原则范围内的解释,笔者认为应属于背离法律规范的解释。因为这两个层次法律解释已超出法律条文的字面意义,简单说,就是违背了法条。当然,这种背离法条应属于良性背离,其与超越立法意图或违背整个法律计划进行的解释具有质的不同。

四、程序规则良性背离与程序法定原则

程序法定思想渊源于大陆法的罪刑法定思想,并受到英美法正当程序(due process)观念的影响。正当程序理念强调国家在剥夺公民的人身自由或财产权利时,必须经过正当、合法的程序,未经法律规定的程序,国家不得剥夺公民生命、自由或财产。正当程序观念与程序法定思想之间的联系在于:“正当程序观念实际上是以程序法定思想为逻辑前提的,因为从实在法层面来说,作为国家行为依据的正当程序必须首先是法律明确规定的程序即法定程序,只有法律明文规定的程序,才是正当程序,才能作为国家行为的依据”^[11](第109页)。

程序法定原则排斥司法者立法现象,但并不排斥法官个体在司法过程中对程序规则进行必要的解释,有时甚至是超越字义的解释。依据前文的理论观点分析,也就是说允许司法者个体在司法过程中对程序规则进行适当的良性背离。大部分法学理论家在探讨法的发展过程时,并未将程序法与实体法作截然的区分,司法活动者在司法过程中既可以对实体法的规范作一些符合时宜和环境的解释,也可以对程序法规则作必要的理解和阐释。就像权利法学的德沃金所说:“法律本身就是一种阐释性的概念”,就是说,普遍、抽象的法律规范要适用于具体生动的个案纠纷,必须借助于法律解释这一媒介,而法官的任务就在于“当法律运用到个别场合时,根据他对法律的诚挚的理解来解释法律”^[12](第233页)。因此,由承担司法职能的司法者个体对包括程序性规范在内的法律进行解释是合乎情理的。但必须注意的是,司法者个体对法律的理解和阐释在形式上并非是抽象的规范表述,而是结合个案的具体情形进行的阐发。

较之实体法而言,程序法定原则对程序规则的良性背离构成了更为严格的限制,这是由程序的一些特殊性格所决定的。笔者认为,程序规则较之实体性规范而言,更具有以下几个特性:一是技术性。实体规范更多地涉及道德与价值问题,而程序规则中纯技术设计成分占了相当比重;二是稳定性。较科学的或被人们普遍认同的程序规则一般具有相当的稳定性,它们不会随着价值观念或具体道德观的转变而发生变化,例如古代诉讼中的对抗机制在现代社会仍然构成诉讼制度的一块基石;三是普适性。程序规则受社会意识形态影响较小,在各种社会制度中具有一定的共通性。目前程序规则的这一特性已被广泛认同,联合国在制定的《公民权利与政治权利国际公约》中明确规定了司法程序方面的普适性要求就很好地证明了这一点。

五、结 论

法理学的发展使人们逐步认识到成文法的局限和不足,例如成文法的僵化、歧义、滞后或过于超前等不合时宜等问题。尤其是法社会学和解释哲学的兴起,人们更注意到了制定法与“活的法律”、“应然法”与“实然法”、“官方法”与“民间法”的并存与区分,同时也注意到了法律解释现象的存在与发展,这在理论和实践上给了我们一些启示。因此,从法理学角度来说,司法活动也就不可能始终,同时也不应当始终沿着制定法、“应然法”或“官方法”所界定的逻辑行进,这是现代法理学不争的事实,也是司法实践中不容辩驳的现实。作为法律规范之一的程序法规范自然也逃脱不了一般法律的这一宿命。因此,司法实践中司法者合理地、必要地违背或游离于某些不合时宜的程序性规范之外就成为可以理解的事情了。但有一点须得注意,由于程序法自身特性和对于法治建设的特殊意义,司法者在背离程序性规则时必须要与程序法定原则相协调,必须处理好此两者关系,如果把握不了这一“度”的话,司法者极易滑向恶性背离或违法的泥潭,直至破坏法律和社会的正常发展。

[参 考 文 献]

[1] 龙宗智. 相对合理主义[M]. 北京:中国政法大学出版社,1999.

- [2] [英] 奥斯丁. 法理学的范围[M]. 北京: 中国法制出版社, 2002.
- [3] [英] 哈 特. 法律的概念[M]. 北京: 中国大百科全书出版社, 1996.
- [4] [美] 凯尔森. 法与国家一般理论[M]. 北京: 中国大百科全书出版社, 1996.
- [5] [美] 博登海默. 法理学——法哲学及其方法[M]. 北京: 华夏出版社, 1987.
- [6] [德] 茨威格特, H·克茨. 比较法总论[M]. 北京: 法律出版社, 2003.
- [7] [美] 卡多佐. 司法过程的性质[M]. 北京: 商务印书馆, 1998.
- [8] [英] 麦考密克, 魏因贝格尔. 制度法论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2004.
- [9] 费孝通. 乡土中国, 生育制度[M]. 北京: 北京大学出版社, 1998.
- [10] [德] 卡尔·拉伦茨. 法学方法论[M]. 北京: 商务印书馆, 2003.
- [11] 谢佑平, 万 毅. 刑事诉讼法原则——程序正义的基石[M]. 北京: 法律出版社, 2002.
- [12] 张志铭. 法律解释操作分析[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1999.

(责任编辑 车 英)

The Benign Breaching of Procedural Rule on the Jurisprudence Perspective

RUAN Tang-hui

(Law School, Xi'nan University of Politics & Law, Chongqing 40031, China)

Biography: RUAN Tang-hui (1971-), male, Doctoral candidate, Law School, Xi'nan University of Politics & Law, majoring in procedural law.

Abstract: The development of jurisprudence makes everyone acknowledge that the statute law has serious defects, such as the inactivation, equivocation, hysteresis, et. On the jurisprudence perspective, the judicial practice could not simultaneously should not obey the logic of the statute law, or official law all the time. The procedural rule, as one kind of law, could not disengage from the destiny of ordinary law. So in judicial area, it is not intolerable that the practitioner digress from the malapropos statute law moderately and reasonably

Key words: procedural rule; benign breaching; procedure ruled by law