

正当法律程序价值内涵的历史嬗变

——以英美普通法为核心的考察

汪 栋

(山东农业大学文法学院, 山东 泰安 271018)

摘 要:美国联邦宪法正当程序起源于英格兰的普通法传统。尽管早期正当法律程序更多是程序性规则,但是,经过自然权利哲学的改造,它在美国法律制度中开始向实体性正当程序发展。实体性正当法律程序与程序性正当法律程序都与自然权利存在着内在的关联。早期的关联只是作为一种受传统自然法严格限制的事实而存在,而后来实体性正当法律程序的产生,则表明普通法的法官已经清晰地意识到这种内在关联,自觉将自然权利原则运用于对传统程序的创新,进一步发展与充实了正当法律程序的内涵。正当法律程序从程序性内涵向实体性内涵的演变,是普通法程序与自然权利观念逐步融合的结果。

关键词:普通法;自然法;自然权利;程序;实体

中图分类号:DF 083

文献标识码:A

文章编号:1000-260X(2016)01-0101-06

宪法程序是指国家权力运行的步骤、方式、程式、时限等规则的总和。美国联邦宪法的程序规则堪称典范,无论是宪法正文对于国家权力的列举,还是《权利法案》对于公民权利的宣示,都在很大程度上是以程序的语词表述的。“正当法律程序很久以来就是我们宪法词汇的一部分,几乎没有比它更重要的短语了。”^[1](P9)]美国联邦宪法的程序规则源于英格兰的普通法传统,“正当程序的要求比任何宪法文本的存在都要古老得多。美国的创立者们采用了这个以前就存在于英国普通法之中的短语和概念。”^[1](P10)]美国的政治法律家将近代的自然权利哲学运用于对传统程序的创新,进一步发展与充实了正当法律程序的内涵。正当法律程序从程序性内涵向实体性内涵的演变,是普通法程序与自然权利观念逐步融合的结果。

一、普通法的特质

(一)法律程序、权利与契约

普通法的外在特征是“程序先于实体”。普通法的内在特质是立足于“社会关系”之中的强烈的“个人主义”。庞德说:“一方面,它有一种极端个人主义的特征。……另一方面,普通法又有相反倾向的特征,它倾向于把义务和责任加诸受其约束的人身上,而不管此人的意愿如何;倾向于以人们之间的相互关系而不是个人的法律行为作为法律后果的基础;……”^[2](P9)]

普通法的外在特征与内在特质之间表里贯通,相辅相成。只有厘清普通法的外在“程序”特征与其内在“个人主义”与“社会关系”特质之间的逻辑关系,才能获得对普通法的完整理解。

个体权利与法律程序之间存在必然的逻辑关联。法律程序注重选择、沟通、对话,只有在每个人作

收稿日期:2015-06-15

基金项目:国家社科基金项目“宪法程序的英国普通法渊源研究”(10BFX054)

作者简介:汪栋,法学博士,山东农业大学文法学院教授,从事宪法思想史、比较宪法研究。

为其自身利益的最佳判断者,能够平等地与他人进行交易合作时,人们才需要法律程序来协调彼此之间的利益与价值关系。必须尊重个人权利,然后才能建立契约关系,契约关系的维系需要法律程序,契约关系的制度表现是法律程序。权利、契约即庞德所说的“个人主义”、“社会关系”与“程序”三者之间密不可分,构成普通法内在特质与外在特征相互统摄的整体。

法律程序的历史源远流长,而“个人主义”或“权利”则是晚近才出现的政治哲学概念。权利的概念意味着对古代“智慧的统治”或“圣人政治”的否定,进而言之,是对“自然正义”或“天理”的否定。权利与法律程序的逻辑关联是内在而必然的,而它们之间的历史关联则是曲折的;权利与法律程序之间逻辑与历史的统一,是在从古代自然正义哲学到现代自然权利学说的演化过程中实现的。如果我们试图理解个人权利与法律程序之间的内在关联,就必须首先探寻古今政治哲学语境下普通法的“个人主义”与“社会关系”的内涵的不同。

(二)从自然正义到自然权利

普通法早期历史不可能产生现代意义上的权利概念。如果古代社会存在着个人主义或者权利,那么,其语境、内涵与今天的个人主义或者权利是否存在某种至关重要的区别呢?普通法传统的另一个内在特质即“社会关系”概念,指日尔曼法中团体主义的以血缘为纽带的社会关系,更多则指向中世纪的“封建契约关系”,这容易让人联想到现代以权利为基础的“社会契约关系”。庞德没有对“社会关系”概念作历史的厘清,而我们则必须思考,古今“社会关系”的语境、内涵与哲学基础是否同样存在着某种区别呢?

事实上,原则的区别确实存在。普通法“个人主义”与“社会关系”这两个内在特质的哲学基础,古今截然不同。

古今政治哲学根本不同之处,在于古典政治理想主义主张自然正义(ius naturale)的统治,真理而非权威立法;而由马基雅维利、格劳秀斯、霍布斯等开创的现代政治现实主义哲学,则确立权利或意志的首要地位,断言权威而非真理立法。“传统的自然法,首先和主要地是一种客观的‘法则和尺度’,一种先于人类意志并独立于人类意志的、有约束力的秩序。而近代自然法,则首先和主要是一系列的‘权利’,或倾向于是一系列的‘权利’,一系列的主观诉

求,它们启始于人类意志。”^[1]传统自然法与自然正义几乎是同义词^①,而自近代启蒙革命以降的自然法,却发生了内涵的深刻革命,现代自然法其实是从主观的自然权利推演的结果。

因此,纵观普通法的历史,尽管“个人主义”与“社会关系”这两个内在特质一以贯之,但是,普通法这两个内在特质的哲学基础古今却迥然不同。普通法的“个人主义”与“社会关系”在古代以自然法为基础,在近现代则以自然权利为基础。

(三)中世纪个人主义与封建契约

中世纪普通法的个人主义实质是消极、被动的个人主义。它必须匍匐于超验的自然正义之下,从理论上说,作为“普通法之根”的日尔曼法,以及中世纪的普通法,是拒斥现代意义上的权利概念的。但是,普通法的早期历史确实具有个人主义特质,普通法要求“人人自立,不要哀嚎,应当像个男人一样去竞争。”^[2](P13)普通法在理论上要求人们服从自然正义,而在事实上却鼓励个人自立自主,这种自相矛盾应如何解释呢?

中世纪“英国人权利”概念的理论与实践是相互背离的。就理论而言,在“自然正义”的绝对支配之下,无论是世俗领域还是宗教领域,人们只有义务而没有权利。

然而,尽管古典政治哲学主张应当由哲学家式的王者去定义何者为“至善”的生活,为人们分配利益与责任。但是,真正实践这种哲学,以及在多大程度上实现其政治目标却是另一回事。就英国的历史而言,社会各方权力的角逐竞争形成了一种特殊的政治均势,虽然王权实现了政治与法律的统一,却无力彻底实践传统政治哲学。古典英国政治的哲学基础是父权主义的,而实际上,有限的君权只能实行一种温和的统治,这就在事实上而非理论上为普通法的个人主义留下了一定的空间。

“英国人权利”不仅范围有限,而且在性质上与现代的权利概念不无冲突。庞德举了一个例子证明日尔曼人的自由与个人担当,“他们极其严肃地对待掷骰子,不惜押上他们的自由;如果输了,就心甘情愿地接受奴役并耐心地等待拍卖。”^[2](P13)这种自卖为奴的权利与自由,与现代权利概念的旨趣是大相径庭的。在死刑、肉刑、酷刑充斥的英国中世纪,传统普通法的个人主义或“英国人权利”具有极大的历史局限性。

英格兰封建契约制度具有梅因所说的“身份社

会”的特征。庞德注意到了普通法“个人主义”与“社会关系”的矛盾。他说:“虽然严格法阶段的普通法鼓励个人自主,但普通法形成时代主要的社会与法律制度,即地主与佃户的封建关系制度,却并不作如是观。在这里,问题不在于一个人已经承担了什么或已做了什么,而在他的身份是什么。”^{[1](P13)}据古代自然法理论,封建关系乃是一种自然关系,封建契约包含意志的因素,然而,人的意志仍须服从自然法。在封建身份关系中,封臣有侍奉、效忠领主之责,领主对封臣有提供保护、保证之责;无论何时,只要一方是领主、另一方是封臣的关系存在,相应的责任义务就作为法律后果而存在。君臣父子关系以及所有的社会关系都是自然关系,身处其中的双方皆是消极被动者,都没有现代意义上的权利,而只有对自然法所承担的义务^②。据现代自然权利论,君臣父子关系乃是契约关系,是双方意志的一种妥协,因而契约双方的权利与义务是对等、积极而主观的^[4]。

普通法的“程序先于权利”、“个人主义”与“社会关系”的特征形成,受益于英国特殊的历史背景,即诺曼征服后王权适度发展,社会各方权力之间长达几个世纪的均势政治博弈。但是,它们毕竟受到传统自然正义理论的抑制,只有到了近代,随着自然权利哲学的兴起,普通法的历史传统,才获得哲学层面的支持,真正实现了制度与价值、历史与逻辑的统一。

二、英国司法治理传统

(一)诺曼征服后的司法集权

1066年诺曼征服后普通法开始逐渐形成。普通法的三个核心元素即巡回法庭、陪审团和令状在诺曼征服之前就已经存在^[5]。诺曼人以这些传统制度为基础开启了英国王权强化与司法统一的进程。

诺曼征服后,人们循以往惯例向郡法院、百户区法院及领主法院提起诉讼,国王只行使“最高审判权”,在“王之和平”受到威胁时才介入地方司法^[6]。亨利一世时期,国王将负责财务行政和财务诉讼的财政署从御前会议中分离出来,财政署成为专门的准司法机构;同时,设立巡回法庭受理地方案件。亨利二世力推司法改革,建构王室司法机构、完善巡回审判制、令状制和陪审制等,加快了普通法的统一。

英王君权有限难以建立政令畅达的行政官僚体制,对于地方的控制只能依靠巡回审制度。因而,“总巡回审不仅是一个法院,它更像是一种监督地方政府的方式,在某种意义上是一个巡回的政府。”^[7]总

巡回审后来逐渐让位于普通巡回审,即民事巡回审与刑事巡回审,专司地方民刑案件,这意味着王室巡回司法的常规化与专门化。同时,英王建立由专业法官主持的固定法庭,国王御前会议不断地分化出一些专门机构,行使王室司法权。王室民事法庭最先成立,设于威斯敏斯特,此后,从御前会议又陆续分化出财税法庭(前身即亨利一世时期的财政署)和王座法庭。到13世纪中叶,一套由三大中央法庭构成的、覆盖全国的王室法庭组织体系确立起来了;尽管地方公共法庭和封建法庭仍然存在,但它们的地位越来越微不足道^{[8](P98)}。

令状制度同样是王权强化与政治统一的重要方式。令状的实质是国王对司法资源的行政分配,它兼具行政性质与司法性质,与传统的司法救济方式相比较,令状或准确地说司法化令状救济兼具高效快捷与公正超脱的优点。令状制度实施的后果是将英国司法管辖权逐渐集中到王室法院系统,令状由此而成为普通法统一与发展的渊源。

王室司法权威的确立,除了由于王室法庭地位超脱,审判公正,还由于亨利二世时期采用了较领主法庭、教会法庭的审判方式更为优越的陪审制;采用陪审制的巡回审判融会各地方的习惯法,将它们整合成通行王国的普通法。相比于领主法庭与教会法庭的神明裁判、共誓涤罪等非理性查证与审判方式,王室法庭的陪审裁决程序更为公正理性^[9]。

英格兰通过司法与法律的统一而早于欧陆各国实现了中央集权^[10]。“国王所关心的是他对王国的有效控制,他所使用的办法就形成了普通法。”^{[11](P5)}如同衡平法一样,普通法的“形成与发展是争夺政治权利的产物”,是王权干预地方性法律运作和司法事务的结果^[11]。“普通法是在英格兰被诺曼人征服的几个世纪里,英格兰政府逐步走向中央集权和特殊化的进程中,行政权力全面胜利的一种副产品。”^{[12](P3)}诚然,普通法是王权全面胜利的产品,但是,王权获得这种胜利依赖的却主要是温和、渐进、理性的司法集权的方式。

英国王权统一以司法集权为主要方式有其复杂的原因。诺曼征服以来,英国政治呈现各方权力竞争的格局,贵族、教会是与国王权力相抗衡的两种主要力量,与大陆国家不同,英国历史从未出现占压倒优势的政治力量,王权只有相对优势。因此,如果王权试图以行政高压实施统治,势必造成教俗贵族力量的反制。比较而言,司法集权较为缓和、理性、节制,而且渐次扩展,不会引起王权与贵族、教会之间的激

烈对抗。

(二) 普通法程序

英国王权通过巡回审判、令状与陪审这三种基本司法程序实现对王国的治理。在中世纪英国均势权力之间的角逐中,王权虽然相对强大,却要经常依靠与其他社会力量尤其是中小贵族的联合,才能维持与大贵族之间的政治均势;国王在实行中央集权的过程中,必须以武力为支撑,运用行政、经济、宗教等多种手段,相比之下,司法程序能够更为稳妥地实现一种理性、有序的均势权力竞争。

普通法的巡回审判、令状、陪审制度促进了“程序法治”传统的形成与确立。美国联邦宪法中的“正当法律程序”不是由宪法制定者发明的短语,而是他们从形成这一短语的英国宪政传统中发掘出来的。美国革命者在独立战争时期没有提出“人类的权利”的要求,而是提出了“英国人权利”的要求,试图通过诉诸传统而实现自然权利原则在新大陆的统治^[19]。

正当法律程序原则最早见之于英国1215年《大宪章》。《大宪章》第39条是正当法律程序的萌芽,规定:“任何自由人除经其同等者依法判决,或遵照国家的法律(the law of land)规定外,皆不得被逮捕、监禁、没收财产、被夺法律保护权、流放或加以其他的损害。”^[12](P327)

14世纪爱德华三世时期,《大宪章》的法治内涵有了新的发展,这突出表现在“普通法程序”(due process of law)这一术语的明确提出。此一时期英格兰议会先后制定颁布了六个法令重申、解释、拓展了《大宪章》的若干条款。这六个法令中最为重要的是1354年法令,它规定:“如果不经案发地点的良好守法公民的邻人通过适当的方式,比如通过起始令状等普通法程序,任何人不得仅仅根据一个人或少数人向国王提出意见而被拘捕;如果未作适当的辩护,未按照普通法的程序(due process of law)经过审问,任何人不得被剥夺财产……”^[12](P192)此法令将《大宪章》第39条使用的“自由人”概念解释扩大为“所有人”,“国家的法律(the ‘law of the land’)”被确指为“普通法程序”(due process of law)。于是《大宪章》所宣告的法治原则与普通法的实践结合在一起^[8](P223)。

从词义上看,due process of law(普通法律程序)的due一词最早是指“普通”(ordinary)的意思,“普通”法律程序是指适用于全体自由民的普通法上的诉讼程序,区别于国王专制所用的“特殊”法律程序。

几个世纪以后,美国人接受了柯克对普通法程序的推演,将due解释成“恰当的”(appropriateness)这一略嫌含糊的修辞,主要指任何人不得为自己案件的法官,这成为正当法律程序的核心意义;而due的宽泛所指,也为正当法律程序在美国获得新的发展留下了空间^[13]。美国人以自然权利哲学深刻地改造了起初以技术意义为主的普通法程序,为其增添了价值与道德内涵,这样,due一词就演变成“正当的”(just)。

三、正当法律程序的价值嬗变

(一) 程序性正当程序

正当法律程序载于《大宪章》之初,其含义尚不明晰,经14世纪爱德华三世时期的修订拓展,内涵基本确定,然而,在此后的几百年里它一直湮没无闻。在17世纪英国“清教革命”期间,柯克重新演绎了《大宪章》蕴含的法治义理,正当法律程序概念被重新激活并从此声誉日隆。柯克指出《大宪章》中的“王国的法律(the ‘law of the land’)”就意味着普通法,而普通法则要求“正当程序”^[14](P8)。最早的美国各州宪法都忠实于《大宪章》的言辞并且维护着“国家的法律(the ‘law of the land’)”^[15];同时,美国人执着于“英国人权利”的修辞。“英国人权利”与“国家的法律”一样隐含着“正当程序”的诉求,只是“正当程序”的措辞更为明确。因此,美国《权利法案》的起草人采用了柯克所用的术语“正当程序”,“正当法律程序”从此成为标准的美国用法^[14]。

美国1791年《权利法案》第5条和1868年宪法修正案第14条确立了正当法律程序原则。第5条宪法修正案所列举的陪审原则、免于双重危险原则等各项司法原则统称正当法律程序,第14条修正案将第五条修正案适用范围扩展至联邦各州:“……各州也不得未经正当法律程序,即行剥夺任何人的生命、自由或财产。”^[15]这两条修正案的核心内容构成“正当法律程序”概念的宪法渊源。

回顾英国普通法的传统,正当法律程序(“王国的法律”)始终构成对王权的严格限制。在《大宪章》的历史语境中,约翰国王政府的公权力行为必须遵循相应的法律程序,适用这些法律程序的目的就是为了避免专断与偏私。历史发展到今天,公正无偏仍然是正当程序的基本旨趣。一如奥尔特所言:“法律可以让一个人成为自己案件的法官吗,我们可以用这个问题来验证任何法律制度的程序公正性,因为

这个问题强调了程序公正的最本质的特征,……”^[1](P9)程序性正当程序的基本内涵是:任何人不得为自己案件的法官,任何人得为自己利益而申辩。这一原初涵义始终是正当法律程序的精髓。

(二)实体性正当程序

正当法律程序从来不是纯粹的技术与形式规则。从原初意义看,作为“程序性的正当程序”——任何人不得为自己案件的法官,包含着实体性的要素,对司法权构成一定程度的实体性限制,“程序性的正当程序,绝不仅是对技术上的一丝不苟的要求,它还具有动摇权势的潜在能力。”^[1](P88)正当法律程序向“实体性正当程序”发展的标志性案例是1970年戈德伯格诉凯利案,联邦最高法院不仅重申了正当程序的程序要求,而且认可了一类新的实体权利:“福利权益”。这样,通过保护公民的实体权利,而对立法权与行政权提出了实体性要求,法院要求州政府在削减穷人的福利津贴之前必须履行听证程序。

正当程序原则拒绝预设权利的定义者与分配者。权利必须依靠个人的争取,程序规则只在于帮助人们搏取与确定权利。正当法律程序经历了三个阶段的范式发展,最初,它是“纯粹”程序性的规则,只要求任何人不得为自己案件的法官,而对权利归属本身不偏不倚。然后,进入“禁止剥夺甲方而授予乙方”的范式。这个范式产生于美国20世纪初罗斯福新政时代,又称为“实体性经济正当法律程序”,其内容是对政府干预自由市场经济与契约自由的行为进行约束,其实就是对立法权进行实体性约束,因此,正当法律程序从程序性规则转向实体性的正当程序。

正当法律程序最初只是约束行政权,《大宪章》的主旨在于限制王权,议会立法的危险在《大宪章》时代并不紧迫,毕竟,大规模的立法创制只是现代社会的政治常态。若干世纪之后,“实体性经济正当法律程序”似乎是专门为限制立法权的膨胀而量身定制,其实质依然是激进的个人主义使然。最高法院作为个人自由的守护神,将正当法律程序扩大适用于对立法权的实体限制,这是对柯克在博纳姆医生案中所主张的“普通法高于议会立法”观点的回应。立法者作为全能的监护人去“剥夺甲方而授予乙方”,实质上就等于取消个人责任与权利,这与普通法历史上的法治实践不符,更与现代自然权利论相抵触。然而,现代国家不可避免地要承担最低限度的利益再分配职能,因此,“实体性经济正当法律程序”遭受

挫折,最高法院被迫从经济领域退却,默认了经济管制立法的合宪性。但是,在经济之外的其他领域,包括个人自由、隐私权等方面,正当法律程序原则大力扩张,这就进入了其第三个发展阶段,即“剥夺甲方——非经济的实体性正当程序”范式。这个范式以承认立法干预市场的正当性为代价,却获得了实体性正当程序观念的牢固确立^[1](P101)。“剥夺甲方——非经济的实体性正当程序”范式以“经济上的实体性正当程序”的暂时让步,换来意义更为深远的对立法权的限制,这个范式成为实体性正当程序正式确立的标志。其意义不仅在于丰富了程序法治的内涵,更在于表明一个重大问题的解决之道:在自然法已然缺席的现代社会,何以衡量实在法的正当性?以自然权利为旨归的实体性正当程序取代了自然法的地位,成为约束立法权的最高宪法规则。

实体性正当法律程序意味着对生命、自由与财产等自然权利的保障。正当法律程序所防范的是一切来自权力的威胁,无论威胁是来自司法权、行政权,抑或是来自立法权,它的确立表明正当法律程序的理论基础真正地从自然正义转向自然权利。无论是晚近的实体性正当法律程序,还是早期的程序性正当法律程序,都与自然权利存在着内在的关联。早期的关联是事实的而非理论的,而后来实体性正当法律程序的产生,则表明这种内在关联不仅是事实的,而且是符合逻辑的。正当法律程序从程序性内涵向实体性内涵的演变,是法律程序与自然权利内在逻辑关系发展的必然结果。

注:

- ① “自然正义”是古典政治哲学概念,等同于自然法, *ius naturale* 这个拉丁术语既可译为自然正义,也可译为自然法,不同于程序法上的自然正义原则。参见杨寅:《普通法传统中的自然正义原则》,《华东政法学院学报》2000年第3期,第9-10页。
- ② 罗马法中的 *claim*,在“请求权”关系的双方当事人之间,是静态而消极的,彼此都只有义务,而没有现代意义上的权利。中世纪上帝创世说被引进罗马法之后, *claim* 的内涵才由消极转变为积极,最终演变为能动的权利主张 *right*。参见汪栋:《霍布斯公民科学的宪法原理》,知识产权出版社2010年版,第77页以下。

参考文献:

- [1] John V. Orth. *Due Process of Law: A Brief History* [M]. Lawrence, Kansas: University Press of Kansas, 2003.
- [2] (美)罗科斯·庞德. 普通法的精神 [M]. 唐宏宏等译, 夏登峻

- 校.北京:法律出版社,2000.
- [3] (美)列奥·施特劳斯.霍布斯的政治哲学:基础与起源[M].申彤译.南京:译林出版社,2001.2.
- [4] Richard Tuck. Natural Rights Theories: Their Origin and Development [M].Cambridge: Cambridge University Press, 1981.22.
- [5] O. F. et al Robinson. An Introduction to European Legal History [M].Abingdon, Oxon: Professional Books, 1985.219-220.
- [6] (英)S·F·C·密尔松.普通法的历史基础[M].李显冬等译.北京:中国大百科全书出版社,1999.
- [7] J.H.Baker. An Introduction to English Legal History [M]. London: Butterworths, 1990.19.
- [8] 程汉大.英国法制史[M].济南:齐鲁书社,2001.
- [9] (比)R.C.范·卡内冈.英国普通法的诞生[M].李红海译.北京:中国政法大学出版社,2003.32.
- [10] 何勤华.外国法制史[M].北京:法律出版社,2003.138.
- [11] 蒋为廉.普通法与公平法原则概要[M].北京:中国政法大学出版社,2002.2.
- [12] 齐延平.自由大宪章研究[M].北京:中国政法大学出版社,2007.
- [13] 杨寅.普通法传统中的自然正义原则[J].华东政法学院学报,2000(3):11.
- [14] (美)伯纳德·施瓦茨.美国法律史[M].王军等译.北京:中国政法大学出版社,1990.55.
- [15] 赵宝云.西方五国宪法通论[M].北京:中国人民公安大学出版社,1994.407.
- 【责任编辑:张西山】

The Historical Evolution of the Value of Due Process of Law——on the Common Law of Anglo-American States

WANG Dong

(College of Humanities & Law, Shandong Agriculture University, Taian, Shandong, 271018)

Abstract: The due process of American constitution originated from the tradition of English common law. Although early due process was more procedural rules than substantial ones, it had developed into substantial procedure in American legal system after the philosophical reform of natural rights. Both the substantive due process and the procedural due process are intrinsically related to natural rights. The early association existed as a fact which is limited strictly by traditional natural law. And the subsequent substantive due process indicates that the judges were well aware of this intrinsic relationship, consciously applied the principles of natural rights to the innovation of traditional procedure, which further developed and enriched the content of due process of law. The evolution from procedural connotation to substantive connotation of due process of law is the result of gradual combination of process of common law and the idea of natural right.

Key words: common law; natural law; natural rights; procedure; substance