**西方法律思想史论文**

**美国宪法中的正当法律程序之精神**

**学院(系)：网络空间安全学院**

**年级专业：20级信安法**

**学 号：2010387**

**学生姓名：迟文韬**

**摘要**：正当程序原则是美国重要的宪政与法治原则，其思想渊源和理论基础是自然法观念。英国《自由大宪章》最早以法律条款的形式对其进行了规定。美国全面继承和发展了正当法律程序原则，并以《权利法案》的形式写入美国联邦宪法中，后逐渐实现了从程序性正当程序向实质性正当程序的跃变。本文从正当法律程序的基本含义出发，揭示背后的各种观点，同时研究美国宪法中正当法律程序从程序性正当法律程序到实质性正当法律程序的演进过程，以及在这演进的基础上美国宪法中的正当法律程序所带来的各种价值。

**关键词**：正当法律程序；程序性正当程序；实质性正当程序

**引言：**法治是人类的一种理性选择，对人类的生存方式至关重要。法治既是一种制度模式，也是一种支撑人类自我发展完善的坚强信念，更是对人类不可或缺的关怀方式。它体现了西方的人文精神，将权力制约和权利保障作为其要旨和目标。美国法作为西方法治传统与精神的代表，其宪法正是通过＂正当法律程序＂原则集中体现了制约权力、保障权利这一核心命题，并在这一过程中实现了对正义与公平的理想追求。发端于英国的正当法律程序原本只具有程序性的含义，美国宪法在继承这一原则的同时将其予以创造性发展，赋予其实质性的含义，对国会与州制巧的法律是否符合公平与正义的标准予以检验，从而形成独具一格的发展模式。虽然正当法律程序作为美国宪政制度的一部分发展起来，但它仍是具有普遍性的概念，它包含的审判公开、听取申辩、法官独立等法治观念具有普世价值，因此它并非英美法系国家所独有，当今世界上所有向往法治与发展的国家或民族，都应有属于它们自己的正当法律程序。

一部制定良好的法律如果缺乏正义、理性的程序设计，终将被束之高阁甚至背离权利保障的初衷。立法者的立法智慧不仅应该体现在如何在法律条文中规定权利，更重要的是应该关注如何通过法律的程序来更好地实现权利。程序性正当法律程序最后应指向实体正义。正当法律程序条款加起来不足两百字，但却为美国法律发展作出了巨大贡献，最大程度地保障了公民基本权利，推进了司法民主进程。无论是程序性正当法律程序还是实质性正当法律程序，都为保障人权，提高法治水平作出了贡献。

本文将聚焦于正当法律程序之迭更与内涵，将其予以呈现，通过这样的一个过程，我相信我们能透过其看到其背后法律思想更迭所带来的影响。

# 正当法律程序的基本认识

（一）正当法律程序的基本涵义

正当法律程序经过余年的适用已经成为美国法律上的一个核心原则，但是对于什么是正当法律程序却没有固定的、统一的、得到大多数人认可的答案。之所以会出现这种情况，主要是因为正当法律程序这一概念是一个含义丰富却缺乏边界的词汇，它在美国法律中最为开放与灵活，历史和实践赋予它的限制最少，它能极快地对社会进步作出反应，迅速吸收当时社会最具影响力的价值标准，使得它在不同的时代具有不同的特点和形态。要想对正当法律程序作出准确、完美和最终的定义并获得大家普遍认同和广泛接受是极为困难的。正如约翰·v·奥尔特所说：“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。但是，这个短语本身，虽然具有提示性，但它不可能是不解自明的。法官和律师们已经从字面上努力了几百年，试图在具体的案例中赋予其内容。但是，他们努力的结果始终并未被普遍接受，即使取得共识，也极少能够持续很长时间。在不断变化的环境中试图实现这一理想可能是我们法律传统中不可缺少的一部分，而且由于这一传统，我们应当毫不逃避地断然宣告正当程序的需要已经一劳永逸地确定了[[1]](#footnote-0)。”即便是联邦最高法院本身也不愿意或者说也不能够给正当法律程序界定一个准确的含义，只能声明它愿意依据司法的内涵和外延的渐进程序来适用正当法律程序。

从正当法律程序的发展历史看，其最初的含义仅具有程序维度上的意义，即通过规范权力运行的程序和方式实现对国家机关权力行使的限制和约束。《牛津法律大辞典》将正当法律程序看作是要求向当事人提供律师，律师不在场时不受审问，不采用非法获得的证据。在与民事自由权相关联时，正当法律程序条款被赋予广泛的解释，尤其在于使《权利法案》中的对自由的保证适用于各州。

但是，当正当法律程序在美国的司法实践中演变出实质性维度后，将正当法律程序仅仅限定在程序意义上就不足以全面反映出正当法律程序在美国宪法上的实际状况了。要界定美国宪法上的正当法律程序就必须从程序性和实质性两个维度入手，即正当法律程序一方面关注于国家权力机构权力行使和政策执行的方式与程序，保证政府施加管制或惩罚的过程的公正性，另一方面又关注于国家权力机构行使的权力和执行的政策内容的合理性。也就是说，正当法律程序既审查执行法律的过程和方式是否合宪，又审查据以执行的法律本身的合理性和正当性[[2]](#footnote-1)。而正当法律程序的最终目的就是通过对国家机关行为和权力进行程序性和实质性的审查与检验，实现对权力的约束与限制和对公民基本权利的维护与保障。

1. 正当法律程序的历史观念认知的变化

由于美国成文宪法历史最早，美国宪法解释学一直都对宪法的适用产生长期的影响。原意主义强调法官对制宪者缔造宪法时的思想和意图的尊重。自美国宪法诞生以来，原意主义在形式上始终是美国宪法传统的中主流理论。

然而原意主义一直以来都饱受诟病——制宪者的意图和目的难以被探知。正是由于原意主义自始至终都无法突破认识和解释方法上的局限性，其自然而然地就被其他思想所取代。值得注意的是，原意主义并不赞成正当程序的扩大性解释。

伴随着新世纪的到来，随着美国现实主义法学的蓬勃，解释者意图主义腾空出世，在这一时期，正当法律程序的认定被认为应当依迎解释者也即法官的想法。在这一理念之下，法官被授予了相当巨大的自由裁量权。值得注意的是，由于落眼于时下，这种主义与实用主义法学不谋而合。 现实主义法学先驱霍姆斯大法官认为“法律就是对法院事实上将作什么的预测”，法律的核心并非逻辑问题，更多的是涉及社会管理的问题，既然法律不是逻辑，而是经验和法官预测什么的问题，可以说，宪法的生命就在于被适用，一旦脱离了法官对宪法的理解和解释，宪法文本不过是僵死的文字。在美国，解释者意图主义是以潜在的方式，存在于法官和法律家的观念中，通过诸如现实主义和实用主义等法学观点表达出来。如何判断法官的意图是难以确定的，这是原意主义与解释者意图主义对立的根本问题。

美国法理学家德沃金则在《法律帝国》中提出了建设性解释。他首先对美国的两种法律解释的方法进行了批驳:一是惯例主义，他认为机械地适用法律极大地削弱了法律的活力。二是实用主义中法官的自由裁量，我们知道这是现实主义法学的观念。在这两种批驳的前提下，他提出了自己的建设性解释。其核心是原则和政策，所谓的原则反映了正义和公平的标准。而政策则涉及社会面的规范准则。

不同的理念与解释不仅反映了正当法律程序在这个过程中的步履进调，更反映了法律思想在其背后的隐性动态变化。

# 从“程序性”正当法律程序到“实质性”正当法律程序

## （一）“程序性”正当法律程序

早在1215年英国的《自由大宪章》中就对正当法律程序作了规定：“凡自由民除经其贵族依法判决或遵照国内法律之规定外，不得加以放逐、伤害、搜索或者逮捕。”[[3]](#footnote-2)但它只是一种贵族的特权，而非普遍意义上的权利。美国最早、最完整规定“正当法律程序”是1780年的马萨诸塞州宪法：“未经正当法律程序，任何人的生命、财产不得剥夺”。[[4]](#footnote-3)1791年，麦迪逊提出美国宪法修正案（即第5条修正案）是美国联邦宪法对正当法律程序的第一次规定。麦迪逊将正当法律程序写入其起草的《权利法案》初稿时，他只是把正当法律程序看作一种程序上的保障，但“正当法律程序”在本质上就是自然公正（naturaljustice）原则。自然公正原则的基本要求，一是任何人不得是自己案件的法官，二是应当听取双方当事人的意见。从内容可看出，自然公正的这些原则都是程序性的。在美国，以宪法第5条修正案为中心的“程序性”正当法律程序是指法律赖以实施的方法或法律采用的方式，它是对怎样行使政府权力加以限制，主要限制行政部门和司法部门，其基本要求是程序公正。它是要过问政府行事的方式以及它所采用的执行机制，当政府剥夺一个人已经获得的生命、自由或财产利益时，第5条和第14条修正案的正当程序条款要求程序上的公正性。在第5条修正案通过后很长一段时间，正当法律程序仅指刑事诉讼程序问题，基本要求是，“先审讯，后宣判；根据调查起诉，只有在审问或某种听证之后才能作出判决”。在其他诉讼（除刑事诉讼外）中，正当法律程序要求至少“涉及的人必须获得适当通知并有机会被听取陈述”。美国许多学者把联邦宪法第1-10条修正案的程序保障要求直接视为“程序性”正当法律程序的具体标准。“程序性”正当法律程序的实质是一种最低限度的程序保障。

## （二）“实质性”正当法律程序

“程序性”正当法律程序建立在一种可疑的理论基础之上。权利法案的目的是要“通过规定在例外的情况下权力不应当行使或不应以某一特定的方式行使，对权力加以限制和限定”。[[5]](#footnote-4)权利法案或“程序性”正当法律程序并不能全部达成这一目标，这时对政府权力特别是立法机关权力的实质性限制求助于自然法。1909年，迪安·庞德写道：“我们必须记住，自然法是《权利法案》的理论根据，”“宪法贯穿了自然法的观念”。[[6]](#footnote-5)后来出现了对自然法的怀疑，并由于如下原因最终放弃了自然法理论：（1）当代盛行的法学既非哲理的，也不是历史的，而是社会学的。（2）自然法是哲理的而不是法学的，其十分抽象的价值判断不能具体地用于审理特定的案件。（3）除非每个人的道德和经济观念一致，并崇拜控制他们的单一权威，否则，自然法理论是无法运用的。（4）随着宪法判决的增加，法官们现在无需援引自然法便可找到支持自己主张的判例。宪法的核心从自然法理论迅速转向包含在正当程序条款中的明示的限制。正当法律程序的含义获得了实质性的发展，以致不论从实体法还是从程序法的观点看，个人权利都由正当法律程序保护，于是，出现了“实质性”正当法律程序的概念。它“同法律的内容有关”，是对联邦和州政府部门立法权的一项宪法限制，即“对行使政府权力做什么加以限制”，主要限制立法部门。它是指一项“不合理”的法律，即使是恰当地通过了，恰当地实施了，仍是违宪。它要求任何一项涉及剥夺公民生命、自由或财产的法律不能是不合理的、任意的或反复无常的，而应符合公平、正义、理性等基本理念。

实质性正当法律程序的概念首先是由州法院的判决确立起来的。最引人注目的是纽约州上诉法院的判决，其中最为著名的是1856年怀尼哈默诉人民案的判决。该案起因于一项纽约州禁止出售非医用烈性酒并禁止在住所之外的任何地方储放非用于销售的酒类的法律，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”，这恐怕与正当程序条款的精神不符。[[7]](#footnote-6)这一判决的意义在于纽约州法院用实质性正当法律程序代替了自然法对立法权进行制约。九年后联邦最高法院在威尼诉哈默案中首次将正当法律程序条款作为实体法条款使用。至此，正当法律程序开始成为一种防范立法机关对私人财产权不合理干涉的有力工具。1866年，国会提出了第14条宪法修正案，1867年该修正案被宣布生效。纽约州法院审理怀尼哈默案的推理最终为包括联邦最高法院在内的美国法院所普遍采纳，正当法律程序成为了一项真正的宪法制度。第14条修正案是划时代条款，“代表了一场真正的宪法革命”。其后果之一便是实现了公民权利的联邦化，即：使权利法案的各项基本权利“加以并入”并使之适用于各州。1968年，在邓肯诉路易斯安那州案中，联邦最高法院裁定，一项从权利法案中“吸收来的”保障要按它制约联邦政府的同样程度和同样方式来制约州。至此，美国宪法规定的正当法律程序完成了从单纯“程序性”含义到同时兼含“实质性”含义的演进过程。

**三、美国宪法中的正当法律程序的价值**

正当法律程序作为美国最重要的法律适用制度，贯穿于国家权力运行的始终，而且与司法审查制度构成了美国分权制衡体制运作的两大支柱。自古以来，英美法系极为推崇程序的价值。近代意义上的正当法律程序产生于英国，美国继承后又对其进行了具体化和发展，形成了今天完整的制度体系。美国宪法中的正当法律程序具有一定的宪政价值，独立价值，社会价值以及经济价值。

而透过其价值，我们其实也能够看到其背后所透露出来的法律思想之千钧分量。正是历史对法律精神的沉淀与漫长岁月对思想的磨锤，才使得价值得以熠熠生辉。

（一）正当法律程序的宪政价值

如同米勒大法官在1878年的“戴维森诉新奥尔良案”中所评论的那样，美国各州绝不可能随也所欲地做任何事，因为他们必须遵循正当法律程序的要求。正当法律程序已成为美国联邦最高法院审查联邦宪法及州法的合宪性时的一个司法适用标准。美国宪法所追求的目标与核屯、即限制国家权威、保障公民权利，而正当法律程序在这方面起了关键性作用。纵观美国宪政的发展历史，正当法律程序自始至终伴随其中。

一方面，正当法律程序有利于实现对人权的保障。一方面，正当法律程序有利于实现对人权的保障。美国在宪法层面规定正当法律程序条款，开创了正当法律程序在宪政意义上保障公民权利之先河。随着最高法院在司法实践中对“生命”、“自由”、“财产”解释的不断扩展，正当法律程序也随之发展，从而逐渐形成了包括契约自由、一系列涉及公民切身利益的婚姻、监护、家庭生活安排、生育控制、人格尊严等在内的庞大的权利保护目录体系，正当法律程序条款由此成为公民基本权利最有力的保护武器。

另一方面，正当法律程序实现了对国家权力的限制。对国家权力的制约是千百年来西方政治哲学关注的焦点。洛克、孟德斯鸠等人的“权力分立与相互制衡”理论深刻影响了美国制宪者。麦迪逊起草的第五修正案提出了正当法律程序条款，明显的意图即制约立法部门。而第十四修正案的正当法律程序由于对《权利法案》的大部分条款的并入，对国家权力的运行就提出了更高的标准，即以实质性正当程序审查法律与政策是否缺乏合理性与必要性。

（二）正当法律程序的独立价值

在西方法律学界，往往将法律的价值等同于正义，如果法律价值对结果具有正当性，那么该法律就是正义的，而不管过程是否具有正当性。1960年代后学界开始了对法律程序自身价值的研究，并最终形成了程序工具主义与程序本位主义两大阵营。前者认为程序只是用来实现某一目的的手段或工具，从其内在品质而言，并不具备合理性与正当性的因素。后者则认为只从它能否促成某些目的的实现等来认识或评价法律程序，是不合理不全面的，判断的标准应取决于其本身是否承载着一些内在的品质。判断一项法律程序或者法律实施过程是否具有正当性与合理性，不取决于它是否有利于产生正确的结果，而在于它是否为一些独立的内在价值提供保护。

美国对正当法律程序的发展体现了程序本位主义思想，它“源于民主政治理念对程序含义的扩展，对应着现代诉讼活动的价值取向、结构功能、运行机制等对正当、理性、尊严、防止权力滥用等具体要求。它强调程序自身的内在价值，注重程序的过程的有效性。法律程序就是要使得法律裁判和决策的当事人能平等参与到法律活动中。程序是中立的、对等和理性的，它排除了外界干扰，经过不断反复而实现自我目的化[[8]](#footnote-7)。”比如1970年至1972年，由最高法院的一系列判决引发的正当法律程序革命，将终止福利之前的听证、政府雇员的职位任期等纳入正当法律程序所保障的范围内，正是回应了正当法律程序过程的有效性和其自身的内在价值追求，正当法律程序已成为判断公正与否的一个标准，蕴含着公开、平等、公正等秩序目标。

美国宪法的正当法律程序条款，在联邦最高法院的司法实践中，一方面具有保护实体性宪法权利的形式法治意义上的程序价值，也具有与其他实体性宪法权利一起适用，作为司法审查的标准，或者作为发现其他宪法并未列举的权利的直接依据的实体价值。从美国的司法实践来看，司法机关关注更多的还是正当法律程序的实体性价值。学者萨默斯认为送是因为，在美国制度中，程序往往被视为一个独特的领域，在此范围内，人们可追求独立的实体性政策。而程序上的适当性也被看作是保证被告享有公正参与机会的程序价值及实现审判合法性的手段，这些都是实体性价值，虽然只是在程序的运行过程中才得实现[[9]](#footnote-8)。

（三）正当法律程序的社会价值

一是正当法律程序在促进国家权力行使的合理化、公正化和公开化方面发挥重要作用。程序性正当法律程序为国家权力的运行提出了最低限度的程序正当性要求。这种最低限度的程序正当性要求就包括了裁决者的无偏见和当事人的知情权。不论是立法机关、司法机关还是行政机关，在涉及公民权利事项上，都要遵守公正和公开的原则，都必须遵循相应的法律程序，不得恣意妄为和不受控制，确保公民权利不被侵害。实质性正当法律程序对国家权力的行使提出了更高的要求，即国会、政府和法院必须对它们的行为提供充分的理由以证明其行为的必要性和正当性，从而保证国家权力行使的合法性和合理性，提高国家权力运行的公信力。

二是正当法律程序在缓解社会矛盾、促进社会稳定方面发挥重要作用。正当法律程序不仅将立法机构无法创造和改变的属于自然的和宪法上的权利纳入自己的保障范围，而且将诸如民众关注的社会福利、职位任期等并非直接源于道德或者正义而原属于“特权”类的权利也都纳入了保障范围。这类权利既是与人们的生存与发展休戚相关的，又是最易被国家权力所侵害的，也是社会矛盾积攒最突出的，将这类权利纳入正当法律程序的保障，就为人们在宪法上寻求对此类权利的保护提供了依据，有助于缓解与释放社会矛盾，有利于建立和维护良好的社会秩序与法律秩序。

（四）正当法律程序的经济价值

正当法律程序革命时期，美国法学界的最突出贡献是将效益引入正当法律程序的价值分析。现代社会，尽管公平正义仍旧构成法律规制正当性的核心和基础，但效益在其中受到越来越多的重视和强调，正当法律程序亦然。从美国司法实践看，根据正当法律程序的要求行使各类国家权力和实施各类国家行为，可以有效提高该权力运行和实施的经济效益。

一是正当法律程序在节约各种国家权力运行的直接成本方面发挥重要作用。不可否认的是，任何公共权力在行使的过程中必然要产生直接成本。比如法院的司法判决，必然包括进行审判、制作判决投入的人力、物力和财力等，这些就构成了司法活动的直接成本。但是，正当法律程序却可以较好地减少这种直接成本。一方面，正当法律程序为各类国家权力的行使设定了合理的和正当的程序，对不必要的环节进行了优化与删减，从而节省了相关费用的损耗。另一方面，正当法律程序通过对各种权力的约束和制约，可以有效地防止国家行为的恣意妄为，限制国家权力的任意行使，消减国家机关不必要的支出，从而使直接成本大幅下降。同时，因正当法律程序在运行程序和规则上提出了公开、透明的要求，消除了各类暗箱操作存在的可能性，从而节约了权力运行的成本。

二是正当法律程序在降低各种国家权力运行的错误成本方面发挥重要作用。错误成本是指因做出错误结果而花费的成本。正当法律程序恰恰可以有效减少这种错误成本的支出。比如说，政府部门要取消对当事人的某些福利政策，该政策会损害当事人的相关权利，正当法律程序则设置事前听证的程序，防止错误取消福利政策所导致的费用支出。再比如说，在正当法律程序下，被告人享有保持沉默的权利，司法机关负有为被告人在审判阶段提供律师的义务，这样就可以有效避免刑讯逼供行为的发生，节省可能发生的国家赔偿费用以及因刑讯逼供诉讼所可能造成的由国家支付的诉讼费用。不论是设置事前听证还是提供律师援助，这表面上看似乎增加了国家权力运行的直接成本，但实际上却大大减少错误成本发生的可能，从整体上看仍然是符合经济原则的。

# 结语

西方法治的历史，无疑是一部奉行程序法制的历史。按照法兰克福特大法官的说法“争取自由的历史，其中绝大部分是遵守程序性权利保障的历史。”正当法律程序起源于英国，源于其悠久的法律至上、“王在法下”的法治观念。正当法律程序最初只有程序上的含义，是一种程序保障，旨在保障人民免受政府滥用权力的侵害，如未经正式官方听证程序则不得限制公民人身自由等程序保障。但美国在司法实践中逐渐发展出实质性正当程序，实现了对正当法律程序的超越，尽管这一过程并非一帆风顺。但它无疑在所有历史的重要阶段发挥了不可无视也无可替代的作用。从自然权利到法定权利，从宪法条文到司法案例，正当法律程序经受住了司法实践的考验，并且随着现代社会的进步，其内涵也将不断丰富。过去已成历史，其内涵底蕴在注入西方法律思想史后，无疑对于我国法律制度的发展与进步能够带来一定的启发和指引。

# 参考文献

[1]谢茗芬.《大宪章》与正当法律程序[J].法制与社会,2019(20):7-8

[2]李明蔚. 实质性正当法律程序的发展与启示[D].烟台大学,2019.

[3]李明路. 程序性正当法律程序与实体性正当法律程序关系研究[D].苏州大学,2014.

[4]王媛. 美国宪法上的正当法律程序研究[D].山东大学,2014.

[5]马玉丽. 美国宪法的正当法律程序研究[D].山东大学,2015.

[6]赵敏.论正当法律程序的价值[J].商,2015(08):230.

[7]张崇波.论正当法律程序原则[J].法制与社会,2014(36):9-10+12..

[8]李佳臻.正当法律程序之浅析[J].镇江高专学报,2017,30(01):64-67.

[9]汪健.论美国实体性正当程序[J].法制与社会,2016(27):19-20+25.

[10]房旭. 论美国实质性正当程序及其对我国的启示[D].浙江工商大学,2015.

1. 正当法律程序简史[M].商务印书馆,(美)奥尔特,2006. [↑](#footnote-ref-0)
2. 丁玮.美国宪法上的正当法律程序[D].中国政法大学,2005. [↑](#footnote-ref-1)
3. 焦洪昌，李树忠主编.宪法教学案例[M].北京：中国政法大学出版社，1999.68. [↑](#footnote-ref-2)
4. 焦洪昌，李树忠主编.宪法教学案例[M].北京：中国政法大学出版社，1999.62. [↑](#footnote-ref-3)
5. [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. [↑](#footnote-ref-4)
6. [美]詹姆斯·安修.美国宪法判例与解释[M].黎建飞译.北京：中国政法大学出版社，1999.145 [↑](#footnote-ref-5)
7. [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，1990.56. [↑](#footnote-ref-6)
8. 齐建辉.正当法律程序价值理论的反思和重构[J].甘肃政法学院学报,2011(06):68-76. [↑](#footnote-ref-7)
9. 英美法中的形式与实质[M].中国政法大学出版社,(美) 阿蒂亚, 2006. [↑](#footnote-ref-8)