

您的位置: 首页 >> 阅读文章

阅读文章

Selected Articles

更多▲

使用大字体察看本文  
阅读次数: 946

## 正当法律程序与利益衡量模式 ——普罗珀特诉哥伦比亚特区案点评

特聘专家

傅郁林

法学所导航

走进法学所

走进国际法中心

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

本案涉及美国宪法中被认为具有基石或核心地位的一个概念, due process of law, 在汉语中被译为“法律的正当程序” [1]、“正当的法律程序” [2]、或法律的“正当过程” [3]。这是美国宪法中唯一被重复规定的条款——1791年通过的美国宪法第五修正案, 规定: “非经大陪审团提出公诉或告发, 不得使任何人接受死罪或有辱声名之罪行之控告, 惟在陆、海军中或在战时或国家危难时刻服役之民兵中发生的案件, 不在此限; 不得使任何人因同一罪行处于两次生命或身体之危境; 不得在刑事案件中强迫犯人作不利于本人之证词; 未经正当法律程序, 不得剥夺任何人之生命、自由或财产; 非有恰当补偿私人财产不得充公。” 1868年通过的美国宪法第14修正案, 规定: “凡出生或规划于合众国并受合众国司法管辖之人, 即为合众国及其所居住州之公民。无论何州均不得制定或实施任何法律以损害合众国公民之特权或豁免权; 无论何州亦不得不经正当法律程序而剥夺任何人之生命、自由或财产; 亦不得不给予在其司法管辖之下之任何以同等之法律保护。” [4]

关于“正当程序”的内涵, 一般认为正当程序的立法初衷是针对公正的司法程序而言的, 第五修正案规定“法律的正当程序”旨在保证被告人按照规定的诉讼程序得到公平审判。[5]但第十四修正案则与权利法案联系起来, 赋予了正当程序以双重内涵, 即程序上的正当程序 (procedural due process与实体上的正当程序 (substantive due process), 旨在保护公民个人的权利不受州政府权力的不当干涉。当州政府未经正当的法律程序剥夺公民的个人生命、财产或自由权利时, 联邦法院有权行使司法审查权, 宣布具体行为和构成具体行为依据的立法或政策无效。随着美国对权利保障由程序性保障到实质性保障的转化, 当正当程序条款中所提到的权利 (如财产权或自由权) 实质上被州立法剥夺时, 即被认为是未经正当法律程序而剥夺了公民的这一权利。[6]正当程序条款在实体上的涵义解释扩大了司法审查的范围, 也加强了美国联邦对州的权力控制。不过, 由于在许多情况下司法对立法的干预完全可以通过宪法赋予的司法审查权来实现, 也由于“正当程序”在实体上的涵义令人费解, 而且有被滥解释的危险, 因而美国最高法院主张, 如果能够找到更合适的用语来指称违宪行为的说法, 则尽量不使用实体正当程序这一概念。[7]本案是适用第五修正案关于程序上的正当程序内涵作出的判决。

“正当程序”在程序意义上的涵义较为明确, 是指政府机构 (不仅仅指司法机构) 及其工作人员在采取可能对相关个人的生命、财产、自由权利有不利影响的措施时, 都必须经过公平、合理、正当的惯例和方式, 这些程序业经立法、判例、政策确立, 并为公众所共知。政府机构不得枉处擅断。判断政府行为是否符合程序上“正当程序”的要求, 在美国理论上有一种被称为“双阶结构”的分析方法[8], 即首先确定提交司法裁判的事项是否具有受程序保障的资格, 亦即是否属于宪法第五修正案和第十四修正案中所称“生命、财产和自由”权利的范围; 然后判断什么样的程序才是“正当”程序。

爱德华兹在本案的“分析”中即遵循了这种“两步程序”方法:

首先, 关于普罗珀特所主张的权利是否属于正当程序保护范围的问题, 作者仅用了很少的笔墨加以分析, 因为当事人双方对此没有争议, 法官对于事实没有争议的问题只需直接适用法律作出裁断。在本案中, 虽然双方当事人对于上诉人 (原告) 普罗珀特的汽车是否符合“报废”的标准存有争议, 但政府方承

认上诉人对其汽车的财产权，因为该汽车的经济价值至少不是可以忽略不计的。依据判例法，只要被剥夺的财产不是可以忽略不计，以至于“其重要性与是否考虑正当程序问题无关”，那么，政府对该财产进行处理的行为即属于正当程序审查范围。

其次，关于程序保障到什么程度才算“正当”，这是正当法律程序最重要的问题，也是本案的重点问题，其核心内容是判断标准问题。本案采取了利益衡量的标准，即权衡政府行为所涉及的公共利益与私人利益之间的关系，以此作为判断政府行为的程序是否正当的标准。本案适用了著名的马修斯案及其创设的“马修斯要素”法。与此同时，本案还兼顾了最低限度的程序保障标准，即，决定正当法律程序的正式程序单元至少有十个，如公正（中立）的裁决机关、预先告知并说明理由、有陈述意见的机会、裁决机关对证据的书面记录、以及裁决机关以书面形式作成裁决并说明事实理由，等等[9]。在这些程序单元中，无论公共利益或私人利益的比重多么悬殊，或者说，“无论政府利益怎样重要”，政府行为的“程序总量在任何时候都不能为零”。[10]从本案的分析中没有找到所谓“历史判断模式”的痕迹——历史判断模式以探求制宪者原意作为判断程序是否合乎的正当性程度的标准，这种盛行于十九世纪法律解释方法的“霸主地位”在美国已经由利益衡量模式所取代。

利益衡量模式并非仅仅适用于正当程序的判断过程，读者将从本书收入的许多法律意见书中看到，这一标准在爱德华兹法官的整个司法判断过程中都居于十分重要的地位。例如，在伯特尔政府案中，法庭对于诉讼资格的审查，确定案件诉由是否消失和司法审查时机是否成熟，都是适用利益衡量模式在对相关各方利益进行详细计算的基础上作出裁判的；在格雷丝案中，这种方法也得到充分应用（见该案例译者的点评）。

详而言之，利益衡量模式是指，程序正当与否的判断要同时衡量受到政府行为影响的私人利益、风险利益以及与政府利益的关系。其中风险利益是指利益在程序中被错误地剥夺的风险，以及，因任何额外程序或替代程序所产生的利益；而政府利益则包括因为额外的或替代的程序所带来的财政或行政负担。在这三种利益中，如果私人利益与风险利益大于政府利益，则法院判断目前所提供的程序保障是不足的，只有采取替代性程序保障才能满足宪法上正当法律程序的要求；如果相反，私人利益和风险利益之和小于政府利益，则法院可以得出结论认为，现行的程序保障已经能够满足正当法律程序的要求。也就是说，程序所要保障的利益越大，则对于程序的需求量越大。[11]

利益衡量模式成为美国当代奉行的主导性理论和司法方法，与西方社会“反形式主义”的法律变革趋势是步调一致的[12]，在理论上，从传统的法条主义（大陆法系）和判例主义（英美法系）向经验主义和功利主义转变[13]，从自治型法律模式到回应型法律模式，[14]从耶林的法律解释观的“理论变节”到霍姆斯的立场转变[15]，都体现出西方法律家对于现代社会经济快速发展时期司法性质或司法功能的再认识，而以社会学的方法及经济分析的方法引入，对于司法过程利益衡量模式的形成有着重要影响。[16]被认为是霍姆斯后期经验主义和功利主义法学思想继承人的卡佐多法官在《司法过程的性质》中写道：“我们从历史、哲学和习惯走到了这样一种力量，它在我们时代和我们这一代人中正变成所有力量中最大的力量，即在社会学方法中得以排遣和表现的社会正义的力量。法律的终极原因是社会福利。未达到其目标的规则不可能永久性地证明其存在是合理的。”[17]卡佐多还引用“外国的法学家”格梅林的同样想法：“司法的全部功能，都已经……转移了。表现在司法决定和判决中的国家意志就是以法官固有的主观正义感为手段来获得一个公正的决定，作为指南的是对各方当事人利益的有效掂量，并参照社区中普遍流行的对于这类有争议的交易的想法。”[18]

利益衡量模式把法官无可避免要参与的配置实体权利和社会福利的过程展示于当事人和社会公众，越来越多地渗入司法过程的伦理因素昭然于阳光之下，使司法结果更容易获得普通公众的认同即正当性。然而，司法过程中的利益衡量模式却也可能使司法机构在判断其他政府机构行为正当性的同时自身陷入程序正当性的困境。因为“一个社会法律的最终目的，都是为了保证人类行为有序而恒常，并维护国家的稳定。”[19]宪法的基础目的在于切实保障宪法上的权利，这种权利的保障不受任何主体判断的影响，而在利益衡量为主体的宪法论证中，法院已不再关心宪法文义的深层结构或宪法的伦理传统，所以，利益衡量被批评为“理论上破坏力十足的虚无主义”。[20]

更值得中国读者注意的是，使法律不拘泥于形式主义和仪式性，探究法律、政策中所蕴含的社会公认准则（价值），即所谓“回应型法”，是法的进化走向更高阶段时的理想模式。然而，回应型法律的风险在于，“过于一般化的倾向、对于判例的不尊重、法官意见不必要的含糊不清、令人沮丧的缺乏坦率、对下级法院查明事实的不屑一顾、对法规的曲解，以及外表上缺少中立和客观。使原则服从于实现期望中的社会结果，使人对‘是否存在或能够存在任何区分法律和政治的事物’产生怀疑。不受抑制的自由裁量权与法律调整格格不入，因为它使法律机构过份容易遭受各种政治环境压力的损害。一种过于开放的法律秩序会丧失在社会中节制权力作用的能力，从而倒退到压制。”[21]

法律现实主义者的目的是使法律更多地回应社会需要，法律机构应当放弃自治型法通过与外在隔绝而获得的安全性，并成为社会调整和社会变化的更能动的工具。在这种重建过程中，能动主义、开放性和认知能力将作为基本特色而相互结合。” [22]中国的法律变革模式受中国所处的经济政治文化发展时代和法律传统制约。从我国经济发展状况从全国整体来看，仍处在工业化时期和传统农业向现代农业产业化过渡的工业经济快速发展时代，在政治上，尚未完成政法分离、司法独立和司法专业化过程，“礼法合一”、追求个案的情理化和适当化仍是法律文化的主要特色。正如季卫东先生指出的那样，“在社会分工的程度不高、组织和制度的资源不足、自由选择的余地不大的场合，压制的出现和扩张就很难为主观所左右。在这时，诉诸道德不仅不会解解压制，反而有可能强化压制，或者造成压制的变态。” [23]因此，至少在相当长一个时期内，追求法律“形式主义”仍应是中国法治之路的主要模式，整个社会秩序以普遍性的规则为准绳，政治和法律、立法和司法之间泾渭分明，法官在审判独立的原则下受公正而合理的程序的制约，并受立法的严格控制。

中国司法裁判面对依“法”治国与“合情合理”、实事求是与法律真实两种并存的社会需求之间的两难境地，中国法官在法律制度和法律文化的转型期间获得“正当性”更富于挑战性。本案的启示在于，当必须行使自由裁量权以回应变革中的社会纠纷之需要的时候，严格的程序控制、一步一注的判例注释、充分而严谨的理由说明，使法律规范的教条性与法律变革之间的矛盾得以缓和，也使司法过程和结果在传统法律文化与法律变革之中获得应有的正当性和权威性。

---

\* 载于爱德华兹：《美国法官自选裁判文书译评》，傅郁林等译评，法律出版社，2003年版。

[1] 丹宁勋爵著：《法律的正当程序》李克强等译、龚祥瑞校，群众出版社，1984年版；李克强等译，法律出版社，1999年版。

[2] 汤维建：《论英美法上的正当法律程序》，载于《东吴法学》苏州大学百年校庆东吴法学院八十五周年院庆专号，第142页。

[3] 季卫东著：《法治秩序的建构》，中国政法大学出版社，1999年版，第8页。

[4] 汤维建，上引，第143-144页。

[5] 曾尔恕：《评美国宪法中的正当法律程序条款》，载于《政法论坛》，1990年第1期。

[6] 参见联邦最高法院大法官佩卡姆在1897年“奥尔盖耶诉路易斯安娜州案”中的法律意见。曾尔恕，上引。

[7] (美)弗来彻法官口述，傅郁林整理，载于宋冰编：《程序正义与现代化——外国法学家在华演讲录》，中国政法大学出版社，1998年版，第462页；季卫东：《法治秩序的建构》，上引，第8页。另参见汤维建关于“实质性的正当法律程序”演变介绍，上引，第147页。

[8] 参见汤维建，上引，第151页。

[9] 参见汤维建，上引，第157页。

[10] 参见本案法律意见书第二部分“分析”（2-5）。

[11] 汤维建，上引，第155-156页。

[12] 参见马克斯·韦伯：《论经济与社会中的法律》，张乃根译，中国大百科全书出版社，1998年版第307页。另参见傅郁林：《知识经济与法律变革》第一部分对法律反形式主义发展趋势的介绍，载于刘剑文主编：《知识经济与法律变革》，法律出版社，2000年版。

[13] 参见刘庸安：《丹宁勋爵和他的法学思想》，载于丹宁勋爵著：《法律的正当程序》、《法律

的未来》等（代中译本前言），法律出版社，1999年版。

[14] 参见诺内特、塞尔兹尼克著：《转变中的法律与社会》，张志铭译，中国政法大学出版社，1994年版。

[15] 季卫东：《法治秩序的建构》，中国政法大学出版社，1999年版，第94页。

[16] 见本书译序关于司法过程的性质的论述。

[17] （美）卡佐多著：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆，1998年版，第38页。

[18] 卡佐多，上引，第45页。

[19] Elias 语，转引自千叶正士：《法律多元》，强世功等译，中国政法大学出版社，1997年版，第156页。

[20] 勃兰大法官语，转引自汤维建，上引，第157页。

[21] 诺内特、塞尔兹尼克，上引，第85页。

[22] 诺内特、塞尔兹尼克，上引，第85页。

[23] 参见季卫东：《社会变革的法律模式》，载于《转变中的法律和社会》，上引，代译序

作者：傅郁林，北京大学法学院

---

### 相关文章：

---

[论民事上诉程序的功能与结构——比较法视野下的二审上诉模式](#)

[美国的简易判决程序](#)

[法律术语的翻译与法律概念的解释](#)

[美国的简易判决程序](#)

[论最高法院的职能](#)

[诚实信用：法律共同体的生存准则](#)

---

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址：北京市东城区沙滩北街15号 邮编：100720

[RSS](#)

---