

# 论宪法的正当程序原则

汪进元\*

---

**内容提要:**正当程序作为宪法的一项基本原则,已得到世界各国的普遍认可。该项原则既包含程序性限制也包含实质性限制的因素。正当程序运行要求程序合法、主体平等、过程公开、决策自治和结果合理。正当程序原则对于一国的宪政具有法治建构、权力控制和人权保障等功能。

**关键词:**正当程序 宪法原则 构成 功能

---

正当程序(Due Process)或正当法律程序(Due Process of Law)作为宪法的一项基本原则,肇始于英国的自由大宪章,完善于美国宪法第5条和第14条修正案。二战后,世界许多国家宪法都规定和体现了正当程序原则。然而,何为正当程序?构筑正当程序的要件有哪些?正当程序的功能如何?国内外学者虽不乏有人提及,但系统论证的尚不多见,本文试图从上述几个方面予以讨论,以期达到抛砖引玉之效。

## 一、正当程序的基本含义

在英国,正当程序原则也称为自然公正原则,其含义指的仅是一个程序性原则。美国宪法关于正当程序的规定,其最初的含义也仅指的是一个程序性原则,即在公民的生命、自由和财产被剥夺之前必须经过正当的法律程序,而且也只适用于法院的诉讼程序,不涉及立法机关的法案的实体内容。1856年纽约州法院对“怀尼哈默案”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,即程序性正当程序和实质性正当程序。<sup>[1]</sup>

程序性正当程序是指“要求一切权力的行使在剥夺私人的生命、自由或财产时,必须听取当事人的意见,当事人具有要求听证的权利。”<sup>[2]</sup>根据《布莱克法律辞典》的解释,程序性正当

---

\* 武汉大学法学院讲师。

[1] “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。参见[美]施瓦茨:《美国法律史》中译本,中国政法大学出版社1990年版,第56页。

[2] 引自王名扬:《美国行政法》(上),中国法制出版社1995年版,第383页。

程序的中心含义是指：“任何其权益受到判决结果影响的当事人，都享有被告知和陈述自己意见并获得听审的权利。”<sup>〔3〕</sup>也就是说，合理的告知、获得庭审的机会、提出主张、进行抗辩等，是程序性正当程序的基本要素。相对实质性正当程序而言，程序性正当程序主要过问的是政府行为的方式及其所采取的执行机制。当然，一个程序是否违背了宪法修正案第5条和第14条规定的正当程序条款，主要是凭法院的理解和解释来确定的。当政府剥夺了一个人已经获得的生命、自由和财产利益时，法院首先考虑的是如下两个问题：其一，生命、自由或财产利益是否受到威胁？其二，为确保公平处理，应当采用何种程序？法院在运用正当程序条款来确定政府的行为方式是否不公正的方法之一，是运用决定性推定学说。

所谓决定性推定是指：“一项法规，在它令人信服地推定有某些事实的存在，而这些事实允许把某些人归入某一类，并使他们承受别人不承受的重负时，就产生了决定性推定。决定性推定学说认为：由于该推定可能不是对该分类的每一个人都有效，不让人有机会对该推定提出质疑是违反正当程序的。在重要的个人正当程序利益受到威胁时，必须提供机会进行个别听证，以便对该推定提出质疑。”<sup>〔4〕</sup>关于决定性推定学说的依据问题，最高法院的多数意见认为：“该学说的基础是法律所确定的分类和决定该分类的政策（即平等保护）之间缺乏一致，或对政策本身的质疑，例如实质性正当程序。”<sup>〔5〕</sup>不过最高法院没有就支持正当程序审查的价值标准和目标作出系统的指导。美国法学理论界认为，正当程序审查应该重视程序价值标准，诸如个人尊严、参与和平等对待；一旦确定正当程序利益已受到不利的影晌，在非紧急情况下，个人至少有权要求合理地注意到他的要求和就他的要求举行某种方式的听证会。在司法实践中，最高法院就正当程序条款涉及的程序性保护的范同问题，强调的是在具体操作过程中，首先权衡下列两方面的利益，“即赞同已决裁定的利益和个人在附加的程序性保护方面的利益”<sup>〔6〕</sup>（见1975年戈斯诉洛佩斯案）。法院在作出这一权衡决定时，采用了在“马休斯诉埃尔德里奇案”（1976年）中所形成的三部分检验法，主要考虑以下因素：“第一，受官方行为损害的私人利益；第二，通过所采用的程序造成错误地剥夺该利益的危险，以及附加的或替代的程序保护的可能价值，如果有这方面的价值要考虑的话；最后，政府的利益，包括有关的职能，以及附加的或替代的程序法规定的财政和行政负担。”<sup>〔7〕</sup>

实质性正当程序是指“要求国会所制定的法律，必须符合公平与正义。如果国会所制定的法律剥夺了个人的生命、自由或财产，不符合公平与正义的标准时，法院将宣告这个法律无效。”<sup>〔8〕</sup>具体言之，实质性正当程序所限制的是政府作出决定的实体内容，即政府决定所涉及的国家权力界限和公民权利范围是否符合英语国家一般认可的公平和正义标准。自从“怀尼哈默案”法院明确赋予正当程序条款一种实质性的含义之后，西方自然法观念中的自然正义原则从伦理形态转化为宪法规范形态，并在美国联邦和州法院系统得到了普遍的认可，实质性正当程序成为美国法院用以衡量国会和州议会立法正当性的实体原则。

在美国早期的司法实践中，实质性正当程序的限制范围一直是争论不休的问题。争论的焦点之一：是否包括人权法案所明示的，或者还包括默示的各种保障？而在经济领域的限制范围的争论尤为突出。在1934年“内比亚诉纽约州案”的判决之前，企业界常常援引宪法第14

〔3〕 H. C. Black, Black's Law Dictionary, West Publishing Co. 1979. P. 1083.

〔4〕 引自〔美〕杰罗姆·巴伦、托马斯·迪恩斯：《美国宪法概论》，中国社会科学出版社1995年版，第134页。

〔5〕〔6〕〔7〕 同上书，第135页。

〔8〕 参见前引〔2〕，王名扬书，第383页。

条修正案的正当程序条款来保护自己的利益。其中最著名的案例是1905年“洛克纳诉纽约州案”。在该案的判决中,联邦最高法院认为,通过限制受雇的面包师的劳动时间来干涉一个人的契约自由的权利没有任何合理的根据,并最终判定:有充分的理由确认有关面包师工作时间的法规侵犯了“正当法律程序”所维护的契约自由。因此,纽约州制定的关于禁止雇主雇用面包房工人每天劳动超过10小时和每周超过60小时的法规是违宪的。该案的处分为20世纪初期经济领域的类似案件审判确定了基调。1908年的“阿戴尔诉合众国案”、1915年的“科佩奇诉堪萨斯州案”及1923年的“艾德金斯诉儿童医院案”等,均据此办理。在“洛克纳案”到罗斯福总统的“填塞法院”计划的30多年时间中,最高法院依据“洛克纳案”判决确立的原则推翻了200多件各州经济立法。<sup>[9]</sup>

“洛克纳案”的判决所表现的对立法机关的不尊重,也引起大法官霍姆斯和哈伦等人的强烈反对。哈伦大法官认为,有充分的证据表明,立法机关可以得出合理结论,在面包房里长时间地工作可能危害工人的健康。哈伦还认为,只有当经济法规是“清楚地、明显地、毫无疑问地”与正当程序自由相抵触时,最高法院才可宣布立法机关通过的法律无效。霍姆斯大法官认为,这一判决尽管是由多数大法官同意的,但是它是“以一个没有被国内大部分人所接受的经济理论”为依据作出来的。霍姆斯还认为,在目前的案例中,凡理智的人都会得出结论,纽约州关于面包房工人的最多工时法是有助于该州的合法和许可的健康利益的。1934年“内比亚诉纽约州案”的判决表明:法院对立法的不尊重遭到了挫败,终于是霍姆斯和哈伦的观点占了上风,即在经济案件中司法部门对立法部门的判断应持尊重态度。而且从“内比亚案”开始,法院对经济管理案件完全取消了审查,其中最有代表性的案例是1963年“弗克森诉斯克鲁帕案”。在该案的判决中,布莱克大法官代表最高法院说:“我们已经回到了原来的宪法主张,即法院不能以它们的社会和经济信息来代替被选举出来制定法律的立法机关的判断。”<sup>[10]</sup>

不过,当联邦或州的立法限制了个人行使基本权利时,法院就摒弃了在经济管制案件中所采用的毫无约束的理性检验,而采取更严格的审查标准。首先,当宪法修正案第1条明示禁止国会立法的权利范围受到一项法律的限制时,法院一律判定该法无效;其次,一项法律限制了一项宪法明示的基本权利,即使该权利只是通过“并入过程”<sup>[11]</sup>成为第14条修正案的一部分而用于州政府行为,也要受到严格的审查,即法院要求立法机关证实:该法是政府紧迫利益所必需的,否则判定违宪无效;再次,对宪法未明确列举的个人基本权利受到法律限制,也要求适用严格的审查标准。不过如何确定这些权利范围则有争议,对此有两种观点:一种是解释派,

[9] 参见张千帆:《西方宪政体系》(上册),中国政法大学出版社2000年版,第238页。

[10] 前引[4],杰罗姆·巴伦等书,第106页。

[11] 美国宪法第14条修正案将正当程序原则扩大到对州政府的限制和约束之后,关于《权利法案》所确定的美国公民享有的权利和自由的范围是否一并成为对州政府的限制问题,联邦最高法院至今还没有一个统一的意见。目前比较有代表性的观点有四种:第一种观点是“逐案并入”论,代表人物有大法官法兰克福特。他认为,正当程序条款本身具有不受《权利法案》界定的“独立效力”,正当程序的管辖范围是根据逐个案件的具体情况而定的,如果州政府作出决定的程序违反了英语民族所公认的正义标准,法院即可依据正当程序条款加以判定。第二种观点是“整体并入”论,代表人物有大法官布莱克。他认为,《权利法案》的内容作为一个整体并入到第14条的正当程序条款之中,既不增添一分,也不减少一点,全部运用到州政府。第三种观点是“选择并入”论,所谓“有选择的并入”是指按照布莱克大法官的学说,把《权利法案》的某些内容对州加以制约,但选择方式则主要按照法兰克福特大法官的灵活正当程序理论。第四种观点是“同等制约”论,即指一项从《权利法案》中“吸收来的”保障按照它制约联邦政府的同样程序和同样方式来制约州政府。比较而言,从1968年的“邓肯诉路易斯安那州案”之后,法兰克福特的灵活的正当程序理论最为得势。参见前引[4],杰罗姆·巴伦等书,第100页。

即主张必须通过对宪法本身的解释来找出所有宪法权利。例如,结社、信仰和言论自由可以从第1条修正案的明示保证中引伸出来(参见1958年“美国有色人种协会诉阿拉巴马州案”)。该派还认为,作出判决所依据的社会准则和原则的唯一合法之源乃是宪法本身;另一种是非解释派,即认为宪法的原则和准则可以在宪法之外找到。但究竟哪些宪法外的依据是合法的,则存在着意见分歧,最为司法界承认的两种方法是:其一是依靠传统和习惯得来的价值观;其二是以一种动态方法来确定那些包含在有秩序自由的概念中的价值观。但在理论界则有人主张运用道德、逻辑和理智的原则等等。<sup>[12]</sup>

## 二、正当程序的构成要件

季卫东曾对程序的结构部件作过具体的阐述,认为应包括原则(正当过程、中立性、条件优势、合理化)、两种“过去”的操作(即事实上的过去和程序上的过去并存,并且发生由前者向后者的转化)、对立面的设置、信息与证据、对话和结果的确定性等等六个部分。<sup>[13]</sup> 陈瑞华提出了刑事审判所要实现的最低限度程序正义的六项要求,即程序的参与性、裁判者的中立性、程序的对等性、程序的合理性、程序的自治性和程序的及时终结性等。<sup>[14]</sup> 我认为,两位学者的观点对构建中国现代法律程序提出了借鉴性原则和要求,具有开拓性意义,但对程序规则的设计和程序制度的创造,还有待可操作性的论证。我认为,程序是指主体参与决策活动的过程、顺序、方式和方法等方面的总和。其构成包括程序的存在形式,程序参与者的地位和作用、程序的展开过程和方式方法以及程序运行的结果等等。现代程序是民主程序的法制化,程序自治是现代程序的核心和灵魂。因此,正当程序运行的基本要件应为程序的合法性、主体的平等性、过程的公开性、决策的自治性和结果的合理性。

### 1. 程序的合法性

合法性是正当程序的前提,具体包括程序设计的法定性和程序运行的适法性。程序设计的法定性指设计的程序必须通过法律规则加以明确。不通过规则确认的程序,容易造成过程的混乱,最终难以限制恣意。程序选择的前提条件、程序参与者的地位和权限、过程展开的先后顺序、过程进行的方式和方法等等,都应该通过法律规则加以明确化、具体化。程序运行的适法性是指,任何程序一经设计出来并予以法律化,就具有既定力和拘束力,程序参与者必须严格按照规则确定的权限、步骤、方式方法和时限等进行。违反程序设计的过程顺序,将会造成程序链条的断裂,轻者导致程序推倒重来,增加程序运行的成本开支;重者导致程序本身的不公正,最终影响结果的合理性。

### 2. 主体的平等性

任何程序都是通过当事人的相互行为和关系而实现的,而参与程序的主体则应该是平等的。主体的平等性意味着主体地位的平等、参与机会的平等以及表见方式的平等。其中主体地位的平等是先决条件,地位不平等将影响参与机会的平等和表见方式的平等。主体地位的平等性还意味着所有程序参与者的地位平等。在对抗性的程序中,除了处于对立面的双方当

[12] 前引[4],杰罗姆等书,第109页。

[13] 季卫东:《法律程序的意义》,《中国社会科学》1993年第1期。

[14] 陈瑞华:《程序正义论》,《中外法学》1997年第2期。

事人之间的平等之外,程序的组织者和裁判者以及其他程序参与人同接受裁判的双方当事人之间的地位也是平等的;在非对抗性的程序中,程序的组织者与其他所有程序参与者之间的地位均应是平等的。程序上的主体平等,主要是形式上的平等,但也不排除即使形式上是平等的,也可能出现实质上的不平等。由于主体自身的天赋能力和受教育的程度等方面的差异,不同的主体在程序展开的过程中,可能出现参与能力和参与效果的不同,这样就需要程序的组织者给予参与能力差的主体以特别的关爱和适当的“特权”,比如较多一点的发言机会等,以纠正主体之间实际存在的不平等状况,达到实质上的平等参与效果。

### 3. 过程的公开性

英国有一句古老的箴言:“正义不仅要得到实现,而且要以人们能看得见的方式得到实现。”这是英美普通法自然公正原则要求过程公开的最朴素的表达方式。对当事人不利的决定必须首先听取他的意见,是正当法律程序的应有之义。过程的公开性集中表现为听证程序。在司法上,听证是指审判程序应当向当事人公开,一般情况下也应向社会公开;法官判案时必须听取双方意见,不能偏听一面之词。在行政上,听证是指行政机关的决定对当事人有不利的影响时,必须听取当事人的意见,不能片面认定事实,剥夺对方的辩护权。在立法上,听证是指立法机关为了收集或获得最新立法信息,邀请政府官员、专家学者、与议案有利害关系的当事人或有关议员等参加立法性会议,听取他们的意见和建议,保证立法机关审议通过的法律能最大限度地体现最大多数的社会成员的意志和利益。立法听证在英国议会审议法案的过程中表现得尤为特别。在英国,私法案是由利害关系的当事人以请愿的方式提出来的,私法案在审议过程中,有关的专门委员会邀请利害关系人到场陈述意见并进行辩论,整个法案的审议过程,严如法院开庭审判案件。<sup>[15]</sup>在美国,听证是国会审议大多数法案的必经程序。第5条和第14条宪法修正案颁行之后,法院运用正当程序条款审查裁决国会立法违宪无效,无疑增强了国会立法的审慎性。司法听证运用到国会之后,国会以法官的精神,在立法过程中听取有关方面的意见,以保证立法公正、合理调整各方面的利益。过程公开不但体现在英美普通法的正当程序原则之中,而且在其他国家的宪法和法律中也有相应的规定和体现。例如,我国全国人大议事规则第18条规定,全国人大会议公开进行,允许旁听;该条还规定全国人大会议举行新闻发布会、记者招待会等。我国1996年通过的行政处罚法首次专节规定了行政司法的听证程序。又如韩国宪法第129条、第130条规定,宪法修改提案由总统予以公告,给予国民60天的异议期,而且还规定了全民投票的程序。这些都是正当程序原则在宪法程序中的具体表现。

### 4. 决策的自治性

决策自治是私法中的意识自治原则在公法中的体现。意识自治的基本含义是主体地位平等、意志自由、行为自主、决策自定、责任自负。从法哲学的角度理解,意识自治是指每一个社会成员依自己的理性判断,管理自己的事务,自主选择、自主参与、自主行为、自主负责。意识自治是契约自由的内在精神,并通过自由契约的方式表现出来。在美国内战之前,宪法中的自由和契约自由条款常常是联邦和州法院用以限制政府权力的有力武器。第5条和第14条宪法修正案将正当程序原则确定下来之后,契约自由在公法领域的功能和作用,一并溶为正当程序条款之中。正如美国当代著名宪法学家施瓦茨所言:契约自由“被看成正当程序条款保护的

[15] 参见蒋劲松:《议会之母》,中国民主法制出版社1998年版,第508页。

自由的基本部分”。<sup>[16]</sup>所以说,决策自治之于正当程序原则的意义,实质上是契约自由之为正当程序原则之精神的另一种表达而已。

程序中的决策自治原则,始于当事人对程序的选择,终于当事人对结果的确定,也即决策自治贯穿于程序运作的全过程,最为典型的是仲裁程序。当然,决策自治原则在不同性质的程序中以及对不同的参与者而言,其表现方式是不一样的。在审判程序中,相对裁判者而言,决策自治首先意味着裁判者的地位是中立的,除了依据事实、证据和法律之外,不偏袒任何一方当事人,也不受程序之外的任何团体和个人的影响;其次意味着裁判的结论是在庭审活动结束后,而不是在庭审之前和庭审之中,即结果的形成完全排除了先入为主性和任意性。相对当事人双方而言,决策自治首先表现为当事人双方对程序的选择(被告方多为一种默示或放任);其次表现为控辩双方的自由发言和自由辩论;最后表现为当事人双方对结果选择的合理性。因为在程序中,事实上的过去和程序上的过去并存,而且随着程序的展开,前者逐渐转化为后者。面对这种双重结构和转化过程,当事人有争取有利结果的机会,这就使当事人双方对结果的选择趋于合理。

### 5. 结果的合理性

结果合理性是根据正当程序推断出来的逻辑结论。罗尔斯关于纯粹的程序正义学说告诉我们:只要程序要件满足而且被严格遵守,结果必定是合理的,因为大家同意了程序,也就已经接受了最后的结果。结果合理性之为正当程序的逻辑结论,是由如下几个方面的因素所决定的:

首先,从合理性自身的构成来看,合理性取决于社会成员的共同认可。在专制社会里,君主是最后的也是最高的裁判者,君主的权力来自于神的授予,弥漫的宗教色彩和封闭式的宗法等级制度,给君主的裁判套上了一束神圣的光环,而作为被统治者的人民只有服从的义务。在这种信仰的神话中,人民默认了君主代表神灵裁决是合理的。现代民主社会中,国家的权力来自于人民的授予,国家权力运行的合理性当然也取决于人民的认可。而人民认可的前提条件是:程序的合法性、主体的平等性、过程的公开性、决策的自治性。只要上述程序要件满足了,由此作出的决定是能够得到认可的。

其次,从正义的确定性来看,实体正义难以实现。什么是实体正义始终是学者争论的焦点。有人认为,正义是“各人应得的东西”(西塞罗、阿奎那等);有人认为,正义是“平等”(亚里士多德、德沃金等);也有人认为,正义是“自由”(洛克、斯宾塞等);也有人认为,正义是“最大多数人的最大利益”(边沁、穆勒等),如此等等。而作为实体正义规范化的实体法及其确定的标准也并非完全统一。由于社会变革迅速,实体法的规定越来越模糊不清,模棱两可,如诚实信用、情势变迁等私法原则的确认以及公法中关于国家机关的概括性授权的规定(如中国)和法官造法等,给予国家机关及其工作人员以广泛的自由裁量空间。这就意味着实体标准的不确定性,给国家公职人员作出实体裁判造成了困难,影响结果的合理性;同时也意味着国家公职人员可能利用广泛的自由裁量权谋取私利,损害当事人的合法权益,同样影响结果的合理性。由于实体正义标准的不确定性,造成了实体结果的不可预见性。而且在一个权力没有制约、法治不够健全的国家,权力与金钱的交易成为“黑箱”操作的主要话题,由此产生的实体结果进一步增加了人民对实体正义的怀疑。于是,人民只能祈求程序正义,希望通过“看得见的方式”作

[16] 前引[1],施瓦茨书,第131页。

出实体结果。

### 三、正当程序的宪政功能

对正当程序的功能和作用,有人认为“程序是法律的心脏”<sup>[17]</sup>;也有人认为“自由的历史基本上是奉程序保障的历史”;<sup>[18]</sup>还有人认为“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。”<sup>[19]</sup>可见,正当程序之于一国法治的建构和人权的保障,具有不可替代的作用和意义。它主要有这样一些功能:

#### 1. 法治建构功能

现代意义的法治是静态的规范与动态的运作之间的有机整合。从静态的规范来说,法治之法首先取决于正当的立法程序,其核心问题是正当的立宪程序。宪法是集中体现人民意志的根本大法。立宪程序不仅仅为法治的建构提供一个最高纲领,也为普通立法创设了指导性原则和根本性依据。可以说,立宪程序是一国法规体系建构的始基,也是一国法治启动的标志。正如季卫东所说的那样:“立宪不等于起草了一份最高纲领,而是建立了一个可变而又可控的法律再生产的有机结构(constitution)。正由于这个道理,现代西方立宪主义的核心是‘正当过程’条款(the due process clauses)。”<sup>[20]</sup>从动态的运作来说,法律的生命在于运用,而法的运用主要是一个程序问题。一部法律或一个法律体系即使体现了绝大多数社会成员共同的意志和利益,也充分反映了社会发展的客观规律,但如果不能贯彻落实,也只是一纸空文,没有实际意义,正所谓“徒法不足以自行”。使纸上的法律变为现实的法律,关键在于法的执行程序 and 司法程序。所以我们说,程序是法治建构的起点,是法治运作的动脉,正当的程序是法治效益化的保障。

正当程序的法治功能还表现为程序价值的独立性。关于这个问题,美国学者富勒首先批判了古典自然法学派的“实体自然法”观点,认为“那种试图预先制定一个永恒不变的自然法典的自然法理论是不能接受的”。<sup>[21]</sup>他提出了“程序自然法”及其实现的八条原则,即法的一般性、法的公布、法不溯及既往、法的明确性、避免法律中的矛盾、法律的稳定性、法律的可适用性及官方行为与法律的一致性等。罗尔斯论证了程序正义的三种形态,即纯粹的程序正义、完全的程序正义和不完全的程序正义,并提出了实现程序正义的四个标准,包括“应当意味着能够”的准则、类似情况类似处理、法无明文规定不违法、自然正义观的准则等等。卢曼在讨论程序价值独立性时认为,程序的内容无非是决定的决定,或“反思的法”。这种不同于实体法的规定或者在实体法没有规定或规定不够明确时,按照严格的自治程序,采用“看得见的方式”来调整过程、组织关系、分配权利、实行程序正义,被图依布纳称之为“反思合理性”。

可见,正当程序的法治功能,不但表现为对实体法制的建构和运行的启动和保障,而且还表现为对实体法制的疏漏的补充和修正,是工具性与独立性的统一。

[17] 引自宋冰编:《程序、正义与现代化》,中国政法大学出版社1998年版,第363页。

[18] 引自季卫东:《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社1999年版,第9页。

[19] 引自田平安、杜睿哲:《程序正义论》,《现代法学》1998年第2期。

[20] 前引[18],季卫东书,第8页。

[21] 引自博登海默:《法理学——法哲学及其方法》中译本,华夏出版社1987年版,第185页。

## 2. 权力控制功能

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”的制度。1803年,马伯里诉麦迪逊一案的判决,创立了司法审查制度,美国的程序控权制度得到了进一步完善。几乎同一时期的法国,于1791年颁布了宪法,也基本上是效仿美国之制。但是,为什么法国宪法确立的分权制衡体制屡遭挫败而不能延续下来?法国的实体控权制度没有注入程序控权的机制可能是其中的原因之一。20世纪晚近时期,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“程序控权”为核心的新宪政论。例如,林德布洛姆主张,把限制政治权力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,他强调权威、交换和说服等三要素。索乌坦则认为,新宪政论的明显特点是“它要求在实质的、程序的和形式的考虑之间求得平衡。在程序方面,我们需要有效的民主和有效的市场,二者都是公众监督的工具。在形式方面,我们需要对国家的制度和功能加以更广泛的法典化。”<sup>[22]</sup> 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。<sup>[23]</sup>

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。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. 人权保障功能

保障人权是正当法律程序的基本功能和最终目的。美国宪法第5条修正案和第14条修正案明确宣布:“任何人未经正当法律程序,不得被剥夺生命、自由和财产”。当今世界各国宪法都在不同程度上规定和体现了正当程序原则,其目的无非是为了保障人权。

正当程序的人权保障功能依其发挥作用的范围和方式不同,可分为直接功能和间接功能。直接功能是指作为程序参与者的人和公民可以依据宪法和法律的正当程序条款直接享有和行使的程序性权利,例如被告知的权利、获得庭审的权利、陈述意见、提出主张和进行抗辩的权利,以及依照正当程序的有效运行而取得的有关实体性权利。间接功能是指通过宪法和法律的正当程序条款,规制国家权力的正当运行,保证人权的有效实现并阻碍国家权力可能给人权造成的不法侵害。

正当程序的人权保障功能也可以按照正当程序的立法目的和实际效果是否一致分为显性

[22] 引自斯蒂芬·L·埃尔金等编:《新宪政论》中译本,三联书店1997年版,第109页。

[23] 同上书,第181页。

功能和隐性功能。显性功能是指正当程序对人权的保障功能通过立法目的和实际效果的一致性表现出来,例如上文提到的直接功能和间接功能,均可归结为显性功能。隐性功能是指正当程序对人权保障的实际效果超出了立法目的,达到了意想不到的结果。例如,美国宪法中的正当程序原则在制定当时仅旨在保障公民的程序性权利,1856年“怀尼哈默案”的判决,对人权的保障功能增加了实体性内容,从而丰富了正当程序的功能和作用。当然,正当程序的隐性功能不具有可预测性。随着社会政治、经济、文化的发展及社会关系的复杂化,隐性功能也会不断增加,同时也会通过立法、司法解释和司法判例逐渐转化为显性功能。

目前,正当程序作为宪法的一项基本原则,已广为世界宪法采纳。《公民权利和政治权利公约》等也作了相应的规定。但是,各国关于正当程序的确认和适用,在方式和方法上不尽相同。如前所述,正当程序包括程序性正当程序和实质性正当程序两个方面,但除美国之外,世界上其他国家均只是采纳了程序性正当程序的理念和制度。就美国而言,内战之前,正当程序也只是一个程序性原则。麦迪逊在1789年起草《权利法案》初稿时,也只把正当程序看作是一个程序上的保障。因此,早期的美国法官,包括联邦法官和州法官,都是运用自然权利理论和社会契约论以及宪法中的契约自由条款来限制政府的权力。1856年著名的“怀尼哈默案”出现之后,美国司法实践中放弃了自然权利理论和社会契约论等宪法条文之外的原则和理论依据,转向包含在宪法修正案第5条正当程序条款中的明示根据。在宪法第14条修正案通过之后,美国联邦和州法院均采纳了利用正当程序条款的推理来保障个人权利的做法。20世纪初,“洛克纳案”的判决,标志着美国法院利用正当程序条款保障个人的经济自由权利达到顶峰。在1965年“沃尔德诉康涅狄克州案”中,最高法院以7比2票裁定:禁止使用或者帮助使用或鼓励使用避孕药物和避孕工具的康州刑法是违反宪法隐私权的。这意味着正当程序条款已扩充到推定保障个人隐私权等非宪法明示的其他个人基本权利。

当然,利用正当程序原则推定限制政府的立法和执法行为,有可能出现法官造法高于代议机关立法的结果,甚至侵犯民选机关乃至人民的意志和利益。如果正当程序原则与法无明文禁止即自由的原则有机结合使用,一国的人权保障必定能够达到人民满意的效果。

---

**Abstract:** Due process has been generally accepted as a basic constitutional principle by various countries of the world. The principle comprises both substantial and procedural requirements. The operation of the principle requests legitimacy of the procedure, equality of the subjects, publicity of the process, autonomy of the decision-making and reasonability of the results. The principle of due process may play an important role in the practice of the rule law, control of powers and protection of human rights.

---