

● 法 学 译 丛 ●

徐显明/主编

正当法律程序简史

〔美〕约翰·V.奥尔特 著



商务印书馆

THE COMMERCIAL PRESS

法 学 译 丛

正当法律程序简史

〔美〕约翰·V. 奥尔特 著

杨明成 陈霜玲 译

商 務 中 書 館

2006 年 · 北京

图书在版编目(CIP)数据

正当法律程序简史/(美)奥尔特著;杨明成,陈霜玲译. —北京:商务印书馆,2006(法学译丛)
ISBN 7-100-04896-6

I. 正… II. ①奥…②杨…③陈… III. 诉讼程序—法制史—研究—世界 IV. D909.9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006) 第 008267 号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

法学译丛

正当法律程序简史

〔美〕约翰·V.奥尔特 著

杨明成 陈霜玲 译

商务印书馆出版

(北京王府井大街36号 邮政编码100710)

商务印书馆发行

北京民族印刷厂印刷

ISBN 7-100-04896-6/D·387

2006年8月第1版

开本 787×960 1/16

2006年8月北京第1次印刷

印张 7

印数 5 000 册

定价: 14.00 元

《法学译丛》编委会

主编 徐 显 明

编委 (按姓氏笔画排列)

方 流 芳	王 利 明	孙 宪 忠	米 健	许 传 玺
许 章 润	吴 志 攀	宋 英 辉	张 千 帆	张 文 显
张 明 楷	郑 永 流	姜 明 安	袁 曙 宏	黄 进

《法学译丛》出版理念

戊戌变法以来,中国的法治化进程伴随着频繁的政治更迭和意识形态之争,终于走完了命运多舛的百年。21 世纪的中国把依法治国,建设社会主义法治国家作为根本的治国方略,对于法学界来说,历史已经进入了前所未有的大好时期。然而利益价值多元且求和谐的世界中,中国法治社会的建设能否立足于本土资源而又有效地回应域外的种种经验与教训?这是法律学人以全球为视界所首先要思考的问题。

一方面,世界上从来没有一种整齐划一的法治模式,各国地域性知识和经验的差异性构成了法学资源的多样性。中华民族具有悠久的历史 and 丰厚的人文资源,因此,我们有充足的理由首先立足于中华民族的生活世界,既要对中国传统怀着真切的关怀,又要对中国的现实和未来满怀真诚的信任,既要有人乎其内的悲天怜命,又要有所乎其外的超然冷静,让思想听命于存在的声音而为存在寻求智慧,以将存在的真理形成语言,“为天地立心,为生民立命,为往圣继绝学,为万世开太平。”

但是另一方面,世界各国法治的多样性是以某种一致性的共识为文化表现的,否则就失去了学术交往的意义。由于初始条件的不同,人类自身智识的局限性和客观环境的复杂性等因素决定了法治进程必然是一个长期的、不断试错的过程。西方国家的法治经历了漫长的演化过程,在此期间,许多制度理念和制度模式经历的试错和检验,能够保留下来的法学思想资源具有可资借鉴的合理性和科学性。他们所经历的种种曲折,可以作为我们的前车之鉴。同时全球化的步伐日益加快,整个世界已经到了几乎是牵一发而动全身的境地,任何国家,任何民族,再也不能固执于自身的理念,盲目地摸索前行。我们确信,只有用人类创造的全部有益知识财富来丰富我们的头脑,才能够建成现

代化的社会主义法治社会。因此法学基础理论的译介和传播,对于转型期的中国法治建设具有基础性的理论价值。

商务印书馆素有重视法学译介、传播人文精神的传统。据不完全统计,民国时期,商务印行了全国 60% 左右的法律译作和著作,汇聚了 150 多位杰出的法律专家的优秀成果,留洋法学博士和法学教授的成名之作以及法律名著译介几乎都出自商务。这些译作和著作至今仍然有强大的学术生命力,许多作品仍然为学术界频繁引用。可以说,在半个世纪以前,商务印书馆一直是中国了解西方法学思想的窗口,是中国法学思想和现代人文精神的摇篮和重要的基地。

改革开放以后,商务印书馆秉承引进新知,开启民智的传统,翻译出版了许多经过时间检验,具有定评的西方经典法学著作,得到了学术界的好评。然而也留下了一些遗憾。许多思想活力并不亚于经典著作,对法治建设的影响甚至超过了经典著作的作品,因为不具有经典性而没有译介。故此,我们组织翻译这套《法学译丛》,希望将那些具有极大的思想影响力和活力的著作译介过来,以期为促进中国法学基础理论建设略尽微力。

曹丕云:“盖文章,经国之大业,不朽之盛事。年寿有时而尽,荣乐止乎其身,二者必至之常期,未若文章之无穷。是以,古之作者,寄身于翰墨,见意于篇籍,不假良史之名,不托飞驰之势,而声名自传于后。”尽管这套丛书不以“名著”命名,但是在选题和组织评介方面,我们一定会以对待名著的态度和标准而虔诚持之。学术成于新知,学理臻于共识,文化存于比较,哲思在于超越。中国法学正在鉴人知己中渐达成熟,组织好本译丛的工作,当是法学界共举之事。

徐显明

2004 年 12 月

译者前言

约翰·V. 奥尔特是北卡罗来纳大学查贝尔希尔校区(University of North Carolina at Chapel Hill)法学院小威廉·兰德·凯南法学教授(William Rand Kenan, Jr., Professor of Law)。1974年和1977年先后获得哈佛大学的J.D.学位和PhD.学位。法学院毕业之后,奥尔特担任美国第三巡回上述法院约翰·J. 吉本斯法官的助手。1978年加入北卡罗来纳大学(查贝尔希尔)法学院,教授财产法和法律史。奥尔特教授在财产法、宪法和法律史方面有很高的学术造诣,是一位很受尊重的法学家。他的主要作品包括《美国的司法权:美国历史上的第十一修正案》(*The Judicial Power of the United States: The Eleventh Amendment in American History*)(1987年),《团结与合谋:1721—1906年的行业工联主义法律史》(*Combination and Conspiracy: The Legal History of Trade Unionism, 1721—1906*)(1993年),《正当法律程序简史》(*Due Process of Law A Brief History*)(2003年),以及一系列学术论文。他的作品曾为联邦最高法院和北卡罗来纳州最高法院的判决所引证。

本书的主题——正当法律程序,是英美法的核心概念,它使诸如法治、经济自由、个人自治以及免于政府专断行为的侵害等价值观念具体化,因而是法学领域一个永恒的主题,数百年以来一直是法学家、法官及律师关注的重点。本书的篇幅虽短,但极富特色。首先,语言简洁,视野开阔。本书以极为简洁、精确的语言总结了五百年法律发展的恢弘历史,为人们描述了正当法律程序观念发展演变的清晰轨迹。而沿着这条轨迹,人们可以准确地了解正当法律程序这一重要概念所包含的广泛的问题。其次,研究方法独特。作为一本研究法律历史的书,作者没有按照通常的讲故事的方法,而是以一种非常规的方式研究正当法律程序这一重大主题,那就是通过对在正当程序的法律史上充

2 正当法律程序简史

当范式的案例的分析,阐释正当法律程序的概念、发展及演变。用作者的话来说,就是“用典型案例阐述普通法的重要公式——‘正当法律程序’”。因此,本书在美国学术界享有很高的声誉,诸位权威人士对此书发表了评论。有人说,“奥尔特的书是一颗闪烁发光的宝石。它对每一位读者都有或多或少的益处。”有人说,“清晰易懂、非常准确,一流的论述。奥尔特的书值得每一位受过教育的律师放在自己书架的显著位置。”译者相信,对于我们中国读者而言,无论是法学院各专业的师生,还是司法领域的实务工作者,都可以从本书获得益处。

虽然正当法律程序是英美法的一个核心概念,尤其在美国是作为美国宪政制度的一部分而发展起来的。但是,正当法律程序所体现的价值具有普世性,是每一种法律制度都应当予以承认并加以保护的。因此,除了原产国英国和美国以外,当代法治国家的法律制度,包括宪法,都体现了正当程序的基本要求甚至将正当程序直接写入宪法。在我国,学术界对正当法律程序的研究尚未充分展开,更未将其上升到宪政层次加以研究。相信本书中文版的面世会对我们有所启发。

自从我在旧金山一家书店看见这本书产生翻译出版中译本的念头以来,两年时间过去了。尽管我自己怠惰,但绝不应该抹煞其他人士为本书在中国的出版所表现出来的热忱与努力。感谢原书作者约翰·V. 奥尔特(John V. Orth)教授,他为本书中文版的问世倾注了无限的热忱、关怀与支持,并慷慨赐序,使本书中文版大为增色。感谢美国堪萨斯大学出版社的苏珊·斯格特(Susan Schott)女士,她对本书中文版的出版计划从一开始就抱有兴趣。感谢西南政法大学美国法律与政治研究中心的大力支持。感谢夏洪进老师热忱地为译者排解疑难。感谢商务印书馆的王曦小姐及时、热情的联络,不时的督促和精心的编辑。是他们,才使本书得以与中国读者尽快见面。

杨明成

2005年8月8日于

重庆歌乐山下西南政法大学寓所

中文版前言

非常荣幸，我的这本关于正当法律程序的小薄册子已经被译成中文出版。而我要深深地感激杨明成教授从事这一艰辛的工作。我衷心希望我能以这种微不足道的方式促进各民族之间的相互理解。

中国与西方之间的贸易曾沿着从西安到地中海沿岸的丝绸之路持续了数百年。漂亮的中国纺织品穿越沙漠，越过高山运往他乡并换回当地的产品和贵金属。除了商品交易，作为人民分享各自文明的精华，思想也得以交流。我愿意想象我的书跨越国界沿着很久以前丝绸与思想走过的路传播。

人们总是对不同的文化怀有浓厚的兴趣并渴望互相学习。但是，人们又植根于他们自己的文化与传统。思想是特定时代和特定地域的产物。我试图描述的正当法律程序概念，发端于数百年以前的英国，并由英国殖民者携带到美洲。美国革命之后，正当法律程序有了宪法法典的保障。经年累月，一代又一代法官对其加以解释并适用于新的情况。我的愿望是，通过对这一概念在特定语境下的阐释，帮助其他人了解它是如何演变以及它在今天的含义为何。

虽然正当法律程序是作为美国宪政制度的一部分发展起来的，并因此而局限于一个国家，但是，正当程序概念包含了一种具有普世价值的观念——法治观念，即要求审判公开，法官独立以及具有强制执行力的裁决——这些正当法律程序的基本要求。在美国，正当程序也使其他一些价值观念得以具体化，这些价值观念包括：经济自由、个人自治、免受专横的政府行为侵害。尽管这些观念在别处以正当法律程序之外的其他名义为人们所知晓，但是，这些观念也是每一种法律制度应当予以承认并加以保护的普

2 正当法律程序简史

世价值。愿我的这本小书有助于这些经世价值的传播！

约翰·V. 奥尔特

2004 年 6 月于

查贝尔希尔,北卡罗来纳州

序 言

vii

你即将阅读的是一本关于正当程序的法律与历史的书。我尽可能做到描述准确,但是本书不是以通常的讲述故事的方法来展开的。一方面,尽管我努力阅读尽可能多的关于正当程序的案例,但我却并不试图在本书中描述全部或者大部分的案例。因为其他学者已经做了这样的工作,而他们的著作都已经在本书后面的参考文献中一一列出。我也没有涉及司法界的名流,因为本书不同于对那些创制了正当法律程序的法官们的理性传记的研究。一些案件的判决经过激烈的反对之后作出,包括一些因后来的学术研究而非常有名的案件。虽然这暗示着个别的案件或许可能有不同的判决结果,但是这并不表示,至少对于我来说,这个故事的大概轮廓会随着一个法官而或多或少有所改变。正当程序的根源可以在法律和法律职业领域追溯很远。所以,对于谁以^{viii}及为什么提出异议的细节没有写在本书的正文中,但是相关的内容都放到了本书的注释中,供那些感兴趣的读者参考。

而且,我是以一种非常规的方法研究这一主题的,那就是研讨在正当程序的法律史中作为范式的假设性案式。在成文宪法(written constitutions)甚至是许多制定法(statutes)产生很久以前,法官们就在审理判决案件了。而且,法官们必须对即将判决的案件简化至近乎是摘要的形式,然后与其他已知判决结果的案件进行比较与对照。示范性的案例给我们提供了容易记忆的法律概要,是我们在解决复杂的争议时的便利的参考指要。尽管这一事实有时候被忽略了,但是宪法(constitutional law)在很大程度上也是以同样的方式在演变着,尽管有一种权威性的文本存在。

法律规则可能看起来浩如烟海,而且法律理论,特别是法学流派的理论可以变得十分复杂,但是律师和法官通常还是不得不以一种粗陋但尚能使用的

4 正当法律程序简史

方式来运作。正如一个多世纪以前,哈佛大学法学院院长 C. C. 郎德尔(Dean C. C. Langdell)所评论的那样,“基本的法律学说的数量比人们通常想象的要少得多。同样的学说时常以许多不同的面貌出现,法学论文在很大程度上又是彼此重复,这些正是导致许多误会的原因。”作为例证的案例,数量虽少但却是法律基本原理的有用的提示物,它是长期以来形成的每一位律师的惯用手段的一部分,在一定程度上,现在的情况依然如此。正当程序的历史可以理解为这些范式性案例的进步与演变的历史。

研究法律史有多方面的原因,其中之一就是想为将来的判决寻求先例。法律学者们通常把研究过去的案例作为研究项目的一部分,从而为未来的发展提出一个特定的方向。尽管此书在寻求先例方面也许是有益的,但那不是写作本书的目的。为了让正文更加清楚易读,我对案例的名称保留得尽量简单,而且没有试图捕捉每一种学说的细微差别。经过精练并易于了解或者称得上主要案例的那些案例并非理所当然地包括在本书中,因为对于一本“简史”来说这样做是适宜的。

从事这项研究计划的目的,并不像一些法律学者偶尔所做的那样,特别在正当程序领域,是为了诋毁过去法官所犯的错误的并且为现在讲述一个告诫性的故事。在写作这本书的时候,作者充分理解许多旧的案件在判决时就是有争议的,而且近来的许多案件的判决仍然如此。评价判决的正确与否,是否符合道德与法律,这些是能够——的确,也应该——做的,但这不是我写作本书的目的;相反,我的目的仅仅是解释这个看起来并不复杂的短语“正当法律程序”为何会具有如此复杂的(而且富有争议的)含义。正如我在较早前的一本有关联邦宪法的另一个不同部分的书中所说的那样,如果我们能理解我们是怎样到达这里的,我们就能够更好地理解我们现在身在何处。

“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。

对于许多研究美国宪法史的人来说,通常的出发点就是求助于“创立者的意图”,就好像我们的基本的宪法文本的起草人已经考虑到了所有的事情,而后来的司法裁决就是探测是否忠实于这一假设的“最初意图”。一位持赞同意见的评论家通常能够发现一贯性,而一位批评家则会得出相反的结论。相比之下,本书的出发点,却是法官作裁决的普通法方法。选择这种方法的一个简单的理由就是,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。正当程序不仅以普通法的一个概念开始发展,而且它仍然从属于由受到普通法行事方式训练的法官所创造的普通法的发展。因此,这里所采用的方法不以文本和强加的意图为重点,而是更注重简单的示范性案例,并用这些案例阐释重要的普通法公式——“正当法律程序”。

写 给 读 者

这本书的阅读方法是阅读横线上面的部分,也就是说,一条线将此书分为脚注和正文两个部分。对于正文而言,注释中没有什么实质性的东西,因此,一般的读者可以忽略它们。注释中所涉及的是我在正文提及的案例的引证,是给希望对某一特定之处了解得更多的读者提供的参考来源,和偶尔说的一些枝节性的话或者我自己对那些在法律或者历史方面受到专业训练的人所作的更加全面的解释。

目 录

译者前言	1
中文版前言	1
序言	3
写给读者	6
第一部分 引论:着手处理案件	1
第二部分 判例一:让一个人成为自己案件的法官—— 程序性的正当程序	11
第三部分 判例二:剥夺甲方而授予乙方—— 意义不明确的范式	25
第四部分 判例二(续):剥夺甲方而授予乙方—— 经济上的实体性正当程序	38
第五部分 判例三:剥夺甲方——非经济的实体性正当程序 ...	54
第六部分 结论:正当法律程序——程序与实体	62
精选参考文献	75
判例表	78
索引	87

第一部分 引论： 着手处理案件

哪里没有公认不变的法律箴言,哪里的公民就和农夫处于一样的境地,农夫们的田地没有被任何界标或是众所周知的边界所划分。他们很可能会诉诸法律,但未必可能会获得满意的判决。法律箴言就如同界标一样。

杰里迈亚·史密斯(Jeremiah Smith)(1805年)

法官们在对许多个别案件的判决中创造了普通法。对一个案件的判决
2 不仅是解决了一个具体的争议,而且提供了指导其他类似案件判决的规则。^①“相似的案件应当得到相同的判决”或许是一项基本的司法规则。^②当小孩子们说:“你让他做吧”这句话时,他们是本能地意识到了父母的支配力量但却是含蓄地提出请求。从案件中归纳概括出规则是普通法法学家最重要的技巧,其次就是将案件与规则紧密地联系起来:从不相似的案件中分辨出相似。当父母回答说,“这不是一回事!”或者“你不像他”时,父母所信赖的是后者。

普通法历史中的核心矛盾是,判决似乎产生于规则之前,即在法律制定以前就在判决案件了。早期的法官们含蓄地意识到的事实就是:一种普遍化了的司法意识优先于特定的案例,因为裁决某个具体争议的需要仅仅是推动了一项具体的规则的公式化。这个问题不仅限于遥远的过去,甚至在今天,法官们偶尔也会面临新奇的争议,对于这些争议没有明确的先例或者制定法可用以指导其裁决,他们将之称为“首例案件(case of first instance)”。²⁰

① 在法律术语中,一个解决争端的司法判决的效力称为既判力(res judicata):一场特定的争端一旦被最终裁决,就成为一个“已决事实”,不得再行起诉。制定规则的效力称为遵守先例(stare decisis):法官们应该遵守前案判决,在以后的案件中适用同样的规则。参见,约翰·V. 奥尔特:“司法权力的秘密渊源”(John V. Orth, “The Secret Sources of Judicial Power”) (未出版)。

② 爱德华·柯克爵士如此描述说,“普通法的箴言之一”就是“哪里有相似的原因,哪里就有相似的法律”(参见《利特尔顿评述》(Commentary upon Littleton), 1628年,伦敦,第191页a。