

美国法律文库

THE AMERICAN LAW LIBRARY

欧文·费斯 著

Owen Fiss

如法所能

THE LAW AS IT COULD BE

师帅 译

THE AMERICAN

LAW LIBRARY

中国政法大学出版社

美国法律文库

THE AMERICAN LAW LIBRARY

如 法 所 能

THE LAW AS IT COULD BE

欧文·费斯 著

Owen Fiss

师 帅 译

中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

如法所能 / (美) 费斯著; 师帅译. —北京: 中国政法大学出版社, 2008. 9

ISBN 978-7-5620-3284-7

I. 如... II. ①费... ②师... III. 法律 - 研究 IV. D9

中国版本图书馆CIP数据核字 (2008) 第138521号

书 名 如法所能

出 版 人 李传敢

出版发行 中国政法大学出版社 (北京市海淀区西土城路25号)

北京100088信箱8034分箱 邮政编码100088

zf5620@263.net

<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)

(010) 58908325 (发行部) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部)

承 印 固安华明印刷厂

规 格 880×1230 32开本 11印张 245千字

版 本 2008年9月第1版 2008年9月第1次印刷

书 号 ISBN 978-7-5620-3284-7/D·3244

定 价 28.00元

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

出版说明

“美国法律文库”系根据中华人民共和国主席江泽民在 1997 年 10 月访美期间与美国总统克林顿达成的“中美元首法治计划”(Presidential Rule of Law Initiative), 由美国新闻署策划主办、中国政法大学出版社翻译出版的一个大型法律图书翻译项目。“文库”所选书目均以能够体现美国法律教育的基本模式以及法学理论研究的最高水平为标准, 计划书目约上百种, 既包括经典法学教科书, 也包括经典法学专著。他山之石, 可以攻玉, 相信“文库”的出版不仅有助于促进中美文化交流, 亦将为建立和完善中国的法治体系提供重要的理论借鉴。

美国法律文库编委会

2001 年 3 月

序 言

本书文章所持的立场现在看来有些不合时宜，但却一度被 ix 认为是不言而喻的。法律作为公共理性的表达，为我们的公共生活提供着制度构架。法官通过法律将公共理性具体化。法官的作用在于测度立法权威所确立的价值和现实生活之间的差距，从而找到弥补两者罅隙的方法。

这一观点可以追溯到 1954 年最高法院对布朗诉教育委员会案的判决。该案中，联邦最高法院宣布了“隔离但平等”的违宪性，试图将吉姆（Jim Crow）学校体制转变成统一的、不以种族为基础的形式。法院的这种立场，并不局限在公共学校，在随后的案例中延伸到了警察、住宅、医院、监狱以及工作场所，并迅速蔓延到了现代国家的方方面面。此期间，美国法律烙上厄尔·沃伦大法官的深深印迹——最高院的法官们努力实现宪法的承诺，并启动他们掌控的部分或全部权威来实现此目标。平等是此番改革的核心，但是法院的视域却拓宽到了人权法案的全部领地。

时至今日，再用当时的那些术语来理解法律已经有些困难。人们对公共理性的信仰早已被击毁，确信司法能够或愿意运用理性来赋予宪法价值以具体含义的信念也趋于溃退。太多的人

II 序 言

指责最高法院在 2000 年 12 月布什诉戈尔的判决是这个可怜邦国的渊藪。这个裁决反对就成千上万张佛州选票进行人工重新计算，从而逾越了最根本的法律原则。如我在这本论文集的最后一章所阐明的，布什诉戈尔一案中并不存在新奇的地方。那只是最高法院 25 年的历程中一直努力摒除沃伦法院的历史遗留以防止宪法激进化所达到的一个顶点。在此期间，法官们对布朗诉教育委员会一案是心存敬意的，但事实上，他们却将法律颠倒过来，站在了布朗的对立面，此后绵延的众多案例也都被赋予了实际意义。

面对这些发展变化，法律界的一部分人，无论是极左还是极右，都偏离了法律（否认法律的独立性）。批判法学家将法律视为政治，因而否定法律的完整性以及它对公共理性的独特诉求。批判种族学家所从事的工作和法律与文学运动所指向的一样，都是为了将法律还原成叙事性的材料。伯格·伦奎斯特时期的民众共和党人以更加微妙的方式表明其不再寄希望于法院，而是倾向于相信更具政治色彩的机构，包括国会，能赋予公共价值以具体内容。法律与经济学运动提供了一个大不相同的政治方向，即颂扬市场的力量，宣扬“作为效率的法”。在 20 世纪七八十年代，这一理论取得了巨大的成功，尽管它从外观上看更为保守，但是它却和批判性法学、批判性种族理论、法律与文学、市民共和主义一样，在这一“对法院不报以期望”的思潮中获得滋养。

本书的文章却提供了另一种选择。这些文章旨在寻找司法裁判在美国社会的正确定位，系统地法官作为公共理性重要

工具这一观点辩护。这些文章的写作时间恰处最高院权力收缩的 25 年之间，我写作文章以回应沃伦·伯格和威廉·伦奎斯特担任首席大法官期间，最高法院所持守的法律的令人大为沮丧的演变。这样看，本书的关注点与那个时期的众多法理学运动相仿。然而，不同的是，本书最终为理性应当在公共领域具有持久力量这一信念，提供了一个基础。

本书中的一些文章，如“客观性和法律解释”（第九章），“作为实践的裁判”（第十章），“法的消亡？”（第十一章），以及“理性与激情之间抉择”（第十二章），都直接参与了那些回应伯格与伦奎斯特时期最高法院的原则所形成的法理学运动。这些文章鉴别了那些形形色色的法理学运动中的理论基础，阐释了它们如何违背了对法律的最根本认知。我提倡回归法律自身，并提出运用判决的一般理论来使这项回归工作成为可能。我认为，法官的权威，不是来自任何独特的道德和技能知识，而是来自他们对自己行使的权力施加了何种限制。我相信，法官赢得尊重是因为他们与政治隔离开来，并参与到了与公众特殊形式的对话之中。法官被要求倾听那些他们所可能忽视的社会不公，为他们自己的判断承担个人责任，在公众理性所接受的基础上证明判决的正当性。这些是法官魅力的源泉。 xi

司法权威的理由显而易见，但是常常受到挑战。“司法独立的适当程度”（第三章）详细阐述了司法独立的目标，说明了司法试图在与政治相分离和寻求民主原则之间进行调和的难度。我们总是力图实现正义和民主的双重目标。出于相同的考虑，“司法的官僚化”（第四章）描述了司法中不断加速的官僚化

IV 序 言

(裁决机构的增生以及这些机构之间权责的扩散)如何威胁到了司法权威所赖以存活的沟通过程的完整性。官僚们依据政令来统治人民,而不是公共理性。由此,我提出以新的制度安排来降低法官蜕变成官僚的几率,以强化司法权威。

本人对于判决的理论看法主要建立在这一认识之上:法官审理不是去解决纠纷,而是为了解释清楚法律中的公共价值。法官寻求正义,而非和平。从这个角度理解司法的功能,详见本论文集集中的“正义的形式”(第一章)和“裁决的社会和政治基础”(第二章)。在认可两个邻居之间的纠纷就有可能导致司法权的介入,从而纠纷的解决可能是司法判决令人愉快的结果之一时,我强调了裁决中至关重要的公共特质。刚开始的两章介绍了一种审判模式,我称之为“结构性改革”。通过吸取校园隔离案和最近渐多的监狱诉讼案例的经验,司法功能的模式在这一观念上得以确立,即现代社会宪法价值的主要威胁源自官僚机构的运作态势,从而要求法官承担起重构官僚组织的责任。和托马斯法官在堪萨斯案(*Missouri v. Jenkins*, 1995)中所表达的对废止校园种族歧视的各种救济的猛烈抨击不同,我提出以结构性改革来界定公共理性的成果。

xii 结构性改革重申了禁令的重要性;传统的禁令救济成为法官们指导重构工作的主要工具。其他的救济方式,如损害或刑事起诉所起的作用比起传统司法理论所说的要小得多。我在“刑法的困境”(第八章)中阐述了这种转向。这一章起初是为那些特别关注人权保护的国际人士而作的,并和人权保护领域有着特殊的关联。通过列举国际范围内的人权保护在20世纪90

年代的卓绝进步，详述前南斯拉夫和卢旺达临时法庭，到现在的国际刑事法院的建立，人权保护的进展几乎仅仅根据是否建立了刑事司法权来衡量。然而，美国在民权运动时代的经验显示了禁令的重要性，并且可在结构性改革的框架下重新塑造，这让我们怀疑过分重视刑事司法趋势的客观性。

除了将禁令置于首要位置，结构性模式还设计了诉讼中当事人结构的重新配置，使之少了个人化，而有了更多群体化导向。我在“个人主义的吸引力”（第六章）和“集团诉讼的政治理论”（第七章）中都分析了结构性诉讼的这个特征，并试图使其与“法庭之上每个人都应当有机会（维护自己的利益）”这一理想化情结不相冲突。诚然，旨在保护集体权利的裁决会尽全力实现组成集体的个人的利益。但是有时法官的判决会起到反面作用，还会危及这些利益，由此需要将个人利益和集体利益相互协调。

20 世纪的最后 10 年开始的对司法权的攻击表现出各种各样的形式。有的提出要以一个广泛囊括协商、调解、仲裁的私人成分较多的形式的一个程式来替代裁决的方式。所有这些替代性方式都假设争端解决是裁决的首要目的。最初以伯格大法官为先锋的这项运动，如今不断得到了广泛的政治支持，现在被称为替代性纠纷解决（Alternative Dispute Resolution）的这项运动与伯格法官和伦奎斯特法官在任期间联邦最高法院否认沃伦法院能动主义（Activism）的系列行动，在很多方面有着相似的促成因素。在“反对和解制度”（第五章）中，我分析了替代性纠纷解决方式的产生原因，并提出了反对理由。我认为，替

VI 序 言

viii 替代性纠纷解决的方式的支持者们错误定义了司法判决目的的特质，忽视了公共理性在社会生活中的作用。尽管最近几十年，替代性纠纷解决在专业领域取得了巨大的成功，但是我认为替代性纠纷解决的成功进一步说明了我们目前所处的困境。

之所以出版这些文章，是因为我深信当前的状况不会永久持续下去。不久的将来，当新世纪如期而至，我们还是会回到法律本身，给司法应有的尊重。我们不能容忍情况蜕变成无所事事的怀旧情绪，必须马上在行动和思想上抵抗权利的削减（the retrenchment of right）。为了鼓励后行的人们和这种努力，我们应当看到 20 世纪也正是因为改革论者们对司法权的进步觉醒才拉开了精彩的帷幕。他们对抗了当时最高法院的判决——如宣布纽约市法规中关于面包房工作时间上限的决定无效，以及维持一项阻止美国铁路工会罢工的禁令，还有宣布第一次和平时期联邦所得税的违宪性。

这些以及后来的判决让改革论者心存沮丧，从而将目光由法院转向了立法机构，将行政机构视为司法裁决的替代性方式，开始韬光养晦起来。然而，结果证明这行不通。经历了罗斯福新政的艰难岁月，改革论者开始认识到了法律在联邦政治序列中的独特权威。他们攻击法院，而一旦法院让步（及时转变挽救了 9 名法官*），他们就为法院起草一项新的宪章。在很多知

* 此种说法据说源于爱德华·科尔文（Edward Corwin）。1937 年 3 月 19 日，在他给司法部长霍默·S·卡明斯（Homer S. Cummings）的一封信中首次使用了“及时转变挽救了 9 名法官”（switch in time that saved nine）这一短语。参见 Edward S. Corwin Papers, Princeton University. 据威廉·E·洛克滕伯格（William E. Leuchtenburg）和迈克尔·埃瑞恩斯（Michael Ariens）考证，科尔文很可能是这一短语的原作者。——译者注

名的注释中，如美国诉卡罗林物产公司案（*United States v. Carolene Products Co.*）注解四和随后成形的布朗诉教育委员会案（*Brown v. Board of Education*），以及随后受到影响的众多判决中都可以找到对这一宪章的具体说明。改革论者认识到必须在实质和程序间加以区分，法院在维护宪法价值方面扮演强大而积极的角色是正确的，即使是处在镀金时代（the Gilded Age）^{〔1〕}的法院也会运用职权去实现被错误理解的实体目标。

无论律师们和公众对当前联邦最高法院的判决有多么失望，他们最终会认识到：有必要运用法律的理性去实现联邦宪法的理念。在本书中，我通过捍卫布朗诉教育委员会案的历史遗产，意在提醒读者思考：当极端保守主义思潮再度发生转向，当法律被充分理解，法律可以带来的——就是正义。

欧文·费斯

2003 年

〔1〕《镀金时代》是马克·吐温与华纳合写的一部小说，也是马克·吐温的第一部长篇小说。小说运用现实主义的手法大胆揭露了美国南北战争以后，资本主义发展阶段的腐朽黑暗，作者对资产阶级的民主制度进行了辛辣的讽刺，对当时流行全国的投机流行病，贪污受贿进行了揭露，作者通过亲身经历和目睹的社会现象，运用精湛的艺术手法把社会真实提炼、概括、浓缩在他的一部小说中，使当时的腐败景象完全呈现在读者眼前，并给了这个时代取了个高度概括性的名称：“镀金时代”。作者此处是借喻的说法。——译者注

／ 目 录 ／

I	序 言
1	第一章 正义的形式
61	第二章 裁决的社会和政治基础
74	第三章 司法独立的适当程度
83	第四章 司法的官僚化
117	第五章 反对和解制度
139	第六章 个人主义的吸引力
161	第七章 集团诉讼的政治理论
175	第八章 刑法的困境
193	第九章 客观性和法律解释
223	第十章 作为实践的裁判
249	第十一章 法的消亡？
271	第十二章 在理性与激情之间抉择
289	第十三章 理性的不可抑制性
301	第十四章 布什诉戈尔及合法性问题
320	后 记
329	索 引
334	致 谢
336	译后记

第一章

正义的形式

在司法部民权司工作两年后，1968年9月我在芝加哥大学开始了执教生涯。我应要求教授一门传统课程——衡平法。由此，我将本人在司法部不同寻常的个人职业经历融入了第一次教学实践之中。

第一门课程教案的影印资料（一般而言，作为初出茅庐的教师必须完成的教学任务的额外部分）足足有五卷之厚。直到1972年，经过我本人对这些材料的精挑细选，求实出版社（Foundation Press）顺利出版了《禁令》（*Injunctions*）的第一版。在这本书及其早先的临时版本中，我已涉及禁令在广阔领域——包括反垄断、劳动争议、侵扰和一般商事诉讼——的应用。然而，构成该书核心内容的是20世纪60年代的民权案件。这些案件是对传统衡平法最为苛刻的检验。

案例教科书确实是可贵的大脑珍馐。它能帮助初登讲坛的新手们收集到那些他们认为重要但却无法完全理解的资料。而对于禁令的研究更是如此。尽管我通过重组材料对相

关资料加以筛选,并明确分散的原始资料的内容和涵义,但是我关于民权诉讼中法官作用的大部分认识,直到我准备下次教案或回顾先前课程时才在大脑中初步成型。

2 1974年,我来到耶鲁。在那里我继续着这一领域的研究。1974年发生了重大转向,我在印第安纳大学发表了阿狄森·C·哈里斯(Addison C. Harris)的系列讲座。随后,这些讲演的内容以“民权禁令”的书名发表于1978年。1977年我在《耶鲁法律评论》(第86卷,第1103页)上发表了《多姆布罗斯基》(Dombrowski)一文,该文大量借鉴了我在耶鲁的课堂讲义。在“多姆布罗斯基”发表之后,我被邀请为《哈佛法律评论》1979年最高法院专刊撰写前言,这为我提供了将观点进一步理论化的机会,而最终形成了“正义的形式”一文(第93卷,第1页)。

10年来,随着我对这个问题思考的不断深化,禁令的应用也不断翻新和多样化,成效也日益显著。废除校园种族隔离救济请求也开始如火如荼。初级联邦法官扩张了他们禁令的范围,从而变革了州立机构的全部习惯做法。恰是这样的时代,才有了本章中提及的两个事件,杰克·维因斯坦(Jack Weinstein)法官宣布了他在康尼岛(Coney Island)的废除校园种族隔离的设想,J·史密斯·亨里(J. Smith Henley)法官则开始了他重建阿肯色州监狱机关的计划。

奇特的是,最高法院发动了对民权禁令的攻击,特别是对于其结构性的变体。决定性的变化是1976年的雷佐诉古德案(Rizzo v. Goode),该案驳回了地方法院针对试图减少费城警察而对黑人采取的权力滥用行为。威廉·伦奎斯特撰写了法院意见。尽管他当时只是一名助理法官,但毫无疑

问，他已经成为理查德·尼克松总统最近任命的一批法官的中坚力量。相关内容可以参考1982年3月10日《新共和》(The New Republic)上与查尔斯·克劳特哈默(Charles Krauthammer)合著的《伦奎斯特法院》(The Rehnquist Court)一文。

宪法构造了政府的形式。它创制了政府部门，描述了它们的功能，并确定了相互间的关系。同时，宪法确定各种形成与限制政府结构的价值。在我们的宪法中可以发现的价值——自由、平等、正当程序、言论自由、禁止建立国教、财产保护、不得损害合同义务、个人安全、禁止残酷和非常规处罚，往往是模糊的。它们经常有各种不同的理解，而且相互冲突。因此，宪政实践要求赋予它们以特别的含义、可操作性的内容，以及冲突中的优先顺序。³

我们中的每一个人，无论是个人还是公共机构的活动者，都在这个过程中扮演角色。在国家作用无所不在的现代社会，这些价值决定着我们的社会生存状态的质量——它们是真正具有公共性的。因此，要求阐明这些价值的呼声在公众中此起彼伏。立法、行政部门，甚至私人部门都参与其中的时候，法院不应沉默。当然，法官并不能垄断对宪法公共价值的定义，但这同样不能成为他们保持缄默的理由。他们同样可以为公共辩论和探究作出贡献。

判决(Adjudication)是法官对社会价值加以界定的社会过程。作为本文的主题，结构性改革也可被视为判决的一种，在公共价值被认为是宪法特征的情况下尤其如此。更为重要的是，结构性改革隐含着司法和国家官僚机构的冲突。法院试图在这些机构的

运作中赋予我们的宪法以意义。结构性改革事实上承认了现代社会国家的官僚特征，并不断促使传统的程序适应新的社会现实的需要。

结构性改革预设了如此的认识，即大规模组织的运作，而不仅仅是个人在这些组织之中或之外的活动，深刻地影响着我们的生活质量。它同时预设了如此的确信：除非对于这些组织的现有结构进行根本性的变动，我们的宪法价值便无法完全获得保障。结构诉讼就是当法官面对国家（政府）官僚超越宪法尺度之时，通过对这一组织的重构，从而减少现有的机构配置威胁这些价值的可能性。而禁令正是这些重构努力的进行方式。

作为宪法诉讼的一种，结构性改革根源于 20 世纪 50 年代和 60 年代沃伦法院时期将布朗诉教育委员会案¹⁾的规则运用于实践的非凡努力。这一努力要求法院对于现状进行根本性改变，从而重建社会现实。法院必须集中进行极力抵抗，面临的更大的问题在于：他们必须揭穿面纱并重建大规模社会组织——公立学校系统。尽管黑人孩子走进全白人学校的场景往往停留于乡村和个人化的想象中，但事实情况却确实无疑的归于官僚政治的领域，尤其是 20 世纪 60 年代中叶，当人们的注意力转移到城市中心，并转化为全国性的运动时更是如此。

布朗案被认为是要求将“二元制学校体系”转化为“一元的、非种族化学校体系”，而这无疑将引发重大的组织改革。这一改革要求采用新的程序分配学生；学校重新制订标准；重新分配教员；根据新的路线和距离设计交通系统；重新在新型学校和其活动间

[1] 347 U. S. 483 (1954); 349 U. S. 294 (1955).

分配资源；推行课程改革；增加拨款；修改校际体育活动的日程；实行崭新的监督组织活动的信息系统等等。^{〔2〕}那时，反隔离运动被视为法官试图重建现行社会机构的整体性改革过程。反隔离运动要求对于已为人们熟知的、关于诉讼结构的概念进行修改，重新制定司法行为标准，以及提倡对权利和救济关系的重新考察。

没有人在一开始就知道路在何方。对于如何根除一个国家官僚机构的等级体系所需要付出的努力，或者这一努力是否会改造法院判决方式尚没有人能够清晰认识到。下级联邦法官在接到联邦法院命令后下达了贯彻的指令，并通过改造传统程序以适应新要求。合法性和需求本是同等的，而在此意义上，程序正是以实体为基石。种族平等高于一切的共识恰恰促成了程序创新，并为偏离传统的做法提供了辩护。

沃伦法院开拓了新的边界。法官强调布朗案的持续适用性，他们认识到这一改革的普遍性要求：二元制学校体系应当“从根到枝”^{〔3〕}加以摒除。这一过程随着时间的推移不断延续。废止校园种族隔离转用到其他场合：保护人身和住宅免受警察滥用职权的威胁；在监狱和精神病院实现对犯人和病人施以人道对待的理想；在设计社会福利的行政过程中保障正当程序的实现；国家（政府）教育支出的公平性得到保证。通过这种方式，废止校园隔离成为了超越实体性权利诉求的重要程序创新事件，在这一过程中，出现了全新的针对法院判决的概念，以处理宪法中新的部

〔2〕 如参见 *Lee v. Macon County Bd. of Educ.*, 267 F. Supp. 458 (M. D. Ala.) (per curiam) (三人法院), *aff'd per curiam sub nom. Wallace v. United States*, 389 U. S. 215 (1967); *United States v. Jefferson County Bd. of Educ.*, 372 F. 2d 836 (5th Cir. 1966), *aff'd per curiam*, 380 F. 2d 385 (5th Cir.) (en banc), cert. denied, 389 U. S. 840 (1967).

〔3〕 *Green v. County School Board*, 391 U. S. 430, 438 (1968).