

先例的力量

*The Power
of Precedent*

[美] 迈克尔·J. 格哈特◎著
Michael J. Gerhardt

杨飞 安文录 王倡慧子 丁雯雯◎译
杨飞◎校



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

本书是“中国政法大学青年教师学术创新团

先例的力量

The Power of Precedent

[美] 迈克尔·J. 格哈特◎著
Michael J. Gerhardt

杨飞 安文录 王倡慧子 丁雯雯◎译
杨飞◎校

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

先例的力量 / (美) 格哈特著; 杨飞等译. —北京:
中国法制出版社, 2013. 2
ISBN 978 - 7 - 5093 - 4383 - 8

I. ①先… II. ①格…②杨… III. ①宪法 - 审判 -
案例 - 美国 IV. ①D971. 21

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 029074 号

策划编辑: 张岩

责任编辑: 潘孝莉

封面设计: 李宁

先例的力量

XIAN LI DE LI LIANG

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/640 × 960 毫米 16

版次/2013 年 2 月第 1 版

印张/ 21.5 字数/ 285 千

2013 年 2 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 4383 - 8

定价: 56.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 010 - 66022958

市场营销部电话: 010 - 66017726

邮购部电话: 010 - 66033288

The Power of Precedent

By Michael J. Gerhardt

Copyright © by Oxford University Press ,Inc.

"THE POWER OF PRECEDENT,FIRST EDITION" was originally published in English in 2008.

This translation is published by arrangement with Oxford University Press.

北京市版权局著作权合同登记号 图字01-2010-6454

献给我的母亲，诗薇娅·李·格哈特
(Shivia Lee Gerhardt)

致 谢

这些年在本书的写作过程中，我从很多人那里得到了大力支持和有益的反馈，我对他们怎么表示感谢都不为过。我感谢设立于普林斯顿大学政治系（Princeton University's Politics Department）和克里夫兰州立大学（the Cleveland State University）、克莱顿大学（Creighton University）、明尼苏达大学（University of Minnesota）、内华达大学拉斯维加斯分校（University of Nevada-Las Vegas）、北卡罗莱纳大学教堂山分校（University of North Carolina at Chapel Hill）、里士满大学（University of Richmond）以及威廉和玛丽法学院（William & Mary law schools）的有关本书不同章节的教员专题研究组的所有参与者。我从罗比·乔治（Robbie George）和普林斯顿大学有关美国意识和制度（American Ideals and Institutions）的詹姆斯·麦迪逊项目（James Madison Program）中我的同事那里学到了很多，并且，我从与以下这些人的深入讨论中受益颇深，他们是阿克希尔·艾玛（Akhil Amar）、兰迪·伯纳特（Randy Barnett）、斯科特·贝克（Scott Baker）、查克·卡梅伦（Chuck Cameron）、尼尔·德文斯（Neal Devins）、李·爱泼斯坦（Lee Epstein）、罗·卡恩（Ron Kahn）、肯·卡斯奇（Ken Kersch）、桑迪·李文森（Sandy Levinson）、斯德佛尼尔·林奎斯特（Stefanie Lindquist）、比尔·马歇尔（Bill Marshall）、凯文·麦克格尔（Kevin McGuire）、保罗·施瓦兹（Paul Schwartz）、尼尔·西格尔（Neil Siegal）、基斯·惠廷顿



(Keith Whittington)、吉姆·威尔森 (Jim Wilson) 以及约翰·余 (John Yoo)。我还要对沃德·范斯沃思 (Ward Farnsworth) 和米图·古拉蒂 (Mitu Gulati) 表示特别感谢, 他们阅读了本书的原稿并给出了十分有价值的反馈意见。我还要特别提及并感谢大卫·克莱恩 (David Klein), 他在阅读了本书原稿之后, 曾两次给出了建设性的评论! 我尤其感谢从牛津大学出版社的编辑德迪·菲尔曼 (Dedi Felman) 和大卫·麦克布瑞德 (David McBride) 那里所得到的支持和建议。我还要进一步感谢我之前的学生劳拉·道尔顿 (Laura Dalton)、保罗·德牧 (Paul Dame)、吉米·芬 (Jimmy Finn)、阿里克斯·梅 (Alex May) 以及保罗·齐默尔曼 (Paul Zimmerman)。我最感谢的是我的妻子德博拉 (Deborah), 我优秀的孩子本杰明 (Benjamin)、丹尼尔 (Daniel) 以及诺亚 (Noah) 所给予我的极大耐心和支持。

此外, 我要向《乔治·华盛顿法律评论》(*The George Washington Law Review*) 表示谢意, 其爽快地让我在本书的第一章和第五章发表了论文的修订版, 即“先例在制定宪法裁决和宪法理论中的作用 (The Role of Precedent in Constitutional Decision-Making and Theory)”。我还要感谢《宾夕法尼亚大学宪法期刊》(*The University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*), 其准许我再版我 2005 年文章中的材料, 即“先例有限的路径依赖 (The Limited Path Dependency of Precedent)”, 这也为本书第三章提供了基础。我还感谢《明尼苏达法律评论》(*Minnesota Law Review*), 其准许我以一个略微不同的版本再版我 2006 年的文章, 即本书第六章的“超级先例 (Super Precedent)”。最后, 我感谢《范德比尔特法律评论》(*The Vanderbilt Law Review*), 其允许我再版我在本书第四章中修订过的文章“非司法先例 (Non-Judicial Precedent)”。

在我们追求政治幸福的过程中，我的处境是前所未有的，并且如果我可以这么表达的话，我行走在渺无人迹的土地上。我的任何行为，其动机几乎都会引来双重解释。我的任何一项举动，也几乎都会成为日后的先例。当我意识到自己艰辛的职务中所固有的职责时，我一方面觉得有些不自信，又充满了对共同体的渴望。

——乔治·华盛顿（President George）总统（1789）

惯例有其固有的解释，并且因太迟而不能被干扰。如若其可对讨论开放的话，其应受到认真的审议；但该惯例的解释已太古老和强有力，顽固得难以被撼动或控制。

该问题已被解决。

——威廉·佩特森（William Paterson）大法官（1802）

纯粹的先例是权威的危險之源，不能用来判定宪法上的权力归属问题，除非已经得到了人民的认可，各州也不持异议……法官的意见对国会所具有的权威，并不比国会的意见对法官的权威更大，在这一点上，总统独立于两者之外。因此，当国会或行政机构在其法定权限内行动时，不应允许最高法院控制它们，最高法院的影响仅限于其推理所能达到的力量。

——安德鲁·杰克逊（Andrew Jackson）总统（1832）

毫无疑问——不论我们属于哪个政党，我们在此问题上确立的先例在未来会依旧部分存留在我们的法律系统中，使我们每个人都受损或受益。

——众议员鲍勃·巴尔（Bob Barr）（1998）

目 录

导 言	1
第一章 最高法院先例的模式	9
第二章 有关先例的理论	63
第三章 黄金法则	109
第四章 非司法先例	153
第五章 先例的多重功能	207
第六章 超级先例	251
结 语 先例的未来	281
附 录	289

导 言

当美国最高法院（United States Supreme Court）的第 81 任或第 181 任大法官（justice），就他的前任写过的某个问题发表意见时，他会关心他们所写的内容吗？他会像在白纸上信手涂鸦那样，随意地自由发表自己的意见吗？他是会仅仅利用最高法院的先例（precedents），来支持他所偏好的结果？还是会遵从前任对此问题的看法？他会，或者说，他应该考虑他的同事或继任者对他所持观点的看法吗？

本书将就上述问题，以及其他与先例的宪法意义相关的问题进行解答。就先例的宪法意义这个问题，宪法学者，而不仅是最高法院的大法官，与其他政府部门的领导人之间已经产生了分歧。有些人认为，大法官在审理案件时并没有受到先例的束缚，他们相信，大法官只是投票决定他们的政策偏好，或利用先例使他们的偏好达到最大化。无论是在签名信中，还是在面对参议院时，许多法律学者会基于自己对先例的喜好程度，而立场鲜明地表示支持或反对最高法院被提名者。相比而言，有些人声称先例具有法律效力，先例用社会科学家惯用的量化办法是解释不通的。他们还主张，若缺乏对法律独特性的充分认识，且不具备对这种独特性进行解释说明所需要的专门技能，先例这个问题依然不易被人理解。

在本书中，作者对先例这个话题进行了一番实证的阐述，目的是为了消除反对派与支持派之间的分歧：反对派认为先例毫无意义

可言，支持派则相信先例具有特殊法律效力。作者将先例定义为：最高法院或被授予规范性权力（normative authority）的非司法部门（nonjudicial authorities）过去的任何一个宪法意见（opinions）、裁决（decisions）或事件（events）。在最高法院，先例的形式多种多样，既有最高法院过去的各种意见，也有种种规范（例如尽可能避免裁决宪法问题）、历史惯例（例如立法会议召开时要祈祷）以及传统做法（例如为最高法院提供意见而不是依次答复），对于上述种种先例，大法官会非常仔细地进行选择性的借鉴。因此，先例发挥的作用大于我们通常所了解的。这种作用浓缩在对先例黄金法则（golden rule）* 的运用与认识中，即，大法官必须做好这样的思想准备：自己的先例如何被对待，取决于他们如何对待他人的先例。他们若对别人的先例不善，那么自己的先例也将遭到恶意对待。这条黄金法则或许可以解释，诸如罗伊诉韦德案（Roe v. Wade）为什么会至今得以沿用，尽管共和党的总统迄今已经在最高法院过去的 11 次任命中任命了 8 名大法官，以实现他们撤销罗伊案判决的目的。^①

伦奎斯特法院（Rehnquist Court）的终结和罗伯茨法院（Roberts Court）的开始，为我们提供了一个对先例进行反思的机会。作者将把伦奎斯特法院处理先例的方式与其他法院进行比较，对社会科学界和法学界关于先例的对抗性视角进行评议，对先例在最高法院外

* golden rule，即《圣经》“马太福音”第 7 章第 12 节和“路加福音”第 6 章第 31 节中所说的“你要别人怎样待你，你也要怎样待人（do to others as you would have them do to you）”，又译为“己所不欲，勿施于人”。——译者注

① 8 名大法官包括里根（Reagan）总统任命的 4 名——桑德拉·戴·奥康纳（Sandra Day O'Connor）、首席大法官（Chief Justice）威廉·伦奎斯特（William Rehnquist）、安东宁·斯卡利亚（Antonin Scalia）和安东尼·肯尼迪（Anthony Kennedy），乔治·H·W. 布什总统任命的 2 名——戴维·苏特（David Souter）和克拉伦斯·托马斯（Clarence Thomas），乔治·W. 布什（George W. Bush）总统任命的 2 名——首席大法官约翰·罗伯茨（John Roberts）和塞缪尔·阿利托（Samuel Alito, Jr.）。其他 3 名大法官，1 名是福特（Ford）总统任命、对罗伊案无明确表态的约翰·保罗·史蒂文斯（John Paul Stevens），2 名是克林顿总统任命、支持罗伊案的鲁思·巴德·金斯伯格（Ruth Bader Ginsburg）和史蒂芬·布雷耶（Stephen Breyer）。对罗伊案的长期存续，也许有其他一些讽刺性解释，比如总统在挑选大法官的过程中犯了错，或者说可能是因为共和党总统选择大法官人选的范围太小了，被提名者基本上都是赞同罗伊案判决的人。

的意义进行仔细研究，在本书结束时，就罗伯茨法院以及其他公共机构（public institutions）将如何应对先例进行尝试性的探索。作者希望，通过对先例的阐述，能够提高人们对司法先例与非司法先例（judicial and nonjudicial precedents）之间相互依存程度的重视，提升研究先例时对社会科学研究与传统法律分析方法进行综合的重要性。

本书共分六章，为读者了解先例提供了一个多层次的视角。第一章就大法官在参照最高法院先例办案时的遵从程度进行调查。因为大法官对先例最为激烈的讨论，往往发生在他们特意或明确对先前的判决进行重新审议的时候，所以，在第一章中作者着重阐述了大法官的讨论。他们在先例这个问题上为最高法院的原理——发展判例法——提供了一个框架。

第二章研究了法学界对先例这一问题所持的两大观点。一方面，对先例持弱化观点（weak view）的一方认为，先例在宪法中只起到一点点作用或没有起到任何作用。此种观点的主要问题在于，它对最高法院职能的描述偏离了这样一个事实：在进行宪法判决时，大法官很少把精力集中在先例上而将法律意义和法律论证的原始资料来源排除在外。先例通常是大法官作出裁判时同等重要的众多因素之一。对先例持弱化观点的学者的主要问题在于，他们和别人一样，需要确保他们偏好的先例持久，确保稀少的司法资源不至于浪费在对每一个可能的宪法问题无休止的再行起诉（relitigation）上。另一方面，对先例持强化观点（strong view）的学者将先例看作宪法意义的主要渊源（source），而不仅是一种有意义的渊源。但是，大量的社会科学数据显示，先例的存在并没有使大法官受到多大的约束，他们依然按照自己的意愿进行宪法裁判。虽然这些数据值得怀疑，但不能简单地将它们排除掉，因为宪法解释允许裁判者在法律材料的处理和优先使用次序上享有一定的自由度。而在司法判决的结果预测方面，社会科学家通常都比法学家做得好。

第三章提出了将先例的大量社会科学数据与传统法律分析连接



在一起的几种方式。^② 有一些因素能说明为何最高法院的许多判决看起来很符合社会科学模型，例如：宪法目的（design），宪法文本的模糊条款（ambiguities）或漏洞（gaps），合议决策机构的活力（the dynamics of collegial decision-making bodies），案例形成的网络效应等。然而，在宪法裁判中，没有哪个因素能够说明大法官所起的作用要比通常被忽略的基本动力还要大。这种强劲的动力犹如一条黄金法则，大法官通常会认识到尊重他人先例的效用：自己优选的先例有可能也受到他人的尊重。因此，在挑选需要削弱或改判的先例时，大法官通常会非常谨慎。宪法中的主要不确定因素通常被注重事实的学者或其他人夸大了，比如说，与下列因素有关的几种不确定性：（1）大法官会同意削弱或改判哪些特殊先例？（2）大法官会采用何种方式削弱或改判这些相对少数的先例？然而，一旦最高法院正式改判了某个先例，为了在宪法裁判中维护稳定，避免混乱局面，对过去的宣判通常不会进行复议（reconsider）。

在第四章中，作者分析了非司法先例的几个鲜明特征，这是有关先例的社会科学文献普遍忽略的现象。首先，作者列举了所有非司法先例的共性：可发现性（discoverability），或者是政府部门采取的某些优先的、具有规范效力的非司法行为使先例具有可识别性（recognizable）。为了说明非司法先例的可发现性，作者将三个容易的案例（easy cases）与三个疑难的案例（hard cases）区分开来。容易的案例之所以简单（simple），是因为它们与容易发现的非司法先例有关，它们之所以容易发现，是因为相对较多的政府力量将规范效力注入了这些非司法先例。而疑难的案例之所以费力（difficult），是因为在寻找政府力量给它们注入特殊规范效力时，存在种种问题，

^② 法学家最近已经开始注意对最高法院进行社会科学分析。关于最高法院和先例研究的两个显著的成果，完美结合了法学和政治科学的方法，see Barry Friedman, *The Politics of Judicial Review*, 84 Tex. L. Rev. 257 (2005)（显示出需要规范性的司法审查理论，“来应对实证性理论所提出的法官解决实法问题时所处的政治环境，以及他们必然面临的制约因素”。）；Stephen Feldman, *The Rule of Law or the Rule of Politics? Harmonizing the Internal and External Views of Supreme Court Decision Making*, 30 Law & Soc. Inquiry 89, 93 (2005)（提出“协调关于最高法院做出裁判的内部和外部视角”。）。

或者这种做法根本是不可能实现的。另外一些区分非司法先例之间或非司法先例与司法先例之间的特征包括：适用的广泛性（*extensiveness*）和终局性（*finality*）。

第五章研究了司法先例和非司法先例的多重功能，包括：提供约束力性和说服力权威（*persuasive authority*）、宪法论证模式（*modes of constitutional argumentation*），以及通过它们来了解最高法院及其运作情况的媒介（*media*）作用；为宪法论证提供依据（*validating constitutional arguments*）；阐明宪法；决定议程（*signaling agendas*）；解决宪法争议；教育公众（*educating the public*）；实现宪法价值；塑造宪法历史、结构与国家认同（*national identity*）。上述种种功能解释了最高法院如何形成宪政文化，以及最高法院如何受到其本身运作过程中产生的宪政文化影响。

第六章剖析了超级先例（*super precedent*）现象以及其对宪法理论和实践产生的影响。超级先例，是指那些司法与非司法的裁决得到法院或其他政府部门的认可而经常被引用，从而使这些裁决的意义和价值植根于我们的法律与文化之中。在本章中，作者主要关注最高法院形成的超级先例，包括下述裁决的制定：（1）基本惯例（*foundational practices*），例如司法审查或否决那些总统认为违宪的法律（*vetoing laws presidents deem unconstitutional*）；（2）基本原理，例如并入原则；（3）对特定事情的基本判决，例如支持法定货币*的合宪性。回顾完上述超级先例之后，作者提出这些超级先例阻碍了大多数宪法理论的实施，特别是“大”（*grand*）理论，因为这些理论从单一的概念角度来解释宪法。由于这些大理论与众多超级先例相悖，因此它们根本不可能得到实施。没有应用与实施，任何判

* 法定货币（*legal tender*），由法律规定的可以用于支付债款而且贷方必须接受的有效货币。美国国会1862年通过的《法定货币法》（*Legal Tender Act*）将美国财政部发行的纸币规定为可偿付任何债务的法定货币。法定货币案（*Legal Tender Cases*, 1871）是指诺克斯诉李案（*Knox v. Lee*）和帕克诉戴维斯案（*Parker v. Davis*）。这实际上是两个案件，但美国最高法院一并加以判决。最高法院认为国会于1862年和1863年通过的关于确认政府发行的纸币为法定货币的法律是符合宪法的，从而推翻了1870年赫伯恩诉格里斯沃德案（*Hepburn v. Griswold*）的判决。后者的判决认为政府发行纸币为违宪。——译者注

定案子的方法都是徒劳的，并且除非某种方法具有足够的规范性诉求且在确认过程中通过审查，只有在这种情况下才可能得到实施。总统和参议员会利用他们作为看门人的职权之便，帮助联邦司法机构（federal judiciary）屏蔽掉那些对超级先例不利的宪法态度。

作者以对宪法中先例的观察数据和对未来的尝试性预测为本书
6 结尾。首先，回到本书一开始提到的一个情况，作者提到最高法院的两名新任大法官——首席大法官约翰·罗伯茨（John Roberts）、大法官小塞缪尔·阿利托（Samuel Alito, Jr.），正如这两位大法官的大多数前任那样，他们两位基本上遵循黄金法则办案。在刚开始上任的两年里，他们从未质疑或投票表决推翻最高法院先前的宪法判决（constitutional decisions），且对大法官之间合作（collegiality）的重要性都有充分的认识，都援引先例作为宪法论证的主要模式。他们两位都很尊重他人的先例以及司法传统。这两位大法官没有因为严格遵守某些先例而产生束缚感，他们拒绝遵从某些先例的主要原则依然是先例。他们早期的表现突出强调了这样一个事实：推翻先例一直是冰山一角，宪法裁判的真正目的在于建设而不是破坏先例。

正如首席大法官罗伯茨和大法官阿利托主张的那样，那些真正忠于司法克制（judicial modesty）或宪法谦抑（constitutional humility）的大法官，通常都很尊重先例，特别认同先例黄金法则的作用和吸引力。司法克制不是一种宪法哲学（constitutional philosophy），而是一种尊重先例的气质或倾向（temperament or disposition），如融合他人的意见，学习自己或他人的经验，渐进地裁决案件，最大限度地降低与最高法院或其他宪法机构（constitutional actors）先前观点的冲突。

其次，先例的黄金法则在最高法院之外具有很大影响力。相比司法部门而言，非司法部门若偏离他们不喜欢的先例，他们往往要获得更多的政治保证（以及选举人的支持），然而他们明白，基于先例获得他们偏好的结果能为他们赢得合法性（legitimacy）。如同对多数大法官的吸引力一样，先例的黄金法则或许对非司法部门更有吸

引力，非司法部门将维持制度规范和保持合作看得很重要，而不是可有可无。

第三，除了对政府行为具有约束作用外，作者还期望司法先例及非司法先例将继续发挥它们的多重功能，它们将继续起到稳固宪法原理，塑造最高法院及其文化的作用，因为，最高法院及其他宪法部门正是在先例塑造的文化中发挥作用的。

第四，如果不强调非司法先例现象，以及它们对最高法院的影响，那么将没有哪个先例理论是完整的，包括作者在本书中提出的 7
实证的先例理论。非司法先例适用的广泛性和终局性，暴露出司法至上（最高法院在决定宪法意义的问题上具有终极权威的观念）以及大多数宪法理论（这些理论无一例外地局限在司法解释，而不是非司法或宪法解释上）的种种谬论。

在结束本书之前，作者提出如下几点值得注意的事项：

第一，“先例”的含义应该在语境中加以明确。当作者觉得需要做出进一步的解释时，他会就自己或他人想要表达的意义做出进一步说明。

第二，作者采用的“遵循先例”（*stare decisis*）这一术语是拉丁语，意思是“遵从已决定的事情”（*to stand by things decided*），这个用法在律师中间很普遍。他们运用它作为最高法院对其先前裁决表达基本尊重的简略方式，或者是法律推理应当与司法先例保持一致性这一基本原则的一种简略表达方式。

第三，作者认为“宪法”（*constitutional law*）是政府部门在决定宪法意义（*constitutional meaning*）以及实施宪法过程中的副产品。“原理”（*doctrine*）一词，是指那些收集到一起累积起来的、最高法院在宪法特定问题上做出的裁决或判决。

第四，作者写本书的目的，不是想对下级法院的先例或它们在司法系统中的作用进行讨论，而是将主要注意力放在最高法院和非司法先例的横向与纵向影响上。

第五，本书不是对先例强化观点的背书（*endorsement*）。作者所描述的先例具有对宪法的附属性，它与先例强化观点明显不一致。

作者进一步提到那些区分、限缩以及偶尔推翻先例的立法行为是宪法许可的。另外，这些立法几乎总是建立在先例的基础上，同时它们也会促成其他先例。

第六，作者在本书中主要阐述了一种融合制度分析与法律分析的综合理论。制度分析需要对制度塑造了领导者，以及那些必须与该领导者共事的人的行为这一层面有所领会，而法律分析需要认真阅读案例及其他法律材料，并需要在最高法院判决之前，找出所争议的问题与哪个（些）先例最为相似。作者对先例进行跨学科分析，目的是为了提高先例在法律中所扮演的复杂角色的重要性，尤其是

8 想指出为什么没有先例就没有法律。