



世界法学译丛

制定法时代的 普通法

原著：〔美〕盖多·卡拉布雷西

译者：周林刚 翟志勇 张世泰



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

世界法学译丛

A Common Law for the Age of Statutes

制定法时代的普通法

原著：〔美〕盖多·卡拉布雷西

译者：周林刚 翟志勇 张世泰



北京大学出版社

北京·2006年

北京市版权局登记号图字:01-2003-7250

图书在版编目(CIP)数据

制定法时代的普通法/(美)卡拉布雷西著;周林刚,翟志勇,张世泰译. —北京:北京大学出版社,2006.11

(世界法学译丛)

ISBN 7-301-11209-2

I. 制… II. ①卡… ②周… ③翟… ④张… III. 法律-研究-美国
IV. D971.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 129022 号

书 名:制定法时代的普通法

著作责任者:[美]盖多·卡拉布雷西(Guido Calabresi) 著

周林刚 翟志勇 张世泰 译

责任编辑:白丽丽

标准书号:ISBN 7-301-11209-2/D·1610

出版发行:北京大学出版社

地 址:北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址:<http://www.pup.cn>

电 话:邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

电子邮箱:law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者:北京汇林印务有限公司

经 销 者:新华书店

650mm×980mm 16 开本 20.5 印张 276 千字

2006 年 11 月第 1 版 2006 年 11 月第 1 次印刷

定 价:29.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

致 谢

1977年,我应邀至哈佛大学法学院举办奥利弗·温德尔·霍姆斯讲座,正是这一邀请,促使我以系统的形式陈述了本书所涉及的问题。我要特别感谢阿尔伯特·M.塞克斯院长以及前任哈佛法学院讲座委员会主席理查·R.拜克斯特,感谢他们的理解、盛情和支持。

当我开始我的讲座,并且不断地将它们撰写成书的时候,我意识到,这部作品在很大程度上要归功于我的老师们——无论是课上的老师还是课下的老师。与我所写的其他任何东西相比,它在更大的程度上源自于他们的智慧和洞见。我不能将他们一一列出,但我还是要指出一些,他们在本书中留下了清晰可辨的印记:亚历山大·M.比克尔、小查尔斯·L.布莱克、格兰德·吉尔摩、阿尔伯特·M.塞克斯、哈里·韦林顿。哈里·韦林顿作为耶鲁法学院院长,总是给我莫大的友好和支持,对此我也感激不尽。当然,还要感谢贾斯蒂斯·雨果·拉斐特·布莱克。他们塑造了这本书所反映的法律观点,从他们中的任何一位给我正式上课起,已经过去二十年,但这二十年并不曾减弱他们的影响。

我的朋友和同事在不同的时段阅读了本书的部分章节,并给予有价值的建议,对此我也无法一一列出。我感谢他们,确信他们将认识到他们的贡献,并接受我的谢意。

耶鲁法律图书馆的工作人员,尤其是馆员兼副主管亚瑟·A.卡本特给予了我极大的帮助,同样地,还有我在剑桥的秘书贝奇·巴斯科和吉尔·多尔蒂。在我所写的诸多作品当中我都曾向我在耶鲁法学院的秘书苏珊·露茜贝莉致谢,以至于感谢的词都用尽了似的。她的耐心、奉献、速度和活力,始终令人惊叹。

2 制定法时代的普通法

在写作本书的时候,我应莫诺·卡佩莱蒂教授之邀,在不同的时间访问了在佛罗伦萨的欧洲大学协会(European University Institute)。在此我想感谢他的盛情款待,同时也要感谢剑桥大学法律系,我在那里极为愉快地度过了这个学年。

我的学生们的帮助是不可或缺的。我特别要感谢我著作的校对者们,他们是朱迪·拉赫曼、菲利克斯·洛佩兹,以及克里斯托弗·F. D. 赖德;也要向我的研究助理们表示谢意:大卫·德·沃尔弗和凯文·欧森;文森特·维尔曼,他做我的助理要比其他任何一位时间都长,是一位忠实并且胜任的助理;还有盖尔·盖迪斯和杰弗里·克罗凯特,他们在一个特别困难的时刻开始为本书工作,从那时开始以及在我离开耶鲁的那一年里,他们的表现在质量和数量上都极其出色。

最后我要感谢我的妻子安妮,我最明智的批评者,我最心爱的朋友。

盖多·卡拉布雷西

剑桥,英格兰

1981年6月

世界法学译丛

1. 法律:一个自创生系统
〔德〕贡塔·托依布纳著 张骥译(2004年1月出版)
2. 东西方的法观念比较
〔日〕大木雅夫著 华夏 战宪斌译(2004年7月出版)
3. 合同法理论
〔加拿大〕Peter Benson 主编 易继明译(2004年9月出版)
4. 法律的道路及其影响——小奥利弗·温德尔·霍姆斯的遗产
〔美〕斯蒂文·J.伯顿主编 张芝梅、陈绪刚译(2004年11月出版)
5. 公司法与商法的法理基础
〔美〕乔迪·克劳斯 & 史蒂文·沃特主编 金海军译(2005年1月出版)
6. 哲学与侵权行为法
〔美〕格瑞尔德·J.波斯特马主编 陈敏、云建芳译(2005年1月出版)
7. 官僚的正义——以社会保障中对残疾人权利主张的处理为例
〔美〕查里·L.马萧著 何伟文、毕竞悦译(2005年4月出版)
8. 法官、立法者与大学教授
〔比〕R. C. 范·卡内冈著 薛张敏敏译(2006年1月出版)
9. 《联合国国际货物销售合同公约》评释
〔德〕彼得·施莱希特罗姆著 李慧妮编译(2006年1月出版)
10. 欧洲人权法
〔英〕克莱尔·奥维 罗宾·怀特著 何志鹏 孙璐译(2006年3月出版)
11. 陪审员的内心世界
〔美〕里德·黑斯蒂主编 刘威、李恒译(2006年8月出版)
12. 权利话语
〔美〕Gleton 著 周威译(2006年10月出版)

13. 制定法时代的普通法
〔美〕Guido Calabresi 著 周林刚、翟志勇、张世泰译(2006 年 11 月出版)
14. 一次一案
〔美〕Cass R. Sunstein 著 泮伟江译(2006 年 11 月出版)
15. 欧共体立法 2004—2005(第 16 版)
〔英〕Nigel G. Foster 著 何志鹏等译(2006 年 11 月出版)
16. 欧洲共同体法律体系
〔法〕Denys Simon 著 赵海峰、王玉芳译(2006 年 12 月出版)
17. 自我防卫罪
〔美〕George P. Fletcher 著 陈绪刚译(2006 年 12 月出版)
18. 女性主义
〔美〕Catharine A. MacKinnon 著 李朝晖译(2007 年 3 月出版)
19. 规制及其改革
〔美〕Stephen G. Breyer 著 李洪雷、宋华琳译(2007 年 5 月出版)
20. 英格兰法律职业的源起
〔英〕Paul Brand 著 李红海译(2007 年 5 月出版)
21. 司法的过程
〔美〕Henry J. Abraham 著 泮伟江译(2007 年 5 月出版)
22. 决定法律是什么
〔美〕Charles Fried 著 胡敏洁译(2007 年 6 月出版)

2006 年 11 月更新

目 录

致谢	1
第一章 制定法卡喉	1
第二章 诉诸宪法与平等保护条款	15
第三章 消极德性	28
第四章 解释	52
第五章 新政的回应:行政机构	81
第六章 立法回应	105
第七章 结构性回应	123
第八章 一种新的进路:先驱与根基	145
第九章 应变之道:正当性问题	161
第十章 应变之道:限度与指南	208
第十一章 应变之道:技术与可行性	250
第十二章 制定法时代的法院角色	284
第十三章 应变之道的危险	289
第十四章 遁词的用途和弊端	295
第十五章 选择坦率	305
译后记	311
索引	313

第一章

制定法卡喉

1

最近的 50 到 80 年间,美国法发生了一个根本性的变化。这段时期内,我们已经从一个由法院所宣示的普通法主导的法律制度,进入到一个由立法者所制定的制定法成为首要法律渊源的法律制度中。^[1]“过量制定法律”(orgy of statute making)——借用格兰

[1] 所有人都承认,现代美国法被制定法主宰。例如,参见 Traynor, "Statutes Pe-
volving in Common-Law Orbits", 17 *Cath. U. L. Rev.* 401, 401—412 (1968): "法
官的责任更加重大了,因为立法机关大量地制定法律。他面前汗牛充栋的案
件不断涉及制定法的意义或适用,偶尔还涉及合宪性问题。这些反映其倡议
者或起草人或立法者的制定法有各种各样的目标、范围和性质……[制定法]
可能会对普通法产生或轻或重的影响,也可能百无一用,除非偶然事件将其投
入到诉讼中。无法根绝的问题是,立法机关如何使毫无导向的制定法与现存
的普通法制度保持同步。"这个陈述和隐喻可以用来说明本书要处理的问题。
在当今的大法官中,特雷纳(Traynor)不是唯一关注此问题的人,参见第八章注
释 15。同时可参见 G. Gilmore, *The Ages of American Law* 95 (1977)。

然而,对于 19 世纪早期普通法主宰的程度,仍有商讨的余地。格兰
特·吉尔摩(G. Gilmore)温和地表述了革命后美国法学的传统观念:"我们
确实开始理性地创制系统化的法律制度。我们确实以某种方式调整此制度,
以适应社会、经济和技术令人眩晕的变化步伐。在现实世界中,我们不得不
处理独立各州不可分解之联合这样含混抽象的概念带来的复杂问题。联邦
议会一筹莫展,州立法者更是手足无措。法院成为我们心仪的问题解决者。"
G. Gilmore, *supra*, at 35—36.

在 19 世纪的图景中,两种基本情形昭然若现:法院的积极作为和立法机
关的消极不作为。第一种情形不存在争议:从 19 世纪初到内战,法院为回应
变化的环境,创造性地使用和修改普通法规则,以至于在随后的形式主义和
司法节制(judicial modesty)时期,我们几乎忘记还有过这么一种情形。参见

2 制定法时代的普通法

特·吉尔摩贴切的措辞^[2]——的后果刚刚被认识到。这种变化本身及其对我们整个法律—政治制度的影响,还没有得到系统性的研究。

在这本书中,我将论证,当今许多迥异的法律—政治现象,都是对这个根本性变化及其造成的问题的反应。这些现象包括诸多事件:法院根据宪法尤其是平等保护的观念,认定制定法无效,这一做法呈现出持续增长的趋势;特别是与亚历山大·比克尔有着关联的消极德性(*passive-virtue*)理论的发展,使得法院能够迫使立法者依照宪法再次审议有疑问的法令;对制定法进行司法解释的

G. Gilmore, *supra*, at 35—36. L. Friedman, *A History of American Law* 17, 99—100 (1973); M. Horwitz, *The Transformation of American Law, 1780—1860* 1—4 (1977); W. Nelson, *The Americanization of the Common Law: The Impact of Legal Change on Massachusetts Society, 1760—1830* 171—172 (1975)。

然而,最近的研究开始质疑此种看法,即内战前很少有积极主动的法律制定活动。例如,霍维茨(Horwitz)和弗里德曼(Friedman)认为,对于普通法提供的方针政策:商业便利和经济发展,早期的立法机关也相当积极。参见 M. Horwitz, *supra*, at 1, 47—53; L. Friedman, *supra*, at 99—100。这些制定法偶尔修正普通法,参见 W. Nelson, *supra*, at 91—92,但是大部分制定法关注于一般认为不适合普通法造法的事务,诸如将土地分配给私人合伙者,例如参见 *Fletcher v. Peck*, 10 U.S. (6 Cranch) 87 (1810);颁发特殊的公司特许状,参见 L. Friedman, *supra*, at 166—167, and *Liggett Co. v. Lee*, 288 U.S. 517 (1933);授予许可证、经销权、专营权,参见 M. Horwitz, *supra*, at 122—139;补贴特殊的运输系统,参见 L. Friedman, *supra*, at 158, 159—161。税收和政府的直接支出处于非常低的水平,同上,第 163—164 页,因此,任何法定的风险事业,要么自掏腰包,要么事实上无需花费。结果,在地方,甚至在国家层面上,指导性规范很少能有效实施,同上,第 163—166 页。此外,私法的大部分领域——侵权法、合同法、商法、保险法——几乎免于立法的干预,同上,第 232—238 页,409—427 页,以及 M. Horwitz, *supra*, at 160—237。

就本书的目的而言,吉尔摩对 19 世纪的描述——普通法占主导地位,几乎排除了制定法的影响——不需要那么精确。如果说需要精确的话,只有一点点需要商榷,即较之普通法在我们今天的角色,普通法在 19 世纪扮演了更重要的角色。参见 Frankfurter, “some Reflections on the Reading of Statutes”, 47 *Colum. L. Rev.* 527, 527 (1947)。但是,对我的讨论具有根本意义的是,在私法的一些领域,普通法法院公开地、合法地更新普通法,使之与时俱进。

[2] G. Gilmore, *supra* note 1, at 95.

理论与实践的发展,使得即便是公认的伪善者,如果他们被认为是在试图辨别某种立法意图,也会觉得羞愧;将实质性的立法权力委托给行政机关(administrative agencies);对落日法(sunset laws)*的迫切要求——在确定的年限后它们将自动废止制定法或规章;以及对我们的立法机关、甚至整个权力制衡机制进行大刀阔斧的改革的建议,亦是不绝如缕。

美国法律的“制定法化”(statutorification)并不是这些种类繁多的建议和事件的唯一原因。[其中的]每一种现象都有可以解释它自身的独立的原因。然而,我确信,作为一组现象,除非将其看作是对美国法律的深层变化的特殊反应,否则,它们将得不到充分的解释。具体而言,它们是对下述意识的反应,即由于一项制定法一旦被通过便很难对其进行修正,因此我们正受着这样一些法律的统治,它们在今天是不会也不应当被重新通过的,而其中的某些法律非但不应当被重新通过,而且还与我们的整个法律图景不相契合,在某种意义上甚至与之相矛盾。²

与整个法律图景不相契合以及缺乏当下的立法支持,两者联在一起,我称之为法律过时(legal obsolescence)问题。在后面的章节,我将会讨论法律过时的这两个主要成分之间的关系。^[3] 对于此刻而言,注意到下面这一点就足够了:作为对法律过时问题的反应而出现的那些改革建议和司法行动,并不足以而且也不适合于成为应对这些问题的方法。^[4]

针对法律过时问题,有一种替代的解决方式:赋予法院权力,使法院能够决定一项制定法是否过时,该法是否应当以某一种或者另外一种方式得到刻意的审查。有时,这个原则相当于赋予法

* 落日法指规定对特定的法律或者规章等作定期审查的制定法或者规定,立法机关只有采取积极行动承认审查对象到特定日期的效力,审查对象才能继续有效,否则就不再有效。区别于立法机关在制定某部法律的时候,在其中规定该法律效力存续期限的做法。参见本书第六章。——译注

[3] See Chaps. IX, X, and XI.

[4] 这些建议以及它们的局限将分别在第二到第七章中讨论。

4 制定法时代的普通法

院这样处理制定法的权力,即制定法好像是普通法的一部分。^[5]有时,它能使法院鼓励、甚至促成立法机关对制定法进行重新审查。诉诸各式各样的技术,法院可以实行一项旨在革新过时法律的“普通法”程序,通过径直以新规则取代过时的法律来革新制定法(这些新规则要么源于普通法,要么源于制定法渊源),或者只是创造一个能够有意识地对法律进行立法审查的环境。^[6]在所有这些情形当中,目的都是在不要求法院做他们不能胜任的工作,或者不否认立法者在制定合宪性法律方面的决定性权威的情况下,允许法院使时代错位的法律不再掌控我们。^[7]

从上面的陈述看,这一解决方式或许显得激进。然而,与目前提出的那些可供选择的方案相比,这一解决方式对美国传统的法律—政治价值表现得更为保守。我们正在应对的,是慢慢地使我们整个法律—政治制度适应一个重大的变化:制定法占据了优势地位。我将讨论我们的法律制度如何通过各式各样的手段,尝试着将这一基本转变整合到传统的法律—政治模式之中,该传统模式维持权力间的制衡而无需接受过时的法律规则。这一尝试已在法院和立法机关之间的实质关系上造成了重要转变。这本书中,我的目标是,开始考虑,将这一基本转变整合到传统模式的尝试是是否能够被我们持续不断地设计的诸多解决措施所满足,或者,如果我们完全承认这个已经发生的变迁,并试图通过发展新的学说来

[5] 杰克·戴维斯(Jack Davies)参议员和格兰特·吉尔摩提出了类似的建议。此想法几乎同时被我们每个人想到,并且各自独立对它进行了阐发。参见 Davies, "A Response to Statutory Obsolescence: The Nonprimacy of Statutes Act", 4 *Vermont L. Rev.* 203 (1979); Gilmore, "Putting Senator Davies in Context", 4 *Vermont L. Rev.* 233 (1979); Calabresi, "The Nonprimacy of Statutes Act: A Comment", 4 *Vermont L. rev.* 247 (1979)。同时参见 G. Gilmore and C. Black, *The Law of Admiralty* § 6—56, at 446—448 (2d ed. 1975); G. Gilmore, *supra* note 1, at 97, 143—144。

[6] 我将考虑法院可能运用的这些以及其他技术,包括分配立法惰性的负担以促使对法律的立法重新审议的方法,见第十一章。

[7] 参见第十章以及第十一章。

控制他们,那么,我们是否会做得更好。

一项重大的变化融入到某一法律—政治制度中是非常复杂的现象。因此,此处我并不打算完满地阐发我所描绘的学说,只打算简要描述一下采用这种学说应有的限度和方法。这些限度和方法的精确形式,甚至此学说自身是否应该被公开地采纳,只能随着时间的推移由大众来决定。此点千真万确,尤其是因为此学说所准予的、与司法权力相契合的限度和方法,将随着所牵涉到的规则形式和法律领域的变化而变化。^{〔8〕} 尽管我希望在整合我们的法律制度中已经发生的根本性变化方面,提出有益的一步,不过我的书仅仅代表了在阐发一种恰当的学说以应对此一变迁方面的一个开始。

连续性与变化:普通法传统

连续性与变化是一个法律制度的基本特征。虽然激变或频繁的变化常常不能令人满意,但是法律必须变革,以适应变化着的时代需求,在民主制度中,还要适应变化着的多数人的要求,或许更为恰当地说,还要适应变化着的少数人联合的要求。^{〔9〕} 然而,如果法律—政治制度过于频繁地对变化作出反应,那么暂时性的和不稳固的多数人就极易强加他们的意志。新的法律获得通过,随之而来的,则是在下届选举之后又很快地被废弃,这将导致不确定

〔8〕 参见第十章以及第十一章中对与此学说相对应的各种各样的技术和限制的讨论。

〔9〕 例如参见 R. Dahl, *Pluralist Democracy in the United States: Conflict and Consent* 370 (1967):“由于两党制的存在,除非态度高度两极分化,否则,任何一方都只能通过建立选民联盟来赢得选举,而组成选民联盟的人在一些问题上意见一致而在其他问题上意见分歧……”达尔补充说,“没有充实的理由认为,在美国,较低的两极分化是政治上有用的联盟”,但是“一般来说,大的社会—经济组织在政治态度上截然不同”,同上。另见 D. Mayhew, *Party Loyalty Among Congressmen* 146—168 (1966),因为,联合组织如何变动的原因——而非立法者的偏好——解释了特殊的立法是否会被通过。因为联盟的组合提供了一个偏好的强度得以识别的途径。

性,导致正当预期的落空。更有甚者,激变会在社会上制造深层的断裂,而这种断裂是更缓慢的、有机的变化本可以避免的。

- 4 不同的法律—政治制度以不同的方式平衡连续性与变化的需求,一些制度更重视连续性,一些制度则更重视变化。在19世纪,据说美国发展了一种独特的解决之道来满足这两种需求。^[10] 该解决之道的最基本手段是普通法院,因为,大多数法律是法院创制的。^[11] 当然,在制定法律方面,立法机关拥有受宪法要求所限制的最终权力;不过依当代的标准,该权力运用得比较保守,并且主要地处于一种修正性的地位。在这样的社会中,通过普通法的裁判和对先例的修正,法律可以被常规地更新,从而避免激烈的突变。变化发生了,因为遵循先例(*stare decisis*)原则是以一种相当宽松的方式被坚持的,先例不具有、甚至在名义上也不具有绝对的约束力。^[12] 现

[10] 例如,参见前注1中G. Gilmore文。我这里要赶快插一句,我并不关注这个传统、这个“被接受的智慧”的历史精确性。事实上,其中的一部分最近已经遭到了批判,被认为过于简单,参见前注1。虽然如此,它仍然是对美国关于连续性与变化如何平衡的渴望的完美表达。参见下文注释11。由于这个原因,对于我来说,这个制度曾经是否以其简单的形式真正地存在过,和它能否被恰当地用作比较当代法律—政治现象的基准,两者一样的不重要。因此,在整本书中,当我使用“普通法制度”、“19世纪的平衡”或“传统范式”时,我指的是理想化的法律—政治制度。

[11] 例如,参见 *Lum v. Fullaway*, 42 Hawaii 500, 502—503 (1958): “作为我们法学之基础的普通法的全部特征在于其有序成长的能力……其成长的媒介便是所谓的法官造法。在学富五车的法律圣贤的意见中表露无疑。”(删去了引证)“或许,对于法律的成长,最近的趋势更依赖于立法机关而非法院。然而,司法造法仍然不可动摇。”同上,第504页。亦见前注1。

[12] “事实上,在美国,我们从未见过严格的[遵循先例](*stare decisis*)原则。遵循先例原则只有在19世纪的英国得到真正实现。我们对先例宽松的态度表现了更古老的——但不必然更落后——原则。”参见 Wise, “The Doctrine of Stare Decisis”, 21 *Wayne L. Rev.* 1043, 1046—1047 (1975)。

然而,直到19世纪中叶,遵循先例的强制力才获得松动,1898年,在 *London Tramways Co. v. London County Council*, [1898] A. C. 375 案中,上议院裁定,他们不能修改作为最高法院的上议院在以前案件中确立的先例,这样的先例只有国会的法案才能修改。否则,便意味着法院将篡夺立法的功能。亦见 *Beamish v. Beamish*, 11 Eng. Rep. 735, 760—761 (1861)。

实发生的变化往往是一点一滴的、逐渐积累的,假如你愿意,也可说是有机的(organic),因为法院总是试图去发现不断变化的法律,并仅仅是顺带着去创制它们。

尽管这一解决之道依赖于法官——他们与选民的关系最成问题,但它实际上也可以说是民主的,因为法律程序和“依原则”裁判(“principled” decision making)的要求趋向于限制司法权的范围。普通法裁决的渐进主义性质意味着,没有一个单独的法官可以全然改变法律,诸多法官能做的仅仅是随着时间的推移,回应变化了的实践和人们变化了的态度。同样重要的是,此项制度之所以可以被叫做民主的,是因为当司法行为明显地与立法意愿相违背,与我所谓的“多数主义”的要求相违背时,民选的立法机关能够撤销这些司法行为。^[13]某种意义上,立法机关享有最终的决定权。

这样一种立法修正必须克服许多障碍,因为美国传统绝不赞同简单的多数主义。所有形式的权力制衡——两院制立法机关、联邦主义、行政权力(executive authority)、有时甚至还有立法委员

1966年,上议院大法官加德纳(Gardiner)在“诉讼程序指南”(Practice Statement)——一种法院的一般性规则——中宣称,虽然“他们这些大法官将先例看作法律裁决不可或缺的基础”,但是,他们“承认,在个别案件中,太严格地坚持先例会导导致不公正,同时也会限制法律的恰当的发展。因此,他们建议修改他们现在的诉讼程序,即将上议院先前的判例看作常规的约束,但当背弃先例看上去是正当的,就可以背弃先例。”[1966]1 *Weekly L. R.* 1234 (H. L. (E.)). 有关此转变的简短评述,参见 Leach, “Revisionism in the House of Lords: The Bastion of Rigid Stare Decisis Falls”, 80 *Haw. L. Rev.* 797 (1967)。

[13] 参见第九章。我在此处以及后面部分,将在一个非常特殊的意义上使用“多数主义者”(majoritarian)这个词。我认为,对于代议制立法机关充分考虑的问题,无论它作出什么样的决定,都表现了多数主义者的偏好,而不管全部民众(然而他们是被限定的)中的大多数人本来会如何决定这个问题。这个并不非常现实主义的看法弥漫在美国大多数的政治修辞中,在本书中,质疑这一点不会有所收获。

会——给那些试图修改普通法的人施加了沉重的负担。^[14] 法案通过后,如果它毁损了普通法,那么立法行为还必须经受“严格解释”的严酷考验。^[15] 当然了,法院也早就主张他们有宣布一项制定法违宪从而无效的权力。^[16] 然而,宪法武器的运用很保守,因为不像其他武器,宪法武器否定了立法机关、政府的最直接的人民代表所拥有的最终决定权。^[17]

- 5 我所描绘的障碍并非偶然。立法机关对法院的判决的轻易撤销或许能够促生变革,但也可能破坏法律的连续性;这样一种解决之道不符合美国口味。一旦立法者确实以合乎宪法的方式采取行动,并以充分的清晰与明确克服了严格解释,那么它的行动是最终

[14] 联邦宪法——大多数州的宪法模仿了它,参见前注 1L. Friedman 文,第 102 页——为制定法的通过设置了许多路障。参见第七章注释 8 以及相对应的正文。至少在联邦层面上,委员会制度早就为制定法的便利通过设置了非宪法性障碍。参见 H. Hart and A. Sacks, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law* 727—730 (MS 1958)。又见 Traynor, *supra* note 1, at 424—425。

[15] 传统的普通法思想认为,立法机关通过法律只是为了寻求特定的结果,认为他们缺少更加根本变革普通法的意图(甚或能力)。因此,每一部新的制定法都要经历法院的解释程序,而法院的解释通常在很大程度上限制了制定法潜在的影响范围。对司法部门对立法部门的“嫉妒”的经典批评,参见 Pound, “Common Law and Legislation”, 21 *Harv. L. Rev.* 383 (1908)。赞成普通法法院恰当地将制定法当作法律渊源的观点,参见 Landis, “Statutes and the Sources of Law”, in *Harvard Legal Essays* 213 (1934), and Stone, “The Common Law in the United States”, 50 *Harv. L. Rev.* 4 (1936), 本书第八章有所讨论。又见 Traynor, *supra* note 1。

[16] *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803) 案是值得称道的案子,在该案中,最高法院声称,法院有宣告违反宪法的联邦制定法无效的权力。在最高法院划时代的裁决作出之前,州法院在州案件中就已经偶尔使用司法审查权了。参见 Nelson, “Changing Conceptions of Judicial Review: The Evolution of Constitutional Theory in the States, 1790—1860,” 120 *U. Pa. L. Rev.* 1166, 1167—1174 (1972)。

[17] 例如,参见 L. Friedman, *supra* note 1, at 107。在前注 16 中 Nelson 论变化的司法审查观念的文章的第 107 页,他历数了截至 1860 年联邦或州法院行使这项终极权力的一百五十多个案件。

的,事实上,以后的法院将对此无能为力。^[18]即使存在司法干预的迫切要求也是如此。[在那个时期],制定法还相当罕见,以至于即便它们岁至中年、不再令人满意^[19],它们也不会给国家整体带来很大的麻烦。随着时间流逝,它们会完全过时,被人忽略。但即使在它们被忽略之前,除非被立法者撤销,它们仍然会作为次要的时代错误或小小的不便而产生着影响——这是维护民主制度付出的代价,民主制度既给予变化,也给予连续性,并且为此它似乎要求立法行动必须是被作为终局性的。

当前的困境

这样一个法律世界发生了根本的变化。获得连续性与变化的特殊的美国方式由于诸多原因已经瓦解,这些原因因为一言难尽、太过复杂而无法在此时详细讨论。^[20]它们部分地与对这样一些法

[18] 关于此观念的经典表述,参见 *Snowden v. Snowden*, 1 Bland. 550 (Md. 1829) (关于制定适合于年幼被告的程序的要求被长期忽视的实践,是否构成反对制定法的建设性理由):“这些先例看起来支持了此种观点,即积极地制定的法律最终可能被长期的、全面的、不受干扰的实践过程所废止。然而它们正是那些我深表异议,准备采用并进一步详细阐述的先例。我认为,敬重地对待我先辈的行为,绝对地遵从我的上级,是我义不容辞的责任;因而,我不能忽略划分给法官的领域,我不能允许自己通过案件中的暗示或遵从未深思熟虑的先例,来超越对我所属的司法部门的宪法上规定的限制。无论是初审还是终审的法官或法院都没有权力立法;宣布立法机关的法律过时的权力和制定一部新法的权力没有什么不同。废止的权力和立法的权力具有相同的本质。因此,我始终将立法机关宪法性法律的明确规定看作超越任何习惯或已裁决案件的最高权威。”同上,第 556 页。

[19] 诚如格兰特·吉尔摩所言,制定法一生中最违宪的时期是中年时期,因为,那时它们与客观环境仍然有千丝万缕的联系,但是,它们的锋芒(thrust)不再被渴求,或不值得渴求。“制定法一生中最困难的时期——像人一生中的困难时期一样——是中年时期。不得不承认,制定法不再是曾经的它了,已经垂垂老矣。偶尔也会再露锋芒,也会回光返照。我们现在已经过了我们制定法的中年时期。”G. Gilmore, *supra* note 1, at 96.

[20] 这些有关制定法运动的诸多原因将在第七章中讨论。