

(美)

James E. Bond

郭国汀
译

审判的艺术

中国

社



审判的艺术

(美) James E. Bond

郭国汀 译

中国政法大学出版社

(京)新登字 185 号

审判的艺术

(美)James E. Bond

郭国汀 译

*

中国政法大学出版社出版

秦皇岛市卢龙印刷厂印刷

新华书店经销

*

787×1092, 32 开本 3.75 印张 800 千字

1994 年 8 月第一版 1994 年 8 月第一次印刷

ISBN 7-5620-1206-7/D·1158

印数:4000 定价:3.80 元

内容简介

法官应如何解释适用宪法？法官应如何判案？是依形势需要按个人意愿随意解释适用法律还是应根据宪法原文及对原文的原始理解来解释适用宪法？象艺术家那样还是象政治家那样判案？作者以简洁流畅的文笔，丰富的资料，严密的逻辑，旁征博引，详尽地分析了具有不同审判风格的法官的审判特点及他们对同一案件作出不同判决的原因，通过对“钢铁公司征收案”，“夏威夷土地征收案”等十余个著名案例进行透彻的法理分析，精辟地论证了法官只有象艺术家那样判案，才能保证立宪政体和法治的胜利。

本书思想性、理论性较强，同时又富于文学色彩，已被译成法文和德文，受到各国专家学者的好评。本书对我国的审判工作，律师业务均有一定的参考价值。本书适合于高级法官、律师和教研人员阅读参考。

Copyright by the Social Philosophy and Policy Center

出版商 New Brunswick (USA) and London (UK) 1987. Published by the Social Philosophy and Policy Center and Transaction, Inc. 1987

本书已经作者 James E. Bond 教授及版权所有人美国社会哲学和政策研究中心正式授权郭国汀先生和中国政法大学出版社翻译出版

作者简介

James E. Bond 是美国 Puget 大学 Sound 法学院院长、法学教授。曾执教于 Wake Forest 大学和 Washington and Lee 大学。他从年青时起就热衷于民权运动，曾长期任全美保护公民个人权利基金会主席，作为一名宪法学者，他致力于研究联邦最高法院应当怎样行使其权力来保护公民个人权利。

译 者 简 介

郭国汀是福建经济贸易律师事务所三级律师。1958年生，1984年毕业于吉林大学法律系国际法专业，1985年全国首届法律院校法律专业英语师资进修班结业。译有《现代提单的法律与实务》《审判的艺术》等专著；已在《中国律师》《律师与法制》《中国海商法年刊》等16家专业杂志上发表论文，评论、案析70余篇。主办过全国首起涉外预借提单案、进口五千吨智利鱼粉品质纠纷案等数十起涉外经济大案。

INTRODUCTION

It is a great honor to have The Art of Judging published in the people's Republic of China, and I am grateful to Guo Guo Ting for undertaking the task of translating it into Chinese.

All societies, whatever their social, political or economic organization, need persons to settle disputes or disagreements among members of the community. The cultural milieu of a society, as well as its history and traditions, necessarily influences the particular role such "dispute-settlers" or judges play. At the same time, these judges face common problems that transcend cultural differences.

One of these common problems is insuring that judges decide disputes fairly and justly in accord with the values of their society. To do this, judges must have independence and yet simultaneously be subservient to some superior power. It is my hope that Chinese readers will find my essay on how Americans have tried to resolve this dilemma useful, for freedom cannot survive in liberal democracies unless that dilemma is successfully resolved.

James E. Bond
Professor of Law

中 文 版 序

拙作《审判的艺术》能在中华人民共和国出版使我深感荣幸，我十分感谢郭国汀律师将其译成中文。

所有的社会，无论他们的社会、政治或经济组织机构如何，都需要有人来处理社会成员之间的分歧或纷争。一个社会的文化背景及其历史和传统，都不可避免地对诸如争议解决者或法官特定角色等产生影响。同时，这些法官面临着那些超出文化差异的共同问题。

其中一种此种共同问题乃是保证法官能按照现社会的价值观公正和正义地裁决争议。鉴此，法官必须具有独立性，与此同时还得受制于某种更高的力量。我希望中国读者将能够发现我的小书对于美国如何解决此种难题有所启迪。因为自由在一个自由主义的民主社会将无容身之地，除非成功地解决了此种难题。

James E. Bond

法学教授

注：作者系美国Puget大学 Sound 法学院

法学教授

法学院院长

全美保护个人权利基金会主席

导论

一六一六年六月的一个狂风呼啸的下午，皇宫内恼怒的詹姆斯国王传令皇家法院的全体法官立即到宫。国王叱责法官们竟敢违抗他的旨意审判了一个他曾下旨停审的案子，这使他恼羞成怒。他狂暴地说：这是叛逆不忠，是犯上作乱。法官们个个吓得跪倒在地请求国王宽恕。詹姆斯挨个向抖缩在他脚面前的法官们发问，如果他再次指示要停审某个案子，他们应该怎么做？法官们依次回答将按照国王的旨令行事。最后，国王冷冷地盯住法院院长考克问他会怎么做，浑身发抖的院长抬头望着国王低声说道：我将做那些适合于一个法官该做的事^①。

考克大胆的回答使他丢了院长的乌纱帽，他的模棱两可的话保住了他的脑袋。历史首肯了考克的勇气。我们为司法独立的制度深感自豪。这种制度的优越性最近再次得以证明：即使是总统也要受法律的制约而不能凌驾于法律之上，然而，历史却还未澄清考克这种模棱两可的话。确切地

说，究竟什么才是适合于法官尤其是一个联邦最高法院的法官应该做的事，这仍然是个悬而未结的问题。

对此问题主要有两种截然相反的问答：我把它称之为‘不可能的幻想’和‘经常发生的恶梦’^②。第一个答复是说：法官应该通过研究条款所使用的语言来确定条款的含义。按照詹姆斯、布莱德智、太勒的说法：“这可能只有在律师的王国里，所有的文字才都有一个固定、精确而肯定的含义……所以一个律师可以安然地坐在他的办公椅上，研究交给他的文件，甚至无须抬起眼皮就可以回答所有的问题^③。”这种认为法官能够仅仅从语言本身来确定条款含义的观点不言而喻是荒诞无稽的——“一个不可能的幻想”。不可否认，在宪法中某些条款的含义从字面上就可一目了然。人们决不会对各州要有两名参议员这一条款的含义发生误解和争议。最近从波音公司里选出了一名参议员。这事我猜想是一个政治花招，而这对每个主要的军事承包商有权选出自己的参议员这点并无重大争议。同样地，总统必须是美国本土出生的公民这一条款的含义也是十分清楚的。据我看没有人会认为“本国出生的公民”（natural born citizen）应排除那些经“剖腹产”而出生的公民。

当然牵涉到诸如这些条款含义之争的案件并不会塞满法官的备审案件录。但法院有责任来确定条款中那些意思不那么特定和含糊的字眼的含义。第四修正案严禁一切不合理的搜捕行为，但并未具体说明何种情况下的搜查或逮捕行为才是合理的。第六修正案规定应保障被指控者得到律师帮助的权利。但并没有具体说明在何种情况下被告有权获得那种帮助。第五和第十四修正案的正当程序条款，事实上也没有具体规定什么程序才是正当的；平等保护条款并没有对那些违

反命令的程序进行分类而做出详细的规定。这些条款的措词，根本就不能用来处理下列的大多数案件。

有人认为正是由于缺乏这种规定性和明确性而使法官能够按自己的意愿随心所欲地对有关条款妄加解释。依此种观点，宪法只是一个空瓶子，法官可以任意地倒进任何东西。我称此种观点为“反复出现的恶梦”，它所包含的意思是令人不寒而栗的。法院行使这种特别的任意决定权（discretion）的唯一正当理由毕竟是基于这样的信条；即任意决定权还是要受到法律限制的。如果这种信条仅是一种神话，那么，法官的任意决定权就只受政治现实的限制，法官就可以基于幻想、热情、偏见或者说，如果他们有开玩笑的兴致的话，也可以往上抛一枚硬币来决定宪法的含义。那将是不可容忍的，也没有任何一个法官承认自己是基于任何上述基础来判案的。

如果那幻想是怪诞的而那恶梦又是想象中的，那么什么才是真正的选择？真正的选择必须是基于回头看以总结前人的经验，朝前看以寻求灵感，这二者之间，也必定是基于艺术家的判决和政治家的判决这二者之间。下文就是试图来阐明，最佳的选择，乃是回顾历史总结前人的经验，以便能象艺术家那样判案。

目 录

序 (中文版)	(1)
导论	(1)
第一章	争论：法官们应该怎样解释 宪法？	(1)
第二章	选择：法官应当象政治家还是象 艺术家那样判案？	(10)
第三章	选择的重要性：法治的生存是否取决 于作出司法判决的风格？	(19)
第四章	作出判决的混合司法风格的研究 法官能否同时既象政治家又象艺术家 那样判案？	(26)
第五章	作出司法判决风格的对照案例研究 在判案时政治家法官与艺术家、 法官会有什么区别？	(38)
第六章	对艺术家有利的判决：为什么法官 应当象艺术家那样判案？	(46)
第七章	对政治家不利的判决：为什么要限制 法官们象政治家那样判案？	(60)
第八章	结论：艺术家法官将怎样确保 法治的胜利？	(70)

第一章 争 论

法官们应该 怎样解释宪法

最近，司法部长埃德温·米斯和联邦最高法院法官威廉·布伦那相互拉开了架势，就解释宪法的基础规则问题展开了针锋相对的辩论。他们的争论再次把公众的注意力集中于美国宪法的最重要的问题上来：联邦最高法院在解释宪法上应扮演什么角色？司法部长在对美国律师协会的演讲中，告诫法官们管好自己的事，这点他自认为是对宪法的严格的解释^①。他还特别建议法官们要按宪法制订者的意图来适用宪法。并称赞司法限制学说，这种学说使得司法机关不干涉行政机关和立法机关的事务。布伦那法官在乔治敦大学的一次演说中驳斥了司法部长的告诫，并把它说成是臭名昭著而又自以为是的荒唐谬论^②。说它是自以为是的，是因为没有人能够推测原始理解。说它是臭名昭著的，是

因为宪法制订者并没有考虑国家今天所面临的具体问题。所以，法官说它不能依赖于制订者对宪法的原始理解，而是要问：如果“宪法理想中的人类尊严”要得到实现的话，宪法在我们这个时代究竟应有什么含义。

这一激烈而更为公开的争论引起了众多的评论。然而，这争论并非新鲜事。自1803年首席法官约翰·马歇尔（1801—1835）宣称联邦最高法院可以宣布国会的法案是违宪^①的以来，评论家们时不时地谴责法官对他们自身作用的误解，并曲解了宪法。被激怒的国会评论家们曾试图罢免误入歧途的法官们^②。国会改变了法院的规模，以期望消除他们的恶劣影响^③。国会控制了法院受理上诉的权限，力图防止法官们“错误地”判案。^④每一届总统都提名了那些将来能够“正确”判案的法官^⑤。当奥力夫·温德尔·荷马斯法官把法院描述成“风暴中心的平静地带”时，他宣称法院是处于正常的工作状态。常常当法官们的谬见受到人们攻击时，他们则再三强调他们有解释宪法的最后权力^⑥。

马歇尔的民族主义的判决把杰弗逊主义者激怒了近三十年。一案接一案，马歇尔时代的法院就宪法授权给联邦政府的三个部门^⑦进行了广泛的解释工作。那些坚持对国家权力作严格解释者抱怨法院曲解了制订者的意图^⑧。托马斯·杰弗逊本人至死坚持认为民族主义者不顾原始理解因而腐蚀了宪法制订者预期的目的^⑨。弗吉尼亚州的约翰·伦道夫谴责说：在批准的争论期间民族主义者就宪法之含义一事所做出的各项承诺无一兑现^⑩。一个宪法学者在回顾评论中曾下过这样的结论：“我们并非生活在宪法制订者的宪法底下，而是生活在约翰·马歇尔根据诡辩法的宪法底下^⑪。如此看来，问题不在于约翰·马歇尔是否把他的民族主义的哲学

硬塞进宪法里面，他确实这样干了，但问题在于他这样做是否可证明是有道理的。

马歇尔的继任者罗杰·唐尼(1836—1864)也因为他的严格解释宪法而受到同样严厉的批评^④。作为一个杰弗逊派的民主党人，唐尼信奉杰弗逊的国家权力哲学，并始终如一地狭义解释国家权力^⑤。譬如，他在德雷·斯考特^⑥一案中宣称：国会不能禁止在准州的奴隶制。这导致了一场暴风雨般的抗议。批评家们谴责唐尼是个现代的比拉多(Pontius Pilate)多方的压力逼得他在痛苦中死去。当然，问题还是一样的，即：问题不在于唐尼是否把他的州权力的哲学观点强加于宪法。他确实曾这样做了。但主要是要看他这样做是否有道理。

一个世纪以后，法院发现其又卷入了相同的论战之中。在大萧条的中期，富兰克林·罗斯福寻求有限度地行使国家权力。在他任期的第一个百日内，由罗斯福提议并由国会通过的关于美国政府传统模式变革的立法^⑦。农业调整法、国家劳工关系法和国家工业复兴法，均有个共同特征：每个法都设立了一个行政机构来制订和实施指导地方交易及其相互关系的条例。

法院最初否认总统和国会有权授予这些机构如此广泛的权力。由于认为宪法禁止联邦政府侵犯人民的保留权利及各州的保留权力，因此法院使许多“新政”的方案无效^⑧。作为反击，总统谴责法院，说它是用过时的方式来解释宪法^⑨。在批评家眼里保守的法官是“司法的尼禄(judicial Neros)，当国家在燃烧时却津津乐道于伪造宪法的原文。问题不在于法官们是否把他们的不干涉主义的涵义硬塞进宪法。当然，他们确实也这样做了。而问题是他们这样做是否有理。

新政后期由罗斯福提名的法官把持下的法院，对各州制

订的经济活动管理条例采取容忍的态度，然而却十分仔细地审查各州有关第一修正案活动^①的具体管理办法。他们还不厌其烦地修改法院的审判程序规则。批评家们指责法院解释宪法的方式就象它是在授权战后自由党人的政治议事日程似的。问题不在于法官们是否将他们自由党人的评价硬塞进宪法。虽然他们已经这样做了。但问题在于他们这样做是否有理。

六十年代由新一代的自由党人所控制的法院，在首席法官厄尔·沃伦(1953—1963)的领导下，对宪法进行了一种平均主义的注释^②。批评家们指责法院曲解宪法原文，以便获得宪法制订者从未预料的结局^③。在法院内部，持不同意见而且批评措词最为严厉的那些法官们禁不住哀叹道，多数党的骑士们无视宪法的原文及其历史。当一家法院多数党指令州立法机关根据一人一票的原则重新分配他们自己时，菲利普斯·弗兰克福特(1939—1962)法官勃然大怒地说道：

“今日之法院推翻了建立在一系列案例基础之上的有关判决的一贯程序，包括那项如今被确定的而仅在五年前还遭到众口一词否决的请求……然而，无论是多么称心如意，也是我们政府政策的制订者及那些伟大的政治思想家们中的某些人多么渴望的东西按人口的地理分布比率选代表，都从未被普遍地实践过……这不是英国的制度，这不是殖民地制度，这不是国家政府依照宪法而选择的制度，这不是在正式通过第四修正案时，美国所实行的独一无二的或者说优越无比的制度。这也不是今日美国实行的优越无比的制度^④。”

这家法院的多数党还指令地方团体提高那些来自其他州

① 第一条修正案，保证公民有言论、出版、集会、宗教信仰的自由和请愿权的条款。