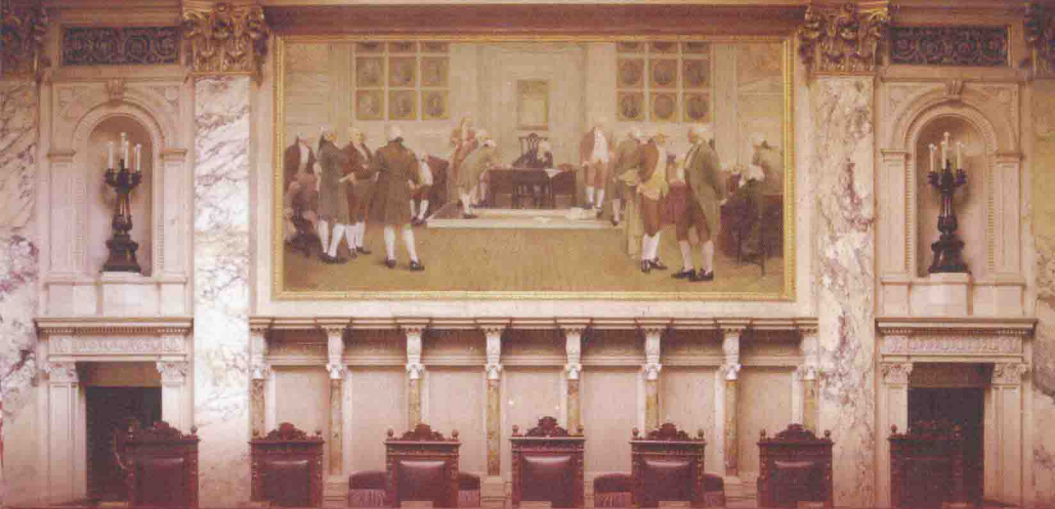




JUDGES ON JUDGING

Views from the Bench

法官能为法治做什么

美国著名法官讲演录

〔美〕戴维·奥布莱恩 编

(David M. O'Brien)

何帆 姜强 刘媛 黄琳娜 林娜 译



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

法官能为法治做什么

美国著名法官讲演录

〔美〕戴维·奥布莱恩 编

何帆 姜强 刘媛 黄琳娜 林娜 译

讲演者名单

约瑟夫·斯托里

雨果·L.布莱克

威廉·O.道格拉斯

沃伦·E.伯格

威廉·韦恩·贾斯蒂斯

汉斯·A.林德

J.克利福德·华莱士

罗杰·J.迈纳

理查德·A.波斯纳

克拉伦斯·托马斯

小奥利弗·温德尔·霍姆斯

杰罗姆·弗兰克

约翰·M.哈伦二世

小刘易斯·F.鲍威尔

约翰·保罗·史蒂文斯

威廉·H.伦奎斯特

斯蒂芬·莱茵哈特

安东宁·斯卡利亚

戴维·H.苏特

亚历克斯·科津斯基

本杰明·N.卡多佐

罗伯特·H.杰克逊

小威廉·J.布伦南

瑟古德·马歇尔

马文·E.弗兰克尔

罗伯特·H.博克

露丝·巴德·金斯伯格

斯蒂芬·G.布雷耶

D.布鲁克·霍恩比

杰弗瑞·S.萨顿



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

著作权合同登记号 图字:01-2012-4280

图书在版编目(CIP)数据

法官能为法治做什么:美国著名法官讲演录/(美)奥布莱恩(O'Brien, D. M.)
编;何帆等译. —北京:北京大学出版社, 2015. 4

ISBN 978-7-301-25102-7

I. ①法… II. ①奥… ②何… III. ①法官—工作—美国—文集
IV. ①D971.262-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 277491 号

Judges on Judging: Views from the Bench, 4th Edition

by David M. O'Brien

Copyright © 2013 by CQ Press, an Imprint of SAGE Publications, Inc.

This translation published by arrangement with CQ Press, an Imprint of SAGE Publications, Inc.

ALL RIGHTS RESERVED

书 名 法官能为法治做什么——美国著名法官讲演录
著作责任者 [美]戴维·奥布莱恩 编
何 帆 姜 强 刘 媛 黄琳娜 林 娜 译
责任编辑 曾 健 陈晓洁
标准书号 ISBN 978-7-301-25102-7
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> <http://www.yandayuanzhao.com>
电子信箱 yandayuanzhao@163.com
新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书
电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
印刷者 北京汇林印务有限公司
经销者 新华书店
965 毫米×1300 毫米 16 开本 25.5 印张 388 千字
2015 年 4 月第 1 版 2015 年 4 月第 1 次印刷
定 价 59.00 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 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

Judges on Judging: Views from the Bench, 4th Edition

Copyright © 2013 by CQ Press, an Imprint of SAGE Publications, Inc.

CQ Press is a registered trademark of Congressional Quarterly Inc.

All rights reserved. No part of this book may be reproduced or utilized in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying, recording, or by any information storage and retrieval system, without permission in writing from the publisher.

在美国、伦敦、新德里的版权所有方是原出版方，本书简体中文版经过版权所有方授权出版。

大法官说

席卷人类的巨大潮汐和水流，不会在法官面前绕道而行。

——本杰明·N. 卡多佐大法官

阿克顿勋爵说过，“自由”一词有两百多种定义。在我看来，这些定义都受制于当时的形势背景，并非面向未来的界定。我们的“权利法案”，打下了自由社会的制度基础。自由的含义，不止是无拘无束，不仅是少数服从多数，不光是赋予弱势阶层权力，归根结底还是要靠推动法治来实现……

——罗伯特·H. 杰克逊大法官

我家乡[新泽西州]伟大的首席大法官亚瑟·T. 范德比尔特曾被记者问及他所撰写的某段判词的含义，这段判词在外界引起很大争议。首席大法官回答：“先生，我们负责写判决，但不负责解释判决。”这并非傲慢自大——而是在直言不讳地提醒记者，这个社会需要的是法官凭借自己的真才实学写出的判决，而不是法官事后的解释或评论，这样才有利于促进司法独立。

——小威廉·J. 布伦南大法官

如果你们连自己的最高法院大法官都不信任，那还能相信谁……我在审判席上最引以为豪之事，就是从不允许自己放弃审判职责。

——安东宁·斯卡利亚大法官

译者导言

法官能为法治做什么

从2013年到2014年,司法改革提速,译事逐渐荒疏。每有朋友问及翻译进展,只能苦笑:“中国法院的事情都忙不过来,哪儿有时间关心域外司法?”

完全不关心也不可能,只是题材变了。初涉译事,自我定位为司法文化传播者,更侧重推介法官传记或经典判例,很少专注于制度介绍。近些年,因忙于司改,译书题材逐渐由“软”及“硬”,故事变少,干货渐多。以手头两本待译著作为例,一本是《美国司法独立史》(*The People's Courts: Pursuing Judicial Independence in America*),讲述法官选任制度流变;一本是《专门法院》(*Specializing the Courts*),讨论专门法院利弊兴衰。两本书的题材正好与当下司法改革的两个热点话题对应,即:法官怎么选?法院怎么设?

先说法官选任。本轮司法改革启幕时,各界普遍认为,未来的法官应当职业化、高素质、严要求,但这样的法官到底该由谁遴选、如何选任,意见却并不统一。各省法官遴选委员会陆续设立,争议也随之产生:谁来当遴选委员会主任?法官占多大比例?办事机构设在哪儿?党管干部原则在哪个环节体现?遴选是考选制还是绩效制?律师参与选法官会不会影响司法公正,利益“防火墙”如何设置?有人担心高级法院主导法官遴选委员会,会导致上下级法院之间的“行政化”更严重;有人害怕非专业委员过多,会影响法官遴选委员会的专业判断;还有人认为,如果法官集中在省一级遴选,任免权力还保留在各级人大及其常委会手中,司法的“地方化”问题仍将积重难返。

再看法院设置。很长时间以来,理论界与实务界都津津乐道于专门法院的设置。从知识产权法院、行政法院、未成年人法院和家事法院,到商事法院、破产法院、金融法院、财税法院和环境资源保护法院,但凡某个审判领域与专业性沾边,就会有设立相应专门法院的呼声。在新一轮司法体制改革

中,知识产权法院应运而生,跨行政区划法院也在京沪率先挂牌。一时间,特殊类型的法院又成时髦话题。可是,也有人追问:一个专业领域对应一个专门法院,到底有没有必要?设立专门法院的必要性和标准到底是什么?如何把握好专业化审判、统一法律适用与便利民众诉讼、节约司法资源之间的边界?又如何避免今天一拥而上的改革成果成为未来的改革对象?抛开政治风潮与部门利益,上述问题其实都有进一步探讨的空间。

上述关于法官与法院的争议,在美国也曾长期存在。美国建国之初,各州崇尚法官独立,效仿联邦法院,规定法官由行政首长任命、终身任职,但是,由于法官素质参差不齐、滥权现象严重,部分州又矫枉过正,改为以票决方式推选,法官定期换届。可是,有竞选就需政治助力,背后还得强大资金支持,这样一来,法官选任难免卷入党争,企业利益牵连其中。每近换届,许多法官不得不以判决换取民意支持。因此,直到现在,完善州法官选任方式仍是美国司法改革的焦点议题。此外,美国专门法院的设置也非常繁杂,从联邦到各州,门类多达十几种,别说法学院师生,就算资深律师,不在诉讼圈摸爬滚打三五年,也理清各类法院的管辖关系。而专门法院的存废撤并之争,在美国司法界也是一个经久不衰的话题。

由此可见,尽管历史动因与表现方式不同,但我国司法改革面临的困难和问题,彼岸也曾存在,了解其历史源流和经验教训,对推进当下改革应有启发。另外,受视角和经历影响,学者专著与具体实践始终“隔”着一层,我更加好奇的是,美国法官又是如何看待本土司法和职业定位的呢?

2013年,因偶然机缘,购得戴维·M. 奥布莱恩教授编撰的 *Judges on Judging: View from the Bench* 一书。奥布莱恩是弗吉尼亚大学教授,也是美国司法研究的顶尖专家,曾在联邦最高法院担任访问学者,并在首席大法官行政助理办公室从事研究工作。他撰写的《风暴眼:美国政治中的最高法院》(*Storm Center: The Supreme Court in American Politics*)是美国最畅销的最高法院著作,1986年初版即获得美国律师协会颁发的“银槌奖”,到2014年已出到第十版。

不过, *Judges on Judging* 并非奥布莱恩教授的专著,而是一部法官著述汇编,且以演讲稿为主。西方法官多以判词闻名于世,奥布莱恩则刻意搜集了众多法官在审判席之外的作品,并分主题撰写引言。可以说,这是一部“法官

视角”之集大成者。认真阅读之后,我当即决定将这本书译介给国内读者。推动我下决心的主要理由如下:

一是作者阵容豪华。霍姆斯、卡多佐、布伦南、鲍威尔、伦奎斯特、斯卡利亚、金斯伯格、苏特、布雷耶、波斯纳……打开作者名录,几乎要被熠熠生辉的名字晃瞎。随便挑出一个,都是大名鼎鼎的人物。除了路易斯·布兰代斯和勒尼德·汉德,美国司法史上著名法官几乎全部名列其中。尽管霍姆斯、卡多佐、伦奎斯特、布雷耶、波斯纳都有著述被译为中文,但还没有一本书能如此集中地反映司法群英的思想精华。

二是视角全面多元。近年来,国内读者熟悉的美国法官,除理查德·波斯纳外,多数是联邦最高法院大法官。经由诸多同仁译介,人们对最高法院的审判程序和经典判例都已熟悉。而本书34篇文章作者中,除2位首席大法官和16位最高法院大法官外,还有12位上诉法院和初审法院法官,涵盖联邦与州两个司法系统。书中既有大法官介绍最高法院选案规则、内部会议和言词辩论,也有基层法官揭示下级法院的庭审现状、法官选任和司法理念,体现了不同层级法院法官的不同视角。更为难得的是,为全面反映美国司法领域的意识形态之争,许多作者的观点是完全对立的,甚至有些针锋相对。悉心体会法官们在审判席外的刀笔交锋,有助于丰富我们对“美式司法政治”的理解。

三是提供感性判断。俗话说,“判决之外,法官无言”。意思是,法官对案件问题的看法,应当阐述在判决当中,而不是靠判后答疑、接受采访、写公开信来回应质疑。不过,法官并非完全与世隔绝,他们也会通过发表演讲、撰写文章,实现传播思想、普及通识的目的。在许多情况下,法官们的庭外著述,能够提供判决书无法传达的信息。例如,在庭审发言上,约翰·哈伦大法官就对出庭律师提出了四个建议,即有所拣择、简明扼要、开诚布公和弹性灵活。在对待异议意见是否应当公开的问题上,休斯首席大法官则坦承:“对于终审法院而言,以牺牲强烈的反对意见为代价而达成的、仅仅是形式上的一致意见,无论它对彼时的公众舆论影响如何,都不值得向往。这是因为,从根本上而言,司法公信力之维系,在于法官的品格及独立性。他们不仅仅是在判案,而且是在依据自己的真实想法来判案,尽管他们不能达成一致确实令人遗憾,但是维持并认同他们的独立性,要好过以牺牲独立性为代价去强

求一致……”这些肺腑之言,也值得中国读者揣摩回味。

四是呼应中国问题。本书毕竟是一本美国法官的讲演录,主要关注美国的司法热点问题,如司法审查、宪法解释和州宪法的人权保障作用等,但是,司法领域毕竟有许多共通规律,因此,书中反映的许多问题,与我国司法改革中的现实争议也能遥相呼应。例如,联邦法官的员额到底是多了还是少了?“案多人少”是不是伪命题?法官在信息化时代如何合理安排工作?庭审的重要性何在?法官到底是纠纷解决者还是政策制定者?对于习惯拿美国司法说事者来说,透过法官们的阐述,可能看到许多有意思的情况,例如:虽然案件在增加,但美国法院庭审数量其实在逐步下降。民事庭审数量从20世纪80年代至今下降了60%,刑事庭审数量则从1962年的15%,降至2002年的5%。联邦基层法院法官的工作,目前更多是参与庭前谈判、辩诉交易及案件管理。这与我国基层法院法官“连轴转”开庭的情况,已有很大不同。

与过去不同的是,本书不再由我独立译出,而是约请来自不同层级法院的同行,分工合作完成,最终由我校核定稿。之所以如此,原因有三:第一,本人事务繁忙,精力有限,单靠一人之力,出版定将遥遥无期。第二,本书题材特别,作者多元,适合合译。这本书是作品合集,作者们立场不同、文风各异,译笔不宜过于统一。第三,也是最主要的原因,在于我一直存有推动“法官译法官”的心愿。近些年,我翻译法官的作品或判词越多,越觉得由法官来翻译域外法官的作品,更有利于传达原文意蕴。另外,司法界卧虎藏龙,具备精湛司法技艺和卓越翻译能力的法官非常多,他们和他们的才华应当更多地呈现在广大中国读者面前,而不是仅仅通过裁判文书。

对中国的司法改革,这本小册子可能提供不了什么现实答案,但书中法官们着力论述的,正是“法院何以为法院、法官何以为法官”这样的通识道理。当下,“法治”已成朝野共识,而对法官来说,真正成为独立判断、勇于担当者,并享受充分的职业保障,才可切实为推进法治作出贡献。好友邹碧华法官生前为司改孜孜努力,奔走传道,也正是为了“让法院更像法院,让法官更像法官”。我想,他一定乐于读到这样一本书。因此,我代表所有译者,将此译本献给甘做“燃灯者”的邹碧华法官。

何 帆

2015年3月18日

于最高人民法院

第四版序言

这部法官讲演录首次出版时,我还是联邦最高法院首席大法官行政助理办公室的一名访问学者。感谢沃伦·E.伯格(Warren E. Burger)首席大法官与他的行政助理马克·加农(Mark Cannon)向我提供这一学习机会,还要感谢爱德华·艾提妮(Edward Artinian)及其他书评人和同僚们的鼎力支持,尤其是亨利·J.亚伯拉罕(Henry J. Abraham)。

因成功促进公众了解法院和法律,本书第一版曾经获得美国律师协会颁发的卓越贡献奖。与首版一样,后续几版也受到各界欢迎,并被广泛援引。从事司法制度及政策的教学和研究者发现,本书极具参考价值,因为它涵盖范围甚广,囊括了联邦法官与州法官许多截然不同的立场和体会,尤其是初审法官与上诉法官的不同体验,更别说最高法院大法官了。还有人发现,在如何解释宪法与“权利法案”方面,本书收录了许多完全对立的司法理念和解释方法,有助于读者深入理解宪法、司法理念和司法政治。加利福尼亚大学伯克利分校法学院教授马丁·夏皮罗(Martin Shapiro)对之前一版的评价或许最为传神:“试想,如果你在教学之余,要求学生比较一下某位法官的判决书与他在审判之外的司法评述,该是多么有趣。而本书正是宪法教学的最佳参考读物。”

在第四版中,每一章的引言均已彻底修订和更新。新引言更侧重从历史视角,梳理当代法官和大法官们频率渐增的庭外言论和立场之争。全书增加了个别新篇章,如约瑟夫·斯托里(Joseph Story)大法官和威廉·O.道格拉斯(William O. Douglas)大法官的经典论述节选。此外还增加了部分当代大法官和法官的作品:一篇是戴维·H.苏特(David H. Souter)大法官关于宪法解释的作品;另一篇来自克拉伦斯·托马斯(Clarence Thomas)大法官;还有一篇是联邦上诉法院法官杰瑞·S.萨顿(Jeffrey S. Sutton)关于州法院与宪法

关系的作品。

与第三版一样,第四版包括两个附录:美国宪法第三条,这是创设联邦法院系统的依据;亚历山大·汉密尔顿(Alexander Hamilton)的《联邦论》第78篇,涉及联邦法院的职能和解释宪法的权力。本版也让我欠下更多人情债。多谢下列书评人多年来允许和建议我使用一些新材料,他们是:明尼苏达大学的伊丽莎白·博蒙特(Elizabeth Beaumont);匹兹堡大学的克里斯托弗·邦努(Christopher Bonneau);田纳西大学的罗塞尔·福勒(Russell Fowler);俄亥俄州立大学的班克斯·米勒(Banks Miller);南卫理公会大学的帕特里克·施密特(Patrick Schmidt);新墨西哥州立大学的金·塞克勒(Kim Seckler);亚利桑那大学的詹姆斯·托德(James Todd);西北大学的迈克尔·C.托利(Michael C. Tolley);以及加州大学的马克·佩特拉卡(Mark Petracca)。还要感谢《国会季刊》出版社的克丽茜·基伊诺(Charisse Kiino)的大力支持和辛勤付出。

和之前几版一样,我希望新修订的内容和新增篇章有助于莘莘学子了解司法制度,丰富他们对法院工作和面临问题的理解。我也希望这本讲演录能够不断汇总当前和今后一个阶段,人们关于司法理念、宪法解释方法、审判技能和法院在民主社会的作用的不同观点和争论。

戴维·M.奥布莱恩

2012年3月

目 录

1 导论 听听法官们怎么说

第一部分

司法审查与美国政治：历史与政治的视角

11 引言

16 第一篇 司法审查：马歇尔、杰弗逊和马伯里

沃伦·E. 伯格，联邦最高法院首席大法官（1969—1986 年），哥伦比亚特区巡回上诉法院法官（1956—1969 年）

25 第二篇 联邦政府体系中的最高法院

罗伯特·H. 杰克逊，联邦最高法院大法官（1941—1954 年）

30 第三篇 司法能动主义的两张面孔

威廉·韦恩·贾斯蒂斯，德克萨斯东区联邦地区法院法官（1968—1998 年）

第二部分

认识法院，了解法官

41 引言

63 第四篇 我们该如何选任法官

罗杰·J. 迈纳，联邦第二巡回上诉法院法官（1985—1997 年），联邦地区法院法官（1981—1985 年）

71 第五篇 “争斗”理论和“真相”理论

杰罗姆·弗兰克，联邦第二巡回上诉法院法官（1941—1957 年）

75 第六篇 初审法官眼中的对抗式审判

马文·E. 弗兰克尔，纽约南区联邦地区法院法官（1965—1978 年）

82	第七篇 联邦地区法院在忙什么
	D. 布鲁克·霍恩比, 缅因州最高法院大法官 (1988—1990 年), 缅因联邦地区法院法官 (1990 年至今)
91	第八篇 影响法官判决的早餐和其他神秘之事
	亚历克斯·科津斯基, 联邦第九巡回上诉法院法官 (1985 年 至今)
97	第九篇 为何要扩大联邦法官员额
	斯蒂芬·莱茵哈特, 联邦第九巡回上诉法院法官 (1979 年至今)
103	第十篇 联邦最高法院不是神秘之地
	小刘易斯·F. 鲍威尔, 联邦最高法院大法官 (1972—1987 年)
107	第十一篇 联邦最高法院的内部会议为何不对外公开
	威廉·H. 伦奎斯特, 联邦最高法院首席大法官 (1986—2005 年), 联席大法官 (1972—1986 年)
111	第十二篇 择案而审与“四票法则”
	约翰·保罗·斯蒂文斯, 联邦最高法院大法官 (1975—2010 年), 联邦第七巡回上诉法院法官 (1970—1975 年)
115	第十三篇 言词辩论为何至关重要
	约翰·M. 哈伦二世, 联邦最高法院大法官 (1955—1971 年), 联 邦第二巡回上诉法院法官 (1954—1955 年)
119	第十四篇 异议意见: 我们民主的屏障
	威廉·O. 道格拉斯, 联邦最高法院大法官 (1939—1975 年)

第三部分	127	引言
司法与宪法		
	133	第十五篇 美国宪法评注
		约瑟夫·斯托里, 联邦最高法院大法官 (1812—1845 年)
	141	第十六篇 法律的道路
		小奥利弗·温德尔·霍姆斯, 联邦最高法院大法官 (1902—1932 年), 马萨诸塞州最高法院大法官 (1882—1902 年)

- 148 **第十七篇 作为“造法者”的法官**
本杰明·N. 卡多佐, 联邦最高法院大法官(1932—1938年), 纽约州上诉法院法官(1917—1932年)
- 152 **第十八篇 活宪法之理念**
威廉·H. 伦奎斯特, 联邦最高法院首席大法官(1986—2005年), 联席大法官(1972—1986年)
- 162 **第十九篇 相对主义宪法观**
威廉·韦恩·贾斯蒂斯, 德克萨斯东区联邦地区法院法官(1968—1998年)
- 174 **第二十篇 还原司法克制理论**
J. 克利福德·华莱士, 联邦第九巡回上诉法院法官(1972—1996年), 加利福尼亚南区联邦地区法院法官(1970—1972年)
- 184 **第二十一篇 宪法中的传统和道德**
罗伯特·H. 博克, 哥伦比亚特区联邦巡回上诉法院法官(1981—1988年)
- 192 **第二十二篇 法官不是法律解释工具**
理查德·A. 波斯纳, 联邦第七巡回上诉法院法官(1981年至今)
- 197 **第二十三篇 我为什么坚持按原意解释宪法**
安东尼·斯卡利亚, 联邦最高法院大法官(1986年至今), 哥伦比亚特区联邦巡回上诉法院法官(1982—1986年)
- 205 **第二十四篇 裁判是什么**
克拉伦斯·托马斯, 联邦最高法院大法官(1991年至今), 哥伦比亚特区联邦巡回上诉法院法官(1990—1991年)
- 211 **第二十五篇 宪法应当是活着的文本**
瑟古德·马歇尔, 联邦最高法院大法官(1967—1991年), 联邦第二巡回上诉法院法官(1962—1965年)
- 215 **第二十六篇 我们今天该如何解读宪法**
小威廉·J. 布伦南, 联邦最高法院大法官(1956—1990年), 新泽西州最高法院大法官(1952—1956年)

- 226 **第二十七篇 宪法解释之道**
戴维·H. 苏特, 联邦最高法院大法官(1990—2009年), 联邦第一巡回上诉法院法官(1990年)
- 233 **第二十八篇 司法视野中的“罗伊诉韦德案”**
露丝·巴德·金斯伯格, 联邦最高法院大法官(1993年至今), 哥伦比亚特区联邦巡回上诉法院法官(1980—1993年)
- 240 **第二十九篇 我们民主的宪法**
斯蒂芬·G. 布雷耶, 联邦最高法院大法官(1994年至今), 联邦第一巡回上诉法院法官(1980—1994年)
- 254 **第三十篇 宪法理论**
理查德·A. 波斯纳, 联邦第七巡回上诉法院法官(1981年至今)

第四部分

我们的二元宪法制度

- 265 **引言**
- 271 **第三十一篇 “权利法案”何以伟大**
雨果·L. 布莱克, 联邦最高法院大法官(1937—1971年)
- 279 **第三十二篇 作为自由守护者的州法院**
小威廉·J. 布伦南, 联邦最高法院大法官(1956—1990年), 新泽西州最高法院大法官(1952—1956年)
- 286 **第三十三篇 首要之事当居先: 重新发现各州“权利法案”**
汉斯·A. 林德, 俄勒冈州最高法院大法官(1977—1990年)
- 292 **第三十四篇 谁在败坏州宪法的声名**
杰弗瑞·S. 萨顿, 联邦第六巡回上诉法院法官(2003年至今)

- 305 **附录一 美国宪法第三条**
- 307 **附录二 《联邦论》第78篇**
- 313 **附录三 法官庭外著述目录**
- 345 **附录四 美国最高法院大法官年表**
- 351 **注释**

导论

听听法官们怎么说

与过去相比,大法官与法官近年选择更多场合发声,发言频率也有所增加。罗伯茨法院(2005年至今)九人全部在公共事务电视台(C-SPAN)的专题片《最高法院:美国最高司法机关》(*The Supreme Court: Home to America's Highest Court*)*中出镜,还同意接受一些拟撰写最高法院题材书籍的记者访谈。^[1]首席大法官约翰·G. 罗伯茨(John G. Roberts)在美国广播公司(ABC)黄金时段播出的《夜线》(*Nightline*)节目接受采访,露丝·巴德·金斯伯格(Ruth Bader Ginsburg)大法官接受了哥伦比亚广播公司(CBS)迈克·华莱士(Mike Wallace)的采访,安东宁·斯卡利亚(Antonin Scalia)和斯蒂芬·G. 布雷耶(Stephen G. Breyer)大法官就最高法院能否适用外国判例和法律在庭外展开论战,有8位大法官参加过关于法律论辩技巧方面的访谈。^[2]他们不再忌讳谈及一些争议性话题,包括那些已经诉至,或者可能诉至最高法院的案件。例如,曾与掌管能源事务的副总统迪克·切尼(Dick Cheney)一起猎鸭的斯卡利亚大法官,就公开为自己拒绝在一起与切尼相关的案件中回避而辩解:“如果你们连自己的最高法院大法官都不信任,那还能相信谁……我在审判席上最引以为豪之事,就是从不允许自己放弃审判职责。”^[3]这还不是头一回。在另一个场合,斯卡利亚大法官曾公开批评第九巡回上诉法院判定“效忠誓词”中的“上帝庇护下的国家”之表述违反宪法第一修正案的判决。他说,那个判决“把上帝排除在公共论坛和政治生活之外”,根本就判错了。^[4]最高法院2004年批准复审这起名为“埃尔克·格罗夫统一学区诉组道案”

* 具体访谈内容已收入〔美〕布莱恩·拉姆、〔美〕苏珊·斯温、〔美〕马克·法卡斯编:《谁来守护公正:美国最高法院大法官访谈录》,何帆译,北京大学出版社2013年版。——译者注

(*Elk Grove Unified School District v. Newdow*) 的案件时, 原审原告迈克尔·A. 纽道(Michael A. Newdow)就依据斯卡利亚大法官针对本案的庭外评述, 要求他主动回避。斯卡利亚大法官还曾直言不讳地阐明过最高法院在堕胎领域的立场^[5], 这也是一个非常敏感的话题。^[6]他并不是唯一一位就此话题发声的大法官。^[7]金斯伯格大法官曾大胆放言: “我根本不相信最高法院会推翻‘罗伊诉韦德案’(Roe v. Wade) 判决, 进而禁止女性堕胎, 这事不可能发生。这对贫困女性来说, 简直是毁灭性的打击。”^[8]一些现任大法官——如克拉伦斯·托马斯和萨缪尔·A. 阿利托(Samuel A. Alito)——很少公开发言, 但在法学院讲座或小范围的学生群体面前, 有时也会发发牢骚。例如, 托马斯大法官曾抱怨罗伯茨法院大包大揽了太多“棘手问题”, 而这些问题其实更应交给民选官员去处理。^[9]

美国公众对法院工作和司法制度知之甚少。前国会议员、后来担任联邦上诉法官的艾伯纳·J. 米卡瓦(Abner J. Mikva)在回答某位记者关于普通美国人是否了解司法制度的问题时, 说道: “不。某种意义上讲, 人们对法院的了解比对国会更少。大家对国会的许多认识都是错的, 但法院对他们而言则充满神秘感。我非常担心这一点。我的一些法官同行认为, 与另外两个政府分支相比, 法院要受到更多尊重。我则遗憾地认为, 我们之所以受到爱戴, 只是因为人家不了解我们罢了。”^[10]事实上, 就像退休大法官桑德拉·戴·奥康纳(Sandra Day O'Connor)2011年在佛罗里达大学一次演说中提到的, 调查显示: 2/3 的美国人至少可以说出福克斯频道《美国偶像》(*American Idol*) 节目一位评委的名字, 但不到 1/2 的人可以说出最高法院一位大法官的名字。^[11]

对司法的神秘感, 部分源自杰罗姆·弗兰克(Jerome Frank)法官所说的“法袍崇拜”。^[12]菲利克斯·法兰克福特大法官则形象地将之比喻为“法官慎言”。^[13]“法官慎言”的传统来自一系列制度、政治和历史方面的考虑。宪法第三条将司法权赋予最高法院和国会设立的联邦下级法院, 要求司法机关只能处理具体案件与讼争。建国之初, 联邦法院系统曾据此拒绝就抽象或假设议题出具咨询意见或建议。^[14]私下出具咨询意见的做法, 违反权力分立原则, 有碍司法独立, 大法官和法官大都坚持不在庭外对自己的判决或意见发表评论。正如小威廉·J. 布伦南大法官所述: