

法官 能为民主 做什么

Making Our Democracy Work

A Judge's View

[美] 斯蒂芬·布雷耶 著

Stephen Breyer

何 帆 译



法律出版社 LAW PRESS · CHINA

D971.262
B983

Making Our
Democracy Work

A Judge's View

法官
能为民主
做什么

斯蒂芬·布雷耶 著
Stephen Breyer

丁帆 译

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法官能为民主做什么 / (美) 布雷耶(Breyer, S.)
著; 何帆译. —北京: 法律出版社, 2012. 7
书名原文: making our democracy work
ISBN 978 - 7 - 5118 - 3518 - 5

I. ①法… II. ①布…②何… III. ①最高法院—美国—通俗读物 IV. ①D971.262 - 49

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 091444 号

法官能为民主做什么

[美] 斯蒂芬·布雷耶 著
何帆 译

编辑统筹 大众出版分社
策划编辑 柯恒
责任编辑 柯恒
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京中科印刷有限公司
责任印制 陶松

开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 22
字数 224 千
版本 2012 年 6 月第 1 版
印次 2012 年 6 月第 1 次印刷

法律出版社(100073 北京市丰台区莲花池西里 7 号)

网址 / www.lawpress.com.cn

电子邮件 / info@lawpress.com.cn

销售热线 / 010 - 63939792/9779

咨询电话 / 010 - 63939796

中国法律图书有限公司(100073 北京市丰台区莲花池西里 7 号)

全国各地中法图分、子公司电话:

北京分公司 / 010 - 62534456

上海公司 / 021 - 62071010/1636

深圳公司 / 0755 - 83072995

西安分公司 / 029 - 85388843

重庆公司 / 023 - 65382816/2908

第一法律书店 / 010 - 63939781/9782

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 3518 - 5

定价: 45.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

献给我的孙辈——

克拉拉,安塞尔,

伊莱,塞缪尔,

和安杰拉

译者导言

法官、民主与实用主义

每年年初,美国总统会在国会发表国情咨文演说,总结内外形势,畅谈执政方针。两院议员、内阁高官、最高法院大法官、参谋长联席会议成员皆会到场。但是,为宣示政治中立,总统演说时,法官、军人通常神情肃穆,很少起立鼓掌。^{〔1〕}用现任大法官塞繆尔·阿利托的话说,大法官多数时间得像“盆景”那样面无表情呆坐着,地位非常尴尬。

一直以来,许多大法官因为与总统政见不同,或者嫌麻烦、怕尴

〔1〕事实上,大法官出席总统国情咨文演说时,也并非从不鼓掌。1964年,林登·约翰逊总统在演说中说:“希望本届国会能因在民权事务上有更多作为而名垂千古,希望它在这方面的作为比以往数百届国会的总和还要多。”在场的五位大法官,包括首席大法官厄尔·沃伦,全部起立鼓掌。此外,总统演说中出现一些歌颂伟大祖国的言论时,在场观众都会起立鼓掌,大法官也不例外。但是,当总统的演说中,出现存在政治争议的内容,大法官、军人通常不会鼓掌,以示司法独立、中立、军人不干预政事。

尬,对这类重大政治活动向来“能躲就躲”。^{〔1〕} 据统计,近三十年来,大法官出席总统国情咨文演说的比率,一直呈下降趋势。20 世纪 80 年代,出席率还维持在 84%,20 世纪 90 年代则跌落到 53%。2000 年后,干脆降至 32%。^{〔2〕} 保守派大法官安东尼·斯卡利亚从 1997 年之后,就再没有给任何总统捧过场。^{〔3〕} 自由派大法官露丝·巴德·金斯伯格也从未出席过小布什总统的国情咨文演说。^{〔4〕}

有特立独行、从不到场的,也有注重团结、大局为重的。比尔·克林顿总统 1994 年任命的斯蒂芬·布雷耶大法官,就不管哪位总统执政,几乎次次到场。克林顿时代,最高法院与白宫关系紧张。有三

〔1〕 也有大法官认为,最高法院成员应与政治绝缘,根本就不该出席这类活动。如 2010 年退休的大法官约翰·保罗·史蒂文斯就提出:联邦法官上任后,其职业生涯中政治的一面就应当终结。大法官去参加总统的国情咨文发布会,会模糊司法与政治的界限,弱化司法独立的意义。参见[美]比尔·巴恩哈特、基恩·施力克曼:《最高法院的“独行侠”:约翰·保罗·史蒂文斯大法官传》,何京锴译,中国法制出版社 2012 年版。

〔2〕 Adam Liptak, “For Justices, State of the Union Can Be a Trial”, *New York Times* (January 23, 2012).

〔3〕 斯卡利亚大法官曾对采访者说:“如果在台上演说的人不是任命你的那位总统,干嘛不待在家里?”斯卡利亚是最高法院最有个性的大法官,对其主要经历和司法理念感兴趣的读者,可参见[美]琼·比斯丘皮克:《最高法院的“喜剧之王”》,钟志军译,中国法制出版社 2012 年版。

〔4〕 自由派与保守派:当代民主党与共和党之间,虽然共同拥有一些基本的意识形态和价值观念,但也存在许多分歧,尤其在面向变革方面,民主党是相对支持变革的政党,又称左翼;共和党相对反对变革,又称右翼。进入 20 世纪后,民主党渐渐被贴上自由派的标签,共和党则被贴上保守派的标签。从政治观点上看,自由派赞成堕胎、同性婚姻、平权措施、安乐死、移民政策,要求扩大联邦政府权力、限制死刑、反对公民个人持枪、禁止政府支持宗教活动。保守派则坚决反对堕胎、同性婚姻、安乐死,支持死刑,赞成公民个人持枪,要求限制联邦政府权力、减少对富人减税、限制移民进入美国,积极推动宗教进入公立学校、政府机构等公共领域。不过,两派观点也并非绝对对立,保守派也存在中间偏左的立场,自由派也有中间偏右的观点。一般来说,民主党总统提名的大法官,司法立场上多倾向自由派,如最高法院现任大法官露丝·巴德·金斯伯格、斯蒂芬·布雷耶、索尼娅·索托马约尔、艾琳娜·卡根;共和党总统提名的大法官,司法立场上多倾向保守派,如现任首席大法官约翰·罗伯茨、大法官安东尼·斯卡利亚、克拉伦斯·托马斯、塞繆尔·阿利托;还有的大法官虽然由共和党总统提名,但立场飘忽不定,被称为中间派,如现任大法官安东尼·肯尼迪,经常在自由派和保守派相持不下时,投出决定性的一票。关于美国当代社会的自由主义、保守主义和中间主义思潮,可参见楚树龙、荣予:《美国政府和政治》(上册),清华大学出版社 2012 年版,第 73-167 页。

年时间,他是惟一出席总统国情咨文演说的大法官。2000年,由于布雷耶患感冒在家,居然出现了九位大法官集体缺席的场面。

现任首席大法官约翰·罗伯茨相对重视最高法院与国会、白宫的关系,自2005年上任后,每年都会出席国情咨文发布会。2010年1月21日,最高法院就“公民联盟诉联邦选举委员会案”(Citizens United v. Federal Election Commission)作出判决,宣布解除对企业资金介入政治选举的限制,这一结果对民主党的选情极为不利。^[1]三天后,新任总统巴拉克·奥巴马发表首次国情咨文演说时,一反“三权分立、和和气气”的常态,公开谴责了此案判决。在场的民主党人士纷纷鼓掌叫好,大法官们则低头不语,场面十分难堪。^[2]事后,罗伯茨、阿利托大法官先后在公开场合表示,奥巴马此举是对最高司法机关的公开冒犯,是“极不妥当”的行为。观察人士据此推断,为抗议奥巴马的无礼之举,最高法院成员可能集体缺席第二年的国情咨文发布会。

众说纷纭之际,第一个表态2011年将坚持参会的大法官,仍是斯蒂芬·布雷耶。2010年11月,布雷耶接受媒体采访时,明确表示将出席明年的国情咨文演说,而且只要自己在位,今后每年都会坚持参加。在他看来,大法官出席这一场合,是一项“非常、非常、非常重要的举动”。因为这是联邦政府的一次集体亮相。人民会在现场看到总统、议员、内阁、军人,身着黑色法袍的法官当然不能缺位。他们

[1] 关于此案内情,可参见何帆:“常识冲突怎么影响民主走向:公民联盟诉联邦选举委员会案”,载拙著:《大法官说了算:美国司法观察笔记》,法律出版社2010年版,第120-126页。

[2] 奥巴马批评最高法院时,阿利托低声嘀咕了一句,被摄像机拍了下来。事后,媒体根据嘴型,分析他说了一句“并非如此”(not true)。受此刺激,之后两年,阿利托再也没参加过奥巴马的国情咨文演说。参见 Neil Nagraj, "Justice Alito mouths 'not true' when Obama blasts Supreme Court ruling in State of the Union address", *New York Daily News* (January 28, 2010)。

的出现将表明,法院也是民主政府的重要组成部分。^[1] 记者追问:“哪怕在座的只有您一位法官,您也会到场么?”布雷耶回答:“对,即使只有我一个人,我也会坐在那里,证明司法机关不会缺席。”^[2]

不过,2011年1月27日,奥巴马发表第二次国情咨文演说时,约翰·罗伯茨并没有缺席,随他到场的,有大法官安东尼·肯尼迪、金斯伯格、索尼娅·索托马约尔、艾琳娜·卡根,以及——最不出人意的布雷耶。^[3] 作为首席大法官,罗伯茨的一举一动都代表着最高法院形象,他的“顾全大局”之举,并不令人感到意外。可是,布雷耶大法官为什么会如此注重与行政、立法分支的关系,以及最高法院在联邦政府中的地位呢?从他的个人经历,以及2010年出版的这本《法官能为民主做什么》(*Making Our Democracy Work: A Judge's View*)中,我们或许能找到答案。

[1] 这里有必要就部分译法与表述做一说明。在美国, Government 是指美国联邦政府,包括立法(国会)、司法(最高法院)、行政(总统)三大分支,而 Administration 只是指政府的行政分支,也称执行分支(Executive Branch)。所以,布雷耶才在这里说最高法院是政府的一个组成部分。而在我国,根据宪法“一府两院”的设置,法院不在政府序列,对全国人民代表大会的工作报告也是分开进行的。国内常有人将 Clinton Administration 或 Bush Administration 译为“克林顿政府”或“布什政府”,这样的表述是不准确的,而且容易造成误导,将立法、行政分支混为一谈,规范译法似是“克林顿领导下的行政分支”或“布什领导下的行政分支”,或简化为“克林顿行政分支”、“布什行政分支”。为严谨起见,本书将 Government 一律译作“政府”,Administration 一律译作“行政分支”,这样的表述或许有些拗口,但能够尽量贴近原意。关于相关表述的差异,参见林达著:《总统是靠不住的》,生活·读书·新知三联书店1998年版。

[2] Aaron Blake, “Justice Breyer: I'll go to State of the Union”, *Washington Post* (December 12, 2010).

[3] 2012年1月28日,奥巴马进行第三次国情咨文演说时,到场的大法官包括罗伯茨、肯尼迪、金斯伯格、布雷耶和卡根,索托马约尔因公出访,未能到场,保守派大法官斯卡利亚、托马斯和阿利托照例没有来。

一个人的政治立场或司法理念,与他的早年从业经历有很大关系。最高法院现任九位大法官中,只有艾琳娜·卡根是从首席政府律师任上被提名为大法官,其余八人进入最高法院之前,都在上诉法院担任法官。对此现象,政学两界都曾有人提出批评,认为单纯从法官群体中选拔大法官,会导致最高法院成员职业背景单一,思维僵化,难以洞悉世间冷暖、民间疾苦。

这样的说法当然有失公允,因为另外八位大法官到法院工作前,都在不同部门任职。例如,罗伯茨、斯卡利亚在司法部工作过;阿利托、索托马约尔当过检察官;金斯伯格做过人权组织“美国公民自由联盟”的首席法律顾问;罗伯茨曾是美国最好的出庭律师之一;肯尼迪、卡根都在高校教过书,后者还担任过哈佛法学院院长。但是,同时在行政、立法、司法三大分支工作过,又有大学执教经历的,只有布雷耶大法官一人。

斯蒂芬·布雷耶,1938年出生在加利福尼亚州旧金山市一个中产阶级犹太家庭。他先后毕业于斯坦福大学、牛津大学和哈佛大学法学院,做过《哈佛法学评论》编辑,给最高法院大法官阿瑟·古德伯格当过法官助理。1967年,在司法部反托拉斯局做了两年特别助理后,他返回母校哈佛法学院任教。1970年,因为在反托拉斯法、行政法、经济规制研究方面的精深造诣,布雷耶被哈佛聘为全职教授。^[1]

[1] 布雷耶1959年毕业于斯坦福大学,获得最高等级的马歇尔奖学金,赴英国牛津大学学习哲学、政治学和经济学,并于1961年以优异成绩获得牛津大学学士学位,随后考入哈佛法学院。从哈佛毕业后,布雷耶出任最高法院大法官阿瑟·古德伯格的法官助理,协助他撰写过“格里斯沃德诉康涅狄格州案”的判决初稿,此案确立了隐私权的宪法地位。1965年至1967年间,布雷耶出任司法部主管反托拉斯事务的助理司法部长唐纳德·特纳的特别助理。

1974年,布雷耶受朋友邀请,出任参议院司法委员会的法律顾问。在那里,他遇到自己生命中的贵人,时任司法委员会主席爱德华·肯尼迪。当时,肯尼迪正谋划着竞选总统,但苦于没有亮眼政绩吸引公众眼球。而布雷耶是研究政府規制的高手,相信法律足以打破政府管制,完善自由市场。他向肯尼迪指出下一步的改革路径:解除对航空业、货车运输业及天然气业的贸易管制。

肯尼迪采纳了上述建议。在推进上述改革过程中,布雷耶显示出深厚的法学功底、娴熟的沟通技巧,受到两党参议员的一致好评,并于1979年被任命为司法委员会首席法律顾问。当然,对布雷耶来说,最大的收获,是赢得肯尼迪参议员的青睐,他的人生轨迹,也因此而改变。

1980年,肯尼迪向吉米·卡特总统推荐了布雷耶,希望总统能提名他出任联邦第一巡回上诉法院法官。卡特答应了这一请求。为保证提名不受共和党阻击,肯尼迪亲自去做共和党党内大佬的工作,终于使布雷耶成功通过参议院确认。^[1]

进入上诉法院后,虽然要应付繁重的审判工作,但布雷耶并未放弃学术研究。1983年,他的专著《规制及其改革》(*Regulation and Its*

[1] 美国联邦法官(包括联邦地区法院法官、联邦巡回上诉法院法官和联邦最高法院大法官)的遴选程序差不多,都是由总统提名,参议院确认。1980年,肯尼迪决定退出民主党总统候选人的竞选,随后向吉米·卡特总统推荐了布雷耶,卡特同意了这一要求。然而,之后不久,罗纳德·里根赢得了大选,共和党主席斯特罗姆·瑟蒙德当然不愿接受“跛脚鸭”总统卡特提出的法官人选。肯尼迪干脆好人做到底,又去找共和党资深参议员奥林·哈奇,请他帮忙说服瑟蒙德。哈奇只好亲自出马,他对瑟蒙德说,布雷耶在两党合作方面出了不少力,是“我们大家庭中的一员”。两党大佬联合举荐的阵势实属罕见,瑟蒙德再强硬,也得给肯尼迪与哈奇面子,遂在表决阶段放了布雷耶一马。布雷耶最终成为卡特离职前,成功通过参议院确认的最后一名法官。关于布雷耶被提名为联邦法官和最高法院大法官的内情,参见[美]杰弗里·图宾:《九人:美国最高法院风云》,何帆译,上海三联书店2010年版,第57-68页。

Reform) 出版。^[1] 在这本书里,布雷耶结合自己在国会的工作经验,对民航、货运、天然气、环境、电信规制领域进行了实证研究,并提出了未来改革的方向。根据《法学研究杂志》的一项统计,美国 1978 年以来出版的诸多法学著作中,《规制及其改革》一书的引用率位居第十七位。^[2] 1993 年,他又在自己给哈佛法学院兼职授课的讲义基础上,推出《打破恶性循环:政府如何有效规制风险》(*Breaking the Vicious Circle: Toward Effective Risk Regulation*) 一书,受到业界高度认可。^[3]

审判业务方面,布雷耶也凭借稳健风格、渊博学识,赢得了同事的一致尊敬。1985 年到 1989 年,他以法官身份加入联邦量刑委员会,参与了美国量刑程序的改革工作,是《联邦量刑指南》的主要执笔人之一。由于管理能力出色,善于沟通协调,布雷耶在 1990 年被提升为联邦第一巡回上诉法院首席法官。

1994 年 4 月 6 日,哈里·布莱克门大法官宣布退休。惜才如命的肯尼迪极力向时任总统比尔·克林顿举荐布雷耶。5 月 13 日,克林顿正式提名布雷耶出任最高法院大法官。6 月 29 日,参议院以 87 票对 9 票批准了这一提名。布雷耶继金斯伯格之后,成为民主党总统克林顿任命的第二位大法官,也是美国第 108 位大法官。

[1] 该书已有中译本,即[美]斯蒂芬·布雷耶:《规制及其改革》,李洪雷、宋华琳等译,北京大学出版社 2008 年版。

[2] Fred Shapiro, The Most-cited Legal Books Published Since 1978, 29 *J. Legal Stud.* 397, 401 (2000).

[3] 该书已有中译本,即[美]斯蒂芬·布雷耶:《打破恶性循环,政府如何有效规制风险》,宋华琳译,法律出版社 2009 年版。

成为大法官前,布雷耶的主要研究领域是行政法,很少就宪法议题发言。进入最高法院后,他在一系列案件中,逐步表露出自己的宪法立场。他支持种族平权措施,赞同严格限制死刑,注重刑事被告人权益,认为应当将妇女堕胎权纳入宪法隐私权范畴。在许多重大问题上,布雷耶与约翰·保罗·斯蒂文斯(2010年退休,继任者为卡根)、戴维·苏特(2009年退休,继任者为索托马约尔)、金斯伯格持相似立场,组成稳定的自由派组合。但是,在处理具体个案时,布雷耶并不纯粹以意识形态划线,相反,他格外注重案件事实之间的差异,试图结合个案情形,寻找最佳处理方案。

布雷耶非常在意自己的法官身份,即使不开庭,也常身披法袍在办公室工作。别人问他这么做的原因,他会笑着说:“穿上法袍就与政治绝缘了!”但是,与其他同事不同的是,布雷耶对国会一直持信任、尊敬态度,认为他们是人民的代表,为人民的利益而工作,“始终在尽力做正确的事”。他承认,这是自己在那里工作时的真实体会,更是肺腑之言。有人甚至打趣说,在美国,如果还剩一个人相信国会那帮政客靠得住,这个人就是布雷耶大法官。^[1]也正是基于这个原因,布雷耶并不像威廉·布伦南、瑟古德·马歇尔等传统自由派大法官那样,热衷于通过重要案件的判决,推动社会变革。在他看来,这些事应该交给人民用选票选出的国会议员来操心,法院最好不要越俎代庖,动辄推翻立法。

布雷耶进入最高法院之初,正赶上时任首席大法官威廉·伦奎斯特

[1] Jeff Shesol, “Evolving Circumstances, Enduring Values”, *New York Times* (September 17, 2010).

发动“联邦主义革命”。为遏制联邦政府的“大政府主义”倾向,伦奎斯特联合几名保守派大法官,向涉嫌干预州权的国会立法发起挑战。1995年4月26日,最高法院在“美国诉洛佩斯案”(United States v. Lopez)中,以5票对4票判定国会制定的《校区禁枪法》违宪。^[1]这也是最高法院自1935年来,首次宣布国会立法因违反宪法“贸易条款”而无效。^[2]“洛佩

[1] 20世纪90年代,保守派大法官占据最高法院多数席位,他们试图通过判决,从宪法基础上削弱联邦政府的权力,强化联邦主义观念。“美国诉洛佩斯案”提供了一个很好的机会。1992年3月10日,一个叫洛佩斯的学生携带一支手枪来到圣安东尼奥的埃迪森高中。校方接获匿名举报后,迅速将洛佩斯拦下,武器被搜出后,后者很快被逮捕,根据德克萨斯州法律,他将因在校园持有武器而被起诉。但是,到了第二天,州内的起诉被撤销,取而代之的是联邦检察部门的起诉,指控他违反了1990年《校区禁枪法》(Gun-Free School Zones Act),该法禁止在校内或学校附近持枪。洛佩斯被判6个月监禁,他的律师随即以《校区禁枪法》侵犯州权为由提起上诉。1995年4月26日,最高法院以5票对4票做出判决,宣布《校区禁枪法》违反了宪法“贸易条款”。首席大法官伦奎斯特主笔的多数意见(奥康纳、斯卡利亚、肯尼迪和托马斯加入该意见)中,最高法院自1935年来首次宣布国会制定的法律因超越宪法“贸易条款”赋予的权限而无效。伦奎斯特在意见中引用了詹姆斯·麦迪逊在《联邦党人文集》第45篇中的一段话:“新宪法授予联邦政府的权力很少而且有明确的规定。各州政府所保留的权力很多但没有明确的规定。”这份判决也促使布雷耶发布了自己大法官生涯中第一份言辞激烈的异议意见。他写道:“我认为,这份被认定无效的法律完全符合最高法院半个世纪以来对国会贸易权力范围的界定。”法院多数意见产生的判决将严重威胁到其他许多成文法的效力。“在国会已经通过的法律中,许多一般法律(在美国法典中有超过100多节)与部分刑事法律(至少25节),使用了‘影响贸易’这样的字眼去界定它们的范围,”“在这个案子中,问题貌似得到合理解决,但最高法院在本案中所持立场……将对整个法制领域产生威胁。”此案详情,可参见[美]杰弗里·图宾:《九人:美国最高法院风云》,何帆译,上海三联书店2010年版,第76-77页。

[2] 所谓“贸易条款”(Commerce Clause),是指美国宪法第一条第八款第三项。该条款授权国会管理对外贸易、州际贸易和同印第安部落的贸易,相当数量的联邦法律和条例是根据这一条款制定的。相反,各州为防止联邦政府权力过多渗透,多倾向于对这一条款中“贸易”的范围进行严格解释,与“贸易”无关者,国会不得立法干涉。20世纪30年代,美国经济陷入大萧条,为拯救全国经济(包括各州经济),罗斯福总统领导下的行政分支推出“新政”,国会也通过了《全国工业复苏法案》等一系列法律,然而,联邦最高法院的保守派大法官们却集体反对“新政”,在“谢克特诉美国案”(Schechter v. United States)等案件中,推翻了包括复苏法案在内的许多联邦新法。1937年,罗斯福一气之下,决定启动“最高法院填塞计划”(Court-Packing Plan),打算通过增加大法官人数改组联邦最高法院,一些大法官选择妥协,转变了抵制立场。随后几年,由于联邦最高法院不再干涉,“新政”得以顺利推行,国会出台了许多具有社会保障性质的法律。“贸易条款”从此不再对国会立法构成障碍,1964年国会立法禁止旅馆和餐馆的私人经营者实行种族歧视时,理由就是:他们是为进行州际贸易的旅行者提供住宿和食品,而种族歧视将影响到州际贸易。但是,从20世纪80年代开始,最高法院出现保守化趋势,以时任首席大法官威廉·伦奎斯特为首的保守派势力发动“联邦主义革命”,对“贸易条款”进行严格解释,推翻了不少涉嫌干预州权的联邦法律。

斯案”的判决,完全违背了布雷耶的司法理念,他为此发表了语气强硬的异议意见,认为最高法院的判决“将对整个法制领域产生威胁”。

近年来,美国的保守派团体常爱攻击自由派大法官,说他们都是“穿着法袍的立法者”,推崇司法能动主义,靠心血来潮的司法观点治国。然而,布雷耶却令这种说法不攻自破。根据耶鲁法学院葛维宝教授的统计,从1994年到2005年,最高法院动用司法审查权,推翻国会立法的判决中,布雷耶只在28%的案子中投了赞成票,是最不愿推翻国会立法的大法官。而保守派大法官托马斯则在66%的案子里投了赞成票,远远超过其他同僚。

布雷耶的思想灵活、开放、务实,不大受传统教条和陈旧观念束缚,更注重解决现实问题,是一名典型的专家治国论者(Technocrat)。在2005年出版的《积极自由:美国宪法的民主解释论》(*Active Liberty: Interpreting Our Democratic Constitution*)一书中,他首次系统阐述了自己的宪法理念。^{〔1〕}“我们的宪法历史,”他写道,“追求的是一个切实可行的政府,一个切实可行的民主政府,一个切实可行的民主政府对公民个人自由的切实保护。”有意思的是,《积极自由》中多次出现“切实可行”(workable)和“实用主义”(Pragmatism)两词。用布雷耶自己的话说,这是最能说明他的司法理念的两个词汇。^{〔2〕}

按照理查德·波斯纳法官的说法,在今日美国,无论是普通公民,还是政客、法官,不管口头上声称自己信奉什么主义或哲学,实际上都是天生的实用主义者,都有一种天然的实用主义倾向。实用主

〔1〕 该书已有中译本,即[美]斯蒂芬·布雷耶:《积极自由:美国宪法的民主解释论》,田雷译,中国政法大学出版社2011年版。

〔2〕 Jeffrey Toobin, “Breyer’s Big Idea”, *The New Yorker* (October 31, 2005).

义是一种弥散在美国全部日常生活中的美式哲学。^[1]而布雷耶正是司法实用主义在最高法院的代表人物。

其实,布雷耶这本《积极自由》,主要针对的是同事斯卡利亚大法官1997年出版的一本小书:《解释问题:联邦法院和法律》(*A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*)。这本书收录了斯卡利亚一篇名为《大陆法系中的普通法法院:美国联邦最高法院在解释宪法和法律中的作用》的长文,并附有戈登·伍德、劳伦斯·却伯、罗纳·德沃金等大牌学者对该文的评述,以及斯卡利亚大法官的回应文章。

通过主文与回应,斯卡利亚全面阐述了自己的“宪法原旨主义”(Originalism)思想,即法官应当根据制宪者当年的立法意图,严格按照文本含义解释宪法,不必考虑时代、社会的变迁。当然,这也是他一以贯之的司法理念。不过,必须说明的是,即使是斯卡利亚这样的原旨主义者,也并不反对社会进步。比如,他不反对性别平等,只是反对从宪法第十四修正案的条文中,直接推导出性别平等的含义。在他看来,与其从宪法里推导出超越制宪者原意的含义,还不如直接修宪。他曾在加州一次演讲中说:“如果现代人想宣布性别歧视违法,可以去找立法机关啊!”^[2]

布雷耶则认为,现代人根本无法从宪法条文中,推测出制宪者们的想法,更别说了了解他们会如何适用这些条文了。但是,法官可以结

[1] 关于美国当代的实用主义观念,较通俗的读物有:[美]路易斯·梅南德:《哲学俱乐部:美国观念的故事》,江苏人民出版社2006年版。关于司法、实用主义与民主之关系,可参见[美]理查德·波斯纳:《法律、实用主义与民主》,凌斌、李国庆译,中国政法大学出版社2005年版。对美国法律实用主义的源流及争议的梳理,可参见张芝梅:《美国的法律实用主义》,法律出版社2008年版。

[2] Dahlia Lithwick, “Giving Back Your Constitution”, *Slate* (Oct. 13, 2010).

合立法意图与预期后果,灵活解释法律。如果像斯卡利亚那样解读宪法,审判席上坐的应该是九个历史学教授,而不是九位大法官,因为历史学家可能比法律人更擅长探究制宪者们当年的所思所想。

逐项批驳斯卡利亚的主要观点后,布雷耶总结道,死扣宪法条文,只会“破坏宪法创设的民主政府框架——这个政府,不仅保护基本个人自由,还允许公民自治,最终实现有效自治。”^{〔1〕}这里的“民主政府”形式,正符合他对“积极自由”的界定——一部宪法不仅应保障公民免遭政府的胁迫与侵害,更应当赋予公民自治的权利;政府的存在价值,就在于赋予每个人平等参与政治生活的机会。

现任大法官出书坦陈自己的宪法立场,并公开批评另一位大法官的司法理念,即使在崇尚学术自由的美国,也是非常罕见的。《积极自由》出版后,在司法界、学术界引起很大反响,不少法官、学者撰文支持,也有很多人提出批评。^{〔2〕}不过,就连布雷耶自己也承认,他根本不指望说服那些信奉宪法原旨主义的同僚。事实也的确如此,从2005年至今,在许多重要案件中,他都位于少数方,只能在异议意见中发言。^{〔3〕}毕竟,决定案件胜负的,不是谁的司法理念更先进,谁的法学造诣更精深,而是谁能够争取到关键性的一票。

2008年,在举世瞩目的“赫勒诉哥伦比亚特区案”(Heller v. District of Columbia)中,布雷耶与斯卡利亚以笔为刀,就宪法第二修正案是否限制普通公民持枪,各抒己见,展开了精彩绝伦的正面交锋。最

〔1〕〔美〕斯蒂芬·布雷耶:《积极自由:美国宪法的民主解释论》,田雷译,中国政法大学出版社2011年版,第107页。

〔2〕Mark Feeney, “Justice Stephen Breyer’s New Book Reflects His Practical Approach to the Law”, *Boston Globe* (October 3, 2005).

〔3〕Anthony Lewis, “How the Supreme Court Should and Should Not Work”, *New York Times Book Review* (November 11, 2010).

终,由于中间派大法官肯尼迪站在保守派一方,自由派阵营以一票之差败北。^[1]可以说,在日趋保守的最高法院,布雷耶的见解再有道理,也很难上升为多数意见。^[2]历史上,像奥利弗·温德尔·霍姆斯、路易斯·布兰代斯这样的大法官,无论身后声誉多么卓著,在任时也只能扮演“伟大的异议者”角色。^[3]布雷耶也曾告诉《纽约客》专栏作家杰弗里·图宾,如果可能,自己当然更愿意成为多数方的一员,因为所有的异议意见,终究只是失败者的意见。^[4]与撰写异议意见相比,著书立说或许更能传播自己的司法理念。

四

2010年10月,布雷耶又推出新书《法官能为民主做什么》。与

〔1〕关于本案详情及主要争议,参见东来、江振春:“从‘持枪权’看美国宪法的解释”,载《读书》2009年第8期。

〔2〕〔美〕理查德·波斯纳:《法官如何思考》,苏力译,北京大学出版社2009年版,第297页。波斯纳法官在第十一章“全盘性宪法理论”中,用一章篇幅集中讨论了《积极自由》一书里的观点。

〔3〕联邦最高法院的工作基本上通过判决意见呈现。庭审结束后,大法官们会开会讨论,并初步投票,如果首席大法官在多数方(≥5票),就由他亲自或指定一位大法官起草法院意见;如果他在少数方(≤4票),就由多数方中最资深的大法官亲自或指定一位大法官起草法院意见。判决意见起草完毕后,会首先在大法官们之间传阅,由他们评论或修改。如果判决意见说理充分,论证有力,会促使一些原本投反对票的大法官改变立场,因此,为了争取尽可能多的大法官加入,一份法院意见经常会被修改十几次。全体法官一致同意形成或多数大法官同意形成的判决意见,统一称为法院意见(Opinion of the Court),如果该意见并非全体大法官一致同意,也可称为多数意见(Majority Opinion),法院意见与多数意见都可以形成先例,对以后的案件具有约束力。多数方的大法官同意判决结论,但可能不同意见论证的理由与逻辑,或者想就具体论据发表个人观点时,可以撰写协同意见(Concurring Opinion)。少数意见方的大法官,可以撰写自己的异议意见(Dissenting Opinion),异议意见由于不具备约束力,大法官在书写时可以有更大的发挥空间。如果最高法院虽然做了裁决,但裁决的理由无法形成一个统一的多数意见,就会形成“各说各话”的多元意见(Plurality Opinion)。

〔4〕Jeffrey Toobin, “Without A Paddle: Can Stephen Breyer save the Obama agenda in the Supreme Court”, *The New Yorker* (September 27, 2010).