

美国法律文库

THE AMERICAN LAW LIBRARY

克里斯托弗·沃尔夫 著

Christopher Wolfe

司法能动主义

——自由的保障还是安全的威胁？

Judicial Activism: Bulwark of Freedom or Precarious Security?

(修订版)

黄金荣 译

中国政法大学出版社

美国法律文库

THE AMERICAN LAW LIBRARY

司法能动主义

——自由的保障还是安全的威胁？

Judicial Activism

Bulwark of Freedom or Precarious Security?

(修订版)

Christopher Wolfe

克里斯托弗·沃尔夫 著

黄金荣 译

图书在版编目(CIP)数据

司法能动主义:自由的保障还是安全的威胁/(美)沃尔夫著;黄金荣译.
—北京:中国政法大学出版社,2004.5

ISBN 7-5620-2571-1

I.司... II.①沃...②黄... III.司法-研究-美国 IV.D971.26

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 038989 号

书 名 司法能动主义
——自由的保障还是安全的威胁?(修订版)
出 版 人 李传敢
经 销 全国各地新华书店
出版发行 中国政法大学出版社
承 印 固安华明印刷厂
开 本 880×1230 1/32
印 张 7.5
字 数 160 千字
印 数 0 001-5 000
版 本 2004 年 9 月第 1 版 2004 年 9 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-5620-2571-1/D·2531
定 价 18.00 元
社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563(发行部) 62229278(总编室) 62229803(邮购部)
电子信箱 z5620@263.net
网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名:中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所



前言

我写本书有两个目的，这两个目的之间存在一些紧张关系。我的第一个目的是通过参与还在进行的关于司法能动主义的辩论来继续我的学术研究工作。在这个方面，本书是对我前一本书《现代司法审查的崛起：从宪法解释到法官造法》（最初由 Basic Books 出版于 1986 年，修订版由 Rowman & Littlefield 于 1994 年出版）的一个继续。在那本书中，我描写了司法审查从实质上的解释性权力到主要为立法性权力的历史转变过程。我也讨论了一些使得这种深刻转变成为可能的一些因素。尽管我对这种转变的态度非常清楚——我想这是一件不幸的事情——而且我在那本书中也确实谈到了对现代司法审查的一些辩护理由，但是我并没有对司法审查的优劣问题进行集中讨论。

本书想接着讨论前一本书只是简单涉及过的一些问题。它的目的是试图对那些赞成和反对现代司法审查的观点进行一番阐述

2 前 言

和评估。^{〔1〕}

我这么做并非空穴来风。20 世纪 60 年代末 70 年代初，那时要说服学者们来认真考虑现代司法审查的基础是很困难的，这或许是因为人们认为讨论这样的规范性问题不会有多大效果，或许是因为人们认为实行司法能动主义的理由非常充分。但现在这些都已经不再是事实了。现在已经有大量的著作对 Alexander Bickel 在 1960 年出版的《最不危险的部门》(The Least Dangerous Branch)一书中所明确提出的问题进行了讨论，当时他提出的问题是：既然很显然，*Marbury vs. Madison* (1803) 一案无论从经验上看还是从规范上看都已经太过时了，以至于很难再将其作为司法审查的理论基础，那么应该用什么东西来代替它的位置呢？^{〔2〕} 20 世纪 70 年代和 80 年代已经出现了大量的司法审查理论，同时为了回应这些理论，也有学者试图努力恢复对司法审查理论性质和范围

〔1〕 因此，它假定解释（我是在比当今法律学术界的普遍用法更严格的意义上使用这个术语的）是可能的，并且假定对现代司法权还存在另一种真正的“解释”方法。尽管那是一个重要的假设，并且对一些人而言它并不是一个令人满意的假设，但是我仍然只能说，为其辩护将会过于偏离本书的主题，对此问题更广泛的讨论，有兴趣的读者可以参见 *The Rise of Modern Judicial Review* 和 *How to Read the Constitution* (Rowman & Littlefield, 1996)。

〔2〕 Bickel, *The Least Dangerous Branch* (Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962), 第 1 章。

更加传统的理解。^{〔3〕}本书就属于后一类。

我写本书的第二个目的绝对不比第一个目的来得不重要。本书试图为司法能动主义辩论中正反两方面的主要观点提供一种相对简洁的论述。目前还没有其他任何书为受过教育的公民提供一种关于正反两方面观点的很好概述。我希望本书将会填补这个空白。

解决这个问题一个可能方法是，对在汗牛充栋的相关文献中所出现的主要司法审查理论进行一番概括。然而，我却选择了另外一种方法。我将各种理论的主要问题进行了梳理，并且对它们的基本构成要素进行了仔细分析。这个方法可以对公共辩论的展开很有帮助，因为它用一种相对可理解的方式分析了在这个重要公共问题上不同观点各自的理论基础。

当然，问题的关键是能否把这两个目的很好地结合起来：既

〔3〕 一些最值得关注的理论包括：John Hart Ely, *Democracy and Distrust* (Cambridge: Harvard University Press, 1980); Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge: Harvard University Press, 1977), 特别是第5章；Perry, *The Constitution, the Court and Human Rights* (New Haven: Yale University Press, 1982) 和 *Morality, Politics, and Law* (New York: Oxford University Press, 1988)。

在赞成“原初意图”的法律学者中，对这种发展提出的最著名的批评意见是 Berger, *Government by Judiciary* (Cambridge: Harvard University Press, 1977) 和 Bork, *The Tempting of America* (New York: Free Press, 1990)；从政治学角度提出的批评包括 Berns, *The First Amendment and the Future of American Democracy* (New York: Basic Books, 1976), McDowell, *Equity and the Constitution* (Chicago: University of Chicago Press, 1982) 和 *Curbing the Courts* (Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1982) 以及 Rabkin, *Judicial Compulsions* (New York: Basic Books, 1989)。

20世纪70年代和80年代法学界一个重要发展是批判法学运动的兴起，批判法学运动从左翼攻击主流的自由主义理论出发，否认由基本的法律原则进行统治的可能性，它主张对所有法律都采取一种直截了当的政治方法。例如，参见 Mark Tushnet, *Red, White and Blue* (Cambridge: Harvard University Press, 1988)。这种激进的批评虽然重要，但我们却不可能把它放入这种辩证的讨论。我将在 *How to Read the Constitution* 一书的第7章讨论这个问题。

4 前言

要让普通的读者不至于读得云里雾里，又要使它对学术性辩论有所帮助；同时既要为受过教育的公民概括和解释一下主要的问题，也要避免使本书成为引不起学者们任何兴趣的老调重弹。

在整本书中，我都试图努力对司法能动主义的双方观点作一个有说服力的展示。我如此做的理由并不新颖，但还是值得重新再提一下。首先，正像约翰·斯图尔特·密尔（John Stuart Mill）在其《论自由》一书中所说的，除非我们真正努力面对对方最强有力、最有说服力的观点，否则我们就不可能像我们想象的那样发展我们自己的思想。^{〔4〕}不敢面对真正的问题只会助长思想的惰性，鼓励我们满足于表面的说理。像西塞罗（Cicero）一样，我们必须认识到我们在展示我们一个观点的时候最重要的任务就是要研究与其对立的观点，我们要像最强有力的对手一样了解与我们对立的观点。^{〔5〕}

其次，如果我不考虑一个聪明读者可能提出的另一方的强有力观点，那么我说的东西就不会很有说服力。从短期看，如果没有面对这些问题，那将会引起聪明读者的愤怒，而从长远看，软弱无力的观点一旦面对真正的反对观点很快就会变得溃不成军。

这并不是说我会避免采取一个固定立场。我坚信司法能动主义是一个不幸的现象，如果没有它美国将会变得更美好。这一立场在我讨论到一些问题的时候就会很清楚地显示出来。尽管如此，我还是尽量把反对的观点阐述得公正一些，甚至雄辩一些。

前面的这些评论决定了本书的形式，但是在此我还想再解释

〔4〕 Mill, *On Liberty* (Baltimore: Penguin, 1974), 第2章。

〔5〕 一个很好的例子是乔普（Choper）的 *Judicial Review and National Political Process* (Chicago: University of Chicago Press, 1980)。尽管我经常并不赞同这本书的结论，但我还是非常关注这本书，因为它努力涵盖对重要问题所存在的不同观点。那本书的第一章“最高法院与政治部门：民主的理论与实践”尤其令人印象深刻。

几句，或者说再作一下辩护。它基本上是一个辩证法。我先从论述得更加显而易见的正方两方面观点开始，然后通过下列方式使问题不断得到深化：先给出一方的观点，再指出反对观点，然后又回到最初一方对这些反对观点的回应，如此不断反复。对这种方式可能需要进行一下辩解，因为它显得有些不方便。由于读者们必须经常要回到前面提到过的观点才能理解后面的问题，因此，那些对现代司法审查的辩论内容不甚了了的读者经常会对书中的论述感到困惑。它也意味着要将本书组织得完全井井有条是不可能的。作为一本讲辩证法的书，它的形式客观上要求每一部分都比它需要回应的部分更大更长，因为我是以这样的方式进行论述的：先给出一个观点，然后给出几个反对的观点，然后再对每一个反对观点都提出几个不同的反驳观点，如此不断进行下去。

尽管存在这些可能的困难，但是这种辩证形式本身还是极其有价值的。最重要的是，它避免了大多数思想和政治辩论中常见的“自说自话”的毛病。人们在谈到一个问题的每个方面时，经常会指出他们观点的优点和反对者观点的缺点，却并不直接与反对者的观点进行直接交锋。能言善辩者会避开真正的难点，经常提出不相关的问题以回避问题，或者试图掩盖、回避自己观点的薄弱之处，从而把人们的注意力转移到对自己观点有利的地方来。

在本书中，我试图让对司法能动主义进行辩论的各方直接面对反对方的观点，坦率地承认我可能赞同之观点的弱点以及相反观点的优点。但是说实话，我不能说这么做完全是因为对自己有绝对的信心或相信“真理必胜”。各种不同形式的司法审查所具有的相对优缺点可能属于这样一种情况，在这种情况下，人们对此可能作出的不同审慎判断都有充足的理由，而此时真理却更加“不可靠”，因为这种情况涉及到对某个具体现实进行实践判断的

问题。尽管一些观点在我看来清楚地指向了一个方向，但是许多其智慧和判断力都受人尊重的人却可能会得出不同的结论。在这种情况下，观点的辩证形式也是极其有价值的，因为它是展示双方观点优劣的一个有效手段。

同时，我希望对那些优点和缺点的洞见不仅在抽象的思想领域有所助益，而且在公共政策领域也能产生一些有益的效果。从最低的要求看，本书的审视至少可以给公共讨论注入更多的理性，从而减少双方华丽辞藻的影响。但是我还希望它能超越这个范围，进而鼓励人们对各种形式司法审查的优缺点都抱有更强烈的怀疑精神。

我要感谢那些阅读过本书初稿并使我从他们的评论中受益匪浅的人，特别是要感谢圣约翰大学的 Bill Gangi，科盖特（Colgate）大学的 Stan Brubaker，圣母玛利亚大学法学院的 Gerry Bradley 和马萨诸塞大学的 Dean Alfange。阅读手稿是一种劳而无功的工作，我无论如何都要感谢他们，非常感谢。当然，他们对我的任何观点都无须负责。我也想感谢那时还在道塞出版社（Dorsey Press）工作的 Leo Wiegman，我非常感谢在早期阶段他对我的鼓励；也要感谢我在布鲁克/科勒（Brook/Cole）的编辑 David Allen 博士；对于下列评论者我也一并予以致谢：科罗拉多州立大学的 David Allen 博士，阿拉巴马大学的 Craig Emmert 博士，印第安纳波利斯大学的 Stephen Graham 博士，普渡大学的 William P. McLauchlan 博士，劳约拉（Loyola）大学芝加哥分校的 Susan Mezey 博士，姗乔斯（San Jose）州立大学的 Kenneth Nuger 博士，西北大学的 Michael Perry 博士，俄亥俄州立大学的 Elliot Slotnick 博士，以及密西根大学的 Harold Spaeth 博士。

如果没有布拉德利基金会（Bradley Foundation）的慷慨经济支持，本书是不可能完成的，布拉德利基金会与马科特（Marquette）大学的休假项目给了我一年的时间，让我免于教学责任，

专心写作。我也很感谢马科特大学的布拉德利民主与公共价值研究所 (Bradley Institute for the Study of Democracy and Public Values), 它允许我不用参加暑期的教学, 从而使我得以把书最终定稿。

我还要感谢我在 Rowman & Littlefield 出版社的编辑 Jon Sisk, Steve Wrinn 和 Julie Kirsch, 正是他们使得这个修订版得以最终面世。

/ 目录 /

1	前言
1	导论：框定问题
3	司法能动主义的界定：一些传统的指导方针
7	司法能动主义的界定：另一种可行的方法
52	结 论
54	第一章 宪法及其调整的必要性
54	宪法已经不够用了吗？
66	对调整必要性的回应
75	第二章 司法审查与民主
76	一种可能（但非典型）的回应
78	司法能动主义的民主特征
89	对最高法院民主性的批评
116	第三章 司法审查和善政
116	为司法能动主义辩护
134	对司法能动主义新一轮的批评
165	结论性观点：“良好结果”和“特殊能力”
173	第四章 民主与司法审查的间接影响
173	间接损害民主
181	对司法能动主义的辩护
188	进一步的批评
194	结 论

2 目 录

196	第五章 结 论
197	赞成温和司法能动主义的理由
204	最后一点评论
211	参考书目
219	索 引



导论

框定问题

本书主要讨论司法能动主义（或者更笼统地说是现代司法权）的正反两种绝然不同的观点。但我们不可能直奔主题就对某个特定话题进行讨论。要想就这些问题展开讨论，事先得对司法能动主义（*judicial activism*）与司法克制（*judicial restraint*）的定义有一个总的印象。

本书的导论将从两个不同的方面就此问题展开讨论。一方面是从美国司法审查的历史概述来谈。然而，这个历史又在摒弃法律现实主义观点这一点上与主流学术观点有所区别。法律现实主义的观点认为，法官主要是在行使立法权，并且从某种程度上说，法官不可避免地要按自己的意志对法律进行解释，而不是按立法者的意志实施法律。尽管法律现实主义对现代司法实践的影响不容否认，但同样不容否认的是，早期的美国法官是按照另一种对裁判的不同观点进行司法实践的，这种观点认为，司法判决与立法者的意志和解释是有区别的。不管读者认为这些对不同形式司法审查的论述是否具有说服力，重要的是不能简单地认为，

2 司法能动主义

这种对美国法官（往往抱有司法的客观性理想）传统的自我认识就只能是一个神话。

若要回顾司法审查的历史，那就必然会涉及到司法能动主义的定义问题，这种定义主要围绕司法审查与宪法的关系而展开：司法能动和司法克制是程度不同的问题，即在何种程度上司法审查被恰当地认为是在执行宪法的意志，而没有掺入任何法官自己的政治信仰或者政治倾向。

司法能动主义的另一个定义更广为人们所接受，它更关注法官在行使一种被称为准立法权的权力时的方式问题。即使人们为了争辩而接受了法律现实主义的基本观点，人们对法官在作出判决的过程中依赖或者应该依赖他们自己的信仰或偏好以及对社会的信仰和偏好之观点的依赖程度这个问题上，仍然可能产生很大的分歧。即使人们认为司法解释应该或者说不可避免地是一种立法权，人们仍然可能对这个“反多数主义”的论点非常敏感，从而考虑对此进行限制。司法能动或司法克制是法官在进行自由裁量时享有多大的自由或者受到多大的限制的程度问题。司法能动主义的维护者强调的是法官要“实现正义”的使命，从而倾向于轻视对司法权的限制，而倡导司法克制的人则倾向于强调在民主国家中对司法权所应该进行的限制，并试图通过各种方式对法官的自由裁量权进行限制。

尽管对司法能动主义和司法克制的两个定义非常不同，但它们都为本书的讨论提供了一个有用的框架。因为第二个定义在当前更为常用，所以我打算首先对其进行介绍，然后再用更大的篇幅回过头讨论另一个更为传统、也更为激进的定义。

司法能动主义的界定：一些传统的指导方针

总的来说，研究司法权的学者都避免采用非此即彼地区分解释和立法这样一种“本质主义”的方法。他们宁愿采用一种强调政治与法律彼此联系的方法。司法审查所依赖的所有解释都包含着对各种不同原则所进行的某种程度的政治选择。根据这些不同原则，对宪法的笼统措辞可以进行各种不同的可能解释。因此，能动和克制不能简单地归结为这样一种观点，即奉行能动主义的法官就是在“立法”，而崇尚克制的法官就仅仅是在“解释宪法”。毫无疑问，能动和克制的区别更多只是一个程度不一而非性质不同的问题。^{〔1〕}

最简单地讲，司法能动主义的基本宗旨就是，法官应该审判案件，而不是回避案件，并且要广泛地利用他们的权力，尤其是通过扩大平等和个人自由的手段去促进公平——即保护人的尊严。能动主义的法官有义务为各种社会不公提供司法救济，运用手中的权力，尤其是运用将抽象概括的宪法保障加以具体化的权力去这么做。这种方法可以通过一系列的推理加以阐述：

● 法官在宪法解释的过程中，不应该受制于立法意图的限制，不管这种意图被理解为历史性期望或者某种确定的语言含义。这种限制无论如何也是不可能的，因为一系列问题使得要确

〔1〕 本导论很大一部分参考了 Halpern 和 Lamb 所编的非常有用的论文集：Supreme Court Activism and Restraint (Lexington, Mass.: Lexington Press, 1982)，特别是其中的 Lamb, “Judicial Restraint on the Supreme Court,” Schick, “Judicial Activism on the Supreme Court,” 和 Canon, “A Framework for the Analysis of Judicial Activism.”

切了解制宪者的意图是非常困难的：

3

●哪些“制宪者”的意图是法官所应该遵循的？是整个制宪会议？是制宪会议的领导人？抑或是批准这些协议的各个州政府？

●我们怎样才能知道他们的意图？麦迪逊的笔记就是全面而不带任何偏见的吗？如何对待批准协议时所缺乏的大约一半辩论记录？

●当我们试图解释语言时，如何才能克服语言本身所固有的不确定性？记录某些重大事项的语言在某种程度上不也是模糊不清吗？在努力解释宽泛的文件时不也必然包含创造某种解释框架吗？在解释某些模棱两可的文本时，我们有可能不受我们所坚信之东西的影响吗？

即使我们可能对立法者的意图有了大致了解，将这些高度概括的原则适用到现代环境中这个过程也是如此复杂而不确定，以至于解释者们不可避免地要加入一些超越立法者意图的东西。尽管每个人都认为我们不应该完全忽略立法者当初的意图，但真正使人们意见产生分歧的地方在于，人们对立法者当初的意图与复杂的、涉及多个方面的决断过程中的其他因素哪个更为重要的问题意见不一。能动主义者认为，立法者当初的意图与其他因素相比并没有那么重要。

● 能动主义者倾向于更少强调必须绝对遵循先例，尤其在宪法实践方面。除了最高法院撤销自己所判的案件，要想改变先

例，惟一的办法就是进行繁琐的修宪程序，因此，适当给予最高法院变更宪法先例的权力是非常必要的。先例在保持法律的确性和统一性方面仍然还有很大价值，但给予法院在否决某些过时先例时更大灵活性的同时，这些好处的主要部分仍然还是可以获得。

● 能动主义者以获得重要而且必要的司法判决倾向于减少程序上的障碍。毕竟一个具体案件细节的作用仅在于为最高法院提供一个有用的工具，利用这个工具最高法院就可以对重要宪法原则的意义作出一个具有权威性的判决，而程序障碍通常只会使整个审判过程耗时更长，花费更多，不确定性更大。因此，传统上被用来尽量避免对重大宪法问题作出决定的教条不应该再予以坚持。这些教条包括（1）起诉资格（诉讼当事人与案件结果之间必须存在实质性的、直接的个人利害关系）；（2）政治问题原则（在某些领域，法院没有独立审查的权力而只能听从其他部门的决定）；（3）成熟性和未决性（ripeness and mootness）（这个标准可以使最高法院不解决那些争点未明的案件以及已获解决并且⁴无需最高法院作出决定的案件）；（4）与联邦主义相关的各种程序问题（基于各州存在独立的理由和对“礼让”的考虑）。通常在国会的帮助下，最高法院也能够通过发现一些非公开的诉讼理由等手段扩大司法权的范围。总之，总的原则是，不要让程序要求挡住了实现实质正义原则的道路。

● 能动主义者并不那么顺从其他政治决策者，因为他们对法官自身的民主性质和能力有更深感受，而对政府其他部门则表现出更多的怀疑。当案件初步证据显示公民个人的权利遭到了