

Great Opposing Opinions in Landmark Supreme Court Cases

反对有理

I DISSENT

美国最高法院历史上的著名异议

Edited by MARK TUSHNET

[美] 马克·图什内特 编著

胡晓进 译

任东来 任裕海 校



山东人民出版社

反对有理

Great Opposing Opinions in Landmark Supreme Court Cases

I DISSENT

美国最高法院历史上的著名异议

Edited by MARK TUSHNET

[美] 马克·图什内特 编著

胡晓进 译

任东来 任裕海 校

山东人民出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

反对有理:美国最高法院历史上的著名异议/(美)马克·图什内特编著;胡晓进译. —济南:山东人民出版社,2010.1
ISBN 978-7-209-05200-9

I. ①反… II. ①马…②胡… III. ①案例—汇编—美国 IV. ①D971.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 022526 号
I Dissent: Great Opposing Opinions in Landmark Supreme Court Cases by Mark Tushnet
Copyright (c) 2008 by Mark Tushnet
Simplified Chinese edition copyright (c) 2010 by Shandong People's Publishing House
All Rights Reserved.
山东省版权局著作权合同登记号 图字:15-2008-082

责任编辑:麻素光

封面设计:武 斌

反对有理——美国最高法院历史上的著名异议

(美)马克·图什内特 编著 胡晓进 译

山东出版集团

山东人民出版社出版发行

社 址:济南市经九路胜利大街 39 号 邮 编:250001

网 址:<http://www.sd-book.com.cn>

发行部:(0531)82098027 82098028

新华书店经销

青岛星球印刷有限公司印装

规 格 32 开(148mm×210mm)

印 张 7.5

字 数 140 千字 插 页 2

版 次 2010 年 1 月第 1 版

印 次 2010 年 1 月第 1 次

ISBN 978-7-209-05200-9

定 价 26.00 元

如有质量问题,请与印刷厂调换。(0532)88194567

致 Nora Emily

导言：为什么异议？

我们的宪法传统颂扬伟大的异议者——约翰·马歇尔·哈伦、奥利弗·温德尔·霍姆斯、威廉·道格拉斯。在一个层面上，原因很清楚：他们与那个时代的主流宪法观念背道而驰，但历史证明他们是对的。国人开始明白他们的宪法意见是明智的，盛行一时的多数意见是错的。

这是一种令人欣慰的说法，但事实是，异议者一直不乏其人，我们却完全不知道历史会认可谁、抛弃谁。一旦我们意识到，也一定会意识到，有些异议者在表达不同意见时就错了，以后仍然是错的，这样一来，关于异议的叙述，以及历史如何决定谁赢谁输，就变得更加扑朔迷离了。

我认为，一开始我们就摆出一些理由，怀疑现有的异议观，很有用。假如你是最高法院大法官，读了案子的辩诉状，也听了庭辩，并与其他大法官讨论了案情，他们看的也完全是相同的材料。你认为，宪法要求原告获胜，这才是正确的解读与解释。五六个甚至八个同事都不同意你的看法。他们解读法律材料的结果是，认为原告输了。你竭尽全力证明他们弄错了，但他们仍然无动于衷。法院发布判决意见，支持被告。

我们习惯于认为，你应该、或者至少可以发表异议，解释你与同事意见不一的理由。然而，怀疑者可能会认为，发表异议难道不是自我放任吗？

基本上毫无意义,很可能适得其反。毕竟,你和同事看的都是同样的材料,凭什么你就认为自己对法律的理解比同事们的看法更合适?当然,如果你认为他们能力不如你,或者不如你对待工作尽职尽责,你大可以反驳他们的结论,但是,这样一来,你是不是有点妄自尊大吗?

最后,发表异议你又能得到什么呢?没人支持你的观点,无论你怎么做,原告都会空手而归,得不到救济。多数法官宣布的意见才是法律,将来法院也只会援引多数意见——而非你的意见——作为解释宪法涵义的依据。你也许寄希望于自己在异议中说的一些话——比如,“多数意见将判决仅限于本案涉及的事实,这很好”——可能会引导低级法院法官按照自己希望的那样解释多数意见。可是,多数意见就摆在那儿,每个人都可以解读,愿意按照狭义的方式解读的法官,不需要你的指引(愿意广义解读的法官根本不会听你的)。

你可能会觉得,发表异议表明自己曾尽力争取,但最终失败了。所有的这些只意味着,你自己的感觉可能会好那么一点点,可以向你希望得到支持的那些人表示,你和他们是一起的。总之,即便原告的结局更糟,你也会感觉更好一些。忽视真正输掉案子的人的感受,把异议看做是用一种不引人注意的方法,来安抚自己的良心,这是可以理解的。当然,有时候你会认为,肯定地附和多数大法官的判决,等同于与恶魔合作。这正说明了一个现象:“某某大法官不同意”,但没有发表完整的异议意见。(当然,今天的法律助手不会让大法官如此简单地脱身,让法律助手起草一份异议很容易。)

更有甚者，发表异议可能对法律本身有害。欧洲大陆的法律传统非常在意这方面的问题，有些欧洲国家规定，法官发表不同意见，甚至是通过谈话或私人信件透露自己不同意法院的判决，都是犯罪行为。理由是，出现公开发表的异议会使某些人——比如站在失败一方的人——有理由坚持自己对法律到底是什么的信念。而且，一旦坚持这种信念，他们就会据此行动。假设法院判决说，依据秘密证据将美国公民判定为“敌方战斗人员”是违宪的，除非政府完全能证明，公开证据对战事不利。你不同意这种看法，认为政府只需声明公开证据对战事不利就行了。你的异议可能会鼓励政府官员继续依据不能公开的脆弱证据关押某些人。他们可能希望你的异议会向低级法院法官传达一个信号：他们不必过于严格地适用多数大法官的“完全证明”标准，或者他们会希望，当案件到达你所在的法院时，你自己会按照亲政府的方式适用那个标准。

当法院需要政府官员与普通民众的支持，以保证法院的判决真正得到实施时，发表异议可能会削弱法治的担心就更重了。典型的例子就是学校隔离案（见本书第 11 章的讨论）。首席大法官厄尔·沃伦及其同事们的法律分析结论是，种族隔离违宪，但他们担心，异议会向判决的反对者——他们知道有很多反对者——提供炮弹，指责法院的行为不合法。当异议意见本身就时常提出这种指责时，这方面的担心就更甚了，这些指责，有时是暗藏在自身的法律分析中，有时是通过毫不掩饰的陈述：多数意见的判决不是法律分析的结果，而是多数大法官个人偏见的产物。

当然，你还可以继续认为，以这种方式削弱法治是件好事。毕竟，你认

为多数大法官的判决作为一种法律是错的,甚至有可能错得很离谱。依你看,你当然希望这样的判决不要“持久”。也许是这样。但值得注意的是,如果法官仅仅只是解释法律,并不是在实施他们偏好的政策,当争议并不是那么大时,异议意见的危害,可能会超出你从解释自己为何对、同事为何错中所得到的自我满足。(比如说,法官为何发表长篇大论的异议,解释联邦税法或养老金法含糊其辞的条款,就很让人费解。)

即便是争议很大,你也不可能从异议中得到更多的自我满足。假设在一件案子中,你对第一修正案保护言论自由的分析使你得出结论:因为有人用强烈的词句批评政府政策就将其送进监狱是违宪的。而你的同事的分析得出的结论是,判定这样的行为有罪,完全合宪(比如,见本书第7章)。再假设,如果一部分人赞同你的看法,并依此信念行动,发表的恰恰是你判决的案件中会导致其进监狱的言论。他们会面临什么问题?从短期来看,只要你的同事依然是多数,他们就将进监狱。

赞同你异议的人,可能不会发表那些完全一样的、给他人带来麻烦的言论,律师也会说,他们批评政府的言论,与你同事认为应该受惩罚的言论,还是有区别的。你的异议可能会促使检察官与低级法院法官重新考虑,是否将法院判决“扩展”到新的情况。

所有的这些构成了一个复杂、并很可能错误的“理论”:一个案件如何成为其他案件的先例。我们继续来看这个例子:去年,你的同事判决批评政府者有罪,你发表异议。今年,另一个案子到了最高法院,涉案言论很相似,但稍有不同。结果可能会怎样?

你同事认为，去年判决有罪时所使用的原则，今年同样适用。你的异议对判决结果不起任何作用。

你同事认为，去年的原则不能涵盖今年的言论，允许发表这样的言论。同样，你的异议还是不起作用。

你该怎么办？

你仍然认为去年的判决是错的，并坚持己见。你并不在意今年的言论是否与去年不同。

你仍然认为去年的判决是错的，但你认为即便是依据多数意见的错误原则，这样的言论也是受宪法保护的，因此你同意让言论者不受制裁。值得注意的是，你的同事可能会暗自思忖，你主动提出今年的案件与去年不同，会更好一点，当他们认为正确适用自己的原则就意味着今年的被告也应该进监狱时，尤其如此。

至此，你在第一个案件中的异议对第二个案件不起任何作用。当然，还有其他多种可能。

你去年的异议可能触动了你同事的态度，其中一些人改变了看法，站到你这边来，同意推翻他们去年作出的判决。这是可能的，并且会发生。但并不会经常发生，这也没什么奇怪的，毕竟，你去年提出的理由当时并没

有说服他们,除非发生新情况(这是重要条件),否则很难想象,为什么同样的理由今年就突然打动了他们。

你也许会对自己说,你有责任适用完整的法律,应该考虑去年的先例,然后你这么做了,将最高法院的(错误)原则用在今年的案件上。这样一来,你也赞同将发表这种言论的人送进监狱。这样的事也会发生,但是很少,原因很明显:你认为,如果同事们去年正确适用法律,被告就应该获得自由,但是由于他们去年弄错了,被告进了监狱。这不是你希望作出的合理判决,只要有可能将今年的案子与去年的案子区别开,你会非常倾向于认为,即便依据同事们提出的原则,这两件案子也是不同类的。

所有这些得出一个结论:在短期内,你的异议不会对结果造成太大影响,无法阻止你的同事延续他们的错误判决,当然,他们可能会依据自己的理由,不再在新的案件中重复自己的逻辑。

很大一部分原因在于,你面对的是同样一拨同事,他们在判决第一个案件时犯了错。改换判决者,才可能改变结果。总之,如果你的异议是“为历史而写”,你相信有一天判决者会改换,也就是说新的最高法院大法官会赞同你的宪法观。

从这一点出发,认为你的异议重要,有点狡辩。简而言之,只有当新的总统赞同你的宪法观时,才会任命同样立场的新大法官。如何实现呢?所依赖的条件,大多与你的异议无关,实际上也与整个最高法院无关。经济萧条、希望或者不希望的战争、人口变化、从一地到另一地的迁徙,这些通

常都是决定总统职位归属的重要因素，它们要比最高法院的所作所为重要得多。

这是常规情形，当然也并不总是如此。偶尔，总统候选人也会发现，批评最高法院也对竞选战略有帮助。理查德·尼克松就是这么干的，他在竞选总统时提倡“法律与秩序”，说他提名的最高法院大法官将推翻沃伦法院在刑事程序问题上的开明判决先例。这样的总统候选人可能会利用最高法院内的异议，来充实自己的政治演说。但是，即便在这类总统竞选中，候选人的胜败也很少依赖最高法院争议的问题：1990年以后，民主党人一再极力警告支持堕胎的选民，不要投共和党总统候选人的票，因为这些人一旦当选，就会任命大法官推翻罗伊诉韦德案，但这种警告并不起作用。

当然，有些时候，我所说的那些宪法观确实会影响选举。候选人提出的纲领也暗含这种宪法诉求：平等、国内与国际安全、社会正义。这些纲领偶尔也会涉及最高法院判决。1860年的共和党纲领谴责“新的宪法原则”是，“一种危险的政治邪说”，“它将用宪法的力量把奴隶制推向美国的所有领地”，这是在影射最高法院的德雷德·斯科特案判决（本书第3章）。而当代的政治纲领则经常提到最高法院在罗伊诉韦德案中的立场。当然，更重要的是，这些纲领中还充满着政党候选人认为应该如何实施宪法的更全面的看法。

这些看法大部分来自该政党的政治支持者，尤其来自社会运动，这些社会运动影响了美国政党的整体面貌。1960年代民权运动塑造的种族与社会平等宪法观，融入了民主党的竞选纲领。20世纪末期以后，共和党纲

领中则包含了基督教右翼提出的针锋相对的宪法观。对于这些社会运动,最高法院的判决也起到了一定的推进作用。1955年,小马丁·路德·金敦促蒙哥马利市非裔美国人支持继续抵制该市的巴士隔离制度,他说,“我们没有错,如果我们错了,这个国家的最高法院也错了;如果我们错了,美国宪法也错了;如果我们错了,全能的上帝也错了”。基督教右翼的社会保守主义反对罗伊诉韦德案以及最高法院的学校祷告案判决(本书第13章)。但是,法学界之外,研究这类运动的学者相信,对于这类普遍宪法观的形成与运用,最高法院的作用并没有律师们认为(或者希望)的那么大。金的演说只是在开头提到了最高法院,高潮部分引用的还是全能的上帝。

宪法观确实影响了最高法院,因为在竞选时诉诸这类观念的总统,有时就会提名具有同样观念的大法官。但是,历史性的分析又一次减弱了宪法观在提名过程中的重要性。大法官提名中的政治是普遍政治的反映,当政治常态涉及利益集团的讨价还价时,大法官提名的政治也不例外。1870年代到1950年代的大部分时期就是这样。1939年,威廉·道格拉斯获得提名,是因为他来自西部(同时在经济问题上他也是新政的可靠支持者),而不是因为他是个坚定的自由至上主义者。有些大法官的任命完全是出于政治回报。在最近的历史上,最重要的就是1954年提名厄尔·沃伦出任首席大法官(本书第11章)。如果宪法观影响了政治气候,也会影响大法官的任命,这一点也很重要。比如新政时期就很看重经济规制方面的宪法观,今天同样如此:当总统与参议员询问某人的“司法哲学”(如果他们喜欢这个人)或“司法意识形态”(如果他们不喜欢)时,他们实际上是在问

这个人的宪法观。

因此，异议虽然有作用，但却是以非常间接的方式在起作用：某个社会运动可能会引用异议，因为异议在某种程度表达了该运动已有的宪法观；社会运动的宪法观可能会影响政党及其候选人；获胜的候选人可能会提名具有同样宪法观的法官和大法官；这些新的大法官可能会认为，到目前（也许是过去一些年）为止，异议对我们宪法的解释，比多数意见更好。上面的所有这些条件都很重要。

异议起作用的途径如此间接，也促使我们自然而然地提出一个关于异议的疑问：如果异议占上风，我们的世界会如何不同？在某种意义上，答案通常会很简单：“不会有多大不同”。无论最高法院如何判决德雷德·斯科特案（本书第3章），几乎肯定还会有内战；无论最高法院如何判决民权案（本书第4章）与普莱西诉弗格森案（本书第5章），南方的非洲裔美国人也几乎一定会受到实质性歧视。这个世界不会有太大不同，原因也很简单。我们世界的呈现方式，更多的是由经济、社会变迁、人口统计等因素决定的，而不是最高法院的判决决定的。走完我所说的间接影响路径，需要很长的时间，在这段时间里，很多事情都会改变。当证明异议是正确时，我们是该解释说这个判决从一开始就是对的，还是要提出，在写作异议与异议成为法律这段时间里，发生了其他事情？

异议有作用，但几乎总是间接性的，要经过很长一段时间，才形成我们对最近异议的看法，这也解释了为什么本书只收录了一个21世纪的异议。异议的时间越近，就越难判定社会、经济与政治的将来发展是会将异议弃

之不顾,还是使其越来越重要。

或许到那时,那些“仅仅”只是有意思的异议,并不是重要的社会运动所需要的异议。伟大的异议者笔下的异议,能与社会运动的宪法观产生长久的共鸣,并影响我们的政治制度。

本书所辑录的异议,跨越了最高法院的大部分历史时段。这个集子快速地概览了最高法院判决的几乎所有重要问题——当然有一定的间隔。在每个异议之前,我都作了一个案件判决背景的简短描述,不仅仅是介绍事实,有时也包括政治与社会背景。我对异议作了一些编辑,有时编辑的地方还很多,目的是尽可能地让非律师读者也能理解。但我相信,我保存了每个异议的法律分析,足以看出它们仍是最高法院判决意见书的异议,而不是关于最高法院判决政策或政治的编辑评论。每个异议后都附有关于该异议作用与后果的讨论。我用这些后续讨论来引导出本书的几个主题。在我们今天关于普遍性宪法问题的对话中,这些主题仍很重要。它们是:

异议的修辞。司法意见书的写作风格发生了变化,早期的司法意见书比最近的司法意见书用词更华丽。约翰·马歇尔·哈伦大法官的意见书极其冗长,即使经过编辑,很多地方仍是空话连篇,没有提出任何清楚的论据(比如本书第4章)。罗伯特·杰克逊大法官的写作更加洗练,在言简意赅方面是位大师,不过,他有时候也很难从头至尾坚持连贯的论证(比如本书第11章)。在当今的最高法院,安东宁·斯卡利亚大法官娴熟地运用“以意见书为攻击炮弹”的手法,为报刊评论的作者提供可供直接引用的批

评语句，后者可以原封不动地照搬到自己的评论中（比如本书第16章）。在本书收录的司法意见中，路易斯·布兰代斯在惠特尼诉弗吉尼亚案（本书第7章）中的异议，无疑是最典雅的散文篇章——它出自我们认为具有会计师灵魂的布兰代斯大法官，多少有些让人称奇。

伟大的异议者。在这本书中，有些法官不止出现了一次。我的选择体现的是我个人的判断，也就是尽力从最高法院的整个历史中挑选案例，希望覆盖最高法院涉及的多数重大问题，考虑到这一点，我们也许能明白，为什么这些法官作用特殊，而其他一些被视为伟大异议者的法官，威廉·道格拉斯就是典型的一位，却没有出现在这本书中。对于道格拉斯大法官，答案很简单：虽然历史证明他的一些异议的确是正确的，但他写作异议的风格有些草率，而且更重要的也许是，实际上他认真持有的法律观念与他所表述的完全相反。其后果是使得道格拉斯大法官的异议具有奇特的时限性。我们可以将他与约翰·马歇尔·哈伦大法官作个比较，对今天的我们而言，哈伦的写作风格看上去非常华丽，但他的异议充满强有力的道德理念，仍具有可取之处。最后要提的是，安东宁·斯卡利亚大法官在这本书中出现了两次，现在判断他将来是否会成为伟大的异议者，还为时尚早。我们不知道他的宪法观是否能得到认可，还有，我知道我与他有着完全不同的宪法观，他的写作风格在今天虽然广受称赞，但其影响力可能并不会像多数人所相信的那样持久。

作为先例的法律原则。就像我们必须解释多数意见一样，我们也必须解释异议，才能弄清其含义。还有，正如多数意见一样，异议的含义不仅取

决于作者的表述,同样还取决于我们选择如何来理解。先例——这里我们讨论的是作为先例的异议——可以向多个方向延伸,其词句通常不只是为未来提供一种含义。本书中最生动的例子是约翰·马歇尔·哈伦大法官在普莱西诉弗格森案(本书第5章)中的异议。这份写于19世纪末的异议,在21世纪既用来解释为什么说肯定性行动违宪,还用来解释为什么说肯定性行动完全合宪。重要的是,双方都没有“误用”这份异议。无论是赞同肯定性行动还是反对肯定性行动的主题,都可以公平地在这份异议中找到,哈伦大法官并不需要作出选择。两个主题都要求他推翻普莱西案所提及的种族隔离法,他没理由操心将近一百年后才会出现的肯定性行动问题。

政治变迁与异议获得认可。本书收录的异议,有些已经得到了历史的认可,有些仍待认可。曾被民权案(本书第4章)判决违宪的联邦反歧视法,现在已经毫无争议了,当然,这些法律的正式宪法基础与民权案中提出的不充分基础,还是有所不同。判决种族隔离合宪的普莱西案,今天也违宪了。立法规制普通工人工资,在洛克纳诉纽约案(本书第6章)中曾是违宪的,如今显然是合宪的,唯一的争论在于,联邦政府强制要求的最低工资应该是多少,而不是宪法是否允许国会设立最低工资。

在为这些具有先见之明的异议高声欢呼之前,我们应该牢记,异议如果得到认可,那是复杂的社会与政治过程的产物。有些异议没有得到认可,最高法院的判决是在克服了强烈抵制之后,才占上风的。观察异议如何逐步成为法律,为我们提供了最佳观察途径,可以看到作为法律、经济、

政治互动结果的宪法法，与社会整体之间的联系。在这些案件中，我们知道，不仅仅只是法律——或者说至少不是最高法院制定的法律——产生我们所看到的结果，因为在这些案件中，早先的法律是一回事，后来却完全相反。

大众宪法观。最后一个主题涉及最近宪法学界一个更加令人感兴趣的发展：大众宪法观。（声明：至少对我而言，是一个更有兴趣的主题，因为我与大众宪法观的兴趣复兴联系在一起。）

大众宪法观坚信，保证我们政府体制坚守我们宪法基本规则的责任，既依赖最高法院大法官与其他法官，同样也有赖于美国全体民众；法官对宪法含义的理解，并不一定胜过民众，除非法官给出的解释理由，民众也能认可。

大众宪法观一直是美国宪法经验的一部分。如果法官不同意民众及其代表在立法时所体现的宪法观，为什么法官对宪法的理解总能胜出？早期以及后来批评司法审查的人对此有疑问。在这本书中，我收录了一份早期批评司法的意见，将其视为对最高法院马伯里诉麦迪逊案（本书第1章）一致判决的“异议”，以资说明。政治人物经常表示，他们有权不同意法院理解的宪法。安德鲁·杰克逊总统就不同意最高法院在麦卡洛诉马里兰州案（本书第2章）中的一致判决，在给国会的咨文中，他解释说，他之所以否决国会的立法，是因为他相信，即使最高法院根据自己的理解，明确表示该