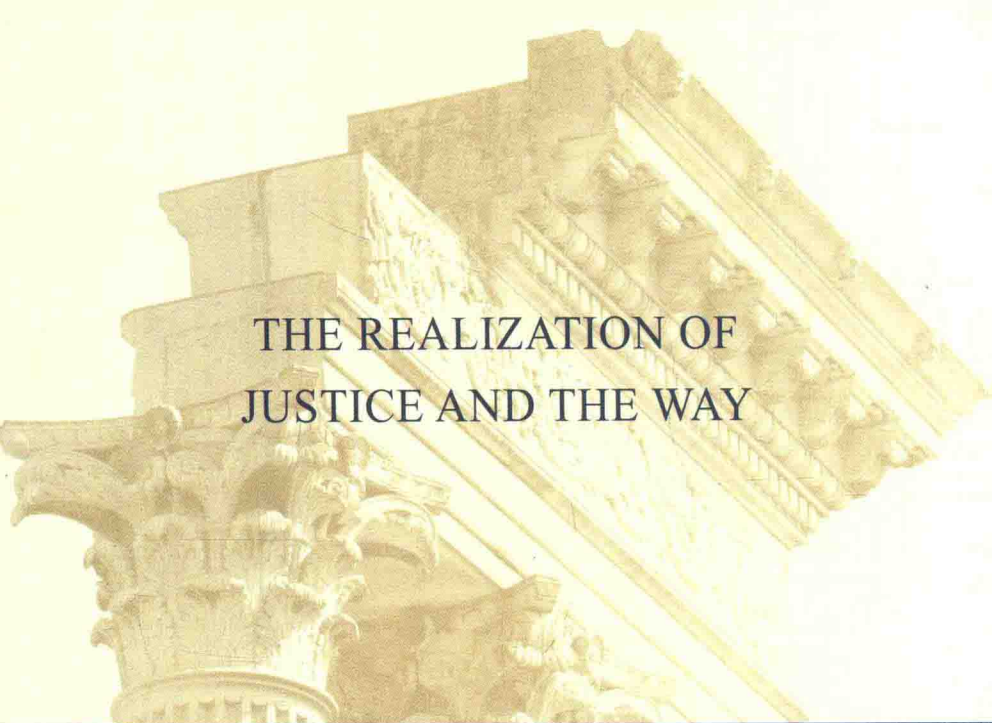


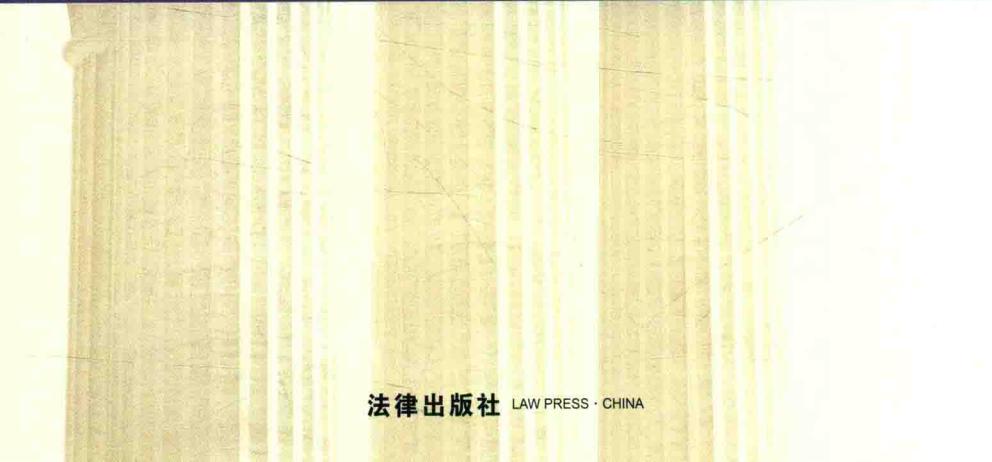


THE REALIZATION OF
JUSTICE AND THE WAY

曹 东 | 著

正义的实现及途径

审判意义上的美国联邦最高法院



法律出版社 LAW PRESS · CHINA

THE REALIZATION OF
JUSTICE AND THE WAY

曹 东 | 著

正义的实现及途径

审判意义上的美国联邦最高法院

图书在版编目(CIP)数据

正义的实现及途径: 审判意义上的美国联邦最高法院
院 / 曹东著. —北京: 法律出版社, 2016. 8
ISBN 978 - 7 - 5118 - 9701 - 5

I. ①正… II. ①曹… III. ①最高法院—概况—美国
IV. ①D971.262

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第155749号

正义的实现及途径

——审判意义上的美国联邦最高法院

曹东著

策划编辑 刘伟俊

责任编辑 刘伟俊 李峰云

装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 14.5 字数 333千

版本 2016年8月第1版

印次 2016年8月第1次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 三河市龙大印装有限公司

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 9701 - 5

定价:50.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



谨以此书献给我的父亲



目 录

导言 大理石神殿	1
----------	---

卷一 历史

1 从模糊到清晰	17
2 伟大的奠基	29
3 历史书不会再谈论	42
4 再一次转危为安	52
5 并非小题大做	65
6 司法英雄主义时代	75
7 当尘埃落定时	87
8 开启新航程	99

卷二 制度

1 运气与能力的较量	111
2 年龄不是问题	125

3	权力“最小”的掌门	136
4	为什么大法官说了算	147
5	铁打营盘流水兵	157
6	真实的谎言	169
7	遗憾与欣慰	182
8	神殿下的他们	192

卷三 运 转

1	把官司一路打到联邦最高法院	203
2	活跃的审判席	214
3	绝对“暗箱操作”	227
4	谁影响了谁	238
5	第五票法则与多数意见	248
6	并不孤独的异议	259
7	法庭之友	275
8	当服从成为习惯	285

卷四 理 念

1	实用主义审判不可避免	297
2	在审判席上立法	310
3	司法单边主义的告诫	321
4	消极的美德	330
5	宪法原旨主义解释	343
6	另一种视角解释宪法	354
7	审判实践中的道德	363

8 混乱中的真实	370
----------	-----

卷五 人 物

1 年轻的首席	383
2 都是才能惹的祸	387
3 一票定乾坤	393
4 沉默是金	397
5 女权主义者	402
6 保持阳光心态	408
7 不为被继任者“待见”	413
8 一个不平凡的故事	417
9 从政府首席律师到大法官	421
10 长眠于阿灵顿国家公墓	425
11 联邦最高法院中的“白雪公主”	429
12 “婴儿杀手”抑或“女权斗士”	433
13 联邦最高法院的“民权先生”	437
14 “无冕之王”的功臣	441
索引	445

导言 大理石神殿

司法殿堂或者联邦最高司法殿堂,这是很多人对美国联邦最高法院办公大楼的别称,该称谓逐渐成为联邦政府司法分支的代名词。的确,与华盛顿很多有特色的建筑,与国会大厦、白宫相比,联邦最高法院大楼显得更加别具一格:独立、厚重、庄严并令人难忘,尽管后者的历史要远比前两者短,而且短了许多。虽然,这栋大楼建于美国经济大萧条时期,但是,丝毫看不出当年的经济拮据。斯通大法官曾开玩笑说,每当我看到那栋大楼,都觉得大法官应该骑着大象去上班,可见其神圣。其实,司法殿堂,不仅仅指建筑的庄重(这只是载体与表象),更重要的是说明联邦最高法院及其所解释的宪法和法律在美国人民心中的重要地位——神圣且反映法院历史与法律文化,因为,这是“司法”的殿堂而非“道德”或者“宗教”的殿堂;同时,厚重的大楼即建筑的外部形式恰到好处地体现了司法的两个基本元素或特征:独立性与至上性。法律要得到普遍信仰和遵守,表现形式也很重要,如果说不是最重要的话。内涵与外在表现形式相辅相成,共同演绎着历久弥新的“司法神话”。

只不过,历史上的联邦最高法院,无论是建筑形式还是司法地位,与现在相比都寒酸了许多。

联邦最高法院成立之初,以及之后的很长一段时间,其地位与作用远没有我们现在所观察到的如此重要。司法作为联邦政府三大分支之一,尽管被制宪先贤们写入联邦宪法,但当时的宪法还仅仅是一部“纸上宪法”,生命力有多强——二十年、三十年乃至更长,还是个未知数。为此,要使宪法成为一部被普遍接受并长久使用即“活着”的宪法,立法和行政承担的职能远比司法重要,发展轨迹也确实如

此,特别是在美国早期;而且,就三权内部而言,联邦最高法院既无武力又无意志,是名副其实的最小的且最不危险的部门。于是,也就不奇怪,为什么美国建国之初未考虑建造独立的司法大厦,而是将办公地址选在国会大厦潮湿阴暗的地下室。如果是一个强有力的职能部门,如果真的是“三足鼎立”,何以如此“狼狈”。

后来,也许,仅仅是也许,由于司法权在三权中地位逐步上升,办公地址随之迁到国会大厦的楼上(尽管可能没有必然联系),但仍有寄人篱下之感,如果不是习惯成自然的话。特别是,大法官没有属于自己的办公室、会议室,更谈不上更衣室、餐厅、休息室甚至图书阅览室。而且,那时的大法官也绝对不是法律人所向往的最神圣和最崇高的职业。杰伊大法官,《联邦党人文集》撰稿人之一,任期届满后宁可做州长也不愿连任。当然,这仅仅是一个远距离观察,甚至是一个表象性观察,如果从司法角度,进行深层次考察,其实不难发现,当时联邦最高法院在宪法上定位只是一个普通上诉法院,最多算得上是一个终极上诉法院,一个乏味而又苦不堪言的上诉法院,庄严与神圣根本无从谈起。因为,建筑、仪式以及权威只是某种事物包括人民普遍信仰和情感的外在表现,没有内容,再华丽的形式亦无意义,犹如乞丐穿上拾来的晚礼服,礼服本身不会提高其社会地位。

已退休的斯蒂文斯大法官在《五位首席大法官:最高法院杂记》^①一书中谈到首席大法官塔夫脱时,认为塔夫脱担任首席期间,对联邦最高法院的突出贡献有两项。其中一项就是塔夫脱利用其自身优势——出任首席大法官前曾担任美国总统(美国历史上唯一一位曾担任过总统的首席大法官),说服国会同意,在国会大厦的东侧建起一座与国会大厦、白宫相媲美的建筑,使联邦最高法院成立一百多年以来,第一次拥有属于自己的独立办公大楼。

^① Pearson and Allen, *Nine Old Men*, p. 9.

斯蒂文斯大法官的这一评价的确很中肯。

1921年,塔夫脱出任联邦最高法院第十任首席大法官时,联邦最高法院审判庭仍设在国会大厦的老参议院厅(1860年,因为美国领土快速扩张,许多州加入联邦,参议院办公场所太小,不得不搬至国会大厦更大的地方办公,联邦最高法院遂搬至老参议院厅办公),尽管办公条件比以前改善了许多,但与联邦最高法院在宪法上的地位以及在社会生活中扮演的重要角色,仍然不大相符。有人曾这样描述当年联邦最高法院办公场所的尴尬境地,“一个陌生人,在国会大厦黑暗的通道上转上一个星期,恐怕也无法找到这个管理着美利坚合众国司法机构的偏僻角落”^①。特别是,当时的大法官们因为在国会大厦没有自己办公室,大部分工作只能在自己家里完成,在一定程度上影响了司法效率。正是鉴于此,首席大法官塔夫脱在任上,积极呼吁和奔走,联邦最高法院大楼于1929年正式动工,1935年最终落成。此时,美国经济正处于“大萧条”时期,国会同意拨款900万美元,不能不说是大手笔。可惜的是,塔夫脱于1930年去世,没有等到大楼落成的这一天。

“人靠衣服马靠鞍。”^②联邦最高法院大法官们,经过不懈努力,终于赢来属于自己的独立办公楼。司法独立与司法至上,在这里不再是一句口号。

二

当然,联邦最高法院向来以神秘著称于世。不要说国外,就是美

^① 刘文涛主编:《美国首席大法官》,新星出版社2011年版,第183页。

^② 这句俗语更书面化的表述为:人靠衣装佛靠金装。《醒世恒言》记载,“常言道,佛是金装,人是衣装,世人眼浅的多,只有皮相,没有骨头相”。不过民间或口头语一般多用“人靠衣服马靠鞍”,强调外表与内涵协调和匹配。

国国内普通公众对联邦最高法院以及其制度运转也知之甚少。美国有一位名叫 Abner J. Mikva 的上诉法院法官在回答记者提问时曾风趣地说,“大家对国会的许多认识都是错误的,大法官对他们而言则充满神秘感。我非常担心这一点。我们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,只是因为人们不了解我们罢了。”^①现任大法官布雷耶有一本专著名叫《法官能为民主做什么》,以一个法官视角分析了联邦最高法院在捍卫人民自由方面的作用。在该书序言中,有一句话给人留下很深印象,“我撰写本书,是为增进公众对联邦最高法院的认识与了解”^②。言下之意,现在的公众对联邦最高法院并不是很了解。一名已退休的大法官在一次演讲中也提到,调查显示,至少 2/3 的美国人可以说出福克斯频道《美国偶像》^③节目中一位评委的名字,但不到 1/2 的人可以说出联邦最高法院一位大法官的名字^④,注意这里是一位而不是多位。

霍姆斯是联邦最高法院历史上最杰出的大法官,也是 20 世纪英语世界最著名的法学家。20 世纪 50 年代,美国有一部以霍姆斯大法

① Reported in San Jose Mercury News, 载 http://www.mercurynews.com/breaking-news/ci_18907279。

② [美]斯蒂芬·布雷耶:《法官能为民主做什么》,何帆译,法律出版社 2012 年版,第 1 页。

③ 《美国偶像》(American Idol)的原型是英国电视节目《流行偶像》(Pop Idol)。2001 年英国电视台推出选秀鼻祖节目《流行偶像》,首届落幕便挖掘出了三名歌坛优质偶像:威尔·扬(Gareth Young)、葛瑞·扬(Gareth Young)、葛瑞·盖斯(Gareth Gates),一时间偶像旋风席卷全球。FOX 广播公司慧眼识珠,以 7000 多万美元买下节目版权并加以适当改编,从 2002 年起每年主办一届,目的是发掘新一代的美国歌手,获得当季冠军的选手即为当年度的美国偶像,获得一张价值百万美元的唱片合约。

④ [美]戴维·奥布莱恩:《法官能为法治做什么:美国著名法官讲演录》,何帆等译,北京大学出版社 2015 年版,第 2 页。

官为原型名为《神奇的美国佬》^①的影片,详细描写了一位大法官工作、生活状态,以及联邦最高法院的机构运转。导演拍这部电影,从传媒的角度刻画和渲染了霍姆斯大法官不平凡的一生,客观上又向公众普及了联邦最高法院的一些基础知识。当然,如果没有相关背景知识,或者对联邦最高法院及建筑内部空间布局一无所知,实事求是地讲,观看这类电影还是很吃力,不像是在娱乐消遣,也达不到普及知识的效果。寓教于乐其实很难(学习是否有乐趣,尤其在孩童年代,值得怀疑。如果这一命题或者前提本身就是一个伪命题,很多教育改革无疑是南辕北辙)。当然,这并不是说这部电影本身拍得不够好。这就如同我们读《红楼梦》,作为东方文学史上的扛鼎之作,尽管随时随地,我们都可以以不同形式和方式接触到,但大多数时候还是雾里看花,只知大概。所谓的经典,也只是别人认为的经典,人云亦云罢了,而非读者自己真实的体会。如果从一个普通读者视角切入,《红楼梦》除场面宏大、人物众多、知识百科性造成理解上的障碍外;还有一个很重要原因,也就是说,大多数普通读者对故事发生的空间布局缺乏足够了解,其实也没有想去了解。我们知道,小说百分之九十五以上的重大事件都发生在荣、宁二府及大观园,如果想真正读懂《红楼梦》,荣、宁二府及大观园的空间布局是关键,这倒并不是让读者一定要一一对应,但至少有一个大致轮廓。就此而言,第三回与第四十回^②值得细细品味。第三回借林黛玉第一次进贾府,详细介绍了荣、宁二府的空间布局;第四十回则借刘姥姥二进贾府,再现了大观园的基本轮廓。有此基础,空间布局与故事情节进行简单对应,思考起来就会容易很多。进行抽象思维,是哲学的目标和要求,小说恰恰

① *The Magnificent Yankee*, 1950.

② (清)曹雪芹、高鹗:《绣像全本红楼梦》(上),辽海出版社2013年版,第11~16、194~200页。

相反,如果没有这些,要想深入理解,难度很大。

同样如此,不管你是不是一个建筑爱好者,如果想深入思考联邦最高法院审判制度与运转,以及联邦最高法院“何以最高”,而不是仅作一个“二传手”,那么对大理石殿堂进行必要直观的了解,非常有必要。其实,还不仅仅是建筑、空间布局,它是美国司法制度在演进过程中的岁月痕迹,承载着历史、理念、制度、人物和法律文化。正如罗森教授所言,“有关联邦最高法院威严仪式的一切,从白色大理石神殿到黑色法袍,都是用来最大限度地减少世俗感觉的,并传达给人一种印象:联邦最高法院的法律意见即便不是上帝之言,也是非个人化的德尔菲神谕(Delphic oracle)的宣誓”^①。

值得提醒的是,当欣赏大楼正门内大厅之雄伟时,千万不要错过两边大理石廊柱下历任首席大法官的雕像,他们就像希腊神庙里供奉的诸神,传承并坚守着法律的公正与权威。凝视一尊尊雕塑,一系列与联邦最高法院息息相关故事和往事,甚至逸闻趣事跃然纸上,正是这些故事,塑造了今天我们直观感觉和理性思维中的联邦最高法院。比如,约翰·马歇尔,这位公认的英语世界最伟大的首席,创立并发展的司法审查制度一直沿用至今,并最终将联邦最高法院抬升至与国会和总统同等重要的地位;比如,罗杰·坦尼,这位运气不怎么好的首席,执笔撰写的斯科特案法律意见,至今仍然是美国历史上最糟糕的判决;还有厄尔·沃伦,这位曾经当过州长的首席,对正义追求和对弱小者的平等保护从未有如此受重视……一路走来,你仿佛置身于联邦最高法院的历史长河。

当然,走廊仅仅是开始,就如同走廊两旁屹立的渐行渐远的伟大首席们,尽头才是整栋建筑核心——神圣庄严的法庭。红色天鹅绒

^① Jeffrey Rosen, *The Supreme Court: The Personalities and Rivalries That Defined America*, New York: Times Books, 2006, pp. 5-6.

帷幕,桃花心木制的审判席,九把黑皮座椅,展开的国旗,置身于此,你似乎可以听到慷慨激昂的辩论声在法庭内回荡,更可以联想到联邦最高法院两百多年来的一系列重大判决,确立司法审查原则的马伯里诉麦迪逊案^①、废除隔离但平等原则的布朗诉教育委员会案^②、推进妇女平等权利保护的罗伊诉韦德案^③、涉及言论自由的纽约时报诉沙利文^④案等,正是这些声音和判决,界定着美国法律与民主进程,并将建筑、历史以及法律文化恰到好处地融为一体。

不得不承认,这座新古典主义建筑的点睛之笔莫过于建筑前的44级台阶。正如现任首席大法官罗伯茨所言,每当我踏上大理石台阶,准备参加联邦最高法院的言辞辩论时,我总会因内心感动而哽咽。的确,担任首席大法官前,罗伯茨是联邦最高法院表现最优秀的政府首席律师,曾无数次地踏上象征司法至上的这一级级台阶,对联邦最高法院在美国宪法体制中的作用,他应当感受颇深。当然,不仅仅是罗伯茨,其他大法官、出庭律师甚至普通参观者也会有此同感。当然,建筑设计者并不是(至少最主要的不是)要凭借因台阶而抬高的建筑以及台阶本身,来刻意彰显联邦最高法院对人民有多么的重要,或者人为地神话联邦最高法院的功能和特殊意义,也许是无意识地,但确实体现了联邦最高法院的功能和价值:最权威裁判、最高层面判断是非曲直、最有申诉机会。从而时刻提醒大法官:他们正肩负重任,是法律和正义最后防线的捍卫者;也告诫公众,应该始终保持对法律的信仰和恪守,因为这是自由的基石,尽管宪法在不断地被解释,但实践证明,被解释后的法律也同样值得信赖。

① *Marbury v. Madison*, 5 U. S. 137 (1803).

② *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U. S. 483 (1954).

③ *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113 (1973).

④ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U. S. 254 (1964).

2005年9月6日,正是在这44级台阶上,大法官和法官助理们庄严排列,送别离世的伦奎斯特首席大法官,台阶的仪式感和敬畏感更加向公众凸显。

三

好在近年来,国内翻译了很多研究或介绍联邦最高法院及大法官们的著作。学术类的如《美国司法体系中的最高法院》《司法至上的政治基础》《美国不民主的宪法》《不确定状态下的裁判》《美国最高法院》《沃伦法院对正义追求》《沃伦法院与美国政治》《分裂的法院》《最民主的部门》《最小危险部门》《就事论事》《最高法院的阵形》《美国大法官的法理及信仰》《最高法院与媒体》《美国宪法故事》《最高法院与宪法》《身披法袍的正义》等;介绍类的如《美国最高法院通识读本》《谁来守护公正:美国最高法院大法官访谈录》《风暴眼:美国政治中的最高法院》等;通俗读物类的如《最高法院的兄弟们》《九人:美国最高法院风云》《誓言:奥巴马与最高法院》《批评官员的尺度:纽约时报诉沙利文案》等;大法官传记类的如《宪政与自由:铁面大法官布莱克》《改变美国联邦最高法院:大法官奥康纳传》《斯蒂文斯大法官:最高法院独行侠》《斯卡利亚大法官:最高法院喜剧之王》《伦奎斯特大法官:最高法院掌舵人》等;大法官们自己的著作类的如《五位首席大法官:最高法院杂记》《法官能为民主做什么》《积极自由》《伦奎斯特谈联邦最高法院》《法官能为法治做什么:美国著名法官讲演录》等。这使我们对联邦最高法院不再那么陌生,正如鲍威尔大法官所言,“联邦最高法院不再是神秘之地”。

当然,美国联邦最高法院是否神秘,以及公众对联邦最高法院是否了解,有多大程度了解,并不是本书关注的重点。本书也不是一本普及性著作或者对国外著作的一些综述,虽然客观上讲,以上这些著作,不管是学术类的、介绍类的,还是传记类的,都为本书的分析研究