

能动还是克制：一场尚无结果的美国司法辩论

——评《司法能动主义》

刘慧英、任东来

作为一个多元社会，美国的政治生活中充斥着各色各样的辩论或争议。这样的争吵从立国之日就开始了，1787年宪法及其批准就是联邦派和反联邦派彼此较量、相互争吵、最终妥协的产物。妥协产生的宪法，其语言的模棱两可就不足为奇了。此外，宪法的时代局限性，又及制宪者身后美国翻天覆地的变化，都提出了宪法是否能够适应时代发展的疑问。于是，是重新订立一部新的宪法还是对宪法进行有限的修正，成为美国政治中颇有争议的问题。最终，美国人选择了后者。迄今为止的27条修正案使得1787年宪法延续了210多年的生命，成为一部名副其实的“活的宪法”。然而，由于修宪程序的极其复杂烦琐（需国会参众两院2/3投票通过并由3/4的州议会或州制宪会议批准），仅依靠少量的修正案并不足以使宪法生机盎然，许多重要的事项就只好依靠“非正式”的修宪——最高法院的宪法解释及其判决。在解释宪法名义下，最高法院常常行立宪之实，构成了美国法学中独特的“宪法法”（constitutional law）的主体。最高法院的这种做法，引起了美国法律界、政治界乃至社会其他领域内的大辩论。

—

美国学者克里斯托弗·沃尔夫(Christopher Wolfe)的《司法能动主义：自由的保障还是安全的威胁》【注释】克里斯托弗·沃尔夫著、黄金荣译：《司法能动主义：自由的保障还是安全的威胁》(Judicial Activism: Bulwark of Liberty or Precarious Security?)，北京·政法大学出版社，2004年版。【注尾】，从最高法院司法能动主义（在书中又被叫做现代司法审查）入手，向读者展示了这一辩论的精彩画面。在认可最高法院解释宪法的前提下，辩论的中心是，最高法院行使宪法判决时是该奉行司法能动（judicial activism），还是司法克制（judicial restraint）？作者采用法庭辩论式的描述法：让对立的正反双方依次出场，进行陈述、批评和回应，循环反复，逐步深入。

作者首先要解决的问题是如何界定司法能动主义。该书导论以“框定问题”为题来确定议题。沃尔夫认为，可以从两个方面对司法能动主义进行界定。一种是传统的方法，即根据司法能动主义者的行为特征：在解释宪法的过程中，不应受制宪者立法意图的限制；倾向于更少强调必须遵循先例；为获得重要而且必须的司法判决倾向于减少程序上的障碍；对政府其他部门表现出更多的怀疑和不顺从；喜欢做出更为广泛的裁定，给出更为广泛的意见；主张一种广泛的司法救济权。同时，作者还认为，通过考察司法审查历史来界定司法能动主义是另一种可行的方法。作为政治学家而非法学家，沃尔夫显然更倾向于后一种方法。

从司法审查历史来看，最高法院的权力和权威是逐步形成和确立的。1787年宪法并没有明确规定最高法院拥有对宪法的最高解释权，司法部门可以说是三权政府中最弱的一方，



即无钱袋子，又无枪杆子，是“最不危险的部门”。但如今，最高法院的地位可谓今非昔比，不仅制度上与其他两权鼎足而立，而且在道义和权威上，还略胜一筹。如果发现立法或行政部门的法律或法规明显违反宪法的话，最高法院会毫不犹豫地宣布该法律或法规违宪，从而使其无效，这就是司法审查。

宪法并没有赋予最高法院司法审查权，它是由 1803 年最高法院首席大法官马歇尔在马伯利诉麦迪逊一案中推导出来。不过，在沃尔夫看来，从建国到 19 世纪末期，最高法院所采取的是一种比较温和的司法审查形式。在解释宪法时，有一个“大家所认可的一个基本的假设，宪法具有其起草者给定的，可以确定的含义”。【注释】《司法能动主义》，第 18 页。

【注尾】“司法审查并不是要赋予一个意义不清楚的条文一个意思，而是要执行宪法中已经清楚载明的意思”。【注释】《司法能动主义》，第 23 页。【注尾】也就是说，要通过分析宪法文件的术语和结构，来抓住制宪者的原本意图；而立法时的历史环境，制宪会议上和各州批准宪法时的众多辩论等“外部”途径，可以用来做解释宪法的辅助手段，但必须有“足够的谨慎”。

19 世纪末，司法审查的性质第一次发生了根本性转变。在自由放任主义经济哲学的影响下，当时的最高法院竭力保护经济自由（契约自由）和财产权不受立法行为的侵害。1890 年至 1937 年，最高法院经常使用正当程序条款来推翻联邦和州的经济法规。因为宪法中的“正当程序条款”含义比较模糊，“这就使法官有机会根据自己的经济哲学来解读宪法，这种形式的司法审查可以确定地视为一种新的司法审查形式”。【注释】同上，第 29 页。【注尾】其中最著名的案件便是“洛克纳诉纽约州”一案。在该案中，最高法院认为纽约州的一项规定面包工人最高工时的法律违反了宪法第十四条修正案正当程序条款所保护的契约自由，宣布该法律违宪。然而，“那个时候并没有任何这种观点，认为最高法院所做的是在根据环境的变化而改变或者修改宪法，也没有人认为法官的任务从根本上说是立法性的”。【注释】同上，第 31 页。【注尾】此外，从 1787 年制宪的背景来看，这个以保障自由市场经济为己任的法院，其行为或多或少也符合缔造者当初的意愿和期望。

在自由市场经济法院时代，最高法院的判决就遭到了不断批评。不过，批评者“攻击的焦点不是最高法院背离了宪法的最初含义，而是宪法的含义应根据新时代需要进行相应的理解，对于新时代的许多情况，当初的制宪者可能并没有预见到，因此，宪法含义也必须与时俱进”。【注释】同上，第 32 页。【注尾】最具代表性的意见就是奥利佛·温德尔·霍姆斯在其《普通法》中所说的“法律的生命不是逻辑，而是经验”。“宪法的笼统性使得宪法成了一个非同寻常的不确定领域，因此，它特别需要通过司法性立法来‘填充法律的空隙’。”【注释】同上，第 34 页。【注尾】到 20 世纪 30 年代，这种批评达到了高潮。当时最高法院否定了罗斯福的“新政”立法，而罗斯福则企图采取重组最高法院的形式进行反击，逼其就范。最终，罗斯福输掉了战役：其最高法院扩大计划胎死腹中，被国会否决；但他赢得了战争：最高法院改变了自己的立场，这种转变的幅度和力度之大，遂有“1937 年宪法革命”一说。从此，在经济和社会政策领域，最高法院采取了顺从立法机关的意志，几乎不再使用司法审查权。它转而开始对自由、平等和公民权利等方面给予了极大的关注。到 1953 年厄尔·沃伦执掌最高法院以后，美国历史上司法能动主义最活跃的时期开始了，产生出保护黑人民权、保护刑事被告权利等弱势群体的一系列司法能动主义的判决。从 1953 年到 1998 年的 46 年里，美国联邦最高法院共判决 76 个国会立法无效，比以前同样的时段都多。对此，作者概括说，与传统的或者“温和”的司法审查性质相比，现代司法审查更强调具有立法性质的司法审查形式：“现代最高法院减少了传统上对接近司法权的条件限制，从而使寻求司法保护变得越来



越容易”；【注释】《司法能动主义》，第 46 页。【注尾】 顺从立法的原则受到了实质性的修改；原来一直用来阻止司法介入的挡箭牌的“政治问题原则”也日益衰落。司法审查已渐渐变成“司法至上”了。

二

通过对司法审查历史的简单描述，作者为更好地理解司法能动主义提供了一个框架。在这个框架下，读者可以较为准确地把握有关司法能动主义的正反两方面的观点。支持司法能动的一方认为，最高法院解释宪法应遵循宪法的笼统模糊原则，在其所留下的“缝隙”间进行司法性立法；反对的一方则认为，最高法院解释宪法应“局限于实施一部睿智的宪法所发布的明确目标”【注释】同上，第 51 页。【注尾】，它代表了司法克制的观点。由此可看出，双方观点针锋相对，毫不妥协。作者以其敏锐的洞察力，将对立两方的争议很恰当地展现在下述四大回合辩论中：通过“非正式”的修宪方式（即能动主义司法）而非通过修正案的方式对宪法进行调整是否必要；司法能动主义是否会危害民主；司法能动主义能否带来良好结果；司法能动主义是否对民主带来间接的不利影响。

争论双方对上述问题的回答可谓针锋相对。作者采用了法庭辩论式的叙述方式：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，如此不断进行下去。这样，一场激烈又活泼的辩论赛便跃然纸上。以辩论的第二大回合为例，其中心是法理学和政治学争论不休的议题——司法能动主义是否会侵害民主。司法能动主义者承认，与民选的国会和总统相比，最高法院的确不能问责。但他们宣称，司法审查的目的就是保护自由和平等，保护那些民主制下被大多数人压制的少数人群体的权利。因为最高法院大法官不像民选的国会和总统要对选民负责，而任命制下产生的大法官终身任职，这些都有利于他们注意保护少数人的权利，因为后者往往游离于多数统治原则下的社会主流。只有法官被赋予广泛的自由裁量权，宽泛地解释宪法，才有可能保护少数群体的权利，否则就不会有对刑事被告权利、黑人权利、妇女权利和隐私权等充足的宪法保护。他们还认为，司法审查并不像一些批评者所担心的那样，是送给最高法院一张随意填写的“空头支票”。它最终还是会受到人民的制约——国会掌握着对法官的弹劾权和在总统配合下的任命权，控制最高法院的规模和上诉管辖权，再者最高法院的判决也有可能受到行政机关的藐视，也有可能被立法机关提出的宪法修正案所推翻。尽管最高法院的一些判决曾引起过人们的极大愤怒，但民意测验显示，公众对最高法院的信任度远高于其他政府部门。

司法克制主义者对此提出质疑。首先，在一个特定的案例中，哪里是少数人群体权利的界限，哪个少数人群体受到的威胁最大，这些都很难断定。同时，既然立法机关可以用立法解决经济和社会领域的问题，那么它也可以并应该以同样的方式解决自由和平等的难题。其次，限制最高法院权力的方式都有局限性，不是太费时间，就是会创下破坏司法独立的先例（如果使用不好的话）。最后，最高法院成功地承受对它的“制度性攻击”【注释】沃尔夫所谓的“制度性攻击”，是指对最高法院拥有司法审查权力的怀疑和批评。显然，最高法院这一非宪法授权的权力所带有的“不民主”特征必然会受到立法机关和行政机关对其越权的控告及公众的指责。随着时间的发展，今天很少有人否认最高法院司法审查权本身，分歧在于这一权力的范围和使用方式，即最高法院在行使这一权力时，应把握什么样的度才是适当的，是能动司法还是克制司法。【注尾】和公众接受最高法院的一些开创性政策，并不意味着人



们默认同意现代司法审查。“人民之所以容忍司法能动主义，很可能是因为，要设计一种打击最高法院不适当权力而又不伤及其合法权力的制约机制实在太困难了。”【注释】《司法能动主义》，第 112 页。【注尾】

在第三回合中，司法能动主义者继续争辩说，现代司法审查不会发展成为“司法专制”，法官只能坐等人们提交案件，并没有掌握对案件进行审查的绝对权力，审查的案例有诸多条件的限制，即使审判的结果也要受到社会各界的考验。他们认为，绝对的民主是不存在的，即使立法和行政这些貌似民主的机关也不能说真正代表大多数公民的意志，因此，指控司法机关不民主意义不大。他们还认为，制约法官的机制并非形同虚设，相反，它相当成功。以总统和参议院任命和批准权为例，“马歇尔法院确实让位于塔尼法院，奉行自由市场经济的法院也确实让位于罗斯福法院，沃伦法院则最终让位于伯格法院。”【注释】同上，第 132 页。【注尾】

司法克制主义者对此进行反驳。他们认为，即使存在着审查案件的条件限制，但在实践中这些条件仍能根据最高法院的创造而模糊起来。虽然在理论上存在着制约最高法院的手段，但它们都太钝，不够灵光。如在法官任命上，虽然有着法院的代际更替，但这个过程需要太长时间。即使新法官获得任命，但大多数情况下，他们极少撤消以前法院法官的判决，有时反而会推广和加强以前的判决。伯格法院对沃伦法院的继承就是如此。

三

纵观全书，作者对四个问题的讨论，逐渐深入，层层递进。如果不是作者有言在先，“我坚信司法能动主义是一个不幸的现象，如果没有它美国将变得更美好”，【注释】同上，前言，第 4 页。【注尾】很难看出他是赞成还是反对司法能动主义。这既体现了严谨的学者在综合和转述他人观点时公正客观的立场，也是本书的一大成功之处。在四轮辩论中，作者都没有直接表达自己的看法和评价，其角色完全像辩论赛的主持人，其职责是给予辩论双方平等的机会和时间。在勾画和建构双方四个回合的较量后，沃尔夫总结说，无论正方还是反方都有各自的长处和短处。同时，在书中，他不只一次地提醒读者注意，不要陷入“非此既彼”的观念中。

对司法能动主义的激烈辩论实际上也是重新审视司法能动主义的过程。作者认为，“从这种重新审查中，司法能动主义的反对者就可以合理地期望，在我们政治制度的不同部分之间重新建立起一种权力的制衡，因为这更加符合美国宪法制度的缔造者们所奉行的政治哲学。”【注释】《司法能动主义》，第 210 页。【注尾】美国宪法的缔造者们旨在建立一个制约和平衡的政治和社会体制，宪法中确立的联邦主义和三权分立原则就体现了他们的意图。司法能动主义的发展导致司法权大有超越其他两权之嫌，于是一场针对它的辩论也就在所难免。《司法能动主义》正是对这次辩论的一个很详细的诠释，目的就是要在司法能动主义的问题上寻找一种新的平衡。

作为对这种平衡的一种回应，在书的最后，作者提出了介于司法能动主义和司法克制主义之间的中庸之道，即温和的司法能动主义（与传统的温和司法审查相区别）。从性质上说，它同现代的司法权力一样具有立法的权力，但要受到更多的限制：将自己限于某种功能中，



如将少数人群体的保护仅局限于那些具有某种宪法地位的群体；或小心谨慎行使司法权，如仅限于判决某种法律或行为是否违宪，仅提供一些限制性的救济方式；或者实行“尝试性”司法审查，“在这种形式的司法审查中，最高法院用这样一种方法否决法律，即如果愿意，立法机构仍然可以自由通过一项类似的立法”。【注释】同上，第 198 页。【注尾】然而，作者也承认，这种温和的司法能动主义仍然会遭到反对。少数人群体的界定具有伸缩性，为保护少数人而进行的立法可能造成很大的危害；限制性的救济方式在实践上很难达成共识；尝试性司法审查似乎也行不通。可见，无论何种司法能动主义的观点都有着其优点和不足，这也正是整个辩论赛悬而未果的原因。在解释宪法时，最高法院应奉行司法能动主义还是司法克制主义，对这一问题的讨论还会继续下去。

刘慧英：南京大学历史系在读研究生

任东来：南京大学—霍普金斯大学中美文化研究中心教授

