

论司法谦抑及其在美国司法审查制度中的实践

陈云生

(上海交通大学法学院,上海 200030)

摘要:宪法实施的不力很大程度是因为宪法监督体制的不完善和缺乏可操作性。要使宪法监督真正获得实现,必须走宪法监督司法化道路。另一方面,宪法监督中司法权运用问题的研究亟待加强。因此对宪法监督司法化中司法谦抑问题需要认真研究和探讨。

关键词:宪法监督;司法化;司法谦抑

中图分类号: D916.1

文献标识码: A

文章编号: 1008-7095(2005)05-0016-05

在宪法监督司法化讨论中,如果我们不涉及司法机关自身一些最基本的方面,显然是一大缺失。在宪法监督司法化的理论设计中显然是让司法机关在其中充当重要角色。从绝对意义上来说,在国家的政治体制中,并非只有作为法院的司法机关才能够或只允许实行司法权。事实上,立法机关甚至行政机关也能够而且被允许行使临时的、专项的、特殊的或者准司法性的职权。但不管怎样,从西方传统的国家政治体制的最初的设计理念来说,司法权是赋予司法机关的。因此,司法权一向被认为是司法机关的专属职权。虽然自20世纪70年代初以来,法国式的宪政院作为政治性的机关也频繁地利用类似司法裁决的形式来推进“宪政革命”,但总的说来,在过去、现在以致将来已经和即将实现的宪法监督司法化的主体国家机关,非司法机关莫属。在这里,我们主要关注与宪法监督司法化及其产生的宪政背景直接有关的司法谦抑问题。

司法谦抑的概念

司法谦抑,同义上也可以称为司法谦逊或司法谦让,完整的说法是“司法谦抑(逊、让)与敬意”,英文是 *humility deference*。广义说来,司法谦抑是一种综合现象,表现在以往较为单纯的刑事、民事审判及判决上,现在则又扩及宪法诉讼、行政诉讼以及其他新职业化的诉讼,如劳动诉讼、知识产权诉讼等各个领域的审判和判决上。我们这里讲的司法谦抑,

指的是宪法诉讼意义上的司法谦抑。具体说来,指的是普通法院在进行宪法意义上的司法审查时,对议会的立法,行政机关的行政法规、决定、命令、行为等表现出最大限度的谦抑与敬意。

本质说来,司法谦抑不是一个成型的制度,也不是一个定势的观念和一个恒常自觉、不自觉遵守的习惯,它实际上是法院及其法官们的一种对其他政府分支的态度。这种态度时常有所表现,但不是必然时时处处有所表现,政府的其他分支以及社会公众及其舆论既不对此提出苛刻的要求,也不抱过高的期望,全由法院及其法官自便。不过,社会各方面和其他政府分支对法院及其法官表现出来的骄傲态度以及专横与武断的做法,却常常表现出极为不满,并持激烈的批评或反对态度。但不管怎样,在美国式的司法审查制度下,法院及其法官对政府的其他分支还是表现出最大限度的谦抑与敬意,而且似乎还有表现得越来越强烈和自觉的趋势。说来这也自然,在西方的政治生活中,随着多元利益逐步得到承认,在各利益代表——阶级、阶层或集团——进行公开的、合法的乃至明争暗斗的激烈斗争的同时,在明白知道在当今的社会发展情势下,在进行顺我者昌、逆我者亡的不是你死就是我活的斗争,既不能如愿以偿,又不得人心,为了争取本利益群体乃至各广泛其他社会势力的发挥,对异己的甚至敌对的利益阶级、阶层或集团表现出必要的妥协、谦让态度还是必要的。一般说来,明智的政治家都会这么做。在最

收稿日期:2005-07-10

基金项目:国家社会科学基金资助项目(04BFX015)

作者简介:陈云生(1942-),男,上海交通大学法学院教授,博士生导师;宁波大学法学院教授。

近几十年的西方政治生活中,越来越表现出一种政治协调、政治合作的发展趋势。如果说在几十年以前,我们还可以以独特的政治协商的政治制度自诩于世界各国的政治之林的话,那么现在就很难再宣称这是中国可以独享的政治专利了。无论如何,在西方有些国家的政治生活中,越来越多地引入政治协商机制。这是一个明显的政治发展态势和现实。

不过,这种现象还没有发展到普遍政治现象的程度。特别是作为世界目前超级大国的政府的核心领导人,在看待世界各国政治和对待国际政治事务的态度上,出于本国战略利益的考虑,就一直顽固地拒绝承认世界政治的多元格局,不仅没有对异质的政治文化、政治体制表现出必要的或起码的承认和尊重,反而一味地以自己的政治文化和政治体制来取代异质的政治文化和政治体制,为此不仅凭借超强的经济实力为后盾和无人匹敌的军事能力为手段来达到自己的目的,即妄想用战争来解决国际上的和一些国家内的政治问题。目前其极端的表现就是基督教文化的善恶二元论,即基督教教义上把上帝作为至善的一方,而把魔鬼视为邪恶的一方。在基督教教义看来,这个世界的人们不是善的,就是恶的,没有居间的、更没有另类的,就是这么简单的非善即恶。当超级大国的政治领导人用这种从孩童时代就接受下来的善恶世界观来看待世界各国的政治格局时,就自然把世界各国的政治文化和政治体制区分为“善”、“恶”两类。如果有几个国家被认为是恶的,就不由分说地把它们放在一起,视为“邪恶轴心”,也不管它们之间在文化和政治体制上有多大的差异,更不论它们之间是否有着同盟关系,甚至根本不相往来。很显然,在这种基督教文化和霸权指导下对待国际政治问题和政治关系是根本不承认除所谓“善”、“恶”之外的政治文化和政治体制,更没有给所谓多元政治文化和政治体制以任何容身之地。很显然,这是与当代国内政治发展方向出现的政治多元宽容、政治协商、政治妥协、政治合作的发展态势不相协调的。当然,这显然是属于另外的话题了,不在我们的研究主题之内,这里就不继续讨论下去了。

话说回来,法院以及法官对其他两个政府分支所表现出来的谦抑和敬意,从宏观背景上看,就是这样的政治文化和政治体制的大环境和大气候下的产物,应当归属于广义上的政治妥协和政治合作的范畴。从政治学的立场上看,这已是值得赞许的政治进步现象了。人类经过几千年不是你死就是我活的

政治斗争,在付出难以计数和量化的政治损失、政治代价和政治牺牲之后,就人类政治现象的主流而言,终于认识到,政治斗争并非总能导致全输或全赢的结果,更不必要拼个你死我活、鱼死网破;政治斗争实际上可以避免两败俱伤,也可以取得政治利益各方全赢的结果,即使需要斗争,也必须以合法、合理、公开、透明的方式进行;政治进程中有时并不需要斗争,而是需要妥协、协作而达成共识和一致。就是这种政治进步的趋势,带动并促成了法院及其法官对其他政府分支采取“谦抑和敬意”的态度的。此外,还有政治体制本身方面的原因。在最初政治设计中的三权分立体制中,享有立法权的国会凭借强大的民意代表的资格和民意委托,其强大之势早已彰显;而由总统为首脑的行政机关凭借其作为法律执行机关的资格和包括财力、物力、军队、警察、监狱为后盾的各种实力,其强劲之势更是显而易见。惟有司法机关,只有区区几个、最多十几个法官组成,既非民众选举,故不可妄称代表民意;又非具备动用国家财力、号令三军的实力,只是执掌国家的审判权,对刑事和民事案件(传统上)作出判决。所以,从三权的实力上看,司法权是最弱的。为了达到与政府其他分支相抗衡的目的,就需要大大加强司法机关的权能,以强大的权能弥补机关的弱势,以期达到与其他两个政府分支形成制约与平衡的关系。关于这一点,孟德斯鸠曾经说过:“在上述三权中,司法权在某种意义上可以说是不存在的。”^[1]早在美国宪法定制前期的讨论中,联邦党人汉密尔顿也意识到了这一点,他说:“是故可以证明,归根结蒂,对自由的威胁,既不考虑单独来自司法部门,则司法部门与其他两者任一方面的联合乃最堪虑之事;纵然仍有分权之名,一经联合则必置前者于后者的庇护之下;因司法部门的软弱必然招致其他两方的侵犯、威胁与影响;是故除使司法人员任职固定以外,别无他法以增强其坚定性与独立性故可将此项规定视为宪法的不可或缺条款,在很大程度上并可视为人民维护公正与安全的支柱。”^[2]但是,他的这种意见在最初制定的宪法文本中并没有被明确规定下来。只是到了1803年,在马伯里诉麦迪逊一案中,通过大法官马歇尔精心撰写的判词,才非正式地建立起司法审查制度。但该制度建立后并没有发挥明显的制度范例作用,虽造就了几个具有重大意义和影响的案例,但总的说来,并不突出。不管怎样,司法审查制度自建立之日起,就潜在地存在着司法权的过度行使的危险。当然,国会和行政机关也同样存在着这种危险。

不过,问题在于,既然司法机关已经被确立为具有司法审查的权能,那么,当政府的其他两个分支过度行使其职权时,司法机关就会或应当会启动司法审查机制,对过度地行使的立法权和行政权加以纠正。反过来,如果司法机关过度地行使了职权,虽然从理论上说,国会最终可以以立法或启动宪法修改的方式加以纠正,但实际操作起来不仅繁难而且颇多延误。正因如此,在美国 200 年的历史,只有两条宪法修正案是针对联邦最高法院的两个判决而特意制定的。基本说来,在大量的判决面前,包括联邦最高法院具有宪法意义的判决,一旦做出,政府的其他两个分支通常只能听之任之,而无法或难以做出与之针锋相对的作为;当然,他们可以不满,也可以耿耿于怀,还可以进行激烈的批评,但那也是水过鸭背,无济于事。这种状况一旦出现,就会暴露出美国宪法和宪政体制的无以应对的窘迫状态,这实际上构成了美国宪法和宪政的一个缺憾和疏漏。令人遗憾的是,这一缺憾和疏漏至今也没有在美国宪法和宪政上从制度上予以有效的弥补。

在美国司法审查制度中的司法谦抑

美国宪法曾被美国学者认为是一个“伟大的社会工程”,其伟大就伟大在,在体制上还一时或很难达到某种宪法适用性要求。事实上,历史上的各国宪法大多如此,可以说世界上还没有出现一部尽善尽美的宪法。从哲学的意义上来说,人本身从来是有局限性的,那些人为的创造物包括宪法和法律创造物就不可能没有缺点和疏漏,那么,在观念和态度上却是可以促成某种宪法适用性要求。以“软”补“硬”,与我们通常所谓的以勤补拙,具有异曲同工之妙。美国法院及其法官在长期的司法实践中早已意识到,自己的权能再大也不能包容一切宪法上的大事,没有与其他政府分支的协调与合作,司法审查的权能再大,终将一事无成;最起码的一点是,如果没有立法机关和行政机关的尊敬和支持,任何司法判决,特别是宪法性判决就不能执行,因为法院在宪法层面上终究没有实际的执行权,也不能强迫国会或以总统为首的行政机关去执行。从这个意义上说,司法谦抑与敬意实际上可以视为立法机关和行政机关对司法机关早已采取的谦抑与敬意态度的一种对等性回报,实有投桃报李之意。然而不管怎样,司法谦抑与敬意在不经意间弥补了宪法和宪政体制上的缺憾和疏漏,使三权分立体制乃至宪法的实际适用性得以协调和增强。这大概就是美国宪法之所以成

为“伟大的社会工程”的一个重要原因和机制。其根本的意义就在于,在不需频繁地修改宪法以使宪法保持相当的稳定性和权威性的情况,通过这一无形的自动调节机制,使宪法保持了很好的适应性和灵活性,并使宪法条文规定以及所确立的基本原则和精神得以贯彻执行。反观其他国家的一些宪法和宪政体制,由于只注重宪法在字面上的规定,所以必须频繁地修改宪法条文以适应社会和国家的不断发展的情势需要,其结果往往与频繁修改宪法的初衷背道而驰。由于宪法的稳定性和权威性受到损害,反而使宪法的效力大大地受到克减。这样的宪法观念和宪政体制,无疑应当从美国的宪法观念和体制得到启发和教益。

在美国,司法谦抑和敬意虽然是一种无形的宪法观念,是司法机关对其他两个政府分支所采取的处理相互间关系的态度,如前所指出的,它并不是一种实体上的宪法体制。然而,在长期的司法实践中,司法机关为了实践这一态度,逐渐演化成为一种在宪法学上称之为“司法消极主义(Judicial Passivism)”,也可以称之为“司法自治(Judicial Self-government)”这样一种可辨识的对待司法审查的原则。严格说来,这也是一种基本态度,又有操作技术上的意义,即司法机关通过自主消极性的不作为,或者简直就回避进行司法审查这样的态度和操作技术,来表现出自身的谦抑,以及对立法和行政机关的敬意。国家权力机关毕竟不像我们常人。我们常人,例如在中国的文化语境中,常常用“在下”、“不才”、“晚生”等语词表示自谦,而对他人则用“尊长”、“先生”等语词表示尊敬。在日本的文化语境中,还发展出一整套被强化的“敬语”语法序列,让外来文化的初学者常常有学甚困难之感慨!而在美国的司法机关,则不必落入上述常人的俗套。只要不作为或回避进行司法审查就认为足够表示谦抑和敬意了,事情似乎变得简单易行了:我不对你的国会立法和行政机关的行政行为等作出频繁的司法审查,当然就不会使这两个机关频频出现颇有重大影响的违宪情事了。这在一定程度上减少了国会和行政机关对可能遭到违宪宣判的顾忌,从而可以在很大的程度上放手行使自己的法定职权。换句话说,立法机关和行政机关的积极作为,就寓于司法机关的谦抑和敬意之中。如果用汉语语境中不中听的语词来表述,这大概也可以叫做“睁一只眼闭一只眼”吧!如果说得文雅一些,就叫做“听之任之”吧!

说到“司法消极主义”,就不能不说一说“司法积

极主义”,望文生义,可知两者是相对的,所谓“司法积极主义(Judicial Positivism)”或可曰“司法能动主义(Judicial Activism)”,就是指法院及其法官根据社会和国家的政治、经济、社会等各方面的发展事态,常常在时代精神和要求的催动下,为实现宪法上的规定及其原则或价值观念,也是为了防止宪法及其原则或价值观念受到来自立法机关或行政机关的侵犯,而积极地行使法院及其法官的司法审查的职权。司法积极主义显然是一种进取的姿态,采取的是积极的态度和实际的行为。更为重要的是,积极地进行司法审查的结果,常常是伴随着频频作出的或具有重大影响的违宪宣告,为此在社会和国家的政治生活中引发重大的震动或变革。从价值论的立场来看,司法积极主义的政治后果,常常是功过参半。在20世纪30年代,美国联邦最高法院把罗斯福总统提出的“新政”法案大部分予以否决,就是典型的阻碍社会变革和进步的事例。为此,罗斯福总统痛下决心,对最高法院进行了脱胎换骨式的改造;而最高法院自己对此也有所反省,从20世纪40年代前后开始,就从司法积极主义转向司法消极主义。当然,联邦最高法院的积极作为有些确实为美国社会的进步、民权保障等方面作出过重大贡献。

美国联邦最高法院的司法积极主义和司法消极主义,从长期的历史来看,似乎总在交替进行。当社会需要向前发展的关键时期,最高法院往往采取司法积极主义的姿态,对社会的发展助以强大的推力;而在社会平稳发展时期,最高法院又往往采取司法消极主义,以便其他两个政府分支不受阻碍和干扰地组织社会和国家各方面的生活。在更多的情况下,则是在实行一段司法积极主义之后,紧接着又实行一段时期的司法消极主义,或者相反。从长期的历史趋势来看,这种交替实行的司法积极主义和司法消极主义,实际上起着社会和国家政治进程调节的作用。这一方面颇有点像是中国古代治道中的“文武之道,一张一弛”之效,另一方面也像中国戏剧中唱黑脸白脸的,通过角色的对比和互换,收到最佳的剧情和表演效果。但不管怎样,至少在最近的一个世纪以来,司法积极主义和司法消极主义始终伴随着司法审查的进程,表面上的两种基本态度,实质上反映了司法机关特别是联邦最高法院为适应社会的律动而作出的参与或干预的调整。从这个意义上说,研究美国联邦最高法院的司法积极主义和司法消极主义有助于丰富对西方政治体制运作,特别是对司法审查的本质的了解和认识。

为了能够,或者说名正言顺地实行司法消极主义,法院及其法官在长期的司法实践过程中还发展出一套具体的实行原则,其中主要的有政治问题原则、明白性原则、宪法判断的回避原则等。这些为实践美国联邦最高法院的司法消极主义原则所创立的具体执行原则,除了作为实施司法审查制度技术上的意义之外,也反映了作为负责司法审查职能的美国司法机关,特别是联邦最高法院对实施司法审查制度所进行的规范化的努力。在司法审查到具体制度都没有由宪法设定任何可依循的框架的情况下,通过司法机关特别是联邦最高法院自身在长期的实践中创造性的建制,终于使其可以按照能够辨识的范式从事全无定式和规律可循的司法审查职能了。即使这些具体的原则本身犹存在不无争议的一些问题,事实上有关这方面的争议也从来没有中断过,但终于使司法机关特别是联邦最高法院实行司法消极主义时有了一个在很大程度上得到公认的根据,并多少能使所作出的有关决定保持相对的连续性和稳定性,避免了被人认为司法机关特别是联邦最高法院在这方面的决定完全是即兴的、随意的行为,或者是全无法章可循的行为。即使只是为了常被人认为这是司法机关特别是联邦最高法院为逃避司法审查责任而找到的“借口”,这“借口”也有了实际的内容而不是虚妄的推托了。

在宪法监督司法化的框架下,司法机关担负重要的角色与职能,那么,司法机关自身在逻辑上就必须培养、创造与宪法监督职能,通常是针对司法审查的职能有关的制度、素养,才能更好地适应事关宪法实施的这一重要的角色与职能。

通过上述关于美国司法谦抑的介绍和分析,至少可以看出,司法机关所担负的司法审查的角色与职能已经大大地超越了传统上司法审判的角色与职能。从一定意义上说,已经被赋予宪法监督职能的司法机关,虽然不是显然地背离传统意义上的司法机关、性质、职权、审判方式、判决效力等基本框架,但实质上无异于对传统的司法机构进行了重大的改造和提升。上面介绍和分析的司法谦抑,可以视为这种改造和提升的必要组成内容。我们既然倡导宪法监督司法化,就自然应该推崇司法谦抑的价值。而且我们坚信,无论在任何国度欲实行宪法监督意义上的司法审查制度,对司法机关自身的改造和提升都不可能避开司法谦抑这样本质上属于观念、态度上的“软件”的培育或建构问题。而我们在前面所

介绍的美国经验,或可成为其他国家——包括中国——日后创建这类宪法监督制度的有益的参照体系或借鉴的范式。

关于英法两国的政治协商机制,英国学者维尔有精要的分析,详细请参见[英]维尔:《宪政与分权》,苏力译,生活·读书·新知

三联书店 1997 年 10 月版,第 327 页。

参考文献:

- [1] [法]孟德斯鸠. 论法的精神(上)[M]. 张雁深译. 北京:商务印书馆,1961. 160.
- [2] [美]汉密尔顿,等. 联邦党人文集[M]. 程逢如,等译. 北京:商务印书馆,1982. 391-392.

Judicial Humility and Its Practice in the Judicial Review in US

CHEN Yun-sheng

(School of Law, Shanghai Jiaotong University, Shanghai 200030, China)

Abstract: The constitution is not functioning effectively in practice because the constitutional supervision system is not perfect and lacks workability. To achieve constitutional supervision, judicialization must be achieved first. On the other hand, the problem of exertion of the judicial power in the constitutional supervision needs to be studied. And this paper addresses the problem of judicial humility.

Key words: constitutional supervision; judicialization; judicial humility

(上接第 15 页)

life. However, its negative effect on the forming of people's sublime mental outlook must not be neglected. Religious beliefs are subject consciousness in a twisted, dissimilated form, or subject consciousness deprived of its subjectivity. They rob people of their subjectivity-based spirit of self-sufficiency, self-reliance, self-empowerment, and represent a negative mindset of people void of motivation and creativity. Religion prevents people from forming a sublime mental outlook which consists of the spirit of science, humanism, practice, criticism and self-transcendence. In the formation of socialist spiritual civilization, therefore, we should try to offset the negative effect of religion on the forming of people's mental outlook, as well as promoting the positive effect of religion on cultural development.

Key words: religion; subject consciousness; mental outlook; negative effect