

• 比较法研究 •

美国法上请愿免责的标准变迁

刘连泰

(厦门大学法学院, 福建 厦门 361005)

摘要: 请愿可能损及其他公民的利益, 原则上可免于侵权法上的责任。但以请愿为名, 利用请愿程序本身侵犯其他公民权利的, 或者在请愿程序中伴有行贿等严重违法行为的, 不能免责。美国法上的请愿免责标准发端于反垄断案件, 后扩展到其他侵权领域。请愿免责的始作俑者是联邦最高法院, 但在随后的标准变迁中, 下级法院走的步子比联邦最高法院更快, 甚至呈现出倒逼联邦最高法院之态; 联邦最高法院不时扮演制动者的角色, 以免请愿免责走得太远太远。请愿免责标准变迁的背后暗藏着不同的司法哲学, 司法能动主义、司法保守主义、司法联邦主义都轮番登场。

关键词: 请愿; 免责; 诺尔—本灵顿规则; 伪装例外; 司法哲学

中图分类号: DFO

文献标识码: A

文章编号: 1006-6128 (2015) 03-0142-15

请愿权作为关系概念, 要处理的是公民个人和国家的关系, 除了具有一般意义上的权利救济权特质外, 还有直接参与的内涵。然而, 政治参与在某些情形下, 不过是“一场化妆为原则之争的利益之争, 一场为了私利的公共行动。”^{[1]156} 公民通过行使请愿权的方式来表达诉求时, 往往与自己的利益息息相关——很多情形下是想通过政府的立法和管制来使自己的利益合法化, 平等主体的公民之间, 就会有事实上的得利者, 也会有事实上的受损者。利益受到损害的公民能否对那些因行使请愿权而获利的公民主张侵权法上的救济? 那些事实上的得利者能否援引宪法上的请愿权规范主张免责? 如果公民一旦以请愿者自居, 就可免于任何侵权法上的追诉, 则无疑让侵权者穿上御赐的黄袍马甲, 从此逃离侵权法的钳制; 但同时, 如果公民请愿只要损及其他公民的利益, 就要承担侵权法上的责任, 那么, 侵权法就会事实上“掏空”请愿权规范, 利益集团就此为公民的请愿权成功地背书“符咒”。在有责与免责之间, 美国法院在一系列判例中踩高跷般不停地寻找平衡点, 州法院和联邦法院互动, 不同的司法哲学轮番登场, 展示了解决公民权利冲突的娴熟技巧, 对我们处理公民权利之间的权利纠葛有借鉴意义。

一、标准的肇始: 诺尔—本灵顿规则及“伪装”例外

诺尔—本灵顿规则之前, 公民的请愿行为是否免责, 一直淹没在有关表达、和平集会是否免责

收稿日期: 2014-12-02

基金项目: 司法部国家法治与法学理论研究项目“美国法上作为征收理由的公用判断标准”(14SFB2009)

作者简介: 刘连泰(1968-), 男, 湖南澧县人, 厦门大学法学院教授, 博士生导师。

的案件中，并不是一个独立的问题。^{[2]142 [3]67}请愿免责作为独立的问题，肇始于反垄断法。诺尔一本灵顿规则由诺尔汽车货运公司诉东部铁路董事长公会案（*Eastern R. R. Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.*）和本灵顿诉美国煤矿工人联合会案（*Pennington v. United Mine Workers of America*）两个判例确立，“伪装”例外规则由加利福尼亚汽车运输公司诉卡车货运无限责任公司（*California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited Co.*）案及随后的案例阐释。

（一）诺尔一本灵顿规则（Noerr-Pennington doctrine）的确立

1. 诺尔汽车货运公司诉东部铁路董事长公会案^[4]

1930年以前，铁路公司在美国东北部长途货运市场一家独大，卡车业的竞争几乎可以忽略不计，整个美国仅有28000辆大型卡车从事长途货运业务。但1930年代后，随着高速公路和机械设备的改进，由卡车业占有的市场份额急剧增加，卡车业因为其“门对门”的便捷服务，逐渐赢得市场青睐，铁路公司的霸主地位开始动摇。二战期间，因政府限制卡车业和制造业，卡车业与铁路公司的竞争稍有消停。但随着二战的结束，美国政府开始放松对卡车业和制造业的管制，卡车业和铁路公司的竞争再度白热化：商品的生产总量在增加，但铁路公司的装车数却在减少。

铁路公司不愿失去长途货运市场的半壁江山。于是，由铁路公司董事长组成的美国东部铁路董事长公会、铁路公司开始了旷日持久的请愿，东部铁路董事长公会还雇佣一家长期致力于经营公共关系的公司，即拜耳公司帮助他们。铁路工会通过拜耳公司采取一系列行动，煽动民众对卡车业的敌意，雇佣多位写手发表对卡车业不利的评论，然后以这些材料为基础，在各州请求议会、政府严格管制卡车业，规定严格的卡车负载上限，加重卡车税负。卡车业认为东部铁路董事长公会的一系列行为违反了《谢尔曼法》和《克莱顿法》，请求法院发布禁止令，并判3倍损失的惩罚性赔偿。该案经历地区法院、第三巡回上诉法院、联邦最高法院。

联邦最高法院首先认为，请愿者的动机并不影响其请愿活动的合法性，允许人民表达意愿是民主政府的根基。“一个组织仅仅是鼓动政府采取某种行动，不适用谢尔曼法……人民向其代表表达其愿望的权利，希望通过或执行某些法律，不依赖于其动机。……很有可能，人们带着个人利益的愿望给政府提供信息，希望政府采取行动。”^{[4]135}如果不允许人们为了自利的动机请愿，“将取消那些利害关系人在通过那些对其有利的法案时公共参与的权利，从而铲除政府极有价值的信息源，同时，也剥夺了人民在事关自己最重要的权利方面请愿的权利。”^{[4]139}接着，联邦最高法院严格厘定反垄断法适用的边界：不适用于政治行为。“谢尔曼法中的禁止性条款，是为商业领域定制的，将其适用于政治领域并不合适。国会传统上对政治行动的干预立法极度警惕，这种极度警惕在本院解释法律时也有反映。如果仅因一些行为具有商业破坏性，是不道德的行为，我们就允许谢尔曼法的宽泛适用，所有的警惕将沦为无形。”^{[4]141}卡车公司遭受的损害，联邦最高法院一笔带过，“卡车业遭受的损害不过是铁路影响政府运动的附带产物。不可避免，采取某些行动，请求政府通过或执行某些法律，会给利益相反方带来损害。”^{[4]144}据此，联邦最高法院判决诺尔汽车货运公司败诉。

当然，联邦最高法院并未将事情做绝，而是留了一条口子：“有可能出现一种情形，表面上是想影响政府行动，但这不过是伪装，实质是破坏竞争者的商业关系，适用谢尔曼法是正当的。”^{[4]144}这就是伪装例外最早的雏形，但联邦最高法院在该案中并未详细展开。

2. 本灵顿诉煤矿工人联合会案（*Pennington v. United Mine Workers of America*）^[5]

为化解煤矿工人和煤矿企业之间长期存在的分歧，1950年，一些大型煤矿企业和美国煤矿工人联合会就工资问题达成协议。这是一个典型的双赢协议，双方认为过量生产是煤矿工业过去分歧存在的关键问题。同意的解决方案是消灭较小的煤矿公司，之后由较大的公司控制市场。更特殊的是，煤矿工人联合会放弃了他们有关控制工人工资时间的努力，同意不再反对煤矿工业迅速机械化

的进程——煤矿工业机械化实质性减少了雇员数量，同意给予机械化以财政支持，同意将 1950 年条款适用于所有煤矿业者，不管这些企业是否有支付能力。对煤矿工人联合会而言：机械化增加了产量，他们也随之提高工资，较小的企业也被要求增加工资，不管这些企业是否实行了机械化。联合会和较大的公司还同意采取其它步骤，将没有参加联合会的那些企业逐出市场、生产和销售领域。这样，这些公司同意不再将煤矿租赁给那些没有参加联合会的企业，1958 年，同意不再从此类公司购买煤炭，也不将煤炭卖给他们。较大公司和联合会联合起来，并成功地游说劳工部，将协议确定的工资标准作为煤矿工人的最低工资标准。

根据沃尔什—希利法案，^① 获批建立雇员最低工资的合同企业将煤炭卖给田纳西河流域管理局，这个最低工资比其它企业的工资水准高出许多，使得这些较小的公司很难完成田纳西流域管理局的合同条款。较小的公司出售给田纳西河流域管理局的煤炭份额逐渐减少。

本灵顿是菲利普斯煤矿的老板。菲利普斯煤矿是一家小型的煤矿，无力支付按煤矿工人联合会和大型煤矿公司确定的工资标准支付工人工资，因此也无法得到田纳西河流域管理局的采购份额，从此一蹶不振，濒临倒闭。遂以煤矿工人联合会和大型煤矿企业合谋垄断，违反《谢尔曼法》和《克莱顿法》为由提起诉讼，要求 3 倍赔偿损失。该案与诺尔案类似，也经历了地区法院、巡回上诉法院的判决，最后到了联邦最高法院。

“协议的核心内容是工资。工会从工资标准及其对市场的影响中得到的利益是直接具体的，虽然现状很清楚，导致的结果是工资协议将竞争者驱逐出了市场，但从国会的意图看，这不属于谢尔曼法意义上的限制竞争。……我们认为，工会可以与多位雇主就工资问题谈判，这不违反反垄断法，这已超出了本问题的范围。”^{[5]989} 最高法院引用诺尔案判决，无论煤矿工人联合会和大型煤矿企业谈判的动机如何，即便“唯一的目的是力图影响法律的通过或执行”，^{[5]991} 也不构成合谋垄断。最后，联邦最高法院推翻原判决，要求下级法院按照上述意见重审。

经由上述两个判例，诺尔—本灵顿规则正式确立。仔细研读上述判例可以发现，煤矿工人联合会案不过是诺尔案观点的进一步运用。诺尔—本灵顿规则的基本内涵是：尽管行使请愿权可能侵犯其他人的权利，甚至包含恶意的动机，但请愿人仍可免责。而且，其它领域的法律有其特定的适用领域，不能拘束宪法第一修正案保护的请愿行为。之所以给予请愿行为如此宽泛的保护，是因为国会立法、政府采取行动过程中，本来就应该广泛听取利益冲突各方的意见，如果利益受损方动辄以侵权相挟，则公民就无法参与到立法、行政的过程中，这显然不是宪法的意图。

诺尔—本灵顿规则历经数年，不断得到解释，甚至修正，但其基调在随后的案件中却一直未变。后续案例都是对诺尔—本灵顿规则某一个侧面的阐发，不断拓展或限缩含义射程，达致纠纷的解决。

（二）“伪装”（sham）例外标准的阐释

如上文所述，联邦最高法院提出诺尔—本灵顿规则时，唯恐有人将诺尔—本灵顿规则推向极致，得出凡是请愿都可免于侵权责任的结论，语焉不详地陈述了可能的例外，即伪装的请愿不能免责。但何为伪装？标准如何？法院在加利福尼亚汽车运输公司诉卡车货运无限责任公司案和随后的一系列案件中判决，^[6] 经过长篇梳理，勾勒出伪装例外标准的基本轮廓。

卡车货运无限责任公司是一家外来的企业，而加利福尼亚汽车运输公司是加利福尼亚本土的运输企业。货运无限责任公司想跻身加利福尼亚货运市场。

^①英文是 Walsh-Healey Public Contracts Act，该法案规定：凡与政府订有供应合同的企业必须执行由联邦政府制定的最低工资标准，供应联邦政府的私营企业应实行八小时工作制。

1963年以前，加利福尼亚的货运市场极度自由和开放，准备经营运输业务的公民或组织只要去政府登记就可以获得牌照。随着运输市场的繁荣，政府开始实施许可制。当事人起初提出申请后，政府要举行听证，就是否“必要”给申请人发放牌照听取利害关系人意见，然后根据听证结果决定是否发放营运牌照。自1961年2月以来，加利福尼亚汽车运输公司为抢市场，一直反对政府给卡车货运无限责任公司颁发牌照。1963年以后，随着政府对货运市场管制的加强，加利福尼亚汽车运输公司变本加厉，利用政府听证的程序机制，以利害关系人身份参加每一场听证，甚至到法院起诉，不管有没有理由，都认为给卡车货运无限责任公司发放牌照“没有必要”，强烈反对给货运无限责任公司发放牌照。为扩大声势，加利福尼亚汽车运输公司甚至捐资成立信托基金，邀请已经获得牌照的加利福尼亚运输企业按照各自的年收入出资，采取集体行动，一起反对政府给力图新进入货运市场的企业发放牌照。卡车货运无限责任公司向政府的申请始终无法通过，接近管制机构和法院变成一件让人“无比沮丧”的事情，且花费不菲。

卡车货运无限责任公司认为，如果没有加利福尼亚汽车运输公司的反对，它就能通过申请。加利福尼亚汽车运输公司的行为违反反垄断法，给货运无限责任公司造成损失，应给予3倍损失赔偿。案件经过地区法院、上诉法院的审理，最后到了联邦最高法院。

联邦最高法院认可了第九巡回上诉法院对诺尔案中的“伪装”例外的解释“如果联合行动的意图不是力劝政府采取某种行为限制竞争，而是力图通过被告自己的行为直接限制竞争，谢尔曼法应予适用。……诺尔一本灵顿规则暗含的法理并不为上述合谋免责。被告联合行动的目的并不是劝说政府采取某种行动，反而是阻止政府采取行动。这很难说是诺尔一本灵顿规则意义上真正影响政府行动的努力。”^{[7]761-762} 联邦最高法院据此认为，加利福尼亚汽车运输公司的行为表面上是请求政府采取某种行动，而事实上是通过自己的行动限制竞争，因此违反反垄断法，构成侵权。联邦最高法院将该案发回，要求下级法院按照该意见重审。^[6]

法院在该案确立了“伪装”请愿的基本含义：不是敦促的政府行动，而是请愿行为本身损害他人利益，也就是说，请愿并不是真的，是当事人侵权的借口。联邦最高法院在随后的全方位广告公司案（*City of Columbia et al. v. Omni Outdoor Advertising, Inc.*）中，^[8]更进一步厘清“伪装”的含义“人们利用政府程序——反对程序的结果——作为反竞争的武器。一个典型的例子是提起琐碎的诉讼，反对给竞争者颁发许可，其实并不指望政府会针对拒绝颁发许可，仅仅是为了增加竞争者的成本和让竞争者迟延获得许可。‘伪装’的情形还包括，‘并不是真的指望政府采取有利于自己的行动’，‘不是通过政府行动的结果达到自己的目的，而是通过不恰当的途径’”。^{[8]380} 但究竟如何判断“伪装”？联邦最高在法院房地产投资者诉哥伦比亚影业公司案中，^[9]将审理的步骤分解为两步：第一，在客观上，请愿是否毫无根据，是否任何一个稍具理性的人都认为该请愿不可能如愿；第二，请愿者是力图通过敦促政府的行动达致自己的目的，还是通过自己的行动本身破坏竞争对手的商业关系。也就是说，有根据的请愿在任何情况下均可免责，无须考量“伪装”例外；只有针对毫无根据的请愿行为，才检验请愿是否为“伪装”，是否免责。^{[10]385} 据此，“伪装”例外的基本含义以及裁判步骤基本成型。

二、标准的扩张：诺尔一本灵顿规则适用边界的外移

诺尔一本灵顿规则是从反垄断法领域发育出来的标准，能否适用于反垄断案件之外的其它案件？也就是说，诺尔一本灵顿规则在反垄断法以外的领域有无用武之地？要解决这个问题，首先必须澄清：联邦最高法院解释出来的诺尔一本灵顿规则，是对美国宪法第一修正案的解释，还是对反

垄断法的解释?如果是前者,诺尔一本灵顿规则就可适用于其它案件;如果是后者,诺尔一本灵顿规则仅适用于反垄断案件。联邦最高法院一保其谦谦君子之态,语焉不详。重读诺尔案和本灵顿案,可以“横看成岭侧成峰”。^{[3]67}下级法院不顾这些略带书生意气的“纸上谈兵”,大胆将诺尔一本灵顿规则适用于反垄断法领域之外的案件。

(一) 联邦法院的判例: 斯特恩诉美国石膏公司案 (Stern v. U. S. Gypsum, Inc.)^[11]——第七巡回上诉法院

斯特恩是联邦国税局工作人员。1972年2月,芝加哥国税局开始审查美国石膏公司,由斯特恩负责。在那段时间,斯特恩享受着最高的职业声望。在该段时间,美国石膏公司及其执行副总裁、财务和税务经理,向国税局监督部门控诉斯特恩在审查美国石膏有限公司过程中存在不当行为。结果,1974年3月,斯特恩被调离他负责的石膏有限公司审计岗位。之后,斯特恩收到不良职业行为通知,建议降低职等、工资、职权,转移负责的地区。斯特恩认为其职业声望——对其职业弥足珍贵的东西,受到严重伤害,它的升迁机会受到无法回复的限制,自己感到屈辱、精神痛苦、生理和情感上的挫折。遂向联邦地区法院起诉,案件最后到了第七巡回上诉法院。

美国石膏公司的控告能否免责?这是本案要处理的核心问题之一。法院首先论述控告在请愿权行使中的地位,“一个与其有公事往来的批评者,就其下属的行为对责任政府官员提出控告,也处于请愿权保护的类似中心地位。请愿主题是否为政治性质无关紧要,虽然我们并没有说,国税局官员的非职业行为与公共利益无关。即便与公共利益无关,第一修正案的保护也应适用。”^{[11]1352}“我们毫不怀疑,因一个公民控告一个联邦官员就导致一个联邦诉讼,将使请愿权的行使不寒而栗。”^{[11]1354}法院也意识到,如果公民的请愿导致官员遭受损害,会不会使得官员缺少成文法的保护?为此,法院认为,“通过官方渠道控诉官员的不当行为时,正如本案中的情形,正当程序的听证之保护机制可以预期,有足够的机会反驳那些不实之词。”^{[11]1355}法院还在判决中大量援引诺尔案,“最高法院对诺尔案的判决,……为本案提供了有用的类比。在那个案件中,从字面上看,谢尔曼法可以适用,但适用谢尔曼法将会导致请愿权在内的宪法问题。法院认为,从立法史看,国会不会有这样的意图。法院不适用谢尔曼法。这一思路可以在本案中适用,直接达致我们的结论。”^{[11]1355}最后,巡回上诉法院认定,斯特恩的请求没有诉因,要求地区法院按照该意见重审。

(二) 州法院的判例: 韦伯诉福瑞案 (Webb v. Fury)^[12]——西弗吉尼亚州最高上诉法院

布拉克斯顿环境组织和山涧监督者是西弗吉尼亚州两个非营利性的环境保护组织,里克·韦伯是布拉克斯顿环境组织的首席经理人,同时是山涧监督者中的激进分子。被告是厄普舍县巡回法院的法官。案件的起因是: DLM 煤炭公司是一家从事露天开采的煤炭公司,在厄普舍县境内有开采项目。里克·韦伯认为该公司在开采煤炭的过程中破坏环境,违反1977年《露天开采控制和复垦法案》,还违反《清洁水法案》,分别以自己个人和两个环境保护组织的名义,1979年9月13日向美国内政部提出控告,1979年10月12日向环境保护局提出控告,积极与上述部门沟通,要求撤销对DLM煤炭公司的许可。DLM煤炭公司认为里克·韦伯和两个环境保护组织编造谎言,遂于1980年7月1日,针对里克·韦伯和上述两个环境保护组织,向厄普舍县巡回法院提起诉讼,控告他们诽谤,要求赔偿商业利益损失。里克·韦伯和两个环境保护组织认为,他们的行为构成请愿,DLM煤炭公司的诉讼缺乏诉因。但厄普舍县巡回法院驳回里克·韦伯和两个环境保护组织的动议,继续审理该案。里克·韦伯和两个环境保护组织遂以该案主审法官为被告,请求西弗吉尼亚最高上诉法院颁发禁令,要求厄普舍县巡回法院停止审理本案,驳回DLM煤炭公司的起诉。

西弗吉尼亚州最高上诉法院大段援引诺尔一本灵顿规则,就诺尔一本灵顿规则适用范围展开论述,“虽然诺尔一本灵顿规则产生于反垄断诉讼,诺尔一本灵顿适用的多数情形与反垄断相关,很

明显,该规则的基础,包括伪装例外,建立在牢固的第一修正案基础之上,而不是谢尔曼法的有限解释基础上。”^{[11]42}得出这个结论后,法院将里克·韦伯和两个环境保护组织的行为定性为请愿,且不属“伪装”例外的情形,应该免责。“上诉人与联邦管制机构的沟通是典型的行使绝对权利请愿权的活动。……公民的请愿权明显是一项宪法权利,该权利的行使不应引起损害赔偿诉讼。”^{[11]44}有趣的是,法院还在上述判决基础上大发宏论,“最后,我们诚惶诚恐地思考,如果我们允许这个诉讼继续下去,我们的判决将对请愿权和表达自由的行使产生怎样的让人战栗的影响。……我们的民主体制被设计为按照人民的意愿行事,如果人民不能表达他们的愿望,这个体制就失败了。很清楚,联邦宪法和州宪法都保护这种讨论方式;讨论意在增长我们的知识,展示我们之间的差别,并为了形成良好的社会协调这些差别。我们将当事人之间的讨论认定为生动的观念交换更为合适,这属政治领域的问题,而不是法院领域的问题。如果不坚持这一点,将使我们在忽略和破坏社会集体智慧的过程中,画地为牢,而集体智慧正是我们的文明社会所仰赖的。我们坚决不允许这样。”^{[11]54}最后,法院同意颁发禁令,要求巡回法院按照该意见驳回 DLM 煤炭公司的起诉。

下级法院将诺尔一本灵顿规则外溢到反垄断法以外领域的判例还有很多,上述两个判例仅仅是例示。在反垄断法之外的领域,最多的两种案件类型发生在土地分区领域和雇佣领域。^{[13]265}

下级法院扩大诺尔一本灵顿规则的效力疆域,学界的评论可谓毁誉参半。赞成者认为,下级法院的判决抓住了宪法第一条的真义,符合建国之父的民主理念;^{[14]147}反对者则认为,下级法院的判决误读诺尔一本灵顿规则,而且,将诺尔一本灵顿规则泛化适用的后果不堪设想——将导致公共权力私人化。因为压力集团的请愿能力大于普通公民和普通社团,请愿免责意味着普通公民和普通社团无法抗衡压力集团,政治平衡就此打破,公共权力将成压力集团囊中之物。^{[15]927-931}

三、标准的迂回: 联邦最高法院对免责标准适用范围的 首肯与“实际恶意”标准的进入

学界的论争永无尽头,也不可能某一天有某位学者一锤定音。正在学界努力探索诺尔一本灵顿规则的适用边界,请愿免责的范围时,麦克唐纳诉史密斯案发生了,^[16]纽约时代报诉沙利文案确立的“实际恶意”标准潜入判决,^[17]使本不明晰的请愿免责标准更加扑朔迷离。美国1980年大选后,史密斯向时任美国总统的里根申请北卡罗来纳州中部总检察长职位。麦克唐纳根据各种传言,未经核实就给里根总统写了两封信,声称史密斯“在任高等法院法官期间,侵犯许多人的人权”、“欺诈或者密谋欺诈”、“敲诈勒索”、“违反职业道德”。麦克唐纳还将给总统的信件复印后发送给总统顾问、参议员,还有行政和立法机构的其他几个公职人员。史密斯最终没有被任命为总检察长。1981年7月,史密斯向法院提起诉讼,声称正是麦克唐纳的诽谤,断送了自己即将被委任为总检察长的前途,而且名声受损,深感“羞辱、尴尬、焦虑和精神痛苦”。请求法院判令麦克唐纳赔偿损失,并支付惩罚性赔偿,共计100万美元。麦克唐纳认为史密斯的起诉没有依据,因为请愿权是绝对权利,请求法院驳回史密斯的诉讼。该案最后到了联邦最高法院。

联邦最高法院详细评论了请愿权的性质,认为请愿权是一种“有条件的权利”,而非“绝对的权利”,判令下级法院继续对该案做实体审理。联邦最高院首先回顾了请愿权的历史,并长篇论述请愿权的重要性。“请愿权与第一修正案中的其它权利一样,……该权利潜在于‘理想政府、共和理念中’。麦迪逊在建议修正案的国会辩论中阐述得很清楚,人民可通过直接向立法机关和政府官员请愿的方式表达其意愿”。^{[9]482}但法院忽然笔锋一转,论证请愿权是一项有条件的权利,“虽然,

请愿权的价值表达了自我统治这一重要面相，这一点毫无疑问，但不能由此得出结论，第一修正案的缔造者相信请愿权规范赋予了诽谤诉讼中损害的绝对豁免权。……没有证据向我们表明，本院认为请愿权是一项绝对的权利，……我们也不准备得出结论，140年后，宪法之父对宪法的理解会变成：请愿权包括在行使该权利的过程中，可以无条件地发表虚假的、带有损害的言论。”^{[9]483}为证明这一结论，联邦最高法院比较请愿权与表达自由，认为美国宪法第一修正案中的请愿权在位阶上并不高于表达自由，因此，对表达自由的限制同样适用于对请愿权的限制。“如果承认请愿者的主张享有绝对豁免，将提升请愿规范在第一修正案中的特殊地位。但是，请愿规范与言论、出版和结社自由一样，都发育自自由和民主的理想。第一修正案中的权利是不可分离的，没有强有力的理由赋予向总统请愿的权利比其它第一修正案的权利更强的保护。……请愿权规范并不要求政府将这一权利延展到绝对的程度。”^{[9]485}联邦最高法院还用了一个形象的句子表示请愿权和表达自由的关系：“是同一块布上裁下来的东西。”^{[9]482}最后认定，“根据州普通法，只要证明请愿者存在实际的恶意，就可以请求损害赔偿”，就“实际恶意”而言，“本院与纽约时代报诉沙利文案的观点一致。”^{[9]485}

当然，该案的过程可谓九曲回肠，而且结果富于戏剧性。联邦最高法院就程序问题作出裁判后，地区法院开始审理实体问题，后判决麦克唐纳构成侵权，巡回上诉法院维持地区法院判决，但联邦最高法院最后推翻了这些判决，认定麦克唐纳不存在“实际恶意”，因而不构成侵权。

我们仔细研读联邦最高法院对该案的判决，会有一个有趣的发现：条条道路通罗马，但联邦最高法院似乎选了一条非常遥远的路，而不是捷径到达罗马城。如果直接适用过去的请愿免责理论，无须长途跋涉之苦，该案就可了结，当事人既免讼累，法院也用不着如此之多的来回。但法院为什么“大路不走走小路”？是对诺尔一本灵顿规则适用范围的表态，还是对下级法院将请愿权视为“绝对权利”这一做法的示警？

联邦最高法院对该案作出的其实是一个“骑墙”判决。一方面，联邦最高法院没有将纽约时代报诉沙利文案中的标准贯彻到底，至少没有区分被侵权人的身份——声称遭受诽谤的当事人身份不同，法院认定是否构成的诽谤的标准宽严有别，公职人员、公众人物名誉权受保护的度弱于普通民众名誉权受保护的度；另一方面，联邦最高法院也没有将诺尔一本灵顿规则确立的请愿免责理论发挥到极致，甚至用大量的篇幅批判将请愿权视为绝对权利的理论。因为联邦最高法院的骑墙态度，该判决遭到各个方面的批判就在情理之中，其中被攻击的一个靶点是：按照联邦最高法院以往的判例，对政治参与保护的度应高于对商业利益的保护度，但将麦克唐纳案的判决与诺尔案的判决比照，这一顺序却被颠倒了：诺尔案事关商业利益，法院适用宽泛的免责标准；麦克唐纳案事关政治参与，法院却加入“实际恶意”标准，“就既定的案件事实而言，诺尔一本灵顿规则比麦克唐纳标准提供了更宽泛的宪法保护，这是一个悖论。诺尔案涉及到为了单纯的商业利益，采取令人震惊的损人利己行动。但令人感到被误导的是，麦克唐纳案事关单纯的政治活动，不为明确的个人利益，指向最后做出政治决定的个人。麦克唐纳案中的信件相对于诺尔案中损人利己的商业利益，得到的宪法保护更低。……这让人惊讶，相当于将商业利益置于政治利益之上。”^{[3]67}

但无论如何，联邦最高法院终归判决请愿者胜诉了。而且，就连批评麦克唐纳案判决的学者也清楚地认识到，联邦最高法院在该案的判决中释放出了一个积极的信号：诺尔一本灵顿规则可以适用于反垄断领域以外的其它案件。^{[3]86}这就相当于联邦最高法院对下级法院的以往判决给出了态度：一方面，将诺尔一本灵顿规则适用于反垄断领域以外的其它案件没有错；但另一方面，将请愿权视为绝对权利是错误的，请愿权不管多么重要，但并不高于第一修正案中的其它权利，对表达自由的限制也可能用作对请愿权的限制。

四、标准适用范围的再度扩张：诺尔—本灵顿规则与结社自由

联邦最高法院对麦克唐纳案的判决，一方面破除了请愿权绝对的迷信，但另一方面也认可了诺尔—本灵顿规则在反垄断法领域之外的适用空间。下级法院在联邦最高法院对麦克唐纳案的判决中，看到了“自己想看到的东西”，进一步拓展诺尔—本灵顿规则的用武之地，最经典的判例是塔普利诉科斯勒案。^[18]

1990年，联邦最高法院在鲁坦案中判决：以党派归属作为公职雇佣的标准违反美国宪法第一修正案，除非，该职位在一般意义上讲，包含了某些政策制定的要素。^[19]作为回应，时任伊利诺伊州长的吉姆汤普森，发布了一项命令，要求该州所有为鲁坦案所覆盖的职位，都应根据申请人的品性和功绩来决定是否雇佣。1991年，伊利诺伊新任州长吉姆埃德加，认为鲁坦案的效力不及于临时性的公共职位，在其任期内，继续在临时性岗位上大量使用共和党人的死党。官方还召开了一系列会议，在这些会议上，他们通知共和党积极分子说，临时岗位在录用人员时，所属政治信仰将被考虑。弗兰克·科斯勒，也就是本案被告，曾长时间担任联合县共和党中央委员会主席，参加了上述系列会议。在会议上，科斯勒和其他参加会议的人一起，得到各部门联系方式，官员代表让他们给临时性岗位推荐人选。

1992年春天，一家联合县的州立医院，即乔特精神健康中心要招收2名电工，卫生管理部门要求他们作为临时性岗位招聘。科斯勒听到风声后，积极与精神健康中心的人事部门、州长办公室联系，推荐共和党人哈罗德布勒斯出任这个职位，四天后，哈罗德·布勒斯就在该岗位上上班了。同年冬，电力维修工变为永久性职位，布勒斯和其他八个人，包括本案原告塔普利，参加了该职位的面试。布勒斯得到了该份工作，部分原因是他作为临时雇员，在该岗位上有一两个月的经验。塔普利不服，认为因为党派归属的问题，没有得到电力维修工临时职位，该岗位变为永久性职位后，自己也就无法在竞争中胜出，而参加哪个党派受美国宪法第一修正案规定的结社自由的保护，遂根据美国法典1983节起诉。案件最后到了第七巡回上诉法院，该院1999年12月做出判决。

本案的核心问题之一是：科斯勒推荐职员是请愿行为，影响到塔普利的结社自由，能否免责？第七巡回上诉法院在该问题上费劲笔墨，首先讨论请愿权在宪法中的地位，“请愿权有扎实的普通法根基，是共和政体的基础。人民可以为了自己的利益请愿而不致被诉，不管政府如果同意请愿，会给其他人的利益带来怎样的损害。”^{[18]794}接着法院将本案与诺尔—本灵顿案详细类比，认为诺尔—本灵顿案中也存在私人 and 政府官员的积极沟通甚至合谋，但免于反垄断法上的责任，因此，本案被告科斯勒也可依据同样的理由免责，“诺尔—本灵顿规则起源于反垄断法领域，但已延展到其它领域，包括被告根据美国法典第1983节提出的主张。”^{[18]794}接着，法院开始讨论科斯勒行使请愿权的行为与塔普利结社自由的关系，“在本案事实的限制范围内，我们必须关注两种竞争的宪法考量。一方面是塔普利宣称作为权利的政治结社自由；另一方面是科斯勒为了自己利益向政府请愿的权利。”^{[18]795}如何处理这两者的关系呢？法院用一句话概括“在本案中，塔普利不能通过扼杀科斯勒的权利寻求救济。”^{[18]795}法院的理由是“科斯勒行使了一项经典的第一修正案中的权利。向政府作出雇佣谁的建议是政治活动的传统形式。建国以来，有政治头脑的公民就一直努力劝说政府雇佣与自己有同样政治见解的人……这就是科斯勒所做的事情。他仅仅是在政治参与——塔普利也在如此行为——行使宪法保护的向政府请愿的权利。案件记录显示，科斯勒的意图仅仅是希望共和党的死党，获得乔特精神健康中心的电力维修工这一临时职位……我们拒绝将他的行为理解为侵权。”^{[18]795}法院附带反讽了那些将结社自由理解为限制请愿权的解释，“我们极度厌恶那些将法律理

解为禁止传统上认为属于政治活动的行为之解释。”^{[18]796}

本案与麦克唐纳诉史密斯案情不同，但涉及到的法律问题却颇为类似：麦克唐纳诉史密斯案涉及到表达自由和请愿权之间的关系，本案涉及到结社自由与请愿权之间的关系。在麦克唐纳案中，联邦最高法院一方面承认诺尔一本灵顿规则可适用于反垄断法以外的领域，但另一方面，又反驳了将请愿权视为绝对权利的观点，将请愿权和表达自由视为“同一块布上切割下来的东西”，对表达自由的限制同样适用于对请愿权的限制，实际恶意标准登堂入室。但本案的判决刚好与此相反，第七巡回上诉法院认为结社自由应受到请愿权范围的限制，也就是说，在结社自由和请愿权的碰撞中，请愿权占了较高的位阶。

在以往的案件中，原告主张的基本上是民事权利受到侵犯，法院判决的也仅仅是侵犯民事权利的免责。但在本案中，原告主张的是美国宪法第一修正案中的结社自由受到侵犯，在某种意义上讲，法院的判决就可理解为：请愿过程中，即使影响别人的宪法权利，同样可以免责。而且，第七巡回上诉法院还在该案中判决，在对方根据美国法典 1983 节提出诉讼时，请愿人可免于责任，这等于将请愿免责的范围拓宽到一个前所未有的高度，因为美国法典 1983 节的范围及其宽泛，包括了 1871 年民法法案。这几乎是在麦克唐纳案后，下级法院做出的具有革命意味的发挥。更重要的是，第七巡回上诉法院在这场革命中，并非孤军奋战，至少有 5 个巡回上诉法院认为诺尔一本灵顿规则适用于其它案件，这些案件涉及到的范围及其宽广。^{[20] [21]1387}

五、请愿免责规则的晚近发展

进入 21 世纪以来，有关请愿免责的问题，联邦最高法院再无建树，但下级法院却暗流涌动，左冲右突，不断拓展请愿免责的腹地，同时进一步细化请愿免责的例外情形。

(一) 请愿附带行为免责：罗德索萨诉迪瑞克电视公司案 (Rod Sosa, et al. v. Diretv, Inc., et al.)^[22]——第九巡回上诉法院

迪瑞克电视公司给数十万电视用户写信，声称他们盗取迪瑞克电视公司的信号，迪瑞克公司将根据《美国通讯法案》(Federal Communications Act) 起诉他们，部分用户与该公司达成和解，但罗德索萨认为，迪瑞克电视公司的行为违反美国《敲诈影响和有组织腐败法案》(Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act, 简称 RICO)，向联邦地区法院提起诉讼。迪瑞克电视公司认为，自己的行为可以根据诺尔一本灵顿规则免责。联邦地区法院支持迪瑞克电视公司的主张，原告罗德索萨不服，上诉于第九巡回上诉法院。

在论及迪瑞克公司的行为是否构成《敲诈影响和有组织腐败法案》中的敲诈行为时，法院认为，迪瑞克公司给用户发信，是行使请愿权行为的附带行为，应予以保护，“我们必须给请愿权留下必要的‘呼吸空间’(breathing space)，必须对法律作出不会削弱请愿权的解释。”^{[21]932}“呼吸空间”一说来自有关表达自由的判例，其基本含义是：为了保护表达自由，必须保护那些本身不在表达自由之列，但与表达自由相关的行为，“第一修正案中的‘呼吸空间’概念来自表达自由领域，在纽约时代报诉沙利文案中，联邦最高法院认为，为充分保护言论自由，作为公众人物的诽谤诉讼原告，不仅须证明虚假，还需证明实际恶意，从而保护那些虚假的言论。这是有效行使言论和出版自由的必要‘呼吸空间’。”^{[21]934}“按照‘呼吸空间’原则，第一修正案保护两种不在表达自由内的行为：第一种是虚假陈述；第二种，虽然不是言论，是行为，但该行为是充分行使表达自由所必须的。”如何将“呼吸空间”原则援引到请愿权案件呢？法院说道：“‘呼吸空间’原则很容易转借到请愿权规范。根据伪装标准，并非没有事实根据的请愿全部不受保护，还要求考察其动

机。”^{[21]934}法院经由对伪装标准的重新解释，巧妙地将表达自由中的“呼吸空间”理论适用于本案，据此认定，给用户发信位于请愿权的“呼吸空间”内，可以根据诺尔一本灵顿规则免责。

这真是一个巧妙的轮回：在麦克唐纳诉史密斯案中，纽约时报诉沙利文案确立的实际恶意标准缩小了诺尔一本灵顿规则的适用空间，风水轮流转，在罗德索萨诉迪瑞克电视公司案中，纽约时报诉沙利文案确立的“呼吸空间”原则扩大了诺尔一本灵顿规则的适用空间，将请愿免责的范围扩张到请愿的附带行为。

(二) 伪装例外的严格解释：路易斯安那药品批发企业诉赛诺菲-安万特案 (Louisiana Wholesale Drug Co., Inc. v. Sanofi-Aventis)^[23]——纽约南部地区法院

被告安万特公司拥有一项药品专利，该药品名为来氟米特 (Leflunomide)，是一种治疗类风湿关节炎的药物，市场名为爱若华 (Arava)。该项专利于2004年3月10日到期后，原告路易斯安那药品批发企业向美国FDA申请生产仿制药。2005年3月31日，被告安万特公司向美国食品药品监督管理局 (Food and Drug Agency, 简称FDA) 请愿，认为：路易斯安那药品批发企业缺少研究资料，以证明他们可以生产的仿制药效果等同于原专利药品爱若华，这可能是因为他们没有能力生产出效果等同于爱若华的仿制药。根据美国FDA有关生产仿制药的管制令，仿制药必须与原药品疗效相当。2005年9月13日，美国食品药品监督管理局认为万安特公司的请愿毫无根据，因为即便申请人没有能力生产疗效相当的仿制药，也可在获得许可后，委托有生产能力的厂家生产，这种情况在药品生产领域非常普遍。同日，美国食品药品监督管理局批准了路易斯安那药品批发企业的申请。2007年8月17日，路易斯安那药品批发企业向法院提起诉讼，认为万安特公司的请愿属于“伪装”请愿，拖延仿制药申请许可的程序，目的是垄断，违反谢尔曼法。安万特公司则认为自己的请愿可以根据诺尔一本灵顿规则免责。

本案的关键是：本案被告向美国FDA请愿，请求美国食品药品监督管理局不予颁发许可是否客观上毫无依据。就这一问题，美国食品药品监督管理局早已作出了不利于本案被告的认定。法院一贯秉持谦谦君子之态，对管制机构作出的判断更是能躲则躲，不会妄加置喙。但在本案中，法院却忽然换了一副姿态，用大量的篇幅论证：就此类问题，美国食品药品监督管理局并无明确的先例，安万特公司无法准确预知请愿的后果，因此，其请愿并非客观上毫无根据，不属于“伪装”的请愿，可以依据诺尔一本灵顿规则免责。

从该案可以看出，法院对“伪装”例外的解释极其谨慎，哪怕管制机构认定属于客观上毫无根据的请愿，法院也不一定做出同样的认定。^{[24]98}对“伪装”例外的谨慎解释，最大限度地扩张了诺尔一本灵顿规则的免责空间。

(三) 非法行为的排除：阿斯托亚娱乐公司诉德巴托罗案 (Astoria Entertainment, Inc. v. DeBartolo)^[25]——路易斯安那最高法院

1991年，路易斯安那《河船经济开发和赌博控制法案》(Riverboat Economic Development and Gaming Control Act) 颁布。根据该法案，成立了游戏委员会，该委员会由州长任命，并得到路易斯安那参议院的批准。该委员会制定规则，要求河船经营者必须得到该委员会的许可。同时，还根据法案的规定，准予发放15张赌船牌照。本案被告德巴托罗 (DeBartolo) 和吉德里 (Guidry) 与本案原告阿斯托里娱乐公司 (Astoria Entertainment, Inc.) 一起申请颁发赌船牌照。被告积极游说游戏委员会，并行贿州长，通过州长给游戏委员会施加影响，申请到了其中的两张牌照，原告的申请最终没有获批。原告向法院提出诉讼，认为被告的非法行为使得自己的申请得不到批准，应该给予自己赔偿。被告则援引诺尔一本灵顿规则，认为自己的请愿行为应予免责。案件最终到了路易斯安那最高法院。

本案被告的行为不属于“伪装”例外的情形，因为他们并非利用程序本身侵犯原告的利益，他们追求程序结果——游戏委员会给自己发放牌照，不给原告颁发执照，这是本案的关键问题就变成：诺尔一本灵顿规则能否适用于非法行为？路易斯安那最高法院首先回顾了联邦最高法院以往的判例，“联邦最高法院既没有说‘伪装’例外适用于非法和腐败行为，也没有适用该规则为违法甚至犯罪行为免责。”^{[25]965}法院接着援引联邦最高法院在麦克唐纳案中的观点，并得出非法行为不能依据诺尔一本灵顿规则免责的结论，“请愿权并非意味着绝对的免责。……无论第一修正案所确定的权利是否意味着绝对免责，我们找不到理由，适用第一修正案为被告的非法行为免责。按照我们的观点，最高法院通过诺尔一本灵顿规则撒开了一张巨大的网，但这张网没有大到保护非法行为的程度。”^{[25]967}最后，法院判决，被告不能依据诺尔一本灵顿规则免责。

路易斯安那最高法院的这一判决被学界赋予多重意义。一种观点认为，该判决创造出了诺尔一本灵顿规则的一种新的例外；另一种观点则认为，该案是在限制诺尔一本灵顿规则的适用范围，使之不再漫无边界。^{[26]896}但就法院判决的全文来看，法院花大量的篇幅回顾诺尔一本灵顿规则的起源、发展，并未说明：诺尔一本灵顿规则不适用于反垄断法之外的领域，其论证的主旨是诺尔一本灵顿规则不适用于非法行为。从这个角度看，第一种观点更为可取。但我们能否由此得出结论：请愿活动中只要伴有非法行为，不论违法行为的程度如何，都不能依据诺尔一本灵顿规则免责？回顾法院以往的判例，这一结论显然走得太远太远。联邦最高法院1991年判决的全方位广告公司案中，^[7]联邦最高法院并未因被告与公职人员的合谋而拒绝适用诺尔一本灵顿规则。因此，合乎逻辑的结论应该是：请愿活动中如伴有严重的违法行为，则不能适用诺尔一本灵顿规则免责。

综观本世纪10余年的发展，在有关请愿免责的问题上，下级法院的基本态度一如既往——努力拓展请愿免责的适用空间，但没有了以往的勇往直前和“同仇敌忾”——将伴有严重违法行为的请愿行为排除在免责范围之外，这一激进中的审慎态度揭示了法院将请愿免责规则精致化的智识努力“攻城略地”之后，“细数家珍”也很重要。

六、余论：请愿免责标准变迁背后的司法哲学

请愿免责标准的变迁为什么会发生？看似自发秩序的背后，其实游弋着不同的司法哲学的幽灵。从美国请愿免责的历史中，我们可以发现一个有趣的现象：请愿免责的始作俑者是联邦最高法院，但在随后的标准变迁中，下级法院走的步子比联邦最高法院更快，甚至呈现出倒逼联邦最高法院之态；联邦最高法院不时扮演制动者的角色，以免请愿免责走得太远太远，但在众声喧哗中，联邦最高法院仍不得不鸭步鹅行，请愿免责的标准就这样不紧不慢地变迁，百转千回，请愿免责的范围迂回地扩大。美国司法与政治的关系尽管时有暧昧，^①但司法不会紧随政治的权杖起舞；州法院、巡回上诉法院与联邦最高法院的互动看似亲密，但有时难免各有盘算。^{[27]288}从原旨主义的角度来看，请愿权是一项具有绝对意味的权利，^[28]公民常常据此反抗政府，权利的政治色彩浓郁，这就为司法与政治、联邦最高法院与州法院的角力提供了宽阔的舞台，各种司法哲学轮番上演。请愿免责标准的变迁与法院角色、司法哲学之间的关联，如下表所示：

^①托克维尔曾说道“法官在美国是很强大的政治势力之一”。[法]托克维尔《论美国的民主》（上卷），董果良译，商务印书馆1988年版，第109页。

美国法上请愿负责的标准变迁

时间	主题		基本观点	联邦最高法院所处时代	司法哲学
20 世纪 60 年代	标准的 肇始	诺尔-本灵 顿规则	尽管行使请愿权可能侵犯其他人的权利，甚至包含恶意的动机，但请愿人仍可免责。	沃伦法院时期 (1953-1969)	司法能动主义
		“伪装” 例外	只有针对毫无根据的请愿行为，才需检验请愿是否为“伪装”，是否免责。		
20 世纪 70 年代	标准的扩张		诺尔一本灵顿规则适用于反垄断之外的侵权领域	伯格法院时期 (1969-1986)	中间派主导的 司法能动主义
20 世纪 80 年代	标准的迂回		联邦最高法院认可请愿免责标准适用于反垄断之外的侵权领域，同时引入“实际恶意”标准		
20 世纪 90 年代	标准适用范围的再度扩张		诺尔一本灵顿规则与结社自由关联	伦奎斯特法院时期 (1986-2000-2005)	司法保守主义
21 世纪	晚近发展 (2006、2009)		联邦最高法院再无建树，下级法院多元拓展请愿免责腹地，小心求证	罗伯茨法院时期 (2005—)	司法联邦主义

诺尔一本灵顿规则及其“伪装例外”标准的提出，是沃伦法院能动主义司法的产物。二十世纪六十年代，美国正处激烈的社会变革期，但美国宪政变革的政治议题已不像以前那样集中，近似于琐碎的政治关怀无法整合成大规模的政治压力，联邦最高法院的作用显得十分重要。^{[29]510} 作为由政治之蛹突变而来的司法之蝶，^① 沃伦主导下的联邦最高法院就势重读了美国宪法主体部分的很多内容 “所有的都变了，彻底地变了”，^{[27]289} 沃伦声称 “当 1980 年代的人从我们手中接过权利法案时，这份文件的含义会和我们从我们的父辈手中接过它的时候不完全一样”，^{[27]308} 最高法院开始越来越多地展现对个人权利的关注，^{[26]303} 关注的重点也从财产到自由，坚持自由优先于财产的宪法地位。对于第一修正案，沃伦法院更是将其推向极致，沃伦法院的两位成员，即布莱克和道格拉斯法官一直强调，第一修正案确立的权利是绝对，政府不能做出任何限制。^{[30]761} 请愿负责的诺尔一本灵

①厄尔·沃伦 (Earl Warren, 1891 年 3 月 19 日-1974 年 7 月 9 日)，1953 年至 1969 年期间担任美国首席大法官。在此期间美国最高法院做出了很多涉及种族隔离、民权、政教分离、逮捕程序等敏感问题的著名判例。

顿规则及其“伪装例外”标准完整展现了沃伦法院的司法哲学：谢尔曼法中的禁止性条款^①，从字面含义来看，其适用范围并不仅限于商业领域，商业领域与宪法权利也很难刚性地切割，沃伦法院硬是生生将谢尔曼法的适用空间限制在纯商业领域，一旦染指请愿权，法院立即竖起红牌。沃伦法院的司法蕴含了太多的准立法选择，做出立法选择的权利哲学是：自由优先于财产。反垄断不过是政府保护公民的贸易竞争自由，内含的利益是财产权；请愿则属公民自由，事关公民人格。沃伦法院毫不犹豫地选择了请愿权一边：是退守，更是进攻。自美国1937年“宪法革命”以来，政府对经济管制的合宪性已成共识，法院无法说三道四，但沃伦法院干脆以退为进：管制公民财产的立法，如果仅关财产，法院可以大度一把，一旦管制财产的法律涉及到公民自由，尤其涉及到公民依据第一修正案享有的权利，沃伦法院就锱铢必较，第一修正案保护的公民自由优位于财产，国会管制财产和贸易的立法必须严格限制其适用范围。

请愿免责标准扩张到侵权法领域，诺尔一本灵顿规则适用边界外移，是联邦巡回上诉法院、州法院和联邦最高法院交互作用的产物。联邦最高法院尽管总体上认可诺尔一本灵顿规则可扩张适用到侵权法领域，但对这种扩张心存芥蒂，不顾逻辑上融贯与否，生硬地将“实际恶意”标准嵌入其中。此时，联邦最高法院正处于伯格法院时期，伯格法院尽管也可以称之为能动主义法院，但在伯格法院及其前任法院的能动主义之间存在着根本的区别。首席大法官沃伦及其支持者行事的根据，是源自他们关于宪法所意图保护的社会见解的首要原则。……伯格法院的能动主义就没有受到类似见解的激励。伯格法院不是有意识地运用法律改变社会及其价值，而是随波逐流，任由在社会领域中所观察到的舆论推动着自己……从这一点来说，伯格法院的能动主义被很形象地称之为‘无根的能动主义’，实际上是根据特别的基础来处理案件的，其所受道德见解的激励要少于实用主义的考虑。”^{[31]198}也正因为此，伯格法院在处理与第一修正案相关的案件时，尽管有过《纽约时报》诉美国案的经典判决^[30]但其经典意义很快就被随后的菲尼普诉美国案、^[32]里士满诉美国案的判决冲淡了。^{[33]573}但伯格法院总体上的能动主义为巡回上诉法院和州法院裁量开放了空间：虽然联邦最高法院并未就诺尔一本灵顿规则是否适用于反垄断之外的侵权诉讼做出明确的肯定回答，但至少也没有将这种可能堵死。正是在联邦最高法院这种“无可无不可”的暧昧中，巡回上诉法院和州法院觅得了拓展诺尔一本灵顿规则的良机，完成了诺尔一本灵顿规则的功能扩张。^②诺尔一本灵顿规则的功能扩张木已成舟之际，伯格法院只能首肯，但伯格法院不彻底的能动主义也体现在了对待诺尔一本灵顿规则适用范围的态度上。伯格法院一方面认可诺尔一本灵顿规则扩张适用到侵权领域，但另一方面，又给这一规则上了一道制动——实际恶意标准。伯格法院这一骑墙式的作为被学界批评为进退失据，认为其罔顾政治自由高于商业自由的基本规则，^[34]但在联邦最高法院、巡回上诉法院、州法院的反复拉锯中，请愿免责规则总算大体成型。

将诺尔一本灵顿规则与结社自由关联，把请愿免责的地位进一步抬高，是巡回上诉法院的功劳。此时，联邦最高法院处伦奎斯特法院时期，司法哲学整体上已趋于保守：涉及第一修正案的案

①该条款的内容是：1. 任何契约、以托拉斯形式或其它形式的联合或合同，用来限制州际间或与外国之间的贸易或商业，将被宣告为非法。任何人若签订上述契约或从事上述联合或合谋而被宣告为非法，则构成重罪。如果参与人是公司，将处以不超过100000000美元的罚款。如果参与人是个人，将处以不超过1000000美元的罚款，或不超过10年的监禁，或者由法院酌情并处。2. 任何人若垄断或企图垄断，或与他人联合、合谋垄断州际或与外国间的商业和贸易，构成重罪。如果参与人是公司，将处以不超过100000000美元罚款；如果参与人是个人，将处以不超过1000000美元的罚款，或10年以下监禁，或由法院酌情并处。Sherman Anti-Trust Act, § 1, 2, 15 U. S. C. A. § 1, 2.

②关于下级法院的裁量权，See Doni Gewirtzman, ‘Lower Court Constitutionalism: Circuit Court Discretion in a Complex Adaptive System’, *American University Law Review* 61 (2012), pp. 195-218.

件中, 伦奎斯特判决法律合宪的占比接近 70%,^① 也没有丰富请愿免责的内涵。但与此同时, 一些巡回上诉法院却仍然秉持司法能动主义的哲学, 第七巡回上诉法院接伯格法院有限的司法能动主义余绪, 再度拓宽请愿免责的空间。如前所述, 第七巡回上诉法院几乎反向适用了伯格法院时期的麦克唐纳诉史密斯案判决: 伯格法院审理的麦克唐纳诉史密斯案将请愿权与表达自由关联, 巡回上诉法院审理的塔普利诉科勒索案将请愿权与结社自由关联; 伯格法院审理的麦克唐纳诉史密斯案将对表达自由的限制适用于对请愿免责的限制, 巡回上诉法院将对结社自由的保护降格在请愿权之下。表面上看, 巡回上诉法院判决的逻辑与麦克唐纳诉史密斯案相仿——将请愿权与第一修正案的其他权利相比较, 事实上, 这不过是巡回法院的“暗度陈仓”之举——援引第一修正案其他权利的目的是为了衬托请愿权的重要性。

晚近以来, 罗伯茨法院更趋保守, 请愿免责规则发展多在州法院展开, 是新司法联邦主义的产物。新司法联邦主义是布伦南法官 1977 年提出的一种有关联邦法院和州法院如何在人权保障方面分工的学说:^[35]⁴⁹¹ 传统的司法联邦主义强调联邦法院的人权保障功能, 州法院相对暗淡; 新司法联邦主义强调州法院的人权保障功能, 强调联邦法院和州法院的合作。这种学说尽管时常遭遇诘难,^[36] 但仍然受到州法院的青睐: 在联邦法院, 尤其是联邦最高法院整体上趋于保守时, 州法院不能不踏上“铁肩担道义”之旅。相对于联邦法院, 州法院对公民人权的保护应不得低于“联邦底线”, 即对公民人权的保护程度应在联邦最高法院依据联邦宪法所确立的最低要求之上,^[37]^[38] 这就给州法院进一步细化、拓展请愿免责规则提供了学理上的支持, 但州法院仍然不得不顾忌联邦最高法院总体上趋于保守的立场。晚近以来, 在涉及请愿免责案件时, 州法院小心翼翼地探雷, 拓宽请愿免责的概念空间, 但“大胆假设”的同时, 也注意“小心求证”, 请愿免责的范围总体上往前推进, 但演进的轨迹不再是单行的直线, 这与新司法联邦主义学说的境遇一脉相承。^[39]

参考文献:

- [1] Ambrose Gwinett Bierce. *Devil's Dictionary* [M]. New York: Library of America, 1911.
- [2] Stephen A. Higginson. A Short History of the Right to Petition Government for the Redress of Grievances [J]. *Yale Law Journal*, 1986-1987, (96).
- [3] Aaron R. Gary. First Amendment Petition Clause Immunity from Tort Suits: In Search of a Consistent Doctrinal Framework [J]. *Idaho Law Review*, 1996, (33).
- [4] *Eastern R. R. Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.*, 365 U. S. 127 (1961).
- [5] *Pennington v. United Mine Workers of America*, 393 U. S. 983 (1968).
- [6] *California Motor Transport Co. et al. v. Trucking Unlimited, et al.* 404 U. S. 508 (1971).
- [7] *Trucking Unlimited v. California Motor Transport Co.*, 432 F. 2d 755 (1970).
- [8] *City of Columbia et al. v. Omni Outdoor Advertising, Inc.* 499 U. S. 365 (1991).
- [9] *Professional Real Estate Investors v. Columbia Pictures Industry, Inc.*, 508 U. S. 49 (1993).
- [10] Raymond Ku. Antitrust Immunity, the First Amendment and Settlements: Defining the Boundries of the Right to Petition [J]. *Indiana Law Review*, 2000, (2).
- [11] *Stern v. U. S. Gypsum, Inc.*, 547 Federal Reporter, 2d. 1329 (1977).
- [12] *Webb v. Fury*, 282 South. Eastern reporter, 2d. 28 (1981).

^① 有学者认为, 不能抽象地将伦奎斯特法院理解为保守的法院。伦奎斯特法院在涉及联邦主义的案件中, 较为激进; 在涉及个人权利的案件中, 态度较为保守。70%是加权推算的结果。在事关第一修正案的不同权利的判决中, 伦奎斯特判决合宪的比例有区别。David R. Dow & Cassandra Jeu & Anthony C. Coveny, 'Judicial Activism on the Rehnquist Court: An Empirical Assessment', *Saint John's Journal of Legal Commentary* 23 (2008).

- [13] James Filkins. *Tarpley v. Keistler: Patronage, Petition and the Noerr-Pennington Doctrine* [J]. *DePaul Law Review*, 2000-2001, (50).
- [14] Eric M. Jacobs. *Protecting the First Amendment Right to Petition: Immunity for Defendants in Defamation Actions through Application of the Noerr-Pennington Doctrine* [J]. *The American University Law Review*, 1981-1982, (31).
- [15] Gary Minda. *Interest Groups, Political Freedom and Antitrust: A Modern Reassessment of the Noerr-Pennington Doctrine* [J]. *Hastings Law Journal*, 1990, (41).
- [16] *McDonald v. Smith*, 472 U. S. 479 (1985).
- [17] *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U. S. 254 (1964).
- [18] *Tarpley v. Keistler*, 188 Federal Reporter, 3d. 788 (1999).
- [19] *Rutan v. Republican Party of Illinois*. 497 U. S. 62 (1990).
- [20] *Mass. Sch. of Law v. Am. Bar Ass'n*, 107 Federal Reporter, 3d. 1026 (1997).
- [21] *Lawline v. Am. Bar Ass'n*, 956 Federal Reporter, 2d. 1378 (1992).
- [22] *Rod Sosa, et al. v. Directv, Inc., et al.*, 437 Federal Reporter, 3d. 923 (2006).
- [23] *Louisiana Wholesale Drug Co., Inc. v. Sanofi-Aventis*, 2009 WL 2708110 (S. D. N. Y.).
- [24] Stacey B. Lee. *Is a Cure on the Way? — The Bad Medicine of Generics, Citizen Petitions, and Noerr-Pennington Immunity* [J]. *Kansas Journal of Law & Public Policy*, 2010, (20).
- [25] *Astoria Entertainment, Inc. v. DeBartolo*, 12 Southern Reporter, 3d. 956 (2009).
- [26] Zachary T. Jones. “Gangster Government”: The Louisiana Supreme Court’s Decision in *Astoria v. DeBartolo* on the Application of the Noerr-Pennington Doctrine to State Law Tort Claims [J]. *Loyola Law Review*, 2009, (55).
- [27] [美] 伯纳德·施瓦茨. *美国最高法院史* [M]. 毕洪海, 等译. 北京: 中国政法大学出版社, 2005.
- [28] Eugene Volokh. *Tort Liability and the Original Meaning of the Freedom of Speech, Press and Petition* [J]. *Iowa Law Review*, 2010, (96).
- [29] 王希. *原则与妥协: 美国宪法的精神与实践* [M]. 北京: 北京大学出版社, 2014.
- [30] *New York Times Co. v. United States*, 403 U. S. 713 (1971).
- [31] Vincent Blasi ed. *The Burger Court: The Counter-Revolution That Wasn’t* [M]. New Haven: Yale University Press, 1983.
- [32] *Snepp v. United States*, 444 U. S. 507 (1980).
- [33] *Richmond Newspaper, Inc. v. Virginia*, 448 U. S. 555 (1980).
- [34] Eric Schnapper. *Libelous’ Petitions for Redress of Grievances—Bad Historiography Makes Worse Law* [J]. *Iowa Law Review*, 1989, (74).
- [35] William J. Brennan Jr. . *State Constitutions and the Protection of Individual Rights* [J]. *Harvard Law Review*, 1977, (90).
- [36] Lawrence Friedman. *The Constitutional Value of Dialogue and the New Judicial Federalism* [J]. *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 2000-2001, (28).
- [37] James D. Heiple & Kraig James Powell. *Presumed Innocent: The Legitimacy of Independent State Constitutional Interpretation* [J]. *Albany Law Review*, 1998, (61).
- [38] 屠振宇. *人权司法保障: 美国新司法联邦主义的演进与启示* [J]. *比较法研究*, 2014, (5).
- [39] Robert F. Williams. *Introduction: The Third Stage of the New Judicial Federalism* [J]. *New York University Annual Survey of American Law*, 2003, (59).

[责任编辑: 乔楠]