



学科导航4.0暨统一检索解决方案研讨会

司法审查的迷雾——马伯里诉麦迪逊案的政治哲学意含

<http://www.fristlight.cn> 2005-08-18

[作者] 强世功

[单位] 北大法律信息网

[摘要] 一个家族需要遥远显赫的祖先，一个国家需要天神一般的立国者，一个民族需要自己的史诗和神话，一种法律传统也同样需要高贵的起源。欧洲大陆国家在12世纪以来通过几代人的不懈注释，罗马法终于从罗马人的局部生活规则变成了整个现代世界普遍适用的科学规则，英国的普通法传统则不断将散见各地的原始落后的习俗上升到一种普遍“自然”的程度，于是，有了“自然是第一习俗，习俗是第二自然”的自我标榜，而美国人则将自己的法律传统建立在1804年的马伯里诉麦迪逊（*Marbury v Madison*）案中，该案被看作是“美国最高法院的独立宣言”，它不仅确立了由司法机关宣布违宪的法律无效司法审查原则，而且更主要的是，经过美国大法官和法学家们的不断阐释，该案甚至确立了司法主权（*judicial sovereignty*）的政治原则，即司法机关作为成为“宪法的最终解释者”，超越立法机关和行政机关之上，成为“宪法活的声音”。

[关键词] 司法审查;马歇尔;反多数难题

一个家族需要遥远显赫的祖先，一个国家需要天神一般的立国者，一个民族需要自己的史诗和神话，一种法律传统也同样需要高贵的起源。欧洲大陆国家在12世纪以来通过几代人的不懈注释，罗马法终于从罗马人的局部生活规则变成了整个现代世界普遍适用的科学规则，英国的普通法传统则不断将散见各地的原始落后的习俗上升到一种普遍“自然”的程度，于是，有了“自然是第一习俗，习俗是第二自然”的自我标榜，而美国人则将自己的法律传统建立在1804年的马伯里诉麦迪逊（*Marbury v Madison*）案中，该案被看作是“美国最高法院的独立宣言”，它不仅确立了由司法机关宣布违宪的法律无效司法审查原则，而且更主要的是，经过美国大法官和法学家们的不断阐释，该案甚至确立了司法主权（*judicial sovereignty*）的政治原则，即司法机关作为成为“宪法的最终解释者”，超越立法机关和行政机关之上，成为“宪法活的声音”。将一个涉及具体争议的案件变成为一个普遍原则的象征，甚至某种法律传统的象征，无疑包含了一个神话的过程。不幸的是，我们的法学家们对这样的神话过程往往缺乏智识上的自觉，其结果使我们的法学研究从一种理性的科学堕落为非理性的教义宣传。今天，我们的法学家差不多变成了西方现代法律巫术的祭司，马伯里案在我们法学界成为一个现代神话。一方面，我们并没有对这个案件本身进行理性的全面细致的研究，以至于在叙说这个案件的时候，只能用一些流行的意见来掩盖知识上的幼稚和无知，另一方面，法学界对这个案件有一种类似权威崇拜的恋父情结，从法学界将具有标志性意义的齐玉苓案比附为“中国的马伯里案”就暴露出法学界的普遍存在的心理幼稚，仿佛只有将这个重大案件与马伯里案联系起来才能获得存在的意义和正当性。这种知识上和心理上的双重幼稚几成为中国法学发展的巨大障碍，只有摆脱这种知识上的匮乏和心理上的幼稚，我们的法学研究才能走上理性而健全的道路，而其前提就是必须走出对西方法律制度的迷信。这不仅意味着我们要在谱系学意义上将马伯里案的神话还原为对具体历史事件的理解，而且更进一步的是要追究这种神话的理性起源，即这个案件中究竟包含了怎样的法律智慧，纠结了怎样的重大问题，以至于后来的人们不断要神话这个案件？这意味着我们在将这个案件还原为一场赤裸裸的政治斗争的同时，还必须看到这种政治斗争背后的价值原则的斗争，更为细致的也是关键的，我们必须考察法律技艺在这种斗争中扮演了角色，即法律技艺是如何在政治原则与政治利益之间建立内在的关联。正是从这个角度出发，本文试图把马伯里案同时作为政治事件与法律案件来理解，尤其是探讨政治斗争是如何通过法律技艺的过滤而在价值意义上展示为原则的斗争。为此，本文第一部分和第二部分从法律技艺的角度出发，细致地解读马伯里案的推理技巧，由此展现政治斗争是如何通过法律机制的重新组织转化为政治原则的斗争，而这种原则的斗争又是如何体现在法律推理的之中；第三部分讨论马伯里案所涉及的重大政治原则问题，即人民主权与司法独立的关系，这实际上涉及到了共和政体中公民德性的问题；第四部分讨论这种重大政治原则问题如何在美国宪法的发展中展现出来，正是在这些重大问题的讨论中，马伯里案件被置于不同的理论背景下被不断地阐释并逐步发展为司法至上。只有在政治与法律、原则与技艺的复杂关系中，我们才能真正理解为什么马伯里案塑造了美国法律传统或者政治传统，才能真正理解为什么马歇尔大法官已成为美国法律传统的化身。一、程序与实体之间的迂回：马歇尔推理的结构霍姆斯大法官指出：

如果要用一个人物来代表美国的法律，那么无论是怀疑者还是崇拜者，他们都会同样毫无争议地赞同只能是一个人，这就是约翰·马歇尔。”马歇尔之所以能代表美国的法律传统，无疑是因为他通过一系列判例确立了美国宪法中的一些根本性的原则，其中马伯里案就确立了司法审查的宪法原则。马伯里案无疑是美国建国初期联邦党人与反联邦党人之间进行政治斗争的产物。需要注意的是，无论联邦党人还是反联邦党人并不是现代意义上的政治党派，而更多的是体现两种不同的政治原则，这些不同政治原则的斗争不仅反映在美国的制宪会议上，而且也反映在围绕本案斗争中。因此，马伯里一案既是两个政治派别的权力斗争，又是两种不同宪法原则的斗争，我们熟悉的往往是围绕“星夜法官”的权力斗争，但恰恰忽略的是联邦党人与反联邦党人关于司法权的原则斗争。正如我们要在后面所讨论的，联邦党人认为违宪审查权应当归属于最高法院，而反联邦党人认为违宪审查权应当属于人民。当权力斗争与原则斗争交织在一起的时候，本案的确是马歇尔大法官的政治智慧和法律智慧的考验。一般说来，在本案中，我们经常强调的是马歇尔的政治智慧，即为了捍卫司法权的尊严，免遭与行政权的对抗，马伯里不惜作出政治上的妥协，或者说他是通过政治上的妥协来确立司法审查的原则。但问题的关键在于马歇尔的这种政治智慧并不是通过政治手腕来实现的，而是通过自己手中的“笔”来实现的，是通过在马伯里案中的法律推理来实现的。在这个意义上，马歇尔的政治智慧首先体现为一种法律思想，这种思想“意味着一套新的法理学的兴起，由于它，一些指导性原则被升华到制定法和国家之上，并赋予了法官一种神圣的、前所未有的权威和义务。”马歇尔的这种法律思想并不是体现在法学著作或者法学论文中，而是体现在具体案件之中。在这个具体案件中，法律的智慧就是通过法官的技艺理性（artificial reason）展现出来的，只有通过对本案中法律技艺的分析，我们才能真正理解马歇尔的智慧体现在什么地方。在马伯里案中，马歇尔将整个案件的诉讼争议分解为逻辑上层层递进的三个核心问题：马伯里是否具有担任治安法官的权利？马伯里的这种权利受到侵犯的时候是不是应当获得法律救济？马伯里能不能以申请令状的方式获得法律救济？这第三个问题其实涉及两个问题，一个就是实质问题，即马伯里是否能够申请令状，答案是肯定的；另一个是程序问题，即马伯里是否能够在最高法院申请这种令状，答案的否定的。有关司法审查的推理就隐含在后面这个部分之中。由此，我们可以根据实质问题与程序问题将马伯里案的判决书从整体结构上分成两部分，前面的部分是要解决马伯里的权利是否应当受到保护这个实体问题，这一部分差不多占了整个判决书篇幅的五分之四；后面的部分是要解决马伯里是否能够在最高法院获得这种权利保护的程序问题，也就是阐述为什么最高法院不能给马伯里提供他所要求的法律救济，大约占整个篇幅的五分之一。对于法官来说，当他面对一个案件的时候，首要问题就是：这个案件是不是属于本庭的受案范围，只有解决了这个程序性问题，法院才能正式进入对案件的实质性判断。就马伯里案而言，最高法院的最终判决事实上也不过解决了一个程序性问题，即这个案件不属于最高法院的管辖范围，由此驳回原告的起诉。即便马歇尔的目的是确立司法审查的宪法原则，那也只需要从最高法院的初审管辖权这个程序问题入手就够了。无论从司法审判的正常程序，还是从司法审查的政治目的，看起来都不需要讨论实体问题。为什么马歇尔要先花如此大的精力来讨论实质问题呢，然后才回到了本案真正要解决的诉讼管辖问题？如果我们抛开关于司法审查的种种教条，而深入到历史背景之中，用马歇尔的眼光来看待这个案件，那么就会发现司法审查并不是马歇尔有意图的直接目的，他的直接目的是代表联邦党人反击民主共和党在国会和行政领域的全面胜利。马歇尔曾经是亚当斯总统的国务卿，在亚当斯总统签署了委任状之后，是国务卿马歇尔在委任状上面加盖了国玺，而且马歇尔有责任将委任状送到马伯里手中。正是由于马歇尔的延误，导致了新上任的国务卿麦迪逊扣押了委任状。马歇尔面临的首要任务不是什么司法审查，而是要从法律上证明联邦党人的任命治安法官这一政治行动的合法性，从而证明共和民主党扣押法官任命书的行为是出于党派利益的非法行动。因此，他在判决书中强调美国政府是一个法治政府而不是人治政府，恰恰是要将自己的政治对手置于反法治的境地之中，由此构成了对杰佛逊政府破坏法治的强烈控诉，从而在从法理上、舆论上或者意识形态上挽回联邦党人的失败。然而，仅仅将马歇尔在本案中对实体问题的长篇讨论看作是失败的政治寻求法律上的道义安慰，本案显然不会具有目前所理解的重大意义。马歇尔的深层目的是通过这个案件来确立联邦党人所坚持的司法审查原则。然而，问题的困难在于如何在本案中在联邦党人的政治失败与其政治原则的胜利之间建立内在关联。马歇尔的政治智慧恰恰体现在这个方面。他之所以花如此的篇幅来讨论实质问题，恰恰是为司法审查作铺垫的。假如没有前面这些法理上对实质问题的讨论，假如马伯里没有获得法律救济的实体权利，那么，讨论管辖问题就在法理论证上显得异常淡薄，甚至没有必要，由此得出所谓的司法审查也就显得牵强附会。想想看，就本案在当时的现实情景而言，如果没有前面对实体问题的讨论，谁还关心后面关于司法审查问题的讨论，毕竟，司法判决首先要解决具体问题。不过，马歇尔之所以讨论实质问题不仅是为了直接针对本案的具体问题，一个更为隐蔽的深层的政治目的是通过讨论实质问题中所确立的任命治安法官的合法性，来建构一个政治上妥协的前提。只有具有了这种法律上或者道义上的胜利，才能以这种胜利作为政治妥协的资本，即尽管马伯里的权利受到了行政机关的侵害而且这种侵害应当获得法律上的救济，但是，联邦党人作为政治上的妥协认为这样的救济在马歇尔法院那里不能获得支持。马歇尔的这种妥协无疑出于政治上的审慎，即避免鲁莽的举动造成最高法院与强大的行政权力的对立，但这种政治上的妥协不是无条件的屈服，而是以司法审查作为妥协的必

要条件。也就是说，民主共和党如果要接受联邦党人的这种政治妥协，认可最高法院在本案中不能对麦迪逊发布强制令来保护马伯里担任法官的权利，那么就必须在法律上接受司法审查的原则。换句话说，民主共和党在任命治安法官问题上要赢得最终的胜利，必须在司法审查的法律原则上向联邦党人妥协。由此可见，只有从政治斗争与法律斗争、实质问题与程序问题的双重角度才能真正理解马歇尔在本案中法律推理的技艺。马歇尔之所以采取这种迂回的推理结构，从表面上与本案无关的实质问题入手然后转入到本案最终结论的程序问题，就在于他不仅要在任命法官的政治败局中赢得法律上的胜利，而且以这种胜利作为妥协的资本，最终在法律上赢得司法审查的胜利。因此，我们可以说，在本案中马歇尔要实现双重目的：一方面要实现一个现实的直接目的，正像在本案中宣布的那样，法院完全可以因为麦迪逊的执行法律行为的不当而对其颁发强制令，从而隐晦地揭露杰佛逊政府对法治政府的破坏；另一方面要实现一个长远的目的，正像人们所熟知那样，法院可以宣布与宪法相抵触的法律无效，从而捍卫联邦党人的政治主张。由此，我们可以将马歇尔对案件的推理进行结构上的整体分析，把整个法律判决分为实质问题与程序问题两部分，然后从政治上（权力争夺）和法律上（原则斗争）对马歇尔对政治智慧与法律智慧进行分析。如图所示联邦党人 实质问题 程序问题政治上 任命法官失败（F） 法律救济失败（F'） 法律上 任命法官胜利（V） 司法审查胜利（V'）从该图表中，我们可以清楚地看到，尽管在任命治安法官这个政治斗争的实质问题上，联邦党人已经失败了（F），而且当联邦党人就此诉诸司法救济的过程中，本案最终在管辖权的程序性问题也失败了（F'）。从表面上看来，联邦党人在这个回合的斗争中彻底失败了。但是，马歇尔通过从实质问题进入程序问题这个迂回的法律推理思路，却使得联邦党人的双重的失败竟然变成了双重胜利：一方面马歇尔通过对马伯里任命问题的实质考察，证明马伯里在法律上具有出任法官的正当权利（V）；另一方面这种法律上的胜利由于面对现实的政治处境而不得不以妥协而在政治失败的时候，却意外地获得了另一个胜利：在法律原则上获得司法审查的胜利（V'）。从某种意义上说，司法审查之所以能在原则上取得胜利，恰恰以政治上的妥协为代价的。如果民主共和党接受联邦党人的政治妥协，认为最高法院不能受理马伯里的诉讼请求，那么在法理上就必须承认最高法院拥有司法审查的权力，而民主共和党人接受这种政治妥协的前提恰恰是马歇尔充分证明了马伯里又获得令状的权利，马歇尔如果没有获得令状救济的权利，民主共和党人就没有接受马歇尔政治妥协的前提。因此，正是马歇尔在本案中通过实质问题到达程序问题这种迂回的法律推理技巧，才保证了处于逆境中的马歇尔最终反败为胜。霍姆斯在对马歇尔的高度评价中认为，“一位伟人代表的是社会的伟大神经中枢，或，换一种说法，代表的是历史战役中的战略转折点。”我们可以毫不夸张地说，这个历史战役中的战略转折点就是从马歇尔避开案件管辖的程序问题而转向诉诸马伯里能够获得法律救济这个实质问题的地方开始的。如果我们将这个案件和另一个著名的违宪审查案件斯葛特案（Dred Scott v. Stanford）进行比较，就会发现二者有些微妙的关联。在斯葛特案中，坦尼（Taney）大法官本来要解决一个程序性问题，即联邦法院是否对黑人斯葛特的诉讼请求具有管辖权的问题，但是，坦尼大法官巧妙地引入了实质性问题的考察，即黑人是不是美国宪法中所说的公民。这部分的推理堪称严密，与马歇尔的推理具有异曲同工之妙。如果坦尼大法官就此作出法律判决，斯葛特案在美国政治史和法律传统中肯定会是另外一幅样子。但是，坦尼大法官缺乏马歇尔大法官的那种政治审慎，他不满足于对政治原则的这种间接表述，他要利用马歇尔在马伯里案件中所确立的作为美国宪法最终解释者的身份，直接来界定黑人的公民权问题，宣布赋予黑人自由权的密苏里妥协（1820）因为违宪而无效，最终导致在政治上和法律上的双重失败，该案也成为美国最高法院耻辱的象征。马歇尔/马伯里案与坦尼/斯葛特案成为美国司法审查传统中的两个极端。二、马歇尔推理的陷阱尽管马歇尔在程序与实质之间这一战略迂保证了其取得最后的胜利，从而表现出一个卓越的法学家把握法律甚至塑造法律的能力。然而，无论法律的技艺多么精巧，它都无法确立法律判断本身的正当性，法律判断的正当性是由另外一些东西决定的，我们可以说是政治原则或者道德原则，也可以说人们普遍接受的文化传统等等。在这个意义上，无论马歇尔在马伯里案中使用了多么高超的法律推理技艺，它必然包含了法律推理上的漏洞，或者说法律命题自身的反题。只不过随着时间的推移，当人们逐渐认可了这个案件所确立的法治原则和政治原则之后，逐渐遗忘了案件中具体法律推理的难题。只有抛开附着在这个案件上的教条，进入到具体的案件法律推理之中，我们才能理解马歇尔是如何编织法律神话的。我们从本案的所要解决的程序问题入手，看一看马歇尔所说的司法审查能不能在法律上成立。

（一）、《司法条例》真的违宪吗？马歇尔之所以认为《司法条例》违宪是因为《司法条例》第十三条规定最高法院“有权在法律原则和法律惯例许可的案件中，对以合众国名义任命的法官或公职人员发布令状。”也就是说，对于本案件中原告要求发布令状的诉讼请求，最高法院具有初审管辖权。但是，宪法第三条第二款第二项规定：“对所有涉及外交大使、其他公使及领事，及以州作为一方当事人的案件，最高法院都享有初审管辖权；而在所有其他案件中，最高法院享有上诉管辖权。”也就是说，本案件中原告的诉讼请求属于宪法上所说的“其他案件”，因此，最高法院只有上诉管辖权。可见，《司法条例》的规定与美国宪法规定相抵触，因而违宪的，应由法院宣布无效。但是，在仔细阅读宪法条文的时候，我们发现马歇尔有意无意地做了一些至关重要的删节。这一条的宪法全文为：“对所有涉及外交大

使、其他公使及领事，及以州作为一方当事人的案件，最高法院都享有初审管辖权；而在所有其他案件中，无论法律方面还是事实方面，最高法院享有上诉管辖权，但须依照国会所制定的例外和规章。”也就是说，在最高法院享有上述管辖权的案件中，国会可以制定一些例外和规章，只要这些制定的例外和规章与宪法的其他规定不矛盾，那么，国会的这些立法就是宪法所授权的立法，因此是符合宪法的立法。如果这样的话，我们完全可以把《司法条例》看作是这样一个规定“例外和规章”的立法。事实上，《司法条例》本身就是对宪法条文的进一步的具体规定，尤其是对各种案件的管辖范围做出了更明确的规定。即使我们按照马歇尔所引用的宪法文本，我们也不能同意马歇尔的解释。被告主张：“将初审管辖权授予最高法院及其下级法院是一般性授权，而且授权最高法院初审管辖权的具体条款中并不包含任何否定性或限制性语句，因此，只要法律条文没有具体列举的案件属于合众国司法权管辖范围的案件，那么，这些案件的初审管辖权是否分配给最高法院就由国会来决定。”在马歇尔看来，如果对宪法做这样的理解，那么将会导致宪法中规定的“在所有其他案件中，最高法院享有上诉管辖权”这句话变得“多此一举、毫无意义”。以至于“宪法所规定的管辖权的分配就仅仅是不具有实质内容的形式而已。”马歇尔的这种担心在一般原则上是成立的，但是在本案中是不能成立的，原因就在于他混淆了两对不同的范畴：实质和形式与具体和一般。如果我们仔细阅读宪法第三条第二款，就会发现第二款的第一项规定哪些案件属于法院能够审理的案件，第二项具体规定最高法院对哪些案件具有管辖权。这一条前半句采取明确列举的方式，规定“对所有涉及外交大使、其他公使及领事，及以州作为一方当事人的案件，最高法院都享有初审管辖权”，而后半句仅仅用“其他案件”的方式来规定。对不同的案件采取不同的规定方式显然意味着立宪者对于最高法院管辖的具体案件的关注是不同的，前半句采取具体列举的方式，这意味着立宪者的意图是确保这些案件必须由最高法院作为初审管辖，对于这样的明确具体的规定国会显然不同通过立法来改变，而且我们看到这些案件差不多都涉及到了政治问题，显然必须由最高法院来审理。相比之下，后半句显然不是立宪者强调的重点，它没有采取具体列举的方式，而是采取一种一般性的规定，而这种一般性的规定显然为立法机关的进一步具体化开辟了空间。如果按照马歇尔的思路，把这种一般性的规定也同样理解为具体的规定，那么，《司法条款》显然不需要进一步规定最高法院对案件的管辖范围了。因此，马歇尔的错误，或者说马歇尔高明的地方，就在于用“实质”与“形式”范畴来混淆需要立法进一步明确的一般性条款与无需进一步立法明确的具体条款，把宪法中需要通过立法明确的一般性规定看成了“没有实质内容的形式”。正因为宪法采用一般性条款来规定最高法院对其他案件的管辖权，所以宪法中明确规定无论对于事实还是法律，国会都可以制定一些例外和规章将宪法的一般性条款进一步具体化。（二）、马歇尔陷阱：宪法是法律吗？让我们退一步来讲，即使《司法条例》与宪法抵触，是不是能得出司法审查的结论呢？毕竟，从法律上来讲，法院不能适用与宪法相抵触的法律的司法审判原则与由法院来宣布法律违宪的宪政分权原则是两个竟然不同的问题。然而，在本案中，马歇尔恰恰混淆这两个问题的，这种混淆并不意味着马歇尔法律思维的混乱，恰恰相反，马歇尔的智慧和体现在通过学理上的修辞来混淆这两个问题，把水搅浑，然后混水摸鱼，把法院不能适用违宪的法律的司法原则偷偷地转换成由司法机关来审查法律是否违宪的宪政分权原则。在此，我们需要认真分析马歇尔在法律推理中究竟运用了怎样的偷梁换柱手法。让我们按照马歇尔的推理次序，逐步进行分析。如果说《司法条例》与宪法相抵触，那么对于法院来说，就自然面临这个一个难题：“一个与宪法相抵触的法案是否能成为国家的法律？”对此，马歇尔诉诸社会契约论、有限政府和人民主权的政治哲学原理。所有这些政治哲学的论述是为了证明宪法是一种高于国会制定的法律的“根本大法”（the fundamental and paramount law）。由此得出“与宪法相抵触的立法法案都是无效的”这一结论。在此基础上，马歇尔把问题进一步尖锐化：“如果与宪法相抵触的立法法案是无效的，这种无效的法案是否还能约束法院，并促使法院适用它呢？”这个问题表面上看起来是一个很愚蠢的问题，是一个多此一举的修辞，但是，恰恰是这个多余的表面问题，将问题引到了马歇尔真正关心的问题：司法权的性质。为此，马歇尔不失时机地宣布：“需要强调指出，司法部门的职责范围就是公布法律到底是什么。……如果在两个法律之间存在冲突，法院必须决定适用其中哪一个来作出判决。”从普通法的法理学来讲，“司法部门的职责范围是公布法律到底是什么”表面上并没有什么新奇的地方，因为在判例法传统中，法官在审理案件时所面临的规则，包括国家正式颁布的法律、法院形成的判例、传统中形成的习惯、通行的道德伦理原则或者法学学说等等，只不过是一些法律渊源（legal sources），法律渊源并不是法律，只不过是形成法律的一些前提要素，真正的法律就是法官对这些法律渊源的解释，由此形成的法律判决。当然，对法律渊源的解释必然包括了对这些法律渊源的选择和审查过程，因为决定哪些法律渊源最终成为法律，那些法律渊源不能成为法律就自然成了法官手中的权力，这也就是法官确立判例法的权力。正是基于这个普通法的法理学基础，马歇尔进一步指出：当某个法律与宪法相违背时；当将宪法和法律都适用于同一个具体案件时，法院必须作出决定：要么不考虑宪法而适用法律；要么不考虑法律而适用宪法；法院必须适用这些相抵触的规则中的一个来解决这个案件，这就是司法职责的实质。这是一个关键的段落。在此，马歇尔似乎重申了前面宣布的司法权的性质：“法院必须适用这些相抵触的规则中的一个来解决这个案件，这就是司法职责的实质。”但是，这个重申在不经意中发生了一点变化，不同于的地方就在于这里

所说的“相抵触的规则”不再是普通法理学中所列举的那些法律渊源，而是包括了宪法。在此，一个关键的问题就是我们所关心的“宪法是不是普通的法律”，是不是法官在法律适用过程中的一个法律渊源？在英国的普通法传统之中，由于不存在成文宪法，因此，法律渊源之中关于宪法与法律之间的区别并不存在，甚至究竟“什么是宪法”也是英国宪法学中的一个疑问。但是，在马歇尔所反复强调和重申的成文宪法的美国，宪法与普通法律的不同是显而易见的。因为普通的法律仅仅是法院在司法过程中需要加以解释或确定的法律渊源，但是，宪法不同于这些普通法律的地方就在与宪法规定了司法权的性质本身。换句话说，法院在司法过程中是不是能够在法律渊源之间进行自由选择，或者如何在这种法律渊源之间进行选择，本身就是由宪法所规定的，甚至是法律所规定的。正因为如此，按照不同的宪法，司法机关本身的权力也会有所不同。马歇尔聪明的地方就在于一方面反复强调法律与宪法之间的相互抵触，从而利用政治哲学和成文宪法来强调宪法高于法律的权威性，但另一方面，在触及到决定司法权性质本身的宪法的关键时刻，他马上引用普通法理学中的司法权来强调法院在宪法和法律之间进行选择的权力。一方面是强调宪法高于法律的成文宪法至上这个政治哲学，另一方面强调宪法与法律作为两种不同的规则或者法律渊源而供法院进行自由选择的司法哲学，马歇尔在这两种学说之间左右圆逢，游刃有余，从而把决定司法权之性质的宪法至上学说转变成普通法中法院自由选择法律渊源的学说。正是通过这种转变，法院获得了审查法律是否违宪的权力，这就是我们所说的司法审查权。这种明修栈道、暗渡陈仓的手法之后可能，就在于马歇尔将“宪法”偷偷地转换为“规则”，从而把宪政学说变成了法理学说。表面上，马歇尔引用政治哲学来证明宪法不同于法律而具有的至高无上性，但是在人们不注意的地方，马歇尔将宪法转化成与法律同样的“规则”，从而把解决宪法与法律的冲突这个涉及到立法权和司法权划分的分权原则，变成了法院在司法过程中选择规则的法律判断原则。正是经过这样一种隐秘的转化，与宪法相抵触的法律无效问题就变成了由司法机关来决定哪些法律无效的司法审查问题，从而将法院的普通司法职能变成了对立法违宪审查。当然，为了证明宪法是一些可以在司法过程中适用的规则，马歇尔特别引用了大量的宪法条文，证明这些规则构成了对法官的直接约束，从而法官在司法过程中必须遵守宪法。尽管如此，马歇尔所说的不过是“宪法诉讼”（constitutional adjudication），也就是我们所说的“宪法的司法化”，它与“违宪审查”（constitutional review）是截然不同的两回事。马歇尔通过把宪法理解为普通法法理学中的“规则”，从而把宪法诉讼也自然地理解为违宪审查。事实上，在中国法学家和法官们关于“宪法司法化”的讨论中，也差不多采取了和马歇尔同样的理论策略，把宪法理解为法律，从而把宪法纳入到诉讼过程中以实现宪法的司法化，但是，从“宪法司法化”如何过渡到“司法审查”呢？对于这个问题我们的法学家并不清楚，往往是含糊其词地将“宪法司法化”理解为司法审查，不过，他们已经把马歇尔作为过渡的桥梁了，尽管他们可能不清楚马歇尔的法律推理过程，但是，他们反复引用马伯里一案就证明他们把马歇尔的立场作为一个重要的推理要素了。最后，马歇尔从法律推理的学理领域进入到了法官的职业伦理这个实践领域，用法官宣誓效忠宪法来证明司法审查的正当性。这是一个很具有蒙蔽性的论据。事实上，宣誓效忠宪法不过是要求司法机关以宪法所要求的方式来效忠宪法，因此，严格履行宪法赋予的职责是效忠宪法的前提条件。至于宪法上是不是赋予法院进行司法审查的权力，或者说司法审查究竟是法官在履行宪法的职责，还是在公开地践踏宪法的原则，还是一个有待讨论的宪法问题，或者说是一个在宪法上还没有明确的问题。但是，马歇尔在这里恰恰是把法官宣誓效忠宪法的这个前提条件变成了结果，而把效忠宪法变成了前提。以至于从宣誓效忠宪法中得出了司法审查的结论。如果这样的话，如果总统宣誓效忠宪法，是不是也可以说总统有权行使违宪审查权呢？这样的论证显然是不能成立的。总之，马歇尔大法官的整个推理过程就围绕着“规则”陷阱，把宪法当作规则从而纳入到司法过程中来确定法律到底是什么，而一旦坚持宪法规则具有其他规则更高的效力，那么就自然地在事实上赋予了法院决定哪些法律违宪的司法审查权。除此之外，无论是关于有限政府或人民主权的论述，无论是关于成文宪法的强调，还是法官宣誓效忠宪法的表白，都是一些修辞，这些修辞的效果就是要诉诸人们朴素的情感，激起人们的激情来蒙蔽他们的理性，从而偷偷地把分权的宪政原理塞到法律选择的司法原理之中。因此，要看清楚马歇尔推理过程中所包含的漏洞，就必须警惕这个规则陷阱，清除成文宪法的迷雾，走出宪法司法化的误区，辨别宣誓效忠宪法的真与伪。也只有这样，我们才能看清楚马歇尔对美国宪法的贡献：马歇尔以修辞掩盖下的“违宪”方式，重新塑造了美国宪法，这无疑是一场宪政革命。三、法官与人民伟大的人物从来不是循规蹈矩遵守规则的人，而是用更大的视野来创造规则的人，他们不是执法者，而是立法者。马歇尔无疑就是这样一个伟人。正如霍姆斯所言，马歇尔之所以伟大是因为他所做出的判决中包含了“某种更为广阔的理论酵母，因此可能给法律的肌体组织带来局部的深刻变化，”因此，他是“思想转变的原创者”。马伯里案件尽管在法律上存在着上述漏洞，但是，马歇尔的推理策略、修辞技术和法律推理的技艺都服务于一个根本的思想的转变，那就是联邦党人所主张的司法审查。从某种意义上说，马歇尔通过该案的判决落实了汉密尔顿对美国的宪法的理解，使得汉密尔顿关于司法审查的司法独立学说变成了现实。而这样的主张包含了一场法律革命，因为它涉及到在一个人民主权的共和体制下，司法至上与人民主权之间的关系。（一）、司法部门：最不危险的部

在联邦党人看来，司法审查是建立在三权分立的基础之上，因为政治权力的分割中，最不危险的部门就是司法权：大凡认真考虑权力分配方案者必可察觉在分权的政府中，司法功能的性质决定了司法部门总是对宪法授予的政治权利最不具有危险，因其最不具有干扰与侵害政治权利的能力。行政部门不仅具有荣誉地位的分配权，而且执掌着共同体的武力。立法机关不仅掌握财权，且制定调整每个公民的权利与义务的规则。与此相反，司法部门既无军权、又无财权，既不能支配社会的力量，也不能支配社会的财富，而且不能采取任何主动的行动。故可正确断言：司法部门既无强力、又无意志，而只有判断；而且即使为实施其判断亦需借助于行政部门的力量。正因为是最不危险的部门，自然也是三个部门中最弱小的一个部门，“司法部门的软弱必然招致其他两方的侵犯、威胁与影响。”因此，对于司法权而言，重要的是如何保证司法权的不受立法权和行政权的侵犯，从而保持三权分立的政府结构，进而保护公民的自由权。因为无论立法权还是行政权挟持了司法权，公民的自由权就不复存在。因此，防止司法部门被侵犯的最好方法就是保持司法独立，而司法审查就包含在司法独立之中：法院的完全独立在限权宪法中尤为重要。所谓限权宪法系指为立法机关规定一定限制的宪法。如规定：立法机关不得制定剥夺公民权利的法案；不得制定有追溯力的法律等。在实际执行中，此类限制须通过法院执行，因而法院必须有宣布违反宪法明文规定的立法为无效之权。如无此项规定，则一切保留特定权利与特权的条款将形同虚设。由此可见，司法审查就要在司法机关作为“最不危险的部门”这个意义上理解。但是，司法机关真的是最不危险的部门？对此，反联邦党人持截然相反的观点。他们认为，宪法保证了司法的完全独立，法官既独立于人民也独立于立法机关，尤其是当它做出错误判决的时候，也没有人能使他们离职。然而，更重要的是，法院不仅可以按照字面意思来解释宪法，而且可以按照宪法的精神和意图来解释宪法。由于司法部门在解释宪法的过程中独立于立法部门，司法权就可以通过解释宪法而否定法律，从而缩小并摧毁立法权威和行政权威。“关于宪法的司法判断将会成为指导立法机关解释自己权力的规则。”由此可见，司法权是一种“不受控制的权力”，它拥有巨大的权力，但是却几乎不承担任何责任，因此它是一个危险的权力。正如杰佛逊所指出的：其实，认为法官是所有宪法问题的最终裁决者是一种非常危险的学说，这种学说将会把我们置于寡头专制之下。我们的法官的诚实程度和其他人一样，而不会比其他人更诚实。他们和其他人一样，具有相同的激情来追求党派、权力和他们这个特殊群体的特权。他们所坚持的信条是：好的司法就是扩大管辖权。比起其他部门，法官的权力更为危险，因为他们终生任职却不象其他部门那样，对选民负责。宪法没有设立一个独一无二的法院，知道无论把权力托付给谁，随着时间的推移和党派的腐蚀，其成员都会变成暴君。宪法更明智地使政府各部门同样平等，同样具有独立主权。由此可见，通过司法审查来保证司法独立的思想之所以为危险的，就是因为法官和所有普通人一样，容易受到激情的支配。这种超越立法权的、不受约束的司法权就是危险的权力，承认司法审查就等于承认了寡头专制，这与美国建国的共和目标是截然相悖的。对此，联邦党人除了寄望于司法精英，似乎无力反驳，他们也承认“解释法律乃是法庭的责任，如法庭以主观意志代替客观判断，同样可以造成以一己的意志代替立法机关原意的情况。”但是，他们似乎认为这是不可避免的，因为他们认为如果以此批评司法机关，“就无异于主张根本不应设立独立于立法机关之外的法官了。”

(二) 人民与人民代表

联邦党人之所以坚持司法独立就是为了保证共和政体，他们认为司法独立“无疑是现代政府最可宝贵的革新。在君主政体下，此项规定是限制君主专制的最好保证；同样，在共和政体下，也是限制代议机关越权及施加压力的最好保证。在任何政府设计中，此项规定均为保证司法稳定性及公正不阿的最好措施。”但是，反联邦党人持不同的看法。他们认为拥有司法审查的司法“独立于人民，独立于立法机关，独立于天底下任何权力”。司法权由此超越了人民的权力，对人民的权力和立法机关的权威构成了挑战，“当非同寻常的大权赋予了任何人，或者一群人，他们在行使权力的时候就可能压迫人民”，共和政体就会变成了寡头专制。为此，反联邦党人专门考察了立宪者实现司法独立的背景，那就是英国的司法独立传统。通过对英国的司法独立传统的考察，反联邦党人认为，英国的传统并不适合美国。因为一方面，英国的议会，也就是上议院，可以改变司法的最终判决；另一方面，英国的司法独立是为了独立于世袭君主对法官的控制，但是这些理由并不适合美国，因为美国没有世袭君主，而是人民的统治。正因为如此，反联邦党人认为，宪法的解释权不应当赋予法院，而应当赋予人民可以控制的立法机关：如果给立法机构有权解释宪法，他们就要为这种解释承担风险；如果他们超越了自己的权力，或者试图在宪法的精神之中而不是宪法表达的文字之中发现宪法的含义，那么赋予他们权力的人民就可以把他们赶下台，自己进行正确的解释。其实，我看不到人民还由什么比这更好的救济办法来防止统治者破坏宪法的性质。宪法是人民与统治者之间的契约，如果统治者破坏了契约，人民有权利而且也应当把他们赶下台，并自己来实现争议；但是，为了使人民能够更方便地这么做，人民定期选出来的人就应当有权对这个契约的含义作出最终的决定。如果这些人的决定与人民的理解相矛盾，就可以在选举统治者的时候诉诸人民，他们将会运用自己的权力来补救罪恶；但是，当这种权力置于独立于人民、独立于人民代表的那些人的手中，而且他们并不是依照宪法来阐述自己的意见，那么，除了上帝（a high hand and an outstretched arm）没有办法控制他们。正因为立法机构是人民可以控制的，而法官是人民不可能控制的，因此，宪法的最终解释权应当属于立法机关，而不是司法机关，这就是反联邦党人的基本思路。但是，人民如何控制立法机关呢？

联邦党人的思路就是民主选举。但是，在这个问题上，联邦党人与反联邦党人的思路完全不同。和反联邦党人一样，联邦党人也坚持人民主权的共和政体。但是，对于联邦党人来说，问题的关键在于少数人民代表往往在煽动人民的激情，在人民缺乏理性思考的情况下，由于党争的存在，人民代表可能制定与人民的意志也就是宪法相抵触的法律，在这种情况下，只有赋予法官的司法审查权，才能保护人民的宪法不被少数人民代表所破坏：法官之独立对保卫宪法与人权亦具同样重要意义。如果在某些玩弄阴谋诡计之人的煽动与影响下，未经人民的审慎详查，致使某种不良情绪得以散布，可以造成政府的某种危险变动，使社会上的少数派遭到严重的迫害。固然，笔者相信宪法草案拥护者决不同意反对派对共和政体的基本原则——承认人民在他们认为现行宪法与人民幸福发生抵触时，有权修改或废除之——加以怀疑；但却不能从此引申出这样的看法：人民代表在大部选民一时为违宪倾向所蒙蔽时即可违宪行事，或法院因而可以参与违宪行动，并认为法院这样做较诸完全屈从立法机关的阴谋更为合法。除非人民通过庄严与权威的立法手续废除或修改现行宪法，宪法对人民整体及个别部分均同样有其约束力。在未进行变动以前，人民的代表不论其所代表的是虚假的或真正的民意，均无权采取违宪的行动。但值此立法机关在社会多数派的舆论怂恿下侵犯宪法之时，法官欲尽其保卫宪法之责实需具有非凡的毅力，这也是明显之理。由此可见，联邦党人与反联邦党人尽管都坚持捍卫人民主权的共和政体，但是，二者的思路有着根本的区别。联邦党人认为通过法官司法审查可以监督人民代表是不是违背了人民的意志，因此法官才真正是宪法的捍卫者，或者是人民意志的捍卫者；而反联邦党人认为对于人民代表的监督不需要通过法官的司法审查，而是由人民通过民主选举进行监督，相反，法官具有如此巨大的权力恰恰容易导致对权力的滥用。二者的这种分歧恰恰反应了对人民和法官的不同认识。正因为如此，尽管美国宪法全面反映了人民同意的人民主权原则，但是，在联邦党人主导制定的美国宪法往往被看到是对“过渡民主的制约”，其中贯穿了反民主的因素。在联邦党人看来，人民是容易受“不良情绪”或“一时倾向”之类的激情所控制的，相反，法官的教育和品德使得法官成为一个独立的阶层。“坚定、一贯尊重宪法所授之权与人权，乃司法所必须具备的品质，绝非临时任命的司法人员所能具备。”正是因为法官在司法独立中培养起来的这种品质，使得司法独立成为“保卫社会不受偶发的不良倾向影响的重要因素。”对于法官的这个特殊品质，马歇尔后来在*Osborn v. Bank of the United States*（1824）案中指出，尽管法官也是人，也具有党派特征，但是，法官在发现法律和适用法律的时候，他们并不是以党派的方式行事的。“法官作为人的意志”与“法律的意志”是不同的，法官“仅仅是法律的工具，并没有任何意志。”正因为如此，法官比起具有利益倾向的立法者更适合于解释宪法，不过，也因为如此，他们不适合于解决政治问题，从而把政治问题留给了其它的机关。这从另一个角度强化了马伯里案中对政治行为与法律行为的区分。

四、从司法审查到司法至上如果我们仔细地阅读马歇尔在马伯里案中的推理，马歇尔仅仅指出解释宪法是法院的职责，也就是我们通常所说的司法审查。如果说立法部门、行政部门和司法部门都是根据宪法所建立的，那么，每一部门在自己的职权范围之内都可以解释宪法，否则这些部门不知道如何行事。我们可以说立法过程就是立法部门解释宪法的过程，《司法条例》就是根据对宪法中司法权的理解和解释而做出的具体规定。总统的行动也是来自总统对宪法中授权范围的理解和解释，这意味着每一部门都可以在自己的职权范围内对宪法做出自己的解释。然而，如果宪法所确立的这三个部门对宪法的理解发生冲突怎么办？在这个时候，究竟哪一个机构是最终的宪法解释者？一部有效的宪法必须解决这个问题，究竟由独立专门机构（比如宪法法院）来解决，还是由立法机构来解决，或者由普通司法机构来解决，取决于制宪者对这个问题本身的理解。问题的关键在于美国宪法的制定者并没有对这个问题给出明确的答案。即使我们将联邦党人的主张看作是宪法制订者意图的体现，联邦党人也并没有主张司法部门是对宪法的最后解释者。而对马伯里案件的神话过程就是将马歇尔和联邦党人所主张的司法机关解释宪法的司法审查思想逐步发展为司法部门是宪法唯一权威的最终解释者这一司法主权的思想，也就是说，从宪法至上转变为具有美国特色的司法至上（**judicial supremacy**）。

（一）、人民的胜利在马伯里案件公布后引发的批评意见中，人们仅仅感觉到司法机关进行违宪审查超出了司法的权限，由此使得法院成为最危险的部门，但这样的批评并没有能够阻止最高法院行使其司法审查权，相反，在*Martin v. Hunter's Lessee*，*Cohens v. Virginia* 和 *Dartmouth College v. Woodward* 等一系列案件中，马歇尔不断地反复重申法院宣布与宪法相冲突的法律无效这一司法审查的立场。尽管如此，人们并不承认司法机关会发展为高于立法机构而成为对宪法的唯一权威解释者。尽管马歇尔在 *McCulloch v. Maryland* 案中认为国会设立银行是合宪的，但是，杰克逊总统并不理会法院对宪法的解释，依然运用自己的权力否决了国会重新设立合众国银行的法律。他认为：国会、行政机构和法院必须按照它们自己对宪法的意见而行事。……众议员、参议院和总统在决定法案和解决手段是否合乎宪法的时候，和大法官们决定他们审理的司法案件一样，拥有相同的职责。法官的意见对于国会，就像国会的意见对于法官一样，并没有更大的权威性。在这一点上，总统也独立于二者。因此，在国会和行政机构在履行其立法职权的时候，最高法院的权威决不能它们构成控制，最高法院的权威仅仅依赖推理本身所具有的力量对它们发挥影响。不过，在马歇尔的同事斯托里（Story）大法官并不这么认为，他针对这种宪法至上的学说，明确提出了司法至上的观点。在《宪法释

《一书》中，斯托里指出在所有联邦法院可以审理的案件中，法院是“宪法最终且共同的仲裁者”，而且法院关于宪法的判决对于联邦政府的所有部门，甚至全体人民，都具有约束力。这意味着司法部门在宪法问题上的裁决高于其他政府部门对宪法的理解。尽管如此，在马伯利案件之后大约半个世界的时间内，最高法院并没有对国会通过的法律行使违宪审查权，因为最高法院并没有确立足够的权威来对抗立法权和行政权。所以，在许多涉及到对国会法案进行违宪审查的案件中，最高法院一般都援引马歇尔在马伯里案中阐述的“政治问题”学说，将这些法案排除在司法审查的大门之外。直至1857年的斯葛特案（*Dred Scott v. Stanford*），最高法院才再一次运用司法审查权宣布国会通过的《密苏里妥协》（1820）因为违宪而无效。其时，国会中的南北双方的力量在奴隶制问题陷入了僵局，而新当选的总统布坎南也采取维持的办法，无力解决。在这种情况下，最高法院介入了关于黑人奴隶是不是美国公民这样的政治问题。在该案中，坦尼（*Tanney*）大法官亲手撰写的多数意见宣布，依据美国宪法，黑人并不具有宪法上所赋予的美国公民权，因此《密苏里妥协》中关于北纬36度30分北部的地区废除奴隶制的规定是违宪的。坦尼法院的判决等于将美国宪法中没有明确规定的奴隶制问题明确化了，这意味着美国宪法公开宣布了奴隶制是合乎宪法的。由此，该判决意味着美国的政治力量在奴隶制问题上，或者在宪法问题上已经没有妥协的任何可能性了，在这个意义上，该案加速了美国内战的发生。该案判决之后，立即遭到了激烈的批评。其中一个问题就是最高法院能不能把自己对宪法的理解强加给其他政府部门，甚至人民。对此林肯总统在第一次就职演说中就提出反驳，他认为：正直的公民必须承认，如果政府的政策由最高法院在当事人个人提起的普通诉讼中通过即刻作出的判决不可更改地定了下来，那么，人民将不再是他们自己的统治者，以至于实际上将整个政府都交到了那个著名的法院的手中。整个美国内战也说明，在宪法问题上，“法官”与“人民”之间的竞争最终以法官的司法审查的失败而告终，斯葛特案成为美国最高法院挥之不去的梦魇，林肯所坚持的“人民主权”的立场对美国宪法做了重新定义。

（二）、马伯里案的重构：界限与批评随着美国内战的结束和重建时期的到来，在杰佛逊、杰克逊和林肯等主导的人民民主的思想基础上，以及进步主义思想的推动，立法机构以前所未有的活跃程度来实施重建法案，干预社会生活，尤其是制定大量的提高工资、降低劳动时间和改善劳动条件等等旨在保护公共福利的立法。这些立法无疑会对传统的契约自由权和财产权等构成限制，由此导致公共福利与私人自由之间的紧张。在这种背景下，最高法院的角色发生了微妙的变化，它从马歇尔时期的联邦权力的保卫者变成了私人权利的保卫者，人们希望通过法院来约束恣意的立法，从而划定公共利益和私人权利之间的界限，或者说划定立法权的界限。当然，也由于臭名昭著的斯葛特案，人们批评最高法院用司法判断来取代立法者的政治判断，但是这些批判也有利于重新确立司法审查的目的：不是取代立法机构的判断，而是依照宪法为立法机构的权力范围划定界限。于是，最高法院也开始逐渐从斯葛特案的阴影中走了出来，尤其是利用宪法第十四修正案的正当程序条款，从保护私人自由的角度出发来为立法权划定界限。1873年的屠宰场案（*the Slaughter-House Cases*）和1875年的民权诉案（*the Civil Rights Cases*）意味着最高法院在司法审查问题上逐渐复苏。司法审查的复苏和逐渐活跃，导致了一些学者的担心。如何为司法审查划定一个理论上的界限就成为宪法学说中被受关心的问题。1884年，哈佛大学法学院教授塞耶尔（*James Bradley Thayer*）提出了“明显错误”标准。他认为司法审查的真正功能并不是宣布真正的宪法是什么，而是确定另外的政府部门是不是在合理地行使其权力。如果一个成文法可以采取不同的观点，但都符合宪法的要求，那么，立法机关可以在这些不同的观点之间进行自由选择，法院不能宣布哪一种观点才真正符合宪法。也就是说，法院应当尊重立法机构的观点，除非立法具有“明显错误”，否则法院不能行使司法审查。1901年，在纪念马歇尔大法官就任100周年之际，塞耶尔教授对马伯里案件作了重新的理解。他认为马歇尔大法官在这个案件中仅仅是简单地论及司法审查，并没有触及其中所涉及的重大的问题，也没有进行深入的思考，尤其是他没有区分最高法院审查联邦立法与最高法院审查州立法的区别。他认为如果马歇尔注意到这种区别的话，那么马歇尔一定会尊重同级部门对宪法的理解。他认为马歇尔所处的时代和他生活的时代完全不同了，他生活的时代中立法活动大大增加，同时人们也已经习惯了法院对立法的审查。但是，如果对司法审查不加以限制的话，这种过分依赖从外部否决立法会导致立法部门采取不负责任的态度，人民也丧失了从立法内部来更正错误的政治经验和道德教育。因此，他主张必须通过“明确错误”的标准来约束司法审查。通过对马歇尔的重新理解，塞耶尔教授事实上坚持了部门裁量的原则，否定了司法至上的原则。要注意的是，塞耶尔教授对咄咄逼人的司法审查的限制仅仅是针对19世纪的司法状况，他与20世纪以来的对司法审查的批评不同。20世纪以来，司法审查呈现出了不同的样式，那主要是通过通过对“正当程序”、“平等保护”和“言论”等概念的理解，最高法院将一些实质性的甚至带有意识形态的党派色彩的观点带到了最高法院之中，也就是说，最高法院的司法审查正在用大法官们个人的观点来取代人民的观点。这一点尤其体现在1905年的洛克纳案（*Lochner v. New York*）所开辟的“洛克纳时代”。在这个意义上，塞耶尔教授对司法审查的批评依然是基于“共和宪政”（*republican constitutionalism*）的思想，即强调政府部门之间的相互尊重和司法机构保卫个人权利以及通过司法审查来划定立法界限等等，而不是基于20世纪逐渐发展发展起来的“民主宪政”（*democratic constitutionalism*）思想，即强调多数人统治的民主原则以及司法审查所面临的“反多数难题”（*counter-majoritarian difficulty*）。进入二十世纪，对马伯里案

件进行重构的重要学者就是普林斯顿大学的考文（Edward Corwin）教授。通过对该案的分析，考文教授认为宪法中并没有明确授权司法部门否定联邦立法效力的权力，至于认为宪法是根本法因此联邦立法必须遵守的观点也是司法判决的产物，并不是宪法本身的规定，而宪法规定的恰恰不是司法至上，而是立法至上。他认为马伯里案应当放在政治斗争中来理解，作为政治斗争，该案无疑取得了巨大的成功，但是作为一个司法判决，该案无疑超越了普通判决。在坚持对马伯里案件进行政治解释的同时，考文教授也主张将马伯里案进行历史化。他认为人们之所以接受司法审查是由于美国的普通法背景使得人民严格区分了“法律制定”和“法律解释”，并且相信后者属于法院的职责范围。但是，他认为社会变化导致立法在社会改革中具有更大的权威，而且随着行政机构的在管理社会事务的地位的上升，法院不再是国家与个人之间唯一的仲裁者，因此人们比起以前更少地依赖法院来保护个人权利。由此看来，考文教授对马伯里案的重构和对司法审查的批评，已经预示着立法权和行政权上升时代对司法审查的重新理解，尤其是对彻底地否定了传统司法审查所假定的法院的非人格性（impersonality），他认为这是一个“虚构和同义反复”，最高法院重大判决的主要前提都是一些“隐蔽的偏见”。

（三）、改组法院：司法至上的逐步确立

但是，学者们对咄咄逼人的司法审查的担心以及他们所推出了种种限制方案并没有在实践中对法官们的司法审查构成足够的约束，毕竟司法审查是一项司法活动，甚至是一项政治活动，而不能单单依赖学者们的学说加以约束。洛克纳时代以来，最高法院的主流意见采取自由放任的经济思想，对政府的立法活动普遍采取了实质性正程序的严格审查，宣布政府干预经济的立法违宪，由此导致了保守的最高法院与罗斯福的新政政府之间的冲突。面对这种冲突，罗斯福总统在著名的“炉边谈话”中，对最高法院的司法审查提出了批评。罗斯福认为，美国宪法的政体就是确立了国会、行政和司法三驾马车，而人民则是驾驭马车的车夫，现在的问题是国会与行政并驾齐驱的时候，司法却不能保持一致：最高法院除了正确行使其司法功能，已经不恰当地将自己建成国会的第三院，就像一位大法官所说的那样是一个超级立法机构，它在解读宪法的时候在宪法中读入了宪法所没有的和宪法从来不打算包含的文字和意涵。因此，我们的国家已经到了关键时刻，我们必须采取行动从法院手中拯救宪法并且从法院手中拯救法院本身。我们必须找到从诉诸最高法院发展到诉诸宪法本身的途径。我们要的是在宪法之下司法的最高法院，而不是宪法之上司法的最高法院。在我们的法院之中，我们要的是法治而不是人治。和所有的美国人一样，我要的是宪法制定者所提议的那个独立的司法机构。这意味着一个严格按照文字来执行宪法的最高法院，一个拒绝使用恣意的司法修正权（换句话说，用法官所言）来修正宪法的最高法院，而不是意味着司法竟然独立到可以否认普遍认可的事实存在。正因为如此，罗斯福认为美国人民要将司法这驾马车也拉在与国会和行政的同一条道路上。尽管强调司法机构成为超立法的机构或者政策制定机构，并且要把宪法从最高法院手中拯救出来，但是，与杰克逊总统和林肯总统不同，罗斯福并没有强调立法机构和行政机构对于宪法职权的自由裁量能力，他认为问题的关键不再是司法权与立法权、行政权在面对宪法时的职权划分，而是认为法官的在司法审查的时候并没有遵守宪法，而是用法官所言的人治取代了宪法所言的法治。换句话说，在罗斯福看来，国会与最高法院的冲突问题不是宪法下的两种不同政治权力之间的关系问题，而是法官是不是遵守宪法明文规定的问题。或者说，这不是制度问题，而是法官的问题，是法官的法律解释方法的问题。正因为如此，罗斯福避开了马伯里一案，而是从最高法院的判例中找到对司法审查权里的合理限制：[宪法制定后]曾经有20多年国会与法院之间没有冲突。然而，在1803年，国会通过了一个法案而最高法院说这个法案违背了宪法的明文规定。法院宣称它有权宣布这个法律无效，并且就这么宣布了。但不久，法院自己承认这是一种超越的权力，并通过华盛顿大法官为这种权力加了限制。他说：“这种限制仅仅是对立法机关在通过任何法律时所体现的智慧、完整性和爱国主义的正当尊重，并假定要支持这种法律的有效性，除非无需合理怀疑就证明这种法律是与宪法相抵触的。”但是，由于通过立法来推动社会和经济进步的现代运动的兴起，最高法院已经越来越经常且越来越大胆地主张有权否决国会和州立法机关通过的法律，完全不考虑我刚才读到的这个最初的限制。在最近的4年中，对成文法只能合理怀疑这个合理规则已经被抛到一边。最高法院正在扮演的角色已经不再是司法机关，而是一个政策制定机关。如果司法审查仅仅是法官个人的法律解释方法或者法官个人的意识形态主张，而不是法院本身的职能问题，那么，罗斯福解决法院与国会的冲突的思路就不是强调国会或者行政机构对宪法的解释权，或者说限制最高法院的司法审查权，因此他也就不可能象杰克逊和林肯那样公开否定最高法院对宪法的唯一解释权。在承认司法审查权的前提下，他所能做的唯一努力就是改组最高法院的法官构成，将那些支持其新政思想的自由派法官塞进最高法院。也正是通过最高法院的法官构成的改变，罗斯福成功地改变了最高法院所坚持的社会经济思想，从而协调了国会、行政和法院新政问题上的步调。需要注意的，罗斯福关于“重组法院”的炉边谈话本身就是将宪法问题诉诸美国人民，这是由于人民的大力支持，罗斯福改组法院的计划才能如愿以偿。但是，改组法院这种思路就已经意味着最高法院作为宪法解释者的司法至上观点已经差不多确立起来了。因此，限制司法至上的方案就不是通过强调立法机关和行政机构对宪法拥有与法院同等甚至更高的解释效力，而是强调改变最高法院法官的社会经济思想，或者改变最高法院的解释宪法的方法等。正如考文教授在国会就改组最高法院进行作证

的过程中，就强调最高法院的法官对宪法的理解过于死板，跟不上现代经济和社会的发展，因此，现代宪法原则需要具有现代社会哲学的头脑来决定。最高法院之所以能够确立司法至上的权威是因为多年的司法实践使得人民已经相信，司法审查的目的就是为了保护少数人的权利免受多数人制定的规则的侵害。在1938年的United States v. Carolene Products (304 U. S.) 案的著名注释4中，斯通 (Stone) 大法官强调对于宗教、民族和种族的少数群体给予特别严格的保护。随着宪法第十修正案被纳入第十四修正案，该注释中所强调的对少数群体权利的严格保护也越来越多地运用到对公民的言论自由、宗教自由、投票自由等等这些自由权的保护之上。正是在这种司法能动主义 (judicial activism) 的背景上，1958年最高法院在Cooper v. Aaron (358U.S.) 案中庄严宣布：宪法第六条使得宪法成为“国家最高的法”。1803年，首席大法官马歇尔在马伯利诉麦迪逊这一著名案件中提及宪法“作为国家的根本法”时，代表最高法院的一致意见宣布：“需要强调指出的是，司法部门的权限和职责就是说明法律是什么”。这一判决宣布了一个基本原则，即联邦法院在解释宪法问题上具有最高的权威，并且那时起，这一原则就被本院以及整个国家作为我们宪政体系的一个永久的且必不可少的特征得到遵守。由此得出的结论是，本院在布朗案 (Brown case) 中对宪法第十四修正案的解释是国家最高的法。在这里，我们明显地看到最高法院对马伯里案件作了重新的阐释，甚至是一个扩大的理解，因为在马伯里案中，马歇尔并没有宣布法院的对宪法的解释是三个国家机构中最高的解释，而在本案中9个大法官异口同声说这里马歇尔在马伯里案件中所确立的原则，这其实是他们要确立的原则。需要指出的是，无论是杰佛逊总统、杰克逊总统还是林肯总统，都反对司法至上，坚持三个国家机构对宪法具有平等的解释权，即使在罗斯福新政时期，也通过政治手段来解决司法至上的问题。但是，在本案中，恰恰是总统艾森豪威尔出动联邦警卫队平息小石城的骚乱，捍卫最高法院判决的权威。美国总统们在司法审查问题上的这些不同举动，意味着司法至上不仅在学理上确立起来了，而且在宪政实践中最终确立起来了。(四)、“反多数难题”的求解从马伯里案件开始，最高法院就开始一步一步地迈上了司法至上的道路。在普通法的背景下，这是司法精英群体的共同信念。但是，在一个民主宪政的国家中，司法至上与民主宪政的政体形成了截然的对立：由被任命的因而不对人民负责的大法官否决代表人民意志的国会通过的法律，实际上违背了代议制民主政治的原则。正如毕克尔所言“司法审查是我们制度中的一个反多数力量”，“司法审查在美国民主中是一个不正常的机构。”因此，对司法审查的批评一直存在着，但是直到罗斯福新政之后才逐渐成为宪法学说中的核心思想，因为也正是在罗斯福新政之后，司法至上才不可能遏制地在司法实践中确立了起来，由此带来的焦虑集中体现在对司法至上所导致的“反多数难题” (countermajoritarian difficulty) 上。对于信奉“人民宪政” (popular constitutionalism) 的代议制民主理论的美国人来说，把“宪法从法院那里拯救出来”无疑是对司法至上学说最有力的抨击。因此，在美国宪法学说中，坚持司法至上的司法审查就必须面对“反多数难题”，这已成为美国宪法学说中的核心问题，吸引了一流的宪法学家们的注意力，并形成了不同的学说。其中，毕克尔 (Alexander Bickel) 的学说和伊利 (John Hart Ely) 的学说最具有代表性。毕克尔认为民主政治的理念就在于大多数人可以对于政策决定具有最终的决定权，因此，司法审查要获得正当性就必须与民主的理想相协调。但是，他认为美国的民主不是简单的举手表决，而是包含了复杂的内在机制。“民主信念的核心就在于政府建立在被统治的同意之上。这包容了这样一个进一步的假定：良好社会不仅满足大多数人的迫切需要，而且努力支持和维护那些持久的一般价值。我一直遵循这样的观点：对于维持这些持久的一般价值而言，民选机构并不是适合，或者说没有法院适合。”在这里，毕克尔在“原则”与“政策”、“法院”与“民选机构”之间建构了一个二元对立，法院之所以比民选机构更适合承担捍卫民主社会的价值，是因为民选机构受到了迫切需要的压力和高涨情绪的影响，以至于无法考虑长远的价值，相反，法院更有能力考虑原则问题：法官有处理原则性问题的某些能力，这恰恰是立法机构和行政机构所不具备的。法官有或者应当有闲暇、训练和对外隔绝，由此遵循学者的方式来追求政府的目的。这对于筛选出社会的持久价值至关重要，……它要求一种心灵的习性和公正不偏的制度性习惯。法院具备的另一个优势就是：原则性问题在法院所展现出来的面貌不同于它在立法机构或行政机构的展现。毕竟，成文法规按照典型情况来处理抽象问题或者模糊预见到的问题，而法院考虑的是有血有肉的真实案件。这就会改变、也许延伸了每个人的视野。它也为那些成文法规所考虑的所有抽象情景提供了一个极其有益的验证场地；用霍姆斯的话来说，这有益于人们思考事物，而不是思考言辞，由此也有益于通过一个检验原则的过程（就像创设原则的过程那样）来促进原则的演化。法官的对外隔绝与时间本身产生的不可思议神秘力量使得法官有能力诉诸人的美好天性，唤起他们的抱负，而这些东西往往在吵吵嚷嚷的瞬间已经被遗忘了。这就是斯通大法官所说的唤起“清醒的再思”的机会。正因为如此，尽管法院会抑制人民和立法机构教育自己的努力，但是，它本身也是一个伟大且非常有效的教育机构。由此可见，毕克尔在解决多数人难题的过程中，一方面把民主本身理解以为一种复杂的制度机制，而不是简单的代议机构，另一方面把民主放在服务于建设美好社会这个政府目的背景下来思考，在这个意义上，代议机构要服从于民主的要求，而民主政府又要服从自己的价值目的。在这个理论框架之中，他坚持了柯克以来形成的法官具备特殊的技艺理性这个普通法学说的路线，与Wechsler强调法院在法律解释过程中坚持“中立原则”的主张一脉相承，由此认为最高法院的司法审查恰恰体现了审慎民主

(deliberate democracy) 对民主政府所要求的价值原则的捍卫，最高法院也就成了一个政治教育机构，当然这里所谓的教育机构意味着一种亚里士多德式的古典政治观念，即政治的任务就是提升公民的德性。尽管毕克尔试图在更广阔的政治理论背景上来解决反多数难题，但是他强调法官在原则问题上的价值立场并没有解决民主社会的一个根本问题：在多元的社会价值中，法官究竟应当选择什么样的价值呢？这意味着毕克尔对所有的持久的社会价值的捍卫本身在现代民主社会面前面临着考验。正是在这个意义上，伊利认为从这个角度来解决反多数难题本身就是错了，要进一步问：究竟是民主社会的什么价值足以重要到由最高法院来捍卫，以至于要挫败立法机构所肯定的其他价值呢？在此，伊利不是抽象的理论出发，而是从最高法院的历史出发，考察最高法院自身在这个问题上的答案，这就是斯通大法官在 *Carolene Products* (304 U.S.) 案的著名注释4中所提出的观点，即司法要对宗教、民族和种族的少数群体给予特别严格的保护。在伊利看来，之所以给与这种保护并不是因为少数人的权利体现了什么持久的价值，而是因为民主制度的程序本身存在着缺陷，而最高法院作为政府机构本身就是民主机构的一部分，它所要实现的是民主政治的功能，这就是伊利所提出的最高法院作为一个“以参与为导向的强化代表性的机构”。在这个意义上，司法审查不过是人们参与民主决策的另一个管道，由此，我们才能理解为什么美国最高法院大法官中出现了黑人和女性。源于英国的普通法技术正是在美国才发挥了特殊的政治功能。从某种意义上说，伊利的观点代表了美国宪法学界的主流看法，这是在毕克尔和德沃金所坚持的司法能动主义与鲍克 (Robert Bork) 所坚持的严格原旨解释的保守主义之间第三条道路。结论我们必须从功能意义上来理解神话，神话是人类生活必不可少的一部分，因为人不是神，只有借助神，人才能获得超然的力量。因此，神话不是迷信，神话是人类生活中一种健康的理性的力量，正是借助对马伯里案件的神话，司法审查逐步发展为司法至上。但是，马伯里案之所以能成为美国法律传统的神话就在于在这个案件中纠结了宪政理论的一些核心问题，人民主权与司法独立、代议民主与持久价值、大众激情与审慎理性。如果我们不能理解纠结在神话里的这些与人类生活息息相关的重大问题，就会把神话当作一个简单的偶像崇拜，神话就变成了毫无疑问的无知者的迷信。在我们关于宪法司法化的讨论中，尽管马伯里案件成为一个普遍引用和比附的对象，但是，我们仅仅把它作为一个迷信的权威偶像来引用，而很少关心这个著名的案件背后所真正纠结的问题是什么，同样，也很少关心我们的语境中讨论宪法司法化所涉及的重大原则问题。当我们不假思索地坚持宪法司法化的时候，我们是不是思考过宪法与普通法律的区别呢？是不是思考过理念中的宪法与实效的宪法之间的区别呢？是不是思考过我们的宪政体制呢？是不是思考过宪法司法化与民主政体之间的关系呢？只有我们关注自己的问题，而且努力挖掘这些问题背后的原则主题，我们的法学才不摆脱智识上的附庸，获得科学的自主性，我们的法律才能因为嵌入我们民族的生活而形成传统。而这项工作的前提就是认真对待西方法律的神话，在汲取神话所包含的理性力量的同时，将这个神话的外在迷信的偶像彻底摧毁掉。（《环球法律评论》，2004年秋季号） 【注释】

Larry D. Kramer, *The Supreme Court 2000 Term Foreword: We the Court*, 115 *Harv. L. Rev.* 4 (2000) 对马伯里一案的谱系学分析，参见苏力：“制度是如何形成的”，载苏力：《制度是如何形成的》，广州：中山大学出版社，1999年。霍姆斯：“约翰·马歇尔”，苏力译 (<http://www.law-thinker.com/detail.asp?id=774>)。苏力，前注2引文。霍姆斯，前注3引文。同上。“马伯里诉麦迪逊”，黎军译，载北京大学司法研究中心（编）：《宪法的精神：美国联邦最高法院200判例精选》，北京：中国方正出版社，2003年。同上。同上。

John Chipman Gray, *The Nature and Sources of the Law*, Gloucester, Mass.: Peter Smith, 1972. “马伯里诉麦迪逊”，前注7引书。同上。关于司法审查的学说争论往往集中在“宪法是不是法律”这样的问题之中，一般说来坚持司法审查的学说都主张宪法是普通的实证法，因此，可以由法院在普通司法过程中加以适用；但是，反对司法审查学说，尤其是反对司法至上学说的人们认为，宪法并不是法律，而是包含了政治的内容，基于法律实证主义所坚持的法律与政治相分离的立场，宪法显然不能仅仅掌握在法院的手中，而应当掌握在政治部门的手中。相关的讨论参见，Larry D. Kramer, 前注1引文，Part I

