

颜廷

联邦最高法院的司法审查权，一直是美国学界和政界有争议的话题。有学者甚至断言，由于违反民主原则，最高法院会因行使司法审查权而被美国人民最终抛弃。【注释】克里斯托弗甚至警告说，人民之所以信任法院是因为他们认为法院是在解释法律、而不是创造法律，但现代的法律界职业人士却认为法官必然而且应该创造法律，一旦人民知道律师和法官们是如何理解司法权的，那么现代司法权的基础就会动摇。见（美）沃尔夫·克里斯托弗著：《司法能动主义：自由的保障还是安全的威胁？》（黄金荣译），北京·中国政法大学出版社，2004年版。【注尾】

对此，美国著名宪法学者伯纳德·施瓦茨（1923~1997）在其著作《美国最高法院史》一书中，以历史笔法和法律现实主义态度取代了法理分析，重现最高法院 200 多年的司法之旅，通过对不同时期最高法院工作与生活的对比，有力地证明最高法院是一个政治机构，司法审查权作为改革工具，推动了社会的发展。对最高法院司法审查权的合法性做出了肯定的回答。

一、司法审查权的起源

1803 年的马伯里诉麦迪逊案【注释】*Marbury v. Madison*, 5 U.S.137 (1803).【注尾】确立了最高法院的司法审查权，如果不是马歇尔以其智慧为美国最高法院“窃取”了司法审查大权，现代美国民主制度演变以及最高法院的历史恐怕也要改写。由于掌握司法审查权，美国最高法院才有机会从最初一个不起眼的司法机关逐渐成长为能够有效制约立法和行政机构权力的独立力量，并塑造现代美国民主政治分权制衡原则的基础。

然而，与最高法院司法审查权相伴随的是诸多非议与责难。原因之一是，司法审查权并不是 1787 年联邦宪法规定的明示权力，它只是马歇尔以智慧和法律的逻辑“窃取”来的；二是，美国是一个民主的共和国，如果允许最高法院的非民选法官对民选的立法和行政机关进行审查，显然有违民主原则，最高法院司法审查权的合法性自然受到质疑。

因此，对于司法审查权的评价，成为最高法院和宪法研究首先需要解决的问题。施瓦茨在该著的导言部分对司法审查权的起源与合法性进行了分析和论证。他认为，司法审查权在美国宪政体制中出现有其必然性。他通过对英国的普通法传统和对联邦宪法文本解读两个方面为司法审查权的合法性进行了辩护。

施瓦茨首先追溯了司法审查的英国普通法传统。普通法的一个基本原则就是任何人不得做自己案件的法官。这项原则是英国王室法庭大法官柯克爵士在 1610 年的“博纳姆医生案”（*Dr. Bonham's Case*）中所阐述的。当时英国皇家医学院逮捕了博纳姆医生，并将之投入监狱，理由是据其组织法，它有权对未经其授权而非法行医的医生进行处罚。柯克认为，医学院兼法官与当事人于一身，有违普遍的正义和公理。按照这一原则，立法机关决不能兼任法官来判定自己的立法是否合宪。因此，在遵循普通法传统的美国，由联邦法院来制衡立法机关的权力即理所当然。

其次，在联邦宪法文本中，虽然并未出现司法审查权的字样，但的确包含着可据以确立司法审查权威的规定。根据美国宪法第 3 条，司法机关的管辖权包括“根据宪法、美利坚合众国



的法律和条约所产生的……所有案件”。第6条又规定：只有那些“根据宪法制定的……法律”才能被赋予“最高法律的地位”。施瓦茨据此认为，这条规定使联邦宪法的最高地位被明确宣布为宪法架构的基础，而违宪的法律就应强行排除其执行力。【注释】伯纳德·施瓦茨：《美国最高法院史》（毕洪海等译），北京·中国政法大学出版社，2005年版，第11页。【注尾】

在考察宪法文本同时，施瓦茨还研究了在1787~1788年各州就宪法批准问题进行辩论期间，联邦宪法的支持者与反对者对“司法审查将成为新的组织秩序的本质特征”【注释】同上，第12页。【注尾】所形成的共识。亚历山大·汉密尔顿在《联邦党人文集》第78篇中强调，设置法院是为了使立法机关处于宪法之下，宪法以限制政府权力为其本质属性。没有宪法对政府权力的限制，自由人权将无法保障。因此，“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。”【注释】汉密尔顿、杰斐逊、麦迪逊著：《联邦党人文集》（程逢如译），北京·商务印书馆，1983年版，第392页。【注尾】

汉密尔顿对司法审查权必要性的看法委婉地表达了他对民选政府的深层忧虑，即民主也可能是一种暴政。美国宪法体现了人民主权的思想，代表了多数人的意志，但正如罗伯特·麦克洛斯基所说，基本法更暗示着限制，体现了政治的消极一面。【注释】伯纳德·施瓦茨：《美国最高法院史》，第8页。【注尾】国会虽然是民选产生的，表达了“多数人统治”的原则，但是抽象的“主权在民”原则并不能保证民选的国会如天使一样正义，如果把立法权和审议立法合宪性的权力同时赋予同一批人，只会导致灾难。如果没有最高法院的司法审查，则难以保证立法的公正，更谈不上民主政治的共和精神。

汉密尔顿阐述的司法审查权并不是现代意义上的司法审查权。在《联邦党人文集》第78篇中，他说：“司法部门……不能采取任何主动的行动。”又说：“司法部门既无强制，又无意志，而只有判断”。相应地，最高法院的司法审查权也只是“……宣布违反宪法明文规定的立法为无效之权。”【注释】汉密尔顿、杰伊和麦迪逊：《联邦党人文集》，第392页。【注尾】可见，汉密尔顿所主张的司法审查权内涵极为有限，他并不支持那种非解释主义的司法审查权，而坚持认为最高法院对立法行为进行“判断”时必须坚持文本主义的解读方法。可见，对沃伦法院时代以来的最高法院司法审查权的合法性问题。施瓦茨对司法审查权的辩护工作并非尽善尽美。

二、对最高法院历史的现实主义考察

施瓦茨认为，自从1803年马伯里案以来，美国司法审查制度经历了两个极富创造性的时期。“第一个是形成时期，当时马歇尔法院奠定了美国宪法的基础，……第二个重要的富有创造性的阶段是沃伦法院时期。那时司法机关的任务是要跟上20世纪社会变革的疯狂速度。”【注释】伯纳德·施瓦茨：《美国最高法院史》，第288页。【注尾】司法审查是创造性的产物，就难以避免反对者的批评。沃伦法院所开创的第二个时期以后，人们基本承认了司法审查权的宪政地位，批评的重点转向质疑最高法院在管理国家的政治问题上的发言权，认为最高法院按照自己的意愿解释法律，不尊重立法机关的判断，手伸得太长。【注释】麦克洛斯基在《美国最高法院》（任东来等译，北京·中国政法大学出版社，2005年。）中谈到，最高法院作为基本法的守护神，承担了维持宪法连续性的职责，但是“一个良好社会的司法观念决不能够与民众的观念离得太远。”参阅第15页。【注尾】

对此，施瓦茨直截了当地回答说：“最高法院主要是一个政治机构，一个强大国家的命运就处于它的保管之下。”【注释】伯纳德·施瓦茨：《美国最高法院史》，第223页。【注尾】因此，最高法院不仅是司法机关，更是一个特殊的政治机构。但其结论不是严格的学理分析结论，而是着眼整个美国宪政发展历史，以现实主义立场考察最高法院及其司法审查权的本



质结果。他认为，早在邦联时代，最高法院已经承担了解决政治冲突的功能，成为避免社会革命的最后选择，即所谓的“革命替代”。如果没有最高法院作为解决政治冲突的最后一个和平谈判工具，不仅刚刚独立北美各殖民地难以生存下去，更难以建立起一个完整的联邦国家。

在沃伦法院之前的传统司法审查时代，“革命替代”行为在联邦司法史上并非没有。1877年美国大选危机就是一例。当时共和党总统候选人海斯和民主党候选人蒂尔登由于佛罗里达等四州的计票问题无法决出胜负，酿成大选危机。最后在最高法院五名大法官的参与下解决了危机，避免了美国在内战和重建之后再次出现社会动荡。尽管事后最高法院因此身负骂名，但就当时情势而言，也只有通过宪法辩论的方式避免危机与流血。对此，杰克逊大法官曾慨叹说：“权力之争在欧洲是出动成批的部队，而在美国则是成批的律师。”【注释】伯纳德·施瓦茨：《美国最高法院史》，第186页。【注尾】

与1877年总统大选危机相似，2000年美国大选案同样以司法手段解决政治冲突。事实再次说明，美国最高法院并不总是忌讳干涉政治问题。托克维尔在19世纪30年代预言：“美国的政治问题迟早要转化为司法问题。”【注释】同上，第349页。【注尾】而按照施瓦茨的表述：美国各个时期最高法院在国家政治生活中无论以司法克制为原则，还是以能动主义为指导；无论是表现出不涉入“政治棘丛”的超脱一面，还是表现出政治激进主义的一面，司法审查权的政治本质从来就没有发生改变。惟一的变化是，不同时期最高法院都会根据不同的“被感觉到的时代的需要”做出不同的司法判决。

例如，坦尼法院一向坚持司法克制原则，这是因为“杰克逊民主”时代美国社会并不认同最高法院的司法审查权。同样是该法院，在1857年却贸然干涉政治问题，就斯科特案【注释】*Scott v. sandford*, 60 US 393 (1857)。【注尾】进行了判决，裁定1820年国会的《密苏里妥协案》违宪，因为当时社会各阶层都认为只有最高法院才能够公正地解决这一问题。韦特法院在1883年的公民权系列案中宣布1875年国会《公民权利法》关于在旅馆、公共交通设施和娱乐场所进行种族歧视的禁令无效，认为宪法第14修正案并未禁止个体人群之间的歧视行为。这个判决对后人而言可能会显得过于严苛。然而，对于其同时代的人来说，最高法院是结束内战后南部重建的工具，是从战争状态向常态回归的希望。1954年布朗案【注释】*Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 629 (1954)。【注尾】最终解决了在学校教育中的种族歧视问题，但并非表明沃伦法院就要比韦特法院高明，因为“最高法院在该案中是要解释宪法以迎合1954年的需要——与1875年大不一样的需要。”【注释】伯纳德·施瓦茨：《美国最高法院史》，第182页。【注尾】

在梳理最高法院重大历史判例的过程中，本书表达了这样的看法，只要有“被感觉到的时代的需要”，最高法院就有足够的理由通过判决表达自己的声音。原因很简单，作为一个政治机构，最高法院在管理国家事务的过程中有权发表自己的见解。

按照施瓦茨的思路，既然马歇尔法院能够以司法权巩固联邦制度和私有财产权，坦尼法院可以用它发展公共福利，富勒法院甚至放纵了垄断资本主义，那么沃伦法院就可以根据时代的需要推进社会平等和正义。

以现实主义视角考察美国最高法院历史，论证最高法院及其司法审查权的政治本质是作者考察最高法院历史的基本前提。在施瓦茨看来，由于法院是一个政治机关，而不仅仅是一个司法机构，才使得最高法院能够在管理国家的行动中根据“被感觉到的时代的需要”，按照自己对宪法的理解，在必要时以司法审查权平衡社会利益，维护社会正义。也正因如此，最高法院史上才有了约翰·马歇尔、约瑟夫·斯托里、罗杰·坦尼、约翰·哈兰、奥利弗·霍尔姆斯和厄尔·沃伦等熠熠生辉的名字。

三、作为社会助推器和镜像的最高法院



以施瓦茨对最高法院及其司法审查权的政治性定位审视最高法院的成长史,人们很容易发现,最高法院和美国社会发展之间的紧密联系,最高法院根据“被感觉到的时代的需要”做出的历次重大判决推动了社会的进步,成为社会发展的镜像。与美国最高法院发展史相伴随,不同时期的司法审查权可分化分为三个主题:

第一,联邦与州权、私有财产与公共利益。

马歇尔时代,最高法院竭力捍卫联邦主义和联邦至上原则,它相信一个巩固而团结的联邦符合美国人民的最高利益。同时,最高法院也不遗余力地维护契约自由的原则。1837年,最高法院进入坦尼时代。尽管杰克逊民主党人居最高法院多数,坦尼法院却依然坚持马歇尔时代的判决原则,继续维护联邦主义和私有财产权。只不过对马歇尔时代过于维护联邦权益和私有财产权的做法进行了纠偏,更为关注州的权益和公共利益。而纠偏的结果反而更好地维护了联邦,促进了社会经济的发展,这在1837年的查尔斯河桥案【注释】Charles River Bridge v. Warren Bridge, 11 Peters 420 (1837). 【注尾】上表现得非常明显。

第二,契约自由与国家干预。

1877年南部重建结束后,经济和社会建设成为国家的中心,最高法院的司法主题也从联邦与州关系问题转向经济问题。在发展经济的大背景下,最高法院逐渐走向司法能动,在各类经济案件中贯彻自由主义经济原则,反对以公共利益为由损害契约自由,最终在1905年的洛克纳案【注释】Lochner v. People of State of New York, 198 U.S. 45 (1905). 【注尾】判决中确立了保护契约自由的“实质性正当程序”原则,切实抵制了州和地方政府对经济行为的规制,促进了在联邦范围内美国垄断资本主义经济的成长和发展。进入20世纪20年代后期,经济危机表明,“实质性正当程序”原则对契约自由和自由竞争经济的保护过了头,1937年宪法革命后最高法院开始走向司法克制,放手让立法和行政部门执行国家干预的政策,对过度的自由竞争经济进行了纠偏。

在施瓦茨看来,不论是富勒法院以来的司法能动哲学和自由竞争理念,还是宪法革命后最高法院的司法克制与国家干预主义思想,都在相应的时代发挥过推动社会经济发展的积极作用。

第三,反对社会歧视与维护平等、公正。

经济方面的干预取得显著成效之后,寻求社会公正和平等又成为时代最强音。1954年沃伦法院对“布朗诉托皮卡教育委员会案”的裁决表明,美国司法历史进入了一个以人权为主题的年代。在这个时代,平等和公正成为最高法院的追求。沃伦法院在种族平等、性别平等、隐私权、刑事公正、政治公正等方面的重大判决为最高法院赢得了崇高的社会声誉,树立了最高法院正义旗手的形象。尽管后沃伦时代的最高法院渐趋保守,也从未真正偏离沃伦时代所确立的各项宪法原则,比如刑事正义方面的“米兰达原则”、生活隐私权及在政治领域表达司法的声音等,他们只是对沃伦时代的原则进行了一些修正,使之更贴近实际,更为公正、更具有可操作性。实际上,正由于最高法院在人权领域的杰出贡献,司法审查权才获得了前所未有的成功,真正成为美国宪政的柱石之一。

200多年来,最高法院每个时代的司法审查主题各有不同,但发展路径却惊人地相似:即最高法院总是以其长远的战略眼光主动地承担时代主题的设计,并在实践中充当着社会进步的助推器。而一旦原则设计在执行中出现偏差,后来的最高法院又会进行修正,却未偏离传统。美国不同时期的最高法院在司法哲学、具体判例上存有冲突,但司法审查的继承性与一致性却始终不动摇。即使以极端保守著称的伦奎斯特法院在2005年结束时,也没有真正推翻沃伦时代的政治遗产。

施瓦茨认为,司法审查强劲连续性和继承性,在于美国联邦最高法院始终坚持以司法判决反映时代需要。不论最高法院在美国社会发展史上曾经扮演了什么样的角色,它始终都是美国社会发展的镜像,折射着不同时期美国社会现实。



四、最高法院自身的发展变化

最高法院在根据“被感觉到的时代的需要”以司法审查权推动美国社会发展的同时，自身也发生着变化。

今天的最高法院手握司法审查大权、扮演着宪法守护神的角色而深受草根社会拥戴，但立国之初，最高法院非但声望不高，反而处处显出落魄之态。当时，最高法院没有自己的工作场所，法官甚至不得不在众目睽睽之下穿戴法袍，令大法官们尊严顿失，毫无司法的神圣感。最高法院不受重视，杰出的法律人才不愿意进入最高法院担任大法官职位。除工作条件艰苦外，当时大法官们需要承担巡回审判之责，因此，最高法院作为国家终审法院的职能未能充分发挥。例如，从1790年2月2日~1793年2月这三年期间，最高法院未受理任何案子。即便1803年马歇尔法院时，受审案件总数才增至51件。

“马伯里诉麦迪逊”一案在为最高法院获取了司法审查大权的同时，也为美国最高法院赢得了声望，初步奠定了分权制衡原则的司法基础。从此以后，“只有疯子才会辞去首席大法官的职位去当州长。”【注释】伯纳德·施瓦茨：《美国最高法院史》，第16页。【注尾】尤其是坦尼法院以降，最高法院声望如日中天，更是难以想象再会有任何一位大法官因为州的诱惑而辞去最高法院职位。

随着最高法院的宪政地位上升，最高法院生存状况开始逐渐改善。1860年12月，就在坦尼法院任期结束之前，最高法院搬进了国会大厦原参议院议事厅。不仅有了办公用房和独立的法袍室，为了更有效地体现法庭的尊严，大法官们的坐席也加高了。

最高法院办公条件的改善体现了美国社会对最高法院的认同。所以，当最高法院进入20世纪早期的怀特和塔夫脱法院的时候，施瓦茨认为此时的最高法院即便不是“天堂”，那么它在美国宪政体制中的地位也已经是相当显赫的了。【注释】同上，第222页。【注尾】

最高法院重要性的增加可以从其年度受理案件的增长上看得出来。1810年马歇尔法院仅受理了98个案子。1900年已经增长到了723起。到怀特法院时期，持续增长的待决案件已经令最高法院穷于应付了，为了减轻最高法院工作负担，1888年上任的首席大法官梅尔维尔·富勒终于在1891年说服国会设立了新的巡回上诉法院，免除了大法官们的巡回审判责任，使其能将全副精力集中于上诉案件的审理。而威廉·塔夫脱于1921年上任后，更是游说国会通过了1925年法官法，赋予最高法院选择备审案件的自由裁量权，最高法院终于能够“将其管辖范围限于那些有关合宪性的问题以及其他实际上具有全国性影响的问题。”【注释】伯纳德·施瓦茨：《美国最高法院史》，第238页。【注尾】之内。20世纪初以来最高法院重要性的加强和权势的增长由此可见一斑。

最能说明最高法院在三权分立体制中一极地位的例证，恐怕还是1935年最高法院再度乔迁。当年，最高法院迁入了国会大厦广场对面一座专为她建造的宏伟大理石宫殿中，在形式上表现了自己与立法和行政机构的对等地位。

最高法院发生了自马歇尔法院以来最为革命性的司法变革。最高法院的司法主题从过去的保护财产权转向保护人权。在这一时代主题下，最高法院待决案件急速增加。塔夫脱法院时期，最高法院备审案件录上只有1039件案件。但到1953年沃伦法院的第一个开庭期，就处理了1293起案子，而这个数字在沃伦法院末期的1968年是3117起。【注释】同上，第349页。【注尾】由于工作压力持续加强，最高法院不得不延长每周的案件讨论会时间，并且一再增加人手。沃伦时代，每位大法官的法律助手是2名，但到伯格时代则增加到4名。大法官们也不得不逐渐放弃亲自草拟法律意见的传统，改由助手们捉刀代笔。甚至每个开庭期遴选待审案件的工作也逐渐交给法律助手们去做。

最高法院在工作方法上的变革反映了现代司法判决压力的增强。在典型案件层出不穷、



案件质量大幅上升的人权时代,恰恰表明最高法院作为宪法和人权捍卫者的角色已经深入人心,沃伦法院以来最高法院所塑造的正义旗手形象,赢得了草根社会的充分信任和尊敬。

总之,最高法院 200 多年的自身发展变化始终与其不断增长的宪政地位密切相关。更折射了美国宪政历史的曲折历程。

五、结语

司法审查权伴随了最高法院成长过程的始终。在考察最高法院及其司法审查历史的过程中,施瓦茨从不纠缠于案例、法理上的分析和论证,而更注重考察最高法院与社会发展本身之间的互动关系,以及因此带来自身演变。最高法院并不仅是国家宪政的符号,其成长过程也并不意味着案件的判决、司法先例的累积及有关司法审查权的争吵。在背后还有着更深层的东西,那就是最高法院的判决必须反映着社会需要、遵循时代诉求。作为一名法学家,施瓦茨跳出了美国宪法研究就法言法的传统窠臼,强调从社会的视野看法律,开拓了从历史的视角研究宪法的方法。

在施瓦茨的笔下,美国最高法院的历史不再只是有关司法判例堆积和宪法法理演变的枯燥说教,而是鲜活的、立体的历史。在他看来,工作方式的变化、工作环境和办公条件的改善、不同时期的人事变动、历任首席大法官的领导能力和个人魅力,甚至是大法官之间的工作争吵才构成了最高法院的生活,看似琐碎的生活细节构成了最高法院真实可感的立体画卷。

不过,再好的作品也总有其不足之处。《美国最高法院史》最主要的问题在于施瓦茨模糊了传统司法审查权与现代司法审查权之间的区别,仅凭一些历史个案来说明这两种司法审查权在本质上都是政治性的似乎论据不足。

实际上,这两种司法审查权在实践及理论上都存在着重大差异。在传统时代,尤其是内战之前,司法审查权的功能仅在于调整政府与个人或个人与个人之间的法律关系,它具有明显的“私法”本质。但随着宣告性判决、集团诉讼和各种救济性权力的出现和发展,沃伦时代的司法审查权却开始兼具“公法”的功能,如今它不仅调整政府与个人之间的关系,还在纯粹政治问题上发挥作用。【注释】克里斯托夫·沃尔夫著:《司法能动主义:自由的保障还是安全的威胁?》(黄金荣译),北京·中国政法大学出版社,2004年,第205~206页。【注尾】

此外,这两种司法审查权的理论基础也不同。克里斯托夫认为,传统司法审查权始终坚持自己所代表的是宪法制定者民主多数的意见,其司法审查的目的在于避免立法和行政机关偏离制宪者们在这部宪法中所体现的民主多数的意志。【注释】同上,导论部分内容。【注尾】不过,自从沃伦时代以来,由于最高法院总体发挥着一种准立法的功能,这样“最高法院及其支持者再也不能像以往那样隐藏在下面这些古老的符咒后面逃避合理的批评:最高法院不过是一部清晰明了的联邦宪法的被动传声筒而已;宪法本身,或者说源自宪法的明白无误的推理一劳永逸地确定了最高法院进行干预的权力。”【注释】罗伯特·麦克罗斯基著:《美国最高法院》(任东来等译),北京·中国政法大学出版社,2005年版,第269页。【注尾】于是,现在需要“一种新的辩护,一组新的定义,它们能够把有关最高法院性质的‘新现实主义’考虑进去。”【注释】同上。【注尾】

从现实的结果看,最高法院在理论转型方面是成功的。传统司法审查权的合法性基础在于它始终强调自己在运作程序上符合共和传统下的民主原则。现代司法审查权显然更侧重于强调在促进实质性民主方面寻找自己合法性的根基。根据莫顿·J·霍维茨的看法,早在1938年合众国诉卡罗琳一案中,【注释】United States v. Carolene Products, 304 U.S. 114 (1938)。【注尾】最高法院就已经试图摆脱有关司法审查权是反民主行为的传统观念。这一努力在沃伦法院获得了成功:它认识到公民自由之于民主的价值,于是赋予其优先的保护地位。而当法院



撤销那些干涉言论自由、宗教自由等的立法时，其目的是为了保护民主，而不是限制民主。因此，沃伦法院将对少数人的保护视为民主的核心，强调公平对待是民主的一个必要前提条件。【注释】莫顿·J·霍维茨著：《沃伦法院对正义的追求》（信春鹰等译），北京·中国政法大学出版社，2003年版，第132~138页。【注尾】通过这样的一种理论设计，司法审查权变成了共和主义的维护者和民主的后盾，一定程度上缓解了美国宪政史上的所谓“反多数难题”的困扰。

颜廷：南京大学历史系美国史专业在读博士研究生、讲师

