

## 第一章 两种对立的理论模式\*

对行政法基础理论的研究，必然会涉及历史和现实的行政法观念、理论和制度。考察这些观念、理论和制度的具体内容可能是十分重要的，但无论是哪一位学者最关心的还是这些具体内容中包含的某种实质性内核。这种实质性内核可能是跨越时间和空间的，并可以使研究者摆脱复杂的事实可能导致的逻辑上的混乱。对于行政法而言，同样如此。每个国家的行政法都是各不相同的，我们无法给某一个国家行政法下一个简单的判断。于是，抽象和分类的方法显得十分重要。平衡理论将传统行政法理论分为控权理论和管理理论便是基于这种考虑。事实上，这种方法与韦伯的理想类型的方法论有很多相同之处。<sup>①</sup>这也是研究行政与法律的

本章主要内容曾发表于《行政法论丛》第一卷（1998年法律出版社出版）。经修改后纳入本书。

韦伯认为，“我们须把哲学观点出发的社会问题表达，放到一个更为广泛的、属于我们特殊领域的研究形式的——狭义的‘理论’范围里加以考虑 此即清楚的概念形式的范围。尽管我们决不认为把丰富的历史生活压为抽象形式的概念是合适的，我们还是倾向于确信只有清楚的明晰的概念才能为任何希望发现社会和文化现象特殊意义的研究铺平道路”。韦伯在构建理想类型方法论的同时 也指出“事实的未加结构的复杂多样性 决不证明我们可以糊里糊涂地建构概念 恰恰相反 清晰鲜明的‘理想类型的’概念有必要正确地加以使用，不是作为图解非议已给定之历史的手段，而是以之为助来确定……一种现象的特征 亦即指示出此现象近似于哪一个或哪些其他种类的‘理想类型’”。参见〔德〕迪尔克·克斯勒：《马克斯·韦伯的生平、著述及影响》郭锋译 法律出版社 2000年版 第 216-222 页。需要说明的是，尽管将行政法的基础理论作分类的研究方法与韦伯的理想类型的方法有些相似，但不等于平衡理论所采用的就是韦伯的理想类型的方法。笔者引用韦伯关于理想类型方法的论述，为了澄清这样一种事实：即某些学者否认行政法三种理论模式存在的观点 只是基于没有接受这种分类方法 而非三种理论模式本身。

一般原理的重要方法。基于此，尽管历史上并没有学者提出完整的行政法控权理论或者管理理论。我们还是愿意做这样的范畴界定，以作为研究的概念基础。

## 第一节 行政法的控权理论模式

在行政与法律的关系上，以法律为控制行政权力的基本手段和根本目标的理论模式，我们称之为行政法的控权理论模式。这种理论模式在行政法发展过程中有着深远影响。控权理论强调行政法的中心是对行政权力的控制，特别是司法控制，这与英美国家传统的法治原则相一致。这两个国家曾普遍运用这种理论模式。随着行政法的不断发展，这种模式本身存在的不可克服的矛盾逐渐显露，最终因无法适应现代行政和法治发展的需要而受到越来越多的批评。

### 一、英国行政法控权理论的主要渊源

控权理论在英国形成并非一种偶然，而是有其一定的渊源。行政法理论的形成总是和国家及宪法的理论有直接的关联。可以说，“在每一种行政法理论的背后都是关于国家的理论”。<sup>①</sup>英国资产阶级革命后的国家行政制度便是在英国宪法的理论基础上构建的。英国的国家理论和宪法理论的精神、原则及规则存在于普通法的传统制度、制定法、判例和宪法惯例中。关于英国传统宪法对于行政法的意义，韦德 H. Wade 认为：“全部行政法可以说是宪法的一个部门，它直接发源于法治和议会至上的宪法原则。”<sup>②</sup>戴西 (A·V·Dicey) 是十九世纪英国最有影响的宪法学家，尽管他反对英

① Carol Harlow and Richard Rawlings, *Law and Administration*, 1988, P1.

② H. Wade, *Administrative Law*, 1982, P6.

国有行政法并且认为英国不需要行政法，但他对宪法原则的解释而归纳出的法治理论却成了英国行政法控权理论最为重要的渊源。戴西在他的 1885 年出版的《宪法》一书中这么写道：

“当我们说法治至上英国宪法的一个特点时，我们总体上概括了至少三种同源而又有所区别的观念。一是除非明显违反以普通法方式建立的法律并经普通法院审判，任何人不能被处以具有法律意义的人身或物质上的处罚。在这种意义上，法治是与建立在由拥有宽广的、专断的和自由裁量的强制权力的人员来运作的基础上的政府体制是不相符的……。二是所有的人，不管他的地位和条件如何，都应服从王国的普通法院的司法管辖。在英国，法律平等的观念或所有等级的人都服从于普通法院裁判的法律的观念，已经被推崇至极限。所有的官员从首相到警察，应为没有法律理由的行为承担和其他公民一样的法律责任……。三是宪法的总的原则对我们来说是法院作出的决定私人在特定案件中的权利的司法裁定的结果。而根据有些外国宪法，像‘安全’是给予公民权利的结果，或是表现为从总的宪法中获得的结果”。<sup>①</sup>

戴西将法治的主要内容归纳为政府不应具有特权、自由裁量权，任何人包括政府人员，都应服从普通法的管辖并承担相同的法律责任，宪法源于司法判例等三个方面。戴西的这种法治观念是十八、十九世纪英国普遍的法律观念，也是英国宪法和行政法制度（尽管那时没有行政法理论，但不能说没有行政法制度）所赖以建立的主要基础。戴西的这种极力推崇司法的作用的观点，反映了英国资产阶级革命成功之后对行政专断权力的惧怕心理以及司法一贯所具有的崇高地位。他以他的法治原则为根据，完全否定了行政机关的自由裁量权，并且要求政府官员和一般公民承担同样的法律责任。尽管这种法治观念和现代行政是格格不入的，但对

<sup>①</sup> A. V. Dicey, *Law of Constitution*, 1885, P187—196.

英国的行政法理论有很深的影响，戴西正是在他自己所归纳的法治原则下，提出了著名的错误判断：英国没有行政法。对于这个问题 他是这么论述的：

“在很多大陆国家，特别是法国，存在着一种法国人所谓的 *droit administratif* 的行政法律制度，这种制度依赖于和我们英国普通法基本观念，特别是和我们已经称为法治的观念不相关的理念。这种不同的状况在给予国家公务人员的保护方面表现得特别明显。这种形式只是整个的（法国）行政法的一个部分，但它是我要我的学生们特别注意的一部分。这种法律制度被大多数的欧洲大陆国家所效仿。它是以一种相反的方式来论证的，完全不同于被外国的评论称为高度法律主义，而我们已经认为是英国宪法最显著特点的普通法至上主义……。

“任何一个仔细考虑过法国行政法的本质或它所集中的主题的人，都将很快发现它总是从根本上含有不同于现代英国人的理念的主要观念。

“第一种观念是政府的公务人员都拥有和国家的代表者一样的所有特别的权力、特权，反对私人或公民的特权，而这些特权是由不同的决定公民之间的法律权利和义务原则来决定的。根据法国的观念，一个人处理他和国家之间的关系，和处理同他的邻居的关系是立足于不同的角度的。

“第二种观念是保存一种‘权力分离’（*separation of power*）（*se'parationdes pouvoirs*）。换句话说 防止政府、立法机关或法院侵入他者的领域。这种关于分权的表述，被法国人用于行政和法院的关系，是很容易误导的。在法国法律学者的眼里，它意味着不同于我们在英国所说的‘法官独立’。<sup>①</sup>

从戴西的这些论述中 我们可以看出 戴西所关心的是控制专

① A. V. Dicey, *Law of Constitution*, 1885, P328—388.

断的权力，公务员个人应为他们运用的执行法律的权力对普通法院负责。戴西的法律理念和对法国行政法制度的评价，对英国的行政法理论构成深远的影响，是英国行政法控权模式的主要渊源。

## 二、英国行政法控权理论的核心思想

当代著名的行政法学家韦德关于行政法性质的论述在英国传统的控权理论中具有很大的代表性。韦德认为：

在过去一百年中，政府行为的合适领域的观念已经有了完全的改变。现代国家不再限制于防御、公共命令、刑事法律以及其他总的事务，而是提供细致的社会服务和承担很多人们日常商业事务的管理。国家控制了主要命脉，也给自己增加了各种新的义务。和这些新的义务相关联的，必然产生新的权力。为了完成如此众多的社会服务和控制的任务，不得不设立强有力的权力机构。为了防止他们胡作非为，在政治和法律方面，必须有经常性的控制，尽管实际上更多的权力掌握在大臣和官员的手里。法律的控制是法院的任务。这种法律控制构成了行政法的主要内容。

“任何企图科学定义行政法的努力 都将导致一系列的可争辩的问题。最容易的，但是也许是最不能令人满意的一种可能的定义是根据传统的三权分立的理论来建立的。如果国家的机关和权力被分为立法、行政和司法，那么行政法也许可以说是有关行政机关而不是另外两个机关的法律。但是这样的话，我们的领域将包括除了有关立法和司法外的整个宪法内容。

“一种更实用的定义是行政法是有有关行政机关的权力运作和控制的法律，强调功能胜于结构。这样可以直接揭示事物的根本：法律和行政权力运作的方式。把有关行政机关的领域划出界外而只涉及行政权力问题要更好一些，因为拥有权力的机关可以很容易地被认识 英王、大臣、地方机关、警察等等。困难是界定行政权力，更何况和行政权力、立法权力还有重叠。当交通大臣制定条例

控制交通时，毫无疑问交通大臣是一个行政机关，但他的权力性质却是兼有立法和行政性质的。……

“既然行政法是处理政府权力运作问题的，行政法便是宪法的一个部分。没有任何其他的宪法部门会展示出这么一个积极的权力冲突景象。我们都在政府和相对人之间经常性的战争的前沿战区内。对于公民而言，所有的这些权力都应该以符合自由、公平以及有益于行政的观念的方式来行使，这是最关键的。这是一个非常困难的事情，因为，社会需要和旧式的自由往往难以融合。正是为了集中解决行政权力的运作方式这么一个重要问题，我们英国行政法定义在某种意义上讲要狭窄一些，在其他许多国家则要广泛得多。定义的存在是为了某种方便，而且这儿没有疑问是需要这种定义，除非有一个比现在的更好理解的基础。我们必须将注意力集中在事物的核心上。”<sup>①</sup>

韦德的这番论述，对了解英国行政法的人来说是很熟悉的。他集中概括了英国控权理论的最主要的法律思想：控制行政权力。“韦德所持的是对增长的行政权力的怀疑态度，强调‘控制’和正在被侵蚀的‘旧式自由’，惧怕政府将‘胡作非为’。在韦德选择的狭义定义的背后，是戴西的著作中所表述的英国的长期传统。”<sup>②</sup>

尽管随着现代行政的发展，很多学者对戴西的法治理论提出了批评，但是，以韦德为代表的一些英国著名学者所建立的理论仍很大程度上受戴西理论的影响。依传统理论，英国的行政法，更确切地说，是控制行政权力的法。这种普遍为英国传统行政法学家所接受观念反映在这些学者的著作中，他们以控制权力的角度论述委任立法、司法审查以及国家的法律责任等问题，而较少论述

① H. Wade, *Administrative Law*, 1961, P1—3.

② Carol Harlow and Richard Rawlings, *Law and Administration*, 1988, P13.

行政组织、行政行为、行政作用等重要的行政法内容。<sup>①</sup>

### 三、美国行政法的控权理论

美国的行政法及其理论体系的形成和英国的普通法理论有着密切的关系，由于受殖民时期的法律思想及法律制度的深刻影响，很多法律概念和法律结构到独立时已基本定型。因此，美国的行政法乃至整个法律体系是以英国的法律为渊源的。尽管美国建国之后，开始逐步抛弃英国的法律，也不再援引英国法律作为依据。但由于英国拥有当时美国所不可能有的法律理论和技术，美国并没能完全摆脱英国法律及法律思想的影响。直至十九世纪后期，美国的法律才逐步表现出自身的特点。然而基于长时期历史的结合，英国法在美国法律体系中留下了不可磨灭的痕迹，决定了美国法律体系的基本特征。<sup>②</sup>

由于美国继承英国的法律传统，早期的美国法律界没有对行政法进行独立的研究，没有行政法概念和完整的行政法理论。行政法的观念直接移植于英国传统的控权思想。加之，美国建国后，在很长一段时期里奉行消极的国家观念，坚持行政机关尽量不干预私人经济活动的原则，美国占统治地位的行政法理论也是控权理论。<sup>③</sup>

美国关于行政法性质的认识，在表述方面和英国有所不同，但和英国传统控权思想在本质上是一致的。美国著名行政法学家戴

参见：H. Wade, *Administrative Law*, 1982. J. F. Garner, *Administrative Law*, 1979.  
A. de. Smith, *Judicial Review of Administrative Action*, 1980

② 王名扬：《美国行政法》中国法制出版社 1995 版 第 4 页。

美国行政法发展初期，有不少学者的著作受欧洲大陆行政法的影响，如，F. J. Goodnow, *The Principles of Administrative Law of United States*, 1905. 其主要内容包括：行政组织、行政行为和行政救济等，不以简单的控权思想为理论基础，但这种理论不构成美国行政法的主流理论。

维斯 (K. C. Davis) 认为“就美国普遍使用的意义而言, 行政法是关于行政机关权力和程序的法律。包括法院对行政活动司法审查和行政机关制定的程序法规在内”。<sup>①</sup>另一位著名的行政法学家伯纳德·施瓦茨 (B. Schwartz) 认为, “行政法是管理行政活动的部门法。它规定行政机关可以行使的权力, 确定行使这些权力的原则, 对受到行政行为损害者给予法律补偿”。<sup>②</sup>他认为“行政法的对象仅限于权力和补救, 并回答以下问题: (1) 行政机关可以被赋予什么权力? (2) 这些权力有什么限度? (3) 用什么方法把行政机关限制在这个限度内”。<sup>③</sup>在戴维斯和施瓦茨看来, 行政法的核心也是控制行政权力。

美国的控权理论模式主要可以分为三大部分: 一是关于设定行政权力的理论。行政机关权力的问题首先是宪法的分权问题, 美国学者在接触行政法的开始阶段, 就注意到这种理论的重要性, 在古德诺 F. J. Goodnow 的《美国行政法原理》一书中第一篇便是讨论分权原则。二是司法审查的理论。由于行政权力运作与公民权利救济密切相联, 美国在这一点上继承了英国的传统, 理论上十分注重法院对行政权力的控制。随着行政权力的不断扩张, 越来越多的学者在理论上倾向于研究司法权力限制行政权力的问题, 司法审查成了美国行政法的核心问题。三是行政程序的理论。发达的行政程序理论是美国行政法的控权理论不同于英国行政法的控权理论的重要特征。司法审查的大量运用, 对美国的行政程序理论和实践起着很大的推动作用。一方面, 行政机关为了避免在司法审查中处于不利地位, 不得不在行政权力运作过程中注重正当法律程序的要求。特别是美国最高法院在第一摩根案件的判决

<sup>①</sup> K. C. Davis, *Administrative Law Treatise*, 1978, vol. 1, P1—2.

伯纳德·施瓦茨:《行政法》中文版 群众出版社 1986 版 第 2 页

伯纳德·施瓦茨:《行政法》中文版 群众出版社 1986 版 第 2 页。

中，<sup>①</sup>对行政机关提出了“作决定必须听证”的要求，强调了行政程序正规化的重要性。这对美国程序法的发展和 1946 年的《行政程序法》的出台起着重要的推动作用。另一方面，一些学者如盖尔亨 (W. Gellhorn)、戴维斯等强调了行政程序和建立统一的行政程序法律制度的重要性。当时最高法院判决的案件中三分之一以上属于行政案件，但是最高法院没能提出系统的理论和原则，而且有的判例互相冲突。而行政机关裁决的案件，远远超过最高法院受理的行政案件。行政机关制定的法规，也远远超过国会制定的法律。盖尔亨认为，行政法的研究重点应从第一阶段着重研究宪法分权原则和第二阶段着重研究司法审查的界限，转移到第三阶段，即着重研究行政程序问题。他认为，法院对违法行为的审查，不能代替良好的行政程序。司法审查费时费钱，大量的行政行为，或者由于性质特殊，或者由于当事人缺乏经济能力，不能受到法院的审查。行政法的主要问题是发展良好的行政程序，防止专横、任性的行政决定的产生，同时保障行政机关办事公平而有效率。<sup>②</sup>对此，伯纳德·施瓦茨曾指出行政法传统认识的不足之处：

“大约在三十年前 (1946 年以前) 行政法分为权力和补救两个方面。行政法被认为是公法的下述部分：规定行政当局的组织及权限，向个人指明他的权利遭到侵害时的补偿。这强调了授权与司法审查。近年来，行政权力的行使，如果说未被认为比这两者更重要的话，也被认为与它们具有同等的重要性。”<sup>③</sup>

以盖尔亨为代表的一些学者的观点对美国之后的行政法理论的发展，起着深远的影响，使行政程序问题成了美国控权理论的核心

<sup>①</sup> Morgan v. United States, 198 U.S. 468 (1936) 摩根案件共有四个，由于此案涉及到利益衡量问题，在第六章中将作进一步的论述。

参见王名扬：《美国行政法》，中国法制出版社 1995 年版 第 66—67 页。

伯纳德·施瓦茨：《行政法》群众出版社 1996 年版 第 2 页。

心问题之一。这些理论上的论证，同时也为之后出台大量的行政程序方面的法律，奠定了基础。

#### 四、美国司法审查政策的变迁\*

美国司法审查政策是美国司法政策（*Judicial Policies*）的重要组成部分。尽管很多人知道美国有一个令人敬畏而优秀的司法审查制度，但是很少有人真正了解美国司法审查政策在两百年来的运作过程中，随着经济关系、社会关系的发展变化而逐步变迁。在很多中国学者的印象中，美国司法审查政策的核心是控制行政权力。这作为对早期美国司法审查政策的评价，是正确的。但作为对美国不断变化的司法审查整体政策的评价，则是不准确的。很多学者之所以会有此印象，原因很多。其中一个重要的原因是，对英国和美国行政法缺乏全面的了解，局限于英美传统行政法学家，如韦德、伯纳德·施瓦茨等的深刻影响。事实上，在英国和美国，自80年代以来，产生了一些新的司法审查理论。很多学者从“行政和法律”（*Administration and law*）的关系的角度来看待行政法问题，并对美国司法审查的历史作新的阐释和评价。<sup>①</sup>

80年代后，美国一些学者对传统的行政法只研究司法审查而不研究行政管理实践、司法审查对公共行政的理念和行为的影响的传统研究方法提出质疑。随着公共行政行为模式的变化和现代

\* 此部分内容原与吴湛萍女士合作撰写，主要内容曾发表于《行政法论丛》第三卷（2000年法律出版社出版），经本书作者修改后纳入本书。

这样的著作很多，下面主要介绍美国两位学者 David H. Rosenbloom（*American University, Washington, D. C.*）and Rosemary O'leary（*Indiana University, Bloomington, Indiana*）合著的《公共行政和法律》（*Public Administration and Law*）一书中有美国司法审查政策历史变迁的内容。同时介绍 Charles A. Johnson（*Texas A&M University*）and Bradley C. Canon（*University of Kentucky*）合著的《司法政策》（*Judicial Policies*）和 G. Edwards White 著的《美国司法传统》（*The American Judicial Tradition*）两本著作中有关这一问题的论述。

行政的发展，美国司法审查政策发生了很大的变化。

司法意图必须通过推导得知，特别是最高法院法官的意图很难直接了解。法官的决策会议是秘密进行的，他们之间讨论的很多内容没有留下笔录。法官会受到他们个人态度、他们与其他法理学家的关系、法律论据和判例、法律团体的利益、其他法院的决定、案件中利益集团的参与、公众的政治意见等多种因素的影响。法官也会受到政府要人的影响和限制。对于法官的判断所体现的思想或价值，最高法院大法官卡多佐 (Benjamin Cardozo)<sup>①</sup> 的话可以作一定的解释：

“我们每个人身上都有一种内在倾向，你也可以称之为哲学思想，它赋予我们的思想和行为以内在的统一性和指导意义。法官是最无法逃避现实的人。他们一生都被一些他们无法认识的、无法言喻的力量——继受的本能 (inherited instinct)、传统信仰、后天获得的信念等所驱使，其结果是形成了对生命的看法，对社会需要的认识，对整个宇宙的动力和压力的感受。当各种理性认识达到平衡时，他们就作出决策。在这种思维背景下，每一个问题都能找到它的解决方式。我们总是尽所能地客观地看待问题。然而，我们仍然回避不了以自己的眼光看待问题。”<sup>②</sup>

由于司法的判断总是体现在法官们所作的司法意见中，案件的结果和司法意见中蕴涵的推理能够充分反映法官的意志。因此，司法意见经常是了解司法意图或司法政策的最好途径。在任何特定的历史时期，我们都能将与政治状况密切相关的司法活动归于一些存在相对一致性的模式中。翰德 (Learned Hand) 和富兰

卡多佐：1914—1932年任美国上诉法院法官，1932—1938年任美国最高法院法官。

② Murphy, Walter and Pritchett, C. Herman (1961—1927). *Courts, Judges, and Politics*, Random House, New York.

克富特 Felix Frankfurter)<sup>①</sup> 法官将这些模式称为“态度 (moods)”，其决定和昭示着司法的思想。

通过对判例法和相关司法言论的分析，可以将美国司法审查政策变迁历史划为三个阶段。这三个阶段反映了相对区别而又内在连贯的司法对行政的回应“态度” (Judicial Responses to the Administrative State )。

(一) 1890—1936 年，司法与行政相对立的阶段 (judicial opposition to the administrative state)

司法与行政相对抗的阶段始于 19 世纪 90 年代 持续到 1937 年。这一时期的法官忠于普通法，坚持自由主义的观点。法院通过狭隘地解释《商业条款》来阻滞该法的实施。主张在解释与普通法相冲突的成文法时应遵循尽量减少二者冲突的原则。最明显的例子就是 1871 年的民权法，该法试图为解放的奴隶提供联邦的保护。虽然从理论上讲，该法规定了任何人都利用有色人种法受联邦保护的权，但是法院却认为几乎所有的政府官员都享有普通法上的豁免权。相反，当成文法和普通法之间没有冲突时，法官经常运用“普通含义规则”(plain meaning rule)该规则要求法院不应该偏离成文法律的确切含义，除非成文法的措辞混乱不清或逻辑荒谬。在一个案件中，威斯康星州最高院拒绝将有关“每一个铁路”的条文规定适用于“市区间的一个电动铁路”。

这一时期的法院对《商业条款》的解释极其令人费解，以今天的标准来看，限制性过强。联邦政府不能调整和干预州际的贸易，甚至不能采用一定的方式直接影响州际贸易。1936 年最高院对 Carter 案<sup>②</sup>的判决是对这一司法立场的经典表述。法院认为：

翰 德 :1909 - 1923 年任纽约南部地区法院法官；富兰克福特：1939 - 1962 年任美国最高法院法官。

<sup>②</sup> Carter v. Carter Coal Co. (1936).298 U.S.238.

直接影响和间接影响的区别不在于起因或结果的大小，而完全在于导致结果的方式。如果一个人生产一吨煤从事州际买卖和运输是间接影响了州际贸易，那么并不因增加了煤的数量或增加了雇佣的人数或增加了贸易的投资额和复杂性或以上所有因素而使影响变成直接。<sup>①</sup>

普里切特 (C. Herman Pritchett) 认为：“在那里一吨煤和一百万吨煤没有区别，法律不考虑程度的差别。生产是地方性的。该国的每一个地区同时发生的生产危机不会累积成为议会过问的国家性问题……”<sup>②</sup>

第十修正案本来是保护州政府自主管理权的，而最高法院把第十修正案解读成限制联邦政府权力。最典型的案例就是 *Hammer v. Dagenhart* (1918)，最高法院宣布一个联邦法规无效，而该法规是为了减少童工数量而禁止州际间运输童工生产的产品。直到 1941 年这种推理模式才被明确推翻。

司法对行政的对抗几乎导致美国 20 世纪 30 年代中期的宪法危机。最高法院和很多联邦法院法官坚决反对试图复兴严重衰退的国民经济的新政措施。他们通过商业条款设置的禁锢，认为将立法权授予行政机关或私人团体违反了宪法的分权原则。1935 年和 1936 年联邦法院宣布了 1600 个禁止联邦政府官员执行议会法规的禁止令。

除了 *Carter* 案外，1935 年最高法院的两个判决给联邦政府的行动设置了几乎是不可逾越的障碍。在 *Panama Refining Co. v. Ryan* 案中，法院认为议会不能将它的有关州际贸易的规范权在没有严格指导的情况下授予给总统。杰克逊认为，这是该国历史上第一次以这种理由确认联邦法规违宪，也违背了法院以前支持这

① *Carter v. Carter Coal Co.* (1936).308U.S.238.

② Herman C. Pritchett, *The American Constitution*, Macmillan, New York. 1977, P193.

种性质的授权的判决。杰克逊认为这个判决违背了一系列判例和既往的做法，最好看成是“一个对下一步行动的有意警告……”。

“这个判决给民主高效的政府设置了新的障碍。它使立法的含义更为混乱。一个严格明确的法律有可能被认为违宪，因为在未来的不可知的环境中，法院会认为它是武断、恣意的。看来，如果立法者试图避免这种危险，通过授权自由裁量权来获得更大的公平，那么法律同样要经受另一种风险。当然有些授权立法是允许的，只要对自由裁量权的行使设立了足够的标准。但是法院在要求议会设立标准以规范所授权力的行使的时候，自己却没能设定判断授权立法违宪的标准。”<sup>①</sup>

法院引用三权分立的原则来限制行政机关对经济的渗透的立场在 *Schechter Poultry Corporation v. U. S.* 案中得到更强烈地重申。新政努力阻止经济衰退的希望曾寄托于 1933 年国家工业复兴法。罗斯福要求议会提供“能在所有工业部门之间建立宏大的合作所需的机构，目的是为了获得广泛的再就业机会，缩短一周工作日，为缩短的工作日支付合理的工资，制止不公平竞争和灾难性的过度生产。”<sup>②</sup>该法授权总统批准正当竞争的工业法则，并在行政机关内部设立专门的复兴行政部。法院在 *Schechter Poultry Corp. v. U. S.* 一案中，严厉地批评了授权立法，认为“议会不允许放弃或转让本应由它行使的基本职能”。只有在议会设立了法定的标准，并履行了它的基本立法职能后，立法的裁量权才能授予行政机关。法院进一步确认了该法违背了商业条款。

1890 年以前，美国的司法审查制度和其他司法制度一样正在

<sup>①</sup> Jackson, Robert, *The Struggle for Judicial Supremacy*, Knopf, New York. 1941, PP94—95.

<sup>②</sup> Jackson, Robert, *The Struggle for Judicial Supremacy*, Knopf, New York. 1994, PP110—111.

起步阶段。此间，著名的最高法院大法官主要有马歇尔（John Marshall），肯特 James Kent），Joseph Story，Lemuel Shaw 等。马歇尔尽管不是美国的首任首席大法官，但却是公认的美国司法审查制度的创始人，事实上，马歇尔也是美国司法制度的奠基人。马歇尔在马布里诉麦迪逊一案中，第一次宣告了法官的独立，使法官成为法律的最终解释者。作为对主张限制司法作用的传统理论的回应，马歇尔运用了一种新的司法技术，即既保留了权力分立的传统，又使司法权力介入美国的民权保护领域。美国法院开始处理社会、经济、政治领域的问题，而这些问题是之前的美国法院从未涉及的。<sup>①</sup>肯特，Story，和 Shaw 则在发挥美国司法功能和财产权保护方面作出了突出的贡献。在美国司法权力逐步扩张的同时，美国的自由资本主义在经济领域取得了很大的成功。在自由经济的推动下，美国司法的自由主义主导着美国的司法政策。

19 世纪初美国法院发展了宪政和普通法的思想，推行了很多重要的经济政策。这些政策的建立，归功于首席大法官马歇尔对一些重要案件的裁判。这些裁判建立了一种新的司法观念，即经济的合作和联合不受国家的干预。<sup>②</sup>

在 19 世纪末，国会和许多州的立法者开始制定经济管理方面的政策，而法院往往从宪法的角度出发，实施相反的政策，其目的是为了最大程度地削减立法对自由经济的影响，这可以从这一时期很多的判例中得到反映。<sup>③</sup>

在市场经济的推动下，罗斯福新政之前的美国司法审查

<sup>①</sup> G. Edwards White, *The American Judicial Tradition* Oxford University Press, Inc. 1988, P9.

<sup>②</sup> Charles A. Johnson and Bradley C. Canon, *Judicial Policies*, Congressional Quarterly Inc. 1988, P263.

<sup>③</sup> Charles A. Johnson and Bradley C. Canon, *Judicial Policies*, Congressional Quarterly Inc. 1984. P264.

政策贯穿着经济自由主义和国家不干预政策。尽管在 19 世纪末期，美国的国会和行政机关开始意识到国家干预的重要性，但由于传统宪政框架的限制和美国最高法院控权传统的影响，美国司法审查制度的运作在很大程度上体现与行政权力对抗的政策。这种对抗行政权力的政策符合普通法国家传统的法治和宪政理念，最重要的是符合当时自由市场经济的需要。但是罗斯福新政后，美国的司法审查政策发生了根本性的变化。

（二）1937 年—1950 年，司法对行政的默许阶段（*judicial acquiescence in the administrative state*）

在美国历史上，行政与司法斗争在罗斯福新政（*New Deal*）时期最为表面化和最为激烈。

在行政干预政策与最高法院以控制行政权力为核心的司法政策发生强烈的冲撞时，罗斯福曾企图通过改变法官的任命制度排除对新政的障碍。

总统请求国会批准一项新的法院任命制度，他藉此可以就每一个年龄超过 75 岁的在职法官，任命一位新法官，但总数不超过 15 名。这一著名的“法院填塞”（*court packing*）计划旨在使罗斯福总统通过将自己所任命的人填入法院而对其加以控制，他所任命的人应该会同意他的政策目标。但是，像许多其他法院改革一样，这是对一个人们所珍爱的组织施加的剧烈变化，甚至国会中罗斯福总统的支持者也拒绝支持这项改革。尽管法院填塞计划落空，但法官们对最高法院落伍于时代这一政治信息作出了反应。到了 1937 年，一位保守派法官欧文·罗伯特（*Owen Roberts*）把票投向了自由派，导致勉强的但具有历史性的 5:4 的多数，支持了新政。<sup>①</sup>

<sup>①</sup> Henry R. Glick, Chapter 10 “Judicial Policymaking” in *Courts, Politics, and Justice*. 转引自宋冰编：《读本：美国与德国的司法制度及司法程序》，中国政法大学出版社 1998 年版，第 545 页。

自罗斯福实施新政以来，美国最高法院很少宣布国会制定的经济立法违宪。美国的司法审查政策进入对行政权力及其运作的默许阶段。

在这个阶段，法官基本上接受了授权立法和行政对经济及社会事务的干预。这种态度的形成很大程度上是基于避免与行政发生冲突的政治需要，而不是为了发展宪法理论以使行政权力的行使合法化或将它纳入合理的政治体制中。

司法审查政策最重大的发展是在州际贸易领域，法院实际上放弃了这一领域。商业条款似乎被最高法院改写，允许联邦政府插手几乎所有的经济活动，无论插手经济活动是为社会目的或其他目的。1938年公平劳动标准法规定了从事州际贸易的工人的工资和在工作时间在 *U.S. v. Darby* (1941) 案中该法得到了承认和支持。在 *Wickard v. Filburn* (1942) 案中，法院走的更远，它支持了农业调整法中规定的对小麦的配额，该法规定对不以销售为目的而纯属农庄消费的小麦也需配额，即使这种行为发生在当地，并且不能视为贸易行为，但只要它对州际贸易产生实质的经济影响，不论先前认为该影响是直接或间接的，议会仍然可以对它进行干预。

就现在的标准来看，法院对行政专长给予了很大的尊重，但是他们也在很大程度上忽视了行政权滥用的可能性。尽管 *Schechter Poultry Corporation v. U.S* 案 (1935) 保留了优秀的法律，但法院仍死守旧理，那些旧的原则并不能对政府利益的分配给予有益的宪法性约束。对政府的利益，它们要么给予、要么拒绝，很少考虑或根本不考虑正当程序或公民个人的宪法性实体权利，从而姑息了种族隔离和歧视。

司法默认使联邦政府大大地扩张了它的权力，其与公民权益相关的大量行为不受宪法制约。权力的滥用是难以避免的，最终这种司法默认因缺乏有说服力的宪法性原则而导致终结。普利切特 (C. Herman Pritchett) 全面研究了默认阶段的中期最高法院对行