第一章　司法审查及其限制

需要全本请访问 www.ertongbook.com

第一节　司法审查的基础

当年起草《美国宪法》的法学家、政治理论家们所熟谙的普通法传统，植根于议会权力至上的观念。但是，由于受约翰·洛克的天赋权利思想的熏陶，在他们的思想中时时有一种潜流：某些行为甚至立法机关也无权采取。实际上，在 17 世纪，洛克爵士在“博纳姆案”（1610 年）中写道：“普通法要支配议会立法，有时判决议会立法完全无效。”《美国宪法》宣称自己是：“我们合众国人民”的产物——一种人民至上而不是议会至上的观念。

美国对政治理论的独特贡献是司法审查学说。根据这种学说，法院有权以政府的行为与宪法相抵触为由而宣布其无效。这种权力的适用范围不仅包括联邦行政机关和国会的行为，而且也包括各州政府的活动。

一对联邦行为的审查

开司法审查原则之先河的判例是“马伯里诉麦迪逊案”（1803 年）。在此案中，马歇尔强调，宪法是人民意志的表现，所以它适当地控制着政府一切权力，包括国会权力的行使。因而宪法高于一切法律，与宪法相抵触的法律是无效的。

在“马伯里案”中，　1789 年《司法法》第十三节被理解为——或许是不适当地——在强制执行诉讼中，给予美国最高法院以初审管辖权。结果该条款被裁定违反宪法第三条，理由是宪法第三条对最高法院的初审管辖权范围有明确规定，其中并不包括对职务执行令的初审管辖权。于是，马歇尔根据 expressio　uninus，ex-clusio　alterius　（明示其一即排斥其他）这一法律解释准则，宣布《司法法》第十三节构成了对宪法第三条的违反。

但是，真正的问题是，应当由谁来决定一项法律与宪法相抵触。马歇尔认为，答案很简单，对法律作出解释无可置疑地是司法部门的职权范围和责任。宪法不是道德说教，它是具有法律力量的。实际上，它是根本法。但是，对宪法的解释与对一般法律的解释相等吗？对一般法律所作的错误司法解释，可以由国会纠正，但对宪法司法解释的修改，只能采取宪法修正案的形式。此外，可以说，对诸如“平等保护”和“正当程序”等含糊概念的司法说明，使人感到像是政策和立法决议，而不像是对成文法的典型司法解释。

实际上，在《美国宪法》中找不到关于司法审查学说的任何明示的条文根据。虽然宪法第三条规定，“司法权”，包括由于宪法而产生的案件的审理权属于联邦法院，但是宪法的任何条文都没有具体规定这种司法权包括否决与之平等的另一政府部门之法案的特权。宪法第六条确实规定了“本宪法和依本宪法所制定的合众国法律都是全国的最高法律”，每个州的法官都应受宪法约束而维护宪法，“即使州的宪法和法律中有与之相抵触的内容。”但是这些话的意思是授权法院确定各项法律的合宪性吗？人们甚至可以争辩说，国会和总统这两个民选的政府部门已经对某一行为或某项法律做出了合宪性的裁决。从这一角度看，法院应当受立法机关做出的“该法律合宪”这种裁决的约束。

除根据宪法条文进行论证外，还可以从历史或功能的角度探讨应由谁决定一项法律是否违宪的问题。然而关于宪法制定者意图的历史证据照例是模糊不清的，虽然看来好像他们曾考虑过某种形式的审查。我们可以直截了当地发问：谁更适宜就合宪性问题做出裁决？人们一直说，法院与外界隔绝，具有专门知识，能够“冷静地重新考虑”，从而可以表达出我们最基本的价

值观念。但是，从另一方面讲，恰恰可以把人们所说的这种与外界隔绝性作为一种理由，反对把宪法含义的最终裁定权授予由非经选举产生的 9 名终身制法官组成的机构。

虽然人们可能狭义地把“ 马伯里诉麦迪逊案 ” 的裁决只理解为司法机关可以采取行动保护自己的管辖权，使之免受国会行为的干预，但它的意义决非如此局限。恰恰相反，最高法院大法官一致宣称，这一判例申明了以下主张：

〔“ 马伯里诉麦迪逊案 ”〕宣告了一项基本原则，即联邦司法机关在阐释宪法方面享有最高权威；从那时起，这一原则一直被本法院和全国奉为圭臬，成为我国宪法体系永久而不可或缺的一种特征。——见“ 库珀诉阿伦案 ”（1958 年）

因此，最高法院可以审查和否决国会的以及总统和其他行政官员的行为。在“ 合众国诉尼克松案 ”（1974 年）中，最高法院一方面承认根据宪法总统享有出于保密需要的行政特权，但同时又断言法院拥有决定行政特权之适当行使的司法特权：

尽管每一部门都必须尊重其他部门，但是“ 合众国的司

法权 ” 不能与行政部门分享，正像例如总统不能与司法部门分享否决权一样。

二对州政府行为的审查

司法审查并不只限于审查联邦行为和法律，它还扩展到对州政府行为的审查。早在 1810 年，最高法院就在“ 弗莱彻诉佩克案 ” 中宣布一项州法违宪，因为它违反了宪法第一条第十款中的契约条款。在“ 马丁诉亨特的承租人案 ” 中，联邦最高法院又为自己确立了一项特权：对州最高法院作出的宪法问题裁决进行审查。

1789 年的《司法法》第二十五条规定，联邦最高法院对州最高法院有上诉管辖权。“ 马丁诉亨特的承租人案 ” 中的争议问题是该条有效性的证明。州法院认为，宪法第三条应当被理解为联邦最高法院只对联邦下级法院审理的案件有管辖权。在对“ 马丁案 ” 的一项裁决中，斯托里大法官先生代表联邦最高法院发表意见时驳斥了这种论点。他说：“ 决定联邦最高法院享有管辖权的因素是案件，而不是法院。 ”“ 马丁案 ” 的裁决一直是联邦最高法院对州法院行使管辖权的关键依据。

根据宪法第六条中联邦法律高于州法律的条款，州法官受合众国宪法的约束，即使州的法律与之相抵触。这一条款被理解为州法官甚至有权对联邦法律进行司法审查。根据宪法第三条，最高法院的管辖权范围包括引用宪法规定而产生的案件。由于州法院对合宪性问题行使了初审管辖权，联邦最高法院有权根据上诉管辖权对诉讼进行复审。

除根据宪法条文提出上述论点外，斯托里还以联邦需要对宪法有统一解释为根据，从政策角度提出了需要实行司法审查的理由。宪法绝不能在 50 个不同的管辖区有 50 个不同的解释，其后霍姆斯重申了这种论点。霍姆斯说，如果联邦最高法院失去了对联邦行为的司法审查权，联邦不至于陷入危险；而如果对州的行为没有这种权力，则联邦势必处于危险境地。

第二节联邦管辖权的基础

一联邦音辖权的宪法基础

宪法第三条规定，“ 联邦司法权 ” 属于最高法院和国会 “ 可能 ” 设立的下级法院（包括巡回上诉法院和联邦地区法院）。只有最高法院的存在有宪法保证。第三条中的这些法院与国会根据宪法第一条规定设立的法院不同，它们必须在宪法第三条所仔细划定的管辖界限之内行事。如果一个案件或一桩诉讼不属于第三条中某一具体范畴，则国会不能以合乎宪法规定的方式给予联邦法院管辖权，使之审理该案件，法院必须因为缺乏管辖权而拒绝受理。研究美国宪法法者必须认识到，宪法第三条规定了根据该条设立的联邦法院之管辖权的终极范围。宪法第三条按标的物确定的管辖权的比较重要的一些例子是：引用美国宪法、法律和条约而产生的案件（联邦问题管辖权）以及涉及不同州公民的案件（不同州问题管辖权）。

因此，联邦法院的管辖权，包括联邦法院中管辖权的两个源头——联邦问题管辖权和不同州问题管辖权，与联邦司法权本身一样，都源自宪法。但是，在第三条规定的这些范围之内管辖权的行使，至少在大致原则上需要遵照国会的意见。宪法供给汽油，但控制油门的是国会。

二最高法院管辖权的基础

宪法第三条规定，涉及大使、公使和领事以及一州为一方当事人的一切案件，初审管辖权均属于最高法院。国会不可以扩大宪法规定的最高法院初审管辖权范围，“ 马伯里案 ” 令人注目他说明了这一点。然而，国会已作出规定，对这种初审管辖权之中的某些部分，最高法院应与联邦地方法院共同行使。见《美国法典》第 28 卷，第 1251 节。

宪法第三条还规定，在联邦司法权范围内的所有其他案件中，最高法院有上诉管辖权，“ 但须依照国会所规定的例外和规章。 ” 根据这一 “ 例外 ” 规定，国会必须授予最高法院上诉管辖权事项，并可以撤销其上诉管辖权事项。国会没有在宪法第三条的范围内授予最高法院全权，则被视为国会联邦司法授权的默示例外，甚至授予上诉管辖权后，仍可以把它撤销。因此，在 “ 麦卡德尔单方面诉讼案 ”（1869 年）中，最高法院维护了国会的一项法令，该法令撤销了最高法院对签发人身保护状的上诉管辖权，虽然这一案件当时已经口头委托给最高法院受理。国会在 “ 麦卡德尔案 ” 中撤销最高法院上诉管辖权的行动属于宪法第三条中所设想的那些 “ 例外 ” 之一呢，还是一种不能容忍的对分权原则的侵犯？最高法院裁定：它属于一种 “ 例外 ”。

“ 麦卡德尔案 ” 带来的潜在危害既严重而又持久。在有争议的领域内，如用校车接送学生、学校祈祷、堕胎、国内安全和重新分配议席等问题上（这里列举的仅仅是几个比较新近的例子），“ 麦卡德尔案 ” 一直成为一再企图合法地侵蚀联邦法院——包括最高法院——管辖范围的基础。

然而，许多因素降低了 “ 麦卡德尔案 ” 的作用。首先，从涉及到的事实看，它的先例价值不像乍看上去那样令人注目。“ 麦卡德尔案 ” 并没有堵死最高法院人身保护状管辖权的全部途径，只不过堵死了其中一条，“ 耶格尔单方面诉讼案 ”（1968 年）就证明了这一点。同样，“ 麦卡德尔案 ” 并没有严重打击联邦法院管辖权的主要功能，如最高法院审查州法院关于合宪性裁决的权力，这种权力维护了联邦法律的统一性。由于只能把 “ 麦卡德尔案 ” 看成是涉及最高法院管辖权的一种非重大的例外情况，或者说得更狭义一

些，只是剥夺了一种补救措施，因此不应把对这一案件的判决看成是主张彻底改变联邦司法部门在现代美国制度中的作用。另外，即使承认国会有广泛的权力把若干问题作为“例外”，使之不在联邦司法权范围内，也并不影响宪法对国会权力行使的某些可能的限制。例如，国会收回联邦法院审查刑事定罪之合宪性问题的权力，这是否违反了关于正当程序保证的规定呢？如果收回联邦法院下令采取唯一可行的有效补救措施以维护正义的权力（例如要求用公共汽车或校车接送学生的权力），是否第五条修正案中体现的平等保护保证就失去效力了呢？

简言之，道格拉斯大法官先生在“格利登公司诉兹达诺克案”（1962 年）中发表的意见很有分量，虽然他的意见是以异议的形式提出的。他说：“有一个非常严肃的问题，这就是：“麦卡德尔案”的判决在今天是否仍代表大多数人的意见。”另一方面，更注重宪法第三条字面意思的人可能会赞成法兰克福特大法官的看法，他在“国民互助保险公司诉滨海转运公司案”（1949 年）中，就最高法院管辖权的脆弱性发表了极为严峻的意见：“国会不必给予最高法院任何上诉管辖权；它可以把已经授予的上诉管辖权收回，甚至当一个案件正在审判过程中它也可以这样做。”根据这种观点，宪法制定者的初衷是，由国会决定是否需要设立联邦法院，至少是那些低于最高法院的联邦法院；而且由国会决定应在什么情况下行使联邦司法权。

三审查的法定形式

1988 年，国会对阐述最高法院管辖权基础的成文法作了重大改变。在过去，上诉与调卷令调取案卷复审的令状是不同的，前者从技术上说是一个权利问题，后者则涉及酌情行事。现在这种区别已成为历史。现在使最高法院审查下级法院判决的主要途径是利用调卷令。见《美国法典》第 28 卷，第 1254 和 1257 节。调卷令管辖权是一种斟酌决定权。因此，这意味着最高法院几乎可以完全自己决定是否要审理某一案件。从技术上说上诉是一个权利问题，在必须召开“三法官联邦法庭”审理的数量有限的案件中，这种方式仍然在采用。见《美国法典》第 28 卷，第 1253 节。但是这里需要注意的基本问题是，由最高法院判决的案件绝大部分是通过调卷令送到最高法院的。

发出调卷令的原因有多种。或许最明显的原因是各联邦上诉法院之间发生了冲突。但是最高法院还注意到，当下级法院裁决了重大而新奇的联邦宪法问题时，或者当州法院裁决了一个宪法问题而它的裁决可能与最高法院过去的裁决发生矛盾时，也需要发出调卷令。宪法法研究者应注意，发出调卷令只需要 4 名大法官同意。这意味着，多数大法官可在其后裁定发出调卷令时不够慎重。拒绝发调卷令并不是根据判案的是非曲直作出的安排，也不表示对下级法院的判决是赞成还是反对。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

第三节司法审查的宪法和政策限制

即使一个案件看来在宪法第三条规定的联邦管辖权范围之内，仍不能保证联邦法院会按这一案件的是非曲直作出判决。根据宪法第三条设立的法院可以根据现行的若干原则避免处理宪法问题，从而拒绝受理该案件。这些原则主要来自两个方面。首先，这些原则可能植根于宪法条文本身。例如，宪法第十一条修正案至少是在字面上禁止联邦法院在未得到一州同意的情况下，受理对该州提出的诉讼。对司法审查的另一宪法条文限制是宪法第三条。该条规定，根据该条设立的法院的管辖权局限于有关的“案件和争讼”。第二种主要限制因素产生于法院自身在行使司法审查权过程中的自我抑制感。最高法院确定自己在法律政治制度中的地位时曾宣称，它将“在处理宪法争议问题中遵循一种严格必要时方予受理的政策。”见“救援军诉洛杉矶市法院案”（1947 年）。

一宪法限制

（一）第十一条修正案的限止性规定

在确定联邦法院的标的物管辖权时，宪法第三条第二款列举了一系列情况，在这些情况下联邦法院可以受理对一州提出的诉讼。然而，有种种迹象表明，人们普遍认为，在没有得到某州同意的情况下，主权豁免权往往阻止对该州提出这类诉讼。但是在“齐泽姆诉佐治亚州案”（1793 年）中，最高法院允许一州的公民在联邦法院对另一个州提出诉讼。作为主权州，一个州不容许某些诉讼在本州法院内提出，而联邦法院居然可以受理他州公民对该州提出的这种诉讼，这实在令人震惊。结果，对“齐泽姆诉佐治亚州案”的广泛反应导致了继《人权法案》之后第一条修正案的通过。第十一条修正案否定了“齐泽姆案”，规定：“合众国的司法权，不得被解释为可以扩展到受理由他州公民或任何外国公民或臣民对合众国一州提出的或起诉的任何普通法或衡平法的诉讼。”利用主权豁免权学说对该修正案所作的司法解释，把限止性规定扩大到一个州的公民对本州的诉讼〔见“汉斯诉路易斯安那州案”（1890 年）〕，还扩大到外国公民对州的诉讼。

然而，第十一条修正案并没有阻止对州政府行为进行联邦司法审查，尽管从字面上看该修正案似乎有这种作用。首先，它只阻止对州或其机构的诉讼，而不阻止对各地方政府及其机构的诉讼。见“湖区地产公司诉塔霍地区规划局案”（1979 年）〔最高法院裁定，第十一条修正案不阻止对塔霍地区规划局的诉讼，因为该规划局的行为使它更像县属的或市属的机构，而不是更像州属的机构〕。

其次，州可能同意在联邦法院中被起诉。这种例外确实产生一个逻辑问题，因为通过第十一条修正案意味着排除对州提出的诉讼中的“司法权”。当宪法规定司法权不得扩展到那种案件时，一个州怎么会把管辖权授予联邦法院呢？法院把第十一条修正案看成是在主权豁免学说基础之上授予个人的豁免权。这种豁免权可以放弃。虽然这种解释使后来的法院感到满意，但在逻辑是并不那么令人信服。

第三，也是最重要的一点是这样一种原则：当一名官员的行为违宪时，他的行为就不算是州政府的行为，至少在第十一条修正案的范畴内是如此。这一规则，即“扬单方面诉讼案”（1908 年）的原则，类似于英国普通法戒律：“国王不会有错。”根据这一原则，州的行动绝不会违宪，因为第十一

条修正案提供了主权豁免，使之免受合宪性审查。然而，州的官员以个人资格行事时可能违宪，在这种情况下，他们受联邦管辖，第十一条修正案不为他们提供庇护。维护联邦宪法权利之需要占了上风。因此，当据称州的一些官员的违宪行动在肯特州立大学造成一些学生的死亡后，不能用第十一条修正案禁止对他们起诉，见“ 朔伊尔诉罗德斯案 ”（1974 年）。然而，第十一条修正案被解释为禁止联邦法院发出要求州官员按照州法律行事的命令，因为在这种情况下，州是真正有关当事方，不存在需要维护联邦权利的问题。见“ 彭赫斯特州立学院和医院诉哈尔德曼案 ”（1984 年）。

“ 扬单方面诉讼案 ”所确立的第十一条修正案阻止性规定之例外对美国宪法法的发展有着极为重要的意义。如果没有“ 扬单方面诉讼案 ”原则，让难以驾驭的各州服从单一联邦宪法法规则就会比较困难。例如，州立法代表名额分配不公平的问题就难以在违反桀骜不驯的各个州的意愿的情况下，在联邦法院得到解决。总之，没有“ 扬单方面诉讼案 ”，重新分配议席的决定就不可能做出，第十四条修正案的规定就会因为第十一条修正案而搁浅。但是援引该原则的确引起逻辑上的不通。一名州官员的行为怎么可以在为确定是否违反第十四条修正案之目的时构成“ 州政府行为 ”，另一方面又不算是州政府行为，不能援引第十一条修正案的阻止性规定呢？佩卡姆大法官先生在对“ 扬单方面诉讼案 ”作出判决时，一直想找出这一问题的答案，但这个答案像电影子一样，始终未能被他抓住。于是他干脆闭口不谈这一问题。后来的联邦法院也不认真探究这个问题。一些评论家认为，如果要进行解释，需要

说的全部内容是，第十四条修正案只是对第十一条修正案的限定。

当所要求的救助实际上构成了对州金库的追溯支出而与判该州损害赔偿无什么区别时，第十一条修正案将阻止这种诉讼。见“ 埃德尔曼诉乔丹案 ”（1974 年）。构成“ 扬单方面诉讼案 ”原则之例外的“ 埃德尔曼案 ”并不阻上可能出现的补偿，即使这种为执行法院命令所作的补偿涉及到州的支出。现在我们举例说明这一问题：在“ 赫托诉芬尼案 ”（1978 年）中，最高法院裁定，州监狱官员因背信弃义的违宪行为败诉而彼裁决支付律师费用，这是不违反第十一条修正案的，即使这一裁决的最后结果是由州政府来支付费用。同样地，为执行取消种族隔离的命令，司法部门强使州政府支付有关费用，被看成是一个附属问题，并不违反第十一条修正案。见“ 米利肯诉布拉德利案 ”（1977 年）（“ 米利肯案之二 ”）。

第十一条修正案豁免的最后一个例外是，国会有权根据第十三条修正案第二款、第十四条修正案第五款和第十五条修正案第二款的规定制定法律。这几条南北战争时期的修正案是继第十一条修正案之后通过的，对州政府行为施加了具体限制。这几个条款都规定，国会有权以适当立法实施这些保证。根据这种授权，国会可以通过立法制定补偿措施，即使这些措施是针对州政府的。见“ 菲茨帕特里克诉比泽尔案 ”（1976 年）。同样，国会有权根据贸易条款立法，废除各州的第十一条修正案豁免权，使一个州作出金钱损害赔偿。见“ 宾夕法尼亚州诉联合煤气公司案 ”（1989 年）。国会废除州第十一条修正案豁免权的意图必须“ 在法规的语言中有清楚的表述，不要造成误解。 ”见“ 阿塔斯卡德罗市州立医院诉斯坎伦案 ”（1985 年）。还应当注意，州本身可以自愿放弃第十一条修正案规定的豁免权。但这种放弃应清楚地表达：“ 因此，为了使一项州的法规或宪法条款构成放弃第十一条修正案规定

的豁免权，它必须具体说明该州同意在联邦法院接受诉讼的意愿。”一个州根据 1973 年联邦《复兴法》接收联邦资金，仅此本身并没有放弃它的第十一条修正案豁免权。见“阿塔斯卡德罗市州立医院诉斯坎伦案”（1989 年）。但是纽约和新泽西州港口管理局在同意以下两个条件时放弃了第十一条修正案的豁免权：一、同意为建立港口管理局而签订的两州法定契约中的诉讼条款；二、同意两州契约中的地点条款，该条款提到由美国建立的司法区。见“港口管理局跨赫德森公司诉菲尼案”（1990 年）。

在“阿塔斯卡德罗市案”中，布伦南大法官为限制第十一条修正案的范围做出了重大努力，但没有成功。他慷慨激昂地发表了不同意多数大法官意见的长篇讲话，指出，无论从字面意思还是从历史上看，第十一条修正案的意图都只是为了阻止在联邦法院中对州政府提出跨州诉讼，即乙州的公民对甲州提出诉讼。马歇尔、布莱克门和史蒂文斯三位大法官赞成他的意见。1890 年，“汉斯诉路易斯安那州案”为第十一条修正案作了一条注释，把甲州公民在联邦法院对甲州提出诉讼也作为禁止之列。布伦南认为，“汉斯案”强加给第十一条修正案的注释是错误的，应当翻案。鲍威尔大法官代表最高法院驳斥了对“汉斯案”的这种攻击。他说，第十一条修正案是州主权豁免原则的体现，这一原则植根于对州主权的正当关切。

最后，如果提交州法院的诉讼提出有关联邦的争议问题，第十一条修正案不禁止最高法院进行审查，即使第十一条修正案禁止该诉讼首先在联邦法院提出。这一结果建。立在联邦需要有统一法律之基础上。见“麦克森公司诉含酒精饮料管理处案”（1990 年）。

（二）“案件或诉讼”规定

在界定联邦法院按标的物确定的管辖权中，宪法第三条是以“案件”和“诉讼”作为标准的。最高法院说，这种语言要求诉讼以对抗的形式，在对抗的背景下提交联邦法院，能够以司法判决的形式解决，而且它的解决不违反对司法审查起限制作用的分权原则。见“韦拉斯特诉科恩案”（1968 年）。因此，最高法院不就联邦宪法问题提供咨询意见——它只对“实际存在的”诉讼进行判决。根据宪法第三条设立的联邦法院甚至连极为重要的宪法问题也不能着手解决，即使国会和总统要求它们这样做。因此，国会不能使合众国成为联邦法院中的被告，除非合众同真正地与原告有利害冲突。见“马斯科拉特诉合众国案”（1911 年）。此外，希望由联邦法院解决宪法争议问题的各方不能仅仅根据他们自己的意愿授予法院管辖权。如果双方仅仅是对某一争议问题感到好奇，他们之间并没有真正的对抗，则宪法的阻止性规定——关于案件和诉讼规定——会要求不受理这种诉讼。

禁止提供咨询意见之规定所体现的“实际存在的”争讼原则表明了美国立宪制度中的重大矛盾之一。最高法院承担的任务是制定超越直接诉讼各方的一般原则，但却又坚持，这些原则必须产生于争讼各方之间的实际争执之母体中。这反映了法院实行的是对抗制。这也证明了法院依靠实际经验主义作为裁决宪法问题的最佳手段，即使所涉及的是一些最根本的问题。这样做的意图似乎是，坚持实际诉讼原则将限制和约束法院无可争议的产生新宪法学说的权力。如果对案件或诉讼规定进行这种分析，则很明显，它也符合分权原则之目的。为确保争讼和有节制地使用司法权所付出的代价是，法院常常推迟，实际上有时放弃行使它的特有权力。此外，一项违宪法律的实施必然造成危害，即使以后会作出违宪的判决，但在我们等待案件和诉讼从胚胎

到发育成熟期间，这项法律造成的危害可能是以后的判决永远不能消除的。因此，当首席大法官约翰·杰伊拒绝就条约问题向国务卿杰佛逊提供一搬性法律咨询时，所涉及的问题不只是法院方面不愿意为行政部门进行法律研究，而是还有其他问题。

二政策限制

与宪法第三条中案件和争讼语句产生的宪法限制作用密切相关的是各种政策限制，这些政策限制是联邦法院规定的，它们借助这类限制避免根据是非曲直处理宪法问题。因此，在“阿什旺德诉田纳西河流域管理局案”（1936年）中，最高法院表示，它避免审理在友好的非对抗性的诉讼程序中提出的宪法问题。同样地，根据传统准则，联邦法院除非在绝对必要时不愿审理宪法问题。实现这种方式的避免审理，常常是依靠提出替代的进行非宪法审理的依据，如果能找到这种依据的话；或者是对一项法令作出可以避免出现宪法问题的解释。还有，联邦法院可以假定立法是合宪的，把证明其违宪的责任推到质疑方身上。

所有这些原则都反映了联邦司法系统在行使司法审查中，最高法院十分注意自我约束。最高法院多次得到的告诫是，对最高法院权力的唯一限制是它自己的自我约束感。为自我抑制提供正当依据的诸多因素包括：（1）在宪法案件中司法功能的微妙性；（2）建立在宪法基础之上的判决的相对终极性；（3）需要适当考虑“享有宪法权力的其他部门”；（4）需要维护宪法规定的权力分配，包括法院的权力分配；（5）“司法程序固有的限制”，见“救援军诉洛杉矶市法院案”（1947 年）。最高法院称，尊重这种对司法权使用的限制，为私人权利提供了较为牢固的基础。如果最高法院积极参与政治进程，这种基础会变得较为脆弱。

仔细考虑避免不必要的宪法判决之政治理由就会发现，它们与宪法第三条中案件和诉讼规定所产生的限制一般是互相重叠的。这指出了贯穿于后面大部篇幅讨论中的一个关键问题。在最高法院避免就是非曲直作出判决的案件中，常常难以确定阻止判决的障碍是来自宪法还是来自最高法院的自我约束感。然而，这种区分很关键。如果是政策障碍，那么，在存在着需要作出判决的重要因素时，是可以设法避免的。从宪法第三条关于“司法权”（即联邦法院管辖权）的规定中派生出关于司法审查的限制，虽然国会不能推翻这种限制，但它可以通过颁布立法的形式，使联邦法院受理它可能以政策或（现在常称之为）“慎重考虑”为由拒绝审判的诉讼。

第四节限制司法审查的具体原则

宪法第三条关于案件和诉讼的规定以及与之密切相关的政策考虑表现为若干具体原则，根据这些原则，联邦法院拒绝受理某些案件而不去辩明其是否合宪。为方便起见，可以围绕着三个基本问题把这些学说加以归并：第一，什么人可以对是否合宪问题提出诉讼（即诉讼资格问题）？第二，何时可以对是否合宪问题提出诉讼（即时机问题，例如成熟性，列为假设案件和抽象问题①）？第三，什么样的宪法问题可以向联邦法院提出诉讼（即标的物问题，例如政治问题原则）？

一 什么人可以提出诉讼——诉讼资格问题

（一）宪法中关于诉讼资格的规定

什么人可以就合宪性问题提出诉讼，这一问题既涉及案件和诉讼条款的规定，又涉及作为司法部门自我约束基础的政策考虑。就宪法第三条关于案件和诉讼的规定而言，最高法院要求，寻求司法救助的各方所提出的争执问题的结果对之有严重的个人利害关系，从而确保具体的对抗，这种具体的对抗使问题的陈述尖锐化，最高法院在很大程度上正是依靠问题陈述之尖锐来阐明困难的宪法问题。见“贝克诉卡尔案”（1962 年）。为了表明这一“个人利害关系”之存在，诉讼当事人必须提出所控告的违法事件所造成的实际损害，即这种损害“可公正地追溯到”政府行为，通过所要求的司法救助“可以得到补偿”。此外，诉讼当事人还必须表明，他的身分使他有资格寻求他所要求的司法救助。见“洛杉矶市诉莱昂斯案”（1983 年）〔起诉人过去出警察使用了制服疑人所用的手法而受到损害，并不使他具备强制性司法救助的资格。〕1.实际损害。个人利害关系的规定并不一定意味着是在法律上受到损害。确切他说，这一规定是要诉讼当事人表明受到某种事实上的损害。其形式可以是经济损害，美感方面的或环境方面的损害，甚至可以是无形的损害，如在取消种族隔离的社区内生活能力方面所受的损害。举例来说，一名医生有资格提出民事诉讼对州的堕胎法提出质疑，因为他或许能够证明，受质疑的法律①原文是“弃权”(abstention)，从后面看，应是 abstractness 之误。——译注使他蒙受了经济损失。见“辛格尔顿诉伍尔夫案”(1976 年)。住在准备建核电厂社区的居民或许能够证明，对环境的实际损害严重到足以对使建设核电厂成为可能的联邦法规的合宪性提出质疑。见“杜克动力公司诉卡罗来纳环境研究小组案”（1978 年）。如果房地产经纪人的经营活动损害了一条街道的居民或一个村庄的村民建立和维持稳定的无种族隔离社区之能力，这些居民和村民根据宪法第三条有足够的资格对房地产经纪人的活动提出诉讼。见“格拉德斯通房地产经纪人诉贝尔伍德村案”（1979 年）。

应当注意，国会可以通过法规确立一种权益，如果剥夺这种权益就可以说成是构成了实际损害。见“沃思诉塞尔丁案”（1975 年）。授予联邦管理机构权力的法律中的“受害人”条款准许联邦行政行为的受害者在联邦法院提出诉讼，这些条款是上述法规的典型。

一名州参议员想展览某些外国影片，而根据联邦的 1938 年《外国代理人登记法》的规定，他必须在这些影片上加上“政治宣传”的标签。在这种情况下，他就有资格对该登记法提出质疑。这名州参议员提出质疑的根据不只是“主观的不寒而栗”。他展览这些贴了标签的影片势必使他个人的名誉、使他的政治和专业声誉招致受损失的风险，同时损害他重新当选的能力。宣

布该登记法违宪的判决使这名参议员获得自由，不必在展览这些影片和使自己的名誉受损这两者之间作出抉择，从而为他可能受到的损害提供了补救。见“米斯诉基恩案”（1987 年）。

一项租金控制法令规定，在决定是否增加租金时，可以考虑“给承租人带来的困难”这一因素，一个房东协会的成员获裁定有资格对该法令提出质疑。房东的租金收入与无这一法令时相比可能会减少，同时这一法令又有可能实施，这对房东来说足以构成宪法第三条所要求的实际损害。见“彭内尔诉圣何塞市案”（1988 年）。请注意，在这些案件中，资格不是取决于所诉讼的法律问题。相反地，资格只反映存在着实际损害。

在思想意识上反对政府的政策不足以满足实际损害要求。所受到的损害必须超出仅仅是对所质疑的法律的“一般性的不满”。少数种族的成员或低收入与中等收入者不能仅仅因为他们的种族或收入水平而具有对一项排他性的城市规划条例提出质疑的资格。他们必须表明，遭到他们反对的法律给他们本人带来某些直接的或间接的损害。在“沃思诉塞尔丁案”（1975 年）中，诉讼当事人未能表明有哪一家房地产投资开发公司愿意建造适于他们需要的住房，而城市规划法使该公司不能这样做。同样，诉讼当事人没有能够提出或指名一家有具体建房计划的房地产投资开发公司，而城市区划法使它的造房计划无法实施。另一方面，在“阿灵顿海茨村诉大都会住房开发公司案”（1977 年）中，一名黑人诉讼当事人希望在靠近工作地点处有住房，而他又有能力购买一个房地产投资开发商希望建造的住房，他获裁定有资格控告排他性的官方行为是种族歧视性的。一个非营利性的房地产投资开发商同案中的原告，他已经签约购买土地用以建造种族混居的住房，他也获裁定有诉讼资格，因为他为规划中的建房计划支出了资金，因而蒙受了经济损害。此外，最高法院指出，“〔房地产投资开发商〕希望在适用的低档注房缺乏的地区建造这种任房，他的希望遭到挫折，”这种挫折反映了一种不太具体的损害，从这种不太具体的损害中也可以找到实际损害。

2. 因果关系。为了具有诉讼身份，质疑方必须表明，实际损害是由受到他们质疑的政府行为引起的。他们必须表明，从所断言的报害完全可以追究被称为非法的政府行为。换言之，原告必须表明，他本人有“相当大的可能性”从所要求的司法救助中得到好处；他必须表明，所要求的司法救助将补偿他所说的受到的损害。在诉讼当事人声称作为被告的政府的行为违反宪法，促使未出庭的第三方采取了损害诉讼当事人之行动的情况下，这一因果要求构成了重大障碍。在“艾伦沂赖特案”（1984 年）中，奥康瑙尔大法官使许多人深感意外地宣称，因果关系要求履行了人们对分权的关注；这种要求有助于阻止司法部门阻挠行政部门制定的行政管理政策。 在‘艾伦诉赖特案”（1984 年）中，诉讼当事人称，国内收入署没有剥夺实行种族歧视的私立学校的免税地位，这削弱了他们自己的子女接受无种族隔离教育的能力。最高法院以 5 比 3 作出裁决。奥康瑙尔代表最高法院发表意见说，控告提出了一种充分的损害要求，但是并没有表明从这种损害完全可以追究国内收入署的行为。虽然诉讼当事人举出了享受免税待遇的若干实行种族隔离的学校的名字，但并不能确切弄清有多少实行种族隔离的学校从税额优惠中得到好处。此外，取消税额优惠将迫使实行种族隔离的学校改变招生政策，这只不过是一种推测——要彻底改变学校的种族成分需要家长和官员集体作出响应。此案中的因果关系“充其最说不够充分”。诉讼当事人还说，给予

需要全本请访问 www.ertongbook.com

实行种族歧视的学校税额优惠给少数群体成员带来“蒙受耻辱的损害”。这种说法遭到驳斥，因为诉讼当事人没有能够“举出”他们本人因为被剥夺平等对待地位而蒙受的“耻辱性损害”。　　但是，奥康瑙尔大法官并没有就此完结。以前的案件表明，宪法第三条的诉讼资格只涉及询问诉讼当事人是否有足够的对抗理由提出诉讼；对于维护分权而对司法干预之适宜性的关注并不是宪法第三条中诉讼资格的关键问题。见“弗拉斯特诉科恩案”（1968年）。但是奥康瑙尔大法官宣称：“宪法第三条关于诉讼资格的法律是建立在一种单一的基本思想——分权思想——之上的。像在“艾伦案”中所涉及的诉讼将促使“对政府部门为履行其合法责任

而确定的具体方案进行质疑，提出诉讼。”这种诉讼“很少是恰当的（即使偶尔有恰当者），因为联邦法院不是对政府履行职责情况发泄一般性不满的适当场所。”奥康瑙尔大法官明确地表示接受这种原则：可以用对分权原则的关注“来解释诉讼资格要求中‘完全可以追究’的规定。”

史蒂文斯大法官对判决持异议，他指出，首先，这种损害是“完全可追究的”。税额补贴本身的目的就是鼓励某种行为；为因某种具体的不良行为而取消这种补贴将阻止那种行为，这是合乎逻辑的结果。此外，基本的经济法则是，如果实行种族隔离方式的教育花费很大，实行这种教育的学校就会减少。但是史蒂文斯大法官从更广的意义上对最高法院把分权原则作为诉讼资格理论的一部分提出异议。对司法部门干预行政部门行使其特权之方式的关切只是与审慎考虑相关联，而不是气管辖权相关联：“原告对诉讼结果兴趣之强弱与所寻求的司法救助是否侵犯政府其他部门的特权没有任何关系；司法救助可能不恰当并不减弱原告对得到那种救助的兴趣。”

另一方面，最高法院维护了下级法院的一项裁决：核电厂运作造成的环境损害与联邦的《普赖斯一安德逊法》之间有因果关系。下级法院的判决是，损害完全可以追究到该法对核事故潜在责任的限制规定。这种判决没有明显的错误，因为该法使建设核电站成为可能。虽然即使没有这项联邦法律，仍有可能建设这些核电厂，或者政府建设自己的核电厂，但最高法院认为，原告没有必要排除其他各种可能性。见“杜克动力公司诉卡罗来纳州环境研究小组案”（1978 年）。

最高法院在“艾伦诉赖特案”和“杜克动力公司案”中对因果关系的处理表明关于因果关系的规定缺乏精确性。因果关系每次在法律中出现都是一个困难的概念，在宪法领域中同样如此。人们完全可以说，最高法院在“杜克动力公司案”中对因果关系问题的处理部分是由于它对裁决涉及核动力的重要宪法和政策问题有较大兴趣。或许基于这一原因，不应把“杜克动力公司案”看成是对于因果关系规定作了过于宽松的解释。“艾伦诉赖特案”表明，有可能把因果关系的规定作为一种工具，用以把人们从分权考虑而对使用司法权之适宜性的关注灌输到诉讼资格法问题之中。虽然通常把与司法作用有关的“正当性”考虑看成是贴着正当性标签的审慎考虑，但“艾伦案”表明，这些考虑可能在未来成为阻挠提出宪法诉讼的较难克服的管辖权障碍。

（二）联邦纳税人诉讼资格

联邦纳税人对联邦资金的斤支一般没有足够大的个人利害关系，不能对联邦支出的合宪性提出质疑。联邦税收变成国家总收入的一部分，不再与某一具体纳税人单独发生联系。如果对一项联邦支出措施的质疑获得成功，取

消或禁止该方案的司法救助使纳税诉讼当事人获得经济利益的可能性极小。如最高法院在“弗罗辛厄姆诉梅隆案”（1923 年）中所说：“援引司法权的一方必须能够表明，由于该法令的实施，他已经蒙受了或者立刻要蒙受某种直接损害，而不只是与广大人民一道以某种不确定的方式受到损害。”然而，一直不清楚的是，“弗罗辛厄姆案”中表现出的联邦纳税人起诉权障碍是源于宪法第三条的案件和诉讼规定，还是一种产生于司法自我约束的审慎考虑。

虽然最高法院从未彻底消除这种不肯定性，但现在已经确定，如果以下两个条件能得到满足，联邦纳税人就可对支出措施提出质疑：第一，纳税者诉讼当事人必须是对征税和用钱权力的行使提出质疑，而不是对以一项管理措施为依据的临时拨款提出质疑。例如，纳悦人不能以纳税人的身份享有起诉权而对国会为实施联邦防污染法律向某一单位拨款提出质疑。第二，纳税人必须断言，受到质疑的法规违反了宪法对征悦和用钱权力的具体限制规定。因此，在“弗拉斯特诉科恩案”（1968 年）中，最高法院裁定，一个联邦纳税人有诉讼资格对有利于教会学校的联邦开支提出质疑，理由是这种拨款违反了第一条修正案中不得确立国教条款。禁止确立闰教的历史目的之一就是防止把政府的钱用于宗教。

在“弗拉斯特案”之后仍然不清楚的一个问题是，“弗拉斯特案”检验标准中的第二种关系，即原告的法律要求与征税和开支权力之间应有联系的规定，是源于宪法第三条呢，还是仅仅是最高法院可自由放松的一种审慎考虑。不过，现在已经确定，只有当联邦纳税人诉讼资格受到怀疑时，才必须满足重点放在诉讼当事人法律要求上的第二种关系。见“杜克动力公司诉卡罗来纳少环境研究小组案”（1978 年）。关于诉讼资格的争辩——这种争辩不仅围绕祷联郑纳税人诉讼资格——其检验标准仍然是政府的法律规定是否引起了实际损害。

在“瓦利福奇基督教学院诉争取政教分离美国人统一组织案”（1982 年）中，最高法院引人注目地展示了“弗拉斯特案”所承认的联邦纳税人资格的狭窄性。被告对卫生、教育和福利部把剩余资金赠给该学院提出质疑，认为它违反了不得确立国教条款。最高法院裁定，被告缺乏联邦纳税人诉讼资格，因为他们质疑的是一个行政管理机构的行为，而个是国会的行为。另外，土地转让是根据宪法第四条的财产条款进行的，不是国会征税和开支权的行使。

如果州的纳税人不能表明受到了“直接损害”，如钱财损失，则不具有联邦诉讼资格，即使州纳税人地位可能足以使他在州法院有诉讼资格。见“多里默斯诉霍索恩行政区地方教育委员会案”（1952 年）。然而，如果州法院的判决给原告造成“直接、明确和具体的”损害，最高法院可以通过调卷令行使复审管辖权。即使在原诉开始时原告可能不能满足联邦诉讼资格之要求，最高法院仍然可以这样做。见“美国熔炼公司诉卡迪希案”（1989 年）。

（三）公民诉讼资格

在无国会制定的有关法律的情况下，公民缺乏对联邦行为的合宪性提出质疑的诉讼资格。公民就其作为公民的身份而论，被认为只有广义的冤情，这种冤情与其他公民的冤情无法区分。如果提出起诉，譬如说控告一个联邦机构的行为违反宪法的某一具体条款，该起诉将因缺乏诉讼资格而不能成立。因此，对于授权中央情报局局长一人批准经费开支的一项联邦法令，一

位公民没有诉讼资格提出质疑，说它违反了宪法第一条第九款第七项中关于应经常公布公款帐目的规定。公民需要了解有关情况以便能够胸中有数地投票之说法，被裁定为只是广义的冤情，不属于具体损害。见“ 合众国诉理查森案 ”(1974 年)。另见“ 施莱辛格诉预备役人员制止战争委员会案 ”(1974)。〔公民无诉讼资格对国会议员在武装部队预备役工作的做法提出质疑，说它违反宪法第一条第六款第二项中关于禁止众议员担任合众国管辖下的任何职务的规定。〕对联邦行为的质疑即使是建立在不得确立国教的条款上，仍不能为公民诉讼资格提供依据。在“ 瓦利福奇案 ”中，上诉法院裁定，不得确立国教条款为公民创立了一种个人的，但是共享的宪法权利，这种权利是与其他公民诉讼资格要求不同的。伦奎斯特大法官代表最高法院批驳了这种把公民诉讼资格与所声称的宪法权利相区别的努力。枚仅称宪法受到违犯并不确立宪法第三条所要求的个人受到实际损害。伦奎斯特大法官说，没有一个人有诉讼资格这一事实“ 不应成为寻找诉讼资格的理由。 ”从公民诉讼资格的障碍是以宪法第三条为根据这种意义上说，国会通过法令授予诉讼资格的能力是有限的。但请注意，国会可能通过法令为一个人建立法律权益。可以说，如果这种法定权益遭到破坏，就存在宪法第三条诉讼资格所要求的个人实际损害。见“ 格拉德斯通房地产经纪人诉贝尔伍德村案 ”(1979 年)。〔侵犯《1968 年民权法》所授予的权利被裁定足以赋予诉讼资格。〕

（四）第三方诉讼资格

第三方诉讼资格，法院常称为 jus tertii （第三者权利）。概括他讲，第三人诉讼资格的含义颇简单明白，甲方一般不被认为有提出属于乙方之法律权利的诉讼资格。即使甲方遭受足够大的实际损害，可以提出自己的合法要求，但这种诉讼资格仍不足以使他提出乙人的合法要求。这一规则的基础植根于“ 最适当的的原告 ”概念。在正常情况下，乙被认为是就涉及他的权利提出诉讼的最适当的人。最直接受影响的人也是最可能保证对案情作出适当陈述的人。这一规则同与案件和诉讼规定相关的对抗要求有明显的联系，但它也反映了法院在必须作出判决前避免涉及宪法问题的愿望（即判决的绝对必要性）。

实际上，现在已经确定，第三方诉讼资格规则完全是一种审慎理论。实际上，诉讼资格这一法律领域现在呈现出种种例外，这些例外几乎否定了这条规则。如果甲能提出充足的理由使自己就乙的合法要求提出诉讼，则可允许他这样做。在涉及第三方的情况下，不顾加 jus tertii （第三者权利）规则而最经常引用的允准诉讼资格的一些理由如下：如果乙提出自己的法定权利即使不是不可能，但也很困难，则可以准许甲提出乙的要求（假设甲有宪法第三条中的诉讼资格）。如果甲与乙之间有亲密的私人关系，法院还可能放松对第三方诉讼资格的限制。因此准许医生提出他的病人的隐私权利问题，对限制堕胎法律的合宪性提出质疑。医生和病人之间的关系是密切的私人关系。另外，要病人提出自己的权利也比较闲难，因为她可能希望避免公开宣传，从而不愿就自己的要求提出诉讼。见“ 辛格尔顿诉伍尔大案 ”(1976 年）。由于在购 买啤酒方面对男女作了不同限制的法律损害了销售人与潜在买主之间的关系，销售人有诉讼资格根据平等保护条款对有关法律提出质疑。见“ 克雷格诉博伦案 ”（1976 年）。

如果以下各项条件得到满足，各组织可以提出其成员的法定权利：一、成员本人必须受到实际损害，从而具有宪法第三条规定的诉讼资格；二、争

讼中涉及的权益必须与组织的宗旨有关；二、提出的要求和司法救助不要求各成员参与。见“亨特诉华盛顿州苹果广告委员会案”（1977 年）。组织诉讼资格是可以看到 jus ter- tii （第三者权利）的最活跃、最重要的领域之一。例如，利用组织诉讼资格就是环境问题诉讼的特点之一。

二何时可以提出诉讼——时机问题

（一）禁止把案件列为假设案件的规则

当导致司法判决的争议问题得到解决或不复存在，从而使司法判决不再有任何实际法律效力时，该案件就被说成是“假设案件”。在联邦宪法法中，假设案件理论显然是为在限制司法审查要求方面的所谓审慎考虑服务。但是，假设案件学说涉及宪法规定，对此我们应当了解。案件或诉讼要求具有法院能够解决的现实存在的实际争执。然而，应强调指出的是，对最高法院所定的假设案案并不能很容易地作出合理的解释。从许多最近的假设案件判决来看，假设案件学说正被最高法院作为一种策略手段使用，以此来避免解决没有一种观点能得到多数大法官赞成的有争执的宪法问题。

当马可·德富尼斯对华盛顿大学法律学院照顾少数民族成员入学的赞助性招生方案提出质疑时，他已是法律学院三年级学生。华盛顿大学表示，如果他能完成课业，不论最高法院如何判决，都准予他毕业。最高法院在“德富尼斯诉厄德高案”（1974 年）中裁定，这些事实已使该案成为假设案件。德富尼斯将通不过考试完全是一种猜测，即使这种可能性成为现实，他仍不会再面对当初的入学规定。最高法院受到宪法第三条规定的约束，虽然华盛顿州各法院未受其约束；实际上后者认为假设案件并不构成判决障碍。

虽然假设案件理论可能植根于宪法第三条，但这并不阻止联邦法院创设作为假设案件理论之例外的判例，这些判例与假设案件推理不尽一致。例如，如果一个案件被认为“会重复出现而又回避审查”，则联邦法院可以进行审查，即使是其具体事实类型可能应属于假设案件理论范围内。但是有争议问题的可重复性质如何克服宪法第三条的障碍呢？简言之，如何满足现实的对抗要求呢？

一个关于重复出现问题的典型案件是著名的堕胎案“罗诉韦德案”(1973 年）。案件送达最高法院时，已经过去了 9 个月，从技术上说这一案件已经成了假设案件。但最高法院说，这是一个“会重复出现而又回避审查的”案件的典型范例。即使罗夫人不再怀孕——她是有可能怀孕的——进行审查所需要的依据只是与她同类型的某个人能够怀孕。另一方面，马可·德富尼斯没有提出集团诉讼。对他本人来说，法律学院招生计划的合宪性问题不会再次出现。没有理由认为这一问题将再次“回避审查”。如果一件诉讼不是作为集团诉讼提出，那么只有当该问题对诉讼当事人来说“会重复出现”时，方可应用作为假设案件学说之例外的重复出现问题原则。见“波十顿第一国家银行诉贝洛蒂案”（1978 年）。

联邦《残疾人教育法》引起了另一个作为假设案件学说之例外的“会重复出现而又回避审查”的案例。一名学生因为与他的残疾有关的暴力破坏行为被校方开除，他感情冲动地寻求法院给他司法救助，对校方发出禁止令。这名学生 20 岁，但仍未读完中学课程。根据《残疾人教育法》他仍有资格在教育方面享受照顾，而且鉴于他有残疾，仍可能需要这些照顾。与此同时，校方仍坚持有权利把犯有暴力破坏行为的残疾学生开除出学校。在这种情况下，最高法院裁定该案不属于假设案件，因为很有可能这名残疾学生控告的

校方的行为会重演。另一方面，由于年龄增大而不再有资格享受《残疾人教育法》福利的一名学生提出的类似质疑被裁定为假设案件。见“赫尼希诉多伊案”（1988 年）。

假设案件理论的另一种例外是这样一种原则：“自愿停止非法活动”不能使一个案件成为假设案件，至少在犯法行为很有可能屯演的情况下是如此。这种例外得到了维护，但在“德富尼斯案”中被认为无效。这一例外的原因是，与之相反的规则会被人用来继续为非作歹，因为为非作歹者可以暂时收敛以逃避司法审查。但是这里义提出一个问题：自愿停止例外怎能保证满足宪法第三条案件或诉讼规定所要求的现实对抗这一条件呢？

在那些有重要未决附带后果的不常见案件中出现了第三种例外。因此，刑事定罪或判定精神不正常可以对一个人发生影响，即使在他被关押释放之后。

（二）成熟、不成熟和抽象

如果没有现实的损害或立即出现损害的严重威胁，联邦法院不会受理案件。必须是不利的事情正降临或立即要降临到一个人的头上。一个问题必须等到成熟才能诉诸司法解决乃是一条律令，这一律令的宪法基础又是宪法第三条的案件或诉讼规定。在“美国公用事业工人联合会诉米切尔案”中，禁止政府雇员参加政治活动的《哈奇法》受到质疑，最高法院运用成熟理论禁止对该案进行审查。虽然一名违犯《哈奇法》从而被威胁开除的雇员获准提出反对（尽管没有成功），但其他只希望从事政治活动而并没有实际行动的雇员则被禁止就该法提出反对。最高法院说，就后一种人而言，对他们将从事的政治活动的性质及政府可能作出的反应，人们只能推测而已。例如，就最高法院所知，政府可能不采取什么行动。然而，政府雇员从事政治活动需要到被解雇的程度方可提出合宪性问题，这一点未必妥当——应该是遇到即刻要发生的危险就可以提出合宪性问题。

但是，宪法第三条的规定再一次成为审慎考虑问题。甚至该争端从技术上说可能已经成熟，最高法院也裁定它为极不成熟或抽象。在“社会主义工党诉吉利甘案”（1972 年）中，一个小政党向最高法院上诉，对州的忠诚宣誓提出质疑，最高法院以诉状所述的危害不够明确具体为由，驳回了上诉。合宪性之争端未以一种“清楚而具体的形式”表述，即使诉讼资格和成熟性之技术要求得到了满足。最高法院说，不成熟和抽象两种问题给最高法院管辖权的行使带来了“不可逾越的”障碍，“救援军案”即属此例。在“社会主义工党案”中，最高法院难以从诉状中看出，该党是否曾经拒绝或者现在是否打算拒绝进行忠诚宣誓，从而经受可能出现的后果。例如，社会主义工党没有为它将拒绝在忠诚宣誓上签字提出辩护。该党完全有呵能打算在忠诚宣誓上签字并参加选举。

三对什么问题可以提出诉讼——政治问题理论

早在 1803 年，马歇尔首席大法官就在“马伯里诉麦迪逊案”中指出，有一类宪法案件联邦法院是不能审查的，因为“所涉及的问题是政治性的”。另一方面， 1821 年在“科恩诉弗吉尼亚州案”中，马歇尔首席大法官又说：“我们没有权利篡夺未授予我们的权力，同样也没有权利拒绝行使赋予我们的管辖权。”此外，现在已经变得很清楚，不应仅仅因为案件涉及政治价值观念或政治进程而拒绝行使管辖权。

那么，政治问题的“不可由法院审理性”的原因是什么呢？或者换一种

说法，怎样解释政治问题理论成为联邦法院审查案件之障碍的那些情况呢？“贝克诉卡尔案”（1962 年）是一系列解决州代表名额分配不公平问题的案件之先驱，在此案中，布伦南大法官权威性地论述了政治问题理论的基础和特点。布伦南大法官一开始阐述了这种前提：“政治问题的不可由法院审理性从根本上说是一种分权功能。”他说，从一定意义上讲，这一学说要求联邦法院确定某一问题是否根据宪法已交付联邦政府的另一部门。此外，根据不可由法院审理性理论，必须研究是否“能在司法上判明所声言的责任，在司法上确定其范围，以及是否可在司法上对所要求的权利规定保护办法。”虽然政治问题学说似乎植根于宪法第三条，但它的根本基础是在诉讼资格情况下法院的所谓审慎考虑。关于对这些审慎考虑的阐述，请见“救援军诉洛杉矶市法院案”（1947 年）。

布伦南大法官在“贝克诉卡尔案”中发表了一段后来经常有人引用的讲话，他在这段讲话中规定了判别政治问题案件的标准，反映了传统的、职能的和审慎的考虑。首先，布伦南大法官援引了一种传统的考虑。他说，如果“宪法条文表明这一事端属于另一个平行的政治部门管辖”，则该案件应被裁定为不可由法院审判。据认为，只有在宪法明文规定一项争端由联邦政府另一部门独立自主地斟酌处理的情况下，联邦法院才能理所当然地拒绝行使宪法第三条中规定的管辖权。其他人提出了这样的问题：“是否存在着完全划归政府其他部门、司法部门想审查也不能审查的争端。”布伦南大法官在“贝克诉卡尔案”中发表意见时支持了上述观点，他说：“最高法院是宪法的最终解释者。”或许，解决这一问题的最适当方法是承认，按照传统观点，有些问题主要交付行政部门或国会斟酌处理，但是认定这样交付的问题和行使所给予的斟酌权的合宪性仍要接受司法审查。

布伦南大法官在“贝克案”中提到的其他标准反映了与司法部门能力有关的职能上的考虑。因此，布伦南大法官想要联邦法院发问，是否“缺乏司法上可发现的和可以掌握的解决（问题）的标准”，或者希望他们考虑到，“在不预先从政策上确定显然属于非司法部门斟酌决定的一类问题的情况下，不可能进行判决。”沙尔普夫教授在他的文章《司法审查和政治问题：功能分析》（见《耶鲁大学法律杂志》第 75 卷第 517 页， 1966 年）中列举了这方面的一些考虑，如难以得到确切的信息以及需要政府有关部门就某一具体问题的可由法院审理性作出一致的决定杜等。

斯大林曾问道：“教皇有多少部门？”据一个杜撰的故事讲，安德鲁·杰克逊曾说：“约翰·马歇尔作出了决定，现在由他自己来执行好了。”同样地，正是由于担心最高法院和联邦各法院如果寻求解决“关于席位分配的这个不折不扣的一团乱麻问题”，它们会遭到失败，才使法兰克福特大法官在“贝克案”中发表了强烈的感到极度痛苦的不同意见。他说，根据我国的宪法，并不是对于每一项政治纠纷，对于每一次立法权的不适当的行使，都有一种司法补救办法。”但是对最高法院来说，根据平等保护条款对代表名额分配不公平问题提出的质疑涉及到第十四条修正案的标准。这些标准已得到充分阐述并为人们所熟悉。法院完全有能力辨明和行使宪法授予的权力。

布伦南大法官曾提出“法院要独立地作出裁决就必不可免地表现出缺乏对平行部门应有的尊重，”“非常需要毫无异议地烙守已经作出的政治决定，”“潜在着出现各部门对同一问题有种种不同意见的令人尴尬的局面之可能”。凡此种种，都反映了存在着政治考虑。已故教授亚历山大·比克尔把

需要全本请访问 www.ertongbook.com