

第一章 宪法基础理论

一、马伯里诉麦迪逊案

——宪法至上与横向司法审查

【案情述要】

马伯里诉麦迪逊案发生于美国建国不久，当时，在美国制宪初期就已经存在的联邦党人（Federalists）和反联邦人（Antifederalists）两大阵营的权力斗争不断发展，后者后来形成了以托马斯·杰弗逊（Thomas Jefferson）为首的（民主）共和党，并且它们之间的冲突在 19 世纪初已经达到了非常激烈的程度。1797 年联邦党人约翰·亚当斯（John Adams）当选为总统，之后，以亚当斯为首的联邦党人与以杰弗逊为首的（民主）共和党之间的政治角逐趋于白热化，至 1800 年总统大选时联邦党人与（民主）共和党之间的对立达到了高潮。1800 年 7 月，弗吉尼亚州选出的联邦党人众议院议员约翰·马歇尔（John Marshall）在任期届满后出任亚当斯总统的国务卿，以协助他竞选连任。结果，在该届总统选举中，（民主）共和党的候选人杰弗逊最后在 1801 年 2 月 17 日，也就是在总统就职日的两星期之前，经联邦众议院的投票当选为总统。此时，联邦党人遭受重大的失败，不但失去了总统的宝座，同时也失去了国会的控制权，因而联邦党人就将希望寄托于联邦司法部门以企图挽回败局。

1801 年 1 月 20 日，即将下台的总统亚当斯先行一步作出了惊人之举，任命刚刚上任不久的国务卿马歇尔出任联邦最高法院首席大法官。1 月 27 日，经过联邦参议院同意之后，马歇尔于 2 月 4 日正式赴任。但是此时马歇尔并未辞去国务卿的职务，而只是不领取国务卿的俸禄，这种状况一直持续到 1801 年 3 月 3 日亚当斯总

统任期届满时为止。

与此同时，联邦党人还在总统及国会任期终止之前作出了其他的一些政治安排，以便今后在（民主）共和党执政之后能够得以遵守法院并保存联邦党人的实力。1801年2月13日，国会通过了一个新的巡回法院法案（Circuit Court Bill），将联邦巡回法院的数量从3个增加到6个，并因此新设了16名巡回法院法官；同时，在首都华盛顿这一个对最高政治可能产生重大影响的特区增加了5个地区法院，在每一个地区还增加了一名检察官和一名联邦法官。

1801年2月27日，国会通过了一项哥伦比亚特区组织法（the District of Columbia Act），该组织法规定总统可以任命特区内华盛顿郡以及亚历山大郡的共42名任期5年的治安法官（Justice of Peace），这一任期将跨越下一届总统选举，新当选的杰弗逊总统除了修改这一项立法外将无法替换。以上两个法案对美国当时的法院系统作了重大的调整，亚当斯总统便借机任命联邦党人士作为联邦法官，将联邦党人安插进联邦司法机构，使联邦党人对联邦政治的影响永久化，以满足其政治利益。1801年3月2日，亚当斯总统分别任命了华盛顿郡23名以及亚历山大郡19名治安法官。这些法官的任命在3月3日午夜以前经参议院同意，总统亚当斯签署任命状并经国务卿马歇尔盖章后生效，他们即是所谓的“子夜治安法官”（midnight Justice of Peace）。这些法官中，有些人的任命状在3月3日晚上已由马歇尔的兄弟詹姆士送达，而另外一些人的任命状，由于当时的交通和通讯条件所限，马歇尔在仓促之间没有及时发出。

1801年3月4日，杰弗逊总统上任，他对联邦党人的不择手段“强占政治地盘”的作法早就深感气愤，当他得知还有17份治安法官的任命状仍滞留在国务院时，就立即指令他的国务卿詹姆斯·麦迪逊（James Madison）拒绝发送这些已经签署并封印的任命状，并同时示意麦迪逊将这些任命状像办公室的废纸、垃圾一样统统地处理掉。与此同时，（民主）共和党人控制的新国会也立即引

入法案并于 1802 年 3 月 8 日成功地废除了巡回法院法案，但没有撤销有关治安法官的《哥伦比亚特区组织法》。为了防止马歇尔控制下的联邦最高法院对国会上述行为的挑战，新国会还进一步以法令的形式迫使联邦最高法院从 1801 年 12 月至 1803 年 2 月关闭了长达 14 个月之久。当联邦最高法院再次开庭行使其司法权时，已经是 1803 年的事了。

麦迪逊拒发任命状，自然引起已得到法官任命但却未接到任命状的人的不满。被任命为华盛顿郡的治安法官威廉·马伯里（William Marbury）便是其中的一个，于是，他与另外三个同样情形的新法官便以 1789 年的司法条例（Judiciary Act of 1789）^{〔1〕}第十三条的规定（即联邦最高法院有权对合众国公职人员发布职务执行令状）为依据，向联邦最高法院提出控告，要求法院发出命令状（writ of mandamus），令新总统杰弗逊以及国务卿麦迪逊按照法律程序交出任命状，这便是 1803 年马伯里诉麦迪逊案的起因和背景。

【法律问题】

1. 在本案中，马伯里是否有权利得到他所要求的任命状？联邦最高法院接受马伯里的诉讼是否合适？
2. 如果马伯里有权利得到他所要求的任命状，并且这一权利受到了侵犯，那么美国的法律能否为他提供法律上的救济？
3. 如果法律确实应当为马伯里提供救济，那么法院是否可以发出强制执行令？
4. 美国违宪审查制的利弊是什么？
5. 由司法机关来实施违宪审查的做法与多数民主原则是否相冲突？

〔1〕 该法确定了联邦司法系统的机构和具体权力。比如，它规定建立一个联邦最高法院，由 1 名首席大法官和 5 名大法官组成，同时设立 13 个联邦地区法院和 3 个联邦巡回法院，巡回法院由 2 名最高法院的大法官和 1 名地区法院的法官组成。地区和巡回法院的终审法院是联邦最高法院。它还规定联邦最高法院对州法和联邦法冲突的案件有终审裁判权，等等。

【参考结论及法律、法理精析】

一、法院意见

对于联邦最高法院来说，这一案件的确是一个难办的案件，因为当时的联邦最高法院在联邦政府的三个分支之中是最为软弱的一支，正如前面案情介绍中所述，国会居然可以通过法令使联邦最高法院关闭了长达 14 个月之久。联邦最高法院首席大法官马歇尔在反复思虑之后，写下了在美国宪法史上著名的具有划时代意义的经典长篇判决书。

马歇尔的判决书大致可以分为以下三个部分：

1. 法院在审理本案时所查明的三个问题

“法院在审查本案的过程中，考虑和决定了以下问题：第一，申请人是否有权利得到他所要求的任命状？第二，如果他有这个权利并且这一权利受到了侵犯，那么美国的法律能否为他提供法律上的救济？第三，如果法律确实应当为申请人提供救济，那么是否应由法院发出强制执行令？”

“法院调查的第一个问题是：马伯里是否有权利得到他所要求的任命状？本法院认为，任命状一经总统签署，任命即为作出，一经国务卿加盖合众国国玺，任命状即为完成。既然马伯里先生的任命状已由总统签署，并且由国务卿加盖了国玺，那么，他就已经被任命了。因为创设该职位的法律赋予该官员任期 5 年，有不受行政机关干预的权利，所以这项任命是不可撤销的，而且赋予该官员各项法律上的权利应受国家法律的保护。联邦最高法院认为，阻碍任命马伯里的行为是没有法律依据的，而且是侵犯法律权利的行为。”

在这里，马歇尔认为首先必须查清马伯里的权利是否受到侵害，弄清这个问题以后才能进一步讨论法律救济。显然，马歇尔对此作了肯定的回答。

接着马歇尔调查了第二个问题：如果马伯里有权利并且他的权利受到了侵犯，国家的法律是否应当为他提供救济？

马歇尔是这样回答的：“民事自由权的真正实质当然包含一切

人在受到侵害时有要求法律保护的权利，政府的首要责任之一就是提供这种保护。美利坚合众国政府被宣称法治政府，而非人治政府。如果它的法律对于侵犯所赋予的法律权利不提供救济，它当然就配不上这个高尚的称号。”

“本院认为：马伯里有权利得到任命状，拒发任命状侵犯了他的权利，国家的法律为此应对他提供救济。”

结合前两个问题，马歇尔提出并回答了第三个问题：如果法律应当给他以救济，那么应当如何给予救济呢？是否应当由联邦最高法院向国务卿麦迪逊发出原告所请求的强制执行令？他认为这一问题取决于原告所申请的强制执行令的性质和法院的权力。

对于法院是否有权审查行政部门行为的合法性？马歇尔指出：“行政首脑行为的合法性是否可以在法院受到审查，必须以该行为的性质而定。”“根据合众国宪法，总统被授予某些重要的政治权力，在行使其权力时，他运用其自由裁量权，并且仅仅以其政治品质对他的国家负责以及对他的良心负责。为有助于总统履行这些职责，总统被授权任命特定官员，这些官员根据总统的授权行事，并执行总统的命令。在这种情况下，官员们的行为就是总统的行为，无论对于运用行政裁量权的行为方式持何种态度，都不存在也不能存在控制裁量权的权力。这种行政裁量权力的主体是政治性的，他们尊重国家，而不是尊重个人权利；他们被授予执行的权力，执行的决定是确定的。考虑到建立外交部门（国务院）的法案，少数观点的适用便可以理解。由于国务卿的职责是由该法案规定，该官员就是具体执行总统的意志，只是使总统的意志得以传达的机关。作为官员，其行政行为从来不能被法院审查。”

这就是说，国务卿麦迪逊的行为应当归结为执行总统指示的行为。虽然人们对总统如何行使其职权以及如何运用他的行政裁量权可能有各种意见，但是马歇尔认为，这些问题是政治问题，它们与国家有关，而与单独的个人无关。这类问题由行政首脑负责处理，而且他的决定是最终的决定，不能由法院审查。行政部门的官员对

总统负责，依总统的授意而行事，他们的决定也就等于总统的决定，自然，他们的这些行为也不能由法院审查。

马伯里能否要求联邦最高法院下达强制执行令而得到法律救济则完全取决于他请求的性质。那么根据上述推论，马歇尔认为：马伯里请求下达强制执行令，那么，法院就必须调查国务卿不给他送达命令状的理由，那就涉及到行政权，行政首长的自由裁量权，涉及到政治问题。马歇尔指出：“法院的惟一职责就是裁决个人权利，而不应调查行政部门或行政官员是如何运用自由裁量权履行其职责的问题。这种问题在性质上是政治问题，根据宪法和法律应由行政部门处理，不应由法院来审理。”

但是，在本案中马伯里等人主张权利救济的法律依据是美国 1789 年司法条例的第十三条。它规定，美国联邦最高法院有权针对政府官员下达强制执行令。如根据这一法律规定，并根据当事人马伯里的请求，联邦最高法院似乎可以并且应当发布强制令。显然，马歇尔大法官上述的推论与这一法律的规定有矛盾之处。然而，马歇尔机智地解决了这一问题并进一步坚持了自己的主张。他认为，如果按照这一规定向麦迪逊发出强制令，则违反了美国宪法的规定。美国宪法第三条第二款规定：“在一切有关大使、公使、领事以及州为一方当事人的案件，最高法院有初审管辖权。在上述所有其他案件中，最高法院有关于法律和事实的上诉管辖权，但须依照国会所定的例外和规程。”马歇尔认为，马伯里的法律请求属于宪法所指的“其他案件”，也就是说，联邦最高法院对此种案件只有上诉管辖权，没有初审管辖权。他接着说：“因此，由建立合众国法院体系的法律赋予最高法院向政府官员发出强制执行令的权力，显然没有得到宪法的授权。”在这里，马歇尔挟宪法以自重，排斥了 1789 年司法条例的违宪规定。

2. 违宪的法律无效

在说明 1789 年司法条例第十三条的规定与宪法相违背的时候，马歇尔接着引出了一个极有价值的宪法问题——一部违宪的国会立

法能否成为国家的法律？马歇尔这样写到：“一个与宪法相抵触的法律是否可以成为国家的法律，这是一个对合众国有着深远意义的问题。”“立法机关的权力是被限定的和有限制的，并且这些限制不得被误解或忘却。宪法是成文的。出于什么目的对权力加以限制，又是出于何种目的对这些限制要予以明文规定？假如这些限制随时有可能被所限制者超越，假如这些限制没有约束所限制的人，假如所禁止的行为和允许的行为同样被遵守，则有限政府和无限权力之间的区别就消失了。要么宪法制约任何与之相抵触的立法机关制定的法律，要么立法机关可以以普通法律改变宪法，这是一个显而易见的道理。”“在这两种选择之间没有中间道路。宪法要么是优先的至高无上的法律，不得以普通立法改变；要么与普通立法法案处于同等的地位，像其他法律一样，立法机关可以随意加以修改。”“当然，所有制定成文宪法的人们都是要想制定国家的根本的和最高的法律，因此，一切这种政府的理论必定是：与宪法相抵触的立法机关的法案是无效的。”

3. 阐明法律的意义是司法机关的职责

既然违宪的法律无效，法官就不能适用它，那么，这又必然涉及到另一个基本的宪法问题，即谁有权认定法律是什么和确认违宪的法律？马歇尔认为这一权力当属于司法部门。他说：“如果与宪法相抵触的立法机关的法案是无效的，这种无效的法案还能约束法院而使法院有义务让其生效吗？或者换句话说，尽管它不是法律，还能如同法律一样构成可适用的规则吗？这会在事实上推翻理论上已经确定的东西，这种荒谬如此明显而当然不能坚持。然而，我们对此应作更为认真的思索。”“应当强调的是，确定法律是什么是司法机关的权限和职责。那些把规则适用于具体案件的人们，必定有必要对规则进行阐释和解释。假如两个法律相互冲突，法院必须决定哪一个适用。如果一部法律是违宪的，而该法与宪法都适用于同一案件，那么，法院要么无视宪法，适用该法；要么无视该法，适用宪法。法院必须决定适用这些相互冲突的规则中哪一个管辖该

案，这就是司法职责的本质。假如法院认为应适用宪法，认为宪法高于任何立法机关的普通立法，那么，管辖该案的应是宪法而不是立法机关的普通法案。”

显然，在马歇尔大法官的心目中，宪法的地位是至高无上的，法院必须而且应当服从宪法、适用宪法，而且法官受命时是要对宪法宣誓效忠的。

最后，马歇尔得出结论：尽管马伯里的权利受到侵害并应该得到法律救济，但是，最高法院对这一属于政治性的问题却没有管辖权。而且法院认定，马伯里所依据的 1789 年司法条例的有关规定是违宪的、无效的，不能适用于本案。据此法院驳回了马伯里的请求。

二、法理、法律精析

1. 马歇尔与马伯里案判决

约翰·马歇尔，1755 年 9 月 24 日生于美国弗吉尼亚州，其父汤姆斯·马歇尔(Thomas Marshall)是华盛顿的好友，并经常参与有关美国宪政问题的讨论，年青时代的马歇尔深受其父影响，对政治发生了浓厚的兴趣。他于独立战争爆发后从军，这对于他一生的思想有重大影响。他在战争中亲历饥寒交迫的处境，并深为美国的前途担忧，因而决心献身国家，为联邦主义而奋斗。马歇尔退役以后，曾在威廉玛丽学院修习法律，但时间有限(仅为 2 个月)，这也是他毕生所经历过的惟一的学校教育。1787 年他被选为费城制宪会议代表。1789 年当选为联邦众议院议员，并被选为美国三代表之一前往法国谈判，并深受国内赞许。1800 年，应总统亚当斯之邀出任国务卿，后不久又被任命为联邦最高法院院长。

马歇尔接任院长时，联邦最高法院当时在一般人心目中是属于联邦政府中的一个冷衙门，人们认为它对于任务的执行是完全失败的。第一任首席大法官约翰·杰伊(John Jay)在 1795 年辞职，并拒绝再任。马歇尔在接任后，极力使联邦最高法院在政府组织中真正成为并立的一个最高部门，能够和行政机关、立法机关等量齐

观、分庭抗礼，以使三权鼎立的政府得以稳定。他在 1801 年～1835 年出任联邦最高法院首席大法官的 35 年间，为联邦最高法院写下了许多有名的判例，这对美国宪法的发展变化产生了重大的影响。美国的许多学者认为，他是美国历史上著名的法学家、政治家，联邦最高法院最伟大的首席大法官，其功绩可与开国第一位总统华盛顿相提并论。

关于马歇尔的宪法思想，可以主要概括为以下几点：一是宪法至上原则，即认为宪法是国家的根本法，其高于一般立法机关颁布的法律，一般的法律不能违背宪法；二是联邦主义的精神，倡导扩大联邦的权力，加强联邦中央政府职权；三是司法独立和司法审查的原则，主张提高联邦最高法院的地位，赋予其违宪审查权。

这些宪法思想与理念贯穿于马歇尔大法官的许多判决之中。马歇尔在其判决书中经常是先把大前提建立完备，再进行演绎推断，以充分引证和实例为理由，驳斥各种异议，最后陈述结论。本案的判决便可说明这一点。马歇尔有关美国宪法的判决案有 40 余件，对美国宪法有重大影响的主要有：马伯里诉麦迪逊案（*Marbury v. Madison*, 1803 年），该案确立了联邦最高法院的违宪审查权和司法审查原则；马丁诉亨特承租人案（*Martin v. Hunter's Lessee*, 1816 年），该案确立了联邦最高法院对州法院判决的撤销权；弗莱彻诉佩克案（*Fletcher v. Peck*, 1810 年），该案确立了宪法有关的契约保障条款；麦卡洛克诉马里兰州案（*McCulloch v. Maryland*, 1819 年），该案确认了美国联邦银行的法律基础，并确立了联邦政府在其宪法权限以内是至高无上的原则和联邦最高法院在判决州与联邦政府争端中的地位。

激烈的政党竞争致使本案变得非常复杂与棘手，事实上这个案子从起源到最终的判决一直都是联邦党人与（民主）共和党之间政治较劲的反映。此时的马歇尔面临的是一个进退维谷的两难局面。首先，他如果受理该案并依据 1789 年的司法条例的规定发布强制命令命令国务卿麦迪逊交出任命状，麦迪逊是否会遵从法院的命令

呢？值得注意的是，当时联邦最高法院的权威很有限，用汉密尔顿的话来说就是“既无钱又无剑”，根本无法强迫政府和国会服从法院的判决。其次，若是马伯里私下妥协撤回这一诉讼，那岂不正是长他人志气，灭自己威风，正好让对手（民主）共和党人达到其目的吗？况且马伯里之所以向联邦最高法院告状，就是指望联邦党人控制的法院站在他们的立场上，并借此机会向（民主）共和党表示一些威风。

马歇尔既要顾及联邦党人的面子，同时也要维护联邦最高法院的权威，因此他很有策略地审理了马伯里的案件。从实际上的判决内容看，他是很巧妙地避开了前述麦迪逊会不会交出任命状的问题。因为马歇尔不敢冒险命令麦迪逊交出任命状，否则如果麦迪逊不服从法院的命令，对于本身并无强制力量的法院来说，那岂不也是一个严厉的直接打击吗？如果这样的话，那对于退守法院的联邦党人来说，将无疑是与（民主）共和党斗争的一个大失利。

马歇尔以一连串的逻辑推理避开了马伯里的请求，然后挟宪法以自重，并宣称 1789 年的司法条例的第十三条违反了联邦宪法，所以该法律规定联邦最高法院可以对任何联邦官员颁发命令状是违反宪法的，因而联邦最高法院应拒绝适用该法。然而，国会制定的法律不能违反宪法是一回事，谁有权决定法律是否违宪则是另外一个问题。本来，法院对于一件事无管辖权时，只要说明其无管辖权便足够了，根本没有必要绕大圈子举许多理由证明其无管辖权。但是马歇尔却不甘于缄默，他正要借机对杰弗逊教训一番，所以才搬出许多大道理来。

在马歇尔看来，只要处理得巧妙，这一案件将足以教训杰弗逊等人。在这里，马歇尔表现得十分精明、大胆和狡猾。他追求的效果是，当面能给杰弗逊一个耳光，同时让对方还不好还手。他确实做到了这一点。首先，该案判决虽然直接抨击的对象就是杰弗逊政府，但是这一判决毕竟又否定了马伯里的诉讼请求，从表面上看似乎驳了联邦党人的面子。其次，这个判决否决了国会的立法，但否

决的又不是本届国会颁布的法律或决定，而且这一否决本身并没有对行政机关或立法机关的活动构成限制，而仅仅与司法机关本身有关。马歇尔并没有正面地、直接地和过多地指责（民主）共和党人控制下的新政府和国会。第三，这一判决尽管主张了司法审查的权力，创立了审查国会立法的先例，但这种主张不是一般化的，并且就这一判决本身来说是限制了而不是扩大了联邦最高法院的管辖权。马歇尔论证了法院并无对行政机关政治性行为的管辖权。所有这些说明，这一判决表面上并没有偏袒联邦党人，似乎对（民主）共和党政府还有所让步。这样这个判决在政治上将更容易被他们接受。

但是，马歇尔用心良苦，巧妙地利用了一个法律技术问题在判决的最后驳回了马伯里的诉讼请求，避免了与杰弗逊的正面冲突。然而，一旦杰弗逊接受了这一结果，那就意味着同时也默认了这样一个原则：即联邦最高法院有权解释宪法并判断国会的立法是否违反宪法。不论杰弗逊是否清醒地意识到这一点，事实上，他就这样眼睁睁地看着马歇尔把一个极为重要的然而宪法上并无明文规定的权力争到了手。这一判决创造的这一先例大大地提高了联邦最高法院的权威，从根本上改变了联邦最高法院建立以来的“鸡肋”形象，初步形成了三权分立和制衡的格局，对此后美国宪政体制的定型和巩固具有极为深远的影响。马歇尔的这一判决具有里程碑的意义，获得了后代许多美国学者的赞美，比如，著名的美国历史学家比尔德赞誉其为“伟大的篡权”。

当然，也有人对此表示异议。约翰·B·吉布森法官 1825 年在宾夕法尼亚州最高法院审理埃金诉劳布案时曾经提出其不同意见，有人认为这是对“篡权理论”的典范阐述，它被许多人认为是对赞同司法审查的马歇尔的著名论证的最有力的回答。吉布森法官罗列了这样一些理由：第一，司法机关的正常的和主要的权力并未扩展到取消立法机关所制定的法令。第二，凡适用于具有平等地位的政府部门之一的东西，也应适用于政府的其他部门。司法机关有权解

释宪法，那么，立法机关至少有同样的宪法解释权。不解释宪法怎么可能依据宪法的精神制定具体的法律呢？第三，相互制衡的概念本身并不包含司法否决权的思想，等等。

然而，这些批评却并没有能阻碍司法审查制度的建立和完善。经过司法实践，司法审查逐渐成为美国宪法的一个基本原则和制度，并在美国的政治生活中起到举足轻重的影响。有意思的是，许多起初反对马歇尔意见的人，后来也赞同马歇尔的意见。就吉布森本人而言，他在发表不同意见的 25 年后，公开表示收回成见，转而支持马歇尔的意见。

2. 马伯里案与司法审查制的确立

司法审查制亦称违宪审查制，它是指通过司法程序来审查和裁决立法和行政是否违宪的一种基本制度。

美国宪法确认宪法是全国的“最高法律”，并贯彻分权与制衡原则，规定立法、行政和司法三机关之间具有一种制衡关系，司法机关可以对立法、行政机关进行监督。但是尽管如此，美国宪法本身对司法审查制度却无明文规定〔1〕。据说，在 1787 年费城制宪会议期间，对于司法审查曾有过争论。布丁和铁里特克等人坚决反对赋予法院以审查法律的权力，而大资产阶级的代表联邦党人则主张法院应有权审查法律的合宪性。联邦党人的代表人物汉密尔顿认为限制立法机关越权的最好机构就是法院，他认为在立法、行政、司法三大机构中，司法是最弱的一个部门，“司法部门既无军权，又无财权，不能支配社会的力量与财富，不能采取任何主动的行政功。故可正确断言：司法部门既无强制，又无意志，而只有判断，而且为实施其判断亦需借助于行政部门的力量。”〔2〕于是他认为，既然

〔1〕美国宪法第 6 条规定：“本宪法及依本宪法所制定的合众国法律；以及合众国已经缔结及将要缔结的一切条约，皆为全国的最高法律；每个州的法官都应受其约束，即使州的宪法与法律有与之相抵触的内容。”这一条款的内容显然并没有明确表示联邦法院有裁定联邦法律是否违宪的权力。

〔2〕汉密尔顿：《联邦党人文集》商务印书馆 1980 年版，第 391 页。

司法部门既无刀枪，又无金钱，对宪法造成损害的可能性最小，由它来监督宪法则最合适。他说：“对立法权的这类限制实际上只能通过法院的中介来行使，法院的职责就是审查一切违背宪法原意的法案并宣布其无效。”〔1〕当时除了汉密尔顿外，还有一些人写文章、发表演说，鼓吹宪法应规定司法审查权。但由于制宪会议对这个问题的意见有很大分歧，结果在宪法中就没有具体作出规定。尽管如此，汉密尔顿的论述却为今后美国司法审查制的确立奠定了理论上的基础。以至今天汉密尔顿的论文和马歇尔的判词仍被看做是美国实行司法审查制的最经典的理论。

事实上在 1803 年以前，美国在司法实践上已经逐渐打开了通向联邦最高法院行使违宪审查的大门。在美国，有三种情况的违宪立法：一是联邦法律违反联邦宪法；二是州法律违反本州宪法；三是州法律违反联邦宪法。1803 年以前，美国各州大都已经开始实行了司法审查制。各州法院经常宣布立法案不合州宪而无效。据记载，从 1789 年至 1803 年间，有 10 个州的法院否决州议会的法律。从 1787 年至 1803 年间州法院宣布州立法无效者在 20 件以上。而在另一方面，1790 年联邦巡回法院在关于康涅狄格州立法的判决中确立了联邦法院审查州立法是否合宪的先例，在 1790 年至 1803 年间，联邦巡回法院宣布 5 项州法令因违反了联邦宪法而无效。可见，在 1803 年以前，联邦法院实际上已经非正式地行使了违宪审查权。州法院和联邦巡回法院这些司法活动为以后美国司法审查制的正式确立做了实践上的准备。

1803 年的马伯里诉麦迪逊案被公认为是美国司法审查制正式确立的标志，它确认了联邦最高法院有对联邦法律行使违宪审查权的先例。正是由于此，它才被誉为司法审查制的开端和起源。

马伯里诉麦迪逊案判决后，在法理上确立了司法审查的地位，

〔1〕 A.斯科特主编：《美国政治思想资料汇编》（1960 年英文版 第 150~151 页。

但是在以后的很长历史时期内，司法审查仍然处于摸索前进的过程。实际上在 1803 年以后，司法审查并没有立即成为美国政治法律中具有重要影响的制度，这从审查案件的数量可以得到证明。从 1789 年至 1860 年间，被法院宣布违宪无效的州法律只有 60 件，而宣布违宪无效的联邦法律只有两件，即马伯里案和斯考特案〔1〕。这之后，随着国内阶级斗争的加剧以及黑人解放运动的高涨，资产阶级当权者迫切需要加强法律干预，以维护和巩固资产阶级的统治，因此，联邦法院开始较多地干预国家和社会事务的管理，表现为宣布法律违宪无效的案件有了一定的增加。19 世纪末 20 世纪初，美国发展到帝国主义阶段，随着国内阶级矛盾和国际间斗争的进一步加剧，资产阶级对法律干预的要求进一步增长。在这种情况下，联邦法院的司法审查作用有了显著的加强。从 1890 至 1937 年间，法院宣告各州法律违宪无效的多至 4 万件，宣告联邦法律违宪的也增至 50 件。西方学者把这一时期称为司法审查的积极主义阶段，或者司法审查的鼎盛时期，司法审查在美国已经成为固定的重要制度。

马伯里诉麦迪逊案之所以能成为司法审查制度的开端，司法审查制之所以能在美国确立和发展，显然有许多社会因素和条件。“美国当时的社会经济发展要求一个更为强有力的联邦政府和联邦最高法院，司法审查得以真正确立是一种社会的公共选择；英美法形成的遵循先例的司法传统对这一制度的确立意义重大，司法审查又是传统的产物；美国当时各派都具有相当的政治力量以及基于这种力量基础之上才可能出现的妥协，制度的确立是一种政治力量对比的产物；马歇尔此后长达 30 余年担任的首席大法官以及他对最高法院权威之精心呵护，司法审查又是司法人员稳定和司法经验积累的产物；后代法官对马伯里案发掘并赋予司法审查的意义，司法

〔1〕 此案另有专门的介绍，在此不再详述，请参看有关内容。

审查又是后代法官的再创造。”〔1〕

尽管马歇尔在审理马伯里案时主要基于当时政治因素的权衡，可能并未刻意追求建立一种制度，也没有过多地预见自己的判决对后世将产生多么大的影响；尽管对这一案件所根据的法理和逻辑推理存在诸多争议；尽管一个案件本身并不能必然启动一种制度的运行，因为这种必然性依赖于社会发展的综合因素，但是，这一判例所确立的司法审查原则，因其在维护美国宪法尊严和法制统一中的作用，以及其在理论上和实践上的价值，已经成为美国宪法和宪法学基础的重要组成部分。马歇尔和他审理的开司法审查先河的马伯里诉麦迪逊案将光耀宪法史册。

3. 美国司法审查制的作用及影响

美国司法审查制在保障宪法基本原则和条款的实施，制衡行政和立法权力以稳定宪政制度，维护美国联邦体制，保障美国公民权利和自由，调整社会矛盾方面都起到了重要作用。比如，就司法审查对维护美国联邦体制的作用来说，司法审查使联邦最高法院成为了联邦制的监护人。因为审查州和地方政府的法律已经成为联邦最高法院司法审查的最重要内容，事实上在过去的二百多年里，联邦的法律很少被联邦最高法院推翻，但是却有数百种州和地方的法律被判定为违宪。正如大法官奥利弗·霍姆斯在 50 年之前所谈到的，“假如我们失去了宣布国会某一法案无效的权力，美国不会因此而完蛋。但是我们确实认为，假如我们对一些州的法律不宣布其无效，联邦就会遭殃。”

特别需要指出的是，联邦最高法院通过其作出的有权威性的宪法解释使美国宪法不断适应时代的需要，从而使宪法得以稳定二百多年之久，保证政权的巩固并能适应社会的发展。美国宪法是二百多年前制定的，无论制宪者多么的睿智和高瞻远瞩，可以说它基本

〔1〕朱苏力著：《制度是如何形成的？——关于马伯里诉麦迪逊案的故事》，载《比较法研究》，1998年第1期。

上是“四轮马车时代的产物”，至今也只有 26 条修正案〔1〕。而社会要发展，时代在发生着变化甚至是根本变化，在这二百多年的时间里，美国经历了一系列重大的变革，而今天的美国已经跨入了“信息时代”，但是为什么美国宪法能以不变应万变，并且能适应不断变化着的现代社会呢？其秘诀之一就在于联邦最高法院通过司法审查不断适时解释宪法，使宪法条文的含义能顺应时代潮流的变化而变化，从而保证宪法的永久活力。这正如一位西方法学家所言：“美国宪法为解释所发展，为判例所修饰，为政治传统、习惯所扩张。”〔2〕

当然美国的司法审查也有一些明显的缺点，由于对宪法的解释和司法审查的裁决是取决于多数法官的意见，经常一条法律的命运竟然取决于一个法官的意见之差，这显然有不合理之处。况且法官的观点和思想也会受到时代舆论和社会利益集团的压力，法官很难真正做到“客观与公正”。另外法官的经常变动和更替，这可能使今天被裁决违宪的法律，到明天有可能在受理另一案件时又被适用，遵循先例的原则常被破坏，法律的统一性和连续性必受影响。

美国的违宪审查制的重要意义不仅仅在于它对于美国宪政制度的完善和发展本身，而且在于它对世界各国的宪法的制定和实施都产生了极大的影响。有人称：美国宪法在域外最有力的影响也许就是它的司法审查非常成功。法院在维护宪法约束中的作用被看作是

〔1〕美国宪法采用成文宪法的形式，并且规定了严格的修宪程序。美国宪法第五条规定：“国会两院的 2/3 多数议员认为必要时，应提出宪法修正案，或根据各州 2/3 以上的州议会的提议，召开制宪会议提出宪法修正案。不论在何种情形，如获得 3/4 以上州议会或 3/4 制宪会议之批准，即成为本宪法的一部分而发生效力。采用哪种批准方式，得由国会提出建议。只要未获得其同意，任何州皆不应被剥夺其在参议院的平等投票权”。因此，美国修改宪法是比较困难的。事实上，在美国自宪法生效以来，国会曾经提出过近 6 000 条修正案，其中只有 33 条在两院通过，最后有 26 条得到了各州的批准，绝大多数则胎死腹中。

〔2〕J. M. 迦纳：《政治科学与政府》商务印书馆 1946 年版，第 808 页。

美国宪政的标志，并被看作是稳定美国各项制度和保障个人权利的手段。无论旧国家新国家，都力图模仿美国的司法制度及其宪政功能。甚至信奉议会至上的国家也被迫效仿或接近美国的模式。〔1〕在本世纪初，尤其是在两次世界大战期间，美国所创立的由普通法院进行的违宪审查在欧洲特别是法、德、意各国十分的走红。在法国，从1902年开始，比较立法协会的拉尔诺德会长发起了一场旨在建立美式违宪审查制度的运动，许多知名作家和政治家都支持他的观点。后来，一些公法方面的著名学者，如泰勒米、狄骥、欧里安、梅斯特等，都一致同意应该鼓动普通法院的法官，使他们敢于学习美国的榜样。德国自1925年11月帝国法院的一个判决开始，普通法院就肩负起了根据魏玛宪法第一零二条审查法律合宪性的重任。意大利在20年代末也曾大规模的讨论过由普通法院对立法的司法审查，并且在战后建立宪法法院之前曾采纳过一段时间的美国司法审查模式。〔2〕

然而，嫁接美国式的由普通法院进行的违宪审查模式在欧洲那些引进了这种制度的国家并没有取得想象中的成功。有人指出：长久以来，违宪审查制度一直没能在欧洲建立起来，或者是因为基本原则方面的原因，比如与议会至上不合，或者是“技术上的原因”，即认为授权法院搞这种审查不可接受。〔3〕事实上，这一法律移植工程之所以失败，其原因是多方面的：法律技术要与其实施地的制度和社会背景相适应；欧洲强调法律的所谓主权性和神圣性，用卢梭的话就是“法律是普遍意志的体现”；欧洲普通法院的法官比较“软弱”，无力实施违宪审查；欧洲国家的法院系统大都是二元的甚

〔1〕（美）路易斯·亨金、阿尔伯特·J·罗森塔尔编著：《宪政与权利》生活·读书·新知三联书店1996年版，第20页。

〔2〕（美）路易斯·亨金、阿尔伯特·J·罗森塔尔编：《宪政与权利》生活·读书·新知三联书店1996年版，第33~35页。

〔3〕（美）路易斯·亨金、阿尔伯特·J·罗森塔尔编：《宪政与权利》，生活·读书·新知三联书店1996年版，第30页。