

美国法律文库

THE AMERICAN LAW LIBRARY

伯纳德·施瓦茨 著

Bernard Schwartz

美国最高法院史

A History of the Supreme Court

毕洪海 柯 翀 石明磊 译

THE AMERICAN
LAW LIBRARY

中 国 政 法 大 学 出 版 社

美国法律文库

THE AMERICAN LAW LIBRARY

美国最高法院史

A History of the Supreme Court

伯纳德·施瓦茨 著

Bernard Schwartz

毕洪海 柯 翀 石明磊 译

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

美国最高法院史/(美)施瓦茨著;毕洪海等译. —北京:中国政法大学出版社, 2005.12

(美国法律文库)

ISBN 7-5620-2926-1

I.美... II.①施...②毕... III.最高法院-法制史-美国 IV.D971.262

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 064668 号

书 名 美国最高法院史
出 版 人 李传敢
出版发行 中国政法大学出版社
经 销 全国各地新华书店
承 印 固安华明印刷厂
开 本 787×960 1/16
印 张 29.5
字 数 555 千字
印 数 0 001-5 000
版 本 2005 年 12 月第 1 版 2005 年 12 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-5620-2926-1/D·2886
定 价 42.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号
电 话 (010)58908325(发行部) 58908335(储运部)
58908285(总编室) 58908334(邮购部)
通信地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088
电子信箱 zf5620@263.net
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名:中国政法大学出版社)

☆ ☆ ☆ ☆

声 明 1. 版权所有,侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

出版说明

“美国法律文库”系根据中华人民共和国主席江泽民在 1997 年 10 月访美期间与美国总统克林顿达成的“中美元首法治计划”（Presidential Rule of Law Initiative），由美国新闻署策划主办、中国政法大学出版社翻译出版的一大型法律图书翻译项目。“文库”所选书目均以能够体现美国法律教育的基本模式以及法学理论研究的最高水平为标准，计划书目约上百种，既包括经典法学教科书，也包括经典法学专著。他山之石，可以攻玉，相信“文库”的出版不仅有助于促进中美文化交流，亦将为建立和完善中国的法治体系提供重要的理论借鉴。

美国法律文库编委会

2001 年 3 月

前 言

关于美国最高法院的历史找不到好的单卷本著作。霍姆斯计划（Holmes Devise）的最高法院史过于鸿篇巨制以至不便专于研究最高法院的学者以外的人使用，而其他像罗伯特·麦克洛斯基（Robert McCloskey）的最高法院史，就太过简短因而主要是浮光掠影。我希望该书会改变这一情形。该书讲述了美国最高法院自1790年第一次开庭以来的历史。重点是最高法院的历史与国家发展之间的关系。本书的主题是，最高法院既是一面镜子也是一个发动机——最高法院反映了其所作用的社会的发展，并且促使社会沿着当时占主导地位的法哲学的方向发展。

本书是按照年代组织的。除了有关不同首席大法官领导下的最高法院的章节之外，还有关于4个分水岭案件的章节——这些分水岭案件既突出了最高法院是如何运作的，亦突出了重大判决对整个国家和最高法院自身的影响。我希望这本书的读者不仅限于专研此一主题的专家。我尽量以一种非技术性的风格进行写作，以便本书不会让普通读者望而却步，法学教授撰写的著作通常都会使普通读者厌烦。诚如一句格言所述，战争是如此重要的一个问题以至于不能交由普通大众。最高法院的工作在我国同样如此重要，亦不能仅交由法律工作者和法学教授。最高法院的历史机能尤其如此。要是不理解最高法院在历史中所起到的作用，就很难完整地理解美国的历史。在许多情形下，最高法院的判决成为美国发展史中至关重要的一个组成部分。

如果这本纵览对于那些渴望更多了解在我们的政治体制中起到如此重要作用之最高法院的人来说是有帮助的，这就是对我努力极好的回报。

伯纳德·施瓦茨

1993年于俄克拉荷马州塔尔萨市

／ 目 录 ／

1	前 言
1	导言：“司法机关职责的真正本质”
15	第一章：早期最高法院（1790—1801）
34	第二章：马歇尔法院（1801—1836）
74	第三章：坦尼法院（1837—1864）
113	第四章：分水岭案件：德雷德·斯科特诉桑福德（1857）
136	第五章：战争与重建（1861—1877）
159	第六章：蔡斯与韦特法院（1864—1888）
189	第七章：富勒法院（1888—1910）
207	第八章：分水岭案件：洛克纳诉纽约州（1905）
222	第九章：怀特和塔夫脱法院（1910—1930）
247	第十章：休斯法院（1930—1941）
270	第十一章：斯通和文森法院（1941—1953）
288	第十二章：沃伦法院（1953—1969）
313	第十三章：分水岭案件：布朗诉教育委员会（1954）
339	第十四章：伯格法院（1969—1986）
368	第十五章：分水岭案件：罗伊诉韦德（1973）
394	第十六章：伦奎斯特法院（1986—2005）
412	结 语
414	附录：最高法院大法官
422	参考书目
433	案例表
440	索引
462	译者附记



导言：“司法机关职责的真正本质”

H·G·韦尔斯（H. G. Wells）说：“人类历史就是一部思想史。”^{〔1〕} 在一位 3
对宪法史感兴趣的美国人看来，美国发展的重要主题就在于这一观念，即法律是
制约政府权力的。最能体现这一观念的机构就是美国最高法院。而最高法院本身
则是数世纪前在英国便已肇始的宪法遗产的受惠者。

司法审查的准备阶段

首席大法官约翰·马歇尔告诉我们说，“司法机关职责的真正本质”就是判
定是否合宪的权力。^{〔2〕} 就对马歇尔大法官这一思想之形成感兴趣的美国人而言，
最好的出发点莫过于 1608 年 11 月 13 日爱德华·柯克爵士那关于法律之最高地位
激动人心的声明。^{〔3〕} 因为就在那一天，英国国王詹姆士一世向全英格兰的法
官和税务法庭的男爵们提出了下述主张，既然法官不过是他本人的代表，那他就
可以自由处理任何他喜欢的案件，取消法院对该案的审判权，转由皇家的人进行
处理。按照詹姆士一世的理解，法官不过是“国王的影子和仆人……只要国王
愿意，他就可以在威斯敏斯特大厅主持任何法庭的审判，并且对法庭的判决提出
质疑。”^{〔4〕}

首席大法官柯克说，“对此我当着所有大法官的面回答说，而且他们也都同
意的是……国王本人不能断案……所有案件都应由法院根据英格兰的法律或习惯
予以确定和宣判。”对此詹姆士一世机敏地回答说，“他认为法律是以理性为基 4
础的，而他和其他人同法官一样具备理性”。

〔1〕 *Barlett's Familiar Quotations* 720 (15th ed. 1980).

〔2〕 *Marbury v. Madison*, 1 *Carrch* 137 (U. S. 1803).

〔3〕 柯克自己给出的日期为 11 月 10 日。*Prohibitions del Roy*, 12 *Co. Rep.* 63 (1608). 不过，正确的日期似乎应当是 11 月 14 日。参见 5 *Holdsworth, A History of English Law* 430 (2d Ed. 1937).

〔4〕 *Holdsworth*, 同前注 3, 第 428 页。

柯克接着提出了他相当著名的辩驳：“的确如此，上帝恩赐陛下以丰富的知识与非凡的天资，但是陛下并不精通英格兰的法律，而关于陛下臣民之生命、继承、财产或财富的案件并非由自然理性而是依人为理性和法律评判予以判定的，法律是一门艺术，一个人需要经过长时间的学习和实践方能够认识它：法律是审判陛下臣民案件的黄金标准和措施。”〔5〕

毫不奇怪，用柯克的话来说，国王“被大大触怒了”。詹姆士一世说：“这就意味着我应当居于法律之下，要是这么说就是谋叛。”柯克回答说：“对此我答道，布雷克顿说，国王虽居众人之上，却在上帝和法律之下（*quod Rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et lege*）。”

不消说，国王的愤怒不减反增。事实上，在一位旁观者看来：“国王前所未有地震怒，攥紧拳头，暴跳如雷，扬言要砍掉柯克。”〔6〕

詹姆士的愤怒情有可原。柯克法律至上的表述与国王自负拥有的绝对权威是格格不入的。在柯克和詹姆士的这场争论中，实际上将构成所有政治史之基础的权力与法律之根本冲突人格化了。即便詹姆士挥拳相向以致柯克本人不得不低声下气，这依然不影响柯克拒斥詹姆士主张的意义。他“匍匐在地”〔7〕以求不要被送到伦敦塔也并不会改变他明确断言法律是最高的、甚至在王冠之上的胆略。

柯克并未结束宣称即使国王也不能高于法律。在博纳姆医生案〔8〕中——或许是他判决的案件中最著名的一个——柯克抓住这个机会断言，法律高于议会，也高于国王。博纳姆医生在没有皇家医学院颁发的证书的情况下行医，学院的学监将他投入监狱，博纳姆因此状告其非法拘禁。皇家医学院在辩护中提出，其组织法授权学院管理所有医生的行为，并且对没有得到其许可的执业者处以罚款和监禁处罚。不过，该系争之法律将罚款的一半赋予医学院。柯克说，这就使医学院不仅是所要处理案件的法官，而且成为案件的当事人，而普通法中既定的一条公理就是任何人都不得做自己案件的法官。

但是赋予医学院就博纳姆医生加以评判之权力的这部法律怎样呢？柯克的回答是，即便议会也不能赋予医学院这样一项与普遍正义和理性相悖的权力。用他的话说来说，“在我们的记录中，普通法在很多情况下似乎都支配着议会的法案，而且有时候会判定它们完全无效：因为若议会的法案违背普遍正义和理性、前后不一或无法实施时，普通法就会对其加以控制，并且裁定这样的法案无效。”〔9〕

〔5〕 *Prohibitions del Roy*, 12 Co. Rep. at 65.

〔6〕 Holdsworth, 同前注3, 第431页。

〔7〕 同上。

〔8〕 *Dr. Bonham's Case*, 8 Co. Rep. 113b (1610).

〔9〕 同上, 第118a。

现代学者们仍在就这些话的确切含义进行争辩。但另一方面，对于一个处于美国宪法史形成时期的人来说，这些话的含义是显而易见的。首席大法官柯克阐述的是一项实证法律规则，即存在一种同样限制着国王和议会的基本法律。我们尊敬的柯克大人不是已经断定，当议会的法案违背基本法律时，就必须被判无效吗？这是否意味着当英国政府以违背普遍正义和理性的方式对殖民地采取行动时，英国政府的法律也就不具有法律效力呢？

柯克的著作养育了美国独立战争期间的人们。南卡罗来纳的约翰·拉特利奇写道：“《柯克判例汇编》(Coke's Institutes)差不多是我们法律的基石。”^[10] 现代作家也许会把柯克描述为被英国宪法之发展所放弃的过期作家。但18世纪的美国人可无法从这种事后诸葛般的批评中获益。在他们看来，柯克是那个时代的法律巨人——“我们年轻人的圣人”，约翰·亚当斯(John Adams)在1816年的一封信中这样称呼他^[11]——柯克自己综合最高法官职位、法律评论家和反国王专制的议会领袖三者于一身。杰斐逊(Jefferson)说，柯克著名的《利特尔顿评论》(Commentary upon Littleton)“是法律专业学生通用的入门书；辉格党人从未写过比此更合理的或关于英国自由之正统学说学识更为渊博的著作”。^[12] 在肯定法律高于国王特权之后，当柯克宣称“这并非我爱德华·柯克这样讲的，而是记录这样讲的”时，^[13] 大西洋西岸的人们把他的话当作严密的事实，即他只是在宣布而不是制定法律。

柯克对宪政的贡献因而是具有根本性的。他用实在法的措辞阐明了法律至上的理念。而且法律至上正是以这种方式输入到了美利坚合众国的建国者当中。当他们谈论法治而不是人治政府的时候，他们并非仅仅沉溺于华丽的说辞而已。

奥蒂斯与违宪

在殖民地与其母国冲突发展的所有关键阶段都能够看到柯克的影响。从白宫(1608年詹姆士一世传唤法官们所到的地方)到一个半世纪后波士顿镇公所的议事厅似乎不如看起来那么遥远。约翰·亚当斯在事情过去五十多年之后写道：“那个议事厅和大不列颠下议院或上议院的房间一样令人尊重……在这个议事厅 6 里，五位法官绕炉而坐，以代理总督哈钦森(Lieutenant Governor Hutchinson)作

[10] Bowen, *The Lion and the Throne: The Life and Times of Sir Edward Coke* 514 (1956).

[11] Schwartz, *The Law in America: A History* 14 (1974).

[12] Bowen, 同前注10, 第514页。

[13] 同上, 第291页。

为首席大法官，他身着崭新的、用猩红的英国呢料制成的鲜艳华丽的法袍，披着白色的长葛布巾，头戴浓密的假发。”^[14] 1761年，正是在这个议事厅里，詹姆斯·奥蒂斯（James Otis）在莱奇米尔案^[15]中发表了对普通协助令状具有里程碑意义的批评。

奥蒂斯在莱奇米尔案中的论辩已被描述为美国独立战争的发令枪。在该案中，奥蒂斯“激辩之洪流……涤荡了他所面临的一切”。奥蒂斯宣称，他“更高兴为这一事业进行论辩……因为它反对的是一种权力，这种权力的行使在以前的英国史中让一位国王丢掉了脑袋，而另一位则丢掉了王位”。^[16] 如果说帕特里克·亨利（Patrick Henry）1765年发表的抨击《印花税法》的著名演讲接近谋叛的话，他至少可以在奥蒂斯的这一演讲中找到极好的榜样。

为了表明协助令状违法，奥蒂斯径直回到了柯克那里。正如霍勒斯·格雷（后来成为最高法院的大法官）在1865年的一份评论中所述，“奥蒂斯的主要依据就是柯克在博纳姆医生案中的著名陈述”。^[17] 从约翰·亚当斯关于奥蒂斯论辩的摘要中就可以清楚地看到这一点：“关于议会法案。违反宪法的法案是无效的；违反自然公平的法案是无效的；如果议会的法案是用请求的方式写就的，也是无效的。……最高法院必须废止这样的法案。”^[18]

亚当斯惊讶道，奥蒂斯的演讲“为整个国家注入了生命的气息”，“当时就造就了独立的结果”。^[19] 对此我们还可以补充一句，即当时也就诞生了美国的宪法。用格雷大法官的话来说，因为奥蒂斯“否认议会是它自己法案之公正和合宪性的最终裁判者；并且……认为法律的有效性必须由法院进行判定；因而就预示了美国宪法的原则，即宣布违宪的法律无效是司法机关的职责”。^[20]

柯克的传记作者告诉我们，柯克会对博纳姆医生案的运用方式大吃一惊。^[21] 的确，奥蒂斯和他的追随者远远超越了那位伟大的英国法学家所明示的内容。但是柯克自己的态度不是已经用他生动的措辞表达出来了吗？“现在让我们熟读先人的作品吧，因为老树定能发新枝（原文为在古老的土地上肯定会长出新的庄

[14] 10 *Works of John Adams* 244–245 (C. F. Adams ed. 1856).

[15] *Lechmere's Case*, *Quincy Reports* 51 (Mass. 1761). 该案最好的说明是 2 *Legal Papers of John Adams* 123 *et seq.* (Worth and Zobel eds. 1965).

[16] 同上，第141页。

[17] *Quincy Reports*, Appendix 510–521 (Mass.).

[18] *Adams*, 同前注15，第127–128页。

[19] Bowen, *John Adams and the American Revolution* 217 (1950).

[20] 同前注17。

[21] Bowen, 同前注10，第316页。

稼)。”^[22] 美国人在把柯克作为自奥蒂斯辩论开始创建的宪法大厦之基础时正是这么做的。这一事实，即尽管土地是旧的，但庄稼是新的，当不会令柯克本人不安。

各州的先驱

7

整个美国独立战争时期，美国人根据的是他们所享有的英国人的权利，而且主张对这些权利的任何侵犯都是违宪和无效的。不过，直到美国人的权利获得书面组织文件的保障之前，这一主张尚无法获得稳固的法律基础。一旦独立切断了其与母国的纽带，这种保障就随着各州通过的成文宪法和权利法案出现了。

这些新宪法所保障的权利如何执行呢？美国人对这一问题的回答最终当然是司法审查。这种回答最先是在美国独立战争与联邦宪法批准期间出现的。在这一时期的末尾，越来越多的美国人接受了这一看法，即法律可能“严重违反宪法，因而法官拒绝实施它们是正当的”。^[23] 当后来成为美国第三任首席大法官的奥利弗·埃尔斯沃思在1788年康涅狄格州的批准大会上宣称，“如果美利坚合众国超越了其权限范围，如果制定了宪法所没有授权制定的法律，那么就是无效的，而且司法权……将宣布其无效”^[24] 时，他所阐述的学说一点都不激进。

在1780年至1787年期间，很多州的案件都经历了司法权直接就合宪性作出裁判的情形。这些案件是否真的涉及到司法审查尚有争议。评估这些案件之意义的主要困难在于，当这些案件听审和判决的时候，没有留下有价值的现代意义上的案例汇编。法律意见的报道是非常贫乏的，或者根本就没有。对于早期的大多数案件来说，只能求助于其他材料（如报纸和小册子）而不是现代形式的法律报告制度。

联邦宪法通过之前的第一起司法审查案件是1780年新泽西州的霍姆斯诉沃尔顿案。^[25] 1778年新泽西州的一项法律为了惩罚通敌罪，允许6人组成陪审团进行审判，并且规定了没收财产的惩罚。该法律遭到抨击的理由是“违反了新泽西州的宪法”。法院维持了这一主张，不过最终的实际判决湮没无闻。从其他

[22] Bowen, 同前注10, 第520页。

[23] 2 Farrand, *The Records of the Federal Convention of 1787*, 73 (1937).

[24] Wood, *The Creation of the American Republic* 538 (1969).

[25] *Holmes v. Walton*, 该案没有报道过，对其最好的说明是 Scott, *Holmes vs. Walton: The New Jersey Precedent: A Chapter in the History of Judicial Power and Unconstitutional Legislation*, 4 *American Historical Review* 456 (1899).

的材料来看,该判决似乎是以6人陪审团违宪为理由的。^[26]最近某些评论家抨击了霍姆斯诉沃尔顿案确立了司法审查的先例这一结论。不过,当联邦宪法和权利法案通过的时候人们还是普遍认为该案确立了司法审查的先例。该案判决之后不久,“一封来自蒙默思郡60位居民的请愿书”就被呈递给新泽西州议会。该请愿书抱怨说,“最高法院的大法官们以违宪为由将某些法律弃之不用。”在1785年,古弗尼尔·莫里斯(Gouverneur Morris)致信宾夕法尼亚州立法机关时提到,“新泽西州曾经通过一项法律,因法官宣布其违宪而无效。”^[27]另外,8 1802年的一个案件表明,在霍姆斯诉沃尔顿案中,“一项法律经过认真的辩论被判定违宪,并且在该案中无效。”^[28]至少,这一切表明当时的人们的确将霍姆斯诉沃尔顿案看作是司法审查的先例。

第二个涉及司法审查的案件是1782年弗吉尼亚州上诉法院判决的共和国诉卡顿案。^[29]根据《考尔弗吉尼亚案例汇编》对该案的报告,卡顿案被普遍认为是早期司法审查最有力的一个先例。的确,《考尔弗吉尼亚案例汇编》的措辞是非常明确的。“法官们的意见是,法院有权宣布立法机关或其分支的任何决定或法案违宪和无效;在本案中,众议院的决定是无效的,因为参议院没有同意。”^[30]

《考尔弗吉尼亚案例汇编》对卡顿案的报告一直到1827年方才发表;该报告是根据报道者对残存的记录、札记和备忘录对该案的重组形成的。《考尔弗吉尼亚案例汇编》的报告与主持卡顿案法庭的埃德蒙·彭利顿(Edmund Penleton)当时的札记有显著的不同。根据彭利顿的描述,8位法官中只有一位裁定所审理的法律违宪,尽管另外两位的确宣称司法机关有权以违反宪法为由宣布一项法律无效。这里所说的两位法官是钱塞勒·乔治·威思(Chancellor George Wyth)和彭利顿本人。威思可能是当时最著名的法学家,他大张旗鼓地认可了司法审查的权威,“身居此职,我会毫不犹豫地说,对普通法院而言即使天塌下来也要公正审判(Fiat justitia, ruat coelum);对于篡权的立法机关分支而言,你们的努力比

[26] Scott, *Holmes vs. Walton: The New Jersey Precedent: A Chapter in the History of Judicial Power and Unconstitutional Legislation*, 4 *American Historical Review* 459 - 460 (1899). Goebel, *History of the Supreme Court of the United States: Antecedents and Beginnings to 1801*, 124 (1971).

[27] Scott, 同前注25, 第459页、第464页。

[28] *State v. Parkhurst*, 9 N. J. L. 427, 444 (1802).

[29] *Commonwealth v. Caton*, 4 Call. 5 (Va. 1782).

[30] 同上, 第20页。

徒劳还要无益。”^[31] 彭利顿也表明，宣布一项法律无效是个“严肃的问题”，“但如果这份责任落到我肩上的话，我也绝不会退缩。”^[32]

卡顿案的法院并没有行使宣布法律违宪的权力；多数意见裁定“《谋叛法》并不违宪，而是合理地行使宪法保留给立法机关的权力”。^[33] 不过确有 3 位法官主张法院拥有依据宪法宣布法律无效的权力，其中包括两位声望卓著的法官。彭利顿的传记作者告诉我们，特别是威思的话被“保留在法庭报告中，而且政府的法律工作者和学者从未忘记它们，他们一再把这些话向那些可能为自己僭取违宪权力或试图规避宪法限制的人重申”。^[34]

宪法通过前最著名的司法审查的案例^[35] 是 1784 年纽约的拉特格斯诉沃丁顿案。^[36] 该案因为亚历山大·汉密尔顿（Alexander Hamilton）为被告所作的辩护而轰动一时，当时法院发表的意见引起了相当大的轰动。该案是早期这些司法审查案例中文献资料最丰富的一个。严格来说，拉特格斯诉沃丁顿一案并不涉及合宪性审查，而只涉及动用司法权力宣布州的一项法律因与国家之间的条约和法律抵触无效。该案系争的法律允许对英国占领纽约期间占有财产的人提出非法侵占诉讼，并且禁止被告根据随后的军事命令提出任何辩护。沃丁顿是一名英国商人，他根据英国占领军总司令的许可占有了拉特格斯夫人遗弃的财产。汉密尔顿辩称该法律的禁令既违反了国家之间的法律（因为被告占有英国当局下的房产就剥夺了战争法所认可的军事占领者对遗弃财产的权利），又违反了与英国缔结的和平条约。正如汉密尔顿法律文件的编者所述，“当二者发生冲突的时候，汉密尔顿敦促法院在宣布权威较低的法律无效时必须适用权威较高的法律。”^[37]

法院同意该法律不能超越条约或国际法，而且在二者存在冲突的范围内拒绝加以适用。不论拉特格斯诉沃丁顿案是否可以被看作司法审查的先例，但其教训在制宪会议上却并未消失；最高地位条款指示州的法官不适用与条约相冲突的法律。当然，汉密尔顿有关法院拥有审查权的主张使拉特格斯诉沃丁顿案成为

[31] *Commonwealth v. Caton*, 4 Call. 8 (Va. 1782). 彭利顿的札记有关威思的法律意见只是大概，但是确认了《考尔弗吉尼亚案例汇编》说明的要点。2 *The Letters and Papers of Edmund Pendleton* 426 (Mays ed. 1961). 参见 Goebel, 同前注 26, 第 127 - 128 页。

[32] Pendleton, 同前注 31, 第 422 页。参见 2 Mays, *Edmund Pendleton 1721 - 1803; A Biography* 200 (1952).

[33] Edmund Pendleton to James Madison, Nov. 8, 1782. Mays, 同前注 32, 第 201 页。

[34] Mays, 同前注 32, 第 202 页。

[35] Goebel, 同前注 26, 是这样描述的, 第 131 页。

[36] *Rutgers v. Waddington*, 最好的说明是 1 *The Law Practice of Alexander Hamilton* 282 - 419 (Goebel ed. 1964).

[37] 同上, 第 305 页。

“通往司法审查漫漫长途上的一个里程碑”。^[38]

下一个涉及司法审查的案件是1786年罗德岛州的特雷韦特诉威登案。这起案件也没有经过报告，但却因1787年詹姆斯·M·瓦纳姆（James M. Varnum，他更著名的身份是华盛顿手下的将军）出版的一本小册子而广为人知，瓦纳姆针对有关法律为该案进行辩护。^[39]瓦纳姆的辩解流传甚广，揭示了立法机关剥夺威登要求获得陪审团审判权之努力的违宪性。威登是一位屠夫，因为在所售物品（本案是肉类）的交易中拒绝接受以州发行的纸币进行支付而触犯法律，因而遭到检控。在出庭辩护时，瓦纳姆诉诸于当代宪法与普通制定法之间的区分，^[40]辩称宪法原则的地位更高，因为它们“是由人们在代表大会之前规定的并且创设了代表大会的权力”。根据宪法检验立法机关制定的法律是法院的职责。司法机关的任务就是“否决立法机关与人民所托付的职责相矛盾的法律”。^[41]下述简单的新闻报道表明罗德岛州的法官同意瓦纳姆的意见：

10 “法庭休庭到第二天早晨，开庭后，豪厄尔（Howell）法官就以坚定、明智而又通情达理的演说确定了促使他认为起诉不属于法院的受理范围的理由，作为一名独立的法官他宣称有关的刑事法律与宪法相抵触，因此他给出的法律意见是法院不应当受理起诉！德沃（Devoe）法官也持相同的意见。蒂林哈斯特（Tillinghast）注意到了该法案显然前后矛盾的表述……并且以此为根据作出了同样的裁决。哈泽德（Hazard）法官投票反对受理本案。首席大法官在未给出自己法律意见的情况下宣布了法院的判决。”^[42]

宪法通过之前涉及司法审查权最明显的案件是1787年5月（恰好在费城制宪会议之前）北卡罗来纳州的贝亚德诉辛格尔顿案。^[43]当时北卡罗来纳州的报告说明表明，当法官们在涉及到北卡罗来纳州《权利宣言》规定的财产权的案件中，裁定违反由陪审团进行审理这一保障的法律“理所当然……要被废止而不具有任何效力”时，他们显然意识到了自己所作所为的意义。只要宪法“作为国家的基本法律仍然具有全部效力”，“它们就不能通过任何以任何方式否定

[38] Morris, *Witnesses at the Creation* 45 (1985).

[39] Varnum, *The Case Trevett against Weeden* (Providence 1787).

[40] Wood, 同前注 24, 是这样描述的, 第 460 页。

[41] 转引自同上。

[42] *Newport Mercury*, Oct. 6, 1786.

[43] *Bayard v. Singleton*, 1 N. C. 42 (1787).

或改变宪法的法案。”^[44]

詹姆斯·艾尔德尔 (James Iredell)，后来成为最高法院的大法官，曾经在贝亚德诉辛格尔顿案中担任原告的代理人。在参加制宪会议时，理查德·多布斯·斯佩特 (Richard Dobbs Spaight) 写信给艾尔德尔谴责贝亚德案的判决为“篡位”，“完全否定了立法机关的行动，司法机关本不应具有这种权力。”艾尔德尔回复说：“我一直认为，与宪法不一致的法律是无效的；而法官不应当适用该法律，这与他们的职责是一致的。宣布违宪的法律无效的权力直接来源于司法机关适用法律的职责，而绝非“篡位”：“或者遵守最基本的不可撤销的法律，否决未获得其授权或与之相悖的法律；或者必须遵守那些未经人民授权的当局法律。”艾尔德尔说，行使司法审查权是不可避免的。“不是因为法官被任命为裁判者……而是因为当一项法律必须由他们作出判断时，他们不可避免地要以这种或那种方式作出裁决。难道他们可以说他们是遵守宪法还是遵守与宪法不一致的法律吗？”^[45]

实际上，宪法制定之前这些有关司法审查权的主张并非没有遭到挑战。在拉特格斯诉沃丁顿案之后，纽约州议会通过了一项决议，抨击该案所宣示的法院的司法审查权。^[46]一家报纸上的公开信则更进一步，声称：“我们认为，应当赋予法院一种借以控制最高立法权之司法权本身是荒谬的。法院拥有这种权力只会破坏自由，并且废除财产权所有的安全屏障。”^[47]

特雷韦特诉威登一案所引发的反应则更为强烈，罗德岛州立法机关命令法官出席“给出判定代表大会的法案违宪且无效的理由”。^[48]然后，正如麦迪逊 (Madison) 向制宪会议解释的那样，“在罗德岛州，拒绝执行违宪法律的法官被免职，立法机关以其他乐于充当其主子邪恶、专断计划的工具的人取而代之。”^[49]

不过，尽管存在这样的反对声音，重要的在于联邦宪法通过以前法官们的确 11
行使过司法审查权。因而奠定了主张美国最高法院成为我们国家宪法制度支点的权力的司法基础。

[44] Bayard v. Singleton, 1 N. C. 47 (1787).

[45] 2 McRee, *Life and Correspondence of James Iredell* 169, 172-173 (1858).

[46] 同前注 36, 第 312 页。

[47] 同上, 第 314 页。

[48] Coebel, 同前注 26, 第 140 页。

[49] Farrand, 同前注 23, 第 28 页。麦迪逊的描述不完全准确。参见 goebel, 同前注 26, 第 141 页。

宪法及其批准

在1787年炎热夏季里来到费城的人们的首要目标就是对宪法框架进行修改，以便（用召集这次会议的邦联国会的话来说）“使联邦宪法足以应付政府的紧急事件”。^[50] 为了实现这个目标，他们起草了一部新的宪章，规定了一个具有足以使其有效运作的权威的联邦政府。

《邦联条例》将其所规定的全部政府权力都集中于一个一院制的立法机构。在制定宪法之前，“邦联国会是国家中总的、最高的、居于控制地位的委员会，是邦联的核心，是力量的核心，是整个政治体制的中心”。^[51] 邦联没有独立的执行部门，仅有的邦联法院也只是国会建立处理深海上发生的海盗抢劫案件和战利品案申诉的法院。

从一开始，制宪者们就同意他们正在创设的新政府应当以权力分立为基础。麦迪逊告诉制宪会议说：“立法权、行政权与司法权分开……并各自保持独立……是至关重要的。”^[52] 因而他所起草的成为新宪法基础的弗吉尼亚方案明确规定：“应当建立由最高立法、司法和行政机关组成的全国性政府。”^[53]

当以麦迪逊的方案作为基础进行考虑时，制宪者们几乎在一开始就决定应当建立一个联邦司法机关，而且应当是“最高的”。实施该方案的决议则规定“建立全国性的司法机关”，由最高法院和下级法院共同组成。^[54] 因而联邦法院模仿的是殖民地和州法院系统——像它们那样由下级法院和中央最高法院共同组成。

尽管制宪会议讨论期间曾经关注过司法机关，但“就那些对司法机关特别感兴趣的人而言，制宪会议的记录中关于这一主题的记载非常之少。”^[55] 仅有的重要反对意见针对的是下级联邦法院，有人将其看作是对各州的侵犯。这一难题通过妥协得以解决：宪法对下级法院不加规定，但是允许国会建立下级法院。^[56]

12 制宪者们当然很熟悉独立前的司法体系，根据该体系可以上诉到中央的上诉法院。设立一个联邦最高法院的提议实际上没有经过任何讨论就获得了通过。制宪大会考虑并且否决了许多与司法功能不一致以及可能损害新最高法院之独立性

[50] 3 Farrand, 同前注23, 第13页。

[51] *Penhallow v. Doane*, 3 Dall. 54, 80 (U. S. 1795).

[52] 1 Farrand, 同前注23, 第34页。

[53] 同上, 第30页。

[54] 同上, 第21页。

[55] Farrand, *The Framing of the Constitution* 154 (1913).

[56] 同上, 第80页。

的动议——其中著名的是建立由执行机关和“适当数量的全国性司法机关”组成的复审委员会以否决国会通过的法案，以及“所有法案在成为法律之前都应当提交给行政和最高司法部门”的动议。^[57] 就应当由谁来任命联邦法官以及他们的管辖权问题也都存在争论。不过，最终有关司法机关这一条基本上是按照那些希望有一个强大的全国性政府的人起草的样子通过的——尤其是其最主要的起草人奥利弗·埃尔斯沃思。

当然，联邦宪法并没有明确赋予联邦法院审查法律之合宪性的权力。但是，宪法当中确实包含据以确立司法审查权威的规定。新的司法机关的管辖权延伸到了“根据宪法、美利坚合众国的法律和条约所产生的……所有案件”。更重要的是宪法第6条的最高地位条款，该条款是根据约翰·拉特利奇（曾被任命到第一届最高法院，还曾短期担任第二任首席大法官）的动议补充进去的。联邦宪法的最高地位被明确宣布为宪法架构的基础。因为只有那些“根据宪法制定的……法律”才能够被赋予“最高法律”的地位，与宪法不一致的法律就被排除在强制服从之外。

在辩论期间，制宪者们会不时地强调（用埃尔布里奇·格里（Elbridge Gerry）的话说就是）“司法机关……通过对法律的解释”就会拥有“决定这些法律是否合宪的权力”。^[58] 这样说过的包括格里本人、詹姆斯·威尔逊（James Wilson）^[59]、詹姆斯·麦迪逊^[60]以及反对宪法的人，如卢瑟·马丁（Luther Martin）^[61]和乔治·梅森（George Mason）。^[62] 即使那些对法院的这种权力感到困惑的人也不得不承认找不到其他可行的替代方法。正如约翰·迪金森（John Dickinson）所述：“他认为这种权力不应当存在。同时，他又感到迷茫，有什么应急办法来替代它呢？”^[63]

麦迪逊也看到了司法审查权的危险之处，1788年他曾说过，这“使得司法部门事实上高于立法机关，这是（制宪者们）从未设想过的而且也是不合适的”。^[64] 不过麦迪逊在结束对这个问题的讨论时还说到：“违反人民本身确立的

[57] 1 Farrand, 同前注 23, 第 21 页; 2 Farrand, 同前注 23, 第 298 页。

[58] 1 Farrand, 同前注 23, 第 97 页。

[59] 2 Farrand, 同前注 23, 第 73 页。

[60] 同后注 65。

[61] Farrand, 同前注 23, 第 78 页。

[62] Farrand, 同前注 23, 第 76 页。另外见 1 Farrand, 同前注 23, 第 109 页 (Rufus King); 2 Farrand, 同前注 23, 第 28 页 (Morris 州长); Farrand, 同前注 23, 第 27 页 (Roger Sherman)。

[63] 同上, 第 299 页。

[64] Wood, 同前注 24, 第 304 页。