

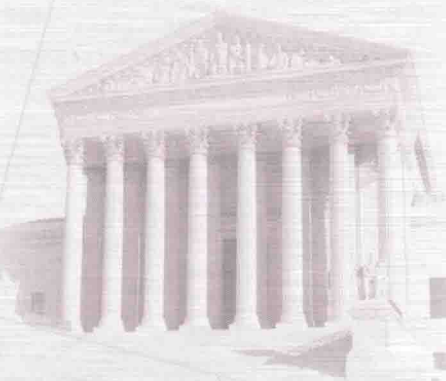
山东大学历史学书系

美国 司法审查

制度的起源与实践

THE ORIGINS AND EXPERIENCE OF
AMERICAN JUDICIAL REVIEW

白雪峰◎著



人民
大学
出版社

山东大学历史学书系

美国 司法审查

制度的起源与实践

THE ORIGINS AND EXPERIENCE OF
AMERICAN JUDICIAL REVIEW

白雪峰◎著



人民
出版社

责任编辑:宫 共

封面设计:肖 辉

图书在版编目(CIP)数据

美国司法审查制度的起源与实践/白雪峰 著. —北京:人民出版社,2015.8
ISBN 978-7-01-015110-6

I. ①美… II. ①白… III. ①司法监督—研究—美国 IV. ①D971.26

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 176444 号



美国司法审查制度的起源与实践

MEIGUO SIFA SHENCHA ZHIDU DE QIYUAN YU SHIJIAN

白雪峰 著

人民出版社 出版发行

(100706 北京市东城区隆福寺街 99 号)

环球印刷(北京)有限公司印刷 新华书店经销

2015 年 8 月第 1 版 2015 年 8 月北京第 1 次印刷

开本:710 毫米×1000 毫米 1/16 印张:30.25

字数:480 千字

ISBN 978-7-01-015110-6 定价:75.00 元

邮购地址 100706 北京市东城区隆福寺街 99 号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

版权所有·侵权必究

凡购买本社图书,如有印制质量问题,我社负责调换。

服务电话:(010)65250042

本书为2006年国家社会科学基金项目的结项成果
(项目批准号: 06CSS007)

序 言

在美国宪政体制中，“司法审查”（Judicial Review）是指司法机关依照宪法审查立法和行政机构的法律、法令及施政行为，并裁定其是否违宪的制度。虽然联邦宪法并未明确规定联邦司法机关拥有司法审查权，但自联邦最高法院在1803年的“马伯里诉麦迪逊案”^①判决中确认了司法审查的正当性后，该制度就被根植于美国的宪政体制中，并深刻地影响了此后美国宪政演进的走向。本书力图对美国司法审查制度的起源与实践做深入研究，探究影响美国司法审查制度运作的内外因素以及司法审查在美国社会和宪政发展中的重要作用。

—

分权制衡（Checks and Balances）是美国宪政体制最重要的制度基石之一。在这一机制下，美国联邦政府在行政、立法和司法机构之间，既实现了权力分立，又保持了相互间的权力制约，从制度层面上防止了任何一个政府机构超越联邦宪法赋予的权力，在最大程度上减少了出现专制和暴政的可能性。在美国联邦建立以来的200多年中，联邦最高法院不仅是制衡总统和联邦国会的重要一环，而且也在很大程度上影响了美国社会的发展进程，是推

^① *Marbury v. Madison*, 5 U. S. 137 (1803). (本书中联邦最高法院案件的注释方法，采用学术界的通行体例。本案例的表述意思为：1803年的“马伯里诉麦迪逊案”，判决载《联邦最高法院判例汇编》第5卷，判决词始自第137页。)

动美国宪政演进的一个重要参与者。

但是，必须指出的是，在美国联邦政府建立之初，联邦最高法院的重要性却并不为大多数的美国人所认知。在很多美国人的眼中，联邦最高法院的权力并不明确，在美国的权力制衡机制中，它并不能发挥实际的作用，而且也与普通美国人的日常生活没有多少直接的联系。

联邦最高法院之所以在联邦建立初期不被大多数美国人所重视，原因首先在于联邦宪法在制度设计方面所存在的缺陷，使得联邦最高法院缺乏足够的权威。在1787年的费城制宪会议（Constitutional Convention）中，虽然美国的制宪者们极力试图设计出一个完美无缺的权力制衡机制，但事实上，联邦宪法有关权力制衡的最终规定却并不完善。这主要是因为，联邦宪法对总统与联邦国会之间的相互制约，以及总统和联邦国会对联邦最高法院的制约，都作出了详实的规定，但对联邦最高法院如何制约总统和联邦国会，却并没有明确提出具体的方案。

联邦最高法院的这一尴尬处境，使得在联邦政府建立初期，几乎没有人认为联邦最高法院是一个有权威的机构，许多著名的政治家和律师也不愿意出任联邦最高法院大法官（Justice）。例如，在1789年，当乔治·华盛顿（George Washington）总统任命联邦最高法院的6名首任大法官时，罗伯特·H. 哈里逊（Robert H. Harrison）就明确拒绝就任，原因是哈里逊认为他所担任的马里兰州最高法院首席法官一职，比联邦最高法院大法官更为重要。约翰·拉特利奇（John Rutledge）虽然同意就任联邦最高法院大法官，但却从未到任。1791年，拉特利奇宣布辞职，就任了南卡罗来纳州最高法院首席法官一职。^① 联邦最高法院的第一任首席大法官（Chief Justice）约翰·杰伊（John Jay）也于1795年辞职，出任纽约州州长。1801年1月，杰伊又婉拒了约翰·亚当斯（John Adams）总统对他提出的再次出任联邦最高法院首席大法官一职的邀请，原因是他认为联邦最高法院缺乏“生气、力量和尊严”^②。

^① Patricia C. Acheson, *The Supreme Court: America's Judicial Heritage*, New York: Dodd, Mead & Company, 1961, p. 34.

^② [美] 亨利·J. 亚伯拉罕：《法官与总统——一部任命最高法院法官的政治史》，刘泰星译，姚诗夏、朱启明校，商务印书馆1990年版，第70—71页。

除了缺乏足够的权力外，司法机关的运作机制也使得联邦最高法院在建立初期不为美国社会所关注。与美国联邦国会公开辩论重大的社会现实问题不同，联邦最高法院在建立初期所审理的案件，大多与普通人的切身利益联系不大，联邦最高法院大法官们对案件的讨论是保密的，审判也是相对封闭的。由于绝大多数美国人都倾向于关注与自身利益有关的现实问题，联邦最高法院的这种运作机制显然无法使它像联邦国会那样成为美国社会瞩目的焦点。

此外，案件审理所涉及的法律问题通常不为普通人所熟悉，也成为联邦最高法院难以引起人们兴趣的原因之一。正如 19 世纪上半期的联邦最高法院大法官约瑟夫·斯托里（Joseph Story）所说，在司法审判中，联邦最高法院所要解决的法律问题，通常非常复杂，与普通人的日常生活相去甚远，理解并合理地阐释、解决这些法律问题，必须运用人类的“最高智慧”（highest faculties of mind）才能做到，这显然超出了一般人的认知范围。^①因此，联邦最高法院在建立初期没有引起美国社会的广泛重视，并不是偶然的。

直到 1803 年，联邦最高法院借由“马伯里诉麦迪逊案”判决，明确阐述了司法机关拥有司法审查权后，联邦最高法院才凭借自身的努力从根本上改变了这一窘境，联邦最高法院也因此进入了一个崭新的发展阶段。司法审查不仅极大地扩展了联邦最高法院的权力，强化了联邦最高法院制约其他政府机构的宪政功能，完善了美国的权力制衡机制，而且也使联邦最高法院开始深深地卷入美国的社会和政治运作，成为美国社会普遍关注的焦点。

在马伯里案判决之后的 200 多年里，联邦最高法院通过司法审查，已经把司法的触角延伸到了联邦制（Federalism）、经济运行、社会调控、公共福利、公民权利和公民自由等众多的领域，甚至还在消除种族隔离、议席分配制度改革、州级刑事审判程序改革和堕胎权的保障等方面，发挥了关键性的“原动机”的作用，以至于美国学者内森·格拉泽（Nathan Glazer）把联邦最高法院比作“帝王般的司法机关”（Imperial Judiciary），联邦最高法院是

^① George Lee Haskins and Herbert A. Johnson, *History of the Supreme Court of the United States, Vol. II, Foundations of Power: John Marshall, 1801—1815*, New York: Macmillan Publishing Co., Inc., 1981, p. 83.

“世界上最有权势的法院”^①。

二

本书对国内外学术界在美国司法审查制度问题上的研究成果和观点进行了系统梳理和总结，在此基础上论述了美国司法审查制度的起源、发展及其对美国宪政体制运作所产生的重大影响，并力图阐明以下几个重要问题。

第一，美国的司法审查制度有着坚实的理论、制度和实践基础。虽然美国的 1787 年联邦宪法没有对司法审查作出明确的规定，美国司法审查制度的确立是源自于 1803 年联邦最高法院审理的“马伯里诉麦迪逊案”先例，但这并不等于说美国的司法审查就不存在合宪的基础。

本书认为，在马伯里案之前，欧洲“高级法”思想的发展及其对美国社会和宪政发展的深刻影响，为司法审查制度的确立提供了重要的理论基础。在制宪时期，权力分立与制衡机制在美国宪政体制中的确立，以及制宪者们对司法机关制衡作用的普遍重视和认可，为司法审查提供了制度基础。从殖民地时代到联邦宪法生效初期，美国社会对司法审查权的熟悉、州法院和联邦法院对司法审查权的初步运用等，为联邦最高法院在马伯里案中确立司法审查制度奠定了重要的实践基础。

第二，本书以司法审查与美国联邦制之间的互动发展为研究主线，可以更深刻地探究司法审查在美国宪政发展的不同时期所发挥的重要作用。自 1803 年的“马伯里诉麦迪逊案”确立司法审查制度以来，司法审查就在美国的宪政发展中发挥着越来越重要的作用。其中，司法审查对美国联邦制发展演变所起的作用最为引人注目，是司法审查影响美国宪政发展的一条主线。可以说，司法审查对美国宪政体制运作各方面的影响，几乎都与联邦制问题有着密不可分的关系。

具体而言，从 19 世纪初到 19 世纪 60 年代初美国内战爆发前，联邦最高法院司法审查的重点在于协调联邦政府与州政府的权力关系，实现联邦

^① Nathan Glazer, “Towards an Imperial Judiciary?”, *The Public Interest*, Vol. 41, 1975, pp. 104, 106.

制的初步稳定。内战结束后尤其是 19 世纪 80 年代后到 1937 年以前，对联邦政府和州政府调控社会和经济的权力都加以限制，防止任何一级政府借由干预社会经济发展扩大权力，从而破坏“二元联邦制”（Dual Federalism）的稳定，则成为联邦最高法院司法审查关注的重心。司法审查的行为模式也从过去的“解释宪法”逐渐发展为“法官造法”。1937 年“宪法革命”（constitutional revolution）后，联邦最高法院实现了司法审查重心的转变，即从过去限制联邦政府和州政府调控经济，逐渐转向严格保护公民权利和自由。这一转变，彻底打破了“二元联邦制”的传统权力架构，使联邦权扩大成为未来美国联邦制发展的主要趋向。从 20 世纪 50 年代以来，在“消除种族隔离”、“议席分配制度改革”和“《权利法案》联邦化”、“堕胎权的保护”等方面，联邦最高法院的司法审查在事实上都起到了推动美国平等权利发展的“原动机”的作用，对美国当代宪政演进尤其是对联邦权扩大产生了重大影响。

第三，自 19 世纪初美国司法审查制度确立以来，联邦最高法院对诸多重大的政治和社会问题都作出过司法判决，但这些判决对美国社会发展的影响并非一致，而是积极与消极并存。究其原因，除特定的社会背景外，在联邦最高法院中占主导地位的司法理念对左右案件判决起到了至关重要的作用。本书认为，1787 年联邦宪法确立了联邦司法机关在美国分权体制中的独立地位，这就意味着在司法审查中，联邦最高法院大法官们以何种司法理念作为裁决案件的原则，就在很大程度上成为影响案件判决结果的决定性因素。

在美国内战以前，联邦最高法院内部主要存在着加强联邦权与保护州权两种司法理念的冲突，这种冲突从总体上实现了联邦权与州权在美国早期宪政体制运作中的相对平衡。

内战结束后，尤其是在进入 19 世纪 80 年代后，联邦最高法院中又长期存在司法保守主义（Judicial Conservatism）与司法自由主义（Judicial Liberalism）的对立。司法保守主义主张在司法审查中，联邦最高法院应恪守宪法和法律文本，严格遵循司法先例。这种司法理念虽然维护了联邦宪法和法律的至上性，但也忽视了法律的社会适应性，甚至以法律的形式认可了大量社会不公正事实的存在。在“自由放任”经济思想、社会达尔文主义和

“实质性正当法律程序”原则等的影响下，司法保守主义曾长期成为联邦最高法院司法审查的主流司法理念。

司法自由主义则主张，在司法审查中，联邦最高法院除了遵从宪法原则、法律规定和司法先例外，还应充分考虑法律对社会现实需要的积极反应，使法律适应社会发展，维护现实中的社会公正。这一司法理念最早由美国联邦最高法院大法官奥利弗·W. 霍姆斯（Oliver Wendell Holmes）和路易斯·D. 布兰代斯（Louis D. Brandeis）等人提出，形成于20世纪初的进步运动时代，但在20世纪50年代以前，它一直未能在联邦最高法院中占据主导地位。

进入20世纪五六十年代后，随着联邦最高法院中自由派大法官数量的逐渐增多，联邦最高法院的主流司法理念开始由司法保守主义转向司法自由主义。在司法审查中，联邦最高法院不断赋予联邦宪法和第14条宪法修正案的“平等法律保护”和“正当法律程序”等条款以新的内涵，对当时大量存在的社会不公正进行矫正，极大地影响了当代美国宪政的发展走向。

本书认为，尽管与霍姆斯和布兰代斯提倡的司法自由主义相比，当代联邦最高法院司法自由主义的表现形式发生了重大变化，出现了从“司法克制”（Judicial Restraint）向“司法能动主义”（Judicial Activism）的转变，但从本质上讲，司法自由主义的核心理念却是一脉相承的。它们都主张从法律必须符合社会现实需要、维护社会公正这一前提出发，实施司法审查。只是由于所处时代不同，美国宪政发展的特点也存在巨大的差异，司法自由主义的外在表现才呈现出相异的特征。

进入20世纪80年代后尤其是在进入90年代后，由于保守派大法官数量的逐渐增加，以及美国主流政治思潮的渐趋保守，联邦最高法院的司法理念又开始趋向司法保守主义，但“司法能动主义”仍然是其司法行为的主要特征。

第四，虽然司法审查是非民选的法官制约其他民选机构的重要手段，但这一制度并不意味着司法审查有违美国的民主制原则。实际上，联邦最高法院的司法审查不仅没有长期偏离美国民主机构的主流观念，而且还是美国民主制度的有益补充和完善，在很大程度上保证了美国社会的理性和稳定发展。

本书认为，尽管行使司法审查权的联邦最高法院大法官不是由民选产生的，但大法官的选任程序是由联邦宪法明确规定的，提名、审议和任命大法官的也是民选的总统和联邦参议院。这就意味着，联邦最高法院的大法官一旦获得任命，他或她也就成为了美国民主机制运作中的合法一员，联邦最高法院所拥有的司法权，以及根据联邦宪法的限权原则所行使的制衡其他政府机构的权力，不仅是合宪的，而且也是带有鲜明的民主色彩的。否则，就只能说明，由民选机构根据民主程序所作的慎重选择，本身却并不为民选机构及其所代表的人民所信任，这显然是一种悖论。不仅如此，作为美国宪政制衡机制的重要组成部分，司法审查还可以在民选机构违宪施政时，有效地加以干预，从而弥补民主机制运作过程中不可避免会出现的偏差。

本书认为，在美国联邦宪法所确立的限权制衡机制中，司法审查不仅可以有效地预防民主机制失控，将“多数人暴政”（Majority Tyranny）的危险降到最低，更为重要的是，司法审查也为个人尤其是少数人维护自己的宪法权利提供了一个合法的渠道，在很大程度上防止了美国社会出现非理性的过激行为。

尽管在美国宪政的发展过程中，美国社会给予了司法审查众多的批评，但不可否认的是，到目前为止，司法审查仍然是美国宪政体制中维护宪法至上和保护公民权利与自由的最重要的机制之一，其权威性是不可动摇的。

三

在研究和写作过程中，著者大量引用了联邦最高法院判决、联邦国会立法、联邦和州的政府文件、制宪时期制宪会议和各州批准联邦宪法草案的宪法会议记录等原始文献，这些文献均检索和下载自著者所在高校图书馆电子资源中的 HeinOnline 数据库。该数据库下属的诸多子数据库，如 U. S. Supreme Court Library、U. S. Presidential Library 和 U. S. Statutes at Large 等，都提供了各种内容丰富和全面的 PDF 格式的影印档案文献，如《联邦最高法院判例汇编》、《美国联邦国会法案大全》和《美国总统文件和演讲集》等，极大地方便了本书的研究。

本书引用的部分英文专著，尤其是出版年代较早甚至是 19 世纪出版

的英文经典专著，基本上都检索和下载自 HeinOnline 的 Legal Classics 数据库。英文论文主要检索和下载自学校图书馆电子资源中的 JSTOR 外文过刊全文数据库、HeinOnline 数据库下属的 Law Journal Library 数据库，以及 ProQuest 学位论文全文数据库等。

其他大量的研究性英文专著和论文是著者在美国得克萨斯大学奥斯汀分校贾梅尔法学研究中心 (Jamail Center for Legal Research) 做访问学者期间搜集的，也有部分英文专著复印自北京国家图书馆和国内其他院校和科研机构的图书馆。

本书引用的中文研究专著主要来自于著者本人、学校和学院图书馆的藏书，以及学校图书馆电子资源中的超星数字图书馆等。中文论文主要检索和下载自学校图书馆电子资源中的 CNKI 中国学术文献总库数据库。

本书引用的部分英文专著虽在国内已有中译本，但著者在研究过程中，都阅读了能够收集到的英文原著，并根据自己的理解对引用原文做了翻译，故在注释中标注了英文原著的引用页码，但仍要感谢中译本译者所作的翻译给著者理解英文原著所提供的帮助。

目 录

序 言	1
第一章 美国司法审查制度研究综述	1
一、美国社会对司法审查制度的早期争论	2
二、美国学术界对司法审查制度的第一次大讨论	9
三、美国学术界对司法审查制度的第二次大讨论	18
四、美国学术界对司法审查制度的第三次大讨论	22
五、当代国内学术界对美国司法审查制度的研究	39
第二章 美国司法审查制度的确立	49
一、政党斗争与“马伯里诉麦迪逊案”的缘起	49
二、马伯里案判决与司法审查制度的确立	64
第三章 司法审查制度确立的历史基础	77
一、司法审查制度确立的理论基础	78
二、司法审查制度确立的制度基础	90
三、司法审查制度确立的实践基础	106
第四章 司法审查与联邦制的初步稳定	132

一、马歇尔法院与联邦权的巩固	134
二、塔尼法院与州权的上升	149
第五章 司法审查与“二元联邦制”的演进	164
一、司法审查与“二元联邦制”的确立	164
二、“二元联邦制”下司法审查面临的挑战	184
第六章 司法审查与联邦权的扩大	197
一、司法审查与“新政”改革	197
二、司法审查与“新政”后联邦权的扩大	208
第七章 司法审查与消除种族隔离	245
一、司法审查与种族隔离制度的形成	246
二、“布朗诉教育委员会案”与种族隔离合宪性的终结	263
三、司法审查与种族隔离制度的崩溃	277
第八章 司法审查与议席分配制度改革	295
一、司法审查与“政治棘丛”观的形成	296
二、“贝克诉卡尔案”与议席分配案件可诉性的确认	304
三、司法审查与“一人一票”原则的确立与实施	316
第九章 司法审查与《权利法案》联邦化	329
一、司法审查与《权利法案》联邦化问题的出现	330
二、司法审查与《权利法案》联邦化的启动	340
三、司法审查与《权利法案》联邦化的巩固	346
四、司法审查与《权利法案》联邦化的扩大	369
结 语	388
主要参考文献	407

中英文案例索引	432
中英文主题索引	442
后 记	467

第一章

美国司法审查制度研究综述

美国联邦最高法院前首席大法官查尔斯·E. 休斯 (Charles E. Hughes) 曾经说过, 在美国, 司法审查使得联邦最高法院成了“依据宪法保护美国人自由和财产的卫士”, 因为虽然“我们是生活在一部宪法之下, 但宪法是什么, 还是要由法官说了算”。^① 的确, 自 1803 年联邦最高法院在“马伯里诉麦迪逊案”判决中确立司法审查权以来, 司法审查在美国宪政体制中所发挥的作用越来越大。在美国宪政发展的过程中, 几乎在每一个时期所有重要的宪政领域中, 都可以找见司法审查的身影。司法审查已不仅仅是美国宪政运作的一项原则, 而且也成为美国人生活中的一部分。

司法审查在美国宪政体制中所显示出的巨大影响力, 引发了美国政界和学术界的激烈争论, 相关的研究成果也汗牛充栋。总体而言, 自马伯里案判决以来, 美国政界和学术界围绕司法审查所展开的论战可分为 4 个阶段。在这一过程中, 美国社会对司法审查的争论不仅从政界逐渐转向了学术界, 而且在讨论司法审查正当性的同时, 也开始着力强调限制司法审查的范围等问题。

当代国内学术界对美国司法审查制度的研究始于 20 世纪 80 年代, 进入新世纪以来研究不断加深。国内学术界的研究主要涉及美国司法审查制度

^① Charles E. Hughes, “Speech Before the Elmira Chamber of Commerce, May 3, 1907”, in *Addresses and Papers of Charles Evans Hughes, Governor of New York, 1906—1908*, Charles E. Hughes, New York: G. P. Putnam’s Sons, 1908, p.139.

的历史和正当性、司法审查与宪法解释以及司法审查的典型案件等方面。虽然与美国学术界的研究相比，国内学术界对这一问题的研究还处于“初级阶段”，但也已有相当的深度和广度，为后续的研究奠定了坚实的实证和理论基础。

一、美国社会对司法审查制度的早期争论

虽然美国是世界上首个确立司法审查制度的国家，但由于联邦宪法并无明确条文规定司法机关拥有司法审查权，因此，司法审查是否具有正当性，在美国是一个长久以来争论不休的难题。早在美国制宪时期，美国的建国先贤亚历山大·汉密尔顿（Alexander Hamilton）就对司法审查的正当性做了最早的辩护。汉密尔顿认为，所谓“限权宪法”，指的是为民选机构“规定一定限制的宪法”，为了防止民选机构违背人民的意志，制定违宪的法律，“法院必须有宣布违反宪法明文规定的立法为无效之权”，否则，“无异于说，代表的地位反高于所代表的主体，仆役反高于主人，人民的代表反高于人民本身”。汉密尔顿认为，联邦宪法“有意”使法院成为人民与民选机构的“中间机构”，法院有责任监督民选机构在“其权力范围内行事”，并可以将违宪的法律宣布为无效。在汉密尔顿看来，司法审查“并无假定司法权高于立法权的含意”，“仅假定人民的权力实在二者之上”。^①

汉密尔顿的这一思想对“马伯里诉麦迪逊案”判决的执笔人联邦最高法院首席大法官约翰·马歇尔（John Marshall）的影响极大。可以说，马歇尔在马伯里案中正是沿着汉密尔顿的思想路径为司法审查寻找合宪的法理依据的。正如马歇尔所说，“解释法律是司法机关的职权和责任，在特定案件中运用法律的人，必须要阐述和解释法律”，如果一项法律与联邦宪法相冲突，法院就必须宣布该法律无效，这是“我们社会的基本原则之一”。^②

但是，为了消除美国社会和其他政府机构对司法审查的疑虑，马歇尔也在马伯里案判决中确认了美国独立初期在各州宪政实践中出现的“部门解

^① [美] 汉密尔顿、杰伊、麦迪逊：《联邦党人文集》，程逢如、在汉、舒逊译，商务印书馆1995年版，第392—393页。

^② *Marbury v. Madison*, 5 U. S. 137 (1803), 177.