



第二版

# 最小危险部门

——政治法庭上的最高法院

〔美〕亚历山大·M. 比克尔 著  
姚中秋 译



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

宪政经典

第二版

# 最小危险部门

——政治法庭上的最高法院

The Least Dangerous Branch

The Supreme Court at the Bar of Politics

〔美〕亚历山大·M.比克尔 著

姚中秋 译



北京大学出版社  
北京·2007年

著作权登记号:01-2004-5068

图书在版编目(CIP)数据

最小危险部门/(美)比克尔著;姚中秋译. —北京:北京大学出版社,2007.5

(宪政经典)

ISBN 978-7-301-12041-5

I. 最… II. ①比… ②姚… III. 宪法-研究-美国  
IV. D971.21

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第051719号

书 名:最小危险部门——政治法庭上的最高法院(第二版)

著作责任者:[美]亚历山大·M.比克尔 著 姚中秋 译

责任编辑:苑媛 白丽丽

标准书号:ISBN 978-7-301-12041-5/D·1732

出版发行:北京大学出版社

地 址:北京市海淀区成府路205号 100871

网 址:<http://www.pup.cn> 电子邮箱:[law@pup.pku.edu.cn](mailto:law@pup.pku.edu.cn)

电 话:邮购部62752015 发行部62750672 编辑部62752027

出版部62754962

印 刷 者:北京汇林印务有限公司

经 销 者:新华书店

650mm×980mm 16开本 21印张 280千字

2007年5月第1版 2007年5月第1次印刷

定 价:29.00元

---

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:[fd@pup.pku.edu.cn](mailto:fd@pup.pku.edu.cn)

大凡专注地考察权力的不同部门者必会察觉,在权力彼此分立的政府中,司法部门——就其职能的性质而言——对于宪法中所规定之政治权利总是危险最小的;因为它干扰和危害它们的能力肯定是最小的。行政部门不仅分配着荣誉,也掌握着社会的刀剑。立法机构不仅掌管着钱袋,也规定那些赖以管制每个公民之义务和权利的规则。与此相反,司法部门不论对于刀剑还是对于钱袋均无影响力;也不能管理社会的强力或者财富。确实可以说它既无武力也无意志,而只有判断;而即使它的判断的执行,最终也有赖于行政部门力量之协助。

亚历山大·汉密尔顿  
联邦党人文集,第七十八篇  
《法官是宪法的守护者》\*

---

\* 此系译者据英文译出,参见中译本,[美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊著:《联邦党人文集》,程逢如、在汉、舒逊译,商务印书馆2004年版,第391页。

# 前 言

哈利·威灵顿(Harry H. Wellington)

—

亚历山大·比克尔在[20世纪]50年代末和60年代初撰写了 ix  
《最小危险部门》，当时，宪法学研究对于联邦最高法院的关注，起码不亚于对宪法本身的关注——今天亦复如是。废除种族隔离的多项裁决，除了造成美国社会的一次巨大变化之外，也迫使研究最高法院的学者回到那个根本性的宪法性法律问题：司法审查的正当理据及其范围。

一旦研究转向司法审查，就必然立刻转向以前的研究。因为，马歇尔在1803年的马布里诉麦迪逊案——该案件确立了最高法院依据宪法审查政府的其他部门的活动的权威——中的法院裁决意见书所引出的问题，比其着手回答的还要多。就在亚历山大的著作出版之前，伟大的法学家、博学的汉德法官其实已经记录了他对马歇尔的裁决意见书的异议，就在那时，哥伦比亚大学的赫伯特·韦奇斯勒(Herbert Wechsler)教授则反对汉德的消极主义，重申了“讲原则的裁决”的概念，耶鲁大学的查尔斯·布莱克(Charles Black)教授则撰文肯定司法审查，今天，它被视为后来的沃伦法院(Warren Court)之工作的令人信服的理论依据。

亚历山大与韦奇斯勒一样，觉得汉德反对司法审查的论据是没有说服力的。他的看法跟查尔斯·布莱克一样：对美国政府进行某种功能分析，乃是赞成司法审查的最重要理由。但是，他们两人对其范围的看法则存在分歧。比克尔发现布莱克的立场是危险

的：它给予最高法院在其无法很好运用的场合以主权性权力。他也发现韦奇斯勒的看法有错谬之处：韦奇斯勒坚持中立原则，将会迫使最高法院在其不能很好地运用其权力之时却运用之。

x 亚历山大认识到，最高法院是一间法院（court of law），他也承认下面的论旨：当一间法院弄清了一个案件的实质性问题（merits of a case），它就必须根据中立原则作出裁决。据此，亚历山大谈到了“消极的美德”（passive virtues），即在一项裁决对国家而言不够谨慎的时候，就不作出裁决的技巧。他致力于探寻使该项事业得以维持下去的那种灵活性。时机是重要的，最高法院与政府的其他更为民主的机构之间的对话也是重要的。亚历山大相信，在民主制度中，我们可以从司法审查中受益，只要我们理解了裁决性法律（decisional law）的限度，并拥有一间由实践性法律家—学者（lawyer-scholars）而非聪明的哲人王组成的法院。

《最小危险部门》是美国法律学术史上关于那一重要而高深的问题的若干著作（还有很多文章）中的第二本。在该书中，比克尔呈现了一种关于宪法性法律自成一家看法。不仔细地考虑这种看法，任何人就不可能在从事这方面的研究时不犯错误，甚至连开始这一研究都是不可能的，不考察它，根本不算接触该问题。

## 二

新一代宪法学学者又一次致力于论证司法审查的正当性及其实施的形态。对于我们的宪法秩序的这一根本因素的兴趣之重新出现，至少可以追溯到最高法院废除种族隔离的那些裁决中。这些裁决既可以被视为保护了选择，又可被视为认可了谋杀，得看你站在哪个立场上。因而，证明司法干预之正当性或证明其不可信，可以被视为一项对美国社会的性质潜在地具有重要后果的学术操练。它确实是一个赌注很高的游戏。

从这个或那个方面看，新一代学者中的每个人——杰西·绍波（Jesse Choper）、约翰·哈特·伊利（John Hart Ely）、迈克尔·佩里（Michael Perry）——都是比克尔的学生。没有一个人在阐述其

思想时表现得仿佛即使亚历山大没有发表这本《最小危险部门》，也能提出那些看法。如果不读比克尔的这本伟大著作，没有人能够充分理解在目前的辩论中，哪些问题各方看法一致，而在哪些方面上存在分歧。

今天的大多数学者跟亚历山大的核心关注点是相同的，也即，司法审查乃是一个反多数主义的制度。最高法院大法官是终身任职的，而议员要对选举承担责任。假如前者通过诉诸一份 18 世纪的文件——委婉地说，其中多有疏漏——宣布，后者的工作是无效的，一个人怎么能够不担心呢？ xi

对于司法审查的非民主性质的关注，导致今日很多学者（甚至比克尔也是如此）探究能够证明我们的司法审查制度之正当性的那种独特的司法品格。比克尔声称，“起点乃是一种老生常谈；它甚至可以被用来证明老生常谈是无可否认的。也就是说，政府的很多活动具有两个面相：它们立刻产生的、被刻意追求的、实际的后果，及其对于我们坚持认为具有更为一般的和长期的利益的价值所产生的、也许是非意图的或我们不喜欢的的影响。这样一个前提，我们不仅可以从存在一部成文宪法这一事实，也可以从这个民族的历史中推论出来，归根到底，我们可以将其作为对于这个良好社会的道德判断标准，即政府不仅应当服务于我们当下认为属于我们的眼前物质需求的那些东西，也应当服务于某些持久性的价值。从某种意义上说，这正是法律下的治理的含义所在。不过，这样的价值并不是现成的。它们确实总是有自己的历史，不过，它们也必须被不断地衍生，被阐释，并得到应用。”比克尔相信，最高法院就是最适合于“充当这些价值的宣示者和守护者”的“政府机构”。

正是这一结论，今天，使整个宪法学学术界分裂了。这并不是说，那些赞成比克尔的信念的学者，对于法官该如何决定“我们认为具有更为普遍和永久的利益的价值”的特性和分量，看法是一致的。也不是说，那些反对比克尔的结论的学者，对于宪法性审判中的司法功能具有一致看法。相反，上面那句话的意思是，至少从某

种意义上说,比克尔 1962 年的这本书仍然处于这场辩论的中心位置上,而该辩论则是宪法学界的核心议题。

### 三

xii 辩论集中于此是否合适,是另一个问题。考虑一下,极端重要而又需要及时作出的非司法性的政府决策,每天都是由一些官员作出的,而其程序,却既不是直接地对多数的意志作出回应,也不直接对多数的意志负责。再考虑一下,如果谈论的是我们的那些对选民负责的领导人,那么,第二个任期的总统却从来都不担心当选不上的问题。这可以提醒我们,两代宪法学者对于司法审查的非民主性质的关注,其实多少有点庸人自扰。将宪法性决策与其他重大政府决策区分开来的,可能不在于前者是由不对选民负责的法官作出的,而在于,它们看起来是终局性的。宪法性决策通常是不能由别的政府分支改变的;通常人们觉得,这样的决策只能通过故意搞得很繁琐的宪法修正程序才能予以修改。

在《最小危险部门》中,比克尔归根到底所关注的是这一终局性问题。他坚持认为,最高法院所主张的东西,在被那些人民能对其行使选举性控制的机构和官员接受之前,作为“政治规则”,不是终局性的。而很少有宪法法律家探索到亚历山大复杂的宪法理论观点的这一面。直觉提示人们,假如终局性问题被当成出发点,就可能改变这方面的学术研究的方向。

确实,《最小危险部门》不仅设定了宪法性法律学术研究今天的议程,也许也为明天设定了议程。

### 参 考 资 料

马布里诉麦迪逊案,以及汉德、韦奇斯勒和布莱克的著作均已被《最小危险部门》引用。

绍波(Choper)的著作是《司法审查与国家的政治过程》(*Judicial Review and the National Political Process*, University of Chicago Press, 1980)。

伊利(Ely)的著作是《民主制度与不信任》(*Democracy and Distrust*, Harvard



University Press, 1980)。

佩里(Perry)的著作是《宪法、法院与人权》(*The Constitution, the Courts, and Human Rights*, Yale University Press, 1982)。

关于我对司法审查的看法,请参见 Wellington, “Common Law Rules and Constitutional Double Standards”, 83 *Yale Law Journal* 221 (1973); “The Nature of Judicial Review”, 91 *Yale Law Journal* 486 (1982); “History and Morals in Constitutional Adjudication”, 97 *Harvard Law Review* 326 (1983)。

## 致 谢

我希望记下我对耶鲁法学院 1961 年级的 Zane Klein 和 1962 年级的 Sanford Jay Rosen 和 Paul Arthur Nejelski 及 1964 年级的 Stephen Fraidin 的感谢。尽管他们毋须为本书所犯的错误承担任何责任,但 Klein、Rosen 和 Nejelski 诸先生分别在下列问题上给了我教益:18 世纪的英格兰和美国殖民地关于煽动叛乱罪的法律,这与第四章所讨论的事先的限制问题有关;我在第五章提到的 Caryl Chessman 案的处理;我在第六章讨论的学校隔离案的裁决的最初反应。Fraidin 先生则复核了本书引文的所有出处,并准备了案例表。

我的秘书 Lillian Weitzler 女士在各方面让我能够处理好专业事务,从而使我有机会写作本书;Gwendolyn Hatchette 小姐则协助进行了最后的打字杂务。

Meira G. Pimsleur 女士非常专业而迅速地准备了本书的索引。

耶鲁法学院院长 Eugene V. Rostow 则提供所有其他可能的协助。他为了教员而调配学院资源的能力是出众的,是一种福分。

本书所讨论的问题的一些方面曾散见于过去五年我在《新共和》上发表的一些笔记和文章中,有的署名,有的没有署名。有一些例子,我借用了自己以前的说法,得到了编辑和出版人 Gilbert A. Harrison 先生善意的允准。第四章的若干部分的较早的版本,曾发表在《哈佛法律评论》1961 年 11 月号上,感谢此刊物的编辑允许将其收入本书。

最后,我要感谢出版社的编辑人员提出了很多有益的建议。

亚历山大·M. 比克尔

康涅迪格州,纽黑文

1962 年 10 月

# 目 录

<b>第一章 司法审查之建立与其一般性理据</b>	<b>1</b>
马布里诉麦迪逊案	1
对这些诗句的道德认可:历史	14
反多数主义的难题	17
对这些诗句的道德认可:原则	25
那个神秘的职能	30
<b>第二章 不信任的前提和施加限制的规则</b>	<b>36</b>
明显错误的规则	37
中立原则的规则	51
林肯式的紧张	67
<b>第三章 那有作为的一刻的脆弱的荣耀</b>	<b>76</b>
该死的简单性和新现实主义者、虚无主义者等等	78
关于能动主义,绝对论,态度和宪法的字句	89
历史的妙处——与它的暴政	103
<b>第四章 消极的美德</b>	<b>118</b>
司法的生动比喻——和它们的感觉	120
拒绝行使被授予之管辖权的权力	136
克制:事先的和司法的	143
时机成熟:关于生育控制的对话	154
政治责任制与国会的调查活动	169

2 最小危险部门	
政治责任制与基于安全理由的解雇	179
健全的案件,菲尔特的选择,程序与法律解释的运用	184
政治问题与修辞的资源	199
第五章 既无武力也无意志	216
美德的相对性	217
动机的神秘性	225
平等保护的幻象	240
商业条款和正当程序的四边形角	247
本院的判决	255
第六章 政治法庭上的最高法院	266
编选诗歌选集	267
充分深思熟虑的速度	269
政治战和法院裁决的运用	277
判例索引	298
索引	304

# 第一章 司法审查之建立与其 一般性理据

美国政府中危险最小的部门,却是人类所知道的那家权力异乎寻常地巨大的法院(court of law)。合众国最高法院最引人注目的权力,乃是其对政府——包括联邦和州——其他分支之行为进行合宪性审查(constitutional review)的权力。最可怪者,此种被称为司法审查的权力,却在宪法上并无任何明文规定。在宪法文本中,无一处界定、甚至无一处提到决定成文宪法之含义和适用的权威出处。这当然并不是说,司法审查权不能在宪法中找到其位置;而只是说,它无法以宪法为依据。

## 马布里诉麦迪逊案

国会几乎是在宪法通过后立刻就组成了。总统职位的各种可能方案,相对而言,比较容易被人认识到,并且也很快就落实了。但司法部门的机构则需要从宪法的气息中吹出来,并被塑造成型、维持下去;这就是伟大的首席大法官约翰·马歇尔——当然并非他单枪匹马,但他确实是第一位和最重要的一位——需要做的,而他也确实做到了。如果说,在某一特定时间、通过某一特定活动,竟然实现了某种社会进步,那么,马歇尔的成就就属于这一类。时为1803年,而那一活动就是他对马布里诉麦迪逊案(Marbury v. Madison)作出的裁决。

威廉·马布里针对国务卿麦迪逊提出的诉讼,是杰斐逊将担任总统而引发的那场和平但隔阂极深的革命中的一次突发事件。 2

## 2 最小危险部门

而该裁决既是对那场革命的一个回应,也是在试图消弭其中的隔阂。事实上,用罗伯特·G. 麦克洛斯基(Robert G. McCloskey)教授的话说,它是“一项大师级的成就,间接地、精彩地证明了马歇尔的一种天资,即,在似乎可能招来危险时,却又规避了危险,他向一个方向推进,而他的对手们却向另一个方向看去”。最高法院处在“一个于一刹那间就会失去或者获得权力的令人兴奋的位置”;尽管马歇尔的裁决意见书“确实值得赞赏”,但它的“成功之处可能恰恰在于,它多少有点离题”<sup>[1]</sup>。

该裁决意见书其实是非常脆弱的。已故的博学的汉德法官\*说,“它经不起仔细的审查”。事实上,在托马斯·里德·鲍威尔(Thomas Reed Powell)等人眼里,它简直是错漏百出。马歇尔是那一代令人叹为观止的国务活动家中最为知名的人物之一。霍姆斯说[最高法院首席大法官]“也许是由一位法官所能担任的最伟大的职位”,马歇尔得到的并非这样的职位,但他立刻创造了它,并占有了它。在有关马歇尔的那篇极为简短的《生平》中,詹姆士·布拉德利·塔耶尔(James Bradley Thayer)作出了公正的评价。他说,在宪法学上,马歇尔是“卓越的——他是第一,无人可与之比肩”。但塔耶尔也评论说,马布里诉麦迪逊案的推理中被人普遍看重的观点,其实可以归因于华兹华斯\*\*曾经评论过的一种谬误。当时,一位朋友提到,The Happy Warrior 是华兹华斯诗歌中最伟大的一首,那位诗人回答说,“不,你错了,你的判断是受了你自己对于那

---

[1] R. G. McClosky, *The American Supreme Court* (Chicago: University of Chicago Press, 1960), pp. 40, 42, 43 (Copyright 1960 by The University of Chicago.)

\* Judge Learned Hand (1872—1961), 他曾任纽约南区联邦地区法院法官(1909—1924), 联邦第二巡回上诉法庭法官(1924—1951), 他经常被称为“最高法院的第十位大法官”, 被认为是美国历史上最出色的法学家之一。他共发出过两千多份法院裁决意见书, 尤以言论自由的捍卫者著称。他著有论文与演说集 *The Spirit of Liberty* (1952) 和演讲集 *The Bill of Rights* (1958)。——译者注

\*\* Wordsworth, 英国诗人——译者注

些诗句的道德认可的影响”〔2〕。确有必要分析这些推理,并抛弃其不能令人信服者,但岁月和符咒已经使其神圣化了。将这座大厦建立在马歇尔所打下的基础上,最终会弱化它。那些反对司法审查的人士很清楚这一点。司法审查其实有更为健全的理据。对于该裁决进行严密的分析,也可以达到另一个目的。不仅它所提供的支柱是脆弱的,因而整个大厦是危险的;它们也支撑着一个与我们今天所看到的很不相同的结构。马歇尔的论证并不仅仅太弱,它们也太强了;它们能证明的东西过多了。马布里诉麦迪逊案从本质上说绕开了(begs)那个问题。而且,它绕开的是个错误的问题。

威廉·马布里等几个人起诉国务卿麦迪逊,要求其发出他们作为哥伦比亚特区华盛顿县治安法官的委任状,在约翰·亚当斯 3 总统当政的最后时刻,他们已经获得委任。马歇尔主张,马布里等人有资格获得委任,但最高法院没有权力命令麦迪逊签发委任状,因为1789年的《司法部门法》(the Judiciary Act)中旨在授权法院在这种情况下采取行动的那一节本身是不合宪的。于是,马歇尔为他的法院争取到了宪法中没有明文规定的东西——即适用宪法的终极权力,即使其与国会的法案相对立。

马歇尔的裁决意见书开头是这样写的:“一件与宪法相矛盾的法案是否能够成为这个国家的法律,这个问题对于合众国来说是一个具有极大利害关系的问题;不过,幸运的是,其难度倒不像其利害关系那样大。”马歇尔相信,他可以很轻易地迂回走过。他的这种信心是可以理解的,因为他已经回避了首要的问题:问题并不是一部与宪法相矛盾的法案是否有效,问题在于,谁被授权决定该法案与宪法矛盾。由此,马歇尔阐述了宪法所建立之政府的有限

---

〔2〕 参见 L. Hand, *The Bill of Rights* (Cambridge: Harvard University Press, 1958), p. 11; T. R. Powell, *Vagaries and Varieties in Constitutional Interpretation* (New York: Columbia University Press, 1956), pp. 12—23; O. W. Holmes, Jr., *Collected Legal Papers* (New York: Harcourt, Brace, 1920), p. 270; J. B. Thayer, *John Marshall* (Boston: Houghton Mifflin, 1901), pp. 57, 84。

性质。据此可以推论——人们可以承认马歇尔的看法,由此得出的推论乃是“一个简单得毋须辩驳的命题”——宪法乃是至高无上的法,立法机构制定的普通法案应当符合它。在马歇尔那里,还可以进一步推论,立法机构制定的与宪法相悖之法案不算法律,必不能在法院生效;否则,“人民以成文宪法来限制某种就其性质而言是不可受到限制的权力,就是一种毫无意义的努力”。假如两部法律发生冲突,则法院必须服从高级者。但马歇尔知道(而在本案中情况也确实如此),与宪法相矛盾的一部制成法,在很多情况下,并不是不证自明的;相反,这是一个必须由某人来决定政策问题。问题在于,由谁来决定:是法院,立法机构自身,总统,还是刑事审判中的陪审团,或者作为最后的、最终的途径,由人民通过选举程序来决定?

这才是真正的问题所在。但马歇尔本人对这个问题的处理是有偏见的,也只是蜻蜓点水。他说,如果将该决定权留给立法机构,就会允许那些其权力本应受到限制的人自己设定其界线,这等于荒唐地允许其把滥权行为坚持到底。也许如此,不过,宪法所限制的并不只是立法机构的权力。它也限制法院的权力,因而,允许法院设定这些界线,同样也可能是荒唐的。事实上,可能更为荒唐,因为,法院并不受选民的控制(人们可以争辩说,将这个问题留给立法机构,归根到底,就是将其由人民来投票决定。就此而言,人民作为委托人将为他们派出的代理人设定权力之界线)。

按照马歇尔的一般性说法,假如一部制成法与宪法间的冲突是不证自明的,确实可能是合乎逻辑的。即便如此,马歇尔也没有提出真正的理由来证明,法院何以有权废除该制成法。在这样一种情况下,该职权也可以赋予总统,或者直接赋予选民。可以安排由别的机构控制审查立法机构,这也可以被认为是同样重要的。法院并不是通过探究选票回收情况或议员的资格,来决定制成法的效力的。它们也没有暗示,一部由众、参两院议长连署证明其真确性、并获得总统认可的制成法,可能并不等于真正由两院通过的



法案。<sup>[3]</sup> 马歇尔本人在 *Fletcher v. Peck* 案<sup>[4]</sup>、在 *Yazoo Frauds* 案中,都拒绝通过探究立法机构的“动机”——尽管他曾被要求这样做——来推翻一部制成法,该法在通过的过程中涉及了腐败。为什么法院必须控制权力的自我腐败——这是一种比较难以调查判断的情形,却依靠别的机构控制金钱之类诱惑物的腐败——这种腐败的危险其实并不小、而且比较容易客观地认定?

马歇尔到此为止的论证,仅以一个单一的文本为依据,也即由存在着的一部成文宪法这样一个事实。不过,马歇尔接下来提到了更多的文本。第一段是宪法第三条,即建立司法机构的条款,相关条文如下:

第一款 合众国的司法权授予一个最高法院,及国会可以随时决定和建立之各下级法院。该最高法院和下级法院之法官应在行为端正之情况下保有其职位,在其供职期间,应因其服务而获得薪俸,而在其持续任职期间,该薪俸不得减少。

第二款 司法权应覆盖由本宪法、合众国的法律及据其授权所订立或未来将订立之条约所引起之普通法和衡平法上的全部案件;——涉及大使或其他公使、领事的一切案件;——海事和海上司法管辖权内的一切案件;——合众国作为一方当事人的纠纷;——两个或两个以上的州之间的纠纷;——一个州与另一个州的公民之间的纠纷;——不同州的公民之间的纠纷——依据不同州的转让证书而对土地主张权利的纠纷以及一个州及其公民与外国或其公民或臣民间的纠纷。

在一切涉及大使或其他公使、领事的案件中,及一个州作为一方当事人的案件中,最高法院具有初审权。在上列所有其他案件中,最高法院具有上诉管辖权,不管是对于事实还是法律,但上述例外和国会未来制定之规章所规定之例外,不在此限。

马歇尔问,那些授予司法权并将其扩展至一切根据本宪法、法

[3] *Field v. Clark*, 143 U. S. 649 (1892).

[4] 6 Cranch 87 (1810).