

Why decisions of the
supreme court are final

为什么 大法官 说了算

徐斌 - 著



中国政法大学出版社

Why decisions of the
supreme court are final

为什么大法官说了算

徐斌 著



 中国政法大学出版社

2016 · 北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（CIP）数据

为什么大法官说了算？/徐斌著. —北京：中国政法大学出版社，2016. 10
ISBN 978-7-5620-7034-4

I. ①为… II. ①徐… III. ①司法制度—研究—美国 IV. ①D971. 26

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第242933号

- 出 版 者 中国政法大学出版社
- 地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
- 邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
- 网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
- 电 话 010-58908524(编辑部) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印业有限公司
- 开 本 650mm×960mm 1/16
- 印 张 14.5
- 字 数 145 千字
- 版 次 2016 年 10 月第 1 版
- 印 次 2016 年 10 月第 1 次印刷
- 定 价 45.00 元

总序

自古以来，中国就以“修身齐家治国平天下”作为最高政治理想。中国人始终致力于建构一整套文明秩序来囊括和整合不同的地理空间和社会风俗，由此形成一套独特的政教体系。革故鼎新，生生不息，天下一家，万物一体。这一切始终构成着中国文明的精神，体现了中国人的核心价值观。由此，中国文明的生成演化过程体现出不断扩张、不断吸收和不断上升的过程。用今天时髦的话来说，这个过程也就是不断推动走向全球化、一体化的过程。商周帝国的视野差不多囊括了整个东亚地区，从秦汉以来的丝绸之路到宋代以来南洋贸易圈的逐渐形成，直至明清朝贡贸易体系卷入全球贸易体系中，中国始终是全球化的积极推动者、参与者和建设者。由是观之，辛亥革命以来中国不断探索国家治理体系和治理能力现代化，到今天“一带一路”建设和积极参与全球治理，都是中国文明在推动全球化的历史进程中不断自我更新、自我发展、自我提升的内在环节。

在这样的历史时空中，我们不可避免要面对过去五百年来的中国文明秩序和西方文明秩序在共同推动全球化过程中相互接

为什么大法官说了算？

触、沟通、学习、冲突、战争、征服和更新的历史。就政治而言，这可以看作是西方威斯特伐利亚体系和中国天下体系之间的冲突，这无疑是两种普适主义的文明秩序之间的冲突。从目前流行的西方中心主义的历史叙述来看，这一冲突过程被描述为西方文明的普适主义不断扩张，将中国天下体系及其背后的文明秩序降格为一种作为文化传统的“地方性知识”，将中国从一个文明秩序改造为威斯特伐利亚体系所要求的民族国家，从而纳入到西方文明秩序中，以完成普适主义进程的历史终结。这个过程也就是我们通常所说的现代化过程，即中国人必须抛弃中国古典天下秩序的文明构想，系统接受西方文明秩序中形成的资本主义经济秩序和民族国家体系的政治秩序，以及由此形成的市场经济、自由人权、民主法治等普适价值，并按照这些普适价值来系统地改造中国。

从这个角度看问题，全球化的历史很容易被理解为西方文明的扩张史。对中国而言，这样的现代化无不打上西方化的烙印，从器物技术、法律制度到政教体系莫不如此。因此，法律移植、法律现代化很容易在“冲击—回应”的框架下沦为西方中心主义的意识形态教条。而与此同时，基于法律地方性想象的“本土资源”论说也不过在相反的方向上与西方中心主义的法律全球化叙述构成合谋，以至于法学界虽然一直为“刀制”（“法制”）与“水治”（“法治”）的区分争论不休，但不可否定二者似乎分享了对法律的规则化、技术化和中立化的普遍理解。法律主义（legalism）的技术化思路正随着法律共同体的成

长在思想意识形态领域日益获得其普遍的正当性，并逐渐渗透到政治和文化思想领域，从而侵蚀着政治和文化思想领域的独立性和自主性。以至于中国文明除了放弃自身的历史传统和价值追求，按照所谓西方普适价值的要求与西方“接轨”之外，不可能有任何正当的前途。

这种西方中心主义背景下的“普适价值论”和“接轨论”不仅造成了对中国文明传统的漠视，而且包含了对西方文明传统的简单化误解。为此，我们必须区分作为过去五百多年真实历史中的“全球化进程”与冷战结束后作为意识形态宣传的“全球化理念”。如果用西方政治哲学中的基调来概括，前者乃是主人的世界，即全球不同文明秩序相互碰撞、相互搏斗、相互征服、相互学习、相互形塑的过程，这构成了全球历史活生生的、动态的政治进程，而后者则是主人的世界，即试图以技术化、中立化因而普遍化的面目出现，试图将西方文明要求变成一项普遍主义的正当性要求，以历史终结的态度拒绝回应当下的历史进程，拒绝思考人类文明未来发展的任何可能性。

由此，全球化在今天展现出前所未有的内在矛盾：一方面全球化正以生机勃勃的历史面貌展现出来，特别是全球秩序因为技术革命、阶级冲突、政治冲突到文明冲突释放出新的活力，激活了每个文明来构思全球秩序的活力；而另一方面，西方启蒙运动以来形成的普适主义叙事已变成历史终结论的教条，窒息着对全球化进程和人类文明未来的思考。由此，西方启蒙思想正在滋生一种新的迷信，也就是对西方文明秩序中普遍主义

为什么大法官说了算？

叙述的迷信。这不仅无法面对全球化带来的挑战，而且丧失了探索重构全球文明秩序、追求更好生活方式的动力，以至于我们似乎进入了一个追求表面浮华但内心空空荡荡的时代，一个看似自由独立却身陷全球资本主义秩序不能自己、无力自拔的时代。

“启蒙就是从迷信中解放出来”。启蒙运动曾经勇敢地把欧洲人从中世纪基督教神学构想的普适价值和普遍秩序的迷信中解放出来，从而塑造了西方现代文明。而今天能否从西方中心主义的迷信中解放出来，从法律主义的迷信中解放出来，从对法律的技术化理解中解放出来，则意味着我们在全球化陷入经济危机、债务危机、福利社会危机和政治危机的时刻，在西方文明塑造的世界体系因文明冲突和地缘冲突趋于崩塌之际，在西方文明不断引发虚无主义阵痛的时刻，能否重新思考人类文明的未来，重建天下文明秩序。

政教秩序乃是文明秩序的核心。在现代西方文明秩序中，法律乃是建构政教秩序的重要工具。法律不仅建构了国家秩序，而且建构社会生活秩序，由此产生与其相匹配的价值体系。然而，在现代法律高度发达所推动专业化和技术化的过程中，滋生出一种“法律主义”倾向，以为通过法律主义的技术化思路可以解决一切社会问题，甚至试图用法律来解决政治问题和文化价值问题。由此，不少法律学人开始弃“政法”而张“法政”，陷入法律规则不断自我繁殖、法律人不断膨胀扩张、制度沦为空转的“恶循环”之中。这恰恰是西方现代文明试图通过

技术化手段来推动西方文明普适主义扩张的产物。

“法令滋章，盗贼多有”。试图用法律技术来解决社会问题等于砍“九头蛇”的脑袋。中西古典文明的伟大哲人很早就对“法律主义”提出了警告。我们对法律的理解需要反思技术化的“法律主义”，反思西方普适主义的法治理念，反思西方文明秩序中理解普适主义的路径。这意味着我们不是把法律从政教秩序中抽离出来进行简单的技术化思考，而应当恢复法律的本来面目，将其作为构建社会关系和安排政治秩序的有机纽带而重新安置在政教秩序和全球文明秩序中。法律需要扎根于政治社会文化生活中，扎根于心灵秩序中，成为政教秩序的一部分，成为人们生活方式的一部分。这意味着我们需要重新思考中国古老的礼法传统和现代的政法传统，中国文明如此，西方文明亦如此。无论礼法，还是政法，这些概念可能来自中国的，而其意义恰恰是普适的。柏拉图和亚里士多德无疑是西方礼法传统的典范，而现代政法传统原本就是西方启蒙思想家开创的。

“法是由事物的性质产生出来的必然关系”。以政法的眼光来思考法律问题，恰恰是恢复到“法”的本来意涵。“天命之谓性，率性之谓道，修道之谓教”。“命—性—道—教”的广大世界必然有其内在的“法”，而法律不过是对其内在法则的记载，只有重返这个广大世界中才能真正找回它本源的活力。这不仅是政法学人的治学路径，也是思考中国文明秩序和重构全球文明秩序的必经之途。唯有对西方政法传统有深刻的理解，才能对中国文明秩序的正当性有更深切的体会，而唯有对中国

为什么大法官说了算？

礼法传统有真正的理解，才能对当代西方文明秩序陷入困境有更真切的同情。一个成熟的文明秩序就在于能够在“命—性—道—教”的世界中将一套完整普遍的最高理想落实在具体的政教制度、器物技术、日常伦理和生活实践之中。

然而，在全球化历史进程中，当代中国文明由于受到西方文明的冲击，不仅在价值理想上存在着内在的紧张和冲突，而且在制度、器物、风俗、生活层面都呈现出拼盘特征，虽然丰富多彩但缺乏有机整合。我们不断引进西方各国的“先进制度”，但由于相互不配套，以及与中国社会的张力，其日常运作充满了矛盾、摩擦和不协调，因为每一种技术、制度原本就镶嵌在不同的政教体系和文明秩序中。如果说，近代以来我们在不断“拿来”西方政教法律制度，那么在今后相当长的时间里，我们面临着如何系统地“消化”这些制度进行组装，逐渐把这些西方文明中的有益要素吸收在中国文明有机体中，生长出新的文明秩序。这就意味着我们必须直面全球化，重新以中国文明的天下视角来思考全球秩序，将西方文明所提供的普遍主义吸纳到中国文明对全球秩序的思考和建构中。

全球秩序正处于动荡中。从过往西方中心主义的视角看，全球秩序发展距离“历史终结”似乎只有一步之遥，目前已进入了“最后的斗争”。然而，从中国文明的漫长发展的历史进程看，过去一百多年来的动荡不安不过是中国文明在全球化进程中自我更新的一个插曲。“风物长宜放眼量”，对当下西方文明的认识无疑要放在整个西方文明的漫长历史中，而对中国文

明未来的理解则更需要放在整个人类文明的历史中来理解。“旧邦新命”的展开，无疑需要中国的政法学人持续推进贯通古今中西的工作。我们编辑出版《政法：中国与世界》文丛，无疑希望在此伟业中尽微薄之力：鼓励原创思考、精译域外学术、整理政法“国故”、建构研讨平台，将学人的思想火花凝聚成可代代传递的文明火把。

是为序。

丛书编委会

序 言

大法官说了算的世界

第二次世界大战之后美国成为世界帝国，其法律帝国以“司法审查”为代表的法律制度和法律理论在全球传播。但是，美国司法审查制度本身并不是静态的。美国的司法审查分为传统司法审查和现代司法审查。传统司法审查即指制宪会议与马歇尔时期的司法审查。经历了两百年的制度实践，现代的审查制度实践已经不同于马歇尔时期。

现代司法审查的全球化肇始于1989年的东欧解体。一方面，东欧国家从社会主义阵营中解脱出来，面临的一个重要问题是在重新宪政立国时，如何摆脱苏联宪法的束缚？作为资本主义道路的两大代表：英国和美国，英国的不成文宪法根本无法在短期内完成东欧国家的资本主义立宪任务。因而，美国的宪法成为全球化标准的选择。另一方面，大批的美国宪法学者也开始集中向东欧输出美国的本土宪法理论，为这些国家创建美国标准的宪法框架。

阿克曼在《世界宪政主义的兴起》中集中描述了这一美国宪政的世界浪潮。他认为1989年革命揭开了很多宪法性的新篇

章，包括苏联各国的转型和南非新宪法的制定。从制度层面上说，这次宪法浪潮其实是延续了1950年代的“意识形态终结”理论。而在40年后，这种意识形态的终结以客观、中立、普世的美国宪政制度之面貌，重新出现在前社会主义国家。

但是，故事却有着另一番图景。就在美国自由派纷纷欢欣鼓舞美国司法审查制度的普世性时，美国国内保守派却对司法审查制度形成的“大法官说了算”的世界进行了批判。保守派法官博克的《强制的美德》一书与阿克曼一书针锋相对，重新审视了1989年世界宪政浪潮给世界各国政治秩序造成的困境：将美国的文化战争的浪潮引至全球，从而造成法官代表的精英阶层强行在伊朗、古巴、加拿大等国家掀起文化战争。事实上，美国自身的宪政体制也受到这种司法全球化的反噬。其他国家的法律以“自然法”的面目进入美国法院中，成为司法审判的依据，从而对美国例外论造成巨大冲击。^[1]

由此，必须要追问的问题是，在司法审查全球化的浪潮中，作为发源地的美国是如何走向这一制度建设的？在这项制度的发展历程中，美国思想界对此又开展了哪些严肃的讨论？换言之，美国是如何思考“法官说了算”的世界的呢？由此，本书期望通过考察美国司法史上的几个关键节点中的司法审查实践与围绕司法审查制度展开的理论思想，追问美国“司法审查”

[1] 最近的例子莫过于美国最高法院在同性恋婚姻合法化判决中对于中国孔子的引用。关于美国最高法院的国外法例引用现象的讨论，参见刘晗：“宪法全球化中的逆流：美国司法审查中的外国法问题”，载《清华法学》2014年第2期。

为什么大法官说了算？

的制度实践与理论思想变迁的逻辑是什么，从而对“每个进入现代性剧场的政治社会是否都必然要经历这一逻辑的考验？”这一中国法律人必须面对的问题予以回答。

本书首先介绍了早期美国司法制度的建构模式。1789年司法机关法与1801年司法机关法分别创设了普通法院与宪法法院两种联邦司法模式。前者建立一个基于英国经验在各地巡回行使初审管辖的最高法院，而后者创新了一个联邦体系内只拥有上诉审的最高法院。有关最高法院大法官是否进行巡回审判的改革与讨论其实是上述两种司法模式的争论。由此，马伯里案与斯图尔特案也是上述争论的延续。

第二章处理的是不同司法模式背后的政治哲学含义。早期在人民主权原则下，处理人民与法院、民主与法治之间的张力成为了美国建国以来的隐秘主题。主流司法审查理论主要从“代表制”的思路出发，建立“民主代表”的法院，表现为行为模式、授权模式与混合模式三种不同的代表方式。与此不同的是，保守主义法学从反思“民主”切入，提出“民主平衡”法院的思路，其政治理念认为，现代民主政制得以良性运行的前提乃是由法院承担人民德性教育职能以发挥平衡作用。上述两种理论路径有助于我们思考中国道路中的“人民司法”的法理根基。

第三章集中关注马伯里案的象征意义。作为经典法学文本，“马伯里诉麦迪逊案”在美国政治谱系中呈现出多重面相。以知识社会学方式考察，该案在镀金时代、民权运动与里根革命

的不同政治环境与意识形态中，因为不同的目的而被阐释出迥异的叙事与逻辑。与此相关，马伯里案背后所代表的司法哲学也经历了从普通法法院、高级法法院到政治法院的角色变迁。上述历史将马伯里案锻造成了美国法治文化的符号。

宪法解释是“法官说了算”的重要技术。第四章处理了美国宪法学界在二战之后处理的宪法解释问题。现代民主政制中存在着平衡政治稳定与政治变革的“宪法变迁难题”。从功能主义来看，美国司法的宪法解释以潜在的方式发挥了特殊的宪法变迁功能。作为宪法解释方法的两极，活宪法以“理性”来完成宪法变迁，而原旨解释以“历史”作为宪法变迁机制的基础，强调“高贵谎言”的法学态度对于政治稳定的重要性。但是，美国种族判决以及后续“文化内战”的政治变革分裂了法律人共同体，使得这种宪法变迁机制面临危机。

最后，本书从思想史的角度来宏观理解最高法院的政治哲学地位。这正是立足美国最高法院思想史来重新审视现代政治哲学的双层契约理论面临的危机与创新。从这个视角出发，美国的独特贡献在于首次将法院，特别是最高法院提升到了政治哲学的高度，作为“法学家精神”承担起了政治契约补强社会契约的作用。但是新政时期的法律共识让古典的法学家精神衰弱。1954年布朗案的冲击无异于掀起一场政治社会的革命。由此，毕克尔提出的反多数难题及其解决方案乃试图在现代政治的双层契约的夹缝中，为美国最高法院重新奠定“协商对话”的角色，稳定美国的政治社会变革。但是，由于法律教育与法

为什么大法官说了算？

律职业的变迁，毕克爾的理论只能沦为公共知识领域内的辩护与修辞。

如果说宪政实践得以稳固的表现在于一种宪法叙事的传播，那么“大法官说了算”的宪法叙事正在当代美国遭受瓦解。沃伦法院的宪法实践促成了第一代自由派学者的宪政叙事，表现为以马伯里案为根基的法院宪政。但是，新的政治变迁要求新的宪政叙事。第二代自由派的杰出代表阿克曼最近出版的两本研究著作正显示了上述努力。《建国之父的失败》依托1800年的霍雷修斯评论及1803年的斯图尔特案两份宪政史料，重新书写了马伯里案之外的故事。从而，1800年的选举成为了“平民总统”的宪政革命，法院服从新的人民主权表现为一种民主与法治合成的优良宪政传统。总统制成为了美国宪政发展的核心制度。但在2010年出版的《美利坚共和国的衰落》一书中，阿克曼却呈现出对总统制的忧虑——总统制约束条件的不断衰落导致帝王总统出现的危机。从阿克曼给出的新宪政叙事来重新审视美国的宪政发展，总统制成为了宪政权力的中心，围绕着民主与法治的冲突而不断演进，预示了美国的法学研究正在从法院走向总统。

目 录

I | 总 序

VIII | 序 言 大法官说了算的世界

1 | 第一章 美国最高法院早期巡回审判的存废之争

一、司法主权与巡回审判 / 1

二、大妥协：1789 年司法机关法 / 2

三、1790 年代巡回审判的困境 / 7

四、1801 年司法机关法 / 9

五、杰斐逊革命与 1802 年废止法 / 11

六、1803 年的马伯里案与斯图尔特案 / 14

七、结语：巡回审判的制度意义 / 17

21 | 第二章 打造“人民法院”

——美国司法审查理论中的代表制问题

一、司法审查中的民主与法治 / 21

二、建国无需法院 / 25

三、“民主代表”法院 / 34

四、“民主平衡”法院 / 45

五、结语 / 52

为什么大法官说了算？

57 | 第三章 “马伯里诉麦迪逊案” 的多重叙事与逻辑

——基于知识社会学的考察

- 一、历史中的马伯里案 / 57
- 二、镀金时代中的普通法法院 / 62
- 三、民权运动中的高级法法院 / 70
- 四、里根革命后的政治法院 / 77
- 五、作为法治文化符号的马伯里案 / 82
- 六、结语 / 88

92 | 第四章 理性与历史：美国宪法解释中的变迁难题

- 一、宪法变迁难题 / 92
- 二、政治变革与活宪法解释 / 99
- 三、政治稳定与原旨解释 / 103
- 四、作为宪政变迁机制的宪法解释：理性 VS. 历史 / 109
- 五、宪法解释功能的危机：法律人共同体的分裂 / 118
- 六、余论 / 130

133 | 第五章 社会契约、社会革命与美国最高法院

- 一、社会契约与政治契约 / 133
- 二、美国法院的政治哲学地位 / 137
- 三、新政共识与“法学家精神”的衰落 / 142
- 四、布朗案的冲击 / 148
- 五、“反多数难题”的解答：原则之治 / 151
- 六、民情的对抗与协商对话 / 159
- 七、辩解与修辞 / 163