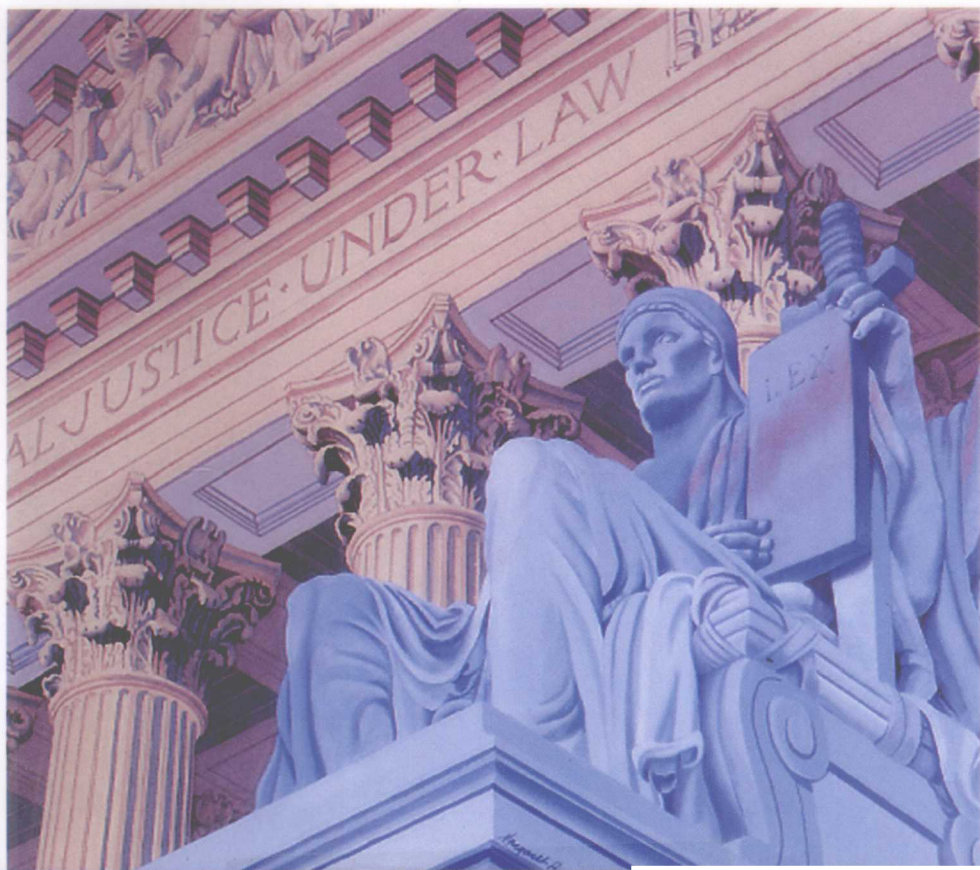




社会思想译丛 丛书主编 / 沈明



司法至上的政治基础

美国历史上的总统、最高法院及宪政领导权

[美] 基斯·威廷顿/著

牛悦/译



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

*Political Foundations
of Judicial Supremacy*

司法至上的政治基础

美国历史上的总统、最高法院及宪政领导权

[美] 基斯·威廷顿/著 牛 悦/译



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

北京市版权局著作权合同登记号 图字:01-2008-3557

图书在版编目(CIP)数据

司法至上的政治基础:美国历史上的总统、最高法院及宪政领导权/(美)威廷顿著;牛悦译. —北京:北京大学出版社,2010.1

(社会思想译丛)

ISBN 978-7-301-15719-0

I. 司… II. ①威… ②牛… III. ①最高法院-司法制度-研究-美国
②法官-司法制度-研究-美国 IV. D971.262

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第159473号

Political Foundations of Judicial Supremacy: The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U. S. History/Keith E. Whittington

Copyright © 2007 by Princeton University Press

Published by Princeton University Press

All rights reserved. No part of this book may be reproduced or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including: photocopying, recording or by any information storage and retrieval system, without permission in writing from the Publisher.

Simplified Chinese translation copyright © 2009 by Peking University Press

ALL RIGHTS RESERVED.

书 名: 司法至上的政治基础

——美国历史上的总统、最高法院及宪政领导权

著作责任者: [美] 基斯·威廷顿 著 牛悦译

责任编辑: 杨剑虹 姜雅楠

标准书号: ISBN 978-7-301-15719-0/D·2400

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.yandayuanzhao.com>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 北京山润国际印务有限公司

经销者: 新华书店

650mm×980mm 16开本 22印张 313千字

2010年1月第1版 2010年1月第1次印刷

定 价: 39.00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

“社会思想译丛”弁言

二十世纪的中国在经济、政治、文化等多个社会维度上全面融入了全球化的世界进程。承继百多年前学界前辈开创的未竟事业,在跨越千禧年的世纪之交,我们对于西学的译介和研习进入了一个空前繁荣的时代。西方理论话语充斥于大学讲堂、学术会场以及与之相伴的论文、专著、教科书。如果暂且略去翻译质量问题不论的话,那么西书引介的数量貌似构成了一笔蔚为可观的文化积累。在这一历史背景之下,“社会思想译丛”或为锦上一草,自然无可彰扬。

编者囿于自身的术业专攻,选择以法学以及相关交叉学科研究著作作为丛书的起点,并期待能够将主题逐步拓展至更为广阔的社会思想领域。冀望以此累积若干有益的思想资源,推动社会科学的交叉研究及其与人文学科良性互动,在可能的程度上超越学术分科壁垒;并服务于大学文科教育尤其是青年学子,他们肩负着提升汉语学术水平和学术声誉的艰巨任务。鲁迅先生当年关于青年少读或不读中国书的主张,至今仍有其现实意义。当然,丛书对法政研究的侧重还有一层现实原因:我们生活在一个政治上依然年轻的国度。

独上西楼是为了在历经衣带渐宽的憔悴之后达至灯火阑珊的境界。中国知识界的西学翻译作业历百年起伏坎坷竟而重又复兴,这对中华学术而言,是幸,抑或不幸,仍为人们殊少反思的问题。诚如冯象先生所言:百年学术,今日最愧对先贤。在“成果”、“课题”如此繁盛的时代,不才之辈尚可逡译。惟愿孜孜介绍之劳作少一点误人子弟的危险,以免那愧对先贤的族类再愧对子孙。“百年孤独”的民族由此可望与她的文化复兴重逢。

献给戴勒与吉米

无论是谁,只要他拥有绝对的权力去解释任何成文或不成文的法律,那么他才差不多等于真正的立法者,而不是那些最初写下或说出这些法律的人。

——本杰明·豪德利主教,“向国王乔治一世传道”

解释法律显而易见是司法部门的职责。

——首席大法官约翰·马歇尔,Marbury v. Madison 案

目 录

前言 1

第一章 宪法含义的政治性 3

第二章 宪政体制的建设 31

第三章 司法权的重建 89

第四章 对抗式政治中的司法机关 173

第五章 司法权的成长 247

第六章 宪政领导权的角力 305

索引 317

译后记 335

前 言

本书是关于司法机关——特别是最高法院——解释宪法含义之权力的研究。本书试图弄清楚为什么司法机关拥有那项权力,并从各种政府机构的成员所面对的种种激励那里寻找答案。司法至上在很大程度上包括了最高法院有能力抹掉它自己对宪法的解释和实际的宪法本身之间的差异。最高法院主张它拥有权力,通过这种权力不仅要审查作为大法官行动指导的宪法的含义,更重要的是说出宪法的含义,既为了他们自己,也为了其他每个人。政治领导人(其中最重要的是总统)一般愿意支持最高法院的这些主张。

xi

其次,本书谈论了本位主义,这是杰斐逊派的理想,他们认为政府各个部门在执行自己的职责时拥有同等的权力和责任去解释宪法。从背景和历史上看,本位主义是司法至上的首要替代方式。对本位主义者而言,最高法院的宪法解释可能有说服力或是已经足够有说服力了,但是最高法院并不具有解释宪法的制度性权力。司法部门是诸多试图正确解释宪法的机构中的一种,但是其他政府部门并没有责任将最高法院对宪法的解读视为宪法本身。本位主义在美国宪政思想和实践中享有重要的地位,但是大多数政治领导人有意回避了这种解释宪法的独立责任。总统和政治领导人一般更倾向于让最高法院来保障宪法的忠实适用。

在考察美国历史进程中司法机关解释宪法之权力的发展——即司法至上的政治基础——时,本书特别关注总统和

最高法院的关系,并且触及了各式各样更为宽泛的关注点,例如行使司法审查的政治背景和司法独立的种种基础。本书并非是一部关于司法审查或宪法本身的历史。并且,本书也并非试图全面处理总统和最高法院之间的关系。结果是,一些司法机关—总统互动的典型事例(例如,最高法院审查杜鲁门总统在朝鲜战争期间征收钢铁制造厂的做法)在本书中并未提及,如果它们对司法机关解释宪法之权力(杜鲁门从没有质疑过这种权力)这个问题并没有额外启示的话。本书关注的中心问题是为什么政治家如此热情地为法官披上了宪法“最终解释者”这件外衣,这是法官们太乐于接受的一种职责。

本书写作时间之长超出了我的预料。一个结果就是在我考虑一些关于此书的问题期间,我能够得益于我的同事和一些机构的支持与讨论,但我无法在此向所有人表示感谢。关于本书研究工作的一些片段在过去几年里曾经提交给一些工作坊、学术会议和研讨会,我非常感谢有那些机会可以深化这些想法并且很多与会人员也促使我继续完善我的研究。我要特别感谢那些任劳任怨地听取和阅读本书片段的朋友,他们特别慷慨地贡献了自己的时间和精力,并且他们自己的研究工作也经常深化了我对这些问题的思考。他们包括杰克·巴尔金、威利·弗巴斯、贝瑞·弗里德曼、保罗·弗莱默、霍华德·吉尔曼、马克·格莱伯、肯·克什、拉瑞·克莱默、桑迪·莱文森、安德鲁·波斯基、斯考特·鲍威、考瑞·罗宾、利沃·西格尔、斯蒂芬·斯科若内克、马克·图什奈特,以及我在普林斯顿大学的同事们。我也要感谢在我研究期间下列机构提供的支持:美国学术联合会、约翰·奥林基金会、德州大学法学院、美国理想与制度的詹姆斯·麦迪逊项目,以及普林斯顿大学。本书的部分内容曾经发表过:《政体》(第33卷,第3期,春季号,2001年,第365—395页)、《美国政治学评论》(第99卷,第4期,2005年11月,第583—596页),以及《宪法政治》(普林斯顿大学出版社,2001年),感谢版权者许可我在这里使用它们。

我特别要感谢家人在我研究期间给予的耐心,特别是因为我经常要考验他们的耐心。我总是将本书与我在“工作”时的一些事件联系起来。就在我考虑准备开始这项工作,我的女儿出世了。就在我考虑要正式进行这项工作时,她的祖父在世贸中心的倒塌中遇难了。他们没能在一起尽享天伦之乐,本书献给他们。

第一章 宪法含义的政治性

我们经常认为宪法超越了我们的当下分歧并解决了我们的根本政治争议。宪法文本包含了我们最根本的承诺,那些我们不再争论的承诺,例如“不证自明”的真理和“不可放弃的权利”所包括的那些内容。建国者建立了秩序以免我们陷入混乱,并制定了一种权威更高的法律来规制政治纷争。我们能以不同于宪法制定者的方式来理解宪法的含义,但是宪法仍然是一种渊源,可以对我们最难以处理的政治问题给出决定性的答案。

然而,甚至是对这样一部宪法,我们仍然可以就宪法的恰当解释问题进行争论。在这种情况下,司法部门被视为宪法秩序必不可少的守护者。通过公布一条权威的宪法解释,司法部门——尤其是最高法院——确保了秩序并重建了共识。没有这样一个权威的解釋者,宪政秩序就会受到威胁,再沦落为政治纷争。丹尼尔·韦伯斯特——我们国家最深刻的宪法思想者之一——敏锐地捕捉到了宪政秩序的这层含义。一种观点声称,组成联邦的各个州可以决定联邦的条款和宪法的含义,当面对这样的论断时,韦伯斯特表示了他的反对意见。将宪法的含义不是留给“一个法庭”决定,而是留给多个“大众组织,每一个都可以自由地为自己作出决定,而没有人被迫要尊重他人的决定;并且每一个都能在其成员换届选举之后自由地给出一个新的解释”,这样可

能吗？这样的组织“被称为政府合适吗？不，先生。它不应该被称为宪制组织。相反，它应该叫做话题的集合，会引发长期的争议；或者叫做争议的源头，会招来喋喋不休的人民。它不是一个政府。它的存在不足以带来任何实践上的益处，也不适合任何国家在它的领导下生活”。〔1〕宪法需要一个单一的、有权威的解釋者，这样的解釋者既不为公众压力所左右，也不受制于选举的不稳定。韦伯斯特和其他人都认为，宪政政府需要司法至上。

- 2 在19世纪初，韦伯斯特的观点备受争议，但是现在它们被广泛接受了。至少在美国，司法至上被视为宪政的本质。这种当下共识的法律根源经常被追溯至首席大法官约翰·马歇尔。在1803年的马伯里一案中，马歇尔在他的判决里将宪法描述为“国家基本的和最高的法律”，他权威地指出，“解释法律显而易见是司法部门的职责”。〔2〕这是一种强有力的主张，声称司法职权能够解释宪法含义。司法部门“必须且有必要阐述和解释宪法规则”。决定宪法含义和推翻那些违反了根本大法的制定法，这是“司法职责的本质所在”。〔3〕“宪法要么是一种至高无上的法律”，由司法部门对其解释和适用，要么它就是“荒谬的”。〔4〕

然而，马歇尔用一种缓和的方式表达了这种强有力的主张。在时代背景下，很明显，其他政治机构也都在积极地从事解释宪法的工作，并且那些解释被广泛地接受并被视为权威。马歇尔承认，宪法并非仅由司法部门解释。他的结论更加适度，他论证说，肯定的是，“宪法的缔造者深思过由法院利用那种手段管理政府，也思考过由立法机关利用那种手段”。如果宪法文本“摆在法官面前，但法官却不能审查它”，那么法官如何承担起他对宪法的责任？〔5〕当法院有责任避免“无视宪法，而仅仅看到法律”时，他们并不会过多地凌驾于宪法和其他政治参与者之上。〔6〕

〔1〕 *Debates in Congress*, 21st Cong., 1st sess. (1830), 6: 78.

〔2〕 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 177 (1803).

〔3〕 同上，第178页。

〔4〕 同上，第177页。

〔5〕 同上，第180页。

〔6〕 同上，第178页。

到20世纪中期,最高法院的大法官们放弃了这种温和的表述。1958年,首席大法官厄尔·沃伦代表最高法院的一致主张,给出了他自己对马歇尔著名论述——即认为司法职责是“阐述法律是什么”——的解释。为了回应州政府官员对宪法含义由司法部门确定的质疑,首席大法官指出:“只需要回忆一些基本的宪法命题,它们设定了宪法教义。”〔7〕沃伦法院以教导式的口吻声称:“这一判决表明了联邦司法部门在解释宪法中至高无上这一基本原则,而这一原则一直以来受到我们法院和整个国家的尊重,被视为我们宪政体制的一种永恒的和不可或缺的特征。它遵循了最高法院在布朗案中对第十四修正案的解释,即司法部门的宪法解释是我们国家的最高法律”。沃伦法院最后得出结论,“每一个州的立法、行政和司法官员根据宪法第五章第三条神圣地宣誓承诺‘遵守这部宪法’。”〔8〕四年之后,沃伦法院不得不再一次向州政府解释,最高法院是“宪法的最终解释者”。〔9〕在十年里,最高法院不断地向国会和总统重复那些论调,坚持认为解释宪法的权力“不能够与行政部门分享,就像总统的否决权不能与司法部门分享一样”。〔10〕

3

在这一点上,维护宪法需要一个独立的司法部门,它可以阐释宪法的含义并要求所有其他的政治参与者服从司法部门的那些解释。没有司法至上,政府官员会无拘无束地无视宪法要求,并且不会受到处罚。最高法院最近利用马伯里案中的另一个著名论断即有这种意味,它在 *Boerne v. Flores* 案中阐述道,“如果国会能够通过改变第十四修正案的含义来确定自己的权力,那么宪法就不再是‘至高无上的并且不能通过一般方式进行

〔7〕 *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1, 17 (1958). 这一判决实际上由威廉·布冉南大法官起草。Bernard Schwartz, *Super Chief* (New York: New York University Press, 1983), 295-96. 但是比较一下这种观点和后新政时期一时出现的司法适度路线:“没有理由怀疑现在的最高法院会像其他政府部门那样犯错误。如果立法机关在执行自己的职责时感到有压力去制定法律,要求最高法院重新审查它之前的判决或是教义,那么本院的态度从来没有给立法机构带来困扰。……仅仅当一个问题作为一个案件或是争议被恰当地摆到法院面前时,本院才能够重新思考这个问题;……这个新的案件必须有足够的制定法上的支持。”*Helvering v. Griffiths*, 318 U.S. 371, 400-401 (1942).

〔8〕 *Cooper*, 18 (着重为作者所加)。

〔9〕 *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186, 211 (1962)。

〔10〕 *U.S. v. Nixon*, 418 U.S. 683, 704 (1974). 又见 *Powell v. McCormack*, 395 U.S. 486, 521 (1969)。

修改的法律’。它就会‘与一般的立法机关制定的法案处于同一层次,并且像其他法案那样,……立法机关想怎么改就怎么改’。”法院最后得出结论,“在这种方式下,很难设想存在一条限制国会权力的原则”。^[11] 在这个论断中没有明言的是,“第十四修正案的含义”就相当于最高法院自己近期对这一文本的解释。最高法院后来澄清了该案件中未明确的地方,它指出“我们国家的经验教导我们,当政府的每个部门都能够尊重宪法和其他部门的恰当行为与决定时,宪法就得到了最好的保护”,特别是尊重当下的司法先例。^[12] 只有最高法院“能够在其他部门面前阐述[国家的]宪法理念”。^[13] 除非最高法院作为宪法的“最终解释者”,它对宪法文本的理解取代了他人的理解,而其他政府官员必须接纳这种理解,否则宪法不会是一部合乎逻辑的法律。

支持司法至上的那些人(包括最高法院自己)往往将其看作一种规范性的指示和已经确立的事实。最高法院宣称,司法至上从逻辑上源于宪政设计,并且自马歇尔明确阐述了司法独立之后,“这条原则一直受到最高法院和整个国家的尊重”。^[14] 但这当然只是部分法官的一厢情愿。他们在 *Cooper v. Aaron* 案中对司法至上原则的断言是为了回应南部州的政客否认最高法院有权力要求各州采纳它对宪法含义的解释。美国历史充斥着有关司法职权和宪法含义的争执。虽然强有力的联邦政府官员通常向最高法院的主张让步,但是司法职权经常受到大部分民众的挑战,包括支持堕胎者、工会组织、支持种族隔离者、反堕胎者等。

如果不能简单地假定司法至上是天然存在的,那它必须是在政治上构建出来的。本书致力于研究司法至上在美国历史进程中被构建的过程。不同于将决定宪法含义的司法职权看成一条法律教义,本书将其视为一个需要予以解决的政治问题。需要探讨的是,为什么其他有影响力

[11] *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507, 529 (1997), 引自 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 177 (1803). 又见 *Kimel v. Florida Board of Regents*, 528 U.S. 62, 81 (2000); *Board of Trustees v. Garrett*, 121 U.S. 955 (2001).

[12] 同上,第535—536页。

[13] *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833, 868 (1992).

[14] *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1, 18 (1958).

的政治参与者承认这样一种职权,并且服从司法部门对宪法的特殊解释。本书会思考经选举产生的政治家所面临的一些政治激励,以及这些激励如何引导政治家珍视司法独立并试图支持(或至少克制以避免削弱)司法机关进行宪法解释的权力。研究民选官员的政治考虑有助于我们理解宪法是如何在一个政治上不安定的环境中被创建和维护。对于宪法和司法审查这样的制度来说,它们存在于历史现实中,并且不仅仅被视为道德教条,那么有影响力的政治参与者必须有政治上的原因去长久地支持它们。幸运的是,就司法审查而言,存在这些原因。

与司法权进行的竞争就发生在我们的宪政框架中,而不是否定了这种框架。司法部门并不是我们宪政遗产的唯一守护者,而宪法规定的解释权也随着时间而变化。在美国历史上的一些时期里,最高法院能够代表它自己作出有力的主张,就像在 Cooper 案中那样,而其他部门也愿意承认那项权力。然而,在其他时期,民选官员断然宣称他们拥有解释宪法含义的权力,并且尖锐地批评了司法部门对宪法学说的垄断。对于那些认为司法至上是“我们宪政体制不可或缺的特征”的人而言,这些挑战仅被视为对值得珍视的宪法价值的极端威胁。然而,研究司法权阶段性衰退的原因提供了一种差别更为细微的宪政视角。在美国背景下,恰恰当宪政在一个更大范围的政治社会中被最严肃认真地关注时,司法权会衰退。

本书特别关注在美国历史上,分权和美国的政党结构如何影响了针对宪政领导权的制度性竞争。在决定最高法院阐释宪法含义的相对权力中,作为政府首脑、国家元首和国家执政党领导人的总统尤其重要。总统可以挑战最高法院作为宪法解释者的这种至高无上权威,他也可以在宪政事务上遵从这种权威并要求其他政治参与者也这样做。引导总统选择是挑战还是遵从最高法院宪政领导权的政治激励既塑造了我们的宪政理解及宪法实践的实质性内容,也确定了司法部门在宪政秩序中的地位。在美国大部分历史时期,总统发现,服从最高法院和鼓励其在解释宪法以及解决宪法争议中扮演主动角色,这有利于总统自己的利益。甚至在最高法院宣称它是宪法的最终解释者之前,政治领导人已经表明了同样的

5

态度。政治领导人的策略计算为司法至上奠定了政治基础。

司法至上的理论

6 本书主要研究司法至上,而不是司法审查这种制度本身。这两个概念应该予以区别。虽然司法至上包括了司法审查,但司法审查并不必然包括司法至上。就其本身而言,最高法院行使司法审查的权力是有潜在争议的。确实,马歇尔在马伯里案中为实现最高法院的司法审查权而作出的论断是有问题的。^[15]然而,司法审查的基本概念很容易得到承认,即使它不同于任何特殊的证成性理论。司法审查的原理是指,在审理一起具体案件的背景中,法院有权力拒绝执行另一个政府机构的法律,其依据是这部法律与宪法要求相悖。在这种理解下,法官是人民的代理人,而不仅仅是立法机构的代理人。严格来说,他们有独立的责任去执行宪法的授权,即便这些授权违背了立法机构的指示。美国法院运用的司法审查权可以进一步与一些欧洲法院所运用的抽象宪法审查权区别开来。^[16]司法审查权仅仅授权法院在一个特定案件中拒绝适用一部法律,如果适用该法会违背宪法条款。司法部门对宪法案件的判决仅仅出现在特定争议的背景中,而更广泛地适用那些判决是基于先例制度和普通法推理。相对而言,抽象宪法审查权允许宪法法院在适用某部法律前,或甚至是该法正式生效之前就评价其文本,看其是否与宪法要求相一致,并且运用否决权阻止该法的公布或是向立法机关发出指示,指导其如何避免宪政困境。抽象审查的这种可能性清楚表明了美国式宪法审查之独特的“司法”性质,它仅仅出现于常规司法过程的背景中并通过普通法机制得以发展。抽象宪法审查类似于美国的总统否决权,其本质是一种“立法”。

[15] 关于批评马伯里案中的马歇尔论断,参见 Edward S. Corwin, "Marbury v. Madison and the Doctrine of Judicial Review," *Michigan Law Review* 12 (1914): 538; Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch* (Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962), 1-14; William W. Van Alstyne, "A Critical Guide to Marbury v. Madison," *Duke Law Journal* 1969 (1969): 1.

[16] 例如, Alec Stone, *The Birth of Judicial Politics in France* (New York: Oxford University Press, 1992).

司法至上的概念并不集中在具体审查行为本身上。司法至上是指,“同级(coordinate)政府官员不仅有义务遵守[司法]裁决,而且也要在未来的决策过程中依循司法部门的推理”。^{〔17〕}司法至上的一种范例假定,最高法院并不仅仅解决那些具体的纠纷——无论是诉讼当事人直接上诉到该法院,还是发生在司法系统中其他层级,它也权威地解释宪法的含义。对司法至上者而言,最高法院确定了有效的宪法含义,因此其他政府官员必须既要遵守照办最高法院对具体案件的处理结果,也要对其宪法推理言听计从。司法至上要求其他政府官员服从最高法院的宪法判决,即使他们认为就宪法含义而言最高法院犯了实质性的错误或是存在并不需要进行司法审查的情况。司法至上者宣称,宪法是什么应由法官说了算,这并不是因为宪法没有客观的含义或是法院不会犯错误,而是因为除了最高法院以外不存在其他的解释者。大法官罗伯特·杰克逊曾经用一种表述上略有差异的口吻讽刺说,“我们说了算不是因为我们不犯错误,我们不犯错误是因为我们说了算。”^{〔18〕}

正是这种解释宪法——而不仅仅是拒绝执行与宪法相冲突的法律——的权力,在历史上经受了最大的挑战并带来了宪政理论与实践中最有趣的问题。必须承认的是,怀疑司法至上也可能导致怀疑司法审查,并且通常情况是,恰恰是具体执行司法审查引发了对司法至上的政治挑战。尽管如此,仍然存在政治和逻辑空间去拒绝司法至上而同时接受司法审查。与最高法院的断言相反,司法部门甚至有可能接受国会对宪法含义的解释而不放弃司法审查的权力(需要承认,这种权力被削弱了)。并不是每个立法行为都是国会深思熟虑进行宪法解释的行为。实际上,国会通常在其立法中作出一个免责声明,声明对该项制定法中任何部分都不得作出违反宪法条款的解释。甚至国会承认它可能犯错误,而司法审查是矫正那些错误的一种便利机制。更具宪政重要性的是,最高法院会指出国会的宪法判断是错误的。司法部门有权力将其关于正确的宪法

〔17〕 Walter F. Murphy, “Who Shall Interpret? The Quest for the Ultimate Constitutional Interpreter,” *Review of Politics* 48 (1986): 407.

〔18〕 *Brown v. Allen*, 344 U. S. 443, 540 (1953).

含义的意见置于国会、总统和选民的意见之上,这是司法至上的根基。杰瑞米·沃尔顿曾经尖锐地指出,就基本政治原则造成的根深蒂固的分歧而言,恰恰是这种精英对于大众判断的拒绝,给司法审查制度中的民主和自由理论带来了最大困扰。^[19]并且,考虑到美国宪法对于国家认同和政治认同的独特意义,司法至上就不仅是一个专门的政府特权机构行使否决权或是宣布制定法之具体条款无效的问题了。在司法至上的背景下,最高法院的判决意见有能力标记出一些政治竞争者及其立场为明显的非美国式,并且在美国政治话语的正当性中出了格。

司法至上有很多证成性理由,而这些理由往往会与司法审查之更具政治性的证成性理由重合。^[20]对一些人而言,司法至上的本质是维护法治和防止宪政上的无政府状态。特别是考虑到各个州政府的冲突性宪法主张,这是韦伯斯特所担心的,当时他质问其他国会同僚,“我们为整个联邦建立一个政府,但是它的权力并不受制于一种解释,而是十三种或是二十四种解释,还有比这个更荒谬的吗?全体人民设立了一个裁判机构,它对全体人民负责,并且有权力为全体人民作出决定,宪法问题不诉诸这样的裁判机构,那么是不是就要留给四个或是二十个人民团体来解决,每一个团体都是自由自在的,为自己的利益作出决定,并且没有哪个团体必须尊重其他团体的决定?”他质疑政府能否在这种情况下“长期存在”。^[21]对另一些人来说,司法至上的价值并不在于它有能力提供权威的法律解决措施,而在于它有能力提供实质上可欲的法律后果。司法机关独自作为一个美国宪法制度中的“原则集合地”,它能够集中于“正义问题”,避

[19] Jeremy Waldron, *Law and Disagreement* (New York: Oxford University Press, 1999).

[20] 传统上,司法审查之“法律上的”证成性理由——例如马伯里案判决中提供的那些——对司法至上少有影响,因为它们强调特殊案件的司法裁决与宪法相关,而不是司法机关维护宪法的重要性。又见,Edward A. Hartnett, “A Matter of Judgment, Not a Matter of Opinion,” *New York University Law Review* 74 (1999): 123.

[21] *Debates in Congress*, 21st Cong., 1st sess. (1830), 6: 78. 更晚近地也是在更一般的意义上,学者们已经开始认真讨论没有司法至上而带来的宪政无政府状态这种恐惧;参见 Larry Alexander and Frederick Schauer, “On Extrajudicial Constitutional Interpretation,” *Harvard Law Review* 110 (1997): 1371.