

ALEXANDER HAMILTON
JOHN ADAMS
THOMAS JEFFERSON
JAMES MADISON
JOHN MARSHALL
ROGER TANEY
SALMON CHASE

司法审查的起源

Essays on the Doctrine of Judicial Review

〔美〕爱德华·S. 考文/著

徐爽/编

北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

MARTIN V. HUNTER'S LESSEE
CHISHOLM V. GEORGIA

TENN. V. VIRGINIA

MC CULLOCH V. MARYLAND

UNITED STATES V. PETERS

BAYARD V. SINGLETON

RUTGERS V. WADDINGTON

MARBURY V. MADISON

VAN HORNE'S LESSEE V. DORRANCE

COOPER V. TILFORD

在探讨法律问题时，考文教授妙笔生花，逻辑分析与历史梳理水乳交融。

CALDER V. BULL —— 托马斯·里德·鲍威尔 (Thomas Reed Powell),
哈佛大学教授，美国政治科学协会主席 (1936-1937)

HUNTER V. MARTIN

GREEN V. BIDDLE

OGDEN V. WITHERSPOON

司法审查的起源

Essays on the Doctrine of Judicial Review

〔美〕爱德华·S. 考文/著

徐爽/编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

司法审查的起源/(美)考文(Corwin, E. S.)著;徐爽编. —北京:北京

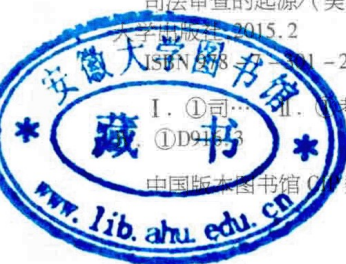
大学出版社, 2015.2

ISBN 978-7-301-25410-3

I. ①司… II. ①考… ②徐… III. ①司法监督—起源

①D913.5

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第018140号



书 名 司法审查的起源

著作责任者 [美]爱德华·S.考文 著 徐 爽 编

责任编辑 柯 恒

标准书号 ISBN 978-7-301-25410-3

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> <http://www.yandayuanzhao.com>

电子信箱 yandayuanzhao@163.com

新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书

电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

印刷者 北京中科印刷有限公司

经 销 者 新华书店

880毫米×1230毫米 32开本 8.25印张 99千字

2015年2月第1版 2015年2月第1次印刷

定 价 35.00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 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

目 录

编者说明 /1

论司法审查的确立(上) /4

论司法审查的确立(下) /57

"马伯里诉麦迪逊案"与司法审查原则 /130

"马伯里诉麦迪逊案"的起航 /216

案件译名表 /254

编者说明

美国宪制的秘密,在于最高法院通过行使对国会及总统立法的合宪性审查,将政治危机、社会争议转化为司法问题;然后又通过司法判例的方式把解决方案还原回政治原则。这一独具特色的司法功能及转换机制,化解了可能出现的权力(包括党派)斗争、政治危机,维持国家政治社会生活的常态化、规则化、统一性和持续性,求得政治部门间的妥协与均势。在更大的背景下,我们可以看到,最高法院行使的合宪性审查,可以使其自身作为政治参与者进入到宪制体系内——这本身也塑造出了美国法律与政治传统——与其他部门展开有效博弈,以实现民意选举、议会立法、代议制政府、宪法至上

等政治原则和机制的整合,并真正将“宪法至上”这一宪制原则活化于政治现实中。

司法审查机制既有如此功效,自 1801 年“马伯里诉麦迪逊案”为标志确立以来,一直是美国宪法学、政治学领域的重要议题。同时,由于司法审查权之起源及存在的合法性始终受到质疑,这也使司法审查机制成为美国宪制理论与实践中最富争议性的议题。两个多世纪以来,关于这一机制的研究成果几成浩瀚汪洋,令本国学者、更令研习美国宪制的别国学者望洋兴叹。

弱水三千,饮一瓢耳。本书对于司法审查的查考,辑选美国宪法史家爱德华·考文关于司法审查制确立之法律渊源及历史进程的姊妹论文两篇——《论司法审查的确立》、《“马伯里诉麦迪逊案”与司法审查原则》——厘清其原则、制度、权限之起源及根据。我们发现,尽管时代巨变,社会政治风向有如巨摆左右,然前辈由历史及宪法依据的路径,对司法审查机制所作探考,

虽不敢说已达司法审查研究最高峰,诚足资正本清源之功效。其后百年间,最高法院在此领域的一系列案例以及宪法学、政治学界研究成果之迭出,毋宁说是以其愈加丰富的实证及理论研究,印证了考文的立论。

当然,考文的论证复杂繁琐,其在宪法法律条文、建国时期文献记录、英国普通法法治背景间爬梳推演,几成一迷宫。为防走失,我们亦撰文介绍,以为疏解。本书中《“马伯里诉麦迪逊案”的起航》一文,既可视为考文论文的导读与书评,同时也代表了编者对司法审查机制的观察与思考,读者可依照全书编排顺序索骥,也可先由此文开始,登堂入室。

徐 爽

2014 年冬·蓟门桥

论司法审查的确立(上)*

刘宗珍¹译

格莱斯顿曾盛赞美国宪法是“特定时代集人类智慧与意志于一身妙手偶得的绝世之作”，恰在此时，他却因其所谓“严重的历史错误”成为众矢之的而饱受争议，这番推崇美国宪法的美意也就被人们淡忘了。宪法之父的同时代人及后辈则这样评价他们的这部作品：“源

* 爱德华·考文著《论司法审查的确立》一文分为上、下两篇，分别首发于《密歇根大学法律评论》第9卷第2期、第4期，此为上篇。Edward S. Corwin, “The Establishment of Judicial Review I”, *Michigan Law Review*, Vol. 9, No. 2 (Dec., 1910)。译者：刘宗珍，中国政法大学宪法学博士，美国埃默里大学法学院访问学者。

于政治天才，出自造化之手。”后来，无论是源于历史法学派萨维尼门徒的影响，还是受进化主义论的支配，抑或是，正如同英国作家对英国宪法所怀有的爱国情感那样，人们冀望宪法能够契合历史精神与美国人民的需要，作家们已经习惯于将宪法首先看成历史和经验的产物，并通过追寻宪法之父，去探求那些实质性的然而却更为中庸的价值，而这些价值仅仅是对习惯和惯例结果的认可。这都是基于相似的持久性因素的考虑。我认为这种看法既存在一定程度的讹误，也反映了部分事实。宪法之父并不是乌托邦主义者，他们在制宪的早期尝试中必然经历过幻想的破灭，也深知会受到各种可能性的限制，因而所有这些因素都不足以证明宪法之父不受其所处时代以及那个时代思维方式的影响。华盛顿在1783年写道：“在选择政府形式的时候，我们有丰富的历史遗慧可供使用。”^[1]这正是十八世纪理性主义的姿态：对人类的经验和理性充满自信，信仰制度救济的

有效性,尤其坚定地认可政治科学的有用性,并深信人类可以掌握这门科学。这就是十八世纪最后二十五年间——迄今为止政府所经历的最伟大改革的一个时代——的观点,就是宪法之父的观点。他们相信人类理性可以有效阻止事件发展的草率性而将之导入既定轨道。他们没有在“有机的”(organic)和“人工的”(artificial)之间划出一条是非曲直的界线,因为在他们的头脑中完全没有这样的分类。通过对普鲁塔克的阅读,他们自信能够复制莱库古和梭伦的成就,能够在一个国家建成这样一种政治实体:它符合这个国家的基本精神,满足其基本需要,进而这个政治实体将会超越建立在自然与理性而非强力或运气基础上的现存的所有政治实体。^[2]既然宪法之父持有的是这样一种理念,那么,理所当然,他们对于过去的感恩则更多是一种理念的承继而非制度的沿袭。也由此,他们无论从过去借鉴我国宪法体系中的哪一方面,比如联邦主义、分权制衡、司法审

查,我们发现,这种借取都不是以通过实践将原有制度加以改造这种方式进行的,他们借取的仅仅是原生理念。

司法审查就是一个很好的例子。在这个问题上,认为美国宪政史是以理念为背景的人(比如我本人),和坚持美国宪政史以制度为背景的人各执一词,莫衷一是。持后一种观念的人指出了这样一个事实,殖民地立法机关有时在本源意义上仅仅是贸易公司的董事会,而公司事务则由公司章程加以规制。他们将此一事实看作是美国“立法权应受限制”这一理念的起源。他们也经常援引与此相关的“温斯罗普诉赖齐米亚案”(Winthrop v. Lechmere),在该案中,英国枢密院于1728年否决了康涅狄格的一项立法,理由是它违反了殖民地宪章的规定。这一观点的症结在于,持此观点的人认为没有必要证明本应受到约束的人对此已经知情。以“温斯罗普诉赖齐米亚案”为例,枢密院将宣布康涅狄格立法无

效的这一行为视为立法行为而非司法行为,即使完全不考虑这个事实,这个案子也完全不为那些促成司法审查者所知。这种看法也是出于相似的理由。确实,我们的革命先辈认为立法权是有限的,但这里的立法机关,他们特指的是英国议会。然而,需要指出的是,这正是问题的关键。美国人所运用的理念来源于他们殖民地时期的立法经验,完全忘了或根本没有意识到来源本身给理念应用带来的局限性。就此立场来看,有一种情形十分致命,那就是,议会中支持美国诉讼的辉格党人(包括在那个时期屈指可数的大律师卡姆登勋爵)也同样认为,英国议会本身的权力是有限的。那么,那时这些人是如何认识到这一点的呢?事实上,所有的直接证据都显示,立法权有限的理念是建立在我们称之为“基本法”(fundamental law)的观念之上的,这 and 美国的殖民历史没有丝毫关系。这一观念可以远溯至《大宪章》之前,为议会打击斯图亚特王朝的嚣张气焰奠定了理论基

础,也为洛克论证 1688 年光荣革命的合法性提供了理论依据。《宣示法案》(Declaratory Act)表达了议会权力不受限制这一相当具有挑战性和现代性的思想,可就是在法案通过之时,议会权力有限性这一理念在英格兰也颇为强盛。^[3]

与司法审查之基础相关的直接证据同样非常确凿。所有与之相关的法律制度和原则,最终都可追溯到柯克法官(Lord Coke)在伯纳姆医生案(Dr. Bonham's Case)中那段著名的附议^[4]：“我们的案卷显示,在许多案子中,普通法会审查议会法案,并且有时还宣布其无效;因为,当议会法案违反了‘普通法上的权利和理性’(common right and reason)之时,普通法有权审查该法案并可宣布其无效”。柯克紧接着又引用了一些例子和判例来巩固自己的观点,近来的研究表明他的这些引用均非常确当。^[5]更值得一提的是,柯克的继任者在裁决案件时重申了此附议意见,政治评论家也认为该附议具有十八

世纪中叶以来制定法的所有特征。因此,多年以后,霍巴特勋爵(Lord Hobart)写道:“若议会法案违反了自然公正……其本身是无效的。”^[6]二十五年后,据称霍尔特勋爵(Lord Holt)曾说过^[7]:“柯克法官在伯纳姆医生案中的意见绝非夸大其词,实乃真知灼见,因为如果一项议会法案规定同一个人既是当事人又是法官,这一法案无疑是无效的。”诸如此类法律应当如何制定的观点,在培根最初出版于1735年的《案例选编》(Abridgement)中,在后来被奥提斯引用的维纳(Viner)出版于1741至1751年间的《案例选编》中,以及1762至1767年间的《康明文摘》中(写于发表前20年),都有相应论述。^[8]

多年以后,杰斐逊在追忆革命前夕那段岁月时曾写到:“《柯克论利特尔顿》(Coke Lyttleton)是当时学生们普遍使用的法律名著。没有哪一个辉格党人比柯克更聪明而出过这样一本书,也没有哪一位更深谙英国宪法或‘英国人的权利’之正统理论而写得出这样的书。”然

而,柯克对殖民地的影响还可追溯到更早的时期,以至于我们可以在 1688 年的书刊中读到“马萨诸塞人大量引用了柯克勋爵的观点”。早在“吉丁斯诉布朗案”(Giddings v. Brown)^[9]中,柯克勋爵的附议就得到了实际运用(而这种情况在英国从来没有发生过),即使被推翻的仅仅是一个市镇会议通过的法案。马萨诸塞的某一城镇投票决定为镇长提供住宅,居民为此负有纳税义务。因为拒绝纳税,原告的财产遭到扣押。地方治安法官基于以下理由作出了有利于原告的判决:“上帝和自然赐予人民的基本法不受侵犯。财产权就是这样一种权利。在本案中,个人财产权的转让未经本人同意,该城镇的决定违反了基本法,因而无效,由此,扣押财产行为是非法的。”这个判决之所以有趣,在于其不仅暗含着美国司法审查兴起的先兆,而且,至少在我看来,是对所谓美国宪法中具有“民约渊源”(folk-origin)地位的那句谚语的最早阐述,即“非经甲之同意不得将其财产转

让给乙”。卡德瓦拉德·科尔登(Cadwalader Colden)^[10]在1759年的著述中曾不经意间提及“宣布法律无效的司法权”。我认为,这并不能证明在美洲殖民地时期就真的存在什么司法审查权,他很可能引用的正是柯克勋爵的附议。

1761年2月詹姆斯·奥提斯(James Otis)在波士顿“搜查令状”一案中的法庭辩论,标志着美国宪政史的开端。很多年以后,亚当斯写道:“最初的独立就是在那个时候那个地方诞生的。”他或许应该接着说,也正是在那个时候那个地方,美国宪法理论诞生了。案件的争点在于,英国海关官员,特别是一个叫帕克斯顿的,是否应该被授予一般搜查令来搜查走私货物?撒切尔和奥提斯都反对对波士顿商人执行一般令状的搜查。撒切尔的意见是此类搜查令状并没有任何议会法案的授权,而且,前提是受理令状申请的法院无权批准搜查令。奥提斯的矛头则从另外一个方面直击最为本质的问题。^[11]

他认为,这些令状是否获得议会法案的授权无关紧要,因为这样的议会法案是“违反宪法”以及“自然公正”的,所以无效。“如果一项议会法案含有类似请求的内容,它必然是无效的。执行法院不得适用此类法案。”^[12]奥提斯这一主张的重要性在于,他对柯克勋爵附议的引用恰逢其时,注定会引起广泛关注。1765年,哈钦森总督在反对《印花税法案》(Stamp Act)时说道:“当下,最主要的问题是該议会法案违反了《大宪章》,也违反了英国人的自然权利,因此,正如柯克勋爵所说,该法案是无效的。”奥提斯不止一次重申他的观点,时任书记员的约翰·亚当斯也如实进行了记录。直到1776年战争爆发,库欣大法官指示马萨诸塞的陪审团要忽略某些作废无效的议会法案,亚当斯为他的这一做法而感到欢欣鼓舞。^[13]

与此同时,奥提斯所主张的学说传到国外,并扩展运用到其他问题的解决。我尤其记得乔治·梅森在“罗