

走出馬歇爾的神話

——評劉練軍《消極主義：憲法審查的一種哲學立場》

● 楊文昭



劉練軍：《消極主義：憲法審查的一種哲學立場》（北京：法律出版社，2010）。

在中國的法學界，一提起美國聯邦最高法院，人們第一個想到的往往是馬歇爾（John Marshall）大法官及其確立的司法審查制度，隨後還會想到這個制度衍生出的經典判

例。於是在大部分法律學人的眼中，聯邦最高法院成為了司法正義的代名詞、民主制度的保障者。那麼，聯邦最高法院有沒有自家那本「難唸的經」？它從建立之初就代表着永遠正確嗎？為了解答這個疑問，我們就不能只對那些經典的判決表達讚美之詞，而要深入到判決產生的過程中去，對司法裁判的爭議以及背後的政治立場做細緻的分析。通過詳細觀察判決產生的歷史效應，以系統的分析進行論證，才能改變對聯邦最高法院的直觀刻板印象。

我們欣喜地看到，杭州師範大學法學院劉練軍副教授在這方面做出了突破性的努力。他的《消極主義：憲法審查的一種哲學立場》（以下簡稱《消極主義》，引用只註頁碼）一書實現了中國法學界在聯邦最高法院研究上的「祛魅」，使法學學者和法科學生看到了一個不一樣的「聯邦最高法院」。在這個法院裏，保守和激進的政治立場爭辯不休；市場原教旨主義與公共福利的

在大部分法律學人的眼中，聯邦最高法院是司法正義的代名詞、民主制度的保障者。劉練軍的《消極主義》一書實現了中國法學界在聯邦最高法院研究上的「祛魅」，使法學學者和法科學生看到了一個不一樣的「聯邦最高法院」。

作者不滿足於僅僅從判決的結果來考察聯邦最高法院憲法審查的過程，而要從思想的源流上去挖掘做出判決的依據。這構成了「祛魅」的第一步：從聯邦最高法院內部、從美國憲政體制的權力架構和分配入手，來考察憲法裁判的政治哲學。

理念左右對決；懷疑主義和希冀創造歷史的英雄情結交替登場。實際上，書中貶斥和讚揚的評價從未間斷，而將以上圖景串接起來的，是作者對美國從殖民地時期到當代的憲法審查案例進行的梳理和分析。

《消極主義》一書為我們展示了一部聯邦最高法院成長史，並說明它如何在三權分立的政治體制中維持自己的地位，並以憲法審查為利器，來調節合眾國各種政治力量的平衡——這並非它建立之初就具備的本領。同時，本書並非單純以合眾國憲法審查的論述為主體。作為林來梵教授主持的「違憲審查的原理與技術」課題項目的成果，劉練軍將關注的重點鎖定在憲法審查所堅持的哲學立場上，將憲法案例只作為研究的對象，而側重分析判例之中所隱含的原理與技術，以及其背後的價值標準、利益衡量。所以，本書不僅是一部研究美國憲法的上乘作品，還是一部有關法理學問題的創新之作。

要對美國憲法審查進行創新性研究，「祛魅」是關鍵的一步。一方面，國內學術界長期以來對相關詞彙的濫用使得很多學人不清楚「憲法審查」與「司法審查」、「違憲審查」這些概念有何不同；另一方面，在民主法治常識的普及下，人們將聯邦最高法院包裝得無所不能，以至於忘記了憲法政治的局限性。基於這一現狀，作者論述了憲法審查的兩種哲學立場：消極主義與積極主義，並選擇前者作為主要論述對象。而在後來的篇幅中，作者本人也成為了消極主義的服膺者。這一立場導向對於全書的影響，下文還要談到。

本文為了方便討論起見，在此需要說明作者對有關概念的界定。作者以「憲法審查」一詞來代替「違憲審查」、「司法審查」等詞語，並依據《布萊克法律詞典》(*Black's Law Dictionary*)，指出消極主義是「法官裁判時避免放任自己有關公益之信念而僅僅以立法原意來解釋法律並遵循先例」的「司法判決哲學」(頁14)；而積極主義則指「法官允許以他們自己有關公共政策的觀點等因素來指導他們的裁判」的「司法判斷決定哲學」，堅持它常常會發生法律違憲(頁17)。從概念的界定可以看出，作者不滿足於僅僅從判決的結果來考察聯邦最高法院憲法審查的過程，而要從思想的源流上去挖掘做出判決的依據。這樣的理念與方法構成了「祛魅」的第一步，那就是對於憲法政治不再採取過去的「拿來主義」，以判決的結果高呼法治的尊嚴；而是從聯邦最高法院內部入手，從美國憲政體制的權力架構和分配入手，來考察憲法裁判的政治哲學。

在對消極主義的發展進行回溯的過程中，作者從北美殖民地時期開始，指出早在建國之前，司法裁判上的消極主義就已經開始發展了。用美國人自己的話說，這叫做「司法自制」，而且「在殖民地時期立法機構與行政機關所發生的爭議使得那些開拓殖民地的人相信權力的分立比權力的統一更讓人神往」(頁195)。也就是說，司法的自制與權力的分立是美國人骨子裏本就存在的意識，是無需邏輯推演就能想到的解決問題的第一策略。

而在馬歇爾與坦尼(Roger B. Taney)時代，這種消極主義司法裁

判哲學獲得了很大的發展。對於這一問題的闡釋十分關鍵，因為其中穿插了兩個積極主義的案件：「馬伯里訴麥迪遜案」(Marbury v. Madison, 1803) 和「斯科特案」(Dred Scott v. Sandford, 1857)。前者的出現使得馬歇爾被奉為聖賢，後者卻使坦尼晚節不保，他們作為法官的其他成功與失敗之處則被湮沒了。所以，還原真實的馬歇爾與坦尼，成為了擺在作者面前的最大問題。在運用翔實的資料說明之後，作者避開了以上的案件，為我們展現出了兩個堅守消極主義價值立場、進退有度的首席大法官的面貌(頁249-54)。

但這並不意味着憲法審查的進程是一帆風順的，作者選擇了消極主義的價值立場而對真實的歷史作出討論，完全是基於寫作的需要。如果我們將消極主義與積極主義放置於同一歷史環境之下，就會發現建國之初前者能夠大行其道，實質是聯邦最高法院和州法院為了促進社會發展、國家進步而使司法權在面對立法權時做了必要的退避，這屬於國家發展的策略，它被一眾法官敏銳地意識到了，並嚴格遵守。這一行動充分體現了三權分立的核心在於三權合作、三權制衡，而前者往往為人們所忽視。試想在建國之初，各州為拓荒和發展貿易而不斷立法的時候，司法機關一再質疑立法的合憲性，會對國家發展造成怎樣的惡果？在作者所舉的「賓夕法尼亞訴威靈與貝爾蒙特橋樑公司案」(Pennsylvania v. Wheeling & B. Bridge Co., 1852) 中，坦尼大法官的判決充分體現了這一點(頁50-51)。所以，這一時期的司法哲學主流體現出消極主義的特徵，也就不足為奇了。

作者接着論述了從1865到1937年積極主義大行其道的時期。數據顯示，在這一時期內，聯邦最高法院共判決國會立法違憲案50餘件，判決州與地方立法違憲案1,500餘件，聯邦最高法院由此進入了洛克納時代(Lochner era)。所謂「洛克納時代」是指「保守派法官以憲法正當程序條款為武器試圖通過司法干預來阻止社會與經濟改革之進行的時代」(頁254)。作者由此列舉大量資料，來論證這個時代憲法審查不合理的價值立場，並提出法院在此時已對美國憲政本身構成了直接的衝擊，司法已無法「自制」，開始追求自己獨立的價值判斷，但卻招來人們更大的反感。民主與法治這一對憲法政治的孿生兄弟開始相互爭鬥，消極主義司法哲學受到極大的打壓。

但如果我們從社會的、歷史的視角來看，積極主義的出現具有歷史的必然性，聯邦最高法院的失敗之處不在於沒能堅守住消極主義的價值立場，而在於未能將積極主義放置在一個可控的司法環境之下。究其原因，還須從「馬伯里訴麥迪遜案」說起。「馬伯里訴麥迪遜案」是1803年聯邦最高法院首席大法官馬歇爾運用高超的法律技巧和智慧，判決該案中所援引的《1789年司法條例》第13款因違憲而被無效，從而解決了此案，並從此確立了美國最高法院有權解釋憲法、裁定政府行為和國會立法行為是否違憲的制度，對美國的政治制度產生了重大而深遠的影響。

如今我們談起這座美國司法的里程碑，想到最多的仍然是憲法審查制度的完全確立，但需要注意的是，馬歇爾法官在將憲法審查引入

馬歇爾法官在將憲法審查引入司法領域的時候，也將「馬伯里訴麥迪遜案」的價值立場——積極主義——帶了進來。當美國人民選擇了憲法審查制度的時候，也就必然接受了積極主義價值立場存在的合理性，即便當時仍是消極主義一統天下的時刻。

以司法權制約立法權的體制內衝突，實質是在以法治制約民主。看似冒險的積極主義實質是掩蓋在憲法審查外衣下的政治鬥爭。任何政治體制下的權力機構都不可能做到絕對的價值中立，最好的法官也會因為其所受教育、文化背景的不同而傾向於激進或是保守。

司法領域的時候，也將本案的價值立場——積極主義——光明正大地帶了進來。當美國人民選擇了憲法審查制度的時候，也就必然接受了積極主義價值立場存在的合理性，這是事物的兩面性，是無法分開的。即便當時仍是消極主義一統天下的時刻，但如果國家的發展遇到轉型(如奴隸制的存廢、工業革命)，積極主義仍將會浮出水面，至於它到時候如何發展，則要看當時人們對於社會發展方向和方法的領悟能力了。

在「馬伯里訴麥迪遜案」判決的半個世紀之後，又一個改變美國命運的判決誕生了，它就是「斯科特案」。它是聯邦最高法院於1857年判決的一個關於奴隸制的案件，該案的判決嚴重損害了聯邦最高法院的威望，更成為南北戰爭的關鍵起因之一。南北戰爭後，《美國憲法》增加了《第十三修正案》、《第十四修正案》和《第十五修正案》，從而廢除了美國的奴隸制，並規定非裔美國人具有平等公民權。時至今日，這個使當時聯邦最高法院首席大法官坦尼備受指責的案件仍然被看作積極主義的代表作。需要澄清的是，積極主義作為一種價值立場本身並沒有錯，法官在案件中的判決意見從表面上看可以堅持消極主義或者積極主義，但實質問題卻是法官本人選擇了哪種文化、哪種政治觀念。消極主義或者積極主義的哲學立場固然存在，但那只是一種司法習慣，一種法官在長期司法實踐中積累的政治、法律智慧，而無法成為他本人一生必須堅守的司法準則。所以，任何的突破完全是有可能的。

明白了這一點，再去考察奴隸制對當時美國社會的影響，不難發現坦尼法院 (the Taney Court) 對「斯科特案」的判決並無多大可以為人詬病之處，因為誰也無法保證聯邦最高法院永遠正確，我們也無法因為這紙判決引起了戰爭就說它是錯誤的。一起偶然事件可能發生在社會的任何領域，但每一起偶然事件背後都有其複雜的必然因素，事實是當時的美國已經被綁在龐大的奴隸制鏈條之上了，要順利解開這個鏈條所花費的代價並不比直接斬斷它所花費的代價小。

本文雖然無意於爭論美國內戰的前因後果，但卻要澄清，所謂歷史的發展乃是由必然和偶然所組成的，任何細微的疏忽都有可能引起全局的變化，但將全局的變化反過來歸咎於細微的疏忽，顯然是荒謬的。我們需要反思的乃是積極主義背後的舊觀念，而非積極主義本身。

我們可以說「馬伯里訴麥迪遜案」是一個里程碑，「斯科特案」是一起偶然事件。但隨後到來的積極主義高歌猛進卻不能不說是聯邦最高法院自己的責任了。從戰後重建(1865)到憲法革命(1937)，聯邦最高法院對於自己的判決似乎一直處在一種「不自知」的狀態之中。作者通過考察發現，聯邦最高法院「對國會和各州為調控和規制社會與經濟等諸多領域的種種難題而制訂的一系列規制性立法極盡否決之能事」(頁67)。也就是說，與建國初期相比，司法權不再對立法權進行必要的退避，它們之間由合作轉向了抗衡。這實質體現了聯邦最高法院與聯邦政府在國家發展道路上的不同價值取向，並且這種分歧一直維持

了七十年(由南北戰爭後的重建到憲法革命時期)之久(頁65)。

回到建國之初，司法權與立法權合作的契機在於面對本國並不強大的現實，合眾國的國民體現出了驚人的凝聚力，他們那時需要的是——一個強大的經濟實體。然而內戰使得國家發展的走向發生了分歧，聯邦最高法院希望市場原教旨主義能夠繼續貫徹下去，而聯邦政府卻在此時選擇了向福利國家與公共服務型政府轉型。正是由於這種發展理念上的分歧，促使聯邦最高法院在憲法審查中一次次做出積極主義的判決，以憲法審查為利器來表達其政治觀點。這種以司法權制約立法權的體制內衝突，實質是在以法治制約民主。所以，看似冒險的積極主義實質是掩蓋在憲法審查外衣下的政治鬥爭。所以任何政治體制下的權力機構都不可能做到絕對的價值中立，最好的法官也會因為其所受教育、文化背景的不同而傾向於激進或是保守。

後來的歷史發展就更為複雜了，就像作者所提及的一樣，雖然1937年聯邦最高法院以數次消極主義的判決實現了憲法革命，但消極主義在當代的發展依然是曲折的(頁83)。那麼我們是否能夠以此推斷憲法審查制度已經成為一種過去的好制度呢？顯然不能。作者由於選擇了消極主義的哲學立場，而使問題顯得過於悲觀了。但如果從馬歇爾時代一以貫之地看下來，合眾國司法史上的消極主義和積極主義時代都是依當時歷史條件應運而生的，是在三權分立政體下，司法權調整自身以保持三權合作與制衡的必然階段。在這其中貫穿了各種考

驗來左右法官的價值立場，如奴隸制的存廢、市場原教旨主義的堅持、擴張主義的實踐等。

等到羅斯福(Franklin D. Roosevelt)總統的「法院包裝計劃」推出之後，法官才發現他們在獨立思考國家問題的道路上走得太遠了，於是重新回歸消極主義(頁89)。但積極主義哲學立場由於多年的貫徹，業已成為一種司法習慣，這意味着積極主義與消極主義二者在以後的發展中必將交替登場。正是這種二元哲學立場共同主宰了合眾國的憲法審查制度，人們才得以看到當代聯邦最高法院的雙重面孔。這也就解釋了消極主義在當代為何會是「曲折發展」的——其實不過是憲法審查制度的時代特徵。

明白了這一點，也就弄清楚了休斯法院(the Hughes Court)、文森法院(the Vinson Court)的「無為而治」，沃倫法院(the Warren Court)、伯格法院(the Burger Court)的大膽改革，其實都是時代發展的產物(頁92)。雖然從表面上看是判決決定了國家的發展道路，但實際是時代的發展決定了判決。聯邦最高法院有選擇積極主義與消極主義的自由，如果選擇前者，就意味着是國家的法官承擔了這個選擇所帶來的歷史非議，而不是其他人，這一點是難能可貴的。如果我們以比較的視野來看待憲法審查制度，就會發現它絕非天然地專屬於法院。這個制度創設的本意在於其自身需要從立法機構中脫離，以保證政治權力的良性運行。只是因為在美國，這一權力被分配到了聯邦最高法院，並在實際運行之中獲得了前人未能料想到的後果。

雖然從表面上看是判決決定了國家的發展道路，但實際是時代的發展決定了判決。聯邦最高法院有選擇積極主義與消極主義的自由，如果選擇前者，就意味着是國家的法官承擔了這個選擇所帶來的歷史非議，這是難能可貴的。

選擇消極主義本就是美利堅民族的傳統，是權力分立的時代需求，那麼我們可以推斷：後來積極主義的出現同樣是基於時代的原因，二者共同塑造了今天美國的憲法審查制度。

該書在前面兩章對消極主義的歷史畫卷作了系統描述之後，在隨後的三、四兩章就對消極主義做了司法實踐和法理學上的雙重考察，由此進入了憲法審查歷史經驗的總結和分析階段。在「消極主義的多種面孔」一章中，作者將積極主義限定在消極主義的框架之中進行討論，即研究歷代法官「消極中的積極」，並指出司法實踐中的消極主義只有可能是一種有限的消極（頁116），這就實現了前文所說的「將積極主義放置在一個可控的司法環境之下」的目的，從而為論證消極主義的合理性，提供了更大的活動空間。

隨後作者再將消極主義的影響從司法體制擴大到整個聯邦政治的範圍內，以最高法院在聯邦與州的權力分配中所起的作用論證了消極主義不可替代的歷史地位，這部分對消極主義的理解與上一部分是一脈相承的，即都表現為一種有限的「消極」。

最後，作者由實踐回到理論，就消極主義所衍生出的憲法解釋方法——合憲性解釋——做了詳細的闡述：「本質上是選擇一種可以迴避法律違憲無效、從而維護國家法秩序之穩定與統一的法律解釋方法」（頁173）。由這一概念可以看出，法官如何判決憲法案件全在他們自己。每個法官都有自己秉持的價值立場——司法正義，他們可以迴避法律違憲無效，也可以直面法律違憲無效。合憲性解釋本身只是一種可供選擇的建議，除此以外，甚麼也不是。

「為何消極」一章是對消極主義歷史沿革的法理學思考，並追溯到哲學領域內對其思想源流進行考

察，但起點仍是從現實的政治需要開始的。從對消極主義的政制基礎的解讀中我們似乎可以看出，選擇消極主義本就是美利堅民族的傳統，是權力分立的時代需求，那麼我們可以推斷：後來積極主義的出現同樣是基於時代的原因，二者共同塑造了今天美國的憲法審查制度。而塞耶（James B. Thayer）、波斯納（Richard A. Posner）等法學家後來的對於消極主義理論的闡釋（頁213-22），使其由實踐走向理論層面，從而發展為一種系統的、值得後人去研究的法律理論。

對於這個理論所堅守的法理學，作者認為法律實證主義在其中起了作用。這種認為法律與道德須分離的主張，確實能夠使得法官在司法裁判中更加堅持價值中立，不以自己已有的知識作為裁判的依據。但如此一來，法官似乎就成為了掌權者手中的工具，更為重要的是，誰能保證政府是在以正義的、完全中立的、不受任何利益集團左右的目的行使自己的職權？與此相反，更多時候我們看到的是政府行為帶有極強的傾向性，並且這種傾向不以公益事業和社會發展為目的。這時就需要聯邦最高法院通過司法裁判做出自己的價值判斷，但我們很難相信堅持法律實證主義的法官會做出合理的裁判。

所以，法律實證主義雖然可以成為消極主義的法理學，但那只是一部分，我們無法設定一個法官只受過法律實證主義的教育，並一生篤信此信念而無其他思想左右其立場，也無法設定法律實證主義只能是消極主義的法理學而不能被積極主義者採用。同時，在實際裁判

中，法官的很多外部知識同樣會左右判決的形成。而對於消極主義的哲學基礎在於懷疑主義，已經成為學界的共識。需要提及的是，上面的命題同樣是充分條件而非必要條件，懷疑主義並非消極主義者的專屬哲學，積極主義的判決同樣可能受到懷疑主義的影響，只是未能起到決定性作用而已。

在對消極主義論述完畢之後，作者在第五章「對積極主義的回應」中對積極主義進行了回應，不過這個回應多少讓人難以信服。其中重點論述了前文所探討的「斯科特案」，這裏就不再贅述。這裏重點談及的是，作者最終未能將「有限消極」的理念堅持下來，而選擇了非此即彼的論述方式，成為了保守派的一員，扮演了「只緣身在此山中」的迷茫角色。作者所選取的積極主義的代表作「斯科特案」與「洛克納案」(Lochner v. New York, 1905)，更像是失敗的代表作，而故意避開了彰顯種族平等的「布朗訴托皮卡教育委員會案」(Brown v. Board of Education Topeka, 1954)；又將板上釘釘的「羅伊案」(Roe v. Wade, 1973)重新翻案，手法頗似一個美國的保守主義者。而對於是否應該踐踏「政治棘叢」(頁261)、創造新的權利、決斷政治問題，對於處於一國司法傳統之外的我們來說，很難得出一個價值中立的結論，哪怕經過多麼嚴密的論證。人永遠不可能只堅守同一個立場，真正的謎底要在司法實踐中揭開。至於是堅持消極主義還是積極主義，如何堅持，讓我們把這個問題留給孫斯坦(Cass R. Sunstein)，留給比克爾(Alexander

M. Bickel)；自己只作一個單純的考察者。

同樣的道理，考察的結果不能簡單運用於中國的現實，司法自制的前提是司法的自治，身處不同的社會環境之中，「有何借鑒意義」這個問題不能輕易提出。任何社會的發展都不是平面的，而是立體的。如果真要說到反觀中國，現實中雖然找不到例子，歷史上卻可以挖掘出。因為在閱讀的過程中，筆者已經注意到，憲法審查制度及其堅守的哲學立場與中國漢代的「春秋決獄」多少有幾分相似：一個判決代表了國家的倫理、價值傾向。本書以消極主義的哲學立場考察聯邦最高法院，它所呈現的只是這個法院的一面而非全貌，消極主義與積極主義在當代美國憲政歷程中的發展更為複雜，但這些問題都屬於美國的「內政」，當我們研究的時候要走進去，研究結束後就應該走出來。

本書所探討的內容大多屬於歷史——一段已被多次言說過的歷史。因而作者選擇了從另一種角度去觀察，以破除中國法學界對於「後馬歇爾時代」聯邦最高法院的迷信，還原這個憲法審查機構本來的面目。從這個角度來說，作者的寫作目的已經達到：馬歇爾走下了神壇；消極主義與積極主義交替登場；聯邦最高法院搖擺在保守與激進之間；司法權繼續在三權分立的政治體制中履行着自己的歷史任務。

楊文昭 黑龍江大學法學院2010級
法律碩士(法學)專業研究生

本書以消極主義的哲學立場考察聯邦最高法院，它所呈現的只是這個法院的一面而非全貌，消極主義與積極主義在當代美國憲政歷程中的發展更為複雜，但這些問題都屬於美國的「內政」，當我們研究的時候要走進去，研究結束後就應該走出來。