

九个人统治的国度

贺海仁

迄今为止,在美国历史上产生了不到百人的最高法院法官。他们非经民主程序选举产生,一旦任命便可终身制。在公众的眼中,他们穿着黑色的袍子,高高地端坐在椅子上,充满神秘、象征;他们具有超凡脱俗的智慧和经验,坚守公平、正义,更为重要的是,他们是沉默的高贵者,一旦言说则威力无比,即使国会和总统也要遵从其指令。二五年八月三日,美国联邦最高法院首席大法官威廉·伦奎斯特因患甲状腺癌在弗吉尼亚的家中去世,时年八十一岁,结束了他在最高法院长达三十三年的职业生涯。伦奎斯特是美国历史上第二个主持了总统弹劾案审理的首席大法官,二九年又决定了一次总统大选(布什VS戈尔)的最终胜负,尤其后者使人们看到了司法权对选举权的干预以及所发挥的决定性作用。的确,在一个域外人看来,美国国会和总统决定国家的大事,但是,在什么是大事以及对大事的决断上,最高法院说了算?

最高法院对选举权利提供救济不过是更早时期沃伦法院司法传统的延续。在贝克诉卡尔(Baker v.Carr,一九六二)一案中,最高法院要对“州选区分配的公平性”进行挑战。这一案件的背景是,二十世纪以来,人口从农村向城市大量转移,但保守的州立法者拒绝因人口变化重新分配立法议席的要求。一个关于各州的宪法性法律规定,每十年应当重新分配一次选区,但田纳西州在六十年之久的时间里无视这一规定。在田纳西州,其选区的划分使占人口不到40%的选民可以选出大多数下议院代表。其他州的情况更糟。在十一个州的参议院选举中,不到20%的选民就可以选出多数候选人,这包括加利福尼亚州(10.7%)、佛罗里达州(14.1%)和内华达州(8%)。只有十七个州获得多数票的权力掌握在40%的选民手中。有四个州的众议院可能获得多数的控制权掌握在不到20%

的选民手中,而仅仅有十七个州规定至少应当有40%的选民才能控制这一权力。结果是,由农村利益团体控制的州立法机关通常投票拒绝将赋税收入合理地拨给城市一部分。城市迫切需要这部分拨款,因为贫民和下层社会的人越来越汇聚于城市。虽然实质上改变选区分配不公的判决要在两年之后的雷纳德诉西姆斯(Reynolds v.Simes,一九六四)案才得以实现(在该案中,沃伦法官第一次使用了“一人一票”的规则,以调控国会立法区和州立法机关的划分),但是,贝克案的意义仍然十分重大。最高法院在这一案件中认为,对立法权分配的挑战不是法院不该受理的“政治问题”,而是受法院管辖的宪法问题,这就为将来改变不平等选区立法权分配奠定了基础。这一案例被认为是最高法院对美国民主概念的发展,确立了具有美国特色的民主文化。的确,在沃伦任首席大法官的十六年(一九五三年—一九六九年)间,最高法院通过一个又一个“宪法案件”扩大了法律平等保护的范围,强化了对言论和新闻自由的保障,改变了立法机关中不平等分配席位的做法,赋予刑事被告人更为广泛和有效的救济权,确立了宪法意义上的隐私权概念。即使在沃伦法官退休之后,一九七三年罗诉韦德(Roe v.Wade)案确立的妇女堕胎的宪法权利,一九七二年弗曼诉佐治亚州(Furman v.Georgia)案判决现行的规定死刑的法律违宪以及一九七三年里德诉里德案(Reed v.Reed)禁止性别歧视的规定等也被认为是深受早先由沃伦法院发动的宪法变革影响的产物。

布朗案在结束美国社会种族歧视,重申平等保护原则方面无与伦比,然而,在沃伦法官退休之后,有人问他,在他的法官生涯中,哪一个案件是他最为得意的和值得骄傲的,他的回答并不是人们期望的布朗案,而是上面谈到的重新分配选区案。我们无从知道沃伦法官本人对重新分配选区案偏爱的个体理由,但把它与具有划时代意义的马伯里案相比,至少在扩大法院的司法审查的范围方面是一脉相承的。因为如果法院有权对宪法问题做出解释的前提可以成立,那么,一个案件是否是宪法问

题就成为关键,它的重要性相对已成为宪法问题的案件进行解释要重要得多,事实上,对宪法问题的解释历来都呈现出公说公有理,婆说婆有理的局面,以致“剪不断、理还乱”。

不过,最高法院的景况不是一直就这么辉煌和有力。在马歇尔审判之前,最高法院有两点显示出它的不景气。一七九一年二月二日,在最高法院的首届会议上,华盛顿总统任命的六名大法官中,只有三人到会。成立大会在一个露天肉市举行,会议开了十天,既无案件听审,也不到法定人数,时间全用在认可律师的出庭资格上。四年之后,首席大法官约翰·杰伊提出辞职,部分理由是由于联邦法院系统缺乏“能量、权力和威望”(参见[美]詹姆斯·M.伯恩斯等著:《民治政府》,陆震纶等译,中国社会科学出版社一九九六年版)。令约翰·杰伊法官意想不到的,在他提出辞职后不到十年的时间里,准确地讲,是在一八三三年,首席大法官马歇尔通过一个案例发动了一次具有深远影响的革命,不仅使联邦法院恢复了它的“能量、权力和威望”,而且以司法审查的名义确立了法院裁决和解释宪法问题的权力。司法审查制度无疑是马歇尔法官的独创,在某种程度上,它是美国历史上最富有创造性的发明。在此之前,不论在宪法,还是在联邦党人的文集中,都没有设定这一制度,甚至也没有暗示过最高法院需要拥有司法审查权。事情似乎有点相反,担心司法受制于政治或从属于立法或行政部门,以致司法缺乏独立性倒是人们所担忧的。看看汉密尔顿在《联邦党人文集》中有关司法的几篇文章就会知道,让汉密尔顿尽心辩护的主要问题不是别的,正是司法不独立或屈从于政治可能所造成的恶果。不仅如此,汉密尔顿还认为,在分权的政府中,只有司法部门能力最弱、危害最小。他说:“大凡认真考虑权力分配方案者必可察觉在分权的政府中,司法部门的任务性质决定该部门对宪法授予的政治权力危害最寡,因其具备的干扰与为害能力最小。行政部门不仅具有荣誉、地位的分配权,而且执掌社会的武力。立法机关不仅掌握财权,且制定公民权利义务的准则。与此相反,司法部门既无军权、又无财权,不

能支配社会的力量与财富，不能采取任何主动的行动。故可正确断言：司法部门既无强制、又无意志，而只有判断；而且为实施其判断亦需借助于行政部门的力量”（[美]汉密尔顿等：《联邦党人文集》，程逢如等译，商务印书馆一九八一年版）。一八三年之后，在美国的司法史中，人们不再怀疑、也不再争议司法是否应当独立以及不独立的弊端，相反，人们因法院拥有解释宪法的权力而忧心忡忡，几百年来，关于司法能动主义和司法克制主义的争论其实质就在于界定司法审查权的范围。

不论人们对司法审查的内容和意义做出怎样的解读，在司法审查的名目下，由法院决定什么是宪法问题以及宪法的本来含义是什么的本身，赋予了法官至高无上的权力，基于这一点，把美国的法律制度视为法官领导下的法治社会是不为过的。宪法是最高法，凡是与宪法相抵触的任何法律都不是法，即使这些法律是由民选的代议机构通过立法程序制定的。九个非民选、终身制的最高法院法官凌驾于议会和政府之上，这也意味着凌驾于大多数人民之上，在这个意义上，至少从一八三年马伯里诉麦迪逊案件之后，美国是一个九个人统治和治理的国家，更为准确地讲，在裁决表决少数服从多数的原则之下，五个最高法院的大法官就可能决定一个个足以影响美国社会的案件。三权分立所要追求的一个重要目标——权力制衡即使还没有打破，也发生了严重的倾斜，立法权和行政权非但不能有效制约司法权，反而要无限制地接受司法权的审查。更为严重的是，司法权也完全超越了理性的社会结构自身的约束，一旦最高法院做出有效的裁决，除了它自己可以改变这一裁决之外，任何其他权力和力量都无法颠覆裁决的有效期。当代美国社会特有的几种制约权力的形式和手段，可以对行政机关和立法机关发生效力，却不能适用于司法权。例如，当立法机关制定了一个不符合人们意愿的法律，人们可以游说他们的代表、筹集资金发动更多的人参加反对阵营、组织草根运动或在下一次投票中改变投票对象，支持或反对某一个候选人担任公职等等。这一切都被视为民主的表达方式及民主的力量所在，但它们不

适用于非选举产生的而且终身制的法官。美国是民主国家吗？

马克·R·列文(Mark R. Levin)是美国的宪法专家,长期以来致力于维护美国宪法下的立法、司法和行政权的关系平衡,是为数不多的总是揭露美国最高法院“司法专制”的宪法主义者。二〇〇五年,列文推出了人们一看书名就会翻上几页的大作《黑衣人——最高法院是怎样摧毁美国的》(Men in Black:How the Supreme Court is Destroying America),看得出,列文在写这本书时肝火很旺,不仅历数最高法院法官的恶行,如有的法官受贿、有的杀过人、更多的精神有问题,而且还给法官们扣了一个又一个的大帽子——司法能动主义者、穿着黑袍的激进分子等。由九名非民选的法官决定民主的节奏以及通过司法维护民主制度多少令人意外,人们在通常意义上理解的民主没有包含这一内容。因此,言说法官是司法能动主义者仍然分量过轻。根据列文的描述,司法审查权的诞生并不如后来人们所想象的那样神圣、庄严,说它是庸俗的政治斗争的产物一点也不过分,这里面多少还带有卑鄙的性质。马歇尔是由约翰·亚当斯总统在其任期届满前一个月才提名的首席大法官,他们同属联邦党人。在此之前,马歇尔分别任弗吉尼亚州议会议员、美国众议院议员、国务卿。一八〇〇年,马歇尔所属的联邦党输掉了大选,既失去了总统职务也在国会中失去了应有席位。意识到共和党人可能要对在最高法院的联邦党人发难以及自己作为首席大法官地位岌岌可危,马歇尔决定孤军奋战,背水一战。在马伯里案件中,马歇尔创造性地发明了司法审查,确立了最高法院的地位,列文写到,这一发明“是杰出的政治大手笔”。在这个意义上,与其说是马伯里在行使自己的司法救济权,不如说马歇尔利用这一案件维护了自己的地位和权力,马歇尔此举尽管没有挽救组织,挽救党,却一劳永逸地确立了最高法院司法审查的权力。有了权力,也就有了地位和能量。此外,马歇尔所创造的司法审查权是马歇尔“反革命”的成果。司法审查权不是一般意义上的司法权,它使法官获得了审查总统的行为和国会制定的法律是否合法的判断权,但它

自身却不会受到行政权和立法权的牵制,只要有条件坐在法官席上并且不存在被弹劾的事由,法官就几乎不受外在的限制行使职权。至于说到法官的身体健康,除非法官自己提出辞职,不会成为不能继续担任法官的理由。二 五年初春,我在华盛顿拜会了联邦上诉法院法官戴维·泰勒先生,他是位深刻、睿智和令人感动的法官。他是一位盲人,早在很多年前就盲了双眼的人,在助手的引导下,至今孜孜不倦地从事着正义的光明事业。

从担心司法权力量过弱,到三权制衡制度的安排,再到司法审查权居于其他两权之上,很难说哪一种制度是革命的还是反革命的。革命和反革命的标准取决于政治力量的对比关系和特定的历史背景。民主的标准和形式也就呈现出多种局面。

对民主的认同确立了现代社会的一个美德。分权而不是集权、政治参与而不是为民做主、保障自由而不是压制成为民主的基本要素。然而,如何量化这些要素并且把它们转化到程序法则,民主及其要素就显得异常的模糊。根据奥兰多·帕特森的观察,美国的民主制度是三种竞争的民主形式复杂和零乱混合的产物,这三种竞争的民主形式,即自由主义者的多元论形式,精英分子的自由意志论形式,以及南方优等民族的原始民主形式在不同历史时期均有所表现且组合变幻,形成了立体的而不是平面的民主制度,但其主流是在反多数人意志的意识形态和实践中运行的。十九世纪中叶,托克维尔在美国旅行时就敏锐地发现了这一现象,即多数人的意志对个体自由可能造成侵害的担忧,因此,赋予法官司法审查的权力是人们迄今为反对议会政治的专横而筑起的强大壁垒之一。这一见解在后来不断得到强化;“后革命时期的美国精英,从革命时期如何保护被统治者免受统治者侵害,变成困扰于如何保护统治阶级及其他强有力的少数派的利益免受被统治者的侵害”(奥兰多·帕特森:《自由反对民主国家:论美国人不信任的历史根源和当代根源》,载马克·E.沃伦编:《民主与信任》,吴辉译,华夏出版社二 四年版)。从阶级分层及其马克思主义的观点

看 这一结论是顺理成章的。自由主义的核心是公民不应当信任政府 并且要提防政府。在自由主义极端发达的岁月里,政府是那种或者是有害性的必要者或者是无必要的危害者的思想弥漫于整个社会科学,直到今天,对法治的经典表述如果缺乏制约国家权力这一条,就会被视为人治的拥护者受到谴责。问题当然不在于提倡法律对国家权力进行限制是否应当,而是在限制国家权力的过程中自然产生的对国家或政府的不信任悖论,一方面,国家权力是根据民主的程序基于大多数人的意志授权的结果,体现了通常人们理解的民主内容,另一方面,宣扬国家在最低意义上的危害性,使人们对这个意义上的民主产生了敌意或者不信任。司法审查制度迎合了人们的这种矛盾心理,它所产生的效果远非三权分立格局非平衡说所能涵盖。莫顿·J.霍维茨对沃伦法院不遗余力地保护少数人权利实质的判断可谓一针见血“美国宪法的核心矛盾在于如何协调多数人的统治与少数人权利之间的冲突,如何避免少数人被感情冲动的多数人所统治。联邦主义者的观点与宪法构造者们对民主可能带来多数人专制的忧虑是一脉相承的”(〔美〕莫顿·J.霍维茨:《沃伦法院对正义的追求》,信春鹰等译,中国政法大学出版社二〇〇三年版)。因此,在敌视大多数人的“民主”,消除“多数人的暴政”的恐惧心理上,司法审查制度无疑发挥了难以替代的作用。

不过,对有限政府及法治作用的理解却是英国人的司法传统,而不是美国革命者的发明。十九世纪的英国法学家戴雪(A.V.Dicey)通常被视为近代西方法治理论的奠基人,他说:“法治意味着法律面前的平等,或者意味着所有的阶层平等地服从由普通的法院执掌的国土上的普通的法律;此一意义上的‘法治’排除这样的观念,即,官员或另类人可以不承担服从管治着其他公民的法律的义务,或者说可以不受普通审判机构的管辖。……作为其他一些国家所谓‘行政法’之底蕴的观念是,涉及政府或其雇员的事务或讼争是超越民事法院的管辖范围的,并且必须由特殊的和或多或少官方的机构来处理。这样的观念的确与我们的传统

和习惯根本相忤。戴雪对法治概念的界定充满了司法控制社会一切事物特别是防止行政权力恣意专断的内容。他引以为荣的英国是以法官为中心的法治社会，但是，戴雪式的法治是对英国历史上贵族反对国王的斗争经验丰富的总结，是国王和贵族集团相互妥协的产物，而不是内在地就包含了反对多数人暴政的观念。尽管如此，它同样背离了根据城邦经验总结出来的亚里士多德的法治观：“法治应包含两重意义：已成立的法律获得普遍的服从，而大家所服从的法律又应该本身是制订得良好的法律。”（亚里士多德：《政治学》，商务印书馆，一九六五年版）在这个定义中，亚里士多德没有让法官成为法治社会的要素，更不要说成为核心要素了。

一八三四年，托克维尔在访问美国后写道：“假如有人问我美国的贵族何在，我将毫不迟疑地回答：……美国的贵族是从事律师职业和坐在法官席位上的那些人。”（《论美国的民主》，商务印书馆一九九六年版）对这句话，德沃金作出更为明确的注解：“法院是法律帝国的首都，而法官是帝国的王侯。”法官社会的特征是，法官是社会的主宰，是法律的化身，是治理社会最有效的人群。在法官社会中，既没有国王的专断，也没有君主的恣意，但也可能没有“大多数人”的民主。法官承认国家是人民的，在维护“人民国家”的正当性名目下，对于什么样的行为或事情侵犯了人民利益的问题皆由法官说了算，其极端的表达就是：“不是因正确而终局，而是因终局而正确”。

实践戴雪式的法治，可以不必担心“大多数人的暴政”；遵从亚里士多德的法治观点，没有司法的法治社会则是可能的；既要反对“大多数人的暴政”，又要遵循亚里士多德的法治观点，就应当像美国一样，不是向法律而是向法官俯首称臣，接受屈指可数的黑衣人的统治。

值得庆幸的是，在“去魅”之后的时代，至少人们不会把作为统治者的法官与神相提并论，他们是人而不是神——在这一点上没有疑问。

（Mark R. Levin, *Men in Black: How the Supreme Court is Destroying America*, Regnery, 2005.）