

社会契约、社会革命与美国最高法院

徐 斌

内容摘要：本文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，由于法律教育与法律职业的变迁，毕克尔的理论只能沦为公共知识领域内的辩护与修辞。

关键词：社会契约 社会革命 最高法院

一、问题的提出

霍布斯在《利维坦》中运用契约理论构建了现代政治共同体的根基。他在第十七章中这样论述利维坦的诞生：“这一人格是大家人人相互订立信约而形成的，其方式就好像是人人都向每一个其他的人说：我承认这个人或这个集体，并放弃我管理自己的权利，把它授与这人或这个集体，但条件是你也把自己的权利拿出来授与他，并以同样的方式承认他的一切行为。这一点办到之后，象这样统一在一个人格之中的一群人就称为国家……这就是一群人相互订立信约、每人都对它的行为授权，以便使它能按其认为有利于大家的和平与共同防卫的方式运用全体的力量和手段的一个人格。”¹

立足于怕死的激情与共同防卫的目的，霍布斯的利维坦必须建立在双层契约上。一份为底层契约，作为人与人之间的连接，是每个人与每个人之间的信约。

· 徐斌，法学博士，北京大学国际关系学院博士后。

¹ 霍布斯：《利维坦》，黎思复等译，商务印书馆1985年版，第131、132页。

另一份为上层契约，作为共同体与统治者之间的连接，是每个人共同对一个人或一个集体的授权。前者可以称为社会契约，它形成了政治社会，即共同体。而后者可以称为政治契约，形成了政府形式，它决定统治权在谁手里的问题。现代民主政治的含义在于后者的政治契约，而无关社会共同体的建立。

此后的洛克和卢梭同样继承了这种现代双层契约理论：社会与政治、政治社会与政府形式、社会契约与政治契约。依托财产权，洛克的政治社会首先建立在个人财产的保护上，其次才是政府形式的建立。对于政治社会的起源，洛克这样论述到，“人类天生都是自由、平等和独立的，如不得本人的同意，不能把任何人置于这种状态之外，使受制于另一个人的政治权力。任何人放弃其自然自由并受制于公民社会的种种限制的唯一的方法，是同其他人协议联合组成一个共同体，以谋他们彼此间的舒适、安全和和平的生活，以便安稳地享受他们的财产并且有更大的保障来防止共同体以外任何人的侵犯。”²

洛克的第一层契约是每个人与其他人协议联合组成一个共同体，即政治社会的起源。“依照这些形式，共同体可以就他们认为适当的，建立复合的和混合的政府形式”³。政治契约的主要目的就是解决国家的形式问题，即政体问题。“制定法律的权归谁这一点就决定国家是什么形式。”⁴

现代政治哲学的这种双层契约理论也渗透进美国建国的一系列行为中。阿伦特也是依据政治与社会的分离为美国革命做辩护⁵。当1776年的《独立宣言》宣示“一个民族必须解除其与另一个民族之间的政治联系”时，它更多的是美利坚民族摆脱大英帝国后的一份新的社会契约。而1787年的美国宪法更多的是在社会契约基础上的十三个殖民地人民的政治契约。宪法谋求的是美国政府的组织形式，是改变邦联制度而组建联邦制度的政体转变问题，设定的是关于政治权力运作的物理规则。

双层契约为现代政治共同体设定了合法性框架的同时，也埋下了革命隐患。如果说革命是现代政治哲学的特有产物，是将政体变化的动乱转变成为了指向未来特定方向的运动⁶，那么，双层契约的现代共同体面临的危机就是政治政府颠

² 洛克：《政府论》下，叶启芳、瞿菊农，商务印书馆2001年版，第59页。

³ 同上注。

⁴ 同上注。

⁵ 阿伦特：《论革命》，陈周旺译，译林出版社2007年版。

⁶ 李猛：“革命政治—洛克的政治哲学与现代自然法的危机”，载《洛克与自由社会》，吴飞主编，上海三联书店2012年版。

覆政治社会。卢梭曾经给予过“公民宗教”的解决方案，以稳定这种双层结构。公民宗教是指“写在某一个国家的典册之内，规定了个国家自己的神、这个国家特有的守护者。它有自己的教条、自己的教仪、自己法定的崇拜表现……它能把对神明的崇拜与对法律的热爱结合在一起；而且由于它能够使祖国成为公民崇拜的对象，从而就教导了他们：效忠于祖国也就是效忠于国家的守护神”。⁷概言之，卢梭的公民宗教是让第二层政治契约建立起来的政治政府运用公民宗教巩固第一层契约的政治社会。两层契约在卢梭那边变为了相互扶助的关系。

但是，在美国这个新兴政治社会中，卢梭的公民宗教解决方案面临了诸多问题。相比于卢梭当时的欧洲，美国即缺乏国王又缺乏贵族。这样的政府形式中，公民宗教如何实行？谁来实行公民宗教？谁是那些礼仪、典籍的象征与代表？民众又是通过怎样的形式将对神明的崇拜与法律的热爱合二为一呢？除了没有欧洲封建制的历史外，美国却多了一个黑人种族的包袱。杰弗逊起草的《独立宣言》中的不言而喻的真理——人人生而平等，造物者赋予他们若干不可剥夺的权利，其中包括生命权、自由权和追求幸福的权利——同样适用于黑人吗？黑人在美国独立战争中，与白人一同组成了政治社会吗？起码，当时作为奴隶主的杰弗逊对这些回答都是否定的。

相比于欧洲，美国确实存在诸多的例外。它的建国根基来自欧洲的政治哲学理论。但美国的特殊性又给了政治哲学以丰富的试验田与创新机遇。本文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，由于法律教育与法律职业的变迁，毕克尔的理论只能沦为公共知识领域内的辩护与修辞。

二、美国法院的政治哲学地位

⁷ 卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆2003年版，第186、170页。

最高法院在美国的宪政秩序中应当处于什么地位？应当发挥什么样的作用？这个问题早在美国宪法起草时，就处于争议之中。但是，总体来看，国父们对于最高法院的思考仍然与整个联邦司法体系联系在一起。也就是说，最高法院首先是联邦法院的最高机构。作为政府司法机构的最高法院，就应当放在了政治契约的层次里来思考政府治理机构的权力配置问题。

联邦主义时期的最高法院并没有摆脱英国普通法传统。在英国普通法的传统中，司法实践本身就是主权者治理国家的工具。由此看来，司法不过是主权治理的一个环节与工具，与立法部门、行政部门构成主权的职能部门。比如早期的邦联宪法中根本没有考虑到司法问题，而在 1787 年的联邦宪法中，第三条司法部门的设置也是留待华盛顿的第一届国会来设计。而 1789 年的《司法机关法》的整个设计理念也只是模仿了英国司法体制，发挥统一主权的次级功效。

马歇尔的联邦主义进程也主要依托了《司法机关法》中的第 25 条，而非马伯里案宣示的原则。在政治权力的物理世界中，美国联邦司法系统的角色分配问题最终由马歇尔完成。马歇尔早期的宪政实践也并不把司法部门作为政治部门的首个要地。在马伯里案中，尽管马歇尔处理的是司法与总统之间的权力关系时，但通过司法审查奠定了权力总则——宪法——的解释权。1787 年制宪会议最迫切需要解决的政治问题即大小州与南北州的博弈问题。依托对州法律的司法审查，马歇尔时期的最高法院在处理联邦权力问题上最终奠定了法院的权威。

在美国国父们看来，最高法院以及司法系统的角色仍然局限在政治契约的范畴中。对于一个缺乏封建制历史与公民宗教的新兴国家，美国建国又如何解决社会契约的稳定性问题？如何塑造民主共和国所需要的社会民情呢？特别是在欧洲民主化浪潮席卷美洲的时候，民主法制的动荡与更迭背后又如何塑造与维护其一个良好的民情？正是基于对民主化的考察，1831 年的托克维尔发现与总结了美国司法系统在社会契约层次上的角色。

托克维尔的《论美国的民主》核心思考的问题是自由在即将来临的民主社会中何以保存？即现代自由主义的问题不在于重建贵族社会，而是要使自由从民主社会中生发出来。由此，民主自由主义在美国，意味着美国的一些特殊因素使得民主与自由结合稳固，没有经过法国革命的阵痛和之后的无限循环而导致的败坏

的民主自由主义。那么美国的成功因素是什么呢？

《论美国的民主》上卷最末一章总结到：有助于美国维护民主共和制度的主要原因。地理环境、法制、民情三个因素被提出来，并从对于美国的民主共和制度的贡献程度上来看，民情大于法制，法制大于地理环境。但是，在这里，我们需要注意，法制不是什么具体的法律条文。托克维尔总结了最主要的三类美国法制：联邦制、乡镇制度和陪审团制度。这些与其称为法制，不如成为政制。他们主要涉及的都是一个政治共同体内部的不同的人之间的政治权力结构的分配，即法制乃是现代政治共同体中的政治契约内容。

恰恰是联邦制、乡镇制度和陪审团这些美国的政治制度抵制住了民主的多数人的暴政激情，保存了自由的元素。但这种政制仍然属于次要，更为关键的是民情。

民情在托克维尔的思考中指的是整个民族的道德和精神面貌。民情并不是私人生活的道德，而是与法制一起支持美国的民主社会，面向公共生活的政治道德。即使是婚姻忠诚、贤妻良母之类的私人道德，也是在有助于和指向政治生活的时候才是托克维尔要夸奖的民情。虽然没有运用契约论的理论，但托克维尔的法制与民情的关系对应了双层契约中的政治契约与社会契约。

新教背景无疑是美国民族的社会契约。托克维尔重点论述了新教对于美国民情的基础性作用。一个主要的指向就是对于政治生活的积极参与和对稳定秩序的向往。最后，这种宗教情感培育出来的民情转变为一种对于民主共和体制的无限信仰。相对而言，脱离政治共同体的天主教对于民主政体来说，就是一种最坏的民情。

同样是深陷现代民主化浪潮的法国，就没有美国那样体验稳定的社会和政治体制。归根结底，就是《旧制度与大革命》中的旧制度孕育了一种革命的民情，与美国的这种温和的民情截然相反。在法国，政治契约的解体带来的不是正常的政体动乱与轮替，而是给法国的政治社会带来了大革命的民情。在霍布斯那里，这个问题就表现为政治政府的动荡为政治社会中的每个公民身上赋予了权势欲。即公民，或者说大众百姓，不再安于现状，不再需要停滞的秩序，而是需要时刻的流动向上，追求自己的权势欲。最终酿成的是人与人之间的战争。如果说，这一永无止境的社会战争最后通过社会契约的建立而消解掉，那么，经历了不断循

环往复的法国大革命，托克维尔观察到一种更为极端的现代民主制中的民情：追求所有方面的平等。这种追求甚至刻画到每个现代人的内心深处，体现为一种焦虑情绪，也就是说，现代民主社会中的人，永远处于一种人与人之间的战争，最后爆发为一种革命的激情。

民主化带来的革命激情使得社会契约稳固。双层契约的危机在现代化浪潮的冲击下，尤为严重。在现代民主国家中，一个关键的问题是如何抑制或者缓解这种革命的激情，谁以及如何能够塑造民主政治的温和民情？如何来平息民主化浪潮给政治社会带来的革命激情？这是霍布斯、卢梭以来力图解决的双层契约危机。

托克维尔的解答是，法学家精神在民主化浪潮中，或许负有首要的使命。因为“对法律做过特别研究的人，从工作中养成过了按部就班的习惯，喜欢讲究规范，自然反对革命精神和民主的轻率激情”⁸。他们的专门知识使得他们在心灵深处，隐藏着贵族的部分兴趣和本性。“对群众的行动极为反感，对民治的政府心怀蔑视”⁹。

法学家精神之所以在英美出现，就是因为普通法使得法官总是与先例保持在一起。这样，他们“几乎总是把对古老东西的敬爱和尊重与对正规的和合法的东西的爱好结合起来”¹⁰。“法学家秘而不宣地用他们的贵族习性去对抗民主的本能，用他们对古老事务的崇敬去对抗民主对新鲜事物的热爱，用他们的谨慎观点去对抗民主的好大喜功，用他们对规范的爱好的去对抗民主对制度的轻视，用他们处事沉着的习惯去对抗民主的急躁。”¹¹法学家的这种保守主义的精神通过法院与陪审团制度传遍至人民心中，塑造共和国的民情。

在社会契约与政治契约的双层契约结构中，托克维尔的法学家贵族凭借着法学家的精神而摆脱了一般司法机构的审判角色。法院的每一次庭审对于现代民主而言，都是贵族的一次传统塑造，法官成为了社会民情与社会契约的守护者。

三、新政共识与“法学家精神”的衰落

⁸ 托克维尔：《论美国的民主》，董果良译，商务印书馆 2004 年版，第 303 页。

⁹ 同上注，第 304 页

¹⁰ 同上注，第 307 页

¹¹ 同上注，第 309 页

崇敬、谨慎、规范、沉着等贵族法学家的精神因为新政主义而瓦解。19 世纪的资本主义迅速发展导致美国社会阶层分化，大萧条的来临迫使美国政府必须走向福利国家。20 世纪 30 年代，新政自由主义全面统治美国，也彻底改变了美国的法学思想。法学家精神的物质基础已经不在。

罗斯福新政为法学思想带来了法律过程理论。法兰克福法官是法律过程学派的主要代表人物。在 1939 年罗斯福任命法兰克福接替卡多佐法官进入最高法院之前，法兰克福一直在哈佛大学担任行政法教授。期间，他是美国最著名的自由派组织“美国公民自由联盟”和自由派杂志《新共和》的发起人。曾经担任过罗斯福总统的法律顾问，是所谓的“新政律师”中的一员¹²。

1947 年，法兰克福大法官在纽约市律师联合会上发表了“马歇尔和司法职能”一文，为新政时期中的法律职能作出了官方定义。在讲座开场，法兰克福就表明自己接受内战后的保守立场：“作为接受塞耶传统而培养起来的人（他的思想在我的学生时代仍然有许多人追随），我应当忠于塞耶有关最高法院活动范围之界限的观念，并且我正努力去遵从他关于法官追求其个人观点的有限自由之告诫。”

而这种立场在法兰克福看来，正是马歇尔在马伯里案中揭示的“法治政府”的含义，即不以个人意志为宗旨。马歇尔的时代与新政的时代中，法治政府的含义已经完全不同。在马歇尔生活的时代，宪法及其法律是作为规制政府的主要工具，尤其是在中央地方关系的层面上。而在新政时期的美国社会，法律已经不仅仅是限制政府的工具。在法院职能上，即使是马歇尔时代，也没有一个法庭可以行使完全独立的权力来决定政府的某项职权如何行使，宪法也不被认为拥有规范和限制所有政府的最高法律地位，不然也就不会出现杰弗逊的《肯塔基决议》和《弗吉尼亚决议》事件了。

接受了罗斯福新政以来的“大政府”观念，法兰克福认为“法治政府”中的法律已经不是单纯的普通法概念下的“法官宣布的法律”。

“仅仅由奥斯丁的观念就可以穷尽法律内容的时代，已经一去不复返了。现在的法律不是置于政府之上的。它定义政府的轨道。但是除非法律渗入政府，政府就不是法治政府。……法律不是脚镣的代名词，不是关于禁止和许可的陈词滥调。它是一种行为习惯的逐渐融合和渗透，反映了那些授权调和相互冲突利益的

¹² Peter H. Irons. *The New Deal Lawyers*. New Jersey: Princeton University Press. 1982. Pp.1-13.

人们所持的各种观点之间的妥协。一旦我们将‘法律规则’认定为包括所有限制政府行为的先决条件，而不是司法权力的技术规则，那么相关的问题就不是这个目标是否已经实现，而是它是否被有意识和系统地追求。”¹³

如果说新政政府已经进入了行政法治国的时代¹⁴，那么法律因为政府从“看门人”的角色转换为服务性政府而发生了很大的变化：法律已经从托克维尔观察的与民情紧密结合的律法变为了行政国家中的治理技术。律法变为了规则。

“所以无论执政党是什么色彩的，也无论它用来贯彻执行各项措施的历史悠久的标语口号是什么内容，政府已经转变为服务型的政府。由于工业化、城市化和渗透其中的平等主义思想的推动，深远的社会变革仍在继续进行。”¹⁵

在这种“勇往直前”的世界观和时代观下，唯一能够适应社会变迁的就是能够迅速做出回应的立法和行政部门。新政法院也不例外，它不过是政府中的一项职能而已。所以，新政时期的法律共识中，由于法律的去意识形态化与中性化，法院的角色也回到了建国初期的审判职能部门，退缩到了政治契约的思考范围内。新政前法院与立法的冲突在法兰克福特看来，就是法院中的旧时代观借宪法条文来与新时代观对抗：

“当那些变革的经济和社会力量在美国达到顶峰时，立法机关面对新的社会压力作出各种反应，而律师和法院却在第十四修正案中找到了控制立法行为的宪法依据。第十四修正案被逐渐地用于反对立法的实质内容，而不仅仅是支持基于传统的公正程序进行的诉求。”¹⁶

最为根本的冲突就在于十四修正案的“正当程序”与“平等保护”。洛克纳时期的最高法院不断利用第十四修正案“走向实质正当程序”。法兰克福特认为整个法院历史的错误就在于将宪法中的道德条款用为实质权利义务条款。正当程序条款具有模糊性，因而它与其他宪法条款相似，其实“仅仅是宣布了一项道德上的义务”。¹⁷如宪法要求一个州向另一个州交出在逃犯的逃奴条款，共和形式政府对于各州的保证的共和政体条款。宪法的这类条款“代表了一种精神而不是一

¹³ 法兰克福特：《约翰马歇尔和司法职能》，石明磊等译，载《哈佛法律评论——宪法学精粹》，法律出版社2005年版，第97页。

¹⁴ 哈贝马斯：《在事实与规范之间：关于法律和民主法治的商谈理论》，童世骏译，三联书店出版社2003年版，第620-654页。

¹⁵ 同前注13，第88页。

¹⁶ 同前注13，第88页。

¹⁷ 同前注13，第89页。

种命令，即温和、公正和相互妥协的精神，如果没有这些精神，国家将成为派系斗争的牺牲品。¹⁸”这些条款因为触及到许多重大的政治问题，法院不应该用法律的手段来处理它们，而应该寻求法院之外的途径来实现。

这就是法兰克福特整个“司法自制”理念的理论基础。在新政的新型法律观念下，正当程序与平等保护的内容应当由立法、新政等政治机关来填充。社会变革也应当由他们来引导。法院的职能应当是避免对大部分请求其做出宪法性问题发表意见。这方面的典型就是第一任首席大法官杰伊对于华盛顿总统的宪法性问题咨询的回绝。“不论请求法律指引的诉求有多迫切，最高法院都不能给予咨询意见，即使在国家紧急状态下也是如此。”¹⁹就是因为法院偏离了上述一贯的历史传统，最高法院才会参与到公众观点的激烈冲突中，损害了最高法院的权威。

法兰克福特在此基础上发明了“机构能力”的概念。即政府在追寻公共利益的时候，各个部门有着不同的机构能力或专长。因此，好政府的关键不只是简单地制定出好的公共政策。相反，好的公共政策的前提是发挥上述各个机构的比较能力。让不同的机构制定符合其能力的决策，并保持各机构之间的相互协调运作。对于新政来说，最好的执行监管体系的机构就是行政部门。由此，作为法律过程学派的集大成者，哈特的法官形象也是一个行政人员的风格，充满了时间、效率、商谈、讨论的决策机制²⁰。

如果法律是公共政策的表现，那么对诸多政策性的社会法律进行选择就更应该是由立法机关或行政机关来做出，而不是法院。因为立法机关在每个项目决策前将面临更多更全面的信息，配备了专业领域的人才。同时，立法与行政都在政治过程中对其作出的决策向选民负责。

而对于法官而言，法院经常因案件的政治属性而被迫放弃判决的案件与那些借助“自由”和“平等”概念而提起的案件之间的界限，这些界限是如此的模糊。但同时，他们必须负有执行第五和第十四修正案的正当程序条款以及第十四修正案的法律平等保护条款的义务，在审判时不可能不感到焦虑。对于这种焦虑，法兰克福特的司法自制理论认为，法官们应该首先知晓正当程序条款的内容无法根据文字和历史得以确定，因而这些条款随着时代的变化而不断调整其含义，这就

¹⁸ Daniel Reeves, Inc. v. Anderson, 43F. 2d 679, 682(2d Cir. 1930), 转引自法兰克福特:《约翰马歇尔和司法职能》，石明磊等译，载《哈佛法律评论——宪法学精粹》，法律出版社 2005 年版，第 91 页。

¹⁹ 同前注 13，第 96 页。

²⁰ HM Hart, AM Sacks, “The Nature And Institutions Of Law”, The legal process: Basic problems in the making and application of law, N.Y. : Foundation Press, 1994.

是这些条款的力量所在，也是它们的危险所在。正是它们，“使得法院成为了第三议会而拥有了强大的否决权”²¹。重要的是，法官必须理解这些宪法案件背后的实质性质，摆脱形式主义的教条，接受法律现实主义对于法律与政治的观点，理解对这些政治问题作出司法审判的困难。对于一个法官来说，这就要求他必须明确司法的职责范围和权限范围，在这个范围内运用道德和智慧的力量。

四、布朗案的冲击

第十四修正案作为内战的成果却开启了美国法律史上更大的内战。托克维尔的贵族法学家来自于普通法的教育与实践，法官对于规范的爱好与民情因为普通法至下而上的特殊生长机制而合二为一。但是，第十四修正案这两个法律术语与司法审查相配合，至上而下地赋予了法官新的法律武器。在洛克纳时代表现为阻挠立法机关的社会革命，而在布朗案之后的第二次司法能动中，却表现为主动掀起政治社会革命，改变了与民情的关系。先例、普通法、民情不再是法学家应当尊重的德性要求。民主社会中的利益反而成为了法学家的行动导向。

随着美国在二战的结束，冷战与民权运动成为了美国政治的核心问题，也撕裂着美国的政治社会契约。在五十年代肯尼迪上台以前，美国社会内部发生的最大问题就是民权运动的苗头，而这个问题实际上不是一个偶然的问题，而是二战的结果。二战时期黑白种族间并肩地战斗使得平等理念深入到了美利坚民族的政治社会之中，黑人与白人之间的社会契约发生了动摇。二战的战争使得白人与黑人之间的社会关系得到融合。但是种族隔离的政策时刻提醒美国人。虽然黑人可以当兵参战，但在部队里面黑白必须分开。美国红十字会严格要求黑人的血和白人的血要绝对分开。战争时期的输血问题给很多欧洲人造成了负面的影响。种族问题渗透到一切地方。美国由于种族问题是根深蒂固的，美国作为西方道德领袖的形象，冷战开始后必须表明其优于苏联共产主义的意识形态。

二战后美国面临的国际压力却反而使得最高法院以政治机构的身份首先开启了一场社会革命。布朗案代表了双层契约危机在美国的总体性爆发。政治契约中的最高法院不再是传统的保守角色，而是承担起社会革命者的激进角色。1954年的布朗案是一系列民权案件的缩影。沃伦法院宣判“教育公共学校的种族隔离”

²¹ 同前注 13，第 91 页。

是违反宪法的，特别称其“非宪非美国”（unconstitutional and un-American）。此案成为了美国 20 世纪后半期民权运动的开端。

布朗案为美国的法律与政治带来了诸多困境。在宪法解释上，布朗案重新启动了第十四修正案的平等保护条款。沃伦法院披上了“洛克纳”的阴影。其次，布朗案的判决处在了二战开启的美国政治社会变迁的关键时期。沃伦法院不再是政治社会的守护者，而是社会民情的改革者。作为政治政府的部门，最高法院引发了南北权力秩序的冲突。特别在 1954 年布朗判了以后，国会的南方议员立即发表了《南方宣言》，认为最高法院的判决违反了宪法。²²

处在政治与社会夹缝中的最高法院应当如何找准自己的位置？这个问题重新摆在了美国宪法学家的眼前。法律职业教育、司法系统环境、政治社会的变迁都使得托克维尔的解决方案已经流于表面。受到新政法律共识的影响，首先回应最高法院危机的维特斯勒提出了“中性原则”理论。在《走向宪法的中立原则》²³一文中，对于这些价值冲突的宪法议题，中立的法院必须知晓“讲求原则的决定是建立在相对于案件中有问题的理性之基础上，而这种理性的普适性和中立性超越案件所涉及的任何眼前的结果”²⁴。第十四修正案的正当程序与平等保护应当保持价值无涉，即法官应当作为高度理性化的政府官员与审判机器。

但是新政 30 年之后的美国法律生态已经无法再走向“中立原则”。这一点被波斯纳揭示得最为彻底：政治共识的丧失与法律人共同体的瓦解。1987 年，波斯纳发表在《哈佛法律评论》上的《法理学的暮年》一文直指维特斯勒理论的根基。²⁵《法理学的暮年》一文认为直到 20 世纪 60 年代以前，法学都是一个自给自足的学科，而且这个自足学科并不是一个吹嘘性的训练，而是确实有实证的证据加以证明。法理学是一个独立的学科。律师和法官运用自己的经验，只能为自己的群体所熟知的语言都塑造了一个群体的利益，就像过去的行会一样。从此以后，所有的法律理论不过是要继续充当“高贵的谎言”。

布朗案的冲击不只是瓦解了新政共识中的法院角色，更重要的是布朗案之

²² 南方宣言（Southern Manifesto）是在 1956 年 3 月，由 101 位美国国会议员针对布朗诉托皮卡教育局案共同发表反对废除种族隔离措施的一份宣言。

²³ Herbert Wechsler, “Toward Neutral Principles of Constitutional Law”, *Harvard Law Review*, Nov1959, Vol. 73 Issue 1. 中译本参见维特斯勒：“走向宪法的中立原则”，载《哈佛法律评论·宪法学精粹》，张千帆等译，法律出版社 2005 年版，第 35-75 页。

²⁴ 同上注。

²⁵ Richard Posner, “The Decline of Law As An Autonomous Discipline: 1962-1987,” *100Harvard Law Review* 761-780 (1987).

后，法院面临的不再是联邦制问题与资本主义发展议题，而是充满价值选择的道德权利议题。现代性的进程直接把法院推向了政治社会变迁的前线。面对共和国与法制赖以存在的社会民情，最高法院又应当如何行动呢？

五、“反多数难题”的解答：原则之治

布朗案引发的种族问题直接改变了美国国内的南北政治格局，导致自罗斯福新政以来形成的自由主义政治联盟及其意识形态。正如波斯纳所揭示的，法律的自主性已经无法依托新政的政治共识而维持。法律过程学派在布朗案之后慢慢退出历史舞台，因为这个学派的形成过程犹如罗斯福的新政，根本没有触及种族等社会民情领域的社会契约问题。而布朗案标志着美国司法系统从经济领域转向了公民个人权利领域与道德伦理领域。二战引发的社会变迁迫使最高法院面对美国民族的社会契约问题。由此，法律理论也面临了新的挑战。即什么是最高法院的司法审查权在公民个人权利领域与道德伦理领域内的恰当职能？经历过新政之后的最高法院如何在社会契约与政治契约中安排恰当的角色呢？

此时，毕克爾的反多数难题理论给出了全新的解答。总体来看，毕克爾面临的核心问题乃是布朗案之后，急需思考美国的罗斯福宪政体制（新政自由主义的宪政制度安排）内如何安置突然出现的革命者法院？即最高法院在现代美国宪政体制中的位置是什么？毕克爾的理论首先将法院的审判功能与政治社会做了链接。这个链接就是“原则之治”。

毕克爾在第五章“既无武力也无意志”中首先提出了原则治理的含义。何为原则？

“我们所说的原则是指普遍的命题，霍姆斯如是说。他认为，形成原则是人的首要目标……就是说，在一个给定的文化范围内，在一个地方，组织普遍有效的观念，经常是以伦理和道德的预设为基础的。原则、伦理、道德规范，这都是能够让人产生情感共鸣的用语，而不是定义清晰的用语；但他们终究是定位含义的努力，而不是排除含义的努力。”²⁶

更为根本的追问是，人类社会的基础是什么？是那些预设性的道德伦理原

²⁶ 亚历山大·M·毕克爾：《最小危险部门：政治法庭上的最高法院》，姚中秋译，北京大学出版社2007年版，第199页。

则。宪政就构建在这个基础上。如果说，最高法院要开始处理这些问题，那么最高法院的能力是什么呢？这样一个既无武力也无意志的部门，如何能够处理人类社会最为根本的基础——原则呢？这就是最高法院的合法化能力。根据特定的司法技术，最高法院运用这种合法化的能力，可以做到“有利地用于提供一个范围广泛的，有效的原则之治，而与此同时，又可以避免其全面的统治，给权宜的迁就通融留出必要的余地。”²⁷

由此，我们理解反多数难题的含义是延续了托克维尔对于法院的政治作用的肯定，指引法院成为政治社会的教师：

“该原则就预示着其在不断扩展的范围内的适用；该原则甚至不管最高法院自己未来的适用而将影响公共政策的走向。否则，裁判就不过是处理一件具体争议而已。那样的话，特别地反对它也就没有什么意义了，因为它不会带来影响一个时代的后果，即使自己不断复制，也没有多少这样的后果；那样，就很难说，它会真正严肃地碰上我在第一章中所说的反多数主义的困境。”²⁸

也就是说，原则治理要求法院的判决能够从具体的案件走向普遍的原则宣示。原则性的判决，或者说宪法性判决是要超越法院之外的，并且是超越个案的。与其说最高法院是延续的制宪会议，不如说是仍在制定独立宣言，是在不断解读那些“不证自明的真理”。也就是说，美国的社会契约一直在变迁与重新签订中，最高法院就是这个过程的审视者与监督者。

由此，毕克尔的反多数难题更大的难题不在于代表制问题，而在于最高法院对于社会契约宣示的终局性。前者成为第一代自由派宪法辩论的主题，即司法审查与民主。而终局性的问题才是此后最高法院处理社会道德民情问题面临的最大困境。最大的问题在于，布朗案中的最高法院宣示了“隔离不平等”的原则后，也掀起了一场社会革命的序幕。

“司法审查是这样一种权力，即在一个时代重大的问题上解释和适用宪法，以抵御立法机构的多数的意志，而这个多数却没有能力影响该司法判决”²⁹。有着独立司法体制的国家其实都在进行规则的治理。“但是，宪法性则带来了重大区别。正是它，使美国联邦最高法院成为这个世界上最有权力的司法机构，而不

²⁷ 同上注，第 217 页。

²⁸ 同上注，第 220 页。

²⁹ 同上注，第 255 页。

仅仅是最有影响力的机构。”³⁰

美国司法审查的宪政职能就是要求法官作为哲学家和诗人，在历史中阅读社会的根本性预设。对于宪法性裁决，重要的不是其判决立法机构的法律无效，而在于立法机构的多数无法影响这种司法裁决。对于这种宪法性判决，“最高法院在履行其作为最终的宪法性权威的职能时，可以进行挑选、界定和裁决。”那么最为首要的问题是：“可以终身享有自己职位的那九位法律人，怎样以及何时想出或推导出他们准备施加的原则而不用依赖于民主社会？”³¹

不民主的法官凭什么得出那些宪法性判决宣告的原则？在毕克尔看来，宪法文本、历史以及法院的先例不过是经验性的帮手，是经验的宝库，不是原则本身，甚至不是原则赖以存在的质料，而只是背景而已。它们“是判断的背景，是判断的条件，但他们不是判断的源泉”。³²这是最为根本的对于“法官如何思考”的虚无主义否决。因为，在这个有形的物质世界，这些原则根本就没有“存在的肉身”。

“判断，要以某种个别的偏好更深刻也更正当的东西为基础。在人的局限性所能容许的范围内，它必须是一个不受个人具体情况影响的判断。它必须奠基于那些扎根于历史的根本性预设上，而这些预设可以获得相当广泛的认可。”³³如果说，这些原则，这些根本性预设，这些基础就是一个有着传统历史文化的社会的基本民情，那么法官要做的，就是“让自己沉浸于我们的社会和已经消失的类似的社会传统中，沉浸于历史和历史的沉积中，也沉浸于汉德法官曾经说过的哲学家和诗人的思想和想象中。”³⁴根本的抽象哲学问题是，如果说确实存在根本性预设，或者说是根本法，那么谁来说，以及如何说出这些根本法？

根本法的肉身似乎就存在人类自身，而大法官才是人类的道德哲学家。“大法官们适合于从这些最深层次的自我中抽绎出‘基本预设’，这个自我其实在我们传统的不断演进的道德规范中。”³⁵这里的自我，个人都是道德社会意义上的个人。

由此，法律就是“那些努力地做正确的事情的大法官们的意志。”³⁶第一次，

³⁰ 同上注。

³¹ 同上注，第 256 页。

³² 同上注。

³³ 同上注，第 260 页。

³⁴ 同上注。

³⁵ 同上注，第 262 页。

³⁶ 同上注，第 266 页。

法院拥有了意志。这种意志借着全人类社会的道德法典拥有了超越立法与行政的最终决定权。只有浸淫在社会民情中的法官才能摆脱自身偏好的局限，从而知晓那根本的法。而法律的生命就不是逻辑，也不是经验，而是理性。这种理性犹如“耶稣也曾求助的一组共同的道德价值，而它们就跟仁慈、人道和爱一样，是活生生、确切的存在……他们可能并没有物理上的存身之处，不过勇气、忠诚或对真理的爱也同样没有。”³⁷总而言之，最高法院的法官们的职能就是知晓这种理性，大法官的意志应当与其所处的社会历史文化一致。

法官如何以及何时探究这种根本法呢？毕竟根本法是那种不可表达之物。它可能被认识到，却无法在语法上进行分析。什么是根本法？根本法不是一时的社会共识，因为共识是会流变的。对于共识，更为适当的机构应该是政治性机构。而法院应该做的是在任何时间、但最好是最近的可以预见的未来，将那些将会获得普遍同意的原则宣告为法律。

由此，最高法院已经不是如普通法院那些在发现法律而是在制定法律，是意见的先行者，它要领导意见，而不只是强加它自己的意见。从而，法官们必须拥有创造性的艺术家气质，因为那判断来源于自觉。这自觉就是先知。

对于这种先知式的“宪法性裁判”，不太泛滥的启示的关键就在于控制时间和环境。时间的控制技术才会变成毕克尔推崇备至的“无为”的策略，消极的美德。这种美德就是要抵抗住启示先知的诱惑，或者说就是博克法官所说的“美国政治对于法官的诱惑”³⁸。

这种时间的把握关键就在于最高法院能够开启它“与政治机构和整个社会进行持续的对话过程中，最高法院塑造并化约了该问题，也许还因为，它给出的答案是人们熟悉的、甚至是显而易见的。在这些持续的对话中，专业团队（法律实务与教学团队），扮演着重要角色，法律从而是由法官与国民共同制定的。死刑问题以及种族问题就是上述最高法院领导社会道德进步的典型例证。

因而，在毕克尔的司法审查宪政理论背后，有着强烈的道德世界的支撑，而且这不是一个道德相对主义的世界，而是有着根深蒂固的道德原则的世界。

“我们社会的原则之统治既不是轻率的，也不是毫不妥协的。原则可以是一个普遍适用的指导方针，而不是一种无所不在的约束；在通往原则的路上及在原

³⁷ 同上注，第 261 页。

³⁸ Robert H. Bork, “The Supreme Court and the Temptation of Politics,” *The Tempting of America: the Political Seduction of the Law* 15-18 (1990)

则的路旁，为权宜之计提供了一定的偏差范围；最后一点，原则是通过对话而演进，而不是由某一机构单方面完成的。”³⁹

毕克尔总结了他提出的原则含义的三个方面。原则作为一种中性的表现，既不像政策决定那样轻率，也不像法律那样毫不妥协。原则恰恰在两者之间，它稳重但是不强制。从而，第一，原则的性质是指导方针，而不是法律的约束；第二，在实现原则的方式上，允许有妥协和偏差；第三，原则本身的实现和演化都是全社会的对话完成的，而不是某一个机构的单方面行动，不是立法机构，不是总统，也不会是最高法院自己。校区隔离的系列案件阐明了我们的上述原则治理的逻辑。

六、民情的对抗与协商对话

毕克尔的原则治理为 1954 年的沃伦法院进行了最高的辩护。但是，布朗案对于原则治理的挑战似乎在于原则宣布得过早，对话仍未成熟的时候。在布朗案之后的《南方宣言》以及小石城案件⁴⁰，却是毕克尔的原则治理没有阐明的道理：在最高法院宣布治理的原则之后可能发生的另一类对话——政治机构和整个社会可能进行的另一类复审工作。即政治政府与政治社会之间的对话。而最高法院的另类身份就是双层契约间的对话沟通者。1955 年的布朗 II 案即蕴涵了协商对话的理论。

毕克尔首先区分了原则的两种形态。原则本身持续的更久，而原则运用或者落实到政治体内，则它的生命周期通常不会长于一两代人。而且，原则在其运用的原则中表现的是另外一副面孔，它的持续就是通过不断更新来体现的。因而最高法院的根本性与终局性的裁判，其宣告的就是原则的运用。这种运用的原则针对一两代人。

由此，1954 年的判决只是一个原则的宣告而已，它是努力形成原则的一个源头。因而最高法院是没有公布任何指令性司法救济程序的权力。但是，即使是宣告，原则也在美国南方发生了许多效果。尽管“所有这些城市和州都不是最高

³⁹ 亚历山大·M·毕克尔：《最小危险部门：政治法庭上的最高法院》，姚中秋译，北京大学出版社 2007 年版，第 266 页。

⁴⁰ Cooper v. Aaron (1958)

法院审理的那些案件的当事人。”⁴¹

由此，布朗案本身重新告诉了自由派，最高法院拥有统治的力量，不同于那些掌握武力和财政的立法与行政部门，最高法院的统治是一种观念的统治。而且，这种统治也不是一般的司法职能意义上的“被动性”治理，而是一种能动的治理。

“最高法院并不是坐在那里作出恳求新的宣告；他不是一个主角们参加的教会会议，也不是一个集体性的诗歌获奖者……”⁴²这样的观念统治的职能并不与民主理论相冲突。

相冲突的是最高法院的另一项职能。它作为治理的一个机构，是掌握法律的法院。“该职能要求它发布一道法律指令。”毕竟，司法诉讼的结果“乃是一份简明扼要而具体的文书，它告诉一方当事人必须做什么。”⁴³在布朗案中最为明显的缺漏就是，布朗案缺失了救济手段。

最高法院在现代政治与道德的法庭上，它的职能是什么？谱系的一端是宗教法庭，谱系的另一端是现代治理机构处理具体的案件。那么最高法院是什么呢？

“它只可裁决具体的案件，而不可笼统地宣告普遍的原则；但他又可用一句普遍的原则裁决宪法性的争议。”⁴⁴那么对于种族隔离案，最高法院必须考察所有以种族隔离为组织基础的学区的整体状况。它必须通过力争的方式予以说明，并使其原则化。布朗案中最高法院的意义就在于：

第一，最高法院处理的不是具体的案件，而是一种社会秩序。1896 的普莱西判决隔离合乎宪法原则。戴维斯强调，目前的秩序是多么地无所不在，其基础是多么地稳固，因而根除它不可能不遇到很多困难，因而不可能是切合实际的。

“每一个原则都会进入禁止状态的一刻，到那时，它已被如此经常的宣告，已被人民如此信赖地依靠，已经持续了如此之长的时间，因而，它就已经不在司法机构进行裁量和干扰的范围之内了。”⁴⁵这些原则属于在那儿的自然原则和道德原则，是稳固不变的，而不是由司法机关进行选择的价值冲突。是那些“不证自明的真理”。

第二，积极的领导与进步的职能。最高法院的任务是寻求和促进统一，并通

⁴¹ 亚历山大·M·毕克尔：《最小危险部门：政治法庭上的最高法院》，姚中秋译，北京大学出版社 2007 年版，第 267 页。

⁴² 同上注，第 269 页。

⁴³ 同上注。

⁴⁴ 同上注。

⁴⁵ 同上注，第 271 页。

过统一需求促进遵从。因为最高法院在做的不是一项社会治理，比如刑事案件。而是一项牵动社会大多数人的社会道德革命。

第三，进行对话，共同推进社会改革。因为分散化的执行问题，需要依托全国集中的政治力量，因而迁就通融的时间和机会之所以是必须的，不仅是最高法院“给政治部门管流出采取权宜之计的余地，他们才会努力执行……也是因为，他们构成了最高法院可以分发给政治机构的邀请信的一部分，这些邀请信要求这些政治机构跟自己一起投入到那些可以算作社会革命的重要事业中。”⁴⁶而不是采取 NAACP 建议的那种休克疗法与立刻行动。

在毕克尔的司法审查理论中，美国司法审查独一无二的职能在于自由的调和原则和权宜之计的技巧。最高法院不只是宣告原则，而是激活政治，让政府想出妥协的办法来。最高法院要让自己处于能够与政治机构持续对话的位置，要让政治机构来告诉最高法院，他们觉得需要哪些权益的通融办法和妥协。

最高法院不应该承认，更不要说自己将会推理出广泛同意的妥协办法来。因为最高法院不善于这种能力。最为高超的司法技术只能是在宪法判决时刻之前就采取对话的消极策略，为那个时刻做准备或避免那个时刻。这就是毕克尔说的“消极的美德”。

而种族隔离案是一个颠倒的对话，是在宪法时刻之后的对话。因而 1955 年的布朗 II 案中宣布的“深思熟虑的速度”是一个补偿和补救的措施，开启一场随着判决而来的迟到的对话。这场对话的成功与否就在于法官是否能够运用那些消极的策略来缓慢地推进人们对新原则的认可，以使其逐渐生效。

七、辩解与修辞

毕克尔的反多数难题将司法审查理论带入到了现代美国政治思想的辩论中。现代社会变迁带来的意识形态、政治意见与道德习俗大分裂都汇聚到了司法部门，以司法的形式来处理上述现代性冲突。美国二战后的理论史，实质上处理的是法律与意识形态、政治和道德的问题，而其制度表现为司法机构一跃成为现代社会的重要政治机构。从而，司法的性质、功能及其在政治制度中的地位，都得

⁴⁶ 同上注，第 281 页。

到了前所未有的理解与辩论。

围绕最高法院的宪政角色产生了许多法学理论。大体上可以分为两类。一类是在政治契约的角度来解决法院的审判与民主代表制度之间的冲突；另一类是在社会契约的角度来思考法院的政治功能。围绕美国法院产生的诸多经典思想丰富了我们对现代政治哲学理论的想象，也看到了其中的困境。

尽管最高法院的角色定位为双层契约的危机提供了一定解决方案。但是在民主化、平等化的冲击下，托克维尔的法学家贵族的物质基础已经流失。特别是随着兰德尔法学教育的改革、法学院职业教育的兴起，律师职业的公司化，美国法律人越来越缺乏政治与社会经验，更多地依赖法律学位与法律职业经验。在专业化的浪潮中，美国法律人更多地变成了法兰克福特笔下的公务人员，变成了官僚而非政治家。那么，毕克尔设想的协商对话机制与法官阅读民情的能力都成为了无法落实的理论。最高法院最终成为波斯纳笔下的政治法院，充斥的只是权力的博弈与投票而已。有关司法审查的理论也步入黄昏，沦为政治辩论中的辩解与修辞。