

罗斯福“司法改组之争”研究

——一项学术史的考察

河南师范大学 朱广云

内战以来，尤其是进入 20 世纪以后，美国总统的权力呈节节攀升之势，而 30 年代的大危机更是为总统权力的扩张提供了一个绝好的机会。富兰克林·D. 罗斯福上台后，他在国会的支持下相继通过了大量的“新政”立法。很多学者认为，这一时期的国会对总统是恭顺而附和的，国会甚至把许多立法权委托给了总统。然而，作为宪法的最终解释者和扮演三权中仲裁角色的最高法院却向其认为走向“独裁”的总统权力提出了挑战，相继扼杀了一系列重要的“新政”立法。于是，最高法院与总统之间的冲突愈演愈烈，1937 年 2 月罗斯福提出了旨在改组联邦最高法院的“司法改组”方案¹，更是一石激起千层浪，将双方的冲突推向高潮。“司法改组”之争也成为 20 世纪 30 年代三权制衡中值得研究的一个焦点问题。

罗斯福“司法改组”方案是美国历史上唯一一次总统试图以法案的形式、通过改变最高法院人员组成以使其在司法实践中接受“新政”思想观念的努力，最终却以提案的失败而告结束。这次事件影响深远，引发了一场政治危机，也激起了无数学者、政治家、媒体工作者们对该问题历久不衰的关注。

至今，“司法改组”之争已过去 60 多年，然而，对此问题的研究探索热情与兴趣依旧不减，有关此论题的专著、论文不时出版、发表。不同的人分别从不同的角度进行研究。政治评论家从美国宪法体制三权分立与制衡的角度、宪法学家从宪法法理学的角度、历史学家则将其放在更为广阔的历史背景中考察总统与最高法院权力的扩展及其发展变化的。他们的有些观点（如 1937 年“司法改组”方案引起了一场“宪法革命”²、法官罗伯茨“及时转变挽救了九名法官”³等）早已深入人心，然而却经不起仔细推敲与分析。于是，许多修正主义学者开始重新探讨此问题，并提出了一些颇有启发意义的思考与观点。⁴

¹ “司法改组”方案的内容主要是：在联邦最高法院供职至少十年的法官超过 70 岁之后 6 个月内未退休时，总统有权任命一名法官到最高法院；在最高法院最多可增派 6 名法官，低等联邦法院 44 名，但联邦法院总计增加的法官人数不得超过 50 名。全文可见 *Congress Record*, 5 February 1937, Pp893-896. 在该法案公布之前，罗斯福没有同国会中的政治亲信商量，内阁中也只有极少数人知晓此事，故法案的公开就像一颗重磅炸弹一样震撼了整个国家，尤其遭到国会的强烈反对。反对者认为总统借口改组法院仅仅是为了掩饰其用间接的手段胁迫最高法院改变自己判决立场的本质。同时，他们对罗斯福总统权力的过分膨胀深感不安，甚至认为他像希特勒那样独裁。围绕“司法改组”方案，总统、国会与最高法院之间展开了激烈的斗争。

² 传统学说大都持此观点，具体观点来源见下文。

³ 此种说法据说源于爱德华·科尔文（Edward Corwin）。1937 年 3 月 19 日，在他给司法部长霍默·S. 卡明斯（Homer S. Cummings）的一封信中首次使用了“及时转变挽救了九名法官”（switch in time that saved nine）这一短语。见 *Edward S. Corwin Papers*, Princeton University. 据威廉·E. 洛克滕伯格（William E. Leuchtenburg）和迈克尔·埃瑞恩斯（Michael Ariens）考证，科尔文很可能是这一短语的原作者。

⁴ 见 Barry Cushman, *Rethinking the New Deal Court*, New York: Oxford University Press, 1998

G. Edward White, *The Constitution and the New Deal*, Cambridge Mass: Harvard University Press, 2000

Richard Fridman, “Switching Time and Other Thought Experiments: The Hughes Court and Constitutional

学者们试图通过对此事件的进一步研究，重新展示“司法改组之争”的真实面貌、廓清对三权中最少危险的一支——法院的模糊及错误认识、深入认识并剖析当代三权制衡的政治体制及其发展变化趋势、阐释最高法院法理学发展变化的内在特点，他们的努力为“新政”宪法史的发展做出了巨大的贡献。但国内对此问题的研究极其薄弱，除了刘绪贻先生和王希教授对此问题有所涉及外⁵，几乎是个空白。因此，对国外史学界有关此问题的研究作一简单介绍，或许对国内有志于此问题研究的学人给予些许帮助。

一、传统学说

“司法改组之争”已经过去 60 多年了。在这 60 多年里，有关“司法改组之争”的论述——1937 年“司法改组”危机酿成了一场“宪法革命”、“及时转变挽救了九名法官”——已经作为一般常识为普通民众所接受。这些论述集中于“新政”和“宪法革命”，把“新政”同“宪法革命”紧密联系在一起。尽管在叙述和分析上存在困难，但由于反复述说加强，这种观点在人们心目中的地位毋庸置疑。按照编撰方式和方法论的不同，这些观点可以区分为三种学说：原创学说（original versions）、主流学说（mainstream versions）、重建学说（reconstructed versions）⁶。

在这些学说中，其核心是发生在很短时间内的一组事件——1932 年选举、“新政”时期国家为管制经济进行的试验、1934—1935 年联邦最高法院对“新政”试验的反应（最终结果是宣告大多数“新政”立法违宪）。其中心主题——政府“新政”试验和最高法院对这些试验的反应之间的冲突——被放置在非常突出的位置上，而接下来的事件——1936 年总统选举、1937 年 2 月罗斯福司法改组计划的引进——则夸大了这一主题。尽管“司法改组”计划不受公众欢迎，最终被参议院司法委员会埋葬，然而在这些学说中仍和 1936 年总统选举一起被看作是对法院的惩戒，其目的是促进联邦最高法院适应“新政”。1937 年春之后，“新政”许多立法计划（以前曾宣布违宪的）开始被认为合宪，这种明显的变化是对 1936 年罗斯福政府选举委托和 1937 年“司法改组”本身做出的本能的实用主义的反应。

尽管在不同的阶段，根据研究的深入程度，可区分为不同的学说，但它们有一个共同的特征，即都是很明显地以发生在短时间内的戏剧性的宪法变化为特征。相对于之后的修正主义学说，这些学说比较传统，故统称为传统学说。

1、原创学说（original versions）

原创学说中的观点来源于当时人对许多宪法问题的争论与评论。在 30 年代中期和 40 年代早期，人们围绕着一些当时困扰美国政治生活的宪法问题，如司法部门在宪法基础上宣布管制经济和利益分配的立法违宪问题，国会和司法部门对联邦行政机构的抵制问题，立法和司法部门反对行政部门在指导对外事务时自由裁量权（discretion）⁷的过分扩展问题，用立法限制言论自由问题，在变动不

Transformation”, University of Pennsylvania Law Review,142(1994):1891

⁵ 刘绪贻：“富兰克林·罗斯福与联邦最高法院斗争的性质”，载《历史研究》1990 年第 4 期；

王希：《原则与妥协：美国宪法的精神与实践》，北京大学出版社 2000 年版。

⁶ G. Edward White, *The Constitution and the New Deal*, Cambridge Mass: Harvard University Press,2000, Pp13-32.

⁷ 又可译为任意性权力，自决权。最初指法官在特定情况下依照职权以适当和公正的方式作出行为的权力。但随着行政部门权力的扩展，行政部门在更广泛、更深入地执行法律时，对于做出何种决定有很大的自由，行政主体可以在其法定的权限范围内就行为条件、行为程度、做出作为与否和做出何种行为方面作合理选

居的外部环境中法官寻求解释宪法条款的意义问题，等等，展开了激烈的争论。由于亲身经历了那个时代的政治变动，也从当时的宣传中感受到法院明显地改变，因此在争论中，一些评论者开始认为在司法实践中最高法院的法理学（jurisprudence）已经发生了重大的变化，这些变化与“新政”相联系的外部政治事件有密切关联。

30年代晚期，一系列著作相继出现并加入到这场讨论中。这些著作大都认为最高法院对安排政府权力的宪法所作的传统解释和“新政”想要达到的统治权力互不相容。此时，法院大多数法官对宪法的解释和“新政”立法的冲突已经受到重视。对这群评论者而言，最高法院改变了其司法哲学，在一系列案件中宣布曾被认为违宪的“新政”立法合宪。这一系列的决定足以证明宪法领域确实发生了一场“宪法革命”。

在已经确定这是一场“宪法革命”后，评论者开始解释它。他们强调，在30年代晚期和40年代初法院态度突然转变，主要是因为1936年引人注目的对罗斯福政府的人民授权和1937年2月“司法改组”计划的作用。

最先持这种观点的是爱德华·S.科尔文（Edward S. Corwin）。科尔文是“新政”计划的参与者，在“司法改组”计划形成中扮演了重要角色，通常被认为是法院适应罗斯福政府政治压力的创造者，也是“及时转变挽救了九名法官的命运”的原创者。很明显，他对他那个时代的最高法院做出的重要评论特别强调个人的作用。在其著作《最高法院的黄昏》，《商业权力对政府权力》，《宪法之上的法院》，《有限的宪法革命》中，⁸对个人作用的强调得到极力发挥。

当时，许多新闻媒体的记者们也踊跃地加入这次辩论中，最为有名的是德鲁·皮尔逊（Drew Pearson）和罗伯特·S. 艾伦（Roberts S. Allan）所写的《九个老人》以及约瑟夫·阿尔索普（Joseph Alsop）和特纳·卡特里奇（Turner Catledge）的《那168个日日夜夜》⁹，这两本著作强调了20世纪早期正统的宪法法理学和与“新政”相联的政府对经济管制的扩张思想是不相容的。

曾任罗斯福政府的司法部长，后被罗斯福任命到联邦最高法院任法官的罗伯特·H.杰克逊（Robert H. Jackson）于1941年完成了著名的《为司法至上而斗争》。¹⁰另外，本杰明·F. 莱特（Benjamin F. Wright）的《美国宪法的成长》¹¹也在这时问世。在《那168个日日夜夜》和《美国宪法的成长》这两部著作里，他们认为宪法法理学领域发生的革命性变化是紧随“司法改组”计划而出现的。在科尔文的《宪法之上的法院》和《有限的宪法革命》中，“司法改组”计划被看作是促使宪法法理学变化的实质性因素。

在以上所有这些著作中都显示出，对宪法法理学问题的辩论就好像是对当时的政治问题进行辩论一样，同时也显示出原创学说有两大明显的特征，即：将宪法问题政治化以及他们把抵制或支持“新政”立法的法院大多数作为政治集团来描述。

择的权力。

⁸ Edward S. Corwin, *The Twilight of the Supreme Court*, New Haven: Yale University Press, 1934; *Commerce Power versus States Rights*, Princeton: Princeton University Press, 1936; *Court over Constitution*, Princeton: Princeton University Press, 1938;

Constitutional Revolution, Ltd. Claremont, Calif., Pomona College, Scripps College, Claremont Colleges, 1941.

⁹ Pearson, Drew and Robert S. Allan. *The Nine Old Men*. Garden City, N.Y.: Doubleday, Doran & Co., 1936; Alsop, Joseph and Turner Catledge. *The 168 Days*, Garden City, N.Y.: Doubleday, Doran, 1938. Joseph Alsop 和 Turner Catledge 是最先报道司法改组事件的两位记者。

¹⁰ Robert H. Jackson, *The Struggle for Judicial Supremacy*, New York: A.A. Knopf, 1941.

¹¹ Wright, Benjamin F. *The Growth of American Constitutional Law*, New York: H. Holt, 1942;

原创论者自以为他们的观点是与正统相背离的异端邪说，因此，他们强调：法院在“司法改组”计划引进之后为适应“新政”政策做出的突然转变正是法官受外部政治压力影响的一个强有力的证据。

2、主流学说 (mainstream versions)

60年代初，随着研究的深入与系统化，原创学说作为正统派学说获得进一步发展。这时，更多的学者认为宪法理论的变化是对外部政治事件的反应；法官对宪法问题的处理被认为是受政治意识的影响。当这种观点日益强化时，就逐渐确立其主流地位，故将其称为主流学说。

主流理论显示出它倾向于扩张“宪法革命”的范围。在有关20世纪早期宪法史论著中，“司法改组”计划和与之相关的“宪法革命”继续居于中心地位。一些著作继续强调“革命性”的核心案例，包括那些对经济进行立法和行政管制的部分。科尔文的第二版《宪法之上的法院》¹²即是一个例子。

但也有人把30年代晚期的革命性变化看成是20世纪宪法法理学的一个分支。如：罗伯特·G·麦克洛斯基(Robert G. McCloskey)在其著作《美国最高法院》¹³里认为最高法院最终屈服于“新政”政治意识是源于对言论自由和其他民权的重要性的认识。路易斯·亨金(Louis Henkin)在其上世纪50年代发表的文章¹⁴里强调，最高法院对联邦政府在外交事务中的权力扩张所进行的司法审查在逐渐减少。与此同时，肯尼斯·考普·戴维斯(Kenneth Culp Davis)在他的《行政法》¹⁵中对联邦行政机构之间的争论则不予强调，他把行政部门的自由裁量权看作是“新政”遗产之一。

通过阿尔费厄斯·托马斯·梅森(Alpheus Thomas Mason)的《哈伦·费斯克·斯通：法律的栋梁》、伯纳德·施瓦兹(Bernard Schwartz)的《回顾最高法院宪法革命》以及马里奥·埃诺迪(Mario Einaudi)的《罗斯福革命》¹⁶等人的著作，“司法改组”的神话及相伴的“宪法革命”被介绍给了更多的人，包括政治科学家、律师、历史学家。在这些著作里，都出现对奥利弗·温德尔·霍尔姆斯(Oliver Wendell Holmes)、路易斯·布兰代斯(Louis Brandeis)和“四骑士(The Four Horsemen)”的描写。在弗雷德·罗德德尔(Fred Rodell)《九个老头》¹⁷中，“四骑士”首次被用来指称四位“保守派”法官。

从这一时期的著作中可以看出两大特点：一是相对于历史真相，或明确或隐晦地拔高了“司法改组”的神话，把它看成是宪法革命的高潮；二是把陈腐的政治标签贴到20世纪早期最高法院法官身上，包括那些抵制“新政”的人和宪法观念最终与广阔的“宪法革命”相联系的那些人，甚至包括那些在“新政”期间根本就不在最高法院的那些人。如法官霍尔姆斯在1932年已经退休，但仍和布兰代斯一起被冠以“进步主义”或“自由主义”法官的称谓。而法官威利斯·范·德温特(Willis Van Devanter)、詹姆斯·麦克雷诺兹(James McReynolds)、乔治·萨

¹² Corwin, Edward S., *Court over Constitution*, 2nd Edition, New York, P. Smith, 1950

¹³ McCloskey, Robert G., *The American Supreme Court*, Chicago: University of Chicago Press, 1960.

¹⁴ Louis Henkin, "The Treaty Makers and the Law Makers: The Niagara Reservation," *Columbia Law Review* ,56(1956):1151; Henkin, "The Treaty Makers and the Law Makers: The Law of the Land and Foreign Relations," *University of Pennsylvania Law Review*,107(1959):903

¹⁵ Davis, Kenneth Culp, *Administration Law Treatise*, St Paul, West Pub. Co. 1958.

¹⁶ Mason, Alpheus Thomas, *Harlan Fiske Stone: Pillar of the Law*. New York: Viking Press, 1956; Schwartz, Bernard, *The Supreme Court: Constitutional Revolution in Retrospect*, New York, Ronald Press Co. 1957;

Einaudi, Mario, *The Roosevelt Revolution*, New York: Harcourt, Brace, 1959.

¹⁷ Rodell, Fred, *Nine Men*, New York, Random House, 1955.

瑟兰 (George Sutherland) 和皮尔斯·巴特勒 (Pierce Butler) 则被认为是保守主义的法官, 他们集体被谑称为“四骑士”。这也是主流学说显示出的两大特征。

在研究新政的著名历史学家威廉·E.洛克滕伯格(William E. Leuchtenburg)所著的《罗斯福与新政》¹⁸中, 20世纪早期宪法理论的发展开始被看作是政治史的一个情节。在这本书中, “司法改组”的神话得到细致的构画, 这表明洛克滕伯格倾向于把法律事件归入政治事件。他认为, 最高法院法官是一群政治活动者, 宪法理论在对政治事件的反应中重新获得发展, 对宪法解释的态度能够用传统的政治标签标示出来。

1963——20世纪80年代, 这种学说更为广泛地传播, 并出现在大学法学院和研究生的判例教程和教科书中; 同时, 更多的专著为这种学说增添了许多细节, 更增强了这种学说的权威性。理查德·科特纳(Richard Cortner)的《华格纳法案案例》和《琼斯&劳夫林案》¹⁹论述了法院在劳工关系案例中的决定是对现代美国工业社会中正在改变的劳工关系的一种适应。阿尔费厄斯·梅森(Alpheus Mason)在两部通论性的政治学教科书《最高法院: 自由女神》和《自由社会中的最高法院》²⁰中将“司法改组”和“宪法革命”的神话作为中心主题来阐述, 同时, 他也为那些法官们贴上了政治标签。华德·墨菲(Walter F. Murphy)在《国会和法院》²¹里强调最高法院的作用是美国政府体制中继续存在的一支政治力量。保罗·墨菲(Paul Murphy)在《危机时代的宪法, 1918——1969》²²里提醒历史学家及其学生们更加关注这种学说。而利奥·菲福(Leo Pfeffer)的著作《光荣可敬的法院》²³的出版则发出了一个信号: 司法改组/宪法革命这一情节现在已成为有关20世纪早期宪法史的著作中描述的中心。威廉·F.斯温德勒(William F. Swindler)两卷本的二十世纪宪法史围绕着“旧”“新”(以1932年为分界线)法律秩序的概念而组织论述。²⁴

在这一时期, 洛克滕伯格开始了他长期对司法改组和宪法革命进行细节性描述的研究工作, 1995年他将一系列文章集结以《最高法院的再生》²⁵为名出版。该书对1937年联邦最高法院著名的转变作了淋漓尽致的细节性描绘, 并在书中确立了这样一种思想, 即: 联邦政府应该在管制经济、提供社会福利政策的安全网络, 确保司法对民权自由的保护方面发挥重要的作用。所以, 在他的书中, 经济领域内司法能动主义撤退、民权领域内司法能动主义出现既矛盾又统一。此书给读者留下了非常美好的感觉, 不失为一部优秀的著作, 但在方法论上仍属于传统的政治史领域, 对有关宪法革命的许多问题没有给出解释性的回答, 特别是法院转变前后之间是什么关系、罗斯福出于什么目的考虑新的对民权的司法保护, 该书没有提及。不过, 此时洛克滕伯格也意识到应该对传统论述中“新政”和司法改组计划居于中心地位的情况进行修正了。

¹⁸ Leuchtenburg, William E. *Franklin D. Roosevelt and the New Deal*, New York: Harper & Row, 1963.

¹⁹ Cortner, Richard, *The Wagner Act Cases*, Knoxville: University of Tennessee Press, 1964;
The Jones & Laughlin Case, New York: Knopf, 1970.

²⁰ Mason, Alpheus, *The Supreme Court: Palladium of Freedom*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1963;
The Supreme Court in a Free Society, New York, Norton, 1968.

²¹ Murphy, Walter F. *Congress and the Court*, Chicago: University of Chicago Press, 1962.

²² Murphy, Paul, *The Constitution in Crisis Times, 1918-1969*, New York: Harper & Row, 1972.

²³ Pfeffer, Leo, *This Honorable Court*, Boston, Beacon Press, 1965.

²⁴ Swindler, William F., *Court and Constitution in the Twentieth Century: The Old Legality, 1889-1932*, Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1969;

Court and Constitution in the Twentieth Century: The New Legality, 1932-1968, Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1970.

²⁵ Leuchtenburg, William E. *The Supreme Court Reborn: The Constitutional Revolution in the Age of Roosevelt*, New York: Oxford University Press, 1995

80年代晚期,对主流学说进行修正的信号首先在宪法史领域出现。迈克尔·帕里什(Michael Parrish)开始和传统观点保持一定的距离。在“休斯法院,大萧条和历史学家”和“大萧条,‘新政’和美国法律秩序”²⁶这两篇文章中,作者注意到了在罗斯福政策目标里一些历史学家没有反映出来的东西。尽管他采用了分类方法并对其观点作出复杂的分析,但不知何故,其观点仍被看作是传统观点。

在20世纪70年代和80年代,一系列文章雨后春笋般出现,他们通过对19世纪晚期宪法法理学的研究得出了令人惊奇的观点,这使传统学说显得过分简单化。查尔斯·麦克蒂(Charles McCurdy)²⁷、迈克尔·勒斯·本尼迪克特(Michael Les Benedict)²⁸和威廉·佛巴斯(William Forbath)²⁹三人都对传统提出了挑战,他们在对19世纪宪法法理学的描述中放弃了政治史的传统分类方法。同时,麦尔文·尤罗夫斯基(Melvin Urofsky)在他的“神话与现实:进步时代的最高法院与保护性立法”³⁰中表明,他已意识到麦克蒂有关20世纪宪法史的一些中肯的论述。这些作品都放弃了源于19世纪晚期传统法理学中“自由放任”宪法观的分类,但在20世纪90年代,一些著作仍承认传统的公安权(Police Power)³¹的分类依旧控制着20世纪前30年政治经济领域里宪法案例的分析。如:霍华德·吉尔曼(Howard Gillman)的《被围困的宪法》、摩顿·霍维兹(Morton Horwitz)的《美国法律的转变1870-1960》、欧文·菲斯(Owen Fiss)的《现代国家麻烦的开始,1888-1910》等。³²

2002年,玛丽安·C. 麦肯纳(Marian C. McKenna)出版了她的新著——《富兰克林·D. 罗斯福与伟大的宪法之争:1937年司法改组危机》³³,再次肯定了法律与政治之间的关系,认为司法改组计划的提出酿成了一场宪法危机。她认为,罗伯茨与范·德文特的行为不可能不受该计划的影响,因为法官们不可能不知道总统的最终意图,也不可能不考虑到最高法院未来的完整性,更何况司法改组计划早在1933年之前就已经提出过。

同一时期,巴利·库什曼(Barry Cushman)和理查德·弗里德曼(Richard

²⁶ Parrish, Michael, “The Hughes Court, the Great Depression, and the Historians”, *Historian*, 4(1978):286;

“The Great Depression, the New Deal, and the American Legal Order”, *Washington Law Review*, 59(1984):273

²⁷ McCurdy, Charles, “Justice Field and the Jurisprudence of Government-Business Relations: Some Parameters of Laissez-Faire Constitutionalism, 1863-1897”, *Journal of American History*, 61(1975):970; “The Knight Sugar Decision of 1895 and the Modernization of American Corporation Law, 1869-1903”, *Business History Review*, 53(1979):304; “The Roots of ‘Liberty of Contract’ Reconsidered: Major Premises in the Law of Employment”, *1984 Yearbook of the Supreme Court Historical Society*(1984):20.

²⁸ Benedict, Michael Les, “Laissez-Faire and Liberty: A Re-Evaluation of the Meaning and Origins of Laissez-Faire Constitutionalism”, *Law and History Review*, 3(1985):293.

²⁹ Forbath, William, “The Ambiguities of Free Labor: Labor and Law in the Gilded Age”, *Wisconsin Law Review*, (1985):767.

³⁰ Urofsky, Melvin, “Myth and Reality: The Supreme Court and Protective Legislation in the Progressive Era”, *1983 Yearbook of the Supreme Court Historical Society*, (1983):53.

³¹ 又译为警察权,治安权。此处借用王希教授的译法,译为公安权,即政府管理经济、社会健康、安全、福利和道德等方面的立法权。根据联邦宪法的规定,这种称为公安权的权力属于各州,联邦政府对州的公安权只能进行某种限制,不能直接行使。随着全国经济的一体化,地方事务与公民权利的管理与全国意义上的政治经济变化越来越相关,地方公安权与联邦立法权冲突加剧。在尊重各州公安权的同时,联邦开始直接管理涉及经济的事务,并逐渐确立了事实上的联邦公安权。

³² Gillman, Howard, *The Constitution Besieged*, Durham: Duke University Press, 1991;

Horwitz, Morton, *The Transformation of American Law 1870-1960*, New York: Oxford University Press, 1992;

Fiss, Owen, *Troubled Beginnings of the Modern State, 1888-1910*, New York: Macmillan Pub. Co. 1993.

³³ McKenna, Marian C., *Franklin D. Roosevelt and the Great Constitutional War: The Court Packing Crisis of 1937*. New York: Fordham University Press, 2002.

Fridman) 开始对两次世界大战期间的宪法法理学进行重新审视。在他们二人的作品里³⁴，“司法改组”计划的引进与最高法院宪法法理学戏剧性的转变之间的因果联系被大大淡化了，他们认为传统学说中有关二十世纪前三十年宪法法理学变化的描述是有缺陷的。

同时，对主流学说进行修正的意识也在政治史学家那里引起了共鸣。有人曾经对 1970-1990 年代出现的有关“新政”时期政治史著作进行调查发现，在主流学说中，漫长的法律和政治变化的模式被压缩进一个十分短暂而耀眼的时刻。他们指出，尽管司法改组的神话与随后出现的宪法革命是一个非常美好的故事，但它忽视了经济权力的模式及其影响。³⁵

宪法法理学修正主义著作的出现以及对主流版本中政治史学家的不满开始威胁到传统叙述中有关“司法改组”和“宪法革命”的神话。但在要求修正主流学说的同时，一系列重建传统学说的著作出现了。

3、重建学说 (reconstructed versions)

重建学说中，他们继续同意“新政”和“宪法革命”有联系，但又认为这种联系是脆弱的。重建学说继续解释那些传统论述中令人惊异的关于宪法革命的假说，法官与政治的关系及宪法变化的性质等问题。

20 世纪 70 年代末，“新政”致力于扩张政府对经济事务的管制和重新分配利益的趋势开始减弱。里根政府时期，宪法解释理论以“原教旨主义”(originalism) 而闻名，一些人坚持以宪法制定者的本来意图 (original intent) 作为宪法解释的标准。虽然“原教旨主义”学说揭示出 30 年代末 40 年代初通过最高法院判决流行的宪法权力的安排与宪法设计者深思熟虑的安排之间存在明显的差距，但这种观点把“新政”统治模式和法院对那种统治模式的适应看作是对传统理论的一种分离，而不是对现代性的一种适应，其分析显得过于简单化，甚至出现某些年代错误。尽管如此，这种观点仍旧被看作是对传统观点的点滴修正。

90 年代早期，修正主义学者继续强调，需要对传统观点进行一些更新。原教旨主义的挑战也表明“新政”历史权威性或许会大打折扣。“司法改组”的神话再也激发不起政治史学家的兴趣，他们已经对“‘新政’遗产的核心在于形成了新的宪法秩序”这种观点提出疑问。对那些继续把“新政”看作是美国现代主义统治方式形成中的一个情节的人们来说，重新修正他们的学说很有必要。

对这种挑战做出明确反应的是三位杰出的学者：卡斯·孙斯德因 (Cass Sunstein)，布鲁斯·阿克曼 (Bruce Ackerman) 和劳拉·卡尔曼 (Laura Kalman)，他们试图以其著作重新修正主流学说。

卡斯·孙斯德因，芝加哥大学法学院的政治学和法学教授，他选择了一些对他的观点有用的历史数据，非常老练地做了技术性处理。孙斯德因以一个假设即用双歧性审查 (bifurcated review) 代替监护性审查 (guardian review) 来阐释 20 世纪早期宪法法理学的特征。利用这个假设，他尝试着重新构造 20 世纪早期在政治经济领域采取恭顺性审查 (deferential review)、民权与自由案例中采用攻击性审查 (aggressive review) 的宪法判决的意义。对于双歧性审查，孙斯德因表示，他同意恭顺性审查的基本理由，但却不赞成对限制言论自由的立法进行攻击性审查的理由，因此，他对新政言论自由案例重新构造的目的是要阻止攻击性审

³⁴ Cushman, Barry, *Rethinking the New Deal Court*, New York: Oxford University Press, 1998;

Friedman, Richard, "Switching Time and Other Thought Experiments: The Hughes Court and Constitutional Transformation", *University of Pennsylvania Law Review*, 142(1994):1891

³⁵ Gordon, Colin, "Rethinking the New Deal," *Columbia Law Review* 98(1998):2029-2037

查扩展到他认为尤其不值得保护的言论立法上，如色情或仇视性言论。

在重新构造 20 世纪早期宪法法理学特征的过程中，孙斯德因弃绝了原创学说和主流学说中对这些案例过分简单的描述，但同时，他继续沿用传统论述中的一些术语来描述 20 世纪早期宪法史，并把自己一些错误的描述传达给读者。不过，在他的著作中，很少见到细节性描述。相比之下，耶鲁大学著名的法学和政治学教授布鲁斯·阿克曼在重建传统观点时重视对 20 世纪早期宪法观作细节性解释。阿克曼的作品能够让你更亲密地与出现于 90 年代的修正派的观点联系起来，但阿克曼选择的是偏离而非追随那种写作方法。

阿克曼对宪法理论所作的具有历史性的解释首先出现于 1991 年出版的《我们人民：宪法的根基》³⁶，在 1998 年出版的《我们人民：宪法变革的原动力》³⁷里，这种解释得到强化。这两本书因其对传统思想充满了挑战，争议性很强，在学术界引起了巨大波澜。首先，阿克曼将常态政治（ordinary politics）与宪法政治（constitutional politics）的区别置于非常重要的位置。他认为，在特别的“宪政时刻”，美国人民会终止常态政治实现转折性变化。在美国宪政史上，有三个“特殊的”宪政时刻：建国时期（通过了《独立宣言》和《宪法》）、内战或重建时期（以宪法第十三条修正案、第十四条修正案和第十五条修正案的通过为高潮）、新政时期。新政时期，情况最为独特，它不是通过正规宪法修正案的形式而是通过与这些修正案相当的——类修正案（amendment-analogues）³⁸来实现宪法史上的法理学革命的。其次，阿克曼将美国看作是“二元民主制”国家，它有两条制定法律的途径——普通立法和“高级法创制”（higher lawmaking），他这样做的目的是帮助他解释明显的激进的宪法变化其实根源于长期的渐变过程的。阿克曼认为，在宪法政治期间，宪法将经历一场巨变；而在常态政治期间宪法的变革则是一个渐变的过程。

阿克曼在阐述与“新政”相联系的宪法法理学的转变时强调了 1936 年选举、司法改组计划、罗斯福转折性的司法任命以及 30 年代末 40 年代初转折性的司法判决。他认为，在所有问题中，法院的问题是适应这种转变，对宪法的适应就是对过去的扬弃。

劳拉·卡尔曼，既是一位政治史学家，又是一位律师。对最近出现的有关“新政”时期宪法变化的修正性著作和阿克曼的著作，她作出了积极的反应。在她的几部著作里，她继续对法律材料进行分析³⁹。面对修正主义者的批评，卡尔曼采取承认和回避的策略支持传统学说，在《法律自由主义的奇怪职业》的一个长长的脚注里，她用从主流学说主要是洛克滕伯格的著作里收集挑选的论据来支持阿克曼早期关于宪法与“新政”之间关系的论述。而对修正派，她声称，库什曼和弗里德曼对司法改组神话的修正不能令她信服。

目前，学术界对描述司法改组情节的主流学说的批评和对阿克曼重建学说的怀疑仍不断出现，最有名的例子是库什曼的《重新思考新政法院》。作为对这些

³⁶ Ackerman, Bruce, *We the People: Foundations*, Cambridge: Harvard University Press, 1991

³⁷ Ackerman, Bruce, *We the People: Transformations*, Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1998

³⁸ 这里，阿克曼指的是，“新政”法院做出的一些革命性司法判决虽然不具备根据宪法第五条制定的正规宪法修正案的外形，但却执行了类似的宪法修正案的功能。从功能相似性的角度看，这些司法判决被视为“类修正案”。

³⁹ Kalman, Laura, *Legal Realism at Yale, 1927—1960*, Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1986; *Abe Fortas: A Biography*, Yale University Press, 1990; *The Strange Career of Legal Liberalism*, New Haven: Yale University Press, 1996.

著作的回应，卡尔曼写了一篇论文“法律、政治与新政”，⁴⁰提交给了《耶鲁法律杂志》（*Yale Law Journal*）为纪念阿克曼的《我们人民：宪法变革的原动力》的出版而召开的专题讨论会。读完库什曼的著作，卡尔曼承认她决定给予内因论者更高的敬意。但她又说，作为一个政治史学者，她更倾向于用外因论来解释法律转变。阿克曼也对内因论和外因论作了同样的区别。他将修正主义者强调的“法制主义（legalism）”与传统论述中“现实主义（realism）”适应论进行对比后指出，法制主义与现实主义之间的争论毫不新鲜。卡尔曼则认为，这种争论虽然陈腐，却不令人厌烦；它特别重要，因为它涉及到法律与政治的关系。

尽管他们处理历史材料的方法不同，但他们在重新勾画“新政”宪法理论时，重新强调传统叙述中那些规范的戏剧性情节，继续用政治史中的术语和标签来描绘宪法法理学的变化。他们这样做的时候，其实是自觉不自觉地接受了传统学说中最高法院宪法法理学的变化是对外部政治事件的反应的论点。

二、修正学说

传统叙述中，新政开创了宪法和宪法解释的新时代。但是，有关“新政”“宪法革命”的观点也强烈歪曲了历史事实及其影响。因此，一些学者向传统观点提出了挑战与修正。姑且将其著作及论断称之为修正学说。

走在前列的是理查德·弗里德曼和巴利·库什曼。1994年弗里德曼在《宾州大学法律评论》上发表了一篇文章“转变时刻及各种其它思想试验：休斯法院和宪法转变”⁴¹，对30年代宪法的发展进行初步评估。对罗伯茨的“及时转变”，弗里德曼认为，罗伯茨确实发生转变了，但并非是对罗斯福“司法改组”计划作出的实用主义的反应。同期，弗吉尼亚法学院的教授巴利·库什曼也在许多杂志上发表了一系列文章，⁴²1998年这些文章被集结成书，即《重新思考新政法院》。⁴³他们认为传统学说中有关二十世纪前三十年宪法法理学变化的描述是有缺陷的。

库什曼在对传统观点进行批判时，提供了一种用内在的法律思想变化代替指向政治事件的外在压力论的观点。他否认1937年宪法领域发生了革命性变化，也否认法官罗伯茨发生了“及时转变”。在论述中，他集中于1934年的“内毕亚”案⁴⁴的决定，并认为，该案的真正关键性的，它标志着政治经济领域中的宪法法理学已经发生了戏剧性的变化。由于法官们从一战管制劳工关系的经历中了解到，对工资的管理也是对公众公安权的一种正确实施，所以，1937年及之后法院的决定是自20年代以来传统的宪法理论的完整性已经崩溃瓦解的结果。他的这种观点被称为是内因论或法制主义。

另一个对传统观点做出挑战的是宪法学教授、历史学家，同时也是律师的G. 爱德华·怀特，他于2000年出版了《宪法与新政》。书中，他没有考查二者之间的联系，而是集中于一个著名的问题：1936年选举，尤其是1937年2月司法改组计划导致1937年春天最高法院改变了它对宪法的理解吗？

作者从美国法律的演变着手，采用了两个策略来反证其因果联系。首先，在

⁴⁰ Kalman, Laura, "Law, Politics, and the New Deal(s)." *Yale Law Journal*, 108(1999):2165-2214.

⁴¹ Friedman, Richard, "Switching Time and Other Thought Experiments: The Hughes Court and Constitutional Transformation" *University of Pennsylvania Law Review*, 142(1994):1891

⁴² Cushman, Barry, "Doctrinal Synergies and Liberal Dilemmas: The Case of the Yellow Dog Contract." *Supreme Court Review*, 1992; "A Stream of Legal Consciousness: The Current of Commerce Doctrine from Swift to Jones & Laughlin." *Fordham Law Review* 61(1992):105-160; "Rethinking the New Deal Court," *Virginia Law Review*, Vol. 80, No.1.

⁴³ Cushman, Barry, *Rethinking the New Deal Court*, New York: Oxford University Press, 1998

⁴⁴ *Nebbia v. New York*, 291 U.S.502(1934).

前4章，作者检视了20世纪早期外交关系、行政机构和言论自由法律方面的发展。他认为，这三方面的变化在1936年选举之前甚至在“新政”之前已经发生了，而且这三个领域中发生的变化在1937—1943年并未完成，而是继续到40年代晚期及40年代之后。因此，“新政”没有引起宪法基本变化。其次，他采取了承认和逃避的策略。他倾向于承认最高法院在宪法政治经济领域做出了“革命性变化”，但他试图避免这些变化是由“新政”产生的政治压力引起的。他追随库什曼的研究，认为1934年的“内毕亚”案的決定标志传统的关于政治经济领域的理论已经瓦解了。“宪法革命”是由大萧条或“新政”到来之前已经悄然发生变化的一系列相互关联的思想的发展引起的，罗斯福任命的法官只是扩展了已经发生的“宪法革命”。

可见，修正主义者从法律内部思想变化着手，倾向于否认将宪法看成是一种宪法政治的观点，他们正试图将一个古老的法律神话与政治分离开来，他们是内因论者(internalist)或法制主义者(legalist)。相比之下，外因论者(externalist)或现实主义(realist)则将他们的基础牢牢地扎根于美国社会生活中。

另外，也有一些学者从某一方面来分析这次“宪法革命”。如麦斯威尔·布卢姆菲尔德(Maxwell Bloomfield)的《和平革命：从进步主义到新政时期的宪法变化与美国文化》，作者通过对大众媒体的分析来理解美国宪法对流行文化的影响、宪法变革的动力以及公众对宪法革命的理解与反应，勾勒出文化领域的宪法观，从而为1930年代宪法革命提供了文化的基础。⁴⁵格里戈利·卡尔德拉(Gregory A. Caldeira)从盖洛普民意测验(Gallup Poll)的数据着手分析当时人对罗斯福“司法改组”计划的意见。⁴⁶

通过以上的介绍与分析可以看出，单纯从一个方面来看待20世纪早期这一“宪法革命”事件的传统论述或修正观点都不能准确描述“新政”与宪法变化之间的联系，我们也不能依赖于对联邦最高法院判例或背景的研究作出精确的理解，只有将内外因素结合起来，才能从更深层次上来理解“宪法革命”的性质与实质。

本文原载《中外法律文献研究》北京大学出版社2005版

⁴⁵ Bloomfield, Maxwell, *Peaceful Revolution: Constitutional Change and American Culture from Progressivism to the New Deal*. Cambridge: Harvard University Press, 2000

⁴⁶ Caldeira, Gregory A., “Public Opinion and the U.S. Supreme Court: FDR’s Court-Packing Plan,” *American Political Science Review*, 81(1987): 1139-1154.