

# 从最高法院走向民主总统

## ——评阿克曼的新宪政叙事

徐斌\*

### 一、政治变迁与宪政叙事

稳定的政治共同体都需要古老的宪政叙事为其背书。一旦现实政治发生了剧烈的变迁，那无疑需要重新构建这个民族的故事。美国宪法学教授阿克曼的新著《建国之父的失败：麦迪逊、马歇尔与总统制民主的兴起》就为美国政治编织一套以总统与国会为中心的新宪政叙事，力图替代过去五十年以法院为中心的旧宪政叙事。

1954年沃伦法院判决布朗案之后，最高法院的司法审查被自由派寄予厚望。在民权的事业进程中，司法成为了二战后的主要推进器，特别是对于美国少数族裔的权利而言。现实政治的需求也影响了学术研究。与20世纪初的洛克纳时期推崇“司法克制”相比，大量重构美国司法审查正当性与“司法能动”哲学的研究涌现。围绕马伯里案的宪政叙事就是在这样的氛围中被不断寻觅与构建起来的<sup>①</sup>。在上述宪政叙事的基础上，最为杰出的理论辩护莫过于伊利从“卡罗琳产品案”的斯通第四脚注出发，发展了司法民主理论，为最高法院的司法审查制度奠定一个民主与法治相辅相成的理论<sup>②</sup>。最高法院的司法审查恰恰是为了弥补“分散且孤立的少数族裔”的政治权利。最高法院的法治恰恰是代议制民主政治的补充。

民主与法治被普遍认为是现代社会必然追求的两个价值与原则，但在美国却出现了冲突。这种冲突表现为比克尔提出的“反多数难题”<sup>③</sup>。即非民选的法官何以能够推翻民选议会的法律？在美国的语境中，正是作为少数族裔的黑人问题，使得民主与法治产生了冲突。伊利的法治是司法之治，民主是议会民主政治。当现代代议制民主无法给予少数黑人以权利的时候，司法审查对于民权的推动在伊利看来恰恰弥补了代议制的不足。

表面上看，马歇尔带领的最高法院在马伯里案中试图要建立的司法审查制度，正是要让司法的法治战胜议会的民主。布朗案不过是马伯里案的现代重述而已。但是，如果深入到马伯里案的历史机体中，民主、法治的现代概念显得与故事格格不入。马伯里案中并不存在什么少数族裔，民主是杰斐逊总统的民主，而法治是联邦党人法院系统的法治。民主与法治的冲突在建国初期表现为精英阶层内部的派系之争，而非伊利理论中的少数民族问题。

马伯里案在一开始并没有成为美国宪政史上的名案<sup>④</sup>。它的学术地位是伴随着第一代自由派的“法院宪政史”的宪政叙事而上升的。开启围绕最高法院的美国宪法教科书是由美国政治学大家麦克洛斯基半个世纪前所撰写<sup>⑤</sup>。“一般教科书作者都将众人皆知的马歇尔对司法审查的捍卫，视作仿佛是杰斐逊革命产生的唯一有意义的结果”<sup>⑥</sup>。但是，随着1980年代里根保守主义政府的上台，现实政治的突变使得法院系统恰恰成为了阻碍自由派的民选总统推

---

\* 北京大学国际关系学院博士后，法学博士。

① 强世功：“司法审查的迷雾——马伯里诉麦迪逊案的政治哲学意涵”，载《环球法律评论》2004年冬季号。

② 参见约翰·哈特·伊利：《民主与不信任》，朱忠一、顾运译，法律出版社2003年版。

③ 亚历山大·比克尔：《最小危险部门》，姚中秋译，北京大学出版社2007年版，页17。

④ 强世功：“司法审查的迷雾——马伯里诉麦迪逊案的政治哲学意涵”

⑤ 麦克洛斯基：《美国最高法院》，任东来等译，中国政法大学出版社2005年版。

⑥ 阿克曼：《建国之父的失败：杰斐逊、马歇尔与总统制民主的兴起》，江照信译，中国政法大学出版社2013年版，页278。

行施政方案的机构。过去三十年，美国以民主党为中心的自由主义政治向以共和党为中心的保守主义政治转型。如此剧烈的政治变迁必然反映在美国宪政制度的方方面面。司法审查制度的实践与理论首当其冲。简而言之，过往三十年自由主义氛围中的“司法能动主义”表现为以“法治”来推动“民主”的融合方案，在新保守主义的政治氛围中，新的“民主”俘获“法治”。

当共和党总统的里根、布什提名法官换血最高法院审判庭上的席位时，最高法院不再是以沃伦法院为代表的民权法院。言论自由、政治献金、医保、安乐死、同性恋权、堕胎权等美国自由主义政治议题不断遭到保守主义法院阻挠时，新的宪政理论成为新一代宪法学者的使命。阿克曼的新宪政叙事即是“讲述”一套马伯里案之外的另类故事——斯图亚特案。暂且将阿克曼的政治意识形态抛离，新的美国宪政故事研究为我们展现了美国宪政中常被忽视的部门——总统制。

## 二、1800年选举困境与民主革命

马伯里的故事通常开始于1801年的星夜法官<sup>①</sup>。亚当斯总统竞选落败后，与他的国务卿马歇尔在跛脚政府中紧急通过了两项司法法案，创设了诸多巡回法院法官与哥伦比亚特区地方治安法官职位。他们在3月4日新总统就职前的那几个晚上签署了星夜法官的司法委任状。马伯里就是其中一员。而在阿克曼的《建国国父们的失败》中，故事的起源却在于1800年革命。

1800年正值美国“第二代领导人”亚当斯政府的换届选举。与此前的华盛顿选举、亚当斯选举不同。此次选举可谓是美国现代选举政治的开端——政党政治。正是杰佛逊在1796年选举过后，在美国各地组建了民主共和党，党派政治与媒体政治结合，正式将民主引入总统选举制中。从而，1800年的选举的意义在于新的宪政体制——平民总统制——的诞生。

仓促而非法的费城会议需要集中解决的政治问题是南北州和大小州的关系问题。因而，1787年宪法主要围绕国会议员的席位分配以及国会的权限范围来设计<sup>②</sup>。民选总统制的设计在当时的政治思想中颇为奇特，国父们在选举中忽视了一个重要的技术困境，由此导致了1800年的选举困境。

美国总统的选举制度采取了非常特殊的选举人制度，以将总统与每个个体选民隔离开来。毕竟，在当时，民主并不是一个褒义的政治词汇。同时，为了防止总统选举沦为地方保护主义，在宪法设计初期规定了每个选举人可以投两张票，其中一张必须是非本州候选人，从而希望达到选贤以能的效果。这就导致制宪者们必须设置副总统的职位。因为，如果没有副总统的投票选项，那么很多的选举人会放弃投出第二张票。因而，总统和副总统捆绑在一起进行选举的现象得以产生。

双选票投票系统为后来的政权更替埋下了隐患。在1796年的选举中，联邦党人推选的副总统平克尼被第二票数的杰斐逊所替代。而1800年的选举中，民主共和党人推选的杰斐逊和伯尔竟然获得了相同的73张选举人票。因为缺乏现代政党的党团纪律与政党伦理，伯尔不愿放弃成为总统的机会。因而，根据宪法的规定，1800年的总统决定权转由众议院来执行，从而引起了宪法解释问题上的大讨论。

宪法第二条第一款第三项规定了总统选举同票问题的解决方案：“如获得此种过半数票的人不止一人，且得票相等，众议院应立即投票选举其中一人为总统。如无人获得过半数票，该院应以同样方式从名单上得票最多的五人中选举一人为总统。但选举总统时，以州为单位

<sup>①</sup> 苏力：“制度是如何形成的”，载《制度是如何形成的》，北京大学出版社2007年版。

<sup>②</sup> 赵晓力：“妥协的悖论：论美国制宪”，载《北京大学第四届“政治、法律与公共政策”年会会议论文集》，2012年。

计票，每州代表有一票表决权；三分之二的州各有一名或多名众议员出席，即构成选举总统的法定人数，选出总统需要所有州的过半数票。”

当杰斐逊与伯尔总统选择问题进入了众议院投票环节时，宪法设计的弊端出现。此时的众议院仍然是亚当斯所在的联邦党人的众议院，而新的民主共和党的众议院一直要到该年的12月才会集会。换言之，在此前的议员选举与总统选举中，民主共和党已经大获全胜，但是在最后的环节，根据宪法的规定，联邦党人的跛脚众议院才有权决定最终谁是总统。“总统选举问题给制宪会议提出了一个最难解决的问题”<sup>①</sup>。经过众议院多次投票，杰斐逊或者伯尔都无法获得超过9票的法定票数。政权更替至此陷入了危机。事关共和国存亡的宪法解释问题也进入到公共舆论中。

核心在于1787年宪法是否提供了法律上的解决方案？宪法第二条第一款第六项规定：“如遇总统被免职、死亡、辞职或丧失履行总统权力和责任的能力时，总统职务应移交副总统。国会得以法律规定在总统和副总统两人被免职、死亡、辞职或丧失任职能力时，宣布应代理总统的官员。该官员应代理总统直至总统恢复任职能力或新总统选出为止。”

针对1800年的危机，民主共和党人与联邦党人需要抉择的是，该宪法条款中“总统和副总统两人被免职、死亡、辞职或丧失任职能力”是否就是目前两党所面临的宪法条件，从而“国会得以法律规定”，“宣布应代理总统的官员”，直至新总统恢复任职能力或新总统选出为止。

当1801年3月4日到来，亚当斯总统与杰斐逊副总统正式卸任时，旧的众议院没能选择出杰佛逊或伯尔作为总统或副总统时，总统与副总统空缺的状态是否属于“丧失任职能力”呢？“被免职、死亡、辞职”在宪法条文上难以解释包含此种状况。因而，问题的关键就在于如何理解宪法条文中的“丧失任职能力”。丧失任职能力中的“能力”是物理上的能力，如同前述并列列举的“死亡”，还是法律上的能力，如前述并列列举的“辞职、被免职”等法律事件的发生？

联邦党人根据自己的政治局势选择了广义的宪法解释。所谓能力也能指法律事件的发生。当3月亚当斯总统和杰佛逊副总统根据美国宪法任期届满，而新总统与副总统又未选出，从而导致总统副总统职位空缺这一法律事件发生之时，国会就可以根据宪法的规定制定出法律来指定代理总统。第一届国会早已制定了法案来弥补制宪会议就总统制所遗留的漏洞。1792年的国会法律规定，其中有两项规定应对了1800年的困境。一方面，国会提名参议院现任议长作为过渡总统，为顺利交接作出准备；另一方面，新的总统与副总统选举程序立即启动。而在联邦党人把控的参议院，罗斯议长很有可能成为过渡总统<sup>②</sup>。另外，根据宪法条文的广义解释，1800年的联邦党人国会仍然有权力重新起草应急法案，将党派倾向的人推上总统位置。

严格来说，联邦党人的两种做法都可以在宪法中找到相应的文本支撑。但是对于这样的政治结果，民主共和党人却坚决不赞同上述解释。1800年的选举已经表明美国人民选择的是民主共和党与杰佛逊。摆在民主共和党人面前的现实政治困境在于，作为跛脚的众议院不顾民意，利用宪法漏洞阻挠杰斐逊成为总统，甚至让联邦党人自己担任过渡总统。由此，民主共和党人选择严格解释，认为第二条款的真正含义只能是“联邦政府的关门大吉”。

但是，“关门大吉”毕竟是气话与下策。作为民主共和党的第二领袖麦迪逊提出了他的宪法解决方案。在1801年1月10日，麦迪逊给杰佛逊写信，详细阐述了他的实质宪法的解决方案。在目前民主共和党的政治格局中，麦迪逊提议悬置总统职位的讨论，而马上召集成立新的立法机构。届时，由民主共和党人把控的新众议院议员就可以汇聚华盛顿，进而投票达致宪法要求的9票。但是，宪法解释上的关键问题是，谁有权召集新的立法会？宪法条

<sup>①</sup> 阿克曼：《建国之父的失败》，页54。

<sup>②</sup> 参见亚当斯的信件，转引同上注，页53。

文的任何一处都难以表明，在总统选举中的成绩优异者，即同样获得 73 票选举人票的杰斐逊或伯尔，有权“在非常情况下，得召集两院或任何一院开会。”

由此，麦迪逊唯有突破宪法的条文，即他所谓的“形式”，而诉诸宪法的“实质”，即人民主权在宪法中的根本意涵：执行人民的意志。这也是 1800 年民主共和党的政治哲学。选举结果代表了民意。民主体现在政党轮替中，法治——甚至是宪法——必须服从民主。1800 年的选举结果已经表明民主共和党人的总统已经受到了民意的加冕，现在唯独缺乏联邦党人的众议院的背书。而联邦党人却利用宪法条文的形式，以法治来阻挠人民的意志，从而根本违反了美国宪法的实质。在麦迪逊看来，以人民意志为目的，杰斐逊和伯尔仍然有权召集新的众议院，从而实质实现人民的意志。

### 三、霍雷修斯的法律意见

就在上述两党为宪法解释进行争论的时期，联邦党人的报纸上出现了一篇霍雷修斯署名的“总统难题”的法律论证文，为选举困境提供了第三条选择道路与宪法解释方法。该文仅 2500 字。全文的论证核心在于，通过宽泛解释，宪法文本已经提供了解决问题的有力依据，认为“国会得以法律规定”，“宣布应代理总统的官员”，从而指定过渡总统，已解决目前的总统难题。文章开篇首先从宪法角度否决了麦迪逊和联邦党人的方案。

麦迪逊的解决方案其实与联邦党人提议的 1792 年国会法案的解决方案共享了一个前提：在总统选举团投票的相持阶段，总统继承人问题的决定权转由众议院定夺。宪法条款规定：“如获得此种过半数票的人不止一人，且得票相等，众议院应立即投票选举其中一人为总统”。区别不过在于，联邦党人期待一个旧的众议院继续拖延至 3 月 3 日亚当斯总统班子任期届满后，启动 1792 年国会法案；而麦迪逊期待在 3 月 3 日前能够紧急召集新的众议院，从而民主共和党能够按照既定的选举结果进行背书。简单来讲，两党宪法解释选择的不同在于其政治策略上是依赖旧议会还是新议会。

在两党都集中关注于 3 月 3 日新旧总统领导班子接替这个日期时，霍雷修斯却在开篇强调了“2 月第二个星期三”这个日子。因为该日是众议院的休会日期。不是 3 月 3 日，而是这个休会日期，对于总统难题的解决有什么别样的意味呢？在此，霍雷修斯展示出了精炼的法律推理能力。根据宪法第二条的相关规定：“如获得此种过半数票的人不止一人，且得票相等，众议院应立即投票选举其中一人为总统。”该条款不仅在字面上授权了众议院在 1800 年困境时拥有选择权，而且对该权力的行使进行了限制，即“立即”这个时间词汇。霍雷修斯阐述到：“宪法要求选举人证书应当开示，并在参众两院计算票数……选择必须是及时作出，以便在参议院当场宣布结果，并阻止可能出现的阴谋与腐败。因此，选择必须是在议院休会或者解散前作出，在参议院与众议院会期结束之后，则议院不可能在未来就此事采取行动。”

换言之，众议院的选择权只有在极短的时间内行使。照此解释，麦迪逊的解决方案就是霍雷修斯指责的“可能出现的阴谋与腐败”。根据霍雷修斯的宪法解释，一旦总统困境的解决超过了 2 月第二个星期三这个时间点，众议院就因为没有“立即”作出决定而丧失了总统继承人的选择权。

那么，如果超过此期限而无法做出决定后，美国的政府体制应当如民主共和党人所威胁的“关门大吉”吗？在此，霍雷修斯提出了制定法解释的首要原则——自我存续原则，或者说解释不能使法律无效原则。宪法第二条总统空缺无能力的解释不应该是民主共和党人理解的宪法漏洞，与政府的崩溃。这违反了宪法以及其创建的美国联邦政府的存续。在宪法解释的第一原则下，正确的解释应当是关注于“免职”这一正常的宪法情况。如果宪法的解释导致的是政府乃至宪法框架的崩溃这样的结果，那么这无异于说宪法对于此种情况毫无准备，

或者没有自我维护的手段。而此种情况在霍雷修斯对于宪法第二条的字面解释看来，是“可以合理解期待，当选举人团的多数与各州的多数都不会投票支持某一位候选人而排除其他人时，这样的情况时有发生，即使不是经常发生”。何况，对于总统副总统双双死亡、辞职、丧失能力这样极端的“几乎不可能发生”的情形都设计在内，宪法怎么可能“没有包括那一最可能发生的空缺情况”呢？因而，对于这样“时有发生”的情况，1787年宪法是不可能毫无准备的。这个准备，就是——国会无权制定新的法律指定过渡总统，“直至总统恢复任职能力或新总统选出为止”<sup>①</sup>。

但是，过渡总统的方案并不应当遵循联邦党人提议的1792年法案，因为该法案对“官员”一词的错误理解而违反了宪法。在1792年的国会法案看来，这个官员就是参议院的议长。但是，作为联邦党人的霍雷修斯同样拒绝了这一常规的理解。他认为宪法条文的“官员”一词不能指向立法机关的成员。根据该条文位处第二条总统制的条款位置，布朗特弹劾案的先例以及三权分立的宪法原则来看，“官员”都指的是“从总统那里得到委任状与任命书”的人。照此标准，参议院议长并不属于此列。由此，摆在联邦党人占主导地位的旧国会面前的机会是，根据宪法第二条，修改1792年这部违宪的法律，从而指定符合“官员”的过渡总统。那么，合适的总统代理“官员”应当是谁呢？

根据阿克曼的解释，马歇尔就是这个众望所归的过渡总统官员。马歇尔在当时是在全国范围内最受欢迎的联邦党人政治家，且从马歇尔的机会、兴趣与政治传言来看，马歇尔既是霍雷修斯也是霍雷修斯笔下的那个符合宪法的“官员”。如果说，正如阿克曼的史料所揭示的历史事实，这个在《华盛顿联邦党人报》上发文的霍雷修斯就是马歇尔本人，那么，1月27日马歇尔被参议院提名授予最高法院首席法官的职位，同时亚当斯仍然要求其担任国务卿，那么马歇尔极有可能在1801年的3月4日成为集行政、司法于一身的超级总统。

我们暂且不考虑美国“马歇尔文存”史学家们与阿克曼之间的争辩。新的宪政叙事改变了马伯里案的宪政序曲地位。正是1787年建国国父们的失败的宪法设计，使得美国的宪政建设遗留到了1800年。不同于华盛顿的无涉政党的贤人宪政模式<sup>②</sup>，1796年的选举之后，政党政治和意识形态政治等现代政治模式渐渐兴起。尽管“地方选举的政党转型”仍然是精英阶层的政党政治。但是华盛顿政府中派系斗争的阴影已经逐步浮出水面，摆在了全国人民面前。汉密尔顿操刀的华盛顿“告别演讲”意味着贤人政治的结束。1798年亚当斯政府的煽动惩罚法案的压制以及杰斐逊和麦迪逊的起草肯塔基议案的反击都为1800年的冲突埋下了伏笔。

#### 四、巴西特法官的违宪审查理论

1800年的危机最后以参议院议长杰斐逊重新统计乔治亚州选票而告终。按照美国主流教科书的叙事，此后的故事围绕了亚当斯和马歇尔的“星夜法官”展开。而马伯里就是这批星夜法官中那个被遗漏的一员。但是，马伯里的案情涉及的并不是简单的司法委任状的颁发与否问题，而是共和国建国20年来亟待解决的司法制度问题。

1803年的马伯里案处理的法律问题乃是：新上任的民主共和党国务卿麦迪逊是否仍有义务向联邦党人马伯里颁发治安法官委任状。该法律问题最终被马歇尔处理为1789年司法法案中有关最高法院管辖权的规定是否违反了宪法，从而无效？那么，对于创立司法审查先例的马伯里案，核心是在于法院是否有权推翻国会的法案，还是马伯里案所处的具体案件中的那个司法法案呢？阿克曼的马伯里案就是以这个司法法案为中心。

如果细看美国宪法条文的整体结构，费城制宪会议给第一届国会遗留下了司法系统的

<sup>①</sup> 霍雷修斯：《总统难题》，转引自阿克曼：《建国之父的失败》，页396-402。

<sup>②</sup> 李一达，“‘共和君主制’的兴起”，载《北大法律评论》第13卷第2辑，北京大学出版社2012年版。

设计任务。1789年第一届国会的首要责任即是搭建联邦政府的司法系统。在《1789年司法法案》的设计中，联邦司法体制采取了英国皇室法院的模型，即派遣最高法院的法官“送法下乡”，到各地进行巡回审判，处理联邦政府的案件，以联邦的法律对抗地方的“普通法”。按照法案的建制，巡回法院由最高法院大法官与地区法官组成合议庭进行审判。但是，这一英国模式在美国运行中出现了很大的弊端：一来，对于当时，美国国土面积庞大，而且交通并不便利，大法官们长期受此项职责所累。二来，交通与疾病总是阻扰大法官前往开庭审理；三来，巡回大法官与地区法官由于代表了联邦与地方的不同利益与身份，在案件中总是处于分歧状态；四来，巡回法院的判决上诉机构竟然还是最高法院。由此，最高法院在上诉审中，不时地面临对其同事工作的审判。

对于以建立强有力的联邦政府为目标的联邦党人，1789年的司法体系并不能给予他们一个“拥有上诉审”的最高法院。因而，司法体系的改革迫在眉睫。1799年12月亚当斯的国情咨询中就该巡回法院体系提出司法改革法案，希望通过建立更多的专职巡回法庭来缓解最高法院的繁重职能。但是，几个月后，杰斐逊的1800年革命到来。而联邦党人的司法法案在上述政治背景中，也不可避免地成为“跛脚政府”企图保存最后政治实力的党派工具。

亚当斯政府在1801年3月4日新总统就职前，紧急颁布了三份司法法案。1801年2月13日签署通过的巡回法院司法机关法，正是体现联邦党人司法哲学的司法改革方案。1801年2月27日签署通过的哥伦比亚特区巡回法院法虽然继承了上述司法哲学，但是已经在2月17日杰斐逊当选为总统之后，显得颇具党派的偏见。这第二份司法改革方案本是联邦党人改造联邦政府的整体规划的第一步。该联邦政改方案涉及任命一系列的官职，如警察长、遗嘱等机关官员以及所谓的治安法官。后者就是挑起马伯里案的导火索——1801年3月3日哥伦比亚特区治安法官法。马伯里就是这42位星夜法官中未从马歇尔手中获得委任状的一员。

1796年开始的联邦党人与民主共和党人的派系斗争，在1800年表现为宪法问题上的霍雷修斯总统难题，成为新总统与旧国会之间的斗争。在1801年3月4日以后，经过联邦党人对于司法系统的系列紧急改革，派系的斗争变为了新总统与新司法之间的斗争。如果说，1800年的杰斐逊选举乃是对于1787年宪法的改造，即以政党政治为基础的平民总统制的诞生，那么1801年的总统与司法之间的斗争就活生生地是美利坚这个年轻的共和国上演的第一场民主与法治的斗争剧目。

在这场斗争中，核心的宪法难题在于宪法第三条第一款：“合众国的司法权，属于最高法院和国会适时规定和设立的下级法院。最高法院和下级法院的法官如行为端正，得继续任职，并应在规定的时间得到服务报酬，此项报酬在他们继续任职期间不得减少。”

1801年12月底新召集的民主共和党人国会首要考虑的就是如何对付联邦党人遗留下来的这些“适时规定和设立的下级”巡回法院和治安法官。在12月16日接到最高法院就马伯里案发给杰斐逊的传票之后，杰斐逊正式以民主的名义向司法提出挑战：“我即经几个州的联合促请，将自建立法院以来所有已裁断的，以及将取决于那些于他们有利的新增法院法官解决的各项事宜，现在准确无误地提请国会注意”<sup>①</sup>。新国会迅速整改司法系统，以“此时此刻，既然去增加法院与法官的数量远非必要，那么美国永远不会存在需要38位联邦法官的时机”<sup>②</sup>为理由。从而，民主共和党人在第三条中找到了“适时”一词，认为国会有权适时判断建立法院，也有权适时判断废止法院。毕竟，该条款赋予国会组织下级法院的宪法权力的同时，也有权根据服务公共利益的效率而改组法院，“志在废除无用的职位以服务于公共利益。”<sup>③</sup>当然，这些熟悉的宪法词汇与做法在一个半世纪后的罗斯福总统那里已经运用的

① 阿克曼：《建国之父的失败》，页216。

② 同上注，页217。

③ 同上注，页218。

驾轻就熟了。1802年司法废止法案很快通过，3月8日杰斐逊签署该法案，废除了1801年的三项司法改革法案。

联邦党人的选择又是什么？马歇尔所在的最高法院向其党员声明：最高法院牢固而值得依赖。总统与司法之间的冲突走向了高潮。似乎在宪法第三条的解释上没有给法院留下任何余地。马歇尔唯一的政治选择是鼓动法官罢工——拒绝外出巡回审判。马歇尔套用了民主共和党人的宪法逻辑，既然国会有权根据自己的判断适时地改组司法，恢复1976年的英国巡回审判体制，那么，最高法院的大法官也有权根据自身的能力来适时地提供司法服务，而不触犯宪法条款的“行为端正”的底线。甚至，马歇尔认为1789年的巡回审判制度违反了宪法第三条第二款的最高法院的管辖权条款，毕竟宪法并未明确授予最高法院巡回审判的职能。而管辖权与职能并不能由国会来创造。这一逻辑正是马歇尔在马伯里案中对于最高法院初审管辖权的宪法解读。

虽然法律的推理逻辑相同，但是在过往的20年联邦司法实践中，最高法院法官确实乖乖地进行着巡回审判。难道，法官们在整个1790年代都在进行一种违宪实践？正是考虑到这点，马歇尔选择了微不足道的5年治安法官马伯里的案件来阐述法院的司法审查制度，从而也导致判决书中的推理存在多处硬伤。在当时的政治环境中，更为适宜的测试案件是有关巡回法官的斯图尔特案。

联邦党人的司法系统与民主共和党人的总统国会系统之间的派系斗争似乎到达了白热化的阶段。法官们的集体罢工迫在眉睫。有关杰斐逊政府的司法废止法案是否违宪，巴西特法官给出了一篇论述详尽的司法意见书。巴西特法官的理论基础与马歇尔在马伯里案中的论述相同：宪法是人民意志的体现，是最高的法。问题仍然为两方面：1802年3月8日与4月29日的废止法案是否违反了宪法？法院是否有权宣布国会违宪？

1787年宪法是人民真实的意志。而三权分立的宪法架构不仅依赖各部门权限的分配，更在于人员的任期制度上。总统的4年任期，众议院的2年任期，参议院的6年任期以及法院的终身任期的规定除非是人民意志表现的宪法修正案，否则决不能更改。即使国会废除了设立巡回法院法官职位的司法法案，法官无事可做，那法官也应当根据宪法终身留任获取薪俸。但是，根据“尽忠职守，继续任职”的宪法条文，国会无权剥夺已经创立的司法职位，宪法赋予法官充分的权利行使附属于他们所形成的法院的司法权力。宪法如此设计任期制度的目的在于让司法独立于立法与行政，“伟大而可敬的司法独立原则产生于宪法关于职位任期之规定与尽忠职守”<sup>①</sup>。由此，“某一法院的法官一旦奉国会之命得以确立，就其职位而言，依据宪法该职位自身即实质构成了一种既定的权利，法官应维持法院并行使附属于它的司法权力”<sup>②</sup>。

尽管，国会有权创建法院，但是无权改组或废止这些新创建的法院。因为宪法已经将“所有司法权力”给予了创设的法院。再一次，肯定性的话语要从否定性来理解。所有的司法权力意味着一种排他性权力的赋予。无论是司法法案的修订或者变更期间、或者变更管辖地域、或者改变法院与法官的风格、增加或减少某一法院的职权范围，这些都属于司法权的范围。司法权力乃是包括司法裁判的权利和司法行政的自治权。这种司法独立必须依赖的权力只能由宪法修正案来修订。由此，废止法案是违宪的。

那么法院是否有权推翻国会的法案呢？即法院是否有司法审查权？与我们熟悉的马伯里案的推理不同，巴西特法官认为美国宪法条文本身给予了明确的答案，而无需其他间接的政治法律理论。宪法第三条第二款规定从案件的类型以及诉讼的对象两方面约定了司法权的范围：“司法权的适用范围包括：由于本宪法、合众国法律和根据合众国权力已缔结或将缔结的条约而产生的一切普通法的和衡平法的案件。”对于国会法案的违宪审查案件，具体情

<sup>①</sup> 同上注，页422。

<sup>②</sup> 同上注。

形为一方主张立法机关的某一具体的法案无效，原因在于违反美利坚合众国宪法，而另一方主张没有违反宪法，这样的案件之提起应当依据美利坚共和国的宪法与法律。换言之，宪法明文规定了宪法本身是某一案件的诉由。尽管宪法规定了法院拥有涉及宪法问题的案件管辖权，那也未必意味着法院有权推翻违反宪法的法律。这一部分的论证就涉及到了司法权的性质，它的逻辑与马歇尔类似。

宪法是人民意志的最高体现，因而视为高级法。但是宪法之下的立法、行政都容易犯错误。人类的政治共同体中必须“有一个地方有权确定什么是这个国家的法律，因此解决并平息正确与错误、法律权利与解释之间的纷争”<sup>①</sup>。人类提供了军队、刀剑与文明的两种解决方案。美利坚人民选择了后者，让最有经验与最富有学识的人组成司法机构进行裁决。尽管法庭也会犯错，但是层级制的法院系统保障了自我纠错的可能，而人民的宪法修正案保障的外部纠错的可能。由此，司法机关应当是最终的裁决者，宣布法律是什么。

## 五、马伯里案的姐妹篇——斯图尔特案

宪法解释方法与司法哲学理论都为法院反击杰斐逊政府做好了准备。联邦党人的律师查尔斯·李（Charles Lee），曾经是亚当斯的联邦总检察长，开启了法院诉讼的道路，但却迎来资历更老的佩特森法官的“及时转向”与斯图尔特案。

在此案中，根据 1801 年司法条例任命的一位巡回法官约翰·拉尔德（John Laird）下达判令。但国会在 1802 年通过了《1802 年撤销法》，撤销了 1801 年司法条例并根据《1789 年司法机关法》重建了巡回法院体系。当拉尔德要求重建的巡回法院（大法官马歇尔正在此巡回办案）执行判决，休·斯图亚特的律师李（刚刚在一周前代表马伯里答辩）主张执行是不可允许的，因为只有签发判令的法官才能够执行判决，而这位法官已经根据《1802 年撤销法》被撤职。李同时主张《1802 年撤销法》是违宪的，因为它将宪法上规定的“未曾在任上行为不端的法官”撤职。

斯图亚特案于马伯里案后一周内判决，但判决结果与马伯里案大相径庭。该案最初由李进行抗辩，马歇尔在巡回法院进行了初审败诉判决。由此，联邦党人有了机会在最高法院的法庭上就杰斐逊的废止法院行为是否合宪作出判决。马歇尔将斯图尔特案与马伯里案排在了最高法院刚刚恢复的 1803 年庭审期中。在马伯里案结束之后，李马上沿用了马歇尔审查违宪的逻辑，在同期开庭的斯图尔特案中辩护到：

巡回法院要求最高法院的法官到地方行使初审管辖权。但是马伯里案已经确认，宪法赋予最高法院的是上诉管辖权，除非涉诉对象是国家或者外交大臣。由此，1802 年的废止法案以及 1789 年司法法案都违宪。尽管在 1790 年代，最高法院法官一直在实践违宪行为，进行巡回审判，国会已经在 1801 年 2 月 13 日纠正了这一错误。过去一年为进行巡回审判也是一种可供参考的司法先例。

但是，在斯图尔特案中，以佩特森为中心的最高法院拒绝在违宪问题上发表看法，也未表明其对马伯里案的态度。佩特森早在 1801 年马歇尔提出罢工号召时就表达了反对意见。他在回绝马歇尔罢工请求的信件中说到：“实践已经如建筑一样固定，如想打破为时已晚。如果提出公开讨论，这会值得认真考量；但是，实践的看法太长久、强大而固执，而不能被撼动或者控制”<sup>②</sup>。

斯图尔特案组成了马歇尔回避的合议庭，与马伯里案同期开庭辩论。如果最高法院判决《1802 年撤销法》违宪，杰斐逊党人将作出迅速而坚决的反应，限制司法部门的权力。佩特森主笔了法庭意见：

<sup>①</sup> 同上注。

<sup>②</sup> 转引自阿克曼：《建国之父的失败》，页 248。



“宪法赋予国会权力，以其认为适当的时候设立下级法院，把某类诉讼案的管辖权（cause）由一个“下级”法院转移到另一个。在最近的情形中，宪法里并没有条文禁止或阻碍这种立法权力的行使。现在我们面对的正是这样一个案件。它不过是把斯图亚特对拉尔德的诉讼从第四巡回区移入第五巡回区，后者有权受理案件并使“判令”生效。这在国会1802年4月29日通过的《1802年撤销法》中的第9条中显而易见。预期契约即是这一变迁的管辖权的附属物，或者可以说是诉讼程序的一部分。只要注意经历了多年的实践与对该实践的默认，并由司法系统的组织作出，能够给予不可驳倒的解答，而且事实上已确定了这一解释，便已足够。这是一种最具有说服力的现代解释。这一基于实践的解释过于强大与固执，以至于不会被撼动或者控制”<sup>①</sup>。

由此，佩特森代表联邦党人的司法系统，对杰斐逊的政府完成了一次正式的司法服从。在马伯里案中，司法审查的论证主要集中在第三个问题上，即《1789年司法法》第十三条授权最高法院“有权在法律原则和法律惯例许可的案件中，对以合众国名义任命的法官或公职人员发布令状。”<sup>②</sup>马歇尔认为《1789年司法法》的这一条违反了宪法第三条第二款对于最高法院管辖权的规定。在判决书中，马歇尔引用的宪法第三条第二款的规定是“涉及大使、公使和领事以及一州为一方当事人的一切案件，最高法院具有初审管辖权。对上述所有其他案件，不论法律方面还是事实方面，最高法院具有上诉管辖权。”<sup>③</sup>但是，他却缺漏了最为重要的“但书”条款：“但须依照国会所规定的例外和规章”。<sup>④</sup>

有趣的是，斯图亚特案中法院意见并未理会李针对《1802年撤销法》违宪性的论点，即法院仍然没有关注被马歇尔遗漏的管辖权条款，转而把国会调整司法机构的权力的正当性建立在于宪法第三条第一款上：“合众国的司法权，属于最高法院和国会不时规定和设立的下级法院。”从而将第一款的“司法设立”条款在逻辑上延伸至第二款的“管辖权”条款。“宪法赋予国会权力，以其认为适当的时候设立下级法院（inferior tribunals），把某类诉讼案的管辖权（cause）由一个[下级]法院转移到另一个。”<sup>⑤</sup>从而，在实质上避免处理司法法与宪法管辖权的规定，而在形式上处理为司法法和宪法中司法设立条款的关系。这样的处理方式完成了两个效果，一是避免直接推翻马伯里案，尽管两个案件在违宪问题的审查上极为类似；二是避免了与国会的冲突，转而承认国会的宪法权利。

佩特森的最高法院展现出一种与马伯里案中的最高法院完全不同的谨慎保守形象。法院极为尊重国会与总统这样的政治机构的正当权力，不轻易行使司法审查权利，有效地缓解了民主与法治之间的张力。也就是说，斯图尔特案的最高法院开启的是一套“司法谦抑”，“讲政治”、“顾大局”的人民法院传统。在阿克曼的新宪政叙事中，在1803年，美国面临了两种司法的模式，马歇尔和佩特森。在当时来看，佩特森的司法模式挽救了共和国合成了宪法原则。而马歇尔只是一个伏笔而已。是佩特森而不是马歇尔，成为了阿克曼笔下杰出的法律人政治家。是斯图尔特案而不是马伯里案，成为美国司法的中心原则。是佩特森而不是马歇尔，成为美国司法史的核心人员。

## 六、现代总统制的危机——帝王总统的威胁

在《建国之父的失败》中，佩特森的司法模式挽救了美国共和国，合成了民主与法治的两个宪法原则，开启了以总统和国会为中心的宪政叙事。这种“合成”就是阿克曼此书的理

<sup>①</sup> Stuart v. Laird - 5 U.S. 299 (1803).

<sup>②</sup> Marbury V. Madison, 5 U.S. 137 (1803).

<sup>③</sup> Ibid.

<sup>④</sup> 关于马歇尔的法条缺漏的分析请参看徐斌：“被遗忘的宪法条文”，载《读书》2011年第04期。

<sup>⑤</sup> Supra note.47.着重号为作者所加。

论创新。在新叙事中，美国有两部宪法。一部是 1787 年宪法，另一部却是故事中 1800 年民主革命带来的。前者强调的是国会主导的宪政模式，后者强调民主总统制原则。前者宪政模式运行的关键是宪法依赖国会去制定宪法修正案，从而推动美利坚共和国的政制机体的更新。后者宪政模式的运营依赖最高法院与总统的合成。这个合成在于政党的权威。相比而言，1800 年的宪法原则才是深思熟虑的产物<sup>①</sup>。在这一宪政模式中，最高法院的“合成”司法哲学在于“去融合不断出现的由获胜的总统及他们的政党所主张的人民授权，使其成为美国人民既已存在的宪法传统。”<sup>②</sup>”

1800 年奠定的平民总统制的宪政革命改变了 1787 年建国国父们设计的宪法体制。总统制逐步成为民主与法治相结合的分支。但是，两部宪法的根本问题在于，成文宪法并没有设置运动政党与民主总统的宪政框架。正是这个宪政缺陷引发了 1800 年的宪政危机，并在 200 年后的 2000 年再次于布什与戈尔之间上演。从而，政党与总统的政治运作只能依赖宪法惯例与政治家的责任伦理。当 1954 年布朗案判决后，先知先觉的比克尔就判断美国的最高法院将成为“最危险的分支”时，总统也成为了阿克曼口中“最危险的分支”。当然，这不是 1800 年的平民总统，而是长达两个世纪逐渐演变而成的“帝王总统”。宪政缺陷进一步被放大。

承续斯莱辛格在《帝王总统》中的问题意识，阿克曼在《美利坚共和国的衰落》一书为我们描述了帝王总统的诞生过程。总统由 18 世纪以华盛顿为代表的社会贤达，变为了 19 世纪以杰斐逊为代表的政党巨头，再转变为 20 世纪的民众领袖，最后成为 21 世纪的煽动政治家<sup>③</sup>。

在 1800 年平民总统制兴起时，美国的政治框架下，仍有制约因素防止平民总统走向帝王总统。政党初选制度的批准、传媒监督的衰亡、官僚系统的投降、伪科学的民意调查的兴起使得平民总统逐步丧失约束，形成了帝王总统的威胁。现代总统制已经导向了总统单边主义与极端主义政治的窠臼中。历史上，最为重要的约束是最高法院的司法审查，司法与政治的对抗上演了一出出法治与民主相冲突的戏剧。但是，随着党派政治侵入法院系统，司法的滞后性以及现代总统制的诸多手段已经建起了防御。保守的里根开启的法律顾问办公室(OLC)以及白宫律师更是从正面以宪法武装总统，形成了“总统宪政主义”。

总统宪政主义力图以法律技术征服法治。法律顾问办公室(OLC)以及白宫律师为总统行为出具的大量法律意见书具有极高的法律质量。这些机构的法律精英通常来自高等学府，并担任过最高法院大法官的助理。这些由法律意见办公室提供的官方“备忘录”看起来像最高法院的司法意见，都有对先例和学者意见的精致分析。总统宪政主义甚至力图改变法学院的研究对象。鲍威尔教授就这些法律意见书编纂了 697 页的法律教科书，并构建了另外一套宪政叙事，将总统的法律意见书传统追溯至共和国第一任总检察长伦道夫为美国银行案所出具的法律意见。随着行政法治国的不断壮大，未来美国法学院的律师职业教育教授的不再是如何与法院打交道，而是如何与总统的行政部门打交道。

阿克曼的系列努力美国宪政构建了一个新的故事起源。我们可以尝试从现实政治变迁的角度来看待阿克曼的意识形态<sup>④</sup>。2005 年的《建国国父们的失败》鼓励的是民主党的总统能够继承杰斐逊、林肯与罗斯福的宪政传统，以民主的力量重塑最高法院的法治。毕竟，未来的民主党总统要面对由罗伯兹开启的近 30 年保守主义法治序幕。这就是 1800 年平民总统制与斯图尔特案的意义。而 2010 年《美利坚共和国的衰落》未雨绸缪地警示在任民主党，面对 80 年代保守主义留下的毫无节制的帝王总统危机，奥巴马能够以宪法的力量改造总统

① 阿克曼：《建国之父的失败》，页 363。

② 阿克曼：《建国之父的失败》，页 362。

③ 阿克曼：《美利坚共和国的衰落》，田雷译，北京大学出版社 2013 年版，页 39。

④ 有关美国学术思想与意识形态政治之间的互动，可参看迪昂：《为什么美国人恨政治》，赵晓力等译，上海人民出版社 2011 年版。

职位，以宪法约束民主，克制其扩张为帝王总统。

从目前的美国政治现实来看，阿克曼的政治策略并不顺利。从最高法院判决的系列“政治献金”案件的结果看，保守主义的政治策略仍将进一步改造美国选举制度。但是，阿克曼将民主与法治的张力集中在总统制上的理论努力仍然值得重视。毕竟，新叙事诗的法院宪政史逐渐变为总统宪政史。在新的宪政叙事中，现代美国的宪政危机正是在于总统制的缺陷与帝王总统的兴起。在中国的美国宪法研究，也应当逐步摆脱美国第一代自由派构建的法院宪法的框架，以新的视角来看待美国问题与美国宪政。

（阿克曼：《建国之父的失败：杰斐逊、马歇尔与总统制民主的兴起》，江照信译，中国政法大学出版社 2013 年版）