

# 在法律共识与人民主权之间： 约翰·马歇尔的美国宪法观<sup>\*</sup>

郭巧华

**摘要：**约翰·马歇尔是美国建国初期联邦最高法院核心人物，他在人民主权原则盛行、党派斗争激烈的背景下成为最高法院首席大法官。在其任内，针对法律共识原则与人民主权原则内在的紧张关系，他在一系列重要宪法案件中，坚持法律共识与人民主权的平衡。他将具有普遍共识的议题纳入法律事务，最高法院对此拥有最终管辖权；而将没有普遍共识的其他事务纳入政治领域，留归立法部门和行政部门的多数民意处理。马歇尔的宪法观深刻影响了美国的司法实践。

**关键词：**美国最高法院 约翰·马歇尔 法律共识 人民主权

美国建国初期的联邦最高法院（以下简称最高法院），是联邦政府三个部门中“最弱的分支”，地位不高，权威有限。最高法院发展至今日之地位，与美国第四任首席大法官约翰·马歇尔的努力密不可分。在长达35年的任期中（1801—1835），他带领其他大法官，通过一系列重要案件的判决，<sup>①</sup>将宪法文本变成了

\* 本文系国家社科基金重点项目“19世纪美国联邦最高法院的财产观以及典型案例研究”（18ASS002）阶段性成果。匿名外审专家提出了宝贵修改建议，谨此致谢。

① 学界公认马歇尔判决过的最为知名的三大案件分别是马伯里诉麦迪逊案（1803）、麦卡洛克诉马里兰州案（1819）、吉本斯诉奥格登案（1824）。除了这三大案件外，还有一些不太知名但非常重要的案件，包括弗莱彻诉佩克案（1810）、达特茅斯学院诉伍德沃德案（1819）以及19世纪30年代有关印第安人的一系列案件等。参见 Jack M. Balkin, “The Use That the Future Makes of the Past: John Marshall’s Greatness and Its Lessons for Today’s Supreme Court Justices,” *William and Mary Law Review*, Vol. 43, No. 4, 2002, pp. 1321–1338.

解决新生国家内外问题的重要依据；将最高法院由“最小危险部门”（the least dangerous branch）逐步发展为与立法、行政部门鼎足而立的政府分支，变成宪法的解释者和捍卫者。有学者认为：“马歇尔和他的同事，通过让美国民众崇拜宪法，建立起最高法院的制度性力量。作为宪法的守护者，最高法院让自己成了人民永恒意志的代言人。”<sup>①</sup> 也正因如此，马歇尔在美国政界和学界声望都很高，被誉为“伟大的首席大法官”、<sup>②</sup> “所有时代的法官”、<sup>③</sup> “美国法律的代言人”。<sup>④</sup>

然而，学者对马歇尔的宪法观有着诸多不同的理解和阐释。大多数学者不否认马歇尔捍卫联邦主权及私有财产权，但是什么样的宪法观支撑着马歇尔作出这样的判决？学者争论不休。尤其是作为温和的联邦党人，马歇尔的宪法判决是依据政治考量还是法律原则，学界迄今未有定论。一些学者认为，马歇尔在判决重要的宪法案件时，所关注的不仅仅是法律议题，更多是政治议题，他像政治家那样去运用他的职权，由于他的判决大都符合未来发展趋势，马歇尔堪称司法政治家的典范。<sup>⑤</sup> 不同意此观点的学者则提出，马歇尔完全依据宪法和法律的中立性原则判案，没有掺杂任何政治因素。马歇尔的宪法观并不来自联邦党人的政治计划，而是源于早在18世纪就已形成的法律共识原则。法律而不是政治支撑着马歇尔的宪法观。<sup>⑥</sup> 还

① Christopher Tomlins, ed., *The United States Supreme Court: The Pursuit of Justice*, Boston: Houghton Mifflin Co., 2005, p. 72.

② Charles F. Hobson, *The Great Chief Justice: John Marshall and the Rule of Law*, Lawrence: University Press of Kansas, 1996.

③ R. Kent Newmyer, *John Marshall and the Heroic Age of the Supreme Court*, Baton Rouge: Louisiana State University Press, 2001.

④ Oliver Wendell Holmes, *Collected Legal Papers*, New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd., 2006, p. 270.

⑤ 持此种观点的学者及其代表作有 Edward S. Corwin, *John Marshall and the Constitution: A Chronicle of the Supreme Court*, Toronto: Glasgow, Brook & Co., 1919; G. Edward White, *The Marshall Court and Cultural Change, 1815-1835*, New York: Macmillan, 1988; Felix Frankfurter, “John Marshall and the Judicial Function,” *Harvard Law Review*, Vol. 69, No. 2, 1955, pp. 217–238; Albert J. Beveridge, *The Life of John Marshall*, 4 vols., Boston and New York: Houghton Mifflin Company, 1916–1919; Lawrence Goldstone, *The Activist: John Marshall, Marbury v. Madison, and the Myth of Judicial Review*, New York: Walker and Company, 2008; Joel Richard Paul, *Without Precedent: Chief Justice John Marshall and His Times*, New York: Riverhead Books, 2018; 任东来等：《民众为何支持：美国最高法院的历史轨迹》，北京：中国法制出版社，2019年，第101—106页。

⑥ 持此种观点的学者及其代表作有 William Draper Lewis, *Great American Lawyers*, Vol. 2, Philadelphia: John Winston Co., 1907; William E. Nelson, “The Eighteenth-Century Background of John Marshall’s Constitutional Jurisprudence,” *Michigan Law Review*, Vol. 76, No. 6, 1978, pp. 893–960; William E. Nelson, *Marbury v. Madison: The Origins and Legacy of Judicial Review*, Lawrence: University Press of Kansas, 2000; Raoul Berger, *Congress v. the*

有一些学者另辟蹊径，认为马歇尔将宪法置于整个判决的中心位置，不仅重塑了最高法院的角色，<sup>①</sup>而且通过对宪法文本的解释，拯救了新生的美利坚合众国，“为美国人民——‘我们人民’——提供了一种纠正联邦、州和地方政府暴政的途径”。<sup>②</sup>更有学者从政治思想史的角度探讨马歇尔的宪法观，认为马歇尔通过强调宪法的基本道德合法性，以及宪法对公民权利的重要性，建构了19世纪以宪法主权为中心的美国国家认同体系。<sup>③</sup>

以上各种观点，虽都有一定道理，但并不能完全涵盖马歇尔的宪法观。本文试图从马歇尔时代美国的政治法律环境、马歇尔判决过的重要宪法案件入手，来阐释他的美国宪法观，深入剖析美国建国初期政党政治兴起后，以马歇尔为首的最高法院如何将法律共识与人民主权相平衡，还原当时最高法院的发展历程。本文认为，马歇尔不是单纯以政治家的思维判决宪法案件，其重要宪法判决有着一以贯之的理念：在法律共识原则不断衰落、党争愈演愈烈的背景下，通过区分法律和政治，将具有法律共识的议题特别是有关财产权的议题，纳入最高法院的管辖范围；而将缺乏法律共识的议题，诸如联邦权和州权的议题，视为具有人民主权性质的政治议题，遵从立法和行政部门的自由裁量权。马歇尔在法律共识与人民主权之间进行平衡的宪法观，不仅使最高法院成为以宪法为准绳的裁判者，而且极大地提升了最高法院的权威，将宪法和最高法院的命运紧紧地联系在一起。他提出的法律应避免卷入政治纷争的原则，被视为美国宪法法（constitutional law）的基本准则。

## 一、法律共识和人民主权的缘起与博弈

马歇尔就任首席大法官后，面临的最重要的政治法律环境就是法律共识与人民主权之间的博弈及其导致的激烈党争。而在此之前，尤其是在美国革命前，法律共识<sup>④</sup>是各殖民地处理纠纷的主要原则，之所以如此，又源于法院所扮演的重

---

*Supreme Court*, Cambridge, M. A.: Harvard University Press, 1969; Charles F. Hobson, *The Great Chief Justice: John Marshall and the Rule of Law*, Lawrence: University Press of Kansas, 1996.

① Richard Brookhiser, *John Marshall: The Man Who Made the Supreme Court*, New York: Basic Books, 2018.

② Harlow Giles Unger, *John Marshall: The Chief Justice Who Saved the Nation*, Philadelphia: De Capo Press, 2014, p. 321.

③ Clyde H. Ray, *John Marshall's Constitutionalism*, Albany: State University of New York Press, 2019.

④ 参见 Mark McGarvie, “That Elusive Consensus: The Historiographic Significance of William E. Nelson’s Works on Judicial Review,” *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 89, No. 3, 2014, pp. 957–996.

要角色。在英属殖民地时期，法律与政治的界限并不清晰，二者往往融合在一起。“政府通常分为三个部门：行政、立法和司法，但这通常只是说说而已。”<sup>①</sup> 殖民地行政和司法职能交叉重叠，各级法院不仅要处理各类司法纠纷，还要处理头绪繁多的日常行政工作，“监督检查它们所在地区的一切事务”。<sup>②</sup> 正因如此，法院的角色非常重要。在一些殖民地，司法部门几乎支撑了整个地方政府。“政府其他部门看起来可能更辉煌，但只有正义的法院才是每个人的居所；法院的重要性被每一个个体所感知，它是每个人人身和财产的庇护所。”<sup>③</sup>

不但如此，长久以来通行的英国普通法思想深入人心。到18世纪中叶，北美13个殖民地的法院都在不同程度上按照普通法的程序进行诉讼。虽然各殖民地采用普通法的形式不一，但他们都接受普通法的辩护，使用普通法的语言，遵循普通法的规则。普通法在殖民地的广泛运用，使得这些殖民地都建立了一种基于共同词汇和共同概念的诉讼制度。<sup>④</sup> 来自不同殖民地的律师可以跨司法管辖区执业，他们共同的语言和思维方式使他们很容易交流，这也是法律共识在各殖民地得以形成的重要原因。

与此同时，北美殖民者将普通法视为“自由的宝库”和“自由的主要保障”。美国革命者逐渐认识到：“英国的普通法以及在我们移民之前就已经存在的一些法规，是我们宪法的基础，对于保障公民权利和自由至关重要。”<sup>⑤</sup> 普通法对维护自由至关重要这样一种理念，使那些占据法官职位的专业人士，即使在政治上有分歧，也忠于法律的普遍共识。例如，在革命前，当北美殖民地与英国发生重要宪法冲突时，大多数殖民地法官往往按照当地的法律共识判案，而不是按照英国王室的意愿行事。

与普通法密切相关的是英国长期流传下来的陪审团制度。在18世纪，大多数英属北美殖民地的陪审团不仅拥有调查案情的权力，也拥有选择和决定适用何种法

① Philip B. Kurland and Ralph Lerner, eds., *The Founders' Constitution*, Vol. 1, Chapter 17, Document 19, <https://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch17s19.html>, 访问日期：2019年12月1日。

② Gordon S. Wood, *The Radicalism of the American Revolution*, New York: Vintage Books, 1993, p. 82.

③ A Century of Lawmaking for a New Nation: U. S. Congressional Documents and Debates, 1774-1875, Annals of Congress, Senate, 7th Congress, 1st Session, p. 110, <https://memory.loc.gov/cgi-bin/ampage>, 访问日期：2019年6月10日。

④ William E. Nelson, *The Common Law in Colonial America: Law and the Constitution on the Eve of Independence, 1735-1776*, Vol. 4, Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 9.

⑤ William E. Nelson, *The Common Law in Colonial America: Law and the Constitution on the Eve of Independence, 1735-1776*, Vol. 4, p. 9.

律的权力。<sup>①</sup>尤其在新英格兰地区，“很少有案件不经过陪审团的裁定，而这些裁定在革命前从未受过质疑”。可以说，没有陪审团的裁定，法官不得作出判决或施加惩罚。与此同时，在案件审理过程中，法官给予陪审团模糊不清甚至相互矛盾的指示，也导致陪审团只能依据普通法的普遍规则和社会的普遍共识来判断。如在马萨诸塞，陪审员被认为是“本土普通法的好法官”，他们“不需要指示，因为常识和良好的理解将指引他们”。<sup>②</sup>间或出于自觉，间或迫于环境，殖民地人民听从“自明之理”的支配。而这种诉诸“自明之理”的方法很快就成为一种独特的大众认识论。<sup>③</sup>

各殖民地在诉诸“自明之理”的基础上，逐步形成共同的价值体系，如地方自治、私人财产权不容侵犯、维持社会稳定和社会道德等。<sup>④</sup>法院作出的判决大多是为了保护这些固有的、深深植根于日常生活中的共同价值体系。这种共同价值体系并非几位伟大的殖民地思想家构建出来的，而是殖民地人民的一种精神状态。这种基于共同价值体系的法律共识原则，深深影响了18世纪的殖民地人民。

不过，美国革命给刚刚独立的各州以及新兴的美利坚合众国带来了巨大变动，脱离英国主权的各州亟须解决主权归属问题，从1776年到1787年，美国革命者提出了几种解决方案，其中最重要的是人民主权原则。<sup>⑤</sup>人民主权的思想并不新颖，早在17世纪，英国议会在与国王争权的过程中，即诉诸人民主权思想，宣称所有权力来自人民。到18世纪，人民主权思想被视为理所当然的学说，被新英格兰的牧师广泛接受，而且宣讲人民主权学说的英国思想家如哈灵顿、西德尼、洛克等人

① 参见 William E. Nelson, “The Lawfinding Power of Colonial American Juries,” *Ohio State Law Journal*, Vol. 71, No. 5, 2010, pp. 1003–1029.

② William E. Nelson, *Americanization of the Common Law: The Impact of Legal Change on Massachusetts Society, 1760-1830*, Athens, G. A.: University of Georgia Press, 1994, pp. 21, 26.

③ Daniel J. Boorstin, *The Americans: The Colonial Experience*, New York: Random House, 1958, pp. 150–151.

④ 陪审团审案在美国经历了一个不断发展演变的过程。在北美殖民地时期及合众国早期，陪审团主要扮演与法官合作的角色，他们根据当地的法律共识判决案件。至19世纪30年代，随着法律的专业化，法律逐渐成为职业律师和法官专有的知识。陪审团作用下降，他们必须听从法官指示，仅对案件涉及的事实问题作出裁决，很少再涉及案件的法律问题。不过，陪审团的作用依然强大，正如杰弗里·艾布拉姆森所认为的，“陪审团仍然是我们确保法律得到人民认可的最佳工具”。Jeffery Abramson, *We, the Jury: The Jury System and the Ideal of Democracy*, Cambridge, M. A.: Harvard University Press, 2001, p. 7.

⑤ Kermit L. Hall and Peter Karsten, *The Magic Mirror: Law in American History*, Oxford: Oxford University Press, 1989, p. 58.

的思想在殖民地广为流传。<sup>①</sup>

尽管人民主权思想鼓励民众更多地参与政府治理，但它不过是一种模糊的抽象概念，只有在人民掌握一切权力的时候才有意义。在国家的日常运转中，人民自己不可能行使主权，因为主权的本质是法律的制定：主权必须是具体的法律，而不仅仅是理论上的政治。<sup>②</sup> 在各州制宪过程中，人民主权思想得以充分体现。几乎所有的州宪法都套用《独立宣言》的语言，使用洛克的社会契约论，宣称政府建立在人民同意的基础之上。例如，1780年《马萨诸塞州宪法》明确规定：“所有权力原本都属于并来自人民，政府的几位法官和官员，无论立法、行政还是司法部门，都是人民的代理人和代表，必须始终对人民负责。”<sup>③</sup> 革命让许多美国人相信，人民的意志是唯一合法的权力来源。在建立政府的过程中，各州宪法大都扩大了立法机关的职能。议会通过颁布新法律，强化了大众立法的意识形态，形成了一种积极的、创造性的立法过程。

在全国层面，州立法机关的地方偏见使得软弱的邦联政府难以为继，建国精英的解决之道是建立一个基于全国人民主权的联邦政府。无论是联邦还是各州，权力都来自人民，“人民乃是权力的源泉”，只有多数“人民”的行动才能赋予宪法以“生命和存在”。<sup>④</sup> 联邦政府要有能力对抗州立法机关，就必须从人民那里汲取力量。“未来的伟大组织若建立在人民自身的坚实基础上，而不是仅仅建立在立法机关的支柱上，那么它将会更加稳固和持久。”<sup>⑤</sup> 制宪会议将人民置于政府之上，以人民的名义限制人民代表的行动，由于是“我们人民”将具体权力移交给了联邦政府，因此整部宪法“只不过是一份权利法案——人民选择以何种方式接受治理的权利宣言”。<sup>⑥</sup>

不过，这个“人民”不是具体的民众，而是为了特定的政治和道德目标想象出来的，是服务于立宪逻辑而虚构的抽象物。在现实政治中，代表们并不信任“人

① Edmund S. Morgan, *Inventing the People: The Rise of Popular Sovereignty in England and America*, New York and London: W. W. Norton & Company, 1988, p. 143.

② Gordon S. Wood, *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 1998, p. 346.

③ Massachusetts Constitution, Part 1, Article 5, <https://malegislature.gov/Laws/Constitution>, 访问日期：2019年8月20日。

④ Willi Paul Adams, *The First American Constitutions: Republican Ideology and the Making of the State Constitutions in the Revolutionary Era*, trans. Rita and Robert Kimber, Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 1980, p. 63.

⑤ Max Farrand, ed., *The Records of the Federal Convention of 1787*, Vol. 1, New Haven: Yale University Press, 1911, p. 50.

⑥ Edmund S. Morgan, *Inventing the People: The Rise of Popular Sovereignty in England and America*, p. 283.

民”，纽约州的亚历山大·汉密尔顿甚至断言，“人民是动乱而多变的，他们很少作出正确的判断或决定”，因此他建议成立一个永久机构，以制约民众的轻率放肆。<sup>①</sup> 马萨诸塞的艾尔布里奇·格里也对人民参与政治的能力颇为怀疑：“人民通常并不懂政治，很容易为一小撮居心叵测的人误导。”<sup>②</sup> 虽然代表们对民众不信任，但只有民众参与其中，宪法才具有合法性。正是在各州人民辩论、批准宪法的过程中，宪法逐步得到人民的认可，由一纸草案变成国家最高法。正如弗吉尼亚州的詹姆斯·麦迪逊所说：“当文件出自费城会议时，它只是一种方案的草稿，不过是一种僵死的文字，直至经由各州的宪法会议，人民的声音才给它带来了生命力和正当性。”<sup>③</sup>

宪法的制定与批准鲜明地体现了人民主权原则，不过与此同时，也正是因为对民众的不信任，代表们才将固有的法律共识写进宪法。革命后的美国人坚持认为，他们可以理性地“定义自然权利”，学习“如何探索、区分、理解符合自然法则的、道德的、宗教的和有关公民自由的原则”。<sup>④</sup> 大多数政治家相信永恒的正义法则，坚持认为人民制定的法律不能超越他们固定不变的基本权利。麦迪逊就认为，美国需要“一些公正和冷静的裁判”，以控制“各州源于激情和利益的争论”。<sup>⑤</sup> 而由哪个部门来制约多数人的激情，制宪代表们意见不一。宾夕法尼亚州的詹姆斯·威尔逊提议，设立一个特别委员会，由最高法院和总统合力否决违宪的立法动议。在他看来，“法官作为法律的解释者”，自然有权实施司法审查，但这种审查仅限于公认的违宪行为。<sup>⑥</sup> 不过，对于大多数代表来说，人民制定的法律与18世纪影响广泛的法律共识基本是一致的，二者发生冲突的可能性很小。

虽然宪法容纳了人民主权与法律共识这两种具有内在张力的意识形态，但二者的统一被证明是短暂的。在宪法基础上建立起来的合众国，并没有出现建国者所设想的运转良好的政府状态。18世纪最后十年间，是一个“恶性党派斗争”与“近乎

① Max Farrand, ed., *The Records of the Federal Convention of 1787*, Vol. 1, p. 299.

② Max Farrand, ed., *The Records of the Federal Convention of 1787*, Vol. 2, p. 57.

③ “The Jay Treaty. Speech in the Fourth Congress (April 6, 1796),” in Gaillard Hunt, ed., *The Writings of James Madison*, Vol. 6, New York: G. P. Putnam’s Sons, 1900, p. 272, <https://oll.libertyfund.org/titles/madison-the-writings-vol-6-1790-1802>, 访问日期：2019年8月20日。

④ William E. Nelson, “The Eighteenth-Century Background of John Marshall’s Constitutional Jurisprudence,” p. 926.

⑤ “James Madison to George Washington, (April 16, 1787),” in Gaillard Hunt, ed., *The Writings of James Madison*, Vol. 2, New York: G. P. Putnam’s Sons, 1900, p. 346, [https://oll.libertyfund.org/titles/madison-the-writings-vol-2-1783-1787#lf1356-02\\_head\\_113](https://oll.libertyfund.org/titles/madison-the-writings-vol-2-1783-1787#lf1356-02_head_113), 访问日期：2019年7月20日。

⑥ Max Farrand, ed., *The Records of the Federal Convention of 1787*, Vol. 2, p. 73.

歇斯底里的恐怖”的时代。<sup>①</sup> 宪法通过后不久，人们围绕如何解释宪法的问题，逐步形成两个较有组织性的政党：亚历山大·汉密尔顿领导的联邦党和托马斯·杰斐逊领导的民主共和党。双方都认可宪法是一份几近完美的文件，但对宪法的解释经常持不同见解，有时甚至完全相反。之所以如此，根源在于建国者对于合众国以及如何治理合众国持有不同理念。在革命中诞生的美利坚合众国，革命之后的首要任务是对新生国家的性质进行定位：是基于已有的法律共识确立法律秩序还是继续革命？

主导宪法制定的联邦党人试图用成文宪法巩固新生的合众国，稳定后革命时代的秩序，将不断革命的热情控制在法治的框架之内。<sup>②</sup> 在他们看来，以宪法为核心的法律是固有共识的反映，人民只能在原初立宪的时刻行使权力，而后便受到宪法的约束。相反，以杰斐逊为首的民主共和党拥抱的却是不断革命的思想，他们认为革命才是新生合众国的精神所在。在给麦迪逊的信中，杰斐逊清晰地阐明了这一思想：

没有一个社会能够制定一部永久性的宪法，甚至一条永久性的法律。  
地球始终属于活着的这一代人……他们的前辈制定的宪法和法律，随着赋予它们生命的人的逝去而自然消亡……如果它被强制执行更长的时间，那就不是正义的行为，而是暴力行为。<sup>③</sup>

杰斐逊对宪法的永久持续不屑一顾，认为每一代人都有权决定自己的命运，人民的多数即可以人民的名义重新制定宪法。汉密尔顿与杰斐逊对宪法功能的认识也不同，前者认为宪法应该成为执行政府意志的工具；后者则认为宪法应该是限制政府意志和权力的机制。<sup>④</sup> 总的来说，联邦党人“主张限制人民的权力”，民主共和党人则“希望无限扩大人民的权力”。<sup>⑤</sup> 尽管两党存在分歧，但是两党温和的中间派都认为，人民意志不会与基本的法律共识发生冲突，立法和行政部门的政策应该是二者的共同体现。但在被迫作出选择时，联邦党人通常会宣称他们对宪法和法律的偏好，而民主共和党人则普遍宣称他们忠于人民的意愿。

① Larry D. Kramer, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 93.

② 刘晗：《合众为一：美国宪法的深层结构》，北京：中国政法大学出版社，2018年，第89页。

③ “To James Madison from Thomas Jefferson, (September 6, 1789),” in Charles F. Hobson and Robert A. Rutland, eds., *The Papers of James Madison*, Vol. 12, Charlottesville: University Press of Virginia, 1979, pp. 382–388, <https://founders.archives.gov/documents/Madison/01-12-02-0248>, 访问日期：2019年12月1日。

④ 王希：《原则与妥协：美国宪法的精神与实践》，北京：北京大学出版社，2014年，第136页。

⑤ 托克维尔：《论美国的民主》上卷，董果良译，北京：商务印书馆，2007年，第197页。

不过，联邦党人稳定新生合众国的努力，最终因为1800年大选杰斐逊的胜利而告一段落。1801年的政府换届不仅仅是政府官员的换届，也是新生合众国第一次政党更迭。对杰斐逊来说，政治身份的统一是由“政治多数”产生的，“政治多数”代表着“国家的声音”。<sup>①</sup>他宣称，他的胜利是通过大选而完成的第二次革命。<sup>②</sup>在人民主权原则盛行、党争越发激烈的大背景下，双方都不把司法部门看作独立的分支，而是将其作为可以利用的工具。在1800年大选中失利、即将卸任的约翰·亚当斯总统，就将保存联邦党实力的希望寄托于不受选举影响的司法部门，他不仅提名与自己政见相近的温和联邦党人约翰·马歇尔为最高法院首席大法官；而且通过增设法官职位达到控制司法部门的目的。与亚当斯针锋相对的杰斐逊成为总统后，对这一司法任命非常愤慨，斥之为“A先生（即亚当斯——引者注）拿着皮鞭和马刺威逼出来的”。<sup>③</sup>在民主共和党人看来，联邦党人已退居法院这个堡垒，试图摧垮民主共和党的一切事业。杰斐逊密友、众议员威廉·布兰奇·贾尔斯甚至宣称：“除非使当前的司法机构停止运转，推倒重建，否则别无他法可以让这个糟糕的系统走上正轨。”<sup>④</sup>

## 二、约翰·马歇尔的美国宪法观

联邦党与民主共和党之间的政治斗争，对于理解约翰·马歇尔的宪法观至关重要，不过，其宪法观的形成首先源于他参加独立战争的经历。1755年出生于弗吉尼亚的马歇尔，是美国国父乔治·华盛顿的邻居和好友。由于不满英国不合理的统治，早在《独立宣言》发表之前，他就加入抗英队伍之中，之后加入大陆军的弗吉尼亚军团。1777年冬季，马歇尔追随华盛顿在福吉谷度过大陆军最为严酷的时刻。他在后来为华盛顿所作的传记中写道：“很少有战争时期比福吉谷的美军更加危险。即便在部队不是完全断粮的情况下，他们的储备也是如此之少，以至于不够一星期

① Paul Kahn, *The Reign of Law: Marbury v. Madison and the Construction of America*, New Haven: Yale University Press, 1997, p. 10.

② 参见Susan Dunn, *Jefferson's Second Revolution: The Election of 1800 and the Triumph of Republicanism*, Boston: Houghton Mifflin Harcourt, 2004.

③ “Thomas Jefferson to Henry Knox (March 27, 1801),” in Paul L. Ford, ed., *The Works of Thomas Jefferson*, Vol. 9, New York and London: G. P. Putnam's Sons, 1905, p. 237, [https://oll.libertyfund.org/title/ford-the-works-vol-9-1799-1803#Jefferson\\_0054-09\\_377](https://oll.libertyfund.org/title/ford-the-works-vol-9-1799-1803#Jefferson_0054-09_377), 访问日期: 2019年7月25日。

④ Richard E. Ellis, *The Jeffersonian Crisis: Courts and Politics in the Young Republic*, New York: Oxford University Press, 1971, p. 21.

的口粮。”<sup>①</sup>“对于马歇尔的独特才能来说，福吉谷的训练超过了牛津或剑桥可能给予他的训练。”<sup>②</sup>更为重要的是，跟随华盛顿的军旅生涯，使他坚定了忠于一个有效联邦的信念。“我坚信美利坚合众国是我的国家、国会是我的政府。我如此坚信这一点，以至于它们成为我生命的一部分。”<sup>③</sup>对于一个强有力联邦的向往和热爱，使得他逐步形成了联邦主义思想。

独立战争结束后，马歇尔一边从事律师职业，一边参与弗吉尼亚政务。1788年他参加弗吉尼亚州召开的联邦宪法批准大会，对联邦宪法尤其是第三条的联邦司法权进行了精彩辩护，为弗吉尼亚州批准宪法作出巨大贡献。作为一个温和的联邦党人，马歇尔积极捍卫华盛顿政府的各项政策，<sup>④</sup>但不愿出任公职，多次婉言谢绝华盛顿的邀请。不过，出于对国家的忠诚及个人原因，他于1797年接受亚当斯总统的请求，作为三人使团的一员前往法国，就当时美法紧张局势进行和谈，但和谈失败，美法随即进入准战争状态。而国内愈演愈烈的党派斗争，导致由联邦党人占多数席位的国会于1798年通过四部既弥漫着爱国情绪又充满政治歧见的法律：《归化法》《敌对外侨法》《客籍法》和《惩治煽动叛乱法》，以打压民主共和党。法案的通过，引起民主共和党对政府新一轮的攻击，如杰斐逊就谴责《惩治煽动叛乱法》违宪，宣称：“各州都享有天然的自主权……可以终止那些超越授权范围的法案。”<sup>⑤</sup>

虽然党派斗争达到白热化，但是马歇尔依然保持惯有的理性，怀疑出台《惩治煽动叛乱法》是否明智。他认为，“即使心怀善意的人们，也认为其在宪法上缺乏依据”，“不管这些法案是否存在，他们都会想办法找到途径来表达自己的意见。同

① 马歇尔对华盛顿极为推崇，华盛顿去世后，其侄布什罗德·华盛顿邀请马歇尔为华盛顿作传，并将华盛顿相关档案资料交与他，后来马歇尔相继出版五卷本的《乔治·华盛顿传》，现已有多个版本。John Marshall, *The Life of George Washington, Commander in Chief of the American Forces, During the War Which Established the Independence of His Country, and First President of the United States*, Vol. 2, Fredericksburg, V. A.: The Citizens' Guild of Washington's Boyhood Home, 1926, p. 433.

② Albert J. Beveridge, *The Life of John Marshall*, Vol. 1, Boston and New York: Houghton Mifflin Company, 1916, p. 119.

③ John Stokes Adams, ed., *John Marshall: An Autobiographical Sketch*, Ann Arbor: University of Michigan Press, 1937, pp. 9-10.

④ 马歇尔坚决支持华盛顿总统的中立外交政策，并多次组织聚会，发表匿名文章，为其政策辩护。参见 Harry Ammon, "Agricola versus Aristides: James Monroe, John Marshall, and the Genet Affair in Virginia," *The Virginia Magazine of History and Biography*, Vol. 74, No. 3, 1966, pp. 312-320.

⑤ Resolutions as Adopted by Both Houses of Assembly, [https://www.constitution.org/rf/vr\\_1798.htm](https://www.constitution.org/rf/vr_1798.htm), 访问日期：2019年9月10日。

时，还有很多怀有其他动机的人”。<sup>①</sup>1799年，在弗吉尼亚联邦党势力居于下风的情况下，马歇尔参与国会众议员竞选并成功当选，成为亚当斯总统温和联邦主义的主要代言人。鉴于马歇尔的表现，1800年6月，亚当斯任命马歇尔为国务卿，并在1801年卸任前提名马歇尔为最高法院首席大法官。

毫无疑问，马歇尔相信自然权利，相信在国会立法之上有一个人民普遍认可的法律共识原则。他在弗吉尼亚宪法批准大会上清晰地表达了这一点：“遵循固有原则的信念——一个自由的民族永远不应该背离的基本原则”，“他们在任何政府里都是必要的，在民主政府体制里更是必不可少”。马歇尔认为，民主政府最应该遵守的固有原则是“对正义和公众信仰的严格遵守，以及对美德毫不动摇的坚持”。<sup>②</sup>就任首席大法官后，他多次阐述这一理念。在1810年的弗莱彻诉佩克案中，针对佐治亚认为该州议会不受制于最高法院的判决，他宣称，“有某些重要的正义原则，其权威是普遍承认的，不应当被完全忽略”。<sup>③</sup>

对于流行的人民主权观念，马歇尔虽不像激进联邦党人那样排斥，但是他对18世纪90年代党派冲突和民主狂热还是极为不满。他说，“每个州都成立了两个党派，他们留下了显著不同的印记，并通过系统的安排追求不同的目标”；民主共和党试图通过人民的意愿来改革社会弊端，“导致对社区每一个成员都至关重要的政策的不确定性，也使那些原本应该永恒的原则出现极大的不稳定性，由此造成诸多弊政”。相比较而言，马歇尔对联邦党人给予了极大肯定，认为他们“一直努力不懈、热情不减地坚守公共和私人事务的惯常原则”，称他们是“司法和行政部门始终如一的朋友”。<sup>④</sup>

尽管马歇尔坚信法律有其固有的不可改变的原则，但他清楚地认识到，不能无视人民的意愿。在弗吉尼亚联邦宪法批准大会上，他表示“将民主视为保护自由的最佳手段”。<sup>⑤</sup>10年后的1798年，他仍然相信，“美国人民用宪法造就的政府取代

① William C. Stinchcombe et al., eds., *The Papers of John Marshall*, Vol. 3, Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 1979, p. 485.

② Jonathan Elliot, ed., *The Debates in the Several State Conventions of the Adoption of the Federal Constitution*, Vol. 3, Philadelphia: J. B. Lippincott & Co., 1863, pp. 222-223.

③ *Fletcher v. Peck*, 10 U.S. 87, 133(1810). 本条注释中 10 U.S. 指的是《美国联邦最高法院判例报告》第10卷，87为第10卷中的起始页码，133为引文页码。本文以下所有引自《美国联邦最高法院判例报告》的注释都如此处理，即第一个页码为卷的起始页码，第二个及之后的页码都是引文页码。

④ John Marshall, *The Life of George Washington, Commander in Chief of the American Forces, During the War Which Established the Independence of His Country, and First President of the United States*, Vol. 2, Philadelphia: James Crissy, and Thomas, Cowperthwait and Co., 1843, pp. 103-104.

⑤ Jonathan Elliot, ed., *The Debates in the Several State Conventions of the Adoption of the Federal Constitution*, Vol. 3, p. 222.

了英国国王的政府。多数人的意志产生、批准和引导我们这个宪法政府，它虽然不是最完美的，但对自由人来说，最好的规则……就是服从由多数人选举出来的代表制定的法律”。<sup>①</sup> 在1799年马歇尔竞选国会议员时，他再次表达了这一思想：“宪法是经过人民意志批准，为维护人民自由、财富和幸福而存在的”，“无论从感情上还是从我们与生俱有的利益上，作为一个美国人，就该服从宪法的基本原则”。马歇尔承诺：如果能够当选，他“将听取我的选民的声音”。<sup>②</sup>

与激进联邦党人不同，马歇尔希望在人民主权与法律共识原则之间寻求平衡，将多数人的观点和更古老的固有原则融合在一起，形成一种新的治理风格。<sup>③</sup> 对刚就任首席大法官的马歇尔来说，这种平衡不仅必要，而且非常迫切。当时，最高法院不仅权威有限，而且处于被攻击的状态，不是被暴徒或地方小册子作者攻击，而是被正式当选的立法部门和行政部门的代表攻击。杰斐逊就任总统后，虽然在公开场合展现出党派和解的倾向，但在私人通信中依然带有鲜明的党派色彩。他抨击前总统亚当斯增设法官、控制法院的计划，认为此举将使联邦党人的力量得到“保全，并由财政部供养”，“而民主共和党的工作将接连受到打击”。<sup>④</sup> 对此局面，民主共和党议员不止一次警告道：任何“把司法凌驾于行政和立法之上的联邦主义，以及使那些受宠的部门拥有影响力”的企图，都会“以司法的衰弱和失宠而告终”。<sup>⑤</sup>

激烈的党派斗争促使最高法院改变自己的角色，而法官们要想保住职位、树立司法权威，某种程度上也要减少自身的党派性。不过，党派压力并不能完全解释马歇尔宪法观的实质。一方面，马歇尔明确表示在案件审理过程中要“忽视这些压力”，而且他和同事们无论在联邦法院还是州法院都不曾简单地迎合多数人的意志。<sup>⑥</sup> 另一方面，他也意识到多数人的意志代表着人民主权，不能完全忽视立法部门与行政部门的意志。

① Albert J. Beveridge, *The Life of John Marshall*, Vol. 2, Boston and New York: Houghton Mifflin Company, 1916, p. 402.

② Charles F. Hobson, ed., *John Marshall Writings*, New York: Literary Classics of the United States, Inc., 2010, pp. 147-148, 150.

③ 马歇尔这一宪法观何时形成并没有明确的时间点，由于他关注的大都是即时的政治争议，而非永恒的政治理论原则，加之马歇尔本人并不注重保存记录（他的文集比同时代其他政治家及法学家要少得多），因此有关他的宪法观，笔者是从阅读马歇尔文集及他判决的重要宪法案件中总结出来的。

④ H. A. Washington, ed., *The Writings of Thomas Jefferson*, Vol. 4, Washington, D. C.: Taylor & Maury, 1854, pp. 424-425.

⑤ William E. Nelson, “The Eighteenth-Century Background of John Marshall’s Constitutional Jurisprudence,” p. 933.

⑥ Charles Warren, *The Supreme Court in United States History*, Vol. 1, Boston: Little, Brown & Co., 1924, p. 270.

在党派斗争剑拔弩张的氛围中，最高法院能够独立于其他两个部门并逐步树立权威，重要原因就在于马歇尔的宪法观及其实践：在固有的法律共识与人民主权之间进行平衡，将最高法院的管辖权限定在具有普遍共识的法律议题之内，努力将最高法院打造成一个超越党派冲突的、公正的仲裁者，一个代表公共利益的机构，以此协调和制衡立法部门和行政部门出现的“民主的激情”。特别是在一个派系越来越分化、同质性越来越少的社会里，他希望最高法院通过对宪法的解释，来维持和加强社会的共和美德，以宪法来维系各州之间的团结与协作，构建一个以宪法为中心的共同体。

简单地说，马歇尔平衡法律共识与人民主权的主要方法，就是区分法律和政治，将具有普遍共识的议题列入法律范畴，由各级法院根据宪法和法律以司法诉讼的方式独立解决；而将其他难以达成共识的议题列入政治范畴，由立法部门和行政部门根据多数人的意志予以解决。当然，这种宪法学思想并不是马歇尔独创，他也不是第一个将这种思想运用于具体案例的法官。在马歇尔之前，最高法院已经开始朝着司法独立于政治的方向迈进，1792年的海伯恩案就是鲜明的例证。<sup>①</sup> 不过，在马歇尔之前，最高法院还是过多地涉足政治事务，特别是第一任首席大法官约翰·杰伊和第三任首席大法官奥利弗·埃尔斯沃斯在任期间，相继接受出使英国和法国的任务，这种司法事务之外的任命，给新生的最高法院带来严重的负面影响。

尽管法律和政治的界限并不清晰，但马歇尔还是试图确定这一界限，将最高法院的职权限定在法律的框架之内。早在1800年马歇尔作为国会议员为罗宾斯案辩护时，就对法律和政治的界限作过论述。他认为，宪法没有授予司法部门“任何政治权”，它只能判决法律案件，这也是对其权力最为重要的限制。而法律案件与政治争端的区别在于：“法律案件有其具体的界定，它是双方当事人根据一定程序，通过法庭辩论最终达成司法判决。司法权不能扩及宪法之下的所有问题，因为这会涉及适合于立法讨论和决定的问题；司法权也不能扩及法律和条约之下的所有问题，因为这会触碰行政部门处理的问题。如果司法权扩展到宪法、法律和条约之下的所有问题，那么分权原则将不复存在，其他部门将被司法部门所吞并。”<sup>②</sup>

不是所有缘于宪法的问题都是法律问题，一些问题属于政治问题，法院只能判决法律问题，而无权判决政治问题。在就任首席大法官后，马歇尔多次强调法院与行政和立法部门的不同。他认为，立法部门和行政部门履行的是不影响个人权利的

① *Hayburn's Case*, 2 U.S. 409 (1792). 1792年，国会通过《伤残者抚恤金法》，由巡回法院决定退伍老兵是否具有申领抚恤金的资格。对于这一法案，参与巡回法院的最高法院大法官们一致认为，该法所规定的事项不具有司法属性，不属于宪法赋予法院的职责，法院不能据此执行该法。

② Charles T. Cullen et al., eds., *The Papers of John Marshall*, Vol. 4, Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 1984, p. 95.

其他职责。<sup>①</sup> 马歇尔认为，在涉及具有普遍共识的法律议题时，最高法院必须作出判决，以防止政治的侵犯；而在其他未有共识的议题上，马歇尔则非常尊重人民的意志——立法和行政部门的决策。

马歇尔就任首席大法官伊始，就遇到一个棘手的案件——美国诉佩吉号帆船案，一起因美法之间准战争状态而引起的战利品纠纷案。在由马歇尔起草并发布的判决中，他认为，美法两国的条约，在法律效力上胜过普通的民事诉讼判决，特别是考虑到外交政策已延伸到“在战争需要的情况下，牺牲个人权利”的地步，它“不应由法院，而应由政府来决定是否给予合适补偿”。<sup>②</sup> 在该案中，马歇尔充分肯定总统处理外交事务的自由裁量权，有意识地避免司法部门卷入复杂的政治论争之中。在处理由外交事务引起个人权利受损的案件中，最高法院首先考虑的是行政部门的自由裁量权。由于最高法院对政治力量施加影响的脆弱性，这在某种程度上也强化了大法官们对于国会广泛自由裁量权的认可度。早在1805年的美国诉费希尔案中，马歇尔就对宪法第一条第八款的“必要与适当条款”给予广义的解释，认为“国会必须拥有选择手段的权力，必须被授权使用任何有助于实施其权力的手段”。<sup>③</sup> 司法部门不干涉政治进程，不仅是司法自我克制的谨慎行为，而且是对多数人意志的默认。

### 三、捍卫法律共识

马歇尔的美国宪法观在他判决过的重要宪法案件中得到充分体现。尤其是在捍卫法律共识方面，马歇尔认为，这属于司法部门管辖范围，即使涉及与立法部门和行政部门之间的争议。马伯里诉麦迪逊案即是例证。该案是马歇尔就任首席大法官后判决的第一起重要宪法案件，也是最高法院首次将一项国会立法宣判为违宪，标志着美国司法审查制度的确立，其重要性不言而喻。<sup>④</sup>

① Robert Kenneth Faulkner, *The Jurisprudence of John Marshall*, Princeton: Princeton University Press, 1968, p. 79.

② *United States v. Schooner Peggy*, 5 U.S. 103, 110 (1801).

③ *United States v. Fisher*, 6 U.S. 358, 396 (1805).

④ 自马伯里诉麦迪逊案判决之后，学界和政界对该案的研究热情不减；加之该案是一起深受政治影响的案件，对于马歇尔司法判决的动机，学者众说纷纭。其中以两种截然不同的观点最为典型，一是认为马歇尔具有明显的党派性，其论证虽有违司法常规，但不光彩的动机成就了伟大的事业，其中以美国学者艾尔伯特·贝弗里奇、国内学者任东来等为典型代表；二是认为马歇尔对该案的判决完全持中立立场，其逻辑论证严密，而且通过此案达到了政治中立的目的，其中以美国宪法学者威廉·E. 威尔逊和查尔斯·F. 霍布森为典型代表。马伯里诉麦迪逊案的相关争论，参见 Mark Tushnet, ed., *Arguing Marbury v. Madison*, Stanford: Stanford University Press, 2005.

该案发生于合众国第一次重大政治危机时刻。与建国者的希望相反，政党在1800年选举时已经形成，杰斐逊和民主共和党击败了时任总统亚当斯和联邦党，不仅赢得总统大选，而且在国会中占据优势地位。落败的联邦党迅速通过《1801年司法法》和《哥伦比亚特区治安法》，以增设法官职位的办法保存实力。原告马伯里获得了哥伦比亚特区治安法官的任命，但因党派斗争而未能拿到委任状，因此上诉至最高法院。虽然该案由激烈的党争引起，但大法官认为此案关系已有的法律共识，即个人的法定权利受损后能否得到救济、行政部门是否应该遵守法律，因而在司法权的管辖范围之内。

马歇尔起草并发表了最高法院的一致意见。在该意见中，他首先认可了马伯里的法定权利受到侵犯，“总统已经在委任状上签了字，国务卿也加盖了国玺”，马伯里获得了任命，国务卿麦迪逊扣押其委任状的行为是非法的。既然如此，“我们的法律”理应为其“提供救济”，这样才“无愧于‘法治政府’这一崇高称号”。<sup>①</sup>

针对麦迪逊是否有权按照总统的指示对最高法院的要求置之不理，马歇尔认为，麦迪逊是作为国家公共官员而不是杰斐逊的下属在行事，因此他应该尊重法律的权威，而不是听从总统的指示。“根据美国宪法，总统掌管某些重要的政治权力，在行使这些权力的过程中，他可以使用自由裁量权，同时仅以其政治人格对国家和自己的良心负责。”这属于政治范畴，法院不能调查政治行为。“但是，当立法机关继续将其他职责赋予这一官员时——当他接受法律强制去执行某些行为时，当个人的权利有赖于那些行为的实施时——就此而言，他就是法律的执行者，其行为必须守法，不能因行使自由裁量权而践踏其他人的法定权利。”<sup>②</sup>

马歇尔以法治为原则，将杰斐逊政府置于反法治的境地之中，由此构成对后者破坏法治的强烈控诉，为最高法院掌握司法审查权作了很好的铺垫。马歇尔认为，尽管马伯里的法定权利受到侵犯，有权获得法律的救济，但最高法院对此案无管辖权。他必须到地方法院为自己的冤情寻求救济，若认为地方法院判决不公，他可一步步上诉至最高法院。马伯里不能依据国会通过的《1789年司法法》第13条直接上诉到最高法院，因为《1789年司法法》第13条与宪法的有关规定相冲突。马歇尔认为，制宪是人民“原始权利”的伟大运用，但这种权利的运用“不能也不应该经常地反复”。所以，宪法一旦制定，其基本原则也就建立了起来，其权威在制宪时就被认为具有“超越一切的”和“恒久的”性质，“与宪法相抵触的立法法案都是无效的”。<sup>③</sup>

最高法院行使司法审查权，是对个人法定权利的司法保护，不涉及应由行政部

① *Marbury v. Madison*, 5 U. S. 137, 162, 163 (1803).

② *Marbury v. Madison*, 5 U. S. 137, 165-166 (1803).

③ *Marbury v. Madison*, 5 U. S. 137, 177 (1803).

门和立法部门处理的政治问题。尽管民主共和党人对马歇尔非常不满，但他们并没有批评这一判决。之所以如此，是因为马伯里要求颁发委任状，如同财产权一样，在当时人的观念中是不容侵犯的基本权利。<sup>①</sup>正如麦迪逊在《联邦党人文集》第10篇中所说的那样，宪法的目的是遏制民众统治的危险，确保“公共利益和私人权利免遭多数派系的危害”。<sup>②</sup>

实际上，该案是马歇尔对杰斐逊不断革命思想的回应。作为温和的联邦党人，马歇尔坚持原初立宪的抽象的人民主权观念，宪法可以审查和否决与之相左的人民代表的意志，无论是国会还是州立法机关通过的立法。正如学者保罗·卡恩所说，在19世纪初的美国，“革命和法律作为相互竞争但又相互关联的力量，继续搅动着美国人的政治想象……马伯里诉麦迪逊案是最高法院建立以法治为特征的美国政治秩序的自觉努力”。<sup>③</sup>

坚定捍卫私有财产权，是马歇尔时期最高法院的鲜明特征。1810年弗莱彻诉佩克案和1819年达特茅斯学院诉伍德沃德案，是这一时期的典型案件。弗莱彻诉佩克案涉及佐治亚州的两项法律——《1795年土地法》和1796年《撤销法令》。《1795年土地法》授予原告土地所有权，但由于参与制定该法的佐治亚州议员的受贿丑闻，1796年新一届议会通过《撤销法令》将《1795年土地法》予以废除。两个相互冲突的法令引起严重的社会混乱，由腐败的立法者作出的出售土地的授权，是否可被后来的立法机关撤销？政治腐败和私有产权交织在一起，马歇尔和同事们没有被一时的民意裹挟，而是再次诉诸法律共识：私有财产权必须得到捍卫。

在代表最高法院起草的一致判决中，马歇尔明确表示对政治腐败的担心和不齿，但他并不认为法院有权对立法机关的腐败行为进行审查。立法机关的腐败行为属于议会的职权范围，法院不能也无法对立法动机进行审查；对法院来说，真正的问题是私有财产权，是捍卫个人的法定权利不受侵犯。根据普通法原则，如果仅仅是双方当事人之间的转让行为，有一方存在明显的欺诈行为，那么当事人之间的转让将被撤销；但若第三方在不知情的情况下参与其中，那么财产权就成为不可剥夺的绝对权利，无辜第三方的权益不能弃之不顾。在马歇尔看来，“产权，无论依据何种法律标准，都是一种完全的权利”。如果无辜第三方的权益可以被随意侵犯，“那么一切产权都将不安全，人与人之间的交易将受到严重阻碍”。<sup>④</sup>

除了根据普通法原则解释外，马歇尔还首次援引宪法契约条款，论证《撤销法

① William E. Nelson, *Marbury v. Madison: The Origins and Legacy of Judicial Review*, p. 8.

② Alexander Hamilton, John Jay and James Madison, *The Federalist*, Indianapolis: Liberty Fund, 2001, p. 45.

③ Paul Kahn, *The Reign of Law: Marbury v. Madison and the Construction of America*, pp. 10–11.

④ *Fletcher v. Peck*, 10 U.S. 87, 133, 134 (1810).

令》违宪。他指出，土地买卖的法律，“本质上是一项契约，当依据该契约转让了绝对的权利后，即使撤销了这项法律，也不能剥夺这些权利。如果要合法地废除这些权利，那么废除的权力也应平等地掌握在每一个成员手中”。“不论是依照我们的自由体制所共有的普遍原则，还是依照合众国宪法的特定条款，佐治亚州都不得通过一项法律来合宪合法地损害原告所购土地的产权，并使之无效。”<sup>①</sup>

最高法院将该案核心议题界定在私有财产权的范围之内，这是一个在政治上没有争议的问题，而且可以唤起合众国人民保护个人法定权利的强烈欲望。马歇尔诉诸普通法原则以及宪法条款中固有的法律原则，不仅化解了困扰佐治亚和美国国会的政治争论，而且再次强化了人民的法律共识。正因为此，该案不仅在当时赢得广泛赞同，而且作为私有财产权不被州侵犯的典型个案，被联邦法院和各州法院援引数千次。历史学家皮特·马格拉斯就认为，该案是一个几近完美的判例，“与大多数有政治意识的美国人的价值观一致”。<sup>②</sup>

在达特茅斯学院诉伍德沃德案中，新罕布什尔州议会试图更改达特茅斯学院的特许状，将其从原来的私立学院变成由州政府控制的公立大学，争议由此产生。在经历一场漫长而激烈的政治争论之后，案件被上诉至最高法院。

在马歇尔起草的多数意见中，他再次以人民普遍认可的法律共识来论证他的主张：“本案当事人双方对一般原则、对宪法在理论上的真实含义并无多大分歧，分歧主要表现在这些原则如何适用于本案以及1769年特许状的真实含义。”<sup>③</sup>如果达特茅斯学院的设立是一种政治权力的授权，或者它是一个由政府管理的民事机构，或者该学院的资金是公共财产，或者新罕布什尔州政府是该交易过程中的唯一利害关系人，那么新罕布什尔州立法机关就可以更改特许状，将其变成公立大学。但是，如果它是一个私人慈善机构，其获得财产的方式与政府无关，且资金来源于私人的赠予，那么立法机关就不能随意更改特许状。

在详尽地分析各种情况之后，马歇尔认为，达特茅斯学院是一个私人慈善机构，它由私人捐赠而建，“其资金完全是私人性的和慈善性的”，达特茅斯学院人员从事教育事业的事实，“并不能使他们转变成为公共官员，从而牵涉公共职责；也没有赋予立法机关干涉这些资金管理的权力”。<sup>④</sup>因此，其特许状理应受到宪法契约条款的保护，各级政府不得随意更改其章程。契约是神圣的，州议会无权改变，它也不会因为政局的变动而失去应有的效力。除此之外，马歇尔还强调，宪法契约

① *Fletcher v. Peck*, 10 U.S. 87, 135, 139 (1810).

② C. Peter Magrath, *Yazoo: Law and Politics in the New Republic: The Case of Fletcher v. Peck*, Providence: Brown University Press, 1966, p. 114.

③ *Dartmouth College v. Woodward*, 17 U. S. 518, 629 (1819).

④ *Dartmouth College v. Woodward*, 17 U. S. 518, 634-635 (1819).

条款的目的，“就是要限制未来立法部门对财产权的侵犯”，<sup>①</sup> 这确立了一项对未来产生重大影响的宪法解释原则，即各种形式的产权，不论属于个人还是法人，也不管来自契约还是市场，都可以得到宪法契约条款的保护，免受立法机关的干涉。最高法院将一如既往地捍卫个人的法定权利，包括法人产权。

马歇尔对本案的判决，使得私人团体和商业公司可以像自然人一样，受到宪法的保护、免受各州的干预，这极大地刺激了私人投资。1819年后，私人团体和商业公司如雨后春笋般出现证明了该判决的影响力。考虑到该判决所产生的变革性影响，有学者将马歇尔看作有智慧的政治家，他试图通过塑造法律以实现他希望得到的结果。<sup>②</sup> 不过，就马歇尔的判决来看，他并没有意图超越法律，以此为美国未来的商业发展提供便利，而仅仅是就私立教育机构的法律身份问题进行鉴别。他不是从政治家的立场去预知未来，而是以一贯的立场捍卫普遍的法律共识。正如学者 R. 肯特·纽迈耶所说，在该案中，马歇尔只不过是“对植根于弗吉尼亚传统的普通法进行解释，他运用普通法来解释有关慈善公司和既得权利的原则”，并没有在原则上进行创新。<sup>③</sup>

马歇尔及其同事坚决捍卫个人的法定权利，即使与其他两个部门或州产生龃龉也在所不惜，就是因为私人产权等个人权利，被认为是“先于宪法而存在，并在宪法中得到进一步确认和保障的权利”。如果一项立法侵犯了私人产权，将被认为是超出了立法权应有的限度。在具有普遍共识的法定权利议题上，最高法院拥有最终管辖权。马歇尔在具体的案件判决中，不仅坚持普通法原则，还激活宪法契约条款，将之变成捍卫个人财产权、反对州立法侵犯的有力武器。这些有关契约条款的判决，逐步构成学者爱德华·考文所说的“美国宪法法的基本原则”。<sup>④</sup>

## 四、维护联邦主权

自马伯里诉麦迪逊案确立司法回避政治问题的原则之后，最高法院尽量避免判决那些非常有政治争议的案件，而努力保护美国人确信无疑的既定权利。最高法院试图把有政治争议的问题留给立法部门处理，一旦立法部门获得广泛公众支持，以

① *Dartmouth College v. Woodward*, 17 U. S. 518, 628 (1819).

② 例如，美国宪法学者伯纳德·施瓦茨认为：“大法官完全了解他们判决的社会经济后果……马歇尔同样把法律看作满足社会需要的工具。在类似达特茅斯学院这样的案件中，他帮助确立了既能保护财产权又能促进经济增长的法律原则。”参见 Bernard Schwartz, *A History of the Supreme Court*, Oxford: Oxford University Press, 1993, p. 51.

③ R. Kent Newmyer, *John Marshall and the Heroic Age of the Supreme Court*, p. 252.

④ Edward S. Corwin, “The Basic Doctrine of American Constitutional Law,” *Michigan Law Review*, Vol. 12, No. 4, 1914, p. 247.

立法的方式解决了冲突，即使一个或更多的组织继续反对，只要不是明显的违宪行为，法官就会让国会立法发挥决定性作用。在这方面，突出的例子就是有关联邦主权的议题。

在建国初期，联邦和州的关系可谓美国政治的重心。宪法虽然创建了联邦政府，但没有明文授予联邦主权。人民主权是各州人民主权还是全国抽象的人民主权，成为一个极具争议的政治问题。在许多强调联邦权的人看来，人民主权自然是全国人民主权，权力重心应该转移至联邦；而对州权主义者来说，联邦宪法仅仅是对《邦联条例》的修改，并没有改变州主权的实质。加之宪法言辞模糊，人们对宪法的解释不一，争端不断。马歇尔及其同事在有关联邦主权的案件中，一方面诉诸宪法的文本和精神，另一方面依赖于国会的立法来维护联邦主权。在这方面，马歇尔判决过的重要宪法案例有1819年麦卡洛克诉马里兰案和1824年吉本斯诉奥格登案。

麦卡洛克诉马里兰案<sup>①</sup>是马歇尔处理过的最富有争议的判决，该案涉及的宪法争端是有关第二合众国银行成立以及各州对其征税的合宪性问题。该问题早在1791年第一合众国银行成立时就引发广泛的宪法争议，虽然合众国银行最终得以成立，但反对声音不断。当1811年第一合众国银行20年授权到期时，国会因一票之差未能继续授予其特许状，其后的美英战争（1812—1814）使本来就很脆弱的联邦财政更加混乱不堪。为整顿混乱的金融秩序，1816年第二合众国银行成立。银行成立后，很快改善了全国混乱的金融秩序，为经济增长增添了动力。但它部分控制货币市场以及在各州设立分行的行为，某种程度上抢占了各州州立银行的地盘和生意，因此遭到州的反对。而1818年的经济下滑，导致反对第二合众国银行的声音高涨，包括马里兰在内的一些州通过对其分行征税的办法，试图挤走这些分行。<sup>②</sup>

由于宪法没有明确授权国会成立合众国银行，合众国银行的合宪性一直受到质疑。正如马歇尔在判决中所说，成立国家银行是否是国会管控货币的必然要求，这是“一个不能确定的问题，一个人类的理性会踌躇、人类的判断会停顿的问题，一个完全不涉及自由的伟大原则的问题”。<sup>③</sup>对于马歇尔和最高法院来说，最稳妥的办法就是遵循人民的意愿，遵从立法部门的决策。

在马歇尔起草并宣读的一致意见中，他从人民主权的角度，详细解释了国会拥有广泛的自由裁量权设立国家银行。他指出，宪法来自作为主权者的广大人民，是

① 有关麦卡洛克诉马里兰案的具体情况，参见郭巧华：《约翰·马歇尔与“麦卡洛克诉马里兰”案》，《史学月刊》2015年第5期。

② Ralph C. H. Catterall, *The Second Bank of the United States*, Chicago: The University of Chicago Press, 1903, pp. 64-65.

③ *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316, 401 (1819).

人民让联邦拥有高于州的权威。宪法草案经由各州人民成立的宪法批准大会同意和批准，以人民的名义制定与实施。批准还是否决宪法，人民有完全的决定权，无须州政府的确认，州政府也不能否决。宪法一旦被人民批准，就具有完全的约束力，可以限制各州主权。因此，“联邦政府……确实是一个人民的政府，不论在形式上还是实质上，联邦政府都产生于人民，其权力由人民授予，直接对人民行使，并且为了人民的利益而行使”。<sup>①</sup>

针对宪法没有明文授权国会成立合众国银行的指控，马歇尔认为，宪法也没有排除附属权力或暗含权力存在的可能，并且也没有任何语句要求对所有授权事项都必须加以明确细致的表述。马歇尔写道：“宪法的性质要求它是纲要性的，仅指出重要目标，至于这些目标的具体细微构成，则由这些目标本身的性质演绎而来。”宪法第一条第八款规定，国会有权“制定为执行……一切权力所必要的适当的法律”，<sup>②</sup>这样高度概括性的语句，本身就意味着需要对宪法进行宽泛的解释，只有这样，联邦政府才能有效履行宪法赋予的职责。“我们必须牢记我们正在解释的乃是一部宪法。”<sup>③</sup>这句话确定了宪法解释的主题——即宪法不能被理解为“用小字体写就的保障条款，而应当被理解为着眼于不确定的无限未来的……政府安排”。<sup>④</sup>此后，这句话经常被援引，以证明宪法解释可以随时代的发展而不断变化。

从联邦宪法的本源和性质出发，马歇尔论证了国会成立第二合众国银行的合宪性。宪法虽然没有明确授予联邦政府成立银行或公司的用语，但宪法明确赋予联邦政府征税、借款、规制商业活动等重要权力。“权力已被授予，为其行使提供便利，这是国家利益之所在。禁止选用最为适当的行使手段，并以此阻碍权力的行使，使之陷入窘境，绝不符合人民的利益，更不能被认为是他们的初衷。”<sup>⑤</sup>国会为人民意志的集中体现，法院“必须容许其对宪法所授权的行使方法享有自由裁量权，以使政府能够以最有利于人民的方式，履行宪法所赋予的神圣职责”。马歇尔认为：“只要目的合法，并在宪法允许的范围之内，则所有适当的、显然合乎该目的而未被禁止的、与宪法条文和精神一致的手段，都是合乎宪法的。”在国会运用合适的手段行使权力时，法院不能去“探究国会实施手段的必要程度”，因为这样的质询将超越法律的界限，而跨入政治自由裁量权的范围。用马歇尔的话说，它将“超出司法的界限……进入立法领域，法院拒绝

① *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316, 404–405 (1819).

② *The Constitution of the United States*, Article 1, Section 8, in Kermit L. Hall, James W. Ely, Jr. and Joel B. Grossman, eds., *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, New York: Oxford University Press, 2005, p. 1121.

③ *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316, 407 (1819).

④ Bernard Schwartz, *A History of the Supreme Court*, 1993, p. 38.

⑤ *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316, 408 (1819).

行使这样的权力”。<sup>①</sup>

在麦卡洛克诉马里兰案中，马歇尔认为，该案涉及的是联邦和州的权力问题，而非具有广泛法律共识的议题，因此法院应遵从人民的意志。之所以捍卫联邦权、否决州权，除马歇尔个人倾向于联邦权外，更源于宪法授予联邦的权力。宪法第六条明文规定：“本宪法和依本宪法所制定的合众国法律……都是国家的最高法律，每个州的法官都应受其约束，即使州的宪法和法律中有与之相抵触的内容。”<sup>②</sup>国会作为多数州人民意志的体现，其权威自然要高于单个州的权威。所以，当州权与联邦权发生碰撞时，州权必须让位于联邦权。

不过，马歇尔的这一判决并没有平息合众国银行合宪性的争议，反而引起西部和南部州权主义者，甚至温和人士的激烈批评。<sup>③</sup>之所以如此，某种程度上源于联邦权和州权的界限不清。尽管马歇尔试图将联邦权从州权中分离出来，但联邦权的界限何在，并没有一个清晰的界定。作为一个政治议题，任何尝试由法院确定国家权力的具体界限，都将引起更多的争议。因此，马歇尔根据多数人的意志来处理国家权力议题，捍卫国会制定的法律。这种处理方式一直延续到内战前夕，直到1857年德雷德·斯科特诉桑福德案，<sup>④</sup>最高法院错误地开启了另外一种处理方式：试图通过司法裁决，对当时富有争议的奴隶制议题一锤定音，结果不仅使最高法院卷入政治泥潭，而且加速了内战的爆发。

与麦卡洛克诉马里兰案一样，1824年的吉本斯诉奥格登案也是关于联邦权与州权关系的案件，最高法院对联邦主权思想再一次进行了强有力的论述。在该案中，最高法院启用宪法商事条款，第一次正面解释了国会调节商业的积极作用，使联邦政府拥有这一强大调节工具成为可能。与麦卡洛克诉马里兰案引起巨大的争议相反，吉本斯诉奥格登案得到民众广泛认可和热烈欢迎。

吉本斯诉奥格登案也被称为“汽船垄断案”，是由蒸汽机汽船垄断经营而导致的案件。蒸汽机汽船发明人罗伯特·富尔顿及其资助者纽约富豪罗伯特·利文斯顿，以保护富尔顿的汽船发明为由，说服纽约州议会授予他们垄断该州汽船运输的

① *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316, 421, 423 (1819).

② The Constitution of the United States, Article 6, in Kermit L. Hall, James W. Ely, Jr. and Joel B. Grossman, eds., *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, p. 1124.

③ 尤其是在马歇尔的家乡弗吉尼亚，民主共和党人激烈抨击此案，马歇尔甚是忧虑。为此，他化名“联邦之友”和“宪法之友”，相继发表11篇文章予以回击。参见 Gerald Gunther, ed., *John Marshall's Defense of McCulloch v. Maryland*, Stanford: Stanford University Press, 1969.

④ *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857). 该案是美国最高法院于1857年判决的一个关于奴隶制的案件。最高法院以7:2作出判决，认为即使是自由黑人也不是宪法中所指的公民，因此限制奴隶制扩展的《密苏里妥协案》违宪，这引发北部自由州人民的强烈愤慨。该案的判决被认为是美国内战的关键起因之一，严重损害了最高法院的威望。

特权，并将期限延长至 30 年。对他们的垄断行为，不论纽约还是其他州，也不论普通民众还是希望涉足内河航运的企业家，都极为不满，相关诉讼不断。纽约垄断汽船经营也导致州与州之间的激烈竞争，特别是康涅狄格和新泽西，他们报复性地制定法律，不许纽约州的汽船进入本州水域招揽生意。汽船航运垄断权的激烈竞争造成各州心态失衡，大西洋中部的几个州“陷入内战的边缘”。<sup>①</sup>

吉本斯诉奥格登案上诉到最高法院后，马歇尔立即感觉到它的重要性。制定宪法的重要目的就是要建立统一有序的商业管理制度，宪法第一条第八款明文规定，国会有权“管制同外国的、各州之间的及与印第安人部落间的商业”，这就是著名的商事条款。但何为“商业”，是否包括汽船航运业，“各州之间”是否限于各州边界而不涉及各州内部？对于这些问题，各州并没有共识。该案在当时引起广泛的社会关注，因为法院不仅要解决眼前的问题，即在海岸和内陆水域，汽船航行应该由各州垄断控制还是开放水域形成自由竞争，而且从长远来看，解决该案将清晰地界定联邦政府在建立统一经济秩序方面的角色。

马歇尔起草并发表了法院的一致意见。在判决书中，他首先解释了“商业”一词的内涵，明确指出“商业”包括航运：“很难想象，一个管理国家间商业往来的制度可以排斥所有和航运相关的法律……在整个美国，人们一致认为，并且一直这么认为，‘商业’一词包括航运。”<sup>②</sup>在赋予“商业”如此宽泛的定义之后，马歇尔对国会管制州际商业的权力给予同样宽泛的解释。他认为“各州之间的商业”不能仅在各州的边界处戛然而止，而是可以进入其内部。“国会的权力不会受到这些州管辖范围的限制。如果不能超越各州的司法管辖界限，国会的权力也就一无所有……如果国会有权对之进行管理，那么这项权力就必须在其行使对象存在的任何时候都适用。如果航行开始或止于一州内的港口，国会有权在该州行使权力。”<sup>③</sup>

最高法院承认国会在商业方面拥有自由裁量权，但国会行使州际贸易的权力是否是排他性的，各州是否被排除在州际贸易管辖权之外？对于这些问题，不仅法官们意见不一，就连原告吉本斯的两位律师也观点不一。对于如此没有共识的政治议题，马歇尔认为，与其将宪法条文解释为“仅适合观赏、却没有实际用途的华丽建构”，“不如诉诸安全而基本的原则”。<sup>④</sup>他遵从一贯的宪法观念，从国会制定的相关法是否与纽约州垄断法相一致的角度来判决此案。他认为，与纽约州垄断法相关的国会立法是 1793 年制定的《联邦海岸许可法》，该法对沿海贸易的船只予以规范，包括登记注册和颁发执照，并没有将汽船排除在外。既然如此，“汽船就应该

① Charles Warren, *The Supreme Court in United States History*, Vol. 2, p. 58.

② *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 1, 189–190 (1824).

③ *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 1, 195 (1824).

④ *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 1, 222 (1824).

像帆船一样，享有同样的特权。汽船在那些帆船可以自由航行的水域上航行，或进入那些帆船可以自由进入的港口，不得受到任何限制”。<sup>①</sup>而纽约垄断法将汽船的航行限制在特定水域中，这与《联邦海岸许可法》相违背，根据宪法相关条款，联邦法律的效力优先于州法，纽约垄断法违宪。

与麦卡洛克诉马里兰案一样，马歇尔没有就国会是否专有州际贸易的权力给出明确答案，这也使得一些学者认为，马歇尔在该案中发布的法院意见是“非常不确定的……尽管吉本斯诉奥格登案被大肆宣扬，但实际上没有解决多少问题，而且是非常笨拙的一种方式”。<sup>②</sup>这无疑低估了该案的作用。马歇尔之所以没有清楚地宣布国会专有州际贸易权，是因为他知道，完全否决各州调控州际贸易的权力并非明智之举。如果排他原则盛行，那么关于州法管理内部贸易或其治安权的案件数量将大幅上升，最高法院将不得不从事繁重而琐碎的工作，以区分案件是属于联邦管辖的州际贸易还是属于各州管辖的州内贸易。而这个界限的划分带有很大的主观性，并不是人们广泛认可的法律共识。

根据马歇尔在吉本斯诉奥格登案中的判决思路，只要与联邦法相冲突，州法都要服从联邦法；即使一项州法是对主权的合法行使，如果与联邦法冲突，也必须让步。该案判决100年后，时任首席大法官哈兰·斯通评价说，“商事条款和对该条款的明智解释，在将各州结合成为一个联邦方面所起的作用超过了其他任何因素，这是历史的判断（judgment of history）”。<sup>③</sup>学者托马斯·考克斯认为，该判决是“美国贸易解放的宣言”，“不仅打破了各州对汽船的垄断，而且勾画了未来一个世纪国会管制州际贸易的蓝图”。<sup>④</sup>

麦卡洛克诉马里兰案和吉本斯诉奥格登案，作为马歇尔判决过的最为重要的两起有关联邦主权的案例，鲜明展现了马歇尔的美国宪法观。从独立战争中走出来的马歇尔，对于拥有必要权力的联邦的追求，以及对于各州自利倾向和短视行为的憎恨，使他在判决过程中毫不犹豫地站在联邦主权一边。也正是马歇尔对国会立法的捍卫，使得最高法院成为这个国家“维护每一项由宪法、联邦法律及美国缔结的条约所授权力的首要的和强有力的保障”。<sup>⑤</sup>

① *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 1, 221 (1824).

② G. Edward White, *The Marshall Court and Cultural Change, 1815-1835*, pp. 578-579.

③ Harlan F. Stone, "Fifty Years' Work of the United States Supreme Court," *American Bar Association Journal*, Vol. 14, No.8, 1928, p. 430.

④ Thomas Hughes Cox, "Courting Commerce: *Gibbons v. Ogden* and the Transformation of Commerce Regulation in the Early Republic," Ph.D. dissertation, The State University of New York, 2004, p. 326.

⑤ Felix Frankfurter and James M. Landis, *The Business of the Supreme Court: A Study in the Federal Judicial System*, New York: Routledge, 2017, p. 65.

## 结 语

美国建国初期，建立在普通法和陪审团制度基础上的法律共识原则，与革命后盛行的人民主权原则之间的内在张力逐步显现，并通过激烈的党争表现出来。在这种背景下，马歇尔成为最高法院首席大法官。他坚信法律共识原则，同时也深知人民的意志不可忽视。他通过区分法律和政治，将具有普遍共识的议题纳入司法领域，最高法院对此拥有最终管辖权；而将没有普遍共识的其他事务纳入政治领域，留归立法部门和行政部门的多数民意处理。马歇尔将最高法院从政治纷争中剥离出来，使其成为维系联邦团结纽带的法律象征。他在确立最高法院不能参与政治这一原则的同时，某种程度上也为美国的党派斗争划出了一条不可逾越的底线，那就是不能挑战以宪法为代表的法律共识，不能损害联邦的团结。

即便是激进的民主共和党人也认为，法院应该成为法律共识的捍卫者。因此，马歇尔的美国宪法观得到大多数人的认可。尤其是他提出的司法回避政治的原则，不仅使“最高法院确立，并在一定程度上划出和维护了自己的制度边界，区分了自己与其他政治机构的不同职能……而且提升了最高法院的权威”。<sup>①</sup> 司法权的崛起让同一时期的法国贵族托克维尔非常感慨：“其他的任何国家都没有创制过如此强大的司法权。美国的最高法院，无论从其职权的性质来说，还是从其管辖的范围来说，均远远高于已知的任何法院。”<sup>②</sup> 然而，所谓司法回避政治的原则，在司法实践中能否摆脱政治的羁绊，是大有疑问的。而且，最高法院刻意与民意保持距离，使得最高法院在人民主权与法律共识之间的协调，更多带有精英阶层利益协调的色彩，人民的利益和诉求难以得到保障。

最高法院专事于具有普遍共识的法律事务，不轻易踏入具有争议的政治事务，逐渐成为最高法院判决案件的原则，被视为美国宪法法的基本准则。在之后最高法院的多个判决中，这一原则被一再重申。<sup>③</sup> 不过，检视美国二百余年的历史，不难发现，最高法院还是时不时踏入政治丛林，卷入政治旋涡，这部分源于最高法院未

① David M. O'Brien, *Storm Center: The Supreme Court in American Politics*, New York and London: W. W. Norton Company, 2014, p. 110.

② 托克维尔：《论美国的民主》上卷，第168页。

③ 有关司法回避政治这一原则的兴衰，参见 Rachel E. Barkow, “The Rise and Fall of the Political Question Doctrine,” in Nada Mourtada-Sabbah and Bruce E. Cain, eds., *The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States*, Lanham: Lexington Books, 2007, pp. 23–46.

能有效地区分法律事务与政治争端。<sup>①</sup>尤其是在今日美国，不仅立法部门和行政部门出现政治高度极化，连最高法院也深受政治极化的影响。最高法院正在成为日益政治化的机构，保守派和自由派大法官分庭抗礼，坚守各自党派的意识形态，按照党派路线投票，使得最高法院日益偏离公正仲裁者的角色。更糟糕的是，在政治极化导致的僵局中，最高法院越来越多地涉入政治争端，以分裂的投票作出极具争议的判决。<sup>②</sup>

毫无疑问，一个党派色彩浓厚的最高法院会危及“法律下的公平正义”，“最高法院近年来戏剧性的两极分化导致了政策的不确定性、政府功能失调和民众对我们最伟大机构的信心下降”。<sup>③</sup>因此，在当下回顾马歇尔的美国宪法观尤为重要。尽管最高法院早已不是“最弱的分支”，而是世界上最有权势的法院，但如何使最高法院远离政治纷争，成为超党派的公正裁判者，是美国面临的重大挑战。在派系越来越分化、同质性越来越少的社会里，法律共识的根基也将越来越脆弱。如何在政治高度极化的背景下，寻求民众普遍认可的法律共识，凝聚不同党派对宪法的认同，增强民众对宪法和最高法院的信心，是最高法院面临的艰巨任务。

[作者郭巧华，福建师范大学社会历史学院副教授。福州 350117]

(责任编辑：焦兵)

① 最高法院法官和学者们对司法回避政治问题的内涵和外延缺乏共识，参见 Jared P. Cole, *The Political Question Doctrine: Justiciability and the Separation of Powers*, Congressional Research Service Report, 2014, p. 2.

② 参见 Todd Ruger, *American Justice 2018: The Shifting Supreme Court*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2018; Mark Joseph Stern, *American Justice 2019: The Roberts Court Arrives*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2019.

③ James D. Zirin, *Supremely Partisan: How Raw Politics Tips the Scales in the United States Supreme Court*, Lanham: Rowman & Littlefield, 2016, p. 11.

and nephews, as well as another mixed kind of division—and witnessed kings adopting all kinds of measures to guard the unity of the kingdom. These measures included repealing certain sons' status as heirs, forbidding the further division of sub-kingdoms, strengthening the position of the eldest son, annexing or dividing the territories of kings without sons, launching frequent meetings and waging allied wars against outsiders. Thus it is shown that the division of territory does not necessarily lead to a fragmented kingdom; on the contrary, strategic division can help maintain a kingdom's unity.

**Between Legal Consensus and Popular Sovereignty: John Marshall's American Constitutional Jurisprudence** Guo Qiaohua (182)

As a central figure in the Supreme Court during the early days of the United States of America, John Marshall became Chief Justice under the background of prevalent popular sovereignty and the bitter partisanship. During his tenure, facing inherent tensions between the principle of legal consensus and that of popular sovereignty, he insisted on a balance between the two, as evident in a series of landmark constitutional cases. On the one hand, he placed certain issues of legal consensus under the judicial branch, over which the Supreme Court had final jurisdiction. On the other hand, more disputable issues were left to the political sphere, waiting to be settled by the legislative and executive branches via majority opinion. John Marshall's jurisprudence of the Constitution had a profound influence on judicial practice in the United States.

---

*Historical Notes*

**Rules and Adjustments to Vacation System for the Qing Dynasty Officials**

Wang Rigen and Xu Jingyi (207)