

宪制整体结构与行政权的司法审查

“马伯里诉麦迪逊案”再解读

刘 晗*

摘 要 美国宪法中奠基性的“马伯里诉麦迪逊”案一般被当作确立司法审查制度的案例,即法院拥有审查国会立法是否违宪的权力。本文试图通过对于该案判词全文的重新解读,展现该案件更为全面的意义。马伯里案不仅开创了宪法意义上的司法审查,而且触及了行政法意义上的司法审查。马歇尔大法官在该案中不但确立了法院对于国会立法的合宪性进行审查的权力,而且讨论了法院对于行政行为合法性的审查权,尤其是该审查权的权力来源、范围和限度。马伯里案对于美国宪法的整体结构提出了根本性的问题。

关键词 司法审查 行政权 总统权力 美国宪法

二百一十一年前,美国联邦最高法院对一个名为“马伯里诉麦迪逊”(Marbury v. Madison)的案件做出了判决。^{〔1〕}如今,在美国宪法和一般宪法理论的讨论中,此案已经成为了一种象征和标杆。马伯里案是美国宪法中无可争议的最伟大的宪法案件,也是世界知名的宪法案件。^{〔2〕}在 21 世纪以来关于中国是否应当以及如何采用违宪审查制度的讨论中,该案也占据了标示性的位置,成为了法律界和法学界重要的参考。^{〔3〕}在“宪法司法化”的讨论中,马伯

* 清华大学法学院讲师。

〔1〕 Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). 以下简称“马伯里案”。

〔2〕 Mark Tushnet, “Marbury v. Madison Around the World”, 71 *Tenn. Law. Review.* 251 (2003-2004).

〔3〕 参见王磊:《宪法的司法化》,中国政法大学出版社 2000 年版;翟小波:“代议制机关至上,还是司法化?”,《中外法学》2006 年第 4 期;强世功:“宪法司法化的悖论——兼论法学家在推动宪政中的困境”,《中国社会科学》2003 年第 2 期;强世功:“谁来解释宪法?——从宪法文本看我国的二元违宪审查体制”,《中外法学》2003 年第 5 期。

里案是最具典型意义的样板,马歇尔大法官撰写的判词也是对司法审查的基本原理最为精当的阐述。^{〔4〕}无论是在国际还是国内的学术讨论中,该案的意义一般被认为是在世界范围内最先确立了司法审查制度,即美国联邦最高法院审查国会立法的制度,因此对于后来世界范围内司法审查制度的普及起到了重大的示范作用。^{〔5〕}在某种程度上,马伯里案已经成为了司法审查或违宪审查的代名词。

在违宪审查的问题上,马伯里案作为一个标杆太过伟大,以至于使人们忽视了该案的其他公法意涵。其实,马伯里案的内容和意义远不仅限于司法审查。通读马伯里案的判词全文,司法审查只是马伯里案的一个部分。马伯里案之所以重大,不仅因其确立了司法审查制度,更因为它对美国宪政整体结构提出了根本性的问题,也对一般的宪政理论提出了基础性的问题。其中,美国宪政体系中的总统权和行政权问题是重要的一个方面。本文即从这个角度来重新解读该案。司法审查涉及司法权和立法权之间的宪政关系——这自然是美国宪政整体结构中的重要问题。但马伯里案中首要的实体问题是总统权的问题——这个问题也是马伯里案的起因。从美国宪政整体结构的角度探讨马伯里案中的行政权问题,有助于我们更加深刻和全面地理解和把握美国宪法,乃至一般的宪政原理。如果要深入理解马伯里案所处理的美国宪政结构性问题以及其对于美国宪政结构的重大影响,并因此加深对于一般性的宪政原理的理解,马伯里案的判词必须得到更为全面和深入的解读。

本文分为以下几个部分:第一部分将简要介绍马伯里案的基本事实、政治背景和判词梗概,将该案放入立宪之后美国早期共和国的政治实践中加以理解。第二部分从总统权力的角度解读马伯里案判词的前两部分,涉及总统的特权与豁免、任免权等问题。第三部分从法院审查行政行为的角度出发,从行政法学的角度解读马伯里案中所涉及的问题。最后是一个简短的结论。

一、马伯里案的案情、背景及判词梗概

从司法裁判的角度来看,马伯里案的事实并不复杂。原告威廉·马伯里(William Marbury)被即将卸任的亚当斯总统提名为华盛顿地区的治安法官(任期五年),并且这份委任状在亚当斯执政的最后几天内得到了参议院的确认。但他的委任状因为总统换届的混乱而未及时

〔4〕 参见黄松有:“宪法司法化及其意义——从最高人民法院今天的一个《批复》谈起”,《人民法院报》2001年8月13日。该文指出:“1803年美国联邦最高法院在审理治安法官马伯里诉麦迪逊一案时,首席大法官马歇尔在该案的判决中宣布:‘立法机关制定的与宪法相抵触的法律无效。’由此开创了宪法司法化的先河。所谓宪法司法化,就是指宪法可以像其它法律法规一样进入司法程序,直接作为裁判案件的法律依据。现在,宪法司法化已经成为世界各国司法实践的普遍做法,几乎所有的国家都建立了宪法诉讼的机构和程序。”

〔5〕 See Louis Favoreu, “Constitutional Review in Europe”, in Louis Henkin & Albert Rosenthal eds., *Constitutionalism and Rights: The Influence of the United States Constitution Abroad*, Columbia University Press, 1990, p.38.

寄送出去,因此他要求新任国务卿詹姆斯·麦迪逊(James Madison)将委任状寄送给他。麦迪逊并未满足他的请求。马伯里因此向最高法院起诉,要求法院发出执行状(writ of mandamus),强制麦迪逊发送委任状。

仅从当事人的身份来看,马伯里案的高度政治性也不言而喻。原告是前任总统任命的法官;被告是新任的国务卿,他们都是政治人物。实际上,马伯里案诞生于美国建国后的第一次重大的政治危机之中,而且是这一危机的延续。这场政治危机源于1800年总统大选。在这次大选中,《美国宪法》的制定者所设想的政治体制开始受到挑战,其所设定的总统选举制度也开始显现出漏洞。一方面,《联邦党人文集》中所担心并试图通过大国共和制来避免的党争出现了。^{〔6〕}建国时期的政治精英开始分化成联邦党人和民主共和党人。政党成为了总统选举中的主要力量。对于联邦党人而言,杰弗逊式的平民民主制与联邦党人所设想的代议贵族制相冲突;杰弗逊的法国式政治信仰亦与联邦党人的英国做派相冲突。^{〔7〕}

另一方面,1787年《美国宪法》关于总统选举制度的规定也在现实运作中显示出了漏洞。在1800年大选之时,联邦党人亚当斯仍是美国总统,民主共和党人杰弗逊是副总统。有四个人参加了此次总统选举:杰弗逊、伯尔(Aaron Burr)、亚当斯和平克尼(Charles Pinckney)。按《美国宪法》第二条规定,每位总统选举人(electors)投下两张总统选票;得票最高的总统候选人当选总统,得票次者为副总统。民主共和党原计划让一名选举人将手中一票弃权,只投一票给杰斐逊,以使杰斐逊比伯尔多得一票,这样就可以使他们分别成为总统与副总统。但实际上,所有选举人都投下了两张选票,导致两人同获七十三张选举人票。《宪法》对此问题的解决方案是:让众议院从二人中选出总统。但当时的众议院由与民主共和党对立的联邦党所控制;联邦党议员大多不愿选择杰斐逊,而宁愿推举伯尔,甚至想将马歇尔推上总统的位置。^{〔8〕}因此,众议院投票陷入僵局,三十五轮投票之后仍然未能选出总统。在联邦党人汉密尔顿的游说下,在第三十六轮投票中部分联邦党人改变了主意,才将杰斐逊选为总统。在这个过程中,险象环生:宾夕法尼亚和弗吉尼亚的民主共和党州长们试图发动民兵开进华盛顿勤王,帮助杰斐逊挫败联邦党人的阴谋。联邦党人则有号召马萨诸塞州民兵前往华盛顿的呼声。新生的美利坚合众国差点成为了兵争总统的香蕉共和国(Banana Republic),如同二十世纪民主化之后的一些拉美国家一样。^{〔9〕}

最终,联邦党在1800年总统选举中败给了民主共和党。当选总统的杰弗逊开始试图进一步掌控国会。失势的联邦党人在最后关头押宝在司法系统,试图将党人安插进各级法院,以继

〔6〕 Edward M. Earle ed., *The Federalists, A Commentary on the Constitution of the United States*, The Modern Library, 1937, pp.52-62.

〔7〕 Bruce Ackerman, *The Failure of the Founding Fathers*, Harvard University Press, 2005, pp. 3-6.

〔8〕 Ibid.

〔9〕 Juan Linz & Arturo Valenzuela eds., *The Failure of Presidential Democracy II: The Case of Latin America*, Johns Hopkins University Press, 1994.

续与民主共和党人进行斗争。1801年1月20日,亚当斯任命原国务卿马歇尔为最高法院首席大法官。2月4日,马歇尔宣誓就职,但仍继续履行国务卿职责。2月13日,联邦党人掌控的国会通过1801年《司法法案》(The Judiciary Act),创设了十六个新的中间法院的职位;亚当斯随即任命了这些法官。2月27日,国会通过了《哥伦比亚特区组织法》(The Organic Act for the District of Columbia),规定总统可以任命不特定数目的治安法官。亚当斯任命了四十五名治安法官,并得到了国会的确认。马伯里被亚当斯任命为哥伦比亚特区的治安法官,并在亚当斯离任前为参议院所确认。但亚当斯签署的委任状并未寄出。3月4日,杰弗逊就职,之后就采取措施针对联邦党人,命令新任国务卿麦迪逊不发出亚当斯任命法官的委任状。马伯里随即起诉至最高法院,要求法院发出执行状,强迫国务卿发出委任状。

主审该案的马歇尔大法官代表法院发表了意见。马伯里案的判词可以分为三个部分。按照马歇尔的行文顺序,三个部分分别回答三个问题:第一,马伯里是否对其所要求的委任状享有权利?第二,如果他有这个权利,且此项权利受到侵犯,法律是否为其提供了救济?第三,如果法律确实为他提供了救济手段,这种救济手段是否指最高法院下达颁发委任状的强制令(mandamus)?马歇尔大法官在第三部分提出了著名的司法审查权,即法院审查国会立法的权力。但在第一个和第二个问题当中,总统和行政机关是主角。

马歇尔撰写的判词对于第一个问题的回答是肯定的:马伯里的确对于治安法官的委任状享有法律权利。马伯里的权利来自于法律的规定和总统的任命。首先,1801年关于哥伦比亚特区的法案创设了华盛顿县治安法官的职位。其次,总统(即亚当斯)根据《宪法》规定的任命权,经过提名、任命和委任三个环节将马伯里这个人填充到上述职位当中。当总统签署最终的委任状时,任命即告生效。在提名和任命的环节,总统具有不受法律限制的自由裁量权;但一旦签署委任状,总统就不能随意更改任命。任命在委任状签署之后变成被任命人的一项法律权利。马伯里因而享有对于该职位的法律权利。委任状即是任命的最终环节,也是任命本身的公开证据。马伯里当然对于委任状享有权利。委任状是否已经送达给被任命人并不影响该权利的法律效力。“委任状的送达,是一项由便利,而非法律指导的实践。”^[10]

判词对第二个问题也做出了肯定性的回答。马歇尔撰写的判决意见掷地有声地表明:“公民自由的真正本质必定在于,不论何时受到侵害,每个人都有要求法律保护的权利。政府的首要职责之一就是提供那种保护”。^[11]总统通过签署委任状将马伯里委任到哥伦比亚特区的治安法官的职位上。国务卿随即按照法律规定加盖合众国国玺是对于总统签署的决定性证据,也是任命宣告完成的决定性证据。因此,马伯里对于委任状享有法律权利,国务卿拒绝送达委任状,是对于该权利的侵犯,合众国的法律必须为之提供救济。国务卿依照总统的命令拒绝发送委任状,不是宪法和法律所允许的具有自由裁量权的政治行为,而是一种对于法律权利的侵犯。法院有权对该行为进行审查,并对权利的侵害提供救济。

[10] *Marbury v. Madison*, *Supra* note 1, 160.

[11] *Ibid.*, at 163.

但判词对于第三个问题做了否定性的回答。马歇尔撰写的意见宣布,马伯里诚然可以在司法系统寻求救济,但却不是在最高法院。因为,虽然国会通过的1801年《司法法案》第十三条授予了最高法院发出执行状(mandamus)的权力,但是《宪法》却只规定了最高法院上诉审的权利,而发布强制令的权力属于初审的范围。根据成文宪法的基本原理,《宪法》是国家的根本法和最高法,与《宪法》抵触的法律无效。因此,1801《司法法案》第十三条违宪。最高法院因此不能发出强制令,马伯里无法从最高法院这里寻求救济。

以马歇尔领衔的最高法院最终肯定了马伯里的权利,但并没有帮助他实现该权利,它没有采取法律措施对该权利受到的损害提供救济。通读判词英文全文,关于国会立法的司法审查仅仅是五页的长度(即第176至180页),而对于总统权和行政行为的司法审查却占据了二十二页的篇幅(即第153至176页)。

二、马伯里案中的总统权问题

1787年《美国宪法》构建了一个三权分立的政府体制。在三权分立的政府体制下,美国总统有着较为特殊的地位。美国总统既是国家元首(The Head of State),又是政府首脑(The Head of Government)。〔12〕美国总统既在对外事务中代表美国的国家主权和民族形象,也在内部事务中代表三权分立中的行政机关。这是总统制国家的重要特征。相比较而言,在一般西方议会制国家中,国家元首和政府首脑有一定的区分。比如,在英国,国王/女王是国家元首,首相是政府首脑;在欧陆议会制国家,总统一般来说是虚位的国家元首,总理是实际的政府首脑。就美国而言,对于总统权力的宪法控制就涉及两个方面的问题:一是作为国家元首的总统在宪政体系中的地位、权力与特权,即狭义上的宪法中的总统权;二是作为政府首脑的总统行为及其所代表的行政机关行为的合宪性问题,即一般意义上行政行为的司法审查。

1787年美国的制宪会议曾就行政权的性质进行了讨论。〔13〕其中一个核心争议点是:究竟行政权应该赋予一个人还是多个人?如果是一个人的话,那么这个人就是“选出来的国王”,〔14〕有人担心这个人(即总统)将会有类似国王的权力和尊荣。但最终,会议决定将行政权赋予一个人。为了限制这个人的权力,以防他成为不受法律限制的国王,制宪会议决定不将战争权等重要权力赋予总统。但无论如何,“选出来的国王”这个意象仍然萦绕着美国的立宪者以及后来的政治家和普通公民。由此引发了一系列关于总统的权力的宪法问题。

马伯里案涉及总统权的两方面问题:第一,总统的特权和豁免(privileges and immunities);第二,总统任免官员的权力(the power of appointment)。马伯里案提出了一个核心问

〔12〕 此外,美国总统同时还是军队总司令(Commander-in-chief),掌握联邦军事权力。《美国宪法》第2条第2款规定:“总统为合众国陆海军的总司令,并在各州民团奉召为合众国执行任务的担任统帅”。

〔13〕 (美)詹姆斯·麦迪逊:《辩论——美国制宪会议记录》(上),尹宣译,辽宁教育出版社2003年版,页34-39、51-54。

〔14〕 同上注,页34。

题：总统的权力受不受到法律，尤其是司法的限制？以下分述之。

马伯里案首先涉及总统的特权和豁免问题。这体现在作为国家元首和行政首脑的总统能否在普通法院被诉(而不仅仅是经由特别程序被弹劾^[15])的问题上。就案件事实而言，真正侵犯马伯里权利的人是杰弗逊总统，因为实际上是他下令要求扣留马伯里的委任状。马伯里案的判词没有直接处理这个问题，但马歇尔大法官暗示了这个问题，并表明了自己的态度。在判词的第二部分，马歇尔大法官首先概括了法治国家的特征：公民个人权利受到侵犯时，政府应该予以救济。在此处，他援引了英国的例子：“在大不列颠，国王自己会在以恭敬的形式提出的申诉中被诉，并且他从来不会不遵从其法院的判决”。^[16] 马歇尔接着说出了一句著名的话：“美国政府断然是一个法治的政府，而非人治的政府”。^[17] 这句话其实也是针对总统能否被诉的问题而讲。马歇尔并没有提到主权豁免问题。考虑到在当时的其它案件中，总统的主权豁免已经得到了法律承认，这是一个非常奇怪的事情。^[18] 他认为，这个诉讼可以类比为官员诉讼，不产生主权豁免问题。马伯里案因此在某种意义上开启了美国后来确定的要求官员履行法律职责的时候不受主权豁免保护的先例。^[19]

从马伯里的辩护律师的角度而言，总统能否被诉的问题与该案的法律策略直接相关。很显然，马伯里挑战的是杰弗逊总统。但对于马伯里和他的律师来讲，诉讼的首要问题是起诉谁：马伯里能否起诉杰弗逊？总统能否被起诉？如果总统被起诉了，他是否应该出庭受审？——在马伯里案中，这些问题没有明确的回答。马伯里本人及其律师没有选择起诉杰弗逊总统，而是起诉了国务卿麦迪逊。这自然有多方面的原因：或是因为杰弗逊本身刚刚赢得了大选，势力太大，根本不可能出庭应诉。但更为重要的是，由于当时的人们普遍认为总统是选举出来的国王，在其特权和尊荣上面类似于国王，他被认为不应该被诉。起诉麦迪逊而非杰弗逊，在人们的政治想象中，对应的是英国传统：不能起诉国王，但可以起诉首相。马歇尔在判词中所引用的布莱克斯通的一段话也隐晦地与此问题相关：“在论述了国王对于一个臣民的人身侵害被假定为不可能之后，布莱克斯通……说：‘但对于财产权的侵害几乎不可能在没有他手下官员的干预下由国王所犯；对于国王来说，法律……提供了各种探查那些代理人的错误和不当作为的办法，正是因为那些人，国王才被欺骗或引诱去做一些暂时的不义之事。’”^[20] 国王不能被诉，而只能让其手下的官员被诉。

[15] 《美国宪法》第2条第4款规定：“合众国总统、副总统及其他所有文官，因叛国、贿赂或其它重罪和轻罪，被弹劾而判罪者，均应免职。”

[16] *Marbury v. Madison*, *Supra* note 1, at 163.

[17] *Ibid.*

[18] *Cisholm v. Georgia*, 2 Dall. 419, 478 (1793)(Jay, C.J.); *Cohens v. Virginia*, 19 U.S. (6 Wheat.) 264, 383-92 (1821) (Marshall, C.J.).

[19] *United States v. Lee*, 106 U.S. 196, 234 (1882); *Houston v. Ormes*, 252 U.S. 469, 472-74 (1920); *Minnesota v. Hitchcock*, 185 U.S. 373, 386 (1902); *Larson v. Domestic & Foreign Commerce Corp.*, 337 U.S. 682, 699 (1949).

[20] *Marbury v. Madison*, *Supra* note 1, 165.

从另一个角度来看,《美国宪法》似乎对于总统能否被诉的问题作出了否定性的回答。《美国宪法》第2条规定了总统的弹劾程序:当总统犯有重罪或轻罪时,只有众议院有权决定弹劾,其角色相当于检察院;只有参议院有权审理弹劾案,其角色相当于陪审团。换言之,总统在一般情况下只能被“政治审判”,^[21]只有在极为特殊的情况下才能被司法审判。否则,《美国宪法》完全没有必要规定弹劾制度。

后来,美国最高法院在一系列案件中也处理了总统能否被诉的问题。1950年的“杨斯顿钢铁公司总统权限案”即是一例。1950年,美国开始了朝鲜战争。当时美国钢铁业劳资双方矛盾激化,工会号召全国钢铁工人举行大罢工。由于钢铁是重要的战备物资,杜鲁门总统得知钢铁工人准备罢工后认为此事将危及国家安全和国际战略。他在钢铁工人发动罢工前发布了一条总统令,命令商务部长索耶(Charles Sawyer)接管钢铁厂,保证钢铁的正常生产。这些钢铁厂随即通过诉讼来挑战总统的这项决策。值得注意的是,钢铁厂的律师选择起诉的是商业部部长索耶,而不是总统杜鲁门本人。^[22]这种选择正反映了上文所提及的道理:不能起诉总统,只能起诉总统手下的官员。1982年的“尼克松诉菲茨格拉德案”则直接涉及总统能否就其任职期间的行为被起诉的问题。在这个案子里,美国最高法院判定总统不能被起诉。^[23]菲茨格拉德(A. Ernest Fitzgerald)被尼克松总统免掉了空军管理分析人员的职务,随即针对联邦政府提起了一系列的诉讼,其中一起即针对尼克松。美国最高法院认为,如果让总统被诉而进入民事司法程序(civil procedure),会牵扯总统的精力,不能让其正常地履行职责。^[24]法院同时强调,给予总统民事审判豁免权并不意味着总统的权力不受限制。美国法律和社会有很多其他的方式来限制总统的权力。比如,《宪法》规定了总统可以被弹劾。此外,总统权还受到很多正式和非正式的限制:媒体监督、国会监督乃至追求连任的愿望和青史留名的渴望。^[25]1997年的“克林顿诉琼斯案”中,最高法院虽然判定总统没有民事诉讼中的豁免权,但这也只是针对其就任总统之前的行为或者与

[21] 托克维尔将美国总统的弹劾程序称为“政治审判”,以区别于一般的司法审判。参见(法)托克维尔:《论美国的民主》(上卷),董果良译,商务印书馆2004年版,页119。

[22] *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952).

[23] *Nixon v. Fitzgerald*, 457 U.S. 731 (1982).

[24] *Ibid.*, at 751.

[25] *Marbury v. Madison*, *Supra* note 1, at 757 (“A rule of absolute immunity for the President will not leave the Nation without sufficient protection against misconduct on the part of the Chief Executive. There remains the constitutional remedy of impeachment. In addition, there are formal and informal checks on Presidential action that do not apply with equal force to other executive officials. The President is subjected to constant scrutiny by the press. Vigilant oversight by Congress also may serve to deter Presidential abuses of office, as well as to make credible the threat of impeachment. Other incentives to avoid misconduct may include a desire to earn reelection, the need to maintain prestige as an element of Presidential influence, and a President’s traditional concern for his historical stature.”).

总统职位无关的行为,而非总统在任期间的职务行为。^[26]

总统的特权还体现在总统行为的保密与公开的问题上。用当代的公法术语来说,此问题涉及“政府信息公开”。实际上,整个案件审理过程中的焦点就是,作为重要的证据,国务卿是否应当出示委任状?或者说,委任状究竟存不存在?马伯里的辩护律师、曾在亚当斯政府中担任司法部长(Attorney General)的查尔斯·李(Charles Lee)曾经在庭审时说道:“无论事实是多么地臭名昭著,……但申请人在获得这些事实的证据时非常尴尬。”^[27]他继而阐述道,他在证明委任状是否已经由亚当斯总统签发并由国务卿(即马歇尔)盖印的事实时遇到了极大的困难。国务院的秘书被作为证人传唤,但他也没有接触全部的事实,并且记不清哪份具体的文件曾经被签字、盖印和备案。^[28]麦迪逊的代理律师林肯先生(Levi Lincoln)对于这些回答表示怀疑和反对:“第一,他不认为自己有责任披露麦迪逊担任国务卿期间的职务行为;第二,他不应该被强迫回答任何可能使其自证其罪的问题。”^[29]法院认为,“没有任何机密信息在此需要被披露。如果有,他没有义务回答;……但这些委任状是否在办公室中的事实,不可能是一项保密的事实,它是一个全世界有知情权的事实。”^[30]后来,林肯同意就委任状的问题接受法院的询问。他解释道,亚当斯总统的确签署过一些委任状,而且国务卿在杰弗逊就职总统以前也已经盖印。但他并不清楚马伯里的委任状是不是在这些委任状之中。非常奇怪的是,法院和当事人对于这个回答表示满意;^[31]考虑到马歇尔本人实际上知道事实的细节,国会实际上已经指责马歇尔未能披露事实的细节^[32]。最终,关于委任状的事实细节仍然不甚清楚。

最高法院的正式判决却处理了总统及其下属之间的谈话和机密文书的特权问题。一方面,马歇尔大法官承认,保密的要求可以成为司法部长(Attorney General)拒绝回答法官提问的正当理由。另一方面,法院不认为关于委任状的各种信息属于保密的范围;相反,人们对于此信息具有知情权。^[33]法院实际上承认了总统及其僚属的机密谈话和公文的行政特权(ex-

[26] *Jones v. Clinton*, 520 U.S. 681 (1997).

[27] *Marbury v. Madison*, *Supra* note 1, at 138(“however notorious the facts are, …yet the applicants have been much embarrassed in obtaining evidence of them.”).

[28] *Ibid.*, at 142-43.

[29] *Ibid.*, at 143-44 (“1st. He did not think himself bound to disclose his official transactions while acting as Secretary of State; and, 2d. He ought not to be compelled to answer anything which might tend to criminate himself.”).

[30] *Ibid.*, at 144-45(“There was nothing confidential required to be disclosed. If there had been, he was not obliged to answer it; and if he thought that anything was communicated to him in confidence, he was not bound to disclose it; nor was he obliged to state anything which would criminate himself; but that the fact whether such commissions had been in the office or not, could not be a confidential fact; it is a fact which all the world have a right to know.”).

[31] *Ibid.*, at 145-146.

[32] See Charles Warren, *The Supreme Court in United States History*, Little, Brown, and Company, 1926, pp.238-239.

[33] *Marbury v. Madison*, *Supra* note 1, at 144-45.

ecutive privilege),但认为决定哪些谈话和公文属于机密范围的权力属于法院。涉及公文保密的行政特权问题在后来最高法院的案件中得到进一步的体现。1974年的“合众国诉尼克松案”最为典型。^[34]1974年,在涉及“水门事件”的一起案件中,^[35]哥伦比亚特区的联邦地区法院发出传票,要求尼克松总统提交与其助手和顾问的谈话的磁带记录 and 文件,以作为证据为审判所用。尼克松拒绝提交,并向法院申请撤销传票。最高法院判定,总统对于保密的需求不是绝对的,而应服从刑事审判中取证的要求。

另一个问题与总统及其下属官员的关系有关,即总统的任免权(the power of appointment)。马伯里案的第一和第二部分的判词着重处理此问题。杰弗逊总统麦迪逊命令国务卿不发送委任状实际上是免去了马伯里的治安法官职位。因此,问题的关键在于,总统是否在任免官员的时候有不受法律和司法限制的权力?马歇尔在判词中承认,总统任免纯粹行政官员的权力不受干涉。美国宪法将行政权赋予了总统一人,总统具有自由裁量权,只在政治品格(political character)和政治良心(political conscience)方面对国家负责。^[36]为了履行其职能,他有任免官员的权力。这些官员完全听命于总统,他们的行为与责任归于总统。他们完全按照总统的意志行事,不涉及公民的个人权利。在这个方面,最典型的例子是外交部门的官员。对于任免这些官员的自由裁量权,法院不能审查。^[37]但对于其他职位的任免权不是如此。此种官员不是为总统服务,而是为法律服务。^[38]他们的职务行为涉及公民个人权利的保护。马歇尔大法官由此做出了一个重要的区分:对于非纯粹行政官员的任免权不同于对于纯粹行政官员的任免权:

在一个官员可以为行政长官随意免职的地方,我们无需考虑完成其任命的条件,因为任命的行为可以在任何时候被撤销……但当这个官员不能被行政长官随意免职的时候,任命是不可撤销的,也不能被废除。它已经授予了不可收回的权利。行政长官的自由裁量权只能在任命做出之前行使。^[39]

马歇尔确认了法院对于后一种官员任免的审查权。马伯里被任命为司法官员,总统不能随意免掉他的职位,因为对于这种官员的任命已经给被任命的人创设了一种权利,而决定某个

[34] *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974).

[35] *Mitchell v. United States*, 526 U.S. 314 (1999).

[36] *Marbury v. Madison*, *Supra* note 1, at 165-166.

[37] *Ibid.*, at 166.

[38] *Ibid.*, at 167(“[W]here the heads of departments are the political or confidential agents of the executive, merely to execute the will of the President, or rather to act in cases in which the executive possesses a constitutional or legal discretion, nothing can be more perfectly clear than that their acts are only politically examinable. But where a specific duty is assigned by law, and individual rights depend upon the performance of that duty, it seems equally clear that the individual who considers himself injured, has a right to resort to the laws of his country for a remedy.”).

[39] *Ibid.*, at 162.

权利是否赋予某个人属于司法权的范围。^[40] 马伯里案是官员任免问题上美国行政权与司法权之间最早的交锋。后来,最高法院在涉及总统的官员任免权案件中尤其突出这一点。^[41] 总统任免准司法官员的权力受到法律和司法的限制。^[42] “法院的职权仅仅是判定个人权利,而非探询行政机关、或行政官员,如何履行他们具有自由裁量权的职责”。^[43] 对于授予权利 (vested rights) 的侵犯不应超越司法审查的限制。拒绝发送委任状是一种违法行为 (wrong), 法律应当给予受侵害者救济。

在很大程度上,马伯里案之所以被美国人称为“伟大”,是因为法院敢于挑战总统,敢于针对总统宣示法治的原则。法院审查总统的行为以及整个行政部门的行为是法院的宪法解释权的重要体现。行政部门在执行宪法的时候必然伴随着对于宪法的解释。马歇尔在该案判词中的名言:“确定法律是什么是司法部门的职权和责任”不仅仅是针对国会来说,也是针对总统而言。在这一点上,马伯里案给美国的宪政体制和政治想象留下了丰厚的遗产。^[44] 也正是在这一点上,马伯里案在二十世纪得到了复兴。再以尼克松案为例,伯格法院 (the Burger Court) 正是在讨论总统特权的问题上,重申了法院在宪法解释中的至上地位。^[45] 正是在这个案件之后,美国总统的政治地位开始受到了极大的挑战;相反,法院的政治地位获得了进一步的提升。套用两本介绍美国宪法的中文著作的书名来说:“总统是靠不住的”,所以要“让大法官说了算”。^[46]

三、马伯里案作为行政法案件:行政行为的司法审查

马伯里案确立了司法审查制度,但实际上,马伯里案其实不仅仅开创了宪法意义上的司法

[40] Ibid., at 167 (“The province of the court is, solely, to decide on the rights of individuals, not to enquire how the executive, or executive officers, perform duties in which they have a discretion. Questions, in their nature political, or which are, by the constitution and laws, submitted to the executive, can never be made in this court.”).

[41] *Meyers v. United States*, 272 U.S. 52 (1926).

[42] *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. 602 (1935).

[43] *Marbury v. Madison*, *Supra* note 1, at 170.

[44] See Paul Kahn, *The Reign of Law: Marbury v. Madison and the Construction of America*, Yale University Press, 1997, pp.16-17.

[45] *United States v. Nixon*, *Supra* note 34, at 703 (“In the performance of assigned constitutional duties, each branch of the Government must initially interpret the Constitution, and the interpretation of its powers by any branch is due great respect from the others. The President’s counsel, as we have noted, reads the Constitution as providing an absolute privilege of confidentiality for all Presidential communications. Many decisions of this Court, however, have unequivocally reaffirmed the holding of *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137 (1803), that “[i]t is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is.”).

[46] 参见林达:《总统是靠不住的》,三联书店 2004 年版;何帆:《大法官说了算:美国司法观察笔记》,法律出版社 2010 年版。

审查,也触及了行政法意义上的司法审查。换言之,马歇尔不但确立了法院对于国会立法的合宪性进行审查的权力,而且讨论了法院对于行政行为合法性的审查权,尤其是该审查权的权力来源、范围和限度。历史地看,在十九世纪的美国,马伯里案的伟大之处更多地被认为是将行政官员的行为纳入司法控制之下,而非对于国会立法的合宪性审查。比如,1891年,美国最高法院的米勒大法官(Justice Miller)指出,马伯里案的伟大性在于它“将全国政府的行政和执行官员纳入法院的控制之下,关于其大部分职责的履行”。〔47〕

有关马伯里案的一个饶有意思的问题是该案的法律类别。无论在美国还是中国,主流法学教科书和学术讨论都将其当作一个宪法案件。但历史地看,该案恰恰是“美国宪法”(American Constitutional Law)的起点。在马伯里案确立最高法院的司法审查权之前,我们很难说美国有当代的所谓“宪法”(Constitutional Law),即司法化的宪法判例、原则、规则和学说构成的部门法体系。〔48〕从更宽广的法律分类学来看,该案可以从英美普通法的各个部门法来进行理解和归类:侵权法(麦迪逊不发送委任状,是否侵犯了马伯里的正当权利?)、财产法(马伯里的官职和委任状是不是受普通法保护的财产?)、合同法(在被总统任命之后,马伯里是不是相当于跟美国政府签订了一个合同?行政机关拒绝发送委任状的行为是不是一种违约行为),等等。如果以当代的法律部门分类来重新看待马伯里案,一个重要的方面是从行政法的角度来重新解读该案。马伯里案不仅仅涉及到行政机关的首脑的权力,也涉及了各部首脑的权力。法院审查的不仅仅是总统的权力,还有具体行政部门的行政行为。

马伯里案符合现代行政法案件的基本要件。美国行政法包含了多个方面的内容,但其核心是指导行政行为的司法审查的原则和规则。典型的行政法案件因此包含了三方面的主体:行政机关(包括行政部门、管制机构等〔49〕)、被行政行为侵害的个人或法人以及审理案件的法院。在马伯里案中,国务卿麦迪逊是行政机关人员;马伯里是被侵害的个人;最高法院来审理此案。

历史地看,十九世纪美国行政法的核心问题是确立行政行为的司法审查的管辖权。马伯里案则为此确立了先例。在整个十九世纪的美国,马伯里案主要是被当作关于行政权的案件,而非对于国会立法的司法审查案件来被司法实践援引的。根据统计,直到1895年以前,美国最高法院从未在审查国会或者州立法的时候引用该案。〔50〕而将马伯里案作为宪法解释中的

〔47〕 Samuel F. Miller, *Lectures on the Constitution of the United States*, J. C. Bancroft Davis ed., 1891, p.385. (“[S]ubjected the ministerial and executive officers of the Government, all over the country, to the control of the courts, in regard to the execution of a large part of their duties.”)

〔48〕 See James Thayer, “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, 7 *Harvard Law Review*, 129 (1893).

〔49〕 行政法案件的主题基本不涉及总统本人。See *Franklin v. Massachusetts*, 505 US 788 (1992), 该案将《行政程序法》中的司法审查的诉由(cause of action)以及放弃主权豁免的解释为不适用于总统。

〔50〕 Davison M. Douglas, “The Rhetorical Uses of *Marbury v. Madison*: The Emergence of a ‘Great Case’”, 38 *Wake Forest Law Review*, 375, 390 (2003); *Pollock v. Farmer’s Loan & Trust Co.*, 157 U.S. 429 (1895).

司法至上原则更是到了 1958 年之后才出现。^[51] 与此不同,马伯里案推动了行政法的发展。^[52] 首先,马歇尔强调了联邦法院对于行政行为的管辖权,并为之寻找法律渊源。其次,通过宣布国会立法的权力(比如《司法法》的第 13 项),马歇尔排除了通过执行状来获得行政行为的司法审查权的路径,因为最高法院在这些问题上不应该具有初审管辖权,而只有上诉管辖权。最高法院对于行政行为的司法审查需要国会授权。马伯里案将确定行政行为司法审查管辖权的权力交给了国会,与国会一起限制行政部门的权力。国会最终在 1946 年《行政程序法》中总结了一个多世纪以来的法律实践从而形成规则,排除了诸如主权豁免和官员豁免等理由的管辖权限制。^[53]

在发展成熟的美国行政法规则中,行政诉讼涉及主体、诉由、审查范围等多方面的问题。其中一个重要的环节即行政行为的“可审查性”(reviewability)问题。“可审查性”的教义(the doctrine of review ability)要求法院不得接受和判决涉及高度行政自由裁量权的案件。^[54] 从行政法的角度来看,马伯里案的首要问题就是该案中国务卿麦迪逊的行为是否可以由法院审查的问题。马歇尔花了很大的篇幅处理这个问题。马歇尔承认行政机关具有不受法律和司法干涉的自由裁量权;但他指出,自由裁量权在提名和任命马伯里为治安法官的阶段就已经行使完毕,是否发出委任状并不属于行政自由裁量权的范围。因此,马伯里案涉及的是对于既定权利的侵犯,因此属于法院的管辖范围:“一项权利是否被授予的问题,在本质上是司法性的,因而须由司法权威审理。”^[55] 由此,法院确立了该案的可审查性:拒绝发送委任状的行为是一种对于既定权利的侵害,法律应给予马伯里救济。需要注意的是,在这一阶段,马歇尔并没有提出最高法院本身管辖权的问题。虽然最终法院以无管辖权为由拒绝了马伯里的请求,但它是以没有发送执行状的权力来论证这一点的。换言之,法院只是对于权利侵害的救济方式之一(即执行状)没有管辖权,但对于侵害权利的行政行为具有管辖权。马歇尔法院明确宣示,在权利与法治的问题上,法院当仁不让。

在行政行为的司法审查学说中,马伯里案一直被当作“独立判断模式”(the independent judgment model),与“司法尊让模式”(deferential model)相对。前者中法院拥有独立判断立法机关的立法和行政机关的行为是否合宪的权力。正如马歇尔在该案中宣布的:“决定法律是什么断然是法院的范围和职责。”法律不仅包含宪法,也包含其他法律。法院解释宪法的独立权威必然预设了其解释法律的独立权威。而“司法尊让模式”即法院在进行司法审查,尤其是行政行为的司法

[51] See Robert L. Clinton, *Marbury v. Madison and Judicial Review*, University Press of Kansas, 1989, pp.116-127.

[52] *Noble v. Union River Logging R. Co.*, 147 U.S. 165, 171 (1893); *Gaines v. Thompson*, 74 U.S. 347, 349 (1868); *United States v. Arredondo*, 31 U.S. 69, 729 (1832).

[53] 5 U.S.C. § 704 (2000).

[54] 美国《行政程序法》规定了两种情况:一种是“制定法排除审查”;二是机构行为被赋予自由裁量权。See 5 U.S.C. § § 701(a)(1), (a)(2) (2000).

[55] *Marbury v. Madison*, *Supra* note 1, at 167.

审查时,尊重行政机关在行政行为(包括抽象行政行为和具体行政行为)中的宪法解释。马伯里似乎更倾向于前者:在宪法解释方面,由于宪法是法,而法院的职权就是解释法律的意义,因此法院有着独立的宪法审查权;同样,在制定法解释中,他也具有独立的审查权,即针对行政行为的审查权。但从另外一个角度解读马伯里案或许会得出不同的答案:马歇尔区分了政治性的行政行为和法律性的行政行为。前者需要自由裁量权的行使,涉及公权利(public rights);后者不需要自由裁量权的行使,涉及个人权利(individual rights)。当宪法和法律明确将自由裁量权授予行政部门,并在涉及个人权利的问题上明确规定了行政部门的义务时,法院独立进行判断,决定法律的要求是否得到了满足。但当宪法或者国会将自由裁量权授予行政部门的时候,法院一般遵从行政部门自身的决定。法院为行政部门的自由裁量权留出了宪法空间。

与针对国会立法的司法审查(即一般意义上的“违宪审查”)相比较,行政行为的司法审查中法院尊重行政机构的法律解释的现象显得非常异常。如果我们考虑到行政部门的权限受到法律的限制比国会更多(因为国会本身就是立法者),法院在此问题上未行使更大的司法审查权显得尤为奇怪。^[56]更为有意思的是,从历史起源上来讲,实际上正是通过确立司法审查权从而极大提升法院权力的马歇尔法院最早提出了司法尊重原则。在涉及针对盐征收关税的一个案件中,马歇尔法官表示:“如果问题是可疑的,法院将尊重美国财政部在类似问题上所给出的……统一解释。”^[57]随着十九世纪公共行政部门在美国政府体系中越来越膨胀,司法尊让的现象越来越明显。^[58]

司法尊让的现象在二十世纪达到了顶峰,并形成了一种法律原则。该原则就是现代美国行政法中的Chevron原则:在行政机构对于制定法进行解释的时候,法院一般顺从这种解释。^[59]该原则源于最高法院的一个判例:*Chevron v. NRDC*。该案涉及1977年《清洁空气法》(The Clean Air Act)修正案中的“固定的空气污染源”(stationary sources of air pollution)一词的含义。该法案要求任何公司的生产计划如果会造成新的重大空气污染源,必须要事先经过周密的“新污染源检验”。环境保护署(EPA)最初将“污染源”界定为“对工厂建筑与设备等任何重大的添加或改装”。但在1981年,环境保护署为了配合里根政府的去规制运动,在行政立法中对污染源的解释作了重新界定,转而采取以整个工厂作为污染单位,而非以工厂内的每一个污染排放点作为“污染源”的界定单位。该界定比以前的界定要相对宽泛,只要公司能够保证其整个工厂对空气造成的污染没有增加,就无须申请环境保护署的许可。该解释引起了民间环保机构“自然资源保护委员会”(NRDC)的不满,它向哥伦比亚巡回法院申请司法审

[56] Henry P. Monaghan, “Marbury and the Administrative State”, 83 *Columbia Law Review*, 1, 7-13 (1983), 14.

[57] *United States v. Vowell & McLean*, 9 U.S. 368, 372 (1809) (“[I]f the question had been doubtful, the court would have respected the uniform construction which…… has been given by the treasury department of the United States upon similar questions.”).

[58] Annot., 73 L. Ed. 322, 325-29 (1928).

[59] *Chevron U.S.A. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984).

查。法院认为,根据该法的语言和立法史,无法认定国会在使用“污染源”一词时的确切所指,但法院推翻了行政机关的法律解释,理由是 EPA 在改变政策前没有对新政策会给空气质量造成的影响进行评估。最高法院推翻了巡回法院的判决,认为巡回法院侵犯了行政机关政策制定权,因为清洁空气法及其立法史均没有提及是以工厂还是每个排放设施作为一个“污染源”的问题。新解释是环境保护署采取的对经济增长限制最小的方式,体现了其试图改善环境质量的一种新尝试。

联邦最高法院在该案中提出了一种“两步法”来审查行政法规解释的效力,由此确立了著名的“谢弗林尊让原则”(the Chevron principle of judicial deference):第一步主要审查国会是否就涉及的问题作过精确的说明。如果国会的意图十分清楚,问题即告终结;法院和行政机关都应服从国会明确表示的意图。但是,如若法院认为国会并没有就涉及的问题作出过明示时,法院便不能简单地将自己的解释强加于制定法。在第二步中,如果法律就相关问题沉默或较为模糊时,法院的作用在于判断行政机关的解释是否合理,只要行政机关的解释合理(reasonable),法院就予以尊重。

谢弗林原则一般被认为是“反马伯里案”(counter-Marbury)的。^[60]但如果对于马伯里案做更为细致的解读,尤其是不仅仅解读其判词第三部分对于司法审查权的论证,而且阅读前两部分关于行政权的论述,我们可以发现在某种程度上马伯里案与谢弗林案的意涵并不冲突。马伯里案实际上也提出了一种对于行政行为司法审查的双层标准:其一,在宪法和法律赋予行政裁量权的地方,法院尊重行政机关的判断;其二,否则,法院具有审查权。^[61]与之类似,谢弗林案实际上提出了一种双层审查标准:在立法文本的意义清晰的情况下,法院具有独立的判断权;在国会将立法权委托给行政机构的情况下,法院一般顺从行政机关的自由裁量,行政机关对于相关法律的解释具有法律效力,只要具有合理的解释(reasonable interpretation)。^[62]但问题在于,区分两者以及判定一个具体的行为究竟属于何种范畴的权力却属于法院。

在行政行为的司法审查的问题上,马伯里案因此可以有多种解读。一种是司法至上;另一种是司法尊重。本文无意判断两种解读哪一个更为正确,或更为符合马歇尔的原意。本文仅仅想指出,在行政行为的司法审查问题上,马伯里案提供了最早的、最为标志性的先例,供后人援引、分析和争论。实际上,司法审查和行政裁量权之间的张力在美国持续了两百多年,有美国学者甚至认为这种张力应该保持,而不应被解决。^[63]

[60] Cass Sunstein, “Law and Administration after Chevron”, 90 *Columbia Law Review*, 2071, 2075 (1990); Cass Sunstein, “Beyond Marbury: The Executive’s Power to Say What the Law Is”, 115 *Yale Law Journal*, 2580 (2006).

[61] See Thomas Merrill, “Marbury as the First Great Administrative Law Case”, 37 *J. Marshall Law Review*, 481, 498 (2003).

[62] *Chevron U.S.A. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, *Ibid.*, at 842-43.

[63] Peter L. Strauss, *Administrative Justice in the United States*, Carolina Academic Press, 2002, p. 90.

四、结 语

就其最原本的含义而言,《宪法》(Constitution)旨在创建(Constitute)政府,确立政府各个分支机构的权力和相互关系。虽然1787年《美国宪法》在一定程度上完成了这个任务,但很多具体的问题则要在其后具体实践中才出现,并得以解决。在1803年的美国,关于政府结构以及各机构的权力等重大问题都没有确定的答案。马伯里案并未解决这些问题。相反,案件的政治背景和涉及的各个方面的问题在判词中被更加尖锐地提了出来。马伯里案开启了一个宪法对话,之后所有的宪法案件和宪法论述都在继续这场对话——直至今日。最高法院的判决与其说终结了一场讨论,不如说开启了一场讨论。这场宪法讨论甚至从根本上构建和捏合了美利坚民族。^[64]

马伯里案所开启的宪法讨论不仅事关司法审查的正当性和范围问题,也涉及政府各分支机构的各个方面。马伯里案在诸多宪法问题上的重要意义会在之后不同的政治背景当中被分别强调。二十世纪以来美国人对于该案的重视甚至神化出于不同的历史境况。二十世纪中期,当最高法院与罗斯福总统在新政立法的合宪性问题上进行交锋的时候,马歇尔在马伯里案中关于司法权限制总统权的论述就被大力强调。因此,马伯里案的意义不仅仅在于确立了法院审查国会的权力,而且确立了法院审查总统的范例。

在《美国宪法》以及马伯里案所开启的关于政府权力的对话中,法院并不是最终的决定者。马伯里案不仅仅象征着司法宣示宪法文本的意义的权力,而且也象征着国会确立司法管辖权以及司法有限度地审查行政行为的权力。国会将很多重要的宪法问题留给政治部门,而非司法机关来做决定,即便这些问题涉及个人权利。宪法解释涉及《宪法》构建出来的三个政府分支,而不仅仅是最高法院的特权。一个法治(rule of law)的国家并不简单地是法官统治(rule of judges)的国家。马伯里案涉及美国宪政的整体结构:法院与总统的关系、国会与法院的关系、总统与国会的关系。如果我们要透过马伯里案来了解美国宪政,那么我们需要的是全面而复杂版本的马伯里案。

作为法治的核心,美国宪政旨在通过法律约束政府权力。法律不仅约束立法机关,也控制行政机关。作为宪法的代表,法院不仅要审查国会立法的合宪性,也要审查行政机关立法的合宪性。如果说在进行宪法审查的时候法院比较强势的话,在进行行政法审查的时候法院却展现了尊让的态度。在马伯里案中,马歇尔认为行政机关有其不受法律和司法控制的空间,而这种空间恰恰是宪法赋予的。马歇尔说:“也许存在此种案件,这毫无疑问;然而如果说由任何一个重要政府部门履行的每个职务行为都构成此种案件,这无法为人接受。”^[65]最高法院实际上承认,法律和宪法并没有将所有的政治问题都转化为法律问题,而是给政治行为留下了不受

[64] See Paul Kahn, *Supra* note 44, pp.1-6.

[65] *Marbury v. Madison*, *Supra* note 1, at 164.

法律控制的空间。虽然总统的很多行为并不在这个空间之内,但该空间本身的存在却不容置疑:“在这些情形中,这些官员的行为被视为总统的行为;而且,不管对运用行政裁量权的方式持何种意见,都不存在,也不可能存在控制那种裁量权的权力。这些主体是政治性的。他们顾及的是国家,而不是个人权利,且他们被托付给了行政长官,行政长官的决定是终局性的。通过提及为建立外交部而通过的国会法案,我们就会注意到这番观察的应用之处。这类官员,由于其职责为那一法案明文规定,应严格遵从总统的意志。他仅仅是传达总统意志的机构。作为官员,此种官员的行为绝不能受到法院的审查。”^[66]马伯里案判词指出,是宪法为此种政治行为划定出了例外的空间:“根据联邦宪法,总统掌管某些重要的政治权力,在行使这些权力的过程中,他应该运用自己的自由裁量权,同时仅以其政治品格对国家负责,并对自己的良心负责。为了协助他履行职责,他得到授权,可以任命某些依靠其权威并依照其命令行事的官员。”^[67]法律本身是总统超越法律的行为的正当性来源。对于个人权利的侵害有时候并不是总统和行政官员为了个人利益而做出的,而是因为执行公务和追求公共目的而进行的。

本文对于马伯里案的重新解读如果有任何实际的意义的话,或许在于对于公法教学方法的一个不成熟的提议。对于中国法学院的学生而言,阅读外国——尤其是美国——判例已经逐渐成为学习宪法和行政法的重要内容和方法。比如,马伯里案几乎是任何宪法课程(无论是《宪法学》还是《比较宪法》)都要讲授(至少会提到)的一个判例。在阅读和讨论美国宪法的判例的时候,我们应该尽可能地阅读判词的全部,而非仅仅是美国法学教科书节选出来的片段。每一种对于文本的节选本身都有着节选者本身的目的。在很大程度上,只节选马伯里案判词的第三部分,是为了强调法院针对国会立法的违宪审查权。节选方式实际上本身已经确定了案件的性质和意义。但在英美法传统中,任何一个案件的性质和意义都有待于法官、律师乃至其他读者的重新发现和解释,而不是由案件判词本身得以规定。只有尽可能地阅读全文,才能使得学习者和研究者能够发现一个判例更为广阔和深刻的含义。

(责任编辑:章永乐)

[66] Ibid., at 166.

[67] Ibid., at 166-167.