

制度形成中的龌龊马伯利诉麦迪逊案旧事之重提 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/53/2021_2022__E5_88_B6_E5_BA_A6_E5_BD_A2_E6_c36_53270.htm 马伯利诉麦迪逊案（马

案）揭开了美国历史上司法违宪审查制度的序幕，这更为我们的法学研究及茶余饭后的论法律中提供了一个“言必更称美”的坚实理由。历史总是伟大的，因为时光之流可以让后人在遗忘之中忘却不光彩的历史事件在人心口上留下的痛疼，或者变得对已成往昔的事件之麻木不仁。马案就说明历史有时总是喜欢以光环的形式展现于我们的生活之中，使人们能轻易地淡忘或漠视先人们为之曾付出的牺牲与代价。事实上，若我们毫不留情地剥出该案背后蛰伏的阴晦，我们就发现美丽的事物有时也是污秽不堪的。如就马案来看，若依现在的司法正义来看，有以下几点是见不得阳光的：其一是违背了回避制度。马案的发生与马歇尔任职国务卿直接有关，马歇尔与本案存有重大利害关系。依据司法惯例，其在这样与自己有牵连的案件中必须回避，但事实恰恰相反；其二是最关键的是正义化身的大法官马歇尔并没有真正想维护马伯利的权利。据后来的学者的一些研究，并从马歇尔一贯的司法风格来看，只要马歇尔愿意，他完全可以对1789年《法官法》第13款作出没有违宪的解释。更重要的是，联邦最高法院此前就曾依据过这一款向政府官员发出过训令并得到了执行。由此，无论是依据美国传统上遵循先例的原则，还是依据禁止悔言和合理依赖之说，马歇尔都可以依法秉公办事。然而，马伯利的权利被精明的马歇尔以轻描淡写的“本院无管辖权”给挡回去了。对此，一个合理的解释就是马歇尔从

一开始起就打算牺牲原告（马伯里）的权利，以在本就不利的政治态势下维护联邦党人控制的法院利益，及更为其本人以后的职业方便奠定基础；其三是判词的不合情理。为了党派利益及报复以杰弗逊为首的政府，马歇尔特意在判词上左拐右拐，以冗长的篇幅论证杰弗逊当局的行为非法性，而相比较之下用寥寥数语对可怜的马伯利说了声“伙计，对不住呀，由于我对该案没有管辖权，是心有余而力不足”。其实，从司法判决的逻辑性与精炼来看，哪有那么多废话，几句话就可以解决的事情，马歇尔他老人家为了达到政治目的而不惜洋洋洒洒几千言地尽说些不着边际的套词。当然，这绝不是因为他已老眼昏花了，其实意在于麻痹与考验政敌的耐性；当人们潜进制度的历史背景中与制度较真时，我们对理性的痴迷热情可能会受到迎头的一击。阵痛过后的清醒告诉我们的法律人，为了理解制度，不能只看到光辉的一面，真理性的理解标准就是我们必须将制度本身及其产出的时代背景在阳光下翻它个底朝天。勿庸讳言，法律具有公平、正义与平等所谓的价值追求，但是必须注意的是这种终极性本身就是人类的一种理想，而理想与现实之间总是存在一段还遥不可及的距离。法律就是法律，它不相信世俗的让人怜香惜玉的眼泪；法律的实质就是一种斗争，一种利益的相搏，一种以弱者权益的牺牲为代价的战利品。随意地打开一本法理学典籍，理性创制法律，道德正义为法律的正当性与合理性之守护神，但是必须注意的是任何法律制度都是偶然性的产物，是偶然中的必然，而并非人类理性的结果。尽管从形式上看，社会中每个个体都必须信守这样的规则，但有时这种信守并不表明他们的利益就在这些规则之中就必然找到了应

有的位置。实际上，作为主权者他们更多地是象征意义上的，他们的话语权未必就得到了体现。那么，为什么并不必然体现他们利益的规则能被这样的群体认可与承受呢？一方面，这源于法律本就是一种妥协与相互让步，因而他们的利益也可能或多或少地，有形与无形地得到了最基本的体现；另一方面，法律是以强权为后盾的，因而不排除有些人有时对法律的态度是“口服而心不服”。违宪审查是在我们步向法治之旅梦寐以求的目标，但是我个人认为，对于制度我们的期望值不能太高，性子也不能太急，正所谓“心急吃不了热豆腐”。中国的法治必将是一个“任道而道远，士当弘毅”的艰苦行程。古语说得好呀，冰冻三尺，非一日之寒。美国人的司法违宪审查制度确实诱人，让我们垂涎，但是若拨开这制度形成背后的层层迷雾，也不难发现这种制度的形成是如此藏污纳垢，也有不能见人的一面。不知这对痴情于理性立法决定一切的人们是一种致使的挫伤，还是一支来得及时的清醒剂。其实，这也没有什么，我们中国人不说是，天下乌鸦一般黑吗？也确实的，长这大了，还没有听说过有什么白的，或黄的……乌鸦的。从这一点来看，对于法律制度产生的实证的观点就是，任何法律制度的从无至有都是不同利益集团与政治团体之间争权夺利、尔虞我诈的产物；都是体现参与人之间的激情与老奸巨滑的产物；都是斗争中相互妥协的副产品。当笔者如此之说时，我们也没有必要感到惊讶不已，并进而怀疑目前的法律文明。其实，这只是如同安徒生笔下皇帝新装中的那个皇帝在光天白日之下光着身子昂首阔步一样一个昭然若揭的秘密。尽管笔者对于哈耶克的所提出的人类秩序的演进构建主义与理性构建主义心怀保留的态

度，但是他的这种二分的观点我们可以品味到这样一个解说：秩序的缔造先是演进建构式的，然后才是理性建构的。当笔者如此之说时，其意并非在于宣扬文明社会的发展应听天由命而任其自生生灭，其本意在于说明演进式是人类制度的形成确立了大方向与大前提，而理性式则是这个大方向与大前提下衍生而发展的，即人类文明的演时是偶然中的必然！

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com