

政治问题理论的衰落与重构

陈承堂^{*}

内容提要：政治问题作为可推翻的“自然推定”，属于可诉性理论的阻却事由要件。其理论发轫于联邦党人对宪法“特定条款”的阐述。为了应对将政治问题理论区分为经典形式与审慎形式所带来的司法操作性难题，布伦南大法官通过描述政治问题的六个特征，构建了政治问题的确认标准。然而，法院在适用政治问题确认标准的过程中所形成的政治问题理论的循环悖论，以及学界对政治问题理论存在合理性的质疑使得其经典形式出现变异、审慎形式日渐消亡。在激励相容理论基础上重构政治问题理论，可以尝试化解学界对政治问题免于司法审查理论基础的种种非议。

关键词：政治问题理论 司法审查 可诉性问题 激励相容

政治问题理论与可诉性理论相关，是指“法院对涉及政府行政部门和立法部门裁量权的问题应该拒绝作出裁决”。〔1〕正如比克尔教授指出的，政治问题理论“就是这样一个能够用以拒绝司法裁判的最宽广、也是最彻底的标签，由韦奇斯勒先生给出的经典解释是，当最高法院由于‘政治’理由而拒绝了一个案件的管辖权，或者当它受理了该案件，却基于同样的理由拒绝对该案件中的这一或那一争议的实体性问题作出裁判，则最高法院所做的，……就是将该事项所包含的一个宪法性裁判留给其他部门不受控制地进行自由裁量”。〔2〕由此，政治问题又称为不可诉问题。

在这个意义上，政治问题理论成了司法能动与司法克制的试金石。“在当今这个时代，要想描绘司法能动主义，最重要的因素可能就是法官对多数规则以及‘政治部门’所持的基本态度。如果一个法官坚信多数规则以及政治部门的代表性，那么通常结果就是采用司法克制。”〔3〕在司法能动主义者看来，政治问题理论不过是随时可以抛弃的“传统上被用来尽量避免对重大宪法问题作出决定的教条”而已；〔4〕而在司法克制主义者看来，政治问题则是司法审查的底线。

* 扬州大学法学院副教授。

本文是教育部人文社会科学研究青年基金项目（11YJC820005）的阶段性成果。

〔1〕 Bryan A. Garner (ed.), *Black's Law Dictionary*, Thomson West, 2004, p. 1197.

〔2〕 [美] 亚历山大·M. 比克尔：《最小危险部门——政治法庭上的最高法院》，姚中秋译，北京大学出版社2007年版，第133页。

〔3〕 [美] 克里斯多弗·沃尔夫：《司法能动主义——自由的保障还是安全的威胁》，黄金荣译，中国政法大学出版社2004年版，第7页。

〔4〕 同上书，第5页。

实践中,当法院在“司法至上”理念的指导之下,一次又一次踏入比克尔所谓的“政治丛林”,〔5〕从而突破司法审查的底线时,“司法史表明了政治问题原则已日渐式微”。〔6〕托克维尔曾预言,“在美国,几乎所有政治问题迟早都要变成司法问题”。〔7〕而肇始于美国的政治问题理论与司法审查制度,事实上均没有宪法文本的直接支持。剔除相关法官的政治信仰差异与司法审查领域的不同等因素,政治问题理论与司法审查的此消彼长,使我们不得不反思政治问题理论日趋式微的原因,深入思考政治问题理论的基础和内在逻辑。

一、政治问题理论的源起、类别和标准

政治问题理论的初始形态是联邦党人关于是否批准联邦宪法论辩的副产品。

麦迪逊认为所有政府部门都享有“阐释宪法的共存的权利”,并且它们各自的权力“是完全平等的”。〔8〕同时,他也认识到“阐释法律和宪法的任务交给了司法部门”,但是司法审查将会很少,并且司法部门将充当“不明智和不公正措施”以及“立法部门将所有权力吸入其权力漩涡这一趋势”的监督。〔9〕汉密尔顿则认为,法院将充当人民与立法部门的中间机构,以“监督后者局限于其权力范围内行事”。〔10〕根据法治的格言,“任何人均不能作为其本人或与其本人有任何干系或其本人有所偏私一类案件的裁判者”,只有法院才能公正判决起诉国会或总统执行法律的行为的案件。汉密尔顿不仅领会了这一格言,也预示了政治问题理论:“如谓立法机关本身即为其自身权力的宪法裁决人,其自行制定之法其他部门无权过问,对此可作如下答复:这不可能是自然推定,不是从宪法中的特定条款中得出的。”〔11〕也就是说,联邦法院能够依据国会不能是其自身权力最终裁决者这一“自然推定”而审查法律的合宪性,但是“宪法中的特定条款”可能推翻这一推定。这些立法部门和行政部门完全自由裁量的领域逐渐成为众所周知的“政治问题”。〔12〕

质言之,尽管司法审查是一个原则,但是也有例外,并表述为“特定条款”,所以政治问题理论是具有宪法基础的。在政治问题理论和这一宪法安排的背后,是政治部门所拥有的在决定特定宪法问题时优越于司法部门的体制性能力。制宪者们建立了三个并列部门,每一个部门都有其独特的属性,并在政府运作和自由保护之间实现制衡。正如马歇尔大法官在马伯里诉麦迪逊案中所阐述的,“法院的权限只是决定个人的权利,而不是质询行政部门、行政官员在其具有自由裁量时如何履行其职责的。这些问题,就其性质而言是政治的,或者已由宪法和法律授予行政部门解决,决不能由法院作出裁决”,尤其是,“当宪法将有些问题交付给国会或总统由其全权裁量,也就没有司法监督的余地了”。所以,政治问题“尊重的是国家,而不是个人权利”。〔13〕

由于政治问题只有在宪法“特定条款”的明确规定下才可以推翻“自然推定”,这种建立在宪法自身的文本、结构与历史基础上的政治问题理论即为政治问题理论的经典形式。政治问题理

〔5〕 参见前引〔2〕,比克尔书,第207页。

〔6〕 前引〔3〕,沃尔夫书,第134页。

〔7〕 [法]托克维尔:《论美国的民主》上卷,董果良译,商务印书馆1988年版,第310页。

〔8〕 参见[美]汉密尔顿等:《联邦党人文集》,程逢如等译,商务印书馆1980年版,第257页。

〔9〕 See Robert Lowry Clinton, *Marbury v. Madison and Judicial Review*, University Press of Kansas, 1989, p. 59.

〔10〕 参见前引〔8〕,汉密尔顿等书,第392页。

〔11〕 同上书,第392页。笔者对原译者的意译作了一定的修正。

〔12〕 See Robert J. Pushaw, Jr., *Justiciability and Separation of Powers: A Neo-federalist Approach*, 81 Cornell L. Rev. 393, 449 (1996).

〔13〕 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 165-170 (1803).

论的经典形式被认为是由韦奇斯勒教授所构建的。^[14] 韦奇斯勒认为, 司法审查直接来源于宪法的规定, 有些问题则由于其本身的政治性质而不应该由法院审查。韦奇斯勒假定, “当一个案件被适当地起诉到法院时, 其既有权利也有义务根据宪法的规定审查其他部门的行为, 即便该行为涉及价值选择, 因为行为总是涉及价值选择。”按照韦奇斯勒的观点, 真正的问题在于确定一个案件是否被“适当地起诉”到法院, 法院只有在宪法明确将根本问题授权给一个并列部门作出决定的情况下才能放弃裁决这一案件。

政治问题理论随后的发展主要体现为法院裁决中审慎性考量的迅速增长。即便在审查经典的政治问题时, 法院也越来越多地转向宪法文本以外的考量而放弃司法审查。^[15] 也就是说, 在政治问题理论经典形式的适用过程中孕育出了该理论的审慎形式。不像政治问题理论的经典形式, 审慎的政治问题理论不依赖于对宪法自身的解释, 相反却是法官在其裁量中创制出来的用来避免与政治部门产生冲突的隔离物。政治问题理论的进一步发展主要体现在科尔曼诉米勒 (Coleman v. Miller) 案中。该案之后, 审慎性考量才成为司空见惯的事情, 并逐渐脱离宪法的文本、历史和结构, 独立的政治问题理论的审慎形式得以形成。

比克尔教授是审慎形式的最有名的拥护者, 他将政治问题理论作为法院得以行使自由裁量权的手段。比克尔认为, 联邦最高法院拥有三种权力: 第一, 它能够废除法律, 但是只有在其与中立原则不一致时; 第二, 法院能够履行“合法化功能”, 即通过支持与中立原则一致的立法, 并给予特定的政府立场以象征性的支持; 第三, 法院能够不对案件的实体性问题作出裁决。^[16] 比克尔相信, “‘坏的’法律只有基于原则性基础才能被废除”,^[17] 支持“坏的”法律就有可能使其合法化, 法院需要一种允许其完全置身于事外的机制, 以避免养成政府行为仅仅因为它不违宪就可以接受的普遍观念。

如果对案件的实质问题没有进行司法审查, 对政治问题没有监督, 也没有对现有政策进行合法化, 那么法院就有机会“引出其他机构的偏颇的答案和反应, 让其自己努力给出站得住脚的答案”。对于比克尔而言, 毫不妥协地坚持原则对于社会是不利的, 规避司法审查的方法不仅明智, 也反映了法院通常所利用的自由裁量权。因此, 对于政治问题理论审慎形式的拥护者而言, 法院在援引该理论时的自由裁量权与在一般的宪法解释中的自由裁量权相比, 是“一些具有更大灵活性的东西”。^[18]

然而, 这种审慎形式一旦将政治问题理论完全从宪法自身释放出来, 有什么能够对法官在适用该理论时形成相应的监督? 有什么能够防止法院仅仅因为它相信问题太复杂或者太过于政治化而回避案件? 有什么能够阻止法官对已经交由其他部门解决的宪法问题, 在只要其相信由法院来裁决比较便利的情况下就逡行裁决? 比克尔自己也认识到政治问题理论的运用不具有“我们有期望的根据案情作出裁判意义上的原则性”, 但又不承认“根据冲动、直觉、情绪、偏好、不能言明或无从推理的东西来进行判决”。^[19] 比克尔期望法院运用一定程度的审慎和原则来行使裁量。然而, 正如巩特尔教授所指出的, “期望得太多了”。^[20] 如此, 构建政治问题的确认标准就

[14] See Herbert Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, 73 Harv. L. Rev. 1, 19 (1959).

[15] See Martin H. Redish, *Judicial Review and the Political Question*, 79 Nw. U. L. Rev. 1031, 1043 (1985).

[16] 参见前引 [2], 比克尔书, 第 72 页。

[17] Gerald Gunther, *The Subtle Vices of the “Passive Virtues” — A Comment on Principle and Expediency in Judicial Review*, 64 Colum. L. Rev. 1, 24 (1964).

[18] 前引 [2], 比克尔书, 第 134 页, 第 261 页。

[19] Alexander M. Bickel, *The Supreme Court, 1960 Term—Foreword: The Passive Virtues*, 75 Harv. L. Rev. 40, 51 (1961).

[20] 前引 [17], Gerald Gunther 文。

显得尤为迫切了。

比克尔在一段被经常引用的文字中阐述了他对政治问题理论的认识：“政治问题理论的基础——不管是在知识上，还是在本能上——正在于最高法院对于能力匮乏的感觉，它由下面几个分量不等的部分构成：（1）对于问题的陌生及得出合乎原则的决定比较棘手；（2）问题是绝对重大的，它可能使司法判断失去平衡；（3）与其说是因为司法判断会被忽视而焦虑，不如说，也许是因为应当被忽视却不得被忽视而焦虑；（4）最后一点（‘在成熟的民主制度中’），是一个不对选民承担责任因而没有汲取力量之大的机构内在的脆弱，它的自我怀疑。”〔21〕比克尔意识到这种解释对于法院从普通的宪法问题中区分出政治问题并无多少助益。他指出了两者之间存在一定的区别，但没有提供多少实质性建议帮助法院进行区分。

真正提出政治问题确认标准的是布伦南大法官在贝克诉凯尔案中的意见。联邦最高法院在判决原告对州的议席分配法违反宪法第14修正案的平等保护条款的质疑是可诉的之后，法院审查了案件的实体性问题，布伦南大法官的意见列举了一大串涉及政治问题理论的案件，包括外交关系、宪法修正案的效力、印第安部落的法律地位。最后，布伦南总结了政治问题的六个特征，它们各自独立地表明政治问题的存在：“任何被认为涉及政治问题的案件，从表面上看都具有以下显著特征：宪法文本已经表明将问题的解决授权给了并列的政治部门；在解决该问题时，缺乏能被发现和易于操作的司法标准；在解决该问题之前，必须初步解决非明确属于司法裁量权的政策；法院从事独立决定，就必然对并列政府部门缺乏应有的尊重；存在非同寻常的需要，必须无条件地服从已经作出的政治决定；各部门对同一问题的多种意见将产生潜在的尴尬。”〔22〕

贝克案所提出的上述六个特征成为确认政治问题的六项标准。前两个标准被视为该理论经典形式的因素，其余四项标准被确定为审慎形式的因素。〔23〕贝克案将政治问题理论的经典和审慎形式整合成一个融贯的法律标准，该标准从表面上似乎使得法院能够灵活地利用这一理论。〔24〕在贝克案的裁决作出之后不久，比克尔认为贝克案“裁决的要害不是最高法院在立法机构划分选区的过程中要履行哪些职能，……而是，最高法院是否可以发挥某种作用”。〔25〕图什内特教授认为，“尽管比克尔的观点是相当的乐观，但是这一裁决最终将标志着该理论的消亡。”〔26〕

综上所述，源于联邦党人可推翻的“自然推定”的政治问题理论的经典形式，自从其产生那一刻起就朝着不利的方向发展，最终形成脱离于宪法文本、结构与历史的审慎形式。尽管审慎形式的集大成者比克尔将政治问题理论看成是“消极的美德”，但是这样一种“更大灵活性的东西”，使得法院也难以把持。“尽管贝克案创制了一个评估该理论适用的原则性结构，该结构从总体上也导致了审慎性考量的减少”，〔27〕然而在“司法至上”的理念下，法院一次又一次踏入了“政治丛林”。这便映射出贝克案的逻辑悖论：这一囊括政治问题理论经典形式和审慎形式的法律标准，本来是为了减少审慎性考量，却使得政治问题理论的整体性式微。

〔21〕 前引〔2〕，比克尔书，第200页。

〔22〕 Baker v. Carr, 369 U. S. 186, 217 (1962).

〔23〕 See Rachel E. Barkow, *More Supreme Than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy*, 102 Colum. L. Rev. 237, 265 (2002).

〔24〕 See Robert F. Nagel, *Political Law, Legalistic Politics: A Recent History of the Political Question Doctrine*, 56 U. Chi. L. Rev. 643, 646-647 (1989).

〔25〕 前引〔2〕，比克尔书，第213页。

〔26〕 Mark Tushnet, *Law and Prudence in the Law of Justiciability: The Transformation and Disappearance of the Political Question Doctrine*, 80 N. C. L. Rev. 1203, 1208 (2002).

〔27〕 同上文。

二、政治问题理论的式微及其原因

贝克案的标准从表面上看似乎为法院提供了非常有弹性的操作标准，然而7年之后的鲍威尔诉麦科马克案却是另一番景象。鲍威尔案的主要问题是国会决定其成员资格的权限是否构成一个政治问题。被告（众议院议长等人）争辩道，宪法第1条第5款的语言“已经表明授权众议院‘裁决权’以确定鲍威尔的资格”。鲍威尔回应道，国会的权力仅限于确定年龄、国籍、居住条件是否已得到满足，而众议院已明确确定这些条件都已得到满足。法院认为，尽管宪法授予了众议院判断其成员任职资格的广泛权力，法院仍然能够对案件的实体性问题进行裁决，所以拒绝了对此领域适用政治问题理论。^[28]

法院的裁判路径表现为：第一，沃伦法院在提炼政治问题理论的时候强调其主要是三权分立的一个功能，贝克案涉及联邦制，就在很大程度上把政治问题理论作为一个障碍处理掉了。^[29]鲍威尔案涉及的显然是分权问题，但法院同样认为其提出的问题是可诉的。第二，法院采纳了贝克案标准中的经典形式，即从宪法的文本和历史进行分析。鲍威尔案虽然具有贝克案的第一项标准，但是法院却认为众议院“没有权力排除任何经其选民恰当选举的人，而该人又符合了宪法所明确规定的成员要件”，“宪法第1条第5款最多也就是‘宪法文本表明授权’国会仅仅根据宪法所明确列举的资格要件进行判断”。^[30]

我们可以发现：第一，政治问题理论在沃伦法院“司法至上”的理念下渐趋衰落是因为“沃伦时代的宪法裁决成为一种改革的工具”。“司法自制会把大量的公民自由完全置于立法与执法分支之手；然而，在这一新时代，政治力量要么是反动于自由主义、平等主义与人道主义的驱动力，要么就是在抵制这些时代的动力。”而政治问题理论作为司法自制最重要的一种方式，显然是在摒弃之列，不论问题是涉及分权还是联邦制。所以，“法院要逃离这一困境，逻辑上的方法在于发展一种司法原理，这种原理将把公民自由和权利提升到一种更高的位阶，因此在涉及公民自由和权利的案件中，法院可以使用比审查经济措施时更为严格的司法审查标准”。^[31]第二，宪法文本授权一个部门享有执行特定职能、职责的事实并不必然意味着该条款免受司法部门的实体性审查。^[32]也就是说，在评估是否存在授权给另一个部门的宪法文本的时候，法院认为必须解释系争文本，以确定该问题在何种程度上被授予另一个部门解决。^[33]可见，法院对政治问题经典形式的审议本来只是看该问题是否已被宪法文本授予政府的其他政治部门进行裁决，而不对案件的实体性问题进行审查。但是，根据鲍威尔案的裁决，“贝克案的第一个标准似乎不是由将实施政府职能、职责分配给另一个部门的委托文本决定的”，^[34]从而导致政治问题理论经典形式从形式审查到实体审查的变异。

由于贝克案政治问题标准的提出时期正好处于沃伦法院“寡头统治的暴政之下”，^[35]可谓生不逢时，所以在沃伦法院时期，法院没有认定任何政治问题案件。但是，即便在首席大法官沃伦

[28] See *Powell v. McCormack*, 395 U.S. 486, 550 (1969).

[29] 参见前引 [3]，沃尔夫书，第48页以下。

[30] *Powell v. McCormack*, 395 U.S. 486, 548 (1969).

[31] [美]阿奇博尔德·考克斯：《法院与宪法》，田雷译，北京大学出版社2006年版，第177页，第188页。

[32] See Michelle L. Sitorius, *The Political Question Doctrine: A Thin Black Line Between Judicial Deference and Judicial Review*, 87 Neb. L. Rev. 793, 803 (2009).

[33] See *Powell v. McCormack*, 395 U.S. 486, 519—520 (1969).

[34] 前引 [32]，Michelle L. Sitorius 文。

[35] 参见前引 [31]，考克斯书，第177页。

卸任之后,美国联邦最高法院才认定了三个政治问题案件。^[36]而且,对贝克案标准的分析几乎仅限于该理论的经典形式,即只评价前两项标准。

在吉利甘诉摩根案中,学生要求法院“对俄亥俄州的国民卫队承担持续的监管职责”,包括“建立国民卫队训练、武器种类和控制行为命令的范围和种类的具体标准”。法院驳回了这一诉讼请求,并指出宪法第1条第8款第16项授予国会“负责对民兵(现在是国民卫队)的组织、装备和训练”。首席大法官伯格的意见指出,“关于军事力量的组织、训练、装备的复杂、微妙的专业的决策在本质上讲是专业的军事判断,总是由立法和行政部门的官员控制的。”^[37]

在尼克松诉美国案中,法院面临的问题是参议院在弹劾审判中所使用的程序是否符合宪法第1条第3款第6项的规定“参议院独自拥有审判一切弹劾案的权力”。通过对“独自”、“审判”以及“弹劾条款的历史和当代理解”的广泛考察,伦奎斯特大法官认为并不存在对“审判”一词的文本限制,参议院审判尼克松法官的程序没有“超过可确认的文本限制”。此外,弹劾是对司法部门的一种政治制衡措施,并为不授予与司法部门自身并列的解释权提供了一个结构性理由。^[38]

上述两个政治问题案件都涉及贝克案第一个标准的审查,而第二项标准则是与第一项标准联系在一起,因为法院主要用第二项标准来支撑第一项标准。例如,在尼克松案中,法院认为,“缺乏易于操作的司法标准可能加强宪法文本已经表明将问题的解决授权给了并列的政治部门这一结论的说服力”。当发现弹劾条款或其他宪法条款缺乏“可确认的文本限制”后,法院认为对参议院的权限不存在任何限制是有根据的。^[39]贝克案第二项标准之所以很少单独使用,是因为法院认为“能够决定惩罚在什么时候是‘残酷和罕见的’,保释金在什么时候是‘过多的’,调查在什么时候是‘不合理的’,国会执行所列举的权力在什么时候是‘必要和恰当的’的司法体制,也是可以做出普通的宪法判断的”。^[40]质言之,法院更倾向于自己来确认系争宪法语言的含义,并运用第二项标准来表明将问题的解决授权给了并列的政治部门的宪法文本。上述政治问题案件中运用的主要是贝克案的第一项标准和第二项标准,尽管法院对贝克案中所列的审慎性标准还会有所提及,但是这些标准无论如何都不是决定性的因素。事实上,法院想表达的是贝克案的标准“可能是按照重要性和确定性降序排列的”。^[41]因此,评估在案件中是否应该适用政治问题理论的主要重点在于前两个标准。

综上,贝克案之后有关政治问题的案件表明政治问题理论已经演变为对系争宪法文本的实体性评估。前两项标准允许法院评估相关条款的文本以决定对政治部门的权限,并因此判断政治部门的行为是否合宪。这一评估表明了政治问题理论的经典形式有了显著的变异。以前该理论是作为法院对宪法文本进行任何实体性解释之前决定是否进行司法审查的初始性问题,在贝克案之后,法院先对宪法系争文本进行实体性解释之后再决定是否进行司法审查。此外,后面的四项审慎性标准实际上已经被忽略。根据以上分析,政治问题理论经典形式的变异与审慎形式的消亡使得该理论总体上呈现式微的颓势,主要表现为:第一,自贝克案以来,美国联邦最高法院对该理论的运用逐步减少,^[42]最高法院只在三个案件中认定了政治问题,并将该理论的讨论局限于贝克案的前两项标准。第二,“贝克案的前两个标准,一直主要与该理论的经典形式联系在一起,

[36] See *Vieth v. Jubelirer*, 541 U.S. 267 (2004); *Nixon v. United States*, 506 U.S. 224 (1993); *Gilligan v. Morgan*, 413 U.S. 1 (1973).

[37] *Gilligan v. Morgan*, 413 U.S. 1, 10 (1973).

[38] *Nixon v. United States*, 506 U.S. 224, 235 (1993).

[39] *Nixon v. United States*, 506 U.S. 224, 238 (1993).

[40] *United States v. Munoz-Flores*, 495 U.S. 385, 396 (1990).

[41] *Vieth v. Jubelirer*, 541 U.S. 267, 278 (2004).

[42] 参见前引 [23], Rachel E. Barkow 文。

已经被批评为几乎没有掩饰地掩盖法院对案件的实体性问题做出裁决的企图。”〔43〕

贝克案的前两项标准之所以无法防止法院对案件的实体性问题作出裁决，并最终使得法院对该理论运用的减少，在某种意义上可以归因于贝克案标准的内在缺陷以及学界对政治问题理论是否应该存在的质疑。

有学者认为，“贝克案的六项标准不能有效地从可诉的‘法律’问题中区分出‘政治’问题。”〔44〕笔者深以为然，因为：第一，法院对任何依据宪法产生的案件行使管辖权都几乎不可避免地表现出“对并列政府部门缺乏应有的尊重”，打乱了国会或总统可能认为需要“无条件服从”的“已经作出的政治决定”，或存在“各部门对同一问题的多种意见将产生潜在的尴尬”。原因很简单：平行的司法审查需要对国会或行政部门的行为进行审查，并且推翻这类行为的裁决必然意味着作出这一行为的政治官员要么违背了其维护宪法的宣誓，要么不了解宪法的含义。〔45〕第二，许多宪法规定，而不只是那些被法院当作“政治的”，似乎也“缺乏能被发现和易于操作的司法标准”。事实上，美国宪法包括了大量弹性条款，例如“正当程序”、“必要和恰当的”、“贸易”，法院对涉及这些规定的案件也都作出了裁决。此外，贝克案的标准似乎需要“初步解决非明确属于司法裁量权的政策”，而法院也没有解释哪些政策决定将“明确”地交由政治部门解决。实际上，许多现代宪法问题都涉及应该通过政治过程解决的政策选择。第三，如果“宪法文本已经表明将问题的解决授权给了并列的政治部门”，那么联邦法院永远不能对任何起诉国会或总统的主张进行裁决，因为宪法第1条和第2条的文本已经授予它们全部的立法和行政权力。相反，起决定性作用的是一个宪法问题是否必须委托给一个政治部门作出终局的、不可审查的决定。〔46〕然而，这一决定不能简单地通过参考宪法文本作出，因为宪法也没有包含授权司法审查的具体条款，更不用说作出这一权力的例外规定了。〔47〕相反，司法审查主要来源于宪法的结构和其背后的政治理论，政治问题理论也同样如此。〔48〕

由此可见，贝克案的标准似乎本身就不具有可操作性。而且，政治问题理论经典形式的变异与审慎形式的消亡在某种程度上是由于援引贝克案标准所导致的。“政治问题理论在其适用过程中创造了一个循环悖论。”〔49〕在援引贝克案的标准时，即便“宪法文本已经表明将问题的解决授权给了并列的政治部门”，也并不表明宪法问题就是委托给政治部门作出终局的、不可审查的决定。正如怀特法官指出的：“政治问题理论中的争议问题不在于是否将实施特定政府职能的专门职责由宪法文本授权给一个政治部门……。问题在于宪法是否为政治部门提供了解释此类权力的范围和性质的最终职责。”〔50〕法院为了确定政治部门的具体权限，就必须对宪法进行实体性解释，并对案件的实体性问题作出裁决。可是一旦宪法性问题已经解决，任何审慎性考量的使用都是多余的，因为援引该理论的目的已经落空。所以，贝克案标准的援引已经在很大程度上减少了该理论的力量。当然这也并不奇怪，布伦南法官创制贝克案标准的初衷是为了论证案件的可诉性，而不是为不可诉的政治问题理论鸣锣开道的。

亨金教授在其一篇著名的论文中对政治问题理论提出了质疑：“存在政治问题理论吗？我们需要一个政治问题理论吗？”他认为，由于马布里诉麦迪逊案，宪法问题通常不再是“政治的”

〔43〕 Louis Henkin, *Is There a "Political Question" Doctrine?*, 85 Yale L. J. 597, 598—599 (1976).

〔44〕 J. Peter Mulhern, *In Defense of the Political Question Doctrine*, 137 U. Pa. L. Rev. 97, 163 (1988).

〔45〕 参见前引〔12〕, Robert J. Pushaw 文。

〔46〕 同上文。

〔47〕 See Erwin Chemerinsky, *Federal Jurisdiction*, Aspen, 1999, p. 146.

〔48〕 参见前引〔12〕, Robert J. Pushaw 文。

〔49〕 前引〔32〕, Michelle L. Sitorius 文。

〔50〕 *Nixon v. United States*, 506 U. S. 224, 240 (1993).

而是可诉的，宣布政府政治部门的行为违宪，并不表明“对并列政府部门缺乏应有的尊重”。司法审查作为宪法学中已牢固树立的一块基石，必然要求以怀疑的态度对这个发现某些问题免受司法审查的政治问题理论进行严格的审查。^{〔51〕}

亨金将法院对政治领域的尊重，分为法院对政治部门实体性决定的一般尊重和对政治部门所作出的合宪决定的特别的司法遵从。“韦奇斯勒和比克尔都没有提及法院必须给予政治部门宪法权力的一般尊重，他们都是将‘政治问题’作为特别的司法遵从的理论基础的意义上讨论的。”^{〔52〕}亨金对被认为是政治问题理论象征的三类著名案件进行了回顾。他认为，卢瑟诉波登（Luther v. Borden）案只不过是一个平淡无奇的案件，该案触及了实体性问题，并得出结论认为，“国会和总统的行为……都在各自宪法权限之内，并没有违反任何规定的限制或禁止”。同样，在法院的外交关系案件中，亨金认为没有证据表明原封不动地留给总统作出“对或错”决定的司法自制。所以，“那些被认为是建立了政治问题理论的案件并不需要这类特别的司法遵从而免于司法审查；它们只有要求法院对政治领域的一般尊重。通过审查，法院拒绝废止被起诉的行为是因为它们处于总统或国会的宪法权限之内。不存在法院必须使用‘政治问题’这一术语的情况，当它使用的时候，也只是在不同的意义上在使用这一术语，实际上是在说：‘我们已经审查了你的诉讼请求，我们发现被起诉的行为涉及一个政治问题，处于宪法授予政治部门的权限之内。被起诉的行为没有违反宪法对该权力的限制，要么是因为宪法没有施加相关的限制，要么是因为该行为处于所规定的限度之内。我们落实了政治部门所做的，因为他们依据宪法有这样做的政治权力。’”^{〔53〕}

其实，亨金也认识到政治问题理论要具有法院必须能够基于缺乏管辖权而驳回案件，并且不触及案件实体性问题权力的含义。一个有意义的政治问题理论应该是，“政治问题是法院放弃其合宪性司法审查的独特的和主要的功能。按照如此设想，尽管在一般情况下，在一个适当的案件中，法院将审查政府行为是否符合宪法的授权和限制，该理论将使得有些宪法规定被最终完全地委托给政府政治部门以‘自我监督’”。但是由于理论与实务界未能区分一般尊重与特别的司法遵从之间的区别，加剧了以下的混乱和争议：是否、为什么、什么时候需要这类特别的司法遵从。所以，“政治问题理论是一个由若干已确定的理论构成的不必要的、欺骗性包裹，该包裹已经误导了律师和法院，让他们在里面寻找从来没有放进去的东西”，“我们应该打开包裹，将其真正的内容放到其他地方，并将该包裹扔掉”。^{〔54〕}

一般尊重与特别的司法遵从之间的区别，实际上就是如何界定政治问题的问题。如果法院裁决涉及对是否存在违宪行为的处理，那就是一个实体性裁决，从而触及了案件的实体性问题；如果认识到一个宪法条款可能被最终完全地委托给政府政治部门以“自我监督”，那就是一个程序性裁决，并不触及实体性问题。政治问题理论要求的就是程序性裁决，也就是要求法院放弃其司法审查的职能，对政治部门给予“特别的司法遵从”，由政治部门“自我监督”以保证其行为的合宪性。如果法院对案件的处理依赖于政治部门的实体性决定，即要么是因为宪法没有施加相关的限制，要么是因为该行为处于所规定的限度之内，那么该案件所涉及的也不是政治问题，法院也只要给予“一般尊重”就行了。在这种情况下，“法院放弃他们审查政治部门决定的权力，只是做做样子而已，而不是基于程序性的理由实际上遵从该部门”。^{〔55〕}所以，亨金认为，由于目前所谓的政治问题理论案件都触及了案件的实体性问题，法院不需要给予政治部门特别的司法遵

〔51〕 参见前引〔43〕，Louis Henkin文。

〔52〕 同上文。

〔53〕 同上文。

〔54〕 同上文。

〔55〕 Louis Michael Seidman, *The Secret Life of the Political Question Doctrine*, 37 J. Marshall L. Rev. 441, 448 (2004).

从，从而也不需要他称之为“纯理论”的政治问题理论。^[56] 马尔赫恩教授将亨金教授的这一理论出发点看成是“司法垄断”假设，^[57] 也就是说亨金认为司法审查不应有例外，即便是政治问题理论也没有授权任何此种例外。

三、构建自我实施的政治问题理论

尽管布伦南法官试图通过贝克案标准来构建政治问题免于司法审查的理论基础，但是由于该标准内在的“循环悖论”使法院不得不对相关宪法条款进行实体性解释，从而触及了案件的实体性问题。这也促成了亨金教授“司法垄断”观点的形成，即“现在的政治问题理论仅仅是成为法院从实质上驳回宪法性诉求的简化手段而已”。^[58] 因而，有必要重新检讨政治问题免于司法审查的理论基础，实现政治问题理论的重构。

当前学界对政治问题理论重构的分歧主要体现为以下两个方面。

第一，用其他理论替代政治问题理论。例如，西马德教授认为，“当我们分析过去二十年来起诉资格理论和政治问题理论的演变，会发现这两个理论已经形成了一个共同的理论基础，即都是建立在三权分立的观念之上的”，“通过将贝克案所列的六项标准从可识别性和可救济性两个方面进行分类，政治问题理论与现代起诉资格理论之间的重合就变得很明显。具体而言，因为现代起诉资格理论要求联邦法院根据三权分立的原则解释起诉资格的三个要件——实际损害、因果关系和可救济性，有人可能会说，对起诉资格的分析已经包含了法院依据贝克案标准宣布一个问题是不可诉的政治问题所要考虑的。总之，这两种理论似乎趋于一致了”。^[59] 乔珀教授认为法院完全有比政治问题理论这一审慎形式更好的自由裁量体制。“根据法院调审令的自由裁量体制，现在几乎涵盖所有的待审案件，比克尔的审慎进路很可能会更妥当地使用。这完全不同于其拥有的政治问题，（政治问题）不是仅仅将最终裁决推迟到另一天，而是禁止所有联邦法院对宪法问题的实体性问题进行裁决。”^[60]

第二，保留政治问题理论的经典形式。普肖教授认为，贝克案标准的“循环悖论”在某种意义上是因为“法院抛弃了联邦制的核心结构和理论原则”。“宪法从表面上看并没有特别赋予联邦法院审查政治官员（联邦或州的）行为合宪性的权力，因此也显然没有告诉我们哪些行为免受司法审查。相反，无论是司法审查还是其例外（例如，‘政治问题’）都来源于宪法的基本结构和政治理论。对这些宪法性原理的关注表明贝克案法院误解了三权分立，明确地将联邦制排除在其考量因素之外，甚至都没有提及以人民主权为基础的成文宪法确立了有限政府的核心思想。”尽管贝克案中通过创制和运用一个多因素进路正确地发现该案是可诉的，但是该进路尚未产生、也不会产生法律上始终一贯的结论，相比之下，“我所提出的汉密尔顿模式具有深厚的历史根源、正当的法律基础，并有可能使政治问题理论变得有意义”。所以，“恢复对宪法的原初理解将极大地澄清政治问题理论。用汉密尔顿的话说，就是宪法创造了一个只有少数‘特定条款’才能够推翻司法审查的‘自然推定’。”^[61]

[56] 参见前引 [43]，Louis Henkin 文。

[57] 参见前引 [44]，J. Peter Mulhern 文。

[58] Amanda L. Tyler, *Is Suspension a Political Question?* 59 Stan. L. Rev. 333, 368 (2006).

[59] Linda Sandstrom Simard, *Standing Alone: Do We Still Need the Political Question Doctrine?*, 100 Dick. L. Rev. 303, 333 (1996).

[60] Jesse H. Choper, *The Political Question Doctrine: Suggested Criteria*, 54 Duke L. J. 1457, 1478 (2005).

[61] 前引 [12]，Robert J. Pushaw 文。

普肖主张恢复汉密尔顿的“自然推定”，实际上是主张政治问题理论的经典形式。巴洛教授也认为不能因为审慎形式的失败就否定整个政治问题理论。如果政治问题理论消亡了，实际上就成为由联邦最高法院独自监督其权力的边界。也就是说，当法院保护个人的权利免受国会行为的侵害、决定权力是由州还是由国会行使、解决行政部门和国会之间的争议时，它自身的利益并不体现在这些裁决之内。“从表面上看，法院是为了防止一个主体受到另一个主体的侵害。然而，当法院决定政治问题理论是否适用的时候，仅仅是隐含在其他裁决背后的利益就会变得明确：法院相对于其他部门的体制利益和优势。”〔62〕巴洛认为，最高法院不能以牺牲政府的政治部门为代价来扩张自己司法权力，即便政治问题理论衰落了，也不能放弃经典的政治问题理论形式。

可见，学界对政治问题理论分歧的实质，主要在于经典形式与审慎形式的取舍问题。西马德之所以认为可以用起诉资格理论替代政治问题理论，是因为现代的起诉资格理论具有审慎形式的自由裁量功能。乔珀之所以主张用调审令制度替代政治问题理论，也是因为其具有比审慎形式更好的自由裁量功能。西马德与乔珀的观点类似，并不是真正放弃政治问题理论，而是要放弃政治问题理论的审慎形式。如此，他们与普肖和巴洛一样，也是要保留（或恢复）政治问题理论的经典形式。不过，他们仍然没有回答政治问题免于司法审查的理论基础应该是什么。

法院对于政治问题案件只要作出一个“初始决定”，并不触及案件的实体性问题。质言之，在政治问题案件中，政治部门对任何此类自由裁量权的行使事实上都是“合宪的”，没有人能够在法院主张它们不合宪。对此，麦考马克教授认为，“作为一个逻辑问题，政治问题理论是不能存在的，因为基于政府被授权由其自身决定其行为合宪性的理由而驳回对该行为的起诉，则等同于认为被起诉的行为是合宪的。”〔63〕可见，如果不能从理论上证明政治部门自身能够确保其行为的合宪性，那就意味着政治问题理论的确是一个逻辑悖论。如果仍然需要法院来裁决政治部门行为的合宪性，那就不需要对政治部门给予特别的司法遵从，政治问题理论也就没有存在的土壤了。

对此，已有一些学者在有意无意之中作出了初步的努力。例如，韦奇斯勒教授认为，“放弃司法审查的唯一正当理由是该问题已由另一个部门‘自主决定’。”〔64〕亨金教授在其构建的“纯理论”中认为，政治问题理论“将使得有些宪法规定被最终完全的委托给政府政治部门以‘自我监督’”。〔65〕图什内特教授认为涉及政治问题案件的宪法条款是会“自我执行”的。这些宪法条款之所以会自我执行，以尼克松案为例，是因为“参议员们对公正程序的规范有所承诺，他们或许会挑战该宪法文字的极限，发展出一套程序让较多的参议员可以不必参与听审，但是他们不可能真的超过太多而完全否定了弹劾案听审的基本公正性。即使参议员们想改变传统的审判形式，他们还是会尊重‘审判’这个宪法用词的精神”。至于这些参议员为什么不可能“超得太多”，也就是宪法条款自我实施的理论基础是什么？图什内特认为可以用经济学上的“诱因相容”理论解释。〔66〕

1996年度诺贝尔经济学奖获得者威廉·维克里（William Vickrey）教授和詹姆斯·米尔利斯（James Mirrlees）教授指出，由于代理人和委托人的目标函数不一致，加上存在不确定性和信息不对称，代理人的行为有可能偏离委托人的目标函数，而委托人又难以观察到这种偏离，无法进行有效监管和约束，从而会出现代理人损害委托人利益的现象，造成两种逆向选择和道德风险。这就是著名的“代理人问题”。为解决此问题，委托人需要设计一种机制，使委托人与代理人的利益进行有效“捆绑”，以激励代理人采取最有利于委托人的行为，从而委托人利益最大化

〔62〕 前引〔23〕，Rachel E. Barkow文。

〔63〕 Wayne McCormack, *The Justiciability Myth and the Concept of Law*, 14 *Hastings Const. L. Q.* 595, 616 (1987).

〔64〕 前引〔14〕，Herbert Wechsler文。

〔65〕 前引〔43〕，Louis Henkin文。

〔66〕 参见〔美〕马克·图什内特：《让宪法远离法院》，杨智杰译，法律出版社2009年版，第127页，第142页以下。

能够通过代理人的效用最大化行为来实现，即实现激励相容。也就是说，“给定委托人不知道代理人的类型的情况下，代理人在所设计的机制下必须有积极性选择委托人希望他选择的行动。显然，只有在代理人选择委托人所希望的行动时得到的期望效用不小于他选择其他行动时得到的期望效用的时候，代理人才有积极性选择委托人所希望的行动。这个约束被称为激励相容约束。……满足激励相容约束的机制称为可实施机制。”〔67〕上文学者所提出的“自主决定”、“自我监督”和“自我执行”就是指在满足激励相容之后的一种可实施机制。

詹姆斯·麦迪逊认为宪法是激励相容的。在他对如何确保新宪法价值被遵守的想法中，违宪审查所扮演的角色其实相当小。相反，麦迪逊思考的是，在宪法创造的架构中人民会如何根据他们的个人激励去行动。他认为，选民、立法机构和总统的自利行为，会创制出符合宪法价值的好的公共政策。〔68〕例如，人民在设计宪法时所面临的最重要的挑战，就是党争。“党争就是一些公民，不论是全体公民中的多数或少数，团结在一起，被某种共同情感或利益所驱使，反对其他公民的权利，或者反对社会的永久的和集体利益。”由于“党争的原因不能排除，只有用控制其结果的方法才能求得解决”，麦迪逊认为，对于少数参与的党争可以用共和政体的多数决原则来求得解决，而对于多数人参与的党争，则主要是通过以下两种方式解决：（1）宪法创造出间接民主，使“公众意见得到提炼和扩大”；（2）国家相对大一些，这样“就可包罗种类更多的党派和利益集团，全体中的多数有侵犯其他公民权利的共同动机可能性也就少了，换句话说，即使存在这样一种共同动机，所有具有同感的人也比较难于显示自己的力量，并且彼此一致地采取行动”。〔69〕当党派的自利行为很难通过间接民主表达出来，当与国家整体利益相悖的党派的整体利益很难在较大的国土范围内聚集起来的时候，党派如果想要达到利益最大化，就必须使其自利行为与人民的整体利益一致，这就实现了激励相容。

政治问题理论自我实施的激励相容的机制应该是问责制。政治部门相对于司法部门的体制性能力为其更好处理政治问题提供了可能性，而其现实性则在于这些部门都是对人民负责的。“如果国会或总统要篡夺太多的权力并破坏宪法的平衡，人们不需诉诸监督他们的武器。票选国会成员或总统的能力‘将证明是人民自由的安全保障，并且对一般政府而言是一个极其重要的监督机制。’”〔70〕人们之所以不需要诉诸监督他们的武器（显然包括司法审查），是因为美国的权力分立系统是自我实施的，问责制使得官员们不敢以人民的整体利益为代价而追求其个人私利。

总之，发轫于汉密尔顿在《联邦党人文集》中相关论述的政治问题理论，就其本身而言似乎是微不足道的，它毕竟只适用于很小一部分宪法问题。在司法能动的大潮之下，再加上法官、学者对其阐述时不能自圆其说的种种逻辑悖论，政治问题理论的日渐式微实属在所难免。然而，首先，正如比克尔所认识到的，“司法审查在民主社会至少是一个潜在的背离机制”，而政治问题理论作为司法审查的例外将使法院通过置身于特定问题之外而避免“不受控制的能动主义”。〔71〕政治部门对于司法部门的咄咄之势却是乐见其成，“今天的政治部门往往只是太愿意让法院去处理这些困难问题，从而避免直面由此带来的政治后果。当法院作出这些裁决，人们就无法再让政治部门为此负责”。〔72〕其次，政治问题理论作为制宪者们所构画的宪政结构图景的一部分，其初衷是考

〔67〕 张维迎：《博弈论与信息经济学》，上海三联书店、上海人民出版社2004年版，第162页以下。

〔68〕 参见前引〔66〕，图什内特书，第128页以下。

〔69〕 前引〔8〕，汉密尔顿等书，第45页以下。

〔70〕 前引〔23〕，Rachel E. Barkow文。

〔71〕 参见前引〔19〕，Alexander M. Bickel文。

〔72〕 Abner J. Mikva, *How Well Does Congress Support and Defend the Constitution?*, 61 N. C. L. Rev. 587, 588—589 (1983).

虑到立法、行政与司法三部门在解决具体问题时每个部门的体制优势和不足。目前法院似乎认为它能够独自提供几乎所有宪法问题的最终答案，而其他部门的解释要依据法院的裁量才能被接受。这种看法没有能够发挥政治部门所具有的体制能力，即它们更接近于人民并接受人民的问责。接近人民使得立法和行政部门具有更多的获取信息的机会，问责制使它们能比法院更好地成为民众情绪的晴雨表。诚然，法院的主要作用是纾解民众情绪以维护宪法对个人权利的保护，但是，“并非所有问题都涉及同等程度的个人权利，至关重要是，法院认识到在某些案件中，其最大的优势——它的独立性和社会超脱性——也可能成为其最大的弱点”。^{〔73〕} 鉴于此，通过激励相容理论构建政治问题理论的自我实施机制，从而对政治问题理论进行重构，虽然未必能成功，却肯定是值得努力的尝试之一。

Abstract: The political question doctrine is the judicial principle that a court should refuse to decide on an issue involving the exercise of discretionary power by the executive or legislative branch of government. As a rebuttable “natural presumption”, the political question is exempt from judicial review. The political question doctrine was originated from the elaboration of the “particular provisions” in the Constitution by the Federalists. Depending on whether the waiver of the judicial review power is based on the text, structure and history of the Constitution itself or on other prudential considerations, the political question doctrine may be classified into the classic form and the prudential form. In order to solve the operational problems caused by such classification, Justice Brennan summarized six features of the “political question” in *Baker v. Carr*, thus providing the criteria for ascertaining political questions.

However, when the courts applied the six criteria to specific cases, the circular dilemma that was produced in the process of judgment rendered such criteria unable to distinguish “political” questions from “legal” questions effectively. In addition, scholars have questioned the rationality of having such a doctrine, since judicial review has been established firmly as a cornerstone in constitutional law. Consequently, the political question doctrine in general is on the decline, with its classic form being substantially changed, and its prudential form graduating away.

Therefore, the political question doctrine should be reconstructed. Scholars have provided some foundation in this regard when they suggest reconstructing the doctrine with such terms as “autonomous determination”, “self-monitoring” and “self-enforcing”. This also indicates that we might reconstruct the political question doctrine on the basis of the incentive-compatible theory, which might help to respond to challenges to the theoretical foundation of the exemption of political questions from judicial review.

Key Words: political question, judicial review, incentive-compatible

〔73〕 前引〔23〕，Rachel E. Barkow文。