美国民兵统制的联邦化：1787-1861

吴文斌[·]

内容摘要：本文关注的是美国民兵制度自美国建国后至 1861 年的发展。经过费城制宪会议上联邦党人与反联邦党人的辩论，旨在确保联邦与各州分权的美国民兵“二元统制”制度得以确立，但这一制度却未得到有效执行。实际上，在宪法获得批准之后，美国民兵遵循的是联邦党人主张、而反联邦党人极力反对的联邦化路线。在国会此后制定的一系列民兵法案和联邦最高法院判例的支持下，美国民兵制度在 1861 年实现了高度联邦化，而这种民兵统制的联邦化乃是以国会通过立法赋予合众国总统紧急权力作为其实现方式。此外，对这段历史的分析也揭示了美国民兵制度的一项特质:“民兵”的概念融合了“政治建构”与“实际军力”两个维度，它的发展也离不开此二者，美国宪法第二修正案和一系列民兵法案就充分体现了这一点。

关键词：美国宪法；民兵条款；民兵法案；联邦化

本文关注的民兵条款，为美国宪法第 1 条第 8 款第 15、16 节：

“国会拥有如下权力：

规定征召民兵，以执行联邦法律、镇压叛乱和击退入侵；

规定民兵的组织、装备和训练，规定用来为合众国服役的那些民兵的管理；但民兵军官的任命和按国会规定训练民兵的权力，由各州保留。”[1]

尽管该条款只有寥寥数十字，但其内容却并不单薄：它既涉及关乎合众国存亡的军事安全问题，它所提出的“二元统制”亦植根于联邦与州权分立的权力制衡结构。宪法民兵条款中蕴含的这两点正是美国早期民兵制度的核心，而这两点的交融亦造就了美国民兵制度的复杂性。本文将以美国的国家安全与美国民兵的

· 吴文斌，英国伦敦政治经济学院比较政治学硕士，中山大学博雅学院 2009 级本科生，本文由作者在本科毕业论文的基础上修改而成，感谢甘阳教授的悉心指导。

[1] U.S. Const., Art. 1,§8,cl. 15,16 ，另，关于美国宪法的翻译，本文参照李道揆先生的翻译，见李道揆:《美国政府与政治》，商务印书馆 1999 年版，第 775-798 页

“二元统制”为核心，并围绕如下三条线索展开。

首先，从美国建国初期至 1861 年，美国民兵制度发展的趋向为联邦化（federalization）。本文通过梳理制宪会议记录及联邦党人与反联邦党人在各州宪法批准大会上的辩论，籍以指出，1787 年费城制宪会议上已出现对民兵实行联邦统制的意见，但这种意见因为遭到各州代表的反对而最终被妥协为美国宪法中的民兵条款。然而，民兵条款中联邦政府与州政府对民兵的“二元统制”是难以有效运作的，这必将引起联邦政府与州政府对民兵统制权的争夺。就历史的脉络来看，虽然州政府的相关权力在《权利法案》、特别是第二修正案中得到一定保证，但随后国会通过一系列民兵法案（the Militia Acts）、联邦最高法院通过一系列司法判例（如 Martin v. Mott, Luther v. Borden）赋予合众国总统独断、排他而具终局性的民兵统制权，重新推动了民兵统制的联邦化。

其次，自美国建国以来，美国民兵制度即存在政治建构（political concept）与实际军力（military reality）两个维度[2]，正是这两个维度的交融相承促进了美国民兵制度的发展。本文不同意部分美国军事史学者的观点、即认为美国早期民兵制度从原来“全民皆兵”、公民军人（citizen soldier）的传统中褪去，而逐渐成为一种隶属联邦的整军事建制[3]；相反，在考察美国宪法第二修正案和国会一系列民兵法案的基础上，本文将说明政治建构维度上的民兵始终作为美国联邦政府以及州政府论证自身政治正当性的重要理据而存在。

最后，本文亦尝试纠正如下一种偏颇的传统观念：美国民兵是一支由各州政府统制的军事力量。宪法民兵条款就责成了各州民兵要服从联邦与州的双重统制，而美国宪法第二修正案则从反面阐明了这一点——无论是狭义的民兵、即有统一组织的民兵（the organized militia），还是广义的民兵、即携枪的公民，宪法赋予他们的职责是反抗政府的压迫和不合理的治理，而这里所说的“政府”并非排它地指联邦政府，而同时指州政府。

目前，美国早期民兵制度研究的焦点集中于如下三个方面。一是美国民兵史的相关研究。这方面研究的代表作有 Our National Guard: An Introduction to Its History[4]，以及 The Militia Clause of the Constitution[5]。这类研究多

---

[2] See Frederick P. Todd. “Our National Guard: An Introduction to Its History”, Military Affairs 5 (Summer and Fall 1941),作者对这两个概念作出了详细而有益的区分

[3] See Frederick Bernays Wiener. The Militia Clause of the Constitution [J]. *Harvard Law Review*, Vol. 54, No.2 (Dec., 1940), p. 181

[4] Todd, *supra* note 2

从历史事实的角度出发，将美国民兵制度的发展置于不同时期中考察，并列举了许多有意义的史料。二是美国民兵与人民主权之间的关系研究。其中，桑福德•列文森（Sanford Levinson）与温迪·布朗（Wendy Brown）在《耶鲁法律评论》（Yale Law Journal）上关于美国宪法第二修正案的辩论有奠基性意义。列文森认可“全民皆兵”的传统，他认为宪法第二修正案所力求保护的是集体反抗联邦压迫的权力（a “collective” right to revolution），因此，恪守共和主义信仰的公民应以加入“普遍民兵”（universal militia）的方式反抗中央政府侵权和欺压[6]；与此相反，布朗认为美国共和主义的根本是有共和美德的公民，而个人可持枪、民兵可被组织起来反抗联邦统治，乃有违这种意涵[7]。三是美国早期民兵制度的联邦化与合众国总统的紧急权力（Emergency Power）之间的关系研究，瓦拉迪克（Stephen I. Vladeck）[8]、韦斯费尔德（Donald L. Westerfield）[9]等人的研究就建立在这一框架之上。这类研究旨在说明美国民兵统制的联邦化是以合众国总统获联邦国会授权行使紧急权力的方式来进行，并认为一系列民兵法案是美国总统获得紧急权力授权之始。在中文学界，关于美国宪法中的民兵条款及美国民兵制度的研究尚处起步阶段，杨永康的《美国宪法军事条款的渊源和变迁》 是国内唯一一本关于美国军事法的专门论著，但该书也仅以一节的篇幅介绍了美国民兵条款的相关问题。

一、民兵概念的界定

在本文的研究开始之前，“民兵”（the Militia）一词需要获得明确的界定。本章将借助如下三组对应关系对“民兵”做出界定：美国早期民兵与当代美国民兵，作为政治观念的民兵与作为实际军力的民兵，以及民兵与常备军。

在美国当代语境中，“民兵”一词出现的频率并不高，而它与美国军事制度

---

[5] Wiener, *supra* note 3

[6] See Sanford Levinson. The Embarrassing Second Amendment [J]. *The Yale Law Journal*, Vol. 99, No. 3 (Dec., 1989), pp. 637-659

[7] See Wendy Brown. Guns, Cowboys, Philadelphia Mayors, and Civic Republicanism: On Sanford Levinson's The Embarrassing Second Amendment [J]. *The Yale Law Journal*, Vol. 99, No. 3 (Dec., 1989), pp. 661-667

[8] See Stephen I. Vladeck. Emergency Power and the Militia Acts [J]. *The Yale Law Journal*, Vol. 114, No. 1 (Oct., 2004), pp. 149-194

[9] Donald L. Westerfield, *War Power: the President, the Congress, and the question of war*, Westport, Conn.: Preager, 1996

的联系也逐渐淡去，譬如，权威的《军事法学词典》[10]就未收录“militia”一词。此外，有收录“militia”的军事词典对该词的定义也各不相同。《布莱克法律词典》对该词的解释是“区别于正规武装力量，由州武装和训练的公民武装力量”[11]，可见，本词典的编纂者仍大致遵从美国宪法的定义解释“民兵”;《元照英美法词典》则更为历史性地解释了该词：“殖民地时期各社区男性青年建立起的民兵组织。1791 年美国宪法第二修正案重申民兵组织对各州安全的必要性。1824 年，纽约州民兵组织定名为国民警卫军。1903 年的法令使国民警卫队成为国家的预备役部队，由联邦装备武器，各州分别管理。国民警卫队经常应各州和联邦当局要求在发生地区骚乱时维持秩序”[12]。相对而言，《元照英美法词典》更为直接地提请研究者注意“民兵”在美国早期历史和当代语境中的差异。这种差异得到不少美国学者的认可，譬如，凯斯（Don B. Kates）曾撰文指出，今时今日的美国人通常会将国民警卫队当成是民兵，而在美国建国的早期，这种“靠支付报酬的、半职业化和兼职的志愿者，可能被称作选调军团（select corps）或选征民兵（select militia)”[13]。可见，当今的国民警卫队更类似于 200 年前的常备军，而非本文所要探讨的民兵。

在民兵定义的问题上，比早期/当代区分更为重要的是作为政治建构的民兵与作为实际军力的民兵之间的差异。

有学者曾对“民兵”作出三种定义：一是在危险状况下可被征召来保卫国家的全体公民；二是 18 到 45 岁之间的部分公民；第三种定义则融合第一、二种定义的观点，认为“民兵”作为一个总体的概念既包含应征服役的部分公民，即志愿民兵（Volunteer Militia)，也包含全体公民[14]。由全体公民组成的民兵即是后来“观念”意义上的民兵，但这类民兵在殖民地时期也曾投入战斗。在殖民地时期，这类民兵部队的装备由平民自己出资购置，他们在平常也根本不训练，战时在一些不懂战术的文官带领下即上场抗敌。可以想见，尽管一些理论家鼓吹这样的军队是“自由人为保卫自身自由而战，因而有最大的战斗力”，但在战场上，这些军队毫无战斗力可言，每次战役都死伤甚多。对于这些以“全民皆兵”信念

---

[10] Richad C. Dahl & John. F. Whelan, *The Military Law Dictionary* , New York: Oceana Publications, Inc., 1960

[11] Bryan A. Garner, Editor in Chief, *Black's Law Dictionary*, New York: Thomas West, 2004, p.1014

[12] 薛波主编：《元照英美法词典》，法律出版社 2003 年版，第 914 页

[13] Don B. Kates. Handgun Prohibition and the Original Meaning of the Second Amendment [J]. *Michigan Law Review*, Vol. 82, No. 2 (Nov., 1983), p.267

[14] Todd，*supra* note 2，pp. 73-74

组织起来的民兵，华盛顿本人也不得不承认他们“并不中用（broken staff)”。正是由于这种“全民皆兵”式的民兵难以达到抗击入侵、防止暴乱的作用，自殖民地时期的中期之后，这种纯粹的公民军人更多地被定格为一种政治话语，而并非能投入实战的军事力量。这种政治话语在制宪时期得到美国社会的普遍承认。譬如，亚历山大·汉密尔顿（Alexander Hamilton）认为，民兵其实就是“我们自己的儿子、兄弟、邻人和同胞”，亦即“每天与其他同胞打成一片，并且与他们有同样感觉、情感、习惯和利益的人们”[15]。在弗吉尼亚的宪法批准大会上，梅森（George Mason）说到“谁是民兵？他们由我们现在所有的人构成。”值得注意的是，即便联邦党人与反联邦党人在很多方面均展开了论争，但二者均将民兵广泛地定义为全体人民——因为二者都认识到，通过诉诸此概念，谁获得了民兵的统制权，谁就可以声称获得了全体美国人民的授权与支持。但“民兵”的意涵同时也包括作为实际军力的那部分民兵。该类民兵最早出现于宾夕法尼亚、纽约、新泽西三州，他们的被服、弹药均由相应的州负责供应、或是由相应州提供资金由他们自己购置。与前述的纯粹公民军人不同，这批民兵斗志昂扬，而且战绩彪炳。其中最有名一支是新泽西蓝衣军（New Jersey Blues)，当这支民兵经过纽约时，当地的报纸甚至写到：“他们队形整齐，像极了那些能在战场上扭转乾坤、呼风唤雨的人”[16].

可见，纯粹的公民军人（citizen soldier）与选征民兵（select militia）是美国民兵传统的两个方面。随着军事实践的发展，美国早期的政治精英越来越意识到“全民皆兵”式的民兵更适于理论建构，而经过训练、有充足装备的民兵更适于实际战斗。到了后来，这种二元架构逐渐成为美国民兵制度的定式。

对“民兵”形成有效定义的最后一组、也是最重要一组对应概念是民兵与常备军，美国宪法本身就清楚地表达了这一点。美国宪法第 1 条第 8 款第 15、16 节规定：

“国会拥有如下权力：

规定征召民兵，以执行联邦法律、镇压叛乱和击退入侵；

规定民兵的组织、装备和训练，规定用来为合众国服役的那些民兵的管理；但民兵军官的任命和按国会规定训练民兵的权力，由各州保留。”

---

[15] 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 143 页

[16] Todd，*supr*a note 2，p. 76

继而又在同款第 1、12、14 节规定：

“国会拥有如下权力：

……提供合众国共同防务……

招募陆军和供给军需，但此项用途的拨款期限不得超过两年；

制定治理和管理陆海军的条例。”

可见，宪法对美国民兵与常备军（亦即宪法条文所写的“陆海军”）做出了明确区分：民兵是国会在紧急状态下为支援常备军（the standing army）而临时召集的队伍。因此，国会对民兵的召集是有前提的，国会对民兵的使用，至少就宪法原初的意义而言，应严格限制于战时；反观常备军，这些军队的粮晌、供给完全依赖于国会，而且依据宪法，国会可以随时对常备军下达命令，使之服从联邦政府意志，完成国会要求的一切任务。这点得到美国宪法另一条款的支持：

“总统是合众国陆军、海军和为征调为合众国服役的各州民兵的总司令”[17]。

继第 1 条第 8 款规定了国会对常备军（陆军、海军）与民兵不同权限后，美国宪法第 2 条第 2 款将总统在“总司令”职务下可统领的军事力量划分为三块，而民兵为其中单列的一块。可见，立法条款与行政条款均明文将常备军与民兵作为两种不同的军事力量列出，并单独地指明民兵的权力。由此，民兵作为一种异于常备军的军事力量，乃是制宪者原初的构想。

此外，本文所关注的“民兵”，除有特殊指涉外，均指始于美国建国初期、止于 1861 年这一时间段之内的美国民兵。对该时间段的选择出于如下三点考虑。

首先，美国国会在 1861 年通过平叛法案（Suppression of the Rebellion Act of 1861），该法案的第 1 条规定“当人群聚集，以非法手段阻碍公务，或出现反抗合众国权威的暴乱之时，合众国总统再遵循平常的司法程序，去落实合众国或各州、各准州的法律，是不现实的。”[18]这句话在民兵制度史上有着无可比拟的标志性意义。在 1787 年宪法的民兵条款中，即便是联邦国会也仅被授权在“执行联邦法律、镇压叛乱和击退入侵”三种特殊情况下征召民兵；在不足一百年后，不但征召民兵的权力从国会移至了合众国总统的手中，而且这种权力的范围更被极大地扩展了——“反抗合众国权威”的意涵远远大于“执行联邦法律、镇压叛乱和击退入侵”，这几乎意味着总统可以就任何他认为违反合众国意志的事件征

[17] U.S. Const., Art. 2, §2

[18] Suppression of the Rebellion Act of1861, ch. 25, §1,12 Stat. 281 (current version at 10 U.S.C.§332(2000))

召民兵。反联邦党人在制宪会议以及各州宪法批准会议上所反复强调、而联邦党人一直反驳的一幅图景在这一法案下成为了现实：强大的联邦政府最终获得了在紧急状态中对民兵的处置全权，而且美国总统获联邦国会授权独占性地行使这一权利。由此，之所以选取 1861 年作为本项研究的终点，乃是因为美国民兵的联邦统制于 1861 年正式建立；而回顾这段历史，我们可以清楚地看到美国民兵制度如何从宪法民兵条款中的“二元统制”，逐渐发展为高度联邦化。

其次，1861 年至 1865 年为美国内战时期，随着内战的开展，民兵的动员、征调和战斗效率等成为民兵问题的另外一些重要维度。若把本文的考察范围顺延至美国内战、甚至更后的历史分期，美国民兵的相关问题将更为复杂，这是本文篇幅所难以涵括的。

最后，同样值得留意的是，美国军事史学者多把 1783 年至 1861 年列为独立民兵集团时期（period of the Independent Companies），因为此时的民兵的建制并非以州为单位，而是以一种独特的“民兵集团”为基本单位。有学者观察到，此时的美国民兵队伍多由美国的中产阶级组成，他们自愿牺牲金钱与时间建立或加入一支民兵队伍，并希望习得一种尚武的精神（esprit de corps）；却正是“因为这些民兵集团的成立依赖于其成员的个体努力，这些民兵团体反对任何外来的干涉——他们自己选择本民兵集团的军官，拒绝为他人服务，且不愿意牺牲自身的独立性加入到更大的军事建构中”[19]。由此，联邦政府在该时期面对的不仅是各州对民兵控制权提出的要求，更要处理散布在美国全境的、大大小小的民兵集团对外部控制的反感，并打破民兵集团的封闭性，将其融入到一个全国性的军事力量建构之中。将研究时间定格在这一时间段中，本文将得以更为深刻地阐释美国民兵制度从碎片化（fragmentation）到统一（unitary）的发展脉络。

二、宪法民兵条款的拟定及辩论

在制宪会议之前，即 18 世纪末到 19 世纪初，美国人民面临着“内忧”和“外患”对国家安全的双重威胁。在“内忧”方面，最为研究者关注的是谢司起义（Shay’s Rebellion）。谢司在 1786 年秋天发动起义，在同年 12 月就已经募集

[19] Todd，*supra* note 2，p. 82

到超过 10000 人的队伍，他的队伍横扫整个马萨诸塞，而根本未能遇到任何有意义的抵抗——政府不敢调用民兵，因为民兵中的大部分成员同样生活困窘，很可能会投敌，而大陆军在独立战争后已被解散。尽管谢司最终被时任陆军部长亨利·诺克斯（Henry Knox）镇压，但这场运动，诚如一些学者所归纳的那样，让人们认识到一支由中央政府指挥的高效军事力量的重要性："谢司起义促使人们发起一场以更坚定的政府组织取代邦联条款的运动。对那些保守派人士和那些希望美国成为大国的人来说，谢司起义对邦联政府和州政府都是一场不能再现的耻辱"[20]。就"外患"而言，北美殖民地的北部和南部都有大型的印第安部落，英国在美国与加拿大接壤的西北边界仍有军事据点，西班牙则仍控制着福罗里达、路易斯安那和密西西比河流域。这些问题在各州宪法批准大会上都得到了关注，譬如，有代表提出"有必要建立小规模的部队去保卫重要的前方哨所，维护军械库的安全"，亦有其他代表表示"我们已经成为欧洲列强攻击的目标，如果我们不能保卫我们自己，就会增强列强攻击的愿望"[21]。

（一）制宪会议的辩论

前文已述，制宪代表们主要面临着如下问题：美国正处"内忧"与"外患"之中，但却没有可靠而有效率的军事力量应对这些危机——《邦联条例》对美国军事力量的统制已被历史验证散乱而低效。时任弗吉尼亚州州长的埃德蒙·伦道夫（Edmund Randolph）曾指出"现在的邦联政府对于邦联的和平、安全与维系邦联存在是远远不够的……国会既不能阻止战争，也不能支持已经存在的战争，更不能去防止内部的动乱和反叛"[22]。这点也获得了诺克斯的共鸣。诺克斯曾率军平定谢司叛乱，因而深知邦联军事体系之弊，他在给华盛顿的一封信中写到"我们现在的邦联体制只是徒有虚名，没有任何权力。我们现在必须或者重建政府，或者继续承受不断发生的这些事端"[23]。结合制宪者对战争不可避免的判断，拥有一支有效率的军事力量对于新获独立的美国来说更是至关重要。汉密尔顿就认为："从人类的历史来判断，我们将被迫得出结论：战争的愤怒和破坏性的情感

---

[20] 拉塞尔·韦格利：《美国陆军史》，丁志源等译，解放军出版社 1989 年版，第 94 页

[21] Richard H. Kohn, *The United States Military under the Constitution of United States, 1789-1989*, New York: New York University Press, 1991, pp.65-66

[22] 麦迪逊：《辩论：美国制宪会议记录》，尹宣译，辽宁教育出版社 2003 年版，第 14 页

[23] Knox to Washington, 19 Mar. 1787, Documentary History of the Constitution of the United States, 1787-1780 (5 vols., Washington, 1894-1905), Vol.4, p.96，转引自杨永康：《美国宪法军事条款的渊源与变迁》，法律出版社 2012 年版，第 67 页

在人的心目中所占的支配地位远远超过和平的、温和而善良的情感；而根据对持久平静的推测来建立我们的政治制度，就是指望人性比较弱的原动力”[24]。那么，制宪者打算如何修正《邦联条例》中的军事条款？他们为美国军事力量制定的新架构又是如何？

在常备军问题上，绝大多数州的代表同意加强国会对常备军控制权。该方案主要将《邦联条款》中国会仅能“募兵”（to raise armies）的规定改成国会可以“招募和供应一支军队”（to raise and support armies），这个改变将国会对军队的控制权从战时延伸到平时（peacetime）——在非战时的状态下，国会有权通过采取他们认为合理的方式维持联邦常备军，换言之，常备军被允许于平时存在。与此相应，国会不仅获得授权“建立和装备舰队”（to build and equip fleets），更在此基础上可以“装备和维持一支海军”（to provide and maintain a navy）。尽管马赛诸塞州的代表厄尔布里杰·格里（Elbridge Gerry）提出了反对意见“和平时期保留常备军是危险的，绝不同意授权联邦国会维持不受限制的军队”，但一大批曾在独立战争中服役的制宪代表（如南卡罗来纳州的查尔斯·平克尼，新泽西州的乔纳森·戴顿，以及时任军医处处长的威廉森）均对他的意见提出反驳。可见，在和平时期保持常备军的建制已成为大多数制宪者的共识。

与获得制宪代表普遍认同的常备军议题不同，民兵统制问题一经提出，即遭到各州制宪会议代表的争议。为搁置争议，尽快形成共识，大会决定将此事交由一个 11 人委员会决定。威廉·利文斯顿（William Livingston）代表 11 人委员会向大会宣读美国宪法中民兵条款的雏形：“联邦议会制定条款，组织民兵，装备武器，严明纪律，管理其中为联邦服务的部分，把任命军官和按照联邦制定纪律训练民兵的权力，留给各州”。为了消除其他制宪代表对该条文支持一个强大联邦政府的怀疑，11 人委员会中的另一名成员、马萨诸塞州的卢普斯·金（Rufus King）则对该条款中的各动词作出狭义的解释：“委员会用的‘组织’一词的含义，指向各邦摊派军官和士兵，‘配备武装’的含义，指枪的类型和口径，‘制定法律’指操练方式等”。客观而言，与其他动议相比[25]，该条款在联邦与州权之间

[24] 汉密尔顿等：《联邦党人文集》，第 164 页

[25] 譬如，乔纳森·戴顿（Jonathan Dayton）曾提出的“建立这些邦的民兵的统一制度，制定法律，组织、武装、用纪律约束并管理民兵中为联邦服役的部分，把任命军官的权力留给各邦，把这里未作规定的其他权力留给各邦”。

已经作出了不错的权衡。然而，制宪代表仍然就其中的某些措辞提出了不同版本的修正，而这些修正预示着稍后的联邦党人与反联邦党人之争。

奥利弗·埃尔斯沃斯（Oliver Ellsworth）与罗杰·谢尔曼（Roger Sherman）提出了“把制定民兵计划的权力交给联邦政府，把执行计划的权力交给各邦政府”的动议。可以想见，若这个动议得以落实，则联邦政府可能如同邦联政府一般难以调动民兵，而制宪会议以 1 邦赞成，10 邦反对的投票结果否决了这一动议。与此相反，联邦党人詹姆斯·麦迪逊（James Madison）就民兵军官的任命提出了修改意见，他建议把第二分句中“任命军官的权力……留给各州”改为“把将军以下军官的委任留给各州”。麦迪逊的提案一经提出，马上遭到了谢尔曼的嘲讽“这绝对行不通……每个醒着的人都会发出警报，把睡着的人叫醒”。麦迪逊的动议充分体现出了其联邦主义的本色，然而，在该时期就以如此高调的姿态宣扬联邦主义，自然不能获得其他制宪代表的认同，他的提议也被制宪会议以 3 邦赞成，8 邦反对的投票结果否决。

关于制宪会议中民兵的问题的大辩论，作为代表之一的格里精辟地归纳道“不要把实验推得太远。有些人是不惜一切危险，也要建立一个生机勃勃的政府。另一些人则追求一个比较民主的政府，以同等的决心反对前者。这种冲突，有可能酿成一场内战。”而以上这场辩论的结果是 11 人委员会给出的、折衷了联邦与州权的方案，在稍加润色后，以 9 邦赞成，2 邦反对的结果获通过[26]，成为美国宪法第 1 条第 8 款第 15、16 节：

“国会拥有如下权力：

规定征召民兵，以执行联邦法律、镇压叛乱和击退入侵；

规定民兵的组织、装备和训练，规定用来为合众国服役的那些民兵的管理；但民兵军官的任命和按国会规定训练民兵的权力，由各州保留。”

从制宪会议的结果、即 1787 年宪法的文本来看，麦迪逊、格里、迪金森等联邦主义者的提案并未获得通过，而宪法的民兵条款对民兵制度也设定了“二元统制”的架构。这其中有很多方面的原因：麦迪逊的动议过于直接和尖锐，联邦党人并未形成一个意见统一的集体（同为联邦主义者的格里公开反对麦迪逊意见）以及美国宪法本身的妥协性。在所有这些原因中，美国宪法的妥协性无疑最

[26] 以上讨论的详细内容参见麦迪逊：《辩论：美国制宪会议记录》，第 590-594 页

为核心：制宪者所制定的并不一定是一部完美的宪法，但必须是一部能在十三州人民中达成最低共识、继而能获得各州宪法批准大会通过的宪法。所以，在民兵问题上，无论是对联邦政府过大的授权，还是对州权过分的维护，都被排除在宪法的明文规定之外。

然而，尽管宪法为美国民兵制度设置的联邦与各州“二元统制”框架折衷了制宪会议上两派的观点，但从根本意义上来说，它为民兵统制联邦化留下了更大空间：民兵作为军事力量的一种，它的核心意义和价值体现在战时，而宪法把民兵服役时的管理权赋予了国会，联邦政府即掌握了民兵权力中的关键。在此基础上，联邦政府进一步获取民兵统制权的可能性将比州政府侵犯联邦政府权力的可能性大得多——这正是联邦党人在稍后的辩论中支持宪法民兵条款的原因。此外，宪法与宪政之间有着不可忽视的差距，制宪者通过了一部对民兵“二元统制”的宪法并不意味着美国民兵在军事实践中就受联邦政府与州政府共同统制，宪法“民兵条款”下的美国民兵制度与在实际运作中民兵制度必定存在着一定差异。这点将在下文中得到进一步的阐明。

（二）联邦党人与反联邦党人之争

根据制宪会议的决定，制宪会议一结束，新宪法要被送交邦联国会，然后再送交各州，由各州召开专门的人民代表大会进行讨论并决定是否批准新宪法。联邦党人与反联邦党人即在各州的宪法批准大会上进行了反复多次的激烈辩论：联邦党人争取使新宪法获得通过，力求美国的政治制度从邦联转变为联邦；而反联邦党人则极力阻拦新宪法获得各州人民代表会议的通过，希望以此保留现有的邦联体制。联邦党人与反联邦党人在许多问题上都展开了激烈的交锋，而民兵制度——由于其牵涉到合众国军事安全以及各州主权等关键问题——乃是二者辩论的其中一个焦点。联邦党人与反联邦党人在民兵问题上的辩论主要围绕如下两点进行：联邦与安全，应否对常备军设限。

在联邦与安全的问题上，联邦党人与反联邦党人有着根本的区别。这主要表现在二者对合众国目前处境的不同判断、以及对“安全”的不同认识之上。

于联邦党人而言，美国面临的主要威胁是外国因利益冲突可能对美国动武。有丰富外交经验的约翰·杰伊（John Jay）明智地认识到，毋论美国之后可能的

发展，仅就美国目前的经济状况而言，许多国家与美国就已经有着直接的利益冲突，譬如，“我们和英、法两国是渔业上的竞争者”，以及“在对中国和印度的贸易中，我们妨碍了不止一个国家，因为这种贸易能使我们分享他们以前在某种意义上独占的利益”[27]。利益冲突很容易将发展成战争，为保证新生的合众国政权可以存活，美国必须拥有一支至少能与邻邦相抗衡的军事力量。

在明确了这一点后，杰伊继续指出，“一个和谐的联邦能为他们提供可以想象的对付外来战争的最好保证”。那么，联邦党人凭什么提出这点论证呢？杰伊为此做出了两方面的论述。首先，军事力量的联邦化可以避免战争的发生。若军事力量归由各州分别统领，各州的军事领袖可能因为一时一地的得失、个人的习性以及一些本可由其它方式解决的挑衅而贸然决定出兵，将本州、乃至合众国拖入战争的泥潭；而全国政府则会对是否开战做出更周全的考虑，从而在最大程度上避免战争。他同时根据自身经历指出，一个强大的联邦政府显然比单独的各州在外交斡旋上更有力量，也更有胜算。其次，若战争真的无法避免且迫在眉睫，联邦无论在人才储备，还是在财政支持都比各州政府更适于对侵略做出有效还击。“一个政府能够集中和利用在联邦任何地方发现的最优秀的人物的才能和经验，它能按照全国一致的政策原则行事”，除此之外，他认为更重要的是：“它能把全国的资源和力量用于任何部分的防御，这要比州政府或分散的邦联政府所能做得更容易、更迅速”[28]。因此，无论是预防战争，还是应对战争，由联邦政府统领合众国军事力量（含常备军与民兵）均是最佳选择。

汉密尔顿紧接着杰伊的论述对反联邦党人所提出的攻守联盟给予当头一棒：“美国如果不联合，或者仅用简单的攻守同盟软弱无力地结合在一起，那么就会由于这种不调和的同盟的活动，逐渐被卷入欧洲的政治和战争的一切有害纠纷中去……分而治之必然是怀恨或害怕我们的每个国家的箴言”[29]。汉密尔顿的论述可谓铿锵有力，他的这段话无异于严正地警告美国人民：若美国的军事力量不能实现联邦统制，在战争危机当前，反联邦党人所提倡的攻守同盟必然不能成型；更有甚者，制宪者所规划、美国人民所期待的联邦政府更将因为战争的性质而毁于一旦。

---

[27] 汉密尔顿等：《联邦党人文集》，第 16 页
[28] 以上引文详见：汉密尔顿等：《联邦党人文集》，第 11-19 页
[29] 汉密尔顿等：《联邦党人文集》，第 34 页

反联邦党人对联邦党人的观点提出了如下反驳。首先，他们与联邦党人对“安全”问题有着截然不同的定义。反联邦党人认为，“安全”并不完全意味着“国家安全”，相反，这是联邦党人对美国人民和各州代表的误导。在他们看来，“安全”更为重要的一层含义是美国人民的自由得到应有的保障，而一支受联邦统制的军力，将是联邦压迫合众国人民自由的工具。他们同时警告，有了一支这样的军队之后，“统治者将变成主人，接受他们统治的人民则变成奴隶”[30]，而且美国人将走上“古希腊和古罗马人走过的老路——由于自己粗心的选择和少数人的野心失去自由”[31]。其次，反联邦党人指出，美国有着得天独厚的地缘环境，联邦党人所说的英国、法国、西班牙、印第安人均很难出兵侵略美国，而敌国最可能的渗透和破坏方式反而是通过贿赂的方式收买美国官员——相比而言，集权的联邦政府官员更容易成为别国贿赂的对象。他们对联邦党人做出的另外一点有力的批评是，“各州不同的利益将与作为整体的联邦利益不和”，换言之，联邦党人所谓的联邦统制的军事力量更有效率是讲不通的，联邦政府根本就无法整合各州常备军以及民兵的利益诉求，因而也难以祭出有效率的进攻或防御。

可见，在关于联邦与安全的辩论中，联邦党人认为民兵乃合众国的军事力量的一部分，它如同常备军一样，应当接受联邦政府的统制，抗击外国侵略，保卫合众国的安全。这正是斯托里大法官在《美国宪法评注》中提到的，“管理民兵，为执行法律、平息叛乱和抵御入侵而指挥民兵行动的权力，是监管共同防御、维护国家内部和平的职责的自然附带权力”[32]。反联邦党人则反对各州民兵（哪怕在战时）接受联邦政府的统制，而认为这是联邦国会侵蚀各州权力、全国政府侵犯个体自由的重要一步——从之后的历史发展来看，他们的担心完全有道理。

联邦党人与反联邦党人关于民兵问题论辩的另外一个核心是应否防备常备军：若常备军需要防备，那么一支完全由州统制的民兵将是一种不可或缺的防备力量；而若常备军并不需小心提防，那么，出于联邦政府能给予统一训练以及充足资金支持的考虑，联邦政府应当享有民兵的统制权。双方主要围绕如下两个内容展开辩论。

---

[30] See AntiFederalist Paper No. 3 New Constitution Creates A National Government; Will not Abate Foreign Influence; Dangers of Civil War And Despotism，转引自 http://www.anamericanvision.com/freedom_documents/anti_federalist_papers.

[31] Jonathan Elliott ed., *Debates on the Adoption of the Federal Constitution*, Vol.3, Ayer Co., reprinted., 1987, pp.,150-156

[32] 约瑟夫·斯托里：《美国宪法评注》，毛国权译，上海三联书店 2006 年版，第 357 页

首先，联邦党人认为常备军是一支被隔离和孤立的力量，他们难以侵犯美国人民的自由；而反联邦党人则指出，常备军必然会被国会用于行使宪法赋予国会各项权力，因而很可能是“压迫人民的机器”（engine of oppression）。

普布利乌斯承接美国自殖民地时期以来的自由主义传统，指出：“公民不习惯指望军事力量进行保护，也不甘受其压迫，对军队既不爱也不怕。他们把军队当做必然的灾祸，怀着妒忌的心理予以默认，并且准备反抗那种他们认为可能损害自己权利的势力”[33]。由此，联邦党人认为常备军可以帮助行政长官镇压小规模的派别活动，或者是偶然的暴动或叛乱，但出于人民对常备军的防范和常备军的社会地位，他们不能对人民或人民团体为祸。反联邦党人对此表示不能认同，他们生动而有力地指出，普布利乌斯所说的“隔离”恰恰是常备军为祸的原因：“他们（常备军）因遵命和无条件服从而生；又因终日与武器和行伍为伴，他们时刻感受到军令的威严。他们感受不到自由给予它支持者的愉悦，因而他们对他们所处的社会充满了敌意和妒忌，并以恣意破坏他们所不能享受到的权利为乐”[34]。结合反联邦党人的一个核心观念、即“贵族制，即被少数高贵之人或有钱人掌权的政府，被隐藏在一个巧妙的计划（指美国宪法）中，而美国人民正遭此计划诱骗”[35]，反联邦党人进一步指出，常备军很可能会被作为“军队之王”（the Military King）的总统和他在国会中的贵族朋友们,以美国宪法中的“必要与合适条款”为依据，用作它途——其中，常备军最有可能被用于强行征收联邦国会认为合理的各种税赋——对此，帕特里克·亨利斥之为“全国政府不应该窃取弗吉尼亚的灵魂”。

其次，对常备军应否设限的辩论也涉及到人民主权与法律的相关问题。

联邦党人认为新宪法中人民监督和法律规范的框架已对常备军构成了足够强的牵制。汉密尔顿一方面指出，“只说拟议中的政府的全部权力是在人民的代表手中，就足以回答那些要求更加强制地规定反对和平时期军事建制的人们了。这是在文明社会中可以得到的保障人民权力和特权的主要的、毕竟是唯一的有效办法”[36]，即美国联邦制的最终权力始终集中在美国人民手中，在常备军问题上

---

[33] 汉密尔顿等：《联邦党人文集》，第 38 页

[34] See Antifederalist No. 28 The Use of Coercion by the New Government (PART III), January 16,1788，转引自 http://www.anamericanvision.com/freedom_documents/anti_federalist_papers/

[35] See Antifederalist No. 26 The Use of Coercion by the New Government (PART I)， 转引自 http://www.anamericanvision.com/freedom_documents/anti_federalist_papers/

[36] 汉密尔顿等：《联邦党人文集》，第 138 页

亦复如是，美国人民根本没有必要担心始终受自己控制的一项制度设置最终将为祸。另一方面，他通过分析美国联邦政府的反面、即“各成员的经常性失职是政府性结构的自然产物；这种失职现象正如它们经常发生的那样，如果要从根本上纠正，只能使用战争和暴力”[37]，接而指出，美国人向来有守法的传统，美国官员对美国法律的遵守程度也远高于欧洲大陆，在这样的环境中，联邦政府凭法治就可以解决普通的纠纷，而根本无需动用常备军。出于这两点考虑，联邦党人认为，反联邦党人担心的常备军压迫美国人民自由的情况并不会发生。

反联邦党人在这点上对联邦党人展开了具根本性的攻击。他们厌恶联邦党人的“人民”说辞，认为“人民与他们的统治者存在着天然的区别，即便这些统治者是前者的代表……而我们很难相信，人民会与统治者拥有相同的利益。”他们借这个问题，直指联邦国会的根本问题“在现存的邦联体制下，募兵的动议毕竟获得 13 州中 9 州的议员认可才得以通过，否则即失效。而在拟议的宪法中，若总统同意，众议院中少于两州议员总数的议员、参议院中相当于三州半议员总数的议员就可随意征兵”。可见，反联邦党人认为，讨论联邦党人所说的“法律”是没有必要的，因为 1787 费城制宪会议的目的本应为修订《邦联条例》、而非创设新宪法，新宪法的制定本身就不合法；而且按照新宪法的规定，国会的动议只需经过更少州、以及州代表的同意即可通过，这是一部比《邦联条例》更不尊重人民意愿的宪法。在这样一个更类似于贵族制、热衷于追求“帝国荣光”的新政制中，常备军极易“助总统及国会为虐”。因此，在面对常备军可能带来的威胁时，合众国人民的自由和利益需要一支完全从属州权的民兵来守卫。

概而言之，普布利乌斯认为，在人民和法律的规管下，又考虑到美国人民崇尚自由的天性，常备军将长期游离于美国社会与政治之外，难以为祸。既然常备军并不是美国人民在保卫个体自由与利益问题上的威胁，由于联邦在统一管理和资金支持上存在明显优势，民兵的中央统制正当而可行。加图与布鲁图斯并不认同普布利乌斯勾勒出来的这个美好图景。他们认为，依照新宪法构建出来的美国政制更类似于君主制与贵族制的混合形式，人民的利益在这种体制下只能获得更为有限的表达。常备军必将成为“军队之王与他在国会中的贵族朋友们”实施自己意图、压迫美国人民的工具，而美国人民若想捍卫自身的自由，则必须将民兵

[37] 汉密尔顿等：《联邦党人文集》，第 135 页

的统制权需要完全赋予各州议会，通过各州民兵与常备军抗衡。

《联邦党人文集》第 29 篇、亦即普布利乌斯辟出以论述民兵问题的专门一篇，总结了联邦党人对上述两个关键问题的态度。汉密尔顿开篇即以明白的语言点出对民兵实行联邦统制的重要性，他指出，“只有把民兵的管理交给全国政府来指导，才能做到所希望的统一……这能使他们在军事技能上很快达到熟练程度，这对他们的运作来说是非常重要的”。在谈到要不要防备常备军时，汉密尔顿做了一个让步性的论述。他认为人民享有常备军的最终管理权，因而无需为常备军可能为祸担忧；而即便按反联邦党人的说法，“如果常备军危及自由，负责保卫国家的机构对民兵的有效权力，应当尽可能除去这种不良制度的诱因和口实。如果联邦政府在需要军事力量支援地方行政长官的危急情况下取得民兵的帮助，就能更好地排除另一种兵力的使用”。由此，联邦对民兵的统制恰恰是反联邦党人所说的防备常备军的最佳策略之一——“使军队成为毫无必要，是一种比一千道书面禁令更加可靠的防止军队存在的方法”。在 29 篇的最后，汉密尔顿再次强调美国人民对民兵具有的最终控制权。他斥责反联邦党人的攻击“新罕布什尔的民兵要开往佐治亚，佐治亚的民兵要开往新罕布什尔”为“夸大而不真实的言论”，他强而有力地总结道“如果没有军队，被动员为加紧奴役一部分同胞而开始一次无望远征的怨愤的民兵，只有把他们的矛头指向那些决定这样愚蠢和恶劣的计划的专制者，在他们想象的权力堡垒里把他们打倒，而且把他们当做遭受凌辱和被激怒的人民进行正当复仇的范例，除此以外还有什么出路吗？”[38]

联邦党人与反联邦党人的上述论辩更提请我们关注二者之间关于一个根本问题的竞争：如何论证联邦政体或是当前的邦联政体基于美国人民授权的正当性。这很好地反应在帕特里克·亨利（Patrick Henry），一位著名的联反邦党人首领，写下的这段话中：“何谓危险？先生，如果你确定我们目前正面临着这种危险的话，我宁愿回溯到美国精神来保卫自己——这种精神曾经引领我们克服最难以战胜的艰难险阻——我正向这光彩耀目的美国精神做最热忱的祈祷：请阻止这必将损害美国人民自由的制度获得通过”[39]。这里所谓的“美国精神”（American spirit）即是美国人民对自治和良治的执着和认可。质言之，反联邦党人将邦联制度的正当性建构于人民主权之上，而他们认为最能保障美国人民自由的是 13

[38] 汉密尔顿等：《联邦党人文集》，第 140-145 页
[39] Elliot’s Debates, pp.141-142

个独立的州（或称“邦”），因此，受中央统制的军事设置，无论是常备军，还是民兵，都是对州、进而是对每个公民的直接威胁。与之相反，虽然联邦党人同样认为美国立宪建国是基于每一个美国公民的认同和授权，但他们认为唯有一个强大的联邦政府可以保护美国人民所最珍视的自由，因此，联邦党人呼吁建立一支由中央统制的军事力量，保障美国安全，进而保障美国人民的自由。

然而，尽管联邦党人与反联邦党人在此问题上有着深刻的分歧，但他们对辩论的对象、即“民兵”却有着颇为相似的界定：他们谈论的“民兵”更接近于、或者在更多数的情况下是一种作为政治建构的民兵，而非是一种作为实际军力的民兵。我们不妨从两个角度考察这个问题。

首先，最重要的一点是，遵循对民兵的广泛定义、即将民兵定义为全体可携带武器的公民，民兵概念可以因此与美国人民的概念紧密相连。这样做的一个显而易见的好处是论证了联邦国会或各州议会对民兵的领导权亦即同时证明了联邦制或当前的（或经过调整的）邦联制建立于人民授权之上的正当性。无论是联邦党人，还是反联邦党人都欢迎这种一举两得的论证。其次，诚如上文所言，这一时期的美国民兵，仍处于独立的“民兵集团”（the Independent Company）阶段，在实战中难有大作为，因而无论在抗击外敌，还是在平定内部叛乱的战斗中，民兵只能处于次要的协助性地位。综合观之，在与人民主权相关的讨论中，作为政治建构的、“全民皆兵”式的民兵比作为实际军力的民兵有更大的意义，联邦党人与反联邦党人都发现、并利用了这一点。

总而言之，联邦党人与反联邦党人关于民兵的辩论呈现出一种难以融合的对立：联邦党人坚决支持对民兵实行中央统制；反联邦党人坚决反对。无论是联邦党人，还是反联邦党人，都清楚地看到，在这点上，不存在让步或后退的空间。汉密尔顿指出：“信任必须寄托于某一方面……与其不适当地限制立法机关的权威，使政府为难并危及公共安全，不如去冒滥用信任的危险”[40]。这正是反联邦党人所说的，“设立政府的意图必定被一方误读”[41]。质言之，若新宪法获得通过，联邦政府得以对各州民兵实行（有限度的）中央统制，理想的结果自然是民兵的训练、装备和军费得到保证，民兵成为常备军有力的补充，美国的国家安全得以

---

[40] 汉密尔顿等：《联邦党人文集》，第 128 页

[41] See Antifederalist No. 23 CERTAIN POWERS NECESSARY FOR THE COMMON DEFENSE, CAN AND SHOULD BE LIMITED，转引自 http://www.anamericanvision.com/freedom_documents/anti_federalist_papers/

最大限度的保障；但相反的结果、即美国公民自由可能受到侵犯与压迫的情况，同样可能发生。制宪代表们以抽象的美国人民之名同意此方案时，必须承受后一种图景的危险，这正是普布利乌斯所提到的，“为了更加安全，它们宁可冒比较不自由的危险”[42]。同理，若新政府的民兵政策参照反联邦党人的路线构建，他们对政府的期待、即“政府最重要的目的在于管理内政和经济”将得以保证，但风险是，邦联制的孱弱可能将继续延续，美国难以有效抵御外侮。斯托林对此有精妙的评价：“总体平衡出现问题……其结果不是联合政府的暴政，就是邦联的无政府主义”[43]。

从结果来看，随着新罕布什尔州批准新宪法，新宪法得以通过，联邦党人获得了这场耗时甚久的辩论的胜利，联邦政府对民兵有条件的统制亦成为定规。这一方面是因为刚经历完独立战争的美国人民期待拥有一支强而有力的军队来保卫自身的利益与自由，而新生的共和国确实也面临来自各方的觊觎与威胁，在这方面，联邦党人的诉求显然比反联邦党人的观点更符合美国当时的国情，也更贴切美国人的心态；另一方面，联邦党人的论述集中，纲领清晰，还占据了“联邦主义者”的道德制高点，与此相比，反联邦党人总是处于反驳的位置中，而且反驳的观点分散，未能形成合力。然而，反联邦党人对联邦政府可能危险的认识和他们为此发出的警告，却相当有见地，这些意见中的不少很快就被历史验证为极具前瞻性。譬如，一位反联邦党人就精辟地指出民兵控制权以后必将被联邦进一步侵吞，这将迫使各州越来越依赖联邦政府：

“我对新政府的最大反对在于，它没有给我们留下任何防卫我们权利的手段，或者是发动战争反抗专制的手段……我们唯一的防御力量民兵都在国会的手中，我们怎么会有任何抵抗武装部队的手段呢？”[44]

三、宪法第二修正案中的民兵制度

宪法的通过，如同一些学者所观察到的那样，意味着美国“采纳了一部崇尚

---

[42] 汉密尔顿等：《联邦党人文集》，第 36 页

[43] 赫伯特•J.斯托林：《反联邦党人赞成什么——宪法反对者的政治思想》，汪庆华译，北京大学出版社 2006 年版，第 62 页

[44] McMaster and Stone, Pennsylvania and the Federal Constitution, 1787-1788, (Published for the Subscribers by the Historical Society of Pennsylvania, 1888), pp. 264，转引自赫伯特•J.斯托林：《反联邦党人赞成什么——宪法反对者的政治思想》，第 63 页

自由主义的宪法”，然而，在宪法通过不久之后，“部分美国思想家依旧保留着传统的共和主义信念”[45]。这种美国化的“共和主义信念”、即对在新宪法中被赋予过多权力的联邦政府进行限制和监管，很好地体现在宪法的前十条修正案中。作为《权力法案》中的一条，宪法第二修正案亦强调了对联邦政府权力的限制、以及对州权的保护。然而，除了许多学者都已经辨明的这点外，宪法第二修正案的意义更在于它首次把美国民兵放在一个“政治建构”的语境中进行讨论。换言之，美国宪法的第二修正案在表现出反联邦党人对宪法修改意见的同时，也正式以明文的方式说明了美国民兵奠基于美国人民主权之上的正当性。

若回溯宪法第二修正案研究的历史，在桑福德·列文森（Sanford Levinson）与温迪·布朗（Wendy Brown）的那场著名辩论之前，无论是研究者，还是法官，都有意回避美国宪法的第二、三条修正案，列文森曾打趣地评论道“宪法学者在第一修正案上驻留许久，然后闭上眼睛跳到第四修正案的解释上去”[46]。导致这种状况原因有很多，但其中最重要的一条是：宪法第二修正案牵涉到了复杂的内容，却又“文脉糟糕，文意不明”[47]。关于第二修正案的讨论乃基于其英文歧义进行，故此处列出原文：

“A well regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed.”[48]

从英文文法分析，“管理良好的民兵”（a well regulated Militia）与动宾结构“保障自由州的安全所必需的”（being necessary to the security of a free State）形成第一个意群，“人民持有和携带武器的权利”（the right of the people to keep and bear Arms）与“不得侵犯”（shall not be infringed）则是该句表达的第二个意思。由此，关于宪法第二修正案，如下两点内容是清楚的：一、“管理良好的民兵是保障自由州的安全所必需的”；二、“人民持有和携带武器的权力不得侵犯”。然而，宪法第二修正案的核心问题就在于这二者之间的关系：在第一分句与第二分句之间，立法者并没有明确给予任何连词。基于英文文法，两句之间的转折需添加转折连词（but, or 等），我们可以确定这两句之间并不存在转折关系，但两句之间究竟是并列关系，抑或是因果关系？

---

[45] David C. Williams. Civic Republicanism and the Citizen Militia: The Terrifying Second Amendment. *The Yale Law Journal*, Vol. 101, No. 3 (Dec., 1991), p. 571

[46] Levinson, supra note 17, pp. 646-650

[47] 青山武宪:“美国的武器携带权及其宪法限制”，载《科学•经济•社会》，2007 年第 4 期

[48] U. S. CONST. amend. Ⅱ

不少学者认同其中的并列关系一说，在他们看来，这条款应当被理解成“管理良好的民兵是保障自由州的安全所必需的，**而**人民持有和携带武器的权利不受侵犯”。在这种情况下，他们得到的结论是：“携带武器权不是为了加强州权，其着眼点在于扩大人民的权力，防止民兵这一制衡力量出现意外”。如下一句，则更为明白地反映了这批学者的观点“宪法第二修正案的真正立法意图在于……为民兵的军事制衡提供最后一道防线”[49]。质言之，他们认为，民兵与持有武器的人民之间相互独立，二者是防止联邦政府侵害公民的两道“防线”——若民兵这一体系“出现意外”了，全体公民可以凭借他们手中的枪支，反抗联邦政府压迫。

然而，诚如大部分中文译者都关注到的那样，将二者之间关系翻译成“而”并不是最佳选择，更为贴切的翻译应为：“管理良好的民兵是保障自由州的安全所必需的，**因此**人民持有和携带武器的权利不受侵犯”。那么，民兵与人民之间存在着何种因果关系？

这正是列文森理论建构的核心所在。他强调，宪法第二修正案所力求保护的，并不是个人自卫的权力（an individual right to self-defense），而是集体反抗联邦压迫的权力（a “collective” right to revolution）。因此，他采纳了对民兵最为广泛的定义、即民兵为“所有人，或者至少是社群中有完整公民权的人”[50]，接而指出，宪法第二修正案的本意并非鼓励每个公民在遇到国家侵权行为时都凭自己力量拿起枪支反抗——相反，对于真正恪守共和主义信仰的公民而言，他们反抗中央政府侵权和欺压的最好办法是以加入“普遍民兵”（universal militia）的方式来反抗。这正是他所说的，“武装起来的大众乃为共和政体内部最关键的一种‘制衡价值’（checking value），他们受为公共福祉奋斗的责任感所驱动，来抵抗政府的暴政”[51]。从列文森的角度出发，在宪法第二修正案中，“民兵”之所以为“人民持有和携带武器的权利不受侵犯”之因，是由于人民反抗联邦政府的权力必须通过参加“普遍民兵”这一方式来行使，而“普遍民兵”的正当性亦唯有奠基于全体美国人民概念之上才可证成。换言之，我们不可想象游离于民兵之外的个人反抗，因为这种反抗零散而没有意义；我们必须把宪法第二修正案中的民兵理解成“普遍民兵”、亦即作为“政治建构”和承接“全民皆兵”传统的民兵，而不能仅仅把民兵理解成选调兵（select corps），因为这将

[49] 杨永康：《美国宪法军事条款的渊源与变迁》，第 97 页
[50] See Levinson, *supra* note 6, pp. 646-647
[51] *Id*. p. 648

破坏制宪者的原意，将民兵变成另外一支常备军。

此外，列文森在此基础上进一步打破了学者一直以来把民兵与州挂钩的做法和判断，认为美国人民通过组成“普遍民兵”的方式抗衡的不仅是联邦政府，还包括各州政府。这点突破的意义不容忽视。在此之前，学界的主流只关注到美国宪法中有民兵条款，而相关研究总是停留在各州民兵与联邦常备军抗衡的固定范式中；而在列文森这篇具开拓性的研究之后，美国学者的视野得以扩展，譬如，重新检阅州宪法使他们认识到每州的州宪法中几乎都有民兵条款，州宪的设计者同样把民兵视为一种监视、反抗州权侵犯个人自由的制度设置。

总之，纵观列文森的论述，他认为宪法第二修正案认同的是如下一套共和主义政治制度：全体持枪的美国公民构成了“普遍民兵”，当联邦或州政府出现侵犯公民自由的行为时，全体美国公民可通过加入“普遍民兵”的方式以武力表达自己的意愿，并反抗联邦或州政府的侵权。

这种意见遭到了温迪·布朗的反对。布朗稍后在同一份刊物、即《耶鲁法律评论》中撰文指出，列文森对宪法第二修正案这种理解过分强调了洛克式的自由主义（Lockean Liberalism）；相比而言，她更赞同马基雅维利的理论，认为真正符合制宪者构想、以及美国共和主义传统的理解应把该修正案中的民兵看作是从属于各州统制的民兵、而不是一种涵括全体美国人民的、“观念性”的民兵[52]。为此，她写到“共和制下的公民武装并不反对州权，反而是作为州权的一部分——武装的公民是各州的中心（heart），而不是其对反面或对手”[53]。既然布朗认为美国人民的信任应该托付于州统辖的民兵，她必须对列文森的“普遍民兵”概念提出攻击。她认为，“普遍民兵”不像州统辖下的民兵一样具有实际意义，因为作为政治架构的前者的维持必须依赖全体美国公民为之提供一种精神支持，而这意味着全体美国公民必须具有一种“高贵的共和美德”——但全体公民都具有这样一种政治品德的状况只可能存在于乌托邦社会中。由此，她坚持那种奠基于人民主权的正当性应当属于州民兵，而不是“普遍民兵”。

客观而言，列文森与布朗的辩论确实很精彩。二者都充分认识到人民主权作为民兵政治正当性来源的意义，并努力在此基础上论证各自的民兵建构（即列文森的“普遍民兵”概念以及布朗秉持的“州民兵”视角）。而列文森之所以被认

---

[52] See Brown, *supra* note 7, p. 661
[53] *Id*. p. 663

为胜于布朗，很大程度上是因为他首倡的“普遍民兵”建构以简明的概念表达出联邦党人与反联邦党人在民兵制度辩论中关注的核心问题，他亦是第一个从共和主义的观点说明民兵在政治建构层面意义的学者。在理论层面探讨民兵问题时，只有遵从对民兵“全民皆兵”式的传统定义，民兵区别于常备军的特质、它可诉诸于全体美国人民授权的政治正当性根基，才可明晰。这正是威廉姆斯（David C. Williams）在分析列文森与布朗之争后最大的感叹：“民兵本身就是人民，所以民兵根本不可能反对共同的善——共同的善与他们自己的善本身就是一体”[54]。任何关于民兵的讨论，若偏离了这一点，则根本难以进行。

四、民兵法案及联邦最高法院相关判例

斯托里在分析宪法民兵条款时曾提到，民兵条款中的第 1 项（即第 1 条第 8 款第 15 节）与第 2 项（第 16 节）之间存在着递进的关系。他认为，民兵条款的第 1 项指明民兵是对常备军的一种重要补充，是“监管共同防御、维护国家内部和平的职责的自然附带权力”[55]。既然民兵是这样的一种“自然附带权力”，那么，为了以“最合适的手段、赋予其速度和效率”行使这项权力，国会需要对民兵实行统一的组织和训练，而这正是民兵条款的第 2 项所关心的问题——“规定民兵的组织、装备和训练的管理办法，规定为合众国服役的民兵的管理方法”。更引人注目的是，斯托里在叙述完他对宪法民兵条款的理解之后，话锋一转，马上谈及由他传达法庭意见的马丁诉莫特（Martin v. Mott）案，他写到“总统……是应当被赋予该等（判断入侵企图）重大的和微妙职责的恰当官员”[56]。可见，斯托里认为，民兵条款的第 1、2 项与此后国会的一系列立法和联邦最高法院的判例是环环相扣并逐步递进的，而隐含于宪法民兵条款、并被之后的司法实践进一步落实的，正是民兵的统制权被收归总统，进而实现联邦化。

（一）国会的一系列民兵立法

随着宪法作为整体获得通过，宪法中的民兵制度也得到美国人民的承认。宪法对民兵的统制权做出了如下划分：“规定民兵的组织、装备和训练，规定用来

[54] Williams, *supra* note 45, p. 578
[55] 约瑟夫·斯托里：《美国宪法评注》，第 356 页
[56] 约瑟夫·斯托里：《美国宪法评注》，第 358 页

为合众国服役的那些民兵的管理；但民兵军官的任命和按国会规定训练民兵的权力，由各州保留。”这样一个看似合理的分权结构在实际中却难以操作，譬如，当时不少州政府运用宪法赋予各州对民兵军官的任命权，将各州民兵军官的军阶升得比负责指挥各州民兵的联邦军官还高，在民兵指挥系统中造成了混乱，从而表达出他们对这种“二元统制”的抵制。无论是当时的观察家，还是华盛顿总统，都清楚地看到了这点。一名观察家指出“在州获得训练与任命军官的授权的情况下，国会不可能组织和管制民兵”，他将之比喻为类似贸易条款的矛盾，“这好比国会因纽约位处港口的地理位置而授予其特许状，却又宣布国会有权管理纽约与外国的贸易”[57]。如果说这位观察者只是提到了二者的矛盾的话，华盛顿则更进一步指明了解决这个问题的方向：“我们不能过于简单地看待这个问题。关于这一条款能否为国家安全提供足够力量的疑问，我只知道，一支遍布全美的、统一的民兵力量能使这一条款发挥它最大的效用。”[58]。换言之，华盛顿认为，要使民兵发挥其最大的作用，联邦化是必然的发展趋向。

无论那位普通的观察者，还是华盛顿都注意到，美国宪法为民兵制度设立的“二元统制”无法真正有效实行，其原因——颇具讽刺意味——是这种分权太“彻底”了：在这种模式下，对民兵的调遣和征用要求联邦政府与州政府高度协同的行动，而联邦与州显然无法达到制宪者的这种期望。在实际战争中，民兵是常备军的重要补充力量，若联邦受制于联邦与各州的争执而未能有效执行任务，这将给国家带来重大损失，也将威胁到美国人民的自由与利益。既然战争要求一支编制完整、号令统一的民兵，而集权的联邦政府比分散的各州政府更能做到这一点，那么，为了防备国外威胁、保卫合众国安全，加强对民兵的联邦管制成了美国人民的共识。然而，在这一共识的基础之上，如下的问题需要进一步考虑：如何加强对民兵的联邦管制？进而言之，在“三权分立”的政治架构之下，哪个权力最适应战争的性质，能对民兵实施最佳的联邦统制？

联邦政府的行政长官自然是最佳选择。一方面，在各州制定的州宪法中，大都有军权系于行政首脑的条款，即便是那些设置了委员会管理军事事务的州，军权也大都集中于一人，所以，由行政长官兼行军事最高长官是有州宪法作为先例

---

[57] See Charles E. Lydecker. An Unconstitutional Militia [J]. *The North American Review*, Vol. 134, No. 307 (Jun., 1882), pp. 631-632

[58] See Annual report of the Adjutant-General, Documents of the Senate of the State of New York (1832), p. 18

的。另一方面，正如联邦党人所认识到的那样，“在政府的职责中，指挥作战最具有需要一个人集权的特质。指挥作战乃指挥集团之力量；而指挥与运用集团之力量之权正是行政权威定义中的主要成分”[59]。总统作为合众国的人格化化身，是最适于在战时行使指挥民兵统制权的制度设置。

民兵统制联邦化最棘手的一点是美国宪法原文中并没有明确规定总统与民兵之间的权力关系。民兵条款位列美国宪法第 1 条“行政条款”之中，它起始一句即是“国会有权：”，这表明联邦政府对民兵的所有权利应以国会来行使；而尽管总统是“合众国陆军、海军和为征调为合众国服役的各州民兵的总司令”，但这仅是一个空衔，宪法对总统如何统领美国民兵只字未提。罗伯特·杰克逊（Robert Jackson）大法官曾在一段判词中提到过这种隐含于宪法民兵条款和总统条款中的限制：“对统制权的限制，乃厘定于那个人们把民兵、而不是常备军视为守卫共和国之武器的年代，它强调宪法授权国会、而非行政部门来行使战争权”[60]。所以，最早的几届国会要实现民兵统制的联邦化，就必须将宪法赋予自身的权力，授予合众国总统；而作为立法机关的国会，其最佳的授权方式乃是国会立法。

国会关于民兵统制联邦化的第一次立法，是 1792 年征召法案（Calling Forth Act of 1792）。从其内容来看，该法案旨在细化宪法民兵条款，特别是其中的第 1 项“征召民兵，以执行联邦法律、镇压叛乱和击退入侵”，并将原属联邦国会的这些权力赋予合众国总统。具体而言，该法案的第 1 款对合众国总统在何种情况下可以基于“镇压叛乱和击退入侵”召集民兵做出了详细说明，而第 2 款则规定了合众国总统以“执行联邦法律”为由征召民兵的具体条件。

“第一款. 当合众国被任何外邦或印第安部落侵略，或处在遭受侵略的即刻危险时，合众国**总统**获法律授权，可依照他的判断，为击退入侵而作必要的部署，征召本州民兵或方便对处于危险境地的州施予援手的相邻诸州的民兵服役，并对他认为与之相关的民兵首领下达命令；在任何一州发生反抗政府的暴乱时，合众国**总统**获法律授权，在该州立法机构或行政部门（当立法机关不可聚集开会之时）的请求下，征召其他一州或数州的民兵平叛，民兵的数量以合众国**总**

[59] 汉密尔顿等：《联邦党人文集》，第 377 页

[60] Youngstown Sheet & Tube Co. v. *Sawyer (Steel Seizure)*, 343 U.S. 579, 644 (1952) (Jackson, J., concurring)

统判断为足够平定叛乱为准。”[61]

“第二款. 当合众国法律遭反对、或合众国法律的执行遭阻拦，而且反对势力不仅不可被常规的司法程序镇压，连执法官也无法凭借合众国总统赋予他的权力镇压时，合众国**总统**有权在获得助理大法官或地区法官的允许下，征召该州民兵镇压聚集的人群，以保证法律得以执行。而若发生叛乱的州的民兵拒绝镇压叛乱、或其力量不足以镇压叛乱，合众国**总统**获法律授权在合众国国会休会情况下，征召方便对处于危险境地的州施予援手的相邻一州或诸州民兵，数量以适当为宜；在必要的情况下，合众国**总统**可继续动用这批民兵直至国会下次集结开会后的30天。”[62]

笔者对1792年法案第1、2款中出现的“总统”一词做了加粗处理，由此，我们可以更清楚地看到，在这不长的两款中，“总统”一词已经反复出现了6次之多。可见，美国第二届国会进行此次立法的目的，是把宪法明文赋予国会的权力、即基于“执行联邦法律、镇压叛乱和击退入侵”三项判断征召民兵的权力赋予合众国总统。而国会之所以基于民兵条款的第1项、而不是第2项把民兵统制权赋予合众国总统，则是充分利用了对美国宪法隐含权力（implied power）的解读。在强调“二元统制”的第 2 项民兵条款中，国会对民兵的权力被明文（expressly）规定为“民兵的组织、装备和训练，规定用来为合众国服役的那些民兵的管理”，而前文已述，在制宪会议上，卢普斯·金将此句的意涵进一步窄化：“‘组织’一词的含义，指向各邦摊派军官和士兵，‘配备武装’的含义，指枪的类型和口径，‘制定法律’指操练方式”。若国会基于第2项民兵法案对合众国总统授权，则总统对民兵的统制权将被紧紧限制于“组织、装备、制定法律”三个方面，这将导致民兵统制的联邦化难以彻底进行。相反，第二届国会明智地利用了言辞模糊、因而具有高度解释可能的第1项民兵条款，授权总统在“执行联邦法律、镇压叛乱和击退入侵”三种情况下征召民兵，由此，总统在民兵统制的相关问题上有了更大的自由裁量权。这是国会为民兵统制联邦化立法的第一步，同时也是具有奠基性意义的一步，此后的民兵立法基本都围绕这一核心继续发展。

然而，回顾 1792 年法案以及第二届国会通过该法案的历程，如下一点同样

---

[61] Calling Forth Act of 1792 §1, 1 Stat. 264
[62] *Id.* §2, 1 Stat. 264

值得留意：当时的国会议员对民兵应否由联邦统制，进而言之，这种联邦统制应该达到何种水平，仍心存疑虑。有学者留意到“从国会关于此案的会议记录来看，议员们对在国家遭侵犯或发生暴乱时动用民兵并无异议，但他们对在涉及普通民众的情况下以‘执行联邦法律’之名动用民兵表示深刻关注”。[63]反联邦党人所说的受联邦统制的民兵可能助总统——这一“军队之王”——为虐的警告仍言犹在耳，由此，大部分国会议员对总统可征召民兵抗击外国侵略和平定国内暴乱并无异议，却担心总统可能以执行法律为借口，征召民兵来谋取个人或党派私利。出于这种考虑，1792 法案的第 2 款对总统以执行法律之名征召民兵做出了额外的限制：第一，总统在征召民兵之前，必须获得“助理大法官或地区法官”的认可；第二，总统仅可在联邦国会休会期间征召其它州的民兵支援某州、或赴某州执行任务，而且在未经国会批准的情况下，总统跨州调动民兵的行动必须于国会下次开会后三十天内停止。1792 年法案的最后一条法令也许是最能反映 1792 年法案“实验性”的一面：“本法案生效期为 2 年，从此时起，至国会下次聚集开会止，不得延长”[64]。

国会的这一次“两年的立法尝试”，在 1794 年、即该条例颁布 2 年之后，得到了第一次检验。华盛顿第一次以联邦的名义征调民兵，镇压了发生在宾夕法尼亚州的威士忌暴乱（Whiskey Rebellion）。华盛顿充分遵照 1792 年法案要求的程序，征召民兵平息叛乱。首先，华盛顿将这起发生在宾夕法尼亚州州界附近的事件定义为“叛乱”（insurrection），由此向最高法院大法官詹姆斯·威尔逊（James Wilson）提出征召民兵的要求，并获得允许；其次，华盛顿依照 1792 年法案第 3 条的要求，对揭竿而起的暴乱农民发出了勒令解散的告示（proclamation to order insurgents to disperse）。在走完了 1791 年法案规定的一系列程序之后，华盛顿最终征召了宾夕法尼亚州、新泽西州、弗吉尼亚州、马里兰州四州的民兵，成功平息了叛乱。[65]

本次平叛对国会推进民兵立法，进一步加强民兵的联邦统制有不可忽视的作用：华盛顿在威士忌叛乱中做出的举动完全符合宪法和 1792 年法案的所有要求，他的举动使对 1792 年法案中总统可召集民兵执行法律一条持保留意见的国会议

---

[63] See David E. Engdahl, Soldiers, Riots, and Revolution: The Law and History of Military Troops in Civil Disorders [J]. *Iowa Law Review l*, Vol. 57, No. 5 (Dec., 1971), pp.1-44.

[64] Calling Forth Act of 1792 §10, 1 Stat. 265

[65] 关于威士忌叛乱的简要分析，参见埃里克·方纳：《给我自由！一部美国的历史》，王希译，商务印书馆 2010 年版，第 361 页.

员们放了心，并使议员们愿意继续往既定方向推进立法。正如一位学者所总结的那样，“威士忌叛乱既为该法案成为一项长久的法律奠定了基础，也为之后所有动用联邦军力镇压国内冲突的情况提供了先例”[66]。

在 1795 年，即 1792 年法案法定失效之时，第三届国会在 1792 年法案的基础上，制订了没有时间限制 1795 民兵法案（Militia Act of 1795）。单从 1795 年法案取消了时间限制这一点来说，由总统来对民兵进行联邦统制已从一种立法实验变为一种可供长期执行的制度框架。由于 1792 年法案中的第 1 款已赋予总统在“镇压叛乱和击退入侵”两种情况下对民兵独占、排他性的征用，1795 年条款保留了 1792 年法案中的第 1 款；而 1792 年法案为总统征召民兵“执行联邦法律”设置的三种限制，则在 1795 年法案的第 2 款中得到了修正。

“第二款. 当合众国法律遭反对、或合众国法律的执行遭阻拦，而且反对势力不仅不可被常规的司法程序镇压，连执法官也无法凭借合众国总统赋予他的权力镇压时，合众国总统有权征召民兵镇压聚集的人群，以保证法律得以执行。在必要的情况下，合众国总统可持续动用这批民兵直至国会下次集结开会后的 30 天。”[67]

1795 年法案的第 2 款对 1792 年法案做出的修改主要体现在如下两点。首先，1795 法案去除了 1792 年法案中总统召集民兵前需获得法官认可的要求，授予了总统对是否有必要征调民兵的判断全权；其次，1795 法案去除了总统仅可在国会休会期才可做出跨州征调民兵的规定。此外，虽然 1795 年法案仍然要求合众国总统在征召民兵平叛时要发出勒令解散的告示，但改变了 1792 年法案对这个告示要在征召民兵之前发出的要求，而改为该告示可以在召集民兵的同时发出。1795 年法案在 1792 年法案之上做出的这三点改动，已充分说明 1792 年法案中提出的以赋予总统更大紧急权力的方式推进民兵统制联邦化的思路得到国会的普遍认同，合众国总统征调民兵所需的程序得以大大简化。

国会的下一条民兵立法是 1807 年叛乱法案（Insurrection Act of 1807）。与 1795 法案对 1792 年法案提出了较大修正不同，1807 年法案只对 1795 年法案补充了如下一句：

“在出现叛乱，以及合众国或各州、各准州的法律的执行遭阻拦时，合众国

[66] Robert W. Coakley, The Role of Federal Military Forces in Domestic Disturbances: 1787-1903, S. Doc. No.57-209, pp. 67-68 (2d Sess. 1903)
[67] the Militia Act of 1795, ch. 36, § 2, 1 Stat. 424,

总统有权征召民兵平定这些叛乱，保证法律得到适当的执行；他同样也有权在他认为必须的情况下，为了相同的目的，在遵守相关法律要求的情况下，动用合众国的海陆军”。[68]

国会制定这条法案的目的和过程，在不少学者看来，是美国法制史中的一团迷雾。首先，“关于平叛法案的立法史并不存在”[69]，这法案由谁提出、因何提出成为一个无人可以准确解答的问题。更为重要的是，1807 年法案只提及了合众国总统可就“执行联邦法律、镇压叛乱”而征集军队，却没有提及任何关于“击退入侵”的情况——但基于这三种原因征召民兵的授权乃是自 1792 年以来的传统。关于第九届国会为何要在 1807 年前后做出这样决定，学界仍众说纷纭[70]。然而，1807 年法案在国会军事立法史上却有着特殊的意义：这是总统第一次获得国会授权动用联邦军力（federal troops）[71]。从国会军事立法史来看，国会通过 1807 年法案将动用常备军的紧急权力赋予合众国总统，意味着民兵统制的联邦化已基本实现，国会已成功将宪法第 1 条第 8 款授予自身的民兵相关权力赋予合众国总统执行，而随着国会早期的民兵立法进入尾声，国会的关注点已转为授予合众国总统征调联邦常备军的紧急权力。

学界普遍认为，国会早期的民兵立法结束于 1861 年平叛法案（Suppression of the Rebellion Act of 1861）。1861 年法案的第 1 款取代了 1795 年法案的第 2 款，授权合众国总统可在出于如下考虑征召民兵以及联邦军队：

“当人群聚集，以非法手段阻碍公务，或出现反抗合众国权威的暴乱之时，合众国总统再遵循平常的司法程序，去落实合众国或各州、各准州的法律，是不现实的。”[72]

可见，1861 年法案比 1795 年法案更进一步，将“反对联邦政府权威”也作为总统可以征调民兵的情况。在 1787 年宪法的民兵条款中，即便是联邦国会也仅被授权在“执行联邦法律、镇压叛乱和击退入侵”三种特殊情况下征召民兵；在不足一百年之后，不但征召民兵的权力从国会移至了合众国总统手上，而且这

---

[68] Insurrection Act of 1807, ch. 39, § 2 Stat. 443, 443 (current version at 10 U.S.C. §§ 331- 335 (2000))

[69] Stephen I. Vladeck, supra note 8, p. 164

[70] *Id*, p. 165

[71] 合众国总统获得常备军统制权的过程与他获得民兵统制权的过程相近：虽然合众国总统是“征调为合众国服役的各州民兵的总司令”，但在国会通过 1792 年法案、赋予总统征调民兵权力之前，总统不过是“空衔司令”，难以实际控制民兵；同样，虽然总统名义上是“合众国陆军、海军的总司令”，但直至 1807 年法案之前，国会并未授予合众国总统动用陆海军的紧急权力。

[72] Suppression of the Rebellion Act of 1861, ch. 25, § 1, 12 Stat. 281

种权力的范围更被极大地扩展了——“反抗合众国权威”的意涵远远大于“执行联邦法律、镇压叛乱和击退入侵”，这几乎意味着总统可以就任何他认为违反合众国意志的事件征召民兵。至此，在美国宪法“执行联邦法律、镇压叛乱和击退入侵”和 1861 年法案“反抗合众国政府权威”的规定之下，美国总统已经被国会赋予在危急情况下统领美国民兵的全权，民兵统制得以高度联邦化。

可见，美国早期的几届国会通过 1792、1795、1807、1861 诸民兵法案（the Militia Acts）对宪法的民兵条款（the Militia Clause）进行了充分阐释和补充，将与民兵相关的紧急状态权力完全赋予合众国总统执行。此举强而有力地推进了普布利乌斯在《联邦党人文集》中提出的对民兵实行中央统制的设想，也验证了反联邦党人在宪法批准会议上提出的、极具前瞻性的警告：民兵一旦受联邦统制，原初设想为保护人民利益的民兵最终可能以保护国家利益之名沦为联邦政府侵犯个人自由的机器。

这一系列民兵法案同时提请我们注意一个问题：诸民兵法案所涉及的主体，已非宪法第二修正案所论及的那种承接“全民皆兵”传统、与人民主权紧密相连的民兵；相反，民兵法案的对象是从全体公民中选调出来的、经过训练也获得足够装备的民兵。举例而言，合众国总统不可能征调“普遍民兵”、即持有武器的全体公民跨州平叛，出于经济和军事效率考虑，他征召的只能是作为实际军力的那部分民兵。随着对民兵法案中“民兵”概念的阐明，如下问题随即而来：为何美国早期民兵制度的设计者要在“政治建构”和“实际军力”两个维度定义“民兵”？从美国宪法民兵条款，到宪法第二修正案，再到一系列民兵法案，美国民兵是否从“观念性”的制度“落实”为一种由总统行使的实际统制？

诚如前文已经间接指出的那样，无论在哪个历史时期，“政治建构”与“实际军力”是美国民兵制度的两个关键维度。一方面，民兵的建构无法离开人民主权的政治根基。一旦民兵与全体美国公民“脱节”，即一旦民兵不再代表全体美国公民，它作为美国公民防备联邦政府与州政府对个人自由压迫的重要力量就无法证成，民兵将陷入无法得到人民支持、又无法完全受中央统辖的两难处境，可以想见，这种处境最终会将民兵引向衰亡。但在另一方面，美国民兵作为斯托里大法官所说的“自然附带力量”，被宪法授予了重要的职责[73]，而随着战争的专业

[73] 譬如，宪法以明文规定的“执行联邦法律、镇压叛乱和击退入侵”和宪法隐而未现的防备常备军

化，那些持有简单武器、未经任何训练、也没有任何有效组织的“公民军人”是不可能胜任此等任务的。由此，美国民兵的存在必须以“政治建构”与“实际军力”的二元理解为核心：忽略前者会使美国民兵成为无根之木、无源之水，失去存在的正当性；忽略后者则会造成美国民兵呈“空中楼阁”之势，对国家安全毫无实际贡献。可见，本文并不赞同部分学者的意见，即以 1792 年法案的颁布作为分界线，认为美国民兵制度在 1792 年前是“全民皆兵”，1792 年后则才开始“落实”为一种可操作的制度。而本文之所以先论及美国民兵的“观念性”一面，后论及其作为实际军力的一面，乃是考虑到宪法、宪政、乃至一般事物发展的基本规律：事物发展的趋势总是从不完整到完整，从残缺到整全。在回顾和理解美国宪法时，研究者需要时刻提醒自己的是，制宪者所考虑的宪法，并不是一套完美细致的宪法，相反，制宪者的首要考虑是设立一套可获得最低共识、为美国后世发展提供一套基本正确架构的规范。换言之，制宪者在费城制宪会议上并不是只考虑到民兵作为“政治建构”的一面，而是他们根本无暇、也缺少足够的实践来对民兵做出具体规范——关于民兵制度的具体规定只能由合众国国会根据美国的军事发展和不同时期的军事情况来制定。由此，论者若将 1792 年前的美国民兵统制看作一套“公民军人”的制度，无异于在苛责制宪者为何未能创造出一套管理民兵的具体规范——即便从上述简单的分析来看，这种想法是不成熟而不能成立的。

总而言之，美国民兵制度的两个维度相辅相承，一直存在。在美国宪法民兵条款及宪法第二修正案（更多地从理论层面）奠定了其正当性后，始于 1792 年的一系列民兵法案则加强了联邦政府对作为“实际军力”的民兵的控制。

（二）民兵统制联邦化的司法实践：马丁诉莫特案

在 1861 年之前，美国联邦最高法院对民兵统制问题仅有三件判例，依时间先后排列分别为：休斯顿诉摩尔案（Houston v. Moore）[74]（1820）、马丁诉莫特案（Martin v. Mott）[75]（1827）以及卢瑟诉博登案（Luther v. Borden）[76]（1849）。就休斯顿诉摩尔案而言，联邦最高法院在本案中并未展现出对民兵统制联邦化足够的支持，学界对此亦少有研究。就卢瑟诉博登案而言，该案既涵括民兵统制的

[74] See *Houston* v. *Moore*, 18 U.S. (5 Wheat.) 1 (1820)
[75] See *Martin* v. *Mott*, 25 U.S. (12 Wheat.) 19 (1827)
[76] See *Luther* v. *Borden*, 48 U.S. (7 How.) 1 (1849)

问题，也牵涉到关于美国宪法中“本联邦保证本联邦各州实行共和政体”条款[77]的复杂讨论——从判词来看，后一问题甚至更为根本[78]。若选取卢瑟诉博登案作为本节研究的重点，研究的精力将难以集中。出于此二种考虑，本文选取马丁诉莫特案为切入点，考察联邦最高法院通过司法判例对民兵统制联邦化的支持。

马丁诉莫特案的基本案情如下。美国与英国在 1812 年 6 月 18 日至 1814 年 11 月 25 日开战。1814 年 8 月，时任纽约州州长的丹尼尔·D.汤普金斯（Daniel D. Tompkins）根据麦迪逊总统的命令，召集本州符合条件的民兵为联邦服役。雅各布·莫特（Jacob E. Mott）作为符合条件并被征召的一员，拒绝遵守州长的命令。出于各种原因，该案件在 1818 年才被军事法庭审理。军事法庭审理的结果为莫特需为其拒绝服役的行为缴纳 96 美元罚金，但莫特拒交；该军事法庭因此判处莫特 12 个月监禁，并没收莫特的部分财产以抵折罚金，并委派执法官马丁（Martin）没收莫特的财产。莫特就此向纽约州最高法院提起返还原物之诉（replevin），纽约州最高法院支持了莫特的这一诉讼请求，裁决军事法庭的判决无效。联邦最高法院通过纠错令（a writ of error）提审了该案，驳回了纽约州最高法院的判决，并支持军事法庭的裁决。本案由斯托里大法官传达法庭的意见。

斯托里的判决意见大概可分为如下两个部分：总统有召集民兵的独占性权力；在总统的授权下，军事法庭对莫特有司法管辖权。

斯托里的第一点论述回应的是莫特提出的第一条抗辩意见（demurrer），莫特在此意见中质疑合众国总统有否征召民兵的权力。斯托里清楚地认识到，对总统有否征召民兵权力的质疑就是对 1795 年民兵法案是否合宪的质疑，所以，他在判决书的开篇就对 1795 年法案的合宪性进行了论述。斯托里列出了美国宪法中的民兵条款以及 1795 年法案中的第 1 款“当合众国被任何外邦或印第安部落侵略或处在遭受侵略的即刻危险时，合众国总统获法律授权，可依照他的判断，为击退入侵而作必要的部署，征召本州的民兵或方便对处于危险境地的州施予援手的相邻诸州民兵服役，并对他认为与之相关的民兵首领下达命令”[79]，籍以指出，美国宪法以明文赋予国会征召民兵的权力，而没有规定国会不可以通过立法

---

[77] U.S. Const., Art. 4, §4

[78] 联邦最高法院通过本案探讨的核心问题是合众国总统有无权力判断叛军首领多尔（Dorr）建立的罗德岛政府和原政府二者中的哪一个是共和政权

[79] the Militia Act of 1795, ch. 36, § 1, 1 Stat. 424

的方式转授该权力，因而合众国总统可以在获得国会授权的情况下召集民兵并对民兵进行“必要的部署”。1795 年法案并无任何违宪之嫌。

斯托里法官并没有停留在论证合众国总统有权召集民兵一事上——正如他在《美国宪法评注》相关章节中所写到的那样，空谈总统有否征召民兵的权力无异于宪法授予总统“征调为合众国服役的各州民兵的总司令”的空衔，并无太多的实际意义[80]——斯托里更关心的是总统在何种情况下能实施他对民兵的统制，以及他在何种程度上拥有该统制权。所以，在对 1795 年法案的合宪性做简要确认后，他随即点出了宪法民兵条款隐含的一个关键问题：宪法授予国会、国会继而赋予总统的民兵权力需基于“执行联邦法律、镇压叛乱和击退入侵”三个目的而使用，但合众国总统究竟应该在这些状况发生之后征召民兵、还是应该在这些危险存在并对美国构成潜在威胁时就召集民兵呢？

宪法对此没有说明，而 1795 年法案以明文表达了宪法中这一隐含的内容：总统征召民兵的条件是“当合众国被任何外邦或印第安部落侵略或处在遭受侵略的即刻危险时”。斯托里无疑是同意这一点的，他也藉此再次重申 1795 年法案的正当性：“因为击退入侵的权力包含抗击入侵的意图和危险，而后者正是实现前者的一种必要和合适的手段。在入侵者抵达本国土地之前已经准备好必要的军力是击退侵略的一种最佳策略。”[81]

至目前为止，斯托里已说明合众国总统在侵略已经发生、甚至在侵略可能发生之时就可以征召民兵，然而，这并不是对宪法中模糊的民兵条款的最终落实，总统对民兵的权力仍未得以最大化。对联邦政府持保留态度的议员，仍可以在如下一点上反驳总统对民兵的权力：合众国总统拥有征召民兵的紧急权力（Emergency Power），但紧急状况存否的判断应由军官、士兵、各州法官、甚至每个普通民众来决定。斯托里法官以一句简明有力的判词回应了这些质疑：

“本院认为，判断紧急状况的权威应当排他性地属于总统，总统的权力具有居于其他人之上的终局性（ultimacy）。”[82]

在写完这句话后，他马上补充道，“本院同时认为，上述建构植根于该权力（战争权）的本性以及 1795 年《民兵法案》所深思熟虑的那个显明的目标”。可见，斯托里为总统终局性权力提出的两点论据是“该权力的本性”和“1795 年

[80] 约瑟夫·斯托里：《美国宪法评注》，第 356-359 页
[81] *Mott*, 25 U.S. (12 Wheat.) p. 30
[82] *Id*. p. 30

《民兵法案》”。在判词中，他只提到了 1795 年法案中的一款、即“当国家将被入侵或处于被入侵的即刻危险时，总统获法律授权征召一定数量的民兵，民兵的数量以总统认为合适于击退侵略为准”。斯托里列举此条的意思是，民兵的征集和民兵的数量乃民兵制度的两个核心要素，既然法律把这两个关键之处的裁量权都赋予了总统，总统对民兵的最高权威就得到了法律的承认和授权，总统对危急状态的判断和他为应对紧急状态而发出的任何命令都应当得到所有美国公民的遵守。然而，这并不是斯托里论述的重点，他把更大的篇幅投入到“该权力的本质”的讨论中。[83]他对“该权力本质”的讨论以《联邦党人文集》第 27 篇“管理民兵以及在发生叛乱和入侵时指挥民兵作战的权力，是负责管理共同防务和保卫联邦内部和平的必然职责”[84]为依据，他在此基础上指出：“士兵服的是兵役，军官下的是命令，在这种情况下，任何一丝迟疑和对即刻而高效服从的怠慢将对公共利益产生巨大的损害……若一位高级军官有权就紧急情况是否出现这一点质疑总统的命令，那么每个低级军官和士兵都有权做同样的事；同时，任何人遵从总统的命令做的任何事都可能会使他身陷民事诉讼。”[85]可见，战争的性质决定了任何有效的军事行动都必须由一个专断集权的领导核心指挥，而合众国总统在战时正是充当这一角色的最佳选择。此外，斯托里还回应了对总统这一独占而排他权力可能被滥用的质疑。他认为“没有任何一项权力可以逃脱滥用的嫌疑”，而美国现存的政治制度足以防止这种滥用的出现。在这点上，斯托里充分吸收了联邦党人的论点，即既然全体美国人民以成立各州宪法批准大会的方式审查并通过了 1787 年宪法，美国人民亦希望有一个强大的联邦政府保卫全体公民的自由与利益，人民就应当把与该目的相匹配的权力与信任授予联邦政府，总统也应获得对民兵独占而排他的统制权。

细读本案前半段判词，斯托里在论述合众国总统拥有民兵统制权的正当性时，显然也留意到总统对民兵的终局性权力与合众国法律可能存在的矛盾与冲突：总统做出“危险状况”的判断是独占而排他的，总统没有必要、在某些情况下也不能将他籍以做出判断的依据告之予大众，这是否意味着总统在行使对民兵

---

[83] 一方面，这可以被理解为斯托里更大的野心：他并不欲单从法理上推论出总统对民兵紧急权力的正当性，而想把民兵受总统统制这一制度奠基在更为基本的站站的自然本性之上；另一方面，1795 年法案对宪法的补充毕竟是从宪法隐含之义中延伸出来，它对总统的民兵统制权的论证有天然的缺陷，由此，充分的政治哲学论证因此成为必要。

[84] 汉密尔顿等：《联邦党人文集》，第 135 页

[85] *Mott*, 25 U.S. (12 Wheat.) p. 31

的紧急权力时不受美国人民的控制和监督？质言之，法律对总统占有终局性权力的民兵制度有否管辖权？此外，若民兵的统制权完全收于总统之下，法院在民兵相关纠纷中的地位又是如何？

斯托里的论证颇为高妙。一方面，他同意，任何法院的陪审团都没有获得授权审查合众国总统籍以判断危险状态的那些依据，因为陪审团一旦被允许这么做，总统就需要为陪审团搜集可作为证据的一些事实，那么，总统对紧急情况的判断就会被削弱，国家安全可能将因此受到威胁。但在另一方面，斯托里又强调“当总统行使法律赋予他的权力时，他的行事已被认为是遵守法律的了”，同时，是“法律没有将总统判断的任何一环告之予公众，也没有为下属军官提供任何名为审查、实为挑战总统判断的权力”[86]。换言之，宪法授予联邦国会民兵的统制权，国会通过一系列立法将此权力赋予合众国总统，由此，总统在行使这一权力时，如同他行使其他权力一样，既获宪法与合众国其他法律授权，也受宪法与合众国其他法律的约束。既然总统的权力获得了宪法和法律授权，法律与总统行为之间亦就不会出现冲突。

斯托里已经证明，合众国总统就民兵统制而行使的紧急权力是合法且正当的，但民兵制度中的其他成员（譬如军官、士兵等）的行为却并不一定如此。若民兵队伍中出现违法行为，法律将通过何种方式来规管呢？斯托里以此为转折，过渡到了关于“军事法庭”（court martial）的讨论。

斯托里在这一部分的写作中，轻而易举地反驳了莫特基于军事法庭设置的几点抗辩意见。譬如，莫特认为该军事法庭审判人员的人数未能达到法律规定的数额，因此，该军事法庭的设立非法，该军事法庭对他的审判非法，相应的审判结果也无法律效力。斯托里为此引述了 1795 年民兵法案中的第 6 款“审讯民兵的军事法庭只能由民兵军官组成”，又补充引述了 1806 年战争法案的第 64 款“一般的军事法庭由 5 到 13 人之间（含 5 与 13）的任意数量的已授军衔的军官组成，但除了某些审判人员因公负伤的情况外，军事法庭的人数不应少于 13 人”，进而指出，纽约州政府对拒绝服民兵役者发出的公告（avowant），“除了指出该军事法庭乃由统帅一军的军官任命外，更列出了充当审判员的民兵军官，并附上了名字；此外，它还严格遵循战争条款与相关规定第 64 款的要求，列明了该法庭审

[86] *Id*. p. 32

判员人数少于 13 人的原因”[87]。从任何一点来看，对莫特进行审判的军事法庭都是合法且正当的，它对莫特做出的判罚得当而得到法律支持。

就正常程序而言，法庭的审理至此即可宣告结束，但斯托里法官却并没有就此打住——如同马歇尔大法官在马布里诉麦迪逊案上的表现一样——斯托里在反驳并否决莫特抗辩意见后，继续对民兵统制问题进行讨论，他的原话是“但在严格的法律意义上，上述回溯又引出了问题”[88]。斯托里所说的是如下两个问题：1795 年民兵法案列有“正在为合众国服役的民兵应与合众国的常备军一样，遵守相同的、与战争有关的条款和规定”，而这条款是军事法庭之所以能审判民兵的所有依据所在；但莫特，作为一名拒绝接受征召的民兵，并不是“正在为合众国服役的民兵”，而仅仅是“应当为合众国服役的民兵”，那么，军事法庭究竟有否权力对他进行审判？又，莫特于 1814 年 4 月拒绝服役，此时为战时，而军事法庭于 1818 年审理此案，彼时已为平时（peacetime），军事法庭在平时有否审查民兵的权力？斯托里对此分别回应道：

“由于军事法庭处理的对象具有多变的特性，难有任何有力的行为规范与之相配，因而其他法规也未指明军事法庭究竟能以何种合适的方式执行法律赋予它的权威。”

“若把军事法庭的权威仅仅局限于某项特定的、危险存在的时间里，这无疑把该法案的结构理解得太死板，也可能导致军事法庭无法对哪怕一处违法行为作出审理和裁决。”

斯托里接而说出了判词全文中最精彩的一句话：

“若这一判决需要某种批准，那么，军队中唯一的、最高的权威已经做出了这一批准。”[89]

斯托里的这三句话，既准确地把握到民兵统制联邦化的核心为总统专断而排他的紧急权力，又借对军事法庭权威的确认完成对该权力的司法论证。他指出，总统的民兵统制权与军事法庭均为合众国直接面临战争或战争危险时主要依赖的制度性设置，而这两种设置的有效运作均要求高度集权、统一管制与个人独断。质言之，总统对民兵独占性的紧急权力作为一种宏观构架，它在司法制度中对应的具体设置就是军事法庭。由此，依法建立的军事法庭的审理和判案不需要来自

[87] *Id*. p. 36
[88] *Id*. p. 36
[89] *Id*. p. 37

除总统外任何方面、任何形式的批准与审查，因为军事法庭的审判权来源于总统对危机情况和可能危险的独占判断，而这种总统判断权乃由宪法授予。可见，斯托里籍对军事法庭权威的确认，既消弭了某些人对总统在民兵问题上的终局性权力将侵蚀司法系统权力的担忧和质疑，又为民兵统制的联邦化、总统对民兵的独占性统制提供了司法制度内的有力论证。

结　论

诚如“民兵”（the Militia）一词的字面意思就已经表明的那样，理解民兵制度的核心在于理解“民”与“兵”是怎样在这一的建制中交融为一，而这种思考的进路亦被亨廷顿所采纳，他在此基础上将美国民兵制度的特征进一步总结为“半军半民”。

于美国早期民兵制度而言，所谓的“半民”是指将民兵视为一种政治建构（political concept），从而将民兵与美国人民主权的政治根基联系起来；美国宪法之所以认可“全民皆兵”的观念，也正是出于这个原因。美国宪法导言的第一句是“我们美利坚合众国人民”（We the people of the United States），而在美国宪法的六个目标中，国防安全（即“保障国内安宁，提供共同防务”）亦占了三分之一的篇幅，可见，美利坚合众国的立宪建国乃是基于全体美国人民的广泛授权，而这个获授权建立的政府的首要责任是保卫合众国政权的存在。民兵，就理论推演与制宪者原初愿景而言，乃是上述宪法精神的最佳执行者：在“公民军人”的传统下，美国民兵如同布莱克斯通所认识到那样，“他们首先是公民，其次才是军人”，这样半专业化、或者彻底未专业化的军事建制既保证了美国人民可以时刻以参与民兵的方式表达自己的意愿，也将保卫合众国的国家安全转换成全体美国公民的政治义务。宪法民兵条款中的第 1 项“规定征召民兵，以执行联邦法律、镇压叛乱和击退入侵”和第二修正案中“普遍民兵”的提法均是基于此种考虑而设，藉此以一种准军事组织的方式建构出美国人民的身份认同。

此外，将美国民兵建制置于人民主权的维度中理解有利于阐明美国自洛克以降的自由主义传统。洛克的政府理论一直被认为是美国宪政体制的基石。在洛克的理论中，由于政府是自由的人民为调解和裁决相互间可能的争执而通过社会契

约设置的机构，政府权威完全来源于全体人民的广泛授权；而既然政府是全体人民以理智设立出来的制度，人民自然有权掌控政府的运作、并规管政府的行为。为了确保人民对政府的控制，洛克明确将反抗政府的权力被保留给了全体人民。这种洛克式的自由主义在美国早期历史的土壤中逐渐发展出一套以去专业化为核心的自由主义军事政策，该政策认为最有利于合众国发展的军事力量应为来之能战、又不至在平时为患的民兵。

然而，如同美国宪法的意义不仅在于它设立了分权制衡的理论模型，也在于它能在国家实际政治中发挥作用，民兵的价值除了它为美国人民主权提供的有力论证之外，更包含它作为实际军力（military reality）的一面。随着军事专业主义在 18、19 世纪的逐步发展，“全民皆兵”式的民兵建构甚至连镇压国内叛乱都越显无力，在面对外国全副武装的职业化部队时，这支在人民主权理论上有着强正当性的军事力量往往伤亡惨重。久而久之，“全民皆兵”式的民兵逐渐固定为人民主权政治建构中的系列语词，而退出发生实质冲突的战场；而一种类似于选调兵（select corps）的、以部分受训练的公民为主体的民兵体制，逐渐成为辅助常备军镇压叛乱、抗击外敌的重要补充力量。这也正是宪法民兵条款第 2 项规定联邦与州“二元统制”、国会之后通过一系列民兵法案的原因，也是最高法院通过马丁诉莫特案等一系列判例所要支持的理念。

在实际军力层面讨论美国民兵问题时，一个关键的问题是民兵统制权的归属：美国早期历史中偶尔出现的那种来之能战、战之能胜的公民军队在军事专业化时代中已被验证为不可能，而一支能应付现代战争的军队需要有有效率的行动，那么，是联邦、抑或是各州能实现对全美民兵的有效统制？联邦党人与反联邦党人在制宪会议与各州宪法批准大会上为此争论不休，为妥协二者意见，1787 宪法对该问题也只是做出了“二元统制”的模糊回应。由于民兵统制权属于紧急权力的一种，对该权力的运用不容迟疑与争论，而需要集权与独断，民兵的统制权不可以长期徘徊于联邦与州的领导之间，美国人民、政治精英以及国会议员必须就美国民兵统制权问题做出抑或倾向州权独大、抑或主张联邦收权的决定。从国会的一系列民兵法案（the Militia Acts）以及联邦最高法院的一系列判例来看，联邦政府最终以赋予合众国总统终局性民兵权力的方式完成了民兵统制的联邦化。

就美国早期历史发展的脉络而言，民兵统制联邦化契合当时美国政治发展态势。从美国建国到内战，政治整合、简而言之即如何借助对宪法的解释将十三州（邦）合为一国，始终是美国政治精英考虑的首要议题，而军事问题则是其中的关键。若民兵的统制权被解释为宪法赋予各州的权力，而联邦常备军又被宪法与各种法律紧紧限制，那么，各州很可能调用各自的民兵反对联邦政府施行的政策、颁布的法律以及征收的税项，而联邦也没有可依靠的力量执行联邦的意志。这种状况无异于在联邦之名下重复回复到邦联的状态，这显然是深受邦联松散体制之害的美国人民所不能接受的。

此外，将民兵统制权收归联邦政府也体现了美国早期宪政史的一个核心问题：如何以法治吸收革命。美国的建国乃是基于大陆军打败英国殖民者、获得独立战争的胜利为基础，美国 1787 年宪法也是以修改《邦联条例》为名制定出来的宪法，此二者均为常规法律秩序之外的行为，而这种诉诸革命正当性的行为与美国宪政体制存在着明显的不兼容，由此，将革命意识形态转变为法治势在必行。将民兵统制权收归联邦政府，正是向法治转变的其中一步：在奉行宪政的美利坚合众国内，代议制与法律被认为足以保障全体美国人民的意愿得以表达，各州的利益得以综合；而即便联邦政府侵犯了各州公民的权利，各州公民也可以通过法律的途径维护自己的权利，而无需动用民兵。换言之，民兵统制联邦化背后的逻辑可以简单归纳为，既然国内的纠纷可以在宪政的框架内解决，民兵的统制理应收归联邦，从而作为常备军在实战中的有力补充。

民兵统制联邦化的逻辑一经阐明，联邦国会之所以通过赋予合众国总统专断而排他的终局性权力的方式来实现联邦化的原因，也变得容易理解——联邦统制之优于各州统制，就是因为联邦政府能在面临战争或战争威胁的情况下，能组织军力做出快速而有效的部署和反击；而由作为合众国人格化象征、且能在战时高度集权的总统行使民兵的统制权，将使民兵统制联邦化的优势得以最大化。

总而言之，本文籍对美国早期民兵统制的研究，基本阐明了美国宪法所具有的模糊性以及在此基础上发展起来的宪法解释，也进一步指出正是立法语言的模糊性保证了美国宪法的稳定。换言之，如同马歇尔所说，美国的宪法最大的意义在于它是一部正在生长的宪法，而宪法的模糊性与因此而致的不同解释进路则是这一过程的保证。出于篇幅所限，本文对美国早期民兵制度的讨论集中于美国内

战之前，这一方面突出反映了美国在该时期的政治整合，但在另一方面也无可避免地失却了对美国民兵制度此后发展的关照。就南北战争之后的美国民兵统制而言，不少问题均饶有兴味。譬如，在南北战争中，作为政治建构的“美国人民”已因在蓄奴问题上的分歧而分裂为二，那么，“全民皆兵”传统下的民兵制度能否继续将自身的正当性诉诸于人民主权之上？此外，上世纪 60 年代末兴起的反战运动在美国方兴未艾，人民主权理论与民兵建构之间的传统联系仍然有效吗？在进一步的研究中，这些问题值得进一步探究。

参考文献

[1] 李道揆著.《美国政府与政治》[M].第 1 版.北京：商务印书馆，1999 年

[2] 王希著.《原则与妥协：美国宪法的精神与实践》[M].第 1 版.北京：北京大学出版社，2000 年

[3] 杨永康著.《美国宪法军事条款的渊源与变迁》[M].第 1 版.北京：法律出版社，2012 年

[4]（美）汉密尔顿等著，程逢如等译.《联邦党人文集》[M].第 1 版.北京：商务印书馆，1980 年

[5]（美）汉密尔顿等著，尹宣译.《联邦论》[M].第 1 版.南京：译林出版社，2010 年

[6]（美）约瑟夫·斯托里著，毛国权译.《美国宪法评注》[M].第 1 版.上海：上海三联书店，2006 年

[7]（美）埃里克·方纳著,王希译.《给我自由！一部美国的历史》[M].第 1 版.北京：商务印书馆，2010 年

[8]（美）拉塞尔·韦格利著，丁志源等译.《美国陆军史》[M].第 1 版.北京：解放军出版社，1989 年

[9]（美）劳伦斯•M.弗里德曼著，苏彦新等译.《美国法律史》[M].第 1 版.北京：中国社会出版社，2007 年

[10]（美）文森特•奥斯特罗姆著，王建勋译.《美国联邦主义》[M].第 1 版.上海：上海三联书店，2003 年

[11]（美）乔治•华盛顿著，聂崇信等译.《华盛顿选集》[M].第 1 版.北京：商务印书馆，1983 年

[12]（美）麦迪逊著.《辩论：美国制宪会议记录》[M].第 1 版.辽宁：辽宁教育出版社，2003 年

[13]（美）赫伯特•J.斯托林著，汪庆华译.《反联邦党人赞成什么——宪法反对者的政治思想》[M].第 1 版.北京：北京大学出版社，2006 年

[14]（美）塞缪尔•杭廷顿著，洪陆训等译，《军人与国家：文武关系的理论与政治》[M].第 1 版.台北：时英出版社，2006 年

[15]（日）青山武宪.“美国的武器携带权及其宪法限制” [J].《科学•经济•社会》，2007 年，第 4 期

[16] 陈海宏.“美国宪法与军事原则” [J].《烟台师范学院学报》（哲学社会科学版），1995 年，第 4 期

[17] 陈海宏.“美国军事思想的渊源” [J].《美国研究》，1994 年，第 2 期

[18] 陈海宏.“北美殖民地的军事制度”[J].《山东师大学报》，1991 年，第 6 期

[19] Richard H. Kohn. *The United States Military under the Constitution of United States, 1789-1989* [M].New York: New York University Press, 1991
[20] Alexander Hamilton, John Jay, and James Madison (Jacob E. Cooke, ed.). *The Federalist* [M]. Middletown, CT: Wesleyan University Press, 1961
[21] Storing, Herbert J.; Dry, Murray, ed. *The Complete Anti-Federalist* [M]. Chicago: The University of Chicago Press, 1981
[22] Epstein, David F. *The Political Theory of the Federalist* [M]. Chicago: The University of Chicago Press, 1984
[23] Frederick Bernays Wiener. The Militia Clause of the Constitution [J]. *Harvard Law Review*, Vol. 54, No.2 (Dec., 1940), pp. 181-220
[24] Frederick P. Todd. Our National Guard: An Introduction to Its History [J]. *Military Affairs*, Vol.5, No.2 (Summer 1941), pp. 73-86
[25] Frederick P. Todd. Our National Guard: An Introduction to Its History [J]. *Military Affairs*, Vol.5, No.3 (Autumn 1941), pp. 152-170
[26] Rebecca S. Katz and Joey Bailey. The Militia, a Legal and Social Movement Analysis: Will the real Militia Please Stand Up? Militia Hate Group or the Constitutional Militia [J]. *Sociological Focus,* Vol. 33, No. 2, SPECIAL ISSUE: WHITE SUPREMACY AND HATECRIMES (May 2000), pp. 133-151
[27] Stephen Skinner. Blackstone's Support for the Militia [J]. *The American Journal of Legal History,* Vol. 44, No. 1 (Jan., 2000), pp. 1-18
[28] S. T. Ansell. Legal and Historical Aspects of the Militia [J]. *The Yale Law Journal*, Vol. 26, No. 6 (Apr., 1917), pp. 471-480
[29] Charles E. Lydecker. An Unconstitutional Militia [J]. *The North American Review*, Vol. 134, No. 307 (Jun., 1882), pp. 631-637
[30] Stephen I. Vladeck. Emergency Power and the Militia Acts [J]. *The Yale Law Journal*, Vol. 114, No. 1 (Oct., 2004), pp. 149-194
[31] David C. Williams. Civic Republicanism and the Citizen Militia: The Terrifying Second Amendment [J]. *The Yale Law Journal*, Vol. 101, No. 3 (Dec., 1991), pp. 551-615
[32] Sanford Levinson. The Embarrassing Second Amendment [J]. *The Yale Law Journal*, Vol. 99, No. 3 (Dec., 1989), pp. 637-659
[33] Wendy Brown. Guns, Cowboys, Philadelphia Mayors, and Civic Republicanism: On Sanford Levinson's The Embarrassing Second Amendment [J]. *The Yale Law Journal*, Vol. 99, No. 3 (Dec., 1989), pp. 661-667

附录：　　马丁诉莫特案（Martin v. Mott）译文

按：国内学界对马丁诉莫特案的研究不多，也未有对该案的全译与选译本。我在准备本论文时，遵照甘老师指导，将本案判词译为中文，并作为论文的附录。

大法官斯托里传达了法庭的如下意见：

本则纠错令（writ of error）乃基于纽约州最高法院对一起检举之诉（Trial of Impeachments）的判决和纠正误判（Correction of Errors）的决定，并根据 1789 年《司法法》第 25 款提出。原案被告在其告示（avowry）中指出，原告申请的是对其所有物和动产的回复令（replevin），而原告针对这份告示亦提交了一份列有 19 条具体意见的抗辩书（demurrer）。在综合抗辩意见的基础上，纽约州最高法院做出了反对告示发起人（avowant）的判决，该判决得到高等法院的支持。本纠错令正是针对这一判决。

该告示的实质内容是为如下事实提供辩护：因原案原告拒绝遵从合众国总统根据 1795 年 2 月《民兵法案》做出的要求，并拒服民兵役，军事法庭决定执行没收令，收缴其所有物及财产以抵折罚金。控辩双方就该告示在实质内容和形式两方面是否有缺陷进行了辩论，本院的职责是讨论反对意见中提到的各种理据；而对于其他未被提及的内容，本法庭认为它们因事实或法理未明，而无需作单独检视。

为了对本案讨论的主体有更清晰和确切的认识，我们不妨参考《美国宪法》和 1795 年《民兵法案》中的部分条款。《美国宪法》宣布国会有权“规定征召民兵，以执行联邦法律、镇压叛乱和击退入侵”，以及“规定民兵的组织、装备和训练，规定用来为合众国服役的那些民兵的管理，但民兵军官的任命和按国会规定的条例训练民兵的权力，由各州保留”。以宪法的权威为据，1795 年《民兵法案》提出：“当合众国被任何外邦或印第安部落侵略，或处在遭受侵略的即刻危险时，合众国总统获法律授权，可依照他的判断，为击退入侵而作必要的部署，征召本州民兵或方便对处于危险境地的州施予援手的相邻诸州的民兵服役，并对他认为与之相关的民兵首领下达命令”。

如同基于宪法其它内容而设置的法规一样，1795 年《民兵法案》由宪法赋予国会的权威而制定，但国会却未在法理上说明何种情况谓之遭受侵略的即刻危险、何种情况谓之侵略已而发生。本院认为，即便 1795 年《民兵法案》的设置与这点密切相关，对这一点的质疑也是没有理由的：因为击退入侵的权力包含抗击入侵的意图和危险，而后者正是实现前者的一种必须和合适的手段。在入侵者抵达本国土地之前已经准备好必要的军力是击退侵略的一种最佳策略。

国会因此托付给总统的权力是无可置疑的。一个自由的民族天生的就会对军事力量的运作产生厌恶，而征召民兵服役自然也被人民认为一种不合常规的举措。但这种权力不是一种可以不顾后果行使的权力，而是一种有限的权力，它仅在实际入侵或有即刻入侵危险的情况下才可被运用。若这种权力为一种受限的权力，它引申出来的一个问题是应由谁来判断和决定紧急状况的存否？究竟是由总统对紧急状况的存否做出独占而唯一的判断，还是将这个问题向总统下达的命令中涉及到的每个官员、每个可能拒绝遵从总统命令的民兵开放，并由他们来决定？本院认为，判断紧急状况的权威应当排他地从属于总统，总统的权力具有居于其他人之上的终局性。本院同时认为，上述建构植根于该权力的本性以及 1795 年《民兵法案》所深思熟虑的那个显明的目标。总统可在如下几种状况下执行这种权力：突发的险情、州遇到了重要变故以及合众国的生死存亡之时。为完好地达至这一目标，对总统命令适时和毫不迟疑的遵从乃必不可少。士兵服的是兵役，军官下的是军令，在这种情况下，任何一丝迟疑和对即刻而高效服从的怠慢将对公共利益产生巨大的损害。当下级官兵为是否遵命而犹豫时，或当他们谨慎地考虑总司令据何种事实下达要求他们服役的命令时，敌对势力可能已经长驱直进、势如破竹了。若“管理民兵以及在发生叛乱和入侵时指挥民兵作战的权力，是负责管理共同防务和保卫邦联内部和平的必然职责”（《联邦党人文集》第 27 篇），这些权力的建构必须遵循他们被执行的模式、而非以一种有损于制宪者根本考虑的方式进行。若一位高级军官有权就紧急情况是否出现这一点质疑总统的命令，那么每个低级军官和士兵都有权做同样的事；同时，任何人遵从总统的命令做的任何事却都可能会使他身陷民事诉讼——在这种状况下，个体对自我的保存只能依赖于他用各种有力证据确认事实的能力了。这类事情必将使所有的法律受到损害，并把本来委派得当的军官们置于有害无益的诉讼之中。此外，在很多案例中，

总统据以判断即刻侵略威胁的证据是自然本性，而自然本性并不包含严格的、技术性的理据；对某些证据的揭示也可能导致国家重要机密的泄漏，而这些机密对公共利益、甚至是公共安全都至关重要。

1795 年《民兵法案》很强调的一点是法案中的每一条结论都与上述权力的本质有紧密的联系。相关的语句是：

“当国家将被入侵或处于遭入侵的即刻危险时，总统获法律授权征召一定数量的民兵，民兵的数量以总统认为合适于击退侵略为准”。

合众国内的行政长官被授予了这项权力。根据宪法，他为“征调为合众国服务的各州民兵的总司令”，他的职责为“使法律得以切实执行”，宪法也规定了他必须诚实地执行他的公职义务。他必须是判断危险状况存否的第一人，而且必须根据他对眼下事件的理解马上做出相应的举措。如果他确实这么做了，并且决定征召民兵，他因此而下的命令与所有法律规条都是紧密契合的；由此可推知，下属官兵遵此法律而做出的所有举动都是正当的。根据法律，在这种情况下，总统的命令成为总统权力的载体，不能受到妨碍，所以，任何个人都不可能有正当权力拒绝执行总统的命令。法律并没有将总统判断的任何一环告知公众，也没有为下属军官提供任何名为审查、实为挑战总统判断的权力。当法令把一项无条件的权力赋予某人，并应允某人可基于自己对一定现实情况的判断而执行该权力时，这意味着这项法令为该个体构筑了针对上述现实情况存否的、单一而具排他性的判断权。在本案中，本院认为这就是 1795 年法案的真实意图。对于这样一种权力会否遭到滥用的质疑，现在并没有任何答案，因为没有任何一项权力可以逃脱滥用的嫌疑。关于对此点的补救措施，一如对政府其它过失的补救一样，如果确实有，那么它应当可在宪法中觅得。在一个自由的政府里，这种危险发生的几率并不大：一方面，最高行政长官必须被看成是一个具有高度公共德性以及为公共事务鞠躬尽瘁的人；另一方面，频繁的选举、国家代表们的警觉都将对最高行政长官的权力加以制衡，这种设置将有利于避免篡权或荒谬专制的发生。

目前，上述法义并未遭有力的驳斥。纽约州最高法院在 Vanderheyden v. Young 一案中就同意并维持了这一法义。关于这点，斯宾塞法官在传达法庭意见时已经做出详细的论说。

但在本案、以及在上述一案中，出现了如下一种声音：尽管总统对危险情况

的存否有决定性的判断权，而且总统的判断可用作排他性的理据，但该告示却因其没有承认危险状态的存在而被认为有关键性的漏洞。这条意见的核心是总统获得的权力是一种有限制的权力，这种权力只可在法条列明的情况下使用，因此，告示必须表明它所针对的现实事件乃属于法条列明的范围之内。该原则同样体现在如下两项内容中：国家的行政部门获允许为一些深刻的政治目而行使这项权力，政府内最谦逊的官员在最狭义和专门的权威之下行事。法庭认为，该反对意见不可被接纳。当总统行使法律赋予他的权力时，他的行事已被认为是遵守法律的了。除了个中出现矛盾的状况外，每个公职人员都应被认为是在遵从他责任的基础上行事，合众国总统就更该被认为如此。总统也没有必要告示他已如上所述地做了正确的事情——因为总统一旦宣告危险状态之存在的依据，这些理据就有可能被驳回，这些理据也有可能被陪审团传讯——这样的话总统命令的合法性将不再依赖于他对现实事件的判断，而依赖于是否能找到呈给陪审团的、可作为证据的一些事实。与本案极为相似的观点曾在纽约州最高法院审理的上述案件中被提及，而该法院判决总统之命令有整全的、法律意义上的正确性。

另一个反对意见是总统的命令并不明确。总统没有明确说明自己命令的内容，而纽约州州长却根据总统的要求征召了民兵。本院认为，这个以“要求”与“命令”之间假想性的差别为依据的反对意见并不能成立。在真确的法律意义上，一个征调民兵的要求就是一条命令，该告示中的这两个词也必须被如此理解。大多数的法庭都是如此理解这二者间关系的——在 Houston v. Moore 一案中，“命令”就是“要求”的一种获得承认的意涵。在本案中，总统的命令没有必要被详细列出；上文的论述已有力地指出，州长的征召是根据总统之命令作出的。任何公民都难以接触到总统命令中的任意一条或几条，即便是某人有机会接触到这些内容，他也不必要把它们一一列出。

下一条反对意见是该告示并没有说明如下情况：当该军事法庭对原案原告判刑时，它是否为一间依法律设置的、对犯罪案件有司法管辖权的军事法庭。

该条反对意见罗列了许多理据。首先，反对意见认为原案原告从未为合众国服务，也不愿为合众国服务，由此，他不应服从于《战争条款和相关规定》，也不应因其犯下的罪行受根据合众国权威而设置起来的任一军事法庭的管辖。Houston v. Moore 一案已经对这条意见提出了具最终性的回应。根据该案的判

决，尽管一个民兵拒绝遵守总统对他作出的、为公共事务服役的征召，在 1795 年《民兵法案》的规定下确实是未“为合众国服务”、也无需服从战争条款和相关规定，但他却应违反了同一法案中的第 5 款法令而需被根据合众国权威而设置起来的某一军事法庭审判。而上述案子（Houston 案）中最大的疑问为根据州权威而设置起来的某一军事法庭是否能跟据犯罪情节对犯人该进行审理。

其次，反对意见认为该军事法庭审判人员的人数未能达到法律规定的数额。留意 1795 年《民兵法案》及《战争条款和相关规定》将有助于我们更好地理解这条反对意见。1795 年《民兵法案》第 5 款写到：

“每个军官，未授军衔的军官，以及民兵队伍中的列兵，一旦未能遵守合众国长官的命令，需缴纳不高于其一年薪水、不低于其一月薪水的罚金，该罚金的具体数量由军事法庭定夺。”

第 6 款写到“审讯民兵的军事法庭只能由民兵军官组成”，而这也是 1795 年《民兵法案》里涉及这一内容的唯一一条法令。该法案没有规定军事法庭应由谁、以何种方式征召，也没有说明军事法庭应该由多少审理人员组成。1806 年 4 月 10 日制定的《战争条款和相关规定》的第 64、65 条也有提到：

“一般的军事法庭由 5 到 13 人之间（含 5 与 13）的任意数量的已授军衔的军官组成，但除了某些审判人员因公负伤的情况外，军事法庭的人数不应少于 13 人。”

“任一指挥一支队伍高级将领或指挥一支独立分队的上校都可以在必要时任命一个军事法庭。”

若将这些条款应用于我们正讨论的这一军事法庭，下述事实已而辨明：该法案所表明的是军官可以任命法庭，可以决定没有因公负伤、能前来参加军事法庭的审判员人数，而军官为此作出的慎重考量具有最终的决定性意义。但这份告示在此基础上走得更远，它除了指出该军事法庭乃由统帅一军的军官任命外，更列出了充当审判员的军官，并附上了名字；此外，它还严格遵循《战争条款和相关规定》第 64 条的要求，列明了该法庭审判员人数少于 13 人的原因——这点在抗辩书中也得到承认。抗辩意见所做出的回溯法律条文的努力是失败的。

但在严格的法律意义上，上述回溯又引出了问题。1806 年颁布的《战争条款和相关规定》是“合众国政府籍以管理其军队”的法条，而 1795 年《民兵法案》仅仅指出“正在为合众国服役的民兵（而非被征召为合众国服务的民兵）应与合众国的常备军一样，遵守相同的、与战争有关的条款和规定”——这点在《战争条款和相关规定》的第 97 条中得到重申。这意味着，两条法规中的任一条都没有以明文规定如下事项：依据 1795 年《民兵法案》第 5 款、为审判违法民兵而设立的军事法庭，应当遵循为在正在服役的兵员而设的法庭的惯例、即拥有同样数量的审判人员并由相同的方式设置。若说对这些条款的回溯有任何意义的话，那不过在军官们慎重考虑是否组织一个军事法庭时给他们一点指引，而且这种指引关注的是法庭的实际用途、而非法庭的建构。若本案中军事法庭的建构无定式可循，那么如下一个问题可能会被问及：该法庭应以何种方式被任命？对这个问题的回答需结合军事服务的一般用途，或是军事习惯法——尽管这个称呼不大合适。依据同一法律，有良好建构的军事法庭在缺乏有效法规的情况下，仍有责任执行它们的职责，以及规范自身的行动。由于军事法庭处理的对象具有多变的特性，难有任何有力的行为规范与之相配，因而其他法条也未指明军事法庭究竟能以何种合适的方式执行法律赋予它的权威。

1814 年 4 月 18 日颁布的第 141 号法案，在最近一次战争结束后已而失效，但它却是一次消除 1795 年《民兵法案》中部分有漏洞条款所引发问题的伟大举措，它的意义尤其在于它为军事法庭对与本案类似的其他案子施行司法管辖权提供了帮助。然而，无论本条法案的立法意图为何，它的条款并没有扩展到规定军事法庭应由多少人组成这一点上。该法案的第 1 款为：

“该军事法庭仅由民兵军官组成，其设置的目的是审理合众国政府选派、调遣、征召民兵所衍生的相关事务，其范围也涵括民兵在必要时应否与常备军一并行动的问题。民兵军事法庭的任命、维持、指引细则需参照《战争条款和相关规定》中关于任命、维持、指引常备军军事法庭审理合众国军队中的违法士兵的内容。”

上述内容适用于为合众国服现役的民兵，而并没有延展到被征召、而拒绝服役的民兵。出于此种考虑，回到本案上，本院认为 1795 年《民兵法案》是该军

事法庭的构建及其司法管辖权的正当性根源所在。本院认为，该告示中的任何内容均不会引致任何对该军事法庭合法性的质疑：该军事法庭依军事用途而组织，被授权审理告示中列明的违法行为。

对本案的这点理解同时回应了法律界出现的其他反对声音，譬如，法院做出的判决没有如同《战争条款及相关规定》第 65 条所规定的那样，获得指挥官的授权。如上所述，该条法令不可用以作为论辩的理据，而且告示本身已经表明该判决已经被合众国总统批准——合众国总统是各州民兵的总司令；其他军官的军阶不可能有总统之高，因而他们既不可能在同一军区内组建和维持该军事法庭，也不可能批准这一判决。若这一判决需要某种批准，那么，军队中唯一的、最高的权威已经做出了这一批准。

但如下一点并未被理清：在 1795 年《民兵法案》中，对违法之人施以罚金是否需要得到批准？无论在该法案的条文中，抑或在其隐含的意义上，这一点都没有被涉及到。该法案第 7 款提到，主持军事法庭运作的官员需衡量罚金的数量，并向将军说明，由将军来征缴罚金，而将军的决定并不需参考任何法令——通过这一形式，军事法庭的审判获得了正当性。该法案之所以遗漏了这一点，可能是因为立法机关考虑到下级服从上级的自然本性后，不欲对判决提出进一步的处理要求。若这种批准真的是那么重要的话，它必须建立在一般的军事意图、而非一个有力的机制建构之上。总之，本院认为，该法案所要求的，本案的军事法庭都落实了。

另一条对该军事法庭诉讼程序的质疑是，本案的诉讼程序及判决均在战争结束了三年多之后才进行，而此时已为和平时期。但本院认为，根据 1795 年《民兵法案》建立的军事法庭并不会因为一场战争的结束而失效，它审理违法士兵的司法管辖权同样不会因为国家处于和平或战争状态而改变。1795 年《民兵法案》并没有获得授权审理涉及拒绝执行总统于战时所下命令的案子；相反，该法案授权总统征召民兵镇压叛乱、以及在和平时期执行合众国法律。据该法案第 5 款，军事法庭被授权审理以及处罚相关案子中的违法行为，以及应召平叛的士兵所犯下的违法行为。若把军事法庭的权威仅仅局限于某项特定的、危险存在的时间里，这无疑把该法案的结构理解得太死板，也可能导致军事法庭无法对哪怕一处违法行为作出审理和裁决。我们已有充足的理据来证明如下观点：该条款并无类似的

限制。

下一条对该告示的质疑是判决结果与军事法庭首席官员的批准意见有着本质上的差别，之前的申辩也曾推论过这一点。判决的结果如下：

“Jacob（即 Mott）因其未能、也不愿到指定地点集合，未能如同他所被要求的那样为合众国服役，该军事法庭对其课以 96 元罚金。”

而批准意见如下：

“杰克布·莫特（Jacob E. Mott）因其未支付罚金，被军事法庭判以 12 个月监禁。”

鉴于政府没收某人的私有财物以及动产本身是否正当都没有定论，告示既没有以明文写出这项惩罚，也没有必要写明除了罚金之外的任何其它内容。但告示与批准意见之间并没有不当之处：由于批准意见为长官下令罚没提供了理据，所以它可以补充引入支持监禁的相关事实。在 1795 年《民兵法案》的明文规定中，违法者：

“因未能支付法院课以他的罚金，应被判处监禁或类似的刑罚，判刑的判准是一个月刑期抵折应处罚金中的五美元。”

若判决的全部需要被明确地列出，那么，后一条意见可以弥补告示中的第一处缺漏。因此，这两处文书并没有相异或矛盾之处，相反，它们互为补充。

至于抗辩书中提到的其他意见，它们中的某几条在军事法庭审理之前是合适的论据，而军事法庭已经根据其司法管辖权对此做出了具终局性的判决；它们中的另一些是仅仅出于抗辩的目的而提出的，本院没有必要对这些意见作出详细的答复。总而言之，本院并不认为这些意见对该告示提出了有效的质疑。

就总体而言，本院不支持纽约州最高法院对检举之诉的判决和纠正误判的决定，本案发回该院重审，而重审应支持告示发起人的请求。

结案陈词：

本院的判决乃基于如下考虑：原法院对检举之诉的判决和纠正误判的决定被认为、也被裁决为不成立。在综合本案中控辩双方意见的基础上，原法院应支持供诉人，然而原法院却支持了原案中的原告。因此，原法院的判决被认为、也被

裁决为无效，并被撤销；纽约州最高法院对检举之诉的判决和纠正误判的决定因而也为无效，并被撤销。该告示并无漏洞，在法理上已足以禁绝原告的作为，而原告的文书并不能为他带来什么改变。若相关记录仍在初审法院处，本院就检举之诉的判决和纠正误判的决定将本案发回该院重审；若记录已不在，则发回纽约州最高法院重审，该院曾减免了原告的罪责，如今，该院应考虑支持告示发起人的请求。