

关于美国宪法第十四修正案的三个理论问题

崔之元

原载 “美国研究” 1997 年

美国宪法第十四修正案，从 1868 年通过至今，在美国历史上发挥了举足轻重的作用。几乎所有关乎美国经济、政治、文化的里程碑式的案例，都是根据第十四修正案而起诉和判决的。这包括著名的“洛克纳诉纽约州案”（*Lochner v. New York*, 1905 年）[1] “布朗诉教育委员会案”（*Brown v. Board of Education*, 1954 年）[2] 和“罗诉韦德案”

（*Roe v. Wade*, 1973 年）[3] 等等。一个多世纪以来，美国各派政治力量和法学家，围绕第十四修正案的解释问题，展开了至今仍无休止的辩论。大致说来，这一辩论涉及三个重大理论问题：第一，联邦（中央）政府与州（地方）政府的关系问题；第二，“司法审查”（*judicial*

review）是否与“民主”相背的问题，亦即“司法专政”与“民主”的关系问题；第三，“向后看”的“正当程序”（*due process*）与“向前看”的“平等保护”

（*equal protection*）的关系问题。显然，这三个问题与中国目前政治、经济改革中所涉及的宪法问题，有着密切的关联。本文的目的，就是通过对美国宪法第十四修正案的探讨，来引发对中国的宪政民主（*constitutional democracy*）的新思考。为了讨论的方便，我先将第十四修正案第一款的原文引用如下：“凡在美国出生或归化美国的人，均为合众国的和他们居住州的公民。任何一州，都不得制定或实施限制合众国公民的特权或豁免权的任何法律；不经正当法律程序，不得剥夺任何人的生命、自由或财产；对于在其管辖范围内的任何人，不得拒绝给予法律的平等保护。”[4]

这段条文中最明显之处是它的针对性——针对州政府。因此，让我们首先来探讨第十四修正案引发的联邦政府与州政府的关系问题。

一、“二元联邦主义”的消亡：从第十到十四修正案

众所周知，联邦制是美国制宪（1787年）时的指导思想之一。由麦迪逊（*James Madison*）写作的《联邦党人文集·第45篇》中明确指出，中央政府的权力是“少而且有界定”，州政府权力是“多而无界定有关人民的生命、自由和财产的事务，一般情况下均归州政府管理”。[5] 这一思想体现在1804年通过的美国宪法第十条修正案中。该修正案全文是：“本宪法未授予合众国、也未禁止各州行使的权力，保留给各州行使，或保留给相应各州人民行使”。

显然，美国宪法第十四修正案与第十修正案之间存在着紧张关系。在南北战争结束后不久通过的第十四修正案，实际上是为了防止南方各州的奴隶制卷土重来而设的。林肯在战前竞选时，曾和道格拉斯参议员发生了一场著名的论争。林肯反复强调南方实行奴隶制的州企图将奴隶制“全国化”的危险。1860年乔治亚州参议员图姆斯（*Robert Toombs*）宣称北方九个州禁止奴隶路过的法律是违宪的。在此稍前，美国最高法院在“斯科特诉山福特”

（*Scott v. Sandford*）案判决中，断定“奴隶不是美国公民”，各州在对待奴隶问题上具有

“完全和绝对的权力”。[6] 这一判决和宪法第十修正案以及麦迪逊上述关于“州政府权力多而无界定”的论点是一致的。

以第十修正案为宪法基础，直至第十四修正案1868年通过前，美国处于所谓“二元联邦制”（dual federalism）下，即州内经济和政治事务由州政府全权管辖，州际间经济与政治事务由联邦政府管辖。第十四修正案的通过，实际上宣告了“二元联邦制”的终结的开始。[7]

为了充分理解第十四修正案的历史意义，我们有必要简略地回顾“二元联邦制”的发展。美国1776年独立战争后建立了“邦联制”（Confederation），但很快发现“邦联制”太软弱，无力应付来自内、外两方面的挑战。来自内部的危险是没有统一的纸币，农民不堪忍受用贵金属付债，终导致1786年的“沙依起义”（Shay's Rebellion），来自外部的危险是英国仍拒不从大湖地区撤走军事要害、西班牙不给美国使用密西西比水路的权利，等等。因此，“联邦党人”（Federalists）决定改“邦联制”为“联邦制”，其动机在于建立一个强有力的中央政府。有意思的是，《联邦党人文集·第17篇》中把“邦联制”下的地方权力比作“封建制”，[8]而联邦党人所要完成的则是西方历史上“第二次民主转变”。[9]“第一次民主转变”是希腊城邦时期，此后一般人均认为民主政体只有在小的地域内才可能实现。但联邦党人富于制度创新的想象力，他们论证说，大的共和国比小的共和国反倒更容易实现民主。《联邦党人文集·第十篇》明确指出：“对于选举公共福利的适当保护人来说，是小共和国好呢还是大共和国好？从以下两个明显理由可看出是后者较好。首先，共和国无论多小，为了防止少数人结党营私，代表必须达到一定数目；同时，共和国无论多大，为了防止人数过多的混乱，代表也必须达到一定数目。因此，代表人数并不同两个共和国的选民人数达到一定数目。因此，代表人数并不同两个共和国的选民人数成比例，在小共和国代表所占比例就大一些。结果是，如果大共和国里的合适人选的比例并不小于小共和国，那么前者将有较大的选择机会，从而就有较大可能作适当的选择。其次，由于选举每一个代表的公民人数，大共和国要比小共和国多，所以不足取的候选人就更难于成功地采用在选举中常常采用的不道德手腕；同时由于选民的自由度更大，选票也就更容易集中于德高望重的人身上”。

可见，联邦党人的理论创新在于提出大共和国比小共和国更民主的可能性。这是历史上“第二次民主转变”的理论基础。但是，“反联邦党人”对联邦党人的大共和国方案不放心。双方妥协下来的结果，就是所谓“二元联邦制”：中央政府负责外交、国防和州际间事务，州政府全权负责州内事务。

“二元联邦制”的宪法体现，即美国宪法第十修正案。如前所引，该修正案说明，凡未授予（delegated）中央政府的权力均归州政府行使。但这里的微妙之处在于如何理解“授予”。“反联邦党人”曾要求在“授予”之前加上“明示”（expressly），这样一来，凡未明确授予中央政府的权力均归州政府行使。麦迪逊（James Madison）坚决反对，他说：“使政府局限于行使明示权力是不可能的；必须允许默示权力（power by implication）”。[10] 宪法第十修正案的正文采用了麦迪逊的意见，没有用“明示”的提法，即允许了颇有弹性的“默示权力”。

“默示权力”给中央政府相当灵活的活动余地。例如，尽管宪法中没有明显规定国会有建立国家银行的权力，但美国第一任首席大法官马歇尔（John Marshall）在1819年“麦克洛克诉马里兰州案”（McCulloch V. Maryland）中判定国会有建立国家银行的“默示权力”。尽管如此，“二元联邦制”还是给中央政府的权力加上了很大的限制，其中最重要的是“权利法案”（the Bill of Rights）不适用于州政府，而只适用于联邦政府。换言之，言论、人身自由等基本权利，联邦政府必须保护，但州政府却不必如此。这种奇怪的安排，只有和奴

隶制问题联系起来，才能得到理解。事实上，在弗吉尼亚州批准宪法的会议上（ratifying convention），麦迪逊向听众保证宪法不会影响各州采用奴隶制的自由。 [11]

1868年（南北战争后）通过的宪法第十四修正案的深远历史意义，在于它标志着州政府也必须遵守“权利法案”的开始，亦即“二元联邦制”的终结的开始。随着“权利法案”被逐步“并入”（incorporated）第十四修正案，顽固坚持“二元联邦制”的法官不得不主要诉诸宪法正文第一条第八款（所谓“贸易条款”）。他们强调“各州之间”（interstate）中的“之间”二字，以此反对国会制定的禁止使用童工等法案。他们还强调“州际间贸易”中的“贸易”二字，因此“制造业”不在国会管辖之内，任何劳动保护立法和集体谈判立法都成了违宪的。直到罗斯福1936年当选总统并任命布莱克（Hugo Black）等进步人士为最高法院法官，这才彻底结束了“二元联邦制”。其标志是1937年最高法院判定“全国劳动关系法案”（National Labor Relations Act）符合宪法：因为“州内”的不合理劳动关系将影响“州际”间贸易。 [12]

“二元联邦制”的终结，意味着第十四修正案在宪法中取得了对第十修正案的优先地位。它表明，地方政府在“权利保障”和民主建设方面，并不一定比中央政府高明。当代著名政治学家拉斯基（Harold Laski）指出，“小单位的政府无力抵抗大单位的巨型资本主义”

（small unit of government is impotent against the big unit of giant capitalism）。 [13] 拉斯基的见解，不仅符合前述的美国1937年才通过“全国劳动关系法案”的情况，而且也有助于我们了解中国近年的法律执行状况。1995年1月1日，中国“劳动法”开始正式施行。但不少地方政府为了“吸引外资”，往往不惜牺牲劳动者的合法权益，使“劳动法”得不到充分贯彻执行。

需要指出的是，从毛泽东1956年发表《论十大关系》以来，中国一直重视发挥地方政府的积极性，“改革、开放”时期更是如此。但这不等于说中国应回到连在美国都已被抛弃的“二元联邦制”去。 [14] 美国宪法第十四修正案将“权利法案”运用于州政府的经验表明，问题的关键并不在于州政府与联邦政府之间的主权分割，而在于地方政府和中央政府都必须保障公民基本权利，都必须民主化。前面引用过的《联邦党人文集》中关于“大共和国”更容易民主的论点，应对我们思考今日中国的政治体制改革有所启发。

二、“司法专政”与民主

美国宪法第十四修正案不仅标志着“二元联邦制”终结的开端，而且突出了“司法审查”是否与“民主”相背的问题。

所谓“司法审查”（judicial review），指的是最高法院具有解释宪法的最高权力，并可以推翻（invalidate）被认为违宪的法律。问题在于，为什么九个未经民选的终生职的法官，有权否决经过民选的立法机关通过的法律呢？

美国著名宪法学家、哈佛大学法学院却伯（Laurence Tribe）教授指出：“司法审查具有直接的和双重的可疑性。那些宣告法律和行政机构行为违宪的法官，并不是通过民众选举而得到他们的职位的；一经被任命，他们甚至不再受提名和批准他们的经选举而获职官员的监督，而是在终生任期和有保障的薪金下获得了独立性。也许更具意义的是，司法审查本身被认为是反民主的（antidemocratic），因为它的结果是否决政府的立法和行政行为，而这些行为——不论多么间接，是有选民同意为基础的。” [15] 由于美国宪法中并没有明确规定最高法院有“司法审查”权，因而“司法审查本身的合法性问题成了宪法的中心问题”。 [16]

却伯进一步指出，“关于司法审查的合法性的各种论点最终是‘元宪法’的（*metaconstitutional*）：这些论点在最广泛的意义上是政治的、哲学的和历史的”。[17] 本文篇幅不允许对各派论点详细评价。但无论如何，“司法审查”在1803年，“马伯里诉麦迪逊”（*Marbury V. Madison*）案之后，[18] 已成为美国宪法实践的难以改变的事实。第十四修正案的通过，更加强了“司法审查”的宪法地位，因该修正案的“正当程序”（*due process*）和“平等保护”（*equal protection*）条款以及它将“权利法案”的“并入”（*incorporation*），使它成为“司法审查”最经常诉诸的依据。正如沃伦（*E. Warren*）首席大法官所说，“第十四修正案是宪法的核心”。[19]

由此可见，九位非民选的终生职最高法院法官对美国政治起着举足轻重的作用。他们否决立法或行政决定的行为，被人们称为“司法能动主义”（*judicial*

activism），或干脆被称为“司法专政”（*judicial tyranny*）[20]。发人深思的是，美国宪政史表明，“司法专政”利弊参半：当九位大法官中的多数持进步观点时，他们能大大促进美国社会的进步，最明显的例证是沃伦法院（*Warren Court, 1953-1969*）时期，美国的民权运动（*civil rights movement*）得到了最高法院的支持；然而，当九位大法官中的多数持保守甚至反动观点时，他们同样能大大阻碍美国社会民主化的过程，最明显的例证是1890年代至1937年的所谓“洛克纳时期”（*The Lochner Era*）。

据著名历史学家霍夫斯塔特（*R. Hofstadter*）研究，反动的“社会达尔文主义”在十九世纪末期影响美国思想界颇深。[21] 不少法官也服膺于“社会达尔文主义”，认为劳动立法（如规定最长工作时间）是对“合同自由”（*freedom of*

contract）和私人财产权的侵犯。1905年，最高法院对“洛克纳诉纽约州”一案的判决，成了“社会达尔文主义”在“司法能动主义”中的体现。洛克纳是纽约一面包房主，他起诉纽约州刚订下的“每周最长工作时间不得超过60小时”的法律侵犯他的“合同自由”和私人财产权，最高法院多数法官竟判定他胜诉，纽约州的最长劳动时间法律经“司法审查”为“不合格”。这一判决。当时即遭到最高法院法官之一霍姆斯（*Oliver Holmes*）的反对。在他著名的“反对意见”（*dissenting opinion*）中，霍姆斯说，“美国宪法不应遵循（社会达尔文主义者）斯宾塞的社会静力学”。[22] 但“洛克纳案”的判决直到1937年才被翻转过来。在此期间，美国劳工运动的发展受到严重阻碍，因为即使劳工运动说服立法机关的议员通过了劳动立法，“司法审查”又设立了一道过不去的关卡。可以说，“司法专政”是美国劳工运动不发达的重要制度原因之一。[23]

罗斯福1936年再度当选总统后，着手重组最高法院、他提议将最高法院从9人增加到15人，意在任命支持“新政”的进步人士，以压倒现任的多数保守的最高法院法官。虽然罗斯福的建议未被国会接受，但从1937年到1941年，他任命了七个最高法院法官完全扭转了最高法院的构成和思想倾向。罗斯福任命的两位法官道格拉斯（*William O. Douglas*）和布莱克（*Hugo Black*），在1954年到1969年的沃伦法院时期（即以 *Earl Warren*）首席大法官命名的沃伦法院），发挥了关键的作用。同是“司法审查”，但因为沃伦法院多数法官的思想倾向与“洛克纳时期”截然不同（前者是自由主义，后者是保守主义），社会结果便大不一样。沃伦法院的第一个重要判决是1954年的“布朗诉地方教育委员会”案（*Brown V. Board of Education*）该判决依据宪法第十四修正案否决了在学校内实行种族隔离的地方法律，成为来自“下层”的黑人公民权运动得到“上层”支持的象征。

沃伦法院的另一个重要判决是1957年6月17日判定的“吉克斯诉合众国”案（*Jencks V. U. S.*）和“叶芝诉合众国”（*Yates V. U. S.*）案。该天被人们称为“红色星期

一”，因为该判决是对麦卡西主义（McCarthyism）破坏公民言论自由权利的有力打击。吉克斯是联合汽车工会（UAW）领导人，他被联邦调查局（FBI）认定是共产党员，而根据“塔夫特——哈特利（Taft-Hartley）法案”工会领导人不得是共产党员；吉克斯要求 FBI 将证据与“本人见面”。最高法院的“红色星期一”判决要求司法部必须将证据交给吉克斯过目；同时，最高法院判决“叶芝”一案涉及的十四名共产党员无罪，因为单纯的入党并不构成“用暴力推翻政府”的行动，所以不适用于史密斯法案（Smith Act）。

有意思的是，在涉及共产党员公民权利的判决中，福朗克福特（F. Frankfurter）大法官建议，不直接从宪法第一条修正案开始论证，因该修正案是说“国会不得制定限制言论自由的法律”，这样一来就等于直接和国会的“非美活动委员会”（un-American Activities Committee）冲突；他建议从第十四修正案的“正当程序”条款入手，策略地说明“非美活动委员会”不符合“政治程序”，如强迫证人和被告回答无关问题等等。[24]

尽管最高法院这样谨慎，艾森豪威尔总统和一些麦卡西主义的议员还是愤怒之极，有人甚至说最高法院中有共产党影响。[25] 布莱克大法官则针锋相对地说，“史密斯法案提供了政治审判（political trials）的基础”。[26]

总之，由于沃伦法院多数大法官的进步思想倾向，他们利用“司法审查”否定了一系列种族歧视和限制公民基本权利的法律，使今日美国比“洛克纳时期”进步许多。可见，当民主过程本身还不完善时，“司法专政”利弊参半，其效果看它掌握在什么人手中（即九位大法官中多数的思想倾向）。[27]

三、“向后看”的“正当程序”与“向前看”的“平等保护”

美国宪法第十四修正案涉及的另一个重大理论问题是如何理解“法制”（The rule of law）。“法制”并不是一个简单的概念。这里的关键在于法律条文并不是一目了然、人人都做同一理解的。例如，第十四修正案中的“正当程序”和“平等保护”条款，究竟指的是什么？对此很难有一种一劳永逸的回答。

有一种观点，认为答案在于制定修正案的起草人的“原始动机”（original intention）。但是，这一观点有三个无法解决的难题。第一，当事人的“原始动机”，在别人看来（特别是后人看来），往往是见仁见智的不统一的意见；第二，也是更重要的，起草法律和制定法律的人，常常故意用一种“一般化”的语言，以赋予法律开放性和灵活性。最明显的例子是第十四修正案。我们前面已谈到反对奴隶制重演是其重要的制定动机，但条文中并不出现“奴隶制”，而是给人无限发挥余地的“正当程序”和“平等保护”。[28]

第三，也是相当重要的，由于阿罗不可能性定理，法律往往并不反映立法机构的多数意志，而具有任意性；换言之，即便单个立法者（议员）有明确的“原始动机”，由于多数原则的自我循环性（majority cycle），[29] 最后形成的法律往往不能反映立法机构的多数意志，而反映的是任意的投票次序。例如，在 1964 年“公民权法案”（Civil Rights Act）讨论时，有三种方案：[30]

1、禁止所有旨在扩大黑人就业机会的“肯定性行动”（affirmative action），连雇主自愿的“肯定性行动”方案也在禁止之列；

2、允许所有的“肯定性行动”方案，但不明确规定政府是否有权要求雇主采用“肯定性行动”；

3、允许雇主自愿的“肯定性行动”，但明确规定政府无权要求雇主采用“肯定性行动”；

最后的立法（即《公民权法案·703(j)》），反映了上述的第3种方案，但这和多数立法者的意志是不符的（多数意志的第一选择是第2种方案），而是反映了投票次序、议程控制（Agenda control）和选票交换（logrolling）的任意结果。因此，单纯寻找法律制定者的“原始动机”，对于“法制”而言，在逻辑上也有“任意性”的困难。

既然如此，我们怎样才能较好地理解“法制”这一概念呢？第十四修正案给了我们动态地理解“法制”的启发。

拿该修正案的“平等保护”条款来说。对于“平等保护”（equal protection of law），一种理解是我国常说的“法律面前人人平等”，这不无道理；但另一种理解，则是要求法律对不同的人提供平等的保护。这后一种理解，把法律本身当成了评判的对象，旨在否定不符合“平等保护”的法律；而前一种“法律面前人人平等”的理解，则仅指现行法律在执行中应“一视同仁”，并不对现行法律本身的正当性提出疑问。

沃伦法庭时期的“平等保护”，主要是对现行法律本身符合平等保护与否的“司法审查”。例如，仅从执行现行法律而言，学校、汽车等公共场所的种族隔离法，可以并不违背该“法律面前人人平等”的条件，但却违背法律应对不同的人提供“平等保护”的要求。

当然，法律常常必须对不同的人有所分类。例如，“移民法”至少有对“公民”和“非公民”的分类。这属于“合理的”分类。第十四修正案对这种“合理的”分类是允许的。一般来说，基于“平等保护”的“司法审查”采用“两层方法”（two-tiered approach）：[31] 第一层是看该法律所用“分类”是否“合理”，即看分类是否是政府立法目标所必须的；第二层又细分为两种情况，一是看该法律所用“分类”是否是“可疑的分类”（suspect class），即基于种族或其它歧视的分类，另一种情况则是看该分类是否破坏公民基本权利的实现。

例如，在“倍克诉卡尔”（Baker v. Carr, 1962年）案中，沃伦法院判定，不随人口变动的划分选区的分类标准，违反了第十四修正案的“平等保护”条款。[32] 又如，在“哈珀诉弗吉尼亚州选举委员会”（Harper v. Virginia State Board of Election, 1966年）案中，沃伦法院判定，以财富标准进行选民分类（人头税作为选举资格标准），是违反“平等保护”条款的。总之，以审查现行法律的合理性为主要目的“平等保护”条款，是一种力求“改变现状”的“向前看”的法律。[33]

哈佛大学法学院教授昂格对“向前看”的“平等保护”条款做了进一步的发挥。如前所提及，从字面上看，第十四修正案是针对州政府的，即州政府的歧视行为是违宪的；这被不少宪法教科书称为“州政府行为条件”（state action requirement），即从字面上说，第十四修正案只能用于州政府的违背“平等保护”的法律行为，而不能用于私人歧视性行为。但是，昂格教授指出，沃伦法院的判决事实上已经超出了“州政府行为条件”，因为“平等保护”条款正被用来纠正私人饭店的种族隔离行为。他指出，利用“平等保护”条款来纠正私人权力结构，虽最初出现于涉及种族问题的判决，但其实是意义深远的“改变现状权”

（destabilization right）的萌芽。所谓“改变现状权”，就是人民有权利通过法律手段不断纠正因政府和私人权力造成的经济、政治与社会的平等。 “不稳定权利”的目的，并不是造成

静态的“绝对平均主义”的社会，而是造成一种动态的民主环境，使得政府权力和私人权力的过度积累的自发倾向，经常受到民主过程的校正。 [34]

把“平等保护”条款扩展为“不稳定权利”，是昂格教授所代表的“批判法学学派”（critical legal studies）的方法论原则——扩展原则（expanded doctrine）——的应用之一。所谓“扩展”，就是从现行法律中的萌芽（如第十四修正案中的“平等保护”条款）出发，进而形成关于社会生活的新的制度构想（如“改变现状权”的提出）。当“平等保护”扩展为“改变现状权”后，现行司法机构就没有足够力量来保证它的实现了；昂格尝试性地提出一个新的政府部门——“改变现状机构”（destabilization branch），它或可独立选举产生，或可从现行的“立法”、“行政”和“司法”机构中推举产生，其目的是加强民主的动态性，阻止自发再现的政府和私人的经济、政治权力的累积性滥用。 [35]

当然，社会生活的“相对稳定性”总是必要的，而这正是第十四修正案的“正当程序”的作用。芝加哥大学法学院教授桑思定（Cass Sunstein）指出，与“向前看”的“平等保护”条款不同，“正当程序”条款是指在维持现状的“向后看”的法律。这两者都必要。但正如桑思定所说，复杂问题在于，一些现行法律并不违反“正当程序”，但却不符合“平等保护”的动态理解。 [36] 例如，“正当程序”对于保护公民言论、结社自由至关重要，但也可被用来维系现行财富和权力的分配结构。昂格教授的“改变现状权”的提出，可能是兼顾“向后看”的“正当程序”和“向前看”的“平等保护”的创新思路。

总之，从“平等保护”到“不稳定权利”，第十四修正案引发我们对“什么是法制”产生了动态的理解。说到底，法制是“大民主的动态的制度化”。

本文从“中央—地方关系”、“司法专政之利弊”和“向前看的平等保护”三方面，探讨了美国宪法第十四修正案所涉及的理论问题。我国正面临宪政民主建设的制度创新的挑战，希望本文起到“他山之石、可以攻玉”的一点作用。前面引到的哈佛法学院却伯

（Laurence Tribe）教授曾问道：“为什么当数学家有了哥德尔（Godel）『不完全定理』以后（即不存在自我封闭的、自圆其说的数学公理系统），还有些法学家仍认为法律系统是封闭的？” [37] 答案恐怕在于，持这种观点的人缺乏制度创新的想象力。

注：

[1] 此案是美国保守的“实质性正当程序”主宰经济立法的时期的标志。该时期至罗斯福新政才告结束。

[2] 此案标志着风起云涌的黑人民权运动得到最高法院支持的开端。

[3] 此案标志着堕胎合法化运动的开端。

[4]The Fourteenth Amendment to the United States Constitution, Section

1.

[5]The Federalist Papers, No. 45. A Mentor Book edition, p. 292. 需要指出，麦迪逊此处关于中央政府权力“少而且有界定”的说法，与他本人后来关于中央政府具有“默示权力”的说法，有所冲突。这可能是因为《联邦党人文集》旨在说服“反联邦党人”，故麦迪逊有意强调中央权力“少而且有界定”。详见下文。

[6] 引自 Paul Finkelman, *An Imperfect Union*, p. 325, University of Carolina Press, 1981.

[7] “二元联邦制”的彻底终结要等1937年的新政“宪法革命”。

[8] 美国各州殖民地时期的法律深受英国“普通法”（common law）的影响。“普通法”曾长期被认为是年代久远、不可追溯起源的“古代宪法”，但著名英国历史学家梅特兰（F. W. Maitland）发现了“普通法”实即封建性法律。详见 J. A. Pocock 的经典著作 *The Ancient Constitution and the Feudal Law*, Cambridge University Press, 1957.

[9] 这一概念是达尔（Robert Dahl）提出的，见其 *Democracy and Its Critics*, Chapter 15, Yale University Press, 1989.

[10] 引自 A. T. Mason, et al, *American Constitutional Law*, p. 140, 7th edition, Prentice-Hall, Inc. 1983.

[11] M. K. Curtis, *No State Shall A bridge: The Fourteenth Amendment and the Bill of Rights*, p. 19, Duke University Press, 1986.

[12] Louis Fisher, *American Constitutional Law*, 382, McGraw-Hill Publishing Company, 1990.

[13] Harold Laski, "The Obsolescence of Federalism", *The New Republic*, May 3, 1939.

[14] 去掉“二元联邦制”的“联邦主义”，实际上等于“民族主义”。联邦党人实为“民族主义者”。见 Liah Greenfeld, *Nationalism*, pp. 427-428, Harrard University Press, 1992.

[15] Laurence Tribe, *American Constitutional Law*, second Edition, p. 62, 1988. The Foundation Press.

[16] 同上， p.61

[17] 同上， p.61

[18] 此案被公认为是“司法审查”的开端。

[19] 引自 V. Earle, ed. *Federalism*, p. 10, Peacock Publishers, 1968.

[20] Mark Tushnet, *Red, White, and Blue*, p. 73, Harvard University Press, 1988.

[21] Richard Hofstadter, *Social Darwinism in American Thought. 1860-1915*, 1945.

[22] 霍姆斯（1841—1935）是美国宪法史上的传奇人物。他在南北战争中身负三伤，后与哲学家詹姆斯（William James）等组成研究小组，成为美国“进步运动”（progressive movement）时期的精神领袖之一。他也是今日“批判法学运动”的重要思想来源之一。

[23] 这一观点的详尽论证，见
V. Hattam, *Labor Visions and State Power*, Princeton University Press, 1993

[24]B. Schwartz, *Inside the Warren Court*, p. 119. Doubleday & Company,
Inc. 1983.

[25] 同上， p. 120. 乔治亚州议院通过决议，要弹劾首席大法官沃伦。艾森豪威尔说
“红色星期一”是他“一生中最疯狂的一天”。

[26] 同上， p. 117. 史密斯法案是1940年通过的，禁止鼓动用暴力推翻政府是其要
旨。它成为国会“非美活动委员会”的法律基础。

[27] 伯利（ Adolf Berle ）曾把沃伦法院时期称为“革命”的时期，而沃伦却先是“革
命委员会”（见他的 *The Three Faces of Power*, Harcourt, 1967 ）。伯利是《现代公司与私有财
产》一书的合著者，“所有权和控制权的分离”而为我国经济学家所熟知。

[28]John Ely 论证了“正当程序”和“平等保护”条款是被起草人故意用“一般化”语
言写成的，见他的 *Democracy and Distrust* 一书（ p. 30, Harvard University Press, 1980 ）。

[29] “阿罗不可能性定理”（ Arrow's Impossibility Theorem ）证明了“多数原则”的
自我循环性是很普遍的，即多数原则往往产生出 $A > B$ ， $B > C$ ， 但 C 又大于（偏好于） A
的自我循环僵局。

[30] 比例 William Eskridge 在其 *Dynamic Statutory Interpretation* （ Harvard
University Press, 1994, p. 35 ）一书中有详细解释。

[31]C. Wolfe, *The Rise of Modern Judicial Review*, p. 287, Littlefield Adams Quality Paperbacks, 19
94.

[32] 沃伦首席大法官说，关于重划选区一案的判决，是他任期内最大争议的判决。

[33]Cass Sunstein, "Sexual Orientation and the Constitution: A Note on
the Relationship between Due Process and Equal Protection", *The University of Chicago Law Review*,
1988. Vol. 55, p. 1161.

[34] 经济生活中“不稳定权利”的例子是“反垄断法”。“垄断”往往是自发形成的，
但须“反掉”。

[35] 详见
Roberto Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, Harvard University Press, 1986.

[36] 同上 3 3 注， p. 1171.

[37] 同上 1 5 注， p. 61.

