

第一章 司法审查及其限制

第一节 司法审查的基础

当年起草《美国宪法》的法学家、政治理论家们所熟谙的普通法传统，植根于议会权力至上的观念。但是，由于受约翰·洛克的天赋权利思想的熏陶，在他们的思想中时时有一种潜流：某些行为甚至立法机关也无权采取。实际上，在17世纪，洛克爵士在“博纳姆案”（1610年）中写道：“普通法要支配议会立法，有时判决议会立法完全无效。”《美国宪法》宣称自己是：“我们合众国人民”的产物——一种人民至上而不是议会至上的观念。

美国对政治理论的独特贡献是司法审查学说。根据这种学说，法院有权以政府的行为与宪法相抵触为由而宣布其无效。这种权力的适用范围不仅包括联邦行政机关和国会的行为，而且也包括各州政府的活动。

一对联邦行为的审查

开司法审查原则之先河的判例是“马伯里诉麦迪逊案”（1803年）。在此案中，马歇尔强调，宪法是人民意志的表现，所以它适当地控制着政府一切权力，包括国会权力的行使。因而宪法高于一切法律，与宪法相抵触的法律是无效的。

在“马伯里案”中，1789年《司法法》第十三节被理解为——或许是不适当地——在强制执行诉讼中，给予美国最高法院以初审管辖权。结果该条款被裁定违反宪法第三条，理由是宪法第三条对最高法院的初审管辖权范围有明确规定，其中并不包括对职务执行令的初审管辖权。于是，马歇尔根据 *expressio unius, exclusio alterius*（明示其一即排斥其他）这一法律解释准则，宣布《司法法》第十三节构成了对宪法第三条的违反。

但是，真正的问题是，应当由谁来决定一项法律与宪法相抵触。马歇尔认为，答案很简单，对法律作出解释无可置疑地是司法部门的职权范围和责任。宪法不是道德说教，它是具有法律力量的。实际上，它是根本法。但是，对宪法的解释与对一般法律的解释相等吗？对一般法律所作的错误司法解释，可以由国会纠正，但对宪法司法解释的修改，只能采取宪法修正案的形式。此外，可以说，对诸如“平等保护”和“正当程序”等含糊概念的司法说明，使人感到像是政策和立法决议，而不像是对成文法的典型司法解释。

实际上，在《美国宪法》中找不到关于司法审查学说的任何明示的条文根据。虽然宪法第三条规定，“司法权”，包括由于宪法而产生的案件的审理权属于联邦法院，但是宪法的任何条文都没有具体规定这种司法权包括否决与之平等的另一政府部门之法案的特权。宪法第六条确实规定了“本宪法和依本宪法所制定的合众国法律都是全国的最高法律”，每个州的法官都应受宪法约束而维护宪法，“即使州的宪法和法律中有与之相抵触的内容。”但是这些话的意思是授权法院确定各项法律的合宪性吗？人们甚至可以争辩说，国会和总统这两个民选的政府部门已经对某一行为或某项法律做出了合宪性的裁决。从这一角度看，法院应当受立法机关做出的“该法律合宪”这种裁决的约束。

除根据宪法条文进行论证外，还可以从历史或功能的角度探讨应由谁决定一项法律是否违宪的问题。然而关于宪法制定者意图的历史证据照例是模糊不清的，虽然看来好像他们曾考虑过某种形式的审查。我们可以直截了当地发问：谁更适宜就合宪性问题做出裁决？人们一直说，法院与外界隔绝，具有专门知识，能够“冷静地重新考虑”，从而可以表达出我们最基本的价

值观念。但是，从另一方面讲，恰恰可以把人们所说的这种与外界隔绝性作为一种理由，反对把宪法含义的最终裁定权授予由非经选举产生的 9 名终身制法官组成的机构。

虽然人们可能狭义地把“马伯里诉麦迪逊案”的裁决只理解为司法机关可以采取行动保护自己的管辖权，使之免受国会行为的干预，但它的意义决非如此局限。恰恰相反，最高法院大法官一致宣称，这一判例申明了以下主张：

〔“马伯里诉麦迪逊案”〕宣告了一项基本原则，即联邦司法机关在阐释宪法方面享有最高权威；从那时起，这一原则一直被本法院和全国奉为主臬，成为我国宪法体系永久而不可或缺的一种特征。——见“库珀诉阿伦案”（1958 年）

因此，最高法院可以审查和否决国会的以及总统和其他行政官员的行为。在“合众国诉尼克松案”（1974 年）中，最高法院一方面承认根据宪法总统享有出于保密需要的行政特权，但同时又断言法院拥有决定行政特权之适当行使的司法特权：

尽管每一部门都必须尊重其他部门，但是“合众国的司法权”不能与行政部门分享，正像例如总统不能与司法部门分享否决权一样。

二对州政府行为的审查

司法审查并不只限于审查联邦行为和法律，它还扩展到对州政府行为的审查。早在 1810 年，最高法院就在“弗莱彻诉佩克案”中宣布一项州法违宪，因为它违反了宪法第一条第十款中的契约条款。在“马丁诉亨特的承租人案”中，联邦最高法院又为自己确立了一项特权：对州最高法院作出的宪法问题裁决进行审查。

1789 年的《司法法》第二十五条规定，联邦最高法院对州最高法院有上诉管辖权。“马丁诉亨特的承租人案”中的争议问题是该条有效性的证明。州法院认为，宪法第三条应当被理解为联邦最高法院只对联邦下级法院审理的案件有管辖权。在对“马丁案”的一项裁决中，斯托里大法官先生代表联邦最高法院发表意见时驳斥了这种论点。他说：“决定联邦最高法院享有管辖权的因素是案件，而不是法院。”“马丁案”的裁决一直是联邦最高法院对州法院行使管辖权的关键依据。

根据宪法第六条中联邦法律高于州法律的条款，州法官受合众国宪法的约束，即使州的法律与之相抵触。这一条款被理解为州法官甚至有权对联邦法律进行司法审查。根据宪法第三条，最高法院的管辖权范围包括引用宪法规定而产生的案件。由于州法院对合宪性问题行使了初审管辖权，联邦最高法院有权根据上诉管辖权对诉讼进行复审。

除根据宪法条文提出上述论点外，斯托里还以联邦需要对宪法有统一解释为根据，从政策角度提出了需要实行司法审查的理由。宪法绝不能在 50 个不同的管辖区有 50 个不同的解释，其后霍姆斯重申了这种论点。霍姆斯说，如果联邦最高法院失去了对联邦行为的司法审查权，联邦不至于陷入危险；而如果对州的行为没有这种权力，则联邦势必处于危险境地。

第二节 联邦管辖权的基础

一 联邦管辖权的宪法基础

宪法第三条规定，“联邦司法权”属于最高法院和国会“可能”设立的下级法院（包括巡回上诉法院和联邦地区法院）。只有最高法院的存在有宪法保证。第三条中的这些法院与国会根据宪法第一条规定设立的法院不同，它们必须在宪法第三条所仔细划定的管辖界限之内行事。如果一个案件或一桩诉讼不属于第三条中某一具体范畴，则国会不能以合乎宪法规定的方式给予联邦法院管辖权，使之审理该案件，法院必须因为缺乏管辖权而拒绝受理。研究美国宪法者必须认识到，宪法第三条规定了根据该条设立的联邦法院之管辖权的终极范围。宪法第三条按标的物确定的管辖权的比较重要的一些例子是：引用美国宪法、法律和条约而产生的案件（联邦问题管辖权）以及涉及不同州公民的案件（不同州问题管辖权）。

因此，联邦法院的管辖权，包括联邦法院中管辖权的两个源头——联邦问题管辖权和不同州问题管辖权，与联邦司法权本身一样，都源自宪法。但是，在第三条规定的这些范围之内管辖权的行使，至少在大致原则上需要遵照国会的意见。宪法供给汽油，但控制油门的是国会。

二 最高法院管辖权的基础

宪法第三条规定，涉及大使、公使和领事以及一州为一方当事人的一切案件，初审管辖权均属于最高法院。国会不可以扩大宪法规定的最高法院初审管辖权范围，“马伯里案”令人注目地说明了这一点。然而，国会已作出规定，对这种初审管辖权之中的某些部分，最高法院应与联邦地方法院共同行使。见《美国法典》第28卷，第1251节。

宪法第三条还规定，在联邦司法权范围内的所有其他案件中，最高法院有上诉管辖权，“但须依照国会所规定的例外和规章。”根据这一“例外”规定，国会必须授予最高法院上诉管辖权事项，并可以撤销其上诉管辖权事项。国会没有在宪法第三条的范围内授予最高法院全权，则被视为国会联邦司法授权的默示例外，甚至授予上诉管辖权后，仍可以把它撤销。因此，在“麦卡德尔单方面诉讼案”（1869年）中，最高法院维护了国会的一项法令，该法令撤销了最高法院对签发人身保护状的上诉管辖权，虽然这一案件当时已经口头委托给最高法院受理。国会在“麦卡德尔案”中撤销最高法院上诉管辖权的行动属于宪法第三条中所设想的那些“例外”之一呢，还是一种不能容忍的对分权原则的侵犯？最高法院裁定：它属于一种“例外”。

“麦卡德尔案”带来的潜在危害既严重而又持久。在有争议的领域内，如用校车接送学生、学校祈祷、堕胎、国内安全和重新分配议席等问题上（这里列举的仅仅是几个比较新近的例子），“麦卡德尔案”一直成为一再企图合法地侵蚀联邦法院——包括最高法院——管辖范围的基础。

然而，许多因素降低了“麦卡德尔案”的作用。首先，从涉及到的事实看，它的先例价值不像乍看上去那样令人注目。“麦卡德尔案”并没有堵死最高法院人身保护状管辖权的全部途径，只不过堵死了其中一条，“耶格尔单方面诉讼案”（1968年）就证明了这一点。同样，“麦卡德尔案”并没有严重打击联邦法院管辖权的主要功能，如最高法院审查州法院关于合宪性裁决的权力，这种权力维护了联邦法律的统一性。由于只能把“麦卡德尔案”看成是涉及最高法院管辖权的一种非重大的例外情况，或者说得更狭义一

些，只是剥夺了一种补救措施，因此不应把对这一案件的判决看成是主张彻底改变联邦司法部门在现代美国制度中的作用。另外，即使承认国会有广泛的权力把若干问题作为“例外”，使之不在联邦司法权范围内，也并不影响宪法对国会权力行使的某些可能的限制。例如，国会收回联邦法院审查刑事定罪之合宪性问题的权力，这是否违反了关于正当程序保证的规定呢？如果收回联邦法院下令采取唯一可行的有效补救措施以维护正义的权力（例如要求用公共汽车或校车接送学生的权力），是否第五条修正案中体现的平等保护保证就失去效力了呢？

简言之，道格拉斯大法官先生在“格利登公司诉兹达诺克案”（1962年）中发表的意见很有分量，虽然他的意见是以异议的形式提出的。他说：“有一个非常严肃的问题，这就是：“麦卡德尔案”的判决在今天是否仍代表大多数人的意见。”另一方面，更注重宪法第三条字面意思的人可能会赞成法兰克福特大法官的看法，他在“国民互助保险公司诉滨海转运公司案”（1949年）中，就最高法院管辖权的脆弱性发表了极为严峻的意见：“国会不必给予最高法院任何上诉管辖权；它可以把已经授予的上诉管辖权收回，甚至当一个案件正在审判过程中它也可以这样做。”根据这种观点，宪法制定者的初衷是，由国会决定是否需要设立联邦法院，至少是那些低于最高法院的联邦法院；而且由国会决定应在什么情况下行使联邦司法权。

三审查的法定形式

1988年，国会对阐述最高法院管辖权基础的成文法作了重大改变。在过去，上诉与调卷令调取案卷复审的令状是不同的，前者从技术上说是一个权利问题，后者则涉及酌情行事。现在这种区别已成为历史。现在使最高法院审查下级法院判决的主要途径是利用调卷令。见《美国法典》第28卷，第1254和1257节。调卷令管辖权是一种斟酌决定权。因此，这意味着最高法院几乎可以完全自己决定是否要审理某一案件。从技术上说上诉是一个权利问题，在必须召开“三法官联邦法庭”审理的数量有限的案件中，这种方式仍然在采用。见《美国法典》第28卷，第1253节。但是这里需要注意的基本问题是，由最高法院判决的案件绝大部分是通过调卷令送到最高法院的。

发出调卷令的原因有多种。或许最明显的原因是各联邦上诉法院之间发生了冲突。但是最高法院还注意到，当下级法院裁决了重大而新奇的联邦宪法问题时，或者当州法院裁决了一个宪法问题而它的裁决可能与最高法院过去的裁决发生矛盾时，也需要发出调卷令。宪法法研究者应注意，发出调卷令只需要4名大法官同意。这意味着，多数大法官可在其后裁定发出调卷令时不够慎重。拒绝发调卷令并不是根据判案的是非曲直作出的安排，也不表示对下级法院的判决是赞成还是反对。

第三节 司法审查的宪法和政策限制

即使一个案件看来在宪法第三条规定的联邦管辖权范围之内，仍不能保证联邦法院会按这一案件的是非曲直作出判决。根据宪法第三条设立的法院可以根据现行的若干原则避免处理宪法问题，从而拒绝受理该案件。这些原则主要来自两个方面。首先，这些原则可能植根于宪法条文本身。例如，宪法第十一条修正案至少是在字面上禁止联邦法院在未得到一州同意的情况下，受理对该州提出的诉讼。对司法审查的另一宪法条文限制是宪法第三条。该条规定，根据该条设立的法院的管辖权局限于有关的“案件和争议”。第二种主要限制因素产生于法院自身在行使司法审查权过程中的自我抑制感。最高法院确定自己在法律政治制度中的地位时曾宣称，它将“在处理宪法争议问题中遵循一种严格必要时方予受理的政策。”见“救援军诉洛杉矶市法院案”（1947年）。

一 宪法限制

（一）第十一条修正案的限止性规定

在确定联邦法院的标的物管辖权时，宪法第三条第二款列举了一系列情况，在这些情况下联邦法院可以受理对一州提出的诉讼。然而，有种种迹象表明，人们普遍认为，在没有得到某州同意的情况下，主权豁免权往往阻止对该州提出这类诉讼。但是在“齐泽姆诉佐治亚州案”（1793年）中，最高法院允许一州的公民在联邦法院对另一个州提出诉讼。作为主权州，一个州不容许某些诉讼在本州法院内提出，而联邦法院居然可以受理他州公民对该州提出的这种诉讼，这实在令人震惊。结果，对“齐泽姆诉佐治亚州案”的广泛反应导致了继《人权法案》之后第一条修正案的通过。第十一条修正案否定了“齐泽姆案”，规定：“合众国的司法权，不得被解释为可以扩展到受理由他州公民或任何外国公民或臣民对合众国一州提出的或起诉的任何普通法或衡平法的诉讼。”利用主权豁免权学说对该修正案所作的司法解释，把限止性规定扩大到一个州的公民对本州的诉讼〔见“汉斯诉路易斯安那州案”（1890年）〕，还扩大到外国公民对州的诉讼。

然而，第十一条修正案并没有阻止对州政府行为进行联邦司法审查，尽管从字面上看该修正案似乎有这种作用。首先，它只阻止对州或其机构的诉讼，而不阻止对各地方政府及其机构的诉讼。见“湖区地产公司诉塔霍地区规划局案”（1979年）〔最高法院裁定，第十一条修正案不阻止对塔霍地区规划局的诉讼，因为该规划局的行为使它更像县属的或市属的机构，而不是更像州属的机构〕。

其次，州可能同意在联邦法院中被起诉。这种例外确实产生一个逻辑问题，因为通过第十一条修正案意味着排除对州提出的诉讼中的“司法权”。当宪法规定司法权不得扩展到那种案件时，一个州怎么会把管辖权授予联邦法院呢？法院把第十一条修正案看成是在主权豁免学说基础之上授予个人的豁免权。这种豁免权可以放弃。虽然这种解释使后来的法院感到满意，但在逻辑是并不那么令人信服。

第三，也是最重要的一点是这样一种原则：当一名官员的行为违宪时，他的行为就不算是州政府的行为，至少在第十一条修正案的范畴内是如此。这一规则，即“扬单方面诉讼案”（1908年）的原则，类似于英国普通法戒律：“国王不会有错。”根据这一原则，州的行动绝不会违宪，因为第十一

条修正案提供了主权豁免，使之免受合宪性审查。然而，州的官员以个人资格行事时可能违宪，在这种情况下，他们受联邦管辖，第十一条修正案不为他们提供庇护。维护联邦宪法权利之需要占了上风。因此，当据称州的一些官员的违宪行动在肯特州立大学造成一些学生的死亡后，不能用第十一条修正案禁止对他们起诉，见“朔伊尔诉罗德斯案”（1974年）。然而，第十一条修正案被解释为禁止联邦法院发出要求州官员按照州法律行事的命令，因为在这种情况下，州是真正有关当事方，不存在需要维护联邦权利的问题。见“彭赫斯特州立学院和医院诉哈尔德曼案”（1984年）。

“扬单方面诉讼案”所确立的第十一条修正案阻止性规定之例外对美国宪法法的发展有着极为重要的意义。如果没有“扬单方面诉讼案”原则，让难以驾驭的各州服从单一联邦宪法法规则就会比较困难。例如，州立法代表名额分配不公平的问题就难以在违反桀骜不驯的各个州的意愿的情况下，在联邦法院得到解决。总之，没有“扬单方面诉讼案”，重新分配议席的决定就不可能做出，第十四条修正案的规定就会因为第十一条修正案而搁浅。但是援引该原则的确引起逻辑上的不通。一名州官员的行为怎么可以在为确定是否违反第十四条修正案之目的时构成“州政府行为”，另一方面又不算是州政府行为，不能援引第十一条修正案的阻止性规定呢？佩卡姆大法官先生在对“扬单方面诉讼案”作出判决时，一直想找出这一问题的答案，但这个答案像电影影子一样，始终未能被他抓住。于是他干脆闭口不谈这一问题。后来的联邦法院也不认真探究这个问题。一些评论家认为，如果要进行解释，需要

说的全部内容是，第十四条修正案只是对第十一条修正案的限定。

当所要求的救助实际上构成了对州金库的追溯支出而与判该州损害赔偿无什么区别时，第十一条修正案将阻止这种诉讼。见“埃德尔曼诉乔丹案”（1974年）。构成“扬单方面诉讼案”原则之例外的“埃德尔曼案”并不阻上可能出现的补偿，即使这种为执行法院命令所作的补偿涉及到州的支出。现在我们举例说明这一问题：在“赫托诉芬尼案”（1978年）中，最高法院裁定，州监狱官员因背信弃义的违宪行为败诉而彼裁决支付律师费用，这是不违反第十一条修正案的，即使这一裁决的最后结果是由州政府来支付费用。同样地，为执行取消种族隔离的命令，司法部门强使州政府支付有关费用，被看成是一个附属问题，并不违反第十一条修正案。见“米利肯诉布拉德利案”（1977年）（“米利肯案之二”）。

第十一条修正案豁免的最后一个例外是，国会有权根据第十三条修正案第二款、第十四条修正案第五款和第十五条修正案第二款的规定制定法律。这几条南北战争时期的修正案是继第十一条修正案之后通过的，对州政府行为施加了具体限制。这几个条款都规定，国会有权以适当立法实施这些保证。根据这种授权，国会可以通过立法制定补偿措施，即使这些措施是针对州政府的。见“菲茨帕特里克诉比泽尔案”（1976年）。同样，国会有权根据贸易条款立法，废除各州的第十一条修正案豁免权，使一个州作出金钱损害赔偿。见“宾夕法尼亚州诉联合煤气公司案”（1989年）。国会废除州第十一条修正案豁免权的意图必须“在法规的语言中有清楚的表述，不要造成误解。”见“阿塔斯卡德罗市州立医院诉斯坎伦案”（1985年）。还应当注意，州本身可以自愿放弃第十一条修正案规定的豁免权。但这种放弃应清楚地表达：“因此，为了使一项州的法规或宪法条款构成放弃第十一条修正案规定

的豁免权，它必须具体说明该州同意在联邦法院接受诉讼的意愿。”一个州根据 1973 年联邦《复兴法》接收联邦资金，仅此本身并没有放弃它的第十一条修正案豁免权。见“阿塔斯卡德罗市州立医院诉斯坎伦案”（1989 年）。但是纽约和新泽西州港口管理局在同意以下两个条件时放弃了第十一条修正案的豁免权：一、同意为建立港口管理局而签订的两州法定契约中的诉讼条款；二、同意两州契约中的地点条款，该条款提到由美国建立的司法区。见“港口管理局跨赫德森公司诉菲尼案”（1990 年）。

在“阿塔斯卡德罗市案”中，布伦南大法官为限制第十一条修正案的适用范围做出了重大努力，但没有成功。他慷慨激昂地发表了不同意多数大法官意见的长篇讲话，指出，无论从字面意思还是从历史上看，第十一条修正案的意图都只是为了阻止在联邦法院中对州政府提出跨州诉讼，即乙州的公民对甲州提出诉讼。马歇尔、布莱克门和史蒂文斯三位大法官赞成他的意见。1890 年，“汉斯诉路易斯安那州案”为第十一条修正案作了一条注释，把甲州公民在联邦法院对甲州提出诉讼也作为禁止之列。布伦南认为，“汉斯案”强加给第十一条修正案的注释是错误的，应当翻案。鲍威尔大法官代表最高法院驳斥了对“汉斯案”的这种攻击。他说，第十一条修正案是州主权豁免原则的体现，这一原则植根于对州主权的正当关切。

最后，如果提交州法院的诉讼提出有关联邦的争议问题，第十一条修正案不禁止最高法院进行审查，即使第十一条修正案禁止该诉讼首先在联邦法院提出。这一结果建立。立在联邦需要有统一法律之基础上。见“麦克森公司诉含酒精饮料管理处案”（1990 年）。

（二）“案件或诉讼”规定

在界定联邦法院按标的物确定的管辖权中，宪法第三条是以“案件”和“诉讼”作为标准的。最高法院说，这种语言要求诉讼以对抗的形式，在对抗的背景下提交联邦法院，能够以司法判决的形式解决，而且它的解决不违反反对司法审查起限制作用的分权原则。见“韦拉斯特诉科恩案”（1968 年）。因此，最高法院不就联邦宪法问题提供咨询意见——它只对“实际存在的”诉讼进行判决。根据宪法第三条设立的联邦法院甚至连极为重要的宪法问题也不能着手解决，即使国会和总统要求它们这样做。因此，国会不能使合众国成为联邦法院中的被告，除非合众国真正地与原告有利害冲突。见“马斯科拉特诉合众国案”（1911 年）。此外，希望由联邦法院解决宪法争议问题的各方不能仅仅根据他们自己的意愿授予法院管辖权。如果双方仅仅是对某一争议问题感到好奇，他们之间并没有真正的对抗，则宪法的阻止性规定——关于案件和诉讼规定——会要求不受理这种诉讼。

禁止提供咨询意见之规定所体现的“实际存在的”争讼原则表明了美国立宪制度中的重大矛盾之一。最高法院承担的任务是制定超越直接诉讼各方的一般原则，但却又坚持，这些原则必须产生于争讼各方之间的实际争执之母体中。这反映了法院实行的是对抗制。这也证明了法院依靠实际经验主义作为裁决宪法问题的最佳手段，即使所涉及的是一些最根本的问题。这样做的意图似乎是，坚持实际诉讼原则将限制和约束法院无可争议的产生新宪法学说的权力。如果对案件或诉讼规定进行这种分析，则很明显，它也符合分权原则之目的。为确保争讼和有节制地使用司法权所付出的代价是，法院常常推迟，实际上有时放弃行使它的特有权力。此外，一项违宪法律的实施必然造成危害，即使以后会作出违宪的判决，但在我们等待案件和诉讼从胚胎

到发育成熟期间，这项法律造成的危害可能是以后的判决永远不能消除的。因此，当首席大法官约翰·杰伊拒绝就条约问题向国务卿杰佛逊提供一搬性法律咨询时，所涉及的问题不只是法院方面不愿意为行政部门进行法律研究，而是还有其他问题。

二政策限制

与宪法第三条中案件和争讼语句产生的宪法限制作用密切相关的是各种政策限制，这些政策限制是联邦法院规定的，它们借助这类限制避免根据是非曲直处理宪法问题。因此，在“阿什旺德诉田纳西河流域管理局案”（1936年）中，最高法院表示，它避免审理在友好的非对抗性的诉讼程序中提出的宪法问题。同样地，根据传统准则，联邦法院除非在绝对必要时不愿审理宪法问题。实现这种方式的避免审理，常常是依靠提出替代的进行非宪法审理的依据，如果能找到这种依据的话；或者是对一项法令作出可以避免出现宪法问题的解释。还有，联邦法院可以假定立法是合宪的，把证明其违宪的责任推到质疑方身上。

所有这些原则都反映了联邦司法系统在行使司法审查中，最高法院十分注意自我约束。最高法院多次得到的告诫是，对最高法院权力的唯一限制是它自己的自我约束感。为自我抑制提供正当依据的诸多因素包括：（1）在宪法案件中司法功能的微妙性；（2）建立在宪法基础之上的判决的相对终极性；（3）需要适当考虑“享有宪法权力的其他部门”；（4）需要维护宪法规定的权力分配，包括法院的权力分配；（5）“司法程序固有的限制”，见“救援军诉洛杉矶市法院案”（1947年）。最高法院称，尊重这种对司法权使用的限制，为私人权利提供了较为牢固的基础。如果最高法院积极参与政治进程，这种基础会变得较为脆弱。

仔细考虑避免不必要的宪法判决之政治理由就会发现，它们与宪法第三条中案件和诉讼规定所产生的限制一般是互相重叠的。这指出了贯穿于后面大部篇幅讨论中的一个关键问题。在最高法院避免就是非曲直作出判决的案件中，常常难以确定阻止判决的障碍是来自宪法还是来自最高法院的自我约束感。然而，这种区分很关键。如果是政策障碍，那么，在存在着需要作出判决的重要因素时，是可以设法避免的。从宪法第三条关于“司法权”（即联邦法院管辖权）的规定中派生出关于司法审查的限制，虽然国会不能推翻这种限制，但它可以通过颁布立法的形式，使联邦法院受理它可能以政策或（现在常称之为）“慎重考虑”为由拒绝审判的诉讼。

第四节限制司法审查的具体原则

宪法第三条关于案件和诉讼的规定以及与之密切相关的政策考虑表现为若干具体原则，根据这些原则，联邦法院拒绝受理某些案件而不去辩明其是否合宪。为方便起见，可以围绕着三个基本问题把这些学说加以归并：第一，什么人可以对是否合宪问题提出诉讼（即诉讼资格问题）？第二，何时可以对是否合宪问题提出诉讼（即时机问题，例如成熟性，列为假设案件和抽象问题）？第三，什么样的宪法问题可以向联邦法院提出诉讼（即标的物问题，例如政治问题原则）？

一 什么人可以提出诉讼——诉讼资格问题

（一）宪法中关于诉讼资格的规定

什么人可以就合宪性问题提出诉讼，这一问题既涉及案件和诉讼条款的规定，又涉及作为司法部门自我约束基础的政策考虑。就宪法第三条关于案件和诉讼的规定而言，最高法院要求，寻求司法救助的各方所提出的争执问题的结果对之有严重的个人利害关系，从而确保具体的对抗，这种具体的对抗使问题的陈述尖锐化，最高法院在很大程度上正是依靠问题陈述之尖锐来阐明困难的宪法问题。见“贝克诉卡尔案”（1962年）。为了表明这一“个人利害关系”之存在，诉讼当事人必须提出所控告的违法事件所造成的实际损害，即这种损害“可公正地追溯到”政府行为，通过所要求的司法救助“可以得到补偿”。此外，诉讼当事人还必须表明，他的身分使他有资格寻求他所要求的司法救助。见“洛杉矶市诉莱昂斯案”（1983年）〔起诉人过去出警察使用了制服疑人所用的手法而受到损害，并不使他具备强制性司法救助的资格。〕1. 实际损害。个人利害关系的规定并不一定意味着是在法律上受到损害。确切他说，这一规定是要诉讼当事人表明受到某种事实上的损害。其形式可以是经济损害，美感方面的或环境方面的损害，甚至可以是无形的损害，如在取消种族隔离的社区内生活能力方面所受的损害。举例来说，一名医生有资格提出民事诉讼对州的堕胎法提出质疑，因为他或许能够证明，受质疑的法律原文是“弃权”（abstention），从后面看，应是 abstractness 之误。——译注使他蒙受了经济损失。见“辛格尔顿诉伍尔夫案”（1976年）。住在准备建核电厂社区的居民或许能够证明，对环境的实际损害严重到足以对建设核电厂成为可能的联邦法规的合宪性提出质疑。见“杜克动力公司诉卡罗来纳环境研究小组案”（1978年）。如果房地产经纪人的经营活动损害了一条街道的居民或一个村庄的村民建立和维持稳定的无种族隔离社区之能力，这些居民和村民根据宪法第三条有足够的资格对房地产经纪人的活动提出诉讼。见“格拉德斯通房地产经纪人诉贝尔伍德村案”（1979年）。

应当注意，国会可以通过法规确立一种权益，如果剥夺这种权益就可以说成是构成了实际损害。见“沃思诉塞尔丁案”（1975年）。授予联邦管理机构权力的法律中的“受害人”条款准许联邦行政行为的受害者在联邦法院提出诉讼，这些条款是上述法规的典型。

一名州参议员想展览某些外国影片，而根据联邦的1938年《外国代理人登记法》的规定，他必须要在这些影片上加上“政治宣传”的标签。在这种情况下，他就有资格对该登记法提出质疑。这名州参议员提出质疑的根据不只是“主观的不寒而栗”。他展览这些贴了标签的影片势必使他个人的名誉、使他的政治和专业声誉招致受损失的风险，同时损害他重新当选的能力。宣

布该登记法违宪的判决使这名参议员获得自由，不必在展览这些影片和使自己的名誉受损这两者之间作出抉择，从而为他可能受到的损害提供了补救。见“*米斯诉基恩案*”（1987年）。

一项租金控制法令规定，在决定是否增加租金时，可以考虑“给承租人带来的困难”这一因素，一个房东协会的成员获裁定有资格对该法令提出质疑。房东的租金收入与无这一法令时相比可能会减少，同时这一法令又有可能实施，这对房东来说足以构成宪法第三条所要求的实际损害。见“*彭内尔诉圣何塞市案*”（1988年）。请注意，在这些案件中，资格不是取决于所诉讼的法律问题。相反地，资格只反映存在着实际损害。

在思想意识上反对政府的政策不足以满足实际损害要求。所受到的损害必须超出仅仅是对所质疑的法律的“一般性的不满”。少数种族的成员或低收入与中等收入者不能仅仅因为他们的种族或收入水平而具有对一项排他性的城市规划条例提出质疑的资格。他们必须表明，遭到他们反对的法律给他们本人带来某些直接的或间接的损害。在“*沃思诉塞尔丁案*”（1975年）中，诉讼当事人未能表明有哪一家房地产投资开发公司愿意建造适于他们需要的住房，而城市规划法使该公司不能这样做。同样，诉讼当事人没有能够提出或指名一家有具体建房计划的房地产投资开发公司，而城市区划法使它的造房计划无法实施。另一方面，在“*阿灵顿海茨村诉大都会住房开发公司案*”（1977年）中，一名黑人诉讼当事人希望在靠近工作地点处有住房，而他又有能力购买一个房地产投资开发商希望建造的住房，他获裁定有资格控告排他性的官方行为是种族歧视性的。一个非营利性的房地产投资开发商同案中的原告，他已经签约购买土地用以建造种族混居的住房，他也获裁定有诉讼资格，因为他为规划中的建房计划支出了资金，因而蒙受了经济损害。此外，最高法院指出，“〔房地产投资开发商〕希望在适用的低档住房缺乏的地区建造这种住房，他的希望遭到挫折，”这种挫折反映了一种不太具体的损害，从这种不太具体的损害中也可以找到实际损害。

2. 因果关系。为了具有诉讼身份，质疑方必须表明，实际损害是由受到他们质疑的政府行为引起的。他们必须表明，从所断言的损害完全可以追究被称为非法的政府行为。换言之，原告必须表明，他本人有“相当大的可能性”从所要求的司法救助中得到好处；他必须表明，所要求的司法救助将补偿他所说的受到的损害。在诉讼当事人声称作为被告的政府的行为违反宪法，促使未出庭的第三方采取了损害诉讼当事人之行动的情况下，这一因果要求构成了重大障碍。在“*艾伦诉赖特案*”（1984年）中，奥康瑙尔大法官使许多人深感意外地宣称，因果关系要求履行了人们对分权的关注；这种要求有助于阻止司法部门阻挠行政部门制定的行政管理政策。在“*艾伦诉赖特案*”（1984年）中，诉讼当事人称，国内收入署没有剥夺实行种族歧视的私立学校的免税地位，这削弱了他们自己的子女接受无种族隔离教育的能力。最高法院以5比3作出裁决。奥康瑙尔代表最高法院发表意见说，控告提出了一种充分的损害要求，但是并没有表明从这种损害完全可以追究国内收入署的行为。虽然诉讼当事人举出了享受免税待遇的若干实行种族隔离的学校名字，但并不能确切弄清有多少实行种族隔离的学校从税额优惠中得到好处。此外，取消税额优惠将迫使实行种族隔离的学校改变招生政策，这只不过是一种推测——要彻底改变学校的种族成分需要家长和官员集体作出响应。此案中的因果关系“充其最说不够充分”。诉讼当事人还说，给予

实行种族歧视的学校税额优惠给少数群体成员带来“蒙受耻辱的损害”。这种说法遭到驳斥，因为诉讼当事人没有能够“举出”他们本人因为被剥夺平等对待地位而蒙受的“耻辱性损害”。但是，奥康瑙尔大法官并没有就此完结。以前的案件表明，宪法第三条的诉讼资格只涉及询问诉讼当事人是否有足够的对抗理由提出诉讼；对于维护分权而对司法干预之适宜性的关注并不是宪法第三条中诉讼资格的关键问题。见“弗拉斯特诉科恩案”（1968年）。但是奥康瑙尔大法官宣称：“宪法第三条关于诉讼资格的法律是建立在一种单一的基本思想——分权思想——之上的。像在“艾伦案”中所涉及的诉讼将促使“对政府部门为履行其合法责任

而确定的具体方案进行质疑，提出诉讼。”这种诉讼“很少是恰当的（即使偶尔有恰当者），因为联邦法院不是对政府履行职责情况发泄一般性不满的适当场所。”奥康瑙尔大法官明确地表示接受这种原则：可以用对分权原则的关注“来解释诉讼资格要求中‘完全可以追究’的规定。”

史蒂文斯大法官对判决持异议，他指出，首先，这种损害是“完全可追究的”。税额补贴本身的目的就是鼓励某种行为；为因某种具体的不良行为而取消这种补贴将阻止那种行为，这是合乎逻辑的结果。此外，基本的经济法则，如果实行种族隔离方式的教育花费很大，实行这种教育的学校就会减少。但是史蒂文斯大法官从更广的意义上对最高法院把分权原则作为诉讼资格理论的一部分提出异议。对司法部门干预行政部门行使其特权之方式的关切只是与审慎考虑相关联，而不是气管管辖权相关联：“原告对诉讼结果兴趣之强弱与所寻求的司法救助是否侵犯政府其他部门的特权没有任何关系；司法救助可能不恰当并不减弱原告对得到那种救助的兴趣。”

另一方面，最高法院维护了下级法院的一项裁决：核电厂运作造成的环境损害与联邦的《普赖斯—安德逊法》之间有因果关系。下级法院的判决是，损害完全可以追究到该法对核事故潜在责任的限制规定。这种判决没有明显的错误，因为该法使建设核电站成为可能。虽然即使没有这项联邦法律，仍有可能建设这些核电厂，或者政府建设自己的核电厂，但最高法院认为，原告没有必要排除其他各种可能性。见“杜克动力公司诉卡罗来纳州环境研究小组案”（1978年）。

最高法院在“艾伦诉赖特案”和“杜克动力公司案”中对因果关系的处理表明关于因果关系的规定缺乏精确性。因果关系每次在法律中出现都是一个困难的概念，在宪法领域中同样如此。人们完全可以说，最高法院在“杜克动力公司案”中对因果关系问题的处理部分是由于它对裁决涉及核动力的重要宪法和政策问题有较大兴趣。或许基于这一原因，不应把“杜克动力公司案”看成是对于因果关系规定作了过于宽松的解释。“艾伦诉赖特案”表明，有可能把因果关系的规定作为一种工具，用以把人们从分权考虑而对使用司法权之适宜性的关注灌输到诉讼资格法问题之中。虽然通常把与司法作用有关的“正当性”考虑看成是贴着正当性标签的审慎考虑，但“艾伦案”表明，这些考虑可能在未来成为阻挠提出宪法诉讼的较难克服的管辖权障碍。

（二）联邦纳税人诉讼资格

联邦纳税人对联邦资金的开支一般没有足够大的个人利害关系，不能对联邦支出的合宪性提出质疑。联邦税收变成国家总收入的一部分，不再与某一具体纳税人单独发生联系。如果对一项联邦支出措施的质疑获得成功，取

消或禁止该方案的司法救助使纳税诉讼当事人获得经济利益的可能性极小。如最高法院在“弗罗辛厄姆诉梅隆案”（1923年）中所说：“援引司法权的一方必须能够表明，由于该法令的实施，他已经蒙受了或者立刻要蒙受某种直接损害，而不只是与广大人民一道以某种不确定的方式受到损害。”然而，一直不清楚的是，“弗罗辛厄姆案”中表现出的联邦纳税人起诉权障碍是源于宪法第三条的案件和诉讼规定，还是一种产生于司法自我约束的审慎考虑。

虽然最高法院从未彻底消除这种不肯定性，但现在已经确定，如果以下两个条件能得到满足，联邦纳税人就可对支出措施提出质疑：第一，纳税人诉讼当事人必须是对征税和用钱权力的行使提出质疑，而不是对以一项管理措施为依据的临时拨款提出质疑。例如，纳税人不能以纳税人的身份享有起诉权而对国会为实施联邦防污染法律向某一单位拨款提出质疑。第二，纳税人必须断言，受到质疑的法规违反了宪法对征税和用钱权力的具体限制规定。因此，在“弗拉斯特诉科恩案”（1968年）中，最高法院裁定，一个联邦纳税人有诉讼资格对有利于教会学校的联邦开支提出质疑，理由是这种拨款违反了第一条修正案中不得确立国教条款。禁止确立国教的历史目的之一就是防止把政府的钱用于宗教。

在“弗拉斯特案”之后仍然不清楚的一个问题是，“弗拉斯特案”检验标准中的第二种关系，即原告的法律要求与征税和开支权力之间应有联系的规定，是源于宪法第三条呢，还是仅仅是最高法院可自由放松的一种审慎考虑。不过，现在已经确定，只有当联邦纳税人诉讼资格受到怀疑时，才必须满足重点放在诉讼当事人法律要求上的第二种关系。见“杜克动力公司诉卡罗来纳少环境研究小组案”（1978年）。关于诉讼资格的争辩——这种争辩不仅围绕联邦纳税人诉讼资格——其检验标准仍然是政府的法律规定是否引起了实际损害。

在“瓦利福奇基督教学院诉争取政教分离美国人统一组织案”（1982年）中，最高法院引人注目地展示了“弗拉斯特案”所承认的联邦纳税人资格的狭窄性。被告对卫生、教育和福利部把剩余资金赠给该学院提出质疑，认为它违反了不得确立国教条款。最高法院裁定，被告缺乏联邦纳税人诉讼资格，因为他们质疑的是一个行政管理机构的行为，而不是国会的行为。另外，土地转让是根据宪法第四条的财产条款进行的，不是国会征税和开支权的行使。

如果州的纳税人不能表明受到了“直接损害”，如钱财损失，则不具有联邦诉讼资格，即使州纳税人地位可能足以使他在州法院有诉讼资格。见“多里默斯诉霍索恩行政区地方教育委员会案”（1952年）。然而，如果州法院的判决给原告造成“直接、明确和具体的”损害，最高法院可以通过调卷令行使复审管辖权。即使在原诉开始时原告可能不能满足联邦诉讼资格之要求，最高法院仍然可以这样做。见“美国熔炼公司诉卡迪希案”（1989年）。

（三）公民诉讼资格

在无国会制定的有关法律的情况下，公民缺乏对联邦行为的合宪性提出质疑的诉讼资格。公民就其作为公民的身份而论，被认为只有广义的冤情，这种冤情与其他公民的冤情无法区分。如果提出起诉，譬如说控告一个联邦机构的行为违反宪法的某一具体条款，该起诉将因缺乏诉讼资格而不能成立。因此，对于授权中央情报局局长一人批准经费开支的一项联邦法令，一

位公民没有诉讼资格提出质疑，说它违反了宪法第一条第九款第七项中关于应经常公布公款帐目的规定。公民需要了解有关情况以便能够胸中有数地投票之说法，被裁定为只是广义的冤情，不属于具体损害。见“合众国诉理查森案”(1974年)。另见“施莱辛格诉预备役人员制止战争委员会案”(1974)。

〔公民无诉讼资格对国会议员在武装部队预备役工作的做法提出质疑，说它违反宪法第一条第六款第二项中关于禁止众议员担任合众国管辖下的任何职务的规定。〕对联邦行为的质疑即使是建立在不得确立国教的条款上，仍不能为公民诉讼资格提供依据。在“瓦利福奇案”中，上诉法院裁定，不得确立国教条款为公民创立了一种个人的，但是共享的宪法权利，这种权利是与其他公民诉讼资格要求不同的。伦奎斯特大法官代表最高法院批驳了这种把公民诉讼资格与所声称的宪法权利相区分的努力。仅仅称宪法受到违犯并不确立宪法第三条所要求的个人受到实际损害。伦奎斯特大法官说，没有一个人有诉讼资格这一事实“不应成为寻找诉讼资格的理由。”从公民诉讼资格的障碍是以宪法第三条为根据这种意义上说，国会通过法令授予诉讼资格的能力是有限的。但请注意，国会可能通过法令为一个人建立法律权益。可以说，如果这种法定权益遭到破坏，就存在宪法第三条诉讼资格所要求的个人实际损害。见“格拉德斯通房地产经纪诉贝尔伍德村案”(1979年)。〔侵犯《1968年民权法》所授予的权利被裁定足以赋予诉讼资格。〕

(四) 第三方诉讼资格

第三方诉讼资格，法院常称为 *jus tertii* (第三者权利)。概括他讲，第三人诉讼资格的含义颇简单明白，甲方一般不被认为有提出属于乙方之法律权利的诉讼资格。即使甲方遭受足够大的实际损害，可以提出自己的合法要求，但这种诉讼资格仍不足以使他提出乙人的合法要求。这一规则的基础植根于“最适当的原告”概念。在正常情况下，乙被认为是就涉及他的权利提出诉讼的最适当的人。最直接受影响的人也是最可能保证对案情作出适当陈述的人。这一规则同与案件和诉讼规定相关的对抗要求有明显的联系，但它也反映了法院在必须作出判决前避免涉及宪法问题的愿望(即判决的绝对必要性)。

实际上，现在已经确定，第三方诉讼资格规则完全是一种审慎理论。实际上，诉讼资格这一法律领域现在呈现出种种例外，这些例外几乎否定了这条规则。如果甲能提出充足的理由使自己就乙的合法要求提出诉讼，则可允许他这样做。在涉及第三方的情况下，不顾加 *jus tertii* (第三者权利) 规则而最经常引用的允准诉讼资格的一些理由如下：如果乙提出自己的法定权利即使不是不可能，但也很困难，则可以准许甲提出乙的要求(假设甲有宪法第三条中的诉讼资格)。如果甲与乙之间有亲密的私人关系，法院还可能放松对第三方诉讼资格的限制。因此准许医生提出他的病人的隐私权利问题，对限制堕胎法律的合宪性提出质疑。医生和病人之间的关系是密切的私人关系。另外，要病人提出自己的权利也比较闲难，因为她可能希望避免公开宣传，从而不愿就自己的要求提出诉讼。见“辛格尔顿诉伍尔大案”(1976年)。由于在购买啤酒方面对男女作了不同限制的法律损害了销售人与潜在买主之间的关系，销售人有诉讼资格根据平等保护条款对有关法律提出质疑。见“克雷格诉博伦案”(1976年)。

如果以下各项条件得到满足，各组织可以提出其成员的法定权利：一、成员本人必须受到实际损害，从而具有宪法第三条规定的诉讼资格；二、争

讼中涉及的权益必须与组织的宗旨有关；二、提出的要求和司法救助不要求各成员参与。见“亨特诉华盛顿州苹果广告委员会案”（1977年）。组织诉讼资格是可以看到 *jus tertii*（第三者权利）的最活跃、最重要的领域之一。例如，利用组织诉讼资格就是环境问题诉讼的特点之一。

二何时可以提出诉讼——时机问题

（一）禁止把案件列为假设案件的规则

当导致司法判决的争议问题得到解决或不复存在，从而使司法判决不再有任何实际法律效力时，该案件就被说成是“假设案件”。在联邦宪法中，假设案件理论显然是为在限制司法审查要求方面的所谓审慎考虑服务。但是，假设案件学说涉及宪法规定，对此我们应当了解。案件或诉讼要求具有法院能够解决的现实存在的实际争执。然而，应强调指出的是，对最高法院所定的假设案案并不能很容易地作出合理的解释。从许多最近的假设案件判决来看，假设案件学说正被最高法院作为一种策略手段使用，以此来避免解决没有一种观点能得到多数大法官赞成的有争执的宪法问题。

当马可·德富尼斯对华盛顿大学法律学院照顾少数民族成员入学的赞助性招生方案提出质疑时，他已是法律学院三年级学生。华盛顿大学表示，如果他能完成课业，不论最高法院如何判决，都准予他毕业。最高法院在“德富尼斯诉厄德高案”（1974年）中裁定，这些事实已使该案成为假设案件。德富尼斯将通不过考试完全是一种猜测，即使这种可能性成为现实，他仍不会再面对当初的入学规定。最高法院受到宪法第三条规定的约束，虽然华盛顿州各法院未受其约束；实际上后者认为假设案件并不构成判决障碍。

虽然假设案件理论可能植根于宪法第三条，但这并不阻止联邦法院创设作为假设案件理论之例外的判例，这些判例与假设案件推理不尽一致。例如，如果一个案件被认为“会重复出现而又回避审查”，则联邦法院可以进行审查，即使是其具体事实类型可能应属于假设案件理论范围内。但是有争议问题的可重复性质如何克服宪法第三条的障碍呢？简言之，如何满足现实的对抗要求呢？

一个关于重复出现问题的典型案件是著名的堕胎案“罗诉韦德案”（1973年）。案件送达最高法院时，已经过去了9个月，从技术上说这一案件已经成了假设案件。但最高法院说，这是一个“会重复出现而又回避审查的”案件的典型范例。即使罗夫人不再怀孕——她是有可能怀孕的——进行审查所需要的依据只是与她同类型的某个人能够怀孕。另一方面，马可·德富尼斯没有提出集团诉讼。对他本人来说，法律学院招生计划的合宪性问题不会再次出现。没有理由认为这一问题将再次“回避审查”。如果一件诉讼不是作为集团诉讼提出，那么只有当该问题对诉讼当事人来说“会重复出现”时，方可应用作为假设案件学说之例外的重复出现问题原则。见“波十顿第一国家银行诉贝洛蒂案”（1978年）。

联邦《残疾人教育法》引起了另一个作为假设案件学说之例外的“会重复出现而又回避审查”的案例。一名学生因为与他的残疾有关的暴力破坏行为被校方开除，他感情冲动地寻求法院给他司法救助，对校方发出禁止令。这名学生20岁，但仍未读完中学课程。根据《残疾人教育法》他仍有资格在教育方面享受照顾，而且鉴于他有残疾，仍可能需要这些照顾。与此同时，校方仍坚持有权利把犯有暴力破坏行为的残疾学生开除出学校。在这种情况下，最高法院裁定该案不属于假设案件，因为很有可能这名残疾学生控告的

校方的行为会重演。另一方面，由于年龄增大而不再有资格享受《残疾人教育法》福利的一名学生提出的类似质疑被裁定为假设案件。见“赫尼希诉多伊案”（1988年）。

假设案件理论的另一种例外是这样一种原则：“自愿停止非法活动”不能使一个案件成为假设案件，至少在犯法行为很有可能屯演的情况下是如此。这种例外得到了维护，但在“德富尼斯案”中被认为无效。这一例外的原因是，与之相反的规则会被人用来继续为非作歹，因为为非作歹者可以暂时收敛以逃避司法审查。但是这里又提出一个问题：自愿停止例外怎能保证满足宪法第三条案件或诉讼规定所要求的现实对抗这一条件呢？

在那些有重要未决附带后果的不常见案件中出现了第三种例外。因此，刑事定罪或判定精神不正常可以对一个人发生影响，即使在他被关押释放之后。

（二）成熟、不成熟和抽象

如果没有现实的损害或立即出现损害的严重威胁，联邦法院不会受理案件。必须是不利的事情正降临或立即要降临到一个人的头上。一个问题必须等到成熟才能诉诸司法解决乃是一条律令，这一律令的宪法基础又是宪法第三条的案件或诉讼规定。在“美国公用事业工人联合会诉米切尔案”中，禁止政府雇员参加政治活动的《哈奇法》受到质疑，最高法院运用成熟理论禁止对该案进行审查。虽然一名违犯《哈奇法》从而被威胁开除的雇员获准提出反对（尽管没有成功），但其他只希望从事政治活动而并没有实际行动的雇员则被禁止就该法提出反对。最高法院说，就后一种人而言，对他们将从事的政治活动的性质及政府可能作出的反应，人们只能推测而已。例如，就最高法院所知，政府可能不采取什么行动。然而，政府雇员从事政治活动需要到被解雇的程度方可提出合宪性问题，这一点未必妥当——应该是遇到即刻要发生的危险就可以提出合宪性问题。

但是，宪法第三条的规定再一次成为审慎考虑问题。甚至该争端从技术上说可能已经成熟，最高法院也裁定它为极不成熟或抽象。在“社会主义工党诉吉利甘案”（1972年）中，一个小政党向最高法院上诉，对州的忠诚宣誓提出质疑，最高法院以诉状所述的危害不够明确具体为由，驳回了上诉。合宪性之争端未以一种“清楚而具体的形式”表述，即使诉讼资格和成熟性之技术要求得到了满足。最高法院说，不成熟和抽象两种问题给最高法院管辖权的行使带来了“不可逾越的”障碍，“救援军案”即属此例。在“社会主义工党案”中，最高法院难以从诉状中看出，该党是否曾经拒绝或者现在是否打算拒绝进行忠诚宣誓，从而经受可能出现的后果。例如，社会主义工党没有为它将拒绝在忠诚宣誓上签字提出辩护。该党完全有可能打算在忠诚宣誓上签字并参加选举。

三对什么问题可以提出诉讼——政治问题理论

早在1803年，马歇尔首席大法官就在“马伯里诉麦迪逊案”中指出，有一类宪法案件联邦法院是不能审查的，因为“所涉及的问题是政治性的”。另一方面，1821年在“科恩诉弗吉尼亚州案”中，马歇尔首席大法官又说：“我们没有权利篡夺未授予我们的权力，同样也没有权利拒绝行使赋予我们的管辖权。”此外，现在已经变得很清楚，不应仅仅因为案件涉及政治价值观念或政治进程而拒绝行使管辖权。

那么，政治问题的“不可由法院审理性”的原因是什么呢？或者换一种

说法，怎样解释政治问题理论成为联邦法院审查案件之障碍的那些情况呢？“贝克诉卡尔案”（1962年）是一系列解决州代表名额分配不公平问题的案件之先驱，在此案中，布伦南大法官权威性地论述了政治问题理论的基础和特点。布伦南大法官一开始阐述了这种前提：“政治问题的不可由法院审理性从根本上说是一种分权功能。”他说，从一定意义上讲，这一学说要求联邦法院确定某一问题是否根据宪法已交付联邦政府的另一部门。此外，根据不可由法院审理性理论，必须研究是否“能在司法上判明所声言的责任，在司法上确定其范围，以及是否可在司法上对所要求的权利规定保护办法。”虽然政治问题学说似乎植根于宪法第三条，但它的根本基础是在诉讼资格情况下法院的所谓审慎考虑。关于对这些审慎考虑的阐述，请见“救援军诉洛杉矶法院案”（1947年）。

布伦南大法官在“贝克诉卡尔案”中发表了一段后来经常有人引用的讲话，他在这段讲话中规定了判别政治问题案件的标准，反映了传统的、职能的和审慎的考虑。首先，布伦南大法官援引了一种传统的考虑。他说，如果“宪法条文表明这一事端属于另一个平行的政治部门管辖”，则该案件应被裁定为不可由法院审判。据认为，只有在宪法明文规定一项争端由联邦政府另一部门独立自主地斟酌处理的情况下，联邦法院才能理所当然地拒绝行使宪法第三条中规定的管辖权。其他人提出了这样的问题：“是否存在着完全划归政府其他部门、司法部门想审查也不能审查的争端。”布伦南大法官在“贝克诉卡尔案”中发表意见时支持了上述观点，他说：“最高法院是宪法的最终解释者。”或许，解决这一问题的最适当方法是承认，按照传统观点，有些问题主要交付行政部门或国会斟酌处理，但是认定这样交付的问题和行使所给予的斟酌权的合宪性仍要接受司法审查。

布伦南大法官在“贝克案”中提到的其他标准反映了与司法部门能力有关的职能上的考虑。因此，布伦南大法官想要联邦法院发问，是否“缺乏司法上可发现的和可以掌握的解决（问题）的标准”，或者希望他们考虑到，“在不预先从政策上确定显然属于非司法部门斟酌决定的一类问题的情况下，不可能进行判决。”沙尔普夫教授在他的文章《司法审查和政治问题：功能分析》（见《耶鲁大学法律杂志》第75卷第517页，1966年）中列举了这方面的一些考虑，如难以得到确切的信息以及需要政府有关部门就某一具体问题的可由法院审理性作出一致的决定等。

斯大林曾问道：“教皇有多少部门？”据一个杜撰的故事讲，安德鲁·杰克逊曾说：“约翰·马歇尔作出了决定，现在由他自己来执行好了。”同样地，正是由于担心最高法院和联邦各法院如果寻求解决“关于席位分配的这个不折不扣的一团乱麻问题”，它们会遭到失败，才使法兰克福特大法官在“贝克案”中发表了强烈的感到极度痛苦的不同意见。他说，根据我国的宪法，并不是对于每一项政治纠纷，对于每一次立法权的不适当的行使，都有一种司法补救办法。”但是对最高法院来说，根据平等保护条款对代表名额分配不公平问题提出的质疑涉及到第十四条修正案的标准。这些标准已得到充分阐述并为人们所熟悉。法院完全有能力辨明和行使宪法授予的权力。

布伦南大法官曾提出“法院要独立地作出裁决就必不可免地表现出缺乏对平行部门应有的尊重，”“非常需要毫无异议地恪守已经作出的政治决定，”“潜在着出现各部门对同一问题有种种不同意见的令人尴尬的局面之可能”。凡此种种，都反映了存在着政治考虑。已故教授亚历山大·比克尔把

这个话题更推进一步，他说，一个有争议的问题，如果因为内容奇特、关系重大，或“难以作出原则性的决策”，或者对司法卷入的后果感到担忧，或者“一个缺乏选举责任或实施能力的机构存在着自我怀疑情绪”，则这个问题应被看作是“不可由法院审理”。南方各州对“布朗诉堪萨斯州托皮卡地方教育委员会案”（1954年）的判决进行了“大规模抵制”，拒不执行，这一事件仍萦绕在法兰克福特大法官的心头，因此，他在“贝克案”中发表的不同意见也反映了上述担心。他警告说，司法部门卷入政治性的重新分配代表名额问题威胁到最高法院的权威，甚至在它已牢固确立地位的领域中的权威：“由于最高法院既无财权，又无兵权，归根结蒂，它的权威建立在公众对其道德约束力的持久信任上。”法兰克福特恳求最高法院彻底退出涉及各政治力量冲突的政治纠葛，以免危及这种公共信任。他认为，进行这种斗争的适当场合是选举程序而不是司法程序。

“贝克诉卡尔案”是政治问题理论发展过程中的里程碑。最高法院在“贝克案”中表明，联邦司法部门将受理根据平等保护条款对代表名额分配不公平提出的异议，尽管法兰克福特大法官担心，法院将因此而陷入“政治荆棘丛”中。

在另一个政治问题案件“鲍威尔诉麦科马克案”（1969年）中，最高法院裁定，国会开除一名当选代表属于可由法院审理的案件。

宪法第一条第五款专门规定每院“应自行裁判本院议员资格”，但这项规定并不包含有关一位当选者就任资格的一切问题。相反地，它是有限制地指宪法规定的成员资格，即年龄、公民资格和为当选州的居民。在“合众国诉尼克松案”（1974年）中，最高法院裁定，可以要求总统对司法程序作出回答。被告是总统这一事实并不使秘密通信特权问题成为不可由法院审理的问题。“戈德华特诉卡特案”（1979年）反映了不愿卷入外交事务领域的传统情绪。在此案中，多数法官认为，总统单方面中止一项条约属于有明显政治属性的、政府部门完全有能力解决的问题。最后，在“贝克案”之前的一个关于对第五条修正案程序实行司法监督是否适宜的案件中，最高法院援引了政治问题学说，拒绝受理这一案件，把批准问题留给国会。见“科尔曼诉米勒案”（1939年）。

布伦南大法官在“贝克案”中提出的界定政治问题的标准一直有着重要的意义。然而，必须认识到，这些标准本身并不总是按照一种统一或可预见的方式得到应用的。可以说明这一点的是“合众国诉穆尼奥斯—弗洛雷斯案”（1990年）。此案根据宪法第一条第七款第一项“议案提出条款”，对一项联邦法令提出质疑，因为这项法令要求对被判犯有联邦轻罪的任何人都进行金融资产特别评估。最高法院拒绝受理这一质疑。该争端未提出政治问题。议案提出条款要求一切征税议案应首先在众议院提出。政府指出，众议院通过上述议案本身就充分说明众议院已经确定，该议案是一项征税议案，或者它是首先在众议院提出的。由此看来，根据议案提出条款宣布一项法律无效是对政府其他部门缺乏尊重。但是这种意义上的不尊重不足以产生政治问题。否则，“对国会立法之合宪性质疑”的每一个司法判决“都是不容许的”。此外，即使国会已经深思熟虑地考虑了宪法问题，法院仍有义务审查国会通过的法律的合宪性问题。

总之，在传统上属于总统或国会职权的领域内，最有可能援用政治问题理论。外交领域、国家安全事务、战争权力之行使问题和宪法修正案程序问

题传统上法院是不涉足的，但在今天它们构成了界定政治问题理论的核心。

第二章 联邦立法权

第一节国会权力范围

在“麦克洛克诉马甲兰州案”（1819年）中，约翰·马歇尔首席大法官说：“该政府被所有的人都看成是享有具体列举权力的政府。”根据这一原则，在美国立宪制度中，固有立法权力说是不成立的，至少在国内领域是如此。每当提出国会立法的合宪性问题时，必须找出该立法与宪法条文中具体列举权力的某种联系。老实说，这种联系有时是“硬找出来的”，理智一般的人可能看不出来。实际上，从最终结果看，无固有权力说和在形式上遵循列举权力说并不像乍看上去那样关系重大。

根据我国宪法第十条修正案规定，未授予联邦政府的权力均由各州和人民保留。这是权力分配，即“我国联邦制”的基本前提。但是授权范围应当如何划定仍是一件未确定的事。

在“麦克洛克诉马里兰州案”（1819年）中，最高法院研究了宪法对国会的授权是否包括建立国家银行的权力。马歇尔首席大法官承认，宪法中没有明示规定授予国会这种权力，建立银行通常是各州的特权。然而根据宪法第一条第八款，国会有规定和征收税金、借款、管理贸易、宣布和进行战争以及建立和维持武装部队等明示权力。这些兵权和财权不包括建立国家银行的权力吗？毫无疑问，宪法中没有任何规定禁止国会制定这样的立法。但是约翰·马歇尔过去曾强调需要一种积极授权。

马歇尔说：“我们阐述的是一部宪法。”从这一大前提出发，他提出了默示权力学说。一部宪法必须能作广义解释，为政府提供行使这一基本文件中授予的权力所需要的各种手段，当然是在宪法所包含的限制范围内。但是马歇尔并没有完全依赖这种关于宪法性质的逻辑和实际论证（在《联邦党人文集》中可找到对这种论证的支持），而是在宪法中找到了关于默示权力的具体授权。宪法第一条第八款第十八项中的“必要而适当条款”规定，国会有权“制定为执行上述各项权力和由本宪法授予合众国政府或官员的一切其他权力所必要而适当的各项法律”。

马里兰州寻求对国家银行征税，它的律师辩护说，对“必要而适当条款”应作狭义解释，使之仅限于行使授予权力所必不可少的那些手段。但是约翰·马歇尔认为，“必要而适当”并不一定只意味着必要。我国的宪法“旨在传诸永世”。加上“适当”这个词，把它与“必要”这个词放在一起；把“必要而适当”条款放在第一条第八款国会权力之中而不是放在第一条第十款对国会权力的限制中；以及这一条款本身的语言——这一切都导致这样一种结论：宪法中规定的明示权力不应作狭义解释，而应作广义解释，从而实现使这一新的联邦政府正常运转的目的。

马歇尔本人在“麦克洛克案”中为广义解释联邦立法权提出了准则，这一准则至今仍在我国法院中引用和使用：“如果目的是合法的，是在宪法范围之内的，则一切适当的手段，凡是明显合乎目的、未被禁止而又符合宪法的文字和精神，都是合乎宪法的。”根据这一原则，建立国家银行显然是开展联邦政府财政活动的“一个方便、有用而必要的手段”。

这位首席大法官确实也在他对国会权力的广义解释中加入了一条限制。在后来称之为放任主义的解释中，马歇尔认为，如果国会“为实现未委托给政府的目标”而制定立法，法院就有责任宣布该法律违宪，即使国会的意图是执行授予它的权力。虽然这一原则在20世纪初曾被用来推翻据称侵犯了各

州保留权力的立法，但它与宪法不同，没有传诸永世。

第二节 贸易管理权

一 确立基础

宪法第一条第八款中规定的国会在国内领域中享有的最重要的明示权力是贸易管理权：“国会有权管理同外国的、各州之间的和同各印第安部落的贸易。”对这一条款的最初解释发生在重要案件“吉布森诉奥格登案”（1824年）的审理过程中。纽约州把独家经营航运的执照发给了一方。国会把在同一水域经营航运的执照发给了另一方。在解决这一冲突的案件中，哪家权力占上风呢：是州的权力，还是联邦权力？

鉴于宪法制定者表现出的对结束各州间贸易战的关切，马歇尔首席大法官毫不费力地把航运纳入“贸易”范畴内。“各州之间”这一短语带来了较大问题。马歇尔使用了费利克斯·弗兰克福特的“有机贸易理论”，把这几个字的意思解释成“影响到一个以上的州的贸易”。根据这一解释，只有完全属于一个州内部而不涉及其他州的贸易，才被排除在贸易条款范围之外。马歇尔决意不把国会要求扩大到州内贸易范围内，只是因为“这种权力不便行使，当然也是不必要的。”

如果马歇尔对贸易条款的有机解释得以流行，后来的贸易权力的大部分历史就会变成另外一个样子。例如，在新政时期对贸易条款施加限制使全国经济恢复受挫的做法就会变得困难得多。然而，最高法院逐渐采取了以地域观点解释贸易条款的方式，对贸易条款用于州际贸易，即用于跨过州界的贸易，施加限制。今天，通过明确地依靠贸易条款和默示权力学说，回到了马歇尔主张的贸易权力的广义概念。

最后，马歇尔首席大法官阐述了“管理贸易”权力的含义。他又采用了对宪法授予的联邦权力所作的广义解释：“这一权力，与授予国会的其他一切权力一样，本身是完全的，可以最大限度地行使，除了宪法规定的以外，它不承认任何限制。”简言之，管理贸易的权力对权力的目标而言是“全面的”。对行使这种管理权的主要限制存在于国会的智慧与斟酌之中；具有讽刺意味的是，宪法经过了如此错综复杂的历史之后，今日的情况依然如此。宪法授予的立法权力不被滥用之保障是通过政治程序行使其权力的人民。

二 把贸易条款用于治安权目的

宪法的制定者曾研究了把警察权授予国会的建议，但未予采纳。然而这一问题依然存在：国会是否可通过行使其被授予的权力进行管理以实现警察权目标。从传统观点看，警察权涉及卫生、道德和福利。随着20世纪行使社会经济管理职能的国家的兴起，这种立法常采取社会福利法律的形式。但是马歇尔在“麦克洛克诉马里兰州案”中提出的放任主义原则似乎是反对任何把联邦立法权用于福利之目的的努力。这种对贸易权所持的较为局限的观点在“汉默诉达根哈特案”（1918年）中得到了体现。在此案件中，一项禁止在州际贸易中装运由重工生产的产品的联邦法案被认为侵犯了各州的保留权力，因而被裁定违宪。最高法院认为，国会管理州际贸易的权力虽然是“充分的”，但又受第十条修正案的限制。依此看来，由各州保留的权力起到限制授予联邦政府之权力的作用。这就是二元联邦制学说。

但是，甚至在放任主义最盛行的年代，这种理论也并不总是得到遵循的。例如，在“汉默案”之前15年的“钱皮恩诉埃姆斯案”（“抽彩给奖案”）（1903年）中，最高法院宣布联邦禁止抽彩给奖的立法有效，这显然是一种

治安权措施。大法官约翰·哈伦在裁决“钱皮恩案”中代表最高法院说，国会有权保护美国人民免受州际贸易渠道的污染。在“汉默案”中，“抽彩给奖案”被看成是一个与之不同的案件，理由是立法反对的邪恶是在州际交易之后，而不是在州际交易之前。霍姆斯大法官在“汉默案”中与大多数大法官持不同意见。他说，这种区别是诡辩，难以令人信服。霍姆斯大法官的结论是，国会的完全管理权包括禁止州际贸易权，如果州际贸易被用来促进的东西在国会看来是道德邪恶的话：“它可以把自己的公共政策观点付诸实施，不论这些观点对各州的行动会产生什么间接影响。”

在“合众国诉达比案”（1941年）中，“汉默案”中所采用的对贸易权的狭义观点和放任原则本身都被彻底摒弃了。斯通首席大法官在“达比案”中维护了《正当劳工标准法》中的一个条款，该条款禁止在州际贸易中装运按照该标准法衡量工资过低或劳动时间过长的工人生产的产品，从而回到了在“钱皮恩案”中形成的保护主义原则：“国会可以根据自己对关于向州际贸易施加适当限制之公共政策的理解，自由地从贸易中排除某些物品，如果他认为这些物品在目的地州内的应用有害于公共卫生、道德或福利，即使该州未采取措施对这些物品的应用进行管理。”使用州际贸易渠道的条件由国会决定。

斯通说，最高法院的职能不是探求国会管理州际贸易的宗旨或动机，因为这是“属于立法部门决定的问题，而对此决定权的行使，宪法未加限制，法院也无权控制。”各州保留的权力也不能限制根据宪法行使的贸易管理权。“第十条修正案不影响我们的结论。该修正案只是说明了未交出的权力由各州或人民保留这样一个不言而喻的事实。”在“汉默案”中阐述的二元联邦制学说曾经在很长的时间里十分有效地限制了联邦贸易权的行使，现在这一学说已遭到摒弃。“汉默案”的判决被推翻了。霍姆斯在“汉默案”中发表的不同意见现在被默认为法律。国会可以把商业管理权用于社会福利目的。

三 贸易流通

国会可以利用其贸易管理权规定芝加哥牲畜围场工人的工资和工作时间吗？按照传统观点，牲畜围场内的活动可能被看成是一种完全地方性的交易活动，一般在州警察权范围之内。然而，在“斯塔福德诉华莱士案”（1922年）中，最高法院却维护了这种联邦立法，理由是“牲畜围场只是〔州际贸易〕流通必经的咽喉，在牲畜围场内的活动只是这种流通的伴随现象”。牲畜围场内表面上属于地方性的活动实际上是受联邦控制的州际贸易流通的一部分。

但是请注意，审理“斯塔福德案”的最高法院只谈到州际贸易“咽喉”处的地方性活动。它没有进而赞成联邦对农业生产和采矿等活动的管理权，虽然这些活动可以说是州际贸易前面的环节。它也没有仅仅根据商品曾经在州际贸易中流通，就说国会有权管理这些商品的销售和消费。然而，“州际贸易流”是否实际上扩展到这些活动并不十分重要。即使这些活动并不在州际贸易范围之内，国会也可以根据互相影响学说干预这些活动。由于互相影响学说把较大范围内的活动纳入联邦管理范围之内，它实际上取代了“贸易流”学说。

四 互相影响理论

在“麦克洛克诉马里兰州案”（1819年）中，马歇尔首席大法官清楚地表明，国会不仅有宪法第一条第八款中的明示权力，而且还有实施这些明

示权力所需的必要而适当的权力。根据约翰·马歇尔采用的对默示权力所作的广义解释方法，可以说，贸易管理权包括联邦对地方性活动的管理，如果这种管理对有效地管理州际贸易确实适当的话。在新政之前的年代里，最高法院对这一原则的解释是，国会有权管理“直接”影响州际贸易的地方性活动，而无权管理只是“间接”影响州际贸易的地方性活动。这种概念化的方法产生的实际效果是，排除了关于地方性活动对州际贸易影响程度的任何调查，排除了联邦管理美国国民经济的必要性。但是从“国家劳资关系委员会诉琼斯和劳克林钢铁公司案”（1937年）开始，最高法院开始调查对州际贸易自由流通的妨碍程度。

随着“威卡德诉菲尔伯恩案”（1942年）的判决，开始了现代互相影响理论的时代。此案的判决维护了一项联邦立法，该立法旨在管理各项活动中地方性最强的一种活动——在家庭农场上生产供个人消费的小麦。杰克逊大法官代表最高法院阐述了以下管制原则：“即使（农场主的）活动是地方性的，虽然这种活动可以不被看成是贸易，但是如果它对州际贸易产生实质性经济影响，国会仍有权管理，不论这种活动的性质如何，也不论这种影响是否属于前面所说的‘直接’或‘间接’影响。”

最高法院在确定农庄主的活动是否有重大不利影响时采用了累积效应原则。在“威卡德案”的情况中，必须把那名农场主的“产品与其他许多类似情况者的产品加在一起”来考虑其影响。国会进行管理的依据是全部个体生产者所产生的总体或累积影响。

把这些原则用于以前的销售限制规定，最高法院在“威卡德案”中得出结论说，国会可能有充分根据地发现，供国内消费的小麦会对价格和市场产生重大影响。首先，这些小麦给市场造成威胁，从而给供应和需求带来一个难以控制的变量。其次，即使这些小麦根本不拿到市场上卖，它将满足种植小麦者本人的需要，从而使他退出市场需求。当时一位爱说笑打趣的人模仿卡多佐的格调，对“威卡德案”中的那位不幸的农场主的情况作了这样的描述：“种，他种得出，吃，却吃不下。”

在“威卡德案”中形成的现代互相影响理论一直左右着贸易条款的分析，直到今日仍然如此。自新政以来，没有一项以贸易权为依据的国会立法因缺乏联邦立法权被裁定违宪，这充分表明它应用范围之广。

1964年联邦《民权法》主要以联邦贸易管理权力为基础，最高法院在两个案件中作出了维护该项法律中有关为公众提供膳宿处所条款的裁决，表明了以上述方式得到承认的国会贸易管理权的广度。在“亚特兰大中心汽车旅馆公司诉合众国案”（1964年）中，最高法院裁定，国会有权禁止在接待州间过往行人的旅馆和汽车旅馆中实行种族歧视。即使汽车旅馆的种族歧视属于地方性的，但是这种歧视阻挠黑人过往，从而妨碍了州际贸易。克拉克大法官在“亚特兰大中心案”中代表最高法院发表意见时说：“如何消除贸易中的障碍，即应当采取什么措施，这应当完全由国会明断。国会只受一种限制：它所选择的手段必须合理地与宪法所容许的目标相一致。我们不能说它在这里的选择与目标不一致。宪法没有作出其他要求。”另有一种论点是，由于国会的立法是针对“道德弊端”，引用贸易条款是不合适的。在“亚特兰大中心案”中，这种论点同样遭到批驳。鉴于种族歧视对贸易有抑制性影响，国会可以采取行动。因此，“亚特兰大中心案”消除了任何可能残存的怀疑，它清楚地表明，治安或社会福利动机本身并不会使国会对贸易管理权的行使

无效。

在“亚特兰大中心案”的姊妹案件“卡岑巴赫诉麦克朗案”（1964年）中，最高法院以贸易管理权力为基础，把《民权法》中有关为公众提供膳宿处所的规定扩大到奥利烤肉餐馆。这个餐馆是一个面向本地顾客的小型餐馆，它采购的食品中只有46%来自州际贸易渠道。但这提供了足够的证据，因为国会可以有道理地得出结论，实行种族歧视的餐馆售出的州际食品较少，州际往来受到阻挠，商业贸易在总体上受到危害。虽然奥利烤肉餐馆从州际贸易渠道采购的食品可能数甚微，但是根据累积效应学说，国会在确定对贸易自由流通的妨碍时会考虑总体影响：“如果我们发现，立法者根据他们掌握的事实和证据，所制定的保护贸易的必要管理措施具有理性之基础，（最高法院的）调查就此结束。”“卡岑巴赫诉麦克朗案”和“亚特兰大中心案”说明了，如果国会称它是根据贸易条款采取行动的，司法部将会表现出高度的尊重。但是，最高法院并不放弃对此问题的一切调查，至少要对被规定的行为给州际贸易带来的影响进行名义上的调查。

互相影响理论还为把刑法置于联邦政府管辖之下提供了一种工具，刑法向来是地方警察权的堡垒。例如，在“佩雷斯诉合众国案”（1971年）中，最高法院维护了《消费者信贷保护法》第二条，该条规定的刑事处罚被应用到地方高利贷活动中。道格拉斯大法官说，国会可以适当地作出结论：地方性的高利贷活动是最有利可图的收入来源或有组织的州际犯罪根源之一。

但是，佩雷斯与州际犯罪组织是否有什么关联？道格拉斯大法官在回答这一问题时似乎是说，根本不需要任何关联。他显然援引了累积效应学说：“如果对整类活动进行了管理，而该类活动又在联邦权力范围内，则法院无权把个别的事件作为无关紧要的问题进行特殊处理。”但是仍存在着一个问题。没有迹象表明，佩雷斯是与州际犯罪活动有联系的高利贷阶层的一个成员。斯图尔特大法官发表了激烈的反对意见，他说：“在没有任何证据证明一个人曾在各州间活动，没有任何证据证明他曾利用州际贸易设施，或证明他的活动影响了州际贸易的情况下，居然可以根据摆在我们面前的这项法律，宣布一个人有罪。”审理“佩雷斯案”的多数大法官认为，国会可以根据贸易条款通过有效的立法，把犯罪活动置于联邦政府的管辖之下，即使该项法律不要求成功的起诉取决于对被告行为和州际贸易之间有联系的断言及证明。

近年来，互相影响理论还被用作一种工具，把联邦权力扩展到对能源和环境问题的管理。在“奥德尔诉弗吉尼亚州露天采矿和垦殖协会案”（1981年）中，最高法院维护了一项国会立法，这项立法旨在通过建立全国统一标准抑制露天采煤对环境的不利影响。最高法院认为，国会能够适当地得出结论，这种采煤方式将“毁灭或降低土地的可利用性，从而妨碍公共福利和对公共福利带来不利影响。”又，在“联邦能源管理委员会诉密西西比州案”（1982年）中，一项管理地方电力传输的联邦法律被裁定为是鼓励发电厂节约能源的合理手段，因为电力传输和供应具有跨州性质。

最后，最高法院根据贸易条款维护了一项联邦法令，该法令规定把弃置不用的铁路线区由地方政府当局暂时改作徒步旅行小道之用，供人们娱乐和保护生态。希望归还铁路线区地产的原地产所有人争辩说，这项法律不是真正地行使贸易管理权，它的真正目的是阻止归还铁路线区。最高法院按照传统的理性基础审查标准进行审查，表示必须尊重国会的意见，即所管理的行

动对贸易有影响。阻止归还地产的立法是一种合理的手段，是为了促进贸易条款的正当目标——保护铁路线区，以便将来重新通行火车。见“普尔索尔特诉州际商务委员会案”（1990 年）。

第三节 征税权

国会可以利用征税作为实施其委任权力的一种必要而适当的手段。此外，第一条第八款规定，国会有独立的权力规定并征收税金。至少从形式上看，这是一种财权，而不是管理权。本世纪早期，最高法院在确定有关法律实际上在施加一种管理性的“惩罚”时，就废除那种名义上的征税权。在“贝利诉德雷克塞尔家具公司案”（1922年）中，最高法院裁定联邦童工税收规定违宪，理由是“这种税收令人明显地感到其效果和目的是禁止童工，对重工劳动进行管理。”法案的惩罚规定是认为雇主犯罪而作出的。塔夫脱首席大法官尖刻他说：“有关规定意在惩罚，不是意在征税。”

但在现代，“惩罚”理论已让位于客观合宪性理论。最高法院在维护对赌场老板征收开业许可税的“合众国诉卡里格案”（1953年）中解释说：“除非有与征税不相干的规定，法院没有权力限制征税权的行使。”只要联邦法律从字面上看是为了增加岁入，最高法院就不去查究和发现所隐藏的管理动机，就不过多地去问这项法律的执行是否侵犯了传统的州警察权。

第四节开支权

虽然国会没有明示权力为公共福利立法，但宪法第一条第八款授权国会把联邦的钱用于共同防务和公共福利。联邦开支不只是履行国会委托权力的手段，它还是一种独立的联邦权力之源。在“合众国诉巴特勒案”（1936年）中，罗伯茨大法官表示自己选择汉密尔顿对开支权的解释（与其他列举权力不同的一种单独权力），而不选择麦迪逊的解释（开支权只是促进列举权力的一种手段）。如最高法院在“巴特勒案”的判决书中所说：“国会批准用于公共目的的公款支出之权力不受见诸宪法的直接立法授权的限制。”

与征税权一样，开支权是一种财权，而不是管理权。在新政时期，把开支权视为财权的观念被用来宣布有关联邦经济恢复的立法无效。在“合众国诉巴特勒案”中，最高法院宣布1933年的《农业调整法》无效，认为它侵犯了州的管理权。《农业调整法》是一部旨在利用征税和支出权，通过控制农业生产以增加农产品价格的法律。由于管理农业生产的权力属于各州，国会不能以征税和开支作为宪法允许的手段来实现非授权目的。税收和开支“只是用于非宪法目的的手段”。虽然在理论上汉密尔顿占了上风，但实际上麦迪逊取得了胜利。

可是司法部门制定的这一限制在新政期间就被打破了。在“斯图尔德机器公司诉戴维斯案”（1937年）中，最高法院驳斥了根据第十条修正案提出的质疑，维护了《1935年社会保障法》。今日国会可以自由地开支并给接受联邦赠款附加合理的条件。各州和地方仍可自由地拒绝联邦资金，但是如果它们接受这种资金，就要受国会施加条件的约束。“富利洛夫诉克卢茨尼克案”（1980年）的判决维护了关于联邦建筑合同的10%由少数民族公司企业承包的规定。在审理此案中，伯格首席大法官说，国会可以“通过把遵守联邦法令和行政指令作为接受联邦款项的条件，促进广泛的政策目标”，同时可以使用它的开支权“诱使政府和私方自愿地与联邦政策合作。”现在，人们心目中开支权的概念比麦迪逊所能想到的要广泛得多。如伯格首席大法官在“富利洛夫案”中所说：“开支权所涉及的范围至少与国会管理权一样广泛。”从理论上说，如果国会施加的条件与联邦在有关开支计划方面的任何利益都没有任何联系，则该条件是非法的。奥康纳大法官不同意多数大法官的意见，试图给这种思想注入新的活力。见“南达科他州诉多尔案”（1987年）。然而，对开支权的这一限制现在已没有多大意义，因为联邦权所及的范围极为广泛，对行使开支权所进行的司法审查持极为尊重的态度。

然而有一点应予以注意。联邦赠款中的仅仅是劝告性的语言不会被法院解释成强加的条件，除非赠款语言相当明确地规定了条件。联邦赠款属契约性质，双方的相互责任必须明确。在“彭赫斯特州立学校和医院诉哈尔德曼案”（1981年）中，联邦精神伤残者的立法要求“在对个人自由限制很少的环境中”治疗这一段文字，被裁定为不是向州有关机构接受联邦拨款强加的条件，而只是政策目标。

第五节政府间豁免

政府间豁免问题有两个方面。一个方面是有关州或地区对联邦活动予以征税和进行管理的权力，另一个方面是有关联邦政府对州征税和进行管理的权力。宪法第六条联邦法律高于州法条款对这两个方面都有很大影响：它使联邦政府在对州的税收和管理方面享有较大程度的豁免，并有较大的权力对州的活动进行征税和豁免。

州不可以对联邦政府或其机构直接征税或进行管理。见“麦克洛克诉马里兰州案”（1819年）。此外，在有关各类人员之间的重大差别未足以说明区别对待有理的情况下，州不可以对联邦政府或与联邦政府有联系的人进行歧视。例如，弗吉尼亚州的一部法令规定，对弗吉尼亚州支付给自己前雇员的退休金一律免税，但对付给在弗吉尼亚州的联邦退休人员的退休金却要征税；这部法律就违反了政府间豁免的原则。这两类退休人员之间的差别不足以证明对他们的区别对待是正当的。见“戴维斯诉密歇根州财政局案”（1989年）。另一方面，北达科他州的一部法令规定，其他州的酒类经销商必须申报送往北达科他州的酒的数量，对运往北达科他州美国军事基地。专供这些基地消费的酒，必须在酒瓶上贴上标签，这部法令被裁定不违反政府间豁免原则。这部州法不是管理联邦政府本身，而是针对其他州酒类经销商的。它是对联邦政府优待而不是歧视。见“北达科他州诉合众国案”（1990年）。

联邦政府对各州和地方可以管理到什么程度呢？在过去二元联邦制学说鼎盛的时期，第十条修正案被解释为是对联邦权力的独立限制。但是对第十条修正案的这种解释在“合众国诉达比案”（1941年、中显然遭到了驳斥。然而由于“全国城市联盟诉尤塞里案”（1976年）的判决，各州之存在本身就给国会立法权施加一些限制的主张近年来又重新抬头。

在“全国城市联盟案”中，最高法院裁定联邦《正当劳工标准法》规定各州雇员之工资与劳动时间的条款是违宪的，从而重新确立了州主权是对国会贸易管理权的积极限制之原则。国会不只是剥夺了州规定工资和劳动时间的警察权；国会也在对各州本身作出规定。伦奎斯特大法官代表最高法院宣称：“我们认为，就〔联邦条款〕直接剥夺各州在传统政府职能领域安排其不可或缺的活动之自由而言，这些条款不是在宪法第一条第八款第三项授予国会的权力范围之内。”这部联邦法律被看成是剥夺了州官员审慎的政策选择，使他们不能按照自己的意愿决定如何向本州公民提供基本的管理服务。确定州雇用来执行这些职能的人员的工资被认为是无可置疑的“州主权之标志”，因为它涉及“对〔各州之〕独立与自主的存在极为重要的职能。”

对此案川决持不同意见的四名大法官认为，最高法院的判决等于是令人吃惊地重建我国的联邦制。布伦南大法官代表三位持异议者发表意见说，“宪法的任何地方都找不到建立在州主权基础上的、要求或允许以司法形式实施的限制；过去一个半世纪作出的判决明确地驳斥了存在着这种对贸易管理权实行限制的主张。”这位持异议的大法官认为，对州主权的保护不是依靠以司法形式实施第十条修正案，而是依靠政治进程。

布莱克门大法官在“全国城市联盟案”中投了关键的一票。他在发表平行意见时表示，最高法院只是在采用一种平衡方法，在联邦利益压倒一切而显然需要州服从时，这种方法将允许联邦政府进行管理。正是这种在“全国城市联盟案”中最高法院意见不完全一致的态度，使这一案件的批评者希望，

这一案件不致成为“一只系铃带头羊”，从而返回到早已被摒弃的二元联邦制学说。

在以后的案件中，最高法院对“全国城市联盟案”中形成的限制之性质作了苦苦的思索。它宣布，只有满足了以下各条的要求，才可以裁定一部法律违反了州主权学说：“第一，必须表明，被质疑的法令所管理的对象是‘各州本身’；第二，联邦立法所管理的问题必须无可争辩地是州主权的标志；第二，必须能明显看出，各州遵守联邦法律直接损害了它们‘在传统职能领域安排其不可或缺的活动’的能力。”即使这些条件都得到了满足，根据第十条修正案所表现出的担心也可被国家的急需考虑利益所压倒。见“奥德尔诉弗六尼亚州露天采矿和垦殖协会案”（1981年）。

在把这些标准应用于各种事实互异的情况中时，最高法院指出，“全国城市联盟案”属于一种特殊情况，并不标志着一种新的趋势——着重强调州主权以限制联邦立法权。最高法院维护了一项规定露天采煤施工标准的联邦立法。虽然规定露天采煤标准的联邦法律取代了州的传统警察权，但它并不是对各州本身进行管理。见“奥德尔诉弗吉尼亚州露天采矿和垦殖协会案”（1981年）。一项联邦立法要求州立法机关“考虑”联邦能源保护标准并采用联邦规定的“考虑”程序，这项立法被裁定为是对州主权的顺应，而不是侵犯。虽然联邦政府本可以抢先独占这一领域，但它决定采取一种较节制的联邦与州合作的方式。见“联邦能源管理委员会诉密西西比州案”（1982年）。在“均等就业机会委员会诉怀俄明州案”（1983年）中，最高法院确认了联邦反年龄歧视立法，以禁止（根据州法）强迫州雇员退休。既然联邦政府不能规定州雇员的工资和劳动时间，为什么它可以规定他们的退休年龄呢？最高法院的回答是，反年龄歧视法律没有直接损害州的政策选择，只是要求州通过逐个确定雇员的身体情况以实现州的利益。

在“加西亚诉圣安东尼奥城市运输管理局案”（1985年）中，最高法院以5比4票改变了自己原来的立场，推翻了对“全国城市联盟案”的判决。最高法院原来的立场是主张限制工会利用贸易管理权对各州实施《正当劳工标准法》的工资条款。布莱克门大法官转到了另一方面并为新的多数派撰写了法院意见书。他在“全国城市联盟案”后确信，根据非选举产生的联邦司法机构对传统的或固有的政府职能之构成的估计，来确定州免受联邦规定之限制，这“不仅是不可行的，而已是与既定的联邦制原则相悖的。”

布莱克门原则上接受宪法规定的联邦体制对贸易管理权施加了限制，但是他批驳了这样一种观点：联邦法院有“特许权，可以在衡量国会权力时运用州主权自由身份之概念。”他不象在“全国城市联盟案”中那样，把主要注意力放在“预先确定的主权权力概念”上，而是认为应当从“我们的制度通过州参与联邦政府行为所提供的内在限制因素”中，寻找对联邦制的保护。“政治进程带来了这样的保证：给各州带来过分限制的法律不得颁布执行。”宪法为判决过程，而不是为有利于各州的结果，提供了保证。布莱克门大法官虽然同意宪法体制确实为联邦权力施加了法院可强制执行的积极限制，但是他没有探讨这些限制是什么，而只是说它们“必须旨在为国家政治进程中的可能失误提供补偿，而不是建立一块州自治‘圣地’。”

持异议者对不存在可行的州主权限制标准的说法提出质疑说、适当的方法是，在考虑到州自治性的情况下对国家利益和州利益进行平衡。他们说政治进程不足以确保各州履行自己的职责以有效地与过度伸展的联邦权力抗

衡。例如，国会议员虽然是地方选举的，但仍是联邦政府的成员。使持异议者最为不安的是，他们认为，最高法院正在默默地放弃“马伯里案”关于解释法律是联邦司法部门之职权的教诲：“最高法院的意见摈齐了司法部门保护各州免受联邦权力侵犯的职责，对无视我国历史上最著名案件之教诲的现象未作出任何解释。”

“加西业案”中持异议的大法官们希望将来返回到“全国城市联盟案”的联邦主义原则上来。但是至少在目前，最高法院一直拒绝在限制同会管理各州本身的权力方面发挥任何有意义的司法作用；这些案件一般相当于政治问题，不宜诉诸司法解决。加之国会对私人活动有广泛的贸易管理权，联邦管理权确实范围很宽。

在不违反某一具体宪法权利或自由的情况下，很难想象对贸易管理权的行使会规定任何在司法上可强制执行的限制，同时很难相信，最高法院对国会财权的处理会与此有任何不同。

第三章联邦制中州的权力

各州拥有为其公民的健康、道德和福利制定法律的广泛的警察权力。但是，州政府行为像国家政府那样是受宪法限制的，这些限制不是起因于特定的宪法保证，就是由于宪法规定的联邦政府和州政府之间的权力分配。本章的内容是阐述“我国联邦制”中的各种因素。

有些宪法权力是完全属于国家性质的，它们不允许联邦政府和州政府共同行使。例如，战争权力和外交事务权力均授予国家政府，基本上排除州对这些方面的控制。见“托尔诉莫雷诺案”（1982年）〔归化管理权力〕。其他权力，诸如通过征税筹措预算权和开支权力则是共同权力。

第一节州管理贸易的权力

一权力的性质

在“吉本斯诉奥格登案”（1824年）中，最高法院审议了贸易权力究竟是专有还是共有的问题。虽然约翰·马歇尔找到权力专有性的“强有力”的论据，但这未必能最终解决问题，因为州法律与国会法案相矛盾。根据宪法第六条联邦法律高于州法条款，州的法律服从于联邦制定的法律。马歇尔在阐明贸易权力的性质时，讨论了允许各州制定检查法律的根据，虽然这些法律看来构成了对州际贸易实行管理。他的结论是，这种州管理是行使警察权力，而不是对州际贸易行使国家权力。这一区分照顾到各州的需要，以便各州把管理州际贸易作为它们致力于维护其公民的健康、道德和福利的部分工作。然而，这一区分实际卜避开了各州行使其权力到什么程度就会损害州际贸易这一基本问题。对州的管理究竟是称作警察权力，还是叫行使贸易权力，这一要害问题仍要视州的法律与国家贸易权力取得一致的情况而定。

二被管理的问题：“库利案”原则

“库利诉费城港管理委员会案”（1851年）维护了宾夕法尼亚州的一项法令，该法令规定进出费城港的船只要用当地领航员。柯蒂斯大法官首先提出该前提，即：法律确实构成了一种对州际贸易的管理，但管理州际商业是一种共同权力。的确，“库利案”的处理可以说是阐明了一种“有选择的专属性”——未实施的贸易条款，即国会未曾立法的条款，本身是否排除州的管理，这将在有选择性的基础上视所管理的问题而定。

最高法院提出了一项原则，现在称为库利原则：“该〔贸易〕权内的任何问题，只要其性质是全国性的，或只容许一种统一制度，或管理计划，均可说成是具有一种需要只由国会立法的性质。”审理“库利案”的最高法院在将此标准运用到实际中时，确定领航管理最好由适合于当地需要的多样性的条例来规定。

但是，如果库利原则意味着最高法院只该关注州实施管理的标的物，而不关注管理的性质，那么，这一原则作为未实施贸易条款否定含义之检验标准的充分性就成了问题。如果国会没有行使贸易权力——如果它是未实施的权力——那就仍有一个关键的问题：州的法律对州际贸易的影响是什么？这个问题不能光靠州法的标的物来回答。理由之一是，这一做法会最后成为标签法学。

三现代方法：利益的平衡

处理贸易权诉讼的现代方法承认，“未实施的”贸易条款确实有“负面含义”，限制州的管理权。而确定这一权力则取决于州的管理性质，所采用的标准如下：

凡法令进行公正的管理以实现合法的当地公众利益，而它对州际贸易的影响仅属附带性的，对此应予以维护，除非强加给这种贸易的限制与一般人定的当地利益相比是明显地过了头。如果裁定当地目的合法，那么，问题就成为一个程度大小的事了。当然，可以容忍的限制的程度将取决于所涉及的当地利益的性质，以及能否既促进当地利益而对州际活动的影响又较小。——一见“派克诉布鲁期·丘奇公司案”（1970年）。

这一公开宣布的平衡方法取代了早先的唯名论观点的检验，按那种观点检验，一个州法的有效性取决于对州际贸易的影响被认定为是“间接的”还

是“直接的”。相反，权衡方法迫使法院进行实情调查，以便确定：（1）州法是遵循一种州的合法目标而进行一种公平管理，还是对州际贸易利益有所歧视；（2）如果法律是非歧视性的，那么，在进行管理中州的利益是否不顾及对州际贸易的不利影响。首要的问题是，权衡利益的作法对法院是否适合，以及法院有没有能力来权衡斟酌诸如经济资料数据和经济考虑等非法律因素。

（一）区别对待：目的、手段、效果

现代未实施贸易条款原则认定，应由法院最初确定一个州是不是拥有实施管理的合法的警察权益。如果州的唯一目标是针对州外利益，偏袒当地利益，那么，这种歧视性的立法几乎肯定无疑地违反了贸易条款。贸易条款的有重要历史意义的目的在于，防止不可避免地会引起他州报复的有狭隘地方观念的州立法。此外，据说因这种歧视而蒙受损害的外州利益也无法依靠普通的立法手段来纠正这类不公平的现象——因为它们在实行歧视的州的立法机构中没有代表权（政治理由）。因此，专门实行保护主义的管理实际上从其本身而言就是不允许的。

在“鲍德温诉西利格公司案”（1935年）中，最高法院取消了一项纽约州禁止以低于本州牛奶售价的价格出售从他州买进的牛奶的法律。法院的理由是，“凡公开宣布的阻挠目的以及其必然趋势是压制或削弱各州之间竞争影响者，均属违反贸易条款之列。最终的原则是“一个州与另一个州打交道中不得使自己处于经济上孤立的地位”。即使涉及州的至关紧要的社会福利目的，它也不能对州际竞争的自由流通设置障碍，因为这种竞争是符合构成贸易条款依据的共同市场原理的：“宪法是在政治哲学范围内而不是在狭隘的地区观念的范围内制定的。它的制定是基于这种理论，即若干个州的人民必须生死与共，休戚相关；而繁荣与得救最终来自团结一致而不是分裂。”

即使一个州的法律是为了服务于一项合法的警察权力目标，那也不意味着它就不具有歧视性。正如“费城市诉新泽西州案”（1978年）中所说，“保护主义的祸根既能存在于立法目的之中，也能存在于立法手段之中。”在“费城案”中，最高法院裁定，新泽西州禁止他州的固态或液态废物进入该州的法律是违宪的。直言不讳地讲，新泽西州能不能拒绝作为费城的一个垃圾站，最高法院的回答是否定的。新泽西州可能在其边界范围内不允许倾泻任何更多的固态或液态废物，但不能设置专门对付外州废料的障碍。“不论新泽西州的最终目的是什么，均不得靠歧视来自该州境外的贸易物品来实现此目的，除非有除这些物品原产地之外的理由对这些物品另作处理。”简言之，当一个州的法律按其条例的字面意思把限制强加给外州利益而没有强加给本州利益时，这种限制大概会被列为明显的歧视手段之类，从而需要作更加细致详尽的司法审查。

“费城市案”中的作歧视原则在“休斯诉俄克拉何马州案”（1970年）中得到了实施。一项俄克拉何马州禁止在州外出售自由游动的米诺鱼（即使允许州内销售）的法令被取消。布伦南大法官说，这种明显的歧视性立法“促使对任何声称的合法的当地目的，以及没有非歧视性替代办法一事进行最严格的审查”。即使假定该法令足出于对俄克拉何马州生态和环境的关怀，“所采用的方法也是最具有歧视件的”。因为生态的保护靠的是把全部限制加到外州的利益之上。

对采用明显歧视性手段的州法作出裁决而进行的这种强化审查检验方

法，已运用到其他很多方面。因此，这种检验被用来宣布规定公用事业公司优先照顾州内用户对水力电力需要的一项州法令无效。该法令采用明显的保护主义手段，因而是无效的。见“新英格兰动力公司诉新罕布什尔州案”（1982年）。再则，在“斯波哈斯根据道格拉斯告发诉内布拉斯加州案”（1982年）中，内布拉斯加州的一项许可证制度被裁定没有满足适用于对明显歧视性州法的“最严格的审查”的检验要求。该项许可证制度限制把内布拉斯加的地下水出售给其他州，如果买水的那个州拒绝在内布拉斯加州出售地下水的的话。尽管该州在其地下水方面的生态保护和健康卫生的利益“毫无疑问是合法的和十分重要的”，但是，该法律并不是严格地针对着达成此目标而制定的。

然而，在有些情况下，一个州采用歧视性手段进行的管理可在面对未实施商业条款的挑战时生存下来。缅因州禁止输入活的钓饵鱼以免缅因水产品染上外来寄生虫病，该禁令得到了维护。一个州可以使用歧视性手段以谋求合法的州警察权益，即保护当地水产业，如果不存在其他任何较少限制性的手段的话。见“缅因州诉泰勒索”（1986年）。但是，“明显地歧视外州制造的产品”的法令将予以取消。因此，俄亥俄州对作为酒精—汽油混合燃料组成部分出售的乙醇的燃料销售税实行税额减免，但只限于在俄亥俄州或给俄亥俄州乙醇以同样税收优惠的州里生产的乙醇，是违反未实施贸易条款的。这种互惠的规定挽救不了该项法律，因为如果说互惠与不互惠有什么区别的话，互惠规定只会通过寻求其他地方对俄亥俄州乙醇更优惠的条件，加剧这种歧视。该州所要促进的臆测中的卫生和贸易利益，不能成为强加给外州售货商的明显不利条件的理由。见“印第安纳新能源公司诉林巴奇案”（1988年）。

正如“林巴奇案”所表明的那样，如果一个州法的运作是要管理州境外的活动的话，那么，这个州法很可能会有歧视性，因而需要更严格的司法审查。例如，一项纽约州法规定，酿酒厂以不高于其他州的批发商所付的最低批发价向本州的批发商出售产品，这就构成了违反贸易条款的决不容许的治外法权管理。一个州可以为本州的消费者谋求较低的价格，但不能规定其他州的生产者或消费者让出他们本来可能拥有的竞争优势。“经济保护主义不仅企图把好处利益转给当地商人；还可能企图使当地的消费者占其他州消费者的上风。”见“布朗—福尔曼酿酒公司诉纽约州酒业管理局案”（1986年）。

同样，一个州规定外州发货人要证实他们每月送该州啤酒的牌价不高于邻近各州啤酒的价格，按照贸易条款，这是无效的。“一项直接控制全部发生在州境外的商业活动的法令超过了行使法律的州的权力的固有限度，因而它是无效的，不管立法机构是否有意要确定该法令的治外法权范围。”在这类情况下，关键要弄清，该法律的实际效果是否控制着该州境外的行为。见“希利诉啤酒研究所案”（1989年）。

即使某项法令表面上看是非歧视性的，而且旨在服务于合法的社会福利目标，这种法律对州际贸易的影响方面仍可能是有歧视性的。在“亨特诉华盛顿苹果广告委员会案”（1977年）中，一项北卡罗来纳州法令规定，凡在该州出售的封闭包装的苹果均只标明美国等级，该法令被裁定为违宪。尽管从字面上看这种法律似乎是非歧视性的，因为它平等地适用于外州和本州的售货商，但实际上情况并非如此。让华盛顿州的售货商遵循北卡罗来纳州的规定，实际上是剥夺他们能够利用华盛顿州高超的分级制度进行竞争的优

势。当发现一项法律具有某种歧视作用时，“举证的责任就落列州的身上，该州既要从该法令维护当地利益的角度，又要从无法采取足以保存处于危急中的当地利益的非歧视性的替代办法的角度，来说明该项法律的合理性”。见“迪安牛奶公司诉麦迪逊案”。

据称，北卡罗来纳州法律是一项保护消费者的措施，但情况并非如此。出产苹果的华盛顿州已提出一套比美国农业部分级制度更为精细的苹果分级制度。因此，要把华盛顿州的苹果按美国等级分，这种做法就剥夺了消费者早先所掌握的知识。可以采取其他的、非歧视性的替代办法，例如，禁止使用比美国农业部标准差的州分级制。

当然，鉴别某项法律对州际贸易带有歧视性的影响，并不总是那么容易。“埃克森公司诉马里兰州州长案”（1978年）涉及到一项州法的有效性问题的，该项州法禁止汽油生产厂或炼油厂在马里兰州境内经营汽油零售服务站。最高法院维护此项法律，驳回了指出该法是歧视性的诉讼，即使马里兰州基本上没有当地的汽油生产厂或炼油厂，因而州际公司要承担剥夺财产的责任。法院的理由是，马里兰州法“没有对州际独立交易商设置任何障碍；它也没有禁止州际商品的流通和对这些商品添加额外的费用，或区别对待零售市场中的州内和外州的公司”。是市场的构造性质而非公司的州际性质决定了该法律的适用性。

在这些歧视案例中，采用特别利益平衡检验和强化审查检验之间又有什么不同呢？在上述案例中受到质疑的州法很可能经得住特别利益平衡检验。的确，所断言的州的利益举足轻重。但是，强化严格审查检验在某种意义上却能得出权衡检验所得不出的结果。如果采用强化审查检验，州势必负有沉重的举证责任说明制定字面上带有歧视性法律的理由（特别是要求该州表明没有任何不利影响较小的替代办法），这基本上会使该法律注定失败。

（二）不当限制——特别利益平衡检验

即使一项法律不带有歧视性，也未必就意味着它符合贸易条款的要求。尽管某项法律可能是公正的，但如果它把过多的限制强加给州际贸易，仍可能会违反未实施贸易条款。对州际贸易的“过多的”或不当的限制是怎样确定的呢？确定这一点的过程是，通过调查明确，州的管理利益是否可为该项法律阻碍州际贸易的自由流通提供充足的理由，或该利益的重要性超过阻碍作用所带来的弊端。法院采用了一种特别利益平衡检验，查明州实施的管理的性质和作用，所涉及的商业性质，以及该法律对州际贸易流通的实际影响。越来越多的大法官，诸如首席大法官伦奎斯特和大法官斯卡利亚都认为，在这方面采用司法上的利益平衡法是不妥的。在他们看来，如果州法不带歧视性，则司法干预应被排除；而在没有歧视的情况下，进行利益平衡检验，就给予法院以不适当的立法授权。他们认为，如果问题严重，可由国会纠正。对司

法上废除没有歧视的州法之做法提出质问的也不只是最高法院的保守人士。布伦南大法官对州政府在这方面实施管理持一种尊重的态度，因为他认为管理经济不是司法审查的任务。

在这一利益平衡的过程中，法院很重视传统的州警察权力所关注的问题，诸如公共卫生和安全、防止对消费者欺诈和对公路的管理。但是，就连这些属于地方特权的领域，对州际贸易自由流通的不利影响也会使维护州的利益站不住脚。保护环境和保护可耗尽的自然资源，不仅是实施管理的州，

而且是国家关心的事。

因此，州资源和环境保护法受到极大的司法尊重，这并不足怪。在“明尼苏达州诉苜蓿叶乳品公司案”（1981年）中，法院支持一项明尼苏达州的禁止使用塑料盛奶容器的法律。尽管这项法律施加给外州塑料工业的限制要比对明尼苏达州纸浆木材工业的限制严重得多，但法院并不认为该法带有歧视性或限制过多。所有州际和本地的牛奶零售商都得遵从不得使用塑料容器的禁令。从州对保存自然资源和减少固体废物处理问题的极大关注来看，为在明尼苏达使用非塑料容器付出最小代价是正当的。

另一项经受住限制过多质疑的州法是一项印第安纳法令。该法令规定，当一个实体或人员获得一家印第安纳股东占多数的印第安纳公司的控制股份额时，该获得方无表决权，除非股东们同意给表决权。该印第安纳法令被裁定为不违反贸易条款。该法不带有歧视性；它适用于所有的股权收购，不论收购人是不是一个印第安纳居民。该法只适用于印第安纳公司，因此，不存在使工商业受到相互矛盾的州法制约的危险。印第安纳法未对州际贸易施加不适当的限制，因为该法令限于印第安纳公司，它所关心的是，保护印第安纳公司的股东们，包括印第安纳居民在内，免被按管。这项州的法律还着眼于防止公司形式被用来作为不公正商业活动的屏护。见“CTS公司诉美国动力公司案”（1987年）。

最高法院早就宣布过，州的公路管理属于特别范畴，这方面的法律应比一般性的州法具有更大的效力。的确，法院曾不时提出，通常的利益平衡检验不应运用到州公路的法律中。使用的标准应当是尊重性的理性检验。之所以要持这种尊重的态度，是因为在这方面当地特权的历史性和必然的独特作用。尽管人们认为州对铁路的管理易于干扰国家贸易的自由流通〔见“南太平洋公司诉亚利桑那州案”（1954年）〕，但此种管理却突出地涉及到当地的切身利益——至少在理论上是如此。

实际上，州公路法是按未实施贸易条款审理的。一旦地方对公路管理的关注被认为不足以弥补对州际贸易的限制，最高法院通常要取消州的管理规定。尤其当州的法律只给当地工商业以例外或其他优惠时，或者出现了具体某项州法与管理同一领域活动的其他州的法律明显地不合拍时，情况更是如此。

“卡塞尔诉特拉华州统一货运公司案”（1981年）取消了衣阿华州一项普遍禁止在该州境内使用65英尺双重拖车卡车的法律。尽管州在审判法庭上提出大量的安全论据为该法辩护，但该州对安全的担心被说成是不切实际的。“卡塞尔案”裁定，该州严重地损害了联邦在实施有效而安全的州际运输方面的利益。对经验中得来的证据进行了周密的审查。衣阿华州法要求用大量的较小型的卡车行驶穿过衣阿华，并迫使较大型的卡车行驶较远的距离绕开衣阿华。该州法的各种条款只对衣阿华有利，而对邻近各州则强加了更多的限制。

概言之，“卡塞尔案”说明，甚至对于州公路那样严重涉及州的利益的问题，最高法院仍坚持采取特别平衡检验。应当指出，在“卡塞尔案”中有3名大法官持不同意见。在最高法院中仍有呼声颇高的少数派，他们坚持至少对公路问题，或许更广泛地说，对所有非歧视性的州法，放弃采用利益平衡检验。正如伦奎斯特大法官在“卡塞尔案”中发表不同意见时所说，法院目前的平衡检验是“冒称本法院具有制定公众政策的职能，即在国会没有采

取行动时，由宪法制订者交给州议会的职能。”

四州作为市场参与者

然而，有一种情况，未实施贸易条款是不适用的。那就是当州不以制定法律的资格，相反它本身作为买方或卖方参与市场时，州可以摆脱来自未实施贸易条款的种种限制。见“休斯诉亚历山德里亚废品公司案”（1976年）。未实施贸易条款并没有排除一个州以贴补的方式，或通过州进入市场交易来偏袒该州自己的公民。但是，这种对于未实施贸易条款的市场参与例外，不能扩大到州对该州无暇开发的自然资源采取带有歧视性的做法。然而，最高法院尚未就此事作出明确的声明。这方面的酋例没有包括自然资源。因此，在“里大斯公司诉斯特克案”（1980年）中，最高法院裁定，贸易条款并未阻上南达科他州偏袒其居民从一家州所有的水泥工厂中购买产品，尽管怀俄明州的许多企业长期来一直依靠该厂的产品。

在“里夫斯案”中，最高法院通过布莱克门大法官称：“贸易条款主要是对妨碍在全国市场上自由私人贸易的州税和管理措施作出反应。宪法中没有任何地方表示要限制州本身在自由市场中自由经营的能力。”除了这个历史性的根据外，对市场参与原则的支持还表现在以下方面：关注州的主权（即一个州向其公民提供公众利益的能力）；维护一个企业选择其顾客的能力；使私人贸易商不受贸易条款的制约，以及考虑到州从事专利活动时调整竞争利益的错综复杂性。然而；最高法院确曾强调，在这种情况下，州的工商业涉及到州的广泛活动，并且使这种可能性依然存在，即对使用州自然资源的限制仍可能受制于未实施贸易条款。

“里夫斯案”提出的一个重要问题是，确定在哪些情况下，州作为市场参与者而不是法律制定者。在“怀特诉马萨诸塞州建筑业雇主委员会案”（1983年）中，未实施贸易条款原则被认为不适用于这样一条行政命令，该命令要求所有市政建设计划要由一支其中至少一半人是本市居民的劳动力来实施。尽管持不同意见者指出，“该市为有利于其居民所限制的经济选择机会是从事于州际贸易的私人实体的选择机会”，但最高法院通过伦奎斯特大法官所提出的理由是，“只有在确定了该市是控制市场而不是参与市场之后，才能考虑对外州居民的影响”。既然该市只是将它自己的资金花在签订公共工程的建筑合同中，它就是扮演了一个市场参与者。但可参见“南中部木材开发公司诉文尼克案”（1984年）〔大多数大法官认为，阿拉斯加规定从该州土地上采伐的原木需要在阿拉斯加工，这一规定需要根据未实施贸易条款原则进行审查。阿拉斯加参与木材出售市场，但控制了木材加工市场。该州运用它在木材出售市场上的影响力对加工市场起到了控制作用。〕宪法法研究者还应当注意到，最高法院裁定，这种在雇工方面给居民以优先权可能违背了宪法第四条第二款的特权和豁免权条款。见“建筑行业统一委员会诉卡姆登市市长和市议会案”（1984年）（本书第71页）。

五州际特权和豁免权

可以按照若干相互重叠的宪法条款来处理同一事实模式，在宪法中尤其如此。因此，可通过贸易条款分析作出决定的事实，同样可以根据宪法第四条第二款的州际特权和豁免权条款来分析决定。不幸的是，没有特别的盖革计数器能预测到，在什么时候，法院将使用这一条款，而不用另一项条款，或者可能两者兼而用之。

宪法第四条第二款的特权和豁免权条款应与第十四条修正案中所规定的

特权和豁免权条款区别开来。宪法第四条第一款保护外州公民在他们的基本国家利益方面——关系到国家作为单一实体的生命力的利益——免遭不合理的歧视。尽管该条款未必保证任何具体的权利或特权，但它确实规定，当一个州给它本州的居民以好处的时候，它不能拒绝把同样的好处给外州的公民，除非它提出充分的理由。充分理由通常指的是，一个州必须确定，非本州居民是该州正在设法解决的某一问题的具体根源，并确定州法与消除该问题有着实质性的关系。见“希克林诉奥贝克案”（1978年）[阿拉斯加雇工法规定对雇佣本州居民给予优惠，该法被认为是违宪的]。

必须指出，援引宪法第四条第二款的规定应是在国家的根本利益受到威胁时，关键的问题是，有争论的活动对全体国民的福利的重要程度是否达到要列入受宪法第四条第二款保护的特许和豁免权的范围以内。因此，该条款被认为不适用于蒙大拿州的一项法令，该法令在收取捕猎驼鹿的许可证费用方面歧视非本州的居民。见“鲍德温诉蒙大拿州渔业和狩猎委员会案”（1978年）。最高法院的结论是，宪法第四条第二款仅仅适用于那种“妨碍统一合众国的形成、宗旨和发展”的歧视。简言之，捕猎驼鹿一事“对合众国的维护和福利无关大局”。见“希克林诉奥贝克案”（1978年）。比较“新罕布什尔最高法院诉派珀案”（1985年）[州最高法院关于只有本州居民才能取得律师资格的裁定，违背了受“特许和豁免权”条款保护的“国家根本权利”，因为律师在该条款要保护的商业交往和国家经济中起着重要的作用。]根据“派珀案”，联邦最高法院认为，弗吉尼亚州最高法院的一项裁决违反了特许和豁免权条款而予以取消。该裁决要求外州律师成为弗吉尼亚的永久居民，以便不经弗吉尼亚律师资格考试而取得该州律师资格。判决书指出，“其他州认可的律师并不会仅仅因为他们是非本州居民而不去尊重律师界和促进其利益。”见“弗吉尼亚最高法院诉弗里德曼案”（1988年）。

同样地，维尔京群岛地区法院规定，凡申请取得律师资格的人须在维尔京群岛居住一年以后方可提出申请，并宣布在取得律师资格后要住在该群岛并从事律师业务，这种裁定也被取消。根据“派珀案”例，这些规定被认为是违反宪法第四条第二款的特许和豁免权条款的。可以利用限制较少的办法来满足维尔京群岛上律师开业的需求。例如，即便一名非本地人的律师不能出庭，那也没有理由表明，用一名当地律师代替这名非本地人律师就不符合政府的利益。见“巴纳德诉索尔斯坦案”（1989年）。

在“建筑行业统一委员会诉卡姆登市市长和市议会案”（1984年）中，最高法院裁定，关于一个市硬性规定所有承包商用于该市资助的公共工程建设计划的雇工中要有40%的当地人，该规定必须符合宪法第四条第二款的分析。最高法院驳回了这种论点：市不受宪法第四条第二款的约束，限定对市民而非州公民或居民行使特许就使该指令超越了该宪法条款适用的范围。这项特许是“一个外州居民在另一个州按公共工程合同被雇用的利益。”这种雇用“对于全体国民的生计来说是根本大计”，因此，它属于宪法第四条第二款的范围之内。然而，由于审判时没有进行充分的事实调查，最高法院没有裁定卡姆登市的法令是否能满足特许和豁免权条款第二部分的检验。但是，最高法院曾声明，如果卡姆登能确定外州公民是法令所针对的引起社会和经济不安定的具体根源，同时如果该法令是专门旨在消除此祸根的话，那就符合宪法第四条第二款了。

第二节当国会通过立法时

我们的上述分析都是着眼于探讨州要制定法律而国会尚未在这方面立法的种种情况。在这类情况下，对制定法律权力的限制来自未实施贸易条款的负面含义。但是，当国会在那些州已经制定法律的领域采取有效的立法行动时，情况会怎样呢？显然，如果国会说，它打算当仁不让来排除州政府行为的话，那么，宪法第六条的联邦法律高于州法条款清楚地表明，有效的联邦管理法规将占上风。但是，有时候国会不宣布其意图，在那些州已立法的领域里立法。于是，问题接踵而来：国会是打算使它的法规和州的法规共同行使职能呢，还是独自占领这一领域？能不能从国会的沉默不言中作出任何推断？

一取代

如果州法“成为完成和实施国会全面目的和目标的一个障碍”〔见“琼斯诉拉思包装公司案”（1977年）〕，根据宪法第六条联邦法律高于州法条款，该州法即被取而代之。即使州法一般地符合联邦立法的目标，法院也可能确定国会有取消州政府行为的意图。不幸，无法通过一般的原则来控制在什么时候会出现取而代之的裁决。第一个案件总是取决于它的具体的实际情况。

例如，一个州的法律条例规定，天然气生产者因拖延采掘过久将被永远取消开采天然气的权利，而该规定并不违反联邦法律高于州法条款，尽管国会已通过了《国家天然气法》。在《国家天然气法》中，国会划分了联邦和州在天然气管理方面各自的职责。联邦立法，即《国家天然气法》，专门把生产和采集天然气的管理职责交给了州。既然有争议的条例恰恰属于这一职权范围，该规定与制定州际采购者成本结构的联邦法律并不矛盾。没有情况表明，争论中的州的法律规定损害了联邦法律促进低成本天然气生产的目的。见“西北中央管道公司诉堪萨斯州公司委员会案”（1989年）。

最高法院提供了种种需要考虑的因素，以便确定国会有没有打算取代与联邦法律并不矛盾的州法。如果该领域需要的是管理的单一性，而不是多样性，那么，很可能发生取而代之的情况。联邦法律无所不在——不论国会是否力图控制有关问题的各个重要方面——往往具有控制一切的重大作用。如果产生争议的领域历来是由州政府控制的，那么，法院在国会没有作出一些相反的明确表示时，很可能不作出取而代之的裁决。如果同时实施联邦法律和州法可能发生矛盾，法院很可能判定国会有把州排除在外的意图。最后，根据有时称之为只能有一个主人的理论，国会设立了一个机构，对管理领域进行经常性的监督，这说明要排除州政府继续采取行动。

在“英格利希诉通用电气公司案”（1990年）中，可以发现这些原则是如何运用的。在该案例中，最高法院一致认定，根据州法提出的故意引起感情痛苦的诉讼，并未因《联邦能源改组法》而被取消，该法是禁止雇主解雇报告违反安全规定的核工厂雇员的。尽管联邦法令对非法解雇揭发人提出了一种联邦司法补救办法，但是，国会既没有在联邦法令中明确地排除州的侵权追索，而联邦司法补救方法也未确证国会有独占这一领域的意图。毋庸置疑，州侵权诉讼的威胁可能会影响某些核安全决策。不过，这种后果还不那么直接或严重到该得出这样一个结论，即州的侵权索赔侵入了原为联邦所独占的核安全领域。况且，在州侵权索赔和联邦法的禁令之间并没有任何“实

际冲突”。

二合法化

尽管国会可能通过立法取代州的立法，但国会也可通过另一种立法，使可能本来无法满足未实施贸易条款需求的州法合法化。最高法院认识到，国会有全权管理州际贸易，国会在行使该全权时可能决定把某一领域交给州去立法，虽然国会本可以作出与之不同的立法。即使最高法院以州的立法与贸易条款的负面含义相矛盾为由而宣布州立法无效，国会也可以径直通过批准州法的方式来挽救这类立法。见“审慎保险公司诉本杰明案”(1946年)[在联邦法律授权州控制后，州对外州保险公司进行带歧视性的征税被裁定有效]。

第四章国会和行政权力

根据《联邦条款》，行政职能由国会各委员会行使。但是，宪法制订者在第二条第一款中规定：“行政权属于美利坚合众国总统。”这一授权条款是简略地指第二条中所规定的全部明示行政权，还是指选择一个单一的而不是多元的行政当局？抑或是一项单独的授权条款，授与总统以权力来执行所有“行政”性质的职能（有时称为“固有的”行政权）？尽管历届总统经常声称你拥有固有的行政权力（通常援引权力授予条款），而这种要求也得到最高法院方面的某些有利的反应[见“合众国诉中西部石油公司案”（1915年）；“德布斯案”（1895年）；“尼格尔案”（1889年）]，但从未真正需要依靠权力授予条款作为一个独立的权力来源，来证明行政行动之正确。宪法第二条中没有界定的广泛明示权力使总统有极大的余地采取主动行动。关于此问题的一般情况，可参阅A·S·米勒所著《总统权力概述》（1977年）书。

读一下宪法第二条所列的明示权力，你不会感到有一点点现代行政权的味道。由于在国内和外交事务方面需要采取迅速的、明智的和有效的行动，这就意味着权力总是要向行政当局集中。尽管宪法中所规定的很多含糊其辞和结论不明的行政权力是与国会分享的，总统的主动行动一般只是得到国会的默认，而法院往往避免对行政行动进行司法审议，尤其是外交和国家安全方面的行政行动。的确，人们提出，涉及到在国会和行政部门之间权力划分的分权问题一般应被认为是不宜进行司法审查的政治问题。参阅J·乔珀著《司法审查和国家政治程序》（1980年）第263页。

根据宪法上行政当局和国会之间的权力划分，就产生了一种权力分立的制度，在此制度中，各个单独的机构一般行使共享的或混合的权力。国家机构之间的实际关系更多地是取决于现实情况和习俗，而不是正式的宪法文字。

宪法文本中明确提出的行政权，在涉及到权力应与国会分享的种种问题时多半讲得很笼统。在这种情况下，行政权和国会权力之间有时发生对抗，并不足怪。过去，行政部门通常总是在冲突中占上风。然而，国会越来越积极地使它与行政部门之间的权力划分更加具体明确和条理化。它在促进行政部门的职责和责任的旗帜下通过了这一类立法。但是，在林顿·约翰逊之后的大部分时间里，行政部门和立法部门一直被不同的政党所控制，鉴于这一情况，不难看出这类立法努力是有其党派和政治分歧的根源的。

当国会企图具体限定行政权时，它是否侵犯了行政权？国会是否因而篡夺了它与其他部门共享的权力？总的来说，要由最高法院来回答问题。而最高法院对这些问题的答复从来不是清楚明白的。其实，可以说最高法院是作了两套答复。一种答复方法可以称之为拘泥形式的或咬文嚼字的方法。这种方法非常强调宪法的文本和刻板地遵守严格的权力分立。最高法院的另一方法是功能法，突出各部门之间需要制衡和相互依赖。基于这一认识，不能把政府各部门看作是密封的隔舱；宪法文本和各部门之间的界线必须有时服从于灵活性和功能性。在这两种方法——功能主义法对拘泥形式法——的相互竞争中，功能主义法得助于其令人敬畏的代言人首席大法官伦奎斯特，已成为占主导地位的方法。见“莫里森诉奥尔森案”（1988年）；“米斯特里塔诉合众国案”（1989年）。但可比较“鲍谢尔诉赛纳尔案”（1986年）。另一方面，大法官斯卡利亚在“莫里森案”和“米斯特里塔案”中以强有力的

但是孤立的不同意见表达了拘泥形式法。

第一节国内方面

一行政立法

宪法第一条规定立法权属于国会。总统在立法方面的正式宪法权力，主要在于他有权提出立法和拥有否决权。而甚至连这种拒绝同意立法的否决权也可以被两院的三分之二多数票所撤销。见宪法第一条第七款。但是，宪法再次暗示总统在立法中所起的作用。总统利用其办事机构制定立法和影响立法议事，因而变成了真正的总立法人。

总统还独立于正式的立法程序之外进行“立法”。他通过发布行政命令和公告，指挥庞大的联邦行政机构。这种行政决策的范围界限是什么？在多大程度上总统可以行使独立的（或甚至反对）法定授权？对这些问题无法参照宪法的权力划分找出现成的答案。法院也提供不了更多的解答指南。

或许在“扬斯敦钢板钢管公司诉索那案”（1952年）（《钢铁厂接管案》）中，司法界尽了最大努力提供了某种答案。在该案中，最高法院裁定，杜鲁门总统在朝鲜战争期间为防止破坏性的罢工下令接管钢铁厂是违宪的。代表最高法院的布莱克大法官指出，国会曾专门反对把接管作为防止罢工的手段。但是，总统不是依靠法定的授权采取行动，而是靠宪法第二条赋予他权力之总和。布莱克大法官强调国会的立法权，而摈斥了行政的国内立法。他说：“在我们宪法的框架内，使法律得以忠实地履行的总统权力本身就驳斥了认为他是立法者的想法。”总统作为总司令的权力（以及大概还有他的外交权）不能被引申为总统拥有“最终的权力”来接管私人财产以免国内生产陷入停顿。“这是国家立法人员而不是军事当局的工作。”

不过，“钢铁厂接管案”往往被援引为拒绝总统有此特权之例，又被当作授权行使国内立法之例。其理由是，大多数法官同意总统有权在国内事务方面采取紧急行动，至少在国会没有专门的否定意见的情况下，总统有此权力。在上述案件中代表3名持不同意见发言的文森大法官，援引了宪法第二条关于总统要使法律得到忠实地履行和作为总司令的权力，并指出历史上行政方面的主动行动缺少合法的授权，来证明“至少采取必要的临时行动以便执行与国家存亡攸关的立法计划”是正当的。3名法官尽管基于国会对接管的反对而同意裁定接管是违宪的，但并没有排除总统可主动采取紧急措施。至于“紧急”的含义是什么，则没有作出答复。

杰克逊大法官的赞同意见特别具有恒久的价值。他说，“总统的权力不是一成不变的，它是随着与国会权力的脱离或结合而变动的。”当总统在国会授权下采取行动时，他的宪法权力达到了最高点；而一旦他的行动与国会的意志背道而驰，他的权力则降到了最低点。当总统必须依靠他自己的权力时，他是在“半阴影区中”采取行动，“他和国会在这种区域中或者有着一致的权力，或者权力的分配并不确定”。在这种共享权力的半阴影区中，“事件的紧迫性和当代不可思议的事情而非抽象的法律论点”决定了分权的含义。

二行政扣压

宪法第一条将财权授予国会。不过，历届总统经常声称拥有扣压特权，即扣下或拖延国会拨款的开支。当立法授予行政领导采取这一行动的斟酌权时，涉及宪法的问题是微乎其微的。但是，在70年代，随着总统越来越多地采取扣压的做法，甚至有人声称总统拥有宪法权力来扣压拨款，即使国会已

批准必须开支这笔拨款。所提出的论点是，总统肩负着履行一切法律的宪法职责，包括履行实施财政和债务限制的法律，要求他使相互矛盾的立法委托权协调一致。此外，固有的行政权据说包括对财政保持控制。其实，当行政扣压涉及外交和国家安全——历来是行政职责的范围——时，网会本身是否有批准开支的宪法权力，这还是个问题。

批评扣压的人反驳说，执行法律的权力不能包括撇开国会政策抉择的权力。“把加在总统身上的忠实地执行法律的义务硬说成含有一仲禁止执法的权力，这是对宪法的新奇的解释，是完全不容许的。”见“肯德尔诉合众国（根据斯托克斯告发）案”（1838年）[总统命令邮政管理局局长对邮政职工发放低于国会规定的工资，这是不合法的]。他们还指出，因有行政权即使被认可，也不能扩大到包括拥有置国会的立法权力于不顾的特权。最后，反对者声称，扣压的实际效果等于让总统行使宪法并未授予的项目否决权。

尽管较低级法院的判决一般地拒绝了总统此举是合乎宪法的观点，但最高法院的裁决并未触及这一宪法问题。见“特雷恩诉纽约市案”（1975年）。1974年，国会通过了《国会预算和扣压控制法》，它要求总统的扣压令需得到国会批准，或不为国会所否决（视扣压的性质而定）。然而，该法的合宪性是成问题的。它是否过度地侵犯了行政权，尤其在外交和国家安全方面，抑或它仅仅在共享权力方面起到一种合理分配职能的作用？它是不是还体现了“移民和归化局诉查德案”（1983年）所禁止的立法否决权？

三委托和立法否决权

深深植根于分权原则中的美国立宪主义的一条庄严的戒律是，凡是已被委托出去的权力或职责不得重新委托。显然，这一不得委托原则没有运用得过死，否则就不可能有我们的现代行政州了。由于现代州的复杂性，对不得委托原则的解释从来就有着相当大的自由度。因此，当国会创立合众国判决委员会和将它配属司法部门并授权该委员会可颁布对联邦法院起制约作用的判决指南时，这一作法彼认定为没有违反不得委托原则。只要国会确定的原则明确易懂，又责令行使委托权方遵守，就不会违反不得委托原则。既然建立合众国判决委员会的法律规定了制定判决指南的基本政策和原则，将规则制定权委托给该委员会由它颁布判决指南，就没有违反不得委托原则。见“米斯特里塔诉合众国案”（1989年）。

虽然对于国会来说委托立法权比较容易，但要控制住彼委托方却比较困难。为保持对行政当局的监督，国会武库中的一件重要武器是立法否决权。国会通过将权力广泛地委托给行政当局的立法，但随即规定国会要进行审查，并可否决按照此授权所采取的行政行动。在“移民和归化局诉查德案”（1983年）中，最高法院在首席大法官伯格主持下以7比2票裁定，一院否决涉及到遣送外国人的行政命令是违宪的。

“查德案”是一件作了宪法裁决的不幸的案件，因为它并没有涉及机构制定规则或行政政策抉择，而不过是一项在特定案件中的遣送战决。查德是一名东印度人，他承认因学生签证过期应被遣送。1974年，他寻求并获得了司法部长批准中止遣送令，因为按照《移民和国籍法》，鉴于遣送所带来的痛苦是允许这样做的。然而，该法授权给参议院或众议院可作出决议“否决”此项行政决定。于是，众议院通过了一项否决中止遣送的决议。1976年，下达了遣送查德的命令，为此他向法院上诉。

最高法院裁定立法否决规定是违宪的。最高法院本可以只是根据这次具

体的立法否决违反分权原则而推翻国会在“查德案”中所采取的行动，但相反地却决定攻击立法否决权本身。立法否决被裁定是违反宪法的送交条款（第一条第七款第三项）和两院制条款（第一条第一款第七项）的，而这些条款是“宪法要实施权力分立宗旨的不可分割的部分”。

首席大法官伯格首先是从这一前提谈起的。该前提是，在立法案成为法律之前把它送交总统签署和总统拥有否决权，这些都被制宪者视为必要之举，以便让总统能对付国会来保护自己。另外，送交总统的目的是为了防止出现“不公正的、无远见的或欠考虑的”法律，同时也是为了使立法程序具有“面向全国的性质”。而总统的否决权同样受到宪法条款的制约，宪法规定两院三分之二的多数票可以推翻总统的否决。像送交条款一样，两院的研究考虑旨在确保“立法应当只有在经过国家当选官员们仔细和全面的研究考虑后才予通过”。“只有提供机会能分别进行充分的研究和讨论，才能行使”立法权。把权力分散给两院还可以防止“立法专制主义”，它反映了制宪者担心“牺牲公众需要来偏袒特殊利益”，同时照顾了大小州在国会内的代表权的关注。

因此，必须“按照一个单一的、精心筹划的和经周密研究的程序行使”立法权。但是，众议院的否决行动就是行使了“立法权”吗？研究一下众议院在这个案件中所采取的行动就可以看出，“该行动在目的和效果方面都基本上具有立法性”。众议院的行动改变了人的合法权利、责任和关系。此外，没有否决权，司法部长不让遣返的行动就只有要求遣返的立法本身才能推翻，如果真要推翻的话。

既然众议院的行动是具有“立法性的”，那么就需要交总统和两院审议，立法否决就是违宪的。最高法院作出的结论是，立法否决规定可以与将中止遣送令的权力委托给行政部门的立法的其余部分分开，因而裁定司法部长的中止命令是有效的。

持不同意见的怀特大法官强调立法否决对克服国会的进退两难处境有着重要意义。这种处境就是，要么承担那无法完成的任务，写出详尽的成文法，确定未来无穷无尽的具体情况下的行动；要么“拱手把国会制定法律的职能交给行政部门和独立机构”。他认为，立法否决“是对行使国会委托权力的行政和独立机构不可避免地扩大权力的必要制约。”“宪法的第一条第七款所包含的担心绝对不会引起争论。一种旨在保全国会立法作用和使实现有效分权的机制，既不违反宪法第一条，也不违反权力分立原则。

在“查德案”中，最高法院依靠宪法第一条作出裁决，就把近 200 条含有立法否决规定的法律置于危险的境地。例如，《战争权力决议》和 1974 年的《扣压控制法》都是利用该立法否决的手段来控制行政行动的。在审查这种规定的有效性时，必须确定：（1）否决规定是否就是行使需要两院审议和送交总统的立法权？（2）如果该否决被认为是用宪法以外的手段制定法律，因而是无效的，那么，这种否决规定是不是可分开成立？如果对后一问题的答复是否定的，那么，整个对行政或独立机构的权力委托都将失效。迄今为止，行政部门一直采取这种态度：视立法否决规定依然有效，而不与国会处于对峙状态。

四任命和免职

制衡原则是美国政府三个部门之间关系的特点，它表现在关于政府官员任免的宪法条文之中。这些条文的力量在于通过划分部门间的权力，限制了

任何一个部门的绝对权力；这些条文的难点是对关键问题没有作出规定。

国会不得将任命权授予宪法第二条第二款第二项所指人员以外的人。该项称：“[总统]提出人选，经向参议院咨询和取得其同意后任命大使、公使和领事、最高法院法官以及任命手续未由本宪法另行规定而应由法律规定的合众国所有其他官员。但国会认为适当时，得以法律将这类低级官员的任命权授予总统一人、法院或各部部长。”国会不能将任命权授予上述条文规定以外的人。因此，一项规定应由参议院临时议长和众议院议长任命联邦选举委员会有投票权的成员的成文法被取消，因为这些国会领导人不属于宪法第二条第二款第二项规定的“法院”或“各部部氏”的范围。国会不能将任命权授予自己，因为这构成了绝不容许的篡权。见“巴克利诉瓦莱奥案”（1976年）。

在任命权方面的一个重要问题是，区别主要官员和低级官员的根据是什么？回答这个问题的最好办法是，进行一次职能调查，看一看这个官员是从属人员还是独立负责人，该官员管辖的范围和广度，以及履行职务的范围。

从对一个联邦成文法——政府道德规范法——的合宪性提出质疑的案件中，可以看出上述区分的重要性。该成文法将一名独立顾问的任命权授予哥伦比亚特区合众国上诉法院特别科，这名独立顾问负责调查某些行政部门的官员。如果该独立顾问是低级官员，那么，这种部门间的任命是允许的，除非这种任命有损于行政部门发挥其职能作用，或者在其他方面是不合适的。该成文法得到了维护。独立顾问被宣布是一名可由司法部长按正当理由予以免职的“低级官员”，只掌握有限的管辖权。首席大法官伦奎斯特代表最高法院强调说，独立顾问只行使调查和起诉的有限职责，不制定一般政策。此外，按照该成文法，独立顾问的任职期限只限于完成特定的任务。见“莫里森诉奥尔森案”（1988年）。

总统在何种情况下有权免去行政部门官员的职务？在过去，这一问题的答案取决于这名官员是不是属于“纯行政官员”——如果是，总统的免职权被认为是“与任命权伴随而来的”。见“迈尔斯诉合众国案”（1926年）。然而，如果这名官员属于行使“准立法”或“准司法”权之列，那么，按照权力分立原则，总统就不得享有“无限的免职权”。见“汉弗莱执行人诉合众国案”（1935年）。

尽管不反对对上述官员的分类，最高法院还是对刻板地和过度地使用这种“僵硬的分类”法进行批评，因为它模糊了真正的问题——国会对免职权所施加的限制是不是“带有一种妨碍总统行使其宪法职责的能力的性质”？在“莫里森诉奥尔森案”（1988年）中，正是运用了 this 观点，最高法院裁定，《政府道德规范法》规定司法部长只能以正当理由免去独立顾问职务，给总统忠实地执行法律的职责所作的限制并没有达到不可容许的程度。首席大法官伦奎斯特承认执法的职能属于行政部门，不过，他的结论是，总统需要对像独立顾问之类的低级官员的斟酌处理权的行使加以控制，但这种需要对于行政部门的运作来说并不十分重要，不必“作为一个宪法问题来规定，总统可随意终止该顾问的任期”。国会限制司法部长对独立顾问的免职权是“必不可少”的，如果该顾问具有执行其任务的必要的独立性的话。不过，独立顾问的本身失职仍然是被免职的一条理由。在这种情况下，国会不曾篡夺总统对行政官员的免职权。

国会可以用不是弹劾的方法免去官员的职务，它是不是也可以对这些官

员授予行政职能呢？这个问题是由旨在控制迅速增长的联邦赤字的《格兰姆—拉德曼平衡预算和紧急预算控制法》的某些条文引起的；该法授权总审计长来具体确定对总统有约束力的开支削减，并赋予总审计长最终权力，以便决定应怎样削减预算。最高法院裁定，该法授予总审计长以行政权，因为他是在解释和实施该立法的职位上。这类行动就是执法——一种行政职能。然而，早些时候，国会曾通过立法，规定总审计长可以因某些具体理由（虽然用一般性的词语表述），例如，效率不高和玩忽职守，而予以免职。这就使总审计长因违抗国会意志就被国会免职而成为国会的一名代理人，由此，国会已擅自把它自己的代理人安插进来控制《格兰姆—拉德曼平衡预算和紧急预算控制法》的执行，这是不能容许的。国会这一做法已违反分权原则非法地篡夺了一项行政职权。见“鲍谢尔诉赛纳尔案”（1986年）。

五一般性的分权问题

有关分权问题有时用权力分立总原则本身来进行分析。在采用这种方法时，最高法院审查对其他部门的宪法职能的侵犯程度，查明被质疑的行为在多大程度上使应当适当分享的权力集中于某一部门，同时平衡相互矛盾的权益。

在“莫里森诉奥尔森案”（1988年）中，最高法院就是从这个角度来分析《政府道德规范法》条文的。从全面的角度看，按该法任命一名独立顾问对高级行政官员进行调查和检察，并非不正当地阻碍行政部门发挥职能。国会也没有僭夺任何行政部门的职能。司法部长保留有独一无二的和不容审查的权力，请求任命独立顾问，并可按正当理由将其免职。他还握有一些手段来监督和控制独立顾问的检察权力。诚然独立顾问比大多数检察官能更多地摆脱行政指示，但《政府道德规范法》还是给行政部门以“充分的控制权”，以便使总统能履行其宪法赋予的职责。归根结底，这是具有决定意义的关键之点。

第二节外交方面

尽管最高法院对于行政部门断言拥有固有的国内政府权力的反应一般是消极的，但在外交关系方面，行政部门声称有宪法以外的国家权力却得到了司法部门非常同情的反应。在“合众国诉柯蒂斯—赖特出口公司案”（1936年）中，最高法院维护将禁止向某些国家出售武器的广泛的权力委托给总统的决议。萨瑟兰大法官代表最高法院指出，对广泛的立法权委托的通常限制并不适用外交方面，因为“授予联邦政府以外交主权利一事并不取决于宪法的积极授权”。他认为，当我们脱离大不列颠时，外交主权利就从国王那里直接交给了合众国，因为外交权力是“独立国地位的必要的伴随物”。然而，宪法只是分配了早先属于各个独立州的权力。尽管这种对不依赖宪法运作的同有外交权的观点是一种对历史的令人置疑的解释，但它从未遭到最高法院的驳回，相反有时还被欣然接受。例如“佩雷斯诉布劳内尔案”（1958年）。

一外交关系权力的分配

在“柯蒂斯—赖特案”中，萨瑟兰大法官力主在行使宪法规定的和宪法以外的外交关系权方面行政部门居于营位。尽管行使这一总统权力必须与宪法保持一致，萨瑟兰大法官断言，总统“是作为联邦政府在同际关系方面的唯一的代言人”行事的。这样维护在外交方面的行政特权的依据是什么呢？的确，宪法授权并没有表明要授予总统这样一种举足轻重的地位。恰恰相反，正式的宪法所准予的外交关系权是分配给总统和国会的。除了一般的总统权力外，宪法第二条授予总统承认或撤销对外国政府的承认、缔结条约和担任总司令的权力。此外，普遍接受的看法是，在与外国的日常谈判中，总统拥有代表国家的默示权力。根据这些权力和按照习惯与惯例，形成了总统在制定和执行外交政策方面的广泛作用。但是，国会也拥有明示的外交权，诸如管理对外贸易、组建和维持军队、宣战权，以及国会的一般立法权力，包括征税和开支的重要权力。因此，宪法似乎预示着在外交方面的权力分享。

看来，“柯蒂斯—赖特案”提出的行政占首位的主张，其主要根据是部门的各自能力和历史经验。萨瑟兰大法官特别提出，总统获取信息、保守秘密和对事件作出迅速反应的能力，决定了他必须具有不依赖国会授权而在外交方面相机行事的权力。的确，从历史上看，与国会相比，总统的外交权不断扩大，这一点不容否认。

不过，如果说上述考虑能提供充分的理由说明总统可以在外交方面采取与国会背道而驰的行动，那也是大有问题的。或许，对外交权分配的最好解释仍是杰克逊大法官在“钢铁厂接管案”中所提出的看法。当总统按照国会的授权行事时，如象他在“柯蒂斯—赖特案”中所做的那样，那么，他的权力达到了最大的限度；当他的行事与国会的意志背道而驰时，他的权力就处于最低点。而当总统行事既没有得到国会的授权，又没有遭到反对时，他的行事就处于权力分配仍不明确的“半阴影区”。联系到这样的事实，即法院很不愿意插手到外交决策中去（即政治问题理论），形成国会和行政部门之间自由地相互作用乃是明显之事。

二条约和行政协议

宪法第二条第二款规定，总统经向参议院咨询和取得出席参议院议员总数 2/3 的同意，并允许参议院作任何保留的情况下，有权缔结条约（即总统

进行谈判和“批准”条约)。宪法中没有条文谈到条约如何中止的问题,而总统能不能单方面地废止现行条约一直是个有争议的问题。见“戈德华特诉卡特案”(1979年)[见本书第39页]。如果一个条约是待执行的,那么,就需要国会立法,使该条约在国内生效。连同心要而适当条款,一个条约可为国会的立法提供宪法依据,而在其他情况下这种立法的合法性可能会产生疑问。见“密苏里州诉霍兰案”(1920年)。

宪法在第二条中只谈及条约,而今天总统常常在国会参与下更多地运用国际协议和协定的方式而不是用正式条约的方式。实际上,运用行政协定方式可使美国迅速地和悄悄地在外交领域中采取行动,无需国会的任何卷入,即采用一种“纯粹的”行政协定。由于行政部门越来越多地依靠国际协定而不是依靠条约,这就促使国会对协定方式的使用进行控制和限制。虽然国会的大部分努力都以失败告终,但它通过的立法,要求至少把签订的协定通知国会。

条约和行政协定都享有宪法第六条所规定的最高法律的地位,凡与之抵触的州法均受其约束。见“合众国诉贝尔蒙特案”(1937年);“合众国诉平克案”(1942年)。尽管宪法第六条的文字可能将条约与宪法等量齐观,但目前普遍接受的观点是,各种各样的国际协定都应受宪法的约束。见“里德诉科弗特案”(1957年)。然而,第十条修正案的保留权力条款对联邦权力并未作这样的约束。见“密苏里州诉霍兰案”(1920年)。如果国会的法案与条约条文相矛盾,条约最终将在国内生效。见“惠特尼诉罗伯逊案”(1888年)。一项完全根据总统的权力,在国会未作任何卷入的情况下所签订的行政协定,当与国会立法矛盾时,是否具有法律效果,这一点最高法院尚未作出裁决,虽然该协定占上风看来是值得怀疑的。

“戴姆斯和穆尔诉里甘案”(1981年)有力地说明了行政协定具有重大意义,杰克逊法官在“钢铁厂接管案”中对分享权力的看法继续有效。按照美国和伊朗两国政府间关于释放在伊朗的被当作人质扣押的大使馆人员的协议,里根总统批准了有关行政命令,取消某些财产扣押,并下令将冻结在美国银行的伊朗财产转移到伊朗。有一项行政协议还责成美国在合众国法院中止一切对伊朗的诉讼。

由伦奎斯特法官撰写的最高法院判决书认为,总统采取废除财产扣押和下令转移财产的行动是有具体的国会授权作依据的。因此,总统的行政命令具有“司法解释的最强的推理性和最大的自由度”。提出质疑者未能圆满地履行其沉重的举证责任来证明,“整个联邦政府都不具备总统所行使的权力”。

尽管最高法院没有发现类似的具体国会授权,使总统可以中止未决的法庭诉讼,但国会历来是默许总统在紧急情况下采取独立行动的,这一历史表明了国会意欲给予总统以广泛的斟酌决定权,至少是在国会没有表示相反意图的情况下是如此。国会默认用行政协定解决国外诉讼,诉讼解决方面现行联邦立法的性质,以及司法上承认行政协定的合法性,这一切都促使法院维护这一特殊的总统行动权力,认为它是解决重大外交政策争端必不可少的。

三 战争权力的分配

宪法第二条宣称总统是武装部队的总司令。但国会有宣战和维持武装部队的权力。在没有国会授权的情况下,总统根据他作为总司令的身份和拥有的其他行政权力行事,能在多大程度上将国家的武装力量投入对外的冒险行

动？虽然这个问题十分重要，但国会和最高法院都没有明确的答复。其实，最高法院一直回避审查对越南战争合法性提出的质疑，如果进行这种审查，就可以为行使分享的战争权力提供可借鉴的指导原则。

近些年来，关于总统和国会在运用战争权力方面的争论，集中在无国会授权情况下限制总统使用武装部队的《战争权力决议》上。参见《美国法典》第五十编第一千五百四十一至一千五百四十八节。该决议内容包括要求总统对卷入敌对行动进行磋商并提出报告，并规定在报告以后国会又未采取行动的情况下，动用部队 60 天即行中止。一些人认为，该法是一种对总统的战争权力的侵犯，是违犯宪法的；而另一些人则认为，该决议适当地使用了国会的默示权力，规定了如何恰当地运用共享的战争权力。

民兵条款第一条第八款第十五和十六项在多大程度上限制了国会的战争权力呢？国会与 1952 年起生效的一项联邦法令要求背道而驰的所谓“蒙哥马利修正案”中规定，国会可授权总统下令服役的州的国民警卫部队到合众国境外执行训练任务，而无需州长的同意或宣布国家紧急状态。明尼苏达州州长根据民兵条款对修正案的合宪性提出了质疑。然而，最高法院维护该修正案。民兵条款没有限制国会的战争权力；它给国会以“额外的授权”，并承认“在军事方面联邦的权力至高无上”。见“珀皮奇诉国防部案”（1990 年）。

除了总统与国会在有关战争权力方面的相互作用外，总统战争权力本身的性质是什么呢？主张对总统战争权力作广义解释的人士总是强调习惯和惯例。总统有击退侵略的权力，这一点看来确是无疑的。见“战利品诸案”（1863 年）。还有许多由习惯和惯例所支持的历史证据表明，总统可单方面采取行动以维持我同的中立和保护海外美国公民，并拥有一种在“紧急情况下”采取行动的界限不明的权力。最后，总统的主动行动常常通过援引集体安全协议或国会立法（如《东京湾决议》）得到维护。

那些试图限制总统战争权力的人们则强调，宪法制订者的本意是使总统成为“最高的陆军将领和最高的海军将领”。见《联邦党人文集》第 69 篇（亚历山大·汉密尔顿著）。“处于‘最高位置’的陆军将领和海军将领不决定动用部队的实际目的；他们指挥部队是在执行别人所制定的政策。”见 L·亨金著《外交和宪法》（1972 年）第 50～51 页。

第三节 增进行政责任

一 行政特权

尽管宪法中没有条文确定有一种可以对法庭拒交信息的行政特权，但最高法院在“合众国诉尼克松案”（1974年）中一致认定，在有关总统及其顾问之间就国内问题的秘密通信方面，给予一种有条件的特权，是“有宪法依据的”。尼克松总统身为一名未被起诉的同谋者曾断言，他有拒绝把录音带和其他备忘录交给调查水门非法闯入事件的特别大陪审团的特权。最高法院同意存在着一种以宪法为依据的特权，这一特权来自“每一部门在其所承担的宪法职责方面的至高无上的地位”以及来自“所列举的权力的性质”。然而，最高法院拒绝了总统声称拥有的权利（至少在不涉及军事、外交成敏感的国家安全问题的案件中）：总统绝对享有不受司法审查的特权。

首席大法官伯格代表最高法院发表意见时，援引“马伯里诉麦迪逊案”（1803年）来支持这种观点：“阐明法律完全是司法部门的职权和责任”——这是一项法院无法与行政部门共享的责任。这位首席大法官说，接受了这个绝对特权的要求“就会打乱‘一个切实可行的政府’的宪法规定的平衡，并严重地损害法院根据宪法第三条所起的作用”。尽管行政特权的要求可以推定成立，但法院必须通过秘密检查来确定所要求的特权应不应当服从某些公开披露的重大利益。

最高法院运用这些原则得出结论：“当声称对通过传票索取的用于刑事审讯的材料拥有特权，而其理由仅仅根据保守机密的一般性利益时，这种理由不能取代公正执行刑事审判中正当法律程序的要求。在未决的刑事审讯中，一般性申述的特权必须服从明示而具体的举证需要。”最高法院维持了地区法院要求向它交出传票索取的材料的命令。然而，最高法院强调，在确定哪些材料应予公布或发表时，地区法院不得视总统为“普通的个人”，而要“为总统的机密事宜提供公共执法所允许的最大程度的保护”。

在“尼克松诉总务管理局局长案”（1977年）中再次提出行政特权问题，该案裁定管理公众接触在尼克松执政期间产生的机密文件、录音带和其他材料的联邦法令合乎宪法。布伦南大法官为最高法院写的意见书中驳斥了尼克松对该法律的质疑，说那是反映了一种“把权力的分立看作需要建立三个密不通气的政府部门的陈腐之见”。布伦南大法官说，要进行适当的审查，首先需要确定，被质疑的法令是不是妨碍了行政部门履行宪法所赋予的职能。在此案中，福特总统早先签署了该法案使之成为法律；卡特总统维护了它的有效性，指出行政部门是该法处理总统材料时的合作者。另外，行政部门通过总务管理局仍全面控制着材料。该法令也没有违反在“合众国诉尼克松案”（1974年）中所承认的行政特权，因为它涉及的是，“对行政问题敏感的行政部门人员所作的一次很有限的接触”。正如在“合众国诉尼克松案”（1974年）中那样，要求保守机密的权利让步于一项重大的利益——国会在保持接触机密材料以便进行合法的治理和作历史用途方面的重大利益。

二 行政豁免

“合众国诉尼克松案”（1974年）和“马伯里诉麦迪逊案”（1803年）都认定，至少在有些情况下，行政官员包括总统在内都要服从司法程序。但是，这一司法监督的范围不够明确。例如，如果尼克松总统硬是不服从交出

水门录音带的司法命令，法院该不该发出强制命令？尼克松总统在其任职期间或离任后对其任总统时的行为是否要服从刑事诉讼程序？根据权力分立原则如何处理这类问题尚无答案。

前不久，最高法院确曾有机会来处理这样的问题，即能不能裁定总统和他的助手们要对他们的行动负民事法律责任。“尼克松诉菲茨杰拉德案”（1982年）涉及一名叫菲茨杰拉德的空军管理分析人员对前总统尼克松和很多行政官员的诉讼，他状诉因在国会委员会作证而遭到报复，被非法解雇。最高法院以5比4票作出裁决，鲍威尔大法官写的判决书说，前总统对任职期间在其正式职责的“外围”范围内的行为享有免除损害赔偿责任的绝对豁免权。总统豁免权被界定为“总统特殊职位之功能所决定的一种附带的权力，它植根于分权宪法传统中，并为历史所证实。”

鲍威尔大法官从给予法官和检察官的绝对豁免权中找到对这一原则的支持。考虑到总统职责易得罪人的性质和引起民事诉讼的可能性，一种有限制的豁免权将不足以保证总统职责的有效履行。司法侵犯“行政部门的权力和职能”给分权原则带来的危险，大于民事诉讼当事人的利益。鲍威尔大法官指出，其他的抑制方法，比如弹劾、新闻和国会审查，以及总统关注保持其影响力和连选连任等，提供了足够的保证使总统不会“凌驾于法律之上”。作为改组的一部分解雇一名雇员，此举被裁定为完全属于总统的正式职责的“外围”范围之内。

在一个姊妹案件——“哈洛诉菲茨杰拉德案”（1982年）中，最高法院裁定，白宫助手们仅享有有限制的豁免权。“行使斟酌处理职能的政府官员可免除民事赔偿责任，只要他们的行为不违反一个有理智的人本该知道的明确规定的成文法或宪法权利”。见“米切尔诉福赛思案”（1985年）[司法部部长只享有有限制的豁免权]。

第二编个人权利和自由

合众国限权政府的形成，靠的不仅是宪法规定的权力分划，还有对权利和自由的承认。宪法正文几乎没有这种具体的保证。第一条第九款和第十款分别禁止国会和 通过公民权利剥夺法案，即不经司法审判而实施立法惩戒。该两条款还禁止联邦和州通过追溯既往的法律。有意思的是，追溯既往条款一直被解释成只适用于刑事立法（尽管条款正文并未作这样的限制），并且只有在法律效力应当严惩罪犯的情况下才适用。见“韦弗诉格雷厄姆案”（1981年）。〔州法溯及既往，犯人因表现好而缩短后延时间，此法被裁定违宪。〕宪法第一条第十款还规定，州不得通过损害契约义务的法律。对联邦政府的这一限制是通过贯彻第五条修正案的正当程序条款实施的。

然而，对这些保证都没有作广义的解释，使之为个人的根本利益提供有意义的保护。其实，很多宪法制订者认为，不需要对基本权利作具体规定，因为国家政府只能行使宪法中所委托的有限的权力。例如，由于国会无权管制新闻，那就没有必要对新闻自由作保证。对于制宪者来说，联邦政府享有的权力受到限制，这就能保证自由。但是，反联邦党人忧心忡忡。他们要求增添我们现在所称的《人权法案》，作为同意批准宪法的条件。

在“巴伦诉巴尔的摩市长和市议会案”（1833年）中，提出的论据是，《人权法案》既是对联邦政府享有的权力受到限制，这又是对州政府的一种制约。约翰·马歇尔表示不同意，并裁定，从行文和历史来看，州并不受《人权法案》的制约。但是，随着第十四条修正案的通过，对州的权力的重大制约已纳入美国宪法，因为该修正案应成为将《人权法案》的大部分内容运用到州的媒介。

保证州不得剥夺合众国公民的特权或豁免权的第十四条修正案，本可以成为将《人权法案》的保证适用于州的媒介。至少，如果没有“屠宰场案”（1872年）中最高法院的裁决，这一点是可能做到的。米勒大法官代表最高法院作出裁决时，首先摆出的前提是，第十四条修正案的第一句话提出了两种公民：合众国公民和州的公民。随后，他把该修正案的第二句话解释成只对合众国公民的特权和豁免权给予联邦宪法保护。但是，给予合众国和州公民的各有哪些特权和豁免权呢？米勒大法官的答复是，个人的基本权利来源于州法。联邦的保障只限于那些涉及公民与联邦政府关系的权利，例如，向国会请愿，利用合众国航行水道，州际旅行权利等。米勒认为，另外的解释，比如说，特权和豁免权条款的意思是，要把一切传统上与州公民有关的基本权利都作为一种宪法保障给予合众国公民，这样做，会打乱联邦政府和州的历史关系。国会和最高法院将成为州立法的永恒的审查机构。

但是，也可能如菲尔德大法官在发表不同意见时所说的，第十四条修正案的真正意图正是为了打乱州与联邦政府的历史关系，特别在有关维护公民的权利和自由方面。归根结底，第十四条修正案所有的条款都是为了给前不久解放的奴隶以法律上的自由和平等。由此可见，特权和豁免权条款正是实现这一目的的一种手段。然而，按照米勒大法官的解释，这项条款无足轻重。他要在该条款范围内寻找的一切权利，基本上都早已得到承认，为联邦所保证。

另一方面，在“屠宰场案”中对多数大法官持不同意见的菲尔德大法官认为，第十四条修正案特权和豁免权条款是保证那些属于一切自由政府的公

民们的权利。“过去他作为一个自由人和一个自由公民所享有的基本权利、特权和豁免权，现在他作为一个合众国公民而享有，并不取决于他是哪个州的公民。”

“屠宰场案”的实际效果是要阐明，特权和豁免权条款是一项重要的宪法保证。尽管该条款偶尔被引用来支持特别的联邦权利，例如，联邦选举中的投票权，但今天这一条款已无多大实际意义

第五章正当法律程序

第一节 并入过程

第十叫条修上案特权和豁免权条款未能成为将联邦的宪法制约扩大到州的一种媒介。相反，第十四条修正案正当程序条款却成了把《人权法案》的各种基本保证“加以并入”和使之适于州的手段。但是，尽管最高法院各大法官一致认为，《人权法案》的各部分已体现在正当程序的保障之中，但对于究竟包括了哪些权利或并入程序的性质，至今几乎没有任何一致的意见。

在“业当森诉加利福尼亚州案”（1947年）中，有两大正当程序方法论相互论争。一种理论——法兰克福特大法官在审理“亚当森案”时发表的平行意见中所维护的理论——认为，正当程序条款具有不受《人权法案》界定的本身的“独立效力”。正当程序的管辖作用是根据逐个案件，取决于查问清楚政府所采用的特定程序是不是“违反那些表达了英语民族正义观念的公正和公平的信条”。法兰克福特认为，这一理论不是简单地实施特定法官的独有的标准，而是寻求确定“公认的司法观念”。

对于布莱克大法官来说，法兰克福特的逐案检验方法只能导致信誉扫地的自然法观念的死灰复燃。布莱克认为，第十四条修正案从整体上说需要的是，把整个《人权法案》全部运用到州，既不增添一分，也不减少一点。如果要把布莱克理论说成是与法兰克福特的逐案检验理论不同，不具有动态性质，那么，布莱克大法官会回答：的确是这样。在他看来，《人权法案》中的保障全部并入第十四条修正案确保了确定性、客观性和对第十四条修正案制订者的历史意图的遵从。

像在思想史中所经常发生的情况那样，既不是纯粹的法兰克福特理论，也不是纯粹的布莱克理论独占鳌头。虽然逐案检验方法在50年代后期暂时占了上风，但从“马普诉俄亥俄州案”（1961年）起，该方法就开始悄悄地被放弃了。后来，以“有选择的并入”的名义，大胆地推行了在“马普案”中所形成的新理论。所谓“有选择的并入”是指按照布莱克大法官的学说，把《人权法案》的某些内容对州加以制约，但选择方式则主要按照法兰克福特大法官的灵活正当程序理论。

在贯彻这一有选择的并入方法时，最高法院曾不时问道，《人权法案》的特定保障是不是“隐含在有秩序的自由的观念之中”。前不久，最高法院却又问道，有关保障是不是对“美国的司法体制至关重要”，出为即便没有这种保障也可能实施一种“公平和开明的司法制度”。见“邓肯诉路易斯安那州案”（1968年）。〔第六条修正案中由陪审团审判的权利被并入到第十四条修正案正当程序自由的一部分。〕通过这一有选择地吸收的程序，使各州都受《人权法案》中多数主要保障之约束。迄今为止，没有包括进来的条文仅仅是，第二条、第三条和第七条修正案，第五条修正案中的大陪审团起诉权利规定，以及第八条修正案的不得要求过多的保释金的保障。

“邓肯诉路易斯安那州案”（1968年）提出了并入方法的另一条基本原则。最高法院裁定，一项从《人权法案》中“吸收来

的”保障要按它制约联邦政府的同样程度和同样方式来制约州。然而，这一方法带来一个问题，例如，第六条修正案的陪审团审判保障曾被认为要采用12人陪审团和一致判决。但是，各州是不是都受这种规定的束缚呢？在一系列多少有点乱哄哄的案例中，最高法院作出了否定的回答。在“威廉斯诉佛罗里达州案”（1970年）中，最高法院裁定，按照第六条修正案或第十

四条修正案，都没有规定应组成 12 人陪审团。在随后的案例中，最高法院裁定，5 人陪审团是违反正当程序的〔见“巴刘诉佐治亚州案”（1978 年）〕，正如 6 人陪审团以非一致意见在州法院作出的判决违反正当程序一样（见“伯奇诉路易斯安那州案”（1979 年）），在“阿波达卡诉俄勒冈州案”（1972 年）中，最高法院裁定，规定陪审团意见应取得一致并非第十四条修正案正当程序的要求。但是，大法官之间的意见分歧使这一问题无法确定，即联邦政府本身在联邦刑事诉讼中是否仍受第六条修正案要求陪审团意见一致的制约。

很多评论家在研究了这些案例后，下结论说，最高法院只不过是在削弱《人权法案》的保证，以便适应联邦制的价值准则。因此，或许在“邓肯案”之后的最高法院的正当程序案件中，法兰克福特的灵活的正当程序理论最为得势。

第二节实质性正当程序

一传统的实质性正当程序

正当程序自由条款不仅包括《人权法案》的程序保证，而且还包括《人权法案》的实质性限制。因此，限制言论自由的州法可被抨击为侵犯了第一和第十四条修正案关于表达自由的保证。

但是，正当程序的实质性限制是否包括《人权法案》所明示的，或甚至是默示的各种保证？

（一）早期经济正当诉讼程序的兴衰

企业界历来在宪法中寻找依归，以便保护财产免遭州的经济管制和干预。宪法上常被引用来支持这一保护的章节就是第十四条修正案的正当程序条款。著名的“洛克纳诉纽约州案”（1905年）说明了这一点，该案以5比4票废除了禁止雇主雇用面包房工人每天劳作超过10小时和每周超过60小时的纽约州法。

佩卡姆大法官代表最高法院裁定，该州法严重地干预了正当程序条款所维护的契约自由。因为“购买或出售劳动力是该修正案所维护的自由之一”。而一个人怎么知道就其劳动力订立契约的权利是正当程序条款中“自由”一字的内容之一呢？因为最高法院曾如此说过，这就成了定则〔参见“奥尔盖那诉路易斯安那州案”（1897年）等判例〕。但是，即使纽约州法干预了如此解释的自由的保证，那也未必就意味着该州法是违宪的，因为该州根据其警察权力仍可能有进行立法的余地。正如佩卡姆大法官所说：“财产和自由都是根据州的支配权所能提出的合理条件来认定的”。因此，正当程序问题就是，纽约州法究竟是不是“一种无理的、不必要的和恣意的干预个人权利和人身自由”。

最高法院在运用这一准则时，最初曾考虑过该法是否扩大了州的警察权力。尽管在“洛克纳案”中受审查的州法据称是为了工人的健康，佩卡姆法官还是质问这究竟是不是它的真正目标和目的。他认为，该立法的真正目标是，对不属于州警察权力范围内的私人劳工合同法律进行管理。管理私人经济关系根本不是州授权维护的一般福利问题。很多评论家称这种不合乎司法程序地查究真正的立法目的乃是“洛克纳案”方法的主要缺点之一。

但是，佩卡姆大法官进一步说，即便该法被认为是一种维护健康的措施，这州法也是违宪的。最高法院认为，没有合理的依据来裁定，该法对于保护公众或雇员健康是必要的或适当的。一项法律“其手段和目的之间必须要有更为直接的关系”。但为什么这里却没有任何直接关系呢？难道“洛克纳案”中的问题仅仅是一个证据不足的问题吗？或许，律师没有提供充分的事实，以确证最多工时法促进了州的可容许的健康利益。说到底，最高法院在同一时期的其他案件中维护了用于采矿业的最多工时法〔见“霍尔登诉哈迪案”（1898年）〕，并维护了关于妇女在工作场所劳动的最多工时法〔见“马勒诉俄勒冈州案”（1908年）〕。在这些案例中，健康危险问题可能比较显而易见，或者是得到了“布兰代斯辩护状”的支持，该辩护状详细列述了敦促公众健康法律的合理性的事实根据。

然而，我们以为在“洛卡纳案”中所提出的问题已超越了合理性证据的范围。“洛卡纳案”仔细审查了为敦促工人的健康利益采用立法手段的恰当性。佩卡姆大法官则研究了立法机构本可能选用而又决定不采用的其他方

法。简单地说，在“洛卡纳案”或实质性正当程序占主导地位的时期，对立法裁决并不尊重，而是强使采纳司法经济价值准则选择，把立法机构所作的选择弃置一旁。

正是这种对立法裁决所作的严格司法审查，引发了霍姆斯大法官和哈伦大法官书面申述的激烈的不同意见。哈伦大法官认为，有充分的证据表明，立法机构可以合理地得出结论，在面包房里长时间地工作可能危害工人的健康。哈伦表示，只有当经济法规是“清楚地、明显地、毫无疑问地”与正当程序自由相抵触时，最高法院才可宣布立法机构通过的法律无效。

霍姆斯大法官将此项多数大法官的判决说成是“以一个没有被国内大部分人所接受的经济理论”为依据。他谴责通过此判决的数量占多数的大法官是把“赫伯特·斯宾塞先生的社会静力学输入第十四条修正案中”。霍姆斯认为，正如立法机构所表明的那样，“除非可以说，一个有理性和公正的人必然承认，所提出的法规会违背我国人民和我国法律传统所理解的基本原则”，这些多数人的意志才能站得住脚。无疑，在目前的案例中，凡理智的人都会得出结论，纽约州关于面包房工人的最多工时法是有助于该州的合法和许可的健康利益的。

在“洛克纳案”中对经济正当程序的司法处理为 20 世纪初期的案件审理提供了基调。见“阿戴尔诉合众国案”（1908 年）；“科佩奇诉堪萨斯州案”（1915 年）；“艾德金斯诉儿童医院案”（1923 年）。但是，最终占上风的是，霍姆斯和哈伦大法官在表达他们不同意见时所竭力鼓吹的观点：在经济案件中司法部门对立法部门的判断应持尊重态度。

各种宪法理论通常不是骤然灭亡，而是缓慢地显示出消亡的迹象。洛克纳式的实质性正当程序也不例外。洛克纳主义的衰落突出地表现在维护纽约州牛奶最低价法的“内比亚诉纽约州案”（1934 年）中。积极探求立法目标之做法已被废止。价格管理，即便涉及买方和卖方的私人经济关系，也被裁定仍属于州警察权力范围之内。此外，“州可以自由地采取任何被合理地认为是促进公众福利的政策”。如果所采用的手段“与适当的立法目的有着合理的关系，而已既不武断专行又不带歧视性，那么，正当程序的要求就得到了满足，一个法院作出这种裁决就是 *functus officio*（履行了职责）”。

尽管这听起来好象与“洛克纳案”中一样在采取合理性检验，但对立法工作成果所作的最低限度的司法审查清楚地表明，最高法院对立法机构给予一定程度的尊重，这与“洛克纳案”中的司法能动主义形成了鲜明的对照。法院不应裁决政策是否明智，或裁决实施该政策的法律是否适当和可行，因为法院“既无能力也没有被授权”去这样做。只有当这些手段“明显地与”州许可的政策“不相干”时，该法律才违反正当程序。在“内比亚案”中，最高法院裁定，立法机构对奶品业价格不稳的危险性进行的广泛事实调查，证明了牛奶价格控制法的合理性。

从“内比亚案”起开始了一种过程，其结果不仅是洛克纳主义（以解释第十四条修正案的正当程序条款为幌子，在社会经济案件中推行司法能动主义）的消亡，而且是司法作用的翻个儿。在过去曾经实行过司法能动主义的领域中，现在司法部门老老实实在地放弃了这种做法。

（二）经济管制：今日的实质性正当程序

从“内比亚案”开始的司法尊重很快转变成在经济管制案件中完全取消审查。现代方式源于“弗克森诉斯克鲁帕案”（1963 年）等判例中所阐明的

原则，该案件的判决不顾根据实质性正当程序提出的质疑，裁定把债务调整完全交由律师处理的州法合宪。布莱克大法官代表最高法院说：“我们已回到了原来的宪法主张，即法院不能以它们的社会和经济信念来代替被选举出来制定法律的立法机构的判断。不论立法机构是否把亚当·斯密、赫伯特·斯宾塞、凯恩斯勋爵或其他人奉若恩师，这都不关我们的事。一旦需要救助，那也不是我们的责任，而是为制定法律而建立的机构的责任。”

今天，这一原则体现在理性基础检验方式中，这一方式至少名义上是一种检验，用以审查社会经济问题的立法。采用这种检验方式时，首先假定一项法律是合宪的，把证明该法律与所允许的政府利益没有任何理性关系的举证责任放在提出质疑的一方的肩上。此外，“应假定支持立法机构判断的事实的存在”。见“合众国诉卡罗莱纳产品公司案”（1938年）。实际上，规定的审查基本上没有进行。“北达科达州药物管理局诉斯奈德药店案”（1973年）就是证明，在该案中，最高法院维护了一项州的法律，法律规定药房许可证的申请者必须限于药剂师，或大部分股份属于药剂师的公司。“利格特公司诉鲍德里奇案”（1928年）曾否定了与此非常相似的法律。而在“斯奈德药店案”中，利格特案的裁定被推翻了。北达科达州立法机构可以理智地得出结论，立法手段和目的之间存在着某种关系，实现的目的就是不使药店归对药品一无所知者所有。即便手段和目的不很协调，这种关系依然存在。

对于宪法法研究者说来，至关重要的是要注意到这一持尊重态度的正当程序审查标准，或更确切地说，自动放弃司法审查，主要针对社会经济法律。当法律妨碍行使基本权利时，它就不适用了。在未对某项个人基本权利造成严重妨碍的情况下，宪法法研究含应当利用持尊重态度的理性基础审查标准来分析基于正当程序的理由受到质疑的法律是否合乎宪法。而这样做就意味着法律总会得到维护。

（三）征用赔偿

由政府行为所造成的财产剥夺显然会引发出考虑正当程序条款是否适用的问题。这种情况还会促成对“征用”替代办法的分析研究。无论联邦政府或州政府都有明显的征用权，即有权将私人财产充作公用。第五条修正案专门论及联邦政府拿取私人财产的问题，并规定下给予公平赔偿，私有财产不得充作公用。各州有义务按照第五条修正案公平赔偿条款的规定对征用的私人财产给予赔偿，第五条修正案公平赔偿条款是通过第十四条修正案正当程序条款适用于州的。见“格伦代尔市英国第一福音路德会诉洛杉矶县案”（1987年）。

有关什么叫“征用”的法律是相当复杂的。合理行使可能导致降低财产价值的政府权力，这种行动本身并不构成需要补偿的“征用”。“尽管对财产可以进行一定程度的管制，但如果管制过头，那将被视为‘征用’。”见“宾夕法尼亚煤炭公司诉马洪案”（1922年）。确定是否发生征用行为的至关重要的因素有：（1）对抗议此行为一方的管制的经济影响；（2）管制在多大程度干预了明显的投资期望；（3）政府行为的性质，例如，实际占有财产。举例来说，在原告已购置了有关土地之后，市里所通过的一项限制土地使用的划分区域的法规并不构成“征用”行为。见“阿金斯诉蒂布龙市案”（1980年）。上述土地仍可作建造住宅之用。经济上最佳使用土地的可能性虽被排除，但尚未彻底消除有益地使用土地的可能性。关键是所有权的基本属性仍保持完整无损。

什么样的政府行为构成“征用”呢？加利福尼亚州的一对夫妇购置了一块带有一座旧平房的海滩地。他们申请拆旧房建新屋的许可证，州海岸管理委员会答称，只有他们答应给予公众穿越该海滩地段的通行权，让人们往返于其他公共海滩，才能发放许可证。州可能拒绝发许可证，如果它确定拟议中的房屋建造会损害州的合法利益的话。但是，只有附加的条件与禁令一样服务于同一政府目的时，对发放许可证附加条件才是合法的。“该条件与限制建筑的原来目的之间不存在任何联系，这种情况就把原来的目的变成了其他东西”。最高法院否定了州作为无偿证用所强加的公共通行权条件。对土地使用管制的审查标准可能就是，通常在经济管制方面“适用于正当程序或平等保护的要求”的最低理性标准。因此，如果一项管制确实是“‘极大地促进’所要达到的‘州的合法利益’”，那么，这种管制不能认为是“征用”。见“诺兰诉加利福尼亚州海岸管理委员会案”（1987年）。

经受了根据第五条修正案征用条款提出的质疑而实行的一项管制涉及到一项联邦法令。该法令规定，要从原告根据伊朗—美国索赔法庭裁决所接受的赔偿金额中，扣除1.5%。这项扣除额用于向美国政府支付与索赔仲裁和维持支付赔偿金的保证金帐户有关费用。虽然最高法院不愿说明占赔偿金的百分之多少才大到不能算作使用费，但是，“根据任何过度的标准来衡量”，1.5%不能“算作‘征用’”。这项扣除是对政府所承担费用的合理支付，原告从该索赔法庭的存在得到了好处。因此，争议中的这项扣除费是合理的“使用费”，而不是需要公平赔偿的财产“征用”。见“合众国诉斯佩里公司案”（1989年）。

即便是私人财产的使用权的“暂时”丧失，也将构成一种征用行为，需要对被剥夺使用财产这段期间的损失作出赔款。“格伦代尔中英国第一福音路德会诉洛杉矶县案”（1987年）涉及到一个县对峡谷的暂停开发。土地所有者对这种管制提出了质疑。提出的问题是：土地所有者能不能对最终确定争议中的管制构成一种“征用”财产行为之前的一段时间要求补偿损失？首席大法官伦奎斯特代表最高法院裁定，第五条修正案的公平赔偿条款规定，要为即使是“暂时”的征用，即对最终判决取消征用之前的一段过渡时间，支付损失赔偿。

二再谈实质性正当程序：个人基本权利

（一）概述

当联邦或州的立法限制行使个人基本权利时，法院就摒弃理性基础检验，而采取更严格的审查标准。例如，当第一条修正案权利受到一项法律的限制时，法院将不维护该法律，即使该法与所允许的政府目标有理性关系。而且，法院还将要求政府确定，该法是严格地适应紧迫或重大的政府利益的。

这是另一种审查标准，与目前经济正当程序中采用的毫无约束力的理性审查标准迥然不同。在基本权利领域，审查标准确是很严格的。不过，就是在这方面，所用的标准也不总是始终如一的。在很多基本权利案件中，法院要求州证实，有关州法的州的紧迫利益是必需的，也就是说要做严格的审查。但是，在其他情况下，审查的标准似乎比较温和。一般他讲，可以说随着对被保护权利施加的压力越大，就越强烈地要求政府申述理由。例如，一项完全禁止行使权利的法律，大概会比一项仅仅对行使权利的方式进行管制的法律，受到严格得多的标准的检验。请见下面有关言论自由的第七章。同样地，增加行使某项权利代价的法律也不会受到与完全禁止受保护行为的刑法一样

受到那样严厉的审查。见有关堕胎管制的“堪萨斯市计划生育协会诉阿什克洛夫特案”（1983年）。

但是，引发这种严格的司法审查的“个人基本权利”是指什么呢？显然，这个概念包括明示的宪法权利。例如，当第一条修正案权利受到州政府行为的限制时，法院将不采用简单的理性审查，而是运用要求更严格的司法审查标准。“个人基本权利”还包括某些宪法上未列举的权利，这一点在今天也是很清楚的。但是，如何确定这些权利则不很清楚。

现代的辩论一般地分成解释派和非解释派。解释派主张必须通过对宪法本身的解释来找出所有宪法权利。例如，结社和信仰自由可以从第一条修正案的明示保证中引伸出来。见“美国有色人种协进会诉阿拉巴马州案”（1958年）。解释派人士内部也有争论，争论之点是：在考虑历史及宪法制订者所确定的宪法结构和关系（例如，需要确保政治进程公开）时，超越宪法文本到什么程度才是合适的。他们还对在新的权利从明示的权利中引伸出来之前两者之间应有关系的密切程度争论不休。但是，解释派人士一致赞同：作出判决所依据的社会准则和原则的唯一合法之源乃是宪法本身。见J·H·伊利著：《民主和不信任》（1980年）。

另一方面，非解释派人士则认为，宪法的原则和准则可在宪法文件以外找到。非解释派人士援引早先最高法院的裁决为自己作佐证，诸如“迈耶诉内布拉斯加州案”（1923年）〔禁止向年幼儿童教外语的州法被裁定违反了教师和学生的正当程序自由〕以及“皮尔斯诉女教友会案”（1925年）〔规定所有学生要进公立学校的州法被裁定干涉了双亲支配其儿童教育的自由，是违宪的〕。另可参见“斯金纳诉俄克拉何马州案”（1942年），该案裁定，规定对某些罪犯实施绝育的法律违反了平等保护；同时强调了婚姻和生儿育女的重要性。但是，非解释派人士在发现和形成这些宪法外权利方面，对于哪些宪法外依据是合法的，存在着意见分歧。最为司法界承认的两种方法是：其一是依靠传统和习惯得来的价值观；其二是以一种动态方法来确定那些包含在有序自由的观念中的价值观。有些评论家主张运用道德、逻辑和理智的原则，参见M·佩里著《宪法、法院和人权》（1982年）等著作；其他一些人干脆主张，有些利益对个人和社会至关重要，以致得由宪法给予保护。这种种非解释派观点在下文谈到的隐私权的辩论中起了重大的作用。

当个人基本权利受到限制时，则不采用理性审查标准，其根据是很难搞清楚的。如果一项法律限制了一项明示的宪法权利，即使该权利只是通过并入过程成为第十四条修正案自由的一部分而用于州政府行为，对它作更为积极的审查也许是可以理解的；但是，如果该权利仅仅在司法上从明示权利中引申而来，或者是通过司法上利用宪法外的依据凭空捏造出来的，那么，有哪些原因说明采取司法能动主义是正确的？简言之，如果“洛克纳案”的裁决是错误的，那么，当最高法院确定受管制的行为涉及到某项非列举的个人基本权利时，使周密的司法审查成为适当之举的道理何在？归根结底，审理“洛克纳案”的最高法院援引的是一项从第十四条修正案自由和财产保证引申出来的契约权利。对于很多批评采用基本权利方法的人们来说，采取更严格的审议标准，至少用于保护作明示的权利，诸如稳私、旅行、婚姻或家庭生活，都只不过是改头换面的实质性正当程序。这些批评人士还继续指出，这样使用司法权无异于鼓吹一种新形式的自然法学。

有些评论家力图说明对涉及个人基本权利问题时采取积极的司法审查的

正确性。他们认为，像言论、结社、信仰、旅行或隐私之类的个人权利应比纯粹的经济财产权利有资格得到特别的司法关怀。他们提出了一个等级体系的宪法权利，或至少是一种分层次的宪法权利。但在“林奇诉家庭金融公司案”（1972年）中，批评了这种双重标准。有时，这一论据得到了认为普通的政治程序可能不足以保护这类个人权利的说法的支持。见“合众国诉卡罗莱纳产品公司案”（1938年）〔斯通大法官的脚注4〕。与此密切相关的一个理由是集中在司法机构与立法机构之间能力的相对性上。立法机构在社会经济问题方面具有比法院更高的水平或能力。

但是，人们争辩说，法院的独立性和对少数人的信仰的敏感性要求法院在个人权利受到限制时给予特别关注。

有许多个人基本权利将在关于平等保护和第一条修正案权利的各章中加以研究。本章讨论的中心是一系列涉及婚姻、家庭、性别、生育、治疗、照顾与保护的權利。这些权利往往在隐私权的单一标题下一并讨论。无论如何，正是在这些涉及切身权利的情况下，在“个人基本权利”名义下进行正当程序审议所引起的问题变得最为明显。

（二）隐私权：避孕、堕胎和鸡奸

宪法没有专门保证隐私权。实际上，宪法里没有提及婚姻、家庭或生育。不过，在“格里斯沃尔德诉康涅狄格州案”（1965年）

中，最高法院以7比2票裁定，禁止使用、禁止帮助使用或禁止鼓励使用避孕药或工具的刑法是违反宪法隐私权的。

代表最高法院裁定的道格拉斯大法官费尽心机地将这一案件与“洛克纳案”相区别，在“洛克纳案”中，最高法院曾扮演了超级立法机构的角色。与仅涉及经济条件的“洛克纳案”不同，康涅狄格州法“直接涉及夫妻之间的亲密关系以及在该关系的某一方面他们的医生的作用”。按照道格拉斯大法官的说法，应与“洛克纳案”时代的实质性正当程序区别开来，因为隐私价值观念不同于佩卡姆大法官所珍视的契约自由价值观念，是有宪法文本依据的。

宪法里隐私权的文本根据是什么呢？道格拉斯大法官认定，隐私权存在于第一条、第三条、第五条和第九条修正案的“边缘部分”和“散发区”中。实际上，道格拉斯大法官依靠的是从明示权利中得来的两个主要概念。其一，他强调一种源自第一条修正案的结社权利，认为这包括婚姻关系和受保护地位。其二，对使用避孕药和工具实施刑事禁令会带来把警察权用于夫妇卧室的问题，从而侵犯第三条、第四条和第五条修正案的隐私保证。因为康涅狄格州所采用的手段对婚姻关系的隐私权产生了严重的破坏作用，该州法被认为限制过了头，违反了宪法。

道格拉斯大法官没有解释，为什么第一条修正案默示的政治结社权利只扩大到婚姻关系，而不扩大到保护婚姻关系对社会的根本重大意义。还有，由于在“格里斯沃尔德案”中的被告人是一名医生和一名计划生育组织官员，在这案件中，根本不存在侵犯夫妇卧室的问题。那么，为什么道格拉斯大法官认为有必要把隐私权纳入《人权法案》的保证范围呢？答案是道格拉斯大法官接受了布莱克大法官的前提，即第十四条修正案自由条款包括了《人权法案》的所有保证，但未再并入其他任何内容。简言之，道格拉斯大法官力图运用今天称之为解释派方法的理论。另一方面，持不同意见的布莱克大法官仍然信守他在“亚当森案”中的异议，鼓吹忠于宪法的字面含意。《人权

法案》是通过第十四条修正案对州行使制约的。但是，布莱克认为对州行使制约的是一个更加拘于字面含意的《人权法案》。布莱克大法官说，他与任何人一样喜欢他的隐私权，但是，这种爱好并不意味着，他可以在《人权法案》中并没有隐私权字样的情况下硬把隐私权塞进《人权法案》之中。

对“格里斯沃尔德案”裁定持赞同意见的戈尔德贝格和哈伦两位大法官用非解释派方法来阐明隐私权，戈尔德贝格大法官说，自由保证“并不限于头八条修正案中专门提到的权利”，而是包括了直接源于十四条修正案“自由”条款的个人基本权利。戈尔德贝格大法官援引第九条修正案，认为它具体地表明了并不是所有受宪法保护的權利都已在宪法中一一列举。怎样确定基本权利呢？戈尔德贝格大法官说，最高法院必须注意“我国人民的传统和（集体）良心”以便确定基本原则，同时注意有关一个自由社会所需要的种种经验。在戈尔德贝格大法官看来，“宪法的整个结构和明确支持其具体保护的宗旨都显示出，婚姻隐私、结婚和养育子女的权利与特别保护的基本权利具有同样的地位和重要性。”

同样地，哈伦大法官认为，康涅狄格州违反了“隐含在有秩序的自由概念中”的基本价值标准。独立于《人权法案》的第十四条修正案自由条款体现了我国社会的传统价值标准。婚姻隐私权就是传统价值观念之一。

审理“格里斯沃尔德案”的最高法院的多数意见认为，对一项如此侵犯受保护的婚姻隐私权的法律，不应根据理性基础检验予以维护。正如怀特大法官表示赞同意见时所说，当一项法律管制着“敏感的自由领域”时，法院就得对受第十四条修正案自由条款保护的基本权利行使严格的审查标准。如果受审查的法律得到维护，那么，这项法律必须为州的某一从属性的紧迫利益服务，而且必须没有比该法律温和的其他手段可供州采取。在“格里斯沃尔德案”的情况下，州在阻止婚外关系方面的利益不能使对婚姻关系施加无法容忍的限制成为合理的事，特别是考虑到已有现成的保护州的权益的反通奸和私通法。

“格里斯沃尔德诉康涅狄格州案”的裁定是牢牢地扎根在与婚姻关系有关的传统价值观之中的。“格里斯沃尔德案”所形成的隐私权基本上是州所承认的夫妻关系所产生的一种结社权利。因此，它没有提供依据把隐私权扩大到非婚姻性关系或一般的个人的性隐私活动。在“艾森施塔特诉贝尔德案”（1972年）中，朝着司法承认扩大性行为隐私权跨出了关键的一步。该案裁定马萨诸塞州禁止向未婚者发放避孕药和工具的法令是违宪的。尽管这个案例是在平等保护基础上裁决的，布伦南大法官却代表最高法院为隐私权脱离婚姻支柱提供了依据：“一对夫妇并不是一个独立的完全是一个心眼的实体，而是两个各有其不同才智和感情气质的个人的结合。隐私权首先是指已婚或单身的个人，在决定要不要生孩子这种对个人有重大影响的问题上有不受政府无端干扰的权利。”

在以7比2票否定了德克萨斯州关于除挽救母亲性命禁止堕胎之法律的“罗诉韦德案”（1973年）中，这一扩大了的个人隐私概念得到了充分体现。持非解释派立场的布莱克门大法官为最高法院写的判决书说：“这一隐私权，无论象我们所认为的那样，植根于第十四条修正案的个人自由和限制州行为的观念之中，或者象地区法院裁决的那样，植根于第九条修正案的由人民保留的权利之中，其范围都广泛到足以包含一个妇女作出是否中止妊娠的决定。”这一结论的根据是什么？布莱克门大法官列举了对简·罗这样的单身

女人如不让她能中止己所不欲的妊娠所可能造成的一切有害的后果。这就使很多评论家感到，布莱克门大法官在断言，某项利益对个人有重要意义，其本身就足以将其价值提到宪法的高度——至少在对有关利益的享有正在受到州政府行为的禁止或限制的情况下。

布莱克门大法官指出，个人隐私权并不是绝对的，而必须要从实施管理所涉及的州之利益的角度来考虑。鉴于该有关权利的基本性质和影响该权利的刑罚严重程度，只有关系到“州急需考虑的利益”时，州的制约才是合理的，而且州法的制定“必须完全只是为了体现关系重大的州的合法利益”。最高法院可能只是裁定禁止一切堕胎（为挽救母亲生命的必要情况除外）的得克萨斯州堕胎法规定得过了头，是违宪的，而布莱克门大法官却提出了一种三个月为一年分三期的检验。这一方法引起了激烈的批评。这种三期检查方法被视为以司法意见为幌子的成文法，因此，实际上是司法部门篡夺了立法机构的作用和权力。

布莱克门大法官运用严格的审查标准，一开始就贬斥了应该把胎儿的生命权利作为一种考虑因素的主张。他指出，对于第十四条修正案正当程序条款中的“人”这个词，宪法制订者的意思并不打算把未出生者包括在内。在谈到支持堕胎法的州的利益时，布莱克门大法官下结论说，母亲的健康是州的急需考虑的利益之所在，允许实施合理的堕胎规定，但只有在怀孕的头三个月之后。早于这个时间，堕胎引起的死亡率低于正常分娩引起的死亡率。在这头三个月里，“与病人磋商的就诊医生不受州法的制约可自由地确定，根据他的诊断，病人的妊娠应即中止”。然而，对“罗案”持批评态度的人士指出，为什么州不可以制定头三个月里的堕胎程序，以便增进母亲的健康呢？为什么只有死亡表才是至关重要的呢？

布莱克门大法官接着说，从胎儿能自然存活（即胎儿离开母体可独立生存）之日起的生命潜在性中有着政府的急需考虑的利益：“如果州关心保护已有成活能力的胎儿生命，它完全可以禁止在该期间堕胎，但需要保全母亲的生命和健康的情况除外。”然而，人们又会提出问题，为什么州在潜在生命方面利益只是在胎儿有成活能力时才变得“急需考虑”？诚然，立法机构可以合理地下结论说，潜在的生命起始于受孕之时。总之，根据“罗案”的三个月标准，得克萨斯州法显然管得过宽。

在伦奎斯特大法官看来，这个武断的皇帝显然没有穿衣裳。尽管他接受了这个前提，即第十四条修正案的自由保证包括了比《人权法案》中提到的还要多的权利，但他认为，对自由的保护只限于不经过正当程序不得予以剥夺。对社会和经济立法的裁定完全依据这项立法是不是“与有效的州目标有着一种理性关系”而定。例如，如果州法规定甚至连母亲生命垂危时也禁止堕胎，伦奎斯特大法官就会同意：这项法律是违反第十四条修正案正当程序条款的。因此，尽管伦奎斯特大法官摈斥多数票的理性准则，认为它是走“洛克纳案”的回头路，他并不一概反对根据正当程序条款进行实质性司法审查。实际上，他的批评锋芒所指是对州的急需考虑的利益实行严格审查标准和三期堕胎规定，因为这实际上使最高法院成为一名评判立法机构的立法政策是否明智的法官。

在“罗案”裁决后过了10年，最高法院被要求逆转其裁决。最高法院重申“罗案”原则，并拒绝采纳只对“过分限制”基本权利的法律作严格审查的做法。见“阿克伦市诉阿克伦生育卫生中心案”（1983年）。然而，把“罗

案”的原则运用到各种不同的法令方案之中，却引起了最高法院严贡的意见分歧。强制 24 小时等候期和作出各种知情同意条文规定，要求医生甚至在孕妇妊娠的头三个月里要向她们作特别说明的法律，都被驳回了。见“阿克伦市案”。另一方面，多数大法官维护要求提供堕胎时去掉细胞组织的病理报告的州法。鲍威尔大法官用一种听起来更象是采用特别的平衡法而非严格审查的方法的语调解释道：“以保护妇女健康和病理检查的较小的额外费用，两相权衡，我们不能说宪法要求一个州将其在健康方面的利益放在次要地位以便把堕胎费用降到如此最低程度。”见“堪萨斯市计划生育协会诉阿什克罗夫特案”（1983 年）。

最高法院驳回了一项州法，该法规定所有在怀孕后第四至六个月中堕胎者必须在医院里进行手术，驳回的理由是，“目前的医学知识”可确保至少有些堕胎手术可以在医院门诊部里安全地进行。要求住院动手术的规定对要求堕胎的妇女增加了额外的费用，从而“为要求堕胎的妇女”设置了“重大的障碍”。见“阿克伦市案”。在另一个案件中，有一项州法规定可在医院允许的持有医院特许证的诊疗所里进行怀孕四至六个月的堕胎手术。这项法律作为在保护妇女健康方面促进州的急需考虑利益的一种合理手段而得到了维护。见“西蒙普洛斯诉弗吉尼亚州案”（1983 年）。

审理“阿什克罗夫特案”的最高法院支持一项规定在堕胎时要有另一名医生在场的州法。见“阿什史罗夫特案”。在以 5 比 4 票重申“罗案”裁决原则的“桑伯格诉美国妇产医学院案”（1986 年）中，最高法院否定了这一规定，除非是紧急情况时要求这样做。被认为属强制性的披露和报告要求，以及把妇女置于医疗风险之下的护理标准规定，也遭到了否定。

1989 年，最高法院维护了对“罗诉韦德案”判决提出重大挑战的密苏里州堕胎法。见“韦伯斯特诉生育卫生服务处案”（1988 年）。该密苏里法被解释为，规定医生要对怀孕 20 周后的妇女检查其妊娠期、胎儿重量和肺的发育程度。最高法院裁定这些检查是合乎宪法的，只要他们有助于提供在堕胎前胎儿成活能力的辅助材料。密苏里州法院提出的 20 周时胎儿有成活能力的假设反映了在估计妊娠时有 4 周误差的可能性。因此，最高法院认为，密苏里州法从生命有成活能力时起，保护了潜在的人类生命。有人提出，成活能力检查费用对堕胎决定增加了不合理负担。最高法院驳斥了这种论点，宣称进行有益的成活能力检查是合理的规定，目的是在保护潜在的人类生命方面促进州急需考虑的利益。

由肯尼迪、伦奎斯特和怀特三位大法官形成的多数派本来是要推翻分三期检查之规定的。斯卡利亚大法官尽管也是取消该框架的支持者，却想完全否决“罗案”的裁定。使斯卡利亚大法官大为懊丧的是，一名新任命到最高法院的保守的奥康纳大法官保住了已经变得很脆弱的“罗案”的裁定。尽管奥康纳大法官承认“罗案”中提到的分三期的检查是“成问题的”，她还是给自己赞成维护密苏里州堕胎法的意见附加了条件：她说密苏里州的成活能力检查法并没有违反最高法院的先例，包括“罗案”在内。奥康纳大法官依靠坚持 *Stare decisis*（遵照先例）和司法约束的政策，拒绝“重新审查罗案”。她认为，审议密苏里堕胎法不需要作这种重新审查。

堕胎法中的判例法有相当大一部份围绕着由未成年人隐私权所提出的宪法问题。尽管最高法院一直承认“未成年人像成年人一样都受到宪法的保护，并拥有宪法权利”，但它还确立了这样的原则：“州控制儿童行为的权力超

过它控制成年人之权力的范围”。见“凯里诉人口服务国际案”(1977年)。因此，最高法院在审查限制未成年人使用避孕工具和进行堕胎的州法时，采用了比严格审查要宽松的标准。不过，在“凯里案”的裁决中，最高法院废除了关于不得向未成年人出售未经医生处方许可的避孕药物和工具的全面禁令，因为这项法律无助于促进在成年人情况下不存在的州的重大利益。同样地，在州法里不论何种情况都规定双亲对未成年孩子的堕胎决定具有“绝对的否决权”，这是违宪的。见“中密苏里计划生育协会诉丹福思案”(1976年)。另一方面，有些双亲或司法人士代替不成熟的未成年人表示同意，这是合乎宪法的。因此，在“阿什克罗夫案”中，最高法院维护一项州的法规，该法规允许少年法庭根据正当理由拒绝同意。但是，必须注意，最高法院规定正当理由应包括司法证据，证明该未成年人尚未脱离父母而独立生活，还没有成熟到能够作出她自己的决定，以及堕胎并不符合她的最佳利益。缺少这些规定的别人代替同意的法规被认定是违宪的。见“阿克朗布案”。

一项明尼苏达州的有关通知双亲的法规要求医生通知想要堕胎的未成年女孩的双亲，而且该法规没有司法“绕道的”规定，这是违宪的。要求通知双亲无助于州的合法利益，而且对怀孕的未成年人可能会产生不利影响——特别是通知那些离婚或分居的双亲，或虐待未成年人的或破碎的家庭。然而，明尼苏达州法规还规定，一旦通知双亲的要求被取消，那就实施一种司法“绕道的”规定程序。这一“绕道的”规定是符合宪法的，并挽救了该法规。司法“绕道的”规定程序能使未成年人向法院表明，她已成熟，能作出知情选择；或者可让她表明通知双亲并不符合她的最佳利益。因此，“绕道的”规定程序弥补了在相反情况下会使法规违宪的缺陷。见“霍奇森诉明尼苏达州案”(1990年)。

一项法规确定，凡医生对未婚女孩实施堕胎即为犯罪，除非事前通知她双亲的一方或通知少年法庭。该法规是符合宪法的。司法“绕道的”规定条文再一次允许未成年人可以堕胎，如果她能表明具有必要的成熟程度，或表明双亲一方的虐待情况。“绕道的”规定条文提供给未成年人的机会符合宪法的要求。见“俄亥俄州诉阿克伦生育卫生中心案”(1990年)。

对“罗案”中确立的隐私权的重大制约表现在关于堕胎费用的案件中。裁定宪法的隐私权限制了州限制妇女堕胎决定的权力，这是一回事。然而，要说这一权利不仅受到保护，而且对于贫困妇女州也有义务使该权利生效，那就是另一件事了。因此，在“马尔诉罗案”(1977年)中，鲍威尔大法官代表最高法院裁定，州不承担宪法义务向领取州福利金者提供用于堕胎的公共费用。这是千真万确的，即使州为正常的分娩提供基金，“康涅狄格州的规定对孕妇堕胎没有设置任何——绝对的或其他的——障碍。康涅狄格州决定支付分娩费用并没有使想要堕胎的贫困妇女蒙受损失。尽管该州可能想使生孩子比堕胎成为更有吸引力的抉择，但它对妇女决定中止其早期妊娠不作任何限制”。但是，持不同意见的布里南大法官说：“至关重要是的，州压制了〔贫困妇女〕在免受州干预情况下作出抉择的基本权利”。持异议者认为，对妇女施加财政压力鼓励她们生孩子一事构成了一种制约，使得行使权利更为困难，因而侵犯了“罗案”确定的基本权利。

“马尔诉罗案”的原则，在“哈里斯诉麦克雷案”(1980年)的判决中更向前推进一步。“海德修正案”甚至禁止用联邦经费支付医疗上必要的堕胎费用。斯图尔特大法官援引了“马尔案”的原则，代表最高法院判决说，

“海德修正案”没有对决定中止妊娠的妇女设置任何政府障碍，而是通过对堕胎和其他医疗服务提供不是一视同仁的津贴来鼓励被认为符合公共利益的其他活动”。简言之，“罗案”的权利不包括“享有财政资助之宪法权利，以便她能充分利用各种受到保护的抉择”。与多数大法官持不同意见的布伦南大法官反对这一看法，他说，无论“从用意或效果看”，政府是在迫使不想生孩子的贫困妇女生孩子。持异议的史蒂文森大法官也对上述看法发表了反对意见：政府没有在给予医疗补助时采取一视同仁的标准：“如果一名妇女拥有某项宪法权利，那么，对该项权利之行使不得构成剥夺她本应享受的〔医疗〕补助之依据。”政府既已决定向贫困妇女提供必要的医疗补助，就不能对行使一种毕竟受到保护权利的人拒绝给予补助，而同时又说自己是符合宪法的。审理“哈里斯诉麦克雷案”的多数大法官不同意该意见。

“韦伯斯特诉生育卫生服务处案”（1989年）清楚地表明，根本没有硬性规定使州承担义务来实施堕胎判决——除挽救母亲生命所必需者外，禁止用公共雇员和公共设施进行堕胎的密苏里州法得到了维护。各州并没有义务投入任何人力物力为堕胎提供方便。

最高法院迄今为止驳回了种种想把保护避孕和堕胎选择的隐私权扩大到性行为隐私或普通的个人人身自由问题之中去的企图。“鲍尔斯诉哈德威克案”（1986年）明确地维护了一项把鸡奸列为犯罪行为的佐治亚州法，一名在他个人家中从事同性恋活动的同性恋者对该法的合宪性进行了攻击。正当程序规定并没有赋予同性恋者从事鸡奸的基本权利。在最高法院审理“鲍尔斯案”时，24个州和首都华盛顿都制定了惩办鸡奸罪的法规。因此，争辩说同性恋行为“深深地植根于我国历史和传统之中”或“包含在有秩序的自由的概念之中”的论调，是毫无根据的。应当“努力反对扩大”合法程序的“实质性范围”。在解决了基本权利问题之后，佐治亚州的反鸡奸法被作为州公民的一种有理性基础的道德选择而予以维护。在“罗诉韦德案”中，最高法院对隐私权可被扩大到包括个人爱怎么用自己的身体就怎么用的无限制的权利，表示怀疑。最高法院在“鲍尔斯案”中对私下同性恋关系的处理确认了这种怀疑。

（三）婚姻和家庭权利

最高法院声称：“本法院始终认为，个人对婚姻和家庭生活方面的选择自由是受第十四条修正案正当程序条款保护的自由之一”。见“克利夫兰教育委员会诉拉费勒案”（1974年）。当某项法律对行使在婚姻和家庭生活方面的主要抉择有严重限制时，采用理性审查标准是不恰当的，而应采用较严格的审查标准。

因此，在“穆尔诉东克利夫兰案”（1977年）中，最高法院称：“当政府干预有关家庭生活关系的选择时，本院必须仔细地审查该项受到质疑的法规所促进的政府利益的重要性，以及它在多大程度上促进这些利益”。这一审查标准听起来更象是中间层次的审查标准而不象严格审查标准，最高法院采用这一标准废除了一项将一套住宅的占用者限于单一家庭成员的法令。在给家庭下定义时采取了不允许祖母和孙儿女生活在一起的方式。在“穆尔案”中，代表多数意见的鲍威尔大法官没有援引隐私权，而采用实质性正当程序法来保护“家庭权利”。

鲍威尔大法官指出，“穆尔案”的种种事实不同于“洛克纳案”，它们涉及到我国社会的基本价值观念。“我们的裁决确认，宪法保护家庭的神圣

性，这恰恰是因为家庭形式深深地植根于我国的历史和传统之中。正是通过家庭，我们反复灌输和代代相传很多我们最珍视的道德和文化价值观念”。这一宪法保护并不限于小家庭。大家庭的传统“具有同样令人尊敬的根源，同样应得到宪法承认”。

在“穆尔案”中，克利夫兰市试图为它的住房占用限制条例辩护，说那是一种合理的手段，目的是防止住户过于拥挤，以免随后对社区形成负担。尽管目的是合法的，但条例对实现此目的所起的作用是微乎其微的。例如，鲍威尔指出，这项条例允许丈夫、妻子和未婚子女住在一起，“即便这个家庭内有五六个人有开车执照并各有自己的汽车。”在“穆尔案”中，4名持不同意见者对鲍威尔采取的实质性正当程序方法论的司法能动主义以及由此而得出的结论，提出了质疑。怀特大法官发表反对意见时称：“由多数大法官采用的法官制定的宪法法律过份地干预国会和州议会变化中的社会秩序作出反应的能力”。他警告说：“深深地植根在我国传统之中的东西指什么，值得商榷；其中有哪些应与得到正当程序条款的保护更是有争议的”。持不同意见的斯图尔特大法官问道，在与亲戚同住一起问题上所涉及的个人利益是不是要提到宪法的高度。“把这一利益和对结婚、生育与抚养孩子的基本决定等量齐观，那就是把正当程序条款的有限的实体界线扩大到面目全非的程度。”

在“万克尔·H和维多利亚·D诉杰拉尔德案”（1989年）中，有一项加利福尼亚州法律确定这一假设，即一个与丈夫同居的已婚妇女所生的孩子，只要她丈夫不是阳痿或不育，就应是婚姻的产儿。该州法顶住了一项根据实质性正当程序提出的要求而得到维护；虽然对推定生父进行血检表明他作为父亲身份的概率为98.07%，生父已与孩子建立起一种父亲与子女的关系，而且生父已提出要求被确定为私生子生父的诉讼，以便确定父亲身份和拥有探视权。斯卡利亚大法官代表最高法院撰写的多数大法官的意见书驳回了生父的实质性正当程序要求。斯卡利亚大法官说，具有决定意义的是，州实际上并没有授予这个“孕育和出生在一个希望尽养育责任的未破裂婚姻结合体中的孩子的生父”以实质性的父亲权利。迈克尔·H未能证明这是一项自由利益。处于迈克尔·H和他的已婚情人情况的人，从未“按照我同社会的历史惯例被视作一个受保护的家庭单元”。

斯卡利亚大法官在“迈克尔·H”案件中本想走得更远，提出对实质性正当程序作一种新的和限制性的检验。他在只得到首席大法官伦奎斯特赞同的脚注中说，为确定一项权利是否对实质性正当程序目的至关重要而进行的调查，应当“在一个最具体的级别上进行，在此级别上，可以辨明对断言的权利给予保护，还是拒绝给予保护的一种相关的传统”。他认为，有这么一种特定的传统，它“绝对地”拒绝保护像迈克尔·H那样的父亲。

另一方面，结婚的权利作为一种正当程序已经得到司法承认。因此，在“洛文诉弗吉尼亚州案”（1967年）中，根据平等保护和正当程序的理由，一项禁止不同种族之间通婚的州法被废除。首席大法官沃伦说：“婚姻自由从来被认为是自由人有序地追求幸福必不可缺的个人的主要权利之一。婚姻是与我们的存在和生存休戚相关的‘人类基本民权’之一。”这项权利十分重要，是不能受旨在达成有害的种族歧视的法规的限制的。类似的问题往往由最高法院根据平等保护原则而非正当程序规定加以解决。见“扎布洛基诉雷德黑尔案”（1978年），在该案中赞同裁决的斯图尔特大法官把最高法

院运用平等保护原则说成“无异是换个名字的实质性正当程序罢了”。确定用哪一个条款的取舍标准并不十分明确。

（四）受照管和保护的權利

正如堕胎资助案例所表明的那样，最高法院一般坚持政府方面不承担确定的宪法责任来实施这些权利。但是，人民有得到政府照管和保护的權利则间或得到认可。在州对某一个人进行监护的具体情况下，根据正当程序条款，政府有责任采取措施负责对这个人的照管和保障他的福利。“扬伯格诉罗密欧案”（1982年）裁定，被强制收容到州弱智收容所的严重弱智的人拥有某些实质性正当程序权利。在州收容了这么一种完全依赖别人的人之后，州就有责任提供某些服务和照料。在州看护下的这种人拥有一种需与有关的州利益均衡的自由利益。在“扬伯格案”中，自由利益要求州提供“起码的或合理的训练以确保安全和免遭不公正制约的自由”。在这种情况下，医务专业人员的诊断一般是有效的。只有当情况表明“极大地偏离了公认的专业诊断”时，上述诊断才依法取消。

伦奎斯特最高法院一直不愿意使“扬伯格诉罗密欧案”的分析涉及的问题过广。因此，当该州未能保护一个孩子免遭其父亲的肉体折磨时，并没有被裁定剥夺了这个孩子的“自由”。有关这个孩子遭虐待的不平之鸣纷纷报知县的社会服务部。然而，甚至在这个孩子遭到他父亲的严重殴打以至脑部受到永久性损伤后，该州还被裁定，该州所负的责任并没有到违反正当程序的严重程度。首席大法官伦奎斯特说，与“杨伯格案”不同，这个孩子所遭受的伤害不是发生在州看护期间，而是发生在他的生父看护的期间。虽然县的社会服务部曾调查这件案子，或许本可以把孩子弄走，但这个孩子并不享有政府必须给他帮助的权利。这个父亲的行动并不代表州政府：“尽管州可能知道乔舒亚在自由世界里所面临的种种危险，但州既没有参与制造这些危险，也没有促使他更容易遭受这些危险。”持不同意见的布伦南大法官声称，最高法院不理解“无动于衷会与采取行动滥用权力如出一辙；一个州先是承担某项重要职责，随后又置诸脑后，就会导致压迫行为。”见“德沙内诉温纳贝格县社会服务部案”（1989年）。

（五）拒绝治疗的权利

个人在拒绝己所不欲的治疗方面具有重要的正当程序自由利益。然而，对州的管理利益的考虑有时可能压倒了减轻对被保护自由利益之妨碍的考虑。例如，一个州如果下令对一名神经错乱、严重伤残和可能严重伤害他人或其财产的犯人强制服药的话，并没有违反实质性正当程序。在监狱的这种规定和据称是这种规定之依据的政府利益之间有着确凿的理性关系。除强制服药外别无他法的情况也提供了额外的证据，说明州政策的合理性：“正当程序条款允许州对一名患严重精神病的监狱犯人强制服用安定剂，如果这名犯人危及其本人或他人，同时这种治疗对犯人治病是有利的。”见“华盛顿诉哈珀案”（1990年）。

一个人有“死亡的权利”或至少有拒绝保命治疗的权利吗？这一难题是在下述情况下提出的：一名年轻妇女是车祸受害者，她的双亲要求密苏里州法院下令撤除对他们女儿的人工喂养和输液设备，因为显然“她已完全不可能恢复她的认知功能了”，但他们的努力没有获得成功。伦奎斯特首席大法官代表最高法院裁定，州得按宪法要求获得足以表明患者本人要求撤掉维持生命的治疗的明确和令人信服的证据。一个病人在拒绝己所不欲的医疗方面

有着重要的自由利益。但是，州在保全人命和维护选择生死的个人意志方面也有其利益。这些州的利益足以证明实行强化证据标准是正确的。这种标准既防止滥用职权，也促进更准确地查明实情，还反映出决定撤掉救命保障设备的重要性。见“克鲁赞诉洛杉矶卫生局长案”（1990年）。

“克鲁赞案”说明，根据宪法，不要求州在这类问题上给予除病人以外任何人以决定权。按照宪法，州无义务接受即便是亲密的家庭成员代替病人作出的决定。最后，最高法院注意到，不要求它解决以下问题：如果有证据明确地认定，病人要该代理人作出决定撤掉对她的生命保障设备的话，州是否需要尊重该代理人的决定。

（六）其他基本权利

宪法对个人在堕胎、避孕、婚姻和家庭生活等方面作出的决定所提供的保护表明了一项普遍的原则，即对个人基本权利有严重限制的法律都得接受较严格的司法审查。本书后面关于第一修正案各项自由的章节也将反映出这一原则，这些自由通过第十四条修正案正当程序条款应用于各州。这一基本权利原则还被用来保护可从宪法文本中公正地引伸出来的权利，和司法上产生的权利，例如州际旅行权利。见“夏皮罗诉汤姆逊案”（1969年）。最后，基本权利原则为按照平等保护条款严格审查政府行为奠定了基础。

第三节程序性正当程序

实质性正当程序用于决定政府所能采取的具体措施。程序性正当程序则要过问政府行事的方式以及它所采用的执行机制。当政府剥夺一个人的已经获得的生命、自由或财产利益时，第五条和第十四条修正案的正当程序条款要求程序上的公正性。检验政府程序的适宜性，要问两个问题。其一，生命、自由或财产利益是否受到威胁？其二，为确保公平处理，必须采用何种程序？

一生命、自由和财产利益

有个时期，当政府赋予的利益或特权而非宪法权利遭到拒绝时，要求做到程序公正的正当程序规定并不适用。见“麦克利夫诉新贝德福德市长案（1892年）”〔一名警察由于从事政治活动而被解雇被裁定纯属政府决定之事〕。但是，随着越来越认识到政府行为对个人的不利影响，这种把权利和特权两相分开的做法渐渐为人们所不接受。今天，不论一项利益是权利或特权，当它遭到有意拒绝时，必须实施程序性的正当程序。见“戈尔德贝格诉凯利案”（1970年）〔“根据宪法提出的问题不能用公共援助利益乃是‘一种特权而非权利’来回答”〕。此外，政府不能提出以放弃宪法权利作为接受公共利益的条件（即违宪条件理论）。

但是，这并不意味着，无论何时政府行为有意拒绝某项重要的利益，正当程序都适用。实际上，对“生命、自由或财产”的名词近年来越来越作狭义的解释。其实，很多评论家声称，最高法院已通过对“自由”和“财产”两个名词作高度狭义的解释恢复了把权利和特权两相分开的做法。

（一）财产利益

“财产”包括范围很广，指重要的、法律上承认的所有权利益。今天，界定财产的主要概念就是“依法应享有的权利”。一旦政府承认某人合法地享有某项利益，这就形成了一种可期望的情况：这项利益不得任意被中止。一项财产利益遂告成立。但要注意，依法应享有的权利仅仅适用于“目前享有的”权利或利益；正当程序并不保护申请获得利益的人。见“州立学院校务委员会诉罗思案”（1972年）。

通过把“罗思案”与“佩里诉辛德曼案”（1972年）进行比较，可认清依法应享有的权利所起的重要作用。在“罗思案”中，最高法院裁定，按照固定一年期限所雇用的州的非终身职务的教师可予以解雇，无需说明理由或听取意见。斯图尔特大法官代表最高法院裁定，该教师不拥有财产利益，并强调说，至关重要是“受到威胁的利益的性质”，而不是它的份量。他解释说，财产利益的“形成及其范围的界定靠的是现行的基于独立来源（如州法）的规则或谅解，即获取某些利益的支持依法享有这些利益之权利要求的规则或谅解。”在这一案例中，没有契约条文规定要重新雇用罗思；州没有任何法规、大学也没有任何规定“确保他重新被雇用”或“使他具有要求”被重新雇用的“合法权利”。简言之，州没有确立任何称得上是财产利益的依法应享有的权利。

在其姊妹案件“佩里诉辛德曼案”（1972年）中，最高法院在“学校正式的《教职员指南》”中，发现了可被合理地解释为产生一种事实上终身制的这一依法应享有的权利。斯图尔特大法官说，财产利益可来自支持应得权利要求的“相互之间的明确的谅解”。因此，一个教师按一连串的为期一年的

合同被连续地雇用了 12 年后，他可以试图证明，这个学院尽管没有实行正式的终身制，但实际上已创设了一种相当于终身制的“非成文的普通法”。

在其他的案例中，对“财产利益”的认定是根据政府采取的下列行动：协助讨债〔见“斯奈业达奇诉贝维尤家庭金融公司案”（1969 年）（工资扣押）〕；或协助作判决前的没收〔见“北佐治业整修公司诉迪切姆公司案”（1975 年）（使用和享用物品）〕；或中止法定的福利费〔见“戈尔德贝格诉凯利案”（1970 年）〕；或强制从州保证的教育机构休学 10 天〔见“戈斯诉洛佩斯案”（1975 年）〕；或中止被公共部门雇用〔见“佩里诉辛德曼案”（1972 年）〕；或吊销一名司机的执照〔见“贝尔诉伯森案”（1971 年）〕；或取消州确定的一项诉因〔见“洛根诉齐默尔曼刷制品公司案”（1982 年）〕。

当该州创设了一项利益，但又规定了中止该利益的各种程序，或以其他方式对该利益附加条件时，对“财产”解释之麻烦随之而来，尽管一个州可以自由地规定对一项要求作种种限制，但确定这一附加条件的要求是不是构成一项“财产”利益则是司法部门的职能。例如，当州对公共部门雇用人附加的条件扩大到州可以任意地而非“事出有因”地中止雇用，这种雇用被裁定不构成财产利益。见“毕晓普诉伍德案”（1976 年）。但在“克利夫兰地方教育委员会诉劳德米尔案”（1985 年）中，州法规定分类的公务员无“渎职、违法或失职行为”者都可保住其职位，该州法被裁定创设了一项被继续雇用的利益，即使州规定了中止雇用的程序。怀特大法官代表最高法院强调说，实质性自由或财产权利的问题是程序性问题不同的：“正像生命或自由那样，‘财产’是不能靠规定剥夺它的程序来界定的。”哪些程序是正当的问题乃是一个宪法问题，不是州的法规所能决定的。

（二）自由利益

“自由”的概念远比财产的概念更难确定，它体现了植根于我国法制中的自由的原则。最高法院说，自由“不仅指免除对肉体的约束，而且指个人有权签订契约，有权从事任何一种普通谋生职业；有权获取有用的知识；结婚、建立家庭和抚养孩子；受自己良心的支配崇拜上帝，以及普遍地享有历来被认为是自由人和平地追求幸福所必不可少的那些特权。”见“迈耶诉内布拉斯加州案”（1923 年）。用这段话作为指导原则，自由利益一般地属于下列各范畴之一：（1）免除肉体制约的自由，或“人身自由”；（2）实质性的宪法权利；（3）其他基本自由。

当人身自由因被拘押、投入监狱而受到限制时，或当人体的完整性受到破坏时，自由利益就受到了妨碍〔见“英格拉姆诉赖特案”（1977 年），教师对学生的体罚〕。因此，宪法对刑事审判制度和少年犯审判制度中的被告授予广泛的程序性保护。当州要求撤销假释〔见“莫里西诉布鲁尔案”（1972 年）〕或缓刑〔见“加农诉斯卡尔佩利案”（1973 年）〕时，正当程序必须予以贯彻。强制送入精神病院需经正当程序。见“阿丁顿诉得克萨斯州案”（1979 年）〔有需要送入精神病院的“明确的和令人信服的”危险性的证据〕；“帕勒姆诉 J·R·案”（1979 年）〔双亲把孩子送入精神病院涉及到受保护的自由利益，需要公正的事实调查人断定，符合入精神病院的条件〕。把一名在押犯人转送到精神病院必然有损其身心并需遵循强制性治疗程序，这要求有书面通知和举行一次有广泛的程序性保护的听证会。见“维泰克诉琼斯案”（1980 年）。

然而，最高法院表明，并不是每一桩“可悲地损害”犯人的事例都牵涉到自由利益。一旦正当程序得到满足，一个人被关进监狱后，自由就已经受到重大的制约，而随后的对犯人的不利行动就不一定构成对自由的重大剥夺。因此，把一个犯人转送到另一个拘禁之处〔见“米春诉法诺案”（1976年）；“奥利姆诉若木和名案”（1983年）〕；或在释放前撤销酌情给予的假释〔见“杰戈诉范库伦案”（1981年）〕；或在行政管理上隔开犯人〔见“休伊德诉赫尔姆斯案”（1983年）〕，这一切都被裁定并不涉及需要按正当程序

序条款规定的程序处置的自由利益。

同样地，在“肯塔基矫正处诉汤普森案”（1989年）中，最高法院裁定，肯塔基州监狱控制探监的条例规定中止某些探视人的探监特权，并未构成自由利益问题。监狱条例不能创设任何依法应享有的权利。这些条例也没有通过强制性语言造成一种“实质性依据”，使犯人们有理有据地期望会允许来探视。拒绝特定的探视人探监完全是属于与监禁有关的限制范围内的事。

另一方面，州法可规定在监狱当局对犯人采取不利的行动前，使犯人具体享有按指定程序受审理的权利。见“格林霍尔茨诉内布拉斯加刑事和矫正中心犯人案”（1979年）〔够条件假释的在监犯，在找不到规定的拒绝假释的理由时给予假释，这一法规产生了一种依法应享有的权利〕。

自由还包括所有被并入的权利（例如，表达自由和宗教自由），以及那些从宪法中引伸出来的或从宪法的字里行间推断出来的权利（例如，结社和信仰、隐私）。如果一名公务员由于行使言论权利而被解雇，则自由受到妨碍，需要程序的公正性。见“佩里诉辛德曼案”（1972年）〔但参见“芒特希尔锡市学区地方教育委员会诉多伊尔案”（1977年），该案表明，如果该公务员是因可容许的原因被解雇的话，则无需正当程序〕。当中止双亲对他们孩子的护理、看管和管理的权利时，就需要正当程序。见“桑托斯基诉克雷默案”。（1982年）〔在中止双亲权利之前，需要有“明确的和令人信服的”证据表明他们已不宜做双亲了〕。简言之，在政府的行为使宪法权利受到严重限制的情况下，必须采用正当程序。

最后，正当程序“自由”包括很多有关个人自立和作出抉择的基本利益。正是在这一方面，自由的含意是最含糊的，往往引起与“财产”利益在概念上的严重混乱。从一个具体的工作岗位上解职，可能不涉及财产权利；但是，政府拒绝一个人从事社区共同职业的行动就很可能牵连到正当程序自由的问题。见“州立学院校务委员会诉罗思案”（1972年）。中止一个人的开业能力可能不仅涉及财产利益，而且涉及自由利益。

最高法院对名誉利益的审理最能说明这一自由和财产界线模糊区内的混乱情况。早先的案例表明，当政府行为“玷污”一个人、损害她的名声、名誉、荣誉或人格时，自由条款规定必须实施正当程序。参见“威斯康星州诉康斯坦丁诺案”（1971年）等条例〔公开张贴因饮酒过度而引起问题的人的姓名〕。但是，在“保罗诉戴维斯案”（1976年）中，最高法院表明，只是损害名誉时无需正当程序。

“保罗诉戴维斯案”所涉及的名誉损害起因于警察局散发告示，认定戴维斯是一名“惯偷”。实际上，戴维斯虽曾被逮捕过，但随后就无罪释放了。戴维斯没有在州法院就毁誉事起诉，而在联邦法院起诉，声称触犯了他的正当程序权利，因为在散发告示之前没有举行有关指控罪名的听证会。最高法

院以 5 比 4 票驳回了这种要求，即“除了某些象就业之类的更实际的利益外，单单就名誉来说，它本身不是‘自由’利益就是‘财产’利益，足以求助于正当程序条款的程序性保护”。伦奎斯特大法官代表最高法院指出，利益之所以能具有自由或财产的宪法地位，“是因为它们起先已被州法认可并得到州法的保护”。伦奎斯特大法官解释说，“康斯坦丁诺案”中的公开张贴姓名改变了原告购买烈性酒的合法权利。在目前的案例中，警察局的行动既没有构成“剥夺州法或联邦法所承认的任何‘自由’或‘财产’利益，也没有改变按州法所承认的被告的法律地位。”

从字面上看，“保罗诉戴维斯案”把“自由”限于宪法权利和人身自由。除了这些利益外，只有州创设的依法应享有的权利（即“财产”）才可求助于正当程序保证。或许，保罗案可能只不过反映了最高法院从联邦制角度对维护州创设的诉讼理由的关切——伦奎斯特曾提出警告，不要把“第十四条修正案变成侵仅法的根源，强加于任何州可能已经实行的制度之上”。

二 正当程序

最高法院在确定了某项自由或财产利益受到严重限制后，它必须进而评估需要采用什么样的程序，以便保证根本的公正性。回答这个问题主要取决于有关的具体事实背景，例如：福利、监狱、学校。对于宪法法研究者来说，重要的问题是要理解法院在提供答案时所采用的方法。要记住，什么程序是正当的乃是一个靠法院解释“正当程序”含义来回答的联邦宪法问题。州已规定中止某项利益的程序这一事实并不是确定联邦宪法的要求的决定性因素。见“维泰克诉琼断案”（1980 年），“洛根诉齐默尔曼刷制品公司案”（1982 年）；“克利夫兰地方教育委员会诉劳德米尔案”（1985 年）。比较“阿尔内特诉肯尼迪案”（1974 年）（多数大法官意见）。

正当程序条款推翻州所下定义的办法之一，是运用决定性推定学说。一项法规，在它令人信服地推定有某些事实的存在，而这些事实允许把某些人归入某一分类，并使他们承受别人不承受的重负时，就产生了决定性推定。决定性推定学说认定，由于该推定可能不是对该分类的每一个人都有效，不让人有机会对该推定提出质疑是违反正当程序的。在重要的个人正当程序利益受到威胁时，必须提供机会进行各别听证，以便对该推定提出质疑。例如，地方教育董事会的规则规定每个怀孕的教师在预产期前的几个月要休临产假，假期内不付薪水，该规则就违反了正当程序。为了符合正当程序，各别的决定是必要的。见“克利夫兰地方教育委员会诉拉费勒案”（1974 年）。最高法院的多数意见认为，决定性推定学说并不是起源于程序性正当程序的需要。相反地，该学说的基础是法律所确定的分类和决定该分类的政策（即平等保护）之间缺乏一致，或对政策本身的质疑，例如实质性正当程序。见“迈克尔·H 和维多利亚·D 诉杰拉尔德·D 案”（1989 年）。

尽管最高法院没有就支持正当程序审查的价值标准和目标作出系统的指导，但首先强调了确保政府决策的准确性和避免武断性。见“科德诉韦尔杰案”（1977 年）〔由于被解雇造成名声被玷污，而认为根据正当程序规定有要求举行听证会权利的雇员必须断言对他的指控是虚构的〕。评论家们说，这一方法过分地缩小了司法审查的范围；正当程序审查还应重视程序价值标准，诸如个人尊严、参与和平等对待。一旦确定正当程序利益已受到不利的影响，在不是紧急情况下，个人至少有权要求合理地注意到他的要求和就他的要求举行某种方式的听证会。

提供超出这一最低限度的程序性保护的範圍，取决于权衡下列两方的利益，即赞同即决裁定的利益和个人在附加的程序性保护方面的利益。见“戈斯诉洛佩斯案”（1975年）。法院在作出这权衡决定时，采用了在“马休斯诉埃尔德里奇案”（1976年）中所形成的三部份检验法，主要考虑以下因素：

第一，受官方行动损害的私人利益；第二，通过所采用的程序造成错误地剥夺该利益的危险，以及附加的或替代的程序保护的可能价值，如果有这方面的价值要考虑的话；最后，政府的利益，包括有关的职能，以及附加的或替代的程序法规定所造成的财政和行政负担。

最高法院在“马休斯诉埃尔德里奇案”中，就中止伤残补助金问题运用了上述标准，发现与“戈尔德贝格诉凯利案”有很大的不同，在后一案例中，最高法院要求中止按照对有子女家庭补助计划应享受的福利补助金之前，要提供广泛的程序性保护和举行一次听证会。第一，对有子女家庭补助计划的补助金是根据需要，而确定伤残补助金却根据与工人经济需要无关的调查结果；因此，很可能要求伤残补助申请人并不那么困难。第二，中止对有子女家庭补助计划的补助金要根据很可能出错的社会工作者的决定。另一方面，确定继续享受伤残补助则要靠具有较大准确性的医学上的决定。最后，在伤残补助案件方面举行全面的行政听证会，那就要从不足的资源中拨出大笔费用，结果很可能减少补助金。

采用上述权衡方式所涉及到的成本与收益计算法也见诸实施处分的案件，最高法院对学生违法案件所作的处理。“戈斯诉洛佩斯案”（1975年）涉及到给行为不端的学生停学10天的处分，在审理此案的过程中，最高法院就两个方面作了权衡，一方面是通过迅速和有效的制止不端行为的行动来维护学校纪律和程序的必要性；另一方面是因学生受到即便是短短10天的停学所蒙受的耻辱和课业损失，至少最低限度的停学前的程序保护是需要的，即对指控作出解释和给予一次非正式的答复机会。

最高法院在“密苏里大学管理委员会诉霍罗威茨案”（1978年）中甚至在更大程度上表现出不愿意过分地干预学校管理和把学校的程序提到宪法的高度。夏洛特·霍罗威茨因在临床课程中表现欠佳和过分注意个人卫生，未能从医科学校毕业。尽管最高法院承认霍罗威茨处境很困难，但它拒绝了她提出的亲自出席学校管理委员会会议为其利益辩护的要求。最高法院一致裁定，给她一次申诉机会并允许她以书面形式向上陈述自己的情况，这已满足了正当程序的要求。但是，最高法院在所采用的程序是否符合宪法要求的问题上意见并不一致。伦奎斯特大法官代表最高法院强调了学生评估和事实调查之间的差别，以及裁决的敌对性特点，他的结论是“学校超过了〔宪法规定的〕正当程序”。马歇尔大法官对裁决表示赞同，但反对伦奎斯特的“附带意见：认为被告无权利得到她所得到的那样多的程序保护”。他转而把目前的案件与“戈斯案”作了比较，强调个人受伤害的严重程度和学业评估方面出错的危险，以及与“戈斯案”相比，在纪律和秩序方面不存在任何政府的利益。

当一名正接受药物治疗、神志不清的病人被州精神病院当作“自愿”住院者接纳，而据说州政府雇员早该知道情况并非如此时，州政府雇员未能遵循有关强制精神病人住院的州的法定程序，这就足以按照正当程序条款提出要求。在这种情况下，采取剥夺权利后的补救办法是不够的，正当程序要求必须在剥夺权利前给予一次适当的申诉意见的机会。见“齐内蒙诉伯奇案”

（1990 年）。

但是，如果州的一项政策确定了一种非司法程序，规定由医务人员决定强制精神病重犯服用安定药物，则这项政策并不违反程序性的正当程序。尽管犯人享有避免服用己所不欲的安定药剂的重要的自由利益，但是，州的程序是符合正当程序的，因为该在监犯人对监狱环境的安全构成了威胁。根据这种程序，把有关情况通知了犯人，犯人有权利盘问见证人和有机会参加听证会。由于医务人员将会作出治疗决定，一项明确的和令人信服的标准是没有必要的，制定这种标准也无用处。见“华盛顿诉哈珀案”。

尽管“马休斯诉埃尔德里奇案”的权衡检验是正当程序要求的一项客观的措施，但上述案例表明实际上牵涉到的主观价值标准的选择。此外，很多评论家认为，在最高法院的权衡标准中带有贬低宪法权利内在价值的功利主义的偏见。运用这种标准可以振振有词地不去理会政府行为对特定个人的影响，并一般地把着重点集中在原告一方。最后，在评价最高法院为客观地估量行政行动的代价和利益所做出的努力时，又出现了一个严重问题：法院对受到威胁的相互对立的利益，有无能力进行权衡。

第六章 平等保护

第十四条修正案保证：“任何一州，都不得制定或实施拒绝给予其管辖下的任何人以平等法律保护的法律。”虽然没有相应的条款适用于联邦政府，但第五条修正案的正当程序条款对联邦政府施加了同样的限制。见“博林诉夏普案”（1954年）。虽然人们一直认为，平等保护条款只是为了要求平等实施法律，但现在的既定情况是，该条款成为平等法律的一种保障，即可以对法律本身是否违反平等保护原则提出质疑。

但这种平等保护权的性质是什么呢？该条款不能成为一种防止法律分类的禁令，因为对处境不同的人和事进行不同的处理对于制定法律是至为必要的。法律规定，对于男人和女人，成人和儿童，外国侨民和本国公民，不必总是给予相同的待遇。但也很明确，不能任意给予这些类别的人以不同的待遇。法院的答案一向是，法律相对于法律目标而言，必须是“合理的分类”，是一种将法律目的方面处境相同的所有人都包括在内的分类。”见图斯曼和坦布鲁克著：《平等的法律保护》，《加利福尼亚法律评论》第37卷第341页（1944年）。

在对政府分类的合理性提出这一总要求的过程中，最高法院采用了三种不同的审查标准。在沃伦法院时代，最高法院形成了一种双重平等保护审查制度。在大多数社会经济案件中，最高法院使用一种传统的合理性标准。如果分类与许可的政府目的关系合理，就达到了平等保护的要求。但是当一项法律故意利用一种“可疑的分类”或当一种分类严重干扰一项“基本权利”的行使时，就实行严格审查标准。这就要求政府证明，这种分类是政府切身利益所必需的；必须证明找不到别的不那么苛刻的替代办法。在伯格法院年代，出现了第三种方法。这种“中级的”审查标准大多用于性别和非婚生案件（准可疑的分类）中，它要求分类必须与一种重要的政府利益具有实质性的联系。

实际上，伦奎斯特法院可能正在趋向于放弃一种刻板的三重平等保护审查方法。从根本上说，平等保护法律主要是制定出法律分类的司法审查的标准。有一个时期好象会出现一种更不确定的“合情合理性”标准，根据这种标准，司法审查的程度将是不同的，取决于具体阶层（或分类特点的性质，例如种族、性别、年龄）、分类造成的负担的沉重程度和支持分类的政府利益的性质（例如国家安全和外交事务将提高司法尊重的程度）。见“罗斯特克诉戈德伯格案”（1981年）〔确认只有男性进行服兵役登记〕。各位最高法院法官——马歇尔首席大法官、斯蒂文斯大法官、伦奎斯特首席大法官——不时提出，实际上只有一种审查标准，司法审查的程度应当随歧视的性质和对基本利益干扰的严重性而变化。这些后来的变更或对三重主题的背离是否将得到最高法院多数法官的同意不能肯定。目前，三重法仍是主导的方法。

第一节传统的平等保护

传统的平等保护审查法有两个特点，一是司法部门极度的自我约束，二是在司法部门与立法机构的关系问题上，明显地倾向于限制司法部门的作用。最高法院在制定传统的平等保护标准时，偶尔是根据一种分类是否建立在某种同立法目标有着“相当大的实质性关系”的基础的某基础上〔见“F.S. 罗伊斯特鸟粪公司诉弗吉尼亚州案”（1920年）〕，但最经常使用的标准要求质疑方负责证明分类同“促进政府的正当利益没有合理的联系”。见“马萨诸塞州退休委员会诉穆尔占业案”（1976年）〔根据合理基础检验，要求警官50岁退休的州法被裁定符合宪法〕。体现在这种检验中的司法尊重，几乎无例外地导致社会经济法律得到确认，从而使对平等保护的质疑失败。

政府进行分类必须具有正当的利益；法律的目标其本身不能够违反宪法。但倘使法律的真正目标不被允许或分类同法律的真实目的没有合理的联系，又怎么办呢？法院一直持极为尊重的态度，只要求法律为某种可以设想的立法目的服务。只要分类合理地服务于立法机构可能有的正当目标，就将确认这种分类。见“美国铁路系统退休委员会诉弗里茨案”（1980年）〔由于国会制定法律时根据一种“似乎有理由”，“这种推理是否实际上构成立法决定的基础在宪法上是无关紧要的”〕。这种尊重反映出对立法目的进行司法调查是否得当表示关切，即对确定和证明一个行立法机构的实际目的这一问题表示关切。同时对立法机构将会只是简单地重新制定法律而掩盖其不允许的目标这一做法感到关切。

分类必须同法律的目标具有合理的联系。在对法律提出质疑时，诉讼当事人可能会说，分类包括的范围过小或过大，或二者兼而有之。当一项法律不能使所有处境类似的人受限制或受益，就产生包括范围过小的问题。包括范围过大的分类使法律的利益或限制不仅扩大到就法律目标而言处境类似的那些人，而且扩大到其他的人（例如第二次世界大战期间由于存在着阴谋破坏的危险，对日裔美国人进行一个不漏的搜查、拘留）。

不过，如果用理性标准进行审查，这种条件中没有哪一项会使分类变得不合理；只有在法律纯属任意专断时，它才通不过上述标准。制定法律中，分类达到完善无缺的程度实质上是不可能的。最高法院指出：“具有一定合理基础的分类并不仅仅因为它没有完全达到象数学那样精确，或者在实践中导致某种程度的不平等而被认为违反〔平等保护原则〕。”见“林斯利诉天然碳气公司案”（1911年）。此外，审理“林斯利案”的最高法院指出：“如果可以合理地设想出支持分类的事实状况，那就必须假定法律制定时这种事实状况的存在。”更近一些时候，最高法院判定，在问题仍有争议时，质疑方不能胜诉，从而坚持了这一原则。见“明尼苏达州诉苜蓿叶乳品公司案”（1981年）。该州无须选择最有效的手段达到它的目的，只要选择一个合理手段即可。

最高法院在“铁路快运代理行诉纽约州案”（1949年）中的判决表现了理性审查中的司法尊重。一项禁止在卡车上作广告但在卡车上为自产商品作广告可以例外的城市法令被裁定不违反平等保护。道格拉斯大法官代表最高法院指出，该法律旨在促进公共安全的许可目标，地方当局“完全可以得出结论认为”，为自有产品作广告的那些人，鉴于其所作广告的性质和程度，将不会造成同样的交通问题。最高法院尊重立法机构“基于经验作出实际考

虑”的能力。该市没有禁止甚至更为生动的展览这一事实也没有对法院的裁决产生影响。“平等保护并不意味着要么把同类坏事全部铲除，要么就全部留着。”政府必须能够进行检验并可以每走一步处理一个问题。

杰究逊大法官在表示同意的同时驳回了法院的理论根据，因为连这样一个借口也不存在：这两类卡车广告造成的交通风险互不相同。相反，他认为立法机构的目标也可能是制止卡车广告造成的妨碍，而正当的目标将使分类变得合理。“为自我利益而干与 141

为雇主而于确有差别，因此，容忍为自己而单独行事的那些人的行为是一回事，允许雇用他人采取相同行动又是一回事。”

一项州的法律禁用不能退还的牛奶容器，同时又允许使用其他不能退还的容器如纸箱。伯格法院在驳回一项对此禁令提出的质疑时采取了“铁路快运代理行案”中表现的同一尊重态度。立法机构的结论可能是，即使一项有限的禁令也会鼓励更多地使用有利环境的代用容器。见“明尼苏达州诉苜蓿叶奶品公司案”（1981年）。一项不溯既往条款规定两名小贩不受一项在新奥尔良法裔居民区不准使用手推车的普通禁令的限制，该项条款得到了确认，使一项平等保护质疑诉讼败诉。该市可能基于合理的推断得出结论认为，受豁免的小贩已成为该居民区特殊魅力的组成部分。见“新奥尔良市诉杜克斯案”（1976年）。

根据传统的平等保护分析，最高法院认可了一项不向罢工者发放食物票的联邦法令。联邦法令规定，在一个成员参加罢工时，全家无资格获得食物票；该法令还规定，即使罢工者收入减少，食物票配给数量也不增加。最高法院承认，该法令对罢工者比对“自愿离职者”要严厉，但它仍确认了该法令，因为它同政府在劳资纠纷中避免偏袒的正当目标有着理性联系。见“林诉美国汽车、飞机和农业机械工人联合会国际联盟案”（1988年）。另一项联邦法令经受住了传统的平等保护审查，它只向伊朗—美国索赔法庭的获胜的索赔人征收用户费。用户费旨在帮助支付美国在仲裁这些索赔案时所需的费用。国会的结论认为，只有获胜的索赔人得到了足以缴纳用户费的收益，这一结论是合理的，就如它的另一结论一样：全面征收用户费会阻止索赔额不大的那些人提起索赔诉讼。见“合众国诉斯佩里公司案”（1989年）。

虽然在现代经济规章案例中援引传统的理性检验，经常导致驳回根据平等保护条款提出的反对意见，但法院仍在不断地增强理性审查的威力。布莱克门大法官在“洛根诉齐默尔曼制品公司案”（1982年）中表示赞同意见时预示了这一点，他说：“州的根据必须不只是牵强附会的想象；虽然手段和目的之间的联系不必很确切，但它至少必须具有某种客观基础。”在“大都市人寿保险公司诉沃德案”（1985年）中，根据平等保护条款，州为促进州内商业而从事的活动被认为是非正当的，因为它是通过实施歧视性的内部优惠税法实现的，而且，在“克利本市诉克利本生活中心案”（1985年）中，最高法院裁定，要求为拟议中的智力迟钝者教养院申请专用认可证同任何认可的政府目的没有合理的联系，因此违反了平等保护。

此外，说明这一新趋势的还有一起州税收案，在此案中，西弗吉尼亚州的一个县根据最近的购价估定房地产。该县对非最近售出的财产的估定只作了微小的改动。这一估价方案被裁定违反了平等保护，因为它造成长时期内可比较财产的估定价值出现巨大的差异。平等保护容许用于税收目的的财产估价有一定的差错幅度，而且不要求根据最新的市场发展不断重新估价所有

已估定的财产。但是平等保护要求使处境类似的纳税人每季度达到大体的平等。见“阿勒格尼县匹兹堡煤炭公司诉县行政专员案”（1989年）。在涉及对支持分类的州利益进行实际评价和对相矛盾的利益进行真正平衡的社会经济案件中，最高法院可能会越来越多地进行非尊重性的“合情合理程度”检验。

第二节 新的平等保护

一分类特征

虽然在平等保护审查中，一般使用传统的理性检验，但当政府利用一种可疑或准可疑分类时，最高法院将采用一种更严格的审查。例如，当政府故意根据种族或民族血统（以及某些时候的外侨身分）行事时，就使用严格审查。当故意采用性别和非婚生分类时，将使用中间等级审查标准对法律进行检验。当政府故意依据这类分类特征给予利益或施加限制时，通常对政府行为所表现出的司法尊重就不再适宜了。

但尊重为什么不适宜呢？当涉及这种分类时，采取司法能动主义的理由是什么呢？种族分类被认为可疑，或许可以简单地解释为它属于一个历史问题。“〔平等保护条款〕的明确和中心的目的是根绝各州招致不满的种族歧视的一切官方根源。”见“洛文诉弗吉尼亚州案”（1967年）〔异族通婚法被判定违反平等保护和正当法律程序〕。但这种解释也许只证明种族案件中的司法能动主义是正当的。在“名誉玷污”或“等级制度”的概念中可以找到一种更广泛的理论根据。当一个特殊群体被例行地当作劣等群体对待〔“意味着在文明社会中地位低下”，见“斯特劳德诉西弗吉尼亚州案”（1980年）〕时，特殊的司法关怀是适当的。当这一阶层所受的歧视在社会上普遍存在时，这种关注得到加强。一些人认为，政府必须根据各人的具体情况来对待各人，而不能根据永恒不变的特征或成见。见“加利福尼亚大学校董事会诉巴基案”（1973年）。审查使某些分类变为可疑的根据的另一种办法，所依据的是斯通大法官在“合众国诉卡罗来纳州产品公司案”（1938年）中所作的著名的脚注4：“对孤立和与外界隔绝的少数民族的偏见可能是一种特殊情况。这种情况往往严重削弱那些通常赖以保护少数民族的政治进程的运作，因而可能要求进行更彻底的司法审查。”这些处境特别不利的群体，这些孤立无援的少数民族，需要予以特别的司法保护，因为由于偏见，他们得不到补救损害的普通政治进程的关照。

在立法中可能包含有需要加强司法审查的歧视成分。在“洛文诉弗占尼亚州案”（1967年）中，最高法院裁定，禁止种族间通婚的法令违反平等保护。沃伦大法官代表最高法院指出：“第十四条修正案一向要求按照种族制定的州法律证明自己的正确性，平等适用这一事实，并不使一项法令免除这一重要责任。”最高法院制定“不存在任何可证明种族分类正当，而又不带有令人反感的种族歧视色彩的正当而压倒一切的目标。”见“斯特劳德诉西弗吉尼亚州案”（1980年）〔州法律拒绝黑人参加的陪审团对一名黑人的谋杀定罪违反平等保护〕。

另一种情况是，一项法律的条文从种族观点看是中性的，但在实施中可以发现种族歧视的现象。“吴义诉霍普金斯案”（1886年）处理这样一项法律，它要求洗衣店所在的建筑物不是砖石结构，就要领取执照才能经营。吴义是一名华侨，因未领执照经营一家洗衣店而被定罪。他的定罪被撤消。且不管该法令本身的是非曲直，该法律是以一种歧视的方式实施的。统计资料表明，在给其他申请人颁发执照的同时，却扣发华侨申请人的执照。“虽然法律本身乍看起来不偏不倚，但如果政府机构以狠毒的眼光和不平等的手段实施它，这种拒不给予平等公正待遇的做法仍在宪法禁止之列。”最高法院裁定，这种歧视完全是出于华侨申请人的种族和国籍。因此，这项法律的实

施违反平等保护。

不论起诉的事由是一项法律还是它的实施，质疑者必须证实分类是故意的（法律上），然后才使用较为严格的司法审查标准。一项法律或行政行动的歧视效果或影响可能是歧视意图的证据，“但必须存在歧视的目的。单单〔不相称的影响〕这一点不会使这样一项规则生效：种族分类应接受最严格的审查，而且只有最重要的考虑才可证明是正当的。”见“华盛顿诉戴维斯案”（1976年）〔警察资格检验产生种族上歧视的结果之事实被裁定不足以证明违反平等保护〕。歧视无需是法律的唯一或甚至主要的基础，但它必须是目标之一。见“阿林顿海茨村诉大都会住房发展公司案”（1977年）。虽然对某些国会民权法令来说，歧视效果可能是足够了〔见“格里格斯诉杜克动力公司案”（1971年）〕，但合宪性诉讼的关键是歧视是否是故意的。见“亨特诉安德伍德案”（1985年）〔剥夺被定为犯有反公德行为罪个人的公民权的州宪法条款被裁定违反平等保护，因为该条款虽然从表面判断在种族上是中立的，但其最初制定的动机却是想歧视黑人〕。

政府在已知会导致歧视的情况下奉行一项政策之事实，并不能构成故意歧视。在“马萨诸塞州人事局长诉菲尼案”（1979年）中，在州就业中优先照顾退伍军人的一项州的法律，被人质疑为歧视妇女，因为退伍军人绝大多数是男子。最高法院在驳回对平等保护的质疑时指出：“‘歧视性目的’所包含的内容不只是作为愿望的意图或作为意识到后果的意图。它意味着决策者选择或重申一项特殊的行动方针，至少部分地是‘因为’——而不仅仅是‘不管’——该项方针对一个可以辨清的集团有不利影响。”虽然州的立法机构能够预见，优先照顾政策的采用会对妇女造成不利，但其目标是裨益于退伍军人而不论其是男是女——州的立法机构是“不管”对妇女的消极影响而行事的。

歧视可能是公开的或不公开的。一项法令或一项正式的行政规则或条例可能明显地是歧视性的。在“帕尔莫尔诉西多蒂案”（1984年）中，最高法院通过伯格人法官裁定，一个州法院在确定儿童的监护（白人母亲与一名黑人男子同居）时公开考虑社区的种族偏见的做法违反了平等保护。伯格大法官指出，州法院“极为坦率，并不试图将它的裁决置于种族以外的任何基础之上。”虽然根据儿童的最大利益授予监护权的目标代表着一种实质性利益，但“不管种族偏见的影响多么实在，它不能证明种族分类的正当性。”

同样，在涉及一名黑人被告的案件中，最高法院裁定，根据平等保护原则，原告不能利用绝对回避的规则单凭种族理由将黑人陪审员排斥在外。在选择陪审团时表现出故意的歧视为被告立了一个有表面证据的案件。然后该州有责任为其对黑人陪审员使用绝对回避规则作出不偏不倚的解释。见“巴特森诉肯塔基州案”（1986年）。〔但参见“霍兰诉伊利诺斯州案”（1990年），在该案中，被告未提出平等保护问题。相反，被告未获成功地争辩说，使用绝对回避不让所有黑人陪审员参加一个白人被告的小陪审团侵犯了他的第六条修正案中由一个公正的陪审团审判的权利：“第六条修正案要求陪审员候选人具有代表性，这是一种手段，它所坚持的不是一个有代表性的陪审团（宪法未要求），而是一个公正的陪审团〔宪法所要求）”〕。

如果歧视的意图不是公开的，寻求进行更严格审查的质疑者必须证明，表面上不偏不倚的政府行为实际上是隐蔽的歧视。统计表明的影响可以提供歧视意图的有用证据；但是如果缺乏十分明显的影响方式，凭其他理由又作

不了解释，“单凭影响不能作出决断，因而最高法院必须依赖其他证据。”见“阿林顿海茨村案”。同样，歧视影响的可预见性或已知性也能够提供隐蔽偏见的证据。见“马萨诸塞州人事局长诉菲尼案”（1979年）。歧视目的的证据有时可从以下几方面找到：政府采取行动的历史背景，背离通常采取的实质性或程序性政策的情况，或政府决策者同时期的言论。见“阿林顿海茨村案”。

在对整个选举制度提出质疑的选举歧视案件中，最高法院依靠“情况的全面性”来断定是否存在歧视意图。在“罗杰斯诉洛奇案”（1982年）中，最高法院根据没有一名黑人候选人当选、过去的歧视对黑人参与政治的影响。当选官员未能考虑黑人社区的需要、过去在选举以外情况下的种族歧视、该县黑人的社会经济状况及将该县少数民族投票人数减少到最低限度的选举规定等证据，维持了一个下级法院对该县官员歧视意图的裁决。

如果质疑者证明歧视是促成政府行动的一个因素，责任就转移到政府身上。州可以证明歧视目的不是歧视影响的基础来谋求“反驳不符合宪法行动的推定”。见“华盛顿诉戴维斯案”（1976年）。该州还可证明，即使不牵涉歧视，也将会（不是“可能会”）产生同一结果，以此避免严格的审查。见“阿林顿海茨村案”。实质上，该州论证说，它出于种族动机的行动未造成伤害。或者，该州必须推翻平等保护审查的严格标准。

（一）种族和民族血统

种族是可疑分类的典型例子。伯格大法官在“帕尔莫尔诉西多蒂案”（1984年）中解释说：“第十四条修正案的一个核心目的是铲除政府实施的以种族为基础的歧视。按种族将人们分类更有可能反映种族偏见，而不是反映正当的公众关心的问题；支配分类的是种族而不是个人。”很简单，在分配公共利益和责任时，种族一般应当是个中立的因素。一旦在法律中利用种族分类，法律就变得可疑，“需要接受最严格的审查。”见“帕尔莫尔案”。政府有责任证明，分类是迫切的政府利益所必需的，这种审查标准的应用一般导致判定法律违反了平等保护。但见“是松诉合众国案”（1944年）〔以从事阴谋破坏的极度军事危险为由，维持了第二次世界大战期间不准日裔美国人前往两海岸的规定〕。对于建立在民族血统基础上的歧视，也给予同样严格的细查处理。见“埃尔南德斯诉得克萨斯州案”（1954年）〔在选择陪审团成员时对墨裔美国人的歧视，反映了“社区偏见”，被裁定为不符合宪法〕。

1. 教育隔离。 20 世纪的大部分时间里，在“有别于政治平等的社会平等”事务中，甚至官方批准的种族隔离，也被裁定为不违反平等保护条款。见“普莱西诉弗格森案”（1896年）〔要求给予白人和黑人以“平等但隔离的”铁路铺位和座位的法律得到确认〕。但在“布朗诉教育委员会案”（1954年）中，最高法院裁定：“隔离的教育设施是固有地不平等的，因而要求或允许学校实行种族隔离的法律违反平等保护原则。”最高法院在“布朗案之一”中强调教育隔离对儿童的伤害，与此同时，反对州批准的种族隔离运动迅速扩大到其他公共设施。

学校中不归因于政府行动的种族隔离违反平等保护吗？今天，最高法院把“布朗案之一”视作只谴责故意的或合法的州的隔离。见“凯斯诉第一学区案”（1973年）。学校中的种族隔离，如果未被证明是政府故意行动的产物（即属于事实上的隔离），即使证明儿童受到教育种族隔离的伤害，也不违反平等保护。州不负纠正学校中不是它引起的种族隔离的宪法责任。因此，

即使现已取消种族隔离的以前合法隔离的学校制度，在宪法上也不要求它纠正变化中的社会条件造成的隔离。见“帕萨迪纳市教育委员会诉斯潘格勒案”（1976年）。

如果裁定学区从事了合法的种族隔离，什么样的补救措施是合适的呢？“布朗”诉讼案中的补救措施可能只是简单地下令在非种族的基础上立即接纳原告阶级的成员入学。但在“布朗诉教育委员会案”（1955年）（“布朗案之二”）中，最高法院也许预料到公众会作出强烈反应，只是下令“以极其审慎的速度”取消种族隔离。不过，联邦法院奉命保留管辖权，运用平等的原则（未提供具体的标准）和确保地方教育委员会以诚实服从的态度“尽可能快地”取消隔离。“布朗案之二”因提起了现代公法诉讼而受到普遍称赞（或谴责），在这种诉讼中，最高法院进行大规模的制度改革以补救对一个大阶级的普遍伤害。

“布朗案之二”的后果是一个抵制和取消种族隔离的缓慢过程。最终，最高法院裁定：“根据允许以‘极其审慎的速度’取消种族隔离的标准继续管理隔离学校的做法在宪法上不再允许了。根据本法院的明文裁定，每个学区的义务是立即终止双重制，从今以后只管理单一制度的学校。”见“亚历山大诉霍尔姆斯县教育委员会案”（1969年）。

目前，如果法院裁定，一种学校制度从事法律规定的、故意的种族隔离，该学校制度负有取消种族隔离的积极责任——“采取一切可能必要的步骤转换到彻底铲除种族歧视的单一制度。”见“格林诉新肯特县县教育董事会案”（1968年）。根据这一积极责任的要求，一个学校委员会的任何行动，即使只有妨碍取消种族隔离的结果，也是违反平等保护原则的。见“赖特诉恩波里亚市议会案”（1972年）。还请注意，只是事实上实行隔离的学校制度不负取消种族隔离的硬性责任，而且可以照常行事，即使其行动具有使种族分离的影响。同一原则也指导城市与郊区的隔离（即学区间的诉讼）。质疑者必须表明“州或地方各学区的，或单个学区的种族歧视行为是学区间隔离的实质原因。”见“米利肯诉布雷德利案”（1974年）。按法律实行的、故意的隔离为违宪过失，产生取消种族隔离的积极责任。

如在“布朗案之二”中那样，隔离是一项要求实行双重学校制度的法律的产物时，法律意义的隔离显然存在。但当法院开始对北方的涉及隐蔽的种族歧视的隔离时，判定故意的或有目的的歧视就比较困难。一般说，最高法院以事实为依据对目的进行调查，集中在地方教育董事会的政策和行动上。此外，某些司法上精心推敲的推定已证明是有价值的。如果证明一种学校制度的很大部分是法律意义上的隔离，就可推定，该学区的其他隔离也是根据法律而定的。为了反驳这种推定，地方教育董事会必须证明法律上的隔离是一起孤立事件，不影响该制度的其他部分。见“凯斯诉第一学区案”（1933年）。一个学区过去法律上隔离的存在产生这样一种推定：目前的隔离可归因于过去的行为。此外，“具有可预见和可料到的分离影响的行动是证明最后事实，即证明被禁止目的的相关证据。”见“哥伦布教育委员会诉佩尼克案”（1979年）；“戴顿教育委员会诉布林克曼案”（1979年）（“戴顿案之二”）。

确认法律上的隔离时，联邦法院拥有广泛的平衡权力以补救违宪过失。在“斯旺诉夏洛特—梅克伦伯格教育委员会案”（1971年）中，最高法院向下级法院提供了“平衡个人和集体利益”的指导原则。虽然下级法院也许不

要求在学校中进行种族平衡，但首席大法官得出结论认为，以该制度中学生种族组成为基础的数量比例（被下级法院所使用）在制定有效补救措施方面提供了“一个有益的起点”。在需要补救过去歧视的地方，还批准了合理数量的接送学生的校车。但首席大法官提醒说，凡所涉及的时间和距离威胁儿童的健康和教育时，不应使用校车接送的方法。

司法机关批准校车接送学生，促使联邦和各州竭尽全力阻止使用这一补救措施。国会措施只是简单地阻止联邦资金用于校车接送学生或限制行政机关谋求下令用校车接送的权力，这种国会措施可能是符合宪法的。但存有很大的疑问，即在用校车接送学生是补救法律上隔离的唯一有效方法的地方，国会能否阻止联邦法院下令用校车接送学生。在这种情况下，拒绝该补救措施可被视为实际卜拒绝给予宪法权利或可能干扰司法职能，从而违反分权的原则。

禁止使用校车接送学生的州法是违反宪法的，至少存在法律上隔离的情况时是这样。见“北卡罗来纳州教育委员会诉斯旺案”（1971年）。州立法机构制止针对事实上隔离的自愿校车接送计划的努力未能产生任何普遍的原则。当立法通过拒绝给予地方教育董事会下令用校车接送学生的权力而改变学校决策的通常过程时，该法律是以政策的种族特点为基础的。因而违反平等保护。见“华盛顿诉西雅图第一学区案”（1982年）。但一项阻止州法院下令用校车接送学生以纠正事实上的隔离的州宪法修正案得到了维护。乍看起来，法律在种族问题是中立的，不是为了歧视目的而制定的。地方教育董事会仍可下令用校车接送学生。平等保护不阻止一项超出联邦宪法授权范围的特定司法补救措施的撤销。见“克劳福德诉洛杉矶地方教育委员会案”（1982年）。

怀特大法官代表最高法院在“密苏里州诉詹金斯案”（1990年）中划定了一个联邦地区法院补救法律上种族隔离权力的范围和限度。一个联邦地区法院增加地方税以满足学校取消种族隔离令的命令违反联邦/州礼让的原则。虽然联邦地区法院本身不能增税，但如果为了其学校执行取消种族隔离令而必须增税，它可以命令地方政府这样做，即使增税将超过州法令实施的税收限额。四名持异议的大法官反对后一个裁决，他们通过肯尼迪大法官抗议最高法院“随便接受由未经选举、终身任职法官组成的联邦司法机关强加的税收”，因为它无视“对公共机构民主控制的基本律令”。

“密苏里州诉詹金斯案”（1990年）裁定，如果州的法律阻挠遵守联邦宪法保证，联邦法院可以禁止它们的运作。此外，第十条修正案中各州对未授予的权力的保留丝毫不降低联邦法院实施第十四条修正案的能力。第十四条修正案的措辞就是针对各州的。因此，联邦法院有权“废除干扰〔第十四条修正案〕规定的地方政府条例。”

“斯帕洛恩诉合众国案”（1990年）也根据司法机关强加的取消种族隔离命令进一步概述了联邦法院可做的和不可做的事。扬克斯市市议会个别议员未投票支持执行一项取消住房种族隔离令，一家联邦地区法院下令对其实行经济制裁，该命令被作为滥用酌处权宣布无效。司法机关对立法者实行这种制裁，扰乱了立法程序正常的运行，因为它促使立法者“不是为了其选民或城市的利益，而是纯粹为了其个人自身利益去投票。”另一方面，在藐视期内对该市每天罚款有相当大的成功可能性，而且是有效的。如果对该市的制裁未能促使服从司法命令，在各立法者投票支持执行司法命令前对他们进

行藐视传讯大概将是有效的。

2. 赞助性行动。法院经常使用种族作为对过去法律上的隔离采取补救措施的基础。见“斯旺诉夏洛特—梅克伦伯格地方教育委员会案”（1971年）。但是一个政府机构也可在给予福利方面主动奉行具有种族意识的政策，以裨益于少数民族。此外，政府还经常要求未被发现亲自卷入种族歧视的私人采取有益于少数民族的行动。对这些故意的种族分类进行严格审查合适吗？简言之，根据平等保护保障的规定，赞助性行动计划的地位如何？

在“加利福尼亚大学校董事会诉巴基案”（1978年）中，最高法院审议了加利福尼亚大学戴维斯医学院一项特殊的招收少数民族学生计划的合法性。根据这项计划，从100个招生名额中拨出16个名额，由一个单独的委员会负责从四个指定的少数民族群体中录取。一名白人艾伦·巴基未被接纳入学，尽管他考试分数高干部分按特别招生计划被接纳入学的考生。最高法院以5比4裁定，戴维斯计划违反了1964年《民权法》第六条。更为意味深长的是，5名大法官接受了这样一个原则：一所公立大学可以采取具有种族意识的招生计划；种族考虑因素本身不违反平等保护。但是，这5名大法官对一项具有种族意识的招生计划何时通过宪法的审查没有取得一致意见。

鲍威尔大法官投了对投票结果起关键作用的一票，他主张，即使白人作为一个阶级处于不利地位，也应使用严格审查标准审查歧视问题。鲍威尔为“个人化公正原则”进行辩护时强调，平等保护是每一个人的人权，应当依据个人的价值和功绩，而不应依据属于哪个阶级来判断。鲍威尔运用严格审查标准进行检验，得出结论说，补救社会上的歧视对于某些政府机构可能是一种切身利益，而一所州立医学院没有资格制定一项适当的补救方案。基于种族考虑的决定必须由处于这样一种地位的政府决策者作出：他们能够为有种族意识的方案规定严格的目标，以促进切身利益，而使处境不利的种族的负担减少到最低限度（即结构性正当法律程序）。另一方面，增进在校学生的多样性，则是一所大学的一项切身利益。不过，16个名额的招收纯粹依据种族因素的戴维斯医学院名额分配制不是促进多样性的一个“必要的”手段。种族只能作为入学决定的一个附加因素。鲍威尔得出结论认为，戴维斯医学院的招生计划违反了平等保护和《民权法》第六条这二者，因此他与其他四名大法官站到了一起，而其他四名大法官只判决违反了《民权法》。

另四名大法官（由布伦南大法官带头）主张进行中级平等保护审查。白人作为一个阶级没有传统的可疑因素。他们不是第十四条修正案的特殊受益者，历史上也没有受到过普遍的歧视。他们在政治上不孤立。而且最重要的是，种族分类未给他们带来污名；白人并不被人视为一个道德低下的等级。因此严格审查是不适当的，但合理性审查也是不充分的。慈善性分类常常掩盖种族偏见。优待的做法往往促进政府内的种族意识和种族成见，而这是同基于个人功绩和成就的成功理想背道而驰的。布伦南认为，慈善的种族分类“必须服务于重要的政府目标，而且必须同这些目标的实现具有实质性的联系。”由于“少数民族学生过少是实质性和长期的现象，而且过去歧视造成的不利条件正在妨碍少数民族进入医学院的机会”，因此戴维斯医学院招生计划同政府消除社会歧视现象造成的歧视性影响的利益具有实质性的联系。

在“富利洛夫诉卢茨尼克案”（1980年）中，七名大法官再次接受了这样一项原则：对歧视采取补救措施的种族意识方案可能是符合宪法的。最高法院以6比3维护了一项国会法令，驳回了根据第五条修正案提出的质疑。

该法令规定，联邦公共工程项目资金的 10%，应由受让人用于购买指定少数民族所控企业的服务或物品。伯格首席大法官代表由怀特和鲍威尔大法官加入的多数意见应用了一次“极其细致详尽的审查”，认为该方案将既达到严格审查检验的要求，又达到中级审查检验的要求。首席大法官在强调国会广泛的补救权力的同时指出，该方案在程度和期限上是有限的，严格限于消除在公共工程项目上歧视少数民族之目的。

鲍威尔大法官表示同意时重申支持严格审查标准，他裁定这一标准已得到满足。大法官马歇尔、布伦南和布莱克门利用他们“巴基案”的中级检验，表示同意。斯蒂文斯大法官表示异议，他的结论是，该法令并不严格限于实现任何补救目标。只有斯图尔特和伦奎斯特大法官在持异议时这样认为：“政府的行动绝不可以单因一个人的种族而损害他的利益。一个人的肤色和原国籍是不可改变的事实，它们同能力、不利条件、道德上应受指责或宪法上允许的政府利益的任何其他特点没有关系。简言之，按照定义，种族歧视是令人憎恶的歧视。”甚至一项具有种族意识的司法令也只是在为了补救“非法种族歧视的实际影响”的范围内才获许可的。

在“里士满市诉 J.A. 克罗森公司案”（1989 年）中，一项城市法令要求获得市政建筑合同的主要承包人至少将每项合同 30% 的美元金额分包给“少数民族企业”，被奥康纳尔大法官代表最高法院裁定违反平等保护。“克罗森案”中的一个关键的发展是它裁决：“根据平等保护条款采取的审查标准不取决于从一种特定分类中受损或受益的那些人所属的具体种族。”因此，严格的审查应适用于所有的种族分类：“对这种以种族为根据的措施的正当理由不进行彻底的司法调查，就简直没有办法确定什么分类是‘慈善的’或‘补救件的’，以及什么分类实际上是以作法的劣等种族概念或纯粹的种族政治为动机的。”布莱克门和布伦南大法官与马歇尔大法官一起表示异议。他们仍坚持对补救性的种族分类使用中级审查标准。

为少数民族保留份额的城市方案能否有可能满足严格审查标准呢？奥康纳在法官在“克罗森案”中就此问题回答说，取消政府对私人种族歧视的消极支持将是一种切身利益。不过，里士满市的法令不是建立在这样一种记录上，即未能通过具体统计事实说明，该市正在实际上补救它过去一些具体的非法种族歧视行为。此外，该市制定的计划涉及范围过宽。凡可以采取诸如逐例审议等其他手段时，不应使用种族配额。不应使用有种族意识的补救措施，而是应当使用在种族上保持中立的替代措施。要求该市考虑其补救方案对第三方的影响。这也必定会限制该方案的范围和期限。

“克罗森案”对赞助性行动前途的巨大意义激起了相当大的争议。在“富利洛夫案”中联邦一级的为少数民族保留份额的方案受到维持，因为它在两点上与上面的方案不同：第一，根据第十四条修正案第五款，国会独事实施该条的立法权。第二，国会在其保留名额方案中列有一项放弃程序，表明国会显然认识到，歧视问题的范围因市场不同而不同。不过，“克罗森案”保持缄默的一个问题，是它的严格审查适用于所有种族分类的观点是否否定了在“巴基案”中从公立大学教育角度认可的照顾种族的补救措施。不过，可以说“巴基案”穹“克罗森案”不同，理由是，即使根据“克罗森案”的框架，由使用种族作为一个入学因素所代表的教育多样性的价值是政府的一种切身利益。

各州都产生了“巴基案”和“克罗森案”。“富利洛夫案”强调，国会

批准的照顾种族的方案应当受到更为尊重的考虑。联邦通讯委员会两项旨在鼓励广播节目观点多样性的少数民族优惠政策以 5 比 4 被裁定为不违反平等保护，这有力地说明了上述观点。联邦通讯委员会一项有争议的政策是给予可以表明少数民族参与和管理其所有权的执照申请人以“加权考虑”。然后，当联邦通讯委员会不得不在竞争同一执照的申请人中进行比较选择时，就将这种“加权考虑”与其他因素放在一起权衡。其他有争议的少数民族优惠政策是“廉价抛售”政策，这项政策允许面临执照失效或不能展朗的持照人将它转让给一家合格的少数民族控制的公司，而无须象通常所要求的那样接受联邦通讯委员会听证会的审议。联邦通讯委员会的这两项政策都是国会特别要求和批准的。这些政策服务于第一条修正案的价值准则，有助于政府促进广播节目信息和观点多样性方面的重要利益。联邦通讯委员会和国会都认为，对少数民族的优惠方案与提高少数民族广播方面的所有权和参与程度有着实质性的联系。此外，方案并不涉及配额，而且非少数民族仍然可以竞争执照。见“大都市广播公司诉联邦通讯委员会案”（1990 年）。

总之，按布伦南大法官的说法，“大都市广播公司诉联邦通讯委员会案”（1990 年）判决所反映出的精神是，鉴于应当尊重国会批准的照顾种族的慈善性方案，如果这种方案同实现重要的政府利益有着实质性的联系，只要它们不给“非少数民族施加不应有的限制”，它们就不违反平等保护。这两项受质疑的联邦通讯委员会的少数民族优惠方案不必满足严格审查的审查标准。相反，在这种情况下，应适用中级审查标准。1990 年 7 月下旬，布伦南大法官从最高法院退休。他的继承人会不会沿袭他的做法，在涉及国会批准的照顾种族的慈善性方案时采用比严格审查宽松的审查标准，仍有待观察。

（二）外侨地位：“间或可疑”分类

外侨地位分类的状况是混乱的。一般可以说，当州将公共福利给予本国公民但不给予外侨时，这类分类是“固有地可疑的，需要接受严密的司法审查。”给予“离散孤立的”少数民族以特殊的司法关怀是适宜的，外侨则是这种少数民族的最好典型。见“格雷厄姆诉理查森案（1971 年）〔外侨定居 15 年才有资格获得福利待遇的规定违反平等保护〕。批评使用严格审查的人争辩说，外侨地位不是一种永远不变的特点，而且宪法中经常使用公民资格的规定。

由于应用严格审查的标准，已使不准外侨获得竞争性的文官职务的法令〔“休格曼诉杜格尔案”（1973 年）〕和不准外侨获得州律师资格的法令〔“格里菲思申请案”（1973 年）〕无效。在“尼奎斯特诉莫克莱特案”（1977 年）中，如果外籍居民不表明申请国籍的意图就禁止向其提供州财政援助的一项法令被判定无效。另见“普莱勒诉多伊案”（1982 年）〔在提供免费教育方面对非法外侨的歧视被判定违反平等保护〕。

尽管如此，最高法院对这一严格审查原则确定了一项重要的“政治职能”例外规则。当不让外侨参加选举或担任“同民主自治进程密切相关的”职务〔见“伯纳尔诉芬特尔案”（1984 年），规定外侨无资格担任公证人的州法被裁定违宪〕时，只要求进行合理性检验。当政府工作同“政治”职能而不是“经济”职能相关而且牵涉州自我界定的制定和实施方面的广泛酌处权时，各州可决定将不是政治社区组成部分的那些人排除在外。这样，州可以规定警察得为公民，因为警官“被赋予行使涉及公众的几乎无所不包的酌处权”。

见“福利诉康纳利案”(1978年)。最高法院在维护规定外侨不得从事公立学校教学的法律时,强调了教师在培养学生发挥公民作用和维护基本价值方面所起的关键作用。见“安巴赫诉诺维克案”(1979年)。监护官与警察和学校教师一样,被认'为对个人拥有官方酌处权,因此在“卡贝尔诉查韦斯—萨利多案”(1982年)中被定为可按“政治职能”例外规则处理。

但是,州称某种政府官员发挥着关键性政治职能,这一事实不起决定性作用。“伯纳尔诉芬特尔案”(1984年)以8比1裁定,公证人的职务无资格援用政治职务例外规则。最高法院马歇尔大法官应用了一种两部分检验法。首先,马歇尔大法官审查了分类的具体规定,以断定分类包括得是过宽或过窄,过宽或过窄都“往往削弱政府关于分类应符合正当政治目的之要求。”如果例外规则只适用于某种具体职务,因而不是包括过宽,则把注意力更多地放在法律是否过窄上,因为许多涉及类似职能的州的工作不要求公民资格。但是最高法院判定第二部分的检验具有决定意义——公证人不“履行代议政体的核心职能”。马歇尔大法官将公证人的职能说成是职员的和行政的职能。他说,这种官员不被“赋予决策责任或实施涉及管辖个人的公共政策方面的广泛酌处权”。州未能证明法律“以实际可行的包容范围最狭窄的手段促进州的切身利益。”

这样,当对州的外侨地位分类提出质疑时,严格审查就是一种“间或”使用的检验方式。还有,严格审查不适用于以外侨地位为基础的联邦法律。联邦管理移民和归化的权力产生更大的司法尊重。当有人将联邦分类质疑为违反第五条修正案时,最高法院只问分类是否有理。见“马修斯诉迪亚斯案”(1976年)[规定外侨已居住5年和申请永久居住方有条件获得联邦医疗救济的联邦法律受到维护]。在涉及移民和归化事项上的这一联邦特权也被用作裁定用联邦规定取代剥夺外侨权利的州法的基础。见“托尔诉莫雷诺案”(1982年)[不向某些外侨提供学费补助的州立大学政策被裁定与联邦移民政策相悖]。

(三) 性别分类: 中级审查

第十四条修正案的制定者们未必会想过平等保护保障将成为对施加给妇女的无法律资格提出质疑的手段。20世纪70年代以前,一般使用持高度尊重态度的合理性审查标准维护性别分类,否定根据平等保护提出的质疑。受到质疑的歧视性法律一般反映了所谓需要对“女性”保护的家长式态度和对妇女在社会上适当地位的臆断。见“戈萨尔特诉克利里案”(1948年)[禁止除男老板的妻女以外的妇女担任酒吧女招待的州法得到维护]。但是在1971年发生了重大的变化。在“里德诉里德案”(1971年)中,最高法院一致废除了一项规定在管理产业方面男人比女人拥有优先权的州法。该法声称,该法是合理的,是符合公共利益的,它可以避免争端和限制遗嘱检验法庭的工作量。但伯格首席大法官把这种优先权斥之为“平等保护条款禁止的那种任意立法选择。”虽然这种意见使用了合理性检验措辞,审查却较彻底和严格。但如果不用俞理性检验标准,应用何种标准指导理性分类呢?

在“弗朗蒂埃罗诉理查森案”(1973年)[一项联邦法律允许男军人提出赡养妻子,但女军人提出赡养丈夫时则必须证明他的从属性,该法被裁定违宪]中,布伦南大法官代表多数认为应进行严格的司法审查。他列举了历史上对妇女的歧视,法律中众多“极端的、已成定见的性别歧视”,今天对妇女“普遍的,虽然有时更为隐蔽的歧视”,以及性别特点的水恒不变性,

而这种性别特点“往往同履行职责或对社会作贡献的能力没有关系”，从而使性别分类“固有地可疑”。但是批评对性别分类进行严格审查的人对布伦南大法官把对妇女的歧视与对种族和民族分类的可疑性作类比的作法提出了质疑。鲍威尔大法官在“巴基案”中说：“固有地可憎的种族分类的观念产生于长期的悲剧史，而以性别为基础的分类却没有这种历史。”虽然以性别为基础的法律确实常常反映出时妇女抱有成见，但批评者说，不存在对妇女的名誉玷污，而且这种分类不表示有人认为妇女作为一个阶层道德是低下的。而且，批评者还说，妇女不是一个“离散孤立的少数派”——她们自1920年以来选举权得到了保障，而且构成数量的多数。

当男子作为一个阶层受到歧视时，对性别分类使用较严格审查标准的要求就更令人信服了。当然，男子在政治上从没有孤立过，历史上没有受过歧视，而且也没有因受不同待遇而蒙受过耻辱或产生过自卑感。而另一方面，任何按性别而不是功绩分配政府福利或者任的做法部会对个人化公正的理想提出异议。使用永远不变的性别特点——不管这种歧视针对妇女还是男子——常常使性别成见永久存在。

今天，性别分类接受中级标准审查：“按性别分类必须服务于重要的政治目标，同时必须同这些目标的实现有实质性联系。”见“克雷格诉博伦案”（1976年）。“克雷格案”裁定，一项禁止将3.2%的啤酒出售给21岁以下男子和18岁以下女子的法律不符合宪法。该州在交通安全方面存在着重要的利益，但该州就男女酒后开车发生率提供的统计资料并不证明性别歧视同该目标有着密切的联系。伦奎斯特大法官表示不同意，对法院使用新的平等保护审查的标准提出了质疑。他说，“重要的目标”和“实质性的联系”这两种提法都“非常模糊和灵活，因而会引起主观的司法偏爱或偏见”。

中级审查的一个有益例子是“密西西比州立女子大学诉霍根案”（1982年）。在该案中，最高法院以5比4否决了州立护士学校只招收女生的政策。原告霍根可在该女子学校旁听课程，但为了得到学分，他不得不走很长一段路程到一所由州资助的男女同校的护士学校去：“一个处境相似的女子就不需要在放弃学分与承受这种不方便之间作选择。”虽然该州声称招生政策符合补偿目标（即赞助性行动），但奥康纳大法官代表最高法院作结论说，鉴于妇女进入护理专业未处于不利地位，该州未能证明这是它的实际目标。相反，这种政策有可能使已成陈规的看法永久化，因此他断言该政策是非法的。奥康纳大法官还说，即使该政策出于补偿的目的，该州也未证明过它“同其拟议的补偿目标有着实质性和直接的关系。”允许男子旁听课程这一事实，使任何关于男子在场会对妇女产生不利影响的说法都站不住脚。由于该州未提供只允许男子入学的护士学校，法院不能同意这种“分离但平等”的政策是有效的。

持异议的大法官认为，州政策增加了妇女的教育选择而只给原告造成最低限度的个人不便，这一事实意味着，只进行合理性审查是合适的。这丝毫不牵涉产生成见和性别阶层歧视的问题。他们还说，即使使用强化审查，州政策同促进教育选择的多样性也有实质性联系。

研究人员不应想当然地认为，性别案件中使用的较严格的审查是不折不扣的严格审查，将必然导致宣布有关法律无效，有时，最高法院不仅对中层平等保护中应采取何种审查为宜这一问题不明确表态，而且进行明显类似于合理性审查的分析。在“迈克尔·M.诉索诺马县高级法院案”（1981年）中，

最高法院以 5 比 4 裁定，规定只有男子应对犯罪行为负责的加利福尼亚一部惩治强奸罪的成文法不违反平等保护。伦奎斯特大法官为最高法院撰写的意见书在援用“克雷格案”的中级审查检验法的同时，将这一标准说成仅仅是使传统的合理性标准的“焦点更清晰”。伦奎斯特大法官指出，男子作为一个阶层“不需要法院的特别关照”，他强调说，“现实地反映不同性别在某些情况下处境不同”的性别分类将会得到维护。

“克雷格案”和“霍根案”似乎是在探索制定法律的实际或真正的立法目的，而“迈克尔·M.案”倾向于强调混合立法目标的现实和避免对自称的州目标进行司法调查。不过，最高法院并没有表示它接受用以支持性别分类的任何可想到的目的。州提出的目标，即防止青少年非法怀孕，应是可以接受的，因为它“至少是该法规的‘目的’之一。”制定该法律也可能是出于保护年轻妇女贞洁的“所谓违法的立法动机”，但不可用这一点来否决在其他方面符合宪法的法律。

谈到性别分类与州的“重大的”社会福利目标的关系时，伦奎斯特大法官强调，在该法律方面，男女的处境是不一样的，因为只有妇女才能怀孕。因此该州可以将威慑的努力对准不受违法行为后果之苦的男子。这不是一项“取决于性成见包袱”的法律，而是一项“合理地反映了性交和怀孕对女性比对男性造成更严重后果之事实”的法律。

有一种说法是，一项对性别持不偏不倚态度的法令，对男女犯法者都实行惩罚，至少将会同样有效地起到威慑作用。伦奎斯特大法官对这种说法回答说：“不过，有关的调查不是涉及法规是否制定得象可能做到的那样精确，而是涉及加利福尼亚州立法机构是否在宪法范围内行事，此外，一项对性别持中立立场的法规可能不会同样有效，因为对女性豁免会鼓励揭发，从而增强法规的可实施性。”

在“罗斯特克诉戈尔德贝格案”（1981 年）中，伦奎斯特大法官在代表最高法院发言中再次采用了“克雷格诉博伦案”的中级标准，但显然对立法机构的决定持尊重态度。在以 6 比 3 确认只有男性进行服兵役登记时，伦奎斯特大法官特别强调了最高法院传统上对国会的尊重，特别是在外交和国防事务方面。由于只有男子可以应征入伍和从事战斗，将服兵役登记限于男子的范围是适当的，它旨在服务于国会形成一个潜在战斗部队储备库的目标。虽然妇女也可用于从事某些非战斗任务，但国会断定，志愿人员已足敷需要。男女“就征兵或征兵登记而言，处境就是不一样”。两性在战斗方面的实际差异证明，规定妇女免于登记的法律“不是‘对妇女传统看法的附属副产品’”。

上述数案表明，在应用中间层次审查时，最高法院一般不因缺乏重要的立法目标而宣布法律无效。争论的焦点是分类是否实质性地服务于重要目标。一项法律越是被认为依据陈旧的成见而不是性别间可识别的差异，它就越有可能被裁定为违反平等保护。

1. 赞助性行动。与种族分类一样，性别分类也可用于补偿妇女过去所受歧视的慈善目标。不过，要鉴别一项据称属于慈善性的法律是否实际上是富有浪漫色彩的家长作风的产物并反映了性别上的成见，那是很困难的。正如“密西西比州女子大学诉霍根案”所表明的、最高法院将不会简单地接受州的赞助性行动的说法，而是要进行研究，以断定法律是否真的是补偿性的。见“卡利法诺诉哥德法布案”（1977 年）〔确定社会保险死亡抚恤金时使用

寡妇而不是鳏夫是家庭中的受扶养者的推定是以一种“陈旧而过宽的概括”为依据的。向女工配偶提供的保险保护比男工配偶少。这种对女工的歧视，违反平等保护〕。

即使一项法律被作为一种有利于妇女的慈善分类，最高法院也将采用中级审查标准，以确定对男子的歧视是否有正当理由——必须证明分类同补偿目标有着实质性联系。补救过去对妇女的歧视一律被裁定为一项重要的利益。但问题又是性别分类是否同补偿目的有足够程度的联系。在“奥尔诉奥尔案”（1979年）中，最高法院废除了一项批准给妻子而不给丈夫发放赡养费的州法。虽然帮助贫困的配偶和补偿妇女过去婚姻期间所受的歧视的目标被认为相当重要，但最高法院断定，在这种情况下，性别不是“一种贫困的可靠标志”。由于确定个人经济需要已经是离婚诉讼的组成部分，没有理由假定妇女普遍贫困。“这里，一种对性别持中立立场的分类能够同一种按性别分类从而背上性成见包袱的分类一样达到该州的补偿和改良目的，在这类情况下，就不能允许该州根据性别分类。”见“文格勒诉药商相互保险公司案”（1980年）〔确定工人的补偿保健福利中推定妻子为受扶养者的法律被裁定不符合宪法。赡养贫困的配偶是一个重要的目标，但通过推定受扶养地位达到的行政方便是一种不充分的正当理由〕。

虽然上述案件证实，州求助于慈善目标的做法不会一律通得过平等保护审查这一关，但一种真正善意的分类很有希望通过更严格的审查。对过去歧视的补偿被承认为政府的一项重要利益。如果一项法律是专门为了补救过去对妇女的具体歧视，它将会得到维护。例如：“卡恩诉谢文案”（1974年）〔州对寡妇而不是鳏夫减免财产税得判维护〕；“施莱辛格诉巴拉德案”（1975年）〔由于女军官晋升机会较少，规定女军官强制性退役时间推迟的法律得到维护〕；“卡利法诺诉韦伯斯特案”〔根据过去对妇女的歧视，允许妇女比男子扣除较多低工资年数的社会保险方案得到维护〕。但是，同前面的情况一样，如果法律只是出于成见，或使合用性别只是图行政上方便，那末法律也许将通不过更严格的审查标准。

2. 母亲与父亲。建立在关于父母对子女任务成见基础上的法律，根据中间层次标准审查就有可能被裁定为违反平等保护。例如，允许一个非婚生子女的母亲而不是父亲否决子女的收养，而不管子女的发展或父亲与子女的关系的法律，违反平等保护。见“卡班诉穆罕默德案”（1979年）。不过，当最高法院认为一项法律不是一种性别分类，而是一个特定类别内的歧视时，便使用合理性检验。因此，在“帕勒姆诉休斯案”（1979年）中，最高法院裁定，一项以禁止未按法律手续确认私生子为婚生子的父亲进行非正常死亡诉讼作为促进合法化的手段的法律不违反平等保护。只有父亲而不是母亲能够按法律手续确认私生子为婚生子。因此，男女处境不一样，不必给予相同待遇。法律只歧视那些未能按法律手续确认私生子为婚生子的父亲。

（四）非婚生分类：中级审查

非婚生分类虽不受严格审查，但自20世纪60年代以来一直按中间层次标准接受审查。见“利维诉路易斯安那州案”（1968年）〔禁止未认领非婚生子女因母亲非正常死亡追索财产的法律被裁定违反平等保护〕；见“韦伯诉埃特纳灾害与担保保险公司案”（1972年）〔禁止非婚生子女领取死亡抚恤金的法律违反平等保护〕。不过，最高法院应使用的确切标准是非常含糊的〔见“拉宾诉文森特案”（1971年），使用一种持尊重态度的司法审查方

式，确认了一项使非婚生子女从属于其他亲戚的子女（无遗嘱继承法），至于在特定事实情况下如何使用强化审查，甚至更为捉摸不定。有时在隶属于家庭关系的“基本个人权利”中找到了强化司法审查的依据，但是最高法院更经常强调把非婚生作为一种分类特性的可疑性：“非婚生的法律地位，同种族和民族血统一样，是一种由不在非婚生子女个人控制范围之内的原因所决定的特性，而且同该个人参与社会和对社会作贡献的能力无关。”

对“特林布尔诉戈登案”（1977年）和“拉利诉拉利案”（1978年）作一比较，就可看出强化审查应用于非婚生案件中的模棱两可性。在“特林布尔案”中，法院以5比4废除了一项伊利诺州法律，该项法律禁止非婚生子女继承其父亲死后无遗嘱的财产，除非他们得到确认而且双亲后来结了婚；该法律同可允许的州利益没有实质性的联系。州在保护合法家庭关系方面的利益是正当的，但用对非婚生子女制裁的手段是不可能达到这一目的的。证明父亲身份是困难的，同时存在着假要求的危险性，州在这方面作出规定体现了州的“实质性的”利益；但该法律没有“仔细考虑替代办法”。甚至在可以证明父亲身份的场合，该项法律也笼统地取消了非婚生子女的资格。

但在“拉利案”中，州在公正有序地处理死后遗产方面的利益和证明父亲身份的困难足以维护一项州法，该法规定，唯有父亲在世时法院已确定了父亲的身份，非婚生子女才能继承父亲死后未留遗嘱的财产。即使人所公认，该法在可以明确证实父亲身份的情况下剥夺了某些非婚生子女的继承权，该法还是得到了维护。鲍威尔大法官为最高法院多数大法官写的意见书指出，与“特林布尔案”中的法律一样，该法采用的手段并不“那么软弱无力，不致使〔法律〕缺乏第十四条修正案设想的理性；它没有使过分的〔非婚生〕子女失去资格”。

尽管有“拉利案”，法院继续应用中级审查。在“米尔斯诉哈布卢策尔案”（1982年）中，一项得克萨斯州法律被一致裁定为“同正当的州利益没有实质性的联系”。该法要求在非婚生子女满一周岁前就提起确立子女抚养的确认亲生的诉讼。而且在“皮克特诉布朗案”（1983年）中，最高法院一致裁定一项把诉讼期限定为两年的法规同州在避免过期的或欺诈的要求方面的利益没有“实质性的联系”。在“克拉克诉杰特案”（1988年）中，宾夕法尼亚州要求在非婚生子女出生后6个月内提起确认生父的诉讼的法规，以平等保护为由被宣布无效。甚至6年的限期也未必可为确

立非婚生子女的权利提供合理的机会。“杰特案”应用了中级审查标准。6年期限同州在防止过期或欺诈要求诉讼方面的利益没有实质性联系。与该法关于非婚生子女出生6年内提出诉讼方有效的规定相比，宾夕法尼亚州的其他法规允许提出确认生父的诉讼的期限比6年长得多。

虽然难以从法院应用强化平等保护审查于非婚生案中的做法中归纳出任何原则，但确实可以看出，以对非婚生子女的成见或偏见为基础的，或设置难以逾越或极为沉重的障碍阻止非婚生子女获得与婚生子女平等待遇的法律，将被裁定为违反宪法。虽然该州能够举出支持法律的重要利益，但最高法院将断定，所使用的手段同州目标的实现没有“实质性的联系”。

（五）其他分类基础

本届最高法院不大可能会在可疑和准可疑分类清单上增加新的分类特征。例如，年龄分类〔“马萨诸塞州退休委员会诉穆尔吉业案”（1976年）〕和财产分类〔“詹姆斯诉瓦尔捷拉案”（1971年），公共住房公民投票〕，

〔“哈里斯诉麦克雷案”（1980年），对穷人的堕胎费用补贴〕并不足可疑的，只接受合理性审查。

在“得克萨斯州克利本市诉克利本生活中心案”（1985年）中，否定智力迟钝为可疑分类时，怀特大法官代表最高法院指出：“凡受一项法律影响的团体中的个人具有同州有权落实维护的利益相关的明显特点时，历届最高法院一向非常不愿意就是否、如何和在多大程度上应实现这些利益的问题对各种立法选择进行细致详尽的审查，根据我国的联邦制度和出于我们对分权的尊重，最高法院也应当这样做。在这种情况下，平等保护条款只要求用合理性手段达到正当的目的。”由于智力迟钝是一种政府可以在许多决定——例如帮助迟钝者的慈善法律——中合法利用的特征，最高法院不愿把体现不同处理方法的立法行动列入可疑分类，最高法院使用一种非尊重的合理性基础检验标准裁定，应用城市区划法不向智力迟钝者提供教养院的做法同正当的政府目的没有合理性联系。

二基本权利

可疑分类的分析集中于所作分类的基础。但是由于分类而丧失的东西也会促成更严格的平等保护审查。如果一种分类对一项基本权利的行使妨碍很大，就将适用严格的司法审查，而该分类必须是政府的一种切身利益所必要的。这里又有一个问题应引起研究者的注意，这就是最高法院越来越不满意对平等保护法律采取一种刻板的分层审查方法。现有迹象表明，大法官们正在倾向于采取一种类似于实质性正当法律程序审查的浮动审查法。

当一项法律在从事受保护的合宪活动的权利方面造成歧视时，就产生了基本权利平等保护法最明显的例子。例如，当一种分类严重妨碍明示的第一条修正案权利的行使时，传统的合理性审查是不合适的。如果一项法律禁止对学校〔“芝加哥警察局诉莫斯利案”（1972年）〕或住宅〔“凯里诉布朗案”（1980年）〕的一切警戒——劳工警戒除外——，这种以内容为基础的歧视受到更严密的审查。“当政府立法对公共论坛中与言论有关的活动作出不同规定时，平等保护条款要求所制订的立法必须严格服务于实质性的州利益，为任何区别对待提出的理由必须受到缜密的检查。”同上。见“拉森诉瓦伦特案”（1982年）〔对统一教团等非传统宗教造成歧视的慈善性募捐法律被裁定违反确立国教条款〕。

同样，如果一项法律在默示权利的行使方面有歧视性规定。也将采用一种更严格的司法审查方式。如下文所示，严重妨碍州际迁徙权〔“夏皮罗诉汤普森案”（1969年）〕或结婚权〔“扎布洛斯诉雷德黑尔案”（1978年）〕的法冲，受到了更为彻底的司法审查。

基本权利平等保护最严厉的应用表现在如果分类妨碍了平等保护条款本身派生权利的行使，则对这种分类进行更严格的审查。当政府分类严重妨碍平等行使选举权或平等得到刑事或民事审判权时，即使不存在独立的权利，也将使用严格审查。平等保护条款本身防止这些基本利益方面的歧视。虽然伯格法院没有废止沃伦法院在这一基本权利和利益领域的传统做法，该法院也没有表现出任何把平等保护条款作为铲除社会不平等的武器的倾向。见“丹德里奇诉威廉斯案”（1970年）〔福利〕；见“圣安东尼奥独立学区诉罗德里格兹案”（1973年）〔教育〕。

（一）州际迁徙

宪法中无明示的迁徙权。然而，最高法院在裁定一项关于需要连续居住

一年方可享受福利援助的规定违反平等保护时指出：“由于这里的分类触及州际迁徙的基本权利，所以必须用断定它是否促进一种迫切的州利益的更严格的标准判断它的合宪性。”见“夏皮罗诉汤普森案”（1969年）。州际迁徙这一基本权利的来源从未得到过最高法院的确证，尽管人们一般把它当作宪法结构内固有的我国联邦制度的一种内涵。无论在什么情况下，当一个州要求新到来者在该州居住一个固定时期作为有资格得到本应在平等基础上得到的福利的一个条件时，最高法院一般总是援引基本权利平等保护规定，并对法律进行细致详尽的审查。见“纪念医院诉马里科帕县案”（1974年）〔穷人需连续居住满一年后方可获得公共医疗补助的规定被裁定违反平等保护〕；见“邓恩诉布卢施泰因案”（1972年）〔要求连续居住满一年方有选举权的规定被裁定违反平等保护〕；见“夏皮罗案”。

但是并不是对州际迁徙施加的每种限制都受到严格审查。关于“善意地”居住的要求一般使用合理性审查予以维护。见“麦卡锡诉费城文官委员会案”（1976年）〔要求市雇员为本市居民的法律得到维护〕；见“马丁内斯诉拜纳姆案”（1983年）〔免费公共教育的居住规定得到维护〕。这些法律并不是根据迁徙而是根据原告是否获得合法居住资格实行区别对待的。一旦获得这种合法居住资格，就能够享受这些法律中规定的全部权利。

在“索斯纳诉衣阿华州案”（1975年）中，最高法院应用合理性审查维护了需连续居住满一年方可提出离婚诉讼的规定。在与以前被裁定为无效的连续居住期规定相比较时，伦奎斯特大法官解释说，它们之间的不同在于这位来此不久的人并不是被“无可挽回地剥夺了她所谋求获得的某些东西；她向法院申诉的权利仅仅是被推迟了。”这种区分似乎取决于对州际迁徙权限制的严重程度。当州法阻止权利的行使或对权利的行使实施重大的“惩罚”时，就使用严格审查法。“夏皮罗案”涉及基本生活必需品的丧失。马歇尔大法官在“马里科帕县案”中指出：“不管夏皮罗惩罚分析的最终参数如何，但至少有一点是清楚的：对于一个穷人来说，医疗照顾至少象福利援助一样是‘基本的生活必需’。而且，必需给予基本生计的特权或福利往往被视为比不那么必不可少的政府权利具有更大的宪法意义。”很显然，离婚的拖延不是对迁徙的一种足以需要进行严格审查的“惩罚”。见“斯塔恩斯诉马尔克森案”（1970年）〔享受州立大学学费减免需连续居住满一年的规定得到维护〕；见“琼斯诉赫尔姆斯案”（1981年）〔对遗弃子女的家长根据其离开了该州还是仍留在该州予以不同的处罚，这一区别对待规定得到了维护，因为被告本身的行为限制了他的迁徙权〕。

在有些迁徙案中，法院口头上说利用合理性检验，但是否决了州法。例如，最高法院在“佐贝尔诉威廉斯案”（1982年）中裁定，一项法规违反了平等保护。按照该法规，阿拉斯加州根据每个成年公民的居住期分配从其自然资源所得的收入。与住满规定期限的案件一样，没有一个居民因不能满足一个最低等待期限而被完全剥夺了福利。在此案件中，福利数量的确定是“根据在该州所居住时间长短而划分的善意的居民类别的不同”，这种不同是固定而永久存在的，这些类别也是永久性的，是不断增加的。在已经居住在该州的那些人中进行区分，并没有合理地服务于该州在刺激人们定居阿拉斯加州和鼓励谨慎管理资金和资源方面的利益。在承认公民过去贡献方面的所谓的州利益“不是一种正当的州目的”，因为它将“为该州按照居住期长短分配其他权利、利益和服务敞开大门。”由于歧视待遇甚至连理性检验部无法

通过，因此最高法院认为没有必要确定“强化审查”是否合适。这样，最高法院就没有断定，在获得没有指定用于福利或医疗服务等特殊目的的资金方面的歧视是否将构成对基本权利的“惩罚”，从而促成严格审查。见“纽约州首席检察官诉索托—洛佩斯案”（1986年）〔只有入伍时居住在该州的退伍军人才享有就业优先待遇的规定被裁定违反宪法。多数法官使用严格审查法，列举了迁徙权和平等保护。发表平行意见的法官使用理性测试法〕。

（二）婚姻和家庭生活

“扎布洛基诉雷德黑尔案”（1978年）涉及威斯康星州一项刑事法规，它要求法院批准负有抚养子女义务的父亲或母亲可以结婚。如果不履行抚养义务或该个人不能证明得不到监护的子女将不成为靠政府救济为生者，就不予批准。马歇尔大法官代表最高法院废止该法时指出：“〔由于〕结婚权具有基本的重要性，以及由于这里有争议的分类严重干扰该权利的行使，我们认为，需要对为支持该分类提出的州利益进行‘极严格的审议’”。见本书关于结婚权作为一项正当法律程序权利的第122—125页。由于威斯康星州的分类，个人（特别是穷人）可能被迫放弃其结婚权或被完全阻止结婚，这种影响是对该权利的严重限制。虽然该州在劝告双亲履行抚养义务和确保不受监护子女的福利方面的利益是“足够重要的州利益”，但所用的手段没有“完全限于实现这些利益”。

但是正如“扎布洛基案”所表明的，如果受质疑的分类不严重干扰结婚的决定，那末只有合理性审查是适当的。见“卡利法诺诉约布斯特案”（1977年）〔作为结婚后终止残废补贴的规则例外，向与另一个有资格享受补贴的残疾人结婚的人继续提供补贴的规定，通过合理性审查被确认〕。还有考虑只给产妇福利补贴而不给堕胎手术补贴的堕胎费用案件，第120—122页，在“哈里斯诉麦克雷案”（1980年）中，最高法院裁定，由于不违反宪法保护的实质性权利（即对这些权利不造成严重妨碍），可采用合理性基础检验。“海德修正案”同保护潜在生命的正当政府目标有理性联系。

（三）投票

第十五条修正案第一款禁止联邦或州政府因种族、肤色或以前是奴隶而限制投票权。见“戈米利恩诉莱特富特案”（1960年）〔带种族歧视性的选区重新划分被裁定违反第十五条修正案〕。但是最高法院从未裁定存在着一种普遍受宪法保护的投票权。各州拥有广泛的界定投票资格在居住、年龄和公民身份等方面的要求并可以按自己的意愿用任命而不是选举的方法来填任官职。不过，如果州确实给予选举权，那末平等保护条款要求获得选举权的机会均等。

如果政府合理地行事，平等保护的要求就得到满足了吗？最高法院裁定，投票权是民主社会的一项基本利益，因为它是“其他公民和政治权利的保护条件”，见“雷诺兹诉西姆斯案”（1964年）。当政府的分类严重妨碍该权利的行使时，通常要求一种更彻底的审查。不管选举方案剥夺还是仅仅削弱选举权，这一原则都适用。

1. 投票资格。在“哈珀诉弗吉尼亚州选举委员会案”（1966年）中，最高法院裁定州的人头税规定违反平等保护。虽然道格拉斯大法官代表法院部分根据财富歧视把此规定列为可疑分类，但是起持久作用的是他对投票歧视的处理。他指出投票同明示的第一条修正案的权利关系密切，但并不认为有必要规定一种投票权：“因为指出这样一点就够了：一旦给予选民以选举权，

就不要再划定与平等保护条款相悖的界线了。”各州不能确定“有令人反感的歧视性”的选民资格。仅进行合理性审查是不适合的。由于投票是基本的权利，因此“必须周密地审查和仔细地限制可能影响投票权行使的分类”。由于财富和费用支付同一个人明智地参与选举进程的能力没有关系，人头税的规定违反平等保护。

在“克雷默诉联邦自由第15学区案”（1969年）中，将学区选举的选举权限于学生家长和财产所有人与承租人的做法被裁定违反平等保护。首席大法官沃伦强调了非歧视性参与选举进程对代议政府的重要性，对上述规定使用了严格审查法。他说，合宪性的普通推定是以州立法机构公正构成的假定为依据的。当这种假定在诉讼中受到质疑时，就需要进行“严格的司法审查”。由于应用这一标准，剥夺选举权的做法失败了。假定该州可能将投票局限于主要对选举结局感兴趣的那些人，那么这种分类并不是为了达到这一目的。该分类包括许多对选举只有有限兴趣的人，而排除了许多对学区决定明显感兴趣的人。见“西普里亚诺诉霍马市案”（1969年）〔将批准发行收益担保债券的选举权局限于财产税纳税人的规定被裁定不符合宪法〕；亚利桑那州“菲尼克斯市诉科沃杰伊斯基案”（1970年）〔将普通公债的投票权局限于财产税纳税人的做法被裁定不符合宪法〕。基本的原则是，当州的分类从居住、年龄和公民权以外的理由限制选举权时，这种法律经不起审查，除非该州能够证明，这种限制符合州的切身利益。见“希尔诉斯通案”（1975年）〔要求由大多数财产税纳税人批准为市图书馆出售债券的规定被裁定不符合宪法〕。

但是对于“特殊利益”选举这一基本原则存在着一种例外。在“萨利尔土地公司诉图莱里湖流域蓄水区案”（1973年）中，最高法院在确认一项选举方案时使用了合理性基础检验，该方案将选举权局限于土地所有者，而且按土地的估定价值分配选票。在审查水区的选举制度时，不宜使用严格审查，因为“它具有特殊的有限目的，它对土地所有人集团产生的影响远远超过对其他人的影响”。实质上，水区不是一个行使一般政府权力的实体，将选举权局限于具有“特殊利益”的人和实现法定目标之间有着合理的联系。见“鲍尔诉詹姆斯案”（1981年）〔将选举局限于土地所有者和采用加权投票方法选举一个大型水回收区的董事的规定，根据合理性检验得到了维护〕。但是应将“鲍尔案”同“奎因诉米尔萨普案”（1989年）作一比较。在“奎因案”中，密苏里州的一项宪法条款要求以不动产的所有权作为担任不动产终身保有者委员会委员的一个条件，该条款根据合理性审查标准被裁定为违反平等保护。在此案中该委员会不行使一般政府权力这一事实被认为无关紧要。即使该委员会只提建议，不直接立法，被考虑担任公职的权利也应得到平等保护条款的保障。对社区问题的了解和对社区的关心取决于财产所有权的观点是不合理的。采取牵扯面较窄的手段也可以达到州的目标。“鲍尔案”被视为与“米尔萨普案”不同性质的案例，其理由是，前案中有争议的水回收区，其职能的面特别窄，而且同土地所有者阶级有着特殊的关系。

居住期的规定提供了另一种背景情况，在这种情况下，基本权利平等保护被用来推翻对选举权的限制。投票的关于“真正的”居民之规定不违反平等保护，但严重影响投票方面的基本权益和迁徙权的居住期规定，经常使用严格审查法被裁定为无效。见“邓恩诉布卢姆斯泰因案”（1972年）〔需在该州居住满一年方有投票权的规定被裁定违反平等保护〕。但是，经证明符

合防止选举舞弊的州利益所必要的有限居住期规定经受住了细致详尽的审查。见“马斯顿诉刘易斯案”（1973年）〔50天居住期规定得到维护〕。

2. 削弱选举权。平等保护还防止严重妨碍特定选民阶层投票有效性的选举方案。例如，降低特定选民投票价值的州议员名额分配方案拒不给与“全体选民平等参与的机会。”见“雷诺兹诉西姆斯案”（1964年）。在该案中法院裁定，平等保护条款要求两院制州立法机构，两院的席位必须根据人口比例分配。在“韦斯贝里诉桑德斯案”（1964年）中，这一“一人一票”的原则被应用于国会选区的划分，以执行宪法第一条第二款的规定：众议员由“各州人民”选举产生。虽然这一原则适用于所有地方政府单位〔“哈德利诉初级大学区案”（1970年）〕，但该单位的目的可能很专一，权力很有限，难以算做政府单位。见“萨利尔土地公司案”。

但是在“雷诺兹案”中，最高法院也表示，“把数学式的准确或精确作为一种宪法要求也是不可行的。在州立法机构名额分配方面，较之国会选区的划定，多一些灵活性在宪法上是可以允许的。”实际上，各法院已要求，在国会选区划定中，各州应“尽可能达到人口均等”。在“长彻诉达格特案”（1983年）中，最高法院在否决各选区间0.7%的最大百分比偏差时指出，该州必须“拿出具体的证据，说明特定的目标要求其计划中出现这种具体的偏差。”但在州选区划分中，法院允许有小的偏差，而无须该州加以说明〔“怀特诉里杰斯特案”（1973年），确认平均偏差2%和最大偏差9.91%〕，同时允许出现实质性的偏差，如果维护其传统政治边界方面的利益能够证明这种偏差的正当的话。见“马汉诉豪厄尔案”（1973年）〔确认16.4%的偏差〕；见“布朗诉汤普森案”（1983年）〔确认16%的平均偏差和89%的最大偏差，按数量规定每个县分配一个席位不是人口偏差的重要原因〕。

按一个选区产生多名议员来划分选区，虽然可能妨碍特定集团获得与其人数相称的政治权力，但如果不涉及更多问题的话都不违反平等保护。见“莫比尔市诉博尔登案”（1980年）。但是当对“总体情况”的审查证明选举方案源于种族歧视的意图（即可疑的分类）时，就违反第十四条修正案。见“罗杰斯诉洛奇案”（1982年）。同样，通过要求一个特别的多数〔“戈登诉兰斯案”（1971年），公民投票60%的人批准承担债券债务的规定得到确认〕或同时的多数〔纽约中“洛克波特镇诉社区行动公民协会案”（1977年），新的县章程需要城乡选民分别达到多数的规定得到确认〕给少数派以特别大的政治权力，未必违反平等保护。

可以削弱选举权价值的另一种方法是对候选人和党派列入候选人名单施加限制。这些限制措施阻止了选民通过投票表达他们的意见。实际上，这种时列入权利的限制“干扰了两种不同的——虽然是重迭的——权利，即个人为促进政治信仰结社的权利和合格选民，不管其政治见解如何，进行有效投票的权利。”见“威廉斯诉罗兹案”（1968年）〔限制新政党列入选票权利的各种州的规定被裁定违反平等保护，因为它使民主党人和共和党人拥有“完全的垄断地位”〕。另一方面。据说对列入权利的限制符合重要的州利益，“可以保护其政治进程的完整性使之不受轻浮的或欺诈的候选人的影响，确保其选举进程有效，避免候选人名单过长造成选民混乱，以及避免第二次预选的费用和负担。”见“克莱门茨诉法欣案”（1982年）〔限制官吏竞选另一不同官职的州法，利用合理性基础检验被裁定不违反平等保护〕。

在多数情况下，最高法院对这种列入权利的限制进行严格审查，要求州

证明差别待遇是“促进迫切的州利益所必要的。”但是在“克莱门茨诉法欣案”中，最高法院的多数大法官指出：“并不是所有的候选人名单列入权利的限制都要求‘强化’平等保护细查。”这种多数意见认为，必须审查每一项法律以研究它所实施的限制的限度——“调查的内容是受到质疑的限制是否不公正或不必要地妨碍政治机会的利用。”见“卢宾诉帕尼什案”。

要贫穷候选人交纳候选人申请费作为列入候选人名单的一个必要条件（即不提供替代的列入手段），有可能被裁定为不符合宪法。见“布洛克诉卡特案”（1972年）；见“卢宾诉帕尼什案”（1974年）。但是要求候选人或党派表明一定程度的社区支持以便获得列入权的法律的命运要不肯定得多。如果法律“向少数派政党提供一个获得列入候选人名单资格的真正而实质上平等的机会，”即使根据严格的审查标准也能得到维护。见“得克萨斯州美国人党诉怀特案”（1974年）〔凡在上次选举中未得到大量选民支持的党，如欲被列入候选人名单，必须提交经1%选民签名的申请书，而且签名者局限于未参加另一党预选或提名过程的人，这一规定得到了维护〕；见“斯托勒诉布朗案”（1974年）〔一年的脱离规定因被认为有助于促进州在保持其政治制度稳定方面的迫切利益而得到维护〕。另一方面，如果有关规定实际上排斥独立人士和少数党，这些规定将被裁定为无效。见“安德森诉塞莱布雷兹案”（1983年）〔谋求列入候选人名单的独立候选人，其申请截止期较早，但对大党候选人不是这样，此规定被裁定为违反政治结社自由，但撤销这一规定主要依靠平等保护案例〕；见“威廉斯诉罗兹案”。最高法院对“安德森案”的处理表明，第一条修正案的分析可能得到法院更多的注意，作为基本权利平等保护的一种替代手段。

（四）获得正当司法审判的权利

平等保护法的一个十分混乱的领域涉及对这样一些经济障碍的处理，例如限制获得正当刑事和民事审判权利的收费规定。混乱的基本原因是平等保护和程序性正当法律程序分析的恰当作用。在“格里芬诉伊利诺斯州案”（1956年）中，最高法院裁定，凡要求提供法院文本以获得“适当和有效的”上诉审查时，州必须向贫穷的刑事被告提供免费的法院文本。布莱克大法官在一份为多数大法官撰写的意见书中援引了正当法律程序和同等保护两种原则。在后一个问题上，他承认，州没有规定上诉审查的宪法责任。但是在没有上诉宪法权利的同时，“这不等于说确实给予上诉审查的州可以在这样做时因为某些已判罪的被告的贫穷而予以歧视。在一个人所得到的审判方式取决于他拥有的钱的数量时，就没有平等的司法审判可言。”

哈伦大法官表示不同意，对多数大法官依靠同等保护的分析提出了异议。他声称“这种裁定的基础只是一个表达不清的结论：‘一个规定上诉审查的州如果〔不〕保证因严重罪行被它关押的那些人实际上得到这种上诉权就是违反了基本公正。’这当然是正当法律程序的传统措辞。”他对多数大法官使用同等保护做法的批评对于基本权利平等保护分析具有普遍的极端重要性。他说，多数大法官甚至在承认不存在任何上诉的宪法权利的同时，还从同等保护条款本身得出“州负有积极责任消除经济情况差别引起的障碍”。他说，同等保护要求平等对待，但是不要求一个州“给予某些人由他人出钱的东西。”

最高法院在“道格拉斯诉加利福尼亚州案”（1963年）中甚至更为明确地接受了根据同等保护条款处理刑事审判权问题的做法。最高法院裁定贫穷

刑事被告理所当然地有权利在第一次州上诉时指定律师为其辩护。道格拉斯大法官写的判决书将该州拒绝提供律师说成是“对穷人的歧视。”道格拉斯大法官承认，宪法未规定在获得司法审判权利方面的“绝对平等”，但他认为，“在穷人作为正当权利拥有的唯一一次上诉中”律师具有极端重要性。该州“在富人与穷人之间划了一条不符合宪法的分界线。”见“比较罗斯诉莫菲特案”（1974年）〔穷人在进行自定的上诉时无权获得指定律师〕。

哈伦大法官再次对最高法院依靠平等保护分析的做法提出了质疑。他承认，该条款禁止“在‘富人’与‘穷人’之间仅因其穷富”而实行歧视。但是他说，这绝不是说：平等保护“阻止州通过一项对穷人的影响可能大于对富人的影响的普遍适用的法律，或阻止州作出某种努力补救经济不平衡，而同时又不完全消除这种不平衡。”他说，虽然各州可能负有减轻贫穷影响的道德责任，“但把平等保护条款解释成施加一项消除经济差异的积极责任将等于向宪法中塞进一种消除差别的哲学，而这种哲学同我们关于政府同社会适当关系的基本概念中的许多概念格格不入。”实际上，他怀疑州能否履行一项积极责任使人们平等地享有司法制度规定的权利。

“格里芬—道格拉斯两案”的焦点是一项界定得很不明确的切身利益，这项利益把平等享受刑事司法权利与对穷人歧视的显然的关注纠缠在一起。在这些案例中不存在任何受到威胁的宪法权利，财富也未被作为一个可疑的分类特征。要求根据平等保护条款进行更严密的司法审查并且提供了该案独特主题的是主要利益与贫穷分类的结合。见“威廉斯诉伊利诺州案”（1970年）〔“以工抵罪”的规定导致监禁时间超过法定最大限度，这种规定被裁定为违反穷人的平等保护权〕；见“塔特诉肖特案”（1971年）〔监禁替代罚款的做法被裁定为违反平等保护〕。见“比较罗斯诉莫菲特案”；“富勒诉俄勒冈州案”（1974年）〔如果已判罪的穷人有偿还能力，州扣除为他提供律师所花的资金，此规定得到维护〕。

在涉及获得刑事审判权利的案件中，平等保护与正当法律程序的确切关系仍有争议。最近，最高法院重申，这两个条款都适用。正当法律程序之所以适用，是因为它要求提供一个公正的机会，以获得凭是非曲直作出的裁决；平等保护之所以适用，是因为可能对两个被告阶层给以不同的待遇。见“埃维茨诉卢两案”（1985年）〔根据正当程序条款在第一次上诉时理所当然地应享受有效的律师帮助，此权利受到侵犯〕。在“阿克诉俄克拉何马州案”（1985年）中，最高法院使用了正当法律程序条款要求各州在某些刑事案件中向贫穷被告免费提供精神病学帮助。最高法院使用了“马修斯诉埃尔德里奇案”中程序性的正当法律程序检验，将被告在精神病学方面应受到帮助的权益、因提供保护措施将受到影响的政府权益以及如不提供精神病学帮助可能造成的错误剥夺的风险这三者加以平衡。最高法院得出结论说：“凡被告在审判时向初审法官表明，他在犯法时的精神健全问题应成为审判时的一个重大因素，该州至少必须保证被告能够求助于一个合格的精神病医生，由他进行适当的检查，并协助辩护材料的估价、准备和陈述。”最高法院还裁定，在死刑案件的判决阶段，当州出示被告可能在以后造成危险的精神病学证据时，一名精神病医生对被告的极端重要性要求提供获得免费精神病学帮助的权利。

在民事诉讼方面，也出现了穷人获得司法审判权利的问题。在“博迪诉康涅狄格州案”（1971年）中，最高法院否决了一项州向谋求离婚的福利受

领人收费的规定。哈伦大法官代表最高法院利用正当法律程序条款，强调了两个关键因素：（1）婚姻关系在我国社会的价值等级中的重要性；以及（2）州对结束这种关系的手段的垄断。但在其他的收费案件中，如果不存在这些条件又会出现什么情况呢？在“合众国诉克拉斯案”（1973年）中，最高法院确认破产诉讼收费50美元的规定。债务人情偿债务的利益被认为不象博迪案中婚姻利益那样具有根本性，而且债务人还有替代的债务清偿手段。正当法律程序未被违反。见“奥特温诉施瓦希案”（1973年）〔最高法院维护了对福利委员会的不利决定提出上诉需交纳费用的规定〕。最近在“利特尔诉斯特里特案”（1981年）中，表明了博迪案两部分调查的重要性。在“利特尔案”中，最高法院裁定，康涅狄格州在确认生父的诉讼中未能为贫穷被告的血型测定支付费用，这违反了正当法律程序：“因为上诉人没有寻找一个替代论坛的选择权，而且他的利益及孩子的利益具有宪法重要性，因此这一案件类似于“博迪案”而不是“克拉斯案”和“奥特温案”。

（五）基本权利的限制

看来沃伦法院制定的平等保护法的各种基本权利为实质性的正当法律程序及其“洛克纳主义”污点提供了一个替代办法。实际上，它有时被称做“实质性平等保护。”此外，发展中的案例法表明，各州可能负有赞助性的宪法责任，使人们均等获得诸如福利、教育、住房和医疗等重要的政府补贴和服务的权利。平等保护条款也许会成为攻击社会上经济不平等的工具。

但是伯格法院严格限制了这些对等保护的扩充性解释。在“圣安东尼奥独立学区诉罗德里格兹案”（1973年）中，最高法院审议了得克萨斯州通过财产税资助教育是否违反了平等保护的问题，由于各学区的财产价值不等，这种税收造成了学区间每个学生支出的明显不一致。鲍威尔大法官为最高法院撰写的意见书使用了合理性基础分析法，以5比4裁定达到了平等保护的要求。

鲍威尔大法官在否定使用严格审查时首先断定，该项法律的运作不给可疑阶层造成不利。没有证据表明，穷人作为一个可鉴别的阶层生活在财产少的学区。也没有迹象表明他们被“绝对剥夺了希望得到的福利”。鲍威尔大法官指出，平等保护“不要求绝对的平等或一点不差地平等的利益。”最后，以学区财富为基础的差别并不属可疑分类。学区财富“丝毫不会带有传统的可疑标记。”鲍威尔大法官最后说，得克萨斯州的资助方案“不给任何可疑的阶层带来特别的不利。”见“马尔诉罗案”（1977年）和“哈里斯诉麦克雷案”（1980年），这两个堕胎补贴案件都反对把财产作为区别对待的基础列入可疑分类。

最高法院同样驳回了以基本权利分析为基础严格审查。鲍威尔大法官在承认教育可能是州政府最重要的职能时说，“州所提供某项服务的重要性，并不决定在根据平等保护条款进行审查中，必须把这项服务视为根本性的。”关键的结论是，不存在“宪法明示或默示保障的受教育权。”将教育与第一条修正案中规定的权利和投票联系起来的努力未获成功，因为宪法未保障“最有效的言论或明智的选举选择。”

鲍威尔大法官明确指出，即使假定存在着一种接受“一定量教育”的宪法权利，也没有迹象表明未提供这一最低限度的基本教育。实际上，以前的案件涉及剥夺一项权利或干扰它的自由行使，而得克萨斯州正在积极地谋求扩大教育。由于得克萨斯州以一种保护地方教育自治权的方式对它稀缺的税

收资源的分配作出了合乎理性的选择，否决它的选择不是法院的职能。见“丹德里奇诉威廉斯案”（1970年）〔对根据“有子女家庭补助计划”提供的福利补贴规定限额的州最高补贴额法，使用理性基础检验得到了确认〕。

尽管如此，在“普莱勒诉多伊案”（1982年）中，鲍威尔大法官投了关键性的第5票，从而使最高法院裁定，得克萨斯州没向未注册的学龄儿童提供它提供给公民和得到法律承认的外侨的免费公共教育，这违反了平等保护。在“圣安东尼奥案”中持不同意见的布伦南大法官在此案中为最高法院撰写了判决书。他承认“公共教育不属于宪法向个人提供的‘权利’”，但他说，“教育在维系我国社会结构中起着基本的作用。”布伦南大法官同样接受非法的外侨不是一个可疑分类阶层之观点。但是非法入境者的子女是“下层社会”的特别成员，结果成为被剥夺了公民和合法居民所享受权益的一个“永久性社会集团”的组成部分。布伦南大法官发表意见时所用的语言使人联想起非婚生案件中使用的语言，他指出，得克萨斯州的法律“给一个不应对其无能为力处境负责的离散子女阶层造成终身的苦难。”歧视使“无辜的”未注册儿童得不到教育。鉴于这种情况造成的代价，这项法律“很难被认为是合理的，除非它促进该州某个实质性的目标。”最高法院在应用这一中级审查标准时裁定，得克萨斯州该项法律不符合宪法。

鲍威尔大法官在“普莱勒案”中发表了平行意见，把“罗德里格兹案”作为一个不同的案例，其理由是，在“罗德里格兹案”中，“该州没有划出一类儿童，然后因为他们双亲的地位而惩罚他们。”此外，在“罗德里格兹案”中，“没有任何一类儿童象在此案中那样被完全剥夺了一切受教育的机会。”

“普莱勒案”在不涉及可疑的分类或基本权利的情况下不使用合理性审查，这是一种值得注意的现象。可以把“普莱勒案”看成为沃伦法院使用的平等保护严格审查提供了一个替代办法。审查程序，随分类特征的性质和所妨碍的利益的重要性，以及妨碍的严重程度（例如该法律是否为对一项基本利益的一种“惩罚”）而变化。但是正如持不同意见者所说的，“普莱勒案”更应当被看成只是一个注重结果的案件，对平等保护法理论方面的发展是微乎其微的。见“马丁内斯诉拜纳姆案”（1983年）〔不向主要为了上免费公立学校的目的而居住在有关学区的儿童提供免缴学费福利的州关于正式居民的规定，用合理性审查被维护〕。

在“卡德尔马斯诉迪金森公立学校案”（1988年）中，最高法院以5比4否决了根据平等保护条款提出的质疑，奥康纳大法官代表最高法院确认了一项北达科他州法令，该法令授权决意不“改组”成较大学区的学区对校车服务收费。与“普莱勒案”中的情况不一样，“卡德尔马斯案”中的上学儿童并不因为其双亲的非法行为而受到该州的损害。没有让该儿童上校车“只是因为她的双亲不愿支付与向所有其他家庭征收的相同的使用费。”此外，该法令同该州的正当利益有合理的联系，这种利益是实现改组后各学区居民的期望——改组后将实行校车免费。

“卡德尔马斯案”既拒绝应用严格审查标准，又拒绝应用曾在“普莱勒案”中使用的不那么苛刻的“强化审查”的标准。实际上，“普莱勒案”的判决被明确他说成是没有超出其“独特的情况”之外。

概括他说，基本权利平等保护分析的前途似乎是有限的。严格审查分析不大可能扩展到尚未被保护的权益。伦奎斯特法院甚至可能比伯格法院更无

意于进一步扩大平等保护法中基本权利的范围。

第七章表达自由

第一节基本原则

一言论保护的依据

第一条修正案规定。“国会不得制定限制言论自由的法律。”很明显，第一条修正案的条文是针对国会，即联邦政府的，它大概无意将此扩大到各州。但最高法院 1925 年宣布，第十四条修正案的正当程序条款保护表达自由不受各州侵犯。见“吉特洛诉纽约州案”（1925 年）。

保证表达自由的实质是什么呢？没有理由认为宪法保护一切口头和非口头的交流。正如霍姆斯所说：“对言论自由最严格的保护也不会保护在剧院里谎称失火，并高声叫喊从而引起惊恐的人。”见“申克诉合众国案”（1919 年）。但对这些人为什么不作保护呢？这是因为第一条修正案的条文里并没有对保障言论自由规定限制条件。问题的关键是宪法禁止“限制言论自由的法律”，并未禁止限制交流的一切法律。

言论自由包括哪些内容呢？人们对宪法制订者的历史意图众说纷纭，因此，难以从他们的意图中得到多少指导。但是，在案件提出后，我们可以通过考虑第一条修正案所起的作用，从中得到一些启示。对一些人来说，表达自由是寻求真理至关重要的组成部分，特别是政治真理。因此，霍姆斯大法官认为：“对真理最好的检验是一种思想在市场竞争中所表现出的使自己得到承认的力量。”见“艾布拉姆斯诉合众国案”（1919 年）。这种主张自由表达的思想市场理论可追溯列英国的制宪史。例如，在 17 世纪，约翰·弥尔顿在一篇著名的文章《论出版自由》中抗议政府对出版实行批准和检查制度：“有谁听说过真理会在自由公开的争辩中失败呢？”现在，对这一原则的精辟解释认为，州必须允许对话继续下去，不管这一对话多么有害。只有在社会秩序受到明显威胁时，才准许政府惩罚讲话人。正如布兰代斯大法官在“怀特尼诉加利福尼亚案”（1927 年）中指出的那样，“只有在紧急情况下，压制才是正确的。”

但是，第一条修正案的思想争鸣市场模式是否现实？批评者们怀疑，绝对真理的概念是否是政治对话的目标。市场理论建立在这样一种理性的假定上：负责决策的明智公民寻求并受权管理自由社会。但是，20 世纪的社会真的是这样运转的吗？受到极权主义敌对势力威胁的自由社会可能已不敢抱此希望。市场批评者认为，在对大众传播媒介集中控制的年代，市场理论几乎没有赖以存在的基础了。

亚历山大·米克尔约翰为自由表达提出了一个有影响的根据。他说，第一条修正案的制订者们的兴趣在于政治自由，在于使民主得到贯彻执行。必须向政府的平民批评者提供信息，使他能够履行自己的政治责任，否则他就不可能控制他的统治者。而涉及私人生活——例如商务通信——的讲话则不必受到绝对保护，只给予正当程序条款规定的一般保护。批评者们问道：米克尔约翰的理论是要说明现实呢，还是只是一种乌托邦的理想？

对这些社会功利主义模式的另一种选择方式是这样一种看法，即言论自由的价值在于它本身可促进个人的自我实现和自决。一个有理性的人欲求得发展，需要得到信息和机会来表达他自己的思想。这种理论可称之为个人自由或自我实现模式。

从这些理论中引申出来这样一个原则，即：限制表达自由的法律不应按待尊重态度的理性检验标准来审查。确切他说，这些法律应受到较严格的司

法审查。从对政府违反自由表达的行为进行细致详尽的审查这一现代原则中，我们得出了第一条修正案法律的基本原则和检验标准。

二对原则的概述

（一）内容控制与间接限制

最高法院曾经说过，“最重要的是，第一条修正案意味着政府无权因表达所传递的信息、思想、主题或内容而对它进行限制。”见“芝加哥警察局诉莫斯利案”（1927年）。然而最高法院常常维护以内容为基础的对言论进行限制的法律。有两种方法可用来协调这两种看法：首先，一些言论很明确地被排除在第一条修正案的保护之外，或根据第一条修正案给予较低程度的保护。在“查普林斯基诉新罕布什尔州案”（1942年）中，最高法院说：“有一些言论属于明确界定和严格限制之列，对这些言论予以禁止和惩罚从不认为会引起违宪问题。”因此，我们不会提出第一条修正案是否保护某一淫秽出版物的问题。因为淫秽不是“言论自由”所关注的表达种类，第一条修正案并不限制防止其流行的法律。

第二种方法是，使用加权形式的“平衡”检验标准来确定政府对言论内容的控制是否构成了对“言论自由”不能容许的“限制”。这种平衡方法，或称之为证明有理法，可以归纳成一种准则，如明显而现实的危险理论。也可以像今天审案中经常做的那样，采用法院对以内容为基础的立法进行严格审查的方式，也就是说，政府必须证明，审查中的法律是严格地为实现政府首要的或切身的利益而制定的。最后，即使法律是以限制言论内容为基础，司法调查也只不过是相冲突的言论与政府利益之间进行特别平衡检验。

政府的规定在内容上可能是中性的，只对言论自由施加间接的限制。在这种情况下，则采取一种较为宽松形式的司法审查。哈伦法官在为最高法院就“柯尼斯堡诉加利福尼亚州律师协会案”（1961年）写的判决书〔可以把拒绝回答有关律师申请人资格的合法调查作为不准其入会的基础〕中说：“不打算控制言论内容，但偶而限制其任意发表的一般性法律规定，不被认为是第一条或第十四条禁止国会或州通过的法律，但次要的政府正当利益应当证明这些法律是正确的。这是合宪性的一个前提，它不可避免地要涉及到衡量政府有关利益的问题。”

法院在两相对抗的利益中进行衡量，以确定所做的规定是否合理。例如，一项管理汽车噪音的涉及面很广的城市法令，给了警察很大的自由处置权，被认定违宪。见“萨伊阿诉纽约州案”（1948年）。一个涉及面较窄的汽车噪音法令，禁止在街上“大声鸣笛和产生喧闹的噪音”，被裁定符合宪法。见“科瓦科斯诉库珀案”（1949年）。同样，纽约市的一项法令规定使用该市提供的音响放大设备和音响技师，把中央公园室外音乐台音乐的音量限制在一定范围之内，是符合宪法的。这样的规定同样也被认为是严格针对特定需要而制定的。因为政府控制音量的基本利益，通过规定使用城市音响技师，但允许主办者在声音合成方面有自主权的方式，得到了直接而有效的维护。见“沃德诉反种族主义摇滚乐队案”（1989年）。

全面禁止到住宅游说、散发传单和拉顾客〔见“马丁诉斯特拉瑟斯案”（1943年）〕或给官员过分的酌处权以管制这种游说活动之内容的法律〔见“海因斯诉奥拉迪尔市长和市议会案”（1976年）〕部是不合理的，因为这近于对言论内容进行控制。另一方面，旨在保护房主隐私的合理的限制性规定将得到维护。见“布里尔德诉亚历山大市案”（1951年）〔未经房主同意

不得出售住所杂志的禁令得到维护〕；“罗恩诉美国邮政部案”（1970年）。为维护正当的地方利益，如交通流量和治安，规定公开抗议地点和方式的法律将得到维护。见“格雷尼德诉罗克福德市案”（1972年）。

宪法学研究者应当认识到，对利益进行平衡检验时，司法审查的程度在各案中可能大不相同。在衡量这种间接规定的合理性时，最常用的也许是“奥布赖恩诉合众国案”中的那种标准：“政府的规定很可能是完全正当的：如果这些规定促进了重要的，或实质性的政府利益；如果政府的利益与压制自由表达无关；如果对所说的第一条修正案的自由所实施的附带限制，与促进政府利益相比，并不那么重要。”

（二）模糊和过宽

在大多数涉及第一条修正案的诉讼中，对合宪性的质疑都是针对“用于”具体诉讼人的法律是否有效而言的。根据这种“用于”方式所作出的有关法律违宪的司法裁决，并不会使法律本身无效，而只是使法律的具体实施无效。仅仅适用于原告的法律是违宪的。一项在某种情况下有效的法律，应用于某些人时可能是违宪的，而当这种应用与诉讼当事人无关时，按照第三方诉讼身分规则，不允许诉讼当事人对这种应用提出质疑。

然而，还有另一种至关重要的方法。除了对一项法律应用于诉讼当事人的有效性提出质疑外，诉讼当事人另外还可以（或作为一种替代选择）提出某项法律模糊或限制过宽，从字面上看是违宪的，从而对法律本身的有效性提出质疑。在这种情况下，法院有利于原告的裁决造成了法律的无效。此外，允许诉讼当事人在最高法院提出未出庭的、根据正常法律不得涉及的第三方的权利问题。即使诉讼当事人本身没有受到过宽的影响，一项既不过宽也不模糊的法令可以对他做出有效的规定，情况也是如此。由于人们提心模糊和限制过宽的法律对宪法保护的表达自由产生令人沮丧的影响，对第三方诉讼地位规则做了一个例外规定。

模糊和过宽两种理论之间有密切关系，但又各不相同。模糊涉及法律的清晰度。一项法律必须有足够的清晰度，告诉人们他们必须遵守的行为规范，以避免受到某项具体法律的制裁。根据程序性的正当法律程序，如果一项法令未能提供这种信息，从宪法角度看它是不公平的。然而，一项不明确法令可能使第一条修正案以及程序性的正当法律程序受到影响。有关表达的法律规定尤其要明确，因为如果不明确，被保护的表达可能受到阻挠或压制。过宽理论所涉及的是法律的准确性。一项法律虽然在表面上看可能是明确的，但如果它不加区别地既用于被保护的表达自由，又用于不被保护的表达自由，则可能牵扯面过宽。比如，一项法律禁止三个以上的人聚集街隅从事“骚扰”路人的活动，它既不明确，范围也过宽。见“科茨诉辛辛那提市案”（1971年）。这样的法律可能使被保护的表达受到阻挠或压制。它将允许管理官员任意游荡，限制被保护的表达。这里存在着过宽的缺陷：即使诉讼当事人从事了不受保护的表达，但这项法律可能会被用于限制被保护的言论。

与过宽理论密切相关的是限制较少的选择检验，它常在第一条修正案诉讼中使用。即使政府有与切身利益相关的目标，如果这一目标可以通过对被保护的表达限制较少的法律来实现，则第一条修正案要求使用这些不那么严厉的方式。

过宽原则受到了最高法院的攻击，认为它是“烈性药剂”，最高法院对

它应谨慎使用，且只是作为最后手段。见“布罗德里克诉俄克拉何马州案”（1973年）。司法批评家对法院基于该法可能和想象中的应用而宣布某项法律无效之做法的适当性提出了异议，因为事实上这种应用可能根本就不会出现。他们指出，司法机关过早地处理实际受影响的各方并未直接提出的宪法问题，这是不适当的。

“布罗德里克诉俄克拉何马州案”（1973年）是过宽原则的一个重要例外。“当涉及到行为而不只是言论时，我们认为，从法律明白无误的合法范围来判断，法律的过宽不仅是实际存在的，也是实质性的。”尽管所阐述的这一原则只适用于与言论有关的行为，并不适用于纯言论，但“实质性过宽”这一要求的潜在范围基本上未加说明。很明显，并不是一项法律的应用可能出现任何违反宪法的情况，就使得这项法律从文字上看是无效的。然而，“布罗德里克案”表明，要严格限制出现援用过宽理论的情况。事实上，越来越倾向于运用“实质性过宽”的规定，甚至在审查限制纯言论的法律时也是如此。在“实质性过宽”短语中“实质性”一词的性质像美洲变色蜥蜴一样，令人难以把握。

（三）事先限制原则

从历史上看，免受事先限制的自由是英国律师们在谈到出版自由时所指出的。的确，人们对第一条修正案的最初理解是，它提供了免受事先限制的自由。这种自由保护发行前的印刷品，禁止在事先对其进行行政限制。换句话说，事先限制理论禁止出版前的检查。这应当与由于破坏社会治安，行为不轨，或侵权损害引起的事后惩罚区分开来。所有这些惩罚都可能在表达发生之后进行。

过去，人们认为免受事先限制的自由比免受事后惩罚的自由重要。这是为什么呢？反对事先限制的倾向大部分是根据这样一个事实，即表达尚未进入思想市场。另一方面，就事后惩罚来说，公众至少有机会听取并判断有争议的信息。在事后惩罚的制度中，讲话人要对他的话所产生的后果负责。由于对市场的关注是形成反对事先限制之倾向的主要动力，所以毫不奇怪，现代事先限制理论被用于审查各种形式的表达发生前实施的政府限制。因此，即使是法院公布的某项负有保护表达自由之具体责任的指令也不免要落入它的范围。见“尼尔诉明尼苏达州（根据奥尔森告发）案”（1931年）。近来，印刷材料以外的表达方式同样也获得了免受事先限制的自由。见“沃克诉伯明翰案”（1967年）〔上街游行〕。

这一原则的现代形式规定，无论在实质上，还是在程序上，事先限制都是属于极可疑的分类，应受违宪性推定检验，尽管这种推定可以推翻。为证明使用这种限制的正确性，政府负有很重的举证责任。最高法院大体已经表明，在审查事先限制规定时将使用“明显而现实的危险”原则。见“内布拉斯加新闻协会诉斯图亚特案”（1976年）。然而，应当注意到，这种情况也包括对言论内容的控制，这些控制需要独立地使用严格司法审查。

在一份未署名的简要法庭裁决中，最高法院在“《纽约时报》公司诉合众国案”（五角大楼文件案）（1971年）中，以6比3票宣布下级法院的限制无效，该法院限制发表一项关于美国越战政策的秘密研究报告。最高法院的这一裁决只是指出政府未能满足它证明使用事先限制实属正当的举证责任。同时附上9名大法官各自的意见书，详细说明了他们对这一问题的看法。

评估事先限制理论在此案件中作用的困难在于，由于联邦没有授权进行这种限制的法令，不少大法官对限制出版深感不安。但是，为什么联邦法令的存在关系重大呢？发布禁令仍然被推断为违反宪法的事先限制。对这一问题的回答可能在于这样一个事实：

一些大法官认为，如果有一项联邦法令，加之涉及据说威胁国家安全的事实模式，可能会满足必须证明授权事先限制实属正确的重大责任。而没有提供国会支持的法令，只是由行政当局简单宣布，说出版可能“对公共利益造成严重的、不可弥补的威胁”，这不足以成为推翻反对事先限制的强有力的推定。当然，它并不会对“我们的国家或人民”造成“直接、立即和不可挽回的损失”。（斯图尔特大法官语。）

三明显而现实的危险原则

很可能，第一条修正案形成的最重要的原则是“明显而现实的危险”原则。根据霍姆斯大法官在“申克诉合众国案”（1919年）中的说法，这一原则的作用是论述什么样的证据可以用以确定违反了《反间谍法》。霍姆斯的回答是，当一种出版物“所使用的文字是在某种特定的情况下使用，并具有某种性质，以致造成明显而现实的危险，带来国会有权阻止的实质性恶果时”，就可对这一出版物定罪。“这是一个近似和程度的问题”。霍姆斯是否在“申克案”中真的重新阐述第一条修正案的原则，这是值得怀疑的。实际上，他似乎采用了当时正流行的“不良倾向”检验，因为他说：“如果一项行为（发表言论或传播文件），它的倾向和意图都是相同的，那么我们就没有理由说，只有根据效果才可给这项行动定罪。”

但是，到“惠特尼诉加利福尼亚案”（1927年）时，布兰代斯大法官在“一项并行意见（这项并行意见比最高法院的意见有更大的影响）”中提出了一项对危险检验的说明，它比申克方案在更大的程度上保护了表达自由。布兰代斯说，政府要压制言论，“就必须有合理的根据，认为所说的危险是紧迫的；必须有可能对国家造成严重危险”。对布兰代斯来说，不能把言论拒之于保护之外，“只要其主张不具煽动性，也没有迹象表明会按照这一主张采取行动”。此外，现在霍姆斯和布兰代斯所使用的危险检验，已不仅成为证据的标准，也成为判断法律有效性的检验方法，即使立法机关已经断定有关言论是属于危险性的。

在“吉特洛诉纽约州案”（1925年）中，根据桑福德大法官撰写的意见书，最高法院维护了纽约州一项惩治制造无政府状态犯罪的法令。桑福德大法官是从这一前提开始的：当立法机构确定言论对公共福利十分有害时，“任何有利于法令有效的假定都是允许的”。只有该法令是“武断而无理地”行使州警察权时，才违反了表达自由。既然立法机构能够有理由断定煽动以非法手段推翻政府的言论应当受到压制，那么“它就可以根据自己的判断，将造成威胁的危险压制在萌芽状态之中。”霍姆斯和布兰代斯反对这种论证，表示异议。在他们看来，明显而现实的危险检验完全适用于对立法裁决的司法审查。正像布兰代斯大法官在“惠特尼案”中所说的那样，关于需要制定法律的立法宣言“只是提出了一个这些条件已经得到满足的推定，而这种推定是可以推翻的”。

布兰代斯在“惠特尼案”中对危险检验的阐述在著名的“丹尼斯诉合众国案”（1951年）中得到了正式支持，也遭到了贬低。

在此案中，首席大法官文森代表多数人撰写的意见书驳回了根据第一条

修正案提出的攻击，维护了联邦反颠覆法，即《史密斯法》的有效性。文森首席大法官宣称，最高法院所接受的危险检验方案就是布兰代斯在“惠特尼案”中宣布的检验方法。但是，人们怀疑，鉴于实际应用情况，布兰代斯是否会说这种检验方法是属于他本人提出的。文森着重强调，政府有必要对共产党的威胁做出反应；危险检验并不意味着政府“必须等待，直到暴乱就要发生，直到计划制订完毕，专等发出信号就要行动”。相反，政府可以采取行动反对颠覆政府的阴谋或企图，尽管这些企图从一开始就注定要失败。暴乱能否成功不是标准，政府也不能到迫在眉睫时再采取行动。最高法院采用了下述危险检验的新方案，这是首席大法官勒尼德·汉德在联邦上诉法院中提出的：“在每一个案件中，法院都必须提出这样的问题：‘罪恶’的严重性（考虑到其不可能实现应打的折扣）是否能证明侵犯言论自由是正确的，是避免危险所必需的。”

即使是这种淡化了的危险检验，对判决发表了平行意见的法兰克福特大法官也不能接受。没有哪个方案可以实现利益间的微妙平衡。相反，“比起对要解决的非欧几里德问题宣布过于灵活的原则来说，在司法程序范围内公正全面的衡量相互矛盾的利益”更有助于国家安全的需要。尽管这种说法看来是设想在相互矛盾的言论和国家利益之间实现司法上的平衡，但实际上法兰克福特认为，寻求平衡是国会的职能。司法职能仅限于保证立法裁决有合理的基础。这真是与“吉特洛案”中的桑福德大法官的意见如出一辙！

“丹尼斯案”对危险检验的阉割在“耶茨诉合众国案”（1957年）中得到了某种程度的缓和，这一案件也涉及了《史密斯法》。

有趣的是“耶茨案”并未从技术上谈论第一条修正案案件。所提出的法律问题是一项有关法令的问题——《史密斯法》中禁止鼓吹用暴力推翻政府的含义。《史密斯法》禁止什么样的“鼓吹”？大法官哈伦在“耶茨案”中代表最高法院弥补了“丹尼斯案”对自由表达造成的某些损害。他解释说，法律禁止“鼓吹采取具体行动”，而不是禁止“鼓吹抽象的原则或思想。”这种方法使人不是联想起桑福德大法官，而是想起布兰代斯在“惠特尼案”中提出的危险检验方案。这一放宽限制的裁定可能是由于疯狂反共的麦

卡锡主义正失去支持的缘故。但无论如何这不是霍姆斯—布兰代斯检验的完全恢复，因为哈伦大法官从未打算要使用“耶茨案”中的危险检验。同样，也未提及迫在眉睫的紧急状况或成功的可能性。布兰代斯—霍姆斯的真实信念在“布兰登堡诉俄亥俄州案”（1969年）中达到了更为完整的，但仍然有些修改的恢复。

在布兰登堡案件中，最高法院根据法庭共同议决，宣布一项惩治非法工团主义的州法无效，所谓非法工团主义是指鼓吹在工作场所的劳资纠纷中使用暴力。最高法院认为，“丹尼斯案”—“耶茨案”确定了一项原则，即表达自由原则不允许州“禁止或限制鼓吹使用暴力或违反法律，只有这种鼓吹旨在煽动或引起立即的非法行动，或有可能煽动或引起这种行动。”在“布兰登堡案”中，最高法院从未提及危险检验，只是含糊不清地援引了“丹尼斯案”和“耶茨案”。

一些评论家把“布兰登堡案”说成是采用了“煽动”标准检验，它着重于有关言论的性质。他们认为，言论自由是受到绝对保护的，但是煽动用暴力推翻政府的言论不属于第一条修正案所说的言论。这种表达被明确地排除在保护之外。另外一些评论家把“布兰登堡案”解释为是霍姆斯—布兰代斯

危险标准检验和“煽动”标准检验的结合。霍姆斯—布兰代斯危险标准检验把焦点集中在言论发生的环境上。为惩罚某种言论，讲话者必须既使用了鼓吹采取行动的语言，而且讲话的环境足以造成迫在眉睫的紧急情况，即政府要阻止的严重的实质性罪恶可能要发生。

对“布兰登堡案”含义的争论反映了对危险检验本身的价值继续存在着争议。一些批评者认为，危险检验没有对第一条修正案的利益给予充分的保护，对讲话音提供的保护不比特别平衡检验提供得多。另一些批评者认为，危险检验没有对至关重要的政府利益提供充分的保护。他们认为，从功能上说，隐藏在危险检验语言中的是严格审查标准。从这种观点来看，要在国家安全之类的领域中对立法裁决进行严格的司法监督是不适当的，因为它限制了民主意志。总之，情况很可能是这样，在过去使用危险标准检验的地方，今天法院将使用严格审查的检验。

四象征性行为

常被用做传达信息的手段。例如警戒、散发传单、作广告等。这种“语言加行为”应受到合理的管理，但行为也可以构成信息。行为可以表现一种思想：“使用符号是一种原始的，然而却是有效的交流思想的方法。用图案和旗帜来象征某种制度，思想，机构成个性，是沟通思想的捷径”。见“西弗吉尼亚州地方教育委员会诉巴尼特案”（1943年）〔强制性的向国旗表示敬意的法律被裁定不符合宪法〕。但并不是所有的行为都是为了交流，也不是所有的表达行为都受到第一条修正案的保护。枪击公职官员以表示反对政府的无政府主义分子，不能用宪法的保护伞掩护自己。那么，用什么样的标准来决定何时象征性行为受第一条修正案的保护呢？

首先应确定行为在什么时候被看做是第一条修正案所指的言论。事实上，当法院不希望对行为实施第一条修正案的保护时，有时在辩论中硬是假定，如果这种行为是“言论”，法律就是对这种“言论”的合理管理手段。见“合众国诉奥布赖恩案”（1968年）〔在抗议越南战争期间焚烧征兵卡被假定为信号语言〕；“克拉克诉创造性非暴力的社区案”（1984年）〔彻夜露宿公园作为抗议的一部分被假定为是表达行为〕。即使是在对行为实施第一条修正案的保护的情况下，最高法院也是经常不讨论为什么行为构成了言论。“廷克诉得梅因独立社区学区案”（1969年）只是说，公立中学学生戴黑臂章抗议越南战争“非常近似于‘纯语言’”。不幸的是，这种方法常忽略了有关行动作为表达讲话音信息方式的重要性。“斯彭斯诉华盛顿案”（1974年）推翻了一项禁止国旗滥用法，该法曾用于惩罚一名在旗帜上缀上和平常象征然后挂在窗户上的抗议者。

本案确实勇敢地承担起界定象征性语言的任务。最高法院审查了行为发生的前后情况和环境，裁决：（1）有传递反对战争和暴力具体信息的打算；（2）别人可以收到和明白这一信息。

假如按“斯彭斯案”，有争议的行为是第一条修正案所说的言论，那么这种象征性语言应受到什么程度的宪法保护？表达行为是否象口头语言那样享受宪法的同样保护？在“廷克案”中，最高法院说，“根据第一条修正案”，这一行为（戴黑纱）受到“全面的保护”。禁止戴黑纱被认为是以内容为基础的规定，如果没有迹象表明，行使这一权利将与“管理学校所需的适当纪律发生巨大的实质性矛盾”，禁止它是不符合宪法的。这就是“廷克案”所确定的实际检验标准。这一检验标准所需求的东西看起来比明显而现实的危

险检验标准要少些，但这可能是由于这种表达是发生在校园这一环境中。

“合众国诉奥布赖恩案”（1968年）十分明确地规定了管理标准。在奥布赖恩案件中，首席大法官沃伦代表最高法院首先提出了这样一个前提：当把言论和非言论结合在行为中时，控制非语言部分可能导致对表达的附带限制，只有满足了下述条件才能证明这种限制是正确的：（1）规定必须促进重要的或实质性的政府利益；（2）政府的利益必须与压制自由表达无关；（3）对所提出的自由带来的附带限制不得大于促进政府利益所需要的程度。“奥布赖恩案”检验标准十分重要，因为在审查给言论带来附带限制的中性内容的法律中，它是最常用的标准之一。

在运用这一利益平衡标准时，审理“奥布赖恩案”的最高法院拒绝深入调查国会禁止焚烧征兵卡的动机，这可能就证明，该法是以言论的内容为基础的，需要更严格的审查标准。相反，这一法律却被说成是服务于内容中性的十分重要的目的——促进选征兵役制的有效执行。即使假定这是该法的目的，提出质疑者认为，其他法律已充分实现了这一目标，再在这方面采用一条新法律所取得的附加利益，抵销不了给第一条修正案的权利要求带来的妨碍。

“奥布赖恩案”对于手段与目的关系的分析采取了一种要求较为宽松的方法。由于没有其他有效地服务于政府利益的法律可供选择，这一法律便是有效的。这种淡化了的利益平衡方法一直受到严厉的批评，但在审查中件内容的规定方面它已成为占支配地位的司法方法。

“奥布赖恩案”利益平衡的方法也反映在“克拉克诉创造性非暴力社区案”（1984年）中。虽然国家公园管理局允许在首都华盛顿的拉斐特公园和草地广场上建立帐篷城，作为就无家可归者面临的问题进行示威的一部分，但该管理局援引了不许在公园宿营的规定，拒绝了允许示威者在帐篷里睡觉的要求。最高法院根据怀特大法官写的判决书，驳回了称此项拒绝违反了第一条修正案的诉讼。

怀特大法官在“克拉克案”中援引了“奥布赖恩案”关于象征性行为的原则，同时援引了判断公共讲坛表达方式之规定是否合乎所采用的标准（见本书第198页），认为这两个标准实质上是一样的。禁止睡觉符合环境利益，而不是基于不同意所传递的信息，因此被认为内容是中性的（尽管听起来更象是意识形态上的中性，而不是内容上的中性）。禁止在帐篷里睡觉严格地服务于维护公园的财物，这是政府的实质性利益，因为这项禁令限制了对公共财产的损伤和破坏，有利于公众去公园游玩。和布伦南大法官一起，马歇尔大法官不同意这种看法，认为禁止睡觉只是在一定程度上有助于政府的环境利益。最高法院驳回了还有更严格的选择方式的论点，认为在需要保护到什么程度，如何维护公共财物方面，对公园管理局进行事后指责不是法院的职责。因此，这一规定对表达方式的限制是合理的。

对“克拉克案”的判决持异议者常常指责最高法院对“奥布赖恩案”标准的运用，称“最高法院明显地放松了对政府所做规定的审查，只要它断定这些规定在内容上是中性的。”批评者提出的质疑不是针对“奥布赖恩案”标准本身，而是针对最高法院对这些标准的运用，特别是它对法律与公认的政府重要利益关系的评价。批评者们认为，最高法院没有充分地衡量第一条修正案在利益平衡方面的价值，也没有问一问实施有关法律所增加的有效性与表达自由所付出的代价相比是否确实值得。更为普遍的是，批评者们怀疑最高法院是否因为表达采取的是行为方式，而不是纯口头语言方式，就降低

了第一条修正案的审查标准。

但是，宪法法研究者不应认为象征性表达从来没有受到过充分的保护。当政府规定了象征性表达的内容时，它就构成了对表达的直接而重要的限制。在这种情况下，“奥布赖恩案”原则就不适用了，因为这些原则只用于附带限制。例如，一个示威者作为政治抗议的手段，在共和党得克萨斯全国代表大会开会期间焚毁了一面美国国旗，根据得克萨斯州禁止亵渎圣物法令对他的定罪因不符合第一条修正案而被撤销。在开会期间焚烧旗帜的行为具有很明确的政治性质，这是显而易见的。该州不可以认定这种挑衅性或伤害人的语言一定会产生混乱。这一焚烧旗帜的行为不属于“好斗语言”的范畴（见第 213—218 页）。在没有发生混乱或没有出现发生混乱的危险时，不存在维护阻止扰乱治安的利益问题。该州所说的维护作为“国家和国家统一”象征的国旗的利益未免太过分了，因为只有在“人们对国旗的处置传递某种信息”时才会出现这些担心。政府不能“只是因为不同意信息的内容就禁止表达”，这一规定不取决于所选择的思想表达方式。政府不能限制人们用以传递信息的象征。国旗不能用于交流的论点尚无限制原则。难道可以把总统印玺或宪法本身也同样地列为禁止用以传递信息之物吗？最高法院运用了严格审查标准裁定，该州所称的利益没有证明对一个用焚烧国旗表达政治抗议的人进行刑事惩罚是正确的。见“得克萨斯州诉约翰逊案”（1989 年）。

在对“得克萨斯州诉约翰逊案”裁决以后，国会通过了 1989 年《国旗保护法》，该法规定，任何人对美国国旗“故意撕毁，损坏，污损，焚烧，置于地板或地面上，或践踏”的行为都构成犯罪。美国曾对违反此法焚毁美国国旗的一些个人提出过起诉。这一新的《国旗保护法》与得克萨斯州法有很大的不同吗？得克萨斯州法是“根据信息内容针对表达行为的”。然而很明显，国会在此法中的利益是与压制自由表达有关系的。该法的语言揭示了国会在“毁坏国旗这种交流方式所产生的影响”方面的利益。在这项法律中，几乎所有的措辞都是关于对国旗不敬行为的。《国旗保护法》比得克萨斯州法的范围更宽。然而它仍然与得克萨斯州法有着同样的致命弱点，它因为担心“交流可能产生的影响”从而压制表达。最高法院以 5 比 4 票再一次裁定，对烧毁国旗的起诉不符合第一条修正案。见“合众国诉艾西曼案”（1990 年）。

对烧毁国旗问题的争论导致了对以下根本原则的重新强调：“如果存在着构成第一条修正案基础的基本原则，那就是不能只是因为社会认为这种思想令人反感或令人不能同意，政府就禁止这种思想的表达。”见“得克萨斯州诉约翰逊案”（1989 年）。当对象征性行动的规定是以内容为基础时，就要实行最严格的审查。见“合众国诉艾西曼案”（1990 年）。然而，当约翰逊和艾西曼两案的审理人威廉·布伦南于 1990 年 7 月宣布从最高法院退休时，上述解决国旗亵渎案的方法再次陷入争论。

五 结社和信仰自由

（一）权利的来源

结社自由在宪法中并未明确提及。早在 17 世纪，约翰·洛克曾写道，私人结社对阻止集权和保护自由十分重要。在现代社会中，结社是思想市场竞争和管理政府的至关重要的手段。利益集团和政党竞相争取公众的注意和支持，在此过程中，便促进了民主政体的价值。正如最高法院在“全国有色人种协进会诉巴拉巴马州案”（1958 年）中所说：“不容争辩，促进信仰和思想的结社自由，是第十四条修正正当程序条款所保证的‘自由’的一个不可分

割的方面，它也包括言论自由。”

但是，当一个城市的法令规定允许进入某些舞厅的人只限于 14 至 18 岁的青少年时，不许成年人进入这些舞厅并不违反第一条修正案的任何结社权。不存在广义的“社交结社”权。促进第一条修正案目标的有表达意义的结社才是第一条修正案所保护的。保护未成年人和成年人一起跳舞的机会不属于这一类型。见“达拉斯市诉斯坦林案”（1989 年）。

同样，信仰自由也不是一项明示的宪法保证。但是象结社一样，它也成了第一条修正案的保证和正当程序自由所默许的权利。“如果我们的宪法有一个不变的原则的话，那就是任何官员，无论职位高低都不能禁止那些将在政治、民族主义、信仰或其他意见方面成为正统的东西。”见“西弗吉尼亚州地方教育委员会诉巴尼特案”（1943 年）。

（二）会员资格和结社行动

假设政府规定参加三 K 党属于犯罪，情况将会如何呢？如果孤立地看，这一法律违反了结社和信仰自由。结社经常有多种目的，一些可能是合法的，一些可能是不合法的。只凭参加某一组织而予以惩处则会产生结社有罪的效果。在“斯凯尔斯诉合众国案”（1961 年）中，最高法院裁定，只有政府证明以下几点时，才能惩治社团成员：（1）知道该社团的非法目标；（2）有促进这些非法目标的打算；（3）是“积极”会员。很可能，现代法院将对非法目标的提法进行检验，看它是否符合现代经过修改的明显而现实的危险原则的要求。见“布兰登堡诉俄亥俄州案”（1969 年）。必须证明该团体有煽动非法行动的具体打算，而不仅仅是鼓吹行动。见“诺托诉合众国案”（1961 年）。这些严格的要求有效地制止了政府对社团成员的起诉。但是宪法法研究者应当注意到，尽管这些要求很严格，但它们并不要求把惩罚建立在实际有害的行为上。

如果宪法对结社的保护有意义的话，它必须扩大到促进社团目标的行动上去。限制合法行动的立法必须受到司法审查。在“阿普特克诉国务卿案”（1964 年）中，最高法院废除了一项联邦法律，该法甚至禁止所谓颠覆活动组织的成员申请护照。这一法律违反了体现在结社自由中的旅行自由，可以说旅行自由是经过两次派生才出现的权利。在“全国有色人种协进会诉克莱本五金公司案”（1982 年）中，最高法院裁定，在没有证实引起破坏性结果的行为是非法的情况下，全国有色人种协进会或它的成员都不能被认为对为争取民权而开展的抵制活动所造成的破坏负责。“结社的权利不能只是因为该团体的一些成员参与了不受宪法保护的某项行动或鼓吹了某项不受宪法保护的原则，就失去了所有的宪法保护。”不能根据受保护的暴力行动的结果强索损害赔偿。除非政府证实全国有色人种协进会曾授权从事引起损失的非法行动，否则，强加责任将“妨碍政治结社权利，这是不能允许的”。

像“克莱本案”中的这种受保护的政治性抵制活动应当与不受保护的经济抵制活动区分开来。一个社团对法院指定的律师代表穷人争取更多补偿所作的抵制，根据反托拉斯法属于贸易限制。抵制律师行动中包含的表达成分不足以能得到第一条修正案的保护。参加这一非法抵制的人是为自己寻求经济上的好处，与“克莱本案”的民权抗议者不同，后者没有“为自己寻求特别好处”。见“联邦贸易委员会诉高级法院出庭律师协会案”（1990 年）。

宪法法研究昔不应认为，上述原则要求政府公平地对待所有团体。例如，政府决意给一些团体某些赋税减免，但是拒绝通过给与税收上的好处支持其

它团体的游说活动，这种做法并不违反第一条修正案。“国会只决定不为该组织的游说活动支付经费。我们再一次驳斥‘这种看法：除非第一条修正案的权利得到州的补贴，否则就不会充分实现。’”见“里甘诉向华盛顿州全体代表征税案”（1983年）。

“里甘案”中所表达的思想，即“立法机构不对行使基本权利进行补贴的决定并未侵犯这一权利”，在“林诉美国汽车、飞机和农业机械工人联合会国际联盟案”（1988年）中再次成为判案的依据。联邦的一项法令规定：（1）有成员参加罢工的家庭不得参与食品券计划；（2）一个家庭不得因参加罢工成员收入的减少而得到更多的食品券。最高法院反驳了认为此法侵犯了罢工者和他们工会的结社自由权，以及罢工者与家庭的关联权的论点，维护了这一法令。法令并没有规定个人不能与家人一起就餐，也没有直接地和实质性地对家庭生活进行干涉。同样，法令也没有规定工会成员“不能为罢工而结合在一起。”当然，如果在罢工期间能够得到食品券，罢工者的情况会好一些，但是结社自由没有“要求政府提供资金，以最大限度地使罢工者行使结社权”。

（三）团体注册和泄露

结社和信仰自由的一个重要方面是个人有权不让外人知道自己的信仰情况和自己加入各种团体的情况。匿名是避免由于威胁和骚扰而产生令人恐惧影响的重要方法。然而，最高法院没有制定出一贯的原则，表明什么时候第一条修正案对被迫披露团体成员或有关团体活动的其他信息提供保护。早期关于颠覆组织的案件倾向于采取特别平衡分析方法，极为尊重基于国家安全提出的立法理由。见“巴伦不拉特诉合众国案”（1959年）〔拒绝回答国会委员会关于证人结社关系问题的蔑视罪成立〕；“美国共产党诉颠覆活动控制委员会案”（1961年）〔强迫注册和披露共产党成员名单的做法得到确认〕。

然而，对其它一些案件，最典型的的就是涉及被认为是“合法”团体的案件，则按严格的检查标准来审查。“吉布森诉佛罗里达州立法调查委员会案”（1963年）认为，在州立法机构强迫全国有色人种协进会公布其成员名单信息之前，它应当“令人信服地证明，在所寻求的信息和州的切身利益之间有着实质性的联系”。在解释强化审查的基础时，最高法院注意到，该州不是在寻求有关共产党活动的信息。相反，该州进行调查的焦点是全国有色人种协进会，而该协进会是绝不能说成是属于颠覆组织的。“从事受宪法保护的思想和信仰自由交流之团体，保守其成员名单秘密的重要结社利益不应受到实质性的侵犯，除非州能举出实质性的证据。”见“吉布森案”，“布朗诉社会主义工人党案”（1982年）。

如何把这两种审案原则协调起来？一种解释是，对后来审理的案件的严格审查标准已经代替了特别平衡检验及其允许对结社自由进行令人不安的例外处理的做法。另一种看法认为，这两种审案原则仍然都适用。“巴伦不拉特案”及其为政府所赞成的权益平衡方式既没有被最高法院撤消，也未受到它的诋毁。更为严格的审查标准被最高法院用来保护那些根据第一条修正案看来是“合法的”行动。这反映了这样一种观点：第一条修正案默示并保护的结社权是与其他原则一起，去实现与第一条修正案目标相一致的目的，它不是一般意义上的结社权。

（四）公共利益和政府职务

公共利益和政府职务传统上被看做是特权，而不是权利。如果政府职务和公共利益是特权，那就可以说，政府可以自由地给这些利益附加它认为合适的条件。目前，权利和特权两分法原则已在很大程度上被放弃，代之以违宪条件说。政府不能以放弃宪法权利作为得刊公共利益或担任公共职务的条件。

从结社和信仰自由的角度看，违宪条件说意味着，政府不能任意地把干涉个人政治和结社自由作为个人获得来自公共部门利益的条件。当然这并不意味着政府必须冒明显的国家安全风险，开放敏感的职业位置。但它确实要求政府的有关规则和规定，例如关于到公共部门任职的规则和规定，必须制定得非常准确和明确，涉及的范围要窄。“合众国诉罗贝尔案”（1967年）就是一例，该案废除了联邦法禁止共产党行动组织的成员“在任何国防机构中从事任何职业”的规定。根据首席大法官沃伦写的判决书，最高法院以该规定含糊而过宽，侵犯了第一条修正案的权利为理由，废除了这一禁令：“该法令不顾成员的地位和程度，不加区别地把与共产党行动团体的一切结社形式都包括进去。”这位首席大法官说，政府必须使用“对第一条修正案提出的自由继续有效产生‘不太激烈’影响的方式。”

不幸的是，“罗贝尔案”使用过宽原则废除了这一包容过宽的联邦法，但并没有说明如何制定一项适当的确保忠诚的计划。说来似乎矛盾，如果最高法院对该法作出补救解释的话，“罗贝尔案”的判决本应在较大程度上澄清允许和不允许的条件界限。由于最高法院采取了另一种方式，现在通常把“罗贝尔案”作为利益平衡的一种形式而不予重视，尽管最高法院明确拒绝采取平衡检验。

如何制定保证忠诚的计划，才经得起第一条修正案的抨击呢？看来法令必须满足“斯凯尔斯诉合众国案”（1961年）中提出的要求。虽然“斯凯尔斯案”起源于刑事背景，即使在“罗贝尔案”式的情况中，“斯凯尔斯案”的要求也是适用的。必须是组织的非法目的的知情人，有促进这些目的的具体意图，并且是该组织的积极成员。如果法令满足了所要求的这些标准，它可能经得起第一条修正案的审查。相反，如果法令未从这些角度严格制定，或者不明确，就很可能被认为是含糊和过宽而违反宪法。宪法研究者应当记住，即使一项法律经受得住这样的表面调查，它仍需以合乎宪法的方式施于具体个人，例如这一法律是否限于敏感政府职务。

公共职务案件中所使用的原则，在涉及效忠宣誓和律师资格要求的案件中也都有所表现。看来个人保证支持宪法的积极宣誓的规定一般是受到维护的，因为文字恰当而又与个人的能力和任职适宜性有合理联系的积极誓言，对受保护的结社和信仰自由只有很小的侵犯。另一方面，针对过去结社和信仰的更广泛的宣誓则涉及对第一条修正案价值更成问题的侵犯。例如，“巴格特诉布利特案”（1964年）中的誓词要求教师宣誓“通过训导和示范促进对〔美国〕国旗和制度的尊敬”，而且宣誓他们不是“颠覆组织”的成员，这被认为是明显无效的，因为它“含糊”，不确定而且限制过宽。在“基西安诉纽约大学董事会案”（1967年）中，最高法院裁定，禁止加入煽动性组织的人任职而未对煽动叛乱意图作出任何规定的一项法令词语含糊、限制过宽，违反了宪法。政府可以使用激烈度较低的方式。因为第一条修正案的自由需要有呼吸的空间才能生存，政府在这方面做的规定，必须限制面窄而具体。应当注意到，即使是对看来含糊和限制过宽的效忠宣誓，也可以给予

一个补救性的解释。例如在“科尔诉理查森案”（1972年）中，一项要求效忠宣誓的法律本来可作限制极宽的解释，但最高法院确定应给予较窄的补救性解释，使它只是要求积极宣誓。

一系列参加律师协会的案件进一步证明，在政府希望对从政府得到利益进行控制和结社自由之间存在着矛盾。一般来说，律师协会可对申请人是否适合作为它的会员进行调查，如果申请人在对他加入协会的资格进行合法调查的问题上拒绝给予合作，可不同意该申请人入会；不能要律师协会对它的成员的表现负责，如果在他们入会前它未能充分了解他们的品格与合适性的话。见“柯尼斯堡诉加利福尼亚州律师协会案”（1961年）。但是，对结社和信仰的广泛调查将侵犯受保护的自由。“贝尔诉亚利桑那州律师协会案”（1970年）撤销了不准许一申请者加入律师协会的决定，此人曾拒绝回答关于他结社关系的问题。最高法院在姊妹案件“法律系学生民权研究理事会诉瓦德蒙德案”（1971年）中澄清了主要的限制因素，确定了这一原则：律师协会可以对申请者是否参加过鼓吹以暴力推翻政府的团体的问题进行调查，只要这是为了进一步调查该成员在其组织中的作用。对过去结社情况的调查必须只限于知情和是否有具体打算。

除了政府迫使泄露团体成员和政治信仰所引起的第一条修正案的问题外，公开调查也可能引起自证其罪的问题。政府可以以威胁解雇强迫它的雇员披露罪证吗？“加里蒂诉新泽西州案”（1967年）裁定，在这种威逼下所做的供认不能当做以后刑事检控的基础。此外，雇员不能被迫放弃免于自证其罪的特权，作为继续留用的条件。见“加德纳诉布罗德里克案”（1968年）。但是，如果给予雇员充分的刑事检控豁免权，所提的问题又与职业有关，他便不能拒绝回答。在这种情况下，拒绝与合法的调查进行合作，像加入律师协会的案件一样，可独立成为不给与公共利益或解除公职的基础。

（五）不结社权利——强制言论

从言论、信仰和结社自由中可推断出不讲话、不信仰和不结社的自由。承认这些推断出来的权利在某种程度上反映了对良心自由的关注。当政府侵犯私人领域时，其行动必须比规定公共行为或表达时受到更多的限制。见“斯坦利诉佐治亚州案”（1969年）〔私人拥有淫秽物品从宪法上来说不能构成犯罪〕。这种推断的权利也反映了对个人自己决定以何种个性和人格出现于世之必要性的重视。政府不能强迫个人认同他所不同意的信仰和思想。“保证有改变宗教、政治和意识形态信仰权利的制度也要保证相伴产生的拒绝促进这些信仰的权利。”见“伍利诉梅纳德案”（1977年）。但是这些相伴产生的权利不是绝对的。正如最高法院在“罗伯茨诉美国青年商会案”（1984年）中所说：“侵犯这些权利可能被这样的规定证明是正确的：这些规定服务于州的急需考虑的利益，且与压制思想无关；而这些利益不可能通过对结社自由限制较少的方式来取得。”

在“阿布德诉底特律教育委员会案”（1977年）中，最高法院裁定，根据只雇工会会员协议（经州法案允许）征收的强制性服务费用于工会的意识形态和政治目的（交费者不一定同意这些目的），是违宪的。“第一条修正案的核心是，个人应当自由地确定自己的信仰，在自由社会中人们的信仰应取决于自己的思想和良心，而不是由国家来强制。”

同样，一个“州统一律师协会”（它规定只有参加州律师协会并向该协会交纳会费才有权操律师之业）不能用会员的会费去资助会员不同意的政治

和意识形态活动。最高法院拒绝了根据“政府言论”原则将它与“阿布德案”区分开来的意图。该原则规定，如要进行有效的管理，政府一定要表明态度。但不能以此证明州律师协会把强制缴纳的会费用于政治和意识形态目的是正确的。与政府机构不同，州律师协会的资金来源于会费，而不是来源于立法拨款，它的职能实质上是提供咨询。最高法院裁定“阿布德案”的准则适用于“统一律师协会”。州律师协会可以资助与它的目标有密切关系的活动，但不能资助意识形态性质的活动。见“凯勒诉加利福尼亚州律师协会案”（1990年）。

在“伍利诉梅纳德案”（1977年）中，最高法院裁定对耶和华见证人教徒的刑事处分是不符合宪法的。这些教徒覆盖了写在新罕布什尔汽车牌照上的格言：“不自由，毋宁死”。他们的要求不应强迫他们在其私有财产（即牌照）上写上由政府编写的严重侵犯他们信仰和意识形态信念的词句——得到了支持。最高法院判决，州促进赞扬州历史和荣耀的利益没有重大到足以压倒所涉及的第一条修正案权利。

对一个团体自由选择其成员的利益所施加的限制，或对个人拒绝对一种思想给与支持的利益所施加的限制，不能全部免除，这一原则反映在“普鲁恩场购物中心诉罗宾斯案”（1980年）中。“普鲁恩场案”提出了这样一个问题，即加利福尼亚州法院对本州宪法所规定的自由表达的解释是否可用来强迫购物中心的所有者允许在商场内征集签名。购物中心的所有者声称他享有第一条修正案的不结社权，不应强迫他在自己的房地产上为别人的言论提供讲坛。最高法院维护了加利福尼亚法院的裁决：购物中心所有者的第一条修正案权利未曾受到侵犯。

怎样才能把“普鲁恩场案”从“阿布德案”、“凯勒案”和“伍利案”中区分开来呢？首先“伍利案”涉及的是州自己的看法。第二，购物中心根据购物中心所有者的选择，是向公众开放的。第三，征集签名者所表达的看法不大可能等同于中心所有者的看法。

第四，如果出现这种危险，很简单，中心所有者可以拒绝对所表达的看法承担责任。总之，强迫某种行动的政府规定对结社和信仰权利所施加的个人和直接限制越多，它就越可能侵犯第一条修正案权利。见“太平洋煤气和电力公司诉加利福尼亚州公用事业委员会案”（1986年）〔州公用事业委员会发出命令，要求一家私人公用事业公司在它的帐单信封上每年四次为批评公用事业的私人利益集团提供篇幅，该命令被裁定违宪。这一私人公用事业公司可能被迫或同意该利益集团的意见，或做出反应〕。

在一些案件中，有关规定所体现的政府利益可能是非常重大的，以致可以证明对推定权利的公然侵犯是正确的。如在“阿布德案”中，最高法院支持把强制缴纳的会费用于集体谈判，尽管一些工人可能反对集体谈判或罢工。“阿布德案”的结论是，由于对工人限期加入工会的商店在产业稳定方面做出了重要贡献，从立法角度看，对结社权利的干涉是正确的，是符合宪法的。

“罗伯茨诉美国青年商会案”（1984年）维护了对《明尼苏达州人权法》的解释，即禁止公共事业实体实行性别歧视的该人权法适用于美国青年商会只吸收男性成员的规定。青年商会则抨击该法含糊和限制过宽，侵犯了第一条修正案规定的权利。在“罗伯茨案”中大法官布伦南代表最高法院区分了两种意义的结社自由。首先，青年商会排除妇女并不涉及向“密切的人际关

系”提供的宪法保护，不象结婚、家庭、或生孩子，“青年商会的地方分会既不是小型的，也不是选择性的，此外，组成和维护商会的很多重要行动都涉及陌生人的参加。”第二，尽管该法确实通过干涉该团体的内部组织和事务，对受第一条修正案保护的，为表达目的而结社的权利施加了限制，但“为了维护明尼苏达州取消对其女性公民歧视的切身利益，即使对青年商会实施这一法令可能对男性成员结社自由产生影响，那也是值得的。”布伦南强调了州在公共服务设施中取消歧视上所承担的重要责任；性别歧视对社会和个人带来的严重伤害；取消阻碍经济进步和政治社会一体化障碍的必要性；以及州为达到其目的只使用了最小的限制手段。

同样，纽约市一项禁止向商业界和非会员提供好处，且拥有 400 名以上会员的俱乐部进行歧视的法律被裁定没有限制过宽，不违反宪法。照法律的字面来看，这项法律并没有大大减少“个人组成宣扬公共或私人观点之团体的能力。”如果纽约市的这项法律有任何限制过宽的地方，那就需要等到对实际存在这种限制过宽的情况逐案进行分析后，再采取对策。见“纽约州俱乐部协会诉纽约市案”（1988 年）。

总之，基于不结社权的诉讼可能由于调查结果并不存在对这一权利严重侵犯而败诉，也可能因结论是政府的切身利益证明对这一权利施加限制是正确的而败诉。“普鲁恩场案”表明，并不是每种形式的强制表达都严重地侵犯了第一条修正案规定的权利。从“罗伯茨案”可以看出，如果州要求取消性别歧视的政策与结社自由发生矛盾，这一政策可以压倒对自由的要求。虽然最高法院在“罗伯茨案”中没有这么说，但这一条件确实可以被看做是一个例子：平等的保护政策压倒了对自由的考虑。另外，还可参考“鲁尼恩诉麦克拉里案”（1976 年）〔私立学校中的种族歧视被裁定违反了公民权利法，即使校方认为与隐私权及教育自由和结社自由权利相抵触〕。

第二节应用原则

一在地方讲坛的表达

在 50 年代和 60 年代，美国发生了民权社会革命。民权示威者通过静坐、示威、游行和纠察等活动，抗议南方和边境各州继续实施歧视黑人的立法。当各州和各市通过立法做出反应时，民权示威者经常成功地在第一条修正案中找到庇护。见“爱德华兹诉南卡罗来纳州案”（1966 年）；“考克斯诉路易斯安那州案”（1965 年）；“布朗诉路易斯安那州案”（1966 年）。1977 年，美国纳粹党宣布，他们计划搞一次穿过伊利诺州的斯科基——一个包括许多纳粹集中的幸存者和犹太人占多数的芝加哥郊区——的进军运动。当斯科基村作出反应，寻求发布限制令和宣布新法令以制止这一进军时，纳粹党说，这一措施违反了第一条修正案。这一看法获得了胜利。见“科林诉史密斯案”（1978 年）。

无论人们的反应如何，这些事件都突出地表明了这样一个难题：如何把在公共讲坛发表言论和集会的权利与社区保持和平和秩序的权利协调起来。的确，斯科基案件的情况特别令人不安。谁能恰当地要求言论自由？要求什么样的表达方式？为回答这些问题，有必要首先根据规定的性质加以区分。必须确定，社区是要求对言论的内容，即所要交流的信息，做出规定呢，还是仅仅要求规定表达发生的条件，例如规定表达发生的时间、地点和方式，而不论内容如何。

（一）控制言论内容：煽动、挑衅和无礼的语言

只要政府因为交流的内容而对言论和集会做出规定，它就负有证明这些规定的正当性的重责。法院在审查因破坏社会治安而依法判处的罪行时，常常援用现代明显而现实的危险检验标准。例如“黑斯诉印第安纳案”（1973 年）推翻了对一名反战抗议示威者所定的扰乱社会治安罪，他曾说过“我们以后将占领他娘的这条街道”之类的话。“黑斯案”宣布，这种话只不过是鼓吹在将来某时从事非法活动。由于没有即刻引起混乱的煽动，实际上也没有任何证据说明他有立即制造这种混乱的意图，因此这些话可能导致采取暴力的事实不能充分满足现代明显而现实的危险检验的要求。见“布兰登堡诉俄亥俄州案”（1969 年）。另见“科恩诉加利福尼亚州案”（1971 年），在此案中，最高法院裁定，在缺乏有煽动非法行动意图证据的情况下，不能宣布被告犯有扰乱治安罪。

在“恰普林斯基诉新罕布什尔州案”（1942 年）中可以找到一种替代方法。在该案中。一位耶和華见证人教徒称镇警官是“讨厌的敲诈者和该死的法西斯。”最高法院确认了对他所判的破坏治安罪，因为州最高法院对惩治破坏治安法做了有效的解释，把它限于“有使听话人采取暴力行动的直接倾向”的言词。美国最高法院在“恰普林斯基案”判决中解释说，有一些类型的表达不属于受保护的言论自由，包括挑战言词，“这些言词一出口就会造成伤害或倾向于煽动立即破坏治安。”这种表达“在寻求真理方面社会价值很小，在秩序和道德方面的社会利益明显超过了它可能产生的任何好处。”一句话，挑战言词，像淫秽语言一样，不属于受保护的言论自由的范围。

宪法研究者应当注意到挑战言同理论在实际应用中的重要特征。首先，像“恰普林斯基案”所确定的那样，这一理论有两个部分：它包括无礼或凌辱语言，这种语言一出口就会造成伤害。它还包括，其本身性质——根

据具有普通理解力的人可能做出的反应来判断——决定了可能引起暴力反应的语言。第二，所制定的这一原则仅限于面对面的口头冲突，当挑战言同说出口时，就引起实际报复，或可能造成混乱。第三，这一理论并不注意具体情况的实际危险，而着重于语言的抽象性质——它们是否能激起一般受话者的报复？

然而，挑战言词理论从在“恰普林斯基案”中宣布以来，受到了严格的限制。根据这种理论，演讲人可以因为听众的反应而受到限制。因此，看来它似乎同意诘问者否决的概念。“泰尔米尼洛诉芝加哥市案”（1949年）否决了这样的原则：群众的敌对反应可以为制止讲话人的言论提供符合第一条修正案的正当理由。最高法院大法官道格拉斯实际上表达了这样的意见：第一条修正案的目的就是引起争论。“实际上，〔第一条修正案〕在导致不稳，引起对现状的不满，甚至挑起人们的愤怒时，可能才确实最有效地达到了真正目的。”对言论既不能进行审查，也不能进行惩罚，“除非表明有产生严重的实质性罪恶之可能的明显而现实的危险，而这一罪恶远远超越了公众的不便、烦恼或不安。”

但是，“费纳诉纽约州案”（1951年）似乎同意“恰普林斯基案”的更广泛的看法。欧文·费纳在纽约市锡拉丘兹美国军团野餐会上发表讲话时，把市长叫做“喝香槟酒的叫化子。”人群拥向演讲者，在这种情况下，应当逮捕谁呢，是逮捕演讲者还是逮捕群众？警察逮捕了演讲者。最高法院以5比4票维持了对费纳的定罪，最高法院在审理此案中，区分了费纳的情况和敌对听众的情况。虽然不能仅仅因为敌对听众的反应就不让演讲者讲话，但在这一案件中演讲者被认为是煽动暴乱。“费纳案”确立了一种“引起骚乱的明显而现实的危险”。但这是否只是事后的自圆其说呢？从逻辑上来说，逮捕演讲者总是比逮捕群众容易。同样，把一个喧闹和发表污辱性的语言的演讲者说成是在进行煽动也不困难。在“费纳案”中持不同意见的大法官从有关事实中没有发现有引起立即骚乱的危险。但大多数大法官认为有此危险。“费纳案”表明，明显和现实的危险检验标准可用来使发表侮辱性讲话的演讲者停止讲话。

然而，对“费纳案”的理解越来越狭窄。当一个演讲者有意煽动敌对反应，而且可能出现立即骚乱时，他的讲话不受保护，警察可能对他采取行动。见“科恩诉加利福尼亚州案”（1971年）。但是如果演讲者从事受保护的表达，如果他没有打算鼓动群众采取暴力，他就应受到保护。那么警察必须对敌对的人群采取行动。见“戈雷戈里诉芝加哥市案”（1969年）。如果警察不能控制群众，而且暴力即将发生，这种情况该作如何处理，尚不明确。在这种紧急情况下，演讲者是否会被阻止？通常他是会被阻止的。

“恰普林斯基案”的“挑战言同”理论还有第二层意思。最高法院曾表示，辱骂或凌辱性的语言（即一出口就造成伤害的语言）同样不在第一条修正案的保护范围之内。但是“科恩诉加利福尼亚案”严重地破坏了这一概念。科恩由于“无礼行为”被判破坏治安罪——他在洛杉矶的法庭上穿了一件茄克衫，上面写着“征兵，滚你妈的蛋”。在推翻这一定罪时哈伦大法官驳斥了这一主张：最高法院可以把特别粗鲁的辱骂性的表达做为无礼行为从公共言论中删除出去。政府选择某些表达并把它列入禁区这是十分危险的：“一个人眼中的粗俗是另一个人眼中的抒情诗。”此外哈伦大法官强调，演讲常常是服务于一种感情的，非认识的价值。禁止某种表达方式有很大危险，它

可以使思想本身受到压制。见“埃兹诺兹尼克诉杰克逊维尔市案”(1975年)“宪法不允许我们的政府决定那种本来应受保护的言论令人反感到足以需要对不高兴的听众和观众进行保护。”

“挑战言词”理论从未被推翻。同样地，禁止惩罚无礼语言，尽管它是现在最高法院中一个争论根源，也仍然未变。挑战言词和无礼语言之间的界线很不清楚。然而有着一个重要的差别。挑战言词可以被禁止，这一作法与宪法第一条修正案不相悖；无礼语言则不能。挑战言词的性质一直未被澄清的原因，一部分是由于最高法院越来越使用含糊和限制过宽的原则，根据惩治骚乱行为和破坏治安行为法律的字面意思，宣布这些法律无效。

在“古丁诉威尔逊案”(1972年)中，最高法院裁定佐治亚州的一项惩治扰乱治安法令限制过宽，不符合宪法，因为佐治亚州的法院没有把法令限制在“恰普林斯基案”所确定的挑战言词范围内。最高法院裁决，按照佐治亚州法院的解释，该法“仅因向听他演讲的人说了一些不礼貌的话就判其为‘扰乱治安’，因此涉及面过宽。”“古丁案”的被告在新兵征集站的一次反越南战争的示威游行中喊了一些侮辱性的话，如“白人龟儿子，我宰了你。”这是否构成了挑战言词与本案的处置无关，因为该法令本身没有限制在挑战言词之内。

“古丁案”使用含糊和限制过宽原则宣布一项法令无效，从而避免了需要对挑战言词做出明确规定，这种方法在以后的案件中经常被援用。见“刘易斯诉新奥尔良市案”(1972年)（“刘易斯案之一”），“刘易斯诉新奥尔良市案”(1974年)（“刘易斯案之二”）和“罗森菲尔德诉新泽西州案”(1972年)。实际上，在“刘易斯案之二”中持异议的布莱克门大法官——伯格首席大法官和伦奎斯特大法官与他一样——说：“在言论方面的限制过宽和含糊原则已成了面向某一结果的橡皮图章。”它与“一个人眼中的粗俗是另一个人的抒情诗”这种随便而不切实际的自信说法相合拍。因此，一项法令要通过根据现行司法原则进行的审查，必须把限制范围限定在人们在面对冲突中使用的挑战言词之内，或限定在煽动立即和可能的非法行为之内。法律不能越过这条界限，涉及只是无礼或令人不快的言论。宪法研究者应当记住，如果一项法律是严格制定的，那就需要确定在具体案件中被告的言论是否是受宪法保护的言论（即这一法律在实行时是否符合宪法）。

（二）对公共财产的使用

尽管政府对在公共讲坛发表的受第一条修正案保护的言论在内容方面所做的规定需要受到严格审查，但只对言论自由造成间接限制的内容中性的规定，不被看作是对第一条修正案的价值施加了严重限制。见“格里尔诉斯波克案”(1976年)。因此，对言论发生的时间、地点和方式的规定（即对言论自由的间接限制，见第188—190页）需要寻求不太细致详尽的平衡审查。见“佩里教育协会诉佩里地方教育者协会案”(1983年)。政府规定的司法审查程度常常取决于所规定的地点之性质。公共财产可能是传统的公共讲坛、限定或指定的公共讲坛，也可能是非公共讲坛。

街道、人行道和公园是“典型的公共讲坛”，这些讲坛“从远古以来就一直留作公众使用，用于集会，公民之间交流思想和讨论公共问题等目的。”见“黑格诉产业公会联合会案”，“爱德华兹诉南卡罗来那州案”(1963年)〔州议会大厦的庭园是公众抗议的传统地点〕。虽然这些传统的公共讲坛可用来发表言论，但使用权的行使必须“服从于大家的舒适和方便，而且要与

治安和良好的秩序相一致。”见“黑格案”。总之，竞相使用讲坛必须协调。

因为传统的公共论坛是“传播信息和意见的天然而合适的场所”〔见“施奈德诉新泽西州案”（1939年），禁止散发传单的法令不能由于担心街道脏乱而证明是正确的〕，所以任何基于信息内容的限制必须严格制定，以服务于州的切身利益。见“凯里诉布朗案”（1980年）〔禁止在居住区设纠察（劳工设纠察除外）被裁定违宪〕。但是，甚至政府对表达环境的间接规定也需要受严格审查。政府可以“就时间、地点和方式做出适当规定，只要这些限制从内容上来讲是中性的，是为服务于政府的重要利益而严格制定的，并为交流（信息）留有可供选择的交流渠道。”见“合众国诉格雷斯基案”（1983年）。〔在最高法院周围的人行道上绝对禁止设置纠察和散发传单活动被裁定违宪。〕就传统的公共讲坛而言，区分以内容为基础的规定和内容中性的时间、地点或方式规定，是至关重要的。“布斯诉巴里案”（1988年）可以说明这一区别。该案根据第一条修正案宣布哥伦比亚特区的一项规定无效，这一规定禁止在外国使馆500英尺内张贴任何标语，如果这些标语会使有关使馆所代表的政府难堪的话。禁止张贴标语的规定虽然不是以观点为基础，但是是以内容为基础的对核心政治表达所作的规定。作出这一规定的理由是，使大使馆人员免受批评，保护他们的尊严。即使这种理由是无可辩驳的，但是这项规定没有做到严格限制范围，因为另有限制性较小的保护尊严利益的方式。

但是，允许在大使馆500英尺内驱散示威者的规定是有效的。下级法院严格地解释了这一集会条款：只有警察有理由认为对大使馆的安全产生威胁时才允许驱散示威者。由于做了这样的说明，这一内容中性的规定从字面上来看限制并不过宽；相反，它是合理的地点和方式规定。

最高法院一直认为，最低限度地和平等地使用公共讲坛进行表达的权利超过了传统的公共讲坛范围，扩展到了被指定为“限制性公共讲坛”的公有财产。但这一个民制性公共讲坛的范围有多大呢？一般来说并不是所有的公共财产都向一般公众开放，供他们演讲和进行抗议活动。“州同私人财产所有者一样，有权保护在它控制下的财产，用于合法规定的用途。〔想进行宣传的人没有〕可以随心所欲地按照自己选定的时间、方式和地点进行宣传的宪法权利。”见“阿德利诉佛罗里达州案”（1966年）。

为了更明确地界定“公共讲坛”的范围，最高法院有时运用广义的调查，看表达活动是否与财产的正常用途协调一致。见“布朗诉路易斯安那州案”（1966年）〔在公众图书馆中举行静坐抗议被裁定为受宪法保护〕；“格雷尼德诉罗克福德市案”（1972年）。〔学校财产可以是公共讲坛的一部分：但要对时间、地点和方式做出合理的规定。〕一种更为严格的，但却越来越起主导作用的方式是根据政府的意图而定：“政府讲坛的设立，可以通过政府指定一个地方或交际渠道供广大公众集会和演讲使用，或供某些演讲者使用，或供某些演讲者进行讨论，或用于讨论某些问题。”见“科尼利厄斯诉全国有色人种协进会法律辩护和教育基金会案”（1985年）〔对不让法律辩护和偏袒性政治团体参加联邦雇员慈善运动的法律提出质疑一般得到确认，但案件要退回原审法院，以确定该法是否以观点中立的方式实施〕。根据这种指定论坛的方式，表达活动与财产的性质一致与否，在决定政府是否指定一个地点做为限制性公共讲坛方面，只是需要考虑的一个因素，需要同时考虑的还有政府的诸多政策和实践。见“威德玛诉文森特案”（1981年）〔向

学生团体开放会议设施的大学政策，创造了一个限制性公共讲坛，排除宗教团体对它的使用则不符合宪法）。

“赫夫龙诉国际克利须那意识协会案”（1981年）提供了对限制性公共讲坛进行分析的例子。克里须那派教徒们对州把货物和物资限制在固定地点销售或分发的集市规则提出了质疑，他们希望接触更多的人。这一规则被裁定为属于合理的时间、地点和方式规定。最高法院认为，在公共地产上举行的集市是限制性讲坛，被指定供各展出者在所限地区内向众多的人有效地展出他们的产品和发表意见。固定地点的规则公平地适用于所有的销售者。因此其内容是中性的。它的制定是严格的，服务于政府的重要利益，保证了人群有秩序的活动。没有另外可供选择的规定能适当地处理这一问题。最高法院驳回了允许克利须那派教徒不受固定地点规则限制的任选地点方式——为自己的行动寻求支持的其它宗教和非宗教团体在集市问题上与克利须那派教徒所受的待遇是一样的。最后，这一规定并未妨碍交流；它既没有剥夺使用讲坛的权利，也没有妨碍克里须那教徒在市场以外寻求个人间的接触。

近年来，最高法院越来越避免这种较为严格形式的司法审查，把受这一规定约束的公共财产说成是不属于公共讲坛的一部分。在“科尼利厄斯诉全国有色人种协进会法律辩护和教育基金会案”（1985年）中，大法官奥康纳说：“对使用非公共讲坛的控制可建立在题材和演讲人身份的基础上，只要所作的区别从讲坛所服务的目的看是合理的，观点是中性的。”因此，市可以限制在市属公共汽车上做广告。见“莱曼诉谢克海茨市案”（1974年）。军事基地通常不是公共讲坛的一部分，即使向公众开放。见“格里尔诉斯波克案”（1976年）；“合众国诉艾伯丁案”（1985年）〔由于过去从事过抗议活动，出于安全的原因而被禁止进入基地的抗议者，即使在军事设施开放期间也可不允许他进入〕。监狱所在地不是公共讲坛的一部分。见“阿德利诉佛罗里达州案”（1966年）。公众无权使用家庭信箱投寄不贴邮票的信件。见“美国邮政管理局诉格林伯格平民理事会案”（1981年）。

“佩里教育协会诉佩里地方教育协会案”（1983年）提供了非公共讲坛分析的实例。一个地方学区与教师的独家谈判代理人达成协议拒绝敌对工会使用教师的信箱。最高法院以5比4票确认了学区的行动。怀特大法官代表最高法院发表意见时首先驳斥了敌对工会援用公共讲坛理论的努力。这个地区没有实行公众不受限制地使用信箱的政策。一些公民团体从事与学生利益有关的行动、向他们提供有选择的使用并没有使财产向一般公众开放，该学校区至多创造了一个向同类性质的团体开放的限制性讲坛。

援引用于作公共讲坛的原则，怀特大法官裁定，限制使用“取决于各工会的地位，而不是他们的看法”。就是说，观点是中性的，没有意识形态的偏见。限制是合理的，它使财产仅派作指定的用场，服务于该区的利益——独家谈判代理人对所有教师负责。给敌对工会保留了“可供选择的实质性渠道”与教师进行交流。

对4名持不同意见的大法官来说，这一案件涉及了“平等使用要求”，它不取决于信箱是否被指定为公共讲坛。布伦南大法官认为，教师只能听占主导地位的工会的信息，而听不到敌对工会的批评意见——除了敌对工会以外没有其他团体被明确拒绝使用这一有效的交流渠道。持异议的大法官使用严格的审查标准，认为尽管独家谈判代理人的地位与保证占优势的工会与教师保持联系有关，但它并不能证明排斥其他团体与教师保持联系的政策是正

确的。

确定一项设施，即使是公共财产，是否构成了公共讲坛是一件非常困难的事。例如，邮政部门禁止在邮局房屋前募捐的规定就是如此。用这项规定禁止偏袒性政治团体在邮局的人行道上募捐违反第一条修正案吗？怀特大法官代表多数大法官裁定，这并不违反第一条修正案。邮局人行道不是传统的公共讲坛；它不具一般公共人行道的性质，不是公共通路，只是连结停车处和邮局的小道。即使过去曾允许一些个人和团体在邮局房屋前演讲、散发传单和设纠察，但同时还有不许妨碍邮局工作的规定。把所有这些因素综合在一起，并不意味着可使邮局的财产用于表达活动。根据“佩里案”。多数大法官认为，有选择的使用并没有把公共财产转变为公共讲坛。见“合众国诉科金达案”（1990年）。

“科金达案”根据用于非公共讲坛案件的合理性标准，裁定这项规定运用于人行道募捐活动是有效的，驳回了对它的质疑。这一规定没有涉及从内容和观点方面进行区分。征集募捐本身会妨碍邮局业务，妨碍正常交通。此外，直截了当地禁止募捐是合理的，因为不可能对全国所有邮局实行各种限制性不等的规定。肯尼迪大法官表示同意，但他是在使用了用于内容中性的时间、地点和方式规定的强化审查标准后得出相同结论的。这种审查标准是：严格制定的规定是否服务于政府的重要利益？是否留有可供选择的交流途径？

宪法法研究者应当注意到，尽管上述讨论集中在表达地点的规定上，政府也可以对抗议的时间和方式做出严格而合理的规定。关于表达方式，最高法院曾建议“言论加”行为不能像“纯言论”那样享受同样的宪法保护。因此，戈德伯格大法官在“考克斯诉路易斯安那州案”（1965年）〔关于禁止阻塞公共通道法被裁定在字面上含糊和限制过宽〕中驳回了下述各种建议：宪法对“那些用巡逻、游行和纠察等行动表达思想的人和那些用纯语言表达思想的人提供同样的自由。”尽管在这种“言论加行为”的案件中使用了利益平衡原则，但最高法院往往赞成实行管制。

在平衡这些公共讲坛案件中的对抗利益时，最高法院经常使用“奥布赖恩案”所确定的标准：“如果政府的规定促进了重要或实质性的政府利益；如果政府的利益与压制自由表达无关；如果对所提出的第一条修正案自由的附带限制远不如促进这种利益重要，政府的规定则被充分证明是正确的。”最高法院认为，这一检验实质上与在公共讲坛分析中使用调查是一样的。见“克拉克诉创造性非暴力社区案”（1984年）。

在“洛杉矶市政府委员会委员诉文森特纳税者案”（1984年）中，最高法院使用了“奥布赖恩案”的原则，支持禁止在公共财产（包括路灯电杆）上张贴标语布告的法令。史蒂文斯大法官代表最高法院把这项法律说成是一项对交流方式的规定。该法被说成是服务于美学利益，即防止对市民引起视觉上的骚扰。这“基本上与压制思想无关。”因为这一法令是针对具体邪恶源的，所以其限制范围与实际需要相比没有实质性的过宽现象。视觉上的杂乱是宣传手段本身引起的；实质性的邪恶还不仅是行为的副产品，如由散发传单而引起的脏乱。借鉴于公共讲坛案件，最高法院注意到，在用于张贴标语布告的公共场所，有其他适当而有效的交流途径可供采用，如散发传单。但是史蒂文斯大法官不支持质疑者援引公共讲坛原则。相反，他提出路灯电杆不是传统的或限制性的公共讲坛。

尽管最高法院在公共讲坛案件中，或根据“奥布赖恩案”所采取的平衡方法意在作细致详尽的审查，但这一检验标准的实际实施决不象要求的那么严格。政府利益的“意义”常常只不过是要求一种实际的而非想象的利益；最高法院一般并不把具体法律中体现的政府利益与该法的实施所增加的对第一条修正案价值的侵犯进行权衡；虽然口头上主张手段要严格地服务于目的，但是可以选择其他表达方式的可能性往往减少对手段和目的完全一致的要求。随着非公共讲坛概念的发展，对公开和平等使用原则提供的保护受到了更多的限制。观点或意识形态中立取代了内容中立；手段的合理性经常只不过是一种最低的理性标准；人们接受了有选择性地使用讲坛。演讲地点地理位置上的固定代替了对对抗利益进行平衡评估。

总之，当政府对公共讲坛的表达活动做出规定时，对时间、地点和方式的控制必须明确，而且在不考虑言论内容的情况下必须能够证明是正确的。然而，不能因为一种控制只是偶尔地对一些讲话音的限制大于其他人，就说它是内容中性的。见“伦顿市诉普莱泰姆剧场公司案”（1986年）。此外，最高法院还宣布，虽然时间、地点和方式的控制必须严格面向实现政府的实质性利益，但“严格限制”并不意味着与“最低限制选择”检验一样。对控制范围是否严格限制的审查并不象对较少限制选择检验那么苛刻。所需要的只是要表明，在缺乏控制或规定的情况下，政府的利益将不能那么有效地实现。见“沃德诉反种族主义摇滚乐队案”（1989年）。

（三）对私人财产的使用

在确定宪法义务中，州政府行为是一个关键的概念。但是，第一条修正案真的确立了对私人财产的使用权吗？私人财产能变成公共讲坛的一部分吗？“马什诉亚拉巴马州案”（1946年）提出了这种可能性：第一条修正案可以在物主不同意的情况下确立对私有财产的公共使用权。在审查给那和华证人教徒在公司城镇商业区的街道上散发传单的非侵入定罪时，最高法院说，“物主越是为自己的利益向一般公众开放自己的财产供大家使用，物主本人的权利就越要因保护使用人的法律和宪法权利而受到限制。”

在“马什案”中所表达的私人所有的财产可供公众使用的意见导致了对一系列使用私人所有的购物中心进行演讲的案件的扭曲。在“食品雇员统一工会第509地方分会诉洛根谷购物区案”（1968年）中，一项禁止在购物中心进行旨在促进信息传播之纠察法令被推翻。购物中心被认为具有“马什案”中所说的商业区的“同等功能”；购物中心商店所有者的财产权更接近于公共财产所有权而不是更接近于私人房产主财产所有权。

为防止误解，“劳埃德有限公司诉坦内案”（1972年）对“洛根谷案”所承认的使用权做了说明。只有抗议的对象和抗议的地点（即指购物中心）有关系，第一条修正案的权利才“不是无限度地邀请公众用于任何和所有的目的。”接着，在“赫金斯诉全国劳工关系局案”（1976年）中便推翻了“洛根谷案”。最高法院说，把抗议的主题作为使用购物中心的条件，构成了一个无效的、以内容为基础的对表达的限制。

“马什案”虽然存活下来了，但却受到了高度限制。只有当私人所有的财产实质上具有公共财产的一切性质时，它才受宪法义务的制约。如无法法律强加的责任，私人财产仍然是私人的，属于所有者管辖，可由他拒绝别人使用。应注意，州法可以确立使用私人财产的权利。见“普鲁恩场购物中心诉罗宾斯案”（1980年）〔州保证公众为演讲之目的使用私有的购物中心没有

违反所有者的不结社权〕。

私有财产不是公共讲坛一部分这一事实并不意味着政府可任意禁止公众接触房主。当一名想表达意见者通过散发传单、游说等方式寻求与房主进行交流时，第一条修正案的权利必须与在保护房主利益方面的州的权益相平衡，特别是保护房主隐私权和不受打扰的权利。政府全面禁止挨户发放传单被裁决无效。见“马丁诉斯特拉瑟斯案”（1943年）。但是，在“布里尔德诉路易斯安那州亚力山大市案”（1951年）中，对未征得房主同意而进行的商业游说施以有选择的禁止得到了支持。因此，向房主游说要遵守旨在保护市民免受罪恶和不正当侵扰的合理规定。但是，任何这种规定在制定时必须“面容而具体”。见“海因斯诉奥拉迪尔市长和市议会案”（1976年）。

一旦发现某项规定“对受保护的行动施加了直接和实质性的限制，”只有政府证明该规定服务于“政府需要保护的十分重要的利益”，才能说这一规定是正确的。在“雄堡村诉改善环境公民协会案”（1980年）中，最高法院废止了该村的一项法令，该法令规定，除非慈善团体至少把75%的募捐收入用于慈善目的，否则禁止慈善募捐。这一法律只是附带地促进了州政府保护公众免受欺骗、罪恶和侵扰等方面为人们所承认的实质性利益。实际上可以找到比禁止募捐侵扰性更小的方式。

但是，一项内容中性的禁止有既定目标的设置纠察的法令，即禁止在任何住宅“前面或周围”进行纠察的法令是符合宪法的。最高法院的解释是，这项法令只涉及了集中于具体住宅或发生在具体住宅前的纠察。这种对目标明确之纠察的规定符合政府保护住宅隐私的重要利益：“有既定目标的纠察对住宅安静的破坏性影响是毫无疑问的。”最高法院解释说，这项法令对传达信息留有充分的选择方式。禁止有既定目标的纠察之规定是有严格限制范围的，因为它消除的只不过是它寻求矫正的邪恶——对据认为不愿意接受这种信息的“被看管的”居民进行有既定目标的纠察。见“弗里斯比诉舒尔茨案”（1988年）。

（四）批准、许可证和禁令

严格制定的、内容中性而合理的对时间、地点和方式的控制是符合宪法的，尽管它可能采取事先限制的方式。见“考克斯诉新罕布什尔州案”（1941年）〔市对游行或行进要交费并要得到批准的规定被裁定符合宪法〕。但是，象在涉及事先限制的一般案件中一样，当政府实行批准或许可证制度时，它便背上了证明这种制度正确性的沉重负担。见“使奥斯汀更美好组织诉基夫案”（1971年）〔州法院禁止散发指责街区房地产欺诈之传单的禁令被废止〕。对这种控制表示怀疑的表现之一是要要求法律应提供适当的标准，以指导行政官员的行动。广泛的授权，即使是内容中性的间接控制也会引起对非流行意见的审查。

没有提供任何标准的批准制从字面上看是限制过宽的，无效的。见“孔兹诉纽约州案”（1951年）。如果规定了标准，不管是法律以何种方式实施，这些标准必须是明确而准确的。在“沙特尔沃思诉亚拉巴马州伯明翰市案”（1969年）中，市的一项法律规定，除非行政官员认为“公共福利、稳定、安全、卫生、仪容、秩序、道德或方便等方面的情况需要拒绝发给游行许可证”，否则就主发给这种许可证。未经许可参加游行的被告据理争辩，称这项法律从字面上看是无效的，他们获得了成功。最高法院认为，该法赋予行政官员“实际上不受约束的绝对权利”。尽管州法院严格地解释了

这项法律，但最高法院裁决，抗议者在抗议时，是不可能预计并满足这一限制性的解释的。

同样，时俄亥俄州莱克伍德市一项法律就字面意思提出的质疑得到了支持，该法就拒绝允许在市区人行道上摆放投币式售报机问题给了市长完全自由的处置权。根据这项法律，只要市长认为符合公共利益，他就可以拒发摆放这种机器的许可证，无需说明理由。给予颁发许可证以无限的权利，使他根据自己认定的“必要与合理的”标准发放许可证，这是违反第一条修正案的。因此，需要一个中性的批准标准：“只要一项批准法给了政府官员或机构可以区别对待的实质性权利，根据言论的内容或观点，压制自己不同意的言论或不喜欢的演讲者，就可以对法律的文字提出挑战。”见“莱克伍德市诉坦诚出版公司案”（1988年）。

禁令也是需进行严格司法审查的事先限制；裁决令和市政法令所做的规定需要准确。见“尼尔诉明尼苏达州（根据奥尔森告发）案”（1931年）。然而，法院倾向于对这种控制形式较为容忍。至少司法裁决者做出了表达要遵守规定的裁决。这种容忍的一个方面表现在遵守明显无效之禁令的义务上。在“沙特尔沃思案”中，最高法院的斯图尔特大法官说，一个人面对明显无效的批准法“可以无视它，并可以在没有得到该法要求的有关方面批准的情况下，不受惩罚地行使自由表达权。”但是，在涉及同一示威期间公布的一项禁令的“沃克诉伯明翰市案”（1967年）中，斯图尔特大法官驳回了抗议者“不顾一切法律程序，把他们的斗争开展到街头”的权利。这一理论似乎是，法律规则至少要求对司法禁令有一个最初的尊重。如果有现成的司法程序，允许对禁令进行立即审查，但抗议者未使用它，他将在蔑视法庭的诉讼中被禁止同时对禁令进行攻击。但应注意到，如果州未能提供严格的程序保障，包括“对投诉立即进行审查”，该禁令将不具约束力。见“美国国家社会上义党诉斯考基村案”（1977年）。对于不服从以违宪方式实施的明显有效法律的权利，有一种类似的处理原则：抗议者在上街示威前必须寻求对行政行为的司法审查。见“普洛斯诉新罕布什尔州案”（1953年）。

二商业性言论

1942年，最高法院把“纯商业性广告”排除在第一条修正案保护范围之外。见“瓦伦丁诉克里斯但森案”（1942年）〔把城市反脏乱法用于既包括政治信息，又包括商业信息的传单是符合宪法的〕。然而最高法院既没有对把商业性言论从第一条修正案保护中明确排斥出去提出理由，也没有对商业语言和含义提出定义。包含政治信息，但是为了募捐目的花钱在报纸上登载的广告，其地位如何呢？见“纽约时报公司诉沙利文案”（1964年）。买方或卖方发盘即纯商业语言是否应被排除在受宪法保护的“言论自由”之外？

一些评论家反对把第一条修正案提供的保护扩展到商业语言，他们指出，商业广告对民主政治过程中开展公民批评的价值极小，这种交流在自我发展中所起的作用有限。考虑到政府对经济事务做出了极多规定，把第一条修正案所有的保护扩展到商业语言所带来的潜在影响也是人们所担心的。然而在“弗吉尼亚州药物管理委员会诉弗吉尼亚州公民消费者理事会案”（1976年）

〔州禁止制药商宣传配方药品价格的法令被认为是不符合宪法的〕中，“只是计划商业活动的言论”被认为属于第一条修正案保护的范畴。布莱克门大法官代表最高法院注意到了登广告者，消费者（特别是穷人和老年消费

者)以及社会在药物价格广告方面的利益。他认为,确保在我们自由企业经济中私人关于资源分配的经济决策“大体上明智和消息灵通,是符合公众利益的。为此,商业信息的自由流动是必不可少的。”这种自由流动在形成应如何调整经济体制的明智意见中起到了重要作用——布莱克门大法官引用了这一点,表明商业言论在自己管理自己中的价值。见“林马克协会公司诉威林伯勒案”(1977年)[城市禁止在不动产上张贴“出售”和“已售出”广告作为制止白人迁移的手段被认为是违宪的]。

然而,把商业言论纳入言论自由的保障范围之内,并不意味着这种语言与第一条修正案的“核心”表达,即政治言论,在享有第一条修正案保护上程度相同。“弗吉尼亚药物案”认为商业言论具有较多的实质内容和客观性,比其它被保护言论易于核实。因此,比起敏感的表达方式来,政府更广泛的规定是可以接受的。从这一结论引出的一个结果是:假的、错的和骗人的商业言论不受第一修正案的保护。见“弗里德曼诉罗杰斯案”(1979年)[禁止以商品名称从事验光配镜的州法律得到支持]。比较“纽约时报公司诉沙利文案”(1964年)[在举不出有实际恶意的情况下,假的诽谤言论根据第一条修正案受到保护]。同样,计划非法交易的商业言论不属于受保护言论。见“匹兹堡出版公司诉人际关系委员会案”(1973年)[禁止招聘指定性别佣人之广告的规定得到维护]。

但是,最高法院不愿意把商业言论与政治言论相提并论不只限于错误的表达。在商业言论案件中,最高法院放弃了用于内容规定的严格审查标准,而采用不太严格的平衡分析。“中哈得孙煤气和电力公司诉纽约公用事业委员会案”(1980年)[州全部禁止公用事业的推销广告不符合宪法],确定了限制商业言论必须只是为了促进政府的实质性利益,且所使用的方式要直接促进这种利益。即使是这些要求得到了满足,规定也决不容许扩展到必要的范围之外。然而,一项规定,如果针对性很强,可以满足中哈得孙案检验标准中的“属于必要”这一要求,即使这一规定不是促进政府实质性利益的限制性最小的方式。见“纽约州立大学财产管理委员会诉福克斯案”(1989年)。此外最高法院一直认为,考虑到刚性商业言论产生沮丧情绪的危险较小,限制过宽的原则[贝茨诉亚利桑那州律师协会案”(1977年)]和事先限制原则[“中哈得孙煤气电力公司诉纽约公用事业委员会案”(1980年)]不适用于商业言论。对商业言论规定的字面意思提出质疑不会因限制过宽的理由而宣布无效。

在探求给与商业言论宪法保护界限方面,律师广告是一个特别富有成果的诉讼领域。在弗吉尼亚州药物案不久,“贝茨诉亚利桑那州律师协会案”(1977年)裁定,一概禁止在报纸上刊登律师从事正常法律服务费用的广告违反言论自由。但最高法院承认对消费者受骗感到关注,强调其裁决适用范围的狭窄性。贝茨案”处理的是全面禁止价格广告的规定,不是严格限制范围的规定。它也不是旨在解决由广告引起的,与所提供的法律服务质量有关的“特殊问题”,或传播广告所引起的“特殊问题”。

贝茨案中所表达的对消费者受骗危险的关注,在一项司法许可中有所表述,该许可使州可以对为金钱利益当面直接招揽生意(即怂恿事故受伤者起诉)做出预防性规定。比较“普赖默斯案”(1978年)[美国公民自由协会律师可以告诉可能的诉讼委托人,他可以根据潜在的受骗危险,在不受州约束的情况下提出诉讼,从而“促进该协会的政治和意识形态目标”,即核心

的政治价值〕。尽管同意对面对面招揽生意采取预防措施，但州制止潜在欺骗的努

力一般来说进展并不顺利。“佐代尔诉俄亥俄州最高法院惩戒律师办公室案”（1985年）推翻了对一名报纸广告代理人的惩罚。这则广告是要从因使用达尔康防护罩而受伤的人那里招揽生意。没有证据表明这则广告是假的，或是错误的。州也不能对在广告中使用防护罩图示作制裁，因为它的描述不能说不准确。对公众可能会受骗和州在敬业方面的利益的担心被认为不能充分证明全面禁止图示是正确的。旨在促进州的利益，通过限制可能骗人的广告以避免消费者混乱的法律“所涉及的面一定不能超过防止这种欺骗所需要的合理程度。”见“R·M·J案”（1982年）。例如，“皮尔诉伊利诺州律师注册和惩戒委员会案”（1990年）认为，州明确禁止律师宣传自己持有审判专家之证明的广告，未能满足在下述情况下所需要的证明规定是正确的这一重大责任：所涉及的是向公众传播实际而真实的信息，即使存在着某种把消费者引向歧途的可能。

在佐代尔案中，最高法院确实支持了州对一名律师的惩罚，因为他在广告中没有说明如果诉讼失败，当事人可能要负责支付诉讼费：“因为把第一条修正案中的保护扩展到商业言论，主要是由这种言论提供给消费者的信息的价值所决定的，所以，如果〔律师〕在广告中不提供任何具体实际信息，则这种做法中很少存在受宪法保护的利益。”最高法院摒弃了“中哈得孙案”检验标准，不去从公开法角度评估对言论带来最少限制的问题，而只是要求规定与州防止消费者受骗的利益是否有合理的联系。

一般来说，律师采用邮寄的方式招揽生意比当面直接招揽生意更多地受到第一条修正案的保护。在“夏皮罗诉肯塔基州律师协会案”（1988年）中，州禁止律师向面对具体法律问题的可能当事人寄送真实而非欺骗性信件的规定被宣布无效。邮寄招揽生意产生过分不正当影响的危险性似乎被认为比当面直接招揽生意的案件要小。有目标的信件投递对收件人隐私的侵犯不会超过不写具体收信人的同样信件的投递。仅是由于“有目标的直接邮寄招揽生意”可能为滥用提供某种可能性，不能证明全面禁止直接邮寄招揽生意是正确的。说到底，有争议的邮寄招揽生意的信件属于“受保护的商业语言。”

“中哈得孙案”的检验标准将允许对真实的广告做出规定，这些广告所宣传的活动是合法的，但可能是有害的。因此，一项关于合法卡西诺赌博广告的规定得以确认，这项规定禁止针对波多黎各居民做这种广告，而允许对本土居民做这种广告。至于州政府根据“中哈得孙案”为实现州利益所采取的手段是否适宜，则应当尊重立法机关的意见。毕竟，波多黎各本可以完全禁止赌博的。如果政府有权全面禁止这种活动，它必然有“禁止宣传这种行动之广告的较小权力”。见“波多黎各旅馆协会诉波多黎各旅游公司案”（1986年）。

考虑到商业言论比其它受保护的言论，它的审查标准不那么苛刻，人们可能会期望最高法院能对什么是“商业言论”下一个相当明确的定义。但事情并非如此。在“博尔格诉扬斯药品公司案”（1983年）中，最高法院研究了一项联邦法律是否符合宪法，该法禁止主动邮寄关于避孕工具的广告，就象禁止主动邮寄某些促销和信息材料一样。大部分邮件被认为“属于商业言论的核心概念——‘这种言论只是提议进行商业活动。’”但是很多材料不只是交易发盘，因此成为“需要较严格审查的问题”。显然，包含在广告中

的表达不一定必然使它成为商业言论。见“纽约时报公司诉沙利文案”(1964年)。邮件中所得到的产品和经济动机都没有使这种言论成为商业性的。然而，“把所有这些性质加在一起便构成了不援用‘中哈得孙案，检验标准的基础。’”广告寻求把产品与当前的公众辩论联系在一起的事实，被认为不足以把这一表达提高到受到全面保护的范畴。在使用中哈得孙检验标准中，政府体现在禁止把不礼貌的材料送给不愿接受者方面的利益，和它帮助有未成年子女双亲方面的利益，都不能证明法律全面禁止有争议的邮件是正确的。

回顾以往的情况，“弗吉尼亚药品案”表明应按第一条修正案向商业言论提供保护。但应保护到什么程度，最高法院作出的裁决不像原来所预料的那样充分。拒绝运用第一条修正案法律的很多传统的保护原则，以及把假的和错的商业语言明确地从任何宪法保护中排除出去的裁决，确实限制了商业言论的宪法化。此外，严格的审查制度没有在审查这种内容控制方式中得以实行。尽管偶尔有些偏离，但中哈得孙案检验仍然是解决商业言论问题的主导方式。

三诽谤和隐私

(一) 诽谤公法的产生

“纽约时报公司诉沙利文案”(1964年)宣布，只要民选公职官员对把矛头指向政府的“公民批评者”提出诽谤诉讼，那么第一条修正案将改变州诽谤私法的正常实施。大法官布伦南代表最高法院，把在这种情况下民事诽谤诉讼中施行严重损害赔偿的做法比作旧时臭名昭著地对有关人判处“诽谤政府罪”，然后作出了著名的裁决：第一条修正案的“中心意思是保证‘公民批评者’批评政府的权利”。第一条修正案被说成是反映了这个国家“深刻的信仰原则：关于公共问题的辩论应当是无约束的、健康和完全公开的，而且完全可以包括对政府和公职官员的猛烈的、尖刻的、令人不快的尖锐批评。”正如政府官员享有豁免权，可以自由履行其政府职责一样，“公民批评者”也必须享有适当的民事损害赔偿豁免权，以便使他在民主政体中履行他的职责。

“沙利文案”给最高法院提出了一个艰巨的任务。如何把公职官员原告的名誉利益与公民批评者(在此案中是纽约时报)在表达自由方面的利益协调起来呢？由于最高法院即使在这种情况下也没有准备抹掉名誉利益，所以它为作为诽谤罪被告的公民批评者规定了有限的豁免权。布伦南大法官所说的有限的特权是要求诽谤罪原告——如果他要成功的话——提出真正的恶意的证据：“宪法保障要求联邦做出规定，禁止公职官员因与其公务有关的诽谤谎言得到损害赔偿，除非他能证明这些话是怀有‘真正恶意’的，即知道它是假的，或根本不管这些话是真是假。”布伦南使用“真正的恶意”检验，实际上是把符合真正恶意标准的诽谤性表达排除在第一条修正案的保护之外。在这种意义上说，“真正恶意”检验与第一条修正案法中的淫秽定义起到了相同的作用；淫秽定义区分了什么是该保护的言论，什么是不该保护的言论。

最高法院裁决，下级法院对真小恶意的裁决必须由上诉法院独立审查，因为真正恶意的裁决属于宪法事实问题。见“博斯公司诉消费者联盟案”(1984年)。尽管上诉法院必须对有争议的言论及当时的环境进行审议以裁定这一言论是否属于受保护范畴，但对陪审团的可靠性裁决的审查应根据“明显的错误标准”，而不是重新审查标准。见“哈特—汉克斯通信公司诉康诺顿案”

(1989年)。此外，“赫伯特诉兰多案”(1979年)拒绝承认编辑人员有特权拒绝在审判前对真正恶意进行调查。真正的恶意涉及对心理状态和新闻采访过程的判断，原告有必要接触这种信息，以证明是否存在真正的恶意。

沙利文案确定的原则很快扩展开来，运用于非选举的公职官员。见“罗森布拉特诉贝尔案”(1966年)。以后又扩展到私人部门的公职人员，虽然把此比作煽动诽谤罪似乎到了过度的程度。见“柯蒂斯出版公司诉巴茨案”(1967年)。对这些情况并不是最高法院中每一个人都欢迎的。道格拉斯大法官在“罗森布拉特案”中含蓄地问道，值夜者是否也是沙利文案所说的政府官员。他提出，诽谤的内容远比原告的地位重要。在“罗森布卢姆诉梅特罗梅迪亚公司案”(1971年)中，最高法院的大多数意见表达了这种看法。三位大法官——布伦南、布莱克门和伯格愿意看到真正恶意特权扩大到一般的公共利益问题中去。他们认为，人们在有争议的交流方面的公共利益，而不是原告的地位，应成为真正恶意特权实施的检验标准。

(二) 现代诽谤公法

罗森布卢姆案中大多数大法官希望把诽谤内容作为新诽谤公法中关键要素的愿望在“格茨诉罗伯特·韦尔奇公司案”(1974年)中被拒绝。最高法院以5比4做出裁决，鲍威尔大法官为法院写的意见书说：“只要不强制施加无过失责任，各州便可向对私人造成损害的散布诽谤性谎言的出版者或广播者自行确定适当的责任标准。”

鲍威尔大法官的推论是：陷入诽谤争论中的私人原告的名誉利益允许有较大幅度的州政府行为。私人原告缺乏任公职原告的那种自助手段。此外，存在着“令人信服的规范方面的考虑”，即需要按不同的规定办理——私人从未自愿地陷入公共争论或辩论的旋涡。另一方面，面对可能的诽谤诉讼，公民批评者有自我审查的危险，这种担心导致了宪法保护的扩大，甚至扩大到私人诽谤原告。各州不可以施加严格的责任。此外，至少在存在公共利益事务中，在缺乏真正恶意证明的情况下，可以排除假设和惩罚性的损害赔偿。只要责任标准不属于严格标准，就仍然会有补偿性损害。虽然减少了假设的损害赔偿，但补偿性损害赔偿却以这种方法确定下来：它包括了假设损害赔偿以往范围的某些方面。例如，最高法院明确规定，根据补偿性损害赔偿的规定应包括因使人难堪、丢脸、痛苦和遭难而做出的损害赔偿。

格茨案是里程碑式的案件，它把第一条修正案的范围进一步扩大到诽谤私法。特别重要的是，该案件的判决规定，第一条修正案将不容许严格责任，而最低责任是粗心大意的错误陈述。然而，各州可以自由地制定对诽谤罪被告来说比粗心大意的错误陈述更宽大的规定。

格茨案没有表明，它对州诽谤罪法的限制是否适用于所有私人原告的诽谤诉讼。例如这些规定适用于非传播媒介的被告吗？看来明确提出这个问题的案件是“邓恩与布拉德斯特里特公司诉格林莫斯建筑公司案”(1985年)。一个征信所错误地报称某建筑公司已登记破产。可以说征信所不属于传播媒介被告。是否因此就可在缺乏实际恶意证据的情况下得到假设的和惩罚性的损害赔偿呢？最高法院代表多数人的意见书说，这种损害赔偿是可以得到的，佛蒙特州诽谤法的一般规则应当适用。然而，多数人意见书还说，关键的区别不是被告是否是传播媒介，而是公众的交流是否涉及了公共利益问题。“格茨案”的规则只适用于公众关注的问题，这些问题是“第一条修正案保护的核心问题。”鲍威尔大法官说：“第一条修正案不大关心就纯私人

关心的问题发表的言论。”“邓恩与布拉德斯特里特案”中大多数大法官认为，一个建筑公司的信誉程度只告诉了很小一部分人，不是公共利益问题。

怀特大法官在发表并行意见时，对自“沙利文案”到“格茨案”期间诽谤罪公法的整个发展情况进行了抨击。“邓恩与布拉德斯特里特案”以后，被认为因“格茨案”而发生变化的州诽谤法的一些规定明显地得以恢复。例如，私人原告诽谤案件（不涉及公众关心的问题）中的无严格责任的规则是否还要继续下去，尚不明朗。然而，在“邓恩与布拉德斯特里特案”之后，更重要的问题是：“沙利文—格茨案所确定的规则，甚至经“邓恩与布拉德斯特里特案”修改后，是否继续适用。在“费城报业公司诉赫普斯案”（1986年）中，最高法院以5比4裁定，在公众关注的问题中控告报纸诽谤的原告必须证明受到控告的言论是假的，然而，最高法院曾说过，当诽谤的问题纯属私人关心的问题而原告也是私人时，宪法规定不一定要对传播媒介做这种特殊保护。“赫普斯案”被用来否决了在诽谤案件中第一条修正案给予舆论问题的一项特权。第一条修正案不排除对发表包括或含有对事实做虚假和诽谤性说明的意见承担责任。见“米尔科维奇诉洛雷恩报业公司案”（1990年）。第一条修正案的利益受到了“赫普斯案”规则的充分保护，该规则要求由原告证明是假的，也受到了要求原告必须证明是错的之规定的充分保护。“米尔科维奇案”强调，只有当有争议的言论能够被合理地解释为是在叙述有关某人的真实情况时，诽谤诉讼才能胜诉。这可能使辩护律师利用一项改头换面的发表意见特权进行辩解，他可以说，所表达的意见不应被解释为断言实际情况。

米尔科维奇案件是对“纽约时报案”和“格茨案”规则的重要重申。另一次重申表现在最高法院拒绝允许造成感情痛苦的侵权行为逃避“《纽约时报》案”原则。赫斯特勒杂志是一份黄色杂志，刊登了关于右翼福音传教士杰里·福尔韦尔的模仿滑稽品，是一幅他和其母在外屋发生性关系的画。最高法院以一致意见撤消了对福尔韦尔精神痛苦进行损害赔偿的裁决。从事公众事务人员的原告——公职官员和知名人士——不能举出所控告的出版物在事实上有虚假的陈述，并怀有实际恶意发表这一陈述，因此不能因有意给感情造成痛苦而胜诉，并得到赔偿。感情痛苦的要素之一是“令人不能容忍”。但根据第一条修正案提出这种说法主观性太强，它将使陪审团能够根据出版物的内容或党派的认同而强加责任。此外，这一出版物标明了“模仿滑稽品”，它不能合理地解释为是讲述有关福尔韦尔的事实。见“赫斯特勒杂志诉福尔韦尔案”（1988年）。总之，尽管对它有很多批评，也存在很多技术性问题，“《纽约时报》案”原则仍然实施。

（三）确定知名人士原告

因为“格茨案”“沙利文案”规则的关键问题仍然是提出诽谤诉讼之原告的地位，那么，了解和确定知名人士身份的标准就变得十分重要。在“格茨案”中，鲍威尔大法官说：“在某种情况下，个人可以取得众所周知的好名声或坏名声，以致在各个方面和从各个角度看他都变成了一个知名人士。更普遍的情况是，个人自愿把自己投入或被引入一个具体的公众争论的问题，从而变成了某方面的知名人士。在这两种情况下，这些人在解决公共问题方面特别引人注目。”根据这两种情况，以后的案件把知名人士区分为在各个方面都极度知名的人士和在某方面知名的人士。

各法院对极度知名人士的概念进行了严格的限制。在最高法院要求这样

的人完全暴露在传播媒介注意下之前，他的名字应几乎是家喻户晓，例如约翰尼·卡森。据认为，这样的人才能使用传播媒介反驳诽谤性攻击，自愿把自己投入到公共注意力之焦点中。

只在某些方面知名的人士，其身份较难确定。“时代公司诉费尔斯通案”（1976年）驳回了使多萝西·费尔斯通具有知名人士身份的努力，她是棕榈滩上流社会人士，卷入了一则桃色离婚丑闻。伦奎斯特大法官代表最高法院使用了两步检验法。首先，为确定一个人具有知名人士身份，诽谤必须涉及公共争论。其次，原告涉及此争论必须是自愿的。使用这些标准，伦奎斯特大法官拒绝把公共争论的问题与公共利益问题等同起来。尽管公众可能对费尔斯通夫人的婚姻不幸极感兴趣，但她的离婚并不涉及公众最关注的问题。她也没有自愿的寻求公众注意，使她的离婚案成为一个公众辩论的问题。她的名字出现在社交新闻中并未因此而使她具备知名人士身份。当然，如果费尔斯通夫人利用这桩涉及她的离婚诉讼，发表对离婚和结婚的看法，那将成为另一种不同的案件。

“哈钦斯诉普罗克斯迈尔案”（1979年）拒绝把知名人士身份给与一位科学家，他是联邦补贴的接受者，诉普罗克斯迈尔参议员批评他的研究工作价值。这位科学家既没有寻求公众注意，他的知名度也不足以使他使用传播媒介。同样，在“沃尔斯顿诉《读者文摘》协会公司案”（1979年）中，曾因拒绝回答传票而供认有蔑视传讯罪的原告控告《读者文摘》，在多年后把他错误地描写为犯了蔑视法庭罪的苏联间谍。沃尔斯顿的行动可能使他有新闻价值，因此引起了传播媒介的注意。但这并不意味着他自愿把自己投入到具体的公共争论中去，足以使他成为知名人士。虽然鲍威尔大法官在“格茨案”中提出一个人可不自愿地变成知名人士，但是以后的这些案件都未发展这一动议。

（四）隐私公法

现在已经有了诽谤公法。那么，隐私法也已宪法化了吗？对于涉及诸如侵犯隐私权之言论的其他侵权行为，第一条修正案有没某制州判决民事损害赔偿的能力呢？“《时代》公司诉希尔案”

（1967年）考虑了这一问题：由于对原告以一种使有理智的人作呕的方式向公众做了不准确的描写，即侵犯了“虚光”隐私，州做出了民事损害赔偿的判决。《生活》杂志刊登了一幅关于希尔家庭痛苦磨难的连环画，描绘他们被逃犯扣为人质。虽然故事有新闻价值，但有些部分是虚构的。根据纽约州的法律，希尔有根据隐私权提出诉讼的诉因，不管这一出版物是否意在诽谤。

布伦南大法官代表最高法院撤消了损害赔偿判决：“在缺乏证据说明被告明知虚假或根本不顾真实与否而发表报道的情况下，宪法对言论和出版的保护排除了援用纽约法令纠正有关公共利益问题的假报道。”一项新的隐私法诞生了。它的基础反映了“《纽约时报》公司诉沙利文案”（1964年）的原则。布伦南大法官说，对损害赔偿判决的担心会产生新闻的自我检查；建立在疏忽基础上的责任对出版提供了不充分的保护。第一条修正案的保障“是为了出版界的利益，更是为了我们大家的利益。广义界定的出版自由确保了我们的政治体制的维系和一个公开的社会。”从另一方面看，原告的隐私利益受到了漠视，因此披露个人是现代生活的部分。在一个把言论和出版自由作为基本价值的社会中，这种被露的危险是社会生活中必不可少的事。

在“时代公司案”中，布伦南代表大多数大法官发表的意见反映了公共利益问题的方向，成为审理“罗森布卢姆案”的多数大法官对待私人原告诽谤诉讼方式的特征。在“时代公司案”中持异议者强调私人原告缺乏自助能力——这是一种合乎常情的担心：不是原告自找出风头，同时需要报道更加准确。在“格茨案”中正是以这两点驳斥了公共利益论。那么“格茨案”是否含蓄地推翻了“《时代》公司案”？用什么来确定“虚光”隐私的宪法界限呢？——是否应当用“格茨案”的地位观点，而不是用“《时代》公司案”强调的公共利益？到目前为止，最高法院尚未提供任何答复。很可能，对“虚光”隐私利益的侵犯比起诽谤内容来，对出版者来说不那么明显，这一事实或许会有助于区分“格茨案”，即保护出版界不做自我检查的必要性增加了。

“《时代》公司案”处理了“虚光”隐私，它和诽谤有密切关系。但是，“真实的”隐私诉讼，即涉及一种使有理智的人反感的方式准确报道原告私生活的内幕的诉讼，其结果又怎样呢？“考克斯广播公司诉科恩案”（1975年）涉及公开披露一名强奸受害者的名字，违反了州的法律。最高法院在审理此案中推翻了损害赔偿的判决，但在最高法院把它的裁决限制在对公共档案问题的准确披露上，受害者的名字已出现在起诉书上。同样，“《佛罗里达星报》诉B·J·F·案”（1989年）根据第一条修正案宣布对一家报纸的损害赔偿判决无效，说该报出于疏忽报道了强奸受害者的名字，这个人名字是从警察的公开报告中得知的。这份报告的发表违背了警察局的议事程序和州禁止公布强奸受害人姓名的法律。对民事损害赔偿的判决不是严格制定的保护隐私的方式。对政府来说，可以找到对被保护言论限制更少的方法。最高法院坚决依靠以前在“史密斯诉每日邮报出版公司案”（1979年）中确定的原则：“如果报纸合法地获得了具有公共意义问题的真实信息，那么州官员除非出于促进州的最高利益之必要，对公布这一信息进行惩罚是不符合宪法的。”下述情况反映了对公众了解信息同样的重视：州无限期地禁止大陪审团证人在大陪审团期满后披露他的证据是不符合第一条修正案的。

因此，最高法院没有回答这一基本问题：要对真实地披露私人实际情况施加责任吗？处理这一问题的下级法院一般都拒绝给予发表真实情况以任何绝对的宪法特权。相反，他们往往把着重点放在披露所涉及的公共利益和它的“令人不能容忍性”上，很可能，这种第一条修正案与隐私侵权所反映的利益之间的平衡将为披露合法的公众关心的问题提供某种形式的特权。

四淫秽和猥亵语言

“罗思诉合众国案”（1957年）裁决，作为一个历史和功能问题，淫秽语言“对社会完全没有任何补偿的价值。”淫秽“不属于宪法保护的言论和出版范围。”因为淫秽被明确地排除在第一条修正案的保护范围之外，它只享有立法中合理性正当程序要求所提供的保护。对淫秽言论的控制，除避免披露未成年人和不搞同性恋的成年人外，还符合州在维护“生活质量和整个社会环境，大城市中心的商业风气，以及很可能对公共安全本身的”合法利益。见“第一帕里斯成人剧院诉斯莱顿案”（1973年）。

自“罗思案”以来，在淫秽言论案件中，判断合宪性的中心问题是确定什么样的表达才算是“淫秽”语言。这是一个定义问题。现在对淫秽言论的检验包含三个部分，每一个部分都必须得到满足。它必须确定：“（1）一个普通人运用当代的社会标准，是否发现一部分作品从整体上来讲会引起人们淫乱情趣；（2）作品是否以一种显然令人作呕的方式描绘或描写现行州法

律做出特别规定的性行为；以及（3）从整体上看作品是否缺乏文学、艺术、政治或科学价值。”见“米勒诉加利福尼亚州案”（1973年）。虽然米勒方案旨在限制最高法院的检查作用，促进地方对淫秽言论的裁决，但是第一条修正案的价值，“通过必要时上诉法院最终有权对合宪性诉讼进行独立的审查”得到了保护。见“詹金斯诉佐治亚州案”（1974年）〔上映影片《性知识》的淫秽罪被撤销，因为裸体未构成赤裸裸的性行为〕。

检验的第一部分，即淫乱情趣检验是由“罗思案”引申出来的。根据合乎宪法的解释，淫乱作品是宣扬可耻或病态的性兴趣的材料。它不包括正常的性兴趣。见“布罗克特诉斯波坎游乐中心公司案”（1985年）〔对“淫乱情趣”界定过宽，使之包括正常性欲这一事实并不支持整个法律字面上都无效这种裁决〕。“罗思案”否决了早些时候“里贾纳诉希克林案”（1968年）提出的标准，这一标准着重于材料，甚至是作品的孤立部分对那些易于受其消极影响的人可能产生的作用。在“罗思案”中，布伦南法官代表最高法院裁决，“希克林案”的方法没有对受第一条修正案保护的材料提供适当的保护。因此，最高法院要求把作品作为一个整体“以当代社会的标准”考虑对“普通人”产生的影响。然而，如果材料是旨在激发特殊群体的特别感情，那么，最高法院将运用可变的淫秽言论标准来衡量对这一群体产生的影响。见“金斯伯格诉纽约州案”（1968年）〔未成年人〕；“平库斯诉合众国案”（1978年）〔性异常群体〕。另见“埃兹诺兹尼克诉杰克逊维尔市案”（1975年）〔州不能禁止展示一切裸体，甚至向未成年人〕。

淫秽作品限于对现行法律做出特别规定的性行为（不是暴力）的“显然令人作呕的”描写。“显然令人作呕”是指对性行为的描写“大大超过了正常的坦率界限，并冒犯了当代社会的礼仪标准。”见“米勒案”。另见“手工企业公司诉戴案”（1962年）。“米勒案”提供了例证：“（1）对最终的性行为——正常的或不正常的，实际的或模仿的——显然令人作呕的表现或描绘，（2）对手淫、排泄功能和对生殖器的猥亵展示等的显然令人作呕的表现或描绘。”虽然所列举的并不详尽〔詹金斯诉佐治亚州案（1974年）〕，对淫秽作品的控制落实在文字上时或作司法解释时，必须限制在这些材料范围内，否则法律将失之限制过宽。见“沃德诉伊利诺斯州案”（1977年）〔被解释为体现“米勒案”的标准，并运用于描写施虐受虐狂行动的州法律被裁定符合宪法〕。显然令人作呕，加上淫乱情趣检验标准，一般来说被认为是把淫秽作品限于赤裸裸的色情描写。

“淫乱情趣”和“显然令人作呕”都是由“当代社会标准决定的。”但是，所指的社会是什么？在“米勒案”中，最高法院否决了只有不受地方偏见影响的全国性的社会标准才会提供第一条修正案的适当保护的论点，允许下级法院在确定什么是淫秽作品时使用地方标准。此后的案件使这一点更清楚了，即州可以故意不提及任何具体的地理社会，州或是地方，尽管它可以这么做。如果不提及地理社会，每一个陪审员都可以自由地确定当代社会标准。见“詹金斯诉佐治亚州案”（1974年）；“哈姆林诉合众国案”（1974年）〔联邦起诉〕。有关的社会包括所有的成年人，含敏感的人，但不包括儿童。见“平库斯诉合众国案”（1978年）。由于陪审团在确定淫乱情趣和显然令人作呕性上使用社会标准，专家证据就不需要了。见“第一帕里斯成人剧院诉斯莱顿案”（1973年）。“米勒案”值得注意的影响之一是，它否决了以前的一项检验标准，这项标准要求，为打上淫秽的标签，必须证明有

关材料“对社会完全没有任何补偿的价值”。见“《回忆录》（全名为《约翰·克莱兰对一个放荡女人的回忆》）诉马萨诸塞州委员会首席检察官案”（1966年）。首席大法官伯格代表审理米勒案的最高法院把这斥为“根据我们的刑事举证标准，这是一项实际上不可能履行的责任。”因为它要求否定的证据。作为前述标准的代替，“米勒案”问道，有争议的作品是否缺乏“严肃的文学、艺术、政治或科学价值。”与其他两项涉及陪审团确定事实的检验不同，严肃的补偿价值标准看来涉及了更多的司法作用，而不受可变化的社会标准所控制。见“史密斯诉合众国案”（1977年）。

“米勒案”的三部分检验有一种例外。即使材料没有满足标准，也可以根据它出版的方式被判为淫秽品。一个经销者可被判销售淫秽材料罪，如果他利用材料中的性刺激部分，助人为恶。见金斯伯格诉合众国案”（1966年）〔来自宾夕法尼亚州性交和性病协会及新泽西州米德尔塞克斯的邮件证明肉欲主义者的挑逗渗入了广告〕。

“米勒案”自“罗思案”以来首次表明，最高法院的大多数大法官就淫秽品检查标准取得了一致意见。“罗思案”中最高法院意见书撰写人布伦南大法官在“米勒案”中持反对意见，他放弃了原来的主张，承认了寻求十分具体和明确的淫秽定义之努力的破产。他认为这个概念本来就是含糊的，没有引起适当的注意，是对受保护言论的冷漠，持续地给公共机构造成压力。对他来说，答案是把对淫秽品的控制限制在保护未成年人和不搞同性恋的成年人。见“第一帕里斯成人剧场诉斯莱顿案”（1973年）（布伦南大法官持异议）。然而最高法院的大多数人继续坚持“罗思案”——“米勒案”确定的道路。

虽然最高法院走得如此之远，裁定宪法不阻止把买质性淫秽罪列入州反诈骗和腐败法，见“萨彭菲尔德诉印第安纳州案”（1989年），但是“罗思——米勒案”承认的州所享有的管理淫秽品的权力并没有给政府提供自由处理权。实行淫秽控制必须与其他宪法价值相一致。例如，州不能因为某人家中有淫秽材料而予以惩罚，从而侵犯家庭隐私或人们的个人思想。“如果说第一条修正案意味着什么的话，那就是州没有权利告诉一个坐在自己家里的人，他要看什么书，看什么电影。”见“斯坦利诉佐治亚州案”（1969年）。然而，“斯坦利案”没有扩展到禁止拥有或观看儿童色情读物的州法；州保护未成年人身心健康的利益起到了使“斯坦利案”不适用于此种情况的作用。州在保护儿童色情读物受害者和“捣毁糟蹋儿童市场”方面有着切身利益。见“奥斯本诉俄亥俄州案”（1990年）。此外，“斯坦利案”所保护的隐私权看来是限于家庭范围。第一条修正案没有向在成人影院寻求看色情电影的同性恋者提供保护。见“第一帕里斯成人剧院诉斯莱顿案”（1973年）。

要求在确定淫秽品方面对州进行具体限制的必然结果是：政府不能一般地根据第一条修正案禁止“猥亵”出版物。无论是刑事检控还是民事规定都受“米勒案”三部分检验的约束。见“第一帕里斯成人剧院诉斯莱顿案”（1973年）。例如，有一项法律，把“免下车”影院放映能从公共街道看到的裸体电影一事谴责为妨害公共利益的行为，结果被裁定是对第一条修正案价值的过分侵扰。见“埃兹诺兹尼克诉杰克逊维尔市案”（1975年）。一项城市分区法规禁止一切包括作淫秽裸体舞的文娱表演，而却允许其他商业活动，这被认为是对第一条修正案权利的过宽侵扰。见“谢德诉芒特·埃夫林案”（1981年）。“纽约州酒类管理局诉贝兰卡案”（1981年）〔州可以根据防止混乱

的治安权和第二十一条修正案在出售酒类的商业设施禁止裸体舞〕。

但是，当州根据城市分区权，规定只许成人进入的设施的具体位置时，最高法院把这些法律看做是对时间、地点和方式的控制，而不是需要更严格审查的内容规定。这些只给言论施加间接限制的法律必须服务于政府实质性的利益，必须给交流留有合理的选择途径。在“杨诉美国小型剧院公司案”（1976年）中，最高法院以5比4维护了底特律要求分散成人娱乐地点的“反贫民区”法。史蒂文斯大法官代表最高法院强调，该法是一种促进了城市重要利益的合理手段，它为了维护城市的生活质量而规定如何使土地用作商业目的。它不像上面提到的“谢德案”那样，所规定的行动有产生损害的证据。见“伦顿诉普雷泰姆剧场公司案”（1986年）〔规定成人剧院的地点，把它们加以集中或分散，目的在于成人剧院的“副作用”；一个城市可根据任何被认为是合理的证据行事，而无需有独立的损害证据〕。“美国小型剧院案”中提到的底特律法被认为只涉及对第一条修正案价值的极小间接限制，因为没有要求成人娱乐设施不许进入市场，或在意识形态上有所偏袒。

史蒂文斯大法官的部分意见引起了争议，未获得大多数人的支持。他在发表这部分意见时说，非淫秽的性爱表达享受第一条修正案保护的程序低于政治言论：“我们当中不会有人愿意把自己的儿女送上战场，去维护公民们在我们的一流剧场中观看‘特别性活动’的权利。”他说，因此底特律市在规定娱乐设施的地点时可能考虑了言论的猥亵内容。鲍威尔大法官同意这种看法，其理由是，创造性地利用土地的法令只涉及了对第一条修正案的“附带和最低的”限制，但他没有谈及史蒂文斯大法官提出的各种言论受保护的不同程序。4名持异议的大法官明确拒绝史蒂文斯大法官提出的对言论价值的两个层次分析法：“‘令人作呕的’言论可能没有谈及‘重要的’题目——用最高法院的术语说，具有社会和政治意识的思想——这一事实并不意味着它受宪法保护的价值就小。”

对有伤风化表达的两层次分析法，在“联邦通讯委员会诉帕西菲卡基金会案”（1978年）中又只是得到了不足半数人的支持。最高法院同意联邦通讯委员会对一个电台广播员的处罚，因为他广播了一个含下流语言但不是淫秽语言的节目。大多数大法官对强调广播介我们生活中“异常普遍的存在”使我们成了意想不到的节目的猎获者，以及强调儿童特别容易受到广播影响感到满意。但是史蒂文斯大法官代表组成相对多数的三位大法官再次坚持，允许政府从特殊的角度深入考虑有伤风化的言论内容所表达的社会价值。两名发表平行意见的大法官和两名持异议的大法官反对案件应取决于最高法院对言论所赋予的社会价值这一主张。其他两名大法官没有谈到这个问题。

史蒂文斯大法官在“帕西菲卡案”中谈到：“在所有交流形式中，广播得到第一条修正案的保护最为有限。”然而这种保护较少的状况不应当无差别地适用于所有的电子传播媒介。例如，国会全面禁止拨号听色情故事，即以性为主有伤风化但非淫秽的电话信息，被裁定违宪。全面禁止的规定受到用于内容控制的更严格形式的审查，被裁定无效，因为它不是以实现政府的切身利益为目标而严格制定的，同时还因为它未能使用最低程度的限制手段。它与“帕西菲卡案”情况不同。拨号听色情故事比起开电视机来需要收听者采取更多的主动行动，没有“被猎获”的听众。不愿意的听众可以避免使用它。此外，在没有全面禁止的情况下，还可用技术手段保护儿童。见“加利福尼亚州塞贝尔通讯公司诉联邦通讯委员会案”（1989年）。有

一种情况，最高法院认为，政府有充分理由压制有伤风化的表达。在“纽约州诉费伯案”中，最高法院支持纽约州关于禁止采用照相或其他视觉手段有意识地宣传儿童性行为的实际表演的法令，虽然这种性行为是非淫秽性的。

“米勒案”的标准未被运用；相反，最高法院认为儿童色情材料是“不属于第一条修正案保护的材料类型”。尽管最高法院明确表示，“米勒案”的色情和明显的令人作呕之检验标准不适用于儿童色情材料，但“严肃的社会价值”检验在新类型中的地位仍不明确。虽然最高法院承认一些教育、医学或艺术作品可能属于纽约法令的范围，但它认为，这个问题可以以个案为基础进行处理，而不存在“实质性过宽”。怀特大法官在代表最高法院证明排除儿童色情材料的正确性时，强调了州在保护未成年人方面的切身利益，销售影片和照片与儿童的性弊端的密切关系，以及土产这些材料的动机——增加销售和广告收入。

最高法院关注儿童色情立法的另一个例子涉及了俄亥俄州的一项法令，该法认定拥有和观看儿童色情材料有罪。这项法令本来会因提出限制过宽的质疑而被推翻，因为它惩处了“一般的无更多其他动作的裸体”。然而，俄亥俄州最高法院对这一法律做了严格的解释，即“这种裸体构成了淫猥展览，或以图示集中表现生殖器”。根据这一严格的解释，这一法律不属于不被允许的过宽。

虽然本节的讨论集中于淫秽品的实体法，但宪法法研究者应当注意到，在关于淫秽品的规定中，程序问题是非常普遍的。例如，尽管事先限制原则适用于淫秽品规定〔“班塔姆书店诉沙利文案”（1963年），“万斯诉大众娱乐公司案”（1980年），政府有重大责任证明发布禁止在过去上映淫秽影片的基础上拍摄新影片的法令是正确的〕，但各法院支持对电影的检查。见“时代电影公司诉芝加哥市案”（1961年）。最高法院则要求在使用行政或司法检查时满足明确的程序标准。“弗里德曼诉马里兰州案”（1965年）提出的标准要求必须满足以下三项程序：（1）政府当局或检查员有义务证明材料未受保护；（2）如果要对出版实施有效的最终限制，必须立即履行司法程序；（3）政府当局或检查员必须为发行或展出发放许可证，除非向法院证明拒绝这样做的正确性。“弗里德曼案”标准反映了明显倾向于求助司法裁决淫秽品问题，以保护第一条修正案的价值。

如果管制和特许计划没有涉及对有争议的出版物或电影的内容行使行政酌处权，那么对“弗里德曼案”的所有要求是否都要满足则有些不同看法。达拉斯的一项对性寻向的商业网点，如成人书店、视听中心和剧院等实行分区、批准和检查的管制法令被宣布无效，因为它构成了事先限制，未能满足“弗里德曼案”的要求。具体他说，达拉斯法令被裁定无效的原因是，它没有限定决策人可以在什么时间内颁发许可证，也没有提供“弗里德曼案”所要求的立即司法审查。然而最高法院的三名成员认为，因为在达拉斯的特许计划中没有涉及检查事项，所以，“弗里德曼案”对该市必须去法院证明限制正确性的要求不需要满足。这三名大法官可能已运用了“弗里德曼案”的所有三项标准。其他三名大法官认为，只要没有内容检查，就可不运用“弗里德曼案”标准。见“福斯特·惠勒/公共广播公司诉达拉斯市案”（1990年）。

五出版自由

第一条修正案禁止限制言论自由“或出版自由”。该条款是把新闻媒介作为一种社会公共机构而提供特别保护吗？最高法院至今没有接受出版条款有独立于言论条款之意义的观点。见“波士顿第一国民银行诉贝洛蒂案”（1978年）（伯格首席大法官在发表并行意见时批评出版条款有独立意义的理论）。关于出版界享有普通公民未享有的特权和豁免权的要求遭到了拒绝。见“布兰兹伯格诉海斯案”（1972年）。但是这并不意味着在公共利益问题上，作为公众的耳目和代言人的出版界没有享受宪法的特别保护。我们已经看到宪法为出版提供保护使出版免受事先限制（即“五角大楼文件案”；“内布拉斯加新闻协会案”）和事后限制（“《纽约时报》公司诉沙利文案”，涉及诽谤法）。此外，对区别对待出版的法律要进行更为严格的司法审查。见“《明尼阿波利斯明星报》《明尼阿波利斯论坛报》公司诉明尼苏达州税务局长案”（1983年）〔州只对用于出版的纸张和油墨征收特别使用税的规定被裁定无效，因为不存在一种州不通过差别税收就不能实现的非常重要的补偿利益，尽管出版享受了优惠的税收待遇〕。

（一）新闻采集

提供给传播媒介的宪法保护是只限于出版呢，还是也包括了采集新闻的过程？在“布兰兹伯格诉海斯案”（1972年）中提出了拒绝向大陪审团披露信息的“记者特权”一说，从而出现了这一问题。根据怀特大法官写的意见书，最高法院同意这样一种前提：“新闻采集不是不受第一条修正案的保护，”因为“对新闻采集没有某种保护，出版自由是空的”。但这并不意味着从事出版工作的人享有某种特别豁免或一般公众所没有的“接触信息的宪法权利。”怀特大法官说，第一条修正案并未要求取消“出版业所承担的一切附加责任”。

最高法院以5比4做出裁决，除了任何公民都享的权利外，记者不享有任何其他绝对的或有限的特权，使他可以拒绝披露提供信息者的姓名或其他有关情况。怀特大法官注意到，记者仍保有通过合法手段采集新闻的自由；对强制性披露所产生的抑制作用的各种估计很不一致，在很大程度上是推测性的。与这种对信息收集的“非确定性的限制”相比较，体现在“公平有效的法律实施中的公共利益——有权从每一个人那里得到证据的公众利益——被认为是绝对首要的。只要大陪审团的调查是公正的，所提的问题是有关的，而且没有造成烦扰，记者就必须合作。此外，“布兰兹伯格案”表示了这样的关注，即如果这种特权得到承认，法院将在确定什么是“出版”的问题上面临具体的困难。另见“泽克诉《斯坦福日报》案”（1978年）〔发布单方面搜查令，授权搜查学生新闻办公室寻找骚乱照片，被裁定符合宪法〕。

在“布兰兹伯格案”中，鲍威尔大法官投了关键性的、在以后发挥了重大影响的一票。在单独的一项并行的意见中，鲍威尔大法官表示，对特权的要求，可根据各个案件的具体情况，在对披露和保密两方面的切身利益进行平衡的基础上得到满足。的确，鲍威尔坚持，最高法院的意见意味着“在合法的第一条修正案利益需要保护的情况下，新闻记者可求助于法院。”很多评论家指出，由于鲍威尔采取了这样的立场，审理“布兰兹伯格案”的最高法院的大多数大法官实际上同意了有条件的特权。

斯曼尔特大法官代表“布兰兹堡案”中三名持异议者，主张承认有条件的记者特权。这种特权要求政府在寻求强制披露时必须证明：（1）有适当

的原因令人相信，记者掌握与违法行为有关的明显的相关证据；（2）缺乏与第一条修正案权利相悖程度较轻的任何其他获得证据的手段；（3）在信息方面有着“切身的和压倒一切的利益。”这种方法在下级法院的民事诉讼中取得了明显的成功，因为在这种诉讼中实施法律的利益不是那么明显。

给新闻采集以宪法保护引起的另一个问题是如何接触政府机构，文件和政府所拥有的其它信息。与涉及限制政府强制性权力的大多数第一条修正案问题不同，这个领域的问题涉及明确的采取赞许行动之方针。政府有没有采取赞许行动，让传播媒介接触它所掌握的信息的宪法责任？（传播媒介）有没有知道政府做些什么的宪法权利？

最高法院再一次拒绝接受新闻界的接触特权，只要不存在针对新闻界的歧视，新闻记者就没有超出给予一般公众的接触监狱或犯人的宪法权利。见“佩尔诉普罗卡尼尔案”（1974年）〔州禁止新闻界采访具体犯人的监狱规定被认为是合理的，至少是在有其它可选择的交流方式的情况下〕。见“萨克斯比诉华盛顿邮报公司案”（1974年）〔对联邦监狱的类似裁决〕，但应当注意到，无论是“佩尔案”还是“萨克斯比案”都没有确定公众是否拥有传播媒介可以享受的第一条修正案的接触权，在这方面传播媒介成为“公共利益的代表和影响公众权利的工具。”（对案件判决持异议的鲍威尔大法官的话。）在“佩尔”和“萨克斯比案”中，公众都享受了探视权和与犯人通邮的特权。见“普罗卡尼尔诉马丁内斯案”（1974年）。〔监狱邮件检查决不能超过促进政府在治安、秩序和同狱犯人的改造等方面实质性利益所需要的程度。〕“霍钦斯诉 KQED 电视台案”（1978年）披露了最高法院在接触问题上的尖锐分歧。首席大法官伯格，在怀特和伦奎斯特大法官的参与下，认为“佩尔案”平等接触监狱的要求已得到满足，接着便提出可以不再给公众任何接触监狱的权利。这位首席大法官强调，在制定和实施这种公众接触权利方面，没有任何宪法指导原则对法官予以限制。史蒂文斯，布伦南和鲍威尔三位大法官持不同看法，主张公众有接触权：“维护信息全面而自由地流向一般公众一直被认为是宪法第一条修正案的核心目标。”斯图尔特大法官发表了平行意见，似乎反对政府负有向公众提供接触信息的宪法责任，但认为，如果向公众提供了接触的权利，“对传播媒介来说，‘有效的接触’可能要求做出不同于一般公众的接触规定。”例如可能需要照像机、录音器材和更多的采访安排。由此看来，公众和新闻界接触监狱的问题都仍然是一个未决问题。或许最多可以说如果给公众以接触权，新闻界也不能被拒绝，而且可能以“平等和有效接触”的名义享有优惠。

对接触政府机构的宪法权利的要求慢慢地从司法程序的角度基本上得到接受。“甘尼特公司诉德帕斯奎尔案”（1979年）认为，第六条修正案保障对被告进行公开审判既没有给新闻界也没有给公众对审判前的秘密听证有强制执行的接触权利。但是在这次初步受挫以后，“《里士满报》公司诉弗吉尼亚州案”做出了一个里程碑性的判决，以7比1票承认第一条修正案限制了不公开进行刑事审判的权利。“《里士满报》公司案”裁定，“在调查中没有发现压倒一切的利益，刑事案件审判必须向公众公开。”既然调查结果不能证明不公开是正确的，那么审判法院进行不公开审判就是错误的。

但是最高法院在确定像这一新出现的接触仅利的性质时发生了分歧。首席大法官伯格代表最高法院，与斯图尔特和怀特大法官一起，强调了在刑事

审判中“公开性推定”的历史依据。做为参加刑事审判默示权利的基础，他把重点放在被保护的言论、出版和集会权，得出的结论是：“如果观察审判的接触权像现在这样一概被禁止，那么谈论和公布审判情况的明确而受保护的权力将大大失去它所具有的意义。”

与此同时，布伦南大法官与马歇尔大法官联合发表了并行意见，表示愿意“在〔第一条修正案所发挥的〕确保和强化我们自治共和体制方面所发挥的根本作用”的基础上，承认根据第一条修正案“公众所享有的接触权”。在强调公民批评在民主体制中的作用时，布伦南坚持交流和“有意义的交流必不可少的条件”两者都必须得到保障。“有价值的公共事务辩论——以及其它民事行为——必须让人们了解。”但是布伦南大法官承认有必要确定限制，他要求注意古今对接触具体诉讼程序重要性的评价。他认为：“我们根深蒂固的公开审理传统和公众更广泛地接触审判程序的重要性，使天平严重向审判应当公开的原则倾斜。”目前的法律把封闭审判问题完全留给初审法官酌处，这不能充分满足公开审判的推定。

在以后的案件中，最高法院重申了至少对某些刑事审判程序的有条件接触权，并在审查审判法庭封闭问题时使用了严格审查标准。在“《环球报》公司诉苏必利尔法院案”（1982年）中，州的一项法令要求，某些性犯罪的审判在未成年人作证时应当封闭，这被认为是不符合宪法的。虽然承认在保护未成年人身心健康方面，州利益是必须维护的，但布伦南大法官代表最高法院裁定。该法不是达到此目的的“严格制定的方式”，是否需要封闭要根据具体案件的情况去决定。首席大法官伯格在“报业公司诉苏必利尔法院案”（1984年）中为最高法院撰写的意见书裁定“《里士满报》案”适用于在刑事审判中对可能的陪审员进行预先审核：“公开审判的想法只能被建立在下述调查事实基础上的压倒一切的利益所推翻：封闭法庭乃为保护更重要的价值所必需，而且是为服务于那种利益而严格制定的。这种利益要和调查结果联系在一起，而且调查结果应相当具体，以便使复查法院能决定发布封闭命令是否合适。”审判法庭没有考虑封闭以外的其他选择方式被认为是案件中非常重要的问题。

总之，新闻采集可以享受宪法的某些保护，但并不太多。与政府限制表达或出版时提供的广泛的第一条修正案保护不同，法院在给新闻采集过程提供保护问题上一直是犹豫的。事实上，称为信息搜集可能更好，因为出版条款没有为言论条款增加什么内容，即使有增加，也是寥寥无几，而且记者在很大程度上可以与其他公民互换。在一定程度上第一条修正案为抵制强制性的向政府披露信息，给予了有条件的特权，但这种特权是一般公民共有的权利。如果说有接触政府机构和政府手中信息的肯定权利——这种权利在法庭之外是否存在值得怀疑——那它也是公众的权利。

（二）公众接触传播媒介

政府限制出版的最常见情况是政府寻求禁止或惩罚传播媒介发表某些材料。但是如果政府因某些信息不能用其它手段在言论市场上传播，而迫使传播媒介予以发表，情况会怎样呢？第一条修正案不仅保护说话人的权利，而且也保护“公众适当接触社会、政治、艺术、道德和其他思想与经验的权利。”见“红狮广播公司诉联邦通讯委员会案”（1969年）〔联邦通讯委员会的要求讨论公共问题并公平地报道不同看法的公平原则，被裁定为合宪〕。在“红狮案”中，最高法院补充说：“视听者的权利，而不是广播者的权利，是至

高无尚的。”一个立法机构可以为促进第一条修正案的公共权利强迫传播媒介发表符合国家利益的材料吗？

在一个涉及报刊新闻界的案件中，最高法院拒绝了第一条修正案公共接触的权利，在“迈阿密先驱出版公司诉托尼洛案”（1974年）中，最高法院一致裁定州的一项法律违反宪法，该法给予政治候选人回答公开批评的权利。然而，首席大法官伯格在引证了报刊新闻界歪曲思想市场的情况以后，拒绝政府采取强制手段强迫出版界印刷他们不愿印刷的东西。虽然“一个负责的出版界毫无疑问是一个理想的目标，但宪法并没有规定新闻界的责任，像很多其它美德一样，新闻界的责任心也不能通过立法来解决。”这位首席大法官认为，强迫发表将使出版界受到惩罚，因为它将增加印刷费用，占去报纸的宝贵篇幅。他警告说，编辑可能会因害怕受到制裁而避免发表有争议的材料。对篇幅和内容的控制与判断权应当属于新闻界，而不应该属于政府。见“太平洋煤气电力公司诉加利福尼亚公用事业委员会案”（1986年）〔以强制手段使私人团体利用私人公用事业公司的帐单信封违反了“托尼洛案”原则〕。作为对诽谤的积极补偿的一项答复权法令是否以“托尼洛案”为根据，是否会被裁定为有效，迄今尚未决定。见“罗森布卢姆诉梅特罗梅迪亚公司案”（1971年）。

在“哥伦比亚广播公司诉民主党全国委员会案”（1973年）中，基于第一条修正案的公众使用广播媒介的权利被拒绝。在此案中，首席大法官伯格代表最高法院判决支持联邦通讯委员会的一项规定：不得要求一个履行法定责任进行公正广播的广播电台接受社论形式的广告。联邦通讯委员会认为，这种使用权不符合公共利益，因为它将有利于有钱购买社论时间的财政上富裕的人，这种意见是正确的。虽然广播应按政府的规定办事，但首席大法官说，对节目进行编排要由编辑去做。最后，伯格首席大法官担心，联邦通讯委员会对这一按照宪法推定的使用权的监督将使政府“卷入不断的逐个裁决，决定准应有利用广播电台的权力，以及什么时候利用。”最高法院认定，政府对新闻界酌处权的更大程度的监视所带来的危险要大于公共接触可能带来的任何利益。

虽然“哥伦比亚广播公司诉民主党全国委员会案”宣布，第一条修正案本身并没有规定使用电子媒介的权利，但最高法院指出，它并没有解决法律或联邦通讯委员会通过规定可能给与某种形式的公共使用权的情况。尽管“托尼洛案”强调在报纸内容方面的新闻自由，但为了公共利益，广播应受到更多的政府管制。在“红狮案”中最高法院维护了公平原则，批驳了对第一条修正案的质疑，同时注意到无线电频率的不足，使政府必须进行管制，以防止领有执照的私人广播业垄断新闻媒介市场。在其它案件中，最高法院强调了广播在生活中的普遍存在和儿童的易受影响性，这说明政府对内容的更大程度控制是正确的。见“联邦通讯委员会诉帕西菲卡基金会案”（1978年）。

“哥伦比亚广播公司诉联邦通讯委员会案”（1981年）承认了与一般接触权相比而言的特殊接触权的合法性。最高法院支持《联邦选举运动法》，为联邦政治候选人确定了合理接触的法定权利。“哥伦比亚广播公司诉联邦通讯委员会案”强调，该法只“创立了有限的‘合理’接触权，它只属于法律上合格的联邦候选人，而且只有当竞选开始后为提高他们的候选人地位时才可以使用此权。”这不是“一般传播媒介的权利”，不会严重妨碍属于新闻人的广播内容酌定权，而是一项有限制的法律，旨在“确保这

一重要的资源——电波——用于公共利益。”

总之，虽然最高法院承认第一条修正案包括公众收听的权利，但这并未变成使用传播媒介的宪法权利。就印刷和广播媒介而言，最高法院一直强调新闻界对内容有酌处权。虽然政府对广播媒介比对印刷媒介的管制要严一些，但最高法院越来越强调联邦政府的管制要有一定的限度。近来，最高法院甚至似乎要在审查政府对广播内容的限制时，使用严格审查方法。在“联邦通讯委员会诉妇女选举人联盟案”（1984年）中（联邦禁止接收公共广播赠款的广播电台插播主观评论的法律被裁定不符合宪法），最高法院说，只有当限制是为促进政府的实质性利益而严格制定时，这种对内容进行限制的规定才能得到支持。然而正如“哥伦比亚案”所表明的那样，合理使用广播媒介的有限法定权利可能会经得起第一条修正案的审查。

六选举过程中的言论

政治言论是第一条修正案关注的核心问题。因此毫不奇怪，当州规定竞选期间的言论内容时，最高法院将实施严格的检查。见“布朗诉哈特拉奇案”（1982年）〔一位候选人许诺，如果当选，他拿的工资将少于法定数额，根据一项反对拉选票的州法，该候选人的当选无效。最高法院裁定，该州法的实施违宪。同样，对于州关于全国性政党的规定也在政治结社权的基础上受到了严格的审查。见“美国民主党根据拉福莱特告发诉威斯康星州案”（1981年）〔威斯康星州公开的初选法不能用来强迫民主党全国委员会使违反党的原则而当选的代表就职〕。科罗拉多州的一项法律禁止使用受雇征集人征集所需数量的选举人签名，以便把一项倡议印在大选选票上，这违反了第一条修正案所保护的发表政治言论的权利。限制传播关于政治问题的请愿书侵犯了“核心的政治言论”，将受到“严格的审查”。见“迈那诉格兰特案”（1988年）〕。

康涅狄格州的共和党通过一项规定，允许独立选举人在共和党初选中投票，这与州的一项要求在党的初选中投票者是该党的注册党员的法令发生了冲突。最高法院否决了该项法令，因为它剥夺了州共和党根据自己的选择进行政治结社的权利。州的一项法律对选举人进行限制，规定一个政党只能要求注册选举人参加党的基本活动，如选举候选人等，被裁定限制了结社自由，是不允许的。见“塔什吉安诉康涅狄格州共和党案”（1986年）。

同样，对政治进程作过多的规定也被最高法院宣布无效。最高法院废除了《加利福尼亚选举法》的一些条款，这些条款禁止政党的官方管理机构对初选表示赞同，同时为那些管理机构规定了组织序列和组成。这些条款是针对选举过程中的核心言论的，未服务于政府的切身利益。州政府固然有自己的利益要考虑，如保持政府稳定，保护选举人免受不正当影响和避免引起混乱等，但这些利益不能证明这些规定是正确的。州不应当检查“政党与其成员之间的政治言论。”对政党的管理方式所做的规定也是无效的，因为正如州无责任告诉一个党它可以向它的成员说些什么一样，州也没有责任告诉一个政党它的内部结构应如何组成。见“尤诉旧金山县民主党中心委员会案”（1989年）。

另一方面，在“安德森诉塞莱布雷兹案”（1983年）中，在审查关于独立党和少数民族党投票的规定时，使用了更广义的平衡标准〔见176页，关于在选举权案件中实施平等保护法问题〕。最高法院在审讯“安德森案”中以5比4裁定，俄亥俄州对11月份大选所规定的申请截止日期为3月的作法，

为独立总统候选人约翰·安德森的支持者施加了不符合宪法的限制。而确保了有足够选票支持的重要政党在选票上的位置，能够在3月份申请截止日期后选举他们的候选人。

史蒂文斯大法官代表最高法院重点谈了根据第一条修正案对选民（不是候选人）权利所产生的推定损害的性质和程度。把申请截止日期定得过早被认为是严重限制了对心怀不满的选民团结在独立候选人周围的能力，也被看作是妨碍了选民对主要事件做出反应的能力。因为主要政党不受3月截止日期的限制，俄亥俄州的法律对特定阶层的选民，即那些没有选择和主要政党结盟的人，产生了不同的影响；它歧视了独立选举人。

史蒂文斯大法官接着考虑了州施加这一重要限制的正当理由，以确定“这些利益的合法性和力量”，以及“需要多大程度的利益才有必要给原告的权利施加限制。”州在通过控制“不受限制的派别活动”来促进政治稳定方面的利益，被斥为不过是想为两个主要政党垄断选举进程。虽然政治稳定是州的一个合法目标，但存在着施加较少限制的方法。做出比歧视性的俄亥俄法更准确的规定是可能的。“安德森案”认为，对独立投票所施加的限制“毫无疑问地超过了州在规定3月截止日期方面的最低利益”。比较“斯托勒诉布朗案”（1974年）[脱离期限规定为一年被裁定是为了促进州在政治稳定方面的切身利益]。

很可能，与宪法第一条修正案有关的选举法中最有争议的问题是对个人和团体竞选开支的限制。在“巴克利诉瓦莱奥案”（1976年）中，最高法院发生分歧，最后采用未署名法院意见的形式裁定，限制个人对竞选官职的候选人捐款的联邦法律服务于州限制腐败的切身利益。然而，限制候选人、个人和团体开支的法律是不符合宪法的。

最高法院的未署名共同意见首先驳斥了这种观点：开支法是一种行为规定，只是附带地为言论施加了限制。金钱是语言的一种形式，而法律是对言论本身所做的规定。即使开支限制被认为是行为规定，严格审查也是适当的，因为尽管该法律在意识形态上是中立的，但它是针对交流的有害内容的，即它是以内容为基础的规定。最高法院称，政府利益的出现某种程度是“因为被称为与行为不可分割的交流本身被认为是有害的”。与时间、地点和方式等简单的规定不同，对金钱的限制涉及了“对政治交流和结社的直接质量限制”。

由于认为限制开支是以内容为基础的，从而给言论施加了严重限制，人们本会预料，将对它实施严格的审查检验。然而在一种类似平衡检验的分析中，却对限定捐款数额和限定开支数额分别带来的限制的严重性作了区分。虽然对捐款和开支都实施严格的审查，但最高法院说，对开支的最高限额作出规定“给被保护的自由施加的限制要严重得多”。对个人或团体在花钱上的限制“必然要减少表达的数量”，影响政治言论的质量和多样性。另一方面，对捐款的限制只是“对捐款者交流能力的微不足道的限制”。最高法院认为，“捐款者的交流数量不会因捐款的规模而显著增加”；起交际作用的是象征性捐款行动本身。虽然捐款可以用来提高接受者的言论质量，但这是其他人的言论，而不是捐款者的言论，也就是说代理人的言论。

最高法院接着考虑了政府在设置捐款和开支限制方面的利益，重点是反腐败的利益。大量的捐款常用来取得政治上的支持，为此，应当允许国会限制出现弊端的机会，即设法阻止“政治报酬”，或阻止用美元获得政治支持。

另一方面，限制支持候选人的开支被认为服务于反腐败利益方面的作用不那么明显。候选人对独立开支缺乏控制限制了把这种开支作为取得政治影响之交换物的可能性。怀特大法官不同意这种看法，他认为，为了防止逃避捐款限制，限制独立开支是必要的，因为候选人仍然会知道为了他的利益所花掉的钱。

政府认为开支限制有助于使个人和团体在施加选举影响时具有平等的能力，因而是正确的，这一意见遭到否决。“一些人认为政府可以限制我们社会中一些人的言论，以加强其他人的相对声音，实际上这种概念与第一条修正案毫不相干，第一条修正案旨在保证信息尽可能广泛地传播。第一条修正案禁止政府限制自由表达的规定不应被理解为取决于个人在财政上参与公共讨论之能力”。简言之，不能靠牺牲言论自由方面的自由利益来实现获得更大程度平等之愿望。怀特大法官对案件判决持异议，他认为第一条修正案在自由对话方面的利益实际上可以通过限制开支，控制富人的“压倒优势”和“鼓励财力较弱者”来实现。总之，是大把钞票歪曲了选举的言论市场。

“巴克利案”以后的案件一直围绕着限制竞选开支和限制捐款两个方面所引起的含糊不清进行斗争。在“加利福尼亚医学协会诉联邦选举委员会案”（1981年）中，一项联邦法律得到支持，该法限制一个团体给多数候选人政治委员会的捐款数额。这种开支被认为不是独立的政治言论，而是“代理人的言论”。因此，它与团体给候选人的捐款相类似，可以规定数额。

在审理“联邦选举委员会诉全国保守政治行动委员会案”（1985年）中，最高法院以6比3裁定《联邦竞选基金法》的一项规定违反了第一条修正案，该项规定禁止政治行动委员会为提高一位接受公共资助的候选人的候选地位而花费1000美元以上。像在“巴克利案”中一样，“本案中的开支争议引起了属于第一条修正案所保护的核心言论之范畴的问题，”有必要在审查中采用“严格”标准。伦奎斯特大法官代表最高法院把这一限制比做允许讲话者在公共会堂发表他的意见，但不允许他使用扩音器。两种限制都降低了表达的数量和质量。这也不仅仅是对“代理人的言论”进行限制。虽然捐款者不能控制他资金的具体用处，但“捐款者显然喜欢从这些组织听到的信息，而且想把他们的声音加到那些信息中去，否则他们是不会出钱的”。最高法院的结论是，政治行动委员会的开支受到第一条修正案的充分保护。在此案中，像在“巴克利案”中一样，最高法院认为，未与候选人的政治竞选协调一致的独立开支变成政治报酬的危险较低。最高法院驳斥了根据给予一些社团特别待遇的历史经验为支持限制开支法令所做的努力。在这种情况下，《竞选基金法》的条款“对为总结选举募捐花钱的非正式的街道团体像对涉及此案的资金雄厚、管理内行的政治行动委员会一样，都同样适用”。

在“联邦选举委员会诉马萨诸塞州保护生命公民组织案”（1986年）中，《联邦竞选法》的一项规定由于被裁定不符合第一条修正案而被废止。该规定禁止社会团体的资金直接花在与竞选公职有关的非盈利性的志愿政治协会上。受保护的政治言论不能在缺乏某种政府切身利益的情况下受到如此侵犯——在对拒绝接受商业公司或工会捐款的小型志愿政治协会（这种协会没有股东，也不从事商业经营）实施这一规定时显然缺乏这种利益。在这种情况下，该规定属于未以严格限制之手段实现政府目标而对言论进行了限制。

然而，密执安州的一项法律禁止公司从它们的总库存资金中向非盈利的团体做竞选捐款，这一法律在实施中被裁定不违反第一条修正案。法律所涉

及的非盈利性团体是密执安商会，它缺乏“马萨诸塞州保护生命公民组织案”中所保护之组织的三个明显特点：（1）该商会与马萨诸塞州保护生命公民组织不同，不是为政治表达的目的而建立的；（2）该商会的成员是因为经济原因而参加该组织的，即使他们不同意它的政治观点；（3）与马萨诸塞州保护生命公民组织不一样，该商会受商业公司的影响，商业公司可以把它作为一个直接花钱的渠道，这会威胁政治思想市场。当然，使用法人社团的形式不会使社团言论脱离第一条修正案保护范围。但是，密执安州的法律对社团政治言论施加的限制从州在防止政治腐败或避免不良影响方面的切身利益来看，证明是正确的。与马萨诸塞州保护生命公民组织案的情况不同，这一法律为达到目的所做的规定很精确，即属于严格限制范围的。该法没有禁止所有的社团开支，它允许公司从单列资金中为政治目的进行独立开支，只是不允许从总库存资金中来开支。见“奥斯汀诉密执安州商会案”（1990年）。

“奥斯汀案”标志着关于选举进程的第一条修正案法律的重要发展。简言之，各州可对社团花在政治进程中的开支做出规定，如果这一规定制定得十分具体，足以使在州的企业结构帮助下积累起的“巨大社团财富”扭曲政治进程和“对选举结果产生不公正影响”的威胁得以减少，从而服务于州的切身利益。

在“巴克利案”中赖以支持对捐款进行开支限制的政府反腐败利益，不适用于在公民投票公决中对捐款进行开支限制。在“反对租金控制公民协会诉加利福尼亚州伯克利市案”（1981年）中，一项地方法令被裁定不符合宪法，该法规定向为支持或反对已决定提交人民公决的投票办法而组成的委员会捐款不得超过250美元。它既侵犯了结社权（即对希望结合在一起以促进他们的意见，同时又不想限制个人单独行动的人们施加了限制），也侵犯了个人和集体的自由表达权（即限制了表达的数量）。这一法律由于对州的重要利益的促进程度不足以满足最高法院的“严格审查”而被宣布无效。

考虑到美国政治分肥制的长期历史，近年来政治赐职制的所有领域均已在很大程度上受到第一条修正案的束缚，这是令人惊奇不已的现象。在“布兰蒂诉劳克尔案”（1980年）中，最高法院裁定，不能以纯政治原因辞退受雇于县设辩护人办公室的律师。第一条修正案给与政治信仰和结社的保护阻止了这种纯政治性的辞退。这种辞退对接受政府恩惠施加了一种不符合宪法的条件。

“布兰蒂案”是处理解雇问题的，但它的原则得到了扩展。在决定有关公共职务的晋升、调动、罢免和雇用等问题时均不得把党派作为考虑因素。在所有这些问题上，政治赐职制的弱点是，它把某党党员身份或支持某党作为在政府供职的条件。这种行为是违犯宪法的，原因有两个：首先，它强迫信仰，这是不允许的。第二，它给根据第一条修正案应受到保护的权利之行使带来严重的妨碍，这在法律上是无效的。这种受到质疑的党派要求不是为服务于所说的政府利益而严格制定的，因为还有妨碍性不大的手段可以利用。例如，政府在确保雇员能忠实地履行它的政策方面的利益“可以根据其政治观点，选择和解雇某些高级雇员来充分地实现。”布伦南大法官代表最高法院撰写的意见书认为：“竞选胜利者获取的只能是那些通过符合宪法手段可以得到的好处。”斯卡利亚大法官持反对意见。他抱怨说，以反对赐职制原则为基础的“新第一条修正案”是由法官（包括本最高法院的法官）团实施的，而绝大多数法官是在违反这一原则的情况下得到自己的职位的。

见“拉坦诉伊利诺州共和党案”（1990年）。

第八章 宗教自由

宪法第一条修正案规定实行宗教自由，把这一保证“写入宪法是为了剥夺国会干扰个人按照自己良心的支配信仰、崇拜和表达自己思想的权力。”见“华莱士诉贾弗里案”（1985年）[默祷法被裁定不符合宪法]。宗教自由保证的两个组成部分，即信教自由条款和不得确立国教条款，都已通过并入第十四条修正案保证自由的正当法律程序条款而用于各州。[见“坎特韦尔诉康涅狄格州案”（1940年），信教自由；见“埃弗森诉地方教育委员会案”（1947年），不得确立国教。]这两个条款虽然都是我国宪法中宗教自由的组成部分，但它们似乎经常发生冲突。当普遍适用的法律限制了某一特定宗教时，免受这些法律的束缚可能符合宗教自由的权益，但这种豁免可能被视为政府支持宗教而违反不得确立国教条款。禁止确立国教的规定可能阻止政府对宗教和宗教机构的支持，但是不提供公共福利和服务（特别是鉴于政府在我们生活中所起的重要作用）可能给宗教造成困难，从而产生信教自由问题。一个不断提出的问题是怎样调和这些可能发生冲突的宪法要求。虽然有人说，这两项条款发生矛盾时，以信教自由为主，但最高法院迄今为止未明确接受这一方针。说得更确切些，基本要求是政府保持“中立”立场。伦奎斯特法院远没有那么坚持政府必须严格保持这种中立，而是非常愿意容许政府通融宗教。新任命的大法官如肯尼迪和斯卡利亚，尤其持这种立场。

第一节不得确立国教条款

第一条修正案禁止制定关于“确立国教”的法律。这一规定未被简单地理解为禁止政府赞助的教会〔但见“华莱士诉贾弗里案”（大法官伦奎斯特持异议）〕或只是要求平等对待宗教（即反歧视保证），而是更普遍地禁止“援助一种宗教，援助所有宗教，或偏护某一宗教而歧视另一宗教”的法律。见“埃弗森案”。

什么做法构成不允许的援助？有时最高法院说，该条款在教会与国家之间砌起了一道“隔离墙”。见“雷诺兹诉合众国案”

（1878年）。别的时候最高法院又说墙的比喻“不是一种对实际存在于教会与国家之间关系的各实际方面的完全精确的描述”〔见“林奇诉唐纳利案”（1984年）〕，而且声称宪法“积极地要求通融——而不仅仅容忍——所有的宗教和禁止敌视任何宗教”。同上。

在多数案件中，最高法院要求法律符合一种三部分检验法的每一部分，以便经受住根据不得确立国教条款提出的质疑：（1）法律必须具有世俗的立法目的；（2）法律主要的或首要的影响必须是既不促进也不限制宗教；（3）法律不得助长“政府过分卷入宗教。”见“莱蒙诉库尔茨曼案”（1971年）。

“莱蒙案”检验遭到严厉的抨击。而且，最高法院也背离了这种检验法，因为它维护了国会开会前举行祷告的规定，而且强调接受质疑惯例有历史渊源，它已成为“我国社会结构的一个部分。”

见“马什诉钱伯斯案”（1983年）：见“沃尔兹诉纽约州税务委员会案”（1970年）〔确认该州对教会财产和收入免税的规定时强调了历史惯例〕。见“拉森诉瓦伦特案”（1982年），在宣布一项州法无效时也避不采用“莱蒙案”检验法，这项州法只规定请求非本组织成员捐助50%以上资金的宗教组织透露财务情况。宣布无效的理由是该法歧视非传统的宗教，违反不得确立国教条款。“拉森案”使用严格审查检验法审查歧视某些宗教而偏袒其它宗教的法律。不过，在不得确立国教条款案件中，“莱蒙案”检验仍是司法审查的基本标准。

“莱蒙案”三部分检验法是否有生存力还不清楚。但现有一种已很明显的新趋势。最高法院越来越多地查问有争议的法律是否，构成了对宗教或是对一种特定宗教信仰的认可。奥康纳大法官表示，她认为这一检验方法比“莱蒙案”法有用。见“林奇诉唐纳利案”（1984年）。另一方面，肯尼迪大法官则认为，“认可”这一概念太不精确，适当的调查是州是否在改变宗教信仰。见“西部社区学校地方教育委员会诉梅尔根斯案”（1990）〔肯尼迪大法官表示赞同〕。

一 对宗教的公共援助

不得确立国教条款诉讼中一个小断冒出的问题是政府能够向宗教机构提供多少财政援助和其他援助。这种援助可能是直接给宗教机构本身的，或者，宗教机构可能只是通过对使用宗教机构服务的公民的援助而间接受益。例如，对私立教会学校学生家长的赋税减免。对这类案件的处置产生了各案不同的裁决，因而难以据此制定普遍适用的原则。但是从中确实可以看出，最高法院较为容忍向公民普遍提供福利的援助计划，而不太容忍涉及直接援助宗教机构的计划。

“埃弗森诉地方教育委员会案”（1947年）维护了一项地方计划，该计划对家长花在孩子乘坐公共汽车往返学校上的钱进行补偿。这项法律是“一项一般性计划，旨在帮助家长将其子女安全和迅速地送往经鉴定合格的学校和从学校接回家，而不管他们的宗教信仰。”公共福利补助所有学生人人有份，对宗教的任何援助只是附带的。简言之，该法律具有一个世俗目的和一种世俗的基本影响。同样，经州批准的世俗教科书也可以借给私立学校学生，包括教会学校学生。见“地方教育委员会诉艾伦案”（1968年）。另一方面，将教学材料（例如地图、杂志、磁带录音机）借给教会学校学生和向他们提供校外考察旅行的公交工具的规定被废除。见“沃尔曼诉沃尔特案”（1977年）。“沃尔曼案”得出结论认为：“鉴于不可能将世俗教育职能与教派教育职能分开，”州的援助造成太大的、促进教会学校宗教教学任务的危险。见“米克诉皮顿杰案”（1975年）[州将非教科书教学材料和设备借给私立学校被裁定不符合宪法]。

“米勒诉艾伦案”（1983年）以5比4确认了明尼苏达州一项允许家长从其州税中减免部分子女教育费用的计划。伦奎斯特大法官代表最高法院指出，教育费用的减免只是旨在平均负担税收和鼓励可取的支出的许多减免之一。最重要的是，同早先最高法院废除的对私立学校子女家长实行的赋税减免计划不一样[见“公共教育和宗教自由委员会诉尼奎斯特案”（1973年）]，明尼苏达州赋税减免是面向所有家长的，包括其子女就读于公立学校的家长。伦奎斯特大法官评论说：“一项不偏不倚地向广泛阶层公民提供州援助的计划不是随便可以根据不得确立国教条款提出质疑的。”大多数减免将落入支付教会学校高学费之家长的腰包的论点被驳回——“这样一种方法很难提供这一领域需要的肯定性，我们也看不出可以据以估价这种统计证据的原则标准。”此外，伦奎斯特大法官看不到“全面歧视”的巨大危险，以及州在宗教学校进行“连续监视”可能使州过多卷入宗教的巨大危险。

伦奎斯特大法官特别强调支持私立学校的家长们对社会提供的好处。向这些家长提供税收补助符合教育子女和确保私立学校财务持续健康的世俗目的。私立学校系统减轻公立学校的负担，充当公立学校的基准和提供一个促进多样性教育的替代办法。该计划的任何不平等的影响，都可被视为对向州和全体纳税人提供的“好处的一个大体相当的回报”。

对持异议的马歇尔大法官来说，这项明尼苏达州法律与任何向教会学校交学费的人提供补贴的税收补助制度一样，具有“促进宗教的直接和立即的效果。”

向私立中小学校直接提供援助的计划引起最高法院各种各样的，但基本是否定的反应。特别是教会学校被说成渗透着宗教目标和活动。对宗教学校的援助涉及容易接受宗教灌输的年青和不成熟的学生。在援助宗教学校问题上的政治分歧很常见。总之，认为州援助将导致促进宗教之基本影响的可能性的增加。州对宗教学校加强监视以防止资金用于教派活动成为必须要做的事，而这一点增加了教会一州牵连的危险性。

不过，对教会中小学校的援助未必违反“莱蒙案”检验标准。将审议援助的性质（例如它是否提供思想说服的机会），还要审议援助是否由私立学校人员管理，要求他们个人参与，或这种援助是在私立学校的建筑物内还是在公有房地产上提供。虽然这种审议工作提供不了泾渭分明的标准，但它们反映了对这样一种危险的担心，即教会学校的宗教活动将会渗透到州援助计划

的执行中去。

在“莱蒙诉库尔茨曼案”（1971年）中，就引用这类考虑因素废除了州对私立学校世俗课程教师的薪水补贴规定。鉴于“教会学校参与大量的宗教活动和致力于宗教目的”，同时难以确保教师不从事宗教教学，最高法院认为没有必要考虑援助的“基本影响”。由于需要由州进行监督以确保不把援助用于促进宗教，这违反了“莱蒙案”的第三部分：“整个关系的累积影响涉及政府与宗教之间过多的牵连。”

向私立学校提供辅助服务或补偿私立学校考试、记录和报告工作费用的州计划产生了大量因计划而异的结果，因而形不成几项普遍性的原则。“莱维特诉公共教育和宗教自由委员会案”（1973年）废除了州的补偿规定，该规定对教会学校主持的考试——其中有些考试是由私立学校教师准备的——的费用，按每个项目一次性总付的方法进行补偿。废除的原因是未采取控制措施以确保资金不被用来促进宗教。但是在“公共教育和宗教自由委员会诉里甘案”（1980年）中，州对私立学校实施标准化考试和进行其他由州规定的记录和报告的拨款得到了维护。在此例中，该州保持了对考试的控制，这“有助于防止将考试作为“宗教教学”的一部分。经州批准的服务是“行政性的”，“缺乏思想方面的内容和作用”。不必担心牵连问题，因为这些服务“是互不关联和明显可鉴别的”，不要求政府进行过多的监督。

“沃尔曼诉沃尔特案”（1977年）认可公职人员提供说、听和心理诊断等服务，即使这种服务的地点在私立学校中。诊断服务是非思想意识性的，没有教育内容，而且同学校的教育任务没有密切联系。此外，诊断医生同学生的联系很有限，这进一步限制了“培养思想观点的风险”。因此，不必进行过多的涉及不允许的牵连的州监视。另一方面，治疗服务、指导咨询和矫正教育，由于带有较大的思想说服的危险，只能在私立学校校园以外的宗教上中立的地点提供。促进宗教的危险产生于“机构的性质，而不是学生的性质”。如果这种计划在宗教学校外实行，“很难说对在公共房地产上履行公务的公职人员进行监督会造成教会与州之间过多的牵连”。见“沃尔曼案”。见“米克诉皮顿杰案”（1975年），该案废止了涉及在私立学校提供这种服务的计划。

“大拉皮兹学区诉鲍尔案”（1985年）废止了一项台课计划和

一项社区教育计划，这两项计划提供由公立学校系统资助的课程，山公立学校系统聘请的教师授课，地点设在向私立学校借用的教市里。布伦南大法官代表最高法院强调，所涉及的私立学校几乎都是“教会气氛很浓”，他认定有三个因素可以证实这些计划具有提倡宗教的基本效果。

“首先，参与这些计划的教师可能有意无意地卷进去，灌输宗教信条或信仰。”即使参加合课计划的教师中有许多人从未在宗教学校工作过，而且课程的内容是补充性和世俗性的，学校的宗教气氛也可能影响授课者，使他们顺应环境。私立学校的学生将在通常的宗教环境中听课，“从而加强了灌输的效果”。

“其次，该计划可能提供政府与宗教之间至关重要的象征性联系，从而借助——至少在易受影响的青少年眼中——政府的力量以支持该学校信奉的教派。如布伦南大法官所指出，不得确立国教条款的一个核心目的是避免政府认可宗教的任何信息。教会学校中的年青学生在同一座教学楼中由宗教课程改上世俗课程，不大可能认清教会学校课程与公立学校课程的“关键区

别”。产生的效果将是促进“政府与宗教在一个教派内象征性地融合在一起。”

“第三，这些计划可能通过对有关机构的基本宗教任务提供应予禁止的补贴产生直接促进宗教的效果。”这牵涉到公共补贴，因为公立学校负责私立学校学生的很大一部分教学任务。这不仅在“米克案”和“沃尔曼案”中那样涉及教学材料，而且涉及“在一座教会学校建筑物内提供教学服务”的问题。基本的影响是“对一个教派单位的直接和实质性的促进。”

一个姊妹案件——“阿吉拉尔诉费尔顿案”（1985年）废除了一项计划，该计划涉及使用联邦资金支付在教会学校中向剥夺教育机会的低收入子女提供矫正教育和临床与咨询服务的公立学校教师的薪金。曾通过强调利用公共监督手段防止宗教影响的方法，将此案与“鲍尔案”区别开来，但这种努力未获成功。虽然这可以避开“莱蒙案”的宗教影响部分，但最高法院发现，援助所具有的思想意识性和接受援助的机构的宗教性有可能造成政府过多地牵连到宗教中去。“该项计划的范围和期限将要求该州长朗普遍地存在于接受援助的教会学校中。”

政府针对高等教育的援助计划一般得到最高法院的维护。例如，“蒂尔顿诉理查森案”（1971年）维护了联邦对用于私立大学世俗目的之建筑物的基建赠款。伯格首席大法官代表最高法院指出：“大学生不大会受影响，也不大会接受宗教灌输。”“宗教，不大会渗透到世俗教育的领域。”由于基建援助为一次性赠款，政府几乎没有必要进行监视，教会与州之间发生牵连的危险也小。如果作出资金不用于教派目的的保证，甚至给私立大学的不分类年度赠款也被维护。见“罗默诉马里兰州公共工程委员会案”（1976年）（维护不分类年度赠款）。不过，这样一项连续援助计划的确要求政府进行监视，以确保所规定的将援助限于世俗活动的条件得到实施，而这样做增加了牵连的危险性。

二 学校中的宗教

由于公共教育承认宗教和宗教价值准则而造成的隔离墙的缺口违反不得确立国教条款吗？禁止在教室里祈祷，禁止不讲授进化论而讲授上帝创世说，同时禁止将宗教价值观列入课程和教育计划，这构成对宗教的敌视从而违反信教自由条款和建立一种现世主义宗教吗？这就是现代进行的关于宗教在教室里能够占有多大位置之辩论的轮廓。令人捉摸不定的“莱蒙案”检验之应用又一次提供了分析结构，而且又是几乎没有任何明确界限的答案。

较为确定的领域之一，是允许公立学校学生请假去上宗教课。如果宗教课在公立学校的大楼里上，而州被看成是认可宗教信息从而促进宗教，这就违反不得确立国教条款。见“麦克勒姆诉教育委员会案”（1948年）。但是，如果宗教课在公立学校外进行，该计划就是一种对宗教的可允许的通融。这样一项计划“尊重我国人民的宗教性，使公共事业适应他们的精神需要。”不得确立国教并不包含“敌视宗教的思想”。见“佐拉奇诉克劳森案”（1952年）。

一个远为更无定论和更有分歧的问题涉及学校祈祷问题。“恩格尔诉维塔尔案”（1962年）废止了由校务委员会背诵祈祷文的规定，所依据的原则是，“政府份内的工作不包括为任何一个群体的美国人民创作官方祈祷文，作为政府推行的宗教计划的一部分供他们背诵。”“阿宾顿学区诉谢普案”（1963年）将“恩格尔案”的禁止范围进一步扩大，不仅禁止官方创作祈祷文，而且禁止朗读圣经和吟诵主祷文。即使假定这种活动是为了提高人们的

道德水准、同物质至上主义作斗争和教授文学等世俗目的，但“法律要求进行宗教活动，而进行这种活动是直接违反〔不得确立国教条款〕的。”虽然作为教育计划的一部分对《圣经》或宗教进行研究是允许的，但由州政府操纵的“宗教信仰活动”违反第一条修正案的要求，即“政府保持严格的中立，既不支持宗教，也不反对宗教。”儿童可以不参加这一事实不是决定性的——“决定是否违反信教自由条款取决于是否实行了强制，而确定是否违反不得确立国教条款则不必如此。”排除宗教活动也不会确立一种侵犯多数人权利的现世主义宗教——信教自由条款“从未意味着多数人能够利用州政府机器实践其信仰”。

由于学校祈祷遭到禁止，重点日益集中到短时间的默祷或默念上。“华莱士诉贾弗里案”（1985年）涉及一项亚拉巴马州法律的有效性，该项法律规定一分钟静默时间，“用于默念或自愿祈祷。”史蒂文斯大法官代表最高法院应用“莱蒙案”检验法的第一部分，提出了这样的问题：“政府的实际目的是认可还是不赞同宗教。”最高法院以6比3得出结论：制定该项法律的唯一目的是表明“该州认可学校每天开始时的一分钟祈祷活动。”该州列入祈祷替代方案表明，有意“将祈祷说成是最可赞许的。”因此，该州违反了政府必须奉行一项“对宗教完全中立”方针的原则。

最高法院对“贾弗里案”的判决以及各大法官对此判决发表的意见表明，不是纯粹为了教派目的制定的一项宗教上中立的片刻静默法律，很可能是符合宪法的。奥康纳大法官在表示同意时指出，与祈祷的情况不一样，“片刻静默其本身不是宗教性的，不要求信仰不同宗教的人放弃自己的信仰。这样一项法律能够服务于专心致志地从事某些活动的世俗目的——谁也不会从一屋子静默沉思的儿童那里看到对宗教自由的严重威胁。”鲍威尔大法官表示同意时说，“一项只简单地规定片刻静默的法令，其‘效果’不大可能会促进或阻止宗教”，它也不会“促进‘政府过多地卷入’。”

准许公立学校学生不在校上课而去参加宗教教导的豁免时间和进行祈祷是最高法院不断遇到的由不得确立国教条款引起的问题，但同时还有关于其他问题的案件。最高法院利用“莱蒙案”检验法第一部分裁决，禁止教授进化论的州法令违反了宗教自由。见“埃珀森诉阿肯色州案”（1968年）。由于某一理论或知识的某一分支同主要的宗教学说发生矛盾而不将其列入学校课程的做法，是与政府应保持中立的要求相悖的。在“斯通诉格雷厄姆案”（1980年）中，即使由私人出资，张贴十诫仍被判定是为了“纯粹宗教的”目的，因此违反不得确立国教条款，用世俗语言描绘十诫，将它作为我国合法遗产的一部分的努力，没有获得成功。另一方面，最高法院驳回了一所州立大学为了避免引起违反不得确立国教条款的问题不让学生团体利用大学设施“从事宗教礼拜和教学活动”的规定。见“威德玛诉文森特案”（1981年）。一项平等利用的政策才符合促进在公共论坛上自由交流思想的世俗目的。它不会产生促进宗教的基本影响，因为不存在州对宗教信息的象征性认可，而且设施使用权面向所有的团体，世俗的和教派的都在内。实施一项排斥“宗教”团体的政策甚至会引起更大的使教会与州发生牵连的威胁。道德与宗教价值观之间没有绝对的界线，到底什么算是宗教又模棱两可，学校课程中的宗教主题势必仍将是一个不断出现的问题。

能够将“威德玛案”推广到公立中学去吗？国会认为可以，而且制定了1984年《平等使用法》，该法禁止对宗教学生言论的歧视。该法规定，如果

一所公立中学允许“同非课程相关的团体”在校园内集合，就建立了一个“有限的公开论坛”。然后学校就不得拒绝学生宗教团体非授课期间在校园内集合的请求。一所公立中学拒绝一个学生基督教俱乐部这样使用校园的做法，违反《平等使用法》；该法是因为学校承认了其他同非课程有关的团体而促成的。此外，该法允许宗教团体在这种情况下平等使用学校设施的原则不违反不得确立国教条款。见“西部社区学校地方教育委员会诉梅尔根斯案”（1990年）。

在“梅尔根斯案”中，最高法院的多数意见应用了“莱蒙案”检验法。国会制定《平等使用法》的目的是“无可否认地世俗的”，因为它既禁止凭内容对宗教言论的歧视又禁止对政治或哲学言论的歧视。该法对宗教持中立立场；它不构成对宗教的认可。该法不具有促进宗教的基本效果。中学生已较成熟，足以能够理解，不能仅仅因为允许在不歧视的基础上发表言论，就说学校认可这些言论。名目繁多的各种俱乐部确保无官方认可或偏爱存在。学校官员的卷入是最低限度的。学校官员的有限监督作用不构成与宗教的不允许的牵连。总之，比起大学生来，中学生并没有幼稚到使“威德玛案”的戒律不适用的程度。

三 学校之外确立国教问题

虽然教育论坛是教会与州关系之争讼的丰富来源，但不得确立国教条款的规定的影晌面远非至此。当州将“实质性的政府权力”授予宗教机构时，教会与州的过度牵连就存在了。见“拉金诉格伦代尔酒馆案”（1982年）[如果教堂或学校持异议，就不向该教堂或学校500英尺范围内的设施发放出售酒类的执照，此法被裁定不符合宪法]。审理“拉金案”的最高法院强调，该法不能保证以一种宗教上中立的方式得到贯彻，而且通过与宗教机构分享权力，向“宗教提供了一种重大的象征性利益。”另一方面，最高法院驳回了根据不得晚立国教条款提出的质疑，维护了星期日停业法。见“麦高恩诉马里兰州案”（1961年）。根据“麦高恩案”推理，这些法规有一种世俗的目的和效果，为公民提供一个共同的休息日。见“索顿庄园诉考尔多尔案”（1985年）[给予雇员在其选定的安息日不工作的绝对无条件权利的州法，“所产生的基本效果是在违反规定的情况下促进某一特定宗教活动”，从而违反了不得确立国教条款]。“索顿案”中的法律没有免除严守安息日的教徒履行政府规定的义务。相反，“凡当雇员援引这项法令时，雇主及其他人就必须调整他们的事务以服从州的命令。”

不过，当国会在第七条中禁止就业方面的歧视和为宗教提供一项免税待遇时，最高法院裁定这种免税并不违反不得确立国教条款，因为它“只是对宗教的一个通融”。“莱蒙案”分析法允许政府减轻“政府对它们宗教活动的重大干预”。见“后期圣经基督教监督主教公司诉阿莫斯案”（1987年）。

“林奇诉唐纳利案”（1984年）以5比4认可了一个大都市树立一座基督诞生塑像作为每年圣诞节展览的一部分，对以伯格首席大法官为代表的大多数人来说，这种展览起到了庆祝节日和描述节日起源的世俗目的。最高法院在指出政府经常承认宗教节日和事件的同时，强调圣诞节的日益世俗化。此外，比起最高法院认可的许多公共援助计划，这里的宗教效果也没有更多的异乎寻常之处，这位首席大法官归结说，对宗教的任何好处都是“间接的、遥远的和附带的”。由于教会与州之间不存在日常不断的相互作用，使得任何牵连担忧都是 *de minimis*（微不足道的）。单单担心政治分歧

不能用来作为宣布在其他方面可允许的市政行为之理由。

布伦南大法官表示异议，他与多数人一样应用了“莱蒙案”的标准，但却得出了非常不同的结论：“该市的行动应如实加以承认：这是一个也许不大但却是强制的步骤，旨在牺牲少数派的利益确立多数人的教派偏爱，动用了公共设施和资金，以支持该基督诞生塑像所表达的宗教象征意义和神学信息。”州认可这一世俗节日的“明显的宗教内容”起了违反不得确定国教条款的基本宗教效果。

将一座基督诞生塑像放置在阿勒格尼县法院最突出和最美丽的部分——主楼梯间上，违反了确立国教条款。不过，在市县大楼入口处市圣诞树旁边设置一个 18 英尺高的庆祝献殿节的大烛台和一块庆祝自由的招牌不违反不得确立国教条款。见“阿勒格尼县诉美国公民自由协会案”（1989 年）。

布莱克门大法官代表法院解释了“阿勒格尼县案”似乎反常的判决。基督诞生塑像单独摆在那里，旁边没有其他节假日的世俗象征。因此该县“发出了一个明白无误的信息：它支持和提倡基督教对上帝的赞扬。这就是基督诞生塑像的宗教信息。”“林奇案”要表达的信息是，“政府可以某种方式和形式庆祝圣诞节，但不能以认可基督教教义的方式庆祝它。”另一方面，根据不得确立国教条款，放置九扞枝大烛台是许可的，因为它与圣诞树和招牌一起展示只是构成一种认识，即“圣诞节和献殿节都是这同一寒假季节的组成部分。”这一季节在美国社会中已取得了世俗地位。九扞枝大烛台不是一种对宗教的认可，而是一种对“文化多样性”的世俗庆祝。

涉及不得确立国教条款的另一个非学术背景是宗教组织的纳税义务问题。给予免税权违反不得确立国教条款吗？“沃尔兹诉纽约市税务委员会案”（1970 年）裁定，鉴于历史上对免征宗教崇拜场所财产税的接受，这种免税做法不违反不得确立国教条款。但是“《得克萨斯月刊》诉布洛克案”（1989 年）裁定，凡一个州只对宗教期刊免征销售和使用税，这种免税违反不得确立国教条款。这些免税做法构成对宗教信仰的不能允许的认可。对宗教的这种独家补贴既缺乏必要的世俗目的，也缺乏基本的世俗效果。

另一方面，“埃尔南德斯诉国内收入署署长案”（1989 年）裁定，国内收入署拒绝把科学论派教会成员对该教会的捐款认作慈善捐款的做法不违反不得确立国教条款。《国内悦收法典》的慈善捐款条款对宗教组织和非宗教组织未作明确的区分。由于该条款适用于所有宗教实体，不存在不许可的派别优惠问题。

同样，一个州向在该州销售宗教材料的宗教组织征收销售和使用税不违反不得确立国教条款。最高法院使用“莱蒙案”检验法裁定，该税种普遍适用，在宗教信仰问题上是中立和不带歧视的。此外，也不存在过多的政府牵连。由于该州征收销售和使用税时不对宗教组织实行免税，所以不要求该州检查所售材料的宗教内容，而只要问一问出售或使用情况。见“吉米·斯沃加特牧师诉平等化委员会等”（1990 年）。

第二节 信教自由

宗教信仰或行为的强制是根据信教自由条款提起的诉讼的实质内容。“持有宗教信仰和见解的自由是绝对的。”见“布朗费尔德诉布朗案”(1961年)。见“托尔卡索诉沃特金斯案”(1961年)[要求担任公职者公开声明信仰上帝的忠诚誓言被裁定违反信教自由]。见《美国宪法》第六条：禁止将宗教宣誓作为担任联邦职务之条件。当一个个人被要求从事违反他的宗教信仰或见解的行为时，他可以求助于第一条修正案。在“西弗吉尼亚州地方教育委员会诉巴尼特案”(1943年)中，一名那和华见证人教徒对一项要求他向国旗致敬的法律提出质疑——他认为这种做法违反基督教《圣经》。最高法院撤消了这项法律，并宣称，政府不可规定在政治、民族主义、宗教或其他舆论事项上何为正统。

虽然最高法院起初表示政府可以不受信教自由条款的限制对宗教行为作出规定[“雷诺兹诉合众国案”(1978年)，视重婚为犯罪的联邦法律被裁定符合宪法]，但很快就摒弃了这一观点。如果没有按照信仰行事的自由，信仰自由就将是一种虚假的权利。凡严重干扰宗教惯例的法律，即使在宗教上是中立的，也必须满足信教自由条款的要求。见“坎特韦尔诉康涅狄格州案”(1940年)[因没有得到当局批准而进行宗教募捐活动所定罪被撤销]。另一方面，凡一项法律的遵守限制宗教实践时，第一条修正案要求政府免除该教会遵守这种宗教上中立的法律吗？“坎特韦尔案”指出，信仰的自由是绝对的，但按照一个人所信仰的宗教行事的自由不能是绝对的。“为了保护社会，行为仍然要受到约束。”而且，给予宗教豁免权引起不得确立国教条款问题——给予这种豁免是为了援助一种特定宗教的目的。

最高法院试图规定一种标准，确定信教自由条款要求对宗教作出何种通融，在此过程中，最高法院有时候把对宗教的限制分为直接限制和间接限制。直接限制——例如规定一种宗教惯例为非法——给宗教自由造成特别严重的限制。在“布朗费尔德诉布朗案”(1961年)中，最高法院在驳回根据信教自由条款提出的质疑维护禁止星期日营业的法规时，对造成直接限制的法律和只是间接干扰宗教实践的法律作了区分。由于禁止星期日停业法给因宗教原因在星期六停业的东正教犹太商人只造成经济限制，这种限制是间接的。这样一种限制是符合宪法的，“除非该州可以用不造成这种限制的方法达到它的[世俗]目的。”最高法院的结论是，给予严守安息日的教徒以豁免权，可能会破坏该州在宗教上中立的提倡一个统一休息日的目的。

在“布朗费尔德案”中，对只给宗教惯例施加间接限制的法律表现出了司法尊重。但在“舍伯特诉弗纳案”(1963年)中，这种尊重却不见了。布伦南大法官曾在“布朗费尔德案”中持不同意见，在“舍伯特案”中，最高法院通过了废除不给一名基督复临安息日会教友发放州失业救济的规定。她因拒绝在她信仰的安息日——星期六上班而失业，虽然对她宗教的限制显然是间接的，但该法律的强制性效果则对她的信教自由施加一种严重限制，即一种惩罚：“这一规定迫使她作出抉择：要么遵守宗教戒律而放弃福利，要么为了工作而抛弃她的宗教戒律。”只有通过说明为“迫切的州利益”所需要和“没有任何替代的管理手段”可达到这种目的，才可以证明政府强加这样一种选择是正当的。该州未能满足这一举证要求。对布伦南大法官来说，这种通融不违反不得确立国教原则，而只是设法在严守星期天安息日和星朗

六安息日教徒之间保持中立。

哈伦大法官表示不同意，他论证说，尽管布伦南大法官在“布朗费尔德案”，中吏用压倒一切的州利益来区分该案，“舍伯特案”“必定否决了“布朗费尔德案”。州在“宪法上被迫”为它的关于享受补助之资格的通则制定一项例外规定，即使对宗教的负担只是间接和遥远的也罢。

“舍伯特案”被认为在“托马斯诉印第安纳州就业安全处审查委员会案”（1981年）中起着指导作用。最高法院经由伯格大法官推翻了印第安纳州对一名耶和华见证人教徒拒发失业救济的规定。此人因为虔诚相信生产军备的工作违反了他的宗教而辞去了此项工作。其他耶和华见证人教徒继续工作的事实未击败他信教自由的诉讼：“信教自由的保障不限于一个教派全体成员共同持有的信仰。”托马斯的宗教信仰受到了强制，这在他自由信奉他的宗教方面构成了一个实质性的限制，尽管是间接的。“凡州政府将一项重要福利的接受以宗教信仰禁止的行为为条件，或因一种宗教信仰所要求的行为而拒发这种福利，从而给一名信徒造成巨大的压力，迫使他修正自己的行为 and 违背自己的信仰，就存在对宗教的限制。”该州未能证明它使用了“限制性最小的手段来实现州的某些切身利益。”

一名基督复临安息日会教友因拒绝于星期五晚上和星期六工作而被她的私人雇主解雇后，州拒绝发给她失业补助，这种做法违反了信教自由条款。对原告施加改变她的行为和违背她的宗教信仰的压力无助于州的切身利益。原告在开始就业后皈依基督复活安息日会信仰一事无关紧要。见“霍比诉佛罗里达州失业上诉补偿委员会案”（1987年）。不过，如政府决意使用登记号码实施它的社会保险制度，建立在以宗教信仰反对使用社会保险登记号码基础上的信教自由质疑未能表明政府的规定对信教自由构成一个严重限制。宗教信仰并不使原告有权支配政府的内部过程。见“鲍恩诉罗伊”案（1986年）。但是，凡一名不属于任何特定基督教派的基督教徒因拒绝接受需要星期上班的工作而得不到失业补助时，不能以要求他违背他的信仰作为享受这些补助的条件。如无迫切的州利益存在，在这种情况下不能迫使一个人在他的信仰和州失业补助之间作出选择。见“弗拉齐诉伊利诺斯州就业安全局案”（1989年）。

不过，如果不发补贴是一项普遍适用和在另外情况下有效的刑法的附带效果，那末可以拒发补贴。在这种情况下将不使用严格审查。凡是一般刑法具有禁止宗教活动之后果，对违反刑法的个人施加不发失业补助的较轻限制是符合宪法的。见“就业处诉史密斯案”（1988年）（“史密斯案之一”）。

对宗教的间接限制就足以援引严格审查法，而迫使一个个人“采取与其宗教信仰基本原则无可否认地相悖的行为”的法律（即直接限制），对信教自由具有特别压制的影响。见“威斯康星州诉约德案”（1972年）。在“约德案”中，最高法院废止了威斯康星州要求16岁以前接受义务教育的法律适用于门诺派中严紧派教徒子女的规定。门诺派中严紧派教徒以他们对生活方式的“深刻宗教信念”为依据，拒绝在其子女上完八年级后再将他们送往公立学校。“唯有最高的利益和用其他方法不能实现的利益才能压倒自由信教的正当要求。”“布朗费尔德案”提出结论认为，规定例外将损害该州在统一休息日方面的利益。但就“约德案”中门诺派中严紧派教徒的情况而言，给他们以例外待遇并不损害该州在培养自力更生和自给自足社会参与者方面的利益。大多数门诺派中严紧派教徒的子女留在社区中，很适应其社会中的

生活。该州把这一教派包括在该法律之下的利益，不足以充分地证明对宗教自由施加严重限制是正当的。

判定对宗教自由造成严重的限制并不一定导致法律被宣布无效。“合众国诉李案”（1982年）确认了联邦政府拒绝让一名门诺派中严谨派雇员免于参加社会保险制度的做法。政府虽然承认该法律严重干扰一种虔诚地持有的宗教信仰，但它履行了自己的举证责任，拒绝豁免“对于实现一种压倒一切的政府利益是至为必要的”。强制和连续参加社会保险制度对于该制度的健全性至为必要，而且“难以使全面的社会保险制度迁就许多种宗教信仰产生的无数例外”。此外，也将很难使这种例外仅限于社会保险：“如果出为税收开支违背宗教信仰而允许各教派对税收制度提出质疑，该制度就不可能实行了。”见“托尼和苏珊·阿拉莫基金会诉劳工部长案”（1985年）（《正当劳工标准法》应用于非赢利宗教组织的商业活动和无现金薪资收入的雇员的规定，被裁定不给信教自由造成沉重的负担或违反不得确立国教条款）。言教自由条款规定，唯有在一项政府计划的要求实际干扰原告的信教自由权利时，才可免于执行这项计划。在“阿拉莫案”中，《正当劳工标准法》不要求工人接受工资，也不阻止他们将这些工资退还他们的宗教组织。同样，一项州对宗教物资征收的销售和使用税也不违反信教自由条款。有关个人的宗教信仰不禁止他们纳税。当一个州未对信教自由权利施加沉重的负担时，不必同意一个宗教组织免纳一项普遍适用的税收。见“吉米·斯沃加特牧师诉加利福尼亚州平等化委员会案”（1990年）。

上述案件使用了一种两步法，该法可追溯到本世纪60年代像“舍伯特诉弗纳案”这样的严守安息日的案件。这一方法进行两方面的调查。首先，它估量该法对个人信教自由施加的限制有多严重。如果限制很严重，那末政府必须证明该法严格限于实现州的一种切身利益。将进行限制较少的替代方法检验，这种检验常常用于言论自由的情况下。而后提出的问题是，限制较少的手段能够实现州利益吗？实际上，这种检验法的使用有时候意味着，严格审查标准使提出信教自由诉讼的个人甚至免于遵守宗教上中立的法律。之所以产生这种结果是因为，一旦应用这种两步检验法，有争议法律的影响已被认为严重干扰一个人的信教自由。

不过，在这一领域内采取的理论论证方法可能正在发生重大变化。在“林诉西北印第安墓地保护协会案”（1988年）和“就业处诉史密斯案”（1990年）（史密斯案之二）中，最高法院裁定刚才描述的严格审查法不适用于一项普遍适用和其他情况下有效的法律。尽管两案中有关法律的适用附带地给信教自由施加了实质性限制，最高法院仍作出了这种判决。现在还不清楚这些案件是否是一项激进的理论变化的预兆，这种变化将不再使用严格审查标准来审查对信教自由只产生附带限制性影响的宗教上中立的法律。

当联邦政府容许在本来由印第安人部落用于宗教目的的一个国家公园中伐木和筑路时，根据信教自由条款对政府行动提出了质疑，但质疑被驳回。政府行动的影响是附带性的。即使行动的后果可能是宗教活动无法进行，但这种对宗教自由的“间接强制或惩罚”并不要求使用一种严格审查标准。政府毕竟拥有这片土地而且未直接禁止任何具体的印第安人宗教活动。见“林诉西北印第安墓地保护协会案”（1988年）。

有些印第安工人在参加印第安教会仪式时服用麻醉剂佩奥特碱，造成工作差错而被解雇。州可以合法地对这类工人拒发失业补助。这种拒发并不侵

犯信教自由。根据俄勒冈州法律规定，使用麻醉剂佩奥特碱是一种刑事犯罪行为，而且该州的失业补助法禁止因同工作有关的失误行为支付补助金。这些法律在宗教上层中立的，因此可以推定是有效的。信教自由诉讼并不能使一个个人可以不遵守一项普遍适用、宗教上中立和在别的情况下有效的刑法。当信教自由质疑针对一项普遍适用的刑事禁令时，不会引起严格审查法的使用。即使这项诉讼旨在保护的宗教活动对原告作为其一个成员的宗教信仰很重要，这种结果也不改变。由法院调查一项特定的宗教活动是不是一种宗教信仰的重要组成部分是不适当的。此外，在这种情况下使用严格审查将促使人们请求“为几乎每一项可以设想的公民义务确立根据宪法而规定的宗教豁免”。而且，建立在通融宗教愿望基础上的立法豁免，由立法机构来实施比由司法机关来实施更合适。见“就业处诉史密斯案”（1990年）（“史密斯案之二”）。

当然，如果最高法院明确采纳“林案”和“史密斯案之二”的理论论证方法，而排除两步法，一个决定性的问题将是，信教自由案件中有争议的政府行动对信教自由的限制是一种附带的结果还是直接的结果。附属于这样一项调查的问题使人联想起久已弃之不用州际贸易领域的直接和间接调查。在那种情况下，这种分析证明在原则上是行不通的，而是基本上依据事实作结论。同样，在这一领域，预计也会产生令人不满意的结果。对信教自由的附带限制将不足以引发使用严格审查标准。这样，限制是附带性的这一结论将对信教自由诉讼起决定性的作用。

宗教自由领域始终贯穿着一个基本问题：什么是宗教？最高法院没有直接回答这个问题。不过它已表示，无神论的信仰可得到宪法的保护。见“托尔卡索案”；“合众国诉西格案”（1965年）〔如果一个人持有一种真诚而有意义的信仰，这种信仰“在这个人的生命中占有的位置类似于对上帝的正统信仰所占有的那种位置，则这个人能得到出于良心而拒绝服兵役者的地位”〕。另见“韦尔什诉合众国案”（1970年）〔最高法院多数意见将出于良心拒服兵役者的地位扩大到那些出于道德原因，甚至出于公共政策原因而坚决反对服兵役的人〕。另一方面，最高法院拒绝将出于良心拒服兵役者的地位给予那些反对一场特定战争的人。见“吉勒特诉合众国案”（1971年）。 “威斯康星州诉约德案”强调，不准一个人将他自己在行为问题上的个人标准改为一种要求宪法保护的宗教信仰。相比之下，门诺派中严紧派的诉讼被说成是反映了“一个有组织的群体所共有的深刻宗教信念，而且同日常生活密切相关。”然而，即使原告不是有组织的宗教或任何特定教派的一个成员，信教自由的诉讼也将得到确认，所要求的只是一种真诚持有的“宗教信仰”。见“弗拉齐诉伊利诺斯州就业安全局案”（1989年）。虽然评论家们经常提出应在信教自由案件中给予宗教以更广泛的定义，但什么构成宗教的问题仍无定论。

以往，两步法是这样运作的。第一步，必须断定法律是否严重干扰了宗教信仰自由。然后最高法院得考虑信仰真诚持有的程度〔见“托马斯案”〕和宗教惯例或信仰在宗教中的重要性（即中心地位）〔见“约德案”〕。但是它不愿考虑信仰或主义的真伪性〔见“合众国诉巴拉德案”（1944年）〕或对一些宗教内的各种教义观点作出选择〔见“托马斯案”〕。见“琼斯诉沃尔大案”（1979年）〔州法院可以裁决相争执的教会集团之间的财产争议，如果它不要求调查宗教教义的活〕。不过，在“就业处诉史密斯案”（1990

年)中,最高法院说,“法官不宜在言论自由领域中进行‘迫切利益,检验前就断定一种观点的‘重要性’,他们也同样不宜在信教自由领域中进行‘迫切利益’检验前就断定宗教信仰的‘中心地位,。”这些观点提出了这样一个问题:在信教自由领域是否将很快完全取消对“中心地位”的调查。

第二步,在过去,如果宗教自由受到严重限制,那末政府只有在表明毫无例外地执行法规是实现首要的或迫切的政府利益所必需的情况下,才能证明它拒不给予豁免权的做法是正当的。但是见“哥德曼诉温伯格案”(1986年)[空军礼服规范“合理和公正化”禁止正统的犹太人戴他的宗教所要求的亚莫克便帽,通过援引军事案件中“持极为尊重态度的”审查标准,此规定被裁定符合宪法]。显然,当信教自由条款确实要求实行宗教通融时,不违反不得确立国教条款和关于政府保持中立的要求。然而,在对一项只附带地限制信教自由的有效的、普遍适用的,宗教上中立的法律提出信教自由质疑时,“林案”和“史密斯案之二”不要求州满足符合州迫切利益之检验标准。“林案”和“史密斯案之二”中采用的方法是否将扩大到整个信教自由领域,还有待观察。

第九章 州政府行为

第一节 概论

除第十三条修正案外，宪法的各种保证都是针对联邦政府和州政府的。在没有国会立法把这些宪法保证权利扩展到私人行为的情况下，就需要把它们与“州政府行为”联系起来。从一定程度上说，这种要求把政府牵扯进去从而使宪法保护发生效力的做法是一个宪法语言问题，例如宪法第一条和第十四条修正案具体提到了政府的错误行为。但是州政府行为学说反映了宪法是一种基本法。它规定了个人和公民与政府之间的关系，而不是个人和公民相互之间的关系。此外，州政府行为规定被许多人看成是对个人自由的重要保护，它限制了政府对行动和结社自由的干涉，包括对自由使用个人财产能力的干涉。最后，一些人主张用州政府行为理论，通过强行诉诸州法而不是联邦法来推进联邦制的价值观。

然而，当确定表面上看上去属于私人性质的行为在什么情况下确实为私人行为时，问题就出现了。当今私人拥有的公司对个人行使的权力常常可以与政府的权力相提并论，而这种私人权力大部分源于政府提供的利益。政府可能与名义上是私人的个人和名义上属于民间的团体、俱乐部及协会有着“盘根错节的关系”；他们的行为可能是官方授权的，或在很大程度上受官方行为的鼓励，以至“私人行为”的标签对他们不大适宜。这些集团履行的某些职能有很强的公共性，即使这种活动为私人所为，但基本上仍是属于政府性的。在这样的情况下，就出现了这样一个问题：这种私人行为是否应看成是“州政府行为”。

第二节州政府行为理论的形成

在“民权诸案”（1883年）中，最高法院通过布拉德利大法官裁定，禁止在为公众提供膳宿的处所实行种族歧视的1875年《民权法》违宪。由于这一案件的判决远在贸易管理权扩展至今日之广大范围之前，同时由于该项法律不只限于州际贸易，最高法院审议了第十三条和第十四条修正案的实施条款是否给予国会制定该项法律的权力。

布拉德利大法官从第十四条修正案第一款只禁止州政府行为这一前提谈起：“个人侵犯个人权利不是该条修正案的标的物。”那么，根据该修正案第五款，国会权力的范围是什么呢？简单地说，就是实施对州政府行为的有限禁止措施：“制定适当的法律，纠正这些被禁止的州法律和法令的影响，从而使之无效和无害。”这种权力全然是纠正性和补救性的，即为法院确定为属于实质性权利之行为提供补救，但并不界定实质性权利本身。国会权力限于纠正政府的不当行为。

最高法院这样做的动机是对个人自由和联邦制的关注。把该修正案中规定的保证作进一步扩展将等于允许国会“建立一部管理社会上人与人之间各种私人权利的国内法典。这等于使国会取代州立法机关”。“不是由州政府以某种形式赞许或在州政府授权下出现的”私人错误应由州法处理。由于1875年的法律是直接针对私人行为的，该项法律本身又界定什么是实质性的错误行为，因而它超越了国会的立法权。

哈伦大法官不同意这种看法，他说，这部1875年的法律是第十四条修正案第一句中公民条款的有效实施，该条款具有“明显的肯定性”。他说，由这一肯定授权授予黑人的公民资格可以由具有“基本而直接性质”的国会立法提供保护。第十四条修正案第五款授权国会既实施该修正案的禁止性规定，又实施肯定性规定。公民资格的授予包括哪些内容呢？它至少包括“在属于同州白人公民的一切公民权利方面，黑人应不受种族歧视。”该修正案旨在保护这些特权和豁免权，使之不仅免受不友好的州法律的侵犯，而且免受公司和个人敌对行为的侵犯。从另一种角度看，哈伦大法官说，为公众提供膳宿处所有的人是“州政府的代理人，因为在公共职责和功能方面，这些处所是受制于政府规章的。”由于1875年《民权法》中承认的权利是法定权利，不是社会权利，所以该民权法是国会有效行使第十四条修正案权力的结果。

在“民权诸案”中，最高法院还驳斥了根据第十三条修正案该法律合宪的说法。布拉德利大法官确实同意，该修正案的第一款废除了奴隶制，“建立了普遍自由”，是自行生效的反对个人不端行为的条款。国会可以根据该修正案第二款制定“基本和直接”法律，“废除合众国内形形色色的奴隶制表现”。但是他最后的结论却推翻了这些广义的前提，他的结论是：在为公众提供膳宿的处所中的种族歧视行为“与奴隶制或强迫劳役没有任何关系；如果当事人的任何权利受到侵犯，他应根据所在州的法律寻求补救”。最高法院驳斥了这种第十三条修正案第一款被违反的前提。

哈伦大法官再次针锋相对地反对最高法院多数大法官的意见。他斩钉截铁地说，第十三条修正案旨在保护前奴隶“免于因种族原因而被剥夺同州其他自由人所享有的公民权。”国会确定公司和个人在行使其公共或准公共职能中所实行的种族歧视构成了“奴役象征”，这是完全正确的——1875年《民

权法》是国会根据第十三条修正案第二款对宪法权利的行使，是为了实施第十三条 修正案的保证。

如果哈伦大法官对南北战争修正案含义的解释被接受，州政府行为理论的混乱历史或许大部分可以避免。同样地，如果最高法院愿意接受这种论点：州政府没有保证第十三条和第十四条修正案的实施，其本身就是一种错误行为的（即这两条修正案为各州施加了积极义务），这种错误行为的可由国会立法纠正，那么，早就有可能对更广范围内的行为提供了宪法保护。但是最高法院在“民权诸案”中，在实现宪法保证方面提出了一种远为狭义的理论。虽然在此案中形成的寻求联邦保护的障碍（特别是与国会强制执行有关的障碍）已经消失，但是它的基本原则——除第十三修正案外，必须是政府行为侵犯了宪法权利——依然是寻求宪法保护以免遭受私人名义行为之侵犯的一方遇到的重大障碍。

第三节寻找州政府行为

在“民权诸案”中形成的州政府行为理论经久不衰，结果产生了旨在避免其责难的大量的引起混乱的争讼。显然，联邦或州官员的行为构成了“政府行为”，即使他们的行为违犯了法律。此外，这一术语包括政府各分支机构及部门的行为。或者，如果政府官员参与一个企业的管理或经营，则政府对该企业的活动负有责任。但是州政府在一般案件中受到的牵扯，通常远没有像在这些官方行为不端案件中那样直接，那样清楚。

什么情况下可把私人行为看成是州政府行为呢？这是州政府行为案件中的关键问题。在沃伦法院年代里，最高法院似乎动辄在私人名义的行为中寻找州政府行为，评论家们开始议论州政府行为理论的衰落。当时，这一理论似乎被融合到权利是否遭到侵犯这一问题之中，而不是作为一个入门问题：是否涉及了宪法权利。但是随着伯格出任最高法院首席大法官，州政府行为理论又得以恢复，而且势头很猛。一般说来，今日的州政府行为案件围绕着三个问题：一、活动是否属于“政府职能”；二、政府是否卷入私人活动很深，以致政府应对私人行为负责；三、是否可以说政府曾批准或授权（或可能极力鼓励）某项受质疑的行为，从而应对该行为负责。

一政府职能

最高法院从来没有接受这种论点：第十四条修正案为各州规定了采取积极行动的责任，所以政府没有使用自己的管理权力保护宪法规定的权利就构成了州政府行为。然而，最高法院接受了这一主张：一种职能可能政府性很强，州或许无法推诿对这种职能之履行应负的责任——如果州在有责任阻止错误行为时未采取行动，那么这种不采取行动就变成了一种州政府行为。

当私人政党进行选举活动（如初选）时，根据第十四条和第十五条修正案该团体的活动构成了州政府行为。见“史密斯诉奥尔赖特案”（1944年）；“特里诉亚当斯案”（1953年）〔以种族歧视方式进行的初选〕。政党活动是否总是构成州政府行为迄今尚无定论，但看来不会如此。当私有财产具有自治市的基本特点（如公司城镇）时，州政府行为就呈现出来了。见“马什诉亚拉巴马州案”（1946年）〔利用关于非法侵入的法律阻止宗教文件的散发〕。虽然看来对有关购物中心案件的处理也可能适用这，一“政府职能”原则〔“食品雇主统一联合会第509地方分会诉洛根谷购物中心公司案”（1968年），与购物中心处的活动相关的罢工纠察宣传活动受宪法保护〕，后来的案件先是限制〔“劳埃德有限公司诉坦纳案”（1972年），散发与购物中心活动无关的传单被裁定为不受宪法保护〕，后来又批驳了这种观点：私有购物中心“在职能上相当于自治市”。见“赫金斯诉全国劳工关系局案”（1976年）〔“洛根谷案”的判决被推翻；根据言论是否与购物中心活动有关进行区分是一种不能容许的以言论内容为基础的歧视〕。总之，只有当私有财产“在职能上相当于”自治市时，才有州政府行为。

政府职能分析方法的困难不仅表现在购物中心案件中，而且表现在“埃文斯诉牛顿案”（1966年）中。“埃文斯案”裁定，在由私人托管人管理的公园内实行种族歧视违犯第十四条修正案。道格拉斯大法官代表最高法院称这一案件需要把“个人选择自己的伙伴”和“决定自己私生活的权利”与宪法禁止“州提倡的种族不平等”的规定协调一致。最高法院认定政府负有责任。虽然道格拉斯大法官本来可以把最高法院的判决完全建立在这种结论

上：市政府“参与了公园的管理或控制”，即公园属公共管理性质，但他还采用了政府职能分析方法。他说：“即使是由这类私人公园提供的服务，仍然具有市政性质。”道格拉斯大法官把公园提供的服务与消防和公安部门提供的服务相提并论，最后的结论是“该公园从最根本上说是市政性质的”。

哈伦大法官持反对意见，他说，最高法院的政府职能理论是“一种时髦的口号，既牵强附会，又含糊不清。”采用类比推理，最高法院的分析方法可以扩展到教育、孤儿院、图书馆、垃圾收集、侦探社和大量的其他平行活动。哈伦对联邦主义的价值观表示关注，最后表示，这一含糊的理论“将留下后患，把宪法明智地留给各州决定的大量事务都转交给联邦处理”。

最高法院继续接受关于州政府行为的政府职能理论，但它的理论范围受到了严格的限制。目前，政府职能理论只限于“传统上完全留给各州的”那些职能。最高法院应用这一限制性标准，拒绝在私人所有的公益设施的运转中寻找州政府行为。见“杰克逊诉大都市爱迪生公司案”（1971年）〔州无义务提供公用服务；提供公用服务“传统上不是州的专有特权”〕。鉴于债务人可利用各种补救手段，州根据货栈主的留置权批准出售库存物资作为一种解决分歧的手段没有构成州的专有特权之委托问题。见“弗拉格兄弟公司诉布鲁克斯案”（1978年）。一所专收适应不良的中学生的私立学校决定解雇一名教师，该教师就此决定的合宪性提出质疑。在这起诉讼中，开办这一私立学校不属于州政府行为。适应不良者之教育不是州政府的专属领域。见“伦德尔—贝克诉科恩案”（1982年）。州政府对私人疗养院中关于病人转院或出院的决定不负责任。即使根据本州法律州政府有义务提供保健支持（实际上它没有这种法律义务），“也不能据此得出结论说，私人疗养院日常管理中作出的决定属于传统上专门由州政府为了公众和代表公众作出的那一类决定。”见“布鲁姆诉亚列茨基案”（1982年）。

二深深卷入/共同参与

寻找州政府行为的另一种方法是根据政府与私人名义的行为者之间关系的性质。在“伯顿诉威尔明顿停车场管理处案”（1961年）中，以沃伦为首席大法官的最高法院需要回答的问题是：私人在属于市政府的停车场内租了房屋，开了一个饭馆，根据宪法市政府是否应对该饭馆的种族歧视行为负责？克拉克大法官代表最高法院对这一问题作了肯定的答复。他谈到了饭馆建筑属公共所有，通过市政府承担的义务对饭馆营业的资助，用公共资金对饭馆维修；他还谈到饭馆的营业对双方“互惠互利”——这一点后来成为极其重要的问题。公众国有有停车的地方可能惠顾饭馆，他们也可能为了在这个饭馆内用餐而把车停在这个停车场内：“州政府与〔饭馆〕互相依赖，且程度很深，必须被看成是受质疑行为的共同参与者。”州与饭馆之间接触之总和提供了找到州政府行为之基础：“把所有这些活动，停车场管理处的义务和责任以及给双方带来的好处加在一起，就可以看出州政府参与和卷入第十四条修正案所谴责的歧视行为之程度。”

虽然“伯顿案”顶示着对州政府行为理论将采取广义解释，但以后的案件并未使这一预想成为现实。最高法院没有把州政府与私人行为者的联系全部加在一起，而是倾向于逐一分析各次接触。此外，最高法院要求州必须是受质疑行为的合伙人或联合投资者。最后，最高法院日益把重点放在州政府与受质疑的具体行为之关系上（即州政府与受质疑的行为之间需要存在着“联系”）。

州政府为私人行为者颁发许可证并进行全面管理，这一事实不足以构成找到州政府行为之依据。见“友爱互助会第107分会诉欧维斯案”（1972年）〔私人俱乐部服务方面的种族歧视被裁定为不涉及在“伯顿案”中找到的“共生关系”〕。政府的财政支持对一个私营实体的存在至关重要这一事实并不使州政府对该实体的行为负责。因此，在“布卢姆诉亚列茨基案”（1982年）中，最高法院说：“在证明州政府应对一个实体在经营过程中作出的决定负责之问题上，州政府执行的计划造成对该实体的活动给予大量资助之事实，并不比对这一实体进行管理之事实更有说服力。”在“布卢姆案”中，最高法院裁定，州对一家私人疗养院的管理费用给予补贴并为其90%的住院人员提供治疗费用，这并不使州政府对该疗养院作出的病人转院或出院的决定负责。在“伦德尔—贝克诉科恩案”（1982年）中，一所为适应不良的学生开办的私立中学的管理费用90%由政府提供，这一事实并不使州政府对学校解雇教师的决定负责。然而请记住，在更早的涉及州对实行种族隔离的私立学校给予援助的案件中，最高法院根据州政府责任之较低起始点，作出了一些判决。见“诺伍德诉哈里森案”（1973年）〔州对实行种族隔离的学校提供购买课本的财政支持构成了州政府行为〕；“吉尔摩诉蒙哥马利市案”（1974年）〔根据禁止种族隔离的命令，允许娱乐设施以由实行种族隔离的学校使用——哪怕只是暂时使用——的城市被裁定违犯平等保护条款〕。这些判决可能反映了最高法院对种族歧视的较严厉的态度，或者仅仅是一种更早的对州政府行为范围所持的宽松态度的产物。

三鼓励、授权和批准

当州政府对被质疑行为“实施了强制权”，或者“公开或暗中提供了作非常重要的鼓励以至这一行为在法律上必须被视为州的选择”时，州政府也应应对这种私人行为负责。见“布卢姆诉亚列茨基案”（1982年）。在这里宪法法研究者又应注意在伯格任最高法院首席大法官期间州政府行为规定的严格化。“鼓励”私人行为之理论逐渐让位于这样一种要求：被质疑的具体决定或行为是州“下达命令”的结果。

最高法院对“谢利诉克雷默案”（1948年）的判决使一些评论家联想到，州采取任何强制执行私人种族歧视的措施都将构成州政府行为。“谢利案”涉及这样一个问题：州法院实施体现种族歧视的限制性契约条款是否构成了州政府行为。文森首席大法官代表最高法院裁定，虽然私方的限制性契约条款本身不违犯第十四条修正案，但法院实施该协议确实违犯宪法。不过需要切切注意，在“谢利案”中州法院行为的效果是强迫愿意出售的白人对愿意购买的黑人实行种族歧视。因此，州政府在充分利用政府的强制权力，根据种族或肤色，剥夺〔黑人买主〕享有房屋财产权，这些房屋是〔黑人买主〕愿意购买同时又有经济能力购买，〔白人出售者〕又愿意出售的。通过援引其普通法政策协助订约人阻止房屋的出售，州政府使用了它的强制权来推行种族歧视。

因此，当政府强迫不情愿的当事人实行种族歧视时，就存在着州政府行为。另一方面，州以一种不强迫或不强制个人实行种族歧视的方式不偏不倚地实施自己的法律则不构成州政府行为。实施某些法律可能帮助寻求实行种族歧视的人，如果仅仅是如此而没有其他情况，也不大可能构成州政府行为。因此，在“埃文斯诉阿布尼案”（1970年）中，州政府应用信托法，在遗赠条件（即这块土地辟作“只供白人入内”的公园）无法履行时，把遗赠上地

重新划归它原来所属的地产，这种做法被裁定为不属于违宪的州政府行为。

但是当政府积极地“百般鼓励”私人种族歧视时，最高法院就找到了所需要的州政府行为，至少在过去是如此。在 60 年代的静坐示威案件中，市政府官员鼓动私人饭馆所有人拒绝让黑人就餐的行动使州政府应对种族歧视负责。见“隆巴德诉路易斯安那州案”（1963 年）。“赖特曼诉马尔基案”（1967 年）是以“鼓励理论”确定州政府行为的顶点，在此案中，最高法院以 5 比 4 票裁定，禁止干涉个人在出售或出租住房方面实行种族歧视之权利的《加利福尼亚州宪法》公民投票修正案，即第十四项提案，构成了州政府行为。

在“赖特曼案”中持异议者认为，第十四项提案只是申明了在私人歧视问题上官方的中立态度；这项法律“实际上只是宽容放任，从字面来看是无害的”。怀特大法官代表最高法院批驳了这种观点。最高法院尊重加利福尼亚州最高法院的裁决：第十四项提案的“目的和效果”是推翻该州的公平住房法律，赞许私人种族歧视——它将“积极鼓励私人种族歧视并使州政府深深卷入这种歧视”。这绝不是州的中立政策，也不只是废除现行的公平住房法律或仅仅是州未阻止私人种族歧视。第十四项提案的效果是在该州的基本法中体现一种建立在种族基础上的“歧视权利”。私人的种族歧视现在可以不受官方的任何检查或干涉。私人种族歧视被赋予宪法地位。

“赖特曼案”中的持异议者警告说，最高法院正在依赖“鼓励”之理论制定一种站不住脚的和不当的标准。不论这种说法是否有理，“鼓励”之论点在以后的案件中实际上就没有使用过。虽然口头上仍说用“积极鼓励”作为寻找州政府行为的依据，但最高法院日益要求要拿出对受质疑的私人行为“授权和批准”的证据。

然而，到本世纪 70 年代初，作为沃伦法院时代案件（如“赖特曼案”）特征的对州政府行为概念之宽松解释显然接近尾声。70 年代初的一系列案件清楚地表明，想要通过州政府行为之司法扩展干预私人行为，比过去要困难得多。这一方法源于以伯格为最高法院首席大法官时期，现在到了以伦奎斯特为最高法院首席大法官年代又重新呈上升趋势。它要求政府卷入私人行为的程度要非常高方可得出存在着州政府行为之结论。现在要求诉讼当事人证明，有争议的私人行为和政府之间存在着密切的关系。从州政府行为之角度看，私人行为领域现在大大扩展了。

例如，在“杰克逊诉大都市爱迪生公司案”（1974 年）中，最高法院审议了一项根据有关诉讼程序正当手续对一家私有公益事业公司因未付款而中止服务提出的质疑。虽然州政府曾审查过该公益事业公司为受质疑的中止服务作出规定的公司收费表，最高法院仍未能从中找出州政府行为。州政府“没有采取措施推翻这种做法”，但也“没有通过发布这样做的命令对这种做法施加影响”。州容忍一种做法并不意味着对它认可。在“弗拉格兄弟公司诉布鲁克斯案”（1978 年）中，最高法院裁定，州政府对货栈主未通知债务人或听取他的意见而把货物售出“仅仅是默认”或“无动于衷”，这并不足以构成州政府行为。即使州的《统一商法典》有允许这种售出的具体法律规定，但该州“只是宣布在什么情况下州法院不干涉私人销售”。在“伦德尔—贝克诉科恩案”（1982 年）中，最高法院没有发现任何证据说明受到质疑的私立学校解雇其雇员的行动是州政府有关规定强制或影响的结果。在“布卢姆诉业列茨基案”（1982 年）中，没有足够的证据说明，“一个具体案件中〔使私人疗养院住院者〕出院或转院的决定乃是州有关规定强制命令的结果。”

虽然州有许多详细具体的规定，包括根据该疗养院的决定调整州的财政补贴，但这并不“构成对那种决定的批准或强制执行”。

在上面各个案件中，都没有足够的证据表明政府卷入了受质疑的行为，也就是说，州政府没有认可。然而，如果剥夺一项联邦权利是由州创设的某项权利或特权引起的，而且被指责剥夺他人权利的一方可以公平地被说成是州政府行为者，则能够找到州政府行为。至少在“卢加尔诉埃德蒙森石油公司案”（1982年）中最高法院是以5比4票这样裁决的。根据州法，埃德蒙森石油公司单方面地获得了扣押债务人卢加尔部分财产的权利，扣押的依据未经审讯的判决。扣押令由法院一名书记员发出，由县治安官执行。最高法院裁定，构成州政府行为的两个条件都具备了。卢加尔称，规定预想判决扣押之“行为规则”的法令剥夺了他的正当程序权利。州官员与私人一方“共同参与”产生了第二种因素，即州行为者的卷入。持异议的大法官认为，这一官方行为只是中性的州行为，因为仅仅引用州的法律并不使州政府成为犯法行为的合伙人。

“卢加尔案”似乎是现代州政府行为理论所形成的宪法诉讼巨大壁垒上的一道狭窄的裂缝。州对受质疑的具体私人行为所负的责任已成为受人瞩目的焦点。寻找州政府责任的事实依据越来越有限。

甚至政府行为和私人一方之间存在着密切的工作关系，有时经过仔细分析也会被裁定不足以证明存在着所需要的联合行为。全国大学生体育协会威胁内华达—拉斯韦加斯州立大学说，如果它不给篮球教练杰里·塔卡尼安纪律处分，就对它进行制裁。最高法院裁定，全国大学生体育协会的行动不构成州政府行为。见“全国大学生体育协会诉塔卡尼安案”（1988年）。

“塔卡尼安案”是上面提到的“伯顿诉威尔明顿停车场管理处案”的“镜像”。“伯顿案”涉及州政府鼓励私人行为，而“塔卡尼安案”涉及私人鼓励州政府行为。两者有很大的不同。全国大学生体育协会不是作为该州立大学的代理人行事，而是根据它对其他成员所负的执行规章之义务采取了行动。内华达—拉斯韦加斯大学是在没有被强迫的情况下留在全国大学生体育协会内的。州政府没有授权全国大学生体育协会给一名州立大学雇员即篮球教练以纪律处分。全国大学生体育协会的制裁不是由内华达州法律引起的或规定的。最高法院注意到，内华达—拉斯韦加斯大学曾抵制全国大学生体育协会要它实施处分的努力。关键之点是，该州立大学和全国大学生体育协会不是自愿的联合行为人，而是对手。

第十章维护公民权利和

自由的国会立法

第一节国会权力的来源

当国会寻求制定维护公民权利和自由的立法时，它可以以宪法各条款作为依据。例如，国会利用它的通商管理权，对为公众提供膳宿之处所的种族歧视提供了补救措施。见“亚特兰大中心汽车旅馆公司诉合众国案”（1964年）；“卡赞巴赫诉麦克朗案”（1964年）。在《1964年民权法》的第四部分，国会使用开支权，禁止接受联邦资助者实行种族歧视，它利用同样的权力，要求使用联邦资金的公共工程项目部分承包给少数民族企业。见“富利洛夫诉克卢茨尼屯案”（1980年）。国会曾通过立法针对私人干涉州际迁徙提供司法补救〔见“格里芬诉布雷肯里奇案”（1971年）〕，并通过立法禁止在总统和副总统选举中使用居住期限规定——此规定以类似方式干涉州际迁徙权〔见“俄勒冈州诉米切尔案”（1970年）〕；同样地，国会还可以通过立法保护在公民与联邦关系问题中出现的“联邦权利”。在根据这些不同的宪法权力来源制定法律的过程中，国会甚至可以以立法形式禁止私人的不端行为。

各条宪法修正案也承认国会有实施这些修正案保证的立法权。第十三条、第十四条、第十五条、第十九条（妇女选举权）、第二十三条（哥伦比亚特区在总统选举中的选举权）、第二十四条（废除人头税）和第二十六条（年满十八岁公民的选举权）等修正案，都包含授权国会以适当立法实施有关保证的条款。在解释宪法授予国会的这种权力时，最高法院同对待贸易管理权和开支权一样，给这些权力以广义的解释。只要国会能恰当地作出结论，它的立法是为了促进宪法保证，它就有权立法。见“麦克洛克诉马里兰州案”（1819年）。

第二节 实施第十三条修正案

第十三条修正案第二款规定，国会有权以“适当立法”实施该修正案中禁止奴隶制和强迫劳役的保证。虽然最高法院对自己享有的纠正私人和各州违犯第十三条修正案第一款的不端行为之权力持极为狭义的观点，但它认为第十三条修正案第二款授予国会广泛的权力，使它可以为根除“美国国内奴隶制的各种标志和事实”而制定必要而适当的立法。由于第十三条修正案第一款甚至禁止侵犯宪法保证权利的私人行为，国会可以制定立法，管理实行各种形式之奴隶制的私人行为。

“琼斯诉梅耶尔案”（1968年）维护了一项1866年的联邦法律，这项法律被解释为甚至禁止私人在销售或出租不动产和动产中实行种族歧视。在谈到国会的宪法权力问题时，斯图尔特大法官代表最高法院裁定，第十三条修正案授权条款“授权‘国会通过一切必要而适当的法律废除美国国内形形色色的奴隶制现象。’”由于国会能够合理地得出结论——奴隶制造成的限制和无行为能力包括对公民自由精髓的抑制，即对购买和租赁财产权利的抑制，所以该法律是合宪的。“当种族歧视把人们成群地赶进黑人居住区，并使他们购买财产的能力取决于他们的肤色时，那就是奴隶制的残余。”持异议者发表的不同意见只限于对最高法院就1866年民权法作出的管理私人歧视之解释提出质疑，而未对最高法院就宪法授权问题作出的解释提出质疑。

在“鲁尼恩诉麦克拉里案”（1976年）中，最高法院又维护了国会的权力：国会有权根据第十三条修正案第二款禁止黑人不能在与白人公民同样基础上“立约”的歧视行为。立法被解释为禁止商业性非教派私立学校对黑人的歧视。持异议的大法官对最高法院就联邦法律的解释提出质疑，认为不应把州法律解释为可以干预公民个人出于种族动机拒绝立约的行为，而不去干预使个人无能力立约或执行合约的州法律规则。但是，对于最高法院把第十三条修正案解释为支持国会的禁止种族歧视的立法，他们没有提出质疑。

“鲁尼恩案”还驳斥了该联邦法律侵犯了结社自由的论点。父母有自由把自己的子女送入主张种族隔离的学校，但宪法不保护学校排除少数民族的做法。“鲁尼恩案”没有回答这样一个问题：是否国会禁止建立在宗教基础上的种族歧视。最高法院还驳斥了该法律侵犯了隐私权的说法。虽然隐私权可以扩展到真正私人性质的社交俱乐部，但它并不保护面向一般社会成员的私立学校不受联邦有关法律的约束。见第209—213页关于不结社权问题。

然而，在“孟菲思市诉格林案”（1981年）中，最高法院驳回了根据第十三条修正案和联邦立法对孟菲思市封闭一条道路提出的质疑，这条道路从外部黑人居住区开始，穿过白人居住区。驳回质疑的理由是，首先，该决定没有违犯第十三条修正案，因为封闭道路对黑人造成的不同影响“不能被公正他说成是奴隶制的标志或行为。”没有办法证明存在着种族歧视动机，给黑人带来的不利影响不足以构成对第十三条修正案的违犯，因为那种裁定“是对那一伟大自由宪章之伟大宗旨的庸俗化。对任一居住区居民之尊严的适当尊重要求这些居民既接受同样的公民利益，也接受同样的责任，不论这些居民的种族或民族血统如何”。关于国会立法问题，最高法院只是裁定，孟菲思市的行为未涉及任何歧视现象，未损害该立法旨在保护的那种财产利益。没有证据表明，孟菲思市官员把未给予黑人公民的利益授予了白人公民，或这一官方行为使黑人公民拥有的财产严重贬值。

第三节实施第十四条修正案

一 国会的补救权

宪法第十四条修正案第五款规定，国会有权以适当立法实施该条中的保证。根据这一授权条款，国会可对经法院确定的侵犯第十四条修正案权利的行为提供法律补救。

国会制定的 1965 年《投票权法》第四条第五款规定，对在波多黎各学校完成 6 年级学业的公民，任何一州都不得以不具有英文读写能力为由剥夺其选举权。在“卡岑巴赫诉摩根案”（1966 年）中，最高法院根据第十四条修正案第五款维护了上述规定的合宪性，引用了“麦屯洛克诉马里兰州案”的广义标准；“以正确的观点来看，第五款是一种积做的立法授权，它授权国会行使酌处权，确定是否需要用立法形式，以及用何种立法，来确保第十四条修正案权利的实现。”

《投票权法》第四条第五款被认为是确保政府在基本公共事务方面执行非歧视政策的合理手段。把得到加强的波多黎各社区的政治权力和可能干涉以宪法为基础的州权两者加以权衡，以确定投票人资格，这是国会的职责。国会对这些因素的决断不应受〔最高法院的〕审查。如果最高法院能够察觉到一种基础，国会可能像它过去那样在此基础上解决冲突，那也就足够了。

二 国会的实质性权力

但是，在“卡岑巴赫案”中为最高法院撰写意见书的布伦南大法官并不是仅仅申明国会有为得到司法承认的第十四条修正案权利提供补救措施的权力，而是可以说，意见书的意思是要表明，国会自身可以作出实质性的决定：州关于投票权的文化要求违反平等保护保证，即使最高法院以前曾裁定这种投票权资格要求不违犯修正案。“如果把第十四条修正案第五款解释为首先需要司法部门确定实施国会排除在外的州立法是违犯该修正案的，然后以此作为维护国会制定的法律的条件，那么这种解释既贬低国会的智慧和能力，又降低了国会执行该修正案的责任。在这种情况下，它将使立法权只能发挥微不足道的作用：只废除司法部门准备裁决为违宪的州法，或只是通过把该修正案第一款中‘大而笼统的规定’具体化，对司法部门的裁决进行阐释。”

《投票权法》第四条第五款可以作为旨在消除州投票人条件规定中的招人怨恨之歧视的立法而予以维护。国会已经发挥了“异常高明的立法能力”：“对各种互相竞争的因素进行权衡是国会的特权。如果最高法院能够察觉到一种基础，国会根据这一基础裁定，实施纽约州文化水平规定剥夺公民投票权构成了违犯平等保护条款的招人怨恨之歧视，那也就足够了。”

哈伦大法官持反对意见，斯图尔特大法官与他站在一起。哈伦认为，最高法院的前提，即第十四条修正案第五款的权力超越了补救措施而扩展到实质性权利，是一种令人不能接受的对司法职能的放弃。“当州发生明显违反联邦宪法标准的现象时，国会当然可以根据第十四条修正案第五款的授权采取适当的补救措施，以纠正和防止过错。但是，国会寻求处理的有关情况是否违犯宪法，这是一个司法问题，是应否使用第五款授权的必要先决条件。”约翰·马歇尔在“马伯里诉麦迪逊案”中曾说，“对法律作出解释是司法部门的职权范围和责任。”因此，哈伦大法官说，应由司法部门确定纽约州采用文化水平标准是否违反平等保护规定。国会可以对司法裁决进行阐释，但是它不能用自己对宪法的解释代替最高法院对宪法的解释。哈伦大法官最后

说：“允许国会以简单多数对宪法解释问题有最终决定权，这是与宪法体制根本不相容的。”

对“卡岑巴赫案”的另一种解释则意味着，国会根据第十四条修正案所享有的立法权没有那样广泛。根据这种解释，“卡岑巴赫案”只意味着，当国会根据第十四条修正案第五款行使其补救权时，它可以在对事实进行审查的基础上得出结论，某个州缺乏足够的正当理由采取某项行动，所以国会决定以立法纠正之。例如，在“卡岑巴赫案”中，纽约州就缺乏足够的正当理由采用文化水平标准实行投票权歧视；因此，国会在立法上有权根据第五款通过《投票权法》采取矫正行动。

哈伦大法官还在“卡岑巴赫案”中发表异议指出，最高法院对第五款的解释将允许国会“运用具第五款‘酌处权’〔制定〕法令，从而削弱最高法院的平等保护和正当程序判决”。但是布伦南大法官在一个脚注中反对国会有任何权力削弱宪法保证。“我们强调，国会根据第五款所享有的权力只限于采取措施实施该修正案的保证；第五款未授予国会任何限制、废止或削弱这些保证的权力。”这就是“棘轮理论”——国会根据第五款所享有的权力只能朝一个方向行使，即它是一种“实施”或扩展第十四条修正案权利的权力，而不是削弱这些权利的权力。布伦南大法官说，准许州开办种族隔离学校的国会立法就不是实施平等保护保证的合理手段。在“密西西比州立女子大学诉霍根案”（1982年）中，最高法院通过奥康纳大法官支持了这一看法而批驳了以下论点：国会颁布1972年教育修正案就是明确地准许该大学继续执行招收单性别学生的政策。“虽然我们尊重国会的决定和分类，但无论是国会还是各州都不能宣布一项剥夺第十四条修正案权利的法律是合法的。”

一些评论家认为“棘轮理论”是正确的，其根据是，虽然国会有卓越的实情调查能力，但它没有特殊资格就政府权力所受的限制作出合乎宪法规范的裁决。他们还指出，虽然最高法院应当尊重国会作出的涉及联邦制度的裁决，即规定有关行为应由哪一级政府来管，但是在涉及实质性个人权利的案件中，司法尊重原则是不适用的。另一些评论家则对棘轮理论的正确性提出怀疑。他们说，如果国会有酌处权和实情调查能力，可以保持各种竞争因素之平衡。则没有必然的理由说明，为什么国会不能朝着对宪法权利作出较狭义解释的方向去平衡。还有一个问题，就是所谓“削弱”是指什么。拟议中的界定第十四条修正案中“人”这一名词的《人类生命法》打算把第十四条修正案规定的权益扩大到未出生的胎儿。但对批评这一建议的人来说，这是一种赤裸裸的企图削弱“罗诉韦德案”中确立的隐私权的行为。

“卡岑巴赫案”中采取的对国会根据第五款拥有的权力作广义解释之观念从未明确地遭到驳斥。然而，授权条款授予国会的权力不是毫无限制，这也是公认的。在“俄勒冈州诉米切尔案”（1970年）中，意见严重分歧的最高法院以5比4票裁定，1970年《投票权法》中把州选举投票人年龄最低要求降至18岁的一项规定违犯宪法。但是没有哪一种意见得到多数人的支持。该案件至多体现了这样一个有限的原则：国会不得用它的第五款权力违反宪法的其他条款，即既然宪法第一条第二款授予各州在州官员选举中规定投票人资格之权力，国会推翻州选举年龄规定之权力就受到限制。

三 应用于私人的权利

在“民权诸案”（1983年）中，最高法院裁定，国会根据南北战争修正

案拥有的实施权只限于对修正案禁止的行为提供补救措施。国会只有权对各项州法的执行，对州行政和司法官员的行为，采取各种矫正办法。该修正案对私人权利的保护只限于国会可以提供法律补救措施，纠正州政府对私人所犯的过错。允许国会直接对私人行为立法等于允许该机构“建立一部规定社会上人与人之间各种私人权利的新国内法法典。其结果是使国会取代各州议会”。

但是，这种表面上绝对禁止国会把第十四条修正案第五款应用于私人行为的做法，至少在“合众国诉格斯特案”（1966年）中受到质疑。斯图尔特大法官为最高法院撰写的意见书建立在这一前提之上：指控违反联邦民权法的起诉包含对州政府卷入的指控，或对干涉州际旅行权的指控。州际旅行权是不局限于州政府行为的基本宪法权利。然而在“格斯特案”中发表平行意见的6名大法官指出，根据第十四条修正案，公民有不受种族歧视地使用州有设施的权利；国会有权根据第五款对干涉这一权利的现象立法。例如，布伦南大法官（沃伦首席大法官和道格拉斯大法官对他的意见表示赞同）坚定地断言，第五款“授权国会制定它认为适当而必要的法律，以保护〔第十四条〕修正案规定的和产生于〔第十四条〕修正案的权利；因此国会有全权确定，惩罚干扰这一权利行使的私人阴谋乃为全面保护这一权利所必需。”他明确地不赞成这种前提：国会的权力局限于对州政府行为制定矫正立法。“正确地看，第十四条修正案第五款似乎是一种积极的立法授权，准予国会在制定法律补救措施方面行使酌处权，以实现所有公民之间的民权和政治平等。”

由于通过贸易条款、开支权和第十三条修正案确定了国会保护公民权利的权力范围，所以没有必要再确定根据第十四条修正案国会管理私人行为之权力的整个范围。见“格里芬诉布雷肯里奇案”（1971年），该案之列决维护了一项联邦民权法令的实施，这项法令规定，对干涉以第十三条修正案为依据的各种宪法权利和州际迁徙权的个人处以损害赔偿。最高法院明确指出，起诉指控不需要考虑根据第十四条修正案国会权力之范围。

第四节实施第十五条修正案

与其它南北战争修正案一样，第十五条修正案第二款授权国会以适当立法实施该条的保证。最高法院在解释这一授权时，再次应用了“麦克洛克诉马里兰州案”确定的原则。只要国会能明智地确定，立法将能实现宪法关于禁止在投票中实行种族歧视的规定，该立法就是合宪的。因此，在“南卡罗来纳州诉卡岑巴赫案”（1966年）中，最高法院维护了废除投票人登记资格规定的1965年的《投票权法》，因为国会确定那些规定是种族歧视性的。最高法院说：“与各州保留的权力相比较，国会可以使用任何合理手段实现宪法关于禁止在投票中实行种族歧视的规定。”国会可以明智地确定，《投票权法》规定的特别补救措施是正当的，因为逐案诉讼未能战胜选举中普遍而根深蒂固的种族歧视。又，在“俄勒冈州诉米切尔案”（1970年）中，最高法院注意到国会长期歧视性地使用文化测试，根据种族剥夺选民的投票权，支持了1970年《投票权法》中禁止使用文化测试的条款。

在“罗姆市诉合众国案”（1980年）中，最高法院维护了1965年《投票权法》的有关规定，司法部长根据这些规定拒绝批准佐治亚州罗姆市选举规定方面的变化，理由是这些变化可能有歧视性效果。罗姆市争辩说，由于第十五条修正案第一款只禁止选举中有目的的种族歧视，国会在根据第十五条修正案第二款制定补救性规定时也应受到同样的限制。但是最高法院说：很清楚，根据第十五条修正案第二款，国会可以禁止其本身并不违反该修正案第一款的做法，只要按照“麦克洛克诉马里兰州案”中的解释，禁止选举中种族歧视的规定是“适当的”。国会可能合理地得出这样的结论：“因为有明显的故意种族歧视之历史的管辖区所作的选举规定变化伴有故意歧视的危险，所以禁止有歧视性效果的变化是适当的。”

第一编

分权

附录

美利坚合众国宪法

我们合众国人民，为建立一个更完善的联邦，树立正义，保障国内安宁，规划共同防务，促进公共福利，并使我们自己和后代得享自由之赐福，特为美利坚合众国制定和确立本宪法。

第一条

第一款本宪法所授予的全部立法权；均属于由参议院和众议院组成的合众国国会。

第二款〔一〕众议院由各州人民每两年选举产生的众议员组成。每个州的选举人须具备该州州议会人数最多一院选举人所必需的资格。

〔二〕凡年龄不满 25 岁，成为合众国公民不满 7 年，在一州当选时不是该州居民者，不得担任众议员。

〔三〕〔众议员名额和直接税税额，应按本联邦内各州的人口比例进行分配。各州人口数，按自由人总数加所有其他人口的 3/5 予以确定。自由人总数包括按契约服一定年限劳役的人，但不包括未被征税的印第安人。〕

人口的实际统计在合众国国会第一次会议后 3 年内和此后每 10 年，依法律规定的方式进行。每 3 万人选出的众议员人数不得超过 1 名，但每州至少须有 1 名众议员；在进行上述人口统计以前，新罕布什尔州有权选出 3 名，马萨诸塞州 8 名，罗得岛州和普罗维登斯种植园 1 名，康涅狄格州 5 名，纽约州 6 名，新泽西州 4 名，宾夕法尼亚州 8 名，特拉华州 1 名，马里兰州 6 名，弗吉尼亚州 10 名，北卡罗来纳州 5 名，南卡罗来纳州 5 名，佐治亚州 3 名。

〔四〕任何一州代表出现缺额时，该州行政当局应发布选举令，以选出众议员填补此项缺额。

〔五〕众议院选举本院院长和其他官员，唯众议院有弹劾权。

第三款〔一〕〔合众国参议院由每州州议会选出的两名参议员组成，任期 6 年；每名参议员有 1 票表决权。〕

〔二〕参议员在第一次选举后集会时，应即分为人数尽可能相等的 3 个组。第一组参议员席位在第二年年终空出，第二组参议员席位在第四年年终空出，第三组参议员席位在第六年年终空出，以便每 2 年得改选 1/3 的参议员。〔在任何一州州议会休会期间，如因辞职或其他原因而出现缺额时，该州行政长官在州议会下次集会填补此项缺额前，得任命临时参议员。〕

〔三〕凡年龄不满 30 岁，成为合众国公民不满 9 年，在一州当选时不是该州居民者，不得担任参议员。

〔四〕合众国副总统任参议院议长，但除非参议员投票时赞成票和反对票相等，无表决权。

〔五〕参议院选举本院其他官员，并在副总统缺席或行使合众国总统职权时，选举一名临时议长。

〔六〕唯参议院有审判一切弹劾案之权。为此目的而开庭时，全体参议员俱应宣誓或作代誓宣言。合众国总统受审时、最高法院首席大法官主持审判。无论何人，非经出席参议员 2/3 人数的

同意，不得被定罪。

〔七〕弹劾案的判决，以免职和剥夺担任及享有合众国属下有荣誉、有责任或有报酬的职务之资格为限。但被定有罪者，仍得依法受起诉、审理、判决和惩罚。

第四款 〔一〕举行参议员和众议员选举的时间、地点与方式，在每州由该州议会规定。但除选举参议员的地点外，国会得随时以法律制定或改变这类规定。

〔二〕国会每年应至少开会一次，除非国会以法律另行规定日期，此会议在〔十二月第一个星期一〕举行。

第五款 〔一〕参众两院应自行审查本院议员的选举、选举结果报告和议员资格。每院议员出席人数过半数，即构成议事的法定人数，但不足法定人数时，得逐日延期开会，并有权按本院规定的方式和罚则，强迫缺席议员出席会议。

〔二〕参众两院得规定本院议事规则，惩罚本院扰乱秩序的议员，并经2/3议员的同意开除议员。

〔三〕参众两院都应保存本院议事录，并随时公布，但它认为需要保密的部分除外。每院议员对于任何问题的赞成和反对，如出席议员中有1/5的人提出要求，亦应载入本院议事录中。

〔四〕在国会开会期间，任何一院，未经另一院同意，不得休会3日以上，也不得迁移到两院举行集会以外的其他任何地点。

第六款 〔一〕参议员和众议员应得到服务的报酬，这种报酬由法律确定，从合众国国库支付。两院议员，除犯叛国罪、重罪和妨害治安罪外，在一切情况下都享有在出席各自议院会议期间和往返于各自议院途中不受逮捕的特权。他们不得因在各自议院发表的演说或进行的辩论而在任何其他地方受到质问。

〔二〕参议员或众议员在当选任期内，概不得被任命担任在此期间设置或增薪的合众国管辖下的任何文官职务。凡在合众国下供职者，在继续任职期间不得担任任何一院议员。

第七款 〔一〕一切征税议案应首先在众议院提出，但参议院得以处理其他议案的方式，提出修正案或表示赞同。

〔二〕众议院和参议院通过的每一议案，在成为法律前须送交合众国总统。总统如批准该议案，应即签署；如不批准，则应将该议案连同其反对意见退回最初提出该议案的议院。该院应将此项反对意见详细载入本院议事录并进行复议。如亦经复议后，该院2/3议员同意通过该议案，则将该议案连同反对意见一起送交另一议院，该院同样地进行复议，如亦经该院2/3议员赞同，该议案即成为法律。但在所有这类情况下，两院表决都由赞成票和反对票决定；对该议案投赞成票和反对票的议员姓名应分别载入每一议院议事录。如任何议案在送交总统后10日内（星期日除外）未经总统退回，该议案如同总统已签署一样，即成为法律，除非因国会休会而使该议案不能退回，在此种情况下，该议案不能成为法律。

〔三〕凡须由参议院和众议院两院同意的每项命令、决议或表决（关于休会问题除外），均须送交合众国总统。该项命令，决议或表决必须由总统批准后方可生效；如总统不批准，则必须按照关于议案所规定的规则和限制，由参议院和众议院议员各以2/3多数重新通过后生效。

第八款国会有限权：

〔一〕赋课并征收直接税、间接税、关税与国产税，以偿付国债和规划合众国防务与公共福利，但所征各种税收、关税与国产税应全国统一；

〔二〕以合众国之信用借款；

〔三〕管理同外国的，各州之间的和同各印第安部落的贸易；〔四〕制定合众国全国统一的归化条例和破产法；

〔五〕铸造货币，厘定本国货币和外国货币的价值，并确定度量衡的标准；

〔六〕规定有关伪造合众国证券和通行货币的惩罚条例；

〔七〕设立邮政局和修建邮政道路；

〔八〕保障著作家和发明家对各自著作和发明在一定期限内的专有权利，以促进科学和实用艺术之进步；

〔九〕设立最高法院之下的各级法院；

〔十〕界定和惩罚海盗罪和在公海上所犯的重罪以及违反国际法的犯罪行为；

〔十一〕宣战，颁发捕获敌船许可状，制定关于陆上和水上俘获物的条例；

〔十二〕招募陆军并供给军需，但此项用途的拨款期限不得超过两年；

〔十三〕建立和维持一支海军；

〔十四〕制定统辖和管理陆海军的条例；

〔十五〕规定征召民兵，以执行联邦法律、镇压叛乱和击退入侵；

〔十六〕规定民兵的组织、装备和纪律，规定用来为合众国服役的那些民兵的统辖事宜，但民兵军官的任命和按国会规定纪律训练民兵的权力，由各州保留；

〔十七〕对于由某些州让与合众国、经国会接受而成为合众国政府所在地的地区（不得超过 10 平方英里），在一切事项中都行使专有立法权；对于经州议会同意，由合众国在该州购买的用于建造要塞、弹药库、兵工厂、船场和其他必要建筑物的一切地方，亦行使同样的权力；

〔十八〕制定为执行上述各项权力和由本宪法授予合众国政府或其任何部门或官员的一切其他权力所必要而适当的各项法律。

第九款 〔一〕现有任何一州认为得准予入境之人的迁移或入境，在 1808 年以前，国会不得加以禁止，但对此种人的入境，得课以每人不超过 10 元的税金或关税。

〔二〕不得中止人身保护状之特权，除非发生内乱或外患时公共安全要求中止这项特权。

〔三〕不得通过公民权利剥夺法案或追溯既往的法律。

〔四〕〔除依本宪法上文规定的人口普查或统计的比例，不得征收人头税或其他直接税〕。

〔五〕对于从任何一州输出的货物，均不得征收税金或关税。

〔六〕任何商业或税收条例，都不得给予一州港口以优惠于他州港口的待遇；开往某州或从某州开出的船舶，不得被强令在他州报关、结关或交纳关税。

〔七〕除根据法律规定的拨款外，不得从国库提取款项。一切公款收支

的定期报告和帐目，应经常公布。

〔八〕合众国不得授予任何贵族爵位。凡在合众国下担任任何有报酬或有责任之职务者，未经国会同意，不得从任何国王、君主或外国接受任何礼物、报酬、官职或任何一种爵位。

第十款 〔一〕任何一州都不得：缔结任何条约，参加任何同盟或邦联；颁发捕获敌船许可状；铸造货币；发行信用券；使用金银币以外的任何物品作为偿还债务的法定货币；通过任何公民权利剥夺法案、追溯既往的法律或损害契约义务的法律；或授予任何贵族爵位。

〔二〕任何一州，未经国会同意，不得对进出口货物征收任何进口税或关税，但为执行本州检查法所绝对必要者，不在此限。任何一州对进出口货物所征全部关税和进口税的纯收益均应充作合众国国库之用；所有这类法律得由国会加以修正和监督。

〔三〕任何一州，未经国会同意，不得征收任何船舶吨位税，期须全国一致。

〔五〕无论何人，凡属非本土出生的公民或在本宪法采用时非为合众国公民者，概不得当选为总统；凡年龄不满 35 岁、在合众国境内居住不满 14 年者，也不得当选为总统。

〔六〕〔如遇总统被免职、死亡、辞职或丧失履行总统职务之权力和责任的能力时，应由副总统承接总统职务。对于总统和副总统两人均被免职、死亡、辞职或丧失履行职务之能力的情况，国会得作出法律规定，宣布应代理总统的官员。该官员应代理总统直到总统恢复任职能力或新总统选出为止〕。

〔七〕总统在规定的时间内，应得到服务报酬，此项报酬在其当选担任总统任期内不得增加或减少。总统在任期内不得接受合众国或任何一州的任何其他报酬。

〔八〕总统在开始执行职务前，须作如下宣誓或代誓宣言：“我庄严宣誓（或郑重声明），我一定忠实执行合众国总统职务，竭尽全力贯彻、保护和捍卫合众国宪法。”

第二款 〔一〕总统为合众国陆海军和奉调力合众国服现役的各州民兵的总司令。总统得令各行政部门长官就他们各自职责有关的任何事项提出书面意见。他有权对危害合众国的犯罪行为颁赐缓刑和赦免，但弹劾案除外。

〔二〕总统经咨询参议院并取得其同意，有权缔结条约，但须有出席参议员总数的 2/3 表示赞成。总统提出人选，经咨询参议院和取得其同意后任命大使、公使和领事、最高法院法官以及任命手续未由本宪法另行规定而应由法律规定的合众国所有其他官员。但国会认为适当时，得以法律将这类较低级官员的任命权授予总统一人、法院或各部部长。

〔三〕总统有权委任人员填补在参议院休会期间可能出现的官员缺额，但这些委任需于参议院下期会议结束时期满。期须全国一致。

〔五〕无论何人，凡属非本土出生的公民或在本宪法采用时为合众国公民者，概不得当选为总统；凡年龄不满 35 岁、在合众国境内居住不满 14 年者，也不得当选为总统。

〔六〕〔如遇总统被免职、死亡、辞职或丧失履行总统职务之权力和责任的能力时，应由副总统承接总统职务，对于总统和副总统两人均被免职、死亡、辞职或丧失履行职务之能力的情况，国会得作出法律规定，宣布应代

理总统的官员。该官员应代理总统直到总统恢复任职能力或新总统选出为止〕。

〔七〕总统在规定的时间内，应得到服务报酬，此项报酬在其当选担任总统任期内不得增加或减少。总统在任期内不得接受合众国或任何一州的任何其他报酬。

〔八〕总统在开始执行职务前，须作如下宣誓或代誓宣言：“我庄严宣誓（或郑重声明），我一定忠实执行合众国总统职务，竭尽全力贯彻、保护和捍卫合众国宪法。”

第二款 〔一〕总统为合众国陆海军和奉调为合众国服现役的各州民兵的总司令。总统得令各行政部门长官就他们各自职责有关的任何事项提出书面意见。他有权对危害合众国的犯罪行为颁赐缓刑和赦免，但弹劾案除外。

〔二〕总统经咨询参议院并取得其同意，有权缔结条约，但须有出席参议员总数的 2/3 表示赞成。总统提出人选，经咨询参议院和取得其同意后任命大使、公使和领事、最高法院法官以及任命手续未由本宪法另行规定而应由法律规定的合众国所有其他官员。但国会认为适当时，得以法律将这类较低级官员的任命权授予总统一人、法院或各部部长。

〔三〕总统有权委任人员填补在参议院休会期间可能出现的官员缺额，但这些委任需于参议院下期会议结束时期满。

第三款总统应经常向国会报告联邦情况，并向国会提出他认为必要而妥善的措施供国会审议。在非常情况下，总统得召集两院或任何一院开会。如遇两院对休会时间有意见分歧时，他可今年院休会到他认为适当的时间。总统接见大使和其他使节；负责使法律切实执行，并委任合众国的所有官员。

第四款总统、副总统和合众国的所有文职官员，因叛国、贿赂或其他重罪与轻罪而受弹劾并被定罪时，应予免职。

第三条

第一款合众国的司法权，属于最高法院和国会可不时规定和设立的下级法院。最高法院和下级法院的法官如行为端正，得继续任职，并应在规定的时间得到服务报酬，此项报酬在他们继续任职期间不得减少。

第二款 〔一〕司法权的适用范围包括：由于本宪法、合众国法律和根据合众国权力已缔结或将缔结的条约而产生的有关普通法和衡平法的一切案件；涉及大使、公使和领事的一切案件；关于海事法和海事管辖权的一切案件；合众国为一方当事人的诉讼；两个或两个以上州之间的诉讼；一州和他州公民之间的诉讼；不同州公民之间的诉讼；同州公民之间对不同州转让与土地的所有权的诉讼；一州或其公民同外国或外国公民或臣民之间的诉讼。

〔二〕涉及大使、公使和领事以及一州为一方当事人的一切案件，最高法院有初审管辖权。对上述所有其他案件，不论法律方面还是事实方面，最高法院有上诉管辖权，但须依照国会所规定的例外和规章。

〔三〕除弹劾案外，一切犯罪皆由陪审团审判；此种审判应在犯罪发生的州内举行；但如犯罪不发生在任何一州之内，审判应在国会以法律规定的一个或几个地点举行。

第三款 〔一〕对合众国的叛国罪只限于同合众国作战，或依附其敌人，给予其敌人以帮助和支援。无论何人，除根据两个证人对同一明显行为

的作证或本人在公开法庭上的供认，不得被定为叛国罪。

〔二〕国会有权宣告对叛国罪的惩罚，但对因叛国罪而被褫夺公民权的人，除作其仍在世，不得褫夺其继承财产的权利，亦不得没收其财产。

第四条

第一款每个州对于其他各州的公共法令、案卷和司法程序，应给予充分信任和尊重。国会得以一般法律规定证明这类法令、案卷和司法程序的方式和规定它们所只有的效力。

第二款 〔一〕 每个州的公民享有各州公民的一切特权和豁免权。

〔二〕在任何一州被控告犯有叛国罪、重罪或其他罪行的人，如逃脱该州法网而在他州被寻获时，应根据他所逃出之州行政当局的要求将他支出，以便解送到对犯罪行为有管辖权的州。

〔三〕〔根据一州法律须在该州服劳役或劳动的人，如逃往他州，不得因他州的法律或规章而免除此种劳役或劳动，而应根据有权得到此劳役或劳动之当事人的要求将该人支出〕。

第三款 〔一〕新州得由国会接纳加入本联邦；但不得在任何其他州的管辖范围内组成或建立新州；未经有关州议会和国会的同意，也不得将两个或两个以上的州合并或将几个州的一部分合并组成新州。

〔二〕对于属于合众国的领土或其他财产，国会有权处置和制定一切必要的条例和规章。对本宪法条文不得作有损于合众国或任何一州的任何权利的解释。

第四款合众国保证本联邦各州实行共和政体，保护各州免遭入侵；并应州议会或州行政长官（在州议会不能召集时）之请求平定内乱。

第五条

国会在两院各有三分之二议员认为必要时，应提出本宪法的修正案；又如有各州三分之二州议会提出请求，亦应召开制宪会议提出修正案。不论哪种方式提出的修正案，经各州四分之三州议会或四分之三州制宪会议的批准，即实际成为本宪法之一部分而发生效力；具体采用这两种批准方式中的哪一种，得由国会提出建议。〔但在一千八百零八年以前制定的修正案，不得以任何形式影响本宪法第一条第九款第一项和第四项；〕任何一州，未经其同意，它在参议院的平等投票权不得被剥夺。

第六条

〔一〕本宪法正式通过前订立的一切债务和承担的一切义务，对于实行本宪法的合众国仍然有效，一如邦联时期。

〔二〕本宪法和依本宪法所制定的合众国法律，以及根据合众国的权力已缔结或将缔结的一切条约，都是全国的最高法律；每个州的法官都应受其约束，即使州的宪法和法律中有与之相抵触的内容。

〔三〕前面提到的参议员和众议员，各州州议会议员，以及合众国和各州所有行政和司法官员，应宣誓和作代誓宣言拥护本宪法；但决不得以宗教宣誓作为担任合众国属下任何官职或公职之条件。

第七条

经 9 个州制宪会议的批准，即足以使本宪法在各批准州成立。

本宪法于公元 1787 年，即美利坚合众国独立后第 12 年的 9 月 17 日，经出席制宪会议的各州在会上一致同意后制定。我们谨在此签名作证。

主席、弗吉尼亚州代表 乔治·华盛顿 新罕布什尔州 托马斯·米夫林

约翰·兰登 罗伯特·莫里斯
尼古拉斯·吉尔曼 乔治·克莱默马萨诸塞州托马斯·菲茨西蒙斯
纳撒尼尔·戈尔曼 贾雷德·英格索尔
鲁弗斯·金 詹姆斯·威尔逊康涅狄格州古·莫里斯
威廉·塞缪尔·约翰 特拉华州逊 乔治·里德
罗杰·谢尔曼 小冈宁·贝德福德纽约州雅各布·布鲁姆
亚历山大·汉密尔顿 理查德·巴塞特新泽西州约翰·迪金森
威廉·利文斯顿 马里兰州
戴维·布里尔利 詹姆斯·麦克亨利
威廉·帕特森 圣托马斯·詹尼弗的
乔纳森·戴顿 丹尼尔宾夕法尼亚州 丹尼尔·卡罗尔
本杰明·富兰克林 弗吉尼亚州
约翰·布莱尔 约翰·拉特利奇
小詹姆斯·麦迪逊 查尔斯·科茨沃斯·北卡罗来纳州平克尼
威廉·布朗特 查尔斯·平克尼
理查德·多克斯·斯 皮尔斯·巴特尼
佩特 佐治亚州
休·威廉森 威廉·费尤南卡罗来纳州亚伯拉罕·鲍德温

按照宪法第五条，由国会提出并经各州批准的增添和修改美利坚合众国宪法的条款。

第一条修正案〔1791〕

国会不得制定关于下列事项的法律：确立国教或禁止宗教活动自由；限制言论自由或出版自由；或剥夺人民和平集会和向政府请愿申冤的权利。

第二条修正案〔1791〕

纪律严明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得侵犯。

第三条修正案〔1791〕

在和平时，未经房主同意，士兵不得在民房驻扎；除依法律规定的方式，战时也不允许如此。

第四条修正案〔1791〕

人民的人身、住宅、文件和财产不受无理搜查和扣押的权利，不得侵犯。除依照合理根据，以宣誓或代誓宣言保证，并具体说明搜查地点和扣押的人或物，不得发出搜查和扣押状。

第五条修正案〔1791〕

无论何人，除非根据大陪审团的报告或起诉，不得受判处死罪或其他不名誉罪行之审判，惟发生在陆、海军中或发生在战时或出现公共危险时服现役的民兵中的案件，不在此限。任何人不得因同一犯罪行为而两次遭受生命或身体的危害；不得在任何刑事案件中被迫自证其罪；不经正当法律程序，不得被剥夺生命、自由或财产。不给予公平赔偿，私有财产不得充作公用。

第六条修正案〔1791〕

在一切刑事诉讼中，被告享有下列权利：

由犯罪行为发生地的州和地区的公正陪审团予以迅速而公开的审判，该地区应事先已由法律确定；

得知被控告的性质和理由；

同原告证人对质；
以强制程序取得对其有利的证人；
取得律师帮助为其辩护。

第七条修正案〔1791〕

在普通法的诉讼中，其争执价值超过 20 元，由陪审团审判的权利应受到保护。由陪审团裁决的事实，合众国的任何法院除非按照普通法规则，不得重新审查。

第八条修正案〔1791〕

不得要求过多的保释金，不得处以过重的罚金，不得施加残酷和作常的惩罚。

第九条修正案〔1791〕

本宪法对某些权利的列举，不得被解释为否定或忽视由人民保留的其他权利。

第十条修正案〔1804〕

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，或保留给人民行使之。

第十一条修正案〔1798〕

合众国的司法权，不得被解释为可以扩展到受理由他州公民或任何外国公民或臣民对合众国一州提出的或起诉的任何普通法或衡平法的诉讼。

第十二条修正案〔1791〕

选举人在各自州内集会，投票选举总统和副总统，其中必须至少有一人不是选举人所属州的居民。选举人须在选票上写明被选为总统之人的姓名，并在另一选票上写明被选为副总统之人的姓名。选举人须将所有被选为总统之人和所有被选为副总统之人分别开列名单，写明每人所得票数，并在该名单上签名作证，然后封印送合众国政府所在地，呈参议院议长。参议院议长在参议院和众议院全体议员面前开拆所有证明书，然后计算票数。获得总统选票最多的人，如所得票数超过所选派选举人总数的半数，即为总统。如无人获得这种过半数票，众议院应立即从被选为总统之人名单中得票最多的但不超过 3 人中间，投票选举总统。但选举总统时，以州为单位计票，每州全体代表有一票表决权。2/3 的州各有一名或多名众议员出席，即构成选举总统的法定人数，决选总统需要所有州的过半数票。〔当选举总统的权力转移到众议院时，如该院在次年 3 月 4 日前尚未选出总统，则由副总统代理总统，如同总统死亡或宪法规定的其他丧失任职能力的情况一样。〕得副总统选票最多者，如所得票数超过所选派选举人总数的半数，即为副总统，如无人得票超过半数，参议院应从名单上得票最多的两人中选举副总统。选举副总统的法定人数由参议员总数的 2/3 构成，选出副总统需要参议员总数的过半数票。但依宪法无资格担任总统的人，也无资格担任合众国副总统。

第十二条修正案〔1865〕

第一款在合众国境内或受合众国管辖的任何地方，奴隶制和强迫劳役都不得存在，唯作为对依法判罪者犯罪之惩罚，不在此限。

第二款 国会有权以适当立法实施本条。

第十四条修正案〔1868〕

第一款 凡在合众国出生或归化合众国并受其管辖的人，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；对于在其管辖下的任何人，亦不得拒绝给予平等法律保护。

第二款 众议员的名额应按各州人口比例进行分配，每州人口统计包括该州除未纳税的印第安人之外的全部人口。但在选举合众国总统和副总统选举人、国会议员、州行政和司法官员或州议会议员的任何选举中，一州的〔年满 21 岁并且〕是合众国公民的任何男性居民，如其上述选举权被剥夺或受到任何方式的限制（国参加叛乱或其他犯罪而被剥夺者除外），则该州代表权的基础，应按以上男性公民的人数占该州年满 21 岁男性公民总人数的比例核减。

第三款

无论何人，凡先前曾以国会议员，或合众国官员，或任何州议会议员，或任何州行政或司法官员的身份宣誓维护合众国宪法，以后颠覆或反叛合众国，或给予合众国敌人帮助或支援，概不得担任国会参议员或众议员或总统和副总统选举人，或担任合众国或任何州属下的任何文职或军职官员。但国会得以两院各 2/3 的票数取消此种限制。

第四款 对于法律批准的合众国公共债务，包括因支付平定作乱或反叛有功人员的年金和奖金而产生的债务，其效力不得有所怀疑。但无论合众国或任何一州，都不得承担或偿付因援助对合众国的作乱或反叛而产生的任何债务或义务，亦不得承担或偿付因丧失或解放任何奴隶而提出的任何赔偿要求；所有这类债务、义务和要求，都应被认为是非法和无效的。

第五款 国会有权以适当立法实施本条规定。

第十五条修正案〔1870〕

第一款 合众国公民的投票权，不得因种族、肤色或曾被强迫服劳役而被合众国或任何一州加以剥夺或限制。

第二款 国会有权以适当立法实施本条。

第十六条修正案〔1913〕

国会有权对任何来源的收入规定和征收所得税，不必在各州按比例分配，也无须考虑任何人口普查或人口统计。

第十七条修正案〔1913〕

〔一〕合众国参议院由每州两名参议员组成，参议员由本州人民选举，任期 6 年；每名参议员各有一票表决权。每个州的选举人应具备该州州议会人数最多一院选举人所需具备之资格。

〔二〕任何一州在参议院的代表出现缺额时，该州行政当局应发布选举令，以填补此项缺额，但任何一州的议会得授权该州行政长官，在人民依该议会指示举行选举填补缺额以前，任命临时参议员。

〔三〕对本条修正案的解释不得影响在本条修正案作为宪法的一部分生效以前当选的任何参议员的选举或任期。

第十八条修正案〔1919〕

〔第一款 本条批准一年后，禁止在合众国及其管辖下的一切领土内酿造、出售或运送作为饮料的致醉酒类；禁止此类酒类输入或输出合众国及其管辖下的一切领土。

第二款国会和各州都有权以适当立法实施本条。

第三款本条除非在国会将其提交各州之日起七年以内，由各州议会按本宪法规定批准为宪法修正案，不得发生效力。〕

第十九条修正案〔1920〕

〔一〕合众国公民的选举权，不得因性别而被合众国或任何一州加以剥夺或限制。

〔二〕国会有权以适当立法实施本条。

第二十条修正案〔1933〕

第一款 本条未获批准前，总统和副总统的任期在原定任期届满之年的1月20日正午结束，参议员和众议员的任期在本条未获批准前原定任期届满之年的1月3日正午结束，他们继任人的任期在同时开始。

第二款国会应每年至少开会一次，除国会以法律另订日期外，此会议在1月3日正午开始。

第三款 如当选总统在规定总统任期开始的时间之前亡故，

当选副总统应成为总统。如在规定总统任期开始的时间以前，总统尚未选出，或当选总统不合乎资格，则当选副总统应代理总统直到产生一名合乎资格的总统时为止。在当选总统和当选副总统都不合乎资格时，国会得以法律规定代理总统之人，或宣布选出代理总统的办法。此人应代理总统直到产生一名合乎资格的总统或副总统时为止。

第四款 国会得以法律对以下情况作出规定：在选举总统的权利转移到众议院时，可被该院选为总统的人中有人死亡；在选举副总统的权利转移到参议院时，可被该院选为副总统的人中有人死亡。

第五款第一款和第二款应在本条批准以后的10月15日生效。

第六款本条除非在其提交各州之日起7年以内，由3/4州议会批准为宪法修正案，不得发生效力。

第二十一条修正案〔1933〕

第一款美利坚合众国宪法第十八条修正案现予废除。

第二款在合众国任何州、准州或属地内，凡违反当地法律

为在当地发货或使用而运送或输入致醉酒类，均予以禁止。

第三款本条除非在国会将其提交各州之日起7年以内，由各州修宪会议依本宪法规定批准为宪法修正案，不得发生效力。

第二十二条修正案〔1951〕

第一款无论何人，当选担任总统职务不得超过两次；无论何人，在他人当选总统任内担任总统职务或代理总统两年以上，不得当选担任总统职务一次以上。但本条不适用于在国会提出本条时止在担任总统职务的任何入；也不妨碍在本条生效时正在担任总统职务或代理总统的任何人在一届任期结束前的时间里继续担任总统职务或代理总统。

第二款本条除非在国会将其提交各州之日起7年以内，由3/4州议会批准为宪法修正案，不得发生效力。

第二十三条修正案〔1961〕

第一款作为合众国政府所在地的特区，应依国会规定方式选派：一定数目的总统和副总统选举人，其数目等于把特区看作一个州时，它在国全中有权拥有的参议员和众议员人数的总和，但决不得超过人口最少之州的选举人人数。他们是在各州所选派的选举人以外增添的人，但为了选举总统和副总统的目的，应被视为一个州选派的选举人；他们在特区集会，履行第十二条修正案所规定的职责。

第二款国会有权以适当立法实施本条。

第二十四条修正案〔1964〕

第一款在总统或副总统、总统或副总统选举人、或国会参议员或众议员的任何预选或其他选举中，合众国公民的选举权不得因未交纳人头税或其他税而被合众国或任何一州加以剥夺或限制。

第二款国会有权以适当立法实施本条。

第二十五条修正案〔1967〕

第一款如遇总统被免职、亡故或辞职，副总统应成为总统。

第二款凡当副总统职位出缺时，总统应提名一名副总统，经国会两院都以过半数票批准后就职。

第三款凡当总统向参议院临时议长和众议院议长提交书面声明，称他不能够履行其职务的权力和责任，直至他向他们提交一份内容与此相反的声明为止，其权力和责任应由副总统作为代理总统履行。

第四款凡当副总统和行政各部主官的多数或国会通过法律设立的其他机构成员的多数，向参议院临时议长和众议院议长提交书面声明，称总统不能够履行总统职号的权力和责任时，副总统应立即作为代理总统承担总统职务的权力和责任。

此后，当总统向参议院临时议长和众议院议长提交书面声明，称丧失能力的情况不存在时，他应恢复总统职务的权力和责任，除非副总统和行政各部主官的多数或国会通过法律设立的其他机构成员的多数在 4 天之内向参议院临时议长和众议院议长提交书面声明，称总统不能够履行总统职务的权力和责任。在这种情况下，国会应到此问题作出裁决，如在休会期间，应为此目的在 48 小时以内集会。如果同会在收到后一书面声明后的 21 天之内，或者如果国会因适逢休会而按照要求专门为此目的集会以后的 21 天之内，以两院 2/3 的票数决定总统不能够履行总统职务的权力和责任，则副总统应继续作为代理总统履行总统职务的权力和责任；否则总统应恢复总统职务的权力和责任。

第二十六条修正案〔1971〕

第一款年满 18 岁或 18 岁以上的合众国公民的选举权，不得因为年龄而被合众国或任何一州加以剥夺或限制。

第二款国会有权以适当立法实施本条。

注释

已由第十四条修正案第二款和第十六条修正案修正。

已由第十七条修正案修正。

已由第十七条修正案修正。

已由第二十条修正案第二款修正。

已由第十六条修正案修正。

已由第二十条修正案代替。

已由第二十五条修正案修正。

已由第十一条修正案修正。

已由第十三条修正案代替。

已经过时。

(11) 已由第二十条修正案第三款代替。

(12) 已由第二十六条修正案修正。

(13)已由第二十一条修正案废除。