

美国法律文库

THE AMERICAN LAW LIBRARY

阿希尔·里德·阿马 著

Akhil Reed Amar

宪法与刑事诉讼 基本原理

The Constitution and Criminal Procedure

First Principles

房保国 译

THE AMERICAN

LAW LIBRARY

中国政法大学出版社

美国法律文库

THE AMERICAN LAW LIBRARY

宪法与刑事诉讼

基本原理

The Constitution and Criminal Procedure
First Principles

阿希尔·里德·阿马 著

Akhil Reed Amar

房保国 译

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

宪法与刑事诉讼:基本原理/(美)阿马著;房保国译.

—北京:中国政法大学出版社, 2006.1

(美国法律文库)

ISBN 7-5620-2863-X

I.宪... II.①阿...②房... III.①宪法-研究-美国

②刑事诉讼法-研究-美国 IV.①D971.21②D971.252

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 015223 号

书 名 宪法与刑事诉讼:基本原理

出 版 人 李传敢

经 销 全国各地新华书店

出版发行 中国政法大学出版社

承 印 固安华明印刷厂

开 本 880×1230 1/32

印 张 11.25

字 数 280 千字

印 数 000 1-5 000

版 本 2006 年 1 月第 1 版 2006 年 1 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-5620-2863-X/D·2823

定 价 24.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088

电 话 (010)58908325(发行部) 58908335(储运部)

58908285(总编室) 58908334(邮购部)

电子信箱 zt5620@263.net

网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名:中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

前 言

本书是一本论文集，但是我希望它能够超越于此。从整体上看，这些相互关联的论文旨在为现在被称为宪法性刑事程序的领域从根本上重新确定方向。 ix

宪法性刑事程序——在不同方向上可以有非常不同的解释。我们的宪法并非所有内容都是关于刑事程序的，刑事程序也非所有内容都应当被宪法化。这种在宪法和刑事程序之间逻辑上的裂隙，在当今法学院中与社会学逻辑上的割裂相匹配：宪法性法律和刑事程序被典型地作为独立的课程，由各自的学者群体来讲授。无论作为个人或是群体，在我们大部分优秀的宪法学者中，很少有人对于第四、第五和第六修正案进行过广泛的分析。而相反，在美国刑事程序的主要的学术声音中，很少是宽宏大气的宪法研究者发出的。

当然，一个明显的解释在于，在沃伦法院之前，相当少的刑事程序曾被宪法化。大部分刑事案件植根于州的法律和在州法院审判；在 1960 年代之前，第四修正案的排除规则，第五修正案的自我归罪条款和双重危险条款，以及所有的第六修正案的保护，仅仅适用于联邦案件。因此，对于在 1960 年之前的那一代法律学者来说，刑事程序和（联邦的）宪法性法律毋宁说是截然不同的领域。

II 前言

然而，今天的宪法性法律遍及刑事程序的判例汇编、课程和学术中。而今天在刑事程序中占主导地位的那种宪法性法律的论述和学问，总体而言，是差的宪法性法律——这种宪法性法律对于宪法的原文漠不关心，对于宪法的历史无知，并且对于宪法的结构疏忽。或者，至少如此，对此我将在下面的内容中进行论证。

x 好的宪法性刑事程序，首先和最重要的是：必须是好的宪法性法律——在尊重例如原文、历史和结构等的基础上发展。在本书中，我将试图从这些视角来分析第四、第五和第六修正案，揭示它们的基本原理。

好的宪法性法律还必须对先例给予关注，但是在这个领域中最高法院的判例法，是非常复杂的，有时是荒谬的，并且经常是矛盾的。问题的部分原因在于，伯格法院和伦奎斯特法院经常没有分享沃伦法院的理念，对于不赞成的判例，习惯性地选择在没有推翻它们的情况下进行区分。在这个策略之后的第二十五年，《美国判例汇编》对于每一个抽象概念，都在相反的方向上充满了突破性言语。但是，这种两代人之间的紧张仅仅是问题的一部分。深层的问题在于，最高法院从来没有一致地和明显地发展宪法性刑事程序的理念。沃伦法院自相矛盾，沃伦之后的法院也是这样。在不同的条款和修正案之下，法院作出一个又一个的判例；法官们没能领会这些条款是如何一起相适应而结合成统一整体的。

而且这就是本书的目标——显示第四、第五和第六修正案是如何一起相适应的。为了轻松地说明，我组织了前三章而每章都围绕一个特别的修正案或条款。因此，每章能够独立存在，如果律师或法官需要理解一个特定条款或修正案以处理手头的案件时，他们将

能从阅读中获益。但是，每章也被设计成与其它章节相联结；在一个简要的结束性章节中，我试图将镜头拉回，确定联系我的方案不同部分的更广泛主题。与前面的几章一样，我在这个结束性的一章中，强调了采取保护无辜者的方式，而不是不必要地有利于有罪者的方法，来对宪法加以解释。从整体上看，对于现在被称之为宪法性刑事程序的全部领域，这本书寻求给学者和一般读者提供一个连贯的、完整的景象。

下面的每章，先前曾以些微不同的方式发表了，而每章的使用获得了原始出版者的许可。第一章是基于1993年10月27日在哥伦比亚法学院所作的塞缪尔·鲁宾演讲，发表于1994年2月的《哈佛法律评论》。第二章来自于和雷内·B·莱拓（Renee B. Lettow）合作的一篇论文，在1995年3月《密歇根法律评论》发表。第三章作为前言发表于1996年4月《乔治敦法律杂志》的第25期刑事程序评论年刊。第四章出现于1996年夏季的《美国刑法评论》。附录发表于1995年夏季的《加州大学戴维斯法律评论》，并且来自于1994年10月25日在加利福尼亚大学戴维斯法学院所作的第七次爱德华·L·巴雷特大三学生演讲。

/ 目录 /

I	前言
1	1 第四修正案基本原理
86	2 第五修正案基本原理 自我归罪条款
173	3 第六修正案基本原理
267	4 宪法性刑事程序的未来
292	附录
292	重新改造陪审团：十项改革建议
319	案例一览表
336	人名与权威著作索引
347	致谢

第四修正案基本原理

1

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。除了依照合理根据，以宣誓或者代誓宣言保证，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令。

当前的第四修正案是一个使人困窘的条款。最高法院在过去的半个世纪所说的许多事情——该修正案通常要求所有的搜查和扣押应当有令状和可能的理由，以及排除非法获得的证据——这在最初好像是有道理的，但最终是误导的。作为一个文本、历史和简单的古老常识问题，这三条现代第四修正案判例法的支柱很难支持；^{〔1〕}事实上，今天的最高法院也不再真正支持它们。除非当它实行的时候。如果它们不是——那么不要求令状，所有的搜查和扣押必须以可能的理由为根据——而不是在每星期二。无论何时当有五张票数的法官认为如此的时候，非法扣押的证据必须被排除。与此同时，

〔1〕 例如请看，Silas J. Wasserstrom, *The Incredible Shrinking Fourth Amendment*, 21 Am. Crim. L. Rev. 257, 257-59 (1984) (将令状要求、可能理由的要求、对“搜查和扣押”的广泛界定以及排除规则，描述为现代第四修正案判例法的基本要素)。

2 宪法与刑事诉讼

该修正案明确表述或预设的明智规则——所有的搜查和扣押必须是合理的，令状（以及仅仅是令状）总是要求可能的理由，官僚主义应当对不合理的搜查和扣押负责——却被法官们忽视了。不仅如此，其结果乃是一个司法声明的混杂体，它不仅仅是复杂的和矛盾的，而且经常是不正当的。有罪的人被释放，而诚实的公民则被以蛮横的方式侵扰，没有或者很少有真正的救济。如果对这些问题和无数其他不确定结果具有好的理由的话，而法院却没有提供它们。

学术界也没有提供这些理由。确实，法律的讲授经常是这些问题的一部分，而不是解决问题。首先从课堂开始。第四修正案是宪法的一部分，然而却很少被作为宪法性法律来讲授。相反，它自己作为一门课程来呈现，或者被勉强塞入刑事程序。而将其塞入刑事程序是特别有害的。第五、第六和第八修正案特殊地适用于刑事领域，^{〔2〕}而与此不同，第四修正案平等地适用于民事和刑事法律的执行。它的原文提到了所有政府的搜查和扣押，而不管什么原因。它的历史也没有被单一地限制于刑法。该修正案预设了一种民事损害赔偿的救济，而不是在刑事审判中排除证据；它的总括性命令，即要求所有政府的搜查和扣押应当是合理的，这听起来不是在刑法中，而是在宪法性侵权法中。^{〔3〕}

2 因此，将第四修正案置于刑事程序中是歪曲的，导致我们看到了并不存在的情形。它也是模糊的，致使我们错过了存在的情形

〔2〕 第五修正案规定大陪审团适用于“罪大恶极的犯罪”，禁止针对“相同罪行”的双重起诉，以及阻止在“任何刑事案件”中强迫自我归罪。美国宪法第 V 修正案（语气的加强是笔者增添的）。第六修正案保障了“被告人”在“所有刑事指控”中的一大群权利，第八修正案禁止“残酷和不寻常的惩罚”。同上，第 VI，VIII 修正案（增加的强调）。惩罚即使不是绝对的，也是一个典型的刑法概念。

〔3〕 我并不是第一个观察到这点的现代学者。例如请看，Richard A. Posner, *Rethinking the Fourth Amendment*, 1981 Sup. Ct. Rev. 49, 49-58；也请看，Bradford P. Wilson, *Enforcing the Fourth Amendment: A Jurisprudential History* 9-19 (1986)（对于第四修正案判例法中侵权法的救济模式，提供了历史性支持）。

——就像在一门单独的课程中讲授该修正案一样。我们错过的是，第四修正案是如何在程序和实体上与宪法的其他部分连接在一起的。从一个法律程序的观点来看，我们未能明确地集中于基本的宪法性问题上，例如：应当由谁决定一项搜查或扣押是否合理？立法者？行政人员？法官？陪审团？一些联合体？应当允许谁来签发令状，他们的决定应当如何进行审查？从一个实体的观点来看，我们轻视了这样的问题，例如：在刑事背景之外的搜查和扣押应当如何受到合宪性的调整？是什么导致一项搜查或扣押变得实质不合理？其他的宪法性原则——保护言论、隐私、财产、正当程序、平等和民主参与，等等——应当如何告诉合理性的决定？

当我们将法学院的教室移向法律评论和法律条约时，情形没有改进。主流学者考虑的是最近的最高法院判例的每项细微差别，但似乎对于修正案的原文漠不关心，不知道它的历史，有时对于普通人的常识遗忘或者充满敌意。主流学者就像法官一样，似乎认为该修正案要求令状、可能的理由和排除证据，但在为了避免产生谬论时接着经常放弃了这些。第四修正案判例法是一只沉没的远洋定期客轮——无舵的和严重偏离航线——而它自身的大部分学识内容被用来重新排列折叠躺椅。

有一种好的方法——通过回到它的基本原理的方式，来重新思考第四修正案。我们需要解读该修正案的词语，并且认真地对待：它们没有要求令状、可能的理由或者排除证据；但是它们确实要求的是，所有的搜查和扣押应当是合理的。把我们的目光集中于合理性时，我们必须记住民事陪审团和民事赔偿诉讼所发挥的历史作用，在其中政府官员对于实施的反对人身、财产和隐私的不合理侵扰应当承担赔偿责任。我们需要恢复第四和第七修正案之间失去的连接——这种连接由于在刑事程序中讲授第四修正案和在民事程序中讲授第七修正案而被遮蔽。我们必须自觉地参考在宪法的其他部分中所包含的原则，以充实宪法性合理性的具体含义。最后，我们必须

使用二十世纪的法律武器，例如比温斯（*Bivens*）诉讼，集团诉讼，结构性禁令，团体责任，律师费用，行政规章和行政救济，以抗击二十世纪的法律威胁——科技和官僚——来维护第四修正案所保护的庄严价值。

- 3 在下文中，我将首先批判当前学说的混乱，接着试图草拟一种更好的方式——这个一揽子计划打动了，从整体上看，它在任何维度的数量上都达到了高于现状。它更忠于宪法原文和历史。它更加连贯和明智。对于寻求真相的基本审判价值——从有罪的人中筛选无辜的人来说，它具有较少的破坏性。它更有益于说明真相的基本的上诉价值；它将帮助法院诚实地思考和正确地书写，公开地确定合理性的标准，而不是说出那些被盲目遵从而接着又被温和背叛的不合理原则。^[4]最后，作为一个整体可以看到，我

[4] 我的方法不能完全解释现代法院所有已经说的和做的事情。也没有其他方法能够这样。作为依照当前法院所记录的照章办事的主要拥护者，当先例出现矛盾时，我们必须从中选择，这种选择必须在一定程度上受到各种因素的而不是先例的影响。请看，*Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah*, 113 S. Ct. 2217, 2248 (1993) (Souter 法官 [在理由上] 部分地赞同，而对判决支持)

然而，我的方法确实为忠于信仰而奋进——的确是要建立一个全面的构架单位——在现代卷的《美国判例汇编》中发现由广大范围的法官所授权的关于该修正案的许多最杰出的司法意见。例如，在试图认真地对待宪法原文和历史时，我遵循了布莱克法官和斯卡列（*Scalia*）法官的指引。例如请看，*California v. Acevedo*, 111 S. Ct. 1982, 1992 (1991)（斯卡列法官在判决上赞同）；*Coolidge v. New Hampshire*, 403 U. S. 443, 509 (1971)（布莱克法官赞同和不同意）。所撰写的关于该修正案的最后标准，不是令状或可能的理由，而是合理性，我附和了首席法官伦奎斯特和法官布莱克、哈兰、怀特、斯卡列与肯尼迪的观点。请看，*Acevedo*, 111 S. Ct. at 1992（斯卡列法官赞同判决）；*National Treasury Employees Union v. Von Raab*, 489 U. S. 656, 665 (1989)（肯尼迪法官）；*Robbins v. California*, 453 U. S. 420, 437-38 (1981)（伦奎斯特不同意）；*Cady v. Dombrowski*, 413 U. S. 433, 439 (1973)（伦奎斯特法官）；*Coolidge*, 403 U. S. at 509（布莱克法官，赞同和不同意）；*Cooper v. California*, 386 U. S. 58, 62 (1967)（布莱克法官）；比较 *Coolidge*, 403 U. S. at 492（哈兰法官赞同）（引用了泰尔福特·泰勒批评令状要求的工作）。从历史上看，我指出令状是一种不被赞成的装置，因为它们对于政府搜查和扣押豁免了以后的责任，我的理论建立于怀特法官和斯卡列法官的工

的一揽子计划能够被普通公民——我们人民的参与和智慧所理解和

作之上。例如请看, *Acevedo*, 111 S. Ct. at 1992 (斯卡列法官赞同判决); *Payton v. New York*, 445 U. S. 573, 607-8 (1980) (怀特法官不同意)。重申片面的令状意味着一种有限的装置, 仅仅用来反对错误或危险行为的地点, 仅仅是在满足了明确的可能理由的标准之后才能适用, 对此, 我遵循了史蒂文法官的观点。例如请看, *Zurcher v. Stanford Daily*, 436 U. S. 547, 577-83 (1978) (史蒂文法官不同意); *Marshall v. Barlow's Inc.*, 436 U. S. 307, 326-28 (1978) (史蒂文法官不同意)。在建议犯罪的严重性对于估价合理性是相关的时候, 我毫不隐讳地信奉了杰克逊法官所认可的具有至上性的常识。例如请看, *Brinegar v. United States*, 338 U. S. 160, 183 (1949) (杰克逊法官不同意)。在提倡自由表达的判例中搜查、扣押与特殊敏感性的广泛定义时, 我包含了斯图瓦特法官的直觉。例如请看, *Katz v. United States*, 389 U. S. 347, 350-53 (1967) (斯图瓦特法官); *Stanford v. Texas*, 379 U. S. 476, 482-85 (1965) (斯图瓦特法官)。对于搜查和扣押政策所施加的种族问题, 在提倡无偏见的讨论时, 我向首席法官沃伦和法官马歇尔的诚实例证表示敬意。例如请看, *Florida v. Bostick*, 111 S. Ct. 2382, 2390 n. 1, 2394 n. 4 (1991) (马歇尔法官不同意); *United States v. Sokolow*, 490 U. S. 1, 12 (1989) (马歇尔法官不同意); *Terry v. Ohio*, 392 U. S. 1, 14-15 and n. 11 (1968) (沃伦首席法官)。在提示关于排除规则的巨大怀疑时, 我扩展了首席法官伦奎斯特和法官怀特、布莱克姆恩和奥康娜的主张。例如请看, *Immigration & Naturalization Serv. v. Lopez-Mendoza*, 468 U. S. 1032, 1040-50 (1984) (奥康娜法官); *United States v. Leon*, 468 U. S. 897, 905-13 (1984) (怀特法官); *New York v. Quarles*, 467 U. S. 649, 664-72 (1984) (奥康娜法官部分地赞同判决和部分地不同意); *California v. Minjares*, 443 U. S. 916, 916-28 (1979) (伦奎斯特法官不赞同否决中止诉讼); *United States v. Janis*, 428 U. S. 433, 433-60 (1976) (布莱克姆恩法官)。在强调对于系统的警察野蛮行为提供令状救济的需要时, 我赞同马歇尔法官和布莱克姆恩法官所表达的意见。例如请看, *City of Los Angeles v. Lyons*, 461 U. S. 95, 113-37 (1983) (马歇尔法官不同意); *Rizzov. Goode*, 423 U. S. 362, 381-87 (1976) (布莱克姆恩法官不同意)。在拥护反对任性官员的民事损害赔偿诉讼上, 我依靠于布伦南法官和哈兰法官的观点。例如请看, *Bivens v. Six Unknown Named Agents of Fed. Bureau of Narcotics*, 403 U. S. 388, 389-97 (1971) (布伦南法官); 同上, 页 398-411 (哈兰法官赞同判决)。在支持民事陪审团于决定合理性上的作用时, 我与首席法官伦奎斯特和法官斯卡列拥有共识。例如请看, *Acevedo*, 111 S. Ct. at 1992 (斯卡列法官赞同判决); *Minjares*, 443 U. S. at 926 (伦奎斯特法官不赞同否决中止诉讼); 也请看, *Antonin Scalia, The Rule of Law as a Law of Rules*, 56 U. Chi. L. Rev. 1175, 1180-86 (1989) (提供了一个类似的民事陪审团的讨论)。

利用，^{〔5〕} 人民最终必然会真正地领会和尊敬以我们的名义执行的宪法性权利。

我确实是：是赞扬第四修正案，而不是损害它。它是一个无价的宪法性遗产，但是我们没能很好地保持它。由于它曾经是——并且能够再一次成为——我们真正伟大的修正案之一，如果刷新的话，它将被视作一个美好的东西。

混乱：一个批评

第四修正案的用语真正意味着他们所说的，甚至推定他们对搜查和扣押没有要求令状。对于所有没有令状的搜查和扣押，他们没有要求可能的理由。他们没有要求——或甚至是引起——对证据、违禁品或被盗物品的排除。如果我们仔细地解读该修正案的用语和认真地对待他们，那么所有这些是相当明显的。

令状要求？

现代最高法院曾在无数次场合中声称，在第四修正案中有一个

〔5〕 我强调，我的批评与替代方式的箱子作为一个整体来提供。由于我相信，我的箱子具有内在分析上的完整性，对于使用我分析的一部分而忽视其他内容的做法，我将拒绝这种游击的或意识形态的拾取与选择的努力。例如，“保守派”在这章可能被试图用于进一步地摧毁排除规则，而忽视了建立民事救济的需要。但是这个“保守派”运动将失信于宪法的原文和历史。与我的箱子相比，它也将使人民“在人身、住宅、文件和财产上”较不受保护。这将对我的目的的曲解。对比而言，“自由主义者”可能被试图用来既加强民事救济也加强排除规则。但是任何支持或扩张排除规则的努力，也将背离该修正案的原文和历史。而且，它也将使人民的人身、住宅、文件和财产处于较不受保护的地位：第一奖赏针对人身和财产的犯罪；第二产生坏的法律，由于法官通过声称搜查是违宪的，而尽力持有物证，那将接着在先例中成为反对守法民事原告恢复的绊脚石；第三致使第四修正案在大部分美国人眼中是可鄙的。

令状要求。^{〔6〕}存在两种不同的令状要求主张——一种是严格的（本质上的）形式，坚持搜查和扣押总是要求令状；另一种是宽松的（改良的）形式，承认对于严格令状规则精心作出不同于常识性的例外的需要。

4

本质上的方法。第一种（本质上的）形式篡改了修正案，但其仍然声称坚持忠于原文。该修正案包括两项具体的指令——第一，所有的搜查和扣押必须是合理的；第二，授权不同搜查和扣押的令状必须受到限制（通过可能的理由，详细的描述，等等）。在这两项指令之间存在什么样的关系？这种本质上的方法推理如下：很明显，第一和第二项指令被一种暗含的第三项指令连接在一起，该第三项指令要求，除非遵循了一个令状，否则不能搜查或扣押。^{〔7〕}尽管没有用太多的语言表达这点，但是该修正案简单地推定，无令状的搜查和扣押自身是不合理的。执行官员确实不应当被允许以司法未授权的方式来侵扰公民。而正常的司法授权方式是令状。但为什么其他的令状条款存在呢？

单独地看，这种主张线路最初好像是合理的。但是当所有的证据进来的时候，我们将会看到它是完全错误的。通过注意本质上的篡改而开始，这仅仅是理解该修正案两项指令之间关系的几种可能的方式之一。例如，在这两者之间或许没有逻辑上的联系：第一项指令总括性地提到所有的搜查和扣押，而第二项表达了一个较狭窄的令状主旨。或者，这种解读在整体上是不充分的，而在一个更具有审美感的公式化陈述中也能得到同样的结果：不要求令状，但是确实得到签发的任何令状（如果没有可能的理由和详细的描述等）

〔6〕 例如请看，*Mincey v. Arizona*, 437 U. S. 385, 390 (1978); *Coolidge v. New Hampshire*, 403 U. S. 443, 454-55 (1971); *Johnson v. United States*, 333 U. S. 10, 14-15 (1948).

〔7〕 大部分令状要求的支持者们显然承认，在面对紧急或必需的情况时，暗示的命令应当产生——该支持者继续论证，甚至是明示的宪法性命令也应如此。

的支持，那么其自身是不合理的。就像我们将要看到的，这种解读与该修正案的具体用语最终会很贴切地相一致，与它的历史背景更好地协调，以及获得了更大量的常识。^{〔8〕}

如果一项令状要求被打算说明，但却没有清楚地说明——如果它没有说明也是完全可以的——那么，我们可能至少被期待发现一些早期的州的宪法，解释了留待推论的联邦第四修正案。然而，尽管许多州的语言特征类似于第四修正案，但是没有一个原文里存在令状要求。^{〔9〕}当然，可能主张说，这里的令状要求也是被一般地推定——没有说明也可以。但是在南北战争前的主要判例中，宾夕法尼亚州、新罕布什尔州和马萨诸塞州的宪法性规定，是联邦第四修正案的鼻祖，也在原文上最类似于第四修正案，但是这几个州的

〔8〕 然而，另一种可能的解读将推断说，遵循了一个可能的理由或特殊的描述来支持的令状。由此进行的搜查或扣押，以及其他的令状条款要求，在本质上是合理的。尽管我曾经同样地建议，请看，Akhil Reed Amar, *The Bill of Rights as a Constitution*, 100 Yale L. J. 1131, 1179-80 (1991)，但是我现在承认错误。该令状条款所展示的要求完全是一个最低要求，即使搜查或扣押将是不合理的，但原文中并没有说：这些要求无论何时被满足都必须签发令状，或者当这些要求被满足的时候可以签发令状。这个总括性的合理性命令适用于所有的搜查和扣押，在一些情况下，这个命令将具有独立的诱惑力，即使当令状条款要求被满足的时候也排除令状的签发。有关例子及其讨论，请看下面注 87 的原文。

〔9〕 下面是在各州宪法中第四修正案的前辈，按照制定时间的顺序是：Va. Const. of 1776（权利宣言）§ 10；Pa. Const. of 1776（权利宣言）art. X；Del. Const. of 1776（权利宣言）§ 17；Md. Const. of 1776（权利宣言）art. XXIII；N. C. Const. of 1776（权利宣言）art. XI；Vt. Const. of 1777，ch. 1，§ XI；Mass. Const. of 1780，pt. I，art. XIV；N. H. Const. of 1784，pt. I，art. XIX；Vt. Const. of 1786，ch. 1，§ XII。从 Pennsylvania，Vermont，Massachusetts 和 New Hampshire 等权利法案的语言来看，都是与联邦第四修正案最终语言预先最接近的。

最高法院轻易地驳回了在州的宪法规定中暗含了令状要求的请求。^[10] 这些判例与十九世纪许多其他州的意见相一致。^[11] 而令状要求的支持者们仍在寻求南北战争前的任何相反的判例。

令状要求的支持者们，在普通法的论述中，在从 1787 到 1789 年围绕宪法的争论中，或者在提出第四修正案的第一届国会中，甚至没有发现哪一个明确规定了“要求”的陈述。相反，当我们参考这些和其他资源时，我们却看到了许多不同意任何默示要求令状的例子。

无令状的逮捕。在普通法中，逮捕——对人身的扣押——在许多情况下没有令状也可能发生。创建时代的主要评论者们也这样说。^[12] 在 1792 年——第四修正案被批准之后的一年——第二届国会明确地授予了联邦执行官这种普通法上逮捕的权力。^[13] 现代最高法院在美国诉沃森（*United States v. Watson*）案件中，依赖于这个和其他广泛的历史证据，对于所谓的“令状要求”创设了一个

[10] 请看，*Jones v. Root*, 72 Mass. (6 Gray) 435, 436, 439 (1856)（支持对酒精的无令状扣押）；*Rohan v. Sawin*, 59 Mass. (5 Cush.) 281, 284-85 (1850)（赞成在全国或马萨诸塞州的宪法之下，对于逮捕不要求令状）；*Mayo v. Wilson*, 1 N. H. 53, 60 (1817)（声称新罕布什尔州与第四修正案相对应的规定，“似乎没有意向要求立法限制无令状的授权逮捕，而是保护反对治安签发的令状的滥用”）；*Wakely v. Hart*, 6 Binn. 316, 318 (Pa. 1814)（“并没有什么地方说，没有令状就不应当逮捕（也就是扣押）。如果这样说，将危及社会的安全。”）。

[11] 例如请看，*State v. Brown*, 5 Del. (5 Harr.) 505, 506-7 (Ct. Gen. Sess. 1853)；*Johnson v. State*, 30 Ga. 426, 429-32 (1860)；*Baltimore & O. R. R. Co. v. Cain*, 81 Md. 87, 100, 102-3 (1895)；*Reuck v. McGregor*, 32 N. J.L. 70, 74 (Sup. Ct. 1866)；*Holley v. Mix*, 3 Wend. 350, 353 (N. Y. Sup. Ct. 1829)；*Wade v. Chaffee*, 8 R. I. 224, 225 (1865)。来自最初十三个州的这些判例，在 *United States v. Watson*, 423 U. S. 411 (1976) 中全部被引用。请看同上，页 420。

[12] 请看，4 William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* 286-92 (1765)；2 Matthew Hale, *The History of the Pleas of the Crown* *85, 88-92 (Professional Books Ltd. 1987) (1736)；1 同上 587-88；2 William Hawkins, *A Treatise of the Pleas of the Crown* 74-86 (Professional Books Ltd. 1973) (1721)。

[13] 请看，Act of May 2, 1792, ch. 28, § 9, 1 Stat. 264, 265 (1795 年废除)。

“逮捕的例外”。^[14]但是，所有这些提出了一个明显的对于“要求”自身的逻辑问题。如果一项逮捕——可以想到的最具有侵扰性的一种扣押——没有要求令状，那么，为什么具有较小侵扰性的搜查和扣押却需要呢？^[15]

遵循逮捕的搜查。在泰尔福特·泰勒（Telford Taylor）教授关于第四修正案的突出研究中，他提醒我们，至少自从十七世纪以来，如果没有搜查令状，以及甚至当逮捕自身也是没有令状的时候，普通法承认对于被逮捕者及其周围直接环境进行搜查的广泛授权：

无论追击是否是穷追不舍，通过叫喊和哭泣，或者通过一个持有逮捕令状的全副武装的治安官，目标是一个重罪人和他曾使用过的武器或者他曾盗窃的物品。一个十七世纪治安官的工作作用，对于附随于逮捕的搜查权力，给予了广泛的描述……

在英国，直到十九世纪末期之前，无论在报道的判例中还是在法律文献中，都没有表明对于被逮捕者人身或者其被抓捕时所在的住宅进行搜查曾受到过什么异议。当该项权力被误解而争论时，——英国法院在这点上作出了较小的转变。在乔治三世时代，当卡姆登（Camden）和曼斯菲尔德（Mansfield）书写的时候，实践对于法官和律师

[14] 423 U. S. 411, 414-24 (1976).

[15] 鲍威尔（Powell）法官在政策的基础上也在历史的基础上，证明一个逮捕的例外是正当的：由于令状能够逐渐变得“陈旧（失去时效）”，所以不应要求逮捕令状。请看同上，页431-32（鲍威尔法官赞同）。但是搜查令状能够这样；因此，该双重标准的残余是不正当的。该政策主张的确是自食恶果，因为搜查令状作为一种分类，确认了一个物品被相信存放的地点，而不是已经实施犯罪的一个人，这要比逮捕令状更容易变得陈旧。