

“十二五”国家重点图书出版规划

法学译丛·公法系列

The New Constitutional Order



新宪法秩序

[美] 马克·图施耐特 (Mark Tushnet) 著

王书成 译

 中国人民大学出版社

014041151

D911.04
75

“十二五”国家重点图书出版规划

法学译丛·公法系列



新宪法秩序

[美] 马克·图施耐特 (Mark Tushnet) 著

王书成 译

D911.04/75



北航

C1729414

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

新宪法秩序/(美)图施耐特著;王书成译. —北京:中国人民大学出版社, 2014. 4

ISBN 978-7-300-19145-4

I. ①新… II. ①图…②王… III. ①宪法-研究 IV. ①D911.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 064148 号

The New Constitutional Order by Mark Tushnet

Copyright © 2003 by Princeton University Press

Simplified Chinese version © 2013 by China Renmin University Press

All Rights Reserved.

No Part of this book may be reproduced or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying, recording or by any information storage and retrieval system, without permission in writing from the Publisher.

“十二五”国家重点图书出版规划

法学译丛·公法系列

新宪法秩序

[美] 马克·图施耐特 (Mark Tushnet) 著

王书成 译

Xinxianfa Zhixu

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511770 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com>(人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京东君印刷有限公司

规 格 155mm×235mm 16 开本

版 次 2014 年 4 月第 1 版

印 张 21.5 插页 2

印 次 2014 年 4 月第 1 次印刷

字 数 301 000

定 价 62.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

序 言

虽然学术界有一种一般性的认识，即“与批判法学派相关联的那些分析方法已经过时了”，但我在此仍要表明的是：在我看来，本书的论点是我自在该领域开始研究宪法及其理论以来所持观点的一种延续。批判法学方法在过去和现在都有两种要素，这被彼得·加贝尔（Peter Gabel）描述为“对客观性（objectivity）和合理性（reasonableness）所持主张进行的一种批判”，这尤其体现在法律领域，但也不限于此。而且批判法学方法作为一种针对历史和当代社会的解释方法，尤其关注法律在社会中的发展及地位，当然也不限于此。

《红、白和蓝：美国法律的一种批判分析》（1988年）这本书所包含的两部分，都是沿着批判法学的这两个要素展开的。第一部分主张，当时为诸多论点所支持的宪法解释理论在过去——以及现在——都不能满足自由政治理论（liberal political theory）在宪法解释理论上的需求。第二部分则从描述社会学（descriptive sociology）的角度对当时宪法原则的一些内容进行分析，并将宪法原则（constitutional doctrine）与所谓“自由社会”中的社会组织的某些方面相联系。《把宪法带出法院》（1999年）一书则通过对宪政主义自身予以批判（尽管我的观点在某种程度上已有所改变，经过这十年的思考，再来看它们则要变得比以前愈加老练），由此沿用了《红、白和蓝：美国法律的一种批判分析》在第一部分所采用的策略。手头的这本书经过又一次的修改，而延续了第二部分所使用的策略。这次，我不再把具体的宪法原则与那些宽泛的社会结构（social structures）联结在一起，而是把宪法原则的结构与当前政治制度在实际运转中的某些方面联结起来。



自一开始，分析性方法与社会学描述方法之间的区别就是批判法学派讨论的内容之一。那些痴迷者把它当做一种“倾向”（tilt）问题。我的立场一直都是：任何分析性方法如果限制了宪法原则——更广义地说是法律原则——的结构或内容，都是不可行的，而只有社会学描述方法才可能把具体历史时刻中的一些倾向识别出来。这个问题在过去重要；在现在，可能也很重要，因为在有些人看来，那些被描述的地方已经暗示了某种程度的（社会）决定论（determinism），而这种决定论与分析性方法并非一致，更重要的是，这可能会在政治上带来一些弱化效果（debilitating effects）。不过，我过去和现在的观点都是：政治课本身不会存在不协调或者误导。对我而言，这本书中所采用的社会学描述方法意味着：那些带有政治观点的人（就像我自己也是）可以在两种法律主张之间游刃有余。其中一种主张可以支持——进而可推至极限——我在结论中所描述的改革主义者的各种计划，当然，该结论与当前宪法秩序的政治结构是相一致的。另一种主张——也并非与政治结构不一致——可能会提出一些提案，而这些提案在目前的政治情境中近乎是一种乌托邦，诸如废除司法审查这样的提案——这也是《把宪法带出法院》一书所得出的结论。

我在此要感谢布鲁斯·阿克曼、伊丽莎白·亚历山大、塞缪尔·巴根斯托斯、迈克尔·多尔夫、丹·厄恩斯特、威廉·埃斯克里奇、丹尼尔·法伯、海蒂·李·费尔德曼、罗伯特·弗格森、巴斯琴·弗兰科斯、弗雷德里克·马克·格迪克斯、马克·格拉伯、维基·杰克逊、桑福德·莱文森、约翰·曼宁、卡丽·梅克尔、麦德罗、杰拉尔德·纽曼、理查德·帕克、埃里克·波斯纳、马修·波特菲尔德、杰夫·罗森、路易斯·迈克尔·塞德曼、彼得·斯皮罗、彼得·斯特劳斯、凯斯·桑斯坦、丽贝卡·图什内特、卡洛斯·曼纽尔·巴斯克斯以及尤金·沃洛赫。感谢他们对该书部分内容的初稿所给予的评论。另外，在乔治城大学法律中心和哥伦比亚大学法学院组织的研讨会、哥伦比亚大学法学院公法午餐小组、埃默里大学法律理论研讨会、弗吉尼亚大学法学院比较宪法研讨会，以及芝加哥大学法律理论研讨会上，一些学者也对部分内容给予了很好的评论。尼森·马伯比、雷切

尔·利贝克·普利斯特和杰奎琳·夏皮罗在研究上提供了有益的帮助。该书的部分内容也曾以论文的形式刊发，分别是：《序言：新宪法秩序和消磨的宪法雄心》，《哈佛法律评论》第 113 卷第 29 页起（1999 年）；《后普林茨案世界中的全球化和联邦制》，《塔尔萨法律杂志》第 36 卷 11 页起（2000 年）；《最高法院的新联邦制是什么？》，《俄克拉何马城市大学法律评论》第 25 卷 927 页起（2000 年）；《琼斯先生和最高法院》，《绿袋》第 4 卷 173 页起（2001 年）；《新宪法秩序中的联邦制和国际人权》，《韦恩法律评论》第 47 卷 841 页起（2001 年）；《言论自由条款的过剩？》，《莱奥那大学芝加哥法律杂志》第 33 卷 71 页起（2001 年）。不过对那些在其他地方已发表的文章，我在内容上已经进行了重新组织和构思，有的地方甚至作了根本性的改动。

目 录

导论 宪法秩序之理念	1
第一章 新宪法秩序中的政治机构	12
总统权	14
分治政府中两极化的国会 (Polarized Congress)	19
关于媒体	27
对国家政策制定范围的影响	31
对总统行政 (Presidential Administration) 的影响	35
对弹劾所产生的影响	37
对州政府的影响	39
对个人权利的影响	42
对司法审查的影响	43
结论	44
第二章 新宪法秩序中的最高法院	66
现代法院与 20 世纪 20 年代的宪法原则	69
联邦制	70
州际贸易	72
规制那些享有自治主权的州	77
第十四条修正案的实施	82



第十一条修正案与各州自治主权的豁免	88
现代民族主义 (nationalism)	94
经济自由	96
合同条款	96
合同自由	97
征收条款	98
非授权原则 (The Nondelegation Doctrine)	106
新宪法秩序中的个人权利	108
种族	109
言论自由	111
种族因素以外的平等问题	114
宗教条款	116
宪法上存疑的法律	119
尚未开发的领域	126
附条件支出 (Conditional Spending)	127
先占 (preemption)	128
遵循先例	137
新宪法时代的最高法院和国会	140
为何法院是谦抑的	142
 第三章 新宪法秩序之外?	163
不同宪法秩序之间低迷的宪法抱负	164
一个短暂的统一政府?	168
中间派大法官 (median justice)?	170
总统领导的可能	176
结语	182
 第四章 新宪法秩序之法理	187
最高法院的角色忧虑及其消解	188
为法院角色的正当性辩护: 一个还不算充分的理由	190

宪法审慎 (constitutional seriousness):	
作为原则的替代	199
科学之隐喻	204
作为新秩序法理的极简主义	208
极简主义与司法权: 布什诉戈尔案的法理	219
 第五章 全球化和新宪法秩序	239
北美自由贸易协定 (NAFTA) 与缅甸法律	241
布雷德案、索林案和缅甸法律案	244
布雷德案和缔约权的内容限制	246
“反强占原则” (Anti-Commandeering Principle) 和 国际事务	251
缅甸法律和先占原则 (Preemption Doctrine)	256
国际协定在新宪法秩序中的政治特征	264
 结语 新宪法秩序中的规制	284
 参考文献	297
判例目录	314
索引	321
译后记	333

导论 宪法秩序之理念

比尔·克林顿（Bill Clinton）总统在1996年的国情咨文演说*中¹说：“大政府的时代已经结束了。”^[1]许多共和党人认为，克林顿总统冷嘲热讽般地缓和了共和党的那些政治话题，从而保护了他的总统职位，因为在之前1994年的选举中，克林顿的政府策略明显是被公众反对的。当时，共和党人是自1954年以来第一次在众议院和参议院中同时获得了多数席位。许多传统的民主党人认为，由富兰克林·罗斯福（Franklin Roosevelt）发起的“新政改革”（New Deal agenda）以及林登·约翰逊（Lyndon Johnson）实施的“大社会计划”（Great Society programs）发展出来的——且为民主党所秉持的——那些原则，已经被克林顿总统背叛了。

我们应该认真思考克林顿总统的这番言论。他的表述说明了他的——一种理解，那就是我所说的那种宪法新秩序已经得到了巩固。通过宪

* 国情咨文（State of the Union address）是每年总统在美国国会联席会议召开之前于美国国会大厦中的众议院发表的报告。这项报告不仅仅包括国情分析，总统还会在报告中向美国国会阐述他的立法议程以及国家优先事项。这个报告从1934年起，通常于1月份发表，如遇总统交接，则于2月份由新总统发表。——译者注



法秩序（或政体）这个概念，我想表明的是：某个时期会存在一套相当稳定的制度，而国家的重大决策都可以通过这种制度得以持续地作出，而且经由原则来指导这些决策。^[2]这些制度和原则会产生一种结构（structure），由此让一般的政治主张都置身其中。这也是为何我把它们称作是宪法的（constitutional），而不仅限于政治（political）。^[3]

由此，机构（institution）和原则（principle）构成了宪法秩序。在机构层面，宪法秩序并不限于最高法院这一个机构，也包括全国性政党组织、国会以及总统。实际上，就如我在第一和第二章中所主张的，如果不考虑可以主导其他联邦机构的制度性安排（institutional arrangement）这个语境，我们根本无法理解最高法院所阐释的那些宪法原则。对我而言，宪法秩序更像是小 c 开头的英国宪法（constitution），而不像我们所说的美国宪法（Constitution）这样一部文件。而且如同一些研究宪政的学者所发现的，研究英国宪法会更奏效，所以我认为，对于美国宪法秩序的研究，如果我们超越司法教义（judicial doctrine）以及成文宪法（written Constitution）这个层面，进而放眼那些相对稳定的政治安排以及指导性原则，那么，这样会更为奏效。

在 1944 年的国情咨文中，富兰克林·罗斯福（Franklin D. Roosevelt）对 20 世纪 30 年代到 80 年代宪法秩序中的指导性原则进行了界定，而我则把它称为“新政一大社会”（New Deal-Great Society）宪法秩序。罗斯福呼吁落实“第二权利法案”（Second Bill of Rights），其中包括“有权利丰衣足食及娱乐”，“有权利有病可医、居者有所居、接受良好教育”，以及“有权利在老龄、疾病、意外事故和失业时获得充足的经济保障”^[4]。当然，克林顿宣称大政府时代已经一去不复返了，但这并不意味着政府就可以消极怠工。应该说，新宪法秩序中的那些改革动议都是小规模。而罗斯福在“新政一大社会”宪法秩序中所表达的那些雄心，在新的秩序中也已被消磨了。

最常见的是，那些指导新宪法秩序的原则所达到的情形是：直接通过法律（Law）来追求正义的那种雄心，已经在根本上被消磨了。让个体责任与市场过程——而不是国家的立法——来确认并努力推进

正义，这已成为实现雄心的手段。与过去新政一大社会政体的情形相比，法律（包括宪法）虽然并没有消失，但它们在新宪法秩序中所直接扮演的角色比以前要弱化许多。法律与宪法原则设立了很多条件，由此可以让个人和组织努力去追求他们的自身目标——包括一些人可以由此来追求正义。当然，法律和宪法原则也搭建了一个架构，由此让这些努力都可以置身其中来展开。换句话说，新秩序下的正义图景（vision of justice）是：政府只为个人搭建一个架构，从而可以让他们置身其中来追求自身的正义。

当然，宪法秩序也会逐渐被修建，乃至转型：但在任何时候，我们都能于其中发现一套枢纽式的制度与原则，其中有一些来自先前的政体，也有一些可能是从那些对之后政体有激励的制度和原则中引申而来的。^[5]如同我在第一章里所提出的，当前的宪法秩序最初成形于1980年罗纳德·里根（Ronald Reagan）的选举之中，接着在1994年的选举中，它在内容上更为确定，然后在克林顿任职的最后几年，又得到了加固。这种政体修建与转型的逐渐过程，很难被描述为“某一种”宪法秩序，因为总存在一些需要考虑的特征——这些特征有的是过去留下来的，有的是未来可预期出现的，因此并非只是考虑当下政体的某个核心特征（central feature）。诚然，我对这些核心特征的描述可能并没有达到其本来应有的面貌，当然，如果总认为我的观点只是一种尝试（tentative），那么可能会对内容的理解有所影响。

在本书中，我比较了新宪法秩序和“新政一大社会”宪法秩序。从我的目的来说，没有必要再从美国宪法史中去挖掘其他类型的宪法秩序，但就此而言，似乎要把我所使用的方法与宪法学中其他两种紧密相关的方法予以妥当地区别开。^[6]法学教授布鲁斯·阿克曼把宪法的历史描述成：长期维系的日常政治（normal politics）之后发生的一系列宪法时刻（constitutional moments）。^[7]阿克曼的日常政治时期大致可对应我所说的宪法秩序，而他所说的宪法时刻也许就是新宪法秩序出现的时刻。

根据阿克曼的观点，法学教授杰克·巴尔金（Jack M. Balkin）



和桑福德·列文森 (Sanford Levinson) 也对宪法秩序中的“革命性转变”有相关论述。^[8]在强调这些转变可以——而且一般来说也是——逐渐发生的时候，他们并不赞成阿克曼。他们间接地批评了阿克曼所使用的某一时刻 (a moment) 这个隐喻——该隐喻以此是要表明宪法秩序的形成是迅速的 (quickly)。至少就新宪法秩序而言，这具有误导性。^[9]对于巴尔金和列文森来说，宪法变革要通过他们所说的“政党巩固” (partisan entrenchment) 过程来发生，其中某一政党通过主导性的意识形态——有时是迅速、但时常是逐渐地——来获得对三个政府权力部门的控制。巴尔金和列文森以布什诉戈尔案 (*Bush v. Gore*) 为背景来架构他们的力作。他们把该案中乔治·布什 (George W. Bush) 就任总统看作政党巩固过程中又一个得力的棋子。通过这个案件，最高法院那些保守派法官逐步采取了一些措施，以确保下一位被任命的法官能进一步巩固共和党对法院的控制效果，从而完成政党巩固的任务——政党巩固是宪法变革的一个重要组成要素。^[10]

我并不同意阿克曼的说法，反而赞成巴尔金和列文森的观点，也就是宪法政体是在长期的过程中逐渐形成的，而不是通过某一些突发时刻 (convulsive moments) 完成的。比如，从第二章中讨论的一些最高法院判决，可以看出 20 世纪 80 年代后期“新政—大社会”宪法秩序的衰亡，且可以看出一些在 20 世纪 90 年代广为人知的原则其实是来源于 20 世纪 70 年代。不过，巴尔金和列文森强调政党巩固，意味着他们不可能考虑到一种情形，即宪法政体也可能是一个在意识形态上持续分治的政府 (divided government)——我在书中对此进行了探讨。而意识形态分治的政府各自用他们自身的指导原则来制定政策。对巴尔金和列文森来说，布什诉戈尔案已经把我们放到了宪法变革的边缘。不过与此相反，我倒认为我们已经向新宪法秩序转型了。

我与阿克曼在方法上的另一个区别是：阿克曼强调对宪法时刻的识别，因为他想提出一种“规范宪法理论” (normative constitutional theory)，由此可以来解释他所说的宪法上的时际困难 (intertemporal difficulty)^[11]，并就“人民在多年前所做的决定为何还可以在当下约

束人民在行为上的选择”这个问题作出解释。阿克曼认为，在宪法时刻期间所作出决定的规范权重（normative weight）比在日常政治状态下的要大，由此便解决了时际困难。^[12]这是因为：与日常政治时期相比，宪法时刻期间所产生的政治结果是能够吸引公众更为关注那些“宪法要义”的（constitutional fundamentals）。日常生活状态下的那些关注让许多人远离了政治审议（political deliberation）以及允诺，当然，这也可以理解，而且也是合适的，从而也只会很狭小的范围内关注一些利益群体，并以此来影响政策的发展。当然，这些日常状态比宪法时刻要多很多。

阿克曼的这些规范考虑使得他要去构建一些形式标准，而且在他看来，只有达到这些标准之后，我们才可以说某个宪法时刻发生了：因为对宪法忠诚的那些义务产生于宪法时刻，所以人民要弄清楚究竟在哪些具体的场合下会出现这些义务。与阿克曼相比，我很少关注时际困难方面的规范难题。^[13]基于此，我认为没有必要通过去满足一些特殊的形式标准，从而来证明新宪法秩序是否已经产生了。^[14]比如，并不存在某个特定的关键性选举。^[15]虽然阿克曼对我们宪法秩序所进行的思考已经影响了我的方法，但我相信，阿克曼这种来源于规范性关注的形式主义，会让我们看不清当下的宪法秩序究竟是什么。

阿克曼的形式标准确实也有一个很大的优势：它们可以让我们知道一个宪法秩序何时代替了另一个。然而，我的方法没有阿克曼那样来得爽快。我不依靠任何形式标准，当然，我也会对“哪种制度安排和指导原则可足以稳定地成为宪法秩序的一部分”这个问题作出相应的判断，不过其他人对此可能已经做好争辩的准备了。在第一章和第二章中，我尽力去为我的这些判断进行辩护。第三章则向大家展现那些挑战我的这些判断的情形，当然，这不可避免地会影响我所做判断的说服力。但是最后，我仍然认为我的判断是靠得住的，至少，我希望大家能够认识到我分析过程中那些最有价值的地方。

由于阿克曼关注时际困难，这也使我与他在方法上有另一个不同之处。时际困难和那些指导宪法秩序的原则在司法适用（judicial enforcement）方面是紧密相连的：在某种程度上，这个困难是我们担



心自己受制于那些多年前所做的决定，并且让法院来发布具有法定约束力的指令。与阿克曼、巴尔金或列文森相比，我在政体原则上所使用的方法在某种程度上不再只以法院为中心。与他们不同的是，我相信宪法原则可以——并且正是——通过连贯性宪政体制中的法律（statutes）得以呈现出来。对于“新政”宪法秩序来说，社会保障制度以及罗斯福所提出的“第二权利法案”与最高法院的判决一样，都具有重要性。对于“大社会”宪法秩序来说，最高法院的判决其实没有办法与1964年的民权法案、1965年的选举权法案以及那些政体指导原则（regime's guiding principles）下的医疗保障计划相匹配。当然，宪法秩序中的那些指导原则也会影响一些司法判决，但是，如果我们把注意力仅仅局限在法院，那么对于“我们的制度是如何运作的”这个命题，我们就会在认识上有所偏差。

第一章探讨了国会和总统在制度上的安排，同时也简要地讨论州政府（state government）的进展问题。现代宪法秩序最重要的特征是政府在意识形态上的分治，这给联邦政府在行为选择上施加了很多严格的限制。对此，我探讨了为何会出现分治政府，以及它是如何影响总统与国会之间关系的，并且它是如何影响了国会内部那些组织的。在此，我主要运用了政治科学家的那些研究成果。其中对我的研究有些不利的是：政治科学家在探讨或解释联邦政治机构的发展时常常会出现观点上的纷争。对于这些纷争，我承认是客观存在的，不过，我会选择使用那些对我来说最具启发性的政治分析。

第二章对最高法院在过去几十年里所做的一些重要判决进行了探讨。从第一章中所分析的那些理由来看，最高法院在新宪法秩序中时常扮演着一种“重要指示器”的角色。它废弃了“新政—大社会”宪法秩序，发展了新秩序下的那些宪法原则，并在制度上作相应的安排，从而最终可以为这些原则提供一个更为宽广的制度环境。但在在我看来，目前的最高法院很好地契合了这种新秩序，进而不可能挑动一场实质性的宪法变革甚而将宪法秩序推至另一块新的领地。

第一章和第二章采用修辞式手法宣称现在是新宪法秩序。在第三章中，我对那些挑战“我们处在新宪法秩序之中”这个观点的诸多说

法进行了分析。或许，我们还处于某一过渡期，从而在这一时期之后——比如通过为巴尔金和列文森所担心的最高法院法官之任命，或者经由总统的领导来创造一种在意识形态上统一的政府，我们才可以进入新宪法秩序。或许也有可能，我所说的新宪法秩序只是对美国政治发展的一般性概括：我们偶尔会迎来一些突发时刻，即阿克曼所说的“宪法时刻”，之后再经历一段漂流期——由此便不可避免地会把那些让早期美国人备受鼓舞的宪法雄心消磨掉。当然也有可能，我所说的新宪法秩序只是普通的宪法秩序而已。对于上面所提出的这些问题，我的立场其实很简单：它们都只是有可能正确而已，但是对“我们目前的情形是很稳定的，而且特色鲜明，因此可称为新宪法秩序”这个可能性命题，如果对之进行相应的思索，这会让我们更清楚地理解对当下所进行的那些思考。可以说在某种程度上，第一章和第二章应该以“我们有可能处于新宪法秩序之中”这样的语句来装饰。但是基于修辞的目的，我决定把这些限定降至最低限度，尽管与我实际上所说的言辞相比，这些限定可能更为准确地反映了我的立场。

第四章对近来宪法学的一些最新发展进行了探讨，尤其是凯斯·孙斯坦（Cass Sunstein）的相关研究成果，进而认为，这些研究表明了它与宪法秩序在宪法法理（constitutional jurisprudence）上是相一致的——这也有可能是为新宪法秩序准备的。在第五章，我在既有原则的轮廓之外进一步探讨如何让本国的新宪法秩序（the new domestic constitutional order）去适应新的国际环境——用时髦的话来说，就是适应全球化。我所关注的是推进普遍人权过程中的那些国际利益，以及这些国际利益给联邦制下的国内法可能带来的间接影响，因为在新秩序下，联邦制已成为宪法原则发展上的焦点问题。在最后简短的结论中，我也提到了规制理论中那些颇为有趣的新近发展，这也可能会给新宪法秩序中那些温和的进步改良主义者（progressive reformist）提供一种依据。

最后，我提到了第二个困难——“我使用了政治科学的素材，并将其运用到与该书有关的那些一般性问题上”，并得出了我的结论。在2000年大选之前，当时政治科学家很自信地提出了一些模型，而



在很大程度上预测副总统戈尔会胜出。这些模型是通过一些理论预测得出的，但这近乎又要取决于选民对经济条件、对前任总统政绩表现的评价以及对类似情形的反应究竟如何，而并不是完全取决于候选人的个人特征或者他们采用了哪种竞选方式。当然，这些模型最后都尴尬地失败了：他们都成功预测到副总统会在两党中获得多数选票，但是，他们并没有预测到最后的选举结果会如此地接近，因此，这一丁点儿的成功便也黯然失色了。^[16]其中的原因在于，政治科学范式中的“科学”无法把人的意念——比如那些竞选决定、选民对特定人格和事件的反应——以及那些偶然性机遇也考虑进来。但我们知道，这种意念和机遇在日常政治中扮演着重要的角色。充其量，我能够描述出来的是胜利的大方向，但是随时都有可能被不可预见的事件或人为决定改变了。

我在具体分析中对其中的结构也有所阐释。人们一般是基于自己的偏好、信念和价值在这些结构中作出决定。这些结构给人们带来了激励和机遇，但是，政治人物也许会抵制这种激励，或者无法抓住这些机遇。^[17]分治政府在其中扮演着重要的角色，但是对于“是去抵制还是去重建一个新政体——比如去支持第三个政党，或者改变他们的偏好以此在某种程度上形成一个具有统一意识形态的政府”，选民们有可能只是简单地抛出他们的决定而已。

法学教授杰克·巴尔金的知识结构是在“新政—大社会”宪法秩序时期形成的。他通过最高法院判决的布什诉戈尔案，对这些事宜给予了间接的评论，其中指出：“在过去大约五年里，我对‘法院意欲推进它的保守性计划’这个说法在认识上一直是错误的。而且一直都是这样……我对此进行了自我反思：‘他们不可能那样做。那样会让人觉得不可思议。’但每一次，我的认识都被证明是错误的。”^[18]从某种意义上来说，巴尔金的第一印象是对的：当法院完全背离新政—大社会秩序下的那些宪法原则时，这确实会让人觉得最高法院的角色定位简直是疯掉了。一些年轻学者——尤其是那些认同联邦制的学者——更能理解最高法院角色定位的何去何从。而问题的关键在于：最高法院的角色定位是否已经偏离了现代宪法秩序给它所设定的界