



刑事正当程序的功能研究

刘 磊 著

非
外
借

2012年国家社会科学基金资助项目

刑事正当程序的 功能研究

刘 磊 著

图书在版编目(CIP)数据

刑事正当程序的功能研究 / 刘磊著. -- 北京 : 法律出版社, 2018

ISBN 978-7-5197-2708-6

I. ①刑… II. ①刘… III. ①刑事诉讼—诉讼程序—研究—中国 IV. ①D925.218.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第215667号

刑事正当程序的功能研究

XINGSHI ZHENGDANG CHENGXU DE
GONGNENG YANJIU

刘磊著

策划编辑 高山

责任编辑 高山 邓颖君

装帧设计 鲁娟

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京虎彩文化传播有限公司

责任校对 李景美

责任印制 陶松

编辑统筹 学术·对外出版分社

开本 A5

印张 9

字数 211千

版本 2018年10月第1版

印次 2018年10月第1次印刷

法律出版社 / 北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

网址 / www.lawpress.com.cn

投稿邮箱 / info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱 / jbwq@lawpress.com.cn



中国法律图书有限公司 / 北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服 / 400-660-6393

第一法律书店 / 010-63939781/9782 西安分公司 / 029-85330678 重庆分公司 / 023-67453036

上海分公司 / 021-62071639/1636 深圳分公司 / 0755-83072995

书号: ISBN 978-7-5197-2708-6

定价: 55.00元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

引 言 / 001

第一章 正当程序条款在当代刑事诉讼革命 历史中的地位与功能 / 004

第一节 当代刑事正当程序革命的发展历程、 反思与启示 / 004

一、当代刑事诉讼正当程序原则发展的基本 历程 / 005

二、美国刑事诉讼正当程序革命的价值与反思 / 017

三、正当程序革命对中国刑事诉讼改革的启示 / 024

第二节 从沉默权的发展来洞察刑事正当程序的 价值 / 031

一、侦查讯问的正当程序革命历程 / 033

二、米兰达规则确立之后侦查讯问规则的演变 / 040

三、从米兰达权利历史透视英美判例法中的司法 智慧:立足当下、就事论事 / 049

四、米兰达权利的中国化 / 056

第二章 程序制裁功能与非法证据排除规则的发展 / 060

第一节 非法证据排除规则的学术研究现状与运行效果 / 061

一、国内已有学术研究的主要理路与反思 / 062

二、中国法院“弱排除模式”的现状与成因 / 072

第二节 美国非法证据排除规则的经验、反思与借鉴 / 076

一、正当程序革命之前的基本状况：“一次一案”机制下的“弱排除模式” / 076

二、20世纪60年代后美国联邦最高法院对“弱排除模式”的修正 / 081

三、美国证据排除规则部分失败的结局与反思 / 086

第三节 中国非法证据排除规则的完善方向 / 089

一、如何在“弱排除模式”背景下温和、渐进地扩张排除的范围 / 089

二、重新思考其他“替代性吓阻措施”的价值 / 094

第三章 正当程序原则的“出罪”功能 / 099

第一节 依据正当程序原则审查“警察圈套”的标准演变 / 100

一、美国联邦法院审查“警察圈套”的相关判例与审查标准争议 / 101

二、主观说与客观说均不足以保护被引诱人的正当利益 / 105

三、美国“警察圈套抗辩”规则的实践困境与发展动向 / 107

第二节 法经济学思维对确立“警察圈套”审查标准的价值 / 112

一、运用经济学思维分析“警察圈套”的可行性 / 113

二、经济思维与正当程序原理的结合 / 119

第三节 “警察圈套”行为的法律效果 / 123

一、“警察圈套”实体法上的法律后果 / 124

二、“警察圈套”的证明规则 / 128

第四章 正当程序的冤案救济功能 / 132

第一节 司法“潜规则”对正当程序原则的挑战 / 133

一、司法“潜规则”与刑事冤案的成因关系分析 / 133

二、司法“潜规则”影响下的冤案救济程序 / 143

三、抑制司法“潜规则”的负面作用降低冤案率 / 149

第二节 冤案分布、外因及纠正程序研究 / 154

一、刑事冤案的结构分布与司法体制外的成因分析 / 155

二、冤案外部成因及洗冤机制实效的反思 / 166

三、正当程序原则的救济功能 / 173

第五章 正当程序原则与“认罪认罚从宽”制度 / 184

第一节 “认罪契约”的价值与风险代价 / 184

一、认罪认罚从宽制度的基本价值 / 185

二、认罪契约与刑罚交易的风险代价 / 189

第二节 交易公平的基本要件——认罪认罚从宽制度的经济学分析 / 193

一、认罪程序中的价格垄断与价格歧视 / 194

二、价格弹性与需求弹性 / 194

三、交易成本与信息费用 / 195

四、检察官办案的“边际成本”问题 / 195

第三节 美国辩诉交易制度的教训与反思 / 198

一、美国辩诉交易泛滥的主要原因 / 198

二、美国辩诉交易泛滥的教训 / 201

第四节 中国试行“认罪认罚从宽”制度应当注意的问题 / 204

一、中国法院“案多人少”问题的真伪 / 205

二、预先筛选出冤案 / 206

三、应当严格审查牺牲程序权利换取量刑 / 207

四、共同被告案件的处理方法 / 207

五、限制认罪从宽程序的适用范围与地域 / 208

第六章 实质正当程序思维对当代刑法解释学的功能 / 210

第一节 正当程序思维对刑法解释学的意义 / 211

一、解释刑法条文应当恪守的基本规则 / 211

二、程序法“疑罪有利被告”思维对刑法解释学的价值 / 224

三、刑事领域内进行“法的续造”的基本程序规则与方法 / 237

第二节 证据规则与程序法思维在刑法解释学中的具体运用 / 249

一、抽象危险犯应允许反证——以事后血检结果直接认定醉酒驾车之质疑 / 251

二、醉酒的科学原理与认定醉酒的科学方法——现行醉酒证明方法的反思 / 258

三、推定醉酒状态应当遵循正当程序原理 / 265

主要参考文献 / 272

后 记 / 279

引 言

现代法治变迁的历史,很大程度上也可以说是程序法产生、发展与演变的历史。缺少正当法律程序,公民的基本权利很难受到保障。从中国古代法制史观察,虽可搜寻到很多程序的律令,但毕竟“重实体、轻程序”的传统思维由来已久,程序法治的精神一直未能深入中国传统文化的骨髓中去。《囚律》《唐律》《大清刑律》等法典中均有刑事诉讼程序的规定,但传统刑事程序往往是以将君王的统治合法化为目的,偏重上下有序的等级秩序,缺乏的是对人民横向权利的尊重以及各利益主体之间行之有效的对话沟通机制。程序理性并不否认实体价值的存在,而是主张通过形式正当程序与实质正当程序保障诉讼主体的正当权益,在结果之前先强调诉讼过程的正义。

英国有古谚云:“没有救济就没有权利。”研究美国程序法对实体法的影响历史之后,日本学者谷口安平认为:“程序法是实体法之母。”美国法学家博登海默也认为:“一个法律制度,如果没有可强制

实施的惩罚与救济手段,就会被证明无力限制非合作的、反社会的、犯罪的因素,从而就不能实现法律在社会中维持秩序与正义的基本职能。”^①人类社会从原始蒙昧逐步走向现代文明、民主、法治的历史,在一定意义上也体现为刑事被告人从诉讼客体逐渐具有诉讼主体性的演进过程,体现为通过正当程序约束违法侦查的过程。法律的正当程序(Due Process of Law)理念,其实反映了人类社会跨文化的基本精神需求和物质需求以及人类社会共同的文明成果,体现了现代刑事诉讼规律的客观要求,为各国刑事诉讼制度的完善和发展提供了可资借鉴的价值标准。

正当程序原则起源于英国,最早于1215年《自由宪章》所蕴含。后于1868年出现在美国宪法第十四修正案上,即“未经正当法律程序,不得剥夺任何人的生命、自由或财产;在州管辖范围内,也不得拒绝给予任何人以平等法律保护”。^②美国立宪的一个重要目的就是保障公民的自由权利不受政府的随意侵犯。从这个意义上说,宪政也可以理解为限制政府权力的滥用与保障公民的权利。而公民最基本的公民权利,莫过于生命权、自由权和财产权。美国宪法的第五修正案和第十四修正案都明确规定:“未经适当法律程序,不得剥夺任何人的生命、自由或财产。”美国宪法第四修正案至第八修正案规定了一系列法律程序,加上联邦最高法院的司法解释,从而形成了一套适当法律程序。例如,公民在刑事案件中不得被迫自证其罪。(第五修正案)刑事案件中,被告有权得到“公正陪审团予以迅速和公开的审判”“获知控告的性质和原因;同原告证人对质;以强制程序取得有利于

^① [美]博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2001年版,第344页。

^② 原文为:“...nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; Nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.” U. S. Constitution Amendment XIV (1868)。

自己的证据；并取得律师帮助为其辩护”。此外，美国宪法第1条还确保公民的人身保护令状不得被随意剥夺。所谓人身保护令状，即在一个法庭上质疑对其拘捕合法性的权利。正当程序，具体又可分为形式正当程序与实质正当程序两种，前者注重司法过程的程序正义，后者注重权利取得的正当法律程序。正当法律程序的理念与条款对当代刑事诉讼法的影响很大，我们现在耳熟能详的沉默权、律师会见权、指定免费律师辩护、申请非法证据排除权等诸多刑事诉讼基本权利均与正当程序的发展演变密切相关。研究刑事正当程序的产生、起源、发展与基本功能，对于转型中的中国刑事诉讼法发展，可能具有一定的积极意义。

总体而言，刑事正当程序的功能至少包括以下五种：一是法院根据正当程序条款对违法侦查行为的司法审查功能；二是对违法侦查的程序性制裁功能；三是为被告人提供防御与救济程序的功能；四是严重违法侦查行为程序出罪的功能；五是实质正当程序促使实体法解释学走向人权保护与证据意识的功能。本书力图从当代程序法的五个主要功能展开研究，希望能为中国学术界与实务界提供一定的参考价值。

第一章 正当程序条款在当代 刑事诉讼革命历史中的 地位与功能

我国 2012 年《刑事诉讼法》修改受到域外法治经验的影响,例如“尊重与保护人权”“非法证据排除”“不得强迫自证其罪”“排除合理怀疑”等均已明确写入我国刑事诉讼法典,沃伦法院的人权理念与判例对我国刑事诉讼法学术界亦有一定影响力。对于仍处于变革转型期的中国刑事司法而言,有必要洞察美国刑事诉讼革命的得失成败,以此来为中国司法改革的法治化转型提供参鉴。

第一节 当代刑事正当程序革命的 发展历程、反思与启示

在大多数刑事诉讼法教科书中,沃伦法院(1953~1969年)的宪法判例一直被视为“权利革命”

的典范。然而,其真实的历史面目与成因却相较复杂。^① 在 20 世纪 60 年代前后,以首席法官厄尔·沃伦(Earl Warren)为代表的共和党法官们不仅扩充了美国联邦宪法条款中的人权保护内涵,亦加速了美国联邦与各州刑事司法的法治化历程。如果仅从其宪法判例结果的世界影响力分析,沃伦法院刑事程序判例的全球影响力无疑最为深远。第二次世界大战后,美国刑事诉讼法之所以很快成为其他国家效仿的蓝本而进行法律移植,一方面是由于美国政治、经济、文化的国际影响力所致,另一方面则是缘于沃伦法院刑事程序判例体现的个案正义与人权思维。^②但是,沃伦法院时期的宪法判例虽宣示了被告人的沉默权、律师权、申请排除违法证据等权利,因共和党法官的司法哲学立场上的局限性,却也造成长期的学理争议与实践困境。

一、当代刑事诉讼正当程序原则发展的基本历程

早在 2012 年我国《刑事诉讼法》修改前,我国刑事诉讼法学术界倾向于视沃伦法院为“权利革命”的典范,认为“反多数困境”下沃伦

^① 厄尔·沃伦任职于美国最高法院之前,毕业于加州大学柏克利分校法学院,有长达 22 年的法律职业经历,先后做过律师与加州检察总长。1942 年曾以共和党候选人竞选加州州长并且成功连任三届州长。1953 年,受当时的总统艾森豪威尔提名,沃伦辞去州长后接任联邦最高法院法官一职直至 1969 年退休,任职期间与其他自由派法官积极推动各州刑事司法的正当程序变革。就美国刑事司法的变革而言,沃伦法院时期以美国积极扩张宪法人权保护条款而著称,美国刑事程序经历了最为动荡却也变革最深的转型时期。See Yale Kamisar, "How Earl Warren's Twenty-Two Years in Law Enforcement Affected His Work as Chief Justice", *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 3(2005), pp. 11-12.

^② 在沃伦法院作出“马普诉俄亥俄”“吉迪恩诉温瑞特”“米兰达诉亚利桑那”等宪法判例后,美国刑事司法上的权利革命进入转型变革期。在沃伦法院以前,美国刑事司法中警察刑讯逼供、私闯民宅、非法窃听等现象常有发生,法院有时则沦为警察暴力的“橡皮图章”(审查时往往例行公事),正如美国学者评价:“沃伦法院之前,当宪法与刑事程序遭遇,如同泰坦尼克号撞击到冰山”(意思是宪法中的基本权利条款,在刑事诉讼法领域并没有付诸实施,似乎只是空洞权利)。See Lawrence M. Friedman, *Crime and Punishment in American History* (New York: Basic Books, 1993), p. 295.

法院奉行“司法能动主义”积极推进刑事司法的正当程序化与人权保护。^①在美国刑事诉讼学术传统上,相当多的学者将厄尔·沃伦担任首席法官的美国联邦最高法院视为共和党自由派法院(其实是联邦主义的保守派),认定沃伦法院判例引发了第二次世界大战以后美国刑事诉讼法的革命。^②不过,如果对沃伦法院的真实历史进程与法律思维进行剖析,沃伦法院却并非反多数困境的英雄。相反,沃伦法院代表的共和党联邦主义政治立场与公共安全维系才是其推进刑事诉讼法治化的真正原因,扩张解释刑事被告人的基本权利并非沃伦法院的主要目标,沃伦法院更倾向于强调公共安全与个人自由间的平衡。

(一)美国联邦最高法院将联邦《权利法案》逐渐适用于各州的过程

1791年,美国国会通过《权利法案》,其中第四修正案明确规定:“公民的人身、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。”^③但由于美国系典型的联邦制国家,《权利法案》最初只能约束联邦政府而并不直接约束各州,直至1868年第十四修正案被适用于各州后,情况才开始有所转变,《权利法案》的人权保护条款才对各州逐渐产生法律

① 刘慧英、任东来:《能动还是克制:一场尚无结果的美国司法辩论》,载《美国研究》2005年第4期;王兆鹏:《美国刑事诉讼法》,台北,元照出版公司2007年版,第2~3页;陈瑞华:《比较刑事诉讼》,中国人民大学出版社2010年版,第30~39页。

② Mark Tushnet, “Observations on the New Revolution in Constitutional Criminal Procedure”, *Georgetown Law Review*, Vol. 94 (2006), pp. 1627-1628; William J. Stuntz, “The Uneasy Relationship Between Criminal Procedure and Criminal Justice”, *YALE L. J.*, Vol. 107 (1997), pp. 1-54.

③ “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.” See U. S. Amendment IV.

效力。^①除第十四修正案外,其他修正案是否能够直接适用于各州,这直接影响联邦法院刑事诉讼判例对各州的法律效力。在美国宪法史上,“选择性合并”(Selective Incorporation)仍是处理宪法修正案对各州法律效力的基本原则。根据“选择性合并”原则,除第十四修正案“正当法律条款”之外,《权利法案》规定的陪审团审判权利、禁止不合理的搜查与扣押、被告律师权、禁止双重追诉、与证人对质权等诸项权利,由各州自主决定是否采用,联邦法院判例不直接适用于各州。从《权利法案》生效直至第二次世界大战前的一个半世纪间,其对各州实际的法律效力与影响力均相当有限,多数的民权保护条款仍处于睡眠状态。^②但是,随着美国联邦最高法院司法审查权力的形成与演进,《权利法案》中的重要民权条款经过联邦最高法院判决,多数内容被陆续合并于第四修正案的“正当法律程序”条款,最终适用于各州。例如,在1966年“吉迪恩诉温瑞特”案中,《权利法案》第6款中的聘请律师权被美国联邦最高法院根据第十四修正案进行扩张解释,贫穷被告人免费获得律师辩护权利适用于所有各州,但剥夺律师权讯问是否排除供述证据由仍然由各州决定,因为申请“非法证据排除”权利并非“正当法律程序”条款的当然内容,由各州法院自主决定是否适用。^③

虽然在“前沃伦法院时代”,美国联邦最高法院已经通过宪法判

^① Wayne R. LaFare, Jerold H. Israel & Nancy J. King, *Criminal Procedure (Fourth Edition)*, West Thomson(2004), pp. 58 - 63; Donald A. Dripps, “The Fourteenth Amendment, the Bill of Rights, and the (First) Criminal Procedure Revolution”, *Journal of Contemporary Legal Issues*, Vol. 18(2009), p. 477.

^② See Robert L. Clinton, “Substantive Due Process, Selective Incorporation, and the Late-Nineteenth Century Overthrow of John Marshall’s Constitutional Jurisprudence”, *Journal of Law & Politics*, Vol. V(1989), pp. 524 - 525.

^③ Jerold H. Israel, “Selective Incorporation Revisited”, *Georgetown Law Journal*, Vol. 71(1982), p. 294.

例扩充刑事被告的一些权利,例如“威克斯诉美国”^①“鲍威尔诉阿拉巴马”^②“沃尔夫诉科罗拉多”^③等案件中美国联邦最高法院赋予刑事被告人申请非法证据排除违法物证、死刑案件强制指定辩护律师、禁止刑讯证据成为判决基础等权利。^④但联邦法院判例原则上不直接适用于各州,而联邦刑事案件的比例在全部案件中低于10%,在各州刑事司法程序中,州各级法院消极审查沦为警察违法行为“橡皮图章”的情况并不鲜见。在各州的刑事司法过程中,不仅侦查机关在拘捕、讯问、搜查程序中通过暴力或暴力威胁获取的证据最终均作为有罪判决的依据,侦查机关在犯罪侦查中迫害民权的情形亦时有发生。在20世纪60年代之前,“刑事诉讼”只是指法院的审理程序,逮捕之前的侦查程序则被视为警察收集证据的程序,游离于正式的司法程序之外,律师与法官通常不予关注。^⑤

(二) 刑事正当程序判例的发展与演变

如前所述,在沃伦任职美国联邦最高法院之前,只有宪法第十四修正案才能直接适用于各州。但宪法第十四修正案“正当法律程序”条款毕竟较为抽象,“不经正当法律程序,不得剥夺任何人的生命、自由或财产;在州管辖范围内,也不得拒绝给予任何人以平等法律保护”的具体内涵需要个案正义的印证与推演。^⑥虽然宪法第四、五、六、八修正案分别规定了“人身、住宅、文件、财产不合理的搜查与扣

① Weeks v. United States, 232 U. S. 383 (1914).

② Powell v. Alabama, 287 U. S. 45 (1932).

③ Wolf v. Colorado, 338 U. S. 25 (1949).

④ Michal R. Belknap, *The Supreme Court and Criminal Procedure; The Warren Court Revolution*, CQ Press (Washington D. C.; 2010), pp. 2 - 4.

⑤ See Craig M. Bradley, *The Failure of the Criminal Procedure Revolution*, University of Pennsylvania Press (Philadelphia; 1993), p. 6.

⑥ “...nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.” U. S. Constitution Amendment XIV (1868).

押”“大陪审团起诉、不自证其罪、禁止双重追诉”“迅速审判、对质权与律师权”“公正陪审团”、禁止“超额保释金”与“异常残酷非同寻常的刑罚”等诸多权利,但要将诸修正案适用于各州,必须是在州政府的行为被判定违反“正当法律程序”的前提之下。在 20 世纪 60 年代前后,宪法修正案的多数条款通过宪法判例逐级适用于各州,其中沃伦法院内的法官们功不可没。^①

1. 司法能动主义

在普通法背景下,与德国等国的违宪审查方式不同,自 1803 年“马伯里诉麦迪逊”案中美国联邦最高法院确立宪法审查权伊始,审查法体系间的相互融贯性与立法条文间的冲突并非美国宪法法院所示的主要目标,宪法条款下的个案正义与利益衡量才是美国联邦最高法院的功能定位。^② 美国联邦最高法院以“一次一案”与“逐案审查”思维在具体诉讼中审查政府行为是否违宪,与成文法国家的德国等国强调法条间协调融贯的理路迥异(虽然美国有成文宪法,但并不追求完美的立法体系融贯性),美国违宪审查更追求宪法判例的个案作用。^③ 美国并无一部同时适用于联邦与各州的刑事诉讼法典,宪法判例对美国联邦与各州刑事诉讼程序的影响更为直接与深远。

在批判法学派“法即政治”的理念影响下,有学者从宏观上分析沃伦法院的政治倾向,认为沃伦法院的判决过程具有明显的政治自由

^① See Morton J. Horwitz, *The Warren Court and the Pursuit of Justice*, Hill And Wang Publishing (New York: 1998), pp. 91 - 98.

^② See Herbe Wechsler, “Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics”, *Yale Law Review*, Vol. 75 (1966), pp. 672 - 676.

^③ 主张“一次一案”司法审查模式以美国哈佛大学法学院教授孙斯坦 (Sunstein) 为代表,主张“司法最小主义”(Judicial Minimalism),法官尽量作出“窄而浅”(narrow and shallow)的判决,不要试图去作出“宽而深”(width and depth)的判决,复杂的问题与政治因素留给议会或民主程序去解决,法院应当恪守一种“消极美德”,尊重立法机关与民主程序,避免法官司法的过程沦为政治理念的实践。See Cass R. Sunstein, “Beyond Judicial Minimalism”, *Tulsa Law Review*, Vol. 43 (2008), p. 18.

主义倾向,判决结果亦引起司法政治化运动。^① 研究美国政治的学者倾向于认为,沃伦法官既是热门的共和党总统候选人,又具有长期的检察总长与州长经验,对刑事诉讼中警察滥用暴力情形相较熟悉并深恶痛绝,才在任职美国联邦最高法院后通过宪法判例来吓阻警察滥用权力。^② 不过,以美国独特的宪法法院运作机制与个案中的释法方法而言,传统政治学学者简单地将美国联邦最高法院区分为自由派与保守主义,认定美国沃伦法院刑事诉讼革命是自由派或司法能动主义的胜利,不仅违背美国联邦最高法院的真实历史,亦忽略宪法审查过程复杂而微妙的变化与不同法官内心真实的释宪心路,导致其研究方法、研究结果偏离真实的历史事实。但是在宏观政治体制下,美国联邦最高法院的审案独立与自治状态有充分的制度保障,法外因素直接导致法官的路径被封闭,法官个人的政治立场与价值观只能在微观的司法过程中对案件结果发生影响。

从真实的美国联邦最高法院历史观察,即使法院奉行司法能动主义(Judicial Activism),但其前提要件仍然是“司法自制”(Judicial Restraint),法官不得越权在宪法之外造法。固然,不同法官有不同的政治倾向、知识背景与人生阅历,但即使是宪法法院法官,也必须遵循宪法条款的文义范围,通常相同案件亦要遵守先例,从美国宪法史观察,从未出现“法官王国”或“法律帝国”,虽然各自解释宪法条款的方法不同,但所有宪法法官均知遵守宪法条款内涵是维系宪法权威的前提要件。易言之,“宪法外造法”在美国联邦最高法院是绝对性的禁止,立宪与修宪的权力应当由代议机关完成,而非由美国联

^① See Mark Tushnet ed., *The Warren Court In Historical And Political Perspective*, University Press of Virginia(1993), pp. 1 - 33. 亦可参见黄舒苾:《从普通法背景检讨美国司法违宪审查正当性的问题》,载《台大法学论丛》2003年第2期,第2~8页。

^② 任东来:《美国宪政历程》,中国法制出版社2005年版,第18~33页。