



偏颇的宪法

THE PARTIAL CONSTITUTION

原著：〔美〕凯斯·R·桑斯坦

译者：宋华琳 毕竞悦



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

宪政经典

偏颇的宪法

THE PARTIAL CONSTITUTION

原著：〔美〕凯斯·R.桑斯坦（Cass R. Sunstein）

译者：宋华琳 毕竞悦

北 京 大 学 出 版 社

北 京 • 2005 年

北京市版权局登记号图字:01-2003-8229号

图书在版编目(CIP)数据

偏颇的宪法/(美)桑斯坦著;宋华琳,毕竞悦译. —北京:北京大学出版社,2005.6

(宪政经典)

ISBN 7-301-08872-8

I. 偏… II. ①桑… ②宋… ③毕… III. 宪法-研究
IV. D911.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2005)第026870号

书 名: 偏颇的宪法

著作责任者: [美]凯斯·R. 桑斯坦 著 宋华琳 毕竞悦 译

责任编辑: 贺维彤

标准书号: ISBN 7-301-08872-8/D·1148

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn> 电子信箱: pl@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

排 版 者: 北京高新特打字服务社 51736661

印 刷 者: 北京原创阳光印业有限公司

经 销 者: 新华书店

650mm×980mm 16开本 28.25印张 378千字

2005年6月第1版 2005年6月第1次印刷

定 价: 42.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

美国宪法正位于一个十字路口，凯斯·桑斯坦在一条崭新的宪法解释进路中，清楚地记述了我们当下的困境，告诉我们可以去哪里。

桑斯坦主张，按照当下的解释，美国宪法是偏颇的。首先，它是有偏见的。当下的宪法把现状看成是中立的、公正的，任何对现状的背离都被看作是派系私见。但桑斯坦指出，当现状既非中立也非公正时，这样的推理就会导致不公正。从另外一层意义上宪法也是偏颇的：只能求诸最高法院的决定才能确证宪法的意义。如桑斯坦所表明的，并非总是如此，这也不是合众国缔造者们的意图所在。相反，宪法常常作为对于宪法的一般条款和热望进行公共审议的催化剂——而桑斯坦为了复兴如是对宪法作用的更广阔理解，做了有力的论证。

根据这样的分析，桑斯坦对今天我们争论最为火爆的一些问题，给出了自己的解决方案，这包括纠正歧视行动、性别歧视、色情文学、“憎恨言论”、政府对宗教学校和艺术的资助。在一个非常引人注目的论述中，他主张是第十四修正案的平等保护条款——而非隐私权——保护了妇女选择堕胎的权利。桑斯坦将这些争论以及其他争论，同宪法上关于要求政治对手之间进行公共审议的历史承诺联系起来。这样，他对我们许多最为基本的宪法权利进行重新思考，例如言论自由和法律之下的平等。他主张对宪法含义的公共讨论，应该免于以现状为基础的中立原则的束缚。他将美国宪法过程看作是审议民主的运行，这具有历史上的合理性，但却是一项全新的理解。

译者的话

凯斯·桑斯坦是芝加哥大学法学院的卡尔·卢埃林讲座教授，也是美国当代最具影响力的公法学者之一。近年来，桑斯坦教授的著述被渐次引入中国，并受到了相当程度的关注。^{〔1〕}但在大多数中国法律学人眼中，桑斯坦教授的形象或许依然是晦暗不明的，因为他独著与合著的二十多部著作和数百篇论文中，研究的领域已经涵盖了宪法理论、宪政和民主理论、管制理论、行政法学、法律解释理论乃至行为主义的法律经济学等广袤的领域，关注的问题从公法和政治理论到正义、偏好这样的“大词”，直到排污交易、烟草广告、竞选经费规制、基因工程等具体末微的问题。^{〔2〕}我们很难按照中国的学科建制，为桑斯坦教授贴上一个什么标签。

在译者看来，桑斯坦教授是一位不仅有着浓重的现实主义情怀，更有着深厚理论底蕴和渊博学识的学者。而在他几乎所有的学术论著中，不仅有着他对问题的精密分析，更流淌着他颇具原创

〔1〕 桑斯坦教授的著作已经被翻译成中文的有：《自由市场与社会正义》，金朝武、胡爱平、乔聪启译，中国政法大学出版社2001年版；《网络共和国》，黄维明译，上海人民出版社2003年版；《法律推理与政治冲突》，金朝武、胡爱平、高建勋译，法律出版社2004年版；《权利的成本——为什么自由依赖于税》，毕竟悦译，北京大学出版社2004年版；《偏颇的宪法》，宋华琳、毕竟悦译，北京大学出版社2005年版。他的论文已被翻译成中文的有：《管理体制下的制定法解释》，管金伦、王珍瑛译，载陈金钊、谢晖主编：《法律方法》第1卷，山东人民出版社2002年版；《烟草是药吗？——作为普通法法院的行政机关》，宋华琳译，载《法大评论》第2卷，中国政法大学出版社2003年版；《洛克纳的遗产》，田雷译，载《北大法律评论》第6卷第1辑，法律出版社2005年版。

〔2〕 <http://home.uchicago.edu/~csunstei/cv.html>.

性和新颖性的体系性思维架构。他自己独有的风格和切入视角,或许恰恰也是他能始终保持旺盛学术生命力的源泉所在。而呈现在读者面前的这部《偏颇的宪法》,堪称是桑斯坦教授多年来对美国宪法理论研究的一个小结,作者重新阐述了美国的宪法传统,从中体现了他富有创见性的对美国宪法理论的体系性建构,以及在审议民主理论方面做出的开创性贡献,并且在诸多宪法与公共政策的交迭之处,展开了精辟的讨论与品评。

—

政府中立被视为是自由主义的界碑,在这样的理念作用下,人们认为政府不能逾越公私领域之间的疆界。政府中立的行事,通常意味着它要无偏私地行事,从而避免侵袭私人领域,或者只有在例外的情况下,基于特别的理由,政府才能进入私人领域。因此,私人领域成了判断政府是否符合中立要求的试金石。比方说,如果两个当事人发生冲突,政府如要保持中立的状态,那么就应当袖手旁观,而不能去偏袒某一方。^[1]

桑斯坦教授在《偏颇的宪法》这部著作中,对中立观念的论述可谓不惜挥毫泼墨。根据惯常思维,中立(neutrality)是同现状(status quo)休戚相关的,“对现状的偏离昭示着派系偏见;对现状的尊重则昭示着中立。”^[2]而现状通常是指已有的资源配置和实际做法,这样相当于就是将现状以及既存的对资源和权利的分配,作为决定何为派系偏见何为中立的基线。(第40页)在这样的情况下,政府对现状予以尊重,对纠纷袖手旁观,对社会问题奉行无

[1] Robert Justin Lipkin, *The Quest for the Common Good: Neutrality and Deliberative Democracy in Sunstein's Conception of American Constitutionalism*, 26 Conn. L. Rev 1040—1041 (1994).

[2] Cass R. Sunstein, *Partial Constitution*, Harvard University, 1993, p. 3. 以下引用此书不再加脚注,而是在正文直接标出原书页码。

为而治的时候,往往被认为是恪守了中立义务;而政府试图改变已有的现状时,每每被认为是将财富和资源从一个口袋拿到另一个口袋里,违反了中立义务。

正是在这样的背景下,“现状”和“中立”两个词深深地镶嵌耦合在一起,“因现状而中立”(status quo neutrality)也就成了本书中出现最多的关键词之一。但是对于常规思维,作者不是采取固守的态度,而是通过仔细地剖析、解构成规的神圣地位。

在19世纪末到20世纪初,“因现状而中立”在法律思潮中占据了支配地位,它包含了许多对自然和自然界的普遍观念,它提倡对普通法的崇尚,它将法律推理和法律范畴组织起来,它将“自由放任”体制转变为一个宪法要求。(第40页)正是在“因现状而中立”理路的支配下,在20世纪初的普莱西案、洛克纳案和穆勒案中,法院都将事实上是法律创设的制度,看作是自然的和前政治的“现状”,从而否定了试图改变这些制度的诉讼请求。(第67页)例如在普莱西案中,法院认为种族隔离是既存的人类风俗、习惯和传统的反映,因此免于、独立于且绝缘于法律之外,从而支持了要求铁路公司“为白人和有色人种提供平等且隔离的设施”的立法。(第43页)在1908年的穆勒诉俄勒冈案中,法院认为既存的女性和男性的社会角色差别是自然的和公正的,在他们之间存在着“固有的差异”,从而支持了一部限制妇女工作时间上限的法律。(第62页)

在桑斯坦教授看来,因现状而中立通常是一个谬误,常常会带来不公正。(第4页)因为因现状而中立假定存在着一个前法律的既定的,自然存在的独立于社会组织之外的“现状”,但更确切地说,这个“现状”与其说是法律一个必不可少的或者自然的先决条件,毋宁说是法律所针对和作用的目标。(第6页)而且原初的普通法秩序,本身也并非就是未经选择或者中立的,而很可能是高度的派系私见与各种利益交迭的产物。(第88页)

但是需要指出的是,桑斯坦教授并未对“因现状而中立”观念加以完全的摒弃,相反,他在第三章中指出,当代法律体系中弥漫

着“因现状而中立”，在对消极权利和积极权利，种族和性别歧视，自由和财产的界定，以及行政不作为和原告诉讼资格问题上，无不是以现代版的中立观念为基础的。桑斯坦教授主张的关键在于，要对“因现状而中立”观念予以修正，不能将现状作为判断是否中立的标准，^{〔1〕}不能因此就关闭了通往美国审议民主（deliberative democracy）体制的闸门，应该让已有的法律实践去接受民主的严格审查，让已有的配置或所有权状况成为审议民主的对象和目标。（第6页）

二

自由主义和共和主义是西方政治哲学的两大思潮。一种较为普遍的看法认为，共和主义与自由主义是对立的，共和主义反对自由主义所提倡的原子式个人主义和消极自由观，更为强调公共利益与公众参与。桑斯坦则试图在两者之间进行调和。他认为，共和政体包括：政府中的审议、政治平等、普遍主义或合意、公民身份。^{〔2〕}共和主义思想家往往强调政治自由的根本价值，强调个人与整个社群均处于独立自主、不受奴役的状态。自由主义与共和主义的对立是一个错误，美国的建国者们是自由共和主义。他们“建立起了一个理性的共和国。这类共和国既不同于以自利为基础所产生的共和国，也不同于仅仅以‘自然’或权威（authority）为基础产生的共和国。”（第20页）

桑斯坦努力将共和主义同利益团体多元主义相区别，认为利益团体多元主义的缺失在于，它不把法律看作是商谈审议的产物，而把法律看作商品，看作是利益加总和取舍后的产物。（第25页）

〔1〕 Robert W. Bennett, *Of Gnarled Pegs and Round Holes: Sunstein's Civic Republicanism and the American Constitution*, review of the Partial Constitution by Cass R. Sunstein, Vol. 11, Issue 2, *Constitutional Commentary* (1994).

〔2〕 参见 Cass R. Sunstein, "Beyond the Republican Revival," 97 *Yale L. J.* 1987—1988, at 1539—1590.

桑斯坦教授认为现代法律和规制政策的关键是在于平等公民之间达成的合意。因此,他将审议民主(deliberative democracy)作为宪法解释的原则和政府决定的基础。“公共官员应对人民负责,而且其立场应避免利益团体权力的出现,从而可以围绕公共利益展开广泛的审议。”(序言)这样的审议过程要求公众的普遍参与,要求参与者能在相当程度上独立于政府之外(第136页)。

桑斯坦教授认为审议民主可以为建国、内战和新政等美国历史上几个最为重要的宪法时刻(constitutional moment)给出有力的解释。他强调,“应把审议政治原则理解为是原初麦迪逊式政治观念中的重要组成部分。它成为同包括代议制、分权制衡、联邦主义以及司法审查在内的政府制度的和声。与之相关的信念在于,美国人民认为对于一个功能完好的共和国而言,分歧与异议是不可或缺或富有创造性的动力源泉。”(第135页)

在桑斯坦教授的眼中,在共和国缔造之初,形形色色的人物粉墨登场,所表达的意见和观点也是格外纷繁复杂。制宪者试图要征引无偏私原则,去抵御所面临的君主制遗产、公共官员的自利以及派系纷争的三重危险。因此美国宪法要去创立审议民主制度,从而让代议官员最大限度上对人民负责,并发展出不受派系支配的审议形式。(第19—20页)他援引詹姆斯·麦迪逊在《联邦党人文集》第十篇中的论述,指出代议机制“通过某个选定的公民团体,将公众见解得以提炼与放大,因为他们的智慧最能洞察国家的真正利益所在,而他们的爱国心和对正义的热爱,使得他们似乎不太会为暂时的或局部的考量而牺牲国家利益。”^[1]因此政治结果并不仅仅是自利的反映,或者是对特定的或前政治的权利的保护,相反它是由拓展开来的审议和讨论过程产生的。

桑斯坦教授还倾注了许多心力去对新政时期的宪法变革加以论述。正如罗斯福指出的那样,“‘政’(deal)这个词隐含的意思是,政府自身将采取纠正歧视行动以实现其公开声称的目标,而不

[1] The Federalist No. 10.

再是袖手旁观。……‘新’(new)这个词隐含的意思是一个设计的,旨在让最大多数的农民、工人和商人从中受益的事物新秩序。”(第57页)在桑斯坦教授看来,新政是美国实用主义哲学传统在真实世界中的具体体现,也是审议民主约定的发扬与深化。新政的主事者坚持认为任何对既存配置的尊重,都必须要以理性为基础。因此,经由民主机构的审议过程,就包括了对既定的法律规则是否适合于自由、福利或民主本身的判断。

同时正如本文第一部分所指出的,宪法并无法总是将既存的配置作为分析的基线。而可以从审议民主的普遍约定中,推演出宪法解释的原则。从审议民主的约束出发,法院要在两类案件中扮演积极进取的角色,第一类是同民主过程休戚相关,在减损后不太可能获得政治救济的权利。例如要对言论自由和选举权利所受政府侵害提供积极的司法保护,因为这些权利构成了政治审议、政治平等和公民身份的背景前提。(第142页)第二类是针对在立法过程中获得公平听证机会予以充分表达的阶层或者利益,法院要进行更为积极严格的审查。(第143页)在审议民主理论的主线下,桑斯坦教授解释了如何将审议民主的约定用于解决包括纠正歧视行动、福利权、教育、合理审查和政府行为学说在内的具体宪法争议。

桑斯坦所提倡的共和政体并没有否认个人的价值和多元的存在,相反它是一个“异质的共和政体”。他强调“公共的善”,但却不是把公共利益或者某种整体价值凌驾于一切之上,因为这个“公共的善”不是预先设定的,而是审议的产物。因而,桑斯坦把自由和共和结合在一起的说法可以更准确地表述为他把民主与共和结合在了一起。

三

在美国,1787年宪法是美国人民宪政的象征,也是宪政的工具。^[1]但是在创立司法审查的马伯里诉麦迪逊案中,根据马歇尔大法官的推理,与宪法相抵触的法律无效的问题,转化成了由司法机关决定那些抵触宪法的法律无效的问题。法院从而实现了“伟大的篡权”,将普通司法职能转化成了对立法的违宪审查。^[2]这个案件无可抗拒的象征意义在于,宪法所指引的是法官,而沃伦法院的实践又戏剧化地为这样的观念添加了燃料。(第9页)

尽管桑斯坦教授也对法院在美国宪政中的角色给予相当的关注,而且也认为,离开了对司法审查真实和潜在贡献的评判,就无法全面理解美国行政国家的内涵。^[3]但桑斯坦教授还是认为,上一代宪法学者的研究是围绕法院这个中心(court-centeredness)展开的,这实际上弱化了其他官员和普通公民的责任感,分散了对司法外其他策略的注意力。因此有必要将视线转向行政和立法机关,转向民主的竞技场。这样的转向将有助于重新发掘宪法上创制审议民主的原初目标,使得从由代表和全体公众所进行的普遍讨论中受益。(第9—10页)

其实,桑斯坦教授所持的是对现代管制国家的一种更为切实的理解。在1984年的谢弗林判例中,判决当制定法暧昧不清时,对于负有法律职责的机关的任何合理的解释,法院都应予以尊重。他睿智地指出,这是一个“行政国家下的反马伯里型”的案件,^[4]

[1] 爱德华·S.考文:《美国宪法的“高级法”背景》,强世功译,三联书店1996年版,序言。

[2] 参见强世功:《司法审查的迷雾——马伯里诉麦迪逊案的政治哲学意涵》,载《环球法律评论》2004年冬季号。

[3] 参见凯斯·R.桑斯坦著,胡敏洁译:《实体行政》,即刊于《公法评论》第3卷,北京大学出版社2005年版。(本文由译者提供,在此谨致谢忱)

[4] 凯斯·R.桑斯坦著,宋华琳译:《烟草是药吗?——作为普通法法院的行政机关》,载《法大评论》第2卷,中国政法大学出版社2003年版,第351页。

谢弗林判例引起了现代行政国家下的权力位移,改变了行政机关和法院、立法机关之间权力的配置。因为目前法律中常常留下了为传统法律解释工具所无法解决的缝隙和含混,这些问题的解决需要由有更纯正民主谱系的立法机关和更具有解决能力的行政机关,而非法院去进行政策判断和政策选择。^{〔1〕}而宪法研究也应对立法和行政过程给予更多关切,这也与桑斯坦教授一以贯之的审议民主主张相契合,认为这样可以使宪法在国家政治生活中发挥更为重要的作用。(第13页)

在本书中,桑斯坦教授展示了自己这样研究进路的转向。他优裕自如地在宪法的巅峰和实体行政过程的低谷之间往复穿梭,例如在因现状而中立学说的背景下,桑斯坦教授先是对传统中对审查行政机关行为的“诉讼资格”(standing)的公民界别的限制,和对行政机关不作为不予审查的推定,给予了说明,继而又阐释了判例发展的新动向。(第87—90页)桑斯坦还讨论了政府风险管理的原则,讨论了对竞选活动节目、儿童电视节目的规制,讨论了言论自由原则对政治言论的保障,讨论了政府对暴力色情、科学言论、名人诽谤和商业言论在内的非政治言论的规制,讨论了为社会广泛关注的色情作品、堕胎和代孕的问题,等等。在这样的分析中,凸现出桑斯坦教授浓郁的现实主义关怀,以及对作为法律问题延长线的政治和政策问题的关注。

四

某种意义上,桑斯坦教授的这部著作是重构美国宪法学体系的一种尝试,作为自由共和主义的拥簇者,他对某些经典和传统的自由主义学说提出挑战,廓清了诸多宪法上似是而非的概念,并对

〔1〕 参见宋华琳:《作为宪法具体化的行政法——〈公法学札记〉的札记》,载《中外法学》2003年第5期;宋华琳:《行政国家下的权力分立——立足于美国法的初步观察》,载《首都法学论坛》第1卷,法律出版社2005年版。

最高法院的许多判决给出了精当的分析,更为重要的,他以审议民主理论为脉络,将宪法论争的展开,由法院转向民主参与的舞台,从而建造起一座美国宪法研究中的智识丰碑。而我们翻译这本书,也是想为我国的美国宪法研究,以及比较宪法研究,能尽可能地贡献一点知识上的增量。

这本书是由宋华琳和毕竞悦合作翻译的,桑斯坦教授的著作和论文,都是我们以及周围的一些朋友所喜欢阅读的。从2003年10月份起我们分别开始翻译这本书,由于诸事繁冗,因此大家更多的都是在利用寒暑假等相对完整的时间进行翻译,终于于2005年春节前后完成了各自承担的翻译任务,然后译者互校了译稿,尽管两人分别在杭州和北京,迢迢千里,但所幸在这样一个网络时代,可以就翻译中碰到的问题展开快捷的即时交流和沟通,可以通过电子邮件实现翻译文本的传递。对于我们而言,这也无疑是一次愉快的可资纪念的合作之旅,

错误在所难免,这样一句几乎每本译著中都会提及的话,写在这里,却感到几丝凝重。在翻译过程中,译者深感这部著作翻译的艰难,以及译者自己的浅陋。桑斯坦教授对美国整个公法制度和公共政策的谙熟,对实用主义哲学、行为主义经济学、政府规制理论、认知心理学等社会科学知识的娴熟运用,加之其身后的学术功力和精微深邃的分析,不仅让我们每每产生敬仰之情,更增添了我們翻译的难度。

尽管我们两人都对美国宪法怀有浓厚的兴趣,但主攻方向分别是行政法学和外国法制史,在这部著作的翻译过程中,常有如履薄冰之感,为了保证译稿的“信、达、雅”,我们已经尽了自己最大的努力。对于翻译中涉及的诸多陌生的词汇和典故,以及相关的制度和判例,以及纷繁复杂的思想源流,我们都尽量地通过求助于图书馆的工具书,求助于互联网上的搜索引擎,来一一加以查证。我们觉得,尽管有人说“译者即叛徒”,但我们还是争取尽量做到优先满足“信”的要求,从而有助于读者更好地把握作者的思路,汲取相关的信息。在保持“信”的前提下,也兼顾文字的通达与行文的优

14 偏颇的宪法

雅。本书翻译的谬误之处,还敬请读者指正!(宋华琳信箱:song-hualin@vip.sina.com;毕竟悦信箱:bijingyue@vip.sina.com)

同时译者希望感谢在翻译过程中,贺卫方教授、朱芒教授、林来梵教授等师长给予的关心和鼓励,学友田雷、苏苗罕、胡敏洁、税兵、高春燕、李学尧、骆梅英等提供的各种形式的支持和帮助。在此向他们表达我们由衷的谢意。

译 者

2005 年 4 月 13 日

目 录

导 论	1
-----	---

第一部分 总 论

第一章 理性的共和国	19
第二章 1937 年的革命	45
第三章 当代法中的因现状而中立	78
第四章 宪法解释:方法	108
第五章 宪法解释:实体	144
第六章 民主、期望与偏好	189

第二部分 应 用

第七章 福利国家中的言论:言论的新政	233
第八章 福利国家中的言论:政治审议优先	274
第九章 色情作品,堕胎和代孕	302
第十章 “这是政府的钱”:关于对言论、教育 和生育的资助	340
第十一章 补偿性正义的局限	368
结 论:不偏不倚的宪法	397
索 引	405
附 记	429

导 论

在上一个世代里,沃伦法院(Warren Court)*及其继任者伯格(Burger)法官在履任的最初几年里,让美国宪法的条款发生了位移。一个以公民权利和公民自由的新观念为基础的积极进取的最高法院,试图在宪法之名下,去引发重要的社会变迁。法院否决了学校和其他地方的种族隔离;为刑事被告人创设了新的保护;对州选举强加了一人一票规则;承认了不仅包括政治讨论,还同样包括商业广告、犯罪辩护、显著的色情文字以及诽谤言论在内的广泛的言论自由权利;它还将祈祷行为逐出公立学校;承认了包括选择流产权利在内的隐私权;并创设了有些类似于平义规则的针对种族歧视的规则,以及反对性别歧视的强烈推定,并禁止以种族和血亲为基础的歧视。

所有这些无异于一场宪法革命。在过去的世代里,无论是最高法院的拥簇者还是批评者,都是围绕这些案例而展开争论的。这场争论激起了就法院在社会改革中的角色,以及法院在宪法解释中所采取的进路等一般问题,而展开的广泛讨论。

浮现出的宪法论争

沃伦法院及其继任者所引发的讨论已经结束。早期所讨论的那些主题今天日益像是一场“时代倒错”(anachronistic)。一场新

* 1953年,新当选的美国总统艾森豪威尔任命厄尔·沃伦(Earl Warren)为首席大法官,沃伦出任大法官的时代(1953—1969年)被称为“沃伦法院”时期。——译者注

2 偏颇的宪法

的,伴着新主题和新组合的讨论正在浮现。尽管它的轮廓依然模糊,但它提出了一系列新的具有普遍意义的问题,这包括自由与平等的关系;言论自由的原则;司法节制的整体观念;财产权和契约自由的作用;宪法和民主审议之间的关联;运作完好的宪政民主的性质。新的争论同样会引发某些更为具体化的问题,例如我们的政府在一定“条件”下提供美元、许可或工作职位的权力,而这可能会构成对宪法权利的侵害;还有包括高科技、竞选资金规制,以及政府为保证言论的质量和多样性而对广播电视频道、憎恨言论(hate speech)和色情言论的规制努力在内的新领域中言论自由的意义;还有法律上如何对待生育权,包括如何对待堕胎和代孕协议。沃伦法院的遗产——无论是其捍卫者还是诋毁者所持的姿态,都对解决这些问题越发殊少裨益。

也许,首要的在于,我们要对美国宪法最基本的组织原则的意义有所把握。该原则要求政府不偏不倚。在美国宪法下,政府不能去遴选出特定的人或团体来加以特别对待。中立(neutrality)是其首要责任。

这样的观念在政治讨论中也发挥着很大作用。它有助于我们去形塑政府可能适于做什么的观念。几乎在所有政治演说和政党讲坛上,都能找到如此观念的某些版本。不仅在美国,而且在全世界——在俄罗斯和英国,在南非和以色列,在罗马尼亚和伊拉克,在萨尔瓦多和秘鲁,对政府的诸多批评,都构成了对这些观念的和声。

这样的观念对美国宪法也颇有助益。许多宪法条款都被理解为要求中立且禁止有党派私见。如果政府征用了财产,在公民间有所歧视,介入了契约缔结,或者剥夺了自由,它必须表明其决定反映了某些旨在保护公共物品的努力,而并非徇私(favoritism)。这一基本原则涵盖极广,很突出的,它在相当程度上将那些似乎全然不相干的宪法保障连结起来。它甚至可以被视为是反威权主义的中心,或者是趋向法治动力的核心,但没准儿两者是一回事儿。

实际上,今天围绕宪法意义展开的所有最为重要的争论,都反