

美国法律文库

THE AMERICAN LAW LIBRARY

马克·图什内特 著

Mark Tushnet

分裂的法院

——伦奎斯特法院与宪法的未来

A COURT DIVIDED
THE REHNQUIST COURT AND
THE FUTURE OF CONSTITUTIONAL LAW

田飞龙 译



中国政法大学出版社

马克·图什内特 著

Mark Tushnet

分裂的法院

——伦奎斯特法院与宪法的未来

A COURT DIVIDED

THE REHNQUIST COURT AND THE
FUTURE OF CONSTITUTIONAL LAW

美国法律文库

THE AMERICAN LAW LIBRARY

“美国法律文库”是“中美元首法治计划”(Presidential Rule of Law Initiative)项目之一，该项目计划翻译百余种图书，全面介绍美国高水平的法学著作，是迄今中国最大的法律图书引进项目。“美国法律文库”著作将陆续推出，以飨读者。

美国法律文库

THE AMERICAN LAW LIBRARY

分裂的法院

——伦奎斯特法院与宪法的未来

中国政法大学出版社

2011·北京

图书在版编目(CIP)数据

分裂的法院：伦奎斯特法院与宪法的未来 / (美) 马克·图什内特著；田飞龙译. —北京：中国政法大学出版社，2011.9

ISBN 978-7-5620-4040-8

I. 分… II. ①马…②田… III. 最高法院-研究-美国 IV. D971.262

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第187517号

- 书 名 分裂的法院——伦奎斯特法院与宪法的未来
FENLIE DE FAYUAN LUNKUISITE FAYUAN YU XIANFA DE WEILAI
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088 信箱8034 分箱 邮编100088 zfs620@263.net
<http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
(010) 58908285(总编室) 58908325(发行部) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 720mm×960mm 16开本 22.5印张 380千字
- 版 本 2011年11月第1版 2011年11月第1次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4040-8/D·4000
- 定 价 46.00元

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由印刷厂负责退换。

对《分裂的法院》一书的后续褒奖

《分裂的法院》是完整呈现联邦最高法院本来面目的一本书：清晰，迷人，缀满闲谈的雅致花边，通过脚注、尾注或系统的引证宽厚仁慈地展示了一种叙事的整洁性。简言之，它是一次轻快的旅行，一位乘坐在敞篷吉普车里的很少导致混乱的宪法学教授带着您畅游三十年的最高法院法理学史。图什内特……在帮您穿越这片时而晦暗不明的地形时做了精彩的导游工作……《分裂的法院》堪称一部勇敢之作。”

——戴利亚·利特威克 (Dahlia Lithwick), 《华盛顿邮报》

“书中珍宝。这一重要而有力的作品第一次对伦奎斯特法院的个体法官们的观点和心理进行了深层探究。由于图什内特教授，我们现在能够对于我们的大法官们以及他们的决定对我们每个人的生活的巨大影响做出更好的判断。”

——马丁·加伯斯，戴维斯 & 吉尔伯特律师事务所
(Martin Garbus, Davis & Gilbert LLP)

“这本书将（法院历史中的）果汁般的点点甜蜜与对最高法院政治裂隙的学术分析融合在了一起……图什内特，一个最高法院的研究专家，显得无所不包，干脆彻底。他致使宪法议题发生了回旋……有时，通过提供那些起初并不显著而经过反思才能变得明白的洞见，他的思考变得更加伟大。”

——罗伯特·L. 罗杰斯 (Robert L. Rogers), 《法律时代》

“〔图什内特〕已经抓住了最高法院已然表现和将要表现出来的某些风情和浪漫……引人注目。”

——塞恩·罗森鲍姆 (Thane Rosenbaum), 《洛杉矶编年史》

“启迪人心，充满激情，诙谐幽默，引导明确，字字珠玑。图什内特提供了迄今为止关于伦奎斯特法院的最好的一本书。”

——凯斯·桑斯坦 (Cass Sunstein)，芝加哥大学法学院

“在《分裂的法院》一书中，这个国家最富洞见的法律学者之一提供了比以往都更为有力的关于最高法院的一种异常机敏且合乎时宜的分析。”

——爱德华·拉扎勒斯 (Edward Lazarus)，

《封闭的议事厅：现代最高法院的兴起、
衰落及其未来》一书的作者

“关于最高法院的一种深刻的思虑，在最重要的层次上提供了迄今为止最为博学且可理解的法律思考的相关线索。”

——《科克斯书评》(*Kirkus Reviews*)

“一种关于当今最高法院动力学的平衡而富有见地的评估……在这一平静而无偏见的研究中，图什内特清晰地解释了如何以及为何最高法院反映了这个国家不稳定的政治共识。”

——《出版人周刊》(*Publishers Weekly*)

出版说明

“美国法律文库”系根据中华人民共和国主席江泽民在 1997 年 10 月访美期间与美国总统克林顿达成的“中美元首法治计划”（Presidential Rule of Law Initiative），由美国新闻署策划主办、中国政法大学出版社翻译出版的大型法律图书翻译项目。“文库”所选书目均以能够体现美国法律教育的基本模式以及法学理论研究的最高水平为标准，计划书目约上百种，既包括经典法学教科书，也包括经典法学专著。他山之石，可以攻玉，相信“文库”的出版不仅有助于促进中美文化交流，亦将为建立和完善中国的法治体系提供重要的理论借鉴。

美国法律文库编委会

2001 年 3 月

/ 目录 /

1	导 论
4	第一章 伦奎斯特的法院
39	第二章 两种共和主义者
59	第三章 托马斯的宪法
89	第四章 金斯伯格的平等保护条款
111	第五章 斯卡里亚的第一修正案
135	第六章 肯尼迪和同性恋权利
157	第七章 宗教右派的议程——象征和金钱
179	第八章 坚守堕胎案的底线
195	第九章 种族，肯定性行动和犯罪
217	第十章 联邦制革命
242	第十一章 征收计划
262	第十二章 大企业的宪法
277	第十三章 统一的最高法院？
300	尾 声 伦奎斯特法院的终结
312	索 引
350	译后记

导 论

伦奎斯特法院的故事就是一个分裂的法院的故事，这种分裂并不简单地 9
存在于自由派和保守派之间，更重要的是，还存在于共和主义者的两种类型之间。经过巴里·戈德华特（Barry Goldwater）和罗纳德·里根（Ronald Reagan）的改造，作为现代共和党代言人的最高法院的大法官们否决了自新政（New Deal）以来直到伟大社会（Great Society）期间都在鼓舞着我们的历届政府的那些原则。桑德拉·戴·奥康纳（Sandra Day O'Connor）和戴维·苏特（David Souter）两位法官通过吸收更传统的共和党的主题来调和并抵制对宪法的这一改造。最高法院中的自由派大部分都靠边站了，他们乐于在法院中的共和党人分裂时拣取他们能够获得的胜利。

在某些关于美国到底是会堕落为暴政还是会上升为乌托邦的故事里，大法官们既不是坏蛋，也不是英雄。他们只是普通的法律人，对宪法何谓有着强势的观点。这些观点经由他们的个人经验以及对关于宪法何谓的诸种观点的深思熟虑而获得塑造。就像我们中的其他人一样，他们中的某些人也有着怪癖。不过，小觑他们关于宪法的分歧以及那些怪癖或个人口角的未来影响，将是一个严重的错误。要理解伦奎斯特法院，我们就必须关注引发涉及宪法含义争论的那段历史，看看那些竞争性的视角是如何在特定的法律议程中得到展现的。仅仅制作一张关于“保守派”或“自由派”哪一方获胜的记分卡显然是不够的，尽管那也是故事的一部分。伦奎斯特法院的整体叙事中最困难，同时也是最重要的部分，是指出关于宪法的保守主义到底是什么。

最高法院的分裂意味着保守派在连续遭致社会议题——堕胎、同性恋权利和肯定性行动，* 这些议题上的立场成为支撑共和党政治基础的重要组成部分——上的失败的同时，在与该党缩减政府规模的努力相关的那些议题上或多 10
或少地取得了主导地位。经济保守主义者从伦奎斯特法院那里获得了某些

* affirmative action, 国内学界不同学者根据自身的理解或直译为“肯定性行动”，或意译为“纠偏行动”或“平权行动”，本书译者认为“肯定性行动”包含了源自否定而予以确认之意，忠于原文又能更完整地表达该词语所引申指涉的政治社会含义，故采直译。——译者注

帮助，尽管他们并不需要多少协助。相反，社会议题上的保守主义者可能从伦奎斯特法院那里获得了帮助，但远不足够。当最高法院运动中的保守派誓死反对社会议题上的自由派立场时，旧式的共和主义者有理由对那些自由派立场表示同情。

最高法院的经济保守主义者获胜，而文化保守主义者却落败的理由是简单的。在政治舞台上，经济保守主义者取得了胜利，而文化保守主义者却遭到了失败。经济保守主义者主导了国会和总统职位，这使得来自最高法院的帮助显得对他们的事业较不重要，尽管他们确实得到了后者的某些帮助。另一方面，当文化传统主义者被迫不断后撤急需最高法院协助时，他们却所获甚少。所以，伦奎斯特法院所作裁决中可辨识的类型恰恰一般性地复制了发生在美国政治中的共识类型。

该事实提出了一个显著的问题：如果最高法院的行为仅仅是对更加宽广的政治和文化世界的一个反映，为何每个人都还在意它如何行动呢？答案是，最高法院能够将某些议题推高至公共议程之中（2003年同性恋权利案裁决之后的同性恋婚姻），同时将某些议题拿下（同一年的密歇根州肯定性行动案件之后的肯定性行动）。它能够终结那些在一般文化中业已过时的法律（2003年的同性恋案裁决禁止针对那些很少有人会觉得敏感的鸡奸行为提出起诉），但却可以在某些孤立的领域维持相关法律，或者以下列方式保护那些法律：允许一般文化在其他领域推进相关法律目标。有时——并不经常，只是有时——最高法院和一般文化之间可能存在裂口，这就使得最高法院的裁决显得特别重要而紧迫。那时就总会产生完全意想不到的结果：比如布什诉戈尔案（*Bush v. Gore*）的裁决解决了2000年的大选问题。

11 促使我写作本书的一个原因是我对于大部分宪法学者的作品感到沮丧，他们为那些并非宪法专家的读者进行写作。或许是受到了那些唆使他们对轰动性的新闻进行评论的记者们的刺激，大部分学者写作时仅仅就是对最高法院的裁决表示欢呼或唏嘘，然后就结束了。我认为一般公众应当了解最高法院做了什么，但我不认为对一方立场或另一方立场的欢呼能够真正增进公众的理解。

关于最高法院的公民读本的观点——保守派法官和自由派法官是按照在司法过程中是节制的还是能动的，或者他们在解释宪法时是诉诸原初意图还是当代价值来进行立场划分的——只是一则谎言。伦奎斯特法院压根就没有发生那样的事情。每个法官都是一个司法能动主义者。伦奎斯特法院宣布那

些在长久建立起来的教义之下明显合宪的法律无效，所采用的是一些新颖的分析，那些分析有时被认为不能够与宪法文本或原初理解紧密勾连。更有甚者，伦奎斯特法院业已作出比沃伦法院更加强势的宣告，声称自身在落实那些国会必须加以尊重的法律边界方面起着一种主要的作用，如此咄咄逼人，以至于两位颇受尊重的学者写出了一篇准确地冠以“阴曹地府里的国会”之名的文章。

因此，伦奎斯特法院是一个政治法院。对于学者而言，将最高法院与政党政治相连接一点也不新奇。例如，沃伦法院的标准观点是，与民主党同心协力，致力于实施宪法中的新政/伟大社会视野中的内容。伦奎斯特法院在实施与国家中的主导政党相关的宪法内容方面与沃伦法院高度相似。使伦奎斯特法院的叙事更加复杂（同时也更加有趣）的是共和党的构成，它保持着经济保守主义者和文化保守主义者的一种联合。最高法院中的共和党人将会运用宪法去推动现代共和党的经济和文化议程，他们能够为后续的事业推进奠定根基。然而，实际成就微不足道，因为他们在行进中受阻，阻碍他们的不是能动主义的自由派或民主党人，而是在共和党的文化议程上飘摇不定的那些共和党人。

将那些司法裁决标签化为“保守的”或“自由的”，甚至“正确的”或“错误的”，只是在像唱诗班那样做鼓吹。也许更为重要的是，这样做并没有增进对于分裂的伦奎斯特法院的真实影响的理解。取决于谁将取代 2004 年尚在位的那些大法官，以及 2004 年大选之后出现的司法提名与批准的实际过程，最高法院在将来也许会变得团结一致。它可能变成一个团结的温和自由派的法院或者一个团结而强势的保守派的法院。或许伦奎斯特法院里的共和党人之间的分裂会在随后的法院里重演。威廉·伦奎斯特和克拉伦斯·托马斯已经为真真切切地重构宪法的一场革命打下了根基；该场革命尚未发生是由于奥康纳和苏特两位大法官的存在。伦奎斯特法院的真实影响潜藏在下一届最高法院的司法裁决之中。

12



第一章

伦奎斯特的法院

- 13 1971年，当理查德·尼克松试图决定提名何人入主最高法院时，威廉·伦奎斯特对记者开了个玩笑，称其“毫无”机会获得提名，因为“我不来自南方，我不是妇女，^[1]同时又并非庸常之辈。”尽管如此，他却是巴里·戈德华特曾经见识过的“最保守的律师”^[2]，而那就足够了。

截至1971年，共和党一直致力于推动宪法的保守化，针对的是沃伦最高法院，尤其针对沃伦法院在公民权利上的能动主义（activism）。共和党的宪法理论家们倚靠的是对司法能动主义的批评，这种能动主义在伦奎斯特成为首席大法官之前的年代里业已发展成形，被作为针对新政的民主党人所批判的保守的能动主义的一种回应方案。伦奎斯特的任命是共和党实现宪法策略转变的一部分。

- 伦奎斯特来到的是这样的一个最高法院：法官们满腹经纶，共和党的保守主义宪法议程牢记于心，其中包括对法院干预公民权利的反感。在涉及公民权利的每一点工作上，伦奎斯特回应冷淡。这立基于他的这样一种判断：公民权利的鼓吹者夸大了权利的重要性，同时低估了促进那些权利将给其他价值造成的负担（cost），他认为后者很重要。他通过铭记罗伯特·杰克逊（Robert Jackson）的宪法理论来解释他自己的关注，他曾担任过这位最高法院大法官的助理。和其他法官及学者一起，杰克逊发展了一种针对来自于自由派立场的司法能动主义的批判理论，而伦奎斯特在最高法院正是要反对这样一种自由派。
- 14

[1] 转引自 John W. Dean, *The Rehnquist Choice: The Untold Story of the Nixon Appointment that Redefined the Supreme Court* (New York, 2001), p. 191.

[2] 转引自 Ibid., p. 129.



威廉·伦奎斯特出生于1924年，生长在一个中产阶级家庭，家乡位于深受共和党影响的威斯康星州的密尔沃基市郊区。他使用士兵福利法案（GI Bill）规定的收益进入斯坦福大学学习，这是他二战期间在空军服役时挣得的。作为美国大学优等生荣誉学会（Phi Beta Kappa）的一名成员从大学毕业之后，伦奎斯特在斯坦福大学获得了第一个政治科学的硕士学位，又于1950年在哈佛大学获得了政治科学的第二个硕士学位。他同时还被斯坦福大学法学院录取，并在1951年12月以班级第一名的成绩提前毕业。次年2月，他前往华盛顿担任最高法院大法官罗伯特·杰克逊的法律助理。为杰克逊工作的经历确认了伦奎斯特的保守主义本性并使其卷入公民权利事务之中，后者贯穿其获得最高法院法官任命之前的整个工作生涯。因此，理解杰克逊显然有助于理解伦奎斯特。

杰克逊曾是关于罗斯福新政的宪法斗争中的一名核心参与人。截至伦奎斯特赶赴华盛顿的1952年，杰克逊被视为最高法院保守派的一员——这不是根据其政策偏好，在这点上他保持了坚定的自由派立场，而是根据其关于最高法院在政府架构中的角色的观点。伦奎斯特在政策上的保守主义从其作为杰克逊的法律助理的经历的透镜中可以折射出来，而杰克逊的观点则受到他对于自身生活时代的宪法历史之理解的塑造。

截至1930年代早期，像杰克逊那样的自由派律师秉持着一种对于最高法院和司法审查的坚定而并不称道的观点。在他们看来，最高法院持续阻挠他们推动的立法议程。自由派律师将发生于1905年的洛克纳诉纽约州案（*Lochner v. New York*）作为最高法院所有错误的例证，这是一个典型的进步主义时代（Progressive-era）* 的案件，涉及劳工利益和雇主利益的竞争。由工人和富有同情心的报纸发动的长期造势活动，将公众的注意力吸引到被限制工时的鼓吹者称为骇人听闻的面包房的工作状况之中。1895年纽约州的立法机关曾

15

* 进步主义是19世纪末20世纪初在美国盛行的一种社会哲学，根源于美国社会对快速工业化带来的种种现代性问题的反思，抨击政治腐败、大财团垄断、贫富差距和社会不公，支持混合经济架构下的劳动者权利与社会正义的持续进步，在政治立场上属于中间偏左，对20世纪以来的美国政治乃至世界性变革产生了一定影响。——译者注

时，每周工作不得超过6天。约瑟夫·洛克纳在纽约州的尤蒂卡（Utica）拥有一个小型的面包房，被指控雇佣阿曼·施密特尔（Aman Schmitter）并使之每周工作超过60个小时。洛克纳挑战了该法，称其违反了所谓的实体性正当程序原则（substantive due process）。

急剧分裂的最高法院勉强同意，宪法第十四修正案的正当程序条款保护面包业主和工人自愿达成契约的权利，无论契约条款如何。法院认为对该权利的限制是对每个工人自主决定工作生活权利的武断干涉。法律进步主义者（legal progressives）嘲弄道，最高法院诉诸的原则并未在宪法文本中获得确立，这不过是多数法官对一种意识形态化的自由放任主义经济学的偏好表达。

新政将一个保守派的法院与一个自由派的总统之间的矛盾推向了一个顶点。最高法院坚持认为某些重要的新政计划违宪，其自身秉持的原则对其他分支构成真实的威胁。在1936年以压倒性多数再次当选之后，罗斯福来到最高法院。他（无诚意地）建议道，为了帮助法官们工作，总统应有权力为每一个超过70岁的法官任命一名新法官。这就是所谓的“填塞法院计划”，虽然很快就失败了，但罗斯福也很快有机会利用法官退休造成的空缺来填补法院，从而实现宪法变革。

接手法院之后，自由派必须合计出该做些什么。正如两代人之后的政治科学家马丁·夏皮罗（Martin Shapiro）郑重指出的那样，新政的法官们此刻占据了先前由其敌人把守的堡垒，他们必须决定是拆除这一堡垒还是调转枪口对准如今已在堡垒之外的敌人。^[1] 杰克逊倾向于第一种立场。他看到，几乎所有重要的公共政策问题都应当通过政治来解决。利益集团之间会通过斗争解决，最高法院不应阻挡它们取得任何成果。

16 杰克逊的立场最终使得他与最高法院中的某些自由派的同事之间产生不一致。在适用到处于新政和最高法院斗争的核心领域的经济事务上时，他的立场起了作用。尽管如此，他对于政治的平静立场也存在一个问题。利益集团政治只有在每个集团都有游说立法机关的机会时才能正常运转。1930年代的每个人都知道，某些人群没有这样的机会。特别是南部的非洲裔美国人，或者通过法律，或者通过恐怖主义，他们被否认拥有投票权。人们怎能认为来自一个扭曲的利益集团（政治）过程的法律是公正的呢？

[1] 马丁·夏皮罗关于“接管堡垒”的论述，参见 Martin Shapiro, “Fathers and Sons: The Court, the Commentators, and the Search for Values”, in *The Burger Court: The Counterrevolution That Wasn't*, ed. Vincent Blasi (New Haven, 1983), p. 220.

最高法院自身指出了一条通往正当化理论的路径，该理论可以使得最高法院对于经济事务的限制——在新政支持者观点看来，这些事务上的政治过程的运转合理而良好——以及在人权事务上的司法能动主义获得正当化。该（司法）裁决涉及一项经济管制——国会禁止添加配料的脱脂奶的跨州装运，而这种脱脂奶是对于全脂奶的一种经济合理而又富含营养的替代——最高法院轻易地支持了这一管制法案，否决了脱脂奶的生产商卡罗琳产品公司提出的（宪法）挑战。

这一判决意见是由哈兰·费什卡·斯通（Harlan Fiske Stone）撰写的，他是一名自由派的共和党人。斯通法官将卡罗琳产品案作为运载“第四脚注”的工具，后来刘易斯·F. 鲍威尔（Lewis F. Powell）称之为“宪法（史）上最著名的脚注”^{〔1〕}。第四脚注被附于裁判文书的一项陈述之下，声称如果经济管制在保护公众健康或安全方面表现良好，最高法院将不进行严格审查。该脚注有三段文字。第一段是一项例行的陈述，声称最高法院对可能处于“宪法的特别禁止”之列的制定法将介入并进行严格的审查。另外两段文字包含了该脚注的“血肉”。脚注第二段援引“限制政治过程的立法，而那些政治过程通常被期待能够驱逐不受欢迎的立法”，该段文字声称这样的立法也许应该受到更加严格的审查。这里指的是剥夺选民权利的制定法，或许还包括限制言论自由的法律。最后一段文字关注到非洲裔美国人的状况，再次建议对于“针对宗教、民族或种族上的特定群体的立法”给予严格审查。该段文字进一步申明，“针对分散而孤立的少数群体的偏见”可能成为“一种特别的考虑，该种偏见倾向于严重减损被信赖于保护少数群体的那些政治过程的正常运转。”^{〔2〕}

第四脚注为新政的法官们提供了回击其敌人的武器。他们对于限制表达自由的法律可以发展出一种挑战性的姿态，因为这类法律损害了政治过程。他们还可以同等积极地反对那些对选举权的否认以及南方的种族隔离。唯一的问题是，杰克逊的观点和斯通的观点，哪一个会占据主导地位。 17

在随后的20年里，包括伦奎斯特为杰克逊工作的那段时期，最高法院保持着分裂状态。这一分裂因个人间的深刻冲突而加剧。菲利克斯·法兰克福特（Felix Frankfurter）之前是法学教授，自认为是一名善辩的宪法理论家，

〔1〕 Lewis F. Powell, Jr., “Carolene Products Revisited”, 82 *Columbia Law Review* 1087 (1982), p. 1087.

〔2〕 关于该案的裁决，参见 *United States v. Carolene Products*, 304 U. S. 144 (1938).

但基本上不能够发展出一种合宜的理论来帮助其作出决定，但他知道自己鄙视威廉·O. 道格拉斯（William O. Douglas），后者是正宗的司法能动主义者。因此法兰克福特倾向于杰克逊的方向，而道格拉斯拥护第四脚注（斯通）的立场。杰克逊相信，雨果·布莱克（Hugo Black）已经在密谋窃取自己的首席大法官职位。罗斯福曾许诺在斯通死后将首席大法官职位给予杰克逊。不幸的是，罗斯福先于斯通去世，同时杰克逊几乎完全错误地确信布莱克已经在哈利·杜鲁门（Harry Truman）面前损害了自己的名誉，后者随之任命了一名年迈的亲信法官，先前的财政部长和上诉法院法官佛瑞德·文森（Fred Vinson）。猜疑的原因在于，布莱克认同第四脚注表达的法理学，而杰克逊倾向于反对。那种倾向与1953年其手下的那名年轻的法律助理的政治保守主义完全一致，尽管杰克逊在司法节制主义（judicial restraint）的态度上比伦奎斯特更加矛盾。

在伦奎斯特担任法律助理期间，诉至最高法院的两个重要的公民权利案件凸显了他自身的保守主义，并将其置于和其老板（杰克逊）不一致的境地。第一个案件涉及田纳西州福特班德郡（Fort Bend County）的一种特殊的初选制度。杰伯德协会（The Jaybird Association）名义上是一个只对白人开放的私人组织，但它主导了该郡的民主党，而民主党是那里唯一起作用的政党。杰伯德会员们操控着一种初选程序，其中候选人要寻求该协会的支持。初选程序的获胜者总是能够获得该郡民主党的提名并进而赢得选举。从1940年代开始，最高法院连续否决了只有白人参与投票的初选，而福特班德郡发生的选举与单纯的白人初选极其相似。尽管如此，将之纳入正确的学说归类是需要智巧的，因为该协会是“私人”性质的。最终，经过反复推敲，最高法院宣告杰伯德的初选程序违宪。^[1]

18 杰克逊不能确定如何处理，但伦奎斯特知晓。在其为杰克逊准备的第一份案件备忘录里，伦奎斯特观察到好几个助理“一看到（备忘录里的）‘现在我们可以曝光一下那些天谴的南方人了，等等’就开始捧腹大笑”。伦奎斯特告诉杰克逊，他对于“这种关于歧视的病理诊断法秉持着一种怀疑观点”。由于最高法院正为此案件而发生争执，杰克逊向他的助理们提出建议，他可能不赞同否决杰伯德初选程序的提议。伦奎斯特的回应吸纳了杰克逊的写作

[1] 杰伯德案中伦奎斯特的案件备忘录，转引自 Mark Tushnet, *Making Civil Rights Law: Thurgood Marshall and the Supreme Court, 1935 ~ 1961* (New York, 1994), pp. 110 ~ 112.

风格。“本法院的法官们当然不是静坐高堂，无视宪法，冷酷无情地挫败他们自己认为不称心的结果。”伦奎斯特话语中的核心观念是“这是最高法院面对如下事实的时候：南方的白人不喜欢有色人种”。伦奎斯特进一步声称他代表杰克逊的观点——在一般事务上他确实是——写道：“宪法确实没有将最高法院任命成社会的看门狗，在私人歧视每一次丑陋地抬头时都暴跳如雷。”针对新政时期的自由派立场，伦奎斯特说道，自由派“应当首先意识到……不关注在政治过程中被践踏的那些同样可欲的其他价值，而只一味盲目地推动单一的宪法目标，那将是无济于事的。”最后杰克逊并未听从伦奎斯特的意见，只是简单地加入了那些阻止杰伯德初选程序的若干意见中的一种。

伦奎斯特在布朗诉教育委员会案（*Brown v. Board of Education*）中再次尝试将杰克逊推向保守主义的方向，该案中全国有色人种协进会（NAACP）挑战了南方的种族隔离的教育措施。^{〔1〕}和其他四个种族隔离案联系在一起，布朗案无疑是在伦奎斯特担任法律助理期间最高法院处理的最重要的案件，他为杰克逊准备了另一份案件备忘录，详细阐述了该问题上某人（someone）的立场。当这份备忘录在随后伦奎斯特于1971年被批准任命的过程中公之于众时，问题出现了：它反映的是谁的立场，杰克逊的还是伦奎斯特的？答案似乎是清楚的：伦奎斯特利用了杰克逊在司法能动主义上的矛盾态度，抓住机会在法官意见中写下了他自己关于宪法和公民权利的见解。^{〔2〕}

杰克逊吩咐他的两位法律助理来准备种族隔离案件的备忘录。伦奎斯特的助理同事，唐纳德·克荣森（Donald Cronson），开门见山地亮出他自己的“关于种族隔离案件中已经表达出来的一系列偏见”。克荣森认为，1896年普莱西诉弗格森案（*Plessy v. Ferguson*）的司法裁决支持种族隔离，是“错误”的，但这种裁决已经被镶嵌进法律和南方人的生活方式之中。对克荣森而言，19“只要围绕着一个先前错误的完整的生活方式已经成熟，我就说我们应该拥护它”。

伦奎斯特的备忘录标题是“种族隔离案件上的一种武断思想”。这份备忘录从对最高法院历史的一个快速回顾开始，视角采自从新政经验中研习司法节制的某个人。伦奎斯特认为，（法院）历史的教诲在于“除非在极端案件

〔1〕 关于对伦奎斯特在布朗案中准备的案件备忘录的讨论来自于 Mark Tushnet, *Making Civil Rights Law: Thurgood Marshall and the Supreme Court, 1935 ~ 1961* (New York, 1994), pp. 189 ~ 190.

〔2〕 关于1971年对伦奎斯特相关的案件备忘录的反应，下列文献详细描述了当时的争论，参见 Dean, *Rehnquist Choice*, pp. 274 ~ 284.