

## 如何讲述美国宪法：一种法律教学的尝试

刘 晗\*

就学科划分而言，美国宪法在中国法学院当中属比较宪法的范畴，属广义上的比较法。历史地讲，比较法最初旨在于甄别各国法律体系的异同，意图实现国家之间法律的融合。这种范式的典型体现是在私法领域：民法、商法和经济法。私法领域也是比较法发展的最初起源。比较宪法的兴盛是较晚的事情，可以说是冷战之后的潮流。在那以前，一国的宪法跟该国的政治、历史和文化紧密相连，很难实现世界范围内的趋同。在贸易法领域，世界已经形成了基本统一的规则，不管这种规则起源于何处。但在宪法领域却并非如此。比较宪法的兴盛源于两个原因。一是冷战之后世界多个国家的制宪运动，特别是东欧和前苏联地区。在这个过程之中，美国宪法成为了最主要的参考；很多美国宪法学家甚至亲身参与了这些国家的制宪。二是冷战之后世界多国宪法审查、尤其是司法审查的兴起以及司法审查的国际化趋势。各国司职宪法审查的法院不断地参照其国际同行们对于某个类似条文或者同一权利的解释，用于本国案件的审理和判决；法官们的国际交流也日益增多，甚至呈现了全世界法官联合起来的趋势。在宪法制定和宪法解释两个领域，比较宪法兴盛发达起来。美国宪法成为了这个过程的一个聚焦点。

但这两个历史原因在中国都付之阙如。一方面，中国最近一次制宪远在三十年以前（1982年《宪法》的制定在官方语言当中是“宪法修改”）。另一方面，中国并未采用司法审查制度（即司法机关审查立法是否合宪的制度），虽然二十一世纪初的时候最高人民法院曾经有过尝试，法律学者随之有过强烈的呼吁讨论。因此，美国宪法在中国的宪法实践中的地位就变得有些尴尬。坦白地讲，从中国宪法实践的角度来讲，美国宪法基本“无用”。美国宪法因而变成了一种法律话语，弥漫于法学院课堂、法学期刊、电视讲坛以及网络舆论之中。无论是希望美国宪法在中国变

---

\* 刘晗，清华大学法学院助理教授，耶鲁大学法学博士、硕士，北京大学法学学士、硕士。Email: liuhan@mail.tsinghua.edu.cn.

得有用，或者变得更加无用，美国宪法仍未进入中国的宪法实践当中。中国的法官们无法真正地参考美国最高法院的判例，因为中国并没有司法审查制度（虽然《宪法》文本中规定了违宪审查制度）。我们只能崇拜或者批判美国宪法，却无法在判决书中参照或者援引美国宪法。美国宪法因而成为了憧憬的对象；《大法官说了算》成为了畅销书。当很多人在说中国的宪法体制如何如何的时候，潜台词总是在说美国的宪法体制如何如何——好像一个女生在抱怨男朋友的时候总是在说别人的男朋友如何如何。

但美国宪法无法被中国法院加以参照，并不意味着美国宪法在中国没有发生影响。相反，作为一种话语，美国宪法的影响甚大。这么说有几层意思。第一，就历史而言，美国宪法曾经对于中国宪法的过去发生过很大的影响。民国初年，孙中山就是美国宪法的拥趸：他希望在中国采取当时在世界范围内属于非主流的美国三权分立体制，也即总统制。在各省脱离大清帝国独立之后，美国式的合众为一的建国方式也对于民国的政治家和知识分子具有极大的吸引力。当然，在那个时代，美国的司法审查体制尚未在世界获得普遍承认，中国的知识分子也少有人如此主张。

第二，就当代而言，美国宪法虽然无法用于中国的宪法实践，但是极大地左右了中国人的宪法思考。当中国的法官、律师和学者思考——甚至仅仅是想到——宪法和宪政问题的时候，美国宪法和宪政体制几乎是第一时间进入脑海的意象，就好像中国人思考任何体制问题的时候，首先会想到美国一样。即使是着力（甚至猛烈）批判西方宪政体制的声音，也会非常认真地首先批判美国宪政，因为美国宪政仍然是资本主义阵营的最高代表。晚清与民国时代，英国宪政曾经是很多士大夫和知识分子心目中的典范。而如今，除了少数专门研究普通法的学者，大多数中国知识分子和法律人士似乎都不会对英国宪政抱有如此大的热情。英国宪法随着大英帝国的凋零随风而去。美国宪法取而代之。当然，随着留学各国的法律学者回国或者其他的原因，其他欧美国家的宪法体制也开始影响了中国法律人和宪法学者的研究，比如德国，甚至加拿大。但就法律人和宪法学者对于宪法和宪政问题的总体印象而言，美国宪法仍然占据了旗舰的地位。我们因而看到了很多介绍美国宪法的畅销读物，甚至连有些以中国文史为主业的知识分子也出版了美国宪法的书籍。

第三，就未来而言，美国宪法对于刚进入中国精英法学院（或者也包括其他人文社会科学院系）的大学生而言，承担了宪政法治启蒙的作用。最晚到大一开始上课之时（宪法课是几乎每个法学院一年级都要开设的课程），新生们或是因为报纸和网络的宣传，或是因为师长的讲述和推荐，都对于美国宪法有了朦胧的美好印象。正如课上的一位学生在作业中所言：“宪政是我们应该追求的‘好东西’。因为美国有宪政，而我们没有。这是进入法学院以前的我最原始的想法。”大一的宪法必修课程虽然按照公定的教学要求是以中国宪法为主，但处处都有美国宪法的影子。以我所曾经就读过的北京大学法学院为例，大一的时候学生们基本都知道了美国宪法的经典判例马伯里诉麦迪逊；就我任职的清华大学法学院而言，大一的学生几乎人人都知道林达，有些学生甚至在高中就读过（有一个学生甚至在高中的时候就读了翻译过来的《九人：美国最高法院风云》），却几乎无人读过马克思的原著。而这些学生，将要成为中国的精英律师，或者未来的政府官员，甚至掌握国家命运的政治家。相比较而言，耶鲁或者哈佛法学院的一年级学生肯定多数不知道《中国宪法》是哪年制定的，甚至很多人不知道德国宪法法院有哪些经典判决，遑论哈佛耶鲁的一年级本科生。

更为有意思的是，美国宪法的很多概念和理念开始进入到了中国人的日常生活当中，至少是一线城市的白领生活当中。当人们想说一些以前不敢说或者不合适说的话的时候，言论自由，特别是美国式的近乎绝对的言论自由权利，就成为了正当的理由。当人们想隐瞒某些难言之隐或者在家里干些什么事情或者有些信息不想让别人知道的时候，人们通常会诉诸美国最高法院发展出来的一种宪法权利：隐私权。当美国最高法院宣判了两个支持同性恋权利的案件的时候，人人网上会有激烈的讨论，甚至激烈的欢呼。并且，当人们如此说话的时候，无论出于情感还是出于利益而无法同意的人，似乎很难找出反驳的理由。一套以美国宪法为源头的权利话语正在流行于社会之中。

在以上所述的背景下，如何在中国讲述美国宪法就变成了一个大题目。它不仅关涉宪法实践和宪法改革，还触及了中国人的社会生活；它不仅关涉宪法学科和法学研究，还影响着法学教育和人才培养；它不仅关涉学术研究，而且与公众舆论密

切关联。本文因此只选取一个很小的切口，根据自身的经验谈一谈美国宪法在中国法学院的教学问题。我本人在清华大学法学院 2013 年春季学期给本科国际班学生<sup>1</sup>开设的《比较宪法与行政法》课程（以下简称“课程”）中即就此作了一次尝试。本文的核心意思可以概括如下：美国宪法在中国法学院里应该首先作为一种知识被讲授，而并不是天然地作为一种价值的体现，无论是什么价值，或者什么样的价值。说的更简白一点，不能让中国法科学生对美国宪法的认识跟美国没接受过法学院教育普通百姓一样。如果是这样的话，这并不是宪政建设的成功，而只是宪法教育的失败。

### 讲述内容的尝试

在我自己给清华学生讲美国宪法的过程中，我倾向于在介绍美国宪法基本知识和讲授重要判例的基础上，强调美国宪法的特性和复杂性。中国法学院的学生大多都已经接受过了宪政法治的基本理念教育，无需在美国宪法课程上重复。在有限的课程时间当中，或许应更突出美国宪法落实抽象理念的具体方式。

美国宪法有其特性。其特性在与其他西方国家宪政体制和司法审查的区别中展现的很明显。即便宪政代表了一种普遍主义的理念，它在不同国家的具体落实也有不同的路径和模式。一些宪法学和比较宪法学的基本知识必须首先加以交待。举例来说，宪法一般区分为成文宪法和不成文宪法。最早做出这一区分的恰恰是一个英国人，19 世纪末著名的法学家、历史学家和外交官布莱斯（James Bryce）。而在那个时代，全世界的人们还不会像现在一样普遍认为美国式的成文宪法才是宪政的最高典范。英国人那个时候仍然具有极强的制度自信，并且获得了世界其他很多国家的信任。如果没有这些知识的讲授和历史的梳理，学生会想当然地把美国宪法当成最好的，甚至唯一的，宪政模式。

即使是在当代，美国宪法仍然在西方国家中具有鲜明的特色。以下谨就教学过程中给学生强调的几点作简要的介绍。

---

<sup>1</sup> 该班为清华法学院为培养国际化法律人才而特设的本科班。每年从新生中挑选二十名左右优秀学生组成，着重双语教学和国际法/外国法学习。《比较宪法与行政法》为该班限制性选修课。

第一，突出美国宪法在美国国家认同中的重要作用。这或许也是美国特产。美国宪法在美国的公民宗教当中占据重要的地位。如一位美国宪法史学家所言，“每一个部落……都忠于某种东西，这种东西为在具有敌意的宇宙中作为一种控制未知力量的工具，具有超自然力。美利坚部落也一样。”这种超自然的东西就是《美国宪法》。如果说美国人民如同共和宪政世界中的上帝的话，那么《美国宪法》就是这个世界中的《圣经》，最高法院大法官在某种程度上就是权威的解经者，甚至是犹太经师。此处，法律与宗教的类比不仅仅是一种修辞手法；美国宪法与宗教想象之间有着实际的、深刻的谱系与结构的联系。从历史上来讲，美国宪法的圣约传统来自于五月花号上的清教徒，只不过后来的《美国宪法》替代了《五月花号公约》，但其基本的精神仍然是上帝与诺亚和亚伯拉罕签订的《旧约》、和与人类签订《新约》。从结构上来上，美国宪政结构很多地方具有很强的基督教色彩：想一想三权分立与三位一体的类比就足够了。1834年，国会议员 Caleb Cushing 将宪法成为“我们的圣约柜”（our Ark of the Covenant）；1922年，首席大法官塔夫脱重复了这一说法。这种类似于宗教体验的宪法崇拜或许弗兰克福特大法官最为感同身受。他在日记中说，在入籍美国的仪式上，他感到自己“卸去了旧的忠诚而承担了美国公民身份的忠诚”。虽然他放弃了犹太教的信仰，但浓缩于美国宪法给中的公民信仰之神圣性之强烈程度丝毫不亚于犹太教。我们看一下美国入籍的宣誓词就可以大致体会到宗教仪式的感觉：“我宣誓：我完全彻底断绝并彻底放弃对我迄今为止所隶属或作为其公民的任何外国国王、当权者、国家或君主的效忠和忠诚；我将支持和捍卫美利坚合众国宪法和法律，反对国内外一切敌人；我将信念坚定，忠诚不渝；我将根据法律要求为美国拿起武器；我将根据法律要求在美国武装部队中执行非作战服务；我将根据法律要求，在文职政府领导下从事对国家具有重要性的工作。我自愿承担这一义务，毫无保留，决不逃避。帮助我吧，上帝！”

第二，强调美国政府结构的特色——总统制，一般称为“三权分立”。大体来讲，大部分本科生（即便是清华的本科生），尤其是低年级本科生，对于政府结构的基本知识和比较宪法、比较政治学上的基本分类没有概念。他们更多地是模模糊糊地听说、并且认为，“三权分立”乃是宪政的体制结构，甚至是宪政本身的代名

词。针对于此，我对美国宪法的讲授加入了更多比较宪法甚至比较政治学的内容，特别是总统制和议会制之间的根本区别，以凸显美国体制的特殊性。具体来讲，课程大纲中加入了一些美国人自己辨析总统制和议会制优劣的文章，以使得学生更加清楚，总统制即使在美国也不是那么的天经地义，无可置疑。此外，我在讲授的过程中特别跟学生探讨美国总统这个职位的特殊性，以及随之而来的一系列制度设置。比如，在讨论美国宪法的经典案例马伯里诉麦迪逊的过程中，首先从律师的角度，讨论一个问题：美国总统能否在法院被起诉？很多学生想当然地认为，根据宪政的原则，美国总统当然可以被起诉。但通过几个实际案例的阅读和讨论，学生逐渐认识到，这个问题的答案并不是那么的“当然”。美国总统必须具有自身一定的特权和豁免，才能够成其为国家元首，才能正常履行其宪法职责。

第三，美国宪法对于公民基本权利的保护亦很有特色。举几个例子就可以看出这一点。（1）美国对于言论自由的保护强于其他国家，言论自由在美国各种宪法权利居于首要的地位。在传统的英国宪法中，言论自由，无论是在公共领域还是在个人生活中，都受到诽谤法或多或少的掣肘。针对政府官员的言论常有诽谤之虞。而在美国，公言论（比如批评政府官员）即使事实不确，也受到宪法第一修正案的保护，除非其具有颠覆性的效果或者实际的而已。再比如，基于纳粹的历史伤痛，欧洲很多国家对于仇恨言论都采取非常限制性的态度。但在美国，即使这种言论也受到第一修正案的保护。虽然美国宪法从未像德国和南非那样明确宣布各种权利的等级高下之分，但实际上言论自由在美国宪法权利体系当中处于首要的地位。在某种意义上，德国宪法和南非将人的尊严（human dignity）列为最重要的基本权利，美国宪法似乎将言论自由放在了此种地位。（2）持枪权的问题。《美国宪法》第二修正案规定，人民持有和携带武器的权利不得侵犯。直到2008年的Heller案以前，美国公民是否拥有宪法上的持枪权一直是一个开放的问题。该问题同时也是最容易激起公共辩论和公众情绪的话题之一：持枪权的话题极易扣动国民情绪的扳机。同样，事情只有在美国才是这样。在欧洲很多国家，持枪现象十分罕见，政府对于枪支的管制也十分严格。并且，即使是Heller案也没有终结围绕持枪权的辩论。虽然该案确认了持枪的宪法权利，但该权利的范围以及对于规制枪支的

法案的审查标准，仍然不甚明确。（3）宗教问题。《美国宪法》第一修正案严格规定了政教分离条款，并且保障宗教自由目前已经非常减退。但这些条款必须放在美国社会的宗教性这一大背景下进行理解：一个美国人如果自称是无神论者，那么基本上他在美国就别想承担任何公共职务了。美国到底是一个世俗国家还是宗教国家？对于很多外国人而言，美国的宗教问题是“a riddle wrapped in a mystery inside an enigma”。美国宪法第一修正规定了政教分离条款和宗教自由行使条款。但这两个条款在与其他西方国家比起来也具有很大的特殊性。比如，英格兰、挪威（乃至冰岛与丹麦）以及希腊都有宪法规定的建制宗教：英国国脚、路德宗和东正教。其他国家如德国虽然禁止建制宗教，但仍然允许政府平等地支持各个教派，甚至可以允许某个教派的教堂征收政府应该征收的税。

另外，在任何一个重大案件和疑难案件当中，虽然双方当事人认同宪法和宪政，但仍然会在如何理解具体的宪法条文时产生巨大的争议，否则不会有案子发生。因此，在具体的教学过程中，课程倾向于强调任何一个具体条款中包含的抽象概念的在实际案件中的复杂性。比如，言论自由是否意味着可以在公共场合烧国旗？（Texas v. Johnson）平等是否意味着应当让黑人和白人的孩子在同一所学校里上学？（Brown v. Board of Education）自由是否意味着女性有堕胎的权利？（Roe v. Wade）在每一个案件当中，问题的答案都无法通过直接诉诸自由平等的理念而得出。更为复杂的是，每一个重大案件本身还会触及本来着力于保护公民权利的司法审查体制的复杂性。法院解释宪法的权力来自于何处？凭什么重大的宪法问题应该由法院说了算？法院究竟应该采取什么原则来解释宪法？课程因而同时介绍了数种美国司法审查的理论，及其相互之间的争论，让学生认识到个中问题的复杂性。

### 教学形式与学生反馈

作为一门外国法，美国宪法的讲授在中国法学院中存在一定的教学方式的困难和挑战。首先是阅读文献的问题。美国法学院的宪法课程具有既定的教学模式。首先有成型的宪法教科书（textbook），里面有宪法案件判词的摘要和汇编，以及

相应的介绍和讨论。教师也会按照既定的结构将案件进行分类，在学生课前阅读和 case brief 的基础上，通过小班研讨的方式，引领学生讨论案件中引发的宪法问题（即所谓“苏格拉底教学法”）。其目标主要是培养律师所需的基本技巧。但中国法学院却无法直接照搬这一模式。中国本科生习惯的方式是坐在座位上听教师讲授，一般来说不太习惯课前的大量阅读，更不习惯课上讨论，尤其是不习惯提出有意义的问题和做出言之有物、论点清楚、简明扼要的发言。具体到美国宪法而言，中国学生对于美国最高法院判词的语言和形式大多非常陌生。原始的英文判词无论从词汇还是行文方式、论证机构上都构成了巨大的挑战，无法像美国学生一样可以在一学期之中阅读近百篇判词，细致分析数十篇。因此，判例的选择和篇幅就是一个挑战。从实际的教学过程来看，课程上的本科生由于大多是国际班学生，英文阅读水平尚可。课程因而每周大概布置 30-50 页左右的英文文献，包括判例和论文。课程试图强调的是，我们不仅要看美国法院怎么做，还要看美国人怎么理解美国最高法院的判例。由于是初次尝试，课程根据学生的程度，只选取了美国宪法中最为重要的几个判例，加以讨论。但在此过程中，仍然希望做出一些突破。比如，像马伯里诉麦迪逊这样的案例就布置了全文，而不是像一般的美国宪法教科书只提供节选。

其次是作业的问题。课程基本每周都会让学生写读书报告或案例摘要，中英文均可。这也是美国法学院训练学生基本功的方式。由于是小班教学，我作为任课教员每周要花费半天的时间批改学生的读书笔记和案例摘要，包括内容和形式，甚至包括字句和标点符号，以此锻炼学生的写作能力。这些能力在其日后从事法律工作（特别是涉外法律工作）中是必备的。

在经历了大量英文判例和文献的阅读和讨论后，几乎所有学生的第一反应是：迷茫。本来非常确信的东西被打破了；本来非常信仰的理念开始遭到质疑了；本来简单的东西变得复杂了。原先对于美国宪法的崇拜减退了；原先美国宪法的核心信条（三权分立、违宪审查和权利保护等）变得面目全非了，甚至每个信条内部都疑窦丛生、争议不穷。一位学生在期末课程总结的结尾这么写道：“我没有更加明白，而是更加困惑而遗憾。但或许，这也是一种进步，起码，我不再那么盲目地相信，不再认为看到的美好都是理所当然的。我开始疑问，就意味着开始思考。”



这种态度实际上通过学生在课程总结、课下交流和网络讨论中都很普遍。他们的普遍感受是：提出的问题远远比回答的问题要多。而这或许就是教育本身的目的，即学生会发现自己困惑的问题，并带着这些问题自己寻找自己的答案。正如《中华人民共和国宪法》第十九条第三款所说：“国家发展各种教育设施，**扫除文盲**，对工人、农民、国家工作人员和其他劳动者进行政治、文化、科学、技术、业务的教育，**鼓励自学成才**。”作为公立大学法学院的教师，或许应该深刻体会这一条文的意思，通过大量的阅读文献，扫除将来要从事法律职业的法学院学生在理解美国宪法时的盲目（包含盲从和看不懂两层意思），并且鼓励学生发现自己的问题，沿着自己的困惑，用课程总所学到的方法（而不仅仅是知识）继续探究、自学。