

在中国教美国宪法课的启示：

一个美国法律人何以通过教中国学生更好地理解美国宪法

伊丽莎白·安妮·斯基恩¹

孙竞超译

一、引 述

当然，美国法律的其他方面都不如美国宪法这般具有“美国特色”。学期伊始，当我向学生们做自我介绍时，我解释说，学习美国宪法的重要益处之一是可以更深入地了解美国本身。在彼意义上，美国宪法是美国法律中引人入胜的一部分，因为不同于任何其它的法律科目，美国宪法的确提供了美国历史、社会、文化及道德方面的见识。

在清华大学法学院 2013 秋季学期中，我有幸承担了七堂三学时美国宪法导修课的教学工作。我在教一年级法学生时主要用英语，我使用的幻灯片大部分用英语写成，附加了一些中文翻译。由于我跟学生在一起的时间相当有限（相比之下，我在哥伦比亚法学院参加的一年级宪法课有十六周，每周四课时），我必须对课程包括哪些资料权衡再三。在做这样的权衡时，我主要考虑的是，美国宪法的哪些方面更有趣，更有意义，为美国所独有并区别于中国。

二、我在清华大学的导修课何以有别于典型的美国法学院宪法课

绝大多数美国法学院中，一年级的美国宪法课典型地被分为两个主要的课目类别，联邦主义和个人权利。第一个课目类别，联邦主义，典型地关注联邦司法权，国会权力，行政权以及权力的分立。典型地，最大的焦点在于国会的州际贸

¹ J.D.Columbia Law School 2013, MSc London School of Economics 2009, A.B.Princeton University 2007.联系作者: eas2213@columbia.edu。

易权²，即，国会有关“管制……州际贸易。”³

尽管我原本打算教贸易条款及相关案例，取而代之，我决定关注个人权利。贸易权力是一个相当技术性的领域，要理解正好“被算作”州际贸易影响因素的细微差别将落入教义性和政治化的争论之中。在一堂典型的美国法学院一年级宪法课上，关于个人权利的会话始于战前（内战以前）宪法和德雷德·斯科特诉桑德福德，60 U. S. 537（1857），继以第十四修正案和解释它的早期案例，如斯特劳德诉西弗吉尼亚州 100 U. S. 303（1880）以及普莱西案，163 U. S. 537（1896），然后开始关注消除种族隔离案，纠偏行动，妇女权利，堕胎和同性恋权利。时间有限，我特别关注了消除种族隔离案，堕胎和同性恋权利。

尽管我决定将重点放在个人权利而不是联邦主义上，我确实教了联邦主义方面的内容，特别关注了联邦司法权。我也教了美国法学院在一年级课上不经常涉及的关于美国宪法的其他方面。特别地，我教了第一修正案（言论及出版自由），第二修正案（持有武器的权利）以及米兰达权利。教后三个主题是为了回应学生们的兴趣。

三、从每周教学中得到的启示

我的导修课从马伯里诉麦迪逊，5 U. S. 137（1803）这个奠定美国联邦法院司法审查权的创见性案例开始。出于显明的原因，这个案例在中国法律学生和美国法律学生之间反响十分不同。我还记得自己作为一年级法律学生读马伯里案的时候，被问到如果没有司法审查权美国的法律体系会变成什么样子。这样一个问题对美国法律学生来说，初看上去是不敢想象的。如果美国最高法院真的没有权力宣布违宪法律无效，而是要去支持侵犯我们最基本法律的违宪法律，美国的法律体系会变成个什么样子？

当然，对于中国——一个没有选择司法审查进路的国家——的学生而言，替代选择不言而喻。美国总统和国会，都被宪法文本规定拥护宪法，可以扮演宪法

² 以洛克纳时期的案例开始，在洛克纳时期最高法院狭义理解国会的贸易权力；1930和1940年代洛克纳案的推翻，一直到1990年代大大地扩展对美国国会贸易权力的理解，最后以NFIB v. Sebelius, 567 U. S. ___ (2012) 结尾，此案中法院认为“奥巴马医改”侵犯国会贸易权力，但支持“奥巴马医改”作为一项税收。最高法院对这项权力做扩大理解保证了政府计划的大量扩充，方令美国摆脱了“大萧条”（the Great Depression），并且在很多方面，也保证了美国在国际外交事务中扮演今日的角色。

³ U.S. Const. Art. 1, Sec. 8, Cl. 3.

解释者的角色。不同于美国学生，令中国学生最惊奇的不是司法审查的替代选择存在；这是他们相当熟悉的东西。取而代之，最令我的学生们惊奇的是马伯里案是怎样的一个政治性案件。

在讨论首席大法官马歇尔在马伯里案中的判决之前，我花了大量时间向学生们介绍案件之前的历史背景。1800 年大选竞争激烈，共和党候选人托马斯·杰斐逊战胜了联邦党候选人、现任总统约翰·亚当斯。在杰斐逊候任总统并且亚当斯总统依然在任的七个月里，“跛鸭”联邦党人进行了大量的违规操作——亚当斯总统做出大量司法任命（当然包括将时任国务卿的约翰·马歇尔任命为美国最高法院的首席大法官）。并不是所有的委任状都在杰斐逊总统就职前送达，而杰斐逊总统，旋一就职，拒绝送达剩下的委任状。约翰·马伯里，马伯里案的原告，是其中一个被批准任命却从未收到自己委任状的治安法官。

首席大法官马歇尔在马伯里一案中的判决听上去名正言顺——“显而易见，阐明法律是司法管辖的范围和司法部门的职责”⁴——然而，当美国还是一个权力轮廓尚不清晰的年轻共和国时，这个判决是一种政治计谋。我的学生们，起初觉得首席大法官马歇尔的论证颇具说服力——赋予最高法院无需训令的初审管辖权的 1789 年司法法是一部违宪的法律，首席大法官仅仅是不能强制执行一部违宪的法律——转而开始看到激发马伯里案判决的更大政治赌注。司法审查权是一个十分强大的概念，这项权力塑造了美国宪法的定义，而它却没有从早期联邦党人与共和党人之间的政治斗争中获得一个可敬的起源。

第二周我们学习奴隶制与宪法。宪法——在它的原初形式下——到处可见奴隶制。⁵在我们一次最成功的讨论中，我们对比了首席大法官坦尼在德雷德·斯科特案判决中的使用的“原旨主义”与废奴领袖弗里德里克·道格拉斯⁶论争美国宪法反对奴隶制时使用的“文本主义”。⁷例如，我们看到，道格拉斯关于所谓的“五分之三”条款的论争，该条款奴隶在蓄奴州代表选举时被当作 3/5 个人。

⁴ *Marbury v. Madison*, 5 U.S.137 (1803)。

⁵ 尽管“奴隶”或“奴隶制”这样的词并没有在宪法的任何一处明确出现，通说有四个条款提到了奴隶制：Art.I §2 cl.3 (“五分之三条款”)，Art.I §8 c.11 (“叛乱条款”)，Art.I §9 cl.1 (“1808 条款”)，以及 Art.IV §2 cl.3 (“逃奴条款”)。

⁶ 参见弗里德里克·道格拉斯，“合众国宪法：支持奴隶制还是反对奴隶制？”，1860 年 3 月 26 日在苏格兰格拉斯哥发表的演讲。

⁷ 有趣的是，在许多情况中文本主义和原旨主义是并列存在的观点。文本主义认为宪法的文本应该独立；原旨主义则关注语言的原初含义。

⁸在此方面，该条款将非洲奴隶看成是 3/5 个人，贬低了他们作为人的地位。取而代之，道格拉斯提醒我们，该条款的实际效果——赋予奴隶与自由人相比更少的价值——是在激励人们释放奴隶。这样的讨论说明美国宪法具有延展性；尽管首席大法官坦尼可以肯定是对的，他认为宪法的起草者并没打算让非洲裔拥有与白人土地持有者们平等的宪法权利，道格拉斯关于 3/5 条款及其他涉及奴隶问题条款的论争表明，宪法确实可以被解读为一份反对奴隶制的文本。

在第三周，我们回顾了第十四修正案，讨论普莱西诉弗格森，163 U. S. 537 (1896)，布朗诉教育委员会，347 U. S. 483 (1954)，以及布朗案之后的一系列消除种族隔离案件。我向他们介绍了一个我在后面的课上会一直用到的比喻，即第十四修正案带来了一个“权利的袋子”。即便是在第十四修正案起草之时，没有人确知这个权利的袋子里面装了些什么。第十四修正案之后的案件，如普莱西案，缩小了“权利的袋子”，认为第十四修正案的起草者并未打算将社会平等装进袋子；然而，布朗案案推翻了普莱西案，撑大了权利的袋子。在许多方面，布朗案的一个主要问题是它缺乏清晰性。尽管判决说得很清楚，“隔离但平等”不适用于美国公立学校，它没有阐明，第十四修正案在多大程度上保护人们免于种族隔离式的教育。

我们在第四周讲了实质正当程序，讨论格里斯伍德诉康涅狄格州，381 U. S. 479 (1965)，以及罗诉韦德，410 U. S. 113 (1973)。“权利的袋子”这个比喻在此同样适用；它可以被看成是一个有用的框架，帮助理解为什么第十四修正案中可能暗示了隐私权。罗案确认宪法保护妇女终止妊娠的权利。在第五周中，我们继续讨论实质正当程序，继续讨论 Roe 案，然后检查生育计划组织诉凯西，505 U. S. 833 (1992) 一案对该案的部分推翻。我们在第五周也展开了同性恋权利的讨论。在许多方面，我们第五周和第六周关于堕胎的讨论与美国法学院的课程有相当大的不同。为了仔细地检查罗案的论证，我们讨论了判决之后的反对人工流产合法化运动和主张女性有权选择人工流产运动，两个运动各自的主张，针对堕胎诊所及资助者的暴力行动，罗案判决的政治化⁹，以及公众在此问题上的观点。

⁸ 参 U.S.Const.Art.I, §2, cl.3。

⁹ 罗案后的年月里，共和党党纲接受了“生命开始于怀孕之时”的观念；而民主党党纲则相反，主张“妇女选择的权利”。

我向班上的同学解释，反对人工流产合法化运动认为“生命开始于怀孕之时”。这意味着从一位妇女怀孕的那一刻开始，一个人被创造出来，他的生命必须被保护。这样的观点在许多国家特别陌生，尤其是在中国。如果这是在一个美国法学院的课堂上，我们将仅仅学习罗案和凯西案的法律论证，而不会去质疑为什么如此多的美国人反对堕胎。取而代之，我们在此讨论了反对人工流产合法化运动和主张女性有权选择人工流产运动，以及为什么双方会有如此相异的信念。

我特地用了两张幻灯片来重现堕胎问题的辩论。第一张幻灯片是一项公共民意测验，说明四十年前，当罗案判决公布时美国民众在堕胎问题上的态度是对半分的。我问班上的同学，为什么这么多的美国人要反对罗案判决？最高法院判错了么？堕胎问题是不是最好留给州的立法部门解决？我有效使用的第二张幻灯片显示了一张美国地图，以及在罗案判决前州堕胎法的情形。在罗案之前，四十六个州或是根本禁止堕胎，或是将堕胎的程序限制在妇女健康受到威胁，妇女被强奸而怀孕或胎儿受损的情形之下。

作为哥伦比亚法学院学生学习罗案时，我不能完全认识到罗案判定四十六个州法律违宪的价值，我也没有认识到罗案判决以来公众关于堕胎问题的不妥协态度价值何在。唯有通过深入了解堕胎问题辩论，将所知更有效地教给我的学生们，我才领悟到它的开拓性何在（以及它为何如此具争议）。

最后两周，我让班级在感兴趣的话题上投票。具有压倒性胜利的话题——几乎每一个学生都投了它一票——是第二修正案持有武器的权利。表达自由（关于第一修正案禁止“剥夺言论自由，或出版自由”）屈居第二，米兰达权利位列第三。后两个话题不是典型一年级宪法课上会讲到的内容，但我被激励去教授这两个话题，以适应学生们的需求。¹⁰

这三个选择会胜出，我一点儿也不惊讶，因为它们都是美国宪法所独有，与世界上其他地方特别是中国迥异的宪法不同方面的反映。最极端的例子是第二修正案以及与之相随的持枪传统。这完全是美国独有的。其他国家不会动用宪法保护个人持枪的权利。尽管我们要讨论第二修正案，我仍预期我学生中的多数会反对个人有持枪的权利。就像堕胎的权利一样，也有很多美国人反对个人持枪的权利。在接下来的几周里，我们继续更深入讨论，从德雷德·斯科特案开始，继之

¹⁰ 关于第一修正案的典型教学方法是将它作为一门独立的课程，而米兰达权利是典型的刑事诉讼程序课之一部分。

以普莱西案和罗案，关于当美国宪法被用于支持一些美国人发现是矛盾的价值或政策的时候，我们如何理解美国宪法的问题。这些美国人有否想过启动立法程序去修改它？任命最高法院法官来推翻他们不赞成的判决？¹¹或者我们是不是应该“凑活过”并且接受先例的稳定性？

四、一些结论性的思考

我反复问我的学生们一个问题：我们愿意将如此多的权力赋予如此少的，不能保证对他们判决负责的人吗？这是九个有终身任期和有保证薪酬的人坐在美国的最高法院里。事实上，这个问题背后的意思是隔离最高法院以防其政治化，但我们知道从马伯里案开始最高法院就一直是一个深度政治性的机构了。司法审查权的起源本身不高级也不强大，其本身就是首席大法官马歇尔的政治计谋，旨在保证联邦党人的影响力压过年轻的共和党。

我的学生们，普遍地怀疑赋予最高法院如此多的权力。在读过德雷德·斯科特案之后，他们极为忧惧，特别是忧惧于这个判决束缚国家政府手脚的方式。尽管学生们在美国宪法是否保护堕胎作为一项基本权利的问题上有分歧，大多数人认为罗案的论证相当贫乏。¹²他们特别对布莱克门法官在判决书中推出的三个月框架感到不解，他们认为这属于不适当的立法并且是最高法院僭越本职的例证。更进一步，一些同学认为，判决中的贫乏论证以及判决宣布四十六个州法律违宪的事实正是为何堕胎问题在当今的美国仍备受争论的主要原因。

我的学生们很关注一旦最高法院出错了会发生什么。既然最高法院的宪法判决具有法律强制力，它们只能通过被判例推翻的形式或被宪法修正案加以纠正。最高法院推翻自己的先例——出于尊重先例价值的考量——这样的行为必然很罕见。没有人提倡最高法院更频繁地推翻自己的判决；这非但不能解决判“错”案的问题，还会使得最高法院进一步政治化。

另一种推翻“错”案的方法是适用宪法修正案。宪法修正案很难获得通过所必须的支持，因此也很罕见。在近期的一次访问中，现任最高法院大法官安东

¹¹ 这是共和党在罗案判决后试图去做的事情，而且几乎成功在望。

¹² 学生中的大多数在大法官露丝·巴德·金斯伯格向其他法官提出的讨论中表现得很有同情心，认为平等保护条款为妇女终止妊娠的权利提供了宪法基础。参，如，露丝·巴德·金斯伯格，Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to *Roe v. Wade*, 63 N.C.L.Rev. 375.。

尼·斯卡利亚提到，如果他可以改变宪法的任何条文的话，那将是关涉修订宪法的部分。¹³斯卡利亚大法官将改变条文以使修订宪法变得更容易。我赞同斯卡利亚大法官的想法。为了使宪法得以修订，需要达到一个极高程度的国内意见的一致。众参两院须以 2/3 多数票通过修正案并且四分之三的州须同意修正案。¹⁴正如斯卡利亚所说，“如果有人能在人口最少的州里争取到达成必要多数的最少选票，像不足总人口 2%的人便可以阻止一项宪法修正案的通过。”¹⁵

斯卡利亚大法官谈及相对小比例的人口即可阻止一项宪法修正案的通过时，他没能注意到只需五个人，最高法院的简单多数，即可作出一项在整个美国都具有约束力的宪法判决。亦即，推定民选立法机构通过的法律是违宪的法律仅仅需要五个大法官；这样的情况一旦发生——因为修订宪法几乎不可能——立法机关将孤立无援。

司法权是一种强大的权力，这就是我在清华教美国宪法时最希望讲出来的东西。我的学生们，在读过德雷德·斯科特案判决之后，真的不敢相信最高法院支持密苏里妥协违宪，并且禁止美国国会宣布奴隶制在美国领土上为非法。坦尼法官的判决是靠一场内战和一项宪法修正案才得以推翻的。同样地，很多学生为罗案判决使得四十六个州的堕胎法违宪因而作废所震惊。

当然，美国最高法院也是纪念碑式的进步发生的策源地。今天没有人会反对布朗案的判决了。我问我的学生们，如果最高法院在霍林斯沃斯诉佩里，570 U. S. __ (2013)中判定同性恋婚姻是一项宪法权利，随着时间推移会发生什么呢？这项判决是会像布朗案一样备受尊敬，还是会像罗案那样备受争议？因为最高法院没有在霍林斯沃斯案的实质问题上确立规则，这仍是一个开放的问题。对那些主张同性恋婚姻的人来说，他们面临的问题是，为了运动最大限度的成功，是应该在联邦法院里主张同性恋婚姻还是应该在州立法机关提出这一主张。我把这个问题留给了我的学生们，他们，像我一样，在什么是同性恋婚姻主张者们的最佳进路这一问题上存在分歧。

在清华教美国宪法，我意识到美国宪法问题总存在于当下。我们上课期间刚好发生了美国政府关门和债务限额危机。我们从正常教学进度中暂停下来，开始

¹³ Jennifer Senior, In Conversation: Antonin Scalia, New York Magazine, Oct.2013, <http://nymag.com/news/features/antonin-scalia-2013-10/index1.html>.

¹⁴ 参见 U.S.Const.Art.V.。

¹⁵ Jennifer Senior, In Conversation: Antonin Scalia, New York Magazine, Oct.2013, <http://nymag.com/news/features/antonin-scalia-2013-10/index1.html>.

讨论这两件事存在怎样的有趣的宪法含意。我们回顾了宪法第三条，我向大家解释了为什么联邦法官们的薪酬在政府关门的时候依然被发放——因为宪法保障联邦法官们的薪酬。更有趣的是在债务限额论辩期间提出的关于宪法第十四修正案的讨论。第十四修正案第四款规定“合众国之公共债务……其效力不容置疑。”¹⁶如果国会拒绝提高债务限额，这意味着美国将拖欠债务，巴拉克·奥巴马总统可否根据他紧急状态下的权力和职责，单方面地提高债务限额来维护宪法？尽管修订美国宪法很难，宪法的条文具有起草者们所不能预见的延展性及对时局的适应性。

尽管我将授课重点放在个人权利上，宪法影响了美国大部分主要的政治和社会问题，从同性恋婚姻到债务限额，从奥巴马医改到政治任命，从竞选献金到死刑的合法性问题。正如我在本文引述部分说的那样，当我开始教宪法导修课的时候，我认识到美国法律的其他方面都不如宪法这般具有美国特色。这一点是我再三强调的。而且，在教中国学生们准确理解宪法是如何体现（以及，在特定情形下，如何不能体现）美国基本信念的过程中，我也更好地理解了宪法的美国特色和它在美国历史上的特殊地位。

¹⁶ U.S.Const.amend.XIV,§4.