

推开美国 法律之门

[美] 杰·M. 费曼 (Jay M. Feinman) 著 张玉洁 译

LAW 101

Everything You Need to Know
About American Law





推开美国 法律之门

[美] 杰·M. 费曼 著 张玉洁 译
(Jay M. Feinman)

LAW 101

Everything You Need to Know
About American Law

 上海人民出版社

图书在版编目（CIP）数据

推开美国法律之门 / （美）杰·M. 费曼（Jay M. Feinman）著；张玉洁译. —上海：上海人民出版社，2019

书名原文：Law 101：Everything You Need to Know About American Law

ISBN 978-7-208-16453-6

I. ①推… II. ①杰…②张… III. ①法律-基本知识-美国
IV. ①D971.2

中国版本图书馆CIP数据核字（2020）第079363号

责任编辑 冯 静 郑家豪

封面设计 一本好书

推开美国法律之门

[美] 杰·M. 费曼 著
张玉洁 译

出 版 上海人民出版社

（200001 上海福建中路193号）

发 行 上海人民出版社发行中心

印 刷 常熟市新骅印刷有限公司

开 本 720×1000 1/16

印 张 25.75

插 页 2

字 数 392,000

版 次 2020年8月第1版

印 次 2020年8月第1次印刷

ISBN 978-7-208-16453-6/D·3587

定 价 108.00元

Law 101: Everything You Need to Know About American Law

By Jay M. Feinman

Copyright © Jay M. Feinman 2018

Law 101: Everything You Need to Know About American Law was originally published in English in 2018.

This translation is published by arrangement with Oxford University Press shall have no liability for any errors, omissions or inaccuracies in such translation or for any losses caused by reliance thereon.

Simplified Chinese language edition is published by Shanghai People's Publishing House

Copyright © 2020 by Shanghai People's Publishing House

ALL RIGHTS RESERVED

前言

法律无处不在。每天的新闻都会报道严重犯罪的庭审过程、集体诉讼案件或新的宪法主张。所有这些看起来都十分复杂：为何会有阻碍警察执行公务却让犯罪分子逃脱的法律机制？为何诉讼需要耗费如此多的时间和金钱？法院如何能够知道宪法应当如何适用在制宪者从未设想过的场景之中？

法律人所历经的训练使他们能够理解这些事情，他们也拥有很多的资源以资助益。笔者所在法学院的图书馆就有上百万册图书和无尽的在线资源，法律人可以在其中找到制定法、司法意见和关于法律问题的学术意见。本书的受众是这些人之外的其他人。《推开美国法律之门》是对律师和法官所使用的法律规则与原则的基础性诠释。本书的前提假设是显而易见的：尽管决定某个法律问题应当如何处理并不容易，但是至少每个人都能够获得关于这个问题究竟所涉为何的基本理解。

本书每章讨论一个基础性问题，这些问题是每个律师在法学院第一年都会学到的：宪法、公民权利、民事诉讼程序、侵权、合同、财产、刑法和刑事诉讼程序。在每章中，读者都能获知该章所涉问题的基本原则，了解某些法律专业术语，并且知晓相关规则在寻常和不寻常的案件中如何适用。[如果你希望获取关于更多法律专业术语的简要定义，可以参考本书的姊妹篇《你不可不知的1001个法律专业术语》（*1001 Legal Words You Need to Know*）。] 本书并不仅仅帮助读者知晓法律规定，更重要的是它使读者置身于立法的过程中，从而思考那些困扰律师和法官的疑难问题。在此过程中，读者也会感到兴

趣，因为法律所面对的场景经常是有趣的，有时甚至是滑稽的或令人震惊的。

读过此书之后，读者在遇到具有争议性的法律问题之时，将对该问题的背景和复杂性有更好的理解，并且能够就此问题应当如何解决作出更好的判断。在每天都可能遇到的法律问题中——从拥有一套房子到起诉某人以维护自己的宪法权利——读者也能够进行更加深刻的思考。如果读者曾经想就读法律学院，那么《推开美国法律之门》将提供一种身临其境的感觉。如果读者是一名学生，无论是法学院还是其他学院的学生，本书都将提供一个关于法律基础性问题的整体框架——这一框架往往是难以获悉的。

尽管笔者是一名律师兼法学教授，但是本书的撰写和修正对本人来说也是一个重新受教育的过程。笔者希望，本书对于读者来说亦是如此。笔者需要重新思考许多并非笔者专业领域的法律问题，也对许多笔者曾经深耕多年的领域进行重新检视。笔者衷心感谢那些在写作过程中提供过帮助的人们：卡尔·博格思（Carl Bogus）、丹尼斯·布尔斯维特（Dennis Braithwaite）、艾德·齐斯（Ed Chase）、金姆·福森（Kim Ferzan）、贝斯·希尔曼（Beth Hillman）、格雷格·拉斯托夫卡（Greg Lastowka）、托马斯·李比恩（Thomas LeBien）、厄尔·马尔茨（Earl Maltz）、斯坦尼斯劳·波莫尔斯基（Stanislaw Pomorski）、麦克·斯潘尼克（Mike Spanic）、里克·辛格（Rick Singer）、艾伦·斯坦因（Allan Stein）和鲍勃·威廉姆斯（Bob Williams）给予笔者许多有益的评价。伊丽莎白·博伊德（Elizabeth Boyd）、谢乐尔·费伊（Sheryl Fay）、尼克尔·费利恩特（Nicole Friant）、艾米·纽纳姆（Amy Newnam）和贝斯·帕斯卡尔（Beth Pascal）帮助笔者进行资料搜集。克里斯·卡尔（Chris Carr）和比尔·卢茨（Bill Lutz）提供过早期的帮助。罗格斯法学院为此书的完成提供了良好的环境。最重要的是，感谢使本书得以出版的约翰·莱特（John Wright）先生。

目 录

前言

第一章 没有秘笈：每个人都可以理解法律

第二章 美国境内的最高法律：宪法

第一节 宪法是什么？

第二节 为什么我们需要宪法？

第三节 最高法院如何确定宪法的含义？

第四节 最高法院如何获得解释宪法的权力？

第五节 宪法赋予联邦政府其他部门哪些权力？

第六节 根据宪法，各州享有哪些权力？

第三章 首要自由：宪法权利

第一节 宪法保护哪些权利？

第二节 正当程序是什么？

第三节 宪法是否要求平等对待每个人？

第四节 宪法如何保护言论自由？

第五节 宪法如何保护宗教自由？

第六节 宪法保护的权力还包括哪些？

第四章 法庭里的一天：诉讼程序

第一节 民事诉讼程序是什么？

第二节 为什么我们需要民事诉讼和民事诉讼程序？

第三节 法院审理的案件从何而来？

第四节 诉讼可以在哪里提出？

第五节 在何种情况下案件将变成全国性案件？

第六节 如果可以在多地起诉，各地分别适用何种法律？

第七节 诉讼如何启动？

第八节 被告如何应诉？

第九节 如果诉讼中有超过两个当事人

第十节 如果诉讼中有众多当事人

第十一节 当事人如何发现案件事实？

第十二节 庭审前还会发生什么？

第十三节 庭审时会发生什么？

第十四节 庭审时可以提交哪些证据？

第十五节 关于陪审团

第十六节 庭审后会发生什么？

第五章 滚烫的咖啡和撞毁的汽车：侵权法

第一节 侵权法是什么？

第二节 为什么我们需要侵权法？

第三节 一人袭击另一人是否属于侵权？

第四节 一人因疏忽伤害另一人是否属于侵权？

第五节 法律上的合理注意义务是什么意思？

第六节 原告如何证明被告的过失？

第七节 如果受害人对意外的发生负有责任

第八节 如果某人并未意图伤害他人且尽到了合理注意义务，他/她是否仍应承担侵权责任？

第九节 在何种情况下制造商应当就其产品给他人造成的伤害承担责任？

第十节 在侵权案件中，原告可以获得哪些赔偿？

第十一节 在何种情况下应当判处被告承担惩罚性赔偿金？

第六章 一言为定：合同法

第一节 合同法是什么？

第二节 为什么我们需要合同法？

第三节 如何订立合同？

第四节 合同是否必须采取书面形式方可强制执行？

第五节 是否任何人都能订立合同？

第六节 两方当事人订立的合同是否都可以强制执行？

第七节 如果合同不公平，法院能否拒绝强制执行？

第八节 对于格式合同和网络合同，法律如何规定？

第九节 合同订立之后能否解除？

第十节 如果附条件合同的条件没有出现？

第十一节 法院是否会判处某人必须履行合同？

第十二节 不守承诺之人需要支付多少赔偿金？

第七章 你是你所拥有之物：财产法

第一节 财产法是什么？

第二节 为什么我们需要财产法？

第三节 财产包括哪些类型？

第四节 谁拥有互联网？

第五节 个人如何获得财产？

第六节 个人如何购买和出售财产？

第七节 个人死后财产如何转移？

第八节 信托是什么？

第九节 人们如何共有财产？

第十节 财产所有权还可以以何种方式共享？

第十一节 房主和租客享有哪些财产权利？

第十二节 在何种情况下政府可以征收个人财产？

第八章 犯罪不会有好结果：刑法

第一节 刑法是什么？

第二节 为什么我们需要刑法？

第三节 犯罪行为是什么？

第四节 是否只有在个体故意犯罪时才被视为有罪？

第五节 在何种情况下防卫是正当的？

第六节 在何种情况下警察使用暴力是正当的？

第七节 在其他哪种情况下个人实施类似犯罪的行为是正当的？

第八节 为何罪犯能够以精神错乱作为抗辩理由？

第九节 还有其他哪些抗辩理由？

第十节 个体能否因几乎实施某项犯罪而被定罪？

第十一节 杀人罪是什么？

第十二节 为什么关于强奸罪规定的争议如此之大？

第九章 保护无辜者，释放有罪者：刑事诉讼程序

第一节 刑事诉讼程序是什么？

第二节 为什么我们需要刑事诉讼程序？

第三节 刑事诉讼程序中有哪些步骤？

第四节 在何种情况下警察可以进行搜查和扣押？

第五节 什么是禁止自证其罪的权利？

第六节 如果警察侵犯被告人的权利？

第七节 辩诉交易是什么？

第八节 为什么有陪审团制度？

第九节 对抗式诉讼程序是什么？

[第十节 如何进行量刑？](#)

[第十一节 关于死刑](#)

[第十二节 为什么刑事上诉过程看起来耗时冗长？](#)

[结论](#)

[案件索引](#)

[主题索引](#)

第一章

没有秘笈：每个人都可以理解法律

美国人为法律而着迷。法律十分重要，引人深思，有时令人惊异。让我们思考一下这些著名案件：

斯特拉·利柏克（Stella Liebeck），79岁，在新墨西哥州阿尔伯克基市的麦当劳免下车快速取餐窗口买了一杯咖啡。当她将咖啡放在两腿之间以便拿掉盖子添加奶油和糖的时候，咖啡洒出将其烫伤。利柏克伤得很重，在医院接受了七日的烫伤治疗，包括皮肤移植。随后，她将麦当劳诉至法院，认为其售卖的咖啡过烫，具有危险性。陪审团判处麦当劳支付16万美元以赔偿利柏克的伤害，并判处270万美元以资处罚——这是陪审团计算得出的麦当劳两日咖啡销售额。（法官后来将惩罚性赔偿减少至48万美元。）这一案件究竟是美国的侵权法体系变得近乎疯狂的例子，还是对受害者的公平赔偿？请参见本书第五章。

詹姆斯·奥贝尔格费尔（James Obergefell）和约翰·亚瑟（John Arthur）邂逅之后坠入爱河，并且保持了长达几十年的伴侣关系。后来，约翰被检查出患有肌萎缩性侧索硬化症（或者称为葛雷克氏症）——一种使人逐渐虚弱的无法治愈的疾病。因此，詹姆斯和约翰决定结婚。他们从家乡俄亥俄州飞至马里兰

州，因为在马里兰州同性婚姻是合法的。在马里兰州，他们结为同性夫妻。在约翰逝世的三个月后，由于约翰的死亡证明无法将詹姆斯列为配偶——因为俄亥俄州不承认同性婚姻——詹姆斯提起诉讼。最高法院判决认为，美国宪法第十四修正案要求各州向同性伴侣颁发结婚证明，并且承认在其他州结成的合法婚姻。最高法院的大法官们如何知晓在此类案件中宪法意欲如此？请参见本书第三章。

原书页码：1

密苏里州弗格森市，在一起便利店抢劫事件发生后，警察达伦·威尔森（Darren Wilson）尾随一名非裔未成年人迈克尔·布朗（Michael Brown）。布朗和威尔森之间发生了打斗，之后布朗逃离。关于接下来发生的事情，证人证言互相矛盾，但是结果是威尔森开枪射击手无寸铁的布朗至少六次，最终致其死亡。大陪审团在调查之后拒绝认定威尔森犯故意杀人罪。布朗的死亡和大陪审团的决定导致“黑人的命也是命”运动在美国境内大肆蔓延。在何种情况下警察可以使用致命武力逮捕一名犯罪嫌疑人？请参见本书第八章。

法律的大部分内容并非关于对同性婚姻的宪法保护等重要案件，或迈克尔·布朗（Michael Brown）枪击案等戏剧性案件。法律以多种方式渗透我们的生活。有批评声音认为，近年来，美国人被“法律狂热病”（hyperlexis）——过多的法律和过多的法律人——折磨着。但事实上，从一开始法律就遍及美国社会的各个角落。在清教徒登陆马萨诸塞州之前，他们就制定了《五月花号公约》——一个规制他们在新大陆定居活动的法律文件。在殖民时期，关于经济、公共行为和社会道德的法律数量并不比今天少。常见的人类弱点，例如通奸、醉酒和懒惰，经常有法律规定对其进行惩罚。法律严格规制经济事务，甚至详细描述面包的尺寸以及商品售卖的时间和地点。诉讼是公众聚

集的场景之一，其间法律人长篇大论，公众品头论足。今日，法律对我们的影响则更加个体化，当我们租赁公寓、购置房产、结婚、驾驶、借款、购物、参加组织、上学或工作时，以及作为一个整体通过政府⁽¹⁾获得医疗保障、收税、管理电视节目和虚拟空间、侦查犯罪，以及控制环境污染时，法律无处不在。

尽管美国人长期迷恋着法律，大多数人却无法洞悉其实质。法律十分复杂且文献繁多，没有任何人——即便是最博学的律师——能够完全理解。不仅如此，律师和学者也从未试图使法律可以为普通人所理解。恰好相反：法学教授，就像某些宗教的神甫一样，更经常做的是维持法律的神秘性，将其束之高阁。

原书页码：2

但是，每个人都能够知晓关于法律的一些知识。这正是《推开美国法律之门》的目的。本书诠释法律的基础性内容，即律师和法官所使用的规则、原则以及观点。本书无法囊括所有关于法律的知识，对于任何人来说，知晓所有的法律知识都是不可能的，只有可能学习到法律的只言片语。这就是为何大多数律师都有自己专业领域，只有这样他们才能够学习到法律的深层次知识——例如新泽西州的医疗事故法或是联邦公司税务法等。但是，关于基本的法律问题和法律概念，所有律师都会知道一些，因为他们都有着类似的法学院教育经历。

公众似乎对法学院有一种痴迷，正如他们对法律的痴迷一样。从《平步青云》（*The Paper Chase*）到《律政俏佳人》（*Legally Blonde*），书籍和电影都将法学院一年级描绘成一种令人知识倍增但惨无人道、备受折磨的经历。法学院一年级的课程内容是针对律师的通识性训练，因而本书也将集中关注法科学生所学习到的这些核心知识，即法律的实质是什么——这些知识对非律师职业的人也十分有用而且有趣。

美国每个法学院一年级的课程都十分类似。课程中的一些内容是基础性的，本书就关注这些内容。宪法包括政府架构（第二章）和免受政府行为干涉的个人自由（第三章）。民事诉讼法讨论诉讼的流程（第四章）。侵权法关注个体伤害（第五章）。合同法讨论私主体之间订立合约的规范（第六章）。财产法规制人与人之间基于对物之所有而形成的关系（第七章）。刑法界定错误行为，国家可以基于这些行为剥夺个体的生命或自由（第八章）。刑事诉讼法描述定罪量刑的过程以及被告人的权利（第九章）。

美国每个法学院都会开设宪法学、合同法和其他法律的课程，而且每个法学院所教授的这些课程在材料和内容方面都有很大程度的相似性。新泽西州、艾奥瓦州和加利福尼亚州的法学院都教授国家法的基本原则，并诉诸相同的司法意见和制定法。如果读者在阅读本书后进入法学院学习，将会发现大多数第一年的课程内容都十分熟悉。尽管如此，各个课程均由不同的教师教授，他们的角度也各不相同。有些角度的不同关系重大，但有些则无足轻重。例如某个教师可能信奉政治自由主义，而另一个可能信奉保守主义；某个教师可能倾向于用经济分析的方式理解法律，而另一个可能倾向于自然法路径。这些角度的不同会导致对法律是什么这个问题产生不同的理解。因此，尽管法科学生和律师所面对的都是一个大致相同的法律领域，但他们采用的方式是不同的。

原书页码：3

本书也同样采用某种视角。这是毋庸置疑的。本书所采用的视角是诸多著名法学专家都知晓的。其中一些内容被普遍接受，但另外一些内容仍存在广泛争议。这一视角可以简要总结为以下几条：

第一，法律并不在法律书籍中。书籍是我们想到法律时最先想到的事物：厚重的书卷，以皮革封面装订的落满灰尘的判例集，充斥于法学图书馆的一排排制定法和司法意见。尽管书籍能够使我们获取许

多法律知识，但它们并不是法律本身。相反，法律存在于行为中，存在于法官、律师和普通公民的相互交往中，而不在打印纸中。

比如，思考一下我们最经常遇到的一类法律：限速规范。法律对在州际高速公路上行驶的汽车限速多少？仅仅从法律书籍中找答案的人可能会回答65英里/小时，但答案并不止于此。如果你在新泽西州收费高速公路上以65英里/小时的速度行驶，那你就等着被超车的卡车闪灯警示退到慢车道上吧。在驾驶员的实际行为中，速度限制比65英里/小时高出许多。执法人员也会这么认为。警察会给驾驶员一个缓冲范围，以66英里/小时行驶的车辆不会收到罚单。如果真的有警察给时速66英里/小时的车辆开了罚单，那么交通法庭的法官肯定会笑掉大牙。从现实来考虑，法官绝不会将他们的时间浪费在仅仅超速1英里/小时的驾驶员身上；从法律来考虑，警察的雷达也绝对不会准确到能够监测出仅仅1英里/小时的速度差距。所以，驾驶时速的上限究竟是多少？答案和书本所呈现的显然不同。

为了理解法律，我们需要审视这个世界上真实发生的事件。通过归纳这些事件，我们能够获得帮助我们理解法律的理论 and 概念；但是在这个过程中，重要的永远都是现实世界，而不是理论。法学院践行这一观念的途径之一是注重那些最终引发诉讼的个案事实和解决问题的司法意见，称为“案件”（cases）。每个案件事实都仰赖于真实世界发生的事件，例如斯特拉·利柏克起诉麦当劳，或者达伦·威尔森警官射杀迈克尔·布朗。这些事实使我们能够联想起许多类似的事件，并将这些事件中的特定事实与法律的一般规定联系起来。本书也采取这一模式，通过许多有趣的案件来阐释法律原理。

第二，法律并不是秘密。与法律存在于书本之中这一错误观念同时存在的还有另一个错误观念，即法律是秘密的，至少是普通人所无法接触到的。为了在专业水平上理解和适用法律，律师必须具备专业知识，但是了解法律的基本内容却不需要这些。法律所反映的是生

活。法律所承载的理念和内容与我们从生活其他方面所经历到的并没有太大不同。例如合同法就是对人们在商业或非商业活动中订立、理解、维持和破坏承诺的各种行为方式的评价。很少有非律师的公民能够描述合同成立的客观理论或《防止欺诈法》（Statute of Frauds）的内容（在阅读本书第六章之后你也可以），但是每个人都会思考关于合同和承诺的事情。如果某人十指交叉作出承诺，那么这是不是意味着这个承诺根本不算？如果某人答应带孩子去看电影，那么当重要会议被安排在同一时刻时，他/她是否会感觉如释重负？如果他/她并没有这种感觉，那么应当如何？如果某人新买的电视机不能正常工作，那么他/她能否将其退回售货商？诸如此类。

原书页码：4

这些都是我们每天会遇到的事情。法律所提供的不过是讨论这些问题的另一个场域，其中所涉及的原理和基本理念非律师的公民也能够知晓。

第三，没有简单的答案。法律反映生活，而生活是复杂的。因此，法律问题也没有简单的解决方式。

生活的复杂性呈现为两个方面。其一，事物总是混乱的，因此厘清其中的法律问题并寻得一个合适的解决方案是困难的。我们再来考虑下限速规范的问题。如果我们制定一个明确的规范，例如，“超过限速行驶就是犯罪”，那么我们不可避免地会遇到例外情况，比如“将濒死孩童送至医院的家长很可能会超速”。如果我们制定一个复杂的规范，例如，“在既定情境下以合理速度行驶”，那么我们所面临的将是人们在每个案件中不断地争论这一规则应当如何适用。其二，生活的复杂性还在于我们经常在一件事上持有两种态度。我们既希望法律规则是明确的，以便保障案件处理的一致性、公平性和可预测性；但是我们同样也希望在某个个案上有公平处理的空间，以避免法律规定对某个特定当事人过于严苛。

政治家经常想让我们相信复杂的法律问题有简单的答案。近几年，我们已经习惯了摘要政治和过分简要主义的宣言，即通过削减无关紧要的诉讼数量、严厉打击犯罪、人人为其行为负责或遵循某种其他口号，我们的问题就能够得以解决。从本书的视角来看，事实并非如此。

原书页码：5

第四，法律是政治冲突的战场。法律所处理的复杂问题和我们就这些问题所给出的矛盾回应，均涉及政治。这里所说的政治并非在选举过程中共和党和民主党之间的政治斗争，而是关于社会资源和社会价值的争斗。法律判决中所处理的问题是任何社会都需要解决的最基本问题：谁得到什么？谁得以生存或谁必须死去？何为正确，何为错误？在重要宪法问题上——例如，堕胎争议——每个人都能够发现存在冲突，只不过冲突在其他法律问题中也都存在。快餐业是否应当对肥胖症等相关疾病负责——因为他们提倡且售卖大量的致胖食物？我们需要将所有此类法律判决都看作是广义的政治裁决。

第五，法律是民众的产物。法律似乎是事物自然秩序中的一个组成部分。法律和法律判决被视为理应如此，因为其建立于不变的正义原则之上，根本不像是人类活动的产物。律师和法官在谈论法律之时，好像法律自己在活动，与他们的行为无关，比如“法律要求……”或者“先例决定结果是……”。这是无稽之谈。法律是民众制定的，“法律”或者“先例”并不掌控任何事物；相反，是我们在控制它们。这一观点似乎暗示着一小群人——有特权的、有政治权力的以及法律专业人士——控制着法律系统，尽管他们否认这一指控。但事实是，无论法律所处理的问题是堕胎、制造商责任，还是口头协议的效力，我们——不仅仅是律师和法官——都需要判断我们认为的公正和有用的结论是什么。

本书试图揭开法律的神秘面纱，使得非律师的公民也能够理解法律的规范内涵及其背后的原理和冲突。本书并不能告诉读者如何代理自己的案件。读者不会学到如何提起离婚诉讼，如何在小额赔偿法院提起诉讼，或如何撰写起诉书——关于此类问题，有其他书籍可以参考。本书所介绍的是法律的根本性问题，不是特定的交易机制。在阅读本书之后，无论是使用一本教科书，还是聘请律师处理法律问题，读者都能够对法律规则和机制运作背后的事物有更好的把握。本书和其他法律书籍还有一个重要区别——无论是与律师的专业论述，还是与关于起诉书撰写的教科书相较——即本书读来甚为有趣。虚构儿童文学作家雷蒙·斯尼奇（Lemony Snicket）曾经写道，“关于法律的书籍冗长无趣、难以阅读”。《推开美国法律之门》可不是这样。就像法律本身一样，本书充满了难题、挑战、有趣的花边新闻、引人深思的问题以及知识的增加。

原书页码：6

本书每章内容都以“问题—答案”的形式进行架构。问题部分为每章的内容提供指引，也使得读者能够选择某些感兴趣的主题进行阅读。在大多数时候，本书可能提出了更多的问题，而答案很少，许多问题并没有得到解决。法科学生经常会遇到这种情况并倍感困扰。但事实就是如此，对于一些问题，法律并没有给出明确的答案，有些问题则从未得到解决。法院并不能裁判一切事物，找出对疑难案件的公正解决方案是每个有识之士的权利与义务。在阅读本书之后，读者将更有能力参与这一过程。

原书页码：7

[\(1\)](#) Government中文一般译为“政府”，在美国，该词通常指包括立法、行政和司法的整个公权力体系。中文的“政府”则有时指代整个公权力体系，有时指代行政机构。为了有效区分，本书使用“政府”一词对应原文的“government”，特指行政机关的语词例如“the executive”则译为“行政机关”。——译者注

第二章

美国境内的最高法律：宪法

完全不懂民事诉讼法或财产法的人仍然能够从八年级的公民学课堂中回忆起宪法的基本内容：权力分立，制约与制衡，司法审查，正当程序和法律的平等保护，言论、宗教和出版自由。即便人们不记得八年级学习的知识，新闻报道也会提醒他们宪法所具有的一贯重要性。宪法是否保护堕胎权利？宪法对同性婚姻的态度如何？公司是否享有言论自由？

政府做的所有事情都由宪法约束。宪法界定总统和国会之间的关系、联邦政府和州政府之间的关系；宪法规定政府有权使用税收建造高速公路、维系和调度武装力量，以及刊印邮票。不仅如此，每个热点问题似乎都会变成一个宪法问题：曾经是奴隶制和规定工人最高工时及最低工资的法律的合宪性，现在是堕胎、同性恋、双性恋和跨性别者（LGBT）权利，以及竞选募资的合宪性。在2000年的选举风波中，甚至谁应当成为总统也变成了宪法问题——当时出现了布什诉戈尔案（*Bush v. Gore*），最终由最高法院裁决。因此宪法——我们的政府如何架构以及其可为和不可为的范围——将作为本书探索美国法律的开端。

第一节 宪法是什么？

宪法是对《美利坚合众国宪法》和各州宪法（稍后讨论各州宪法）的理解和适用。《美利坚合众国宪法》（以下简称《宪法》）起草于1787年，包括不到4 400个单词，分为七个部分，称为“条”。

《权利法案》（《宪法》最早的十个修正案）在1791年被纳入《宪法》；在至今超过两个世纪的时间里，《宪法》只纳入了另外十七个修正案。从头至尾读一遍《宪法》——像一些美国人做的——并不会占用太多的时间。

原书页码：9

宪法似乎应当很容易理解。宪法规定非常简明——或者正因为如此——可是宪法的含义和适用却是法律领域里最具争议性的问题。不仅如此，在本书所要讨论的所有法律中宪法十分特殊，原因有四：

第一，其他法律共同作用于生活，宪法居于它们之上独立发挥作用。财产法创设关于土地和冰箱等事物的权利，合同法描述如何将这些权利转移给他人。侵权法界定受害人从侵权行为者那里获得赔偿的权利，民事诉讼法规定受害人获得赔偿的过程。与这些法律相比，宪法拥有不同的主旨和地位。宪法处理私人之间关系的方式与财产法、合同法、侵权法不同。宪法界定政府的结构和功能，以及政府和个体之间的关系。宪法也界定联邦政府和州政府的有限权力，禁止政府进行某种行为，例如侵犯宗教自由。通过界定和限制政府权力，宪法获得了高于所有其他法律的地位。宪法宣称自己是“美国领域内的最高法律”。关于任何问题的联邦或州立法——合同、犯罪惩罚、竞选捐赠或公立学校——如果与宪法相抵触，就是无效的。

第二，其他法律的渊源包括制定法和司法意见等，为我们发现法律规则、原则和理念提供了广阔的空间。例如合同法，其最初属于普通法领域，由法官确立具体规则，但后期被制定法所覆盖。因此在裁决某个合同案件的过程中，法官可以诉诸许多渊源，从古老的英国判例到最近的州制定法。宪法与之不同。所有的宪法裁判最终都依据一个单一的、狭窄的渊源：宪法文本及其修正案。

只能诉诸唯一文本使得宪法规范十分具有挑战性，因为这个文本必须涵盖无限广阔的各种情况。如果宪法文本只能在一个较窄的范围内适用，那么在如何适用文本的问题上，我们可能没有什么疑惑。但是，宪法文本表述模糊，其所处理的情况却复杂多样，因此我们需要判断文本的含义以及在特定案件中根据这一含义所能够推衍得出的结论。有时，大家可能会普遍同意，某个语词的含义与其所呈现出的含义并不相同。例如，第一修正案规定“国会不得制定关于下列事项的法律：确立国教或禁止宗教活动自由”，⁽¹⁾即便是最忠诚的建构主义者也会赞同，这一修正案同样适用于总统和法院。在其他一些情况下，宪法所用词汇需要作宽泛的解释。例如，宪法要求各州都不得“拒绝给予在其管辖下的任何人以同等的法律保护”，这是否意味着州立大学不能更加倾向于招录非裔美国学生以促进其学生群体的多样化？

原书页码：10

第三，宪法比其他法律更加明显地关涉根本政治问题和价值选择。本书的一个基本预设是法律的所有领域都暗含着重要的价值。例如，侵权法要求我们在人们应当对被其所伤害的他人承担多大的责任问题上作出选择。只不过在宪法领域，价值问题更加明显，因而也更加争议重重。如果在某种程度上法律都牵涉政治，那么宪法就比其他部门法更加政治化。在对宪法的理解和适用中，几乎不存在简单无争议的结论。

第四，在其他部门法领域，制定和适用法律的过程似乎是明确的和无疑的。立法机构和法院确立法律规则，法院在裁判个案的时候适用这些规则。在宪法领域，裁判的过程也是清晰的，但是究竟这一过程是否恰当却总是引发争议。在其他部门法领域，法院的权力是理所当然的——即便法院裁判结果的正确与否并非如此。相反，在宪法领域，核心问题却是为何法官拥有确定宪法含义的最终权力，以及他们在解释和适用宪法时应当使用何种宪法解释理论，等等。

当宪法文本需要解释之时，法院就参与进来，尤其是联邦层面的法院。如果必要，案件会被提请至最高法院，由九位大法官进行审理。但是，最高法院的大法官是被任命的，而不是选举而来；他们一旦被任命就终身任职，没有再次审查的程序。如果宪法关涉根本的政治问题，那么为何民主社会的这些问题由一个非民选的机构进行裁断？像国会这种公开的政治机构，是通过咨询选民、听取利益团体的意见、查阅民意测验结果和正反两方的公开辩论来解决政治问题的。那么显然不采取这些政治程序的最高法院又如何裁断政治热点问题呢？

原书页码：11

本章所讨论的内容源于宪法的这四种特性。最基础的问题是联邦政府的架构和权力。宪法的通过创设了国家层面的政府，并且规定了其组织和权力。宪法首先明确规定联邦政府如何形成三个分支——立法、行政和司法——以及这些分支和联邦政府作为一个整体能够如何进行行为。至少在理论上，联邦政府拥有有限的但也是最高的权力——其所拥有的权力以宪法赋予为限，但是就其管辖范围来说是最高的。宪法通过界定国家层面政府的权力，也同时确立了联邦主义的原则，抑或说是联邦政府和州政府之间的关系。（联邦和州政府的权力均受到个人自由，尤其是《权利法案》和内战后宪法修正案中规定的个人自由的限制，这些内容在第三章予以讨论。）讨论所有这些问题

就是在进行宪法解释。联邦法院，尤其是最高法院，是宪法的最权威解释者。他们如何能够确定在特定案件中宪法文本意欲何为？

在讨论宪法时，我们经常想到《美利坚合众国宪法》，但每个州都有自己的宪法以及宪法体系。在许多方面，州宪法与联邦宪法十分类似，因为州宪法也创设了立法、行政和司法的政府结构，并且包含权利法案。但是州宪法仍然在很多方面与联邦宪法有所不同。

大多数州宪法比联邦宪法更加冗长和细致。比如《阿拉巴马州宪法》超过600页——将近本书页数的两倍。1947年《新泽西州宪法》，尽管是一个现代的改良版宪法，仍然是《美利坚合众国宪法》长度的三倍。

州宪法之所以冗长，原因有几个。其一，国家层面的政府所拥有的是列举性权力，即只拥有宪法——经常以模糊的语言——所赋予的权力。相反，州政府享有固有的统治权力，因而州宪法更加注重限制这种权力而不是赋予。其二，州宪法因而经常包括并不充分体现“宪法性”的条款，更像是关于权利或政府组织基本问题的指令。比如有一些处理涉及某州的特定问题的条款就属于此类规定——《爱达荷州宪法》有关于用水权和牲畜的规定，《新墨西哥州宪法》则有双语教育的规定。也有一些条款是某些人认为应当在宪法中予以规定的事项，例如《加利福尼亚宪法》包括法院司法意见公布的规则。其三，国家层面的宪法如果需要修改，必须经过繁琐的程序，自从1791年的《权利法案》通过以来仅仅被修改过17次。而州宪法的修正案一般可以由立法机关、宪法委员会或公民请愿提出，并经过全民公决予以通过。因此，州宪法经常被修改，例如《阿拉巴马州宪法》被修改超过900次。事实上，州宪法甚至可以而且经常被完全取代，比如《佐治亚州宪法》已经是该州的第10个新宪法。

相较于联邦《权利法案》，州宪法中的权利法案也更加详细，在某种意义上也更加重要。与联邦宪法之《权利法案》作为宪法主体部分之附属不同，州宪法的权利法案经常在宪法的开头出现。这一传统可以回溯至最早的州宪法，即著名的《弗吉尼亚权利宣言》（Virginia Declaration of Rights）——这一宣言是《美利坚合众国宪法》之《权利法案》的模板。这些早期的规范既包括保障民众权利的条款，也有对政府原理的宣告，例如《弗吉尼亚权利宣言》就有对立法机关应当是由“拥有智慧和美德之人”组成的建议。如今各州的权利法案更加类似于联邦的《权利法案》，但在两个方面有所加强。一方面，尽管各州的权利法案中包括了联邦《权利法案》的各种权利保障模式，但是州法案规定的更加详细。例如《路易斯安那州宪法》不仅禁止“非常残酷之刑罚”，类似美国宪法第八修正案所禁止的“非常残酷之刑罚”，也禁止“过度的”刑罚——这一要求被路易斯安那州最高法院解释为罪责刑应当相适应的原则。另一方面，州宪法也会列举许多联邦宪法没有明确保障的权利。例如，有11部州宪法明确规定了隐私权，但是这一权利在联邦层面是由最高法院在《权利法案》所隐含的意思中找到的（第三章将介绍并讨论这一案件）。又比如，有39个州保障公民在其权利遭受法律侵犯时获得法律救济的权利；州法院已经将这些权利用于提高在个人诉讼权利遭到侵害时能够获得赔偿的限额、促使州政府为贫穷的乡村学校提供特殊资助，以及承认同性婚姻之权利等等——此举比美国联邦最高法院早了许多年。

州宪法相较于联邦宪法对权利的更广泛承认引发了被大法官威廉·布鲁南（William Brennan）称为“新司法联邦主义”（the new judicial federalism）现象的出现。在很长一段时间内，律师和民众都仰仗联邦法院保护个人权利。但是自从20世纪70年代以来，很多人将州宪法视为权利界定和潜在扩张可能的独立来源。自那时起，州法院越来越积极地将州宪法适用于与联邦法院遇到的类似情况中。

例如，不受不合理搜查和扣押是联邦和州宪法共同保障的权利。在1988年的一个案件中，联邦最高法院判决在丢弃备收的垃圾袋中，个体不能主张合理的隐私权利，因此如果警察在垃圾袋中搜查犯罪证据，不能视为对第十四修正案的违反 [加利福尼亚州诉格林伍德案 (*California v. Greenwood*)]。但是在不久之后，即1990年发生于新泽西州最高法院的类似案件州政府诉亨佩里案 (*State v. Hempfle*) 中，新泽西州最高法院却判决个人在垃圾中也享有隐私权利。该法院承认其与最高法院作出了截然相反的判决，并且文采斐然地指出了州法院的独立责任：“尽管联邦最高法院可能是引领我们驾驶《新泽西州宪法》这艘船的北极星，但是安全航行的责任最终是由我们承担。因此我们不能过于追随这颗恒星，以至于使乘客之福祉有在宪法原则的浅滩上搁浅的危险。”

第二节 为什么我们需要宪法？

这似乎是一个奇怪的问题。我们已经如此习惯于宪法常伴我们左右，因而我们对它的需求是显而易见的：为了组织政府和保障民权。而且无论我们是否需要它，它都一直在；宪法一直存在，作为美国政治体系的基础性文件。

但是，法律中没有任何一部分是必不可少的。其他国家尽管没有采用美国模式的宪制，却仍然能够拥有民主政治制度和充分民权。例如，大不列颠联合王国就既没有成文宪法，也没有对立法的司法审查制度。当我们思考我们是否需要宪法的时候，真正的问题是美国模式的宪法究竟给我们带来了什么。

为了完成个人无法完成的目标，我们组建并维系一个代表我们进行行为的政府。政府使集体行为变得容易，例如其使得我们能够倾尽资源建造学校、雇用教师，构建全民皆可享受的公共教育体系。政府也为我们提供安全保障，使我们免于罪犯、道德败坏之商人、毒品制造者和外国恐怖分子的伤害。

原书页码：14

为了能够进行所有这些活动，政府必须足够强大。政府需要享有征税的权力，以支付建造学校、管制医药公司、惩罚不实商人、监禁抢劫犯和维系军队的费用。然而，如此强大的政府却存在一个悖论：我们如何能够确保政府征税不会超过我们的需要，不会对中小企业施加不合理的繁重管制、监禁无辜者，或者诉诸军事力量压制反对意见？

监管政府权力的一个方式是构建民主政权。人民控制民主的政府，因此政府不能进行人民不愿或侵犯人民权利的行为。但是即便民主政权是有效途径，人民对政府所进行的真实而有力的控制（当代美国许多人可能会质疑这种可能性）仍然存在潜在风险：宪法的一个重要内容是保护少数人的权利，避免这些权利遭到多数人的侵犯。宪法不仅仅保障整体的民主程序，同时也保障少数人、异议者、反对者以及偏离民主程序之人。

宪法通过赋予和限制政府权力处理这一龃龉。宪法解决这些问题：政府如何建构？政府应当拥有多少权力？民众生活的哪些领域应当免于政府的干预？等等。宪法并非处理这些问题唯一的方式，而且宪法也无法完全解决这些问题——但是其至少为个人提供了一个对抗政府权力的途径。

宪法如何实现这一目标呢？将宪法视为一个过程，可以帮助我们理解宪法目标的达成方式。宪法所提供的是对重要问题进行讨论的语言和场域。宪法的语言从宪法文本开始，延展至解释该文本的先例和从文本中推导出的法律原理。人们已经习惯用宪法语言表述重要的社会和政治问题：权力分立、联邦主义、言论自由、正当程序等等。律师可能认为此类语言是法律专业人士使用的特殊法律语言，但事实上关于宪法问题的争论不仅仅在法庭和律师间进行，也在其他政府官员、利益团体和整个公众之间进行。

以此类语言进行的关于宪法问题的争论在许多地方都不断发生，但是美国的宪法传统选择了法院——尤其是美国联邦最高法院——作为最终解决此类争论的地方。最高法院并非完全无涉政治，但是其以一种较政府其他机构来说更加远离直接政治影响的方式运作，因为法官的权力十分有限，且法官终身任职。最高法院并不会在任何时候解决任何问题，其仅仅处理那些被诉至庭前的争议。尽管如此，最高法

院在宪法案件中的判决极大地影响了人们分析和解决重要争论的方式。

原书页码：15

以美国宪法与种族问题相遇的际遇起伏为例。在导致美国内战的关于奴隶制的争论中，一名名为德雷德·斯科特（Dred Scott）的奴隶曾经在联邦法院的一起诉讼中宣称，其在与主人返回密苏里州的家之前，在伊利诺伊州和威斯康星州的短暂停留已经使其获得了自由之身。伊利诺伊州当时是一个自由州，根据1820年的《密苏里协约》（Missouri Compromise），在北纬36° 30' 为起点再往北的范围内，奴隶制是被禁止的。斯科特辩称，一旦他曾经踏入那些将他视为法律上自由人的地区，即便他返回保留奴隶制的密苏里州，也不再是一个奴隶。奴隶制在美国是一个具有政治、道德和经济多维度重要性的问题。但是在斯科特诉桑福德案（*Scott v. Sandford*）[最高法院如此称呼该案件，此案也经常被称为德雷德·斯科特案（the Dred Scott case）] 中，这一问题以宪法语言予以表述。

在罗杰·特尼（Roger Taney）首席大法官于1857年给出的司法意见中，法院认为像斯科特这样的黑人并非是《宪法》第三、四条所规定的“公民”（citizens），因此斯科特没有在联邦法院起诉的权利。更有甚者，法院认为《密苏里协约》是违宪的。特尼认为，在《宪法》制定之时，黑人“被认为是具有从属性的低等生物”，《独立宣言》中所称“人人生而平等”并不包括此类生物，因此他们也不是能够在联邦法院提起诉讼的公民。尽管联邦国会谨慎地起草了《密苏里协约》，将其作为平衡南北利益的重要政治决定之一，但是这一行为超越了宪法的授权。当一个地区的居民组建了自己的政府，联邦国会就不应当为此地区再行立法。

德雷德·斯科特案呈现出宪法的本质和局限性。奴隶制是自美国建立以来就一直被诟病的问题，这一问题体现在宪法本身作为政治妥