

跨文化议题

美国法治传统中的三大人权议题

单纯*

内容摘要：美国法治传统中的人权是一种权利谱系，包括《独立宣言》中所明示和推演出的“尊严、自由、平等和博爱”四种道德权利，《美国宪法》和“权利法案”中所确立的“宗教自由、言论自由、出版自由、结社自由与集会自由”五项基本权利—道德权利与基本权利属于原则性权利，以及在“民权法案”体系和相关弱势群体保护法案下所列举的规则性权利。原则性权利与规则性权利的确立、解释和适用在美国历史、政治和法制进程中形成了三个主要议题：宗教自由、种族平等与性别平等；它们的共性是：以权利制衡权力，以原则性人权限制、监督和审查社会治理的功能性权力—立法、行政和司法，为列举性人权开辟新的领域，确立应对弱势群体的部门法，丰富和完善社会治理所必须的法律体系。

关键词：人权、法治、宗教自由、种族平等、性别平等

Three Key Human Rights Issues in American Rule of Law

Abstract: Human Rights is represented as genealogy in the American rule of law, including: the four moral rights in dignity, liberty, equality and solidarity, derived from the Declaration of Independence, the five basic rights in the freedom of religion, speech, press, association and assembly, derived from the Constitution of the United States and the relative Civil Rights Acts, which are doctrinal rights in essence, as well as regulatory rights enumerated in acts or rules relative to specific vulnerable people, mainly derived from the relative Civil Rights Acts or Affirmative Actions. These rights, both doctrinal and regulatory, in their establishments, interpretations and implementations have formed three enduring key issues in the freedom of religion, the equality of races, and the gender justice. Their merits are revealed in: checking and taming power by rights, restraining, monitoring and reviewing the powers in their execution as legislature, government, and justice; these rights are also actively employed in creating new departmental laws and hence enriching and accomplishing the legal system in its building the rule of law in America.

Keywords: Human rights, the rule of law, freedom of religion, equality of race, gender justice

引言

人权与法治是美国社会治理的指导原则和运行形态，人权以人的自然权利为至高无上的政治原则制衡社会契约权力，法治亦以人权为宗旨规范社会契约权力的运行。从建国近 250 年的社会治理经验来看，人权的本质是权利对权力或自然权利对公权力的合理性论证与合法性审查，法治则是惩戒权力对人权的体制性安排和社会性实践，即权力约束体制；前者体现为尊严、自由、平等和博爱之类的

* 单纯, 中国政法大学人权研究院荣休教授 (shanchun56@aliyun.com)

原则性道德权利以及生命权、死亡权、平等对待权、选举权、宗教信仰权及言论自由权等实体性基本权利，后者则体现为立法、司法和行政对自然权利的尊重以及对公权力自身的体制性约束，即：法无禁止即自由（权利）和法无授权即禁止（权力）——这一偏重自然权利而抑制公权力的“法治原则”及其社会治理。因此，在美国社会治理中，人权主要体现在宗教自由、种族平等和性别平等这三大权利领域，而法治形态则主要表现在《独立宣言》、《美国宪法》、“权利法案”、“民权法案”、“四大自由”、“宪法第修正案”等文件里，以及相关的经典判例和具有里程碑意义的司法解释。概括性地讲，《独立宣言》和《美国宪法》的重点在阐明宗教自由和权力界限，民权法主要重点在种族平等，相关宪法修正案、流产的“平等权利法案”和“1964年民权法第七章”主要关切的是性别平等，而美国法治进程中具有持续性的人权议题也主要是这三类。

一、《独立宣言》与人权基石

1776年托马斯·杰斐逊撰写的美国《独立宣言》不仅是美国立国的奠基性政治文献，也是欧亚诸多国家近代社会革命、民族独立和法治建设的重要指导性文献，其影响广布于政治，法律，经济和社会各领域，其所以能在美国和欧亚诸多国家产生持久性影响力的关键因素是：首次系统地阐明了人权在人类社会政治、经济、文化、信仰、法律以及国际关系诸多领域的核心地位和作用，这不仅体现在“美国革命之舌”帕特里克·亨利“不自由，毋宁死”的人权宣誓之中，也反映在无产阶级革命导师马克思的“每个人的自由发展是一切人的自由发展的条件”的普遍人权价值观中，体现核心人权思想的政治法律文本不仅有《美国宪法》、《法国人权宣言》，也有《共产党宣言》和胡志明的《越南独立宣言》，更有国际层面的《联合国宪章》和《世界人权宣言》（英文原文是“普遍人权宣言[the Universal Declaration of Human Rights]”）^①

（一）人权：《独立宣言》的理论基石

《独立宣言》虽然诞生于1870年代的北美殖民地，但本质上却是欧洲宗教改革、启蒙运动和英国宪制改革和社会革命的思想总结，在西方思想史和政治史上第一次简明扼要地阐述了人权的来源，性质和价值，成为开启北美、欧洲社会革命一个新时代的思想指标，主导了北美和欧洲近代的政治和法治进程。杰斐逊在撰写宣言的缘由时，开宗明义地指出：

“我们认为下面这些真理是不言而喻的：人人生而平等，造物者赋予他们若干不可剥夺的权利，其中包括生命权、自由权和追求幸福的权利。为了保障这些权利，人类才在他们之间建立政府，而政府之正当权力，是经被治理者的同意而产生的。当任何形式的政府对这些目标具破坏作用时，人民便有权力改变或废除它，以建立一个新的政府”^②

^① 在比较权威的《人权基本材料汇编读本》(The Human Rights Reader, ed. Michelinge R. Ishay, Routledge, 2007)中，选自马克思的文献有14篇、柏拉图的有5篇、甘地的有4篇，洛克的有3篇，孔子的2篇。马克思显然居世界人权思想家之首。-作者

^② “美国独立宣言”，载董云虎主编：《人权大宪章》，中共中央党校出版社，2010年出版第3页。这段翻译的英文原文见：“We hold these truths to be self-evident; that all men are created equal; that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights; that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness. That to secure these rights, Governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed, that whenever any Form of Government becomes destructive of these ends, it is the Right of the People to alter or to abolish it, and to institute new Government.”引文中异体下横线部分是失准的中文翻译。-作者

这是中国出版物或网络上常见的汉译文字，其中有三处关键概念出现了歧义或者说理解失准，从而影响了读者对宪法和人权在美国法治传统中的权威性意义的理解，稍微扩充一点讲，也影响了中文读者对于人权在西方法治传统中的革命性价值的理解。

首先是“造物者”，其本意是“造物主”。英文原文“Creator”是大写，在西方信仰和法治传统中表达了三重含义：其一是“造万物”的“主人”，逻辑上具有绝对性，排斥了“它造万物，则何物造它”这样的悖论，因此它的第一层含义是“造物主”，不是万物之一，不是造物的对象、宾客、某者，是“穷尽一切物之主”；其二，因其是“造物主”，则一切物皆被动地为“造物主”主动所造，人亦不能例外，与万物不同者，仅仅是因为人是按照“造物主”自身的“形象”被造出来的，在这个意义上，人与他物是不平等的，即“人为万物之灵长”。但是人与人之间是平等的，他们都是按照“造物主”的“形象”所被动地造出来的，根据这一基督教的信念，中国早期的基督教徒将之理解为“上帝面前人人平等”，实际英文是“上帝面前所有男人一律平等(all men are created equal)”，后来法国和美国的“女权宣言”出来纠正，才使《独立宣言》和《法国人权宣言》中的这一核心概念被译成中文的“人人生而平等”。第二处关键点是“造物者赋予他们若干不可剥夺的权利”。“不可剥夺的权利”英文是“unalienable Rights”，其深意是“不可转让的权利(not transferrable to another)”。根据西方的法治传统，人的某些具体权利是可以转让的，唯独代表他们信念中与“造物主”密不可分的本性是不可转让的，所以，这些权利是大写的“Rights”。第三处关键点是“政府之正当权力”与“人民便有权力改变或废除它”，其中两个“权力”概念是自相矛盾的，英文是“just powers”和“the Right of the People”，准确的意思是“具有合法性的权力”与“人民的神圣权利”。“权利”与“权力”的辨析在《独立宣言》中，或者说在整个美国法治传统中具有至关重要的地位，这就是贯穿在《独立宣言》通篇文字中的核心思想：权利是自然的、神圣的、不可转让的，是一切形式的权力—无论是欧洲基督教教会的权力还是宗主国英国国王的权力其合法性依据皆来自于普遍的或所有的教徒和臣民的自然权利，侵害和剥夺这些自然权利，教皇和英王的权力便失去了教徒信仰和臣民服从的合法性基础，而且教徒和臣民有神圣的权利改变和设立新的权力，这是欧洲宗教改革和英国宪制改革及社会革命的历史经验，也是教徒和臣民依照自然权利进行社会革命的权利。

从宣言布局的格式看，上述文字是一个提纲挈领的“前言(preamble)”，但却是整个《独立宣言》的灵魂，是美国、欧洲法治传统乃至二战后联合国体制下国际人权法体系的基石，它阐明了人权的四个基本要素：一、人权代表着人类社会普遍的真理，是自然而神圣的；二、人权的核心内容是平等、尊重生命、自由与追求幸福，也是推衍其他基本权利或列举权利的根本原则；三、权力是权利的契约性结果和形式，政府权力来源于自然权利的授权并以保障这些自然权利为契约权力的合法性依据；四、自然权利的神圣性不仅体现为对契约权力的授权，而且当契约权力违背授权约定且损害授权方的自然权利时，授权方有权撤回授权或另行制定授权契约，这意味着自然权利持有者—人民具有革命的权利，而契约权力的代表—政府及其官员所有的仅是被授权履职的权威。因此，在美国法治传统中，公民的合法话语是“我有权主张(I have right to claim)……”，而官员的合法

—“Declaration of Independence” in *Gale Encyclopedia of American Law, Vol.13: Primary Documents*, 3rd edn.(Farmington Hills, MI: Gale Cengage Learning, 2010), p87.

话语只能是“我被授权处理(I am authorized to do)……”；前者强调权利的普遍性和神圣性，后者强调权力的合法性和实效性，两相比较，不难看出人权在一切形式的权力面前的绝对主导性，反映在法治传统中就是：法律对自由或人权是宣示和保障，对权力或公权是限制和审查。

但是，在基督新教居意识形态主流的美国社会，以权利制衡权力的论证不是来自罗马共和制“以权力制衡权力”的解释，而是来自基督教基础的创世信念，即《独立宣言》开篇讲的“不言而喻的真理”，并且从中推演出权利的神圣性，证明人的自然权利所蕴含的神圣性并以之为契约权力的合法性渊源，将欧洲政治传统的“君权神授”转化为美国新教语境下的“君权民约”。因为基督教有明显的“启示性”特质，所以其“真理”是被“启示”在事件中的；“真理”所指涉的权利都是道德权利，英文标识时通常不出现“right(权利)”形式，只以概念本身表达一如“尊严、自由、平等、博爱”，以示其作为指导规则性列举权利的神圣原则。因此，在《独立宣言》的“序言”中，“上帝造物”实际上“启示”出了四种神圣权利：上帝以神的形象造人启示的是“尊严”；上帝以神的自由意志造人启示的是“自由”；上帝为所造之人及其子孙祝福启示的是“平等”；上帝以神子耶稣钉死于十字架之身救赎人类启示的是“博爱”。新教信念中这四种道德权利，后三种通过法国大革命广为传布，后来成了人权法学者划分“代际人权”的原则性依据；因此说，《独立宣言》所揭示的人权在美国法治传统中具有基础性地位，对国际人权体系也具有指标性的意义。

(二) 人权：英美法治体系共同的价值基础

在世界法系里面，英美法系因其特殊的移民历史和社会治理关系而被视为有别于欧洲大陆法系的普通法系；欧洲大陆法系的核心是民法典确立的“法定权利(legal rights)”，而英美法系的核心则在宪法性文件（不成文与成文宪法）中确立的“自然权利(natural rights)”^①。英美法系重“自然权利”这一特点不难从权威的文献中看出。以《盖尔美国法律百科全书》(Gale Encyclopedia of American Law, 3rd Edition, 2010)为例，全书共14卷，其中主干是10卷正文，收集有5000个左右的词条及解释，2卷为重大案例汇编，1卷为法律文件汇编，1卷为法律术语辞典，其中作为法律文件汇编的第13卷的体例颇有特色，可资说明英美法系中的自然权利的核心地位以及人权在美国法治传统中的主导性角色。

《盖尔美国法律百科全书·法律文件汇编》(第13卷)由四大编目组成：1、美国法律的渊源；2、民权；3、有关法律与社会的论述；4、法制架构。从文件编排的体量和重要性看，“民权”部分是最多和最重要的，其次是“美国法律的

^① 在英国《大宪章》(1215)中，从第1章和到最后的第63章始终宣示的“英国教会的自由(freedom of English church)”实质上是英国贵族向罗马教皇及其代理人-英国王的权力提出权利不受侵害的主张，到1688年“光荣革命”之后确立的《权利法案》(1689)宣告国王的一切权力，如无得到议会授权，均属非法和无效。无论争取本土教会自由还是宣告议会的授权，都是以权利制约权力的诉求和形式，其本质在于声张权利对于权力的神圣性和权威性，这一约束权力为宗旨的法治传统，延续到杰斐逊的《独立宣言》，已经被明确论证为“造物主所赋予的不可转让的权利”。此后，英美法律话语中“约束权力的权利”便被称为“宪法权利(constitutional rights)”，宪法修正案亦被称为“权利法案”，而与“权利本位(right-oriented)”相冲突的修正案本身要么很难被批准，如美国宪法“第27修正案(议员薪酬法案)”从1789年提出，到1992年批准，其间经历了艰难的202年，成为美国法治历程中争议最久的修正案；又如美国宪法“第18修正案(禁酒法案)”，1919年通过，结果到1933年又专门确立“第21修正案(取缔禁酒法案)”予以废除，成为最短命的宪法修正案。这两种情况都是因为立法涉嫌“权力僭越权利”，引起了广泛的质疑和批评。-作者

渊源”，再次是“有关法律与社会的论述”，“法制架构”则是体量最小，且变化最少的部分。因为“民权”部分涉及美国历史和社会环境中的奴隶制和种族隔离制下的黑人权利、女性权利和土著美洲人权利，占到了全部文件的近60%，重心是围绕这些弱势人群的人权侵害和司法救济议题。而“美国法律的渊源”部分占到全部文献的约23%，主要是英国本土的法律文件、英属美洲殖民地时期和美国独立之后的法律文件谱系，其中最重要的、也是“民权”部分经常引证的就是《大宪章》、《英国权利法案》、洛克的《政府第二论》、《五月花号公约》、《弗吉尼亚权利宣言》、美国《独立宣言》、《美国宪法》、“权利法案”、“美国宪法修正案”和《联邦党人文集第十篇》。这十个文件有三个相对稳定的主题：一、权利具有独立的、自然的、普遍的神圣性；二、一切形式的权力皆来源于权利；三、当权利与权力发生冲突时，权利具有无可争辩的主导性和优先性。这三个主题的共同结论是权利本位和人权主导了美国的法治进程，因此在美国近250年的社会治理中反映民权、女权以及其他弱势人群权利的文件和判例构成了美国法律文件汇编的绝对主体。

就权利本位的渊源来看，《英国权利法案》不仅激发了美国的《独立宣言》和《美国宪法》，而且也成为美国“权利法案”的初始范本，其中一个核心原则就是权利对权力的制约。在1688年“光荣革命”之前，权力在英国的重要形态是教权和王权。因为之前有欧洲大陆和英国本土宗教改革的影响，教权的道德权威和行政权威已经受到很大的冲击和削弱，唯独王权持续独断专行，疯狂迫害清教徒、压制王室之外的一般贵族和新兴的城市资产阶级和平民，无视他们在议会中的权利，典型的案例有英文查理一世废弃自己于1628年签署的《权利请愿书》并拒绝签署1641年国会通过的《大抗议书》，因为前者明确限制国王的权力而后者要求限制教会的权力。查理一世对于国会限制国王和教会权力的法案充满敌意，故而引发了1640年开始的英国革命，于1649年查理一世被送上断头台，革命取得成功，再经过查理二世的复辟及其继任者詹姆斯二世对贵族、资产阶级和平民的血腥镇压，导致国会和王室成员联手发动了1688年不流血的宫廷政变，即“光荣革命”，次年集中体现《大宪章》、《权利请愿书》和《大抗议书》中权利诉求的《权利法案》得以在国会通过并得到新国王的遵守承诺，完成了英国绝对君主制向君主立宪制的顺利转型，使得英国社会治理的“权利与权力的博弈”中代表“权利”的一方获得了稳定的政治议价地位，成为美洲殖民地人民日后向英国宗主国权力提出挑战并主张自己独立权利的政治先例和法治渊源。

西方法史学者就英国《权利法案》和美国《独立宣言》之间的关系以及它们在世界人权史中的特殊地位作了比较全面的论述：

“（“光荣革命”之后）英国新的君主们被迫宣誓遵守议会通过的包括《权利法案》在内的法律；他们的誓词是‘我们感激并接受议会依法赋予我们的权力’；他们也同样宣誓尊重天主教改革后出现的新兴宗教。在法律体系方面，《大宪章》与《权利法案》同为英国民众权利与自由的柱石，而后者更是美国《独立宣言》、《法国人权宣言》、美国‘权利法案’以及其他标志性公民权利法案的灵感源泉；《权利法案》在目前的英联邦国家内仍然具有法律效力。”^①

^① Scott Christianson ed., *100 Documents That Changed the World, From Magna Carter to WikiLeaks*. (London: Pavilion Books Group Ltd., 2015)[epub].p.143.

这个论述蕴含着国会代表的权利对于国王权力和教会权力的法律限制，是人权约束权力的法治传统，也是英美法系的特色，这就是说，近代国际社会的人权法体系来自于英美的权利制约权力思想，即英国“君权民约”思想对欧洲大陆“君权神授”的挑战和成功转向，以及与之相伴的社会革命和法律实践。

尽管如此，《独立宣言》对英国《权利法案》仍然有许多值得特别提及的突破和创新。首先是格式上，《独立宣言》是英美法系中第一个包括完整的简介、序言、正文和结论四部分合成的文本，为以后各国的宪法、修正案、宣言、公约提供了一个基本的文件格式，第二点则是在内容上，将权利的性质、权力的来源、本质和目的阐释得更加全面、合理并且提出了人民革命的权利，以解决英国社会治理传统中权力违约、权利被侵害而无法救济的难题，实现了“民主共和制”，将公民定位为权利的主体，通过行使其选举权将权力赋予总统，同时监督并限制其权力；与英国的“君主立宪制”相比，美国的国会也成了一种权力机关，受到公民选举权的制约，而英国会议中的上议院是贵族世袭制，只有下议院是选举制，因此，是“不完全的人民主权制”，而美国州及联邦的国会全部由公民选举产生，是制约国家权力形态的“全面的人民主权制。”

二、宗教自由与“第一权利”

从英国的《大宪章》到美国的《独立宣言》，控诉教会权力和君主权力的恶行并限制其继续为恶是一个持续性的共同议题，由此而推导出抗衡并制约它们的自然权利，阐明自然权利有高于教会权力和君主权力的、由“造物主”所赋予的神圣性和正义性，即基督教传统的“神或上帝”的“全知、全在、全能、全善”以及其“创世、立法和救赎”的公义。在基督教神学中上帝“三位一体”的本质和“道成肉身”以及“律法”的实施和“先知”的传道都是赋予信徒的“公义”，使其成为“义人”，这是基督教传统中人的道德权利的渊源。因此，《大宪章》的第一章便说：“我们秉承上帝的意旨制定此宪章”以及《权利法案》开宗明义：“教会、王室和议会三界代表共聚于王国西斯敏斯特教堂庄严宣告”，这些原则性的宣告表明：在教会权力和王室权力之上还有一个更高的、约束一切权力的普遍权利，这便是上帝以其“形象（Image）”所赋予人的，即《独立宣言》序言第一句“不言而喻的真理（基督教核心信念）”，现代美国人有个贴切的隐喻“教堂是公民美德的孵化器”，^①其意旨亦表明，英美法治传统中指控权力为恶的最持久、最权威的依据来自基督教的基本信念，其本质是塑造信徒的道德权利，以说明信徒道德权利或人的自然权利高于教会的神职权力和国王的世俗权力，是人与生俱来的“良心权利”。因此，宗教自由就是免于教权和王权的控制和侵害，是人的“第一权利”。

（一）《美国宪法》与“第一修正案”

与英国的宪法性文件相比，《美国宪法》是世界上第一部成文宪法，由一个序言和七条正文组成，其中的序言申明宪法的立法目的和第七条申明其程序和权威性之确立，而文本格式的这两点在之前英国的宪法性文件体系中并不连贯和明确，之后欧洲和其它国家的宪法基本上都采用这个宪法格式范本。这也可以说是美国

^① 见“关于美国的一个最基本的事实是，在美国人自己的概念中，他们大多数都是基督徒，他们和许多非基督徒都认为，美国社会的道德基础是犹太—基督教道德”……“从某种意义上说，教堂是公民美德的孵化器（-Donald M. Bishop）”。引自美国驻华大使馆新闻文化处编译：《交流》2000年第一期，第29页。

宪法的“初始格式”。而自 1789 年公布之后，美国宪法体系又陆续加入了 27 条修正案，与之共同构成“足本”《美国宪法》。但是，从研究美国的人权和法治传统来看，《美国宪法》与“宪法修正案”之间还是有区别的，前者是基础，后者是与时俱进的改进和完备；甚至“宪法修正案”也进一步分解为“权利法案”和其它具体的“序号修正案”，前者是最初的“前十个修正案”，其余 27 条则为“第 X 号修正案”之集合。

《美国宪法》序言开宗明义：

“我们美利坚合众国的人民，为了组织一个更完善的联邦，树立正义，保障国内的安宁，建立共同的国防，增进全民福利和确保我们自己及我们后代能安享自由带来的幸福，乃为美利坚合众国制定和确立这一部宪法。”^①

由于文化与历史差异，这个序言的中文译本中有两个方面的重要信息值得特别提及：一是英文中的大写名词，一是“制定（宪法）”这个动词。

先说名词中的“人民（People）”、“子孙（Posterity）”、“正义（Justice）”、“安宁（Tranquility）”、“福利（Welfare）”以及“自由（Liberty）”，这些都是基督教传统中的“造物主”所赋予“人的不可转让的权利”，即后来人权谱系中的“正义权（right to justice）”、“和平权（right to peace）”、“福利权利（right to welfare）”和“自由权（right to liberty）”，而动词“享或安享（Blessing）”在基督教传统中则以“大写”表示“神之祝福”以及“制定（ordain）”表示“秉承神意安排神职或制定法律”。《美国宪法》序言中的这些修辞和表述意图十分明确：宪法的目的是宣誓人权的神圣性，是一切形式的权力的来源、目的和合法性标准，甚至宪法本身作为一种立法权力也不能例外，第一修正案便是对具有制宪权威的国会立法权力本身的限制。

《美国宪法》“第一修正案”通常是指“宪法前十条修正案”或“权利法案”中的第一条，即：

“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；限制言论自由或出版自由；剥夺公民和平集会和向政府请愿申冤的权利。”^②

这个修正案实际上是由两个条款组成的，一个是“确立条款（the Establishment Clause）”，包括宗教、言论、出版、和平集会以及向政府请愿等五项权利，属于自然拥有的；另外一个“自由实施条款（the Free Exercise Clause）”表示这些权利由人自主主张且要求政府的公权力加以保障。因为在五项权利中，宗教被列在首位且是宪法第一修正案，故此，宗教自由又被称为美国人的“第一自由”，即美国人的“第一人权”。

^① 中文翻译引自网页 <https://wenku.baidu.com/view/94ee0f996037ee06eff9aef8941ea76e59fa4a11.html> (2021/02/24)，英文原文为“*We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for the common defence, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America*”，见“*Constitution of the United States*” in *Gale Encyclopedia of American Law, Vol.13: Primary Documents*, 3rd edn.(Farmington Hills, MI: Gale Cengage Learning, 2010), p111.

^② “*Constitution of the United States*” in *Gale Encyclopedia of American Law, Vol.13: Primary Documents*, 3rd edn.(Farmington Hills, MI: Gale Cengage Learning, 2010), p118.

为什么要将“宗教自由”列为“第一修正案”五项自由之首，美国早期相关文献并没有明确的结论。我认为应该与《独立宣言》的精神与以人权制约神权和王权的法治传统关联起来分析。《独立宣言》首先要申明英国的美洲殖民地要脱离英国王权的控制，因为王权侵害美洲殖民地的人权，而人权是比英国的王权和教会权力更神圣的权威，直接来源于上帝的赋予，王权和教权只是人权的契约结果；如果王权和教权违背了契约、侵害了人权，王权和教权便失去了合法性，因此美洲殖民地的独立是神圣而合法的。《独立宣言》的逻辑是人权高于王权和教权的合法性来自于“上帝面前人人平等”这样的宗教信仰，因此，宗教自由就成了第一自由，成为思想自由和表达思想的言论自由和行动自由的基石。第一修正案最初的文本虽然是麦迪逊起草的，但是却反映了美国国父们的共识，主导精神却是杰斐逊在《独立宣言》中宣示的“人人生而平等”的基督教精神：

“我们知道，托马斯·杰斐逊总统是宗教自由坚定不移的支持者，他考虑的宗教条款是将宗教信仰与国家权力分离开来。就像他于1802年写给丹伯里浸会教徒的信中所说的‘全体美国人民都宣誓要求国会不得立法支持或者限制人民的宗教自由’，这就是将国家权力与教会中公民的信仰权利完全隔离开来，使后者免受前者侵害。”^①

因此，从欧洲历史特别是中世纪和英国“王教合一”的治理经验来看，灵魂和肉体或教权和王权的合谋对臣民权利的侵害最为残暴，欧洲的宗教改革和英国的宗教改革以及“清教运动”使一般教徒从教皇和国王的权力控制中获得了前所未有的自由和自主性权利，这个经验的重要启蒙成果就是欧洲和英美教徒从摆脱教权的控制最终走向了摆脱王权的控制，所以宗教自由是其他自由的前提；其“第一”不是一个简单的“序号”，而是一种基督教传统中的启蒙思想，其意义划时代地彰显于笛卡尔“我思故我在”的格言中，因为之前的欧洲社会仍然停留在“我信故神在”的中世纪蒙昧时代。

在回答为什么宗教自由被称为美国的“第一自由”时，美国宪法学者给出了一个简要的答复：

“我们之所以称宗教自由为‘第一自由’是因为它被列入《美国宪法》（修正案）之首，逻辑上成为宪法所列举的自他自由的基础。”^②

这个答案的前提就是欧洲中世纪政教合一以及英王亨利八世宗教改革后自立为国教教主，集王权与教权于一身，而对其治下人民权利极尽盘剥压榨之能事，最著名的例子就是将主张人民平等权利、限制亨利八世横征暴敛的《乌托邦》作者莫尔送上了断头台。因此，宗教自由的本质是人民对教会和政府权力合法性的质疑、限制甚至反叛；解除了神对人的精神束缚，必然会引发人民对其他权力压制的质疑和反叛。这在美国人的立国经验中是十分独特和重要的，以至于美国人一直坚信他们立国的精神符号是“WASP（白色盎格鲁撒克逊中的新教徒）”，按照“重心在后（end-focus）”的修辞原则，“WASP”中的“Protestant”就是“新教徒”，以及“新教徒”信奉的“上帝”，他不同于“保守的旧教（天主教）”的上帝一

^① G. Welton Gaddy and Barry W. Lynn, *First Freedom First: A Citizen's Guide to Protecting Religious Liberty and the Separation of Church and State* (Boston: Beacon Press, 2008), p.78.

^② G. Welton Gaddy and Barry W. Lynn, *First Freedom First: A Citizen's Guide to Protecting Religious Liberty and the Separation of Church and State* (Boston: Beacon Press, 2008), p.175.

“不入教堂（上帝的身体）不得救赎”，新教徒信奉“因信称义”，耶稣对他们来说是个体心灵可与之相契合的救主，而不是赋予教会救赎权力的那个至高无上的权威。从英国到美洲的移民基本是在本国受到天主教迫害的新教徒，所以他们心中的“上帝”是赋予他们抗衡国王和教会（权力）基本权利的“造物主”，是他们立国的价值根源，所以，美国的国歌和美元上面都保留了根深蒂固的信念“我们信赖上帝（In God is our trust or In God We Trust）。”总统宣誓就职必须手按《圣经》祈求“上帝助我（God help me）”以及联邦最高法院在开庭前法官们也要祈祷“让上帝保佑美国并救赎这个崇高的法庭（God Save the United States and this Honorable Court）。”

（二）“良心自由”与“第一权利”

因为宗教自由作为美国人的“第一权利”是首列在《美国宪法》第一修正案或者“权利法案”中的，它的权威性不仅来自于教徒对上帝信仰而具有的神圣性和解释权力起源的契约性、对权力进行违宪审查的合法性以及取缔或另设权力的革命性，还在于它的个体自主性和实际操作性；人们对“宪法修正案”更喜欢称之为“权利法案”，暗示它是“带牙齿”的宪法，可以直接诉诸于宪法的实施，即“违宪审查”和联邦最高法院的司法判决。正像法律人士和一般公众反对奴隶制和纽伦堡审判纳粹军人一样，所依据的是“良心自由”，而不是奴隶条约和种族歧视相关的法律，这就是对“第一权利”的司法解释和法庭适用。

早在《独立宣言》和“权利法案”之前，美洲殖民地的人民就信奉他们是秉持一种清教徒“良心自由”的信念到美洲来的，这是一种追求个体内心宁静、摆脱教会和国王权力控制的自我心灵解放和生活幸福的社会活动，也是新教激发信徒的个体和自主性权利，其抗拒教会和政府权力的价值被杰斐逊后来表述为“造物主所赋予的不可转让的权利”，而实际是对美国新教本位（WASP）治理传统的人权信念的法律表述：任何人或教民成为幸福之人或上帝祝福的“义人”都是从内心直接“虔敬”上帝或以“良心”听命上帝福音的结果，教会神职人员和王室君臣的权威在上帝面前是次级的、有限的，甚至是腐败和有害的。作为杰斐逊思想前辈的威廉·潘恩（William Penn）在为“美国第一州”^①特拉华草拟的宪章中申明：

“犹如那些教职人员习惯于礼拜一样，如果剥夺了他们的良心自由，其他再多的公民自由也不会使人民感到真正的幸福。人的良心只屈从于无所不能的上帝，他是光与灵的天父，是神圣灵性、信仰和敬拜的主宰，是人的思想、情感和相互理解的唯一源泉。因此，我庄严宣告：住在此土地上的任何人都应该向唯一万能的上帝、造物主、世界秩序的维护者和统治者忏悔并起誓；他们只有默默地服从民选政府的义务，在自己的家园或领地上绝不侵扰或歧视他人，因为他们的良心告诉自己绝不能违逆自己内心的启示去信奉其他的教会权威，且永不做使自己良心不得安宁之事。”^②

与此申明中对“良心自由”的强调一样，在第一批“宪法修正案（共12条）”提交给各州讨论、期待批准并入《美国宪法》之前，各州的宪章、法律草案或革

^① 特拉华州在殖民地时期只是宾夕法尼亚地区的一个县，1776年《独立宣言》签署两个月后，特拉华即刻宣布建州，脱离宾州而独立。1787年又成为第一个批准美国联邦宪法的州，所以称为美国“第一州”。—作者

^② Neil H.Cogan ed. *The Complete Bill of Rights: The Drafts, Debates, Sources, & Origins*. 2nd ed. (New York: Oxford University Press, 2005), p.134.

命思想家之间的讨论中都十分看重“良心自由”这一特殊的自然权利。因为，美洲的殖民地不仅遭受到英王派驻官员和军队的压榨，而且还受到代表英国教会权力的殖民地圣公会的控制，不仅征收各种实物印花税，也由圣公会征收强制性的宗教税，以使人数众多的其他非官方教派浸礼会和长老会的信仰自由和其他自然权利一样受到侵害。因此，北美殖民地将“良心自由”视为争取平等自然权利的一个重要前提。当然这也是殖民地人民从欧洲和英国带到美洲的一项宗教改革的思想启蒙遗产。

麦迪逊是所谓“美国宪法之父”，他起草的《美国宪法》和“第一修正案”文本在通过之前都提交给最初的十三州去广泛讨论，以凝聚共识，为制宪会议通过做准备。而在那些前期的讨论中，“良心自由”是被当作一个关键的、抗衡英国国王权力、教会权力以及美国新成立的政府权力的议题。而在制定联邦层面的《美国宪法》之前，最初的十三个独立州基本上都制定好了自己的地方宪法，其中对“良心自由”作为抗衡教权和王权的法律地位都有普遍地讨论和明确的核心地位认定，如宾州宪法

“第2节 每个人都享有与生俱来的、不可剥夺的权利，来按照自己的良心和理解敬拜全能的上帝。所有人都不得被强制，而且按照其权利也不能被强制，在违背其自由意志和意愿的情况下，参加任何宗教礼拜，或者修建或维护任何礼拜场所，或者维系任何事功。凡是承认上帝之存在的任何人也不得因其宗教情感或独特的宗教礼拜仪式，而被不公正地剥夺或者削减其作为公民的民事权利。任何权柄在任何情况下都不得干预或者以任何手段控制宗教自由敬拜中的良心权利（-宾夕法尼亚，1776年）”。 “第4节 在天赋权利中，有一些权利按其特性来说是不可剥夺的，因为不可能给予或者领受与其同样的东西。良心的权利就属于这种权利。第5节 每个人都享有与生俱来的、不可剥夺的权利，来按照自己良心和理性的指引敬拜上帝；只要没有破坏公共和平或者妨碍他人的宗教敬拜，任何人都不得因以最合乎其良心指引的方式和时间敬拜上帝，或者因其宗教认信、情感或见解而受到身体上、自由上或财产上的伤害、干扰或者约束（-新罕布什尔州，1784年）。”^①

美国宪法研究者认为，这时期各州宪法讨论中出现的“良心自由”是殖民地人民对自然权利的朴素表达，是他们寻找抗拒传统教会权力和宗主国君主权力的潜在的道德意识：“从良心自由倡导者的立场来看，有必要进行更深层次的思考。在确定上帝的旨意方面，最终来说良心是决定性因素，即便它对国家和教会的运作产生影响时也是如此。当然，良心是经由圣经和普遍的经验启迪的。但是，在特定的生存处境中，良心决定了一个人必须做什么。”^② 不过，“良心自由”这个术语到麦迪逊写入“宪法第一修正案”时，已经变成了“信教自由”，道德意识也变成了“人民和平集会和向政府请愿申冤的权利”。

其实，各州在讨论宪法和修正案草案时都特别强调“良心自由”。这是欧洲特别是英国近代思想启蒙和法治传统的一项政治遗产，其精神动力就是追求信徒个体内心的尊严和外在的社会平等，教会和王权镇压这种追求成了英国新教徒移民

^① [美]约翰·范泰尔著 张大军译：《良心自由：从清教徒到美国宪法第一修正案》，贵州大学出版社2011年出版，第182页，第184-185页。

^② 同上第185页。

美洲的主要动因。英国的新教徒主要是“清教徒（puritans）”，即认为英王亨利八世创立的圣公会（Anglican Church, 亦音译为“安立甘宗”）不是符合欧洲宗教改革潮流的新教，只是将教主换成英国君主的天主教，而且是政教合一的英国本土天主教，而那些坚持“因信称义”、直接凭自己的“良心”信奉神并不受教会和国王权力控制而获得心灵救赎的信徒才是“清纯的”，因此他们在本土受到了教会和国王的双重迫害，决心到新世界寻找一个得到上帝直接庇护的“安心立命”之所。1620年11月11日一批以清教徒为主的移民在驶向美洲殖民地的“五月花号”船上签署“公约”，申明他们凭着对上帝的信仰，相互之间平等制定契约，创立一个自治团体，其权力来自于立约者的同意并按照法律来行使。这是英美社会治理传统中第一个由“君权神授”转向“君权民约”的象征性事件，其本质是自由、开放和平等的社会共和与自治，而这种共和与自治在殖民地的典范就是宾夕法尼亚。

涉及美国革命、独立、立宪、人权、法治的议题，宾夕法尼亚都是至关重要的。宾州最初是荷兰的殖民地，英国最早的清教徒向往欧洲“自由的堡垒”——荷兰莱顿，后来荷兰殖民者希望这些人前往美洲的殖民地去帮助拓展新教的领地，这些人就是“五月花号”上的中坚信徒。在英国和美洲的清教徒后来演化出一支更加拒斥教会权威形式的“教友派（the religious society of friends, 亦称‘贵格会 [Quakers]’或‘公会会’）”，他们不读成文的经典，不信传统的教义，甚至不设传教牧师，全凭个人的内心和教徒间自由、平等的行谊。1664年英国国王从荷兰殖民者手中夺取了宾州，1681年英王查理二世签署特许状将宾州转让给当地的英国贵族后裔威廉·潘恩，以偿还国王欠老潘恩的16000英镑债务，宾州因此而得名，意为“潘恩的林地”。^①威廉·潘恩是“教友派”的虔信者，他因而宣称宾州是教友派的圣地，其“林地”上所有教派都是自由的，人人都是平等的，所有教派的信徒都可以共建并分担公职。他的宗教自由和社会平等思想被写入“特拉华州”的宪章之中，影响广布宾州，《独立宣言》于1776年在宾州的费城签署，1787年制宪会议在费城召开，华盛顿在宾州的福奇谷建立并训练成了革命主力的军队，宾州和从宾州独立出去的特拉华州分别为签署联邦宪法的“第一州”和“第二州”，加之其地理位置处于立国之初13州的中部（其北部6个，南部6个），宾州在美国的历史和法治传统中享有“拱顶石州（the Keystone State）”之誉。

从英美革命和法治经验来看，“良心自由”是清教徒在英国革命时期反对王权和天主教教权以及美国革命时期反对英国国教和英王迫害的信仰伦理和政治原则，威廉·潘恩在《特拉华宪章》中将其表述为追求社会公平的自然权利。而根据《大宪章》以来以契约形式约束王权和英国新教争取本土教派自由这两大传统，杰斐逊将美洲殖民地广为流传的“良心自由”以“不可转让的神圣权利”的形式，写入了《独立宣言》的“序言”。他曾经写信给麦迪逊说：

“让我重申：权利法案的意思是人民有权反对地球上的任何政府，无论是普通政府还是特殊的政府，这种人民的权利是任何正义的政府所不应拒斥或者刻意回避的。”^②

^① 宾夕法尼亚州，英文为 Pennsylvania，其中 Penn 是潘恩，sylvania 是拉丁文“树林”，合在一起表示“潘恩家的林地”。—作者

^② Joyce Applby and Terence Ball ed., *Thomas Jefferson: Political Writings*. (Cambridge: Cambridge University Press, 1999), p. 361.

其中“地球上的任何政府”是指“权力的一切形态”，无论是“教皇制”、“绝对君主制”还是“君主立宪制”，因为这些权力形态的合理性皆来自于神圣的正义，照基督教的主流信仰，“正义”是上帝的道德符号“义神”，得到上帝祝福、遵守神的律法的信徒则是“神的义人”，无论君主和臣民，概莫能外。杰斐逊写这段话的意图很明确，他希望说服“权利法案”的起草者麦迪逊能将他起草的《美国宪法》中的前三条——“限制立法权、行政权和司法权”作为“第一原则”写入“权利法案”，成为具有最高指导意义的“第一权利”。如他所愿，麦迪逊最终确实是将“禁止国会对宗教立法”写入了“第一修正案”，其本质是对潘恩的“良心自由”和杰斐逊“天赋权利”在法律形式上的最高肯定，以“禁止设立条款”保障宗教自由——良心是每个人心里的意识，是人的思想基础，外在机制也无法禁止；限制国会的立法权力，其逻辑后果当然也就限制了依法行政的政府权力和依法司法的审判权力，即杰斐逊所说的人民有权利反对一切形式的政府权力。由于“良心自由”作为一种思想和信仰权利在欧洲宗教改革和启蒙运动中、特别是英美革命和法治传统中所表现的价值和贡献，后来世界人权思想家和立法者在确立国际人权文件时都将“思想自由，良心自由和宗教自由”并列写入相应的条款之中，如《世界人权宣言》第18条、《公民权利与政治权利国际公约》第18条第一款、《消除一切形式种族歧视国际公约》第五条[卯](7)、《儿童权利公约》第14条第一款以及《保护所有迁徙工人及其家庭成员权利国际公约》第12条第一款都明确主张：人人享有思想自由、良心自由和宗教自由。由此不难看出，作为具有共同价值基础、历史渊源和社会功能的“思想自由”、“良心自由”和“宗教自由”在人权和法治传统中的独特意义。

(三) 宗教自由与相关判例

虽然作为“权利法案”第一条的“宗教自由权利”于1791年就被国会批准写入《美国宪法》之中了，但是，真正根据这条“第一宪法原则”来审理的案件却迟迟没有看到，而且因为是首要的“宪法性权利”，理论上也只有提交到联邦最高法院审理才具有权威性，才能成为“普通法”的成例和司法解释的渊源。因为，“第一修正案”仅仅是一条“限制立法权”的原则，而没有确立具体的解释和适用标准，所以很难作为审理涉及宗教自由侵害案件的唯一依据。在这种法律框架之下，宗教自由权即便是在受到侵害的情况下，也很难得到审理并获得司法救济。

但是，77年之后的1868年国会批准了“宪法第十四修正案”，即“公民权利平等保护法案”，宗教自由受到侵害的案件才获得了有力的法律依据。就像当代自由权利思想家以赛亚·伯林所提示的那样，公权力只是被禁止侵害私权利，那种禁令中的自由或权利是消极的；只有当公权力被立法授权保障私权利时，那种被公权力必须保障的自由或权利才是积极的，才可以被实证。对于自然权利之首的宗教自由而言，“宪法第一修正案”和“宪法第十四修正案”正是从消极和积极两个方面对其加以尊重和保障。“宪法第十四修正案”的第一款是：

“所有在美国出生或者归化美国的人都受其司法管辖，都是美国或其所居住州的公民。任何一州都不得制定或实施限制美国公民的特权或豁免权的法律；非经正当的法律程序，州政府无权剥夺任何人的生命权、自由权和财产权；在州政府的权力范围内，亦不得拒绝为所有公民提供平等的法律保护。”^①

^① “Constitution of the United States” in *Gale Encyclopedia of American Law, Vol.13: Primary Documents*, 3rd edn.(Farmington Hills, MI: Gale Cengage Learning, 2010), p119.

这一修正案条款的要旨是：州政府必须善尽依法平等保护公民权利的义务，宪法条款为审核州政府履职尽责提供了最终的法律原则，联邦法院为违宪审查的最高司法机关。这样就使宪法“长了牙齿”，人权比其他法定权利有了更公正、更有效的司法救济体制。所以，“宪法第十四修正案”通过之后，涉及种族歧视、性别歧视、宗教歧视、地域歧视，财产歧视、教育歧视等方面的人权诉讼大量涌现，形成了一大批里程碑式的判例，在英美普通法系的社会治理传统中实现了“革命性转变”，使自然权利获得了与实体法定权利同等甚至更高的地位，因为其依据主要是宪法修正案且最终的司法判决许多都是由联邦最高法院作出的。所以，“宪法第十四修正案”又被称誉为“第二次制宪”，也是联邦法院审理违宪案件引用最为频繁的条款。它的起因虽然是为了立法平等保护“美国内战”后依照林肯《解放黑奴宣言》所获得美国公民地位的黑人，而实际的司法结果是所有弱势群体都因之受益：

“由于被写入宪法，无论种族背景如何，所有人在法律面前一律平等遂成为所有美国公民的一项基本权利，因此说该修正案是《权利法案》通过之后美国法治传统中发生的最重要变化。”^①

其在人权法方面的深意则为“宪法中所有的宗教条款能被严格地适用于联邦政府完全是拜 1868 年所通过的第十四修正案之赐，因为它奠定了向各州政府问责的同一标准。该修正案一项主要的意图是消除黑人奴隶制度的陈规陋法，但是同样重要的意图还在于，该修正案保障所有居民具有免于州政府权力侵害的、联邦政府所承诺的各种权利和自由。”^② 所以，涉及宗教自由一类基本人权的判例，主要是向州政府权力追责，形式上是违宪审查，本质上是弱势群体以人权为实体起诉公权力的侵害或失职。因此，在美国的法治传统中，人权判例主要涉及的是宗教平等、种族平等和性别平等；美国的人权法主要表现为《权利法案》、单列的“宪法修正案”、“民权法案”、“投票权法案”以及各种具体的“平权法案”。

1. “猴子审判案”

所谓“猴子审判案(Monkey Trial)”是美国涉及宗教自由诉讼的全国性第一大案，正式的立案名称是“田纳西州诉斯科普斯案 (*Tennessee v. Scopes*)”。因为诉讼的中心问题是“进化论课程中人类起源于猿人与《圣经》中上帝造人的信仰相抵触”而引发的，触犯了当地的一条禁令，故被戏称为“猴子审判”。

1925 年 3 月，田纳西州立法通过了“巴特勒法案 (the Butler Act)”，宣布“禁止教授任何否定《圣经》创世纪中人类起源的理论，特别是关于人类并非神创而是起源于低等动物的理论”。这条禁令显然是针对本州内所有教育机构讲授进化论而设立的。而中学教师约翰·斯科普斯公然蔑视这条禁令，在课堂上宣讲进化论，因触犯此禁令而被捕。在对斯科普斯提起的诉讼中，美国公民自由联盟 (ACLU) 的法律顾问 A. G. 海斯和当时全美声望极高的刑辩律师克莱伦斯·达罗 (Clarence Darrow) 出庭为斯科普斯辩护，抗辩的理由是“巴特勒法案”以《圣经》这样的宗教文本作为判断教授真理的标准违反了“宪法第一修正案”，侵害了公民的宗教自由权。而公诉方代表 W. J. 布赖恩则是美国保守的基督教基要派

^① Eric Foner, *Give Me Liberty! An American History* (brief fifth edition), Vol.2: From 1865. (New York: W.W. Norton & Company, Inc. 2005), p.458.

^② G. Welton Gaddy and Barry W. Lynn, *First Freedom First: A Citizen's Guide to Protecting Religious Liberty and the Separation of Church and State*. (Boston: Beacon Press, 2008), p.78.

的灵魂人物，曾任国务卿，也是经验丰富的政客，他的指控策略是：只要在州一级法院证明斯科普斯违反了当地的法令就可以定罪，将其绳之以法。由于案情涉及的是以基督教新教立国的美国民众最敏感的议题，控辩双方代表又是法律和宗教界叱咤风云的人物，这场诉讼引起了全美民众的关注，成为20世纪美国诉讼史上最为轰动的案件之一，每天涌入庭审现场的公众大约有一千人，全国一百多家报纸也实时追踪报道，其庭审和评论占据了当时国内外媒体大量的“头版头条”，美国无线广播也借此案审理开创了“实况直播”的先河，其社会效应正如当时《纽约时报》的社论所言：“此案让传播科学思想的人获得了空前难得的机会，将自己的知识普及到了千家万户。”

仅仅经过了八天充满基督教基要派情绪的审理，主审法官与陪审团交流了几分钟后就对该案做出了有罪判决：约翰·斯科普斯因违法而被判处100美元的罚金。支持斯科普斯的美国公民自由联盟不服判决，希望将案件上诉到联邦最高法院，结果州立最高法院以司法技术性借口驳回了上诉请求。但是案件最终的判决也对地方法案施加了限制，以表达“第一修正案”所确保的宗教自由是不容侵害的基本人权；因此，同时裁定“巴特拉法案”不再具有法律效力。而在“猴子审判案”之后的两年多时间里，全美又有22个州提起了“进化论知识与《圣经》创世纪相抵触”的案子，结果地方出台的禁令全部被判“违宪”——侵害了“第一修正案”所确立的“公民宗教自由”条款。这种情况说明，在绝大多数美国公民的心目中，“猴子审判案”真正败诉的是各地制定的、与“第一修正案”所确立的“宗教自由”相违背的法律。当年美国立国之父们所设想的“以人权限制立法权”的法治原则是正确的，它不仅延续了欧洲宗教改革和启蒙运动以来所形成的“政教分离”传统，并使之成为常识进入教育体系，而通过一个轰动全国的“胜诉判决”使反科学、反常识、反人权的法律成为美国法治传统中的“国家级笑话（the laughingstock of the country）”，这在世界人权史和法治传统中也是罕有其匹的。

大约在著名的“猴子审判案”40年之后，美国公民自由联盟终于将一个相似的诉讼打到了联邦最高法院；该著名的人权组织代理阿肯色州一位动物学教师苏珊·爱珀森（Susan Epperson）向联邦最高法院提请诉讼，要求判决阿肯色州有关“禁止讲授人类起源于低等动物”的法律违宪。1968年，联邦最高法院在“爱珀森诉阿肯色州（Epperson v. Arkansas）”一案中做出一致性判决，宣布阿肯色的地方禁令侵害了“第一修正案”所确立的公民“宗教自由”，属于“违宪”。因为联邦最高法院对于宪法权利意义上的“宗教自由”已经形成了明确的司法解释：“第一修正案的确立条款不仅要求政府在各宗教间保持中立，而且要求它们在各宗教（创世论）与非宗教（进化论）之间保持中立。”^① 地方政府的立法禁令显然违反了“第一修正案”的立法原则，目的就是偏向信奉基督教的“创世论”而抑制科学的“进化论”。

2. 坎特韦尔诉康涅狄格案

众所周知，“宪法第一修正案”保障的“宗教自由”是对立法权力的限制，以禁止其被用于限制某种宗教或者确立某种宗教，偏离立法、行政和司法的公正立场，即违反法治的正义原则。因此，作为“第一人权的宗教自由”也是检验法治的试金石。根据这种理解，“猴子审判案”所依据的“进化论禁令”是变相确立

^① G. Welton Gaddy and Barry W. Lynn, *First Freedom First: A Citizen's Guide to Protecting Religious Liberty and the Separation of Church and State* (Boston: Beacon Press, 2008), p.92.

了基督教的“创世论”真理，违反了立法中立和司法正义的原则。而在下述案件中的情况则是申明“不得限制宗教”的条款，是“宗教自由”的另一个侧面，即现代宪法条款中“宗教自由”所蕴含的“信教，传教、改宗和不信教、不传教，甚至退教”信息。

在1940年代所审理的“宗教自由”案例中，“坎特韦尔诉康尼狄格案(Cantwell v. Connecticut)”是与“猴子审判案”不同的一种典型。坎特韦尔及其两个儿子杰色和罗素都是康尼狄格州纽黑文地区的“耶和华见证派(Jehovah's Witness)”教徒，而该地区的主流教派则是罗马天主教。因此，他们在当地自己的邻居之间传教引起了主流天主教徒们的愤怒；他们向地方政府官员投诉，说自己受到了异端教徒的骚扰并收到了诋毁天主教教义的“耶和华见证派”传单。当地警察抓捕了父子三人，1940年5月地方法院亦以“未获许可”而在当地传教将他们定罪。根据纽黑文地区的法令，任何人私自募捐或散发印刷材料都必须事先向当地政府申请许可证，政府官员有权根据自己的判断签发许可证或者拒绝申请。而坎特韦父子则认为，“耶和华见证会”属于个人的宗教信仰，不受政府权力的管辖，何来申请许可证一说？因此，当地法院即以“未经许可而进行宗教或慈善活动”而判定其有罪。坎特韦父子不服当地判决，把案子一直申诉到联邦最高法院，要求联邦最高法院以“第一修正案”所确立的“宗教自由”原则对地方法院的裁决进行“宪法审查”。联邦最高法院受理后发表了完全一致的裁定意见：

“联邦最高法院认为，对宗教目的游说活动实施许可证限制的法令是对公民言论的预设性限制，违反了宪法第一修正案对言论自由的保障以及对第一和第十四修正案对宗教自由权利的共同保障。”^①

因此，认定康尼狄格州的地方法令和有罪判决限制了公民言论自由和宗教自由的权利，属于“违宪”判决。联邦最高法院罗伯茨大法官对最终的裁定意见解释说，纽黑文地方的许可证禁令违反了立法限制权力的一般原则，而是赋予地方政府过度的权力以决定什么人或什么群体有资格获得许可证，使行政官员越权判断和决定属于个人精神活动的宗教事务，既无法律依据，也无道德自觉。

就宪法对权力的约束和对下位法或地方法令的权力授予和实施的原理来看，宪法权利与人权具有原则上的统一性，所以纠正下位法院或地方法院侵害人权的上诉案件基本上都是提交给联邦最高法院进行“违宪审查”，这也是人权法律依赖的最高途径和确立一个社会法治信誉的可靠保障。通过上述两个比较典型的“宗教自由”判例，读者不难获得这样的认识：一个社会治理体系中，法制偏重的是法律的规则性技术和行政性权威，其价值取向是权力；而法治偏重的则是立法的正义原则和行使权力时的普遍道德意识，其价值取向是权利，在美国的社会治理语境中，就是“人权取向”，所以其“长牙齿”的“宪法修正案”就是“权利法案”，关注重心在“宗教自由”的叫“第一权利法案”，关注“种族平等”的通常叫“民权法案”，关注“性别平等”的一般就叫“平等权利法案”。这几乎就是美国人权与法治关系中最稳定的共识。

三、种族平等与民权法

美国的历史伴随三次战争而形成现今的状况，也决定着未来的走向。作为一个建国历史最短、实力最强且领导世界走向意愿最强烈的民族，美国人喜欢说“永远在前进道路上的美国(America in the making)”，这种思想表述的情感是出于

^① <https://www.thoughtco.com/cantwell-v-connecticut-1940-3968409/2021/02/28>.

基督新教那种“神圣的使命感(vocation)”，而不是历史或科学经验。因此，可以说美国民族的成长是由新教精神所激发的三次大的战争所见证的：第一次是独立战争，确立了一个新兴国家的地位；第二次是“南北内战”，确保了这种新兴国家的统一；第三次是“积极参与第二次世界大战”，形成了塑造战后国际次序的主导地位。这三次战争也催生了三个影响力深远的法律文本体系，分别是《独立宣言》和“权利法案”、《解放黑人奴隶宣言》以及其后陆续公布的“宪法重建修正案(即重建南方宪法修正案)”和表达罗斯福“四大自由”的“第二权利法案”以及在联合国框架下美国与其它国家共同推进的“国际人权法(核心)体系”。这三个法律本件体系的核心议题都是人权，不过在不同的历史时期和国际环境下，主要表现为民族独立权或自决权、个人自由权或自治权、种族平等权和男女性别平等权等。而就本文所关心的“种族平等权”则主要体现在“宪法重建修正案”体系和“民权法案”体系之中。

(一) “宪法重建修正案”

虽然美国立国的原则是基于1776年的《独立宣言》，但是其中原则性的“生命、自由、追求幸福”等基本人权对于占美国人口数量第二的广大黑人而言，他们并没有获得与白人公民同样的权利。这种持续性的黑人奴隶制度以及根深蒂固的“种族歧视”引发了1861-1865年的美国内战，即“北方的废奴州”与“南方的蓄奴州”之间的“南北战争”。战争的结果是“北方废奴州”获胜，这期间林肯总统还签署了《解放黑人奴隶宣言》，宣布黑人奴隶制度在美国全境被取缔，在理论上赋予了美国黑人平等的宪法权利。但是，《宣言》更多的意义只是在政治原则方面，而黑人真正享受同等的宪法权利，还需要“长牙齿”的宪法修正案来确保。

“南北战争”结束之后，在林肯总统和他的继任者安德鲁·约翰逊总统和格兰特总统的推动下，国会分别于1865年通过了“第十三修正案”、1868年通过了“第十四修正案”和1870年通过的“第十五修正案”，由于这三个修正案都涉及美国内战后的社会和经济秩序重建，因此又被称为“宪法重建修正案(Reconstruction Amendments)”。

1. “宪法第十三修正案”

这个修正案只有比较简单的两个条款，

第一款在合众国境内或受其管辖的任何地方，不允许有奴隶制或强制劳役的存在，唯有经过法定罪的受惩罚者不在此限。

第二款国会拥有以适当立法实施本条规定。^①

显然，这条简单的修正案针对两个问题：第一是以国家宪法条文的形式宣布奴隶制为非法，统一北南双方各州的政策，不再默认南方蓄奴州的奴隶制度，甚至是直接否定了国会自己于1850年通过的《逃亡奴隶法案》(1850 Fugitive Slave Act)，由于这部追捕逃亡奴隶的法案是根据原《美国宪法》第4条第二款所确立的，即：

“根据任何州法律规定而处于劳役状态之人，除非相关法律或规定解除其劳役状态，如逃亡至其它州则应及时将逃亡者遣返于其原定服务之主人。”

②

^① “Constitution of the United States” in *Gale Encyclopedia of American Law, Vol.13: Primary Documents*, 3rd edn.(Farmington Hills, MI: Gale Cengage Learning, 2010), p119.

^② “Constitution of the United States” in *Gale Encyclopedia of American Law, Vol.13: Primary Documents*, 3rd edn.(Farmington Hills, MI: Gale Cengage Learning, 2010), pp.116-117.

而随着“第十三修正案”废奴条款的通过,《美国宪法》第4条第二款中这项规定就自动失效了,现存的《美国宪法》文本也不再显示此项规定的内容了。因此,为《美国宪法》“打上的这个补丁”不仅有“重建南方制度”的意义,也有“宪法重建”的含义。

而在“第十三修正案”中首次引入了“适当立法(appropriate legislation)”条款,增加了国会解释法律的权力,以限制南方各州以地方立法的形式恢复被废止的奴隶制,因为对“适当”的解释为联邦层面的权力运行赋予了“自由裁量”的空间;它虽然没有明确赋予国会特别的立法权力,但是却以“自由裁量”性质的解释权力让国会、行政当局和最高法院可以据此救济“依法(地方法规)被侵害的宪法权利”——基本人权;“第十三修正案”首立此款,后来美国宪法的第14、15、18、19、23、24、26诸条修正案悉数列入此款,足见其在限制地方权力而保障宪法权利或基本人权方面的特殊价值。

2. “宪法第十四修正案”

林肯总统还在内战期间就考虑将来美国南方的重建问题,其中最具挑战性的当然是占南方大约40%左右人口的黑人人权问题。为他们提供平等保护是《独立宣言》中一项庄严的国家承诺,所以他和他的继任者分别推动了第13、14、15三个被称为“重建南方”的宪法修正案条文,其中第13是“废除南方的奴隶制”、第14是“为一切美国人提供平等法律保护”、第15是“赋予黑人政治选举权”。这三条修正案最重要的当然是“第十四修正案”,因为它是对《独立宣言》中原则性“平等权利”的确认,成为其它规则性列举权利的依据,所以女性、印第安人、其他宗教少数民族(religious minorities)都能诉诸此条修正案来主张自己的权利。

“第十四修正案”一共列出五个条款,仅次于列出六个条款的“第二十修正案”。但是在全部二十七条修正案中它的地位非常重要,有“第二次制宪”的声誉,也就是说在全部宪法修正案中被最频繁引用的就是这条,而在其全部五个条款中,经常被引用的或者发挥决定性作用的则是第一款。该款申明:

“凡出生或归化美国并受其管辖的人,均为美国和其居住州的公民。

任何一州都不得制定或者实施限制美国公民的特权或者豁免权的任何法律;不经正当法律程序,不得剥夺任何人的生命、自由或财产;对于其管辖下的任何人,亦不得拒绝给予平等的法律保护。”^①

这里包含明确的信息:废除奴隶制后,所有出生或居住在美国的非洲裔在法律上都属于美国公民;同其他白人公民一样都享有受法律正当程序和同等保护的权利,而且是高于各州法律层面的宪法保护,即此项正当程序和同等保护权利如果受到侵害,所有公民包括非裔美国公民都有权诉诸联邦最高法院的宪法保护。

这一条款在美国宪法权利或者说美国特色的人权条款制定方面,具有革命性的意义,为完善宪法形式、增强宪法权利的可诉性方面树立了全新的典范。首先是公民身份的认定,美国第一次将出生、归化且居住各州的人统一定义为美国国家公民,实现了全国居民无论肤色、地域和社会身份的平等认定,明确了联邦宪法在公民权利认定方面高于各州法律的决定性权威。但是,由于该法案主要针对的是被解放的黑人奴隶,所以美国印第安人没有被特别提及,之后相关的人权侵害诉讼中几乎没有见到印第安人的侵权案例。其次,强调“美国公民的特权或豁免

^① “Constitution of the United States” in *Gale Encyclopedia of American Law, Vol.13: Primary Documents*, 3rd edn.(Farmington Hills, MI: Gale Cengage Learning, 2010), p119.

权”起到了阻止南方某些州或地方议会通过立法变相限制非裔美国人的法定程序权利和平等权利的作用，提示公法权利（宪法）高于私法权利（地方法规或雇佣契约），即人权在法律地位上高于列举法权，前者对于后者是一种“神圣不可转让的权利”，可以视为司法中的“特权或豁免权”。最后，这个条款中的“特权或豁免权”还为宪法解释未列或漏列权利留出了列举新兴人权的空间，让非裔美国人可以据此挑战各州法规可能出现的新型种族歧视，以确保法律的“正当程序”和“平等保护”可以被其他部门法甚至国际法普遍适用，其对美国法治传统的影响十分重要而且持久：

“虽然‘第十四修正案’五个条款中的其他三个现在不再延用了，但是第一条款一直为联邦法院所延用，特别是自20世纪中叶以降，此条款对于扩展非裔美国人和其他美国弱势族群的权利意义非凡。伴随这些特殊人权的发展，联邦最高法院和政府也极大提升了自己的权力，以限制州议会的立法权力和地方政府的行政权力。以至于一直到当代受到激烈争议的问题仍然是：第十四修正案赋权（力）和限权（力）的边界到底在哪里？”^①

当然，被一直延续的另一个就是第五条款，即上面讲过的适用本修正案时的“适当立法”。

3. “宪法第十五修正案”

在“宪法重建修正案”中，如果说“废奴”是一项原则性人权，“正当程序”和“平等保护”是程序人权，那么，在自由民主政体中“投票权”就是一项最重要的列举性人权。“宪法第十五修正案”所解决的就是这个重大难题。之所以称之为“难题”不仅在于它的批准难，而且实施更难，被设置的障碍会更多、更持久。

“第十五修正案”形式上与“第十三修正案”一样，就是两条：一条是实体性的列举权利；一条是实施所依据的解释权利：

“第一款 美国公民的投票权，不得因种族、肤色或曾被强制劳役而被美国或者其下任何一州所加以剥夺或限制。

第二款 国会有权以适当立法实施本条规定。”^②

从形式上看，此条修正案是废止各州立法——主要是蓄奴的南方各州——限制非裔黑奴的投票权，即美国公民最重要的政治权利，因为“种族、肤色和强制劳役”在政治权利中受到立法限制的，主要是指男性非洲裔美国人；而实质上，作为宪法性条款，它同样是开放和具有原则性意义的，这使得之后的印第安人或称本土美国人（native Americans）及所有女性公民都可以援引此条法案主张自己的人权。当然，第二款与“十三、十四修正案”一样，都是为保障此条款有效实施而设置的、带有程序特色的条款，特别是“第十四修正案”，它不仅限制了州政府侵害公民基本权利的权力，而且还规定了平等保障这些基本权利的程序原则，因此，是“宪法重建修正案”的核心。

上述三条修正案与“第一修正案”一样，在美国人权和法治传统中都具有奠基和开创性的地位，美国学界对之评价也比较统一：

“历史学家和宪法学者都将‘第十四修正案’视为自1791年‘权利法案’通过之后美国法治进程中最重要的一部宪法。……‘权利法案’的重要性在于

^① Paul Finkelman ed., *Milestone Documents in American History: Exploring the Primary Sources That Shaped America*. (Dallas: Schlager Group Inc., 2008), p.933.

^② “Constitution of the United States” in *Gale Encyclopedia of American Law, Vol.13: Primary Documents*, 3rd edn. (Farmington Hills, MI: Gale Cengage Learning, 2010), p.120.

限制了联邦政府的权力，而‘第十四修正案’则为联邦立法权力施加了保障个人权利免于州级权力侵害的责任，一如著名宪制史学者埃瑞克·福纳（Eric Foner）所言，第十四修正案的结果使得联邦政府转变成了伟大的废奴主义参议员查尔斯·苏姆纳所期待的‘自由权利的总监护人’。”^①

由南方奴隶制存废引起的“美国内战”和随之而起的“宪法重建修正案”不仅是为重建“南方”提供了最权威的法律依据，而且也“重建”了美国宪法体系，特别是其中“第十四修正案”突出了对各州的立法权力的限制，^②和“第一修正案体系（以第一条限制联邦立法权为主）”一样，完成了对美国宪法体系的“第二次完善”，重塑了美国整体的法治传统。

4. “权利法案”与“宪法重建修正案”之共性

众所周知，美国法治传统有一个形式上的矛盾：法治是“依宪法而治”，而宪法“一成不变”，历经二百余年且主体不改而“未见衰竭”，靠“增补的 27 条修正案”“苟延残喘”，难倒靠这样的修修补补还能“续命”吗？国际人权学者认为美国法治范式在世界上影响力的衰减主要是其宪法权威的丧失，其中有五个可能的原因：1) 出现了更强大、更有吸引力的竞争者；2) 美国霸权地位的式微；3) 司法自闭症；4) 宪法衰竭症(constitutional obsolescence)；5) 对美国例外论的迷信。^③在这五个设想的因素中，只有第一个是外部因素，其余全是美国国内的问题，而其中最重要的还是“宪法衰竭症”。因为人们设计产品时都有个“产品设计使用期限”，过了“设计寿命”必然衰竭、死亡。宪法作为一种社会治理的“设计产品”，它怎样逃脱“设计寿命周期率”？这是一个政治学和法学共同面对的难题。像美国这样一部宪法经历近 250 年还继续沿用，虽然有“27 条修正案”“架漏牵补”，其法治范式是否能应对各种新兴挑战而引领世界？确实是个难以回避的问题。拿法国宪法和法治传统作个类比就不难发现这个问题的严峻性：法国革命与制宪都是在美国范式影响下进行的，虽然晚了十余年，但是法国在不同的历史阶段已经制定出了 14 部宪法，政体出现两次封建王朝复辟，两次帝制，五次共和，而社会革命的冲动随时涌现。如果法国的例子不能引为美国人权和法治成功的范式，则美国范式在世界的影响力和理论上的自治性就一定会引起质疑。

尽管如此，美国社会治理范式还是有其自身的韧性和活力，其法治传统没有因两次史无前例的人权灾难而陷于破产，一次是奴隶制存废引起的种族冲突——“美国内战”，一次是“红色恐慌（Red Scare）”引起的意识形态冲突——“麦卡锡主义”。这在很大程度人得益于形成美国法治传统中以一贯之的人权价值观，它作为《独立宣言》到《美国宪法》、“宪法修正案”和“民权法案”体系的“基石”，一直发挥稳定和引领作用，其表现形态有《独立宣言》中的原则性人权、宪法和修正案中的基本人权以及各种民权法案中的规则性列举人权，构建了一个相对稳

^① Michael H. Roffer ed. *The Law Book: From Hammurabi to the International Criminal Court, 250 Milestones in the History of Law*. [epub] (New York: Sterling Publishing Co., 2015), pp.230-231.

^② 根据英美法系的“法治”逻辑，行政权力是依法行政，司法权力是依法司法，限制立法权力本质上是规制整个权力体系。—作者

^③ Philip Alston and Ryan Goodman ed. *International Human Rights: The Successor to International Human Rights in Context* (Oxford: Oxford University Press, 2013), p. 55.

定的法治体系，形成了一种敬法、立法、司法、普法、守法的法治文化。而其人权与法治之间的辩证关系亦可以从宪法修正案的起因、内涵和社会效果中得到些许启迪。

在最根本的意义上讲，人权是因为惩戒权力的侵害而起的，所以限制权力或者“把权力关进制度的笼子里”就成了人权自身的合法性依据，这也是制宪的原则和目的。而当权力与宪法的原则和目的相悖时，人权自然也就成了挽救宪法的最后屏障。这就是为什么《独立宣言》将确立人权的神圣性作为序言原则的依据和《美国宪法》前三条分别确立为对“立法、行政和司法权力”进行限制，而后来两次重大的“宪法修正案”都以确立和保障人权为宗旨而对“联邦立法权”和“州立立法权”进行限制的原因。因此说，“权利法案”和“宪法重建修正案”之共性就是人权，而此共性也是《独立宣言》和《美国宪法》的“一以贯之”之道，进而言之，也是美国法治传统还没有出现“宪法衰竭症”的原因。

（二）民权法案体系的演进与特质

“宪法重建修正案”虽然在最高法律层面设定了法治权威，修宪者期望以此重建南方甚至是整个因内战而撕裂的美国社会，但是，修正案只能规范到基本人权和实施基本人权的程序性权利，距离落实到具体的、列举性人权还有一段距离，而这段距离又会出现新型的人权侵害，使“种族平等”的人权法治设计面临新的挑战。美国南方即便是在联邦批准了“宪法重建修正案”之后，又逐渐兴起了新的人权侵害类型，即“歧视性隔离（discriminatory segregation）”。从宪法理论讲，居主流地位的白人社会承认宪法所保障的有色人种的“平等地位”，但是在实际社会生活中，他们行使自己的另一项宪法权利——自由，即他们自主地选择或安排与有色人种之间的社会距离，这又形成了比奴隶制更隐蔽的人权侵害体制，即规避“第十四修正案”中“平等保护”条款的“隔离但平等（separate but equal）”规则。实际上，从1876—1965年，美国地方州政府还相继制定了一些种族隔离的法规——被谑称为“吉姆·克劳法（Jim Crow Laws）”，其依据就是“隔离但平等”的规则。因为，“宪法重建修正案”中非裔美国人的保障条款只限于对“州一级的立法权力”，只要没有侵害到形式上的平等权利，联邦最高法院就不能对实质上的人权侵害进行“违宪”判决。这就促使美国法治的努力转向具体的“民权法案”，以保障规则性的列举人权。在美国特殊的历史和社会环境下，“民权法案”要解决的首先是非裔美国人的规则性人权难题，而“民权（civil rights）”这个概念后来进入“联合国主导下的国际人权法体系”则被界定成了普遍意义上的“公民权利”，如《公民权利与政治权利国际公约》。

“宪法重建修正案”过程中及之后出现的“民权法案”体系通常是指与“种族权利平等”相关的9个法律文件，即《1866年民权法案》、《1870年民权法案》、《1871年民权法案》、《1875年民权法案》、《1957年民权法案》、《1960年民权法案》、《1964年民权法案》、《1965年民权法案》以及《1991年民权法案》。这9个法案其中4个是“美国内战”结束后制定的，另外5个则是“第二次世界大战”后制定的，其中最为重要的是《1866年民权法案》和《1964年民权法案》。^①这两个法案都被单独列入“（世界）250块学科里程碑（250 Milestones in the History of Law）”中的“法律”卷。

^① 文件列名信息见于 David Schultz, *Encyclopedia of American Law* (New York: Facts On File, Inc., 2002) 和 Paul Finkelman ed. *Milestone Documents in American History: Exploring the Primary Sources That Shaped America*. (Dallas: Schlager Group Inc., 2008) 等大型工具书。—作者

1. 《1866 年民权法案》

“美国内战”中，林肯总统颁布的《解放黑人奴隶宣言》使南方奴隶州的 400 万黑人奴隶获得了政治上的解放。即便战后国会通过了“宪法重建修正案”，但在南方总共 900 万人口中，怎样确保近乎 45% 的非裔美国人与白人享有同样的法律地位，是一个棘手难题，靠南方社会无法解决。所以，联邦设计了“重建”方案，但却遭到了南方白人社会的消极抵制。在国会 1865 年初通过了“宪法第十三修正案”正式废奴后，南部各州在 1865-1866 年间也先后制定出了各种规避“废奴”的地方法规，对非裔美国人实施变相的种族歧视，法律上统称为“黑人条规（Black Codes）”。这些针对性的法规允许被解放的非裔美国人持有财产，承认他们具有订立合同的资格，但是对他们的公民权利和政治权利实施歧视性限制，使他们无能力自由选择公平的职业，仍然处于农场种植、白人家庭服务、重体力工场作业等低人权保障行业。而占美国总人口 84% 的北方人和南方非裔美国人对此人权状况形成很大的压力，迫使国会通过了第一个专门解决南方非裔美国公民权利的民权法案，这就是《1866 年民权法案》。

这个法案最初的动议是由伊利诺伊州的参议员李曼·川布尔提出的，旋即获得国会议员压倒性的支持，而林肯被刺杀后继任的约翰逊总统害怕此法案会激怒南方的白人种族主义者，再挑起新的战端，故此否决了该动议。结果议会又迅速否决了总统的否决，开创了美国法治传统中第一个否决最高行政权力否决动议的法案，足见人权议题在美国社会治理中不可撼动的地位。

《1866 年民权法案》一共有 10 条，其中最重要的就是开头的第一条：

“所有美国境内且非隶属于外国之人皆由此条法律宣布为美国公民-印第安人因无课税而例外；无论种族、肤色，之前的奴隶或被强制劳役身份——因正当法律程序被判罪惩罚者例外，在美国所有州或领土上皆享有同等的权利，包括签订和履行合同、起诉、合作、法庭作证、继承财产、买卖交易、出租、出售、持有以及转让房地产和其它个人财产；凡白人公民依法享受的人身及财产安全权利，皆须充分而平等地惠及所有美国公民；同样，所有公民也应承受法律、法令、规定、条例或者习俗施加的处罚、痛苦和刑责——无法律依据者无效。^①”

这既是落实“宪法第十三修正案”废奴原则的具体步骤，也是对“黑人条规”做出的迅速法律反应，性质上属于规则性列举权利；但在形式上又夹杂了一些属于宪法性质的基本权利，如平等保护权利。当然，从已经形成的法治原则、立法技巧以及权利认定的位阶来看，规则性的列举“民权”与原则性的“基本权利”有主属及指导和衍生的关系，所以用“民权法案”来确立宪法层面的基本权利有可能出现法律漏洞，使地方一些歧视性的法规钻空子，以偏袒白人规则性的列举权利，规避联邦依照基本权利进行“违宪审查”，出现类似“黑人条规”这样的情况。所以，国会很快通过了“宪法第十四修正案”将“平等保护”这样原则性的基本权利从“民权法案”中剥离出去，从立法技术上填补了“法律漏洞”；此后，其他“民权法案”或涉及列举性人权就成为适用于“宪法基本权利”所“平等保护”的具体对象了。联邦最高法院首席大法官弗雷德·文森（Fred Vinson）解释说：

^① Paul Finkelman ed. *Milestone Documents in American History: Exploring the Primary Sources That Shaped America*. (Dallas: Schlager Group Inc., 2008),p.894.

“‘宪法第十四修正案’被编入宪法的历史背景说明，其立法的本意是当州级歧视性立法和司法伤害到基本的公民权利和政治权利时可由宪法提供平等的保障原则。”^①

这是他根据提交到联邦最高法院进行“违宪审查”的判例所作出的解释，其中表达了在部门法或州级立法中出现的规则性列举权利受到侵害，联邦最高法院进行审查的依据则是宪法中确立的原则性基本权利。这反映了权利体系在立法和司法中的辩证关系，即联邦最高法院审查诸如“黑人条规”这样限制择业、剥夺投票权之类的规则性权利，不是去判决其“违规”，而是宣布其因“违宪”而无效。这也是美国法治传统中触发“宪法第十四修正案”、进而堵塞“黑人条规”的人权确立和保障机制。

2. 《1964年民权法案》

研究美国种族平等的专著都会聚焦《1964年民权法案》，甚至有些论述“民权运动”的著作只讨论“民权法案”谱系中的这部法律，足见其在美国人权与法治传统中超乎寻常的重要地位。

在论述《1866年民权法案》和“宪法第十四修正案”时，我们关注的重点是美国人权与法治传统中的“种族平等”问题，即为非裔美国人提供平等的法律保护，使其免受奴隶制及其后续条规的侵害。这是基于宪法的原则性基本权利——“平等”而提供的合宪性保护。^②但是，美国社会中仍然有人特别是白人至上论者坚持根据宪法赋予的另一项原则性基本权利——“自由”，而制定地方性或部门性的条规，实际上侵害到非裔美国人的规则性列举人权，如接受教育、使用公共设施、享受社交生活和自主择业等，这就形成了“隔离但平等”原则下的社会生活和职业歧视，其相关的条规被谑称为“吉姆·克劳法”。《1964年民权法案》就是为了应对非裔美国人面临的此类新型人权侵害而产生的。

在“隔离但平等”的原则下，非裔美国人的社会、经济和政治权利受到了实际上“不平等”的侵害。因此，“二战”结束后，罗斯福总统“四大自由”的“第二权利法案”思想在美国社会产生了积极的影响，非裔美国人也受此权利思想的激发，开始举行社会和政治运动，呼吁政府帮助改善他们的人权状况。影响全国的“民权运动”不断壮大，到1963年25万人的华盛顿大进军和民权领袖马丁·路德·金“我有一个梦”的演讲，使“民权运动”达到高潮。而当时的民主党总统肯尼迪及其继任者约翰逊对黑人民权运动也表示出极大的同情和支持，因此国会在1964年顺利通过了这部美国人权与法治史上最重要的法案。

《1964年民权法案》共有11章，每章所列举的规则性权利及其保障和实施方案极为详尽，核心内容都是针对美国法治传统中遗留下来的、严重侵害人权问题而详举的，如禁止因种族、肤色、性别、宗教信仰和民族背景而在“公共场所”、

^① Mark V. Tushnet, *Making Civil Rights Law: Thurgood Marshall and the Supreme Court, 1936-1961* (New York: Oxford University Press, 1994), pp.95-96.

^② 捷克法学家卡雷尔·瓦萨克(Karel Vasak)将人权谱系分为三代，第一代为“公民与政治权利”，其合理性原则是“自由”；第二代为“经济、社会和文化权利”，其合理性原则是“平等”；第三代为“环境与发展权利”，其合理性原则是“博爱”。他显然是借用了法国大革命时期的“自由、平等、博爱”三原则来作为代际人权划分的依据。从美国人权的理论和实践来看，在自由、平等和博爱之外还有尊严，它们共同构成原则性道德权利体系，以作为宪法基本权利的基础；而当自由与平等权利发生冲突时，尊严权利则行使“裁判”职能一如美国法治传统中处理“隔离但平等”而产生的“基本权利冲突”问题，此项原则性道德权利之权威实际上被广泛采用于各种《宪章》或《宣言》的“内在尊严”条款之中。一作者

“联邦资助的项目”、“就业”、“学校”和“选举”等方面发生的歧视性为。为达成此目标，法案还专门制定了实施程序，成立了相关的执法机构。

法案文本以导言的形式宣布其立法宗旨、列举的权利范围以及实施的保障机制：

“为了贯彻宪法所赋予的投票权，赋予美国的地区法院在对公共膳宿处发生的歧视行为施以惩戒性救济的司法管辖权，授权司法部长提起诉讼以保障公民在公共设施和公共教育领域的宪法权利，拓展民权委员会的权力，以防止联邦资助项目中歧视行为的发生，建立就业机会平等委员会以及其他各项目的，特制定本法案。”^①

之后便是其他各章的规则性列举权利、实施程序和保障措施。

第一章全部四款都是详细规定投票权的资格，审查程序和救济方法。虽然是针对非裔美国人长期被侵害的最重要的政治权利而设计的，但是要执行起来却有不少技术性障碍，如投票人资格的行政认定步骤、身份文件确认以及文化水平识字能力测试等，这些都不利于兑现非裔美国人的实际投票权。因此，这一章的内容基本上为第二年通过的《1965年投票权法案》（The Voting Rights Act of 1965）所取代，不再沿用。

第二章第一款显然是针对禁止对非裔美国人的“隔离性”权利侵害而设计的，自然是全部法案的“核心条款(core title and sections)”，当然也是保障他们社会权利和文化权利方面最重要的法律依据。这些规则性的列举权利包括：不得以“种族、肤色、信仰或族裔背景”在公共场所所提供的各种具体的服务和便利方面实施歧视行为，保护所有公民合法的平等享受权利。

第三章关注的是消除公共设施中的种族隔离和司法救济。其第一款第一项规定：任何个人因“种族、肤色、信仰或族裔背景”而受到歧视，被剥夺了平等享有社会公共资源和福利的权利，均有资格直接向联邦司法部长投诉，国家授权司法部长对确实遭到因上述原因而引起的权利侵害进行司法救济。

第四章的重点是“消除公立教育系统中的隔离（Desegregation of Public Education）”。这主要是指利用国民税收支持的公立教育机构不得因“种族、肤色、信仰或族裔背景”而限制或剥夺公民接受平等教育的权利，这是对宪法层面的原则性基本权利——“平等”的延伸解释，即规则性列举权利，也蕴含非联邦资助的私立教育机构仍然保留其原则性的基本权利——“自由”所衍生的其他规则性列举权利，如白人私立的教育机构或俱乐部有权规定选择成员的资格，这是蕴含在“隔离但平等”权利体系逻辑中的一个悖论，一个引起长期争论的结果就是“反歧视”和“平等保护”条款所产生的“反向歧视”，或如联邦非裔大法官克拉伦斯·托马斯（Clarence Thomas）反对“平权政策（Affirmative Action, 属于行政命令，权威性略低于法案 Act）”一样，单向度主张一项基本权利而否定另一项基本权利会对其他公民包括非裔公民自身的列举权利产生实质性侵害。

第五章重点在于扩展根据《1957年民权法案》而成立的“民权委员会”的功能，解释其设立、性质和运作程序等问题。

第六章规定在“联邦资助的政府项目中”禁止歧视行为的发生。

第七章关注的重点是“平等就业机会”和实施机制的问题；在反对就业歧视中首次引入了“反性别歧视”的条款，这实际上是为解决长期困扰美国社会的“女性权利侵害”引入了一个规则性的法律条款，是原则性的“平等”在“性别”领

^① Paul Finkelman ed. *Milestone Documents in American History: Exploring the Primary Sources That Shaped America*. (Dallas: Schlager Group Inc., 2008), p.1766.

域的列举权利。在美国法治传统中，禁止因“性别”而“歧视”是《1964年民权法案》批准过程中的一个“乌龙事件”，将原本专门动议中的“性别平等权利”加入解决“种族歧视”的法案文本中，本意是设置更多障碍，以挫败该法案，殊不知民权法案最终被通过了，因此，禁止“性别歧视”的条款也被“打包”通过。

第八章是规定在某些特定地区编制选举人投票登记及其相关的投票信息，解释投票权的等级程序；第九章规定诉讼转移程序的便利化，使州级民权侵害案件更容易转移到联邦最高法院进行“宪法审查”；第十章是确认后继续“设立公众关系服务机构（Establishment of Community Relations Service）”，以帮助解决社区中涉及种族歧视的纠纷；第十一章是“其他事项”，规定了民权侵害诉讼的审理程序，其中特别申明在民权争议中引入刑法程序中的“由陪审团参与审理的权利（entitled to a trial by jury）”。因此，此条蕴含对法官独享的自由裁量权力（the sole judicial discretion of judge in a bench trial）的平衡与限制，体现了权利制衡权力包括司法权力的法治精神。

概要地讲，《1964年民权法案》在美国人权与法治传统的关系中是一个真正的里程碑，其第二章中“消除公共场所和公共设施中的种族歧视”的规定，很快在美国社会产生了明显的效果，极大地改善了非裔美国人的公民与政治权利，使“隔离但平等”和“吉姆·克劳法”在之后的民权诉讼中不再具有白人至上主义者所谓“自由”的“合法性”，使“宪法修正案”和“民权法案”成为推动美国法治进步的主导性力量。因此，学者们对其地位和影响力评价比较一致：“《1964年民权法案》是一部包罗万象的法律（omnibus law），其重要性在之后大量的司法解释中越来越明显，是美国民权立法史上最为完备的一部，至今无有出其右者。”^①确实，回顾美国法治的进程，迄今未见有任何单部法案对美国社会的方方面面产生过如此深刻的影响；之后诞生了第一个非洲裔美国人总统，2021年胜选的拜登的行政阁员中有有色人种、女性与白人几乎各占三分之一，且出现了第一位有色人种女性副总统…，这些法治进步使人不得不感叹《1964年民权法案》的“不世之功”。

（三）“沃伦法院”及相关判例

人权在美国法治传统中的作用与其宪法的可司法性密切相关。因此，在各种法系中只有英美法系特别是美国司法经验中联邦法院以“宪法审查”的方式审理了最多的人权案件，其中有些著名审判成为其法治传统中的标志性事件，法院被被冠以主审案件的联邦大法官之名，如“沃伦法院（the Warren Court）”、“伯格法院（the Burger Court）”以及“伦奎斯特法院（the Rehnquist Court）”。其中，在涉及人权特别是民权方面做出了具有里程碑意义判决的就是“沃伦法院”，以至于人们习惯将1953-1969年时期的联邦最高法院称为“沃伦法院”。

1. “布朗诉托皮卡教育局案”与种族平等权

该案的全称是“布朗诉托皮卡教育局案（Brown v. Board of Education of Topeka, Kansas）”，一般简称为“布朗案”。它是沃伦出任联邦首席大法官之后主持审理的、针对种族隔离难题的民权侵害案件，在美国法治史上具有指标性的意义，也塑造了美国人权诉讼的特殊遗产。

^① Alexander Tsesis, *We Shall Overcome: A History of Civil Rights and the Law*. (New Haven: Yale University Press, 2008), p.246.

“布朗案”最初于1952年10月提交到联邦最高法院审理，案由是堪萨斯、特拉华、弗吉尼亚、南卡罗来纳及哥伦比亚特区地方审理的案件都涉及到黑人孩子入学被拒的权利侵害问题，而当时这些州或特区都有法律规定那里的公共学校只招收白人。主持此案首次听证会的首席大法官弗雷德·文森主张保留“种族隔离教育”，因为这不仅牵涉到黑人的“平等”权利，也涉及到白人的“自由”权利，两者都是宪法权利。就在庭审听证中，主张消除和主张保留“种族隔离教育”两派大法官僵持不下时，文森首席大法官突然病逝了。休庭期间，参议院于1953年通过了艾森豪威尔总统对厄尔·沃伦（Earl Warren）的首席大法官提名。在他的主持之下，“布朗案”迎来了历史性转机。

因为，“种族隔离教育”是在“宪法第十四修正案”确立之后的州级立法，且于1896年的“普莱西诉弗格森案（Plessy v. Ferguson）”的判决中，最高法院支持了种族隔离的地方立法，使得“隔离但平等”的隔离法在南部各州广为流行，“布朗案”要推翻成例，宣判“种族隔离教育”违宪，必须从宪法原则中寻找突破口。因此，沃伦大法官认为本案的焦点应集中在：“种族隔离教育”与“宪法第十四修正案”的立法目的是否相悖，这是判断其“合宪”抑或“违宪”的关键。支持“种族隔离教育”的大法官认为，他们并没有确凿的证据表明当时“宪法修正案”的立法意图是要中止“种族隔离”，否则就不会有“宪法修正案”通过之后而各州出台的“种族隔离”法律。但是，“布朗案”上诉法官提供的证据则表明，在“宪法第十四修正案”通过之后，国会议员曾就1871-1874年之间提交讨论的民权法案进行过表决，参议院以29:16票通过了该人权法案，即《1875年民权法案》，当时的审议法案中就有“消除学校种族隔离”的条款。而1870年代审议该民权法案与审议“宪法第十四修正案”的议员几乎全部重合，这足以说明，“宪法平等保护”原则上是排斥“种族隔离”的，因此“种族隔离教育”作为其特殊形态当然适用于“宪法第十四修正案”和《1875年民权法案》。沃伦首席大法官说服了所有大法官，结果“布朗案”以9:0全票通过，沃伦代表最高法院写出的一致意见是：发生在学校的种族隔离教育违反了“宪法第十四修正案”中的“平等保护条款”，判决其“违宪”成立，因而也否定了最高法院在半个多世纪前的“普莱西诉弗格森案”中的错误判决。

1954年胜诉的“布朗案”对美国人权与法治的影响不仅仅止于中小学教育，而且很快普及到大学和其他领域，触发了美国社会各方面存在的、因种族隔离措施而引起的侵权纠纷，而相关的诉讼案件皆以“布朗案”的“违宪”为依据，极大提高了各类人权侵害案件的胜诉率，树立了民权在美国司法系统中的一个权威样板，也极大促进了人权议题在美国法治传统中的核心地位。因此，阅读美国的民权史、人权或法治研究资料，“沃伦法院”或“布朗案”始终是绕不开的议题。

2. “洛文诉弗吉尼亚州案”与跨种族通婚权

“沃伦法院”另外一项彪炳法史的判例是1967年审理的“洛文诉弗吉尼亚州案（Loving v. Virginia）”，其中沃伦法官又创设了一个新的规则性列举人权——跨种族通婚权。

“洛文案”的案由是：1958年，居住在弗吉尼亚州的非裔与印第安人混血的女性米尔德雷特·杰特（Mildred Jeter）和同州的男性白人理查德·洛文（Richard Loving）在华盛顿哥伦比亚特区（DC）旅行登记结婚。旋即夫妇二人回到居住地弗吉尼亚，可是弗吉尼亚州1924年就通过了《种族纯洁法案》（the Racial Integrity

Act of 1924), 其中规定:“白人和有色人种禁止离开本州到外州结婚,然后返回本州。违反者可判处1-5年不等的监禁。(第20-50条)”^①因此,洛文夫妇遭到了“违法”起诉。当地法院判决洛文夫妇罪成,判处监禁一年。主审法官同时提出一项缓刑交易,即夫妇必须离开弗吉尼亚州,25年之内不得返回,在此条件下可以施行缓刑。因此,洛文夫妇被迫“认罪”后移居到了华盛顿特区。1963年,洛文夫妇向弗吉尼亚州立法院提出申诉,称原法院判决他们的《弗州法典》第20-25条与“宪法第十四修正案”相抵触,侵害了他们为宪法所规定的“平等保护权利”。弗州法院驳回申诉之后,他们又将申诉案提交到了弗州最高上诉法院,后者裁决州立法院援引的法律并未“违宪”,但是撤销了原来的“刑期”,认定其“缓刑交易”“于理不通”。洛文夫妇不服,遂将案件上诉到联邦最高法院。1967年联邦最高法院受理此案,开展听证调查。

在听取了各方调查意见之后,沃伦法官否决了弗州对于洛文夫妇的有罪判决。他解释:

“‘宪法第十四修正案’的意图在于选择结婚的自由权不应基于种族歧视而受到限制,因为宪法既保护结婚的自由,也保护不结婚的自由,自然也保护不同种族的个体之间同居的自由,而宪法规定的自由权利不容许州级立法加以侵害。”^②

据此,联邦最高法院一致同意否决《弗吉尼亚种族纯洁法》以及其他各州存在的“反跨种族通婚法(anti-miscegenation laws)”,裁定州立法典“违宪”,原判予以废止。最高法院判决后仅一天,1967年6月13号约翰逊总统便提名瑟古德·马歇尔作为联邦最高法院大法官,2个月后参议院通过了提名,马歇尔因此成为第一位非裔联邦最高法院的大法官。这是民权运动在法治传统中的一个标志性成果。

如同在“米兰达案”创设了新兴人权——“沉默权(the right to silence)”一样,“布朗案”创设了“平等使用公共服务的权利(the right to equal access to public service)”,“洛文案”也创设了“跨种族婚姻权(the right to interracial marriage)”。这些都是“沃伦法院”对普通法系中“法官判案立法”传统的继承和创新,也是“沃伦法院”在美国人权与法治传统中地位特殊的根本原因;同样,它也有助于我们理解宪法层面的原则性基本人权与部门法层面的规则性列举人权之间的权利生态关系。

四、性别平等与女权法

美国人权与法治演进中的第三个核心议题是性别平等或者“性别正义(gender justice)”,它涉及到女权运动、性别平等的立法和性别正义的司法。由此三方面的互动而构成了美国人权与法治关系中一个“三分天下有其一”的局面。

(一)《情感宣言》与《独立宣言》

美国的女权运动与相关的立法,相对于“宗教自由”和“种族平等”议题,引起的社会反应要慢一些,程度也没有前两者那么强烈。但是,从18世纪末到19

^① <https://www.britannica.com/event/Loving-v-Virginia>

^② Michael H. Roffer ed. *The Law Book: From Hammurabi to the International Criminal Court, 250 Milestones in the History of Law*. [epub] (New York: Sterling Publishing Co., 2015), pp.517-518.

世纪初英国、法国和美国陆续兴起了“废奴运动”并颁布了一系列的“废奴法令”，这也为美国支持废奴运动的女性带来了新的思想启蒙：像争取黑人的种族平等权利一样争取男女性别平等。而领导美国“性别平等权”运动的开创性人物伊丽莎白·斯坦顿(E.C. Stanton)也正是当时美国白人社会中一位勇敢的“废奴主义者”。

1848年7月她与三位废奴主义的女性在家乡纽约州的色内加瀑布镇组织召开了美国历史上第一次女权大会并发表了《情感宣言》(Declaration of Sentiments)。出席这次大会的女性代表有200名，支持女权运动的男性代表40名，其中包括奴隶出身的黑人“废奴运动”领袖道格拉斯。会议的标志性成果就是《情感宣言》，这是模仿《独立宣言》而形成的美国版“女权宣言”。因为女性被流行的偏见认为是“情感的动物”，而男性是“理性的动物”，可是《独立宣言》中的“造物主面前所有男人一律平等”的信念则完全来自于基督教徒对于“神”的信仰，出于他们的宗教情感，而非某种哲学理性，且以上帝之名只为“男人”背书，真真让女性教徒“情何以堪”！所以，斯坦顿用《情感宣言》表达了其与《独立宣言》一样的崇高性和权威性，同时也暗示了女性“被上帝遗漏”的缺憾。

《情感宣言》的导言部分与《独立宣言》几乎完全一样，只是将后者的“民族与民族之间的独立平等地位”换成了“改变家庭成员之间（女性）与男性不同的地位”，而谋求这种改变的神圣依据同属于“自然法则和上帝的意旨”。在正文的开头，《情感宣言》有如下的句子：

“我们认为如下真理是不言而喻的：**(人人)**所有男人和女人生而平等，造物主赋予了他们若干不可转让的权利，其中包括生命权、自由权和追求幸福的权利。为了确保这些权利，**(人类在他们之间)**才建立了政府，而政府的正当权力，是经被治理者的同意而产生的。当任何形式的政府破坏这些目的时，**(人民便有权利改变或废除它)**受其迫害者有权拒绝效忠于它，以便建立一个新的政府；其赖以奠基的原则，其组织权力的方式，务使**(人民)**其受害者认为唯有如此才能保障他们的安全与幸福。”^①

上述引文与《独立宣言》的“序言”形式上基本没有差异，括弧中的是《情感宣言》中省略的部分，后面的异体字是加入部分，也就是说，“人人生而平等”变成了“所有男人和女人生而平等”；“人类在他们之间”被省略了，因为之前出现的“人人”是英文的“男人”，故此会使人联想“男人们”；“人民便有权利改变或废除它”改为“受其迫害者有权拒绝效忠于它”；最后一处“人民”改为“其受害者”，与之前的改动统一。

之后的正文两个“宣言”各自分述了主张其神圣权利的原由：《独立宣言》认为英国国王的历史就是一部伤天害理、巧取豪夺的暴政史，在列举了一系列证据之后，宣布其不得已而独立；《情感宣言》则认为人类历史是一部男性擅权对女性周而复始地伤害和奴役史，是一部“对女性的绝对暴政史(an absolute tyranny over her)”，接着便列举了“女性”受到“男性”歧视性侵害的15条罪状（相对于《独立宣言》列举英国国王的27条罪状），然后宣布：

“现在，我们都看清了这个国家在上述缺乏正义的法律之下完全剥夺了另外一半人口（女性）的权利，使她们处于社会和宗教上的屈辱地位；由

^① “Declaration of Sentiments” in *Gale Encyclopedia of American Law, Vol.13: Primary Documents*, 3rd edn.(Farmington Hills, MI: Gale Cengage Learning, 2010), p424.

于她们被无端地剥夺了社会和宗教方面的神圣权利而倍感伤害和压迫，因此宣告：立即恢复我们作为合众国公民的所有权利和特权。”^① 公民的“所有权利”是一个笼统的称谓，实际上包括当时已经有社会共识的原则性权利（《独立宣言》中的道德权利（尊严、生命、自由、追求幸福）、《美国宪法》和“权利法案”中的基本权利），而“特权”则是指一种开放性、规则性的列举权利，如当时主张的“投票权”、“平等对待权”和后来不断被创制出来的、专属于女性的“生育权”、“堕胎权”、“身体完整权（禁止割礼）”和“产假权”等。

总之，《情感宣言》首次公布了美国女权运动的原则和方向，之后美国社会通过不断地争取，女性自有特色的人权内涵逐渐丰富并形成了国际性的影响力，如“投票权”、“工作权”、“同工同酬”、“代孕”和“免于性骚扰”等规则性列举人权。

（二）女权运动与相关立法

美国的女权运动和与之相关的法治传统主要是围绕“宪法第十九修正案”、《1964年民权法案》第七章和流产的“平等权利法案”以及“伯格法院”的几个著名判决展开的。其中“宪法第十九修正案”首次在宪法层面写入了“禁止性别歧视”的条款，而《1964年民权法案》第七章则首次在部门法案里列入了“工作场合禁止歧视女性”的条款。前者将女权定义为原则性基本权利，后者则将女权定义为规则性列举权利，二者都成了美国法治传统中的地标性事件。

1. “宪法第十九修正案”

现行的《美国宪法》中“第十九修正案”实际上就只有简单的一条：即

“美国公民的选举权，不得因性别而被合众国或任何一州加以剥夺或限制。”^②

另外一条就是“十三修正案”创立的国会对州立法是否“适当”的解释权力。准确地讲，这条修正案只是针对“性别”一个词所立的，是对1870年就通过的“宪法第十五修正案”即“投票权修正案”的“补丁”，因为“十五修正案”中只是将“种族、肤色或曾被强制劳役”列为“禁止歧视”的条款。尽管修正案只有简单的一句话，但是美国女性争取平等权利特别是选举权利却经历了漫长而艰险的历程。

照美国女权主义的“始作俑者”们看来，男性之所以能“周而复始地擅权”伤害和欺压女性，全赖于“绝对暴政”，因此，终止对女性的擅权伤害，必须要对“绝对暴政”加以制约，而在美国的“宪法”框架下，“投票权（suffrage）”是最具制约力的政治权利。在此前提下，“投票权法案”就成了当时女权运动的最主要诉求。

在1870年“宪法第十五修正案”获得批准的时候，非裔美国人获得了选举权。但是法案明确的是“美国公民的投票权，不得因种族、肤色或曾被强制劳役而被美国或者其下任何一州所加以剥夺或限制。”^③“性别”排斥款项并不包括在其中，即在法律上“美国公民”包括非裔男性皆因此“宪法条款”而获得了选举权，

^① “Declaration of Sentiments” in *Gale Encyclopedia of American Law, Vol.13: Primary Documents*, 3rd edn.(Farmington Hills, MI: Gale Cengage Learning, 2010), p425.

^② “Constitution of the United States” in *Gale Encyclopedia of American Law, Vol.13: Primary Documents*, 3rd edn.(Farmington Hills, MI: Gale Cengage Learning, 2010), p120.

^③ “Constitution of the United States” in *Gale Encyclopedia of American Law, Vol.13: Primary Documents*, 3rd edn.(Farmington Hills, MI: Gale Cengage Learning, 2010), p120.

而女性则被默示剥夺了这项最主要的公民权利，这让积极参与“废奴运动”的美国女性或者说女权主义者感到十分失望。

1869年，斯坦顿联合另一位激进的女权活动人士苏珊·安东尼成立了“全国妇女争取投票权协会（the National Woman Suffrage Association, or NWSA）”。1876年该协会又发表了《美国妇女权利宣言》（Declaration of Rights of the Women of the United States），宣布其宗旨为：

“为我们自己和后代的女儿们，我们要求正义，我们要求平等，我们要求美国其他公民所享有的一切公民和政治权利。”^①

与此同时，另一位女权活动者路西·斯通在其丈夫亨利·布莱克韦尔的帮助下，联手女友朱利亚·豪薇成立了“美国妇女争取投票权协会（the American Woman Suffrage Association）”。1878年斯坦顿和安东尼草拟了一份“妇女选举权宪法修正案（suffrage amendment）”，然后每年都向国会提交审议，不断挑战由男性垄断的议会。虽然屡遭挫败，但还是可以看出：这时美国女权运动的主要诉求就是争取保障性别平等最有效的政治权利——投票权。当然，这两个最有影响力的女权组织在达到自己政治诉求的途径方面是有所差异的：“全国妇女争取投票权协会”主张效法“宪法第十五修正案”，期望直接推动议会设立一个新的、内容包含妇女投票权的宪法修正案。而“美国妇女争取投票权协会”则主张效法“14、15修正案”，采取“逐州获批”的方式或自下而上的方式获得妇女投票权。1890年上述两个女权协会合并，组成“全美妇女争取投票权协会（the National American Woman Suffrage Association or NAWSA）”，选举斯坦顿为其首任主席。她不仅是美国女权运动的创始人，而且还被主流社会视为“女权激进主义者”。在她的持续领导下，全美争取女性投票权的运动采取双向策略，既不放弃直接向国会提交“女权宪法修正案”，也在地方“逐州推进”。虽然国会年复一年地拒斥“妇女选举权修正案”，但是某些地方特别是西部地区的州议会开始批准了这个议案，原因是这些探险者们热衷的州对女性的态度没有那么保守。1890年怀俄明州议会首先批准了这个议案，之后一直到1912年西部有8个州都批准了妇女投票权的议案。1913年3月，全美妇女协会动员了5000多名妇女到首都华盛顿去游行请愿，造成巨大声势，以至于当时去华盛顿就职的当选总统威尔逊都吃惊地说：“难怪昨天没有民众欢迎我来上任，因为都去看女性游行了！”从1913到1918年陆续又有10多个州通过了妇女投票权议案，对国会的压力日益增强。

与此同时，一个突发性的“黑天鹅事件”改变了“妇女投票权”的立法轨迹。成立于1913年的“全国妇女党（National Woman's Party, or NWP）”组织了1917年11月的女性白宫请愿抗议活动，有几十人因此被拘捕入狱，她们中几个主要骨干分子被逮捕后举行绝食抗议，警察对她们强行喂食且严重打伤了33名在押的“党员”，事件曝光后引起全美震惊，史称“恐怖之夜（the Night of Terror）”，对威尔逊总统和国会形成了强大的政治压力。事件两个月后，国会众议院审议通过了“女权宪法修正案”，第二年参议院也顺利批准了该议案，即1919年的“宪法第十九修正案”。按照宪法程序，需要各州议会都批准之后，“修正案”才能正式写入联邦宪法。国会批准后的几个月，又有36州陆续批准了“修正案”，1920年8月18日，“修正案”完成了全部的程序，被正式写入联邦宪法。事后“全美妇女争取投票权协会主席”凯特（Catt）感叹道：“把‘男性’一词剔除

^① Jennifer Joline Anderson, *Women's Rights Movement*. (Minneapolis: ABDO Consulting Group Inc., 2014), p.44.

宪法是美国妇女 62 年持续抗争的结果！”^① 当年 11 月 2 日，超过 800 多万妇女参加了当年的总统选举投票，距离《独立宣言》中“人人生而平等”的神圣承诺已经过去了 122 年，距离 1870 年非裔美国人获得选举权也已过去 50 年，而 62 年前签署《情感宣言》（1848 年）的女性只有 C. W. 皮尔斯一人活到了这一天，她虽然已届 91 岁高龄，毕竟还是见证了实现女性权利的最庄严时刻。现代人读到美国女权抗争的这个历史情节，焉能不“感慨系之”！

2. 《1964 年民权法案》第七章

与美国妇女“投票权”写入“宪法第十九修正案”的漫长的历程不一样，女性在工作场合的规则性列举性权利被写入“民权法案”则完全是一个偶然的意外。

1963 年，正值林肯总统的《解放黑人奴隶宣言》发表一百周年，同情民权运动的年轻民主党总统肯尼迪暗示自己要做一件同样“青史留名”的大事，他签署了 1114 号总统行政令，启动一项“平等权利法令（affirmative action）”，旨在保障有色人种在各种政府资助的企业或项目中的工作权利。不幸的是，他也像当年的友善民权总统林肯一样被人暗杀身亡。接任的约翰逊总统决心要完成这个可能“胎死腹中”的法令，使之以“民权法案”的形式获批而具备更高的法律效力；他说服国会：最好的纪念肯尼迪总统的方式就是完成他的遗愿，加速对已经提交的“平等权利法令”进行审议。在国会对肯尼迪提交的“议案”审理中，约翰逊总统充分利用自己长期担任国会议员所培育的良好人脉，进行近似“求爱式地”劝说，加之支持民权的议员们使用各种“议会程序技巧”，首先在“国会司法委员会（the House Judicial Committee）”获得通过，接下来是众议院通过，最后被提交到了参议院完成最后的审议。在参议院进行了破纪录的 82 天“阻挠议事辩论（filibuster, 即普通法系中议员‘说废话的特权’）”之后，参议院最终以 72-27 的压倒多数通过了肯尼迪最初倡导的《民权法案》，其在美国法治传统中可与林肯的《解放黑人奴隶宣言》媲美。

尽管原来的肯尼迪议案在约翰逊接任后又增加了不少新的内容，但并没有“禁止雇用关系中的性别歧视”这一款项。在国会的审议过程中，代表不同利益的议员们不停地为肯尼迪原来的议案增加新条款，动机各不相同。而掌管众议院“规则委员会（House Rules Committee）”的主席霍华德·史密斯对“民权运动”颇多敌意，这个委员会在程序上对议案具有资格审查的特权，是国会最重要的委员会之一，有“操控议案走向之权”。史密斯利用这一特权，在肯尼迪议案第七章中加入了“禁止性别歧视”的条款，期待议员中那些敌视女权和南方议员中敌视民权的人联手否决此议案。结果，国会议员们特别是女性议员们在全国哀悼肯尼迪的气氛和风起云涌的民权运动及女权运动的影响下，投出压倒性的赞成票。就这样，女权被顺理成章地列入了“民权法案”之中，成为一项在职场或就业关系中增列的“非歧视性权利”。

《1964 年民权法案》是美国“人权法”或美国法律系统中最全面的一个“部门法”，而第七章又是整个法案（“平等就业机会”）中最长的一章，也许还是引起争议最多的一章，“反对性别歧视”的条款被列在第七章第 1 条第 2 款第 2 项（二）的末尾，即

^① Eleanor Flexner and Ellen Fitzpatrick, *Century of Struggle: The Women's Rights Movement in the United States* (Cambridge, MA: Harvard UP, 1996), p.176.

“合众国政府的政策是：在依法界定为雇主的就业活动中确保所有人的平等就业机会，不得因种族、肤色、宗教、性别或民族而产生歧视，总统将行使其现有的权力来确保这一政策的实施。”^①

接下来的第3条第1款又规定：雇主的下列雇佣行为属于非法：

“（第1项）因个人的种族、肤色、宗教、性别或者民族而拒绝雇佣或解雇，或者在个人的雇佣报酬、期限、条件或特权方面基于上述因素而产生歧视。”^②

之后便顺理延推在各种就业场合中禁止有法定资格的雇主对包括性别在内的各种弱势人群进行歧视，如有犯禁者，一律适用本法。

因为“种族平等”的条款在“废奴运动”、“宪法重建修正案”、“民权法案”体系的“背书”下，已经有了较多的司法成果，相比之下，即便“性别平等”被“搭顺风车”写入了《1964年民权法案》，真正实施起来挑战还会很多。正如美国法史学者所忧虑的那样：

“尽管‘性别平等’在民权法案通过的末尾被顺便写入了相关条款，但是在立法档案中查不到讨论确立这一条款的审议资料。因此，法院在适用这一条款时很难认定何种情况为法案第七章意义上的‘性别歧视’，而第七章界定的‘种族歧视’就要清晰得多。”^③

虽然《1964年民权法案》填补了女性权利在社会经济生活层面缺乏平等法律保障的漏洞，但实施过程中还会有其他预想不到的“隐性歧视”，如教育程度的高低，工作经验是否丰富，技巧是否娴熟，晋升机会，甚至雇主与员工的社交态度上都存在某种程度的不公平。国会在通过《1964年民权法案》时规定了一个“25人以下雇员”的雇主可以暂缓适用本法，以减少新法对小型企业的冲击，但是法案列举的“免责”或权利克减的条款中，留下了不少“合法逃避”的空间，使得就业机会中“人人平等”的权利和列举的“反歧视”禁令屡屡被“合理”违反，如法式餐馆只招收有法兰西民族背景的男性厨师，天主教背景的学校只录用天主教背景的教员，女童子军训练只聘请女性露营辅导员等等。

3. 流产的“平等权利宪法修正案”

对于1920年确认的“宪法第十九修正案”，一些激进的女权主义者并不满意，认为它不过是“宪法第十五修正案”的补充，将“性别”添加进了“种族、肤色或曾被强制劳役”的禁止条款之中。她们希望争取一个独立的“宪法修正案，以保障女性在生活所有方面享有充分的权利，从就业到接受教育，从离婚到财产拥有权”。^④不幸的是，这个激进的主张导致了女权运动内部的分歧。“十九修正案”获批之后，“全美妇女争取投票权协会”即更名为“妇女选民联盟（the League of Women Voters or LWV）”，将注意力转向妇女文化教育水准的提高；她们认为没有文化教育品质，投票权对于女性并无实质性的意义。而立场更激进的“全国妇女党”则希望乘胜追击，扩大已有的政治成果。其党魁艾利斯·保罗（Alice

^① “Civil Rights Act of 1964” in *Gale Encyclopedia of American Law, Vol.13: Primary Documents*, 3rd edn.(Farmington Hills, MI: Gale Cengage Learning, 2010), p363.

^② “Civil Rights Act of 1964” in *Gale Encyclopedia of American Law, Vol.13: Primary Documents*, 3rd edn.(Farmington Hills, MI: Gale Cengage Learning, 2010), p365.

^③ Paul Finkelman ed., *Milestone Documents in American History: Exploring the Primary Sources That Shaped America*. (Dallas: Schlager Group Inc.,2008), p.1760.

^④ “Equal Rights Amendment” in Paul Finkelman ed., *Milestone Documents in American History: Exploring the Primary Sources That Shaped America*. (Dallas: Schlager Group Inc.,2008), p.1883.

Paul)于1923年拟定了一个“平等权利宪法修正案(The Equal Rights Amendment or ERA)”,宣告“合众国的男人和女人应该享有完全平等的权利!”但是,“妇女选民联盟”和其他劳工组织并不支持此动议,她们担心“男女平等”实际上有损于工作岗位上的女性,使工场中已经得到某些保障女性权益的法律在“形式平等”的借口下得而复失。

由于各方面意见不统一,罗保初版的“平等权利宪法修正案”屡屡在国会受挫。1943年保罗重新修改了“ERA”,将“宪法第十五修正案”中限制政府权力的信息放入其中,并借鉴了“宪法第十九修正案”的语言风格,形成了后来提交给国会审议的最终版本,即由下述三个条款构成的“ERA”:

“第一款 法律之下的平等权利,不得因性别而被美国或者其下任何一州所加以剥夺或限制。

第二款 国会有权以适当立法实施本条规定。

第三款 本修正案在获得批准两年后正式生效。”^①

提交给美国政府的这个版本于1958年获得了第二任期上的艾森豪威尔的支持,总统签署了宪法修正案动议。但是,议案是否能正式写入美国宪法,最艰难的挑战还在国会。“尽管艾森豪威尔签署了总统支持令,但是反对平等权利法案的势力则十分顽强,特别是那些在社会上影响力强大而又为男性所主宰的劳工组织。这也让国会议员们很为难:赞成该法案意味着失去劳工势力的支持,反对该法案又有失去妇女票源的危险。”^②而国会通过法案进入宪法的程序又十分苛刻:总统签署的动议必须要获得国会两院2/3多数通过,然后还必须在规定的期限内获得联邦3/4州议会的批准,即在50个州中必须获得38个州议会的批准才能生效。但是,这一过程充满了各种挑战和不确定性。

所幸的是,1960年代如火如荼的美国民权运动和女权运动给“ERA”提供了一个历史性的机遇窗口:支持“ERA”的“女权主义者(包括男性和女性)”认为,尽管1963年通过了《平等付薪法案》和《1964年民权法案》第七章,但是美国法律体系还是未能给妇女提供充分的平等保障,因此支持这项专门的宪法修正案。在这两种强大的社会压力之下,国会参众两院于1972年3月22日最终批准了“ERA”并转入州议会批准程序,设定7年为获得3/4的州议会批准的最终期限。根据已有的经验,在联邦参众两院获得通过的法案,往往在3/4的州议会批准程序中被挫败。而现在各州议会要面临的是一个将“宪法第十四修正案”的权利扩展为针对全体妇女的“平等权利修正案”,这等于是对州立法权的更多限制——“宪法第一修正案”是对国会自身立法权力的限制,“宪法第十四修正案”则是对州议会立法权力的限制,各州议会的态度自然会十分慎重甚至是消极抵制。除了各州议会对此“ERA”的复杂态度之外,另外一个关键因素就是著名的保守派活动家、反女权运动的菲莉斯·斯拉夫利(Phyllis Schlafly)女士,她对“ERA”持完全否决的态度。她发起了“阻止ERA削权”运动^③,坚称“ERA会使妇女已经获得的许多列举性特权(gender-specific privileges)得而复失”;她的呼吁迎合了共和

^① “Equal Rights Amendment” in Paul Finkelman ed., *Milestone Documents in American History: Exploring the Primary Sources That Shaped America*. (Dallas: Schlager Group Inc., 2008), p.1892.

^② Michael H. Roffer ed. *The Law Book: From Hammurabi to the International Criminal Court, 250 Milestones in the History of Law*. [epub] (New York: Sterling Publishing Co., 2015), p.571.

^③ “阻止ERA削权”,英文是Stop ERA,而STOP又是“Stop Taking Our Privilege”的缩写,即阻止因ERA而让妇女的特权得而复失。—作者

党保守潮流的需要，得到了美国中产阶级，特别是天主教徒们的积极响应。这两个因素叠加在一起，最终导致了“ERA”的“功败垂成”。

尽管阻力重重，经过 5 年的努力，截至 1977 年，“ERA”已经获得 35 个州议会的批准，还差最后 3 个州批准，就达到了写入宪法的最低门槛。到了 1978 年，国会又将最终期限延长三年至 1982 年。在这期间女权主义者仍然在游说国会取消最终期限，可是 1980 年代美国保守主义回潮，极右势力以“ERA 会导致同性婚姻、妇女上战场、摧毁家庭价值，甚至无性差异厕所”等吓唬美国社会，致使原来已经批准 ERA 的州议会又要求修改甚至撤销原来的决定（如爱达荷州、肯塔基州、内布拉斯加州、田纳西州和南达科他州）。结果过了最终的期限，ERA 仍然没有达到宪法程序所规定的门槛，没有被美国宪法所承认。

（三）“伯格法院”与性别平等

1969 年，沃伦首席大法官退行后，尼克松总统提名的沃伦·伯格获得国会的任命，出任新的首席大法官，开始了“伯格法院 (the Burger Court)”时期。在他的 7 年任内，联邦最高法院在维护言论自由、性别平等、限制政府权力和规制逆向歧视等方面的判例通常被视为美国法治传统中的特殊遗产，特别是在性别平等方面，“伯格法院”的几个著名判例，如“里德诉里德案”、“罗伊诉韦德案”和“密西西比女子大学诉霍根案”等，成为“性别平等”在财产权、自主权和择业权方面的经典，在法学领域享有“‘伯格法院’性平等法学(the Burger Court’s Gender Equity Jurisprudence)”的声誉。

1. “里德诉里德案”与财产平等权

“里德诉里德案(Reed v. Reed)”是“伯格法院”审理的一起遗产管理权纠纷案，结论是爱达荷州基于性别差异而确立的财产分配规定违反了宪法确立的平等保护条款，属于侵权违宪立法。

引发本案的背景是：赛西尔·里德和萨丽·里德夫妇的养子理查德·里德自杀身亡后，已经分居的夫妇就如何处置亡子约 1000 美元的登记托管发生了诉讼，双方各自主张自己对养子的遗产有优先托管权，因为他们分居前后分别为养子在不同时期的监护人。根据他们居住地爱达荷州法典第 15 条 314 款规定：“如果在 15 条 312 款规定的继承秩序之下，有数位平行资格的继承人，比如其第三项中所确认的父亲或母亲，则‘男性优先于女性，共同血缘亲属优先于半血缘亲属’。”^① 爱达荷州遗嘱继承法庭据此宣布：父亲赛西尔·里德获得亡子理查德·里德的遗产托管权，其他申诉理由则不予采纳。

妻子萨丽·里德不服初审判决，通过上诉法院将案件提交到了联邦最高法院。经过一个月的听证和审议，1971 年 11 月 22 日，最高法院 7 名参审大法官做出意见完全一致的判决：爱达荷州法典中“男性优先于女性”的财产托管登记条款违反了美国“宪法第十四修正案”的平等保护原则，属于违宪。原判决无效。首席大法官沃伦·伯格代表最高法院发表了审判意见：“爱达荷州法典不能直接违背宪法第十四修正案对于州级立法的禁令，即地方司法管辖权不得剥夺人人享有法律平等保护之权利。”^② 判决之后，爱达荷州法典修改了“性别差异”不同对待的相关条款。

“里德案”上诉法律顾问之一是 1993 年出任联邦最高法院的第二位女性法官鲁斯·金斯伯格，她认为“里德案”是美国法治传统中一个“转折性的案件”，

^① <https://www.thoughtco.com/reed-v-reed-3529467>(2021/03/11)

^② 同上。

即，最高法院通过解释宪法而对地方立法提出了“合理性”要求，以之作为“合宪性”的推定条件。不过，据我的理解，“里德案”的实质性意义在于：其所依据的“宪法第十四修正案”第一款的“平等保护”条款，以及之后的第二款明示男性的选举权利，第三、四款则是暗示男性权利，只有第五款“适当立法”加以实施给了大法官解释州立法律的权力空间，以评估州级立法是否“适当”。怎样从“十四修正案”中的“公民”直接推出“女性”这是释法中的一个创新，因为到“十五修正案”时也只是将“公民”扩展到“不同种族，肤色和曾被强制劳役”背景下的成年男性。“里德案”则直接从“公民”中演绎出“匿名的女性”，以便适用于“平等保护”条款，这就是一个创新性解释，因为大法官解释“适当”的权力已经从针对州级立法扩展到宪法条款本身了。从这个视角看，“‘伯格法院’有意愿从自己的立场来评估州级立法中歧视女性的条款是否具有合理性，这个意愿遂成了‘伯格法院’的传统，促使女性在法律上的地位发生了革命性转变。”^①而在这个时期“伯格法院”形成的传统中，比之前“沃伦法院”的一个显著进步就是：性别平等在司法中的原则性地位与种族平等相互补充，通过更多有影响力的判例为“女权”开拓出了更多的列举性权利，大大丰富了人权在法治传统中的新内涵。

2. “罗伊案”与堕胎权

“罗伊案”全称是“罗伊诉韦德案 (Roe v. Wade)”。这是关于女性堕胎权在联邦最高法院判决的最有影响、也最有争议的案子；伯格大法官支持堕胎权的宪法解释也成了规则性列举人权推论的经典。

在1973年联邦最高法院对“罗伊案”做出判决前，美国大多数州都立法禁止堕胎。而本案就是德州一位以珍·罗伊代称的年轻女性申请堕胎而触犯德州刑法所引起的。罗伊自称单身，未婚而孕，因此希望寻求终止怀孕。但是德州的刑法有禁止堕胎的条款^②。1970年3月，在两名女权律师的帮助下，罗伊向自己居住地的达拉斯检察官亨利·韦德提出诉求：以堕胎禁令违反宪法为由，主张终止自己的妊娠。当地法律规定只有在“母亲生命受到妊娠持续性威胁”的情况下，医生才有权辅助终止妊娠。罗伊主张这样的规定侵害了“宪法第一、第四、第五、第九和第十四修正案”所保障的公民隐私权，所以代表与她有相似情形的女性向禁止堕胎禁令发起诉讼。审理罗伊最初诉讼的地方法院认为州刑法中的堕胎禁令与“宪法第九修正案”的“未列举权利属于人民，立法权力不得加以限制”相违背，不对罗伊构成限制。^③但是法院认为，罗伊要求法院签发堕胎禁令不具法律效力的主张，于理无据，故不予支持。之后，经过近3年的周折，罗伊案与德州另外两起相似诉求的案子被打包成“罗伊诉韦德案”一路上诉到了联邦最高法院。

在经过1972和1973年的两次听证会之后，大法官们以7-2的表决通过了堕胎合法化的裁决。大法官哈里·布莱克曼代表法院发表了判决意见：德州相关的刑法禁令侵害了罗伊的隐私权（尽管判决之前罗伊已经生产）。法院认为，美国宪

^① Stephanie K. Seymour, “Women As Constitutional Equals” in Bernard Schwartz ed. *The Burger Court: Counter Revolution or Confirmation?* (New York: Oxford University Press,)p.68.

^② 参见“德州刑法典第1191, 1192, 1193, 1194, 1196条”，其中明确规定禁止堕胎和违禁处罚。—“Roe v. Wade” in *Gale Encyclopedia of American Law, Vol.12: Primary Documents*, 3rd edn.(Farmington Hills, MI: Gale Cengage Learning, 2010), p428.

^③ “宪法第九修正案”的原文：本宪法对某些权利的列举，不得被解释为剥夺或忽视其他人民仍然保留的权利。因为“前十条修正案”的精神是限制联邦层面的立法权力，以保障公民的自然权利，所以为公民主张和确立新兴人权预留了无限大的空间。—作者

法第一、第四、第九和第十四修正案确立了一个“隐私区域 (zone of privacy)”，以保障其不受州级立法的侵害，依照以往判例“隐私区域”的解释涵盖婚姻、避孕及育儿等，因此，“其覆盖范围自然包括女性对妊娠终止与否的决定权利。”^①显然，堕胎在孕妇“隐私区域”之内，是受宪法保障的基本权利，其法律效力居于州级法令之上。最高法院的判决意见回顾了西方历史关于堕胎的法律，从古希腊到美国，禁止堕胎之立法需满足三个前提：一是维多利亚时期约束非法性行为的考量；二是保护妇女的身体健康；三是保障胎儿的生命。法院认为，前两个前提与现代社会中的性别正义无关，而第三个前提中的“胎儿生命”并不是美国宪法定义中的“人”，因此宪法没有明示其受保障的义务，只在美国刑法和民法中偶然会提及“胎儿”应当被视为依法保障的对象，没有形成法治传统中的共识，不能构成对宪法权利义务之规避。综此理由，德州的堕胎禁令既无历史渊源，亦无宪法依据，显然构成了对罗伊隐私权的侵害，属于“违宪”。此后，“罗伊案”成为美国法治传统中“性别平等”的一个标志性判例，广为涉及女性权利的诉讼所援引。

随着“罗伊案”在联邦最高法院的胜诉裁决，“堕胎”逐渐被 50 个州视为合法，“女性有权控制自己的身体”或“女性身体自主权”遂成为一项新的规则性列举人权。

研究人权与司法关系的学者普遍认为，“伯格法院”在美国法治传统中之所以有特殊的声誉，是因其最高的司法层面为当时的“民权运动”和“女权运动”保驾护航，以宪法的原则性权利为人权的列举性权利“开疆辟土”，极大丰富了人权在美国社会和政治生活中的内涵：

“‘伯格法院’的判决首次承认宪法保障妇女不受性别歧视，这开创了法制史的新局面。1971 年之前，联邦最高法院并不支持对歧视女性的法律所提出的挑战。可是到‘伯格法院’任期结束的 1986 年，最高法院已经形成了一个新的传统，即要求涉及性别差异对待的立法提供充分的依据，以证明其立法目的与实施效果具有可靠的一致性，不得随意立法。我们法制史上的这种戏剧性的转变，尽管晚于人们的期待，同样反映出女性社会角色的戏剧性转变以及这种转变所带来的女性政治认同。”^②

这也就是说，与“沃伦法院”一样，“伯格法院”在美国法治传统中具有里程碑的意义。当然，从上述两个著名的判例中也不难看出，在“性别平等”方面它所发挥的建设性作用，足可与“沃伦法院”在“种族平等”方面的贡献相媲美。

五、结论：人权，人权法与法治传统

通过考察美国人权与法治的关系，我们大体上可以回答美国人语境下三个与之相关的问题，即什么是人权、什么是人权法以及什么是法治。

所谓人权，是一个法治传统中由原则性的道德权利和基本权利及规则性的列举权利所构成的权利体系，其中最核心的部分是由“尊严、自由、平等和博爱”所构成的道德权利，通常置于法律文件体系中的“宣言”或《宪法》的“序言”之中，以示其信仰或价值取向的神圣地位；在道德权利合理性指导之下则列有五原则性基本权利，即宗教自由、言论自由、出版自由、结社自由与集会自由，通

^① https://www.thirteen.org/wnet/supremecourt/rights/landmark_roe.html(2021/03/11)

^② Stephanie K. Seymour, “Women As Constitutional Equals” in Bernard Schwartz ed. *The Burger Court: Counter Revolution or Confirmation?* (New York: Oxford University Press,)p.66.

常置于《宪法》正文之中，作为限制立法、行政及司法权力和确立部门法中规则性列举权利的原则并对之进行合宪性审查；在基本权利与合宪性原则之下，则存在一个开放的、可修正和增减的规则性列举权利体系，其表现形式多见于特定人群的部门法，如“儿童权利法”、“妇女权利法”、“老年人权利法”、“残疾人权利法”、“移民权利法”以及“难民权利法”等，其存废演进系于道德权利的合理性信仰和基本权利的合宪性审查之机制。道德权利和基本权利属于原则性宪法权利，列举权利属于规则性部门法权利；前者规训后者，后者充实前者。

所谓人权法，是指惩戒一切形式的公权力对弱势人群自然权利的侵害而确立的法律规范。公权力的形式主要有立法，行政，司法和习惯法及强势人群形成的社会压力，弱势人群是指由种族，肤色、性别，身体，信仰、社会地位和经济条件等形成的、且遭受歧视待遇的自然人群体；自然权利指宪法层面的原则性道德权利和基本权利及其衍生的相关的规则性列举权利。与其他法律形态相比，人权法谱系具有普遍性、真理性和道德性，属于基本法、良法和普遍法，以区别于普通法律体系中的部门法和程序法；与宪法具有互补性，即是指导其他部门法的基础、动力和判断标准，也是特定人群部门法的法律渊源。但是，它比宪法有更明确的司法指向和功能。从英美法的经验来看，人权法包括宣言，宪法及其修正案，民权法案，性别平等法，儿童权利法，违宪审查，与规则性列举权利相关的司法解释和判例，行政令以及相关的作为习惯法形态的公序良俗。

所谓法治，本质上是依法治权或者是以立法的原则和司法的目的来规制各种形式的权力，形式上则是依宪法原则对权力进行赋予、监督、审查与撤销。尽管权力本质上趋于傲慢和擅断，近于“权力腐败，绝对权力绝对腐败”的“阿克顿断言”，但是对于社会治理来说，权力又是一种“必要的恶”，而为了“抑恶扬善”，使权力发挥社会治理效能，人权便被设定为权力的来源、运行的目的和评价的标准，即“君权民约”的基本内涵，在这个思维定势中，法治形式上是依照宪法而治，而宪法的核心是人权，则法治实质上是本着人权而治，对权力运行中“违宪”审查的依据最终归结为人权。

就英美法系的社会治理经验而言，立法原则和司法目的与权力的傲慢和擅断相互对立的法治表达，就是“正义”和“公平”之间的博弈关系，所谓“立法是妥协的艺术”，二者关系之中，宪法是趋于正义伦理的，而其它实体法则趋于具有强制力的工具效率，所以，要治权或规训权力，比较可靠且合理的依据就是依照宪法。因为宪法是法律目的和司法标准意义上是母法，或者说是赋予实体法专业权力的法，它本身不再具有实体法律的性质，而是如欧洲“违宪审查创立者”凯尔森所谓的“赋予具体规范效力的基本规范（Grand Norm，最近于中国人《尚书·周书》中的‘洪范’）”；宪法不是权力的象征，而是赋予其它社会治理权力的合法性渊源，本质上与权利相似，都是权力的渊源、目的和判断标准。因此，美国人权案诉讼的理由都指向宪法权利，以之为对公权力进行“违宪”审查的依据；此所谓，权力存在和运行的判断标准是合宪性，即合宪性审查，而宪法的原则和目的也是权利，所以法治在形式上就是依宪法治理权力，本质上则是依宪法权利即人权治理立法，行政和司法三大核心权力，具体讲就是依照宪法背书的人权规训职权，通俗讲就是“以民治官”。中国提倡“建设社会主义的法治国家”，申明“以人民为中心”，就职履行“宪法宣誓”仪式，以“预防与惩治职务犯罪”为官政法纪，足见其与美国人权与法治传统多有相互借鉴之益。参照英国法治格言“法无禁止即自由（宣誓权利）、法无授权不可为（限制权力）”，人权与法

治的关系亦可以简明地表述为中国老百姓耳熟能详的俗语：“只许百姓点灯，不准州官放火”——因为“百姓点灯”是人类生活的普遍需要，而“周官放火”只是特权者的权力滥用，此一判断亦折射出英美法系与中华法系在人权与法治方面存在各具特色的“微言大义”。

而就美国人权与法治传统之间的关系言，美国法治传统的生命力在于其贯穿宪制活动始终的人权原则，即《独立宣言》、《美国宪法》、“权利法案”和“宪法重建修正案”等根本性法律文件体系中的人权原则，其内涵就是为权力设立边界和目标，是所谓“权力的制度笼子”，其本质就是确立和保障人权。因此，人权就是宪法权利，而且是人权谱系中的“原则性权利”，这是与宪法在法律体系中的性质和地位相匹配的。而“宪法修正案”体系里的人权则是在“原则性权利”之下第一位阶演绎出来的“基本权利”和最终传导至“民权法案”体系或其他部门法体系中的“列举性权利”。这个“人权为本”的法治传统，一直延续近 250 年，尽管经历了“美国内战”、“麦卡锡主义”甚至 2021 年 1 月 6 日“冲击国会山”等人权侵害的重大事件，仍然保持其作为一种社会治理范式的稳定性和韧性。

总而言之，在人权、人权法与法治三者关系中，人权是宪法的核心内涵，规范着宪法的性质、原则性权利、公共权力的渊源、本质和判断标准以及和宪法框架下其它基本的规则性权利；人权法则是宪法框架下基本的规则性权利的具体列举、扩展、解释和适用规范；法治则是依照宪法的人权原则对法制的援引、解释、适用和评价，因为共同遵循宪法所确立的原则性人权，人权法和宪法同为“良法”，当然，它们之间又存在相互补充和确认的关系。