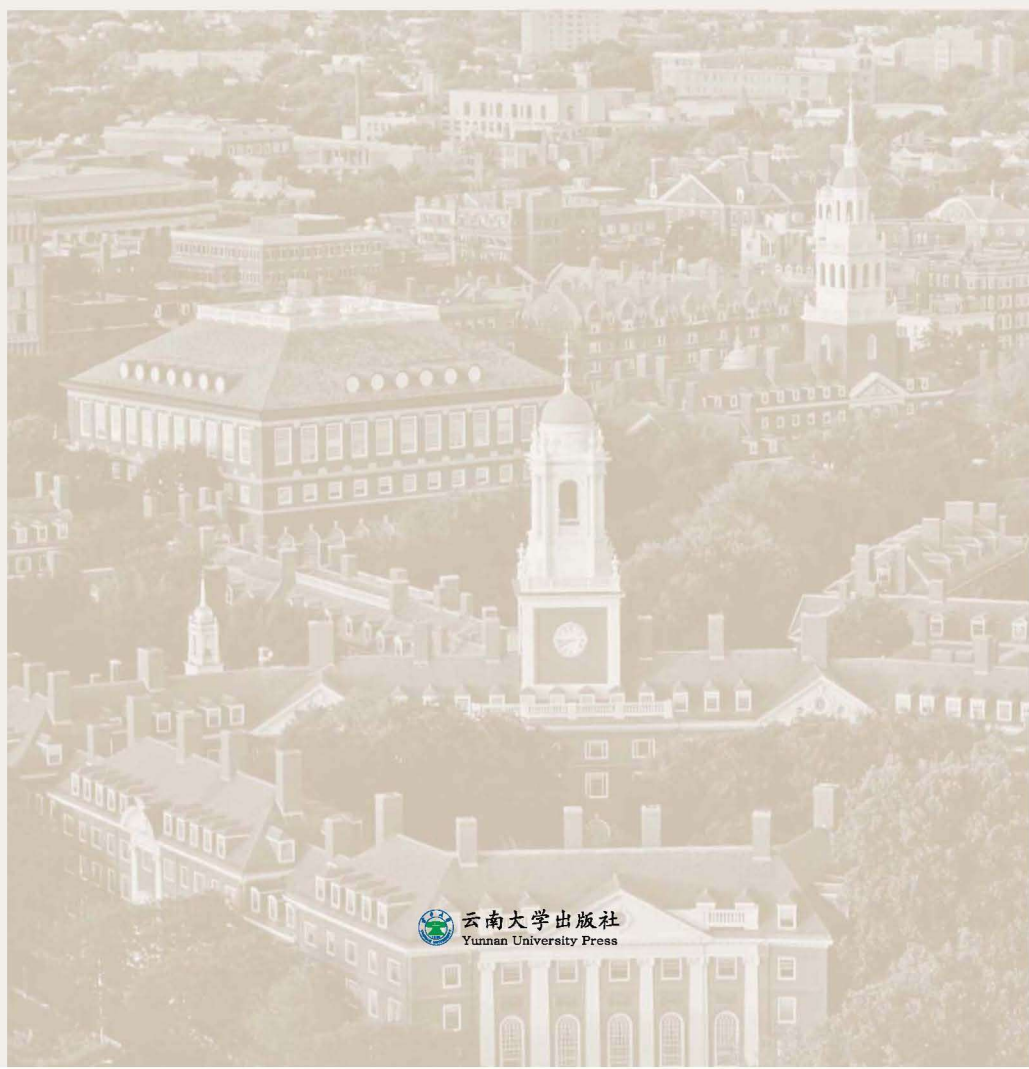

宪法走进大学

五种塑造美国大学的宪法思想

◇【美】罗德尼 A. 斯摩拉 / 著 ◇ 和少英 梁 坚 / 译

THE CONSTITUTION GOES TO COLLEGE
FIVE CONSTITUTIONAL IDEAS THAT HAVE
SHAPED THE AMERICAN UNIVERSITY



云南大学出版社
Yunnan University Press

宪 法 走 进 大 学

五 种 塑 造 美 国 大 学 的 宪 法 思 想

◇【美】罗德尼 A. 斯摩拉 / 著 ◇ 和少英 梁 坚 / 译

THE CONSTITUTION GOES TO COLLEGE
FIVE CONSTITUTIONAL IDEAS THAT HAVE
SHAPED THE AMERICAN UNIVERSITY



云南大学出版社
Yunnan University Press

著作权合同登记号：图字 23-2016-146 号

图书在版编目 (CIP) 数据

宪法走进大学：五种塑造美国大学的宪法思想 /
(美) 罗德尼·斯摩拉 (Rodney A. Smolla) 著；和少英，
梁坚译. — 昆明：云南大学出版社，2017

书名原文：THE CONSTITUTION GOES TO COLLEGE:
Five Constitutional Ideas That Have Shaped the
American University
ISBN 978-7-5482-2908-7

I. ①宪… II. ①罗… ②和… ③梁… III. ①宪法—
影响—高等教育—研究—美国 IV. ①D971.21

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第010736号

策划编辑：邓立木
责任编辑：石 可
装帧设计：贺 涛

宪法走进大学

——五种塑造美国大学的宪法思想

【美】罗德尼 A. 斯摩拉 / 著 和少英 梁 坚 / 译

出版发行：云南大学出版社

印 装：昆明市五华区教育委员会印刷厂

开 本：787mm×1092mm 1/16

印 张：12

字 数：240千

版 次：2017年10月第1版

印 次：2017年10月第1次印刷

书 号：ISBN 978-7-5482-2908-7

定 价：32.00元

社 址：昆明市一二一大街182号（云南大学东陆校区英华园内）

邮 编：650091

电 话：（0871）65031071 65033244

网 址：<http://www.ynup.com>

E-mail：market@ynup.com

本书若发现印装质量问题，请与印厂联系调换，联系电话：0871-64167045。

原书作者自序

当我反思我为人父的生活、作为教育工作者的角色以及作为律师、学者和宪法学问题倡导者的工作时，我渐渐意识到在这些情境中，我的世界都会交汇于一点。在我生命中的所有三个方面，我都面对主题相同但形式不同的问题。作为教育工作者，我想让我的学生获得我作为父亲想让我的孩子得到的东西。同时作为教育工作者和父亲，我想要（让我的孩子得到）的东西是什么呢？我希望，包括我自己的孩子在内的我的学生学业丰收，从通才教育中使自己的智力获益。我也想让学生们提升他们的性格和道德敏感度，过上有意义的生活。然后，作为宪法案件律师和宪法学学者，我感受到美国的“宪法无意识”在发生作用，这是由于充斥我国国民生活的挑战、冲突和利弊权衡看起来越来越渗透和影响到我的两个联系紧密的世界：我的家和大学校园。

这本书是对这些联系的思考。我的假设是美国宪法历程中的五大主题——我们是否有一部“活的宪法”、社会中“公有”与“私有”领域的划分、“权利”与“特权”的划分、我们对“有秩序的自由”貌似矛盾的忠实以及我们相互矛盾的关于“平等”的见解——都对美国高等院校的特性产生了深远的影响。我希望大家严肃对待这个论题，而不只是停留在字面上。用律师的话来讲，美国宪法对美国校园的影响不是作为塑造大学的那么强大的控制性权威而是作为有说服力的先例而存在。

然而，我写这本书时，我不仅作为一名律师，而且还作为一个父亲和一名教育工作者在讲话。在这些角色中，我为我的孩子、学生和同事寻求“好生活”，时间的广博智慧教会我们要为均衡而努力。最近，我很荣幸地被任命为弗尔曼大学的第十一任校长。在对弗尔曼学生的第一次演讲中，我表达了同样的想法。我同时也告诉学生们，从某种意义上来说，他们周围的一切“都是为了你们”。（校方）修建一个美丽的校园并不断地装修；全心全意的教师作为教学型学者、导师和顾问努力地工作；倾心奉献的行政员工，本着负责任的态度辛勤劳作，为学生的学习和生活提供大量的服务；为学校捐款和耗时耗力的校友、理事及学校的其他朋友——所有这一切都是为了给学生在他们灿烂的大学生涯创造一种不同凡响的经历。因此，我告诉学生们，这一切看起来“都是为了你们”。然而，我

同时也告诉学生们，好生活的奥妙，大学使命的核心价值“是帮助你从你内心深处意识到，这一切并不全是为了你。大学的经历就是帮助你意识到这一切不全是为了你”。

接下来我陈述了我的观点：“你们在这里能够学到的最重要一课，是为了让你们的生活真正地有意义、有成就感并举足轻重，你们必须学会联系的重要性：与更大的事业、与更大的社会之间的联系”。这种对人类存在的最重要的领悟通过历史，也确实通过普通教育的历史回响着。亚里士多德的智慧证实了这一点，他在《政治学》一书中写道，人天生就是“政治的”或“文明的”动物；他教导我们，除非通过社会，通过它，让所有使人超越动物的人性成为可能：正义、言论、科学、艺术及发明，否则我们就不是完全人本性的，就没有完全实现人的价值。圣·保罗的话也见证了这一点，他对罗马人这样说：“根据上帝的恩泽，我们有不同的天赋。如果一个人的天赋是预知未来，让他把天赋相应地用到信仰中；如果他的天赋是服务，让他服务；如果是教育的天赋，让他教育人；如果是鼓励性的，让他去激励人；如果是为他人的需求做贡献，让他去慷慨地给予；如果是领导力，让他去辛勤从事管理工作；如果是表达慈悲，让他快乐地去做”。U2组合的歌词也捕捉到了这一点，在他们的《神秘的道路》这首歌里他们唱道，“如果你想亲吻蓝天，你最好先学习怎样下跪”。

我相信这种领悟铭刻在美国精神里，不可磨灭。美国历史上最能引起共鸣的旋律之一最初出现在清教徒约翰·温斯罗普给马萨诸塞湾殖民地教堂会众的布道中，“我们将如同山上的一座城市”。在现代生活中，罗纳德·里根总统对国民的告别演说把温斯罗普的形象带回到美国人面前，他激励我们做“山上的一座闪光的城市”。作为孩子，当我聆听约翰·F.肯尼迪总统挑战一代美国人的讲话时，这一点深入我心，“不要问你的国家能为你做什么，而是问你能为你的国家做什么”。正是这一精神激励着马丁·路德·金产生了他的梦想，即有一天，我们所有人的评判都将仅靠我们的品格内涵。

对于大学而言，来自这种精神的创造性张力正是源自我们宪法传统的同样的创造性张力。我们美国的宪法历程大部分是关于均衡的。我们的宪法历史就是几个世纪以来为相互矛盾的价值观，如自由、道德与秩序之间恰当的均衡而斗争的故事，正如最高法院不断重复的老调所捕捉到的，我们的宪法传统根植于“有秩序的自由”的理想中。这同一种创造性张力指引着我们当中那些生活和工作在现代美国校园美妙环境里的人，在这里，我们立刻成为健全市场的参与者和恪守原则的道德空间里的公民。

目 录

第一章	五种塑造美国大学特性的宪法思想	(1)
第二章	学术自由与活的宪法	(12)
第三章	公有与私有领域	(27)
第四章	权利与特权	(49)
第五章	有序的自由	(65)
第六章	关于平等的争议性构想	(110)
第七章	结 论	(128)
注 释	(133)
索 引	(167)
译后记	(182)

第一章 五种塑造美国大学特性的宪法思想

在美国大学领域里，自由的必要性是显而易见的。任何人都不应该低估引导和培养我国青年的那些人在民主政治中的重要作用。如果把紧身衣强迫穿在我们高等院校的知识界领跑人身上，这会损害我们国家的未来。没有一片教育领域被人类如此透彻地理解，以至于还不能有新的发现。这一点在社会科学领域尤其如此，在那里如果说有原理，也很少能够被接受为绝对事物。学术在怀疑和缺乏信任的氛围中是不能够欣欣向荣的。教师和学生必须始终保持探究的自由、学习及评价的自由，以获得新的成熟度和领悟；否则，我们的文明将停滞不前并消亡。

——厄尔·瓦伦首席法官在1957年斯维齐诉
新罕布什尔州案件中的话

我认为，这是审察员严密监视一位教师时发生的事。学术自由不能与这种暗中调查和监视体系以及随之的报告和审讯并存。这种体系造成标准化的思想，而没有引发对真理的追求。而正是为了保护对真理的追求，《宪法第一修正案》被构思出来。直接或必然产生那种效应的体系与我们自己的体系格格不入，应该被推翻。这种体系存活下来对我们的生活方式是一种真正的威胁。为了生存，我们的思维需要有勇气和冒险精神。把学生培养成机器人的学校体系造成剥夺富有才能的一代人的威胁，这也许一直是我们的最突出的特征。《第一修正案》的制定者知道教条主义的危险；他们也知道当头脑自由，当思想不管在哪里引领我们，也许会被追寻其时所展现出来的力量。

——威廉姆·O. 道格拉斯法官在1952年阿德勒
诉纽约市教育董事会案件中所持的异议

扭转的托克维尔观点

阿里克西斯·德·托克维尔在其19世纪研究美国的著作《论美国的民主》

一书中提出，“在美国几乎没有什么政治问题，或迟或早，不是用司法手段解决的”。托克维尔恰当观察到的情况源自美国社会法律和律师这样一个特殊的角色，尤其是宪法性法律和宪法律师的特殊角色。本书是对托克维尔观点的一种扭转式的更新。这里提出的论题是，在美国出现的宪法问题，或迟或早，几乎没有不转变为校园问题的。

在我们的高等院校校园里出现的问题和冲突不断地以宪法层面问题的形式出现。宪法性法律、宪法价值观以及宪法传统思想看起来或者直接决定，或者间接影响着很多学校的决策和事件的起伏。反之亦然，我们的宪法性法律一直被民族文化带来的压力所影响和塑造。相应地，全国高等院校有力地影响着我们的文化，形成一个反馈循环圈，在其中，宪法价值观影响大学的本质，而大学的本质又影响宪法价值观的本质。

美国宪法性法律问题经常显露在现代美国大学校园里，这样的观察结果没有什么新鲜的。大家都能看到，同样臭名昭著的是，现代校园淹没在包含诸如言论自由、国家与宗教的分离、种族及性别歧视以及隐私权这样一些宪法主题的冲突中。但是，事情还不仅仅如此。

美国大学不仅仅是一个会出现宪法冲突的地点，美国大学也是一个思想汇集库——这些思想与那些两百多年来影响和塑造美国政治、法制及文化特质的思想，即那些源自美国宪法、在形成我们国家特质时发挥独特作用的思想令人吃惊地一致。“美国大学的理念”不仅仅是“一所大学的理念”，而是一所美国大学的理念。美国大学这个概念大部分受到定义美国社会的核心思想的影响，这表现在美国的《宪法》中。

我的观点：几种大“美国宪法思想”极大地塑造了“美国大学的理念”。在为美国宪法思想“塑造”美国大学的理念这种观点辩护时，我正是这样一种主张：“宪法性法律”一直被用于从正式的、法律的角度对美国高校施加压力。律师和法官知道，一些判例是“控制性的”，而有一些只是“有影响力的”。我将对两者进行探讨，但本书的核心内容更多地涉及影响，较少地涉及控制因素。我的论题是美国宪法与美国大学校园深刻地、根本地联系在一起，还有，通过探究这种联系，我们也许会获益匪浅。

来自爱因斯坦的教诲

在现代美国大学形成的关键时期，美国高等教育的重心是力争赶上欧洲的知识中心。阿尔伯特·爱因斯坦就是当时的那样一个中心——柏林大学的一名教授。1918年，该校学生革新者控制了学校，监禁了学校校长及各学院院长。凭

着一种非凡的个人勇气，爱因斯坦亲自对躁动不安的学生群体发表讲话，以谋求解救他被监禁的同事。他跳上讲台，勇敢而大胆地说道：“我一直以来都认为德国大学最有价值的制度就是学术自由”。也许是爱因斯坦的请求使学生们感到尴尬，他们采取了一种中间立场，投票表决他们没有释放在押大学教师的法律权力。于是，爱因斯坦立刻动身去拜访当时明显被这些蜂拥而至的事件压倒的德国新总理。总理立刻签署了一份手写命令，释放了校长和院长们。

作为法律的倡导者，爱因斯坦被这次新的成功所鼓舞，第二天他重返动乱点，对另一次躁动不安的集会发表演讲，在这次演讲中，他把自己称为“一个旧式的民主信徒”。他接下来教导这些自大的新革命者，“真正的民主主义者”，爱因斯坦警告他们，“必须要站岗放哨，以免右派的旧专制阶级被左派的新专制阶级所取代”。

学术自由是全世界高等教育学者和机构珍视的一种重要价值。然而在美国，爱因斯坦谈及的学术自由传统与我们的宪法传统混合在一起，创造出一种具有独一无二力量的混合物。美国高等教育融合了 D. H. 劳伦斯在描述美国文学时曾经称为“地方精神”的东西。

从欧洲进口的大学理念与作为美国宪法无意识灵魂的公民自由的健全保护理念相结合，从而把学术自由的理想放在即将成为现代美国大学的价值体系和认同感的核心位置。欧洲人的 *Lernfreiheit*，即“学习的自由”，与 *Lehrfreiheit*，即“教学的自由”的理想，与美国包括《权利法案》在内的美国宪法融合在一起。

诗意的矛盾

奥利弗·温德·荷马斯曾经评论说“普遍命题不决定具体案例”。我们的宪法性法律充满诸如在“言论自由”“对各项法律的平等保护”或“分权与制衡体制”这些话语中捕捉到的“普遍命题”。在我们更宽泛的公众话语范畴中，这些词语可能会变成党派的五彩口头宣言，被狂热的倡导者散布在他们的辩言中，这些人通常错误地假设，所有听到他们话的人都赞同他们赋予这些词语的含义。

正如荷马斯警句所暗示的，几乎没有美国人可能反对把“言论自由”“平等保护”或者“分权制衡”作为广泛的抽象概念。就这几点而言，存在一种差不多的普遍共识：我们被认为是一个奉献于某些理想，如自由、平等及权力制衡的国家，我们继续如此强烈地感受这些理想，以至于它们已经变成了“民族品牌”，带着象征意义不断回响着。

然而，超越这些宽泛的理想之上，自由、平等及分权制衡力量等观念都是引起高度争议的，受到历史事件、文化因素、政治压力及司法解释的影响和压制。

我们的《宪法》应该不仅仅是一个象征，装在国家档案室的玻璃窗后面，其复印件作为纪念品在费城或威廉斯堡殖民地的礼品店出售。我们的《宪法》应该是一个普通工人，是国家法律、政治和文化舞台上的工作者。作为一部积极的、动态的、起作用的文件，《宪法》充满了矛盾及冲突。正如牛顿的第三运动定律指出，每一个作用力都有一个等量的反作用力，那么在美国宪法发展历程中，每一种价值都有一种反面价值，每一种论断都有一种反面论断。我们的宪法发展历程一直就是一个相互矛盾的宪法价值观持续斗争的过程。

这不是一件消极的事。不是所有的矛盾都是不好的。在我们的思想历程中，在社会生活中，有某些“有诗意的矛盾”使人类的潜能得到最大限度发挥，激发我们的创造力和进取心。我关于美国《宪法》的辉煌之处的观点，以及我关于美国高等教育的辉煌之处的观点，是基于一种积极乐观的信念，即相信诗意的矛盾创造性的、周全的解决办法带来的益处。

在我们的宪法传统中，五种基本矛盾对美国大学的形成和确立产生了特别重大的影响：（1）关于我们是否有一部“活的宪法”的争论；（2）公有领域与私有领域的划分；（3）“权利”与“特权”的区别；（4）“有秩序的”自由的观念；（5）关于平等的争议性构想。

我们有一部“活的”宪法吗？

如果让你只挑选一个美国宪法性法律问题，一个最能定义美国宪法历程性质的问题，那会是什么？也许你会指定《战争权力决议案》的恰当范围问题，以及对战争与和平做出终极决定的权力是否应该归属总统或国会；或者，你也许会选择“对各项法律的平等保护”这句话的含义问题，以及那个含义对种族、性别、或反歧视行动相关的事情造成的后果；或者你也许会宣称，最重要的是“生命、自由及财产”的意义，还有与生殖、性别及有尊严地死亡相关的决定是否包括在那句话中的问题；或者你会主张，我们面对的最重要的宪法问题涉及例如“言论自由”“宗教的自由实践”及“残忍、不寻常的惩罚”这些词语的含义。

所有这些都值得作为选项加以讨论，但却都不是我的论题。我的提议是：这个最重要的宪法问题，它超越所有其他问题，跨越《宪法》的所有著名条款，是一个阐释性的问题：我们有一部“活的”《宪法》吗？从某种意义上来说，这是所有关于美国宪法的辩论之本，是一个超越所有宪法性法律问题的问题。

一开始，在我们通过答案解密之前，我们必须先看一看我们对于几何本质的一些理解。一开始，我们必须抓住宪法含义的问题本身，即我们怎样去阅读、解释，并把《宪法》作为政府正在发挥作用的法律文件和宪章加以运用的问题。

我们解释宪法的方法应该是静态的还是动态的？静态方法把《宪法》作为一套固定模式，在文本中寻求它的字面意思，那些撰写文本的人的意图或者这些词在社会上被采用到法律中的原始含义。动态方法把《宪法》作为一场活动的盛会，寻求《宪法》文本“字里行间”的含义，并愿意相信那些目前必须容忍当下文本的人的意图，超过那些撰写文本的人的意图；更在意这些词在当代的含义，超过这些词开始被采用时的含义。这种二分法在我们的文化辞典中有很多不同的名称，根据个人的观点具有积极或消极的影响。一个人的新颖的理解可能是另一个人对已消亡的过去的保守盲从，一个人的“活的宪法”可能是另一个人无原则的主观相对主义。

如果所有宪法问题之本是确定宪法的恰当含义的阐释性方法论问题，那么与大学性质相关的一切问题之本则蕴含在“学术自由”这个含义易变的短语中，以及寻找这一概念的恰当含义的努力中。如第二章所讨论的，因为“学术自由”这个词在《宪法》文本中没有在任何地方出现过，学术自由不可避免地被卷入有关“活的宪法”的争论漩涡中。

大学生活的方方面面都弥漫着关于学术自由的思考。几乎所有关乎美国大学特性的核心问题都从这个词中汲取支持。诸多传统思想如共同治理、思想活力、大学教师终身职位的合理性证明、法定诉讼程序的要求、多样化和反歧视行动的主张——本质上组建美国大学的所有核心价值观或多或少都带有对一个更加至高无上的价值观的假设，这种价值观渗透到美国大学这个理念中，这个理念足够宏大、足够深刻，对不同的人有不同的意义：这就是学术自由的理念。

如果学术自由要作为美国宪法层面的一种价值观，它因此必须是一种隐含的权利，而不是一种字面上的权利。学术自由以我们现在使用这个词的典型方式所包含的主要价值观，并不是那些采纳《宪法》的人所最关注的，即使这些价值观也曾存在于他们的头脑中。如果学术自由要被看作一种隐含的权利，它因而必须隐含在宪法文本含义的当代阐释而不是历史阐释中。

公有与私有领域

美国宪法第二个强有力的假设是社会分为公有和私有领域，即政府管辖领域和非政府管辖领域。在共和国的历史中，我们作为国家一直在争论，我们应该把我们社会的多大一部分划归国家监管，多大一部分留给个人和私有企业负责。2008年秋季，当信贷市场和金融机构突然面临瞬息崩溃的局面时，整个国家谈论的话题转向紧急财政援助、启用“救市援助金”、对银行及汽车公司上亿美元的政府股份，以及更大的政治、经济组织问题，这影响到什么应该或什么不应该

被当作合适的政府企业来对待。

与所有权及控制同样重要的问题还有行为及责任心问题。《宪法》直接限制政府的行为，把约束强加给政府，诸如应该尊重言论自由、不该尊重任何宗教的创立，以及应该给予所有公民平等的法律保护。从公司到非盈利性的私有个体及私有组织，不受那些宪法规范的限制。然而，作为一个国家，我们通常选择把宪法规范延伸到公有领域之外，让其进入私有领域。1964年的《公民权利法案》把影响广泛的平等规则施加于几乎所有的私营商业部门，例如，该法案有效地把“法律平等保护”的广泛保证扩大到公有领域之外，进入大部分私有领域。

这些公有领域规范向私有部门的延伸总是有代价的。它们使国家的司法权得以扩张，同时减少个人及私有社团的自治权。用经济学术语来讲，这是以政府决策者取代了市场的私人决策者。从政治和社会的角度讲，这是以公共价值观代替了私人价值观，因此降低了我们的自由度。这并不总是坏事。《公民权利法案》降低了饭店及餐馆歧视黑人的自由度。但这总是有代价的，我们必须一直意识到利弊权衡的问题。

美国强有力的公立大学与私立大学二分法与公有领域与私有领域的划分一直密切相连。如在第三章中所讨论的，私立大学从法律上讲并不受《第一修正案》规定的言论自由保障条款的约束，也不受禁止创立宗教条款的限制，它们也不受《第十四法案平等保护条款》的约束。即使那样，我们也许可以通过公共法律或私人风俗习惯，把这些宪法规范整体或部分地引进私立大学。诸如《教育法修正案第九条》的法规把平等及性别无歧视这些宪法观念延伸到希望获得联邦资助的私立大学。即使没有法律，很多私立大学也珍视关于言论自由的规则，这些规则本质上完全与约束公立大学的那些规则一样。然而，需要再次强调的是，把公有规范延伸到私有领域总是有代价的。在高等教育领域，这个代价可能是牺牲私立大学的独特历史、文化和特性。

权利与特权

根据常识，我们大多数人都明白“权利”与“特权”的区别。权利是一种应得的权益，而特权不是。特权更像是一件礼物，是可选择的东西，是伴随着某种附加条件、某种限制条款、警告及回报而来的。

在美国，权利就是与生俱来的权利。我们国家的基本纲领，从《独立宣言》到《宪法》，都支持权利作为我们天生就有的、独立于政府的授权的概念。美国人认为他们自己凭借我们共有的人性，从出生那一刻起就拥有权利。关于权利从哪里来，我们也许在哲学或神学意义上有一些不同意见，但我们往往在我们对权

利是真实的并必须受到尊重这种思想的信仰方面没有大的差异。对一些人来说，权利是“自然法则”的授权；对其他人而言，这是来自“创世者”的馈赠；而对另一些人而言，它只是男人和女人在自然状态下享受的自由，作为必要的人性组成要素。《宪法》的制定者，根据诸如约翰·洛克等哲学家的社会契约理论，把政府看成一份包含个人在其中的自动契约，为诸如“生命、自由及财产”等权利提供保障。对制定者来说，这些人权不是国家的创造物；相反，国家是人的创造物，国家是人创造出来保障人权的。用托马斯·杰弗逊的《独立宣言》里的话来讲，“为了保障这些权利，政府在人们中间建立起来，经过被统治者的许可获得他们正当的权力”。

这种“与生俱来的权利”观念在《宪法》文本的一些地方得到加强。例如，《第九修正案》宣称“《宪法》对有些权利的枚举不能构建起来贬低人们拥有的其他权利”。表面上看，这个修正案的措辞看来要表达的是，除了《宪法》明确罗列的权利以外，人们还拥有某些权利。如果他们拥有这些权利，他们大概是在《第九修正案》写出来之前就拥有了。

与权利相比，“特权”通常被理解为某些特权创造者赐予某些特权消费者的利益。特权也许来源于几乎无限的渠道——来自父母（体现在开家里的车或熬夜的特权）、信用卡公司、乡村俱乐部、政府或大学。特权实际上可能以任何形式出现。例如，政府创造的特权可能包括公共职业、福利、经营许可证、电视台或广播电台经营许可证、向大气排放污染物的默许、或者国立大学入学机会。

长期以来，美国宪法性法律都承认权利与特权之间的区别，并认为这种区别对于利益是否得到宪法保护这个问题起关键作用。“权利”受到《宪法》的保护，“特权”没有。这种通开断关的理念直截了当，并有一种简单的、常理性的感染力。一种特权看起来或者是一件礼物，或者是通过某种形式的交易或合同得到的东西。不管是哪一种方式，特权都可能伴随着附加条件。如果特权是一件礼物，捐赠者也许会把某些限制条款作为条件附加在礼物的收据上。这种朴素的智慧是“乞丐是别无选择的”以及“你对收到的礼物就不要太吹毛求疵”。同样，如果特权结果是作为合同出现，合同签署方也许会规定交换的条款。如果你不喜欢合同的条款，就不要签署。

在早期的宪法性法律中，权利与特权的区别直观地引发人们的兴趣，部分由于按常理被认为是“特权”的各种政府福利经常被看作经济交易，而不是侵犯公民自由的规定。当政府实施特权时，大家认为政府只是扮演公共企业的所有者，而不是私人行为的调整者。《宪法》中奉为圣物的权利，如《权利法案》中列举的，看起来只有当政府批准直接限制公民的生活、自由或财产的法规，例如那些剥夺了言论自由，使公民遭受不合理的搜查和逮捕，不经过应有的法律程序

就没收财产，或者实施残酷的、非同寻常的惩罚性法规时才发挥作用。

从某种程度上说，那样的法规与政府应对特权的做法，比如是否雇佣职员、启动合同、颁发执照、发放福利支票、或者录取学生上大学的决策属于不同类型。私有企业每天都做出这种决定，典型的情况是，大家认为这些实体在进行商业判断。很容易接受的是，没有人有“权利”去为微软或者麦当劳工作。同样容易接受的是，没有人有“权利”为美国政府、马萨诸塞州、或波士顿市工作。当政府介入那样的经济交易时，我们可能因此把纳税人看作大型国有企业的股东。作为公库管理员的政府官员，应该代表那些纳税人或股东极力讨价还价。

然而，美国现代宪法性法律中要求权利-特权划分的趋势由于一项对立性法律原则——大家熟知的“违宪条件”原则渐渐地减弱了。这项原则渐渐成为带强硬态度的权利-特权区别的解毒药，它形成于一种共识，即鉴于现代政府对我们历史上本来会认为是“特权”的各种不同形式的公共利益所具有的巨大影响力，我们必须设计宪法原则，去阻止政府以一种有效遏制宪法权利的方式利用这种影响力。

几十年以来，权利-特权划分和违宪条件的法律原则一直令人担忧地并存于美国宪法性法律中。这两种法律原则并置于警觉的宪法缓和状态中，没有哪一个能摧毁另一个。这两种原则继续得以存在，因为每一种都具有某种合理的价值。赞成权利-特权划分原则的基于这样的基本观念，即在我们生活中的几乎所有方面，我们都接受这样的事情，即一个人要获得某种利益都必须经常付出代价，包括加入某个项目或组织。支持违宪条件原则的是一种同样基础性的对立观念，即政府从它的公民身上索取作为加入组织的条件所付出的代价必须有一个外限。

通过折射这些词语，不难看出，为什么权利-特权划分与它的复仇女神——违宪条件原则——一直对我们关于大学特征的构想有如此深远的影响。如第四章所讨论的，权利-特权区别持续对高等教育领域产生一种强劲的、直观的号召力。当一位教授、一名学生或一位行政人员接受一个大学职位时，他们就自愿同意加入一个自愿组织，完全应当遵守该组织的规章制度。举一个简单的例子，有一点看起来很清楚，不管一位知名教师私人作为公民多么享受完全的言论自由，如果这位教师有志成为该大学校长，大学董事会将对该自由的行使施加限制条件。当一个人自愿加入一所大学时，精准地确定什么自由应该被牺牲，以及什么自由应该被保留，是一个引起政策与法律难题，并且对现代大学的特性起非常重要的作用的事情。

有秩序的自由

美国宪法传统渗透着对“有秩序的自由”的尊重，是对（秩序和自由）两

个概念有意识的融合。美国宪法发展历程是一场持续的斗争，目的是为了在自由、道德与秩序这些相互矛盾的社会利益之间取得最好的平衡。一方面，我们是一个拥有自由的、富有活力的“市场”的国家。我们深深致力于开放的经济市场和富有开创精神的事业。美国比世界上其他任何一个社会都更多地展示一种全国性的对自由的、有创造力及有才智的市场的深切信仰——一个“思想的市场”。然而另一方面，我们也是一个不断努力来维持法律规则的国家，并作为一个道德社会去培育一种具有凝聚力的民族特性。

我们宪法传统的一个明确的、重要的挑战，就是我们持续为自由、道德及秩序的价值观之间保持恰当的平衡所做的努力。生命就是在这些具有对抗性的本能——自由精神的冲动、道德直觉以及对稳定和体系的渴望之间持续的拉锯战。我们的自由精神召唤我们迈向创造力、发明、进取心及行动。我们的道德直觉使我们在自由精神与是非判断之间形成缓冲。我们对体系的渴望促使我们去追求可预见性、可靠性及安全性。找到平衡点对于个人、机构和社会的美好生活至关重要。

最成功的社会是那些设法在人类尝试开拓的三大市场，即政治市场、经济市场和思想市场中的自由与秩序之间达到健康的平衡状态的社会。我们为找到这种健全的平衡付出的努力，被一个首要目标最好地引导——取得最大限度的自由，这与我们对稳定与安全的最基本需求相一致。

美国政体的前提是，法律规则与自由并不是处于不可调和的紧张状态。完全相反的是，我们总是把社会契约——我们获得法规的源泉——当作是为了保障自由的幸福而设计的。然而，太过在意稳定与秩序使我们过度调控，用太多的法律窒息了创造性精神。对经济市场的过度调控形成对投资和开创性事业的阻力；对政治体制的过度调控干涉民主，打击国民的参与；对思想市场的过度调控扼杀文艺和科学研究领域的创造力和发明。能够在所有三个市场达到最佳平衡的社会从长远来看，比那些只在两个、一个、甚至一个市场都达不到平衡的社会来说要发展得更好。

然而，要找到最佳平衡从来不是一件易事。不断来自外部和内部的各种力量共同对我们的人身安全和平安形成威胁，而我们以减少自身权利和自由作为回应再自然不过了。亚伯拉罕·林肯在 1861 年 7 月 4 日的告国会书中捍卫他对人身保护法状令暂缓执行的观点时，如同任何一个美国人曾经做过的那样，他直接提出这一问题，他问道：“为了更直接地阐述这个问题，是不是除了一项以外的所有法律都应该不执行，并且，政府本身也应该瓦解，以免违背那一项法律。”

如第五章所讨论的，这些相同的冲突在现代大学中不断上演，严重程度不断升级。大学的现实如 A. 巴利特·吉尔玛蒂，耶鲁大学前校长（当时的棒球大联

盟总干事)所描述的:“是一个自由而有秩序的空间”。弗吉尼亚理工大学和北伊利诺伊大学发生的枪击事件令人悲伤地提醒我们,这不是一次抽象的讨论,而是一个具体而紧迫的难题,它要求我们为了保证学生、教师和行政人员的人身安全,合理、负责任地采取紧急措施对学校的传统——公开进入权、自发性及对个人隐私的尊重加以平衡。

自由与秩序之间的核心矛盾远远超越了具体意义上的“秩序”。现代大学有时被看作激烈竞争——为了录取资格、终身聘任及升职、运动冠军头衔、巨额捐助——的场所,并且还被视为一个“超级思想市场”,一个任何事都行得通,什么都不被审查的地方,并且只有强者才可以生存下来。然而同时,现代大学校园经常被理解为一个有秩序的、讲道德的地方——一个围绕着诸如尊重人类尊严、文化及宗教多元化、大学礼仪以及理性话语的价值观而组织起来的学者和学生团体。

关于平等的争议性设想

《宪法》以“我们人民”这句精彩的短语开篇。我们的国家伴随着“人生来就是平等的”和《宪法》保障“法律的平等保护”这样的理想而诞生。然而,我们大部分宪法历史一直包含着争论,关于“谁”作为“我们人民”中的“我们”那部分是“重要”的。印度人、非洲奴隶和妇女就是那些从一开始就不重要的人群。

幸运的是,我们现在已经极大地扩展了“法律的平等保护”承诺所涉及的那些人的范围。然而,“平等”的含义充满了激烈争论。对于持“过程平等”思想的人而言,法律的平等保护仅仅意味着每个人都有权受到相同法规的保护。如果过程对所有人平等,法律就对所有人公正。对于持“结果平等”思想的人而言,关于平等的设想也与结果联系在一起,因此,一个公正的社会希冀一个共享的社会,在其中,我们最重要的公有、私有机构里的代理权大致反映了我们人口的多样性。原得克萨斯大学州立大学校长、现任加利福尼亚州立大学校长的马克·尤多夫,曾把这种思想描述成“普世伦理”,它把一种思想作为其基本前提,即“一个没有暴力、疏离和社会纷争的稳定、公正的社会,必定是一个和谐社会”,以及我们共同的目标应该是“一种共享的文化,社会成员各阶层都参与其中”。

在美国社会中,关于平等的争议性设想之间的辩论没有哪一个领域比教育界更加激烈。如第六章所讨论的,正是在教育领域,源于普莱西诉弗格森案件,潜移默化地产生危害的“隔离但平等”的观念首次被抨击,并最终被推翻。对普

莱西的抨击开始于涉及法学院和研究生院的案件，如密苏里州代表盖恩斯诉卡纳达案、斯威特诉佩因特案，以及麦克罗瑞诉俄克拉荷马州高等教育董事会案。普莱西观念最终在布朗诉教育董事会案件中被驳回。布朗案件对高等教育界的意义一直受到激烈的争论。例如在美国诉戴斯案件中，最高法院感到困扰的是，几十年后如何向整个密西西比州公立大学解释布朗授权废除种族隔离学校的行为。然而，美国人关于“平等”意义论战的激烈程度从来没有超过关于反歧视行动的争论，那种争论也没有哪部分比反歧视行动及美国高等院校录取学生的“多样性”更加深刻地分化了国家。如第六章中的讨论所解释的，在著名的高等教育反歧视行动案件中，如加利福尼亚大学董事会诉巴克案件、格鲁特诉博林格案件以及葛瑞兹诉博林格案件，都一直融入了关于美国特性和美国大学特性的基本问题。最高法院就这一问题仍然存在明显的分歧，国家立法机构、大学董事会、教职员、学生团体及校友也是如此。

追溯宪法对大学特性的塑造

以下章节逐一地、更加详尽地探讨这些宪法思想，探究它们对美国大学特性的影响。和美国宪法的发展历程本身一样，这些思想怎样被吸纳和加工，以塑造我们公立和私立大学的形象的“故事”并不是完全线性的或有逻辑的。最重要的是，这是一件无法完成的事情、一项要永久进行的工作和一篇要永久修改的论文。