

# 美国宪法民族志初论：宪制文化及其意义结构

刘 晗

**内容提要：**美国宪法体现了一般性的宪法原理，但在具体制度和宪法文化上也呈现出了极强的独特性。本文借助宪法民族志的研究方法，从历史、文化和法律的整体视角，勾勒出美国独特宪法文化的外在形态和意义结构。美国成文宪法的至上性、司法审查的重要性以及本土规范的至上性三大特点，源于美国革命所开创的独特历史经历和政治想象。美国民众对于宪法的崇拜因其是美国革命的产物，对于法院和司法审查的信仰因其是弥合代际断裂、构建民族历史共同体的重要机构和机制，对于本民族规范的推崇因其是美国独特历史的产物，而非普遍理性的推论。因而，深入地理解美国宪法不仅仅需要研究《美国宪法》的文本，也不仅仅要求细致地分析最高法院的具体案件的判词，且要深入地理解美国宪法的历史语境，把握支撑其实践运作的潜在逻辑与信仰结构。

**关键词：**美国宪法 民族志 司法审查 宪法文化 美国革命

刘晗，清华大学法学院讲师。

## 导 论

美国宪法体现了一般性的宪法原理，其具体制度也在世界范围内产生了普遍影响，<sup>[1]</sup>但在具体运作中也呈现出了极强的独特性。美国宪法诚然秉承了普遍性的宪法原则，比如权力分立、权利保护和司法审查，与此同时也展现出了一些美国的特有现象：它是世界上篇幅最短的宪法之一；<sup>[2]</sup>美国宪法相比较而言对于言论自由提供了极高的保护程度；<sup>[3]</sup>美国宪法保护持枪权；美国宪法解释极度诉诸自身的宪法文本和历史传统，极为拒

[1] George Billias, *American Constitutionalism Heard Around The World, 1776 - 1989: A Global Perspective* (New York: New York University Press, 2009), p. 105.

[2] Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law: Principles & Policies* (Aspen Publishers, 4th Ed. 2011), pp. 1313 - 1129.

[3] Frederick Schauer, "The Exceptional First Amendment", in *American Exceptionalism and Human Rights* (Michael Ignatieff ed., Princeton: Princeton University Press, 2005), p. 46.

斥外国法和国际法;〔4〕美国宪法对于社会经济权利持非常否定的态度。〔5〕在宪法日益全球化的今天,美国宪法近乎成为了非主流。〔6〕

为了深入理解上述现象,本文试图借助宪法民族志(constitutional ethnography)的方法,〔7〕从历史、文化和法律的整体视角观察美国宪法,探究其内在逻辑和意义结构。宪法民族志的方法不同于一般的国别宪法概论,也不同于依据主题将几个国家进行比较,以探索各自优劣。宪法民族志以某个特定国家和民族为研究对象,力图展现该国家或该民族的独特历史文化背景中宪法的运作机制和宪法对于历史文化背景的回应。一个特定国家或者民族总有很多偶然的史问题或者特殊的文化背景,不为一般的宪法原理所能概括。与此同时,一个国家或民族的宪法所处的语境总有一套逻辑,将这些偶然和特定的历史文化因素和特征连接起来,构成较为整全的宪法叙事。〔8〕

具体来说,本文采用著名人类学家吉尔茨所提出的“深描”方法来观察美国宪法。〔9〕深描方法强调一个或一组具体现象或者行为在特定语境中的社会意义,并对该语境所构建出的意义结构和象征系统进行深度描述,而非仅仅记录某个族群或者社区内部特有的现象或者行为。一个现象或者行为须放在该社群的特定“意义网”中进行理解。本文试图对《美国宪法》和最高法院在美国政治意义系统中的地位进行深描,展现以宪法为中心所建构出来的美利坚民族的特性和美利坚民族的在政治法领域的特性。

## 一 宪法政治的历史想象:革命传统与宪法崇拜

在美国人心中,美国宪法的故事就是美利坚民族的故事。就其起源而言,《美国宪法》是美国革命的产物。1776年《独立宣言》一方面否定了大英帝国在北美的统治,因而是一场反殖民主义的革命;另一方面也从政治体制层面否定了世袭君主制,因而是一场共和主义革命。美国革命的双重性质根本性地决定了革命之后建立的国家的宪法性格和宪政文化。其中最为重要的一点即是奠定了美国的人民主权概念。美国的人民主权理念根本地改变了之前的主权观念,为其特定的政府体制结构奠定了观念基础。在英国宪法传统中,主权存于政府之中,即英国人耳熟能详的“王在议会中”(King in the Parliament),或者说“议会主权”(parliamentary sovereignty)。换句话说,某个政府机构享有主权。〔10〕相反,在美国革命所体现和散播的政治哲学中,没有任何一个政府机构应该享有主权,主权

〔4〕 刘晗:《宪法全球化的逆流:美国司法审查中的外国法问题》,《清华法学》2014年第2期。

〔5〕 *Jackson v. City of Joliet* 7, 15 F.2d1200, 1203 (7<sup>th</sup> Cir. 1983)。

〔6〕 David S. Law & Mila Versteeg, “The Declining Influence of the United States Constitution”, 89 *N. Y. U. L. Rev.* 763, 763 (2012)。

〔7〕 Kim Scheppelle, “Constitutional Ethnography: An Introduction”, 38 *Law & Society Review* 3 (2004)。

〔8〕 Kim Scheppelle, “Constitutional Ethnography: An Introduction”, 38 *Law & Society Review* 3 (2004), p. 391。

〔9〕 Clifford Geertz, “Thick Description: Toward An Interpretive Theory of Culture”, in Clifford Geertz, *The Interpretation of Cultures* (New York: Basic Books, 1971), pp. 3-32。

〔10〕 Albert V. Dicey, *Introduction To the Study of the Law of the Constitution* (Indianapolis: Liberty Fund, Inc., 1982) [1915]。

属于人民——一个抽象的、集体性的、超越世代的政治实体，与政府机构相分离而独立存在。<sup>[11]</sup>三权分立体制实际上秉承了这一理念：无论立法、行政和司法机构都不可宣称具有主权，他们都是人民主权的代表机构，因而各自的权力都是宪法授权，并受到宪法的限制。相反，英国的议会不受法律的限制，英国也没有成文宪法。

从历史的角度来看，美国革命之后的首要任务是对于新生国家的性质进行定位：是继续革命？还是奠定法律秩序？《独立宣言》的起草人杰弗逊(Thomas Jefferson)是一个信仰“不断革命”的政治思想家。他宣扬“十九年来一次革命”的理念，每一代人决定每一代人的命运；他要求重新制定宪法，其中包括废除法官终身制等条款。<sup>[12]</sup>相反，以麦迪逊和马歇尔为代表的联邦党人则认为应该尽快奠定新的法治秩序。维持宪法统一性和延续性的法治思想与不断革命、不断修宪的革命思想，构成了美国政治发展的两股潮流。<sup>[13]</sup>革命与宪政的冲突从19世纪开始就构成了美国政治中的冲突性主题。<sup>[14]</sup>

革命与宪法虽然在实际政治运作当中相互冲突，但在美国的政治想象结构中，两者都是人民主权的表现形式。托克维尔曾说，在美国，“人民统治政治世界，如同上帝统治宇宙。”<sup>[15]</sup>宪法是经历过革命的人民创造的新的法律秩序。《美国宪法》的序言说：“我们美国人民……为美国建立此宪法。”这就是说，宪法是人民主权的一种产物或者造物。革命则是人民主权的直接展现。在革命中，人民直接发出自己的声音；在宪法中，人民通过法律的形式表达自己的意志。

美国公民的政治想象将革命与宪法同时作为关键要素，并将二者融合起来。人民主权只有在革命的时候直接出场。美国的革命者同样塑造了一种将政治行动和政治认同诉诸革命的传统。从人民主权的角度来看，革命与宪法恰恰互为对方的前提和论证。用亚里士多德的四因说来讲，革命是动力因，宪法是形式因。两者都是人民主权构建自我的政治身体的方式。要认识革命的时候，公民必须通过宪法；当公民认识宪法的时候，必须回到革命。两者相辅相成。在公民的宪法想象之中，美国只有一次革命，此次革命塑造了《美国宪法》。所有后代都生活在这个宪法所塑造的政治共同体中；以后所有新的原则、实践和规则都是这个宪法的演进。由此就形成了美国宪法稳定性的想象：以1787年《美国宪法》为起点和中心的美国宪政在历史上极为稳定；在《美国宪法》颁布后的两百年内，只通过了二十七条修正案。正如耶鲁大学宪法学教授布鲁斯·阿克曼所言，“美国人给自己讲述那些宣称两百年宪法实践深度延续性的叙事，那些将今天发生的事情彻底融入

[11] Akhil Amar, "Of Sovereignty And Federalism", 96 *Yale L. J.* 1425, 1432 - 1437 (1987).

[12] Thomas Jefferson, "Letter To William S. Smith (November 13, 1787)", in *The Papers Of Thomas Jefferson* (J. Boyd ed., 1955), pp. 355 - 357; Thomas Jefferson, "Letter To James Madison (September 6, 1789)", in *The Portable Thomas Jefferson* (M. Peterson Ed., Penguin Books, 1975), pp. 444 - 451.

[13] Paul Kahn, *The Reign of Law: Marbury V. Madison And The Construction Of America* (New Haven: Yale University Press, 1997).

[14] Paul Kahn, *The Reign of Law: Marbury V. Madison And The Construction Of America* (New Haven: Yale University Press, 1997), p. 10.

[15] Alexis Tocqueville, *Democracy In America* (H. Mansfield & D. Winthrop Trans., Chicago: The University Of Chicago Press, 2000), p. 55.

一张延伸到两百年前的建国的宪法意义网中”。<sup>[16]</sup>

此外,美国是一个极具宗教性的国度,并未经历像欧洲那样的高度世俗化过程。宗教思维和想象直接影响和型塑了美国公民对于宪法的理解与想象。在美国人心中,人民主权的产物即是《宪法》,正如上帝的声音和意志都体现在《圣经》里一样。在这里,基督教神学的比喻不仅仅是比喻,也是理解美国宪法文化的重要途径;神学思维和宪法政治具有起源和结构上的双重紧密关系。<sup>[17]</sup>比如,在基督教的语境中,人民主权和神圣主权(上帝)的相同之处在于:一、两者都充溢在时间和空间中:上帝的意志布满整个时间和宇宙;人民主权的意志遍及每寸领土和每段历史;二、在平常时刻下,两者都只能通过其产物来认识,而无法认识其本身。<sup>[18]</sup>

正是因为有基督教神学想象的存在,《美国宪法》对于美利坚合众国来说,除了具有工具性的意义外,也具有象征性的意义。<sup>[19]</sup>作为工具的宪法是通过宪法来构建全国政治权力并对之进行横向和纵向的分权制衡,同时以司法审查来保证法制统一和保护公民权利。作为象征的宪法则是一种政治认同的指向,为国民尊崇、膜拜和信仰。美国是一个由多元文化和各种族裔的移民构成的、历史并不久远的现代国家。因此,美国的政治文化认同恰恰建立在宪法和法律之上。美国宪法因而不仅是一套法律体系,而且也是构建美国文化特殊性和政治认同的基础。著名民族主义理论家汉斯·孔恩(Hans Kohn)曾经在考察美国民族主义的时候指出:“《美国宪法》不同于其他任何一部宪法:它代表了美利坚民族的命脉,其最高象征和表现。”<sup>[20]</sup>这一点也得到了美国本国学者的认同。有学者就将《美国宪法》看作旧约《圣经》里面的圣约柜(the Ark of Covenant)。<sup>[21]</sup>将世俗性的《宪法》作为民族国家认同的构成性因素,乃是美国的特殊之处。

在美国人民心目中,《美国宪法》的神圣性源自于其起源的神圣性,即美国革命的神圣性。在美国的政治想象中,革命最终的成果就是美国宪法。人民主权是政治世界中的上帝,革命就是上帝出场的时刻,那么尘世上帝发出的声音——《美国宪法》——就是美国公民宗教的《圣经》。<sup>[22]</sup>美国宪法的精神在于美国革命所宣扬和秉承的政治理念:平等的自由。正如林肯在著名的《葛底斯堡演说》(1863)中所言:“八十七年前,我们的先辈在这个大陆上创建了一个新的国家。她孕育于自由之中,奉行人人平等而平等的信条。”《美国宪法》在美国的公民宗教当中占据重要的地位。正如著名美国宪法史学家勒纳(Max Lerner)所言,“每一个部落……都忠于某种东西,这种东西为在具有敌意的宇宙中作为一种控制未知力量的工具,具有超自然力。美利坚部落也一样。”<sup>[23]</sup>这种超自然的东西就是

[16] Bruce Ackerman, *The Future of Liberal Revolution* (New Haven: Yale University Press, 1992), p. 16.

[17] Robert Burt, “American Constitutional Law and the Teaching of Parables”, 93 *Yale L. J.* 455, 502 (1984).

[18] Paul Kahn, *Putting Liberalism In Its Place* (Princeton: Princeton University Press, 2008), p. 268.

[19] Max Lerner, “Constitution And Court As Symbols”, 46 *Yale L. J.* 1290 (1937).

[20] Hans Kohn, *American Nationalism* (The Macmillan Company, 1957), p. 8.

[21] Steven G. Calabresi, ‘A Shining City On A Hill’: American Exceptionalism And The Supreme Court’s Practice Of Relying On Foreign Law, 86 *B. U. L. Rev.* 1335, 1398 – 1404.

[22] Thomas Grey, “The Constitution as Scripture”, 37 *Stan. L. R.* 1 (1984).

[23] Max Lerner, “Constitution and Court As Symbols”, 46 *Yale L. J.* 1290, 1294 (1937).

《美国宪法》。美国的公民宗教在某种意义上是宪法拜物教。宪法拜物教是美利坚宪法民族志的中心思想,是其导言和结论。每一个民族的政治崇拜和信仰的方式有所不同。英国君主立宪的成功,很大程度上是保留并加强了君主在民众心目中的崇高地位。美国革命否定了君主制,因而将其政治文化认同投向了较为抽象的《宪法》。

理解了《美国宪法》在美国公民宗教中的重要地位,及其在革命与法治的意义结构中的地位,有助于我们理解许多美国宪法的现象。其一,《美国宪法》突出自身的人民性。比如,与其他国家篇幅较长的宪法相比,美国宪法是世界上最短的宪法之一,至今仍然沿袭了 18 世纪的时代特色。其语词多简单而具概括性,如“言论自由”、“平等保护”、“正当程序”等等。对于普通公民来说,这样的宪法文本非常容易阅读和接受。简单而概括的语词背后体现了一种理念:宪法是属于普通人民的,并不专属于法律职业人士。<sup>[24]</sup>其二,具有革命传统的美国人民对于政府抱有固有的不信任。由此我们可以理解美国宪法第一修正案中对于言论自由近乎绝对的保护,因为言论自由的本质是和平时时代革命精神的体现,言论自由保护的核心领域是颠覆和煽动言论的宪法地位问题。<sup>[25]</sup>《美国宪法》第二修正案所保护的持枪权也是革命精神的宪法化。需要高度依赖政府行为的社会经济权利因而不受重视,人民普遍相信通过自主行为改变自身命运——“革”“命”。其三,《美国宪法》体现了美国革命对于君主制、世袭制的否定和对于共和制度的坚持。《美国宪法》第四条规定:“合众国保证联邦中的每一州皆为共和政体。”此外,《美国宪法》第一条第十款规定,国会“不得颁发任何贵族爵位”。

总而言之,在美国人的政治想象之中,《美国宪法》是美国人民主权唯一一次出场时留下的圣言。革命与宪法是美利坚民族政治想象的重要因素。革命是人民主权的现身,宪法是人民主权的产物。因而,美利坚民族坚信一个神话:宪法的统治就是人民的统治;法治(rule of law)就是自治(self-government);自治就是遵守前人定下的法律——而从理性逻辑来讲,因为有了前人定下的法律,自治是不完整的;真正的自治须像杰弗逊讲的那样,每一代人重新为自己立法。

## 二 宪法文化的意义结构:司法审查与最高法院

作为美国公民宗教的《圣经》,《美国宪法》在具体运用的时候需要权威的解释者。在美国,宪法的权威解释者是最高法院。最高法院是法律帝国的首都。<sup>[26]</sup>正如美国耶鲁大学已故著名宪法学家亚历山大·比克尔(Alexander Bickel)所言,“对我们来说,国家、连续性、统一和共同目标的象征物,就是宪法,而不用具体提及它在这一或那一案件中的具体使用中是什么含义。这样一种象征的效用已是一种老生常谈。不列颠—联合王国,是一个象征政务具有重大效用的历史证明,这个象征具体体现在国王的人格上。在我们的

[24] Joseph Goldstein, *The Intelligible Constitution: the Supreme Court's Obligation to Maintain the Constitution as Something We The People Can Understand* (New York: Oxford University Press, 1992).

[25] *Abrams v. United States* 250 U. S. 616 (1919); *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U. S. 254 (1964).

[26] Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Cambridge: Harvard University Press, 1988).

制度中,总统多少具有这样的功能,但只是很薄弱的,因为,团结的人格和象征必须超然于政治斗争之外,但任何一位总统如果超然其外,就不可能获得这个职位。高效率的总统必然要成为一个掌握政治权力的人,于是将宪法这个象征具体化,就成了最高法院的职能。”〔27〕

最高法院之所以能够在美国政治想象中获得此种地位,很大程度上是因为其享有司法审查的权力,即判断一部法律是否违反宪法、并否决违宪的法律的权力。“毫无疑问,假如最高法院没有行使司法审查权,则最高法院就不可能具有象征性——或者如果你愿意也可以说是神秘的功能,它也不可能走上我们现在所看到的那个舞台上。除非最高法院拥有对宪法含义一锤定音的权威,否则,它就不可能成为宪法的具体体现。”〔28〕司法审查因此必须放到美国历史共同体的建构当中去才能理解其全面的意义。司法审查的作用不仅在于通过审查代议机关立法的合宪性而保护公民个体的宪法权利;其更重要的功能在于美国最高法院通过司法审查来造就一个穿越世代、弥合代际断裂的政治文化共同体。正如比克尔教授指出的,美国最高法院实际上承担了一种“神秘的功能”,即融合各代人民,构建统一的法律文化共同体。《美国宪法》成为美国公民宗教的神圣文本,并不仅仅因为《美国宪法》本身。神圣文本总是伴随着神圣的解释者——大祭司;法官即是美国宪法公民宗教的大祭司。

从民主的角度而言,司法审查权一般被认为面临着“反多数难题”(the counter-majoritarian difficulty):非民选的法官为何能够否决民选代表通过多数决所通过的法律?〔29〕但从另外一个层面而言,“人民”不仅包括当下的多数,甚至也不仅仅包括当下的全体公民。人民包含祖先、当代人与后代;人民是一个由活着的、死去的和尚未出生的人构成的共同体。选举过程只能代表当代人,甚至只能代表当代人的一部分;宪法和宪法解释则有可能代表先辈以及尚未出生的后代们的价值。法官代表人民的方式不是通过民主过程。这种代表方式是政治神学(political-theological)的代表,类似于国王代表超越世代的耶稣基督。〔30〕

在美国的政治文化中,宪法被认为是人民的声音。〔31〕法院的意见是依据宪法做出,因而,法院的意见被公民相信是人民的意见。〔32〕马歇尔大法官在1803年著名的确立司法审查的马伯里诉麦迪逊案中的宣示“阐明何为法律是司法部门的职权与责任”。〔33〕这与其说是描述了一个事实,不如说开启了一种美国人民的公共信仰,后来经过历史的积淀而成为一种事实。如今,美国人不仅仅相信宪法是人民主权的产物,也相信法院是宪法的权威解释者,因而法官也代表人民;《美国宪法》和最高法院构成了美国统一性和连续性的并

〔27〕 [美]亚历山大·比克尔著:《最小危险部门》,秋风译,北京大学出版社2007年版,第32-33页。

〔28〕 [美]亚历山大·比克尔著:《最小危险部门》,秋风译,北京大学出版社2007年版,第33-34页。

〔29〕 [美]亚历山大·比克尔著:《最小危险部门》,秋风译,北京大学出版社2007年版,第17页。

〔30〕 Ernst Kantorowicz, *The King's Two Bodies: A Study in Medieval Political Theology* (Princeton: Princeton University Press, 1957), pp. 42-86.

〔31〕 Sanford Levinson, *Constitutional Faith* (Princeton: Princeton University Press, 1989), pp. 155-179.

〔32〕 Paul Kahn, *The Reign Of Law: Marbury V. Madison And The Construction Of America* (New Haven: Yale University Press, 1997), pp. 206-229.

〔33〕 *Marbury v. Madison*, 5 U. S. 137 (1803), at177.

立象征。“处于美国公民宗教中心地位的是具有‘祭司身份’的法官守护着最为神圣的文本：宪法。”<sup>[34]</sup>法官在某种意义上成为了美国人民主权之神的神谕宣示者。在美国的公众信仰和社会想象当中，最高法院以及司法审查与《美国宪法》连为一体、不分彼此。宪法文本当中的规定是原则性的，有些时候甚至是象征性的。当美国人询问宪法文本的具体含义的时候，他们首先会将目光投向最高法院。在美国的公众信仰当中，最高法院是美国宪法的解释者和保卫者，即便很多法学家对此命题提出了反对。<sup>[35]</sup>

最高法院的神秘功能也形象化地体现在大法官的身上。大法官们身着黑袍，具有极强的宗教神秘色彩。大法官在被任命的时候需要在参议院经历一场听证会，这场听证会极为类似于宗教上的进年仪式(rite of passage)：一个人仿佛在通过任命的那一刻，洗去了他之前的所有经历、秉性和观念，成为了重生的新人；他们为了宪法和法律牺牲了自我的特性，使得自己完全成为了法律的化身。比如，现任美国最高法院首席大法官约翰·罗伯茨(John Roberts)在 2005 年的任命听证会上被问及其个人宗教观念和信仰是否影响其判案时，罗伯茨回答道：“我的信仰和我的宗教信仰在我判案时不会扮演任何角色。……我只看法律。”<sup>[36]</sup>

因其如此，美国最高法院大法官独特的终身任职制度才获得民众广泛的接受，也因此得到更好地理解。大法官只有终身任职，才能够超越数个时代，于其自身实现代际综合。用比克尔教授的话来讲，“人们认为，最高法院保持着连续性。……连续性是最高法院首要的关注点，因为，这是最高法院在国人的心目中占有一席之地的主要原因所在。”<sup>[37]</sup>最高法院的象征性在比克尔看来很大程度上是由于大法官的终身任职：“最高法院的资深大法官是我们当下……现实和合法性的见证人，因为，在他们的身上，他们向我们保证了它与过去的联系，他们曾经见证过这个过去，在那时，他们自己也曾经充当了某些全新的东西的通报者。……伟大的霍姆斯……于 1932 年退休，当时他已年过九旬，而公众充满激情的反应，恐怕不能完全归因于他的伟大。正是他的年龄，仅仅就是他的年龄，就已经履行了最高法院的职能之一。”<sup>[38]</sup>最高法院的权力之所以大，是因为其承担了一种独特的使命：保持作为人民主权之表现的公民法治信仰。在某种意义上，法院乃是象征性秩序的守护者。另外，法官在判决具体案件和解释宪法的时候，需要恪守遵循先例的原则，此原则也是其维护延续性的重要体现。

在一些极其重大的案件中，美国最高法院的神秘正当性甚至能够压过民主多数的决策。2000 年的“布什诉戈尔”案是最好的例证。<sup>[39]</sup>在总统大选出现重大争议而悬而未决

[34] Paul Kahn, *Political Theology: Four New Chapters On The Concept Of Sovereignty* (New York: Columbia University Press, 2011), p. 9.

[35] Robert Burt, *The Constitution In Conflict* (Cambridge: Harvard University Press, 1992); Larry Kramer, *The People Themselves: Popular Constitutionalism And Judicial Review* (New York: Oxford University Press, 2006).

[36] Transcript: Day Two of The Roberts Confirmation Hearings, September 13, 2005, <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2005/09/13/ar2005091300876.html>, 访问时间:2014 年 10 月 30 日。

[37] [美]亚历山大·比克尔著:《最小危险部门》,秋风译,北京大学出版社 2007 年版,第 33-34 页。

[38] [美]亚历山大·比克尔著:《最小危险部门》,秋风译,北京大学出版社 2007 年版,第 34-35 页。

[39] *Bush v. Gore*, 531 U. S. 98 (2000).

的重大时刻,美国最高法院介入纠纷,果断地决定了选举的最终结果。即便美国人知道布什的选民票数实际上比戈尔少百分之零点五,而且普遍知道美国政府的正当性基础在于民主多数决,但他们仍然信靠最高法院的判决。即便是输家戈尔也不得不服从法院的判决,并承认法治是美国民主的基石,而最高法院的判决即是对于宪法案件的终局判断,即便他个人极不同意——甚至非常反对——最高法院在该案中的判决。<sup>[40]</sup> 美国人对于宪法和法院的深刻信仰和信念,由此可见一斑。

### 三 宪法想象的外在表现:美国宪法民族主义

美国宪法想象中的核心要素是宪法与革命所交织而成的意义结构,其法律文本的体现是《美国宪法》,其人格化体现是行使司法审查权的最高法院大法官。《美国宪法》是整个美利坚民族的象征物,法官是宪法的人格象征。正因为如此,美国宪法体现出了极强的民族主义特征,这在宪法日趋国际化的今天显得尤为突出。一个鲜明的例子是:美国最高法院非常反对引入国际比较的视角来解释《美国宪法》,尤其是反对在宪法判决当中引用外国法和国际法,为数不多的引用都激起了法律界、政治界乃至公众舆论当中的巨大反弹和激烈争议。<sup>[41]</sup>

从原理上来讲,《美国宪法》被作为人民主权的意志的根本决定。这一点符合英国法理学家约翰·奥斯丁对于法律所下的著名定义:法律是主权者的意志。<sup>[42]</sup> 奥斯丁对于法律的定义,在法律全球化和人权普遍化的当今世界,或许已经显得有些过时。然而,美国人仍然坚持此种法律与主权意志之间的连接。对于他们来说,宪法的根基不在于依据人类理性所推导出的普遍道德正义或者公平的原则,也不在于现代社会科学所发现的社会规律或者因果关系,而是美国革命后的美国人民的意志决定。因此,美国人可以在明知宪法的缔造者——所谓“美国国父”——是奴隶主的同时,将他们奉若神明。

美国的宪法解释方法因而极为重视宪法文本的原初历史含义,也就是“国父们”当时的意旨或者当时宪法的文本含义。这就是主导最高法院的“原旨主义”(originalism)。<sup>[43]</sup> 原旨主义反对依据当代的道德价值、社会目标、意识形态、风俗习惯或大众舆论来解释宪法,更反对以其他国家或者国际通行的理念和制度来解释《美国宪法》。其他国家的宪法法院或高等法院不会像美国最高法院如此诉诸两百多年前制宪者留下的原始意思,诉诸立宪者留下的宪法解释文献——《联邦党人文集》。对于古老宪法文本的崇拜决定了宪法权威解释者的解释方法必须依循传统。最高法院在运用宪法解决具体纠纷的时候,仍然固守着旧有的传统,其语言和仪式在当今现代化的环境中显得非常古老和神秘。比如,

[40] Al Gore, *Presidential Election Concession Speech*, Dec. 13, 2000, <http://www.history.com/speeches/al-gore-concedes-presidential-election>, 访问时间:2014年10月30日。

[41] 刘晗:《宪法全球化的逆流:美国司法审查中的外国法问题》,《清华法学》2014年第2期。

[42] John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence* (Wilfrid Rumble Ed., Cambridge: Cambridge University Press, 1995) (1832).

[43] Antonin Scalia, "Originalism: The Lesser Evil", *U. Cinn. L. Rev.* 57, 849 (1988), p. 849.



在 2012 年宣判的有关医保法案的判决中,最高法院法官并未从当今流行的经济效率分析角度回答是否应该允许政府强制公民个人购买医保的问题,也没有采用当代的政府规管理论或普遍人权的角度进行分析。相反,最高法院从非常古老的《美国宪法》中的“贸易条款”出发提出问题:强迫个人购买医疗保险是否超出了政府管制州际贸易的权力?<sup>[44]</sup>由此,最高法院需要回顾有关州际贸易的先例,并由此得出最终的判决。从当代盛行的以经济学为代表的社会科学角度来看,这会显得非常奇怪。

从另外一个层面而言,作为美国革命的成果,《美国宪法》是一部反殖民主义的宪法。美国人不能容许其他国家的法律再次加到自己法律之上。引用外国法会让一个法官被人说成有叛国之嫌,因为他的行为妨害了美国人民的民主和自决(self-determination)。<sup>[45]</sup>从事司法审查的法官作为法律精英可能易于与其他国家的同事趋同,而人民所秉承的特定民族文化传统则并不那么容易趋同。当法官通过诉诸外国法和国际法来限制本国民主立法的时候,实际上抑挫了本国民众所信靠的民族性价值和特殊文化。从这个角度来看,很多美国宪法学者强调美国宪法是“我们的法”;<sup>[46]</sup>相比较而言,多数欧洲国家乃至以色列、南非和加拿大的法律人和宪法学者则强调,宪法是“人类的共同法”。

可以说,美国人秉承自身的宪法民族主义:一个民族的宪法产生于、并体现和希望持续或应对该民族特殊的处境,特别是其历史和政治文化。一个民族的公民作为一片特定领土的居民和特定文化的继承者,宪法话语是用以形成本民族的自我理解、维护和持续其自身的文化传统的手段。宪法信仰是一种包含“仪式、神话和信念的文化实践”。<sup>[47]</sup>作为一种文化实践,它必须依循特定民族的特定历史传统。在美国的主流想象中,美国宪法(包括《美国宪法》和最高法院的解释)应了著名法学家卡尔·卢埃林(Karl N. Llewellyn)的名言:“与其他学科不同,法律就像一棵树。它植根于自己的土壤,只庇荫一个地方。”<sup>[48]</sup>

需要说明的是,民族主义在美国并不具有多少贬义的意涵。在世界其他地方,民族主义总是与不太美好的历史经验联系在一起:纳粹或者极权主义。而在美国,强调民族独特性带有某种自豪与卓越之感;美国人一直以一种胜利主义的态度看待自身的历史和现实。即便是伤亡惨重的美国内战,也在美国公民的想象中被当作具有正面历史意义的事件:美国人不惜发动一场内战来废除奴隶制,实现自由和平等的理念。<sup>[49]</sup>

## 结 论

本文对于美国宪法进行了一种初步的民族志研究。该研究试图表明,深入地理解美

[44] *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U. S. (2012), 132 S. Ct 2566.

[45] Antonin Scalia, Foreword, 31 *Harv. J. L. & Pub. Pol'* Y 871, 873 (2008).

[46] 参见 Jack Balkin, *Living Originalism* (Cambridge: Harvard University Press, 2011)。

[47] Paul Kahn, “Comparative Constitutionalism In A New Key”, 101 *Mich. L. Rev.* 2677, 2690 (2003)。

[48] Karl N. Llewellyn, *The Bramble Bush: Classic Lectures On The Law And Law School* 41 (Oxford Univ. Press 2008) (1930)。

[49] Abraham Lincoln, Gettysburg Address, Nov. 19<sup>th</sup>, 1863, [http://avalon.law.yale.edu/19th\\_century/gettyb.asp](http://avalon.law.yale.edu/19th_century/gettyb.asp), 访问时间:2014年10月30日。

国宪法不仅仅需要研究《美国宪法》的文本,也不仅仅要求细致地分析最高法院的具体案件的判词,而且要需要深入地理解美国宪法的历史语境,把握支撑其实践运作的潜在逻辑与信仰结构。归根结底,美国宪法的成功不仅仅在于制度,而且更在于文化。《美国宪法》起源于启蒙的理性设计,但在历史之中形成了一种公民所相信的神话。仅仅比较宪法文本和司法判例或许能够了解美国的宪法文本和宪律(constitutional law),无法深入理解美国的宪法(constitution)。

宪法民族志研究一般来说倾向于针对特定国家的宪法进行研究,关注其独特的文化传统和社会想象的意义结构,但也关注此种特殊化研究对于一般理论的意义。如果说本文的初步研究有任何一般宪法理论的意义的话,或许在于这样一个初步的命题:一部宪法的成功根本上在于一国的政府和民众对于该宪法的信仰甚至崇拜。正如美国国父詹姆斯·麦迪逊所认识到的,宪法设计的要害并不在于写出一份完美无缺的文本,而在于将宪法文本转化为实实在在的对政府权力行为的限制。在没有一个超越政府的力量来实施宪法、约束政府的条件下,《美国宪法》的文本本身只是一些“羊皮纸的障碍”。<sup>[50]</sup>要使宪法文本超越羊皮纸而成为政治生活的实践,就需要民众和官员对于宪法本身的认同和信靠。宪法的成功需要一种宪法文化:公民和官员将宪法看做是本民族最为重要的政治象征予以崇拜和信仰。宪法文化是勾连权力和文本的重要媒介,是粘合事实和规范的重要心理机制。宪法的成功在于此种心理机制的建成。如果没有这种心理机制,具有类似乃至相同《宪法》的国家未必有相同的宪法。理解这一点,对于外在于美国且希望从美国宪法中汲取启发的观察者而言,或许是必要的。

---

[ **Abstract** ] While incarnating universal constitutional values, the American constitution also shows its own features in concrete institutions and constitutional culture. Employing the methodology of constitutional ethnography, this article maps out the external forms and structure of the meanings of American constitutional culture. The supremacy of the Constitution, the importance of judicial review, and the triumph of constitutional nationalism flow from the particular, exceptional historical experience begun by the American Revolution. The Constitution is revered because it is a product of the Revolution; judicial review is respected because it helps build the trans-generational, historical, and political community of the American people; indigenous norms hold sway because they grow in the particular historical ground of the American polity. A constitutional ethnography of the United States can help us understand the American constitution as a whole way of life, which includes, but is not limited to, the American Constitution and American constitutional law.

---

(责任编辑:支振锋)

[50] Daryl Levinson, "Parchment and Politics: The Positive Puzzle of Constitutional Commitment", 124 *Harv. L. Rev.* 657 (2011).