宪法学在美国

罗伯特·波斯特[*]

田力[**] 译

田雷[···] 校

宪法学的地位与特性取决于宪法的性质。在美国，宪法的内容通常在联邦最高法院与美国人民之间的对话中经商谈而得到议定。正因此，宪法学旨在通过阐释宪法可能发展的系统与法理意涵，从而去调节这种对话。而在欧洲，宪法之存在相对更加独立于政治对话；因此欧洲的宪法学相对来说更加自治。在欧洲宪法学者的想象中，他们的任务是要去发展出一套非政治化且内在融贯的宪法规范结构，而美国宪法学者则倾向于在个案裁决之现实意义的语境中去发展理论。

我受邀评论阿明·冯·伯格丹迪（Armin von Bogdandy）的一篇文章，该文精彩而全面地论述了欧洲宪法学这一专业。冯·伯格丹迪强调，在宪法的发展中“法学学术所具有的根基性的角色”[1]，他还主张“如果不熟悉一种法律秩序的学术，我们就不可能完全理解该法律秩序本身”[2]。冯·伯格丹迪还观察到，在欧洲，“人们甚至会发现，一种公法体制的身份是植根于学术内的概念创造的……”[3]。对于一位成长于美国法学传统中的学者来说，这些观点无异于天方夜谭。

例如，就在昨天，我访问了位于费城的国家宪法中心（National Constitution Center，以下简称 NCC），这是一座根据 1988 年《宪法遗产法案》（Constitution

---

[*] 罗伯特·波斯特，耶鲁大学法学院院长，大卫·博伊斯法学讲席教授。原文为“Constitutional Scholarship in the United States”，刊发于《宪法国际杂志》（*International Journal of Constitutional Law*）第 7 卷第 3 辑，第 416-423 页。

[**] 田力，山东大学法学院 2009 级本科生，Email：tianli1991@gmail.com。

[···] 田雷，重庆大学人文社会科学高等研究院副教授。译校者感谢波斯特院长对翻译此文的授权，并感谢左亦鲁先生在其中提供的帮助。

[1] Armin von Bogdandy, *The past and promise of doctrinal constructivism: A strategy for responding to the challenges facing constitutional scholarship in Europe* , 7 INT'L J. CONST. L. (I•CON) 1, 3 (2009).

[2] *Id.*

[3] *Id.* at 2.

Heritage Act of 1988）[4]所创立的美国宪法博物馆。根据该法，NCC 的功能包括：

（1）作为展览中心，展出关于美国宪法的历史及其当代意义的展品与相关材料；

（2）主持美国宪法的国家公共教育项目；组织巡回展出，委托制作广播与电视节目，为学校布置素材，并提供其他教育服务；

（3）作为智识中心，组织学术界与实务界讨论与提炼宪法议题，同时为中心的展览和公共教育计划提供智识上的支持。

美国人非常严肃地对待他们的宪法，这一点可以为 NCC 所证明。这家博物馆有着 160,000 平方英尺的公共空间，它在开馆的头十五个月里，就吸引了一百万人次的参观者。这个机构生动而有趣，里面到处都是文字、实物、影像和互动式对话的展览，用以解释美国宪法的含义、起源和发展过程。然而在偌大的展览空间里，却几乎没有任何有关宪法学术的声音。

事实上，人们关注的焦点落在了美国最高法院头上，这个机构想象着自己就是宪法的喉舌。例如，访问 NCC 所办的“互动式宪法”网站时，浏览者可以使用三种搜索功能：前两种是有关记者琳达·芒克（Linda R. Monk）所著《我们以之为生的文字：美国宪法导读》（*The Words We Live By: Your Annotated Guide to the Constitution*）一书的主题与关键词的搜索，在访问这个网站之前，我对其作品一无所知；第三种搜索功能允许访问者“通过美国最高法院的判决来搜索宪法文本”[5]。每一年，美国法学学者都要生产大量评注美国宪法的作品，但是就 NCC 及其网站的目的而论，学者的这种作品显然是不相关的。事实上，NCC 是通过大众新闻业和最高法院的判例法来建构美国宪政秩序的形象。而 NCC 着眼与用力之处并不特别；恰恰准确地反映出了寻常百姓的理解方式。

一种观念认为宪法学是宪法的根基，另一种观念则认为“一国之宪法铭刻着民族身份（national identity）的核心内容”（这看起来也是冯·伯格丹迪所持的想法）[6]，从美国的角度来看，在这两种观念之间存在着很大的紧张。如果宪法的确表达着民族身份，那宪法怎么可能同时又被法学学者所控制和定义？又有哪个国家愿意将其民族身份的内容交给一小撮学术专门家来决定？民族身份难道不

---

[4] 102 Stat. 1640, Pub. L. 100-433 (September 16, 1988).

[5] 参见 http://72.32.50.200/constitution/.

[6] 冯·伯格丹迪写道：“如果由《里斯本条约》所修正的《欧盟条约》第四条第二款的前提是正确的，国家认同的核心。”Von Bogdandy, *supra note* 1, at 3.

是来自一个国家的历史与社会形态，来自其公民、法官和官员？毫无疑问，这正是 NCC 所传达出的信息。此博物馆中的每件展品都力图丰富地表达出美国民族身份的构造，并且在每件展品中，这种表达都聚焦于联邦法院与美国政治主体之间的对话。这一形象就是一个通过宪法法律来形塑其身份的政体。

这并非一种怪异的图景。美国是一个移民国家，所以人们时常说，我们的国家（nationhood）本身就独特地生成于我们的宪法法律中。我们并不同于相对同质化的法兰西民族，这个民族组成了法国这个国家；我们也没有君主制，可以用以表达联合王国的主权。我们只有万花筒式变化着的人民及其根本法（fundamental law），即人民的宪法法律。我们相信，让我们团结一体的是我们的宪法而不是族群。

从如此视角看来，美国宪法可以是法律，但也是一种特别类型的法律。用伍德罗·威尔逊（Woodrow Wilson）的话来说："美国宪法不仅仅是法律人的文件：它是生活的载体，它的精神也总是时代的精神。"[7]"生活的载体"如何能以法律的形式存在？这是一个重要而基本的问题。常规的法律都被拱手交由法律专家和法院控制。自从司法审查 1803 年在美国建立起来，[8]它就成为我们宪法法律的中流砥柱。但是司法审查却一直生活在"反多数难题"的重负下：非选举产生的法官如何可以主张他们能够表达出美国人民的政治生活与民族身份？[9]这是一个无法摆脱而且没有答案的问题。

结果就是，我们的宪法在最高法院与美国人民之间政治斗争的拉锯之中得以发展。[10]亚历山大·比克尔说过，"最高法院几乎所有重要判决都会开启在最高法院与人民及其代表之间的对话"[11]。虽然最高法院会做出宪法判决，会提出宪法解释，但法院意见所释放出的政治力量将会在很大程度上形塑宪法内容的最终实质。这种动态过程明显地体现在从布朗诉教育委员会（*Brown v. Board of Education*）[12]到罗伊诉韦德（*Roe v. Wade*）[13]一系列案件中。就此而言，NCC 将

---

[7] Woodrow Wilson, Constitutional Government in the United States 69, Columbia Univ. Press, 1908.
[8] Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803).
[9] 一个相关讨论，参见 Robert C. Post, *Theories of Constitutional Interpretation*, 30 Representations 13, 1990.
[10] 一个相关讨论，参见 Robert C. Post & Reva B. Siegel, Roe *Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash* , 42 HARV. C.R. C.L. L. REV . 373, 2007.
[11] Alexander M. Bickel, The Supreme Court and The Idea of Progress 91, Yale Univ. Press,1970.
[12] 347 U.S. 483 (1954). 参见 Reva B. Siegel, *Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles over Brown*, 117 HARV. L. REV. 1470 (2004).
[13] 410 U.S. 113 (1973).参见 Post & Siegel, *supra* note 10; Reva B. Siegel, *Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The Case of the de facto ERA* , 94 CAL. L. REV . 1323 (2006).

最高法院视为活生生的宪法之声，并投之以极大的敬重，这更多的是想象，而并非事实。美国人希望他们的宪法具有法律的稳定性，但在必要时，他们更希望宪法能传达他们根本的政治认同。[14]

如果美国宪法的创生正是基于这种动态过程，我们应该如何理解宪法学在美国所扮演的角色呢？冯·伯格丹迪写道，宪法学术在欧洲制造了“一种有关话语和论证的自治领域，它是一种中间层次，位于自然法与实证法具体条款之间，自然法主要发生在哲学与神学的范围内，实证法则处于政治与法院的直接权限中”[15]。欧洲宪法学的目标是“发展出一般性的概念和结构，以及将它们作为内在运作于法律体系中的话语加以认识，从而追求系统化”。宪法的学术负责“创造并保卫法律的透明性”[16]以及确保“法律的发展”保持“与变动不居的社会关系、利益和信念的一致性”[17]。

这些阐述显示出一些内在的紧张。一方面，宪法学被理解为处在宪法的司法发展之外，通过运用系统化的法理概念与结构来规训宪法的司法发展。宪法学“系统化了宪法法理，从而也在宪法法院专注于平衡的时代去维持原有的教义日程。”[18]。另一方面，宪法学通过表述一些“法律原则”，它们“的功能在于将法律秩序与更普遍的公共话语联系起来”[19]，从而使宪法适应于现代社会条件。

在第一种观念中，法学研究试图保持宪法作为“法律人的文件”的内在整全性（internal integrity），表达出一种自治性宪法的系统性概念和实践。在第二种观念中，法学研究寻求调和这种自治性专业化事业与大众的政治理解。而这种调和使得宪法偏离了自治性专业化知识的本来道路。

这种有关宪法学的双重观念很好地抓住了美国宪法实际运作中所承担的紧张。宪法不仅必须维持其作为自治性专业实践的正当性，从而实现法治的诸种德性，也必须通过对法律体系所面对的社会需求保持回应性，来维持其外在正当性。[20]如果宪法在这两种要求之间被撕裂，那宪法学也将如此被撕裂。冯·伯格丹迪

---

[14] 一个相关讨论，参见 Robert C. Post & Reva B. Siegel, *Protecting the Constitution from the People: Juricentric Restrictions on Section Five Power,* 78 IND. L. J. 1 (2003); Robert C. Post & Reva B. Siegel, *Legislative Constitutionalism and Section Five Power: Policentric Interpretation of the Family and Medical Leave Act*, 112 YALE L. J. 1943 (2003).
[15] Von Bogdandy, *supra* note 1, at 10.
[16] *Id.* at 14.
[17] *Id.*
[18] *Id.*
[19] *Id.*
[20] 一个相关讨论，参见 Robert C. Post & Neil Siegel, *Theorizing the Law/Politics Distinction: Neutral Principles, Affirmative Action, and the Enduring Legacy of Paul Mishkin*, 95 CALIF. L. REV. 1473 (2007);Robert C. Post,

解释了欧洲宪法学者如何着手处理这些可能无法协调的任务。美国宪法学者也在这两种任务之间被撕裂。美国宪法学者尝试着维持法律的内在整全性，但同时也试图重新表述宪法，使其能够回应人民大众迫切关心的问题。[21]

冯·伯格丹迪评论道，欧洲宪法学者强调“那种系统化的工作模式”[22]，他还认为，“虽然决疑论或者所谓的判例法在欧洲变得愈加重要，但是法学研究仍不可能做到用判例法的导向去取代了概念-教义的导向。也许有人会将这一点表述为一种伦理性的论证：培育与维持系统化的融贯性，从而强化这些理念——法律确定性、平等及随之而来的正义——的基础。”[23]我解读这些片段就是为了说明，欧洲的宪法学者在调和系统融贯性（systemic coherence）与社会回应性（social responsiveness）之间的紧张时，更加强调前者。他们的主要取向便是趋于培育与维持系统的融贯性。这的确与我自己对欧洲学术的观察相一致。

相比之下，在美国，司法决策与大众动员之间持续而频繁的互动，几乎阻止了美国学术界选择上述取向的可能。当法律过程学派（Legal-process school）的巨头们试图通过批评沃伦法院抽象的专业技术和能力[24]，而去攻击沃伦法院时，他们自己几乎任由世人所忽略。[25]虽然美国学者会援引利益无涉的专业知识的权威，但这种权威如此薄弱，以至于宪法学与美国公众阶层动员之间的关联几乎总是可以被立即识别出来。保守派学者批评最高法院没有遵循“原旨主义者”的方法论，而进步主义的学者则批评最高法院未能将平等保护条款（the Equal Protection Clause）全面适用于种族或性别问题。

美国宪法学者通常会争取把政治需要转化到一个系统且融贯的法理框架之中，因此，他们的努力一般都被导向冯·伯格丹迪所说的那种把关（gatekeeping）的作用。美国学者力图确保“法律的发展”保持“与变动不居的社会关系、利益和信念之间的一致性”[26]。美国学者没有任何余地，以超越最高法院与大众之间构成性对话的方式，来处理宪法的内容。在美国学院人士中，我们绝少见到会有学者援引利益无涉的学科化权威，来对美国宪法抽象的概念结构发表意见。

Foreword: Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law, 117 HARV. L. REV. 4 (2003).

[21] 一个相关讨论，参见 Robert C. Post & Reva B. Siegel, *Originalism as a Political Practice: The Right's Living Constitutionalism*, 75 FORDHAM L. REV. 545 (2006).

[22] Von Bogdandy, *supra* note 1, at 15.

[23] *Id.* at 16.

[24] 参见例如 Henry M. Hart, Jr., *Foreword: The Time Chart of the Justices*, 73 HARV. L. REV. 84 (1959).

[25] 即使是美国律师协会，当它尝试基于专业能力来评价一些司法候选人时，都会面临困境。

[26] Von Bogdandy, *supra* note 1, at 14.

欧洲学者显然具有借助这种非政治化的权威来发表意见的能力，这是冯·伯格丹迪讨论宪法学已经“篡夺了王位”的基础，它意味着宪法学已经成为“各种法学研究形式序列中的最高学科”[27]。融贯的学科等级制度的预设显然拥有如此担保：法律本身就有一套融贯的等级制度。宪法学的王位仰赖于“宪法位于这套规范性等级系统的顶峰”[28]。

在美国，目前并不存在这种有关法律的有序化和等级化的叙述，正因此，我们也就没有类似的结构化法学等级制度。在美国法学学者中，最靠近欧洲专业自治理念的是那些从事法经济学这一学科的学者。他们已经生产出大量高度系统化的研究作品，这些研究运用了可复现的方法，追求一种大体上自决的学术议程，虽然其具有明显的保守倾向[29]。法经济学已经进展到这样的地步，即其从事者可以进行被他们看作是“常规科学”工作。

相反，公法学术不能被描绘为一种常规的科学。美国宪法学展现出数目不定的方法论、进路和框架。法学界有着更为广泛的共识，去评定出一种杰出的法经济学研究，却很难无争议地去认定一种杰出的宪法学研究。正是由于这个原因，从事法经济学研究的教授人数仍在继续急剧增长。

然而，法经济学迄今为止仅对宪法学带来了微不足道的影响。从根本上说，这是因为宪法学的主要驱动力在于确保宪法对变动的政治条件保持回应的需要。因为法经济学的驱动力是其自身所内生的效率目的论，所以它对政治承诺的演变相对缺乏回应性。这种系统性的自治使得法经济学成为一种常规形式的“专家知识”，但也正是这种自治使得法经济学不可能在宪法学中产生影响力。

欧洲与美国宪法学之间最根本的区别体现在，宪法学教授的制度定位不同。冯·伯格丹迪写道“法学学者是科学系统内的机构成员，为系统地论述公法而贡献思想、讲座和出版物，在一种专业化的格局中，他们无需承担判决案件的工作。因此，也就不奇怪法学研究的体制在大学里是科系而不是职业学院”[30]。相反，美国宪法学者几乎全部置身于职业学院。虽然“大多数欧陆宪法学者视宪法学为一种科学”[31]，但是，或许除了那些以法经济学为业的学者，即使有也仅有极少

---

[27] *Id.* at 18.
[28] *Id*. at 21.
[29] 作为一门学科，法经济学的成长来自于保守派集团的推动，以反对他们认为存在于法学研究中的进步主义霸权。参见 Steven m. Teles, The Rise of the Conservative Legal Movement: The Battle for Control of the Law (Princeton Univ. Press 2008).
[30] Von Bogdandy, *supra* note 1, at 4.
[31] *Id*. at 5.

数美国法学学者视其研究工作为“科学”。自法律现实主义以降，美国法学学者已经将研究法律理解为研究法律的社会实践。他们已经力图阐明那种实践的诸多目标，并研究如何能够以最有效率的方式去达成这些目标。

在美国，最接近冯·伯格丹迪所描述的那种模式的学者，是那些研究宪法与法院的政治科学家。政治科学家置身于文理学院的科系之中。他们想象着自己的研究是一种科学，并且设法解释宪法体制如何实际运作。大部分政治科学家并不认为法律是一种自治性的实践，他们大多将法律视作政治活动以其他方式的延续。[32]

相反，美国法学学者认同法律的实践，特别是裁判的实践——而这种实践也是他们力图阐明并予以改进的。因为裁判是规范性的，所以美国法学学者的研究也是规范性的。围绕美国宪法学大量的分析方法与框架，体现出弥散在一个广袤而多元的国家中的规范异质性。法律正是这种多元性得以商议的一个舞台。如果法律忽视了这种多元性，并坚持通过援引一种利益无涉且非政治化的法律“科学”的权威来规训多元性，那么法律便不能完成它被配给的任务，这就是调和处于相互竞争中的伦理与政治承诺。

宪法的相对自治性，以及随之产生的宪法学的相对自治性，并不是一个天生的事实。它是一种历史与社会的建构，根源于一个社会可能以何种形式去信任独立的法律专家的主张。在美国，远不及在欧洲那样宽容地把法律作为一种适度自治的系统。这一点可见之于冯·伯格丹迪所讨论的欧洲化进程。在这场欧洲宪政的根本转型中，所出现的所谓的民主赤字在美国几乎是无法想象的。欧洲公民显然比美国公民更愿意将他们的命运委托给一些法律专家。冯·伯格丹迪所描述的宪法学形式与美国主流的宪法学形式之间的对比，归根到底源于这个区别。因为在制度与规范意义上，宪政在美国与政治正当化过程缠绕在一起，所以美国宪法学的事业也同样如此。

---

[32] Henry r. Glick, Courts, Politics, And Justice iX (mCGRAW-hILL 983)（“有大量证据表明形式化法律不能充分解释司法行为，而社会科学研究则提供了更为完整与现实的解释”）; Barbara m. Yarnold, Politics And The Courts (1992)（批评了司法决策的“法学院”模型）; Jeffrey a. Segal & Harold j. Spaeth, The Supreme Court And The Attitudinal Model 32-64 (1993) （回顾并拒斥了司法决策“法律模型”的诸多变种，所用措辞从仅仅被称作无所助益一直到“愚蠢的”与“毫无意义”）。