

阿克曼文集

田
雷
主
编

建国之父的失败：

杰斐逊、马歇尔与总统制民主的兴起

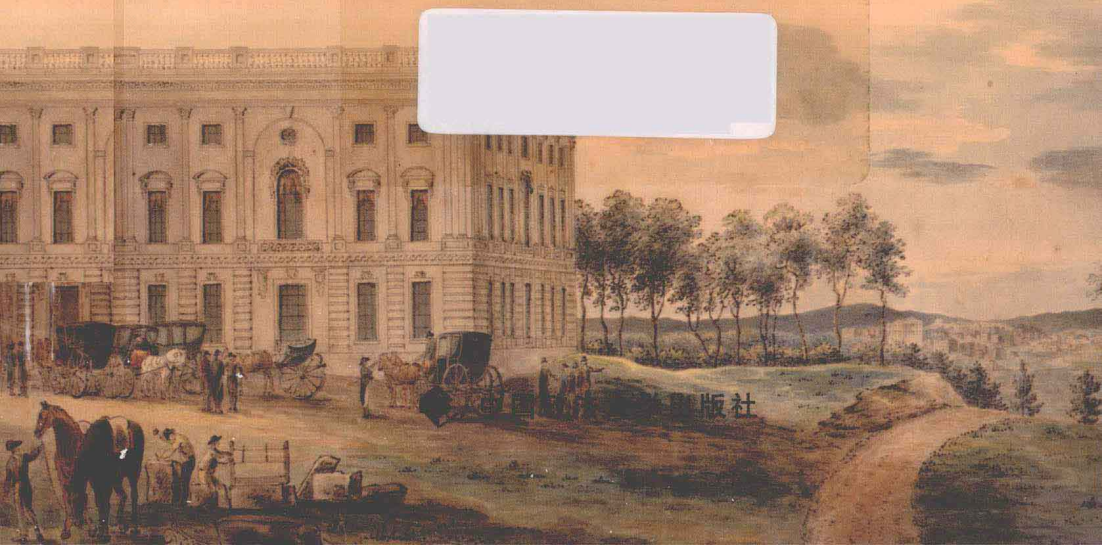
[美] 布鲁斯·阿克曼 著

Bruce Ackerman

江照信 译

The Failure of the Founding Fathers

Jefferson, Marshall, and the Rise of
Presidential Democracy



出版社

阿克曼文集

田雷 主编

建国之父的失败：

杰斐逊、马歇尔与总统制民主的兴起

[美] 布鲁斯·阿克曼 著

Bruce Ackerman

江照信 译

The Failure of the Founding Fathers

Jefferson, Marshall, and the Rise of
Presidential Democracy



中国政法大学出版社

2013·北京

图书在版编目 (C I P) 数据

建国之父的失败:杰斐逊、马歇尔与总统制民主的兴起/(美)
阿克曼著;江照信译. -- 北京:中国政法大学出版社, 2013. 7
ISBN 978-7-5620-4614-1

I. ①建… II. ①阿… ②江… III. ①宪法—法制史—研究
—美国 IV. ①D971.21

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第173732号

- 书 名 建国之父的失败:杰斐逊、马歇尔与总统制民主的兴起
Jianguo Zhifu de Shibai Jiefeixun Maxie 'er yu Zongtongzhi Minzhu de Xingqi
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
58908325 (发行部) 58908334 (邮购部)
- 编辑统筹 第六编辑部 010-58908524 dh93@sina.com
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 880mm×1230mm 32 开本 15.5 印张 345 千字
- 版 本 2013 年 8 月第 1 版 2013 年 8 月第 1 次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4614-1/D·4574
- 定 价 48.00 元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。

建国之父的失败：
杰斐逊、马歇尔与总统制民主的兴起

THE FAILURE OF THE FOUNDING FATHERS:
Jefferson, Marshall, and the Rise of Presidential Democracy
by Bruce Ackerman

Copyright © 2005 by the President and Fellows of Harvard College
Published by arrangement with Harvard University Press

Simplified Chinese translation copyright © 2010
by China University of Political Science and Law Press

ALL RIGHTS RESERVED

版权登记号：图字 01 - 2010 - 3976 号

杰斐逊、马歇尔与
总统制民主的兴起

致科迪与索菲娅——为了明天的明天





序 言

启蒙革命的历史起始于美国，接着又到达法国，在而后的两个世纪内席卷了整个世界——中国、印度和南非，都代表着在现代时期在此共同主题下晚近的重要变奏。所有这些事件都分享着两个特征。第一，它们都是革命（revolutions）——动员起来的群众致力于打破旧秩序，并且以人民的名义去建设一个新的、更好的政体。第二，它们都是启蒙（enlightenment）革命——它们并没有将自己的权威建基于人格崇拜，如希特勒的德国，或者神圣权威，如阿亚图拉的伊朗，其基础在于人类创造一个更为自由和公正的体制的理性力量。而这正是启蒙主义的不朽希望。

1848 年以降，这一世界革命的运动分成为两个大阵营——一边是马克思主义者的；另一边是自由民主主义者的。两者都是启蒙主义的孩子——他们都反对建立在传统、宗教或殖民主义之上的政府；他们都致力于动员起群众运动，以实现根本性的变革；而有些时候，他们也都成功地推翻了旧体制，启动起一种革命性的政府。

诚然，马克思主义和自由主义在关键问题上存在分歧（而分歧的程度取决于作为特定革命之理论基础的马克思主义或自由主义的版本）。但是，分歧不应当遮蔽住他们共同的启蒙理想——普罗大众经由动员起来的理性行动，即可建设一个更加美好的世界。

当我们迈入 21 世纪之时，共同的启蒙理想可以让不同的启蒙传统进行相互间的学习。最重要的是，当华盛顿、毛泽东、甘地或曼德拉史诗般地完成新政体的创设时，革命的故事并未因此终结。维持革命之理念的斗争要延续数十载，乃至数个世纪——在这一时间进程内展示出许多成功与失败。这种业已丰富且仍在积累的历史经验应当激发出一种具有世界历史意义的对话，在这场对话中，来自不同国家的研究者努力比较每一民族之革命经验的共同和差异之处。

美国宪法史在这一场对话内是一种重要资源。本文集所收录著作即将展示，现代美国政府并不是在 1787 年的那个“神奇时刻”一蹴而就的，其时，一小组胜利的革命者齐聚费城，以我们人民的名义提议了一部新宪法。恰恰相反，它是两个世纪以来革命斗争的产物——在此过程中，每一代人都见证了新群众运动的努力，它们改造了 18 世纪的建国遗产。有时候，这些努力从根本上改变了美国政府的目标和方法；有时候，努力只能产生更为有限的调整。但是没有这些不间断的革命性改革的努力，美国的 18 世纪宪法早就将为一系列新宪法所替代——而这正是在法国与世界许多地区发生的故事。

美国成功的关键在于“人性尺度上的革命”（revolution on a human scale）的实践。我们可以通过两组对比来阐释这一概念。首先比较它和“完全革命”（total revolution），完全革命的运动及其领导人追求对此前体制的所有要素的一种完全否

定。而这从来都不是美国的目标。美国在 18 世纪的原初革命者，虽然否定了英国的君主制和阶级体制，但保留了大部分的普通法传统。同样，美国的后世革命者，虽然他们成功地在 19 世纪的重建时期推翻了奴隶制，在 20 世纪前半叶的新政时期否定了自由放任的资本主义，并且随后在民权运动中摧毁了州所维持的种族宰制体制，但他们都保留了此前宪法传统中的许多元素。在每一次此类彻底变革中，革命领袖都将许多传统元素编织进入他们的新美国政府系统。

其次是比较它与“常规政治”（normal politics），在常规政治的过程中，政客和官僚们只不过是在做间隙性的改革，而不去追问根本性的原则。这完全不同于美国在过去两个世纪内的伟大革命：动员起来的群众运动以我们人民的名义要求根本性的变革。区别于常规政治的小修小补，这些运动成功地赢得了大规模的“革命性改革”（revolutionary reforms）——但是却没有否决此前时代的所有宪法成就。正是这一点使得“人性尺度上的革命”在一方面区别于“常规政治”，另一方面则区别于“完全革命”。

人性尺度上的革命，达成如此成就非常困难。如要弹压群众动员，继续走在“常规政治”的道路上，这非常“容易”。与此同时，激化为一场“完全革命”，即便它可能导致蒙受严酷的暴力行为，这也总是有诱惑力的。但是美国历史证明，在这两个极端之间还存在着一种第三条道路。我的研究大部分都旨在详细解释，美国人是如何反复实践这一在人性尺度上进行革命的卓越技艺的。

一个关键概念是“宪法时刻”（constitutional moment）——它要持续十多年，而非数日或数月。宪法时刻的标志是不断升级的群众动员，要求根本性的变革。宪法时刻起始于民众运

动的领导人控制了美国政府的某一个主要机构之时——通常是总统，但有时候也可能是国会或联邦最高法院。一场激烈的政治对话就因此而起，对话的一方是由革命改革者所控制的政府分支，另一方则是仍由宪法保守派继续掌控的分支。这一对抗引导改革者和保守者各自动员起本方的支持者，以期在下一轮的选举中赢得压倒对手的胜利。有时候，保守派在选举斗争中取得了胜利，由此就终结了那一时代的革命政治。但还有些时候，革命性的政党得到选民的连续支持，在重返华盛顿时，他们就在美国政府的更多分支内掌控着更大的权力。当革命政党赢得了一系列的选战，最终主导了政府的全部主要分支——众议院、参议院、总统和最高法院，一次宪法时刻即告终结。在此情形后会出现一个长的时段，美国宪法的更多的传统元素将被改造，使其得以容纳新的革命性改革。

中国读者还应因另外的原因而关注美国的宪政经验。首先，美国革命代表着现代的第一场成功的反帝革命。虽然美国在18世纪与英帝国的决裂在很多方面不同于中国在20世纪反抗西方宰制和羞辱的卓绝斗争，但我鼓励本文集的读者们可以去寻找那些更为隐蔽的同构。其次，美国的经验包含着一种持续不断的努力，如何实现在华盛顿所制定的全国性政策和由州政府所确立的地方紧要议程之间的协调。在“中枢”和“边缘”之间的不同关系，曾在实际中启发着美国宪政在过去两个世纪内的实践，但诸如“联邦制”之类的标签无法替代有关于此的深层历史理解。

对本文集的中文读者来说，他们当然会想到更多的引人入胜的同构和分歧。我希望他们勤于思考并且精于著述。

* * *

我要感谢田雷教授为组织这一翻译工程所付出的努力。本文集可以证明，他深刻理解了那些驱使我进行宪法学研究的智识雄心。多年来的交往使得我们两人有可能共同工作，为中国读者提供了这套丛书。

布鲁斯·阿克曼

2012年10月

(田雷 译)



总译序

布鲁斯·阿克曼，现为耶鲁大学斯特林法学与政治学讲座教授。在学界出道之初，阿克曼主攻法经济学和政治理论，这一阶段为期约十年，直至阿克曼在 1980 年出版里程碑式的重要作品《自由国家内的社会正义》。进入 20 世纪 80 年代，阿克曼开始了一个关键的研究转向。一方面，他从未停止关于政治理论和公共政策的著述，从 1999 年至 2004 年先后出版了他写作计划中的“美国公民三部曲”，继续着他在规范性政治理论和民主理论领域内的探索；另一方面，自他在 1983 年于耶鲁法学院以《发现宪法》为题发表斯托尔斯讲座，1985 年在《哈佛法律评论》上发表经典论文《超越卡罗琳产品案》，阿克曼即已开始将主要的学术精力转向美国宪政史的研究。30 年过后，阿克曼的作品早已在美国宪政研究中建立了一个无法绕开的学术传统，树立起一座难以逾越的学术丰碑。而本文集

就主要收录了他在美国宪政史研究中的代表作品。

阿克曼的研究转向,让他投身到20世纪80年代美国宪法理论“共和主义复兴”的浪潮。在这一学术运动中,他和更年长一些的哈佛的弗兰克·迈克尔曼、更年轻一些的芝加哥大学的凯斯·桑斯坦,共同成为共和主义复兴中的三驾理论马车。而在耶鲁法学院内,阿克曼接下了由亚历山大·比克尔所开创的耶鲁宪法学的旗帜,成为耶鲁学派在四分之一一个世纪内的标杆人物。在比克尔和罗伯特·卡沃先后在1974年和1986年英年早逝后,阿克曼在耶鲁学派中的承前作用已无需多言,而他对后学的启发更是功德无量,现在可以说,他在《我们人民》多卷本中所开创的新学术传统,已经塑造了耶鲁学派宪法分析的基本框架。

正因此,阿克曼在1987年由哥伦比亚大学重返耶鲁大学任教,在44岁时即得以晋升耶鲁的最高教职斯特林讲席教授,且在法学院和政治学系内双聘。就我阅读范围所及,这一记录虽然不是前无古人,新政期间由罗斯福任命至最高法院的道格拉斯,在任教耶鲁法学院时,校方曾因防止他会被奔赴芝大的哈钦斯校长挖角,年仅34岁就受聘斯特林教席的职位。但在法学院早已吸纳研究型大学的学术评价体制的今天,阿克曼所创下的记录至少在相当一段时间内应当是后无来者的。

在阿克曼的美国宪政研究中,最具代表性的著作当属《我们人民》多卷本。关于这一写作计划,桑斯坦曾在《新共和》中称其是“美国宪法思想在过去半个世纪内的最重要贡献之一”,“二战后论述美国宪法的最杰出作品之一”;列文森教授也称《我们人民》是“过去半个世纪在整个宪法理论领域内所进行的最重要的工程”。当然,阿克曼的理论历来也不乏其“不满者”,但即便是保守派的学者批判阿克曼,在法律

评论内的文章题目还是“我甚至比布鲁斯·阿克曼更聪明”。

阿克曼的学术生涯目前远未到盖棺论定的时刻，实际上，我们在未来数年还可期待阿克曼学术产出的第三波。首先是《我们人民》的写作计划已由三卷扩展至四卷，新的第三卷《民权革命》基于他2007年在哈佛法学院霍姆斯讲座《活宪法》，书稿很快即可送交出版社；而第四卷《解释》目前也正在写作过程中。此外，阿克曼还在电邮中告知他的新计划，一本是在政治理论领域内的《活在时间中》，另一本则是更美国宪法一点的《代际间斗争》。作为阿克曼作品中译的组织者，我期待着早日读到阿克曼的新作，也期待着可以尽早将它们作为阿克曼理论体系的一部分译介绍给中文读者。

—

为什么要（重）译阿克曼；或者换位思考，读者——至少是那些希望理解美国宪法的读者——为什么要读阿克曼？在下文中，我不是以研究者的身份回到美国宪法理论的脉络内去重述阿克曼的理论要点，也不是要为阿克曼理论体系内那些被误用的概念做正本清源式的解释。换言之，下文并不是阿克曼理论“in a nutshell”，而是我在阅读阿克曼的基础上，重新理解美国宪政的历史后形成的一些基本看法，就此而言它更像英文中所说的“buyer's guide”。

阿克曼的理论追求是要重新讲述美国宪政史。在《我们人民》多卷本写作的开篇，作者上来就开宗明义：“美国是一个世界强国，但它是否有能力去理解它自己？时至今日，它是否还满足于作为智识上的殖民地，借用欧洲的概念来破译自己民族身份的意义？”从一开始，这就是阿克曼用来拷问自己并

追问美国法律人的问题。在阿克曼看来，美国宪政叙事的问题在于“宪法理论的欧洲化”：美国在两百多年的宪政历程中早已走出了一条自己的道路，但理论家却只会用源自欧洲的理论去表述美国的经验。正因此，阿克曼的宪法理论工作，就是要实现美国宪法理论的“向内转向”，要通过“从洛克到林肯”和“从卢梭到罗斯福”的转向去“重新发现美国宪法”。在美国这个从不乏体制自信的“公法输出国”，阿克曼倡导的是“理论自觉”，他要重新讲述“美国宪政及其本土资源”。

在重新发现美国宪法的理论之旅中，阿克曼的出发点是“二元民主”，在此基础上建构出他的一整套论述。根据阿克曼的讲述，二元民主其实并不复杂：美国宪政内设了两种政治决策的过程，第一种是人民得以出场的宪法政治，“处身于激情被压制的危机之中”，美国人民可以动员起来，启动宪法改革的公共审议，在深思熟虑后给出高级法意义上的决断。第二种是日常的常规政治，它们发生在两次宪政时刻之间，在常规政治中，人民回归他们的私人生活，而授权他们选出来的代理人去进行政治议题的民主审议。

二元民主作为一种宪政模式，是相对于英国模式的一元民主和德国基本法模式的权利本位主义而言的。二元民主之所以成为美国宪政的基本组织原则，并非只是因为二元民主是一种更好的政体设计，主要原因在于它是美国建国者所规定并且在其宪政发展中不断实践和调适的“高级法”。而且二元民主区分了人民的意志和政治家的意志，人民的意志作为高级法，必定表现为人民在历史某一时刻在政治舞台上的“现身说法”。这就决定了阿克曼需要回到历史的深处去发现美国宪法，宪法历史“包含着解码我们政治现实含义的有价值线索”。诚如耶鲁法学院前院长克隆曼所言：“基于先例的论证在法律中有其

正当地位……换言之，历史对于律师和法官来说不只是信息的储藏室，还是价值的容身处，它有能力赋予当下行为以正当性”，“历史应当得到遵守，仅仅因为历史就是历史”。也正是因此，阿克曼以及共和主义学派的“历史转向”，从一开始就不是要去重现那种“在那儿等待被发现”的“事实真相”，而是要从美国宪政史的政治斗争中去发现美国实在的高级法。

这就是历史的政治学了。事实上，就在阿克曼在1983年的斯托尔斯讲座中第一次阐释其二元民主理论时，保守派的原旨主义运动已经是暗流涌动。两年后，里根的司法部长更是自觉地提出作为一种政治纲领的原旨解释论。阿克曼也是一位“原旨主义者”，只是他并非桑斯坦所称的“身披法袍的极端分子”，也没有布伦南所说的“伪装成谦逊的傲慢做派”，但这并不能否认关键问题在于争夺对历史的解释权，问题的关键在于在美国如何去讲述两百年的宪政史。诚如桑斯坦所言：“美国宪法是建立在有关权威的理念之上，而不是有关善好或正当的理念上。”

因此，我们或许可以将美国宪制理解为一个面对着基础文本的解释政体：托克维尔在《论美国的民主》中所提出的“政治问题司法化”的命题，虽然脍炙法律人之口，但也仅在这一意义上是真实的。

阿克曼的二元民主论不是没有背后的政治追求。进步和保守两派的左右互搏主要围绕着罗斯福新政的宪法正当性。在保守派的原旨主义论述中，罗斯福新政放逐了建国者留下的放任自由的宪法秩序（理查德·爱普斯坦曾著书《进步主义者是如何“篡改”宪法的》），因此要对原初宪法忠诚，就要倒拨宪法的时钟，清算罗斯福新政、沃伦法院和民权革命的遗产；但阿克曼所要证成的则是，罗斯福新政是一次成功的宪法政

治，人民的出场留下了作为高级法的“不成文宪法”，反而里根革命是一次失败的宪法时刻。这位出生在纽约市布朗克斯区的裁缝家庭，借着新政后公立教育普及的东风才有机会就读哈佛和耶鲁的宪法学家，实际上是在新右翼保守主义那里争夺对美国史的阐释权，在保守派回潮时守护新政不成文宪制的正当性。就在最近，阿克曼在报纸评论上将矛头对准美国最高法院内的共和党法官，批评他们的一系列宪法判决是在“向20世纪宣战”，挑战了“美国宪政在20世纪的基本前提”和“新政决议的基本元素”，主张“五位大法官怎么有权去否定20世纪艰难赢得的共识”。由此看来，在阿克曼的叙述中，以罗斯福新政、约翰逊伟大社会计划以及民权革命为主线的美国20世纪，所奏响的是一曲进步主义的宪政进行曲；但在保守右翼的叙事中，尤其在放任自由市场论者和道德死硬派看来，这段历史构成的却是美国宪政历程中的一段“歧途”、“脱轨”、“偏离”、“迷失”和“衰朽”。

曾有学者在《哈佛法律评论》批判阿克曼的转向，认为“阿克曼的原旨主义显示出美国自由主义的悲哀现状”，因为自由派已经无法在实体上去说服美国人民去接受新政自由主义，而只能祭出一种甚至“不成文”的“祖宗成法”。但这种批评显然未能理解理论家的良苦用心，因此也未能理解为什么要通过反思“过去两个世纪历史发展的进程”去发现美国宪法。

这样说意味着我们应当回归有关宪法与历史的关系论述。宪政就其本意而言不可能是一种“活在当下”的政治：尤利西斯的“自缚”不可能用左手绑缚右手或右手绑缚左手，而是政治共同体内前代人对当代人与后代人的承诺和约束。同时，宪政并不只是在某一个历史时刻的“绽放”，只有在一种

生生不息的代际共同体内，宪政的时间性才能得到舒展。1838年初，其时未满29岁的林肯在一次面对青年学会的演讲中告诉美国革命后的一代人：“每一个人都要记住，违反法律就是践踏他先辈的鲜血，就是撕碎他自己以及他子孙的自由宪章”，如此看来，所谓宪政，就是由先辈的鲜血为子孙后代谱写出的自由宪章。至于这种代际承诺是否正当，会不会造成“死人之手”的统治，这是另当别论的问题。正是在阿克曼夫子自道的一篇文章中，他清楚地指出，美国宪法并非根源于政治哲学的 seminar，没有可以作为逻辑起点的自然状态或者“原初情境”，“美国人并没有逃避到一个无知之幕后的乌有乡去定义积极主义的正义”，现代美国宪法形塑于每一代人的政治斗争。

合众国本身是一个经由革命、制宪所建构的共同体，宪法是这个共同体的最高纲领，在这种宪制体内，革命先贤、建国之父与制宪诸君是三位一体的。同样，根据阿克曼的宪法类型学，美国宪法代表着革命胜利后的“新开始”，区别于德国基本法作为政治崩溃后的“新开始”与欧盟的“从条约到宪法”的模式。而在“新开始”类型的宪法中，原旨解释有着天生的正当性。正因此，即便原旨解释方法在学理上早已是千疮百孔，背后隐藏的政治动机也已是路人皆知，但原旨解释在美国就是一种政治正确的“主义”：“如今，我们都是原旨主义者了”。

但原旨主义也是一个口号，各自表述。对于美国的原初建国者，阿克曼既没有像保守主义者那样去“唱红”，也没有像上一代进步学者比尔德或第一位黑人大法官瑟古德·马歇尔那般去“打黑”。阿克曼没有将原旨解释奉为新教条：1787年的制宪者是伟人，“但不是超人”。在阿克曼看来，原教旨的原