

第二代宪法问题^{*}

——如何讲述美国早期宪政史

田 雷

内容提要:“第二代宪法”作为一个理论问题的提出,意在超越现有的关于美国早期宪法史的主流叙事。在由第二代宪法所组织起的早期宪法史叙事结构内,“代际”是宪法叙事的基本单元,美国早期宪法史由主流的“建国——重建”两阶叙事转化为“第一代——第二代—第三代”的三代叙事。传统的两阶叙事讲述的是一种“转型”故事,即重建对建国宪制的再造,而三代叙事则关切由第二代国家构建者所开创的守法道路,关键问题呈现为第二代是如何在漫长的建国时刻中守护并且传承原初宪制的。生活在“内战前”,美国第二代国家构建者所面对的结构难题即是建国者通过制宪所规定的究竟是何种性质的联邦共同体。他们的政治求索未能挽救美国免于内战,但在守法主义的宪政视野内,他们并不是毫无作为的一代人。在三代叙事结构内,第二代与其说是“失败”的一代,不如说是“悲剧”的一代:他们面对着联邦党人宪制所遗留的建国不彻底难题,却无法启动制宪权进行宪制续造,而只能在原初宪制框架内进行一次又一次的治标而不治本的妥协。

关键词:第二代宪法 宪法时刻 守法主义 联邦共同体 原旨主义

田雷,重庆大学人文社会科学高等研究院副教授。

^{*} 芝加哥大学法学院的艾莉森·拉克罗斯教授曾发表题为《第二代宪法》的论文,参见 Alison LaCroix, *The Constitution of the Second Generation*, *Illinois Law Review* 1775 (2013)。我要感谢拉克罗斯教授提出了“第二代宪法”的概念,借助这个概念,我对美国早期宪政史的思考获得了一次由粗到细的整理以及由表及里的概念化表述。但同时也要指出,本文的研究和写作有着一个更为长期的独立过程,本文对“第二代宪法问题”的初步阐释,首要的出发点是能否构建出一种在宪政理论指导下的美国宪法史叙事,在美国宪法史的叙事中去发现什么才是宪政;其次是探索一种具有中国特色的美国宪法史叙事,这在本文中主要体现在如何超越阿克曼关于美国早期宪法史的“建国——重建”两阶叙事;最后本文的核心意图就是要赋予“第二代宪法”以实践和理论上的独立性,这同拉克罗斯教授将“第二代宪法”吸收进一个她所谓的“长建国时刻”也有根本的区别。关于“长建国时刻”,可参见 Alison LaCroix, *The Interbellum Constitution: Federalism in the Long Founding Moment*, *Stanford Law Review*, Vol. 67, (forthcoming 2015)。

伟大的事业现在降临至新人手上……我们无法在一场争取独立的战争中赢得光荣。更卓越的先辈早已将这些光荣悉数收揽在手。我们也不会有机会坐上同梭伦、阿尔弗雷德大帝这些建国者相比肩的宝座。我们的父辈们已经先占了独立厅。但是,对于我们来说,所存的还有一种守护(defense)与传承(preservation)的伟大义务,不仅如此,我们还肩负一种高贵的事业追求,时代的精神在召唤着我们。我们所适于担当的任务就是改进(improvement)。让我们的时代成为改进的时代!

——丹尼尔·韦伯斯特,1825年6月17日

一 在国父与国子之间:第二代宪法问题的历史维度

(一) 概述

第二代宪法问题,首先是一个历史问题。如何定义宪法发展史中的“代”?为什么要以代际为宪法史讲述的基本单元?为什么要特别关注本文所提的“第二代”?第二代起于何时,又终于何处?这些都是从历史维度来思考“第二代宪法”时必须回答的问题。

根据我们对美国宪法史的主流叙事结构,建国和重建标示着美国早期宪法发展的两座高峰。如果借用耶鲁法学院布鲁斯·阿克曼教授的讲法,则建国和重建都是人民出场的宪法时刻:人民是宪法的主人,而人民的出场就意味着宪法作为高级法的制定或变革。而在建国和重建这两次宪法时刻之间所界定的就是人民退场的常规政治时段,是两座宪法高峰之间的一段长波谷。这样讲述的话,美国早期宪法史大致就呈现为一种“两峰夹一谷”的形态。^[1]

建国时刻的英雄是以乔治·华盛顿为核心的建国之父。在标准的宪法史叙述中,建国之父们在1776年签署《独立宣言》,投身美国革命,1781年制定出作为美国第一部“宪法”的《邦联条款》;^[2]到制宪者在1787年费城会议上起草新宪法草案,1788年宪法草案满足其所要求的生效要件,邦联解组,与此同时新联邦诞生,1789年新联邦政府成立,华盛顿当选首任总统;再到华盛顿完成两届任期后传位给约翰·亚当斯,而在1800年的总统选举中,亚当斯和杰斐逊的竞争造成了一场宪法危机,制宪者所设计的宪制机器也在此次严峻考验中完成了第一次政党轮替;最后,对于司法化宪法的讲述者而言,建国的历程还应包括在1803年确立联邦最高法院违宪审查权的马伯里诉麦迪逊案。从1776年至1803年构成了美国宪法史上漫长的建国时刻,留下了一段惊心动魄的三十年史。在这段宪法创世纪的故事中,建国之父创制了原初的宪法秩序,由于这部诞生于1787年的宪法

[1] 参见[美]布鲁斯·阿克曼著:《我们人民:转型》,田雷译,中国政法大学出版社2014年版。

[2] 关于《邦联条款》的法律性质,是美国的第一部宪法,还是各主权邦之间的条约,美国宪法学界有着不同的认识,关于这一问题的辨析,可参见 Akhil Amar, *America's Constitution: A Biography*, Random House, 2005, pp. 25 - 31。在美国早期宪法史上,《邦联条款》的定位可以说是牵一发动全身的关键问题,因为它直接关系到如何以及以何种理由证成1787年费城宪法的正当性,而在本文的第二代语境内,这一问题并不构成决定因素。

至今仍是美国现行宪法,所以就有了口耳相传的“超稳定性”故事。根据极端保守派的叙事,美国政治的全部意义都可以回溯至这段共同体初创的立法期,仿佛是国父已经解决了全部的政治问题,后来人只需“以法律为准绳”而将国父的意旨做与时俱进的适用。即便是在自由派的历史叙述中,建国之父的三十年也是意义非凡的年代,完成了美利坚共同体的独立革命、制宪建国和政权交替这三件大事,因此同样是美国宪法史的第一座高峰乃至“绝顶”,只要共和国还存在一天,就是前无古人后无来者的。^[3]

建国之后,就是重建。在美国两百多年的宪法史内,只有重建可以望建国之项背。建国是 Founding,重建就是 Reconstruction,建国的故事围绕着 Founding Fathers(建国之父),而重建的主角则是以林肯为代表的 Founding Sons(建国之子)。^[4] 在美国宪法史的叙述中,重建这次宪法转型起始于林肯在 1860 年秋当选为合众国第十六任总统,经历了史称“脱离之冬”的三个月候任期,林肯在 1861 年 3 月入主白宫时即面对着一个“分裂之家”,南方脱离各州已经组建了新的南方邦联,一个月后萨姆特堡的枪声拉开了历时四年的内战序幕。内战结束后,重建共和党人将重建修正案共三条写入了美利坚民族的高级法,宣告了林肯在葛底斯堡演讲中所承诺的“自由的重生”,在内战胜利的基础上以法律的形式确认了联邦共同体统一而不可分裂。重建是对建国宪法秩序的再造,但这种再造并不意味着改旗易帜的背叛,重建者还是建国之父的孩子,林肯既是最大的变法者,也是最大的守成者,因为重建作为一次变法的目的就是为了让共和国延续下去,林肯并不是美利坚第二共和国的国父,而是第一共和国的国子。^[5]

根据上述图景,美国早期宪法史就呈现出一种“建国——重建”的两阶叙事结构,当然,由建国到重建之间则间隔着一个长时段的宪法发展低谷期。自上世纪 80 年代保守派开始鼓吹作为宪法解释纲领的原旨主义以来,如何讲述美国两百年的宪法史就升格为美国当下关键的政治问题,就此保守和自由两派展开了针锋相对的叙事斗争。^[6] 但即便如此,宪法学的争鸣各方却对早期宪法史的两阶叙述预设着基本的共识。如果我们看阿克曼的《我们人民:转型》,他的笔锋就从建国直接跳跃至重建,追踪这本学术雄心志在重述美国宪法史的作品索引词条,就可发现,这部划时代的宪法史杰作完全没有提到第二代宪法舞台上最杰出的政治家,比如将成为本文主角的亨利·克莱、丹尼尔·韦伯斯特、约

[3] 当然,并非所有宪政主义者都对建国制宪时刻大唱赞歌,在费城宪法诞生两百周年之际,美国最高法院史上第一位黑人法官瑟古德·马歇尔就在《哈佛法律评论》上撰文,批评制宪者用宪法保护奴隶制的道德原罪,参见 Thurgood Marshall, *Commentary: Reflections on the Bicentennial of the United States Constitution*, *Harvard Law Review*, Vol. 100, 1 (1987)。在举国歌颂宪法两百周年的时刻,马歇尔以其大法官的政治身份,在最权威的法学刊物上将火力对准建国之父,若不是马歇尔的黑人身份,无异于政治自杀。

[4] 有学者用“建国之子”来称呼第十四修正案的主要起草者约翰·宾厄姆,本文将此称号扩展适用于林肯这一代政治家,可参见 Gerard Magliocca, *American Founding Son: John Bingham and the Invention of the Fourteenth Amendment*, NYU Press, 2013;也可参见 Richard Brookhiser, *Founder's Son: A Life of Abraham Lincoln*, Basic Books, 2014。

[5] 关于林肯作为宪法决策者的分析,可以参见 Daniel Farber, *Lincoln's Constitution*, University of Chicago Press, 2003。

[6] 在此问题上,保守派学者往往更为坦诚,比如罗伯特·博克就曾经写道:“历史之重写,总是在控制现在和未来的斗争中的一种武器。”参见 Robert Bork, *Slouching towards Gomorrah: Modern Liberalism and American Decline*, Harper Perennial, 2003, p. 35。

翰·卡尔霍恩。而小亚当斯作为第二代宪法秩序之揭幕者仅有一处亮相,而这仅有的一次出场也是青年小亚当斯在1787年对费城制宪会议的批判,因此无关第二代宪法问题的宏旨。^[7]

这当然不是阿克曼一个人的问题。如果从宪法文本主义的立场去观察美国早期宪法史,同样会看到,自第十二修正案在1804年通过后,宪法文本的下一次增修要等到1865年获批生效的第十三修正案,换言之,在文本主义者眼中,从1804年至1865年只能说是美国宪法发展漫长的停滞期,在历史记录上不过是一片空白。而若是由司法化宪法的信徒来观察这段历史时期,他所看到的同样是宪法发展长达半个世纪之久的停滞期,因为虽然联邦最高法院在1803年的马伯里案中首开违宪审查之先河,但下一次宣告国会立法违宪的案件却已是让他们无比尴尬的斯科特诉桑福德案(1857年),^[8]这也就意味着从1803年至1857年,司法审查在诞生后旋即陷入了漫长达半个世纪的休眠期。由是观之,这些政治立场左右有别、叙事元素各有关照的宪法学流派,却在美国早期宪法史的叙事结构上存在着基本的共识,也就是由建国至重建的两阶叙事结构:建国之后,就是重建。

在此结构内,本文所讲的“第二代”就成为了没有自己名字的历史段落,它起始于建国时刻终结时,而休止于重建时刻到来前。在此历史时段内出现在国家舞台上的政治家们,既不是建国之父,在革命、制宪和建国三部曲谱写之时,他们尚且只是襁褓中牙牙学语的婴儿;又不是建国之子,当美利坚民族在内战中获得浴血重生时,他们却早已撒手人寰多年。第二代在任何一个版本的宪法故事内都不是英雄主角,在建国的舞台上指点江山的国父是他们的父辈,而在重建的场景内保家卫国的国子又是他们的子辈,唯独本文所说的“第二代”夹在建国国父和重建国子之间,历来备受冷落,他们所占据的只是一个被称之为“早期宪法史”(early national period)的段落。但问题在于,“早期宪法史”只是为了分期而分期的结论,是一个没有自己面目的标签而已,如果继续用这个空洞的标签去概括这一时期的宪法历史实践,只能遮蔽住这一代人真实的政治斗争和宪法作为。

甚至问题还不止如此,我们还习惯于将这一建国后至重建前的历史阶段称为“内战前”(Antebellum)。如果说早期宪法史的概括只是让第二代宪法失去自己的名字,那么内战前这个标签就是在将第二代污名化。“内战前”是在从后往前地阅读历史,隐藏着一个将责任追溯既往后形成的政治判断。对于第二代政治家而言,他们当然不知道其身后所发生的北方与南方之间的血腥内战,既然如此,用“内战前”来对这一代人做盖棺论定的评价,也就隐含着基本的价值判断:也即第二代是美国宪法史上的悲剧一代,在代际流转的宪法事业中,他们所肩负的任务是要“守护”和“传承”建国之父通过宪法所联合起来的联邦共同体,正是因此,他们在既定宪法框架内进行了一次又一次的妥协,内战的爆发就意味着他们所有的政治努力都付诸东流,在这一代政治家于1850年代初相继谢幕之时,美利坚民族似乎是不可避免地走向了一场兄弟阋墙的内战灾难。^[9]“内战前”这个标

[7] [美]布鲁斯·阿克曼著:《我们人民:转型》,田雷译,中国政法大学出版社2014年版,第37-38页。

[8] Dred Scott v. Sandford, 60 U. S. 383 (1857).

[9] 例如参见 David Potter, *The Impending Crisis, 1848-1861*, Harper Perennial, 2011.

签,一方面隐含着第二代是悲剧、失败的一代人,另一方面也意味着维护联邦共同体之统一的历史任务要等待林肯这代人来完成。如本文以下所述,“内战前”作为宪法史的一种分期模式,其实质是用“建国——重建”的两阶叙事吸纳了本文所提出的三代叙事,是用断裂的故事置换了连续性的故事,也在此过程中遮蔽了美国宪政“超稳定性”的真正历史实践和经验。

在此背景下,本文提出第二代宪法问题这个概念,意在呼吁美国宪法的研究者可以认真对待这个存在于建国之后和重建之前的历史阶段。认真对待首先要求我们就第二代观察第二代,一方面不要用拉克罗斯教授的“长建国时刻”概念去吸纳第二代的政治作为,另一方面也不要“内战前”的标签去否定第二代的宪法努力。当然,对于本文的研究而言,上述的“另一方面”是尤其重要的,如要为第二代宪法书写其“独立宣言”,我们可以想象自己就是一位生活在内战前的观察者,罗尔斯意义上的“无知之幕”已经降下,我们并不知道在第二代身后的美国宪法发展,包括内战和重建,“不知有汉,无论魏晋”。

(二)历史分期问题:三代的人与事

如前所述,美国早期宪法史的叙事首先呈现为“建国——重建”的两阶结构,在此框架内,重建顾名思义就意味着对建国宪法秩序的再造,两次宪法时刻之间因此构成了一种转型的逻辑,而本文所要界定的第二代也就被吸纳在这一转型的叙事内,失去其自身独立的面目。正因此,如要认真对待“第二代”,我们首先要修正的是美国早期宪法史的叙事结构,由传统的两阶结构扩展至本文所展示的“三代”结构,也只有在这种三代叙事的框架内,我们才能独立地界定出第二代的历史分期以及第二代宪法问题的理论含义。

简单地说,所谓美国早期宪法史的三代结构,就是从共同体代际传承的角度区分自 1776 年至 1865 年这一区段内前后相继而起的三代政治家。当然,在进行这一基础工作之前,首先要承认,代际传承在现实中必定是“犬牙交错”的,不可能是“代代公民如同游行方阵式同生同死”。^[10] 在此意义上,早期宪法史的三代结构本身就是有着理论建构导向的政法拟制,而不是单纯的自然历史事实。

首先,我们可以将亲历 1776 年革命、1787 年制宪并且在 1812 年战争前主宰国家政治舞台的国父们称为第一代的国家构建者。在这一代“建国兄弟们”^[11]中间,最年长的是德高望重的本杰明·富兰克林(1706 - 1790 年),接下来包括乔治·华盛顿(1732 - 1799 年)、约翰·亚当斯(1735 - 1826 年)、托马斯·杰斐逊(1743 - 1826 年)、詹姆斯·麦迪逊(1751 - 1836 年)、詹姆斯·门罗(1758 - 1831 年)。这五位也是美国头五任的总统,自华盛顿在 1789 年就职到门罗在 1825 年卸任,前后时间跨度达 36 年之久,而在此期间,除第二任总统亚当斯来自北方马萨诸塞州以外,美国早期总统悉数来自南方弗吉尼亚州,也形成了早期史上著名的“弗吉尼亚王朝”。当然,第一代政治家中还不应该遗漏未成就总统功

[10] 这种对共同体的代际界定,来自于托马斯·杰斐逊,参见[美]托马斯·杰斐逊著:《杰斐逊选集》,朱曾汶译,商务印书馆 2011 年版,第 478 - 484 页。而正文中的概括,可参见[美]史蒂芬·霍姆斯:《先定约束与民主的悖论》,载[美]埃爾斯特、[挪]斯萊格斯塔德主编:《宪政与民主:理性与社会变迁研究》,潘勤、谢鹏程译,生活·读书·新知三联书店 1997 年版,第 247 页。

[11] Joseph Ellis, *Founding Brothers: The Revolutionary Generation*, Vintage, 2002.

名就身先死的亚历山大·汉密尔顿(1757-1804年)以及执掌联邦最高法院至1835年的约翰·马歇尔(1755-1835年)。若是从生理年龄上看,富兰克林完全可以成为门罗的祖父,而谣言也曾一度传说华盛顿乃是汉密尔顿的生父,^[12]但我们从宪法意义上完全可以将他们拟制为同一代人,因为他们作为国父的政治身份并不是基于相同的生卒年月,而是此起彼伏但却同舟共济的政治奋斗,前后绵延三十年。

其次,本文所界定的“第二代”国家构建者,是指出生于1770或1780年代并在1810或1820年代登上国家政治舞台的政治家。第二代政治家没有机会亲历革命,但美国革命却成为他们政治社会化的主要经验。正因此,他们是后革命的一代人,革命对他们而言不再是亲身体验(“所见”),而是口耳相传的经验(“所闻”)。^[13]但正如历史学家乔伊斯·阿普尔比所言,“继承革命”的这代人是第一代美国人,因为他们的父辈都是生而为英国臣民的,都经历过一场由效忠英王到忠诚于美国宪法的认同转变,而他们却是生而为美国人的。^[14]

第二代国家构建者的代表人物,包括约翰·昆西·亚当斯(1767-1848年)、安德鲁·杰克逊(1767-1845年)、亨利·克莱(1777-1852年)、丹尼尔·韦伯斯特(1782-1852年)、约翰·卡尔霍恩(1782-1850年),也包括马丁·范布伦(1782-1862年)和罗杰·塔尼(1777-1864年)。仅从生理年龄上比较,第二代中最年长的小亚当斯,同第一代的门罗仅有9岁的差距,若是从自然时间上界定,门罗更应当同小亚当斯归入一代,而不是比他年长52岁的富兰克林。但门罗再年轻,也是美国革命的亲历者,他是华盛顿将军在独立战争期间的助手,在那幅早已成为美利坚民族经典的《华盛顿强渡特拉华河》的油画中,门罗正是那位手持美国星条旗的英俊少年,站在昂首立于船头的华盛顿将军身后。^[15]而小亚当斯无论年龄再大,在美国革命之时还只是跟随父亲约翰·亚当斯出使欧陆的孩子。更有意思的是,小亚当斯当然就是亚当斯二世,“小”这个前置词告诉我们,他不仅是在政治代际意义上的第二代,还是一个血统至纯至正的“第二代”——他不仅有一位从华盛顿手里接过政权的父亲,还有一位堪称头号国母(founding mother)的母亲,也就是阿比盖尔·亚当斯(Abigail Adams),^[16]曾有史家将亚当斯夫妇称之为“第一家庭”。^[17]

以此类推,第三代国家构建者,就是大约出生在1790和1800年代,在1830和1840年代登上国家政治舞台的政治家。第三代政治家基本上对应着“建国——重建”两阶叙事中的“国之子”。第三代中的高寿者,如第十四修正案的起草者约翰·宾厄姆(1815-1900年),甚至看到了二十世纪的曙光。第三代是内战的总指挥和重建的总设计师,林肯

[12] 参见 Akhil Amar, *America's Constitution: A Biography*, p. 161.

[13] 关于独立战争的经验如何从“活生生的历史”,转变为“被阅读”和“被叙述”的经验,可参见林肯1838年在斯普林菲尔德青年学会的演讲,[美]亚伯拉罕·林肯著:《林肯选集》,朱曾汶译,商务印书馆2010年版,第11-12页。

[14] Joyce Appleby, *Inheriting the Revolution: The First Generation of Americans*, Harvard University Press, 2000. 当然第一代国父的身份认同更为复杂,弗吉尼亚王朝谱系内的多位总统就自认为首先是弗吉尼亚人,其次才是联邦共同体的公民,可参见 Andrew Burstein and Nancy Isenberg, *Madison and Jefferson*, Random, 2010.

[15] 这幅画原名为“Washington Crossing the Delaware”,现藏于纽约市大都会博物馆。读者若是不熟悉这幅画,可以进行网络搜索。

[16] 建国史学者伍迪·霍顿曾为亚当斯夫人做传,参见 Woody Holton, *Abigail Adams*, Free Press, 2009.

[17] 参见 Joseph Ellis, *First Family: Abigail and John Adams*, Knopf, 2010.

总统(1809-1865年)早在28岁时就曾阐释出他那一代人的政治使命,对于林肯这一辈而言,独立战争的革命经验已经由第一代的“所见”或第二代的“所闻”,转变为第三代的“所传闻”：“它必将会被人们淡忘。随着时间的流逝而变得愈发模糊”，而“我们的任务就是要把美好的国土和政治大厦传诸千秋万代”，“这一任务意味着对前辈感恩,对自己公正,对子孙尽责。”^[18]

在美国早期宪法史内的三代国家构建者得到基本划分后,我们就可以在时间坐标系内大致界定出第二代所处的历史阶段。诚然,对历史进程进行分期都必然要隐藏着一种基于理论的归类,因此必定构成了一种对历史原本秩序的介入,它在彰显一部分人、事、物的同时也会遮蔽另一部分的人、事、物。但这原本就是我们进入宪法史的领域时所要付出的成本。第二代宪法的分期,就是第二代政治家主导国家政治舞台的时间,本文以下给出两个版本的第二代分期,一个跨越时段更长一些,另一个则更短一些。

长版本的第二代,起始于1815年,终结于1857年,共历时42年。在此版本内,第二代的起点设在1815年,因为这一年是1812年战争(也即“第二次独立战争”)的结束,就在此前数年内,第二代政治家中最伟大的三个人物相继在国会内登场亮相:在1811年底开幕的第12届国会中,来自肯塔基州的亨利·克莱首次现身众议院,同时当选为众议院议长;而与克莱同期进入众议院的还有来自南卡罗来纳州的约翰·卡尔霍恩;丹尼尔·韦伯斯特则作为新罕布什尔州的代表在1813年进入众议院,在一年多的时间内,“伟大三杰(Great Triumvirate)”在国会舞台上聚首,由于国会在早期宪制中的中枢地位,他们可以说是第二代国家构建者中最璀璨的星辰。^[19]而长版本的第二代终结于1857年,第二代政治家在此时大多数逝世,也是在这一年,联邦最高法院判决了斯考特诉桑福德案,继1803年的马伯里案后第二次宣布国会立法违宪。在此之后,奴隶制问题终成再无妥协余地的分裂议题,位于联邦共同体前路的唯有内战一途。

短版本的第二代,起始于1825年,终结于1852年,历时共27年。在1800年的总统大选中,挑战者杰斐逊击败了在职总统亚当斯,由此开启了南方弗吉尼亚人连续执政的弗吉尼亚王朝,在此背景下,小亚当斯在1825年同门罗的政权交接就有了历史分水岭的意义。首先,门罗是弗吉尼亚王朝的最后一任总统,他的离去标志着纵贯第一代宪法时段的弗吉尼亚王朝的谢幕。其次,历史首先选择了以老亚当斯的失败来开启弗吉尼亚王朝,又选择了亚当斯二世来终结这个绵延24年的王朝,由小亚当斯这位血统纯正的第二代来开启第二代宪法秩序,可以说是本文命题的绝妙注脚。历史偶然所书写的脚本,竟同宪法发展的韵律是如此合拍!再次,在小亚当斯入主白宫的一年后,正逢《独立宣言》签署也即美利坚民族诞生五十周年,也就是在1826年7月4日这个举国同庆的日子里,杰斐逊和

[18] [美]亚伯拉罕·林肯著:《林肯选集》,第3-4页。

[19] “伟大三杰”虽都未能当选美国总统,但均有在国会和政府系统内交替任职的政治经验。克莱曾担任小亚当斯政府的国务卿,韦伯斯特曾两度出任国务卿,反而是他所服务的两任总统现在看来已经为历史所遗忘,而卡尔霍恩更是先后担任过战争部长,两届副总统,短期任职的国务卿。不过,伟大三杰的卓越政治功绩都是在国会舞台上做出的。1957年,美国参议院评选出了历史上最伟大的五位参议员,这三人占据其中的三席。历史学家梅里尔·皮特森曾完成了伟大三杰的集体传记,参见 Merrill Peterson, *The Great Triumvirate: Webster, Clay and Calhoun*, Oxford University Press, 1981。

老亚当斯在同一日内先后辞世。^[20] 既然我们将第一代国父的谢世界定为第一代和第二代的交接时刻,那么同样道理,第二代宪法时段也终结在第二代政治家相继谢世的 1852 年:在伟大三杰中,卡尔霍恩在 1850 年 3 月去世,而克莱和韦伯斯特则在 1852 年 4 月和 10 月相继辞世。在他们去世前,克莱和韦伯斯特主导完成了 1850 年关于奴隶制分歧的大妥协,可以说是他们这一代人为共和国试验所做出的最后贡献。^[21]

二 两个“三十年”之间的关系： 第二代宪法问题的理论维度

“建国(I)——重建(II)”的两阶叙事主导着我们对美国早期宪法史的讲述,在此叙事结构内,在建国之父谢幕至国之子登场这一时间区间内,美国宪法发展陷入了一段长达三十年之久的停滞期。但这种宪法史叙事却同一般意义上的美国史书写形成了鲜明的反差。丹尼尔·霍伟教授为“牛津美国史系列”写作了 1815 年至 1848 年的断代史,他就将这段历史称为《上帝带来了什么:美国的转型(1815——1848)》;放在美国历史发展的长程内看,这确实是一个发展、变革和转型的三十年,是一个“市场革命”、“交通革命”以及“通讯革命”的年代。^[22] 一方面是美国社会经济条件日新月异的发展,另一方面却是宪法在传统叙事中陷入了停滞,宪法学者有义务对这种实践和表达之间的背离做出理论上的解释,要知道,托克维尔正是在 1831——1832 年间进行了他为期九个月的美国之旅,后来在《论美国的民主》中给出了为宪法学者津津乐道的观察,所有的政治问题在美国都会转化为法律问题而得到解决,那么当宪法学者在不断援引托克维尔来为宪政正名之时,他们必须为上述的反差和背离做出法理上的解释。这就要求我们首先去关注第二代宪法的历史实践,虽然国内对美国宪法的研究和译介已经蔚然成风,但法学者显然更熟悉那些据说在宪法问题上一言九鼎的“九人”,^[23] 本文所关注的伟大三杰也许是基本陌生的名字,因此我们首先要在历史研究的意义上去填补这一空白,将目光投向这实际上惊心动魄的

[20] 杰斐逊在国庆当日凌晨于弗吉尼亚州去世,去世前最后一句话为:“是不是到了 7 月 4 号(Is it the Fourth?)。”五个小时后,老亚当斯于马萨诸塞州去世,他最后一句话是:“托马斯·杰斐逊仍活着(Thomas Jefferson still survives.)”有评论者曾这样说道,亚当斯的这句话“错在一时,而对在永远”,这是指,杰斐逊虽然比亚当斯更早离世,但相对于亚当斯,杰斐逊却更为美国人民所铭记。参见 Joseph Ellis, *Founding Brothers: The Revolutionary Generation*, Vintage, 2002, p. 248。而据历史记载,小亚当斯在 7 月 6 日得知杰斐逊去世的消息,而在已经启程返乡看望老父亲的归途中,在 7 月 9 日于巴尔的摩得知父亲的死讯。小亚当斯宣布,两位建国之父在国庆日的同时辞世,标志着“神意对民族的恩赐”。参见 Daniel Walker Howe, *What Hath God Wrought: The Transformation of America, 1815 - 1848*, Oxford University Press, 2007, 243。

詹姆斯·门罗于 1831 年 7 月 4 日去世,为第三位去世在国庆日的美国国父,美国前五任总统,竟有三位去世于美国国庆日!

[21] 参见 Fergus Bordewich, *America's Great Debate: Henry Clay, Stephen Douglas, and the Compromise That Preserved the Union*, Simon & Schuster, 2012。

[22] Daniel Walker Howe, *What Hath God Wrought: The Transformation of America, 1815 - 1848*, Oxford University Press, 2007; Charles Sellers, *The Market Revolution: Jacksonian America, 1815 - 1846*, Oxford University Press, 1992; Sean Wilentz, *The Rise of American Democracy: Jefferson to Lincoln*, W. W. Norton, 2005。

[23] 例如可参见任东来、陈伟、白雪峰著:《美国宪政历程:影响美国的 25 个司法大案》,中国法制出版社 2004 年版; [美]杰弗里·图宾著:《九人:美国最高法院风云》,何帆译,上海三联书店 2010 年版。

“三十年”。

更重要的是,认真对待第二代宪法问题,将早期宪法史的两阶叙事扩展为本文所勾勒出的三代叙事,并不只是插入了一个名为“第二代”的新阶段而已,而是从根本上改变了美国早期宪法发展的逻辑。传统两阶叙事的组织逻辑关系表现为重建(Reconstruction)对建国宪法秩序的“再造”(reconstruction)。也就是说,我们人民在建国时刻过后就隐退回他们的私人生活,而要在内战之后才二度登场,这次登场的结果就是废除了建国者在原初宪制中所规定的奴隶制原罪(第十三修正案),再造并因此延续了联邦党人所建构的联邦共同体(第十四修正案),将获得解放的黑人纳入到我们人民的范围内(第十五修正案)。而在三代叙事的结构内,第二代就好像一个转接器那样介入到建国和重建之间,不仅扩展为“第一代(I)——第二代(II)——第三代(III)”的三代叙事,更将原有的转型叙事改造为新的连续性叙事。而在这种连续性的故事中,早期宪法史的主线就不再是重建对建国秩序的改造,而首先是第二代对第一代的继承,具体表现为第二代是如何继承建国者所开创的原初宪法秩序,并且由此开启了一场作为代际对话的宪政实践的。就此而言,第二代宪法的历史实践提出了一个根本的宪政理论问题,这就是宪政实践与历史叙事之间的关系问题。^[24] 我们由此可以看到美国宪法史讲述中的另一个悖论:一方面我们认定美国宪法的成功关键在于其“超稳定性”,而另一方面我们在寻求他山之石时却总是抱着一种“改革”思维,乐于讲述美国宪法的变革历程,而很少自觉地追问美国宪制中有哪些经得起时间检验的制度元素,当然也谈不上去思考如何协调在稳定实践和变革叙事之间的紧张。就此而言,关注第二代宪法问题,事实上就提供了一次在宪法理论上正本清源的学术机会。

而根据前文的分期,第一代政治家大致对应着 1787 年宪法所走过的第一个三十年,而第二代政治家则对应着这同一部宪法的第二个三十年,就此而言,美国早期宪法史的核心线索就在于如何去理解这前三十年和后三十年之间的关系。而学者的任务就不仅是要认真对待第二代宪法的历史事实,而且要思考如何在理论中综合起第一代和第二代的宪法发展,讲述一个以连续性为主线的建国六十年来宪法故事。而本部分的任务就是提供一个初步的阐释。

(一)第二代的宪法主旋律

在 1863 年的葛底斯堡演讲中,林肯总统开篇即营造出一种回到国父的叙事场景:“八十七年前,我们的国父们在这块大陆上创立了一个新国家,它孕育于自由之中,奉行所有人生而平等的原则。”在国之子林肯的讲述中,美利坚民族的诞生就可以上溯至 1776 年 7 月 4 日公布的《独立宣言》。而也是在《独立宣言》签署即美利坚民族诞生五十周年的日子,杰斐逊和亚当斯间隔五个小时而先后辞世。这是一个有着分水岭意义的时间坐标:在走过半个世纪的风雨历程之后,国父的谢世既标志着旧时代的谢幕,也揭开了新时代的序幕。我们在这里所要提出的宪法问题是,这两个时代彼此之间构成了什么样的法律关系?

[24] 美国宪政的正当性建立在一种连续性的历史叙事之上,关于这一命题的初步阐释,可参见田雷:《美国宪政:先定承诺与历史叙事》,《读书》2014 年第 4 期。

丹尼尔·韦伯斯特对此问题给出了立场鲜明的回答。1826年8月2日,马萨诸塞州人民在波士顿法纳尔会堂集会悼念一个月前逝世的亚当斯和杰斐逊,韦伯斯特时任马萨诸塞州在国会的众议员代表,应邀向集会群众发表演说。“在共和国的创立者离世之际,那些倾洒而出的泪水,那些无法带走的光荣,都证明了共和国自身会与世长存的希望。”在演讲一开始,韦伯斯特就在建国者和国家本身做出基本的区分:建国者的肉身必会衰朽,但建国者所订立的高级法规范却有可能垂范千古,他们所进行的共和宪制试验有希望永世长存。但如要这种历史的可能或希望成为必由之路,则要求联邦共同体成为在死去的先辈、当下的我们以及未来的子孙后世之间的政治民族,而第二代则在这种代际共同体的生成中扮演着承前启后的关键角色,这就是韦伯斯特所认定的第二代所肩负的宪政使命:“这可爱的土地、光辉的自由、美好的制度,我国父所留下的宝贵遗产都是我们的了;要我们去享用,要我们去守护,要我们去传承。回首过去的世代,展望未来的世代,我们有责任肩负起这神圣的信任。”^[25]

建国者已逝,但共和国不朽,而不朽的可能性就在于共同体要成为一个统合起过去、现在和未来的政治民族,而对第二代政治家和人民来说,这就要求他们遵守所继承的宪法秩序。要做“守护”和“传承”的一代人,就是第二代政治家的宪法命运。无论是韦伯斯特在此分水岭时刻的演讲,还是他一年前纪念邦克山战役五十周年的演讲,^[26]甚至可以向下包括林肯在1838年所做的《我们的政治制度永世长存》演讲,^[27]都表达出了第二代宪法的时代命题。虽然韦伯斯特是在悼念国父的群众集会上发表了上述演讲,但据说,他在演讲的最后还是唤起了场内听众的喝彩声:

若是我们珍视国父们的美德和原则,上天就会帮助我们续写人类自由和幸福的诗篇。幸运的兆头在向我们招手。伟大的先例就在我们面前。现在,我们自己的苍穹就闪耀在我们道路的上方。华盛顿就出现在明澈的夜空中。而现在,还有星辰加入到美国人的星群内;他们环绕着中央,天际闪耀出新光。

在韦伯斯特的叙述中,以华盛顿为核心的第一代政治家都是伟大的立法者,他们从无序中创造出秩序。国父们在一场艰苦卓绝的战争中赢得了民族的独立,旋即又以我们人民之名 of 全民族订立了不可为常规政治所改的高级法规范,由此建构起一个可运转的国家政府,也于此过程中确立了许多伟大的政治先例。而韦伯斯特口中的“我们”或“新人”就是共和国的第二代,他们出生在新美国,成长于宪法下。对于“我们”而言,国父已经先占了立法者的先贤祠,“我们”未能生逢独立战争的考验,因此只能仰视国父的美德。但这并不意味着“我们”这一代注定是无所作为的一代。恰恰相反,在代际传承的维度内,我们要将所继承的宪法秩序传承下去,让建国者所开创的宪制成为一种经得起时间检验的政治秩序。简言之,“我们”第二代不是立法或变法的一代,而是守法的一代。但也要

[25] Merrill Peterson, *The Great Triumvirate: Webster, Clay and Calhoun*, pp. 110 - 111.

[26] 邦克山战役发生在1775年6月,是独立战争期间第一次流血战役,而这次演讲也即本文题记内所引的韦伯斯特演讲,可参见 Merrill Peterson, *The Great Triumvirate: Webster, Clay and Calhoun*, pp. 108 - 109.

[27] [美]亚伯拉罕·林肯著:《林肯选集》,第3-12页。

指出,这里的“守法”并不是形式主义的法律适用,也不是“两个凡是”式的墨守成规,第二代面对的是一个急剧变动中的美国以及尚没有生成时间所赋予的尊荣的宪法文本,因此这其中的守法也必定有与时俱进、能动解释乃至“创造性的破坏”的元素。^[28]这也正如韦伯斯特所讲到的,“传承”、“守护”和“改进”在实践中是相互贯通的,共同决定了第二代宪法史的主旋律。

(二)革命者的宪法原旨

美国的建国之父首先是革命者,学者在今天经常会不自觉地忘记这一基础事实,也正因此,才需要美国史的殿堂级学者戈登·伍德去写作一本《美国革命的激进主义》,以求正本清源。^[29]简单地看,华盛顿及其战友都是造反者,他们所要反叛的是当时世上最坚船利炮的英帝国,若是以华盛顿为首的叛军在游击战中失利,他们就要被送上绞刑架,在此意义上,华盛顿之所以成为开天辟地的美国国父,而不是命丧绞刑架的叛军领袖,主要区别就在于他所率领的大陆军取得了一场“近乎奇迹”的独立战争胜利。^[30]回到这场叛乱的起点,造反者也并不缺乏那通常被赋予革命者的敢于抛头颅洒热血的乐观主义精神:当大陆会议代表签署《独立宣言》时,弗吉尼亚的代表本杰明·哈里森对马萨诸塞的埃尔布里奇·格里讲道:“格里先生,若是我们因现在的所作所为走上绞刑架时,我有一大优势,从我的体重来判断,我在短短数分钟内就会断气,但你体态轻盈,在死亡前会在空中舞动几个小时。”^[31]

对于任何成功的革命家来说,他们都面临着一个共同的问题:我(们)死之后怎么办?在联邦政府初创的1790年,约翰·亚当斯就在给本杰明·拉什的信中写道:“革命的历史将会成为持续不断的谎言。”^[32]如果用法言法语来表述这种革命者的焦虑,这就是如何在革命之后建立起既忠诚于革命理念,同时又可以经得起时间检验的政治秩序。在此问题上,美国革命者走出了一条独特的道路,他们生活在一个法国大革命前的政治世界内,他们选择的不是继续革命或不断革命,而是革命领袖以我们人民之名制定出了一部作为民族根本法的宪法,将革命政治的原则和理念写在成文法典内,以此防止后世子孙会背弃革命的原意,而走上改旗易帜的邪路。美国革命的这代人,首先在独立战争的鲜血上塑造出一个民族,在革命成功之后告别了继续革命的道路,用宪法为这个共同体建构了可统治的政府形式,他们区别于后世革命家之处就在于他们以“革命的宪法化”^[33]完成了向制宪者的华丽转身,就此而言,第一代政治家在美国可以说是革命者、制宪者和建国者三位一体的。

建国之父用成文宪法来告别不断革命,这就意味着人民在可统治的政府系统内并不

[28] 宪法代际之间的冲突和竞争会造成所谓的“创造性破坏”,关于这一一般性命题及其在美国早期宪法史时段内的适用,可以参见 Gerard Magliocca, *Andrew Jackson and the Constitution: The Rise and Fall of Generational Regimes*, University Press of Kansas, 2007, p. 3。

[29] Gordon Wood, *The Radicalism of the American Revolution*, Vintage, 1993。

[30] John Ferling, *Almost A Miracle: The American Victory in the War of Independence*, Oxford University Press, 2007。

[31] Joseph Ellis, *Founding Brothers: The Revolutionary Generation*, p. 5。

[32] 转引自 Brian Balogh, *A Government Out of Sight: The Mystery of National Authority in Nineteenth-Century America*, Cambridge University Press, 2007, p. 49。

[33] 关于革命的宪法化,可参见[美]布鲁斯·阿克曼著:《自由革命的未来》,黄陀译,中国政法大学出版社2013年版,第47-67页。

是随时在场的,根据费城宪法之父麦迪逊的观点,人民的每一次出场都表示着现存宪制存在着缺陷,因此人民出场的宪法政治应当保留给“重大且非常规的场合”,这也就是阿克曼所说的二元民主中的“宪法时刻”;而在常规政治的时间内,美国宪制是“完全排除作为集体身份存在的人民”的。^[34]既然人民仅现身于“重大且非常规”的宪法时刻,那么从规范性的宪法理论出发,这就意味着生活在常规政治时段内的每一代人都要遵守他们所继承的既定宪法。换言之,1787年的制宪者就不仅是在为此时此刻的这代人立法,更重要的是在为共同体内的后来者进行跨越代际的立法,这一点非常明确地体现在宪法序言内:“我们合众国人民,为……保证我们自己以及子孙后代的自由和福祉,特为美利坚合众国设立和奠定本宪法。”

概括以上所述,美国的建国之父首先是革命者,因此他们同任何革命者一样,在设计政治制度时都要考虑到身后的接班人能否是革命的后来人,因此他们选择了制定一部无法轻易修改的成文宪法,以此防止后来者走上改旗易帜的邪路。而从宪法理论上,这就意味着包括第二代在内的子孙后代首先必须遵守既定宪法,而若是他们不愿意遵守所继承的祖宗成法,那他们也无法如第一代那样从头再来,而只能选择通过既定宪法内置的修宪程序来修改宪法。以上可以说是原旨主义宪法学说有关宪法实践的正当性理论:在既定宪法框架下,要么按照制宪者原意进行忠诚的宪法解释,要么就启动由原初宪法所内设的修法途径。但若是我们可以认真考察美国早期宪法史,那么就可以发现原旨主义学说所预设的不修法就守法的二元论,从一开始就是政治修辞和理论推演的陷阱。

若是要做一篇有关美国宪法解释的论文,这就提出了一个非常复杂的问题,而本文在此做简单的讨论:宪法如要“管长远”,跨越代际而发生效力,这势必要求制宪者在起草宪法时尽量用一般性的立法语言,这也就意味着首当其冲的二元选择不在于第二代到底是变法还是守法,而是制宪者期待后来者应如何去解释这部治国理政的根本大法,也就是说,制宪者可以如原旨主义者所阐释的那样,希望子孙后代在解释宪法时首先、主要乃至完全以他们的原意为指南,但制宪者也完全可能认为,为了让他们的宪法可以经久而不衰,子孙后代反而应当对之进行与时俱进的解释。如果回归到宪法解释的论域内,早在上世纪80年代美国保守派开始自觉提出作为宪法解释纲领的原旨主义之时,^[35]就有论者提出这个以彼之矛攻彼之盾的问题:制宪者是不是原旨主义者?^[36]从这一逻辑出发而对原旨主义的讨论,实在是抓住了原旨主义作为一种宪法解释理论的要害。原旨主义主张宪法解释应以制宪者原意或原初意图为指针,其整套学说的出发点都可以追根溯源至制宪者的原意,但若是制宪者自身不是原旨主义者的话,而是认为只要时移世易,则后来者完全可以对文本进行与时俱进的新解释,那么整个原旨解释的学说体系就无法自圆其说,势必将如同多诺米骨牌那样全线崩溃。

[34] James Madison, *The Federalist*, No. 49 and 63.

[35] 关于保守派对原旨主义论战的启动以及经典文献,可参见 Steven Calabresi, *Originalism: A Quarter-Century of Debate*, Regnery Publishing, 2007.

[36] 可参见 H. Jefferson Powell, *The Original Understanding of Original Intent*, *Harvard Law Review*, Vol. 98, pp. 885 - 948, (1985); Jack Rakove, *Original Meaning: Politics and Ideas in the Making of the Constitution*, Vintage, 1996.

只要我们提出这一问题,问题本身却不难回答:美国制宪者并不是原旨主义者,至少不是现代保守派所鼓吹的那种原旨主义,因为美国的建国之父并未意图要用他们的意志来控制子孙后世对宪法文本的理解。1830年,晚年麦迪逊在写给时任国务卿马丁·范布伦的信中,就这样告诉这位来信寻求宪法之父原旨的第二代政治家:“在我本人看来,宪法这部文件必须自己发出声音,而[制宪者的]意图不应取代通过正统解释规则所推演出的意图。”由此可见,这时的麦迪逊是一位文本主义者,而不是原旨主义者,至少他并不认为宪法起草者在1787年的意图可以凌驾在宪法文本的常规含义之上。这也可以解释为什么麦迪逊在其生前始终不愿意出版他所记录的费城会议笔记,原因很简单,麦迪逊认为这份笔记及其所载明的宪法起草者的意图并不重要,而在1787年宪法没有经过时间历练而形成约定俗成之惯例适用之前,过早出版会议笔记只会成为党争的工具,干扰宪法权威的生成。在1824年的一封信中,卸任总统已有八年之久的麦迪逊批评了不加反思地援引《联邦党人文集》的做法,之所以解释宪法时不能尽信《联邦党人文集》,是因为“应当铭记于心的是,文集作者时常为辩护激情所控制”。不仅如此,他在信中还解释了为什么他决定在死后才公开出版他的费城笔记:

至少……到那时候,联邦宪法的文本含义应已在实践中得到确立,而有关宪法起草过程中有争议的那些部分,也不会受到不当的叙述……如若作为解释和适用宪法条款的指引,宪法会议上的辩论以及附随的决定并无任何权威。^[37]

在麦迪逊看来,宪法文本的含义应当是在适用中所形成的,之所以推迟出版他的费城笔记,就是要给这部宪法更多的适用时间,在适用过程中形成更多的先例和惯例。^[38]事实上,早在1787年宪法运转之初,当国会就宪法赋予总统的免职权进行立法规制时,麦迪逊就在1789年6月的国会辩论中指出:“本次所做出的决策,将会变成关于本宪法的永恒阐释……”^[39]

综合费城宪法之父为后来人所提供的解释指南,可以认定,原旨主义作为一种宪法解释的纲领,在逻辑上是无法自圆其说的。以麦迪逊为代表的制宪者并不是正统的原旨主义者,在他们看来,无论是制宪者在私人信件或公众场合所表达的意图,还是《联邦党人文集》所提供的系统解释,甚至是宪法之父在制宪现场留下的亲笔笔录,都不能控制后来人对宪法文本的理解。作为成功的革命者和国家构建者,制宪者从一开始就是向前看的,他们更为强调实践对宪法文本的塑造作用,因此是解释方法上的多元主义者和政治决策意义上的实用主义者。这也就意味着,美国的原初宪法秩序允许“活宪法”文化的存在空间,

[37] 麦迪逊晚年的态度,转引自 H. Jefferson Powell, *The Original Understanding of Original Intent*, *Harvard Law Review*, Vol. 98, pp. 936-941, (1985)。

[38] 由是观之,中国宪法学者为《联邦党人文集》以及麦迪逊费城会议笔记赋予了麦迪逊本人都愿意承认的意义,参见近期再版的[美]詹姆斯·麦迪逊著:《辩论:美国制宪会议记录》,尹宣译,译林出版社2014年版。这么说并不是否认这两种文献的权威性或重要性,如同费城宪法本身一样,此文献的意义也是在美国政治发展两百年历程中所赋予的。我要说的毋宁是,这些文献不过是美国长建国时刻的诸多经典文献中的一种或几种而已,而非全部意义所在。

[39] 转引自 H. Jefferson Powell, *The Original Understanding of Original Intent*, *Harvard Law Review*, Vol. 98, p. 914, (1985)。

后来者继承建国者所订立的宪法,但并不需要用制宪者的原意去限定他们对文本的解读,从解释学上讲,文本、结构、实践、后果都是解释宪法时应当考虑在内的因素。^[40]而在传承的意义上,这就意味着第一代的立法者对后来的守法者有一个基本的信任:你办事,我放心。

(三)原旨论的原初实践:第二代的宪法贡献

制宪者在原初宪法秩序内预设了活宪法的种子,允许乃至期待后来者在继承既定宪法的同时又可以对其之进行与时俱进的能动解释,在此背景下,我们就更能发现第二代政治家选择以国父原旨去解释国父之法所具有的宪政意义。如果宪政首先意味着遵守作为先定承诺而写入宪法文本的政治规范,那么第二代政治家的守法行为可谓是迈出了美国宪政实践的第一步,他们是以立法者的姿态而选择了守法。或者说,第二代政治家用国父原旨去为宪法文本加冕,所形成的是原旨论的原初实践。这样看来,原旨主义的正当性基础不在于形式主义的逻辑,也并非根源自原旨本身,它只能追根溯源至由第二代政治家所开创的守法实践,更准确地说,正是在这种由第二代所开始的遵守宪法的历史实践中,美国人才形成了面对既定宪法而守法的文化心理结构,原旨主义才成其为一种“主义”。

更具体地说,在宪政作为一种代际对话的历史实践长程中,真正构成美国宪法超稳定性之基石的,并不是为我们所津津乐道的美国最高法院的司法审查制度,也不是为我们翘首以待的标志着人民登场而宪法变革的“宪法时刻”,反而是这种第二代政治家和民众所开创的守法文化。而返回到第二代的历史语境内去解读他们的政治选择,我们更能发现这种政治实践的难能可贵之处,远不是今日那些企图以变法来求宪政的理论家所及。

首先,当建国者逝去之时,第二代所面临的是一个内含原初设计之缺陷的宪法。想当初,费城制宪者为了用宪法团结起各种相互冲突的政治力量,而在宪法文本内写入了种种道德妥协和让步,其中最为困扰第二代政治过程的无疑就是可以称之为“宪法邪恶”的奴隶制。^[41]一方面,面对着一部充斥道德原罪的宪法文本,另一方面,第二代也面临着一个急剧变化的美国社会,如前所述,这是一个“市场革命”、“交通革命”、“通讯革命”以及“民主兴起”的“转型”时代。^[42]安德鲁·杰克逊可以说是第二代政治家的核心人物,他在1829年至1837年担任美国第七任总统,1829年,杰克逊是乘坐四轮马车赶赴华盛顿赴任的,而八年之后,杰克逊乘坐着火车离开了首都。因此,第二代美国人在巨变时代去适用存在各种瑕疵、缺陷乃至罪恶的宪法,从一般法理上推断,他们也许更应当去选择变法,而不是守法,由是观之,第二代政治家实践起原旨论的守法主义,这本身就是历史当口的一种自觉的政治选择。

其次,如果我们可以生活在罗尔斯所规定的“无知之幕”之下,屏蔽第二代身后的美国宪法发展,而具体到美国宪法史的叙事中,这就要求我们不是把早期宪法史吸纳进入美国宪法发展的两百年长程内,而是站在第二代政治家的视域内回首共和国最初三十年的实践,那么可以说,我们当下看起来坚固的东西在第二代的视野内都烟消云散了。回首往

[40] 关于宪法解释诸形态的经典讨论,可参见 Philip Bobbitt, *Constitutional Fate: Theory of the Constitution*, Oxford University Press, 1984。

[41] 格莱布教授将奴隶制称之为宪法邪恶 (constitutional evil), 是为了法的安定性而牺牲道德性的典型, 可参见 Mark Graber, *Dred Scott and the Problem of Constitutional Evil*, Cambridge University Press, 2008。

[42] 相关文献, 可参见前注 22。

事,第二代政治家所能看到的不外是充满革命性断裂的三十年。1776 年,他们的父辈脱离英帝国,华盛顿作为叛军首领在北美十三邦内进行着艰苦的游击战;1781 年,十三个邦国制定出《邦联条款》,但这部“宪法”先天不足,如同一纸空文,对各个邦国全无约束力;1787 年,费城会议代表完全抛开本邦授权以及《邦联条款》的“修宪”程序,另起炉灶而起草了一部严格说来违法的新宪法;1789 年,新联邦政府组建,但随之而来的却是建国之父为之忧心忡忡的派系党争;1798 年,亚当斯政府通过了钳制言论的“外侨与叛乱法案”,第一代政治家陷入决裂,麦迪逊和杰斐逊以南方各州议会为基地公然对抗中央;1800 年,亚当斯与杰斐逊的选战制造了一场让美国濒临崩溃的宪法危机,自此后联邦党人时代终结,而弗吉尼亚王朝开启……由此可见,在第二代政治家看来,共和国的历史就是这充满断裂、转折、从头再来的三十年,没有任何秩序可以长存。作为后革命的一代人,第二代难道不可以效法建国者的先例:1787 年的宪法到 1825 年已有近四十年的寿命了,它太过老旧了,跟不上时代步伐的,现在是时候推倒重来了?!

再次,也同前一点相关的是,第二代政治家选择了守法,可谓是“听其言”,但从逻辑上讲,忠诚于国父不仅可以听其言,同样可以“观其行”,为什么不从实际行动上去重走建国者走过的道路呢?若真要观其行,建国者的后继者非但不是通过守法来维护联邦共同体的第二代政治家,反而是在 1860 年单方面脱离联邦而独立建国的南方叛乱分子。让此问题更加复杂的是,第二代政治家甚至完全可以“打着红旗反红旗”,杰斐逊不是曾说过每经过 19 年,当一代新人换旧人之时,共同体就要重新制定一部新宪法吗?就此而言,第二代政治家完全可以借助杰斐逊的不断革命学说来“正当地”瓦解原初的宪法秩序。回到第二代的历史现场,第二代政治家内部在此问题上也存在着理念分歧。小亚当斯在 1833 年就曾讲道:“民主,前不见祖先,后不见子孙,它完全被吞并在当下这一刻,所思考的也只有当下这一刻。”^[43]由此可见,小亚当斯所谓的民主就是由一个又一个的当下时刻所组成的,既没有过去,也没有未来。也许这正是美国宪法发展的吊诡之处,小亚当斯却成为了杰斐逊民主学说在第二代中的代言人,血统最纯正的第二代却是不断革命的理论新旗手。虽然美国宪法发展的历史并没有走向杰斐逊所鼓动的每 19 年重新制宪的轨道,但回到 19 世纪初年,杰斐逊主义也绝非完全没有成功的可能性,而若是杰斐逊主义真的成为了美国宪法发展的指导思想,那么美国宪政就会步入法国宪法史的轨道——一次又一次的推倒重来,在这种反事实的历史场景内,费城会议就不再是什么“奇迹”,只不过是一次“失败的遗产”罢了。这样提出问题,正是为了说明一个以革命而立国的共同体在建政后要生成宪政的难题所在。也是在此意义上,第二代政治家的守法主义反而成为了美国宪政发展的关键环节,他们也是美国宪政史最不可被遗忘的书写者。

最后,如前所述,原旨主义之所以在当今美国成为正统的宪法解释理论,既不是内嵌在一整套逻辑自洽的学术推演内的,也无法追溯至建国者的原旨和原初理解,归根到底是在于由美国宪法两百年的实践所生成的守法心理结构。这也就是说,两百多年的实践让美国宪法获得了麦迪逊在制宪初所期盼的由时间所带来的“尊荣”。活在今天的美国人,在面对这部早已化身为民族文化图腾的宪法时,当然不会质疑为什么我们要服从一部

[43] 转引自 Jack Rakove, *Original Meaning: Politics and Ideas in the Making of the Constitution*, p. 366。

由“死去的白人男性有产者”制定的宪法。在这种原旨主义的法律文化内,这种为什么要守法的问题只不过是以法律为业的专家学者在书斋内推演的学问,而从来不会构成普通民众在日常生活内要去上下求索的问题。但对于第二代政治家以及美国人而言,1787年的宪法只是一部仅有短短三十年历史的法律,尚且谈不上时间赋予的“尊崇”,也正因如此,生活在十九世纪上半叶的美国人民尚且没有形成守法的文化心理结构。为什么安德鲁·杰克逊要去服从詹姆斯·麦迪逊的法律,而无法对前一代的制宪者声称“彼可取而代之”。林肯在1838年初的一篇演讲中不就曾讲过:“卓越的天才不屑走一条别人走过的道路。他寻找迄今没有开拓过的地区。他认为在那些为纪念别人而营造的丰碑上添层加楼是出不了名的。”^[44]回到第二代宪法命题上看,这就体现为第二代政治家面对着一个基本的道路选择,是用他们的个人政治威望将新生宪法取而代之,还是要用他们的权威来加持已逝制宪者所订立的既定宪法,实现一种“克里斯玛的宪法化”,^[45]真正开启美国这个奠基于宪法之上的共同体的长治久安的宪政路。

而在第二代宪法叙事的格局内,正如下文所述,第二代政治家们所有的政治努力都在于在既定宪法的框架内解决问题,从完全结果主义的尺度上看,他们是失败的一代人,因为他们受限于建国者保护奴隶制的先定承诺,一次次的妥协都未能避免共和国在他们谢幕之后陷入一场内战,但从宪政意义上讲,第二代政治家非但不是可有可无的一代,反而是美国宪政形成道路上至为关键的一代人。若是我们把宪政界定为宪法规范的代际传承,那么美国建国之父是开天辟地的立法者,则第二代政治家就是迈出历史性第一步的守法者。综上所述,(1)写入奴隶制原罪的宪法文本;(2)美国社会经济的转型;(3)宪法并未形成时间赋予的权威;(4)革命之后的激进心态;(5)共和国公民的求变心理,所有这些似乎都可以推动第二代政治家抛开建国的原初宪法,以推倒重来的姿态来解决他们所面对的政治问题。但第二代政治家并没有组建美利坚第二共和,而是选择了遵守既定的建国宪法,成为了内在于美国原初宪法秩序的建设者,并且始终以原旨解释的方法去对待这部宪法文本,谨始以正开端,美国宪法的稳定性和连续性皆生于此。

三 共同体的宪法分析^[46]

在第二代政治家生活于其间的政治舞台上,他们面对着许多需要通过援引宪法规范

[44] [美]亚伯拉罕·林肯著:《林肯选集》,第10页。

[45] 这个概念最初由阿克曼在讨论比较宪法的语境内所提出:“constitutionalization of charisma”,可参见 Bruce Ackerman, *The Rise of World Constitutionalism*, *Virginia Law Review*, Vol. 83, p. 783, (1997)。

[46] 宪法取其原意,就是指共同体得以构建起来并且延续下去的根本法。宪法理论的规范性,归根到底就在于它要回答一个无法回避的问题:我们是如此不同,如何生活在一起。但现代宪法理论对这个问题的研讨是极不均衡的。无论是国家释宪机关所建构的宪法学说,还是学者个人的学术研究,现代宪法将绝大部分关注投放在“我们是如此不同”这个前提下,从言论和信仰自由、纵向与横向的分权、少数群体的宪法保护,这些热门的宪法问题都是在保护“差异”或“与众不同”的权利。相比之下,“如何在一起”就是一块为人遗忘的研究领域,例如,我们对国旗国歌、君主制、历史叙事、宪法序言的研究相对都是非常欠缺的。但宪法学者往往没有自觉意识到,在宪法理论的体系内,“我们如此不同”和“如何在一起”存在着难以消弭的紧张,因此也必须得到均衡的讨论。在此意义上,现代宪法学更应认真对待在其理论体系内已经被肢解的共同体问题,因为宪政的要义就在于如何建设一个经得起时间检验的政治共同体,而并不是如何规范政府权力以保护个人权利的问题。

而加以解决的政治问题。联邦政府根据宪法是否有权设立国家银行,就是纵贯第一代和第二代的宪法问题——1790 年,汉密尔顿作为联邦政府首任财政部长提议建立国家银行,遇到国务卿杰斐逊和众议员麦迪逊基于宪法立场的反对,而华盛顿总统在听取正反双方意见后在 1791 年初签署了国会的银行法案;第一国家银行由此设立,为期 20 年,至 1811 年期满终结。在 1812 年战争过后,也即本文界定的第二代长版本的历史起点,时任总统麦迪逊在 1816 年签署了第二银行法案,而在第二银行运转期间,联邦最高法院审理了麦卡洛克诉马里兰州案,约翰·马歇尔首席大法官发表了堪称其执掌美国司法三十年多期间内最伟大的宪法判词,宣布联邦政府根据宪法有权设立国家银行;当然马歇尔的解释并没有让银行合宪性的问题定纷止争,杰克逊总统在其任内对第二国家银行发起了最后的攻击,1836 年,第二国家银行寿终正寝。

美国银行的问题只是第二代宪法问题的案例之一,在这个被标签化为“内战前”的十九世纪上半叶,美国政治家所面对的所有重要政治问题最终都要归结为宪法之争,第十四修正案的起草者约翰·宾厄姆就曾经这样回忆他的年轻时代:“在那些日子里,近乎所有事务都会化约为宪法问题。”^[47]诚哉斯言,不仅是联邦政府是否有权设立国家银行,还包含联邦政府是否可以承担起跨越州境或一州境内的基础设施建设;是否有权开征保护性关税,还是关税仅以岁入所需为限;国会立法合宪与否,最终的判断权是在于联邦最高法院,还是作为联邦共同体组成单位的各州。本文作为第二代宪法问题的论纲,无法详述这一时期重大宪法争议问题的始末,在此只选择深描第二代宪法的中枢问题,这就是美国国父们通过 1787 年宪法创造了何种性质的共同体,更具体地说,美国的制宪建国究竟是超越邦联宪制的脱胎换骨,建成了——一个主权统一不可分割的国家,还是在既定邦联格局内的合法改革,在整个内战前时代仍维持着主权在各州的宪制格局。之所以说这个问题是中枢性的,就在于它在内战前始终是牵一发而动全身的,在此期间所有重要的宪法分歧都能追溯至这个源头问题上来。换言之,怎么回答这个本源性的中枢问题,就在相当程度上决定了以上概要列举的枝节问题的答案。

还要补充一点,在今天美国法学院的宪法学说体系内,上述的宪法问题大都是被安排到不同的学说板块内的,这事实上撕裂了第二代政治家在历史的案发现场理解这些问题时所具有的整全意识。而第二代宪法这个概念的提出,有助于建构起理解此时期宪法问题的整全视角。简而言之,问题虽然万千重,但宪政之道却是一以贯之的,就是要在所继承的宪制框架内,以已逝国父体现于宪法文本内的原意来解决当下面临的政治问题。当然,从纯粹结果的意义上看,建国宪法对这一代人而言更像是一场正在上演的悲剧,因为原初宪法创设了何种性质的共同体,在整个内战前时代都是悬而未决的,真正让这个问题得以盖棺论定自此后再无政治讨论之必要的是内战后的第十四修正案。也就是说,正是重建解决了建国的遗留问题。

(一) 共同体为何?

建国的性质为何,原初宪法所奠定的是何种政治共同体,因其在内战前始终悬而未

[47] 转引自 Alison LaCroix, *The Constitution of the Second Generation*, 2013 *Illinois Law Review* 1779, (2013)。

决,就构成了第二代政治家终生求索的问题。本文题记中所引的韦伯斯特与陌生人的对话,取自于美国作家贝内特发表于1937年的短篇小说《魔鬼与韦伯斯特》,其中的“陌生人”是一位来自未来的“魔鬼”。所引对话出现在小说结尾处,在此之前,韦伯斯特有过一连串的发问,但得到的都是令他失望的答案:他虽有远大抱负,但终究未能当上总统,只能看着平庸之辈入主白宫;他的儿子都将在战争中丧生,无人继承他的功名乃至血脉;甚至这位天才演说家却因演讲而最终在大本营新英格兰地区落得众叛亲离。但韦伯斯特却没有为这些个人的得失荣辱所动,在最后一问中,他向鬼神问起了苍生大业:我为之奋斗终身的“联邦共同体”将会走向何方,是会陷入分裂,还是会继续将“我们”统一在一起,也正是从这位穿越人士的回答中,韦伯斯特得到了他终生为之求索的答案:在他死后“胜利终将到来”。而这胜利也就是在事后确认了韦伯斯特在1830年国会辩论中对建国宪制的国家主义解释:“现在、未来、以至于永远,自由与共同体同为一体,不可分割!”^[48]虚拟的对话场景更清楚地折射出韦伯斯特这代人肩负的宪法使命,足以令闻者动容。

但第二代宪法的复杂性却在于,韦伯斯特所取得的只是事后的胜利,他的胜利并不意味着对手的失败,更意味着反方从一开始就是错误的。每一次宪法发展都展开在一种开放性的政治空间中,起始于开放,而终结于决断。对于历史现场内的第二代政治家来说,建国者通过宪法所建立起来的“Union”到底是何种性质的共同体,始终是一个开放性的问题。虽然韦伯斯特和卡尔霍恩对此各执一词,但我们并不能因为韦伯斯特的胜利就反推出卡尔霍恩的失败或错误。也就是说,分歧的种子一开始就埋藏在建国宪法内部。关于这个问题,麦迪逊本人在《联邦党人文集》第39篇中就有一个经典回答:“本宪法既不是完全国家性的(national),也不是完全联邦性的(federal)。”^[49]考虑到《联邦党人文集》的语境,麦迪逊做出的是一个两头否定的巧妙回答,若是转换为肯定表述,那么就是说,建国者的宪法内既有一部分国家性的元素,也有一部分联邦性的元素,在共同体的构成方式上原本就是一种“混合政体”。

这种“混合政体”就意味着联邦党人建国的不彻底性。第二代政治家围绕着联邦共同体的法律属性问题发生的所有分歧,都可以追溯至原初制宪时所遗留的妥协、模糊和不彻底。这样看问题,美国建国并不是发生在某个一蹴而就的时刻,而是展开于拉克罗斯教授所言的“长建国时刻”,当然在拉克罗斯教授的理论体系内,“第二代宪法”的概念是内在于她更为广泛的“长建国时刻”的,换言之,第二代宪法只有回到这个长建国时刻才具有其宪法史的意义。^[50]而本文却从立法者和守法者的基本分野出发,意图塑造第二代作为守法者在早期宪法史中所具有的独立意义。就此而言,在进入以下的具体论述前,有必

[48] 原文为“Liberty and Union, now and for ever, one and inseparable!”1830年1月,韦伯斯特与来自南卡罗来纳州的参议员罗伯特·海因,就国会可否开征保护性关税的问题,进行了长达九日的国会辩论,而其中韦伯斯特的“二复海因”被称为“国会史上最雄辩的演说”,此句正为该演说的结语。

[49] James Madison, *The Federalist*, No. 39.

[50] 参见 Alison LaCroix, *The Interbellum Constitution: Federalism in the Long Founding Moment*, *Stanford Law Review*, Vol. 67, (forthcoming 2015)。

要做简要的整体交代。

首先,宪法是共同体得以构建并且延续下去的根本法,第二代在此意义上所要交锋的是本源的宪法问题;其次,第二代政治家怎么进行事关当下的政治辩论,都要回溯至他们关于建国的历史叙事;再次,此时距离建国时刻尚不久远,有些建国之父仍生活在第二代宪法的时段内,就此而言,制宪者的原意并不是一种简单的政治修辞,而是有着规定性的内容;最后,向心派和离心派的政治斗争贯穿着这三十年的宪法史,而这种中枢性的身份区分又同美国内战前的南北问题交织在一起,由此生成了这段时期内惊心动魄的宪法史,但无论是向心派,还是离心派,包括两个派别内最极端的政治力量,他们的各执一词都是内在于建国宪法秩序的框架内的,都是在进行宪法解释或者“宪法建构”(constitutional construction)。^[51] 换言之,相对于让他们统一起来,将他们安放在同一个“说服平台”上的宪政之道而言,他们的政治纷争都是存在于表层的,他们中间无人否认这种在既定宪法框架内维持共同体统一的宪法道路,分歧基本上在于如何可以更好地维系这种统一。正是因此,本文将卡尔霍恩也列入在第二代国家构建者的庙堂内,认为以卡尔霍恩为代表的“协约论”者也是长建国时刻内的积极政治力量,同时将他们从定性上区别于 1860 年在林肯当选总统后踢开宪法搞分裂的杰斐逊·戴维斯。^[52] 本文不否认,后世的分裂分子会将卡尔霍恩尊奉为他们的理论之父,而且在一种简单的二维谱系的尺度上界定,卡尔霍恩确实也更接近于后来的分裂主义者,但第二代政治家中的离心派却始终没有迈出这跨越雷池的一步,正是这种政治审慎和节制构成了一种奠基于保守主义之上的美国宪政实践。

(二) 离心派的协约论

在早期宪法史内,联邦政府是否有权征收以保护国内制造业为目的的保护性关税,还是说其宪法征税权仅限于以维持政府运作为限的岁入性关税,是一个争议激烈的宪法问题。1828 年,联邦政府在小亚当斯执政期间通过了民族政策导向的关税法案,杰克逊总统在上台后也没有改弦更张,继续在 1832 年通过了新的保护性关税法案。南卡罗来纳州就此在 1832 年末举行人民集会,宣告联邦政府无权征收保护性关税,决议本州负有宪法义务去对抗违宪立法在本州辖区内的执行,为此不惜动用地方民兵来暴力抗法。对此,杰克逊政府在 1833 年 2 月同日通过两部法案,做出了一手硬,一手软的回答:硬的一手是《强制执行法案》,该法授权总统在必要时可调遣联邦军队进入地方强制执行,这是对南卡州当局离心派的当头棒喝;软的一手是《妥协关税法案》,这是在向南卡州抛出隐含着和解姿态的橄榄枝。随后,南卡罗来纳州在 3 月重新举行人民集会,撤销了 1832 年的废止议案。这场历时数月之久的宪法危机得以化解。

南卡罗来纳州在“废止危机”中的立场及其决议,代表着内战前时代一个整全性的宪法观,也就是本文所说的“离心派的协约论”。这种州权主义的宪法观可以上溯至宪法批准过程中的反联邦党人,联邦政府运转之初的麦迪逊和杰斐逊(特别是他们在 1798 年针

[51] 关于宪法构建的概念,参见 Keith Whittington, *Constitutional Construction: Divided Government and Constitutional Meaning*, Harvard University Press, 1999。

[52] 卡尔霍恩有一个政治立场的转向,其早年是一位民族主义者,支持强有力的中央政府和保护性关税,只是在 1830 年才转向州权主义立场的。

对亚当斯政府“外侨与叛乱法案”所进行的抗争),甚至可以向下包括在1814-1815年哈特福特会议上聚结起来的联邦党在新英格兰地区的“余孽”,而这场发生于杰克逊执政期内的废止危机,只不过最为旗帜鲜明地亮出了这种宪法观。

协约说是一种整全的宪法观,其出发原点认为联邦共同体是并且只是各州之间的“协约”(compact)。费城制宪并不是“旧邦新造”,在联邦宪法批准生效后,正如第十修正案所示“宪法未授予联邦的权力,宪法未禁止给予各州的权力,保留给各州,或保留给人民”,各州仍保留着原初的主权,而联邦政府的权力来自也仅来自于各州的授权。在协约论的宪法世界内,虽然1787年宪法的正当性来自于“我们人民”的承认,但“我们人民”在这部宪法框架内却是一个复数的存在,无论是宪法第七条所规定的宪法批准程序(九个邦的批准即可让宪法生效),还是第五条的宪法修改程序(修宪提案应得到四分之三多数州的批准),宪法变革所要求的意思表示都是以邦/州为单位组织起来的。这也就意味着,建国宪制内并不存在着整体、均质和无差别的“我们人民”,而只有复数的以各州为基本组织形态的“我们各州人民”或者说“我们人民在各州”。而由此所构成的联邦共同体就更像是一个“州际组织”,南卡罗来纳州的激进分子在废止危机的关键时刻就主张:“诚然,我们是一个联合起来的民族——但是我们这个大家庭,只是为了外部目的才联合在一起的。”^[53]

在建国宪法得到协约论的定性之后,一个紧接着要提出的关键问题就是谁才是这部宪法的权威解释者。在废止危机最激烈的关头,南卡州的废止论者就主张各州而非联邦才是宪法的权威解释者,在阐释他们的立场时,州权主义者最常援用的就是宪法协约和契约之间的类比:私人合同的当事人最清楚知道合同文本的意图,因此是合同的权威解释者,以此类推,各邦/州是宪法这部协约的缔造者,联邦宪法的权威原意,并不是费城会议代表个人或集体的意志,而是参与缔结宪法的各邦/州的意志,因此各州是宪法的权威解释者,州对联邦宪法的解释凌驾于联邦自身的解释。而在州权主义的脉络中,废止说至少可上溯至麦迪逊和杰斐逊史称“1798年学说”的“干预说”(interposition)。根据麦迪逊在1798年所起草的《弗吉尼亚报告》:

合众国的宪法,形成于各自具有主权地位的各邦分别做出的批准……因此,各邦/州,作为宪法契约的当事方,具有它们的主权地位,这就必定意味着,没有任何审判庭可以凌驾于各邦/州的权威之上,而作为最后的救济,要由它们决定自己所订立的契约是否被违反,也因此,作为契约的当事方,各邦/州必须自己做出决定,作为最后的救济,违约问题的严重程度是否要求它们的干预。

在内战前的州权主义脉络内,从麦迪逊的“干预”到卡尔霍恩的“废止”,在程度上可以说只有一步之遥,两者都是宪法协约说的必然推论。当然,麦迪逊在1798年的论述显然更为节制,在这位宪法之父看来,一方面,各州面对着联邦的违宪立法,均有“义务”进行干预,至少是软性的抵抗,但另一方面,干预只能是麦迪逊所说的“最后的救济”,而且

[53] 参见 Keith Whittington, *Constitutional Construction: Divided Government and Constitutional Meaning*, p. 78.

要求联邦立法的“违约”应当特别严重,否则不足以证成各州的干预。^[54] 相比之下,卡尔霍恩的废止论要更激进,而他对麦迪逊的超越还另有一处关键,我们可以看到,在1832-1833年的废止危机中,主权州的意思表达机关并不是麦迪逊在1798年所借助的建制内的议会,而是外在于常规宪制的人民集会(conventions),这是对费城先贤的自觉模仿。^[55]

最后应当指出,州权主义者虽然高举废止论的旗帜,但他们仍是谋求在既定宪法框架内解决政治分歧。在“废止危机”之初,卡尔霍恩甚至还是杰克逊总统的副职,联邦政府的副总统!^[56] 虽然卡尔霍恩在死后成为南方分裂主义者的理论教父,但卡尔霍恩本人却是始终不逾矩的,在他看来,废止只是宪法斗争的手段,一旦宪法问题得到解决,那么任何更进一步的对抗就会转变为“叛乱”。^[57] 无论“干预”还是“废止”都是在既定宪法框架内的抗争,接近于我们所讲的公民不服从,而再越雷池一步,1860年的南方脱离派就是踢开宪法闹独立,就是赤裸裸的违宪造反。林肯在第一次就职演说中讲:“脱离的本质就是无政府”:因为不承认大多数人的政治选择就去搞脱离,这就是无政府主义。^[58] 在此意义上,卡尔霍恩和韦伯斯特并不是道不同的敌人,因为他们都愿意在既定宪法框架内“相与谋”。但活在内战前时代,州权主义者未能意识到的是,只要宪法协约论将宪法的最终解释权分配给各州,^[59] 那么从干预、废止到脱离,程度上只有一步之遥,区别完全在于卡尔霍恩这样的宪政主义者会止于这一步,而脱离分子在适当条件下就会毫不犹豫地迈出这一步。当代宪法学者在历史长视野内就有可能洞悉这其中的微妙:“一个政府,若是其正当性的根据不过只是契约式的思想交叠,就不可能长存,而必定会诉诸于暴力去解决那些势必会撕裂社会的不同意见。”^[60] 具体地说,如果政治宪法完全建立在社会契约的理论模型之上,同时宪法的解释权又是多元而分散的,没有法律文化所共同承认的“定于一”的解释者,只要这个共同体遭遇到分裂性的政治议题,那么解决问题就很有可能要诉诸于突破既定宪法框架的暴力,这也许是第二代政治家无法逃脱的宪法命运,只是他们自己身处历史进程中无法完全理解而已。

(三) 向心派的国家法律说

关于建国宪法的故事,韦伯斯特所代表的国家主义者却有不同的讲述。在他们看来,建国宪法标志着一个全新的开始,自此后,联邦共同体不再是各主权邦之间的协约,新成立的联邦政府是来自于人民,也直接作用于人民的。1787年至1789年的制宪包含着“旧邦新造”的政治过程和“九邦新造”的宪法过程。^[61]

首先看费城制宪者为他们的宪法草案所开出的“准生证”,也即费城宪法的第七条:

[54] 关于麦迪逊所起草的《弗吉尼亚决议》和《报告》,参见 Paul Brest et al, *Processes of Constitutional Decision-Making: Cases and Materials*, Aspen, 2006, pp. 89-93.

[55] Keith Whittington, *Constitutional Construction: Divided Government and Constitutional Meaning*, p. 80.

[56] 当然,卡尔霍恩在1828年末写作《阐释抗议书》时,是匿名发表的,而他在1832年底“废止危机”最严重之时辞去了副总统的职务,回归南卡州组建了“废止党”,第二年以南卡州参议员的身份重返国家政治舞台。

[57] Daniel Walker Howe, *What Hath God Wrought: The Transformation of America, 1815-1848*, p. 398.

[58] [美]亚伯拉罕·林肯著:《林肯选集》,第185页,正文译文稍有调整。

[59] 这样看来,宪法解释的最终权力到底是在司法机构,还是政治分支,实际上已经是第二次分配的问题了。

[60] H. Jefferson Powell, *The Original Understanding of Original Intent*, *Harvard Law Review*, Vol. 98, p. 912.

[61] 下文的分析思路受到章永乐专著的启发,章永乐:《旧邦新造:1911-1917》,北京大学出版社2011年版。

“九个邦的宪法会议的批准,即足以确立本宪法,在批准本宪法的州(即宪法生效前的邦)内生效。”宪法第七条包含着一个悖论:它是宪法草案的最后一条,对于宪法生效时刻之后的人们而言,它没有任何规范意义可言,只不过陈述了一个基本的历史事实而已;但对于费城现场的制宪者而言,第七条是整部宪法的根本前提,因为只要这一条无法得到满足,那么非但不会有我们今天所传颂的费城奇迹,费城制宪者的作为在邦联宪制框架内就只是一场失败的政变。这也就意味着,我们对第七条的分析必须回到制宪者所面对的基本法律格局,因为制宪者并不是在一张白纸上任意作画。根据费城宪法第七条的预设,当第九个邦批准宪法草案之时,一方面是新宪法生效以及新联邦宪制的启动,另一方面也隐藏着一个各邦脱离原邦联以及原邦联解散的过程,从政治实践上看,原邦联解体和新联邦启动是同一过程的两个方面,^[62]在此意义上,美国的制宪建国包含着一个“旧邦新造”的线索。当新罕布什尔在1788年6月21日批准宪法草案之时,第七条规定的九邦多数即得到满足,因此旧邦新造成就在一个“九邦新造”的时刻。

之所以说邦联是旧的,而联邦是新的,这旧与新之间的核心区别就在于,在新宪法得到批准之前,邦联宪制内的各邦是保留着各自主权的,根据第七条,宪法仅在批准宪法的州内发生效力,因此“九邦新造”的过程是允许主权邦说不能的。事实也是如此,直至华盛顿在1789年4月就职总统时,新联邦政府也只是11个州的组成,此前的兄弟邦北卡罗来纳和罗得岛还没有加入新联邦大家庭。^[63]而新造的新之处就在于,只要主权邦批准新宪法之后,它就因自己的意思表示而失去了完整主权。简单对比宪法第七条和第五条,就可以发现这一由主权邦向非主权州的转型。第七条规定了宪法生效的要件,其悖论在于它的规范力发生在整部宪法生效之前,反而是在宪法生效后就失去其规范力;^[64]而第五条规定的是宪法修正案的生效要件,它的规范力因此只能发生在宪法自身生效之后,在此意义上,第七条和第五条的规范力无法同日并存。如前所述,根据宪法第七条,主权邦有权独立地说不,罗得岛只要一天不批准宪法,那么宪法就不会在其境内发生效力,但根据宪法第五条,只要联邦政府的修宪提案得到四分之三多数州的批准,修正案即告生效,不仅适用于同意的州,也同样作用于说不能的州,原因就在于宪法框架内的州已经失去了完整主权。

州权主义者在讲述这段历史时,将重心放在了新联邦和旧邦联在疆域、人口以及组成

[62] 当然,这里还存在着费城宪法第七条和《邦联条款》第十三条之间的冲突问题,因为《邦联条款》规定邦联是“永续”的,而且对《邦联条款》的任何修改都要求全体各邦一致同意,这样看来,宪法第七条显然违反了《邦联条款》。若是在既定邦联法统内进行改革,则应首先要求十三个邦一致同意解散邦联,然后由这些主权邦分别举行宪法会议,决定是否批准费城宪法草案。关于这一点的详细分析,可参见[美]布鲁斯·阿克曼著:《我们人民:转型》,第32-38页。

[63] 这样看来,宪法第七条甚至包含着一种分裂的逻辑。罗得岛直至1790年5月才批准新宪法,重返联邦大家庭,而在它批准宪法之前,它完全有理由认为自己才是遵守《邦联条款》的守法者,而华盛顿领衔的新政府是脱离组织;不仅如此,罗得岛最后的同意,多大程度上是慎思后的意思表示,多大程度又是因为地缘政治和经济利益的压力,也是一个可以讨论的问题。而在罗得岛批准宪法后,新联邦就维持了旧邦联的所有成员及其疆域,由此也遮蔽了宪法第七条所包含的这种“新造”过程。关于罗得岛的后加入,参见布鲁斯·阿克曼著:《我们人民:转型》,第74-76页。

[64] 这样对比,就呈现出有关第七条最根本的问题,既然第七条是同现《邦联条款》冲突的,那么是什么让制宪者有了自我宣告第七条的权威正当性的。

单元上的继承关系,却没有看清楚这种连续性本来就有其历史偶然性(返回费城制宪会议的现场,没有谁能够保证十三个邦会悉数批准宪法),因此也遮蔽了联邦的宪法构建是一个脱胎换骨的再造过程。而国家主义者却将他们的建国故事围绕着这一新造过程而展开:在费城制宪之前,我们人民都是以各邦为基本组成单元的,但费城宪法的起草、辩论、审议和批准就是锻造统一的我们人民的政治实践,在这一过程完成后,“我们人民”就成为了新宪法的正当性基础,也是宪法解释的最高权威。正因此,宪法就是人民的宪法,联邦政府就是人民的政府,约翰·马歇尔在麦卡洛克诉马里兰州案中就曾写道:“联邦共同体的政府……是人民的政府。无论是形式,还是实质,联邦政府都来自于人民。联邦的权力为人民所授,直接作用于人民,也要为人民福祉所用。”^[65] 回到此历史语境内,我们可以知道,美国早期宪政史上的人民主权论,所要对抗的正是离心派所鼓吹的主权在州论,而国家主义者对美国建国的历史讲述也就是甘阳教授多年前所概括的“公民个体为本,统一宪政立国”^[66]

既然宪法是由我们人民所奠基的根本法,并非各邦/州之间的契约,联邦政府是民有、民治、民享的人民政府,那么宪法的最终解释权就不可能在于各州。有鉴于人民无法随时登场去解释宪法,那么韦伯斯特们主张由联邦最高法院去最终解释宪法,其意并不在制约民选的政治分支(或防止所谓的多数人暴政),同样也是对抗州权主义者的宪法解释学说。因为在第二代的政治时间内,由约翰·马歇尔所主政的联邦最高法院才是国家主义者的亲密战友,韦伯斯特们才放心地将宪法解释权交给马歇尔领导的最高法院,这同现代宪法学内论证司法审查正当性或民主功能的理论模型并无关联。^[67]

最后还要说明,正如州权主义者的离心力并没有走到踢开宪法闹独立的那一步,国家主义者的向心力也没有激进到反联邦党人所警告的联邦对州的“吞并”(consolidation)。这一点在马歇尔在麦卡洛克诉马里兰州的判词中就讲的非常清楚:“没有哪位政治梦想家会疯狂到这种地步,要打破现在将各州区分开来的分界线,将美利坚民族混合为一个无差别的大集体。”^[68]

四 附 论

“那是最美好的年代,那是最糟糕的时代。”

1825 年 6 月,在纪念独立战争五十周年的群众集会上,丹尼尔·韦伯斯特阐释了“我

[65] 美国银行案是 1819 年, *McCulloch v. Maryland*, 17 U. S. 316 (1819), 韦伯斯特在 1830 年同海因的大辩论中也指出,联邦政府是“由人民所创造的,为了人民而创造的,也当为人民负责的”。韦伯斯特的原文是“made for the people, made by the people, and answerable to the people”,后来就为林肯在葛底斯堡演讲中修改为“government of the people, by the people, for the people”,亦即我们所熟知的“民有、民治、民享”。从马歇尔、韦伯斯特到后来的林肯,这三位法律人都有一以贯之的人民主权论述。

[66] 甘阳:《公民个体为本,统一宪政立国》,《二十一世纪》1996 年 8 月号。

[67] 关于宪法审查与早期国家建构之间的关系,可参见田雷:《论美国的纵向司法审查:以宪政政制、文本与学说为中心的考察》,《中外法学》2011 年第 5 期。

[68] *McCulloch v. Maryland*, 17 U. S. 316 (1819).

们”这一代的宪法使命：“我们无法在一场争取独立的战争中赢得光荣……但是，对于我们来说，所存的还有一种守护和传承的伟大义务……我们所适于担当的任务就是改进。让我们的时代成为改进的时代！”一年过后，1826年8月，在悼念亚当斯和杰斐逊逝世的群众集会上，韦伯斯特更是自觉地将本文所界定的“第二代”放置在一个贯通过去、现在和未来的历史长程内：“这可爱的土地、光辉的自由、美好的制度，我国父所留下的宝贵遗产都是我们的了；要我们去享用，要我们去守护，要我们去传承。回首过去的世代，展望未来的世代，我们有责任肩负起这神圣的信任。”因此，第二代的宪法任务就是要继承建国之父留下的原初宪法，将由这部宪法所建构起来的联邦共同体传承下去。“守护”、“传承”但又要“改进”着，不改旗易帜，但也不能封闭僵化，这是第二代政治家的宪政之道。

“那是信心百倍的时期，那是疑虑重重的时期”。

联邦党人的建国有其不彻底性，美国宪法所包含的政治斗争史绝不是终结于1787年至1789年的费城时刻，反而是1787年宪法本身开启了自此之后的政治斗争，成为了后世所有政治问题的说服平台和决断尺度。宪法之父麦迪逊讲过：“本宪法既不是完全国家性的，也不是完全联邦性的。”正是由于这种宪法建国的不彻底性，在第二代的宪法时期内，向心的国家主义者和离心的州权主义围绕着一系列的宪法问题进行了针锋相对的斗争，双方都主张自己才是建国之父的继承人，但同时也都在对建国传统进行有限度的创造性转化。回头去看这三十年惊心动魄却也波澜壮阔的宪法史，我们可以很清楚地发现两条路线的斗争线索，但所幸的是，路线斗争最终都要诉诸于“说了算”的既定宪法。州权主义者无论再激进，也从不认为各州有权单方面脱离联邦共同体，否则就是叛乱；而在另一阵营内，国家主义者即便再激进，也并不认为国家政治过程可以“吞并”各州。

由此可见，第二代的政治家都是在既定宪法框架内进行着他们的斗争乃至挣扎，如果说第一代政治家是行使制宪权的立法者，那么第二代就是宪定权的一代，若是给这三十年做一基本的宪法大事记，那么首先映入眼帘的必定是一次接一次的妥协：1820年的密苏里妥协；1833年的关税妥协；1850年的奴隶制妥协。上述历次妥协都有一个政治推手，就是“伟大的妥协者”亨利·克莱。回到第二代的历史现场，革命者可以将建国者的宪法斥为“与死人的契约，与地狱的共识”，可以在群众集会上焚烧宪法册子来表现自己的勇气和良知，但妥协者克莱却只能带着镣铐来跳舞，因为宪政主义者首先就要承认建国宪法是保护奴隶制的。在此意义上，第二代的悲剧就在于，奴隶制原本就是第一代国父在制宪权层面上所进行的一次大妥协，而他们却只能在既定宪法秩序内做基于宪定权的妥协，但一次又一次的妥协却只能延缓危机，治标却不能治本。亨利·克莱对于共和国的最后贡献是他推动了“维持了联邦共同体的1850年妥协”，当克莱于1852年去世之时，联邦共同体已经步入了“迫在眉睫的危机”。^[69]

“我们大家都在直升天堂，我们大家都在直下地狱。”

[69] 参见 Fergus Bordewich, *America's Great Debate: Henry Clay, Stephen Douglas, and the Compromise That Preserved the Union*, Simon & Schuster, 2012; David Potter, *The Impending Crisis: America Before the Civil War 1848 - 1861*, Harper Perennial, 2011。

亨利·克莱是“伟大的妥协者”，而他的仰慕者林肯却成为“伟大的解放者”，这其中的区别也在于克莱是第二代行使宪定权的守法者，而林肯成为了更新一代的重建者。在联邦政府即将走向内战的胜利之时，林肯所代表的共和党人就取得了“重新建国”的权力，内战中抛洒的鲜血赋予他们以书写建国以来若干宪法问题决议的正当权力，他们的重新建国也解决了联邦党人建国的不彻底性：首先是第十三修正案废除了奴隶制，自由重获新生，紧接着又用第十四修正案重构了联邦共同体，一锤定音并且一劳永逸地解决了让第二代政治家陷入路线分裂的政治问题，续造了建国者以原初宪法所开创的共和国试验。

而关于林肯与美国宪法的故事，这已是后话，属于另一篇论文所要解决的问题了。

[Abstract] The Constitution of the second generation, formulated in this article as a historically-sensitive concept, aims to re-conceptualize the prevailing narrative of early U. S. constitutional history. In this revised version of early constitutional history, “generation” is the basic unit of constitutional story and, in this sense, a new narrative of “three-generation” is preferred to the dominant “two-moment” story of the “Founding-Reconstruction”. With this revision, the early national history of the U. S. is not a story of transformation, namely the Reconstruction as the reconstruction of the Founding regime, but a story of preservation through defense and change, with the main storyline being how the state-builders of the second generation strived to defense and change, if proved necessary, the original constitutional order during the long founding moment. The crucial constitutional problem confronted by the second generation, living in the era which was called “the Antebellum”, was how to interpret the Union emerging from the 1787 Constitution drafted by the Federalists. In the narrative of legalistic constitutionalism, the second generation was not a generation of total failure, although all their political struggles failed to save the Union from a bloodshed war, but a generation of tragedy: they lived in the long founding moment, but they had not the capacity to bring the people back to the political arena so that they could employ the constituent power to solve the constituent problems within the Federalism regime, which means what they could do as constitutionalists were the political compromises within the constitutional order they inherited from the hands of the founding fathers.

(责任编辑:支振锋)