

《美国宪法》第一讲：何为宪政？英国、美国和法国

甘 阳

本讲必读文献

- 1、美国宪法（1787）
- 2、法国第五共和宪法（1958）
- 3、Bagehot, *The English Constitution*（1867, 1872）（沃尔斯·白哲特：《英国宪制》，李国庆译，北京大学出版社2005年版，第一章，第八章）。
- 4、Dicey, “The Sovereignty of Parliament,” Part One of *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*（1885, 1915）（戴雪：《英宪精义》，雷宾南译，中国法制出版社2001年版，第115-226页）。

参考文献

- 1、Glendon, Gordon, and Carozza, *Comparative Legal Traditions*, second edition（格伦顿等：《比较法律传统》，米健等译，中国政法大学出版社1993年版，中译本根据英文第一版翻译）。
- 2、波斯纳：《英国和美国的法律及法学理论》，郝倩译，北京大学出版社2010年版。

讲稿相关书目

- 1、汉密尔顿、麦迪逊、杰伊：《联邦论》，尹宣译，译林出版社2010年版。
- 2、埃里克·方纳：《给我自由——一部美国的历史》，王希译，商务印书馆2010年版。
- 3、沃尔斯·白哲特：《英国宪制》，李国庆译，北京大学出版社2005年版。
- 4、戴雪：《英宪精义》，雷宾南译，中国法制出版社2001年版。
- 5、布卢姆等：《美国的历程》，杨国标、张儒林译，商务印书馆1988年版。
- 6、格伦顿：《权利话语：穷途末路的政治言辞》，周威译，北京大学出版社2006年版。
- 7、格伦顿：《比较法律传统》，米健等译，中国政法大学出版社1993年版。

· 甘阳，中山大学博雅学院院长。本讲稿为甘阳教授2013年3月5日在中山大学博雅学院《美国宪法》课程的第一讲，由孙竞超根据课程录音整理，甘阳教授进行了发表前的审定。

8、保罗·布莱斯特等编：《宪法决策的过程：案例与材料》，张千帆等译，中国政法大学出版社 2002 年版。

9、波斯纳：《英国和美国的法律及法学理论》，郝倩译，北京大学出版社2010年版。

学生课前预习

1. 阅读美国宪法的文本，提出问题，哪个条款引发你最大的兴趣？
2. 阅读《美国的历程》第一编，或方纳《给我自由》的第一部分。

一

上课之前，我们做了一个调查，你看到这幅照片上，美国男老师在打女学生，我们就老师是否有权体罚学生做了一个调查，结果让我很吃惊。09级的学生大约半数认为老师有体罚的权力；10级也是半数左右；现在看来11级的学生最liberal，反对的人数（即认为老师无体罚权）最多；12级的结果有些出乎我的意料，我原本以为12级的学生会和11级的态度差不多，但没想到会有这么多的同学认为老师可以体罚学生。在来听课的老师中，有三分之一的持赞同态度；研究生大约也是三分之一（反过来想一想，如果照片中是女老师体罚男学生，感觉会很不一样）。

你们猜猜我的态度，我如何理解老师是否可以体罚学生。（同学：赞成。）我就知道你们会这么猜，那你们全错啦，我现在告诉你们我对这个问题的立场：从个人态度来说，我反对老师体罚学生，但别人采取体罚手段，我并无异议。换言之，假定说我执掌一所中小学（注意不是大学），我作为校长不同意在本校采用体罚，但是我完全不反对兄弟中小学采用体罚。对我而言，最反对的是任何立法机关或知识分子从某种普世原则出发（比如人权原则），规定中小学不允许体罚。换言之，究竟是否可以采取体罚的手段，这个权力应该交给学校。

你们看，这张照片下面写了这么一句话：美国联邦政府的教师保护法承认，教师、校长以及教育机构有权为了维持秩序而采取合理的体罚。也就是说，体罚这个权力是下放到每个学校的，是case by case的决策机制，原因就在于各地的民风和传统是各不相同的。我相信，如果把把这个调查拿给中国大学生去做，大概只有很少一部分同学会支持体罚，反对体罚的会占大多数，这表明我们很进步啊，

也很“民主”啊，总之是自由民主之友。而这调查里有一句话我读不懂：“中国网友认为，体罚和虐待不同，容许体罚不代表容许虐待。”这句话是什么意思呢？我们要知道，这是中国网友对发生在美国的一个事件的反应，这背后是有潜台词的。那这里面的潜台词，我想可能有两种含义：一种含义是，哦，原来体罚是容许的，美国有体罚，我们中国也有体罚，但体罚不等于虐待。而另一种含义则是，啊，美国一定比中国好，尽管美国也有老师对学生的体罚，但他们终究是和我们不一样的，他们的体罚不是虐待，但我们的体罚就肯定是虐待。在我看来，这种想法表现出了我们当下非常致命的一个认识问题，亦即不是努力去理解美国，而是先假定美国的一切都是好的没有问题的，在这种情况下，我们既无法深刻理解美国，也不可能正确对待中国。一件事情发生后，往往只会表达情绪，用情绪化的语言来扭曲所有的事情，但情绪不会使人进步，反而让人失去学习能力。因此，要去了解真正的问题，而不是总去接受别人的opinion，在面对问题的时候，必须去问why（为什么）和what（是什么）！

课前给你们布置了作业，让你们阅读美国宪法的文本，讲一下你们在其中最感兴趣的条款，我看了你们全部同学就宪法文本所提出的问题。我原本打算跳过这部分，但因为同学们做的都很认真，我感到有必要在这里回应几个问题。

你们所提出的问题，绝大多数都可以在《联邦党人文集》内找到答案，正因此，这也是我规定为本课程必读的书目。我在下次课会讲到《联邦党人文集》，接下来会有一次讨论课，讨论《联邦党人文集》指定阅读的篇章。这本书应当成为你们整个学期内认真阅读的一个文本。而我们也会用整个学期的课程来回答你们在课前提出的大多数问题，包括去深刻理解《联邦党人文集》所给出的回答，当然，这些回答都是基于1787年制宪时的语境的，其思想会在后来的案例中发生变化。

你们中间，有几个问题提得比较精彩的。比如张思洁提出的问题：美国宪法的规定是否会造成如下的情形，联邦最高法院的大法官会选择在本党总统任职期间内退休，这样的话，本党总统就可以任命他的继任法官，最终形成最高法院内一党当家的局面？这问题的表述不那么准确，但我们下面会讲到这问题。联邦最高法院的九位大法官都是有党派的。在奥巴马上台前，九人里面年龄最大的斯蒂文斯大法官马上就九十岁了，但他就是要顶在这个位置上，一直要等到民主党总

统上台，他才退，就是为了将大法官的任命权交给民主党的总统，奥巴马就在斯蒂文斯退休后获得了一个任命自由派大法官的机会，这简直是在拼寿命呀！现实情况还要更复杂——人人都有党派性，但这并不代表人只是党派的动物，人还会有其他的考虑，会考虑到公共利益、法律的约束力等等。张思洁的这个问题体现出了很强的观察力，所以我先提出表扬。

刘佳辰提出了一个相当刁钻的问题，我之前也没有想过。刘佳辰观察到，美国历史上有数任副总统的空缺，怎么会有空缺呢？我昨天晚上才看到问题，来不及细查，现在只能猜测性的回答。我的猜想比较简单，副总统职位之所以会有空缺，大多数情况应是总统去世后，副总统继任为总统，在此情形下不可能为了一两年而单独选出一个副总统。同学们都知道的肯尼迪是比较近的例子，肯尼迪被暗杀后，副总统约翰逊继任为总统，之后大约有两年的时间是没有副总统的。还有尼克松的例子，尼克松在水门事件后为避免弹劾审判而辞去总统职位，副总统福特继任，但福特在继任后补了一位副总统。我猜想，大多数没有副总统的情形，应该都是总统去世而副总统继任，但在继任时没有任命新的副总统。这是一个很刁钻的问题，我之前没有想到过，也是一个好问题。

苏昆瑜的问题向来都很有趣：总统、议员选来选去，费时费力，决策也要来回讨价还价，难道制宪时，美国就没有考虑过要实行君主制？这个问题看起来好像很荒诞，但它同我下面将要讲到的英国和美国宪制之间的差别很有关系，也和这本《英国宪制》很有关系，这是任何学习英国宪政的人都无法跳过的经典著作。

《英国宪制》第三章讲英国王室，我讲一段给你们听。英女王在礼仪上的用途难以估量，英国如果没有她，英国政治只怕会分崩离析。英国报刊每天都在报导女王在温莎山坡上或去了哪里散步等等，很多人以为，英国人为什么这么无聊？让这么无聊的事情天天占据着报纸的篇幅？英女王是什么？女王不就是一个退休的寡妇嘛。查尔斯王子呢？不就是一个待业青年嘛。他们全都错了，英国宪政全部的问题就在于，为什么一个退休寡妇和一个待业青年变的如此重要？君主制是一种强有力的政府形式，最大的原因就是君主制是一种可以让人理解的组织形式。如果不提出君主制的问题，就不可能理解任何政治体制。我们对美国宪制的理解经常需要对比英国，所以这这也是一个好问题。

张佐和高一童提出了这样的问题：公民是一种权利还是义务？能不能放弃公

民资格？有没有不做公民的自由？这个问题要看你怎么回答，理论上肯定有不做公民的自由。但问题是不做公民有什么好处呢。首先可以想到的好处就是不用交税；但不交税，你是不是就不吃饭，不生小孩？我们现在可以想象，你自己找一个地方，开一块地，但凭什么这块地就是你的？占地也要缴地税。假使你开的就是一块荒地，我闯进来说凭什么这块土地就是你的。你不是公民，不受保护，我一刀把你杀了就像是杀了头狼一样，或者你把别人杀了，但也承受公权力的罪刑责罚。这样看，人之作为人，很难遗世独立，逃避公民的身份。而且这还涉及到原初契约的问题，我们现在暂且不去讨论。

同学们还提出了比较多的关于人民的问题。美国建国后在1790年进行了第一次的人口普查，这是国会成立后最先做的头等大事，此时全国人口大约为390万，其中白人女性大约为150万人，男性为160万。而从宪法上看，问题在于21周岁之上的人口到底有多少。美国建国之初的人口非常年轻，因为孩子生得多，每对夫妇生8到10个孩子，全国人口的平均年龄在15到16岁，绝大多数人都不满21周岁。人口的年龄问题可是个宪法问题啊。你们要知道，美国宪法是一部极高明的文献，很多东西都隐藏在字里行间。不要忘记，建国初的13个州相当于13个国家，每个州都对选举人有财产资格的规定，具体规定各州不一，财产资格的限制和21岁的年龄限制结合起来，美国在1790年有选举投票权的人数一般认为在60万到70万之间，最多不超过70万。这是美国建国初期的情况，而公民权本身是一个不断扩大的过程。你们看美国宪法的修正案，第十五修正案（1870年）是关于种族的，第十九修正案（1920年）是关于性别的，第二十四修正案（1964年）是关于纳税的，最后是1971年的第二十六修正案是关于年龄的，将美国公民的选举权从21岁降至18岁，这是一个接近两百年的漫长过程。我记得范子懿的问题是关于年龄的，为什么第二十六修正案将选举权的下限降低到18周岁。原因很简单，因为反战运动。六十年代的反越战运动一波高于一波，反战的主体是谁？年轻人、大学生！他们没有权利投票，没有公民权，说话就没有分量。你如果不是选民，参议员、众议员就do not care about you；而一旦成为选民，政客就要考虑你的诉求。第二十六修正案非常关键，它表明年轻人和大学本科生可以投票，是社会激进化的一个标志。

关于选举，你们要想两个问题。有些比较激进的同学会提出第一个问题，美

国制宪者为什么不从一开始就规定普遍的选举权，去除性别、种族身份的资格限制。我们先不问为什么，而是考虑如下两个可能究竟哪个更好。一种可能是人人有权投票，但因为政体没有这么大的容纳性，所有人都挤在里面，所有人的权利都要被考虑，利益都要被平衡，这个体制是没办法work的，这个共和国不太可能立得起来，结果可能是完全崩溃。另一种可能是这个体制起初将大部分人都排除在外，但通过很长一段时间逐步将一部分又一部分人吸纳进入体制，这种渐进式扩展的体制是work的，而且基本实用。在这个问题上，英国同美国是一样的，1688年的光荣革命是历史的分水岭，确立了君主立宪的宪制，差不多一百五十年以后，1832年的改革授予中产阶级以选举权，而1867年的改革将男性工人阶级吸纳进入体制——这是一个相当漫长的过程。正因此，我们反复强调，政治问题并不是纯粹的理想主义，所有人的自由平等当然是一个理想，但如果过分执着于这个理想，最后的结果可能是谁都不得自由，不得权利。这是我的一个观点，大家可以讨论。不要仅从一种理想或一项理念出发，批评美国当初为什么这么不民主，不平等，那么多妇女、黑人、印第安人，也包括华人没有选举权。早期的华人是没有任何政治权利可言的，以法律之名去排华，宪法史上有两个很著名或臭名昭著的案例，第一个就是关于华人的。站在一个道德制高点上去批评一个政体，经常是轻而易举的，我们应当从另一个角度去看，观察无论是君主制还是民主宪政，一个政体是如何work的。

我们在读《联邦党人文集》的时候也会讨论这个问题。麦迪逊在《联邦党人文集》第51篇内有个著名观点：在建立政府时，第一步是让政府有能力去统治被统治者，第二步才是让政府去控制它自己。如果我们不去想如何让政府去管理，而只是思考如何去管政府，那么政府就没办法work。政府之所以存在，就是为了管理被统治者，如果这个功能尚且没有立起来，反而先去讨论如何限制政府权力，那么这个政府本身无法存在。联邦党人当时面临着非常大的挑战，为什么要把这13个国家合并为一个国家，而且这个合众为一后的新国家还是共和的，自由的，而不是暴政，这是联邦党人面临的根本挑战，整部《联邦党人文集》也都是在回应这个问题。作为联邦党人的回应，核心就是首先要形成有治理能力的政府，然后再去控制这个政府，否则政府本身都不存在你管它干什么。

同学们普遍关心的第二个问题是关于政党的。我想你们都看到，美国宪法文本并没有提到政党。我也顺便问一下，美国宪法有没有提到“民主”这个词？大家课前有没有注意到这个问题。你们有没有发现，整部美国宪法，包括修正案在内，从头到尾没有提到“民主”？有“共和”，但没有“民主”。政党确实是一个问题，因为美国 1787 年的制宪者最初设计的就是一种“反对政党的宪法”，在这些建国之父们看来，政治是不能结党营私的，《联邦党人文集》中最著名的就是其第 10 篇，这一篇的核心问题就是只要有人群，有政治，就势必会有党派，问题在于好的政治应当能够克服党派的腐蚀效应。1787 年宪法的设计就是去形成一种没有政党的政体，制宪者 suppose 了一种贤人政治，根据品行和才能来统治，但这个设想很快在现实中破产，特别就体现在总统、副总统的选举问题上。你们可以看第十二修正案，这条修正案的增补就隐含地承认了政党政治在美国存在的必要性。为什么这么讲？最初的设想是，总统选举是要选出品行最高、能力最强的统治者，得票最多的当选为总统，接下来是副总统（理论上就是在美德和能力上仅次于总统这美德能力最好的人），这是在没有党派的情况下的天真想法。每一条修正案都必有它不得不做出修正的原因所在，而第十二修正案所改的就是选举总统和副总统的办法，我现在讲给你们听。

宪法正文第二条是关于总统行政权的。总统选举的基本过程是每位选举人都选两个人，两个人写在同一张票上。同学们不要小瞧美国宪法的每一个字，这是非常了不得的文件，每个字背后都有无穷的思考，大家要去读我的那篇文章。¹副总统的设计当然有它的原因。我刚才讲到，美国建国的根本问题就是 13 个具有独立主权的国家要结成一个国家。我在这里也回答一下李淇慧的问题，为什么 United States 是复数。United States 是由 13 个独立国家联合起来的，美国建国后前八十年的核心问题就是 13 个国家究竟能不能合并为同一个国家。从结果上看 1787 年宪法是失败的，因为美国的真正统一是由南北战争所奠定的，而南北战争作为一场内战，本身就意味着宪政的失败。你们要明白，宪政意味着所有问题都可以在宪法框架内获得非武力的和平解决，武力的解决就表明宪法的失败。

回到总统选举的问题，如果只是选一个总统，那么这 13 个国家的每个毫无疑问都会选自己国家的人，13 个 state 各选一位，这样总统就是选不出来的。所

¹ 甘阳：《关于研究美国宪法的一封信》。

以每位选举人可以写两个名字，其中一人必须不是本邦国的。比如，纽约 state 的选举人，选的一个必定是纽约的，而另一个不能是纽约的，你们可以想见，这种选举程序是希望选出各方面都得到大家认同，在北美大陆各地都有声望的总统。我们可以做一假想，13 个 state 各选自己的人，于是 13 人各得一票，但另一个人即便只有 3 票，结果也比任何人都多，所以说这种选举机制的理想就是选出一位最贤明的总统人选。选举人只选两个人的名字，而不注明谁是总统，谁是副总统，关键看谁得票最高。这个预设就是只有地区派，而没有跨地区的党派，一旦跨地区的党派出现，这种机制就会出问题。你们可以看 1796 年的选举。在思考美国宪法时，你们一定要有基本的时间概念，美国这个政治体的特点之一就是它的历史相对较短，因此也为我们提供了一个难得的案例，可以从头开始观察人类是如何组织起他们的政府的，这其中会遇到什么样的问题，人和人之间如何生活在一起，成为一个共同体，直到大家都接受一套共同的规则。英国历史久远，很多事根本无法追踪，而美国历史比较短，所有的发展都可以观察。费城制宪是 1787 年，华盛顿当选美国首任总统是 1789 年，华盛顿当了两届总统，1796 年的时候宣布不连任，此时的美国已经分为了两党两派，麻烦因此出现。我们可以想见，就以美国民主党为例，假如一位选举人可以提两位候选人，我就会把票都投给本党候选人，这就可能出现一种情况，即本党两位候选人得到相同的选举人票，总统究竟属谁可能出现问题。这种情形就出现在 1800 年的总统大选中。当时杰斐逊是现在民主党的领袖，他同本党的伯尔共同竞选总统，结果作为副总统人选的伯尔同杰斐逊的得票完全一样，既然得票数相等，为什么你杰斐逊就是总统，而我伯尔只能认命副总统呢？众议院投了 35 轮票也没有选出新一届总统。这当然是一个濒临崩溃的危机，伯尔这个人非常糟糕，他就是后来在决斗中杀死汉密尔顿的那个人，而当年因为地区利益的平衡，他和杰斐逊都拿到 73 张票，我相信这是任何一本美国历史书上都会讲到的宪法僵局。

第十二修正案就是在这次危机后写入宪法的，它做了一个很简单的改动：总统有总统的候选人，副总统也有副总统的候选人，两张选票分开，一张写总统，另一张写副总统，就不会出现上述问题了。由此我们也可以看到，即便是联邦党人这么天才的政治家，他们所设计的宪法仍有一堆的破绽，仍要去修改这部宪法，无论是文本上的修正案，还是联邦法官的宪法解释，都是在面对宪法中的破绽。

我以上回应了你们第一次阅读美国宪法后提出来的一部分问题，主要围绕着两个，一个是关于人民组成的问题，另一个是政党在宪法文本中的缺失，其实不仅是政党，宪法由始至终也没有提到民主两个字，“奴隶制”也是隐藏在文本的字里行间的，是非常有意不在宪法本文中出現奴隶制这个字眼，否则费城制宪就必然失败。美国宪法文本是一个极高明的文献，我们会有整个课程去讨论这些问题。我这里只是再去强调一点，刚才我们已提到，英国和美国的政治发展都是 *take long time* 的，开始时只有极少数人有选举权，可以参与政治，一步步地逐渐扩展，这个过程背后隐含着一种理念，就是智慧较低的人要服从智慧高的人。这在今天当然是一种不时髦的观点，我指定你们去读白哲特的《英国宪制》，²有余力的同学要读 1872 年第二版的导言，它所围绕的就是一个非常英国性的思想。我们不可否认，从前的少数人当然是有钱、有地位的人，我们今天都是民主派，同情下层、穷人、劳动人民，但我仍会坚持一个观点，穷人不等于就是好人，也不等于聪明人，两者之间不可混淆。在一个社会内，有钱人无疑占有着最好的教育资源，通常而言，他们的教养和智慧也会比较高，所以这背后就有一个政治考量的问题。我们大概都会希望，政治不仅是要平等的，而且还应是有着高度智慧的，不那么愚蠢的，如果民选出来的官员都是愚蠢的，无论程序多么符合民主和平等的原则，也不是一个理想的政治，由此可见民主政治的实践包含着非常多的复杂问题。

这种观点，在今天这么一个高度乃至极端民主化的年代，可以说是非常 *unpopular*，但任何一个政治共同体都必须考量这观点背后的问题：到底是社会内有智慧、有抱负的人引领着相对较差的人？还是说整个社会完全在向下看齐？

这么一个逐渐开放的政治过程如何才能走出来，就要求被吸纳进来的这部分人首先应承认此前少数人所制定的游戏规则，即便是这规则中存在着许多问题，他应当是被吸纳进入的。你们如果读过马克思，就会注意到，马克思对英国的最大愤怒就是英国工人阶级的腐败。英国是世界上第一个形成工人阶级的国家，但英国恰恰最不能成为实现马克思阶级斗争的土地，因为英国的工人阶级贵族化了，工人阶级内产生了工人贵族。工人贵族的思想 and 情调都追随着他们原先的对立面，也即贵族和皇室。在英国最拥护女王的是谁？是工人阶级，下层社会！你

² 沃尔斯·白哲特：《英国宪制》，李国庆译，北京大学出版社 2005 年版。

们可以看我指定阅读的《英国宪制》第一章。我首先提出来这个问题，放在这里供你们批判，但这是在任何一个人群、社会和政治体都会存在着的问题。我们可以说得赤裸裸些，在我们这个博雅学院也必定有高低之分，而我希望是好学生领着差一些的学生向上走，而不是所有人都向最低的看齐。人类社会是向高走，还是往低处走，这是任何人群都会存在的问题。

第二个问题是政党，我刚才讲到，第十二修正案的增补，总统和副总统分开选举的方式，实际上就隐含地承认了政党在美国的出现。建国初期政党政治的领袖，包括杰斐逊和麦迪逊，他们本身是政党的组织者，但同时他们自己认为政党是短暂的过渡事物，最后应该消亡，也就是说，每一位政党领袖在当上总统后都不愿意政党的存在，因为政党就是 *divide people*，煽动群众以及人群中的敌意。中国历史上关于朋党问题有长期的争论，有些文章明确赞成朋党，但居主流的思想是基本否定党派。基本上看，传统政治都认为政党是一个非常负面的东西，美国对政党政治的承认是一个逐渐演化的过程，而第十二修正案实际上就是承认了政党存在的必然性。以上是我大致所讲的两点。

二

现在回到我们这门课上来。这门课有点特别，而且还有些冒险，之所以说冒险，是因为我这次将大一、大二的同学也包括进来，严格地讲低年级的同学修这门课有些早了，未必特别适合。我曾在清华法学院讲过这门课的部分内容，对象是清华的研究生，他们都是从法学院本科毕业的优秀学生，但刚开始的几周也是跟得特别吃力和辛苦。在座的除了大一、大二以外，还有大四的，这已经是他们的最后一个学期，基本上所有的学院在大四都不会排课，尤其这么重的必修课，所以我一方面要感谢他们，另一方我也肯定，大四的同学这门课不要交 *final paper*，原因很简单，大四不可能像常规年级那样等到学期结束，他要毕业了，五月份时所有课程的成绩都要出来。既然不需要 *final paper*，大概一个非常短的 *paper* 就可以，我希望大四的同学在三、四月份的讨论课上能够多起些作用。我们大概每两周安排一次讨论，但一开始时，我希望可以多讲一些，期中后希望安排一周一次讨论。大家上课很辛苦，这门课的阅读材料非常多，我有一个很高的

期望，所以这门课程的题目也和原先设想的不一样，我希望本科生可以从细读美国宪法案例入手，引导学生思考和讨论现代性与现代政治法律道德生活的若干基本问题。比方说，什么是宪法？我希望博雅学生从一开始就要从原初处开始思考，没有任何东西是被 *take for granted* 的。宪法是什么，为什么要有宪法？大家不要将宪法当做想当然的，英国为什么就没有一部成文宪法？所有的问题都要逼到原始状态去思考。是不是现代政治一定要有一部成文宪法？我这里强调的是英国不但没有成文宪法，而且英国的体制也不可能有成文宪法，如果有成文宪法就不可以同时存在英国的“议会主权制”（*sovereignty of parliament*），我给你们指定了戴雪的《英宪精义》这本书，雷宾南先生将 *sovereignty of parliament* 音译为“巴力门的主权”，³ 显然是为了要避免与美国国会的混淆。英国政治与美国政治是截然不同的。我们接下来会讲这本书。

现在大家也都在讲人权。同学们首先注意一点，*rights* 和 *human rights* 这两个词有什么区别？你们觉得有区别吗？如果你们多读些书，就会发觉一个非常有意思的现象，美国人在讨论国内问题时从来不用 *human rights*，这个概念是一个国际政治里用的词语。我们这门课接下来要读很多案例，还有法学家的著作，他们在讨论美国政治的语境下也从来不讲 *human rights revolution*，只用 *rights revolution*。在美国国内，*rights* 特别指自上世纪六十年代逐步发展起来的一些权利。但这就隐含着一个问题，为什么要在国际政治内用 *human rights*，是否因为非美国的、非西方的人们是不是 *human* 还未可知，所以要强调这个 *human rights*？因此，这种概念术语的用法隐含着我们要去追问的很有意思的问题。*Rights* 是什么？谁给你的？大家都想要权利，你有哪些权利，为什么你有这些权利？这些问题都不能 *take for granted*，必须要去追问。我要求博雅学生必须扑到最原初的问题上，站在根本点上去思考！中国人的最大问题就是永远只会提出二流三流的问题，因为很多中国人往往认为西方人已经把最根本的问题解决了，因此不可能走到原初问题上来，而习惯于在第二级、第三级的层面上去思考。他只是在跟着别人说，所以差！博雅学生一定要突破这种状态！你们必须去想这样的根本性问题，例如，权利是先在于政治社会的？是 *natural rights*？天赋人权？还是说权利是由政法制度所 *create* 出来的？是人造的？

³ 戴雪：《英宪精义》，雷宾南译，中国法制出版社 2001 年版。

大家也都在谈民主。人们通常假设美国是民主的，而中国不民主，但你们知道美国的民主到底是如何运作的吗？三权分立？民主政治必定是三权分立吗？你们要去问，你们要去看，英国是什么样子？法国、美国又是什么样子？天下没有任何一件事是有百利而无一弊的。而中国人先把西方的东西当成是 perfect 的，然后又把中国的东西想成是 bad 的，这就是中国人思考的问题，就好像我在一开始讲到的，美国的体罚就只是体罚，而中国的体罚则一定是虐待的，所以你根本走不到一个根本深处去想问题。你要像美国人那样去想问题，像美国制宪者那样去问问题。我在清华法学院第一次上课时就说，我的课要求很简单，跟我读美国宪法的判例，你们每个人都要假定你自己就是美国最高法院的大法官，你没有这个想法，你就学不好美国宪法！你必须去想，我就是九个美国最高大法官之一，这个案子我怎么判？我待会儿就给你们两个案件看你们怎么判。

接下来还有一个问题，我们中国人讲民主时只空谈理念，而不脚踏实地。民主是什么？民选官员就代表民主吗？民主代表谁？谁代表民主？从美国看，首先是有民选的政治部门，行使立法权的国会和行政权的总统就是民选政治部门，然后还有非民选的政治部分，这就是法院，联邦法官不是选出来的。但民选的国会、总统和非民选法院谁更代表人民？这是我们这门课贯穿的核心问题之一。美国最高法院的司法审查权是在实践中形成的，宪法文本内并无根据，我们会有一堂课的时间来讨论这个问题，但司法审查现在是一个历史形成的事实。我们必须会提问，司法审查权的正当性根据何在？如何防范司法权的滥用，走向司法政治主义？美国的建国者很早就注意到这个问题，比如《独立宣言》的起草者杰斐逊在1820年的一封信内就有论述。

以上是我对这门课的基本设想。今天这节课我主要讲两个问题：第一个问题，博雅学院不是法学院，为什么要开这门课而且列为必修课？第二个问题，我们这门课基本上会集中在美国，所以同学们在一开始就必须明白，美国是一个非常 unique 的体制！即便是在西方世界内，美国也是独一无二的，而你必须把美国摆放在一个比较的视域内，要去看美国和英国、法国的差异是什么？这是我计划这一讲的内容，但今天课上有可能讲不完。

我先讲一下为什么博雅学院要开宪法课。大四年级的即将毕业了，我仍希望他们在毕业前补上这门课。我在组织上想要一种跨年级的讨论方式，所以将大一

大二的学生也包括进来。我自己通常不太愿意讲重复的课，今年这次讲过后，我两三年内都不太想讲这门课，因此也比较希望培养一两个青年教师接着讲这门课。为什么博雅不是法学院，却还要给本科生开这门课？这里面有好几个理由。

首先，博雅教育虽然强调古典和人文，但博雅学院无意成为一个古典学院，所以我比较希望古典和现代能有一个平衡。而且归根结底，即便是投身于古典研究的人也必须具有一种现代的 *perspective*，毕竟我们都是生活在现代的现代人，如果你对自己的生活处境没有一个基本的理解，你也不可能很好地理解古代。因为所有进入古代的人在背后都有他现代的问题意识，他研究古代必定带着他现代的问题，所以如果对现代的问题了无所知，必定研究不好古代。另外一点，我也希望人文和社会科学之间会有个平衡。因为每一部宪法都可以说是无所不包的。我将这门课定为五个学分，这就要求大家用更多的力气来学习这门课。从博雅课程的设置来说，我们一二年级通常不排社会政治的课程，我们希望先打好人文的基础再来读社会科学。所以我的这门课也有些破例，看看大一大二的同学们会是什么情况。

第二个原因，之所以要在博雅学院开这门课，坦白说我个人认为美国宪法非常有趣，有挑战性，美国宪法的许多案件，不太夸张地说就是一种高智商的语言游戏。我希望博雅学生可以去提出一些高段位的问题，思考一些根本性的东西。我在此先讲一个同你们学生有关，可以刺激你们的问题。美国法学法律界所有的最好学术期刊，都是法学院的学生编辑的，无论你是多大牌的法学教授，也包括美国最高法院的大法官，你文章的发表与否是由法学院学生来决定的。当然，美国法学院是研究生阶段教育，法学院的学生都是研究生，这即便如此仍是很惊人的，因为教授文章的发表权握在学生手中。从文史哲到政治学、经济学、社会学，没有一个学科会是这样的。如果换到其他学科，那么教授们全都会跳起来，我的文章要你来决定是否发表，到底谁是学生，谁是老师，谁在教谁啊？只有美国法学法律界很不一样，法律评论刊物是有着百年经验的历史形成，《哈佛法律评论》是最早的，之后所有的法学院都跟着走，这是一种非常特别的学术评价体制。我们可以先说它的正面作用，美国法学院特别是精英法学院，确实起到了塑造国家精英的作用。法律评论期刊的学生编辑部是怎么形成的？以哈佛法学院为例，每年在二年级学生中招 40 位编辑，任期一般为一年，进入编辑部后，主编叫做

president, 普通 editor 则是在数百名学生中择优选拔出的, 这是竞争很激烈的位置, 进入法律评论的编辑部就表示你进入了最精英的阶层。在这门课上, 你们会经常遇到美国法学院的知名教授和美国大法官, 回头去看他们的经历都是非常一致的。在法学院读书时担任学生编辑, 毕业后开始担任联邦上诉法院的法官助理, 一年后, 最优秀的少部分人有机会担任联邦最高法院的大法官助理, 每位大法官可以配备四位助理, 一年就约有 36 位大法官助理, 通常任期一年。美国精英法学院的优秀毕业生在履历上是惊人一致的, 他们在毕业后基本上就是三个去向, 第一是美国最好的律师事务所, 第二是进入美国的政府或政党系统既从政, 第三是到法学院做教授。现在, 美国最高法院大法官的判词基本上都是助理拟稿的, 所有判词的 style 都是一样的, 无论是法律评论期刊上的论文, 还是大法官的判词, 都是不必要的冗长。法学院的学生说实话是没什么学问的, 反而喜欢炫耀学问, 如果你们去比较一下美国法律评论期刊与所有其他西方人文社会科学的杂志, 就会发现法学论文最长, 动辄上百页, 脚注都有几百个, 其实完全没有那必要。而美国大法官的判词也常常几十页、上百页, 像美国法学期刊的文章。法律人说着一一种非常独特的语言, 有着本专业“语言的编码”。同学们刚开始读的时候会很辛苦, 但读多了之后, 我觉得比侦探小说还精彩。有些经典判词实在是神来妙笔, 对照之下, 就能看到我们当下讲究政、民主时在语言上的贫乏, boring, empty! 读大法官的判词时, 我们要去思考他们是怎么写的, 怎么组织语言, 这是维特根斯坦意义上的语言游戏, 而这就是法学院学生的生活方式, 这是我比较希望同学们理解的一点。

不仅如此, 虽然我们读的是美国的宪法案件, 但毫不夸张地说, 你们都生活在它们的笼罩之下, 而且是在无意识状态中。比方说, 博雅学院的学生每年如要报本科生的研究项目, 几乎无一例外地都是想要研究同性恋问题, 我实在不明白, 天下这么多事, 何以只关心同性恋。你们压根不知道同性恋的问题是从哪里来的, 这是一个美国的问题, 你拿过来有什么意思, 不就是一个不入流的人跟着别人瞎起哄吗! 我要求博雅学生应当通过自己的思考, 首先知道到底是怎么回事儿, 再去研究同性恋的问题。同性恋的问题在美国是生死之争, 但在中国是不需要辩论的——同性恋、堕胎这些议题影响到了每个美国人的道德生活, 但中国根本没有对应的问题。同性恋在中国是个时髦的东西, 我 2006 年在北大教课, 一大帮学

生都是“同性恋”，他们实际上不是真的同性恋，就是觉得时髦，他们是文化人而不是自然人。所以你们要去想这种问题是从哪里来的以及问题背后的问题。

你们对美国宪法的学习不能停留在抽象中，我现在给你们两个 case 思考一下。先说第一个，一位 15 岁的女中学生怀孕，她在决定堕胎前是否要告知父母，如果换成一套权利的语言，就是父母有没有权利 to be informed，而女儿有没有权利 not to care her parents，这个案子怎么判？（王贾川：父母应有被告知的权利，但是否堕胎，是女儿自己的决定。）你这个态度等于没有做出判断，“两头翘”啊。（宋林鞠：父母有权利被告知，女儿在心智上尚未完全成熟，而父母更有能力去帮助她决策。另有几位同学表达了同宋林鞠相似的观点）。你们的观点在美国属于保守派！我每次在国内问这个案子都得到相同的答案，因为你们虽然表面上是自由派，但其实心里都是不折不扣的保守派，至少按美国标准都是保守派。美国法院对这类案件的判决很分裂，不光法官之间有分歧，同一位法官的立场也是摇摆不定。宪法在美国已经深入到每个人私生活的全部领域，而我们的问题在于并没有参与到这些原始的辩论，只是简单地把美国的话语拿来，却没有参与到这场辩论中来。而所有这些问题关系到我们到底要有一种什么样的 moral life。

再说第二个 case，一对年轻夫妇，妻子怀孕，但不想要孩子，准备人工流产，她有没有义务要告诉丈夫，或丈夫有没有被告知和征求意见的权利？这个问题就不用问男生了，问几个女生。（沈麟：妻子应该告诉丈夫；张天：应该）有没有哪位女生认为可以不告诉丈夫的？你们怎么都这么不女性主义？这么不自由主义？怎么都这么保守主义？！这个态度背后隐藏着一个问题，一个人到底是一个赤裸裸的个体，还是同他人处在某种关系之中，自由主义者相信个人就是彻底的个体，这样的人就会说我为什么要告诉你，我的身体我做主，my problem, not your business。即便是父母，丈夫，没有人可以代替我，这是一个最强的自由主义 argument。从这个角度来说，你们某种意义上都是保守主义的。当然，立场是一个问题，论证是另一个问题，这也是美国宪法有趣之所在，再坏的道理也要讲道理，你们一定要学会用这套编码语言。七十年代以来，美国宪法介入到生活的每一个领域，而中国跟着瞎起哄的后果就是，表面上我们每个人都成了自由主义者，但从心底深处思考的话，就会发现自由主义并不是你最终的立场而是多数中国人肯定是保守主义的，理解这一点也就能理解为什么八十年代以来保守主义在美国

打败自由主义的原因。自由主义在六十、七十年代实在攻势太猛，在堕胎和同性恋这些问题上攻城拔寨，但到目前为止，同性恋在美国宪法上从来没有合法化过，始终是一个激烈辩论的问题。我要告诉你们，所有理所当然的问题都是需要去追问的问题，这所考验的就是你们的思考能力。博雅学院排这个课是同每个人息息相关的，实际上我们生活在一个美国主导的世界，这里面有很多好东西，但也有相当多令人不安的东西，需要我们思考，一个入手点就是去理解美国人自己的辩论，特别是自由主义与保守主义之间的激烈争论，而不要先把美国简单化。我希望中国的精英大学生都能有独立的思考，我们中国一直以来未能培养出思想家，打造不出美国一流法学院的精英，从现在开始，中国的大学应该以此为已任，我希望你们研究的前沿问题不是最新最时髦的，而是最原初、最根本的问题。这两个小 case 只是举例，我们在这个课程中会全面展开讨论。

我们天天都听到媒体在讲政治改革、民主、宪政，这中间包含了人们很多美好的愿望，但到底怎么个改革，政治改革是什么意思，要宪政、民主、自由，你到底要什么？大多数公知所说的政治改革就是我们应该像美国那样，所以我们也需要了解一个问题，美国到底什么样。说起民主这些词，绝大多数人脑海中就会有一个印象，但却说不出个所以然来，只是觉得像美国那样就好，但却说不出美国到底怎么样。通过我们这门课，我希望同学们对美国的基本宪制能有个理解。任何一个政治体制都包含着它本身无穷的问题，没有什么体制是完美，这本应是思考道德、政治和法律问题的基本出发点；一上来就想象一个完美的西方甚至是美国，这其实是最差劲的思考，只能说明你们根本就没有思考，不会思考！美国到底是如何选举的？为什么美国是两党制而不是多党制？为什么第三党永远无法赢得选举？美国如果是多党制，就有可能分崩离析。政治的根本问题就是能够集中政治意志，将很多不同的观点和利益都纳入一个可以决策的机制中去，以达到某种意义上的政治共识。如果所有人永远各说一套，那么就不成为一个政治社会。但对比一下，欧洲国家除了英国以外都是多党制。我下面要讲两个英国学者，站在他们的视角来看，美国的这套宪制是完全不可能运作的，白哲特就认为，不是美国的制度好，而是美国人比较好，如果不是美国人和美国思想，这套体制完全运转不起来。

还要说一下小组讨论的安排，我希望每次讨论的小组主持人都是轮换的，这样有利于大家的积极参与。讨论最好是跨年级的。低年级的同学要先读完《给我自由》和《美国的历程》，对美国的历史脉络有一个基本了解，否则后来的课程会比较难。而高年级的同学，我会布置一些更深入的阅读材料。

我这里要特别讲一下什么是宪政。我在课前已发给同学几个国家的宪法文本。你们看一下，比较美国宪法、法国宪法和英国宪法之间有何不同。从宪政的角度来讲，美国只有一部宪法，法国大革命两百年来共有 15 部宪法，法国不断地重新制宪，而不是修宪，而英国则连一部宪法都没有，这三个国家的宪法体制有着非常大的差异，美国的宪政在西方也是最特殊的而不是最普遍的。

我在课程大纲这一讲的参考书目列入了两本书，一本是格伦顿的《比较法律传统》，这本书的导论讲述了一点对中国学生来说非常重要的道理，实际上也是最简单的道理，但这简单道理似乎中国人最不能理解，这道理就是法律是最不可能简单移植的，因为真中起作用的法律制度一定是植根于一个政治社会的历史深处的，任何法律移植都要慎之又慎。比较法的目的不是比较出高低之别，而是要去理解法律生成的历史渊源，就是格伦顿这本书的核心观点。另一本是波斯纳的著作，⁴波斯纳虽然和格伦顿同为保守派，但很难得不为任何意识形态所拘，他著作等身，平均每年至少出版一本书，而且亲自上阵写法官判词。自由派中间，我则比较推荐桑斯坦。《宪法决策的过程》是我们可以用的美国宪法案例教科书，但这是多人合作翻译的，翻译质量参差不齐。而无论是格伦顿还是波斯纳的书，主要都是比较英美普通法和大陆法，基本不关乎宪法。关于比较宪法，我推荐了白哲特的《英国宪制》和戴雪的《英宪精义》。戴雪从 1865 年开始写《英宪精义》，这是美国南北战争即将结束的时候。戴雪非常明确地批评了美国的宪法体制，但也预见到美国的宪制会产生更大的影响力，成为争相仿效的对象。雷宾南先生的翻译非常用心，比如将 parliament 翻译为巴力门，以区别美国国会。

我们最后简单地来讲一讲白哲特的《英国宪制》。这本书的第一篇指出了关于英国宪制两种流行但错误的理论。第一种理论认为，英国的政体是三权分立的，立法、行政和司法三种权力相互分开。虽然许多文献都这么讲，但这同英国的政治实践风马牛不相及。第二种理论认为，英国宪制之所以成功，原因就在于三权

⁴ 波斯纳：《英国和美国的法律及法学理论》，郝倩译，北京大学出版社 2010 年版。

的相互制衡。白哲特主张，如要理解英国宪制，关键在于理解英国体制由两个部分组成，也即尊荣和效率两部分。效率的制度可以仿效，但尊荣的制度部分却无法照搬。在英国，尊荣主要化身为王室，这也是英国宪制最复杂的部分。我们往往会觉得，英国女王存在与否并不重要，因为女王在效率意义上是起不到作用的。但白哲特在第三篇内提到，若是没有尊严这部分，英国的整个体制就会分崩离析。而效率制度的核心在于三权合一，而不是三权分立。这样看来，王室代表着尊荣，而不是效率，议会则反过来代表着效率。在白哲特看来，一种宪制如要成功，必须达到尊荣和效率的两个目标，而且每一个古老的宪制也都历史地达到了这两个目标。这是非常深刻的观察，中国宪制改革的关键即在于此。

白哲特接下来批判了只注重效率而忘却尊荣的观念，或者认为尊荣部分需要掌握实权的观念。尊荣和效率担当着完全不同的功能：尊荣部分是整个社会体系的发动机，而效率部分则是要利用被发动起来的政治力量。比方说，乾隆皇帝下江南是非常必要的，体现中国政治的尊荣方面，具有非常强的政治意义，展示出在乾隆年间普天都在君主的掌控下，没有这种基于君主个体的展示，政治体制就不可能形成民众对帝国在心理上的向心力。另一方面，根据白哲特的讲述，英国政治效率的秘密在于立法和行政权的紧密融合。对照美国的选举制度，美国总统、参议院和众议院各有选举，相互间是平行和独立的，这是三权分立的典范；而在英国巴力门的选举中，多数党的领袖直接成为首相。英国没有三权分立原本应是常识，但问题在于孟德斯鸠搞错了，他认为英国是三权分立，正是因此所有的经典著作和理论都认为英国宪制的关键就在于立法和行政的分离，也让白哲特费了好一番解释的口舌。美国革命之前，美国人向来以自己是英国人而骄傲，因为英国是全世界唯一自由的地方。白哲特这本书讲到，美国人以为自己的三权分立是在学习英国，实际上一开始就是个错误，英国首相是议会的当然成员，他通过内阁将英国的立法和行政权结合在一起。英国不是三权分立，内阁实际上是立法机关的委员会，反过来，美国参众两院有无数的委员会，但它们同行政没有任何关系。英国宪制责任明确，但美国的制度却使得责任推诿成为轻而易举的事情。当然，我们不能用今天的美国去反推建国初的美国，美国的宪制也是运转出来的，是在实践中发展而成的。根据美国制宪者的设计，最危险的分支并不是总统，而是国会，因此他们在国会条款上最多费笔墨，美国总统威尔逊是美国政治科学的

奠基人，他的早期著作就使《国会政府》。无论如何，英美体制的最大差别就在于美国的立法和行政是全然分立的，英国人不能理解这样的体制如何运转。

而如果只从现代民主理论来看，我们也会认为英国的贵族院没有用，王室也没有用，有效率之用的只有下议院。但我们要看到本质，要看到内阁是起着连接作用的连字符，是用以固定的皮带扣，行政和立法因此完全结合在一起。英国内阁在理论上是由巴力门选出来的，但它在组建后却又有解散巴力门的权力。当人民要求改变时，英国议会可以随时听从人民的召唤进行大选。相比之下，美国宪法规定了国会固定的任期，无论参议院还是众议院，即便为民意所抛弃，也要把固定任期做完。

关于英国内阁，最突出的特点是人们对它知之甚少，内阁会议在理论和实践上都是秘密的。即便是在最动荡的时候，下议院也很少要求宣读内阁的会议记录。就好像美国最高法院最多在开庭时有录音，但绝不准录像。英国王室的档案也是秘密的，不要以为民主政治就只有公开性，完全无秘密的政治实际上是无法运作的。当然，现代的英国内阁和美国最高法院比以前更为公开，从前美国人大约只能在仪式性的场合见到最高法院的大法官，他们是国家尊荣的一部分。

我们今天并不难理解白哲特第一篇对效率的讨论，直至今天，英美体制仍是如此，而讲尊荣的篇章就比较难懂。白哲特在第三篇内讲到，英国人会把一些鸡毛蒜皮的事情当做是重大的政治事件，英国人民对威尔士王子的婚礼表现出巨大的热情，这是一种孩子气的感情，也是一种实际上更接近人类本性的感情。人类的一半是女性，而女性对婚姻的兴趣要远远超过对政治的兴趣。只要不是极少数的愤世嫉俗者，大多数人都愿意看到一个美丽的童话，以此点缀严肃世界的干瘪场景。王室婚礼是一个婚礼这件普通事的华丽版，因此可以吸引无数人民的注意力。在美国也同样如此，林肯遇刺后，美国人都知道英国女王写给林肯夫人的信件，但对英国和美国政府之间的关系却基本不懂也不求甚解。在日常政治的一堆混乱无聊的俗务之间，女王这类事都是可以为人们理解的自发情感。王室的家庭事也是如此，这些漂亮美丽的事件让政治事务变得甘甜，这些事件看起来同政治不相干，但它们可以深入人心，占据人民的思想。用白哲特的话，君主制将注意力都集中在一个做有趣事情的人身上，而共和制则把注意力分散至很多都在做聊无趣味事情的人上。现在看来，白哲特对英国尊荣制度的经典描述，至今仍适用。

我们今天这一讲还没有机会去讲戴雪的书，⁵下次课我们继续。我希望同学们可以人手一册白哲特和戴雪的书，它们是理解英国政治的关键，也是理解英国和美国差异的关键。

今天讲到这里，下课！

⁵ 戴雪：《英宪精义》，雷宾南译，中国法制出版社 2001 年版。