

比较宪法，不要讲得太偏狭

赵晓力¹

从上世纪七十年代末八十年代初，中国恢复大学法学教育后，大概就有了《比较宪法》或《外国宪法》这样的课程。我手头保存的北京大学法律系罗豪才、吴撷英出版于1983年的《资本主义国家的宪法和政治制度》²就是在讲义的基础上编写的。此书先概述英、美、法、德、意、日宪法历史，然后再就公民的基本权利以及政党、选举、议会、政府、司法各制度分别论述。龚祥瑞出版于1985年的《比较宪法与行政法》³一书的比较宪法部分也是在北大法律系讲授“外国宪法”的基础上编写的，与前书的一个细节上的不同，是龚著对“宪法基本原则”和“宪法的实施”做了专章的详细论述。

比较宪法的这种讲法，大概是从王世杰1920年代在北京大学讲授比较宪法课时就奠定的。1927年，王世杰将讲义编纂成书。在“初版序”中，他特别申明，不按当时西人比较宪法著作按国别讲的理由，是无意突出“极少数的国家”。他说，如果“我们所选择的国家只能限于极少数的国家；我们对于任何国家的宪法，亦俱难给以完满的说明；其结果仍不过给予读者一些浮泛的与破碎不全的知识而已。”而如果以问题为纲，“在各个问题之下，本书将摭述列国宪法上或法律上诸种不同的规定，以及学者间诸种不同的意见……”。至于学者间的各种理论，该书的态度也极为审慎，列举各种理论时，“大率兼举赞成和反对两方的见解。而且往往仅于陈述两方见解而止；陈述而外，极少附以评断，或己见。盖政治制度大都含有时间性与地域性，抽象的评断，不流于褊狭，即不免失之肤浅；非但无益，且有朦蔽他人思想之虞。”⁴

看得出，这种讲法是经过深思熟虑之后的选择。不按国别按问题讲，可以使学生和读者对于各国宪法的理解，较少受到各国国势沉浮变迁的影响，也较少受到该国与中国关系亲疏远近的影响，正兴时的国家讲得多，过气的国家讲的少，符合自己政治取向的国家讲得多，不喜欢的国家讲的少，那是讲政治，不是讲学术。但学术性而非政治性的讲法，对著者的知识结构和学术判断力提出了更高的要求。我们知道，钱端升先生对德、法的政府是有专门研究的⁵，龚祥瑞先生对英、美的法治也是推崇的，但在他们比较宪法的著述中，却能够做到学术上的客观与中立，并没有“流于褊狭”，“失之肤浅”，以至于“朦蔽他人思想”。

当然，某一特定历史时期，读者可能对于某一特定国家有特别的兴趣。比如，

¹ 清华大学法学院副教授。Email: zhaoxiaoli@mail.tsinghua.edu.cn

² 罗豪才、吴撷英：《资本主义国家的宪法和政治制度》，北京大学出版社，1983年版。

³ 龚祥瑞：《比较宪法与行政法》，法律出版社，1985年版。

⁴ 王世杰：“初版序”，王世杰、钱端升：《比较宪法》，商务印书馆，1999年版，第5页。

⁵ 钱端升：《德国的政府》，商务印书馆，1934年版；钱端升：《法国的政府》，商务印书馆，1934年版。

我的老师沈宗灵先生 1980 年曾有一书《美国政治制度》⁶，南京大学中美中心任东来教授在沈先生去世后写的纪念文章中曾提到他当年读这本书的感受：

这本只有 180 页小书，其内容之丰富，讲述之客观，语言之平实，在当时以大批判语言为主流话语的学术论著特别是有关西方的论著中绝对是鹤立鸡群，与众不同。1979 年元旦中美两国刚刚建交，一年半以后，这本可以作为理解美国钥匙的著作就面世了，其受欢迎程度可想而知。当时国人对美国制度的了解刚刚从狄更斯《雾都孤儿》的时代提升到《美国走马观花记》（新华社驻美记者张海涛所写的一本畅销书）的水平。大智大勇如邓小平者，面对美国国会在中美建交不久后便通过的《与台湾关系法》，就发出了“美国究竟有几个政府？”这样的困惑。而沈先生这本小书，最好地回答了这个问题。在书中，沈先生对美国的几项宪政原则及其制度，诸如宪法立国、三权分立、制约平衡、司法审查、联邦制和两党制，等等，都有相当深入的介绍和评析。⁷

即使如此，这本书也是地区研究，而非比较宪法著作。任东来教授是做美国研究的，他可能不知道，沈先生的这本书，在中国的法学界还真的没有什么影响。沈先生自己的比较宪法学著作是 2002 年出版的《比较宪法：对八国宪法的比较研究》⁸，这八国是英、美、法、德、意、日、俄和当代中国。将中国纳入比较宪法的框架，实际上王世杰、钱端升在他们的《比较宪法》中就已经这样做了，沈先生的做法，不过是在恢复他们的体例罢了。

1999 年，沈宗灵先生在一篇纪念钱端升先生百岁冥诞的文章⁹中，分析说王、钱两先生的《比较宪法》是趋向于“理解型”的作品，比较的目的是互相理解。如果把本国宪法也纳入比较宪法的框架，同时又能考虑到“政治制度大都含有时间性与地域性”这一点也适用于本国宪法，用同样的学术客观和中立立场出发，不分中外，一视同仁，当然比仅仅比较外国宪法能收到更好的“理解”的效果。在这一点上，沈先生的《比较宪法》和王、钱两先生的《比较宪法》，都做到了。

但是，如果把本国宪法纳入比较宪法的框架后，做不到一视同仁，要么以本国，要么以外国的宪法和政治制度为准去评判别的国家，那么，王世杰先生所警

⁶ 沈宗灵：《美国政治制度》，商务印书馆，1980 年版。

⁷ 任东来：“听君一席话，胜读十年书”，《人民法院报》，2012 年 2 月 24 日，第 6 版。

⁸ 沈宗灵：《比较宪法：对八国宪法的比较研究》，北京大学出版社，2002 年版。

⁹ 沈宗灵：“再看《比较宪法》一书：为纪念钱端升先生百岁冥诞而作”，《中外法学》，1999 年第 5 期。

告的比较宪法研究中容易出现的“流于褊狭”、“失之肤浅”的毛病就有可能发生。

任东来先生记忆犹新的 1980 年代还不绝如缕的“以大批判语言为主流话语的学术论著特别是有关西方的论著”，大概都是属于以本国评断外国的；反过来以某一外国评断本国和其他外国的，近些年好像多起来了。下面暂且用手头一本《宪法学导论》¹⁰为例。

之所以挑这本书，是因为这本书虽无《比较宪法》之名，但却有比较宪法之实。书中写到：“本书……较多地采用了比较的方法，希望其他国家的宪政制度能为中国宪政的发展提供借鉴与启示。”¹¹另外，这本书和前面提到的王世杰、罗豪才、吴撷英、龚祥瑞的书一样，都是或曾经是学生上课习用的教材。

《宪法学导论》一书中最常提到的是中、美、法、德三国，但实际上，从头到尾够得上“宪政”标准却只有美国一家。该书声称：1803 年美国最高法院判决的马伯里诉麦迪逊案是世界宪政第一案。关于马伯里诉麦迪逊案，该书断言：

“具体的案情在此并不重要，但马歇尔大法官的推理却是不朽的，且笔者认为它并不限于美国的独特经验，而是对世界宪政与法治发展具有普遍的启迪”。¹²

“就和法治一样，宪政的实现也需要一定的体制基础。笔者不很肯定马伯里决定的最后一项论断——普通法院有权解释宪法并拒绝适用它认为违宪的法律——是否具有必然性；也许只是在没有其他替代机制的时候，它必须如此。事实上，西欧国家以后的发展表明，替代机制是存在的，例如可以建立专门审查立法合宪性的宪政法院。但无论如何，马歇尔的论点还是基本上获得了证实：有必要审查法律的合宪性，否则法律就可以公然违反宪法，国家的法律体系就丧失了统一性和完整性，宪法就不再是真正的‘法’；而要审查立法的合宪性，有必要授予某种司法性质的独立机构以解释宪法的最高权力。……只有这样，才能保证所有的政府行为都符合法律，而所有的法律都符合宪法”¹³

“因此，宪政总是和某种形式的司法审查联系在一起的；没有司法审查，宪政就不存在——就和没有司法审查，行政法治就不存在一样。”¹⁴

实际上，这就是这本《宪法学导论》的全部理论所在。我们这里暂且不去讨论这个简单明快的理论在学理上是否成立，而用这个标准去检验一下那些传统上经常被认为已经建立了宪政的国家。按照该书的这个标准，第一个应当从宪政国家的目录中去除的国家当然是英国。虽然白芝浩的《英国宪制》和戴雪的《英宪精义》并不这么认为。在 2004 年该书出版的时候，英国距离宪政甚至比中国还遥远。因为在 2001 年中国已经有了“宪法司法化第一案”——齐玉苓案。¹⁵当然，由于齐玉苓案的司法解释 2008 年又被最高法院停止适用了，按照同样的标准又只能说，中国最接近“宪政国家”的时间前后只有 8 年。至于法国，“近两个世纪的历史发展表明，法国虽然拥有一部完美的《人权宣言》，但直到 20 世纪 70

¹⁰ 张千帆：《宪法学导论》，法律出版社，2004 年版。

¹¹ 张千帆：《宪法学导论》，法律出版社，2004 年版，第 4 页。

¹² 张千帆：《宪法学导论》，法律出版社，2004 年版，第 12 页。

¹³ 张千帆：《宪法学导论》，法律出版社，2004 年版，第 13 页。

¹⁴ 张千帆：《宪法学导论》，法律出版社，2004 年版，第 12-14 页。

¹⁵ 张千帆：《宪法学导论》，法律出版社，2004 年版，第 169-170 页。

年代，法国人的权利并没有受到宪法的保障。……其原因并不难找：在 1958 年的第五共和之前，法国一直没有实质性的宪政审查制度，因而《人权宣言》一直只是停留在‘宣言’的水平上，并没有落实到国家政治生活的具体实践中。”¹⁶只有在法国“宪政院也发展为一个和美国的最高法院相比拟的宪政法院”后，“和 1788 年的美国宪法一样，1958 年的法国宪法也获得了‘司法化’。”¹⁷，也就是说，直到那时，按照该书的标准，法国才变成一个宪政国家。同样道理，德国宪政的历史也只能从 1951 年“联邦宪政法院”建立之后算起。¹⁸当然，这样一来，施米特的《宪法学说》¹⁹，连同它所研究的 1919 年《魏玛宪法》以及整个近代宪法史都可以忽略了。

用“比较宪法”来讲“宪法学导论”，这无可厚非，施米特的《宪法学说》就是这样讲的。但把比较宪法讲成美国宪法，把美国宪法将成马伯里诉麦迪逊，把美式欧式“司法审查”之有无作为判断宪政是否建成、人权是否得到保障的标准，这无论如何都太“偏狭”了。顺便说到，“司法审查”也不一定就是“保障人权”的，美国最高法院 1857 年判决的 *Dred Scott v. Sandford* 一案，既是伯里诉麦迪逊后第二个判决国会立法违宪的案件，也是一个否认黑人公民权利的案件。该判决认为，仅仅因为奴隶主带着他的财产（*Dred Scott* 这个人），从一个奴隶邦进入一个自由邦，国会的一项立法就剥夺了他对这个奴隶的财产权，违反了美国宪法中的“正当程序条款”，因此是违宪的。²⁰《宪法学导论》一书也讲到了这个案例，认为这个案子的判决是“不正义”的，但却只承认“司法审查权力确实可能成为少数法官打击民主意志的手段”，²¹但这仅仅是法官打击民主吗？*Dred Scott* 一案恰恰说明，司法审查也可以是法官维护奴隶制、侵犯人权的手段。

公正地讨论美国“司法审查”，理想的做法是把马伯里诉麦迪逊和 *Dred Scott v. Sandford* 这两个案子放到一起讨论。即使只讨论马伯里案，也应像王世杰先生说的那样，列举各方面意见，而不流于偏狭。下面是我本人 2011 年春一次上过的一次美国宪法专题课的大纲，附在这里，不值一晒，但至少“不偏狭”三个字，还是勉力做到了。

Marbury v. Madison 再研究

一、导论

PBS: *The Supreme Court* 第一集 <http://www.pbs.org/wnet/supremecourt/>

二、历史背景

1、费城制宪会议与美国 1787 年宪法

阅读文献：

¹⁶ 张千帆：《宪法学导论》，法律出版社，2004 年版，第 162 页。

¹⁷ 张千帆：《宪法学导论》，法律出版社，2004 年版，第 165 页。

¹⁸ 张千帆：《宪法学导论》，法律出版社，2004 年版，第 176 页。

¹⁹ 施米特：《宪法学说》，刘锋译，上海人民出版社，2005。

²⁰ 参见：赵晓力：“美国宪政：起源与原理”，载高鸿钧主编：《英美法原论》（上），北京大学出版社，2013 年版，第 400-459 页。

²¹ 张千帆：《宪法学导论》，法律出版社，2004 年版，第 575 页。

- 1) 《美国 1787 年宪法》(李道揆译本), 第一条、第二条
- 2) 汉密尔顿等,《联邦论》,尹宣译,译林出版社,2010。第 10 篇,第 51 篇,第 67-77 篇。
- 3) 雷克夫,《宪法的原始含义:美国制宪中的政治与理念》,江苏人民出版社,2008。第 9 章。
- 4) 曼斯费尔德,《驯化君主》,译林出版社,2005。“简装本前言”,“前言”,“导论”,“第 9 章”。
- 5) 米尔奇斯等,《美国总统制:起源与发展》,华东师范大学出版社,2008。第 1-2 章。
- 6) 法仑德,《设计宪法》,董成美译,上海三联书店,2006。
- 7) 麦迪逊,《美国制宪会议记录辩论》,尹宣译,辽宁教育出版社,2003。

2、华盛顿内阁与 1796 年选举

阅读文献:

- 1) 布莱斯特等,《宪法决策的过程》,张千帆等译,中国政法大学出版社,2002。第 1 章第 2 节“合众国第一银行”。
- 2) 西蒙,《打造美国:杰斐逊总统与马歇尔大法官的角逐》,徐爽、王剑英译,法律出版社,2009。“序曲”。
- 3) 华盛顿,“告别演说”(1796 年 9 月 19 日)
- 4) PBS: *American Experience / Alexander Hamilton*
<http://www.pbs.org/wgbh/amex/hamilton/>

3、亚当斯内阁与 1800 年选举

阅读文献:

- 1) 《宪法决策的过程》第 1 章第 7 节“18 世纪末期的表达自由和各州权利——1798 年《反骚乱法》”
- 2) Leonard Williams Levy, *Emergence of a free press* (Ivan R. Dee, 2004).
- 3) Leonard Williams Levy, *Legacy of suppression: freedom of speech and press in early American history* (Belknap Press of Harvard University Press, 1960).
- 4) Walter Berns, *The First Amendment and the Future of American Democracy* (Regnery Publishing, Inc., 1985).
- 5) 米尔奇斯等,《美国总统制:起源与发展》,第 3-4 章。
- 6) 西蒙,《打造美国:杰斐逊总统与马歇尔大法官的角逐》,第 1 幕-第 6 幕。
- 7) Bruce Ackerman, *The Failure of the Founding Fathers: Jefferson, Marshall, and the Rise of Presidential Democracy* (Belknap Press, 2007)。第 1 章-第 3 章
- 8) PBS: *American Experience John & Abigail Adams*
<http://www.pbs.org/wgbh/amex/adams/>

三、Marbury v. Madison (1803)

阅读文献:

- 1) 《美国 1787 年宪法》(李道揆译本), 第三条
- 2) 《联邦论》, 第 78 篇
- 3) Marbury v. Madison 判词

- 4) Stuart v. Laird 判词
- 5) Bruce Ackerman, *The Failure of the Founding Fathers: Jefferson, Marshall, and the Rise of Presidential Democracy* (Belknap Press, 2007). 第6-8章。
- 6) **Paul W. Kahn, *The Reign of Law: Marbury V. Madison and the Construction of America* (Yale University Press, 2002).**
- 7) James B. Thayer, “The Origin and Scope Of the American Doctrine Of Constitutional Law,” *7Harvard Law Review*, 129-156 (October 1893) (中译见《哈佛法律评论：宪法学精粹》，张千帆编译，法律出版社，2005。第3-34页。)
- 8) Alexander Bickel, “Establishment and General Justification of Judicial Review” *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* 1-33 (1962) (中译见《最小危险部门》，姚中秋译，北京大学出版社，2007。第1-35页。)
- 9) **Sanford Levinson, “Why I Do Not Teaching *MARBURY* (Except To Eastern Europeans) and Why You Shouldn’t Either,” 38 *WAKE FOREST LAW REVIEW* 553-573 (2003)**
- 10) **D. M Douglas, “The Rhetorical Uses of Marbury V. Madison: The Emergence of a Great Case,” *Wake Forest L. Rev.* 38 (2003): 375.**
- 11) William Van Alstyne, “A Critical Guide to *MARBURY V. MADISON*”. *1969 Duke Law Journal* 1-47 (1969)
- 12) Michael Klarman, “How Great were the “Great” Marshall Court Decisions?” *87 Virginia Law Review* 1111-1184 (2001)
- 13) Larry Kramer, “The Supreme Court 2000 Term. Foreword: We the Court,” *115 Harvard Law Review* 5-169 (2001)
- 14) Richard H. Fallon, “Marbury and the Constitutional Mind: A Bicentennial Essay on the Wages of Doctrinal Tension,” *91California. Law. Review* 1-55 (2003)
- 15) 波斯纳：“作为实用主义者的马歇尔”，波斯纳，《法律，实用主义与民主》，凌斌、李国庆译，中国政法大学出版社，2005。第104—112页。
- 16) Cass Sunstein, “Beyond Marbury: the Executive’s Power to Say What the Law Is,” *115 Yale Law Journal*: 2580-2610 (2006).