

北京大学法学院 2011-2012 学年春季学期课程

法理学笔记

强世功教授 口述

张驰 笔录

33 楼 632 宿舍 版权所有

2012 年 6 月 1 日



pkulawzc produced

目录

专题一 法理学、法律职业与法治国	4
第一讲 法律是什么？	5
✓ 现代社会的抽象性	5
✓ 法律人生的四个阶段	7
第二讲 法律职业：理性与激情	13
✓ 四种法律思想	13
✓ 四种法律思想的总结	17
✓ 《法律的道路》	18
✓ 《男孩想要的东西》	23
✓ 《利维坦》第六章、第十一章	23
第三讲 法律职业：法律人-政治家	26
✓ 有关马克思·韦伯	26
✓ 《以政治为志业》	26
✓ 志业政治家的条件	30
✓ 信念伦理与责任伦理	32
第四讲 主权与法治国	35
✓ 现代国家的基本理念	35
第五讲 现代主权制度的形成-民族国家与帝国	42
✓ 《陆地与海洋》	43
✓ 科耶夫的新拉丁帝国	46
专题二 现代法治国中的主权问题	49
第六讲 主权与司法审查：马伯里案、齐玉苓案与河南种子案	50
✓ 马伯里诉麦迪逊案	50
✓ 伊金诉罗布案	52
✓ 《联邦党人文集》第七十八篇	52
✓ 齐玉苓案与黄松有的文章	52
✓ 洛阳种子案	54
第七讲 案例-吴嘉玲案	55
✓ 吴嘉玲案	55
第八讲 主权结构的建构：单一制、联邦制与一国两制	57
✓ 《联邦党人文集》十五、十六篇	58

✓ 中国香港	62
✓ 《公民个体为本，统一宪政立国》	62
第九讲 联邦主义：美国宪法中的商业条款	64
✓ 商业条款	65
第十讲 案例-LOCHNER V. NEW YORK	69
✓ 洛克纳诉纽约州	69
第十一讲 联邦主义：美国宪法中的商业条款	73
✓ 焚烧国旗案	73
✓ 《社会契约论》第四卷第八章	75
✓ 《集权主义的起源》	79
专题三 法治国及其超越	85
第十二讲 灵魂秩序与法治秩序（上）	86
✓ 《理想国》第四卷、第六卷、第七卷	86
第十三讲 灵魂秩序与法治秩序（下）	100
✓ 《理想国》第八卷	100
✓ 《论美国的民主》	102
第十四讲 戏剧-《云》与《俄狄浦斯王》	106
✓ 《云》	106
✓ 《俄狄浦斯王》	107
第十五讲 法治国的精神基础	109
✓ 《斐多篇》《苏格拉底的申辩》	109
✓ 林肯与毛泽东的演讲	112
✓ 结束的话	115

专题一

法理学、法律职业与法治国

第一讲 法律是什么？

1. 法理学在西方的转型
2. 法律是什么的立法视角：自然法与法律实证主义
3. 法律是什么的立法视角：法律形式主义与法律现实主义
4. 法律人：大陆法与普通法

我们开始讨论半年的法理学问题。

我们来大学学什么？为什么来上大学？北大最好的地方是什么？同学们已经经过了一年的学习，对大学有了新的认识。大学最重要的一点就是，它是一个搞学术、做学问的地方。做学问要讲道理，而且道理越讲越细致。平常说的一句话，可以写成五千字的小论文，可以写成三万字的学术论文，也可以写成十万字的学术著作。换句话说，大学把一个看起来很简单东西变得很复杂。我们学刑法，刑法就是关于是不是有罪、要不要处罚的学科，但我们突然发现刑法教科书那么厚，而且越学越复杂。

把问题研究得越来越复杂，这是现代大学的一个特有的现象。500年前、1000年前的大学，或者另一种培养精英的地方，他们学的东西和我们不一样。为什么？这是第一个问题。实际上，这个问题背后是现代社会的问题。在传统社会，用一些健全的常识 common sense 就可以理解这个社会。但到了今天，我们无法用简单的常识认识社会。用专业的概念来讲，现代社会是一个抽象社会。如果有兴趣，可以读一篇论文的《论抽象社会》讨论这一问题。

✓ 现代社会的抽象性

当我们13亿人聚集在一起，我们认为我们构成了一个国家、一个社会的时候，靠的是什么？是什么东西把13亿人整合在一起？这也是我们这个课程中反复讨论的问题：什么样的东西让我们聚集在一起，使得我们认为我们是一个 community。

这里用的都是最为抽象的概念。在现代社会中，我们学的一个抽象的东西就是法律。可以说没有什么比它更抽象了。社会上形形色色的各种危险、违背社会常规的事情，我们用一个概念囊括，叫犯罪。比法律还要抽象的一个概念是货币，我们辛辛苦苦地努力，要各种各样的东西，要房子、汽车、好看的衣服，追求财富，都抽象为货币，抽象到阿拉伯数字中。我们只有理解货币这样一个现代社会的抽象形式，理解它如何创造财富、积累财富、代表财富，这个社会通过这样一个抽象的东西流转，我们就能理解什么是现代社会。在以前，香港人拼命跑到深圳消费，到现在，香港人不去深圳消费了，反倒是深圳人到香港买蔬菜、食品。了解了货币，就不难理解这是因为货币的比价发生了变化。全世界这么多的经济政治力量都在争论一个小小的汇率问题，因为汇率变化，就会让财产的转移发生根本性的变化。同样的道理也适用于法律，要理解法律中类似于货币这样抽象的东西。像这样抽象的东西就是专业知识，需要专人学习，不是常人理解的。常人理解的东西如果要翻译成法律语言，就和日常生活中很不一样。我们全部学习的大概就是这些东西，学术大概就是这样的。

现代社会是有反思性的。现代社会不只是一个具体的存在，而是一个抽象的存在，一种反思性的东西将它们连接在一起。我们要具体的理解这一点，有两样东西比较直观。第一样是家庭，我们在一起组成家庭，我们利益相关，我们有深深的情感在里面。再扩大一点，把我们的亲戚、朋友圈包含进来，可以感觉到大家的情感。但是如果突然告诉你，说我们和没有和我们生活在一起的藏民是一户的，我们怎么建立起这种联系？香港也是这样。我们说港澳同胞、台湾同胞、海外侨胞，这样的概念是怎么建立起来的？事实上，最近关于香港发生了激烈的争论，北大的孔庆东教授网上骂了一句话，引发了很多事情。我们看到的可能仅仅是孔教授骂了一句话，没有看到香港人也在骂内地人。香港的《苹果日报》做了一大整版的广告，说所有内地来的都是蝗虫。实际上蝗虫这个概念不是这里首创的，

北京大学法学院

很早就有了。一个整版的广告告诉香港人要反抗。双方争吵这么严重，可是我们又说我们是一个国家，虽然是一国两制。这时我们发现，这个抽象性建立起来的最重要的一个概念就是国家这个概念。当然我们会说，国家这个概念是透过法律、宪法这一系列的东西建立起来，在对法律的反思过程中建立起来的。台湾认为自己是独立的一部分，和我们没有最直接的关联。可能现在的关联主要是经济关联，文化关联很少，人员往来有限，我们的了解局限于电影、报纸这些表面性的东西，并没有一个最直接的了解。但是我们又说，台湾是我们国家的一部分。它就是靠法律建立起来的，涉及到最主要的就是国际法。虽然我们的《中华人民共和国宪法》从来没有在台湾发挥实际的法律功能，但是我们依然认为是我们宪法之下的一部分，它靠的是中华人民共和国宪法，是宪法背后的主权的概念。主权这个概念恰恰是国际法确定起来的。

所以我们如果不能理解法律这样一个抽象性、现代性的形式，就不能理解这个社会。现代社会是一个抽象社会的时候，它对现代社会的治理提出了新的要求，就不再是一个具体的、直接的治理，而是一个抽象的治理。怎么理解这种区别呢？我们去看所有现代社会讨论中关于现代社会起源，都会问到这个问题。

抽象性的背后是理性化。

马克思·韦伯有一本经典的论述中国古代宗教的著作《儒教与道教》，这本书最直观地讲了一个问题，**现代意义上西方的资本主义**为什么不能在中国出现。注意这里说的是现代意义的资本主义，我们说的资本主义也可能是古代的资本主义。在马克思·韦伯看来，赚钱、交易这些市场经济行为，全世界都会产生；但是资本主义的兴起之发生了一次，就发生在在 16-18 世纪的欧洲。中国古代，比如宋代的交易、明代的商人，也有庞大的市场交易，但我们不认为它是资本主义；但欧洲发生的就是资本主义，就是因为它对资本主义下了一个重要的定义。他认为资本主义背后要依靠抽象性的机制，这种抽象性机制建立在 13 世纪以来欧洲复兴的罗马法，以及中世纪城市的商法。在罗马法和商法中，最主要讨论的是现代管理模式的抽象机制。比如，财产不再以直观的不动产形态看待。我们看待财产往往是房产、土地等具体的东西，而罗马法、商法则发展出了抽象的东西，比如股票、货币。有了这些东西，财产就不再是一个具体的东西，我能都不知道财产在哪儿，这些财产具体能变成什么，不重要。而这些抽象性机制背后，是整个法律，比如现代财产法、公司法、股票证券交易。

类似马克思·韦伯这样的论述，法国年鉴史学派的布罗代尔有一部著作，叫《资本主义的动力》。这本书区分了两种资本主义，第一种是下层资本主义，是在市场中制造、销售的资本主义。所谓下层资本主义就是说它是一种具体的形态；一种是上层资本主义，是股票、证券、金融，这些抽象性的符号，决定着下层最直接、最具体的生产、销售、劳动。今天也能看出这一点，中国最有智力的人、最想发财的人都去学金融。学金融需要智商很高，因为要学数学。至少在这个意义上，我们学数学的智力上的级别比较低。因为如果说抽象性，没有比数学更抽象的。到了计算机，知识一台机器、两个代码来代表整个世界。数学学得好的肯定是抽象性能力特别强的。

这样我们就能理解现代社会的结构。而《儒教与道教》说的是，之所以资本主义在中国不能兴起，很大原因在于中国没有产生这种抽象性的机制。抽象性机制的背后的概念，就是马克思·韦伯说的，**理性化**。一切都是可以进行利益计算的，这种计算不包括任何道德要素。这就是抽象性思维。法律是抽象的计算，法律不包含任何好坏、道德的情感。如果法律包含了道德情感，就不是一个现代性的东西了。所以当我们问，法律要不要考虑道德呢？就会说法律不要考虑道德，道德与法律无关。我们希望把它变成一套完全理性化的规则，就像货币，我们无法用道德的模式思考，它就是一个数字。在这个意义上，我们还往往讨论经济学要不要考虑道德，也面临这个问题。如果是一个理性人，就是对利益的考量，想的说如何让数字变大，像加减法一样。如果是这样的话，就完全与道德无关。这样我们就可以理解很多东西。

西方现代资本主义之所以不能在中国产生，就是因为中国传统的儒家教育恰恰是以道德教育作为范式。韦伯认为，中国在春秋战国时期，最早兴起了西方现代意义上的理性化和客观化的思维方式。比如产生官僚机制，这方面西方就是学习中国的。但后来，这种理性化的东西被淹没掉了，被儒家的思想淹没掉了，以至于我们培养出来的都是一些饱读诗书的人，他们对社会经济、法律的理解完全是道德化的，不能用理性化的方式思考社会。他们思考社

会的方式都是具体的，社会就会变成具体的治理。什么是具体的治理？老师认为，当我们认为中国的官吏应该是父母官的时候，那就是具体的治理。换句话说，一个君主、一个皇帝、一个国王，和下面所有老百姓的关系是父母与子女的关系的时候，就虚拟了一套像家庭一样的东西，是具体的治理，而不是说，君主和臣民之间不再包含血缘一样的关系、道德情感，而是一套赤裸裸的理性化的利益计算。而这正式今天所理解的现代意义上的东西。

取代这种道德化思维方式的是什么？就是两个概念。第一个，权利。法律权利，自然权利。17、18 以来，一切自然权利学说的起源，都是要用抽象化的理解方式，来取代最传统意义上的，类似于欧洲君权神授和中国古代的天命观念、父母官的观念的理解方式。君主不再是一个神圣的象征，也不是父母官这样的道德象征，而是一个完全基于权利而产生的集中的 power。到今天为止，我们说，国家是什么？就是这样一套抽象的机制。

如果这个意义上把全部的货币、商业、法律、政治观念全部包含进去，带来的观念就是机器。最经典的说法就是像人一样的机器，人本身就是一个机器。机器意味着可以理性地计算、思考、操作，不包含任何道德的因素，也不包含宗教的东西。如果这是一个机器的话，你也可以操作，我也可以操作。如果把法律理解为机器的运作，那么法律教育就是高等技术教育。所以我们是在高等职业技术学校，只不过操作的机器的人略微高明一点，因为操作的是一台抽象的机器。操作具体的机器不当，可能就把胳膊、腿轧断了；而操作这个抽象的机器，可能后果更是根本意义上的。

如果是这样，我们就会说，教育是什么？我们现在生活是一个具体，可以包含道德、情感、宗教在内的世界。可是我们全部学的东西，是具体的世界之上的抽象的东西。我们忽然发现我们生活在两个世界中，一个是具体的世界，一个是抽象的世界。这两个世界之间建立的关系是什么？这是我们学这套东西的时候，我们要学的。

从这个角度看，如果法律教育就是培养操作法律机器的高明的技师的话，我们会问为什么是这样？这个机器好还是不好？这样，我们就会遇到一系列对现代性的反思、对权利的反思、对法治的反思。这些都是对抽象性的反思。因为抽象性背离了人的直觉和感受，最重要的是背离了人的常识与情感。如果这是一个抽象世界的话，只有少数人才能掌握，只有经过北大这样学校训练的人才能掌握这个机器。可是大多数人呢？会发现大多数人，依然处在最直接最具体的社会。这样抽象与具体的关系，就会马上变成少数“法律精英”，或者说法律高级技工，与普通大众的分立。许多法律从业者面临大量这样的问题。这样的问题恰恰是我们要去学的。

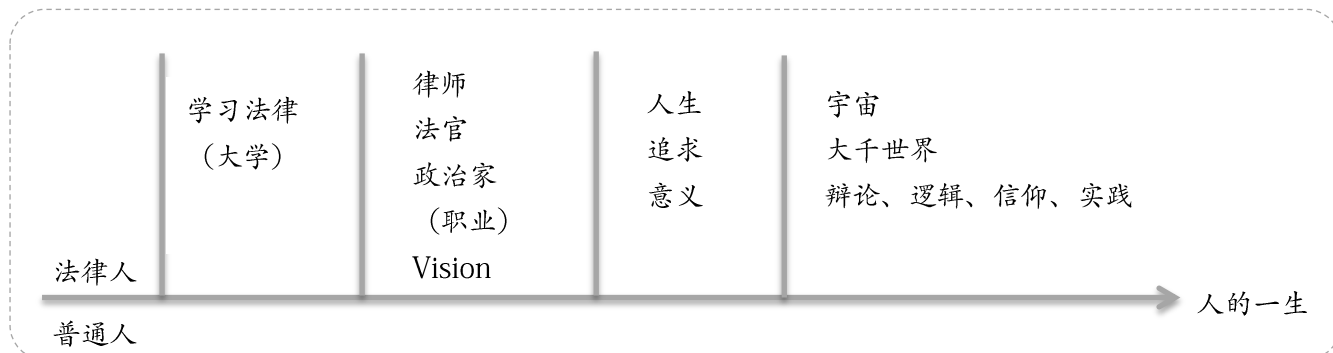
我们还要考虑这样的问题。如果我们仅仅是学习，就是学习具体的、直接的常识来理解社会。在高中以前都是这样。而我们今天学了这些，我们在多大程度上可以彻底脱离大众、完全变成这种观念？换句话说，我们今天多大程度上在法律问题上，用法律的观点看问题？我们学了那么多的法律，要学四年，甚至还要继续学下去，少则两年法学硕士，多则四五年博士，甚至可能到国外去学习。我们多大程度上不再是具体的人，而是一个 lawyer？我们可能法律学得越来越好，对这门技术理解得越来越精妙，思维方式也变了，生活方式也变了。那么我们在多大程度上能够脱离具体、感情的观点，用法律的方式看问题？这是法律教育者、法律职业者面临的最大的问题。我们看美国、香港各种关于法律的伦理剧，其实全部讲的是大家作为法律人的思考和同时作为生活在社会中的普通人的思考之间的障碍。

✓ 法律人生的四个阶段

这样我们就会问一个问题，就是我们的教育，就是我们一开始的问题，我们上大学究竟是来学什么？我们作为一个完整的人，有一个长度，这个长度里有什么内容，我们不知道，在其中一部分，我们学习了法律这种东西，是一种技术。我们学法律与一个人学习计算机、与一个工匠学习一项工艺、和一个盖房子的人想办法盖起一座大楼，都差不多。我们经常把那些盖房子的人看成是民工，我们只不过是高级的民工。我们在大学的教育，在知识的宽度上，是不是应该具备一个完整的人应该具备的？技术我们会花四年的时间学，甚至一生的时间都在拼搏学习，只要我们从事了法律职业，一辈子都学不完。但是所有学的东西不过是学了一项技术，一项赚钱养家的手段。我们与民工其实没有什么区别，仅有的区别就是我们赚的钱多一些，以及民工的生活环境差一些。如果一个民工一天能赚到

北京大学法学院

上万块钱，我们就不学法律，去做民工了。我们发现我们所学的带来一样东西，就是钱。当然不排除我们还有其他理想。我们会问，我们学这些东西是为了什么？是为了钱，为了荣耀，还是为了满足什么东西？我们。什么叫学金融的人？就是忙到没有时间花钱的人，所有时间都在赚钱而没有时间花钱。学法律的人一度也会处于这样的状态。当我们有时间花钱，就发现已经变老了。



如果我们有了钱，我们会做什么？如果我们共同地学这样一项法律技术，你想做什么？如果说是赚钱，似乎太俗，不容易说出口；如果说是追求抱负，似乎有点儿太虚，也不好说出口。不管怎么样，我们追求这样一些东西。我们用技术法律技术来做什么，也有科学的东西，只是法律书从来不能告诉我们这些。在大学如果不读这样的书，就再没有机会细细地思考这些问题了。有的人说，要做伟大的律师；有人说，要做法官；有人说，要做政治家。当我们选择这些目标的时候，我们不知道律师意味着什么、法官意味着是什么、政治家意味着什么。我们忽然发现，我们只是按照经验做出这样的选择，并不了解这些职业。我们还要慢慢去学习。比如说，做一个律师要有远见，要知道自己以后会去做什么业务。比如非诉讼业务一开始最火的是公司上市，但是今天就不是这样了；今天并购是比较热门的业务。如果在十年以后做律师，会有哪些业务去做？强老师认识一个做律师的，说现在很痛苦，他在中国最好的事务所金杜律师事务所做投资并购，做的都是外国企业怎么买中国的企业。他要把中国的律师派到奥地利，帮助民营资本收购外国企业。他能决定于奥地利的哪家律所合作，他认为这个业务潜力巨大，需要有个投资方向。但是，他发现缺乏一个东西，那就是中国对世界法律的基本概念。当我们一说世界法律的时候，以为仅是美国的法律。我们说的法律也不仅仅是民法上的，当我们要买一家非洲的企业的时候，不光要了解非洲的法律，也要了解非洲全部的经济运行、政治。如果我们未来是要去做这些方向的话，是不是要花点儿精力去读经济史？要了解全球经济形势的变化，了解一个行业的变化，读这个方面的著作。如果要做一个政治家，一个失败的律师往往是一个优秀的政治家的开始。比如美国的林肯，是最失败的律师。他从做律师到做政治家，是屡战屡败，败到最后成功了。十多年时间里，选议员没选上、选总统候选人也失败过，但我们要看林肯的逻辑。他对合伙人律师的告诫（虽然没有听他的），是要他们抽出时间，静下心来多读点儿书。相信林肯读的书一定不是法律书，而是决定他的生涯的一些书。北大法学院培养出来的政治家都不好意思说自己是学法律的，像李克强就说自己是学经济学的，不提他本课题是学法的。山西省委书记也是北大法学院的，但是不说自己是搞法律的，说自己是搞经济上来的。他们不觉得学法律对从政有什么帮助。唯一有点儿勉强的是湖南省委书记周强，只有他提出一个概念叫法治湖南。虽然法治湖南绝对不是治理湖南最好的方式。当我们要做政治家的话，就应该读这方面的书。

所有这些，就是决定我们人生的建设的東西。我们刚进大学，可能对外来充满了美好的憧憬，有各种理想和幻想。但是马上法律告诉你，不要想这些，按照机器操作，让你的脑子格式化，不要想常人想的那些雄心壮志、那些抱负。以至于大家都相信大学就是这样的。问题的关键是，做律师也好，做法官也好，这不过是一个位置、一项职业。这时候我们会发现，我们思考的问题不再是一项职业，而是生命，是人生的问题。一辈子不长，怎么过不是过呢？为什么一定要做政治家、做 lawyer 呢？做其他的不行吗？强老师博士毕业的时候，找工作也很困难，就想要不要考一个律师呢？反正法律也学了几年了，就考个律师吧。可是，书看了几行，就发现读不下去。其实报考法律是一个偶然，如果报考的是历史、哲学，永远不会考法律，难道就不能在这个社会上生活了吗？这个问题我们要想。我们想的总是说，我们是学法律的，一定要拿个律师执照，以后做律师。世界上那么多人都在或者，很多人没有学过法律，更没有在北大学过法律，难道就不能活了吗？所以这时候会发现，要读一些人生的书。

那么人生的意义是什么？马列课本给我们讲世界观。它讲的本来是个好东西，但是讲得不好，让人不能思考，让我们把最关键的问题当成是最不重要的问题。曾经教过强老师的北大法学院民商法教授王小能老师出家了，这是她自己选择的。这样的生活就是自己选择的，她很想对世界、对人生进行一些思考。她之所以选择那个时候出家是因为她的小孩高中毕业上大学了，她尽完了责任，就可以去思考人生中最重要的问题。

了解了这个情况，我们突然发现如果当初考不上大学，就根本不要去考虑复习什么的，还不如去出家呢。深圳最有名的寺院弘法寺，和北大合办了一家佛学院，只要求初中、高中的文凭。到佛学院去念书，毕业后怎么办呢？可以去别的寺庙去管理寺庙。不用劳动，每天就是念念经，别人就给你吃的喝的，还供着你，给香火钱。也不知道每天在干点啥，但是总觉得过这样的日子，走到哪儿都受人尊敬。越是地位高的人，越是尊敬这样的人，赚钱多的、当大官的，天天见这些人。比如老师到深圳见过一个 105 岁的大和尚，很多人都争先恐后地想见他。所以，又清静、又能读书、又能长寿，还能享受这样的待遇，你说我们辛辛苦苦学法律干什么？如果在这个意义上讲，我们看世界就不一样了。

在人生意义的背后还有更大的东西。这个世界以后的道路究竟是什么？大千世界的意义是什么？我们忽然发现，我们其实很渺小。我们了解了法律职业、职业的方向、人生的意义，那么什么决定了人生的意义呢？当我们说这样的人生是值得过的，究竟为什么这样的人生是值得过的呢？这就是辩论。后面的问题就有机会发生了。对于人生为什么有意义这个问题背后，有一套东西在支撑，第一种方式就是辩论。我们在课程中会读到苏格拉底的辩论。他辩论着这一类问题：这样的人生究竟是什么；什么是灵魂；灵魂可不可以不死；如果灵魂可以不死，此生此刻只是一瞬，为什么要为了短暂的利益而把未来的长久的大事忘掉呢？这样辩论起来，就是逻辑 logic。这个辩论是说不清楚的，说到底核心问题就是一个信心问题。上帝到底在不在？就看你的信仰，你信上帝，上帝就在；不信，上帝就不在。这就是中世纪最重要的神学理论，上帝同在始于我信上帝。

中国人不习惯这种东西，不去辩论。生死问题，是生还是死，从来不辩论。所以我们的抽象逻辑并没有。但是中国人信不信呢？半信半疑，马马虎虎，将信将疑。中国人见神就拜，管他是什么神。道教也好，如来佛也好，只要有能耐就拜。孩子要高考，父母就去庙里许愿，让神仙保佑他考上北大。中国人最明显的信仰就是实用。我们讲无事不登三宝殿，没有事不会去拜的，没有事让他在在家里念念经，他不干；要是他子女有问题了，就跑得比谁都快。用实用的目的来看这个问题。这就是在做一项交易。你保了我什么东西，我就给你什么东西；你要不保佑我，就不给你。中国人当官的要保官，发财的人要保财，剩下的没钱使的要保命。

实际上这仅仅是中国民间的东西。在民间之上，还有更重要的，不是实用，而是有中国这个民族另外的东西在里面。中国人的实用的背后是什么？是实践。对于宗教这样有关信仰的东西，对有关人生、宇宙、世界的秘密的东西，我们不去玷污，也不盲目信仰，大家去做。怎么做？普通人有普通人的做法，高级的人有高级的人的做法。普通人的做法就是上面说的见神就拜，高级人的做法，我们今天来看，是宋明理学。宋明理学奠定今天中国人的精神基础。而今天我们说《大学》《中庸》里讲的修身齐家治国平天下，这套伦理学的背后世界观基础就是周易里面讲的，宇宙运行的万物和人的的人文情感、道德信念之间是完全一样的，这是中国人独特的天命观。这样一些东西，和宋明理学、中国的实践观念是对立的。

到此为止我们看到作为一个人，在他的人身的知识广度里面完整的部分。第一部分大家全部学的就是具体的知识，我知道、你不知道，我就比你多。但是多的这一些有没有用呢？关键看你愿意做什么。如果要去做法治家，学的刑法、民法大部分是没有用的；但是如果去做律师，多读这些书也好像也并不妨碍你做成什么事。知识是为了实用的，不要把知识变得很深入，不要变成知识单纯的采集人，恨不得把北大图书馆所有书都看完，这做不到也没有意义。许多人知识学得很好，但是人生命运不咋地，因为知识没有用到他的职业上。学了很多大而不当的东西。许多人选择了一项职业，这与他的 vision 有关，一开始就想的很宏大呢，还是一开始想的很小。比如我们经常说北大的人工作以后和别的学校的人不一样。可能一开始不喜欢北大的毕业生，但是工作一段时间就喜欢了，为什么？因为北大培养的是比较高远的目标、高远的 vision。这些世界观与做的具体事情就显得格格不入，使得北大人瞧不起实践。等到实践磨打两年以后，就会发现实践的东西不过如此而已，比如学生会的事情只要用心，谁都会做。而从

北京大学法学院

大学时期奠定的眼界就发挥作用了，看世界的方式与其他人不一样，不仅仅局限于小小的东西，而寄希望于更大的东西。比如清华的人就说清华的人搞政治不如北大的，清华毕业的学生，省部级以上的就寥寥可数，北大的人特别多。这就是北大奠定的 vision。这与北大的知识有关，北大学法律、学政治、学经济、学哲学，而清华学的是工程技术。所以现在清华拼命发展法学院、文科学院，但是已经很难赶上北大了。所以说北大和清华作为近邻，如果是工程搞得不好，北大的楼盖得不好，是清华的责任；国家治理的不好，就是北大的责任了。

这样一些东西决定后面的东西。怎么体现呢？一个有才华的人、伟大的人、在单位做到很高地位的人，这不是就是他的人生理想呢？他可能不满足于原来的，一不小心就进监狱了。小的比如我们做到商务部司长的师兄，更高的比如最高法院副院长。在中国做到这种省部级的地位意味着什么？在概率上简直就像奇迹一般，就像生命创设的奇迹一样。这样稀罕的人，竟然不能保护自己的生命，连做一个普通人都做不了。

这些人的才华还远远比不上最有才华的人。比如说林彪，在中国近代史上，在军事天才中，找不到比得上他的。据说当年毛泽东写关于红旗能打多久的文章《星星之火可以燎原》是为了回答林彪提出的问题。像毛泽东这么伟大人物，居然专门回答林彪这样当时还是一个小军官的问题，就证明这不仅仅是一个小军官。如果毛泽东能回答你的问题，你也能有和他一样的 vision。林彪的结局也很悲惨。前面这些人，有这么丰富的法律知识、有的还是军事天才，却发现人生很悲惨，那你要什么？这绝对不是你想要的。为什么？背后有理想这样的东西。

法律人的理想是什么？一句话，不一定是所有人的理想，但一定是没有人敢站出来公开反对的理想，就是法律统治，法治。究竟什么叫法律统治？全部的含义就是现代抽象社会里最重要的，不依靠具体的人，而依靠抽象的技术来统治。具体的人不是理性化的，他又个人情感在里面。法官审案，下面的人是自己的亲戚，怎么能做到像一个机器一样，一点儿不动恻隐之心？所以，自古清廉的官员，今天共产党推出的所有的标准道德形象，就是抽象社会的形象。在他的眼里，无父无子。无远近，无亲近，这才是法治，作为一个机器坐在上面，下面就不再是你的父亲，你的子女，你的亲戚老乡，就是机器上的一个操作点。必须做到这一点，才能做到法律统治。

美国是不是这个样子的呢？这就是马克思讲的，这是资产阶级虚伪的法治。它表面上是一视同仁的，实际上不是一视同仁的。只不过把具体的利益关系通过隐蔽的方式，通过法律程序的方式表现出来。我们可以去看反法理论，整个反法理论最大的理论，最典型的东西就是马克思提出的这些东西。我们今天讲形式上的法治与事实上的法治，形式上的法治号称是公平的、抽象的，可实际上还有利益关系在里面。实质法治是要真的在实际中做到平等。这个平等的理想在哪儿？莫过于法家。

我们今天回过头来看中国的法家说了什么。法家讲的就是六亲不认，完全不要具体的，只留下抽象的。六亲不认意味着什么？在法律之下，所有的人都是平等的。所以法家的观点就讲的是平等。无论是皇亲国戚，还是老百姓，都是一样的。只不过为了推行这个体系，在上面建立了最高的君主。君主也是一个抽象的机制。当他的儿子犯了法，就不再是他的儿子，而是一个子民。他的儿子和别人一样，天下所有的人都是天子的儿子。法家提倡的是大同，反对的是私情。法家的敌人是谁？无疑是儒家。儒家从来不认为人是平等的，一定有君子和小人，一定有贵贱之分。儒家也讲大同，但从来不反对私情。君君臣臣父父子子，不是一个抽象的机制，而是一个具体的机制。我们看法家的理想在什么时候才真正实施？大概是春秋战国这个动荡的时代。

春秋战国时期的法家，如商鞅、吴起、李悝，纵横家张仪、苏秦、范雎，我们发现他们的命运很悲惨。我们学法律的人如果把法律发挥到极致，可能命运也很悲惨。为什么？就是他们把他们的技术发挥到极致，把他们的作为改革者的位置的作用发挥到极致，但是从来不知道后面神明的东西是什么。只知道具体的东西，不知道神明的东西。我们看历史上对这几个法家的评价。比如说《资治通鉴》，它论吴起。吴起是卫国人，他的老婆是齐国人。齐国人要打鲁国，鲁国要请他做将军，有人说不可以，说他老婆是齐国人，有利益的关系。吴起就完全按照理性，就把他老婆杀死了。今天所有人是做不到这样的，古代人做得到做不到呢？古代人说妻子如衣服，但是这样的例子依然很极端。这就是把利益看得高于道德的结果。他认为爬上最高政治家的地位很重要。它有上天赋予的绝佳的才华，要治理这个国家。我们也相信在吴起的治理下，国家景象完全不一样。但是对吴起的评价呢？“性情刻薄，贪财好色”，

这些东西决定了很多看不到的东西。历史上过度看中了他对历史的贡献，作为改革家的地位，而从来不看另外的东西。《资治通鉴》恰恰让人看到历史上伟大人物背后另外一样东西。在知识和位置思考关于人生的问题。再看商鞅：“商君以无产刻薄，又处于战攻之势，以至于他推行利益、力量。纵横家讲狡诈，法家讲力量。力量就是一切东西都是功利计算。我们为什么是同学、为什么是好朋友，不是因为感情联络在一起，而是我们预计这是未来伟大的人，今天与他做朋友未来会有帮助。很多人都会做这样的计算，因为相信世界上就是这样的意义。商君刻薄到什么程度呢？当然从早就“好刑名之学”，就好学法律这套东西。商鞅亲自到渭河边上处理犯罪，打击黑恶社会，“尝临渭论囚，渭水尽赤”，杀了好多好多，为相十年，人多怨之”。世界上抱怨有各种各样的抱怨，有既得利益者的抱怨，也有普通老百姓的抱怨。那么这里的抱怨，可能是普通老百姓的，也可能是既得利益者。但是古代所谓的“人多抱怨”，绝对不是毛泽东时代的人民群众，而是中小知识分子。

像这样的例子，古代有很多。苏秦、张仪，也比较熟悉。苏秦为了他的技术付出，张仪有一次被打得满口牙掉地上了，起来第一句话就问老婆说我的舌头还在不在，只要还在就不担心，因为他可以讲，可以游说，讲天下道理。就像我们有一天被人打了，问我的法律执照还在不在，只要还在，就没关系。

可见，这些人的视野完全在第一世界和第二世界。在第一阶段，就看他的舌头还在不在，他的刑名之术还在不在；要么就在第二阶段，要做到改革家的位置。所以，一个有才华的人，往往不能为自己的才华有所作为，当他有了才华的时候，是政治天才、军事天才、思想天才，就不能为自己的天才找对位置。他觉得自己的才能足以做国家最高的，设定了一个与实际情况不相符的情况。

但是这些传记中，有一个人得以安享晚年（当然也有史料说他也没有安享晚年），这个人就是范雎，他是在秦国统一过程中，真正为秦国奠定统一基础的人。前面是商鞅，治国治理得道不拾遗。而范雎给了秦国的统一策略，远交近攻的策略。他还有另外的上书。他两次与秦王谈话，第一次给秦王讲了这个策略，秦王很高兴；第二次给了秦王写了“君主论”，一段短短的话语，就像马基雅维利的《君主论》。他说的很简单，说我在齐国的时候，齐国人只知道有孟尝君而不知道有齐王；我到了秦国，所有人都知道秦王你有一个夫人和一个舅舅，可是大家都不知道秦王。他告诉秦王君主应该不受到大臣、贵族的作用，君主要有绝对的权力。秦王一听很高兴，就把他的舅舅们都打下去了。司马迁评议这个事情，说他把这些人打下去固然是为了君主的利益，但是最重要的是为了他个人。只有把这些人打下去，他才能坐到高位，做到宰相。做到宰相后，他做了另外一件事情比较缺德，就是某种利益上出卖了君主的利益。

《资治通鉴·昭襄王五十二年》

燕客蔡泽闻之，西入秦，先使人宣言于应侯曰：“蔡泽，天下雄辩之士。彼见王，必因君而夺君之位。”应侯怒，使人召之。蔡泽见应侯，礼又倨。应侯不快，因让之曰：“子宣言欲代我相，请闻其说。”蔡泽曰：“吁，君何见之晚也！夫四时之序，成功者去。君独不见夫秦之商君、楚之吴起、越之大夫种，何足愿与？”应侯谬曰：“何为不可？！此三子者，义之至也，忠之尽也。君子有杀身以成名，死无所恨！”蔡泽曰：“夫人立功岂不期于成全邪？身名俱全者，上也；名可法而身死者，次也；名僇辱而身全者，下也。夫商君、吴起、大夫种，其为人臣尽忠致功，则可愿矣。闾天、周公，岂不亦忠且圣乎？！三子之可愿，孰与闾天、周公哉？”应侯曰：“善。”蔡泽曰：“然则君之主悖厚旧故，不倍功臣，孰与孝公、楚王、越王？”曰：“未知何如。”蔡泽曰：“君之功能孰与三子？”曰：“不若。”蔡泽曰：“然则君身不退，患恐甚于三子矣。语曰：‘日中则移，月满则亏。’进退羸缩，与时变化，圣人之道也。今君之怨已讎而德已报，意欲至矣而无变计，窃为君危之。”应侯遂延以为上客，因荐于王。王召与语，大悦，拜为客卿。应侯因谢病免。王新悦蔡泽计画，遂以为相国，泽为相数月，免。

当时秦国和外国交战，曾坑杀赵国四十万降卒的白起攻打敌城。对方贿赂秦国范雎，跟他说如果这时候把这个国家打下来，你相信你的战功比得上白起么？不能比不上。如果比不上，白起就要“位列三公”，而你范雎的地位就没有了。范雎一听，就主张不再打了。这时候就出卖了秦王。他的目标既不是国家利益，也不是君主利益，而是他个人的利益。后来他推荐了的人用起来失败了，秦王经常闷闷不乐，觉得能用的人没多少了，统一计划不能实现，

北京大学法学院

没有人才。那个时代，只要能说会道的人，都是纵横家，这种人很有限。这时候有个人出来说，如果秦王用我的话，我就能很快取代范雎做宰相。范雎一听很紧张，把这个人请来，问了几个问题。这个人就问范雎，你的功劳比起吴起、商鞅大呢还是小？毫无疑问，不可比。今天的皇帝面对旧人的感情比得上吴起和商鞅的君主呢还是比不上？比不上。那范雎岂不是很危险了？是很危险。范雎说君子建立了这样一番功业，在历史上留下名声，即使像商鞅被杀，也没有什么遗憾，人生没有白过。这个人说你错了，身体和名声全部保留才是最高级的；名声很大而没能存活下来次也，像商鞅、林彪这样的人；无名而身体保全的是最次。君子对于这三策，一定是取上而不是取中。他接着问你认为你有才华，那么比周公如何？中国历史上鼎鼎大名的周公，自然比不上。你认为有才华可以治理国家，而中国能治理国家的人远远超过你，人家历史上名声比你高，身与名声俱在。如果把这三者作为一个比较，我们会发现，法家的问题、学法律的问题全部集中在第一、二阶段，最多到第二阶段。这也就是商鞅、苏秦、张仪他们不过如此的地方。他们要坐在一个政治的位置上，但是他们从来没有想过这样做是为什么，人生目的是什么。如果他有最高的目的，就是要在历史上建立功业，男子汉大丈夫，死不可怕，最重要的是建立事业。为了这个目标，杀身也无所畏惧。到这个问题上，人生目的是什么的问题时，只有一个目的，就是建立功业。功业不过是外在的东西，完全陷入到一个虚荣世界的东西。为了一个名声、一个显赫的地位，甚至杀身都在所不惜。这样的人生是不是好的呢？如果真正思考意义，会发现这些所有牺牲的人都是个人利益在上。这个人利益不是金钱、不是财富，而是比这些更重要的历史上的名声。可是它从来没有想过，人生的意义是我要服务于谁。就像入党的时候说为人民服务，所有努力的目标不是以个人为主，不是要当政治局常委、不是要当省部级领导，而是要做到为人民服务。这就是两个不一样的思考。有人说为人民服务是一个虚的，表面上是为人民服务，实际上是为个人服务。但是，有人确实是这样，绝对不是全部。一定有些人置个人安危于不顾，为了更大的利益、民族的利益、人民的利益牺牲。为民族的利益而死和为个人的利益而死完全不一样。马上就会说，大家机会都不好，林彪好一点儿，晚年才死；而夏明翰则死得很早。夏明翰这样死了，虽然死了，但是人生意义很明确。哪一个更值得过的？是后者。

如果不能理解这样一些东西，就不能理解人生意义。不能理解人生意义的时候，就根本不足以把握生命和才华在这个世界里带来的利益和可能带来的灾难。所有人都看到带来的利益，而没有思考带来的灾难。在这个意义上讲，我们学法律专业还不够，还需要有更大的视野。如果没有很好的人生观和世界观支撑，可能做一个普通人都做不了，就变成了后面两类人有的人还勉强可以，是“名可法而身死者”；还有“名僇辱而身全者”，追求的最高的东西都没有价值。

所以我们的同学在法学教育方面，今天我们看起来很在意；如果再过三十年，到了五十多岁的时候，可能有些同学会进入真正中国最高利益的较量过程。是做政治家还是律师，到了那个时候，所学的法律远远不够，真正决定的是后面这些东西。这些东西恰恰是到今天为止，大学里没有讨论的。大学里至少法学院的法律教育是最狭隘的教育，不能让你成为完整的人，甚至不能告诉我们如何取得职业上的成就。它只是告诉你这一项技术，但没有告诉这项技术是干什么，没有告诉你如何确定在这项技术里，你应该身处其中的位置。如果法律教育不能实现这种目的，希望我们在课堂上完成这种训练。

第二讲 法律职业：理性与激情

1. 霍姆斯：“男孩想要的东西”，《霍姆斯读本》
2. 霍姆斯：“法律的道路”，《霍姆斯读本》
3. 霍布斯：《利维坦》第六章，第十一章
4. 霍姆斯：“以律师为业”，《霍姆斯读本》*
5. 霍姆斯：“法学院的功用”*
6. 霍姆斯：“大学的功用”，《霍姆斯读本》*
7. 霍姆斯：《利维坦》第六章，第十一章*
8. 强世功：“法律共同体宣言”*

✓ 四种法律思想

我们从这个问题开始：我们对法律应当如何定义？有人认为，法律是人类预期规范中具有强制性的一种。预期、规范和强制性三个特点能否将法律与其他区分出来呢？比如今天2月14日，我们预期希望收到一份礼物，它是一种规范，也有一种强制性，符合这三个特点，但又不是法律。又有人认为，法律还有两个特点，具有道德的属性和是正确的。这一天送礼物显然是符合道德的，是不是正确的就不好说了。正确往往与科学、真理联系在一起。还有人提出法律是由国家有立法权的机关制定的。这样这一天送礼物就不会是法律了。国家机关指定的制度是否都是法律呢，或者说到了这一步是否都是法律呢？我们举例说明。二战后的纽伦堡审判有一个著名案例，称为“告密者”。有一个纳粹军官，服役期间休假时对其太太倾诉对希特勒的不满，结果这名太太告密给盖世太保。这个军官被逮捕，后来由于兵员不足被释放。那么战争结束后，这名太太是否是告密？如果这个案例比较遥远，文革期间有许多相似的例子。有一个工厂的文艺工作者要画一幅板报，画了社会主义建设工业的景象，因为这幅画被判有罪，因为“不是东风压倒西风，就是西风压倒东风”，而这幅画上出现的是西风，那么这个人是否犯罪？散布对国家不满的言论是否是犯罪？文革期间的所谓《公安六条》就把“恶劣攻击伟大领袖毛主席”的言论视为犯罪，二战期间纳粹德国也有类似的规定。正义的审判如果可以成为标准，那么法律就被忽视了。《堂吉诃德》中堂吉诃德说不要去学法律，因为上帝会判决正义与否。现代法律的兴起更多的与新教有关，而不是天主教。

前面讨论的命题容易让我们联想到令学法律的人非常纠结的问题，即恶法是不是法，法律和道德是什么关系。有人认为恶法也应当是法律。因为有三个法律状态：无政府状态——恶法——良法，有恶法，总好过没有法律。这样又会带来以下问题，为什么国家机关制定的东西就是合法的？这也是分析法学派的Hart所提出的问题，他举了一个强盗的例子。比如遇到一个强盗抢劫，强盗要求你交钱，否则就杀死你，这有预期、有规范、有强制力，但这显然不是法律。这与法律唯一的区别在于，法律是由国家制定的。当我们说强盗是不合法的时候，是因为我们以国家的法律合法作为前提。如果我们生活在鲁滨逊的世界，如果有人暴力要求交钱，这就是法律，因为他力量最强。如果说国家制定的法律合法，唯一的理由是国家比强盗具有更大的力量。如果强盗后面有警察、军队等等更强的力量，那就是合法的了。强盗（强者）向我们要钱，与政府要求我们纳税有什么区别？国家的合法来源于力量，它就是最大的强盗。因为再没有强盗比他更强了。正如马克思主义所说，国家之所以能制定法律，就因为它是国家垄断的唯一的暴力。在中国古代也有类似的理论。

类似像这样的东西，把规范、强制力、国家机关所有这些东西看作是一个基本的法理学学派，即法律实证主义 Legal Positivism。最后一个垄断权力的人，我们今天称为主权者。法律实证主义者会告诉我们，法律就是主权者的命令，一旦不尊重这样的命令，就会受到强制力的惩罚。法律的首要要素是力量，谁有力量，谁是真正的主权者。第二个要素是命令，第三个是强制。但这三个要素都有疑问。首先主权者是谁，在我国的主权者是谁？今天我国宪法会说是人民。我们应当看谁有权作出命令。说主权者是人民，这是完全正确的，但人民在哪儿？有人说是全国人民

北京大学法学院

代表大会制度，这个制度让人民通过代表行使权力（代议制），这个回答也是正确的。比如全国人大制定了香港《基本法》，可问题是在这个基本法之前有其他的東西，那就是一国两制，一国两制绝对不是人大提出来的，这个是邓小平提出的，更大的层面说是党提出的。主权者是谁，不看形式要素，而是要看谁真正发布了这项命令。

第二个问题，什么是命令？《公安六条》这样的是一个命令。有一个人从香港回来，要带一些东西回来，可能会遭到禁止。这里就有许多命令、有许多要求。是不是命令，看命令是不是成文的，是不是公开的，是不是 general 一般化的（针对不特定的人），能不能溯及既往。这些要求，是美国法学家富勒 Fuller 提出的的八项法治原则，这四条是最重要的四项原则。

富勒提出的八项法治原则

- (1) 法律的一般性（也可表述为存在规则）；
- (2) 法律应当颁布；
- (3) 法律不应当溯及既往；
- (4) 法律内容应该清晰明白；
- (5) 法律不应该要求不能或无力做到之事；
- (6) 法律不应存在矛盾；
- (7) 法律在时间之流中应该具有连续性；
- (8) 官方行动与颁布的规则应该一致。

第三个问题关于强制，法律能否被遵守关键在于是否有强制性。普通人不关心主权者是谁，对命令也没有太高要求，只要不要太过分就可以，最大的问题的法律强制性。我国许多人认为法律不能得到执行，缺乏强制力。强制力靠什么呢？在我国就是一个执法的问题，法律能不能执行，甚至是法院作出判决后能不能执行的问题。这里有各种问题存在。首先，法律能否执行与一个叫“国家能力”的概念有关，国家有没有能力使得法律被执行。王绍光的《国家能力介绍》认为，我国虽然很大，但是一个没有能力的国家。这是有一些例证的。比如国家没有了解公民有多少财产的能力，那么如何保证执行？孟德斯鸠在《论法的精神》中认为，资本主义兴起使得个人的财产获得保证，君主不能控制，这是个人自由的保证，但是这也让国家没有了解公民财产的能力。在美国，每个人有一个社会保障号码，这是美国的身份证号码，从事所有与财产有关的交易应当有这个号码，这样美国就有能力了解公民的财产。而在我国则有许多方式规避国家对公民财产的掌握。比如我国开通银行账户必须有身份证号码，这个改革仅仅几年而已。一个国家了解公民的财产是很重要的，我们知道美国的反恐力量最强，美国的反恐有强大的全球财政金融控制能力的支持，涉及到为敌对势力提供资金的交易可以被阻止。

一个命令要执行，我们要问谁是主权者，命令是什么样的，如何保证能够执行。国家是否有能力、以及国家是否要实行这种能力的问题，就涉及司法权威的问题。在我国，司法判决是不是最后的判决？我们知道在中国不是，比如还可以上访。如果延伸到法院领域，还有法律解释问题。关于法律解释的问题的重要在于，它与究竟谁是主权者的问题相关。比如有关香港基本法，现在两地讨论关于双飞的问题，这个问题关键在于基本法 24 条，相关的案例有庄丰源案件。谁掌握了法律的最终解释权，谁就是真正的立法者，正如一个罗马教皇所说。霍布斯坚决反对法官具有对法律的解释权。

在法律实证主义中，目前从事法律的人中最容易形成的法律职业意识形态，它最重要的三个概念是主权、命令/规则、强制。Lawyer 关心命令或规则，政治学关心主权，社会学关心强制。法律规定了这么多，实践中可能没有用，所以社会学关心强制。所以要注意一个概念的区分，Law in Books 和 Law in Action。前者是书本上的法律，我们经常看到 Within Four Corners，在四角之内的文字就是法律，就是文本，这也就是文本主义。香港基本法 24 条、25 条的理解是什么？我们能不能找到全国人大常委会制定《基本法》时讨论这个问题的文件，这样的文件作为立法原意能不能用？如果按照文本主义原则，就不能用，这些材料包括邓小平的讲话之类，不再是法律文本之内，Within Four

Corners 明确规定的是 24 条、25 条。这是实证主义的学说。这样，如果法律是书本里的、Four Corners 里面的，法律实证主义就会与分析法学联系在一起。分析法学包括概念法学、法律教义学，大约说的是一回事。用概念的含义来理解，就像圣经里的教义一样不能改变。

但是法律规定是一回事，法律世界是另一回事。Law in Action，有两种翻译，有的翻译成法律在实践中，有的是诉讼中的法律。如果是诉讼过程中的法律，那就是 Legal Realism 和 Legal Formalism 的区分。这二者都是在诉讼过程中，法官如何理解法条的角度出发的。

我们先不去看这个问题。在上面的这样一个概念法学框架中，还有一些东西。比如上面提到的富勒的法治的八项原则。这八项原则基本上是针对主权者在制定法律、做出命令的时候需要遵守这些原则。这些规则分成两类，一类是 Formal 形式主义的，包括法律要公开、透明、不能溯及既往等等。第二类是 Substantive 实质性的，比如保障司法独立。

还有第二个问题。如果说这是规则，规则的有效性是什么？关于规则的有效性有两个概念，Efficient (Effective) 和 Valid。说法律是有效的，第一个含义是 Valid，就是说法律是不是通过合法的程序制定出来的，这可能是个有效的法律，有的可能失效了，比如最高人民法院关于齐玉苓案的批复已经失效了。Valid 的含义纯粹从法理上讲；第二个含义 Efficient 则是从法律社会学的角度阐释，法律实际上发挥作用。为什么最高人民法院的法律解释是有效的而北大的教授的解释是无效的？有人会说，之所以最高人民法院的解释有效，是因为另外一个规则，全国人大 81 年的《关于法律解释的决定》，决定最高人民法院、最高人民检察院、国务院在制定法律过程中可以做出解释，分别叫做司法解释、检察解释和行政解释。但是这个规则的有效性又从何而来？有人说这个有效性来源于宪法，因为全国人大和常委会对宪法有解释权和决定权。这样我们又会问，宪法的有效性从何而来。这样在法律中就会形成有效性的等级的金字塔，赋予有效性的叫做上位法，被赋予有效性的叫做下位法。

那么宪法的上位法又是什么呢？如果这样追问下去，永远追问不完。Hans Kelsen 的《法与国家一般理论》讨论了这样的命题。我们把这样一套法学叫做 Pure Theory of Law 纯粹法学。这里所说的法律就是从一个规则到另一个规则，完全通过逻辑和理性展现出来，有效性与国家、经济、社会无关，只与逻辑有关。这样 Kelsen 就会遇到问题，他把规则叫做 Rule 规范，宪法这一规范从何而来？如果到最后，就会有一个最根本的规范 Basic Norm，这是所有法律有效性的来源。这个根本规则又是什么呢？他并没有解释清楚。在法学中，Higher Law，宪法之后一定有一个更为高级的法律。这种东西可以是 Natural Law 自然法。有一本小册子《美国宪法的逻辑法背景》，可以让人了解自然法背景和它对美国法律的影响。

法律体系中的顶端宪法之上有 Higher Law，但是最纯粹的法律实证主义者会认为，法律来源于主权者的命令，他不会同意 Higher law 或者 Basic Norm 的概念。这样，主权者受不受法律的约束、受不受宪法的约束，这是法律学中一个重要的根本性的问题，在以后将会讨论。

Hart 也有自己的理论，Original Rule 和 Secondary Rule，即原初的规则和辅助性的规则。原初的规则是实际性的规则。如果要保证 Original Rule 的实施，必须要有 Secondary Rule，必须由诉讼的规则等一系列规则保护实施。如果原初的规则是依附于辅助性规则的，那么辅助性规则又依附于谁呢？

所有从法律形式主义的入手，从规范的体系入手，都会遇到一个难题，上位法和下位法的法律体系等级化的难题，也就是最最根本的规则是什么，究竟是哪一个规则赋予它效力。Hart 没有采取 Kelsen 的说法，他用的是 Rule of Recognition 认可规则。这样的规则之所以合理，是因为我们大家都认为是合理的。

到此为止，我们发现法律实证主义、概念法学有三类基本学说。

1) 最严格、原始意义上的实证主义。法律的全部效力来源于主权者的命令，主权者就是主权者本身，是 Power 产生了法律。规则来自于权力，甚至产生于法律。是最大的强盗集团产生法律；

北京大学法学院

2) 即 Hans Kelsen 的观点。认为法律的效力来源于规范本身, 规范来源于一个最基本的规范, Basic Norm。对于所谓的 Basic Norm 是什么, 他从来给不出一个答案, 它包含了一套高的宗教的、价值的一套东西。换句话说, 法律之所以有效, 是因为符合一套更高的 Higher Law。在这个意义上, Kelsen 到底是法律实证主义者还是自然法学家? 有人说他是一个自然法学家, 他在最根本的意义上不相信规则来自于规则本身, 而是来自于 Higher Law;

3) Hart 的观点。Hart 对法律实证主义最大的挑战就是强盗的故事。如果法律的效力来自于主权者命令, 那么强盗的命令也可以成为法律, 只不过主权者是最大的强盗。他坚决反对这种学说。他认为规则的有效性来源于认可。法律之所以是有效的, 是因为我们都能够认可、接受这套东西。但是我们为什么会接受? 不知道。

当讲法律实证主义的时候, 除了概念上的分析, 在最一般的意义上就有这三类基本的含义。这三类构成了法律实证主义最基本的东西。

• 自然法思想

以上结束了关于法律实证主义的讨论, 但我们应当记住 Hart 讲的强盗例子。国家的法律之所以是法律就在于国家的力量最为强大。无论是马克思还是马克思·韦伯都有这样的表述。我们又回到前面纽伦堡审判的告密者问题。这个案例的最后结果是这个妇女是有罪的, 因为人们遵守当时法律不能违反良知。人类生活中最重要的东西是情感, 这样的法律破坏了人类的情感。

情和理发生冲突怎么办? 西方的类似观点是良知。这就引导了自然法思想 Natural Law。按照自然法的观念, 一套法律如果违背了人类普遍的东西, 那么它不成为一套法律。自然法认为有一套普遍的规则, 全人类都有, 在它的下面有一些 Local 的法律规则, 是国家的法律。没有哪个国家的法律是一切东西, 这就意味着国家是局部的, 而自然法是全人类的。当然西方人这样说没有把东方文明囊括在内, 自然法是西方的自然法。

以上介绍了法律实证主义和自然法两种最重要的法律思想。这两种思想不过是从立法的角度而言的。自然法鼓励了两种东西, 一个是革命的思想, 马克思主义、法国大革命都是这样; 一个是反抗的思想, 如果不能革命, 则公民不服从运动 Civil Disagreement。

在纽伦堡审判中, 就有关于自然法的辩论, 东方的法官坚决抵制自然法。二战后的论战就是法律与道德的辩论, Hart 与 Fuller 的辩论, 可参考强老师写的一本小册子《哈特与富勒的论战》。

• 法律形式主义与法律现实主义

前面都是有关立法者的内容, 但对于普通公民而言, 只关心自己的案件是否能打赢, 关心法官。可见真正的立法者就是法官。霍姆斯有相关的论述, 下文再述。

法律是什么, 到了最后, 对于普通人就是法院的判决。与此有关有两个问题。第一个是法律是不是科学。法律是不是科学, 是不是具有确定性? 大家肯定说法律是一门科学。如果法律是科学, 就意味着同案同判, 相同的案件要定相同的罪, 量相同的刑。这样就产生了第二个问题, 法官能否有自由裁量权? 如果法律是科学, 所有自由裁量权就是错误的, 否则会为各种违法的因素提供后门。就像 $1+1=2$, 不能有自由裁量权为 $1+1=3$ 。如果这样想, 法学教育是干什么呢? 就是把背景、想法不同的人, 经过教育, 变成想法完全相同的人了。就像学数学一样, 对一个题的答案都是一模一样的。如果这样的话, 法律教育是不是太笨了? 人脑的计算怎么都比不上计算机。搞科学的人可能说你这个科学还不够科学, 还有非科学的残留, 依然还有大大小小的自由裁量权。最高法院关于同案同判的所有定罪量刑规则就是为了取消自由裁量权, 明确规定自首、缓刑等各种规定。但这个公式还不够好。如果找北大一个学数学的学生, 再加上搞计算机的, 会发现如果把所有的案例、罪刑规则做一个数据库的话, 法院安一个数据库就可以了。让计算机技术来进行刑事定罪量刑。它的背后就是法律是一门科学, 如果是科学就可以预测。数学运算、物理学计算可以用计算机完成, 那么定罪量刑也可以。只不过今天可能技术还不够。如果发达的话, 把计算机四个要件做成计算机的四个代码, 每一个代码输进去, 就得出一个答案。这是不是法律的理想? 我们希望的是不是这样?

不是这样的，这样法律就改成计算机了。

关于法律科学的主张有历史渊源。12 世纪这个时期，有罗马法复兴运动。欧洲重新发现了罗马法的时候，最早把罗马法看做一门科学。当时最先发现罗马法文献的时候，就像 9 世纪以来的文艺复兴一样，带动的是学术的研究。这之后变成了大学，第一座大学博洛尼亚大学，法律就是作为三门学科之一。罗马法复兴运动推动了现代大学起源，研究罗马法的过程中形成小团体，这个团体后来就变成大学。伯尔曼的《法律与革命》提出了更为极端的理论，现代科学不源于文艺复兴自然科学，而是源于罗马法，因为它十分精确，提供了对世界的完整看法，类似于科学了。这套观念影响了数学、物理学、17-18 世纪科学的形成。无论怎样，这样一段历史里面，牛顿力学、伽利略的学科的影响，科学的概念慢慢出现了，法律也就变成了一门科学。葡萄牙人叶士明写的《欧洲法学史导论》，对 16、17 世纪注释法学派、后注释法学派以致后面法律变成科学的过程有详细的阐述。

孟德斯鸠说，法官适用法律就像自动售货机一样。这是因为法国大革命之前整个司法的法官都是围绕着王权，法官为王权服务，为国王辩护。这里说的就是欧洲大陆法传统，罗马法复兴之后就有两个最重要的东西，法国民法典和德国民法典。相关著作有，法国人达维达的《当代法律体系》；《比较法总论》，德国人茨威格特写的。

而另外一个体系，英美法 Common Law 的传统，即判例法 Case Law。Common Law 是在法律职业教育中形成的，是律师和法官在法律操作的过程中逐步形成的学问。英国当时大学中学习法律受到最多的影响是来自律师的。英国法律教育最早由律师工会掌握，到律所实习就是法学教育。实际上从司法判断的角度，真正受到的教育不在法学院。法学院学的各种民商法都不好用。等进入律师事务所，做实习律师、助理，重新开始学习，因为它学习的是一套 practical 的知识。英美的法律教育也主要是在律师事务所实习。提倡这样的法学教育革命是哈佛大学法学院院长郎达尔，他在几年哈佛大学建校 200 年的演讲中认为，大学最重要的使命是传授科学。可是在哈佛大学这样一个学术殿堂中，竟然发现有一些人不是在传授科学，而是在进行职业技术训练。美国早期的法学教育就是职业技术训练。要学财产法，没有告诉你财产法是什么，把 19 世纪以来关于财产法的 case 拿到课堂上，做过律师的人结合实际告诉学生怎么看，看完了就知道怎么处理财产问题。郎达尔所做的法学院改革就是把职业技术训练变成一套法律科学。怎么变成科学？比如学习合同法，就将合同法的若干案例一起学习，透过法官的判决，找出合同法背后的规则。我们会发现 100 个案例，背后是有规则可循的。这就是真正的判例教学法。这与我们今天中国的判例教学法是倒过来的。中国教学，比如先把刑法的四要件学一遍，然后套到案例上。真正的判例教学法是找出一些辩护词、判决书，看看法院想的怎么定罪量刑，通过案例找到背后的规则是什么。是先把这构成了美国的一个法律重塑运动 Law Restatement。这全部成为一个概念叫做 Legal Formalism，法律形式主义。不考虑各种案件的具体情况，只是找到共同的规则理论。

但是法学中许多概念是不确定的，大量的概念无法用科学定义，比如美国的一个概念“色情”，不可能为色情设定一个定义，这个概念不具有确定性，这就不是一个科学概念。这样，法律的科学性就是一个 Myth。再如社会公序良俗，如何理解；法律正当程序 Suit Progress，什么又叫正当程序，什么是平等保护 Equal Protection，高考给少数民族同学加分是不是合理。这些都是含糊不清的问题。可见法律的科学无法成立，因为这些以上这些概念都不是科学的。强调法官的个人裁量在司法中发挥重要作用，这样一个学派是与法律形式主义完全相反的 Legal Realism 法律现实主义。

✓ 四种法律思想的总结

法律实证主义(Legal Positivism)与自然法(Natural Law);法律形式主义(Legal Formalism)和法律现实主义(Legal Realism), 这四个概念可以从外文网站上找到大量的基本介绍。

那么我们学习法律，全部研究的是什么？有的认为是规则最重要，有的认为是法官；法律是不是确定的，如果是确定的，就是一个科学，那么教科书就是重要；如果是法律现实主义的，就会认为法官如何思考是重要的，法官做判决的过程中考虑什么因素。你会发现中国的法官考虑什么条文，是不是要考虑私人关系，有的法官还会考虑社

北京大学法学院

会影响，所以有的律师喜欢把案子在网上炒。最要紧的是这些东西，教科书反而是最不重要的。也有的时候法官的直觉很重要，他得出对和错的结论，然后找法律依据。在美国，这种直觉就是政治意识形态。有本书叫《九人》，写了美国最高法院的九位大法官是怎么判案的，他们考虑的最重要的因素就是政治意识形态，一个案子到了最高法院，大家都能预测出会怎么判，因为可以数一下九个大法官中，几个是自由派的，几个是保守派的。这本书写了自由派的法官是如何争取保守派做出有利于自由派的选择。

这一讲，我们从两个思路入手，第一个思路是从立法者的角度，讨论自然法和法律实证主义的关系；第二个思路是从法官的角度，基本上是法律形式主义和法律现实主义的辩论。在辩论的背后，就会涉及到两个最基本的概念，就是大陆法和普通法。在大陆法中，主要是立法者的思路，经常在法律实证主义和自然法中徘徊；而在普通法中，更多的辩论是在法律形式主义和现实主义中。以上就是西方法制史、西方法律思想史最主要的轮廓勾勒了出来。

✓ 《法律的道路》

现在我们开始分析《法律的道路》这篇文献。它涉及到一个问题，是从这里开始的：如果把上面讲的法律的概念放下，从强制的概念入手，就让我们进入了诉讼过程中的法律。诉讼过程中的法律一定会涉及到法官。在强制概念里，会遇到许多，比如警察、军队，和司法，都属于广义的强制概念。只是由于我们的职业需要，我们以后主要从事律师和法官，所以在法理学研究中，就限制在法官、司法体系这里。我们从来没讲过警察体系是什么。因为不了解警察体系，我们就不知道重庆的打黑是什么意思，我们只看到李庄案。如果不进司法机关，我们就不知道。我们也不去研究军队。为什么中国最高领导人只有做了军委主席，才是掌握了国家呢？我们不去研究这些问题。国家主权者的政策的贯彻执行的，军队是第一重要的，警察是第二重要的，法官是最不重要的。中国国家领导人关心的是做军委主席，绝对没有说要做最高法院院长。我们国家的政法委书记基本上都是公安局长，没有政法委书记兼职最高法院院长。为什么？这与宪政制度的体制安排有关。如果到了美国我们发现，军队也是很重，但是这个经常放到总统的权力和国会的权力中讨论。比如美国宪法明确规定，国会宣布战争。但是从历史来看，二战以来美国的宪政体系发生变化。这项权利逐步从国会转移到总统身上。今天要发动战争，大家都关注总统而不是国会。法律的文字并没有改变，为什么发生这样的变化？大家就不断讨论总统发布命令，发动伊拉克战争和阿富汗战争是不是合宪？这个辩论很大。所以有人讲，美国其实有两个宪法。一个是表面上的宪法文本的宪法，在它背后还有第二个宪法，类似英国不成文宪法讲宪法惯例一样。其实每一个国家的宪法是重要的，但不是唯一。有关于这一点，可以看强世功的《不成文宪法传统》，其中专门讲到了美国的不成文宪法。这里就涉及到为什么权力从国会转移到总统。简单讲，国会议员尤其是众议员，有两年选举资格。所以每个众议员为了保护自己的位置，从来不讨论战争问题。当他支持战争的时候，反对战争的人就不给他投票。所以为了选上议员，他不关注战争，而总统就借着这个机会，把这个权力拿过去了。违宪审查制度也是不成文宪法的典型，美国宪法没有规定最高法院违宪审查制度，但是今天成为了美国最重要的制度之一。它是怎么产生的，后面会讲一些案子，但是最根本的问题依然和美国国会有关。一项研究认为美国国会在慢慢让渡它的权力，因为最高法院处理的是美国社会生活、道德生活里最迫切、最重要的问题，类似于堕胎问题、种族隔离问题。而国会议员为了保住自己的位置，这些敏感问题不去表态，交给对方。法官，是法理学里最重要讨论的。今天法理学讨论都是围绕法官展开的。这与司法制度的安排有关。所以，讲中国的法理学，更应该围绕法官进行。如果我们毕业了说要做法官，往往不大高兴，又辛苦、待遇又低、风险又大。所以很多人愿意做公务员。所以法官为中心的法理学是普通法的，是英国的模式；而我们学的是如何做诉讼。实际上要执行法律规则，第一重要的是军队，第二重要的是公安，第三重要的是法官。

尽管如此，还是要研究法官的问题。下面我们来分析霍姆斯的《法律的道路》这个篇章。

这篇文章是霍姆斯给法学院新生做的演讲。霍姆斯是一个法律现实主义的代表人物。Legal Realism 就意味着法律不是严格意义的科学，司法过程中法官有很大的裁量权。而法官的自由裁量权究竟来自于哪儿？这篇文章就在讲一个问题，就是法官是如何思考的。法官是如何思考的，取决于法官是如何被教育的，取决于法学院的教育。因此，这篇文章实际上讲的是法律的教育，法学教育应该教些什么。我们还可以说，它讨论的第三个问题还在于什么是法

律。这是关于法律是什么的演讲，也是关于法律教育的演讲，也是关于法官是如何思考的演讲。

第一段讲，法律的作用在于预测法官是如何判决的。新婚姻法出台后，人们的预测就是离婚变得越来越容易，结婚变得越来越困难，这是普通人的预测而不是法律人的预测。法律人预测法官如何判决，我们关心的不是立法本身，而是法官。为什么要预测法官？法官有行使公共权力的支配权，可以做出司法判决，国家的强制力将被用来执行法官的判断。讲的就是强制力，强制的不一定是法律，而是司法判决。这是第一位的原因。

还有另一个方面。强制是为了执行。对婚姻法司法解释三出现后，学习文学的人和学习社会学的人会预测婚姻自由、恋爱自由会不会受到影响，会认为婚姻自由会受到重大的影响，这个解释意味着婚姻的过程中，父母的决定权和裁量权越来越大，因为他们要给你买房子。青年男女结婚的时候，双方父母在一起商量房产的问题，人们也更倾向于有房产的对象。大家去关心这些问题，而不会预测结婚和离婚。法律人学习法律不是为艺术家、社会学者讲的，而是为了将来以法律为业的人展开的。所以这个演讲是围绕法律职业展开的。当事人遇到困难，会让法律人预测，而不是找算命先生，因为我们知道法官是如何思考的。如果不学法律，就不会知道法官是如何思考的。这样，下文全部讲的就是法官是如何思考的。

全文一开始就说，我们研究的不是一个神话 myth。法律职业教育和其他的不一样。文学、艺术、哲学、历史、宗教都不是科学，科学是可以预测的，就像地震可以预测。而神话的东西不可以预测。传统的神秘的知识和科学知识，这是两种对立的知识。法律是科学，这不是形式主义科学，而是法官如何思考问题的科学。这个过程有一个思维方式。如果能理解他的思维方式，就理解了这种科学。从预测的角度，法学院的学生好像不需要学文学、艺术等知识。一个神秘的东西和科学的东西第一个区别在于能否预测，如道德就是一种神秘的东西，善恶、好坏、情感，很大程度上带有神秘的东西，不能预测。如果法律是一门科学，神话这套东西跟科学没有关系，马上就会遇到第一个东西，就是道德。遇到法律与道德的问题。法学院为什么不开宗教学、伦理学这些讲善恶的学科，而开法学专业学科？就在于这些不是可以预测的科学。

第一段讲的是第一个问题，什么叫法律，就是一个职业，去预测法官的判决。这个问题找一些关键词，有法律职业、预测、公共权力。还可以加上制裁。

接下来是第二段到第四段。这里相关的法理学问题可以用如下的表概括一下。

Higher Law / Natural Law / Basic Norm / 伦理学 / 立法学

实证主义 Positivism / Order / Norm / Rule / 法律形式主义

Law in Action / Efficient / 法律社会学

法律实证主义的代表人物，除了我们熟悉的霍布斯、在这个意义上也属于实证主义的马克思主义，还有英国的边沁、奥斯丁。奥斯丁是法律实证主义的创始人，他说我们不去自然法讲的讲法律应当是什么，那是伦理学、立法学应该有的内容。我们研究的是法律究竟是什么。应该是什么我们不知道，但是我们知道全国人大制定的就是法律。我们说的法理学要严格意义上与立法学、伦理学区别开来。这些“应当”的东西不是科学，而是 myth 的东西，就像霍姆斯说的，我们研究的不是神秘的东西。

按照上面的观点，我们研究的是第二个层级，实证主义的东西。法律体系、norm、order 等都属于这个层次。如果是这个样子的话，法律是科学。如果说法律科学的话，从法官思维的角度，就是 Legal Formalism，法律形式主义。这全部都是 Law in Books。

是什么是一回事，实际中怎么样是另一个事情。这个法律在第二个层级是有效的，但是在实践中就不一定了。我们把这一部分叫做法律社会学，要研究一项法律在社会中的实际运用情况。法律的规定是一回事，实践是另一回

事。所以北大最强的传统的法律社会学，苏力老师的书、很多法理学老师的书关注的都是这个方面。

如果说上面这三个层次是我们画的一个地图，把法理学家往里面归类，那么在这个地图中，霍姆斯在哪里？第一个肯定不是。因为霍姆斯说了，研究的不是自然法学、不是宗教、不是这些形而上学的东西。他应当划到 Law in Action 中。霍姆斯是法律现实主义的代表。霍姆斯最痛恨的是什么，是第二个层级还是第一个层级？我们看第二段他批评的当前的敌人是谁，他不满意美国法律教学的一些倾向是什么。我们可以找一些关键词。

六百年来形成的一些东西，被他称为“法律的神谕”，就是法律教义学。法律就像宗教的信条一样，是不能变的，就好比说民法是什么，就是德国民法典、法国民法典、日本民法典等形成的各种规则，这些规则神圣不可侵犯。第二个关键词，如果法律思想的意义变成精确的计算，法律是一个相互联系的科学体系，这就意味着律师对案件的分析是一个 systematic 系统性的、同一的，最终的分析法学理论和抽象原则，这些说的意思就是法律是一门科学。科学就意味着法庭上不会出现戏剧性的变化。1+1 只能等于 2，不能等于 3。这是美国法学院对法律的理解，意味着法律就是这样一套东西。法律构成一个统一整体，被系统安排起来，在司法过程中就排除了戏剧化的要素。霍姆斯接着说，“过去案例的教诲之所以被解说为普遍的命题，并被收集到课本里”，这就是上节说的法律充实运动，朗德尔的判例教学法。法被赋予了普遍行使的含义。法律就是一套科学，可以用来预测。我们可以看到，当时美国法学教育就是为了让“预言”变得更容易记忆和理解。如果法律是要预测的，那么这个预测的过程更容易理解、记忆。这是当时美国法理学的普遍做法，就是法律形式主义。

总之，第二段的关键词，包括法律的实际意义、法律教义学；这个过程是统一的，法律是一个体系，从规则到规则、上位法与下位法的体系；法律的科学。最重要的是，这些预测被概括和简化为体系，它们呈现出有限数量的原理。原理用在科学上。物理学里有原理，这里法律也是原理。这几段话阐述了法律的原理或系统性预测的首要原则。这几段话概括起来，就是当前美国法律教育把英国以来形成的基本的普通法变成一项科学，让法律更准确。法律像神谕一样，需要理解，理解神谕的目的是记忆更完备、预测更准确。

那么究竟如何预测？首先就会遇到法律与道德的关系。法律的预测第一个问题就是法律和道德的关系问题。这篇文本要理解第一段话与第二段话，才知道这篇文章为什么要讲法律和道德的关系、法律和历史的关系，就因为法律是要预测。后面法律现实主义的思想就显示出来了。

首先，法律和道德有没有关系、有什么关系，要不要区别法律和道德的关系？要从以下角度理解：

1) 法律和道德是有关的。从意识的角度，“法律是道德生活的见证和外在基础”。今天所看到的法律表面上是主权者命令指定的，其实不是。法律是人类历史上积淀起来的。是道德积淀下来的，是符合道德的。

2) 既然法律与道德有关，那么要不要把法律和道德区分开？要严格把法律和道德区分开。法律和道德有关是一回事，区分法律和道德是另一回事。这两个问题的区别就是，事实是一回事，认识事实的方法和角度是一回事。区分开是法律科学的需要。“应当”是道德层面的，是逻辑学、法哲学的东西。从法律科学来看，必须要区分开来。这就是视角和方法的问题。所以从来都不否认道德与法律的关系，但是要研究法律的话，必须将其区分开来。正如霍姆斯说的，“把法律作为一项职业的正确研习与掌握，加上明确理解的界限，或在界定明确的范围之内的教条体系”。换句话说，法律是边界。这就是奥斯丁的著作《法理学的范围》，要划分出一个法理学的范围。

3) 区分法律和道德的第二个原因是坏人理论，简单地一句话讲，从坏人的角度看法律和道德没有任何关系。他只关心自己犯罪后的后果，只与后果的功利计算有关，而与道德无关，他只是要逃脱制裁。所以第三个理由主要是说，哪怕是坏的法律，仍然会产生实质性后果。

可见霍姆斯真正关心的是第三层次。强调法律的 action。法律进入诉讼领域后，每个人都变成坏人，都想逃脱司法惩罚。这个坏人不是说道德上的坏，而是说进入制裁程序后所有人进入功利计算，以逃脱法律惩罚。这个坏人，就是一个理性人。从制裁的角度讲，理性人的考虑范围不包括道德。这是这里面最重要的问题，霍姆斯的文章中后面讲的都是这样的一些例子，比如说当事人。法律里说“恶意”，与道德上、伦理学上的恶意完全没有关系；法律

从后果推定恶意与否，而不是从道德的领域。“我经常猜测如果每一个具有道德含义的词语都能被完全排除于法律之外，且被用来表达法律思想的其他词汇不带有法律之外的任何色彩，未尝不是一件好事。”法律的理念要将道德的概念剔除出去。以上关于法律和道德的讨论，就是讨论的法律和道德的关系。只需要区分法律和道德，不需要考虑道德。这就是法律预测的第一个原因，法官思考的过程中不是从道德的角度，而是从制裁后果的角度来思考。

紧接着下面讨论的是第二个问题，法律从何而来。就是法律和历史的关系。法律和实证主义相比，实证主义认为法律是科学，就来源于逻辑。从上位法推出下位法、从实体规范推出程序规范，都讲的是一套逻辑科学。那么法律是逻辑吗？法律与历史有关，法律不是逻辑、科学的产物，而是历史的产物。这里面最重要的核心思想是，我们表面上以为法律是从逻辑概念推出来的，从法律科学、宪法规范推出来的，其实不是这样。法律来源于价值冲突，相互之间冲突的利益的较量。如果说是逻辑，逻辑也是概念的战场。所以这里说的是价值选择。这里就有立法政策的概念。我们马上就会发现，法律就是不同价值的 fight 斗争，这是霍姆斯基本的思想。每个法律的修订都会有利益集团的斗争。对于法官来说，法官不是科学家，要按照严格的三段论做结论。法官是公共利益的权衡者，法官其实扮演了立法者的角色。他考虑的不只是当事人，也考虑对其他人的影响。这也是我们今天关心李刚案、彭宇案的原因，这些可能变成法律、公共政策，今天争论的问题其实是公共政策问题，法官关注的其实是公共政策问题。社会关心的案件一定带有这种色彩，社会的价值观念和利益展开 fight，法官则是公共利益的权衡者。正因为这样，法律在这个过程中慢慢演化出来。换句话说，法律不是逻辑，而是经验。这是霍姆斯最主要的名言。法官不是 Legal Formalism 含义适用法律，而是权衡者。

如果是这样，法律的正当性，来源于哪里？这里的推理重要的一部分是传统。来源于历史，来源于习惯所接受的东西。可见，这与逻辑、与科学没有关系，比如堕胎在美国有很大的争议，在我国则没有多少争议，这不是由于逻辑，而是由于文化。

这样的话，我们学法律应当学什么？以往的法律掌握在谁的手中，现在的法律掌握在谁的手中？“现在所需要的是精通文字的人，未来所需要的是精通经济的人”，这是这里面最重要的观点。当把法官视为公共政策的权衡者时，就需要学习统计学、经济学；这可能不够，还会有政治学、心理学。比如预测李庄这个案子法院究竟该怎么处理，考虑的不仅仅是刑法怎么规定，还应当有重庆法院院长是怎么考虑的、重庆市委书记是怎么考虑的。有了这些预测，才能做出判断。做出预测绝对不是单纯考虑法律，还包括社会、公共秩序的影响。懂得了这些，我们也可以预测。接下来霍姆斯举了许多例子，有刑法、合同等。所有这些不是法律逻辑形成的，而是历史形成的。总之，“我崇拜法律，尤其是我们的法律体系，因为它是人类思想最庞大的产物之一……获得尊重的最终权利在于它的存在，在于它不是一个黑格尔的梦，而是人们生活的一部分。”学历史不是为了回到历史，而是从历史中借鉴。学历史最终转向学经济学，历史就是利益衡量的结果。

历史是不同价值、不同利益的斗争，这样就是要反对好古主义。

第三个问题是法理学。什么是法理学？法理学是学习法律里最具有概括性的。要找到规则，规则在哪，要首先学罗马法。这个演讲是对美国的学生，他们是普通法的学生，他们是从案例里找到规则。对我们来说不存在这个问题，我们的法律就是规则。

规则里最重要的是什么？“但是规则里面最重要的是理论，就像设计师建筑师对房屋的重要性一样。”这句话也很重要。对于建造房屋，设计师是最重要的，没有人认为工匠重要；对于法律而言，学部门法就像工匠一样，法学理论就像艺术家一样。法学理论对于法律规则的重要性就像设计师对于房屋的重要性。为什么这么重要？法理学最重要在哪儿？我们看看后面讲的几个例子。我们会发现霍姆斯区分两类只是：具体的知识和理论。具体的知识、具体的规则不是最重要的，最重要的是理论。理论的重要性举了几个例子。一个是关于仆人的例子，讲想象力；还有一个是人类观，学法理学意味着洞悉大千世界里面神秘的东西，找寻这个世界的秘密。几百年后会发现，统治这个世界的是一些思想家，就像笛卡尔的理论统治了三百年。

这个演讲好就好在，它一开始说法律是一项职业，而不是一项神秘的知识。我们从哪儿开始学起呢？要从法律

北京大学法学院

规则学起，要区别于道德，变成一项完整的逻辑推理。但是这还不够，还要回到：第一，现实的制裁；第二，历史传统；第三，价值观念的统治和利益的统治，要变成经济学、统计学的东西。如果这样的话，那么法理学在哪儿？它一层层地往上。讲到最后，我们学来学去的只不过是具体的规则，真正重要的是神秘的知识。因为规则和现实的东西没有任何想象的空间，学习法理学真正重要的是要学具有想象力的东西，法理学告诉法律与大干世界的关系，世界的秘密是什么。这是最后一段写的最有诗意的内容。

所以我们会看到，整个法律的道路从第一层的神话、法律神秘的知识开始，一直讲到最下面一层，最后又回到神秘的知识。这么个演讲把法理学的整个地图贯穿到了一起。这是这个演讲经典的原因。在短短的篇幅中，表达了自己对法理学的看法。对法理学的看法就是：第一，法律是规则，要与道德区分开；第二，规则还不够，要回到上面的层次。许多人把霍姆斯归入到法律实证主义的范畴，也有许多人把霍姆斯与自然法联系在一起。其实他最有才华的地方就在第一个层次。美国法理学中，真正有两个人是作为奠基性的，第一个人是马歇尔，美国联邦最高法院一进去就有马歇尔的雕像；第二个就是霍姆斯，没有人超过霍姆斯。他的《普通法》是奠定整个英美法法理学的基石，这本书告诉人们普通法是什么。以往人们认为普通法就是案例，人们说不清楚；这里第一次说清楚了。他们是美国法律历史上的两座丰碑。

想象力为什么重要？既然霍姆斯最终的目标是回到神秘的知识，为什么一开始不讲，为什么不从法理学是大干世界的知识这里入手呢？这一个原因是写作的技巧，还有一个就是，美国法学院的学生毕业后要做律师、要赚钱，学生可能对学习神秘的知识不感兴趣。既然想赚钱，霍姆斯就告诉人们怎么赚钱，就先不要讨论神秘的东西。但是到了最后，还是与想象力有关，比如那个仆人缺乏想象力被扣五美元的例子。这也是赚钱，只是赚钱多与少的区别。缺乏想象力，赚的钱就会少，有想象力，赚的钱就会多。如果做律师，赚的钱就少；合伙人，赚的钱就多。区别在哪里呢，一项区别就是想象力，能当老板就是有想象力的，他想到的问题你没想到。统治世界的往往不是这些打工的人。

第二个，赚钱赚得不过是一种力量，世界上还有其他的力量。政治也是一种力量，思想更是一种力量。从统治世界来讲，金钱不重要。最重要的毫无疑问是金钱。金钱不足以统治三百年，思想可以统治，甚至可以统治一千年。比如耶稣、释迦摩尼、孔子，这样的人统治世界多少年了，金钱没有这么大的力量。如果说赚钱是为了支配别人、统治世界，那么最大的支配力量是思想。

想象力的第三个要素，从这短短的一段话中我们看，神秘的知识 and 灵魂有关，要追求一些普遍性的知识。大干世界的秘密是什么？如果只是赚钱、只是做一个工匠、只是了解法律规则而已，对于法律只能看到一点，认为这就是法律。但是霍姆斯还要看到别的东西。这里面就涉及到神学问题。维柯，现代科学的早期奠基人，他的《新科学》认为，我们为什么要科学，是因为上帝的旨意全部在科学里面体现出来。这本书里大规模讨论法律。为什么要讨论法律，讨论犯罪、合同、侵权、婚姻问题，因为所有这些问题背后都包含了上帝安排世界的理智。讨论这些问题不是为了解决纠纷，而是为了理解上帝的含义、意义是什么，为什么这样安排世界。所以这一部分他有一个概念，神学与各种各样民政的神学。民政的科学，是关于民事的、政治的、日常生活的神学。我们从每一个判例、每一个立法过程中体会这个世界的意义是什么。在这个问题上，基督教叫神学，我们可以把神学这个概念换掉，比如换成马克思主义，马上就会发现不一定是神学。现代，用了历史的概念取代了神学。我们知道婚姻法、侵权法的变化，中国法律、世界法律的变化，体现了人类历史的方向，体现了 liberty 的方向。我们知道人类历史的意义是向民主发展，所以中国法律就会向民主发展。背后总有一些历史规律在里面，历史规律就是现代意义上的神学。学法理学就是学习宇宙世界、大千世界变迁背后的意义，背后的神学含义。

做一个法律人，要从规则开始，否则只学历史、哲学没有意义，那就仅仅是社会学家、经济学家、统计学家。但是又不能仅限于规则，还是要学习那些东西，否则就不知道世界是什么样，不知道世界的含义是什么，不知道日常生活处理的一切东西背后都有神学含义在里面。这是霍姆斯给出的最完整的法律的秩序。

有的一些问题可能是没法回答的。有人问，你说了半天，法律究竟是不是科学？是科学，或者不是科学。这样

的问题确实很难回答。关键是科学的含义是什么，要来干什么。如果说目标就是做部门法，或者就是想做法律社会学家，都可以。如果说对这些神秘的知识感兴趣，其实完全可以不来法学院。

希望同学们对讲的这些东西能理解 60%-70%。最主要的、直接的部分可能都理解了，但是深入的可能还没有理解，这是因为读的还少。

✓ 《男孩想要的东西》

以上全部讲的针对的是法律职业。目前的主题是学习法律是干什么的。学了具体的知识，以后要去做什么。首先学到的是具体的知识，接下来学了这些东西来做什么，究竟什么东西决定这一点。后面还有更深入的东西。越是前面的越是具体的知识，越是后面的越是神秘的知识。我们学了法律，无论做律师、法官、政治家，都会把我们变成 lawyer。普通法对 lawyer 是怎么要求的？可以读《霍姆斯读本》这样的书。

关于《男孩想要的东西》这个文献，一些女权主义者会说这不只是 boys 想要的，还是 girls 想要的。学法律、进法学院是想做什么？这里面没有说男孩想要的具体的东西，而是说在法律中找到位置。这里面讲了学法律需要的能力，需要读书的能力、判断的能力、说服别人的能力、以及一个好身体。首先一个是读书的能力，觉得课程压力山大，说明缺乏读书的能力。第二个能力，实践性的判断、感觉的能力，核心是明确地告诉别人怎么做的能力。这就是做一个 leader。我们能不能做一个 leader，这个值得怀疑。在一个当事人面前，我们就是一个 leader，告诉他怎么做。领导能力中，别人能不能听话，重要的是你的判断是对的，判断正确时候别人才会相信。毛泽东为什么成为伟人，因为他在一次次的判断中是正确的。怎样知道是对的，考的不是逻辑等。第三个，实践性的判断，依赖于感觉，在今天说的更好一点，说的是直觉。我们把这叫做天才。不是靠学习就能得来的。这里面，就是一种反复的实践性的判断。为什么是实践性的判断，要理解事实。第四个，说服别人的能力。如何说服别人，这里面只是说的很简单，因为它是普通法，需要说服的是法官、陪审团。这里面说的说服别人最重要的是信念。许多时候最关键的时刻可能都是靠信念。最后，好身体也是重要的能力。

这篇文章题目说男孩想要的东西，实际上没说想要的东西是什么，而是想要的东西需要什么。到最后我们会发现具备了这四种能力，想要什么都可以。到这时候，想要什么已经不是最重要的了。有了读书的能力、实践的能力、说服别人的恩呢管理，还要身体好。身体好不是为了养得胖胖的。法律是奋斗的一项职业，是 fight，战士当然要有好的身体，身体好才能 fight。身体好不是说要熬夜做律师，而是要 fight。身体好跟人生是一项奋斗有关，正如毛泽东说的，与天斗其乐无穷，与地斗其乐无穷，与人斗其乐无穷。最后发现全部的人生，说到底想要干什么取决于想要什么。



“灵魂的欲望是命运的先知”。首先有一些知识，对自己的知识、能力有一个定位，而在定位的后面，真正支配的东西是欲望。真正重要的是想要什么，是想做比尔·盖茨去赚钱，还是过一个小家庭的生活；是只想混一口饭吃，还是想为被压迫阶级的利益奋斗终身，这都是欲望。问题是，这些欲望从何而来？在整个霍姆斯的知识里，这一部分可能与神的知识有关。涉及到历史学、社会学、政治学的知识，还有心理学、灵魂欲望的知识，最后是神的知识。霍姆斯没有告诉我们欲望究竟是什么。有的同学说读过这第一篇文献感到热血沸腾，感到学习法律前途无量。这是给自己写的。欲望究竟是什么呢？我们学的是一门知识，我们是受过专业科学训练的人，不能把欲望变成 myth 神话一样，不知道为什么，就像动物一样向前冲。关于欲望的知识是什么，我们就接下来的文献就是关于这个问题。我们至少可以找到一个人，就是政治科学和法律科学的奠基人霍布斯的《利维坦》的两章。

✓ 《利维坦》第六章、第十一章

《利维坦》第六章全讲的是 passion。热血沸腾是什么？就是 passion。我们知道一句著名的名言，亚里士多德

北京大学法学院

说的 Law is reason without passion, 法律是没有激情的理性。但是《律政俏佳人》等故事告诉我们亚里士多德说错了, 做一个好的法律人要有 passion。这些故事里说的 passion 是什么? 与上面霍姆斯说的有什么区别? 我们再看霍布斯里面讲的 passion。这些东西是从亚里士多德以来一直讨论的, 讨论仁义礼智信这些东西。霍布斯说你们讲的都讲错了, 那些东西不过是一种 force, 是情感的运动。科学的运动说的都是外在世界的运动, 霍布斯把自然科学加上数学等用来处理伦理学概念。也就是他把伦理学不再作为伦理学来看, 而是作为力学来看。

在霍布斯的理念里, 欲望不过有两种, 向前的欲望和向后的欲望, 想做的和不想做的。如果想要与不想要的这些是心理学的概念力学化, 也可以用这种方式分析, 伦理学的概念也力学化。以前善恶是伦理学概念, 现在我想要的叫做善, 不想要的叫做恶。这样导致一个问题, 亚里士多德所说的善恶是一个标准, 而霍布斯这里善恶就变成主观主义的、个人主义的了。我喜欢, 对我就是善的; 你不喜欢, 对你就是恶的。这样整个伦理学、政治哲学的原则就发生了根本的变化。这个改变在哪儿? 如果按照自然法的规则来看, 如果有一个普遍客观的自然法规则告诉我们什么是善、什么是恶, 什么是好、什么是坏的, 好的就会形成好的法律, good→good law, 这就是自然法到法律实证主义的逻辑。可是到霍布斯这里就推不下来, 因为我们根本不知道什么是善、什么是恶。在善恶问题上, 我们处在自然状态 State of Nature, 在善恶问题上就像一个野蛮人、像一个动物, 根本不是道什么是善恶, 你有你的善恶, 我有我的善恶。自然状态是什么状态? 首先是一个战争状态, 首先就是观念的战争。我认为善的, 你认为是恶的。如果建立一个普遍的标准, 这个普遍标准的前提就是没有标准, 这个标准的前提就是自然状态; 如果认为有一个普遍的真理, 就是把自己的善恶强加给其他人。这是现代社会理论、社会契约论、现代政治哲学理论的来源。它对人的灵魂的理解完全不同于以往。灵魂靠自然科学来理解。

这样我们再看第十一章, 如果灵魂完全靠感觉的样子, 那么感觉有哪些? 有没有一个归类? 我们两百个人, 难道善恶就有两百个吗? 不是, 它对善恶做了一个分类, 第十一章就是分类。这个分类里面看到了人类最重要的东西。人的心理、善恶、内在的运动不过是内在的运动。人类社会是什么样的, 靠什么驱动? 最强大的驱动力是欲望。这里先提出幸福的人生是什么, 这样看柏拉图和亚里士多德, 他们认为这个时代里最幸福的生活就是哲学家的生活、就是思考哲学问题的生活、就是永恒心灵里面永恒宁静的生活。而在霍布斯看来, 这样的生活不是最幸福的生活, 因为旧的道德哲学家所说的根本目的和最高的善根本不存在。如果有一个根本的目的的话, 当然是最好的事情。可是客观真理、good 没有了, 只有自己认为好的、不好的, 就没有一个根本呢的东西。如果我认为好的话就应该追求, 你认为好的也应该去追求, 就乱了。我认为统治别人是最幸福的事情, 你认为不被别人统治是最幸福的事情; 一个说战争是最幸福的事情, 一个说和平是最幸福的事情。这个状态就是说两家要有一个较量。所有人不惜一切代价捍卫自己的利益。

这样就会得出, 幸福就是欲望从一个目标到另一个目标不断地发展。这山更比那山高, 我们以前最大的目标可能就是上北大, 考上北大以后发现新的欲望诞生了, 人生就是不断满足旧的欲望, 产生新的欲望。霍布斯就是这样讲的, “我首先作为全人类共有的普遍的倾向提出来便是, 得其一思其二、死而后已、永无休止的权势欲”。人类天性就是得陇望蜀。最重要是, “因为他不事多求就会连现有的全是已经取得美好生活的手段也保不住”。如果是一个爱和平的人, 为了保护和平, 需要更大的力量保护和平。这涉及到战争与和平的问题, 霍布斯究竟说的是战争还是和平? 我们讲自然状态是战争状态的时候, 把霍布斯看作是一个鼓吹战争的人, 但是霍布斯热爱的是和平。他认为如果世界是自然状态的话, 怎么可能和平呢? 霍布斯早年翻译过修昔底德的《伯罗奔尼撒战争史》, 他熟读这本书, 这本书讲的是战争。一个爱好战争的斯巴达和爱好商业、和平的雅典发生伯罗奔尼撒战争, 最后斯巴达胜利了, 雅典失败了。这个西方带来的启发是, 一个爱好商业、和平的国家, 如果没有足够的 power, 想要和平都保不住。霍布斯的话是根据这些来说的, 要有更强的力量。这就是罗马帝国的信念。一个热爱和平、商业的共和国, 一定要有强大的力量保护。对内是共和国, 对外是帝国。如果理解霍布斯的这个说法, 理解了伯罗奔尼撒战争讨论的问题, 就了解了 9.11 事件后美国思想界关于美国是不是帝国的辩论, 其中有一个重要的思想就是要保卫美国的民主制度, 必须变成帝国, 必须进行反恐战争。这将是后面专门讨论的问题。这个世界究竟是战争还是和平。如果告诉我们世界的本源是战争, 实现和平、避免战争, 就要有一种均衡理论。当你想发动战争的时候, 别人也想发动战争, 只有

保持均衡，才能维持和平。这是拿破仑战争之后，欧洲维也纳会议以后维持和平的一个方式。战争实际上不好，人类应该实现长久和平。康德说要实现永久和平，我们把霍布斯看成是战争的代言人，康德是永久和平的代言人。如果按照霍布斯的观点，世界本来是战争状态，怎么实现永久和平呢？一定是有一场最根本的战争，最后战争之后奠定永久和平。这是康德的理论。霍布斯是一个现实主义者，反而在现实中可以保护和平。如果相信康德的说法，要有一个最后的战争，一劳永逸地把战争问题解决，从此实现永久和平，这就是后面会讨论到的福山的观点。谁的观点是这样？马克思的观点。《国际歌》就唱，“这是最后的斗争”，从此以后奠定永久的和平。但是我们回过头来看，凡是相信永久和平理想的人，最后总是导致更多的战争。因为他总是想找一个最后的战争，把每一次都看成是一劳永逸解决问题的斗争。如果是最后的斗争，意味着所有付出的代价是值得的。但是如果不是最后，这就很麻烦。人类历史也是这样，我们现在发现还不是最后。最后是永远不在的，我们不妨采取均衡。霍布斯希望建立利维坦，就是解决国内战争，国内不再有战争了，有一个主权者、有一个宪法秩序，但是他相信国际之间、国家与国家之间依然有永恒的战争。这里讲战争和平的核心问题就是欲望的问题。欲望不仅仅在指导法律人、lawyer 定位职业选择，也会定义整个历史战争与和平的选择。

欲望的概念与激情 passion 连在一起，我们首先从霍布斯的理论开始。理性是需要计算的，但如何计算出来呢，很大程度上是靠意志。我们到底是做律师好，还是做公务员、政治家好，可能都是不知道的，最后还是靠意志。霍布斯对意志的定义是说，意志是反复争夺以后最后的意志。反复争夺是理性计算，但是计算来计算去，还是要靠意志。这就是 passion。在政治学中最难处理的就是决断。在最重大的时候，可能是一个决断。这个决断可能像赌博一样。这时我们就会考虑人生的意义的问题。如果人们依靠的是如赌博一般的决断而不是理性的计算，这如何解释。所以我们解释到，决断一定跟悲剧有关。人生是蛮悲剧性的，因为人自己做的决定自己是不知道的。我们学了这么多理性的东西，但是做出决定的时候，往往是意志的作用。一个国家做决断、人生做决断，至少人生是靠意志。如果人生就是这样一个悲剧的话，如何做决断？法律职业想到的第一个就是政治家。我们先从政治家的角度，看政治家如何理解做决断、做政治家，然后看法律人的政治家，然后再看律师 lawyer。所以下一节中，首先是关于马克思·韦伯的文献。

第三讲 法律职业：法律人-政治家

1. 韦伯：“政治作为一种志业”，《韦伯作品集》(I)
2. 克罗曼：《迷失的律师》，第一章
3. 强世功：《立法者的法理学》，第一章

✓ 有关马克思·韦伯

这篇著作有许多经典的概念，比如权威的三种类型。再如把政治当成职业和志业。英文里职业是 profession，而韦伯这里讲的志业，德文是 beruf，英译为 vocation/calling。

这里首先讨论几个问题。首先，马克思·韦伯在中国。改革开放三十年有三个马克思韦伯。第二个问题，现代政治与理性化。这篇文章最重要的讲现代政治的 spirit，最好的翻译是“灵”，就如上帝的灵一般。如何使得现代政治具有生命，体现在政治家之中。

八十年代，有关马克思韦伯的印象就是反马克思主义的，反其道而行之，强调精神对物质的影响。这里最重要的著作是韦伯的《新教伦理与资本主义精神》，这套理论认为资本主义精神反过来决定了资本主义。马克思主义认为工业革命是资本主义的决定性事件，但韦伯认为资本主义兴起最重要的是新教。与此相关，80年代就有一个问题：如果西方资本主义是由于新教兴起，那么为什么中国没有资本主义？就有《兴盛与危机》等著作，但最重要的还是韦伯的《儒教与道教》，认为中国的法家的理性化思维方式被整个儒家的思想所取代。

九十年代，人们关心的不再是中国有没有资本主义，不再像八十年代一样重视文史哲，人们关心的是社会科学。第一门社会科学就是经济学，然后是社会学、人类学、法学。社会科学与自然科学的关系是什么？法律、社会学、经济学能不能不像数学一样变成自然科学？如果不是，那是什么科学？韦伯有一本重要的著作就是《论经济与社会中的法律》。

2000年以后，人们关注的变成了如何理解自由、民族国家等。这时候人们研究的是一个政治学的韦伯形象。有李猛等人研究，推崇韦伯的《民族国家与经济政策》。现代社会向一个多元化的方向发展，这意味着社会的离心力越来越大，每个人追求自己的价值。在这种情况下，如何找到一个机制，把不同的人、不同的价值连接起来？政治就是把最分散的社会联系起来形成分散。这个时期兴起讨论大众民主的观点，有韦伯的《学术与政治》流行。

韦伯发表过两篇演讲讨论学术与政治：《以学术为业》《以政治为业》。这时候有两件历史大事：一战结束，俄国革命，这些演讲、文章中有许多论述这两个问题的，演讲的核心总是战争失败后德国怎么办的问题。对于德国何去何从，当时主要有两个观点。1917年十月革命的主张，主张建立社会主义国家；另一个观点是威尔逊的和平十四点原则，里面重要的主张有：民族自决；建立世界政府。由此建立了国联。所以有人认为他的观点是幻想，弗洛伊德举得精神病的案例就是威尔逊。这是这篇演讲的政治背景。

✓ 《以政治为志业》

既然我们说的是政治家、以政治为业，那么什么是政治、政治家？这里的政治与我们熟知的政治是不一样的。亚里士多德说过，人生来是一个政治动物。这说的是，在物→人→上帝的体系中，人如果做得好，会像上帝一样好；如果做得不好，就像野兽一样。如果要像上帝一样美好，要进行政治活动，就是要在 City State 城邦中生活。城邦不包括奴隶和女性，奴隶进行生产活动，女性进行家政，换句话说就是赚钱。古代的政治就是伦理学，就是如何找到幸福的生活。今天我们讲的政治研究的是不是这个问题？在某种意义上，是符合古典意义上的政治概念的。

现代政治与古代政治有了一个颠倒，现代研究的变成了怎么搞生产、怎么赚钱等等。这变成了古代的奴隶和女

人的活。如果颠倒了以后，政治是什么？韦伯的观点就是现代政治学，与什么是好的生活、怎么过好的生活不同，政治讨论的变成了支配。什么叫支配？在古典意义上，主人让奴隶干活、男人让女人干活是支配，政治生活中没有支配。但马克思韦伯把原来属于女人、奴隶的变成了政治。这就是统治。这个意义上，马克思和韦伯在这个问题上完全一致，马克思认为政治是经济上占统治地位的阶级对其他阶级的专政。韦伯没有从经济权力来看这个问题，而是直接从政治权利来。韦伯关注的是武装力量，对武装力量的垄断，才形成国家。韦伯和马克思都分享了一个政治概念，即国家是一个机器，是把武装力量垄断起来的机器。马克思认为是经济上占统治地位的阶级垄断，而韦伯不这样认为。韦伯的政治将古典政治的 Good，即善的内容、基督教 Believe 的内容都放弃了，去除掉这些无法说清的问题，研究理性的问题。这之后就是 Force 力量决定。这就是霍布斯观点。而什么是好的？就是想要的。什么是好？自己认为好的就是好。这就是把伦理学变成了心理学，把心理学变成了物理学，比如人的心理有两种方向的运动。所以说，霍布斯是现代政治的奠基人，理解了这一点才能清楚，韦伯等人的理论都在这个基础之上。

统治的手段有两种：外在的手段权力，马克思认为是警察监狱军队；内在的道理——权威。权威还告诉我们为什么能支配。如果说支配是一种 power 的话，为什么不说权力的三种类型，而是权威的三种类型？这里包含了韦伯最基本的内容，社会科学方法。一头头羊带着一群羊，我们看到这群羊跟着头羊，或者看到牧羊人赶着这群羊，这就是一种这是涂尔干的观点。当时的德国社会写以马克思、韦伯、涂尔干为三个最主要理论家。涂尔干的重要理论是自杀论。认为自杀是社会的缩影。这就是外部的观点。韦伯不然，他更有的是内在的视角。内在的视角是关心的不是这群羊跟着这头羊走，而是关心的是为什么跟着这头羊走。我们研究是因为恐惧、热爱还是盲从。有内在的视角就是对人的理解，认识到人就是悬挂在利益之网的维度，等等这套思路。他的理论认为要从大家认定的意义、价值出发。

韦伯讨论权威，涉及社会科学重要的价值。我们不能评价最好的是热爱、最不好是恐惧。我们只能说有羊跟着头羊三种类型。在社会中也有这三种类型，一种是热爱，领导者有一种气质，Charisma，能让大家跟随；第二种是传统型权威，也就是没有问过为什么，传统型的，是没脑子的那种；第三种是法理型，服从是因为法律，会恐惧，不服从法律就会惩罚。

马克思·韦伯对着三种权利类型进行了分析，人类历史上首先往往是 Charisma 型，比如王朝建立者；然后慢慢变成传统型，他们没有 Charisma 型的能力，就变成传统型；再往后人们对他们的信任感越来越削弱，就变成法理型。我党的领导人毛泽东是 charisma 型，说什么都会听；邓小平是传统型，也有一定的人听；后面的第三代、第四代就是法理型了，自己说不算了，要看党内的选举制度，要考法律才能维持，不可能像毛泽东那个时候王洪文那么年轻就能上来。以上的讨论，我们大约能够明白什么是政治，政治就包括这样一些最基本的概念。

但是我们依然没有理解现代政治是什么。从古代到现在，普遍的权威就有这三种。这是一个普遍的概念，而韦伯关心的是现代的概念。现代政治一定与现代资本主义联系在一起。关于这一点，在第三讲已经讲过，所谓的资本主义背后就是理性化，其实就是理性计算。政治哲学中，把不能理性计算的排除出去，把宗教、道德、好的生活这些不能理性计算的排除出去。理性的、经济的、商业的东西，都可以计算，相关的计算就是法律。马克思·韦伯的理论对现代法律影响特别大，就是因为他区分了传统法律与现代法律。传统法律的司法叫卡迪司法，追求实质合理性，追求真理，每一个真理都是个案，案件 A 和 B 没有什么联系；而现代法制则追求可计算的形式理性化。要尽量消除案件 A 和 B 的不同，都可以按照犯罪的基本学说分析，都可以用诉讼法、民法的概念分析。正义追求的已经不是实质正义了，而是形式正义的东西。现在中国司法面临的张力就是追求实质合理性和程序和理性。无论是当年的刘涌案还是今天的李庄案，辩论的都和这对基本的概念有关。

在法律里是这样，紧接着就是官僚制。现代政治和古典政治的最大区别，就在于现代政治是官僚政治。什么是官僚政治呢？有一些最基本的规则：

1) 权力来源于规则——规则权威。有没有权力不是因为家庭出身，也不是因为卡里斯玛型，而是看有没有人根据规则赋予权威。既然任命他做了领导，就应该服从；只要卸任了，就人走茶凉，权力不是和人有关系，而是和

规则有关；

2) 责任明确的上下级关系。一句话，上级的上级不是我的上级。经常说县官不如现管。县官就只有省长能管他，国务院总理命令不了，这就是官僚体制；

3) 权力抽象运作。怎么行使权力？不是像古代，有权力的一个人说一句话，事情就办了。现在政治是抽象主义，看不到，是基于文山会海。比如说，我们毕业的时候，如果成绩出了问题什么的，需要找学校。我们找院长，院长说不知道；找教务，教务说也不知道；找了一圈都不知道。为什么？这是抽象运作的，是一个委员会，是一个程序。程序做完了，就找不到了。所有这些就是官僚主义。毛泽东说官僚主义害死人，大约就是这样，老百姓找了一圈，都解决不了。

既然是理性化的，政治活动就变成专业化。从此政治活动变成全职的，不是早起的半兼职的官员。这就叫做现代政治。换句话说，现代政治就是现代商业、现代资本主义在政治生活的范例，将理性化、可计算的东西完全复制到政治中。

这样我们会遇到理性化的张力问题。既然追求的全部是官僚主义的形式，实质正义怎么办？如果完全是程序，整个政治就变成一个机器了。政治是不是机器呢？这就要找到不一样的东西。《新教伦理与资本主义精神》就讨论了这个问题。资本主义是商业合同，是赚钱的合同，是理性的利益计算活动。但是这个活动背后，有没有一个 spirit，有没有一个有生命的、活的东西？如果没有这种东西，资本主义的生活没有任何意思，完全像一个机器一样。如果变成机器这样，就是人的异化。18 世纪哲学里讨论最多的问题就是人的异化问题。如果说商业是机器运作、理性计算，人可能是不一样的。这里就讨论新教伦理问题。商业生活是理性化的，赚钱是精确计算的，可是所有赚钱的人、从事商业活动的企业家，在内心里有另外一套追求，追求的就是彼岸世界。

在基督教新教伦理的理论中，在加尔文教里，谁信仰上帝不是我信仰就可以。上帝早就选好了选民，但是谁是选民，不知道；每个人要拼命工作，证明你是选民。要拼命赚钱，是上帝给我的责任。拼命工作、赚钱，不是为了赚钱，而是为了神的召唤。上帝喜欢我拼命工作去赚钱。这时候我们会发现，韦伯在这里找到了现代资本主义是商业计算。在计算的背后有真正的 spirit，这个就是新教伦理。马克思·韦伯认为，资本主义如果从赚钱的角度讲，从古到今都有，如海盗什么的，但这些不是资本主义。以前的那些可以说是赚钱的现象，但是不能叫资本主义。资本主义恰恰在于经济活动背后有了这样一套新教伦理。如果没有这样一套新教伦理，那么这个世界是可怕的。韦伯在《新教伦理与资本主义精神》结语中写道，现代社会是一个很可怕的社会，“专家没有灵魂、纵欲者没有心肝，一个废物幻想着自己已达到前所未有的文明程度”。为什么这么悲观呢？在 17、18 世纪资本主义兴起的时候，商业活动有这样一套新教伦理在里面。可是，到了 19 世纪，商业活动背后的新教伦理没有了。大家赚钱就是为了赚钱，没有任何其他意义。资本主义如果没有这种灵魂了是不行的。

如果经济活动里面的理性化要找到一个背后的 spirit 的话，怎样在现代政治中找这样一个类似新教伦理的 spirit？现代政治完全法律化、理性化，政治是规则的意义，是理性的计算。这套政治背后有没有这样的精神呢？《以政治为业》，全文讨论的就是这种精神是什么。以政治为业，讨论的就是现代政治的精神。那么现代政治的精神谁来承担？不是普通大众，而是政治家。政治家就是现代政治精神的体现。从古到今，政治家在演变，所以给现代政治家提出了一些特殊的要求。如果没有现代政治的灵魂，现代政治就完全变成官僚制，变成机器一样，这不是现代政治所追求的东西。

这样我们就理解为什么要讨论政治家、政治为业。换句话说，选择政治作为一种志业，就意味着要追求这种灵魂。接下来分析一下政治家的变迁。传统的政治家是什么样的？可以看一下这篇演讲的说法，尤其是法律人作为政治家扮演的角色。现代类型的政治家只有两类：官僚和民选政治家。这二者有什么区别？很简单的是说，官僚是公务员，是终身的，当了官僚后不断晋升就可以了。政治家不是终身的，比如做总统，以后又做大学教授，不一辈子都做。在政治生活中自然没有明确的区分。在香港，有两类官员，一类是公务员，一类是政治任命官员。政治任命官员，任命就做，不任命就不做。公务员意味着要通过严格的考试。通不过考试就无法成为公务员，要求很严格，

因为官僚是一套机器，对专业、素质有关系。而民选政治家则什么要求都没有。只要人民投票选你，你是个电影明星也可以，就像今天香港很多人想选举刘德华当特首。美国里根也是演员出身。

这两类政治职业者，哪一类才能赋予现代政治 spirit？官僚不可能，官僚的灵魂与官僚机器的灵魂是一模一样的，官僚虽然是一个人，但是服从于机器，机器怎么运转他不管，完全服从于机器。所以官僚经常是一个贬义词。那么就是政治家。在中国很简单，我们说党政党政，党就是政治家。政府则是官僚制，党是要密切联系人民群众，让老百姓支持你。老百姓一天不支持你，党就死了。当然这是理想的情况。在我国，党和官僚当然关系很模糊。一方面，政党官僚化。这篇文章严格讨论了政党官僚化问题。今天的党成为一个官僚化政党。同时，政府也不是一个完全官僚化的政府，是正当性官僚化。所以一个总理如果不关心老百姓的生活是不可以的，我们的总理最关心人民的生活，他不像官僚，而像一个政治家。所以官僚和政治家的角色互换了。互换的原因是，政党完全渗透进官僚体制了。公务员也是党的，党和国家参与到一起，把官僚的特征和民选政治家的特征都混合在一起了。比如政党在学校里面就会有团委。社会上有各种民主党派。只有理解了官僚体制和民选政治家，才能理解这种生活方式。

这篇文章讨论了德国的问题，当时德国最大的状况就是政党官僚化。政党官僚化带来的问题是，政党都变成了官僚了，官僚只关心权力，关心生产、家政、经济的问题，就不关心什么是好的生活了。政党官僚化在德国最大的问题是政党不能告诉我们什么是好的生活。现代政治就出现了一个有趣的东西。现代政治完全官僚化，把道德的、信仰的形而上的东西抛弃了，这些东西恰恰被政党继承了。古典政治把好的生活叫政治，把家政、奴隶管理的这些叫做的叫行政。古典政治把政治和行政划在一起，中国古代也是这样，儒家关心的是政治呢，还是行政呢？其实是划分在一起的。中国今天也是一样，中国今天的政治是古典型的而不是现代型的，政治和行政相互关联。现代意义的政治则把政治和行政严格分开，行政严格按照理性化，而政治则关心什么是好的生活，资本主义是好的生活呢还是共产主义。古典政治的东西就被现代政治取代了。现代科层制、官僚制一方面在祛除伦理的、政治的东西，另一方面，这些东西也被现代新的现代政治机制取代。现代政治就变成了政党如何驾驭政府的问题。这个问题在中国就是处理一个问题，我们讲政治体制改革，什么是政治体制改革？放在这里就简单了：就是党和国家的关系。什么是党？党就是政治，是古典的政治；什么是国家？是现代意义上的政治，是行政，是行政官僚制。其实说到底就是政治和行政的关系。如果再往深入讲，党和国家的关系是道德伦理、宗教信仰与科学的关系。现代社会就是一套科学。法律是科学，财政是科学，税收是科学，经济学是科学，公务员管理也是科学。所以行政就是科学。党做的则不是科学，党要提出具有凝聚力的意识形态。所以我们觉得我们的党很奇怪，总要找出一个理论，毛泽东思想完了有邓小平理论，邓小平理论完了有三个代表重要思想、科学发展观，之后还会有其他理论。如果我们不懂现代政治就会不懂为什么要提出这么多理论。政党就是有意识形态。如果政党没有意识形态，我们就不知道为什么要 follow 它。当然我们今天入党，可能关于意识形态的考虑弱了，党在这方面讲得少了。我们入党经常是为了融入到官僚体制。但是我们党靠什么把十三亿人凝聚起来？如何把其中最精英的人集中起来？我们这里有不少党员，这些党员与普通同学有什么区别？有一个区别就是党员有个伦理生活的追求，党员有一种信仰...政党承担了宗教和信仰的作用。

那我们信仰什么？我们的政党告诉我们信仰无神论、马克思主义、共产主义么？实际上已经不是靠这些东西了。我们可以说最早的自然还是马克思主义、共产主义这些东西。其实马克思主义的各种思想与基督教教义有复杂的联系。今天党的文件则没有讲为马克思主义奋斗终身什么的。肯定也没人相信。这些东西说到底是欧洲基督教会的一些思想，中国人不相信这些东西，中国人只相信子孙后代，实现共产主义，他们不见得感兴趣。那么今天的教义靠什么？不是靠科学发展观，科学发展观是一个经济概念而不是一个伦理概念，严格意义上科学发展观不是一个好的意识形态，而是一个行政管理的理念。它不能告诉我们什么是好的生活、什么是有价值的生活。那么什么能告诉我们这些呢？我们马上能想到和谐社会。那么和谐社会是一个好的口号吗？和谐社会能让人们像追求共产主义那么有信仰，为了实现和谐社会了吗？其实和谐社会恰恰告诉我们不要拼命干就是和谐了，日子过得逍遥一点就和谐了，不要去争、不要去抢，就和谐了。所以和谐社会是一个重要的概念，但在意识形态的角度并不是一个好的概念，因为它不能凝聚一个信仰。和谐是一个结果，不是一个信仰。

那么什么是一种信仰呢？中华民族的伟大复兴。我们可以想想，我们什么都没有，但是要实现中华民族伟大复

北京大学法学院

兴。当我们注意到这个口号的时候，就知道党和政治的意识形态已经从欧洲的马克思主义转变为中国化的了。民族伟大复兴了就是复兴过去光辉灿烂的东西。五四运动的时候绝对不会讲伟大复兴。今天看报纸上，关于中国意识形态辩论最激烈的是两条道路，第一条道路是中华民族伟大复兴，既然伟大复兴，就要和西方不一样了，要有不同的生活模式，因为我们有五千年历史，不是一张白纸。这就是中国道路和中国模式，中国与众不同。第二种道路则是认为中国没什么不同，老老实实向西方学习就可以了。中国凡是和西方不同的、有中国特色的，都是封建落后的。凝聚的就是普世价值，要先接受西方的东西。现在还没接受过去呢，就要把自己最糟糕的东西变成神圣的。今天中国政治生活里关于普世价值与向西方学习和中国模式、中国道路的辩论，就像毛泽东当年说的两条路线的政治斗争。从去年以来到十八大，意识形态的斗争就是围绕着这两条道路的斗争。

这样我们就能理解政党和国家的关系。我们再看德国当时的处境。官僚和民选政治家的区别，最重要的是两个概念。一个是依赖政治而活着，考公务员和做律师差不多，就是找一份好的工作。只不过做律师的风险太大，日子不好过，而公务员比较稳定；也有人从政不是为了谋一份好的工作，从政是因为生下来就为政治活着。什么叫志业？就是把人生的价值全部投入到其中。比如找一个对象，一种心态是无所谓，差不多就行了，看着还不错就结婚，这就是依赖对象而活着，要成家；另一种是这个人就要定了，非此人不嫁，一生追随，这就接近政治家了。政治家很难的，就像很少有人因为爱情永远不嫁。政治家就是一辈子生下来就是为了从事政治，哪怕有风险，哪怕坐监狱，哪怕为此丢掉生命，也要做政治家，否则就会觉得人生没有任何意义。什么叫志业？就是这样。志业在英文里是 vocation，是 calling，有神灵召唤。在基督教义上，有一个上帝的召唤，有一个内心的召唤；如果不是基督教的，不是上帝的召唤，那么内心有这样一个东西：desire 欲望。所以我们可以理解为什么灵魂的欲望是命运的先知。灵魂里有特别强的要求一辈子就干这个事情的欲望，就要选择这种生活方式，为之奉献终生，否则人生就毫无意义。如果有这种心，就是一项志业。我们有多少人把法律作为一项志业，有多少人就喜欢法律，如果没有法律觉得一生都没有意义；或者又多少人把政治作为一项志业，要入党从政、把青春献给政治生活。在这个意义上，作为一个民选政治家和以政治为业是不同的。许多人是民选政治家，内心是以政治为业；有许多人不是民选政治家，就是官僚范围内的，但内心是以政治为业的。所以以政治为业不是以民选或者官僚制作为区分的，而是以内信念作为区分。如果是这样的话，就要记住政治家是很难而且很少的。不是所有人都可以做政治家，尤其是把政治作为一项志业。

✓ 志业政治家的条件

什么人才能做一个志业政治家？

1) 要热爱权力，追求权利感。要对权力有兴趣。就像如同如果对赚钱没有兴趣，就不应该做商人。如果对读书没有什么兴趣，就要考虑不要做学问，否则会痛苦。政治家要驾驭的是一个国家权力机器，一定要对这个机器很喜欢。怎么喜欢呢？一种是一种对他人施加影响的感觉；一种是一种亲手触碰历史脉搏的感觉，历史要往前走，就是我来决定历史如何走向。我们这么多人有几个人能触摸到历史？大多数人赶都赶不上历史。伟大的政治家改变历史，确实在亲手触摸历史。他们的一个决定、一项措施就改变了历史。这意味着政治家摆脱了日常生活的感觉。凡是政治家、成功的人的生活是最糟糕的，是最忙碌的。但是当我们能改变、触摸历史的时候，我们会感觉我和别人不一样。虽然我们吃的、穿的、住的可能还没人家好，还很辛苦，但是能触摸到历史，生命境界完全不同。如果把历史看做上帝，那么触摸到历史就意味着成为上帝的选民，能亲眼见到上帝的召唤。现代意义上没有一个关于上帝的信仰，是历史代替了这种概念。历史唯物主义是一种新的信仰，相信历史是客观的，历史的安排就像上帝的安排一样。所以这是第一点，一定要对权力感兴趣。想做政治家的要衡量自己有没有这种冲动。

2) 责任感。因为身上有这么大的权力，能触摸到历史，这时候会发现你和历史的关系是什么？触摸到历史是一个好事情，也可能就像见到上帝一样不是好事情。可能上帝很高兴，让他上天堂；也可能上帝突然很生气，让他下地狱。人的命运有好有坏。政治家也是这样，可能触摸历史成为伟大的人，也可能成为触摸到历史但是成为历史上最糟糕的人。像毛泽东这样的人触摸到历史和希特勒触摸到历史结果不一样。所以仅仅有第一个条件还是不够的。

整个韦伯讨论的就是责任感这个概念。

如果有责任感，志业政治家要有什么品质呢？志业政治家要有这些品质：热情、责任感、眼力。

1) 热情

一定要对韦伯所说的热情有正确的理解，不要一味地认为大家都有热情。这篇演讲好就好在，可以成为衡量你生活的全部标准。我们不一定要做一个政治家，但是做任何职业都需要这样的品质。这里说的热情一定是切事的热情、脚踏实地的热情、在每一件琐事中获得皈依的热情。什么意思？比如我说我有学习的热情，一想到学习就激动。可是，当我们翻开书的时候就看不下去，写读书笔记就写不下去，这还是热情吗？如果真的充满热情，那么应该对读每一本书、做每一个读书报告、准备每一个小组讨论都充满热情。我们能不能做到？如果做到才能说是热情。比如谈恋爱没想到给对象送什么东西，就看不到热情。许多人的热情是一种空洞的热情，不是实际的热情。当我们谈恋爱的时候说喜欢一个人，可是如果我们给他做一点小事都觉得心烦，这种热情就是一种空洞的热情。号称有读书的热情，可是做读书笔记、交作业都是应付的态度，就是空洞的热情。如果做每一件琐事都充满热情，比如贴一张海报，就具备政治家的热情。如果说怎么能让我一个北大学生贴海报呢，那么就没有这种热情。“政治，是一种并施热情与眼力，去出劲而缓慢地穿透木板的工作”。政治并不是什么好玩的东西，要有热情，是用钉子穿透模板的事情，是一个很缓慢、很痛苦的东西，就像鲁迅说的，政治是人性的战斗。

为了说明这个热情，我们可以看瞿秋白的文本。这是中国共产党历史上一个早期的政治家。如果我们看他的文本，我们会发现他错误地选择了政治。如果是像他这样的人，千万不要选择政治。哪怕热心于政治，关心政治就可以了。不要以政治为志业。我们看瞿秋白在监狱中写的《多余的话》，他反思“历史的误会”。他说自己从事政治一开始是感到无聊，他做党的领袖是一个错误，他内心是二元的，一会儿有无政府主义的思想，一会儿有无产阶级意识。最重要的是，他是文人。他喜欢读书，读书跟马克思、毛泽东不一样，他们读书是为了搞政治，而文人读书是为了消遣。他没有自信心、做事情没有决断，随波逐流。无论哪一件具体而切实的事情，他都感到没有把握。从事政治的时候，总是有一种雾里看花的感觉。他错在哪儿？他不是没有理想、没有热情的东西，但他的热情都变成了抽象的空泛的而非具体的。它对政治的热情是文人的热情，而政治家的热情一定要切事。瞿秋白全部的理想不是政治家的理想。他是认为人生没有意义。如果一个人认为人生没有意义，那么从事意义一定是不对的，政治恰恰告诉人们人生是有意义的，人生的全部意义在于政治现实中。我们看瞿秋白的就义词，他说最大的快乐就是与世长辞。他的词就像李后主的词。王国维对李后主的词有评价，说读唐宋的词，“词至李后主而眼界始大，感慨遂深”。以前对人生的感慨没有唐宋盛。一个重要的原因是隋唐以来佛教传入，人生如梦，真正的生命在死后，在天堂里。瞿秋白也是这种思想。这就意味着一个很重要的东西，政治生活和宗教处于完全的张力之中。宗教告诉人们人生没有意义，而政治告诉我们人生的意义在于当下。我们再看毛泽东的 20 年代写的诗，这是他政治生涯中最失意的时期，建了井冈山根据地，却被剥夺了大权，只能当一个苏维埃共和国政府主席，政府主席就是一个管家政的。毛泽东就去做农村调查去了，那时候写的诗没有抱怨，他对人生的整个信念和瞿秋白完全不同。瞿秋白和毛泽东一个是有革命精神的文学家和具有文学气质的革命家。这真正的区别就在于热情。

2) 责任

什么叫责任？责任感不是轻松的一句话。政治生活里责任感是特别重要的。最反对的就是文人政治，文人政治就是“无结果的亢奋”，一种文人的激情，浪漫主义的狂欢，一种砸碎一切旧世界的非理性主义的，陷入形而上学的理念。法国发生大革命而英国没有出现大革命，就在于英国的知识分子对于社会生活了如指掌，这让他提出的不是抽象概念，而是具体改革。这里最重要的是，不切事就会脱离实际。教条主义就是文人政治的表现。文人政治不知道什么是中庸，政治被推入到文学中，作家就变成了战略家。所以政治家绝对不能使文人。李泽厚说，其实政府官员很聪明、文人很糊涂。恰恰是不了解实际情况、不了解事实，单纯靠着抽象概念和热情来搞，就变成法兰西风格，变成了人们思考的一部分。法国政治不能稳定，最重要的是法国大革命塑造了这种亢奋的风格，不能切事。而韦伯在另一篇将议会政治的时候，就批评了文人政治。关于所谓意见领袖的问题，值得深思。

北京大学法学院

3) 眼力、判断力

就是能不能做出正确的选择。政治家的意志判断如赌博，但实际上也是判断力，一种心沉气静去如实地对现实的能力。这是一种对人和对事的距离，一种真实的人性活动，一种坚毅的自我克制。对人对事的距离就是讲，我们看事情的时候，不要带有个人情感。但是我们做不到，因为事情发生到我们身上的时候，事情没有距离感。在政治方面不要带有太多感情和道德的色彩，政治生活中没有朋友，这不是说政治家没有朋友。

政治不是道德。从马基雅维利到霍布斯，政治科学面临的问题就是诸神之争，各种各样的神都在争斗。在这个意义上讲，政治是悲剧，政治的背后看不到真正的神是什么，有可能追求的其实是伪神。政治是赤裸裸的权力斗争。真正的政治，是文明的冲突、文明的战争，可以看美国哈佛大学教授的《文明的冲突》。一个政治家承担责任是对国家和民族的责任。马克思韦伯的这些全部归结为政治现实主义，引起了后来的许多国际政治的思考。政治是斗争，是与天斗与地斗与人斗其乐无穷。诗歌可以培养想象、历史培养判断力。

以上韦伯在这篇文章中从系统、历史的角度分析了什么叫热情、责任感、判断力。这些是伦理学的、道德的概念。

政治生活最大的敌人就是虚荣心。虚荣心就是政治家对权力的欲求不是切事，变成纯粹的个人陶醉的对象，全然不顾踏实的理想，就亵渎了志业守护神。比如俄国亚历山大有很强的虚荣心，而腓特烈则是踏实的。不切事，就是追求权力的闪亮外表，而不是用作用的权力；缺乏责任感，为了权力本身，而不是某种目的。虚荣心与热情、责任感、判断力

对立。虚荣心的代表比如戈尔巴乔夫，从他的《改革与新思维》可以看出来。这样我们就会遇到一个问题，政治家如何面对道德。政治家是不是不道德？按照韦伯的观点，首先要承认所谓道德就是诸神之争，唯一的道德就是斗争，就是战斗，战斗的结果只有胜利和失败。无论胜利还是失败，都要有尊严。诉诸道德只是为失败找借口，就丧失了政治的尊严，变成了庸俗。打不过就是力量不够，不是因为道德的一些东西。这是针对的面对当时德国一战的失败，当时德国在一战后要求保留皇帝，保留一份尊严。这如同美国处理二战后的日本问题，当时他们写了《菊与刀》来研究日本社会。

✓ 信念伦理与责任伦理

韦伯接下来处理两个概念，即信念伦理和责任伦理，他们的区别在于对事情的好坏对错如何评价。在“目标→行为→后果”的链条中，目标→行为是信念伦理，为了实现共产主义，什么手段都是应该的。行为→后果是责任伦理，为后果要承担责任。这样一个简单的区分，就可以看到当时欧洲的处境是什么。当时的欧洲，有着这两种伦理的冲突冲突，引起这种冲突的首先就是威尔逊提出的课题。威尔逊之前，欧洲的政治基本上是现实主义，而威尔逊第一次把欧洲的战争变成了道德的战争。如果欧洲历史上主要采取的是责任伦理，那么美国的就是信念伦理。而美国人说战争要区分正义的战争和非正义的战争。标准是什么？自由政体就是正义，君主政体就是非正义，德国之所以战败就是因为君主政体。这就是美国人的想法。而韦伯强调君主制不能成为失败的原因。到了二战的时候，世界是自由世界对阵法西斯政权，这时候我们会发现另一套概念进来，不再是责任伦理而是信念伦理。

霍布斯设想的国家与国家之间是战争状态，而哈特则是永久和平，这种观点被美国人拿去用了。信念伦理往往用先知的方式，以最后一次使用暴力的名义使用暴力，这种暴力不是非理性的，而是道德伦理秩序的安排。这种信念实际上无法理解这个世界的非理性，即为什么这个世界充满了冲突、罪恶和魔鬼。这种信念是在给美国人的战争提供正当理由。韦伯还探讨了共产主义的信念，共产主义是左翼的对德国的一种设想。这一点可以研究文本。

那么，志业政治家怎么办呢？

第一要意识到政治的危险性。政治的危险性不同于古代，现代失败了便永无葬身之地，古代胜利与失败的标准到了今天不适用了。最大的危险就是此岸世界与彼岸世界的问题，彼岸的灵魂能不能得到救赎。政治最大的问题就

是处理此岸世界与彼岸世界的张力问题。政治家要做好失败的准备。韦伯的主张有两层，针对左翼共产主义和右翼和平主义，他主张的是民族主义，因为要承担对国家的责任。另一方面的主张是学会失败。用文明的失败来论证政治的失败是借口。就把政治变得特别庸俗。

在彼岸世界和此岸世界里，有一个重要的概念，高贵的虚无主义。什么叫高贵的虚无主义？什么叫虚无主义？既然政治家为了此世，而彼岸世界找不到归宿，会发现未来的东西都是虚无的，没有一种价值是永恒的，所有的价值都是此时、此地、暂时的，相对的。面对的是虚荣世界，但是政治家面对虚无世界恰恰显得高贵。在这个没有意义的世界上，赋予了一项最神圣的事业。政治家给没有价值的东西赋予了价值，给了高贵。高贵就是要承担责任，可能会失败，但是也要斗争。霍姆斯说，“灵魂的欲望是命运的先知。”这句话是不是虚无主义，是一种虚无主义。不知道哪里走，没有价值，没有信仰，只是你的欲望。欲望可能是追求权力的欲望，可能把你变成毛泽东，也可能变成希特勒。但是恰恰在这里面，在欲望的先知上，这是一个很棒的人。我们说希特勒这个人确实了不起。高贵的虚无主义是面对此岸世界和彼岸世界的选择。这种选择是一种悲剧的英雄主义。悲剧，是一个人承担不能承担的东西；英雄，就是承担的人。就像德国皇帝的悲剧、德国一战和二战的悲剧。经过磨练的一往无前的韧性和承受这份现实，在内心中要坚持下去，不走向庸俗。这是真诚地对后果感到责任，能责无旁贷地坚持立场。如果说彼岸世界是诸神之争，价值选择是虚无主义，唯一能让你高贵的就是把人性中最重要的东西展现出来，把才华、能力、眼界、判断、责任心、道德感展现出来。既对未来有目标，又能脚踏实地地针对现实。这就构成了一个承担责任的政治家。只有在这个意义上讲，我们才能理解韦伯说的志业。志业就是讲整个现代官僚体系、现代虚无主义中找到一个灵魂，让没有意义的东西变得有意义，展现出人性的高贵，是一种英雄主义，是最难做到的政治家的美德。

法律人的政治家，这里就不讲了，核心问题的是怎么看。十九世纪之前，美国法律理想强调的实践智慧、审慎，personality 人格；ethos 精神气质；style。现在这个理想消失了，最重要的是人格的概念消失了。早起的个案处理变成了立法，大规模的立法使得他们不需要处理了。法律职业变成专家了。发生了立法和法律教育的改革，观念变了，新共和主义强调平等，人格概念就消亡了。法律人的政治家的消失，首先是法律变迁，其次是法律教育的变化，第三是大陆意识形态的变化。

接下来关于如何做一个 lawyer。我们推荐清华大学何美欢教授写的书，她是一个很有志业的人。她把所有的时间都投入到教育中了。她在书中讲为什么要在中国搞普通法教育。要让大家对美国法律职业有所理解。

美国法律政治家的消失，与 Big Firm 大的律师事务所这个概念有关。律师政治家一定是有个性的，是 personality 的，是少数人的精英。一个美国的律所好几千人。这和我国律所越来越小不同。他们能做大，就是因为整个律师业务公司化。律师跟工人差不多。以往说劳动密集型才能机械工人，智力密集型不能机械性地工作。在美国确实有能做到这一点。比如有一个大的律所的老祖宗和摩根家族有关。简单一句话，美国法律公司兴起、工业化商业化经营进来以后。何美欢的书里系统地讲了欧洲、美国的法律，全球的法律如何美国化，美国的大律师事务所如何征服英国、征服欧洲。在这种情况下，中国怎么做？美国公司赚的钱最多，现在中国的律师其实和打工的没什么不同，在利润最底下的环节。中国人在美国所里面很难做到最高。如果说法律全球化不可避免，中国人要意识到律师业务是国家利益的一部分。何美欢的这句话直到目前，根本没有被法学界意识到，也没有被政治家意识到。

中国在香港上市的公司，大约有 30 多家，只有两家聘请的是国内的律所。资本市场更不用说了。中国政治精英最经常把孩子送达外国留学，然后到投行、到外所，都是做高级打工仔。问题是，如何培养中国人的力量？首先要意识到这是国家利益的一部分，第二，仅仅意识到还不够，要想办法克服。如果中国在全球法律业务美国化的情况下取得胜利，唯一能做的就是比美国人更懂得美国法律。她在中国训练中国学生判例教学法，教普通法，就是为了这个目的。一个金杜律师事务所的合伙人很高兴地说，做了一个业务，中国一个所帮助了中国公司收购奥地利公司的业务。他说最高兴的是可以任意地在欧洲市场上雇佣奥地利的律师来为我做事。做政治家，支配是一个特别好的感觉。老师被支配，终于可以支配别人。如果是一个好的律师，就有支配的热情。

这涉及到一个国家的法律战略。我们看一下当年英国人是如何摧毁香港华人的法律固业的。在港英时期，整个

北京大学法学院

香港的律师业务是有定价的，该是多少钱就是多少钱。肯定最好的业务是英国人做，英国人在香港的法律业务不开放，只是英国人拿。但是华人还可以拿次一些的，所以香港的法律职业形成金字塔。最上面是英国的，下面是华人的。当英国人要撤离的时候，英国人知道撤离以后，英国律所不足以在香港占据主导业务，所以撤离前开放了香港的律师业务。美国的律所就进来了，美国的所比英国的好。当然这只是在金字塔的上层加进了美国人而已。如何摧毁华人律所呢？政治家彭定康的聪明就体现出来了，他改革消费者的法律，取消法律业的垄断，进行竞价。这样做的后果让香港律师界的结构从金字塔变成倒三角，摧毁了香港华人的律所。在以前法律业垄断的情况下，华人律所拿不到最好的，但是可以拿次一些的业务；而可以竞价后，英美法的量很大，华人所无法与之竞争。整个法律市场的价格就下来了。自由市场是对垄断有利，对没有竞争的下层不利。取消消费者法，就摧毁了低端华人所。这也就是上次课说的，真正的高端市场是垄断，靠的是自由市场的垄断。

这就是法律竞争的事实，中国律师要看看何美欢的这本书，看看我们的竞争对手、市场环境，经过一代代人的努力，才可能取得一定的成功。

第四讲 主权与法治国

1. 霍布斯：《利维坦》，第十七、十八、二十一、二十六和二十九章
2. 施密特：《霍布斯国家学说中的利维坦》，第三、四、五、六节*
3. 黑尔首席大法官对霍布斯《法律对话》之回应*
4. 塔玛纳哈：《论法治》第四、五和六章*
5. 哈耶克：《法、立法与自由》，第一卷，第四章*

什么是法制？有一本书《The Rule of Law》。在现代西方法学院教授学者，讨论法制的时候，讲的总是法官的问题、如何司法的问题。在英美文献中法制基本上是围绕着这个展开的。早期就有了一些基本的原则，法律要保护自由、平等，法律是至高无上的等等。讨论这些的时候针对的问题是什么？当别人告诉一套结论的时候，我们要知道问题是什么，否则我们不知道为什么会有这样的结论。比如司法独立，我们不知道为什么要司法独立。没有这样一个推理过程，就是教条。要理解这些问题，要回到这些原则开始出现的时候的经典著作，看看是什么样的问题让我们把法制看做最基本的东西。

✓ 现代国家的基本理念

早期法制的创建中，霍布斯、洛克、卢梭等人是最重要的。首先我们研究的文本是霍布斯的《利维坦》。我们一提到霍布斯，就会想到专制主义。这样一个概念很大程度上与主权概念有关。我们经常说，法制就是法律的统治，法律至高无上，这样我们会问，法律从哪儿来的？我们找到一个法律的源头的话，这个源头肯定比法律高，法律就不是至高无上的。这就成为自然法和法律实证主义的论战。法律实证主义认为是一个更高的权力。关于法律全部的讨论，就会变成对主权概念的理解。在惯常理解中，是有一个绝对的、至高无上的权力。为什么要有这样一个权力？我们看欧洲的历史，主权概念是很晚的，大约 16 世纪才出现。16 世纪之前是怎么样的，有没有法治？今天我们说，这个世界有主权在消亡的趋势，那么法治又意味着什么？

我们要时常讨论这样一个核心问题：假如世界上有若干人，如何把他们组织起来称为共同体 community。首先，为什么要加入 community 而不是别的办法？第二个问题，什么情况下这个 community 会变成政治？或者什么情况下会变成国家 state？在整个课程中，尤其从这一章开始，都会围绕着这样一个概念展开。类似主权的概念，现代国家的概念也是很晚的，大约 17、18 世纪才出现。关于政治共同体，中国历史上有王朝，严格意义上并没有国家的概念。我们还有邦的概念、天下的概念。从秦汉战国以来的全部历史，总会关于邦国和天下的问题。春秋战国的各个国家是邦，力量比较大只能是霸，如春秋五霸。比如汉代兴起的时候的，我们看《史记》上的人物传记，总会有关一个问题，刘邦是要天下呢还是霸主？像项羽就是一个霸主。

在西方，在国家以前，首先知道的是帝国的概念，如罗马帝国；之前有城邦 City State。罗马帝国崩溃后，现代国家兴起之前，有大量的城市共和国，如佛罗伦萨、威尼斯这些商业共和国。马基雅维利的《论李维》就有关城市共和国，而《君主论》有关的就是国家。我们就要讨论国家究竟是什么。

知道了这些概念以后，我们再基本地讲一下现代国家的基本理念。回到上面的问题，这个共同体怎么构成。不是所有人都可以构成这个共同体，一部分人与另一部分人不一样，比如有一部分是男性，他们要讨论公共问题 public。公共问题最重要的是什么，讨论哪些问题？不只是战争问题，还有善 good 与恶 evil 的问题。亚里士多德在《政治学》中就这样认为，一个人如何让自己摆脱堕落到动物的状况，唯一的办法是把大家组织起来。把大家组织起来就是讨论要过什么样的生活。这就是城邦。所以城邦最重要的概念就是伦理的概念。我们可以讨论、辩论，比如苏格拉底的辩论，就是最标准的讨论。这样一个共同体还需要依赖另一部分人，这一部分就是妇女和奴隶。妇女管家政、理财，奴隶管工作。这样划分完全是基于社会分工的考虑。只有妇女理财、奴隶工作，男人才可以讨论政治。这样

北京大学法学院

的古希腊的概念影响了相当长的时间。比如妇女为什么没有选举权、为什么有资产、受过教育的人才可以有选举权，就源于古希腊的思想。这个 City State 背后就是这一套伦理的东西。如果有这样一个 community，别的时候还有一个 community，城邦之间就会发生战争。关于城邦之间的战争问题，基本没有进入古希腊政治哲学家的视野。他们认为这是一个很自然的问题，他们更关心城邦如何组成的问题。后来像修昔底德这些人才关注这个问题，他讨论了雅典与斯巴达的十年战争，后来完全地写了《伯罗奔尼撒战争史》。他从中发现规律性的问题，如果我们从战争的角度而不是从什么是好的生活的角度考虑问题，换句话说，不考虑什么是 good 而考虑什么是 necessary 的。所以他讨论了两种政体。一种是雅典以公共辩论作为最重要的，一种是斯巴达以战争为最重要的形式。斯巴达也有公共生活，但是它讨论的不是好与不好，而是是不是足够 strong 强壮，是不是足够 powerful。斯巴达以服从、战争作为原则。虽然都是城邦，它们之间会发生理念的冲突。修昔底德发现了这种讨论的模式，讨论国家组织模式。雅典的模式虽然被认为是好的，但是完全被斯巴达征服了。那么人类要什么生活，有的生活是好的，但是不是想要的。人类的选择经常是这个样子。在修昔底德去世以后，他自认为对古希腊政治生活有了基本的概念。但是他没有意识到，真正改变政治主流生活的是不是这样一场战争，不是斯巴达。我们知道古希腊的政治方式最终被毁灭了。

亚历山大大帝、波斯建立起了新的统治，新的政治组织方式。这个方式，叫做帝国。这个方式中，最重要的是专制。我们看希罗多德的《历史》，这本书里，居鲁士几个人讨论，要采取什么政体。有的说，要古希腊城邦的自由政体，但认为它有一个麻烦，在关键时刻无法做出决定。他们认为最好的政体是波斯的君主制。认为君主制好在哪里？就是对外战争。这种政治组织方式是强有力的，而别的不是。亚历山大征服了古希腊以后，欧洲第一次面临帝国这样一个新的政治组织模式。当然我们知道，后来的罗马帝国更为著名。

我们看罗马帝国的组织形式是什么？罗马的著作很多很复杂。他们认为一个城邦是不足以维持的，要把城邦联合起来；要把城邦拓展为共和 republic。罗马不仅仅是一个共和国，否则就是一个扩大的城邦。他的扩张，就有了三个法律。

罗马法有三个重要的，Civil Law, National Law, Natural Law。市民法，只要是罗马公民，就适用的法律。因为罗马的版图扩展了，扩展的领土就是万民法，类似今天的国际法。问题是除了人类，还有动物，就有了自然法。这样一个统治模式是什么概念？这个概念与古希腊的模式相比，最重要的是，它强调的不是如何过好的生活，而是战争的问题。为了维护最重要的和平。这就类似于中国的天下的概念。统治的目标就是为了和平。我们这样去看罗马史，就可以看到这一点。这种观点，也影响到今天。比如美国今天的观点。罗尔斯有一本书叫《万民法》，把全球的秩序分为西方民主国家、接近西方的国家、流氓国家。关于帝国的概念影响了相当长时间西方对于政治共同体的理解。

罗马帝国崩溃后，欧洲人想不出来除了帝国还可以怎么统治。以至于有人打出一个帝国的旗号，就会赢得支持，比如神圣罗马帝国。这个时期带进了宗教的概念。有一本书叫《中世纪政治思想》，将这一段历史简明扼要叙述了出来。这本书认为，这一段时间，政治共同体中有宗教与世俗的争论。我们发现有两个最高的统治，宗教的和世俗的。按照宗教的说法，世界都是上帝统治的，基督代表上帝统治，教皇是基督的化身，世俗国王是为了执行上帝的命令。这就是两宝剑理论 two swords。中世纪漫长地争论谁是最高的，在争论的过程中，形成了现代意义上的一个政教合一的观念。耶稣的归耶稣，凯撒的归凯撒，世俗的国王管世俗的问题，管战争、政治，宗教的教皇管宗教的事情，教育等。在处理它们的关系中，现代的国家 state 的概念出现了。从 City State、republic、帝国到了这样一个概念。与国家紧紧关联的就是主权的概念。古代欧洲有许多这样的例子，国王与教皇的斗争，结果是各有胜负。国王的正当权力从哪里来？就是主权的概念。所以，为什么今天主权非常重要，而在希腊、罗马帝国却没有这个概念？因为主权的概念是针对宗教权力的。主权学说的创始人，法国人博丹说主权是至高无上的，现代国家要摆脱宗教、教皇的影响，变成完全世俗化的国家，需要至高无上的权力就是主权，来论证统治国家的正当性。这样我们就要讨论，为什么主权是至高无上的？博丹没有回答这个问题。霍布斯为什么是重要的？因为它论证了为什么主权是至高无上的。里面有一章是反驳宗教权力至上的。在霍布斯以后，就不会相信宗教权力是至高无上了。法学、法治，是至高无上的。

这本书还有一些具体的背景，比如霍布斯在内战期间与国王和革命派的关系，就不重点讲了。

利维坦解决的就是为什么世俗的权力是最高的，而不是宗教的权力最高。如果说政治共同体是根据上帝的信仰建立起来的，没有任何理由说最高的权力不是教皇。所以问题的关键就是政治共同体是依据什么建立起来的，究竟是为了什么形成一个共同体。对这个问题的回答，就出现了一种新的政治概念，所有的东西结合在一起，就是 state 国家。我们要回答的就是为什么要在一起，霍布斯的回答就和神权理论不一样。

在霍布斯之前，就有许多人思考这个问题。在思考这个问题的时候，先考虑这个“人”是谁，是要干什么。城邦、国家回答的总是人是什么。如果说人是为了良好的生活，可以说基督教是一个更大的城邦。所以亚里士多德的著作在文艺复兴被发现后，很快被基督教引用。中世纪最重要的思想家阿奎那，就是系统研究亚里士多德的。如果要反对基督教，就要反对亚里士多德。霍布斯就是把亚里士多德、阿奎那的经院哲学作为批判的对象。

✓ 《利维坦》中的法治国

第十一章 论品行的差异

本文第一段就说，“旧道德哲学家所说的那种极终的目的和最高的善根本不存在”，说的就是亚里士多德、阿奎那那一套。人是什么样的，霍布斯这样的哲学家如何讨论这个问题？“人”由几部分构成？霍布斯的答案是 passion, reason, 即理性与欲望。古典哲学里，理性是最重要的。但是我们看霍布斯，他说最重要的不是理性而是 Passion。在经院哲学里，passion 是一个贬义词；霍布斯学说里，passion 不是贬义词而是褒义词。

什么是 passion？passion 不过是一种 force，是灵魂里的一种力量、运动。运动没有善恶。这就是整个牛顿力学、物理学对政治哲学的影响。Passion 是一种力，它就没有善恶之分。这样才是一个客观的过程。人心就变成两种力量，向前的和向后的。向前的就是欲望，向后的就是嫌恶。它们没有褒义和贬义之分，是一个中性的概念。

什么是好和坏呢？想要的东西就是好的，就变成善的东西，不想要的就是恶的。先有了运动才有了善恶。不是伦理学导致力学原则，而是相反的。如果人的灵魂是只追求想要的东西，就出现了一个概念，其实每个人都是欲望的主体。大家想要的东西不一样。这样如果人与人构成一个社会，是什么样的呢？如果国家没有建立起来，世界上就有这么一堆人，这就是一个自然状态。人自然状态下是欲望主体。如果把一群方向不同的人放在一起，就会打架，就是战争状态。战争状态不一定意味着上战场、打仗，这只是一种最极端的。包括意见不合也是这种战争状态。如果这个状态，大家的欲望都是小的东西还好，最危险的，人“一而再再而三永无止境”，就是第十一章写的那样，得其一、追其二，死而后已、永无休止的权势欲。因为如果不追求权势欲，已经有的东西也保不住了。按照霍布斯的理论，战争状态不是好战分子导致的，爱和平的也一样。假如两个好战分子欺负一个爱好和平的人，爱好和平的人也要用战争防卫。为了维护和平，可以先动手，这叫做先发制人。我们看到今天美国西方也是这样的理论。

第十三章 论人类幸福与苦难的自然状况

这样一个战争状态“最糟糕的是人们不断处于暴力死亡的恐惧和危险中，人的生活孤独、贫困、卑污、残忍而短寿”。恐惧的概念是霍布斯政治哲学重要的概念，好战者和爱好和平的都是这样。只有在恐惧的时候，才出现了理性 reason。霍布斯的理论不是只有 passion 没有 reason 理性，认为理性是最软弱的。在极度恐惧的时刻，理性出现，认为处在这样一个战争状态是不行的。恐惧和理性告诉人们一个东西，保存生命最重要的，无论如何先要保存生命。保存生命成为最重要的，这就是自然法。为什么它重要？因为自然法告诉我们。这就是社会契约。换句话说，在霍布斯学说里，为什么要签订社会契约？就是为了保存生命，为了避免战争状态、变成和平状态。这样的话，社会契约如何签订？要交给一个中立的第三者，这个第三者就是主权者。这样，主权者一定是至高无上的，这样才能限制每个人。如果政治共同体是按照这个原则建立的，就是 state。我们说，state 和 city state 相比，原则是什么？City State 的原则是过好的生活，而 state，原则是和平、安全、最重要的是保命。至于过好的生活，不是它有关的事情。国家最重要的是，不能回到自然状态中，换句话说，无政府状态。无政府状态的准确含义，就是自然状态。

第十七章 论国家的成因、产生和定义

第一段分了两类人，天生爱和平的人和爱战争的人。他们的终极动机和目的是保存自己，在这个基础上，才能考虑过好的生活。怎么才能摆脱战争状态？一定要有一个有形的力量让我们感到畏惧，并用刑法来约束，让我们遵守诺言。如果没有这样一个有形的力量，即使签订契约也没有用。所以主权者的形象，就是一个暴力形象，目的是维持整个和平秩序。如果没有这样一个东西，即使有契约也不能维持和平，因为人的自然激情。没有国家的力量、没有外在的强制力，是没有用的。

我们就会有一个问题。霍布斯的这些论述是针对亚里士多德的学说的，首先讨论亚里士多德的学说。如果亚里士多德说人天生就是政治动物，这时候关于亚氏学说就完全不一样了。亚氏的本意是什么？亚里士多德说人天生是政治动物。而霍布斯认为人天生是欲望，完全是独立的个体；而霍布斯认为，人天生是欲望的工具，不是政治动物，而是完全是独立的个体。只是追求个人利益的最大化。古希腊认为自然的东西、天生的东西是最好的，而霍布斯认为是最坏的。霍布斯认为最好的东西是人造的。而在亚氏、柏拉图的观点中，人造的都不是好的，自然的才是好的。有一种群体生来就在共同体中，关于和平的生活的榜样的力量，是像蜜蜂和蚂蚁那样的生活。霍布斯则认为人是不可能这样的。人会不断竞争荣誉和地位。蜜蜂和蚂蚁的状态是自然的力量，有一个力量在约束它们，可以说是上帝在约束。而人是靠契约而来的。人是靠社会契约，人在一起需要国家。所以蚂蚁什么的就不需要这种国家的暴力，因为它们约束的力量是上帝；而人是靠社会契约结合，需要外在的暴力。

“如果要建立……”这一段，需要仔细看。这一段话，推理我们的国家怎么建立起来。这里面最重要的概念，是第十四章里面的，什么叫权利。关于权利的概念，塔克有本书，《Natural Rights Theories》讨论拉丁文 *ius* 的概念。拉丁文与法有关，有两个对应的概念。*ius* 和 *lex*。*Ius* 类似于中国的法，*lex* 类似于中国的律。*Lex* 就像法律实证主义说的，统治者制定的法律，包括民法、刑法等；*ius* 不一样，这个法包括自然法、权利概念等。*Right* 在古典意义上不包含权利的意思，是法和正当的意思。*Ius* 是自然的东西、正当的东西，*lex* 是人造的东西。拥有 *ius* 这样的东西是正当的。按照 *ius* 我们来分配，分配财产、土地等，人们在分配的过程中，才形成 *lex* 法律的概念。*Right* 的概念一开始就是正当的分配。列奥·施特劳斯《自然权利与历史》这方面讲得很清楚。问题是古代意义上正当的概念如何变成自然权力的概念。上面说的塔克的书就细致分析了古典时期的自然正当的概念如何变成今天现代人说的自然权利。最重要的转化与财产权有关，财产 *dominio* 支配。慢慢演化两个概念，一个是财产权 *property*，一个是支配。马克思·韦伯的支配社会学，支配的概念就是从这里来的，什么叫支配，一个人有财产权的时候对他的物就是一种支配。就意味着有这样一种概念，处理人与人的关系的时候，自然有一套东西约束；处理人与物之间的关系，不需要任何正当的规则，怎么支配都可以，不需要 *right* 正当。这是两套概念，一个是 *ius* 的权利概念，一个是人在制定一个物所形成的财产权。现在的问题是这两个是如何结合在一起的，我们今天说的财产权是哪一个。自然权利更类似于支配的概念，想干什么就可以干什么，行使 *right* 就像支配财产。从古希腊到罗马，这么复杂的概念是如何结合在一起的？这个复杂的概念是从中世纪罗马法复兴慢慢提出来的。

提出的概念就是人与自身的关系。在古希腊罗马的语境里面，人和自我的关系只有这个 *ius*。做的事情要符合自然政党。自杀是违背自然道德的，就不可以。而财产则不涉及这些东西，怎么做都可以。问题是怎么把人与人的关系与人与物的关系结合在一起，这就慢慢出现了对中世纪对罗马法 *ius* 的第三种解释。第一种解释是 *Natural Rights* 自然正当的东西，第二种是通过法律规定的东西，形成主权；第三种是 *Capacity*，能力。人一共有五种能力。一旦说人有五种能力，就意味着人对自我的支配不再是像一开始要遵守 *Natural Right* 自然正当的法则了，我对自己的支配就类似对财产的支配。这样 *right* 的概念就变了。

那么什么是自然权利？这时候自然权利就不是早起说的宇宙和生活中的普遍的、正当的法则，就变成单纯的对财产的支配，对自己能力的支配。*Rights* 完成了从古典到现代的转型，权利的概念变成对自身的支配，这个概念被霍布斯借鉴了。当他说人是欲望的主体的时候，就是说一个人有对自己的身体的支配权。因为身体的背后，是 *force*。是一种力量。这样就出来一个核心问题。为什么会陷入战争状态？就是一个人对他的身体拥有权利。当很强大的时

候，就能用身体力量去征服别人；当长得很好的时候，就能用容貌引诱别人；当脑子很聪明的时候，就会用智慧去欺骗别人。把自己的身体力量、容貌、治理都变成 force 了，right 权利就是从这里来的。战争状态恰恰是一个人拥有自己的权利。在霍布斯的学说里，恰恰是自然的权利导致了战争状态。如果一个人对他的身体、容貌、智力没有正当的权利，使用它们必须按照 ius 来使用，不能用强力打人、不能用智慧欺骗，就不会有战争状态了。换句话说，为什么出现战争状态？恰恰是一个人拥有的 right 不是原来的古典意义的自然正当意义了，而是变成了 dominio 支配。

在这个意义上，自然权利就与支配有关。一旦有这个概念，自然状态下我想要就变成了自然状态。今天我们说，同性恋是不是自然权利？十七、十八世纪，人们说自然权利是生命、自由、追求幸福的权利。这三大权利对应的就是洛克的说法。而今天，权利出来很多，那么同性恋算不算？隐私权算不算？这些都是从 force 延伸出来的。最根本、最自然的意义上对自己身体的支配权，说到底就是我想要什么。只要我拥有的东西可以变成我想要的东西，就可以变成一项权利。所以十八世纪的三大权利不断发生变化，就是在这三大权利的背后，最根本的是这样一项自然权利。这样我们就可以说，整个社会契约大约就是建立在这样一套基础上。

国家建立起来干什么？人拥有自然权利，自然权利的结果必然是战争。如果是这样，那么签订社会契约，就意味着每个人要放弃自己的自然权利。不能用你强大的手来欺负别人。国家好像是来自于自然权利，但是我们发现国家恰恰来自于放弃自然权利。放弃到哪儿去了？其实不是放弃了，而是把权利交给另一个东西，交给了主权。主权是一个人吗？是国王吗？不是的。它的概念其实是这样的：自然状态下人们相互争斗，现在人与人之间不再争斗，签订社会契约。这里面有一个说不清的问题，一个群体结成社会契约，社会契约从何开始。如果变成一个实证问题，就是说假如今天国家全部解散，自然状态下地球上 70 亿有欲望的人如何结成社会契约。这个问题我们先不管，我们假设有一群人结成了社会契约，另外一群人我们先不管。社会契约最重要的是两项内容：A，共同生活。B，和平。当我们说首先要共同生活的时候，就是 community。这个 community 都不足以构成国家，只有能够带来和平的，才叫国家。社会契约就和国家基本一致的，社会契约就是国家。一旦形成这个共同体，这个共同体要有一个人格。这个人格概念就能大体被理解。法律上有法人的概念，让我们更容易理解。国家是一个主体权利，它不是财团法人等等什么法人，而是一个暴力法人。人格，主权者。谁能承担人格？人格是什么？这个人格有两类，一种是一个人，一种是一群人。一群人比如议会民主制。主权者，一定是拥有全部的权力。主权者是执行契约的，主权者执行的东西都是社会契约赋予的，主权者不过是一个代表。这就是政治哲学里的代表概念。代表，就是象征。在政治宪法学里，这个概念叫国家元首。形成共同体后，要有一个代表。在我国的代表是什么，基本承认的是国家主席。以往的说法是国家主席和全国人大常委会结合起来行使国家元首的权力。美国大约是总统。英国是国王。真正理解霍布斯学说，与自由主义和专制主义没有关系，而与国家的建立有关。

国家是基于什么建立起来的？与亚里士多德的学说的城邦进行比较。

	目标	性质	基础
城邦 City State	good/happiness	natural	家庭
国家 State	safety/peace	agreement/artificial/will	individualism 个人主义

城邦追求的是最高目标，国家追求的是最低生活标准。

意志，就是人为的东西。城邦是自然、理性产生的，国家是意志产生的。

亚里士多德讲，国家是家庭、村落这样的组织延伸出来的，把家庭看成是国家的细胞。而在霍布斯的理论中，个体是最重要的，家庭、宗教不重要。我们再看战争状态，战争状态的原因是欲望、追求权势。

第十七章中，霍布斯对人性的全部理解就是自然状态。我们设想一个自然状态，一群人就像一群动物，但“一群人追求荣誉地位，而动物则不同”。霍布斯举出了几个理由，人是不断追求荣誉和地位，人还要区分共同利益和个体利益，人会运用语言胡言乱语等等。霍布斯说的对吗？我们想，一群动物，智力低下，怎么会想所谓的公共利

北京大学法学院

益呢？第二，人们不断追求荣誉地位，这是因为人知道什么是荣誉地位，荣誉地位也是人类社会的产物。几个动物在一起，不懂什么是权势地位，怎么会去追求呢。人们对霍布斯最大的批评，就是它设定的欲望是文明化的欲望，不是自然的欲望，这是卢梭的、洛克的对他的批评。他们认为人天生自然是好的，而文明把人变坏了；认为人天生的是好的，人造的才是坏的。

在霍布斯的理论下，究竟是哪一种导致了战争状态？人们对什么是善、什么是恶有不同的理解，就是价值观不一样、社会利益不一样。塑造价值观最重要的，是教育。是价值观念导致了战争状态，是价值观念告诉我们什么是善、什么是恶。这与当时的背景联系在一起，当时的三十年战争，全部是教派的战争，教派之间的观点不同，就是不同人对善恶的追求不同，由此爆发了战争。霍布斯认为，什么是好的、什么是坏的，这是个人的事情，国家的任务只是保护个人安全，不会发动教派战争、十字军东征。在霍布斯国家学说里面，什么是好的生活等等，排除在国家之内。

我们马上发现，什么能挑战主权者的权力？就是教士，深层次的是知识分子。他们会告诉人们什么是好的。所以统治者要管教育。这样我们对利维坦有了一个基本的理解，才能理解什么是法治。

第二十一章 论自由

第一个问题，什么是自由？霍布斯说的自由是什么？奴隶没有外在的阻碍，我们问奴隶有没有自由、臣民有没有自由？自由指的是没有外在约束的自由，事物本身有缺陷构成的阻碍不是阻碍。一个瘸子有走路的自由，是自由人，他不能走路，不是自由受到了限制，因为他是本身的缺陷构成的。自由一定与事物的性质有关，一个健康的人有走路的自由，一个瘸子也是自由的。这意味着，自由可以受到限制，只要符合事物性质的限制，就是自由的。自由不是为所欲为，是由事物的性质所决定的。一个奴隶，它的性质决定他不能没有财产的权利。一个臣民，有没有不服从君主的自由？在这个意义上没有，这是由臣民的性质决定的。人，有行走的自由、也有选择的自由。“自由与必然是相容的。”如果这样往下推，就特别能明白臣民的自由是什么。臣民在一个主权国家里的必然性就是自由的全部。这个必然性就是法律。霍布斯所说的自由，一句话，就是法律之下的自由。这个意义上可见，霍布斯是一个典型的自由主义者，是在法律之下的自由。

但是为什么要服从法律而不能革命？霍布斯用物理学的物体自由与臣民的自由类比。物体的自由是由性质决定的。而一个自然人，自由就是战争状态；臣民，自由就是服从法律。臣民要服从法律，如果不服从法律意味着回到自然状态，遵从自然状态的自由。

还有一个问题，战场上能不能逃跑。我们按照机器的力学原理来解析政治问题。机器意味着什么，如果国家是机器，是否意味着国家不考虑道德、不考虑善恶？那样的话我们跟谁都差不多。如果国家没有善恶道德的追求，国家与我的关系完全是利益计算，这样就会有问题出来，如果国家开始解体，应该怎么办，要不要为国捐躯、捍卫国家？按霍布斯的观点，应该逃跑，因为国家不能保护你的生命了。这样就有一个问题。我们可以看施密特的著作。在霍布斯整个理论中，国家是中立的，中国人可以统治中国人，日本人为什么又不可以？只要提供安全就可以了。如果是这样的国家的话就很麻烦。

第二个问题，如果国家特别强大如利维坦怪兽，这个国家其实也是非常脆弱的，当他遇到危险的时候。如果国家只关心安全和平，把信仰的、善恶的东西都交给教会，那么它表面上最强大，实际上最脆弱，这是霍布斯说的警察国家。然而按照施密特的意思，现代国家不可能像霍布斯设想的那样，如果国家没有那上层的東西，一天也不能存在。后来对霍布斯理论的许多批评，就从这个方面入手。这样我们要从另外一个角度建构国家。

到今天，我们就会看得清楚，这个国家是一个机器，这个国家就是一个法律机器。如施密特所说，现代法治的奠基人就是霍布斯。我们的生活严格的按照法律。什么叫法治？每当我们说的是法治的时候，这个法律究竟是什么？法律第一个来源于自然权利，其中最重要的，要保护自由，生命，安全。霍布斯没有提出财产，提财产的是洛克。第二个，所有的法律来源于同意，社会契约来源于同意。第三项，关于法律的运作，包括法官、一系列法律的原则，

比如法无明文规定不为罪。回到霍布斯的问题，他的问题其实是现代国家的建构问题。为什么说是现代国家，因为它区别于传统的帝国、共和国、城邦。这样一个现代国家，就意味着政教合一的基础上，为世俗主权者的权力提供了正当性。世俗主权者的权力不是来自于上天，而是来自于自然。如果我们接受现代物理学、社会契约对人性的假说，就可以接受主权。所有的这一套，都是论证主权。臣民的自由，就是法律统治下的自由。这只是现代国家的一个要素，还有另一个要素，下一节讲。为什么这样的国家这么好？这不是政治哲学家讲的，而是社会国家讲的。这个国家最有效率。现代的国家会胜于古典的国家。关于主权国家战争与和平的学说，一个标志性的事件，就是第一次世界大战。主权国家胜利（法国、英国），帝国覆灭（奥匈帝国、土耳其），帝国解体后，现代民族国家才能兴起。下次课讲在欧洲整个战争与和平的背景下看现代国家如何兴起，这是另一个故事而不是今天的问题。针对这个问题，可以看一本书，有关美国保守派的《天堂与实力》。

第五讲 现代主权制度的形成—民族国家与帝国

1. 施米特：《陆地与海洋》（1-100 页）
2. 科耶夫：“法国国事纲要”，《科耶夫的新拉丁帝国》
3. 强世功：《碳政治：全球化时代的战略抉择》
4. 强世功：《立法者的法理学》，第七章*
5. 强世功：“当代‘和谐世界’之路：从中非关系看“第三世界共享发展计划”*

如果建构这样一个国家，国家最大的人是谁？是教士。因为教士背后是宗教战争。战争最大理由是宗教教派问题。对信仰的理解、对什么是好的理解不一样，就会发生战争。国家要和平，一定要与宗教战争分离。这就要求现代的政教分离观念，要把教士安排在一个合适的地方。国家的价值观谁来确定？霍布斯的理念中，必须由国家确定，类似于中国的法家的思想，类似于“以吏为师”，告诉人们什么是对的，告诉的是法律，法律是至高无上的，法律的背后是主权，主权就是至高无上的。这是完全的法律实证主义观点。这就涉及到一个生死的问题。法律告诉我们活着的东西，但是宗教、教士告诉我们死后的问题。所以霍布斯的书中后面都是批驳灵魂不死的观点。

哲学家与普通法的对话。Lawyer，是一个 Common Law 的 lawyer。最大的分歧在法律解释上。法律解释权在谁手里？《利维坦》中说的很清楚，在主权者手中。谁是立法者谁就是解释着，或者倒着说，谁有解释权谁就是主权者。我们回过头来看的 Coke 和 James 王的对话。

这个涉及到一个案子，James 王说我要来审，说每个人都有自然的理性 Natural Reason。但是 Coke 反对，谁来审理说不是自由理性决定的，而是由技艺理性 Artificial Reason 决定的。技艺理性一个人做了二十年的法官后才能掌握。James 王说如果不让他审，Coke 就犯了叛国罪，Coke 说国王在万人之上，但是在上帝和法律之下。

到今天为止我们说的更多的还是自然理性。法律是谁制定的、法律解释由谁制定？按 Coke 的说法是真理的问题。谁有资格发现法律的真正含义，是自然理性还是技艺理性？按照 Coke 的理论是技艺理性，这是假定法律是一套科学、真理。但是霍布斯问题是，法律解释不在于法律是真理，而是一个权威问题。看霍布斯的民约法一章，如果法律解释是真理问题，法官的解释却是不一样的。最后发现不是一个真理，不可能找到一个客观真理。真理之所以是真理是因为掌握在权威手中。法官能解释法律是因为他被任命为法官。在霍布斯的眼里，法律解释是一个权威的问题，不是谁能发现真理，而是谁有资格。毫无疑问只有主权者才有这样的权力，因为法律是他制定的。美国戈尔诉布什一案中，最后是由九个大法官决定，形成四比四后就由一个人决定，这个人肯尼迪大法官。中国可能认为这个人以前受过老布什的恩惠所以判给了小布什。这是中国人的思维方法，美国人的学界里面不会讨论这些八卦的问题。美国最高法院判的特别清楚，最终依然是权力问题。投票是五比四还是六比三，最终是多数人说了算。也因为这样，我们今天说美国的主权是司法主权。我们后面会讲到美国的问题。美国要找主权在哪儿。中国找找主权在哪儿，全国人大及其常委会、国家主席。英国也很好找，女王、议会。法国、德国也很好找。到了美国，主权在哪儿？国会也是、总统也是、最高法院也是，那么主权究竟在哪儿，主权能否分割？我们学过的理论里面，一般告诉我们主权是不可以分割的，但是到了美国，告诉我们可以分割。我们可以看到国会的问题。这个问题我们后面再讨论。

霍布斯的观点是从共同体的内部生成的一个国家。这是一个逻辑，没有一个国家是按照霍布斯的理论建立起来的，但是这套理论告诉我们为什么是正当的。我们可以看欧洲历史上的战争。现代主权国家利维坦概念产生，它的战争状态不是设想出来的，是真实地面对了十四世纪以来的宗教战争。战争导致了霍布斯对人与人最基本状况的思考。这就是形成了一个国际法的问题。从罗马基督教帝国，分割成各个小王国，战争过程中需要确立新的法，Nomos

of the earth。确立边界，意味着划分地球，有的国家兴起了，有的失败了。《陆地与海洋》就是在这个模式下谈论，从另外一个模式讨论国家如何兴起。如果说前面的讨论是政治哲学，那么这里就类似于历史社会学。

✓ 《陆地与海洋》

我们看文献，首先找到一些定义，比如 40 页的法的概念；或者学到一个思路，把陆地与海洋的视角带进来讨论问题，找到一个 approach 路径。第三就是看作者关心什么，为什么写这样一个问题，是为了评教授，还是学过国际法专业？这是最难的问题。但这是最终我们关心的问题，或者说我们要给这个文献找一个副标题。陆地与海洋只是进入这个问题的 approach。他脑子里关心的是德国如何在新的空间革命中占领制高点。他关心德国，讨论却的是英国的问题。所以副标题可以是英国为什么会崛起。整个欧洲在罗马帝国崩溃后都是一模一样的，是分裂割据的局面，如同春秋战国时期。为什么春秋战国统一的是秦、欧洲强大的是英国呢？其实罗马帝国之后欧洲的第一个主人，是西班牙，葡萄牙，再往后是荷兰、法国这些国家。在整个欧洲的历史上，都是欧洲大陆国家的历史，英国从大陆角度讲，是一个没人关心的荒蛮小岛。英国还可以说是大陆的殖民地，是法国的殖民地，他要进入大陆，和法国打了很久。比如百年战争，最后把英国进入大陆的企图全部斩断。欧洲本是大陆各个国家的历史，为什么 18 世纪以后，欧洲大陆瞧不起的英国小岛成为统治大陆的国家？这是大陆国家不能接受的。就像中国甲午战争战败后中国的学者都不能理解中国输给了日本。晚清的瓦解迅速与甲午战争有关，甲午战争让知识分子对清朝彻底失望。马关条约签订后，康有为立志进行改变，孙中山发誓推翻清朝，都与这个有关。这里施密特的讨论也类似。这样我们就要讨论，为什么这样一个荒蛮的岛国能够兴起，打败大陆强国。

一战之前，英国打败的最多是拿破仑，是另一个强国。一战打败了强大的普鲁士帝国。真正欧洲的主人不是两个大陆国家，而是一个海洋国家。这是整个问题的出发点。我们会问，为什么英国会崛起呢，讲陆地和海洋的故事其实是讲英国为什么崛起。马克思会讲是工业革命，这是一个标志。马克思韦伯会说新教伦理与资本主义精神。施米特则认为是陆地和海洋的问题。陆地和海洋的背后是空间革命的问题，在发现海洋、发现新世界的过程中，英国占了上风。这是不是因为它是一个海岛国家，德国失败就是因为它是一个陆地国家？如果这样的话就会认为英国崛起德国战败是历史必然性，这是地理环境决定的。命运是天定的。是不是这样呢？其实这个文献由两部分组成，是把一个故事讲了两遍。

读这个书要注意这个著作的写法。这本书会让人认为不是严格的学术论文，而是类似于人类学的著作，编成陆地与海洋的故事。一战后，欧洲兴起了地缘政治学说。在这个学说里，第一次把国家在全球所处的地理位置作为一个重要的要素。有一些重要的著作，比如哈麦金德写的《历史的地理枢纽》。这本书里接近了陆地与海洋的关系。该书认为，欧洲大陆那一块地带是核心地带。这本书最重要的观点是，陆地与海洋最重要的作用是打破了陆地上地理分界界限。欧洲因为没有陆地的贸易要从海上做贸易。从马可波罗开始，到后来欧洲在与中国人做交易偶然发现了美洲。这本书还看到了铁路的兴起。铁路的发明改变了整个陆地与海洋关系里陆地相对于海洋的劣势。德国在一战之前全力做得事情就是打通一条铁路，是去巴格达的铁路。用陆地和海洋的观点讨论这个问题，变成一个特别 popular 的概念。对于欧洲人，讲国际关系就讲陆地和海洋，就像中国人一想就会想到中国和西方，这是不经意的习惯。欧洲是这种陆地与海洋的习惯，是核心的问题。这本书的观点是，如果陆地上没有铁路兴起，陆地将永远处于劣势。按照这个观点，英国崛起，就是因为它是一个海洋国家。这个观点是当时欧洲人的一个常识，大家都这么想。

而施密特这本书里面完全不同意这种观点。陆地与海洋这个故事讲了两遍，第一遍按最流行的陆地与海洋的观点讲，第二遍忽然又按照他的观点讲的。从第一节开始，到第九节，不是施密特的观点，而是转述当时欧洲最流行的观点，是从陆地和海洋的观点看英国是如何崛起的。前面是类似于神话故事。从陆地和海洋讲起，古希腊哲学家的四元素说支持这种观点，又有关于陆地与海洋的观点。从这个角度看，最重要的是第五节。这一节写了谁发现海洋。关于海洋的主人是谁，是第七节的内容，海洋的主人是海盗。第八节，英国为什么会崛起，英国继承了海盗的精神。英国是一个合法的武装的海盗。第九节，英国崛起海洋霸权。到此为止前面故事讲完了。英国之所以崛起，

北京大学法学院

就是海洋发现后，英国成为海洋主人，继承了海盗精神。英国，是一种海盗资本主义。这是当时最流行的常识，整个欧洲对英国的认识。

前面的故事讲完后，才真正讲施密特自己的叙述，他认为英国是如何崛起的。他的观点其实并不稀奇。以前有个电视剧《河殇》，从黄河认识中国，也是类似的观点。如果这样的话，施密特的观点是从第十节开始。当然从第九节就开始讲了。那么德国还是英国，哪个地理环境并不是最重要的。也就是说他并不反对陆地与海洋的划分，但是选择陆地还是海洋不是它是陆地国家还是海洋国家决定的。这里面不断出现的一个概念，叫做牧羊人。英国本来是一个陆地国家。在陆地和海洋格局变化中，什么让牧羊人变成了海的女儿。在它的早期选择是陆地，后来突然变成选择海的女儿，这是为什么，才是真正的关键。同样是德国，为什么没有成为海的女儿，而一直是一个陆地国家。我们注意到的，陆地和海洋的划分不过是一个客观的背景，最重要的是选择的重要性，可以决定新生。

德国早期是一个陆地国家还是海洋国家呢？施密特很惋惜地说“汉莎同盟”，当时它控制了整个海洋贸易。如果汉莎同盟是一个海洋的国家，可能是海洋的历史，为什么变成了陆地国家？这是施密特最关心的问题。德国的命运不是陆地决定的，而是在关键的时刻做了错误的选择；英国也不是由于是海洋决定的，而是关键时刻做了正确的选择。这是决断。这在《陆地与海洋》中第十节。这一节是最重要的。

陆地与海洋要理解为一种空间革命。这是施密特带来的全新的概念。空间革命，一种空间意识，不同的空间对应不同的生活方式。空间革命意味着生活方式的变革。32 页下面这一大段，基本上讲的是这个。这一段，一开始讲的是人类的总体意识范围。新的能量释放出来，新的就是海上贸易和殖民活动。由此形成了具有政治历史行动中的新尺度、新维度、新经济、新秩序。海洋的发现、新大陆的发现改变了人们对空间的认知，使得在整个欧洲人类历史图景上出现了新的东西。人类是在这个空间里奠定政治历史行动的主体。这里面重要的概念就是政治——历史行动，这里先不说这个问题。改变了空间本身，陆地和海洋不是简单地两种元素，一定要变成一个空间革命。空间革命意味着地理环境改变，这能不能改变秩序本身？紧接着就是 nomos 的变化，法变了。

于是第十一节马上从空间革命重新讲欧洲历史。前面本来讲到欧洲殖民地了，但是这里又重新从亚历山大开始讲，重新从罗马帝国讲。首先讲了欧洲发现海洋的历史，欧洲人的殖民活动。这是欧洲人全部参与发现的。第十一节说的很清楚，空间革命首先带来一个空间意识，从亚历山大到罗马到近代欧洲如何发现新的国家，海洋世界、新大陆。但这不是重要的。真正重要的是新的尺度、新的法则。什么东西变了呢？带来一个全新的生活方式。第一个是现代国家。第二个是罗马法复兴以后 lawyer 阶层打破僧侣阶层；第三个是建筑、雕塑、绘画动感的空间感。第四个进一步阐述这个问题。最核心的是，41 页上面的这句话，地理空间变化带来生活方式变化只是某种深层变化的表象。真正的变革在内在的东西。这些变革隐藏在空间革命这一语词的里面，理性主义……新的机器，要么接受欧洲文明，要么屈尊为附庸。欧洲理性主义这种东西出来了。这是什么？一种是说地理发现带来了这一切；但是施密特把这个方向倒过来了，真正的深层是欧洲理性主义兴起。这就类似于接受了马克思韦伯的观点。比如中国，陆地国家又有一大片海洋，但是中国从来没有海洋的意识，只有陆地的意识，这决定了中国的思维方式、生活方式，但是施密特认为这是反过来的，是中国没有这样一个理性主义精神导致的。欧洲理性主义才是空间意识的结果，发现新大陆是欧洲理性主义的产物。施密特想的一定是马克思韦伯。恰恰因为理性的生活方式，理性的安排经济的理性，促使欧洲发现海洋。

这时候不断讨论的是一个问題，海洋的主人究竟是谁。说到底英国，背后是资本。资本主义就是韦伯说的理性安排生活方式。而中国都是道德化的思维方式，就不会去赚那些钱。真正重要的是韦伯的这一套，施密特是韦伯版的观点。但其实施密特赞同韦伯的观点而不满足于韦伯的观点。真正重要的是第十三节。空间革命带来最重要的是法的概念 nomos。最终要落实到 nomos 的概念。法，是划分秩序，重新划分世界。新的空间需要新的贸易，谁才是制定 nomos 的主权者？主权者不是霍布斯意义上的国家的主权者，而是国际法。欧洲新兴的国家，中心问题是 nomos，新发现的土地、大陆是谁，可不可以继承、转让，如何取得才是合法的。这就是现代国际法的兴起。现代国家法给了一套新的道路。有一个原则就变得重要，discovery 发现学说。整个新大陆开始要奠定新的国际法，整个就开始讲英国的历史。英国成为欧洲的主人，最主要他是欧洲的立法者。新大陆发现以后，领土发现是谁的，有没

有法律？这才进入最关键的部分。Nomos 新大陆发现以前、以后，nomos 由谁确定？在此之前整个法律原则由契约神学确立。所有的土地由上帝造的，上帝把土地给了和上帝签订契约的人，就是天主教，天主教代表上帝。换句话说，只有信奉基督教的才能有土地。印第安人就不是土地的主人。换句话说，分配土地由罗马教皇进行。罗马教皇分配了没有？1493 年，罗马教皇敕令，划分了一个范围，一家是葡萄牙，一家是西班牙。这样一套东西确立下来。天主教这套法律是当时整个欧洲的 Universal Value Law 普世价值。什么是普世价值？所有发现的都是上帝的；什么是普世法律？罗马教皇是唯一有权分配土地的，分配给了西班牙、葡萄牙。这是英国在历史大发现以后的国际环境。英国要和国际接轨，要不要接受这一套东西呢？我们发现跟陆地海洋没有关系，而跟英国决定性的政治决断有关。这个决断是英国不去信奉天主教而去信奉新教。新教完全不承认普世价值。英国漫长的战争，全部的问题就是英国信奉天主教还是新教。这个问题，建议看一个电影《伊丽莎白女王》。她一生未嫁，这与欧洲的国际法有关。欧洲的国际法其实是特别落后的东西，比中国春秋战国的还落后。在当时欧洲国际法观念中，国家成为国王的家产。而中国的春秋战国竟然最符合现代国家的观念，中国春秋战国国家可能是君主制的，但绝对不是国王的家产。没有一个国家是家庭关系的。

在这样一个关键的时刻，地理大发现的时候，英国不承认普世价值、普世的法，是由于新教挑战天主教。新教说的是国家高于宗教，新教是国家。这是霍布斯观点。宗教不能在国家主权之上。这个意义上，英国第一个变成了现代的国家。而西班牙、葡萄牙仍然信仰天主教。这样 discovery 学说出现了。土地是上帝给基督徒的，但是给谁的。不是想给谁给谁，而是谁去发现。不是教皇分配，而是英国人可以发现、荷兰人也可以发现。这样新的国际法形成。把世界分成了欧洲和欧洲之外，从古希腊以来，都是人为欧洲是城邦的是文明人，东方的是野蛮人。欧洲是文明人因为有两大大文化传统，在此外是野蛮人。但是新的地理大发现发现了美洲。这样就变了。美洲人属于野蛮人，东方人属于未开化人。什么是国际法？文明国家，或者说现代国家，要有主权观念。主权国家需要平等的。这个平等是因为相互承认。今天仍旧把承认作为国家的要素。这个原则从欧洲来的，欧洲之间的国家是完全平等的，签订的是平等的合约。而欧洲与亚洲是不平等条约。所谓不平等条约是一个国际法概念，不是道德概念，与东方人签订不平等条约，与美洲人不需要签订条约。他们被认为是 barbarian，野蛮人。欧洲的列强相互承认，整个印第安人没有所有权。这是第一个国际法原则。第二个原则，说到底是这样一个问题，关于海洋自由的问题。如果说所有的陆地是可以分的，陆地上发现了美洲土地，就会分配好，如果是发现原则的话海洋应该也可以。其实并不是这样。今天国际法流行的是海洋自由。陆地可以分割，海洋不能。国际法的奠基人格老秀斯为荷兰辩护就是如此。今天我们根深蒂固地认为海洋是自由的，为什么国际法把海洋分割，变成海洋自由，这就是荷兰和英国的作用。什么是国际秩序法？英国人把自己的海洋意识变成了它。如果海洋是自由的，它对海上贸易强的国家最有利。英国的一种生活方式变成新的规则。如果当时欧洲流行的法律，就不应该按照这两种法律制定规则，而是按照天主教的法律。这样的话就会发现即使发现海洋，对发现的国家没有什么好处，马上就会分配出去。这就意味着空间地理大发现其决定作用的不是陆地和海洋，而是空间革命，空间革命改变了法律。英国用新教挑战了天主教，海洋自由取代了海洋可以分配，这就意味着空间革命里真正的问题在于究竟谁才是立法者。英国之所以能把海洋的空间意识变成法律，就在于英国能够成为立法者。最重要的是，一种政治决断，挑战当时的普世价值。如果这个革命来临的时候不能挑战这种价值，这个空间革命与英国不会有什么关系。

就像海盗一样，英国法家就是依靠海盗，海盗资本主义不遵守规则。而海盗资本主义的背后是它很高的动力，英国耍流氓的动力是加尔文教。加尔文教是一种激进的观点，包括了一种预定论的观点在其中。在加尔文教的影响下，英国走向了海洋。同时，在最关键的时刻，德国选择了路德教。德国不再选择汉莎同盟的海上，而是选择了路德教的大陆。路德教和加尔文教都是挑战天主教的新教，不同在于路德教类似于右派，加尔文教类似于左派。路德教是妥协的，而加尔文教是极端的。关键在于，地理大发现的 moment，需要的不是拖鞋。这个时候，是罗马帝国之后最重要的时刻。欧洲地理大发现让旧有的整个生活方式、法律都改变。历史是一个精神发展的历史发展，到了地理大发现，这种精神要找到同盟。这个时刻，承担起历史的精神，只有加尔文教。英国是海盗资本主义，不能只有耍流氓就能成功，根本在加尔文教，彻底颠覆原来的东西，要把目的变成沧海，自由或闪现。这种精神就是自由，就如同黑格尔说的，自由精神不断发展。这时候要找到一个东西就是加尔文教，把一切权利看成至高无上。英国

北京大学法学院

确立了自由概念，自由就是历史精神。英国崛起，从这个角度就是领悟到了历史精神。同样是讲新教伦理，马克思·韦伯和卡尔·施密特是不一样的。英国要崛起，不是靠拼命干活，而是靠造反，造普遍价值的反，奠定英国人的意识，奠定自由的精神。加尔文教的革命要通过战争，而不是通过谈判、协商什么的。

在战争里，不仅仅是对殖民地的战争，那些都是小打小闹的。最重要的还是欧洲国家之间的战争，欧洲国家之间的同室操戈。同室操戈也是很残酷的，就像国共为价值观念进行激烈的战争。战争中最重要的是战争和法律的关系。这就讲到了英国的例子，一战的例子。一战时期的例子在哪儿？陆地法则。古老欧洲战争是陆地战争、陆地法则，有两个规则：1) 陆地上国家之间的战争，是军队之间的战争，军人和平民要区分起来。这就像决斗，只不过两个人决斗变成两个民族决斗，要遵守绝对的规则。2) 海洋上的战争怎么办？英国一旦卷入，英国人就把海洋意识改变了当时的国际法，陆地的规则开始不能适用于海洋规则。海洋就不是按照军人区分，而是按照海岸。海洋作战不是把士兵输送到对方那里打仗，而是封锁你的海岸线、封锁经济来源。这个规则当然对海洋国家有利。封锁陆地国家很容易，而封锁海洋国家很难。海战的变化，英国作为海洋国家把其法律意识带入国际法。我们今天还接受这样一套国际法，我们今天还接受亚当·斯密的理论，英国帝国好像慢慢瓦解，但是它的一套观念还是根深蒂固。亚当·斯密的理论在今天看来也是十分正确的，这套自由贸易理论和英国的海洋地位也密切相关，德国当时就坚决反对这套理论。

除此外，最重要的是工业革命。除了走向海洋，英国最重要的事情是工业革命。究竟是什么东西在陆地与海洋里面发生作用？如果说英国崛起是因为工业革命，那么英国为什么会发生工业革命？工业革命要有煤、要有铁，好像就是这些东西促成了工业革命。但是卡尔·施密特给了不一样的说法。他的出发点是，两类不同的陆地与海洋意味着两种不同的意识。陆地的意识是土地意识，代表着封闭的意识。当我们说是陆地意识的时候，就是圈了一块土地，建房子、建工地。海洋意识不一样。海洋意识是一艘船。海洋是一艘永动的船，而陆地是不会移动的房子。海洋除了有自由的概念，与陆地最大的不一样的是，陆地是上天安排好的，农业能不能收成就好，全看老天。而海洋经营的好坏，全看创造。因为海洋自由，所以崇尚创造。科技是什么？科技的背后是自由创造而，不是田野。英国之所以能兴起工业革命，不是因为它有煤、铁，也不是因为它技术进步，而是海洋意识带来自由观念，带来了创新、创造这一系列东西，一切是自由的。而陆地国家因为以土地为基础，所以听命于自然，缺乏创造。

这个作品从二战前期开始写，二战结束后才发表。到了最后，卡尔·施密特的观点是，当飞机开始上天的时候、卫星也开始上天的时候，天空发现后带来了新的空间，新的空间后带来的精神是什么，他没有回答。但是他至少意识到新的空间革命将与德国的命运紧紧联系在一起。

如果我们把英国作为一个立法者的形式出现，会发现和它是不是出于海岛没有什么关系。陆地与海洋是这个时代一个客观变化的背景。在这个背景下，最重要的是历史释放了一种精神力量。在这个精神力量里面，欧洲有这么多的国家都参与了海洋，都改变了空间意识、生活方式，但是这都不是最主要的。最主要的是，谁在这个时刻能够成为立法者，建立一套国际规则。在这套规则外，有精神支撑，还要打仗。新的海洋出现，英国作为一个新的立法者，把自己的海洋意识、空间概念变成法律强加在欧洲大陆国家之下。从此以后，无论是海洋国家还是大陆国家，一定要接受海洋国家制定的法律。所以我们说，在陆地的法、大地的法的背后，是不同的政治利益之间的战争。整个战争的概念、敌我的概念在施密特政治哲学中占有主导性的作用。这是他看空间历史的结果。

✓ 科耶夫的新拉丁帝国

施密特的文本涉及一战以后二战之前，整个欧洲国际关系的格局。一句话讲，就是新的空间地理大发现带来新的政治主体、主权国家兴起，产生了新的国际法，这个国际法打上了海洋国家的烙印，英国的崛起成了关键。问题说，在施密特之后，二战以后向全球格局向哪儿变，有另一个思想家科耶夫进行思考。与施密特不一样，施密特是针对战败的德国进行的思考，而科耶夫是在二战快要结束的时候，表面上胜利而实际上失败的法国在国际政治中如何面对。一个思考德国、一个思考法国，两个大陆性的国家，面对同样海洋性的英美。

德国和法国，两个大陆的国家历史上都争夺过对欧洲大陆的统治权，拿破仑失败了，德国一战和二战希特勒也失败了。这个情况下，法国面对一个敌人德国，一直是它崛起道路上的敌人。在德国的挑战背后是英美的挑战。那么法国的命运是什么？法国命运就有两种选择，一种是英美国家的桥头堡，一种是独立的主体。科耶夫的观点是自己要成为一个独立的主体。德国也会思考是依附于英美还是成为独立的主体。

为什么法国不可以选择依附英美？为什么要自己独立地组建一个新拉丁帝国？他的思考很现实，依附英美，英美会更关心、更喜欢德国，法国就会边缘化。之所以喜欢德国，不是因为德国可爱，也不是因为新教，而是因为地缘政治、为了对抗苏联。二战后对苏联的对立是一个重要的主题，可以看丘吉尔的拉开冷战序幕的“铁幕”演说。当时两大阵营，美国最大的敌人是苏联。如果苏联是最大的敌人，英美就会喜欢德国，因为德国处在对抗苏联的第一线。美国就会选择两个盟友，第一个是德国，第二个是日本。看世界地图就知道为什么会这么选择，就知道为什么二战后美国对日本如此扶持。

如果法国要选择做美国的盟友，就是人家二流的，甚至三四流的盟友。既然这么惨，就没必要跟着美国了。既然不能做盟友，就要独立高。这才是真正国际政治背后的思考。但是这只是这个国策的一个方面，问题是，凭什么是法国建立大拉丁帝国？读文献的时候，要把两类问题区分开来，第一类是在最实际的 realism 层面上。这个要讲，但是不要讲得太多，否则没有意思；第二类是 idealism 理念。整个世界都是这样的，就像英国的例子，最实际的层面是流氓、海盗，理念的层面则是加尔文教。今天的朝鲜，没有个 idea 的东西；而阿拉伯人搞恐怖好歹有个伊斯兰教。同样这个问题，法国也是。要不要依附于美国，有个实际的考量，就是德国更有可能成为英美的盟友。但是当法国说要独立出来的时候，背后要有一个 idea 的东西，并不是仅仅不喜欢美国把我们当成一个二流国家。这样，就要去找这个东西。什么东西使得法国可以独立出来？这不是利益的东西，而是一个更高的东西。这就有两个问题在里面。

第一个是历史必然性，就是说二战以后，帝国开始取代了民族国家。霍布斯以来，是民族国家兴起；到了这个时候，国家已经不重要了，帝国开始兴起。最深刻的问题是德国。德国之所以失败，我们往往说我们是自由世界、它们是法西斯主义。不是这个意思，如果德国获胜的话，全世界的普世价值就是法西斯主义。德国真正失败，是因为它与历史的命运背道而驰。历史的命运已经从民族国家转向帝国了，可遗憾的是，德国在错误的时间做出了和历史相反的决定。按照民族国家的观点，拿破仑还有最后一次机会取得胜利，到了希特勒的时候，已经绝无可能了。这是最深刻的问题。如果希特勒重新做一次选择，就不要做拿破仑，而要做科耶夫所说的帝国式选择，就能取得胜利。拿破仑要法兰西征服欧洲，这几乎就是一个帝国的观念，是罗马帝国的观念。德国也是这样，德意志第三帝国重复了拿破仑的老路。拿破仑可能取得成功，因为它这个民族国家可能让人想起罗马帝国；而在此以后的民族国家就不大可能了，欧洲都知道你就是个民族国家。现在只有帝国才能取得胜利。如果希特勒的口号不是建立德意志第三帝国，而是要建立一个欧洲帝国，就有可能取得成功。不把德意志民族看的高于一切，而是欧洲联合起来，对抗英国、德国、美国这些国家。这就是时代的使命。

为什么说这是科耶夫的洞见呢？他说的就是今天的欧盟。欧盟就能意识到永远不可能回到民族国家，只能是所有国家组成帝国。虽然后来法国戴高乐以来没有选择科耶夫的理论，而是与德国和解。欧盟的政治共同体的理念很漫长，但是科耶夫给了一个新的描述，就是帝国开始取代民主国家。法国的选择就是。帝国取代民族国家的历史必然性，什么造就帝国的基础？是文化的东西。是语言、宗教。三大帝国就形成东正教斯拉夫帝国，新教英美帝国，他希望一个天主教拉丁语帝国。法国和谁建帝国？西班牙、葡萄牙、意大利，环地中海沿岸。这个建构，毫无疑问法国是核心，绝对不是意大利。我们看到法国做选择基于一个理念，帝国取代民族国家的必然性，宗教是构成的基础。

接下来，为什么要搞这么个东西，如果说人类的历史是天下大同，从帝国走向天下大同，最后取得胜利的是谁？三个中的哪个呢？如果最终是英美的帝国，还不如就早点加入。科耶夫认为最终胜利的是法国拉丁帝国。今天至少我们看到是英美帝国比较胜利。为什么科耶夫这么说，最重要的是，新教帝国重要的是新教伦理，新教伦理与资本主义精神是挣钱，干活，work。可是拉丁帝国是享受生活。闲暇、享受闲暇、艺术。所以是法国比较高级……这就

北京大学法学院

出来一个问题。人类历史最终走向何方？如果是新教，最终是劳动，亚里士多德的理论是奴隶。而公民是闲暇的，优良生活的。一定是主人取得胜利而不是奴隶取得胜利。马克思说的劳动只不过是需要而已。如果这样的话，我们会说，法国会取得最终的胜利，就是他们的主人的意识。到今天为止世界上最好的艺术往往在欧洲。如果这样就能理解，为什么世界最后的发展是拉丁帝国。所以他最后谈的是哲学。如果不了解亚里士多德哲学，就不能理解为什么拉丁帝国是统治者。当然我们知道戴高乐没有采取这个东西。实际上不可行。法国这些国家太弱小，无法与英美对抗。所以戴高乐很明智地选择了与德国和解，用欧盟对抗。所以今天的世界就变成了欧盟与美国对抗。苏联解体、巴尔干战争后，变成了美国与欧洲的持续的辩论。在巴尔干战争以后，美国军队开始进驻南斯拉夫，用暴力。这个时候我们会发现整个世界不一样了。拉丁帝国没有建立起来，但是欧盟帝国建立起来，它继承了拉丁帝国的主人的风格。主人的风格是什么？是进行谈判，讨论、商量建立新的规则。这就是哈贝马斯的商谈理论，对话解决问题。可是美国，依然处于中世纪的方式，凭借暴力。欧洲人已经进化到艺术、谈判的境界来处理国际问题，而美国仍然处在最野蛮暴力的方式。巴尔干战争以后一直到 9.11 事件，欧洲人反对美国人用暴力的方式对待伊斯兰世界。如果是美国人，对这个问题怎么进行辩护呢？暴力好像没有好东西、不讲规则。“现在到了停止假装的时候了。我们再不能假装认为欧洲和美国对这个世界拥有共同的想法；甚至再也不能假装认为我们拥有同一个世界。”在涉及到实力 power 的所有重要问题，比如实力的效率、实力的道德性和对实力的渴求上，美国和欧洲的观点都产生了分歧。欧洲正在远离实力。换句话说，欧洲正在摒弃实力，走上一条以法律规则、跨国谈判合作进行自我约束的世界，在进入一个和平的、相对繁荣的后历史的天堂，努力实现着康德所描述的永久和平。而与此同时，美国却陷入了历史的困劲，还在一个无政府状态的霍布斯似的世界里动用实力。在这个世界里，国际法和国际规则是靠不住的，现实中实现真正的安全、防务和推进自由秩序，仍然依赖拥有和使用武力。这就是为什么今天面对重大的战略和国际问题，美国人像来自火星，欧洲人像来自金星。他们的共同看法不多，相互理解越来越少。

一个来自于火星、一个来自于金星，这个比喻是最绝妙的比喻。男人来自火星、女人来自金星，美国人是男人，欧洲人是女人。如果从这个意义上讲，其实是这样一个故事：有这样一个男人，拼命在外面适用暴力、拼命赚钱，养育女人；女人又说男人太粗暴，不懂得风情，不懂得规则。这个世界公平不公平？很简单，两者之间的争论是男人和女人之间的争论，但是我们是欧洲世界一个家庭里面的争论。因为门外面有一些野蛮人。美国就像一个男人一样保卫者你们。因为你们这些女人在家里干活，不知道门外有这么野蛮人要对付。所以欧洲人生活在天堂之中，可是生活在美国保护下的天堂之中。这样的话，我们大约知道，美国人理解的世界是这样的，在他们的内部可以协商，可是对外就不用欧洲人的国际法，而用武力和战争。理解了这一点，就理解欧洲和美国的现实。

这一讲，我们主要讲了主权国家兴起的背景，和主权国家向帝国时代转变的情况背景。我们一定要思考施密特的理论里什么是立法者，做一个立法者要具备哪些东西。在科耶夫的理论里，一定要想，如果未来是帝国而不是民族国家，那么最后一个帝国是什么样子。我们会看到欧洲人和美国人理解完全是不一样的。这个不一样涉及到欧洲哲学从亚里士多德以来讨论的，就是奴隶和主的关系问题，涉及到闲暇和劳动的问题。这方面，批判马克思主义最主要的学者是巴洛克。马克思主义说到底是把奴隶提高到最高的境界，把奴隶作为人的本质。而亚里士多德的意义上，劳动不是意义。马克思把奴隶作为本质，而不是以闲暇和自由作为本质。这也是讨论全部问题的出发点，把马克思的理论放在亚里士多德的传统中讨论。

在这样一些问题上，如果对中国今天面临的问题有所思考的话，会发现中国今天实际的东西 realism 不知在哪儿，理念的东西 idealism 也不知道在哪儿。今天我们谈中国崛起，把中国崛起是一个实际，会改变世界格局。但是问题的观念是理念是什么？既没有当年因果加尔文教的理念，也没有今天科耶夫说的拉丁帝国的亚里士多德的哲学信条，我们的理念是什么？我们至少知道，1949 年以后我们信仰的都是欧洲的理念，就是马克思主义信仰。但是今天马克思主义信仰大家都不信。因此，就面临一个问题。有人说，我们要选择英美的民主自由普世价值，问题是这个是不是终极的普世价值？就在欧洲内部也不这么认为，可能还有更深入的东西，比如天主教的东西、新教的东西。当然，我们还提出“中华民族伟大复兴”。这个口号背后的理念是什么，中华民族是什么、要复兴什么。这是这个时代给中国人提出的最迫切的问题。在学习课程的时候，我们需要思考世界历史的使命是什么，政治理念是什么。

专题二

现代法治国中的主权问题

第六讲

主权与司法审查：马伯里案、齐玉苓案与河南种子案

1. Marbury vs. Madison (1803)
2. Eakin v. Raub (1825)
3. 汉密尔顿等：《联邦党人文集》，第 78 篇
4. 黄松有：“宪法司法化及其意义：从最高人民法院今天的一个《批复》谈起”
5. 河南种子案判决书以及河南省人大常委会的文件
6. 强世功：《立法者的法理学》，第二章、第六章
7. 陈端洪：论宪法作为国家的根本法与高级法，《中外法学》2008.2*
8. 赵晓力：“司法过程与民主过程”*
9. 强世功：《立法者的法理学》，第三章*

第一专题介绍了现代国家主权概念、主权概念与法治国家的关系、以及它的国际背景。现代国家的建构基本上是霍布斯的学说，还有洛克等人，这些都是讲什么样的政治共同体是一个正当的、合理的、有力量的共同体。为什么传统意义上的帝国不能适应地理大发现后的世界，还有一个理论是叫 State-building，讲近代国家是如何兴起的。霍布斯只是从逻辑上讲的，关于意识学是什么样的。另外还有韦伯等人的学说。学过的几个学说还讲了为什么有现代国家，与战争、军事技术变革有关。罗马帝国崩溃后，形成一个类似于中国春秋战国的局面。要富强就要改革社会管理体制。第一个是雇佣兵到常备军，要养活常备军，财政、税收就很重要。这就需要国家是一个中央集权的国家。随着军事技术的进步，对军队的训练就会特别重要。于此相关就出现了 profession 职业的概念出现了，还有 discipline 纪律出现，在这之后是 spirit 独特的精神气质。国家强大的不是技术，而是这些东西，这些全部是理性化。中国近代，最职业化的现代军队从袁世凯开始，小站练兵，背后有完整的理性主义兴起。近代的许多辩论，比如中共莆田会议，就是一个朱德职业军队的思想和毛泽东的反职业化。毛泽东认为军队要承担的不是职业化打仗，而是有大量的社会责任，要有大量的社会教育，要知道为谁打仗，要将政治，为人民打仗，所以就有人民军队。近代以来，理性化带来专业化、教育，和总体化思维的区分。这方面有大量的著作。

这节讨论如果一个主权国家已经兴起，在法律建构里有哪些问题，这里选择性地讲一些理论。法律建立在社会契约基础上，社会契约从理论变成操作性工具，就是宪法，宪法就是这个契约。启蒙思想的社会契约思想落实到宪法上，第一个成文宪法从美国兴起。这之后就有一个问题，现代宪法来自于欧洲的公司法，Charter，当时欧洲所有的企业都有一个 charter。股份公司解决所有权和经营权分离，宪法里股权是人民，把它委托给 government 来管理。就像美国早期殖民地都是殖民地君主信托公司，殖民地不属于国家财产而是国王私人财产。代表英王本身政府的是议会，议会主权，但是议会不能管辖北美殖民地，因为不是议会下属机构，而是国王下达一个 charter 特许状。

一个宪法产生后，宪法和主权的建构是密切联系的。霍布斯意义上的主权，绝对的权力需要法律固定下来，就面临相当多的问题。第一个问题是，一旦固定下来，哪些机构行使违宪审查的问题。因为涉及到违宪审查就涉及到主权是不是有限的问题。霍布斯的全部学说意味着主权不能受到限制，不能委托给 lawyer，美国的学者则反其道而行之，宪法不是国会解释，而是由职业法律人最高法院解释。

✓ 马伯里诉麦迪逊案

这是最重要的案件。之所以要读案例，学法律的都听说过马麦案，但是如果没有读过判词，就学不到什么。违宪审查是典型的美国模式。在英国的普通法传统里，从来不会出现违宪审查。讲违宪审查总会讲到 Coke 大法官的判例，但其中并不包含违宪审查的东西。违宪审查是一场法律革命。它的意义在什么地方？普通法最重要的就是判决和推理，这个判例为后面的制度有什么影响？

我们首先回顾一下马歇尔论证的三个争议。这三个争议是不是有问题呢？如果从麦迪逊的角度看，意思就是要看本院是否有权管辖，有权才可以救济，否则就没有权力管辖。设置问题的结构是特别重要的，这三个问题的结构是马歇尔设计出来的。马歇尔的判决完全可以只讲一个问题，有没有管辖权，就论述一下最高法院的管辖权就可以了。他的判词这么写是有目的。

第一个问题，是不是有权，肯定是有权。第二个，可不可以提出救济。首先是要保护权利，最关键的话是我们是一个法治政府而不是人治政府。这就涉及到一个问题，这个案子是不是免于法律救济的。免于法律救济有几种情况，庭外调解，这就涉及到政治问题学说，这个再后面有所交代。

下面讲最重要的推理，是第三个问题，也是双方辩论的焦点。

首先，本院能否发布令状：这是一个矛盾。1) 1789 年《司法条例》授权最高法院对政府官员发布令状，除非该法违宪：最高法院有权在法律原则和法律管理许可的案件中，对以合众国名义任命的法院或公职人员发布令状，参见 13 条；2) 按照宪法，本院对该案没有管辖权。

“法庭上有人坚决主张……”这一部分论证是中心的争议。做一个主张的时候，背后有一个法理学的东西。马伯里等的观点所认为的立法的意图、要理解的法律的文字，最核心的东西就是这个一般性授权。他们对麦迪逊或者马歇尔的律师最重要的几个反驳。

正确的解释规则是什么？判词中指出：肯定性术语要在否定性意义上理解；解释不能违背立法意图：使宪法无效；文意理解：初审管辖权与上诉管辖权不重叠。

这个部分是整个法庭辩论最重要的东西。得出的结论，就是司法条款是违宪的。大家都在说法院能否有违宪审查权。下面的问题是，管辖权核心是依据宪法还是司法条例。有两个法律文本相互矛盾怎么办？既然这个司法条例和宪法是相矛盾的，就宣布它是无效的，这是结果。然而宪法里说，宪法、法律和条约都是国家最高的法律，如果是这样，为什么说是法律违背了宪法而不是宪法违背了法律？大家毫无疑问会认为是法律违背宪法而不是法律违背宪法。但是这个观点不是天经地义的。宪法是人造的，这是第一部宪法。这个案子的时候是普通法法官，这些法官没有宪法是最高法律的观点。

这个推理把整个霍布斯学说带到普通法里面来了。当时美国人不理解可以这么做，这个案子之后五十年，没人讲这个案子，之后一个适用司法审查的是 Scott 的案子，真正违宪审查成为现实是真正八十年以后。今天也不过是两百年以后。我们大家不了解普通法。普通法是这样：比如一个法官面临：A 法律；B 政策；C 习惯；D 道德；E... 这些东西，法官要做出一个 case/ judgement。什么是法律？我们说的法律是什么？今天我们说民法是法律、合同法是法律、宪法是法律，这是典型的大陆法的观点；而普通法、霍姆斯的观点会认为，法律是对人有强制的东西，法律就是预测。ABCDE 和 judgement 这些东西，对于普通法来说真正有强制的有约束力的是 judgement。人们真正怕的是 judgement，普通法认为这才是法律。而 ABCDE 这些东西，是法律渊源。法律渊源这个词是从英文翻译过来的。法律渊源 Source of Law 是表现形式，但什么是渊源，渊源是说法律是从哪里来的，这种观点就是普通法的观点。当我们翻译成中文的时候，用大陆法的观点，就应该说这是法律的形式什么的。普通法比如 Coke 大法官会发现，ABCDE 可能是相互冲突的，遇到相互冲突的渊源怎么办？大陆法的观点会说看哪个是最高的，这是典型的霍布斯的观点，法律是等级制的金字塔。如果在没有这样的概念的普通法，根本无法说清应该用哪个。而普通法有两种解决方法，一种是看法律的良心，从中选择一个。第二个是普通法最重要的观点，选择要符合自然正义，不能违背自然正义。如果普通法的法官，美国建国当年的普通法法官，推理就是这样的推理，要符合自然正义，这就一定要给马伯里救

北京大学法学院

济的权利。这就是自然正义的观点。这个案件重要在，它做了一场革命。今天讲的不是 Coke 意义上的自然正义，而是政治哲学，就强调一个东西，宪法高于其他法律，不去考虑自然正义，只去考虑宪法就是至高无上的。

但是宪法为什么是最高的？这个推理有这么几点。政府根据自然权利、社会契约建立起来。按照自然权利、社会契约建立起来的政府，就一定是一个有限政府，首先受到宪法的约束。更重要的是，美国有成文宪法，在英国没有违宪审查权，因为没有成文宪法。英国国会的权力至高无上，没有一个成文宪法，所以国会就是最高的。如果自然权利违背了国会的立法，还是按照国会，因为国会的理解才是权威的。这对于当时英国普通法是一个革命。为什么宪法比国会的法律高，因为宪法是人民制定的，而普通法律是人民代表制定的。这是联邦党人文集 78 篇的内容。

这样把这些问题解决了以后，就面临一个问题。这个法律违宪了，那么它还要执行吗？我们乍看可能觉得不是一个问题，但是其实一个法律违宪了不意味着法律不能执行，今天全国人大制定的许多法律可能与宪法违背，最高法院能不能说不执行？这就遇到了洛阳种子案。这个问题从法律上讲，违宪是一个问题，谁来宣布违宪是另一个问题。马歇尔的推理，最关键的一句话是“法院的职责是确定法律到底是什么：面对矛盾的规则来决定适用哪一个”。这就是普通法的一个观点。究竟谁是法律，由法官而不是国会说了算。哪一个东西成为法律，法官说了算，最高法院就是告诉法律是什么。今天中国没有法官会说法官是告诉我们法律是什么，而只能说是解释法律。

这段话就有三个意义。谁来宣布法律与宪法相冲突，本不由法院决定。现在违宪审查的权力掌握在了法院手里，谁来审案子谁就有这种权力。这里面最重要的是普通法革命，第一个是用社会契约论、人民主权学说取代了自然正义学说；第二个是成文宪法的概念取代了不成文宪法；第三个，尤其突出的是，尽管这不是一个革命，它强调了法院的权力，告诉我们法院是什么，法院行使违宪审查权。

✓ 伊金诉罗布案

最主要的观点，是谁有资格解释法律、谁有能力解释法律。吉布森法官认为是人民，国会是人民的代表。这两个案件的争论，体现了霍布斯和普通法 lawyer 的争论，普通法 lawyer 认为这是一个谁有能力的问题，霍布斯会说这是谁有权力的问题。这里面最重要的是，把 power 区分为政治上的权力和普通法上的权力。从这个角度入手，最高法院行使的是普通法上的权力。普通法上的权力，没有一项最高法院处理的权力。按照这个推理，如果同意霍布斯的观点，宪法的权力是政治上的权力，不应该由普通法的机构确立，应该由国会处理。后面的全部推理就可以理解了。以后的推理都建立在这个区分之上。

✓ 《联邦党人文集》第七十八篇

这篇经典文献讨论的就是司法独立的问题。它讨论了司法权独立的重要性。

第一个原因，司法部门是最不危险的部门。关于这一点，有很多有名的话。从 60 年代一本书就叫《最不危险的部门》。司法权与公民的自由联系在一起，独立，是为了保护公民的自由。这里讨论司法独立和人民自由的关系，但是国会难道不是保护人民自由吗？

第二个理由，人民自由靠美国宪法保护。在第 85 章，讨论美国宪法是不是有一个权限，这个权限就是美国宪法有没有人权法案 Bill of Rights。联邦党人是右派，反联邦党是左派。反联邦党人认为美国宪法就是 Bill of Rights，宪法要高于普通法。之所以高于，是因为宪法是人民制定的，人民的意志体现在 Bill of Rights。立法权是最高的。

这就有第三个问题。为什么联邦党认为国会立法有可能侵犯公民权利。马上就会有一个重要的理由，这个理由，是后面要讨论的，人民代表很容易受 passion 左右，受到激情利益的鼓动。这样，看司法独立的基本逻辑，最弱的部门独立是为了捍卫人民自由，就要能独立行使违宪审查权。为什么要行使违宪审查权，是因为人民代表会受到 passion 等影响，而法官不会。总之，就是亚里士多德的，法律就是没有激情的理性。

✓ 齐玉苓案与黄松有的文章

中国的齐玉苓案和黄松有副院长的文章。我们按照马歇尔的逻辑，分析黄松有的逻辑，违宪审查权的法理依据是什么？最重要的逻辑是宪法是法律，需要适用，是可诉的。就是从依法治国走向依宪治国。文章中写到，“我们一定要以宽广的胸怀、开阔的视野，立足中国的国情，顺应法治发展的潮流，与时俱进，勇于创新，打破在宪法实施问题上的保守观念，不断探索符合现代审判规律内在要求的法律适用新模式。”

黄松有的这个东西再过五十年后就是经典文献。之所以现在人们看不到它的经典之处，是因为人们对现在的情况不清楚。五十年后我们再回顾现在的历史，会发现如果做一个经典的阐述，这个案子就会变成经典文献。

这篇文章讲了这么几个问题：

1) 依法治国→人权保障。这是我们的 mission 使命，这个其实是很重要的；

2) 问题：传统上把宪法看成是政治总章程，这个不能够有效实现我们的 mission，这个理解是错误的。政治纲领就难以具体适用，就难以落实到具体的人权保护的案件中。这种错误除了宪法学说，还有法理学说。不能使用宪法是来源于一系列错误的规定。这些让宪法束之高阁，不能起到保障人权的功能。

3) Mission 是保护人权，但是对宪法的保护不能做到这一点，就需要宪法的革命。为什么要革命，谁给了革命的权力？就是三个代表学说和与时俱进。对宪法的理解要往前走。

4) 马伯里诉麦迪逊案，这篇文章还讲了这个案子。学法律的人都知道马伯里诉麦迪逊案不是宪法司法化的案子，而是违宪审查的案子。如果黄松有大法官认为马伯里案是宪法司法化的最重要的东西，那么法官就可以认定全国人大制定的法律无效。所以革命有两层，一层是可以如同部门法那样适用；第二层是如同马伯里案那样进行违宪审查

所以过五十年，这篇文章就会成为经典文献，这是最高法院大法官写的，而且与齐玉苓的案子联系在一起。但是，以上的推理能否成立，能否反驳？三个代表是党的三个代表。党要与时俱进，不是说最高法院要与时俱进。既然宪法至高无上，怎么能党的政策要比宪法还要高呢？历史进化史观是革命学说，不是司法学说。所有司法至上的理论都会反对历史进化史观，会认为法律是至高无上的。既然宪法不能落到实践中，那么看政治结构，但是中国政治结构是人民代表大会制度而不是三权分立学说。对于宪法中还没有落实的条款，为什么不通过立法保护而要通过宪法？这里面还有一个隐含的问题，什么是宪法？宪法与普通法律的区别是什么？宪法的东西不是即刻马上兑现的。宪法要不断修改，可以创新。这个意义上，宪法都是抽象的，目标不是当下的，而是要千秋万代的。就意味着有许多东西不能落实。这个在美国宪法学说中是一个 Common Sense。

如果对比马伯里诉麦迪逊案，黄松有的失误在哪里？马歇尔成功，在于这个案子绝对不能判马伯里胜诉，因为这么判就会让最高法院发强制令让麦迪逊签署，这在当时的美国根本不可能。马歇尔这个案子很聪明，就是不能跟政府相对抗。如果这样看，马歇尔的革命是通过法理建立起来的，而不是宣布政府败诉。这是确立了一个新的法理。问题的关键在于，黄松有的理论能不能确立出法理是什么？一个很成功的法理是宪法要落于实地，但是走的太远的地方就不对了，走得太远的地方就是这篇文章讲马伯里诉麦迪逊案的地方，这就是要改变法统。所以这个提出来后，全国人大法工委的就会反对。这篇文章最失败的地方就是引用马伯里，因为这让人们有更多的联想，它暗示的是更大的革命。黄松有主张的和实际上做的是相悖的。对于法院来讲，重要的不是主张而是实际做什么。

宪法司法化缺什么？最缺少的是缺少对宪法的解释。最高法院的目的是，以前不能解释，要借齐玉苓案解释。但是在解释中，并没有解释教育权究竟是什么。如果最高法院这个都解释不了，那就没发挥什么作用。应该做细致的解释。最高法不应当在名义上说有没有，而是说给了这个权力后如何行使。

再看《联邦党人文集》78篇，这里面比较了三个部门，三个部门的区别是：总统有 sword，国会有 purse 财政，最高法院有 pen。司法部门没有枪、没有意志 will，没有 purse，就只有 pen，只有 judgement 判断。在齐玉苓的批复和相关问题中，最高法院就没有这样一个判断，只是一个 will。Will 和 judgement 的区别在于，will 是说有这个权

北京大学法学院

力, judgement 是说如何行使。最高法院也只是 will 而没有 judgement。这是最好的一个机会, 但是被最高法院给弄坏了。黄松有要挑战宪法、挑战全国人大制度, 这是一个错误; 还有一个错误是没有 judgement, 没有对教育权的经典解释。马伯里案重要的不是确立了违宪审查制度, 其关键是 judgement 这个推理。马歇尔 Lawyer Statement 要避免与政治权力冲突, 宣布最高法院拥有违宪审查权, 这个权力比救济更重要。这个埋在他的整个判断里面。当时没有人注意到, 50 年后会有人看到。而黄松有的这个东西也是经典文献, 但是可能是一个让人遗憾的东西。

✓ 洛阳种子案

这是中国遇到马伯里诉麦迪逊案、伊金诉罗布案的问题, 假如上位法与下位法冲突, 法官有没有权力宣布一个无效? 我国显然不可以。立法权是一个完整的权力, 制定法律、修改法律、宣布法律无效。对这是中国的立法权对立法权的定义, 这是我国成文法体系的一部分。在普通法里, 法院或其他机构都可以。也有一个法官, 在黄松有的影响下做了这个判例, 结果搞得很僵。河南省人大常委会的主任李克强当时也是学法律的, 就成了学法律的人的斗争。

这两个案子是中国宪法的经典案例。立法和司法争夺主权者的位置, 谁更接近主权者。美国的国会认为是人民的代表, 更接近; 而中国甚至认为全国人大就是最高的, 但是这不一定成立, 主权属于人民, 不属于全国人民代表大会, 不属于什么机构。中国的法理麻烦的就是, 我们不知道国家元首是谁? 全国人大常委会就是权力机关, 某种意义上法理上是错的。一个东西理论上错的时候, 实践中也会错误。党才代表人民, 政党才代表人民, 人民群众变化, 党就会变化。如果党代表人民, 党就是主权者的化身, 那党和全国人大谁是主权者? 一个国家有两个主权者就是政治的怪胎。就会带来一个重新划分权力的问题。结果就是全国人大变成橡皮图章。只能行使立法权, 监督权其实也不再全国人大, 真正重大决策都在党这里。真正的主权者做出决定, 人大只不过是法律的一个形式。如何协调两个主权者? 1989 年是一个最重要的斗争。李鹏日记中可以看出, 中央做出四二六决定认为这是一个政治动乱的时候, 党做出了一个决定, 而全国人大做出另一个决定, 当时就把制定宪法时候的委员长彭真搬出来, 给人大的这些人上宪法课。这堂宪法课明确规定, 国家在党的领导下如何如何。这个问题就很复杂。中国的不成文宪法, 一种三位一体体制, 存在人大和党争夺主权的问题。中国和英国都有一个问题, 那就是主权。是全国人大主权还是人民主权, 党的位置在哪里? 尽管我们经常讲英国的很好, 说它是议会主权, 但是中国却绝对不能讲全国人大主权, 仍然强调人民主权。到美国就比较怪了。首先信奉的是人民主权, 就没有国会主权的概念, 而宪法又很重要。潘恩写了一个小册子, 意思是北美也有一个国王, 国王就是一个 document, 是一个宪法。如果宪法是人民主权, 争夺宪法的解释权就变成最重要的, 国会能不能有宪法解释。这样马歇尔提到的宪法条文的例外就重要, 关乎国会有没有权力制定一个法律。毫无疑问是可以的。只有美国南北战争后的一个判例, 最高法院说, 不允许违宪审查, 引用了宪法条款不可以挑战国会。除了那个案子外, 没有哪一个案子说不可以挑战国会。为什么不能这样? 美国违宪审查权面临基础的一些问题。

美国最高法院与中国最高人民法院完全不一样。美国最高法院有九个大法官, 中国最高法院有上千个法官。我国的最高法院是上诉法院, 一审案件如果是省高院审理的, 上诉到最高院; 再加上死刑复核案件接。而美国最高法院有宪法明确规定, 对一些案件有初审管辖权, 对一些案件有上诉管辖权。如果是这样的话, 就会遇到案件太多而审不过来。于是美国后来改革了, 就有了调卷令改革。案子上诉到最高法院后, 由最高法院确认是不是审理。所以美国联邦最高法院相当于我们最高法院的一项职能, 就是再审, 由最高法院决定是否提起再审, 调卷令就是最高法院提起再审。有了调卷令以后, 所有最高法院大法官看到案卷, 就由一个 clerk 写一个 brief, 写出争议点是什么, 在宪法中有什么意义。这个 clerk 谁来做? 就是美国最顶尖的法学院, 哈佛、耶鲁毕业的人。

怎么选这精英机制呢? 美国的法律期刊, 包括哈佛、耶鲁的, 优秀的法学院学生去做 editor, 最优秀的就去做 editor chief, 这样的学生出来后往往就去最高法院下面去做 clerk。美国知名的法律教授经常是做过最高法院的 clerk 的。他们学术研究能力特别强, 那些做过 editor 的, 要决定一个教授的文章能不能发表, 一定要水平相当高。

第七讲 案例-吴嘉玲案

1. 吴嘉玲案判决书
2. 强世功：“和平革命中的司法管辖权之争”，《中外法学》*
3. 强世功：司法主权之争，《中外法学》*

✓ 吴嘉玲案

遇到案例后我们习惯于写 brief，法庭辩论不是这样，辩论是首先有一个问题，这个问题是当事人的问题，要把当事人的问题变成 A、B、C、D 几个问题。每一个法律问题都会指向当事人的问题。打官司的方式辩论是 A，然后讲 B，然后讲 C，然后讲 D。写判词的时候可能从 D 开始讲，即使这可能是最不重要的问题。香港的这个问题一上来讲人大解释的问题。辩论的时候肯定不会这样。一般来讲，后面的问题建立在前面的问题之上。如果第一个问题就赢了，官司就赢了；否则就会到第二个问题、第三个问题。而写 brief 是写大前提、小前提什么的...模拟法庭和写分析有这个区别。把辩词的逻辑变成法庭的逻辑。

在 A、B、C、D 之间要建立逻辑关系。要清楚应该辩论那个问题，然后到哪个问题。

在 A、B、C、D 中一定有一个问题是对原告最有利，一个对被告最有利。在法庭辩论里面，问对方最不利的地方，保护自己最有利的地方。什么叫法律现实主义，这就是法律现实主义。问对方最难的问题。就让回答是还是不是。在这个案子里面，当事人的问题很简单，吴嘉玲就是要进入香港，取得香港居留权。这样一个问题进入法律程序，就成为了 A、B、C、D 的问题。紧接着涉及到就是 22(4) 与 24(2) 两个条款的关系。不同的法官在这里面会做出不同的判断。

问题的关键是特区政府的 22(4) 对 24(2) 构成限制了没有。第一种理解方式，特区政府的理解。22(4) 是完整的，24(2) 不是；而吴嘉玲一方是相反的。这是个法律解释的问题。涉及人大释法问题。如果如政府理解，就会让一些人无法获得居留权，原告认为是错的：居留权是一种宪法性权利。一个人是香港永久性公民，不仅意味着可以回到香港居住，而且包括选举权、被选举权。因此是一项宪法性权利。宪法性权利不可以被剥夺。如果认为是一项宪法性权利，可是竟然不能进入香港，就构成了与国际公约相悖的歧视原则。在香港永久性居民分为两类。内地公安机关、内地的法律适用于香港，与《基本法》附件三冲突。把这三个作为最为强有力的理由。这三个要说明，对《基本法》这两条的关系不能按照特区政府的理解。应该按照原告的理解。这样就会遇到一个问题。基本法的立法原因是什么。是保护永久性居民的宪法权利吗...把内地的法律放进来吗...判词里其实许多说的是 22(4) 与 24(2) 的立法原因是什么。发现这两种有两种不同的法律解释方法。特区政府是文字解释、文意解释。只要按照基本法就可以了。而原告的解释是立法原意解释。要看基本法是干什么的。如果对基本法理解正确，就不能出现这三种情况。如果按照政府的理解，22(4) 和 24(2) 没有矛盾。第二个说法，原告的说法不是一个对另一个构成了限制，而是冲突。这一部分的理由，对吴嘉玲是最有利的。翻阅基本法，不能认为基本法的原意可以构成这三个后果。

特区政府最大的优势，就是文字解释，法条就是这么讲的，如果原告非要这么理解，但是立法就是这么规定的。而原告认为违背了立法原意。从法律解释方法，两个条款是不是要有限制有矛盾？如果有矛盾，不是基本法的立法原意，一个好的解释应该法律内部不是有冲突的。对律师最有利的，是法律就是这么规定的。

究竟什么叫“中国其他地区”之类的学说、主要条款学说，在这个案子里，涉及到对两个条款的解释，而最重

北京大学法学院

要的是其中一个条款。固然这个案子里涉及到 22 (4) , 但是也应当主义 24 (2) 的解释。

正如《男孩想要的东西》里所说的说服别人的能力, 需要有一套修辞的方式。诉诸原则, 不断讲高度自治这个东西, 同时诉诸情感。要学一些修辞。要说服别人的技术, 中国古代比较好的是唐宋的文章。唐宋八大家的文学不只有修辞, 还说理。

还有一个问题。在法庭辩论里面, 要记住两个东西, 一个是法律解释方法。立法原意解释、目的解释、结构解释, 用哪一个, 不是最主要的。另一个是, 为什么用这种方法解释, 用这种方法解释的原因是什么。这个有人说是司法科学, 有人说是法理学。最终是要说明为什么这样解释。这样解释有几个最重要的法理学依据。本案中, 就不断讲高度自治的学说。

这个判词一上来就开始讲, 这个案子涉及到香港法院的司法管辖权。这个案子有没有这个问题? 这个案子在基本法解释方法之前, 先讲管辖权问题。其实这个案子从头到尾并不是涉及到人大常委会的解释权问题。

基本法赋予的是相互分立、相互制约的。前两段是在解释什么是司法权, 从司法权要解释出来对特区政府的审查权, 和对全国人大的审查。第一个问题, 对特区政府, 一个是三权分立的原则; 一个是特区政府要执行和解释司法权。

第二个问题, 对全国人大: 1) 特区政府的法院的司法管辖权来源于宪法授权, 全国人大的主权权力是宪法授权。二者的权力都来自于中华人民共和国宪法。不说来源于基本法, 说是来源于中国宪法; 2) 所谓的宪法性; 3) 《联合声明》。这三个结构放在一起, 就看到这个法院的逻辑推理。行使这个司法权, 来自中国宪法授权; 基本法是宪法性的法律; 联合声明。这五段话, 与上面的第二个含义, 为什么基本法是宪法性权利是相关的。如果认为上面两个逻辑可以理解, 那么香港法院就具有违宪审查权力。

还有最关键的理由, 《基本法》规定修改要符合联合声明, 也就是联合声明高于基本法。因此, 法院要解读基本法的内容。共同的东西, 就是法律等级制。最高的是中国的主权者, 香港的法院如何审查它? 它说, 主权者之上有一个宪法。宪法规定了全国人大常委会又规定了特区法院。之所以讲这个, 是为了打破这个等级制度。建立特区的法院和主权者之间, 权力位阶上的问题。如果放在同一个位阶之上, 可以行使违宪审查权。把人大常委会的位阶像香港的政府一样理解, 这样一个结构就知道它的逻辑了。

这个案子一个重要的问题是, 对于香港的案件, 中国最高法院没有终审权。一个主权国家重要的一项就是司法主权。主权者要有案件的终审权。当时为什么把终审权放掉, 82 年谈判的时候认为肯定会把终审权收回中国, 因为英国统治时期就在英国; 而当时的最高法院根本不可能审理这样的案件, 不可能审理这样的商事案件。当时主张成立一个专门的法院。最后为了稳定人心, 觉得中央要这个终审权没什么用, 就交给了香港。当时觉得法律没这么重要。现在发现原来这么重要。中央在基本法上的权力其实很小。中央与地方的问题, 在下一讲讨论。

第八讲

主权结构的建构：单一制、联邦制
与一国两制

1. 汉密尔顿等：《联邦党人文集》第 15-16 篇；第 37-39 篇
2. 塔利：《陌生的多样性》，第三章
3. 强世功：《中国香港》，第七、八、九章
4. 赵晓力：“以共和反对民主”，《清华法学》2010 年 6 期*
5. 甘阳：“公民个体为本，统一宪政立国”*
6. 强世功：“文本、结构与立法原意：‘人大释法’的技艺”*

这一节讲联邦问题。前面讲的是主权问题，主权如何在横向的层面上来进行违宪审查，告诉我们谁是主权者。我们说主权者是宪法。这里从纵向上来看，主权者是不是可以分得。从英国的角度讲，主权者不可以分的。英国、欧洲最基本的学说是绝对主权学说。只不过在决定主权的时候有不同的学说。一种是主权是绝对的，但是体现在国王那里，这就叫君权神授；后来是洛克对这个问题提出人民主权。主权建立在同意的基础上。霍布斯也提出主权来源于公民之间的同意。问题是主权是什么？人民是什么？人民是一个抽象的概念，读卢梭的时候会讲这个概念。问题说，这个抽象的概念在日常生活中不能操作。十三亿人不可能聚在一起来选举。日常生活中根本看不到人民在哪儿，人民只能选出来代表，英国代议制选出议员。密尔的《代议制》在政治哲学中的贡献，就是把卢梭的政治哲学中的人民概念进行了一个限定，在现代法律制度上体现，使得可以操作。这样在英国主权在哪儿？就形成了主权在议会。国王和议会共同代表议会。这个学说可以叫做机构主权学说，主权要找到一个机构来代表。中国也接近这样，主权一定要找到这样的机构。

但是美国独立战争的时候反对这个学说。美国独立战争就会面临一个问题。如果在英国，议会是一个主权者，有人民代表，代表与纳税联系在一起，无代表则不纳税。在北美就会遇到一个问题，大英帝国在北美的殖民地要征税，那么北美殖民地在伦敦的英国议会要不要有代表？这就成问题。英国议会里面没有一个北美的代表。既然没有代表，就不纳税。这是美国人的看法。

有一个很重要的人物出来反驳。伯克在《美洲三书》和其他的一些著作里面讲这样一些问题。其中最要反对反驳，首先来问代议制是什么，代表是一个形式代表还是实质性代表。伯克认为，英国的议会里面，从来不是一个形式代表。假如上海选举出一个全国人大代表，他是代表上海还是全国人民？《联邦党人文集》三十九章前后讨论这个问题，是 national 还是 federal 的，国家的还是联邦的，国家性的还是联邦性的。无代表就不纳税，按照代议制，要有代表就要通过选举，北美没有选，英国的议会就不能代表北美。如果是一个北京人选出来的人大代表就代表北京人。是不是这样？我国的人大代表毫无疑问代表全国人民。这意味着人大代表从哪里选出来的不重要。可能是上海选的、香港选的、北京选的，这不重要，这样就是产生的方便机制而已，最终是代表全国人民的。这是洛克的观点，实质代表。英国许多选区，选出来的代表的是整个英国人民，不是代表一个区讲话；人大代表无论从哪里来，讲话的时候代表的是全国人民。如果是这样，北美有没有代表就不重要，反正已经代表他们了。我们现在还知道关于美国的参议院、众议院区别，参议院的代表目标是代表各州，众议院的议员的目标是代表整个美国。换句话说，参议院就是联邦性的 federal，众议院是全国性的 national。这个层面上洛克有道理，除非要在英国议会之外建立帝国议会，这就是另外一个事情。

如果是这样的话，就会有一个问题。按照这样一个学说，美国人是没法与英国人作对的。美国人就找出了新的理由。它根本不承认这套学说。不认为主权在机构，主权在人民那里。它的目标是人民主权。人民的意志在哪里？在美国，人民意志体现在宪法。北美的 king，北美的主权在 document。这个来源于公司法，这个宪政概念来自于公

北京大学法学院

司法的建构，这才是 government。有一个国会，有一个章程，就像宪法一样。国王、贵族、机构不过是类似于职业经理人的机构，受到法律的约束。这样重新定义了美国宪政基础。如果是这样的话，就意味着主权在人民意志里面可以分割，主权不是绝对的。换句话说，绝对主权体现在法律文件之中，而不是机构。如果说美国宪法在宪政制度上对人类有贡献的话，联邦制是一个很大的贡献。下面的材料可以看出为什么联邦制对于欧洲历史上现有的国家形式是有很大的不同。

✓ 《联邦党人文集》十五、十六篇

《联邦党人文集》第一篇不在本节范围，但是应当读一下。《联邦党人文集》对现代政治的许多问题基本都谈到了。像刚才讲到的人大代表代表谁的问题，其实也讲到了。《联邦党人文集》我们都很清楚，是联邦党人在报纸上的连载，要说服纽约州的人投票通过宪法。美国宪法历史上面临的第一个问题，美国历史上几个最重要的违宪的事情，就是美国宪法的制定本身是非法的。为什么呢，按照《邦联条例》，当时是授权每个州的代表修改、完善一下这个条例，结果他们秘密协商，把《邦联条例》废了，搞了个新的东西。搞得新的东西就是非法的了，怎么给人民一个交代呢？就要通过它，十三个州要有九个州通过。这个文集就相当于三个人的系列博客文章，让大家投票支持，通过联邦宪法。我们也知道最后的结果是有八个州通过，最后反联邦党人与联邦党人进行了妥协，反联邦党人答应通过宪法，使得复核程序；联邦党人也答应弄出一个权利法案。今天我们说美国宪法很难修改，其实当初制定的时候马上就修改了。法律好不好，不在于难不难修改，有人莫名其妙地说美国宪法好因为不能修改，中国宪法不好因为很容易修改，其实不明白这个事情。

有一些重要的篇章，比如前面读到的第七十八篇，这里的十五、十六篇等。还有第十篇也很经典。《联邦党人文集》第一篇里，联邦党人有一个说法，为什么美国制定宪法这么重要？“时常有人指出，似乎有下面的重要问题留待我国人民用他们的行为和范例来求得解决：人类社会是否真正能够通过深思熟虑和自由选择来建立一个良好的政府，还是他们永远注定要靠机遇和强力来决定他们的政治组织。”这就涉及一个问题，这是古代到现代里面最重要的一个问题。一个政治体制、政治共同体，是自然的还是人为的？读过霍布斯以后，我们知道现代政治之所以和古典的不一样，是因为建立在人为之中，不是自然的。这里提出的问题不是建立在霍布斯学说上的一个问题。好的政府是通过深思熟虑和自由选择形成的，还是通过强力（战争）和机遇（自然的東西）的，应当选择哪一个呢？这就是美国人提出的问题。换句话说，是建立在古典政体学说上，还是霍布斯学说之上。

这个选择的重要性在于，“如果这句话不无道理，那末我们也许可以理所当然地把我们所面临的紧要关头当做是应该作出这项决定的时刻；由此看来，假使我们选错自己将要扮演的角色，那就应当认为是全人类的不幸”。换句话说，美国人认为，这是代表全人类、代表现代做出选择，如果选择错了，没有选择一个好的东西，建立的是糟糕的政府，就不仅仅是美国的不幸，还是全人类的不幸。人为的可能是好的，也可能是坏的。美国人的选择重要是因为它处在一个现代的开端。缔造一个国家的时候，能不能创造一个对人类好的。如果创造的是坏的，也是现代政治哲学、霍布斯的学说和全人类的不幸。也可以说，在人类历史上，美国的政体是最符合霍布斯学说的。最重要的是政体是人为的，而英国的政体是自然演化生成的，不是自行缔造社会契约，以致于最后没有一部成文宪法。英国人最骄傲的就是所有的历史都是建立在传统的基础上。霍布斯在写了《一位哲学家与英格兰普通法学者的对话》后，Hale 黑尔大法官写了一个辩论。两个人的辩论就是政治体制是人为还是自然的。Hale 认为之所以普通法由法律人解释，因为它不是由国王制定的，普通法已经有三五百年漫长的历史，是历史积淀下形成的。包括后来的哈耶克，都是建立在对英国普通法的街市上。而美国恰恰反对这种东西。所以第一篇一开始就讲这个问题。

第一篇还有一个重要的问题。如果美国的选择这么重要，它不是代表美国本身，而是代表现代全人类的命运，这个时候，是清教徒的天定的命运。换句话说，前面讲清教徒、加尔文教的学说的时候就有这种思想，认为承担了一项使命，这种使命不是传播上帝的使命，而是代表上帝创造一个美好的政体。天定命运学说一直伴随着始终。了解了这些背景以后，再来看第十五篇。

第一段，“在前几篇文章里，我力求用清楚而令人信服的说明向你们提出联邦对你们的政治安全和幸福的重要

意义”。政治安全和平幸福，这都是霍布斯政治哲学的用词。联邦最核心的问题是能不能实现政治安全，政治安全对能不能实现和平幸福是最重要的。“如果你们让连结美国人民的神圣纽带被野心或贪婪、妒忌或谬论切断或解开，你们就会面临错综复杂的危险。”

接下来第二段写的是天定命运。美国人是怎么联系在一起的？是上帝联系在一起的，是神圣的。关于这一点，一直到后来，有一个学说，美国宪法不断辩论的学说：美国宪法奠基在哪里。换句话说，那一年看作是美国国家的奠基。一般的学说，尤其是自由主义学说，会把美国的奠基看是在 1789 年，因为有了宪法。有了宪法就创造了一个国家。可是这个国家的公民之间，没有形成一个民族。美国是一个国建，但不是一个民族。以至于说，到南北内战才美国变成一个 nation。这个到后面会专门讲。但是从这一点看，美国这个时候，是先有美国人民还是美国宪法？在美国宪法解释里就有两种不同的学说。第一种说法是美国人是美国宪法创造的，先有美国宪法而后创造了美国人。什么是美国人？就是不断地把非美国人变成美国人。尤其是二战后，大量欧洲、亚洲移民进入美国。只要符合美国宪法的条件，就自然变成美国公民了。另一种说法是先有美国人民后有美国宪法。美国宪法是美国人民创造的。这意味着美国奠基在 1776 年。联邦党人文集无疑认为是这一种。使美国人称为美国人民的不是宪法，而是神圣。这就意味着，如果认为是美国宪法创造美国人民，是自由主义；如果是上帝神圣原则创造美国人民，是保守派。60、70 年代的保守派复兴，最重要的复兴运动就是复兴联邦党人文集。只有回到联邦党人文集，全部保守派的学说就出来了，先有人民、上帝、革命、独立战争，才能缔造宪法。解释宪法要根据立法原意，立法原意就要在《联邦党人文集》里面去找。理解了文集与美国保守派的关系，就知道文集在美国宪法学中为什么那么重要。

我们现在来看第十五篇里面最核心的问题，简单地讲是处理霍布斯的学说里面临的一个问题。霍布斯的学说认为，主权者最重要的是每个公民签订社会契约后授权给他。现在的问题是，能不能有 state 这个结构在 United States 和人民之间。这意味着美国的十三州变成一个联合国家。这样的结构究竟意味着什么？全部的辩论是 national 还是 federal。美国联邦党人认为全部是 national 变成国家，主权在中央。而反联邦党人认为国家是 federal，邦联政体。美国是十三个有独立主权的国家团结起来，主权在州。所以这二者最大的区别是联邦党人强调主权在联邦，反联邦党人强调主权在个人。

《联邦党人文集》第十三、十四、十五、十六篇最核心的就是这个问题。选读文献中的《公民个体为本，统一宪政立国》，对联邦党人做了公民个体为本的概括。公民个体为本就是霍布斯的学说。换句话说，主权必须建立在公民个人之上，不能建立在中间的结构之上。接下来我们来看一下与联邦相关的一些问题。

美国制宪会议面临的任务

全部的问题是，现在有十三个国家，怎么建立起来？如何在独立的共和国的基础上，建立起新的独立国家。这是人类历史上第一次遇到这个问题。我们回过头来看历史，有哪些历史资源？有几种政体：古希腊城邦政体 City State；罗马帝国；中世纪城市共和国；民族国家体制，也就是霍布斯的学说，以及在霍布斯的基础上产生的国际联盟。《联邦党人文集》很有意思，不断讲到欧洲历史上各种政体的历史，十五、十六章就讲到了古罗马、意大利联邦、瑞士联邦等。

如果是这样的话，美国是什么？是民族国家，还是民族国家组成的帝国的联盟呢？就有几种理解，有的说是民族国家，有的说是帝国，这个时候还不是帝国模式组建，等到土地扩张的时候才是，比如 1803 年这个时间，发生了非常重要的马伯里诉麦迪逊案，但是这个案子过了五六十年没人记得这个案子，这一年对美国人讲还有更重要的一个事情，就是杰斐逊决定购买路易斯安那，使美国获得了大片的土地。这才是美国帝国的开端。所以这个时候最终要的，是美国究竟是一个由十三个国家建立起来的联盟，还是一个国家。要放在当时的历史环境看这个问题，美国的贡献、这部宪法的贡献就是这是按照霍布斯学说真正建立的第一个国家。在此以前基本没有。要认识到这项崇高的事业。中国颁布第一部宪法的时候，毛泽东来演讲就说你们在做一件前无古人的事业，要建立社会主义国家法治。虽然实际上并不是前无古人的。美国人则普遍认为联邦制是美国人的贡献。

联邦制思想根植与圣经以来悠久的契约论思想中，即圣经中上帝与人之间契约。美国初期有关于联邦制的辩论。

北京大学法学院

所谓 Federalism 是一个很宽泛的概念，包括联邦制、联盟、同盟、自治组织都属于在内。建国初期的辩论有 Actual Representation vs Virtual Representation。这个辩论要问美国是哪一种。第二个辩论是 Compact Federalism vs National Federalism。Compact Federalism 大约就是反联邦党人的观点，换句话说，是十三个独立的国家签订一个 compact。这就意味着主权的单位是这些国家，国家是主权的 minimum unit。第二种观点认为，建立的不仅仅是个 compact，而是一个 nation，要建设一个民族。他们的意思就是十五、十六章讲的，主权的 unit 不是国家，而是个体。这个问题的区别在独立战争时期就不断进行辩论。我们可以看独立宣言，宣言认为自由独立的十三个国家，为了反抗英国而团结起来，强调的是每个国家都是独立的。独立宣言很清楚，它认为建立的国家绝对不是 national，而是 federal。美国制宪会议以来，就是在这个问题上，就是在美国建立的是 National Federalism 还是 Compact Federalism 之间辩论。我们把前者叫做联邦党人，后者叫做反联邦党人。

这个问题不简单，在建立共和国的时候就有这个难题。从古希腊伯罗奔尼撒战争以来，到马基雅维利，一直到孟德斯鸠都有这个难题：如果是小共和国，就会被外国力量摧毁；如果是大共和国，就会被内在的不完美所毁灭。有希腊城邦的例子和罗马帝国的例子。这个如何解决？就有一种办法。首先有一些小的共和国，符合内部结构良好的城邦的结构；然后通过 Convention and Agreement 来形成一个邦联共和国，内部结构很完美，外部也很强大。这是反联邦党人的观点，把联邦结构与共和传统联系在一起。共和传统是一回事儿，联邦结构是另一回事儿。共和传统解决的是公民能否自由的问题，能否人人参与投票、参与政治生活。大的共和国不可能人人参与，大共和国往往是君主制，小共和国是民主制。除了人民共和国以外，还有大共和国和小共和国的问题。这两个结构的结合是把两个政治哲学概念结合。想要把共和国的自由和大共和国的安全结合在一起。《联邦党人文集》讨论的是如何把大共和国里面强大的因素与小共和国自由的东西达到均衡？如果太自由，国家就一盘散沙；如果太强大，变成君主专制了，就没有自由。要找到一个平衡点。美国宪法的设计，最重要的概念就是均衡，贯穿均衡。包括三权分立、制约平衡，都是均衡，最重要的均衡就是自由与安全之间的均衡。

共和制的传统，为什么一般认为小共和国好？为什么反对大的共和国？大的共和国，在古典的意义上对安全有利。现代共和国，加了另外一个东西，就是商业。美国当时认为之所以在商业上失败，是因为打不过大英帝国。联邦党人说要在商业上与英国竞争，就需要大共和国。那么对自由来讲，商业是个好东西还是坏东西？换句话说，如果把自由变成另一个概念，我们马上就可以发现公民自由可以是这样一些概念。比如品德，value，commerce.....商业对实现公民品德是好东西还是坏东西？有一些人认为，商业有野心、搞竞争，有各种手段。今天中国很糟糕、很腐败很重要的就是因为商业，商业鼓起人们的欲望。这一排基本上是共和派，共和派天然喜欢小共和国，不喜欢大共和国。大的国家虽然安全，但是对自由、品德造成最大威胁的就是大的国家。公民道德败坏不是因为政治专制，而是因为而是无所不在商业。而另一派认为商业对道德基本上是好东西。商业带给人们的第一个是自由，有钱了就不用担心、不用怕了、就平等了，不用听命于政府。有了商业了，就带来了文明。做生意至少不能太粗野。今天中国之所以南方人比北方人文明，是因为南方人要做生意，不能撕破脸皮，不像北方人有两句话不对就开始打架。商业还创造艺术，有钱了、有闲暇了，就可以搞艺术了。所以人类文明有商业的东西。商业还促进了太多的好东西。在当时的欧洲的思想家有很多这种辩论，而在共和派那里，商业一般被认为是贬义词。

当时历史经验支持能建立的都是反联邦党 联邦党的贡献就是一反传统 联邦党人反对这个契约联邦制 Compact Federal 而要建立 National Federal。就像第二篇所说，美国人民联系起来是通过神圣的纽带，是上帝让美国人联系在一起的，如果不能团结起来，就是“再见吧！永远再见吧！我的伟大的一切”。哪些伟大的东西？当时很多人会说，小共和国才是好的、有德行的，如果有可能，就用小共和国形成 federalism。而联邦党他们要做的是与这个中世纪以来的传统决裂

联邦党人认为什么？为什么他们认为反联邦党人的说法靠不住？最主要的是他们认为反联邦党人方法不能解决安全。首先它是松散的，不能抵抗外来侵略，不是法国或者英国的对手；第二它内部容易发生战争。这两个原因都是客观外在的问题，最重要的问题是，按照霍布斯的学说，主权内的主权是政治上的怪胎。欧洲历史上这些东西，Compact Federalism 都是政治怪胎。欧洲历史上这么多的联邦，为什么都是政治怪胎？因为它不符合霍布斯学说。

按照霍布斯的学说，主权一定是个人之间建立的，而不是单位之间建立的。说它是政治怪物，是建立在霍布斯的学说之上。只有读过了霍布斯，才知道这些现代原则与它的关联。就像第十五篇说的，“立法原则是以各州或各州政府的共同的或集体的权能为单位，而不是以它们包含的各个个人为单位”，其结果就是暴力代替了法律。当联邦党人提出主权之上的主权是政治上的怪物的时候，文集里明确提出这要一个新的政治科学，其实就是霍布斯的政治科学。在他们的时代而言，霍布斯的学说确实是个好学说。

我们再看一下反驳。反联邦党人的思路，为什么认为形成这样的联邦可以抵御外来侵略呢？就是各州和平，这种方式是建立在认为各州之间相互信任基础上的。反联邦党人的假定是公民是有德性的。对这个说法，联邦党人是这样反驳的。联邦党人认为，公民有德性，可以相互信任、相互宽容、相互联合，这样的说法是荒诞不经。为什么？因为全然不知驱使人类行为的真正动力。真正动力是什么？欲望、野心，不是德性。所以说美国建立在霍布斯学说之上。加入人是天使，不需要有政府，这就是霍布斯的学说。人都有野心，唯一的办法是用野心对抗野心。这就是制约平衡。三权分立意味着，每一个权力代表着一个野心，这些野心相互制约。这些接近于亚当·斯密的看不见的手，这个学说就是把亚当斯密的学说用字政治科学。所以我们可以看出，所以说所谓新的政治科学全部是霍布斯的政治科学。

那么解决的办法何在？就在第十五篇。政府必须将其作用传达给公民个人，不能通过任何中间的机关。这是《联邦党人文集》一个相当大的贡献，在相当大的程度上影响现代政治哲学。按照反联邦党人的说法，小的共和国叫共和国，是靠德性 virtue 形成的，是一个 republic；大的共和国 power 是不是共和国？不是，要么是帝国，要么是君主国。只有小的 republic 才是共和国。Republic 是一个好东西，在整个政治哲学上都是个好东西。反联邦党人拿着一个古代的好东西，认为符合这个好东西是共和国，其他的东西都是与共和国相对的，是集权体制、君主国，不是好东西。而联邦党人做了一个伟大的事情，类似法律解释，解释了什么叫共和国。说反联邦党人说的那一套不是共和国，而是一个新的概念，叫做民主制，不是共和国。我们说的才叫真正的共和国。为什么这么说呢？民主是好东西还是坏东西？今天说来当然是好东西。为什么把民主的好东西给了反联邦党人？当时民主是个坏东西。当时整个政治哲学，柏拉图、亚里士多德，都认为民主制度是最坏的政体，是一种暴民政体。联邦党人说你们说的共和国、小城邦都是暴民政体。民主政体和共和政体有根本区别：共和政体是选举产生的；共和政体是一个大共和。共和政体管辖的人口比较多、范围比较大。

这些写在《联邦党人文集》第十篇。第十篇之所以重要，就是因为它在政治哲学上颠覆了古代对共和国的看法。它把古代对小共和国的看法，从亚里士多德、孟德斯鸠、马基雅维利到反联邦党人看重的小共和国的优越性颠覆掉了，认为那就是暴民政体。而大的共和国才是真正的共和国，它建立在代议制之上，小的共和国需要直接民主制，大共和国是代议制，由代表产生。

写这些是为了对党争、派系斗争问题进行铺垫。两个政体里哪一个更有利于制约派系斗争？认为是大共和。联邦党人在政治哲学第二个贡献是彻底颠覆了古典传统对共和国的看法。共和国不再是反联邦党人意义上的小的 City State，而是大的商业国家。为什么共和政体比民主政体好？在第十五篇中看到。其中的内容也与第十篇的内容有关。我们可以参考文献。

根本的意思，是对联邦党人提出的共和国进行改造，改造成符合大共和的要求。三十七、三十九篇都来界定了什么是共和国。自从《联邦党人文集》重新做了这样一个界定后，共和国的含义就变成了代议制共和国。代议制以前已有叙述，联邦党人最重要的把代议制纳入到共和国，这是一个好的思想。后来，大的共和国中自由的概念不断发展，这是因为自由和商业相关。简单来讲，大约在六十年代以前，二战以来意识形态争夺中，美国首先在二战中给自己赋予的意识形态是自由世界，自由世界首先针对的是法西斯。它的最高价值是自由。到了冷战时期，和它相对应的概念是民主概念。社会主义从来不去强调我们是一个自由国家，而会强调民主国家。民主国家重要，是因为它强调平等。当一个自由，一个是平等，哪一个比较好？越来越多的人意识到平等的、民主的世界比较好。所以后来美国的全部努力就是把自由慢慢变成民主。总之，当时联邦党和反联邦党人争夺的是对共和国的定义权。二战以后，争夺的是对民主概念的定义权。

北京大学法学院

如果是这样，后面的问题就是联邦政府是共和政府吗？就是三十七章讨论的问题，为什么这样设计依然是共和国。

✓ 中国香港

理解了政府的这些建构，我们忽然发现一国两制是什么？一国两制是一个描述性概念，不是一个分析性概念。有学者试图把一国两制看成一个分析性概念。所谓描述性概念，大约是对物体具体的外在客观的描述，比如一个国家是社会主义国家；所谓分析性概念，是一个概念不止讲中国，还适用于许多现象。不是研究一个具体的东西，而是从具体的东西得出来一个基本的结构，这个结构适用于许多现象。一国两制本身是一个描述性概念，有一个学者把它看成是一个分析性概念，就是黄仁宇。如果变成分析性概念，会说一国两制不是什么新东西，美国南北内战就是一国两制，中国历史上元代的时候不同的税收制度。这就是把一国两制变成一个分析性概念。其实这是一个错误的概念。因为一国两制是一个特别的概念，不是描述一个国家有两种制度，它描述的是一个国家结构。这里面最重要的不是社会主义与资本主义的概念。如果认为最主要的是社会主义和资本主义，那只看到最表面的东西。如果对这个国家结果进行分析，会发现这恰恰是人类历史上很少见的东西。这究竟是什么？是单一制还是联邦制？是 Compact Federalism 还是 National Federalism？强老师认为，一国两制不是欧洲历史上的两种联邦制，而是一个帝国的概念。这个帝国的定义与欧洲罗马帝国的概念不一样。这个问题还有待于大家理解，要重新去讲中国历史上一直以来的国家是什么样的。欧洲历史一直以来辩论的是 City State 这样小的共和国、城邦和帝国的关系问题。那么中国呢？中国辩论的是郡县和封建的问题。中国帝国概念和欧洲不一样就要理解什么叫封建、什么是郡县。这是贯穿始终的概念。在郡县和封建之上，是一个关于国家的问题。一国两制的真正贡献不在于社会主义和资本主义，而在于重新思考中国不同于欧洲解决国家主权问题的模式。

如果从主权的概念入手，中国对香港有什么主权？主权的要素有军队、外交、立法、司法、货币、税收、财政、公民体系、国家符号等。主权的要素都要体现在这些。中国对香港有什么呢？只有军队、一半外交、一点立法、一点符号，别的都没有。这是一个主权国家吗？并不符合今天意义上的概念。而在美国联邦体制下，美国对各州是全都有。所有貌似联邦制给了各州很大的自主权，但是主权问题上全部是联邦的。中国不是联邦制，港台就是港台，港台的主权在中央，可以嘴上说在中央，实际上中央什么都没有。这就是今天面临的问题。这个地方虽然小，但是这些主权因素都没有，连主权都没有、这些要素都没法控制，那怎么控制香港。此消彼长，在法律上没有主权的时候，不能用法律治理的时候，就开始用人治。没有主权、法律没关系，只要有人就行，人是谁？在香港，认为是爱国者。香港的所谓爱国者不是一个爱国不爱国的问题，是要解决这样一个问题。没有法律，就要找人，就要找出一个标的，就是爱国者。香港的问题与民主制度什么的没有什么关系。香港问题是整个国家结构的构造带来的宪政的基本问题。

就像《联邦党人文集》讲的，为什么以公民个体为本，我们看在十五篇倒数第四段。一句话，就是要把联邦政府的治理从紧急状态下的治理变成常规的治理，常规的治理就是立法、司法。如果联邦政府针对各州公民立法、行使司法，就是日常的治理。可是如果联邦政府不能对各州公民立法，当发生不可预测的时候，联邦政府唯一使用的手段就是军事。用军事手段，每次违反法律，必然会造成战争状态。武力强制必然会成为人民遵守法律的唯一工具。如果中央没有这套法律的治理，又有没有爱国者——人来治理，发生异常情况，唯一能依靠的就是军队。这显然不可能，一定要让主权者建立在公民个体上。达成这一点有几种办法？第一种是靠法律、立法，让所有的治理变到常规治理；如果没有立法，就是今天说的统一战线什么的。就会出现新当选的行政长官梁振英究竟是不是共产党员这样的问题。这也是主权者和公民之间建立联系的方式，我们不要只看表面的东西。表面的背后与政治结构有关系。

✓ 《公民个体为本，统一宪政立国》

选读文献里面甘阳的文章《公民个体为本，统一宪政立国》。九十年代在中国面临类似当年联邦党人的情况。中国面临一个严重的中央和地方关系失调的问题，中央权力不能建立在公民个人之上。90年代以来中国面临的许多宪政难题，包括重庆模式问题，都与这个有关。我们有一个中央的主权，地方有各省，在历史上就是诸侯。中国历

史的问题就是中央权力是不是能够巩固和地方诸侯是不是要做大的问题。49年以后我们建立了中央集权体制，集权靠什么？看看我们的宪法，我们国家的宪法是一部促使国家分裂的宪法而不是促使统一的宪法。我们的体制下中央控制地方的权力很弱。按照中国宪法来做的话，中国宪法最强硬的条款是六十几条，有一个全国人大常委会有一个责任是，审查各地法律是不是与中央符合。我们没有发生过这样一起事情。中央地方关系的凝聚靠党。哪里出了问题，党要统一起来，靠党来解决中央地方问题。八十年代改革，有一个概念，叫放权让利。中央最重要的权力是财政权，以往是中央把钱收上来然后往地方救灾，后来改革开放放权让利，把中央财权放下去了，地方搞活了市场经济，结果在财政主权上面临中央没有财政，地方有钱的问题。中央有国有企业，国有企业不景气。朱镕基 93 年当总理的时候，国有企业大规模亏损，国家财政困难，就开展清理三角债。三角债就是国企 A 欠 B 钱，B 欠 C 钱，C 欠 A 钱。国家清理三角债，中央拿钱来付，国企协商。但是中央哪儿有钱？中央的钱要从地方上出。地方上谁最有钱？显然广东最有钱。以往地方要给中央上交，但是地方会造假，国务院总理一个省、一个省谈判要钱。中央跟广东谈判，要他们去北京谈；然后做了一个最重要的决定，把原广东省长叶选平调入中央做政协副主席，找了积极的人派到广东去。但是总是靠党说话不是办法。中央的改革最主要的是分税制，中央税和地方税分开。中央直接对每一个地方的公民收税，不通过省、直辖市来收税。所以现在中央的财政越来越强，如果没有分税制，由各省分派，中央就要跟各省的省长谈判。好在各省省长不是民主选举选出来的，如果省长都是由人大代表选出来的话，那地方就自治了，中央就限制不住了。我国宪法不是一个巩固维护中央集权的宪法。理解了这一点，就能理解 90 年代的一系列问题。这两天，知道这个背景就可以解释许多问题。比如厦门远华案的背景就是，中央没钱的时候，首先军队没钱，养不起军队。军队就做生意，远华案就是军队做生意导致的。远华案后，中央认识到即使什么也不做，军队也要由国家养起来。如果军队由地方养，不就马上变成地方割据。财证券很复杂，财证权的核心就是公民个体问题。这也是甘阳写这篇文章的问题，这篇文章就是针对当时出现的一系列中央与地方关系的问题。他批评的就是地方自治的问题。

下一次节的三个案子，就是涉及到中央和地方的关系。

第九讲 联邦主义：美国宪法中的商业条款

1. McCulloch v Maryland (1819)
2. Gibbons v. Ogden (1824)
3. United States v. Lopez (1995)
4. 强世功：“联邦主权与州主权的迷思”

上节课讲到了关于国家建构最基本的模式，关于联邦制、单一制以及中国的一国两制的问题。其实讲的相当简单，是概况性的。这方面的问题在宪法课程中有更深入的解读。从上节课的问题中，我们进入到一个问题上，在美国这样的国家中，如何处理中央与地方的关系。这里面最重要的条款是“贸易条款”，也可以叫做“商业条款”。

麦卡洛克诉马里兰州

1816年，美国国会通过法案设立了合众国第二银行，该举措收到了各州地方小银行的反对，使得许多州通过立法的形式来限制银行国家银行的权力。1818年2月，马里兰州议会通过一个法案，对本州内所有非经马里兰州议会颁发执照的银行和银行的分支机构进行征税。但合众国第二银行在马里兰州的分支机构拒不纳税。于是，马里兰州就到当地巴尔特摩县法院起诉合众国第二银行马里兰州办事处的营业员麦卡洛克。县法院判原告胜诉，并发出令状要求被告支付税款。被告上诉到马里兰州上诉法院，法院维持了原判。于是，被告又通过再审理令状（writ of error）将案件上诉到联邦最高法院。

吉本斯诉奥登案

1808年，纽约州授予罗伯特·莱文斯顿（Robert Livingston）和罗伯特·弗尔顿（Robert Fulton）在该州水域的汽船运输专营权，以鼓励他们在汽船这种新技术方面的投资。

他们又授权艾伦·奥登（Aaron Ogden）在新泽西和纽约之间的经营渡船。佐治亚州的托马斯·吉本斯（Thomas Gibbons，曾是奥登的合作伙伴），得到联邦根据1793年的《联邦海岸航行法》（The Federal Coasting Act）而颁发的许可证，于1818年开通新泽西（New Jersey）至纽约（New York）渡船航线，与之进行竞争。吉本斯的渡船必须进入纽约的水域，侵害了莱文斯顿和弗尔顿的专营权和奥登的经营权，由此引发诉讼。莱文斯顿、弗尔顿和奥登成功地从州法院获得了限制禁令，禁止吉本斯的航线。吉本斯以自己的经营是依照《联邦海岸航行法》为由，认为纽约州赋予奥登以及莱文斯顿和弗尔顿的垄断经营权，不符合美国宪法，因为宪法规定只有联邦政府才能管理洲际贸易。纽约州法院认为联邦因管理洲际贸易的权力，但各州也有管理洲内贸易的权力，因此，纽约州有权授予莱文斯顿和弗尔顿的垄断经营权。吉本斯随后将此案上诉到最高法院。

合众国诉劳培兹

1990年，国会通过的《无枪校区法》禁止“任何人有意在[他]知道……是在校区之内持有枪支”（第922(q)条款），而一名叫做劳佩兹的学生秘密携带一把手枪进入他所在的中学，被指控违反了《无枪校园法》。地区法院驳回了其撤销控告的动议，理由是法院认为该条款是国会依照宪法行使权力来规制商业行为和影响商业的行为。与此相反，该案上诉到上诉法院，根据国会那些不当的决定和立法的历史，上诉法院认为该条款超

我们知道美国宪法的历史背景。在当时的美国，制定美国宪法基本上以州的主权作为想象的。换句话说，《联邦党人文集》第十四、十五、十六、三十七、三十八、三十九章中，同样表达了美国是一个统一的国家，这个国家是 federal 的还是 national 的。上节课讲过区分 national 和 federal 最基本的区别。那么如果在这样的背景下，会发现如果按照美国宪法的条文，只有一个条款是可以由中央调控地方的，就是今天要讲的贸易条款。如果把这个条款去除掉，会发现中央联邦，无论是国会还是总统，都很少有权力直接面对各州在经济授权里行使的权力。正因为这样，这个条款在美国宪法中特别重要。我们经常说，美国宪法两百年没有变化。其实这是一个错误的理解。两百年其实变了很多，而且变的程度超出你的想象。变化不是通过宪法条文的修改变化的，而是通过最高法院对条文解释的变

化实现的。实际上，对于条款（terms/clause）解释的历史，大约可以看做是美国中央与地方的关系史。其中最重要的是贸易条款，联邦政府在多大的权力范围内可以调整商业关系。美国从一个农业社会过渡到工业社会，到今天以信息经济为核心的经济模式的过程，背后是这个条款在起作用。关于这个条款的案例特别多。

这里有三个最经典的案例。第一个案例，麦卡洛克诉马里兰州。这并非商业条款案例。后两个案例则是典型的商业条款的案例。后两个案例判决的确立根源于《联邦党人文集》和麦卡洛克的这个案例奠定的联邦主义，美国强调的是 National Government 而非 Federal Government。

《联邦党人文集》第三十九篇和马歇尔在麦卡洛克案的判词来理解。假如草案通过了，现在十三个州要有九个州通过。如果纽约州选出来代表专门进行讨论、投票，最后纽约州投票接受这个宪法。那么接受这个宪法是以州的名义做的，还是人民？马歇尔在这个案子中，应该是 federal 还是 national？如果说是 national，就用应该人民。美国一部分是 national，一部分是 federal，说明它是一个混合政体。马歇尔讲的很明确，就是 national。National 的含义，十三州里面要有绝对多数，就是九个州通过；另一种理解是如果十三州总共有若干人口，以绝对比例人口通过，也是通过宪法。这就是美国今天的选举人团制度。这个制度不是说要在美国的 50 个州里面一定要拿到 25 个州以上；也许只要拿到十几个州，但是人口达到了一般以上，也可以通过。这样，那些小的州是没有意义的。小的州也许只有两三张票，大的州一个就有三四十张。

十三个州里面要有九个州通过是什么含义？如果十三个州里面九个很小的州支持，而两个很大的州不支持，是怎样的？当十三个州有任意九个州通过的时候法案通过，实际上是说，不管是大州，还是小州，都是一票。所以真正的含义，《联邦党人文集》是对的，是从宪法的通过来看。反过来，马歇尔在这个案例中的判词的主张就不符合《联邦党人文集》的主张。他认为宪法通过是以州主权为单位，这就意味着州的主权至高无上。马歇尔说不是州主权之上，全美国人民站在一起投票是不可能的，所以把人民分成不同的州投票，哪怕你在纽约州投票，你不是代表纽约州，而是代表全体人民。美国是各州通过的。这是联邦体制。而马歇尔的这种做法是国家体制，纽约州的人代表的不是纽约州，而是国家人民。这是理论上的最大分歧，所以看三十九篇的时候会发现有二个理解。

✓ 商业条款

关于商业条款，要注意实质性影响的判词。制定了 1787 年宪法后，如何理解宪法？宪法是一个法律，所说的法律是什么？通常由一种理解，制定一个宪法，我们想的是在这个地方有这个东西，意味着这个东西肯定是不变的。只是现在需要把它找到。法律是确定不变的，法律是客观的，就在那儿，至于在哪儿，先暂且不去管它。客观主义，在讨论法律是什么的时候，是一种科学的观点，告诉人们运动是客观的，就在这儿存在。如果是这样，宪法就在那一部写成文字的东西。但是马上就会带来问题。一个人，一个法院，跨越一个时空读这样的一个文字，和当时的时代读这个文字，如果按照科学的理解，意味着不同的时空的人读到宪法的理解应该是一样的。但是实际上并不是这样。要理解阐释学或者解释学的一些基本的理论。这意味着有一个客观的东西是不动的，肯定有一个理解是正确的，不正确的有与宪法的时代相差太远、理解出错等。但是解释学兴起后，完全否定了这个看法。解释学认为，根本不存在这么个东西。文字存在因为与我们的认识联系在一起。客观事物的存在处在一个结构中，没有一个东西是离开人的意识存在的，这样的存在是没有意义的。存在一定属于我的意识发生关联。这有些类似于高中唯心主义、唯心主义。唯物主义就是事物的存在不以意识为转移；唯心主义认为存在是因为和人发生了内在的关联，是在一个关系中存在。离开了人的认识、理解，所有客观物质也许存在，但是存在没有意义。这是一个类似唯心主义的理解。如果这样的话，任何一个这样的存在都是包含了我对它的理解。对于美国宪法，不同的人读来的就是不同的东西。这时候我们会说，有不同的宪法，第一个是作为文字的宪法，与一部词典、一个历史档案没什么区别，是死的东西；如果要让它活过来，就必须理解它。宪法从来不是确定不变的，而是“生长的树条”，是不断发展的。

如果这种观点产生，宪法应该是与时俱进的。劳培兹这个案子，可以是一个看到自由派、保守派基本分歧的很好的例子。我们要确定在一个宪法的原点上，一个方向是保守派，一个方向是自由派。我们可以把九个大法官放在上面。

最极端的观点，认为宪法是不可以变的，是谁；比较温和的是谁；自由派的是谁。

伦奎斯特法官做了许多与时俱进的理解。与时俱进的理解走的最远的地方就是“实质性影响”学说。我们已经对宪法做了与时俱进的理解。我们已经对宪法做了与时俱进的理解，到了这里就要 stop，不能再往前走了。换句话说，按照现有的实质性影响学说，只能到这儿了，不能往前走了，不应该超过这个地方。我们可不可以在实质性影响上再往前走？当时法理学就发展到实质性影响的程度了。再往前发展就是问要不要自由。伦奎斯特告诉我们不能往前走了，他指出了三个标准，贸易工具、贸易对象、是不是产生实质影响。第三个标准最为关键。是不是产生实质影响，是因为自由派产生新的观点，对实质性影响做了革命性发展。把实质性影响定义为重大影响；实质性影响不是个体影响，而是累加的影响；不是直接的联系，而是间接的联系。这个判词里面，这些都是相互关联的。伦奎斯特做出的判词就是批评这些反对意见。反对意见要批评主流意见。因为大法官是投票以后再去撰写判决词，投票前每个人的基本立场要讲清楚。要把批评的对象讲清楚。这个问题在哪儿？为什么实质性影响不能往前走了？就是我们会发现，就像卡多佐大法官说的一段话，不能在推论之上再进行推论。我们已经从 commerce 贸易这个地方，在实质性影响的理论下扩展进了生产，有许多案子，比如童工，一个州使用童工，本来政府的目标是左派的，代表左派劳工利益，禁止企业雇佣劳工。但是宪法、法律没有规定禁止企业做什么。就使用这个商业条款来规制，因为企业使用童工会导致企业成本下降，必然会波及到另外一个州企业利润，导致贸易不平衡。以规制企业贸易为名，禁止企业使用童工。实际上把生产囊括进来了。最初的案子就是商业贸易，与生产无关；后来囊括进了生产，紧接着带入了好多问题，比如禁止赌博、关于妓女的问题、各种道德的问题，联邦政府的干预都是用州际商业条款。这个条款发展到了一个匪夷所思的地步。前面的案子还基本是在贸易、生产这一块，后面甚至出现理论叫“商业流”，说商业不是简单的贸易，一定与别的联系在一起，就不是具体的而是商业流。到了后面一个案件，干脆就不那么麻烦了，只要有实质性影响就是商业性影响。我们就会很好奇，美国人怎么过日常生活。普通的美国人在家里种地，出去卖粮食，联邦政府说你不许卖，还要起诉他，这与中国计划经济有什么区别？计划经济政府可能规定你种高粱、红薯，而它不赚钱。你说中国的计划经济不好，但是看美国的每一个案子，比如商业条款的案子，从中看美国人的日常生活史，涉及到童工、赌博、妓女、校园枪支等问题。这就是实质性影响学说造成的。问题的关键是，从这个学说再往前发展，实质性影响不是直接的，而是间接的。小麦拿到市场上去卖，对你没有直接的影响，但是可以发展出间接的影响。这样我们就可以理解托马斯在这个案子中为什么会如此愤怒。他完全批评最高法院的这些法律。他批评伦奎斯特说这个时候想守住这个条款是不可能的，因为第一步就错了。这就是保守派的基本立场。保守派认为，宪法的立法原意是什么？美国宪法通过之后干什么？贸易条款干什么，是不是解决童工等问题？就从我们日常一般的理解，都会觉得不可思议。极端保守派的观点是托马斯这样的，温和一些的保守派包括伦奎斯特、肯尼迪大法官，是相对温和的观点。

通过这些观点，我们看一个国家的困难。每个国家都有困难。美国的困难就在宪法很难修改，如果很容易修改，完全不用最高法院这么麻烦。只要增加国会的权力，就可以了，增加指导经济的宪法条文就可以了，完全可以通过立法来解决问题。但是，每一个国家都有自己的困难，都有自己习惯性的解决办法。面对困难，美国如果没有最高法院，一定会通过修改宪法。第一届国会一上来就修改了宪法，第一年颁布第二年就增加十条修改。在这个意义上，这是世界上最容易修改的宪法。为什么？这都是习惯的力量。对美国发展起来的违宪审查，美国已经习惯了这种方式，而不愿去修改宪法。如果美国没有违宪审查，美国宪法不知道修改了多少次。对于中国，为什么宪法不修改？首先，没有必要。我们习惯解决的办法是党委来解决，有什么问题，中央地方关系问题、经济的问题、重庆的问题，党内协商一下、换一换领导就可以了。美国人有他们的方式，不能理解中国的方式；中国人虽然习惯自己的方式，但是我们还可以理解美国的方式。

所以我们首先学习美国要带着一种平常的心态。不用抱着一种学习最先进制度的心态，要看到它的弊端。到今天为止，我们知道奥巴马关于医疗保障的改革已经上诉到最高法院。最高法院会不会否决，会不会认为违宪的，完全有可能。在下一个案子焚烧国旗案后，美国发生了好几次要求修宪的事情。

这个案子最重要的是，为什么不可以从实质性影响再往前迈一步，因为它涉及两个最重要的问题，一个是刑事，

一个是教育。这两个领域，历史上都看作是各州把握的权力。为什么美国今天在刑事问题还是各州保留主权，有的州规定死刑，有的废除死刑；有的离婚容易，有的离婚困难；有的同性恋可以结婚，有的不可以。为什么这些法律都属于各州？美国传统观点看来，这些问题后面涉及到的是道德问题。我们回想一开始讲的大的共和国和小的共和国。大的共和国的优势是什么？大的共和国最重要的是发展商业，使得国家强大；小的共和国，反联邦党人认为可以保持德性、道德、公民的美德。公民的美德就和道德联系在一起。只有在小的群体里面，才能培养道德。全球化这种大共同体里，很难有道德，可能只会有礼貌而没有道德；到了小的共同体后，背后有一种热爱，爱一些东西也会恨一些东西，就会有道德。Good manners 不是道德，道德一定和爱有关。

这样我们看，什么是刑事？刑事犯罪是表达一个州对什么样的行为是痛恨的，是不可接受的。是不是痛恨同性恋的行为等等。涂尔干的观点，所谓刑罚和犯罪就是把道德认为不喜欢的人定为犯罪。刑法的背后是道德。刑法上总是讲不清什么叫犯罪。今天的法学教学已经形式化了，只会讲四要件。但是没有说清楚为什么要在法律上定为犯罪。刑法上依然没有解决为什么要把它定为犯罪。什么是犯罪好像是刑法的问题，为什么定为犯罪这是犯罪学的东西，犯罪学在这套科学里就接近于道德科学。

教育也是这样。每个州有不同的移民、不同的文化背景，要开不同的课程这样就可以理解，为什么在这个问题上再往前了。否则就把传统上给州的东西都打破了，美国就不再是一个二元联邦体制，而是一个单一制政府，可以针对州的权力进行立法。

这是保守派对教育的理解，自由派的理解是什么？我们会发现，法院的观点是不一样的。保守派主张的是州的权力，自由派法官认为，教育是增加人的资本。我们接受教育是我们觉得北大毕业后在市场上会更加吃香。关于人力资本的学说还是蛮重要的。马克思写了资本论，以前就把资本理解成钱，资本家就是有钱的人。人的资本的理论从六十、七十年代在美国出现，这是对对应了美国社会的一个问题。按照马克思主义经典理论，资本的扩张性和生产销售之间的关系经常引发周期性的经济危机。我们不断验证这个问题，最典型的是 1929 年的危机。但是这次危机之后很长时间，西方国家没有发生马克思预言的经济危机。以往的经济危机最大的原因是经济不能持续增长，而二战后经济一直持续增长。之所以这样，与科学技术有关，技术不断在进步，尤其是互联网技术。技术成为生产、销售等环节中最被忽视的环节，技术环节一旦兴起，新的资本就进来了，只不过这种资本凝结在人的身体之上。所以像比尔·盖茨这样原来身无分文的人可以赚大钱，不再是原来只有华尔街的人才能赚钱。

到此为止，在教育理论发展出的学说就是教育要增加人的资本。在自由派的认知中，教育说到底影响经济。为什么他们认为校园持枪会影响经济？会影响到学生、影响到校园环境，就影响到人的资本的追加，就影响到州际贸易。我们看表面上法庭辩论的背后，还有些实质性的问题，就是对教育的理解。

还有一些问题，比如在吉本斯的案件中，那个案子最多讲的是法律解释方法。越是早期的案子越有意思。劳培兹案件的辩论也很有意思，但是我们发现已经完全不是传统意义上的法律技巧了。早期吉本斯的案件中，马歇尔的解解释完全是法律人的解释，注重对法律的解释；劳培兹的案件中，这种解释基本没有了，基本辩论的是学说，完全看主张什么主义。至于这个条款在宪法中的位置、具体含义，已经很少讨论了。只是讨论美国的问题、社会的发展、校园持枪会不会影响商业。越是早期的判决越像 lawyer 写的，越是晚期的判决越像政治家学的。下一个案子焚烧国旗案更是如此，法律辩论几乎没有，基本全是政治的辩论。

结合这些观点，我们可以去看美国商业史的书。里面大量讲到这一类的案例。吉本斯那个案子很有意思，里面的几个人的关系特别复杂，那几个当事人、那几个法官，都是当时国会里重要的政治人物、商业人物。包括发明汽船的人弗尔顿，发明汽船后游说的第一个对象是拿破仑。拿破仑和英国打仗，法国舰队比较弱，弗尔顿找拿破仑说给你造汽船，你来资助我。拿破仑觉得没什么意思，就放弃了。然后弗尔顿就跑到美国了。这个案子还是美国知识产权法必讲的东西。这个法律的辩论中涉及了鼓励和保护知识产权的问题。还有开游船公司的人后来赢了官司，赚了很多钱。后来他感觉游船没意思，就开始投资铁路，美国的这个范德比尔特当时就是在这个案子里开轮船的。范德比尔特最著名的还不是在铁路，是在金融交易里面，通过购买股票赚钱，与华尔街金融帝国的兴起有密切关系。

北京大学法学院

美国人对于吉本斯案子的研究，查阅了各种资料，发现这些审判长、法官都是英国的，有两拨利益集团。只不过后来进入专业的法律诉讼，人们就不去关心这些关系了。

我们研究美国的商业条款做什么？可以去研究中国的中央地方关系，在中国处理特殊地方的中央地方关系是怎么做的。研究中国和研究美国不一样的是，许多资料是不公开的。比如香港中文大学的王绍光指导博士生研究江苏与山东交接地区的微山湖的地域管辖问题，两个省为此打得一塌糊涂，中央各种介入解决。这个研究很好，只是这种研究很少进入法学院里面。法学院在宪法领域没有这样的条款，就没有做过这些研究。

第十讲 案例—Lochner v. New York

1. Lochner v. New York (1819)
2. 《美国宪法的决策过程》(上), P.323-339*
3. 桑斯坦:《偏颇的宪法》, 第一章、第三章*

✓ 洛克纳诉纽约州

如果在美国宪法史上选择五个经典案例的话, 洛克纳案当属其中。洛克纳案之所以是经典案例, 最重要的从政治意义上讲, 涉及到进步时代对美国整个政治经济法律秩序提出的挑战。进步时代基本上可以理解为中国的古文新政? 一个左翼的政治力量克服在南北内战后, 美国从农业社会向工业时代转变一个大规模的市场经济变迁, 为了解决贫富分化问题而出现的。洛克纳的案子也很明显, 涉及到劳工的保护。

洛克纳诉纽约州

在十九世纪的最后三十年里, 合同自由原则在州法院中发展起来了。这种观念是作为第十四修正案所保证的自由的一部分, 任何一个州都无权干预订立合法合同的权利。它主要被应用于雇佣关系。最高法院在 1897 年的一个非劳动关系(non-labor)案件中首先承认了此项原则 (Allgeyer v Louisiana)。第二年, 在一个 7 票对 2 票的判决中, 最高法院忽略了这个案件并且支持犹它州关于作为一种适当保护健康的手段而限定矿工每天八小时工作制的法律 (Holden v Hardly)。但是在七年后, 法院在洛克纳案件中推翻了自己的观点, 该矿工案例的事实和结果被证明为是一个特例。该州已经通过了一项关于限定面包师的最长工作时间为每天十小时或每周六十小时的法律, 理由即在于过长的劳动时间危害工人的身体健康。对于该法案是否合宪, 最高法院展开了辩论。

在美国最高法院历史上评价比较差的案子, 主要就是 Scott 案, 还有这个洛克纳案。在这个案件中, 最重要的意见就像霍姆斯后来讲的, 它把美国的一部宪法理解为斯宾塞的适者生存的自由竞争经济学学说。这个案子让我们喜欢的不是理论问题, 而是其法律推理。

这个案例的判词写的比较好。我们喜欢哪个法官写的判词? 也许会喜欢霍姆斯的判词, 但是这个和本案没有什么太大的关系, 好像一个哲学家听完了辩论, 发表一点儿哲学议论。没有直接关系就意味着没有直接针对案子的法律问题讨论, 而是把这个问题变成抽象的, 如何理解美国宪法, 最重要的是宪法是为多数人准备的宪法。美国有一些愚蠢的人, 制定了一部愚蠢的宪法。有一句话说美国宪法没有把斯宾塞的经济学理论制定为一部宪法。

还有佩克汉姆的判词比较好, 这是一个标准的 lawyer。佩克汉姆在美国最高法院不是一个特别著名的大法官, 但是在这个案子显示出智慧。

以前有一个煤矿工人的案子, 这里是一个面包师的案子。如果煤矿工人可以得到保护的话, 面包师是否可以得到保护呢? 首先, 第四修正案的自由不是完全不能剥夺的, 第二, 煤矿工人的已经剥夺了。那么这个面包师的是否可以剥夺呢? 这是一个典型的法律的三段论推理。面包师是否可以呢? 要做的一件事情就是要证明他们的工作环境很糟糕, 对他们的身体造成了很大的影响, 他们做的面包可能也不干净, 影响到吃面包的人的健康。而保护美国每个州的公民的健康属于 police power 的一部分。所以要证明健康问题。这是哈兰法官的思路。他引用了大量的数据, 社会学家、心理学家的研究等。这些全部做的要证明他们的生活环境很好, 健康没有问题。如果认为面包师不可以获得保护, 需要另外一套证明材料。

如果是这样, 整个法庭辩论变成社会科学论证了。双方要提供事实论证是否有必然的联系。佩克汉姆不是这样论证的。没有说他们在一个什么样的环境里。佩克汉姆怎样推理的? 他没有去研究当时面包工人的生活怎样。哈兰

北京大学法学院

的思路是一个 Ordinary Man 的思路，而佩克汉姆的思路是一个真正的 lawyer 的思路。这个区别在哪儿呢？佩克汉姆其实是做了一个事情，论证究竟什么是 Police Power。换句话说，合同自由可以受到治安权限制，但是收到怎样的治安权的限制呢？需要关心的不是哈兰说的这些问题，而是州政府说的那些是不是 Police Power。如果行使的不是 Police Power，哪怕证明这样的工作时间和健康时间有必然的联系，也不在州政府管辖的范围之内。Lawyer 的思考就是下定义，当然下的定义要有利于其法律观点。问题的关键在于，佩克汉姆给 Police Power 下了一个定义。什么叫 Police Power？哈兰和佩克汉姆的真正区别是 Police Power 的定义不同。究竟什么是 Police Power，州政府行使的权力就是是不是 Police Power。两者全部的区别围绕着 Police Power 的目的和手段。这个案子最重要的影响是在美国 due process of law 的影响是开创性的，涉及这两个概念的区分：Substantive due process of law/procedural due process of law。

在此之前，所以对 due process of law 的理解，due process of law 的起源是从普通法、《自由大宪章》中“非经正当程序不得逮捕”来的。这个正当程序就是今天说的法律程序。搜查房间有没有搜查令、逮捕人有没有逮捕证。纽约州要通过一个限制劳动时间的法律，第一个问的是这个法律是否经议会合法通过的，还是非经传统的法律程序通过的。但是后来没有那个议会的法律不是经过议会的 procedural 通过的。所以后来审查基本上是说，不问程序，而是问目的是否合法。这个立法目的自称是为了保护纽约州包括面包师这个行业，或者其他人的健康。就要审查是不是这个目的，只要目的确实是保护他们的健康，所采取的手段究竟是限制劳动时间还是改变工作环境，或者其他方式，手段是自由选择的，这个手段是由议会决定的。如果一个目的是正当的，如果要保护劳工阶层和老百姓的健康，采用什么手段，谁知道？议会知道，议会是人民代表，法官是不知道的。这个意义上，采用什么手段，法官实际上是不考虑的。这是传统的正当法律程序条款。

佩克汉姆聪明就聪明在，现在所问的问题究竟是不是 Police Power。所谓 Police Power 不仅仅考虑目的是不是正当的，还要考虑目的和手段之间有没有直接的、必然的联系。换句话说，不仅要看目的，还要看手段。佩克汉姆推理的技巧在手段问题，保护的究竟是谁的健康。纽约州说最重要的健康是吃面包的人的面包。如果是目的是要让他生产干净的面包，应该规定的是面包生产的卫生环境，保证洗手间、卫生设施等，这样才能改善面包的卫生状况，这一点判词中也说道了。可是劳动时间和面包是否干净没有直接关系。

如果目的不是为了保护吃面包的人的健康，而是保护面包师的健康的话，就问了一个问题，也是这段话中最重要的辩论。他说所有的劳动都包含了破坏身体的要素。如果要保护一个人的健康而限制一个人的工作时间，就意味着也可以限制 IT 行业的、做 lawyer 的、做 banker 的、做科学家的、做艺术家的，都规定工作时间。是不是可以这样规定呢？如果这样规定的话，马上发现目的根本不是保护健康，而是限制自由。而自由恰恰是第四修正案保护的。换句话说，纽约州破坏了第四修正案保护的 liberty，又不去保护 Police Power。所以宣称的目的是一回事儿，实际的目的又是另一回事儿。所以纽约州的手段是错误的，不能与目标相匹配，不是保护；通过手段发现目的根本不是保护健康，而是限制人身自由。如果这样做，就不是在行使 Police Power。正是因为对 Police Power 做了一套新的阐述和理解，所以我们把这套学说叫做 Substantive due process of law。这就意味着法律不仅仅要审查议会机关的目的是否合适，还要考察手段是否在实质上符合 due process 正当程序。所以在这个意义上，按照这个逻辑，所有社会科学论证没有任何意义，关键是目的和手段有没有什么关系。他作为一个 lawyer，没有举出大量的社会科学论证，而是拓宽 Police Power 的定义。而这样一个定义不仅仅是改变法律定义，还塑造了一套新的 due process law 学说。

所以核心问题是说，法院究竟应该在多大程度上介入到政治生活，对政治生活的实质问题作出判断。如果目的是合法的，采取什么手段，国会有自由裁量权，立法机关有自由裁量权。程序性的司法程序意味着司法机关要节制，他们的事情不去管，他们决定了就不审查手段，只要目的是保护健康，什么样的手段都可以，因为他是老百姓选出来的，可以做出判断。但是，如果按照实质性的正当程序，就意味着法院不仅要审查目的，还要审查国会通过的具体的手段是否正确。这就意味着法官要像社会科学家一样，论证手段是不是正确的。法院更深地介入到政治生活，使得国会的所有行为都置于法官的审查之下。我们把这个叫做能动主义司法。法院要积极地去，不要把这个留给议会，就是能动司法。

这个案例重要，不仅仅在于它面对的是进步时代的冲突，最重要的是创造了这样一套学说。这套学说又与司法能动主义这套司法哲学联系在一起。它的全部实现就是佩克汉姆重新给 Police Power 下了定义。

有一个问题在辩论中不断讲到。佩克汉姆认为，纽约州做的事情就像父权主义的家长一样，关心他、保护他的健康，但是没有给公民留下自由权，而是规定必须工作多少小时。这样宣称的目的是保护健康，真正的目的是父权制。真正的目的不过是想做父权制的政府，这个政府做的就是限制公民的政府，而自由恰恰是第四修正案保护的。

我们一共看了八个案例。如果有机会可以看看美国宪法教科书的案例。如果受到一些训练，读 30 个左右的案例基本就能形成法律推理了。做 brief 就是学习怎么辩论法律问题。

我们第二部分整个是讲，在现代法治国家里面，围绕一个主权概念，法律是如何建构起来的。如果是涉及到主权，还有涉及到种族问题、文化建构问题、违宪审查问题、中央地方关系问题，还涉及到阶级问题。国家主权者究竟是什么，跟阶级的关系。这个案子跟阶级有关，跟进步时代劳工保护有关。另外重要的一点是，自从这个案子开始后，社会科学大规模进入司法过程。紧接着另外一个案子，涉及劳动妇女工作权益的保护，那个案子最高法院就通过了，理由是大量的医学证明，一个怀孕妇女如果工作时间长，对自身和婴儿健康会有什么影响。后来还有一些案例，比如布朗诉教育委员会案，就涉及种族隔离问题。这个案子大量的注释引用的就是心理学著作，讲为什么隔离会变成歧视，这不是一个法律概念，而是一个社会科学概念。这个案子就是社会科学进入司法判决的第一次。

社会科学进入司法判决就涉及一个学科。第一讲就提到，法学最重要的两种思想，一个就是法律形式主义。佩克汉姆是典型的法律形式主义，从概念到概念，从 Police Power 的概念出发，来理解第十修正案的 Police Power 的意义是什么；而哈兰是典型的法律现实主义，不是法律规定来说，而是法官受司法判决的影响。法官不受是法律学说、法律判决的影响，而是社会科学的影响。伴随着法律现实主义，出现的是法律社会学。社会科学运动产生两个最重要的分支，一个是法律经济学。这些概念法学在这里就不重要了，最重要的，如果不是社会学、心理学，就应该是经济学，能否促进经济效益最大化。另外一个就是批判法律运动。中国可以说是批判法律运动才有法律，马克思主义就是批判法律。法律形式主义告诉我们，法律是科学、客观的，进行概念分析。如果通过这些来看，法律不是自然科学，而是社会科学；法律也不是客观的，而是打上了法官的阶级烙印，洛克纳的案子很简单，霍姆斯的观点就是带有阶级观点，抨击其他法官把一套经济学的观点带入对法律的理解。把这个概念一延伸，就是马克思主义的学说。只不过他代表大资产阶级利益，把资产阶级经济学家斯宾塞的东西当成最高法院宪法。希望大家学习法律学说、推理，另外要看到真正重要的法律推理背后都是一套学说、一套理论，而不是简单的概念。

关于限制劳动时间是不是能保证面包师、劳工的福利，这个在美国的争议很大。佩克汉姆、洛克纳的一方的基本观点是以契约自由为主的学说，纽约州一方的基本观点是进步主义，包括后来罗斯福新政的自由主义学说。我们讲过中国的自由主义和保守主义、美国的自由主义和保守主义的区分。在美国，liberalism 就是左派的，进步时代紧接着就是罗斯福新政。争议最大的就是劳工的福利是不是能通过社会立法的保护，来改善它们的环境。一般来讲，新自由主义经济学，在美国叫保守主义，反对这套学说。它认为，如果提高了劳动时间，导致的就是许多人失业，并没有提高福利，反而使福利下降。中国一边说劳动时间长，一般让人失业。比如深圳一些血汗工厂，左派就说不应该这样，应该给他劳动保护，所以《劳动法》的争议比较大，尤其是颁布之后就来了经济危机。这个问题直到目前都没有一个很好的解决。但是需要看到的是，过度的福利保护会导致经济缺乏活力，竞争力不够。最典型的例子是目前的欧洲。欧洲经济衰落，很大程度上跟长期以来欧洲推行的过度的福利保护有关。这意味着企业在欧洲设立工厂、在美国设立工厂劳动成本特别高，技术和产业自然就转移到中国了。这就是中国产品走向全世界的原因。如果规定车间要设计成什么样子，工作环境什么样子、劳动时间什么样子、工资怎么样，劳动成本马上就上升了。实际上，今天中国的制造业正在转移，到印度、东南亚这些比中国更便宜的地方。这并非根本意义的解决。在这个问题上，强老师并不认为中国应该搞一个类似欧洲的大福利计划。中国的社会福利从现在看，基本上是以家庭为单位承担的，上学、结婚买房，都是靠的父母，父母靠政府、以后靠子女。其实是以家庭为单位。而我们考虑中国的福利政策的目标基本上是以欧洲为标准，以个人而非家庭为单位。纳税不考虑家里几口人、父母是干什么的、是不是要交税。欧洲这样的政策，包括香港也是这样，导致了两个后果。一个是过分劳动保护导致营业成本很高，整个经

北京大学法学院

济会削弱；第二方面是作为一个民选政府，不能太多收税。导致结果就是国家财政很少，政府收入微薄，最后的结果就是政府破产。欧洲债务危机很大的原因与此有关。一方面是民粹主义的民选政府，要给更高的福利、更少的税，实际上在经济领域无法过下去。欧洲、美国的许多问题都与福利政策有关。中国这么多的人口，不可能建立欧洲式的劳动保护制度。这个今天的劳动保护法律没有什么用，大家都去规避它，最终的结果就是找工作难度越来越大。这是跟这个案子相关的争论。

第十一讲

联邦主义：美国宪法中的商业条款

1. Taxes v. Johnson (1989)
2. 卢梭：《社会契约论》第四卷第八章
3. 阿伦特：《极权主义的起源》，第九章
4. 哈贝马斯：“公民身份与民族认同”，《在事实与规范之间》目录*
5. 强世功：“言论自由与公民宗教”，《清华法学》2009年第1期*
6. 强世功：《中国香港》第一、二、三章*

这一讲是这个单元的最后讲。第六讲到第十一讲是结合美国和中国判例讨论现代主权国家的法律构成，Constitution 的含义是什么，所有说的法律是 constitution 的含义是什么，这个含义绝对不是今天说的法律。一个国家如何把十三亿的个人放在一起，是什么力量、机制构成整体，形成一个国家。在一个个的个人之上，形成主体要找到这样的概念，什么是主权者。从违宪主权、中央与地方的关系、阶级身份问题、少数民族问题，构成建构国家中最重要的问题。前面说的是靠的是法律，法律背后是强制力。第一次课的讨论告诉我们，为什么强盗拿着枪逼着你不叫法律，从实证主义说，因为他不够强大。这个意义上，国家没有任何道德含义，是一个最大的强盗组织。

从第十一讲和第十三讲，说的是国家不仅仅靠的是这些东西，还有另外一些力量，就是文化的力量。现代国家如果真的是利维坦设想的，签订契约、最高主权者控制，这种设想最脆弱的是如果主权者不能保护生命安全，每个人都可以退出，因为社会契约的目的就是保护生命自由财产，否则就可以退出。如果两个国家交战，你的国家战败，可以逃跑，因为国家不能保护你；如果国家判你死刑，也可以逃跑。任何情况下保存生命最重要。按照这个道理，强制力失效，国家就解体了。霍布斯的利维坦里，其实说了建立国家有两种方式，除了社会契约，另一种方式是武力征服，“以力量取得的国家”。以力量取得的国家是标准的国家，而按约建立的国家不是标准的。国家一旦解体了，重新建国就变得非常困难。中国人经常讲，分久必合合久必分，这个道理在哪里？第二个问题是，从王朝转换的历史经验看，政府可能失效，法律可能解体，但是国家不一定解体。维持一个国家的东西可能不是法律这样的东西，而是文化的东西。这次课就涉及这个问题，对文化、道德、价值如何看待，是自由主义的，还是保守派的

✓ 焚烧国旗案

德克萨斯州诉约翰逊（焚烧国旗案）

1984年，共和党在达拉斯召开全国代表大会，被告约翰逊参与了政治游行活动。这次游行的目的是反对里根政府的一些政策和某些达拉斯的大公司。在游行过程中，约翰逊焚烧了一个国旗。示威者散去后，一位目击者收集了焚烧后的国旗残余，并将其埋葬在自家后院。尽管几名目击者在审判中证实，他们在国旗被焚烧的过程中感情上受到严重冒犯，但没有人受到任何人身伤害或威胁。后约翰逊被起诉定罪，被判入狱一年并罚款2000美金。后来德克萨斯州刑事上诉法院推翻了判决，案件上诉到最高法院。1989年，最高法院以5:4维持了州刑事上诉法院的判决，即约翰逊的行为属于宪法第一修正案所保护的言论表达行为。

该案的推理要注意几个问题。这个案子最大的争议在第一修正案，治安权和言论自由。第一修正案规定的“不得限制……言论自由”，本案的问题是德克萨斯州在限制。如果按照第一修正案，应该是国会不能通过这个法律，但是这个案子是州通过的法律。至少按照第一修正案，是州可以通过这个法律的。这是为什么呢？根据是第十四修正案。第十四修正案说的是，非经正当程序，不得通过制定法律自由。反联邦党人是希望州得到权力的，第一修正案多数都是在约束国会；而南北战争后第十四修正案主要是限制各州权力。

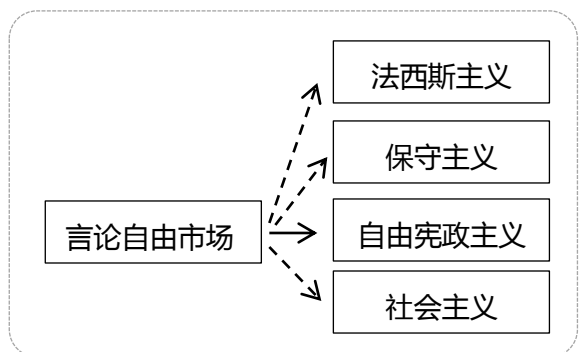
北京大学法学院

第十四修正案规定的自由权，自由权是什么？后来解释为 liberty。这个学说叫做吸纳理论，把第一修正案对国会的约束吸纳到第十四修正案，就是对第十四修正案的约束的全部理解，就是第一修正案。

这个案子是 1989 年的，但是在 19 世纪末 20 世纪初，有大量关于言论自由 Freedom of Speech 的观点、判例。焚烧国旗是言论么？传统理解上，自然不是。Speech 传统上应该是语言讲出来。这样就慢慢发展为表达自由 express。表达就强调非语言因素。讲的大量的判例，解决的都是，如果这是一个表达的话，表达有语言的要素和行为的要素，二者如何区分？在违宪审查中，最重要的是，究竟谁来审查谁，这是司法审查中最重要的法律技巧。如果有第十四修正案或者第一修正案，有这样一个行为，依照德州的法律和美国的法律不一样，应该依照哪一个审判？我们通常认为是用联邦法律审查州的法律。德州的法律是不是符合第十四修正案的要求。但是其实还有另一个，就是用第十四修正案审查这个行为...德州的的行为是不是违反言论自由。这个行为是不是构成十四修正案违背 Police Power 的问题，是不是涉及危害治安的问题。如果两个法律的重点不一样，审查的重点也不一样。如果强调的是言论自由，就会用联邦法律审查德州法律；如果强调危害治安的问题，就是用十四修正案来审。

美国十四修正案是一个单独的课。这个案例不是从言论自由的角度讲。而是这个国家的基础是什么？自由派，最重要的是言论市场的概念。在这个言论市场上，言论可以自由竞争。问题是这个言论有没有一个前提，让这个前提下一些言论不能进入自由竞争。自由派说的这个自由竞争，恰恰是今天说的要有一个自由宪政体制保护言论自由市场。这样一个学说，自由宪政体制要不要进入言论自由的市场里面去？也就是说，现在要摧毁提供言论自由的自由宪政体制，这个问题就是，发现言论自由市场并不是全面的。还有另外一些基础。至少在欧洲，18 世纪有保守主义。当时欧洲有自由宪政主义、保守主义和社会主义。当然还有法西斯主义。这样一些不同的主义、学说，言论自由是以自由宪政体制为基础呢，还是扩大到所有的这几种主义呢？比如不得加入共产党，某种意义上加入共产党的人不能进入美国的。能不能在美国宣扬种族主义、反犹主义，让这些思想与自由宪政主义自由竞争？

这样，问题就是自由宪政主义本身的基础是不是自由的？这是本案最根本的问题。按照逻辑上，这些都应该进入自由市场。比如有一个例子，霍姆斯大法官的一个判决。共产党的宣传品，是否能够传播。霍姆斯法官认为，这是一个主张，最终没有变成行为。如果没有这样一个东西，自由宪政主义可能并不牢固。美国从麦卡锡以来，对共产主义的防范没有减少，虽然关于共产主义的学术著作不少，但不代表可以公开宣传、大范围地讨论。如果讨论是小范围的，允许的，但是如果变成 60 年代的抗议运动，就危险了。美国对这方面的限制更严格一些。美国大学教授大学的电子邮件是被学校监控的。一个教授被处罚，因为邮件涉及了民主党和共和党的选举。如果要讨论可以用私人邮件，不能用大学提供的邮件。这就不是一个诸神之争的问题，而是一个敌我的问题。所有言论自由市场，自由主义的自有前提，恰恰是解决了敌我问题后，We are people of united states 已经解决了。这个问题是靠 Swords and Fires 剑与火解决的，用战争解决的。也就是，在自由宪政主义和其他主义中，不是靠自由市场选择的，而是靠战争解决的。这是保守派的观点。这个案子里，自由宪政的基础是美国，国旗是自由宪政基础的宪政。所以不能受到挑战。这个就是自由派与保守派在国家基础问题上的辩论。



这样就要讨论利维坦上国家建立的基础是什么？文化的要素，比如国旗，要在国家中发挥什么作用？这就涉及到社会契约论。

后来美国法院涉及的一些判例，比如焚烧圣经是不是属于言论自由？后来一般都是不属于的。这个按照自由派就讲不通，宗教本是个自由的个人行为，为什么这个不是，而焚烧国旗是自由呢？这个要看到背景，在抗议运动中的焚烧，一般人不会太当回事儿的。这个涉及到美国自由主义的新发展。可以看一本书，《为什么美国恨政治》，主要讲了美国的文化分裂，自由主义和保守主义的文化分裂。这个从 60 年代开始。最重要的是美国左派，自由主义的分裂。就是罗斯福新政开始的新政自由主义（老左派），与文化自由主义（新左派）。在美国，左派右派跟中国完

全是两个概念。美国的新左派在中国是绝对的自由派。自由是免于贫困的自由，物质问题、福利问题需要一个很大的政府，政府要提供福利。就是老左派的问题。但是即使做了这些努力，我们发现黑人的问题没解决，黑人下层的问题还很严重。发现美国的问题不是一个阶级的问题。老左派把马克思主义的东西拿过来了。新左派认为是文化的分别，白人与黑人的区别。这个问题不是靠政府提供福利解决，而是靠文化解决。这就靠打破原来白人中产阶级精英的文化，创造新的文化。重要的文化比如“freedom now！”文化上，自由的问题不需要政府解决，而是个人就可以解决。个人就可以实现自由，文化上的自由。这样，就有了摇滚乐。它的流行自然有各种原因，但是它被认为是实现自由最重要的手段，白人和黑人一起听摇滚乐，种族的界限没有了，精英与大众的界限没有了。再到后来的性解放运动、嬉皮士运动、同性恋，都与这个有关。过去的政治都与国家、法律有关，现在政治是个人的事情。这样就是 body 身体就是政治。现在社会学有大量的研究，身体是怎么变成政治的。比如关于婚姻家庭的研究。如何透过身体实现政治。我们引进了美国的身体政治学说，研究了土改等问题。这方面的著作有福柯《规训与惩罚》。老左派的是国家、司法等宏大的权力；而新左派讲的则是福柯说的“毛细血管的权力”，权力不是军事、警察，而是生活中的。教师是权力。把学校和监狱看成一样的。当然福柯貌似坚决反对这个。福柯因为同性恋死了得艾滋病死了。

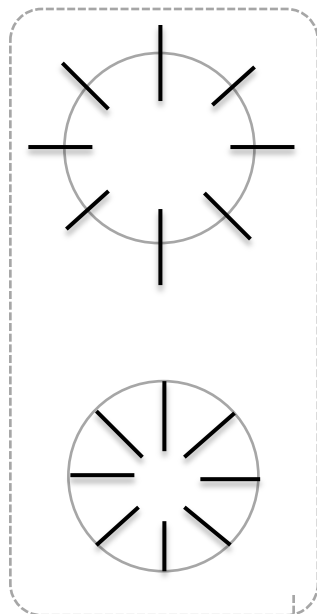
80 年代保守主义全面复兴。还可以看一本书，美国的左派写的，罗蒂《筑就我们的国家》，代表美国的老左派反思新左派。为什么 80 年代以后，左派在政治上没有什么影响，而右派全面复兴？罗蒂认为是因为老左派转向新左派。第一个问题就是，新左派中有一个反国家的思想。他们认为国家是对个人自由最大的约束。甚至不单单是反国家，而是反对任何的规训、纪律，是极端的个人主义。导致的是整个的左派失去了目标。左派最大的失去的是白人的工人阶级。过去南部的工人阶级都是民主党的大本营，但是后来当左派关心这些东西的时候，不去关心工人了。于是，这些人就被保守党挖走了。尼克松选举的时候做了一个研究，48 岁的中年妇女是最支持尼克松的。所有的新左派关注的是年轻人，自由、解放、不要家庭等等，但是希望好好教育孩子的，是这个年龄的妇女。这个阶层是下层白人家庭，而不是精英。后来所有这些都投入共和党了。80 年代里根上台后，美国的政治基本上是保守党主导，即使是克林顿和奥巴马时期，也要向保守党妥协。尼克松选举的时候，强调法律和秩序。沃伦法官其实是左派的重要代表人物。比如米兰达法案，会让许多罪犯被放在后面。当时 80 年代的纽约是最危险的地方。纽约前一任市长朱利安，是一个共和党的，第一件事就是打击黑帮。自从他上台后，纽约的治安大大好转，只有两个地方不要去，一个是黑人区，一个是中央公园。

这样就要看如何看待国家的政治基础。最经典的著作其实都讨论过这些问题，在卢梭的《社会契约论》中已经讨论过了。

✓ 《社会契约论》第四卷第八章

利维坦，霍布斯的利维坦，严格意义上自由主义的利维坦，大约是上面这个图的情况：每个线条代表一个人，仅仅把一半的东西交给利维坦，另一半留在外面。留着的东西，首先是生命；然后是信仰。施密特对利维坦的解读就是个人信仰的保留。

利维坦其实区分了一个东西。就是把 private 和 public，私人领域和公共领域区分。私人领域是道德、信仰、宗教。遵循什么道德、信仰什么、认为人生意义是什么，都是个人问题，是个人隐私。这样，整个国家就只管 public，不管 private。什么是 public？社会福利、公共安全等。如果保留私人的东西，会摧毁公共的。有没有一个比霍布斯的更牢固的社会契约？霍布斯的社会契约最重要的是，人与人之间是相互竞争的关系，每个人追求权势，超过他人。霍布斯说的这个 human nature 是不是这样呢？有人认为不是的，不是人一开始就追求这些，追求名声、权势、财富的。这些不是 natural state 的，这些东西是社会的产物。只有构成了一个社会、群体的时候，才知道什么是荣耀、权势等。在前社会的自然状态，霍布斯的人性基础自然假定是错的。最重要的反驳就是卢梭。卢梭看来，自然人是，



北京大学法学院

在森林里面很孤独的，孤独是因为还没有形成社会；这个状态下很胆小、善良的人。霍布斯说的其实是被社会败坏掉了。其实人天性是很好的，比如森林里的小猩猩、我们喜欢的小兔子。社会把一个小兔子变成大灰狼了。真正的自然人是这样的。完全和霍布斯的不一样。这样就是卢梭提出的社会契约。

社会契约论第一章讲了契约。利维坦不能稳固是因为它基于利益计算，如果利益伤害了私人的利益，就会违背了；但是卢梭认为，不是基于利益计算。不是交出一些东西，就像下面的图一样。他认为社会契约几条规则，第一个，如果每个人把所有东西按照社会契约全部交出去，不但没有丧失什么，而且多了些东西。自由没有丧失，自由一模一样，多了一样东西，就是安全。自然人，孤独的小兔子，虽然和自由，但是不安全；而一群兔子还很自由，但是安全了。社会契约中还有一个难题，就是主权者，要不权力交给一个人，交给第三个，就叫主权者。总要服从一个人自由就少一些。卢梭认为没有交给第三人，而是服从自己。还有一个很重要，霍布斯的契约中还有一个问题，所有人都交出了，只有主权者不交，它是超越于契约的。而卢梭认为，我交出了，每一个人都交出了。这样一个社会契约既拥有自由，又拥有安全。霍布斯认为为了安全，要放弃自由，同时保有退出的权力。而卢梭认为不是这样。

卢梭的自然比霍布斯设想的好。但是这个契约怎么是可能的呢？霍布斯的契约都能理解，但是理解卢梭的契约比较难，会觉得怎么可能这样呢。就是在于卢梭做了一个设想。霍布斯认为，每个人进入契约之前，是完全不同的，有不同的信仰。但是卢梭认为经过社会败坏的人才是这样的。如果没有社会败坏，每个人是完全相等的。每个人都是一模一样的。这样大家加入社会契约就毫无改变。这样，从霍布斯加入，经过利益计算，需要的是安全；而卢梭的契约最重要考虑的是道德。在此以前是自然人，一旦加入社会契约，就变成道德的人了。卢梭论述到：“就在这一瞬间，这一结合行为就产生了一个道德和行为的共同体；这样一个道德共同体代替了每一个签订社会契约的个人。这个共同体……获得了统一性，获得了生命、意志”。从一个小我，在加入共同体后，变成了一个大我。但是利维坦没有人认为主权者是一个大我。“形成一个公共人格，以前叫做城邦，现在叫做共和国；当它是被动的时候成为国家，当它是主动的时候就是主权者；当时主动参加者是公民，当时被动的服从者是臣民”。卢梭的概念中，这样几个概念是相等同的：主权者；citizen-people。而公民构成的大众（the mass）和人民是不一样的。

理解卢梭的问题，要理解最困扰霍布斯的问题，就是个人的东西和公共的东西的区分。霍布斯明显区分开，而卢梭试图区分开。个人的东西，公共的东西是 moral 道德的。结合起来靠的是什么？霍布斯认为每个人追求个人利益的主体变成了追求公共利益的道德的主体。如果都是自私自利的主体，其实契约就是霍布斯这样的契约。当然卢梭清楚，每个人都是考虑利益的。所以就有了大众 the mass，或者说暴民 mob 的概念。每个人都不考虑个人私利，共同体中都考虑公共利益的时候，谁做主权者都是一样的。这就是想象的天使的共和。如果五个天使构成一个共和，五个天使就构成一个天使。卢梭最大的假定就是人在自然上就是一个天使。所以他给自然人一个很高的道德定位。认为卢梭说的野蛮其实是社会败坏掉的。理解社会契约的时候，霍布斯把利益和利益形成法律，卢梭则认为是共同的道德和信仰形成的。在卢梭的思想中道德就重要了。所以说，卢梭的思想就构建了法国大革命，一直到后来马克思主义的思想来源。这些都给人一个很高的道德要求，要求每个人都是雷锋这个样子。因此在卢梭的体系中，宗教就特别重要。

宗教是一种信仰。在霍布斯的学说里面，全部学说的基础是剔除宗教的。认为对主权者最大的挑战，一是教士，二是 lawyer 普通法法官。在整个利维坦著作中，利维坦的国家没有宗教特别的地位。如果有宗教，宗教的前提也是基于公民身份，结成了一个政治共同体，为了政治共同体延续下去产生的宗教。这样，整个公民宗教就成了一个基本问题。

这一章讲了几个问题。

把宗教分为三个阶段。问题是如何处理政治和宗教问题。古希腊罗马时期，整个政治生活的核心问题，就是处理政治和宗教的核心问题。希腊罗马时期如何处理、基督教时期如何处理、后基督教时期如何处理。希腊罗马时期政治和宗教完全融为一体。那么什么是政治战争？抢一个国家的领土，这样的战争是政治么？换句话说，卡尔·施密特说的 the political 和 politics 完全是两个问题。Politics 是形成了一个体系之后，而 the political 的领域是形成前。这

个角度看,哪些是 the political 的战争?掠夺财富、侵略另外的国家。如果宗教和政治融为一体,体现到战争里面最大的特征,在古典里面,什么是国家、什么是政治,都是根据宗教建立的。政治战争就是宗教战争,宗教战争也是政治战争。如果是掠夺财富,不叫政治战争。因为没有意义,战争最大的意义是把自己的神强加给别人。罗马最成功的是把自己的神强加给别人,也把别人的神接纳进去。这种说法与今天的理解不同,卢梭讲的是基督教时期以前。我们理解的是基督教产生以后的那些圣战。

这样,在卢梭的理论下讨论罗马为什么会灭亡。孟德斯鸠的研究,认为当罗马强加自己的神给别人、把别人的神也纳入的时候,不知道到底信仰的是什么,国家信仰的东西就没有了。没有自己的神了。孟德斯鸠讨论的和卢梭讨论的其实一样。认为国家依赖的其实是宗教。真正宗教和政治完全分离开来,宗教有不同于政治的说法,从基督教开始。基督教和希腊罗马的宗教不同在于,一神与多神的区别,政治与宗教合一与反政治。原来的宗教之所以是多神教,是因为不同的民族有不同的神。如果认为是基于一个信仰,这是一个根本的改变。原来解决的是此生,而基督教解决的是信仰。这就给宗教和政治带来了根本的革命。

根本性的变化导致了政治和宗教根本性的变化。基督教的革命性就是创造了一个与政治独立的王国,就是精神的王国。过去的宗教都是依附于政治王国的,宗教都是服务于政治的。第一次以反叛者的面目出现。貌似对政治老老实实,内心里是反叛的,因为有独立于政治的东西。就形成了宗教与政治的博弈关系,结果就是基督教取得了政治的支配权。原来是政治统治基督教,现在是基督教统治政治。就形成了凯撒与耶稣的问题。这困扰着基督教产生以后,政治王国与精神王国的关系问题。这个问题有几个解决思路?这就是下面讨论的三种宗教,其实依然是政治和宗教的问题。这个之前提到了欧洲历史上解决双头鹰问题的不同思路。比如伊斯兰教、英国的解决模式。这两个进行了一个铺垫。看到历史上有两种思路,但是都有问题。第一种是伊斯兰教的模式,宗教完全控制政治。这个也是可行的,甚至伊斯兰取得了很大的成功,但是后来伊斯兰衰落了。这个解决模式并不可靠。第二种是俄国和英国,让宗教服从于政治,英国国王变成教会领袖。两种权力合在一起。这是两种解决思路。说到底,就是究竟用宗教政府政治还是政治政府宗教。这个时候,革命性的人物出现了,就是霍布斯。他提出宗教服从于政治。这是卢梭处理历史上的问题的回顾。下面是卢梭的处理方法,提出了一些不同的东西。

卢梭按照新的概念重新讲历史。什么叫人类的宗教,人类的宗教好不好?能不能形成良好的秩序,处理好政治和宗教的关系?它又把原来的三种宗教梳理了一下。第一种,原来的宗教不能处理政治和宗教的关系,让政治秩序很糟糕。第二种,典型的例子,历史上看,公民宗教的典型是希腊罗马的宗教。政治和宗教之间有一个很好的互动。宗教服务于政治。可以借助宗教信仰加强对国家的统一,比如爱国主义,比如为什么要有国旗。这是好的方面;但是不好,这就是一个谎言。如果完全按照启蒙主义,爱国主义就是一个谎言。安德森有个书叫《想象共同体》。这个书是台湾学者翻译的。翻译这个就是希望把台湾建构成一个共同体,什么是想象?历史是一种想象,诗歌、文学、艺术品都是一种想象。如果变成一个独立的国家,就要通过文化、艺术等等全部的想象建构一个整体。在台湾,就是去风格化。把大陆的东西剔除掉,就是一个独立的国家。就像我们今天看看中国的历史,会说我们是一个伟大的国家。如果没有这种想象,就不知道我们是不是一个国家。但这不是真实的。是想象出来的。经常有一个概念,叫做尼采学说里面高贵的谎言。这是一个谎言,但是不同于道德意义上的谎言。对于精英阶层,不见得相信这些东西,比如为中华民族献身;但是它希望有这个让老百姓遵守。精英阶层可以向老百姓撒谎。为什么要向老百姓撒谎?因为它明白,老百姓没有谎言,这个日子没花过。精英阶层受到了完全的启蒙,是不需要宗教的;但是老百姓会说你没有种族、信仰...惶惶不可终日,所以要有这样一种谎言。之所以需要,因为老百姓需要。这样的话,就可能变成宗教战争,为了一个谎言、信仰发动十字军东征等。第三种,某种意义上基督教是这样一种宗教。

到此为止,卢梭分了两个讲法,第一种讲到基督教,第二种,从历史中归纳出宗教的三种类型,发现历史上所有的处理方式都不满意,卢梭的方案就是,“然而,撇开政治的考虑不谈,现在回到权利问题上来”。过去讨论宗教都是从政治的角度讨论宗教;现在不从政治的角度,而是从权利的角度。从政治角度看,每一种都有问题。从权利的角度看,每一种的出发点都是公民权利。公民权利讨论政治,也用公民权利讨论宗教。从权利的角度看,如果权利等于构成了按照社会契约已经形成了按照卢梭构建的社会契约,这样宗教就不可能是一个个人问题。

这个问题里面，首先没有严格意义上的宗教信仰。宗教可能都是谎言。第二，假如公民们根据道德感形成了共同体，公民宗教就是真正意义上的公民宗教。以前的公民宗教是政治上的公民宗教。现在是公民热爱自己的责任，对于国家至关重要。宗教跟来世、生死问题没有关系，而是公民要有责任心。接下来，就是讲的政教的问题。尽管政治上只能关心好公民的问题，只关心好公民，不关心来世生死，在卢梭的理论中，还留了一个尾巴，就是每个人留下了来世的问题，这是主权者不能考虑的。新的公民宗教，一个好公民，全部的政治共同体，具有社会性 social，和别人相处，有一个公民宗教条款。公民宗教条款，说到底都是道德问题。另外一个社会学家涂尔干就讲的很清楚。这一部分，当宗教消失了以后，宗教变成完全个人的信仰，没有公共的宗教，每一个国家的宗教完全变成社会性的道德。涂尔干讲的清楚，宗教变成个人的、起不到社会纽带的问题，按照社会学的方式考虑，是一个个亚当斯密意义上的个人存在的问题。霍布斯的模式就是亚当斯密的模式，就是利益交换。只靠这个不够，还要回到道德上，其实讲的和卢梭特别接近，就是职业道德。无法形成卢梭意义上的道德，就需要职业道德。职业道德才能促进社会团结。一句话，政治高于宗教。这个思路与霍布斯的思路是一模一样的，一定是政治高于宗教，涉及到生死、来世的问题都是个人的，是政治共同体不能处理的，政治共同体处理的都是如何加强 social。

这样，如果公民宗教是这样，公民宗教就要靠一个东西，就是教育。所以卢梭把教育看做最重要的。他写了《爱弥尔》讨论如何教育孩子。女生都应该看看，不用宗教谎言教育，而用启蒙思想教育怎么具有公民素质等。这样，一个一个的个体，构成国家的时候，最大的纽带，除了法律、主权这些强迫性的利益计算纽带，最重要的就是培养社会的道德。道德的背后，与教育连在一起，就与文化连在一起。当然，这是最理想的状态。事实上，在今天，整个政治共同体，宗教绝对没有变成个人问题。否则就没有政治团体了，至少是一个共同体的问题。所以宗教问题今天仍然是一个公共问题。这就涉及到，政治和宗教到底是什么？在卢梭的理论中就没有讲，宗教是不是不能干预政治呢？事实上都干预政治。美国的政治理论，背后都是政治神学传统。美国自由派和保守派辩论，保守派基本主张政治神学为基础，而民主派则完全否定政治神学。比如阿富汗战争时期，关塔那摩监狱的问题，全世界都在批评美国，因为虐囚，不符合自由派的人权保护、把国内法凌驾于国际法之上。如何为美国辩护？Paul Kahn 写书辩护，有关酷刑，全世界都批评酷刑的时候，从自由主义的社会契约论入手，但是带入了神学问题。为什么加入政治共同体呢，签订社会契约意味着什么？签订社会契约有没有让出生命？按照霍布斯的没有，按照卢梭的完全让出了。按照霍布斯的理论如何理解征兵呢？我们说当兵是义务，但这就意味着把生命出让了。从征兵出现的时候，加入利益共同体不是简单的利益计算，而是把生命放进去了。为什么把生命放进去了？一定有一种比生命更高的东西，才愿意把生命放进去。这种东西，就意味着社会契约不是霍布斯意义上的利益模式，而是卢梭的道德模式。是关注公共利益的道德。这样的问题就是，要识别一下，是为了个人利益加入的契约，还是按照公共利益加入的。既然把生命让出去了，就要用生命 test。如果是像刘胡兰这样的好公民，像蒲志高这样的是差公民。美国用酷刑来识别是不是好公民。如果经得住考验是好公民，如果经不住考验不是好公民。所以酷刑是必要的手段。

这个故事讲的太残忍了。但是他讲了一个神学的问题。如果完全按照霍布斯的讲法，肯定不是这样的但是他把神学带进来了。只有耶稣死了才能成为圣人，基督教里面，圣餐喝基督的血、吃基督的肉，就是要像基督这样献出生命。Kahn 认为要理解美国，就是政治神学，要依据更高的理想。这样在欧洲和美国的辩论里，就包括了政治神学和政治哲学的争论。所以卡汉讲的和联邦党人完全不一样。

这样就涉及到，宗教作为一种纽带力量，完全比利益集团重要。自由主义的全部困难在于，它的全部目的是把宗教从政治中驱逐出去。无论是马基雅维利、霍布斯，还是洛克，都是政治不能有宗教。这都是因为基督教，经历了基督教的恐怖时期。经历了这样一个时期后，要把宗教清除出去。后果就是把道德也要清除出去。如果把宗教去除、道德削弱，政治共同体又会变得不稳固，必须加强法律和主权者的力量。这又容易变成主权者集权的力量。给予恐惧是最主要的手段。所谓集权主义，恰恰是自由主义的结果。这就很麻烦了。政治哲学最大的难题就是宗教的难题。哲学系吴增定老师的《霍布斯的道德困境》处理了整个自由主义面临的问题。

弱化了宗教以后，就让利维坦从法律国家、法治国，转向了另外一个国家，就是民族国家。奠定的基础不是法律，而是民族，民族这个纽带类似于宗教情感的东西。实际上民族问题连着道德和宗教问题。换句话说，恰恰是当

时利维坦的建构导致民族国家的兴起。民族国家兴起带来很多问题，包括阿伦特写的犹太主义的问题。也可以看一下阿伦特著作的第八章，大陆帝国主义。我们可以看到一些新的问题。

我们看到《社会契约论》有关章节后，有两种意义上的国家。虽然现代意义上的国家都是根据社会契约论建立的，但是从霍布斯和卢梭的学说中可以看到两种国家，而且都是现代国家。一种是霍布斯的国家。一种是卢梭的国家。

✓ 《集权主义的起源》

这两个国家有什么不一样？卢梭的著作就叫《社会契约论》，霍布斯的《利维坦》，区别在哪里？霍布斯的国家完全是利益计算，利益依赖于恐惧，最大的恐惧是害怕死亡。因为恐惧才服从利维坦、主权者 state。卢梭更主要的不是基于利益。利益不是没有，每个人加入社会契约的时候确实考虑到孤独的个人不能保护自己，但是这并不是最关键的。他加入社会契约的这一刻的时候，是一个道德的人。道德是最重要的。道德的含义是什么？卢梭式的国家并不是没有私人的东西，是说私人的东西是应该克服掉的，而霍布斯的国家这些是保留下来的。一个道德的人，教育最重要。在早期就是宗教。一个稳固的国家不是来源于国家的强制，卢梭的国家中最重要的是宗教。这里解决的是古希腊依赖政治和宗教的张力问题。最大的张力是宗教干预政治，这里要做到的就是政治高于宗教。卢梭社会契约要求建立共和 republic。

这是两个形而上学哲学家的思考，但是现实中，霍布斯的国家建立在一个一个平等的公民个体基础之上。联邦党人的逻辑其实就是霍布斯的逻辑。但是真正历史上，每个人不是孤独的个体，每个人都生活在群体中。最重要的群体，第一个是阶级。马克思主义全部说的是，构成国家的不是公民个体，不是启蒙思想家，霍布斯、卢梭这些人认为的公民个体，而是首先是阶级。这样再往下划就可以理解划分的问题。形成小共同体，下面是一个一个的个人。问题是有没有这个中间的团体。如果没有，下面就是一个一个孤立的、分散的、原子式的个人。那么上面的是什么？就是 society 社会。这就是今天社会学里说的社会是什么。这里的这个社会是 Civil Society，是一个公民社会，本来是一个个分散的个人，这些以 civil 公民的身份成为社会，也有叫政治社会。如果这是社会，那下面这些团体怎么算？家庭算什么，宗教算什么，民族算什么？后来的社会学真正兴起讨论，不是 Civil Society，而是 state。后来这个 Civil Society 是一个市民社会。弗格森、马克思韦伯说的 Civil Society 不是政治社会，而是市民社会，说的是非公民的商业组织、民族、宗教……把一个个分散个体结合起来的东​​西叫做社会。滕尼斯的有 Community and Society 共同体与社会理论。Society 不是自然形成的，而是人为建立的。各种各样的俱乐部等都叫 society，等等。

如果这样一个三元结构而不是二元社会，这样中间的力量是什么？马克思说是阶级。不同阶级力量较量。另外，可能不是民族，而是种族。欧洲关于民族主义的著作，研究什么时候民族主义成为最重要的力量。这种认为中间的这个是民族种族。这个就是 National State。这个转变来自于法国大革命。革命依赖的是 nation 而不是 Civil State。民族的概念早于马克思的阶级概念，并且更加流行。从此以后，再讨论国家问题的时候，就不是简单地回到启蒙思想家讲的个人，而是群体。在国家中取得地位的不是个人，而是民族。这里讨论的就是这个问题。

有大量的民族主义的文本，可以读阿伦特的这个书。这本书讲的是这样一个转向帝国的时代，犹太人面临的命运是什么。实际上，整个犹太人的命运，犹太人的问题，从 17、18 世纪以来犹太人问题就是欧洲政治的重要问题。当一个民族兴起的时候，意味着每一个民族有一个国家。这个在二战后基本实现了。一战前奥匈帝国等是多民族统一国家，这之后每个民族有国家，但是犹太人从来没有自己的国家。一战二战之间，有一段短暂的犹太人黄金时代，之后就是希特勒的迫害。之后犹太人感到一定要建立一个国家，这是以色列巴勒斯坦问题的根源。

阿伦特的这个书不仅仅是民族主义讨论，而是从政治学讨论。实际上讨论的是 state 到 nation state 到帝国的过程中犹太人的命运。

Nation 和 state 究竟哪一个高？国家高还是民族高？如果从社会契约论基本的逻辑看，如果从马克思主义的观点看，就是国家高还是阶级高？如果按照社会契约论的逻辑，应该是国家高于阶级的，政治哲学中最重要的就是政

北京大学法学院

治主权概念。但是马克思主义和民族主义进入后，nation 和 class 大于国家，国家成了工具。霍布斯、卢梭的学说并不排斥国家是工具，但是认为国家是保障个体权利的工具。这么说来，之所以出现了法西斯主义、马克思主义等很大程度上是因为启蒙主义把国家变成工具。

我们看一下犹太人在欧洲的历史。罗马帝国崩溃后的历史是不同民族形成国家的历史。这个历史出现的时候，犹太人跟这个体制格格不入，跟民族国家的体制格格不入。当整个民族国家要把欧洲分裂成不同的土地建立不同的国家的时候，犹太人恰恰保持了超国家的形态。是国际的。他们服务于不同的国家。这与犹太人从事金融活动有关。犹太人早期之所以有地位，因为他们向各个国家提供商业贷款，发生战争的时候他们是受益者。他们经常是欧洲国家保护起来的特权阶层，就是因为有钱。《货币战争》一书写了罗斯柴尔德，发生战争的时候把五个儿子派到五个国家，开银行，这本书就大量讨论商业家族。

当国家变得强大，需要控制经济，犹太人的地位下降了。国家开始有自己的工业商业。阿伦特举了一个例子，类似托克维尔《旧制度与大革命》讲了一个例子，贵族在什么时候变成仇视的对象，不是在掌握权力的时候，而是在旧制度已经崩溃了，贵族没有特权。有特权的时候不是仇视的对象，而没有特权的时候才是。犹太人在政治上失去了特权以后，仍然在文化上保有特权。《泰坦尼克号》体现了一个欧洲秩序的变化，罗斯的母亲家里面快破败了，是旧贵族，土地衰落，他们家就想攀新贵族。可见虽然经济政治上衰落了，但是文化上依然有独特性。犹太人也是这样。原来有特权的时候没有人仇视，而是现代国家犹太人经济地位下降的时候才被仇视。他们没有特权却仍然与众不同。这是第一个与国家的张力。

第二个张力是，所有的国家都强调对本国忠诚的时候，犹太人找不到自己的国家。犹太人在商业上和公民身份上都是反国家的。这是它不受待见的原因。

一个国家下面有不同的民族，有的民族是统治民族，一个是不同的民族。民族国家最早的含义是国家有若干个民族，其中有一个民族是统治民族。比如拿破仑建立欧洲帝国，不是完全建立一个法国人的国家，而是把法兰西民族变成欧洲国家的主人。但是问题的关键是，法国大革命还带来平等。在强调民族平等和民族解放的过程中变得很麻烦。比如一个国家有五个民族，而且是五个平等的民族。这个就很麻烦。这就是这本书中的少数民族概念。最重要的还不在于少数民族。如果少数民族还能找到一个国家，还有无国籍人民，这是真正无国籍的。在欧洲历史上从来没有出现过的概念出现了。最重要的无国籍人民就是犹太人。犹太人没有自己的国家。找不到一个国家可以归属。现代国家用社会契约论签订 state，但是真正社会中有 nation 和 state 的关系问题。

这样涉及的是，霍布斯和卢梭讨论的都是一个国家。但是欧洲有几十个国家。甚至曾经接近上百个国家。这样如果放在整个国际版图，忽然发现在欧洲历史版图里，阶级和民族变得比国家变得更重要。犹太人在每个国家都是一小部分，但是如果整个欧洲看，发现是犹太人共同体一个很大的群体。比一个国家庞大的多。这样马上遇到一个问题就是 identity，认同，今天重要的概念是文化认同、政治认同。宣读文件中哈贝马斯的《公民身份和文化认同》，就讲的是认同的问题。犹太人的问题是，犹太人追求什么？更愿意认同为欧洲庞大的犹太人共同体呢，还是更愿意认同自己是一个法兰西人、德意志人。恰恰犹太人内部一度兴起过一种自由主义观点，认为犹太身份不重要，本国公民重要。这与犹太人当时另外一个转向有关系。犹太人在历史上天生会赚钱，之后在政治上作为一个阶层，这个阶层不能保持在国家中的地位的时候，就需要寻找文化教育这个领域。今天犹太人控制的两个领域就是金融和传媒文化教育。犹太人的思想家太多了。进入文化教育里面，获得这样一种民生的时候，文化教育恰恰是与国家联系在一起。法国犹太人进行文化教育，就接受了法兰西文化；德国犹太人，会接受德意志哲学思想，像马克思这些人，没有人会说他们的思想是犹太人的思想，只会说他们是德国的思想。这些犹太人希望进入到国家里面。包括马克思这样的人基本不讨论犹太人问题，全部讨论的是国家、阶级问题。犹太人的自由主义是这样认为的，但是阿伦特认为这种想法太天真，是幻想，不理解今天国家体制和犹太民族之间政治上的根本性障碍。犹太人是每个国家的少数民族，但是是一个让每一个国家高度警惕的民族。仅此而已，但是为什么会发生屠杀犹太人的事件？恰恰不是民族国家的时代，而是民族国家开始解体的时候。当民族国家体制开始解体，在民族国家解体的时候，犹太人成为最重要的问题。民族国家开始解体，意味着国家开始向帝国转型。意味着欧洲不再满足于是一个一个的国家，而是希

望建成一个国家。这就是帝国的概念。建成一个国家，意味着把上面的东西打破，下面的问题就暴露出来了。这时候会发现，如果变成一个帝国，要称为一个跨越全球的东西。这时候发现它最大的敌人就是全球性的犹太人。犹太人引起国际性网络，其国际性本身就变成了最大的问题，因为帝国时代要建立跨国的帝国。

所以在民族国家时代，犹太人是一个问题，但不是生死攸关的问题。恰恰到了民族国家开始解体的时候，犹太人问题才变成生死攸关的问题。这里面就要了解以下德国的问题。我们读过《陆地与海洋》，我们会说从15世纪到18世纪，欧洲的各个民族参与了空间革命、地理大发现。最后之所以英国取得全球霸权，是因为在扩张的过程中，有一部分民族转向陆地国家，一部分民族转向海洋国家。转向海洋的比如英国、法国、荷兰等。德国、奥匈帝国、意大利这些国家转向大陆。所以欧洲从民族国家转向帝国的时候，大约有两类帝国开始出现了，一种是海洋帝国主义，一种是大陆帝国主义。海洋帝国主义，就是指的西欧，他们世代进行扩张。所以在欧洲的帝国内部，它很容易建立等级制。帝国和共和国这两个概念，第一个含义，帝国是大的、全球的，共和国是小的；第二个，共和国最重要提倡平等，人与人之间是平等的，民族之间是平等的，阶级是平等的。法国大革命一开始的理念就是民族平等，没有被压迫的民族。所以拿破仑对欧洲的征服一开始得到了各国的欢迎，因为它民族是平等的；但是后来之所以团结起来反对拿破仑，就是因为拿破仑后期就希望法兰西民族高于其他民族。这是拿破仑自己的转向，同时也从早期的共和国思想走向帝国思想。帝国就有等级。

西欧的海洋帝国经过扩张，都已经完成了内部的等级制，就是欧洲本土民族高于殖民的民族。回到大陆帝国主义，就是指东欧这些帝国。它们很麻烦，首先它们没有实现扩张，海外殖民地很少；其次，内部也很难建立起等级制度。换句话说，如果想内部建立等级制，一定是在大陆内部的各个民族之间发生等级制，在德国、匈牙利、奥地利希望扩张的时候，自己内部完成等级制，就是说一个民族要取代其他民族。由于有欧洲大陆主义，很多国家都把目标指向奥匈帝国。当奥匈帝国要解体的时候，几乎所有国家都是欢迎的，因为每个国家都希望借机把自己的民族扩大过去。整个欧洲，包括普鲁士、德国、法国、意大利，都希望扩张近奥地利。这就导致了一个重要的区别。欧洲大陆扩张的主体是谁，谁在扩张？最重要的是商人。海洋帝国主义在全球扩张得到主体是商人，而他们获得的也是商业利润。但是大陆帝国主义的扩张，第一没有商人，因为他们仍然处于农业时代。他们的扩张，商人后面是知识分子。海洋国家要扩张的是商人，而大陆没有这样一个扩张的群体，要扩张的是政治家和知识分子。整个欧洲，尤其是德国，大陆知识分子最具扩张意愿。

这就形成一个特别大的反差。整个海洋帝国主义对旧的体制更多的采取宽容，因为已经实现了扩张；而且在扩张上主张节制。欧洲的海洋帝国主义并不过分宣传扩张，反而在文化思想上包含一种节制。比如一个大英帝国的诗人讲了一个“白人的负担”的说法，一方面大力赞美英国人在全球的扩张，另一方面认为扩张变成了白人的一项负担。后来许多批评的学说认为扩张并不是什么好事，有很多负担，要求帮助别人发展。这就意味着扩张会变成道德义务，说的不好听点儿就是不愿扩张，只是别的地方需要我们帮助采取扩张。这样我们就能看出，整个大陆帝国主义和西欧的帝国主义有两种不同模式。如果把这两种模式放在一起，会发现大陆的扩张主义有特别强的文化挫折感。就是因为那些已经扩张完成的民族把扩张看成是白人的负担，而大陆帝国主义想扩张而扩张不了。如果真正读马克思·韦伯的著作，可以看出这种挫折感。他早期的一些社会学的小册子，比如《民族国家与阶级政策》等可以看出这种欧洲东部民族的文化挫折感。

这样就形成一个问题，大陆扩张主义和西欧扩张主义形成完全不同的思维。欧洲扩张主义是一个实实在在的海洋民族的商业扩张，而大陆帝国主义、德国是知识分子。扩张不是行动，而是一种扩张理念。恰恰是宣扬扩张理念的民族把自己的民族看成最神圣的民族。整个欧洲，尤其是东欧，就逐渐形成种族主义。在英国的文献里面，虽然也有一些认为盎格鲁撒克逊民族是最神圣的民族的论述，但是并不多，不是他们的主流；而在德国、俄国，包括法国，这种学说就特别重要。这时候，随着民族国家兴起，每一个民族想在国家占据统治地位，那么哪个民族才能成为优胜民族，获得优势地位呢？

这时候一个学说就兴起，就是19世纪历史编纂学。在此以前，并没有民族的概念。欧洲虽然有民族，但是并不强调。而这个时候民族就非常重要了。如果是一个优秀的民族，就会在哪个国家取得政治统治。这样就要找欧洲

北京大学法学院

历史上各种历史编纂学。这个过程中发现有一些著作就很重要。古代的修昔底德的《伯罗奔尼撒战争史》，霍布斯就读这样的书。还有希罗多德的《历史》，因为这本书特别生动地记录了古代欧洲各种民族的表现。有的民族在古代表现的很好，有的表现的很差，要么很容易投降，要么出现叛徒。在《历史》里面，日耳曼民族就很光彩。在《罗马帝国衰亡史》中，日耳曼民族也是不服从罗马帝国统治、最后摧毁罗马帝国的民族。因此，日耳曼民族把自己看成是高贵的民族，和历史是联系在一起的。这是历史编纂学的兴起。

在这个兴起的进程中，真正意义上的种族主义兴起。这个概念又因另外一个概念获得了特别强的生命力。这个问题看看《世界历史和救赎历史》。如果有好的哲学史背景的话，可以看懂这本书。讲的就是世界历史与救赎历史，这里面最重要的学说就是，如果按照古希腊依赖古典的历史观，就是历史循环论，和中国的类似。基督教彻底改变了这个世界观，出现了救赎的历史。认为历史不是循环的，而是线性的。线性的时间观从上帝造人开始，到世界末日审判，这是历史。如果按照这种学说，什么是正确的？未来的就是正确的。按照古希腊的历史观，不能说未来的就是正确的，因为历史循环论，所以善的东西是正确的。但是按照基督教的救赎历史，只要把握住未来，就是正确的。世界潮流，浩浩汤汤，顺之者昌，逆之者亡。如果是这样的话，线性世界观就是救赎历史。如果把救赎历史变成世俗历史，找到一个救赎历史世俗版，就是今天说的进步。18世纪最重要的概念是历史进步。古代没有进步的概念，因为历史是循环的，今天不一定比未来落后。但是按照历史进步论，明天一定比今天进步，要向着正确的方向发展。进步的规律是什么？这就是启蒙思想问题。所以启蒙运动以后都会讲，以前的叫传统，现代的是现代，今天还有后现代。这些都是救赎历史的思想。社会学创始人孔德把历史分为神话阶段、形而上学阶段（18世纪）、实证主义阶段（19世纪）。马克思就说是原始社会、封建社会、资本主义社会、共产主义社会。如果知道了这些规律，那么谁是推动历史进步的主人？谁推动历史进步，谁就是历史的主人。第一个学习的是马克思主义，认为人类的历史不过是阶级斗争的历史，奴隶主和奴隶、封建主和农民、资产阶级和无产阶级，最后的主人是无产阶级。无产阶级能取得对世界的统治权，因为无产阶级代表了未来的东西。未来的东西是什么？有多种原因，一个原因是它一无所有，除了脚镣什么都没有。这是一个原因，但这只能说明它有很强的革命性。无产阶级之所以会胜利，是因为它代表了未来的方式。马克思学说最重要的是与技术有关，谁掌握了技术谁就是未来的主人。整个世界依靠生产力、生产工具、技术来推定，谁掌握了技术，谁就是未来的主人。马克思主义认为无产阶级掌握了机器、掌握了技术、掌握了未来。但是我们今天发现技术掌握在比尔盖茨这些人手里。这样一套学说就会变成了大陆帝国主义扩张最常有的意识形态。

按照阶级的观点，会认为无产阶级最终统治世界。假如全世界未来不再是某个阶级，而是某个种族统治，怎么办？一定在这个历史的过程中找到最后一个种族。最后一个种族是谁，谁就是世界的主人。这是黑格尔的学说，黑格尔的历史哲学。黑格尔的历史哲学就是把世界上各种民族放到历史里面，排出一个统治次序。中国、波斯在最前面，后面是法国、英国，日耳曼民族在最后面。历史哲学大约是这样一种书写模式，这样一种书写模式和整个意识形态就变成大陆帝国主义普遍流行的学说，尤其最后变成德意志民族的学说。我们可以看到他们最强大的愿望就是世界的主人、最后帝国的主人要变成德意志民族。他们自认为是最伟大的民族，历史上他们就是最伟大的民族，一定是取得历史胜利的民族。俄国人也是这样，认为最后的最伟大的民族是俄罗斯民族。

最重要的历史背景就是这样的，这样一种历史背景又与上面的两种模式联系在一起。如果按照上面的讲法，最后取得胜利的并不是霍布斯的模式，而是卢梭的模式。就是卢梭理论里，把道德和教育带进来，忽然发现这个共同体里面有一类人是有道德的，有一类人是没有道德的。在霍布斯的学说里，所有人是平等的，但是卢梭的学说里，很快就会建立不平等的。有一部分民族是有希望的、神圣的民族，有一部分民族是没有希望、最终会消亡的民族。

当卢梭的模式把道德、教育带进来的时候，就把传统、宗教、文化带进来，也把历史带进来了。这样一带进来，在法律里最重要的学说，就是19世纪的历史法学派，萨维尼的学说。萨维尼，马克思在法学院的老师，说什么是法律？霍布斯对这个问题会说法律是统治者的意志、主权者的意志。萨维尼会告诉你，法律和语言、文化、宗教一模一样，是一个民族精神的表现。这样，民族精神的概念就出现了。民族精神与线性的时间观念有关，与救赎历史的世俗版有关。民族精神就是一个民族带有一种超越此时此刻、朝向未来的东西。而法律就是民族精神的体现。萨

维尼在写这个著作的时候，最大的辩论是德国要不要采用法国的拿破仑民法典。许多人要求移植法国的拿破仑民法典，萨维尼坚决反对，理由就是法律是民族历史文化传统的体现。要从民族的历史、传统中寻找法律，而不是从统治者的意志中寻找法律。如果按照这样的观点，在民族和国家的概念里面，民族 nation 就高于国家 state。如果在霍布斯早期、包括卢梭的理论，认为 state 高于 nation，nation 不过是国家内部的一部分、一个机制而已。国家是至高无上的。而国家 state 基本上等同于法律 law。可是到了民族国家的时代，最重要的不再是国家、法律，民族、精神变得最重要了。而国家、法律不过是执行民族精神的工具而已。到马克思这儿，法律就不过是反映统治阶级利益的工具而已。所以我们可以看到，18 世纪以来形成的社会契约论的观点，国家、法律至高无上，超越任何体系的国家法律观，到 19 世纪彻底颠倒了。在历史法学派、大陆主义、帝国主义、种族主义中可以体现，在马克思主义中也可以体现。

正因为这样，就可以理解德国的问题。德意志民族的意志是最高的，而且不再满足于在德意志这个国家里最高，而是希望全新的帝国里，在德意志第三帝国里最高。建构第三帝国最大的敌人就是和它一样庞大的、跨越了民族国家界限的犹太人民族。德意志两个最大的敌人，第一个是犹太人、种族主义，因为是超越国界的；另一个是马克思主义、无产阶级。无产阶级要建立的不是帝国，而是超越国家阶级的国家。所以我们想希特勒怎么这么笨，同时和两方面打，一边和英国人、美国人打，一边和苏联人打。我们能理解希特勒的所有思想与自由主义的对比，但是如何理解希特勒的思想与马克思主义的对比呢？他之所以将马克思主义作为敌人，是因为当他要建立一个帝国的时候，会发现同样是 international 的几个组织，第一个就是无产阶级，第二个是犹太人。

所以阿伦特是在 18 世纪国家、民族的政治结构结构，到 19 世纪民族国家的结构，再从共和国结构向帝国结构转型的过程中理解犹太人命运。在这个背景下我们会发现，最大问题是民族国家时代突然出现的无国籍人。大家总认为德意志人有反对犹太人的倾向，是德国人在屠杀犹太人。其实不是这样。当德国在屠杀犹太人的时候，德国秘密警察与法国、英国的秘密警察有高度合作，这些国家把本国犹太人源源不断地送到德国。这就意味着犹太人问题不是德国一个国家的问题，而是整个欧洲的问题。从其他章节看得很清楚，反对犹太人不是德意志一个民族的事情，全部欧洲都有一个根深蒂固的反犹主义。为什么有这样的反犹主义？这与历史背景等一系列问题有关。

到最后讲人权的终结是什么意思。这个标题叫民族国家的衰落与民族的终结。民族国家的衰落就是因为民族高于国家，原来的秩序倒过来了。人权的终结指的是什么？内容有很多，中心观点有一个：人权的终结是指启蒙思想家关于社会契约和自然权利学说的终结。这套学说的前提是先有自然权利，可以说是人的权利，人格一部分的权利；有了这个权利才有国家。自然权利是至高无上的，国家不过是一个工具，来保护自然权利。正式为了保护自然权利，才建立了国家。可是，犹太人的命运告诉我们这样的权利没有意义，真正有意义的权利是国家给你的 Legal Rights 而不是 Natural Rights。而人权就是 Natural Rights。也许犹太人拥有一些 Natural Rights，但是在任何一个国家中都没有法律权利 Legal Rights。那么是自然权利重要还是国家权利、法律权利重要？那就是 Legal Rights 一定高于 Natural Rights。今天，国际人权运动宣扬的都是 Natural Rights 要高于法律权利。法律权利马上就是主权问题，人权高还是主权高？国际上通行的观点是人权高于主权。但是阿伦特的观点是根本不是人权高于主权。犹太人有人权，可是没有主权。我们再看看那些无国籍人士、今天的难民问题，会发现他们需要的根本不是自然权利，而是需要国家的公民权利、公民身份。按照阿伦特的观点，18 世纪的自然权利已经终结了，必须把法律权利作为起点。所谓人权高于主权，现在大量的著作讲，其实应该是法律权利高于自然权利。真正的问题会在移民问题、国籍问题里出现。这些问题就涉及自然权利高还是法律权利高，无疑是法律权利高于自然权利。

通过这样一个问题，我们会把 17、18 世纪以来关于自然权利、社会契约和国家学说的，到 19 世纪有了一个根本的改变，这个改变就是马克思主义的阶级概念和德国种族概念的出现。这些在今天并没有解决，这就意味着一个国家下面肯定有不同的 community。这些 community 可能是宗教、可能是种族、可能是阶级。而且 community 今天已经超越了国家的界限，已经不再是一个两个方面的问题。就像今天中国面临的新教的问题、天主教的问题，最麻烦的是天主教的问题。这些群体是不是中国的一部分呢？全部这些问题，就是当年曾经面对的跨欧洲的基督教世界和世俗主权者的关系问题。最终依然回到了政教问题。我们发现所有问题最后都回到卢梭在《社会契约论》里讲的

北京大学法学院

公民宗教问题。因为宗教是这些国际性 community 里最重要的。也有种族问题，但是并不很明显，因为种族问题往往背后是宗教问题。

专题三

法治国及其超越

第十二讲 灵魂秩序与法治秩序（上）

柏拉图：《理想国》，第四卷、第六卷、第七卷

到此为止已经讲完了两个专题，除了一开始讲的法学流派、法律职业一类的问题，最主要需要理解的是什么叫现代国家，什么叫法律。我们会看到一个历史发展的轨迹，从 14 世纪地理大发现，一直到二战的历史轨迹。看到不同民族在争夺地理空间的统治权的过程中形成的秩序，从一个民族国家慢慢转向帝国的秩序。我们也同时能看到在，这样一个秩序中，在建构新的政治共同体、建构国家的过程中，学说内部的一些张力。尤其是霍布斯的标准的自由主义的建立国家的模式，和共和主义里以卢梭为代表的另外一种模式。这两种模式同样会在 19 世纪受到马克思主义、阶级学说、种族学说的冲击。除了从民族国家向现代国家转型的张力，最大的张力是国家与内部共同体的张力，和民族的张力，是国家高于民族还是民族高于国家。如果国家高于民族，就意味着法律是至高无上的。所有的宗教、民族、阶级都应该服从国家的法律。这是霍布斯典型的学说。但是如果倒过来，就变成了一个民族、一个阶级是至高无上的，国家和法律不过是民族、阶级的工具。而 19 世纪的这种颠倒，其背后最重要的是，为什么阶级、民族会高于国家，就是因为国家的工具性。国家本身称为利维坦，这是最形象的比喻。国家是一个没有道德性的东西。道德性的东西都与宗教联系在一起。没有宗教，无以确立道德 moral。什么是好、什么是坏，背后有宗教在里面。如果国家没有这种东西，使得宗教 moral 这些东西被另外一些东西代表了，被阶级代表了，无论是被无产阶级代表了还是资产阶级代表了；或者被种族代表了，无论是被德意志民族代表了还是盎格鲁撒克逊民族代表了，都意味着这样的东西回过头来要摧毁国家。这也是现代国家面临的基本困难。

有一个困难是说，当我们认为民族、民族精神或者阶级高于国家，国家只不过是一种工具的时候，这种国家工具论不是 19 世纪出现的。国家是一种工具，这种观点恰恰是自由主义提供的。换句话说，在自由主义学说里，把国家看出是一种工具，但希望是一个特别重要、至高无上、像利维坦一样不可挑战的工具。但是，如果说国家是一个工具的话，在 19 世纪的时候，这个工具不是那么重要了、不是不可挑战了。19 世纪，反而是阶级、种族不可挑战，国家可以随时摧毁。可以看我校吴增定老师的《利维坦的道德困境》，讨论了五个启蒙思想家讨论的关于国家和道德的关系是什么的问题。我们会发现一旦国家摧毁道德，最终会摧毁国家本身。因为这样的国家是没有正当性的。

从 19 世纪讨论的问题中回过头来，进入第三个专题。核心问题是，这个国家是不是有一个正当性基础，国家与道德的关系是什么。从讲霍布斯开始，一直讲到前面的全部东西，讲的是国家是个法律机器，和道德没有关系。道德、宗教属于私人领域，个人有他们的信仰，社会有自己的道德，可国家就是主权。这个专题我们要看，一个国家和道德究竟有什么关系。这样的话，我们能看出来古典对国家的理解和现代的理解有什么不同。最后一个专题要回到古典对国家的一些最基本的理解。只有读懂了古典对于法律的最基本理解，才能理解现代学说、法律理论面临的困难、张力。第一个要读的就是柏拉图的《理想国》。这是一本最值得反复看的书。我们首先看其中的三章。

✓ 《理想国》第四卷、第六卷、第七卷

这一章如果要起一个名字，什么是正义的城邦。这一章还讨论正义的个人。很大程度上要讨论讨论正义的城邦与正义的个人的关系。

我们要以下的一些东西带进来，有助于我们理解这一章。我们可能听说过亚里士多德的四因说。四因就是形式因 formal、质量因、动力因、目的因。任何事物的性质是四种因构成的。质量因，构成这个东西的质量是什么，比如桌子是质量；形式因，比如桌子是一种形式；动力因，谁能做成，比如木匠、工具；目的因，做这些做什么，比如桌子是上课用的。所有的事物都是这样，人也是这样。人的目的是什么？不是人决定的，人不是 creator。目的是

什么人不见得清楚。目的是创造人的东西设立好的，人只需要符合这个目的，这是个人命运。我们用这个学说讨论政治。前面讲到，所有的东西按照这四因，那么利维坦是怎么建立的？形式因是这种利维坦的形式；质量因是个人；恐惧是最大的动力，促使建立国家；目的是为了个人安全，保护生命、自然权利。这是亚里士多德的四因学说。当然讲完了《理想国》以后，我们可以用四因学说比较一下古典对政治共同体的建构与现在的不同。

这一卷讨论的是正义的城邦，什么是一个好的城邦。当我们讨论正义的城邦的时候，首先的问题是这个正义的城邦是理想的城邦还是现实的城邦。换句话说，理想的城邦与现实的城邦是不一样的。当我们说正义的城邦的时候，其实讨论的是最理想的政治的城邦。我们在这里想象，最好的国家是什么样子的？柏拉图认为理想的城邦符合正义理念的、幸福的城邦。Good City 和 Happy City 和 City of Justice 是一个理念，只是从不同的角度讲的。

这个正义的城邦最重要的问题是，这个正义的城邦的正义的标准是什么。第一个标准是从国家的整体出发而不是从个人出发。这是古典的思路和现代的思路的根本不同。现代的思路考虑建立利维坦的时候，首先考虑从个人出发，首先要看看每个人是什么样子。对着利维特别能理解古代的不同。现在看来，并不存在这个理想的国家，因为人是给定的。人就是这个样子，不能改变的。在它的基础上，可能塑造的国家，理想的国家，是很薄的理想。社会契约可能还好一点儿，但是不管怎样，人是无法改变的。换句话说，它变得理想只能是形式上变得理想，从专制的形式到共和的形式。但是，所有理想的前提，这个国家要符合个人，个人的自然权利。所以霍布斯讨论一个人的欲望、一个人的自然权利，一个好的国家是以个人的利益保护为目标的。而城邦是相反的，是以全体公民的最大幸福作为原则。这样的概念不会出现在利维坦的个人主义上的。如果我们找这个书的目的，就是区分什么是正义城邦，什么是不正义城邦。这个标准一定是最理想、最好的。书里说，我们的首要任务是筑就幸福国家的模型。国家有不同的款式，设计一个最好的国家的模型。所以先讲什么是理想的好的国家。这样才能衡量正义问题。

强调什么是好的，是从整体出发，这里不断强调整体。比如这里举的紫色和眼睛的例子。然后讲政治，美学看的是整体而不是部分。看国家是不是好不是看一个阶层，而是看整体。整体和部分有一个结构，每一个部分应该符合要求，这个要求的前提是赋予整体的美、整体的好。每一个阶层不能只考虑自己，而要考虑对整体的城邦是不是好的。这与社会契约论的完全不同。一个理想的、好的城邦就是部分服从整体的城邦，部分服从整体就是一个和谐的城邦。

怎么样的城邦才是和谐的？对于一个和谐城邦最大的危险就是贫富分化。从阶级的角度讲，一个国家有富有的阶级和贫穷的阶级，这个国家就不是好的，富裕的会变革，野蛮粗野的也会变革。一个国家内部阶级一定不能分化太严重，否则这一部分可能还是可以的，但是作为整体就不协调了。如果记得英国 19 世纪的小说《Two Nations》，就越来越能理解今天的一个中国，在慢慢变成 two nations。中国是一个国家，但是在慢慢变成两个国家，一个变成北京上海这样的国家，一个变成最贫穷的农村代表的国家。这个国家在发生分裂，富人阶层和穷人的要求不一样。去年以来到今年发生这么大的政治变化，甚至不亚于 89 年的政治变化，政治变化在哪儿？很大程度上的分裂来自于究竟是一个国家还是两个国家。这是一个根本性的分裂。

如果国家分裂成了富和穷，怎么办，哪一个更好一些？这里做了一个标准，国际关系的标准看哪个国家好。一个是很瘦的一条狗，一个是很肥的一只羊。如果比较而言，宁愿要瘦一点儿的狗，也不要很肥的羊。国家不能太富有，即使穷，也会每个人很勇敢，比如北朝鲜；有的每个人都很富有，比如中东的沙特阿拉伯这些国家，很富有但是没有什么力量。我们会发现，贫富分化，马上把贫富问题变成两个问题。富意味着软弱，贫困意味着有力量。一个好的国家，基本上标准是，好的国家是中产阶级主导的，贫富分化不要很严重。如果不可控制，宁可贫穷一点也不要很富裕。

如果贫富分化是最主要的问题，国家越大越难控制。这就讨论国家的面积。国家的面积不能太大。如果太大，整体就很难把握。如果国家很大，整体就比较弱。国家的面积要能够维持国家的整体性。这就印证了联邦党人和反联邦党人辩论的联邦大小。共和派的学说跟柏拉图的学说一以贯之。共和国是政体，越小越容易形成整体。总的来讲，理想的城邦是整体作为标准，每一个部分符合整体。最抽象的标准，适用于所有的标准，就是各安其分。每一

个部分符合整体的要求。基本的标准就是各部分要符合整体。

如果是一个理想的城邦，这样一个城邦怎么能够建立起来？如何让社会形形色色的人服从整体？靠教育。为什么教育这么重要？因为我们会发现，如果一个标准是部分要服从整体，每个人各安其分，符合整体美，就要要求个人符合这个原则。如果按照社会契约论，为什么就要服从呢？就好比人的器官，如果不是先天的东西安排好，脚就会抗议，想到眼睛上面。按照这个道理，最难的就是这个问题。部分为什么要服从整体。按照社会契约学说，部分不需要服从整体。如果理想的国家，跟霍布斯的理想就完全不一样了。现代的理想如果是个很薄的理想，古典的理想就是很厚的理想。靠的就是教育。

教育靠什么？教育究竟教育什么？最重要的是音乐。就是大家要唱红歌，不能唱黄歌。要理解教育，就要理解唱红歌；如果连唱红歌都不能理解，就是不能理解理想国。教育为什么重要？“别的害处是没有，只是它一点点地渗透，悄悄地流入人的性格和习惯，再以渐大的力量由此流入人与人之间的关系，再由人与人的关系肆无忌惮地流向法律和政治制度，苏格拉底呀，它终于破坏了公私方面的一切”。这里说的教育不是课堂教育。课堂教育当然是一部分，这里说了最重要的是音乐，后面会讲到体育。音乐会悄悄、不知不觉地渗透入人的性格和习惯。这样，人与人之间的关系就改变了，国家的政治和法律就变了。教育为什么重要，就在于政治这样一个完整的问题。政治的基础是什么？首先是个人，这一点和霍布斯一模一样。可是霍布斯的学说下，个人之间就会为了利益就会建立社会契约；而这里加进来的首先是教育。教育首先改变了人的禀赋，改变了人与人之间的关系，就改变了政治。首先是个人，然后是教育，然后是国家。霍布斯假定的最重要的就是人的欲望，人是欲望的主体。但是柏拉图认为，人是有欲望，但是教育可以改变欲望。这时我们就会发现，教育与人的性情禀赋、人格结构、社会习惯、社会风俗连在一起。

教育是什么？“若非国家根本大法有所变动，音乐风貌是无论如何也不会改变的。”音乐的东西最影响的是国家的根本大法。要说是宪法也可以，英文里不是宪法，而是 the greatest political law。一个国家里真正最高的政治性的法律，不是今天实质意义上的宪法、民法、刑法，而是音乐。音乐改变了，实际上意味着政治的法律也改变了。虽然国家的立法看上去没有变。这样我们就能理解，唱红歌意味着什么，反对唱红歌又意味着什么。如果按照苏格拉底的理解，会认为这才是一个政治上生死攸关的斗争。要不要唱红歌就涉及到国家根本的政治大法是不是发生改变。唱红歌的背后，按照古典的理解，是法律。我们今天把法律的形式放到最高，但是法律的形式不重要，质量是最重要的。法律没有变化，但是人已经变了。唱红歌的人和不唱红歌的人是两类人。老太太会说，过集体生活的和过私人生活的不一样。唱红歌的是集体性的，唱红歌的人走向社会，不唱红歌的人在家里呆着，就没有积极性了。公共生活和私人生活不一样。唱红歌的人心情愉快，不唱红歌的人越唱越伤心。所以大家都去唱红歌。国家的形式没有变，但是国家的质量已经发生根本变化。这就意味着是两个国家。两个国家区分在两类人，两类不同的人的性格、禀赋、习惯、人与人的关系，两类不同的政治大法。我们马上就会发现，唱红歌的是积极健康向上参与公共生活对生活充满热情的；不唱红歌的是伤心悲伤觉得人生没什么意思的。如果是这两类人，道德情操的关系，前者一定是相互忍让相互帮助的，后者是相互猜忌相互防范相互拆台的，关系就不一样了。政治最根本的大法就变了。根本上好的生活方式改变了。最基本的法律已经改变了。你认为最基本的法律是什么，最好的生活方式是什么？这才是最根本的东西。那么毛泽东时代唱红歌是生活方式是最好的。这个意义上，怀念文革时代也不是完全没有道理的，至少有它的原因在里面。

国家的宪法没有变，法律秩序没有变，如果唱红歌，实质上的东西变了。所以争夺的不是表面的东西，而是有实质意义上的。当代政治完全不是一般意义上的，而是有古典意义上的，就在这里。不是主权者最重要、法律最重要，而是风俗习惯最重要。所以一个概念最重要，一个今天法律里不讲的概念，就是 order，安排一个秩序。法律不过是安排秩序的一种方式，甚至今天看来不是最重要的方式。按照霍布斯的学说，最重要的形式是法律，剩下的自己安排。真正发挥作用的，法律其实不重要，最重要安排生活秩序的是道德、风俗、习惯。柏拉图其实跟儒家讲的一模一样，就是礼乐教化。孔子关心诗歌、诗经，塑造今天中国礼乐教化，音乐最重要，其实音乐背后代表了一些东西。今天是一个没有国家统一的标准时代，我们今天说不出来代表国家艺术最高的标准是什么。今天说的不

是最好的，而是最 popular 的，最流行的是最好的。比如流行赵本山，每年上春晚，这是国家意义上的最高的标准。但是我们发现其实不是这样一个标准，而是最 popular 的标准。按照古典的观念，绝对不是大多数人喜欢的就是好的，好的肯定是少数人的。而现在，人民喜闻乐见的才是最好的，比如按照孔庆东的说法，多数人喜欢的、群众喜欢的才是最好的。

病态的国家是依法治国的国家。法律解决直接社会治理问题。靠法律让社会秩序变得很好，但是抓不住根本问题，根本问题是道德教化。江泽民晚年，一度提出德治，因为感觉法律没有足够作用。结果没搞起来；胡锦涛上台后提出的八荣八耻，也没提起来。这个国家的核心价值是什么？我们不知道。和谐社会？以人为本？科学发展？都不是。我们发现不知道精神是什么，这是我们今天中国的重要问题。核心问题是，究竟是认为国家是利维坦国家，不需要知道精神的东西；还是国家是卢梭的国家，需要有精神的东西。是否有一个标准衡量国家是不是最好的，国家是一个健康的还是不健康的，正义的国家还是不正义的？今天国家最缺乏的就是正义标准。在国内没有根本的道德标准，国际上也没有一以贯之的正义准则。

如果是一个真正的立法者，国家的建立者，根本关心的不是如何建立法律。柏拉图告诉我们，立法者，关心的是祭祀、牲庙、葬礼，都是关于国家的精神基础，如果有一个基础，所有的法律都会围绕这个展开。这是看联邦党人的时候最清楚的，他们对美国有明确的目的。如果这样，前面全部讲什么是理想的城邦。理想的城邦好的城邦，部分服从整体的城邦。说到底，要所有人接受一套礼乐教化、价值标准、行为禀赋，这样才能各安其分。我们看到礼乐教化、音乐诗歌、艺术等等与法律内在的关联，一个正义的城邦取决于礼乐教化本身。正义的城邦礼乐教化是什么样子？善的城邦具备的德性是什么？这四种就是礼乐教化的基础。有了这四种品质，才会奠定正义城邦最重要的东西。

这四种品质是智慧、勇敢、节制、正义。什么叫智慧？城邦的智慧，首先要理解一个城邦最好的东西是什么。谁能理解谁就是一个智慧的人。还要回答一个城邦与其他城邦的关系。这里有各种知识，说到底考虑整个国家大事并且改善对外关系。这是智慧。第二，智慧一定是少数人的。当然应该是少数人的，符合自然秩序、天道秩序掌握秩序的不可能是多数人，只能是少数人。关于多数人和少数人最主要的区别就是这里，

第二个，勇敢。智慧比较好理解，而勇敢比较难理解。这里说，勇敢是一种保持。这里用的染色的例子，勇敢说的是，染色这里面，最重要的是保持一种东西，保持教育建立起来的什么是可怕的东西等等信念。如何保持就要靠音乐体育这些东西。后面说的最主要的是恐惧、害怕这些信念成为良好的天性，使教育的培养牢牢生根。勇敢说到底是一种保持，是一种心灵品质、性格的保持。勇敢的最大敌人是快乐。快乐是什么意思？是 pleasure，幸福 happy 和快乐不是一回事。Happy 指的是行为处于最好的状态；而 pleasure 与人的身体、肉体联系在一起。这个快乐不是精神上的，所以常常叫愉悦。要培养勇敢，要抵制不好的东西。勇敢是一种心灵上抵制快乐的力量，如果没有这种力量，就不是勇敢。一个人如果连快乐都能抵制，与动物有什么区别？我们要的是公民，一个人是有快乐的追求，但最重要的是做自己的主人。再加上公民这个限定词，公民的勇敢就是 Political Courage。这是一个好的城邦需要具备的德性。

第三个，就是节制。节制的含义，就是要实现和谐，就要控制 pleasure。用理性控制欲望。有一句话说做自己的主人。Stronger than himself，比自己还要强。这后面与人的灵魂构成要素连在一起了。一个人可以控制自己的欲望；一个国家里面，少数人可以控制多数人。这样的国家就与节制联系在一起。人有两部分重要。第一部分是天生；第二，是否受到最好的教育。这样会发现，节制的美德之所以重要，因为最有智慧的人统治下面的人，中间加上最勇敢的人。一部分是统治者，是最有智慧的人；一部分是护卫者，是最勇敢的人；还有一部分是老百姓。而节制把它们组合起来，让部分符合总体。这样就是基本的城邦的要素，各个部分各安其分。

最后一个问题就是这个正义的城邦背后是正义的个人。正义的个人，一个公民个人的品质和城邦正义不正义的关系是什么，人的灵魂的几种构成。霍布斯的学说里，分成理性和 passion 激情。激情包括欲望（想要的东西）和嫌恶（不想要的东西），做了二元划分。而柏拉图这里做了三重划分。最好的是理智；最不好是欲望；中间加上

北京大学法学院

激情。理智是通过计算形成的判断。这个说法基本与霍布斯一致；欲望，感官欲望。激情是什么？这里比较复杂的是激情。问题的关键是说，这里面激情被看做单纯的力量，激情是和理性结盟追求高贵的东西还是与欲望结盟追求低级的东西。柏拉图当然希望与理智。古典的学说从不认为人只有理智。柏拉图的最美好的生活说对美、善要有最有力量的、激情的东西。如果这样，对于一个人的灵魂结构，一个人如果形成节制的人，就是把三种统一起来。激情和理智结盟，控制自己的欲望。这里的比喻就像牧人和狗的关系，理性的牧人，激情是狗，帮助主人抗衡欲望。这与前面把音乐教育看的最重要又是一回事了。后面讲什么是健康的、病态的人，就与前面的一致。如果能控制欲望就是健康的节制的，否则就是病态的人。

我们看到这里关心的是质量。而霍布斯的学说恰恰不关心质量，因为人是给定的。柏拉图的学说则认为质量是可以改变的，人性不是不可改变的，改变就是靠教育，教育从胎教就开始。接下来的两章，讨论的是如果把一个人的监督和城邦的监督结合在一起，政治秩序应该是什么样的。

第三单元的内容基本上围绕着柏拉图的理想国展开。读这一部分，最重要的是对照第一部分。无论是韦伯、霍姆斯还是霍布斯，都是现代的学说。现代的学说全部批评的对象就是古典的学说，就是柏拉图的学说。到了最后，我们再来看古典的学说，学习如何理解政治秩序。用一句话概括，古典的政治秩序建立在整齐的对心灵秩序的理解上；而现代刚好倒过来，把心灵秩序建立在政治秩序的理解上。当然这只是一个简单的说法。读《理想国》这样的书是很好的，可以不带任何目的、不希望能从中获得任何知识。像柏拉图这样的书是为了读的很开心的书。

第四卷里讲的是一个理想的城邦是什么样子，一个好的政治共同体是什么样子，一个好人、完美的人是什么样子？这部书的讨论的整个结构是从上升、下降再上升。第一章、第二章都是现实生活中的例子，比如什么是正义等等。最后发现正义是有权力的人决定的，“正义就是强者的正义”，强大了以后，说什么都是正义的，弱者说什么都不是正义的。这是从现实中相互矛盾的知识慢慢向纯粹的知识上升。如果是这样的话，我们会说什么是纯粹的正义，完全是正义的，不包含一丝不正义的东西；有没有纯粹的好人，没有一点缺点。就讨论到这样的问题，这是一个上升的过程。到了第四卷就是什么是理想的城邦，是一个和谐的、有秩序的城邦；什么是理想的人，是一个心灵秩序里的理性可以控制激情和欲望，灵魂安排很有秩序，处于和谐状态。顺着这个一直往下走，第四卷提到什么是一个好的城邦、理想的城邦。理想的城邦最重要的是从整体理解，不是想着各个部分的好，而是整体的好。第五部分接着这样讲。第五卷接着第四卷，一个最好的、至善的城邦如果是整体考虑，当然是各个部分相互配合；最不好的就是相互分裂的，人就是帕金森综合症了。灵魂和身体。好的城邦要培养一个 common 共同的东西。共同的东西，举的例子就是手的例子。从一个有机体出发，最理想的城邦是，城邦任何一个人的快乐幸福感同身受，是一个整体。那么最有利的东西是一个家庭，父母对孩子就是这样；跃出家庭就不是。所以儒家就会讲亲亲尊尊等，距离之外就不一样，一个国家尽最大可能培养共同的东西。那么什么削弱这样的共同的东西？就是因为每个人都有私人的东西，就是 privacy。一个人真正好的就是不应该有隐私。人们完全可以分享一切东西，我们谈恋爱的时候就希望这样。一个好的城邦不能够允许私有的东西。在柏拉图的理想国里，什么是好的？共产共妻的概念其实是出自柏拉图的理想国。其实柏拉图说的是什么，其实并不是所有人都要这样。第四卷讨论的是护卫者，说的是这个城邦的政治家，所以要有个护卫者。当官的不需要有私人的东西，否则，就会抢老百姓的东西，护卫者之间就可能相互打仗，所以第五卷里，共产共妻讲的就是护卫者。城邦既然是你的，当城邦每一个老百姓发生痛苦的时候，就应该感受到疼痛。我们就面临这样一个问题。柏拉图还讨论了几类城邦，第一类叫猪的城邦，生活越简单越好。这样的城邦大家没什么追求，没什么爱好，每个人懒洋洋的，接近卢梭讲的孤独的自然人状态。这样并不是柏拉图理想的城邦。每个人追逐自己的欲望，这个城邦就热闹了。这是发烧的城邦，每个人都有自己的欲望满足，社会充满了冲突斗争。这就是霍布斯讨论的自然状态。尽管语言不一样、讲的故事不一样，基本都是柏拉图的问题。柏拉图的目标是说，我们假定是一个发烧的城邦，怎么保证护卫者不去考虑个人利益，只考虑公共利益。

这些主要讨论的一个对象是格劳孔，还有阿德曼托斯。好的解读柏拉图的著作会解读这些人。苏格拉底是一个典型的哲学家，格劳孔是一个狂热的政治青年。所有讲的都是这样一个格劳孔的政治青年的热情的鼓舞下，苏格拉底讲。如果人间的政治都不好的，有没有好的政治、好的人？至少在谈话、在语言中可以塑造一个好的城邦。这样

一个城邦是否可以变成现实？这在第七卷才开始讲，讲哲学王的相关问题。这些与格劳孔的政治热情是有关的。格劳孔其实经常问的是这些是否可以做成，如果不能做成就没有用了。就像我们讲的共产主义的概念，至少在逻辑上应该是这样的。这是一个在话语、理论上可以建构的城邦。护卫者不应该有私人家庭，不能私有；也不能有财产。有了财产，就会相互争夺；如果没有财产，社会供养你，就要为社会服务；如果不为社会服务，社会就不会供养。同时还认为护卫者不要劳动。护卫者就是没有个人财产、没有家庭、不用劳动，保障他们没有私人利益。这是谁呢？我们今天社会有没有这样的阶层？在今天的社会里，比如天主教的教士，严格意义上就不应该结婚、不需要干活；还有中国的和尚。所以我们看，至少在理论上，只有这样一个阶层才会把别人的痛苦当做自己的痛苦。在这里面，有许多与这相关的。比如男女平等，强调男女应该平等；对战争的理解，这一点启发了后面的施密特的理论。认为城邦要区分两类东西，一类叫战争，一类不叫战争。希腊人和非希腊人、野蛮人打仗叫战争；希腊人与希腊人打仗叫内讧。战争有许多国际法规则，说希腊人与希腊人打仗，只是兄弟间内讧；但是与野蛮人就不是这样，与野蛮人是真正的战争，By Nature Enemy。这在陆地与海洋里面，卡尔·施密特讲的就是这样。国际法就是欧洲国家互为兄弟的国家之间的，而非欧洲国家不一定有国际法。城邦最终是一个希腊的城邦而不是野蛮人的城邦。

第六章前部分是苏格拉底在格劳孔鼓动下慢慢塑造理想城邦的样子。一个人受伤了，护卫者要感到疼。现在的问题是，苏格拉底是一个哲学家，格劳孔是一个政治青年，不断问能否实现。当我们说什么是好的城邦，首先有一个好的概念。首先有一个好的理念，但是什么是好是说不清楚的。柏拉图就不断讲这样的道理，美是一个理念，正义、善也是一个理念，只能接近难以到达。这就意味着，再好的人间的国家、再怎么做好，也不可能真正成为理想的典范。不可能说美国的制度就是好的，只能说美国的制度比较好，但是不是好本身。现实的东西与实践总有区别。理论的东西能否变成实践的东西？总有区别。最好的美的理想相比，总有距离，如果这样的话，搞那些理论有什么用呢？如果不能变成现实就没有用了。这是谁的观点？这是马克思的理论。马克思有一句名言：哲学的任务不在于解释世界，而在于改造世界。这句话刻在北大四院哲学系里。这种观点认为不应该像柏拉图这样思考美是什么，马克思主义不是苏格拉底的信徒，而是格劳孔的信徒。我国经过十几年改造马克思主义的历程，就知道这个事情。苏格拉底认为，理想的东西可以成为现实，但是只是接近。不是理想本身。怎么变呢？苏格拉底的对话很有意思。要让哲学家慢慢地变，要变得最小，最小的部分，看不到的，要做细微的改变。要变成好的东西，就接近于儒家的观点，移风易俗。如果真的要变的话，真的要实现最美好的城邦，需要一场彻底的革命，像马克思说的暴风骤雨的革命改变世界。柏拉图给了两个选择，一个是移风易俗的变化，一个是彻底的改变革命。

我们不知道哪一个是苏格拉底真正的想法，但是这个暴风骤雨的革命是格劳孔不断催促下说还有这样一种办法。但是苏格拉底后面还是说唯一的政体是哲学家王的政体，唯一的方式是暴风骤雨的革命。那么怎么构建，他就讲哲学家，什么是哲学家。在第五卷、第六卷讲，哲学家是爱智慧的人，不是爱智慧的一部分，而是爱智慧全部；不是爱美的部分，而是爱美本身。什么叫柏拉图恋爱？就是精神恋爱，不是爱美的人，而是美的人背后的美本身。在斯特劳斯派里最强调的概念是从这里引申出的。

柏拉图的对话是两个世界的对话。下面的世界是现象，只有美的事物。而美的事物就有很多，比如音乐是美的，环境是美的；上面的世界是真理，就不是多种多样。上面只有一个东西，今天叫理念 idea。哲学家能看到上面的东西，剩下的人只能看到下面的东西。上面的东西能够看到，就意味着看到的是 knowledge 知识；如果只看到下面的部分，就是 opinion 意见。哲学知识，所有的这些不是最好的，只是接近最好的，真正最好的是上面的部分。什么叫冷战？冷战就是一场 opinion 之间的战争，有的认为社会主义是最好的。有的认为自由世界是最好的。只是两个接近于美好的事物而已，但是并不代表美好本身。但是无论是自由主义还是马克思主义，都把自己的理解作为真理。为什么斯特劳斯重新在柏拉图的理论里找这些东西，重新划分世界呢？就是冷战以来，全部的冲突他们自认为是真理之间的斗争，实际上跟真理没关系，是意见之争。

我们会看到，这是两个基本的世界。这一部分奠定了第六卷讨论的问题。第六卷讨论的是哲学家，第七卷讲的是哲学王 philosophy king。哲学家不是简单的爱美的事物，而是爱美本身。追去的不是意见，而是真理和知识。这样，世界上有两类人，一类是爱意见的，一类部分是爱智慧、真理的，城邦无疑应该由爱真理、爱智慧的人统治。

北京大学法学院

哲学家究竟是什么样的人？1）他们追求真理，酷爱全部的真理，追求永恒的实体的知识。他们追求的是心灵的快乐而不是肉体的快乐；2）他们有节制、不贪财、心胸开阔、不怕死、性格温和、敏而好学、博闻强识等。哲学家不是像我们想的那样是个读书虫，不是喜剧《云》里塑造的苏格拉底的形象。柏拉图针对这个喜剧，重新塑造哲学家的形象。

哲学家不止是聪明有智慧，最主要的是品格很好。好的品格几乎都集中在他的身上，近似于圣人。问题关键就是说，如果哲学家这么好，那让他统治就很好。读到这里我们发现，对话的对象换了一个人。我们发现其实格劳孔关心的问题就是一个问题，什么是好的城邦，怎么建立好的城邦。而这里讨论的是什么是哲学家，哲学家怎么被误解。所以换了一个人。我们发现，当时大家都批评哲学家，所有当时普通人哲学家的形象就是阿里斯托芬喜剧《云》里面哲学家的形象。阿里斯托芬里面哲学家的形象就是无用的人，坏人。柏拉图用了很大的功夫在这里澄清。

哲学家为什么被认为是不好的人？哲学家之所以被看做无用的人，其实是没有人用哲学家，而不是他没用了。比如我们看到里面用医生的例子和船的例子，这两个例子很重要，是古希腊讲政治的时候最常用的例子。如果你要从事政治，就应该像医生一样能治病；如果你是一个政治家，就应该像船长一样能告诉你怎么航行、辨别潮汐的涨落，能做很多事情。但是所有的城邦容不下这样的哲学家。根本不懂知识的人当了船长了，真正懂哲学的人不用。这是第一类，第一类是真正的哲学家，但是城邦不会使用。他们被看做是哲学家，但是是无用的哲学家。

第二类原因，哲学家之所以不好，因为一帮人把哲学家的名声败坏掉了，冒充哲学家。这类人跟哲学家有什么区别？他们走在外面号称哲学家，但是做的完全不是哲学家的事情。这说的就是智者学派，有时候也称为诡辩派。他们到处在教育青年。最大的区别在于：

每当许多人或聚集到一起开会，或出席法庭听取审判，或到剧场看戏，或到兵营过军事生活，或参加其他任何公共活动，他们就利用这些场合大呼小叫，或指责或赞许一些正在做的事或正在说的话，无论他们的指责还是赞许，无不言过其实；他们鼓掌哄闹，引起岩壁和会场的回声，闹声回声互助声势，变得加倍响亮。在这种场合你想一个年轻听众的心，如所说的，会怎么活动呢？有什么私人给他的教导能站得住不被众人的指责或赞许的洪流所卷走？他能不因此跟着大家说话，大家说好他也说好，大家说坏他也说坏，甚至跟大家一样地行事，并进而成为他们那样的人吗？

——《理想国》第六卷

这里说的其实完全不陌生，我们听讲座什么的都是这样的。这是一个教育的场景，写出了智者学派坏哲学家名声的事情。他们选择喧闹的公共场合，下面的人要鼓掌。紧接着，采用什么样的语言，语言的方式是，一定是谴责某些东西、赞扬某些东西，最终激情地学习。不是讨论、辩论，而是明确告诉赞成还是反对，不是说喜欢的理由是什么等。听众的回应不是思维，而是激情的回响、喝彩声。教育的空间、手段，最终不是讨论真理还是谬误，而是一个人要不要跟着别人走的问题。到了最后会发现一个人被公众裹挟走了。

柏拉图不断讨论，说哲学家是很少的人。我们也知道，像有那么完美的美德的人一定是少数中的少数。可是就是这些完美的人，在这样的环境里受教育，也就跟着多数走了。智者是让年轻人听他们的意见，赞成一些东西、反对一些东西。一些智者的教育家比哲学家更厉害的东西，是有一些办法，剥夺公民权、运用刑法，甚至用死刑来治你。哲学家教育的目的是理解什么是好的，而智者的教育是让人们听他的。紧接着，还有另外一套教育。

这些被政治家叫做诡辩派加以敌视的收取学费的私人教师，其实他们并不教授别的，也只教授众人在集会时所说的意见，并称之为智慧。这完全象一个饲养野兽的人在饲养过程中了解野兽的习性和要求那样。他了解如何可以同它接近，何时何物能使它变得最为可怕或最为温驯，各种情况下它惯常发出几种什么叫声，什么声音能使它温驯，什么声音能使它发野。这人在不断饲养接触过程中掌握了所有这些知识，把它叫做智慧，组成一套技艺，并用以教人。至于这些意见和要求的真实，其中什么是美的什么是丑的，什么是善的什么是恶的，什么是正义的什么是不正义的，他全都一无所知。他只知道按猛兽的意见使用所有这些名词儿，猛兽所喜欢的，他就称之为善，猛兽所不喜欢的，他就称之为恶。他讲不出任何别的道理来，只知道称必然①的东西为正义的

和美的。他从未看到过，也没有能力给别人解释必然者和善者的本质实际上差别是多么的大。说真的，你不觉得这样一个人是一个荒谬的教师吗？

——《理想国》第六卷

这一段柏拉图讲的我们也不陌生。说到底，这里面最重要的并不是探究什么是真理，不是探究上面的这一部分；全部的教育关注的是下面的一部分，是意见。他们也不敢讨论意见背后是什么，他们要的是训练 aggressive 的性格。要么为共产主义奋斗终生，要么为自由民主法制奋斗终生。他们天天讲什么是民主、什么是自由民主法制，但是要的仅仅是这样的概念，没有让人们理解什么是自由、民主、法制，让人们为之奋斗。这样的教育是培养野兽的习性。教育是野兽的教育，今天许多教育就是这样，他们喜欢的自由民主人权是善，他们不喜欢的就要去咬。像野兽一样盲目地服从，但是最后你也不知道什么叫自由、民主、法制。这是智者教育和哲学家不同的。如果今天说，没有哲学家概念，我们把智者教育叫做知识分子，用柏拉图的观念来说，正式这些人老是自称哲学家，把哲学家名声坏掉了；今天也是，许多人自称知识分子，把知识分子的名声坏掉了。我们会发现今天知识分子、教授好像也不是好名词，都是被这些人败坏掉了。智者的目的就是训练听他们话的野兽。这种野兽充斥了今天的网络、媒体、大学。

第三个方面，说到底是对什么是好的、什么是坏的、什么是真理、什么是艺术，以人民群众的标准为标准。不是以少数明白真善美的人为标准，而是以大多数处于意见世界的群众为标准。这样的意见更多的，在审美艺术领域的群众路线，人民喜闻乐见。这么推理的话，东北的二人转什么的是最美的，因为群众喜闻乐见。智者学派就会鼓励这些东西。我们发现和这样一个相互对应的，就会有一个概念出来了。慢慢会发现，大众和少数人。少数人里面，最重要的少数人是哲学家。在少数人和大众之间，是智者、知识分子。本来大众是很老实的，对哲学家有好感，但是在大众看来哲学家要么是无用的人、要么是坏人，这是因为中间的这一批人。真正对于哲学家，敌人不是大众，大众从来是最善良温和的。这样一批知识分子，大众里面有文化的，大知识分子带小知识分子，小知识分子带文艺青年。柏拉图不只是当时的事情，今天也是这样。哲学家名声不好，哲学家无用还不错，没人用也就罢了；最糟糕的是坏名声。所以哲学家很难。最重要的是哲学家的教育特别难。这里面讲了很多，和今天很像。少数有哲学天赋的人很难走上哲学道路，做了城邦其他工作。真正应该做哲学的人没有做，而一些没有哲学细胞的人去做哲学细胞。今天也是，许多没有做学问的人在媒体上说话，自认为是学者。

那些最配得上哲学的人就这么离弃了哲学，使她孤独凄凉，他们自己也因而过着不合适的不真实的生活；与此同时那些配不上的追求者看到哲学没有亲人保护，乘虚而入，玷污了她，并使她蒙受了（如你指出的）她的反对者加给她的那些恶名——说她的配偶有些是一无用途的，多数是应对许多罪恶负责的。

这些话是很有道理的。因为还有一种小人，他们发现这个地方没有主人，里面却满是美名和荣誉头衔，他们就象一些逃出监狱进了神殿的囚徒一样，跳出了自己的技艺圈子（这些人在自己的小手艺方面或许还是很巧的），进入了哲学的神殿。须知，哲学虽然眼下处境不妙，但依然还保有较之其他技艺为高的声誉。许多不具完善天赋的人就这么被吸引了过来，虽然他们的灵魂已因从事下贱的技艺和职业而变得残废和畸形，正象他们的身体受到他们的技艺和职业损坏一样。

——《理想国》第六卷

所以如果处在这个情况下，哲学家做了王会很痛苦。很多不懂哲学的智者唧唧歪歪，毒害老百姓。这样的情况下做一下反右什么的也是应该的，不像秦始皇那样搞一个焚书坑儒就不错了。我们会看到，这里很重要的，哲学家为什么在城邦里不能受到好的尊重，第一个是因为哲学家很少，有这么高的智慧、品质很好，中国古代就是周文王这样的人。很多人又很糟糕，自称是哲学家，败坏哲学家美名。

如果这样的话，哲学与城邦之间，就有一个张力。哲学家需要很好的环境才能成长起来。我们会发现这几乎是不可能的。第六卷论证中有一段，苏格拉底、柏拉图谨慎地告诉我们哲学家政体基本上是不可能的。

因此，如果曾经在极其遥远的古代，或者目前正在某一我们所不知道的遥远的蛮族国家，或者以后有朝一

北京大学法学院

日，某种必然的命运迫使最善的哲学家管理国家，我们就准备竭力主张：我们所构想的体制是曾经实现过的，或正在实现着，或将会实现的，只要是哲学女神在控制国家。这不是不可能发生的事情，我们不认为是不可能的，同时我们也承认这是件困难的事情。

——《理想国》第六卷

所以实际上，苏格拉底认为这样一个理想国的政体不可能建立起来，因为哲学家这样的人很难找。问题在于，紧接着几节讲了哲学家如何教育大众。那就是跟智者完全不一样的。说到底，哲学家是通过教育、启发、诱导，潜移默化地影响大众，确立的，而不是通过相互争吵、人身攻击，在意见社会确立的。如果哲学家心悦诚服地告诉大众，我们应该建立怎样的政体，怎么做才有好处，让一些有前途的人处于共有财产状态，不要有妻子、不要有小孩，好好教育为哲学家，老百姓会同意的。所以大众教育是不错的，问题是大众的教育权不在哲学家手中，而在知识分子手中。这就是说哲学家难。但是如果说理想中，这个哲学家是有可能出现的，哲学家王如何建立起来？这就是说，哲学家要塑造大众。这其实是一个特别重要的问题。

他们将拿起城邦和人的素质就象拿起一块画板一样，首先把它擦净；这不是件容易事；但是无论如何，你知道他们和别的改革家第一个不同之处就在这里：在得到一个干净的对象或自己动手把它弄干净之前，他们是不肯动手描画个人或城邦的，也不肯着手立法的。

——《理想国》第六卷

哲学家如果做了 Philosophy King，要建立最美好的城邦，第一件事就是做这些事情。这些事情是不是容易做呢？他脑子里有最美好的城邦，这个城邦由最美好的人组成。他们就像画板，哲学家要那画板作画，突然发现并不干净，要先把它们擦干净，变成空白，再画上去。好不好呢？毛泽东说过，中国一穷二白，是一张白纸，上面可以画最新最美的图画。但是，中国虽然一穷二白，但是每个人心灵上谁都不是一张空白纸，图上了中国各种各样的历史和文化。毛泽东说涂上这些不幸，要么涂的是封建思想，要么是资本主义思想。要建立社会主义最好的思想是要把旧的东西擦干净。怎么擦干净？教育、劳改、反右，所有的斗争都是这样的。要让你灵魂里发生革命，就叫做无产阶级文化大革命。把心擦得干干净净，只靠改变政治没有用，只靠改变社会没有用，最终要靠改变文化思想。擦掉的时候就不能有封建关系，你还考虑私有财产、考虑子女、考虑孝顺，这些思想都应该擦掉。所以子女要鼓励他们告父母，父母要去告子女。要全部像雷锋的样子。柏拉图其实告诉我们，如果一定要建立哲学家整体，一定要在现实生活中建立一个最理想的政体，就是这么一个革命。这么一个革命跟前面说的显然是不一样的。所以苏格拉底一直是两个题材结合在一起，一方面说哲学家教育是和风细雨的、是说服的、一点一点地改；另一方面，苏格拉底又说，那是一场彻彻底底的革命。这一段讲的最最极端，就像画板一样，要擦得干干净净。在理论上擦得干干净净当然很好，我们塑造一个新人。可以要变成一个政治家，像格劳孔这样的狂热的政治家，大约要经过这样一些事情。所以秦始皇的时代为什么要焚书坑儒，不焚书，人们记忆的都是流过的历史，谁都不知道统一秦的历史，知识分子想读书，又出来说我懂得的历史怎么说的，秦国的历史又是怎么说的。那么就要把它们擦干净。所以毛泽东自己说，我就是秦始皇加马克思，其实是有道理的。把心灵上全部封建诸侯王国的历史全部都擦掉，换上新中国的历史，记得都是我们是伟大的祖国之类。但是我们会发现，我们心里是画上了这些东西，走到台湾的时候发现人家画的是另外一些东西。今天台湾、香港最大的麻烦是心灵上画的不一样。你说台湾、香港是自古以来就是中国不可分割的一部分，这已经不是画画，而是烙印一样烙在心里了，结果到了那里，人家心上画的是我们从小就是自己长大的，跟你没关系。这两个人怎么会有共同的个性，一定会陷入冲突。所以政治之所以是一套文化，是因为只有文化才会把它的价值观念的东西烙在你的心上。卢梭说，最好的法律是刻在心灵上的。卢梭说的那些话都是第一天读了柏拉图的文獻后，第二条想出来的。

那么我们下面就会说，哲学家这么伟大、这么好的人，建立哲学王的政体特别难。一来哲学家很少，二来即使建立，也要用这么残酷的手段。不一定愿意。但是接下来是哲学家最主要的和别人不一样的，他知道神的知识和理念。这一部分就是第七章的开头。这样我们发现在，在柏拉图的这一部分，在上面的知识和意见的基础上，建立了

一个新的知识体系。在这个基础上，加进了一些新要素，这些要素要在下面讨论。一部分是可见世界，另一部分是理智世界。这里讲了很多抽象的哲学的东西。对于可知的世界和可见的世界，都包括若干部分。在可知世界的意见和理智中间，还加入了思想。离开具体事物，成为抽象的学问，最典型的是数学和几何学。它们就离开了具体的事物，变成了抽象的事物。如果从数学和几何学还往上走，就到了善的理念；如果从逻辑几何学往下走，就进入了意见的世界。数学、几何学在这两个世界中间，靠思想存在。这些构成了一个复杂的体系。

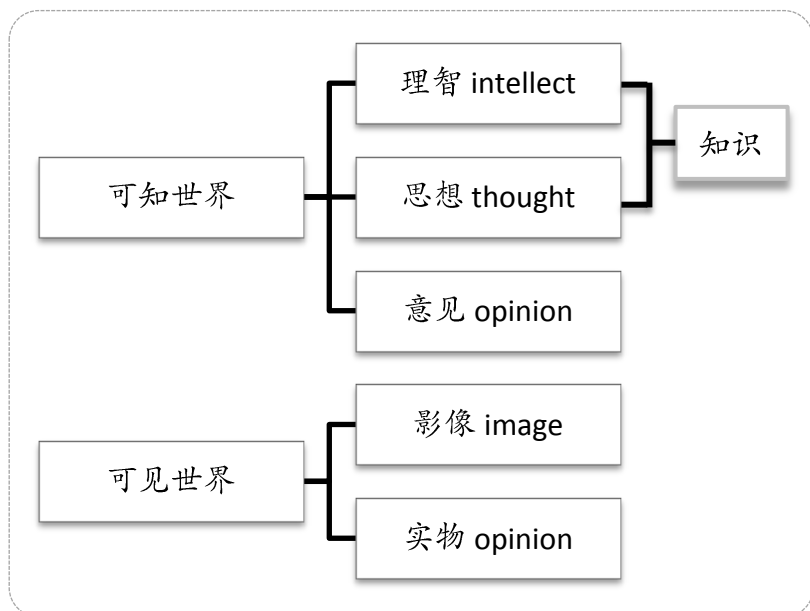
透过这样的知识结构，苏格拉底塑造了两类人，或者说三类人。一类是一般人；一类是不配做哲学的人，但是自称是哲学家，就是智者；上面是少数的哲学家。如果说城邦是这三类人组成的，谁来统治？大致知道谁来被统治。说到底是哲学家和智者来统治呢，还是做护卫者。如果智者做护卫者，城邦将很快陷入分裂。因为智者本身就是意见，不是真理，是有派别、有利益的，他教育的全部目的就是训练一群支持他的野兽。所以城邦的分裂是从知识分子开始的，就像今天政治的分裂是从左派和右派的分裂开始的。

第七卷讲的是什么？第六卷讲的是论哲学家，什么是哲学家，哲学家是什么人，知道些什么，为什么被人们误解等等。这个问题已经解决了。第七卷开始讲 Philosophy King。一个哲学家如果做了国王，他和人民群众的关系是什么？他怎么教育人民群众，对待人民群众的方式是什么？这一部分是政治，讨论哲学政治的关系是什么。这一部分在第五章已经触及到了，但是最集中地讨论是在第七章。

建立理想的城邦，要有一个护卫者。柏拉图的古典共同体和霍布斯的现代共同体有哪些区别，护卫者要成为一个哲学家，什么是哲学家？最重要的是一个知识的体系的问题。很多东西都是谈这个，第五章的结尾的地方，提出了这样一个东西。这个部分包括两部分：可见世界和可知世界。可见世界，英文里叫 being，存在。我们很早之前，区分了意见和知识。无论是意见还是知识，二者都不属于可见世界，都属于可知世界。

意见和知识的关系是什么？可见世界首先是存在一个事物，实实在在的东西。我们对可见世界里真正看到的不是桌子，而是桌子的 image。一个桌子，我们说是一个桌子，其实看到的不是一个桌子，而是看到的是桌子这个物体通过光线反映到视网膜上的影像。看到的是影像而不是桌子。所以眼睛好的人和近视的人看到的东西不一样。最上面其实是影像。影像和事物的关系，可能一个是真的，一个是假的。形成的东西是意见。意见对于可见世界而言，就像影像对于事物。可见世界形成意见的时候，意见也是虚假的。世界在这个不是真实的影像世界里有没有真理？最关键的是可知世界的思想。思想是什么？理想国中哪一类东西属于思想？这里面说了一些很重要的东西，就是今天说的数学、几何学。这些抽象的知识本身不是意见，它们已经变得非常抽象了。但是这些东西依然不是最高的。最高的是这个基础上，至上的理智。思想这一部分特别重要，如果想下降的话就会堕入意见里面；如果上升就会进入真理的世界。到了第六章、第七章，重新谈哲学家的教育。

总的来说，有了这样一套知识体系，可以区别两类人，一类是智者，我们大约可以把哲学家和智者区分开来。大约可以区分这两类知识。问题是这些东西对于城邦有何影响。理想的城邦是什么样子？第六章讨论的时候，最好的城邦如果是哲学家作为国王的城邦，其实特别困难。哲学家特别不容易在国家中生存下来，最大的问题是智者。核心的问题是哲学家掌握真理还是智者掌握真理。核心是真理问题。如果我们知道最好的政体是哲学家作为护卫者国王的政体，建立这个政体。第七卷大约讲的就是这个政体。讲的就是哲学家和城邦的问题。



接下来让我们把受过教育的人与没受过教育的人的本质比作下述情形。让我们想象一个洞穴式的地下室，它有一长长通道通向外面，可让和洞穴一样宽的一路亮光照进来。有一些人从小就住在这洞穴里，头颈和腿脚都绑着，不能走动也不能转头，只能向前看着洞穴后壁。让我们再想象在他们背后远处高些的地方有东西燃烧着发出火光。在火光和这些被囚禁者之间，在洞外上面有一条路。沿着路边已筑有一带矮墙。矮墙的作用象傀儡戏演员在自己和观众之间设的一道屏障，他们把木偶举到屏障上头去表演。

——《理想国》第七卷



本来第七卷讲的是哲学家如何建立一个城邦，但是一开始是区分有没有受过教育。其实最好的城邦是一个教育问题。所以柏拉图的理想国可以看为讨论教育的书，同时也是讨论政治的书。为什么讨论政治的著作变成讨论教育的书？这个以后再讨论。

根据第七卷第一段话，这段话设计的情形有几个要素？这个究竟讲的是什么？首先要知道，这套要素与上面的知识慢慢对应起来。这段话是古典政治哲学家运用故事想

象的一个情景。我们要区分受过教育的人与没受过教育的人，其实就是霍布斯说的自然状态。没有受过教育的人大约就是这个样子的。一个完全自然的、没有经过人改变的。整个第七卷一开始就讲一个自然状态怎么变成启蒙，变成受过教育的状态。所有首先要区分受过教育的和没有受过教育的，没有受过教育的就是这个样子的。如果这是个自然状态，这个自然状态是怎么改变的？这个讨论过程就像霍布斯在利维坦中说的，自然状态下的人怎么进入利维坦的？柏拉图讲的也是没有受过教育的人怎么进入到一个哲学王的政体；即使不是哲学王政体，也是进入城邦中来。如果自然状态的平衡突然打破了，有一个人突然看到了太阳，看到了真理，告诉别人你们看到的都是做梦一样，都是在梦中生活。有一个人看到大家其实原来都在梦中生活。大家都说这是教育改变的，但是问题是，谁是第一个看到太阳的呢，是谁教育出来的？这个意义上，就是一个先知。先知意味着是不可教育的，他是第一个老师。是这样吗？我们对比自然状态进入城邦和霍布斯自然状态进入利维坦，有特别大的区别。

我们注意亚里士多德的四因学说，形式因、质量因、目的因、动力因。这里讨论的是动力因，这个事物是怎么构建出来的，力量来源于何处？在霍布斯的学说中，怎样在自然状态下变成利维坦，是一个先知搞出来的，还是来源于哪里？是源于恐惧，来源于自然人内在的天性，人的灵魂、激情、欲望、战争状态、恐惧，理性在最后的时刻帮助了恐惧，达成了协议。是有这样的动力的。如果这样一个自然状态开始改变，动力在哪儿？要有一个哲学家。这个动力一定是哲学家，就像先知。我们要找到这个哲学家是如何产生出来的，产生出来后又教育大家。换句话说，要找到哲学家和普通大众的区别在什么地方。

那么，请设想一下，如果他们被解除禁锢，矫正迷误，你认为这时他们会怎样呢？如果真的发生如下的事情：其中有一人被解除了桎梏，被迫突然站了起来，转头环视，走动，抬头看望火光，你认为这时他会怎样呢？他在做这些动作时会感觉痛苦的，并且，由于眼花缭乱，他无法看见那些他原来只看见其阴影的实物。如果有人告诉他，说他过去惯常看到的全然是虚假，如今他由于被扭向了比较真实的器物，比较地接近了实在，所见比较真实了，你认为他听了这话会说些什么呢？如果再有人把墙头上过去的每一器物指给他看，并且逼他说出那是些什么，你不认为，这时他会不知说什么为好，并且认为他过去所看到的阴影比现在所看到的实物更真实吗？

——《理想国》第七卷

这段话讲了第一个哲学家的诞生，哲学家和其他人有什么区别。奴隶看到的都是一个样子的，如果是一个哲学

家，就要解放。自然状态就是人的奴役状态，要将其解放，这里我们理解为奴隶的解放，身体的解放。近代以来我们说解放，为什么说解放？以前是奴役，现在要从奴役中解放出来，与奴役绑在一起的概念就是自由。我们发现，一个人突然从奴役状态变成自由人，发生根本性的改变就是会扭头看后面，发现原来看到的不是真实的。这个人是如何变成哲学家的？从头到尾会发现，这个故事里面，这个过程不是一个欢乐的过程，是一个很痛苦的过程。从自然状态进入到城邦状态，从奴隶状态进入自由，是一个痛苦的，不是每个人都愿意。问题是说，奴隶究竟意味着什么。为什么变成奴隶了，谁捆起来的，奴隶住在哪儿？现代所有关于自由主义的观念，都能找到束缚他们的制度，帝国主义制度、封建主义、独裁者等等，都能找到明确的奴隶主。奴隶向自由的解放过程就是一个革命过程。近代以来的全部革命，都是在这个背景下产生的。回过头来，在柏拉图这里，我们讨论革命是什么？谁是奴隶主，谁把这些人变成奴隶？这里面讲的十分明确，在后面的段落有指出，现在先暂时放下这个问题。

我们已经大约知道了，从一群奴隶里面产生了第一个自由人。不管如何痛苦，第一个自由人从通道里上去，见到了太阳，获得了真理，第一个哲学家诞生了。讲这个故事的前半段是回应理想国前半部分，一个人是如何教育出来的。问题是这个人如何变成 king，如何变成国王。希望他做国王，但是这个人不可能在上面当国王统治洞穴，必须回到洞穴里做国王。这就会讨论哲学家跟城邦的关系是什么。回想前面讲的哲学家教育。哲学家是不大关心人类俗事的人。如果是一个地窖，黑暗、潮湿、发霉，好不容易跑上来看到太阳，呼吸新鲜空气，哲学家愿不愿意下去？我们会看到，哲学家是不愿意回去的。如果是这样的话，怎么可能有哲学王政体呢？这种状态，哲学家是庄子比喻的逍遥游这样的人，这么好的日子不过，回去当国王。洞穴里面最大的权力就是统治者国王，但是还是在洞穴里生活。这个形象，就是我们在《云》故事里的苏格拉底，哲学家到了云端，不在人间，在人间教的都是乌七八糟的。阿里斯托芬写喜剧就是嘲笑哲学家这么想问题。这个最重要的问题就是反驳阿里斯托芬的嘲笑，哲学家不是那么可笑的。哲学家要不要回来，怎么回来，为什么回来？不是为了光荣，而是考虑到必要。

这一段讲了一个问题，为什么哲学家统治？你有没有责任当哲学家教育美国人？没有，但是这跟是哪国人又有什么关系？哲学家最重要的是从洞穴里走出来的。最重要的是跟城邦类似有一个交易的东西。城邦养育了你，培养了你，出去后就有一个责任。这个责任是基于正义。哲学家是最关心正义的人，如果不回去，就是一个不正义的人。这里面说的很清楚，对其他国家不欠任何东西，但是城邦是培养他的。培养的时候哲学家是不需要从事劳动的，是城邦供养的。为什么把城邦每一个人的利益当成自己的利益？因为如果不是这样，就不养你了。这个责任来源于正义的概念。这样的思想，道家和儒家的思想类似于这样的东西。要回到城邦是基于正义理论和责任，社会交换关系形成的。

第二个问题，他回来统治城邦是不是就很好呢？是不是一个知道了哲理的人，回到城邦就知道哲理是什么样子？一个哲学家往出走的时候，成为哲学家是很痛苦的过程；但是哲学家再进城邦的时候，也是很痛苦的过程。问题是，当不适应黑暗的时候，他看到的影响可能是错误的。但是那些熟悉了黑暗的人，在黑暗看到的影像至少是差不多的。比如有一只羊，人们看到的是羊的影像，哲学家说是油菜，人们就会嘲笑他，成了哲学家反倒什么都不认识了。现代来理解，这就是“昆仑山上下来的神仙”。王明回来的时候毛泽东是这么欢迎他的。毛泽东没有读过《理想国》，王明这些人到苏联学了这套马克思的道理，回到中国就成了神仙了。这帮神仙回到中国，其实洞穴里什么都看不清楚，看到的都是模模糊糊的。今天我们说王明到中国这个故事，特别类似于这里的例子。哲学家为什么很搞笑？不是哲学家的问题。搞笑是名声被搞坏了，是智者的问题，不是哲学家的问题。搞笑似乎是很危险的。第六卷说的清楚是智者的问题。这里发现不是智者的问题，是哲学家自己的问题。回来看到的还不如人家看的，问题是哲学家自己的。要仔细看这些段落，这几段恰恰说的是一个哲学家有责任担任国王，但是担任国王很危险，危险在于进来的时候不适应环境，看不清楚。

哲学家和城邦的关系究竟是什么？这段话没有继续讨论，但需要研究清楚这个问题。刚才说的很危险的情况，而很搞笑的例子就是阿里斯多芬的《云》的故事。这个形象是苏格拉底从头到尾批评的形象。那么哲学家怎么办？第一个要实践。回来要看到他们看不到的，也要看到以前看到的。回到洞穴要首先和大家在一起。换句话说，王明回来不应该指手画脚，而应该回来和大家一起学习。所以哲学家这个国王要干什么？把哲学家进来的时候分成几个

北京大学法学院

阶段，出去以后成为哲学家，回过头来回到城邦，刚回到城邦的时候也什么都搞不懂，要先搞清楚。到了第二个阶段，回来搞清楚后和大家的水平至少是一样的，第三个阶段，哲学家至少还知道看到的都是假象，就超出别人了。那么哲学家应该做什么？

我们说哲学家经过了刚回到城邦的时候的两个痛苦的阶段，第一个阶段不适应城邦世界、政治世界黑暗，以至于意见都提出出来，对事情看得都不正确；第二个阶段实践、学习，终于也能适应城邦的黑暗，能看见黑暗世界东西。哲学家到了第三阶段应该做什么？作为国王，是不是应该立法，作为主权者，作为立法者，就开始制定法律，制定民法、刑法。哲学家当了国王，他知道善的东西，是不是第一件事就是搞解放运动？是不是要督促大家从洞穴里往上走，运用城邦的强制力、暴力，促使人们从洞穴里面走出去，走到阳光之下。是不是这个样子？我们要看哲学家第三阶段究竟要做什么。

哲学家干什么？这一卷里最关键的问题还没有讨论过。哲学家这时候从头到尾做一个事情就是教育。回到黑暗世界以后，了解这个世界以后，不是像现代意义的主权者一样，制定法律，而是开始教育。为什么开始教育？如果回来，把所有奴隶解放掉，把他们身上的枷锁杂碎掉。我们就会问究竟什么东西把这些人变成奴隶的？谁把他们捆绑在一起？奴隶是谁？他们是奴隶，不是近代意义的奴隶，不是身体不自由，而是灵魂不自由。什么捆绑在一起的？是欲望，灵魂的负重。第一个哲学家，就是也不知道什么原因摆脱了欲望的一个人。这个过程可能有很多故事，比如释迦摩尼什么的就是这样的故事。

那么什么是教育？今天讨论的 Liberal Education，什么叫自由教育？教育和自由是不是矛盾的概念，教育是不是意味着灌输？怎么知道教育是自由的教育而不是灌输呢？教育不是灌输一套东西。如果是灌输一套东西、强迫接受一套东西，这不是哲学家的教育，而是智者派的教育。哲学家的教育最重要的概念就是说灵魂的朝向问题。人的灵魂和智力，可见的世界因为人有眼睛、有视力。这个视力可以朝上看、可以朝下看。如果朝上看可能获得的是真理。整个教育问题就是灵魂的朝向问题。自由教育里面引导最重要。自由教育恰恰是获得善的教育，要学习几何学天文学...等等这些学问。在所有的学问里最重要的是辩证法。什么是辩证法？这个辩证法和今天说的辩证唯物主义辩证法有一点区别，但是仍然可以用辩证唯物主义基本的思想来说。辩证法是在不同的事物之间模仿。基本用的是英文里的几个词，discuss 讨论、argument 主张、account 说明，和辩证法连在一起的是这三个词。那么辩论是怎么样呢？按照孔子的想法，苏格拉底他们揪着人问，是巧言令色。真理的东西跟辩论没有关系。儒家、道家都不是说真理是语言用辩论搞清楚的。中国的古典思想都像论语一样。中国的思想更强调实践。宋代才把这个讲出来，知行合一。中国人说辩论都是假的，行动才是真的。做到的才是真理。这是对于中国人最简单的看法。

接下来，这一章开始讲哲学家的教育，Liberal Education。自由人不应该强调任何学习，学习不是强迫出来的。强迫不是自由人。在前面说学知识的时候，学天文学、几何学、数学，学这些这些不断跟战争联系在一起，一举例就会讲战争。为什么跟战争连在一起？基本的一个看法比较清楚，之所以跟战争比较清楚，在一个后面的段落专门讲到，是因为整个哲学学习过程，学习罗格斯，学习摆脱欲望的束缚。所谓自由教育，第一个含义是自由教育是方法是自由的，第二个含义是通过教育实现自由。施特劳斯有个文章讲什么是自由教育，其实是柏拉图的思想，未经教育不能获得自由，经过教育才能获得自由。一个人没有经过教育是野蛮人，经过了教育是自由人，但是也有可能教育成奴隶了。问题是给他教什么。整个的讲法就是今天柏拉图的里面讲的，现代社会自由教育。自由教育如果不是让灵魂摆脱负重、获得自由，就不知自由教育。如果成天教你经济学，叫你怎么赚钱，让你遭到更多的负重，这就不是自由教育，这叫奴隶教育。在这个意义上，学法律、学经济都是奴隶教育，只能把利益看得越来越重、赚钱的欲望越来越强。而让灵魂摆负重的是学哲学、学宗教。所以在法学院讲自由教育是很矛盾的事情。

讲完自由教育之后，又会讲一个问题。把自由教育抛开不谈，哲学家的第三个阶段就是自由教育阶段。第三个教育哲学王就是搞教育，搞自由教育。这其实很危险。这里面举出了一个人有后爹后妈，原来不知道，后来知道了的例子。第一个阶段是未经教育阶段，城邦里面，就是习俗阶段，老百姓没经过教育，父母说什么就是什么，老师说什么就是什么；第二个阶段进行教育，除了影像以外，还有道德伦理，比如习俗、风俗习惯。习俗很重要，要有善良风俗，在柏拉图这里善良风俗不是真理，这个要清楚。对风俗就可以有两种态度。第一种情况是保持风俗不

要动，第二种情况就是进行教育。教育就是启蒙。老师、父母不是那么权威，我们发现教育就会很麻烦，带来一帮不遵纪守法的人，把欲望的东西带进来了。我们都经过过自然状态的教育都经过这个阶段，那个富裕家庭养子的故事就是这样。这时候会发现，这第二类教育实际上不是哲学家的自由教育，依然是智者的教育。

这时候重新再来讨论第六章的问题。在洞穴里本身就会有两种教育的争夺，一种是智者的教育，一种是哲学家的教育。哲学家的教育讲了很多的东西。跟智者的教育依然要区别，就在于教育究竟是求知还是求胜，是获得真理还是取胜？所以整个教育贯穿了哲学家和智者两种不同教育对城邦的联想。无论如何，这本书没有继续讨论哲学家如何教育。第七章基本结束了。既然这样的话，最好的政体、最好的城邦是哲学家作为国王，因为可以推行 Liberal Education。

第十三讲 灵魂秩序与法治秩序（下）

1. 柏拉图：《理想国》，第八卷
2. 托克维尔：《论美国的民主》上 第二部分，第七-八章

✓ 《理想国》第八卷

《理想国》讲的是一个先上升，后下降，再上升的故事。从第八卷是一个下降的故事，从最好的政体怎么堕落到最烂的政体。这符合柏拉图的政体循环的学说。我们简单看一下第八卷里面的故事。这里面有几种政体，斯巴达政体、寡头政体、暴民政体僭主政体。柏拉图又重复了原来的政治学观念，政体来源于心灵秩序。我们仔细往后看，我们要了解比如说斯巴达政体荣誉政体，什么是荣誉政体，这种政体是如何演变来的，这种政体最基本的特征是什么，这种政体下的人格、心灵秩序是什么样的？每一个政体下带着这种问题读。

首先是荣誉政体，最重要的跟心灵秩序变化有关。我们要讨论的是民主政体。民主政体是什么样的，为什么从寡头政体变成民主政体？如果这么分类，今天的中国在哪一个政体里？肯定不像荣誉政体，有点儿接近寡头政体，民主政体也有点儿像。今天中国既有寡头政体要素，又有民主政体的因素，在重庆有最后荣誉政体的存在，但是最主要是寡头政体。

寡头政体就是金钱决定权力。爱金钱而不是爱美德。民主政体里人格的特征是什么？上层基本处于寡头政体，但是心灵状态最多的不是寡头政体，而是民主政体的心灵习惯。寡头人物怎么变成民主制人物？寡头政体中，钱是最主要的，但是不是唯一重要的。赚钱跟什么联系在一起？赚钱跟一个品格联系在一起，最重要的是很谨慎、很小心翼翼。但是民主时代的人格就不是这样。不是政治制度在变，不是法律在变，而是心灵秩序变了。

接着，在秩序的上层，依然以寡头政制为主，但是富二代就不一样了，与富二代最初开始的时候的教育有关。他们空无所有、没有理想、没有事业心，正因为这样，一切东西都可以乘虚而入。这里面不断讲平等，是受到欲望蛊惑。在寡头政制里面，金钱的欲望是最高的。民主时代，金钱的欲望不重要，所有是平等的。内心里最强烈的欲望是什么？不知道。秩序是什么样子？民主政制恰恰是不知道。心灵欲望里面没有秩序，就是平民政治的开始。没有什么是重要的。政体的演变的背后，真正的动力不是马克思主义的财产问题，而是灵魂的秩序。而灵魂的秩序取决于教育。

在美国，Liberal Education 究竟什么在推动，自由教育什么在推动？自由教育不是左派的，而是右派保守派的，包括斯特劳斯派。自由教育是富家子弟的教育，是美国富三代、富四代、富五代……的教育。这么多钱传给子孙，怎么让他们守住？一定让他们知道价值很重要。这是美国的贵族阶层。如果我们回过头看，自由教育，美国保守派最主要推行，他们要塑造现代意义的贵族阶层。他们与平民大众的区别是什么？最好的政体是贵族政体，最差的是平民政体，转化的中介是心灵秩序。要塑造贵族阶层，塑造贵族的入手点，除了财富，就是教育。教育就是让这些人知道柏拉图的这套东西，知道真理。

接下来有一个问题很重要。我们问这种教育有什么目的，我们不妨先反过来问，为什么要让哲学家做国王？我们会说，哲学家不愿意做国王，但是有责任做国王，为什么不是其他人，就因为他知道真理吗？其实不是。哲学家一旦知道了真理，回到洞穴里，就不会贪财，不会贪恋别人的东西。哲学家之所以掌握真理，因为把一个东西排除掉了，这个东西就是自私自利。不会像其他的护卫者一样，把别人的东西变成自己的东西。一个好的共同体里面，最难的就是找不到这样一个护卫者。为了实现这个，理想国最早提出的制度安排是护卫者不能有家庭、不能有财产等。但是这种制度安排只是一种。第一个含义是，至少哲学家不会自私自利，不会侵害老百姓的利益。他们真正的利益在这个上面。他们不贪恋政治荣誉，没准备名留青史。这是最低目标，这是一个好的城邦的最低目标，就是统

治者关心老百姓，不侵犯老百姓的财产。还有一个最高目标，就是有可能采取 Liberal Education 自由教育。一个贵族阶层，如果要保持这个教育，慢慢摆脱自私自利这样的东西。我们想起马克思韦伯的《新教伦理与资本主义精神》，赚钱不是欲望本身，赚钱是奉献给上帝的召唤。要做一个正义的人。贵族政体，只有通过自由教育本身，才能抵抗来自平民政体的力量，抵抗导致人的不断的堕落。

柏拉图的理想国是一个上升到下降的过程。到达一个最好的政体，又不断堕落的政体。下降的过程，全部跟欲望有关。原来有一个很高的秩序，最后倒向一个不好的秩序，倒向破坏和革命。这里面讲的，是一个教育和欲望的关系问题。因为有很多，就不来讲了。第九卷、第十卷也是跟着这个讲的。

这几章我们发现，柏拉图最想告诉我们的是，一个政治秩序的基础是心灵秩序。这个就能跟霍布斯的利维坦现代政治有最根本的区别。我们会发现，要看几个方面：

1) 如果拿四因学说对比两种秩序，会发现古典和现代最大的区别是对人的思考是不一样的。霍布斯说的现代的人都是欲望的主体。这并不意味着柏拉图的世界里人不是欲望的主体，成为是理想的主体了。对于人是欲望的主体，柏拉图是承认的。他建立理想国，是因为认为人的欲望几乎无法克服，对于守卫者，如果不实行共妻制度的话，也无法消除他们的欲望。教育也是很困难的，要采取这种自由教育。哲学家是很少的，哲学王的秩序很难的，如果说不是没有的话。二者区别最重要的是，霍布斯认为，建立城邦要从人最基本的地方出发，人性是这样是不能改变的，所有的教育是没有意义的。霍布斯的著作里没有怎么说教育，利维坦最主要的是说人进入利维坦前和利维坦后没有任何变化。这表现在利维坦一解体，立刻恢复到利维坦状态，国家对人没有一点点改变。教育只是让人服从法律、理解法律，没有改变人性本身。而柏拉图对人性教育进行最大的努力，不能教育是因为城邦太糟糕，不用哲学家而用智者；第二个是哲学家很难培养。但是他至少认为是可以教育的。

2) 除了认为是否能教育的区分，最大的区分是动力因的区分，动力是如何建立的。柏拉图认为，哲学家哲学王政体是哲学王建立的。自由教育常常讨论，如果是真理，有哲学家，就有一个问题，哲学家掌握了真理以后，有一个大众，是不是所有的大众都是可教育的？这个其实在柏拉图著作里不明显。柏拉图的著作首先会说，人是可以教育的。这意味着，只有少数人可以懂得真理而大多数人不懂得，大多数人不可教育。怎么办？对这些大多数人要不要教育？我们会发现另一个问题。少数人有文化的人，大众没有文化，又怎么学数学、几何、辩证法？柏拉图的教育成功的是少数精英。老百姓没有文化，对世界的理解就会陷入到影像世界，什么东西都是看到的才相信，没看到的就不相信，简单的眼见为实。少数有文化的人才会在可见世界之外可以进入可知世界。如果老百姓不可以这么教育，能否对老百姓用另一种方法，用可见的方法教育？真理不是像苏格拉底启发那样，通过辩论、讨论完成的，要通过可见的东西，就是用先知和宗教。和苏格拉底教育方法不一样的比如耶稣。你知道上帝是什么样子的吗？我让你可见，让你看到神迹。一个麻风病人过来了，耶稣摸他一下就好了。摩西也是这样的。过红河的时候，把杖放下去，海就通了。摩西出埃及记之所以能让所有人跟着他，就是靠神迹，靠可见的东西。所有的这些东西都是启示获得的。这样我们就能理解，在真理的问题上，在知识问题上，有两个传统，一个是苏格拉底的传统，通过学校教育，把很少的富家子弟、有天赋的人教育成哲学家，而大众大多数是不可教的。但是宗教告诉我们另一种可能，不需要苏格拉底那样的教育，不需要开学校，也不需要读那么多的书。只要你信仰就可以。启示不是教育来的，读多少书都没有用，是心诚则灵的。

这样我们会发现，整个西方传统在这个问题上，就有理性和启示。西方文化既有针对少数精英的 Liberal Education，同时也有最大众的信仰。保守派同时做两个东西，对高层文化精英进行自由教育，对大众进行基督教教育。保守派的著作中可以看到这一点。这样我们就可以理解美国保守派，施特劳斯派这些人为什么读古希腊著作，把《理想国》这些著作作为最经典的著作。那么美国的智者是谁？智者说的是西方的美国文化左派。在讲美国保守主义的时候讲了美国左派怎么变成了文化左派。文化左派是什么？很简单，就是我们今天说的后现代。后现代是什么？就是智者的教育，没什么真理，全部是欲望，是主观主义、相对主义、权力中心主义。什么道德、风俗、习惯、同性恋都不重要。这些第一要瓦解宗教信仰、第二要瓦解真理的东西，都是保守派抵御的。所以看柏拉图的著作就知道为什么哲学家不断把智者看成最大的敌人。在第九章又重新论述，他们把智者看做诗人，把诗人看做最大的敌人。如果理

北京大学法学院

解了这个东西，就会发现，无论是少数人的 Liberal Education，还是多数人的宗教信仰，都对保守派是至关重要的两个东西。

这样我们就会看到，美国的背景下，自由主义和保守主义的辩论过程，斯特劳斯的传统里来看他为什么要解柏拉图的著作，就是因为在在这个过程中，能看到现代社会最基本的一些问题。这样我们来看一个现代的例子，在托克维尔的著作里面如何看。古典的著作在柏拉图的《理想国》中讲，现代的著作，尤其是讲 lawyer 里，在《论美国的民主》里面有很好的说法。

✓ 《论美国的民主》

《论美国的民主》整个的思想是一个现代的人很大程度上保留了柏拉图的一些思想。这本书中可以看到柏拉图的影子，也可以看到卢梭的影子。托克维尔还有一个著作《旧制度与大革命》，写的相当好。《论美国的民主》是要讲这么一个问题。如果我们看到柏拉图的政体循环理论，看到一个最好的哲学王的政体向贵族政体、荣誉政体、寡头政体和民主政体的过渡。在古希腊人的思想里，会认为政体是循环的。换句话说，等实现了最糟糕的僭主政体以后，又会回过头来转到贵族政体。无论柏拉图这里怎么讲，无论亚里士多德、罗马政治哲学家怎么讲政体循环理论，但是托克维尔这里说的很清楚，政体不可能循环。整个人类的历史就是一个从贵族政体转向平民政体的过程。这个平民政体就是民主政体。在导言中，就能看出来，这里说的很清楚。民主就是现代人的命运。整个历史进程就是摧毁贵族政体、走向民主政体的过程。你喜欢也好、不喜欢也好，必须接受它。唯一可能做的是，如何享受民主政体的好处，如何避免民主政体的坏处。但是如果想把民主政体取消掉，回到贵族政体，基本是不可能的。就像孙中山讲的，世界潮流，浩浩汤汤，顺之者昌，逆之者亡。

托克维尔是先写了《论美国的民主》，后写的《旧制度与大革命》。如果把这两本书放在一起，《旧制度与大革命》其实就是民主在法国。其实这两本书书名翻译的不准确，《论美国的民主》似乎好像世界上有不同的民主，美国有美国的民主、中国有中国的民主、法国有法国的民主。不是这样的。这本书的英文名就是 Democracy in America 民主在美国。民主是一个普遍的历史潮流，在美国展现出样子，在法国展现出样子，在中国展现出另一个样子。从辛亥革命以来，民主中国展现出的样子就是我们看到的面貌；民主在法国的面貌就是《旧制度与大革命》。讲民主潮流到了法国为什么会变成一场大革命。而其中最成功的就是民主在美国。他认为，得到了民主的好处，避免了民主的弊端。为什么呢？他提出了几个原因。

第一个，地缘。地理环境比较好。第二个，法律。它的法律制度有利于保障民主，同时避免民主坏处。第三，民情，风俗习惯，mores。在讲民情的时候，跟柏拉图讲的一模一样。这里面有一句话，民主在美国的成功与其说因为地理环境，不如说因为它的法律制度；与其说因为它的法律制度，不如说因为它的民情。我们看民主的好处和坏处在什么地方。民主的好处就在于每个人决定的时候，就像毛泽东说的，“生机勃勃的政治局面”。民主的好就是生机勃勃。民主的坏处是什么？民主是有讨论的个人自由，呈现生机勃勃的局面，那么有什么坏处呢？最大的坏处就是我们不断讲的多数人的暴政。只不过是古典的专制政体是一个人，现代的专制政体是多数人。以多数人的名义进行的专制。

多数人的暴政最极端的莫过于法国大革命。这一点是《旧制度与大革命》里面最强调的。为什么大革命在法国变成了革命的 mores？托克维尔最痛苦的不是发生了法国大革命，而是法国形成了一种革命的 mores，以致于任何政体都不能稳定下来，因为大家的心灵习惯里喜欢革命，以致于不能有任何秩序。大约从法国大革命开始，到二战后的戴高乐政府，才把法国的政局文字下来。法国人一次革命没有关系，但是 mores、心灵秩序把革命看成最基本的事情，改变 mores 是特别难的。

所以，法国这样一个很难避免多数人专政的问题，美国是怎么避免的呢？美国制度、风俗里面有哪些好的东西避免多数人的暴政？这里面讲的就是 lawyer 的群体。美国的法律人这个群体是如何抵制民主暴政的。讲美国宪法有两个讲法，一个是 lawyer 这个阶层抵制民主，其中最重要的是违宪审查。违宪审查在民主制度里面面临最大的问题

就是反多数难题。因为被任命的几个大法官为什么可以宣布立法机关的决定是无效的？这是反民主的。六十年代美国最顶尖的第一流的宪法学家都要处理一个问题，美国的违宪审查为什么是反多数的，又是如何符合民主政治的。这是美国政体里最核心的挑战。第二类是从民主的角度袭击美国宪法。现在这样的书越来越多。包括我们看一些政治学家也写这样的书。

无论如何，我们先看看托克维尔。为什么 lawyer 的群体是一个反民主的，反多数难题。我们看并不是因为他们掌握了司法权。同样的问题，我们从不同的角度。《联邦党人文集》第 78 篇讲为什么要司法独立、违宪审查的时候，是说为了反民主吗？是因为会发生多数人的暴政所以要反民主吗？如果把这两个文献比较一下，就可以理解违宪审查和相关的一些问题。

当我们讲 lawyer 的时候会有两个讲法。第一，他们的利益是什么？他们的利益更多是来自于民主政体。所以他们不一定跟国王站在一起，要跟人们站在一起。核心的问题是说，究竟他是拥护国王还是反对国王，看谁给他的利益更多一些。如果国王给他利益，就拥护国王；否则就反对国王。这里面还提到了法国大革命。法国的 lawyer 基本被排除出政治圈。法国法律界地位最高的是法官，法官和国王完全站在同一条战线上；法国 lawyer 律师这个阶层就被赶到第三等级。所以法国最激进革命的罗伯斯庇尔就是一个律师。所以，法国大革命以后，第一件事情就是剥夺法官的权力，就是对法官解释法律权进行限制。完全符合霍布斯的逻辑。法官不能解释法律，要严格按照立法的规则解释法律。与普通法不一样，就是因为法国大革命前期的时候法官跟教士等贵族阶层站在一个战线上。Lawyer 利益发生分歧的时候，站在哪里是与利益有关的。

尽管如此，我们会发现在心灵秩序上，lawyer 阶层更像贵族。为什么？按这里说的是按部就班、喜欢由衷地热爱规则，就是喜欢有秩序的生活。回过头来看民主政体和贵族政体最大的区别就是心灵有没有秩序。民主政体没有秩序，一会儿喜欢这个，一会儿喜欢那个，自己究竟喜欢什么不知道，这是民主政体下的心灵习性；而贵族政体的心灵秩序是稳定的、按部就班的。可以是把金钱放在第一位的，非常谨慎地适用它，有了钱就要从事教育，教育自己的子女。所以最重视教育的除了知识分子外，最主要的就是贵族阶层，因为希望教育让他们更好。所以以后到北大的贫民子弟会越来越少，家庭条件好的会越来越多。这几年的中国教育最大的变化，是以前中国的好大学有北大、清华以及好几个，现在中国的大学，北大、清华是一类，剩下的是一类。为什么？再过 50 年，中国也许就会形成一个稳定的贵族阶层。找工作的时候就能看出来。无论如何，他们已经形成了心灵上的秩序，通过教育形成。这样 lawyer 的阶层在美国有最大的力量抵制民主的变化。我们要问一个问题，如果是这样，我们再往后面来看。如果要比较一下 lawyer 的心灵秩序是怎么形成的。北大从 76 级开始找法学院学生，我们教的全部的心灵秩序，爱好秩序等等，是什么？是不是 30 年后我们形成的的心灵秩序是一个贵族的心灵秩序？如果一个 lawyer 的心灵秩序是贵族式的，这个是什么教育出来的？至少我们的教育里有两个教育。第一个叫 common law，英美法；第二个是 civil law 教育。这二者的区别是什么？今天我们接受的是 civil law 教育，这种教育的灵魂是什么？民法、刑法内部有一种无形的东西，很重要的就是一个东西，立法。法律就是制定，制定完了就解释。所以我们就关心谁来制定法律、谁来修改法律。立法是教怎么去革命，只不过是法律。改变社会最重要的方式就是立法、修法。这样在大家心灵秩序里面都有一种变化的心。法律不好，就改变。有人说中国政治改革不能再改了。因为大部分法学家都会支持不断该下去，脑子里就是有一种要改的心。而美国，所有的变法改革来自于平民，学法律的是抵制变，要秩序。法律是谁制定的？所有 civil law 的 tradition 都是认为是主权者制定的。而 common law 里面，谁制定的？如果去读哈耶克的书，就知道秩序法律的形成是自发的。社会自身自发产生的秩序。一个法官的目标不是制定法律，而是 discovery of law，去发现规则。秩序已经在人间，就去发现就可以了。什么样的家庭是好的家庭，不需要去立法，而是去社会发现，人们尊重的家庭规则是什么。

所以大陆法与普通法的灵魂秩序最根本的区别是，一个是变法，一个是遵守法律。再往前走一走，会发现每一次说变法，培养每一个法律人在心灵里都是一个小小的僭主。我们假定自己是明白法律的，如果我们做了领导，就会怎么立法如何如何。所以大家心灵里是小小的僭主。为什么我们的政体是僭主政体？因为给每一个法学生的教育就是僭主的教育。只是没给他权力，给了他权力就要改变法律。为什么？有一种变法的心里在其中。这种变法的心

北京大学法学院

理是从进入法学院第一天起,所有老师都说看我们的法律多不好啊,然后给大家教一些理想的东西,把希望寄托在学生身上,这就是大僭主在培养小僭主。如果对照《理想国》,就会发现僭主就是智者,都争强好胜说我代表的是真理,你代表的是谬误,要战胜之,否则就让你的学生战胜之。这就是智者的教育,这是 civil law tradition。所以中国的法律人不是一个守成保守的群体,而是一个最激进的集体。看今天的 civil law 的这些人,学法律的陈光诚还上访到美国去了。中国社会变革里,法律人是最激进的阶层,法学家也是最激进的,不是保守的。中国今天最缺的是保守的力量。我们什么东西能守住,不要变?今天改革就像上帝一样,什么东西可以不改?如果觉得什么都可以改,就是一个平民的心理习惯。如果认为一切东西都能改变,就是后现代的心灵。所以我们表面上是培养以财富为主的寡头政体,其实整个心灵习惯是一个民主政体。寡头最能意识到社会的危险,就在于它随时能变成民主政体。因为民主政体的心灵秩序是这个社会没有什么不能改变的。

所以我们看柏拉图的一套东西,再看托克维尔的,就会得出这样的结论。相对地,我们看普通法,就完全相反。普通法与大陆法除了培养习惯不一样,他们的 lawyer 的群体,我们叫法律人共同体。法律人共同体有几类人,法官、律师、检察官、法学家。在这几个阶层,谁是占主导优势的阶层?在我们这里,肯定是法学家。我们会发现,因为我们是一个以立法为基础的心灵习惯,立法最先从法学知识开始。无论最高法还是最高检,最先看的都是教科书。即使做到最高法院大法官,也是被法学家在课上塑造的。判案的时候不会了,还得拿教科书查一查。一个优秀的法官,最优秀的法官,都会写法学论文。写这些东西,表明符合法学家的思想,因为法学家立法。每一部法律里面,法学家参与是最深的。最近民事诉讼法、刑事诉讼法、知识产权法修改,这些老师上课的时候,最津津乐道的就是我怎么影响改造法律。因为我在改造历史。

所以实际上,我们是一个以法学家知识群体为主导的变法的心灵秩序,培养法学生成为小小的僭主。这并不是说哪一个法学老师导致的,是这个结构导致的。而且我们心中最有名的法学教授是什么样的?就是参与立法的。最有名的法学教授参与法律修改,写的教材就是经典,因为当时怎么讨论的,他知道,给法官也是他辅导。所以整个秩序是法学家在主导。

我们再看 common law 谁来主导。法官绝对是上帝。美国的法学家就是,看最高法院有个什么案子掉在地上了,法学家就像老鹰看见了一块肉掉在地上了,一拥而上开始吃肉。大的法学家就像老鹰,小的法学家就像苍蝇。最高法院的案例一出来,法学家一拥而上出来解释。所以主导的群体是法官。这样法学知识很难发生革命。因为你的知识都是实践中出来的,实践中法官做到哪儿,你跟到哪儿。而中国刚好倒过来。不是理论听实践的,而是实践听理论的。

所以最大的问题在哪儿?最大的问题就是什么是知识 knowledge 的问题。这时候我们看哈耶克说的知识,就非常重要。我们今天所说的知识,今天学院化的知识,会越来越脱离实际。强老师有一个树敌甚多的观点,认为今天民商法的发展已经到病态的程度,因为它为知识而知识,为概念而概念,累积起来一个特别漂亮的民事体系学说。可是,民法是解决日常生活中涉及到民事利益关系的,更多的是一个实践学科而不是一个理论学科。最后我们会变成黑格尔说的民工一样。我们的知识无法回应实践。实践中的知识哪儿知道?法官知道。俗话说春江水暖鸭先知,法官天天泡在日常生活中,当然知道实践的知识是什么样的。但是由于他们的知识的等级被我们排除在外,这些知识不能进入我们的教科书。不能进入我们的知识体系。而普通法恰恰是法官的实践中的知识最先进入知识体系。所以一定要把 common law 和 civil law 的知识区别,首先放在知识体系里处理,放在知识体系里,就会觉得法官是一群笨蛋,处理吃喝、行贿受贿就不做什么好事;但是法官是一群最优秀的人,是接触实践最多的人。但是他们没有途径把实践中的知识变成对法律学科中有贡献的知识。这就是整个 civil law 体系,德国、法国、日本、中国都存在的问题。这也是到了今天,在整个全球竞争中, civil law tradition 败在了 common law tradition 之下。不是因为不够聪明,而是知识体系有问题。所以再次推荐看何美欢的《论当代中国的普通法教育》,普通法背后有一套整个知识体系。

知识和实践的关系是什么?推荐看耶林的《为权利而斗争》。这个著作经常被人误解,为权利而斗争好像就是 civil law tradition 下的雄心勃勃的一群小小的僭主,想要改变法律,这是对文本的误解。这个文本是说,为什么

要为权利而斗争？是因为普通人有一个是非感。一个老百姓都知道什么是善、什么是恶。为权利而斗争就是为了一项最普通的是非感。如果法律和是非感发生冲突，老百姓认为是错的，而法律认为是对的，怎么办？耶林在文本中最大的批评就是对德国法。德国法被一帮法学家操纵了。结果就是法学家的立法体系里，一再被普通大众刺激。这篇文献，其实是批评当时德国的民法典立法。萨维尼以来，一直有这样的辩论，是接受抽象的罗马法概念，还是按照德国本身的东西来？所以实际上，知识和实践的关系问题，是 mores 的问题。

依然回到最普通的问题，哲学家和大众的关系是什么？在上一个故事里面，最突出地显示，一个哲学家如何对待 mores，就像一个法学家如何对待最普通的是非感。这是整个问题的关键。

一个政治制度的基础是心理、文化观念、知识体系，这套知识体系又会镶嵌到制度，common law tradition 的制度和 civil law tradition 的制度。从头到尾会发现，处理的是知识的问题。知识的问题才奠定心灵秩序，心灵秩序才支撑政治体制。所以要理解中国的政治体制、了解西方的政治体制，其实教育是最重要的。才能理解 lawyer 这个阶层在美国是一个发挥民主好处、避免民主弊端的阶层。而在中国，我们恰恰发现见不到民主的好处、却见到了民主的弊端。这依然与我们的知识传承和教育体制有关。

第十四讲 戏剧-《云》与《俄狄浦斯王》

1. 阿里斯托芬：《云》
2. 索福克拉斯：《俄狄浦斯王》

《云》《俄狄浦斯王》讨论的都是权力和知识的问题。权力即政治，即实践；知识即哲学，即理论。我们经常问，理论和实践的关系是什么？这些都与之有关。

✓ 《云》

第二部戏剧是讲苏格拉底的，是阿里斯托芬戏剧中讲苏格拉底最经典的。可以说柏拉图的著作是对这些喜剧的回应。这样就有了两个苏格拉底的形象。阿里斯托芬的喜剧里讲的苏格拉底为什么被处死，在《云》里面是他被烧死。而《苏格拉底的申辩》重新讲他被处死。喜剧里苏格拉底是什么形象？与理想国里的形象有什么不同？他想了些什么问题？基本上是自然哲学的问题。喜剧里基本上是自然哲学的苏格拉底。整个柏拉图理想国里基本上是回应这样的问题。生活在云端的生活；日常的生活，这两种生活，城邦的生活，有法律；上面的云端的生活，是自然的，甚至说是哲学的。对应起来，这个关系回想起来理想国里可见的世界和可理解的世界，becoming 和 being 的关系。这个喜剧讨论的和理想国讨论的一模一样。这个喜剧有各种各样的解读。一个解读是这个喜剧看出来法律如何对哲学构成迫害。苏格拉底本来是研究哲学的、云端的人。这些人对人间的事物不关心。这个本来是喜剧，又变成了悲剧，本来是嘲笑苏格拉底的，而从哲学的角度看，是悲剧的东西。给人教了这些东西，反过来被人处死。处死的罪名，是引入新神。对苏格拉底的指控，就是让人变得不相信城邦的宙斯神，而带入了新的神。年轻人不尊重老年人，而引入了新的神。

儿子可以打老子，这是一个法律问题。我们要问儿子和老子的关系是什么。老子是城邦世界里的人，相信宙斯、法律这些；儿子是收了哲学家训练的人，是准哲学家。等到儿子和老子发生冲突的时候，可以看做是哲学和法律、理论和实践、权力和知识发生冲突。这里面有一个最大的张力。这里有一段法律的辩论技术。为什么儿子可以打老子？辩论里大约有三次辩论。

第一个回合，法律上规定，老子可以打儿子。儿子反驳说，从法律解释技术，城邦里有一个条款叫父亲可以打儿子，怎么理解这句话？父亲的理解是文本解释，plain meaning，法律说老子可以打儿子就是可以打儿子，老子、儿子是法律身份；而儿子不是这么解释的。“返老还童”，其实是一个 original/intant。老子打儿子是因为老子有知识，儿子没有。老子打儿子的意图是一个有知识的人可以打没有知识的人。老子老了以后，儿子有知识了，老子没有了，那么儿子打老子就对了。这些都是法庭辩论的东西。父亲则说，不能这么理解，含义就应该是法律身份。

第二层的辩论，儿子说当初制定了法律，现在可以制定新的法律。第一层辩论的假定是法律确定不变的情况下，是一个司法问题、法律适用问题；而第二层就进入立法问题。立法问题马上进入，既然是人规定的，可以规定老子可以打儿子，也可以规定儿子打老子。自然状态下，老子、儿子可以相互打；而人间也就可以了。这就有自然法问题。自然哲学下的自然法，究竟什么事 natural right。儿子认为打老子是一个 natural right，自然界也有。自然的东西和 convention 是一个问题。就进入立法的层面，自然法和实体法。立法最终的结果，为什么城邦就可以规定老子打儿子而不能规定儿子打来老子？就要找到老子打儿子的形而上学基础，或者说哲学基础。就是要找个理由。

那么就第三层的辩论，这个理由来自于宗教。老子打儿子是由于宗教信仰。而儿子说，那个宙斯不存在。不存在这些，只存在云这样的。学生进入思想所学习，有一个仪式是拜新神、拜自然女神。这些就构成了阿里斯托芬对苏格拉底的指控，就是因为苏格拉底引入了新的神，就是自然哲学，而使得原来的宙斯这些神颠倒了。为什么说既

是喜剧又是悲剧？从喜剧的角度，最后的结果烧死苏格拉底，意味着引入新神十分可笑，它让法律关系甚至父子关系都不能确认了，这是审判中对苏格拉底最深的指控，即哲学迫害城邦，苏格拉底的哲学对城邦的政治法律制度、意识形态构成根本的冲突。把他烧掉就是捍卫城邦的政治、宗教、日常生活。

放在一起看，就会很清楚。很多人说苏格拉底形象不是这样。他不是不关心城邦，反而是最关心城邦。所以这些东西都会被柏拉图的理想国反驳，最主要的就是教育。这些喜剧里说的教育方法与理想国里说的完全不一样。理想国里面，哲学家的教育跟诡辩家、智者的教育的区别。智者的教育是为了人辩论取胜；而苏格拉底是为了让灵魂有一个根本的转向。柏拉图的理想国相当一部分内容就是针对阿里斯多份的指控。

这样就有一个问题。理想国存在，不管是什么哲学，最后是说这是一个追求善的理念、最高的内心，依然可以看做是哲学。这就存在一个哲学王的问题。上面是哲学，下面是政治权利，而哲学王是把这两者结合在一起。阿里斯多份的结合是悲剧的结合，这个哲学王进行的是教育人的工作；如果一个哲学王，哲学王最重要的是，……要不要采取阿里斯多份喜剧的方式，告诉他们都错误？这是讨论的关键。如果这样的话，哲学王应该跑到洞穴里，告诉他们都是假象。这就涉及到对启蒙的讨论。实际上，至少阿里斯多份喜剧的东西，一切的东西都是启蒙哲学。近代以来的自然哲学、启蒙哲学，就是像启蒙哲学里，上帝没有、什么都没有，人真正生活的世界就是这样的。真正的真理就是科学真理。恰恰是启蒙哲学，西方的历史哲学发生根本性的颠覆。浸提那的政治哲学、法律基础绝对不是建立在宗教基础上，而是在自然哲学、自然法、自然状态上。斯特劳斯派讲苏格拉底这些，针对的就是启蒙哲学。这样就会有二个苏格拉底的形象。一个是阿里斯多份喜剧的形象，知道这些，摧毁城邦的一切东西。这里面父子的辩论和今天的辩论都相似。第二个，我们要想一个问题。在阿里斯多份喜剧里面说的这些哲学，从云端的角度看是这个样子。从哲学角度看人，就生活在黑暗之中。最大的两个问题就出来了。最大的讨论时说，哲学家，如果是一个哲学王。绝对要避免苏格拉底这样的启蒙运动。要相信大多数人生活在黑暗世界中，首先第一个前提是尊重这样一个黑暗世界。只有少数人才能走出黑暗世界。这就意味着要尊重城邦的日常生活、伦理习惯、法律制度、宗教信仰。对下面的人们的教育绝对不是云里面的苏格拉底的教育，应该是教育面向少数人，让他们摆脱欲望的束缚。云里面恰恰是赋予欲望而不是摆脱欲望。

✓ 《俄狄浦斯王》

第二个戏剧，也是有关法律的，是一个证据法的辩论。全部的问题是要找到一个真相。这既是哲学上说的真理，也是法律上说的真相。既是哲学的探索真理的故事，又是法律寻找真相的故事。但是真相是什么？谁知道真相？克瑞翁知道真相，因为他得到神谕；神是知道的，他给不同的人发布神谕。还有一个最普通的人，牧羊人，知道真相。这里面最不知道真相的恰恰是俄狄浦斯。他最后为什么获得真相？早期，神谕是最重要的证据、宣誓是最重要的证据。俄狄浦斯这里，证据不是靠神谕获得的，而是靠科学。这里面科学表现为证据，就是要看见，要亲眼看见。这里面全部要找的就是亲眼看见证据的人。所以牧羊人等这些人，证据法伤现代科学的证据和现在意义上的科学真理是一模一样的。这些靠什么结合在一起的？俄狄浦斯靠什么？俄狄浦斯能看到就是因为他有权力，他是国王。所以这个叫俄狄浦斯王，不叫弑父娶母的俄狄浦斯。这是古代的理解，不是弗洛伊德的理解。神谕、普通人看到的東西结合在一起，相互印证，得到了真相。俄狄浦斯说的就是哲学王说的，因为拥有权利获得真理。而俄狄浦斯是怎么做了王？他回答了一个故事，就是一个哲学古诗。这就在知识和权力面前构成了循环。古希腊里关于人的知识最重要的就是一句话，认识你自己，苏格拉底的学说主要就是关于认识自己。因为是一个国王、拥有一项权力，所以可以获得。所有的就是知识和权力。为什么变成悲剧，不是好的故事？悲剧在，古希腊理解的悲剧，最重要的，权力有一种过度。有了太多的权力。一个人知道了神所知道的东西。无论是哲学上的真理还是法律上的真相，在古典世界里，都是通过信仰获得的。哲学知识也要通过信仰。俄狄浦斯王完全摆脱信仰，完全通过科学理性的东西获得真相。获得的真相不是信仰，而是证据。一个人，通过权力。可以成为哲学王，就意味着哲学王就是一个新的神。人不可能知道神的知识，真相只有神知道，可是俄狄浦斯一定要知道神的知识，于是变成了悲剧。

王后也讲，偶然性。如果是因为偶然性，他娶了母亲也并不悲剧，因为是偶然的。可是俄狄浦斯不相信偶然的

北京大学法学院

东西，一定要找到真相。所以俄狄浦斯的悲剧是，一个人，一个国王拥有权力以后带来的悲剧，哲学王的悲剧。这样在一起，理解柏拉图讲的理想国的时候，就会明确知道，如果是一个拥有权力的哲学王怎么对待信仰的问题。柏拉图理想国里看到，理想国里没有信仰。信仰在第三个环节，trust 上。意见→信仰→几何学→理智。在比较低的层次上。而俄狄浦斯这里，哲学不可能获得最高的东西。究竟哲学最高呢，还是信仰最高。神最高还是人最高。这是俄狄浦斯悲剧。信仰放在比较低的位置上。柏拉图的理想国隐藏了一个悲剧，俄狄浦斯这样的悲剧。自认为拥有绝对的知识、没有信仰导致的悲剧。

柏拉图的理想国、哲学王处理的就是一个哲学和权力的关心。拥有权力，没有信仰，导致悲剧。云这个故事，哲学家没有信仰，而且要摧毁老百姓的信仰，带来的悲剧。至少，我们会把柏拉图讨论的，阿里斯托芬云里面的，启蒙思想 liberalism。斯特劳斯派是保守主义理解，第一个要批判 liberalism。智者就等于《云》的形象。他要恢复的是宗教信仰。一定指的是大众。大众的宗教信仰。一个政治家、哲学王，就不要动老百姓的信仰。让他们有宗教信仰。有宗教信仰不一定意味着就真的相信宗教。真的哲学家不相信宗教。哲学家是少数人。社会上只有少数人才能具备哲学家的能力，知道真正的哲学。大多数人生活在城邦黑暗之中。保守主义就把故事解释为少数精英和大众的关心问题。少数精英是通过教育完成，大多数人不可以。这样就能理解尼采说的，哲学家“高贵的谎言”，哲学家不相信宗教，哲学家是理念的、真理的世界，但是又不能说生活都是没有意义的，否则和苏格拉底云里面的就一样了。要对他们撒谎。告诉他们宗教信仰是有意义的。这是一个谎言，但是又是一个高贵的谎言。他知道虽然城邦是黑暗的洞穴，但是大多数人只能生活在洞穴里。如果让他们知道是一个洞穴，但是又出不去，他们会不安。所以斯特劳斯这些保守派用很多时间解苏格拉底。

《云》里面是一个 19 世纪的虚无主义。没什么价值。如果这些人接受了思想所的教育，就是虚无主义的、斯特劳斯派解古典的时候。真正批判的是 17、18 世纪的自由主义。霍布斯、洛克这些人认为宗教世纪都是个人的。19 世纪的虚无主义是自由主义的一部分。在马克思·韦伯和霍姆斯身上看到最绝对的虚无主义。“灵魂的欲望是命运的先知”。虚无主义和什么联系在一起，马克思·韦伯讲以政治为业的时候，是英雄主义。英雄主义背后就是虚无主义。面对虚无的世界没有任何东西，但是不知道用什么挑战，在虚无的世界想站住不像倒下。真正的英雄主义，就是因为背景是虚无主义。英雄主义大多和悲剧联系在一起。一个人超越了自己不可克服的局限，挑战人自身。挑战不可克服的虚无主义，所以就变成了虚无主义。整个要应对 19 世纪的虚无主义，根本在 17、18 世纪；根本的辩论在这里。现在所有的辩论在古代都有，古代苏格拉底这样的政治哲学形象现在没有，而有的是苏格拉底云里面的形象。斯特劳斯解苏格拉底全部是针对启蒙运动讲的。

第十五讲 法治国的精神基础

1. 柏拉图：《苏格拉底的申辩》
2. 柏拉图：《斐多》，杨绛译，辽宁人民。
3. 林肯：“葛底斯堡的演说”（1863）
4. 毛泽东：《为人民服务》、《纪念白求恩》和《愚公移山》

✓ 《斐多篇》《苏格拉底的申辩》

法理学告诉我们法律是什么。部门法老师问法理学讲过了么，只能说没讲过，所以应该看一下标准的法理学课本。回过头来问一下法律是什么？像这样的问题，在此以前，我们发现没有明确定义，现在发现没有明确定义对世界的理解不在于世界是什么，而在于看世界的眼光是什么。这个理论，在前面的课已经讲过，最主要的就是阐释学的一些东西。首先我们假定有一个东西就在这儿，being，这个东西叫做法律。至于用什么眼光看，不重要。但是它是什么，是很不精确的，取决于用什么角度看。这就形成了学派。我们学过法学流派、学过法理学。有什么流派？自然法、法律实证主义、法律现实主义、法律社会学、法律经济学、批判法学、历史法学派等。

把这些变成实践中，马上就会遇到一个法律，如果认为它不好，要不要遵守的问题。就是我们经常说的恶法的问题。这就是一个特别形象的说法。究竟什么法律是恶法？我们会忽然发现对这个问题，很麻烦的是，如果法律是最高主权决定的，为什么最高主权决定的是恶法呢？我们讨论过的这样的问题，主权和宪法的关系是什么？从法律实证主义看，两个传统让我们很为难。一个是主权最高，主权制定宪法，而后产生各种部门法，形成法律体系。这样就会在分析实证主义法学中没有一个恶法的概念，只有这个法律是不是违背上级法律、违背宪法。这就假定宪法是最高法律、是好的法律、不会是恶法。如果这个意义上讲，是不是宪法就是一个好的法律，不是恶的法律。关于恶法是不是法律的问题，仅仅变成今天的违宪审查问题。我们今天不大愿意用恶法的概念。

宪法会不会可能成为恶法？这就马上问一个问题，主权者是否是至高位上的？这就让法理学讨论进入一个困难的地方。如果认为主权至高无上，做什么都是合理的，那么制定恶法也是合法的。那么主权者就不可能制定恶法，因为他制定的法律我们都能接受。另一种观念是主权者也可能制定恶法。关于主权的问题，依然有很多没有相信讨论。一个主权者，有几种主权，第一种是君主主权，主权集中在一个人身上。这就遇到一个问题。君主身上哪些是君主的要素，哪些是个人的要素。这就叫《国王的两个身体》。一个是自然人的身体，有欲望、会犯错误；作为国王是另一个身体，主权这个身体、君主这个身体。这个身体，我们假定它永远不死王，君主死亡了，会继承，除非国家灭亡了。主权承担是身体死亡了，找一个新的身体就行了；第二个，这个主权是不会犯错误的，制定的法律一定是好的法律。君主制作为法律制度，究竟是主权这个身体做出的命令，还是普通人做出的命令？这是最难的难题，我们的文献中没有讨论。它涉及一个问题，就是分权思想。我们要在制度上做一些涉及，防止君主把两个身体混在一起，防止个人的身体取代了主权的身体。分权学说大概都是这个基础上。另一个，如果主权不是在君主身上，而是像霍布斯说的一群人。如果是一个人，就是君主的两个身体；如果是一群人，应该如何区分是这个群体的利益，还是与主权人民发生分离？这就是代表的问题。许多主权理论和学说都是从这里开始的。核心的问题，就是作为人民的代表，主权的代表和主权之间的关系是什么？联邦党人文集第78篇说违宪审查，说就是为了防止人民代表脱离人民。反多数难题也就这样出现，把一个主权这样的政治哲学问题变成法律技术问题、代表问题，主权概念在法律上很难分析，是一个政治哲学概念；到了人民代表的概念就容易分析。这就是多数人的问题，就是托克维尔提出的多数人的暴政问题。民主政体下经常面对多数人暴政问题。我们常常在政治学的角度理解多数人暴政，其实托克维尔主要是一个社会学概念。说的并不是政治生活里多数人做决定剥夺少数人权利，如果是政治上反而好解决，托克维尔认为真正难解决的是社会的这种。比如所有人都说要减肥，减肥是什么？大多数人认为身体是这样的，如果不减肥好像就有问题。托克维尔说的是这种问题。多数人的暴政，托克维尔说的是观念。多数人的观念、舆论发生

北京大学法学院

暴政。所以托克维尔说美国民主与其说得益于地理不如说法律，与其说法律不如说是民情 mores。美国法律职业起到了解决反多数难题的作用。普通法 lawyer 思想观念，爱好秩序的。这是主权到群体到代表，代表更多的是代议制。政治学里最重要的著作，代议制政府，解决的就是以往一直无法解决的问题。所有人是很小的共同体直接参与政治生活中，古希腊的政治民主制，而密尔的《代议制政府》认为不需要直接行使，而通过代表的方式。都是人民代表而不是直接的。二者的区别，在美国的联邦党人和反联邦党人的辩论中有。反联邦党人基本上是小直接民主的理论，而联邦党则接受密尔的理论。这是小共和国和大共和国的区别。

我们发现古典和现代最根本的区别。如果没有读过这些文献，如果能把握住这些，也是很重要的。这就是如何区别古代和现代的问题。顺着这个问题，古代讲城邦的时候是小共和国；现在讲的都是民族国家 nation state。这种区别是根本性的，之下会有很多区别。最根本的区别就是一个是小的，一个是大的。大和小有很多不一样的，现代社会大的，陌生人的社会；古代的小社会，是一个熟人社会。陌生人社会是一个流动到大规模的社会。几百人的社会和十几亿人的社会的区别，就是涂尔干和韦伯讲的，流动造成的人与人的陌生。陌生是一个社会学概念，接近于霍布斯的自然状态的概念。当然自然状态有许多自然科学的假定，有一个就是所有人都是陌生人，是敌对的，没有亲戚、朋友、家庭什么的。所有人在这种陌生人社会的状态就是自然状态。到了 19 世纪，用社会理论重新讨论，接近于这些问题。在思考这些问题的时候用的概念不一样，其实是一个问题。

这是一个不同。用自然状态的概念起源，有大的共和国的自然状态。如果理解了这一点，就理解了另一个问题，霍布斯和卢梭的区别。卢梭为什么认为这种设定是错误的？他认为应该是一个小的社会。卢梭最能代表小共和国。只有在小共和国、小群体中，公民之间才能培养起德性，爱美的、道德的人。如果不是一个小共和国，而是一个庞大无比的 Nation State，卢梭的就难以自圆其说。所以我们要考虑理论背后的东西。这是第一个问题，在课程中并没有怎么讨论。

第二个问题涉及到，古典和现代的区别是对人性的理解。对人性的理解最重要的是理性和欲望的关系问题，欲望 passion。这个问题比较简单。我们最初讲现代的时候，无论是法律现实主义，还是社会哲学，都把人性中的欲望看做最重要的，甚至是现代社会的支点。这一点支撑了今天对现代社会的全部理解，无论是亚当斯密的国富论还是霍布斯的利维坦，每个人天性追逐自己的利益，在欲望驱使下超越别人、进行竞争，这是一个最基本的假定。理性是赋予欲望的，精确地实现目标。理性是服从于欲望。而古代的理解是，理性要高于欲望，要有能力驾驭欲望，最重要的是消除欲望本身。这导致了古典与现代的根本性区别。为什么理性要驾驭欲望，为什么欲望最高而不是理性最高？古代和现代关于理性和欲望的关系有一个根本性的颠倒，这是为什么？这一部分内容其实是柏拉图理想国里最重要的内容。核心思想就是上次对两类知识的划分，说到底还是政治和哲学的划分。按照古典的理解，现象世界是一个洞穴，只有理性能发现外面的，是在欲望支配之下的，看到的是影像。而现代的观点是没有这样一个影像。关于人生的目的是什么、意义是什么，这种讨论没有意义。霍布斯认为，没有什么目的，只是不断往前走。没有什么叫终点，只有过程。运动就是一切，说的都是这样。人生没有什么终极的目的。上大学是为了找工作，找工作是为了生孩子，生孩子为了让他上大学，其实没有什么终点。疏忽是嘎巴个这个是现代根本的区别。古典和现代的区别就是有没有这样的终极目标。在费多篇，人不是全部脑子计算的，特别有热情，问题是追求不朽的东西还是什么。对于欲望最重要的不是否定它，而是能不靠你受理性的指导。利维坦的世界，就能完全等同于利维坦的洞穴，上面的阳光根本没有，就是在这个黑暗的世界自己建构，唯一可能就是柏拉图的这种，不可能有柏拉图的哲学王的东西。如果是这样的话，就涉及到教育的问题。如果柏拉图的意义，人生有目标，有光明在，而现代认为人性就是这样了，教育没什么作用，法制才有作用。主权者不是训练、教育人民，利维坦认为在其存在过程中，人性没有改变。唯一有用的就是法治。我们说是德治还是否法治，这种问题没有这么简单，还有一个教育的问题。所谓法制就是对教育不要抱很大的期望，人性不会改变什么。

以上和下面的讨论有关。所有的真理是什么东西？柏拉图里看到的阳光、善的东西，是什么东西？理念为真理、善、道德，最主要的是三个概念，真善美。这两个文本，《斐多篇》

大约就是讲的这种问题。根本问题就是如何看待死亡的问题。如果把《苏格拉底的申辩》和《斐多篇》放在一

起，为什么苏格拉底选择死亡而非逃跑？如果城邦的法律是不公平的，要不要遵守？柏拉图做了一个回应。这两次对死亡的理解有什么不同？

同一个问题，都是讲苏格拉底死亡。前面的云的故事，有三个故事讲苏格拉底的死亡，《斐多篇》有没有直接针对云里面讲的？柏拉图讲的很大程度上是针对云里的故事。为什么选择死亡而不是逃跑？苏格拉底没有说死很好。最后一句话说我去死你们活着，究竟谁过得好，只有神知道，不清不白的回答。为什么不去逃跑呢？这个涉及到的问题，仍然是一个见过阳光的人如何对待黑暗世界的洞穴。有的是真理，有的是意见。意见不是真理，意见很多是错误的，目标都不是寻求真理。恶的法律不是法律，不是法律要不要遵守，就不要遵守。甚至还有两个概念讲，第一个是解放，与解放对应的观点就是革命，恶法非法的观念的结果就是革命是正当的。他没有去逃跑。洛克在政府论里，大量讲革命的权利。革命的权利最重要的就是反抗的权利。如果主权者侵犯人民权利，最重要的是人民要保留一项权利，革命、造反的权利。洛克是造反有理的理论的鼻祖，独立宣言，人生而是平等的，赋予不可剥夺的生命、自由和反抗压迫的权利，都是从洛克那里来的。如果政府不能保护，就有权推翻政府。如果按照现代的逻辑，这种逻辑就是启蒙的权利。苏格拉底，革命才是对的，城邦的法律是恶法，就去革命。但是为什么苏格拉底没有这么做呢？这就是理想国里讲的哲学家和城邦的关系问题。第一种，哲学王全部要做的是教育。教育究竟说的是哲学家的教育，而没有说老百姓教育。其实，他说的哲学家是群众里面最小的一部分，可能教育是对所有人的，但是结果是只有少数人才能成为哲学家。并不是有两种教育，一种是培养老百姓的，一种是哲学家的。所有人用的都是哲学家的教育，只是有人成功，大多数人是失败的。如果教育对所有人，哲学家是有天赋的能够成功的人，大多数人怎么办？理想国里没有提供明确的讲法，而《苏格拉底的申辩》里面有明确的说法，哲学家应该尊重城邦，在这里就是尊重法律。尊重法律制度，尊重审判，甚至对自己死刑的审判。如果不能把人民从黑暗世界中拉出来，就应该尊重这个城邦，接受它的法律、习俗、宗教信仰、观念。《苏格拉底的申辩》是理想国的一个注释，一个哲学王到了城邦应该怎样面对。如果看了《苏格拉底的申辩》，一个哲学家到处教育结果却是没有培养起来，而把自己的命搭进去了。哲学家是住在云端，还是像理想国里讲的？为什么要去？最重要的是城邦养育了你，有这个责任。城邦养育了这样的哲学家，哲学家有责任做哲学王。这就形成一个问题，一个哲学家，为什么要变成王。哲学家变成王，古代和现代的意义不一样。现代的意义是启蒙的意义，哲学家有知识，带给人们真理，要带领人们解放更多的人。马克思主义的思路也是这样，解放更多的人。而柏拉图思路会认为这很危险。如果仅仅是这样看，哲学家里全部由一个东西，教育服从法律，全部陷入到城邦里面，哲学家和普通人，在城邦里有什么区别？可能没有区别，也有普通人判了死刑，也没有逃跑、同样类似许多案件，不一定是教育问题，别人也在老老实实接受死刑。区别在于第二篇《斐多篇》，哲学家尊重城邦的黑暗，哲学家依然有哲学带给的光明。在第二篇，全部讲的为什么接受死亡？来自对城邦的尊重。对话的不一样，第二篇的对话，第一篇的对话基本在法庭上，是对公众的、普通老百姓的申辩，在公共场合对当事人、陪审团讲自己的理由，为什么城邦的法律是不好的。第二篇对话是对最亲近的朋友讲的。这时候会发现，区别不一样，教育的对象不一样，教育的方式和内容也不一样。在法庭上对大多数人，要教育他们应该遵守法律、尊重城邦。而对哲学家的小圈子，对内部的人讲话，就会说真的东西。前面的教育是对大众的教育，后面的是真正意义上的哲学家教育。不怕死的愿意是，希望早一点而死，哲学家的任务是什么。死亡不是可怕的东西。光明究竟是什么，看到了真理、看到了光明，这里面告诉我们，关于死亡以后灵魂不死的学说。真正的答案是《斐多篇》里面，告诉我们所谓光明的世界是什么。这里讲了一个哲学家如何面对大众。苏格拉底在申辩里说的，完全可以说是高贵的谎言。对死亡问题上，与城邦的法律没有关系、真正关心的是《斐多篇》的东西。这些东西不能再法庭上讲，不能说其实我对法律不关心，法律对我没有意义，我早就不想活了什么的。如果是第一种，所有的人才能认为法律是重要的。法律的地位才确立起来。有一篇文章，福柯的《十九世纪的司法精神病学》，司法精神病这样的东西听起来奇怪，这篇文章从审判的场景入手，现代的法律和古典的法律入手点不一样，古典的法律从惩罚入手，现代则是认罪。惩罚不重要，重要的是认识到罪。司法精神病出来，恰恰是认罪的东西不清楚。为什么精神病人可以豁免，古典则没有这种规定？报复主义、复仇主义的刑罚没有这种，而现代的机制则有。现代的机制建立在这种认罪机制上。为什么苏格拉底在法庭上不说灵魂不死什么的？如果要按照《斐多篇》全部的讲法，结果就是摧毁了全部的法律城邦。法律没有意义、城邦没有意义、家庭没有意义，最重要是怎么练习死亡。为什么要有

北京大学法学院

一个高贵的谎言，就是说老百姓既然无法像苏格拉底那样理解死亡，就要遵守法律。这两个文本放在一起，就是要理解理想国的一些东西。

《斐多篇》有一个最重要的内容，苏格拉底的第二次起航。第一次远航和第二次有什么不一样？第一次远航其实讲的是云里面的苏格拉底，终极的原因就是自然科学的原因，这只是第一个阶段，这个阶段，苏格拉底虽然也区分正义的逻辑和不正义的逻辑。第二次远航，寻求真理，则从道德德性开始，从真善美开始，而不是自然科学。真正讲到这些地方，讲到关于死后灵魂不死，这才是古典和现代最根本的区别。柏拉图讲理性和欲望的区别，核心问题就是能否建立一个终极意义。没有终极意义的时候，欲望就成了最高的生活准则。现代社会完全是洞穴里面，没有外面的光明。霍布斯的利维坦则没有讨论死后如何如何。他反对的是基督教的一些东西。从这个意义上讲，霍布斯面临的最大的敌人，一个是基督教的学说，第二个认为是古代的哲学家。这些哲学家和我们理解的方式不一样。这些哲学家没有说灵魂不死，有一些终极目的。为了这些目的，大家都不怕死。这个就比较麻烦了。自然状态里，形成秩序的原因就是怕死。不怕死意味着自然状态是永恒的，就是战争了。如果不怕死，打仗就无所谓了。只有一个人怕死，才能建立现代的法律制度。之所以在柏拉图这里面批评人生的终极目的，最重要的就是解决怕死还是不怕死的问题。柏拉图受到修昔底德的《伯罗奔尼撒战争史》的很大的影响。怕死的结果，在霍布斯看来，就是恐怖的状态。这是讲的这几个文本联系在一起。

以上讨论的是古典和现代的区别。最重要的问题是说，法律秩序和灵魂秩序的关系。我们今天讲法制，都强调法律秩序，与灵魂秩序是什么关系？古典的理解是法治秩序建立在灵魂秩序之上。灵魂秩序说的是什么？哪些属于灵魂秩序？最主要的是民情 mores。柏拉图的讨论、霍布斯的公民宗教和托克维尔讲的哪些东西，都是灵魂秩序，与其相关的是教育的一些东西。教育，中国古代的观点比较好，教化比较好。化而成俗，教育就想到学校是一个很偏狭的思路。法律、阴雨、仪式都是教化的东西，教育反而是最为狭隘的东西。与法律秩序连在一起，还有主权，还有法治。再有政治，都是这一部分的东西。其实古典说的政治基本是这样的。权力分配、政党都是政治，古典的政治则包含了教育、民情这些东西。我们今天则不认为教育是政治问题，不认为唱唱红歌是政治问题。这些也是古代和现代的区别所在。

但是我们不要有一个误解，不要认为古代的法律秩序建立在灵魂秩序之上，现代的就不要建立在灵魂秩序上。现代的也要建立在灵魂秩序上，这就是霍布斯说的人的设想，自然状态，是现代人的灵魂秩序。都说法律秩序建立在灵魂秩序之上，现代不建立在灵魂秩序上，都建立在灵魂秩序上，只对灵魂秩序的理解不一样。假定人的灵魂秩序是不变的，人性是不变的。不要对它有什么指望。在不变的人性假定之上，才有这样一套东西。

其实古代的许多假定和现代是一样的，不一样的是古代认为人性的可以改变的，至少是部分可以改变。因为改变了，这一部分跟教育有关。如果人性不能改变，教育也没有意义。古代人说改变，是不是所有人都能改变？只有部分人才能改变。人性里区分两类人，一类可以教育，可以让灵魂秩序发生根本性转向。大多数人灵魂不会发生根本转向。大多数人是大众，少数人是精英。他们的灵魂秩序不一样，所以少数精英统治大众，根本是他们的灵魂秩序不一样。现代人关于人行不变的基本假定，说的是人人平等。古代和现代的区别，根本是人是不是平等。现代人的假定是人都是平等的。霍布斯的理论也说，一个人无论多强大，也总会有人杀死他；一个人在弱，也有同伴，平等是基本的假定。古代是整个学说，建立在灵魂秩序根本不平等的假定。所以教育不一样。所以不要陷入误区，好像现代政治不建立在灵魂秩序上。现代政治不是基于简单的暴力，不是韦伯的社会学说的就是暴力。主权建立在人性的基本假定之上，自然状态最基本的就是人性。这是最根本的区别。

✓ 林肯与毛泽东的演讲

这样再看文本里选的研读的内容。章老师讲的课有些涉及这些问题。如何面对死亡的？伯里克利的在阵亡将士墓前的讲话，还有林肯的葛底斯堡讲说。中国什么时候建国的？49 年建国根据的是共同纲领，54 年才有宪法。Constitution。先不来讨论中国的问题。美国 1787 年《美利坚合众国宪法》，是一个建国的标志。以前的邦联政体，其实是另一个国家。还有一个，真正从法律的角度，美国建国是 1787 年。在此以前的邦联条款是不同的国家。但

是大家看，演讲的一开始，第一句话，87年前……讲的是1776年。美国建国是从哪一年开始的？在林肯的演说里，没有用1776年这种说法，而是用多少年之前。为什么这么写呢？让人猛然一看不知道建国是哪一年。1776和1787有什么区别？为什么林肯认为建国放在1776年而不是1787年？这里面最最关键的是，如果两个都作为建国的时间，这两个美国有什么不一样？1776年建立的美国，是以自由平等作为目标的，就是独立宣言的建国。但是独立宣言是不是宣布要建立美国？不是，不是一个建国宣言，而是宣布要与邻国脱离开来，没有说要组建一个国家。所以独立宣言不是一个建国宣言。而在林肯看来，恰恰是一个建国宣言。问题在哪儿？林肯看来，1787年确立的国家有问题，因为它确立了奴隶制。南北战争的问题就是宪法里规定了黑人是财产，逃奴条款、五分之三条款。社会契约是与魔鬼签订的契约。林肯说这句话，他根本不承认1787年建立的国家。他把建国的时间从1776年算起。这个时间包含了一个政治哲学的看法。

第二个，如何理解南北战争？把南北战争看做一场内战。如果说1787年宪法规定了奴隶制条款，是美国人不能接受的，甚至假定这部宪法是非法的。这就意味着美国重新回到了1787年以前的邦联甚至更早的时候。如果把1776年的独立宣言作为标准，如果有人反抗推翻这个政府，就可以推翻这个政府。这恰恰是南方的指导思想。南方就按照独立宣言，可以从北方脱离出来。南方认为他们是独立。如果这样的话，南北之间的战争就不是civil war内战。内战的前提是假定是共同的国家。南北战争从南方看来，不是共同的国家。双方的战争在南方看来，就是国家与国家之间的战争。林肯这里强调这场战争是内战，为什么？当他说是内战的时候，和建国是连在一起的。南方在诉诸1776年的时候，林肯也在诉诸1776年。但是理解完全不一样。南方认为这是一个受压迫民族的独立的宣言，而林肯认为这是一个自由宣言。这样，就会重新和这连在一起，和土地的概念连在一起。进行的是这块土地上进行的战争。如果读联邦党人文集，第二篇，他们认为就是一个建国，上帝赐予了这么好的一块土地，这么多的河流把南北连在一起等，可见建立国家是上帝的计划。第二个是说，除了上帝，还有人民。一旦要建国的前提，是人民有没有形成。只有成为人民的整体才能建国。人民的整体恰恰从战争出来。人民的概念从敌人的概念中出现。没有共同的敌人，没有人民的概念。土地、人民都是上帝计划的一部分。美国有一个天命学说与这个直接相关。林肯的演说恰恰说的就是这么一套东西。1776年独立宣言是针对土地land、鲜血blood和战争war的关系，认为土地是根本。87年只是确立政府管制的问题，领土已经形成了。土地，是通过鲜血建构起来的。不断强调死亡的意义在哪儿，就在这儿。和1776年以前的祖先连在一起。死亡和鲜血的问题。恰恰是这样一个问题，使得形成人们的纽带。社会纽带里最主要的是血缘的纽带。

死亡的意义是什么？和1776年的关系是什么？这些人的死亡最重要的概念是自由的心声rebirth of freedom。1776年建立自由的原则，1787年宪法把自由的原则打掉了，这场战争要重建这些东西。自由的新生，南北内战，自由新生南北内战是什么样的国家？这时候最重要的概念，nation就出来了。不再是一个united states，而是一个nation。Nation和states的区别，states是政治法律建构起来的，哪怕之间水火不容。而nation是民族，是有共同的血缘、历史、价值观建立的。1787年建立的不是nation，只有经过南北内战后才是nation。所以united states，标准的翻译就是联合国。但是现在变成了一个国家。这样南北内战的意义就不一样了。这是怎样的一个nation？自由的新生，最重要的就是民享、民有、民治。这一篇文献在政治哲学有经典的意义，1787年宪法里面，最重要的是强调的是freedom。1776年的freedom，1787年宪法的freedom，恰恰是严格按照独立宣言说的，liberty的概念。完全按照洛克的学说建立起来的。按照这种学说，奴隶贸易是自由的一部分。因为它属于一种财产。第二个学说，更多的是联合成的十三个国家，不一样。宪法是双方妥协的结果。宪法之中，彼此同意是特别重要的。这几个概念，都是洛克学说里最重要的。签订宪法最重要的是，签订宪法南方要同意，否则就不能建立国家了。紧接着看，到了南北内战之后，会发现最重要的原则不是这样的理解，而是与其相对的，平等的原则开始出现了。民享、民有、民治，nation的原则出现了。如果再加上一个概念，同意建立起来的现在不是同意，之所以成为nation，不是因为与南方的同意，而是因为战争、流血建立起来的。在此以前，我们认为美国是一个共和国。到现在，共和不再是最重要的原则，而是democracy，民享的东西。美国是一个共和国，恰恰反对的是民主。民主反而是不好的。它理解的民主就是古希腊的民主，认为代议制是共和国。把这两种放在一起，就知道为什么林肯这个演讲特别重要。它让美国发生根本的变化。后来的美国是基于同意的基础上建立的联合国家，是一个共和国。而林肯这里，是通过流血战

北京大学法学院

争形成的国家。林肯确立的是美国第二个国家，可以说是第二共和国。全部的体现在美国建国后的第十三、十四、十五修正案。很多案例讲到第十四修正案，就是平等保护。十三是废除奴隶制，十四是正当程序和平等保护，十五是……有人认为是第二宪法。林肯的宣言就是美国第二宪法的序言。全部死亡的意义，为什么死亡这么重要？在伯里克利的演说，死了以后后来的人会赞美；而林肯的这个不一样。最重要的是跟建国联系在一起。确立了美国第二共和国的基本原则。正是这些死亡奠定了民享、民有、民治这些原则。建立国家还不重要，可以建立很糟糕的国家，可能建立北朝鲜这样的国家。最重要的是后面的理念。

《纪念张思德》。我们好像对中国的很熟悉，但是有几个概念其实是没有经过鉴定的。第一个，革命。革命的队伍和其他的队伍有什么区别？革命的队伍和军队完全是两个概念，军队是一个中性词，而革命的队伍就不一样了。最重要的是理解莆田会议，毛泽东和其他人，包括朱德的辩论。莆田会议确立的是党指挥枪的原则。为什么这次会议这么重要？这些放在党史里面讲，其实是很重要的。军队是干什么的？以往全部军队从韦伯的学说算起。韦伯说军队是垄断的暴力。如果国家还没有确立起来，军队就是一个暴力。唯一可能服从这个原则的是军队自身的原则。暴力自身的原则是什么？就是获得更大的力量。军队全部的努力就是让力量越来越大，就是要打胜仗。现代军队里面的概念就出现了，理性化。要有武器。中国现代军队、职业化的开始就是袁世凯小站练兵。这个是从日本学来的，日本是从德国学来的。军队理性化，面临一个问题，军队自身就是一个利益集团、暴力的目的就是暴力，暴力是目的也是手段。军队就会变成统治本身。这就是军阀。拿枪杆子的人建立政权，这就是政权。当我们讨论军队职业化，最重要的是军阀政治。打倒军阀，军阀就是一个独立概念，就是军队理性化达到最大以后，成为一个利益集团。它还要建立法律、国家机器。莆田会议，就是如果共产党的军队如何区别于军阀呢？如何与国民党的军队、旧式军队区别开？理性化的所有原则就是中立化原则，没有什么要追求的目标。莆田会议，我们的军队之所以不一样，就在于它有目的。军队理性化背后有一个约束力量，不会变成枪指挥党，而是党指挥枪。现代理性化的军队要不要有政治目标？政治和技术之间的关系是什么。军队理性化就是一个专业原则。如果没有党，军队没有政治。这个辩论重要就在这里。

莆田会议建立这样的原则，军队是一个服从于革命的原则。什么是革命？革命的基础在哪里？这个基础就是从洛克开始。许多学者说中国古人也讲革命，革命是一个褒义词。革命这个概念有正当性，比如周文王的时候，如何区分革命与叛乱的区别。这是政治哲学很大的命题。如果说不清楚，胜者为王败者为寇。很难区分革命、叛乱，哪个是反法律的，哪一个是维护的。洛克那里才把革命变成正当性。普通人针对君主主要保护革命的权利。被压迫的阶级可以革命。到了中国，毛泽东也有马克思主义学说。说到底，就是把中国社会划分出各种阶级。不要认为毛泽东的革命就是暴力。30年代的革命的讨论卷入了历史学家、社会学家。右翼的国民党的一派，认为中国历史上没有阶级，批评共产党把马克思的理论带进来，认为肢解了中国社会。毛泽东和梁漱溟的辩论就是这样。中国社会学最大的辩论就是中国社会性质的辩论。中国的历史学家开始划分封建社会、奴隶制社会，现在大家都批评。中国根本没有严格意义上的奴隶制。从启蒙时代到这个时候整的那个个性学说带进来，我们的革命是为了什么？我们说解放，什么是解放？如果处在黑暗中的人，被捆绑起来，看不到光明；哲学王进来第一件事情就是解放。马克思学说早年的博士论文，讲的就是普罗米修斯的故事。这个到目前为止政治哲学的讨论很多。这个问题很难讲清楚。解放不是一个简单的概念。这就是一个政治哲学的说法。

人民更是一个全新的概念，人民的概念一定要放在欧洲政治哲学的背景下。中国说的这一套贯穿政治哲学最基本的东西。区分两种死亡，自然的死亡变成有意义的东西，意味着进入了政治哲学的范畴。这里，用了司马迁的话，重于泰山，轻于鸿毛，做出了衡量的刻度。这个刻度就是政治哲学。

关于革命的军队，这一段，讲李鼎铭提意见。第三段，说的是我们都来自五湖四海，为了一个目的聚集在一起。五湖四海这个概念，不是马克思意义上的概念，这是一个中国的概念。理解五湖四海，要理解中国的历史和地理原则。我们今天的干部原则还是来自五湖四海，不要拉山头。五湖四海和联邦党人说的 faction 党争，有什么区别？只有放在联邦党人文集里面，才能理解什么是五湖四海。五湖四海承认 faction，有反对 faction 放在中国历史上的南北之争、党争，就可以看出来，共产党当时就是用党的方式消灭党争。中国共产党不是按照两党制，而是按照党内的

五湖四海原则，这既是一个党派原则，又是一个反党派原则。

下面一句话，《潜伏》里面背的一句话就是这样。潜伏里，最能打动人的一句话是，中国人民受难。什么叫受难？说中国人民过的悲惨、受苦都能理解，为什么是受难？受苦受难，这个概念也是五四以来流行在共产党学说里的东西。为什么中国人民在受难？还有一个问题，如果我们再跟后面两个学说联系在一起，更能理解。和这个相关的，责任，我们有责任把他们解放出来，责任从何而来？哲学王为什么要做国王？在这个背景下考虑这个，中国人民受难为什么要解救他？你是谁？为什么有能力解救别人，为什么把这个作为一个责任，共产党和中国人民的关系是什么？这个要放在基督教的里面理解。共产党、毛泽东被认为是大救星。受难、大救星，都不是中国传统的概念，是基督教带进来的，要在基督教背景下理解。这是中国特定背景下的，这两个概念在共产党里面出现了。如果这么理解，这是一个特别经典的文献。这是 40 年代的文献。只有在这些概念里面，生命的意义就出来了。林肯的演讲里，死亡的意义是确立政治原则，而毛泽东这里，都与解放的概念联系在一起，与中国人受苦受难联系在一起。张思德可能人际关系不太好，长征回来每当什么官还去终南山挖矿，但是他因此不朽了。这些革命队伍的人这样，以后村里的人死了，都应该搞这些东西。两个死亡含义不一样。革命同志的死亡更多包含革命的意义，死得其所。什么叫死得其所？如果我们看《苏格拉底的申辩》，不是死得其所，因为死的很勉强。而《斐多篇》就是死得其所。有责任的人生下来就是为这些事情而生的，为了让中国人民、世界人民摆脱灾难，这里面有一个很强的预定论在里面。基督教的预定论基本上就是这样的。人生下来就有个目标，要为此目标献出生命。最后一部分讲的公民宗教，第二个部分讲司马迁重于泰山轻于鸿毛，是一般意义上的。死得其所不同于这两种，是实现预定目标。从这三重含义理解，讲了神学意义上的东西。我们不要对这种文献不以为然，这是马列主义教育教育得大家不以为然。如果在政治哲学传统讲，就很重要了。

✓ 结束的话

强老师开始给本科生开始上课是 08 级，接触 08 级毕业生比较多。这门课上读书压力很大，大家觉得读书笔记都很难，有的人笔记还可能是抄的。但是如何理解读书？从 08 级学生发现一个问题，大学里、社会上、家庭里都有一个错误的观点，读书是为了做学问。如果不是做学问，就可以不读书，或者不用读太难的书，政治哲学的书太难了。首先关于难度，从高中到大学最难适应的就是读书问题。花了很长时间读书，是在很低的层次读书。读书在一定阶段，一定要有一定难度。就要读一些经典的东西。读这些有什么意义？不一定要问有什么意义，就是我们应该做的一项事情。不是一个有意义的东西，而是一个责任的东西，一定有意义，但是是一个责任。是一个伦理要求。如果读了很难的书，上了台阶，可以避免读很多不必要的书。08 年毕业生读书水平就有很大差别。有人读书很多要做学术研究，读经典的书不是为了做学术研究。读书首先最重要的是培养一个人的读书。首先是阅读能力。有人看书特别快，有人特别慢；有人看书理解不了要点。有人很容易找到要点，领悟事物的能力也比较快。以后总会跟文献大较大，就要从读难的书读。如果读不懂，有人就读一些简单的书，其实没什么用的。读难的书，是一个苦力活。这个事情一定要经历过一个阶段，经过这个阶段才能理解。北大有很多好的课。有的课很好，但绩点不高，很难，其实不应该错过它们。

思想家写书的时候，不是给做学问的人写的。如果是给这些人写的，就没有必要写。其实是给所有人写的。这一点只有读书后才能理解。

我们都是同学，什么是同学？今天我们坐在这儿的同学，五年以后可能没话可说。今天可能已经开始无话可数，以后可能聊孩子工作，但是没法聊一些文化的学术的。读一些共同的经典，把大家的思想境界拔高到很高的程度，以后可以讨论一些共同的东西。否则就可能形成职业的壁垒，相互瞧不起。

最后读书为什么重要，现代社会太功利的时候，读书都要讲一个目标。但是全部目的都与世俗的目标有关。读法律有人妖读法律书，想当政治家有人就读厚黑学的书。这些完全可以在工作中体会。这个带着黑暗的心态进入社会，这个很不好。柏拉图的哲学家不应该带着一本黑暗手册进入黑暗。

北京大学法学院

还可以讨论一些讨论死亡等的东西。我们从来没有怀疑过追求的意义是什么。并不是要大家变成虚无主义者。而是说，要给生活、人生带来一个持久的顿悟。今年遇到一些学生，答辩没有通过，找好的工作也没有了，一个人可能一夜之间崩溃掉了。我们有一些错觉，平凡、顺利的生活是常态，挫折是不正常的。其实，很顺利不是常态，是偶然的幸运；人生的挫折才是常态。如何面对挫折？读书的时候才得到了力量、眼界、精神的动力面对人生的挫折。面对挫折没有什么办法，一种是痛苦地活过去，就像大多数人；一种是看开来，就像苏格拉底这样。我们要倒过来想问题，可能无处入手，读书就可以找到入口。这个信仰没有关系，读书可以建立人生最基本的东西。我们可以去读四书，五经不一定读，四书应该读，尤其是大学和中庸。再如王阳明的传习录。和他讨论问题的都是接近今天的部级官员，他们一起聊的。而今天部级官员在一起讨论什么？不是当时讨论的东西。做官是做官，真正重要的是讨论这些东西。中国的精神气质就在这里体现出来。有人觉得很想读书，但是遇到一些困难，要读书。王阳明也遇到这种问题，说想读书，不过自己要科举，怎么办？王阳明怎么回答的？度数不一样，好像做学问的人和经商的、律师，区分其实是最不重要的区分，重要的是，在区分人的时候，除了世俗的标准，还有其他的标准。在这个意义上，现在在追求外部世界的所有东西的时候，要开始追求内心的世界。觉得外部的东西没有意义了，内心世界还是有意义的。要读一些比较难的书。优异从进取和追求开始，这把少数人和大多数人区分开，区分开的不是世俗、金钱，而是精神境界。做官、做学问都很重要吗？不一样。要好好利用大学的时间多读一些书。柏拉图伟大的地方就是通过理性建立起来。中国人伟大的地方是宋明理学，把精神建立在理性的基础上，而不是信仰的东西。

强老师推荐一本小说，《三体》，认为第三部尤其精彩。这部著作更能感到人生有些是不值得讲的。