



西方法律思想

传说与学说

刘星 著

增订版

版权信息

图书在版编目（CIP）数据

西方法律思想：传说与学说 / 刘星著. —增订本. — 桂林：广西师范大学出版社，2019.6 ISBN 978-7-5598-1790-7

I. ①西... II. ①刘... III. ①法律—思想史—研究—西方国家IV. ①D909.5

中国版本图书馆CIP数据核字（2019）第095560号

广西师范大学出版社出版发行（广西桂林市中华路22号 邮政编码：541001）

出版人：张艺兵

全国新华书店经销

开本：880 mm × 1 240 mm 1/32

印张：15.125 字数：310千字

2019年6月第1版2019年6月第1次印刷

定价：90.00元

目录

[版权信息](#)

[增订版序](#)

[修订序言](#)

[序言](#)

[引言：西方法律思想的出发点](#)

[001 苏格拉底审判](#)

[002 一种常识的看法](#)

[003 观察法律的不同视角：你、我、他.....](#)

[小结](#)

[第一章“政治学”的透视](#)

[004 诡辩者如是说：强者的利益](#)

[005 政治契约](#)

[006 法律的文字与立法者的意图](#)

[007 法律命令说的思考起点](#)

[008 命令、义务、制裁和主权者](#)

[009 立法者自我恐吓的难题·立法约束](#)

[010 权力和权利](#)

[011 法律强制说](#)

[012 困扰法律强制说的一个对比：主权者和强暴者](#)

[013 法律整体上的强制性](#)

[014 国家的“包装”](#)

[015 普遍性的白纸黑字规则·特殊情况](#)

[小结](#)

[第二章“社会学”的观察](#)

[016 有争议的案件：里格斯诉帕尔玛](#)

[017 霍德利主教的名言：重要的是解释者](#)

[018 法院判决的最终效力](#)

[019 规则和具体判决](#)

[020 “法律顾问”和坏人的习惯：预测](#)

[021 好人·法官·预测](#)

[022 法律 = 具体判决](#)

[023 从“规则的解释”走向“社会学的观察”](#)

[024 国家法的实际作用](#)

[025 国家法底层的或者旁边的民间规则](#)

[026 “活的法律”](#)

[027 “活的法律”与“国家法律”的冲突](#)

[028 怎样区别法律和其他社会规则？](#)

[029 “合法”与“非法”的用词习惯](#)

[030 确定“活的法律”的困难](#)

[031 开辟新的思路：认识“好人”](#)

[032 好人的态度·义务](#)

[033 法律的独特要素](#)

[034 观察行动和观察态度](#)

[035 法律中的行动与行动中的法律](#)

[小结](#)

[第三章 “规范学”的假设](#)

[036 用“规范”的概念替换法律背后的“意志”](#)

[037 意志·默认·认可](#)

[038 追踪法律的最终效力·询问义务的来源](#)

[039 “规范”面面观](#)

[040 “假设”的理由](#)

[041 “应当”与“是”](#)

[042 效力的“原因”和“条件”](#)

[043 对图伦兹的社会组织式强制·“应当”](#)

[小结](#)

[第四章 “解释学”的解释](#)

[044 语词的通常用法](#)

[045 “实证”的策略：寻找法律的“出处”](#)

[046 观察者的“目的”](#)

[047 具体法律背后的潜在原则](#)

[048 帕尔玛案里的“理论争论”](#)

[049 对具体判决结果没有争议的案件](#)

[050 法律在解释中完成](#)

[051 内在参与者的“看法”](#)

[小结](#)

[第五章 两种法律秩序](#)

[052 希腊悲剧《安提戈涅》](#)

[053 高一级的法律与低一级的法律](#)

[054 人制定的法律和神制定的法律](#)

[055 违反克瑞翁法令的权利](#)

[小结](#)

[第六章 自然法、自然权利和社会契约](#)

[056 自然法 = 判断事物的理性](#)

[057 维多利亚的传说——自然权利](#)

[058 社会契约的一种描述·人法的目的](#)

[059 对抗人法的理由](#)

[小结](#)

[第七章 自然法、自然权利和社会契约的另外一种解释](#)

[060 自然法和自然权利 = 自利自爱](#)

[061 交出全部权利的社会契约](#)

[062 服从人法的理由](#)

[小结](#)

[第八章 坏的法律不是法律](#)

[063 纳粹的恶法](#)

[064 法律的内容和形式的好坏](#)

[065 “恶法非法”一说的理论困境](#)

[066 “恶法非法”一说的实践困境](#)

[小结](#)

[第九章 坏的法律也是法律](#)

[067 解释者和评论者](#)

[068 法律改革·“痛苦”选择·法官的职责](#)

[069 “法律实际是什么”与“法律应当是什么”在事实上和概念上的联系](#)

[070 安提戈涅·“恶法亦法”·“恶法非法”](#)

[071 “恶法亦法”一说的理论困境·社会角色·利益关系](#)

[072 “恶法亦法”一说的实践困境·法律专制](#)

[073 选择“邪恶”](#)

[小结](#)

[第十章 道德的法律强制](#)

[074 沃尔芬登报告](#)

[075 道德的法律强制](#)

[076 德弗林的“标准”](#)

[小结](#)

[第十一章 划清法律与道德](#)

[077 基本善恶的道德和“日常争议”的道德](#)

[078 “康德定理”](#)

[079 法律强制本身的道德问题](#)

[080 支持德弗林还是哈特？](#)

[小结](#)

第十二章 法律的价值选择问题

081 问题的引出

082 秩序优先

083 安提戈涅悲剧和苏格拉底困境的另外一种解释

小结

第十三章 哲学王的统治与法律的统治：初次对话

084 法治的含义

085 法律的缺陷：无法实现真正的“相同对待”

086 法律解释的困难

087 “鲍西娅”的智慧

088 完人和绝对真理

089 柏拉图“人治”的问题

090 再论法律的缺陷

091 人性的弱点

092 权力的诱惑与腐蚀

093 法治的要素：普遍的服从和良好的法律

094 一般规则和自由裁量

小结

第十四章 开明专制与权力制约的法治：再次对话

095 开明专制：重温哲学王

096 阿诺德案

097 立法和司法的分开

098 法官的“独立王国”

099 亚里士多德式法治的“背后”

100 孟德斯鸠定理：分权制衡

101 美国人的权力游戏规则

102 游戏规则的临时终点

103 再看一般规则的范围·马歇尔神话

[小结](#)

[第十五章 第三种声音：民主、公意、法律](#)

[104 法治与民主的勾连](#)

[105 乡村式的小社会](#)

[106 公意](#)

[107 法律的政治基础](#)

[108 托克维尔的反调：多数人的专制](#)

[小结](#)

[第十六章 法治的复杂性](#)

[109 启蒙观念中的“宏伟法治蓝图”](#)

[110 “马车”“手推车”和“脚踏车”](#)

[111 亚里士多德的办法](#)

[112 原则式的“柔性法治”](#)

[113 法律的“目的”·法治](#)

[114 “鱼”和“熊掌”](#)

[小结](#)

[参引文献](#)

增订版序

关于西方法律思想，近年又出现了不少佳作。总体看，新作不断涌现，资料越来越丰富，视野越来越开阔，而且中国元素的学术辨析意识越来越强劲。如清华大学出版社2015年出版，高鸿钧教授、赵晓力教授主编的《新编西方法律思想史》就是显著例子。但我至今觉得，就域外法律思想而言，侧重资料梳理的编年史著述与侧重史论结合的简洁导论，可以相得益彰，相互发明，对阅读领域均有益。故本书依然有其价值。

增订版又做了些许订正。

本书的写作意图、叙事风格、主题观念，在《修订序言》《序言》中均有交代，请读者参阅。

感谢刘峰先生提议增订版的出版。还要感谢广西师范大学出版社的大力支持。希望本书能使读者持续获得阅读意义。

刘 星

2017年冬于北京

修订序言

对本书的基本设想、思路及叙述策略，原序已有交待。

现强调一点，即本书既可作为知识研习的路径，也可作为思想激发的资源。这意味着，本书不仅是“法律思想史”的，而且是“法理学的”。因为本书非常侧重分析，借助“他者”（西方法律思想）的背景潜入原理的讨论。如今学术行业的一个重要趋势，为融合、借鉴交叉，以求相互发明，而在传统的“史”和“论”之间，越来越多的学术实践则更乐意史论结合，诱发自身的主张阐述。的确，仅有知识交代，或说铺陈资料，似乎“简单”了。

本书添加了副题：传说与学说。其意在凸显作为历史化的故事实践和理论实践之间的互动。在原书中，两类实践已彼此贯穿，使内容成为“立体”，试图促进法律问题的深入理解。同时，在添加副题之际，也望读者不吝赐教，在本书描述的传说和学说中，揭其讹误。

另需说明，这次修订集中于“引文资料”的再次精练，即做些缩减，以期全书叙述更为通畅。“引文”颇为重要，是“思想表达”的证据，不可含糊，但如何更为通畅也需注意，使两者辩证似为恰当。当然，本次缩减肯定没有消灭通过“引文”来深入阅读原著的可能，细心读者依然可以按图索骥。

要感谢法律出版社的刘彦泮博士。她总是支持我的写作，并提出中肯意见。这是难得动力。希望本书，包括系列中的其他书目，能够在“阅读市场”中渐入佳境。

刘 星

2010年3月5日于北京

序 言

对于西方法律思想，国内和国外的许多学者都有著述和分析。就国内而言，大多数学者除了个别的论文叙述之外，在撰写著作的时候，通常是以思想史的方式来操作的。思想史方式的最重要的特点在于以时间顺序作为基本路线，并且以“简要评介”作为基本叙事的补充手段。本书有些不同。第一，本书以问题思路作为线索，来讨论西方法律思想的演变。第二，因为是以问题思路作为线索的，所以不以编年史的方式来安排、分析素材对象。第三，同样是因为以问题思路作为线索，所以在叙述的过程中时常以“夹叙夹议”的方式展开了本书作者的某些讨论，进而具有一些整体理论分析的色彩。当然，这样叙述的目的在于使读者可以较为深入并且以中国的学术理解方式来理解西方法律思想。以这三点作为基础，本书在尽可能地涉及更多的西方法律思想资料的同时，比如从古希腊开始一直到当代，另外特别注意将法律思想的分析讨论融入具体的法律实践活动的分析讨论，使本书呈现为“实践中的理论分析”的表征。以具体的法律实践活动作为叙述平台，有的时候会被理解成为以“例子解释的方式”解释理论。尽管的确如此，然而以融入实践的方式分析、讨论法律思想，其更为重要的目的在于表达这样一个信息：法律理论时常和法律实践不仅是互动的，而且是相互交织的，因而在法律实践中来看法律理论或者法律思想，才能更为恰当准确地理解后者。

本书属于导论。既然是导论，叙述也就不可避免地“有所选择”。这意味着本书不会也不可能全面地分析讨论西方法律思想。严格地说，没有哪位学者可以全面地分析讨论，因为西方法律思想的内容是浩如烟海的；即使是就其中一个领域，比如以刑法、民法等部门法为标志的法律思想的对象，也是内容十分庞大的，也是几乎无法全面地分析、讨论

的。因此，选择既是明智的，也是无可奈何的。本书分析讨论学界一般认为的“比较重要”的西方法律思想，当然，主要是围绕法理学或说法律哲学而展开的法律思想。

作为导论，本书的另外一个企图在于，不仅讨论“说了什么”，而且讨论“为什么这样说”。所以如此是因为我们都能理解，知道了“为什么这样说”会是更有意思的、更有启发的、更为具有挑战性的；对于开拓研究、学习的思路也是更为有益的。这就如同看到一个人站在一个位置上，假设仅仅知道他就在这个位置上，而不知道他是从哪里走来的，那么，观看者未免总会有些头绪不清甚至趣味索然的感觉。当知道他是从哪里走来的，而且知道还有另外的路线可以到达同样的位置，显然，观看者就会兴趣大增，就会展开许多有意思的思考和“追寻”，从而进入一种真正的“观看”。在这个意义上，本书特别在“为什么这样说”作出了一些努力。当然，这也是上面提到的“增加本书作者的某些讨论，进而具有一些整体理论分析的色彩”的一个具体说明。

本书的基本内容曾经以《西方法学初步》为名由广东人民出版社出版。时隔近十年，发现其中还是存在了许多令人不满意的地方，需要修订。因此，在本书中我做了较大的调整。主要目的是使其在不失学术思索这一特点的同时读来简洁清晰、易懂通畅，当然也使其能够更为学术严谨一些。

在此我首先要特别感谢法律出版社的徐雨衡编辑，她对本书的兴趣使我有足够的动力进行修订，使其进一步地完善。

另外，我要感谢中山大学法学院和国内许多法学院的同学们。每当我讲课、外出讲学、参加各种学术会议的时候，总能发现有同学手持这本书的初版来和我交流，向我提出问题和意见，这使我感动，也使我深受鼓舞。一本书可以得到同学们的不断阅读，应该是作为教师的学者的极大欣慰的一件事情。

最后补充一句：希望本书能够“开卷有益”。

刘 星

2007年春于广州康乐园

引言：西方法律思想的出发点

001 苏格拉底审判

首先“阅读”一个故事：苏格拉底审判。

在西方文化中，此故事多指向、多意蕴，富有历史隐喻，既可“阅读”为妙趣横生的人物传记，也可“阅读”为机智乖巧的论辩记载，还可“阅读”为雅典民主的批判反思。如对法律的学理兴致盎然，又可“阅读”为法律制度的哲学阐释……

苏格拉底，古希腊贤哲，但相貌似乎有些令人感到遗憾，据说鼻子偏扁，肚皮略大。^[1]此人向来意志坚强，且性格倔强。最为令历史学家和哲学家感兴趣的是，苏格拉底尤其喜好运用“辩证法”将那些自认为学富五车的人解构得无地自容。这种辩证法，与当下我们所知道的极为不同，大致可以分为两个部分——“讥讽”和“助产术”。它是一种不留情面，进而使人尴尬的辩论技术。具体而言，首先向对方请教学问，好像自己是一无所知的，然后，通过一问一答的方式逐渐使对方出现前后矛盾的解说，以达到“讥讽”

的目的。接下来则是提问者直截了当地告诉对方：“其实你并不懂，还是我来解释吧！当然学问是在你心里的，只是由于你无法想起来便需要我来帮助你回忆，就像帮助你生孩子一样。”这样就开始了“助产”。传说苏格拉底的母亲是一个助产婆，也许苏格拉底正是从其母亲的助产生涯中得到了这样的灵感。此等“辩证法”，在苏格拉底的手中，的确是游刃有余的，但是也因此，苏格拉底得罪了那些被“讥讽助产”的“知识霸权”的人物。

此外，不知是秉性还是激情的缘故，能言善辩的苏格拉底还特别热衷于对现实的社会事务冷嘲热讽，或者讲述城邦的政治法律陈腐愚昧，或者讲述百姓的道德宗教江河日下，只要认为是流弊之处，便毫不客气地一一指摘。比如，对雅典人用豆子拈阄的方式选择领导人的做法，苏格拉底就说那是再愚蠢不过的举措了：

没有人愿意用豆子拈阄的办法来雇佣一个舵手或建筑师或奏笛子的人……而在这些事情上做错了的话，其危害是要比在管理国务方面发生错误轻得多。^[2]

也许，大凡思想者都喜欢以“批评”为能事。可惜的是，古雅典公民的“容忍涵养”就像苏格拉底的相貌一样令人感到遗憾。公元前403年，当纯粹的民主政体在雅典确立的时候，民众无不为此雀跃欢呼；他们尤为相信，这是完美无缺的不能怀疑的政治设计，不能放任他人危言耸听。“牛虻”式的苏格拉底执意要发表批评的意见，自然容易招惹反感和拒斥。

公元前399年，苏格拉底70岁。就在那年的春天，三个雅典人——迈雷托士、赖垦和安匿托士控告苏格拉底犯下两条罪状：

(1) 渎神；(2) 腐化和误导青年。^[3]迈雷托士是诗人，赖垦是修辞学家，而安匿托士是政治活跃分子。这场官司由迈雷托士“明火执仗”，赖垦旁敲侧击，安匿托士暗中怂恿。这三个人都是饱尝“辩证法”之苦的社会名流。当时雅典法律是这样规定的：“对一切不相信现存宗教者和神事不同见解者，治罪惩罚。”法律是在伯里克利时代通过的，由教士奥菲斯特提议并且由公民投票表决。三个人正是运用这张“白纸黑字”的规定，状告苏格拉底。

雅典的程序法是十分有趣的。一方面，法庭的“法官”人数居然可以达到6000人之多，由公民抽签选出。那个时候的雅典共有10个族，而每

个族可以选出600人。雅典人认为这是非常令人满意的“法律审判民主”，一切权力无一例外地落入了大众手里。^[4]当然，每次审判并不一定要6000人，苏格拉底的审判就仅有501人。^[5]另一方面，定案的依据是原告的控诉和被告的申辩。“法官”在开庭前，绝对不会做任何的调查核实；如此，不善辞令的人自然容易在诉讼中失败。这倒真像今天英语国家的“诉辩对抗制”，在这种制度中，法官总是坐在中间位置察言观色，而原告和被告尤其是双方重金聘请的律师则是尽力“表演”，担当着提出证据辩论“法例”的庭上主角。

针对迈雷托士的诉状，苏格拉底做了三点具体答辩。

第一，他问迈雷托士：你说我腐化和误导青年，那么谁能引导青年走上正确的道路？迈雷托士说：除你之外其他一切懂得法律的人。苏格拉底反驳道：依照你这样的回答，就知道你对青年是漠不关心的，而且，对控告我的事实也是毫不了解的。因为，这就如同认为除一个人之外所有人都可以像马术师一样有益地训练幼马，太荒谬了！^[6]教育就像马术一样，是一门技艺，并不是除一个人之外所有人都可以学会的。非要这么说便等于是认为除一个人之外所有人都可以掌握马术，这是绝顶的笑话。如此只能认为，并非除苏格拉底之外一切人都对青年是有益的。

这个答辩与证据的认识存在着联系。苏格拉底的言外之意是讲：要想控告他人，起码应该清楚地了解所有事实，否则就是别有用心。

第二，他问迈雷托士：你说，我腐化和误导青年是有意的还是无意的？迈雷托士不假思索地回答：当然是有意的。苏格拉底讥讽道：谁都明白和坏人接触是有害的，如果将自己接近的人引诱变成了坏人，自己岂不是情愿地接触这类坏人而受到伤害？明白这个道理的人还去这样做，精神显然是不正常的，不正常的人怎么会是有意的？^[7]

这段答辩与法理的分析存在着联系。苏格拉底的意思在于说明：法律上的“渎神”和“腐化误导青年”的犯罪一定要有“犯意”，精神不正常的人怎么可能会有“犯意”？没有“犯意”怎么能定为“渎神”罪和“腐化误导青年”罪？不论苏格拉底说的是否有道理，迈雷托士当时的确无从应对。

第三，他问迈雷托士：你说我不信城邦的宗教，这是说我是有神论者还是无神论者？迈雷托士说：当然是无神论者，所以要向你问罪处罚。苏格拉底又说：可是你还指责我引进新神并且因此控告我腐化误导青年，这不是在讲我是有神论者又是什么？！^[8]

这个答辩同样与法理的分析存在着联系。这是说，指控他人便是“证明”他人有罪，而证明就应该自圆其说前后一致，否则如何依法指控？苏格拉底想说明对方的起诉是自相矛盾的。

但是，不论苏格拉底如何机智，雅典到底以281票对220票判决他罪名成立，处以死刑。^[9]

临刑前，老朋友克力同借探望之机来看苏格拉底并且告诉他，朋友们决定帮助他越狱，而且一切都已经安排妥当了。可是苏格拉底却坦然自若，表示不越狱。克力同提出了各种理由来说服他，认为雅典的法律是不公正的，而且遵守这样的法律是没有任何道理的，但是仍然无效。^[10]苏格拉底反问：越狱就正当吗？对一个被判有罪的人来说，即使他确信对他的指控是不公正的，逃避法律制裁难道就正当了？有没有一种服从任何法律的义务？

苏格拉底提出了两个理由来说明不应当越狱：如果人人都以法律判决不公正作为理由，那么，社会国家还能会有规矩方圆？法律判决的公正固然是重要的，但是秩序同样是重要的。^[11]苏格拉底的潜台词是说，人人都可以用自己的是非判断来为自己的行为作辩解，但是这些判

断可不一定就是正确的，因而在这里法律应当是首要的选择，这是其一；其二，如果一个人自愿生活在一个城邦里，并且享受了这个城邦法律给予的权利，这不等于和城邦之间产生了一个契约关系？这是说，城邦订立了法律，它向你发出了一个权利享受的意思表示，而你享受了这项权利便等于是接受了城邦的意思表示，也即接受了它的义务规定，双方由此建立了契约关系；在这种情况下，如果不服从义务岂不是毁约？岂不是十分不道德？[\[12\]](#)

经过与克力同的一番“探讨”，苏格拉底最后还是选择了服从死刑。

富有戏剧性的是，众所周知，时隔14年，雅典人最终重新发现自己的“良心和智慧”，认定苏格拉底审判是一桩大冤案，反而判迈雷托士犯有诬告罪并处死刑，判其他指控苏格拉底的人同样犯有诬告罪，并处驱逐出境。

002 一种常识的看法

从法律思想的角度来看，“苏格拉底审判”暗示了西方法律思想长久不衰的几个经典话题。为了说明这些话题，我们首先尝试运用一种常识的法律思想观点解读一下这个“审判”。之所以称作一种常识的观点，是因为，好像存在着一种最为接近人们对法律现象一般理解的看法。

在“苏格拉底审判”的语境中，“法律”一词被使用了多次。不论作怎样的说明解释，至少有一种用法被人们看作是再清楚不过了：它指雅典城邦制定公布的官方规则。从古至今，人们便习惯用“法律”描述或者指称官方的规则。似乎可以发觉，在这点上倒真像是存在着一个使用“法律”一词的契约。迈雷托士、赖垦和安匿托士诋毁苏格拉底，说他渎神而且误导青年，声言要以法绳之，他们头脑中大概想的就是这类规则。雅典人组成了501人的审判团，审判团“居高临下”裁断对苏格拉底的指控，恐怕那些人头脑中想的也是这类规则。就说苏格拉底，他和克力同大谈对法律如何不能破例，公民如何具有遵守法律的义务，以及自己遵守法律而且视死如归显得多么“理由充分”，这些似乎也意味着他想的同样是这类规则。

“法律”一词的这种用法，显示了使用者对法律现象的理解。而这种理解包含了几个观念。现在，我们将其一一剖解分析。

首先，有一个法律的制定者。认为法律是官方的规则，已经暗示了法律是官方制定的。在常识观点看来，如果没有官方的“制定行为”，怎么会有法律条文的“白纸黑字”？虽然许多法律规则的内容和道德规则、宗教规则、礼仪规则以及习惯是颇为相似的，甚至是完全一致的，但是，法律与后者之类的关键区别可就在于官方的“制定行为”。至于“官方”是什么，它指何物，大可不必究根问底。概括地说，社会存在着

一个官方“世界”，这便足够了。在古雅典，民众都信神敬神，都以为渎神应该受到惩罚，但是在教士奥菲斯特提议立为官方规则之前，只好说它是宗教规则习惯。当雅典的立法机关将“渎神应受惩罚”这一条予以公布的时候，官方的规则因此就确立了。这便是法律的“制定品格”。

其次，有一个法律的“意志”。法律由官方制定，这表明官方在规则里面表达了一个意愿。虽然道德规则也表现了人的意愿，或者说相当一些人的意愿，可是这是历史文化多年积累缓慢发展而形成的，并非是某些人“主动放进去”的结果。官方规则中的意愿，有时就是“主动放进去”的。可以发现，历史上的许多法律条文不仅在今天的人看来是荒诞不经的，而且，即便在古人看来也是非常可笑的，因为，它们与今天的和以往的流行道德规则实在是相去甚远，但是，人们还是不能否认它们就是一种法律规则。当然，立法者的“意志”也要受到种种因素的制约，可是它有时就是可以我行我素，在专制分子那里，这是再明显不过的事情了。这是法律的“意志品格”。

第三，有一个法律的“制裁”。为什么有人能够制定法律？为什么法律总会昭示一些人的“意志”？因为那些人掌握了权力，尤其是统治的权力。而权力的概念本身就预设了统治者和被统治者之间的某种强制关系。换句话说，统治者的权力意味着不服从就会招致“严厉的惩罚”。道德规则和习惯之类的东西，如果被冒犯了，就没这种结果。假如“不得渎神”只是一种道德，苏格拉底再如何调侃戏说希腊诸神，雅典人也拿不出什么实质性的惩罚手段。可是，现在这就是一个城邦的官方规则，苏格拉底也就因此遭遇了官司，而且还要以死正法。法律的特点在此是尤为明显的：“制裁”。这或许可以说是法律的“强制品格”。

除了这三个观念之外，这样使用“法律”一词的方式还不知不觉地预支了一个假设前提：可以站在一个不偏不倚、客观中立、不受主观好恶影响的立场上，解说法律是什么。

苏格拉底可以用自己的道德观念政治观念对雅典的制度说三道四，可以对雅典的审判挖苦嘲笑；反对判决苏格拉底死刑的220名审判员可以认为此案的最终结果是十分不公的，从而表示不满以及无可奈何；甚至后人可以因为雅典人法律智慧的贫乏而为苏格拉底大唱挽歌……可是，就像迈雷托士、赖垦、安匿托士以及281名断定苏格拉底必死无疑的审判员坚决认为“渎神者受罚”是神圣的城邦命令一样，他们都会不约而同地将那些“白纸黑字”看作实实在在的法律规定。这是说，太阳就是太阳，月亮就是月亮，再有人不喜欢，它们还是太阳月亮。

另一方面，常识看法还暗含着一个意思：官方人士的“制定规则”行为，是一个确定什么才是法律的重要事实。如果想知道一个规则是不是法律，就可以查明一下它是否出自官方人士的“权力手笔”。换个说法：“制定行为”犹如一把尺子，可以将法律规则划在一边，将非法律规则划在另外一边。当你希望在古希腊雅典的历史空间中确定哪些是法律，你就可以在历史典籍中寻找这样的“事实”资料。如果你想知道，在自己国家里现在什么规则是法律，你仍然可以运用这种方法加以确定。如果你还想知道德意志、不列颠、法兰西和美利坚的法律是什么，这种方法同样是有用的。这个“事实”或者“尺子”，一定可以将法律和非法律分得一清二楚。

003 观察法律的不同视角：你、我、他... ..

现在换一种理解“法律”的视角。

首先，设想一下当上了苏格拉底的法律“助手”，用今天的词来说就是“律师”。苏格拉底那个时代没有律师，而且这位贤哲自信智慧过人，所以，在其旁边始终未能发现一位出谋划策的“律师”人物。如果当了苏格拉底的“律师”，那么会怎样看待“苏格拉底审判”中的法律？

第一，出于律师职业道德的缘故，即一定要为苏格拉底讲出一个抗辩理由来，我们可能不大会再采用常识的看法。这时，我们与苏格拉底之间有一个“委托辩护”的契约关系。我们会认为，应该将雅典的法律看作一种正义公平的法律，这种法律的惩罚手段不应该指向心地善良的思想者。“对一切不相信现存宗教者和神事不同见解者治罪惩罚”这条规定，是指对恶意渎神者的惩治。苏格拉底对雅典宗教和神事的批评是极为善意的。其批评，目的不在于不相信雅典的宗教和攻击雅典的神事，而在于将雅典的宗教和神事改善得更为有意义。他要求引进新的神说，就是明证。对苏格拉底这样的“虔诚”，赞赏都是有些来不及的，何谈治罪惩罚？！如果将这条法律的意思解说为“不分青红皂白，一律严惩不贷”，便是没有将法律视为一种正义公平的工具。

其实，在今天的律师角色中，的确可以经常看到与常识看法有所差异的法律解说，在法律争议较为激烈的时候是尤其如此的。这并非说律师可以随意地解说法律的意思，翻手为云覆手为雨；而是说，律师的社会职业角色要求他要为当事人提供自己认为正当的法律理由。换言之，假设采用了常识的看法，要求律师只能站在一个“第三者”的立场上，似乎便难以摆正“律师”与苏格拉底“委托契约关系”的正当位置。

如此可以发现，“律师”角色会以不同的姿态使用“法律”一词。

第二，如果与苏格拉底没有“委托辩护”的契约关系，换句话说，不一定要为苏格拉底提出一个抗辩理由来，而只是为其提供某些参谋意见以获取小额的咨询费用，也即当个法律“谋士”，那么，我们有时会以一种“算命”或说“预言”的方式解说法律。我们会说，雅典的确有一条官方的规则规定了“渎神者应受治罪惩罚”，但是，这不意味着已经存在了一条明确无疑的“法律”。法律，应该是在社会中具有看得见摸得着的品性，它应该是实实在在的，对人具有物质的作用。如果一条规则对我们不会发生实际的约束力，它可以称作法律吗？“看得见摸得着”“实实在在的”“实际的约束力”，这些词汇只有当存在着社会官员的时候，才是准确的。这意味着，只有当社会官员对那条规则作出了具体的解释，并且因此作出了一项具体判决，才会有一个真实的“法律”出现。在雅典审判团作出判决之前，只能谈论一个“可能的法律”，而当判决作出了，才能谈论一个“真实的法律”。

必须承认，只有具体的法律解释和判决才能对被告发生实际的作用。根据这种分析，可以进一步地说，不要看那“白纸黑字”的规则，而要看看雅典人是怎样实际判决的，法律就是实际的判决。当提出这样一个说法的时候，更有十分有利的证据可以给予支持：当初雅典人判决苏格拉底有罪就是根据那条“白纸黑字”，后来判决其无罪同样是根据这条“白纸黑字”。在这个证据里，究竟说“规则是法律”是有说服力的，还是说“判决是法律”具有说服力？

“算命”或者“预言”式地使用“法律”一词，也是一个视角。

现在，试着站在克力同的角度来看“苏格拉底审判”中的法律。

从柏拉图对话文本可以看出，克力同是个财主。^[13]但是并不因为腰缠万贯，克力同就放弃了“仁义”美德、朋友之情。许多人对雅典法律

判决的正当性提出了疑问，克力同也是其中之一。一方面，出于救朋友于危难之中的见义勇为；另一方面，也是出于对雅典法律的怀疑失望，克力同力劝苏格拉底越狱而逃。其想法与苏格拉底形成了有趣的对比。苏格拉底以为，雅典对他的判决是不公正的，但是，不公正并不等于不是法律的判决。确定法律的标准不是“公正”而是“官方的制定”。既然是法律的判决，对公民就有约束的效力，公民同时也有服从的义务，因为法律本身也有自身的公正要求——社会秩序。这样，苏格拉底面对着一个悖论：既要追求一种理想的公平正义，又要服从法律的公平正义，当两者出现相互矛盾的时候，选择公平正义便意味着否定公平正义。与此不同，克力同对雅典法律保持了质疑的姿态。力劝越狱而逃，意味着公民对不公正的事物没有服从的义务；意味着，不公正的所谓“法律”判决没有约束的效力。

克力同的潜在意思是说，没有公平正义，何以称为法律？在此可以揣摩出，克力同表现了一种更为大胆的观念：即使是官方表现了一个“制定行为”，也不等于法律因此降生了；认定法律存在的标准必须包含“公平正义”的要素。于是，没有公正，也就没有法律，没有法律，也就没有服从的义务。如此，为何不能越狱而逃？

克力同的视角是一个较为极端的视角。如果能够回忆起历史上不断发生的对所谓“法律制度”的言辞否定甚至暴力推翻，我们就会发现，这种第三类型的视角，的确是时常存在的。

为了使问题的探讨更有意思，还可以设想一个法官的视角。这是第四类型的视角。

在“苏格拉底审判”中，就像无法找到一个律师一样，似乎无法找到一个今天意义上的职业审判者——法官。古雅典人曾经有一种奇妙的彻头彻尾的大民主观念：不仅法律的制定要由众人来决定，而且法律的审判也要如此。他们天生就对审判的职业性表现了不信任，不想让法律运

作的最后一个环节落入“少数人”的手里。这种观念是否正确，暂且不论。一个不可否认的事实是，现代人已经将法律的审判让给了少数人的职业阶层；就此而言，设想一个职业法官的视角肯定是有意义的。

可以感觉到，这类法官不会像常识观念的“第三者”那样“漠不关心”，也不会像律师或者法律“谋士”那样要么必须站在苏格拉底一边为其“出谋划策”，要么为赚咨询费而对苏格拉底“占卜算卦”，更不会像克力同那样“感情用事”。

另一方面，法官会有一种责任感，这种责任感要求法律的审判必须是忠实于法律的。这种对法律的忠实，可以说是法官遵守法律的义务。不过，这种遵守的义务有些不同于一般人们常说的那种义务。前者依赖一类自我约束的自觉，后者则依赖一类强制力的威吓。比如，依照时间的规定来判决案件是一个义务，判决造成了错误要赔偿也是一个义务，它们就是以义务履行者自觉执行为条件的；一般人的借钱还钱的义务，伤害别人就要赔偿的义务，则是以义务要求者（比如国家立法者）规定的制裁为震慑力的。

这点不同，使法官看待法律的方式更为独特。法官会以为，对苏格拉底而言，法律当然包含了那些“白纸黑字”的官方规则，而且一般来说，要规规矩矩地逐字逐句地“依法”审判。但是，法律的内容并不仅仅限于这一点。当规则需要解释或者规则不大自然直接适用于案件的时候，法官尤其希望挖掘法律的精神和原则。由于法官遵守法律的义务是一种自觉的义务，法官有时并不像某些社会角色——比如商人那样为了获得精确的可预测性，从而将法律局限在“白纸黑字”的明确规则。在法官的眼中，法律可预测性是没有意义的，当需要解释规则的时候，重要的是理解法律的“要义”，这一要义既可以出现于“白纸黑字”的规则之中，也可以出现于法律的精神和原则之中，还可以出现于以往一切法官整体的历史审判实践之中。因此，他们有时会在更大的“法律背景”中思

考理解“读神者治罪惩罚”之类的具体规则。法官的职业化和知识化，会更使法官如此看待法律。在此，应该暂时撇开对雅典“读神治罪”规则的宗教味道的喜恶评判，因为，对于一名职业性的法官，不会也不可能对自己时代的法律表达批判质问，他只应该考虑一点：如何做好“法律审判”这项工作。如果的确深深怀疑自己时代的法律的正当性，法官也应当首先辞去“法律适用者”这个社会角色，再去表达批评意见。

当然，这样描述法官，并不等于完全排除另一些法官有着不同的想法。那些法官，固守了“白纸黑字”的规则。可是他们似乎不在多数。

小 结

通过“苏格拉底审判”的故事的解读，我们尝试了对法律的“初步”理解，并且从中分析和引出了不同的看待法律现象或者使用“法律一词”的视角。这是以点见面、以小见大地提示西方法律思想“纷然杂陈”的局面，也是暗喻了西方法律思想的实际出发点。

第一章 “政治学”的透视

苏格拉底虽然喜好“辩证法”的论说技巧，但是一生又和古希腊那些鼓唇弄舌的诡辩学者——又称智者——格格不入。雅典时代，大民主的氛围“滋润”了辩论的风气。为了占有政治上的一席之地，人们竞相操练口才技艺，诡辩学者从而成为这类技术的传授者。不过，本书不大关心苏格拉底与诡辩学者的恩恩怨怨，也不关心多少雅典人被培养成了能言善说的辩论家；而是关心，诡辩学者提出的一个“政治学”的法律思想观念，以及后来学者如何对此借题发挥。所谓“政治学”的观念，是说这个时候的法律思想观念特别是从统治者和被统治者的自上而下的权力关系来建构的。

004 诡辩者如是说：强者的利益

诡辩学者色拉叙马霍斯曾经提道：

每一种统治者都制定对自己有利的法律，平民政府制定民主法律，独裁政府制定独裁法律，依此类推。他们制定了法律明告大家：凡是对政府有利的对百姓就是正义的；谁不遵守，他就有违法之罪，又有不正义之名。因此，我的意思是，在任何国家里，所谓正义就是当时政府的利益。政府当然有权，所以唯一合理的结论应该说：不管在什么地方，正义就是强者的利益。[\[14\]](#)

这位诡辩者是柏拉图对话录——比如《理想国》——里的重要角色。对话录的另外一个隐约象征柏拉图自己的角色就是苏格拉底。色拉叙马霍斯和苏格拉底总是唇枪舌剑，探讨“国是”。《理想国》开篇有关“正义”的对话，就是在他们两人之间的“交往对话”。当然，这位诡辩者对正义的理解，可以存而不论，因为，他好像是认为正义是没有什么讨论价值的，没有什么神圣可言。在这里，只需注意他提出了一个尤为重要而又影响深远的法律观念——法律意志说。

法律意志说，是讲法律总是体现了统治者的意愿和利益。统治者之所以可以制定法律，原因在于其掌握了统治权力；而统治者之所以拥有统治权力，又是因为在与被统治者的关系中统治者终于占有了居高临下的压制地位。当然，统治者既可以是寡人独裁的帝王，也可以是少数握权的“贵族”，也可以是一无所有的“布衣”。如此设想的统治者与被统治者的关系，是把“暴力式”的对立放在了最明显的位置。

现在，为了反思式地理解西方法律思想，稍微讨论一下这里提到的法律意志说所存在的问题。

色拉叙马霍斯的观点，好像不能说明人们知晓的另外一些法律规定。古巴比伦《汉穆拉比法典》第78条规定：如果租户将全年租金交给了房主，而房主于租期未满之时要求租户搬出，则房主要退回所有的租金；古罗马《十二表法》第9表第6条规定：没有经过审判，不得处死任何人；欧洲中世纪《萨利克法典》第2节第4条规定：凡是盗窃一只满1岁的猪而被破获者，罚款102银币，折合3金币，而且要加所窃之猪的价值赔偿和损失赔偿；英国1689年《权利法案》第5条规定：向国王请愿是臣民的权利，一切对臣民的请愿判罪或指控都是非法的……

对这些法律条文，不仅那些制定法律的统治者并不回避，就连那些读法律的被统治者也会自然赞同的。如此讲来，法律好像不仅仅是体现了统治者的意愿和利益，它有时还保护了被统治者。从古到今，白纸黑字的法律条文可以说是浩如烟海，从中不断地找出与色拉叙马霍斯那样的法律意志论相互矛盾的例子，是易如反掌的。这就不奇怪，为什么与色拉叙马霍斯几乎同时代的亚里士多德会针锋相对地说：法律体现了所有人的共同利益，而不只是统治者的利益。[\[15\]](#)

对亚里士多德的批评，意志论者可以这样指出：出于策略，统治者有的时候制定了那些被压在底层的人也会赞成的法律，这当然是不奇怪的；可是需要注意，这叫“权宜之计”。如果是权宜之计，则转来转去最终还不又是统治者的意愿和利益？

但是，如此反驳好像是不能令人信服的。说《十二表法》规定的“没有经过审判不得处死任何人”和《权利法案》规定的“向国王请愿不得判罪指控”是一类权宜之计，似乎是可以接受的，有的时候统治者确实是以此作为“诱饵”，来安抚处于劣势的被统治者。但是，说《汉穆拉比法典》规定的“房主在租期内要求租户搬出要退租金”和《萨利克法典》规定的“偷猪罚款赔偿”也是什么权宜之计，恐怕是牵强附会了。因为，后一类的规定，既可以处理统治阶层内部之间的个人矛盾，比如未

到期就赶租户搬出或者邪念骤起偷猪杀猪，也可以处理被统治阶层内部的类似的个人矛盾；既可以处理被统治阶层成员偷统治阶层成员的猪的行为，也可以反之处理后一阶层成员偷前类成员的猪的行为。无论是未到期赶租户还是偷窃，属于任何社会里无法避免的总要处理的普遍纠纷，并不属于暴力对立那类的政治矛盾，而且与这类矛盾没有必然的联系。即使不存在统治者和被统治者之分，一个社会也要拿出“典章”对它们作出规定。

意志论者还有一种辩解。他们以为，即使承认有些法律规定不仅仅是体现了统治者的意志，有些法律规定不是“权宜之计”，也依然可以认为一个社会中的法律在整体上是体现统治者意志的。如果一个社会中的法律在整体上都不能如此，就应该怀疑其中是否真的存在一个法律制度。“整体”是说“主要方面”或者“基本方面”。一个法律内部，总有主要和次要之分，总有基本方面可言。就在这个主要或者基本的地方，统治者的意志从来都是非常明显的。

这个辩解是颇为有趣的。然而，它提出一个既无法证实也无法证伪的命题。因为，它依赖一个对“什么是主要、基本”的说明；而从不同角度，人们可以对什么是法律制度的主要或者基本方面作出不同的说明，从而得出“什么是主要、基本”的不同结论。例如，从法律的效力层次角度，可以认为宪法之类的法律是法律制度的主要、基本的法律，因为宪法是一切法律的效力根据；从立法机构的档次角度，可以认为最高立法机构制定的规则是主要、基本的法律，因为这类机构可以宣布什么规则要比其他规则更为主要、更为基本；而从法律条文的具体内容角度，可以认为在法律制度中占绝大多数的一般条文，比如民事条文、刑事条文、经济条文或者行政条文，是主要的。当关注宪法或者最高立法机构制定的规则的时候，说体现统治者意志的法律是主要、基本的方面当然显得有理有据，可是当关注着法律条文的具体内容的时候，说体现社会大多数人意志的法律是主要的基本的，同样显得无可辩驳。因为，能够

看到，像刑事条文那样的镇压被统治者的法律在法律制度中毕竟是少数的。

如此这般，如果有人提出一个与意志论相反的命题：法律制度的主要或者基本方面不是统治者的意志，而是社会大多数人的意志，那么，很难说这是没有道理的。实际上，只要认为“主要或者基本方面”是一个标准，就会出现许多种说法，从而，一个人就能够像证明自己的观点一样证明对立者的观点。

色拉叙马霍斯的“政治学”观点，过于坚持政治上的暴力统治与被统治，因而给人这样一个感觉：初看好像是十分符合日常感觉的，仔细想来则是不敢赞同的。难怪美国法学家庞德（Roscoe Pound）都说：

关于法律不过是有权力者剥削无权力者的手段的说法，这并不是什么新见解。早在公元前五世纪希腊诡辩家就曾提过，以后也陆续有人重复过。但是整个文明史驳斥了这种论调。[\[16\]](#)

005 政治契约

于是，英国17世纪哲学家霍布斯在坚持法律意志说的同时，弱化了色拉叙马霍斯的强者利益的设想。在霍布斯看来，法律当然是一种自上而下的命令，这种命令“是通过语言、文字或其他同样充分的论据发布命令的人之意志的宣布或表达”。^[17]霍布斯说：

法律单是以明文规定并加以公布还不够，还必须要有明显的证据说明它来自主权者的意志。因为平民在具有力量或认为自己具有力量达到不正当的目的，并平安无事地实现其野心时，是会不经立法当局或违反立法当局把自己所高兴的东西公布为法律的。因此，法律便必须不但要公布，而且要有授权者和权力的充分证明。^[18]

但是，霍布斯认为，这可不意味着法律一定是强者利益的表现。如同说话人的言语表达显示了说话者的意图，书写人的字词使用显示了书写者的想法一样，法律也凸显了立法者的意思或者意向。然而，这种意思或者意向，有时联系着强者的利益，更多的时候与强者的利益是没有联系的。当立法者说，“法律于某年某月某日生效”，“法律适用范围如何如何”，他当然具有特定的意图，但是这种意图很难说是强者的利益或者说是立法者自己的利益。在这里，霍布斯区分了法律的意图和法律的利益。“法律的本质不在于其文字而在于其意向或意义，也就是在于权威的解释，即立法者的看法。”^[19]他想说明法律的分析应当落在法律的意图上，而不是什么强者的利益上。

如果法律的要义不源于强者居高临下的权力压制，那么，何以能够使法律通行于社会的人际关系之中？肯定有些人对法律的规定不以为然，有些人对法律的规定耿耿于怀，甚至可能有些人对法律“揭竿而起”，色拉叙马霍斯正是部分地基于这类的感觉，才反复提到“强者利益是

法律而且是正义”的表述。

霍布斯相信，抛弃“强者”的概念依然可以说清楚法律的“政治学”品格。法律自然需要强制的手段、自上而下的政治权威，可是这并不是出于强者与弱者之间的暴力对抗的缘故。相反，正像人们之间可以签订私领域的买卖契约、租赁契约、借贷契约一样，各方人士可以在公领域中签订建立国家的“政治合作契约”，从而使国家和法律具有权威性和强制性。

霍布斯首先是要人们设想一下在很久很久以前，人类还没有国家和法律，那时候的人与人之间的关系是怎样的。人们当然可以设想：一切都是平静的，人的要求不高，人的文化并不复杂而且没有尔虞我诈；因为没有权力和财产之争，一切可利用的资源都是共有的。可是，另外一种可能也是存在的，也即人们之间总是互不相让、你争我夺，在某些情况下还要相互残杀，因为资源总是有限的，而且人天生也是关心自己利益的。很久很久以前究竟是什么样子，现在实在无从考证。可是霍布斯总是大胆地宣布：很久以前人对人就是属于第二种可能，这就是“人对人像狼一样”，而且，“最糟糕的是人们不断处于暴力死亡和危险之中，人的生活孤独、贫困、卑污、残忍而短寿”。^[20]

如果人对人是如此残酷的，人类岂不是早已自我毁灭了？为什么人类还能延续至今，甚至有时颇为人丁兴旺？此时，霍布斯又要人们注意一个事实：人类还有理性，会算计得失，或者说是“两害相权取其轻”。面对不断的暴力，人们总会想些办法加以避免。于是，他们之间开始订立“社会契约”，每个人把自己的权利交给了一个独立人格的国家，由它来制定法律去管理和裁断人们之间发生的纠纷与矛盾。

如果要建立……制止相互侵害的共同权力，以便保障大家能通过自己的辛劳和土地的丰产为生并生活得很满意，那就只有一条道路：把大家所有的权力和力量付托给某一个人或一个能通过多数的意见把大家的

意志化为一个意志的多人组成的集体.....指定一个人或一个由多人组成的集体来代表他们的人格，每一个人都承认授权于如此承当本身人格的人在有关公共和平或安全方面所采取的任何行为或命令他人作出的行为，在这种行为中，大家都把自己的意志服从于他的意志，把自己的判断服从于他的判断。[\[21\]](#)

既然国家是这样建立的，而国家的法律是由此而来的，那么，两者的权威和强制便不是来自强者的暴力。人们选择主权者及其法律，“是由于互相畏惧而不是由于畏惧他们按约建立的主权者”。[\[22\]](#)而既然法律的产生与强者的利益是没有直接联系的，法律的分析，便应该集中在立法者的意图上。到了这里，可以清楚地看到霍布斯是如何在抛弃了“强者”的概念下继续保持了法律意志说的，而且又避免了色拉叙马霍斯的理论困难。

006 法律的文字与立法者的意图

霍布斯的“法律意志说”是一种法律意图说。在法律思想里，如果以为法律的文字与法律的意思——立法者想具有的意思——的区别是重要的，那么，霍布斯的理论就是一种意思决定论。其实，色拉叙马霍斯的强者利益理论也是一种意图说：强者的利益决定了强者的意图，强者的意图决定了法律的含义。只不过色拉叙马霍斯是将法律的本意一直追溯到了利益，而霍布斯除掉了利益这个根基。文字与意思的区别的确是十分重要的。一般人总会认为，一旦法律文字出现以后立法者的意思也就在其中了。可是，问题远远不是这么简单。

可以注意西方学者曾经讨论过的一个假设例子。设想有一个市政委员会，颁布了一项有关市区城管的法律条令，规定在市区公园内不得通过或者停放任何机动车辆。条令颁布后，各公园都严格执行，绝不让各种车辆进入。一天，某军人团体将一辆第二次世界大战的时候他们使用的军用吉普车开进了市中心公园。公园管理人员说不行，可是军人团体非要将车开进去。军人代表以为，这车辆非同一般，它象征着国家军队在战争中的艰辛与光荣，将车摆在公园里，是为了让人们在公园享受幸福欢乐的时候不忘记这些来之不易。就这样，车被放在了公园的中心草坪上。公园管理人员无奈，只得告到了法院。

法院应当依法办事，这是无可争辩的。但是，法院在审判前总要清楚地知道法律的含义是什么才能顺利地审理。针对此案，法律的意思如何确定？

公园的管理人员会说，第一，市政委员会的法律条令是十分清楚的：任何机动车辆不得停放在公园里；第二，军用吉普车肯定是属于机动车辆的；第三，按照条文字句来看，吉普车应当属于禁止之列。在这

里，军用吉普车显然属于立法者想要禁止进入公园的车辆。换句话说，立法者立法时的意图在于限制包括这类车辆在内的一切车辆进入公园。公园管理人员的看法，应该来说人们是会同意的。

军人团体会说，市政委员会的确想禁止机动车辆进入公园，这是必须承认的。可是市政委员会为什么会这样“想”？应该认为，市政委员会希望公园里保持安静、安全和空气新鲜。如果机动车辆总是进出公园，自然会带来噪音、危险和污染。这才是该委员会这样“想”的真正原因。就此而言，立法者的实际意图是保持公园的安逸舒适的优美环境，而将军用吉普车放入公园，并不与市政委员会的实际意图相互矛盾，因为，这辆吉普车并非总是进出公园，而是一次性地放在那里，它不会产生噪音、危险和污染。既然是这样，也就没有违反立法者的法律条令。禁止纪念性车辆进入公园显然是没有道理的。军人团体的意见，应该来说人们也是会同意的。

如果双方的主张都是有理由的，那么在此案中法院就难办了：立法者在法律条文文字中的意图究竟是什么？能说立法者的意图就在法律文字之中？

再来考察霍布斯的想法。对此案，霍布斯可能为了坚持法律的意图论，可以认为法律的真正意思取决于立法者的说明。在这类案件中，解释者应该询问立法者就具体事实而言具有怎样的具体意图。霍布斯的确说过类似的言语：法律的解释，必须以主权者的说明作为依据，而解释者则只能是公众唯一要服从的主权者所指派的人，如果不是这样，法律便可能由于解释者的曲解而带有与主权者原意相违背的意义；利用这种手段，解释者就变成了立法者。^[23]

但是，这里存在两个问题。首先，许多法律被制定出来以后可以延续数十年甚至数百年，在这种情况下，怎么有可能询问最初立法的立法者？其次，凡是遇到这类具体解释问题就去询问立法者，便无形中让立

法者成为解决具体法律问题的司法者，从而取消了立法和司法之间的重要区别，如此还有什么必要去设立一个适用法律的机构？虽然不是所有的具体案件都需要法律的解释，但是，解释毕竟总是为数不少的。霍布斯本人都曾极端地认为：“所有的成文法……都需要解释。”^[24]

当然，霍布斯可以认为在这类案件中需要查找立法者立法时提供的有关资料。通过这些资料，来确定这个时候的法律的真正意思。可是，这些资料也是由文字构成的，如果有理由认为法律文字是需要解释的，那么同样有理由认为，立法文字资料也是需要解释的。

看来，以立法者意图为依据去确定法律的含义是不可靠的。倘若是不可靠的，接下来的问题可能就很严重了：法律的意义究竟在哪里？现在的出路只能有两个：其一，认为法律的意义存在于解释者（或者阅读者）与法律文字（或者法律本文）的相互作用之间；其二，认为法律的意义存在于解释者或者阅读者的解释阅读之中。法律的意义，实质上就是人们所说的具有约束力的“法律”，而不论选择哪条出路，最终得到的“法律”都不是霍布斯的法律意志说所能说明的。这是说，立法者的意志并不能最终决定法律是什么。再进一步说，自上而下的“政治学”的法律思想观念也许不能廓清某些重要的法律现象。对色拉叙马霍斯的法律意志说来讲，这个问题同样如此。