



守法行为的经济学分析

——以甲企业对劳资关系的处理为例

ECONOMIC ANALYSIS OF THE LAW-ABIDING BEHAVIOR
——HAVING THE HANDLING OF ENTERPRISE A'S LABOR RELATIONS AS AN ILLUSTRATION

陈和芳 著



哈尔滨工业大学出版社
HARBIN INSTITUTE OF TECHNOLOGY PRESS

广东培正学院学术著作出版基金资助出版

守法行为的经济学分析 ——以甲企业对劳资关系的处理为例

Economic Analysis of the Law-abiding Behavior
——Having the Handling of Enterprise A's Labor Relations as
an Illustration

陈和芳 著

哈尔滨工业大学出版社

内容提要

法治社会中大量不法行为的长期存在,是要求完全守法的亚里士多德的法治理论难以解释的。因为根据此理论,国家没有理由不尽力消除这些不法行为,守法主体没有理由不完全守法。这种现实和经典理论之间的差异是由于受社会投入资源有限的制约,守法主体完全可能只冒很小的风险而获得远大于其违法成本的收益。本书选择从经济学的角度对守法主体的守法行为进行分析,并运用冯·诺伊曼和摩根斯顿创立的期望效用函数理论,参照波斯纳在《法律的经济分析》中使用的线性分析方法,建立相应的经济模型,并结合甲企业对劳资关系的处理为例证。指出在以经济发展为优先目标的现代社会,如果不违反经济规律,作为整体的守法主体不可能达成完全守法。如果不能确立完全守法要求的优先地位,这种不法行为一定程度存在的事实似乎无解。

图书在版编目(CIP)数据

守法行为的经济学分析:以甲企业对劳资关系的处理为例/
陈和芳著. —哈尔滨:哈尔滨工业大学出版社,2015.2

ISBN 978-7-5603-5255-8

I. ①守… II. ①陈… III. ①企业—劳动关系—研究
IV. ①F272.92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 049232 号

责任编辑 杨秀华

封面设计 刘长友

出版发行 哈尔滨工业大学出版社

社 址 哈尔滨市南岗区复华四道街 10 号 邮编 150006

传 真 0451-86414749

网 址 <http://hitpress.hit.edu.cn>

印 刷 哈尔滨市工大节能印刷厂

开 本 787mm×960mm 1/16 印张 15 字数 281 千字

版 次 2015 年 3 月第 1 版 2015 年 3 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-5603-5255-8

定 价 45.00 元

(如因印装质量问题影响阅读,我社负责调换)

前言

本书是由博士论文改编而成。作者本科时期的专业是经济类的国际贸易,习惯从经济的角度来衡量自己现在所从事的法学理论专业的学习和研究,再结合自己大学毕业后十余年工作经验的情况下,构思和编写了本书。本书的大概思路如下:

因为守法对法治的重要意义,有关法治的研究基本上都会涉及守法,但是将守法作为专门研究对象的相关文章,不仅数量不多,而且主要承袭亚里士多德以来对法治的定义,从伦理和道德的角度来证成守法主体完全守法的必要性。

然而,法治社会中大量不法行为的长期存在,却是要求完全守法的经典理论难以解释的。因为根据守法主体必须完全守法的法治理论,国家没有理由不尽力消除这些不法行为,守法主体没有理由不完全守法。这种现实和经典理论之间的差异必然有其背后的原因,即国家现阶段施行的以经济发展为优先目标的政策。由于以经济发展为优先目标,受经济社会资源有限的制约,国家不会投入远超其守法收益的资源去保证法律百分之百被守法主体遵守,所以守法主体在特定的条件下,完全可能只冒很小的风险而获得远大于其违法成本的收益。因此,在保证国家实现经济发展目标的前提下,如何采取相应措施,以期达到最好的守法效果,是人们不得不认真考虑的问题。

本书选择从经济学的角度对守法主体的守法行为进行分析,并运用冯·诺伊曼和摩根斯顿创立的期望效用函数理论,参照波斯纳在《法律的经济分析》中使用的线性分析方法,建立相应的经济模型。指出在以经济发展为优先目标的现代社会,如果不违反经济规律,作为整体的守法主体不可能达成完全守法。如果不能确立完全守法要求的优先地位,这种不法行为一定程度存在的事实似乎无解。

本书选取某个存在大量不法行为的特殊守法主体,即甲企业对劳资关系的处理作为例证,通过几个典型案例,包括张某工伤赔偿案、苏某变相解雇案以及生产线员工最低工资纠纷案,对企业在这些案例中做出不法行为选择的原因进行经济

学分析,指出影响企业做出不法行为选择的根本原因是其自身的成本收益考量,法律只是影响其成本收益的一个变量而已。即使专门聘请法律顾问,企业的出发点也不是如何更好地遵守法律,而是自身利益最大化,包括为其有利于自身的各种不法行为选择提供法律技术上的支持。而对企业守法行为选择影响最大的几个因素,主要包括立法瑕疵、执法投入有限、新法律的适应过程以及法律主体之间力量的不均衡。接着,本书主要围绕上述因素,论证在以经济发展为优先目标的现代社会,相应的不法行为存在是难以避免的。

第一,立法瑕疵。通过对立法瑕疵必然存在的函数线性模式分析,指出在资源有效配置的经济原则的支配下,法律必然存在一定程度的立法瑕疵。接着以劳动法部门中的《工伤保险条例》和《劳动争议调解仲裁法》存在的相关立法瑕疵为例证,说明立法瑕疵必然导致一定的不法行为的产生。

第二,执法资源有限。根据执法投入对守法行为影响的函数线性模型,推导出在以经济发展为优先目标的现代社会,由于资源有限,执法投入只能选择达到社会福利最大化的守法程度,而不是可能的最高值 100%,因此不得不容许一定程度的不法行为的存在。并特别指出由“GDP 至上主义”主导的行政执法部门,因为对不影响 GDP 增长的不法行为的社会危害低估,会进一步提高其对此类不法行为的容忍度,导致更多的不法行为选择的产生。

第三,新法律的适应过程。新法律的实施,由于其直接打破了原有的利益分配格局,而且具体效果尚需时间来证明,必然会遭到某些守法主体的怀疑和误解。而这些怀疑和误解,导致了新法适应过程中守法主体的各种不法行为。本书首先通过对新法适应过程的线性分析说明新法适应过程存在的必然,接着以新《劳动合同法》为例证,说明新法实施过程引起不法行为的存在同样难以避免。

第四,国家影响力不足下的博弈。在以经济发展为优先目标导致国家影响力不足的情况下,守法主体的行为模式选择取决于其与同类主体及受法律保护的弱势群体的博弈结果。根据搭便车理论,搭便车带来的成本优势使企业不可能放弃搭便车的努力。根据独木桥模式,在产生纠纷的主体双方力量差异较大的情况下,受侵害的弱势方往往选择屈服。这些原因都促使某些守法主体在国家影响力不足时,为了自身的利益最大化,而做出规避法律甚至是公然违法的不法行为选择。

第五,行为经济学上的各种心理效应,进一步强化了强势群体的不法行为选择。本书选择能够适用于分析企业守法行为的若干行为经济学理论,主要包括极端规避(Extremeness Aversion)、确定效应(Certainty Effect)和反射效应(Reflection

Effect)、基于案例决策(Case - based Decisions)理论以及损失规避(Loss Aversion)理论下的禀赋效应(Endowment Effect)理论。通过上述理论的分析,可以看出当法律主体力量不均衡时,在纠纷解决的过程中,这种不均衡通过行为经济学的一系列效应被进一步放大。从而能够更好地解释在以经济发展为优先目标的前提下,当国家影响力不足时,守法主体为了自身利益最大化而做出不法行为选择的原因。根据以上分析,本书提出了建立和谐劳资关系的守法对策。目前存在的劳资关系不和谐的主要原因之一,是国家法治建设的不完善。这种不完善主要表现在立法瑕疵过多、执法力度不足、法律主体力量不均衡三个方面。因此有必要继续完善立法,加大执法力度,将弱势群体适当组织起来,最终实现劳动法的立法目的顺利达成、劳资关系和谐、企业可持续发展、社会福利最大化的理想目标。

然后,本书根据上述企业处理劳资关系时守法行为选择的经济学分析,得出在以经济发展为优先目标的现代社会,国家达成良好的守法效果的主要条件。即,法律规定基本符合资源有效配置原则、严格执法、减少适应法律的成本、当事人之间有效的成本制约、市场干预的适度、支付得起的法律救济程序。

最后,本书指出,通过上述分析,可以得出在以经济发展为优先目标的现代社会,不同于经典完全守法理论的几个结论。包括:第一,也是根本的结论,由于经济发展的目标同完全守法的目标两者不可能同时达成,因此在以经济发展为优先目标的现代社会,一定程度的不法行为的存在是无法避免的事实,似乎也成为法治建设进程中无解的难题。第二,在以经济发展为优先目标的情况下,所谓良法,只能是基本符合资源有效配置原则的法律,而不是理想的完全符合正义原则的毫无瑕疵的法律。第三,“执法必严”的原则,是法治社会必不可少的条件,但在以经济发展为优先目标的情况下,“执法必严”依然会受到经济因素的限制,从而难以保证完全守法的实现。第四,对于一般守法主体,由于经济利益的驱使,在条件具备的时候,往往也会做出某些不法行为选择,而不是成为理想中完全守法的“良好”公民。本书出版之际,笔者在此特别感谢我的博士论文导师张永和老师,以及给我博士论文多次提出修改和批评意见的西南政法大学其他老师和同学们,没有你们的指导和鼓励,就没有本书的最终完稿和付印。

陈和芳
2015年1月
于广东培正学院

目 录

引 论	1
第一节 选题的来源和实践意义	1
第二节 守法和守法行为的研究概况	3
第三节 基本概念和分析方法	11
第四节 经济学分析的优势	14
第五节 基本理论模型	20
第六节 选取甲企业对劳资关系的处理的理由	26
小 结	27
第一章 甲企业对劳资关系的处理	29
第一节 得不到法定补偿的张某工伤案	29
第二节 苏某被变相解雇案	40
第三节 最低工资争议案	46
第四节 聘请法律顾问	52
小 结	57
第二章 无法避免的立法瑕疵	59
第一节 立法瑕疵的期望效用函数模型	60
第二节 导致良性违法的法律规定	63
第三节 无效率的法律程序	72
小 结	83
第三章 执法资源受限下的无奈	85
第一节 执法投入的预期效用函数理论模型	85
第二节 “GDP 至上”的执法困境	88
小 结	91

第四章 新法适应过程的存在	92
第一节 新法适应过程的期望效用函数理论分析	93
第二节 新《劳动合同法》	96
小 结	122
第五章 不法行为选择的博弈分析	124
第一节 搭便车理论	125
第二节 独木桥博弈	132
小 结	141
第六章 强化不法行为选择的为行为经济学	143
第一节 极端规避理论	144
第二节 确定效应	150
第三节 反射效应	154
第四节 基于案例决策效应	157
第五节 禀赋效应	160
小 结	163
第七章 建立和谐劳资关系的守法对策分析	166
第一节 守法对策的基本理论模式	168
第二节 立法瑕疵的改进	171
第三节 行政执法效率的提高	178
第四节 弱势群体的成本制约	185
小 结	195
第八章 良好守法行为达成的条件	197
第一节 同守法行为相关的几个结论	198
第二节 良好守法行为达成的条件	202
小 结	220
结 论	222
参考文献	225

引 论

第一节 选题的来源和实践意义

守法是法实施的基本形式之一,一旦守法出现问题,整个法的运行过程必然出现障碍,法治社会的建设也就成为一句空话。因此,守法是法治社会不言自明的、最基本的要求,并且作为法治的一个必不可少的组成部分受到人们的关注。任何对法治的研究和探讨,都避不开对守法的论述,与法治有关的文章,几乎都会涉及对守法的研究,而守法主体完全守法对于法治社会的必要性,则成为这些文章公认的一个基本原则。虽然有关法治的研究基本上都会涉及守法,但是将守法作为专门研究对象的相关文章,不仅数量不多,而且主要是承袭亚里士多德以来对法治的定义,从伦理和道德的角度来论证守法主体完全守法的必要性。

然而,现代社会中守法的实际状况却同完全守法的法治要求有着相当大的差距。虽然说法治社会必然伴随着绝大多数守法主体对法律的遵守,但是仍然有着相当多的守法主体,出于各种各样的原因,选择对法律进行规避甚至是公然违反法律。在个别法律领域,甚至出现大多数守法主体,并没有按照法律规定行为而是做出了规避法律甚至是公然违反法律的不法行为选择。这种不法行为在一定程度上存在的现实与完全守法的法治要求之间的矛盾是一个亟待解决的问题。

按照要求完全守法的法治理论,守法主体进行不法行为选择是不符合法治的基本要求的,其在道德上应受谴责,在现实中应受法律制裁。守法主体应当做到完全守法,社会也应当尽其所能达成完全守法的目标。但是事实上,现代国家在对不法行为努力控制的同时,受经济规律的制约,却不得不容许一定程度的不法行为的

存在。^① 由此看来,现代社会虽然总体上一定会将守法主体的不法行为选择控制在一定的范围内,但并没有将达成完全守法的法治理想作为其必须实现的优先目标。这种现实和经典理论之间的差异必然有其背后的原因,即国家现阶段施行的以经济发展为优先目标的政策。^②

由于以经济发展为优先目标,受经济社会资源有限的制约,国家不会投入远超其守法收益的资源去保证法律百分之百被遵守,而守法主体在特定的条件下,完全可能只冒很小的风险而获得远大于其违法成本的收益。因此,在保证国家经济目标实现的前提下,如何采取相应措施,以期达到最好的守法效果,是人们不得不认真考虑的问题。

从罗纳德·科斯^③的科斯定理的提出到理查德·波斯纳^④如今的显赫声名,法

① 比如在刑事案件中,现代国家并不会为了侦破某些疑难案件而无限投入资源,而只选择破案成本低于作案成本的案件,以保证资源的有效配置,因此造成刑事案件的破案率低下。此观点参见【美】大卫·弗里德曼. 经济学语境下的法律规则[M]. 杨欣欣,译. 北京:法律出版社,2004:271. 针对某些良性违法,比如本文案例中讲到的企业购买法定工伤险的商业替代险,很多地方行政机关容许其一定程度的存在。参见本文第一章相关内容。

② 从理论上讲,当社会发展到产品极大丰富的阶段,社会就可以不用考虑经济成本的问题达成完全守法的法治理想。但在现阶段,由于生产力发展不足,资源稀缺,所以现代国家均将经济发展作为其优先目标,本文将此称之为现代国家以经济发展为优先目标的政策,并认为此阶段的社会为以经济发展为优先目标的社会。

③ 罗纳德·科斯(Ronald H. Coase, 1910—),芝加哥大学法学院慕瑟经济学荣誉教授及法律与经济学资深研究员,揭示并澄清了经济制度结构和函数中交易费用、产权的重要性,从而获得1991年诺贝尔经济学奖。其法经济学的代表作为《社会成本问题》, (The Problem of Social Cost, Journal of Law and Economics, October, 1960, 11:55-65),在其中重新研究了交易成本为零时合约行为的特征,批评了庇古关于“外部性”问题的补偿原则(政府干预),并论证了在产权明确的前提下,市场交易即使在出现社会成本(即外部性)的场合也同样有效。科斯发现,一旦假定交易成本为零,而且对产权(指财产使用权,即运行和操作中的财产权利)界定是清晰的,那么法律规范并不影响合约行为的结果,即最优化结果保持不变。换言之,只要交易成本为零,那么无论产权归谁,都可以通过市场自由交易达到资源的最佳配置。施蒂格勒(1982年诺贝尔经济学奖得主)将科斯的这一思想概括为“在完全竞争条件下,私人成本等于社会成本”,并命名为“科斯定理”。

④ 理查德·波斯纳(Richard Allen Posner, 1939—),美国联邦上诉法院法官,曾任芝加哥大学法学院教授,法律经济学运动的重要人物。1973年发表《法律的经济学分析》一书,奠定了其作为现代法经济学代表人的地位。被1999年《美国法律人》评为100位20世纪最有影响的美国法律人之一。

经济学的繁荣自不必多说,相关著作也是汗牛充栋,不胜枚举。正如大卫·弗里德曼所说:“法律的经济学分析包括三个紧密相关的部分:预测特定的法律规则会产生什么样的效果、解释为什么特定的法律会存在、确定应该存在什么样的法律规则。”^①在这样的典型定义下,一般的法经济学分析都集中在特定的法律规则上。因此,有关法经济学方面的著作和文章绝大多数都是从具体法律的角度进行分析,对与法律相关的行为的分析则置于具体法律分析之下,而很少从法的运行角度来进行经济学分析,尤其是从守法行为的角度进行经济学分析更是少之又少。

因此,本书选择从经济学的角度来对守法主体的守法行为进行分析。指出在以经济发展为优先目标的社会,由于经济规律的制约,守法主体对法律的遵守并不能达到完全守法的理想法治状态,而只能达到这样一种程度,在这种程度上,社会总体上达到了福利最大化的要求。

为了论证上述理论,本书选取自己熟悉的一个私营企业作为具体分析对象,根据其在处理劳资关系时所做出大量的不法行为选择,分析其做出这些选择的经济学上的原因,并对这些原因进行具体的经济学分析,论证在以经济发展为优先目标的政策下,由于资源有限的制约,类似不法行为在现代社会不可避免。并据此提出相关的对策和建议,得出以经济发展为优先目标的社会良好守法行为达成的相关标准。

第二节 守法和守法行为的研究概况

作为法运行的一个重要组成部分,守法和守法行为主要被作为法治研究对象的一个组成部分为人们所关注,人们对法治进行论述的时候,大都会对守法有所涉及,因此这方面的研究成果主要集中在自古以来的思想家对法治的经典论述上。而将守法和守法行为作为专门对象的研究则比较薄弱,很少有相关的专著或论文面世。通过 Google 以及 Lexisnexis 和 Westlaw 数据库,以“abide by the law”和“law abiding”为关键词,搜索不到有关守法理论的任何英文文献。通过国家图书馆检索,只搜索到一部有关的专著,即下面提到的博士论文改编而成。百度搜索“守法”

^① 【美】大卫·弗里德曼. 经济学语境下的法律规则[M]. 杨欣欣,译. 北京:法律出版社, 2004:9.

这一关键词,找不到相关的对守法行为专门进行研究的专著。通过 cnki 搜索,以文史哲、政治军事与法律以及教育与社会综合作为查询范围,含有“守法”作为标题的文章,共有 699 篇,其中优秀硕士论文一共有 8 篇,博士论文 1 篇,含有“法律 + 遵守”作为关键词的文章,共有 184 篇,含有“守法”作为关键词的文章,共有 145 篇,但大多数是对具体守法主体的守法行为进行的专项分析,涉及对守法理论进行研究的文章只有十几篇。^① 下面将分别以作为法治研究对象组成部分的守法的经典论述以及作为专门研究对象的守法的相关论点进行具体综述。^②

一、法治概念下守法的经典论述

对于法治的经典论述,莫过于源自古希腊的亚里士多德在《政治学》一书中对其所下的定义:“我们应该注意到邦国虽有良法,要是人民不能全部遵循,仍然不能实现法治。法治应该包含两重意义:已成立的法律获得普遍的服从,而大家所服从的法律又应该本身是制订得良好的法律。”^③这里所说的法治的两重意义实际上都和守法有关,一是人民的普遍守法,二是人民普遍守法对法律的要求是此法律必须为良法。“邦国虽有良法,要是人民不能全部遵守,仍然不能实现法治。”^④亚里士多德对法治提出了自己的标准,即完全守法,人民对法律的“全部遵守”。亚里士多德对法治的这些论述无疑极为精辟,而且也直接影响了古罗马以至西方中世纪、近现代无数学者对法治,以及作为法治重要组成部分的守法的认知。而其关于法治的完全守法的标准,也成为此经典理论的一部分。

古罗马的查士丁尼在其编纂的《国法大全》重要组成部分之一的《学说汇纂》中,同样提出了全民守法的要求。^⑤ 同上述亚里士多德完全守法的表述大体上一致。

① 以上数据截至 2012 年 8 月 16 日。

② 当然,还会存在很多本文没有提到的,散见于各类法律文献中的其他的一些有关守法的研究成果,甚至是很重要的研究成果。但总的来讲,这两方面的观点基本上能反映目前有关守法及守法行为的研究概貌。

③ 【古希腊】亚里士多德. 政治学[M]. 吴寿彭,译. 北京:商务印书馆. 1965:199.

④ 【古希腊】亚里士多德. 政治学[M]. 吴寿彭,译. 北京:商务印书馆. 1965:99.

⑤ 查士丁尼在《学说汇纂》的第一部开篇说:“万民……皆受法律和习惯的统治。”参见 The Digest of Justinian 9, Theodor Mommsen & Paul Krueger eds., Alan Watson trans., University of Pennsylvania Press, 1985.

中世纪时,以阿奎那为代表的基督教自然法学派们则对法治有了新的理解,由于强调“神”的不可侵犯,因此在继承亚里士多德的“服从良法之治”说法的同时,进一步提出不应当服从恶法的观点。阿奎那认为,与神性相冲突的不正义的法律“是绝不可服从的”,因为人们应当服从的是神而不是人。^①

到了近现代,在继承亚里士多德的法治和守法理论的同时,自然法学派的法学家们往往将对守法的理解和自由权利相联系,以证明守法的道德和伦理意义。如霍布斯在《利维坦》一书中指出,“现在我所要谈的臣民的自由只是相对于这些锁链而言的自由。”臣民的自由只有在接受主权者加于其身的法律的锁链,也即遵守主权者制定的法律的基础上才能享有。^② 洛克在《政府论》中同样指出,自由的前提是人们对法律的遵守,法律面前,人人平等,法律一经制定,任何人也不能凭他自己的权威逃避法律的制裁,也不能以地位的优越为借口,放任自己或任何下属胡作非为,要求免受法律的制裁。^③ 卢梭在《社会契约论》中则认为,由于公意组成的主权者的道德上的毋庸置疑,因此绝对遵守此主权者制定的法律,是符合全体人民的利益并具有绝对的道德正义性。^④ 孟德斯鸠在《论法的精神》里也指出,自由的实现要受法律的制约,“自由是做法律所许可的一切事情的权利;如果一个公民能够做法律所禁止的事情,他就不再有自由了。因为其他的人也同样会有这个权利。”^⑤ 黑格尔则强调从伦理上和思想上进行守法教育的重要性,“为了使大公无私、奉公守法及温和敦厚成为一种习惯,就需要进行直接的伦理教育和思想教育。”^⑥ 而富勒在《法律的道德性》一书里把法律之德区分为内在之德和外在之德,认为法治是法律内在之德的一部分。在他看来,具备法治品德的法律制度由八个要素构成:一般性、公布或公开、可预期、明确、无内在矛盾、可循性、稳定性、同一性。^⑦ 也就是说他对守法的着重点应当遵守的是什么样的法律(即亚里士多德所说的良法的标准)这一问题上,强调法律本身的道德。德沃金则重视法治社会中公民权利的保护,因此

① 【意】托马斯·阿奎那. 阿奎那政治著作选[M]. 马清槐,译. 北京:商务印书馆,1997:57.

② 【英】霍布斯. 利维坦[M]. 黎思复,黎廷弼,译. 北京:商务印书馆,1985:172.

③ 【英】洛克. 政府论(下)[M]. 叶启芳,瞿菊农,译. 北京:商务印书馆,1964.

④ 【法】卢梭. 社会契约论[M]. 何兆武,译. 北京:商务印书馆,2005.

⑤ 【法】孟德斯鸠. 论法的精神(上)[M]. 张雁深,译. 北京:商务印书馆,1961:154.

⑥ 【德】黑格尔. 法哲学原理[M]. 范扬,等译. 北京:商务印书馆,1961:314.

⑦ 相关观点参见【美】富勒. 认真对待权利[M]. 郑戈,译. 北京:商务印书馆,2005.

强调守法尤其是掌权者的守法对保护公民权利的重要意义。^①

而实证主义的法学家则强调仅仅由于法律是由强力的有权者制定本身,人民即应对其遵守。如奥斯丁在《法理学的范围》中认为,法律是主权者的命令,这种命令是以强迫为特征的,人民因为强力的存在而必须遵守法律。^② 凯尔森也认为,个人必须通过使其行为避免制裁而达到守法。^③ 而由于二战的浩劫引起的对实证主义一味强调对法律的绝对服从的反思,现代的实证主义法学家们开始在强调守法的同时,也在一定程度上向自然法学派的继承自亚里士多德的“良法”理论靠拢。哈特在其《法律的概念》中专门陈述了有效的法律必须具备自然法的最低限度的内容,才能得到人们的普遍遵守。^④ 拉兹则在《法律的权威》一书中指出,法治有两方面的含义:一是人们应该受法律的统治并服从法律;二是法律应该让人们能够受其引导。他认为,应该关注的是后一种含义。因为一个人只是在不破坏法律的意义遵守法律,只有当他的法律知识构成了他守法理由的一部分时,他才服从法律。^⑤

总体上来讲,法治概念下守法的经典表述基本上以亚里士多德的完全守法理论为基础,无论是亚里士多德本人,乃至后来的古罗马、中世纪以至近现代的法学家一以贯之,对这一点均没有任何疑问。近现代的自然法学派和实证法学派之争在守法方面也只是集中在守法的原因,即法律本身是否需要为良法上,而对于人们应当普遍或者说是完全守法则是没有任何争议的。

当然,很多法学家也注意到在现实中各种不法现象的存在,并试图做出相应的解释。如哈特在《法律的概念》中指出,“事实是,在官方水平上被承认为有效规则

① 相关观点参见【美】德沃金.认真对待权利[M].信春鹰,吴玉章,译.北京:中国大百科全书出版社,1998.

② 相关观点参见【英】奥斯丁.法理学的范围[M].刘星,译.北京:中国法制出版社,2007.

③ 参见【奥地利】凯尔森.纯粹法理论[M].张书友,译.北京:中国法制出版社,2008.

④ 参见【英】哈特.法律的概念[M].张文显,等译.北京:中国大百科全书出版社,1996: 181-195.

⑤ 为此,他提出了法治的八条原则:第一,法律必须是可预期的、公开的和明确的。这是一条最根本的原则。第二,法律必须是相对稳定的。第三,必须在公开、稳定、明确而又一般的规则的指导下制定特定的法律命令或行政指令。第四,必须保障司法独立。第五,必须遵守像公平审判、不偏不倚那样的自然正义原则。第六,法院应该有权审查政府其他部门的行为以判定其是否合乎法律。第七,到法院打官司应该是容易的。第八,不容许执法机构的自由裁量权扭曲法律。参见【英】拉兹.法律的权威[M].朱峰,译.北京:法律出版社,2005.

的规则一般是得到遵守的,然而,有时候官方部分与私人部分脱节,即一般人不再服从符合法院使用的效力标准的有效规则。出现这种分离的各种情况都属于法律制度的病状……”^①但他们或者如哈特从语义学的角度来对其进行解释,“在所有的经验领域,不只是规则的领域,都存在着一般语言所能提供的指引上的限度,这是语言所固有的。”^②或者如哈贝马斯从法律通过限制人的自由的手段以达到保障人的自由的目的之间必然存在的矛盾来解释。^③毫无疑问,这些都可以对部分不法现象做出相对合理的解释,但其作用是非常有限的。^④

二、作为专门研究对象的守法和守法行为

目前所见的为数不多的以守法和守法行为作为专门研究对象的文章,大多是从道德伦理视角来论证亚里士多德的经典守法理论的正确性,当然也有少数从经济学的角度对守法和守法行为进行分析,但一般都比较初浅甚至存在一些理论上的自相矛盾之处。

(一) 道德伦理视角

就目前能够看到的为数不多的专门对守法和守法行为进行研究的文章,从道德伦理视角对其进行研究,是目前学术界的主流。

在承袭亚里士多德的完全守法的经典理论的基础上,一些文章进一步强调完全守法作为守法主体内在义务的必要性,从而将完全守法提升到守法主体必须达到的伦理道德的高度。如这些文章中唯一的博士论文,南京师范大学法学院刘同军所写的《守法的伦理学分析》,此文认为,公民遵守法律的驱动力量主要靠两种形式:以国家强制力为主的外在驱动及以公民内心自觉为主的内在驱动;只有当内在

①【英】哈特.法律的概念[M].张文显,等译.北京:中国大百科全书出版社,1996:118.

②【英】哈特.法律的概念[M].张文显,等译.北京:中国大百科全书出版社,1996:126.

③ 参见哈贝马斯在《在事实与规范之间》的相关阐述:“法律规范在不同方面同时既是强制性的法律,又是自由的法律。”【德】哈贝马斯.在事实与规范之间[M].童世骏,译.北京:三联书店,2003:35.

④ 这种有限性主要表现在其对不法现象的解释不具有普适性。如相当多的不法行为选择并不是由于语义学上的误解,也不是觉得法律的强制限制了自身的自由,而是出于纯粹的利益计算,而且就算是那部分可以用这些理论解释的不法行为,实际上其背后的动机仍然可以用利益计算来衡量。

性驱动因素占绝对优势时,公民对法律的遵守才能获得深长的、潜在的、持久的动力机制。也就是说,此文着重分析和论证的是,如何使守法成为公民内心认同的伦理道德标准,从而保证公民对法律的遵守。此文秉承将守法作为守法主体行为选择的道德标准的思想,文章需要解决的就是如何进一步强化乃至在守法主体中内在化这种道德标准。^①中国社会科学院法学研究所的支振锋也认为,法律应该被遵守,但遵守既可能来自守法者对义务的自觉,也可能来自守法者所感受到的制裁威胁。出于社会的长远利益考虑,不应当让守法主要源于外在的威胁,而应尝试弥合在守法行为中从“被威胁”到“有义务”之间的鸿沟,以符合内生性规则的要求,亦即社会应当努力让守法成为守法主体发自内心的自觉的道德诉求。^②

另外一些文章则更加重视亚里士多德的经典法治理论中的“良法”问题,即法律本身的道德性。如厦门大学法学院的冯祥武认为,国家立法是实现社会资源分配或再分配的重要手段。当法律的公正性和权威性受到挑战时,社会群体之间矛盾冲突的加剧与最终恶化就是对国家立法实体与程序的彻底颠覆,从而出现“有法律却无秩序”的政治法律学困境。^③南京师范大学法学院的薛传会则强调法律的亲和性对于法律的遵守的重要性。^④中南大学法学院的曹刚、吴晓蓉也认为,法律和服从者的德性是实现法律被积极主动地服从这一理想目标的前提条件,也是法律被服从的基础。也就是说,此篇文章不仅仅强调了守法主体的道德问题,也同时注意到了法律本身的德性。^⑤

还有一些文章则在强调守法作为守法主体的道德义务的同时,从法律意识、法律文化或者是法律精神层面来对守法主体不同的守法行为选择进行解释。如薛传会在指出法律的亲和性对法律遵守的重要性的同时,也提到了法律意识对守法主

① 刘同军.守法的伦理学分析[D].南京师范大学博士学位论文,2005.

② 支振锋.法律的驯化与内生性规则[J].法学研究,2009(2):135-149.

③ 冯祥武.论国家立法与社会资源分配的现实冲突性——以“有法律却无秩序”为视角[J].云南大学学报:法学版,2010(3):7-13.

④ 薛传会.论制约法律遵守的三个要求[J].南京邮电学院学报:社会科学版,2003(3):24-28.

⑤ 曹刚,吴晓蓉.守法的必然和应然:一个道德心理学的视角[J].河南师范大学学报:哲学社会科学版,2009(2):102-105.

体是否遵守法律的影响。^① 福建师范大学公共管理学院的郭英华、林彩虹则从中国传统伦理的角度来阐述公民的守法精神。他们认为,现代社会法治秩序的形成主要依赖公民自觉遵守法律,即需要公民具备“守法精神”。我国传统社会不具备形成守法精神的土壤,因而在社会转型时期表现出因公民缺乏守法精神而难以形成法治秩序的状况。^② 山东大学法学院的钟丽娟则认为法律信仰导致对法律的必然遵守,而法律信仰对于缺乏自然法传统的中国,只能是对法律精神的信仰而不是对成文法的信仰。^③

也有个别学者则从法的形式正义来论述守法的必要性,如河北经贸大学的王晓烁认为,法的形式正义是法治的首要标准和重要内容。因此,要求守法主体必须在形式上同法律保持一致,也就是积极守法,是实现形式正义的基本要求。在现在国家出于法治建设的初级阶段的情况下,为了保证形式正义在必要的情况下可以牺牲实质正义。^④

从理论上讲,如果制定的法律具有德性,守法主体都能够将守法作为其自觉的道德义务,其守法行为选择就能达成完全守法的理想状态。但是,这种论证是存在问题的,它有一个隐含的前提,即完全守法的状态才是最符合社会利益的理想状态。正如刘同军在《守法的伦理学分析》一书中所述,法律运行的最佳效果或称之为法律运行效益的最大化主要取决于立法、法律适用、守法三个环节本身的效益及其有机整合的实际状态。^⑤ 它不能解释为什么存在相当多的守法主体在相当多的情况下没有将守法作为其行事的道德标准,却并没有对社会的总体福利造成损害。而对守法道德内在化的过度强调,则存在守法主体对法律盲从的危险,反而可能有害于社会的总体进步。

正如法律信仰的提倡和建立对中国法治社会的建设有害无益一样,^⑥超越目前的发展阶段提倡所谓的完全守法精神或意识,不仅会使守法主体丧失自我判断的

① 薛传会. 论制约法律遵守的三个要求[J]. 南京邮电学院学报:社会科学版,2003(3): 24-28.

② 郭英华,林彩虹. 中国传统伦理与公民守法精神[J]. 云南社会科学,2007(3):35-39.

③ 钟丽娟. 法律信仰探析[J]. 理论学刊,2008(5):94-96.

④ 王晓烁. 论法的形式正义与守法[J]. 河北大学学报:哲学社会科学版,2009(4):42-45.

⑤ 参见刘同军. 守法的伦理学分析[D]. 南京师范大学博士学位论文,2005.

⑥ 此观点参见张永和. 法律不能被信仰的理由[J]. 政法论坛,2006(3):53-62.