

LAWYER DIGEST

5 律师 文摘

2005·第五辑·总第十七辑

主编
孙国栋

要目：

- 米 健 无序中的有序，唯利中的唯理
丁以升 李清春 公民为什么遵守法律？
江 平 vs 陈 敏 物权法：主要问题是财产权利的城乡二元分割
田文昌 李贵方 证据披露——一个比较研究的话题
史蒂文·鲁贝特 案件分析与说书
曾繁旭 布道者贺卫方
俞 江 倾听保守者的声音——清末修律中的吉同钧
埃德蒙·柏克 论自由与自然权利
朱学勤 我们需要一场灵魂拷问
欧树军 沃伦法院为什么被称为人民的法院？

5

LAWYER DIGEST

律师文摘

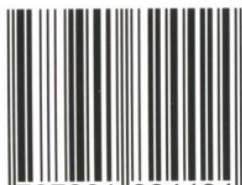
2005·第五辑·总第十七辑

主编 孙国栋

责任编辑
郭喜珊

四季·三期

ISBN 7-80182-442-3



9 787801 824424 >

ISBN 7-80182-442-3/D · 1408

定价：16.00元



律师文摘

2005·第五辑·总第十七辑

5

学术顾问 江 平 梁定邦 张思之
邓正来 贺卫方

编辑委员会 王才亮 田文昌 朱永平
池英花 刘桂明 步凌云
贺宝健 周荣炽 薛济民

执行编委 谭 璜 刘海蛟 董志军
李海周 孙国栋

主编 孙国栋

编辑 王景智 梁小玲

支持单位 广东大同律师事务所
广东华法律师事务所
北京才良律师事务所
北京华一律师事务所
北京京都律师事务所
北京易和律师事务所
江苏圣典律师事务所
浙江海通联合律师事务所

图书在版编目(CIP)数据

律师文摘.2005 年.第 5 辑/孙国栋主编.—北京:
中国法制出版社,2005.10
ISBN 7-80182-442-3

I.律… II.孙… III.律师业务—基本知识
IV.D916.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 009023 号

律师文摘

LAWYER DIGEST

孙国栋/主编

经销/新华书店

印刷/北京清华园印刷厂

开本/787×1092 毫米 1/16

版次/2005 年 10 月第 1 版

印张/11 字数/200 千

2005 年 10 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80182-442-3/D·1408

定价:16.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码:100031

传真:66062741

发行部电话:66062752

编辑部电话:66026587

邮购部电话:66033288

读者俱乐部电话:66026596

《律师文摘》支持单位（一）

生生不息谓之易，天时地利贵人和

易和律师事务所（北京）

主任：池英花

地址：北京市朝阳区和平街十三区35号煤炭大厦8号

电话：84263705 84261808

E-mail: chiyinghua@easyhal.com

邮编：100013

传真：84263512

网址：//www.easyhal.com

才行法道 良举公正

才良律师事务所（北京）

主任：王才亮

地址：北京市宣武区虎坊路19号院17号楼1单元301室

电话：(010) 81935336 51251741 51251742 传真：(010) 63527327

E-mail: jdzaw@sohu.com

邮编：100054

使老有所终，壮有所用，幼有所长，矜寡孤独废疾者皆有所养，

是谓“大同”——《礼记》

大同律师事务所（广东）

主任：朱永平

地址：广州市环市东路339号广东国际大酒店A附楼19楼

电话：(020) 83312001 83312003 83312792

传真：(020) 83315058 邮编：510095

E-mail: gddatong@tom.com

网址：//www.gddatong.com.cn

海通联合律师事务所（浙江）

主任：贺宝健

地址：杭州市南山路171号海通楼

邮编：310002

电话：(0571) 87069499 87034168 87017538 87020223

传真：(0571) 87919360

E-mail: htlaw@mail.hz.zj.cn

《律师文摘》支持单位 (二)

以法律的智慧帮助人，以专业的知识服务人

华法律师事务所（北京、广州、佛山、江门、三水、高明）

主任：周荣炽

地址：广东省佛山市华远西路平远直街 邮编：528000

电话：(0757) 83102222 传真：(0757) 83820145

网址：[//www.gdhuafa.cn](http://www.gdhuafa.cn) E-mail：gdhuafa@21cn.com

华而又实 一以贯之

华一律师事务所（北京）

合伙人：步凌云

地址：北京市朝阳区八里庄西里97号三层307-308室 邮编：100025

电话：(010) 85869176-8828 85869168 传真：(010) 85869163

网址：[//www.huayilawyers.com](http://www.huayilawyers.com) E-mail：buly@huayilawyers.com

强化责任观念 树立精品意识 修炼气质风度 提高自身素质

京都律师事务所（北京）

主任：田文昌

地址：北京市朝阳区朝阳门外大街16号中国人寿大厦8层802-805

邮编：100020 电话：(010) 85253399 传真：(010) 85251268

E-mail：king@king-capital.com 网址：[//www.king-capital.com](http://www.king-capital.com)

打造诚信品牌 展示良好形象

圣典律师事务所（江苏）

主任：薛济民

地址：南京市秣陵路108号宁检大厦18层 邮编：210004

电话：(025) 84227811 84227833 传真：(025) 84227822

E-mail：sunwaylf@publclil.ptt.js.cn 网址：[//www.sundylaw.com](http://www.sundylaw.com)

《律师文摘》理事会成员

(以姓氏笔划为序)

- | | |
|-----|----------------------|
| 于绪刚 | 北京大成律师事务所高级合伙人 (北京) |
| 王志学 | 辽宁四洋律师事务所高级合伙人 (沈阳) |
| 孙 飞 | 上海建纬律师事务所深圳分所主任 (深圳) |
| 刘文君 | 广东经天律师事务所合伙人 (深圳) |
| 刘彤海 | 河南尊严律师事务所主任 (濮阳) |
| 刘建锋 | 北京丹宁律师事务所执行合伙人 (北京) |
| 许兰亭 | 北京君泽君律师事务所律师 (北京) |
| 李俊华 | 上海建纬律师事务所昆明分所主任 (昆明) |
| 张星水 | 北京京鼎律师事务所主任 (北京) |
| 杨 斌 | 北京五环律师事务所律师 (北京) |
| 陈惠忠 | 广东星辰律师事务所合伙人 (深圳) |
| 欧永良 | 广东合盛律师事务所主任 (广州) |
| 赵红亮 | 北京兰台律师事务所律师 (北京) |
| 胡祥甫 | 浙江星韵律师事务所合伙人 (杭州) |
| 贾承霖 | 北京世纪律师事务所合伙人 (北京) |
| 徐 彬 | 北京首信律师事务所主任 (北京) |
| 梁 晨 | 北京中瑞律师事务所合伙人 (北京) |
| 曾祥一 | 重庆索通律师事务所合伙人 (重庆) |
| 彭 航 | 北京天科国地律师事务所合伙人 (北京) |
| 董 箫 | 河北世纪方舟律师事务所副主任 (石家庄) |

无序中的有序,唯利中的唯理

有序与无序,唯利与唯理,这些似乎都是天大的命题,可以做天大的文章。但再大的问题和文章也不过是要得出一个判断或结论,任何判断和结论也不过就是涉及本质的一两句话,而且通常是越简明越高明。其实这就像整个人类社会不过就是有思想的动物社会一样,虽然各色人等林林总总,各种意识千差万别,各类欲望无休无止,但归根到底都是存在与生活。孙悟空在天上遨游一圈,明白地看到:天下人所谋天下事无非是“名利”;孔孟之道很纯朴:食色性也;马克思直截了当:衣食住行。所以,无论神人、圣人和哲人,其实都点破了人类社会的本质。而一切人类社会的问题,都是由这种本质引发的。但是,有一个问题却是必须要思考的,即:人类社会中的不同民族社会,的确有不尽相同的生存之道,这种生存之道直接来自并且体现着不同的民族精神,最终决定着特定民族的生存质量与特色。

凡是从西方某些较为发达的国家来到中国的外国人,或者是在国外生活一段时间的国人,都会对中国城市的交通状况和秩序感到惊诧和不适应。因为在交通警察能够有效控制的范围之外,几乎就是一种无序的状态。任何一个想要前进的人,必须抓住一切空隙和时机,敢抢敢闯。如果某人胆小谨慎,恪守交规,那他不仅会自己止步不前,还会阻碍他人的交通。因此,所有进入交通的人必须面对现实,勇敢地在无序状态下趟出一条路来,这样才能到达目的地。我们的整个交通其实就是在这种无序状态下,完成了其社会功能。所以,从本质上讲,这种无序其实已经转变为一种非预期的秩序——无序中的有序。这就是现实中国社会状况的一个缩影。差不多所有生命活动领域,都是在无序或突破秩序的情形下实现发展。这可能是一种无奈,但却是一个现实。我以为,这就是现时中国的一大特色,律师界也不例外。

律师或类似律师的职业在任何社会里都不可缺少,形式不同而已。但无论是在中国或外国,无论是在历史上或今天,律师们总不免为人所诟病。在现今的中国,律师更是背负骂名。不少人斥责律师的种种违法恶行,戏谑他们的玩法恶名。当然,说律师好话的也大有人在。其实,无论怎样评价律师,都要知道他们是法治的需要,没有他们法律秩序就无法完成。现在律师界中

确实存在一些恶行恶习,但这不只是律师的问题。如同前面说过的,作为社会人,律师不可避免地要进入“社会交通”,而一旦他们进入这种社会交通,除了设法前行外也别无良策。我们的“社会交通”是什么?是商品经济,是市场经济,是唯利是图!所以,批评律师为了赚钱无所不用其技是没有道理的,至少有失客观公允。但最重要的是:律师原本是表达和追求形式正义的一群人,而形式正义是一个法律秩序的基本体现和要求。没有形式正义,就没有法律秩序,没有法律秩序,就谈不上实质正义。从简单的感情出发,批评律师为恶人讼,为罪行辩,实际上是缺乏对法治本质的深刻理解,这种批评指责本身就是非法治的。法律秩序是什么?法律秩序是为了让群聚在一起的所有唯利的人能够达到自己目的的一种唯理安排。这种安排的最高准则即公平正义,而所谓公平正义完全是抽象的,产生于人的理性的价值定位与取向。这种价值定位与取向,不可避免地受历史文化传统、社会文明程度的影响。不同民族和社会所以呈现出不同的法律秩序以及实现法律秩序的方式与特点,原因不外如此。

法治国家的要素之一就是让所有个人有可能通过某种方式去表达和主张其自身的个别正义,最后由法官裁断和实现社会正义。在此,个别正义是社会正义的基础,社会正义是个别正义的总合;没有个别正义就无所谓社会正义,而没有社会正义就无从实现个别正义。个别正义是社会正义的基础,社会正义则是个别正义的保障。律师的天职就在于它是连接个人正义与社会正义的桥梁,是法律秩序得以保障和实现的一个不可或缺的要素。关键是,律师在理解和处理唯利之争时如何表达和追求唯理。说透彻点儿,就是通过唯利到唯理的价值判断,寻求无序到有序的生活安排。今天中国律师如此尴尬的原因主要在于:社会一方面以唯利为时尚甚至价值取向,但另一方面却又要求律师只能以唯理为行为准则。可是在一种唯利的社会氛围里,表达与追求唯理谈何容易!某种程度上,可以说律师的生存之道实际体现着社会的生存之道。律师既要背负青天,又要脚踏实地;既要追求正义,又要谋算制胜。或许,这就是律师职业的诱人惑人之处。如果说,市民阶层对民主自由有特殊意义,那么律师群体对法治国家则有特殊意义。因为在法律职业共同体中,律师与社会与民众的接触直接、普遍和深入,所以他们比其他人群更为了解社会和民众,因而也能较多地表达社会与民众的心情与意愿。更重要的是,作为自由职业阶层,律师对政治和官僚的依赖最少,最有可能保持一种独立的群体人格。而法治社会的前提就在于要有这种具备独立人格的各类社会群体。观察当今中国社会,有条件具备这种独立人格的社会群体并不多,

而律师群体是最有可能和希望的。正是在此意义上,我认为最可痛恨的事情、最可悲的社会问题是律师有损自己职业人格和尊严去同法官和大小官吏们勾结以谋其利。如果说司法腐败,我认为这就是最严重的司法腐败。

我对律师职业说了上面的话,并非存心溢美。年少时看电影“二·七大罢工”,其中施洋大律师给我留下了极深的印象。后来我入法学之门,就是想将来做一个为民请命,为民主张正义的律师。所以,我对律师一直有着理想化的期待。差不多二十年前,在我从事法学教育之初,我曾乐观地对学生们讲过,等到他们都当了律师或进入法院后,中国的法治就有希望了。但十多年后,我又有些悲观地对学生们说,我要收回这句话,因为我觉得有些法科大学生毕业做了律师或法官后,其谋生手段有时比那些没有受过专业教育的人更为狡黠低劣。但后来再冷静思考,这也不是某类人的问题,而是体制和社会环境问题。当你进入了体制和环境,那就不能不受其制约与影响。因此,最后解决的办法是改变体制和环境。中国的国情决定了这种改变应当是一种渐进过程,不能是突变过程。在此过程中,法律职业共同体中的律师群体将起到非常关键的作用,某种程度上甚至大于法学家和法官。他们的贡献很可能上不了官方的功劳簿(千万不要上,再不要去评什么“十大杰出”律师),但却会留存于历史之中。我很想说律师群体也应该有一种精神,它很大程度上将体现出一种民族精神。对此,我不想在此展开论证,因为这是一个必然有争议且又太大的命题。眼前这本文摘,其实已经让我们看到了某种精神,它的视野与境界,已经远远超出了一般律师职业范围。我从心底祝愿这本文摘能够承载更多的社会希望,宣扬更多的民族精神。

朱健

二〇〇二·九·二

目 录

学术论坛

- 法理沉思 001 公民为什么遵守法律?
——评析西方学者关于公民守法理由的理论
丁以升 李清春
- 事件剖析 015 一个行业的困局
——珠海立法封杀电动自行车的台前幕后 / 李伟雄
- 017 珠海禁止电动自行车上路是否违法
马怀德 姜明安 毛寿龙 vs 万 静
- 专家说法 021 物权法:主要问题是财产权利的城乡二元分割
江 平 vs 陈 敏
- 027 物权法政策之辨:市场经济体的法权基础
——兼评《物权法(草案)》/ 龙卫球

业务进阶

- 以案论道 034 国有划拨土地可以被强制执行吗?
——由湖南拍卖划拨土地一案引发的法律思考
戴勇坚
- 041 我国私有财产征收制度立法初探
——由违法拆迁案件反弹切入 / 王 令
- 证据适用 048 证据披露
——一个比较研究的话题 / 田文昌 李贵方
- 论辩艺术 051 案件分析与说书 / [美]史蒂文·鲁贝特 著 王进喜 译
- 精彩辩词 061 在雅典法庭上的演讲 / [古希腊]苏格拉底

业界瞭望

- 执业前沿 064 布道者贺卫方 / 曾繁旭
- 他山之石 069 美国最高法院之争 / 钱克锦
- 管理之窗
- 职业素养 074 律师修养的三大要素 / 刘彤海
- 080 做律师和做好人 / 张进德

史海钩沉

- 百代风流 082 倾听保守者的声音
——清末修律中的吉同钧 / 俞 江
- 历史名案 090 美国总统大还是最高法院大?
——从梅里曼诉讼案到米利根诉讼案 / 任东来
- 返回现场 100 四十年前的一场“中西文化论战”
——《文星》杂志与一桩诉讼 / 范 泓
- 115 “高陶事件”启示录 / 耿 法

法苑撷英

- 随 笔 119 论自由与自然权利 / [英]埃德蒙·柏克 著 蒋 庆 译
- 122 我们需要一场灵魂拷问 / 朱学勤
- 126 单向度的人
——法律学术共同体批判 / 张 诚
- 134 给无知一点谦卑 / 王人博
- 138 慎言的法官与善辩的律师 / 刘武俊
- 140 当博尔顿遭遇没有国际法的世界
[美]Rosa Brooks 著 必娴 译
- 142 稳定的宪法与稳定的秩序 / 徐 爽
- 书 评 144 被遗忘的南京大屠杀 / [美]张纯如 著 孙英春 译
- 153 沃伦法院为什么被称为人民的法院? / 欧树军
- 155 寻找通往正义的路标 / 夏 敏
- 观点集粹 158 银行凭什么指定按揭律师(共5篇) / 邢 晖等

Contents

Academic Forum

Ponderation of Legal Principle

Why do Citizens Abide by Law? / by Ding Yisheng, Li Qingchun(001)

Event Analysis

The Difficult Position of an Industry / by Li Weixiong(015)

Whether Forbidding a Electric Bicycle to Go in Zhuhai is Illegal or not

by Ma Huaide, Jiang Ming'an, Mao Shoulong vs Wan Jing(017)

Expert's Comment on Law

Law Relating to Rights over Things: the Main Problem is the Urban and Rural Dual

Partition of Property Right / by Jiang Ping vs Chen Min (021)

Discrimination of Legislative Policy about Law Relating to Rights over Things:

The Legal-Right Basis of Market Economic Entity / by Long Weiqiu(027)

Business Step

Case Debate

Can the State-Allotted Land be Enforced? / by Dai Yongjian(034)

A Tentative Probe into Legislation of China's Private Property Collection System

by Wang Ling(041)

Application of Proof

Proof Disclosure——A Topic of Comparative Research

by Tian Wenchang, Li Guifang(048)

Debate Art

Case Analysis and Storytelling / by Steven Lubet[U.S.A.], translated by Wang Jinxi(051)

Splendid Statement of Defense

A Speech in the Court of Athens / by Socrates[Ancient Greece](061)

Lawyer's Outlook

Practice Front

The Evangelist He Weifang / by Zeng Fanxu(064)

Stones from Other Hills

Dispute of the Supreme Court of U.S.A. / by Qian Kejin(069)

Window of Management

Professional Attainment

Three Key Elements of a Lawyer's Accomplishment / by Liu Tonghai(074)

Being a Lawyer and Being a Good Man / by Zhang Jinde(080)

Uncovering Historical Anecdote

Historic Celebrity

Listen Attentively to the Conservative's Voice / by Yu Jiang(082)

Historic Case

Which is More Powerful, the President or the Supreme Court of U.S.A.?

by Ren Donglai(090)

Returning to Scene

A Debate about Chinese and Western Culture 40 Year Ago / by Fan Hong (100)

Inspiration Record about "the Event of Gao and Tao" / by Geng Fa(115)

Cream in Law Garden

Essay

On Freedom and Natural Rights

by Edmund Burke(England), translated by Jiang Qing(119)

We Need an Interrogation of the Soul / by Zhu Xueqin(122)

Unidirectional Human Being / by Zhang Cheng(126)

A Little Bit Humbleness is Given to Ignorance / by Wang Renbo(134)

Cautious Judge in Speech and Lawyer with Eloquence / by Liu Wujun(138)

When Boulton Meeting with the World without International Law

by Rosa Brooks[U.S.A.], translated by Bi Xian(140)

Stable Constitution and Stable Order / by Xu Shuang(142)

Book Review

Forgotten Nanjing Massacre / by Zhang Chunru[U.S.A.], translated by Sun Yingchun(144)

Why was the Warren Court Called the People's Court? / by Ou Shujun(153)

Seeking the Route Sign to Justice / by Xia Min(155)

Viewpoint of Collection

By What Banks Appoint Mortgage Lawyers(5 Articles)/ by Xing Hui, etc.(158)

目录翻译 屈 新

公民为什么遵守法律?

——评析西方学者关于公民守法理由的理论

丁以升* 李清春**

引 子

公元前 399 年,古希腊哲学家苏格拉底被人诬陷为渎神、腐化和误导青年而被雅典众多法官判为死罪无赦。临刑前,他的朋友克力同借探望之机告诉他他可以很容易地从监狱中逃走,并认为遵守这样不公正的审判是迂腐的。但苏格拉底却反问道:越狱就是正当的吗?被不公正地指控并被判决有罪的人逃避法律的制裁就是正当的吗?人有没有一种服从任何法律的义务?尽管克力同竭力相劝,苏格拉底最终还是服从了这个不公正的判决。他是基于两个理由而选择服从的:第一,如果人人都以判决不公为由而拒绝服从判决,那么国家岂能有个方圆?法律判决的公正性固然重要,但是维护社会秩序同样重要。第二,如果一个人自愿生活在一个国家,并且享受这个国家的法律给予的权利,这不等于与国家之间有了一个契约吗?在这种情况下,不服从法律就是毁约,是十分不道德的。而 14 年之后,雅典人却发现他们对苏格拉底的审判是错误的,原来诬陷苏格拉底的人则或被判处死刑,或被驱逐出境。

苏格拉底的审判是一个讲述公民一心服从法律而不论法律是什么的故事。但同样是在古希腊,也出现了与苏格拉底的立场截然相反的故事,这就是古希腊悲剧作家索福克勒笔下的《安提戈涅》中所讲述的安提戈涅的悲剧。色班人安提戈涅的兄弟波利尼克斯作为一个背叛祖国的人在一场战争中战死,于是色班的统治者克瑞翁代表国家宣布:谁也不得哀悼波利尼克斯,不得埋葬他的尸体,任凭乌鸦和野兽啄食他的身躯。但是,按照安提戈涅的宗教信仰,神的法令要求其不能让自己的兄弟暴尸野外,其有责任以一定的仪式安葬自己的兄弟;国王克瑞翁的法令违背了更高一级的法令,即神的法令,自己应该为维护神的法令而抗拒国王的法令。最后,其毅然违反了克瑞翁的命令,按照当时的仪式安葬了波利尼克斯。

苏格拉底和安提戈涅的故事生动地展示了由两种相互冲突的忠诚所形成的

* 丁以升:华东政法学院副教授,博士。

** 李清春:华东政法学院硕士研究生。

两难困境:一方是以合法的形式出现的判决或国王的法令,而另一方则是自己心目中的正义或更高一级的神的神的法令,二者相互冲突,自己究竟应该何去何从?这便提出了一个长久以来在西方哲学界一直引人深思的问题:当法律违背公民良知或社会正义的时候,公民是否存在服从法律的义务?由此出发,西方哲学界进一步提出并探讨了公民服从法律的理由是什么、公民是否具有服从法律的道德义务、公民不服从法律有无正当性等问题。概而言之,就是公民的守法理由问题。

一、关于公民守法理由的主要学说

公民的守法理由问题是西方哲学界的一个重要理论命题。在西方文明史的各个时期,尤其是近代以来,这一问题始终备受关注。围绕公民的守法理由问题,不同的哲学流派分别提出了不同的学说,其中,较有代表性的学说主要有社会契约论、功利主义论、暴力威慑论和法律正当论四种。

(一)社会契约论

社会契约论是古典自然法学派关于国家和法律的产生过程的一种理论,其中也包含着有关公民守法理由问题的解释。按照社会契约论的逻辑,公民之所以具有遵守法律的道德义务,乃是因为他们都是社会契约的当事人,作为这个契约的当事人,应该遵守契约的内容,遵守自己同意的政府和法律。

社会契约论认为,政府统治社会成员的正当性来源于社会成员的同意。“人类天生都是自由、平等和独立的,如不得本人的同意,不能把任何人置于这种状态之外,使受制于另一个人的政治权力。”为了摆脱自然状态以进入社会状态,人类选择了社会契约的方式联合组成一个共同服从的共同体。卢梭指出,社会契约所要解决的根本问题是:“要寻找出一种结合的形式,使它能以全部共同的力量来卫护和保障每个结合者的人身和财富,并且由于这一结合而使每一个与全体相联合的个人又只不过是在服从自己本人,并且仍然像以往一样地自由。”对于建立在合意基础上的政府和法律,参加契约的人就应当服从。对此,霍布斯很早就在其提出的自然法第二条派生法则——“信守你的协议,或遵守诺言”——中表达了类似的思想。

社会契约论为公民的守法理由提供了一种具有相当说服力的解释。它将公民的守法理由归于自己的同意和承诺,为法律的统治提供了道德上的合法基础。同时,社会契约论还隐含了公民守法的限度,即公民只有义务遵守在自己所授权限之内制定的法律。如果政府在公民共同赋予的权限内活动,公民就有服从政府及其所制定的法律的义务;否则,公民就有权拒绝服从。因而,这是一种民主的理论。

但是,用社会契约论来解释公民的守法理由也存在着明显的缺陷,即它只适用于那些明确表示同意和服从政府及其法律的人,而普通公民并没有公开作出这种承诺,其是否负有服从法律的义务,便不得而知。为了弥补这种缺陷,普列门茨提出,对政府的同意除直接同意外,还有间接同意。一个人只要自主地参加了投票,就构成了他对政府的间接同意。他说:“即使你不同意这个制度并且希望去改

变它,只要你参加了选举,就等于承担了服从政府的义务,因为选举的目的是把权力交给赢得选举的人。如果投票时,你知道自己正在干什么,并且没有人强迫你投票,你就是自愿地参加了把权力交给这些人的程序。”就是说,如果公民自愿参加选举,那么,他就有服从法律的义务。这种补充虽然包含着理论上的进步,但仍留有缺憾。因为按照这种逻辑,如果一个人没有明确表示服从政府,又拒绝参加投票,那么,他就可以不承担服从法律的义务。这显然是民主社会所无法接受的现象。在我们看来,社会契约论是一种关于公民守法理由的宏观理论,并不适合于对特定公民的守法行为作“实证”分析。普列门茨的补充实际上是力图把宏观理论予以具体化,自然难免会犯理论上不周延的错误。

此外,社会契约论毕竟只是一种先验的理论假设,没有历史的经验性材料证明人类在开始时确实是以契约的形式建立了社会和国家。诚如梅因对社会契约论所作的批评那样:“在坚持‘社会契约’是一种历史事实时,就很容易使‘法律’起源于契约的理论获得一种虚伪的事实性和明确性。”

(二)功利主义论

功利主义法学及相关的法哲学流派从功利的角度解释人的守法动机。这种理论认为,当法律能给公民或社会带来更多的利益或者能更好地防范风险并因此而减少可能的损失时,公民就遵守法律。公民守法与否是由守法与不守法的比较结果决定的。

功利主义思想的最早渊源可以追溯到古希腊。智者学派思想家普罗泰戈拉提出,人的主观功利需求是其行为的惟一动因。后来的伊壁鸠鲁进一步提出了享乐主义,把避苦求乐视作人的行为的具体动机。18世纪英国思想家休谟重述了伊壁鸠鲁的思想,把功利主义的实际内容确定为人对苦乐的主观判断评估。19世纪,功利主义哲学风行于英国,并波及到法学研究领域。边沁首创功利主义法学,他认为,功利主义是“这样一种原则,即根据每一种行为本身是能够增加还是减少与其利益相关的当事人的幸福这样一种趋向,来决定赞成还是反对这种行为。”“边沁认为即使社会契约论中服从的义务也是以功利主义原则为基础的,因为它真实地说明:只有我们服从法律,才能实现最大多数人的最大幸福。”英国另一位功利主义法学家密尔进一步提出,功利或幸福是衡量行为是非功过的最高标准。他认为:“行为的‘是’与其趋于增进的幸福成比例,行为的‘非’与其趋于产生的不幸福成比例。”

除功利主义法学家外,还有不少法学家也把功利或利益的比较视作人们守法或违法的动因。例如,古典自然法学家霍布斯就曾说过:“下面这一点是不言自明的:人的行动出于他们的意志,而他们的意志出于他们的希望和恐惧。因此,当遵守法律比不遵守法律似乎给他们自己带来更大好处或更小坏处时,他们才会愿意去遵守。”当代的经济分析法学则视人为“经济人”,经济人总是从行为的成本和收益的比较中来决定选择合法行为还是违法行为。其代表人物波斯纳认为:“服从法