

第13章

法律与社会规范

张维迎 教授

北京大学国家发展研究院

2024年6月4日（上）

将要讨论的主要问题

- 社会规范与法律的同异;
- 社会规范和法律的功能;
- 人们为什么遵守社会规范?
- 为什么需要法律?
- 法律的局限;
- 理与法。

社会规范与法律的相同之处

- 行为规则：建立社会秩序和游戏规则；
- 功能相同：提供正确的激励，解决争端，促进人与人之间的合作。

社会规范与法律的不同 (1/2)

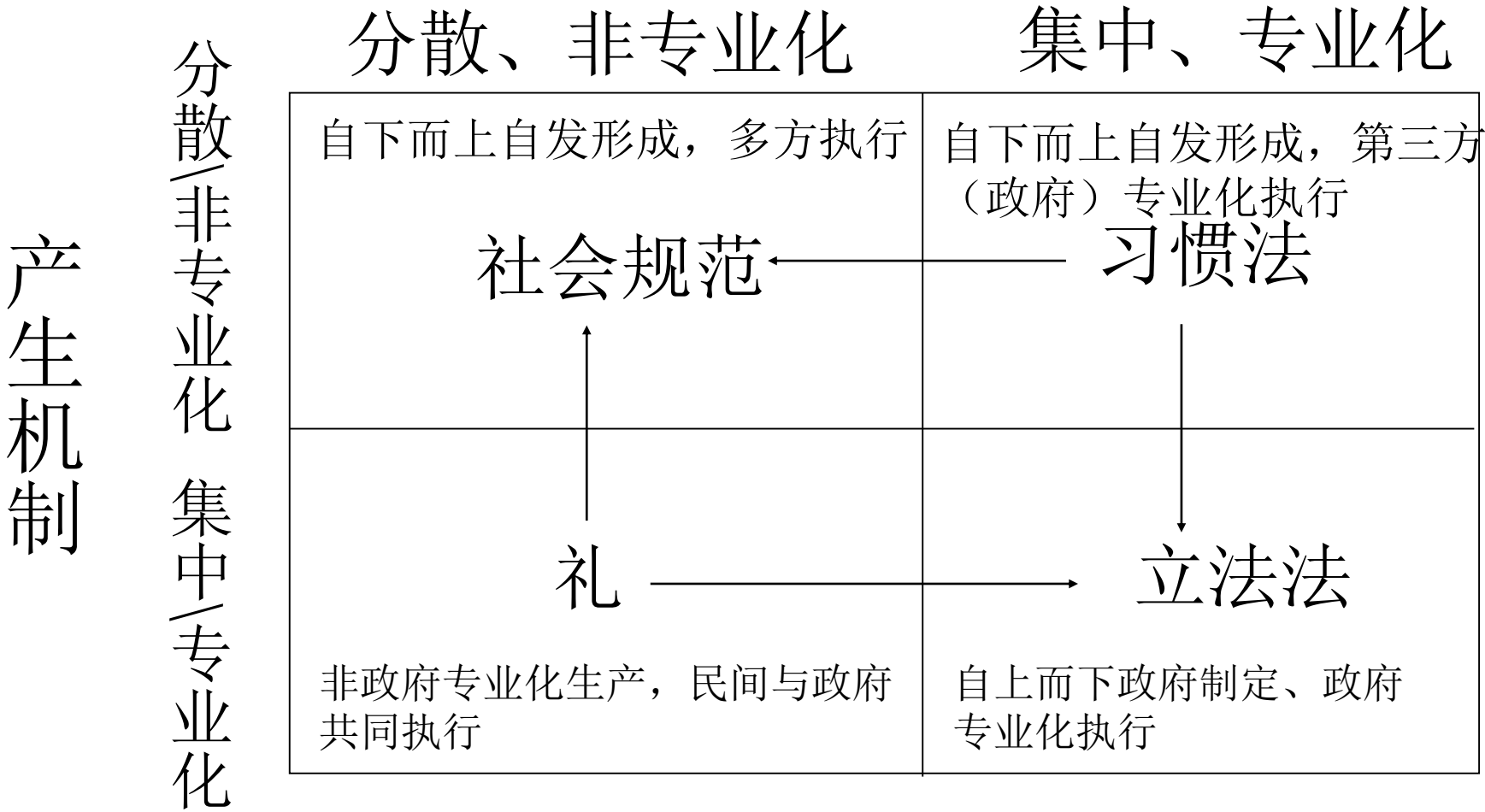
- 产生和形成的机制不同：
 - 社会规范从下而上自发形成并演进；
 - 法律由集权化的机构从上而下实施；
 - 社会规范早于法律，许多法律是对原有规范的认可；如合同法是对商人交易行为规范的法律化；
- 哈耶克： *nomos/thesis* distinction:
 - *nomos*: the law of liberty, 从下到上演进而来；
 - *thesis*: the law of legislation, 从上到下强加于社会。

社会规范与法律的不同 (2/2)

- 执行机制不同：
 - 法律由作为第三方的政府强制执行；
 - 社会规范通过个人行为的社会认可、唾弃、驱逐、信誉等；
- 习惯、规范、法律：do it, should do it, must do it;
- 并不意味着法律手段更严厉、更有效；

社会规范与法律分析框架

执行机制



法律的执行依赖于社会规范

- “禁止随地吐痰”的法律与“不要随地吐痰”的社会规范是一致的（人们鄙视随地吐痰的人），因而是互补的，法律有助于规范的执行；
- “禁放鞭炮”的法律与“过年应该放鞭炮”的社会规范不一致（人们不仅不鄙视而且喜欢别人放鞭炮），因而法律得不到执行；

社会规范对法治的依赖

- B. Herrmann, C. Thoni and S. Gächter (2008)一项有16个国家大学参加的公共品博弈实验发现：在有些国家，人们惩罚那些慷慨贡献公共产品的人，而不惩罚那些小气鬼。
- 一些人因贡献过低受到惩罚时，他们不是纠正过错，在下一轮博弈增加贡献，而是惩罚那些上一轮惩罚他们的人，也即贡献多的人。
- 使用世界银行法治指数分析发现，一个国家的法治基本上预示了该国国民选择反社会复仇的程度：在法治不昌的国家，人们特别容易陷入毁灭性复仇。

一个实例

- 柏林墙建立后，许多原来住在东柏林但在西柏林做工的工人都转到民主德国的企业工作，他们创造了很高的生产率。当民主德国的工人看到这一点时，便对那些工人发出威胁，骂他们干得太好，因为他们这么干就迫使自己也得完成同样的定额，也得保持更高的劳动生产率。
- （赫鲁晓夫回忆录第2418页。）

三种社会规范（和法律）

- Kaushik Basu (1998,2000)
- 约束理性的规范 (rationality-limiting norms);
- 改变偏好的规范 (preference-changing norms);
- 协调均衡的规范 (equilibrium-selection norms).

法律和社会规范的三个功能

- 协调预期;
- 提供激励;
- 传递信号。

作为协调预期的社会规范或法律

以交通为例

	靠左行	靠右行
靠左行	1, 1	-1, -1
靠右行	-1, -1	1, 1

作为协调预期的社会规范或法律（续）

以进门为例

	先走	后走
先走	-1, -1	2, 1
后走	1, 2	-1, -1

为什么要法律？

- BASU的“核心定理”：任何能够通过法律实施的行为和结果，都可以通过社会规范实现；
- 信息传递速度；
- 政府寻租行为；如货币的生产；

作为激励机制的社会规范或法律

囚徒困境与合作

	合作	不合作
合作	3, 3	-1, 4-by
不合作	4-ax, -1	0, 0

作为传递个人信号的社会规范

- 在信息不完全的情况下，如何让别人知道或认为自己的一个值得信任、愿意合作的人？
- 任何有成本的、可观察的行为都可以成为传递合作（低贴现率）的信号（Eric Posner, 2000);
- 人们遵守规范是为了显示自己是合作型的；以送礼为例；以打领带为例。

信号传递的负作用

- 资源浪费（如中国人的送礼）；
- 羞辱性惩罚导致的问题；

人们为什么遵守社会规范？

- RICHARD POSNER (1997)
- 有些规范是自我执行的 (self-enforcing);
 - 直接互惠和间接互惠 (声誉)。
- 有些规范是通过“情绪化”的行为执行的；如决斗，报复行为；
(理性和激情并非总是对立)
- 有些规范是由社会认可(approval)、讥讽(ridicule)、驱逐(ostracism)、信誉(reputation)等执行的；
- 有些规范被内在化为个人道德，人们出于犯罪感(guilt)和羞耻感(shame)而自觉遵守它。

复仇行为

- 复仇是所有文化中都存在的受到赞许的规则。
- 共产党闹革命的口号：要报仇，要伸冤，血债要用血来还！
- 实验研究：研究人员要求学生写一篇作文，然后给他们看一篇其他同学对其作文的侮辱性评价。实验中写作文的学生刚好有机会处罚作文的批评家，处罚手段有电击，对着耳朵吹喇叭，或者强迫批评家喝下正在接受假想味道实验的辣椒调料。结果屡试不爽。
- 实验中仪器突然失灵，所以他或她不能如愿以偿进行点击报复。所有参加实验的人被带去进行另一项品尝葡萄酒的实验。那些未能对羞辱他们的人进行报复的学生，总是要喝下更多的葡萄酒，仿佛要用就来淹没他们的懊悔。

复仇的对合作的积极意义

- 复仇有威慑的作用。
- “有效的威慑是让敌人明白，任何伤害我方的谋利企图都将受到严厉的惩罚；损人利己的策略最终是得不偿失，不如主动合作。”
- 复仇性惩罚作为一种威慑的必要性，不仅是人们传诵的故事，而且在合作进化的数学模型和计算机模型中得到一再证明。
- “一报还一报”：同情是合作的第一步，感激是对合作者的合作，愤怒是对背叛者的背叛---或者说，是报复性惩罚。惩罚可以是拒绝合作，也可以是制造伤害。
- 复仇不是坏事情：它防止坏人利用好人，是合作的必要条件。

复仇与理性的“不可置信”

- 人们是否会做“伤敌一千自损八百”的事？或者“鸡蛋碰石头”？
- 例子：
 - 二战；
 - 伯罗奔尼撒战争：修昔底德陷阱还是复仇？
- 考虑到复仇心理，理性决策中许多“不可置信”的威胁是可信的。

The Peloponnesian War (431 - 404 BC)

Athens and her allies

Athenian Naval Campaign

Athenian Naval Campaign 416 - 404(?) BC

Athenian Victories

Sparta, Peloponnesian League and allies

Later allies of Sparta

Spartan Campaigns 431 - 421 BC

Spartan Campaigns 415 - 404(?) BC

Spartan Victories

Neutral Greek States

Persian Empire
(Under Artaxerxes I,
Xerxes II and Darius II)

Satrap's Residence

Other Location

Persian Royal
Road

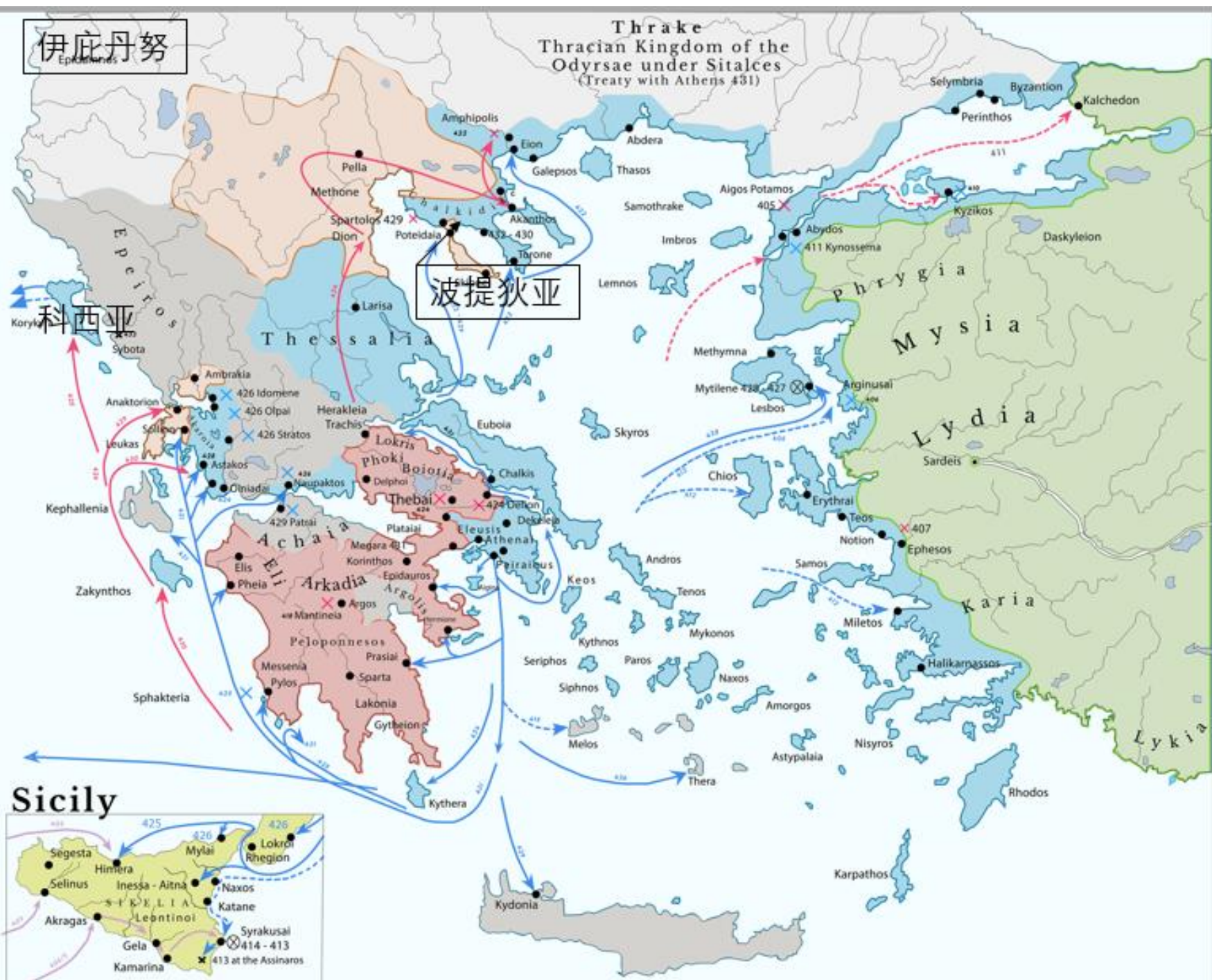
West Phoenician/Carthaginian Military Operations against Sicily.

Battle

Siege

Area / Region / Territory

Mysia



人们为什么违反规范？

- ERIC POSNER (2000) :
- 对内在的短期利益的重视超过对声誉的重视;
- 其他人没有办法驱逐 (OSTRACIZE) 他; 如high-status;
- 因为他们属于由不同的规范治理的人群, 或者规范变化太快;
- 为了表达对特定组群的忠诚。

为什么需要法律？

- 一次性博弈中的激励与协调;
- 形成、加强和改变社会规范;
- 解决counterfactual problem;
- 承诺作用;
- 信息收集;
- 制止复仇过度。

一次性博弈中的激励与协调

- 囚徒困境;
- 协调博弈;
- 交易关系越是一次性的, 法律越重要;

形成、加强和改变社会规范

- 规范的传递速度没有法律传递快;
- 法律可以帮助更快地形成一致预期, 达成人们的共识;
- 法律的表述功能(expressive function of law); distinction between prices and sanctions can affect behaviour;
 - 如公共场合不抽烟, 不随地吐痰;
- 法律的执行作用: 提高违反规范的成本;

改变“坏”的规范

- 渴望受人尊重(esteeem)可能导致一些坏的社会规范，如过分浪费性的消费（如婚礼）；决斗(dueling)；
- 有些规范可能随时间而由“好”变“坏”；
- 二阶囚徒困境导致的问题；
- 个人自由与社会规范的冲突；

法律解决counterfactual problem

- 均衡路径下，没有人会背叛；但如果有人背叛，如何识别是偶然的疏忽还是刻意的背叛？法律可以决定一个是否应该对背叛行为实施惩罚的规则，什么样的违约行为是可以原谅的，什么样的行为是不可以原谅的；（不知者不为过？）
- 法律的惩罚也可以防止个别人的背叛行为导致整个社会合作的中断。

法律的承诺作用

- Eric Posner认为，人们愿意签定一个在法律上可执行的合同，可能并不是因为他们相信法官会作出公正的判决，而是因为法律事后的惩罚可以作为一个愿意信守合同的承诺(commitment)；因此，签定合同可以理解为向对方传递合作的信号。为此，法院和立法对合同提出了一些形式上的要求，如合同当事人要亲笔签名。如果一个人不愿意遵守这些形式，就表明他想避免法律的制裁，因而是不可信赖的。Eric Posner, "A Theory of Contract Law under Conditions of Radical Judicial Error", Chicago John M. Olin Law & Economics Working Paper No.88 (August 1999).

签字和宣誓

- 为什么强迫“签字”和“宣誓”？
- 纳粹没收犹太人的财产；国防军和政府官员向希特勒宣誓。
- 斯大林肃反运动，所有人都承认对自己的指控。
- 心理学：就范，是一个接受“威权”的信号，即便不是从“口服”到“心服”。（“指鹿为马”）

心服与口服

口	
心	心服口服： 出于理性
	心服口不服： 出于面子
口服心不服： 出于恐惧	心口都不服： 出于尊严

法律的信息功能

- 个人行为的信息对声誉机制能否发挥作用具有重要的意义；如果没有足够的信息，声誉机制就不可能存在；
- 中世纪的Law Merchant; Milgrom, North and Weingast (1990).
- 法院可以把信息减少到最必要的程度。

法律作为复仇的替代

- 如果复仇的目的是威慑，为什么没有建立起“恐怖均衡”？为什么会有冤冤相报、没完没了的复仇？
- 主要原因是“道德标尺的偏差”：人们总是认为他们自己造成的伤害都“事出有因”、可以原谅的，而他们遭受的伤害都是蛮横无理、刻骨铭心的。
- 心理学家丹尼尔·吉尔伯特：在一场旷日持久的战争中，交战双方很像坐在汽车后座向父母告状的兄弟俩：“他先打了我！”“他出手比我重！”
- 棍子下互压手指的实验（S. Shergill等）：八个回合下来，乙向甲施压的力度是第一轮的18倍。
- 法律可以切断复仇的链条。

社会规范和法律的社会条件

- 社会规模: 社团规模越小, 规范越有效; (税收需要强制吗?)
- 私人报复: 成本越低, 规范越有效;
- 信息流动: 行为越容易观察, 规范越有效;
- 变革与稳定性; 乱世用重典;
- 政治制度;
- 社会分群; 外部治理与内部治理

法律与社会规范：互补与替代

- 替代性：在社会规范不起作用的地方，法律变得更为重要；当社会规范得到自觉遵守的时候，法律的必要性就降低；
- 互补性：好的法律可以使社会规范得到更好的遵守（如不随地吐痰），坏的法律将破坏社会规范；法律与社会规范可以互相转换：法律可以内在化为道德；社会规范可以变成法律。

法律的局限

- 信息问题：法律要求法院作为第三方能获得当事人行为的信息（举证问题）；
- 对法律的最大挑战来自法律的制定者和执行者：
 - 为什么法律必须透明和简单？
 - 为什么要“法律面前人人平等”？
 - 为什么存在法、理、情的矛盾？
- 无知与正义(Rawls)
- 古罗马正义女神朱斯提提亚(Justitia)的行头：（1）天平；（2）蒙眼布；（3）剑。

古罗马正义女神朱斯提提亚(Justitia)



两个命题

- 命题一：没有法官的职业道德，就不可能有法治社会；
- 命题二：没有司法自主，就不可能有法官的职业道德。
- 结论：没有司法自主，就没有法治！

法治与法官的职业道德

- 法律总是不完备：
 - 社会生活很复杂，没有任何法律可以描述清楚所有可能的情况，
 - 法律总有模糊性；法律之间也可能有冲突；
 - 法院作为第三方能获得当事人行为信息的困难（举证问题）；
- 因此，任何法律制度下，法官都享有一定的自由裁量权。法官必须“填空”（填补法律的空缺）；

职业道德的要求

- 在许多情况下，法官必须基于法律精神而非法律条文做出判决；
- 如果法官没有正义观念，判决不可能公正；
- 法官的职业道德：遵循先例而不是自己的价值判断；超脱而不偏袒；独立而非政治化。
- 如果法官不是基于法律的精神和职业道德填补法律的空缺，而是利用法律的漏洞。。。
- 结论：没有法官的职业道德，就不可能有真正的法治。

司法自主与职业道德

- 道德是出于义务（责任）而做事：正当的理由做正当之事。
 - “这样判决是公正的！”正义不是为了其他目的；
 - 普遍化原则（绝对命令）；
- 康德：没有自由意志，就没有道德责任；
 - 使人承担责任的充分必要条件是他拥有一种自由任性；
- 职业道德来自职业尊严；
- 康德：自律的行动赋予人类以特殊的尊严，标示了人和动物之间的区别。
- 司法不自主的情况下要求法官有职业道德，就类似要求一块石头或一只狗有道德一样。

司法不自主意味着什么？

- 法官断案时不是按照自己作为法官的自由意志，而是按照他人的意志而做出决策。
- 此时，法官只是别人意志的执行者，而不是真正的断案者，法官已经没有了尊严。
- 没有了尊严，也就没有了责任；
 - 一个人怎么可能为别人的决策负责呢？
- 当法官变成他人谋取私利的工具时，法律在法官心目中不再圣神，法官这一职业也不再圣神。既然别人利用我谋取私利，我自己为什么就不能谋取私利呢？

法律会取而代之社会规范吗？

- Richard Posner:法律将越来越重要， 社会规范将越来越不重要
- Robert Ellickson:当社会交易变得日益复杂的时候， 政府将没有能力获得加工足够的信息； 现实： 在过去的40多年里， 人们越来越求助于市场规范而不是政府； 放松管制是大趋势。

天理与王法

- 从非法集资案说起：曾成杰，1958年11月出生，湖南新邵县人，湖南三馆房地产开发集团有限公司原总裁。2003年11月至2008年8月，曾成杰“非法集资”总额达34.52亿余元，因兑付不能，造成万余名群众围堵铁路及火车站、数千名集资群众围堵湘西自治州人民政府，并有一名群众用汽油当众自焚造成七级伤残。2008年12月，曾成杰因涉嫌集资诈骗罪被逮捕。2011年5月，长沙市中级人民法院一审判决曾成杰死刑。2011年12月，湖南省高级人民法院二审判决曾成杰死刑。2013年6月14日，最高人民法院依法核准曾成杰死刑。7月12日，长沙市中级人民法院依法对曾成杰执行死刑。
- 最高法院最近有关张文中和顾维军案的重新审理。

“理”与“法”

	合法	不合法
合理	合理又合法	合理但不合法？
不合理	合法但不合理？	既不合理又不合法

“理”是什么？

- “法”：是指政府制定的法律，中国人传统上称为“王法”、“律法”，学术上叫“人定法”(positive law)或立法法 (legislative law) 。
- “理”：天理，公理，道，天经地义；
- 西方人：自然法(natural law)，理性之法(the law of reason)，上帝之法 (the law of God) ；
- 基本含义：良知，正义，德性。
- 自然法：人类以理性和情感所发现的为了人类的生存和发展所必须的最一般的戒条或法则。如：杀人偿命；借债还钱；知恩图报；言而有信；每个人都有保全自己生命和追求幸福的权利；等等

“理”大还是“法”大？

- 理大于法；
- 理(自然法)是人类集体智慧，是漫长的历史中自然演化形成的，被人们普遍认可的，它与人的本性相符，反映在人的良知中；
- 律法（人定法）是政府制定的，组成政府的人同样有自私之心，有偏袒的倾向，有无知和傲慢的特性，所以可能制定不公正的律法；
- 如果法律没有“天理”的约束，任何的法律都是“合法的”，就会导致不正义的法律，甚至“合法的暴政”。
- 为什么需要人定法？自然法的具体化、可操作化。
- 自然法是人定法的“元规则”(a mega principle),是康德所讲的“绝对命令”(categorical imperatives).

大卫·休谟：三条基本自然法则

- 稳定财产占有的法则（私有产权的不可侵犯）；
 - 避免所有人对所有人的战争，使人相安；
- 根据同意转移所有物的法则（自由交易、自由签约权）；
 - 价值最大化；合作双赢成为可能；不可谋财害命；
- 履行许诺的法则（言而有信）；
 - 言而无信，就不可能有合作的行动。
- 这三条是正义的基本含义；所有发达的法律秩序都可以说是对这三项基本自然法所做的详尽阐释。（哈耶克）

曾成杰案中，谁违反了自然法？

- 曾成杰没有违反者三个自然法则：
 - 他没有使用暴力和欺诈手段获得别人的财产，融资活动是当事人之间自愿的交易行为；他也没有违反自己当初的许诺，即使在政府政策改变之后，他仍然与出资人重新谈判达成新的还款协议。
- 但政府和法院的行为违反了这三条自然法则：
 - 在法院判决之前政府就剥夺了他的资产并在未经曾本人同意的情况下就将其转移给政府自己的企业，违反了第一条自然法则；政府不允许他执行与出资人达成的还款协议，违反了第二条自然法则；政府一开始鼓励和支持他向民间筹集资金，后来来出尔反尔，宣布他是非法集资，违反了第三条自然法。

自然法是普世的

- 霍布斯：由于人们之中大部分都忙于糊口，其余的人则因过于疏忽而无法理解以上关于自然法的微妙推演。然而，为了所有的人都无法找到借口起见，这些法则已被精简为一条简易的总则，甚至最平庸的人也能理解，这就是：
- **己所不欲，勿施于人。**
- 这条总则说明，认识自然法时所要办到的只是以下一条：（换位思考）（将心比心）。
- 前面三条总则都可以从“己所不欲勿施于人”推导出来。
- 仁义礼智信，温良恭俭让。

自然法是永恒不变的

- “己所不欲，勿施于人”的“恕道”，现在被称为“黄金法则”（golden rule或 golden law）。孔子提出这个处理人与人之间关系的基本法则确实非常伟大，但这一法则在轴心时代许多其他伟大的思想家中也是一个基本法则，有些可能更早，可以说是轴心时代伟大思想家的共识，几乎没有哪一种文化或宗教不包含这样的规则。比如希腊哲学家皮特库斯（Pittacus，公元前640—前568年）就曾说过：“Do not to your neighbor what you would take ill from him.”（不要对你的邻居做你不喜欢他对你做的事情）；几乎生活在同时代的希腊哲学家泰利斯（Thales，前624—前546）说过：“Avoid doing what you would blame others for doing.”（不要做你抱怨别人做的事情）；佛法里类似的话也很多，如要像对待自己一样对待他人（treat others as you treat yourself）；如果你不想被别人伤害，你也不要伤害别人（Hurt not others in ways that you yourself would find hurtful）；耶稣也说过许多类似的话，如“Do unto others as you would have them do unto you”（你不喜欢别人对你做的事情，你也不要对别人做）；如此等等，举不胜举。这些格言都可以翻译成“己所不欲，勿施于人”。事实上，基督教认为这一“黄金法则”来自耶稣。如果我们不是拘泥于文字，《墨子》和《道德经》的许多话都有类似的意思。

普世价值不得否认

- 你可以否定“民主”是普世价值，否定“宪政”是普世价值，但你不能抽象地否定“普世价值”，正如你可以说不想吃面，不想吃肉，但你不能说我不需要饮食。
- 否定天理的普世性：无论出于私利还是公心，都是愚蠢的行为。
- 儒家文化：天理在王法之上；被有些西方学者认为是自然法。虽然有争议，但至少说明儒家是把“天理”放在第一位的。儒家的“礼法”体系了自然法的精神。这是儒家与法家的最大区别。
- 秦王朝：只讲王法，不讲天理。

曾成杰犯了什么法？

- 曾成杰或许真的犯了“人定法”（政府制定的律法），如法院所判决的那样；但他没有犯“自然法”（天理、良知）；
- 处死他或许没有违反人定法，甚至处死之前不告知他的亲人也可能没有犯人定法，但违法了自然法，违反了天理，违反了人类的良知！

良知与法律

- 曾成杰的不幸既有法律的责任，也有法官的责任；
- 对法官的要求不是仁慈，而是正义！
- 没有良知的法官比不懂法律的法官更可怕；
- 只要有良知，不懂法律，也不会做出违反正义的判决；
- 但即使他懂法律，如果没有良知，正义就不会存在！
- 这就是西方“陪审团”的价值。

法治社会与天理

- 我们要建立法治社会，但法治以法律的合理性和正当性为前期；也就是以符合天理和良知为前提。
- 任何人不应该以法律为托词行不正义之事。
- 当你在良知和律法之间挣扎的时候，你应该选择站在天理的一边。
- 当然，许多人不会这样做，因为人性的懦弱，也因为人性的私心：违反人定法的惩罚在眼前，违反天理的惩罚在以后，人们通常会遵守“好汉不吃眼前亏”的格言。
- 但我们应该对那些宁肯违反法律也不愿违反天理的人持有敬畏之心，至少不应该以我们自己的小聪明而鄙视这些人。
- 当然，最重要的是，政府制定的律法必须符合良知，符合天理！

亚里士多德和哈耶克

- 两千多年前，古希腊哲学家、思想家亚里士多德就指出：“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应该本身是制定得良好的法律。”
- 哈耶克：所有的立法，都要受制于基于正义的一般规则；这些一般规则是演化的结果。

结束语

- 任何违反天理（自然法）的立法不能被不称为真正的法律，在道德上是不正当的！这样的法律是“恶法”；这样的立法是对人类理性的蔑视，是对人性尊严的践踏！它无助于人类的幸福！这样的“法治”与“专制”无异。
- 中国社会最缺乏的不是法律，而是天理！或者说，最缺乏是符合天理的法律和司法制度！
- “无法无天”不对，“有法无天”也不对！

阅读参考

- 张维迎：《博弈与社会讲义》第13章。
- 艾瑞克·波斯纳：《法律与社会规范》（中国政法大学出版社2004年版）；
- 哈耶克：《法律、立法与自由》（中国大百科全书出版社2000年版）；
- 张维迎：《信息、信任与法律》（三联书店2021年第三版）。