

法律人的理性与沉思

张军◎著



中国民主法制出版社

013052867

D90-53

141

独角札丛
DUJIAOZHACONG

法律人的 理性与沉思

张
军
◎
著



北航

C1659674



中国民主法制出版社

D90-53
141

738370810

图书在版编目(CIP)数据

法律人的理性与沉思/张军著. —北京:中国民主
法制出版社,2013.6
(独角札丛)

ISBN 978-7-5162-0381-1

I. ①法… II. ①张… III. ①法学—文集 IV. ①D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 126537 号

图书出品人:肖启明

出版统筹:赵卜慧

责任编辑:庞从容 唐仲江

责任校对:姚丽娅

书名/ 法律人的理性与沉思

作者/ 张军 著

出版·发行/ 中国民主法制出版社

地址/ 北京市丰台区玉林里7号(100069)

电话/ (010) 63292534 63057714(发行部) 63055259(总编室)

传真/ (010) 63056975 63292520

http:// www. npcpub. com

E-mail: mzfz@ npcpub. com

经销/ 新华书店

开本/ 32开 880毫米×1230毫米

印张/ 10.5 字数/ 221千字

版本/ 2013年7月第1版 2013年7月第1次印刷

印刷/ 河北省永清县金鑫印刷有限公司

书号/ ISBN 978-7-5162-0381-1

定价/ 28.00元

出版声明/ 版权所有,侵权必究。

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

有人曾开玩笑地说，知识分子就是那些把大家都听得懂的事情或道理用大家听不懂的话说出来的人。这种玩笑其实暗含着对当今文风、教风和科研风气的某种批评与调侃。细细思之，不无道理。面对复杂多样的社会生活，博大精深的理论文章，立意高远而论证充分，自有其价值所在，但相对于普通人的生活和体验而言，难免曲高和寡。由此而言，法学随笔对生活的切入较为自然和广泛，更容易为公众理解、接受和喜欢，因而法学随笔比起高深的理论文章往往有更多的读者。其实，一个伟大的民族是一刻也不能停止理性思维的。这种理性思维不仅体现在高深的理论研究中，而且体现在对日常生活的认识和反思上。真正的大家或大师的文章是能够融会贯通和深入浅出的，即能够用大家都能听得懂的话语把深奥的道理表达出来。

张军教授这本法学随笔汇集了作者多年执着的思考和心灵的激荡，在转型社会法治意识普遍不高且误区重重的今天殊为可贵。透过这些随笔的字里行间，我们能够深切地感受到如下可贵之处。

一是可贵的人权意识和法治思维。无论哪篇随笔都浸透着这样的基本思维，如《也谈“上访”与“闹事”》一文中作者从宪法和人权角度阐释了“上访”的性质，“上访”现象发生的原因，运用法治与人权的思维分析、解读了其中的问题和规律，结合实际澄清了人们对“上访”现象的认识误区和思维局限。再如

《“刁民”是如何“培养”的?》一文，阐释和分析了不同背景和含义下的“刁民”，抨击了执法不严、司法不公和怕担责任以及不分是非曲直的心理、思维和现象，字里行间浸透着对人权问题的深沉思考，让人读后耳目一新，颇有启示或教益。

二是问题意识和问题思维比较浓厚。随笔的现实性和针对性很强，常常是有的放矢。随笔中所涉及的内容都是我们日常生活中耳濡目染，甚至是熟视无睹的现象和问题，张军教授能够敏锐地抓住这些现象和问题，深入浅出，层层道来，足见作者不仅对生活的感受和体验较为深刻，而且能够保持学者和法律人的那份独有的敏感与良心。如《中国人的“面子”与法治》《行车如人生》《“中国制造”的忧乐之思》等，都是作者的生活体验，就像发生在我们自己身边一样。

三是理论与实践结合，“顶天立地”。随笔层层剖析，娓娓道来，大问题不显得空洞和浮泛，小问题不显得烦琐和浅薄，足见作者有着扎实的文字功底和严谨的法学专业思维。他能够把生活中一些十分细小的事件和现象上升到理论高度，深入挖掘和透视，从小事件能够看到大问题，并适时从专业角度加以阐释，然后提出某些建设性的思路 and 意见。其切入点和落脚点是现实的和可操作的，并有一定理论支撑，作者务实的写作态度与方法比起单纯的批判性话语而言更为可贵也更具可操作性。

四是随笔涉及的内容广泛、题材多样。随笔涉及了社会生活的方方面面，兼容了通俗性和专业性。很多随笔完全出自作者多年来的亲身体验和思考，让人感觉十分亲切。《红楼梦》里有句话说得好：“世事洞明皆学问。”透过这本随笔文集可见作者宽厚的生活体验和细致入微的观察能力，作者的研究视野和思维跨度较大，对现象和问题的分析不是就事论事。撰写这样的随笔要求

作者必须具有较高的写作水平和专业资质。

国内每年出版和发表的高水平的法学理论著作和论文为数不少，而既能切中时弊又能提出建设性意见的随笔文集相对较少。纯粹的理论研究是一种功在长远的奉献，“随风潜入夜”式的法学随笔又何尝不是另外一种奉献呢？只是其高端学术性采取了一种更为通俗的语言形式和表达方式而已，并且由于法学随笔深入浅出，其受众面更为广泛，影响也更大。由此而言，如果能有更多的学者既能潜心于书斋从事理论研究，又能走出书斋勇于实践和思考并以严谨的专业态度进行调查、研究和科学总结，再以浅显的文字予以阐释并提出建设性意见，则于中国之法治和文明进程善莫大焉！

中国虽然已经确立了人权与法治的长远奋斗目标，但要达成这样的目标还要走很长的路，需要几代人甚至几十代人为之不懈的努力。

我衷心希望有更多更好的法学随笔问世，也祝愿张军教授百尺竿头、更进一步。

李步云

中国社会科学院法学所研究员

2013年1月28日

关于“法学随笔”的随笔

在繁重的教学、科研和管理之余，笔者偶尔写了几篇法学随笔在《法学家茶座》《民主与科学》《北京日报》等报刊上发表，随着时间的推移，个人写作情趣也逐渐增加。

随笔虽然不如学术论文那样规整、系统和宏大，但往往有感而发，针对性很强，常常是心之所向，文之所至。随笔在文笔上和写作风格上也比较自由，写作时间要求也不那么连贯和长久。较之严肃的学术专著和论文而言，随笔更能触及人们所关心的生活实践及其所蕴含的法理，就学术的传播与“入世”而言，随笔比严肃的学术专著和论文更胜一筹，更能够让人在通俗中了解和理解发展中的法律、法律人和法治实践，在生动的事例中感受和理解深刻的法理。而且，随笔不是高等学校和学术研究机构的要求和评价对象，甚至可以说随笔不带有功利色彩，它更多地体现了作者的研究和写作自由，更具有个人兴趣和情趣的特点。就严整规范的学术研究而言，撰写随笔不免有“学术休闲”之意。

然而，随笔的内容和观点倒并不随便和简单，也不能简单地说明随笔的学术价值和实用价值就一定比严肃庄重的学术论文更低。撰写随笔不仅要求作者具备一定的专业知识和专业思维，而且要求作者有长时间的细心观察和思考以及对社会生活实践的深

刻体验和感悟，需要作者在随心的文笔中提炼出精辟的观点与思想。当今世界是一个网络化和电子化的时代，人们或许对网上的微博比较熟悉。微博汇聚了信息传播、情感交流和自我展示多种功能，它既有一定的日记性质又有一定的个人媒体性质，法学随笔的写作风格与微博的写作风格比较贴近。笔者似乎比较“古旧”，连我上中学的女儿都开设了微博，而我本人至今没有自己的微博。我对以微博形式将几乎每天的所思所想广而告之的做法仍持谨慎支持态度，而更加偏爱于形式和风格比微博略显庄重、严格和稳定的随笔。一方面的原因在于微博可能会将人的日常生活和灵魂以真实、简单和形象的方式公之于众。这种自曝隐私的做法可能会使人变得“透明”或“光明”起来，但也并不必然如此。笔者以为：幸福而有尊严的生活总还是要保留一定的隐私，这种隐私生活内容本身与人的品格高下并无直接关联，故此以道德或不道德、高尚或卑鄙来评价一个人的隐私生活并不妥当。另一方面的原因则是个人瞬间的“呼吸”及其“成果”往往存在一定的瞬时性，从而表现出一定的不成熟性，甚至可能包含某些偏颇的、有害的或不宜的东西在内，如果经过一段时间的重新思考与适度沉淀或许更为妥当。因此，笔者以为经过时间与理性的双层过滤的随笔或许更为严谨，更能体现一种行为的严谨性和责任感。毕竟，语言也是一种行为，它也能让人“很生气”，有时会“后果很严重”。

不少人谈到或讨论到什么是大师的问题，要回答这样的问题当然有相当难度的，有时甚至无法回答。不过，从实证角度看，我们所理解和看到的大师大都有这样一个特点，那就是“深入浅出”，能够把大家不懂的问题用最浅显易懂的话说出来，把深刻的道理蕴含在简单具体的事例中，言简意赅，发人深省。就此而

言，费孝通老先生的《乡土中国》堪称典范之作，相信看过费孝通先生《乡土中国》的人对这种“大家”都会有所感悟的。整本书没有什么注释，浅显易懂，但读过之后却让人有太多具体而深沉的思考。说到这里我们也应当理解苏力教授为什么主张“送法下乡”及其“入世”的写作风格了。法律和法治都是对社会生活的回应和处理，但法律和法治毕竟是一种专业化的治国之术和纠纷解决机制，也是一种有效的人权保障制度。要让法治真正地被理解、被接纳和发挥作用，法治就必须是现实的、具体的、通俗的和可以操作的。可以说，法治的根源和基础在于社会生活本身，也可以说最深刻的法理蕴含于社会生活之中。

然而，社会生活的复杂性和多样性往往在普通人与法律人之间划上了一条无形的界限，有些法律书籍讨论的问题和表述问题的方式不仅普通人无法读懂和理解，有时甚至连法律专业人士都觉得乏味、困惑和难以把握。姑且不论造成这种现象的原因的多样性问题，仅就这种现象的普遍存在而言，对法治的“入世”和普及而言恐怕不是一件好事情。文章和著作总是要让人读和读懂的，也应当是让人从中受到启迪或者教益的，忽悠人的故弄玄虚和毫无实际价值地咬文嚼字是应当坚决避免的。用相对简单的话语表达出一个深刻的问题不仅是一种良好的写作风格和研究境界，而且也是法律人对法律和法治进程的另一种解读和奉献！中国有几千年的专制和人治的传统，但并非没有自己的规则，只是某些规则与现代法治的价值取向和要求相悖而已。现代化的中国需要现代化的法治，但中国的法治却不可避免地会有中国的色彩，因为中国的文化、历史中所遭遇的问题是独特的甚至是唯一的，这也就是法治的原理和规则为什么必须中国化的原因。中国的法治也需要中国化的理论，需要在与本土文化的互动中生存和

发展，深刻的法理也需要通俗化和大众化。中国的学术既需要进步，更需要“入世”。纯粹的学术研究和学术的普及各有其不同的功能和价值，由此而言，“易中天”“于丹”现象的火热其实也向中国的学界提出了学术“入世”的问题，其行为亦可理解为对学术“入世”路径的探索和奉献。因此，深入浅出并以“随风潜入夜”的方式切入生活的专业随笔自有其独到的市场和作用，其对专业知识的普及和宣传意义重大，也是一种法学学术的“入世”。

当然，“随”恐怕不能简单地理解为随便，随笔之随可以理解为遂心之笔。笔随心而书，文随心而出，深入浅出，寓意于文，不拘形式，但文责仍然还是要自负的，不成熟的随笔也不应随意挥发。

目 录

Contents

第一辑 文化之思

中国人的“面子”与法治	/003
潜规则与明规则：你离我是近还是远	/009
潜规则与明规则：你离我该近还是该远	/013
隐私的道德与道德的隐私	/018
中国人的“私了”文化	
——来自大洋彼岸的启示	/023
“让座”与“逼座”的法理思考	/027
法律人与普通人的思维之别	/031

第二辑 立法之辨

以人为本的法学阐释	/037
人权的“敏感”与“不敏感”	
——对我国人权教育的一点思考	/043
人格尊严：不可减损的宪法权利	/047
浅议法的可操作性	
——从 20 公里的限速牌谈起	/054

法治进程中的成本思维	/059
违法经历是否属于隐私权的保护范围	
——从克林顿签署《梅根法案》谈起	/066
浅议公权力人物隐私权的限制性保护	/069

第三辑 规则之治

法律标准抑或是道德标准	/079
法治权威因何而立	
——“徙木立信”之再议	/084
《大秦帝国》之法治观感	/089
多维视野下的规则之治	
——从乐舞晚会的座位之争谈起	/095
数字在法治中的意义和价值	/104
域外交通秩序和管理之断想	/109
“刁民”是如何“培养”的	/115

第四辑 执法之道

公民权利与行政执法	/123
依法行政，构建法治政府	
——《全面推进依法行政实施纲要》之阐释	/129
人性化执法之合理定位	/136
入世对政府意味着什么	
——浅议政府职能的转变	/148
“垃圾箱里的公民权利”及其启示	
——浅议政府权力的边界	/152

如何监督基层政府的“一把手”	/156
法治建设中的运动型思维	/159

第五辑 司法之功

司法人民性之法理思考	/165
中国语境下的司法能动	/169
转型时期的司法功能之议	/179
从“赠药案”看个案裁决的意义和功能	/190
“法官上访”的启示	/194
也谈“上访”与“闹事”	/200
正当程序：法律纷争的终结者	/207

第六辑 守法之悟

遵守规则 善待生命	
——域外行车之断想	/215
行车如人生	/219
遵守法律就是遵守理性	/225
守法而治就是基本的和谐	/229
田忌赛马的启示	
——法律实用主义之批判	/235
我们为什么要戴头盔？	
——关于父亲与女儿的对话	/238

法律必须被信仰	
——红绿灯下的片想	/241

第七辑 社会之维

法律效果、社会效果与政治效果的法理思考	/247
“我可以不同意你的观点，但我誓死捍卫 你说话的权利”	/253
惨烈醉酒驾车事件的启示	/257
七旬老人“替天行道”的多维之思	/262
对民主决策的合理性反思	
——有感于教工集资楼不建车库之民主决策	/265
梦中的岚河与可持续发展	/270
公务员报考“热”的“冷”思考	
——浅议多元人才价值观	/274

第八辑 随心之笔

“中国制造”的忧乐之思	/281
关于“希望工程”的希望	
——从小学生扛着课桌去上学谈起	/285
“子欲养而亲不待”的法律之思	
——为长眠地下的母亲而作	/290
我们还应该做些什么	
——从父亲的仙逝谈起	/294

“夫妻看黄碟”案件之法理启示	/299
爱国热情与“打、砸、抢”	/305
浅议我国高等教育管理的缺失	
——从“西部高校实力提升计划”谈起	/309

后 记	/318
-----	------

第一輯——文化之思

第一輯 文淵之思