

第17辑

法学家

Teahouse For Jurists

茶座

2007.5

主编 张士宝 特邀执行主编 何家弘



米健 什么样的文化伴随中国崛起？乔新

生 法律统治是一个美丽的神话张军中国

人的『面子』与中国人的法治熊秉元十

个『法学』问题？何兵 法庭上的稻草

人卢建平 『与众不同』是一种权利任东

来罗杰·坦尼：美国毁誉参半的首席大法

官王秀梅自杀是『罪』周大伟谁是佟柔

武和平偵探推理小说应大力弘扬张君周

法律文化重建与中华民族的新运——范

忠信教授访谈



茶近山而法从水

今年初我在台湾东吴大学讲学时，法学院的潘维大院长送我一盒当地特产高山茶，并说这是产在高山之上的茶叶，茶品极好。我知道，茶叶的品质与其生长的环境有直接关系。据说，生长在山岩上的茶为上品；生长在沙砾土质中的茶为中品；而生长在黄土中的茶为下品。因此，好茶多产于高山，名茶多长在名山，如四川蒙顶、庐山云雾、华顶云雾、黄山毛峰、茅山青峰、神农奇峰、苍山雪绿、井冈翠绿、武夷岩茶、普陀佛茶等，皆为中国名山之名茶。这些名茶确为茶中上品，绝非借用虚名。这些茶之所以好，大概因为它们近靠名山，得名山之养育，便有了名山的品性。

自然化物，人法自然。虽然法是人类社会的产物，但也要遵守自然的规律，绝非人类可以随心所欲而胡乱设计的。如果说茶性近山，那么法性则如水。或者说，法应该具有水的品格。水乃刚柔相济之物，刚可至刚，柔可至柔。水至刚时可开山破石，似有刀斧之功、万钧之力；水至柔时可滋润万物，犹如春风沐浴、无微不至。法也应该刚柔相济，当刚则刚，当柔则柔。法在惩治犯罪时应展示出洪水般威猛；法在保护人民时应表现出静水般柔情。倘若当刚不刚或者当柔不柔，则法之不法矣。

《说文解字》中对“法”字的解释是：“法从水，平之如水。”水的自然趋向是平和，水不平便会奔泻，便会波涛汹涌；水平则柔和安宁。法的自然趋向是和谐，但必须以公平和公正为前提。水平乃和；法平乃谐。我们要构建和谐社会，就一定要保证立法的公平和司法的公正。一言以蔽之，法贵平。

何家弘

于北京世纪城痴醒斋

- 【卷首语】 何家弘 茶近山而法从水 / 001
- 【法治漫谈】 米 健 什么样的文化伴随中国崛起? / 004
乔新生 法律统治是一个美丽的神话 / 008
张 军 中国人的“面子”与中国人的法治 / 011
傅达林 “民主”三题 / 015
- 【法学札记】 熊秉元 十个“法学”问题?! (上) / 022
喻 中 客观的了解与中国法学的中国化 / 030
军都山下 法学教授应该要有法律的信仰 / 034
杨小强 面对问题:谁和谁去面对? / 038
- 【法苑随笔】 宋华琳 选择怎样的题目做研究 / 042
何 兵 法庭上的稻草人 / 048
田 雷 罗伊·波斯纳与反事实推论
——初论法律的社会科学研究 / 051
吕忠梅 无锡水污染事件的法律责任追究 / 055
- 【身边法事】 车 浩 一个包子引发的信任危机 / 058
卢建平 “与众不同”是一种权利 / 062
杨 明 钉子户:现代社会的“幸”或“不幸”? / 065
- 【名家访谈】 邓正来 陈 纺 一个殊与深入:研究生教育方法谈之三
——“大师思想 seminar”的实践 / 070
张君周 法律文化重建与中华民族的新运
——范忠信教授访谈录 / 077
- 【域外法制】 任东来 罗杰·坦尼:美国毁誉参半的首席大法官 / 084
张桂红 难忘的瑞士访学 / 091
炳 翔 法律职业导向的美国法学院 / 096

- 【聊斋闲话】 王秀梅 自杀是“罪”/099
刘大生 在教授的岗位上学一次华盛顿/104
李奋飞 “修改不修改,其实对我们影响都不大”/106
- 【法林逸事】 于欣华 “常识”的故事/111
张 燕 应对美国反倾销核查二三事/114
- 【名师剪影】 周大伟 谁是佟柔/120
董 彪 儒雅风范,斯文人生
——我眼中的龙斯荣教授/133
- 【茶客论剑】 陈金钊 对“法律解释”称谓的诠释
——并非笔墨官司的回应/137
李 琦 收得收不得:“开瓶费”? 额外服务费!/143
- 【书城夜话】 莫 言 读何家弘犯罪悬疑小说的感受/147
雷 达 在法、理、情的冲突中开拓新空间/149
武和平 侦探推理小说应大力弘扬/151
黄 进 示范法的价值
——写在《示范法比较研究》出版之际/155
- 【何博士信箱】 读者来信两封/159

主编 张士宝 特邀执行主编 何家弘
《法学家茶座》项目负责人 李岱岩
执行主编助理 廖 明
责任编辑 李岱岩 齐晓霞 麻素光
山东出版集团
山东人民出版社出版发行
网址 <http://www.sd-book.com.cn>
社址 济南市胜利大街39号 邮政编码 250001
编辑部电话 (0531) 82098903
E-mail fxjcz@vip.163.com
发行部电话 (0531) 82098021

图书在版编目(CIP)数据
法学家茶座.第17辑/张士宝主编
济南:山东人民出版社,2007.10
ISBN 978-7-209-04344-1
I.法... II.张... III.法学-文集 IV.D90-53
中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第172029号
山东新华印刷厂印刷
16开本(172×232毫米) 10印张 160千字
2007年10月第1版 2007年10月第1次印刷
定价:14.00元

什么样的文化伴随中国崛起？

米 健*

前不久，国内知识界曾围绕《大国崛起》这部纪录片展开过很热烈的讨论，同时它也引起了西方一些国家的关注，特别令一些大国愈加警觉。应该说，这部史论纪录片所阐释的命题无疑具有相当的冲击力和震撼力。但该片的得失，如题材选择、资料发掘、分析深度和角度，其实都颇有余地。例如，大国崛起的历史文化背景和支撑，制度制约与促进，虽有发掘，但似乎并不充分、深刻。当然，这也可能是由于纪录片性质的局限，使得它不可能完全彻底地展开和深入。

据说《大国崛起》一片的拍摄是有一定政治背景的，对此我们可以不去考虑。关键是该片的确提出并试图阐释了一个令人深思的、颇有现实意义的命题，即大国是怎样崛起的。毫无疑问，历史上一个民族国家的崛起兴盛不是简单地用一两句话就可以说明的，它需要各种条件，若用中国古人的话概括，可能就是天时、地利、人和。当然，何谓天时？何谓地利？何谓人和？这肯定又有各种各样的理解和演绎。但不管怎样，有一个条件是不可或缺的，即支撑一个民族国家的文化及其传统。换句话说，任何一个民族国家的崛起，最终要有一个文化上的解释。一种没有文化解释的崛起，不能说是真正的崛起，只能说是一个偶然或际遇。当然，一个历史的偶然或际遇，在人们的努力或奋争下，也有可能渐渐转化为一种必然。那么，改革开放以来中国在经济上的奇迹般发展，中国在世界民族之林中的地位迅速提高，是否为真正的崛起呢？就我个人而言，我宁愿将其看做是崛起，或者是正在崛起，而不是将其视作一种偶然的歷史际遇。改革开放将近 30 年了，这期间虽然我们经历了各种各样的曲折坎坷，虽然我们仍然面临着新的严重的社会问题，但回过头来看，中国这些年来毕竟发生了巨大的变化，中国毕竟处在历史上数百

* 作者为中国政法大学教授。

年从来没有过的兴盛时期。更为重要的是,这种发展兴盛仍然生机勃勃,充满潜力,从而让全世界强烈地感到一头长睡不醒的东方雄狮正在醒来。1949年中华人民共和国成立之后,西方世界曾有人不止一次地预言中国的衰落和崩溃,而历史事实表明,中国不仅没有衰落和崩溃,相反,倒是克服了一次次的危机,度过一次次难关,经过风风雨雨后终于走进了一个历史上少有的兴盛时期。我认为,无论如何,总该对这种历史和现实给予一种文化上的说明,即对于中国近30年来的发展变化从文化上给予一个交代或解释。我以为,这是每一个有社会责任感和民族责任感的中国人都必须认真思考并且给出答案的问题。

文化是什么?对此,我国知识界在改革开放后不久曾经有过热烈的讨论,答案多种多样。在此,我愿意简单地将其理解为一种影响和支配人的行为方式和社会生活方式的人生态度和世界观,其实它是一种思想方式和精神境界,是一种有推动力和制动力的传统。一个社会、民族和国家,必然要有一种能够表征其思想方式和精神境界的文化。在世界历史上,中国曾经有过强盛和辉煌,但也有过衰落和失败。西方人过去和现在对中国一直有着许多尖锐的批评,我们国人过去和现在也在不断自我反省,但有一点是明确无疑的,即谁也不会说中国没有文化。相反,都不得不承认中国的文化源远流长,蕴涵丰富。可是,为什么我们在拥有同样一种文化的情况下却又经常有完全不同的历史境遇呢?远的不说,就说1840年鸦片战争之后的160多年里,中国为什么经历了如此不同的历史时期?她在世界民族之林中的地位为什么如此不同?是文化内容不同,抑或是历史际遇不同?更近一些说,改革开放以来不到30年中国较之以往的几十年发生了如此之大的变化,这期间中国的文化是否也同样发生了巨大的变化呢?

正是因为有这样的设问,我去年到德国讲学时有意地开设了一门课,即“中国文化在当今和未来世界文化中的地位”。其中,我尝试讲了中国文化的定位、中国文化的特征、中国文化的生命力、向心力和整合力,最后讲了中国文化对未来世界文化应该而且能够作出的贡献。可惜我究竟不是文化学的专家,这方面的思考肯定有局限。我讲这个话题除了上面所说的理由外,某种程度还有我个人的原因。1989年在法兰克福,我当时所在的一家大公司老板非常客气地请我作一个报告,题目是《中国饮食文化对西方饮食文化的影响》。这自然是一个很有意思的话题,

但显然已经超出了我的知识范围,所以我当时只能婉言谢绝。据说现在这家公司已经是世界上最大的一家财会税务咨询公司了。我觉得当时欠了他们一个文化债。此外,大概七八年前,一位相交多年的德国朋友在和我讨论文化问题时突然很认真地问我,中华文明究竟能给世界文明带来什么东西,作出什么贡献?他说,德国有音乐、哲学可以称道,中国呢?这是一个令我很不愉快的问题,但他是有道理的。这是我们应该思考的一个问题,而在此之前我真的没有认真思考过。所以,当时只是简单地提及儒家文化和中国的饮食文化、中医等一些非常表面的文化现象,但自知不能算深刻和满意的答复。这样,我又欠了一个文化债。所以,这次对外国人讲中国文化,一方面是想解除自己的困惑,另一方面也确实有还债的动机。

中国文化历史悠久,有文字记载的历史已五千余年,可什么是中国文化?我的理解是:中国文化是以汉文化为主体,儒、道、释为主要思想基础,吸纳和融合众多不同思想文化和民族文化演进发展而成的一种多元集成文化。儒家主要讲人,讲人的行为方式和社会生活方式,即人与人和人与社会的关系,是一种立身立世立业立功的思想;道家主要讲自然,讲自然的无限与包容,讲人与人和人与自然的关系,是一种立生立命立天立地的思想;释家主要是讲今生与来世,是用轮回的方法讲动与静、实与空、生与死、善与恶的关系,是立心立名立往立来的思想。考察中国的历史文化,尽管还可举出许多种文化因素,但总的来看,主导中国社会历史发展的文化内涵其实主要是这三类,它们相互影响,相互替补,相互促进,构成了丰富多彩、变化万端、魅力无穷、生命无限的中国文化状态。可以说,世界上任何一种文化都没有中国文化这样丰富深厚。中国文化历经几千年而不衰,作为最古老文明之一,它至今仍然呈现着勃勃生机,而许多和它同时期甚至在其后产生的古代文明却早已经在历史的长河中悄然湮没,这里面必然有一定的道理。如果看不到这点,那就很难读懂中国文化。

中国文化生存至今,不仅因为它比世界上所有其他文化都更丰富深厚,而且还具有其他文化所不具有的特征。和西方文化相比较,中国文化具有以下几个方面的特征:第一,中国文化是一种人的文化,而不是物的文化。第二,中国文化是一种统一文化,而不是对立文化。具体说,人与自然的统一、民族与国家的统一、国与家的统一、主体与客体的统一。第三,中国文化是一种行为文化,而不是创造文化。

第四,中国文化是一种义务文化,而不是一种权利文化。第五,中国文化是农业文化,而不是商业文化。以上特征,一方面形成中国文化的优点,另一方面也构成中国文化的弱点。但是,中国文化所以历经数千年而不衰的生命力,所以有放之四海而归一的向心力,所以有普天之下而吸纳的整合力,某种程度上又取决于中国文化的上述特征。其实,从本质上看,中国文化本身是一种天下文化、包容文化、开放文化和多元文化,同时,它还是一种和谐与和平的文化。正因如此,它实际上具有一种世界文化的基本特质。我想,如果未来世界将要培植和生成一种世界文化,那么中国文化无疑是一种很好的模式。由此而言,西方人尤其是美国人鼓吹的全球化,恰恰可以在中国文化中寻求到哲学基础。

说了上面一些话,无非是想表明这样一种看法,即如果我们真的要迎接中国作为一个大国的崛起,那么必须从现在起就从思想上做些准备,即如何对中国的崛起做文化上的阐释。但是,最近几十年来,主要是改革开放以来,不少学者对于中国文化的认识有些偏颇,甚至将中国的发展进步与传统文化对立起来。例如,许多人动不动就贬斥儒家思想,将它批得一塌糊涂。然而,依我个人见解,它实在是一种我们至今没有摆脱、今后也不可能摆脱的思想源泉和精神境界。中国文化如果不讲儒、道、释,那讲什么?我认为,否定自身文化的民族,实际就意味着对民族自身的否定。近年来中国政府开始在一些西方国家陆续建立孔子学院,这其实体现了一种很好的文化意识。当然,我们也必须认识到,中国文化从来就是一种开放的、包容的多元文化集合体,它过去如此,现在如此,将来也应该如此。所以,它不应拒绝接受新的文化元素,如西方文化中具有生命力、创造力和竞争力的元素。总之,未来中国的崛起,很大程度上还是需要在中国既有文化的基础上去解释。

法律统治是一个美丽的神话

乔新生*

不知从何时起,法学界流行着这样一种观点,那就是:在法律创制之前,整个社会呈现出人治的形态;即使出现了法律之后,法律作为统治的手段仍然被随意操控;只有实现法律统治之后,才能形成真正的法治国家。

基于这样的观点,一些学者特别是宪法学者对宪法的功能进行了崭新诠释,他们认为宪法的首要功能就在于依法治权,对统治者的权力进行约束。所以,依法治国的科学内涵不是依法治民,也不是依法治官,而是着眼于对权力的束缚。在这个逻辑基础之上,他们提出权力不能大于法,而应该是法律大于权力。

这样的学术新思维确实有助于人们摆脱“法律工具论”的错误观念,从而对现代宪政的功能产生新的联想。但是,这种观点的不可靠之处就在于,忘记了权力本身的来源,忽视了法律与权力之间的辩证关系。

关于权力的概念自古以来就有许许多多的表述,但是学术界公认为,权力应该来自于法律,特别是来自于宪法。如果没有宪法和法律的规定,那么权力就不复存在。如果说,公民的权利具有自然属性,是一种与生俱来的天然权利,各国的宪法和法律只不过是确认了公民的自然权利,并且把自然权利逻辑化、系统化,那么,权力则脱胎于公民的权利,是公民通过国家宪法体制自愿让渡出来的特殊权利。权力体现在宪法和法律之中,而不是出现在宪法和法律之外,没有宪法和法律,不可能有权力。宪法和法律与权力之间的这种源流关系,决定了现代社会不可能实现法律统治。道理非常简单,既然权力来自于宪法和法律,那么,在制定宪法和法律的过程中,就必须体现权力者的意志,任何政党和国家权力机关都可以将自己的意志通过宪法的程序表现出来,成为国家的法律;当宪法和法律对政党的

* 作者为中南财经政法大学教授。

生存和发展构成威胁的时候,他们会毫不犹豫地修改宪法和法律。法律的统治只不过是学术界创制的崭新神话而已。

控制政党和国家权力机关的活动,是各国宪法的核心内容。但是,绝对不能因此而认为有了宪法和法律,政党和国家权力机关的行动就会自动地纳入到宪法和法律所设定的轨道。现实情况正好相反,即使有了明确的宪法和法律规定,政党和某些国家权力机关仍然会脱离宪法和法律的轨道,谋求本党派或者本部门的利益。从理论状态上来说,可以要求法治国家的政党和国家权力机关都必须严格依照宪法和法律办事,但既然宪法和法律体现统治者的意志,当宪法和法律不能充分体现统治者意志的时候,那么执政党或者权力机关绝对不会甘愿受制于宪法和法律,他们会千方百计地修改宪法和法律,以更加充分地体现自己的意志。即使在宪法和法律的修改中面临程序上的约束,他们也一定会通过操纵司法,达到自己的目的。

所以,不要把法律的功能理想化,更不能幻想出现所谓法律统治一切的局面。法律体现统治者的意志,而统治者的意志不是亘古不变的,随着时代的变化,统治者的意志会不断地发生变化,因而国家的法律也会随之发生变化。法律在任何情况下都不可能成为统治者,法律只不过是统治者意志的集中体现而已。

为了从根本上解决统治者不受法律约束的问题,各国在宪政体制上进行了许多有益的探索。但事实证明,一旦建立了宪法架构,并且赋予了立法机关制定法律的权力,那么,立法机关或者执政党就有可能成为超越法律存在的特殊的社会阶层。如何防止人民公仆变成官老爷,防止统治者永远凌驾于公众之上,操纵或者玩弄法律呢?

马克思在对法国的巴黎公社进行考察之后,找到了一个解决方案,那就是通过直接民主的方式,用人民代表取代国会议员,防止国会议员脱离民众。在具体的操作程序中,人民代表必须服从于公众的意志,随时听从公众的召唤。人民代表不是专职的国家代言人,而只不过是代表人民表达意愿的社会政治监督员。人民代表不是一种专设的职位,而是一个来自于民间、不拿薪水的特殊公务员。人民代表在做好本职工作的同时,听取人民的声音,并且随时接受人民的监督。如果公众认为人民代表没有很好地履行自己的职责、贯彻自己的意图,做出了错误或者不当

的政治选择,那么,他们可以随时投票罢免人民代表。在这样一个宪法结构中,就不会出现权力不受控制的现象,就不会出现代议制民主体制下普遍存在的少数特权阶层制定法律、强奸民意,将个人意愿强加于公众意愿之上的政治现象。

当然,马克思同样意识到,在充分体现公众意志方面,除了建立直接民主体制之外,还必须通过宪法确保公民的基本权利不受侵犯。换句话说,当人民代表投票制定法律,或者决定剥夺公民人身、财产权利的时候,同样受到宪法的约束。宪法不但赋予了人民代表代表公众做出决策的权力,而且还赋予了公民最基本的权利,这些权利是不可以通过民主投票表决的方式加以剥夺的。

总而言之,当我们在探讨宪法和法律功能的时候,必须时刻牢记,宪法和法律只能是统治者意志的体现。为了防止统治者恣意横行,侵犯公民的基本权利,必须建立直接民主体制,减少民意表达的环节,降低政治选举和政治决策的成本,防止少数人利用政治决策时间差,或者利用决策程序复杂的漏洞,不断地侵犯公民的基本权利。

在任何情况下权力都不可能大于法,理由非常简单,那就是权力来自于法律。宪法的功能在于将人类普遍的价值观念表达出来,并且用具体的条文确认公民最基本的权利,任何政党和国家权力机关都不得以任何方式或者借口剥夺公民宪法上的基本权利。在此基础上,为了防止国家权力机关或者执政党滥用自己的特权,建立监督权力的宪法体制,通过舆论监督或者宪法诉讼,确保执政者不会利用自己执政的优势地位侵犯公民的基本权利。

中国人的“面子”与中国人的法治

张 军*

适逢几位台湾学者来访,在陪同他们考察广西民族文化与风情的闲暇,谈及中国人的思维和行为模式时,几位学者都不约而同地提到中国人的“面子心理”,甚至上升到价值观的高度看待。“面子心理”在国人的思想和行为中举足轻重是有目共睹的,甚至还留下不少有关“面子”的经典用语,如“死要面子活受罪”、“留点面子”、“不给面子”、“丢面子”、“有面子”、“面子上不好看”以及“看在某某的面子上”等等。一个人得到面子或面子充足会内心舒坦之至;一个人一旦失掉了面子,难免会产生切肤之痛,甚至长久都无法释然,对导致其失掉面子的人自然也难以忘怀。细细思之,我不得不佩服台湾学者的深刻与敏锐。

运用面子心理可以解释许多中国人常见的行为和现象。如国人买小汽车喜欢排量大的和空间大的,因为这样显得尊荣和气派,显得有实力和有面子,骨子里也怕被人小视;某些年轻人找对象也过于看重面子,自己的感觉倒在其次,关键是带出去见人要有面子,只要亲友满意了,自己也就有了面子;参加考试屡次落第,因怕丢面子而不敢轻言再考;举办婚礼不切实际地要求排场,因为这样自己有面子、新娘有面子、双方家长有面子、客人也有面子,大家也就都有了面子,其乐融融、其心舒坦!然而婚礼之后却不得不背上沉重的债务。我国早期留美人士胡先缙女士对国人之面子心理曾有切肤之感:中国人十分重视待客之道,往往会尽量避免让客人觉得自己不受欢迎而感觉“有面子”,友情进展到何种程度完全要由访客自己体会。生活中,我们常常与人争论,唇枪舌剑,毫不忍让,有时即便是自己辩赢了,实际上也输了!因为你伤害了对方的面子和自尊,由此也会影响到双方的交往与关系,即便是在真正的学术研讨会的批评中,批评者往往也比较注意讲话的分寸,

* 作者为广西大学法学院教授。

以防伤害到被批评人的面子和双方的和气。在官场上,面子心理也十分盛行,如果某人言行不慎伤及领导或上级的面子,轻则受到冷遇、批评和贬斥,重则升迁无望,甚至调离降职也未可知。在传统意义上,一个人外出闯荡回归故里,“衣锦还乡、光宗耀祖”不失为最大的面子。追求面子的心理已经成为国人行为和思维上一个不可或缺的重要需求,甚至有人为了面子不惜做出一些非理性甚至荒诞滑稽的行为。

当然,面子心理也并非一无是处,面子在中国代表着广受重视的一种声誉和尊荣,在某种程度上也是一种自我约束与激励的力量。借用面子心理加强责任和提升工作质量的事例也不是没有。如在很多情况下,给予社会上默默无闻的人士一定的激励和面子,往往具有激励其更加发奋努力的作用;给犯了错误而又比较自知的人稍微留点面子,会比严厉的批评更能促进其修正错误,积极向上;借用面子心理亦可为人树立一定的奋斗目标,激励其为目标和面子而努力。领导人的权威和面子有时也会强化制度的权威与面子,特别是在制度初建尚未获得广泛的认同与遵从时,上行下效之功用亦正在于此。

但在总体意义上,面子心理与法治的尊严和价值还是存在一定抵触与不和谐,法治崇信和追求的是制度的面子和权威,个人的尊严和面子需要受到法律的约束和限制,因此在个人的面子与法律和制度的权威发生冲突和矛盾时,需要一定的选择和平衡。在现代法治的背景和框架下,面子的心理与追求或多或少会受到一定抑制,但其负面作用仍不容小视,这种危害不仅体现在日常生活中,而且体现在现行法律和制度运行中,直接影响到人的行为模式和制度的运行效果。如基层法院在审理某些有争议或有一定难度的案件时,往往会在私下里先征求上级法院的意见或意向,害怕判错了当事人上诉,自己担责任,没面子,累及同事甚至单位都没面子,于是乎在私下里便与上级法院达成某种一致,然后就可放心地审理和裁判了。当事人如果上诉到上级法院,则上级法院与下级法院的裁决意见就会差别无几,其实质危害就是把两审终审和纠正错案冤案的法律制度变成了一审终审,二审法院对一审法院的制度审查功能就被虚化或废弃,蕴涵在制度设计中的程序正义也就荡然无存。如此审理案件,司法公正又何以值得信赖和追求呢?再如,自治法规的生效以上级人大批准为前提,某自治地方人大欲通过单行条例,往

往会担心报到上级人大审查时被否决,于是便通过非正式渠道私下沟通,甚至动用私人关系游说相关人员,如果上级人大倾向于同意或批准,则可大张旗鼓地继续前进,如果上级人大表现出否定倾向,则暂时搁浅甚至永远打住也未可知。为什么呢?如果报到上级部门被否定或不被通过,或者存在某些明显的专业性和技术性错误,则自治地方的人大及其领导就很没有面子,要么是下级的工作水平和质量不高,要么是上级机关对自治地方的下级人大工作支持不够或者有反对意见。在此种背景下对法规的审查和判断实际上已经不再是一个单纯的专业化判断了,领导人的个人面子已经和其所在单位的面子密切关联,领导没有面子也就在一定程度上意味着单位没面子。如果上级人大认为下级人大制定的自治法规合法、合理,在立法技术上也比较完善并予以批准时,则双方无事,皆大欢喜!这表明下级制定法律规范的行为获得了上级的认可和肯定,下级单位和领导就不仅有了业绩而且有了面子。在面子心理和行为广泛存在的情况下,自治法规的审批制度也就成为一种摆设,宪政意义的中央与地方的分权以及地方的依法自治也就形同虚设了。

面子心理是一种浸透在中国人血液和骨髓中的历史和文化,而文化与历史的延续性、稳定性和长期性使得传统观念的更新和传统行为模式的变革绝非一朝一夕之事,而是渐进的演变过程。当我们在不断强调依法治国和建设法治国家或法治政府的时候,也意味着我们还不是一个法治国家或法治政府,或者与法治国家、法治政府存在相当距离,现行法律制度及其运行中还存在诸多与法治社会不相和谐甚至背离的现象和行为。法治不仅意味着一整套的理念、原则和规范,而且意味着法律在现实中拥有至上的地位与权威,意味着人们有一套与法治社会相适应的理念和行为模式。倘若我们只是在形式上建立了一套法治化的制度,而制度运行中体现的仍是传统社会的思维方式与行为方式,则于现代法治而言不能不说是一种悲哀。

面子心理作为一种文化现象自然有其合理性,特殊条件下对面子心理的追求和选择也未必是一件坏事,其对人的进步和发展也不无鼓励和激励作用。韩信如果不能忍受胯下之辱,如果不想追求更大的面子和发展,恐怕也难以成就伟业。对作为传统文化一个组成部分的面子心理和追求也不宜一概否定,但应有细致的界

分和梳理。以笔者之见,首先应当区分小面子和大面子。韩信能忍胯下之辱,不是不要面子,其所追求和顾全的是大面子;“小不忍则乱大谋”,大谋之成就所赋予人的就是大面子;项羽虽有“力拔山兮气盖世”的能力和“不肯过江东”的气节,但终究为面子所累,失去了东山再起的决心和机缘。永久性面子与暂时性面子相比,自应去小面而求大面。其次,在法治框架下,国家的尊严与个人的尊严和面子相比,则后者往往从属于前者。特别是在涉及国家尊严和主权的涉外交往方面,弃小节求大局不失为明智之举,此类事例从古至今数见不鲜。再次,法律的权威和尊严与个人的面子相比,个人的面子和尊严无疑自应受法律的严格限制与约束。当个人面子和尊严超越了法律和制度的尊严时,人们对法律和制度的信奉和追求恐怕就只能转向对人的依靠和追随了。当法律和制度的运转完全依赖个人的权威和面子的時候,就意味着法律既可因人而立亦可因人而废,法治在实质上已不可信赖或不可完全信赖,人们往往会在法律和制度之外寻求个人化的依托和保障。而通行的做法就是制度化与个人化的途径并行,两套程序互动或者交融,但只要其中一个程序不到位,事情就可能功败垂成。在中国,这种双重程序并行的做法无疑会在很大程度上增强对行为目标的保障,但其危害也是显而易见的:办理一件事情需要付出两套程序的代价和成本,增加了当事人办事或交易的成本,更为恶劣的是破坏了人们对法律和制度的遵从与信仰。当法律不被信仰和追求的时候,也就意味着人们对法律的服从是建立在严密的监控和国家强制基础上,当法律和制度的监控缺位和弱化时,法律的尊严和制度的权威就可能随时面临挑战,甚至被亵渎和践踏!在此背景下,我们所追求和期待的法治又在哪里呢?我们的法治是否应该彻底消除中国人的面子心理和现象呢?我们是否应当对我国法治进程中的面子心理可能产生的积极因素和负面效应予以充分估计?是否能够寻求面子背后的规则与法律规则的协调与互动呢?如何借助于法治对国人的面子心理及其消极影响予以必要的节制呢?在中国法治化进程中,如何面对、定位和协调现代法文化、法律人与传统文化之间的关系,这恐怕是我们每个法律人甚至普通人所无法回避和必须面对的问题。

“民主”三题

傅达林*

民主是一种最不坏的制度。

——丘吉尔

民主是个好东西。

——俞可平

民主是一连串鲜活的事件

在南疆深圳市宝安区沙井镇,有一个总面积 3.62 平方公里、人口 2000 多人的村庄——万丰村。这是个典型的单一姓氏村落,99%以上的居户都姓潘。1984 年,万丰村在全国农村率先推行股份制,成立万丰股份公司,村民变股民,开创了农村“按股分配”的先河,引发了农村一次变革。十几年来,万丰村的实践深深影响了深圳乃至全国的农村,被誉为“南国第一村”,与大邱庄齐名。然而,从 2002 年开始,万丰村却逐渐走向衰败。从一个村民纷纷逃往邻岸香港的穷村,到一个曾经创造了“万丰神话”的“南国第一村”,再到几近衰落的现状,万丰村在改革和实践中为什么走到今天的窘境?其中暴露出的诸多问题值得我们好好思考。

读着“南国第一村”的相关报道,我的脑中逐渐浮现出电视剧《刘老根》中龙泉山庄的一幕幕。从改革到兴盛再到衰落,深圳万丰村的发展历程烙上了鲜明的“能人治理”印迹:由能人冲破旧俗厉行改革,由能人实行家族式管理,最终能人自己成为备受争议的改革对象。正所谓“成也萧何败也萧何”,能人权威、能人治理创造了一个农村发展史上的奇迹,同时也正是这种漠视群众、“一言堂”决策的治理模式造就了今日的体制困境。

* 作者为解放军西安政治学院军事法学研究所教师。

长期以来,由于缺乏民主的传统,能人权威在我国农村有着非同一般的影响。出于对财富的认同,传统乡村社会形成了一种能人治理结构:能人的权威性影响能够统一村民的意志,激发农村的活力,进而带动整个农村发展;能人既然为乡村提供了财富,就获得了对传统乡村社会的控制。拿万丰村来说,由于“富有改造社会理想”的能人潘强恩锐意改革为村民提供了财富,所以他及他的家族就当然取得了对万丰村的政治、经济和文化生活的控制权。然而,这种由权威获得的控制权并不必然具有合法性基础。从现代政治学上讲,个人的权威容易演变为一种“将他们的意愿强加给社会成员并不顾及后者意愿的一种权威”,一种“超出有效法律规则之上和人们法定权力之上的权威”。基于个人权威的治理模式本质乃是人治模式,本身蕴涵着合法性危机。例如在万丰村,10年前的审计报告就表明,表面上看去情况良好的万丰集团,发展之初就存在诸多问题。而随着记者的调查,非法吸纳公众存款、非法集资等问题也日渐浮出水面。不难看出,这种能人治理虽然实现了快速致富,但目的正当化极易忽略手段的正当化,随后必将受到农村日益增长的民主法治意识的质疑。

其实,透过万丰村的发展历程,我们不难寻窥出一条传统乡村发展和治理的“定律”——能人用个人智识带来财富,财富确立了他对乡村社会的控制权,控制权反过来又限制了乡村的发展。而如何走出这个“胡同”,是摆在中国许多乡村发展道路上的共同难题。在我看来,能人治理弊端的核心在于治理方式上的寡头制,而破除寡头制的关键则在于民主。

民主作为政治制度,原本是人们赖以进行各种社会活动和交往的基本途径与方式。古希腊历史学家希罗多德这样描述“民主”:城邦事务是由公民组成的公民大会通过直接讨论和投票表决方式来做出最终决定。建立在多数原则基础上的民主治理是人民实现自治的基本途径,是维护自身利益不被侵犯的根本保障。可见,在民主的乡村治理模式中,应以多数人的决定而非能人的意志作为决策的最终依据,村民的意志是控制权合法性的基础,治理的目标也在于确保多数人的利益而不是某个能人及其家族的利益。

为了使民主得到真正的实现,就必须探索适当的途径。如何实现民主化的乡村治理转型呢?每谈及此,人们就容易把民主的标准与完备的参与制度、成熟的自