

TEAHOUSE FOR JURISTS 2003.3

法学家

第四辑

茶座

周振想

司法改革与时髦

皮艺军

变通的中国人——法治困境的人文主义解析

王利明

「饭碗法学」应当休矣

霍宪丹

我与法学教育

梁治平

《民法草案》省思二则

米健

乌纱随想

熊秉元

救活以就死

陈来

古迪恩：一位改写美国司法制度的小人

廖明
黄丽娟

立足象牙塔，放眼国与家——程天权教授访谈录



山东人民出版社

【卷首语】

品茶与治学

品茶不同于饮茶，是一件高雅且高难的事情。品茶的要旨在于领略、体会、享受茶之清香。好茶之香为“真香”，而非“损香”或“夺香”。但何者为“真”，只有善品者得知，饮茶者往往难识其间的奥妙。品茶有三个基本步骤：一曰闻香，二曰品味，三曰悟道。所谓“闻香”，或闻注入茶水之杯，或闻注入而又倒空之杯，让茶香经鼻腔进入肺部，以便为味觉器官营造品茶的氛围。“闻香”之后，便要“品味”。茶有五味：苦、涩、鲜、甜、酸。其中苦、涩是主味，鲜、甜、酸是配味。“品味”要用“三口气”，即在将茶水吮入口中的同时吸入一些空气，让其在舌面上循环震动三次，如此方能感知茶的香味。品茶的最后一步是“悟道”。茶水入胃，余香在口，回味赏玩，领悟茶道。“悟道”时既要有良好的心情和意境，也要有适宜的环境和氛围，否则便绝难体会出自然和谐、宁静淡雅的“茶心之路”。只有在主观和客观上都具备了品茶的条件，才能真正领会茶的“中淡闲洁”和“韵高致静”，才能真正感悟茶道的“修身养性”和“致清导和”。

治学犹如品茶。无论在哪个学科领域，要得精髓，必有品茶之力、之艺、之心、之情。譬如法学，博大精深，若没有品茶的心情和本领，就很难成就真正的学问。治学也可分为“闻香”、“品味”、“悟道”三个阶段。在闻香阶段，学者只识得法学的外表皮毛；在品味阶段，学者才掌握了法学的基本内容；而在悟道阶段，学者才真正领悟到法学的真谛，才能在法学领域内触类旁通，游刃有余，才真正达到治学的意境，才能享受治学的乐趣。但是在当前的社会环境下，人心浮躁，功利泛滥，人人都盼望着一夜暴富和一举成名。倘若学者也浮躁，学问自然做不到好处。因此，我希望法学同道们都能养成品茶之心，并以茶心之路治学。倘能如此，定有大成。

何家弘

于北京世纪城痴醒斋

主编 官本欣

特邀执行主编 何家弘

责任编辑 李岱岩 学术助理 廖 明

出版发行 山东人民出版社

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) 2060055-4901 E-mail vh2k@21cn.com

发行部电话 (0531) 2060055-4912/4903/4966

目 录

- 【卷首语】何家弘 品茶与治学/1
- 【法治漫谈】周振想 司法改革与时髦/4
- 湖 舟 如何让人们“守法”/8
- 皮艺军 变通的中国人
——法治困境的人文主义解析/13
- 叶 青 法官:精英化与专家化的断想/20
- 王宝鸣 法官、招商引资与法治/23
- 黎永绿 管制·腐败·法律/25
- 【法学札记】王利明 “饭碗法学”应当休矣/28
- 霍宪丹 我与法学教育/32
- 【法苑随笔】梁治平 《民法草案》省思二则/45
- 米 健 “乌纱”随想/50
- 卞建林 小议国人动粗情结/54
- 乔新生 由张五常先生惹官司想到的/58
- 谢鹏程 为暂缓不起诉辩护/62
- 【专家访谈】廖 明 黄丽娟 立足象牙塔,放眼国与家
——程天权教授访谈录/66
- 【身边法事】胡锦涛 穿警服结婚及其他/82
- 李 琦 为什么不应该施舍行乞者/85
- 王克先 且慢为判种“赔偿林”叫好/87

- 张 军 从坐火车的“小故事”谈起/90
张 晶 “关系犯”与“钱刑交易”/94
王欣新 “重点企业挂牌”的法律联想/97
【域外法制】张乃根 域外法庭散记/100
陈 伟 东 来 吉迪恩：一位改写美国司法制度的小人物/104
杨小强 我在印度学税法/112
【聊斋闲话】熊秉元 救活以就死/117
刘大生 教授不是萨达姆
——评某些高校教师考评制度/120
姚建龙 书生、农夫与狼/123
谭金土 一件法袍/125
赵中孚 忆解放前北平商家的经营与竞争/127
【旁观者说】莫 言 我与法律/132
卜利民 钟华友 “痴”者知深
——何家弘印象/134
【名师剪影】杨立新 怀念我的法学入门导师王士奇先生/139
【书城夜话】舒国滢 追求真正公正和自由的社会制度
——评赫尔穆特·科殷的《法哲学》/148
朱伟一 美国人的一大发明：利用小说讲法/153
陈忠诚 迟到的“强奸”信息/157
【何博士信箱】 读者来信二封/159
-

图书在版编目(CIP)数据

法学家茶座：第4辑/宫本欣主编

济南：山东人民出版社，2003.12

ISBN 7-209-03352-1

I. 法... II. 宫... III. 法学-文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 116294 号

山东新华印刷厂印刷

880×1230毫米 32开本 5印张 140千字

2003年12月第1版 2003年12月第1次印刷

定价：10.00元



司法改革与时髦

周振想*

这是一个改革的年代，一切既存的东西都可以被置于理性的显微镜下重新审视，并对其存在的合理性提出质疑；任何长期信奉的理念和主义都可以被放在思维的审判台上进行解剖，并理直气壮地予以批判；在理性审视与思维审判的平台上，改革之声如春潮般涌动，迅速响彻一切领域，荡涤着一切过时与陈腐的存在，为整个社会注入新的活力与生机。改革已成为一种世界性的潮流，一种现代人的生活方式。

司法领域亦然。近年来在加强物质文明、精神文明和政治文明建设的过程中，我国的司法改革也如火如荼。长期以来人们所习以为常的司法模式和行为方式受到了怀疑，一切保守的规范与制度受到了前所未有的冲击，在固守具有民族特色的司法制度的同时，洞开门户，积极借鉴国外的有价值的一切制度和模式，为我们古老的司法制度吹来了一股股清新的风。譬如法袍、法槌的采用，死刑执行方法由枪决到注射的转变，等等。

然而，必须承认，在司法改革的过程中，也出现了一些不和谐音，比如把改革误解为标新立异、追赶时髦，从而出现了一些华而不实，甚至违反现行法律，与我国国情相悖的冠以改革之名的举措，如什么零口供、弹劾法官、对未成年被告暂缓判决、缓刑听证、检察机关上门揽案、嫌疑人带头套等等不一而足，甚至有人主张我们的法官也要仿效英国法官戴假发套的做法。这是当前司法改革过程中应当予以避免的，否则，严肃的司法改革就会变成某些人和单位赶时髦的竞赛。

司法改革的实质在于破旧立新，不能也不应该是赶时髦。因此目

* 作者为中国青年政治学院教授。



前的司法改革尤其应当注意找好突破口,选好角度,把握好尺度。

司法改革要具有合法性,不要违反法律。我国现行的法律都是由立法机关制定的,具有相对的稳定性和绝对的权威性,任何人不得随意更改和违背。司法改革作为一项完善我国司法制度、更好地保障人权的举措,也必须在现行法律框架下进行。尤其刑事司法制度的改革,涉及人身权利、自由权利乃至生命权利等一系列重大问题,更应慎重,否则,势必造成与现行法律和司法制度的冲突,违背司法改革的初衷。比如某法院推出的“弹劾法官”的改革措施,即是违背现行《法官法》关于不称职、违规、违纪、违法、犯罪法官的处理规定的;又比如某法院推出的对未成年人实行“暂缓判决”的举措,虽然教育、挽救犯罪未成年人的出发点是好的,但同样是违背现行法律规定的越权之举,因为在我国目前的法律中,尚无“暂缓判决”的规定。

当然,我们的法律也不是永恒不变、不可逾越的。当现存的法律规定已不适应鲜活的现实生活,从而不予以变更就会阻碍社会的发展时,更新乃至废除现存法律并制定新的法律,就具有了现实合理性和必要性。我们的法律就是在不断地废、改、立的运动过程中保持其先进性和生命力的。因此,我们所讲的司法改革必须在现存的法律框架下进行,是说在现存的法律尚未修改之前,司法机关和国家其他机关不得擅自超越法律规定,在法律之上进行所谓改革。涉及超越现行法律的改革举措和内容,必须经由国家权力机关按照《立法法》的规定权限首先进行法律修改,尔后再实行改革的新举措,决不能反之。

司法改革要具有适应性,不要水土不服。世界上的各国家之间不仅有着不同的山水风貌、气候景观,不同的语言 and 不同肤色的人群,而且有着不同的生成与发展过程和现状,有着各异的政治、经济制度和人文、历史、社会、文化传统与背景。由此决定,作为植根于不同国度里的司法制度,虽然有着共许的若干原则、理念和制度,但在内容和模式上都必然存在着许多差异。这也就决定了一国的司法制度未必会适合于另一国,国与国之间的司法制度可以相互借鉴,但不能简单移植、照搬,司法改革的任何一项举措一定要注意适合于本国的国情,否则就可能会产生水土不服的问题。毋庸讳言,目前某些地方出台的一些改革措



施,就存在着不适应我国国情,引进之后水土严重不服的问题。譬如,我国某法院推出了对犯罪嫌疑人带头套的举措,据说是为了保障犯罪嫌疑人的合法权益,与国际司法制度接轨。笔者却对此不以为然。因为首先,在中国,犯罪嫌疑人在未决前没有与家人、亲属、朋友见面的机会,相互希望趁开庭等机会能见上一面,这一点不同于其他一些国家,家属等人可以单独或者在律师的陪同下定期与犯罪嫌疑人见面的情况。因此,在开庭时给嫌疑人带头套并不符合中国的国情。其次,从中国人的一般观念来看,给嫌疑人带头套不仅不是对其合法权益的保护,反而是对其的虐待甚至侮辱,因此从观念的层面考察,给嫌疑人带头套亦不符合中国国情。第三,在中国,刑讯逼供、公捕公判甚至游街示众等侵犯嫌疑人人权的状况时有发生,在这种状况下谈论什么通过带头套保护嫌疑人的合法权益,未免轻重倒置了。至于所谓与国际司法制度接轨,据笔者所知,许多国家并没有这种给嫌疑人带头套的做法,因此,不知道是和哪里的司法制度接轨。可见,诸如给犯罪嫌疑人带头套之类的司法改革举措,即属不符合我国国情、引进之后严重水土不服的适例。在目前的司法改革中应当予以尽量避免。

司法改革要具有先进性,不要拾人牙慧。破旧立新是自然界和人类社会乃至人的思维向前发展的一个规律。当一种事物失去了存在的合理性,甚至成为新事物产生的障碍的时候,我们就应该果断而坚决地破除它,以便为新事物的产生开辟道路。否则新事物就难以树立起来。同样,新事物之所以成其为新事物,是因为它具有优于旧事物的某些特质,比旧事物更具先进性和生命力。只有这样,破旧立新才有意义。与此同理,我们进行司法改革时,可以而且应当在破旧的同时大胆地立新,勇于借鉴国外的先进司法制度为我所用,善于在我国现存法律框架之内引进某些国外的司法举措,以使我们的司法制度不断完善。但是,一定要注意所引进的司法举措具有优于原来司法制度的先进性,决不能盲目引进,更不能拾人牙慧,接收人家小孩的同时将其洗澡水一并收纳。笔者认为,前不久有人提出我国法官应像英国的法官那样戴假发套的主张,就不免有拾人牙慧之嫌。因为在英国,法官和律师戴假发套这种古老的传统是在为了纪念圣安妮女王(1702~1714)而穿丧服的基



英国法官的传统装束

础上形成的。除了戴假发外,还有丝绸长袍、黑色腰带、紫色和红色的肩带、长及膝盖的短裤、毛皮披风、长袜和有扣的鞋子等。这一古老的传统是否还要保存下去,一直存在争论。最近英国最高法院法官批准的一项调查显示,三分之二的人认为,这种古老的传统应该寿终正寝了,假发套应该取消了,或者只在审理刑事案件时才戴。因为它是“陈旧的、令人恐惧的和多余的”,戴头套“很热,而且头套发臭,戴着不舒服”,“现在都 21 世纪了,难道黑色的丧服在 2003 年还是合适的吗”?可见,对于戴假发套的故乡都在酝酿着予以摒弃的东西,有的人却要作为新的改革举措引进我国,岂非拾人牙慧?

司法改革难,赶时髦易。改革即意味着对现存制度和状态的总清算,意味着打破旧的平衡,建立新的平衡,意味着权力的再分配。尤其司法机关本来即是社会的平衡器,自身改革便意味着自我的破旧立新,意味着打破自己原来的平衡,因而必然会更加困难。而赶时髦则可以不顾天时、地利,在感情的驱使下闭门造车,既不管外国的咖啡豆是否适合于我国的土壤,也不问国人用惯了筷子的手能否习惯于西方人的刀叉,而是由着性子把他人的咖啡豆和刀叉一并迎进大门。这种时髦不管如何冠以“司法改革”之美名,仍不过是赶时髦而已。司法改革不是赶时髦,也不允许赶时髦,这应当成为我们的共识。

这是一个怀疑的年代,任何既存的司法制度都可以作为怀疑的对象;这是一个批判的年代,任何被认为是不合理的司法制度都可以成为批判的靶子;这是一个改革的年代,任何被认为过了时的司法制度都可以被新的制度来代替。然而,怀疑当不至于失去理性,批判也不应是否定一切,改革应是为了使司法制度更加完善,而不是为了满足标新立异、追赶时髦的心理。这就是结论。

MA662/06



如何让人们“守法”

湖 舟*

多年前看过一幅漫画，至今印象极为深刻。其实，这幅画的内容很简单：中间是一棵树，两边各站一个小人，其中一人手举斧头，做将要砍树状，另一人则臂戴“执法”袖章，手拿“罚款”单，正虎视眈眈地看着。漫画的标题叫做《等》。

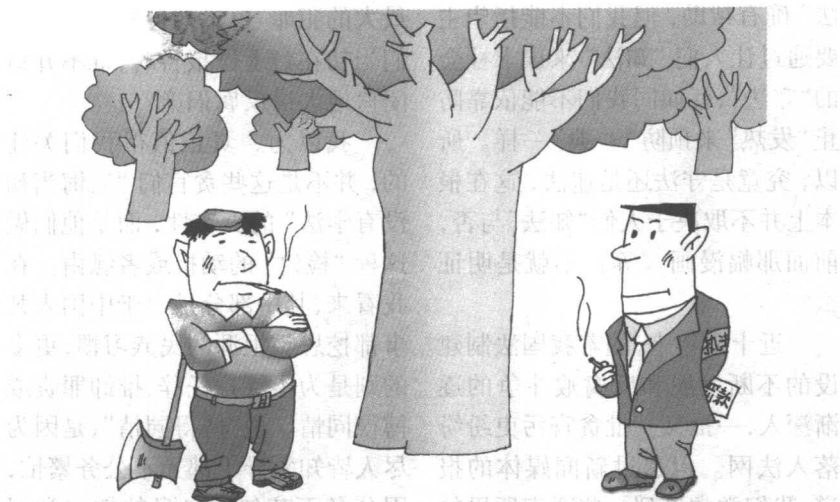
这是一幅让人“浮想联翩”的漫画，我们可以从不同的角度去理解其中隐含的各种法律问题，因为它虽然采取了抽象的表达形式，却极具法律生活的真实性和代表性。我在这里想谈的，只是其中关于“守法”问题的隐喻。

“守法”对于一个社会的意义究竟有多大，这在当今中国或许还是一个尚需论证或解说的问题，但是“守法”对于我们所要追求的法治而言意味着什么，这在法学界当是无需多加叙说的。记得早在两千多年前，亚里士多德为人类提供

迄今所知第一个“法治”定义时，他首先强调的，就是“已成立的法律获得普遍的服从”。然而，也恰恰是在这个环节，人类的法治建设所面临的困难和问题自古至今都是最多的。就拿当今中国来说，尽管我们的立法仍需切实加强，但全社会几乎形成共识的看法是，已有的法律得不到普遍地遵守，这才是更为关键、更为要害的问题。

为了医治守法问题这一“顽症”，从官方到学界，全社会都付出了诸多的努力，其中给我印象最深的，莫过于由中央带头、官方推进的全国性普法运动。从“一五”普法到如今的“四五”普法，不仅搞得轰轰烈烈，而且按官方的要求，就如同一部著名影片的名字——“一个都不能少”。近20年下来，成绩自然不容低估，但问题和值得反思之处也已然不少。比如，人们在普法

* 作者为湖南大学法学院教授。



过程中常常都说“知法守法”，似乎“知法”就可以“守法”，“知法”也是为了“守法”，这恐怕已成为多年来我们开展普法运动的一个重要理由或者逻辑前提。而实际上，所谓“知法守法”，恰恰是一个极不可靠的命题。当然，我们在普法过程中谋求的“知法”，不可能是让每一个人都去通晓每一部法律的条文（这连法律职业者也无法做到，更遑论一般的民众了），只能是指望人们通过“学法”掌握基本的法律常识，从而能够据此判断自身一般行为的基本法律性质，再进而达到“守法”的目的。问题在于，从理论上分析，“知法”属于认识论的范畴，而“守法”属于价值论和实践论的

范畴，二者分属人类思维中的不同领域，相互间虽有联系和影响，却无直接的因果关系，这就好像“发热”与“非典”，有发热现象未必是得了“非典”，而很多“非典”患者也并不以发热为首症（为此，卫生部曾专门修订“非典”的临床诊断标准），同样地，“知法”未必“守法”，“知法”也未必是为了“守法”。

再从实践中观察，在现代社会，随着法律的公开透明程度和人们的文化知识水平日益提高，再加上信息传播渠道的高度发达，人们不知法的程度已大大降低，然而，社会的违法现象非但没有因此而减少，反倒比传统社会大为增加。这至少说明，虽然“知法”对于“守



法”确有帮助,但我们不能指望主要通过让人们“知法”来谋求社会的“守法”,就如同我们不能依靠防止“发热”来预防“非典”一样。所以,究竟是守法还是违法,这在根本上并不取决于人们“知法”与否,前面那幅漫画《等》不就是明证么?

近十余年来,随着我国法制建设的不断发展和反腐败斗争的逐渐深入,一批又一批贪官污吏纷纷落入法网。但透过新闻媒体的报道,我们常常见到一些匪夷所思的怪现象,比如,原河北省国税局局长李真在狱中见到记者时,一把鼻涕一把泪地痛说“自己就是吃了不懂法的亏”,其他新近揪出的贪官也几乎不约而同地给自己扣上一顶“法盲”的帽子,似乎他们的违法犯罪都是不“知法”的结果。面对这些说辞,我总觉得有些可笑:也许这些贪官的确不懂自己的所作所为会带来哪些具体的法律后果(比如究竟会判几年徒刑之类),但他们难道连贪污受贿属于违法犯罪也不知道?即便他们从未参加过普法教育或任职前的法律考试,也即便他们从不去接触任何法律知识,但他们难道连毛主席那句广为人知的名言——“贪污和浪费是

最大的犯罪”也不知道?这些贪官们当初在台上做报告时,谁不开口闭口地大讲反腐倡廉?!

我以为,真正值得我们关注的,并不是这些贪官们“后悔当初没有学法”的真实性,而是他们做这种“检讨”的动机或者缘由。在我看来,其中部分是出于中国人凡事都挖思想根源的民族习惯,更多的则是为了寻找托辞、推卸罪责或博得同情。说“博得同情”,是因为尽人皆知领导干部无不公务繁忙,因公务而疏忽了自身的知识学习以致触犯法网,这当然值得同情。说“推卸罪责”,则是因为“不知法”纯属认识论(或知识论)的范畴,它与道德过错无关,而中国人向来最不能谅解道德上的过错,又最能够宽宥知识上的不足。由此看来,“法盲”的帽子在这些“落马”的贪官手中不过是最后的挡箭牌和救命稻草而已,他们的如意算盘是:只要自己痛心疾首地磕头请罪——“小人实在不知”,那庄严神圣的法律便会大手一挥——“算了吧,不知者不罪!”我想,这一点或许更加值得人们特别是司法人员去关注。从这里,我们也可以发现“知法守法”这一命题的另一个致命弊端:它在逻辑上可以(但非必



然)将“不守法”的原因归结为“不知法”,从而将一个价值论和实践论的问题错误地还原为认识论和知识论的问题,这就为违法犯罪者推脱罪责打开了方便之门。

接下来需要认真考察的是,人们违法犯罪的真正动机究竟是什么?咱们中医历来讲究治标先治本,只有先弄清了“病因”,我们才可能对症下药,去从根本上解决如何让人们守法的问题。这又使我再次想起了前面的那幅漫画。

在《等》这幅漫画里,那位手举斧头者无疑是一个潜在的违法分子,其心理状态很值得我们分析。在那个特定的场景中,执法人员的存在不仅表明了那棵树是不能擅自砍伐的,砍树即属违法行为,而且还充分显示了国家强制力这一法律实施保障的威力。然而,在明知砍树违法,且可能受到法律制裁的情况下,那个手举斧头的家伙依然要“等”——等待时机违法。他为何如此?只有一个解释:为了利益。从画面上可以推断,这棵树不属于那个砍树者所有,他对于树的成长没有(或很少)付出,而其砍树所得的收益显然又远远大于其砍树的成本(包括他为此耗费的时间、体力,斧头的磨损以及被抓的

风险等等),这种十分明显的成本与收益之比无疑在吸引着他,因此,他将要付诸实施的违法行为完全是利益选择的结果。在这种“理性”的利益选择面前,“知法”与否已经变得无关紧要(尽管绝非毫无意义)。

由此,我又想到目前的另一个热门话题:诚信危机。信用度低下如今几乎成为了遍及中国社会各个领域的严重问题,并因此衍生出无数的违法犯罪行为,使得许多人不得不感慨世风日下、道德滑坡、法制式微,也由此更加激发了人们推进“精神文明建设”和“以德治国”的呼声。我相信,加强道德建设于解决当前的信用危机而言的确是有效办法之一,但我更相信,在现代社会里,信用问题的根本是个利益选择问题,而其关键则在于制度。或许有人会就此提出反对,说人的思想观念决定人的行为,因而,不讲信用的行为源于其不讲信用的道德观念。不错,思想观念的确决定行为,但决定人们行为的思想观念不仅有道德是非观念,而且还有利益选择观念,况且在多数情况下,后者可能更为重要,更为关键。就拿诚信问题来说,也许确有一些失信者和行骗者真的认为不



讲信用在道德上就是正确的,但依我的判断,人类文明(尤其是道德文明)发展到今天,真正能够在内心确信不讲信用就是有理的人恐怕已极为罕见了;同时,经验也告诉我们,绝大多数欺诈行骗者在内心里亦认为不讲信用是不道德的,他们之所以还要欺诈行骗,是因为那样有利可图,在他们的内心里并不是没有道德观念,而是现实的利益观念压倒了正统的道德观念。

基于以上的分析,我的初步结论是:现代社会的违法犯罪绝大部分(但不是全部)都是“知法”犯法,都是利益选择的结果(当然,这里的“利益”绝不仅仅是经济利益,有时还完全与经济利益无关)。假若我们将不守法(违法犯罪)看做人类社会的疾病,那么,人类自身的利益选择机制便是不守法的“病因”。

明确了“病因”,我们同时也就知晓了如何去配制让人们守法的“药方”。其实,前面那幅漫画便隐含了解决问题的门径:那个拿斧头的老兄为何不立刻实施砍树的

违法行为,而是要“等”——让自己暂时地处于一种至少在形式上守法的状态?从表象看,这当然是因为执法人员(国家强制力)的存在,但从实质上讲,则是其内在的利益选择机制在起作用:此时若是砍树,不仅所砍之树将被没收而毫无收益可言,并且还会因无法逃脱招来法律及其他方面的制裁(如“罚款”和舆论谴责等等),面对如此一目了然的利弊权衡,傻瓜才会铤而走险去犯法呢!可见,人是天生的经济人,他做什么、不做什么,都会本能地进行一番成本与收益的盘算,尽管确有少数人能够超越现实的功利计较,但绝大多数人都会按照人类自身的利益选择法则来行事。从这里,我们也不难获得这样的启示:要让人们守法,尤其要阻止那些潜在的违法犯罪者去实施违法犯罪行为,最现实最有效的措施,莫过于将人类自身的利益选择机制充分地转化为完备的法律机制。当然,这又是一个相当复杂,需要单独解说的问题。



【法治漫谈】

变通的中国入

——法治困境的人文主义解析

皮艺军*

大学生在走上社会时,普遍感受到对社会生活中的变数难以应付:为什么老师教给他们的明明白白的规矩,到了现实中大都改变了原有的模样?于是许多大学生就业后不久,就又不得不回到安宁的学校中来考研考博。笔者本来以为这是他们缺乏应变能力,后细细揣想,方知大谬不然:更多的原因在于他们弄不懂何为“变通”。

变通,是中国人给初涉人世的后生们上的第一课。

对交通管制的态度最能体现国人对规则之态度。笔者从国外长驻之后回到北京,刚下机场高速路就看到马路上的“人车大战”。各行其道、礼让三先这些规则被无情地篡改着。在国内,司机开车上路,他信奉的是“我过,你不过”(我抢在你前面,你就得让我过),其中的含义是“我的利益在先”;交通规则中“各行其道”的“道”,被曲解为“个人之道”;礼让他人,被看做是怯懦、迂腐和低效,于是秩序便是多余的了……对于这种混乱,国人称之为“变则通”,多么辩证又是多么合理的智慧啊!有了这种智慧,在国内的城市路口上,不管你设有多少红绿灯、斑马线、隔离墩都难以杜绝高频次的故意违章。于是,和许多第三世界一样,中国的交通警察格外辛苦,不论风雨寒暑,都得站在街口纠正违章。

本文所说的“变通”,是一种在毁坏既定规则前提下的功利主义的价值选择,是为了个人利益而篡改规则的社会现象或社会行为。为利益而变通,在利益交换中变通,“利益”既是变通的动机,也是目的。对规则的无视、藐视,让规则变形而适于自己,可以看做是国人的集体无

* 作者为中国政法大学刑事司法学院教授。



意识。应变不同于变通,前者是对现实不失原则的应对,后者是“改变既有规则而谋取一己私利”。变通也不是变革,变革是创造性的,变通是一种保守和退步,是对规则的摧毁。变通是一种替代,是用私人的规则来取代公认的规则,变通并不是违法,而是违法的前奏,社会中违法犯罪率所呈现出来的统计分布,是以更为广泛的变通行为作为基础的。变通所违反和破坏的规则,不是具有外部强制性的纪律和法律。这些纪律和法律一旦被违反之后,当事者就应当受到处罚。如一名官员收受他人的礼品,如一名律师伪造了证据,他们都要因此受到处罚。而变通,所触犯的是些软规则,并不具有十分明显十分强硬的强制力,违规者所受到的只是舆论与道德的谴责。

笔者听到这样一则小故事。一位父亲去美国看望正上大学的女儿。某日,陪女儿去申请驾驶执照,需要在不同的窗口办理不同的手续。女儿站在第一窗口排队。父亲看见人多,便到第二窗口排起了队。未曾想,女儿坚决不许父亲这样做:“谁办手续谁排队,排完一队才能再排下一队。”父亲大惑不解:“难道在不影响他人的情况下也不能变通吗?”听了这则故事,我们就更能理解为什么海外国人会讥笑洋人的刻板呆傻,就更能透视国人在变通中的聪明才智。在国人的观念里,任何规则都是可以变通的。变通性甚至成了规则的内在规定性。每当出现意欲解决的矛盾时,人们的第一反应就是找出变通的办法。变通的故事弥漫在我们这个社会的每个角落,以至于笔者冥思多日也难于穷尽。对此,不若提出反问:在这个社会里,有哪种事情是不可以变通的呢?

其实,中国人原本是最讲“原则”的,你见过“不讲原则”的中国人吗?但是,不管原则多么坚硬,国人都善于把原则、规则包括法条化作任意揉搓的面团,塑造为自己喜欢的模样。交通违章的单子可以通过熟人被“销掉”;发票可以按照客户的意愿,想开多少开多少;所得税也未见得必须照交,那叫做“合理避税”。美国人讲究测谎,对偷税者进行心理测试,因为在那里,社会对人的诚信保持着高度敏感。但是在中国来说,这种方法就未必有什么用处,因为中国人对偷税这件事一点儿都不敏感,用上测谎器也未见得管用。



所谓的原则,在这里只有貌似权威的,它不过是你想成就某件事情的一个护身符。讲出原则之后,余下的就看你的变通能力了。国人有一种把原则拆拼重组、为我所用的能力。同一条原则,既可以成为公务中推阻搪塞对方的高尚借口,又可以成为庇护私利的坚固盾牌。变通的人把理想和信念看做是一片混沌,惟一真实可信的是利益。

变通,就是改换社会已经施行的规则,为己所用。不是为了进步而变革,也不是为了创新而改造,而是为了达成自我利益的权术。谋了私又不能没有原则,便需要变通的权术。于是就有了“端起碗来吃肉,放下筷子骂娘”,就有了“我反对腐败,但不拒绝腐败”。

在破坏秩序和规则的同时,“变通”破坏了更为根本的东西,就是对秩序的尊重,对他人的尊重,对价值的尊重。所有这些尊重在一己私利面前,变得无足轻重。

中国人尊重秩序吗?中国人是尊重秩序的,要不中国的历史能如此超稳定地延续下去吗?但这种尊重并不是很自觉,不是一种自在的尊重,而是需要外在强制性地约束,才会有秩序。否则,肯定是“一放就乱,一抓就死,再放还乱,再抓还死”。在屈从“大秩序”的同时,对“小秩序”的加以变通,对“大我”的侵蚀,就是对“小我”的包容。

中国人尊重谁呢?尊重的当然首先是熟人。因为,熟人的交往更容易变通。熟人找你是为了能够变通规则,而你愿为熟人办事是为了更容易得到回报,所有规则只有在熟人之间才可能做出无极限的翻新。在交往中,不论是在公务交往还是私人交往的排序上,生人总是排在熟人后面的。中国人恪守“关系产生利益”这一信条,“原则”只能讲给陌生人听,“原则”只能在陌生人之间才能遵守。遇到陌生人来办事,“原则”就和拒绝、生硬、推委没有区别了。而在陌生人看来,对方坚持这种“原则”,简直就无异于“刁难”。于是陌生人在初次交往中总要肉麻地称兄道弟,设法使自己尽快成为对方的熟人。在国家机关里,把局长叫老板,把处长叫大哥,是不是也在为将来的融通做情感上的沟通铺垫呢?在变通中篡改规则,成为熟人间交往所产生的一个直接恶果。可以认为,对“关系学”的研究,可以找出为什么“变通”这种现象能在中国大地上横行无忌的缘由所在。



曹操可谓是善于“变通”的代表，其“割发代首”被认为是“智慧”的体现。

于是，阳奉阴违、媚上瞒下、自由主义之风就在所难免了。

权力强化了变通。“官本位”的理念如此深入人心，不论做官的历程如何艰险，能当上一名“国家公务员”仍是大学生就业的首选目标之一。“学而优则仕”早已是根深蒂固的传统，而“仕欲优则学”（指为做官通过内部渠道拿文凭）本质上是为日后升迁积累资本。无权者以变通来借助权力，有权者在权势的庇护下，越轨所付的风险锐减。

在理论上的变通，是对理论做出的一种利己的解释。在这种变通中，寻章摘句、断章取义成为一种论辩和反驳的技巧。特别是在缺乏论争和证伪的学术氛围里，理论的精髓被无端抽取，可以为任何一方解说和使用，保守派和激进派都在使用同一种理论相互攻讦。即使是一种科学的理论，也可能因为这种变通，沦为双方争锋夺利的撒手锏。学术人为求得变通，不惜违背理性、羞辱斯文，把商场中的交易搬到学苑里来，不能不说是当代知识阶层的大悲哀。理论上的变通，实际上是价值观上的变通，而生活在一个没有恒定而又公认的价值评判体系的社会

中国人尊重权威吗？不，中国人并不习惯从科学和价值的层面上去尊重权威，而只是从权力上去“尊重”，这种“尊重”是虚伪的（奉劝诸位领导大可不必把下级的过度尊重当真）。正如台湾学者曾仕强所言：中国人“只惧怕权威，却从不崇拜权威”。对权威的理念，对智慧和业绩的尊重，远不如对权力的屈从。权威所具备的内在价值，并不能对社会生活产生实际的影响，而最能体现权威的只是那个怕人的外壳。权威的指令，在变通中蜕变成了“上有政策，下有对策”，变成了“你有千条妙计，我有一定之规”，变成了遍及各地各个机构中