

<<法学家茶座(第四辑)>>

图书基本信息

书名：<<法学家茶座(第四辑)>>

13位ISBN编号：9787209033527

10位ISBN编号：7209033521

出版时间：2004-2-1

出版时间：山东人民出版社

作者：宫本欣主编

版权说明：本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介，请支持正版图书。

更多资源请访问：<http://www.tushu007.com>

<<法学家茶座(第四辑)>>

书籍目录

[卷首语]何家弘 品茶与治学[法治漫谈]周振想 司法改革与时髦 湖舟 如何让人们“守法” 皮艺军 变通的中国人——法治困境的人文主义解析 叶青 法官：精英化与专家化的断想 王宝鸣 法官、招商引资与法治 黎永绿 管制·腐败·法律[法学札记]王利明 “饭碗法学”应当休矣 霍宪丹 我与法学教育[法苑随笔]梁治平 《民法草案》省思二则 米健 “乌纱”随想 卞建林 小议国人动粗情结 乔新生 由张五常先生惹官司想到的 谢鹏程 为暂缓不起诉辩护[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[身边法事]胡锦光 穿警服结婚及其他 李琦 为什么不应该施舍行乞者 王克先 且慢为判种“赔偿林”叫好 张军 从坐火车的“小故事”谈起 张晶 “关系犯”与“钱刑交易” 王欣新 “重点企业挂牌”的法律联想[域外法制]张乃根 域外法庭散记 陈伟 东来吉迪恩：一位改写美国司法制度的小人物 杨小强 我在印度学税法[聊斋闲话]熊秉元 救活以就死 刘大生 教授不是萨达姆——评某些高校教师考评制度 姚建龙 书生、农夫与狼 谭金土 一件法袍 赵中孚 忆解放前北平商家的经营与竞争[旁观者说]莫言 我与法律 卜利民 钟华友 “痴”者知深——何家弘印象[名师剪影]杨立新 怀念我的法学入门导师王士奇先生[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》 朱伟一 美国人的一大发明：利用小说讲法 陈忠诚 迟到的“强奸”信息[何博士信箱] 读者来信二封

## &lt;&lt;法学家茶座(第四辑)&gt;&gt;

## 章节摘录

书摘 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：“难道在不影响他人酌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，就更能透悉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，为已所用。

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”。

## &lt;&lt;法学家茶座(第四辑)&gt;&gt;

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。

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的“土政策”。

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里，追求精神生活的价值定位就变得格外艰难。

理论丧失了本性，便很容易沦落成为一个任意被人玩弄的风尘女。

心理学认为，人都有想支配他人的欲望，这种欲望如果不加以节制和疏导，任其膨胀，就会成为一种危害他人和社会的恶行。

同样的道理，政府有了公共权力后，也有一种什么都想管的冲动，有时候甚至显得狂妄，天上、地下、空气都想管一管。

看看现状，每个人出生后，从摇篮到坟墓，无不打上了政府管制的烙印。

这个要立法，那个该审批，东边要许可，西边需办证，最近某地政府规定开办筵席50桌以上必须要经过审批，连卖馒头也要成立个“馒头办”来管一管。

市场经济快成“管制经济”了。

笔者作为一名律师，仅以政府对律师行业的管制为例来对“管制经济”进行一番剖析。

本来，现行《律师法》明文规定，律师执业应当取得律师资格和执业证书。

然而，事情远非你想像的那么容易，当你取得了律师资格和执业证书后，还有更多的痛苦和困难等着你呢。

你要从事证券法律业务吗？你必须取得司法部会同证监会核发的从事证券法律业务的资格证书。

你要从事商标、专利代理法律业务吗？对不起，你必须取得商标、专利代理人资格证书。

你要从事基本建设大中型项目招投标法律业务吗？对不起，你必须参加司法部、国家计委的培训机构举办的相关培训，考证合格后方可从事该项业务。

你要从事集体科技企业产权界定法律业务吗？

## &lt;&lt;法学家茶座(第四辑)&gt;&gt;

你必须取得国家科委和国有资产管理局联合委员会颁发的资格证书……凡此种种管制，已经愈演愈烈。

恐怕所有的这些管制都有一套冠冕堂皇的理由：为了规范法律服务市场，为了保障公众利益，为了促进法律服务专业分工……其实，只要认真一分析，便会发现这些管制行为是站不住脚的。

首先，这些规定有违法的嫌疑，因为《律师法》本身并没有对律师的执业范围作具体和特定的限制，而以上对律师业务的限制要么出自行政法规，要么出自部门规章，它们与全国人大常委会通过的《律师法》相抵触。

其次，这种限制不但不利于律师行业的分工，反而可能妨碍律师行业的专业化发展，因为个人较专业化地从事某一项或某几项业务，是根据其客户状况、知识经验乃至兴趣决定的，优胜劣汰的市场法则会让那些业务能力不强、专业知识不精的律师最终被淘汰，所以，律师的专业化发展是市场需求的结果而不是行政管制的结果。

相反，由于有了诸多管制，许多从业资格成为一种稀缺资源，一种可用来直接赢利的工具——例如在证券业中，就出现过出借从业资格，做业务的律师不署名，署名的律师不做具体业务的怪现象。

第三，假设上述诸多管制的理由成立的话，恐怕不久的将来很快就会出现“企业产权重组并购法律业务从业许可”、“政府采购法律业务从业资格”、“刑事辩护法律业务资格证书”等等，真是许可证满天飞了。

因为这些业务同样应该规范，同样应该管理，也同样重要嘛。

这就好像你好不容易买了一张票进公园，然而里面的每一个小景点又要收一次费一样，让你沮丧，让你难堪。

有了管制，便有权力介入；有了权力介入，便容易滋生腐败寻租行为。

经济学家张五常曾一针见血地指出：“没有政府管制或调控就不会存在腐败，实施和维持许多管制和调控，其实只有一个真实意图，那就是为腐败大开方便之门……”印度就曾因为政府对市场活动实施超级管制，样样要许可、事事要审批而臭名昭著，结果，管制官员大贪其污，社会腐败贿赂简直被制度化了，逢单你来，逢双我上，轮流坐庄。

如果我们要走市场经济之路，却又要让政府过左审右批的瘾，这就是原汁原味的“印度道路”了。

政府应该扮演好自己的角色，在市场经济条件下，政府应该把职能转变到经济调节(主要运用法律、行政和经济手段间接调控而不是直接干预)、市场监管、社会管理和公共服务上来，打破“万能政府”的神话，消除什么都想管一管的思维定势。

能用市场机制代替的管制要通过市场机制来运作；能够用中介组织完成的事项，要逐步转为中介服务；能够用行业规范的，尽可能完善行业规范。

政府不要一味地为自己过多管制寻找理由，因为这些理由是经不起推敲的，记得郑州“馒头办”在被撤销以前，有位当地官员大谈成立“馒头办”的重要性，其实，只要稍稍思考一下，如果那位官员的理由成立的话，那么成立“包子办”、“饺子办”、“麻花办”等等也应该理直气壮，因为它们同样也应该管理：也应该规范，但有这个必要吗？配合民法草案的公布，也为了呼应上述观点，有记者在一篇相关报道中引述了北京一位法官的话说：“《民法通则》确实太过于原则了，表面看起来给了我们法官很大的自由裁量权，但其实让我们的工作很被动，因为你难以让当事人服气。

法律的细化是对法官的一种保护，能让法官的执法更加透明，更加具有权威。

”同一篇报道还记述了这位法官处理的两个案子，用以证明其所言不虛。

不过，这两桩案子让人想到的更多。

在第一个案子里，法官在“缺乏明确的法律依据”的情况下，为充分保护案件当事人的权利，根据案件的特殊性，判令侵权方对其予以超出普通赔偿标准的补偿。

两天后看到公布的民法草案，这位法官才知道她的这种做法暗合草案的精神。

另一个案件的情形相反。

法官因为受法律的限制，未能使被侵权的一方当事人得到根据《民法草案》的规定为适当的赔偿，所以这位法官在接受记者采访时说，如果《民法通则》或者过去的司法解释里就有这样的规定，这个案子可能就会是另一个结果。

这两个案子说明的情形并不相同。

## &lt;&lt;法学家茶座(第四辑)&gt;&gt;

在后一个案子里，法官似乎倾向于“另一个结果”（一个可能更公平合理的结果），而这“另一个结果”，之所以没有出现，并不是因为一般地“缺乏明确的法律依据”，而是因为缺乏有利于这种结果的法律依据。

换言之，这里涉及的与其说是“法律依据”之有无，毋宁说是已有的“法律依据”的合理与否。从法官的言论中我们还可以得出一个结论，即通过改变某个法律来改变结果其实与要不要制定民法典无关，通过司法解释或修改现行法律或者其他办法也能够做到这一点。

比较起来，前一个案子似乎更切题。

因为法官做出的判决不但超出常例，而且“缺乏明确的法律依据”但有意思的是，“缺乏明确的法律依据”并没有妨碍法官最终作出一个好的判决。

我所谓“好”的判决，指的是（至少相对而言）公正的、健全的、合乎常识的判决，而这判决显然并不违反法律。

因为法官所根据的虽然不是“明确的法律依据”，却可能是常识、健全的判断、法律的原则或者相关学理等。

自然，这样说并不意味着有没有“明确的法律依据”在立法和司法方面全都无关紧要。

大家都同意说，完备的法律比不完备的法律好，有明确的法律依据比缺乏明确的法律依据好。

但什么算是“完备的法律”，“明确的法律依据”指的又是什么？典型的近代法典如法国和德国的民法典，都称得上是。

“完备的法律”。

它们的制定者都想用一部包罗万象的法典去规范社会生活，希望事事都有“明确的法律依据”，这样既可以把整个社会纳入法律的框架，也可以约束法官的行为，确保其履行适用法律的职责。

不过，这种期许很快就落了空。

首先，法典一旦制成，便或早或晚、或多或少地脱离于实际的社会生活，而造成“缺乏明确的法律依据”的问题。

其次，生活无片刻止息，法律也不能停止运作。

在通过立法填补法律上的空白之前，法官必须运用其专业知识和实践智慧拾遗补阙，履行裁判职责。

只不过，这时法官之所为便不只是机械、被动地适用法律，而是对法律的创造性解释和运用了。

最后，法典通常都包含有一般性条款，这些条款没有内容上的具体指涉，就此而言不能算是“明确的法律依据”，但它们为法官的自由裁量活动提供了“明确的法律依据”。

可见，“完备的法律”和“明确的法律依据”都是相对的概念，通过制定“完备的法律”和提供“明确的法律依据”来指导和控制法官的活动，堵塞法律漏洞进而减少司法不公正现象等，其意义也十分有限。

要改善法律制度，提高司法活动的质量，加强司法公正，必须注意立法（更不必说法典）以外的许多因素和环节，否则，我们就可能不只是夸大了制定法典的意义，而且忽略了一些同样重要甚至更加重要的问题和问题的方面。

……

<<法学家茶座(第四辑)>>

媒体关注与评论

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：一日闻香，二日品味，三日悟道。

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

## <<法学家茶座(第四辑)>>

### 编辑推荐

《法学家茶座》虽然推出的时间不算太长，但是已经在国内产生了相当的影响，可以说是“叫好又叫座”。

这其中，既离不开众多作者的大力支持，更离不开广大读者的一片厚爱。

《茶座》推出后，编辑部经常收到热心读者的来信，很多读者朋友给予《茶座》很高的评价，还有一些读者朋友向我们提出了意见和建议。

对于所有这些支持和关注《茶座》的朋友，我们始终心存感激：无论是您的鼓励还是鞭策，无论是您的意见还是建议，都将成为我们进一步办好《茶座》的巨大动力。

《社会学家茶座》是一本以社会学知识分子为读者对象的学术论文著作。

以刊载论文为主，内容包罗万象。

汇集何家弘、梁治平、刘桂明、张明楷、孙笑侠、陈兴良、信春鹰等等一大批名流学者的美文佳作。

他们将所思所感述逐笔端，奉献给广大读者。

本书内容丰富精彩，具有较高的知识性及可读性，是您极佳的学术读物。

<<法学家茶座(第四辑)>>

版权说明

本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介, 请支持正版图书。

更多资源请访问:<http://www.tushu007.com>