

从“潜规则”的中国到法治宪政中国 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/483/2021\\_2022\\_\\_E4\\_BB\\_8E\\_E2\\_80\\_9C\\_E6\\_BD\\_9C\\_E8\\_c122\\_483725.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E4_BB_8E_E2_80_9C_E6_BD_9C_E8_c122_483725.htm)

从“潜规则”的中国到法治宪政中国兼谈律师在转型社会中的价值?お?一、“潜规则”与近代中国的落后?? “潜规则”一词是吴思先生的发明。为了完整地准确理解潜规则的定义，我们先看看吴思先生在他的《潜规则中国历史中的真实游戏》一书中对潜规则一词的解释。吴思在该书的内篇首页中写道：“在中国历史上的帝国时代，官吏集团极为引人注目。这个社会集团垄断了暴力，掌握着法律，控制了巨额的人力物力，它的所作所为在很大程度上决定着社会的命运。对于这个擅长舞文弄墨的集团，要撇开它的自我吹嘘和堂皇表白才能发现其本来面目。在仔细揣摩了一些历史人物和事件之后，我发现支配这个集团行为的东西，经常与他们宣称遵循的那些规则相去甚远。真正支配这个集团行为的东西，在更大程度上是非常现实的利害计算。这种利害计算的结果和趋利避害抉择的反复出现和长期稳定性，构成了一套潜在的规矩，形成了许多本集团内部和各集团之间在打交道的时候长期遵循的潜规则。这是一些未必成文却很有约束力的规矩。我找不到合适的名词，姑且称之为潜规则。”吴思先生在他的《崇祯死弯》一文中写道：“理解中国历史和国情的关键，恰恰是在于搞清楚隐蔽在漂亮文章下边的实际利害格局。没有这种利害格局的保障，那些规定不过是表达了政府的善良愿望或者骗人唬人的企图。”在潜规则支配下的社会里，人们（特别是官僚阶层）对“获利能力”（即造福的权力或能力）的向往远

不如对“伤害能力”（又称之为“合法伤害权”，中国传统社会无所不在的特权专横、权力“设租”和“寻租”就是其中最为明显的表象之一）的向往。??“合法伤害权”是理解“潜规则”的切口，吴思先生在该书中讲了一个县太爷如何断案的故事。案情稍有模糊，这些官僚就有很大的选择空间（自由裁量权），可杀可放，可轻可重，“官断十条路”，想怎么处理就怎么处理。吴思在书中还复述了明代重臣张居正讲的一个故事（大官因怕小官而被迫贿赂小官的故事），说“大官怕小官”并不是大官指望从小官那里捞取什么好处，而是怕他们加害自己。人们从此会发现“合法”地制造麻烦及为害他人的权力（能力）都是很值钱的，在现实中也实实在在地被卖着大价钱，吴思先生称之为“合法伤害权”。在那个年代里，对暴力的掌控是权力最终最原始的来源，“合法伤害权”不过是对合法暴力的合法应用。各个社会集团以及各集团内部，就是根据“加害能力”分肥的，各种资源也是追随着这种能力流动的，“造福的权力（能力）”反倒在其次。“合法伤害权”可以说是一个能帮助我们洞察隐秘和真相的词，借助这个词，很多难以理解的现象顿时了然。“合法伤害权”威力巨大，成本低廉，人们几乎可以无中生有、凭空攫取利益，相比之下，“造福的权力（能力）”却有限得多。马基雅维利说过这样的话，施恩能不能得到回报，取决于受益者的良心，而施恩者无法控制受益者的良心；加害者则可以单方面控制局面，因为“加害”只须依赖对方的恐惧，任何人都有恐惧，但不是任何人都有良心。因此，“合法伤害权”对中国传统社会和历史的实际运行影响深远，也是“潜规则”形成的根据。??将“合法伤害权”用到平

头百姓身上，其影响和意义可以说是极为惊心动魄的。吴思先生替那些上访告状的清朝百姓算过几笔账，为了告掉强加在自己身上的乱收费，究竟要冒多大的风险，付出多高的代价，胜算又有几何？另一方面即反过来，官吏们敲诈勒索，收取苛捐杂税，乱收费，一旦被百姓告倒又有多大风险、多大损失？结论是：当冤大头是老百姓最合算的选择，而当贪官污吏则是官吏们最合算的选择。这个结论几乎不可思议，但这就是客观现实！这不是道德问题，而是由“利害格局”决定的。这种利害格局又进一步决定了挤进官场的“利润”很高，于是我们就看到无法遏止的官僚集团的膨胀现象。吴思在该书中举了这样一个例子：朱元璋时代，各县官、吏的正式编制也就20来人左右，充当衙役属于民间的无偿劳役，不过得点伙食补助。但是因为衙役拥有“合法伤害权”，反而成了需要钻营甚至花钱购买的身份，以至衙役的队伍迅速膨胀，衙役下面还有衙役的助手和临时工；于是朱元璋做过这样一个统计：松江府有1350名在官场上钻营的市井之徒，他们在官场帮闲，一个牢子的名目下边另还有正牢子、小牢子、野牢子、帮虎等许多角色。从此不难看出，正式规定与实际运行的潜规则实在是天壤之别，如此愈演愈烈的结果直至“十羊九牧”，将羊吃绝种，“食肉动物”不久也将会随之绝种。显然，“合法伤害权”现实的最大受益者是整个官僚集团（而不是皇帝），而最大的受害者则是最基层最广大的农民。如果拿现代工商社会打比方的话，那么最大的受益者不是老板而是经理层，而最大的受害者则是股东或者说消费者群体。最后，吴思以严密的逻辑论证了近代中国落后于西方列强是因为“暴力赋敛集团直接控制下的暴力，敌不

过福利生产集团控制下的暴力”，实际上也就是说，当初潜规则主导下的中国社会是一个缺乏财产安全和秩序的社会，当时人们对“获利能力”的向往远不如对“伤害能力”的向往，其社会生产力发展速度最终敌不过更鼓励“获利能力”的福利生产集团控制下的近代西方列强社会的发展速度，因此面对西方列强的到来近代中国只有被挨打的份。?? 吴思先生的上述分析论证是很有说服力的。本文试图想在吴思先生观点的基础上进一步引申发挥一下。在我看来，中国近代社会在潜规则主导下，其社会分工和交换不如在近代西方列强社会的社会分工和交换受到更多的鼓励和制度保障，也就是说，前者鼓励的是“掠夺”，后者更鼓励的是“创造”（“获利能力”，或者说“做大蛋糕”的能力，“帕累托改进”就是其表现之一）。我们不难明白，一个社会文明的日益进步的历史实际上就是社会分工和交换日益发展的历史，社会分工和交换的深度和广度在某种意义上讲就是文明的标尺，一个自觉或不自觉地重视鼓励分工和交换的社会比一个不自觉甚至阻碍社会分工和交换的社会更能推动文明的进步和增加人们的福祉。换一个角度讲，在潜规则主导下，人们更多的是“零和游戏”和“负和游戏”，而在一个鼓励“创造”（“获利能力”）的社会里，人们更多的是“正和游戏”。为什么西方列强社会里有更多的“正和游戏”呢？我认为在很大程度上而言是因为西方列强国内拥有法治宪政基础，在“公权受约束、私权有保障”的法治宪政社会里，人们对将来生活有比较稳定的良性预期，人权、产权有保障，社会分工和交换在“看不见的手”的指引下日益深化和频繁，人们的创新精神得到充分的发挥，从而社会财富和国家财富都得

以积累和增长。而相反，在潜规则主导下的近代中国社会，私权不但没有保障，公权也没有边界（政府是权力无边的“无限政府”，而不是审慎而克制的“有限政府”），人们对将来生活缺乏比较稳定的良性预期，即使作为在潜规则社会里的既得利益者的强势人物对自己的命运（包括其后代）都无法把握，将来对他们来说也充满了“不确定性”（这样的例子无论现实和历史都是比比皆是，我们早已见惯不惊了），人们的行为大多是短期性和投机性的，只有短视的“种草”的热情，而没有对未来充满希望的“种树”的积极性，这样的社会里充满了大量的内耗和浪费，社会即使有进步也是极为缓慢的，因而整个社会也只好蹒跚地在历史的路程上走着周而复始的弯路。因此可以说，正是“潜规则”的恶果造就了近代中国远远落后于西方列强。

## 二、选择法治宪政中国，就是选择繁荣中国

在某种程度上而言，潜规则是以“乡土社会”为土壤的，而法治宪政是与“工商社会”联系在一起的。在潜规则主导下，“乡土社会”的中国也一直难以向“工商社会”转型，在世界范围内中国也由先进的汉唐变成落后的明清，但近代以来在欧风美雨的吹拂洗礼（或者说在欧美列强的船坚炮利的逼迫）下，“工商社会”的影子在中国也日益显形，法治宪政在中国也有了些“种子”。在中国救亡图存的年代（指从鸦片战争到上个世纪中叶），动乱的中国无暇建立工商社会以及与之相适应的法治规则，新中国建立后也只稳定了短暂的一段时间，中国又陷入了长久的政治动荡之中（当然在国家的强力推动下，在广大中国的土地上也建立了薄薄的一层工业化基础）。到上个世纪七十年代末开始的改革开放，中国才渐渐逐步稳定地建立一个工商

社会，随着在新的技术革命特别是信息技术革命的推动下，经济全球化势不可挡，中国的“入世”，也就更进一步在更深程度上融入了世界经济全球化的轨道进程，其实质就是加入了一个全球工商社会。工商社会里的市场经济所必然要求的公平竞争的基本原则决定着它与任何形式的“特权”（潜规则社会最明显的特征之一）存在着天然的不可调和的冲突，而要建立一个可持续发展的工商社会，没有法治宪政制度为基础是不可思议的。??历史已经反复证明，一个社会，特别是工商社会，没有个人自由和个人财产权利的充分保障是不可能持续发展的。法治宪政制度理论就是为充分保障个人自由和个人财产权利而建立的。建立政府和供养官吏的目的最终应是为了保障公民权利，而不是其他，因为任何社会利益都是要最终还原为公民个人利益的。法治宪政制度的本质更多的是“治官府官吏”的，而不是“治民”的，因为个人的坑蒙拐骗比政府的坑蒙拐骗危害远远要小得多。就现实而言，没有法治宪政制度来约束政府权力的滥用，已成为中国传统社会向前发展的“瓶颈”。历史经验和常识都告诉我们，一个权力不受约束的政府大概是不太会有兴趣自动限制自己的权力的（这就是被霍布斯称之为“利维坦”的庞然大物式的政府，它迟早会吞噬一切，包括“市场经济”）；中国历代王朝作乱的，从来就不是那些只求基本生存权和劳动权的农民，而是那些胡作非为、鱼肉百姓的官吏，结果是官逼民反。??从人性的角度讲，法治宪政制度的存在是以人性的缺陷（人性之恶）为前提，同时又是对人性缺陷予以遏制的明智选择。所以西方人老是说“总统是靠不住的”。就连非法律专业出身的林语堂先生在他的著名的《中国人》一书中

也说过这样的话：“制定一部‘宪法’的前提是认为我们的统治者可能是一些无赖、骗子和窃贼。他们可能会滥用职权，侵犯我们的‘权利’。于是我们依靠宪法来保护我们的权利。”我们伟大的鲁迅先生也时刻提醒着我们要“不惮以最坏的恶意来推测中国人”，不要被虚假的表象所迷惑，不要忘记那些远远还没有克服的劣根性。??“因为人性是邪恶的，所以法治是必须的，因为人性是善良的，所以法治是可能的。”《联邦党人文集》可以说在一定程度上道出了人性的真相：“因为人类有某种程度的劣根性，需要有某种程度的慎重和不信任。但是，人类本性中还有其他品质，证明某种尊重和信任是正确的。”法治宪政的治国之术（或者说这种制度选择）实际上就是建立在上述人性认识基础之上的。??近现代各国的社会发展历史证明，经济增长和社会持续繁荣是一个制度机制的选择问题（当然这里的制度不仅仅是一个制度，而是一套制度，一套相辅相成的制度）。制度经济学也认为，人类经济发展的历史充分证明，对经济增长起决定作用的因素是制度因素而非技术因素。“在现代全球经济下，繁荣是一国自己的选择，竞争力的大小，也不再由先天继承的自然条件所决定。如果一国选择了有利于生产率增长的政策、法律和体制.....则它选择了繁荣。与之相反.....也就选择了贫穷（管理学者迈克尔波特语）。”在我看来，法治宪政制度的选择是最基础的制度选择，没有法治宪政制度的选择，仅有其他的制度选择都是“在沙滩上建造的大楼”，即都是没有根基的，迟早是要坍塌的。??繁荣富强是我们民族长久以来的梦想，多灾多难的中国好不容易走到今天，我们没有理由再一次失去选择法治宪政制度从而兴旺发达跻身世

界强国的机会。?? 因此如果说尊重人性客观现实是我们制度选择的前提条件，繁荣富强是我们的目标和理想，那么选择法治宪政制度就是我们通向未来繁荣的必由之路。?? 所以，选择法治宪政中国，就是选择繁荣中国。?? 三、“潜规则”中国向法治宪政中国转型的意义?? 在我看来，中国由“乡土社会”向“工商社会”转型的过程在某种意义上讲即是一个从“潜规则”社会自觉或不自觉地向法治宪政社会艰难转型的过程（以下简称为“转型”）。中共十五大以来，“依法治国”方略的明确确立，实际上确认了选择通过法治宪政制度的方式来发展振兴中国，以实现中华民族的伟大复兴，从而结束了中国历代仁人志士在盲目或者说黑暗中探索中国发展富强之路的历史。?? 由“潜规则”社会向法治宪政社会转型将彻底根本改变中国人民方方面面生活的生态状况，而且这也是中国人民渴望已久的生活鲜有腐败，拥有更多心灵的自由，对未来充满希望，对将来有稳定的预期。?? 对过去历代王朝，著名学者王亚南先生曾有“中国一部二十四史实是一部贪污史”之说。目前中国泛滥成灾的腐败现象并不是偶然的，可以说是原潜规则主导下传统社会的历史遗留产物。简单地说，腐败就是拿公权谋私利，公权的滥用是腐败的根源，而就传统的中国社会而言腐败也是社会公共政治活动泛道德主义的必然伴生物（更准确地说是制度缺陷的产物，而不是当事者的道德水平的问题）。?? 因此，想通过提高当事者道德水平入手解决腐败问题可以说是缘木求鱼，这也实际上是政治无能或者说缺乏政治技术（撇开自然正义价值而论，法治宪政制度实际上又是一种政治技术选择，或者说是人类多次“试错”及试验实践后的“技术成果”）的可怜表现



。针对中国传统社会政治技术与道德之间脱节的现象，美国华裔学者在其有名的《万历十五年》一书中以雄辩精辟的语言写道：“一个具有高度行政效率的政府，具备体制上的周密，则不致接二连三地在紧急情况下依赖于道德观念作救命的符录。说得严重一点，后者已不是好现象，而是组织机构违反时代，不能在复杂的社会中推陈出新的结果。这种局面不打破，文官的双重性格发展得越来越明显。这也是精神与物质的分离。一方面，这些熟读经史的人以仁义道德相标榜，以发挥治国平天下的抱负为国家服务，以自我牺牲自许；一方面，体制上又存在那么多的罅隙，给这些人那么强烈的诱惑。”古今中外无数血的教训告诉人们，离开了法律对人们行为的约束，离开法律对“公权”的规范，道德原则在当权者心目中虽然不能说什么都不是，但往往是苍白无力的。

?? 没有法治宪政作为立国治国的基础，遏制腐败现象的蔓延不仅是不可能的，道德政治不分，“双重人格”作为众多人不得已的自利选择，而且这还严重伤害了国人的身心健康。在我看来，不仅官僚阶层的“双重人格”普遍存在，就连普通大众也或多或少存在着“双重人格”的侵扰，造就了大多数国人普遍的身心疲惫以及社会普遍的虚伪，进而全社会为此付出了极大的“交易成本”和资源浪费，这不但是对国人心灵健康的致命伤害，而且反过来也对社会的全面发展造成了极大的阻碍。我想，这不仅仅是我一个人的感受和观察所得吧！雨果说：“人并不是只有一个圆心的圆圈；它是一个有两个焦点的椭圆形。事物是一个点，思想是另一个点。”而我想，传统中国人则可能是有“三个”焦点的椭圆形，因为表面上（即正式规定上）有一套思想准则，内心及实际

行动上还另“潜藏”有一套，活得多累啊！??在我看来，建立一个法治宪政社会其最根本价值在于为全体国民提供一个公正而长久的稳定预期。潜规则主导下的社会，无论是既得利益者还是“草民”（在“潜规则”社会里，没有真正的“公民”，要么是官僚，要么是草民），他们的预期都是不可能是长久的（大大小小的官僚之间及其与草民之间“吃”与“被吃”的关系是不可能长期稳定的），因为潜规则是不公正的（即是不符合自然正义原则的，有关自然正义卢梭、洛克、孟德斯鸠等有许多经典的论证和表述），而“不公正对谁都是一种威胁”，因此潜规则主导下的社会稳定只是短暂的平衡和妥协，随时都有可能被打破，人们对将来不可能有长久的稳定预期，中国历代王朝频繁进行的兴衰更替就是明证之一。而在一个法治宪政社会里，人权及产权都有相当程度的保障，人们即使对遥远的将来也都有相当稳定的预期，相信辛勤耕耘就总会有收获，“种豆可以得豆，种瓜可以得瓜”，人们的个性和智慧可以得到充分的展示和发挥，于是国民财富得以积累并增长迅速，整个社会也得以长期稳定地发展下去，对此英国社会的发展历史可以说就是一个恰到好处的注脚。??法治宪政社会是一个民主和程序化的社会，在那里一切社会和政治问题（包括改革中的制度变迁问题）均最终转化成为一个可以操作的法律技术问题，而不可能是你死我活的“阶级斗争”，我想这也就是人类社会长期以来孜孜以求的政治文明最根本的表现之一吧。??在一个没有真正法治和宪政的社会里，刘少奇式的悲剧和云南民警杜培武式的悲剧绝不是什么偶然的，所以不公正、不正义的事情对谁都是一种不义（利），没有谁可以永远侥幸，没有谁永远可

以在一个由更多“潜规则”主导、鲜有法治宪政规则主导的社会里长久保持成为永远的“赢家”。??四、律师在中国社会向法治宪政社会转型中的价值?? 律师在中国从传统社会向法治宪政社会中转型中将扮演什么角色呢?? 律师的使命是维护人权和正义，维护人权和正义也是法治宪政社会的目标。律师通过什么方式或者说途径实现自己的使命呢?北大的陈瑞华教授说其中一个途径是通过“提供法律服务”，另一个途径是“影响裁判”（见陈瑞华教授的演讲《律师的使命》，载于《法治的使命》一书）。?? 律师无论是“提供法律服务”的行为还是“影响裁判”的行为，如果真有价值的话，其存在的前提是主导社会和国家运行的是公开的法律而不是见不得天的“潜规则”。当事人寻求律师的帮助，关键是因为可以通过律师的执业行为，相当程度上能够达到可以预期的目标，可以产生一种相当程度上可以预期的结果，如果法律仅仅是写在纸上的一纸空文，“潜规则”大行其道，长官意志及各种无所不在的行政权力及其他特权等超越于法律之上，当事人需要的应是精通“潜规则”的大师，而不是熟悉法律的律师，否则律师的上述行为又有什么价值呢?陈瑞华教授在《律师的使命》的演讲中说得比较中肯：“律师职业有两个特点，一是行使权利的被动性和消极性；二是行使权利的依赖性，即律师的行为要有法律上后果必须依赖完善的司法保障。如果没有一个完善的司法制度做保障，要想律师在社会上充分发挥作用，简直是空谈。”?? 因此律师在中国传统社会向法治宪政社会转型中的价值作用依赖于一个基本相对完善的司法制度。而选择建立一个基本相对完善的司法制度则首先需要中国政治家们的政治远见，其次是全体中

国人民对此达成有相当程度的共识以及理解、配合等（其中作为中国人民的一部分的中国律师也只能起到积极配合的作用，但律师自己本身是无法直接选择的）。?? 大家都知道，律师的一切执业行为都是在法律的框架范围之内对于当事人由于不理解法律或检察官、由于职业特点容易忽略或遮掩的法律问题结合其他相关事实及规则决定是否加以展示并予以说服（有人称之为一种“请求权”）而已，“律师既不是魔鬼，也不是天使；既不代表邪恶，也不能代表正义，而只是通过司法程序的整体运作去实现正义和体现正义”，律师的任何执业行为都不会有“在即的明显危险”（clear and present danger），因此任何没有阴谋诡计以及没有怀揣任何见不得天的利益的人都不会或不应畏惧律师作用的全面发挥和展示。?? 律师的表面价值首先体现为一种“服务”，这与其他其他服务行业没有本质的区别，但律师更本质的价值是“在国家和个人之间，律师是作为一种独立的社会力量来介入的，律师的介入使国家和个人之间打开一扇天窗，使得社会力量、社会角色、社会职业能够介入进来，以相对客观和中立的立场维护当事人的合法权益，使法律规定的当事人合法权益得到实现，使当事人的权利救济得以实现”。也就是说，律师在刑事诉讼、行政诉讼以及我们期待中的宪法诉讼中更能特别体现出律师存在的价值“挑战权力”、“为权利而斗争”。?? 前面已谈到，律师在中国传统社会向法治宪政社会转型中的价值作用依赖于一个基本相对完善的司法制度。在我看来，如果我们逐渐在私权领域树立尊重“契约自由”的观念、特别是在公权领域树立严格按照“正当程序”（due process）原则行事，让“潜规则”越来越少，可以见得天的

“显规则”越来越多，这就是渐渐在向一个“基本相对完善的司法制度”迈进，律师的价值就能日渐凸现出来。当然律师制度本身作为一国司法制度的重要组成部分，这也需要一国人民的远见卓识按照律师职业的本质特点（比如按照联合国《关于律师作用的基本原则》的相关规定精神）予以进行相应的制度设计安排，否则律师应有的作用和价值会大打折扣，是不能完全展现出来的，刘桂明先生的《救亡与图存：中国律师业面临的十大难题》一文所反映的也实际上就是这种尴尬现实。不言而喻，如果早日选择一个符合律师职业本质特点的律师制度，那将对中国早日建设成为一个真正法治宪政社会、特别是对目前的司法改革将起极大的推动作用。

?? 总而言之，在某种意义上而言，潜规则导致了近代中国社会的落后，人类历史发展到今天，无论从经验角度还是教训角度，人性现实以及中国强烈复兴和发展的欲望决定了法治宪政应该说是我们唯一的选择，我们也没有理由拒绝这种选择，也只有这种选择才能打造一个我们可以期待、可以拥有稳定预期的充满希望的未来。而在中国社会向法治宪政社会转型的过程中，中国律师价值的彰显依赖于我们律师制度的设计与安排日益符合律师及律师职业的本质特点。从“潜规则”的中国到宪政中国的转型过程就是律师的本质价值回归的进程，这个进程越快，宪政中国离我们就越近，我们民族伟大复兴的遥远梦想才就会日渐变成为我们看得见的现实。

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)