

季卫东:国家私营化的“怪味豆” PDF转换可能丢失图片或格式, 建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/485/2021\\_2022\\_\\_E5\\_AD\\_A3\\_E5\\_8D\\_AB\\_E4\\_B8\\_9C\\_\\_c122\\_485810.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E5_AD_A3_E5_8D_AB_E4_B8_9C__c122_485810.htm) 对临湘市副市长余斌“受贿扶贫”案，终审法院近日作出了维持有罪原判的裁定，引起了舆论的普遍关注。从刑事诉讼规则的角度来推敲此案，并没有什么需要特别质疑的地方。自古以来，中国人就深谙这样的道理：“私义行则乱”（《韩非饰邪》）、“人心之多私，而以法为公”（陈亮语）。不言而喻，即便是被告确实有以赃款行善事的私人义举，也只能作为量刑时减轻惩罚的参考材料，但无法改变确定罪名的法理根据。然而，民众对此案的不同反应，应该会让有关当局五味杂陈，如同品味一颗“怪味豆”。据新浪网问卷调查的结果，投票者当中大约有66%的人是同情被告的。网站上的短评，观点分歧很大，或者断定这个“贪官”不仅没有犯受贿罪，甚至还是目前难得的“清官”；或者觉得这个长期主管教育和政法的干部非常狡猾，已经预留逃避罪责的暗道机关。浏览着一篇篇网民跟贴，不禁联想起明朝末年朱之凭的人物分类----“隐恶扬善者，圣人也；好善恶恶者，贤人也；分别善恶无当者，庸人也；颠倒善恶以快谗谤者，小人也”（《在疚记》）。大概余斌觉得13亿神州大地到处行走的都是隐恶扬善、宽恕为怀的“圣人”，所以敢于相信自己不会被判有罪。从电脑虚拟空间的舆论倾向上看，倒也可以说他的乐观虽不中也，亦不远矣。主张余斌无罪的主要根据是：赃款用于扶贫或者其他公益，结果和主观动机都是好的。虽然个人也侵吞了一部分，但与其他在位高官的巧取豪夺相比却是“小巫见

大巫”，显得微不足道。何况官场潜规则导致在很多情况下个人几乎别无选择，不同流合污就会被同僚排挤出局，不参与买官卖官的食物链游戏就保不住乌纱帽，更别想指望加级进爵。本案被告以轻罪受罚实际上也是因坚持原则而遭到报复。如此等等，不一而足。在这里，更值得注意的与其说是具体判断的是非得失，毋宁说是上述论述中折射出来的群众性思维方式的基本特征----实质性价值判断高于法律程序，情境伦理高于普遍的社会正义。或许是因为久在鲍鱼之肆，连“圣人”以及“贤人”们对乡愿引起结构性腐败的气味也开始变得不那么嗅觉灵敏了。我们看到的是，一个中层官员在行使公共权力时私下收取“佣金”，在处理公共事务时支付来路不明的款项，只要这些钱大都用到正道上，解决了群众认为应该解决的问题，那就没有多少大惊小怪的了，甚至还被大家视之为德行善举。显然，这是一种结果指向的思路----为了目的可以不择手段、可以无视正当程序原则。而这个结果本身也不必是公共性的，只要某一部门的职工得到实惠、某些碰到实际困难的个人得到救济，关于资源处置的决定就可以正当化；至于分配是否公平、是否符合法律规定却很少被追问。即使有渎职行为，只要这个干部还心存恻隐、索取有度、部分利益能回馈社会，就成为“清官”、“好官”----当今的吾土吾民既然已经把对权力行为的评价标准以及公众的道德底线降低到如此程度，那么“圣人”与“庸人”的界限也就变得模糊不清了，“贤人”没准反倒被当做谗谤的“小人”甚至于遭到群起而攻之。作为法律研究者，我们更关注的还是制度问题。透过所谓“受贿扶贫”的荒唐事来看国家机构的制度化运作就会发现：在许多政府机关已经半

公开存在的“小金库”，基本上左右着财政开支的“领导批条”，一把手的控制力和声誉以能否谋取“单位福利”的绩效为基础，关系网资本主义经济与科层制非正式主义治理相结合的“黑箱操作”，诸如此类的习惯性做法和非正式规则，与“余斌现象”其实是一脉相承的，未必有什么本质上的区别。从另一层意义上看，余斌之所以自信无罪并能得到多数人同情，还由于他在政府不应缺席而缺席了的地方，也有声有色地扮演了国家全权代理人的角色。他的口头禅“取之于民，用之于民”，在政府行为的层面倒是蛮符合制度派经济学理论的基本命题的----公民通过纳税的方式向政府购买对人身和财产的保护及其他公共物品，并通过对财政预算等各种政府职能的民主监督来防止垄断了所有强制手段的政府滥用其权力。这意味着政府类似一套出售保护和正义的制度化装置，税率就是公共物品的标价。但是，由于缺乏民主监督的有效机制，政府乐于“取之于民”，却未必肯“用之于民”。当公民不能通过制度化渠道购买必要的公共服务或者按照分配正义的原则请求调整时，只好以贿赂的形式来获得----这是所有贪官都会承揽的交易。问题是，这种权钱交易不仅不能发挥调节贫富悬殊和部门差距的再分配功能，而且必然以损害公共利益为代价，以实现中饱私囊的目的，自然会引起民愤。而在“受贿扶贫”案中，被告余斌敛财有术，散财也有“道”。在多数贪官那里，帮助私人逃税成功的报酬及财政项下的税金剩余，都只是通过各种双向购买方式进行切割分享的甜瓜；但在余斌那里，行贿者可以在某种程度上私下得到第一种公共选择的模拟效果，弱势群体则可以在某种程度上私下得到第二种公共选择的模拟效果，多了一点“乡

与朝争治”（《管子权修》）含意上的化民为公。这也就难怪那些没有能力或没有意愿去行贿的老实人，禁不住为那个善解民意的聪明人鼓掌喝彩----虽然那甜脆的欢呼和赞扬声中难免夹杂着几许“被出卖却还帮着数钱”之类的辛酸，虽然自信无罪却被判罪的余斌本人也是满腹的委屈和无奈。但在制度不完备、政府经常缺席或错位状况中，除了公器私用与私器公用之外，人们究竟还有哪些其他手段可资采用呢？在相当程度上不妨把人们对余斌现象的褒奖作如下理解：既是对现状的不满发泄，也是对政府不作为的间接批评，还或多或少显示了对以制度化的方式发挥相关国家职能的翘首以待。这里的核心问题在于举国上下是否想清楚了，余斌的行为，实际上是在利用公权力受贿征税，然后在利益相关者的范围内，由他自主进行税制外的分红。这多少有些类似于国家征税然后利用税收进行公共服务。但是，在余斌这里，他一个人承担了类似国家的不同角色，等于一个官员就构成了一个拟人化的国家，国家职能变相私营化，或者国家本身的非正式私有化。因此，对于余斌案，我们需要问的是：我们究竟要，还是不要那么一个拟人化的、非正式私营的国家？如果答案是否定的，那么剩下的问题就是我们能，还是不能从余斌的无罪辩护词里也品味出些制度变革的灵感？作者为日本神户大学法学教授，本刊法学顾问 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)