

潜规则及其法治矫正探析^{〔*〕}

○王耀海¹, 盛 丰²

(1. 南京师范大学 法学院, 江苏 南京 210024

2 安徽省公安厅, 安徽 合肥 230061)

〔摘要〕“依法治国”要求法律即为规范社会行为之主要方式。作为一种滋生不正当利益的负面规则, 潜规则的出现与蔓延会削弱法治。潜规则是一种潜伏于显规则之下, 实际上支配行为主体行为方式的规则, 潜规则具有其自身的运行模式, 以谋求不正当利益为目的。法治视野下潜规则的产生既有历史原因、政治原因, 又有法律原因、利益原因以及社会原因。从法治建设的角度看, 通过法律公平分配利益、运用权力制衡压缩潜规则空间、增加交易成本, 能够削减潜规则的发生。

〔关键词〕潜规则; 利益对立; 权力私有; 法治; 权力制衡

当前, 各行各业都在不同程度上形成了自己的潜规则。作为一类自发形成的非正式规则, 潜规则的蔓延催生了越来越多的黑腐行为, 严重影响了社会的公平有序运行, 阻碍了法治社会的建设。因此, 我们有必要对潜规则加以认真分析和研究, 从而寻求应对之策。

一、潜规则及其运行

(一) 静态探究: 潜规则本体论

1. 潜规则的内涵探析

“潜规则”一词最早由吴思先生通过对中国历史的观察和揣摩得来。吴思先生认为: “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原则相去甚远。例如仁义道德, 忠君爱民,

作者简介: 王耀海, 南京师范大学法理学博士研究生; 盛丰, 安徽省公安厅经济犯罪侦查总队干部。

〔*〕国家社会科学基金项目 (07BFX002)。

清正廉明等等。真正支配这个集团行为的东西,在更大的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的抉择的反复出现和长期稳定性,分明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。”^{〔1〕}

吴思先生给潜规则的定义列出了五项要点:(1)潜规则是人们私下认可的行为约束;(2)这种行为约束,依据当事各方的造福或损害能力,在社会行为主体的互动中自发生成,可以使互动各方的冲突减少,交易成本降低;(3)所谓约束,就是行为越界必将招致报复,对这种利益后果的共识,强化了互动各方对彼此行为预期的稳定性;(4)这种在实际上得到遵从的规矩,背离了正义观念或正式制度的规定,侵犯了主流意识或正式制度所维护的利益,因此不得以隐蔽的形式存在,当事人对隐蔽形式本身也有明确的认可;(5)通过这种隐蔽,当事人将正式规则的代表屏蔽于局部互动之外,或者将代表拉入私下交易中,凭借这种私下的规则替换,获取正式规则所不能提供的利益。^{〔2〕}

结合上面吴思先生的分析,我们认为所谓的潜规则,即由社会利益互动中自发约定形成的,没有明文规定却在实际中起作用,能够均衡当事各方即利益供求双方不正当利益因而为当事人所遵循的非正式规则。

2 潜规则的特性

(1)非法性。与法律设定的行为模式截然相反,潜规则的功能之一是消解正式规则。就其内涵而言,潜规则所追求的是破坏秩序的自由、断失公平的自利、践踏平等的特权。在法治社会中,法律为我们规定了安定有序的利益获得途径,也就是资源流动要合法,而不正当利益的诞生,必然动荡相对稳定的法治秩序,是法律所不容的,故而潜规则有悖法理,具有非法性。

(2)不正当性。法律作为社会公认的行为规则,为人们提供正当利益的获得模式。而潜规则违背社会主流价值和法律要求,行为者们通过自己掌握的利益资源为筹码进行交易,通过非法行为途径而获得不正当利益。所以,潜规则项下的遵循者其目的在于追求不正当利益,其行为结果必然会滋生不正当利益。

(3)自然生发性。潜规则不是被施加或嵌入的,而是自发产生和实施的。它是在趋利避害性的深沉促动下和利益最大化获得倾向推动下,特定行为人根据自己的利益需要而主动追求实施的,一般要比人为制定的规则如法律更易于为人们所接受,具备很强的自发性。

(4)灵活适用性。潜规则不仅不需要遵循严格的制定或认可程序,而且能够根据现实情况的变化快速地作出相应的调整,与法律相比,潜规则的形成与适用更为简便和灵活。

(5)内隐性。潜规则之所以称其为“潜”,是因为潜规则具有极强的内隐性,其运行不是公开地进行,而是阴暗地进行。潜规则项下人们追求的是不正当利益,其本质上是一种恶的行为,有悖于社会主流价值要求,故而潜规则行为人不

愿意也不能将其公开,以免招致社会正式规则的惩罚。

(6)扩散性。潜规则的实质目的是为了谋利,交易双方最终的目的是为了利益的最大化或损失最小化。启用潜规则可以使得交易双方“减少冲突”并“降低交易成本”,其牟利的低风险和高效率使得潜规则极易为人们所认可并遵守,并且能在成功个例的示范效应推动下向社会加速扩散和渗透。

(7)排他性。在利益的驱使下,利益供求双方会在共同利益追求的推动下形成一个利益共同体。这个利益共同体为了其利益的安全,便会全力防范和抵制“圈”外的人来损伤或瓦解潜规则结构,以随时维护潜规则体系的正常运作,从而呈现出强烈的排他性。

(8)强约束性。利益相关性往往带给双方强烈的约束。从某种意义上说,由于潜规则关涉的利益关乎双方的直接利益获得,因而双方均应按照约定来行事,否则就会给自己带来名誉和利益上的损害。对违反潜规则的行为其惩罚力度往往要大于法律,一旦行为“越界”就会面临被驱逐出“圈”的危险,因而在其可以调控的范围内,潜规则能够发挥比法律更具约束力的规范作用。

(二)动态探究:潜规则运行论

1. 逻辑起点——行为默契。在潜规则行为中,不正当利益实现的同向性让潜规则行为双方主体选择同质行动。他们需有一个心理默契,各方都要心照不宣,才能实现彼此诉求。比如,甲为某刑事审判庭的法官,乙因故意伤害他人而被起诉,甲作为这起案件的主审法官,于是乙为寻求不被刑事法律制裁的消极利益,产生想与甲发生潜规则关系的心理,接着乙开始向甲发出潜规则要约——请甲吃饭。而在这个特定的时期被请吃饭,甲很明确就知道乙的意思,如果甲也为其能从乙行贿中而获得额外不正当利益而向乙的要约作出潜规则承诺,这就达成了他们共同潜规则的心理默契。

2. 逻辑中段——行为合同。在潜规则默契达成之后,双方要为潜规则行为进行对价谈判和利益评估,以决定自己如何行为以及行为所得。为了达到自己不正当的利益追求,必须对其所能支配的资源进行对价转换,最后达成一个实施潜规则的合同。而为了实施这个潜规则合同,双方都会对对方的资源占有和资源利用可能带来的利益回报进行评估。如果双方均认为对方的资源是自己需要的,而且对方出价是可以接受的,那么潜规则合同就告成立。

3. 逻辑结点——行为实现。在因默契接触和对价评估达成一致之后,就进入潜规则结果实现阶段,也是最为重要的成果阶段。通过双方的相互对价性行动,一个完整的潜规则行为最终实现。从行为实现阶段中,利益追求者付出自己的对价资源后,获得了利益提供者所提供的利益对价;而利益提供者本身也因其提供资源的行为获得了利益追求者所付出的利益对价。对于双方来说,各取所需,共同实现彼此的利益追求。

二、法治语境下潜规则的产生原因

(一) 潜规则产生的历史原因

中国几千年来,一直处于自然经济社会和儒家思想的统治之下。其中,国家私权力与公权力本身没有明显的界限,国家在人们的生产和生活中占据主导地位。法律从实质意义上来说只是维护国家权力的工具。在这样的一个社会政治架构和社会意识里面,个人更倾向于服从国家权力的安排,客观上导致我国传统法律文化中主仆型的义务本位文化氛围浓厚,缺乏对抗公权力和恪守私权利的权利观念。由于官员权力过大,权力专有使用,其结果就是在其权力所及范围之内,潜规则盛行。不论选拔官吏还是平常政务所及,均成为暗含不正当利益的潜规则生发的沃土。纵观中国几千年的历史,便会发现在封建社会早期就有潜规则的存在,延至明清时期,潜规则的表现形式竟然还有了正式的称呼:如逢年过节送红包,还有利用生日送礼,叫“三节两寿”;领导出差收受的红包,叫“程仪”;请官吏办事送的红包,叫“使费”;请中央各部批准什么东西,递上去的红包叫“部费”;而以三节两寿为首的所有这些花样,明清时统称为“官场陋规”。^[3]

(二) 潜规则产生的政治原因

就政治层面来看,政治权力运用最大化必然导致潜规则。权力所内涵的“合法伤害权”的存在是潜规则产生的根本原因。“合法伤害权”即掌权者可以倚仗其拥有的权力向别人施加由他操控的伤害,以期得到相应的利益。它的存在使掌权者即“供方”可以名正言顺地利用权力谋求不正当利益。由于“求方”没有更大的权力或者有效的权利对抗“供方”的权力逼迫,只好追求利益损失的最小化。这样“求方”会想方设法与“供方”协商,形成一种彼此都满意的行为模式即潜规则行为合同。

具体来说,我国虽然立法、行政、司法都有其各自的权限划分和工作职责,但由于我国宪政自身的不完善或非实质,不仅掌权者的伤害权没有受到限制,而且没有切实可行的供被伤害者进行反抗申诉的合法途径。这样,对权力本身的制约有限,而“一切有权力的人都容易滥用权力,这是万古不变的一条经验”^[4],权力滥用的结果,就是无法阻止利益供求双方为了利益而自发生成潜规则。

(三) 潜规则产生的法律原因

法律是国家认可和保证实施的社会规则,对社会秩序化有着主要的推动作用,但法律本身也有着自己的局限性,这使得法律在发挥作用的时候也有不足之处。首先,法律具有相对滞后性,法律很难及时而灵活地面对社会生活的新变化;其次,由于立法者的有限理性始终存在,使得法律总是会存在漏洞甚或空白;再次,法律作为一个主观客观化的产物,无法自我实现,需要有一个实施机制才能被实施,一旦实施机制本身不健全,法律就可能在实现中被虚置。当法律无法克服自身缺陷或现行法律存在漏洞时,约束和监督不够的权力就会被用来私人化地追求最大利益,从而生发潜规则行为。

当前中国处于转型时期,“社会呈现一种‘多元混合秩序’的现实状况。这个时期的社会必然是显规则与潜规则共同发挥作用的互动社会”。^[5]现实社会中客观上存在着因法律缺陷和法律空白而不能适应现状及社会需求的情形。

(四) 潜规则产生的利益原因

正如马克思所说,“人们奋斗所争取的一切,都与他们的利益有关”。^[6]从古至今,人们总要争夺有限资源以更多地满足自我需求。人们争夺资源,其表现形式就是对各种利益的追逐。从根本的意义上讲,由于物质资源稀缺性的存在和每个人的分配机会的不同,即使通过法律分配机制的运作,不同主体的利益分配也必定不均衡。因而,在通过法律正当途径无法满足自我利益最大化追求的时候,人们就会追逐非正当获利机会,不正当利益的途径和追求此路径的潜规则倾向便被激发出来,从而行为主体寻求破坏法律为社会设定好的利益分配秩序,形成潜规则带来的利益。

另外,潜规则双方完成供需交易的成本比较低也导致人们更倾向于选择潜规则。美国经济分析学家波斯纳认为,各种法律对行为产生影响的主要因素是交易成本。^[7]而在寻求利益的过程中,启用潜规则要比启用法律的交易成本低。第一,启用潜规则,可以使人们所期望的最大利益得以实现。第二,启用潜规则,能够节约成本。第三,启用潜规则,能够降低损耗。

(五) 潜规则发生的社会原因

潜规则作为一种影响许多人行为取向的一种规则,潜规则的发生还有其社会原因。总体来说,就是潜规则成功个例示范效应推动潜规则的加速扩散。任何一个行为都具有社会示范功能,而且成功的行为会更容易使人们效仿。每一个成功的潜规则行为都会使相对空间内的社会资源重新分配,潜规则行为人正是通过对社会资源的非法获取而满足自己的不正当利益。其后果是,在示范效应和时机恐惧的共同推动下,潜规则倾向加速扩散,其他观望者的潜规则倾向也被激发出来,开始积极利用各种资源去求得所谓的效率更大的利益,以致最后潜规则行为充斥社会。

三、潜规则的法治矫正

潜规则行为与法治的要求截然相反,潜规则的存在严重破坏和阻碍了法治社会的建设,鉴于二者的对立关系,必须运用法治矫正潜规则。

(一) 运用法治平衡利益分配

1. 坚定立法立场。每个制度都反映一定的阶级立场,法律也一样,马克思主义认为法律具有阶级性。资本主义法律维护资产阶级的利益,社会主义法律是人民的法律,从根本上维护人民大众的利益。从对法的理解上分析,“我们可以把法定义为:法是由国家制定、认可并由国家保证实施的、反映由特定物质条件所决定的统治阶级(或人民)意志,以权利义务为内容,以确认、保护和发展统治阶级(或人民)所期望的社会关系、社会秩序和社会发展目标为目的的行为规范

体系。”^[8]由此可知,我们的立法立场,当然也是维护人民群众的根本利益,即保护最广大、最底层的人民利益,反对少数人利益主导。只有这样,立法内容才能反对和抵制只给少数人带来利益的潜规则,缩小其存在的可能。

2 完善法律体系。“依法治国,建设社会主义法治国家”写进宪法之后,我国就在宪政体制中确立了法治。在过去的十几年里,我国立法工作取得了重大进展,2007年10月,党的十七大报告指出,中国特色社会主义法律体系已经基本形成。但完善的法律体系,不仅要形式上使其完备,完备部门法本身的形式和配套法律、法规的形式,还要丰满其内容,使其条款充分体现法理的要求。要消除制定法中的模糊条款,增强制定法的可预测性,以杜绝潜规则实现所需要的规则漏洞和规则弹性。同时完善救济法律条款,没有救济的法律比没有法律更让人们愤怒,所以,更要完善救济条款,使公民有权必有行使之保障,一旦被潜规则所伤,人们很快能用法律救济的条款治愈。

(二) 运用权力制衡压缩潜规则空间

公权力私有化和权力滥用,往往是潜规则的直接原因。要消除权力私有化,就必须建立合理的法治制度,而真正的“法治是一种培育自由守卫自由,遏制权势、保障人权的方法,是对人权和自由绝不打折的承诺”。^[9]

1 通过宪法建立分权体制。我们国家没有必要建立美国式的三权分立体制。但我们应该建设有中国特色的分权体制。在这种分权体制下,立法、行政和司法各职能部门相互独立,相互均可以制约,以防止权力专属和排他性使用,为消除潜规则提供政体上的保证。

2 要对行政和司法的性质和功能加以严格界定。行政上要警惕政府利用其对社会政治资源调控的力量侵犯私权利,逐步引导政府还权利于社会,确立政府与社会的互动体系,从而将各类社会问题真正纳入到法律体系之中,排挤潜规则的存在。司法上要强化司法权的独立,改变现行的司法领导体制,排除来自上级和地方政府的干扰和制约;建立自成体系的经费保证体制,减少司法机关对地方政府的财政依赖,克服经济因素对司法公正的影响,真正落实司法机关在国家机构中的政治级别和地位,提高司法机关自身的抗干扰能力。防止行政干预司法,畅通司法救济通道,制约潜规则的生发。

3 健全我国监督机制。任何权力,如果没有监督,都将产生腐败,只有一个健全的监督机制方能使权力运行不以权力行使者的意志而为。有效监督权力运作,制约权力被滥用,压缩潜规则的寻租空间意义重大。在行政机关内部设立“行政出轨预警机制”,^[10]监督行政机关严格执法;加大司法审查范围,赋予当事人对抽象行政行为提起诉讼的权利,同时赋予司法机关相应的司法审查权,防止行政权的滥用;司法上不仅要完善法律监督机制,对监督者地位和权限以及监督方式手段作出明确的规定,而且要充分发挥群众监督和新闻监督的作用,从而真正提高司法的公开性,防止司法权被滥用来追求最大利益而生发潜规则。

4 构筑程序公正工程。在“依法治国,建设社会主义法治国家”的背景下,

作为一项系统工程,“程序法治”是“法治”不可或缺的方面,也是衡量一个国家依法治国程度的重要标志。^[11]党的十六大报告提出要着重加强制度建设,实现社会主义民主政治的制度化、规范化、程序化。这里所说的秩序化就是指正当程序,建设程序公正工程。建设程序公正工程目的在于保障人权,通过程序设计,建立一套合理的设计机制,使法治上的寄生虫——潜规则在这条正道上无法通行,从而消灭潜规则,也只有消灭潜规则才能真正保障人权。法不善则害良民,程序不备,亦使良民罹受其害。通过程序正义工程的建设,设计合理的权力运行关卡,使权力行使者稍有偏私,则触正当程序所设之网,从而权力行使者莫敢违法乱纪,诱权力行使者之逐不正当利益之人无机可乘。

(三) 增加交易成本弱化潜规则选择

一方面,通过法律形式制定鼓励性奖励制度,揭露启用潜规则获得不正当利益的行为。即对于揭露利益供求各方启用潜规则获得不正当利益行为的举报人,以法律形式赋予司法机关、检察机关、公安机关、纪检委给予其鼓励性奖励的权力。同时制定相应的保护机制,以保障举报人及其家人的生命、财产等各方面的安全,一旦需要举证,保证举报人在不受到干扰的情况下进入司法程序。

另一方面,通过完善我国刑法贿赂罪的相关规定,严惩启用潜规则获取不正当利益的当事各方。首先,扩大受贿罪的对象范围,将潜规则运作下的权权、权色交易纳入到法律的调整范围之内,使之受到法律的严厉惩罚。只有将这些行为纳入法律体系之中,在其达到法律规定的惩罚程度时就受到法律的严惩,增加该行为主体启用潜规则获取不正当利益的成本,缩小由此带来的投入与收益的比例,使得人们放弃对潜规则的选择。其次,潜规则所具有的隐蔽性以及其追求利益最大化的特殊性,决定了要有效的制约潜规则,就必须进行严惩。因此,对于受贿罪的惩罚应加大力度并严格执行,否则仍然达不到扭转“依潜规则与依法律所带来的收支关系严重不对等”状况的目的,潜规则仍然会为人们所选择。

注释:

[1] 吴思:《潜规则:中国历史中的真实游戏》,上海:复旦大学出版社,2009年,第2—9页。

[2] 吴思:《血酬定律——中国历史中的生存游戏》,北京:中国工人出版社,2003年,第239页。

[3] 文馨:《潜规则的历史表现与实质及如何认识与防范》,《联合早报》2005年7月7日。

[4] [法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上册),张雁深译,北京:商务印书馆,1982年,第154页。

[5] 唐莹莹,陈星言:《从法律的角度看“潜规则”》,《法律适用》2005年第2期,第73—76页。

[6]《马克思恩格斯全集》(第一卷),北京:人民出版社,1956年,第82页。

[7] 严存生:《西方法律思想史》,北京:法律出版社,2004年,第466页。

[8] 张文显:《法理学》,北京:高等教育出版社,2003年,第58页。

[9] 孙洪坤:《正当程序的宪政之维》,《法律科学》2008年第1期,第47页。

[10] 张华:《浅析权力寻租在社会主义市场经济转轨时期的演化》,中国论文下载中心 <http://www.studajournal.net/jingji/060208/10505981.html> 2006-02-08

[11] 孙洪坤:《程序与法治》,北京:中国检察出版社,2008年,第1页。

〔责任编辑:力 昭〕

Study on Hidden Rule and Correction of it by Ruling of Law

Abstract Rule of law means law is the main way of regulating social behavior. The advent and spreading of hidden rule generating unfair interests will impair rule of law. Hidden rule which actually reining people's behavior under the guise of apparent rule has its own operating model with the aim of gaining unfair interests. The rising of hidden rule has its historical, political, legal profit and social root. From the perspective of ruling of law, what we can do to control the operation of hidden rule is to distributing interests fairly according to law, controlling the power and increasing the transaction cost.

Key words: hidden rule; conflict of interest; Privatizing of power; rule of law; restriction of power

Wang Yaohai & Sheng Feng

Nanjing Normal University & Department of Public Security, Anhui Province

Theoretical Analysis of Prohibiting the Discrimination Against the Citizens Who Have the Criminal Records—— Viewed from the Rights of Equal Employment

Abstract There are many kinds of discrimination in employment in China. The discrimination against the citizens who have the criminal records is one of them. From the point of view of constitution, the essence of the discrimination against the citizens who have the criminal records is the violation of the equal employment rights of the citizens who have the criminal records. The key method of prohibiting the discrimination against the citizens who have the criminal records is protecting the formal equality. The core of protecting the formal equality is guaranteeing the equality from the beginning. The substantive equality is the subsidiary to the formal equality.

Key words: Criminal Records; Discrimination; Right of equal employment

Wang Bin

Shanghai Jiao Tong University

On Theoretical Construction of Training English Language Awareness

Abstract Language awareness training is essentially a training of linguistic thinking ability, thus it has to be done at conceptual level. However, concepts not only refer solely to language, but also reflect one kind of culture, therefore, the formation of concepts relies heavily on a fully comprehension of the culture. The article emphasizes the fact that English language awareness training is a training of cross-cultural linguistic thinking ability, so that the precondition for the theoretical construction is to bridge the huge gap between Chinese and Western cultures. It ought to decode the cultural origin of language expression by the analysis and differentiation of English and Chinese thinking pattern in order to direct the lexical system into conceptual system that contributes to the formation of conceptual system. At last, English language awareness training can be realized under this condition.

Key words: language awareness; cross-cultural; thinking pattern; lexical system; conceptual system

Huang Bo

Huainan Teachers College