



Novi Cives

徐昕 著

论私力救济



GUANGXI NORMAL UNIVERSITY PRESS

广西师范大学出版社

徐昕 著

论私力救济

GUANGXI NORMAL UNIVERSITY PRESS
广西师范大学出版社

· 桂林 ·

出版统筹_汤文辉
品牌总监_范 新
责任编辑_徐 婷
书籍设计_广大迅风艺术
刘 凜
责任技编_李春林

图书在版编目 (CIP) 数据

论私力救济 / 徐昕著. —桂林: 广西师范大学出版社, 2015.7

ISBN 978-7-5495-6791-1

I. ①论… II. ①徐… III. ①社会救济—研究
IV. ①C913.7

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 121631 号

广西师范大学出版社出版发行

(广西桂林市中华路 22 号 邮政编码: 541001)
网址: <http://www.bbtpress.com>

出版人: 何林夏

全国新华书店经销

广西大华印刷有限公司印刷

(广西南宁市高新区科园大道 62 号 邮政编码: 530007)

开本: 889 mm × 1 240 mm 1/32

印张: 14.25 字数: 360 千字

2015 年 7 月第 1 版 2015 年 7 月第 1 次印刷

定价: 49.00 元

如发现印装质量问题, 影响阅读, 请与印刷厂联系调换。

十年(修订版序)

十年前,在海南完成《论私力救济》书稿,十年后,再版亦在此修订。世纪大桥靠近海南大学的滩涂已填土建房,沧海桑田,原是十年间的一瞬间。

十年,从青春到中年,从“和谐社会”到“中国梦”,世事更变,但有一样似乎未变:私力救济在实践中依然盛行。事实上,其广度、深度和烈度相比先前有过之而无不及。

沈阳小贩夏俊峰案、山东平度陈宝成案、苏州范木根案、南宁“928”强拆事件的枪声、上海法官集体嫖娼的引爆……仅2013年的重大影响性案件,就有许多涉及维权与私力救济的“时代主题”,肆意侵权、暴力执法与私力救济的循环已成为突出的社会现象。更多的暴力,更多的私力救济,或许源于自媒体兴起带来的更多的信息披露。但愿这只是错觉。

这是一个私力救济的时代,每一个案件每一位当事人都渴求实现公平正义,无论利用自身力量,抑或通过法律的正当程序。因此,这也是一个呼唤司法独立、公正、公信从而必须推动实质性司法改革的时代。

本人有关私力救济的文字刊发以来，这一论题开始受到关注，但对私力救济的误解也自然延伸到对私力救济研究的误解。有必要提及两种流行的误解。

一种有代表性的观点认为，《论私力救济》倡导通过私力救济解决纠纷，是对法治的“后现代主义”的解构。这很容易反驳，因为这种逻辑几乎如此简单：研究私力救济即为鼓励私力救济，这与探讨犯罪即为倡导犯罪的看法同样荒谬。也许他们并没有完整地阅读过我的作品。我对私力救济的种种问题有尖锐的批评，反复强调绝非为私力救济的正当性辩护，力图价值无涉。赞成与否是一回事，充分地认知研究清楚是另一回事，关键在于了解其运作机制，进而展开有关私力救济、公力救济、司法和法治诸问题的思考，探讨私人在法律实现中的作用。有些人并不关心我提出了什么，为什么提出，怎样论证，现实和理论意义如何，而只要一看到“私力救济”的标签，就想当然地把它与关于法治和秩序的“政治正确”的意识形态对立起来。

另一种偏见涉及学术方法，认为我剑走偏锋。选择边缘是一种学术策略，但私力救济的论题是为了“中心”的“边缘”，是对“法治”具有启示意义的“偏锋”。事实上，中心还是边缘，与判断者所处的位置相关，与看问题的视角相关，与对于问题的认知也相关。我的研究没有局限于私力救济本身，而是把私力救济作为一个观察视角——这恰恰是与传统思路相对，透视法治与社会的绝妙视角。

透过私力救济观察社会，正是我的目标所在。有社会，便有纠纷。纠纷解决直接关系到冲突的控制、民众权益的实现和社会秩序的稳定，展示了法从静态向动态、从书本向现实的转化，

体现了法的实现及其社会效果,是对立法和司法制度的现实检验。可以说,纠纷解决机制是法治的核心环节,其合理配置对于权利保障、维护秩序至关重要。私力救济是人们面对冲突的典型反应,是纠纷解决的一种主要方式,即当事人认定权利遭受侵害,不通过国家机关和法定程序,而依靠自身或私人力量,实现权利。

透过私力救济这一被忽略的权利救济机制,可以从法治/国家的“反面”来观察社会,体谅人世,考察民情。透过私力救济的窗口,可以观察到一个个活生生的主体为权利而斗争的自发行行动,或相互对决,或联合行动,或对抗权贵,或抵抗不法,或针对组织、政府甚至他国;可以看到,人们依靠自己,以个人或其自然延伸的力量与困难作斗争,独立自主地化解纠纷,实现自我的正义,“将法律置于自己的掌握之中”。私力救济映射出一个国家的社会、经济、政治、文化和历史,就像一滴水折射出整个天空。《史记》有《游侠列传》,《汉书》因之,中国古代文化中,除包青天外,危急时刻的豪侠出手相救,也是伸张正义的重要渠道。透过私力救济的窗口,还能与众不同地切入各种理论和现实问题,揭示法治/国家“正面”视野下难以展示的图景,从比较的角度讨论司法、法治和社会问题,反思法律制度,揭示社会秩序的真相,提出社会治理和法治建设的思路。

《论私力救济》之后,我尝试进行拓展研究,形成部分成果,如私力救济的性质,私力救济考,司法决斗考,私力救济的神话之维,为权利而自杀——转型中国农民工的“以死抗争”,暴力与不信任——转型中国的医疗暴力研究,民事执行中的暴力抗法等。我曾汇编成书稿《私力救济与中国社会》,但基于对个人作

品的严格要求,书稿最终未交付出版。另一项相关的写作计划,聚焦于暴力性私力救济,亦酝酿多年,但《法律与暴力》的出版尚无可预见的时间表。

十年,是检验一部学术著作生命力的最小周期。稍感欣慰,这部耗费精力的心血之作,初版后受到同行认可,至今仍具市场需求。本书固然存在种种不足,对此我有自知之明。“漏断高城”,夜深无眠,“独自开门,满庭都是月”。

多年脱销,邀约重印,我一直没有改动,再版因此耽误下来。此番应广西师大出版社之约,也只做了文字性修改,推敲字句,更新注释和法条,略去部分注释和参考文献。也罢,保持原貌,接受更多的学术批评,并致我们终将逝去的青春。

下一个十年,若还有机会再版,若积累了更多的阅历和思考,最重要的是,若还活着,或许可做更彻底的修订。

十年光阴,岁月无声。本书初版致谢和后记提到的一些朋友,有的已别人寰,更多的是事业有成、志得意满。当年刚上小学的儿子如今即将高中毕业,当年青春年华的爱人已生出白发,好在当年同处海岛的年迈的父母身体仍然康健。当年的致谢,不再重复。如今的感恩,又要加上一长串名字,但我只想提及@大案公益(微信 mycase)的三百多位志愿者。他们自发行动,一年多就解答了近万个法律咨询,开始承办法律援助案件,凝聚成一个充满正能量的公益法律人共同体。他们的首要目标是提升当事人自我解决纠纷的能力,印证了私人在法律实现中的重要作用,并阐明了一条关于法律、权利与正义的朴素真理:正义不会从天而降,法律须掌握在自己手里——不仅接近司法取决于私力的推动,而且很多时候可直接诉诸法律边界内的私力

救济。

章太炎有言：“大独必群，群由独成。”法治社会的建成，有赖于每一个人在捍卫自己权利时的自觉和有力。

自助者天助，自保者法保。愿法治中国，岁月静好！

徐 昕

2014年1月30日除夕海口

让思维飞翔(初版序)

精力充沛、思维敏捷、想象丰富、敢于挑战,用这样一些话语来评价徐昕同学,我以为是恰当的。在已经毕业和在读的博士研究生中,徐昕的研究能力是十分突出的,毕业还不到一年的时间,他已经是海南大学法学院的教授,就是证明。

徐昕同学,现在应该称为徐昕先生,在攻读博士之前已经在南方某市的人民银行工作,应该说待遇还不错,在这样的环境下,一般人大概不会再去搏一下,然而徐昕显然不是一个安于现状、厮守热炕头的人,他是一个抱负高远、雄心勃勃的人。他的毅力、精力和能力保证了他能够在最短的时间里实现自己的高远抱负。

徐昕在正式考试前,实际上就已经被我“录取”了,所有的考试对于他而言无疑是多余的。因为在考试前,一本足有80余万字的《英国民事诉讼规则》(中国法制出版社,2001)翻译稿已经放在了我的面前,除此之外,他还出版了译作《当事人基本程序保障权与未来的民事诉讼》(法律出版社,2000),并已发表论文

若干篇,这些都表明他已经具有相当强的外语水平、法学研究和文字驾驭能力。徐昕当时还在银行法律部工作,因此可以想象能够翻译这样大部头的法律作品的确非一般人所能为之。故,我对徐昕寄予了很高的期望,相信他同样也对自己寄予了莫大的期望。在招收博士研究生方面,我充分理解北大苏力教授的观点——传统的考试方法在考察博士研究生的能力和素质方面的作用是极其有限的。

博士论文的撰写不只是为了取得博士学位头衔的“应用文”的生产过程,更重要的是通过博士论文撰写提升自己的研究能力——发现问题、解决问题的能力以及表达能力——的过程。从这个意义上来讲,博士论文的撰写就是一种全面的锤炼,对思维能力、个人毅力、语言能力的“拷问”。

在题目的发现方面,绝大多数博士研究生总是沿着传统的学术研究话题,在专业领域中寻找博士论文的研究课题。多数人是将人们已经议论的课题在深度和广度方面予以拓展,博士研究生较长的学习时间和博士论文的巨大容量使这种拓展成为可能。这样的论文具有相当大的保险系数,但另一方面,这样的论文在创新度和新颖性方面显然都将受到影响,其学术影响力自然也要差一些。有的学生习惯于企求导师提供题目(好处在于,既可以节省体力和脑力,又比较保险),但这种想法无疑是天真的,导师所能够给予的题目绝大多数是导师已经研究过或初步研究过的题目,我相信大多数导师难以提供已经发现却没有思考和研究的问题,因为题目的发现绝不同于某种有形物的发现,只能是在研究中发现,在发现中伴随着研究。没有深度的思考、长期的琢磨,也不可能有所发现,一旦发现具有重要学术意

义的课题,我相信导师也不会放弃。因此,我历来主张学生自己发现课题,发现课题的过程同样是一种学习和思维的锻炼。我特别看轻导师的作用,我以为导师的作用仅仅在于从他的学术经验和学术敏感性上感知该题目的学术价值。作为研究生,一切还得靠自己!

徐昕开始选择题目时也同样是这样的思路,即从已有的学术议论话题中寻找课题,打算利用自己的外语阅读优势,试图从比较学和宏观的视角审视,实现一般话题在研究广度和深度上的超越。最初预定的课题是关于法定证据制度方面的,这样的题目主要是呼应当时热炒的民事证据法及证据制度研究的课题。不过对这一课题,王亚新教授以其高度的学术敏感性给予了“合理的怀疑”。由于无法排除其“合理怀疑”,一段时间里,徐昕在论文题目上陷入了迷茫。不过丰富的想象力、活跃的思维以及广阔的视野,使他不会长期陷于迷茫,也不会回归到一般的话题选择之中。他的思维始终在飞翔,像空中盘旋的鹰扫视着学术大地,相信不断的飞翔总能寻觅到自己认为理想的课题。显然他的思维已经飞越了原有的界限,选题的范围已经超出了民事诉讼,甚至诉讼法学,进入了社会学与纠纷解决的交叉领域,这种无边界飞越注定他将选择一种边缘性的课题研究。

他终于寻觅到了一个令人耳目一新的课题——“私力救济”,一个我称为“非规范法学”的课题。与传统的解释性法学课题截然不同,这一课题的研究不是试图对已有制度的解释,既不是对已有制度的批判和完善,也不是对某种一种制度的借鉴、移植和介绍,而是对一种社会现象从法学角度的阐释,但不是从法学规范出发。

私力救济的问题是纠纷解决的一种社会方式问题,作为与私力救济对应的公力救济方式的民事诉讼与私力救济有一种对应关系,两者相关联,但毕竟是不同的研究对象,因此,我对这一个题目并不热心,我一直希望徐昕能够在民事诉讼法学的研究方面有所作为,这里也许存在着一种学术研究上的“本位主义”的问题。但我也没有反对,处于“中性”的立场上同意他研究私力救济这一题目。这与我的观念有关,我在教学方面奉行“自由主义”,老师只是提供自助餐的厨师,学生则根据自己的需要予以选择,强迫学生接受是没有意义的,我甚至不理解有些老师在这方面的“热情”和“责任心”;在对硕士研究生和博士研究生的指导方面,我同样是持放任的态度,历来主张学生们在学习和研究方面应当具有相当的自由度——每一个人都具有基本的判断力和选择能力,任何人都不能为他人指点迷津、规划他人未来的幸福蓝图(在对待人的问题上,我特别欣赏哈耶克的理念),我们所划定的研究范围——民事诉讼法学本体——对徐昕而言可能就是无意义的桎梏。

徐昕对这一题目选择有可能受了苏力教授研究方法的影响——苏力教授最擅长对社会现象的法理分析,苏氏往往能够从人们司空见惯、习以为常的“百姓现象”中发现一个“宏大的叙事主题”,揭示出意想不到的内在联系,其结论也同样往往令人意外;苏氏细致的描述、严密的逻辑分析、西方话语的巧妙运用、语言表达的哲理性,使其观点具有相当的穿透力(即使是错误的观点),使其学术研究具有一种“波斯纳”风格,称之为中国法学界的波斯纳,我以为应当不为过。同时,苏氏十分善于利用西方话语包装中国传统既有的思想,反过来,又以中国传统话语导出

西方的逻辑,苏氏的学术研究风格开创了法学研究的新风,对传统的学术规范形成了不小的冲击。应当承认这种研究风格在中国法学界具有相当的影响力,为许多青年学者和学生所追捧,可以说苏氏风格已经成为北大法学院学生和青年学术研究的新“范式”。

徐昕关于私力救济的思考,显然是反思性的,充分表达了对传统认识的批判。对私力救济的考察和论述也都具有苏氏的风格,而且把握得很到位。这一题目的好处在于给予了作者很大的思维发散空间,能够让作者充分发挥其想象力,让语言展翅,思维飞翔。由于可以不受既有规范的约束,因此无需循着传统的法学论文写作格式作茧自缚。文字也可以摆脱法学论文死板的话语叙述,洒脱写意,挥洒自如,也容易实现历史与现实的“蒙太奇”转换。可以从古希腊的伊利亚特、特洛伊战争、美女海伦到中国春秋战国、现代的黑社会老大,既可以将议论置入历史和现实的宏大空间和巨大的时间经纬之中,也可以在个案分析中解析纠纷解决微观的机理,使得论文本身具有相当强的“观赏性”。应当说,徐昕的批判个性与这样的题目是非常适应的,使他能够充分地在这—领域中挥舞理性与感性批判的戈戟。

尽管我是徐昕的导师,但实际上我并没有能够给予他写作方面很多的指导。导师的知识范围是有限的,我们也不应当把导师的指导作用看得太重,如果像中国足球队那样,无论由谁担纲教练,也依然不会有根本性的变化。同事王亚新教授由于其扎实的法社会学功底,倒是给了徐昕在研究方面不少的指点,即使是以提出问题的方式,我相信这对于徐昕能够高质量地完成博士论文题目也同样具有不可小视的意义。

对徐昕的题目,基于研究分野的原因,我并不热心,但我已经预测到他能够写好这个题目,并且能够在学术界引起很大的反响(事实上徐昕一年来连续在重要学术期刊上发表有关这方面的文章,这应该是法学界少见的景象)。私力救济这一题目的非“规范性”和文化涵盖性,也使得这一题目和内容比较容易引起人们的关注。我将改革开放前的时代称之为“前诉讼时代”,因为那时中国完全没有法治意识,法律只不过是摆设而已,纠纷的解决基本上不依靠诉讼程序;改革开放以后到现在可以称之为“诉讼时代”,这一时代,人们对法制充满了希望和想象,人们把诉讼解决当作法制化的象征之一。然而人们对法治的误读以及法治建构的不完善,使人们对诉讼解决的社会功能发生了极大的怀疑——成本在增加、纠纷化解缺乏实效,于是就像离异的丈夫开始想念前妻一样,人们又开始怀念非讼解决纠纷的时代,人民调解在遭受冷遇之后,又开始被人们想起,可以预计中国社会即将进入“后诉讼时代”。既然是“后诉讼时代”也就不可能与“前诉讼时代”相同,实际上是纠纷解决的多元化时代。对私力救济的反思可以说顺应了人们的这一感性认知,承认私力救济的现实性,并试图将其框服在正当的范围内。徐昕的论述总体上是解构性的,解构人们的传统观念,论述的任务不是建构性的。在这一点上,他的论述具有“福柯性”。也许人们更关注如何将私力救济这匹野马加以驯服,实现一种法律上的建构,但我认为这是不可能的,私力救济的基本属性决定了它就是一匹野马,也只能是一匹野马,正是野马的野性才使其具有独特的价值,我们不可能在法的框架内去建构它,建构的结果必然是被建构物的消亡。

通过阅读徐昕的这本书,我相信读者能够体味到书中逻辑论证的强烈“推背感”,看到作者富有激情的表达,感受作者思维跳跃的脉动,体会思维在理性和感性之间自由飞翔的快感。这本书的出版标志着徐昕实现了思维的一次跨越,我期望他能够保持姿态(飞行,最讲究的是保持姿态)和良好的心态,使自己的思维在更大的空间中飞翔。

张卫平

2004年夏于清华大学荷清苑

目 录

十年(修订版序) / 徐 昕	/ I
让思维飞翔(初版序) / 张卫平	/ VII

导 论

一、追问	/ 3
二、禁止私力救济:一个法律原则的反思	/ 11
三、理论脉络	/ 24
四、结构安排	/ 37
五、进路方法	/ 40

第一章 无需法律的秩序

——华南一个民间收债个案的调查

一、调查过程、方法和目的	/ 67
二、地区背景	/ 69
三、为什么收债?	/ 71
四、纠纷类型、接受事务与当事人情况	/ 75
五、收债的准备、行动与模式	/ 79

六、事务终结及成本—收益	/ 83
七、民间收债的政治经济学:初步的观察结论	/ 87

第二章 私力救济的概念

一、私力救济的表达	/ 89
二、私力救济的概念:观点与分歧	/ 93
三、私力救济的界定与特征	/ 103
四、私力救济的分类	/ 121

第三章 为什么私力救济?

一、方法与框架	/ 133
二、成本—收益比较	/ 140
三、效率和机制比较	/ 160
四、功能比较	/ 172
五、市场观察	/ 185
六、人性、文化、社会及其他解释	/ 190
七、结论	/ 202

第四章 为什么合作?

一、博弈论的理论框架	/ 207
二、公力救济框架下的博弈	/ 210
三、私力救济的博弈模型	/ 215
四、合作之谜——一场威慑的表演	/ 222
五、民间收债的权力运作技术	/ 228
六、规范、规则与秩序	/ 233