

法律文化研究文丛

论私力救济

徐 昕

中国政法大学出版社



法律文化研究文丛

论私力救济

徐 昕

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

论私力救济/徐昕著. —北京:中国政法大学出版社, 2005. 2

(法律文化研究文丛)

ISBN 7-5620-2705-6

I. 论... II. 徐... III. 社会救济-研究 IV. C913.7

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 012317 号

* * * * *

- 书 名 论私力救济
出 版 人 李传敢
项目编辑 张 越
封面设计 沈 飏
文稿编辑 黄 斌
经 销 全国各地新华书店
出版发行 中国政法大学出版社
承 印 固安华明印刷厂
开 本 880×1230 1/32
印 张 14
字 数 360 千字
版 本 2005 年 5 月第 1 版 2005 年 5 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-5620-2705-6/D·2665
定 价 28.00 元
社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563(发行部) 62229278(总编室) 62229803(邮购部)
电子信箱 zlf5620@263.net
网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名:中国政法大学出版社)
声 明 1. 版权所有,侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。
本社法律顾问 北京地平线律师事务所

主编者言

《法律文化研究中心文丛》自 1996 年问世以来，已经出版著作十余种，其中有专著、文集、译著等，内容涉及法律理论、法律史、比较法、法律社会学、法律人类学等。原“编者说明”述其宗旨为“将私人交谈转变为公共话语，通过平等的交谈和论辩取得最低限度的共识，并在此基础上建构自主的学术空间和建立学术共同体，……通过开展严肃认真的学术讨论和学术批评，逐步建立新的评判标准和评判机制，探求法学研究规范化与本土化的途径，寻找理论创新的可能”。《法律文化研究文丛》将更新旧版，赓续其事，继续坚持批评和反思的学术立场，提倡跨学科之法律研究，深入探究和理解中国的社会现实和法律现实，改善中国的法学研究，推进中国的法治事业。

梁治平 谨识

让思维飞翔（代序）

张卫平

精力充沛、思维敏捷、想像丰富、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，仅仅毕业还不到一年的时间，徐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 my 的面前，除此之外，徐还出版了译作《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。徐当时还在银行法律部工作，因此可以想像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，我对徐昕给予了很高的期望，相信 he 同样也对自己给予了莫大的期望。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。

2 让思维飞翔（代序）

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期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，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体操的锻炼，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，试图从比较和宏观的视角审视，实现一般话题在研究广度和深度的超越。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话题。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，徐在论文题目上陷于了迷茫。不过徐昕的丰富的想像力、活跃的思维以及广角的视野，使他不会长期陷于迷茫之中，也不会回归到一般的话题选择之中，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，两者有相连关系，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本体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高度“热情”和“责任心”；在硕士研究生和博士研究生指导方面，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。

徐昕对这一题目的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中国法学研究的新风，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像力，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，既可以将议论置入了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一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像，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，徐昕的论述具有“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，但我认为这从根本而言是不可能的，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

6 让思维飞翔（代序）

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。

2004 年夏 于清华大学荷清苑

致 谢

本书系我的博士学位论文的修改稿。在清华攻读博士学位期间，导师张卫平教授给予了诸多关照和精心指点；丁利（北大）、王亚新（清华）、冯象（哈佛）、许章润（清华）、李浩（南京师大）、苏力（北大）、应星（政法大学）、张志铭（社科院）、梁治平（中国艺术研究院）、潘剑锋（北大）等师友，对本书提出了宝贵意见；王亚新教授提供了重要的日文资料，林剑锋和李娜译成中文；本书的实证调查得到了许多朋友的支持和帮助，包括钟济超、杨志钊、陈斯、程春华，尤其是“四哥”，但遗憾的是，在此我却不能直呼其名；清华大学研究生徐昀、尹妍协助了部分资料的整理工作；我的研究生曹志民、许自宝、王静怡、王晓、粟凌云、陈丽、鄢本强做了一些辅助性的工作；梁治平先生将本书纳入他主编的极有影响的“法律文化研究文丛”；在此一并致谢！

本书既是司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目“私力救济研究”（批准号 04SFB3009）的前期成果，也是我新近组建的西南政法大学司法研究中心的首期成果之一。

本书大部分章节曾在一些刊物发表，包括：“为什么私力救济”，《中国法学》2003 年第 6 期，5 万字的完整版载《制度经济学研究》第 5 辑；“为什么合作”，《中国社会科学评论》（香港）2003 年第 2 期，4 万字的修改版“民间收债的政治经济学”，载《中国制度变迁的案例研究》第 4 辑；“法律的私人执行”，《法学研究》2004 年第 1 期；“法律是否重要”，《社会学研究》2004 年

2 致 谢

第1期;“国家的态度:民间收债和私力救济的表达与实践”,《中外法学》2004年第1期;“私力救济与公力救济的交错”,《法制与社会发展》2004年第4期;“私力救济的正当性及其限度”,《法学家》2004年第2期;“通过私力救济实现正义”,《法学评论》2003年第5期;“通过法律实现私力救济的社会控制”,《法学》2003年第11期;“没有法律的秩序”,《开放时代》2003年第6期;“私力救济的概念”,《诉讼法论丛》第9卷;“认真对待私力救济”,《洪范评论》第1期。这一过程是论文修改和锤炼的重要阶段。匿名评审人和编辑的意见体现于本书的修改稿之中,为此我要特别感谢如下刊物及编审人士:《中国法学》及吴雷;《中国社会科学评论》及张曙光、杨如彦;《法学研究》及张志铭、范亚峯;《社会学研究》及谭深;《中外法学》及陈瑞华;《诉讼法论丛》及江伟;《法学评论》及赵钢;《法学家》及汤维建;《法学》及傅鼎生;《开放时代》及李杨、吴铭;《制度经济研究》及魏建。我也感谢以上刊物编辑部就上述首发论文进行修订重印的授权许可。天则经济研究所将“为什么合作”一文纳入该所极有影响的“中国制度变迁案例”的研究项目中,资助我参加2003年10月的“中国制度变迁案例研究(第四批)研讨会”,张杰、盛洪等经济学家作了富有启发的评论。

本书修改期间,我应邀访问香港中文大学中国研究服务中心(USC)。被誉为“当代中国研究的海外基地”的USC依山傍海,风景秀丽,七八月份香港的天气也难得如此怡人,在此我专心和愉快地进行文稿的修改。USC的负责人熊景明女士给予了许多帮助,令人感激。极有机缘的是,她安排我在午餐讨论会演讲的日期,2004年7月14日,碰巧是我的生日。在香港遇到的旧友新朋,也就本书的修改提出了中肯的意见,有香港中文大学的於兴中、何建宇等。

本书的修改工作最终完成于美丽的海南岛,海南大学校长谭世

贵教授暂借的一间研究室中。窗外绿树的空隙间露出湛蓝的天空，不知名的小鸟频频停落窗台，时而休憩，时而吟唱。墙上的几只壁虎也许比我更早来到，也可能比我更长久地停留于这个看得见风景的房间。我不介意它们作为主人，对于学术，对于生命，我以及我们，大概都只能是匆匆往来的过客。走出房门，穿过一条爬满青藤的长廊，踏上一片绿绿的草地，就是远看起来碧波荡漾的东坡湖。湖畔椰树飘摇，湖中点缀着几片小岛，池鹭时而在湖面翻飞，乡野的花草围绕在岸边，在这个季节开放，我又能叫出名字的，只有那遍地金黄的野菊花……

最后，还要感谢我的夫人郑晓静女士、儿子鉴劲和刚从海岛回乡的年迈的父母，他们是我生活和工作的精神支柱。

徐 昕

2004 年 10 月于海南大学东坡湖畔

2005 年 3 月修改于西南政法大学

目 录

主编者言	(1)
让思维飞翔(代序)/张卫平	(1)
致 谢	(1)
导 论	(1)
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	(70)
一、调查过程、方法和目的	(70)
二、地区背景	(72)
三、为什么收债?	(74)
四、纠纷类型、接受事务与当事人情况	(77)
五、收债的准备、行动与模式	(81)
六、事务终结及成本—收益	(85)
七、民间收债的政治经济学:初步的观察结论	(88)
第二章 私力救济的概念	(90)
一、私力救济的表达	(90)

2 目 录

二、私力救济的概念：观点与分歧	(94)
三、私力救济的界定与特征	(102)
四、私力救济的分类	(120)
第三章 为什么私力救济？	(130)
一、方法与框架	(130)
二、成本—收益比较	(137)
三、效率和机制比较	(156)
四、功能比较	(167)
五、市场观察	(180)
六、人性、文化、社会及其他解释	(184)
七、结论	(196)
第四章 为什么合作？	(199)
一、博弈论的理论框架	(201)
二、公力救济框架下的博弈	(205)
三、私力救济的博弈模型	(209)
四、合作之谜——一场威慑的表演	(215)
五、民间收债的权力运作技术	(220)
六、规范、规则与秩序	(226)
第五章 国家的态度	
——民间收债和私力救济的表达与实践	(233)
一、国家究竟禁止什么？	(234)
二、为什么禁而不止？	(236)
三、国家与社会的共谋：国家是否真的禁止 民间收债？	(239)
四、民间收债人的配合：私力救济的边界与 陈鸿强的行动战略	(243)

五、法院的态度	(245)
六、法律表达与实践的不一致——执法折扣	(246)
七、国家态度的一种社会学解释	(252)
八、法益衡量	(254)
第六章 私人执法	(262)
一、执法的经济分析	(264)
二、作为私人执法者的民间收债人	(272)
三、私人执法：阐释私力救济的另一种思路	(275)
四、私刑	(285)
五、私人在法律执行中的作用	(292)
第七章 私力救济与公力救济的交错	(297)
一、私力救济中的“公力”因素	(298)
二、公力救济中的“私力”因素	(303)
三、社会型救济：在公力救济与私力救济之间	(317)
四、公力救济的私人化	(323)
第八章 私力救济的现代建构	
——通过法律实现私力救济的社会控制	(327)
一、私力救济的正当性——以社会契约论为核心	(328)
二、私力救济正当性的限度	(346)
三、通过私力救济实现正义——兼论报应正义	(349)
四、通过法律实现私力救济的社会控制	(361)
结语 认真对待私力救济	(386)
参考文献	(394)
索引	(412)
后 记	(419)

导 论

人们奋斗所争取的一切，都同他们的利益有关。^{〔1〕}

——马克思

洞见或透识隐藏于深处的棘手问题是艰难的，因为如果只是把握这一棘手问题的表层，它就会维持原状，仍然得不到解决。因此，必须把它“连根拔起”，使它彻底地暴露出来；这就要求我们开始以一种新的方式来思考。^{〔2〕}

——维特根斯坦

私力救济是我长期的关注，但本书的写作还源于更直接的激励。一是2000年初夏，一位朋友的朋友就一宗拖欠汽车修理费的纠纷向我咨询，他当然很关心打这场官司要花多少钱，需多长时间，最后能否追到钱。我“依照法律和事实”的解答无法令他满意，他声称宁愿找个朋友收债。后来，我认识了他所说的那位行走在法律边缘的民间收债人，并对其十多年来实施的民间收债业务产生了兴趣。这位民间收债人为他的朋友（的朋友）收债，我作为

〔1〕《马克思恩格斯全集》第1卷，北京，人民出版社，1960年版，第82页。

〔2〕〔英〕维特根斯坦：《札记》。转引自〔法〕皮埃尔·布迪厄、〔美〕华康德：《实践与反思——反思社会学导引》，李猛、李康译，北京，中央编译出版社，1998年版，第1页。