

“私了”现象的法治观照

王耀海

(南京师范大学法学院,南京 210024)

摘要:“私了”是广泛存在于民间的一种纠纷解决方式。这种现象存在并趋于扩展有宏观原因,也有微观原因。公了获利少、成本高、共存伦理和公权私用等因素是促使私了生发的主要原因。从立法、执法、司法等角度着手,是解决“私了”现象的主要考量。

关键词:“私了”;法治;民间规范;公权

中图分类号:D913

文献标志码:A

文章编号:1001-862X(2010)03-0132-05

私了是一种社会冲突的私力救济方式,是人们在群体生活中的产物。在社会转型纵深化的今天,“私了”现象正在以前所未有的速度增加,在中国农村场域表现尤甚,对我们的法治建设和社会安定产生了越来越大的影响。本文试图以“私了”现象本体作为切入点,深入探究其结构和内在成因,并在此基础上提出法治视角的解决路径。

一、“私了”现象的概念和特征

(一)“私了”的概念

“私了”指发生争议的双方,为了平息纷争,本来应该通过国家公权力和法律解决争议却不经过法定机构和正式的法律程序,就有关争议事项私下协商自行解决的一种民间解决方式。

“私了”一词是基于公权和法律的视角而对民间解纷机制作出的一种概括性称谓。从一般的意义上来说,“私了”可以分为合法私了和非法私了。在正统的官方语汇中,与“私了”一词相当的概念当是“民间调解”,即我们所说的由法律规定或者认可的民间和解。而“民间调解”是国家法所赋予民间社会的一种私权自治。“非法私了”一词所隐含的前置逻辑则是对现行国家法律的规避甚至逃避,是对法治的削弱,不利于法治建设和社会的稳定。而本文所指的“私了”就是在后一意义上所说的“私了”。

(二)“私了”现象的特征

从对“私了”现象的研究,我们可以发现,“私了”现象有以下特征:

1.利益相关性

正如马克思所说,“人们奋斗所争取的一切,都同他们的利益有关。”^[1]私了双方的行为,其目的直指利益,有一个利益中轴。所不同的就是利益的获得和付出要达成一个均衡结构而已。

2.私力救济性

私了现象,是对本来应该由公力救济的问题由私人力量解决。因而,相对于通过法律来进行的“公力救济”,私了行为则体现了私力救济的取向。

3.行为违法性

私了行为的目的是获得事件的私下解决,以规避和漠视法律规定为手段,本身体现了违法行为的特征。这种违法,不仅是违反了法律的直接规定,更大意义上是违反了立法目的和法律整体的要求。

4.危害后续性

由于在私了过程中,没有正式的国家公权力的参与和保障,当事人之间关于问题解决的协议,也就没有正式而持久的效力。也正是由于私人之间采取了一个非公力的解决结构,导致问题的解决没有稳定性的保证,才使得通过私人解决的结构显得脆弱。一个脆弱的解决结构,使纠纷

和问题的解决处于不安定的状态之中,从而就使原来引发利益侵害的行为可能重新发生或者以新的形式而酝酿再生。所以,私了在大多数情况下,是了亦难了,后续危害甚多。

二、“私了”现象的结构和成因

(一)“私了”的结构

作为一种社会现象,私了具有自己的内在结构。从其本体来说,主要有主体、客体、规范导引和目标路径几个方面。

1.主体

在私了现象中,总有双方当事人和必要第三人。其中,一方是发动方,一般是侵害人。特别是在刑事案件的“私了”过程中,寻求“私了”的往往是加害者一方,而受害者一方只是被动接受。并且,加害一方常常还要动员所有能够动员起来的社会资源,为自己规避国家法的制裁而竭尽所能。具体到冲突本身,由于双方存在侵害和受害的关系,所以,一般会有一个主持私了的第三方。

2.客体

所谓客体,就是指主体行为指向的对象。在私了行为中,其行为的客体就是争议和冲突事件。私了各方的所有行为都是围绕着冲突事件而进行的(当然地也包含事件中所内涵的当事人权利)。

3.规范导引

行为过程中,各方主体围绕客体而进行的所有行为,都紧紧围绕着两类规范而进行,即法律规范和民间规范。因此,法律规范和民间规范就必然地成为私了行为结构中的必要一环。

4.目标和路径

私了的目标是摆平冲突,回复行为和权利的适度平衡。而要达成这个目标,就必须经由相应路径来完成。就其本身来说,私了现象的路径包括私了启动、对价谈判、达成一致和解决问题几个环节。在一个损害事件发生之后,私了的过程必定首先要有一方通过自愿或者被迫而启动私了进程,要首先向对方(一般是受害方)发出私了要约。发出要约之后,对方该会在各种原因的促进下,进行承诺。在达成可以通过私了来解决纠纷之后,双方就进入了下一个步骤——私下商议。在这个阶段上,可以双方直接商议,也可以是

由第三方主持下进行对价谈判。在反复的谈判过程中,实现了一致,即私了“合同”。最后,进入实施合同阶段,通过私下途径解决问题。

(二)“私了”现象的成因

从一般的角度来说,“私了”现象的成因有很多,主要的分为宏观成因和微观成因。其中,宏观成因为这种现象的出现提供了一个大场域,而就是在这样的一个大场域,私了的微观成因不断出现和纠结。

1.宏观成因

市场经济不发达。私了现象之所以会出现,重要的原因,就是市场经济不发达。从目前来看,我国的市场经济体制还没有最终建成,所以我国的社会结构还没有平稳化。与之相伴随,市场经济内涵的法律要求和法律实现机制没有充分地形成和稳定化。恰恰是这样的一个时代背景,使得人们综合行为成本之后放弃不稳定的公力救济而宁愿选择“私了”手段来解决问题。

社会矛盾多发。改革开放以来,我国实行了一个大制度变迁的路径选择,结果就使社会发生急剧转型,由计划型社会向市场型社会转变。在社会转型的过程中,利益分化和利益组合空前频繁,这就使得社会矛盾积累日趋激烈,社会冲突日趋多发,如袭警事件和各类群体性事件就彰显了社会矛盾的趋烈化。社会矛盾高积累和相应的矛盾解决机制没有充分建立,就为“私了”留下泛行空间。

法治程度低。法治社会中,一切以法律作为行为和思想的判断主轴,使法律成为社会矛盾的解决总机制。但事实上,我国的法治建设还远没有成型。首先,就是法律规范不详尽,不细致。其次,执法不透明。再次,司法成本高。这几个方面就了法律解决机制的弱化。其结果就是,法律条文往往多变,甚至出现法律条文不敌红头文件的尴尬。法治程度低,是客观的现实。这个现实,使法律救济机制,在当下还很难成为真正的主要纠纷解决机制,从而使“私了”这个替代机制潜在发展。

2.“私了”现象的微观成因

公了获利较少。一些被害人受到不法侵害后,首先考虑的并不是法律的贯行,而是本人在经济上能否得到适度或者更多赔偿,而未顾及社会

整体利益。认为即使“公断”，也于己无利或者只是法律化的小利，还不如趁机多要点钱财，因而自觉或不自觉地与致害方私下和解。而违法犯罪的一方则畏惧法律制裁，宁愿选择出钱消灾。

公了成本趋高。社会矛盾多发，司法资源少，资源滥用，司法腐败，这一切原因都使通过公力救济的方式来进行解决纠纷的成本越来越大。具体来说，私了案中受害一方大多处于弱势，若进入正常的诉讼程序争取自己的合法权利，付出的诉讼成本较高，付出的时间较多，就使得法律使用的成本较大。再加上现实中，司法途径人为因素复杂，有理难保胜诉；旷日持久，精神损失太大；经济成本高，赢了官司赔了钱。所以，在成本——收益的心理推动下，具有经济人理性的当事人，就很可能选择通过私了而非公了来解决问题，使自己受到损害的权益得到一定的修复。

后续打击威胁。在现实的社会纠纷中，除了偶然性的双方互接之外，大部分是有一定关系的熟人之间的纠纷。而在这样的一个侵害结构里面，侵害对方权利者，往往是因为自己有一定的金钱或者权力作为后盾的发动方。他们往往有比较强大的势力，这使得在问题的解决过程中，产生了一个复杂的考虑因素，就是即使被害方通过公力救济进行了自我权利修复，但这个必然导致对方利益和名誉受损的结果，往往还会带来形式多样的后续打击，以致最终受害方得不偿失。在这种考量的推动下，当事人更愿意选择私了。

共存伦理限制。当事人采取私了途径解决问题，往往还要受到共存伦理的限制。首先是地缘关系的压力。特别是在农村，这种压力更大。在共居领域内，地缘结构决定的共存伦理显得特别重要。而邻里关系是乡民相互依赖的最重要的关系。在农村，打官司等经官途径解决问题留下的裂痕将是巨大的，对邻里关系是个极大的破坏，甚至可能就此结下冤仇，给被害人以后的生活带来不便，使原本有序的生活失衡。其次，农村宗族势力影响。由于调解人大多由村干部或家族中有“威望”的人充当，多数当事人受传统思想影响，怕伤和气，怕丢面子，怕结冤仇，不想闹僵，调解人则以“远亲不如近邻”、“给我面子”等施压。加之被害人的生存空间受宗族势力制约，即使处理不公，不想、不愿、也不能寻求法律保护，只好选择“私了”来息事宁

人，以得到一个皆大欢喜的结果。

公权私用助推。公共权力本为社会秩序化经过大众主动推动或被动默认而设置，但这个目的往往在现实中被有个人利益追求的权力拥有者异化为私人产品，出现了公权私用的负现象。而公权私有化，必然导致的就是公权使用偏私化，就会侵害本该受保护的人的合法权利和正当利益。在我国目前的权力结构和运用可能范围之内，权力私有化的现象屡禁不止，正有向全社会普化的趋势和现实可能。而这种负现象一旦被普及，就会导致一个普遍侵害公民权利特别是通过司法偏私化侵犯公民权利的局面。也就是在这样的一个局面下，广大的民众深刻发现，在公权力普遍被私用的情况下，通过公权力救济是不可能的，进而放弃了这一本来正当的途径，而被迫选择私了途径。

法律意识薄弱。“私了”现象的发生，还有一个意识先导的推动，即我国民众的法律意识薄弱的负面助推。中国传统文化最基本的特点，就是伦理文化。发端于宗法社会的我国，邻里社区讲和谐自然的发展。几千年来，乡土社会的治理方式一直主要依赖乡土社会中的士绅阶层，强调道德规范、乡村自治，公权力介入较少。在中国这个“熟人社会”，形成了一种追求“和为贵”、“厌诉”、“无争”的民族心理，本能地排斥了法律的适用。在守土重迁，世代相居，“低头不见抬头见”的农村，认为“公了”、“见官”、“上法庭”之类是撕破脸面的事情，是不光彩的，破坏了乡土中国社会秩序中既有的和谐与平衡。因此，在选择解决纠纷的方式时，一般都选择私了，轻易不愿意对簿公堂，成为仇人。在这种历史影响之外，还有现实中的知识层面的问题。虽然我国长时间以来一直推行普法，但事实上，很多人对法律不甚了解。不少当事人、部分农村基层组织工作人员对罪与非罪的界限模糊不清，甚至把强奸和杀人一类的严重刑事犯罪案件当成一般的民间纠纷调解。意识决定与之相适应的行为，法律意识薄弱，也促使当事人在不知法或弱知法的前提下被外力推动着“大事化小，小事化了”。

三、“私了”现象的法治矫正

(一)立法细致化

首先,立法要明确私了的范围和不允许私了的范围。只有充分明确二者的范围,才能给人们以明确的指引,使民众对于国家的导引有一个明确的认识。其次,增加私了成本。对不允许私了行为要严格规制。应采用包括刑法惩罚在内的一切有效手段来打击私了行为,增加其行为成本,以此来减少私了现象的发生。再次,把合理的民间规则法律化。“私了”所凭依的民间社会规范,是成长于民众之中的,内化于人们心中的一种坚固的信仰。经过长期的演绎,这些规则更加切合人们的实际需要,能够非常有效地解决实际问题。在遇有纠纷或冲突时,人们固有的心理认知模式自然就会在国家法和民间社会规范之间进行相机抉择,选择对己最有利的纠纷或冲突解决方式,以实现自身利益的最大化。种种案例表明,在这种挑战中民间规则一一败北,至少在表面上都是这样。所以,“这就意味着我们至少也在原则上认同这一基本的习惯性规则。”^[2]

所以,我们有必要在立法的过程中,充分考虑民间规则的合理性,在使其不与国家法律矛盾的前提下,把合理的民间规则法律化,也是减少私了现象的一个现实途径。

(二) 执法问责化

随着法治建设的推进,政府在实现着法治转型。政府在转变过程中也存在着一些问题,法治政府的建成还需要一定的时间。虽然在制度层面上中国特色社会主义法律体系已经初步确立,政府基本上不存在无法可依的情况,但由于历史上政府在社会中长期扮演着“家长”的角色,其在向“守夜人”转变过程中有时会出现有法不依、执法不严、违法不究的不适应状况,导致一些社会问题得不到合理有效的解决,引起人们对政府的不满乃至不信任。

具体来说,在法治社会里,人民对政府的所作所为有知情权、参与权、建议权和监督权。现实是,我国的各级政府都程度不同地存在信息不透明的问题。特别是我国由计划经济体制下过渡而来,由一种政府管制的历史行为惯性,这种惯性使得政府执法者有一种俯视心态,以至于他们在履行自己的职责时总有一种优越感。再加上缺乏外在的坚强有效的制约和现实各种危机需要公权力的高度参与,结果导致政府在执法中,往往

不能做到依法执法和信息透明。而一旦产生不合法或者违法的行为,由于其权力的强势内涵,使得政府往往没有被追究责任。面对这样的一个政府,民众的冲突和矛盾如果交由处理,就会产生不可预测性,进而使冲突双方都不愿意交由执法部门处理相关的问题而选择私了。越来越多的民众在权力挤压下无奈选择私了。对于行政者来说,必须实行行政问责制。使他们的一切行为都有责任作为最后的约束。

(三) 司法高效化

除了依法执法、透明执法外,法治还要求司法要高效化,这样才能减少“私了”现象的发生和进一步多发。作为社会矛盾的最后的“安全阀”,司法承担的是社会正义的最后匡正责任。

要想高效化,首先要司法公正。社会赋予司法的最神圣的职责就是实现公正,或者与公正达成同一。在法治国家建设中,司法公正具有重要的意义。作为居中裁判,发挥定分止争、恢复扭曲的市民社会的权利关系功能的司法理应将公正作为自己的根本属性。如果司法背离了这一根本属性,社会公正便失去了公力救济的最后一道屏障,公众就会丧失对法治信心。正是在这个意义上,培根说:“一次不公正的判决比多次不法的行为为祸尤烈。因为,不法的行为不过弄脏了水流,而不公正的判决则把水源给破坏了。”^[3]为了使司法能够公正,我们在现实中必须要使法官能不受任何外界负面因素的干扰,必须让他们能够财政独立化和人事垂直化,使法官保有最大现对的中立性。也只有这样,法官才能拥有公正的可能。此外,还必须对法官有充分的监督机制,增加他们的不公正司法的行为成本,以最终促使司法公正化。

其次,要司法效率化。在司法过程中,程序显得特别重要。有效用的程序规范帮助人们既避免纠纷,也迅速且友好地解决纠纷。^[4]程序复杂、过程冗长是司法中的一个负面考量,也正是这样,才使得司法救济的成本加大,甚至超过当事人所能负担的程度。特别是在多变的市场经济时代,时间对于社会主体来说是非常宝贵的。如果司法不能效率化,就会导致人们为了节省行为成本,而宁愿选择“私了”了事。

除了以上所提示的诸项法 (下转第 146 页)

调节非劳动收入(如遗产继承、赠与所得、彩票等偶然性收入)。只有同时做到了这三点,按劳分配原则才能得到全面落实,主要由劳动收入转化而来的生产要素按贡献(或相同比例)获取投资收益才具有公平性和合法性。

其次,坚持保障基本需求前提下的数量相等原则,就是要切实保障每一个公民享有基本的生存权和健康权。人类生命体是人类劳动能力(体力和脑力以及与脑力有关的知识、经验和技能)存在和发展的物质基础,从而是实现人类美好生活愿望、实现绝对公平最根本的物质手段和物质条件,同时还是构成人类社会最基本的细胞。切实保障每一个人的生存权和生命权,既是保护和提高人类包括劳动积极性在内的劳动能力的需要,也是维护社会稳定、促进社会繁荣的需要。因此,政府必须平等地为每一个人维持其生存和健康提供数量和质量大体相等的基本生活资料和基本医疗保障。

此外,人类个体之间的差别是结果不公平的客观物质基础。现阶段,个人与个人之间的差别主要是脑力以及与脑力有关的素质方面的差别,而不是体力方面的差别,教育与生活资料的数量与质量,反过来会进一步强化这种差别。因此,为实现由相对公平向绝对公平的推进,政府必须创造一切可能的条件,在全体公民中实行平等教育,为实现起点公平进而迈向结果公平打下坚实的基础。

为了确保上述公平原则得到切实有效的贯彻落实,必须建立起一整套与之相适应的体制和

机制。这套体制和机制的核心内容就是:自由与民主。自由与民主的本质内容,用通俗语言可以表述为:每一个人都能够自由地表达自己内心的感受、想法和意见,并严格按照多数人的意见做出符合公共利益最大化要求的公共决策。其详细内容,本人将在相关课题中做进一步的论述,在此,恕不赘述。

参考文献:

- [1][古希腊]柏拉图著.理想国[M].张子菁,译,北京:西苑出版社,2003:75-148.
- [2][古希腊]亚里士多德著.尼各马可伦理学[M].苗力田,译,北京:中国社会科学出版社,1990:95.
- [3][荷]胡果·格老秀斯著.战争与和平法[M].何勤华等,译,上海:上海人民出版社,2005.
- [4][英]霍布斯著.利维坦[M].刘胜军等,译,北京:中国社会科学出版社,2007.
- [5][法]卢梭著.社会契约论[M].何兆武,译,北京:商务印书馆,2003.
- [6][美]约翰·罗尔斯著.正义论[M].何怀宏等,译,北京:中国社会科学出版社,1988.
- [7]辞海编辑委员会.辞海[Z].上海:上海辞书出版社,1999.
- [8]Jobs. cn.亚当斯的公平理论(1965)[N/OL].(2006-2-4)[2009-6-1] <http://www.jobs.cn/newsInfo>.
- [9]徐梦秋.公平的类别与公平中的比例[J].中国社会科学,2001(1):35-43.
- [10][古希腊]亚里士多德著.政治学[M].姚仁权,译,北京:北京出版社,2007:46.

(责任编辑 吴兴国)

(上接第 135 页) 治努力之外,我们还应增强民众的法律意识。运用送法下乡、法律咨询、文艺节目、以案讲法、以案警世等群众喜闻乐见的形式,加强法制宣传教育,提高民众的法律意识和法制观念,在全社会形成学法、守法、用法、护法的法治氛围,从思想上杜绝“私了”产生的根源。

参考文献:

- [1]马克思恩格斯全集(第一卷)[M].北京:人民出版

社,1956.

- [2]苏力.送法下乡——中国基层司法制度研究[M].北京:中国政法大学出版社,2000.
- [3][英]培根.培根论说文集[M].北京:商务印书馆,1983.
- [4]罗伯特·C.埃里克森.无需法律的秩序:邻人如何解决纠纷[M].苏力,译,北京:中国政法大学出版社,2003.

(责任编辑 吴兴国)