

社会视野中的“私了” PDF转换可能丢失图片或格式，建议
阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/480/2021_2022__E7_A4_BE_E4_BC_9A_E8_A7_86_E9_c122_480483.htm

摘要：本文以一个“私了”案件入手，从社会学的角度考察了在中国社会广泛存在的“私了”行为的合理性；并以之与以国家制定法为准绳的诉讼行为相较，寻求两者之间的契合。以图在这法治改革的大潮中，实现国家制定法与习惯法之间的良性互动，赋予“私了”以一定的话语权，让私了走向阳光。关键词：私了 习惯法 国家制定法 话语权 在依法治国的今天。在中国社会，特别是在农村，一种古老的民间调解行为“私了”仍占有广阔的市场。小至矛盾交恶，大至轻微的犯罪行为，都存在不同程度的“私了”。如果我们仅以存在即合理来概括而论难免过于肤浅。民间“私了”行为之所以存在，有着其深刻的社会原因，与我国诸多的社会因素有关。比如文化传统，国家制定法的不完善等等。在民众看来，国家制定法并不见得就比他们所遵循的那些传统性或地方性知识（下文简称为习惯法）有更高明之处。甚至于在某种意义上可以说，正是由于国家制定法的某些不合理才使得民间“私了”行为有存在的空间。而法律真正的生命力就在于它能否深深地嵌入到人们的日常生活中去，成为他们的“习惯法”。国家法治的建构，并不是多颁布几部法律，多设几个法庭就可以实现的。它需要我们密切地联系实际，结合实际。国家法律并不是铁板一块，它应该允许法律多元的存在，这其中，习惯法是不可或缺的角色。因而，在法治的进程中，如何实现国家制定法和习惯法的互动，促成两者之间的对接应是我们亟

待解决的现实课题。一首先我将从一个颇能反映农村法治现状的“私了”案例说起。老王和老陈是和睦的邻居，毗邻而居已几十年了。一天，两家由于孩子的一点小事发生了争执，并演化到大打出手。混战中，老王的大儿子把老陈的儿子的左眼打伤，后导致其左眼失明。事后，双方冷静下来后，觉得都太冲动了：都老邻居了，犯得着为点小事反目吗？老王认为自己的儿子打伤了人，不管起因怎样，总是不对的，遂带着自己的儿子上老陈家负荆请罪；并请求私了此事。老陈也觉得大家以后还得在一个屋檐下生活，低头不见抬头见，也就答应了。于是，双方在村委会的见证下达成了私了协议：由老王家赔偿老陈儿子的医疗费、生活补助费共20000元。两家又恢复了昔日的和睦。但是，不久之后，这一“私了”行为被当地公安机关发现了。私了协议被宣布无效，且老王的大儿子受到有关机关的追诉，被判处了刑罚。虽然这样的案件在社会中不是很常见，但是这样的私了行为在中国、特别是在广大农村却大量存在，当然不一定全是刑事案件。在农村，几乎所有的纠纷解决的第一道工序都是私了。一般情况下，只有在穷尽了一切非诉讼的解决方式后，人们始才借用国家制定法维护自己的权益。因而，在这样的环境下重视私了、分析考察私了，对我国的法制建设、尤其是农村法治的建构有很大的现实意义。对于上述案件，许多有法律素养，持法治观点的法律精英可能会界定为农民不懂法，认为乡民们遵循习惯法所达成的私了协议是违法的，与现代法治理念是格格不入的。以至认为国家法制的建立，必须是国家制定法一家之天下。否认习惯法的合理性，强调在法治的进程中，国家必须大力推行法制教育，以提高人民的法律素质

。试图以国家制定法同化习惯法，树立其在社会中的霸权地位。诚然，从理论上说，这是很必要的。因为这样才能破坏乡土社会原有的那种传统，中国才有可能走上现代化的、法治化的道路；可仔细一寻思，却发觉它只是“看上去挺美”，实际却不是切实可行的。不管什么法律，最终的目的都是为了更好地维护人们的权益，是为了能成为民众的行为准则。卢梭曾说过：法律既不是铭刻在大理石上，也不是铭刻在铜表上，还是铭刻在公民们的心里（1。如果一项法律或法规的施行，不能有效地保护民众的利益，甚至于是在伤害他们的利益，民众会遵循吗？会树立对法律的信仰吗？而法律如不能被遵循、信仰，即使他设计的再完美，也只是流于形式，是一纸空文，和没颁布一样。在文中的案例里，本来双方已遵循习惯法达成了私了协议，且此种解决方式对于当事人说是一种理性的选择：既保证了双方的利益，又易于为周围的环境所接受和认可，是一种双赢的结局。而国家制定法的强行介入，却起了一种特殊的副作用，撕裂了当事人之间原已恢复的那种默契和协调。也许，有人会说这体现了国家依法治国的决心，在初期有所弊端是在所难免的。但在我看来，如果法治的建立必须以牺牲人们的更大利益为代价，我宁愿不要法治。因为这和用粗暴的行政力量进行治疗没什么区别，难道仅仅就为了一个“依法治国”的名号？这样的用词似乎有点反动。其实，我并不是反对依法治国；说起来我还是很赞成这治国方略的，只不过这不是本文的讨论话题，就不多赘言了。二二十世纪八十年代以来，在“民主”、“法制”、“依法治国”一类口号下，国家法律开始大规模进入乡村社会，通过普法宣教和日常的司法活动，自上而下地改

造旧文化、旧习俗和旧思想的过程仍在继续（2）。口头上说的是提高人们的法律意识，树立用法律维护自身合法权益的权利意识。实际上是想树立国家制定法的权威地位，试图把乡土社会事无巨细都纳入国家制定法的范畴内解决。虽说这样的想法有点天真，（试想，任何事情都诉诸于法律，以诉讼方式解决纠纷，我国有限的司法资源承受得了吗？法官应付得过来吗？很可能就会出现西方社会上个世纪90年代以来出现的诉讼爆炸危机，那对有限的司法资源将是一个致命的冲击。）但在实践中影响很大，在很大程度上，国家的立法及其法律的运行都受到这种意识形态的影响。很显然，文首的案例就很恰当地应证了这点。本来老王和陈老已就纠纷达成了私了协议。可国家制定法的介入，却使双方的平静关系起了波澜：一方得不到原有的赔偿数额（在司法实践中，法院判决的民事赔偿往往少于私了得到的赔偿）；另一方呢？则要承受牢狱之灾。从此以后，两家的关系势必疏远，失去往日的平静。我并不是说这种关系将永远破坏了，时间和另一个偶然的意外事件可能会恢复他们之间的关系，但把毕竟要时间和机会。至少在一段时间内，可能他们的关系将是一种虽无争执但极为平淡的关系（3）（这不禁让我想起了一个笑话：一个忠于职守的护士正试图叫醒一位正在酣睡的病人：快起来，该吃安眠药了，这是医生吩咐的）。这样的代价，在某些法律科班出身的精英视野里是理所当然的，国家制定法得到了真正地执行，真理战胜谬误，是真正意义上的依法治国。然而，他们却忘了关注当事人的感受，忘了这是在中国，忘了这是一个有着9亿多农民的国家，可这却是最关键的。如果国家制定法对任何纠纷都横加干涉，民众会对之

抱什么样的心态？他们会树立对其的信仰吗？我想答案是否定的，如果民众再次发生纠纷（实际上每天都在发生），他们会更小心地避免与国家制定法作亲密接触的。当然，这并不是说国家制定法不该下乡，必须承认国家制定法是合理的，也是必须的。这一活动原始的出发点是好的，是一个民主法治国家的应有之义。但如果说仅仅凭借国家制定法就可以实现法治，则难免有点失之偏颇、以偏概全。法律的运作是在特定的社会条件下进行的，因而不可避免地要受到该社会法律文化观念以及法律意识的制约和影响（4）。中国是一个泱泱大国，是一个政治经济发展很不平衡的社会，我们不可能以一种法律形式就可以包揽一切；况且国家制定法也非万能妙药，可以包治百病。在现实生活中，有些领域国家制定法是应该慎入的，如婚姻家庭领域。因而，在法治的进程中，国家制定法必须有所为，有所不为。

三 我国现行的法律（制定法）很大程度上都是通过法律移植建立起来的，且已建构起了比较完善的法律体系。可当法律的具体运行触及现实的社会生活时，却发现这种依据移植而造就的法律与现实之间存在很大的脱节。是法律移植太彻底了？还是因为背离了法律移植的初衷呢？答案需要我们共同去探求。从清朝末年开，我国就开了法律移植之先河；其后，在建国初期，又全盘接收了苏联的法律模式；后来在经历了“文革”时期的法律虚无主义的摧残之后，又掀起了法律移植的热潮。在此期间，中国学术界形成了两种主要的关于法律移植的进路：其一、片面追求西方法律模式，主张全盘西化；其二、强调立足本土资源，吸收西方的合理、先进的技术，建构适合中国本土社会语境的法律模式（在这一方面，北大的朱苏力

先生做的比较好（5））。这两进路在中国现实的语境下得到了检验：持第一种进路的人在一味地高歌猛进中，迷失了自我，忽略了任何一种改革都必须与客观现实世界相适应的客观规律，以至移植的许多法律在现实中遭遇了许多尴尬的境地（比如说破产法）；举张后一进路的虽然成果还不显著，但却具有强大的生命力，符合本土的社会语境，是适合中国特色的社会主义道路的进路。因为法律，主要不是一种理念的建构，一种逻辑的推演；相反，法律作为一种将起实际效用的行为规范体系，乃是社会实践的产物，乃是对于社会事实的有效回应（6）。因而对于法律移植我们必须抱一种审慎地态度：对西方法律以一种批判性的眼光去接纳固然重要，但同时又要避免从一种偏见落入到另一种偏见中去，否认西方的合理性和先进性。如何克服这一由不同的法律文化背景、社会类型所导致的偏见呢？为了解决这一问题，对不同的法律文化背景加以交叉比较和反思，是十分重要的，我们在超越西方法律文化制约的同时，也要超越自身社会法律文化对我们的局限（7）。也许有人会认为法律移植与法律本土化是一种此消彼长的对立关系。事实上，它们二者之间的关系远不如我们所想象的是互相矛盾、不可调和。在政治、经济、文化日益全球化的当下，一个国家或民族要想取得长足的发展，无论在哪一领域都不可能闭门造车，它必须“走出去”，同时也要“引进来”，与世界接轨。当然，这一切必须是以本国的基本国情为前提的，立足本土资源，把引进来的东西与之相融，经过改造、创新，结合成为适宜本土的新的东西。关于法制建设，真正重要的问题不是如何关注本土，在法律移植已成事实的语境下，我们该如何在这一新的社

会背景下，实现二者之间批判性与建设性的兼容才是我们关注的焦点。换句话说，就是我们怎样才能在这新的社会语境下面建构一个符合本土事实的、切实可行、且行之有效的法律模式。这才是我们应认真面对、审慎思考的现实问题。因为对法律意义和作用的理解，取决于对法律事实赖以生存的社会理解（8）“各美其美，美人之美，美美与共，天下大同。”这句话是费孝通先生在谈及人类学的前途时所作的富有哲理性的描述。在这里，引用过来作为指导我国法制建设的原则应该也很贴切。因为中国法制现代化的过程，是一个传统法律文化与西方法律文化的冲突过程，也是传统法律文化迎接挑战、扬弃自我、进而实现创造性转换的过程。（9）因而，在法治的大潮中，我们应该时刻保持清醒、理性的头脑，意识到法律文化的多样性，意识到冲突和融合是法律移植的一条基本规律。在立足本土法律资源的前提下，吸收西方法律的合理性和先进性，实现二者之间的兼容，创新为具有中国特色的社会主义法律模式。

四 任何法律制度和司法实践的根本目的都不应当是为了确立一种威权化的思想，而是为了解决实际问题，调整社会关系，尽可能地维护原有的协调关系（10）因而给予私了一定的话语权，让私了走向阳光，有很重要的现实意义。从法理的层面说，私了是指民间百姓对于纠纷双方自行协商解决冲突的一种世俗化的称谓：是指在发生纠纷或冲突后，在纠纷或冲突的解决的过程中，双方经过自行协商、让步，达成协议，解决纠纷或冲突的一种纠纷解决机制。它是相对于经过诉讼程序的公了而言的。人们的这种私了权利，在法理学上称为私权，在民法领域则称为意思自治。这一古老的民间调解行为，在我国由来已久，

源远流长。自从汉武帝“罢黜百家，独尊儒术”以来，华夏伦理文化思想的集大成者儒家思想在国人的潜意识里根深蒂固，其极力宣扬的“和为贵”、“敦厚谦让”的息事宁人的思想长期来深深影响着人们的日常行为。遇事大事化小，小事化了成了人们为人处事的一种美德。以至于在高喊依法治国的今天，在神州大地上仍有私了的广阔市场。特别是在广大农村，小至矛盾交恶，大至犯罪行为，都存在着不同程度的私了。虽然随着社会的发展，我国发生了翻天覆地的变化，但当代中国在一定程度上说仍是一个费孝通先生笔下的乡土社会、熟人社会。影响人们日常社会行为的那些习惯法虽发生了一定的流变，但仍在直接或间接地制约和影响人们的价值取向和行为方式。让我们再次回到先前的案例中：老王和陈老之所以愿意选择私了，是因为他们之间有一种共识，他们知道生活在一定的区域内，发生一定的冲突是难免的。上下牙都有相碰的时候，何况是人呢。在生于斯，死于斯的乡土社会，每个人不可避免地要与同一社区的人发生这样或那样的关系，何必要弄的“鸡犬相闻，老死不相往来呢”。在善良纯朴的乡下人心里，不到万不得已，是不愿与熟人对簿公堂的。况且诉讼是昂贵的，除了直接的法律费用外，还要耗费当事人大量的时间和精力，更重要的是还要以熟人社会里建立起来的那种默契、协调的人际关系作殉葬品（这是乡下人最不愿意看到的，也最不愿意失去的）。因而，从经济学的角度看，私了是一种成本最低的纠纷解决机制。从法治文明发展的趋势来看，国家的公共权力要受到制约，个人的私权要大大张扬。因而私了在现阶段、在未来都有其存在的价值和必要性，充分尊重民众的私权是一个国家是否民

主、法治的试金石。但是私了也不能滥用。如果过分强调私了，则有可能导致个人无视社会 and 他人利益，片面追求个人利益的最大化。所以私了必须有底线：1、私了必须是公正的，应该讲究原则，确保人们是在有选择自由的情况下接受私了的，而不是在压力和无奈之下的忍让。2、私了必须能为民众所接受，不违背社会公序良俗。一言以蔽之，在国家---社会二元分立结构的社会转型时期，赋予私了一定的法律地位是必要的。国家制定法不是普适性的法律，不是万金油，哪里痛就可以擦哪里。该归国家制定法管的就当仁不让，但如果以私了解决更符合当事人意愿的就归还给习惯法处理的私了领域。事实上，普通民众达成私了协议所遵循的习惯法并不一定都是愚昧的、不和时宜的，习惯法是一切制定法之外的最重要的法律。卢梭认为，“它形成了国家的真正宪法；它每天都在获得新的力量；当其他的法律衰老或消亡的时候，它可以复活那些法律或代替那些法律，它可以保持一个民族的创制精神，却可以不知不觉的以习惯的力量代替权威的力量”。（11）如果我们不带着“傲慢与偏见”，不以一种传统与现代相对立的心态来居高临下的看待私了。我们就不得不承认，那些依靠习惯法达成的私了协议大多数是合理、合法的，甚至有时比国家制定法处理的更好些。因而可以说，以习惯法为主要依据的私了是对以诉讼为主要手段的国家制定法的有效补充，是任何其他法律所无法替代的。五笔者认为,在依法治国已成为一种主流的社会意识形态和中国法律要与世界接轨的呼声一片的大背景下，中国法律业已受到了某些感染。进而剖析了在中国法制的建构进程中，这种受到感染的法治理念与以习惯法主要依据的私了文化之间的对立

和冲突，从而得出我国依法治国宏伟蓝图的实现，单靠国家制定法唱“独角戏”是不行的，习惯法在这一程中是不可或缺的角色。它们二者之间远不如我们所想的是尖锐的对立和冲突，二者在解决纠纷，维护社会秩序这一宏观层面上是相通的。只是在微观上，两者实施的行为有不同而已（国家制定法以诉讼为手段，习惯法以私了为中介）。在法治的长征路上，二者之间必然会相互有所妥协，相互吸收精华，摒弃糟粕，结合成为世俗而不卑俗的法律，实现本土意义上的真正法治。一言以蔽之，在诉讼以成为现代法治社会的主流法律意识形态和纠纷解决的方式的环境下，重视私了的价值，重视依习惯法和解的私了行为在纠纷解决中的作用，实现传统意义上的私了文化在现代法治社会背景下的“创造性转化”，应当成为我们这个走向法治的国家的当务之急（12）

注释：
（1）（11）卢梭《社会契约论》（M）商务印书馆，1980年，修订第2版，第73页
（2）梁治平《书斋与社会之间》（M）法律出版社2002年出版第274页
（3）苏力《法治及其本土资源》（M）中国政法大学出版社1994年出版第30页
（4）张文显主编《法理学》（M）高等教育出版社北京大学出版社联合出版1999年出版第361页
（5）详情请参见苏力《法治及其本土资源》中国政法大学出版社1994版
（6）徐忠明《法学与文学之间》（M）中国政法大学出版社2000版第312页
（7）参见费孝通《推己及人》（M）大众文艺出版社2000出版第293-294页
（8）瞿同祖《中国法律与中国社会》（M）中华书局1981版‘导论’第一页
（9）同4注第363页
（10）同3注第28页
（12）参见刘武俊《享受法律》（M）法律出版社2003年出版第177页（作者：刘新丰，岳阳市君山区人民检

察院) 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