

“私人执法”是否存在

——与徐昕教授商榷

○ 史永平

(中国人民大学 法学院,北京 100872)

[摘要]《法律的私人执行》(以下简称《执行》)一文在《法学研究》上发表以后,引起了广泛的关注。当时徐昕教授所提出的“私人执法”的概念与其运用的历史分析方法和法经济学分析方法给我们带来了启发。但是为何私人能够执法?以及“私人执法”这个概念能否成立?法社会学或者法制史研究的实证主义(legal positivism)进路单独无法回答这些问题。在日常生活中,“私力救济”现象固然存在,然而这种救济在多大程度上可命名为“私人执法”更是一个法学理论的问题。社会中的“私力救济”现象若要转化为“私人执法”的法律概念必须面对科学性、合法性、有效性等问题。换言之,法理学中能否科学地推导出“私人执法”,在实证分析的基础上,必须同时进行规范的法理学研究。通过分析不难发现,私人执法的概念中蕴含着巨大的、不可调和的矛盾问题。

[关键词]私人执法;法律执行;执法;私力救济

一、“执法”与“法律执行”是同一概念吗

徐昕教授通过《法律的私人执行》提出了“私人执法”的概念,他认为“执法”是“法律执行”的同义词,而执法又可以分为“私人执法”和“公共执法”。^[1]不少学者都认同这种提法,有人甚至把“私人执法”当作下一步法制改革的思路。^[2]然而究竟执法与私人能否统合成为一个概念,首先要考察执法和法律执行的涵义。“法律执行”(也称为“法的执行”)是一个法学、行政学、公共管理等学科都要大量触及的概念。然而不论是大众媒体还是日常生活的其他领域,“法律执行”经常与“执法”的概念混同使用。^[3]然而,法律执行作为法学研究中

一个基本的概念,和日常语义中的“执法”有着本质的区别。

法理学界一般认为,法律执行有广义和狭义两种理解。广义上的“法律执行”是国家机关的一切适用法律行使职权的活动。这种广义的理解普遍存在于媒体报道、民众讨论和一部分法学论述中。正如有学者指出,广义的法律执行是指“国家行政机关、司法机关和法律授权、委托的组织及其公职人员,依照法定职权和程序,贯彻实施法律的活动,它包括一切执行法律、适用法律的活动”^[4]。这种观点的问题在于把适用法律进行裁判的司法活动和法律执行活动混为一谈。西方的现代分权制使得法院属于司法机关,而不属于法律执行部门。为何我国普遍存在这种理解?我国法制史、思想史谱系中没有分权的传统,而且素来存在“诸法合体”、“诸权不分”的现象,最高统治者即是法律的制定者,同时也是法律的执行者和裁判者。这个传统的结果是社会中的司法、执法不分,把所有形式的公共权力的部门统称为“政府”的一部分。即便做出区分,对于司法机关的理解也往往是错误的。^[5]

自启蒙思想以来,三权分立的政治思想和制度设计被大部分西方国家认为是一种合理的制度安排,因而分权制度存在于大部分西方政府与社会的思想文化和政治理念中。随着现代政治法律哲学的发展与分权思想和制度的传播,法律执行的另一种狭义观点逐渐普及开来。^[6]这种狭义理解则认为,法律执行是政府的重要活动。这种狭义的理解是基于现代政治学中的分权理论而演化的,这个狭义的理解的基本结论之一是,把国家权力分为立法、司法、行政三者,狭义的政府是专指行政机构的范畴。而法律执行乃是行政机关(狭义的政府)对法律进行推行的总称。狭义的法律执行也就是行政执法,即不包括司法机关和立法机关的相关活动,仅指的范畴是法律执行(执法)是国家行政机关、法律委托授权的具有行使权力资格的单位、法人等主体,依照法定职权和程序,执行法律赋予的行政、管理、服务等职权而进行的活动。如前所言,广义地理解法律执行会造成较大的理论和实践中的混乱,因而狭义的法律执行是我国主流法学界比较认同的概念。我们认为,法律执行应该仅指行政执法,而不包括法的适用(司法)和法的制定(立法)等活动。现代法治发达国家的政治体制普遍要求立法机关、司法机关和行政机关不应混同,而应有一定程度地制约和分离,进而把国会、法院和政府机关看作是独立的行使各自职权的机构。即便在中国,也有可能和必要区分权力的不同职能、不同属性。因而我国的法律执行,也必须采取狭义的理解,也就是法律执行是指政府为主的、代行政府行政职能的其他授权机关为辅的行政、管理、服务等活动。^[7]从这种狭义的理解出发,似乎法律执行本身就等于执法。^[8]

然而,在何种条件下法律执行和执法是同一概念?在何种情况下是不同的?为何存在这种差异?主要是因为法律执行本身可以对应英文中完全不同的两种概念。

第一种,也就是前文中提到的狭义的法律执行,在英文中可以翻译为 law enforcement,此时的法律执行可以简称为执法。英语中的 law enforcement 可以

代指以一种(通常来自政府)强制力来确保法律被人们所遵守和法律不被违反的过程。西方的政治制度和法律制度决定了能拥有强制力去贯彻法律实施的主体主要就是政府机关,而政府中最直接的具有以上属性(如强制力、惩罚犯罪等)执法活动的最典型、最普遍的情况就是警察机构的活动。因此,在某些语境下执法机关(law enforcement agencies)就是警察机关的代称。但是在另外一些特殊的语境下,法律执行和狭义的“执法”不是一回事,不能互相转换。英文中另外一个表达 execution of laws 是法律执行的另外一种翻译方式,此时法律执行不能被简称为“执法”。西文中的执行(execution)不仅仅涉及成文法的实施,更是一个政治、行政和管理的概念。因此从广义上说,execution 的对象可能是一般的自然人、法人等签订的不具有公法效力的法律文件。在法律领域,execution of laws 作为法律执行的对象,不是一般的已经生效的法律条文,而是除了立法机关所制定的成文法之外,各种规章、司法裁判和仲裁的文书、乃至私人订立的合同、遗嘱等。其二,主体范围不同,execution 的主体不仅限于政府机关。正是由于其对象不仅限于制定法(因为制定法的执法者通常由政府行政机关担任),而是几乎所有的生效法律文件。那么私主体之间签订的合同、单方订立的遗嘱的执行人资格必定是涵盖了所有的私主体。简言之,与 law enforcement 相比,execution of laws 的执法者不单单是指公法上的行政机关,更包括了私法上的一般主体。

二、“执法”与“法律执行”是等同的概念吗

以上分析得出,西文中从狭义上理解的 law enforcement 可以翻译为执法,但是并不兼容私主体。只有当执行者作为 executor 时,可以属于私人或者私法上的主体,这里我们还能否翻译为“执法者”呢?我们认为不应当混同两种翻译,应当严格区分作为“enforcer”的执法者和作为“executor”的执法者。因为“执法”一词的本意中也包含着国家职能和国家强制力的因素。如果非要把执法理解为“对法律的执行”,那么显然“执行”是“执法”的上位概念。根据“属”加“种差”的逻辑学概念定义,那么执行是执法概念的必要而非充分条件。换言之,属于执法行为必然也是一种执行,然而“执行”的行为却未必属于“执法”。诸如私人之间订立、履行合同的行为、遵守法院判决的行为,可以视为对法律文书的“执行(execution)”,但是这种私人间的行为却未必能称之为“执法”。如前所言,“执法”的本质在于其强制性而不是执行性,因而本意是 enforcement 而非 execution。与公法上的法律执行(law enforcement)相比,execution of laws 更应该翻译为“法律文件执行”或者“法律相关执行”,并且 execution of laws 不能简单成为执法。当执行者(executor)属于私人或者私法上的主体时,就不宜翻译为执法者。因为执法者这个概念之中包含着国家职能和国家强制力的因素。这种私主体对私人订立的法律文书的执行行为当然可以称为“合同执行”或“遗嘱执行”,抑或是私人对法院判决的执行也可以叫做“判决执行”。但是无论是“合同执行”或“遗嘱执行”或者私人的“判决执行”,都不能也不应简单的翻译为“执法”。

汉语中固有的执法含义也不能兼容私主体的范围。“执法”本是汉语固有之词汇,中国语境下的执法有“执国家之公器”的含义。《说文解字》记载:“執(执的繁体)者,捕罪人也。从𠄎从幸,幸亦聲”。可见执法最早的含义中就有代表国家机关逮捕审判犯罪之人的意思。“𠄎”是掌握的意思,是一个象形字,其形状类似于用手去把握某种东西(“持也。象手有所𠄎據也”)。可见汉语中“执法”者,并非简单的遵守法律,而是秉持一国之公器,执掌法令,代表国家伸张正义的公共行为。可见,中国文化中的执法有两个特征,其一是执法的对象是国家法律,而不是一般的私人意志,所以执法的主体也必须是代表国家的执掌国家公权力之人。其二,执法具有一定惩罚性、强制性。由于我国古代之法律体系呈现“民刑不分、以刑为主”的特点,执法实际上主要是指刑法上的执行,尤以“捕罪人”为代表。所以,执法和执法者在中国传统文化中是“公法”的概念,并不是私人行为和私法上概念。诸如私人之间订立、履行合同的行为、遵守法院判决等行为,虽然在现代管理科学中可以视为对法律相关的“执行”,但是这种私人间的行为却不能在中国语境下简单等同于“执法”。

由以上分析可知,“私人”与“执法”是一对矛盾的概念。因为执法概念之中包含着国家职能和国家强制力的因素。而私主体对私人订立的法律文书的执行行为当然可以称为“合同执行”、“遗嘱执行”甚或“判决执行”。但是无论是“合同执行”“遗嘱执行”或者私人的“判决执行”,都不是公法意义上的“执法”。

三、“私人执法”概念之内在矛盾

必须承认,“私人执法”是一个较少有提及的领域,确实,徐昕教授提出的“私人法律执行”在学科内部有一定的启发作用。徐昕教授认为“私人执法”的概念对应的英文翻译是 private enforcement of law,并在西方的文件中得到了全面、确实的研究。^[9]

《执行》一文在一开始就断定,私人执法(private enforcement of law)和公共执法(public enforcement of law)是执法的两种形式、两种类别。^[10]但是否西文中几篇论文就足以构成概念的科学依据?这种提法本身是否符合科学概念的规律?如前文所述 enforcement of law 这个词语在西文中早已经有明确的概念,是指以一种(通常来自政府)强制力来确保法律被人们所遵守和法律不被违反的过程。这里的 enforce 是指借助强力和强制手段来推行法律。实际上,西方的法学家也不否认 enforcement of law 确实需要政府作为强制力的保障,只有国家和公共领域的权力才能有效地推进法律执行。因而执法在总体上是一个公法的概念,执法的推进离不开其本质属性中的公共性(publicity)。^[11]另外 enforcement 这个词本身就具有 -force- 这一词根,表明了其中蕴含了“力”这一基本元素。法律执行中所蕴含的力的要素,与法律本身所具有的国家强制的性质是一脉相承的。^[12]实际上,波斯纳(Posner)之所以强调 private enforcement of law 这样一个标题,并非是他没有认识到法律执行与国家强制力的内在的、本质的关联,恰恰

相反,正是因为他观察到了这种关联,所以在讨论一些特殊现象时才不得不加上 private 这样一个特殊的冠词来加以修饰。

《执行》一文中对私人执法的举例还说:“在当代法律制度中,公共执法和私人执法实际上混合交错。私人为预防违法犯罪的自我保护行为,如雇佣私人保镖,一定程度上可视为公共执法之替代。”^[13]但是《执行》一文却没有解释清楚:为何雇佣私人保镖是公共执法之替代呢?为何“私人保镖”属于执法行为呢?私人保镖的主要目的是保护自我的财产安全,和“公共执法”本来就是泾渭分明、公私有别。所谓的“预防犯罪”只是雇用私人保镖的一个间接的、附带的社会效果,其本质还在于“自我保护”,即所谓的自卫权(这里的保护既包括财产安全也包括人身安全)。实际上人人都不希望犯罪发生在自己身上,并尽力避免之。^[14]那么这里的“自卫权”(或者自我财产保护权)是纯粹的公权吗?这里存在两个可能性:其一,作者认为自卫权或者保护自我的人身安全之权利不是私权,私人没有保护自我财产的权利,因为自卫权只属于公权力“公共执法”范围,那么当雇佣私人保镖时,这种公共执法的“权力”就被替代了。假使自卫权只是公权才有的权能,私人无权行使自卫权的话,雇佣私人保镖就属于不可能被允许的行为,就成了彻头彻尾的违法行为。显然,这个假设是荒谬的,一个违法行为本身就是法律所禁止的行为,不可能被国家法律所承认,更不能称为“执法行为”。又何来“公共执法之替代”一说呢?其二,作者或许又认为自卫权是一个开放的概念,不完全属于公权也不完全属于私权,可以视不同的行为主体产生不同的性质变化。换言之,作者一定认为保护自我的人身安全之权利乃是一个“部分的”私权。^[15]但此时“自卫权”本身就是可以由私主体来行使的,其法律性质和公共执法属于并行不悖、互不干涉之关系。国家执法是国家职能,私人保护财产也是权利所在。那么此时也更不可能存在所谓“公共执法之替代”,因为这时雇用私人保镖本身和“公共执法”分属于两种性质的行为,并且在法理上可以分别地、独立地存在。总而言之,不论其作者接受了哪种逻辑,都不可能得出“雇佣私人保镖,一定程度上可视为公共执法之替代”这样的结论。

《执行》一文的本质问题,在于认为私力救济就是“私人执法”。“私力救济”的历史意味着早在启蒙思想之前国家普遍承认私人执法的存在,这个历史出发点本身没有问题。^[16]但是在现代法律发展和现代性的政治理论已经把执法权收归“国家”的前提下^[17],现代的法制谱系中私力救济还是否等于“私人执法”?“私力救济”和“私人执法”到底有无区别?我们发现《执行》一文认为并没有区别:“私力救济者亦可视为私人执法者,只是私人执法从法律执行角度保护权利,而私力救济则从权利保护角度关涉法律执行。”徐昕教授认为二者并无本质之区别,只是关注的角度不同而已,是对同一种现象的不同描述。

然而在现代法治语境下,私力救济和私人执法有着本质的区别。尽管二者都涉及“私人”这一概念,都不借助于国家强制力的实施,二者仍然存在重大区别:私力救济乃是国家承认的合法的行为,而私人执法(就徐昕教授所举的例子

看)则往往属于非法行为;私立救济乃是维护私人合法权利的行为,而私人执法往往超出合法权利的界限导致损害他人权益;私力救济往往运用非强制手段达成其保护权利的目的,如协商、调解、私人仲裁或者委托“私人或民间组织机构”等^[18],而私人执法则使用强制、暴力和胁迫性手段达成其目的,如黑社会性质组织、强制扣留拘禁乃至私刑等等。

从徐昕教授所举的外延和我们对执法内涵分析可以看出:私人执法(enforcement)的症结不在于其私人性,而在于其代替国家机关的使用暴力(forcibly)性。实际上,《执行》一文中的“私人执法”如果也是“执法”,那么“执法”作为上位概念本身就包含了国家强制力因素,离开了国家强制性本身那又何谈“私人执法”呢?我们看到,《执行》一文中所举的例子诸如“私人讨债者”、“商场搜身”和“私人刑罚”都被视为所谓的“私人执法”。^[19]由此种种,似乎私人采取暴力解决问题就是“私人执法”。但是,“执法”虽然具有暴力的特征,但是单纯的暴力却不足以构成执法。《执行》一文也认同主流的执法概念是,国家司法、行政机关及执法人员依法定职权范围和程序将法律规范适用于现实的社会关系之活动,但这些活动除了暴力性之外,一定还有一个“合法性”或者“有效性”的本质内核。而《执行》一文中的例证是否合法、有效,本身就值得讨论。

四、“私人执法”的社会解读:一场误读

《执行》一文的最后还重点介绍了“私刑”作为私人执法的一个历史例证和历史解释。在这一章的开头作者就说到:“私刑,即无惩罚权的人对他人非法施加惩罚。”^[20]然而奇怪的是作者在其后的章节中又说道:“私刑也不见得一概非法”,因为“此种处罚使用的强力在合理范围内,属合理的私人执法……。”^[21]这里徐昕教授似乎又把部分的私刑归为两类,一种是非法的,另一种属于合理合法的范畴。至此我们要问到底“私刑”是合法行为还是非法行为?“无惩罚者”的惩罚又怎么会是部分地合法呢?仔细看其中所举出的例子不难发现,实际上作者混淆了“一般的教育手段”和“刑罚”的区别。首先要确定的是,作者所言的私刑首先必然是“刑”,也就是具有一定程度“刑罚”。但是,后文中所举出的例子中,而无论是“父母对子女的轻微责罚”、“领导批评”还是“老师责令学生留校反思”等等这些行为固然是合法的惩戒措施,但是却绝对够不上“刑罚”的标准。

此外并非所有的惩戒措施都属于“刑罚”,只有“刑罚规定的由特定机关限制或者剥夺一定权益为内容的强制性制裁方法”。^[22]《执行》一文中所提到的“父母对子女、学校对学生执法手段若超出相当性,也为法律禁止”,那么一般的“管教”、“管理”和“刑罚”是否只是量的区别,没有本质差异?这里恰恰是有着重大的区别:首先,刑罚的对象一般只能是成年人,或者已满十四周岁以上的犯有特殊暴力犯罪的未成年人,而管教的对象往往是年龄较小的,不具备完全的行为能力的未成年人。其次,二者的程度、效果不同,被管教、管理的对象仍具有选择权和自主性,其所受的轻微惩罚不是剥夺性的,当事人仍然可以不服管教或者

管理乃至选择离开,而刑罚却是剥夺性的强制性的,受到刑罚的人没有任何选择余地。最后,也是最根本的,刑罚只能以国家强制力和《刑法》规定的程序和形式来实施,不得任意滥用。例如我国《刑法》规定的,刑罚的形式只能是剥夺生命的死刑和剥夺人身自由的“管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑”,附加刑还可能有剥夺财产权和政治权利的“罚金、剥夺政治权利、没收财产(可以独立适用),驱逐出境”。以上就是我国《刑法》所规定的刑罚的全部形式。《刑法》之外的其他的任何形式的限制、剥夺他人合法人身、民主权利的行为都属于非法行为乃至犯罪行为,例如教师和父母均不可殴打未成年人,领导谈话也不能以强制拘禁的方式进行。尽管我国社会习俗和传统因素等导致一些政府没有及时介入未成年人的权益受损案件,但这种现象的存在绝不意味着对未成年人权益的侵害是合法的。^[23]实际上,不仅私人不能使用刑罚,连国家公务机关的人员也不能非经法定审判而适用刑罚,刑讯逼供、非法拘禁等也是绝对不被允许的。显而易见,《执行》一文中所举的那些“合理私刑”的例证本身连刑罚都不是。

退一步说,如果作者认为传统意义上的私刑是可以非经国家、非经特定机构、非经法定程序的前现代概念,那么至少也应该具有“强制性”和“制裁性”这两个任何时代都必须具有的“刑”之特征。我们也承认,我国古代社会一度存在“私刑”,并且认可某些私人之间施加刑罚的合法性。例如:古代的父母对不合规行为的子女有权进行惩罚,《唐律疏议》中还规定:“教令违法……不合有罪。”也就是父母在对子女施以管教的时候如果发生了不符合法律的行为,也不会按照犯罪来处理。^[24]但是即便是古代的私刑也必须有“强制性”,即被刑罚的主体没有选择不受刑罚的权利,二是“制裁性”,即子女也必须受到足以损害其基本权利的严厉惩罚。尽管古代社会的某些场合下,诸如家长、族长等“私人”(更多的应理解为非国家主体)可以任意地剥夺他人权利乃至施以刑罚,但是作者认为那些所谓“现代私刑”实际上并不具备这些特征。

现代社会的大多数国家不仅废除了肉刑,而且都把执法权收归了国家,而且以一种近乎垄断的方式排除了私人作为刑罚的实施者的可能性。实际上,该文作者也承认,“在一般观念中,执法指国家司法、行政机关及执法人员依法定职权范围和程序将法律规范适用于现实的社会关系之活动,私人除作为执法对象和守法外,与执法毫无关联。”^[25]实际上在一个法治社会中,任何刑罚都只能由国家法定的机关经过法定的程序并于公平的审判之后方可执行。而法律执行作为一个现代的法学概念,无法也不应该容纳“肉刑”、“私刑”这样的前现代行为。^[26]《执行》一文的一大本质矛盾,是“私人执法”作为科学的法律概念如果能够存在,则必然要排除非法行为。任何执法行为如果要产生(正面的)法律效果,就必须遵守国家法的强制性规定。

换言之,任何的执法行为首先需要的是合法行为,不能是非法行为。否则,各种犯罪行为、侵害他人人身和财产权利的行为就被包括进“执法行为”来。这种将“非法行为”同“执法行为”混为一谈的观点,不仅将与“执法”概念本身的

合法性要求产生严重冲突,而且如果把一些非法的暴力行为(有时披上维护权利为目的的外衣)都称之为“执法行为”的话,那甚至有美化犯罪行为的嫌疑。《执行》所举的其他例证如:民间收债人、私人侦探、“私人通缉令”和“私人罚款”等类别,也很难说不是非法行为。此文中的大部分例证都涉及所谓“利用非法手段来达至合法目的”,有的甚至连合法的目的都谈不上,而我们知道即使是为了维护权益而使用非法行为也是被禁止的。比如,实现债权是合法的,而使用暴力胁迫则是非法的,故此雇佣黑社会使用暴力来讨“本属于自己的债”仍属于非法行为。更不用说,雇佣私人侦探等行为的目的是刺探他人隐私、乃至窃取他人的商业机密的非法效果。

在《执行》一文中,作者的“私人执法”的例子还有“私人搜身”。所谓“私人搜身”往往是指商场等主体由于怀疑当事人盗窃而采取的搜身、限制人身自由的行为。但是其本质是非法行为,“商场无权对消费者实施搜查行为或限制人身自由,不得动用私刑。”^[27]我国《宪法》第37条明确规定:中华人民共和国公民的人身自由不受侵犯。任何公民,非经人民检察院批准或者决定或者人民法院决定,并由公安机关执行,不受逮捕。禁止非法拘禁和以其他方法非法剥夺或者限制公民的人身自由,禁止非法搜查公民的身体。商场既非公安机关,也没有经正当程序的授权,自然不可能有“搜身权”,但就是这样一个明显违法的例子,却被《执行》一文当作私人执法成立的证明。

五、余论:“执法”的后现代解读

正如“私人执法”的概念本身所包含的矛盾、问题一样,《执行》一文其作者的态度是矛盾的,也是负责的,但是总体的论证过程仍然不尽人意。我们必须承认,徐昕教授的出发点是好的,不难看出徐昕教授的本意是:私人执法是避免公权力的过度扩张,保障私人权利的必要手段。真如其所言“一个运作良好的社会,公权力不可能也不必要垄断一切事务。”^[28]诚然,公权力的过度扩张甚至取代私权利是社会的灾难,同时也会造成严重的集权后果。我们相信限制公权仍然是现代社会中需要大力研究的一个课题。

然而,一个预设的好的出发点,并不一定能经受科学概念的检验。《执行》一文的“私人执法”理论试图通过历史的、前现代的种种例证,说明“私人执法”有利于限制权力,但是这种对前现代的社会现象(如私刑)的“同情”的理解反而使得作者没有看到其“前现代”的本质。急于否定“执法”的现代性特征,反而使其陷入了“无法无天”的后现代泥沼。正如有些后现代理论认为现代的国家建构是暴力、集权的象征,只有原始的自然状态是理性场景。^[29]或许诸如“私刑”的这种没有国家强力干涉的“自然状态”确实有助于我们理解自身,但是“非国家性”的代价也是必然联系着野蛮性、暴力性、非理性等因素。显然,这种朴素的甚至原始的制度不能成为现代法治和权利保障制度中的一种可行性答案。现代的“国家性”固然值得警惕,但也不可不见其“理性主义”和“现代性”的本质内

核。实际上,现代法治国家还没有哪个能放下国家性的框架,而把“执法”的权力再度回放到私人手中。

《执行》“私人执法”的概念持有者始终把政府垄断的“执法权”视为法治的头号天敌,并认为:“我国长期偏好于行政管理式的执法,以国家处罚和制裁作为重要治理术,试图通过公共制裁实现法律的目标,较少考虑是否必要、可行、能否真正执行,或者未考虑调动私人与国家共同执法的可能性。”但是,《执行》一文却没能提供一种可行的、具体的替代方案。即便例举了“私人执法”的例证,也恰恰是反应了法治倒退而不是进步。

实际上,执法权的垄断是现代法治的特征,只有前现代的社会、后现代的理论中才存在执法权的分散。现代的框架下,不论是中国还是世界各地,执法权统一归于政府正是法治的体现,执法权的散乱分布才是法治混乱的标志。如果说现代社会的标志是公权与私权的各司其职、界限分明,那么我们反对的就不是用公法取代私法,也必须反对用私法取代公法。正如《论自由》最早被严复先生翻译为《群己权界论》一样,现代社会中自由之保障在于公私权界的分明。“私人执法”这一概念所危害的,恰恰是公私权之间的明确分野,造成了私人行为闯入本来由国家机关行使的公共权力空间。

徐昕教授所担心的公权力侵蚀私人领域乃至取而代之的现象固然不利于自由的保障。但是反之,私权滥用暴力乃至借用“执法”之名冒充公权而侵害他人权利的现象如不加制止,则普通人尤其是弱者的自由将消失殆尽。须知,日常生活中大量的侵权案件、犯罪案件不是发生在政府与私人之间,而恰恰是发生在私主体之间,而导致这种侵害之所以不断扩大和持续的原因,往往不是政府的行为不当而是政府的不作为。^[30]“权利不可侵犯”这一概念,不仅是对政府越权行为的限制,更看重的是限定权利时必须经过“正当程序(due procedure)”,《执法》一文没有回答、但是又不得不面对的一个结果是“私人执法”从其本质而言,不可能具备这种正当程序,因而无法保证其不被滥用。我们必须承认,一个现代社会必然是公私领域分明的社会,公权力不能取代私人的领域。同时,对他人私权的尊重也必然要求即便是私人在行使法律赋予的权利时不得未经法定程序而使用暴力乃至越俎代庖。

注释:

[1][9][13][19][20][21][25][27][28]徐昕:《法律的私人执行》,《法学研究》2004年第1期。

[2]近年来认同“私人执法”这一概念并对其进行讨论的论文还有:丁国峰:《反垄断法私人实施的法理基础和具体路径》,《华北电力大学学报(社会科学版)》2011年第2期;王虎,李铎淦:《整体主义视野下我国食品安全私人执法模式研究》,《华中科技大学学报(社会科学版)》2013年第5期;夏艺菡:《论美国反托拉斯法私人执行制度对我国执法的启示》,《当代经济》2011年第13期;万宗瓚:《法经济学视角下的“私人执法”》2012年第13期。

[3]例如,在体育赛事中,居中裁决裁判的行为也被大量的称为“执法”或者“比赛执法”。

[4]张文显主编:《法理学》,北京:高等教育出版社,2003年,第264页。

[5]直到现今,我国社会仍然普遍地把“公、检、法”统称为司法机关,而不是分别看待。

[6]张文显、李龙、舒国滢、公丕祥等人分别主编的四个不同版本的法学教材都坚持以“狭义”的执法为准。

[7]这里就产生一个有趣的问题:我国法院中所谓“执行庭”是司法机关还是执法机关?我们认为,法院中执行机构应当属于执法机关。因为司法机关和执法机关的分野,不是取决于机构名称(执行庭听上去像是法院的一个特别法庭),也不是取决于其所处的地点或者直属上级机关的性质。而取决于其功能,例如听上去是立法机关一部分的“全国人大安全保卫处”,实际其功能明显不是立法,而是某些行政功能——如保卫安全、设立巡逻、惩治犯罪等,所以它即使设立在全国人大的办公系统内部,地点也在全国人大的公共地点,它仍然不是立法机关。同样的,法院的执行庭并非运用法律进行裁判的机构,而是执行已经生效的法律判决的机构(正如监狱是执行众多刑事法律判决的机构),即使它的设立是在法院内部,它仍然不属于司法机关。

[8]我国虽然不奉行三权分立的制度,但是在制度的设计上,我国也把法院、检察院为代表的司法机关、国务院及各级政府代表的行政机关和人民代表大会代表的立法机关看作是分别行使各自职权的机关,具有不同的功能和属性。例如,虽然我们不提倡司法独立的口号,但是在《中华人民共和国民事诉讼法》第六条和《中华人民共和国人民法院组织法》第四条都明文规定:人民法院依照法律规定独立行使审判权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。由此可见,尽管我国并不奉行三权分立或者司法独立原则,但是政府作为执法机关的职能确实与人民代表大会和法院有着明显的区分。

[10]William M. Landes and Richard A. Posner, *The Private Enforcement of Law*, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 4, No. 1 (Jan., 1975), pp. 1-46.

[11]Francis E. Rourke, *Law Enforcement through Publicity*, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 24, No. 2 (Winter, 1957), pp. 225-255; Bruce Smith, *A Preface to Law Enforcement*, *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 291, *New Goals in Police Management* (Jan., 1954), pp. 1-4; Ray Erwin Baber, *Factors in Law Enforcement, Social Forces*, Vol. 8, No. 2 (Dec., 1929), pp. 198-208.

[12]孙国华:《法是“理”与“力”的结合》,《法学家》2001年第3期。

[14]作者似乎想通过一组三段论来自我证成。大前提:通过公法意义上的“预防犯罪”是政府公共职能,然后小前提:雇佣保镖属于“预防犯罪”,来证明结论:雇佣保镖属公共职能。但是我可以明确地说,雇佣保镖不是公法意义上的“预防犯罪”行为。雇佣私人保镖虽然不利于犯罪的发生,但是并不是对社会整体的犯罪预防,因为其既不具备社会意义上的“预防犯罪”这种目的,也与公安机关的作为国家治安机关对社会整体安全负责同时预防犯罪的职能范围不同。私法上的民事行为往往会带有保护个人生命财产安全的目的,但是并非所有类似这样的不利于犯罪发生的行为可以界定为公法意义上的“预防犯罪”,正如购买防盗门可以预防盗窃,但我们很难说:“购买防盗门”的行为已经不单单是民事行为,而是代替政府在“预防犯罪”。

[15]为避免逻辑的荒谬性,并根据此文的上下文来判断,我们认为第二种可能性更大一些。

[16][17]贺海仁:《从私力救济到公力救济——权利救济的现代性话语》,《法商研究》2004年第1期。

[18]范愉:《私力救济考》,《江苏社会科学》2007年第6期。

[22]马克昌:《刑法学》,北京:高等教育出版社,2003年,第218页。

[23]史永平:《当代中国亲权制度的伦理基础及其现代走向》,吉林大学2011年硕士论文。

[24]史永平:《家长权的现代遗存——一个法制发展史的视角》,《理论界》2014年第11期。

[26]“肉刑”就是伤害人的肉体的刑罚,是一种严酷而原始的刑罚手段。我们之所以把“肉刑”和私刑并列,乃是因为二者在传统社会中处于一种“共生”的状态,即私刑往往都以“肉刑”的方式进行。

[29]Victor Tadros, *Between Governance and Discipline: The Law and Michel Foucault*, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 18, No. 1, (Spring, 1998), pp. 75-103.

[30]例如,屡禁不止虐待和遗弃未成年人现象,往往起因于此。李超、毕荣博:《从未成年人保护看国家监护制度的构建》,《青少年犯罪问题》2004年第4期。

[责任编辑:钟 和]