

“私权力”概念为何要正式出场

多想一点

如果现代法学曾围绕国家权力的正当化与限制展开,那么在数字时代,它或许需要创建一套新的理论

刘星

你没看错,是“私权力”,而不是相对“公权力”的“私权利”。进入数字时代,随着数字法学发展,“私权力”的概念已经浮现。因为今天,数字控制能力的核心已转为科技驱动,其特征是:不知不觉、系统丝滑,难以回避。算法加持的数字支配日益扩张,几乎在任何数字领域,乙方对甲方总感无奈。最典型的例子,就是私营化的数字平台操作。但“私权力”概念需要正式出场。为什么?我们先看过往研究。

为何难以提出“私权力”

第一,翻开社会学、经济学、管理学、心理学之类的书,会看到以往关于“私权力”的讨论。这些书的作者分析和推演过人对人的优势地位与劣势地位的关系,不仅涉及国家权力行使者对私人,而且涉及广泛的私人对私人。但在相关分析和推演中,极少见到明确的“私权力”一词。上述著作中,往往肯定且清楚地界定,推定了公权力,但对“私权力”却持模棱两可的态度。

现在想想,这种情况估计是受传统法学的影响。一直以来,传统法学讨论权力(公权力)、权利、义务、责任等,并详尽剥离,唯独没提“私权力”。其他学科与法学略有交集时,会尽量注意法学是如何使用概念的,这是自然而然的——就像法学与其他学科产生交集时,所采取的做法一样。

第二,我们会记得,法国思想家福柯曾详细探索“微观权力”。福柯认为,除了国家权力,更应注意无处不在的微观权力。微观权力比国家权力更生动、更重要。比如,在职场,人力资源部的工作人员对员工有晋升考察的权力;在家庭,父母对子女有管教提醒的权力;在学校,教师对学生有“思想领导”的权力。当然,福柯关心的重点,是知识弥漫和微观权力的关联——教师对学生的那种。

如果接受福柯的观察判断,便能得到一个结论:微观权力早已存在,而且还有长久的历史,可以延续到今天的数字时代。可以看出,福柯的理论实际上是前面各类学科相关理论的历史化、哲学化。当然,其后来对几乎所有人文社会科学产生了深远的影响。但即便如此,还是因为未见

法学家的动静,“私权力”概念依然沉寂。

第三,我们还知道,法学家一直关注“习惯法”。19世纪德国著名法学家萨维尼就推崇习惯法。这些法是相对国家法而言的,意思是社会自有一套非正式制度。像萨维尼一样,不少法学家说过,它们和国家法之间已存在互动,需要注意、琢磨,但它们内部,也有生动的微观权力的运用——控制。

法学家强调习惯法,进一步的意思是:对它们内部的微观权力运用,国家权力要适当隐忍。因为国家权力背后的财政有时拮据,对社会习惯的微观权力进行制约难免鞭长莫及。另外,微观权力自身会博弈,博弈时常是良性的磨合,其中会生长出良好的自然秩序。国家权力介入,对自然秩序的内部人而言,可能是不受欢迎的;如果硬要介入,可能就缺乏正当性了。可以认为,延续至今的习惯法的思想传统,是过去各学科理论,包括福柯微观权力说的法学化。但面对概括“私权力”的课题,这一传统很长时期依然意愿不强——毕竟“私权力”容易使法学家联想到公权力。

这就涉及第四点——法学传统认知的底部格局。这一点,不妨多说一些。

围绕国家法秩序建立起来的知识体系

首先要看到一个深层的制度前提:现代法学本身是围绕国家法秩序建立起来的知识体系。在现代国家形成过程中,暴力、征收、裁判与强制执行等逐渐被国家垄断了,法律的主要任务便转化为两个方面:一是为国家权力提供形式与程序,二是防止这种权力越界侵害个人权利。

在这种前提下,“权力”几乎天然指向国家,“权利”则主要属于私人。法学的基本问题由此被稳定地表述为:国家如何行使权力,以及国家权力如何受到限制。进一步,私人之间的支配、控制与依附关系,便更容易被理解为市场、契约、社会关系或习惯秩序,而不被视为需要独立命名的“权力”。

显然,正是由于这种制度前提,法学传统认知的底部格局逐渐形成。

这一格局有两个要点:一是公权力与权利的关系锁定;二是公法与私法划分的“古罗马法学活话”的现代转换,即以主体身份区分国家与私人关系的基本框架。两个要点相互关联,互为补充。

就前一点看,法学容易认为公权力要受到制约,因为,法律(国家法)出现那天起,既授予了国家公权力,也包含了公权力不得擅自侵犯权利的意思。“未经正当法律程序,不得剥夺任何人的权利”,就是这个理念的点睛之笔。

这意味着,权利是核心,“私权力”概念进来,有可能分散注意力,淡化对公权力的警惕。

就后一点看,公法涉及国家与私人之间的权力、权利、义务、责任。例如,杀人是剥夺他人生命,是公然向国家管理叫板。在这些情况下,国家必须出手,但出手要有分寸、步骤。所以,便有了刑法、刑事诉讼法等公法。私法,则

涉及私人之间的权利、义务、责任。例如,买卖是民间买方和卖方的事,无论是否成功,均属自治问题,甚至纠纷出现,也可自治,非要公权力介入,也是“不告不理”。

“公法和私法划分”的现代化,是为了提醒:对私人关系,公权力要谨慎、低调。如果两人结婚,自己不能决定,要由国家配对,这就过分了。此外,私人关系自治,有利于社会柔和博弈,有助于高效的竞争。国家过度干预,效果堪忧。

这就可以看出,法学传统认知的底部格局,不会蕴藏使“私权力”概念正式出现的动力。因为只有预设了公权力(国家权力)是真正的“利维坦”(比喻拥有绝对权力的国家或主权者),那才需要警惕。这也解释了,为什么其他学科的私人之间微观权力关系的研究,就算再丰富;福柯极泛化的类似权力洞察,就算再深刻;法学内部的习惯法反思,就算再透彻——也不会顺利提炼出“私权力”的概念。

现在,我们靠近了“私权力”概念需要正式出场的理由。

数字时代的“私权力”

我们每个人已身在数字时代,而数字权力代表的“私权力”的广度、深度,有可能比肩甚至超越传统公权力。

其一,“私权力”的能量和公权力的能量高度相似。例如,应用下架,相当于让企业收入归零;而网上支付冻结,相当于让个人生活受困。其二,“私权力”在功能上,可能等价于“新的公权力”,甚至比过去人们知道的公权力更权力化。例如,平台封号,相当于“放逐”,且程序极简化;算法黑箱的动态定价,相当于“税收”,却极少有完善的监督机制;算法控制的内容投放,影响着意识形态,但更加隐蔽。

这里的重点是,这种权力不是“影响力”或“市场优势”,而是已经对他人行动构成结构性控制能力。

因此,法学家打起精神,让“私权力”概念正式出场,已不只是概念修辞上的更新,而是法学认知底部格局上的必要调整。

“私权力”概念一旦正式确立,并结构性地支配他人的行动空间,法学便不能只讨论权利如何防御国家权力,还必须全面回答新的问题:私人权力的边界何在?其行使是否需要程序?其正当性来自何处?又应接受何种监督?

接下来,法学的若干基本对应关系,都可能被迫重新检视:权力与权利之间,是否仍只是国家与个人的对峙?公法与私法之间,是否仍以主体身份作为主要划界?自治与支配之间,是否仍能被简单等同?

在这个意义上,“私权力”的出现,并非权力类型的增加,而是权力结构的重新显现。如果现代法学曾围绕国家权力的正当化与限制展开,那么在数字时代,它或许还需要创建一套新的理论:如何识别、约束并正当化私人主体所行使的治理性权力。

也许此时,回望那些关于无处不在的微观权力的提醒,便不只是历史、哲学的洞察,而是制度理论的前提了。

(作者系中国政法大学教授)



司马迁为酷吏与循吏分别作传,当是警示后人注重其异同。酷吏与循吏皆有“据法而行”之外观,但二者之价值观与方法论背道而驰

钟晋

古人倡导“明主治吏不治民”,吏治是评鉴历朝历代执政能力的重要标尺。司马迁在《史记》中分作《酷吏列传》与《循吏列传》,当为后世史治之镜鉴。

所谓“酷吏”者,以“武健严酷”为守则,媚上求荣、暴虐严苛。隶西汉郅都、张汤等10余权臣事例以为佐证。酷吏绝非庸官、懒官,皆为能吏。干吏,亦不乏清贫自守的廉吏,抗争权贵的铮臣。司马迁并未将酷吏皆视为奸臣,然对其贬之、憎之亦怜之。

所谓“循吏”者,以“奉法循理”为宗旨,尊仁卫道、舍己爱民。记春秋时期孙叔敖、子产等5位贤臣之举以为范式。循吏遵从天理、国法、人情,严守法度而不机械执法,既以法治治吏,更以法律律己。

司马迁为酷吏立传,周遭人事不胜枚举,自身亦受苛政酷刑所残害,但搜寻循吏之掌故,却需上溯先秦,且只得寥寥五人。可见,司马迁对循吏敬之、盼之,更叹武帝朝未得之。

司马迁为酷吏与循吏分别作传,当是警示后人注重其异同。酷吏与循吏皆有“据法而行”之外观,但二者之价值观与方法论背道而驰。可从以下四个方面加以区分:

一是以民为本。酷吏只唯上,一味迎合统治者意图,以至于法网常密,奸伪萌起,上下相逼。至于下,则秦朝繁刑严诛、吏治深刻,赏罚不当,赋敛无度,奢求王朝千秋万代,却至二世而亡。汉承秦制,虽汉初与民休息,但“恶法暴政”的根源犹在。酷吏郅都号为“苍鹰”,办理度太子刘荣触法案时,刘荣想要书写工具以上书申辩,而郅都“禁吏不予”,迫其自杀,实为景帝度刘荣、立刘彻而清除后患。酷吏张汤亦善于揣摩上意,武帝意欲严惩者,派遣执法严酷者办理;武帝意欲宽恕者,派遣执法轻平者办理。

而循吏重爱民,坚守匡世济民、治国安邦的本心,亦可使吏治肃然,世风淳朴、黎民安定。循吏子产为郑国国相,推行“作封洫”(田制改革)、“作丘赋”(赋役改革)、“铸刑书”(公布成文法)以及“不毁乡校”(广开言路)等仁政,孔子闻知其亡,流泪赞其为“古之遗爱”。循吏公仪休任鲁国国相,不仅“减门巷鱼”,拒贿,还拔掉园中菜蔬,毁掉自家织机,既坚持清廉自守,又决不与民争利。故司马迁叹曰“奉职循理,亦可以为治,何必威严哉”。

二是法德相济。司马迁笃信孔子、老子的“德化”主张,认为“法令者治之具,而非制治清浊之源也”。以严刑峻法威慑万民,百姓会趋利避害,但无羞耻心和正义感;以利害之术规制天下,人心不可能归附;以严密法网钳制言行,仇视社会的人群会更多。法治与德政如果不能统筹推进,仅依赖官史“武健严酷”之术,无异于抱薪救火,扬汤止沸。

酷吏常好“重典”,一朝权柄在手,难免“杀心自起”。如酷吏周阳由暴酷骄恣,所爱者“挠法活之”,所憎者“曲法诛灭之”,所居郡“必夷其豪”,故“治讼”之最高境界为“无法”,“法政”之最大成就为“无事”。若法令未得推行,狱讼增而不减,当思法度是否合于其时,德化是否根植人心。如循吏孙叔敖知楚国制改革导致民户流徙,立即劝谏楚王收回成命,制定良法是统治者“为政以德”的基本义务,良法亦需由官吏正确诠释。

三是修己安人。酷吏冷峻严酷,追逐名利,多以整治他人而见长;循吏遵法循理,心存敬畏,常有律己爱人的义举。二者的政绩观虽然截然不同,但司马迁告诫我们,前者常大行其道,而后者常遭人讥笑。西汉路温舒在《尚德缓刑书》一文中称赞古人明德慎罚,提倡“与其杀不辜,宁失不经”,但“今治狱吏则不然,上下相驱,以刻为明,深者获公名,平者多后患。故治狱之吏,皆欲人死,非憎人也,自安之道在人之死。”此语当为司马迁知音,亦可见西汉“酷吏遗风”永未禁绝。

如执法宽平者,不仅斩获“公名”,还有不得自安的“后患”,其坚守初心、秉持良善将何以为继?循吏石奢乃楚昭王的国相,为尽孝道放纵犯法的父亲,为尽法取罪而自刎;李离乃晋文公的司法官,因发现过往办案冤杀他人,主动仗剑自裁。如此循吏理应彪炳千秋,酷吏与其修为相去甚远矣,但何其少哉。酷吏中即使张汤等兼洁耿介之士亦少有,多为功名利禄之徒。如酷吏宁成放言“仕不至二十石,贾不至千万,安可得乎!”宁成获罪后,逃徙出关,并借钱买田千顷、累至千金巨富,后获大赦。由此等人执法,百姓为鱼肉也,酷吏与循吏的个人修为,恰如云泥之别。

四是广开言路。酷吏者多揣摩上意,行诡诈阴谋之术,其内心幽暗诸事,难以同外人言说,亦难听得他人逆耳忠言。循吏者多磊落坦荡,行光明正大之事,自然不拒谏言,不掩实情。酷吏张汤因四司农积异“口不言而心非议之”,以“腹诽”之罪奏请处死。如此“诛心”之论盛行,岂有真话可听?众多酷吏位极人臣,但不得善终,皆与其在位时钳制言论、积聚民怨相关。张汤构陷御史中丞李文、开罪丞相压青翟等理祸甚多,而其身边只有一个商人门客田甲敢于直言。

后张汤遭人举报,其欲对质辩白。汉武帝便派遣另一酷吏赵广斥责张汤,“君何不知分也。君所治夷灭者几何人矣?今人君皆有所状,天子重致君狱,欲令君自为计,何多以对簿为?”张汤听言,自知武帝之言路早已被他等权臣所闭塞,只能自尽服法。正印证那一句古话“始作俑者,其无后乎”。

“吏”字,在甲骨文中是一张紧攥于人手的手铐;后转会意,从“一”和“史”,或含一体遵法而行、功过存之于史的意思。酷吏与循吏皆需“奉法”,二者之别或在“良善”二字。当年记清末修律大臣、中国近代法学的奠基人沈家本先生的告诫:“有其法者尤贵有其人矣。大抵用法者得其人,法即严厉亦能施其仁于法之中,用法者失其人,法即宽平亦能逞其暴于法之外。”

(作者单位:湖南省湘潭市司法局)

走访社会关系等流程逐一核实,确认无误后才敢下判。这说明它不是常规通道,是应急通道。还有一个更深层的担忧:如果“不鉴定”成为常态,会不会削弱鉴定制度本身?

答案取决于我们如何看待鉴定的定位。鉴定是工具,而不是信仰。当工具好用且必要的时候,用它;当工具不好用且不必要的时候,找别的办法。真正需要警惕的,不是“不鉴定”,而是“该鉴定时不鉴定”。

法度之内保有温情

回到兰溪那个案子。

法官在判决书里写了一段话:日后小王智力、健康状况恢复到能够辨认自己的行为时,有权向人民法院申请恢复民事行为能力。徐女士作为监护人,应当按照最有利于被监护人的原则履行监护职责,除为维护被监护人利益外,不得处分被监护人的财产。

这段话不只是在宣告一个法律结论,它在提醒所有人,这个被认定为“无民事行为能力”的人,仍然是一个人。他有恢复的权利,他的财产受保护,他的尊严不

因昏迷而消失。

这或许就是“明伤不鉴定”最值得被记住的地方。它不是一个冷冰冰的效率工具,它是在制度的缝隙里,为具体的人留出的一条路。当母亲取不出儿子的救命钱时,法律没有说“按规定来”,而是说“跟我来”。

归根结底,“明伤不鉴定”不是一个孤立的审判技巧,而是司法制度在回应社会需求过程中进行自我调适的缩影。它的价值不在于否定了司法鉴定的功能,而在于提醒我们,任何制度设计都应当以解决真实的人的真实问题为出发点和落脚点。

制度是为人而设的。当制度开始运转,而人却被卡住时,需要改变的不是人,而是制度运转的方式。这需要法官有担当,也需要制度给法官担当的空间。ICU的门很重,推开它需要力气。但如果推开门的方式可以更轻松一些,为什么不呢?

在那些最紧急的时刻,法律最应该做的,不是站在门口查验手续,而是走进门去看看到里面那个人,然后想办法,让他活下去。

(作者系厦门大学法学院、新闻传播学院教授) 本版漫画/高岳

在制度的缝隙里看见人

当制度开始运转,而人却被卡住时,需要改变的不是人,而是制度运转的方式。这需要法官有担当,也需要制度给法官担当的空间

郑金雄

浙江兰溪,三十岁的小王躺在ICU里,呼吸机有节奏地响着,那是他生命仍在延续的唯一证明。脑桥出血、急性呼吸衰竭、十余种并发症,任何一项都足以将人击倒。门外,小王的母亲徐女士已经花光了积蓄,儿子银行卡里还有钱,可她不知道密码,取不出来。

银行说,得先证明徐女士是小王的法定监护人。法院说,要成为监护人,得先宣告小王是无民事行为能力人。而要宣告无民事行为能力,按照惯例,得先做司法鉴定。鉴定机构不多,要排队,周期漫长。可ICU里的费用是按天、按小时计算的。

这似乎是一个死循环。制度的每一个环节似乎都在履行职责,可合在一起,却把一位母亲挡在了救命钱的门外。

兰溪法院的法官没有等。他当天去了医院,看到小王周身插满管线,对外界刺激毫无反应,结合诊断报告和病历,直接认定小王符合无民事行为能力人的法定标准,省去了鉴定环节。判决生效后,徐女士终于取出了那笔钱。

类似的案例并不鲜见,它们引出了一个值得细想的机制——“明伤不鉴定”。而且,“明伤不鉴定”要回应的,远不止ICU里的紧急。

江苏徐州两级法院在交通事故纠纷中适用这一机制审结了三四百件案件,平均审理周期缩短了55天以上,为当事人节约鉴定费用52万余元。这些案件中的当事人,绝大多数并没有躺在ICU里,伤情也没有危及生命。他们只是受了伤,需要一份伤残等级认定,然后等

着保险赔付,等着继续生活。可鉴定排期三到六个月,鉴定费动辄上千元,对普通家庭来说,同样是沉重的负担。

在江苏,沛县人民法院甚至将机制从单一伤情拓展到了复合伤认定。一起案件中,承办法官在筛查鉴定申请时发现,当事人提交的病历材料已经足够说明问题:右侧第2至11肋骨、左侧第2至6肋骨骨折,骨折数量明确,影像资料清晰,属于直观可判的“明伤”。依据《人体损伤致残程度分级》,肋骨骨折达到一定数量即对应十级伤残,条款与事实之间是直接对应的关系。法官组织双方共同查阅影像资料,比对CT报告,各方对伤残等级一致确认,当事人撤回了鉴定申请。判决后保险公司完成了赔付。这意味着,启动耗时数月的司法鉴定程序,并非必要选项。

这些案例放在一起,结论就清楚了。“明伤不鉴定”不是某个法院的心血来潮,它针对的是一类特殊情形:事实清晰,证据确凿,伤情与法定标准之间的对应关系没有任何模糊空间。ICU里的深度昏迷、植物人状态是其中一种;交通事故中肋骨骨折的数量、关节置换的手术记录,肺破裂修补的术式记载同样是。写在CT报告和手术记录上的事实,对照《人体损伤致残程度分级》的具体条款,一目了然。

此时的鉴定不是在查明事实,而是在重复确认一个已经清楚的事实。鉴定费、等待期,往返奔波,这些成本最终都在那个已经受伤的人身上。而这些数字背后,是一个个具体的人和一个个担心被制度缝隙吞没的家庭。

鉴定不是最终目的

一个案子可以是偶然,两个案子可以是巧合。但当不同地方、不同法院、不同类型的案件里,都出现了同一种困境,鉴定程序反过来解决问题的障碍,那就不是偶然了。它指向的是制度层面的某个更根本的东西。

要理解这个机制,得先回到一个更基本的问题:司法鉴定,到底是干什么用的?

鉴定的本意,是帮助法官解决那些超出常识判断范围的专门性问题。一个人是否有精神障碍、伤残等级如何,笔迹是否真实,这些需要专业知识 and 仪器设备才能判断。法官不是全能的,所以需要鉴定人用科学方法给出意见,作为裁判的参考。

但鉴定从来不是目的。它是手段,是工具,是为事实查明服务的。民事诉讼法第一百九十九条规定无民事行为能力认定程序时,用的是“必要时”三个字,必要时才鉴定,而不是必须鉴定。民法典判断一个人有无民事行为能力,核心标准是“不能完全辨认自己行为”,这个标准本身并不依赖鉴定意见才能成立。

换句话说,鉴定是路,不是终点。当路堵了,而终点已经清晰可见时,绕过去,不是违法,是常识。

