

# 无需官方参与的“刑事司法” ——藏区赔命价运作机制的法社会学解读

王林敏

(曲阜师范大学法学院, 山东日照 276826)

**摘要:**藏区赔命价是一种行动中的法,赔命价规则的背后是藏区民间的命案纠纷解决机制。通过法社会学视角的解析可以发现,赔命价运作机制中已经产生了高度的角色分化,藏区民间的“能人”居于纠纷解决的核心地位,并对纠纷当事人产生了一种事实上的权力支配关系。正是这种权力支配关系在某些命案中架空了官方力量,使命案的解决成了无需官方力量参与的刑事司法。这是当前藏区赔命价与刑事司法相互冲突的要害所在。因此,藏区赔命价治理的核心任务就是要打破藏区民间的这种权力支配关系,实现国家司法对藏区命案纠纷的排他性管辖权。

**关键词:**运作机制;模式化;角色分化;权力支配

中图分类号:DF73

文献标志码:A

文章编号:1008-7699(2015)05-0031-09

赔命价在当代藏区的复兴已成为藏区司法机关面临的治理难题,由此衍生的赔命价等刑事习惯法的现代化治理,是藏区司法机关在法制建设中需要处理的特殊问题,而解决好此难题的前提是科学地认识赔命价。习惯法是“反复出现的、个人与群体之间相互作用的模式”<sup>[1]46</sup>,所以藏区赔命价作为一种“习惯法”必然有其内在的运作机制。在藏区命案中,受害方索取命价也是在“程序”中进行的,但此种程序与其说是一种程序规则,倒不如说是藏区民间解决命案纠纷的行动模式。笔者将这个模式化的行动性要素称为“命价机制”。当前研究藏区赔命价的学者大多数将目光关注在赔命价的规则方面,但对赔命价运作机制的探讨却并不深入。赔命价的现代化治理这个课题促使我们从法社会学视角对命价机制的运作模式及其内在逻辑进行充分的认识,并为赔命价的现代化治理铺就理论前提。

## 一、命价机制中的运作模式

当我们用程序的眼光来看待命价机制时,“赔”命价便呈现出极强的结构化和模式化,由各种构成要素组成的静态结构以及此种结构运作所产生的动态关系便会鲜活地呈现在我们面前。刻画和描述这个模式,并通过命价机制运作过程中各方人物的行为关联,可以帮助我们更好地把握命价机制的规律性,认识和揭示赔命价的本质。客观的分析才能达致理性的评价,当我们把赔命价运作的各种细节问题都描述清楚的时候,我们便可能祛除对赔命价的各种非理性评价。它到底是一种承载藏民族刑罚理念的优秀民族法制遗产<sup>[2]</sup>,还是一种野蛮的封建农奴社会的遗毒<sup>[3]</sup>,或者它只是存在于藏区民间的一种中性的民间纠纷解决机制,便会昭然若揭了。

收稿日期:2015-06-11

作者简介:王林敏(1974-),男,山东青岛人,曲阜师范大学法学院副教授,法学博士,硕士生导师,山东大学哲学与社会发展学院博士后研究人员。

从运作模式上来看,现代藏区赔命价完全不同于古代的赔命价制度。典型的现代藏区赔命价运作机制的第一个环节被称为“出兵”。<sup>[4]</sup>一旦发生命案,受害人家属往往依靠家族、宗派或部落势力,纠集大队人马“出兵”向加害方报复,采用暴力方式冲击加害方的住处、村社,威胁加害方及其家属的人身、生命安全。<sup>[5]</sup>“出兵”这个词很有军事色彩,似乎可以加强受害方行动的正当性;但根据这种现象的特点,用“械斗”来指称似乎更恰当一些。因为这种形式更让人联想到宗族或者部落之间的械斗,而不是浪漫的习惯法。当然,“出兵”在多数情况下只是一种声势渲染,表明受害方家族或者部落的一种姿态以给对方造成压力而不一定非得实施真正的伤害。

第二个环节是加害方请僧俗两界的头面人物出面调停。以甘南碌曲县西仓十二部落的命案调解为例,加害方杀人后,杀人者及其家属一般会躲起来,避免与受害方正面接触而产生冲突,然后抓紧时间请部落里面比较有威信的老人前往被害方家中,反复劝说其家属接受调解,中间人携带一定的物品和丧葬超度费用——这个礼品的数目是固定的,即酥油和大茶,现为一包大茶、100 斤酥油——以挽回被害方的“面子”;为防止受害方报复,一般会有僧人到场进行劝说。<sup>[6]</sup><sup>89-92</sup>通过“出兵”“扬言报复”等方式,被害方激烈的情感刺激不断传递到加害方,而加害方通常也会在呈交凶器、给付退兵款、赔礼等行动中传达“求和”“愧疚”“悔恨”或“歉意”等情感暗示。这种情感互动构成了“赔”命价仪式的一个必要前奏,成为当事人在特定情境下的一种本能的情感反应方式。<sup>[7]</sup>

第三个环节是双方谈判并达成具体的赔付协议。部落之间的命案,赔命价的谈判环节一般由双方各自选定的较为信任的人员组成;部落内部的命案由专门的调解组织负责。谈判的关键是如何确定命价。根据调研,现今“命价”的确定,受到多种因素的影响,包括测算方式、赔偿标准、赔偿方法、当事人的赔偿能力以及被害人的情况等。在四川甘孜藏区,“命价”的测算一般是以实物的实际价值为准,但更多的则是在实物价值的基础上高估冒算;关于“命价”的赔偿标准,大体分为三个档次,即 4-8 万元、10-16 万元、20-25 万元。<sup>[8]</sup>命价的确定有时候还受命案双方实力的影响。

第四个环节是履行协议。传统上,赔命价协议的履行具有很大弹性,惯例是“调解处价高,赔偿者眼细”,命价交接的原则是“半实半虚”:“一定要将命价的一半实实在在地交给死者一方,这叫半实;其余的一半则可把枪支、马匹折价,或算成一般物品赔偿,这叫半虚。”<sup>[9]</sup>现代藏区赔命价的运作继承了这种做法。在四川藏区,命价的具体赔偿方法大都采取“白、红、花”的方法;在具体案件的处理中,“命价”实际赔偿的具体数额,往往还会顾及到赔付方的赔偿能力而灵活确定命价。<sup>[8]</sup>

综合上述四个环节,我们可以得出如下结论:

第一,从赔命价运作模式来看,现代藏区命价机制的推动力是私人的暴力。而古代赔命价制度,无论是西藏地方政府管辖之下的衙门司法还是土司管辖之下的部落司法都是比较正规的司法机制。古代赔命价制度的运作模式同现代的国家司法一样,暴力被制度化从而正当化,因此是隐而不显的,不是每次执行赔命价都需要使用暴力。所以,相比较而言,古代赔命价制度是一种有秩序的和平保障机制,而现代赔命价习惯法看上去则是一种破坏社会秩序的机制。与古代赔命价制度中官方的合法暴力相比,当下藏区命案受害方施加给加害方的只能是一种非法的暴力。这种暴力在民间看来也许有一定的合理性,但在任何官方看来都是非法的。这是现代藏区赔命价遭受官方诟病的最为根本的原因。

第二,从精神要素来看,很多论者认为现代藏区赔命价的基础是藏传佛教不杀生的理念。<sup>[10]</sup>这个论点古代赔命价制度而言是成立的。元代末期,绛曲坚赞恢复被蒙古人废弃的赔命价制度的缘由就是藏传佛教杀生是罪孽的理念。<sup>[11]</sup>但对现代藏区赔命价而言,情况可能更复杂一些。从赔命价的运作模式来看,在不同的环节,当事人的态度有所差异。在获得命价之后,受害人家属以及其他藏区民众会支持对加害人的宽恕,此时在宗教层面,人们会主张佛教不杀生的理念是赔命价得以运作的前提。但我们通过分析命价机制的运作链条却可以发现,在受害方家属要求赔命价之时,他们是以杀死加害方或其家属为要

挟；“杀生”或以“杀生”相威胁正是现代赔命价运作的一个前提性环节。这显然与佛教理念相冲突。藏传的不杀生理念在形式上被对经济利益的追逐遮蔽了。

第三,从性质上来看,现代藏区赔命价机制是“私了”,古代赔命价制度是“公断”,是在藏区地方政府或者部落头人主持之下的一种正式的司法活动,<sup>①</sup>这种司法活动与其它地区乃至现代司法并无本质区别,只不过是裁判命案的依据和结果方面比较有特色而已:杀人不抵命而抵财物。现代藏区赔命价表面上也是地方“头面人物”主持下的纠纷解决机制,但这种“头面人物”并无官方身份,在有些案件中也无官方的认可或授权,因此这种解决纠纷机制与汉族地区所谓的“私了”在本质上并无二致。<sup>[12]</sup>因此,在绝大多数司法实务界人士的眼中,赔命价与现代法律程序相抵触,是“私下”进行的违法行为。<sup>[13]</sup>

所以,现代藏区赔命价和古代赔命价制度只是表面相似的两种现象。古代的“命价”主要是一种实体规则,“赔”命价则是以命价实体规则为依据通过正式司法程序进行的纠纷解决过程;而在现代,不存在作为实体规则的明确的“命价”制度,“赔”和“命价”是合二为一的程序运作机制,“命价”只是这个程序所要达致的一个结果,而“赔”的程序决定作为结果的“命价”。整个程序中对命价数额起决定作用的核心要素是受害方和加害方双方的力量对比。所以,与古代的赔命价制度不同,现代的赔命价主要是一套解决纠纷的程序机制,所谓的命价并不是民间达成大体共识的、具有确定数目的因而可供参考的实体规则,而是通过索赔的程序而达到的一个不确定的目标。也就是说,赔命价已经由古代的实体规则演化为一种由第三者居中调停、当事双方进行谈判的类似于调解制度的纠纷解决机制,是典型的程序法。这个变化是实质性的:在当前的藏区,并不存在严格意义上的“赔命价”制度,赔命价的形式理性丧失了;只是存在一种以暴力为前提的、通过第三方调解而获取赔偿的民间纠纷解决机制,我们将其称为“私了”或许更能准确地表达这种机制的性质。

## 二、命价机制中的角色分化

当我们借用法社会学的方法,把目光从命价规则转移到命价机制的运作上时,抽象的规则背后的人的因素便浮现了出来。这种人的因素不是抽象的符号,而是鲜活的人物形象以及与之对应的社会角色。也就是说,命价机制运作模式的背后是不同参与者之间的角色分化<sup>②</sup>以及与之相伴的权力支配关系。我们先看命价机制中的角色分化。文化人类学的田野调查为我们提供了甘南碌曲县西仓十二部落的调解组织这样一个生动的实例<sup>[6]</sup>:

西仓十二部落的调解组织是在原“土官”唐隆郭哇才巴郎杰领导下的“盖布甘素木”,即由“盖布高布”组成的长老会。“盖布高布”意为有能力的老人。有资格参与“盖布甘素木”的老人必须具有显著才能,即能言善辩、为人公道、熟知部落习惯法调解纠纷时能够引经据典,善于说服。西仓十二部落的调解组织分为全部落和小部落两级,小部落的调解组织有3-5名“盖布高布”,全部落调解组织则由每个小部落各出1名最有才能的“盖布高布”组成。因为历史变迁,现在有资格参与“盖布甘素木”的人有14位。当命案纠纷发生时,唐隆郭哇才巴郎杰会组织全体“盖布高布”组成的“盖布甘素木”进行调解,同时告知西仓新寺派僧人劝阻被害方家属。唐隆郭哇才巴郎杰自己并不全程参与调解,但是调解决定必须经他同意,即使他在地,也需要电话告知并经其认可。此外,他还可以委托其弟代为决定。对于无法调解的纠纷,他们就请西仓新寺大活佛解决。

① 通过历史比较可以很清楚地看出这一点。参见顾建华:《青海蒙藏地区“赔命价”和“罚服”规范探析》,载《青海社会科学》1990年第1期。

② “参与者之间的角色分化”,这个提法参见王佐龙:《藏区习惯法的新解读——从“赔命价”问题的分析介入》,载《原生态民族化学刊》2009年第3期。作者提出了这个富有启发意义的问题但未做深入分析。

西仓十二部落调解组织的内部结构如图 1 所示。抽象符号的背后是一个个真实的人物, 这些人物活跃在其社区的纠纷解决过程中, 并扮演着不同的角色。主持人即原“土官”唐隆郭哇才巴郎杰, 他的上面还有当地寺庙的大活佛; 参与者即部落的 14 位“盖布高布”。藏区命价机制中的调解组织大多数都可以简化为上述结构, 这是部落内部纠纷调解组织的一般形式; 部落之间命案纠纷的调解组织的“主持人”一般不会由土官担任, 而可能是一位活佛。

角色是程序设置和程序运作的基础要素, 角色分化是程序发展的前提。在成熟的法律制度中, 各种纠纷解决机制首先通过角色的设置安排角色之间的互动机制, 从而为相关的实践运作设定游戏规则。比如刑事诉讼法通过法官、原告(公诉方)、被告(犯罪嫌疑人)、被害方、证人、书记员(法庭过程记录者)、法警(法庭秩序维持者)、旁观者等角色设置, 预先规定各个角色在法庭中的席位和相互关系。当具体案件发生时, 各个人物按照角色入席, 在法庭这个特定“剧场”中展开表演。所有的游戏规则都是预先设定的, 整个审判过程按照事先的规划展开, 在法律大戏的结尾处, 法官以判决收场。在藏区命案纠纷的民间解决机制中, 我们也看到了类似的角色设置和规则安排。

按照卢曼的说法, 角色在本质上是一束期望, 这束期望是有限的, 以便角色承担者能够完成; 但角色并不附着于特定的个人, 而是通过可变的、多样的角色承担者来完成。<sup>[14]122</sup> 在现代形式化的刑事诉讼中, 掌控法庭审判进展和作出裁决的核心角色(法官或者法庭组织)以及代表公共利益的公诉人已经发展为一种正式职业, 在法律制度中则表达为一种公共职位, 这个职位是开放的, 符合条件的所有人都可能得到这个职位; 体现司法民主化的陪审团制度中, 陪审员资格向所有成年公民开放。所以, 现代的制度设计已经不可能将期望寄托在某个人身上, 而是通过职位设定, 使得角色承担者的可能性无限放大。

藏区命价机制中的角色分化同样也承载着藏区群众的“期望束”: 解决纠纷、恢复秩序。因为“习惯法”的核心要素在于, 其运作模式产生了应当得到满足的行为期待。<sup>[1]46</sup> 在藏区, “基于血缘关系的义务和便利, 民众很容易把信任寄托到同一部落的能人身上, 指望这些人能保护自己, 给自己及家庭带来安全感和某些经济利益。从 20 世纪 80 年代起, 藏区一些有号召力的头面人物尽显其才, 借振奋族威、维护本族利益的名义来抬高自己的社会地位”。<sup>[15]</sup> 在藏区命价机制中, 某些期望在很长的时间段内是附着在特定个人身上的, 我们可以将此类人成为“能人”。这是因为通过理性建构的制度角色可以设定任期, 而藏区命案机制中的角色分化是藏区社会自然演进的结果, 未经制度理性的过滤, 所以是终身的; 只有当前任角色承担者去世之后, 期望才能发生转移。因此, 在纠纷解决机制并未正式化的藏区部落社会里面, 某些社会角色是具体的, 仅仅与特定的人物相关, 其他人则无法染指。

调解机构的组织者, 在上述实例中是旧部落体制之下的“土官”。在过去, “土官”是由中央政府授予的世袭官职。而部落制度废止之后, “土官”职位消失了, 但是“土官”本人及其后裔并没有消失。旧“土官”的权威依然通过血缘关系传递下来, 而在地方部落中享有极高的权威, 当某些外部条件具备时, 他们便会走上前台, 名正言顺的承担起本部落纠纷解决的核心角色, 而在部落之间的纠纷解决中, 其角色更是无可替代, 是地方部落或者社区的名副其实的“能人”。所以, 相对而言, 其在命案调解组织中的“角色”是独占的、不开放的。这种纠纷解决组织者的角色独占现象是传统纠纷解决机制的普遍特征。

旧“土官”是世俗的角色, 在他之上一般还有一个宗教的角色, 即当地藏传佛教的活佛。因此宗教在藏区超越于地方世俗势力, 所以当旧“土官”所主持的调解组织无法解决问题时, 他们就请活佛出面。在



图 1 赔命价调整组织结构图

很多赔命价案件中,我们都能看到活佛的影子。<sup>①</sup> 部落内部的纠纷就由部落所在地的寺庙(假如有寺庙的话)的活佛解决,部落之间的纠纷可能请其共同接受的有威望的活佛解决。这主要是因为藏传佛教在藏族群众中的巨大影响力,人们因为宗教信仰的原因而愿意给活佛“面子”。活佛如果介入纠纷解决的话,其参与的主持人角色就是封闭的,特别是在转世制度之下,高级别的活佛身份更是处于一个封闭系统中。

而调解组织的参与者在原则上必须是“德高望重”的老人。老人是经验的化身,因此是权威的象征,这也是传统社会的典型特征。<sup>[16]</sup> 当部落纠纷的解决依据是口耳相传的“习惯法”时,老人们便是部落习惯法的载体,部落习惯法不在他处而在他们的记忆当中。在藏区的纠纷调解组织中,成员组织的资格几乎也是封闭的,只有德高望重的老人才有资格担当。当然随着时代的发展,有才能的年轻人也有可能得到机会。<sup>[6]</sup> 但是,一般群众是很难得到机会参与到调解组织中,他们在纠纷解决过程中的角色只能是旁观席上的观众,或者是舆论参与者。<sup>[17]</sup>

命价机制中的角色分化表明,藏区民间的命案纠纷解决机制已经发展得相当成熟,藏区群众在解决纠纷、恢复秩序方面的期望在民间社会有了寄托的对象。这种期望寄托关系越牢固,要想改变命价机制就越艰难。因此,赔命价机制的现代化改造的要点之一便是对其内部的角色安排进行重新洗牌,打破角色期望与“能人”之间的固定联系,通过实现藏区调解组织角色的开放化而使角色期望分散化,从而实现藏区命价运作机制的法制化。

### 三、命价机制中的权力支配

解析命价机制中的角色分化,目的在于揭示角色分化背后的权力支配关系:无论是理性建构的制度角色还是社会演进的自然角色,其背后都隐含着某种权力支配关系。因为,存在角色就意味着存在着主角和配角的划分:有些角色处于主导地位,另外一些角色则注定处于被支配地位。藏区命价机制中的调解组织参与者加上命案当事人,他们相互之间的组合关系清晰地展示出在藏区命案纠纷解决背后的权力支配关系,如图2所示:

由“能人”(前部落头人及其后裔加上宗教人士)控制的部落调解组织成为居中裁决者,一度主导并控制着藏区命案纠纷的解决。<sup>②</sup> “能人”所主导的调解组织对部落群众之间的纠纷形成支配关系(即第①层关系);“能人”所代表的力量介入到部落纠纷中,在当事人之间形成了一道隔离层,并通过这种隔离达致并维护当地社会的秩序,当事人在调解组织的主持下达成解决方案(即第②层关系)。

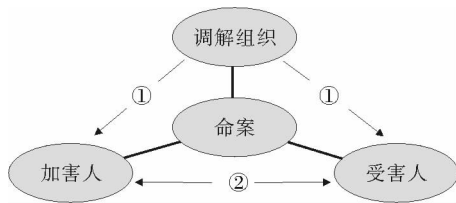


图2 命价机制结构图

按照国家法律的规定,法律面前人人平等,无论是“唐隆郭哇”“盖布高布”,还是命案当事人,都是享有平等身份的藏族公民。除非通过某种方式获取了刑事司法中的某种角色,从而进入到刑事司法当中,否则,平等身份的公民之间,在刑事司法当中是不存在支配关系的。在内地的村庄里如果发生命案,任何人都没有干预的权力,村长也好,村民也罢,只能旁观或者协助司法机关。但是在藏区农牧区的部落或者村落中,我们可以看到,权威人物通过一个调解组织对案件的处理产生了直接影响,这个调解组织经过

① 例如1988年黄南州河南县与果洛州玛多县的草山纠纷便是在一位活佛的斡旋下解决的。参见吴剑平:《对藏族地区“赔命价”案件的认识和处理》,载《法律科学》1992年第4期。

② 藏区赔命价与国家刑事司法之间最为激烈的冲突表现便是藏区群众在发生命案后不去司法机关报案,而是按照传统方式私下处理。参见穆赤·云登嘉措:《藏区习惯法“回潮”问题研究》,载《法律科学》2011年第3期。

“传统”的包装,不仅获得了藏区社会的认可,而且获得了理论研究者的“同情”。这样一来,在藏区命案纠纷中被现代法律所遮盖的角色支配关系又变得清晰起来,我们可以观察到藏区基层社会的各种角色及其互动关系,这就不是单纯的规范分析所能揭示的。法律社会视角的赔命价运作机制所展示的不仅是“杀人者赔”的实体规则或者“杀人者如何赔”的程序规则,而是更深刻的基于角色分化而产生的权力支配关系。这种权力支配关系虽然是一种调解程序,但是也呈现出申请、受理、审理、决定、执行等各个环节。虽然不如国家法制那么严格,但是仍然具备了司法程序的各个要素。

通过对命价机制运作模式及其角色化的分析,当其背后的权力支配关系被揭示出来之后,我们仿佛可以看到一个熟悉的影子:被藏区民主改革取缔的传统部落的土司司法又复活了!传统部落结构中的统治关系穿越历史平移到了当下。过去的“土官”或者“土司”换了个身份,通过部落调解组织掌控着部落纠纷的解决。由此,我们大体上可以判断出:命价机制是传统部落司法的延续或者变种,或者说,命价机制是传统土司司法的部分复苏。如果说当代藏区赔命价是当下藏区民间社会对传统秩序的一种记忆<sup>[2]</sup>,那么这种记忆的核心成分就是命价机制与传统部落司法之间的传承性。命价运作机制中,最核心的部分是调解组织及其参与者,而恰恰是这个核心反映出当代藏区赔命价与传统土司司法之间的勾连。在现代刑事司法面前,命价机制换了一件外衣,以“传统纠纷解决机制”的名目出现在世人面前,成为一种很多论者眼中的珍贵的、优秀的、有益的“民族法制资源”!但在这样一种权力支配关系之下,我们可以得出推理:浪漫的“无需法律的秩序”<sup>①</sup>背后,其实是无需国家力量参与的“刑事司法”。

在国家与社会两分的前提下,国家与社会之间的最真实的关系是权力支配关系,其他的关系都是覆盖在这层关系之上的配饰。宏观的权力支配最终要通过微观的权力支配加以实现。在社会管理层面,国家控制的微观权力支配通过“乡镇-村庄”的权力结构实现;在司法层面,国家控制的微观权力支配通过基层司法机构实现。而在“藏区赔命价-国家法制”博弈背后,传统土司及其后人所控制的部落势力在很大程度上架空了“乡镇-村庄”的社会管理结构。<sup>[15]</sup>在一些极端的案例中,传统力量在社会管理几乎完全取代了代表国家力量的基层村委会和基层党组织,使后者限入瘫痪。<sup>[18]<sup>165</sup></sup>而在司法方面,国家司法权因为其组织机构的特性而先天地处于弱势。因为当下的国家司法是典型的都市司法,从机构设置来看,基层司法机关都设置于相应县政府所在地,而公安派出所和人民法院的派出法庭也设置在乡镇政府所在地。所以,在地广人稀的藏族农牧区,国家司法相比较而言绝大多数时候是不在场的,而部落传统机制则始终是在场的。即使基层司法机关通过巡回法庭这样的机构能够弥补不在场的缺陷,但毕竟不是常驻机构。远水难救近火。所以,当我们说,农牧区藏族群众对国家司法机关感到陌生,这绝对不是偶然的;而居住在城市中的藏族群众则不会对司法机关感到陌生——因为在藏区的城市中,司法权力始终是在场的。

所以,所谓的“国家法与民间法之间的对话”在很大程度上是一种浪漫的虚构,真实的对话关系发生在国家权力支配结构和民间权力支配结构之间。主要不是国家法对民间习惯呈现出高高在上的傲慢和打压姿态,而是国家权力支配结构对民间权力支配结构呈现出傲慢和打压姿态。此处,我们就触及到了赔命价行动系统现代化改造的核心问题,即实现藏区命案纠纷解决机制中的权力支配的改造乃至彻底置换。在这样一种背景下,我们就可以理解,为何西藏自治区人大常委会颁布的禁止赔命价的规定,主要不是针对赔命价规则,而是针对是“索取赔命金”的行为以及参与、操纵索取赔命金的行为。西藏自治区人大常委会将赔命金定性为“违法犯罪行为”<sup>[19]</sup>,表明其主要关注点在于命价运作机制背后可能存在的权力支配关系。这是对事物本质的真正把握。

① “无需法律的秩序”常被中国论者用来证明民间习惯的生命力乃至存在的正当性,语出埃里克森:《无需法律的秩序——邻人如何解决纠纷》,苏力译,中国政法大学出版社 2003 年版。

#### 四、命价机制中的制约关系

命价机制中的权力支配关系在赔命价的运作中最终演化为当事各方之间制约关系,并保障命价机制的顺利运行。

从性质上来讲,命价规则系统的核心“杀人者赔”是一种应然性的期待,命价机制的作用即在于使命价规则中蕴含的期待在具体案件中转化为实然的结果。在部落调解组织的干预和审理下,藏区命案当事人之间会达成命价赔偿协议,作为命案的最终解决方案。这样,“杀人者赔”的命价规则在实际的操作过程中从抽象的一般规范变成具体的个别规范,体现在命价协议中。图3是有关论者在调研中得到的命价赔偿协议书样本。<sup>[10]</sup>

命价协议是或然性的,尚待执行,得不到执行的命价协议只是废纸一张。那么,如何保证赔偿协议的履行?我们知道,中国刑事司法中的刑事附带民事判决存在“执行难”的困境。国家刑事司法系统有着完整的暴力保障机制,公安系统、看守所、监狱、司法警察,这些字眼看上去便具有极强的震慑力,但如此完备的保障机制却不能保证刑事附带民事判决的执行率,从而衍生了数量众多的“法律白条”。与之形成对比的是,命价赔偿协议的执行率几乎为百分之百<sup>[8]</sup>,其间差异之悬殊令人侧目。藏区赔命价机制在刑事司法中可能释放的这种“正能量”成为诸多论者支持赔命价继续存在或者不能强制取缔的一个理由。藏区部落调解组织并不直接掌握官方的暴力系统,那么,是什么原因使得赔命价具有那么神奇的魔力?或者说,其背后的强制力的秘密何在?德国学者耶林曾言:法律离开强制就如同一把不燃烧的火、一缕不发亮的光。<sup>[20]</sup>赔命价也是如此,虽然我们看不到系统化的、成建制的国家暴力机器,但是其高执行率的背后一定隐藏着某种另类的强制机制。否则,很难想象藏区命案当事人仅凭自觉便可以执行赔偿协议。

赔命价机制是一种三方关系,而不单纯是命案当事人双方之间的赔偿谅解关系。所以,赔命价协议具有较高执行率的秘密,首先必须从赔命价机制中的三方制约关系中去寻找。通过分析藏区命价机制的运作程序,我们可以发现一个细节。即,命价协议达成后,双方一般会进行一个赌咒、发誓的程序,即在当地寺庙中由喇嘛主持赌咒发誓,加害方保证履行赔偿,而受害方则须保证在接受赔偿后谅解加害方。双方从此握手言和、永不反悔。如若反悔,则承受某种来自神灵的惩罚,如非正常死亡、得重病等。在现代司法者看来,咒誓是一种极其不可靠的迷信行为,但在藏区特定的社会情境中,咒誓却有着特殊的效力。咒誓是一种超验的知识,无法通过经验加以证

##### 赔偿协议书

某县二十地乡曲什安的普某与本村的环某酒后发生争执、斗殴,环某不幸死亡,普某和环某所在村委会、寺院、恰日部落四乡十一村有威望的老人四十余人参加下,对民事赔偿协议达成如下协议:

- 一、普家给付环家现金七万元;
- 二、普家给付环家绵羊 100只,价值约五万元。共计十二万元赔偿款。
- 三、环家人请求司法机关从宽、从轻处理普某。
- 四、普某在我村属于特困户,家中十分困难,两个孩子正在上学,妻子患多种疾病,请求司法机关予以照顾。
- 五、此事圆满结束后,普某与环某两家合伙吃了饭,互送了哈达,两家表示,今后无论发生什么事,双方再不以此为借口而发生事端,双方一直要和和睦睦相处下去。
- 六、环的家人和所有参加此次调解的全部人员,请求司法机关宽大处理普某。

普某家人:	死者家人:
斗拉加 卓玛才旦	阿旦 索南多杰
卡加 关却才让	李毛才让 朋毛多杰
桑东 才呼	仁青加 杂藏加
给旦 久先	杭巴 斗拉本
	旦正加 索南达杰
	吉太才让 华则加 南科
	二 00八年元月二日

图3 赔命价协议书样本

明,它之所以有效,唯一的原因就在于人们相信它。<sup>[21]</sup>虽然神明的“惩罚”具有偶然性而不具有必然性,但当惩罚应验时,人们还是愿意相信其真实性。赔命价“习惯法”的特殊性在此处显现出来,它不因为现代法律的理性之光的照耀而失效,却在最接地气的社会底层、在法律之外独自绽放着。这样,在赔命价运作机制的三方关系之上,以咒誓为主要载体的心理控制机制约束着当事人之间行为,保障着命价协议的执行。

当然,实证调查可以证实,赔命价纠纷解决机制在实际运作中绝不仅仅依靠当事人的咒誓。因为在具体的个案中,心理制约可能会因为种种因素而失效,当事人特别是加害方可能会违背咒誓,而咒誓所预设的后果并不总是及时应验。所以,赔命价机制在对当事人进行内部心理制约的基础上,还要对当事人的行为采取某些外部制约,这样才能编织一道严密的“法网”,确保其运作顺畅并达致预期的效果。根据赔命价机制的结构,其外部制约关系有如下三个方面:

第一,当事人双方之间的制约关系。有论者将藏区赔命价称为“和解契约”<sup>[2]</sup>,和解契约的目的在于化解仇恨。但命价协议的启动,是在受害方复仇的压力之下开始的。假如受害方没有复仇能力的话,特别是在部落之间发生的命案,那么加害方主动赔付命价的可能性极小。这是命价双方当事人之间的第一层制约关系。命价双方当事人之间的第二层制约关系在于:达成协议后,加害方反悔而拒付命价时,受害方的复仇机制便会重新启动。尽管在现代法制的关照下,赔命价的复仇机制已经不合时宜,但是仍然可能对加害方形成极强的威慑,使其不敢公然撕毁协议,或者寻找借口拖延赔付。

第二,部落调解机构对当事人的制约关系,主要是调解机构的组织者与当事人之间的互动关系。用汉文化的术语来说,部落中的权威人物的“面子”对当事人形成极强的制约,保障着命价协议的执行。“面子”发挥作用的前提是熟人社会,熟人社会中的成员之间存在很强的依赖关系,这种依赖关系是“面子”发挥机能的催化剂。而藏族农牧区的村落或者部落说到底就是一种熟人社会。部落内部的权威人物一般而言都是地方“能人”,在部落的内部管理和对外交往中构成部落势力的核心。不给权威人物“面子”,就面临着被部落驱逐或者被孤立的危险,而在部落组织中,个体脱离团体意味着生存空间的丧失。纠纷调解者的“面子”正是建立在这个逻辑链条之上的。不遵守在权威人物主持或者代表达成的命价协议,就是不给“面子”,那么在部落的其他事务中,当事人很可能会遭到权威人物的排斥。因此,命价协议的当事人要违背协议,需要充分考虑部落调解机构及其组织者的制约关系。

第三,命价机制中的宗教因素也在发挥着制约功能。当协议得不到履行时,当地寺庙会对其进行惩罚,一旦一方反悔,寺庙将不视其为本村人,该家族有事请寺庙念经时,寺庙将无条件拒绝。<sup>[8]</sup>当地寺庙的此种惩罚意味着违约的当事人遭到精神上的放逐,在全民信仰藏传佛教的藏区,这种惩罚的严重程度不亚于对人身的流放。

通过上述几层制约关系,命价机制中的权力支配结构使“杀人者赔”得到现实化,同时,命价机制也强化了自身在藏区纠纷解决中的优势地位。学界对命价存在基础的分析已经非常透彻<sup>[22]</sup>,对藏区赔命价实质的研究也需要更深一层,因为这有助于赔命价问题的治理。关于藏区赔要想解决赔命价与藏区司法机关之间的博弈僵局,实现赔命价的现代化,必须从命价机制的内部结构入手,打破命价运作的逻辑链条,同时将命价机制中的各类角色纳入到刑事司法,从而改造和同化命价机制的权力支配关系。由此,角色分化的分析和研究便为藏区赔命价的现代化治理提出了大体思路:在治理目标方面要打破角色中的期望寄托或者在这种期望寄托中设法植入国家因素,在制度建设方面需要考虑如何将角色纳入到国家司法的轨道,这需要缜密合理的制度设计。

#### 参考文献:

[1]昂格尔.现代社会中的法律[M].吴玉章,周汉华,译.北京:译林出版社,2001.

[2]衣家奇.赔命价——一种规则的民族表达方式[J].甘肃政法学院学报,2006(5):6-11.



- [3]孙镇平. 西藏“赔命金”制度浅谈[J]. 政法论坛, 2004(6):157-164.
- [4]吴剑平. 对藏族地区“赔命价”案件的认识和处理[J]. 法律科学, 1992(4):82-85.
- [5]杨鸿雁. 在照顾民族特点与维护国家法律统一之间——从赔命价谈起[J]. 贵州民族研究, 2004(3):36-40.
- [6]蒙小莺, 蒙小燕. 解析当代甘南牧区民间纠纷调解中的藏族部落习惯法[J]. 中国藏学, 2010(1):89-92.
- [7]熊征. 藏族“赔命价”回潮的情感能量探源[J]. 青海社会科学, 2012(4):110-114.
- [8]杜文忠. “赔命价”习惯的司法价值及其与现行法律的会通[J]. 法学, 2012(1):64-73.
- [9]陈光国. 试论藏区部落习惯法中的刑法规范[J]. 西北民族学院学报, 1997(3):83-90.
- [10]王佐龙. 藏区习惯法的新解读——从“赔命价”问题的分析介入[J]. 原生态民族文化学刊, 2009(3):45-54.
- [11]胡长云. 元明清时期的治藏法制略论[J]. 湖南人文科技学院学报, 2012(5):13-17.
- [12]王佐龙. 民间社会的“私了”——以西部民族地区为视域[J]. 青海民族研究, 2008(4):154-162.
- [13]辛国祥, 毛晓杰. 藏族赔命价习惯与刑事法律的冲突及立法对策[J]. 青海民族学院学报, 2001(1):33-36.
- [14]卢曼. 法社会学[M]. 宾凯, 赵春燕, 译. 上海:上海世纪出版集团, 2013.
- [15]杨士宏. 传统文化与现代文明的冲突——藏区社会主义法制建设调查研究[J]. 西北民族大学学报, 2003(4):18-25.
- [16]GLENN H. Patrick *The Capture, Reconstruction and Marginalization of "Custom"*[J]. *The American Journal of Comparative Law*, 1997, 45(Summer):616-617.
- [17]文格. 藏族习惯法在部分地区回潮的原因分析[J]. 青海民族研究, 1999(3):75-89.
- [18]张济民. 渊源流近——藏族部落习惯法法规及案例辑录[M]. 西宁:青海人民出版社, 2002.
- [19]西藏自治区人大常委会. 关于严厉打击“赔命金”违法犯罪行为的决定[N]. 西藏日报, 2002-08-02(2).
- [20]张彩凤. 西方法律思想史[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2007:263.
- [21]张永和. 信仰与权威[M]. 北京:法律出版社, 2006:25.
- [22]淡乐蓉. 藏族“赔命价”习惯法运作之基础及其批判[J]. 山东科技大学学报:社会科学版, 2014(4):1-12.

## Criminal Judicature without the Official Participation

——Interpretation on the Operating Mechanism of the Tibetan Wergild in view of Legal Sociology

WANG Linmin

(Law School of Qufu Normal University, Rizhao 276826, China)

**Abstract:** Tibetan Wergild is a kind of law in action, which in nature is a nongovernmental dispute resolution of the homicide cases in the Tibetan area. By the interpretation in the view of legal sociology, we can find that there exists high degree of split of roles of the operating mechanism of the Tibetan wergild, in which the rural able-persons take the sole role and have a real right of dominion to the parties of the homicide cases. It's the very dominion which replaces the official participation in some homicide cases, and changes these cases into the criminal judicature without the official factors. It is the key for us to understand the conflict between the wergild and the judiciary. So the key task of the administration of the Tibetan wergild is to break the dominant relationship in the Tibetan society and realize the jurisdiction of the state justice over the dispute resolution of the homicide cases in Tibetan area.

**Key words:** Operating Mechanism; Modeling; Split of Roles; Dominant Relationship

(责任编辑:董兴佩)