

运动式治理中的法院功能嬗变(下)

陈洪杰*

目次

- 一、引言
- 二、惩罚与控制:作为“刀把子”的法院 (以上上期已刊载)
- 三、法制的兴起与作为“规则之治”载体的法院
 - (一) 社会转型与运动式治理的路径依赖
 - (二) “严打”的合法化策略调整与法院功能变迁
 - (三) 小结
- 四、运动式治理的边际效应递减与法院功能虚置
 - (一) 运动式治理的边际效应递减
 - (二) “维稳”体制中的法院功能空洞化
 - (三) “维稳”与“维权”的辩证法
- 五、国家治理结构的反思与展望

摘要 运动式治理与治理制度化是我国的社会治理反复摇摆、纠结的悖论式命题。从现有的实践来看,一旦一种运动模式已经无法适应新形势发展的需要,社会治理者就会审时度势进行策略变化。这导致治理制度化的程度始终受制于运动式治理的政治表达和短期目标的实现。只有当执政者无法单纯依靠强制来维系治理权力的有效性,转而需要借助法律媒介获得普遍化的合法性效力时,法院才有可能完成由“刀把子”向“裁判者”的功能转换。

关键词 政治动员 弥散性惩罚 科层制 常态社会 合法性

* 上海财经大学法学院讲师、法学博士。本文曾提交北京大学法治研究中心第五届“政治、法律与公共政策”年会重庆大学分会场(2013年)讨论。

三、法制的兴起与作为“规则之治”载体的法院

(一) 社会转型与运动式治理的路径依赖

通过改革开放和经济体制变革开启的当代中国社会转型,其基本内涵首先体现在把党和国家的工作重心由“以阶级斗争为纲”转移到“以经济建设为中心”,作为改革开放总设计师的邓小平明确表示中国以后再也不搞政治运动了。^[41] 唐皇凤博士认为,由此表明,当代中国社会转型的实质是中国开始步入一个常态社会。所谓常态社会是以阶级斗争为动力、以群众运动为主要表现形式的政治运动作为主要国家治理工具逐渐退隐,社会冲突基本上被“法制”所规训,国家开始把所有社会问题的治理纳入科层化的组织体系,并且通过具有可预期性的抽象国家制度体系来平衡各种不同社会主体之间利益关系的一种社会形态。^[42]

前述关于常态社会的理解和表述,实际上是一种源自西方历史经验的法治理念,在社会学上往往称之为“科层主义”,其所对应的治理模式,即马克思·韦伯所说的“法制型支配”或“科层(官僚)制”。也有中国论者称为“科层法治”,按照科层主义的理解,现代社会在“祛魅”之后,只能而且必须趋向于通过形式理性的法律规则及其解释理论,或者交往理性的法定程序及其沟通伦理,以普遍平等的方式维系秩序。科层法治因此强调法律作为一种专业知识和职业活动,具有对内的统一性和对外的自主性。^[43] 因此,中国从惩罚社会迈入常态社会的一个典型表征必然是作为规则实施载体的法院重新回归到社会治理的前台。

在常态社会中,秩序和稳定与社会权威的整合直接相关,而现代理性官僚体制正是权威性资源体系中的核心装置。因此,作为一个平稳运行的常态社会,政府力量是社会调控力量的核心主体,社会也迫切需要常规化与科层化的管理来提高国家治理绩效,通过制度化与法治化的框架为人们提供稳定的行为预期,进而为社会的平稳运行提供一个监视性的制度框架。在一个没有重大内部危机与外在威胁条件下的常态社会,社会治安的治理应该仅仅是一个一般性的政府管理与司法执法问题。^[44]

通常认为,这样一种常态社会中的科层法治必须是以制度(法律)、科层(官僚)的双重理性化为前提的,这既要求制度的完备性、延续性、一致性、统摄性、平等性,也要求官僚科层的非人格化

[41] 鉴于过去政治运动,尤其是“文革”造成的社会秩序混乱以及政治运动给社会发展带来的巨大代价,邓小平从根本上是反对搞政治运动的。他多次强调不搞过去那种大规模的群众运动,党中央在开展工作的过程中也一再强调不要搞激烈的群众运动。如1981年3月邓小平指出:“纠正‘左’的倾向和‘右’的倾向,都不要随意上‘纲’,不要人人过关,不要搞运动。”参见邓小平:《关于反对错误思想倾向问题》,载《邓小平文选》第2卷,人民出版社1994年版,第381页。同年7月,在提醒人们严肃批评思想战线上的软弱涣散状况时强调:“对于当前的问题,要接受过去的教训,不能搞运动……批评的方法要讲究,分寸要适当,不要搞围攻,搞运动。”参见邓小平:《关于思想战线上的问题的谈话》,载《邓小平文选》第2卷,第390页。在推动“严打”斗争问题上,邓小平在1983年7月19日同当时的公安部部长刘复之谈话中,明确表示:“解决刑事犯罪问题,是长期的斗争,需要做各方面的工作。现在是非常状况,必须依法从重从快集中打击,严才能治住。”参见《邓小平文选》第3卷,第34页。因此,是邓小平直接推动了“严打”决策的形成与实施。但是另一方面,邓小平对如何开展“严打”的指示表明了他对突击动员的经验和实效是有所保留的。他认为:“进行这种斗争,不能采取过去搞政治运动的做法,而要遵循社会主义法制原则。”参见《邓小平文选》第3卷,第330页。见前注[4],唐皇凤文。

[42] 见前注[4],唐皇凤文。

[43] 凌斌:《法律与情理:法治进程的情法矛盾与伦理选择》,载《中外法学》2012年第1期。

[44] 见前注[4],唐皇凤文。

以及对理性化形式规则的无条件服从。然而,社会转型的复杂性使得这两个理性化前提在我国改革开放的初期实践中均不具备:一方面,社会形势的急剧变化使得制度的不完备性、滞后性暴露得尤为明显,以至于经常需要用党的政策、政府的红头文件加以补充、修正,中央、地方令出多头,经常因为领导人的更迭或领导人注意力的变更而进行政策修改,制度的理性化程度极低;另一方面,从中国官僚制的发展阶段分析,当代中国尚远未达到理性官僚制的水平。美国社会学家怀特(Whyte)把中国科层化发展过程中的问题归结为“结构”科层化与“功能”科层化的相互背离。结构科层化意味着正规的科层组织取代或废弃了所有的传统组织形式,中国成为一个各种资源和社会生活机会几乎全部由全新的、大规模的组织所垄断的社会。而正式科层组织的各种理性化的形式规则、规范化程序被有意识地加以拒绝或无意识地被忽视,在官僚组织中通行的并非法理性权威和普适性的、非个人化的规则体系,官僚组织深受人格化权力和传统人伦关系的影响。同时官僚体制内部严重的条块矛盾、机构重叠与职能交错等一系列体制性缺陷大大限制了中国官僚制所能达到的理性化水平。^[45]

科层法治虽然不是可以一蹴而就的事情,社会治理却是执政者时时刻刻都要面对的日常功课,当治理对象是规模达到十数亿人口的超级社会时,哪怕是满足社会成员最基本的生存、安全需求都足以构成对任何社会治理者的巨大挑战。基于常态社会的基本判断,改革本应意味着社会治理制度化、常规化的契机,“依法治国”的政治理念将法律的“管理”与国家的治理联系起来,强调国家借助形式理性的法律来组织它的一切活动。法律以表面的程序公正增强了国家治理的合法性,掩盖了国家治理过程中权力运作的暴力形象,可以大幅提升国家治理的效能。^[46]但美国学者詹姆斯·汤森等人认为,中国面临着一种制度化运动的悖论:改革意味着中国生活的常规化,但它却是以动员的方式进行的。^[47]这主要是因为社会治理具有日常事务性以及应急性特征,在新的治理路径充分成熟、完善之前,社会治理者也必须时刻面对不断涌现的各类社会问题并加以解决,这就决定了其在摸索、实践新路径的同时,也必定会对已经娴熟运用的传统治理技术产生一定程度的路径依赖。也正因为如此,“通过运动的治理”这样一种依托执政党的权力组织网络来进行广泛政治动员,进而间歇性地、相对有效地解决突出社会问题的治理技术在共产党的治理实践中一直延续了下来,并在改革开放之后相当长的历史时期内继续发挥作用。

“严打”即是一个日趋常规化的社会运用“运动式治理”的典型实例,通过观察1983年“严打”,我们可以发现“严打”与“镇反”一脉相承的治理逻辑均是运用惩罚策略来完成对社会的政治规训,为了保证惩罚的有效性,二者在惩罚技术上都呈现出弥散性的特征。但“严打”明显区别于“镇反”的一点在于,在随后的历次“严打”(1996、2001年)中,这种惩罚的弥散性特征并没有出现扩大化的趋势,反而被新的社会条件下政治系统的合法性诉求所制约。这对法院来说,意味着实现自我存在意义的历史契机:一方面,惩罚的合法性要求使得法院可以避免重蹈如“镇反”之后在社会治理结构中逐渐被边缘化的命运;另一方面,随着制度理性化与现代理性官僚制(司法职业化)的逐步推进,法院亦有可能逐渐获得将各类社会冲突统摄在“规则之治”的逻辑下并加以解决的能力。

[45] M. Whyte, “Who hates Bureaucracy”, in D. Stark and V. Nee (Eds.), *Remaking the Socialist Economic Institutions* (Stanford: Stanford University Press, 1989), pp. 239-241. 转引自应星:《大河移民上访的故事》,生活·读书·新知三联书店2001年版,第360~361页。

[46] 见前注[7],唐皇凤文,第129页。

[47] [美]詹姆斯·R. 汤森、布兰特利·沃马克:《中国政治》,顾东、董方译,江苏人民出版社1994年版,第283页。

当然,问题不会就这么简单,由于政治系统与法律系统的功能差异,使得政治系统的合法化诉求往往不是单纯依赖法律路径就能够得到满足的,政治在很多时候需要在法律之外寻找问题对策。^[48]原因在于,政治系统具有亏损担保作用,其他功能系统解决不了的问题都会被推给政治系统,经济问题、法律问题、科学问题在紧急情况下都有可能被当作政治问题来解决。在应对各类型具有敏感性、紧迫性的社会冲突(如群体性事件)时,政治系统多数情况下无法将纠纷留到未来去解决或者将过去定格为现在,政治系统现在就要收集信息、付出行动、做出变通,否则就可能导致合法性危机。^[49]可见,由于政治的合法化诉求具有不同取向(“基于法律性之合法性”或“基于社会认同之合法性”),使得自“改革开放”以降,从“严打”到“维稳”的社会治理实践中,“通过法律的治理”与“通过运动的治理”成为执政者反复纠结、摇摆的命题,并且在整个社会已经常态化的背景下,仍然不能摆脱对运动式治理的路径依赖。而法院的功能角色也总是随着政治系统在不同的社会治理情景中关于合法化策略的不同选择而进行相应的调整,下文将以观察历次“严打”运动的异同为切入点来尝试理解法院的功能变迁是如何发生的。

(二)“严打”的合法化策略调整与法院功能变迁

新中国成立后的第四次犯罪高峰在中国启动改革开放后很短的几年里开始出现,为了应对日益严峻的社会治安形势,政府在1983年启动了建国以来第一次全国范围内的“严打”斗争,提出并发展了系统地对犯罪进行严厉打击的刑事政策,要求从重从快,稳、准、狠地打击严重危害社会治安的暴力犯罪、经济犯罪、黑社会犯罪等刑事犯罪活动。^[50]“严打”的一般运作模式包括:(1)进行广泛的政治动员。如1983年的口号就是“在三年内组织一次、二次、三次战役,一个大城市,一网打尽,一次打它一大批”;在组织上采取发动群众,以战役的方法大张旗鼓进行;为了提高“严打”的声势与社会影响力,公审大会、集中宣判、组织犯人游街等活动层出不穷。(2)在党中央的决策和领导下,各级党政领导亲自挂帅,甚至建立内部高规格的领导协调机构——“严打办”或“严打”工作领导小组,确保体制内资源的有效动员。政法部门作为“严打”斗争的主力军,在综治委或者政法委的组织协调下密切配合,检察院、法院对重大案件提前介入,快批捕、快起诉、快审判。^[51]

自1983年到21世纪初,由中央主导的全国范围内由上而下的大规模“严打”活动主要有三次,我们大致可以简称为1983年“严打”、1996年“严打”和2001年“严打”。在这个时间跨度内,“严打”的社会背景发生了显著变化,随之发生的是政治系统在处理“严打”问题时的合法化策略调整与法院的功能变迁:

1. 1983年“严打”的合法化策略

为了扭转社会治安的不正常状况,1983年8月25日中共中央做出《关于严厉打击刑事犯罪活动的决定》,决定以三年为期,组织一次、两次、三次战役,按照依法“从重从快,一网打尽”的精神,对刑事犯罪分子予以坚决打击。《决定》指出,严厉打击刑事犯罪活动,是政治领域中一场严重的敌我斗争。尽管作为“严打”运动的制度背景,我国已于1979年制定《刑法》与《刑事诉讼法》,并且实现了惩罚的职能化,然而中央关于运动属于政治领域敌我斗争的定性,使得在运动中法院的司

[48] 例如,深圳农民工“尘肺病”索赔事件,地方卫生部门为避免法律索赔程序复杂漫长造成漠视生命的道德灾难,直接给那些无相关证据文件的农民工提供赔偿。谢建超、林硕、张晓洁:《深圳湘籍务工人员尘肺病患者维权调查》,载《中国经济时报》2009年8月21日,第1版。

[49] 见前注[1],伍德志文。

[50] 陈光中:《“严打”与司法公正的几个问题》,载中国检察理论研究所、中国检察官协会主编:《“严打”中的法律与政策适用——第三届全国检察理论研究会论文集》,中国检察出版社2002年版,第34页。

[51] 见前注[7],唐皇凤文,第156~157页。

法功能仍必然依附并服务于其政治功能。

比如,为了从快打击犯罪,1983年9月2日全国人大常委会通过的《关于迅速审判严重危害社会治安的犯罪分子的程序的决定》的第1条规定:对杀人、强奸、抢劫、爆炸等严重危害公共安全应当判处死刑的犯罪分子,主要犯罪事实清楚,证据确凿、民愤极大的,应当及时交付审判,可以不受《刑事诉讼法》第110条规定的关于起诉书副本送达被告人期限以及各项传票、通知书送达期限的限制。第2条规定:前条所列犯罪分子的上诉期限和人民检察院的抗诉期限,由《刑事诉讼法》第131条规定的10日改为3日。在刑事证明问题上也降低标准,只要符合“两个基本”即可,即对于“严打”范围内的犯罪,只要达到基本(犯罪)事实清楚,基本(犯罪)证据确凿,就可做出有罪判决。^[52]此外,司法实践中还大量盛行“提前介入”“联合办公”等作法,刑事诉讼法所规定的许多程序性保障机制都被取消或弱化。^[53]死刑复核权也从最高人民法院被下放到各级省院。^[54]这些举措的唯一目的就是为达到快速审判、快速打击的目的。

为了从重打击犯罪,1983年9月2日全国人大常委会通过的《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》第1条规定:对下列严重危害社会治安的犯罪分子,可以在刑法规定的最高刑以上处刑,直至判处死刑。该《决定》第3条还将这样的从重方式无条件地溯及既往。^[55]而在审判实践中,部分审判人员将“从重”理解为多判、重判甚至多杀,更有甚者认为“从重”就是一律“顶格判刑”,于是不适当地加重行为人的刑事责任。^[56]为追求“从重”,有些地方甚至采取定指标的办法,以行政手段直接干预司法,如有的地方提出“判重刑的要占刑事案件的70%以上”,有的地方规定“重点打击对象要在法定刑中间线以上判刑”。^[57]在从重思维指导下,严打中被逮捕的人,很多行为并不符合刑法中规定的罪名,于是就往最接近的罪名靠。如此一来,“流氓罪”这样的“口袋罪”在当时的背景下有了极大的用武之地。

[52] 这主要是根据彭真的讲话所确定的,在1981年5月五大城市治安座谈会上,彭真同志明确提出:“一个案件,只要有确实的基本的证据,基本的情节清楚,就可以判,一个案件几桩罪行,只要主要罪行证据确凿也可以判,要求把每个犯人犯罪的全部细节都搞清楚,每个证据都拿到手,这是极难做到的,一些细枝末节对判刑也没有用处。”徐振华:《“严打”政策的理性评价》,载《华东刑事司法评论(第5卷)》,第49页。

[53] 见前注[50],陈光中文。

[54] 依据1979年刑法和1979年刑事诉讼法以及人民法院组织法的规定,死刑案件由最高人民法院判决或者核准。1981年6月,第五届全国人大常委会第19次会议曾做出决定,在1981年至1983年期间,对于杀人、抢劫、强奸、爆炸、放火、投毒、决水和破坏交通、电力设备的罪行需要判处死刑的,由省、自治区、直辖市高级人民法院判决或者复核。第六届全国人大常委会对于《中华人民共和国人民法院组织法》又进行了修改,规定死刑案件除了由最高人民法院判决的以外,应当报请最高人民法院核准。但是,杀人、强奸、抢劫、爆炸以及其他严重危害公共安全和社会治安的判处死刑的案件的核准权,最高人民法院在必要的时候,得授权省、自治区、直辖市的高级人民法院行使。后来,最高人民法院据此将大部分死刑案件的核准权授予各高级人民法院行使。何秉松:《刑事政策学》,群众出版社2002年版,第366~367页。

[55] 本决定公布后审判上述犯罪案件,适用本决定。

[56] 1984年,一个农民拉着一大车西瓜进京来卖。在北京火车站,十多名小贩一拥而上,围住农民开始询问价格。慢慢地,这些只是为了争得西瓜货源的小贩,开始自行拿西瓜。有个小贩,只抢到了一个西瓜。这批小贩中很多人以抢劫罪为名被判死刑、死缓、无期徒刑。甚至只抢了一个西瓜的小贩,也被判处有期徒刑15年。陈光中认为,此即所谓的“依法顶格判刑”,比如盗窃罪,顶格是死刑,平时大多是有期徒刑10年以下。严打时候,基本都是顶格判处死刑。参见刘杰:《30年刑事司法变迁 从严打到收归死刑复核权》,载《法制资讯》2008年第12期。中央政法委关于从重的要求就是:该重判的坚决在法定幅度内顶格重判。张穹:《“严打”政策的理论与实务》,中国检察出版社2002年版,第81页。

[57] 马克昌:《中国刑事政策学》,武汉大学出版社1992年版,第286页。

例如,曾被评为第二届“全国优秀青年演员”的迟志强经常聚集一帮男女朋友跳贴面舞,看内部小电影,甚至发生性关系。他们大胆超前的行为,引起邻居的反感并被告发为“跳光屁股舞”“集体搞不正当男女关系”。“严打”开始后,由于邻居的举报,迟志强被南京市公安局拘捕。最后相关涉案人员均按“流氓罪”论处,迟志强被判监禁4年;北京某大学王姓、余姓两个女生,光天化日下在八一湖脱了衣服裸泳,83年“严打”中这名王姓女子因与十多名男性发生性关系及裸泳而以流氓罪被判处死刑;^[58]一对青年男女恋爱,遭到女方家长反对。两人没有退却,反而离家同居。女方家长在找到他们后,将女青年领回家,并报案说男青年强奸了自己的女儿。“这名男青年因流氓罪被判处了死刑。”^[59]

1983年“严打”的种种迹象表现,尽管当时我们已经有了法制的初步建设(表现为《刑法》《刑事诉讼法》的制定),然而,按照国家本位主义的基本价值观,国家利益理所当然地被置于个体利益之上,其早已假定:只有国家才能独占合法性(administration of justice);像律师那样的具有自主性的行动主体不应被允许介入诉讼;被告人基本上都是坏蛋,他们永远也不会以恰当的、有价值的方式去行使自我辩护的权利;被告人是最好的证据来源,应当运用最有助于得到其供述的追问程序来展开审讯;而即便取得其供述并不是法律上的硬性要求,也依然在实践中大行其道。^[60]

这样一种国家本位的功利主义的刑事政策观,其积极追求的是镇压敌人,消灭犯罪,保护国家利益,维护超稳定的社会秩序的政治目的;忽略或放弃了对国民利益的保护,或者片面地认为打击了敌人就等于保护了人民。^[61]这种本末倒置的刑事政策观则又进一步导致了刑事法律成为可有可无的东西,因为一个国家对付犯罪其实并不必须有刑法和刑事诉讼法等刑事法律,没有这些刑事法律并不会妨害国家有效惩治和控制犯罪。而且没有法律的约束,国家司法机关反而可以更加有效、灵活地打击各种危害社会的行为。^[62]因此,体制权力可以毫无阻碍地在政治目标的驱动下“掏出法律之肠”——控审分离、控辩对抗、严格证明、无罪推定、法不溯及既往、禁止类推等等所有构成现代刑事法治精神基本禁忌的诸多原则均被抛诸脑后,国家无所顾忌地炫耀其强大的惩罚权力,法律只是徒有其表的工具。^[63]法院的权力运作逻辑与其他由体制派生的权力终端并无二致,与“镇反”运动中法院扮演的功能角色亦无显著区别,在法院的主体意识与国家体制之间并不存在

[58] 陶盈:《1983年“严打”:非常时期的非常手段》,载《文史参考》2010年第20期。

[59] 刘杰:《30年刑事司法变迁:从严打到收归死刑复核权》,载《法制资讯》2008年第12期。

[60] Jerome Alan Cohen, supra note [28], at 529.

[61] 严励:《“严打”刑事政策的理性审读》,载《上海大学学报(社会科学版)》2004年第4期。

[62] 李海东:《刑法原理入门(犯罪论基础)》,法律出版社1998年版。转引自梁根林:《“刀把子”抑或“大宪章”?——刑法工具价值批判》[法宝引证码]CLI.A.01764。

[63] 例如,1983年初,安徽省蚌埠市,有个名叫李和的小青年与一个妓女发生关系后不给钱,被告强奸。开始被判刑5年。服刑不久后,严打开始,他被改判15年。为了增加“严打”力度,造出“严打”声势,李和改判的布告贴得满街都是。年轻气盛的小伙儿不服气,提出上诉。在严打进入第二阶段时,他直接被枪毙了。见前注[58],陶盈文。另一宗可资对证的案件是发生在西安的马燕秦案。马是一名中年妇女,喜欢跳舞。“严打”以前,公安派出所曾经找过马燕秦,她一口气讲述了数百个一起跳过舞的男女,有些男人还和她有过更亲密的关系。派出所的本意是吓一吓她,使她不要太招摇,完全没想到她毫无顾忌,又没有法律能够制约她。“严打”开始,警察迅速将马燕秦收监,而且陆续抓审了三百多人,成为轰动三秦的特大案件,《陕西日报》以整版的显要位置多次报导案情。枪毙了以马燕秦为首的三个人,另有三名死缓和两名无期徒刑,还有多人被判处不同刑罚。长平:《“严打”的两种叙述》,载《时代教育》(先锋国家历史)2008年第15期。陈兴良教授曾经忆及由他担任辩护律师的一起盗窃案,一审于1983年7月判处该案第一被告15年有期徒刑,判处第二被告有期徒刑9年,但在“严打”开始后的1983年10月,第一被告被改判死刑,第二被告被改判死缓。从15年到死刑,这样大的悬殊改变对于陈兴良教授来说,是极大的震惊。李晶:《“保护”与“保障”的差距——论“严打”刑事政策与罪刑法定原则》,载《山西警官高等专科学校学报》2003年第1期。

任何层面的认同障碍。法院俯首帖耳,继续甘为体制之刃的“刀把子”,通过对社会异己分子的严厉打击重塑“人民”内部的内聚力以及“人民”对于由体制施予的秩序空间、生存空间的向心力。作为专政工具的法院所传递的权力意象时刻警示每一个社会成员,其作为个体的“我”只有自觉服从体制的规训才能被承认归属于敌我斗争中的“我”,在个体自由的边界穿梭是危险的,他们随时可能会被类似于“流氓罪”这样的“惩罚黑洞”一口吞噬,他们应该更加谨小慎微、循规蹈矩,不要被体制的惩罚锋芒所“误伤”。此时,“严打”的合法化策略主要是通过对犯罪的有效惩治来表明执政者有能力满足社会的安全、秩序需求。

2. 1996与2001年“严打”的合法性要求

随着改革开放所催生的一元社会结构向二元社会结构转型,“严打”战役的社会基础发生了变化。经过近20年的改革,以政治国家与市民社会相对分离为特征的二元社会结构体系从无到有,从弱小到强壮,充分显现出二元社会结构的基本格局,并具有明显的表征:政治国家与市民社会不再具有同一性,由于财产关系成为市民社会生活的主要因素,市民社会形成了自己的运行逻辑,这种运行逻辑强调市民社会的自主地位和自治能力,反对政治国家对社会生活的过度干预以及与此相伴随的专制主义倾向。^[64]基于此,1997年党的15大提出了依法治国的基本方略,随后被写进了国家的根本大法。其内容是指:广大人民在党的领导之下,在国家的建设和管理过程中,必须严格依照宪法和法律的标准,管理国家和社会事务,逐步实现社会主义民主的制度化、法律化。^[65]

依法治国基本方略的确立,同时确立了执政党领导方式和执政方式的转变:要实现由过去主要和直接运用政策来治理国家,向主要和直接运用法律来治理国家的转变,不仅要靠政策,更要健全法制。改革前的中国是一个中央集权的、以行政命令和政策调节为主导的社会。在规范体系方面,虽然有一些法律法规存在,但真正起全面调整社会关系作用的是党和国家的政策。在政策与法律的关系上,强调“法律以政策为依据,是实现政策的工具”。^[66]偏重法律的“保驾护航”作用,对于法律的规范性导向作用未能达成共识。经过近20年的法治实践,法制与政策、法律与经济改革的关系问题也才在操作面上得到初步解决。正如有的学者指出的,“如果说,80年代从单一的政策调控结构向以政策为主的‘政策-法律’二元结构过渡是第一次飞跃的话,那么,从以政策为主导的调控结构向以法律为主导的调控结构的过渡,则是第二次新的更高层次的飞跃”。^[67]

总之,依法治国的提出并实施,为“严打”刑事政策法律化奠定了基础。在法治时代,刑事政策不仅应关注如何有效地同犯罪作斗争,而且也关注如何在同犯罪作斗争的过程中增进社会的法制精神。与此相适应,1996年修改《刑事诉讼法》时将“加强对犯罪嫌疑人、被告人合法权益的保障,提高犯罪嫌疑人、被告人在刑事诉讼中的地位”作为改革目标之一,修改后的《刑事诉讼法》加强了辩护职能,如提前了律师或者其他辩护人参加刑事诉讼的时间;明确规定了辩护人的数量、资格;扩大了指定辩护的范围;扩大了律师或其他辩护人的诉讼权利等。^[68]严格人民法院、人民检察院和公安机关对犯罪嫌疑人、被告人采取拘传、拘留和逮捕等强制措施时限;侦查人员、审判人员必须依照法定程序收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪、无罪、犯罪情节轻重的各种证据,严禁

[64] 杜万华:《二元社会结构体系及法理学思考》,载《现代法学》1996年第2期。

[65] 苏惠渔、孙万怀:《“严打”方针的刑法学思考》,载《法学》2001年第1期。

[66] 袁建国:《改革需要依法操作》,载《经济日报》1989年5月27日,第5版。

[67] 石泰峰:《告别历史,走向未来——党的十四大以来我国法制建设的理论突破与成果》,载《中国青年报》1997年9月4日,第5版。

[68] 熊秋红:《转变中的刑事诉讼法学》,北京大学出版社2004年版,第73页。

刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据等等。^[69]而1997年刑法修改最为显著的变化即在于明确规定了罪刑法定、适用刑法平等和罪刑相适应三项基本原则。^[70]同时,以司法的消极性、中立性、独立性、专业性、公正性、程序正当性以及公检法机关之间的分工、制衡(控审分离、控辩对抗)为基本价值目标的司法改革也在这一历史时期拉开帷幕,这些目标的实现规范、制约了专门机关的权力行使,防止了国家权力在诉讼中的异化和恣意,保障了刑诉法治的贯彻实施,集中体现了现代法治的本质特征,即以法治吏、以法治权。程序正义迫使国家专门机关在追求惩罚犯罪、实现实体真实的同时,必须遵守程序规则,否则对程序规则的违反将直接导致诉讼程序的停滞、诉讼结论的排除(如非法证据排除规则)。^[71]

上述制度、观念的变迁构成了1996年及2001年严打截然不同于1983年严打的运动背景,也使得法院于国家治理结构中的功能发生显著变化,开始表现出科层法治的诸多特点:

(1) 法院的权力技术转换

运用法院作为社会治理手段的必要前提是它必须具备最低限度的“服从既定规则”的权力技术外观,而在演绎各式“运动式治理”的历史语境中,我们却又发现作为历次运动制度背景的“既定规则”的逻辑转向:1951年“镇反”与1983年“严打”的共同特征是为了使法院的审判活动能更有效地配合对社会异己分子进行运动式打击的需要,均在实体或程序上进行“放权”式的政策性立法,为司法权力“松绑”,使之可以最大限度地便宜行事以服务于预先设定的政治目标;而1996年与2001年严打则呈现出相反的趋势,从《刑事诉讼法》《刑法》的相关修改以及司法改革的诸多举措中均可以明确看出以对司法权力进行合法性控制为目标的“控权”式的立法倾向,曾被连根掏出的“法律之肠”又重新在制度架构中获得生长的空间。“流氓罪”这样的口袋罪被废止,“严打”在部署的层面强调了依法进行,中央领导人的讲话中明确提到要在法律的范围“严打”。^[72]

(2) 法院的权力角色转换

长期以来,法院是以“刀把子”的角色功能高度认同于党国一体的政治体制,法院一方面成为体制权力面向社会施加强制的有力抓手,另一方面也为这种强制披上合法性的外衣。基于“刀把子”的角色设定,法院运作的终极目标就是为了保证执掌权柄者能够更加趁手地运用权力之刃对社会异己分子进行强制和规训。在这个目标导向下,作为有独立机构建制的法院实际上并不被体制允许以一种具有独立意志的“主体性”姿态介入到社会治理之中,“刀把子”的使用必须完全取决于掌握它的权力之手。然而,当历史进程推进到1996以及2001年“严打”开展期间,社会环境以及思想观念的变迁使得无论是关于法院的社会认同还是法院的自我认同都已经越来越不能接受法院仅仅是作为“刀把子”的工具性存在,诸如“只服从法律”之类的法治观念启蒙开始促使法院深刻反省其存在的主体性价值究竟何在。与此同时,由最高法院自上而下推动的司法改革也意味着法院尝试进行角色转换的权力自觉:由工具性的“刀把子”转向主体性的“审判者”。

(3) 法院的权威支撑转换

20世纪末至21世纪初的中国社会,由于意识形态无可遏止的式微,使得其既无法构成对法院权威的有效支撑,也使得那种通过对社会异己分子的“严打”以及借助于意识形态化的“敌-我”界分

[69] 岳悻惟、岳悻怡:《从人权保障角度看严打政策的刑事司法运用》,载《山东科技大学学报(社会科学版)》2004年第2期。

[70] 游伟:《论“罪刑法定”与修订后的我国刑法典》,载《法学》1997年第5期。

[71] 卞建林、李菁菁:《依法治国与刑事诉讼》,载《诉讼法论丛》第2卷,第17页。

[72] 曹呈宏:《“严打”的法治与人治》,载《华东刑事法评论》第5卷,第21页。

来完成社会整合的传统路径成为不可能。与此同时,法治思想形态的兴起则为在法院的权威支撑结构中填补意识形态的空缺提供了新的可能性,这一方面促进了法院主体意识的觉醒,另一方面也意味着法院权威转型的契机:由体制输入性权威转向制度内生型权威。根据前一种权威机制,法院的权威完全是由以党为核心的体制所派生的,法院面向社会确立权威的主要方式就是它“获得体制的授权,听体制的话,替体制办事,忠实传递体制的意志,是体制的机构化身”,而社会也因为慑服于体制的权威而自然而然认同于法院之权威;而根据后一种权威机制,法院之所以能够面向社会确立权威是因为它能以客观、独立、不偏不倚的姿态运用制定良好的既定规则来解决社会冲突并能够满足社会成员对于公平、正义的基本诉求,从而获得最大限度的社会认同与服从。

(三) 小结

唐皇凤博士认为,从三次全国性“严打”出台的历史背景、打击对象和治理绩效能够发现,中国的“严打”为中国国家权力寻找合法性基础提供了契机,国家暴力的运用是为了维护人们的切身利益——社会治安和人们的生命、财产安全,是内在于人的需要本身的。每一次“严打”斗争就是一次巩固与强化国家政治秩序合法性基础的仪式与操练,“严打”斗争就成为中国国家权力重要的合法化机制之一。^[73]但本文认为,这样一种国家权力的合法化策略到了1996年以及2001年“严打”期间实际上已经远远不如尚处在改革开放初期的1983年“严打”期间那般奏效了。因为,当改革推进到20世纪90年代,社会分层已经显现,社会分配不公的问题已经成为困扰社会治理的严峻现实。通过对犯罪分子的“严打”实际上根本无法消解诸如下岗工人、失地农民、强拆对象等等各类社会弱势阶层在现有社会分配体制中的被剥夺感、不受关注的失落感以及对社会不公问题的严重不满。社会民众的参与度也显著萎缩,根据某省公安机关的统计,在该省2001年“严打”惩治第一阶段中,被群众直接扭送到公安机关的犯罪嫌疑人只有853名,群众检举揭发的犯罪线索仅有6073条;而1983年“严打”第一战役第一仗期间,这两个数字分别为5810名和21.6万条。^[74]这似乎表明,基于体制动员与民众被动员之间的积极互动而形成的,在体制与民众之间、民众与民众之间的相互认同、相互归属的心理机制渐趋式微,“严打”已经无力承载起对社会进行“规训-整合”的政治功能。随着法治思想形态的兴起,也对“严打”本身的合法性问题提出了不同于以前的要求,法院开始注重保护宪法赋予犯罪嫌疑人的基本权利,对犯罪的惩罚(曾任最高人民法院院长的肖扬在一次审判工作会议上的讲话中,放弃了数十年来一直沿用的“依法严厉打击”的说法,而改为“依法严惩”。观察者认为,肖扬在这里是试图将政治赋予法院之“严打”任务与法律对法院之内在要求区分开来,法院并非是要“打击”犯罪,而毋宁只是“惩罚”之)^[75]逐渐被还原为纯粹的以“犯罪控制”为目标的刑事司法政策。但这并不意味着国家已经放弃了运动式治理的模式,而只是在新的历史背景下进行了策略表达的转换,由刚性“严打”转向怀柔的“维稳”,以维系当下之社会不至于陷入无法挽回的分裂。

四、运动式治理的边际效应递减与法院功能虚置

(一) 运动式治理的边际效应递减

“严打”与“镇反”一脉相承的治理逻辑均在于集中运用惩罚权力对可识别的社会异己分子施

[73] 见前注[4],唐皇凤文。

[74] 参见刘学刚:《严打留下的遗憾》,载《瞭望》2003年第32期。

[75] Susan Trevaskes, “The Death Penalty in China Today: Kill Fewer, Kill Cautiously”, 48 Asian Survey 3 (May/June 2008), 402.

以严厉、超常规的打击,通过“敌-我”的二元标签来完成社会内部整合以及以社会同质化为取向的秩序重建。这样的专政手段终究难免落入了所谓专制政治的窠臼,波普尔指出,一切专制政治的普遍倾向都是以抵御敌人拯救国家(或人民)为理由来证明其存在的——每当原有的敌人被制服时,这个倾向又必定导致新的敌人的产生或发明。^[76]如果说在意识形态开始逐步占据社会成员全部精神层面的建国初期,这样的治理手段还能基本奏效的话,在改革开放形成的极为异质化的多元社会中,依然希望通过“惩罚-控制”的单一路径来完成社会整合与秩序重建,难免就会有力不从心的感觉。在这样的时代背景下,“严打”的局限主要表现在以下两个方面:

其一,改革开放前的中国,社会控制的主要手段不是法律,而是结构完整、功能齐全的单位系统,这一系统包括单位制度、户籍制度和档案制度。对于犯罪的社会惩处形式是许多包括参军、入党、提干、升学、晋升等社会机会的丧失,犯罪成本相对较高,保持了中国长时期较低的犯罪率。^[77]而改革开放之后,越来越多的社会个体从体制大网中游离出来,成为基数庞大的各类社会群体,他们不再需要依赖或认同于体制而获得生存保障和心理安全。这就使得“严打”只能成为一种短期目标控制的治理手段,无法形成长效机制。在1983—1987年第一次“严打”期间,刑事犯罪确实得到了抑制,但是,在“严打”后的1988年,刑事案件的立案数一下子由1987年的57万件上升到83万多件。第二次“严打”时期的1997年,刑事立案数基本与1996年持平。但是,1998年即增至198万起,1999年为224万起,2000年为363万起,2001年为445万多起,犯罪呈迅速上升趋势。2001—2002年第三次“严打”后的2003年至2005年,全国法院一审审结刑事案件数量约为2063780件,这三年的平均数约为687927件,远远高于1998年至2002年的平均数566000件。且从2003年到2005年增长速度有加快的趋势。^[78]四川的一位党政要员早在2001年即已提出这样的疑问:“如果严打确实是控制犯罪的有效途径,那你又该如何解释为什么每一次严打运动过后都伴随着犯罪率的迅速反弹增长?”^[79]这使得我们更加有理由认为:“(作为严打重要组成部分的)公共宣判与执行实际上更侧重于宣示国家力量,而非犯罪控制之实践性与有效性。”^[80]

其二,邓小平同志曾经指出:“‘严打’就是专政。”^[81]这就意味着“严打”的对象亦即专政的对象。然而,在改革开放之后,对社会秩序构成冲击的不仅仅是刑事犯罪这样一类传统问题。由于社会不公问题而引发的,以下岗工人、失土农民、被强制拆迁户、污染受害者等社会弱势群体为一方主体的各类型矛盾均构成对社会稳定的极大威胁。特别是阶级斗争已不再是国内主要矛盾的今天,大量的不稳定因素是人民内部矛盾的特殊呈现。^[82]比如,据不完全统计,2001年、2002年,吉林全省发生群体性事件分别为3951批次和4775批次,涉及人数分别为23万余人次和20万余人次。2003年上半年,尽管有“非典”因素影响,全省仍发生群体性事件1876批次,参与人数9万余人次。舒兰矿务局退休人员及职工家属阻断铁路事件、吉林油田有偿解除劳动合同人员聚访事件、延边开山屯亚松公司职工阻断铁路事件、通化矿务局退休职工强登列车欲来省进京事件等均

[76] [英]卡尔·波普尔:《开放社会及其敌人》(第一卷),郑一明译,中国社会科学出版社1999年版,第339页。

[77] 见前注[37],秦立强书,第251~252页。

[78] 贾宇:《从“严打”到“宽严相济”》,载《国家检察官学院学报》2008年第2期。

[79] Mao Lei et al., “Duiyu fazui ruguo qieshao zhunquede yuce”. 转引自 Susan Trevaskes, “Courts on the Campaign Path in China: Criminal Court Work in the ‘Yanda 2001’ Anti-Crime Campaign”, 42 Asian Survey 5 (September/October 2002), 689.

[80] Susan Trevaskes, supra note [79], at 693.

[81] 刘复之:《“严打”就是专政——记小平同志对“严打”的战略决策》,载《中国检察报》1992年1月13日。

[82] 黄政钢:《试论公安维稳工作面临的挑战与对策》,载《江西公安专科学校学报》2005年第5期。

是此类典型事件。^[83] 多数群体性事件常常是合理要求与违法行为交织在一起,对于新时代背景下大量呈现的新型矛盾,如果不分青红皂白盲目运用“严打”这样的高压专政手段“敲山震虎”,无疑会使社会治理陷入严重的合法性危机。

面对“严打”的诸多困局,社会治安综合治理的思路于20世纪80年代初开始酝酿,并于90年代初确立为应对转型期社会治安问题的基本政策。1991年3月2日第七届全国人大常委会第18次会议通过了《关于加强社会治安综合治理的决定》,提出各部门、各单位必须建立社会治安综合治理目标管理责任制;提出各级人民政府动员与组织城镇居民和农村村民及有关机关、团体、企业、事业单位的职工、学生,建立群众性的自防自治治安保卫组织,开展各种治安防范活动与警民联防活动。1991年3月22日中央社会治安综合治理委员会成立,随后全国省、自治区、直辖市以及市、县、区陆续成立对口机构。而到了20世纪90年代末,由于企业改制破产等问题引发的矛盾十分突出,关注民生、维稳促和谐成为主基调。在此背景下,以维护社会稳定为目的的协调机构——维护稳定工作办公室应运而生。从中央到各省、市、县直到乡和街道一级、乃至重要事业、企业单位都设置了“维稳办”——“维护稳定工作领导小组办公室”。其职能包括负责收集、掌握维护稳定工作情况和信息,提出对策和建议;组织开展维护稳定宣传和研究工作,总结推广先进经验;协调、指导社会矛盾纠纷排查调处基础工作;协调、指导各地区各部门妥善处理各类群体性事件;对影响较大的重点个案和重大群体性事件进行协调、督办;督促维护稳定工作领导责任制的落实,对各下属部门和地区履行维护稳定工作职责情况进行检查、考核等。^[84]

在“综治-维稳”的总体思路下,“严打”从政治主流表述中逐渐淡出,甚至在专门的刑事司法领域,“严打”的提法也逐渐被后来“宽严相济”的刑事政策所取代。^[85] 与此同时,公安部的措辞也开始从“打击犯罪”(attacking crime)转为“预防犯罪”(preventing crime)。^[86] 以公安机关提出的“三大政治和社会责任”为标志,维稳已经成了公安机关最首要的职能。2005年之后,大量的公安实践足以表明:一个以“严打”为标签的“严打公安”时代已经结束,一个以“维稳”为主业的“维稳公安”时代已经来临。^[87] 2009年《公安内参》第10期载文指出,如何应对和处置群体性事件和突发事件,是当前县级公安局长们迫切需要得到答案的难题。为此,公安部组织全国3080名县级公安局长进京轮训。这个大规模的局长培训班被外界称作为“维稳”培训班,重点就是研究维稳工作,而不是打击犯罪问题。^[88] “稳定压倒一切”的口号实实在在地体现在政府的日常工作中。

“综治-维稳”的本质仍然是继续强化政治动员,加大权力成本的投入(从政法部门拓展到各政府机关、团体、企事业单位等各种体制权力末梢),然而,秩序收益却并未随着权力成本投入的增加

[83] 秦利明:《理性思考群体性人民内部矛盾,切实做好维稳工作》,载《公安研究》2003年第10期。

[84] 廖海青:《“维稳办”走上前台》,载《南风窗》2009年4月14日。

[85] 在历经二十多年的“严打”之后,我党明确提出要实行“宽严相济”的刑事司法政策。第一个标志是2005年12月,在全国政法工作会议上,中央政法委员会书记罗干同志要求政法机关要更加注重运用多种手段化解矛盾纠纷,更加注重贯彻“宽严相济”的刑事政策,促进社会和谐稳定。第二个标志是2006年3月,最高人民法院院长和最高人民检察院检察长向十届全国人民代表大会第四次会议所作的工作报告中,均分别提出要对犯罪实行区别对待,贯彻和坚持“宽严相济”的刑事政策。第三个标志是2006年10月11日,中共中央十六届六中全会在《关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》中进一步明确提出要实施“宽严相济”的刑事司法政策。见前注[78],贾宇文。

[86] Susan Trevaskes, supra note [75], at 400.

[87] 沈秋伟:《论“维稳公安”时代及其应对策略》,载《公安学刊(浙江警察学院学报)》2009年第5期。

[88] 见前注[87],沈秋伟文。

而获得更高的产出,反而出现边际效应递减的问题。冯仕政认为,由于目标置换、^[89]政治凌驾专业^[90]和异化^[91]等因素的制约,国家运动常常事与愿违,获得的不是超常的高效率,反而是超常的低效率。^[92]由此造成维稳体制的治理困境:

“稳定压倒一切”的刚性维稳思路形成了刚性工作模式,^[93]地方政府普遍设立维稳基金和维稳队伍(维稳办、综治办、应急办),领导包办专责维稳,把稳定与上访挂钩,把稳定定义为不发生群体性事件,无大规模上访,无人进京上访,等等。评价干部能力和政绩以及提拔干部也以此为重要指标,一票否决制,零指标考核,等等。于是就造成了不少地方苛求基层“不能出事”的现象,遇到问题习惯于“捂盖子”,为消除所谓的不稳定因素,政府花钱买稳定,更甚或直接以刚性的权力手段,如截访、拘留、劳教、隔离、送进精神病院等强制手段“消除”不稳定因素。^[94]而一旦矛盾激化,出现群体性事件,又采取“割肉补疮”的处置法,把法律条文、法律程序置之度外,只求“尽快灭火”。甚至有的地方进而出现了以维稳为口号直接干预司法裁判的案例。^[95]这样的处置方式导致民众形成政府是一等权威,法院是二等权威的观念,形成“大闹大解决,小闹小解决,不闹不解决”的惯性思维,^[96]民众遇事不讲法也不服法院判决,而把希望寄托于上访,寄希望于把事情闹大以让政府领导出面作批示。结果每一次法外解决之后将会引来更多的效仿,陷入越维越不稳的怪圈。^[97]

所谓“越维越不稳”的怪圈,我们从近年来群体性事件持续增长的高发态势中就可以一窥端倪:从1993年到2003年间,我国群体性事件数量由每年1万起增加到每年6万起,参与人数也由约73万人增加到约307万人。据官方数据显示,群体性事件从1995年超过1万起后,一直持续增加,到2005年超过6万起,2007年超过8万起。^[98]据2010年2月27日《羊城晚报》报道,2008年和2009年我国的群体性事件都已经超过9万起。其中,2004年重庆“万州事件”、2006年四川“广安事件”、2007年四川“大竹事件”、2008年贵州“瓮安事件”和云南“孟连事件”、2009年湖北“石首事件”等被研究者称为我国群体性冲突的“标本性事件”,虽然事件背景不尽相同,但它们均暴露出维稳体制的治理困境:(1)地方政府的信任危机暴露无遗,参与者逐渐累积的对政府的不信任,在事件中被激发出来了;(2)事件更多地体现为“无直接利益冲突”,即绝大多数参与者并不是直接利

[89] 抱着各种各样目的的人主动或被动地卷入国家运动的潮流中。这些人表面上积极参与国家发起的运动,实际上却见缝插针地置入自己的目标,不断以自己的目标替代整个运动的目标。

[90] 国家强制要求官僚系统或整个社会保持高度忠诚,不但会严重限制官僚团队和整个社会专业能力的施展,而且会让他们卷入复杂的政治斗争,破坏专业精神。

[91] 国家运动本是用来促进社会公共利益,结果却被一些首长用作塑造政绩工程或展开派系斗争的工具。

[92] 冯仕政:《中国国家运动的形成与变异:基于政体的整体性解释》,载《开放时代》2011年第1期。

[93] 刚性维稳也被称为压力维稳,参见于建嵘:《压力维稳已经走到尽头》,载《领导文萃》2010年第14期。

[94] 何跃军:《维稳的现实考察与法治反思》,载《华东理工大学学报(社会科学版)》2011年第1期。

[95] 案例1:《中国青年报》2010年8月2日报导,陕西省横山县一起关于矿权纠纷的官司,在最高人民法院审理的过程中,收到一份来自陕西省政府办公厅的“秘密公函”。公函称,“省高院一审判决对引用文件依据的理解不正确”,“如果维持省高级人民法院的判决,将会产生一系列严重后果……对陕西的稳定和发展大局带来较大的消极影响”。知情人士透露,该函虽以陕西省政府办公厅的名义发送,实际上是由陕西省国土资源厅起草。案例2:《新京报》2010年6月28日报导,重庆李渡新区管委会要求法院驳回农户索赔请求,重庆市涪陵区李渡新区管委会为一件民事案件给区法院发函,称如果不按管委会意思判决,“将会造成原告缠诉或者上访……这也是一二审法院都不希望发生的后果”!以此来给法院施加压力。

[96] 韩志明:《能力短缺条件下的双边动员博弈——政府维稳与“公民闹大”及其关系》,载《江苏行政学院学报》2011年第6期。

[97] 梁惟:《维稳之困与公民社会之缺》,载《岭南学刊》2011年第3期。

[98] 黄顺康、夏俊毅:《“维稳”的机制设计思考》,载《甘肃社会科学》2011年第3期。

益受到侵害者,参与人群成分复杂,具有情绪化宣泄的特点,石首事件更是成为社会冲突从社会性利益性冲突向政治性漂移的标志事件;(3)“全能型政府”驾驭社会秩序的能力受到挑战,政府缺乏行政手段之外的维稳机制。^[99]

(二)“维稳”体制中的法院功能空洞化

运动式治理与治理制度化是我国的社会治理反复摇摆、纠结的悖论式命题。从现有的实践来看,一旦一种运动模式已经无法适应新形势发展的需要,社会治理者就会审时度势进行策略变化(从“严打”到“维稳”)。与此同时,虽然治理的制度化也有较大发展,比如,法院开始努力试图通过各种“专业化”的举措来提升自身的司法权威,并且最高人民法院也非常清楚地表明其推动司法决策过程之“适法性”的决心和态度。但问题在于,最高人民法院并不是那些负责具体落实相关政策的下级法院的绝对领导。在全国所有城市的所有法院都设有分支机构的各级党委始终都能够把政治上的意图施加给法院,并只在一些枝节问题上留给法院一点“司法专业性”的发挥余地。^[100]因此,尽管法院在表面上发生了某些转换(权力技术转换、权力角色转换、权威支撑转换),然而其却又终究未能真正挣脱国家体制的羁绊,治理制度化的程度始终受制于运动式治理的政治表达和短期目标的实现,^[101]无法步入良性健康运作的正轨。当运动式治理的重心由“严打”转向“维稳”,法院先天不足的权威转型同时受到来自体制内外的双重解构,陷入一场全面、深刻的认同危机——既无法继续以旧面孔认同于国家体制,也无能力以新面貌认同于社会诉求。

在“维稳”语境下对法院尝试转向的制度内生型权威构成冲击的主要有两方面的因素:一方面,无论是“严打”抑或是“维稳”,政治动员式社会治理方式本身就是以超越法律规范和组织体系为特征,与行政组织结构的理性化与制度化发展相背离,甚至会削弱、瘫痪和破坏组织的正常权威和结构,降低现实生活中法律控制的效力,破坏法律控制优先于行政控制的正当关系。有调查表明,在九千余位受调查者中有44%认为“(维稳)用行政方式代替司法方式,基于短期利益考虑,树立不起法治权威”;^[102]另一方面,社会成员对国家治理策略的反应由“严打”时期的消极承受型转向“维稳”时期的积极反应型——“闹大”。“闹大”是一个通俗概念,是指公民个人或集体“通过激烈的行动或运用网络、媒体等问题化工具把矛盾冲突公开化,引起社会各方面的高度关注”的行动过程。^[103]是将问题事件化,进而推动社会力量特别是(上级)政府来解决这些问题的演变历程。^[104]张荆红博士于2010年的一项调研表明,当遇到问题时,多数人(51.6%)有明确的制度外维权倾

[99] 陈天柱:《论基层社会稳定机制的若干思考——对几起群体性事件的考察》,载《社会科学研究》2011年第5期。

[100] Susan Trevaskes, supra note [79], at 691-692.

[101] 比如,2002年6月,甘肃省委政法委根据严打斗争开始后判处案件较慢、打击不力等问题,从全省抽调政法干部,组成14个工作组,交叉对全省严打整治斗争开展以来刑事案件办理情况进行了全面检查,对发现的问题发出《通报》,督促整改,从而有力地促进了全省严打整治斗争的发展。王禄维:《创新发展严打思想,确保社会长治久安》,载《公安研究》2003年第11期。

[102] 网络调查问卷参与调查人数8756人,采访、书面调查地方党政干部478人,总计调查人数9234人。人民论坛问卷调查中心:《79%受调查者认为借“维稳”名义不作为乱作为“较严重”——“‘维稳’怪圈,谁的烦恼”问卷调查分析报告》,载《人民论坛》2010年第9期。

[103] 韩志明:《闹大现象的生产逻辑、社会效应和制度情境》,载《理论与改革》2010年第1期。

[104] 一项调研表明,在北京上访村,88.5%上访者的目的是“给地方政府施压”。李昌平:《上访者为何越来越向北京集中》,载三农中国网(http://www.snzg.net/article/2006/1115/article_2143.html)。转引自张荆红:《“维权”与“维稳”的高成本困局——对中国维稳现状的审视与建议》,载《理论与改革》2011年第3期。

向,选择将事情“闹大”以求解决。^[105]在“闹大-维稳”的逻辑下,基于“事实-法律”的涵摄过程推导得出的法律方案就注定不会成为事件各方当事人以及事件处置者的核心关注和处理依据。

当“维稳”与“闹大”构成政府与公民行动的两份“公开的文本”,^[106]处在夹缝中的法院实际上已经无力承担国家权力建制分工赋予其的功能使命:一方面,法院无力回应社会行动者的规范性期待。法院无法依托“只服从于法律”^[107]的制度权威为社会提供一种常规化、制度化、公平、公开的利益表达渠道和博弈平台,并为社会矛盾提供最终的解决方案,社会民众普遍“信访不信法”。^[108]在大量终审不终、涉诉信访现象的冲击下,甚至法院本身亦成为社会矛盾的一个诱因和一方主体。^[109]另一方面,法院无法为政治行为提供合法化支持。凯尔森曾指出,“法律只有当作国家截然不同秩序,并且因而有别于强权而带有几分公正色彩,才能胜任替国家辩护之职”。^[110]然而,在我国,政治为司法设置的各种禁忌、实施的各种干预都使得法律能为政治提供的合法化支持大打折扣。也正因为如此,在前文所述的群体性冲突事件中,才会暴露出“政府缺乏行政手段之外的维稳机制”这样的问题。

(三)“维稳”与“维权”的辩证法

大量研究表明,利益分配不公、利益表达受阻、利益博弈失衡是诸多严重冲突事件背后的深层原因。若不从根本上解决利益失衡与社会公正的机制问题,一味以稳定为名阻止合法的利益表达,则只会积聚矛盾,使社会更不稳定。良性的体制不是要消灭冲突,而是能够容纳冲突和用制度化的方式化解冲突。因此,政治动员式的维稳模式必须转向制度化的利益均衡机制,这种新思维的关键是:转变政府职能,建立有限政府,避免政府在社会矛盾中处于首当其冲的位置,政府扮演规则和程序制定者以及矛盾调节和仲裁者的角色;促进民间组织的发育,形成化解冲突的社会机制;使法治成为解决冲突的长效手段;健全权利保障体系,建立利益均衡机制,为社会不满情绪的宣泄提供制度化管道。有权利的保障才有相对的利益均衡,有利益的均衡才有社会的稳定,这也意味着,维权就是维稳,维权才能维稳。^[111]

本文认为,“维权”象征着治理权力的合法性维度,“维稳”则象征着由暴力提供强制支持的治理权力的有效性维度。暴力维持的权力的有效性受暴力本身的物理限制而远不及合法性权力在时空延展的广泛性,当权力过于依赖暴力维持时,政府就会疲于处理各种群体性的紧迫事件与暴

[105] 同上注,张荆红文。在另外一份类似的研究中,当受访者被问及,如果乡政府收取的规费大大超出中央政府设置的界限时,他们是否会支持、加入、甚至领导村民上访? 746名受访者中的53.4%表示他们绝对支持上访,40.9%的受访者表示如果有人挑头的话,他们绝对会加入上访队伍,并有18%的受访者表示他们绝对会挑头带领大家去上访。Lianjiang Li, “Political Trust and Petitioning in the Chinese Countryside”, 40 *Comparative Politics* 2 (Jan., 2008), 212.

[106] 见前注[103],韩志明文。

[107] 正如罗干在全国第五次刑事审判工作会议上讲话所强调的,法官应该坚持忠诚于党、国家、人民、(然后才是)法律。Susan Trevaskes, *supra* note [86], at 402.

[108] 在一份调研报告中,746名受访者被问及,通过进京上访的方式来保护农民的合法权利和利益究竟是否有用? 46.6%的受访者选择(1)非常有用;17.3%的受访者选择(2)有一点用;6.2%的受访者选择(3)没用;另有19.8%的受访者拒绝回答。Lianjiang Li, *supra* note [105], at 212-213.

[109] 陈洪杰:《方向性错误:司法改革的围城之感》,载《华中科技大学学报(社会科学版)》2009年第4期。

[110] [奥]凯尔森:《纯粹法理论》,张书友译,中国法制出版社2008年版,第114页。

[111] 清华大学社会学系社会发展研究课题组:《利益表达制度化,实现长治久安——维稳新思路》,载《新华月报》2010年第5期。

力抗法事件。^{〔12〕} 在现代社会,治理权力若想获得普遍有效的合法性支持,就必须以法律为媒介,而法律之所以能够实现普遍化效力,是因为法律系统提供了最具同质性的法律共同体,以及最具普遍性的司法制裁,法律系统既能够通过广泛的法律共同体传达以法律表现出来的政治指令,又能够通过普遍化的权利诉讼提供丰富的信息监控与有效的制裁机制。^{〔13〕} 在现代国家的权力设置中,以法院为象征的司法权力是任何一个普通社会公民都能平等运用的制度性权力。民事、行政的诉讼程序设置,以及司法最终解决原则的确立,使得政治系统的各种权力运作都可能会因为公民的“维权”诉讼而谋求法律系统提供合法性支持。因此,“维权就是维稳,维权才能维稳”在辩证法上的最终逻辑递归实际上就是要求政治系统必须支持司法对于“合法/非法”进行区分的独享的建制化权力,否则的话,建立在合法性基础上的“维权”与建立在物理强制基础上的维稳实在不会有任何交集之处。

五、国家治理结构的反思与展望

由于以革命立国的执政党一方面依托“御外侮、平战乱”的历史功绩积累了超强的政治合法性,另一方面又有意识形态工具的有力“加持”,因此,其在治理路径选择上往往更关注于如何实现对社会的有效控制,相对忽视治理的合法性维度。按照这样的思路,在建国之后直至改革开放之前相当长的一段历史时期里,党将社会整合成为高度组织化和意识形态化的秩序体,成为党国一体的全权国家。国家直接面对民众,是一个“无统治阶级的国家”,消解了精英与社会中介组织对国家治理的缓冲作用;国家的社会动员能力极强,利用全国性的严密组织网络,通过国家对民众的总体性控制与参与式动员进行国家治理,社会秩序完全依赖于国家控制的力度。^{〔14〕}

在这种国家治理结构中,“运动”成为一种极有效的权力媒介,国家借助于各种运动成功地将其意志和强制渗透至每一个社会成员,并且通过不断调整运动的广度与深度,进而逐渐将控制的强度上探至社会所能承受的极限。而法院的核心功能亦只被限定在服从、并服务于党的控制策略,顺带再提供一些合法性包装的附加值功能。一旦法院的存在和运作无助于某种特定控制策略的逻辑展开(比如,当弥散性的惩罚策略发展到最终形态时),法院的政治生命就终结了(“文革”的例子)。因此,文章开始所举华县法院低上诉率的例子,实际上并不能说明法律系统已经可以独自面向社会获得具有自我生产性的支配能力和权威资源,反而恰恰成了法律失败、政治成功的佐证。然而,一个完全依赖国家对社会成员实施总体性控制的社会秩序体,难免会在合法性层面出现问题,“文革”的危机正是这样一种合法化危机的典型爆发。

改革开放以后,中国社会发生了深刻变化,我们所面临的社会转型是一个市场机制日益主导社会运作的过程,是一个人们行为的动力机制日益由革命理想与激情向现实的物质利益转换的过程,也是一个意识形态治理效能递减的过程。传统的全能主义体制日益松弛后,传统社会调控体系的漏洞与缝隙则日益增多。^{〔15〕} 国家科层制末端的基层管理机构出现了“去功能化”的趋势,传统单位体制的弱化甚至解体、城市居民委员会功能的式微、户籍制度的变革等都与社会空间的拓展密切相关,也与社会转型中的秩序危机密切相关。大规模的人口流动削弱了传统行政控制手段的

〔12〕 见前注〔1〕,伍德志文。

〔13〕 见前注〔1〕,伍德志文。

〔14〕 见前注〔36〕,孙立平书,第31~34页。

〔15〕 见前注〔7〕,唐皇凤书,第17~18页。

效能,并且,随着社会意识形态和人们生活态度方面的巨大改变,国家对人民生活的直接干预大幅度减少,个体主义和自我利益的追求成为社会意识形态中最突出的特征,削弱了社会团结的纽带,道德约束与舆论控制对人们行为的影响力大大减弱,整个社会调控体系面临转型与重构的重任。^[116]

国家对个体的现实控制能力被削弱之后,整个社会调控的重心就必然要转向“通过法律的治理”,这是由法律的功能特点决定的:法律的实施在多数情况下不需要暴力强制,在常态社会中,也没有任何国家的警力、军事力量能够做到将暴力实施到每一个人。法律规范的实施主要依赖于个人的稳定期待,也即认为大多数人和自己一样都在平等遵守法律,以及相信政府具有有效打击“搭便车者”的执法能力。大多数人遵守法律的动机主要不是惩罚的威胁,而来自规范性期待。^[117]

然而,“通过法律的治理”不仅要求政治与法律的功能分立,政治也面临着法律系统对政治行为普遍化实施的合法性要求,但这些却又是仍然保留很多全能主义特征的政治系统所不能容忍的。从“严打”到“维稳”的治理实践表明,政治一方面对法律产生了很多工具性的需求,另一方面却又不愿意受制于法律以合法/非法、权利/义务的二元图式将各类社会问题编码之后进行程式化的解决。政治总是基于“严打”或“维稳”的短期控制目标而对法律系统的运作或设定禁忌、或直接实施干预,最终导致社会行动者对法律的规范性期待落空。当公民不得已选择“闹大”作为维权的行动策略时,实际上已经隐含了政治与法律的双重失败。而“维权就是维稳,维权才能维稳”的辩证法则为我们提供了一种政治与法律的关系视角:在现代法治社会,政治权力的结构需要由法律来组织和建构,政治权力在漠视法律的同时也难以建立自身的普遍有效性。政治即使将法律当成政治工具,也必须遵守工具的规则和功能,否则工具本身也是不可用的。只有法律的功能分立,且得到政治保障,法律才能为政治系统的要求提供实现机制与手段,才能对政治权力普遍化提供结构支持。^[118]

当然,政治在本质上不会放弃对法律“欲拒还迎”的姿态,现实运作中的法院也不可能永远维系政治话语上的两面讨好(曾任最高人民法院院长的王胜俊曾于2008年6月22日在全国高级人民法院院长会议上发表讲话指出,人民法院工作必须以“党的事业至上、人民利益至上、宪法法律至上”为指导思想)^[119]。我们应当明白,在与政治的关系问题上,法院只可能有两个选择:“继续依附”抑或“走向功能分立”,舍此,很难再有其他中间道路。

(责任编辑:宾 凯)

^[116] 见前注[7],唐皇凤书,第137~138页。

^[117] 见前注[1],伍德志文。

^[118] 见前注[1],伍德志文。

^[119] 陈永辉:《王胜俊在全国高级人民法院院长会议上强调:牢牢把握“三个至上”指导思想 努力开创人民法院工作新局面》,载《人民法院报》2008年6月22日。