

司法决策中的“父爱主义”管制逻辑

陈洪杰*

目次

- | | |
|--------------------------|---------------------|
| 一、司法决策的价值理想与现实挑战 | (一) 法律的“父爱关怀” |
| 二、“形式”与“实质”之辨：法教义学的张力与局限 | (二) “法律父爱主义”的社会实践逻辑 |
| 三、司法决策的“善治”之道：反思“法律父爱主义” | (三) “善治”之道 |
| | 四、司法决策如何应对社会异议风险 |

摘要 在包括赵春华案在内的诸多引发舆论关注的争议案件中，法官或许并非不是不懂得如何利用社科法学的判断能力与法教义学的裁判技术去弥合司法标准与公众认知之间的巨大断裂，而更可能是基于其“父爱”式的社会“管制”取向而对司法后果的实质合理性问题做出了“爱之深，责之切”的价值决断。在中国特色社会主义法律体系已经形成的历史背景下，为了保证良法的颁行能够导向预期的善治，法律必须以其作为“社会交往机制”的系统潜力而彰显其公理性与司法的合理性。只有首先确立基于交往原则和承认社会自主性的权力逻辑与法律决策结构，那种体现“人性化”“人文化”和“人权化”的方法论逻辑才有可能在法律的运作中获得国家体制官僚无法武断拒斥的实效。

关键词 法教义学 父爱主义 司法决策 交往权力 赵春华案

一、司法决策的价值理想与现实挑战

2014年《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出：“法律是治国之重器，良法是善治之前提。”张文显教授认为，十八大以来我们党关于“良法善治”的提法，更加精辟地定位了中国特色社会主义法治实践“形式法治与实质法治相统一的法治模式”。〔1〕在中国特色社会主义法律体系已经形成的历史背景下，为了保证良法的颁行和适用能够导向预期的善治，司法决策如何有效实现形式与实质相统一就成为将“良法”与“善治”有机结合起来的关键所在。正如德沃金指出的，人们从

* 南京大学法学院特任副研究员、法学博士。本文受益于上海师范大学“城市基层治理法治化与精细化”工作坊讨论。

〔1〕 张文显：《法治中国建设的历史性跨越和突破》，载《理论参考》2017年第12期，第47页。

一位法官的点头或摇头中得到或失去的，往往大于任何一部一般性法案所能给予或剥夺的。^{〔2〕}

正如人们普遍意识到的，仅有良法的制定与颁布未必会导向想象中的善治，因为在从静态的规范文本到动态的制度实践之间往往存在着不可预测的变量因素，从而导致制度实践的后果存在很大的不确定性。为了对这种结果意义上的“不确定性”进行变量控制，基于中国特色社会主义法律体系已经形成的立法现实，对法律文本进行符合立法意图的法教义学阐释，就必然成为在法律适用过程中约束官僚权力、实现“善治”的方法论基础：“法教义学理论一直致力于探求一个涵盖所有现行法的逻辑严密的体系……以作为有机整体的法律系统来保证司法的公正高效权威。”^{〔3〕}这也决定了作为法律方法或者裁判理论的法教义学具有以下两大特质：其一，它强调“法律（规范）对于司法裁判的约束作用”；^{〔4〕}其二，它主张法律形式逻辑对于维护法安定性和可预测性具有不可替代的中心功能。从当前的司法运行机制来看，这也是以官僚权力为中心建制的司法决策过程所必须遵循的政制逻辑。然而，由于法律所试图加以规范的社会生活先天带有变动不居的复杂性，这就导致以实证法为中心的教义学阐释难免在维护法安定性之形式价值与实现个案“善治”之实质价值之间顾此失彼。

比如，在赵春华非法持有枪支案中：时年 51 岁的妇女赵春华自 2016 年 8 月起就开始在天津市某旅游景区摆设具有营利性质的射击游艺摊，一直到 2016 年 10 月 22 日，赵春华的气球射击摊被公安机关查获，在现场共查获枪形物 9 支以及塑料子弹若干，后根据天津市公安局的鉴定结论，9 支涉案枪形物中的 6 支属于以压缩空气为动力的枪支，并能正常发射。一审法院经审理后认为，根据国家的枪支管理制度，被告人赵春华非法持有枪支数量较大，情节严重，已经构成非法持有枪支罪，决定对其判处有期徒刑三年六个月。^{〔5〕}

一审宣判后，赵春华以并不知道其所持有的枪形物构成“枪支”，其行为既不存在犯罪故意，亦不具有社会危害性且一审判量刑过重为由提起上诉。在本案中尤为关键的枪支认定问题上，二审法院认为，作为本案鉴定依据的《公安机关涉案枪支弹药性能鉴定工作规定》和《枪支致伤力的法庭科学鉴定判据》是合法有效的规范性文件，应予以适用。^{〔6〕}正是根据这两份规定，对于不能发射制式弹药，而是以各种非制式弹丸为发射物的非制式枪形机械，“枪支”认定应当遵循的标准是：只要所发射弹丸的枪口比动能值大于或等于 1.8 焦耳/平方厘米，即可认定为枪支。^{〔7〕}而既然赵春华持有的枪形物经过有权机关的鉴定已经符合上述标准，其构成刑法所试图加以规制的“枪支”在“法教义学”层面当属无疑；另外，就犯罪故意问题，二审法院认为，涉案枪支在外形上与制式枪支有极高的相似度，能以压缩空气为动力进行正常发射，具有一定的致伤力和危险性，而赵春华亦明知此类枪形物不能通过正常途径购买取得，“在此情况下擅自持有，即具备犯罪故意”；^{〔8〕}最后，由于非法持有枪支罪是行为犯（亦即抽象危险犯），在赵春华持有“枪支”这一事实及其主观故意均得到确认的前提下，二审法院认为：“非法持有枪支本身就具有刑事违法性和社会危害性。”^{〔9〕}

尽管二审法院在定罪问题上坚持认为，上诉人赵春华非法持有 6 支以压缩空气为动力的非军用枪支，根据相关法律规定已构成非法持有枪支罪，并且行为情节严重。但法院在具体量刑时却又认为，考虑到上述枪支的致伤力均刚刚达到枪支认定的法定标准，社会危害性较小，被告人又是以谋生经营为目的而持有枪支，主观恶性及人身危险性较低，有较好的认罪态度和悔罪表现，可酌

〔2〕 参见[美]德沃金：《法律帝国》，李常青译，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 1 页。

〔3〕 参见谢海定：《中国法治经济建设的逻辑》，载《法学研究》2017 年第 6 期，第 28 页。

〔4〕 雷磊：《什么是我们认同的法教义学》，载《光明日报》2014 年 8 月 13 日，第 16 版。

〔5〕 参见天津市河北区人民法院刑事判决书，(2016)津 0105 刑初 442 号。

〔6〕 参见天津市第一中级人民法院刑事判决书，(2017)津 01 刑终 41 号。

〔7〕 参见车浩：《非法持有枪支罪的构成要件》，载《华东政法大学学报》2017 年第 6 期，第 39 页。

〔8〕 参见天津市第一中级人民法院刑事判决书，(2017)津 01 刑终 41 号。

〔9〕 同上注。

情从宽处罚并适用缓刑。因此,改判有期徒刑三年,缓刑三年。^[10]

在本案中,两级法院法教义学阐释的自洽性和完备性似乎是毋庸置疑的。然而,无论多自洽、完备的法教义学阐释,都无法掩饰本案判决在经验层面所凸显的对法律条文的形式主义理解与个案实质价值判断之间的内在紧张。因为赵春华涉案的“枪支”不外乎是在我国大小城市的街头巷尾经常可以看到的气球射击摊最为“常规”的配置。根据央视新闻报道,赵春华是于2016年6月从原射击游艺摊摊主处花费2000元接手摊位,而在该旅游景区内共有多达二十多个射击游艺摊聚集经营,景区的市场管理部门每月向每个摊主收取500元的摊位费,但从未向摊主们提示过射击游艺摊是涉嫌违法的。^[11]这也意味着,赵春华的所作所为在“合法合规”性的自我理解上始终都遵循着我们所能合理期待的作为社会草根阶层能够遵循的,并且也为社会一般民众所普遍认可的日常经验法则。赵春华取得所谓“枪支”的途径也并没有超出一个普通人在其常规的社会认知体系下和日常交往网络中获得“社会资源”的“正常途径”的范畴。从日常生活经验来看,像赵春华这样的社会弱势群体,用发射塑料弹的“仿真”气枪为普通社会民众提供一种模拟“射击”的廉价娱乐,并以此赚取微薄的收入,这样一种“人畜无害”的经营业态在世俗社会承担生活文娱功能的公共空间中至少已经存续了数十年,不仅普通大众对此习以为常,行政监管部门对此也是长期置若罔闻。在赵春华案中,被查获的射击游艺摊位地处天津市旅游景点的繁华地段,有些摊主在此地经营已经有十余年的时间。^[12]正是基于这样的社会生活背景认知,陈兴良教授认为,赵春华的行为被判定有罪,虽然在纯粹的形式法律逻辑层面是自洽的,但明显有悖于常识和社会公众的一般认知。^[13]

总而言之,在存在价值分歧和社会认知差异的争议案件中,“法官经常要在无法通约的两类价值或利益之间做出选择”,^[14]赵春华案凸显出法律精英所支配、掌握的司法逻辑与常识性的公众认知之间存在着难以弥合的巨大鸿沟。这一事实意味着,法院如果单纯诉诸法律的形式化张力是很难承担起“良法善治”的价值理想在社会整合层面对司法所寄予的功能期望的,“就法律实践进行沟通”^[15]的法教义学和裁判理论需要在司法决策的各个逻辑层面进行深刻的自我反思,以弥合法律适用过程中“形式”与“实质”之间的内在紧张。

二、“形式”与“实质”之辨：法教义学的张力与局限

有不少学者认为,法教义学阐释之所以难以在司法实践中有效调适“形式”与“实质”之间的内在紧张,在根本上是因为法教义学更加注重于规范是否得到信守的法安定性价值,“规范论思维”的封闭、保守倾向导致法教义学阐释很容易沦为无视社会现实,僵化、机械地理解和适用法条的“法条主义”或是“法律形式主义”。^[16]比如,侯猛曾指出,法教义学的努力旨在“尽可能通过法律解释来维持法体系和法秩序的稳定”;^[17]陈柏峰也认为,法教义学总是预先“断定现行法规范和法秩序是合理的,并将法规范当作信条予以遵守”。^[18]

不过,也不乏有学者认为这是一种误解,认为法教义学并不必然意味着“对法律的无反思崇拜和

[10] 参见天津市第一中级人民法院刑事判决书,(2017)津01刑终41号。

[11] 王钢:《非法持有枪支罪的司法认定》,载《中国法学》2017年第4期,第84页。

[12] 同上注,第85页。

[13] 陈兴良:《赵春华非法持有枪支案的法教义学分析》,载《华东政法大学学报》2017年第6期,第15页。

[14] 宾凯:《从决策的观点看司法裁判活动》,载《清华法学》2011年第6期,第106页。

[15] 参见纪海龙:《法教义学:力量与弱点》,载《交大法学》2015年第2期,第90页。

[16] 参见陈洪杰:《法治如何实践——关于“法律人之治”的法哲学追问》,载《现代法治研究》2019年第3期,第2页。

[17] 侯猛:《社科法学的传统与挑战》,载《法商研究》2014年第5期,第76页。

[18] 陈柏峰:《社科法学及其功用》,载《法商研究》2014年第5期,第68页。

机械适用”。^{〔19〕} 在很多时候,司法裁判之所以会陷入一种僵化、机械的法条主义,原因往往并不在于法教义学出了问题,“而是适用法条的人的问题”。^{〔20〕} 劳东燕教授就批评我国的刑事司法实践弥漫着一种思维僵化的法条主义,折射出法官因为陷入行政化的樊笼,既不敢解释、也不愿意解释,有时候甚至根本就是不会解释,只能对规范文本“做形式主义的、孤立的、僵化不变的理解”。^{〔21〕} 以至于貌似在形式逻辑上无可挑剔的裁判结论却经常无视现实、违背常识、背离司法回应社会的基本规律。

为了克服“法条主义/法律形式主义”的机械与僵化,侯猛提出要从后果主义的导向出发,“根据后果来寻找合适的法条,然后再运用法律解释技术加以正当化论证”。^{〔22〕} 也许正是在这个意义上,我们可以认为,在反对“法条主义/法律形式主义”问题上,“法教义学和社科法学达成了吊诡的一致”。^{〔23〕} 孙海波认为,所谓的后果导向在大多数情况下并不是以直接、显在的方式出现,“而是在‘以规则进行推理’的掩饰下进行的”。^{〔24〕} 也就是说,后果主义的解释进路显然也清楚地意识到,即便是由社科法学负责开枪,最终也只能由法教义学将子弹给“补”到靶上。

从方法论逻辑来看,后果主义的裁判技术不仅在理论上更有可能在实质“判断”的维度契合“善治”的目标追求,在操作上也完全有可能在法律论证层面完成形式和实质相统一的法教义学阐释。具体到赵春华案,劳东燕教授认为,如果考虑到条文背后作为法律整体的价值统一性和不同法条之间的逻辑自洽性,那么法教义学的解释进路完全可以提供有充分选择余地的“去罪化”路径。比如,仅就本案的个案情况而言,劳东燕教授认为可以基于以下三种解释论路径来实现对赵春华的“去罪化”处理:一是以不具有社会危害性为由,可认定不存在现实的社会侵害后果;二是以不存在犯罪故意为由,可认定存在犯罪构成要件错误;三是以存在违法性认识错误为由,可认定“阻却”违法责任。而在超越个案的一般性范畴上,劳东燕教授认为可以通过在法教义学解释层面对“非法持有枪支罪”中的“持有”“枪支”以及抽象危险等犯罪构成要素做出限制性解释,如此,既可解决赵春华等案以及类似案件的“去罪化”问题,亦可使“非法持有枪支罪”的惩戒范围更加符合一般社会认知。^{〔25〕}

然而,对“法条主义”的法教义学反思在某种意义上却是“看对了病,开错了药”。具言之,“法条主义”不可否认是“适用法条的人的问题”,如果法官是因为方法论能力或者说是因为法律解释能力不足而陷入法条主义,那么,法教义学将对规范文本的理解与适用代入实质性的个案价值权衡语境中的方法论建构对于帮助克服法条主义无疑是有助益的。但在我国的体制环境下,法官方法论能力不足只是导致法条主义的部分原因。在更多的时候,法官之所以宁愿依赖对规范文本做脱离社会现实语境的抽象语义解释,或是依赖请示汇报,在根本上是“向上负责”的政制与权力逻辑使然,“法官不敢或者不愿主动进行法律解释的司法现象”在很多时候并不是因为法官“不会解释”,而是因为其解释空间受到了官僚体制和权力逻辑的掣肘、扭曲。在处理这个已经不是方法论的问题上,无论是社科法学还是法教义学恐怕都只能是“隔靴挠痒”。

更为重要的是,基于自上而下的“法律父爱主义”逻辑,不仅仅是赵春华案,在诸多引发舆论关注的争议案件中——比如,发生在福建的刘大蔚走私枪支案、山东“辱母”事件中的于欢故意伤害案、“深圳鹦鹉案”(即王鹏非法出售珍稀野生动物案)、“大学生掏鸟案”(即河南闫啸天、王亚军非法猎捕、收购国家珍稀野生动物案)——法官或许并非不懂得如何利用社科法学的判断能力与法

〔19〕 宋旭光:《面对社科法学挑战的法教义学——西方经验与中国问题》,载《环球法律评论》2015年第6期,第124页。

〔20〕 陈辉:《后果主义在司法裁判中的价值和定位》,载《法学家》2018年第4期,第38页。

〔21〕 劳东燕:《法条主义与刑法解释中的实质判断——以赵春华持枪案为例的分析》,载《华东政法大学学报》2017年第6期,第32页。

〔22〕 见前注〔17〕,侯猛文,第76页。

〔23〕 见前注〔20〕,陈辉文,第37页。

〔24〕 孙海波:《裁判对法律的背离与回归》,中国法制出版社2019年版,第171页。

〔25〕 见前注〔21〕,劳东燕文,第19页。

教义学的裁判技术去弥合司法标准与公众认知之间的巨大断裂,而更可能是基于其“父爱主义”的社会“管制”取向而对司法后果的实质合理性问题做出了“爱之深,责之切”的价值决断。^[26]这个时候,上述争议案件所暴露出来的就可能已经不再是对法律的“形式理解”与“实质判断”之间的表面紧张,而更可能是因为在权力主体与治理对象之间尚未就“何谓良法?”的实质内涵问题形成有效的“交叉共识”。也就是说,作为自洽、完备的裁判理论建构,我们不仅要在方法论层面对当前的司法决策逻辑进行反思,更要对其背后所呈现的政制与权力逻辑做出深刻反省。

三、司法决策的“善治”之道:反思“法律父爱主义”

(一) 法律的“父爱关怀”

如前所述,在包括赵春华案在内的诸多争议案件中,对司法裁判逻辑陷入法条主义或是法律形式主义的批评,或是认为司法机关在进行法律解释时未能有效弥合形式判断与实质判断之间的内在紧张,很可能是一种方法论上的“打击错误”。法官对法律文本表达与形式逻辑的坚持,也许关注的并不仅仅只是法安定性这样的形式价值,而更可能是对规范文本所表达的“父爱主义”法律价值观的实质认同和积极维护。

比如,在赵春华案中,二审辩护意见认为,本案不宜适用公安部制定的《枪支杀伤力的法庭科学鉴定判据》作为枪支认定标准,因为该“判据”属于内部文件,且判断依据缺乏合理性和科学性。在现有的法律规范体系中,只有《枪支管理法》才是有效的法源,法院应当以该法所确立的“足以致人伤亡或丧失知觉”作为枪支认定标准。而二审法院却特别强调:“《枪支管理法》第四条明确规定:‘国务院公安部门主管全国的枪支管理工作’。”^[27]法院据此认为,公安部作为国家枪支管理的行政主管部门所制定的《公安机关涉案枪支弹药性能鉴定工作规定》和《枪支杀伤力的法庭科学鉴定判据》均属合法有效的规范性文件,应当予以适用。

对于上述规范性文件,不少刑法学者认为,更为妥切的法教义学阐释应当是将公安部所制定的枪口比动能标准作为枪支行政管理所应遵循的认定标准。而在刑事司法适用中,则应采用《枪支管理法》所确立的“足以致人伤亡或者丧失知觉”的标准。这样一种二元区分的实质合理性在于:一方面,在行政管理活动中以较低的标准界定枪支有利于日常的枪支管制和维护社会安定,也契合《枪支管理法》将枪支管理的行政职能赋予公安部的立法意图;另一方面,刑法之目的重在打击“非常”,而非单纯惩戒“日常”逻辑中的公民行政不服从行为。从“以刑制罪”以及罪刑相适应的刑法原理与社会一般认知出发,确有必要对“非法持有枪支罪”中的“枪支”进行“目的限缩”解释。“只有具有高度危险性和对人体具有显著杀伤力的枪形物”,^[28]才能被认定为作为刑法规制对象的“枪支”。

然而,如果对公安部枪支认定标准的历史变迁以及相应的刑事司法实践有所了解的话,我们就会发现,法院坚持对本案定罪入刑,其所“体认”的也许正是国家严控“枪支”以维护社会公共秩序安全之“父爱主义关怀”,追求的可能恰恰是“警示社会”的刑法效果。有研究者即认为,本案可以深刻地警示普通民众远离各种枪支,促使他们更加自觉地去了解和遵循相应的枪支管理规范,根据这一逻辑,赵春华案的有罪判决“无疑是一次绝好的法制科普,必将极大地促进公安部门的维稳工作”。^[29]也就是说,基于以官僚权力为中心建制的法律决策机制,在特定的社会治理领域,“法律依然只是实现一定社

[26] 孙笑侠与郭春镇的研究结合中国问题意识,将“法律父爱主义”概括为“政府对公民强制的爱”。参见孙笑侠、郭春镇:《法律父爱主义在中国的适用》,载《中国社会科学》2006年第1期,第47页。

[27] 参见前注[8]。

[28] 见前注[11],王钢文,第79页。

[29] 赵陇波、朱勇:《“天津老太非法持枪案”法律问题刍议》,载《华北理工大学学报(社会科学版)》2017年第4期,第19页。

会目标的工具和手段”。^[30] 即便严重欠缺社会承认的共识基础，国家法律体制自以为“良善”，实则却过于严苛的“父爱关怀”，依然可以凭借自上而下的权力机制而被强制贯彻。在本文看来，这一司法决策的政制逻辑是当前很多公共事件中法院裁判与社会认知发生巨大撕裂的根本原因所在。

（二）“法律父爱主义”的社会实践逻辑

公安部 2001 年 8 月 17 日发布的《公安机关涉案枪支弹药性能鉴定工作规定》（公通字[2001] 68 号）对于非制式枪支的认定标准采取的是“射击干燥松木板法”（第 3 条第 3 款）：将枪口置于距离干燥松木板（厚度为 25.4 mm）1 米远射击，弹头如果能够穿透松木板，则具备致死能力；弹头如果卡在松木板上，则具备致伤力。凡符合这两种情形之一的，即视为法律意义上的“枪支”。根据相关实验数据，弹头能够嵌入干燥松木板的能量界限是（弹丸）断面比动能（即枪口比动能）16 焦耳/平方厘米。^[31] 与之相较，现行 1.8 焦耳/平方厘米的认定标准几乎接近于原标准的十分之一。而如此大幅度降低鉴定临界值的依据是，根据以猪为实验对象的数值测算，这样的能量界限足以对生物体裸露的眼睛造成损伤，一般情况下能够造成轻伤，甚至也不乏达到重伤标准的情形。^[32] 就此而言，国家大幅降低作为枪支鉴定标准的临界值，这何尝不是国家法律对人民群众身体健康与公共安全无微不至的“父爱关怀”啊！

只不过，这样一种与一般人关于“枪支”的“理解可能性”过于脱节的“法律父爱主义”，对于像赵春华这样“躺着也中枪”的社会个体而言，却实在是生活不可承受之重。以至于，因为从境外通过网络渠道购买 24 支仿真枪而被福建省高级人民法院以走私武器罪判处无期徒刑的被告人刘某只能以无力反抗的绝望表达对司法合理性的强烈质疑：“我情愿你们用这个仿真枪处置我，如果打死我，我就承认这是枪，如果打不死我请把我无罪释放！”^[33]

有学者认为，在“枪支”的认定标准和刑法解释问题上，应当以普通社会公民的认知、理解和事先预测可能性作为确定扩张解释合理限度的基准，而不能把国家强调对公民行动的工具主义控制作为判断基准。“如果把国家维持治安的必要性作为基准，就会发生无穷尽地剥夺国民行动自由的危险。”^[34] 但正如我们所见，这样一种社会本位的方法论逻辑实际上是很难在具有时效性的个案中为国家官僚体制所即时接纳的，后者更倾向于诉诸实证化的政制与权力逻辑将自己的“父爱主义”关怀单向度地施加于社会之上，并且丝毫不吝惜要求社会个体为这种“强制的爱”付出巨大代价。

尽管如此，这样一种自上而下的“法律父爱”其实也意识到，在枪支认定标准大幅下降的背景下，同时也要避免刑法打击面牵连过广的问题。这就决定了国家司法机关在处理像赵春华案这类“涉枪”案件时，实际上采取的是“逮着谁算谁”的“随机”处理策略，而不是像常规刑事案件那样“系统”地深入调查“犯罪嫌疑人”获取“枪支”的“非正常渠道”。可以想见，如果赵春华非法持有的确实是社会危险性极大的制式枪支，那么案件侦查人员肯定是不会就这么“善罢甘休”的：如此重大的案件线索，背后极有可能隐藏着一个庞大的涉枪犯罪团伙和黑市交易网络，公安机关肯定会把此案作为大案、要案督办，顺藤摸瓜、一撸到底。而对于像赵春华案之类的“小儿科”案件来说，国家要的只不过是几个足够“应景”的“典型”来“以儆效尤”而已：2016 年 6 月，为了保障当年在天津召开的夏季达沃斯论坛和次年将要举办的全运会，天津市公安局开始在辖区范围内全面展开“治枪患”专项行动，这才是赵春华的射击游艺摊被查处的真正原因所在。^[35]

不仅如此，如果不是在特殊敏感时期撞到“枪口”上，国家也不乏有“高抬贵手”的例子：2012 年，赵某在北京市大兴区某农贸市场的租赁摊位上出售仿真玩具枪被民警在日常巡查过程中发现。后经

[30] 参见谢晖：《法律工具主义评析》，载《中国法学》1994 年第 1 期，第 50 页。

[31] 参见于邀洋、白铁刚、李华：《非制式枪支杀伤力标准的实验研究》，载《福建警察学院学报》2008 年第 2 期，第 73 页。

[32] 陈志军：《枪支认定标准剧变的刑法分析》，载《国家检察官学院学报》2013 年第 5 期，第 109 页。

[33] 参见稽石：《网购 24 支仿真枪 少年终审被判无期》，载《南方都市报》2015 年 9 月 22 日，第 A18 版。

[34] 参见前注[32]，陈志军文，第 110 页。

[35] 参见前注[11]，王钢文，第 84 页。

鉴定,在被查获的43支枪形物中,有18支达到了枪口比动能1.8焦耳/平方厘米的能量界限。但大兴区检察院经过反复讨论后认为:一方面,缺乏足够证据证明犯罪嫌疑人具有非法买卖刑法意义上枪支的主观故意;另一方面,考虑到相关事实情节,如果以非法买卖枪支罪进行定罪量刑,并不符合罪责刑相适应原则。对于此类行为,视情节轻重按照《枪支管理法》进行相应的行政处罚足以起到震慑作用。于是,经检委会研究决定对该案作存疑不起诉处理。对于此类案件的如是处理方法,最高人民检察院在答复北京市检察院有关请示意见中也予以认可。^[36]显而易见,这样一种莫名严厉中又带着“随意”宽纵的“法律父爱主义”不但“不利于公众形成基本的规范认同,甚至可能动摇公众对于法秩序的信赖”。^[37]如果“法治”缺乏社会认同,“善治”也就更是无从谈起了。

(三)“善治”之道

习近平总书记指出,要“努力让人民群众在每一个司法案件中都能感受到公平正义”。^[38]这也意味着,法律进行社会整合的政制基础不能仅仅诉诸“国家的自我规划和结构性社会权威”,它更需要奠基于“联合起来的公民的同意”。就此而言,司法决策的“善治”之道就不能只是凭借司法科层官僚自说自话、自以为是的“良善”,它必须还能基于“人民群众”的“交往视角”而就何谓“公平正义”获得“交叉共识”:一方面,法律规范的普遍化与抽象性效力不能脱离,更不能凌驾于社会共同体关于规范意义的自我理解,法律的社会实效必须与经由合理商谈所形成的公共意志取得必要的一致;另一方面,在具体的法律适用与解释问题上,即便是经过了普遍化验证的有效规范也必须受制于具体社会情境的个别化考虑,将普遍性规范应用于个别化情境的唯一现实可行的办法就是以“普遍上大家相互都愿意承认的”共识为原则进行规范的个别化应用。^[39]

相形之下,那种以官僚权力为中心建制的法律决策机制却往往容易导向法律的工具化。在国家机器和社会权力系统的功能迫令中,那些没有经过有效社会同意的利益立场之所以经常占据优势,往往是因为“它们有法律形式赋予合法性力量为其服务,以掩盖其纯粹事实性的贯彻能力”。^[40]这就使得“善治”的社会功能维度必须要耦合公民参与的政制逻辑。俞可平教授认为:“善治是公共利益最大化的治理活动和治理过程,是政府与公民的合作治理。”^[41]也就是说,只有首先确立基于交往原则和承认社会自主性的法律决策结构,将民主的观念和权力机制深刻融入国家治理实践之中,在国家权力体制中广泛吸纳公众参与,“扩大公民及其组织的话语权和决定权”,^[42]那种体现人性化、人文化和人权化的方法论逻辑才有可能在法律的政制运作中获得国家体制官僚无法武断拒斥的实证化效力,^[43]法治化与民主化的国家治理体制才有可能实现“使自由而平等的竞争和人道主义的生活成为可能的‘包容性秩序’”。^[44]

[36] 参见高鑫:《揭秘北京版“摆摊大妈涉枪案”同样认定为真枪 检方为何选择不起诉》,载东方网,<http://news.eastday.com/w/20170221/ulai10360033.html>。

[37] 参见前注[21],劳东燕文,第24页。

[38] 习近平:《在首都各界纪念现行宪法公布实施三十周年大会上的讲话》(2012年12月4日),载《十八大以来重要文献选编(上)》,中央文献出版社2014年版,第91页。

[39] 参见刘钢:《哈贝马斯与现代哲学的基本问题》,人民出版社2008年版,第334页。

[40] [德]哈贝马斯:《在事实与规范之间:关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,生活·读书·新知三联书店2003年版,第49页。

[41] 《依法治国:良法善治的本土智慧与中国道路——深度解读十八届四中全会〈决定〉精神》,载《中国法律评论》2014年第4期,第5页。

[42] 张文显:《法治与国家治理现代化》,载《中国法学》2014年第4期,第15页。

[43] 张文显教授认为,我国的法律治理需要“从工具主义的以法而治和依法而治转向良法善治”,并“以法律的‘人性化’、‘人文化’、‘人权化’来消解‘法律暴政’,实现形式正义与实质正义相统一”。参见张文显:《和谐精神的导入与中国法治的转型——从以法而治到良法善治》,载《吉林大学社会科学学报》2010年第3期,第5页。

[44] 参见前注[42],张文显文,第6页。

具体到赵春华案,如果最终是由一个产生于普通社会公民的陪审团来负责认定究竟何种关于“枪支”的法教义学阐释才算得上“普遍上大家相互都愿意承认的共识”,那么,关于非法持有枪支罪的规范应用就有可能在一个更为有效的社会共识基础上展开,“一般人的理解可能性”才能最终彰显为“法律的公理性”与司法的合理性。并且,无论陪审团的结论是“是”还是“不是”,这样一种建立在社会自主性基础上的权力决断都不会导致国家法律体制的合法性受到社会追问。正是在这一意义上,我们有理由认为:“政治权力的合法化有赖于另一种权力的支持,即交往权力的支持。”^[45]

四、司法决策如何应对社会异议风险

俞可平教授认为,基于“善治”的内在要求,除了在立法过程中应尽可能地体现社情民意和落实保障社会公正,“还要建立必要的法律纠错机制和修正机制……以保证法律始终适应现实的需要”。^[46]在赵春华案的后续发展中,我们可以看到法律其实也不乏这样一种自发的自我反思与修正机制。比如,最高人民法院研究室刑事处在《人民法院报》上撰文指出:由于司法实践中个别案件的处理引发社会舆论的广泛争议,没有产生良好的法律效果和社会效果,为了避免出现“刑事打击范围过大和量刑畸重的不合理现象”,^[47]相关的司法批复已经做出了必要的调整——自2018年3月30日起施行的《关于涉以压缩气体为动力的枪支、气枪铅弹刑事案件定罪量刑问题的批复》(法释〔2018〕8号)(以下简称《批复》)明确规定:“对于非法制造、买卖、运输、邮寄、储存、持有、私藏、走私以压缩气体为动力且枪口比动能较低的枪支的行为,在决定是否追究刑事责任以及如何裁量刑罚时,不仅应当考虑涉案枪支的数量,而且应当充分考虑涉案枪支的外观、材质、发射物、购买场所和渠道、价格、用途、致伤力大小、是否易于通过改制提升致伤力,以及行为人的主观认知、动机目的、一贯表现、违法所得、是否规避调查等情节,综合评估社会危害性,坚持主客观相统一,确保罪责刑相适应。”

尽管如此,对于社会反响强烈、要求适当调整“枪口比动能”具体能量界限值的问题,《批复》却并没有做出明确回应。最高人民法院研究室刑事处对此的解释是,如果对具体数值做出明确规定,容易导致“一刀切”的做法。因此,《批复》并未对“枪口比动能较低”的具体值进行量化的界定。在司法实践中应当具体情况具体分析,“妥当把握‘枪口比动能较低’的认定”。^[48]在这个关键问题上,《人民法院报》另有文章指出:“规范管理枪支必须要在严格管理与公众认知之间寻求平衡,关于如何鉴定枪支因人而异、因时而异,行政机关不可能制定出人人满意、毫无争议的枪支鉴定标准,那么寻求两者之间的平衡就需要司法机关在办理涉枪案件时充分发挥主观能动性进行综合把握,努力追求法律效果与社会效果的统一。”^[49]

本文认为,一方面,对于“枪口比动能”这个涉及定罪量刑的关键性问题,如果事先不按照科学、合理的标准确定一个明确、有效的枪支鉴定标准,而是把这些判断一概交由国家权力主体的自由裁量权,并不有利于罪刑法定原则在刑事司法实践中的有效贯彻;另一方面,这样一种依然是在“法律父爱主义”视角下基于“唯我论努力”(依靠司法机关“充分发挥主观能动性”)而展开的“独白”式的自我反思可能依然是不够的。正如在赵春华案中,无论是一审还是二审,法官实际上都已经在相当程度上意识到法律形式主义逻辑与个案实质价值判断之间的内在紧张关系,所以才在量刑的过程中尝试通过减轻处罚的方式来缓和这种紧张。但在劳东燕教授看来,这样一种“权力独

[45] 参见前注〔39〕,刘钢书,第298页。

[46] 参见《依法治国:良法善治的本土智慧与中国道路——深度解读十八届四中全会〈决定〉精神》,载《中国法律评论》2014年第4期,第5页。

[47] 参见最高人民法院研究室刑事处:《〈最高人民法院、最高人民检察院关于涉以压缩气体为动力的枪支、气枪铅弹刑事案件定罪量刑问题的批复〉的理解与适用》,载《人民法院报》2018年3月29日,第03版。

[48] 同上注。

[49] 刘勋:《规范涉枪案办理回应舆论关切》,载《人民法院报》2018年4月4日,第02版。

白”式的自我修正“单是援引‘法律必须被信仰,否则将形同虚设’之类的警句,或者以尊重司法的公信力为名要求公众接受法院的判决,显然于事无补”。^[50] 不仅如此,在以官僚权力为中心建制的司法决策机制中,这样一种由司法机关发挥主观能动性根据舆论的反应程度来调适“父爱”尺度的做法总归避免不了以法律自主性与司法公信力受到侵害为代价。

正如我们所见,“一种高度复杂的社会整合,是无法以系统家长主义的方式、也就是绕开公民公众的交往权力而实现的”。^[51] 因此,在处理这类具有社会复杂性的案件时,为了避免来自社会公众的“异议风险”,更优的权力策略应当是诉诸有能力将“公众认知”有效“内化”的权力交往机制。作为国家权力建制的法律系统同时也需要成为一种社会交往媒介,让“法律建制、主体间分享的法律传统、解释和遵守法律规则的能力,同时都是通过这个媒介而得到再生产”。^[52] 就此而言,当普通社会公民以陪审的方式参与到司法决策过程中来时,法律在自主的内在运作中就可以即时性地实现面向社会的“压力测试”和自我反思,“吸收时间维度和社会维度上的环境复杂性”,^[53]“保持同公民自决实践的社会性整合过程的连接”,^[54]从而在国家、社会之间形成关于规范应用的价值共识与公共性均衡。就像深海鱼一样,它从来不需要依靠坚硬外壳来抵挡海底的巨大压力,因为它的身体细胞构造可以有效地将外部压力内化,实现内外均衡。深海鱼只有貌似平凡的血肉之躯,却比任何高科技武装下的钢铁机甲更能自如地驾驭深海。法律也要努力成为能够在社会的深海中自主驾驭、具有沟通内外之“交往”张力的有机“生命”体,而不是孤傲地仰赖于自我封闭的体制甲冑去抗拒世界。

Abstract In many controversial cases, including Zhao Chunhua Case, which aroused public concern, it may not be that judges do not know how to use the judgment ability of social science law and jurisprudence to bridge the huge gap between judicial standards and public perception. More likely, it is based on its “paternal” social “regulation” orientation that it makes a value decision on the substantive rationality of “judicial consequences” based on “deep love and close responsibility”. Under the historical background of the formation of the socialist legal system with Chinese characteristics, in order to ensure that the enactment of good law can lead to the expected good governance, the law must highlight the rationality of law and judicature with its systematic potential as a “social interaction mechanism”. Only by first establishing the power logic and legal decision-making structure based on the principle of communication and recognizing social autonomy can we truly embody the methodological logic of “humanization” and “human rights” in the operation of law.

Keywords Legal Doctrine, Paternalism, Judicial Decision, Communicative Power, Zhao Chunhua Case

(责任编辑: 宾凯)

[50] 参见前注[21], 劳东燕文, 第16—17页。

[51] 见前注[40], 哈贝马斯书, 第437页。

[52] 见前注[40], 哈贝马斯书, 第97页。

[53] 宾凯:《政治系统与法律系统对于技术风险的决策观察》,载《交大法学》2020年第1期,第140页。

[54] 参见前注[40], 哈贝马斯书, 第49页。