

应急时期司法政策的现实运用及风险规控

宋 菲*

目次

一、应急时期司法政策的生成与界定	策的关系
二、应急时期司法政策的主要运用方式	(二) 结合教义学体系明确司法政策运用的具体要求
(一) 直接运用：作为裁判“依据”	(三) 借助案例指引作用阐释司法政策蕴含的裁判规则
(二) 间接运用：作为裁判背景	(四) 通过法律论证增强援引秩序价值说理的可接受性
三、应急时期司法政策运用的可能风险	五、结语
(一) 风险出现原因的多角度审视	
(二) 运用风险的具体展现	
四、应对司法政策运用风险的有效规控对策	
(一) 厘清应急时期司法政策与公共政	

摘要 在国家处于应急时期时,最高人民法院单独或联合出台司法政策已成为非常态社会治理的重要方式。应急时期的司法政策具有出台快速性、效力临时性、目的明确性、主体联动性和运行政治性特点,并通过“作为裁判依据”和“作为裁判背景”的方式化解社会矛盾、维护社会稳定。鉴于司法政策本身的定位不清,其对秩序的追求和紧急权行使与基本法治原则相抵牾,以及“成本—收益”理论阐释该时期政策与法律选择的非自主性,应急时期的司法政策在实现法治价值的同时也极易被不当运用,如直接将行政政策转化为司法政策,为达成维稳目标致使司法政策“运动式”运行,政策的“短期化”削弱司法公信力,以及笼统地将司法政策用作裁判依据等。针对可能风险,我们应基于法律与社会的“诉求—回应”关系,厘清特殊时期司法政策与公共政策的区别,结合教义学体系明确司法政策运用的具体要求,借助案例指引作用阐释司法政策蕴含的裁判规则,以及通过法律论证增强援引秩序价值说理的可接受性。

关键词 公共突发事件 司法政策 公共政策 治理现代化

* 聊城大学法学院讲师、法学博士。本文系山东省社会科学规划研究项目“智慧社会司法治理的挑战及其应对”(项目编号: 21DFXJ01)的阶段性研究成果。

在中国特色社会主义法治建设中,当代中国司法已逐渐形成一种典型的“治理型司法”模式。^{〔1〕}尤其是面临国家重大改革、社会矛盾激变、经济任务调整以及社会公共突发事件出现之时,该治理特色体现得尤为明显。其中,应急时期的司法政策就是一个典型代表。面对该非常态时期的众多突发事件或应急事件,为有效维护社会稳定,最高人民法院等司法机关制定司法政策化解矛盾、处理纠纷业已成为现代社会治理的重要方式。^{〔2〕}而且,我国最近十几年应对重大突发事件的经验也说明,“紧急状态或突发应急状态下,国家的制度运作逻辑并非收缩到单一的政府管理甚至军事化管制,而是需要广泛的社会力量与个人力量的积极参与,体现为政府主导、多方参与、合作共赢的紧急治理新面貌”。^{〔3〕}体现在具体操作中,一个重要方面就是通过制定司法政策,调和社会需求与法律供给的关系,弥补该时期的制定法规范之不足,化解司法确定性与妥当性之间的冲突。然而我们也要看到,受司法政策本身的“政治特性”以及应急时期内处理公共突发事件时的“维稳”要求所限,应急时期的司法政策虽起到良好的社会治理实效,但存在极易被泛用甚至滥用的风险,并直接冲击司法权威和司法公信力。为有效解决该问题,本文以非典、汶川地震、玉树地震、金融危机、新冠疫情等公共突发事件期间,最高人民法院单独或联合出台的相应司法政策为研究对象,^{〔4〕}通过分析这些特殊时期所制定司法政策的内容及其实效,^{〔5〕}全面把握应急时期司法政策的现实运用及可能风险,同时针对运用风险提出可行性化解对策。

〔1〕 参见李红勃:《通过政策的司法治理》,载《中国法学》2020年第3期,第129页。

〔2〕 如仅以2008年5月汶川地震发生至2010年12月全球金融危机基本结束期间最高人民法院所发布的司法政策为例,此期间共发布司法政策79件,其中直接或紧密回应汶川地震、玉树地震、全球金融危机的就有近30件,且有些司法政策因只涉及一般性的民生和日常审判执行工作,而暂未归入。

〔3〕 宾凯:《重大突发事件的系统治理与法治》,载《国家检察官学院学报》2020年第6期,第35页。

〔4〕 本文之所以选择2002年作为时间节点,一方面是因为2002年十六大报告在“依法治国”的基础上首次专门提出“推进司法体制改革”,并将“制定司法政策”作为改革的一个重要方面;另一方面是因为之后2003年突发的非典型肺炎是改革开放后第一个全国性的重大公共卫生事件。

〔5〕 这些代表性司法政策如下。“非典”期间的主要有:最高人民法院《关于在防治传染性非典型肺炎期间依法做好人民法院相关审判、执行工作的通知》,最高人民检察院渎职侵权检察厅《关于充分发挥职能作用,积极查办在防治“非典”斗争中发生的渎职犯罪案件的通知》,等等。“冰冻雨雪灾害”期间的有:最高人民法院《关于审理与低温雨雪冰冻灾害有关的行政案件若干问题座谈会纪要》。“汶川、玉树地震”期间的有:最高人民法院《关于依法做好抗震救灾期间审判工作切实维护灾区社会稳定的通知》《关于依法做好抗震救灾恢复重建期间民事审判和执行工作的通知》《关于处理涉及汶川地震相关案件适用法律问题的意见(一)》《关于依法惩处涉抗震救灾物犯罪确保灾后恢复重建工作顺利进行的通知》《关于依法做好抗震救灾和恢复重建期间审判工作切实维护灾区社会稳定的通知》等。“全球金融危机”期间的有:最高人民法院《关于为维护国家金融安全和经济全面协调可持续发展提供司法保障和法律服务的若干意见》《关于应对国际金融危机做好当前执行工作的若干意见》《关于正确审理企业破产案件为维护市场经济秩序提供司法保障若干问题的意见》《关于当前形势下做好劳动争议纠纷案件审判工作的指导意见》《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》和《关于为加快经济发展方式转变提供司法保障和服务的若干意见》等。“新冠疫情”期间的有:最高人民法院《关于认真学习贯彻习近平总书记重要讲话为统筹推进新冠肺炎疫情防控和经济社会发展提供有力司法服务和保障的通知》《关于做好防控新型冠状病毒感染肺炎疫情期间执行工作相关事项的通知》《关于依法妥善审理涉新冠肺炎疫情民事案件若干问题的指导意见(一)》(以下简称《指导意见(一)》)和《关于依法妥善审理涉新冠肺炎疫情民事案件的指导意见(二)》(以下简称《指导意见(二)》);最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于依法惩治妨害新型冠状病毒感染肺炎疫情防控违法犯罪的意见》(以下简称“两高两部《意见》”);中共中央政法委员会、最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于政法机关依法保障疫情防控期间复工复产的意见》(以下简称《复工复产意见》);最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部、海关总署《关于进一步加强国境卫生检疫工作依法惩治妨害国境卫生检疫违法犯罪的意见》(以下简称《国境检疫意见》)等系列文件。

一、应急时期司法政策的生成与界定

一般而言,应急时期是社会矛盾最为突出和严重的时期,也往往是最容易造成经济失调、社会失序、心理失衡、伦理道德沦丧的关键时期。此时,如何从国家治理现代化视角出发化解社会矛盾,达致国家和政府对社会的良善治理,既是全面深化改革的内容,也是现代国家建设的应有之意。而且,这种“紧急状态下的国家治理好坏,更能彰显一国治理的水平和效力”。〔6〕从社会治理角度看,“道德、宗教和法律同时作为社会控制的手段;且伴随近代文明发展,法律已成为主要手段”。〔7〕具体到内容上,该法律不仅包括“作为命令的法律,还有在经验的基础上作为对正义的确定和陈述的法律”。〔8〕在实施中,前者诉诸正常司法程序,后者除正常司法程序外,还往往依赖其他社会主体的司法参与,借助制度、政策等优势,提升司法治理效能。〔9〕也就是说,面对应急时期的不稳定社会秩序,当常态法律框架解决涉灾案件可能会遇到特殊实施难题时,暂时性的应急司法政策无疑将是恢复秩序、维护稳定的最优选择。〔10〕而且,这也符合社会系统论视角下法律的功能与自治,以及在化解纠纷之时法律与政治的“二阶关系”。〔11〕“治理型司法”模式的“主要运作逻辑与理想意义上的法治逻辑有别,也并非传统意义上的礼治逻辑,而是治理的逻辑”。〔12〕秉持此治理理念,当面对公共突发事件时,适用司法政策,将“法律效果”让位于“社会效果”就不能简单理解为政治对法律的“绑架”,而是为了维护更重要的社会秩序。“当‘稳定压倒一切’仍然是我国最大的政治任务时,‘秩序’作为最高的法律价值将不会改变。”〔13〕

当下,“司法政策”作为一特定法律术语频繁出现于现实裁判和官方文件中,但时至今日,对其内涵的清晰界定仍未形成。从其相关研究理论来看,主要存在广义和狭义两种理解。前者认为,司法政策是“关于司法”的政策。除最高人民法院、最高人民检察院、司法行政机关外,政法委、人大、财政部门、人力资源与社会管理部门都可以出台相应司法政策,以此保障其行为符合规范要求并具有规范效力。后者认为,对司法政策的主体我们不应定位得过于宽泛,仅将法院、检察院等“司法部门”制定的规范性文件视为司法政策更为妥当,其目的是建构法律、行政、经济、道德等要素之间有机互动的社会治理体系。在此界定中,又存在地方性法院、检察院能否制定司法政策,以及司法政策能否包括法律解释等诸多问题讨论。本文认为,相比狭义的理解,广义的司法政策界定实质仍是从工具主义和纯粹形式规范角度来理解法律,未能将司法视为兼具独立性与治理性的社会活动。而司法政策的运作实质是通过连接政治与法律、国家中心任务与司法审判,在个案裁判中促进法律效果、政治效果、社会效果的统一,这是一种典型的狭义层面的理解。此时,司法政策的制定主体就自然被界定为主要是最高人民法院和最高人民检察院,其表现形式亦包括它们单

〔6〕 谢晖:《论紧急状态中的国家治理》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2020年第5期,第31页。

〔7〕 [美]罗斯科·庞德:《通过法律的社会控制》,沈宗灵译,商务印书馆2010年版,第11—12页。

〔8〕 同上注,第2页。

〔9〕 参见燕继荣:《制度、政策与效能:国家治理探源——兼论中国制度优势及效能转化》,载《政治学研究》2020年第2期,第2页。

〔10〕 参见胡建萍:《涉灾案件审判和执行情况调查分析——以成都法院2008年10月前的情况为视角》,载牛敏主编:《破解——大地震下的司法策略》,人民法院出版社2009年版,第78—83页。

〔11〕 参见鲁楠、陆宇峰:《卢曼社会系统论视野中的法律自治》,载《清华法学》2008年第2期。

〔12〕 见前注〔1〕,李红勃文,第129页。

〔13〕 袁兵喜:《效力与效果:司法政策的中国语境》,载《江西社会科学》2014年第8期,第164页。

独或联合发布的各种“意见”“通知”“复函”“指导意见”“会议纪要”等，且无论在制定程序还是制定目的上，其与司法解释均具有本质区别。

“在当代以及任何其他的时代，法的发展的重心既不在于立法，也不在于法学或司法判决，而在于社会本身。”^{〔14〕}在此意义上，对社会的回应就构成应急时期司法政策生成的最大语境。应急时期的司法政策既要符合一般司法政策的共性，又因紧急时期的维稳需求具有制定和运用的特殊性。基于如上语境并结合所分析样本，我们就可将应急时期司法政策的特点归纳如下：

第一，出台快速性。为快速回应国家政治、经济、社会等方面的突变，及时有效地进行司法引导和调试，司法政策无疑是首选方式。以金融危机期间所制定的系列应急性司法政策为例，面对2008年底突发的全球性金融危机事件，最高人民法院积极响应，仅2009年就制定了9项专门司法政策，其中多部政策从着手起草到最终通过仅耗时两个月，以期能够在全球金融危机大潮下，最快速地保障金融债权、保持经济平稳发展和保障民生。这种快速出台的特征，在制定《指导意见（一）》和两高两部《意见》时也体现得极为明显。

第二，效力临时性。该临时效力是应急时期司法政策同涉及管辖、执行等一般司法政策的典型区别。“将突发事件时期作为区别于正常时期来看待，在制定相应司法政策的背后，实际上隐含的是一种暂时性、例外性和连续性、正常性二元观念的认识。”^{〔15〕}一旦紧急状态解除，这些应急性政策也理应随之消逝。如《最高人民法院关于在防治传染性非典型肺炎期间依法做好人民法院相关审判、执行工作的通知》已同众多“严打”司法政策一样，因“社会形势发生变化”或“情况有变”被默示废止。^{〔16〕}宣告废止、被新的司法政策或法律解释取代，也是应急性司法政策的主要最终归宿。

第三，目的明确性。从应急时期司法政策的属性看，其本身就是国家司法机关在特定目的指引下采取的紧急回应。应急时期的司法政策大都着眼于恢复社会秩序、维护社会稳定，以期尽快结束国家的非正常状态。如以新冠疫情期间涉及医患关系的司法政策为例，面对一贯裁判争议较大的医患纠纷案件，两高两部《意见》等众多司法政策都旗帜鲜明地支持救护方诉求。究其原因，除了对职业道德和奉献精神的主观认同外，更是发挥特殊时期裁判的“标杆”作用。与正常时期不同，在医疗机构和医护人员本身面临着巨大的物资匮乏、防护不足的压力甚至生死恐惧之时，绝对合规的医疗操作只是一种奢求。此时，通过司法政策对医护人员特殊保护，可以保证他们在抗击疫情时放下包袱积极作战。

第四，主体联动性。任何公共事件的有效处理都离不开多主体间的协作配合，此时多主体联动发布司法政策就是一种典型样态。如在新冠疫情防控期间，最高人民法院除单独发布有关裁判和执行的司法政策和典型案例外，还积极同最高人民检察院、司法部、公安部联合印发两高两部《意见》，同最高人民检察院、公安部、司法部、海关总署联合制定《国境检疫意见》，以及同中共中央政法委员会、最高人民检察院、公安部、司法部制定《复工复产意见》等司法政策。该主体联动现象亦同样体现在汶川地震和全球金融危机应对期间所发布的直接或间接司法政策中。

第五，运行政治性。和日常司法政策相比，应急性司法政策更加凸显了社会主义国家独特的政治优势，即面对突发性社会事件时政治智慧与司法智慧的有机结合。从本文研究的司法政策样

〔14〕 [奥] 欧根·埃利希：《法社会学原理》，舒国滢译，中国大百科全书出版社2009年版，作者序。

〔15〕 黄斌：《应急时期的司法政策分析》，载《人民司法》2012年第9期，第71页。

〔16〕 《最高人民法院关于废止1997年7月1日至2011年12月31日期间发布的部分司法解释和司法解释性质文件（第十批）的决定》，法释〔2013〕7号，2013年2月26日发布。

本看,无论是对于刑事案件从重处罚,还是民事案件的快速审理、慎重立案以及加强与各方的沟通协调等,大都是以某个政策性文件为指引,依靠党中央和各级党委总揽全局、协调各方的政治优势,处理应急时期的各种复杂问题。

二、应急时期司法政策的主要运用方式

基于特定司法理念和紧迫治理预期,应急时期的司法政策一边连着政策,一边连着法律,试图通过司法活动,实现政治要素与法律要素在社会矛盾化解中的融通。然而在我国,由于司法政策并非法律规范,无法直接作为裁判大前提,此时如何“发挥司法政策的裁判效用”,必将是理论和实务界共同关注的问题。^[17]对此,国外的“纠纷解决型”和“政策实施型”两种司法模式,以及法院的国家和社会双重属性理论,^[18]为我们分析此问题提供了重要域外借鉴。结合一般性司法政策运用实践,以及应急时期司法被赋予的独特“治理”任务,我们可将应急时期司法政策的运用归纳为“作为裁判‘依据’”和“作为裁判背景”两种类型。

(一) 直接运用:作为裁判“依据”

应急时期司法政策出台的最直接目的就是通过参考或援引该政策,促使法官做出某种倾向性判决。不过,该“依据”并非是指将应急性司法政策直接作为司法大前提,而是指引确定大前提。具体操作中,典型的就是以“根据……综合考虑”“根据……适用公平原则处理”“依照……”等方式在判决书说理部分予以展现。结合司法政策的不同类型,该援引方式主要集中于审判类司法政策运用中。其作用的理论基础是,面对国家紧急时期的制定法不足,司法政策临时充当法律解释和漏洞填补的角色,进而起到补充论证的作用。而且,从此类司法政策的最终走向看,其中很多确实在时机成熟后,直接转化为司法解释。如最高人民法院在2008年12月发布《关于为维护国家金融安全 and 经济全面协调可持续发展提供司法保障和法律服务的若干意见》,并将“保增长、保民生、保稳定”作为基本裁判理念后,2009年2月紧急出台的《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》就直接贯彻该理念,对合同效力、合同履行特别是违约责任进行了变通性规定。

在新冠肺炎疫情防控中,大量案例也都是将《指导意见(一)》《指导意见(二)》以及两高两部《意见》中的具体规定作为裁判“依据”。如面对“新型冠状病毒感染肺炎病人、病原体携带者、疑似病人拒绝隔离治疗或隔离期未满擅自脱离隔离”“生产不符合保障人体健康的国家标准、行业标准的医用口罩、护目镜、防护服等医用器材”“假借研制、生产或者销售用于疫情防控的物品的名义骗取公私财物,或者捏造事实骗取公众捐赠款物”以及“违反国家有关市场经营、价格管理等规定,哄抬口罩等防护用品、药品或其他涉及民生物品价格”等众多现实情形,通过以上司法政策明确它们分别作为以危险方法危害公共安全罪、生产销售假药劣药罪、诈骗罪及非法经营罪等罪名的具体入罪情节。相对于直接出台司法解释,应急时期司法政策为法官提供价值衡量基准,以政策指引方式明确裁判活动的行动准则。在现实司法中,法官裁断诸多案件都需要进行价值衡量。具体操作中,该价值衡量多是依附特定的法律规范,对规范的适用效果进行调节以补充说明和强化论证。

[17] 参见孟融:《中国法院如何通过司法裁判执行公共政策——以法院贯彻“社会主义核心价值观”的案例为分析对象》,载《法学评论》2018年第3期,第184页。

[18] See Martin Shapiro, *Law and Politics in the Supreme Court: New Approaches to Political Jurisprudence*, The Free Press of Glencoe, 1964, p.2-5.

如在“张啸田诈骗案”^{〔19〕}中，法院在根据《中华人民共和国刑法》和《最高人民法院、最高人民检察院关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》认定构成诈骗罪之后，又“依照”两高两部《意见》的相关规定，判定依法从严惩处。此时，“依照”的含义并不是将该应急时期的司法政策作为裁判的直接大前提，而只是作为非正式法律渊源，扮演释法说理的裁判理由角色，为法官进行相应的利益衡量提供规范性的基准。同样情形还出现在“浙江南浔王某某妨害公务案”^{〔20〕}“浙江义乌邵某某、毛某某销售伪劣产品案”^{〔21〕}“广东廉江谭某某涉嫌非法经营案”^{〔22〕}等众多案件裁判中。从结果来看，这些案例的共同特点都是对犯罪嫌疑人行为加重处罚。而处罚的依据都是在制假售假、诈骗和非法经营相关法条基础上，一定程度上考量两高两部《意见》等司法政策的具体规定。

（二）间接运用：作为裁判背景

相比直接在判决书中援引应急性司法政策，并以之作为裁判“依据”强化说理论证，司法政策融入裁判的另一方式就是作为裁判背景。相比前者，在该方式具体运用中，应急性司法政策的内容并未在裁判文书中展现，而是采取一种避实就虚的方法“隐性”运用。此时，司法政策只是作为一种裁判的语境，起到相应的“背书”作用。

司法实践中，应急性司法政策“背书”的最大价值就是对相应案件的裁判理念进行倾向性指引。通常，该作用主要产生于民商事领域，如之前《民法通则》第6条就规定，“民事活动必须遵守法律，法律没有规定的，应当遵守国家政策”。但在紧急状态下，该政策的作用也开始向刑法领域拓展，与“宽严相济”等众多刑事司法政策一并运用。如在金融危机期间，最高人民法院在2008年12月3日发布《关于为维护国家金融安全和经济全面协调可持续发展提供司法保障和法律服务的若干意见》，要求对“因资金短缺但仍处于正常经营状态、有发展前景的负债企业，慎用财产保全措施”后，几乎所有地方法院都以该司法政策作为“背书”，暂停了相关企业的破产清算和财产保全程序；而在两高两部《意见》重点强调对抗拒疫情防控措施、暴力伤医、制假售假、哄抬物价等行为的处罚之后，多数法院也将疫情期间发生的买卖口罩和消毒用品而赚取“非法利益”（尽管该利益数额微小）、商业竞争中的“囤货”、将出口口罩转为内销以及向封闭地域“提要求”的行为，都归入刑法处罚范畴。甚至为实现加重处罚目的，对所保护法益以及“非法获益”的行为主体和数额都进行一种较为宽泛的认定，如“河北省隆尧县赵某某寻衅滋事案”^{〔23〕}“河北省玉田县刘某某等五人涉嫌非法收购、出售珍贵野生动物案”^{〔24〕}以及“许向阳诈骗案”^{〔25〕}等。从犯罪构成视角严格审视上述案件，这些行为尽管具有形式上的违法性，但大都因主观要件不符合或法益不足等原因，在通常情形下不具有犯罪成立可能性，如诈骗行为辨识度极低、行为并不完全吻合入罪情形规定、“非法利益”数额不具有价格优势等。此时之所以将这些行为归入刑法调整范围，一个重要原因就是维护

〔19〕 新疆维吾尔自治区乌苏市人民法院刑事判决书，(2020)新4202刑初31号。

〔20〕 《全国检察机关依法办理妨害新冠肺炎疫情防控犯罪典型案例(第一批)》案例三，载最高人民法院网上发布厅，https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbt/202002/t20200211_454256.shtml#2。

〔21〕 《全国检察机关依法办理妨害新冠肺炎疫情防控犯罪典型案例(第一批)》案例五，见前注〔20〕。

〔22〕 《全国检察机关依法办理妨害新冠肺炎疫情防控犯罪典型案例(第一批)》案例六，见前注〔20〕。

〔23〕 《全国检察机关依法办理妨害新冠肺炎疫情防控犯罪典型案例(第二批)》案例六，载最高人民法院网上发布厅，https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbh/202002/t20200219_454775.shtml。

〔24〕 《全国检察机关依法办理妨害新冠肺炎疫情防控犯罪典型案例(第三批)》案例五，载最高人民法院网上发布厅，https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbh/202002/t20200226_455289.shtml。

〔25〕 湖南省衡阳市中级人民法院刑事判决书，(2020)湘04刑终188号。

疫情期间的社会和经济秩序稳定。尽管在这些案件的判决书中,并未直接显现“依靠……司法政策”或“参考……司法政策”,但不容否认,最高人民法院单独或联合出台的这些疫情防控司法政策确实起到提供裁判背景的重要作用。

综上可知,在当下风险社会,频繁发生的突发事件使得常态化法律规范很难恰如其分地适用到非常态的社会现实中,此时最便捷的方式就是通过司法政策将公共政策引入裁判。从而,既避免因对法律做出变通规定而引发的形式违法,又避免严格依法裁判可能产生的实质不公平,有效地维护社会稳定、化解社会纠纷。其实,无论从新中国成立后我国的司法实践,还是法与社会关系理论来看,在国家紧急时期,充分发挥司法政策的应急效用进行社会治理,都是一种合适的选择。而体现在国外司法活动中,其在紧急时期也都采取了与平时不同的司法政策。^[26]如在美国,该现象在“9·11”事件后体现得尤为明显,并重点围绕行政权扩张和最高法院通过“妥协”方式不断限权制定司法政策。^[27]总而言之,应急性司法政策作为特殊时期的司法政策类型,既符合日常司法政策的一般特点,又因所面对的具体社会现实,而呈现出运用的独特性。它们作为司法活动内容,积极实现除定分止争外,司法所具有的维护阶级统治和执行社会公共事务的职能。最终通过具体的刑事、民事、行政裁判和执行发挥作用,是特殊状态下“通过政策的司法治理”之重要方式。

三、应急时期司法政策运用的可能风险

基于应急时期的特定社会需求,应急性司法政策的特殊运用可以有效稳定社会秩序,在个案裁判中促进法律效果、政治效果和社会效果统一,进而起到立竿见影的社会治理效果;但另一方面,也正是所追求的该特殊效果,构成应急时期司法政策被“泛用”甚至“滥用”的直接诱因——为迎合特殊时期的维稳社会需求,法律效果将被迫让位于社会效果,使得诸多司法政策实施成为法律外衣包裹下的“政治性”活动。此时,短暂的社会实效有可能以损害司法权威为最终代价。

(一) 风险出现原因的多角度审视

社会治理自始是一个多方力量共同作用的过程。就应急时期的突发事件应对而言,更是政治、法律、经济、社会多要素相互配合,共同交织成强大的“应对系统”,司法政策自然而然地成为其中不容忽视的一环。作为一种特殊社会治理类型,应急性司法政策所兼具的政策和法律双重属性,就必然导致其在具体实施中遭遇来自体制、规范等方面的多重阻力。对此我们可以从以下几个角度进行审视。

首先,从法教义学角度看,司法政策本身定位不清是阻碍其运用实效的最直接原因。尽管本文从具体实践出发,认为基于狭义理解来定位司法政策具有妥当性;但不容否认,这种观点并不能为所有人接受,有关司法政策的“身份识别”一直是一个典型难题。这既包括制定司法政策的法律依据欠缺、制定和发布主体范围不明、制定程序不规范等,又包括司法政策与司法解释的关系有待厘清、司法政策的“软法”或非正式法源地位有待明确。比如,尽管从性质、效力、程序、功能等方面看,司法政策同司法解释具有本质区别,但由于我国法律解释的“抽象立法”性质以及政策回应特

[26] 参见[美] 罗伯特·麦克罗斯基:《美国最高法院》(第3版),任东来等译,中国政法大学出版社2005年版,第135页。

[27] 参见刘涛:《美国紧急状态下的刑事司法:历史、述评与启示》,载《环球法律评论》2014年第3期,第117页。

性,将最高人民法院、最高人民检察院制定的司法文件、司法解释一并认定为司法政策,仍是很多研究者秉持的观点。^{〔28〕}甚至在最高人民法院每年出台的“十大典型司法政策”中,也往往可见司法解释的身影。司法政策潜在地承担了司法解释的功能,最终导致指导性的“软法源”与约束性的“旧法源”交织杂糅。

其次,从法与社会关系的角度看,应急时期的“维稳”行动和紧急权行使,同主张一般性、清晰性、可实现性、稳定性及不溯及既往的法治原则相抵牾。同常态时期一样,面对非常态时期的社会矛盾,一直以来我们都是诉诸自由主义法学理念进行回应。其基本逻辑是,通过设定紧急权,明确一般性的权利义务,回应突发性危机和混乱;而当法律规范不足时,我们则再诉求法律的基本原则来填补规则的“开放结构”。^{〔29〕}尽管这在理论上完全讲得通,然而却忽视了一个现实:应急时期所处理的事件都具有例外性、突发性和不可预见性,我们根本无法获取所谓的“客观标准”。而当这些标准欠缺之时,指引司法政策之法律原则的运用就将陷入广袤原野,我们在讲政治的时候就可完全说是在讲法律。^{〔30〕}一方面,应急时期的司法政策自设立之初就以有效性为目标,或者说它们本身就是为化解特定社会矛盾而“量身定做”,我们一开始就面临司法的秩序性和妥当性之价值选择;另一方面,为了快速化解纠纷和维护社会秩序,社会管理层也往往会借助司法政策实现公共政策目的。同时为了避免因“依据政策裁判”而带来的非议,最高法等司法机关悄然进行了一种角色转化,使得裁判的“法律效果”让位于“社会效果”,自然地成为特殊时期案件裁断的重要司法原则。对此,我们可以非典和新冠肺炎疫情防控期间的司法政策对比为例。2003年非典期间,面对改革开放后首个突发公共卫生事件带来的社会动荡,最高人民法院通过《关于在防治传染性非典型肺炎期间依法做好人民法院相关审判、执行工作的通知》旗帜鲜明地指出审判执行的“特殊”思维,并通过最高人民法院、最高人民检察院《关于办理妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》的有关规定,明确了“一律从重”的司法理念。此特殊时期的社会秩序追求毫无疑问地充当了从严从重处罚的行为依据。而体现在新冠肺炎疫情防控中,最高司法机关在两高两部《意见》等司法政策制定时认识到了之前盲目从重司法理念和刑事政策的弊端,尽力避免不分具体情况“一刀切”的简单操作,对暴力伤医、制假售假、哄抬物价、趁火打劫等严重妨害疫情防控的犯罪,必须坚决依法严惩;对于其他因防控中的矛盾纠纷引发的犯罪案件,则区分情况依法妥善处理,当严则严,当宽则宽。也就是说,面对特殊时期的维稳社会需求,法的稳定性被一点点消逝瓦解,司法政策尤其是刑事司法政策僭越法律体系,应急性司法政策的运用风险随之产生,且该泛用和滥用情形在基层司法审判中体现得尤为明显。^{〔31〕}

再次,从法经济学角度看,“成本—收益”理论也不能有效化解政策与法律的选择难题。面对法学领域的一些棘手问题,当规范法学或法社会学解释无力或出现冲突时,我们往往会将视野投向法经济学,借助最简单的“成本—收益”理论来直白地阐释问题。但是在应急时期的司法政策运用中,该法经济学权衡却呈现一种“失言”状态,其原因主要表现在如下两方面。一方面,法经济学发挥作用的前提是存在可以参照对比的“先例”,进而可以让我们展开成本与收益的计算,然而这种“先例”却只能出现在常态社会。^{〔32〕}紧急时期,社会的“例外状态构成了一个‘公法与政治事实

〔28〕 参见刘武俊:《司法政策的基本理论初探》,载《中国司法》2012年第3期,第28页。

〔29〕 参见[美]罗纳德·德沃金:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,上海三联书店2008年版,第37—39页。

〔30〕 参见桑本谦:《法律解释的困境》,载《法学研究》2004年第5期,第11页。

〔31〕 参见杨海超:《司法政策在基层的实施情况》,载《政治法学研究》2015年第1期,第59页。

〔32〕 见前注〔3〕,宾凯文,第38页。

的失衡点’”,^[33]不可预见和反常反而成为一种惯常,此时的“先例”则是无处可寻。另一方面,尽管司法政策可以用“最小成本”化解应急时期的司法纠纷,但同时其本身也存在正当性质疑。公共事件突发时期,大量社会矛盾快速涌现,并急迫地考验司法的承受力与应对性。面对这些案件,司法政策相对于法律规范,具有明显的灵活性和针对性优势,通过司法政策及时快速地做出回应,引领社会活动,这比查明案件本身的是非曲直更有意义。此时,受社会舆论与公众需求影响,依法从严从重处罚所涉违法犯罪行为,就成为民众的集体意识与国家的政治抉择所达成的最高性价比共识,将裁判的“法律效果”暂时让位于“社会效果”也顺势成为裁判者最妥当的司法选择。在此效率目标导向下,司法政策的运用效果必将不尽如人意,并极有可能使得对社会秩序的倾向性保护演化为过度保护。其中既有对一些“违规但不违法”或“情节轻微”的行为简单快速地认定为犯罪,比如重庆的市民“吐口水入罪”、江苏的医生“不坐班入罪”等;又有未准确把握司法政策,突破法律而“从重”“从严”“从快”处罚,如“为了追求经办的案件是查处口罩诈骗‘第一案’,刑事案件从法院立案到最后宣判不到三个小时”,^[34]以及在杀害防疫人员等可能判处死刑的恶性案件裁判中,擅作决定简化死刑案件程序,等等。这些基于“成本—收益”原则的“急于求成式”定罪与量刑,明显违背基本司法规律。在维稳社会目标驱动下,裁判者无奈地将最高人民法院、最高人民检察院单独及会同公安部、司法部出台的诸多应急性司法政策当作实质性裁判规范,并以一种“运动化”方式保证执行。

(二) 运用风险的具体展现

由上可知,应急时期司法政策的运用风险源于国家紧急状态下维稳需求导致的社会效果扩张,并存在规范法学、法社会学以及法经济学多个审视角度。结合裁判的具体案件及其影响,我们可将这些已引发或可能引发的司法风险归纳如下。

第一,直接将行政命令或国家公共政策转化为应急性司法政策。从内容上看,广义司法政策被认为是特定公共政策或行政政策在司法领域的特殊表现,也有学者称之为“通过司法所执行的公共政策”;^[35]狭义司法政策特指司法机关为执行社会公共事务而制定的有关审判与执行的制度或内容。尽管从外在表象及作用看,司法政策与公共政策颇为类似,但二者却存在实质区别,其中最根本的区别就是它们分属法律和政治两种不同领域。公共政策可简称为政策,特指公共权力机关经由政治过程所选择和制定的为解决公共问题、达成公共目标、以实现公共利益的方案,是对整个社会进行控制管理的工具,其具有主体特定性、受众广泛性及方式灵活性的特点。受我国政治体制及法律体系结构的二重性影响,政治与法律之间一直存在一种“欲拒还迎”的关系,^[36]应急时期的司法政策就是此关系的典型代表。由于我国社会的整体建构和经济体制改革长期以来均是在国家政策主导下进行,加之紧急时期国家维稳的政治任务,司法活动潜意识地对政治话语体系下的公共政策进行简单“比附”。此时,司法机关在政策形成过程中更多起到的只是一个“政策转化”的作用。作为结果的司法政策看似是“中立”和“非政治化”的,实则只是法律形式包裹下对公共政策的简单“复制”,如为应对全球金融危机,最高人民法院在《关于审理涉及金融不良债权转让案件工作座谈会纪要》中就明确指出,“人民法院在审理此类案件中,要将法律条文规则的适用与

[33] [意] 吉奥乔·阿甘本:《例外状态——〈神圣之人〉二之一》,薛熙平译,西北大学出版社2015年版,第3页。

[34] 刘嫚:《全国人大代表周光权谈“办案”:办理涉疫情案件不能仅求速度还须兼顾公正》,载《南方都市报》2020年5月24日,第GA06版。

[35] 杨建军:《通过司法的社会治理》,载《法学论坛》2014年第2期,第15页。

[36] 参见伍德志:《欲拒还迎:政治与法律关系的社会系统论分析》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2012年第2期,第3页。

中央政策精神的实现相结合……确保审判的法律效果和社会效果统一”。从其内容来看，该应急性司法政策就同国务院制定的行政性文件如出一辙且亦步亦趋。往往是在国务院办公厅制定了某文件之后，最高人民法院就紧随其后围绕相关内容直接制定司法性文件。^{〔37〕}该现象在当下的新冠肺炎疫情防控中也同样存在。《指导意见（一）》《指导意见（二）》和两高两部《意见》中的很多规定都直接来源于《中央全面依法治国委员会关于依法防控新型冠状病毒感染肺炎疫情、切实保障人民群众生命健康安全的意见》。面对应急时期的矛盾解决诉求，司法政策更多地体现为“能动型的政府管理体制”而不是“回应型的政府管理体制”，^{〔38〕}司法机关也相应地演化为政治机关实现公共政策的工具。^{〔39〕}

第二，维稳目标导向致使应急性司法政策的“运动化”执行。该风险是在司法政策的“政治要素—法律要素”联通中，政治影响司法的动态展现。“当常规的司法资源不足以应对高发的社会矛盾而维稳又成为国家的中心任务时，司法政策就会从法治化偏向治理化，而在治理化的逻辑主导下，地方司法实践就容易出现‘运动化’现象。”^{〔40〕}不过，相对于传统的“疾风暴雨”式的政治动员，应急时期司法政策的“运动化”执行较为温和。它只限于官僚体制内并以政策的执行为目的，^{〔41〕}其核心是政治动员和意识形态宣传，^{〔42〕}秉持的是中国特色司法理念和司法治理方式。但是，从排除制度理性方面来看，应急时期司法政策执行的“运动化”同传统动员似乎无实质区别，甚至这种司法机关主导的、理性外衣包裹下的社会活动或许更值得我们重视。毋庸置疑，这种超越制度和程序约束的强制方式对缓和社会矛盾、集中解决问题意义重大。但与此同时，其所存在的问题也不可忽略：一方面，任何社会活动都有超越制度的惯性，对“运动化”司法政策执行实效的肯定无疑会进一步加强社会的认可，从而使这种温和的司法活动转化为政治性运用；另一方面，在“理性经济人”思维下，法官为了个人的利益最大化刻意迎合司法政策或作为其来源依据的公共政策，最终使得该司法政策实施流于形式。该司法政策“运动化”执行也体现在本文研究的应急时期的具体案例中，例如，非典以来形成的“从重”裁判与执行理念，金融危机期间为稳定经济秩序对企业实施的变通执行政策和金融案件调解模式等。不可否认，司法机关的这种“蹭热点”行为已经为其贴上了“运动化”执法标签，使得本应居于行政之后的司法活动被不当前置，“事先预测”取代“事后评价”。

第三，政策的“短期化”削弱了司法权威和司法公信力。所谓司法政策的“短期化”是指在政策出台过程中，为追求眼前利益而忽略了法所具有的稳定性与一般性价值。在我国特有的政治与司法交互影响模式下，破坏法的稳定性和可预期性的一个重大代价就是使得司法陷入“喜怒无常”的尴尬境地。特别是在遇到重大典型案件时，维稳压力和国际影响都会迫使司法机关牺牲个案公正以追求短期的政治效果，从而使得法律舞台成为一种特殊的“政治论坛”。^{〔43〕}在国

〔37〕 参见郑智航：《最高人民法院如何执行公共政策——以应对金融危机的司法意见为分析对象》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2014年第3期，第11页。

〔38〕 [美] 米尔伊安·R.达玛什卡：《司法和国家权力的多种面孔——比较视野中的法律程序》，郑戈译，中国政法大学出版社2004年版，第106页。

〔39〕 参见张文显：《二十世纪西方法哲学思潮研究》，法律出版社2006年版，第290—291页。

〔40〕 钱大军、薛爱昌：《司法政策的治理化与地方实践的“运动化”——以2007—2012年的司法改革为例》，载《学习与探索》2015年第2期，第73页。

〔41〕 参见冯仕政：《当代中国的社会治理与政治秩序》，中国人民大学出版社2013年版，第33—34页。

〔42〕 参见唐皇凤：《常态社会与运动式治理——中国社会治安治理中的“严打”政策研究》，载《开放时代》2007年第3期，第115页。

〔43〕 参见[美] P.诺内特、P.塞尔兹尼克：《转变中的法律与社会：迈向回应型法》，张志铭译，中国政法大学出版社2004年版，第107页。

家紧急状态或特殊时期,应急性司法政策的最大特点就是超越制度和程序,这也是其相对于成文规范的优势。这种对制度的超越将会在短期内获得极好的社会支持效果,从而使得大量的相关矛盾都涌向诉讼。但与此同时,这种化解方式却带有明显的阶段性而难以持续。如有学者曾对2007—2012年间的司法政策进行考察,发现此阶段的司法政策一变再变,并已经严重影响到规律性的正常司法裁判。^[44]不容否认,相对法律规范,司法政策具有一定灵活性,但这种调整必须控制在合理限度之内。在社会矛盾、社会关系未出现重大变化的情况下,不适宜做出重大调整,否则将削弱司法权威和司法公信力。这主要体现在两方面:一是与法律规范本身相违背。法具有一般性,政策具有针对性和特殊性,应急性司法政策更是以暂时的社会效果为预期,如此必然引发法的工具主义隐忧。二是短期化的司法政策带来寻租类诉讼泛滥。^[45]如在新冠疫情出现的前三个月,检察机关批捕的涉疫情犯罪案件数、人数已分别达到非典时期的八倍和五倍左右,其中利用互联网实施诈骗、制假售假、扰乱市场经济秩序等犯罪数量占有所有案件的一半以上。^[46]在此特殊时期,公诉方只要以“妨害疫情防控”为诉请,往往会及时快速地被认定犯罪甚至从重处罚,有些违反其他保护法益或者能否构成犯罪都存在重大疑问的情形,却悄然被列入疫情防控类犯罪。

第四,不加区分地将所有司法政策用作裁判依据。结合司法政策的适用方式可知,司法部门单独或联合出台的规范性文件通常都是以非正式法源方式进入裁判,它们只能作为“裁判理由”增强裁判文书的讲法说理效果,其本身并不具有溯及力,不能与司法解释相抵触,更不能代替法律条文或司法解释。但是从援引这些应急性司法政策进行裁判的案例,甚至最高人民法院和最高人民检察院公布的典型案例来看,该客观标准却并未被严格恪守,主要存在两方面误用。一方面是,为规避司法风险,法官对援用司法政策采取了模糊化处理。从判决书来看,法官并未明确司法政策到底是“裁判依据”还是“裁判理由”,只是在判决书中采用“根据……综合考虑”“根据……适用公平原则处理”^[47]“依照……”^[48]“本案案情不符合……”^[49]等模棱两可的表述。模糊化处理会产生两大危害,一是为了迎合社会效果,将“意见”“通知”“会议纪要”类司法政策笼统用作裁判的大前提,在“服务大局”社会目的掩饰下,诱使司法政策悄然扮演了行政命令角色。只要是从严认定和处罚,就必然会产生“公众满意”的社会效果。二是直接导致类案不类判。如在“沈阳新中城房产开发有限责任公司与刘晓菊房屋买卖合同纠纷上诉案”和“大连鹏程假日大酒店有限公司诉大连正典表业有限公司房屋租赁合同纠纷案”两案中,前案认为“非典”构成“不可抗力”,而后者却对此认定明确反对,几乎同样情形却做出截然相反的司法认定。另一方面是,司法政策发挥司法解释的作用,直接作为裁判依据。坦白地说,面对突发事件中的特殊事实情形,我们需要司法政策的“背书”作用提供裁判语境。但是从应急时期所出台的一些司法政策来看,由于文本直接规定了

[44] 见前注[42],钱大军、薛爱昌文,第77页。

[45] 参见杨馨馨:《中国当代司法政策短期化研究》,山东大学2017年博士学位论文,第57页。

[46] 截至2020年4月16日,全国检察机关共受理审查逮捕涉疫情刑事犯罪案件3324件4120人,审查批准逮捕2910件3517人,依法不批准逮捕329件456人,受理审查起诉2636件3310人,审查提起公诉1980件2416人,依法不起诉68件88人。

[47] 沈阳新中城房产开发有限责任公司与刘晓菊房屋买卖合同纠纷上诉案,辽宁省沈阳市中级人民法院民事判决书(2005)沈民(2)房终字第726号。

[48] 新疆维吾尔自治区乌苏市人民法院刑事判决书,(2020)新4202刑初31号。

[49] 大连鹏程假日大酒店有限公司诉大连正典表业有限公司房屋租赁合同纠纷案,辽宁省高级人民法院民事判决书(2013)辽审二民抗字第14号。

政策针对的具体事实情形，因此在适用中很容易就被裁判者“直接适用”。如两高两部《意见》在提出依法严惩疫情犯罪，维护社会稳定的同时，明确列举了以危险方法危害公共安全罪、妨害公务罪、生产、销售伪劣产品罪的“入罪标准”。当法官在裁判中运用这些“标准”时，将直接导致司法政策与司法解释的实际混淆。

四、应对司法政策运用风险的有效规控对策

针对如上运用风险，如何建构有效的规避机制是发挥特殊时期司法政策应急效用的关键。实质上，该机制的建构就是怎样在法与政治、社会的互动中，实现应急性司法政策的正当化。结合司法政策的特性，我们可将此正当化过程归纳如下：一是从结构功能主义角度定位，应急性司法政策应以“回应型法”为建构基础，重视法与社会间“诉求一回应”的关系，侧重调整而非裁判。司法政策制定主体必须考量该政策在政治结构中的地位，其满足社会需要和解决社会问题的程度也是司法政策正当性的来源。^[50] 二是从程序正义角度定位，应急性司法政策作为一种成文规范性文件类型，其制定和实施必须依照一定的规则和程序，其中关键在于能否通过法律方法的检验，进行漏洞填补和价值权衡。结合这两种定位，我们可将应急时期司法政策运用风险的规控方式归纳如下。

（一）厘清应急时期司法政策与公共政策的关系

该对策是对刻意追求社会效果而“直接将公共政策转化为应急性司法政策”的直接回应，主要解决法治的规范性被束缚甚至带有政治工具性的难题。^[51] 上文曾分析到，应急时期的司法政策尽管和该时间段内公共政策相关联，但也绝非对此公共政策的简单“复制”。尽管自新中国成立以来，制定和发布司法政策就是最高人民法院的一项基本“政治性”工作职能，^[52]在现代法治国家，司法政策更是逐渐淡化革命语境下的政治意识形态色彩，成为国家公共治理体系的组成部分。不过，二者仍存在着质的区别。受长期以来我国的政法体制影响，法院的政治定位和法律定位一直相互纠缠，这种定位的混乱往往使法院在处理诸多社会影响较大的疑难案件时捉襟见肘。如欲规避应急性司法政策的运用风险，必须从本质出发，将通过司法方式表达的司法政策和通过行政方式表达的公共政策有效区分。

结合政策过程理论，一个完整的司法政策运用必然包括政策制定和政策实施两阶段，我们必须采取一种全面的分析视角。^[53] 此时，在“治理型司法”模式中，司法机关所扮演的政治角色并不能简单等同于“司法政治化”或“政治司法化”。长期以来，中国社会治理都采取的是一种政治、法律和行政手段综合运用和社会综合治理模式。这既符合当前社会发展的实际现状，又能在一定程度上缓和司法资源和司法能力的有限性。“法律系统应当是社会功能分化的一个独立的次系统，其运作应当是一个相对封闭的内部过程。就司法政策的具体执行而言，法院应当首先保持一种克制的态度，通过宪法这一结构耦合机制形成司法在自治前提下的开放性。”^[54]“相比自由主义模式下‘国家与社会’的二元对

[50] See Charles O. Jones, *An Introduction to the Study of Public Policy*, 2nd ed., Duxbury Press, 1977, p.85.

[51] 参见陈金钊：《被社会效果所异化的法律效果及其克服——对两个效果统一论的反思》，载《东方法学》2012年第6期，第44—45页。

[52] 参见喻中：《论中国最高人民法院实际承担的政治功能——以最高人民法院历年“工作报告”为素材》，载《清华法学》2006年第1期，第35页。

[53] See Harold D. Lasswell, *The Decision Process: Seven Categories of Functional Analysis*, University of Maryland Press, 1956, p.3-6.

[54] 见前注[39]，郑智航文，第11页。

立,紧急治理的系统论模式把国家和社会看成是社会诸系统之间相互支持的信任关系,而常态时期培育起来的社会信任和国家能力,则是非常时期紧急权行使的正当性担保。”^[55]从功能视角看,司法政策应当以法律为出发点,并以法律规定作为判断的标准。尽管在具体操作执行中,司法政策的运行或许会适度偏离法律轴心,但其所起到的导向功能必须限定在法律的框架之内。如在新冠疫情防控初期,上海市人社局出台的“延迟复工期间属于休息日,复工期间上班,应付两倍工资”政策以及“共享员工”等公共政策,其实就违背了法的自创生系统要求而无法成为司法政策。前者在举全民之力抗疫的同时,也让企业不得不承受额外的经济支出,这显然不符合《劳动法》及《劳动合同法》的基本规定,也进一步促使众多劳动者因向企业索取利益不成而申请劳动仲裁,对社会稳定造成影响;后者则构成“违法派遣”,缺乏明确法律依据,扰乱了市场秩序,无法保障劳动者权益。此类行政性公共政策因其“违法性”,将无法进入司法政策视阈。尽管司法政策属于公共政策的社会外延范围,但司法权的本质是裁判权,其运用更强调独立性和规范性。在我国司法政策制定实施中,既然通过三权分立实现社会功能分化的路径不可取,我们就必须诉求卢曼式的“结构耦合”(structural coupling)实现内部法律系统与外部社会环境的良性互动。^[56]司法政策与法律规范都是司法机关解决纠纷的依据,而法律或法律精神应当是司法政策不可逾越的藩篱。^[57]司法政策的制定实施既要考虑社会背景与影响、坚持党的领导,同时还必须要秉持司法克制主义,使得所执行的公共政策满足合宪性的要求。

(二) 结合教义学体系明确司法政策运用的具体要求

不同于因定位不清引发的司法政策与公共政策混同,应急时期司法政策的“运动化”主要原因在于,突发公共事件面前,裁判者“身不由己”地秉持了一种结果导向的“治理型”思维模式和行为方式。针对此问题,最有效的措施就是将应急时期的司法政策运用从政治话语体系转换到法治话语体系,通过法的规范性强化政策运用的正当性,尽可能地明确规范化的运用标准。而且,这种标准不能只是通过“服务国家大局”“实现社会效果”等抽象化目标来建构和衡量,必须依靠体系化的思维方式和具体的裁判方法予以明确,避免在运用应急性司法政策时,脱离具体的法律规则而向一般公共政策逃避。例如在制定刑事司法政策时,我们“既要以刑事政策作为刑法教义学的引导,更要注重通过刑法教义学对刑事政策的边界加以控制”。^[58]这种规范化塑造不仅是对司法政策恣意运用的直接回应,而且法官也确实更愿意将司法政策所蕴含的司法目的抽象成法律适用方案,并在裁判时予以相应参照。此做法一方面可减轻裁判者的论证负担与说理成本,另一方面也可以为判决提供可理解、可检验、可稳定预期的标准,提高法律适用的确定性。^[59]

结合以上应急时期司法政策进入裁判的两种方式,该教义学建构主要存在于应急性司法政策作为裁判“依据”的场合。“如果说西方语境下的司法边界问题是处理司法权与立法权、行政权的分立关系以及国家管理与社会自治的关系等问题,那么中国语境下的司法边界问题则是如何矫正过度司法和克服司法软弱的问题。”^[60]应急时期的司法政策运用问题无疑属于后者。由于司法政策为非正式法源,裁判者不能直接从此司法政策指向案件结果,必须“间接指向”或从法理层面上

[55] 见前注[3],宾凯文,第34页。

[56] See Niklas Luhmann, *Law as A Social System*, Oxford University Press, 2004, p.236.

[57] 参见李大勇:《论司法政策的正当性》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2017年第1期,第23页。

[58] 陈兴良:《刑法教义学与刑事政策的关系:从李斯特鸿沟到罗克辛贯通——中国语境下的展开》,载《中外法学》2013年第5期,第974页。

[59] 参见许德风:《法教义学的应用》,载《中外法学》2013年第5期,第939页。

[60] 吴英姿:《司法的限度:在司法能动与司法克制之间》,载《法学研究》2009年第5期,第119页。

抽象出可以适用的“规则性内容”，从而完成从“抽象背景”向“具体基准”的转化。也就是说，针对因标准不清导致的应急性司法政策不当运用问题，“依照政策确立规则”是化解难题的一种重要方式。此规则确立主要有两种表现方式：一种是根据司法政策的内容，指向具体的法律规范。如最高人民检察院在查处“非典”期间国家机关工作人员的失职行为时，就依据《关于在防治传染性非典型肺炎期间依法做好人民法院相关审判、执行工作的通知》专门指出要重点查处政府及有关有关部门，如卫生行政主管部门、工商行政管理部门、药品监督管理部门等工作人员的玩忽职守、滥用职权、传染病防治失职三种行为，^[61]进而指向具体的玩忽职守罪、滥用职权罪和妨害传染病防治罪。另一种是司法政策规定的内容无法指向具体法律规范，只是提供一种裁判理念或思路。如2010年最高人民法院的宽严相济刑事政策对之前“从重从快”严打政策偏差的反思与纠正，^[62]以及新冠疫情防控期间，两高两部《意见》规定的“坚决把疫情防控作为当前压倒一切的头等大事来抓，用足用好法律规定，依法及时、从严惩治妨害疫情防控的各类违法犯罪”，并明确列举需要依法严惩的十几类犯罪和它们分别的入罪情节。此时，裁判者可以从刑事政策的价值判断中推导出刑法规范的解释理念与方法，进而借助教义学的规范体系结构，对司法政策的适用进行指引和规制。

（三）借助案例指引作用阐释司法政策蕴含的裁判规则

从社会治理角度来讲，司法的功能不仅仅是定分止争，依靠典型案例产生的社会影响和形成的裁判规则，指引和规范公众，并裁判类似案件，也已成为一项重要的司法治理方式，^[63]这也构成对司法政策“短期化”难题的回应。在国家紧急状态或特殊时期，针对特定复杂案件裁判中所存在的定罪量刑及裁判理念与方法选择难题，最高人民法院、最高人民检察院通过公布典型案例强化法律条文、总结裁判要旨并明确具体裁判标准，对化解社会纠纷、提升裁判效率意义重大。从当下我国司法改革的整体内容来看，典型案例的指引作用也在日益凸显。具体到应急时期司法政策的规范运用问题上，当无法通过规范立法或教义学解释进行“正面回应”时，发布典型案例“倒逼”法律规范或司法政策实施，进而引领后案裁判，统一法律适用，无疑将是发挥司法政策治理效能的一种重要方式。

对此，新冠疫情防控期间，最高司法机关公布典型案例的行为，就构成借助案例的指引作用宣扬司法政策并彰显其裁判规则的表率。最高人民检察院自2020年2月11日到4月17日短短两个月间，共发布十批55个相关典型案例。从范围看，这些案例涉及抗拒疫情防控措施、暴力伤医、制假售假、哄抬物价、破坏野生动物资源、妨害传染病防治、生产销售伪劣防疫物资用品、利用疫情哄抬物价、电信网络诈骗、传播谣言、妨害复工复产、妨害国境卫生检疫等大多数疫情防疫期可能出现的事项。相比之下，最高人民法院更是连续发布了三批26个惩处妨害疫情防控犯罪的典型案例，以及两批18个保障疫情防控期间复工复产的典型案例。具体到地方，上海、北京、广东、山东等地也根据各地的实际情形，发布了相关典型案例，以期对当地的疫情防控予以指引。面对突发全球性公共卫生事件带来的诸多新问题和矛盾，受特定社会治理预期影响，司法活动的理念和方法与往常有所不同，甚至在最基本的以危险方法危害公共安全罪、妨害传染病防治罪等罪名认定上，也因从未遇到过的案件事实，使得其适用标准不甚清晰。而在紧迫的时间要求和裁判任务压力下，司法部门又不得不快速做出回应。此时一个便捷有效的做法就是公布典型案例作为“标杆”，通过发布这些案例，表明当

^[61] 《最高人民法院人民检察院关于充分发挥职能作用，积极查办在防治“非典”斗争中发生的渎职犯罪案件的通知》，高检读检〔2003〕第22号，2003年5月20日发布。

^[62] 《最高人民法院关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》，法发〔2010〕9号，2010年2月8日发布。

^[63] 参见宋保振：《智慧社会背景下司法治理的理念转变与实践创新》，载《山东大学学报（哲学社会科学版）》2020年第4期，第93页。

下国家从重从严认定和处罚的基本裁判理念思路,将已经形成的裁判规则公之于众,以便于后案中类似情形的认定和法律适用。从司法政策运用实效看,该行为确实起到了相应作用:一方面统一了法律适用,另一方面也规制了公众的类似行为。但不容否认,由于时间仓促、标准不一等原因,这些案例存在一定程度上的性质重合、量刑结果不一致以及之后发布的典型案例直接援引了先前发布之案例的裁判规则等现象,但这并不影响这些典型案例发挥裁判指引作用。

(四) 通过法律论证增强援引秩序价值说理的可接受性

相比国家常态时期,应急时期对“秩序”有着更高诉求。面对众多待裁决案件,如何既满足“秩序”的价值要求,同时又不让当事人及社会公众感到明显的政治干预,则是在应急性司法政策运用中需要重点关注的内容。其实,当还原到裁判的方法论上,该“关系协调”的最主要方式就是有效地进行法律论证。这也回应了如上司法政策运用中,将其笼统用作裁判“依据”所带来的系列难题。在当下应急性事件处理中,无论将司法政策作为间接性裁判“依据”,还是视为裁判背景,在裁判文书撰写中最根本的体现都是构建裁判理由,借助对事实问题及法律问题的充分说理,增强裁判的可接受性。此时,裁判者需要做的就是,清晰地阐释这些应急性政策的选择、权衡与运用过程,进而增强对当事人的说服力。借助这一论证通道,裁判者可以游刃有余地将司法政策的制定目的与具体的法律适用相结合,通过司法政策矫正“不合时宜”的裁判结果。

具体裁判中,论证应急时期司法政策运用的关键在于明确应急性司法政策进入裁判的条件,即阐释特定时期的社会“秩序”如何成为以及怎样成为被考量的对象,进而协调应急时期的维稳诉求与法律本身的稳定性之冲突。^[64]正如阿列克西所指出的,“只要我们能够证明,某些规则在所有语言沟通中普遍而必然地被预设,或对于特定人类行动方式具有构成作用,则可认为是对这些规则的证立”。^[65]如以最高人民检察院发布的“王某某妨害公务案”^[66]和“赵某某寻衅滋事案”^[67]为例。在国家常态时期,王某某的“不配合”和赵某某的“自杀”行为很难直接进入刑法视域,最多也就是依据《治安管理处罚法》进行相应制裁。在这两案中,检察院之所以能够以妨害公务罪和寻衅滋事罪提起公诉并得到法院支持且得以速裁,毫无疑问就是在特殊时期为保护社会秩序保护之需要,尽管在两案裁判中,相关司法政策并未直接出现,但是在具体的裁判理由构建中,法官却通过法律论证对秩序和公正法益进行了权衡。在“赵某某寻衅滋事案”中,一方面,为论证司法活动的正当性,该案的裁判文书说理明确指出:“对于在疫情防控期间针对与防控疫情有关的人员实施的违法犯罪,扰乱疫情防控正常工作,要作为从重情节予以考量,依法体现从严的政策要求,有力惩治震慑违法犯罪。”另一方面,该案法官还从社会影响角度论证了将相应司法政策作为裁判背景的正当合理性,以及做出此寻衅滋事判决并不违背现行法的规定。从实际效果看,这些论证内容都对提升裁判说理的可接受性意义重大。同理,“上海某工贸有限公司及谢某某非法经营案”^[68]在论证谢某某构成该罪名时,对社会秩序法益也进行了详细论述,通过论述该行为对经济活动、社会恐慌、复工复产的影响,认定其社会危害性。该法律论证方法的运用,使得这类案件裁判不仅在形式上符合法的规范性要求,而且可以极大提升裁判文书的释法说理效果。

[64] 参见袁明圣:《公共政策在司法裁判中的定位与适用》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2005年第1期,第61—62页。

[65] [德] 罗伯特·阿列克西:《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第231—223页。

[66] 《全国检察机关依法办理妨害新冠肺炎疫情防控犯罪典型案例(第二批)》案例二,见前注[20]。

[67] 《全国检察机关依法办理妨害新冠肺炎疫情防控犯罪典型案例(第二批)》案例六,见前注[20]。

[68] 《人民法院依法惩处妨害疫情防控犯罪典型案例(第二批)》案例一,载最高人民法院官网,http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-224571.html。

五、结 语

“中国特色社会主义司法的根本特征是人民性、政治性和法律性的有机统一。”^[69]而在现代国家治理体系中,司法的一个显著特点就是它不仅在私法领域,更重要的是在规范社会与国家、公民与政府关系的公法领域获得了引人注目的发展,这也构成应急时期司法政策效用发挥的理论基础。应急时期的司法政策既有一般性司法政策的适用共性,又因特殊时期的社会需求和政策制定目的呈现出一定的独特性。如果说司法是维护社会正义的最后一道防线,公平正义是司法的灵魂,那么司法政策无疑将是筑牢应急时期社会秩序和正义防线的重要基石之一。当实在法不能解决所遇到的棘手或紧急社会问题时,具有政策与法律双重特征的司法政策无疑将是重要选择。这也反映出,当我们应对诸多的突发应急性事件和纠纷时,“西方紧急法治范式在解释中国现象上显得力不从心”,^[70]从而必须探索中国特色化的化解方式。此时,如何理解司法政策的应急效用及其法治价值,并通过与一般性司法政策的对比把握该类司法政策运用中可能产生的风险并对风险有效规制,必将成为今后司法治理乃至整个社会治理研究的一个重要课题。

Abstract In the national emergency period, the Supreme People's Court alone or jointly issued judicial policies has become an important way of abnormal social governance. The judicial policy in emergency period has the characteristics of fast formulation, temporary force, specific purpose, subject linkage, and political operation. It also solves social conflicts and maintains social stability by means of “as the basis of judgment” and “as the background of judgment”. In view of the unclear orientation of judicial policy itself, the contradiction among the pursuit of order, the exercise of emergency power and the basic principle of rule of law, as well as the non-autonomy of the choice of policy and law explained by the “cost-benefit” theory, the judicial policy in the emergency period can easily be misused while realizing the value of the rule of law. For example, the administrative policy is directly transformed into judicial policy, the goal of maintaining stability leads to the “moving” operation of judicial policy, the “short-term” policy weakens the judicial credibility, and the judicial policy is generally used as the basis of adjudication. In view of the possible risks, we should clarify the difference between judicial policy and public policy in special period based on the “appeal-response” relationship between law and society; clarify the specific requirements of judicial policy application combined with the doctrinal system; explain the judicial rules contained in judicial policy with the help of case guidance; and enhance the acceptability of citing order value reasoning through legal argumentation.

Keywords Public Emergencies, Judicial Policy, Public Policy, Modernization of Governance

(责任编辑:宾凯)

[69] 张文显、孙妍:《中国特色社会主义司法理论体系初论》,载《法制与社会发展》2012年第6期,第7页。

[70] 见前注[3],宾凯文,第48页。