



法学研究的问题意识与多元格局

【主持人语】二十年前,苏力的著作《法治及其本土资源》如一声春雷在中国法学界响起。今天,有必要重新审视这本著作,并以此为契机反思当代中国法学和法治的问题。这本著作给中国法学带来的影响依然没有消退,其中关注的问题依然鲜活。变法与法治、本土资源与外来资源、法律规则与非正式制度、法律与文学、法律与社会科学等诸多问题,依然是当代中国法治或法学的热点;它所展现的研究方法的转换也同样影响深远,为1990年代中后期兴起的“社科法学”研究提供了具有范本意义的学术著作。

苏力揭示了中国法治进程中法律制度与本土资源之间产生的冲突,提出了现代法治同中国本土环境的协调或融合问题,引申出对“中国应当实行什么样的法治”以及“怎样实行法治”等宏大问题的追问。这些问题被有的学者称为“苏力问题”。二十年来,随着中国的经济社会发展及其推动的政治和法治发展,总体趋势是苏力著作中讨论的具体的本土资源呈现出持续弱化的趋势,现代法治似乎高歌猛进;但另一方面,本土资源并没有完全消失,甚至因为其弱化和现代法治资源的持续进入,一些领域呈现出“语言混乱”和“结构混乱”,苏力问题因此在一些地区和领域表现得更加突出。与此同时,中国经济社会政治发展又促进了许多新的本土资源的产生,如何面对它们,也成为不得不面对的当代法治课题。

本组笔谈的四篇文章系统审视“苏力问题”,分别围绕法学研究的问题意识、法理学研究的法理与事理、本土资源理论中的问题、国际战略选择与国内法律秩序演变的关系等主题展开。

【陈柏峰】

DOI:10.14086/j.cnki.wujss.2017.01.002

问题意识:什么问题以及谁的问题?

苏 力

摘 要:问题意识并非来自于概念或理念层面,更多的是来源于真实世界的经验。法律和制度必须在相当程度符合这一代中国人对自己、他人、社会和国家想象、情感,而这些情感和想象在很大程度上是中国文化和历史塑造的。一个民族的生活创造它的法治,而法学家最多创造法治的理论。因此,要以普通人的立场和视角来考察和理解来自于中国社会的经验。问题意识应当包括:关注法律学术研究的社会后果会推进何种利益,某个命题代表了谁的利益,并以此结论认为这是谁的问题。务实的学术思考和问题意识关注的是社会实践的后果和社会格局的变化。有实践意味的问题意识,不仅是法学人的问题意识,也是真正法律人的问题意识。

关键词:问题意识;法治及其本土资源;社会经验;法治

中图分类号: D90 **文献标识码:** A **文章编号:** 1672-7320(2017)01-0010-08

一、问题意识

还是从《法治及其本土资源》(下文简称《本土资源》)说起。大约是我论文中的雄辩给许多读者留下了错觉,我其实是个太学术,一直为之较真,却并不自信的人——我通常不敢回首看自己的旧作,尤其不大翻看《本土资源》。

因为当年写作此书汇集的论文时,刚回国,时年有小40了,又当过兵、种过地,当过工人,呆过机关,上了大学,又留了学,读过的书不算少,自然思想和思路甚至研究方向都基本定型,但尚未形成确定的学术领域。我是先在法史后在法理教研室工作,怎么写作、写些什么、如何表达,在当时都是个问题。我不可能按照教科书的方式写论文,抄些或攒些“论法治”,“法治的要素”这类概念演绎的文章,或是介绍某个外国人的法治思想;即便写了,也发表不了,这类文章已太多了。但我不像研究部门法的,可以找些具体实在的问题来研究写作。我只能碰到什么不是纯法律操作的,在我看来可能还有些一般理论意义的问题进行研究和写作。因此我写的很杂乱,没有整体的规划,基本是碰上什么研究什么,东一榔头西一棒。我面对的另一问题是,当时国内学界,特别是社会科学(即便文、史、哲学科)还有些自家传统的研究也差不多(少数除外),基本还继续着1980年代开始以来对西方学术的狼吞虎咽,不大讲分析和论证,甚至不懂什么是分析和论证,普遍以引证代替论证,以引证名家权威代替分析论证,以理论复述代替独立的研究。回头看,不带贬义的说,那基本就是一个抄书的年代。不少学者的著作后来都遭遇过抄袭的质疑,这其实是一个时代的问题,不是学者的问题。法学界也一样。乃至,我完成第一篇论文时,越看越不像“当时通行”的论文,很不自信。另一方面,也因为刚回国,那时出国可是“真正的出国”,除了家书和期间的一次回国,与国内和中文世界几乎是完全隔绝七年,已写不出流畅的中文了,这种状况可能直到我写《后现代思潮与中国法学和法制》才彻底转变。这都是我至今不敢去翻这本书的缘故。

但这本书确实引发了法学界的一些变化,如果完全抽离当时的时空背景,我认为这本书受到的关注,无论赞扬,批评甚至抨击,都远远超出了这本书实际具有的学术品质。冯象当年为此书写的书评,极大地鼓励了我;有学生拿出翻烂了的《本土资源》,破烂得和文革时期我们私下传看的小说一样,令我感动——事实上是令我震惊。也正因此,多年来,除了出于自己对学术的喜欢外,我一直还算努力,在很大程度上,是因为真的觉得自己对读者有一种责任,对学术有一种使命。尽管不敢如此宣称,但我确实决心通过自己的研究提炼中国法学研究的问题,提升中国法学研究的品位,拓展中国法学研究的领域,沟通理论法学和部门法学以及法学研究和其他社会科学的研究。

但我还是有个问题,关于这本书,以及那一时期的其他文章:如果我自己对这本书评价不高,那么究竟其中有没有什么,以及究竟是什么东西触动了读者?并且,这种东西有没有比较实在的学术价值?

回想起来,我认为,在写作这些文章时最突出的要点,一是,始终基于我的中国生活经验而产生的争论和表达的冲动,这就是问题意识。无论是法治与改革/变法隐含的冲突,秋菊的困惑,破产法实践的难题,市场经济与法治的关系,法律规避,还是司法专业化,表达自由与肖像权的相互冲突,抗辩制的由来和去向,乃至有关的书评和关于一些学术问题(如:法学后现代主义)的论证。回头来看,我庆幸这每一篇文章的问题或多或少都是真的,都来自当今中国现实,不来自书本;即便是书评,也没有就书论书,也尽力同中国社会或中国学术的问题联系起来。我的分析和回答,尽管借助了一些当时看来有些新意的理论视角和学术资源,关注点还是一直力求贴近中国社会,贴近中国社会的普通大众。我并不关心某个学者或某一派理论是怎样回答某个问题的,我关心的是一个合乎情理的普通中国人在知情的条件下会怎样看这个问题。换言之,我是在跟着“感觉”走。这种努力违背了当时非常流行,甚至至今仍比较流行的先看外国法条或法理,然后反省中国,找出差距,努力达标的研究和写作进路,其实就是尽可能贴着中国社会生活经验走,或如同沈从文先生告知的文学写作方法,贴着人物写。无意之间,它令我这个其实相对缺乏社会生活经验、比较书生气的,既没当过律师,也不做法律咨询,几乎从不参加政府或法院、检察院的论证,甚至从不参加法理学年会,一直呆在校园的人在一定程度上摆脱了高度意识形态化的法治

理念、命题和学说,验证并因此在某些层面挑战了当时流行的法治命题,指出了社会大变革中的中国法治的问题甚或尴尬,深化或升华了——而不是神话了——对法治的理解。

也因为贴着生活经验,尽管我相信和追求法治,但通过对具体问题的分析,我至少客观上拒绝了强加于中国社会的法治工程说。许多文章写到最后,结论都与我的初始预判相反。我没把中国人和中国社会都当成橡皮泥,有待并任意追求法治的法律人和政府来捏塑,或是玩偶,有待法治概念理想的绳线牵引。虽然并非自觉,我还是觉得或是想到了,并努力展示或论证了,一种法律制度措施,或法治追求,如何可能改变相关人的行为,引发普通人在社会行为上的应对。他们是积极主动应对的,无论以何种方式,无论法律精英认为是好还是坏。法律人可以认为他们桀骜不驯或执迷不悟或顽固不化,缺乏法治信仰,但有一点必须清楚,中国民众不是生来为配合我们的法治理想的,无论这个理想多么的“高大上”。相反,我们的法律和制度必须在相当程度符合这一代中国人对自身、他人、社会和国家的想象和情感,而这些情感和想象在很大程度上是中国文化和历史塑造的,体现了特定时空中,起码是这些人的心性。尽管我相信人性大致相近,但自然地理环境、生产方式和文化传统还是会塑造他们。这其中更深的寓意就是,最终创造中国社会法治秩序的不是法律精英,而是这些能动的人,是这些人的行动和实践,无论是出于理性还是出于惯性。这就是我的一个判断,一个民族的生活创造它的法治,而法学家创造的仅仅是法治的理论——其实只是些事后的解说或正当化(Tribe T.,1988:2;波斯纳,2016;波斯纳,2002)^①。

这些隐含的结论在当年的法学界确实有点异端,因为它拒绝了普世的法治模式,已暗示了中国法治必定“艰难”,但其中也因此隐含了中国法治最终必须的自我创造。隐含,是因为当年我没那么勇敢和自信。只是2008年后,汶川地震及那年中国社会以及中国与世界的诸多事件,令我日益明确了这一点。

我庆幸这本书中没有一篇文章是对某个命题的演绎或简单赞美,文章主题都来自生活,即便有的很宏大,如法治与变法的内在矛盾。即便在讨论一些曾经流行其实没什么学术价值的命题(如市场经济就是法治经济),也因审慎认真的分析而没有沦为法治意识形态宣传。对一些被视为理所当然的改革措施或所谓的法治进步,我也努力穿行于研究者和实践者的立场,关心其实践后果,特别是一些潜在的负面或双刃剑的后果。无论有关秋菊,有关司法专业化,还是有关抗辩制的改革。或许恰恰是这种冷静,即便20多年过去了,文章讨论的问题已改观或复杂了,但相关分析和论述的意义才逐渐展现出来。

这就是社会科学的研究进路,系统分析制度的利弊,不是按照自己的偏好或一时流行的话语来选择支持或赞同某种法治措施或目标甚至口号,尽可能展示社会的复杂关联,尽可能以多学科进路有效切入法学研究,自然展开社会科学研究的可能和潜力。这些尝试拓展了法学研究的领域,理论法学的研究领域,同时也扩展了法学研究的理论资源。其中我个人认为最重要的,甚或不是法社会学、法经济学和法人类学,而是被标签为后现代法学的多视角,其实那只是细致具体的辨析,拒绝居高临下的教诲,力求以普通人可能理解的日常语言展开的对话,细密分析、论证甚或雄辩。

二、什么样的问题?——个案考量

面对中国社会实际,肯定会触发一些疑问,各种疑问都有价值,常常还无可替代。但在这一前提下,也一定要承认,并非所有问题价值相同,不仅在学术和社会功用上,而且相对于学人自身的关注、偏好和关切的紧迫性。这就有了选择的必要。在此我用一个例子,讨论什么是我喜欢的,或我认为中国法学人应更多追求和关注的,可能会改善中国的法治,提升法学研究水平,并增加学术长久价值的问题?

这有关最近法院对前云南省委书记白恩培的刑事判决。具体判决就不赘述了,重点关注是判他“终身监禁,不得假释减刑”(下文简称“终身监禁”)。我看到网上一些相关分析和争论(陈兴良等,2016)。但我觉得有些讨论不是很有趣,更多是个教条、概念、定义或参照系的问题,是对即有原则的演绎。这种讨

^①最典型的是有关美国宪法的理论,几乎所有学者,包括教义法学学者,如却伯教授,都以不同方式承认,都是后来者基于美国宪法实践的创造。却伯教授针对美国宪法实践自18世纪到1980年代,概括了7个组织美国宪法实践的理论模型。波斯纳对伊利和德沃金等人的宪法理论的分析批评。

论或争论更像游戏,不能激发思考,不大能拓展我们对生活世界复杂性的理解。注意,我并非批评这些讨论,我知道,这些争论或讨论都发表在报纸上,面对公众,难免甚至必须止步于宣传和介绍法律常识。

争论问题之一是,判决白恩培终身监禁不得减刑和假释是不是违反了刑法的从旧兼从轻原则。依据这一原则,当一个人犯罪发生在新的刑法颁布(修改)之前,首先考虑适用旧的刑法,除非新的刑法处罚更轻。白恩培犯罪时,刑法对受贿数额特别巨大的法定刑只有无期徒刑和死刑,没有终身监禁。但无期徒刑实践中通常会有减刑,不会有终身监禁;除了极特殊的例外,一般监禁20多年就会刑满释放。死刑中死缓在缓刑两年后改为无期,也没有终身监禁。近年来基于少杀慎杀的刑事政策来对贪官已基本不判立即执行的死刑了^①。因此有学人辩称,对白恩培的终身监禁客观上适用了溯及既往的新法并加重了对白恩培的惩罚,违背法治原则。一些刑法学者很有道理且令人信服地反驳了这种观点。我承认这些讨论是有问题意识的,也宣传普及了刑法的一些原则。但我不太喜欢这种问题意识。因为其中更多体现的是一种法律人称之为规范意识的教条意识,是把从旧兼从轻断然视为天经地义,不必思考和分析了,也不必考虑在当下中国社会语境可能隐含的问题。虽然就此提出了一些问题,但也遮蔽了更多值得深思的重要法律学术和法治实践问题。

在我看来,这个讨论把刑法的不溯及既往和罪刑法定原则都教条化了,置于不再思考,甚至不能反思的位置,不思考这些原则当年因何发生,有什么时代和技术甚或学术的约束条件了。在没有争议的情况下,也可以这样;但一旦有争议,就不能只是演绎,常常就必须重新检验这一原则的一些前提预设。

确实,一般说来,对刑事被告的行为予以惩罚,但在产生此行为时,刑法不认为该行为为犯罪或惩罚较轻,这种刑罚违背了法律不溯及既往和罪刑法定的原则,是不公平的。其中的核心辩解之一是行为人没有获得足够的法律告知,有关其行为可能受到什么惩罚,他无法理性且有效地追求自己的最大利益,避免法律的惩罚。刑法之所以采用从旧兼从轻的原则,就是要将法律上任何好处,即便有争议,都给予刑事被告,这体现了法律的理性和对人的尊重。

这个原则抽象看是逻辑自洽的,能自圆其说,但它把真实世界的大量经验材料都抽象掉了,在实践上并非总是成立的。可以作为一种法律人的逻辑思维训练,但将这一原则运用于分析对白恩培的惩罚,分析终身监禁,就不像在研究真的和新的问题,相关的演绎就像在“过家家”。

首先,支持这个法律不溯及既往和严格罪刑法定教义的理论基础是19世纪对人的想象,高度理性的人。其认定,其实是假定,任何人知道了犯罪受惩罚的严厉程度就会理性选择规避不违法,若在知情条件下仍选择犯罪就是罪犯自主选择了惩罚。康德有违常情但逻辑强悍的死刑主张就是基于这一假定(康德,1991)。这个教义的另一支柱是假定国家的无所不在和无所不能,不但永远能抓到罪犯,而且永远能有证据重现一切,确保每个罪犯都受到公正惩罚。

这两点都不真实。理性罪犯是会考虑法律规定了什么处罚,但他更多考虑的是自己被抓获、起诉和定罪的概率。即便杀人者都判死刑,仍会有人杀人,因为杀人者下的注是自己不被抓获,乃至有些罪犯杀人仅仅是为降低自己被抓获的概率。即便被抓获的概率100%,罪犯也不可能精确知道自己会受何种惩罚,因为有证据问题,有辩护问题,有多少金钱能购买何种能力的律师服务问题(律师全都依法辩护也不能改变这一点,律师价格的巨大差别就大致反映了对律师技能甚或关系的市场评价)以及如今罪刑法定都是(也应当)相对的,不再绝对——法定刑3—7年,除了司法腐败,有谁能事先知道自己会被判几年?

即便理性的犯罪也常常伴随了情感或情绪(Bandes,2000),因此有些犯罪甚至可以视为罪犯满足自身情感和欲望的一种“消费”(北京晨报,2007)。有人先凶残杀人然后自首,想的不是如何避免受惩罚,而只是逃脱死刑的惩罚,也有人“不蒸包子争口气”的犯罪,因此刑法的所谓“告知”只是学者的书斋想象。这意味着不同人的理性算计是不统一的,是非常主观的,或者说人的理性不能简单等同于学人的算计。也因此,当代的法律行为经济学已经把情绪和个人的种种怪癖也纳入理性分析了(Sunstein,2000:ch.1)。

^①最近的一次是2007年7月10日对犯受贿罪的前国家食品药品监督管理局局长郑筱萸执行死刑。

而且,在特殊情况下,任何法定原则也不应规定现实世界的行动。针对阴谋恐怖活动的立法,加重了处罚,真的就不能容忍吗?想想宪法不是个自杀协议的说法!想想911之后美国的爱国者法案(波斯纳,2010)。你可以批评它溯及既往,但世界上还有一种“必要之法”(law of necessity)(Posner,2003:ch.8)。

这还是一般层面的分析,更重要的是此案。白恩培贪污受贿数量巨大,即便有些可能不是他本人收取的,即便他从来没学过法律,他也应知道,这是犯罪,是重罪,甚至有可能判处死刑。中国虽然近年来没有对贪污罪适用死刑,但过去20年来还是对不少高级干部适用过死刑的,胡长清、郑筱萸、慕绥新,甚至对比白恩培级别更高的干部——成克杰——也适用过死刑。他可能不知道这些判例吗?我无法证明他知道。但我相信,任何一位中国法官或中共党政干部都会“不存在合乎情理地怀疑”地相信白恩培知道这些判例。如果从旧,贪污受贿2.4亿,他应当知道自己是有死罪的。当然,还可能有人律师矫情,白恩培不知道自己贪污的精确数额,因此白恩培无法预知自己的死罪。但如果这不是死磕战术,就只能是愚蠢或无耻了。就算白恩培不知道,难道这个责任不应由他承担,难道要由社会责任吗?社会何以可能预知白恩培的贪污数额,又如何告知或警告他?难道,由于白恩培连自己受贿金额都不知道,因此很难说他有故意实施的受贿,这一受贿罪就应存疑?甚或“疑罪从无”?

因此,若认为依据从旧兼从轻原则,对白恩培只应也只能判死缓以下的刑罚,该推理前提就是,从来不可能也不应对白恩培判死刑立即执行。论者可以如此判断,如此结论,但问题是他怎么得出这个结论。他并非此案法官,他可以要求法官,但他不能替代法官决策。即便是法官,当他个人的信念和主张与法律发生冲突时,该让步的不是法律,而只能是也必须是他的信念。

三、什么样的问题?——制度考量

但即便如此,这样讨论终身监禁也还太局限。其意义仍局限于白本人。虽然个案公正非常重要,不仅对于当事人,也对于法官和律师;但如果能看到这个问题背后的一些社会意味,我觉得意义更大。此案中就有这样的问题,即刑法修正案(九)隐含的一些更为重大具有一般刑事法律政策和社会意义的问题。这是律师和法官通常不大关心或没有或不太有能力关心的问题。在我看来,法学人更多要做的不是,或至少不只是,当法官或律师的导师,教他/她们如何适应法条,那本来就是法官和律师的职业领地,而是要与法官和律师分工负责,分析考察法官律师立法者没有关注或因没时无心而忽视的问题,具有一般性的且有经验后果的问题,尽管这本来更多是立法者应关心的问题。

首先,终身监禁看起来是很严厉的惩罚,至少法制宣传效果上如此,但在当今中国社会未必如此,至少不像法学者想象得那么严厉。就白恩培案的实际执行效果来看,这很可能比15年有期徒刑加开除公职还轻一点。起码,终身监禁确保了白恩培终身获得完全的医保和养老,对许多普通中国人这都还是种难以想象的福利。包括我和参加讨论的各位法学家都不可能获得白恩培因终身监禁可能获得那种医保,即,至少从理论上他很可能一分钱不花,我们至少要支付门诊费用和百分之十的医药费。此外,白恩培在监狱里,老了,病了,需要人照顾,他甚至无需支付看护费用,这也就免除了他家人沉重的看护负担。国家必须拿钱替他雇了一个或半个护工。即便这是伴随对他的惩罚而来的,客观上也是福利。这意味着,他受的惩罚恰恰因终身监禁减轻了。

注意,我在此不是提任何量刑建议,这不是我的事,即便我有责任,也不适合在此考察。我在此只是建议立法者,法学人都不要仅从概念上理解刑罚严厉与否,还要从经验层面来理解和考察。这其实就是普通人的立场和视角,而不是从康德或罗尔斯那种玄思层面。

其次,鉴于终身监禁首先会是对贪官普遍适用的惩罚,有法律人或法学人出于其他考量还试图将之普遍推广,因此有关分析就不再是白恩培一个人的问题,不再是个案问题,至少也是一个公共政策和政治治理的问题。不仅一批罪犯可能落入这个范畴,而且这意味着,中国的监狱,其实是国家,必定为此要多支付一大笔费用。这个负担最终会落在纳税人身上。这个问题无法避免。如果不考虑这个问题,对老年罪犯的终身监禁不增加财政支出,肯定会引发这些囚犯的人权问题。但只要管,这笔费用就不是个

小数。我曾同狱政工作人员请教过这个问题,由于长期监禁,许多老年罪犯,已经成了监狱和国家的巨大负担。不少罪犯的家人事实上借机把犯罪老人的养老问题推给了监狱和国家,也就是推给了纳税人。这些问题,律师和法官和检察官或纪委通常不会考虑的,他们的任务大致是把罪犯送进法院和监狱。但立法者,以及法学人,则从一开始就必须认真思考这个问题;面对注定有限的财政税收,人力物力,立法者必须做出决断。个别刑法学者仅仅关注教义学是可以的,但整个刑法学界不考虑这个问题则不合适,因为这一定会影响刑事司法实践,影响刑事政策。甚至这还意味着全社会的监禁人员数量增加,要建设更多的监狱等一系列问题,是牵连很广的法律实践问题。这其实已经是世界性的问题。想想,为什么在日本、南非和美国等国家监狱会私营(都市快报,2009;每日新报,2007;南方周末,2012),关键就是要减少国家的费用,尽可能让监狱自负盈亏。据实证研究,在美国,监禁一个超过70岁的老人所需要的费用大约为60000到70000美元之间,这大约是两位普通工人的税后收入(Porcella,2007)^①。面对这一现实约束以及国外已有经验,终身监禁是否是中国这个全球最大的发展中国家法治建设的最佳实践选项,就不只是从概念层面推断就能看清的,在实践上,至少应当慎重。

第三,对白恩培这类罪犯,有强烈义愤很正常,我也深恶痛绝。但在实践层面,你真的可以将之终身监禁。如果白恩培90岁了,或是癌症晚期,昏迷了,难道真的终身监禁?不能让他家人领回家,或是让他死在医院,死前有他的家人在身边?这种惩罚真的那么必要吗?这种严厉或残忍真的是终身监禁的惩罚效果所必须的吗?我不是个软心肠的人,在法学界我一向公开主张保留死刑,反对废止。但无论心肠软硬其实都要考虑效果,刑罚不是为置气或煞气,但更不能用来折腾自己——司法体制、政府、狱警或纳税人。从实践层面来看,无论如何严格,我估计,几乎所有终身监禁的罪犯,最后不是死在救护车上或无疾而终,都会死在医院里。到这时还有绝对必要不允许罪犯家人陪伴,即便是有限的?因此,实践中,最终一定是个名义上的终身监禁。我判定,刑法修正案(九)这一条的最终实践形态一定会是,至少是,临终前的变相假释——保外就医(注意,刑法修正案(九)甚至不禁止保外就医)。终身监禁因此对于50多岁的贪官加重处罚的意义会非常有限。实践中也容易出其他问题。或许,这一修正案的最大(尽管不是全部)意义就是在语词上令许多法律人觉得我们的法治又进步了?!

鉴于以上几点,即便我不质疑对白恩培本人的量刑,却不能不令我对作为制度措施的终身监禁不得假释的坚持和推广保持一份迟疑?我这个迟疑和猜忌也并非空穴来风。因为我曾听到有高层法律人和法学人主张废除死刑,用类似诸如50年长刑期乃至终身监禁不得假释这种措施来实现刑法人的废除死刑的伟大梦想。这令我担心,也许三五年后甚至更早,就会有学人或非学人却以纯学术的名义建议,依据一些严重剪裁的所谓经验,向中央建议推广。但最终是全体中国普通纳税人守法公民为此买单。注意,不仅是为罪犯的“福利”买单,更是为部分法律人废除死刑的所谓伟大历史成就——其实更可能是个历史错误,如果成功的话——买单。每每想到此,我只能用霍姆斯的话安慰自己:“如果美国人民想着下地狱,那么我的责任就是尽快把他们送到那里”(M. D. Howe,1953)。但霍姆斯是大法官,比我年长多了,他可以不负责任,其实只是口头上。我是个学人,没打算早死,不敢像霍姆斯那么率性恣意。我只能说,如果这个社会就愿意让法学界的“本山大叔”忽悠了,可别说没人告诫过你!

四、谁的问题?

不仅什么问题重要,有时好的问题意识还关涉某个问题是谁提的。因为,在一个职业分工、社会分层的社会中,一个坚持以天下为己任,先天下之忧而忧,后天下之乐而乐的学人必须有这一点自觉。

继续以终身监禁不得假释是否违反从旧兼从轻原则的争论为例。起初,我从理论逻辑分析“终身监禁不得假释违反了从旧兼从轻”的命题,觉得完全不成立,觉得这一命题主张者有点矫情,这也就是我前

^①美国的研究表明,监禁囚犯的费用会随着囚犯的年龄增长而陡然上升,其中很大一块是医疗费用,特别是如果他活到70岁以上(就不说活到80或90岁了)。

面说觉得像是“过家家”的来由。后来我发现,这个命题不那么简单。如果这个命题首先在某个个案,如白恩培案,获得学界和司法界(公检法、律师乃至纪委)的认可,那么涉案罪犯所受的实际惩罚就会大大减轻,即便死缓然后无期,实际监禁通常也就20多年。对于白本人,鉴于他已经70岁了,这个刑期与终身监禁不得减刑几乎没区别。但这对于一位刑事辩护律师的“成功”辩护而言,很重要;但对他之后的类似案件的辩护以及整个刑事辩护律师界的类似辩护,都很重要。

因为只要在一个案件有突破,那么就成了事实上的先例,即便不决定也会深深影响类似案件的量刑,就如同如今对贪官已经基本不适用死刑立即执行一样。刑法没有废除对贪污受贿者的死刑,但作为司法实践的对法官有强大约束力的惯例,已经不适用死刑立即执行了(我完全接受这一惯例)。若这一说法成立,对于整个律师界来说,就会是个重要的利好消息,至少对今后几年内惩治的贪官,只要其贪污受贿是在刑法修正案(九)发布之前,就会是个“福音”,岂止是个福音,那就是可以逃脱终身监禁。这一分析不全来自我的浮想联翩,事实是,提出这个曾令我困惑不解的问题的法律人,虽身在学界,却更是一位刑辩律师。恰恰是他的双重身份,才令我一下子解开了自己“图样图森破”的困惑,理解了他以这种方式提出这个问题的背后潜藏的长远职业利益考量。

这样的问题意识或如此理解这个问题不是诛心,即便有人可能这样认为。因为我不认为一位刑辩律师,以貌似学术的追求,从更大战略层面,来追求他和律师界在刑事诉讼上的利益有什么不对。律师职业道德不但允许,甚至要求律师,以一切合法手段,为其当事人谋求利益。这些手段自然包括律师以学术讨论的方式来影响司法的个案或整体的结果。法律也不要求律师坦诚自己学术讨论的真正目的。如果你说这太“狡猾”了,那么,法律也不禁止狡猾。这是精明。但也正因此,至少一部分法学家和法律人的问题意识应当包括,法律学术研究的社会后果推进的是何种利益,某个命题代表了谁的利益,并因此结论认为这是谁的问题。由于关心的是社会实践的后果,社会格局的变化,因此说到底,这就不是“诛心”,不是猜测部分人的心思,而只是让我们个人的思考更好地融入这个复杂的社会,也不是为了入世,而只因为“在阶级社会中,每一个人都在一定的阶级地位中生活,各种思想无不打上阶级的烙印。”(毛泽东,1991:283)值得多说一句的是,这一点是经济学研究的常识,但法学中,尤其在许多偏重纯理论研究的中国学者中,容易淡忘,甚至毫无意识。

注意法律变动引发社会利益格局重新分配,并不都有强烈的政治意味。记得在一次讲座中,我承认“疑罪从无”是司法的必要原则,但我也分析指出,这一原则在实践层面并没真的解决疑罪难题,而只是通过改变疑罪案件审理中相关各方的利害分配格局,把这个问题转移了。犯罪嫌疑人、律师和检察机关都因此不同程度获益了,但犯罪受害人,并往往是社会更底层的人常常因此严重受伤。在公检法三家中,从分析来看,法院获益最大,警方收益很小,但支付的成本最高。这不是质疑疑罪从无。从全社会来看,从各国实践来看,疑罪从无总体说来确实是最优选项。但即便如此,我们仍必须清楚意识到为这一社会整体的收益支付代价的常常是犯罪受害人——因为疑罪从无确实会令一部分罪犯逃脱了惩罚,或没有受到足够惩罚。疑罪从无其实只是一种决疑术,只是既定约束条件下的最佳选项,它并非法学的真理,解决了一切疑罪难题,可以终结并要求我们终结可能的努力。只有当不是仅仅作为信条,而是深刻理解了这一信条背后的道理和利弊抉择后,才不会简单教条地用疑罪从无来应对复杂的现实问题,而在遵循这一原则之际,仍懂得这个原则只改变了利益格局分配,想到在这一利益格局改变中受损的犯罪受害人。注意,这种对法学知识不足的自觉和自省也是一种法律人和法学家应有的问题意识。

有了这种问题意识,在社会实践中,法律人就有可能在一些个案中以各种手段弥补这种无可避免的遗憾。这在当今,首先是借助科学技术的不断进步,至少可能令一些原先的疑罪不再存疑。DNA检验就令许多在昔日只能定为疑罪的不再是今天的疑罪。甘肃白银杀人案的侦破就是一个非常重大且有强大说服力的例证(唐爱琳等,2016:A16-17)。从中获益的不仅是那些被谋害者的亲人,也有警方和政府,是法治——即便检方和法官可能因此工作量增加,并在这一特定意义上“有损”了。二是理解中国历史上“疑罪从轻”以及现代西方国家的其实与“疑罪从轻”高度类似的一些司法实践,并汲取其中合理的操作

经验：即当没有确实充分证据确保指控某一指控成功之际，检法仅指控、认定并因此成功惩罚那些有足够可靠证据支持的犯罪，不纠缠于所谓“正确的”指控和定罪。至少有时，这种看似罪名从轻的惩罚也得到了相应的惩罚效果，无论对于罪犯还是对于社会。曾有学人提出一个设想的案例：同卵双胞胎，一个抢了银行，另一杀了人，由于基因完全相同，法院无法判断各自犯了什么罪；疑罪从无，该学人论辩说，法院只能将两人都释放。波斯纳回答说，都判抢劫罪的惩罚，他俩谁也别抱怨。抢劫的受到了公正惩罚，谋杀者受到了较轻惩罚（波斯纳，2002：141）。

这也意味着，法学人的问题意识必须是实践导向的，而不是玄思导向的。一个针尖上能站几个天使，从思辨的经验哲学来看，这个问题太有问题意识了，但这不是实践者，行动者的问题意识。

讲了很多，概括起来，要表达的只是：对于法律学人来说，仅仅从概念或理念层面思考远不够，必须从实践层面以及可能的后果层面来思考，这才是务实的法律学术思考。只有这样的问题意识，才是我认为的有实践意味的问题意识，也不光是法学人的问题意识，而且会是真正要做事且能做成事的法律人的问题意识。换言之，有了这种深厚的问题意识，才有可能真正成为法律人或政治家，不只是法官，而且是能肩负历史使命并充满家国情怀的立法者。

参考文献：

- [1] 北京晨报(2007). 四少年虐杀妇女获刑 死者家属哭问为何没死刑. 北京晨报, 2007-06-30.
- [2] 波斯纳(2002). 道德与法律理论的疑问. 苏力译. 北京: 中国政法大学出版社.
- [3] 波斯纳(2010). 并非自杀契约——国家紧急状态时期的宪法. 苏力译. 北京: 北京大学出版社.
- [4] 波斯纳(2015). 司法反思录. 苏力译. 北京: 北京大学出版社.
- [5] 波斯纳(2016). 超越法律. 苏力译. 北京: 北京大学出版社.
- [6] 陈兴良、邱兴隆、赵秉志(2016). 陈兴良、邱兴隆、赵秉志评白恩培适用终身监禁案. 法制网, http://www.legaldaily.com.cn/fxjy/content/2016-10/11/content_6833379.htm?node=70693.
- [7] 都市快报(2009). 美国亚利桑那州监狱可能全面私营化. 都市快报, 2009-10-25.
- [8] 康德(1991). 法的形而上学原理. 沈叔平译. 北京: 商务印书馆.
- [9] 毛泽东(1991). 毛泽东选集(卷1). 北京: 人民出版社.
- [10] 每日新报(2007). 日本首座私营监狱开张. 网易新闻, <http://news.163.com/07/0515/23/3EIQRBVP000120GU.html#>.
- [11] 南方周末(2012). 私人监狱公司: 靠囚犯也能挣钱. 南方周末, 2012-09-05.
- [12] 唐爱琳、罗婷(2016). 八任公安局长接力调查白银连环强奸杀人案. 新京报, 2016-08-30.
- [13] Bandes, S. A. (2000). *The Passions of Law*. New York: New York University Press.
- [14] Howe M. D. (1953). Holmes-Laski Letters; The Correspondence of Mr. Justice Holmes and Harold J. Laski, 1916—1935(1).
- [15] Posner, R. A. (2003). *Law, Pragmatism, and Democracy*. Cambridge: Harvard University Press.
- [16] Porcella, K. (2007). The Past Coming Back to Haunt Them: The Prosecution and Sentencing of Once Deadly But Now Elderly Criminals. *John's Law Review*, 81(1).
- [17] Sunstein, C. R. (2000). *Behavioral Law and Economic*. Cambridge: Cambridge University Press.
- [18] Tribe, L. (1988). *American Constitutional Law*. Brooklyn: The Foundation Press.

■收稿日期: 2016-10-27

■作者地址: 苏力, 北京大学法学院; 北京 100871. Email: zhusuli@pku.edu.cn.

■责任编辑: 李媛