

刑事司法裁量的边际均衡

——从枪支认定标准与赵春华案切入

熊德禄

内容提要:立足于真实的社会生活实践而不是想家的概念语词,能更好地厘清涉枪案件刑事司法面临的困境。经由枪支认定标准,刑事司法权力突兀地介入普通民众的正常社会生活,打破司法权力与公民权利的基本边际均衡,造成了刑事司法裁量的尴尬。刑法意义上的具有高度危险性的枪支,不应该与普通民众生产、经营、游艺所使用玩具枪、仿真枪的正常活动发生关联。刑事司法不侵扰普通民众的日常生活,这是刑事司法权力与公民社会利益的基本边际均衡。以一个侵扰公民正常社会生活的枪支认定标准为基础对涉枪案件进行“综合考量”,只会增加刑事司法的内部复杂性,进而造成刑事司法正当性的严重削弱。只有直面真实的社会生活实践,摒弃迷恋语词的法律形式主义思维,看重刑事司法的系统性后果,确定适宜的枪支认定标准,维护刑事司法裁量的基本边际均衡,才能有效化解涉枪犯罪司法治理的困境。

关键词:刑事司法裁量 枪支认定标准 赵春华案 权力边界

熊德禄,四川轻化工大学法学院讲师。

引言:刑事司法的边际均衡视角

赵春华非法持有枪支案曾经引发了全国性关注。^[1] 热点刑事案件实际上耗费了巨

[1] 2016年10月12日晚,天津市河北区公安机关在赵春华的射击游艺摊位当场查获枪形物9支及相关枪支配件、塑料弹。涉案9支枪形物中的6支经鉴定为能正常发射以压缩气体为动力的枪支。12月17日,天津市河北区人民法院一审判决“赵春华犯非法持有枪支罪,判处有期徒刑三年六个月”。此案经媒体曝光后,引发了舆论的强烈关注。2017年1月26日(农历腊月二十九),天津第一中级人民法院二审改判“赵春华犯非法持有枪支罪,判处有期徒刑三年,缓刑三年”。赵春华被当庭释放,得以回家过年。参见天津市河北区人民法院刑事判决书(2016)津0105刑初442号;天津市第一中级人民法院(2017)津01刑终41号。

额社会成本,应该产生相应的收益,特别是司法理论收益。以制度建构的思维开掘热点刑事案件蕴含的理论能量,才能避免因为社会关注点的迁移、舆论智慧的流逝导致的资源净耗费。此案事实并不复杂,复杂的是与枪支认定标准相关联的定罪与量刑问题。公安部 2010 年印发的《公安机关涉案枪支弹药性能鉴定工作规定》明确了枪支认定标准,其中“对不能发射制式弹药的非制式枪支,按照《枪支致伤力的法庭科学鉴定判据》(GA/T 718—2007)的规定,当所发射弹丸的枪口比动能大于等于 1.8 焦耳/平方厘米时,一律认定为枪支”。 $1.8\text{J}/\text{cm}^2$ (焦耳/平方厘米)比动能是一个可以造成人的眼睛轻伤的比动能下限阈值。根据这一标准,日常生活中寻常可见的玩具枪、仿真枪很容易被认定为枪支,而制造、买卖、运输、邮寄、存储、持有玩具枪、仿真枪的行为就极有可能构成相应的涉枪犯罪。

玩具枪、仿真枪在老百姓生活中寻常可见,然而,根据这一认定标准,对玩具枪、仿真枪的持有、游艺使用、经营等行为却很容易构成犯罪,并且是极其危险的危害公共安全的枪支犯罪。那么,为什么不严厉禁止枪口比动能超过 $1.8\text{J}/\text{cm}^2$ 的玩具枪、仿真枪进入日常生活?还是根本无法禁止这些玩具枪、仿真枪进入日常生活?如果根本就做不到禁止这些玩具枪、仿真枪进入日常生活,那么是不是枪口比动能标准本身有问题?又有什么问题?在 $1.8\text{J}/\text{cm}^2$ 枪口比动能标准实施以后,一些以压缩气体为动力且枪口比动能较低的涉枪案件的刑事司法裁量严重背离一般民众的认知,个案的处理引发社会各界广泛关注,法律效果和社会效果不佳,造成了涉枪案件刑事司法的严重困境。有鉴于此,2018 年最高人民法院、最高人民检察院联合发布了《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》(下称“《批复》”),要求对以压缩气体为动力且枪口比动能较低的枪支、气枪铅弹案件的处理,“坚持宽严相济刑事政策,从枪支数量、致伤力大小、行为人认知等主客观方面综合考量,避免唯枪支数量论”。《批复》继续沿用了关于枪支认定的 $1.8\text{J}/\text{cm}^2$ 枪口比动能标准,同时又摒弃了“唯枪支数量论”,确立了“综合考量标准”。

“我们必须思考事情而不是语词。”^[2]如果立足于真实的社会生活实践而不是想象的概念语词,其实很容易看清楚,经由 $1.8\text{J}/\text{cm}^2$ 枪口比动能标准,涉枪犯罪的刑事司法权力突兀地介入了普通民众的日常生活,大量与玩具枪、仿真枪有关的生产、经营、游艺等正常生活行为被认定为犯罪,普通民众的生活惯习突然就被推到了犯罪的悬崖边缘。审视当下涉枪案件的司法困境应当关注生活事实,警惕法律形式主义的语词逻辑推演。刑事司法权力不应当侵扰民众日常生活,这是刑事司法裁量的权力边界,也是刑事司法裁量权力与公民社会利益的基本边际均衡。^[3] 2010 年前后,本应恪守边界的刑事司法权力严重越界了。

法的边际均衡理论认为,法是不同的社会利益的博弈均衡,追求在不同社会条件下权利义务或权力职责关系的最佳边际均衡状态,在本质上,法应该是各种社会关系利益的最佳

[2] See Oliver Wendell Holmes, Law and the Court, in Max lerner ed., *The Mind and Faith of Justice Holmes: His Speeches, Essays, Letters and Judicial Opinions*, The Modern Library, 1943, p. 389.

[3] 参见石茂生:《司法权力泛化及其制度校正——以司法权力运行为中心》,《法学》2015 年第 5 期,第 27-29 页。

边际均衡点。^[4] 这里所谓关系利益,是指某种法律关系背景下的利益,是一种相互冲突相互促进的既矛盾又统一的利益。

按照陈岱孙的界定,边际主义是指在两个相关变量中,一个变量的单位增量会导致另一个变量的单位增量(或正或负),在其它情况不变的条件下,两个变量将形成均衡,达到不能或不值得继续变化的边沿或限度。^[5] 刑事司法权力与公民社会利益就是两个重要的相关变量,二者的边际均衡是刑事司法秩序的基础背景。如果公民社会利益追求不当扩张,就可能制约刑事司法权力的运转;如果刑事司法权力不当扩张,就可能压制公民的正当社会利益诉求。从现实性的角度来看,更可能扩张的是刑事司法权力。实际上,扩张是权力的本性,因此需要事先确定权力运行规则,要把权力关在“规则”的笼子里。

刑事司法裁量涉及到刑事司法权力与公民社会利益的博弈均衡。包括《批复》在内的各种刑事法律法规,实际上是刑事司法权力与公民社会利益博弈均衡状态的回应,追求的是刑事司法权力与公民社会利益的最佳边际均衡。亦即,通过最少的刑事司法资源投入,实现最好的社会秩序和公民利益保障。当然,刑事司法裁量的最佳边际均衡是理想的指针而不是实践操作目标。务实的刑事司法裁量应该实现刑事司法权力与公民社会利益的基本边际均衡,也就是说,刑事司法权力应恪守边界,不侵犯正常社会生活秩序范畴的公民利益。

现行枪支认定标准以及《批复》导致了刑事司法权力的不当扩张,深刻影响了刑事司法裁量的基本边际均衡,造成了涉枪案件刑事司法裁量的疑难。从法的边际均衡视角,有助于洞察枪支认定标准以及《批复》涉及到的刑事司法裁量的权力边界问题,从而厘清涉枪刑事案件司法争议的错综复杂。

一 枪支认定标准的疑问

《枪支管理法》从1996年、2009年到2015年对枪支的实质性界定,均为“足以致人伤亡或者丧失知觉”,亦即,枪支是一种具有高度危险性的器械。^[6] 这是一个看上去明确,但操作起来模糊的界定。刑事司法实践需要一个关于枪支“足以致人伤亡或者丧失知觉”的确定阈值和判断枪支高度危险性的可操作标准。

(一)“松木板标准”:高度危险性的界定

2001年公安部实施的《公安机关涉案枪支弹药性能鉴定工作规定》确定了干燥松木板标准(后文简称“松木板标准”),即“对于不能发射制式(含军用、民用)枪支子弹的非

[4] 参见刘少军著:《法边际均衡论:经济法哲学》,中国政法大学出版社2017年版,第XIV、43、45、47页。

[5] 参见晏智杰著:《经济学中的边际主义》,北京大学出版社1987年版,第2页;[英]R. D. C. 布莱克等著:《经济学的边际革命:说明与评价》,于树生译,商务印书馆2016年版,第20页。

[6] 不具备高度危险性的管状器械不能认定为枪支。而车浩教授认为,“只要符合枪支管理法的规定,外形上足以让一般人认为是‘枪’,能够引发他人的危惧感,即使客观致伤力低微,也可以认定为枪支”。按照这一逻辑,枪口比动能标准(1.8J/cm²)也没有存在的必要了。参见车浩:《非法持有枪支罪的构成要件》,《华东政法大学学报》2017年第6期,第42页。

制式枪支,按下列标准鉴定:将枪口置于距厚度为 25.4mm 的干燥松木板 1 米处射击,当弹头穿透该松木板时,即可认为足以致人死亡;弹头或弹片卡在松木板上的,可认为足以致人伤害。具有以上两种情形之一的,即可认定为枪支”。此“松木板标准”换算成枪口比动能标准大致等于 $16\text{J}/\text{cm}^2$ 。^[7] 从多年的刑事司法实践来看,按照“松木板标准”和《最高人民法院关于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(法释[2009]18 号)(下称“《涉枪解释》”)处理相关案件,未引发问题和争议。^[8] 这就意味着“松木板标准”与刑事司法实践需求相适应。其一,“松木板标准”满足了严控枪支的刑事司法政策;其二,按照“松木板标准”严控枪支没有干扰普通民众的日常生活;因此,其三,“松木板标准”对枪支的高度危险性($16\text{J}/\text{cm}^2$ 枪口比动能)的界定是适宜的。

高度危险性是判断“利用管状器具发射金属弹丸或者其他物质”的器械是否是枪支的根本指标。只有具备了高度危险性,也就是具有强大杀伤力的管状器具才属于枪支。由于枪支具有高度危险性,因此必须严厉禁枪,确保附随于枪支的高度危险远离普通民众。“松木板标准”实际上界定了涉枪犯罪刑事司法裁量权的合理射程,基本实现了刑事司法权力与公民社会利益的边际均衡。

(二)“猪眼睛标准”的粗疏替代

2007 年公安部发布《枪支杀伤力的法庭科学鉴定判据》,将枪支杀伤力判据修改为枪口比动能 $1.8\text{J}/\text{cm}^2$ 。2010 年公安部印发《公安机关涉案枪支弹药性能鉴定工作规定》,确认了以 $1.8\text{J}/\text{cm}^2$ 枪口比动能标准认定枪支。

枪支认定标准为何从枪口比动能 $16\text{J}/\text{cm}^2$ 骤降为枪口比动能 $1.8\text{J}/\text{cm}^2$? 这要追溯到 2007 年前后,全国许多地方发生了持仿真枪近距离伤人或者威胁伤人进行犯罪的事件。由于仿真枪的杀伤力达不到当时的“松木板标准”,不能认定为枪支。为了有效地打击涉枪犯罪,刑事司法实务部门认为应该以致伤人体最脆弱器官(眼睛)的枪口比动能做为认定枪支的最低阈值,“最大限度地保护人民不受伤害”。^[9]

1. “猪眼睛标准”的形塑

通过对长白猪眼睛进行射击实验,确定了枪口比动能 $1.8\text{J}/\text{cm}^2$ 是造成人眼睛轻伤的下限阈值,这是 2007 年《枪支杀伤力的法庭科学鉴定判据》的实验基础。^[10] (后文将

[7] 参见《《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》;叶良芳:《刑法司法解释的能与不能——基于网购仿真枪案和掏鸟窝案判决的思考》,《政法论坛》2016 年第 6 期,第 24 页。

[8] 参见《《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》。

[9] 参见季峻、张晓军、李松:《钢珠气枪及其发射弹丸的检验和鉴定》,《江苏警官学院学报》2008 年第 3 期,第 185 页;李蒙:《仿真枪案,今后应该怎么办?》,《民主与法制》2017 年第 14 期,第 26 页。

[10] 当时南京市公安局季峻等人进行了长白猪眼睛射击实验。公安部《枪支杀伤力的法庭科学鉴定判据》(GA/T 718-2007)所确定的标准,季峻是第一起草人,季峻所在单位——南京市公安局刑事科学技术研究所是本标准第一起草单位。参见季峻、张晓军、李松:《钢珠气枪及其发射弹丸的检验和鉴定》,《江苏警官学院学报》2008 年第 3 期,第 184 页。

1.8J/cm²枪口比动能标准简称为“猪眼睛标准”,并无嘲讽意味。)

“猪眼睛标准”是在屠宰场室内无风环境下,使用钢珠气枪,射距10—20cm,对11只重200斤左右的健康长白猪眼睛进行射击的实验结论。^[11]如果这是科学结论的话,只能说枪口比动能1.8J/cm²是造成长白猪眼睛轻伤的下限阈值。长白猪眼睛轻伤的下限阈值并不能直接等同人眼睛轻伤的下限阈值,二者之间的转换至少应该做一些基本的科学论证(如果无法实验验证的话)。何况,长白猪眼睛轻伤的界定依据竟然采用的是人眼睛的轻伤标准,即《人体轻伤鉴定标准(试行)》(法(司)发[1990]6号)。^[12]人眼睛的轻伤标准当然不能直接等同于长白猪眼睛的轻伤标准,二者之间的转换也须要进行科学论证。甚至,什么是长白猪眼睛的轻伤标准?这本身就是一个问题,是一个物种对另一个物种的猜测,是一个类似于话语权的没有答案的问题。

这不是吹毛求疵,因为这一实验是在确定关于枪支致伤力的法庭科学鉴定判据标准,一种公共安全行业国家标准,一种会引起刑事司法权力运行的重大变化,并将深刻影响普通民众日常生活的刑事司法裁量标准。无疑,“猪眼睛标准”下限阈值的确定不是严谨的科学论证,而是粗疏的猜测。猪眼睛射击实验结论可以说漏洞百出,以此为依据的《枪支致伤力的法庭科学鉴定判据》是非常不严谨的。当然,由此而来的枪支认定规则就是一个“泥足巨人”。

2. “猪眼睛标准”不能界定高度危险性

枪口比动能1.8J/cm²是在距离人的身体30cm远射击可以造成皮肤红点的动能。^[13]这一动能如果直接作用于人的眼睛,可能造成轻伤等级的功能障碍。这一造成人眼轻伤的动能阈值不能等同于枪支的高度危险性。

玩具枪、仿真枪的枪口比动能达到了1.8J/cm²,可能就会造成人眼的轻伤,但不能因此就断定玩具枪、仿真枪具有了枪支的高度危险性。玩具枪、仿真枪必须对准人眼睛实施有效射击才可能致伤,也就是说要像真枪一样便捷、随意、普遍地造成人眼轻伤,这非常困难。生活中一般的玩具枪、仿真枪没有这种有效射击功能。如果为了实现伤害的目的,与其用赵春华案中打气球的仿真枪对准人的眼睛进行射击,还不如抡起枪直接砸向对方眼睛更为有效。

无疑,仿真枪、玩具枪致人轻伤(准确地说是致人眼睛轻伤)的危险性不具有普遍性,只是在特定情形下才可能发生。实际上从成本收益的视角来看,如果持玩具枪、仿真枪故

[11] “经对12只眼睛进行射击试验、医学摘除及医学解剖检验分析,试验结果为0.4J/cm²二只眼,1.5J/cm²二只眼没有明显伤,1.5J/cm²二只眼构成伤残,另三只实验眼球具有伤残的很大可能。2.5J/cm²伤残明显,其中一眼击中后就鲜血直流。可以看出比动能在大于1.5J/cm²的情况下对人要害部位(眼睛)近距离射击可以造成伤残。”该实验关于人眼睛伤残的结论显然没有进行科学论证。季峻、张晓军、李松:《钢珠气枪及其发射弹丸的检验和鉴定》,《江苏警官学院学报》2008年第3期,第184页。

[12] 2014年实施了新的《人体损伤程度鉴定标准》,继续沿用原来的“猪眼睛射击实验”数据也应该结合新标准进行相应的科学论证。

[13] 参见车浩:《非法持有枪支罪的构成要件》,《华东政法大学学报》2017年第6期,第43页。

意射击人的眼睛,这样的犯罪行为很不划算,必然罕见。玩具枪、仿真枪只有具备便捷、随意、普遍地致人眼轻伤的功能,才可以说具有枪支的高度危险性。生活中没有人会把玩具枪、仿真枪的危险性等同于真枪的危险性。人们对于生活中普遍存在的玩具枪、仿真枪安之若素,不以为然,因为这里没有高度危险性,甚至一般危险性。

然而“猪眼睛标准”把绝大多数玩具枪、仿真枪划入了枪支的范围,这就造成一种尴尬的生活景观。一方面,确定“猪眼睛标准”严控枪支,把枪支的高度危险性约束在狭小的社会生活范围,远离民众日常生活;另一方面,“猪眼睛标准”把绝大多数玩具枪、仿真枪界定为枪支,枪支的高度危险性由此也就“普遍存在”于民众社会生活。意图约束枪支高度危险性的“猪眼睛标准”极大地拓展了枪支高度危险性的存在范围。这一语词与功能的悖论反映了逻辑与经验的背离。

(三)从“松木板标准”到“猪眼睛标准”的规则寓意

根据“松木板标准”,涉案器械如果无法被认定为枪支,就不能按照涉枪犯罪进行治理,但是,相关犯罪行为完全可以以故意伤害罪、绑架罪、敲诈勒索罪、寻衅滋事罪以及其他罪名予以处罚。不能仅仅为了彰显严厉禁枪的决心和姿态就不适当地扩张涉枪犯罪打击范围。

“仅仅站在那里远远地一望,粗枝大叶地看到一点矛盾的形相,就想动手去解决矛盾”,^[14]这样解决问题的做法,不过是添乱而已。“猪眼睛标准”最大的问题是忽视真实的社会生活实践,忽视规则的社会功能价值,缺乏功能论的制度建构思维。实际上,规则来源于生活实践,或者说生活实践创造了规则。“法律的生命从来不是逻辑而是经验。”^[15]即便规则的制定不必完全迁就世俗生活经验,但也肯定不能悖离一般生活经验,更不能冲撞一般生活经验。任何忽视真实生活实践的规则都是虚假想象,无论如何“风情万种”,都只能是矫揉造作。^[16]因为社会生活将质疑、挑战、淘汰这些虚假规则,取而代之的新规则应该体现优化社会福利的最佳边际均衡。

二 枪支认定标准的实证祛魅

中国裁判文书网各类违反枪支管理规定犯罪案件的统计数据,是涉枪案件刑事司法过程的一个系统性后果表征。“猪眼睛标准”及其运行规则是否对涉枪案件司法过程产生影响?有什么样的影响?如何反思这些影响?通过裁判文书网的涉枪案件统计数据可以对这些问题进行有效解析。实际上,以案由“枪支”和“非法持有枪支”对涉枪案件统计数据进行搜索分析,结果是非常令人吃惊的。(见表 1、表 2)

[14] 《毛泽东选集》(第一卷),人民出版社 1966 年版,第 288 页。

[15] Oliver Wendell Holmes, *The Common Law*, Little, Brown and Company, 1948, p. 1.

[16] 参见[美]波斯纳著:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社 2001 年版,第 51 页。

表1 各类违反枪支管理规定犯罪一审裁判文书数量统计(2002-2018,共33086件)^[17]

年份	2018	2017	2016	2015	2014	2013	2012	2011	2010	2009	2008	2002-2007
数量	6516	7504	9608	3340	4895	1001	122	40	29	9	9	13

表2 非法持有枪支罪一审裁判文书数量统计(2002-2018,共15331件)^[18]

年份	2018	2017	2016	2015	2014	2013	2012	2011	2010	2009	2008	2002-2007
数量	1954	3024	3942	1968	3712	652	53	17	3	5	1	无数据

从中国裁判文书网检索数据结果可以看出,2010年后违反枪支管理规定犯罪案件数量增长急剧,甚至是井喷式增长。各类违反枪支管理规定犯罪案件数量2010年29件,2016年竟达到9608件,增长了331.31倍;非法持有枪支犯罪案件数量2010年3件,2016年竟达到3942件,增长了1314倍。然而,2010年之前,违反枪支管理规定犯罪案件数量很少,最多达9件,最少1件;非法持有枪支犯罪一共有6件,2007年以前统计数字显示为零。毫无疑问,就涉枪案件刑事司法而言,2010年是一个关键节点。如何解读涉枪案件数据在2010年后的离奇变化?

(一)“猪眼睛标准”的决定性影响

2010年《公安机关涉案枪支弹药性能鉴定工作规定》采用“猪眼睛标准”认定枪支,涉枪刑事案件数量随即快速增长。^[19]2008年《枪支致伤力的法庭科学鉴定判据》对涉枪刑事案件数量增长有一定影响,但不算显著。违反枪支管理规定犯罪案件2007年4件,2008年9件,2009年9件,2010年突然增长到29件。因为《枪支致伤力的法庭科学鉴定判据》仅仅是一个公共安全行业标准,刑事司法机关并不必然遵循。从2008年到2010年期间,各地法院在涉及枪支认定问题上处理不统一,更多的法院采取了慎重策略,只有极少数法院采用了枪口比动能 $1.8\text{J}/\text{cm}^2$ 标准认定枪支。语境化地观察中国社会生活各方面的变化发展,在2010年前后,能够对涉枪刑事案件数量构成决定性影响的变量,只有“猪眼睛标准”(枪口比动能 $1.8\text{J}/\text{cm}^2$)的全面付诸实施。

(二)“猪眼睛标准”与涉枪犯罪罪名的剧变范围

显著增长的涉枪刑事案件范围主要与仿真枪、玩具枪相关。2010年《公安机关涉案

[17] 本表系中国裁判文书网检索违反枪支管理规定的犯罪一审案件数据,录入年份从2002年到2018年。参见中国裁判文书网, http://wenshu.court.gov.cn/list/list/?sorttype=1&number=0.32759279417886344&guid=0e16ea30-af53-34b57049-9a1dcd4aba0f&conditions=searchWord+1+AJLX++案件类型:刑事案件&conditions=searchWord+001+AY++案由:刑事案由&conditions=searchWord+1_一审+SPCX++审判程序:一审&conditions=searchWord+枪支+AJMC++案件名称:枪支。最近访问时间[2019-03-18]。

[18] 本表系中国裁判文书网检索非法持有枪支罪的一审案件裁判文书数据,录入年份从2008年到2018年。参见中国裁判文书网, http://wenshu.court.gov.cn/list/list/?sorttype=1&conditions=searchWord+1+AJLX++案件类型:刑事案件&conditions=searchWord+001+AY++案由:刑事案由&conditions=searchWord+1_一审+SPCX++审判程序:一审&conditions=searchWord+非法持有枪支+AJMC++案件名称:非法持有枪支。最近访问时间[2019-03-18]。

[19] 各类违反枪支管理规定犯罪案件数量2011年与2010年相比,变化幅度似乎不大,这是合理的。因为2011年审理的案件很多发生在枪支认定规则制定以前,因此可能没有适用 $1.8\text{J}/\text{cm}^2$ 枪口比动能标准,许多案件被排除在涉枪案件之外。即便如此,两年相比,涉枪案件数的增长率也达到了37.93%。

枪支弹药性能鉴定工作规定》界定了三类枪支:制式枪支、能发射制式弹药的非制式枪支和不能发射制式弹药的枪口比动能 $e_0 \geq 1.8\text{J}/\text{cm}^2$ 的非制式枪支。前两类传统枪支枪口比动能一般超过“松木板标准”(16J/cm²),“猪眼睛标准”对其认定没有任何影响,因此传统型枪支犯罪数量也不会因为“猪眼睛标准”的实施发生显著变化。

显然涉枪刑事案件急剧增长范围只能与第三类枪支有关,亦即,枪支认定标准从“松木板标准”降低到“猪眼睛标准”后导致了第三类枪支数量猛增。这些枪支就是与“猪眼睛标准”关联的仿真枪和玩具枪。“猪眼睛标准”界定的枪支涵盖了寻常可见的玩具枪和仿真枪。^[20] 因此,与玩具枪、仿真枪有关的持有、游戏使用以及经营行为都极有可能构成涉枪犯罪行为。以“非法持有枪支”作为关键词进行检索获得的裁判文书网数据准确反映了“猪眼睛标准”对普通民众正常生活的强烈影响。2010 年后非法持有枪支罪案件数量的急剧上升,表明“为开展游艺活动”而持有、使用玩具枪、仿真枪的日常生活行为被大量界定为犯罪行为。2010 年后,中国宏观政治经济秩序、社会秩序是正常的,不存在任何其他社会性因素引发非法持有枪支犯罪的异动。无疑,“猪眼睛标准”的颁行是非法持有枪支犯罪数量剧变的决定性因素。

(三)“猪眼睛标准”的实践功效

在“猪眼睛标准”施行后,涉枪犯罪案件数量剧增,并不必然证明涉枪犯罪得到了有效治理。相反可以确定的是大量持有、使用玩具枪、仿真枪的日常生活行为被界定为枪支犯罪行为,造成普通民众日常生活秩序的混乱。

通过降低枪支认定标准来治理与玩具枪、仿真枪有关的犯罪,反映的是一种高慢的法律形式主义思维。这种思维只看到了枪支、犯罪和治理犯罪,没有看到甚至有意漠视普通民众正常生活。几乎是认真地也是胡乱地确定了一个“猪眼睛标准”,然后天真地想象这个标准能够实现严控枪支(其实是严控仿真枪),“精细思考后做出了如此鲁莽的决定”。^[21]

法律形式主义把法律概念之间的关系视为法律和法律思想精髓,不关心规则的功能性后果,甚至“对后果无动于衷”。^[22] 然而忽视实践后果的法律形式主义规则不太可能契合司法需求。一个实践后果很糟糕的规则无法被尊奉为好规则,实际上也不可能被普通民众尊奉。枪支认定标准及其运行规则因忽视实践后果,事实上常常使刑事司法陷入尴尬甚至荒谬。

(四)实证检索数据祛魅功能的可信性

虽然裁判文书网检索数据存在一些瑕疵,但是“猪眼睛标准”对涉枪案件刑事司法决

[20] 《枪支管理法》从 1996 年、2009 年到 2015 年,均一致规定“禁止制造、销售仿真枪”,但并不禁止公民持有仿真枪以及“为开展游艺活动”而使用仿真枪。对于玩具枪的制造、销售和持有没有限制性规定。

[21] 苏力:《司法如何穿过错综复杂》(译者序),载[美]波斯纳著《波斯纳法官司法反思录》,苏力译,北京大学出版社 2014 年版,第 12 页。

[22] “法律形式主义的精髓就是将法律理解为观念之间的一个关系系统,而不是一种社会实践。”参见[美]波斯纳著:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社 2001 年版,第 567-568 页。“大法官斯卡利亚说,优秀法官的标识是对后果无动于衷。”参见[美]波斯纳著:《波斯纳法官司法反思录》,苏力译,北京大学出版社 2014 年版,第 140 页。

定性影响的分析结论却是可信的。^[23]

第一,涉枪案件裁判文书数据能够反映涉枪犯罪治理的发展演变规律。虽然通过裁判文书统计得到的涉枪犯罪数量与刑事司法实践的客观数据可能有出入,但是这一数据差异并不妨碍关于枪支认定标准如何影响刑事司法实践的分析。枪支认定标准必然作用于全国的涉枪犯罪案件审理裁判,裁判文书网数据可以揭示枪支认定标准是如何影响涉枪案件刑事司法的。实际上,通过间隔近两年不同时间点的检索分析表明,裁判文书网关于枪支犯罪的数据录入是稳定的,数据变化是可信的。

第二,涉枪案件数据变化的核心特征是可信的,即2010年后涉枪案件数量急剧上升是一个不争的事实。即便各地法院数据录入有所取舍、疏漏或者滞后,但汇总的涉枪犯罪数据变化的趋势特征是显著的,即2010年《公安机关涉案枪支弹药性能鉴定工作规定》施行后,涉枪案件数量显著增长。

第三,以“枪支”和“非法持有枪支”为案由进行检索的数据表明,相应的枪支犯罪变化趋势完全一致,即2010年后的显著增长以及各年份增幅类同。^[24]检索数据本身存在的瑕疵并没有遮蔽枪支犯罪在2010年后的变化特征。可以说,关于枪支认定的“猪眼睛标准”对刑事司法场域的不当扩张,没能实现打击特定枪支犯罪的目标,反而耗费了大量稀缺的司法资源,受到了从法院、法学院到普通民众的普遍质疑。

三 越界司法造成难办案件:赵春华案

刑事司法权力不当介入普通民众日常生活,就容易造成难办案件,一种合法但不合理的案件。^[25]赵春华案就是“猪眼睛标准”(1.8J/cm²枪口比动能)作为枪支认定规则付诸实施造成的难办案件。根据“猪眼睛标准”,赵春华射击游艺摊位的仿真枪被认定为枪支,构成非法持有枪支罪。三年六个月有期徒刑判决严重冲撞了人们的生活经验直觉,赵春华及其家人乃至普通民众无法理解接受,因为法律严厉惩罚了一位谋生的良善草根公民。^[26]这是司法权力越界,突破基本边际均衡造成的刑事司法疑难。

[23] 由于中国裁判文书网的数据不完整,同时也是动态变化的,在不同的时间数据检索的结果不同。一方面,有些裁判文书基于法定理由可以不在互联网公开;另一方面,中国裁判文书网还在建设过程中,海量的裁判文书尚未“全面”上网。就涉枪案件数据检索而言,必然受到裁判文书网建设的影响。比如,通过检索案由“枪支”和“非法持有枪支”的一审刑事案件,分别得到的案件总数与按年份案件加总数以及按文书类型加总数均不一致。这可能是对裁判文书录入后的归类技术问题,对裁判文书涉及案件数量计算与案件归类的系统设计存在瑕疵。但是检索数据存在的问题并不影响通过数据对相应枪支犯罪规律的解析。

[24] 2015年非法持有枪支犯罪案件数以及违反枪支管理规定犯罪案件总数同幅下降,原因未知。可以推测,某种新变量影响了非法持有枪支犯罪以及违反枪支管理规定犯罪的裁判文书数量下降。但是同幅下降的变化趋势并没有否定“猪眼睛标准”(1.8J/cm²枪口比动能)对涉枪案件数量剧增及其涉案范围的决定性影响。特别是从2014年到2015年,违反枪支管理规定犯罪案件总数下降了1555件,非法持有枪支犯罪数下降1744件,这表明涉枪案件数据下降趋势涉及案件主要是非法持有枪支犯罪案件(其它类型的违反枪支管理规定犯罪案件有上升),而非持有枪支犯罪案件常常与玩具枪、仿真枪有关。

[25] 参见苏力:《法条主义、民意与难办案件》,《中外法学》2009年第1期,第93页。

[26] 赵春华从内蒙到天津投奔女儿,花钱承接射击游艺摊,按月交摊位管理费,住简易工棚,赚些微薄收入贴补生活。但是赵春华因此持有仿真枪的谋生行为却成为了非法持有枪支的严重犯罪行为。

下文将从个案视角分析司法权力越界导致难办案件的刑事司法裁量问题。

(一) 刑事裁判的后果主义权衡

从生物演进视角来看,后果主义思维可以说是人类进化的选择或者规训。经历漫长的生态变迁,历史演化生存下来的种群,毫无疑问都是善于权衡行动后果的优胜者,否则只有在时间长河中化作尘埃。人类在生态系统中的统领地位无疑与其善于权衡行动后果的卓越能力直接相关联,这种后果权衡能力已然通过时间刻画成为行动基因。因此,人们感觉法官在裁判刑事案件时有一种天然的后果主义倾向,这是有生态学依据的。赵春华案的审理判决就反映了刑事法官的后果主义思维。

1. 一审裁判的法条主义

赵春华案的一审判决是一个典型的法条主义判决。赵春华持有的涉案9支枪形物中,有6支为能正常发射以压缩气体为动力的枪支。根据《刑法》第128条和《涉枪解释》第5条的规定,赵春华非法持有枪支行为情节严重,应当判处三年以上七年以下有期徒刑。法官在这一量刑幅度内就低选择了三年六个月的刑期。从法律形式主义视角来看,这一判决严格依照制定法,并没有错误。然而,这一符合法律条文的正确裁判却无法得到社会认可。

2. 二审裁判的后果权衡

面对引起社会广泛争议的一审判决,赵春华案二审法院面临着困难的抉择。一方面必须遵循枪支认定标准和《涉枪解释》等既定规则,另一方面又必须对赵春华做出符合普通民众期待的减轻处罚的量刑。^[27] 让被羁押在看守所的赵春华重获自由的裁判才符合赵春华和家人以及社会民众的期待。这不是说符合社会民众期待是法院判决的标准,而是当机械的法条主义裁判明显不当,罪刑明显不相适应的时候,应当从后果主义的视角进行利弊权衡。^[28]

由于法律规则的限定,二审法院无法对赵春华做出无罪判决。而判决有罪并适用缓刑是符合刑事法规定,同时又能实现社会效果的唯一选择。二审法院在判决书中释明了缓刑理由:“综合考虑赵春华所持有的枪支均刚刚达到枪支认定标准,犯罪行为的社会危害相对较小,其非法持有枪支的目的是从事经营,主观恶性、人身危险性相对较低,二审期间能如实供述犯罪事实,认罪态度较好,有悔罪表现等情节,可酌情予以从宽处罚并适用缓刑。”^[29] 虽然这仍是一个有罪判决,但是作为普通公民的赵春华已经重获自由,因缓刑带来的社区矫正不会成为生活负担,反而可能赢得更多的社会同情。社会民众接受了二审缓刑判决,主要是接受了赵春华恢复自由,回家过年,而不是接受(甚至是忽略)对赵春华行为的有罪判断。

[27] 参见刘艳红:《“司法无良知”抑或“刑法无底线”?——以“摆摊打气球案”入刑为视角的分析》,《东南大学学报(哲学社会科学版)》2017年第1期,第77页。

[28] 参见唐丰鹤:《司法裁决的后果衡量》,《浙江社会科学》2015年第3期,第44-46页;杨知文:《基于后果评价的法律适用方法》,《现代法学》2014年第4期,第46页。

[29] 参见天津市第一中级人民法院(2017)津01刑终41号。

3. 后果主义视角的裁判决策

不能逾越既有的规则体系,这是法官刑事裁判行为的底线。实际上,赵春华案在量刑上,法官仍然有逾越规则之嫌。亦即,依照刑事法律规则,赵春华非法持有枪支的行为情节严重,最少应当判处三年以上有期徒刑的刑罚,不能适用缓刑。^[30] 赵春华案缓刑的适用,实际上以司法的方式界定了缓刑可以适用于三年有期徒刑的案件是宣告刑,包括“三年以下”和“三年以上”。这是二审法官在权衡司法后果的基础上做出的非常有担当的判决。

为什么本案一审法官不能直接做出同样的有担当的缓刑判决?这就涉及到一审法官与二审法官在审理和判决的时候面临的不同决策语境。

遵循法律规则的一审判决受到民众广泛、激烈批评,这是判决的一种效果。如果一审法官直接做出“有期徒刑三年,缓刑三年”的后果主义判决,赵春华案就不会受到全国范围的强烈关注,该案的诉讼程序进程就可能向另外一个方向发展。赵春华案缓刑判决是一种后果权衡的结果而不是法律演绎的结果。在依照法律条文无法适用缓刑的情况下,一审法官直接做出缓刑判决就会有很大的职业风险,一旦有什么差错几乎无法解释。实际上,这里存在一个疑难案件裁判抉择的机会成本问题。与其做出后果主义的缓刑判决还不如做出法条主义的实刑判决,这样就将裁判的法律风险转移到了二审法院。并不是说一审法官没有担当,推卸责任,而是关系到一种更理性、更实用的关于疑难案件处理的程序过程主义。^[31] 无论主观上是否意识到这里的程序价值,一审法官的裁判行为客观上推动了赵春华案的妥善解决,并在某种程度上推进了涉枪案件刑事司法的改善(尽管不是决定性的)。

赵春华案二审法官没有一审法官面临的裁判决策风险和机会成本。因为案件受到全民关注,包括法学专家在内的各界人士深入参与讨论,关于案件的法律问题以及量刑处理基本上已经达成了共识,本案二审法官只要将社会共识转换成判决书就可以了。可见一个疑难案件是否受到全社会关注,对于刑事司法裁判具有重要影响,因为关注其实就是凝聚共识的一种方式。可以说,赵春华案二审缓刑判决是一种后果主义判决,是通过法条主义修饰的后果权衡。

(二) 法律经济学视角的制度意蕴

赵春华案的缓刑判决具有什么样的刑事司法制度意蕴?这是司法实践当中值得发掘的关于刑事司法裁量的学术理论问题。

二审判决“酌情予以从宽处罚并适用缓刑”的理由着重指明了赵春华“犯罪行为的社会危害相对较小”“主观恶性、人身危险性相对较低”,这都只是规定性的,而不是论证性的,并不必然产生缓刑的结论。换句话说,就以上相同量刑情节,一审法院并非没有斟酌考虑,但做出了有期徒刑的判决。^[32] 因此,缓刑判决关乎的不是法律形式主义教义分析

[30] 参见张明楷著:《刑法学》,法律出版社2016年版,第614页。

[31] 参见苏力:《法条主义、民意与难办案件》,《中外法学》2009年第1期,第108-109页。

[32] 参见天津市河北区人民法院刑事判决书(2016)津0105刑初442号;天津市第一中级人民法院(2017)津01刑终41号。

而是更高的刑事司法权力,本质上就是谁说了算。教义分析说理在这里只是一件司法权力实践的华丽外衣。^[33]

可以说赵春华案缓刑判决首先是应对实践难题的行动方案而不是圆融的逻辑推演,因为司法实践首先要解决问题,妥善处理案件。如何解说这个缓刑判决妥善应对了赵春华案的司法疑难?在这里法律形式主义进路无法提供令人信服的答案。^[34] 这涉及到刑罚抉择的法律经济学,亦即对犯罪行为采取何种严厉程度的刑罚,取决于犯罪行为的预期损害和预防成本。

一方面,非法持有枪支罪是一种危害公共安全的犯罪。“行为具有公共危险时才可能危害公共安全”。^[35] 也就是说,“枪支本身必须具有危及不特定或多数人的生命安全与身体健康的性质,或者说必须具有杀伤力”,才可能成立相应的涉枪犯罪。^[36] 意图以仿真枪危害公共安全,特别是通过射击致伤人眼睛的方式实现犯罪目的,成本高昂效率极低,可以说是一种愚蠢的犯罪。这种犯罪即便发生,也必然罕见。而投入大量司法资源治理罕见小概率犯罪,从司法经济学的视角看是不明智的。

另一方面,因经营射击游艺摊而持有仿真枪的行为即使构成犯罪,其治理成本也不大,因此,没有必要给予严厉惩罚。实际上,对于因经营射击游艺摊而非法持有枪支的犯罪行为进行侦查,破案率几乎是百分之百。因为没有哪位经营射击游艺的摊主会事先刻意做好逃避犯罪侦查的准备。更重要的是,如果知晓经营射击游艺活动竟然是犯罪,而且是危害公共安全这样的涉枪犯罪,人们首先做出的选择肯定是收手不干,而不是逃避侦查。

“惩罚的高概率与不很严厉的惩罚相结合,这从经济学上看,很有道理,因为惩罚的高概率与很严厉的惩罚相结合没有道理。”^[37] 对于高概率侦破的犯罪行为,较轻的惩罚也能有很强的震慑效果。赵春华因经营射击游艺摊而触犯非法持有枪支罪的行为完全没有必要给予严厉的刑事处罚,甚至根本就不应该给予刑事评价。从后果主义的视角来看,赵春华案几乎就是刑事司法资源零收益的尽耗费。

四 刑事司法裁量的权力边界:以《批复》为例

如果枪支认定从“松木板标准”到“猪眼睛标准”凸显了刑事司法的权力越界问题,那么赵春华案就示范了在刑事司法的基本边际均衡打破的情况下处理难办案件的后果主义权衡。权衡意味着妥协,妥协意味着某种程度的资源耗费。关于赵春华案的分析表明,在边际均衡被打破的情况下,无论是法律形式主义进路还是注重后果的实用主义进路,刑事

[33] 另一种有趣的说法是“形式主义是一根智识的拐杖”。参见[美]波斯纳著:《各行其是:法学与司法》,苏力、邱遥莹译,中国政法大学出版社2017年版,第92、228-229页。

[34] 参见桑本谦著:《理论法学的迷雾:以轰动案例为素材》,法律出版社2015年版,第2、107页。

[35] 张明楷著:《刑法学》,法律出版社2016年版,第687页。

[36] 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》,《华东政法大学学报》2017年第6期,第24页。

[37] [美]波斯纳著:《正义/司法的经济学》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第205页。

司法都无法克服资源耗费问题。

最高人民法院、最高人民检察院联合发布的《批复》，对涉枪案件的定罪量刑规则做出了较大调整，以应对“猪眼睛标准”（ $1.8\text{J}/\text{cm}^2$ 枪口比动能）在司法裁判中的困境。《批复》确立的“综合考量标准”是否能克服“唯枪支数量论”造成的司法疑难，仍然需要坚持向前看的后果主义进路，以边际均衡的视角予以斟酌判断。

（一）“综合考量标准”的意图

《批复》“综合考量标准”的核心内容是对以压缩气体为动力且枪口比动能较低的枪支案件的定罪量刑标准作出调整，要求对此类案件的处理坚持宽严相济刑事政策，从枪支数量、致伤力大小、行为人认知等主客观方面综合考量，避免唯枪支数量论。《批复》要求对以压缩气体为动力且枪口比动能较低的枪支案件的定罪量刑要综合考量如下情况：一是涉案枪支的外观、材质、发射物、购买场所和渠道、价格；二是涉案枪支的致伤力大小、是否易于通过改制提升致伤力；三是涉案枪支的用途和行为人的主观认知、动机目的、一贯表现、违法所得、是否规避调查等情节。^[38]

《批复》表明的意图是对于与玩具枪、仿真枪有关的生产、经营、游艺行为进行涉枪犯罪的刑事司法裁量时，应该做出有利于普通民众的判断，即一般应做除罪处理。^[39] 比如赵春华案，如果在《批复》的语境下，就可以做出不追究刑事责任的处理。已经追究的，那就撤销案件，或者不起诉，或者宣告无罪。然而在未来的刑事司法实践中，“综合考量标准”能否彻底解决像赵春华案这样的刑事司法疑难呢？这就首先要确定导致涉枪案件困境的根源。

（二）“唯枪支数量论”的困境

毫无疑问，根据《批复》的阐释，像赵春华案这样的涉枪案件，司法裁量困境的根源是“唯枪支数量论”。^[40] 如果司法裁量没有枪支数量规定的约束，能够对涉枪犯罪的主观、客观情节予以综合考量，就能够避免合法但是不合理的尴尬。因此，《批复》摒弃了“唯枪支数量论”。

但是，为什么会产生“唯枪支数量论”的困境？《批复》忽略了这个问题。其实“唯枪支数量论”困境的根源在于枪支认定标准。按照“猪眼睛标准”，绝大多数玩具枪和仿真

[38] 参见《〈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》。

[39] 《〈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》中，另外一个实例也具有典型意义。“赵某某、朱某某夫妇在集贸市场内销售‘玩具枪’，公安机关从其作为玩具出售的枪状物中起获43支，经鉴定均为以弹簧为动力转化为压缩气体发射球形弹丸，其中有18支符合枪支标准。在本案的审查起诉阶段，检察机关认为，对赵某某、朱某某夫妇在集贸市场内销售‘玩具枪’的行为，没有充分的证据证明其主观上明知出售的物品系枪支并具有非法买卖枪支的故意，故依法作出存疑不起诉处理。”这个例子反映了对违法性认识错误除罪判断的司法倾向。但是刑法学关于违法性认识错误的犯罪属性存在争议，一般认为行为人是否认识到违法性并不影响犯罪构成，也就是说，不能以行为人是否认识到行为的违法性作为判断犯罪构成的标准。刑法意义上的枪支，根据事先制定的客观标准认定，行为人是否认识到枪支的法律属性并不影响行为的犯罪属性。

[40] 根据2009年《涉枪解释》第5条，非法持有以压缩气体等为动力的其他非军用枪支2支以上的构成犯罪，5支以上的系情节严重。赵春华非法持有枪支6支，系“情节严重”应当处以3年以上7年以下有期徒刑。

枪应当被认定为枪支,这意味着玩具枪和仿真枪在民众日常生活中的普遍存在,等同于枪支在日常生活中的普遍存在,等同于附随枪支的高度社会危险在日常生活中的普遍存在,也就等同于严控枪支的失败。显然这一推演是荒谬的,荒谬的原因在于“猪眼睛标准”。因为枪支的核心属性系“致人伤亡或者丧失知觉”的高度社会危险,枪支的外延界定应该是狭窄的,不应该轻易把游艺性质的低危险性的玩具枪和仿真枪划入枪支范围。可以说,“猪眼睛标准”对枪支界定的不当扩张是当下涉枪案件刑事司法困境的根源。

(三)《批复》司法实践的可能后果

刑事司法规则应当关注规则付诸实践的社会后果。^[41] 由于《批复》继续沿用了枪支认定的“猪眼睛标准”,实际上没有解决刑事司法的权力越界打破基本边际均衡的问题。在未来的刑事司法实践中,大量与玩具枪、仿真枪有关的正常生产、经营、游艺行为仍然可能被界定为涉枪犯罪行为。这些正常的社会生活领域,原本没有必要纳入刑事司法裁量的范畴。即使相关行为涉嫌犯罪,也没有必要通过涉枪犯罪的司法程序予以处理。比如刘大蔚在网络购买枪形物的行为,可以认定为走私国家禁止进出口的货物、物品罪。机械地认定其构成走私武器罪,反映了法律人迷恋语词的法律形式主义思维,看重的是语词而不是生活事实。^[42]

这就意味着《批复》不太可能扭转涉枪案件刑事司法的困境。全国范围内涉及仿真枪、玩具枪的案件仍然是疑难案件,不断制造刑事司法的热点。《批复》确立的“综合考量标准”,并不能形塑涉枪案件的司法秩序与效果,仅仅增加了刑事司法的内部复杂性,将会造成刑事司法资源的更多耗费。^[43] 《批复》实际上确认了刑事司法权力继续介入普通民众的日常社会生活,这一错误将严重削弱刑事司法裁量的正当性。

(四)重建刑事司法的边际均衡

实际上,《批复》回避了与枪支认定标准相关的刑事司法基本边际均衡问题,这就使普通民众正常社会生活继续处于严重刑事风险边缘,因为《批复》继续保持了刑事司法权力对普通民众日常生活的侵扰可能性。《批复》仅仅看到了涉枪犯罪刑事司法“唯枪支数量论”问题的表面,因此也做出了表面化的解决,强调对于民众的正常生产、经营、娱乐行为确实应该做除罪处理。但是除罪处理也是处理,实质上也是刑事司法权力对民众日常生活生活的侵扰。

民众正常的社会生活领域原本就不属于刑事司法权力所及的范畴。就涉枪案件的刑事司法而言,只有撤销“猪眼睛标准”,重新制定一个适宜的枪支认定标准,划定刑事司法

[41] “司法上,一个真正能站得住脚的、经得起社会实践检验的司法解释首先不应考虑司法者自己的意图指向,而是要考虑自己的努力在这个真实世界中,在这个谁都是机会主义的博弈者的世界中的后果。”苏力:《司法解释、公共政策和最高法院——从最高法院有关“奸淫幼女”的司法解释切入》,《法学》2003年第8期,第22、23页。

[42] 刘大蔚案反映了枪支认定标准这样的法律语词羁绊导致的违背普通民众生活经验的法律形式主义逻辑的狭隘。参见福建省泉州市中级人民法院刑事判决书(2015)泉刑初字第16号,福建省高级人民法院刑事裁定书(2015)闽刑终字第216号,福建省高级人民法院刑事判决书(2016)闽刑再8号。

[43] “任何一个具有一般意义的司法解释或立法都是一次利益和成本在社会不同群体中的财富再分配。”苏力:《司法解释、公共政策和最高法院——从最高法院有关“奸淫幼女”的司法解释切入》,《法学》2003年第8期,第24页。

权力的适宜边界,才能保障普通民众的良性生活秩序。^[44]这就要求枪支认定标准应当是一个不侵扰正常社会生活秩序的标准,一个谨守刑事司法权力边界的标准,一个符合刑事司法基本边际均衡的标准。

结语:刑事司法裁量的词与物

2010年“猪眼睛标准”(1.8J/cm²枪口比动能)付诸实施后,刑事司法权力与公民权利的基本边际均衡被打破,造成了涉枪犯罪司法治理的困境。然而尽管《批复》的解决办法意图是摒弃“唯枪支数量论”,希望通过灵活处理涉枪案件的“枪支数量”以应对当下刑事司法困境。但是,《批复》确定的“综合考量标准”沿用了“猪眼睛标准”认定枪支,实际上继续确认了刑事司法权力对普通民众正常生活的不当介入。仅仅摒弃“唯枪支数量论”而不直面枪支认定标准问题,无法重建刑事司法权力运行的基本边际均衡,不过是增加了涉枪案件刑事司法的内部复杂性。^[45]

侦查机关、检察机关和审判机关的刑事司法裁量活动都应当保持适度谦抑,不能侵扰普通民众的正常生活,这就是刑事司法的权力边界。只有恪守刑事司法的权力边界才能维持刑事司法的基本边际均衡。如果刑事司法坚持以事实为中心,注重经验和后果的实用主义,就应该看到刑法意义上的具有高度危险性的枪支不应该与普通民众的正常生产、经营、游艺活动发生关联。“猪眼睛标准”就是一种将刑法意义上的具有高度危险性的枪支与普通民众日常生活联系起来的语词。这是一种任性想象的漠视社会生活经验的关联。

当语词与经验事实不相符,要么语词没有生命力,要么语词严重侵扰和扭曲事实。“猪眼睛标准”作为一种法律形式主义语词严重侵扰和扭曲了普通民众的正常社会生活秩序。为什么语词具有如此强大的扭曲力甚至破坏力?因为法律人迷信话语的力量,常常沉湎于由抽象概念和规则编织出来的世界,并以此来批判和拒绝真实生活。^[46]这是法律人的自负,一种“致命的自负”。^[47]

如果仅仅喜好语词而不同时伴随着对事实的喜好,就会酿出苦酒。^[48]秩序的历史说的就是词(语言)与物(实在)的关系史。^[49]因此,对涉枪犯罪刑事司法裁量困境的反思

[44] 根据最高人民法院和最高人民检察院《批复》,浙江省高级人民法院和浙江省人民检察院发布了《关于办理涉以压缩气体为动力的枪支刑事案件的会议纪要》(浙高法[2018]189号),原则上对“涉案气枪枪口比动能在1.8焦耳/平方厘米以上、不足16焦耳/平方厘米的违法枪支管理规定的违法犯罪行为,不唯枪支数量论,一般情况下不认定为情节严重”,也就是说可以免于刑事处罚,不起诉,或者判处缓刑。这一《纪要》在既定枪支认定标准前提下,对以压缩气体为动力的枪支刑事案件的司法裁量做出了符合社会生活实际的细化规定。依照《纪要》规定,刑事司法裁判可以实现民众日常生活与司法权力的边际均衡,但是并没有解决刑事司法权力扩张侵扰民众日常生活的问题,刑事司法的内部复杂性仍然存在。

[45] 参见[美]波斯纳著:《波斯纳法官反思录》,苏力译,北京大学出版社2014年版,第67-120页。

[46] 参见苏力:《法律人思维?》,载《北大法律评论》第14卷第2辑,北京大学出版社2013年版,第468页。

[47] 参见[英]哈耶克著:《致命的自负》,冯克利等译,中国社会科学出版社2000年版,第74、152、156、176页。

[48] 参见[美]波斯纳著:《超越法律》,苏力译,中国政法大学出版社2001年版,第490页。

[49] 参见[法]福柯著:《词与物:人文科学考古学》,莫伟民译,上海三联书店2002年版,第4页。

与应对,“应当不但看名词,而且看实际”。^[50]《批复》存在的问题是只看到了语词,没有看到生活事实,没有理智地洞察并恪守刑事司法裁量的基本边际均衡。这是当下刑事司法存在的一个根本性问题,一个迷恋概念、规则、逻辑的法律形式主义思维问题。

普通民众正常生活领域,不应该涉及对日常生活行为是否构成犯罪的认知问题,比如对涉及枪口比动能较低的玩具枪的游艺性、生产性、经营性行为,普通民众不应当承担是否构成犯罪的注意义务。如果法律要求普通民众承担这样的注意义务,这就不是明智的法律。好的法律应该为公民的正常社会生活提供保障,而不是侵扰公民的正常社会生活。

[Abstract] The dilemma faced by criminal justice in gun cases can be clarified and solved on the basis of the practice in real social life, rather than imaginary concepts of words. The criminal judicial power intrudes into the normal social life of ordinary citizens abruptly through the identification standard of guns, thus breaking the basic marginal equilibrium between judicial power and civil rights and causing embarrassment to criminal judicial discretion. Guns with high risk in the sense of criminal law should not be associated with the normal activities of ordinary citizens in the production, selling and buying, and recreational use of toy guns and simulation guns. The discretion of criminal justice should not intrude into the daily life of ordinary citizens-which is the basic marginal equilibrium between the power of criminal justice and the interests of ordinary citizens. At present, criminal justice fails to abide by this basic marginal equilibrium, and “comprehensive consideration” of gun cases on the basis of a gun identification standard that interferes with the normal social life of citizens only increases the internal complexity and seriously weakens the legitimacy of criminal justice. Only by facing up to the practice of real social life, setting the appropriate standards for gun identification, abandoning the legal formalism thinking, and maintaining the basic marginal equilibrium of criminal justice discretion, can effectively solve the dilemma faced by the judicial governance of gun crimes.

(责任编辑:王雪梅)

[50] 《毛泽东选集》(第二卷),人民出版社 1966 年版,第 354 页。