

社会司法是基层治理的重中之重

崔永东

司法的“二元”性，是指司法包括国家司法与社会司法两方面而言。前者指国家司法机关适用国家制定法来解决纠纷的活动，后者指社会组织根据社会规则来化解纠纷的活动。前者体现的是国家意志和国家权力，后者体现的是社会意志和社会权力。

社会司法理论兴起的背景

社会司法理论在现代中国的崛起与市场经济背景下社会组织的兴起是分不开的。国家为了长治久安，凝聚社会共识，降低治理成本，需要与社会组织及社会权力共同发展，后者亦可为前者提供有力的支撑。来源于社会权力的社会司法权，在调整基层社会秩序方面发挥着不可估量的作用，这在中国的“枫桥经验”、西方的多元化纠纷解决机制等解纷模式中得到了充分证明。

笔者认为，如果将治理战略区分为国家治理战略与社会治理战略两个方面的话，那么国家治理战略的核心在于国家制定法和国家司法，社会治理战略的核心在于社会规则与社会司法。国家治理需要社会治理来辅助，法治国家需要法治社会来支撑，国家司法需要社会司法来支持。这样的治理模式才是较为完善的治理模式。

从学理上看，国家司法与社会司法二元并行的解纷模式，其理论基础在于“国家法”与“民间法”的二元并行。综合国内外学界的有关理论，有几点需要注意：一是任何社会都存在法律多元现象，所谓法律多元是指两种或两种以上的法律类型；二是从大体上看，任何社会都存在国家法与民间法两种类型的法律，民间法只能算作“类法律”；三是民间法的一些做法也会影响国家制定法的结构形式和运作方式。这说明，国家法与民间法之间的关系是一种互相渗透的关系，并不是泾渭分明的，而是存在一定的边界模糊性。

作为一种弹性概念的“司法”

司法二元主义意味着“司法”是一个弹性概念，或者说应当从广义上对其加以理解。狭义的司法只是指国家司法，不包括社

□ 如果将治理战略区分为国家治理战略与社会治理战略两个方面的话，那么国家治理战略的核心在于国家制定法和国家司法，社会治理战略的核心在于社会规则与社会司法。国家治理需要社会治理来辅助，法治国家需要法治社会来支撑，国家司法需要社会司法来支持。

□ 小司法是狭义司法，即指国家司法机关的审判活动，在中国还包括检察机关的活动。大司法是以“小司法”为核心又向外呈放射状的具有复合性、开放性的体系，包括调解、仲裁、行政裁判等“准司法”活动，又包括所有的“涉讼”性活动。

□ 社会司法是基层治理的重中之重，可以说是维系基层社会秩序之根本，发挥着“本固则邦宁”的作用，并对国家司法起着不可或缺的支撑作用。国家司法与社会司法并重的模式，是衡量国家治理体系和治理能力现代化的重要标尺。

会司法。而广义的司法则是包括国家司法与社会司法在内，这颠覆了传统的司法认知。对司法的“二元性”进行阐释，国内外学界早有先行者。最早的阐释者是西方的法律社会学派，埃里希的《法律社会学基本原理》早有论述，不仅对国家司法进行论述，还提出了“社会司法”的概念并加以阐释。当代中国学者受此影响，也对司法的二元性加以探索和论证，如杨一平在《司法正义论》一书中也提出了如下观点：一是传统认知只是强调了司法的国家专属性，而忽视了其社会渊源；二是仅仅从静态的角度来解释司法，并不足以概括司法的全部现实，而且使司法理论陷入闭塞性危机；三是从动态的角度理解司法可能更接近司法的真实；四是司法作为一个开放性体系，它以审判为核心，但又是一个不断发展的概念。

司法是一个弹性概念，也是一个开放性的概念，它理应容纳作为国家权力的司法，也容纳作为社会权力的司法。笔者认为，还可以从大司法、小司法这样的角度来理解司法，小司法是狭义司法，即指国家司法机关的审判活动，在中国还包括检察机关的活动。大司法是以“小司法”为核心又向外呈放射状的具有复合性、开放性的体系，包括调解、仲裁、行政裁判等“准司法”活动，又包括所有的“涉讼”性活动。这样对司法

加以理解是比较完整的。

其实，在国家的司法权中也存在一定的社会性。司法权实际上是社会自卫的武器，司法机关不仅仅是国家的权力机关，更是社会的维权机关。审判机关介于国家与社会、政府与公民之间，在定分止争领域它是中立者和公正的裁判者。司法权独立行使的要义即在于使司法权从其他国家权力中超脱出来，还原“中立者”本色。由此可见，司法权这一国家权力中实际上蕴含着社会性因素。另外，司法审判过程中的社会参与，也在一定程度上体现了司法权的社会性。如诉讼当事人所享有的控告权、申辩权、上诉权和质证权等诉讼权利，就体现了社会对国家司法权力的制约，而人民陪审员制度和律师制度更是一种以社会权力抗衡、制约国家司法权力的社会机制。公民和社会组织参与司法活动，也可以说是将国家司法权部分地交给社会主体（包括社会组织和个人）行使的一种形式。

另外，社会司法作为一种准司法行为，它体现的也是一种社会权力和社会意志，包括调解、仲裁之类。苏联的“道德法庭”是一种社会司法，西方的多元化纠纷解决机制也是一种社会司法。中国当代的“枫桥经验”以及人民调解制度也属于“社会司法”。此类解纷模式可以减轻司法机关的负担，节约司法资源，而且为大众所喜闻乐见，因其植根于深厚的

民族传统文化的土壤之中。实际上，社会司法模式的有效运行，体现了国家权力逐步“让渡”于社会的发展趋势，亦契合于“小政府、大社会”的社会治理目标。站在历史发展规律的高度看，国家权力的完全社会化，包括国家司法的完全社会化，将是人类历史发展的正常结局。这是符合马克思主义关于国家最终走向消亡的唯物史观的。

从中国传统法律文化来看，有所谓“宗族司法”“行会司法”“村落司法”和“宗教司法”等等，这些都属于社会化的“准司法”，或谓社会司法。在维系基层社会秩序方面发挥了重要作用，同时也节约了国家司法的资源、降低了国家司法的成本，从而对国家司法起了有力的支撑作用。国家司法与社会司法并重，一直是中国历代统治者推崇的治国之道。这就是中国传统的司法二元主义模式。

社会司法有助于推进社会治理

司法二元主义理论强调国法与活法并行，国家司法与社会司法并重，它不仅具有深厚的文化基础，而且顺应了法律多元主义、司法多元主义的世界潮流。在中国市场经济条件下，这一理论的流行反映了在社会力量崛起、社会组织勃兴之后社会权力对国家权力的制衡，至少体现了一种制衡的诉求和愿望。司法二元主义理论首先需要我们从广义、动态的角度来理解“司法”，即司法并非仅仅是一种单纯的国家司法权的运行过程，同时还是一种社会司法权的运行过程。前者为国家司法，后者为社会司法；前者代表国家权力，后者代表社会权力；前者属于国家治理的核心，后者属于社会治理的核心。当代中国基层社会治理中的“枫桥经验”就属于社会司法，在注重自治、调解和坚持群众路线方面，两者是相通的。因此，社会司法是基层治理的重中之重，可以说是维系基层社会秩序之根本，发挥着“本固则邦宁”的作用，并对国家司法起着不可或缺的支撑作用。总之，国家司法与社会司法并重的模式，是衡量国家治理体系和治理能力、社会治理体系和治理能力现代化的重要标尺。

（作者系华东政法大学司法学研究院院长、教授、博士生导师）

《刑法修正案(十一)》完善高空抛物犯罪规制体系

朱鹏锦

《刑法修正案(十一)》在《刑法》扰乱公共秩序罪一节增加规定，从建筑物或者其他高空抛掷物品，情节严重的，处一年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金，作为第291条之二。该条款确立了高空抛物抽象危险犯规则，有助于构建衔接有序的高空抛物犯罪阶梯体系。

对刑法修正案规定的理解

1. “高空抛掷物品”的罪状描述，属于典型的抽象危险犯。抽象危险犯的典型罪状是仅描述犯罪行为本身，不描述具体危险或者危害结果等结果要件。“从建筑物或者其他高空抛掷物品”属行为范畴，并不附加结果要件，属于抽象危险犯。

2. 基于情节犯的属性特征以及体系解释维度，情节犯立法不妨碍本罪属于抽象危险犯。情节指影响定罪量刑的各种要素，包括犯罪主体身份、年龄、责任形式、犯罪行为的时间、空间、对象、手段，法益侵害危险或者危害结果及其数额等。换言之，情节是包容了危害结果、具体危险、抽象危险以及量刑情节等在内的上位概念。因此，情节犯不妨碍具体个罪属于抽象危险犯或者具体危险犯；易言之，判断个罪的具体属性，还是要根据其罪状和构成要件分析，而不能根据“情节严重”分析。

从体系解释考量，《刑法》第120条之

六就规定，明知是宣扬恐怖主义、极端主义的物品而非法持有，情节严重的，构成非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪；该罪属于情节犯，但不妨碍该罪同时属于抽象危险犯。

3. 《民法典》为本罪作为抽象危险犯的行为可罚性提供了规范依据。抽象危险犯不要求行为产生具体危险或者实害后果，仅因行为与行为人主观恶性便予以处罚，属于行为无价值论产物。鉴于我国刑法以犯罪的结果无价值论为基础立法，应严格限制抽象危险犯适用范围，避免不当扩大犯罪圈。

《民法典》第1254条第一款明文规定，禁止从建筑物中抛掷物品，并对相应侵权责任作出了细化规定。《民法典》是公民权利的百科全书，是我国最为重要基础的法律之一；其从行为而不仅仅是结果上否定了包括高空抛物在内的一切抛掷物品行为，这为本罪作为抽象危险犯的可罚性提供了规范依据。

4. 《刑法修正案(十一)》有助于完善衔接有序的高空抛物犯罪阶梯体系。在以往法律框架下，对于一般高空抛物侵权行为，可通过民法解决；对于高空抛物危害公共安全的行为，可通过以危险方法危害公共安全罪的具体危险犯处理；对于高空抛物危害公共安全，已经造成严重后果的行为，可通过以危险方法危害公共安全罪的危害犯处理。这其中唯独对于情节严重的高空抛物行为

（例如屡犯不改、严重妨害居民安宁感等）缺乏有效的预防与规制措施。《刑法修正案(十一)》则可以解决这当中的轻罪衔接问题。

完善高空抛物犯罪规制体系

近现代刑法学奠基人贝卡利亚曾提出一个精巧设想，刑法应当建构完善的由轻到重的犯罪阶梯，并设置与之相匹配的刑罚阶梯。修正案填补了高空抛物犯罪规制缺失的重要一环，形成了衔接有序的规制阶梯。这对于保护人民群众“头顶安全”、有效避免司法机关不当适用以危险方法危害公共安全罪具有显著意义，既是新时代全面依法治国的重要成果，也是国家治理体系和治理能力现代化的重要体现。

1. 体系之外：不构成犯罪情形。从高空抛掷物品，但是情节轻微，也没有造成任何刑法意义上的现实危险或结果的，不构成犯罪，以《民法典》规定的民事侵权责任或者《治安管理处罚法》等规定的行政责任处理即可。同时重视社会安全警示教育，引导公众养成良好习惯，从源头上预防高空抛物行为。

2. 第一层规制：抽象危险犯情形。从建筑物或者其他高空抛掷物品，情节严重，但是尚未对公共安全造成具体、现实、紧迫的危险，更没有造成实害后果的，构成《刑法修正案(十一)》规定的高空抛物犯罪。该罪属于轻罪，主要扰乱了一定的公共秩序而非公共安全，属于犯罪规制阶梯的起点。进入该领域的

行为将被作为犯罪评价。

3. 第二层规制：具体危险犯情形。故意从高空抛掷物品，尚未造成严重后果，但足以危害公共安全的，依据《刑法》第一百一十四条、《最高人民法院关于依法妥善审理高空抛物、坠物案件的意见》第五条第二款规定，构成以危险方法危害公共安全罪的具体危险犯情形。此类犯罪已属重罪，已经侵犯了公共安全，但属于以危险方法危害公共安全罪的较轻情形；换言之，该犯罪是轻罪与更重罪罪的中间过渡形态。

4. 第三层规制：实害犯情形。故意从高空抛掷物品，危害公共安全，造成人员死亡、重伤或者公私财产重大损失等严重后果的，依据《刑法》第一百一十五条第一款、最高法《意见》第五条第二款规定，构成以危险方法危害公共安全罪的实害犯情形。该犯罪属于极重犯罪，严重侵犯了公共安全，处于高空抛物犯罪中最重的一级阶梯。

5. 其他相关法律规制。高空抛物犯罪还可能涉及其他一些具体犯罪；后者同样是高空抛物犯罪规制阶梯的有机组成部分。如为伤害、杀害特定人员故意从高空抛掷物品的，分别构成故意伤害、故意杀人罪；过失导致物品从高空坠落，致人死亡、重伤的，构成过失致人死亡罪、过失致人重伤罪等。规制其他高空抛物犯罪行为时，应当用足用好现有法律规定，准确适用相应法律。

（作者单位：上海市人民检察院）