

第一章
观念

法的本质

《论法的精神》这本书有着巨大的影响力，早已超越了法学研究领域。

它在百年前就由严复等人引入中国，产生了持久而深远的影响，后有多个译本出现，我所依据的是商务印书馆 2012 年的最新译本。《论法的精神》的作者，是法国伟大的启蒙思想家、法学家孟德斯鸠。

这部巨著的盛名如雷贯耳，我在学生时代就对它充满了敬畏，甚至不敢触碰，害怕自己无法消化。

受孟德斯鸠的影响，那时候我还写过一篇叫《人治与法治的地理成因》的文章。一晃二十多年过去了，我对这本书及其所追求的法治精神始终不敢忘怀。

其实我推荐的不是书，而是阅读的品位和价值观。

这本书并不艰涩，其实很多经典著作都没有你想象的那么艰涩，它们之所以成为传世经典，一定是因为里面真的有料，

阅读的性价比往往更高。借此，我也建议各位读者，可能的话多读一些经典作品，从而能够有更深层次的精神收获。

读书不仅是为了了解作品本身，也是在尝试了解作者与他的期待，是与作者对话的过程，是通过别人的眼睛和头脑了解世界的过程，因此也是一个自我扩展的过程。

同时，读书也是在用新知来不断检验自己的过往和经历，拍案叫绝的时候正是两者产生共鸣的时刻，因此读书也是一个再次认识自我的过程。

为什么同样一本书，我们看到的会是不同的世界？那是因为这个世界是你与作者一起建构的独一无二的世界。这里面有你自己的影子，这些不断建构的小世界合在一起也就组成了你的认知结构和精神世界，因此读书也是一个自我进化的过程。

正因此，我对《论法的精神》的理解，也必然包括了这三个过程。我在推荐这本书的同时，也在尝试将我的思考过程一并分享，以期发挥一些读书方法论上的价值。

《论法的精神》带给我最强烈的感受，大致可以总结为三点启示：

一、法的精神实际上在法律之外

法是各种社会关系的抽象，而社会关系又是由多种因素决定的。因此，法的本质是多重因素叠加的结果。

在这本书的写作过程中，孟德斯鸠就广泛的问题展开了研究。除了对罗马法、法兰西诸法以及封建法的研究之外，他还从历史、地理、伦理、习俗、气候、人口、传统等各个方面展开了研究，以期从历史的长河中、从世界各地人们的实践中探寻法的演变和发展规律。

法律绝不仅仅是由条文和判例构成的，法是由观念、伦理、行为习惯、商业实践逐渐演变而成的。而在作者整个的研究过程中，看似内容十分庞杂，涉猎也十分广泛，但其实也一再体现着作者自身的经历。比如他对土耳其风俗的研究，对古罗马历史和法律的一再引述，都闪现着《波斯人信札》和《罗马盛衰原因论》的影子。而对税法、继承法、婚姻法的充分阐释，也一再反映出其作为法官的职业经历。

因此，任何的研究都离不开过往的经历，都是在认知体系之下的适当扩展。这一点我深有同感。

因此，《论法的精神》这部伟大的著作离不开作者之前诸多成功作品的积淀，以及作者日常对司法实践的扎实研究。

高楼是一层一层建起来的，你现在读的每一本书、写的每一篇文章、办的每一起案件，都会成为你未来的阶梯。

不要问如何才能写出好文章，要先多读书。

而法律人还需要特别注意的，就是要不断突破专业局限，不断扩展自己的眼光，因为孟德斯鸠告诉我们，法律的精神并不在法律之中，你需要到更加宽广的外部世界中去寻找。



二、法的本质是社会治理模式

法是社会运行的基本规则和底层逻辑。

每一种社会规则和文明结构都拥有不同的规则体系，从而产生法的不同面貌。

而孟德斯鸠努力探寻的就是共通性的规则和法治的演化方向，那就是规则之治。无论法以何种面貌出现，都是在以规则的力量体现社会治理的理性思维，通过规则和程序来约束人性的恣意。

因为法关注的绝不仅是一个事件的一次结果，而是更加在意持续获得公正结果的制度机制。

正义只有放在规则的框架下去追求，才有稳定性，才能避免人为的随意性，才能确保真正的公正，这也是人治与法治的根本区别。

我们目前走的也是一条法治之路，那就是要确保法治的无差别性、平等性和彻底性，只有这样才能给公众一个稳定的预期，才能确保法治被信仰。

而法的公信力又是整个社会公信力的根基。

三、在法的适用中要不断回归法的本质

我们作为司法人员，职责就是不断将法律应用于司法实践。但是长期的司法执业可能产生两个问题，一个是职业倦怠，

认为自己办的就是案子，不是别人的人生。将案件当作负累，进而会产生机械执法的平庸主义。另一个就是滥用专业知识，寻找法律漏洞，曲解法律的认知，这又会形成一种精致的利己主义。

无论哪种方式，都是违背法的初衷，背离法的本质的。

再完善的法律，都会有无法覆盖的语义空间，存在隐而不见的逻辑漏洞，永远都有可解释的空间。

这就像篱笆，注定有缝隙，但你知道它的目的是建立边界，而不是用来逾越的，这就是篱笆的本质。

法律也有它的本质，当我们对法律的理解出现分歧的时候，我们一定要回到法律制度的根源，回到制定法律的目的，回到法的本质去理解。

这个理解一定是不能违背常识、常情和常理的，因为这是法的伦理基础。

一定要不断回到这些社会共识和一般预期当中来不断矫正法的方向，才不至于走偏，才能实现良法与善治的统一。

法的适用，一定要不断放在制度的整体结构当中，放在社会治理体系的框架中，公众才能理解它真实而具体的含义。

因为所有的具体，都是在整体坐标系下的具体。对具体法律的理解，都要体现它在法律体系下的定位和功能。

不断回归本质、回溯本源、思考定位的过程，就是寻找法的精神的过程。



司法的边际效应

刑事司法是具有严肃性和严厉性的，不能轻易动用。

一旦轻易动用，反而会破坏这种严肃性和严厉性，就变得不好用了。

这就是刑事司法的边际效应，用多了，就不被当回事了。

刑法的谦抑性只是其中的一部分内涵。事实上，整个刑事司法制度都需要谦抑，而保证刑事司法谦抑的，又是其背后司法行政管理权的谦抑。因为它也要受到司法边际效应的支配。

我们一直批评的轻罪高羁押率，不仅是人权保障的问题，也是司法效果的问题。如果都羁押的话，就不能体现羁押措施的严肃性，羁押的强制性功能就被稀释了。

死刑政策也一样，为什么说“少杀慎杀”？这不仅涉及人道主义，还涉及死刑的威慑性功能。如果，杀一个人也是死，杀两个人也是死，那怎么体现杀两个人的严重性？有死亡结果也是死，没有死亡结果也是死，那谁会在意被害人的死活？二

者的区别何在？死刑用多了，它真正的威慑性就体现不出来了。这其实是拥护死刑的人不希望看到的。

还有很多机械执法的问题：那些明明可以进行行政处罚的情况，非要纳入刑事诉讼中来，看似这样可以更严厉些。但是，这会将刑罚当作更加严厉的行政管理手段，刑事诉讼将被工具化。这样不但不能产生所期望的治理效果，还会贬损刑事诉讼的真正价值，让刑事诉讼不被尊重。

既然不被尊重，何谈信仰与信服？没有信仰，再严厉的刑罚也只是恐吓的工具。

但是人并不是工具，人有了解之同情，人有对刑事司法有限性的警惕，也有对司法边际效应的敬畏。如果让司法官自主决定，往往下不去手，往往不会将司法工具主义执行得那么决绝。

所以我们发现实行司法责任制之后，导致的是不批捕率、不起诉率的提升。

这是人性对司法边际效应的对冲。

作为一个人，他会不由自主地怀疑，普遍性的羁押、普遍性的严厉处罚是否真的有用，他们会变得“下不去手”。当他们下不去手的时候，正是司法边际效应开始递减的时候，他们本能地感受到这种效应，既是出于人性的考量，也是因为他们身处司法一线。他们对司法的趋势性有一种直觉，这其实是对司法亲历性的深层感受。

令人遗憾的是，越是远离这个亲历现场的人越是感受不到

这种“下不去手”的感觉。就像在指挥部里看不到淋漓的鲜血，也看不到绝望的眼神和无助的眼泪，从而更加渴望战争一样。

当他们每一次从背后拧紧管理发条的时候，一线司法官的独立意志和人性感受力就会减少一些，就会感到机械执法的强度增加了一些。就像从后方的指挥部不断向前线发出“给我冲”的号令。

机械执法给人的感觉往往是具体的司法官执法理念的问题，但其实它是一个系统性的问题。

除了管理发条之外，司法资源优化配置水平低下，所导致的局部案多人少也会成为压垮人性感受力的另一根稻草。要么选择成为无情的司法机器，尽快将眼前的案件处理了事；要么选择在良知的驱使下，投入超负荷的精力寻求公正，最后被身体和精神的双重压力压垮。

所以，你办的不是案子，而且别人的人生，这反而成为一条曲线。

一端是人生，一端是案件。随着案件量和管理强度从“人生”越来越向“案件”的方向偏离，最后在案件和管理的重压下就会变成：就是案件、就是案件、就是案件……

否则其将被案件量和良知的双重负荷压垮。

而这些才是司法边际效应的内在逻辑。

不是司法更加的无情和机械，而是司法者本身被压得只能越加的无情和机械。这又进一步减损了司法本身的效能。

这其实也背离了司法管理者的初衷，他们加强司法管理绝不是希望司法低效，而是希望司法高效，但却恰恰走向问题的反面而浑然不觉。

这就像对孩子管得太紧的家长，都是望子成龙的，但是他们也搞不明白的是，为什么孩子就是学不好。

这里面有着相似的边际递减定律。

司法的内外边际效应会使司法陷入恶性循环之中。

只有人性才是解救之道。

司法的累积效应

司法的公信力不是一天形成的，而是一天一天不断累积起来的。

相反的，破坏司法公信力的行为也不是一天造成的，而是一个一个具体的案件、事件累积的结果。

一个案例胜过一打文件的原因，除了它的真实影响之外，还有案件可能产生的累积式的影响。

一件错案从来不是一次完成的，而是一个又一个错误决定累积形成的。

为了掩盖一个错误，就需要更多的错误，以至于不可收拾，不得不再用更大的错误来掩盖，直到被彻底揭开来，或者永远也无法彻底地揭盖，成为错误的迷宫。

好像很多都是很小的问题，有时只是睁一只眼闭一只眼，有些只是机械执法，有些只是扯皮，有些只是以偏概全，有些只是事不关己。它们构成了错案的滑道，一路顺坡而下，并累

积了巨大的势能，越来越难以阻止。

再想阻止的时候可能就要付出极大的代价，这个代价会让很多人望而却步，这一晃可能就会过去很多年。

所以很多错案的纠正都需要很长的时间和很大的代价，这就是错误的累积效应导致的。

所以不要过度担心一个错案对司法造成的伤害，而要担心长期掩盖、姑息、习惯错案可能带来的长期伤害。

纠正错误就是正确的开始。

而正确也有累积效应，就像是盖大楼，每一层盖得扎实一点，都可以成为下一步的地基。地基越深厚，越坚实，楼就可以盖得越高，路就可以走得越远。

这个累积不是别的，正是真实的力量。

不可能没有问题，关键是我们如何对待问题。及时加以纠正成本就会很低。

它会显得没那么好看，没那么顺溜，没那么完美。

但是它更真实，更坚固，所以也更持久。

对每一件案件都足够用心，在每一个环节上都对得起自己，肯定会耽误一点时间，但是从长远看会降低程序反复的可能，因为踏实所以效率更高。

因为每一件案件都经过推敲，没有迁就，没有妥协，没有外界的干扰，即使短期内没有让一部分人满意，但是长期来看可以让更多的人满意。

这是司法的长期主义精神。

司法从来不是百米冲刺，它是马拉松。

经常跑马拉松的人不会在起跑的时候就冲刺，而是尽量放松，调整呼吸和节奏，等待身体预热。

凡是在前半程就冲的人，往往下半程就崩了。

功夫都在平时，冲一次是没有用的。

所以，很多时候在听到不惜一切代价办好一件案件的时候，我就在担心：其他案件怎么办？司法的资源可是有限的。

而司法的公信力正是由其他案件积累起来的。

这不是个别人的个别案件，而是每个司法官的日常工作行为累积起来的，所以需要整体发力，需要每个人在每件案件上下功夫。

信用是累积的结果，光靠努一下是得不到的。

不是说什么都得不到，而是说得不到日常的、普遍性的积累，恰恰是这些才决定了司法的基本盘。

这就像日常的学习，就像孩子的成长，有关键时刻的发挥，但是更多的是日常的积累，这也决定了他人生的基本盘。

没有瞬间的奇迹，只有因时间累积发生的从量变到质变的奇迹。

我们追求质变，那就要对量变致以最大的敬意。

所以不要空谈宏大的司法目标，人们只在意你迈向目标的每一步是否坚实。

什么是上诉不加刑原则

上诉不加刑原则是刑事诉讼法的基本原则，它的基本含义就是对仅有被告人上诉的，不得加重刑罚，只有检察机关在提出加重抗诉的意见时才作为例外。目的是保证上诉救济权的有效行使。

这是程序正义的基本体现。

实体正义只有放在程序的框架下去追寻，才具有稳定性，才能避免人为的随意性，才能确保真正的公正。

因为正义，多少人曾假汝之名……

我们只相信规则，正义只有通过规则才能被看见。只有遵守规则人们才会信仰法治，只有通过规则的博弈才能完善法律的秩序，才能保证法治是在轨道上行驶，也只有遵循规则才能区分人治和法治。

规则意识是法的基本精神。

上诉不加刑原则之所以一再被强调，就是因为这个原则蕴藏着现代法治的基本理念。

一、控审分离

控审分离是现代法治的基本前提。

自抓自审、自诉自审，就会成为纠问制下的县老爷。既做运动员、又做裁判员，这就会从根本上否定现代法治的基本原则。那样的话，辩护权、程序保障也就无从谈起。

上诉不加刑的原则是控审分离原则在二审阶段的延续。

上诉人上诉，检察机关没有抗诉，二审加重刑罚就是在代行控方职权。

上诉人上诉，检察机关抗诉提出加重刑罚的意见，这个时候加重刑罚就不是在代行控方的职权，而只是对控方意见的采纳，仍然是一种居中裁判。

但是如果检察机关抗诉，也认为一审量刑过重，与上诉人立场一样了，这个时候法院就不能加重刑罚。因为这是彻头彻尾的控方立场，如果法院秉持了控方立场，又居中裁判就违背了中立性原则。自己提出了加重的意见，又自己表示同意，无异于混淆了控审界限，也让辩护权形同虚设。因此这是实质地违反上诉不加刑原则。

法官不得代行检察官的职权是刑事诉讼制度不可碰触的红线。因为这不是在破坏一个原则，而是在颠覆整个现代司法制度的根基。

刑事诉讼法明确强调发回重审也不能加重刑罚，就是在传

达一个很明确的信号，就是在强调这条原则的绝对性。

但是，只要有边界，就总有冲破程序边界的欲望。

此前就有观点认为，可以通过发回重审的方式加重刑罚，解决认罪认罚无理上诉的问题。不要以为这只是一个观点，实践中就有人这么干，在仅有被告人上诉的情况下，法院通过发回重审的方式加重了刑罚，目前检察机关已经发出了纠正审理违法意见书。

二、寒蝉效应

上诉加刑将使上诉制度失去意义，因为这会引发寒蝉效应。

上诉碰到检察官没什么，因为如果检察机关当初没有抗诉，二审检察机关也不能提出加重的意见。即使检察机关抗诉了，提出了加重的意见，上诉人还可以进行辩护，而且法院未必会采纳检察机关的意见。

但是如果提出加重意见的是法官，那还辩护什么呢？那就一定会被加重刑罚，这就是一个确定性的风险。

而如果上诉一定会被加重刑罚，那谁还敢上诉？

如果谁都不敢上诉，那碰到真正的冤错案件又怎么办？这就会失去程序内的纠错机会。

失去程序内的纠错机会，就会加剧程序外的权利主张，比如上访或者暴力事件。被告人憋到一定程度就不在意你加不加

刑了，但积怨一旦形成也就很难化解；即使解决了，也会减损司法机关的公信力。因为这是迟到的正义。

上诉制度的意义，在于给司法制度上了一个保险丝。

即使有些问题，有些电火花，跳一下闸，好好检查一番，确保安全之后，再推上继续运行，也不晚。

有问题那就赶紧修，因为是第一时间发现，一切都还来得及。

所以这其实是一个报警机制。如果没有上诉，上级法院也不知道哪个案件会有问题——只有上诉才知道，不上诉怎么知道呢？要是不敢上诉的话，那将无从知晓问题。

那就只能等到铸成大错才知道。为什么很多小案子申诉到两高都变成大案子了？这就是积累性损害造成的。

就像没有保险丝的时候，只有发生火灾了才知道出问题了。

而发生火灾了，又会对现场产生破坏作用，那个时候可能就很难说清楚问题的真正原因了。

就像很多冤假错案就是因为时过境迁，想要查清真相才变得困难重重。

三、程序正义

我们一开始只是会追问这个案子判得对不对，并不太在意怎么判的问题。

但时间一长我们就会发现，这是不靠谱的，当你不考虑程

序的时候，实体问题根本无从解决。

我们在意程序正当性，其实是法治水平提高的表现。

因为，案件中的谁对谁错，有时候是说不清的。这是因为对事实的认知存在弹性，不容易把握。实体问题很滑，很容易在分歧之间溜出指间。变得说不清、道不明。

因此，我们才更加关心程序问题，因为程序更加刚性，研究怎么处理不违反规则、怎么处理最有利于防止偏私才更实际、也更有意义。

就像切蛋糕的问题，不是费尽心思地考虑让谁切，那样就完全寄托于一个人的人性，但人性是经不起考验的。而且每一次都要重新考虑，这样效率会很低。

最好的规则就是让切蛋糕的人最后挑，这就可以通过规则的力量一揽子解决人性的问题。

而如果“最后挑”这个原则，能够被随意打破的话，那么这个公平的机制也就形同虚设了。

比如说转到谁那谁自己拿啊，一边说一边把盘子转出去，由于切的人最了解大小，他会迅速挑选出最大的，或者把相对大的拿走，然后别人接着挑。那种转到哪随机分的方式，好像也很公平，其实变成了自己第一个拿，或者与第二个人同时拿，比如在旁边的人开始挑的时候，自己也趁机把选好的拿过来。这个过程，大家可能也都没注意，因为大家的注意力都专注于等待盘子转过来的那一刻。这就是掩人耳目。

通过抛出一个随机拿的方式，掩盖了自己先拿的事实。通过貌似合法的外衣，掩盖一个违法的事实。这才是真正可怕的，也是最需要警惕的。

因为它的隐蔽性容易使人被蒙蔽。

回望历史，多少恶行都是披着正义的外衣。

所以，我们只有严格地落实程序，公正才会变得有希望。只要违反了程序，公正的结果就变得具有极大的不确定性。

只要违反了程序，程序的作用就失去了，人性就无法得到约束。

经过长期的实践，我们将这种公正的不确定性视同对程序正义的破坏。

不是我们不信任人，我们只是不相信不受约束的人性。

我们在意的不是一次的结果，我们在意的是持续获得好结果的机制。

而且司法规则还是所有社会规则的示范，我们希望“我们”做出怎样的示范？

审监抗的标准和意义

审判监督程序中的抗诉（简称审监抗），是针对已经发生法律效力判决和裁定而提出的抗诉。其启动标准更高，只有最高人民检察院和上级人民检察院才能提出，所以也较为罕见。为了保障既判力，往往要对抗诉的必要性进行更加充分的权衡。所以一旦出现，一定是有大事。

根据刑事诉讼规则，要么是有新的证据证明原判决、裁定认定的事实确有错误，可能影响定罪量刑，这既可能是加重也可能是减轻。

要么是据以定罪量刑的证据不确实、不充分的，或者依法应当排除，或者主要证据之间存在矛盾，或者原判决、裁定的主要事实依据被依法变更或者撤销的，这四条是减轻或者无罪的情形，是有利于被告人的抗诉的。

要么是认定罪名错误且明显影响量刑的，这一条限定在“明显”。

要么是违反法律关于追诉时效期间的规定的，在这种情形下，即使犯罪事实是成立的，也不能追究；如果被错误追究的，就应该纠正这个错误。它的目的不是放纵坏人，而是坚持法律规定的刚性。既然说了过期不问，就要说到做到，从而维持法律的公信力。当然，对于极端严重的犯罪，可以通过最高检核准追诉的方式解决追诉时效的法律问题。这里面说的都不是极端严重的犯罪。这也是在维护程序正义原则的刚性。

还有就是违反法律规定的诉讼程序，可能影响公正审判的，也要提起抗诉，这也是程序性的规定。

至于审判人员在审理案件的时候有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判行为的，那就更不用说了。

总结起来，既有事实证据方面的规定，也有法律适用的规定，还有程序方面的规定。

一、事实证据方面

不利于被告人的抗诉要有新证据，但是有利于被告人的抗诉可以没有新证据，比如人家就是无罪或者当初的证据就是牵强附会勾连起来的，你让人家有什么新证据？这个举证责任不能倒置，只要你有证据不确实、不充分、矛盾或者排除的充分理由就可以了。

所以一定不要搞混了，加重刑罚才要新证据，减轻刑罚是

不用新证据的，讲理就可以了。当然了，这个理一定要充分，才值得推翻既判力，也才可能推翻既判力。

在抗轻、抗重这个证据标准上的要求，应该是在维护既判力原则和保障人权原则之间的一个平衡。

二、法律适用方面

罪名错误影响量刑的，是一个单纯的法律适用错误，因此只是以程度进行限定。这个“明显”应该有一个大致的标准，不能只要“不一致”就是明显，或者只要“改判”就是明显。那就混淆了明显与不明显的区别。笔者归纳一下，所谓明显影响量刑的，可能有以下几种情况：

第一，未认定有法定量刑情节而超出法定幅度判处刑罚的。

第二，量刑所依据的法定量刑情节误判为有或者无，导致未在法定刑幅度内判处刑罚。

第三，量刑适用主刑刑种错误的。

第四，应当判处死刑立即执行而判处死刑缓期执行的，或者相反。

第五，不应当并处附加刑，而并处附加刑，或者相反。

第六，不具备法定的缓刑条件，而适用缓刑，或者相反。

这几种情形可以视为“明显”。量刑建议的采纳也可以参考此标准。

事实上，所有的问题都会涉及法律适用，但是我们不能将所有的问题都归结于法律适用，从而要求其必须存在量刑明显不当，因为事实证据和程序问题还有各自的价值考量。

三、程序方面

程序是有独立性价值的。就比如说，审判人员贪污受贿，你能说量刑没有明显不当，就不启动审判监督程序？那给人的公正感何在？

违反追诉时效也一样，它不是案子本身大小、刑罚轻重的问题，它涉及法律的承诺能不能兑现的问题。它的目的不是放纵罪犯，而是让人们相信法律一定是有效的。如果为了不放纵罪犯，把法律已经规定的追诉时效当儿戏，最后导致公众普遍对法律失去信心，那将是我们无法承受的损失。而追诉时效本身也是在法律的稳定性和公正性之间做出的取舍，终究是一个价值平衡的问题。

关于程序违法的事项虽然没有具体规定，但是我们抓住对公正审判的影响就够了。至于如何会对公正审判产生影响，就要在基本的诉讼制度中进行考量。这个影响可能是一次性的，也可能是长期的，而如果是长期的，那就更要引起注意。因为如果你这次不纠正，这个程序问题就会源源不断地影响公正审判。它败坏的不是一次的公正，它败坏的是公正的水源，所以

就要引起我们的重视。

既然审监抗这么难以启动，它也一定有着更大的追求。这个追求的价值一定要超越既判力，成为足以支撑它走下去的理由。大概有以下几个方面：

1. 示范意义。比如马乐案，提出审监抗对“老鼠仓”类案件的处理上，以及对量刑情节的把握上就具有示范意义。还有一些冤假错案的纠正，对于证据标准、办案理念也有示范意义。

2. 建立标准。法律不可能天衣无缝，而修改法律又有滞后性，这就需要通过法律解释或典型案例补充漏洞、建立标准。其中，对法律进行解释需要基本的规则和诉讼理念作为支持，不应是任意的。比如上诉不加刑原则，它的法理依据就是控审分离原则，法官不能创设加重的立场从而代替检察官的职责，这是它的实质。至于在法律文字表述没有那么充分的时候，就要回到立法目的上来。在这方面，立法者的释义已经阐述得很清楚了。如果还是不明白，就有必要通过案例的方式进一步树立标准，进一步强化上诉不加刑的刚性原则。一个案例胜过一打文件，因为案例更加鲜活、具体和真实，更容易让人记住。通过案例的方式，正确地阐释原则将更有意义。不仅是对个案有意义，从长远来讲，树立程序正义的观念，对保证公正裁判，保护上诉权、辩护权，及时发现案件质量问题都具有重要意义。

3. 长远影响。一个生效判决的纠正不仅仅着眼于当下案件的解决，更重要的是通过个案的解决来树立观念。要考量生效

判决所蕴含的理念对司法工作的意义到底是积极的，还是消极的。如果不纠正这个观念，对司法工作所造成的潜在危害到底有多大。通过纠正错误判决进而树立正确司法观念，能够对司法工作产生多大的正面作用。这是一种价值权衡和考量。在考量的过程中，既要体会公众的一般感受，也要注意吸收法学界的专业建议，结合理性和感性的认知，更加有利于评估结果的妥当性。

当然，审监抗仍然只是一种请求权，因此兼具了监督和救济的双重属性，最终的决定权还是在法院。审监抗的功能在于提醒，并确保审判监督程序的启动，能够引起审判机关对该生效判决的充分重视。

但是更加根本的是，通过上级人民检察院对同级法院的提抗，可以促使案件在更高层级上获得重新审视，跳出地域、区位和视野的局限，有助于法律在更大范围内实现统一实施。

通过一个不容易的程序，创造一个难得的先例和标准。

更加审慎的考量和价值权衡，有助于获得更长久的司法影响和公信力。

为什么我们习惯于一个弱势的检察机关？

不批捕、不起诉多了公安机关不高兴，我能理解；抗诉多了，确定刑量刑建议搞多了，法院不高兴，我也能理解。但为什么有些学者也不高兴呢？为什么检察机关受到削弱的时候，没人吭声，而当你找回一点自信的时候，别人却接受不了呢？

难道大家习惯了一个弱势的检察院，见不得你有一点好吗？或者一个弱势的检察院对法治的成长真的有利吗？

这是一个需要严肃思考的问题。

一、

比如，有一个很有代表性的小例子。有人说现在搞认罪认罚，检察官很强势啊，犯罪嫌疑人、被告人很弱势，很容易就被签城下之盟，就是不得不屈从于检察官的量刑建议。

我说这完全是想当然。实践中几乎是完全相反的，你问问

一线的检察官，到底是谁求谁，往往是我们要签订城下之盟。

这里面有真实的逻辑。

检察机关自上而下推认罪认罚这个事，不光检察官知道，犯罪嫌疑人也知道。所以他知道你需要这个数，他会拿着你，有的甚至要求只能判缓刑，甚至只能做不起诉，你说这是谁强势？

犯罪嫌疑人之所以这么强势，在于他还知道这样的现实：检察官在量刑上说话不算数，检察官的量刑建议经常不被法官采纳。所以对量刑建议没有什么可在意的。不管你签不签具结书，在法官那里都无所谓，该从宽从宽，该不从宽还是不从宽。总之，法官不采纳检察官的量刑建议也释放了一个明确的信号，那就是量刑方面还是法官说话算数。这个信号，犯罪嫌疑人已经收到了。

而且即使签了具结书，也可以上诉啊，检察院一般也不敢抗诉，因为人家法官说了，这是滥抗诉，要保证上诉权，抗诉也改判不了。只要你说为了留所服刑，法官就信你，所以上诉只有好处没有坏处。好的还能减轻，最次也能让你真的留所服刑。

所以，犯罪嫌疑人对检察官有什么可怕的？检察官不让他满意了，他根本不会签具结书。他知道检、法在认罪认罚方面的不同态度，他也知道检察官硬气不起来。一名女检察官在做认罪认罚工作的时候，都被嫌疑人给训哭了，嫌疑人呵斥道：你以为这是菜市场啊，左一趟右一趟的，下回要是还是这事，

就别来了。这就是检察官真实的工作场景。

这个情况你说学者完全不了解吧，也不可能，他们只是不习惯于检察机关强势起来。

就像一个习惯于够罪即捕即诉的侦查人员，也不习惯于不批捕、不起诉的强势，他会抱怨检察机关不打击犯罪。因为他是前手，从法律程序上很难制衡后手，但他有政治优势，他可以从政治上施加压力。

而法官就不同了，他掌握着法律优势，你的量刑建议他不想采纳就不采纳，他可以说只要不采纳的就都是量刑建议明显不当。你抗诉也没用，就是不改。认罪认罚的被告人上诉可以，你抗诉就是滥抗诉，而且肯定是不改。有的法官甚至认为可以通过上诉后发回重审的方式加刑，也就是以违反上诉不加刑原则的方式纠正无理上诉的问题，即使这样他们也不希望检察机关抗诉。

总之就是检察机关的地位刚起来一点，就给你按压下去。即使是立法给予了检察机关更多的量刑话语权也没用。

而一旦有些学者为检察机关发声，就很容易遭到同行抵制，好像是在给坏人辩护。长久以来，部分学者也以批评检察机关作为重要的学术成就，以为借此可以实现法治进步。但是在真正的强势权力崛起的时候，又集体噤声。

当然，必须承认通过批评以往检察机关所代表旧的刑事诉论格局，可以一定程度上促进刑事诉讼结构的优化完善，促进一些法治理念的进步。不能说这种批评完全没有作用。

但这并不意味着在理想化的刑事诉讼权力结构中，检察机关只能一直处于弱势地位，或者说只有弱势地位的检察机关才能确保以审判为中心的实现。事实上，这也是一种想当然的逻辑。

二、

以审判为中心的诉讼制度改革的方向是对的，法院地位提高也没问题，但是仅靠法院一家是无法将以侦查为中心这个旧模式转过来的。

一个弱势的检察机关是制约不了强势的侦查机关的，单是证据质量就保证不了。总体来看，现在审判机关在纠正冤、假错案的力度上又有减弱的趋势，以审判为中心好像也没有那么受强调了，庭审实质化的脚步在放缓。而这些其实是更应该关注的。

但是好像过多的焦点都放在了检察机关不断增加的量刑话语权上，大家把这件事看得太重了。

首先，一般“应当采纳”，是立法赋予检察机关的更大话语权，但是这只是话语权而不是决定权，因为决定权还在法院，检察官还需要法官来背书。而只有检察机关拥有了更大的量刑话语权，在与嫌疑人的量刑协商中才能说话更有分量。现在不是检察官高人一头，而是矮人一头的问题，法官的背书有利于检察官提高量刑方面的公信力。这也使得量刑建议不至于过度

让步而损害认罪认罚的严肃性。

而只有通过认罪认罚的提升，将法官从繁重的案件压力中解脱出来，他们才能腾出手来更多地处理更疑难复杂的案件，通过更加庭审实质化的方式展开，更充分地体现证据裁判原则，才能真正树立以审判为中心的地位。

但是很多法官并没有充分利用这个腾出来的时间，反而还是选择在量刑的问题上较劲。我建议7个月，你非要6个月、8个月不可，这里面有什么公正可言？反而可能进一步破坏了认罪认罚的整体秩序，从而使检察官耗费精力节约出来的时间又被浪费掉。

既然能腾出手来掰扯量刑，为什么在普通案件中不能多要求几个证人出庭？为什么没有在一些复杂疑难的案件中多下一点功夫？哪怕多判几个无罪也行啊。那样不是更能体现以审判为中心的地位吗，那样不是更能凸显法院和法官的地位吗，为什么不去做呢？

因为以审判为中心是公器，而小量刑是自留地。不愿意为公器得罪人，但碰了自留地要急眼。这我也是能够理解的。

三、

但是个别学者的着急在于什么呢？对于一个已经受到巨大削弱的检察机关，现在只是刚有一点抬头的架势，为什么他们



如此着急？在他们的话语体系中，以审判为中心是一种不能触碰的禁区，是一种政治正确，检察机关在量刑方面话语权的提升，似乎就是触碰了这个禁区。在他们的心目中，以审判为中心是时时刻刻处处发生在每一起案件当中的。

如果检察官提出一个确定刑量刑建议，而法官同意的话，就感觉没有法院什么事了，似乎也不再是以审判为中心了，这是他们难以接受的。

但这其实正是在为以审判为中心创造条件、腾出时间啊，只是这个腾出的时间没有被好好利用而已。

而即使是检察官提出的确定刑量刑建议，也还是需要经过法庭检验的，被告人也是随时可以提出意见的，随时都有可能转换为普通程序审理，其始终是以审判为中心、为后盾的。

检察官的强势只是为法官有效地争取时间，就像检察官在侦查人员面前强势一样，只是为了有效地提高案件质量。

检察官的强势其实正是推进以审判为中心诉讼制度改革必然趋势，认罪认罚只是其中一环。这是中国司法改革的真实逻辑。

忽视这些真实的困境和逻辑，将检察官当作强势的假想敌，既是一种想当然，也是一种在不改变整个体制环境的前提下，要求在局部区域进行气候改造的幻想。

这是一个现实的世界，要想扭转以侦查为中心的巨大惯性，向以审判为中心转变，仅靠想象是不够的，必然要从整体上调整刑事诉讼的权力构架。这不仅仅是法律意义上的，也必然是现实

意义上的，必然要触动权力的格局以及与之相依存的既得利益。

不叫疼，是不可能的。

但是历史并不相信眼泪。

在这个刑事诉讼历史性转型的过程中，检察机关必然要发挥强大的中枢作用，不经过中枢就完成转型是不可能的。这就像是变压器，要改变强大的电压，首先自己必须要具备很强的功率。这是法治发展的历史进程决定的。现在这个过程还在进行之中，审判机关还没强大起来，检察机关先强大起来了，好像搞错了似的。其实没搞错，检察机关不先强大起来，能把侦查中心的这个中心给你审判这边送过来吗？历史的车轮得一站一站往前走。

没有一步到位的改革。

以审判为中心是早晚的事，但是审判机关也要抓住关键的机会才行，通过认罪认罚送过来的时间为什么不要？这个时间为什么没有用到更加实质性的庭审上来？重大复杂案件的以审判为中心为什么没有进一步树立？这才是真正应该关注的问题。还在为一两个月的量刑较劲，还在为是否适用缓刑较劲，能较来以审判为中心吗？

不管是以侦查为中心，还是检察机关的主导作用，还是以审判为中心，从历史、现实和未来的趋势看，都不是别人给予的，而必须通过自身的努力才能实现。地位不是说出来的，一定是干出来的。

我不相信，一个在小量刑上斤斤计较、在复杂案件上得过

且过的法官能够创造以审判为中心。

我同样也不指望在讨论问题上通过想当然和路径依赖就能够提出对现实有指导意义的理论框架。

事实上，批评一个想象中的强势检察机关，只是展示了一种追求理想公正的道德优势，而这种批评又由于检察机关事实上的弱势而变得十分安全。这种想象的差异可以屡屡收获廉价的道德优势收益，而安全性的差异又促成了一种批评惯性。

正如前文所说，这种批评在法治初期可能还有一定的积极意义，但是在检察机关被削弱之后，并在以侦查为中心向以审判为中心转型的过程中，检察机关发挥越来越大作用的背景下，仍然继续坚持这种批评立场，实在是既无视真实的司法现实，又无视法治历史发展的趋势。

事实上，罔顾情势变化，而继续坚持习惯的批评立场，只是在坚持收割道德优势红利。因为只有批评，才能显得更加公正和独立，而无须考虑批评的质量。

而由于这种批评日益脱离现实和历史趋势，其所收获的道德优势也只是一种假象，并无助于真实问题的思考 and 解决。

长期生活在假象之中必然也将日益脱离实践，并无法提高真正的思考力。

人云亦云的批评与人云亦云的表扬一样，都不是一种独立的思考方式，也同样没有任何道德优势可言。

公诉人的牙齿在哪里？

有人说公诉人武装到了牙齿。
但是我怎么没看见呢，牙齿在哪儿呢？
可能在肚子里吧，自己咽下去的。
但这并不是一句玩笑。

一、

我原来也以为公诉人在法庭上挺神气风光的。但是做了公诉人才知道，什么叫叫天天不应、叫地地不灵。

要证据公安不去取，做不起诉领导通不过，到法庭上还挨法官吡。

给公安开列了很长的补证提纲，但是证据就是补不回来，最后一纸办案说明了事，你又能怎么样？再次反思自己的提纲写得不好？

我有一个诈骗的案子，有一个特别关键的书证需要笔迹鉴定，一审公诉的时候也做了，但是没有鉴定出来，上诉人在笔迹鉴定时明显改变了笔体。没有这个证据，这个案子将陷入僵局。我就仔细研究上诉人签名的变化，明显感觉其笔体在笔迹鉴定前后发生了很大的变化，感觉这份书证上的签名与早期笔录的签名高度一致，我就又找到上诉人自己提交的证据材料上的签名，在侦查阶段的权利义务告知书上的签名，这都是其确凿无疑的签名，另外还有一份银行单据上签名，我感觉也高度一致，只是他自己不承认。我缩小包围圈，让公安就这有限的几个签名进行同一性的鉴定，公安还是推脱，说做不了，原来都做过了，鉴定不出来。

我说你甭管能不能鉴定出来，你再鉴定一遍就行！

在提交鉴定之后，又有麻烦了。说鉴定需要原件，其他都是原件，银行票据不是原件。那我说，那就辛苦您调取一下原件。

最后好说歹说把原件借来了，最后鉴定证实了上述笔迹的同一性，这个案子算是拿下来了。

这还算好的。很多时候，还要看碰到的侦查人员好不好说话，愿不愿意配合。

现在公安内部考核指标调整了，对于已经侦查终结的案件，对最后是否起诉、能否下判没有那么重视了。而且他们也确实还有很多额外繁重的任务，还要备勤，确实很辛苦，有的时候应付一下就放弃了。

有的时候关键证据取不到，整个案件都只能放弃，勉强起诉最终也要撤回起诉，或者被判无罪。

事实上，在推进以审判为中心的诉讼制度改革之后，无罪和撤回起诉的案件数量都在不断提高。

即使那些不是特别关键的证据，如果不是完全到位，在出庭的过程中公诉人也会比较难受，往往只能硬辩、硬说。

但是谁还不要点脸面呢，谁又想硬辩、硬说？

司法责任制改革已有一阵子了，不捕不诉的案子增加了很多，这就是公诉人也不想硬辩、硬说的体现。

这个时候其实公诉人的刀口是向内的，是在把以审判为中心的壓力向侦查前端传递。

但是这里面还会有侦查机关反过来施加的压力，会说你打击犯罪不利，这些整体的压力放在公诉人身上，就起了一个名字，叫“不能担当”。

而且不捕不诉的案子多了，又怕检察官滥权，通过加强审核、强制上检察官联席会议等方式，将已经下放的权力回收，三级审批又面临回潮。

而且不捕不诉始终是内部监控的重点，要进行反复的复查，这就逼迫公诉人只能往前走。一方面，相对不捕不诉的适用率直线下降，轻罪的高羁押率、高起诉率，机械执法的风险加大；另一方面，对证据不足的不捕、不诉也在收紧，而侦查质量并没有得到根本的改善，这就使法庭上的尴尬局面频出。

捕诉一体好像在一定程度上增加了检察官的权力，但也只是对侦查的制约略有好转。由于权力回收之后，对侦查制约无法充分展开，使巧妇难为无米之炊的局面无法从根本上解除。

批捕权看起来是一个很大的权力，但与一般所批评的想抓谁就抓谁完全是两个概念，本质上还是一种比较被动的权力。

我办案的过程中一直有发“追捕追诉”的习惯，也得到了领导的认可。但是有一次我又提出了一系列的追诉意见，一位老领导当时就说，这个思路挺好的，但就看公安给不给你干了。

这才是关键，因为抓人的权力并不在我们手里，如果侦查不好好落实我们就一点招儿也没有。

那位说，你不是可以搞侦查监督吗？

事实是，纠正违法发多了，其效果也会边际递减。我刚上班那会儿，发一个纠正违法真能让一个警察脱衣服，就是离职。但是现在很难了，其取决于公安机关对纠正违法的整体态度和它自己的评价机制。侦查监督只有转化为公安自己的评价机制才有效。

这个时候监督的效果，甚至还不如不捕不诉的制约效果明显。但是现在权力回收，公诉人刚有的这一点权力，现在也快没了。

二、

那审判监督呢？

那就更难了。审判监督的结果更是取决于法院的态度。

抗诉只是启动一个审理程序，改不改判，还是在于法院自己。即使抗诉得有道理，但法院就是不改判检察院也没有办法。

我就听说一件事。一个抗诉案件，几乎所有的审委会委员都同意检察机关的意见了，但是刑庭庭长说，这不是案子的事，这涉及我们的量刑权问题。好，又都同意承办法官的意见了。

而且启动抗诉程序的成本很高，轻易启动不了，这和上诉的成本完全不一样。

即使你费了很多的力气，但法院就是不改判也没有办法啊。那种一抗再抗，一路抗下来的案子屈指可数。

我曾经发了一个再审检察建议，因为很少有人发过，问谁都不知道，就向一位老同志咨询：会不会有反馈？怎么反馈给我？他说，除非再审，否则没有反馈，但是能够启动再审的案子是极少的。即使我的再审检察建议书写了十几页，收集了那么多的证据，也是如此。

我认了，只要有希望就行啊，尽了力就行啦。

你们只看到过法官训斥律师，没有看到法官训斥公诉人吧。实际上对年轻的公诉人而言，这也是常事。

法官在开庭中也经常限制公诉人的发言，辩护人提出质证意见之后，就不让公诉人再解释了，要求留到法庭辩论阶段再说。但是对证据的印象一旦形成是很难动摇的，这时候公诉人就得抢着说。因为到了发表公诉意见的时候，谁又能记得住这些细节？

随着年龄的增长和经验的丰富，我现在被法官训斥的机会也越来越少了。

但是也不能完全避免。记得有一次开庭，我们在庭前做了准备，补充了几份证据，而且让公安单独订了卷，庭前很久就移送法庭了。感觉准备还是很充分的。

我还很礼貌地在开庭之前和法官打了一个招呼，说一会儿有点新证据要出示一下。

他说：哪有新证据，没看到有新证据啊？

我说：有啊，有一本卷呢。

他说：肯定没有。

我说：不会，您找找。

他翻了翻卷，说没有。我一听都傻了，以为把卷弄丢了，脑袋嗡了一下。但是很多当事人家属在旁听席就座，我还得强打镇定。我小声问我的书记员，打回证了吧？得到肯定的答复之后，我才有点踏实。我心里想，责任是一方面，要是丢了，案子怎么办呢？还有这么多人看着呢。

我跟助理说，你帮他找一下。助理从法官那一摞卷宗翻了两下，抽出一本薄卷，说在这儿呢。我的心才放到肚子里。

旁听席的家属就这么大眼瞪小眼看着呢，法官脸上有点挂不住了。就问我，之前怎么没跟我说一声？

我说庭前很早的时候就把卷给您送过去了啊。他又说，你没有和我单独说一声。

助理在旁边嘟囔，自己不会看卷啊？我稍一摆手，示意他别说了。

虽然，心里有很多的不爽，但是我还是说，对不起，是我们工作不到位，没有提前单独跟您说一下。

法官还是不爽，拿着这本薄卷，就问我：你们有示证提纲吗？

我说这是二审案件，就几份补充证据，因此就没有专门做示证提纲，在其他法官庭上，也出示过补充证据，都没有要过提纲。我们下回注意。

法官还在说，你没有提纲我怎么主持庭审啊？

我继续说：对不起，我们下回注意。

助理跟我说，他自己列了一个简单的提纲。

我赶紧说，我们这有一个简单的提纲，您看先用这个行不行？

法官拿出去看了看，说你这个不规范，没有写证明事项什么的啊。

我说实在抱歉，我们就几份证据，之前不知道要示证提纲，我们下回注意，证明事项我们出示证据的时候就会说。

助理坐在旁边快要急眼了，我赶紧按住他。

我心里想，一定不要在法庭上发火，不管什么原因——因为那样我们也跟着丢脸。

我继续说：实在抱歉，您今天先用这个吧，没几份证据，我们下回注意。



最后终于开庭了，到了要出示证据的环节，法官也有点不好意思了，问我：你们还有提纲吗？

我说：没有了，就一份，给您了。

他还问我：那你们怎么办？

我说：没事，就几份证据，我直接出一下就行了。

倔强的助理在旁边补了一句：我再写一份，果然，他正在手写一份呢。

所幸庭审还是顺利的。

助理回来跟我说，刘哥，今天要不是你按着我，我当时就跟他翻脸了。难道他自己不看卷吗？就这么几页纸还要示证提纲？

我说：永远也不要再在法庭上跟法官翻脸，那是法庭，我们一定要尊重法官的权威。我们得给他台阶。而且我们翻脸就让人看笑话了，到时候我们也跟着丢脸，我们要保持克制，明眼人都知道是怎么回事。

助理问：那以后所有的证据，都要有示证提纲吗？

我说：不用，给别的法官，反而还让人觉得奇怪。示证提纲不是必须的，即使有也是我们用来方便出示证据用的，而不是给法官用的。我们要出示的是证据，而不是证据提纲。而且就那么几份证据要提纲干什么？你要知道真正的规则是什么，不要蒙了。这只是法官在找台阶，你要能够领会他真正的意思，包容他的怒气，让庭顺利开下去。这才是最重要的。

也许这就是我们的牙齿吧。

长在肚子上的牙齿。

三、

还有人会说，牙齿主要是体现在和辩方的对比上。

公诉人可以调动国家资源，前文已经分析了这个资源调动会有多么的困难。

同样在证据调取上，很多辩护人能够调动的资源一点都不少。除了常规的证据之外；他们还能经常举行高级别的专家论证会，这也是一个重要方面。

而且在舆论攻势上辩护方也有自身的优势。我有一个高检察院督办的案件，由于之前领导要求不能对外说任何话，虽然庭审中我们是占优势的，但庭后并不能接受采访。我只能拒绝记者的好意，看着辩护人一个人接受采访，记者都按照辩护人的逻辑回去写稿子。

对于这种重大复杂的案件，还有一个督办制度，三纲一词都要层层审定，即使在庭审上有任何变化，公诉人也不敢超出既定的出庭方案。所以在被告人、辩护人即兴抛出一个问题的时候，很多年轻的公诉人会在法庭上翻材料，其实他是在翻答辩提纲，他不敢超出既定的范围。

有一个大案子，庭审上有了新的变化，最后一名资深的公

诉人即兴来了一段总答辩，没有完全按照既定的套路来，虽然效果很好，但是还是被批评了。

他顶回去一句：是你出庭，还是我出庭？

但是这样的公诉人太少了，我们都是在戴着锁链跳舞。

但是辩护人没有这样的锁链。同样水平的同学，分到法庭两侧，几年之后你会发现他们有很大的不同，辩护人即兴表达能力更强，他们背后有一只无形之手在推着他们往前走，重要的是他们没有公诉人的锁链。有些公诉人在检察机关这边的时候放不开手脚，但是转行当了辩护人却火力全开，感觉完全变了一个人。

而且很多律师还拥有相当的社会地位和影响力。可以直接跟你的领导的领导说上话，你跟他怎么比？还牙齿呢！

即使在被告人面前，公诉人也并未体现出更多的优势，在认罪认罚的教育转化和量刑协商这两点上显露无遗。有些女检察官甚至会被气哭。我们倒是想硬气一点，但法院不给我背书，不让你硬气啊。

原来我们的牙齿长在别人身上啊。

而那些说公诉人有牙齿的人，才真正长着话语权的牙齿。

公诉人虽然代表国家，但他真正能够调动的资源是极为有限的，其所能行使的权力是受到高度约束的，而且还在不断回流的过程中。他所能施加的影响力是极为有限的，晋升的空间也很有限，因为他终究只是普通的个体。

虽然有极个别的案件是倾国家之力在办，但是这是极为罕见的，历史上也屈指可数，而且这也体现在国家机器的整体表现上，也不是体现在公诉人的个体上。

而大部分案件，都不会动用那么多的国家力量，只是占用个别侦查人员和公诉人的部分工作时间而已，这也是他们仅能调动的力量。一个公诉人和一名侦查人员每年所办的案件数以百计，而很多辩护人每年的办案量可能只是他们的十分之一，而且只要经费够，还可以聘请更多的助理。因此在时间和精力上，在对单个案件的投入上，辩护人反而更占有绝对的优势。

更不要说辩护资源是真正的全国配置，可以在全国各地代理案件，完全遵循市场化法则。因而可以实现资源的大规模优化配置，甚至还可以直接体现为名与利的回报，激励机制更加公平和明显。

虽然也有人一再呼吁公诉人进行跨区域的调配，但是实践操作困难重重，人大任命这一条，就使公诉人都禁锢在自己的岗位上。

在具体的个案上，辩护方可以从全国调集兵力，而本地的公诉人就显得力不从心。在局部力量的配比上，反而是天平倒转，辩护人实现了优势兵力。

这才是真实的实力对比现状。

真实的实力从来不是写在纸上的，也不是存在于想象之中的，而是体现在每件真正的案件之中。

而且随着这几十年司法改革的推进，刑事诉讼法都改过好

几轮了，刑事诉讼格局已经发生了翻天覆地的变化。现在公诉人绝不是戴着大盖帽和法官坐在一起的那个人了，那个时代一去不复返了。

人权保障水平达到了新的高度，律师的政治、经济和社会地位都有了显著的提升。当然不得不承认，现实中辩护权可能还有保障不到位的地方，但是从另一个方面看，公诉人的权力也有很多保障不到位的地方。在这个意义上，公诉人并无任何优势可言。

反躬自省，也许公诉人真正的优势还是肚子里的牙齿。不仅是涵养，更是由于更多案件的历练，可以实现更多的经验积累，有点像医生看病，熟能生巧吧。也就是这个业务水平的内功，可能才是公诉人真正的牙齿。这也是公诉人转行到律师团队，对方看中的地方。

因此，那些公诉人武装到牙齿的理论，其实只是把历史想象为当下、把文本想象为现实、把整体想象为个体、把西方想象为东方、把以为想象为事实的一种想当然，是一种带着优越感的俯视姿态。虽然现实发生了变化，但是并不是所有人都愿意更新认知，而有些人只是选择视而不见。

我们并不能改变别人的认知，但是我们一定不要忘了，真正的牙齿到底在哪里。

自身的强大才是真正的强大。

不仅是集体意义上的，更主要是个体意义上的。

为什么程序法定原则会被人遗忘？

前几天我发表了《单位犯罪能否做认罪认罚》这篇文章，其中提到的一个观点就是刑事诉讼法应当规定单位犯罪案件的审理程序和办理程序。

有同事提出了观点认为，司法解释能解决的就无须修改刑事诉讼法，以保持法律的稳定性。

我说这不是稳定性的问题，这涉及程序法定的基本原则，因为司法解释针对的就是刑事诉讼法的规定，而刑事诉讼法完全没有规定的东西，你怎么解释？不能将司法解释当立法用。

他说：刑事诉讼法规定了被告人，而单位也相当于人，所以实际上就是对被告人这个规定的解释。

我说：单位是拟制人，还是跟自然人不完全一样，这也是司法解释为什么要单独规定一章的原因。这种人与人的差别，也需要法律明确的规定，仅有司法解释是不够的。

他还坚持说，现在也没有影响什么事啊？

我说这才是真正需要关注的问题，对于刑事诉讼法的长期疏漏没有关注，把司法解释当作立法了事，那还有程序法定原则吗？而且单位犯罪的审理程序必然还涉及诉讼代表人，甚至对有些诉讼代表人还可以拘传。对这种涉及人身权利的重要程序，在刑事诉讼法没有任何规定的情况下，就由司法解释规定，这样合适吗？而法定代表人往往被抓起来，这时候的诉讼代表人往往是其他人员。

他说：公司法有规定，在缺少法定代表人的时候会有新的产生程序，既然担任公司的相关负责人，他就应该知道其需要承担的后果。其他诉讼代表人，也不是检察机关指定的，而是由公司确定的。所以让他代表公司履行诉讼义务没有问题啊。

我说：这是民事法律规定。我们现在说的是刑事法律规定，刑事法律中的程序法定原则，与罪刑法定原则一样重要。涉及刑事诉论重要程序的，应该由刑事诉讼法规定，这不是司法解释能够解决的。

我们到底在争论什么？我们真正的争论焦点就是，还有程序法定原则存在吗？哪些是必须由刑事诉讼法规定的内容？哪些是可以由司法解释予以补充完善的内容？

好像，大家对罪刑法定原则都有比较清晰的概念。

大家都知道，司法解释既不能创设一个罪名，也不能超出立法本意，将一个完全不相关的行为归到一个罪名当中，也就是再怎么解释也不能适用类推。这就意味着保留了刑法网的缝

隙，这些缝隙只能由立法来填补，不能由司法机关来自行填补。这也是立法权和司法权的基本界限。

如果司法解释可以填补一些法律漏洞，可以通过解释的方式把所有司法机关认为应当处罚的行为都纳入犯罪圈，那要立法有什么用？

为什么罪刑要由法律来定？因为法律是通过民主化、代议制的方式体现的国民意志，是一种社会共识，只有这个共识认为某一种行为需要处以刑罚，才可以动用司法权去追究。因为刑法的动用涉及公民行为的边界问题，它不仅仅是专业问题，也是价值权衡问题，需要多数人的意志才能决断，而这是立法的范畴。

不是说司法机关不专业，它在法律专业知识的研究上也非常专业，但是专业能力代替不了民主化决策程序和民意基础，因此其只能适用法律但不能创设法律。

罪刑法定的“罪刑”是法律，不能随意创设。同理，程序法定的“刑事诉讼程序”也是法律，也不能随意创设。

因为刑事诉讼程序涉及对重要权利的剥夺和侵犯，既关系到罪刑法定原则的具体落实，也关系到公民基本权利能否得到切实保障，因此也同样不应由法律以外的规则轻易创设。

比如，我在《单位犯罪能否做认罪认罚》这篇文章所提到的单位犯罪审理和办理的程序问题，这显然是一个基本的刑事诉讼程序，理应由刑事诉讼法明确规定，不应由司法解释规定了之。

但是通过与同事的争执可见，并不是所有人都认为这件事有多严重，实际上大家对程序法定原则的认识非常模糊，其知名度要比罪刑法定原则差远了，而且即使提出来，大家也很难确定这一原则的边界。

那，什么样的程序应该由法律规定？什么样的程序可以由司法解释规定？这并没有特别明确的界限。

事实上，每次刑事诉讼法修改完，两高都会出台自己的程序性解释，为什么不能够由刑事诉讼法尽量地一揽子解决？

尤其是单位犯罪这种整章的规定，完全是在刑事诉讼法之外又创设了一套规则。

但是刑事诉讼法也有责任：为何规定得如此粗疏，以至于需要司法机关进行大量的填补工作？

这里面既有长期以来重实体、轻程序的理念问题，也有我们长期对程序法定原则缺少研究的原因。

罪刑法定原则在刑法中拥有显赫的地位，刑法学者对它的研究不厌其烦，在教学的过程中也会一再强调，导致罪刑法定原则的大普及。凡是受过法学教育的人，基本都知道这个概念的基本含义，因此很容易达成共识。

但是程序法定原则是非常模糊的，如果凡是程序就要法定，好像也不现实，因为需要规定的程序好像也太多、太细了。

可是你要说哪些必须由法律规定，哪些可以由司法解释规定，又好像二者之间根本没有什么严格的界限。

更不要说之前的劳动教养和强制医疗，这些长期剥夺人身自由的程序也曾经长期游离于法定程序之外。

很多改革也会突破法律的规定，比如普通程序简化审改革，暂缓起诉的改革。当然，后来有些被法律所吸收，但是在此之前并无法律依据啊。还有一个重要的程序性规定——两个证据规定，这其实涉及很多重要的程序规定，这些是程序创设还是解释吗？虽然已经部分为法律所吸收，但是没有吸收的部分依然在施行。

有的人会说那些突破法律的规定是保障人权的，所以问题不大。但是由谁来衡量这个程序的风险性，又由谁来界定程序法定的边界呢？

甚至有些法律解释还公然规定，通过发回重审的方式加重刑罚，明显地违背上诉不加刑原则，但这又应该由谁来限制？

为什么程序需要一个法定原则？因为出台一部司法解释、规定的严谨程度要比修改法律的严谨程度差多了，民意基础更是根本性的差异。

这也导致了一般的司法解释或者其他文件规定可能产生的疏漏更多，如果由其产生创设法律的实质功能，将使得整个社会规则失去必要的稳定性和秩序性。

而且也会使人们逐渐失去追求法律完备的动力，既然能围绕开法律的方式解决，谁还要惹这个麻烦？

这就使程序法定原则陷入虚无状态，变成说不清、道不明、

用不上的状态。

所幸，最近几年认罪认罚制度还开创了立法授权试点的先例，从形式意义上尊重了程序法定的原则。

事实上，这应该成为以后重大程序性改革的基本模式，非经立法授权，不应绕行。

笔者建议：

1. 有必要对刑事诉讼法和相关程序性解释以及规则进行一次系统体检，需要纳入刑事诉讼法的及时纳入进来，需要清理的赶快进行清理。尽快系统纠正以司法解释和文件代行刑事诉讼法的现象，树立程序法定的权威。

2. 在清理的过程中应该对程序法定的边界进行逐渐的厘清，从刑事诉讼法学研究的角度确立几条原则，以后再有类似司法解释出台，都应该用这几条原则检验一下，看看是否过关。

3. 在程序法定原则中应建立反对类推的规则。比如在前述文章开头提出的，明明没有规定单位犯罪，但是通过被告人和被告单位等价的方式试图将现有的司法解释和刑事诉讼法挂上钩。应该从法律原则上避免这种牵强附会的情况出现。

4. 刑事意义上的程序法定与民事意义上的有所不同，应该明确两者的差异，避免将两者混淆。比如公司法上有法定代表人的相关规定，就认为司法解释中关于诉讼代表人及相关刑事诉讼程序的规定就存在法律依据。

5. 在刑事诉讼法学的研究和教学中，有必要进一步强化程

序法定重要地位，促进该理念内涵的普及。

6. 建立程序法的解释体系，不能简单地用刑法解释体系对程序法进行套用，毕竟两者在逻辑结构上存在很大的差异。

事实上，程序法定的模糊状态也是刑事诉讼法学整体混沌的重要原因之一。

程序法定原则不应被遗忘，就像权利不应被遗忘一样。

人数与公正性

有读者提到一个问题：在认罪认罚案件中，由于量刑建议是检察官一个人提出来的，相比于多人组成的合议庭更容易产生盲目性和随意性，因此需要研究如何避免。这个问题似是而非。事实上，之前也有法官持有类似的观点。

在这里先不说大部分认罪认罚案件是采用独任审判的方式完成的，在人数上实际上是1：1。就说一个检察官对一个合议庭这种形式，是否就说明人多就意味着公正？这涉及司法工作的特殊性，颇值得做一番思考。

一、

按照这个道理，那是否意味着如果一个案件中参与的检察官多于法官的话，那就表示指控方更公正？就按照检方的意见判决就行了？如果是这样的话，那司法工作不就简单了吗？它

就变成了人力资源比拼活动。事实上哪有这么简单。

但有些领导就是这么认为的，对一些复杂敏感案件要组成专案组，就是要多投入人手，不惜代价，好像人数越多办案质量就越高。但事实上，再多的人力投入也需要所有的证据事实集合在一个人的头脑中，才会形成所谓的内心确信，才会得出完整的结论，才能履行主要的指控职责，才能根据全案的事实提出量刑建议。因为所谓心智，是个体意义上的，而不是集体意义上的。

这时候过多的人员并没有意义。我就听有些年轻人说，在这种组里，即使他的活干完了也不能走，就是耗着。

事实上，虽然专案组、协同办案组中的检察官人数多了，但最终还是要以一个人为主，这种人数的多只能分担机械性的劳动和简单的智力性劳动，在综合判断上还是需要一个人的头脑。当然这是由检察一体化的领导体制决定的。

但你据此说案子就是一个人决定了，其实也不全对，因为即使一个最简单的办案组里也有检察官助理和书记员，他们虽然不具有完整的检察权，但是他们也要协助审查证据，甚至有些审查报告就是助理打的，事实上很多案件也是有商量的。

我还是书记员的时候，就会提出自己的意见，而且凡是我打的案件，基本都是按照我的意见办的。独立办案以后，我也非常尊重助理的意见，也不会武断地否定。在这个意义上，检察办案组的工作也是有某种协商机制的，而不是单纯地由一个人决定。

二、

再说合议庭的问题，一审的合议庭绝大部分是由一位法官和两名陪审员组成的。这就是合议庭的基本构成。虽然合议制比检察官办案组要民主一些，但可能也仅限于定罪和重大事实方面。就像西方的陪审制度一样，陪审员主要掌握的是定罪权。而量刑权太专业了，即使在西方也是法官一个人决定。在这个问题上，法官的人数只能等于或小于检察官的人数，但这是否意味着盲目性和武断性的增加呢？

虽然我们国家没有将陪审员的权力仅限于定罪，但是由于在案件事实的把握深度上，比如在是否完整阅卷、对量刑细节性事实信息的掌握程度上要远远低于职业法官。在证据标准和法律规定的掌握上也难以与法官相比。因为量刑是个技术活，加加减减，并不是完全凭感觉，还要计算。这就导致了虽然是合议制，但在量刑领域仍然是法官主导的。

这与检察官办案组没有什么本质的不同，其他人的意见仍然只是参考，仍然需要一个人做出量刑的心证。

而事实上，从司法实际情况看，对于像认罪认罚这种简单案件，很多时候其实是法官助理在起草判决。我刚上班那会儿，简单的判决甚至是书记员写的。他们可能才是量刑工作中这些基础性事实和情节的真正梳理者，法官只是把一个方向。而陪审员在这种专业性问题上又有什么决策空间？

从这个意义上说，在量刑问题上，检察官和合议庭之间，既是一个人又不是一个人，总之在人数比上没有什么本质的差别。

三、

那差别到底是什么，或者说这个问题的本质是什么？

其实，这位读者是想表达法院的审理方式要比检察机关的审查方式更审慎，别的理由没说出来，就拿人数说事。因为人数看起来直接，但事实上人数并不是根本性的问题。

而且从本质上看，在司法问题上多个人并不比一个人高明。

这是因为司法是一个创造性的劳动，不是机械化作业，规模优势没有意义。

每个案件都有它的特殊性，即使看起来平淡无奇的盗窃案，即使偷的东西都差不多，但也有起因上的、被告人成长经历上的、案件事实细节上的差异。甚至被告人的态度和性格，也会对量刑产生影响。因为司法官要综合这些因素，才能对被告人的改造进行预判和评估，并以量刑的方式体现出来。

司法是人对人的裁断，不能用人对物或物对物的逻辑进行评判。

因为，我们办的案子确实是别人的人生，我们必须综合理性和感性予以全面评判。

而对理性和感性的综合只有一个人的内心才能够做到，它



不是民主决策，多一个人投票也不会增加科学性，这就是自由心证的特殊性，它就是一个人的内心确信。

在量刑建议和具体的量刑上，其实就是检察官的自由心证与法官的自由心证谁更公正的问题。

在个人素质和能力上，两者并没有差别，司法组织模式虽然在表面上有所差别，但实质上差别也不大。

四、

那差别在什么地方呢？

差别就在于是否经过法庭的审判：法官是居中的，检察官是指控方。就像切蛋糕的人后拿蛋糕一样，也是一种程序正义的保障。法官就是比检察官多了这个程序正义的保障，这就多了一份公正的可能。

另外，从职权上看，法院是后手，后手从职权上有权决定对前手的决定是否认可，这是一种程序性的认定。就像二审法院可以推翻一审法院的判决，但是一审法院无法推翻二审法院的判决一样。这是一种法律的认定，但据此要说二审法官一定比一审法官更加高明，一审法官也是不服气的。

同样，就因为判决可以推翻指控，或者法官可以不采纳检察官的量刑建议就认为前者在量刑上一定比后者更加高明，这本身也是武断的。

在经验上，目前检察官的量刑经验一般不如法官，但这只是时间问题，就像说年轻的法官没有经验一样，并不意味着他永远没有经验。

本文讨论的问题最有价值的地方其实是它揭示了司法工作的特殊性，那就是精英化和专业化的问题。

司法工作就是通过少数司法精英的自由心证来裁判纠纷，来判定刑罚。它不是通过民主化的广泛投票的机制，那是立法模式。立法决策是长期的、普遍性的规则，需要通过投票来反应多数人的意志。司法，尤其是量刑反映的不是多数人的意志，而是对既定法律规则和案件事实特殊性的准确考量，包括对情理法的综合把握。人多了也没有用，它是解决一个一个的具体问题，需要一个人内心的权衡。

司法的公正性不是靠人数，而是靠程序。

比如控审分离、控辩平等、控辩审的三角构造，通过审级形成的救济制度，通过诉讼规则、证据法则形成的程序化、动态平衡的公正模式。

司法不是靠人数取胜，而是靠程序设置取胜，它是一种程序正义。

为什么法官是公正的？因为有程序保证，是法律规定的，但不是由人数决定的。

那为什么认罪认罚案件一般要采纳检察机关的量刑建议？那是因为检察官在公正适用法律方面的能力上与法官并无差别，

法律希望法官信任检察官的这份公正性，从而才能共同促进司法效率的提高，并为以审判为中心的司法改革提供司法资源保障。

这种“一般应当采纳”的立法本意是信任，而拿人数说事的本质是制造一种不信任感，从而使认罪认罚的立法目的落空，达到的就是一种维持现状的目的。

但是历史从来不以人的意志为转移，而且不要忘了，立法体现的是多数人的意志。

制度定力

今天重读《薛兆丰经济学讲义》，看到关于耐心的阐述，很受启发。

他说：耐心源于人的想象力，对未来收益的预期和想象。这种耐心也会形成一种文化。

确实，这种阐述在推行改革当中颇有启发性。很多制度都很不错：司法责任制、认罪认罚、公益诉讼、以审判为中心，只要长期坚持都会有所收获。但是如果抓一阵松一阵，干一阵注意力就转移到别处，就难以获得长期的成效。

因此，推进制度的完善也需要耐心，可以叫制度定力吧。

就是长期推行一两项改革，不以负责人的变化而转移注意力，注意力像激光一样集中，就必然有成效。

重庆推行认罪认罚就是很好的例子，他们持续不断地推，就可以使这项制度深入骨髓。这不仅是数据层面的问题，他们使这项制度已经深入司法者的意识层面，把这种理念融入司法

者的血液当中。

其实，我仔细品味，感觉也并没有什么妙招，只有坚持二字。

说到坚持，其实也是最难做到的。

不要说一个地区，就是一个人常年坚持做一件事，不放松，不断提升要求，都会有所成就，无论是读书、写作还是跑步，都是如此。

这个道理很简单，这就是时间的累积力量。就像罗振宇说的，要做时间的朋友。

但是放在一个机构，要让它常年坚持一两项改革，常抓不懈，不要说十年二十年，就连三年五载都很难。

因为每一任新领导都想试试自己的一套思路，萧规曹随是了无新意的，完全是中央的规定动作，感觉也没有创意。

但是真正有战略价值的改革并不多，而这些改革的战略属性决定了它们不是短期内能看到成效的。

这就像修铁路一样，开山挖洞铺路架桥，可能要耗费几代人的心血，不是短期内能够看到效果的，但是一旦路网完成，它会对国民经济产生基础性的价值。“两弹一星”也一样。

我们一直以为互联网都是快消品，速生速死，但是看看腾讯和阿里已经多少年了。光微信这一个产品，这都多少年了，你才看到它真正的使用价值。

真正的改革必须有战略定力和制度定力，否则一定干不好。

就像司法责任制改革，从主诉制改革以来已经 20 年了，走

走停停，它在这轮改革中被作为核心推行。但是现在又面临审批制回潮的风险，我们对它的重视程度也在下降。

在每一次重大冤假错案之后，都会提升一次对司法责任制的期待和反思，但随着冤假错案的远去，注意力又日渐消散。

以审判为中心也一样，它同样被赋予了法治变革的重大期待，但是对它的关注度也在下降。

现在认罪认罚被高度重视，但是当上层关注度降低之后，我们还能不能继续这么努力？

而我们的重视程度下降之后，这些改革还能不能自发地推行与完善？

虽然这些制度有些写入文件，有些甚至写入法律，但是都无法阻挡上层注意力的变迁。这是制度难以持续完善的根本原因。

破解之道只有一条，就是让它们产生内生性动力，成为不再依赖行政命令驱动的制度性变革力量。

制度变革必须让制度的基础适用人获益，比如认罪认罚必须让检察官减负，这样检察官才能愿意用。简单来说，去审查报告化，速裁案件可以不用撰写审查报告，这个检察官和助理会发自内心地支持，这样它就有生命力。而有的地区原来可以不写，后来又让写，自然就挫伤了内生性动力。

内生性动力一旦被挫伤，就不具有制度的生命力，因为行政的注意力永远是有限的。

同时还要建立促进制度完善的荣誉激励体系。也就是既然干了在大局上、战略上有意义的活，就应该有说法。这个说法要形成制度。比如案例制度、判决书的说理性，这么多年已经不怎么强调了，但是还是做得很好，还在往前走呢！这和《刑事审判参考》持续不断地出版有关系，那里面既有案例也有优秀判决书选登，所以法官们写判决总有个盼头，再加上判决书的公开，把这事又做大了。为什么英美法系的判决书就比大陆法系，包括我们国家的判决书内容更丰富，而且经常会产生里程碑意义上的法学理论？这与判例法制度是紧密相关的，判决就是法官的作品、就是法官的职业生命，而且将产生先例作用，如果写得好就会一直被别人引用。而如果写得更好还能推翻前人的判决，树立自己的先例。这就构成了他们的激励机制。所以不用告诉他们判决书要写得有说理性，他们都会拼命写得有说理性。

我国虽然不是判例法国家，但是典型案例的指引作用仍然是非常重要的。以前是《刑事审判参考》，现在两高有指导性案例。自己有一个案件能够入选全国指导性案例，这是多么大的荣誉！为了这个司法官也会好好办案子。

但重要的是我们的指导性案例太少了，很多时候是遥不可及的。不像英美法系，几乎每份判决都会成为先例，所以每一份都要认真写。

我们筛掉的很多案例有时也很有意义，即使辐射不到全国，

在全省、全市、全县也还是有意义，而只要它有一点意义，就应该筛选出来，这就是一份荣誉激励。

我们在推进认罪认罚的过程中，就一直注意推典型案例，因为我们必须给大家一个说法。

以往的案件质量评价标准都是围绕诉讼监督构建的，对于认罪认罚这种四平八稳的案件，就没有加分项了，就很难成为A类案件了。当然这个体系也要完善，我们也将认罪认罚的标准纳入进来了，但是改革的周期比较长。

大家必须看到一些现实可见的利益。比如，系统内的平台转发一些典型案例、工作经验，甚至调研文章。

总之，传达的一个信号就是：这个活不会白干，你的经验成效会被记录。半年的时间我们编了60多篇典型案例，我们还考虑每50期汇编成合集，在网上发布。

虽然这只是点滴的工作，但是能够传达一种制度的定力，让大家看到我们一直在关注。

这就会潜移默化地产生一些内生性的动力，比如在疫情期间还有人投稿认罪认罚典型案例，只要符合标准我们基本也都编发。这就说明大家没有忘了这个事，形成了一种习惯。

如果一个系统内，每十个人中有一人写过认罪认罚的典型案例，他们就会将这种小小的经验和成就感传递给他们的同事，他们的助理。而如果我们能够将认罪认罚这个典型案例一直编发下去，编发成百上千期，这项制度就会融入大家的血液里并

成为一种潜意识。成为他们自己想干的事。

当然这只是一个很小的例子，事实上构建荣誉体系还有很多这种微小的制度设置，但只要我们形成惯例和习惯，就可以像文化一样传承下去。

虽然《刑事审判参考》的主编已经换了很多人了，但是它坚持了几十年，我确信它还会一直坚持下去，因为它已经形成了一种不成文的制度安排，成为了一个荣誉体系，成为了一个激励体系。如果它被取消，那很多法官是无法接受的。

这就是制度定力的本质，其实是制度与人的结合，这个制度不是文本意义上的，而要成为习惯意义上的，或者融入使用者的利益框架当中，能够在完善制度的同时让他们有获得感。或者仅仅通过个人利益的追求，个人荣誉的获取，就可以在潜移默化之间推进制度完善。比如移动支付，当我们习惯之后，它就已经成为了一种生活必需品。

因此，制度定力有三重境界，第一重是领导层的长期关注；第二重是文本化、制度化；第三重是成为习惯和自身利益的一部分。

但是不管哪种境界，我们追求的都是一种长期主义的力量。

我们要知道，那些真正重要的东西，都需要长期主义的力量。

法治的走向

从人治向法治的变迁，是人类文明的巨大跃进。

这就像从手抄本向活字印刷的转变。

原来那些含混的谋虑、策术，现在可以通过法律的形式进行记载，不会因人因事而异，不会因为转述、传承而发生错漏。

一、累积

更重要的一点是，法律制度可以通过修订的方式不断完善，社会治理的智慧有承继的载体，可以实现社会文明成果在规则意义上的累积。

只有能够有效累积的文明才能得到更快的发展。

在没有文字的时代，社会文明通过史诗的方式进行累积。史诗不仅是故事，它里面还有伦理、传统、风俗、社会运行的规则以及文化认同。各个主要文明社会阶段都会有史诗，有没

有史诗几乎是判断一个社会阶段是否具备重要文明的标志。

有文字记载的时代，又会以典章制度、历史记录、经典著作等方式记录社会治理的规则和模式。

在法治社会之前，社会并非没有规则，只是规则的演化和发展缺少稳定性。规则的建构和发展容易被随意性打断。规则的进化得不到有效的积累，即使有积累也是非常缓慢，有时还容易发生倒退。

法治最重要的作用，不是解决了有法律可用的问题，而是解决了法治文明成果可以累积的问题。

只要能够不断地添砖加瓦，起点并不是真正的问题。

就像跑步，很多人说自己是零基础。那也没关系，每星期多跑一百米，四年之后也可以跑半程马拉松了。关键的是你要一直跑。

二、方向校正

法治的关键也是一直向前跑，不开倒车。跑得不快没关系，关键是要一直向前。

法治虽然相比于以统治道术更有规则性和系统性，但仍然是一种可解释性很强的自然语言。

因此，解释法的时候，才是真正检验一个社会是人治还是法治的时刻。

如果法律可以被任意解释,那法治只是穿着法律外衣的人治。
所以才有法律理论存在的必要,它是法律的灵魂和价值观。

其实,所有对法律的理解都体现了一种价值观,但是这种价值观如果背离了常识常情常理,就意味着违背了法律的伦理属性,也就是背离了法的道义基础,就是一种恶的解释。

而如果解释违背了法治的发展方向,或者正好与法治发展的方向背道而驰,这种解释就会成为一种倒退,将影响法治文明的正向累积,也就是容易将法治大厦盖歪了。

我们知道,盖歪了的那一层可能并不明显,但是后续在已经歪了的基础上继续累积才会产生真正的危险。积累到一个临界点,整个大厦都会轰然倒塌,甚至把没有盖歪的基础也砸塌。

这也是一种累积效应,在错误基础上的累积将放大本来的错误。

正因此,盖楼的时候,要用一条垂线时时校正,古代航海的时候有罗盘,陆地旅行要有指南针。

在建构法治文明的时候,不可能永远没有误差,但要有校正的机制才能保证战略方向上不走偏。

三、进化算法

法治的进一步发展将是一种进化算法。

进化是由选择构成的,将适应性特征选择出来,就成为物

种演化的方向。

法治的发展也是由一系列选择构成的，通过每一个法律从业者的行为，通过公众的意见参与，通过一系列判例、法案的方式而不断演化、迭代。

这种迭代进程不是线性的，而是指数性的、波动性的。

但是总体来看，通过与互联网的技术结合，立法、司法、算法将得到进一步的融合，实现自组织性迭代。更多的算法将发挥法律的功能，更多的法律将有类似算法的演进方式。

新的价值主张将通过裂变方式得到传播，法的累积效用将加速，实际上是法治的进化将不断加速。

由于时间观念的变化，公众对法的不稳定性的容忍度也得以提升。

正因此，成文法的更替频率将增加，通过案例建立规则的趋势将不断加强，司法解释及相关文件补充法律的现象将不断增多。社会的规则建构意识将整体提升。

规则建构将逐渐成为一种社会自觉。社会自觉地通过建构、完善、调整规则来解决问题，实现法律制度的选择、重组和演化，进而实现法治的进化。

法治进化的自组织程度将不断提高。

但是法治的发展水平仍然受制于社会整体的发展水平和公民个人的认知水平。

我们经常只能看到眼前，看不清长远的未来。我们只能看

到一段规则的一段含义,看不到一段规则在法治体系中的作用。

我们的方向还会经常迷失,我们的航向还需要不断确认。

主要是因为我们的法治认知还缺少坐标的概念,我们的法治观念还停留在静态水平,也经常是线性思维,就事论事,头痛医头,脚痛医脚。

格局和视野才决定了我们到底能走多远,能走向何方。