

第一章  
司法与风险

---

## 什么是复查?

---

在学校学习法律的时候我从来不知道“复查”这个词，但在从事司法工作的时候我却无法忽视这个词。

而且越是深入了解司法实践，越是感到这个词的分量和影响，以及它模糊的内涵和权力属性。

这个词从来不是一个学术性的概念，也很难对它进行准确、清晰的定义。而且它往往又以非常多的面貌出现，比如自查、报备、重点关注、评查、检查、反视等形态。究其本质，它也就是一种司法反刍行为，是通过行政化的方式来评价司法案件的行为。这种行政化的方式是和司法的方式相比较而言的。如果采用司法的方式，那就是二审、重审、再审，至少也是申诉案件的听证审查方式。

行政化是复查的底色，但评价司法行为却是复查的功能。

可以说，它就是行政对司法的评价，不是司法对司法的评价，也不是司法对行政的评价。这种模式本身也体现了两者的关系：司法仍然处于被管理、被审视、被评价的地位。



我在基层院工作的时候，对这个词的理解是自查和报备。

自查是因为捕后无罪处理。所谓的捕后无罪处理并不是全都判无罪，这种情况还是非常少的。大量还是不起诉，无论是相对、存疑还是法定不起诉都说明逮捕有问题，只是程度有所不同。相对不起诉，虽然也认定构罪，但也说明逮捕质量不高。因为逮捕要求有期徒刑以上刑罚，而相对不起诉显然是认为没有必要判处刑罚，二者这就差得远了。

存疑的问题就更大一些了，虽然逮捕的证据标准与起诉有一定差别，但至少是有证据证明有犯罪事实，而存疑不起诉就意味着证明不了有犯罪，这就从证据标准上将逮捕适用的正当性给否定了。

法定不起诉就更是严重了，简直与判无罪差不多了，几乎就相当于一个错案。

即使是捕后判缓，也是逮捕质量不高。因为逮捕的前提是有期徒刑以上刑罚，这个刑罚指的显然是实刑，而不是缓刑，否则就无法解释逮捕的必要性。

以上种种情况如果发生，都要撰写自查报告，这是当时审查逮捕部门的习惯，先由下级院自己写自查报告报入市院，再由市院进行进一步的质量把握。

这种质量监控机制就导致了批捕部门与公诉部门的矛盾：一旦捕后不诉，往往就意味着要写自查报告，就意味着要有问题案件，这简直是给批捕部门找麻烦。因为如果起诉也不见得

一定判不了，但是一旦不起诉就彻底完了。

很多人以为，同一个单位的同事可能互相迁就一下，但情况往往恰恰相反，他们之间更不能互相迁就，因为公诉还要面对法院的压力，一旦起诉了，压力就是公诉部门的了。所以在检委会上经常能看见两个部门剑拔弩张。但这并不是内部的制衡，只是外部的制衡在内部的投影而已。

批捕的自查报告往往会强调一些客观理由，比如检法认识分歧、与公诉部门的认识分歧，主要集中在逮捕必要性方面。在证据问题上，则可以强调批捕证据和公诉证据标准的差异性，这里既有认识分歧，也有新证据的问题。因为捕后或者公诉阶段退回补充侦查，往往会发现一些新证据，比如翻供、翻证或者新出现的证据，也是有可能的。而法定不起诉的时候，往往也存在对证据的认识判断问题，比如职务犯罪的主体身份就是一个十分复杂的概念。

到了公诉环节，往往就不用自查了，如果有问题，上级院会自己复查。为了减少复查就要经常备案：不起诉、撤回移送审查起诉、改变定性、减少事实、改变法定量刑情节、撤回起诉、无罪、抗诉等，还有一些特定类型的案件也要备案，总之是这也备案那也备案，备案规定繁多，有些规定还不好找。这些备案还往往没有下文了，这些备案自称是为复查做准备，后来也成为重点关注的了。因为这些案件加起来每年达数千件，每一件都从头到尾复查一遍是根本不可能的。

后来我到了市院工作，也从事过一些复查的工作，就发现复查主要是一个自上而下的权力，而不是相反。

比如下级院经常向上级院提请抗前指导，但上级院经常不同意，导致明明有道理的抗诉理由却无法得到支持，令人气馁。我也纳闷儿过：分院的案件质量，尤其是支抗和撤抗，包括抗前指导是不是有点过于随意了。但是作为下级院是没有权力批评和质疑上级院的，上级院可以批评你不会办案，但你不能反唇相讥。同样，上级院可以复查你的案件，但你却没有权力复查上级院的案件。

市院的复查工作是相对专业化的，每个人一般负责一两类案件的复查工作，不仅要个案进行评价，还要对类问题进行梳理，对案件数据进行分析，每年还要形成专门类型的案件质量复查报告。在这个报告中既要有数据，又要有宏观的分析，也有一些以点带面的问题案件作为例证出现。

这些例子最后会出现在整体的质量复查报告、复查案例专刊，甚至主管领导的讲话当中。同时，这些例子，包括数据的描述也会成为对下级院的评价依据，下级院也会将这些案件的出现频次、严重程度，视为自己的问题而予以不同程度的关注。

从整个复查的过程来看，往往并没有诉讼化的流程，比如对问题案件要控辩质证，举行听证会等。复查人既做检察官也做法官，往往自行启动程序，也自己决定结果，当然也要经过一定的层级汇报。

复查的程序也因人而异、因领导风格而异：严谨一点的，一般要听听原案承办人的意见，甚至在作出决定前要让基层院承办人和分院承办人带卷汇报，给人家一个阐述理由的机会；更加严谨一点的还要审阅侦查卷、检察卷、审判卷的全套卷宗，甚至进行实地走访。

但是做或者不做这些都没有明确的依据和规定，没有哪一个环节是必须的，可能只有向领导汇报是必须的。

这就导致有些复查的流程相当简单，有的甚至是看看审查报告和判决书，就将判决的理由作为否定起诉理由的依据拿来谈事。因为判决在不支持公诉意见的时候总会有一些说理内容，这些内容正好就为复查准备了现成的论据：无须重新组织语言，只要把判决理由的部分抄录一下就可以了。

就比如我在基层院的时候，有一个案件被改变了定性，当时想抗诉，分院没有支持，后来市院也给我打电话，说他们要把我这个案件写成一个复查案例专刊，这就相当于搞成一个负面典型。我跟他们说这个案件不典型，检法存在认识分歧，各有一定道理，不好说谁一定是对的、谁一定是错的，而且我们想抗诉，当时分院没有支持。最重要的是，这个案件上诉了，目前判决尚未生效。可是我解释完没多久，复查案例专刊还是出来了，就是以判决的理由来否定我的定性意见。虽然我也有反对意见，但是反对无效啊。

可是没过多久二审判决下来了，二审判决在没有抗诉的情



况下，改变了一审的定性，又将定性改回到我的指控定性上来。我就把这份二审判决给市院寄过去了。等我到了市院工作的时候，我还想找找那份案例专刊，但怎么也找不到了。

这就启示我们，复查是一件非常慎重的事，应该非常慎重地使用这个权力。

如果使用不好，就像上面这个案件，会破坏上级的权威。上级虽然有批评下级的权力，但是如果这个批评最终被法院给否定了，那就相当于打自己脸，简直是闹笑话。

这也是检察机关复查案件的尴尬局面，就比如对不起诉案件的复查，虽然每年都点出很多问题，有些措辞还比较严厉，却很少有直接纠正的，也就是很少有撤销不起诉决定、指令起诉的。很大程度上这就是在顾虑法院能否下判，能否认可上级检察机关的意见。

尤其是那些涉及证据问题的案件，复查起来是极为棘手的，因为这必须要耗费与承办人相当的精力去重新审查这些证据。但由于一般无法再提讯嫌疑人，所以导致对案件信息认识的完整性肯定是打折扣的。

而且，证据问题是见仁见智的，不同的人很难得出完全统一的结论，尤其是证据链条上存在缺口的案件。再说了，那些复杂案件哪有几件是完美无缺的呢？

对这些案件提出批评意见是很容易的，但是如果要是自己上手起诉恐怕也没有几个人会干。

这也暴露了复查工作中事后诸葛亮的问题。复查时以挑剔的眼光看看这，瞧瞧那，提出点不同意见，挑挑毛病是很容易的。

但是在现有的侦查水平下，想搜罗到所有想要的证据谈何容易？而且在与侦查机关的沟通配合上，换成复查人自己，效果也未必更好，更不要说自行补充侦查了。

因此复查往往存在眼高手低、想当然的问题，觉得应该怎样怎样，这个地方没做到，那个地方没做好，但是没有真正考虑一下现实的可行性，以及换做自己又能否做到。

因此，复查人需要有一颗同理心，需要对承办人有一份了解之同情。强人所难的批评，虽然满足了复查人批评的欲望和权力感，但并不能真正获得承办人的信服，也无助于司法水平的提升。

不要说别的，就看纠正多少就行了——不是追究多少人的责任，不是指出多少人的错误，而是有信心将这些错误通过司法途径纠正过来。比如你说不起诉有问题，这不算厉害，厉害的是看你能撤销多少不起诉，指令多少案件提起公诉，最后还判决有罪。既然认为不起诉有问题，又不敢决定撤销不起诉、指令起诉，那就说明这个批评是没有底气的。

同理，认为起诉有问题，或者判决有问题，比如量刑轻重、法定情节、遗漏事实的问题，也不是看指出多少问题就行了，而是看能通过抗诉、自行决定再审等方式纠正多少问题。





不能纠正的问题，往往不是真问题；不能要求改正的纠错，也必然减损纠错的权威。

更重要的是，缺少程序保障机制的复查方式，难以获得与司法相当的程序正当性，从而难以避免主观恣意，会破坏程序正义的价值。这是用行政程序来检验司法程序的悖论，因为显然司法程序的严谨性和程序充分性要高于行政化的程序，这也是其作为矛盾纠纷终局决定者的原因。

用简单化的、缺少程序保障的程序来检验复杂的、具有充分程序保证的程序，本身就是一种悖论。

我认为复查可以作为司法纠错启动的前置程序，比如冤假错案先复查，后启动再审纠错，但复查不能直接作为判断司法程序正当与否的充分程序。在复查中发现案件可能存在问题时，可以启动司法程序，在检察环节可以启动听证，在审判环节则是启动再审程序，通过合议庭审理的方式作出最终处理。也就是只有用司法的方式判断司法的问题才具有程序的正当性，通过司法的程序推翻之前的司法裁决，再启动司法责任追究机制，才会更有说服力。

---

## 复查的启动要坚持谦抑原则

---

复查具有极强的行政属性，想要推翻通过司法程序作出的司法裁决，如果不以充分的程序加以保证，既难以防范主观恣意，也不具备为人信服的正当性。长此以往，必然有损司法机关的公信力，以及司法官对公正的信仰。

有道是，无程序不正义。

复查程序的建构是司法管理者的自我约束，也是对司法官职业安全感的有效保护，有必要加以研究。

复查主要是针对生效案件进行的，如果是未生效案件，通过程序内的措施就可以纠正。

既然是生效案件，那就有既判力的问题，不能轻易动摇。

我们熟悉的审判监督程序抗诉，其启动条件就要比二审抗诉严格很多。而且还要由本级检察机关提请上级检察机关向其同级审判机关提出，一般来说就是要经过两级检委会的讨论决定，不可谓不慎重。



当然，法院也可以自行决定再审，检察机关也可以提出再审检察建议，但它还要经过立案审查程序，这个立案审查程序的期限一般为一个月，立案审查通不过，连实质的开庭审查都不会进行，更不要说司法裁决了。

这一系列的程序限制，就是在保护既判力不被轻易动摇。

那么为什么要保护既判力？

因为既判力包含了司法权威。司法具有终局属性，终局的意思就是到此为止，根据二审终审制度，那就是最多二审也就结束了，如果一审后没有上诉或者抗诉，经过一段法定的时间，一审裁判也就生效了。

不批捕、不起诉有复议复核程序，也有一定的救济程序的意思。

这些司法裁决经过了必要的期限或者程序后，就尘埃落定了，这就是司法的终局性。这个终局性不能轻易动摇，实际上就是在宣示司法裁决总体上是靠谱的、稳定的，是能够定纷止争的。而不是判了也没用，还要没完没了，那样司法就不会给人以安全感，也就没有人愿意信服。

《刑事诉讼规则》第 594 条就限定了经申诉反复复查的行为，该条文规定：对不服人民法院已经发生法律效力判决、裁定的申诉，经两级人民检察院办理且省级人民检察院已经复查的，如果没有新的证据，人民检察院不再复查，但原审被告人可能被宣告无罪或者判决、裁定有其他重大错误可能的除外。

如果允许有不同意见的人闹个没完，直到他自己满意为止，这就苦了那些老老实实服从法律的人。遵纪守法的人有理的时候，即使裁决支持了他们的意见，但是由于被害人的反对，他们也永远不得安宁，最终导致他们无法获得合法的司法利益。

这样看来，如果既判力得不到保障，那就意味着谁能闹，谁的利益就能最大化。这不仅会让老实人吃亏，更是显示了一种不公平。

如果不能确保司法的终局性，通过司法所确立的新的法律关系，永远也不会建立起来，社会经济生活秩序就永无安宁，没有安宁也就无从发展。

因此，复查的启动有必要建立一个受理审查程序。

必须经审查，符合一定的条件，才能正式立案复查。

这个条件，有程序性的条件，比如经转了一定的程序。还有实体性条件，比如有证据线索显示原司法裁决存在错误的可能性。仅凭主观臆测，不足以启动复查程序。比如一个案件，检察官在起诉过程中增加了罪名，一审判决认可，二审判决没有认可。被告人认为检察官错误增加罪名，就不能仅凭被告人的怀疑，以及二审没有认可的事实而启动复查，还要有检察官因故意或者重大过失而错误增加罪名的线索，比如检察官报复被告人的不认罪，以增加罪名泄愤，或者故意捏造证据罗织罪名。如果没有这些线索，仅因法律认识不同，就没有启动的合理性和必要性。

也就是无过错，不复查。没有重大过错的可能，则无复查的必要。

只要有复查，就会动摇既判力的稳定性，就会使司法秩序和司法权威受损，这个受损一定要有重要利益的获得为代价才值得，也就是非常有可能纠正一个错案，那样才值得折腾一回。

如果案件问题不大，或者根本就没有什么问题，也要折腾一番，那样司法秩序就不稳了。因为这就意味着每个案件都可能被折腾一番，每个司法官都会忐忑不安，已经确定的社会关系也可能发生松动。

如果折腾一番，并没有足够多的收获，那这样动摇既判力的损失就更划不来了。如果为了证明不是随便折腾，而硬找出一些问题来说，那样对既判力的损害就更大了。因为这就意味着，每个案件都可以考虑再来一次，谁都没有安定可言。不仅是司法官的内心无法安定，从而导致办案的失误增多——过度紧张会增加失误概率，这是一个基本的心理学法则。

既然每个案件只要翻开来看就可能有新的变化，而翻开案件又没有太多门槛的话，那就相当于鼓励不断地挑战既判力，让司法秩序一直安定不下来，那通过司法的建立秩序的目标就落空了。

这样，司法的公正性就总是处于一种被审视的状态，永远也无法实现、落实。

这些都无法实现，那司法的效率也就不存在了。

司法是社会的元规则，元规则都无法获得安定性，那其衍生出的其他社会规则就更加无法获得安定性。

司法的复查与司法本身是一样的，那就是不能过度随意，必须坚持一种审慎的态度。就像没有证据支持，不经严格的程序审查，一个人不会轻易被立案侦查、逮捕和起诉。

司法官办理的案件也是一样的，没有必要的证据支持，不经严格的程序审查，就不应该轻易地启动复查。

因为复查和刑事诉讼一样都具有污名性，程序本身就是一种惩罚，非必要不可为。

---

## 复查审查的实质化

---

复查审查是对司法审查的检验、评判，在标准上理应高于此前审查的精细化程度，否则如何有足够的底气推翻之前的结论，甚至据此追究司法责任？

但是可惜的是，复查审查并无明确的流程、程序和标准要求，缺少必要的程序性约束，对于实质化程度也没有硬性的追求。

因为复查工作中并无以审判为中心的诉讼制度要遵循，也无庭审实质化的要求需要满足。

复查也缺少必要的控审分离机制，也就是主张追责的一方，与最后确定是否追究责任的一方，可能就是同一方，甚至就是同一人。这个过程中并无控辩审的三角构架，无法支撑一种相互制约的诉讼机制。

这就导致复查审查的实质化是无人监督、无人约束，也就是无从保障。

## 1. 复查期限没有限定

根据办案难度和案件严重程度，刑事案件的处理分为速裁、简易、普通三种程序，每一种程序的办案期限和要求都有所不同。

办案期限直接决定了实质审查的基础，如果只给一天或者半天时间，很多时候连卷都看不完。即使是速裁程序的办理也是稍显仓促的。

要复查的案件，有可能是在司法处理上有一定问题的，或是证据判断的问题，或是法律认识的问题，这都需要一个思考的过程。这个过程一定要比原案的审查更深一步。

不仅要复查原案如何处理更加合适，还要判断原案在处理上如何不合适，是否有过错。这相当于办理了两个案件，而且标准一定更高。

起诉或审判的标准，是事实清楚、证据确实充分，相比之下，推翻原案的标准不能低于此规定。因为这涉及对司法官行为的评判，理应更加专业和审慎。

这种专业和审慎是以充分的审查时间为保障的。因此，特别有必要根据复查案件的难易程度确定最低的复查期限，并允许适当的延长。

如果急于在短期内得出一个结论，对同一个问题的审查就有可能不如原案办得精细，在这个情况下贸然得出一个结论，并追究一定的责任，就有可能酿成内部的“冤假错案”。



而且这种“冤假错案”到头来更难纠正，因为缺少必要的复议复核、申诉、上诉等救济途径。

因为复查缺少案件化办理的机制，复查报告可能都很简略甚至没有。复查程序也需要必要的审批痕迹，如果复查程序本身都缺少归档等机制，等到最后想反查复查本身有没有问题时，都可能无处着手。

## 2. 复查的认定过程缺少必要的标准

复查是不是也应该讲“案件事实清楚，证据确实充分”？

但是这里并没有一定之规。

对案件的办理可能有怀疑，发现审查上可能有疏漏，但这也可能是理解问题，这里边有时候是一种一对一的证据。在这种情况下，在司法程序中肯定是疑罪从无的，都起诉不了，判决更不现实。

但是复查不一样，只要有一点疑惑，虽然也有一些合理性的解释，但只要复查的人认为这个解释是站不住脚的，就可以不考虑这个解释，而直接认定确有责任。那么，这个认定标准到底是什么呢？

是不是可疑就是有罪？

证明到什么程度才能进行责任确定？在这里，要考虑两个问题。

一是对于需要纠正的案件，可以从“案件事实清楚，证据

确实充分”的标准出发来审视原有案件，在有一定证据可以证明原案件事实不清楚的、原案的证据是不够确实充分的情况下，就可以推翻之前的有罪认定。这也体现了疑罪从无原则与既判力原则的平衡。

二是案件有问题，并不等于司法官有过错。在认定过错的时候，也要坚持“案件事实清楚，证据确实充分”，也就是认定事实的事实也要清楚，认定责任的证据也要确实充分，否则就不能认定责任。

基于疑罪从无原则推翻原有案件的结论是可以的，但也要有一定的证据能够证明此前的既判力可以动摇。也就是是否一定可以推翻原判，此时证明责任在司法机关，不在被告人。

认定司法责任，举证责任在复查一方，而不在被复查一方。此时，是不是有一点嫌疑就可以“定责”？我认为，必须同样地坚持无罪推定原则，在没有清楚的事实和充分的证据之前不能认定任何司法官有司法责任。这应当成为复查制度的基本原则，这也是程序正义的基本内涵。

### 3. 复查决定的作出缺少必要的程序规则

到底由谁来作出复查的结论，甚至是责任追究的结论？是不是要坚持必要的亲历性原则？是不是也应该坚持谁复查谁决定，谁决定谁负责？

因为复查也应讲亲历性，甚至要高于原案审查时的精细化程度，才能获得复查决定正当性的来源。

你要看得比别人深、比别人透，才会让人心服口服，如果根本没看明白，很多点看都没看到，甚至看错了，又在仓促之中得出了一个结论，那这个结论很有可能就是错的。

错误地推翻原来正确的结论，那就与复查纠错的目的背道而驰了，这就是内部的冤错案件。这种冤错案件会让法官的司法行为失去预期，导致其不知如何正确履职，从而在混乱之间产生更大的问题，并让他们失去对司法工作的信心。

实务中，更多的时候是机械地纠正一些形式上的问题，这些问题是复查人本人也未必能够避免的，有些就是在复查过程中也会犯的 error，甚至将司法辅助人员的责任，硬是追究在法官的身上。如果仍然坚持这种机械性的判断标准，那就更容易产生内部机械执法的效果。而这种内部的机械执法会促使产生外部机械执法效应，也就是法官会尽量从条文上来理解，而不是从实质上来理解法律，不再考虑司法的终极价值，尽量选择明哲保身，从而尽量避免进行任何具有开拓性意义的工作，这必将以损害案件的效果和影响司法职能的发挥为代价。

还有的时候，复查者所秉承的司法理念并非最新的司法理念，但其本人浑然不觉，仍在陈旧观念的指导下复查最新的司法案件，这难免产生扼杀司法观念更新和阻碍司法改革推进的

后果。保守的成为安全的，革新的容易产生风险，这也会遏制司法的进步。

所以，复查应该坚持更加严格且明确的程序规则和证据标准，将司法行政化的权力约束在笼中，避免产生随意性的负面效应。

复查审查的实质化应该与司法审查实质化和庭审实质化一样，成为司法发展的基本方向。

---

## 复查程序的建构

---

司法程序之所以公正，就在于程序的严谨和充分。

对司法案件的复查想要获得真正的正当性，就需要在程序的严谨性和充分性上下功夫。

否则同样是审查，如何证明你更加公正，而我不够公正呢？

就比如纠正冤假错案，前期当然也有复查程序，但最终要想纠正，那就必须启动审判监督程序，而不是通过复查报告拍板说你错了，原审被告直接释放。这显然是不合适的。

从这个意义上看，复查程序只是司法纠错的准备程序，而不是司法纠错程序本身。

我们也见到一些情况，通过复查发现下级院不起诉决定适用错误，而予以纠正，要求下级院直接提起公诉。看起来好像是通过复查就能够直接实现司法纠错。

但是这个纠错也必须经受司法程序的检验，比如让下级院起诉，法院最后一定能判决有罪吗？即使一审判决有罪，被告

人还是可以上诉，还可以启动二审，而二审未必会判决有罪。如果审判机关最终判决无罪，最终证明，下级检察机关原来的不起诉决定是正确的，那么这个复查程序是不是相当于自取其辱？这个复查程序所作出的纠正结论，最终被证明是错误的了，那对这个错误，是不是要承担司法责任？

如果说复查也是人的一种审查和判断，那就一定也有错的可能。也就是说，并不是只要复查就一定是正确的，被复查就一定是错误的。

还有一点，即使复查得出了结论，也无法立即发生效力，它还需要后续审判监督的司法程序予以确认。

如果是审判机关的复查程序，也还是要启动审判监督程序，通过审理程序判断是否需要纠正。如果这个审理程序也是实质性的，也是遵循以审判为中心的原则，那一定也具有不确定性。也就是审判监督程序的启动未必一定按照启动者的意志来走。

从这些意义上来说，将复查程序当作司法纠错程序本身来用是一种误读，是缺少程序正义观念的体现。

用一个不如前程序严谨的方式纠正前程序，是一种理智的行为吗？显然不是。

所以这个纠错程序应该由复查程序和监督类司法程序复合而成，也就是通过复查进行启动，通过监督类司法程序最终进行判定。而监督类司法程序的严谨性一般要高于普通类司法程序。

同样，监督类司法程序的启动标准也要高于普通刑事诉讼

程序,比如不是所有申诉都会引发再审,否则既判力将不复存在,社会秩序也将得不到安宁,重要的是法的安定性也将不复存在。

随意启动审判监督程序,不仅是折腾司法官,更是对法律秩序安定性的破坏,所以启动标准要格外严格。

这种严格性还要通过对复查程序的严格控制加以保障。

司法责任制的目的在于体现职业化、专业化、精英化,也是通过严格程序的筛选来确保司法公正性,所以只有员额司法官有办案决定权,而司法官助理不能独立办案案件。如果司法官助理能够独立复查案件,从而否定员额司法官的司法决定,那么这个程序是否严谨,是否符合更加严格的程序标准?

司法办案讲究亲历性,要阅览卷宗,提讯犯罪嫌疑人,听取辩护人意见,听取被害人意见。有些还需要亲自调查取证,核实犯罪现场,并制作详尽的案件审查报告,根据权力清单的规定进行相应的审批。

那复查是否需要进行亲历性的核实工作呢?我认为,至少应该完整阅览案卷、制作详细的复查报告。如果只是阅览了案件审查报告,从而制作了极其简要的复查报告,甚至都没有写完整的复查报告,这是否能够体现亲历性的原则?能够在多大程度上体现出“更加”精细和严谨?如果做不到,如何能够让人信服,又如何能够确保复查结论的准确性?万一有些地方复查者根本没看到,或者看错了呢?如果这样就得出结论,从而纠正一个本来正确的司法决定,那它造成的伤害会有多大?这

不就相当于将正常人推上手术台吗？

我们常常把冤假错案当作污染公正的水源。那么冤枉了一名公正的司法官呢，那不就污染了源头的源头吗？

司法办案有固定的期限，具体程序根据案件办理难易程度有所区分，那么复查是否有相应的繁简分流？是否有相应明确的法定期限，从而保证必要的复查和判断时间？如果时间都不能保证，那如何能够保证复查的严谨性？

另外，司法者要还明白一个道理，那就是程序本身即惩罚。也就是将被告人拖入讼累本身就会对其身心产生极其负面的影响，比如将一名见义勇为的好公民当作一起故意伤害的嫌疑人而反复调查。也许在某一个程序节点上，有司法官突然意识到，其实他是正当防卫者，他不应该负任何责任，反而应该得到表彰。在上述情况下，不要说表彰不太可能了，迟到的荣誉也都已经变了味。最重要的是通过一系列的煎熬，在看守所走这一遭，好像他也看尽了世态炎凉。因为通过走这么一遭，他周遭的社会关系早已断裂，司法赔偿根本无法弥补这些精神上的损失，包括失去的融洽关系，甚至是幸福的家庭和上升的职业通道。

这些代价下来，下一次出现危险的时候他还会出手吗？他会不会害怕再次被司法机关误解？如果他迟疑了，那就是错误调查程序本身的恶果。

程序不需要一定等到结果：它开了头了，你就消沉了。

如果这个人是一名司法官呢，如果是司法官遭遇了一场不



公正的复查呢？他会不会消沉？他的消沉对司法公正将产生什么样的影响？

有一些行为看起来完全符合规定，却是没有温度的，是冰冷而机械的，虽然挑不出什么毛病，但它寒气逼人。这些行为看似符合规定，但却背离了内心，背离了人的关怀。这样的法官只看到了案子，而没有看到别人的人生。

这一切很可能就是从他自己的人生没有被别人看见开始的。

---

## 刑事司法的风险

---

以往都是强调刑事辩护的风险，主要是执业过程中遭遇的种种阻挠，权利得不到保障等。所幸这一问题逐渐得到了越来越多的关注，律协、律师职业群体的影响力也越来越大，形成了一种很强的维权力量。同时，刑事诉讼中人权保障的意识也不断增强，总体的职业环境在不断好转，刑事辩护的风险在降低，成功概率在加大。

在这个过程中，我们将刑事司法默认为风险的对立面，感觉司法官队伍好像非常稳定，毫无职业风险可言。事实上完全不是这么回事，刑事司法的职业风险在逐渐提高，但司法官维权的能力却十分薄弱，很多时候都不如律师群体。长此以往，必然会动摇刑事司法官的信心。

这里的风险主要不是指腐败的风险，因为这种风险毕竟是咎由自取，无论是刑事司法官，还是刑辩律师，在讨论职业风险时主要指的不是这方面。

所谓的风险主要是指在合法的执业过程中，遭遇到不公正对待的可能性，也就是被冤枉、被误解、被猜疑、被排斥、被苛责的可能性。

典型的例子，可以参考《沉默的真相》中的江阳，也就是那个为了纠正冤案反被冤枉的检察官，这就是职业风险。当然这是一个虚构的例子。

真实的，我见过的也有。一位检察官为了追诉漏罪，追加起诉罪名，一审被法院认可，但没有被二审法院支持，因此被告人控告他滥追诉，他也差一点被问责。这就是真实的职业风险。

刑事司法的风险主要来自几个方面。

一是刑事案件责任重大，关系到人的生命、自由、名誉，是最严格的诉讼程序，涉及最严厉的法律后果，从而司法者也必然背负了最重大的司法责任。

二是刑事案件广受关注，牵一发而动全身，有些案件万众瞩目，这种关注度不仅是司法压力，也必然形成更重大的司法责任，从而不允许有一丝一毫的错误或失误。

三是刑事案件量大，以刑事检察来说，占到检察机关工作量的90%以上，但仅有20%~30%的司法人员承担相应的刑事检察职能，案多人少问题十分突出。案件量一大，长期高负荷作业，必然增加失误的概率。也就是案子越多，问题越多；案子越少，问题越少。

四是刑事案件的任务不断加码，不仅是庭审实质化、以审

判为中心、不断提高证据标准、提高审查的精细化，而且还增加了认罪认罚、确定量刑刑建议、扫黑除恶、诉讼监督、案件等种种专项任务和责任。这些任务都是建立在本来就是十分繁重的基础任务之上的。在任务不断加码的情况下，很少有人问刑事司法官能不能承受得了，相应的人员编制是不是要考虑增加。

五是内部分工不明。助理和书记员的辅助性工作，哪些是要自己承担责任的，哪些是要由司法官承担责任的不清，最终导致责任都要由司法官背负。虽然责任要求司法官承担，但助理和书记员的管理权却不在司法官，这就导致司法官需要对助理和书记员的过错承担责任，存在代人受过的风险。也许这就是司法责任制的精髓，但前提是助理和书记员要完全接受司法官的领导才具有合理性，如果无权管理还要代为负责，那就相当于要重干一遍，否则对案件质量根本无法把控。

在这种情况下，很多刑事司法官就有一种无法掌控自己命运的无力感：干得多不但没落好，反而全是问题和责任，因为这有一个概率的问题。如果没有案件或者案件很少，确实归责的概率自然也就很少。而这种归责方式，并没有成为绩效评价的归因方式，案件越多问题可能越多，相应地成绩也应该越多。但是考核的时候往往是只问前者不问后者，在讨论绩效的时候，就会说横向不具有可比性，虽然你办了一百件案子，我只办了一件案子，但是我这个特殊，就相当于你这个一百件，所以我们是平等的。

这样必然会引发劣币驱逐良币的效果，如果办案子少，既可以实现责任少，工作量少，而成绩一点都不少，那谁还愿意干案件多、工作量大、责任大、成绩却一点都不多的工作？从趋利避害的本能来说，人员也必然会向性价比更高的部门流动。

是的，刑事司法部门就是性价比最低的部门。

这里还有一个重要问题，就是在归责时往往是没有规律可循，没有程序作为保障，因此归责的公允性必然无法充分得到保障。既然没有让承办人，也就是被归责的当事人充分参与和申辩，自然也很难得到发自内心的信服。

这就像我们批评庭审流于形式、判决不说理，无法获得充分的司法公信力一样——法律如果不被信仰则形同虚设。虽然惩罚了，但是不够公允，正义无法被看清楚，人们必然会进行暗箱化的联想。即使判决是公正的，人们也未必接受。

目前的归责评价程序，很少有听证化等与庭审实质化相当的程序保障，比如将归责的依据和事实证据公开呈现出来，允许承办人进行充分的辩护，甚至可以聘请律师帮助进行辩护；如果认为归责不公，还可以向上级提出申诉程序。

现在还缺少这样的归责程序，办理了6个月的案件，用了一两天就得出负面结论，而且还不容置疑。如果说，我们批评冤错案件存在不实质审查、主观恣意、有罪推定、先入为主的问题，那么缺少程序保障的简单化归责方式，不是一样可能产生错误吗？而且这种错误更加地难以纠正。

这种归责方式，让司法官无所适从，有时只好选择明哲保身，从而将那些可能会被人猜忌的人性化司法观念收紧，让机械执法大行其道。因为机械执法虽然是僵化的、生硬的，但对自己却是相对安全的，相比之下，显然是自己的安全更重要。

所以，这种风险最终将恶化刑事司法案多人少的现状，使案件质量更加堪忧。为了避免额外的风险，刑事司法官必然会放弃诉讼监督、追捕追诉、轻缓化处理，也就是尽量避免节外生枝，避免自选动作。

但是，如果不冒风险，又如何有所作为？

现代刑事诉讼制度的最大启示就是没有程序的公正，就谈不上实体公正，没有程序保障的权利也无从维护。同样，没有程序的归责，也难以保障公正，而没有程序保障的司法权力，司法官连自己都无法保护。

如果司法官都自身难保，又如何指望他们有能力维护司法公正？

---

## 司法工作与情绪焦虑

---

司法工作是紧张的，因为它背负着越来越重的责任和越来越多的期待，以及伴随而来的越来越具体的工作要求。尤其是在人力资源没有同时跟进的情况下，工作节奏的紧张是毋庸置疑的。

我多次听说，孕妇在临产前一天还在办案，从单位直接被拉到产房的故事；还有站着打审查报告的，周末经常集体加班的。

我也体会过同时有三十多件案件在办的滋味，我知道那意味着什么。

但这是身体累，还是可以喘息，可以适当调节的。

最可怕的是焦虑，因为它是无形的，是无法摆脱的魔咒，是多加班、多干活也熬不走的情绪。

比如入额也入不上，排队不知排到什么年头，而且没有人会给你一个明确的预期。去还是留，成为了问题。在漫无边际的等待中留下来，心又无法安定。

即使入了额，一会儿本地标准说可以不起诉，一会儿又说  
不起诉不对，需要复查。这让司法官进退失据，内心彷徨而苦  
涩，无处说理，无从申辩，又非常后悔自己入额。但没有入额  
的人还会认为这是矫情。于是就有了离开业务岗位的心思，甚  
至想直接离开司法机关，出去图一份清静。

干活累不死人，但生气能气死人。

如果说只是业务工作的事也就算了。但是越是业务岗位反  
而越要承担综合性的工作，行政岗位、综合性业务岗位可以轮  
番给业务岗位安排工作，到头来还是由具体办案人应付，在办  
案的同时应付这些琐事是极为烦恼的。但是案子要到期了，谁  
管？案子质量出问题了，谁管？没有人管，所以很多时候是在  
业余时间办案，工作时间仅够应付这些其他综合性的工作。

而且即使兢兢业业、任劳任怨，甚至忽视了家庭和身体，  
也未必会换来职业的快速成长，你也会对公平性提出质疑，对  
工作丧失信心。但因为前期的投入过大，一时还舍不得离开，  
导致在职业发展路径上的徘徊，在二次选择上的犹豫。

我发现此前有着巨大职业焦虑的人，往往因为职业路径的  
重新选择而得到了解脱。当然，也可能是强颜欢笑，只是我没  
有看出来。

压抑的负面情绪得不到疏解，才会产生焦虑。比如得不到  
信任和鼓励，经常被批评，又无处宣泄。

经常被琐事打断工作节奏，不能安心工作，工作节奏紊乱，





顾此失彼，不敢反抗，又不想忍受，只能暗气暗憋。

进退维谷，患得患失，拿不起放不下，左摇右摆，惶惶不可终日。

待遇不公正，常常被苛责，遭遇内部的机械执法，对公正有着巨大质疑又没有救济渠道，是司法官最无法容忍的。

这些负面情绪如果不能及时消解，必然影响工作质效，也必将通过司法行为传递给当事人，让当事人感到脸难看事难办。很多人说这些司法官根本不在意别人的人生，但他们自己的人生又何尝有人真正在意过？

冷漠是可以传递的情绪，焦虑是可以传染的情绪。

这些负面情绪的化解有两个根本性的路径：

## 1. 营造更加公平、友善、人性的内部管理环境

让司法官的心热乎乎的，他才能让当事人的心也热乎乎的。你不能指望骂他一顿以后，刁难他半天之后，他回头面对当事人时还会春风拂面。这是不可能的，任何人都做不到。

所谓的人性化司法观念，应该从人性化的司法管理观念入手。

第一是信任，要建立以信任为基础的司法运行机制，让司法官的心能够安定下来，而不是提心吊胆地工作。适当紧张是对的，但不能过度紧张，更不能人为制造紧张空气。

第二是鼓励，正面激励应该成为主流，应该通过不同的激励方式和激励标准来调动热情，要肯定主流和全局。看人还要三七开，要看主要矛盾和矛盾的主要方面，批评只是辅助性的手段。

第三是公平，公平是司法工作的主要目标，更是司法管理工作的主要目标和价值取向。你不能指望一个人遭受到不公平的待遇之后，还能给予别人公平，司法官首先是人。如果司法管理中不能彻底体现公平，想让司法官在司法工作彻底体现公平也是一种奢望。他自己都不相信公平，你让他怎么做到公平？这是非常简单的道理。

## 2. 司法官要学会心理调适

也就是司法官要学会自我找平衡。虽然我主张公平的管理环境，但是不可能有绝对的公平，公平只是相对的。或者说虽然有不公平的规则，但也一定有公平的规则，否则社会如何进步和发展？

当你看到一些不公平的现象，遭遇一些不公平的事情，可以提出改变的诉求，但是很多时候短期内无法促使环境有根本性的改变。

那么摆在你面前的，就只有两条路：一条路是离开，这条赛道不适合你，你可以切换赛道，它可以让你迅速摆脱在这条

赛道上所经历的所有烦恼。但是新的赛道也可能有新的烦恼，有新的不公平。在哪一条赛道上都不可能是绝对公平的，只不过表现形式不一样而已。比如律师行业，虽然自由度更大，但市场竞争就绝对公平吗？也不敢下定论。而且切换赛道是有成本的，需要从零开始，是否能够承受，也要掂量一下。

另一条路是留下来。如果决定留下来，就不要再犹豫了，虽然等待入额的时间漫长，体制内的发展节奏缓慢，还有一些恼人的琐事纠缠，更有不时出现的苛责与非难。如果这些与司法工作的神圣性相比，你都能够忍受，那就至少不要彷徨，这些都是你选择的成本，甘蔗不可能两头甜。

那这些让人烦心的事和环境，是不是就完全无法改变，只能默默忍受？难道忍受就是留下来的唯一出路吗？

我觉得并不是，我并不鼓励完全消极的等待和忍耐，你可以适度尝试改变，比如提出一些改革的意见和建议，表达一些你的想法，让其他人了解到你的感受，有些想法就很有可能转化为现实的制度机制，成为你所处环境的一部分。

你并非对当下的环境只能束手无策，而是可以根据你的地位、职能和能力去做一些适当的改变。

虽然现实并不尽如人意，但不能放弃理想，世界的进步就是靠理想主义来推动的。

理想主义是对抗情绪焦虑的良药，就是在严峻的现实世界中锻造你的理想主义，让你百折不挠，在困境面前依然保持乐观。

在顺境面前保持乐观是容易的，难就难在在逆境面前，在不公正、不友好的环境中，依然保持乐观，并坚定地相信自己能够对环境的改变发挥力量，这才是真的乐观。

就像鲁迅所说的，真的猛士必须能够直面惨淡的人生。因为你的直面，别人的人生才有不惨淡的可能。

---

## 检察官与律师到底是一种什么关系？

---

检察官与律师在对立的时候让人感觉势同水火，在合作的时候又担心被怀疑勾兑。

为了避嫌，是不是只要有律师参加的同学会或者婚礼，就主动不出席，从此杜绝一切物理的和精神的接触？比如在微信通讯录中删除一切从事律师职业的前同事，退出一切有律师参加的微信群？

这显然是一种极端的处事态度，但它反映了一定程度的焦虑状态。

我以为两者的关系定位为“协同进化”更为准确。

进化并不是一个物种孤独的前行，必定是通过与其他物种的相互碰撞、博弈、竞争、沟通、合作才形成的。不是扼杀和毁灭掉对方才能获得成长，而且对方的灭亡也往往是自己的末日，只有懂得与对方相处，才能获得更好的进化，这也是我们保护生态多样性的原因。

检律本为同源，都受系统法学教育，很多有同窗之谊，但是由于职业进化路径和职业生态的显著差异，长久下来俨然演化为不同的司法物种。

因为两造关系，庭上立场不同，进而演变为庭下立场殊异，锱铢必较，势同水火，相煎何其急也。但是进化论的一个启示是：我们要保护对手，才能避免内部衰朽；看似两立，实者唇齿相依。

我们难以想象没有律师的法庭，那样检察官也失去了存在的价值；我们也难以想象没有检察官的法庭，律师如何能够对抗控审合一的法官恣意。这样的场景历史并非没有发生过，前事不忘后事之师。

检察官和律师这两种职业其实彼此成就的，在恶意贬低对手时，也贬低了自己。

关于如何与对手相处，我有五点建议：

## 1. 公平的对抗

法庭内外的对抗，都不应该寻求规则之外的优势，比如用一些非法律、非法治的手段来打击对手。应该坚持公平竞争的原则，在庭审实质化的背景下，利用好法庭规则，进行公平博弈，无论结果如何，至少确保程序是公正的。

但是现实往往并不完美，检察官如果寻求庭前的公检法协

调，律师就可能期望诉诸輿情来平衡对方的不当优势。如果你不理解对方，对方一定会更加不理解你；如果你不尊重对方，对方一定会更加不尊重你；如果你先犯规，就一定不能怪别人也犯规。所以公平的对抗一定需要彼此的克制，需要法治范围的逐渐营造，需要规则意识的刚性执行。

## 2. 理性的合作

除了不合法的勾兑之外，在合法的框架下理性合作的机会越来越多。

只是很多人不是特别有信心，虽然身为法律人，还是会迷信找关系，认为不会有天上掉馅饼的好事。这些想法本质上是对法治没有信心，他们不相信有理性的、合法的合作关系。

但是认罪认罪的普遍适用，不捕不诉的大幅度提升，已经通过实实在在的数据告诉了我们，检律有很大的合作空间。很多时候合法的沟通，理性的合作，要比私下的勾兑更加可靠，也更加有效，更不要说更加安全了。

## 3. 相互的理解

有的时候，不理解往往来自于情绪的宣泄，有的时候确实是碰到了一些阻碍，有的时候只是把既有的刻板印象投射到对

方身上，从而以一种偏见来审视对方，结果就将一切问题放大，动辄上纲上线。往往沟通起来没有好气，结果自然难以尽如人意。

我承认司法的环境仍有进一步改善的空间，但也绝不是处处都是一个水平，人人都是一个态度。

所谓的理解就是设身处地，就是有一份了解之同情，要知道人人都有一些不得已之处，都有一些无法摆脱的临时处境。我们对嫌疑人的理解，也是要承认没有人是天生的坏人，要尽量思考其走上犯罪道路的原因，从而带着感情去办案。

更不要说检律作为职业共同体，更要体会一下彼此职业的特点和难处。你为别人思考一分，别人就会为你思考两分。你一旦恶语相向，彼此的关系就是无法挽回的。这体现的是最简单的人性。

#### 4. 谨慎的相处

谨慎的相处就是还要相处，而不可能完全隔绝。检察官不可能没有律师的朋友、同学，律师也不可能没有检察官的朋友、同学。他们受着共同的教育，有着共同的求学经历，通过了共同的职业资格考试，彼此的职业又存在可以相互切换的可能，怎么可能完全隔绝？

所谓的职业共同体并不是完全抽象的概念，它是非常具体



的。法律人其实都在一个朋友圈，而且这是一个非常狭窄的朋友圈。

我认为这个界限的关键就在于避免利用司法职权谋取不正当利益，这是最核心的红线。所有的交往准则都来自于这一点。当然，这个界限既包括一次性的收买，也包括长期的关系培养和扶植，目标的指向性都在于职权的滥用。如果不存在职权滥用的可能就是安全的，反之就是不安全的。还有就是避免产生不当联想的接触，比如办理具体案件的检律接触就会更加敏感，令人瞩目，并容易引发不当联想。即使没有职权滥用可能，但如果足以引起怀疑和误解，也会对司法公正产生影响。对此，相关文件已经有了一些规定。

目前来看，相关的规定主要从负面的角度对检律关系进行规制，也就是存在负面清单，但是缺少正面的允许接触的规定，缺少一个正面清单。这样的正面清单，让检律可能相对放心地进行必要的交往联系，从而不致让法律共同体的正常交往也被切断，或者出现动辄得咎的尴尬局面。

## 5. 共同的成长

检律作为法律共同体，需要共同成长的机会，以便在司法理念方面达成共识，共同推动法治进步。

更重要的是，通过制度性的安排，形成彼此尊重、彼此成

就的职业范围，在公平的环境中展开竞争，通过竞争刺激彼此能力的提升。任何通过非法手段打击对手的行为都是不明智的，也是非常短视的行为。

虽然律师看似会为检察官开展工作制造很多“障碍”，如果检察官准备不足还会引发相当程度的难堪，这从本质上看还是案件质量和办案人员自身能力不足的结果，并不是律师为难的结果。正面的导向应该是引导办案人员自身能力的提高，而不是让律师高抬贵手，或者让律师不敢出手。

即使在个别案件中最后造成了无罪的结果，从长远来看，这也在提醒我们证据标准需要切实地提高，工作模式需要优化改进，也就是在提醒我们完善自身的机制。

即使在个别地区、短期之内，上述“难堪”破坏了检察机关的公信力，但从长远、整体来看，还是在帮助检察机关提高公信力。这是在帮助我们“抓虫子”。

检察官对律师而言也有相近似的功能，但表现形式显然会有很大的不同。

检律双方彼此给压力，才是真的过招，才会有真的提升。如果只是打和平球，那自然无法有真正的进步。

我们需要的就是一种不确定的、毫不留情的、无处不在的、彼此施加的压力。

因为，压力是最好的老师。

在这种压力之中，我们就实现了协同进化。

