

法 理 情

法政哲思

余双彪 著

法路浅行
理通意晓
情随境生

中国检察出版社

法理情

——
法政哲思

余双彪 著

中国检察出版社



图书在版编目 (CIP) 数据

法理情：法政哲思 / 余双彪著. —北京：中国检察出版社，2019.5

ISBN 978-7-5102-2293-1

I. ①法… II. ①余 III. ①法律—文集 IV. ①D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2019) 第073350 号

法理情

——法政哲思

余双彪 著

出版发行：中国检察出版社

社 址：北京市石景山区香山南路 109 号 (100144)

网 址：中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

编辑电话：(010) 86423703

发行电话：(010) 86423726 86423727 86423728

(010) 86423730 68650016

经 销：新华书店

印 刷：北京玺诚印务有限公司

开 本：A5

印 张：9.25

字 数：197千字

版 次：2019 年 5 月第一版 2019 年 5 月第一次印刷

书 号：ISBN 978-7-5102-2293-1

定 价：36.00 元

检察版图书，版权所有，侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

序

面对人类的智慧，理论上超乎人类智慧的“神”或许对我们的思考嗤之以鼻。但是思考本身就是价值。把自己多年前简单的思考和思考后的答案集结成册，让大家品评，需要勇气，更需要“傻劲”。多年后再看以前的文字，或许稚嫩，或许偏颇。有些在校正中本可以进行修饰完善，但反复斟酌后都留下了，目的是想看看思考的过程和痕迹，了解思考背后的时代烙印和发展脉络。文字有时候不仅体现个人的思想，其实也体现了年份、时代的一些共同思维。正因为此，具有前瞻性的思考才更为难得。由此，思考以及思考的结果，都要在时代的背景下进行评判。了解和理解思考以及有意义的思考——思想，都不能过分超越

时代。

在苍茫的宇宙中，人类很渺小但又很伟大。我们渺小于个体生命的脆弱和无常，伟大于人类文明的生生不息。在这生生不息的传承中，思考发挥着极其重要的作用。有了思考，才有了创新，有了创新，才有了生命的质量和文明的腾飞。只有思考，才能让人类在发展中更加深沉地把握住规律和周期。

法为何物？法治如何适应我国的发展历程，如何与传统文化相融合而走出一条中国特色的法治之路？这些宏大的命题需要建构在一些细节的思考之上。一些琐碎的思考或许对破解此类问题没有直接性的促进作用，但至少可以启发思维、服务实践，让自己作为法律人起到一些哪怕是“微尘”的影响。

神治、人治、法治，不同治道在不同的时期发挥着各自的作用。法治之道，并非最高、最优选择，但应是最正确的选择。或许随着人类的发展，我们会找到另外一种更好的治道，而迄今为止，法治是相对更好的选择。

法路难行，作为司法者，在实践中不仅需要理性和超前的思考，也需要稳重和务实的实际行动。这些思考和行动会让法律更加温情、更有人性。我们双手离地，指向苍穹，所以脱离了“兽性”，向“神性”飞跃。我们双脚踏地，难离地面，所以进化过程中的“兽性”也一直伴随。法治与非法治，雷同于“神性”与“兽性”，需要过程，需要不同民族根据自己的特性来构建法

治文明。

法路光明，相信法律，尊崇法律。法律并非冰冷无情的，法律不外乎人心，背后有情有义。法、理、情，以法为据、以理服人、以情感人，讲清法理、事理、情理，在法律的规制下，我们的生活一定会更美好。

法路之行离不开法律人的执着与追求，离不开法律人的独特思考，离不开法律人的良心和情义。

而法律人的良心来自自身全部的知识 and 生活方式。

法治，就是法律人的良心。

一点思考。

是为序。

余双彪

2019年3月

目 录

法路浅行

- 003/ “法有限，情无穷”，还是“法之下，情有度”
- 009/ 释法说理，司法透明的一面旗帜
- 015/ 从舆论司法走向司法舆论
- 021/ 法律监督应坚持力度、质量、效率和效果相统一
- 025/ 慎言“同案不同判”
- 030/ 检察监督应注重维护司法权威
- 034/ 两难，考验司法的衡平艺术
- 039/ 司法公信建设刻不容缓
- 045/ 理性对待无罪判决
- 050/ 法是一种生活语法
- 056/ “渴望”公正司法
- 061/ 塑造尊崇法律的司法文化
- 065/ 刑法应该谦抑、再谦抑
- 073/ 边界司法的司法边界
- 078/ 从司法理性走向理性司法
- 083/ 精英的智慧，平民的语言
- 087/ 诉讼推动法治
- 090/ 刑法的两难：事实与规范概念的纠缠
- 098/ 出入人罪，不能仅停留在社会危害性上

理通意晓

- 109/ 刑事政策与检察实践
- 112/ 主动赔偿，不能一概从轻处罚
- 116/ 检察建议应突出“六性”
- 120/ 公诉立场与公诉能力
- 130/ 赦免“原罪”，应慎重
- 135/ 公然挑战法律权威行为应予严惩
- 139/ 法官给检察官打分要慎重
- 143/ 用法保障讲真话
- 146/ 公平与正义，理想和现实
- 152/ 圈子与腐败
- 157/ 人情文化的腐败宽容
- 162/ 为官当如水
- 165/ 为官“六戒”
- 171/ 仇富仇官本质是仇腐
- 176/ 官员应心怀敬畏
- 180/ 警惕“腐败掮客”
- 184/ 廉洁从政，坚持“五慎”
- 189/ 良心与廉心
- 194/ 反腐不相信眼泪
- 197/ 腐败文化忧思

情随境生

- 205/ 清官情结与司法公正
——漫谈司法目标的阶段性
- 210/ 道德自责与法治良心
- 213/ 法律精神下的判决
- 217/ 法治意识的培养
——奥运安保后的法律思考
- 225/ 死刑呼唤生命
- 228/ 感动的瞬间
- 231/ 民生之艰，稼穡之辛
- 236/ 阳光下的太阳村
- 239/ 救济程序是维系公正的重要保障
——读《刑事救济程序研究》
- 242/ 撩开公诉权的面纱
——读《公诉权原论》
- 247/ 启开证据基础理论的闸门
——读《理想与现实——刑事证据理论的新探索》
- 251/ 微著中见远大
——浅评《法苑杂谈》
- 254/ 从理性走向危机
——读理查德·波斯纳的 *A Failure of Capitalism*
- 262/ “跨国”的国际法
——评杰塞普的《跨国法》



法意阑珊人何处。清末以来百年法治之路漫长而曲折，我们在浅行中前进，在前进中浅行。古之“法治”，虽有本土之优而无现代之长；今之西式法治，引自欧美，虽有现代之好而无本土之根，乃至制度植入南辕北辙，实施效果大相径庭，总与中华内在文化、机理难以完全融会贯通。探寻法治之路，必须在传统文化和几千年来在这古老土地上形成的生活方式中寻求根基和支持。

壹 法路浅行

从某种意义上说，法治是一种制度，制度的落实需要每一个人都在其间发挥作用；法治是一种理念，理念一新天地宽，法治之路虽难但一直在前行；法治是一种氛围，我们用规则来解决争端和冲突，用规范来引领预期和未来；法治是一种文化，西方法治必须紧紧与中华优秀传统文化相融合，形成我们自己的法治文化，才能真正发挥作用；法治是一种信仰，要发自内心尊崇法律、相信法律，我们才能真正实现公平正义；法治是一种理想、人生、目标……

“法有限，情无穷”， 还是“法之下，情有度”

古今中外，在法律适用上，法、理、情是司法官员都必须权衡考虑的三个重要因素，其背后涉及法律与道德、法律与文化、法律与政治等诸多关系。中国古代，更是直接允许官员根据其对儒家教义的理解来适用法律，所谓春秋决狱正是如此。也因此，出现了官员直接根据当地的伦理道德观念，根据乡规民约对案件作出判决的情形。一些在民间传颂至今的判决，一些在人们朴素的正义观下所津津乐道的判决，很多是根据情理、道德和伦理作出的。而之所以把情理作为定案考量的因素乃至直接依据，作出的判决被很多人认可、宣传乃至崇拜，其中一个十分重要的理由就是“法有限，情无穷”，即对实质理性和形式理性考量的差异。

一个国家的刑事法治主要由刑事法理念、

刑事法制度和刑事法规范组成。制度和规范是外在的，理念则是内在的。什么样的理念，往往与文化遗产密切相关。有些理念，更是历经长久而沉淀下来的，诸如杀人者死、杀人偿命等。中国古代，无论是《唐律疏议》还是《大明律》等，“法有限，情无穷”，这种实质理性的思考就是一个十分重要的理念。它不仅包含了伦理立国、法律作为统治手段不足的内在意义，也包含了法律本身可能滞后于现实生活，还需要借助伦理道德来审判的外在含义。《论语·为政》指出，道之以政，齐之以刑，民免而无耻；道之以德，齐之以礼，有耻且格。“法有限，情无穷”，这让司法官员在追究犯罪（出罪和入罪）的时候，对“情”的考虑往往可以替代“法”的适用。法律不敷使用或使用可能不是很合理的时候，就可以援引各种伦理道德来进行审判；入罪，可以举轻以明重，出罪，可以举重以明轻。自由裁量的空间虽是巨大的，但也契合了当时的法律文化、法制现实和社会需要。

一种判决能够容法理情于一体固然是好。然而，最关键的是，在法、理、情三者之间，终归需要个基本的前提。“法有限，情无穷”，情是根本，法置于后。其实质反映的是在一个以儒家教义作为最高伦理道德的文化传统国度里，法律仅仅是实现某种统治、实现某种伦理目的的工具。以礼入法，出礼入刑，礼是根本，法是表在，合乎伦理观念的情理是关键，制定出来的法律只是维护统治的器械而已。实质上，这非“依法治国”，甚至连“以法治国”都谈不上。如果从刑事司法理念角度来看，这种思想更是反映了我们长久以来存在的两个突出问题：一是治理国家手

段的单一化，长期依靠刑事法来治国理政，这种观念影响深远，甚至现今有需要对社会某一类行为进行严惩时，也必然想着在刑法上加一条文；二是反映了刑事司法追求实质理性的强烈冲动，对法未规定之“恶”难以容忍，这也影响至今。在刑法理论上，我们一直强调犯罪的本质特征是行为的社会危害性，并以此为中心建构刑法理论体系；在刑事司法上，有的人存在强烈的入罪冲动，总是在社会危害性的指导下，以模糊的标准把社会危害性的价值判断与行为有没有社会危害性的事实判断混淆起来，甚至以价值判断代替事实判断。这也就形成了一个我们长期以来一直觉得正确的基本观念：行为有社会危害性，就应当受到刑事制裁。

这种刑事司法理念，这种不受法律规则限制的实质判断往往会对公民的权利和自由造成侵害。特别是在形式理性和实质理性判断出现矛盾的时候。一方面，由于长期秉持的实质理性判断，导致1979年《刑法》中规定了类推制度。类推把通过实质判断认为有社会危害性的行为都加以制裁。虽然1997年《刑法》取消了类推制度，规定了罪刑法定原则，但还是把社会危害性放在最高位置，以社会危害性这种相对模糊的概念来处理这样一种社会现象：当其他管理措施难以奏效的时候，就通过刑法将其规定为犯罪。另一方面，长期以来在实质理性的指引下，也导致一些司法机关和司法人员，往往习惯先做实质判断，先从社会危害性角度来判定是否需要定罪处罚，然后去寻找“法条”，一定程度上存在先定罪后找法的现象。而且，对司法人员来说，这种“有”“无”形成的逻辑思维和办案习惯，一定程度上也容易导致形式化地运用刑法来打击犯罪，

从而影响案件的正确处断，不利于实现刑法的人权保障机能。

事实上，人治和法治的区别不在于是否有法律，而在于怎样运用法律。人治，法律只是统治的工具，通常以统治者的需求，以“法有限、情无穷”、实质理性的理由，以统治者自身的实质合理性判断为目标，肆意作出有利于统治者的选择。法治，意味着法的统治，意味着法的至上性，意味着法的权威高于一切。就刑事法治而言，意味着在罪刑法定原则下，通过形式合理性的追求来实现实质合理性，在形式理性的旗帜下限制司法官员的恣意和权力的滥用，对公民权利和自由加以完整、全面的保护。如同诺依曼所说的，人权以及国家的一切干预行为必须以普遍规范为根据就构成了“法治”，或者用德语来说就是“法治国”。这种以普遍规范为根据就是形式理性的要求，是“法之下，情有度”，而不能是“法有限，情无穷”。

选择形式理性，往往意味着在刑事法治中，形式的判断可能优于实质判断，意味着在坚守形式合理性的同时，必须承受一定程度上的实质合理性的丧失。这或许就是法治的代价。但是，更应该看到，与法治本身可能存在的弊端相比，损害法治的方式危害更大。以实质理性的判断而损害法治的形式理性，可能获取一时的“平静”和问题的暂时解决，但最终会导致“掌权者”以自己的意志、以实质理性为借口随意解释法律，损害的会是所有人的整体利益。这种情况下，问题的短暂解决并不代表结束，相反，意味着存在无限改变的可能性。正是从批评专制的严重弊端、防止司法官员擅断的角度出发，贝卡利亚甚至主张取消法官的

法律解释权，认为严格遵守刑法文字所招致的麻烦，不能与解释法律所造成的混乱相提并论。这种暂时的麻烦促使立法者对引起疑惑的词句作必要的修改，力求准确，并且阻止人们进行致命的自由解释，而这正是擅断和徇私的源泉。尽管这一观点颇为偏激，但其纯粹的形式理性精神令人敬佩。

对形式理性的追求必然要求我们重新审视社会危害性在刑事司法中的地位，重新思考出罪和入罪的标准。立法时考量的因素不应在司法时继续过多地加以运用，即不能以行为具有社会危害性为由而寻求运用刑事手段制裁和处罚。很显然，并不是任何一个危害社会的行为都需要通过刑事手段来处理。但是，从现实出现一些司法个案看（如网上裸聊是否构成聚众淫乱罪，通过挖洞偷逃过路费是否构罪等），社会危害性成为忽视其他手段（民事、行政等）治理社会，而都要进行刑事处理的极好理由。社会危害性这种浓厚的实质理性痕迹，很容易成为权力滥用的借口，因为作为“犯罪的本质”，任何一个行为，都有可能在这种社会危害性的观念下，成为超过刑法规范规定的而又可以处罚的“犯罪”。换言之，如果认为一个行为恶劣，情理难容，需要入罪，社会危害性这个“犯罪的本质”就是一个很好的并且具有高度理论色彩的突破罪刑法定原则的理由和根据。

轻形式理性重实质理性的刑法文化传统对我们的司法实践影响至深。诚然，司法的处断必然要考虑到处断的效果和社会影响。但是，“法有限，情无穷”，实质理性意味着处断时考虑的顺序是情、理、法，而这万万不

应成为司法官员的司法理念。相反，“法之下，情有度”，在刑事法治中，司法官员定罪量刑应考量的顺序是法、理、情。法律在个案处断时永远应置于首位，因而构成犯罪时，首先应该看看有没有法益侵害，其次看行为人有没有责任，最后看刑法上有无明文规定，这三个环节是犯罪认定上所考虑的最基本步骤，也是近代刑法建立的基本框架，唯有此，我们才能实现真正的刑事法治。

法、理、情，司法处断时，三者兼顾，这是最为理想的状态。然而，并非所有的事项都能达到理想状态。如果实践中有冲突，法应该而且始终应放在第一位。