

第一章

同理心

法律人的同理心

陈寅恪说，对于古人之学说，应具了解之同情，方可下笔。

这里的同情并非怜悯，而是换位之思考、处境之体谅。

对古人如此，对今人不也应如此？对学说如此，对他人的
人生不更应如此？

因为，办案关涉他人之人生。

对一学说之褒贬或可转圜，对他人的刑事评价，关涉其
人生路径，如何转圜？

比如冤错案件的赔偿金，能买回失去的人生吗？名誉呢？
成功的机会呢？家庭的幸福呢？逝去的青春呢？对子女的影响
呢？给他人留下的印象呢？

所以，法律人要以极大的敬畏之心来掂量手中的案件，思
忖每个司法决定对他人人生可能产生的负面影响，以及这种影
响的不可撤销性和不可挽回性。

我们也要将自己置于人生的审判席，扪心自问，如果我们

处在被告人的情境，又将如何自处？

自己的妻子被人殴打，能不上前阻止和还击吗？还击要保持到什么限度，你自己又能够把握得住吗？如果你自己都把握不住，那你所谓“超过必要限度”什么的，又从何说起？

假如你是快递小哥，刚从农村进城，好不容易找到一份送外卖的工作。你会骑摩托车，却没有驾照，但是加油需要出示驾照，你会等几个月考一个驾照再去找工作呢，还是办假证加油，先把工作干起来再说？

在评价这些问题的时候，把自己放进去和不把自己放进去会得出完全不同的结论。

很多人是双标的，对自己和家人是一个标准，对他人是另一个标准。这里的本质区别就是是否包含了解之同情。

你不了解嫌疑人和被告人，不认识他们，不知道他们有什么过往的故事，有什么难言之隐，有什么不得已之处，有什么离奇的却真实的理由。你不想去了解他们，因为你不可能和他们产生长久的联系；你也不认同他们，因为你只把他们当作你需要处理的工作对象。

当然，很多时候这也是因为职业倦怠：案件办得多了，都疲惫和麻木了，已经成为办案的机器了。

你逐渐失去了同理心，失去了换位思考的能力和热情，所以也体会不到那一份不得已，那一份身不由己，那一份事出有因。你不愿意深究背后的故事，不想了解案件的真实原因，因

为这要耗费你好大的精力。虽然这样可以帮助你对案件和案件的当事人建立真正的了解,从而产生对他人的一种了解之同情,但你不愿意,你觉得不值得、没必要。

但是对于自己,即使你犯了一些错误,也总可以找来很多理由。因为你了解自己,也心疼自己。对家人也有相似的地方,你了解自己的孩子、配偶、父母和亲友,你知道他们不是有意的,他们肯定有一些难言之隐,他们不是那样的人。因为你对他们是了解的,因为你们之间有牵绊,你愿意投入地了解他们背后的故事,而你本身恰恰也生活在这些故事之中。

你不可能生活在嫌疑人的故事之中,但这不妨碍你走进他的故事。如果你不走进,就不可能有深入的了解,就不可能产生设身处地的同情,就无法真正理解他。在完全不了解,甚至漠视的情况下作出的判断,就很有可能是表面化的、机械性的,就无法做到让人心服口服。

理解有时是相互的。在你不理解他的时候,他也会故意不理解你,给你“捣乱”。所谓的司法公信力,案结事了,主要是看心里的结能不能解开,唯有真正的理解才能让心中的结解开。

一个经常理解别人的人,才能经常被别人理解,因为理解会带来信任。

一个能够经常理解当事人的司法机关,才能获得当事人的理解,真正获得公信力。这个公信力,就是社会安定的基石。

但是有些司法官就是无法主动理解当事人。很多时候，并不是他们没有同理心，甚至可以说，这是曾经的不被理解酿成的苦果。

因为他自己不被理解过，他也就不愿理解别人了。

比如，在缺少爱的家庭里长大的孩子，就有可能缺少爱心。因为他缺少爱的能力，他不懂得同理心这种思维方式，他没有设身处地为别人着想的习惯。

缺少理解的司法机关里的司法官，也不太懂得理解别人，这毫不令人奇怪。

因为同理心不仅是思维习惯、是能力，也是一种价值取向。

如果一个单位没有这种价值取向，动辄上纲上线，就很容易小题大做，也就是不容错。这种习惯不会杜绝错误的发生，因为杜绝错误是不可能的。动辄得咎，容易让人学会掩饰错误，不敢暴露问题，最终的结果一定是小问题累积成大问题。

在内部的不被理解，不可能转化为在外部的理解他人，反而更容易演变成自己也不喜欢的那个人。

因为人是被环境塑造的。

那么，我们用今日之规则 and 标准，评价十年、二十年前的案件的时候，还会敬畏法不能溯及既往的基本原则吗？

或者我们是否假设过，将自己置身当年，想象在当年的情境之下，我们又能如何？

如果我们不能如何，又凭什么要求别人如何？

而且这种适用事后法的方法，还能让人有基本的行为预期吗？比如，你如何能够确定现在的办案方式二十年之后还是正确的？

如果你认为这是不可能的，为何却要将这种不可能置于二十年前的司法官头上？

当你如此操作的时候，无非只是庆幸今天你处于评判者，而不是被评判者的位置。但你如何保障未来，或者就是很短的时间内，自己不被置于被告席上？

你自己缺少同理心的行为铸造了自己的丧钟。

不要问机械执法的丧钟为谁而鸣，它就为你而鸣。

同理心是法律人理解真实世界的能力，只有对真实世界有真正的理解，才能最大限度地实现公正。

同理心也是维系司法机关内部良性运行的善意纽带，只有用理解、信任织就的网络才能传播理解和信任，才能让我们的内心不设防，才能让我们愿意分享善意，才能培养理解他人的习惯，才能提升换位思考的能力。也就是只有有人把我们的人生当回事儿了，我们才愿意把别人的人生当回事儿。

总要有人先迈出一步，先把别人的人生当回事儿——即使冒着自己不被当回事儿的风险。如果所有人都想着别人主动，那就没有人愿意主动理解他人。

那些有理解他人的能力，又不求回报的人，才是开启良性循环的火种。

我们需要利他主义者引燃枯涩的心灵，激活一潭死水。

这就是理想主义者的力量，他们首先学会理解别人，而不求回报。

因为不求回报，才有更大的回报。

为什么要理解别人

因为我们也渴望被人理解。

己所不欲，勿施于人。

你不希望自己不被理解，同样的，你就要去理解别人，而不是忽视别人的感受。

这就是理解的交互性。

因为人类社会的交往是一个网状结构，而网络需要互联。网络的本质就是交互性，它不是单向度的传播，而是相互影响、相互作用的。

只要你想在这个网络中生存下去，就不能只考虑自己的感受而不顾别人的感受。

有时候，我们以为自己只会对别人施加影响，别人不会影响到自己。

就比如医生之于病人，好像需要医治的只是病人，而不是医生；又比如老师之于学生，好像需要接受教育的只是学生，

而不是老师；再比如司法官之于嫌疑人、被告人，好像被审判的只是嫌疑人、被告人，而不是司法官。

我们误以为自己处于金字塔结构的制高点：我们在上，受众在下；无论如何对待受众，我们都不会受到影响。

在这些特定的网络结构中，由于职业分工的特殊性，我们确实具有一定的强势性，能施加给对方的影响也更多。

但这绝不意味着，可以完全屏蔽对方对我们的影响。

比如在医患关系中，如果医生不能体谅患者和家属的感受，不能耐心地解释治疗的方法和风险，就有可能因为病人的误解和焦虑，增加医患纠纷的几率。虽然这并不意味着医生就是错的，但这一定会给医生带来麻烦，甚至是人身危险。

在师生关系中，如果不能因材施教，包容孩子的个性，不仅会扼杀天赋，还会因为压抑个性、打压自尊，给孩子幼小的心灵造成伤害。再加上将压力和责任推给家长，从而因为家长强烈的不满，进一步增加了师生矛盾。老师越来越觉得学生管不住，学生越来越觉得家长没有耐心，家长面对老师有苦难言，矛盾越积越深。

司法官在机械适用法律的时候，总以为自己办的只是案子，别人的人生与自己无关，以为自己总是处于审理者的角色。但是案件发生问题的时候，就会发现自己也会受到别人的审视。

这就是社会网络的交互性，你影响的人，同样也会影响到你。即使不是直接的反作用，但只要稍微在社会网络上拐一个弯，

就可以影响到你。

比如向你的上级单位、主管单位或者有权机关进行控告、举报、起诉，都可以完成这种影响，这是国家给予弱者的救济权利。

这是法治社会的基本特征，有权利就会有救济，有权力就要有监督，有规则就要可执行。虽然不够完美，但大抵是有一条通路的。

这条弱势者的通路，就是强势者的紧箍咒。

所以理解别人，其实也是在保护自己。理解别人的难处，别人才能理解你的难处。

在医生医治病人的时候，虽然一个病人对他来说只是千百个重复的病例中的一个，但是对他的家人来说，那就是一条鲜活的生命，甚至全家人的依靠。

想到了这一点，多说两句又何妨？多听两句抱怨，多解释两个对你来说是常识性的问题，又何妨？

医疗行为是有风险的，对这个风险的规避，不仅仅是让家属签一个确认书了事。而是要让他们知道，你真的在尽力，不管难度到底有多大，风险到底有多大，他们知道你是真的当回事儿的。

多一点点耐心，就可以减少一些误解，减少一些纠纷，减少一些悲剧。

在从事教育工作的时候，虽然孩子很多，很闹腾，但是每一个孩子都是家里的心肝宝贝，也都有独特之处。如果老师不

是以欣赏的眼光，而是以厌弃的眼光来审视那些不那么听话的孩子，只是将“听话”作为最重要的甚至是唯一的标准来要求，那么富有好奇心就成了不守纪律，敢于质疑就成了挑战权威，兴趣广泛就成了注意力分散，发展业余爱好就成了不务正业。可造之才成了问题儿童，开放的教育观念也连带着成了家教有问题。那么，家长是不是有合理的理由怀疑是老师的教育理念有问题，从而增加了向有关部门反映情况的可能？

老师如果能够更有耐心一点，更加包容一点，这些矛盾就是可以避免的了。

在办案的时候，我们为什么要理解嫌疑人、被告人？即使他的罪行严重，证据确凿。

我们要考虑的是刑罚的局限性，人的理性局限性。

我就问你：你是时时刻刻都能够理智地处理问题吗？

假如你的家人正在挨打，你是原地不动选择报警，还是先反击再报警？

如果你反击之后，把对方打得伤势更重，结果你被抓起来了，那么是否应该给你判刑？

你是不是希望司法官听听你动手的原因，听听讲讲当时的情况？如果此前大部分的案件都是唯结果论，或者司法官也没有耐心听你多说，还问你为什么没有先报警，为什么没有理智地进行处理，你做何感想？

案子办得多了，办案就演化为流水线作业，你还愿不愿意

倾听背后的真实原因？

我们是不是也有过一些不得已，一些一时半会儿不能摆脱的困境，一些应急遭遇让人无暇多想？

我们根本不可能完全遵循理性思维来处理所有事情。既然如此，就不能过分苛责嫌疑人、被告人也做到完全理性。

我们理解他们，就是在试图理解这份不得已，试图理解犯罪的真实动因。

是不是有一些困境是因为法律不能及时提供保护，而需要自力救济的？是不是有一些案件，背后还有深层的社会原因，是社会保障没有到位，才酿成了今天的悲剧？

解决这些问题的根本方法不是惩罚嫌疑人，而是完善相应的社会机制。此时，嫌疑人的责任就应该得到极大的减轻，甚至有一些行为都没有必要提出指控。

比如司机酒后叫好了代驾，而商圈不让代驾下地库交接，就约好由司机将车辆从地库中开出来，结果刚开出来就被警察查到了。

那你说这到底是司机的问题，还是商圈管理的问题？处罚司机的意义何在？

我们不理解嫌疑人、被告人，不是说我们在同情他们因而放松了对犯罪的打击。而是我们深知公众所希望的打击，一定是精准打击、适度打击，而不是胡乱打击。

在一些涉众型的犯罪当中，有时候一抓就是数百人，这些

人中有些就是刚刚毕业的大学生，只是因为相信招聘广告的信息而误打误撞地加入了一些实施经济犯罪的公司。如果仅以其在公司任职，存在一些看似不合规的行为，便推定其有犯罪故意，就显得过于苛责。

这就是强人所难的推理。

这种推理是一种不讲道理的蛮横行为，其背后是骨子里的单向度思维，认为只有自己可以随意拍板，对方只能听之任之，这就是一种权力的霸道。

殊不知，这样的司法官也可能被不问青红皂白地追责问责，那个时候他们最渴望的就是一颗同理心了。

法律人都应该有一颗同理心。因为我们办的不是案子，而是别人的人生。

我们传递的温度可以通过当事人的社会网络向社会扩散。如果我们传递的是苛责、冷漠和偏见，它们同样也会通过社会网络蔓延开来。

只有善意才能传递善意，而恶意只能传递恶意。

我们的同理心，不是别的，就是试图理解人类的不完美，接纳人类的不完美。

给每个人以机会，对每个人都不抛弃不放弃，这样才能让其他的同类更加安心。

因为我们深知刑罚的目的不是消灭和隔离，而是接纳和融合。

就像医生和教师一样。职责所在是治愈、关爱和鼓励，是一起克服困难，是理解对方的遭遇，是追寻问题的真正原因，是将心比心。

刑事司法的终极目的是对社会问题的治愈，而治愈的前提必然是对真实原因的准确理解。

我们为什么要理解别人？

因为我们想知道怎么能让这个社会变得更好一点。

一棵圆白菜和两个南瓜

一个人在超市的无人购物通道，通过少刷的方式偷了一棵圆白菜、两个南瓜、一根火腿肠和一根风味肠，大概 32 元钱。

但是因为是分四次偷的，所以说是多次盗窃，就构成犯罪了。所以被抓了，所幸最后检察机关做了相对不起诉处理。

每每看到这种案件，我心里就发酸：一棵圆白菜、两个南瓜、一根火腿肠和一根风味肠，他是不是平时就吃这些东西？吃不起什么贵的东西，也就不偷什么贵的东西？

他是做什么的？他的生活状况怎么样？他是不是碰到什么难处了？他到底为什么会偷这些东西？

我们会不会问这些问题？

当然，偷东西总是不对的。但是 32 块钱，是不是就算犯罪了？

我们只敢做相对不起诉，不敢轻易动用法定不起诉。

因为没有标准，没有哪部司法解释说，盗窃三次但是数额

低于 50 块钱的就可以不按犯罪处理。

但是法律不是还有一个“情节显著轻微”的但书规定吗？

我们为什么不敢用，为什么不敢说盗窃 32 块钱可以做法定不诉？

因为我们不敢把好事做绝。

我们明知道盗窃 32 块钱没有必要起诉，但还是会选择留有余地的处理。

我们害怕法定不起诉激怒公安机关，因为这对他们来说是错案，会承担责任。而他们的直接反应是申请复议复核，这样会增加案 - 件比。而且复议复核就存在被改变的风险，被复议复核多了，也会被当作负面指标来评价。

既然如此，何必做得那么绝呢，做相对不起诉就好了，这样大家都好接受一些。

但是法律的应然状态是怎么样的？这个案件到底应该怎样处理才合适？我们能否超脱世俗的关系和考核压力，而只问法律和良知？

工作时间长了，很多人会成为现实主义者。

好像更加成熟、圆融了，但是非呢？别人的人生呢？

相对不起诉，也就是承认有罪，和法定不起诉是一个意思吗？对当事人是一个意思吗？

我们还在乎吗？

我们明知什么是对的，但不敢做到底，想必内心还是有过

挣扎的。

但是盗窃 100 块钱就有起诉的了。当然，法院也给判，判了几个月的拘役。虽然刑期不长，但这就有前科了。

这样的案件真的需要刑罚处罚吗？刑罚真的是用来惩罚这样的人的吗？

受到影响的不仅是这个被告人，还有他的未成年子女，上学就业可就不好办了。他们以后可怎么办？

我们在处理案件的时候，可曾想过刑罚的负面效应，某种“株连”效应？

当然了，这只是良知问题。

这种机械执法案件在质量上反而是安全的：没有延期退补，效率上说不出来什么；证据、事实没有瑕疵，诉得出，判得了，甚至都没有上诉和申诉，更不会有复议复核。

没有人会复查这样的案件。

轻轻松松处理，踏踏实实过日子，没人找麻烦。

如果是不起诉，那可就不得了了！可能成为被永远怀疑和猜忌的对象。

每一轮复查都逃不掉了。

所以，即使 32 块钱的盗窃做了相对不起诉，也是鼓起了一些勇气的，也是值得鼓励的。我甚至相信换一个承办人，可能就起诉了。

从表面上看，好像是法律规定得有问题。盗窃罪降低入罪

标准是为了解决废除劳动教养之后的轻罪处理问题，是不得已才扩大了犯罪圈，特殊情况下，犯罪数额减半。

这号称是“积极的刑法观”。不要以为提到积极就一定是好的。

积极的刑法观就是积极地用刑罚参与社会治理，对更多的人动用刑罚，把更多的人判刑，让更多的人带上前科，让更多的家庭蒙上犯罪的阴影。

对于这种积极，我们最好还是抱有高度的警惕。

这是对刑法谦抑功能的某种背叛，是以“刑法要跟上形势”的借口，来扩大刑法在整个社会治理方面的势力范围，扩大刑法手段在社会总的治理手段中的占比。让刑法更多地发挥作用，就是让其他手段少发挥作用。这背离了社会文明发展的趋势，社会文明的发展趋势是通过民事自治、经济调节、社会政策等方式就能够让人民过上幸福生活，社会文明的发展趋势是减少而不是增加暴力的使用。

刑法就是一种强制力，是一种必要的恶，对这种恶，不应该鼓励，而应该限制。

从这个意义上说，积极的刑法观并不值得鼓励。

因此，对于多次盗窃的犯罪构成要件，笔者建议增加必要的犯罪数额限制。比如设定在 500 块钱以上，因为特定盗窃情形数额减半的情况下构罪标准也是 1000 块钱，现在多次盗窃，再减一半也够可以了吧，这个范围已经不小了。

要想解决超市盗窃的问题，还需要社会政策：一方面是必要的福利和就业政策；另一方面是更重要的，那就是对信息化零售模式的管理。

无人监管容易放大人性之恶；初次漏刷之后又会鼓励人性之恶；漏刷之后出口闸机不报警，又是在放纵人性之恶。

为什么初次盗窃，明明已经监控发现，却不提醒？

为什么没有在无人购物通道设置醒目的提示标志，提醒消费者漏刷可能构成犯罪？

为什么不能让无人购物通道的物品，走一下专门的传送带，从而通过机器扫码的方式避免漏刷？这也是一种监督方式。

零售企业在设置无人购物模式的时候，是否为违法犯罪的预防设置了必要的机制，投入了必要的设施？还是他们不愿意投入任何成本，而是放任或者变相诱导消费者犯罪，从而通过超额的买赔金额盈利？更别说是有些安保管理人员还能从中大发敲诈勒索的横财了。

新的商业模式需要新的管理模式，在保证效率的同时也应该不纵恶不做恶。

更深层次的问题，还是司法机关缺少以善治调和恶法的能力。

所谓“恶法”，并非坏的法律。很多法律只是没有那么灵活，与社会发展没有那么适应。如果机械地适用这样的法律，就会背离法律的初衷，也背离了常情常理常识的伦理基础，无法让

公众感受到法律的温度，让法律有一种不食人间烟火的冰冷感。

司法机关的善治就是在调节法律的机械程度，也就是在调节它的温度。

就比如 32 块钱的盗窃，就做一个法定不起诉，你移送几起案件我做几起。公安看到这种情况也就不会再抓人了，超市也就不再动用刑事资源了，想敲诈勒索的也就不那么嚣张了。

不仅做法定不起诉了，检察机关还要对商超发出检察建议，督促其完善无人购物模式，张贴明显标识，设置无人购物商品的检查通道，这些设置好了之后，一旦发现漏刷第一时间就报警。消费者知道了，也就没人敢漏刷了。这不就是诉源治理吗？也是最好的犯罪预防措施啊。

当然，建设这些必要的检查设施肯定要让商超多花不少钱，但对于降低商品损耗，改进购物体验而言，也是值得的。

其实经常报案被盗的超市也就那么几家，而且明显属于管理模式比较老旧的几家。

笔者建议，对这样屡次建议也不予以整改，甚至发生安保人员敲诈勒索顾客的商家，也可以适当予以曝光，引起社会的关注。

但更应该关注的，是司法机关自身的管理环境是否老旧，是否符合新时代的发展需求，质量监管体系是不是与少捕慎诉慎押反着来的。比如谁少捕、慎诉、慎押就重点查谁，谁多捕、多诉、多押反而没事。

对法官的态度不是信任而是怀疑，对司法的温度不是鼓励而是泼冷水。不是鼓励通过善治来弥补恶法，而是以对恶法的机械执行来否定善治的用心。这样的话，就与一些商超一样都没有进化出适应社会发展的运行模式，不愿意在好的制度上投入成本。也可以说，是我们内部的机械性带来了司法行为外部的机械性。

是超市内部管理的僵化导致了只能通过报案来解决商业管理问题，而僵化的司法管理模式将助长这种僵化的商业模式，从而导致一种商业+司法的双内卷。

一个僵化促成了另一个僵化的延续，最后冻结在一起。

只有人性才能融化这层僵化的制度坚冰，只有人性化的管理模式——无论是商业的还是司法的，才能适应更加文明的社会发展需求。

好的刑事政策可以推动社会政策的改善，好的社会政策可以让刑事政策更加从容宽和。

在这样的环境中，人才是舒展的。

“盯梢”与监视居住

监视居住从地点上可以分为两种，一种是嫌疑人自己的住处，另一种是指定居所。因此可以分为家中监视居住和指定居所监视居住。前一种是原则，后一种是例外。

指定居所的适用范围很窄，只限于无固定住所的嫌疑人，或者涉及国家安全犯罪、暴恐犯罪的嫌疑人，在自己的住处执行可能有碍侦查的情形。

目前，只有指定居所监视居住可以折抵刑期。

但是从管理要求上，除了地点之外，对指定居所监视居住好像并无额外的要求。

一般性的要求都是《刑事诉讼法》第77条规定的这几种情形：

- (1) 未经执行机关批准不得离开执行监视居住的处所；
- (2) 未经执行机关批准不得会见他人或者通信；
- (3) 在传讯的时候及时到案；

- (4) 不得以任何形式干扰证人作证；
- (5) 不得毁灭、伪造证据或者串供；
- (6) 将护照等出入境证件、身份证件、驾驶证件交执行机关保存。

在管理上，上述要求并未单独区分是指定居所监视居住还是在自己的住所监视居住。

也就是说即使在指定居所，也就是公安机关提供的特定场所，只要经批准都可以离开执行监视居住的处所，这与羁押是绝对不同的。

而且刑事诉讼法还专门强调了不能在羁押场所、专门的办案场所搞监视居住，否则不就成了变相羁押了吗？

其目的就是强调监视居住与羁押的区别，前者应该有一定的宽松度。

就宽松度和自在程度而言，肯定是家里更好一些，如果没有固定居所的话，那就没有办法了。

从暴恐和国安犯罪——如果在自己的住处执行有碍侦查的，可以在指定居所执行监视居住的方式看，还是指定居所管得更严一些。

这主要体现在指定居所的指定上，虽然不是专门的办案场所，但它一定是专门进行管理的，也就是方便24小时有人值守。这在嫌疑人的住所地是很难做到的。

主要原因是成本。因为嫌疑人自己的住所地是分散的，每

个住所都是单独的，且环境往往具有开放性，其建筑没有为监管配备专门的设置，因此要单独设置“盯梢”人员。有时，为了实现完全的包围，可能要设置多名“盯梢”人员，这些人员往往要在车里值守，相当辛苦，因此各个方面的成本都很高。这也是司法机关不愿意采用此项强制措施的原因。

指定居所则相对集中一点，一组值守人员，再结合监控设备，往往就可以管理一个楼层的被执行人，这个性价比就高多了。

虽然法律规定了离开住所要批准的制度，但是如果能够 24 小时值守，而且不经过管理关卡就出不去的话，那对自由的限制程度就高了很多。

虽然在家中监视居住也有限制，但是由于不能做到 24 小时无死角监管，常常会造成未经批准离开住所地以及通信等情况的发生，而且有些也是非常日常的行为，比如上街买菜、遛弯儿、串门儿，等等。

虽然这些非经批准的离开，肯定是违反监视居住的管理规定的，但是因为监管成本高，监管无法全面到位，所谓的监视居住就会变得更像取保候审了。

法律规定的方法就是电子监控和不定期检查。在电子监控不发达的地区，就剩下不定期检查了，而不定期的频率越来越低，监视居住就变得更与取保候审无异。

家中监视居住管理的松散，与指定居所监视居住的方便性和严格程度有所区别的前提，使得前者不折抵刑期，后者折抵

刑期也就说得过去了。

以至于，在现实中如果提高对家中监视居住的监控水平，比如派人 24 小时“盯梢”，买菜也有人盯着，就会让人感觉被限制的程度与指定居所差别不大了，有些人就认为这种情况也可以考虑折抵刑期，但又找不到法律依据。

因为不管对家中监视居住“盯”得再怎么紧，也不可能将嫌疑人自己的住处解释为指定居所，不能将个别化的监管解释为集中化的监管，将开放性的环境解释为封闭性的环境。

前述观点的误解就在于，由于家中监视居住日常监管的松懈使得司法官以为这是一种常态，而加强监管就成为一种非常态了。

事实上，从法律的规定看，对于家中监视居住这件事，根本不可能解读出允许松懈的意味，否则法律也不会增加电子监管的机制，因为电子监管往往意味着 24 小时不间断地监控。

而不定期检查也不是不检查或者经常不检查，以至于家中监视居住变得像取保候审那样了。

法律规定的经批准才能离开被监视居住的住处，也不是儿戏。对于监管的不及时、不到位，对于违反监管规定行为的不追究，也有执行部门自己的责任。

对此，我们要承认三个问题：

一是监视居住的强度要高于取保候审，取保候审不可以折抵刑期，不等于监视居住就可以折抵刑期，只是现在的折抵规

定考虑欠周，有必要设置更合理的折抵方案。

二是指定居所监视居住的监管强度大，可以与羁押状态作等值折抵，这个笔者没意见，但如果居家在自己的住处的监视居住好好执行，其监管强度也不小，这个不折抵，说不过去。

三是在法律没有修改之前，不能因为平时管理松懈，现在突然严格一点，就认为在自己住处的监视居住就等同于指定居所的监视居住了，这是违背法律规定的。

而且这会造成折抵标准的随意性，到底这个“盯梢”盯到什么程度就可以达到与指定居所监视居住相当的程度呢？完全没有确定的标准，这也不利于司法公正。

而且随着电子手铐、非羁押等羁押替代措施的普及，对在自己的住处的监视居住的监管力度很快就可以上来，也就是不需要人来“盯梢”，也可以实现全天候无死角监控了。

那是不是就都要将在自己的住处的监视居住解释为指定居所监视居住，或者干脆将所有的监视居住都解释为可以折抵刑期的监视居住？这肯定不行，肯定是背离了立法的原意的。

但是如果问我，是否有必要纠正？我想说这个必要不大，因为这种违法解释毕竟是有利于被告人的善意解释，某种程度上也是在矫正在自己的住处的监视居住完全不给折抵刑期的法律疏漏。

为什么要作不构罪不批捕？

有些人以为检察机关审查逮捕只是强制措施的决定与否的问题。也就是捕或者不捕就完了，为什么还会有不构罪不批捕的说法？

审查逮捕阶段与审查起诉阶段有一个很大的不同，那就是此时侦查尚未终结。也就是真相还没有完全浮出水面，此时就下定论是否谨慎？是否应该等到侦查终结之后，在审查起诉之后再作决断？

那肯定就迟了。

因为迟到的正义非正义，正义来得拖拖拉拉必然要大打折扣。

等到审查起诉阶段再作决断确实是谨慎的，但是延宕数月的侦查时限将给嫌疑人造成巨大的讼累，其中的压迫感、屈辱感、焦虑感，非身受其难无法感受。

是的，一天都等不了。

并不是所有的案件都需要等到几个月之后才能搞清楚，有

些案件在审查逮捕的时候就搞清楚了，那就应该及时拍板，当下决策。

所谓的不构罪大体有以下几种情形：

(1) 没有犯罪事实；

(2) 有犯罪事实，但不是嫌疑人所为；

(3) 有犯罪事实，也是嫌疑人实施的，但嫌疑人没有责任能力；

(4) 嫌疑人实施了犯罪，但情节显著轻微，危害不大，不认为是犯罪的。

无论是哪一种情形，都可称之为不构成犯罪不批捕。

前两种情形好说，就等于完全不是他干的，就是典型的抓错人了，那还等什么呢？

实践中往往是有罪证据和无罪证据交织，不能马上下定决心停止调查，往往还是要留有余地先作出存疑不捕的决定，先留一个活口再说。

只是有一些有防卫性质的案件，随着近年来正当防卫条款的激活，监控录像俱在，能够在审查批捕阶段就确定正当防卫性质的，就可以确定其没有犯罪事实，以不构罪不批捕作出决断。

当天就能够立即还人清白，就不要等到第二天。这给当事人和公众的感受也绝对是不一样的。

至于没有责任能力，因素涉及两方面，一个是年龄，另一个是精神状态。年龄有户籍资料，一般立案的时候就会搞清楚，

除非是户籍登记时有问题，需要骨龄测定，那就需要一段时间，批捕的时候一般来不及。精神病鉴定的周期更长，一般也没法在几天之内得出结论。

最微妙的就是情节显著轻微这一条。出现这种情形的时候，就说明事情已经查清楚了。正是因为事实清楚的情况下，才能判断是情节轻微还是显著轻微，这是非常微妙的判断，需要极大的担当精神。

这不仅是事实判断问题，也是刑事政策导向问题。

是机械地适用法律，有了一定的危害结果就捕；还是结合案件的起因、嫌疑人的主观心态、客观行为及其后果以及被害人在案情推进中的作用再决定，这是两种不同的司法方式。

在构罪即捕的时代，往往是套上法条就捕就诉，很少考虑行为的实质违法性和主客观相一致性，也很少通过常情常理常识来掂量行为的性质，考虑处理的结果对公众行为的导向。

有时候，司法官确实容易被公众的情绪裹挟。看到舆情汹汹，就尽量往有罪上论；看到舆情倾向于不构成罪，才会考虑不构成罪的理由。案件事实和证据成为任人打扮的小姑娘。

这样的结论往往经受不住历史的检验，虽然一时平息了舆情，但最终还是无法让公众满意。

这也是司法需要客观中立的原因。

司法需要考虑常情常理常识，舆情绝不等于常情常理常识，舆情有时候受到片面宣传的引导，带有一定的盲目性。因为公

众无法判断信息来源的客观性，无法确定自己是否受到了误导。但如果信息资讯比较充分、客观，比如监控录像流出，那么对于那一小段事实的判断，还是比较容易得出相对公允的结论的。

如果没有相对客观、可靠的信息，而是依靠别人的主观描述，那任何人都难以得出客观的结论，这是信息不对称造成的。

相比之下，检察官的优势就在于他了解案件真实的、全面的信息，这是其他人所无法比拟的优势。另外，他受过专业的训练，有司法实践经验的积累，能够比较专业、理性地看待案件中的一些负面信息，不会仅仅因为愤怒而失去理智。同样是负面的、不法的行为，他还要区分是通过刑罚惩罚比较好，还是进行行政处罚就可以了。

他还要考虑刑罚的谦抑性。当然，这也是在他充分了解刑罚的有限性和副作用的前提下作出的判断。

这非常类似于医生专业性的判断。

做家长的都有这个体会，那就是一旦小孩子发烧了，大人就非常着急，恨不得抬脚就去儿童医院，去社区医院都不放心。看到医生就问要不要开药，得到“不用开药，回家物理降温”的答复，还总是将信将疑，不吃点药就不心安。殊不知，是药三分毒，孩子更应该谨慎用药。医生不给开药，有时更是一种担当，也是真的为孩子好。过多使用抗生素的副作用，医生了解得更加真切。

不构罪不批捕也有异曲同工之处，当检察官通过现有的事实能够判断此种行为不需要刑罚处罚，甚至不应该按照犯罪来

对待的，他此时作出的不构罪不批捕决定，就是在给本案画上完美的句号。

这个不批捕不仅仅是不批准使用逮捕的强制措施这么简单，也意味着不需要移送审查起诉了，也进一步意味着侦查应该终止了。

《检察院刑事诉讼规则》第287条明确规定：对于没有犯罪事实或者犯罪嫌疑人具有《刑事诉讼法》第16条规定情形之一的（情节显著轻微就是情形之一），人民检察院作出不批准逮捕决定的，应当同时告知公安机关撤销案件。

可见，作出不构罪不批捕决定之后，还要同时通知公安机关撤案。

这是因为检察机关作为法律监督机关，还要履行侦查监督职责，其中立案监督就是重要的一项。

立案监督所涉及的情形既包括应当立案而不立案的，也包括不应当立案而立案的。

通过额外的线索发现不应当立案而立案的，要通知撤案。而通过履行审查逮捕的法定职责发现不应当立案而立案的，更是要责无旁贷地履行通知撤案的职责。难道还要等着别人告诉自己这个案子是不应当立案而立案的？自己明明已经看到了，怎么能装作没看到？

这实际上是将审查逮捕的职责与侦查监督的职责相互融合了。

因此不构成犯罪不批捕，不仅仅是捕与不捕的问题，它同时还是在履行立案监督的职责。

进一步的问题就是，这短短几天时间能不能看清、看透事实，从而能否保证通知撤案的审慎性。

这还要从侦查的基础质量说起。

通过推进以审判为中心的诉讼制度改革，检察机关通过不捕不诉和捕诉一体发挥传导作用，侦查质量已经得到了明显的提高。

尤其是在办理一些敏感的、社会关注度高的案件，侦查机关往往是不惜投入精力的，而且参与者都是精兵强将，在侦查初期比较短的时间内可以收集到相当充分的证据。

同时，侦查时机有一个衰减趋势，在初期是最容易收集证据的，越往后越不容易收集证据。所以不要看有些案件延长了几个月的侦查羁押期限，实际上往往不会获得多少进展。

我直接接触过一些社会关注度非常高的案件，基本来说90%的证据都是在侦查之初的两个星期内调取的。后来虽然逮捕了嫌疑人，但捕后的证据屈指可数。

而且一旦逮捕，侦查人员往往放松了压力，习惯忙于开启新案，对批捕了的案子也就无暇顾及了。

因此，虽然侦查初期的时间看似比较短，但是在侦查机关高度重视、充分取证的情况下，是完全有可能调取到充分的证据的。这些证据就为检察机关作出最终判断奠定了坚实的基础。

在事实已经清楚之后，判断轻微与显著轻微是否有十足的必要性？也就是说，有没有必要现在就得出不需要提出指控的结论？

这就是目前高检院推进的少捕慎诉慎押政策的现实考量。

长久以来，我们有一个泛刑事化的倾向，习惯于通过刑事手段来进行社会治理，实际上效果并不好。首先，这些犯罪情节轻微或显著轻微的人刑期很短，很快就会“出来”的。但是因为你把他们抓了、判了，他们就有前科了，他们的工作有可能就丢了，而且以后找工作还要报告前科，也就是更不好找工作了。进一步还可能影响到子女的上学就业等问题。较长时间的羁押和讼累，还会导致他们的社会关系撕裂，甚至家庭也因此破碎了。这些人对社会是什么样的看法？他们会怎么向子女和朋友传达自己的观念和感受？这种影响可能长达几十年，这会影响多少人？而这样的人还在以每年几十万的数量增加。

这些人是不是刑法真正要打击的对象，我们需要反思。

所以法治文明的发展要求我们慎用刑事手段处理问题，应该采用行政处罚、纪律处分、行业规范、公司管理制度等综合的方式进行治理。

作为人类社会的成员，我们还是要关注如何让人融入社会当中，而不是如何隔离和排斥一部分人。我们要学会接纳不完美，因为每个人都不完美。

包容不完美不是因为一个人一定有多大的价值，而是给同

类传达一个不会轻易抛弃任何人的信念，是这个信念让我们能够结合在一起。

我们真正要关注的其实是产生犯罪的原因，从而去治理犯罪的源头，通过完善社会制度让好人不会变坏，让坏人无法作恶。

让恶行能够被及时追究，让不当的追究也能够被及时终止。

不当的追究，其实也是一种恶，及时终止恶就是让正义不再迟到。

不构成罪不批捕就是让正义不再迟到，就是让不需要刑罚处罚的人能够尽快解脱出来。

打击之后怎么办？

犯罪要打击，但是打击之后呢？

人不可能永远被关着，总是要出来的，那个时候怎么办？

打击之后，妻离子散，工作没有了，出来之后以何种手段谋生？

本人受到打击之后，子女在升学就业等方面受到的不良影响怎么办？是否有救济措施？什么时候才会有取消这种“株连”制度的具体举措？为什么很多学者对此进行研究和反思？

现在的问题是，当下的基本犯罪结构是以轻罪为主的，而且这个轻罪的认定标准是越来越低，不是3年以下，而是1年以下。但是犯罪圈越来越大，体现了所谓的“积极刑法观”。

这种“积极刑法观”对于废止劳教制度，体现行政处罚制度与刑法制度的无缝衔接是有好处的。也就是将劳动教养这种介于两者之间的处分方式，大部分纳入司法体系中来，用刑法来评价，走刑事诉讼程序，这对法治化的进程来说是一个巨大

的进步。

但是进步之后也有隐忧，那就是轻罪的副作用更加明显。

本来不是很重的罪行，却要遭遇同样的前科“烙印”以及对子女升学就业的负面影响。

如果是10年以上的重罪，那是“罪有应得”，但如果只是几个月的轻罪，很快就放出来了，却还是要受到如此的遭遇，就显得有点过了。

因为他们还有很长的人生需要展开，有很多的时间要融入社会，现在却马上要陷入困境。

社会关系崩坏，人身背负着巨大的“污点”，还要给子女带来厄运，这也直接影响到家庭的稳定。

也就是谋生的工作没有着落，家庭分崩离析，社会网络陷入崩溃……这还让人怎么融入社会，重新做人？

比如我们痛恨的醉驾。醉驾确实不应该，受到刑罚处罚也是应该的。但这是不是说明这个人就坏透了，社会就要永远提防着他？人们永远要戴着有色眼镜看他，让他永远受到鄙视，连同他的子女一直受到排斥？

这样真的对吗？

我们是要打击犯罪，但不是把犯罪人打死。

尤其是在犯罪结构以轻罪为主的情况下，应该更多地考虑如何让犯罪人复归社会。

比如，在前科消灭制度和“株连”制度不能从根本上解决

问题、刑法的副作用又太大的情况下，就应该少用刑罚。

是药三分毒，大夫也会这么说，轻微头疼脑热，就要尽量少吃药，让肌体自身免疫力发挥作用。因为药吃多了，就会有边际递减效用。

比如充分发挥不批捕不起诉的作用，实际上就是给人一个机会。让他可以在不背负前科的情况下，能够尽快融入社会。当然，这一定是在他深刻认识到犯罪的危害，充分认罪认罚悔罪的情况下，尤其是在能修复社会矛盾的情况下，才能够作出不起诉的决定。

因为刑罚的目的不是将犯罪的人从社会上消灭，也不是永久性的区隔，因为犯罪的人也终归会回到社会。不管你是否愿意接受，他都是社会的一分子，他也会通过他的言行、他的家人、他的社会网络影响这个社会。

如果这个社会逼得他越走越窄，他一定不会对这个社会抱有好感，最终甚至会演变为一种负面力量。如果这种负面力量越积越多，那就相当于社会积累的矛盾也越来越多，最终会破坏社会的和谐。

人类社会要想运行下去，就要学会接纳同类的不完美，尽量包容所有的人，激发他们的正面力量，这样才能营造和谐的氛围，实现社会长期稳定的发展。

接纳一个不完美的人，并不是说这个人有多好、多优秀，而是给其他同类一个示范，也就是在任何人犯错误甚至犯罪的

情况下，社会都会尽量展现一种包容的态度，体现出对每个成员不抛弃不放弃的态度。让每个人都能够安心生活，尽心付出。

即使有一些小的纰漏也不要过度的紧张，社会还是会给你一条出路，给你改过自新的机会。

不离不弃的家庭是温情的，不离不弃的社会也是温暖的。

现在，有一点小错就问责追责治罪，会给人一种动辄得咎，无所适从的感觉。

他的天真失去了，他的创造性不敢再发挥了。

在司法工作中也一样，如果想搞一点创新，那就可能与原来的处理结果不一样。如果说这是违反一般司法规律和处理习惯，好像也是对的。也就是说如果只有随大流是对的，那么不随大流就成为一种错了。

这种不随大流的行为有没有可能是徇私情？有可能。但是有没有可能也是一种创新，也是更加符合人性的具体公正？也是有可能的。而且后者还可能是主流。

但是如果只是拿一种常规尺度来衡量的话，那就将好的主流当作坏的逆流处理了，将趋势当作落后处理了，那样也就必然失去了司法进步的动力。

如果不能创造性地适用法律，不敢于开风气之先，害怕这是冒天下之大不韪，那就不可能有正当防卫条款的激活。

那样，不批捕不起诉也就不存在敢用善用的问题了。

因为敢用善用不批捕不起诉权，其实都是对传统上构罪即

捕即诉原则的“反叛”，都是一种“不符合常规”的操作。

如果只是以这种机械执法的“常规”来要求和规范司法行为，那么任何的司法进步都会成为一种“罪”。

为了规避职业风险，就只能更多地体现打击，而无法顾及打击的负面效应。

因为大家普遍对于打击的负面效应在传统上考虑得不多，如果大家都考虑得不多，你的多考虑就成为一种冒犯和越轨行为，你就会面临被排斥、猜忌和拷问的风险。

这就会成为一种死循环。如果没人考虑司法官的人生，司法官也就没法考虑别人的人生，对人性的冷漠就会造就更多的人性冷漠。

大家已经记不得谁是第一个冷漠的人了，大家只会记得谁要是展现出理解和同情，谁就有可能被扣上“打击不力”的帽子。

是的，打击要用力一点，但是之后呢？

法律工具主义是一种短视行为

法律是人的行为规范。

但规范的导向该是怎样的，以何种方式调节人们的行为，取决于国家治理的需求。

如何能够保障规范的执行，取决于国家的治理能力。

法律并不是自发形成的习惯，虽然它也吸收了一部分习惯，但必须经由权力机关的认可才能产生效力。

法律只有经由司法机关的适用和执行才能发挥实质的作用，必须以国家层面的强制力作为保障才能实施。

当然，法律也必须被公民发自内心地信仰才能产生内生性的动力。

不同国家和地区的法律以不同的面貌出现，反映了不同的文化、习俗和政治制度特点，也必然要维护本国和本地区的利益。

但是人类作为同一个物种，总是有着一些共同的信念，有着基本的、共同的公平正义观念，以及普遍遵守的规则，这

些普遍性体现在各国的法律体系之中。

违背这些基本的观念和规则的法律和司法行为不能称之为良法与善治。

有些法律即使在本国和本地区是有效的，但是如果背离了普遍的正义观念，也容易沦为彻底的工具。

工具主义的只问利益、不问是非，虽然可以获得短期的利益，但是由于损害了整个法律体系的公正形象，从长远来说反而是有害的。

因为法律也是一种社会环境，是生活环境、工作环境，也是竞争环境。

通过扭曲规则所获得的压制对方、照顾己方的优势，并不能帮助自身培养出更加强大的竞争能力，反而容易陷入一种“自己还不错”的错觉之中，延误了发展机会。

因为强大的对手能带来竞争压力，没有足够的压力，就不会有足够的动力。虽然短期内保持了领先优势，但由于麻痹了自己、刺激了对手反而会产生弄巧成拙的效果。

法律是长治久安的公器。

它虽然服务于政治，但主要也是通过维护规则的公平性，保障环境的有序性的方式实现的，这与行政行为的灵活机变有着很大的差别。

如果将法律和司法行为当作行政调节工具，必然会以牺牲法律的稳定性和公正性为代价。

行政可以轻易调头，因为它更加灵活，更有针对性。

而法律和司法所针对的是普遍性的行为，法律是不能朝令夕改的，法律也是要求统一实施的，因为它的运行成本要比行政高很多，它的运行方式也要复杂很多。

这些特殊性就决定了法律需要高度的稳定性。

正是因为法律的稳定性，公民才有了行为稳定的环境。

法律必须符合公正的原则才会让人信服，让人发自内心地愿意遵守法律。法律不能强人所难，法律不能因人而异，法律不能损人利己，法律不仅要符合本地的公正原则，也必须符合人类社会共同的原则，才能在人类社会这个大环境中被普遍遵守，才是靠谱的规则。

动辄得咎，毫无安全感可言的法律环境必将比恶劣的自然环境还要让心生恐惧，会让人视为畏途，成为人员和资源流通的最大障碍。

正因此，法律工具主义其实是一种短视行为。

从暴力逻辑向权利逻辑的演化

司法发展与社会发展一样，有一个显著的趋势，那就是不断从暴力逻辑向权利逻辑演化。

比如从主张重刑主义向刑法谦抑的发展，司法上从构罪即捕、凡捕必诉，向少捕慎诉慎押的方向发展。

我刚上班那会儿，司法机构还是主张尽量逮捕的，谁主张“无逮捕必要”了，就会被批为“书生办案”。

刚到起诉部门那会儿，处长跟我说，别学谁谁谁啊，老拿不起诉意见，让领导觉得没有准谱儿。

但是如果是经济案子，有些确实不太好定，时常是战战兢兢、如履薄冰。领导又说他最讨厌骗子了，他说的是经济犯罪案件的嫌疑人，他说骗子嘴里没有真话，不要信他们。也就是让我不要老是相信被告人的辩解。

因此，拿一个不批捕不起诉的意见，就跟做贼似的，别人老是怀疑你有什么事儿。

如果一个地区的不捕率高了，上级院不会说你把关把得严，而会说你与公安的配合是不是有问题？

二十年前的司法指标导向，往往体现为刚猛的数据，多抓多诉多判才是好的，才能体现司法的作为。

但是近十年来，尤其是近五年来，司法的风向有了很大的转型，一些宽柔的数据，反而成了正面的导向，比如正当防卫不起诉案件，不批捕、不起诉裁决，判处缓刑的数据开始被认为是好的数据。

以前这些数据如果多了，司法官首先会自我怀疑：是不是打击犯罪不够坚决彻底了？和公安机关的配合是不是不到位了，没有讲大局了？

即使偶尔作出了宽缓的努力，也还是会不自信。

现在，从总体的方向来看，大家是将宽缓作为一种成绩，而不是问题来说的。

十年前还不是这样呢，宽缓还是作为例外出现，作为宽严相济不得不为的一种平衡和调剂。即使在进行宽缓处理的时候，也一定要严格控制它的度和范围，要极力避免宽缓无度。

为什么会有这个转变？这是刑事政策的一种导向。

也就是逐渐用权利的逻辑来代替暴力的逻辑，逐渐减少将刑法和司法权作为控制性的手段。

这主要是因为暴力逻辑的局限性正在显现。

暴力逻辑具有简单化、粗线条的特点，在静态、低水平发

展的社会中可能用处还大一点，通过暴力能够把人震住唬住，而且权利意识还没有充分觉醒的人也吃这一套。

但是随着社会复杂性的增加，暴力逻辑会显得越来越不好用了，很多细腻的地方不好再用简单粗暴的方式处理了。而且总靠暴力也处理不到位，很多细节照顾不到，无法考虑周全。

暴力逻辑往往是自上而下的，是一次性的，无法产生内生性秩序，容易产生一管就死、一放就乱的问题。

有些犯罪虽然会受到打击，但是如果同类社会问题还在，犯罪的温床还在，那打击得再重再狠也没有用，而且用力过猛还容易伤及无辜，就会产生冤错案件。这就会使暴力逻辑的合法性和正当性遭到质疑。

即使打击得没问题的地方，也会连带着被怀疑。公众会因为某些个别案件的不公正，怀疑你所有行为的公正性。

也就是暴力逻辑越来越不能解决复杂性的问题。

在复杂性极大增加的社会，就要尊重权利的逻辑。

权利是公民个人的，尊重权利的逻辑，就是尊重权利主体自身之间形成的这种自发的秩序。

这个自发的秩序包括社会的习惯、商业的规则，主要体现为民商事法律关系，也包括政府通过经济社会等多元化的方法来对社会进行的治理。

这些规则多元庞杂，但是不至于让人提心吊胆，而是让人们的心理负担比较轻，不会具有强烈的压迫感。这样人们就会

比较放松，比较有利于在松弛的状态下开展创造性的工作。而创造性恰恰是现代社会最稀缺的财富。

权利的逻辑是一种规则的力量，它尊重公民之间的自治，这些自治通过有形的和无形的规则来进行一种自主的管理。

它通过自我运行就能够增加社会的秩序感，而这个秩序感是有弹性和包容性的，不容易被破坏。

它尽量让犯错误的人在不脱离社会网络的状态下进行改造或者引以为戒，避免通过暴力将人们从社会网络上撕裂下来，让其难以回归。

这种逻辑在惩罚犯罪的同时更多的是考虑如何让犯罪人复归和融入社会，而不是简单惩罚了事，也就是更多地在思考刑罚的负面作用、刑罚的污名性以及对犯罪人家人的“株连”效应。即使是对犯罪的人，也要尊重，而不是无视他们的权利。

尊重他们的权利其实是对他们人格的尊重，这种尊重可以唤醒人们心中尚未泯灭的良知，让他们发自内心地忏悔，而不是感觉到无尽的痛苦和羞辱。

也就是更多地促使他们自己向善，而不是通过暴力压制他们的恶意。

因为恶意只能带来恶意，只有善意才能激发善意。

正因此，用权利逻辑来取代暴力逻辑，是司法文明演化的必然结果，是一种更加高明的治理方式。

这是一种自组织的秩序，用来代替强力控制的秩序。

因为强力控制的秩序往往无法久长，因为它没有内生秩序的根基。

尊重人、理解人，在司法的过程中有一份了解之同情，就是设身处地将人在其内生秩序之间妥善安放，尊重内生秩序的自我调节功能。

是通过信任和理解让人尽量变好，让内生性秩序作为人们行为的基础性约束机制，而暴力逻辑只是作为必要的补充。

暴力仍然是一种必要的恶，如果滥用这种恶，它的坏处很快就会超过它的好处而对社会产生破坏作用。

单位谅解到底有没有用？

有些盗窃超市的案件，虽然涉及的数额不多，但是由于盗窃达到了三次以上，这些案件就成为刑事案件。

超市常常又要求赔偿，又要求抓人；嫌疑人和家属往往急迫地寻求谅解。

嫌疑人想要获得谅解就要赔偿，这个赔偿数额从几十倍到数百倍，至少也要十倍以上。

可以说这个赔偿标准并没有任何的法律规定作为依据，但是家属考虑家人被抓了，往往顾不得许多，只要能获得谅解，多少钱都愿意出。

之前是超市的人员开口要，但是由于私拿了有可能被定为敲诈勒索，因此现在是让家属自己说，这样就是主动的赔偿，那这个数额的高低就变得怨不得旁人了。

同时，还有的超市是不要求赔偿，只要求追究刑事责任。

总结起来，大致的情況就是有的超市要的多一点，有的超

市要的少一点。有的超市要完，工作人员私底下也要，否则不给办谅解。因为这个谅解不是一个人的意思表示，而是要单位层层审批，审批的过程中哪一个环节不通过，这个谅解都是办不了的。

看起来是单位的谅解，其实这是单位中层层的经营人的谅解，也就是层层的权利了。

那这个谅解到底有什么用呢？

这主要是因为适用刑事和解制度以来，司法机关就把这个谅解看得很重。

往往是有了谅解、和解才有可能判缓刑或不起诉，没有谅解、和解的，那就是社会矛盾没有修复，也就是被害人一方还有意见，这个时候缓刑或不起诉就不好做。即使是量刑，从宽幅度上也会有所保留。

怕的就是一方当事人闹起来，引起涉法舆情，那样案件资料就有了问题了。

而且被害人一方面不满意的情况下，给了不起诉、缓刑，也容易被领导怀疑是不是背后有什么猫腻，才这么无所顾忌的。

这在理论上好像是修复性司法，但其实主要也是害怕承担责任。

如果伤害案件等涉及个人的犯罪，这还是能够理解的，因为侵犯的是个人权利，尊重谅解，就是尊重被害人个人，尤其是对被害人人格的尊重。

也就是不仅是经济补偿，还要有精神补偿，精神层面谅解了，社会才能和谐。

但是单位作为虚拟人格，与自然人有所不同。

单位是拟制人，并不是真正的人，它并没有自然人那样的人格和情感。尤其是盗窃行为，也不涉及太多情感方面的内容，更不要说被害方是单位了。

因此这个谅解的意义与侵犯自然人权利之后，被害人的谅解就是两回事了。

对被害单位的补偿主要是经济意义上的，也就是必要的赔偿就可以了。当然，目前没有特别明确的赔偿标准，但是十倍以上，甚至数十倍、上百倍的赔偿显然是没有任何依据的。而只有达到如此高倍数的赔偿才能够达成谅解更是没有道理可讲的。

如果这个被盗窃的人是一个自然人，那这个人真是十足的贪婪了，不要说赔偿的法律基础了，道义和伦理基础也不存在了。

但正是因为司法机关非要这个谅解才好做从宽处理，才导致了被害单位有了这个强索、讹要的权利，也因为这些嫌疑人早早地就被采取了强制措施，这些单位也就有了可以拿住别人的优势。

从本质上说，单位并没有什么太多可以去谅解的，因为它没有受到情感上的伤害，这些单位之所以拿出了谅解的态度，也不是拟制的人格感情上得到弥补了，只是其工作人员觉得钱

拿到了而已，与单位的情感无关，单位也没有什么情感可言。

在这个问题上，司法机关是用错了感情。

将一般民间纠纷的赔偿谅解套用在涉及单位的犯罪上，是对修复性司法的制度精神领会错了意。

因为单位不存在情感，尤其是在侵犯财产犯罪上，单位更不存在所谓受到人格的伤害，只是存在经济损失是否能够得到补偿的问题。

因此，进行经济补偿了，就是对被害单位损失的一种修复，额外的谅解没有必要，使用数百倍的赔偿款换取的谅解更是完全没有必要的。

只要补偿了必要的经济损失，并且能够表达一定的悔意，就可以对单位损失实现修复的效果。在这里，所谓的谅解与不谅解没有任何差别。

正因此，单位的谅解至少在财产犯罪方面来说是没有必要的，可以取消和免除。

嫌疑人对被害单位只要赔偿并表达悔罪态度，就可以获得从宽的待遇，情节轻微的也可以作出不起诉处理。也就是不用一定要得到单位的谅解，这样就可以免除在求得谅解过程中的层层刁难，因为这些人得利与单位没有关系，与修复社会矛盾也没有关系。

还有一些单位不愿意接受赔偿。有些单位希望可以通过不要赔偿的方式，给被告人更多的刑罚，但是给多少刑罚不是单

位说了算的，更不是单位的某些工作人员说了算的，不是单位想处罚重一点就可以重一点的。

如果犯罪嫌疑人有能力赔偿，也有赔偿意愿，那单位也没有任何理由不接受这些赔偿。这些不接受赔偿的工作人员也未必能够代表单位这个拟制人格的根本利益。

对于这些既有赔偿意愿也有赔偿行为的嫌疑人，可以视同已经赔偿的嫌疑人进行从宽处理。至于被害单位放弃赔偿的行为，则是一种自愿放弃赔偿权的行为而已。

至于那些要求超高额赔偿，以及工作人员自己的不当好处想要而不得的情况下，拒绝嫌疑人合理的赔偿数额，并据此不给办理赔偿手续，不开具谅解书的行为，也相当于嫌疑人已经履行了赔偿义务，而被害单位自愿放弃所赔。不应将单位部门工作人员的违法意图和不当利益没有满足视为嫌疑人的认罪悔罪态度有问题，从而剥夺依法对其从宽处理的待遇。

任何人都不能从自己的违法行为中获利，被害单位的工作人员也一样。

因此，单位的谅解其实没有太多的实际作用，建议不要再作为司法考量因素，只考虑合理的赔偿因素即可。