



BOSHI WENKU

〔法学·刑事法学〕

刑事法治视野中的 民意分析

XINGSHI FAZHI SHIYEZHONG DE
MINYI FENXI

周振杰 著

知识产权出版社



BOSHI WENKU
〔法学·刑事法学〕

刑事法治视野中的 民意分析

XINGSHI FAZHI SHIYEZHONG DE
MINYI FENXI

知识产权出版社

内容提要:

本书分为“导论:刑事法治与民意”、“上篇:民意与刑事法治之一般理论”、“中篇:民意与刑事法治之特别理论”、“下篇:善待、引导民意之问题反思与对策”以及“结论”五个部分。导论部分首先对刑事法治进行了界定,以立法为线索对其外延进行了粗略地勾勒,介绍了本文所要研究的主要问题。上篇意从宏观方面分析民意对于刑事法治的价值、功能以及可能存在的消极作用。中篇从刑事政策、刑事立法、刑事司法以及刑罚执行不同的角度,对民意与刑事法治具体方面的关系进行了分析。下篇则从现有问题出发,就如何更好地在刑事法治中善待、引导民意提出了对策建议。基于上述,结论部分指出,民意的存在不但是客观的,更是有益的。

本书回应了刑事法治本身的静与动、横与纵相结合的关系性、能动性、状态性、情境性和过程性特征,不仅探究了民意对于维系国家政权、社会防卫并人权保障效用上的重大价值,而且从构建和完善“以人为本”的真正刑事法治的“法治本源”意义上对民意进行了宏观论述。

责任编辑:张宏强

图书在版编目(CIP)数据

刑事法治视野中的民意分析/周振杰著. —北京:知识产权出版社,2008.8
(博士文库)

ISBN 978-7-80247-128-3

I. 刑… II. 周… III. 刑法—研究—中国 IV. D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 118494 号

刑事法治视野中的民意分析

周振杰 著

出版发行:知识产权出版社

社 址:北京市海淀区马甸南村 1 号

邮 编:100088

网 址:<http://www.ipph.cn>

邮 箱:bjb@cnipr.com

发行电话:010-82000893 82000860 转 8101

传 真:010-82000893

责编电话:010-82000860 转 8129

责编邮箱:zhqthx@126.com

印 刷:知识产权出版社电子制中心

经 销:新华书店及相关销售网点

开 本:880 mm × 1230 mm 1/32

印 张:9.5

版 次:2008 年 8 月第 1 版

印 次:2008 年 8 月第 1 次印刷

字 数:220 千字

定 价:28.00 元

ISBN 978-7-80427-128-3/D·704(2180)

版权所有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。



序 言

周振杰博士乃是我众多学生之中的佼佼者。早在读博期间,他就以才思敏捷、擅长捕捉新信息,特别擅长评析和借鉴域外先进刑事法律文化为长。为此,他在研究生院先后获得过优秀博士研究生奖、中国社会科学院对策信息奖、北京市检察官协会征文奖等多种奖项;2007年,尚未毕业的他又荣获荷兰乌特勒支大学博士奖学金;紧跟着,临毕业前一年,他又通过公平竞争的方式,应聘为日本早稻田大学高等研究所的助理研究员,聘期3年,等等。

今天,欣闻周振杰的博士学位论文行将付梓,作为他的博士生导师,我在倍感欣慰与骄傲之际,欣然应邀为之作序。

“刑事法治视野中的民意分析”是一个且新且难的选题。称其“新”,是因为迄今为止,关于民意分析之论著固然不少,但在“刑事法治视野”中就民意做如此长篇大论分析者,鲜有所见;称其“难”,不仅因为尝试写作这一命题本身有其前鉴性难度,更在于要从提出问题、梳理问题、正视问题、解决问题的视角相对成功地把握并点析这一命题之症结所在,更是孰非易事。

实际上,要在刑事法治视野下研究民意问题,首当其冲的还是何谓刑事“法治”这一前提性问题。众所周知,这既是个见仁见智的问题,也存在一个视角考量上的不同。论争中,一说认为“法治”是相对于“人治”而言,二说认为“法治”是相对于“法制”而言。在我看来,此二者其实并非形式逻辑学上的二律背反式的“矛盾关系”,之间充其量只是“红不是蓝”的“反对关系”而已。



这是因为,至少在现代社会语境下,相对于“法制”而言的“法治”,本身即是对“人治”的否定。惟其如此,所谓“刑事法治”,乃应是动与静相结合的、充满生命力的关系概念、历史概念。惟其如此,在概念层面上,刑事法治是指一定权力 / 权利主体 / 受体,根据人民制定的宪法原则,在一定法域范围内,按照刑事实体 / 程序法的规定,对各类受范对象的定位定性规范与调控,同时包括各类法律关系主体的其他循法、适法行为、行为过程、结果及其场域境势的总和。而在运作层面,我们不妨视其为一定司法 / 执法主体和循法、守法受体在一定时空范围内合力践行刑事法治体系的人机与人事之过程体表现。由此可见,刑事法治不可避免地具有关联性、能动性、状态性、情境性和过程性五大特征。就此意义看,刑事法治视野下的民意分析,也就免不了涉猎刑事立法与民意的关系分析、刑事司法、刑事执法乃至守法与民意的关系分析等多环节内容。

本书中,为了很好地照应刑事法治的上述特征,周振杰博士将全书分成了三大篇,包括:(1)“民意与刑事法治之一般理论”篇;(2)“民意与刑事法治之特别理论”篇;(3)“善待、引导民意之问题反思与对策”篇。对比分析可见,此一分篇法,无疑因应了刑事法治本身的静与动、横与纵相结合的关系性、能动性、状态性、情境性和过程性特征。因而就基本体例看,本书之谋篇布局可谓独具匠心:既照顾到了全书叙事的纵向系统性,又兼顾到了全书结构上的横向完整性。

再从民意调研角度看,有观点认为,民意很难体察和把握,更难确证。因为民意是纯主观的东西,尽管它也需要借助物质载体的形式反映出来。相比之下,倒是“精英话语”易于把握且能有效引导民意。因而,与其煞费苦心地去研究、分析民意,毋宁花时间去探究有关精英话语对刑事法治的指导。

对此,作为导师,我也赞同周振杰博士在本书中特别指出的:



精英话语与大众话语,既有相左之时,也有契合之机。例如“2005年《治安管理处罚法》修改与通过的前前后后所体现的即是民意的积极意义,是民意与专家意见的契合”。

就此立场看,个人进而认为,精英话语所代表者,何尝不是部分的、特殊的民意? 尽管,在一定时空范围内,它所代表者,也许仅仅表现为针对某一事项之“专家”层面的“民意”。然而,本书关于民意研究的主要视点虽在主流民意上,但这并不意味着本书有关民意之分析,仅仅囿于主流民意而罔顾了其他民意。恰恰相反,在刑事法治视野中,全面评析各类民意于刑事法治的功能、价值、积极与消极作用等,正是本书之亮点所在。

就主流民意而言,我一直认为,一国之民意,乃是民主国家,特别是像我们这样的人民民主专政国家之执政党藉以执政的主要政治基础。实际上,关于民意于国家统治的作用,早在春秋时代,我国著名思想家、教育家孔子就在其《孔子家语》中严正指出“夫君者舟也,人者水也。水可载舟,亦可覆舟”;先秦思想家荀子也佐论了自己的“水则载舟,水则覆舟”的“舟水理论”;中国封建时代的杰出政治家李世民更是一针见血地指出“民可载舟,亦可覆舟”。可见,信奉并宣扬神权政治为一国执政基础的封建统治者、思想家都知道民意与国家政权的关系,更何况我们这样的、号称人民民主专政国家的理论家、学者们。

当然,就现代社会而言,刑事法治一方面具有由国家侦查权、国家审判权乃至国家刑罚权所代表的政治统治与社会防卫功能;另一方面,在维系国家统治与社会防卫之余,刑事法治同时兼具人权保障机能,就此意义看,无论是作为国家统治的政治基础,还是兼为人权保障的利器,刑事法治从构建、到形成、到完善,都离不开由体察民意→尊重民意→顺应民意→引导民意→尊重民意的循环往复过程。否则,“民可载舟,亦可覆舟”的道理,不仅适用于整个国家政权,更适用于作为政治上层建筑重要环节的刑



事法治的维系。

基于上述种种分析,《刑事法治视野中的民意分析》一书,不仅有其探究民意对于维系国家政权、社会防卫并人权保障效用上的重大价值;更有其构建和完善“以人为本”的真正刑事法治的“法治本源”意义。就此立场看,作为“刑事法治视野下的民意分析”的补白之作,尽管本书难免存在有待改进与完善之处,然而,惟其选题、立意上的创新,才为我们带来了更多的问题反思与检视。并且,伴随着这些问题反思,其必然推促着我们去归纳、演绎、抽象出更多、更新、更加灿烂的新思维、新思考,并由此绽放出更加富有法治与人权保障新意的政治智慧与刑事法治新理念、新践行。由是,我们有理由相信:周振杰博士所撰写的本书,必定能在时间长河与实践空间检验中,展现出它在论著选题、构思乃至全书思想性上的意义之深远、流长。

中国社会科学院法学研究所 屈学武
2008年6月4日笔于:北京和平里寓所



摘 要

对于民意能否介入刑事法治,学界有极力反对者,亦有谨慎倡导者。虽然关于民意问题在国内已经有了一些研究,但主要集中在政治学与政策学领域,对于民意与刑事法治的关系与相互影响尚缺少系统、全面的阐述。因此,本书以民意为题,以期抛砖引玉。

本书分为“导论:刑事法治与民意”、“上篇:民意与刑事法治之一般理论”、“中篇:民意与刑事法治之特别理论”、“下篇:善待、引导民意之问题反思与对策”以及“结论”五个部分。

本书导论部分首先通过对刑事法治与刑事法制的对比分析,表明了本书的基本立场与研究方向。其后,在确定刑事法治的内涵之后,以立法为线索对其外延进行了粗略勾勒。最后,以近年来在国内引起重大影响的刑事事件为例,介绍了本书所要研究的主要问题。

“上篇:民意与刑事法治一般理论”分为四章。第一章旨在探讨民意的基本理论问题,以为后文奠定基础。这些基本问题包括:民意的概念,民意于舆情、舆论、民情、民愤、专家意见、集体意识的联系与区别;民意的分类;民意生成的基础、阶段与表达的途径;民意的特征。第二章是从价值论的角度对民意在刑事法治中的存在进行辩护。民意在刑事法治中的价值包括如下三个方面:首先,是有助于转化刑事法治罪刑法定与人道主义这两个基本理念,使之成为潜在的心理事实;其次,是维持刑事法治人权保障与秩序维持功能的动态平衡,促进刑事法治目的的实现;最后,是在



具体事项的认定中提供直观的参考系数,如判断期待可能性的有无与诉讼过程中显著事实的认定。第三章主要论述民意对刑事法治的功能,即:第一,民情征表功能,即民意能帮助我们发现整个刑事法治进程中或者具体刑事事件背后的问题,并有助于我们寻找适中的解决方法;第二,权力监督功能,即民意作为国家权力之外的力量,可以监督刑事法治中权力的运用与法律的实施;第三,沟通与交流功能,即民意有助于社会中不同阶层、不同群体之间的意见交流。第四章首先从反面列举了民意的消极作用,即可能误导刑事决策、导致司法误判与影响刑事改革,然后从主、客观两个方面分析了导致上述消极作用的主要原因。在主观方面,主要是传统文化的影响以及法治观念不强;在客观方面,则主要是主管机关的处理措施有失妥当,如信息传递不充分、处理程序不通明及表达渠道不通畅。

“中篇:民意与刑事法治之特别理论”部分包括第五章到第八章。第五章从刑事政策的角度对民意进行了分析,认为在刑事政策的制定、执行与评估中,民意不但有利于刑事政策问题的发现、方案的确定,树立刑事政策权威,为刑事政策的执行创造有利的客观条件,而且能够成为评估刑事政策实施效果的辅助参数与独立标准。第六章立足于刑事立法,探讨了追寻刑事法律权威的主旨与民意与刑事立法权威形成的关系、民意影响刑事法网构建的原理与具体体现,并以实证的统计数据为基础,论述了民意影响刑事制裁的多重基础与具体体现。第七章从三个角度论述了民意与刑事司法的关系:第一,从罪刑法定的角度论述了民意能否介入刑事司法的问题;第二,从量刑目的的角度探讨了民意应否介入刑事司法的问题;第三,从量刑程序的角度,回答了民意如何介入刑事司法的问题。第八章从刑罚执行的目的出发,指出刑罚执行在抽象意义上是一个向社会公众传播特定信息的符号传播过程。而民意对于此符号传播过程的实际效果能够施加重要的



影响,具体体现在对执行过程与传播途径选择的影响两个方面。

“下篇:善待、引导民意之问题反思与对策”部分由第九章与第十章构成。第九章从倾听民意、回应民意、顺应民意与引导民意四个方面分析了相应的决策机关在尊重、善待民意方面还存在的问题。第十章从主、客观两个方面,就如何更好地倾听、回应、顺应以及引导民意提出了对策建议,即在主观方面,需要改善普法的效果与注重个案的价值;在客观方面,需要通过建立公众参与、信息公开机制与交流反馈机制,实现司法与民意的和谐并处与互动。

基于上述各章的分析,在结论部分,本书明确指出,民意具有自身的价值,对于刑法功能与刑罚目的的实现具有积极意义,所以民意存在于刑事法治之中是主、客观条件决定的必然现象。因此,刑事法治应当直面民意、善待民意、回应民意、引导民意。

关键词: 民意 刑事政策 刑事立法 刑事司法 刑罚执行



ABSTRACT

Whether public opinion should play a role in criminal rule of law is now a heatedly argued issue in China and both proponent and opponent have been trying to find overwhelming arguments. However, by so far, most studies are in fields of philosophy, politics and policy and an over-reaching and systematic research into relationship and mutual influence between public opinion and criminal rule of law is still absent. Therefore, this article will focus on this subject with the aim of using the little to get the big.

This article is divided into five parts: Introduction, Part I: General Theoretical Analysis of Public Opinion and Criminal Rule of law, Part II: Specific Analysis of Public Opinion and Criminal Rule of Law, Part III: How to Strengthen Respect for and Guide Public Opinion. The introduction begins with discussing the connotation of criminal rule of law and its border. Then, it introduces the main questions this article is to study.

Part I: General Theoretical Analysis of Public Opinion and Criminal Rule of law include four chapters. The first Chapter aims to lay foundation of the following parts by solving basic problems concerning public opinion, including the definition of public opinion, the connection and differences among public opinion, expert opinion, collective consciousness etc, classification of public opinion, foundation, phases of formation of public opinion and approaches through which



public opinion is expressed and characteristics of public opinion. The second Chapter defends the existence of public opinion in criminal rule of law from the perspective of value. Public opinion has threefold value in criminal rule of law. In the first place, it can strengthen the fundamental rationalism of criminal rule of law; Secondly, it helps to realize the functions of criminal rule of law and finally, it offers specific yard in special issues in criminal procedure, such as how to decide whether there exists a possibility and to what degree for the accused to act in accordance with the law. The third Chapter focuses on functions of public opinion in criminal rule of law. The first one is to signalize the weak points and problems in development of criminal rule of law or specific issues and help us finding the best solution; the second one is to supervise the appropriate exercise of powers and implementation of criminal law and the last one is to act as an exchange forum for people of different stratifications and different values. The fourth Chapter makes a list of potential negative effects of public opinion, including misleading criminal decision, leading to miscarriage of justice and postpone criminal reform, analyzes main causes, such as insufficient information, absence of transparency in procedures and blocked expression approach and suggests that public participation, information disclosure and exchange and feedback mechanism be set up in order to prevent the above - mentioned negative effects.

Chapter 5 to 8 comprise up Part II: Specific Analysis of Public Opinion and Criminal Rule of Law. The fifth Chapter expounds public opinion from the viewpoint of criminal policy and holds that public opinion helps not only to disclose existing problems, chose an optimal plan, strengthen authority of criminal policy but also to evaluate effect of criminal policy as a supplementary or independent yard in framing,

implementing and evaluating criminal policy. The sixth Chapter, based on criminal legislation, analyzes the relationship between public opinion and authority of criminal law and the rationalism that public opinion should play a role in criminalization, designing of punishments by specific instances. The seventh Chapter probes into relationship between public opinion and criminal justice. In the first place, it answers whether public opinion can play a role in criminal justice from the perspective of the principle of legally prescribed crime and punishment; secondly, it answers whether public opinion should from purpose of punishments and finally how from sentencing procedure. The eighth Chapter begins with reviewing purposes of executing punishments and explains the meaning of execution in transmitting special information to the public. Then it explains why and how public opinion influences this transmitting process.

Part III: How to Strengthen Respect for and Guide Public Opinion is composed of Chapter 9 and 10. The former analyzes problems in looking for, listening to, responding and guiding public opinion and the latter offer suggestions from both subjective and objective aspect. Finally, this article draws the conclusion that criminal rule of law should face between the eyes, react to and guide public opinion considering its justified and unavoidable interference with criminal rule of law and its positive values and functions.

KEY WORDS: Public Opinion Criminal Policy Criminal Legislation Criminal Justice Execution of Punishment



目 录

导论 刑事法治与民意	(1)
一、研究视角之选择	(1)
二、刑事法治之边界	(2)
三、刑事法治与民意	(4)

上篇 民意与刑事法治之一般理论

第一章 民意的基本理论问题	(11)
一、民意的概念	(11)
(一) 回顾与界定	(11)
(二) 对比与分析	(17)
二、民意的分类	(22)
(一) 主流民意与非主流民意	(22)
(二) 抽象民意与具体民意	(23)
(三) 直接民意与间接民意	(25)
(四) 积极民意与消极民意	(26)
三、民意的形成	(29)
(一) 形成的基础	(29)
(二) 形成的阶段	(32)
(三) 表达的途径	(34)
四、民意的特征	(39)



(一)民意的易变化性·····	(39)
(二)民意的可引导性·····	(40)
(三)民意的相对决定性·····	(41)
第二章 民意对刑事法治的价值·····	(44)
一、有助于转化刑事法治的基本理念·····	(44)
(一)刑事法治的基本理念·····	(45)
(二)基本理念转化的具体实现·····	(51)
二、有助于平衡刑事法治的双重功能·····	(55)
(一)刑事法治的双重功能·····	(56)
(二)双重功能平衡目标的实现·····	(61)
三、提供有关认定之参考系数·····	(64)
(一)适法期待可能性的认定·····	(65)
(二)显著事实的认定·····	(69)
第三章 民意对刑事法治的功能·····	(72)
一、民情征表功能·····	(72)
(一)征表的基础·····	(73)
(二)征表的内容·····	(75)
(三)征表的特点·····	(78)
二、权力监督功能·····	(80)
(一)监督的基础·····	(81)
(二)监督的特征·····	(84)
(三)监督的体现·····	(86)
三、沟通、交流功能·····	(88)
(一)沟通、交流的方向·····	(89)
(二)沟通、交流的价值·····	(91)
(三)沟通、交流的体现·····	(95)



第四章 民意对刑事法治的消极作用	(97)
一、消极作用的体现	(97)
(一)可能误导刑事决策	(98)
(二)可能导致司法误判	(100)
(三)可能影响刑事改革	(101)
二、消极作用的诱因	(103)
(一)主观诱因	(104)
(二)客观诱因	(106)

中篇 民意与刑事法治之特别理论

第五章 民意与刑事政策	(113)
一、民意与刑事政策的制定	(113)
(一)民意与刑事政策问题的发现	(114)
(二)民意与刑事政策方案的确定	(117)
二、民意与刑事政策的执行	(122)
(一)民意与刑事政策的权威	(123)
(二)民意与政策的执行环境	(127)
三、民意与刑事政策的评估	(131)
(一)民意:辅助的对比参数	(132)
(二)民意:独立的评估标准	(135)
第六章 民意与刑事立法	(138)
一、民意与民众对刑事法律的信仰	(138)
(一)培养刑事法律信仰的意义	(139)
(二)民众对刑事法律信仰的形成	(142)



二、民意与刑事法网的构建	(147)
(一) 刑事法网的构建原理	(147)
(二) 民意影响的具体体现	(155)
三、民意与刑事制裁的设置	(159)
(一) 民意影响的多重基础	(159)
(二) 民意影响的具体体现	(165)
 第七章 民意与刑事司法	(174)
一、量刑能否考虑民意的决定因素:罪刑法定	(174)
(一) 相对罪刑法定	(175)
(二) 多元量刑情节	(179)
二、量刑应否考虑民意的价值判断:量刑目的	(184)
(一) 量刑目的的选择	(184)
(二) 民意与量刑目的	(192)
三、量刑如何考虑民意的途径思考:量刑程序	(197)
(一) 公众关注的焦点	(197)
(二) 量刑程序的模式	(199)
 第八章 民意与刑罚执行	(204)
一、刑罚执行的符号蕴涵	(204)
(一) 刑罚执行与符号传播	(204)
(二) 符号传播的多重内涵	(207)
二、传播结果与制约因素	(212)
三、民意对刑罚执行的影响	(218)
(一) 民意对执行过程的影响	(218)
(二) 民意与传播途径的选择	(221)