

■ Judicial Democracy and Application of Punishment
—In Perspective of the Saiban-in System in Japan

李立丰 / 著

司法民主与刑罚适用

——以日本裁判员制度为研究视角



中国政法大学出版社

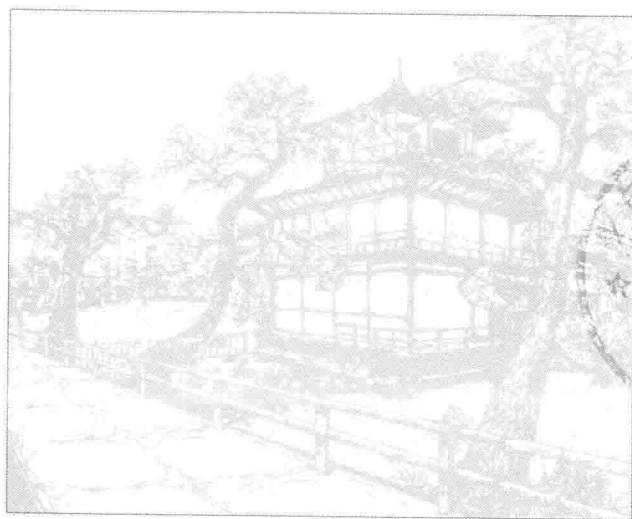
司法民主与刑罚适用

——以日本裁判员制度为研究视角

Judicial Democracy and Application of Punishment

—In Perspective of the Saiban-in System in Japan

李立丰 / 著



中国政法大学出版社

2015 · 北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

司法民主与刑罚适用：以日本裁判员制度为研究视角/李立丰著. —北京：中国政法大学出版社，2015. 5

ISBN 978-7-5620-5935-6

I. ①司… II. ①李… III. ①司法制度—研究—日本 IV. ①D931. 36

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第074353号

- 出 版 者 中国政法大学出版社
- 地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
- 邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
- 网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
- 电 话 010-58908289 (编辑部) 58908334 (邮购部)
- 承 印 固安华明印业有限公司
- 开 本 720mm × 960mm 1/16
- 印 张 19.25
- 字 数 325 千字
- 版 次 2015 年 7 月第 1 版
- 印 次 2015 年 7 月第 1 次印刷
- 定 价 49.00 元

“学院生活是一场疯狂的赌博。”
——马克斯·韦伯（Max Weber）

当学术沦为职业（代序）

入市：学者的宿命

学者，首先是作为人存在的。

人，需要生存，特别是在这样一个什么都可以用金钱购买的年代。于是，固守某种清念潜心研究，似乎成为一种奢望，学者需要学会如何在这样一个崇尚交换的社会生存，别无选择。

这个世界，越来越像一个大市场。

不管多么扭捏和惆怅，学者，像这个世界的其他人一样，需要将自己彻底地投身于这个无比庞大的交易体系当中，通过某种形式的价值体系进行评估和兜售，以换取生存所需的资源。

无比简单，无比现实。

游戏似乎从开始就是注定了要沿着这种规则进行的，没有例外。从这个意义上言，学者（姑且假定存在这样的一个群体）和其他人一样，从步入社会的那一刻开始，就注定了要面对这铁一般的戒律。

于是，入世，或者更为直白一些，入市，就成为每个人的宿命，无论是，抑或者不是出于本意。

贩卖自己：以学术的名义

其实学者是可悲的。

和性工作者一样，学者除了自己，一无所有。

在残酷的生存压力面前，如何贩卖自己，就成了学者更好生存的不二法门。既然入世，既然是作为一种职业，学者自然需要兜售学问，不卖学问，敝帚自珍的人自是极少，中国目前更少，偶有几位特立独行的学人，最终也不免被“招安”的命运。

或许对于什么是职业，有种种抑或高尚，抑或低俗的解读，但似乎无法否认其与安身立命之间的密接与关联。虽然职业不能完全与生计等同，但二者实质无异。

从这个意义上言，贩卖自己，具体来说，自己的思想或者理念，就成为学者的职业。

学术的目的或许有很多，但其中肯定包括相当程度现实意义的考量。因此，从宏观上认为，学术在当今中国社会已经成为学者与各种欲念满足之间的纽带，似乎并不为过。

现实面前，学术或许永远都不再会是学者的存在理由和终极理想，反倒“异化”为谋生的一种手段。

和单纯觅食求生的动物不同，人的本性当中有很强烈的比较情结。现代社会的一大弊端就是为人类这种与生俱来的比较欲念，提供即时全面的信息支持，包括学者在内的每个人，每天，都在自愿或者不自愿地比较，以及被比较。

商品社会中交易的基本前提，就是不同商品之间的可比较性。

于是，人性与冥冥中的某种力量无比巨大的规则，在商品经济社会的场域中，诡异而完美地结合起来。

“不学有术”：学术职业化的今生与来世

学术的职业化，将蒙在作为一个人群存在的学者身上最后一丝所谓的尊严，毫无温情地扯去。

在生存面前，人人平等。

职业化本无可厚非，问题是直到今天，中国学术职业化几乎没有任何行之有效的职业规则。

选择学术作为职业的人会发现，自己仿佛被置身于一个蛮荒时代的斗兽场，生存便是一切，没有规则便是规则。

这是一种何等奇异的风景?!

没有进入门槛限制，没有评价规则，没有违规制裁机制，没有职业退出模式，有的只是生存，哪怕不择手段。

学者要生存，或者说更好地生存，就必须让自己在这场生存赌局中掌握胜算。

既然是赌博，底牌是什么于是变得不十分重要起来，赌术的精湛与否似乎决定了最终的结局。

这也就决定了学术在当今中国的必然分裂。姑且可以称之为一种异化吧。

于是在如今的中国，似乎多见的是“学”与“术”的渐行渐远，更似乎昌明地已不再是“学”，“术”却愈发地大行其道起来。

于是，学术界内“关系”盛行，剽窃盛行，诋毁与中伤盛行……

学术的职业化很难说是学术的悲哀，或许我们只是对于学术有过些不切实际的期待罢了。

目 录

当学术沦为职业（代序）	（ 1 ）
绪 论	（ 1 ）
第一章 政治民主与司法“独裁”的悖论：以日本 为视角	（ 16 ）
第一节 司法民主化的必然性	（ 16 ）
一、民主语境下日本的司法独裁	（ 16 ）
二、司法民主是民主政治的逻辑结论	（ 22 ）
三、司法民主的可行性	（ 26 ）
第二节 司法民主化的具体范式	（ 36 ）
一、公民直接参与司法的最充分形式： 冈卡卡模式	（ 37 ）
二、公民直接参与司法的分权形式： 美国的陪审制	（ 53 ）
三、公民直接参与司法的平权形式： 德国的参审制	（ 61 ）
第三节 小 结	（ 72 ）
第二章 日本司法民主化的模式选择：以裁判员 制度为路径	（ 73 ）
第一节 日本国民性对其司法民主化的影响	（ 73 ）
一、日本人国民性中的“自主性”	（ 75 ）
二、日本人国民性中的“实用性”	（ 77 ）

三、“以我为主的实用主义”对于司法国民参与 制度选择的影响	(80)
第二节 日本司法民主化的早期尝试	(87)
一、大正《陪审法》的立法背景	(87)
二、大正《陪审法》的主要内容	(90)
三、大正《陪审法》的适用及评价	(97)
第三节 日本裁判员制度的设定根据	(101)
一、日本的司法制度改革	(101)
二、司法的国民参与	(112)
第四节 日本裁判员制度的设定过程	(118)
一、司法制度改革审议会之前的相关讨论	(120)
二、司法制度改革审议会期间的相關讨论	(125)
三、司法改革审议会意见书提交之后国会立法 期间的相关讨论	(128)
第五节 日本裁判员制度的独特性	(136)
第六节 小 结	(142)
第三章 日本裁判员制度的适用模式：理论与 实践的互证	(144)
第一节 裁判员制度适用范围	(145)
一、日本的裁判所设置与刑事诉讼程序	(145)
二、日本裁判员制度的适用流程与适用范围	(148)
第二节 裁判员的选任	(156)
一、裁判员候选人名簿制作阶段	(158)
二、裁判员或替补裁判员候选人确定阶段	(163)
三、裁判员或替补裁判员的选任阶段	(166)
四、裁判员或替补裁判员的解任阶段	(173)
五、裁判员或替补裁判员的任务完成阶段	(175)

第三节 裁判员裁判的程序	(176)
一、公判前整理程序	(176)
二、公审程序	(184)
三、评议程序	(195)
第四节 特殊情况的裁判员裁判	(201)
一、区分审理程序	(201)
二、死刑案件的审理	(202)
第五节 小 结	(209)
第四章 日本裁判员制度的宏观反思：目的与 手段的冲突	(211)
第一节 裁判员制度的合宪性争论	(211)
一、日本的司法审查制度	(212)
二、裁判员制度的违宪论	(220)
三、裁判员制度的合宪性	(225)
第二节 裁判员制度的民意代表性评价	(230)
一、性别	(230)
二、常识	(233)
三、视角	(235)
四、选任	(237)
五、意愿	(238)
六、能力	(241)
第三节 裁判员制度的司法效能评价	(243)
一、裁判员需要承担的法定义务	(243)
二、裁判员制度的适用困境	(252)
第四节 小 结	(262)

第五章 日本裁判员制度的微观操作：目标与立场的媾和	(264)
第一节 检察官视野下的裁判员裁判	(264)
一、指控、举证事实的设定与证据的严选	(264)
二、裁判员的选择与公诉权的行使	(268)
第二节 辩护人视野下的裁判员裁判	(279)
一、开场陈述	(280)
二、证据调取	(282)
三、庭审辩论	(285)
第三节 裁判官视野下的裁判员裁判	(287)
一、公判前整理程序	(288)
二、公判审理程序	(290)
三、评议程序	(293)
第四节 小 结	(294)
第六章 结 论	(295)
后 记	(297)

绪 论^{*}

一、民意的拟制与操纵

“民意”，显然是现代社会无法回避的一个重要概念范畴。现代民主国家所标榜的重要进步之一，就在于“无差别地”赋予一般民众表达自身观点，并且通过这种表达，直接或者间接地改变社会进程的权利（权力？）。这种表达或者改变，理论上应该被纳入到法治轨道中进行。正如孟德斯鸠所说的那样，原始时代，人生而自由、平等，社会让人们失掉了平等，只有通过法律才能够恢复平等。^{〔1〕}

在目前的通行话语当中，民意的法治表达大体上分为两类。一类是核心意义上的民意表达，体现为基于绝对多数或者相对多数的机理，通过投票或者表决的形式实施的政治运行模式，其典型样态体现为现代意义上的政治选举机制。另一类是非核心意义上的民意表达，则体现为法治国家当中，社会民众透过一定媒介对于相关问题所进行的意见说明，其典型样态体现为社会舆论。

从民意本身（假设其真的存在），到最终体现为投票结果或者社会舆论的客观现实，整个过程实际上对于民意的一种拟制过程。这种客观现实及以各种形式存在的社会舆论或投票结果，仅仅是对于民意的一种“还原性”描摹或者表达。从实质意义而言，这种对于民意的描摹或者表达一定是失真的，民意与其拟制过程当中存在的结构性问题，决定了这种失真无法根本消除。

* 本文部分内容参见李立丰：《民意的司法拟制——论我国刑事审判中人民陪审员制度的改革与完善》，载《当代法学》2013年第5期。

〔1〕 参见〔法〕孟德斯鸠：《论法的精神》，张雁深译，商务印书馆1987年版，第114页。

（一）民意概念本身存在结构性的缺陷

民意是什么？似乎没有人可以对其进行准确界定。作为一种非个体性的观点表达，不仅民意的内涵不明，而且民意的“相对概念”也并不明确。假定民意存在，那么其一定是应该存在于一个既定的话语体系当中，即相对于民意，一定需要存在一个对应概念。如果将民意的对应概念界定为“官意”，即“国家意志”，或者，甚至进一步扩大至有权方意志，那么又如何解释针对并不涉及公权力的一般社会现象出现的社会舆论？诸如赡养、抚养等涉及家庭义务产生的争端，如果达到一定烈度，显然也会吸引社会大众的关注，并引发特定观点的出现。与此类似，就影视作品等大众传媒以及影视明星的个人生活，社会公众也会根据自身的好恶发表意见，这种舆情显然也可以被纳入到民意的表达之列。^{〔1〕}可以认为，民意概念本身具有模糊性。因为针对民意并不存在相对稳定的概念界定，同时因为民意在不同语境下具有不同的对应概念，这种前提性缺失，直接导致对于民意的表达如果不是无的放矢，也需要面对如何准确把握被表达对象的外延这一棘手问题。

（二）民意的表达机制所具有的制度性缺陷

尽管民意本身的界限十分含混，但现代社会对于民意的拟制却从来没有因此间断或者减少。相反，在很大程度上，民意的拟制扮演着为相关机制或者决策提供合法性的角色。事实上，未经拟制，以“裸”的状态体现的民意并不存在。根据拟制过程中“拟制主体是否具有有权身份”、“民意拟制的结果是否具有法律效力”这两个变量，可以将民意的拟制过程大体分为两种，即“民意的直接有权拟制”与“民意的间接无权拟制”。

所谓“民意的直接有权拟制”，主要是指国家立法或者授权，民众通过投票或者表决等方式，将自身对于特定意见的看法固定下来的动态过程。这一模式最为典型的表现形式，为选举公职人员或者就重大事项的全

〔1〕 例如，围绕歌手王菲与其前夫李亚鹏之间的婚姻纠纷，特别是二人共同创立的“嫣然天使基金”资金去向及使用规范问题，在很长的一段时间内一直成为坊间热议的焦点问题。参见李亚鹏：《我很清楚这一生我要做什么》，载《三联生活周刊》2012年第51期，及周筱赟：《我为什么揪住李亚鹏不放》，载《北京青年报》2014年2月17日，第A5版。当然，更具有代表性的公共舆论事件，是围绕诸如薛蛮子、郭美美等所谓“公众人物”，特别是其背后舆论推手的揭露与还原。

民公决等。但这一经典民意拟制模型，存在制度性缺陷。一方面，这一模式实际上前提性地限制了民意的表达空间。换句话说，任何参加过选举的人都会面临十分有限的选择：选或者不选，选这个或者不选这个。因此，有学者提出，“通过大多数居民有机会参与竞选选出政权的主要领袖的民主，仅仅是民意的表达——民主的一个属性——意志性。这种属性仅仅归属于公民对公共事务参与的政治领域，是一种政治参与政治表达行为。”^{〔1〕}另一方面，这一民意拟制模型是建立在“多数人暴政”基础之上的。正由于现代社会对多数裁定原则无法摆脱的依赖性，多数人的意志，自然而然地担当起了事物评判“审判官”的角色。出现了民主意味着“政治取决于大多数人的意志，大多数人的意志就是正义”^{〔2〕}的理论和制度设计。承认民意本身，或许就是一种意见的集合与表达，但这种拟制模式显然是以牺牲少数派意见为代价的。^{〔3〕}

民意的无权间接拟制，并非有权或者被授权机构依法组织，因此在某种程度上更为多元，即可以体现更多的不同声音。就这一意义而言，民意的无权间接拟制，在一定程度上规避了有权直接拟制模式所带来的弊端。但必须承认，体现为民意测验结果或者社会舆论的民意拟制范式，仍然存在明显的缺陷。一方面，因为无权拟制的民意未经合法固定，因此不仅仅其表达方式可以多种多样，更容易出现观点的随意反复。例如，1965年，时任美国总统的约翰逊宣布武装介入越南的决定之前，只有42%的民众支持这一政策，但在政策公布之后，便得到72%的民众支持。1989年，当时的老布什政府决定武装推翻巴拿马诺列加政权之前，民意测验表明，高达67%的民众反对美军入侵巴拿马，但在老布什采取武装干涉行动两个月之

〔1〕 胡东、李雪洋：《关于民意的民主性思考》，载《政治学研究》2006年第2期。

〔2〕 应复克等编著：《西方民主史》，中国社会科学出版社1997年版，第5页。

〔3〕 较为典型的案例为，2004年3月19日，台湾地区领导人选举过程中，发生了神秘的“枪击案”，陈水扁、吕秀莲在台南扫街拜票时双双“中弹”，这给本来就白热化的选战更增添了一层扑朔迷离的色彩。第二天，陈、吕仅以0.2%的微弱多数获胜，泛蓝自然不服，进行了持久的抗争，并要求重新验票，台湾的选举进入了一场旷日持久的司法诉讼，进而导致了整个台湾社会的进一步分裂，参见陶文钊：《2004年台湾地方领导人选举和美国对台政策》，载《美国研究》2004年第4期。

后, 80% 的美国人却认为派军进入巴拿马是正当的。^{〔1〕} 另一方面, 民意的无权间接拟制虽然较为多元, 但这种以多元样态呈现的民意往往十分原始粗陋, 甚至仅仅是一种情绪性的表达, 并且这种情绪性的意见表达, 具有十分明显的地域性或者集团性色彩。正如有学者所概括的那样, 舆论并不总是“社会”或“全体”的声音。在通常情况下, 舆论几乎是一部分人、一个团体、一种职业、一个民族、一个地域, 甚至是一个临时性的利益同盟的声音。^{〔2〕}

(三) 民意的影响与操纵

无论是民意的有权直接拟制, 还是民意的无权间接拟制, 影响拟制结果对于“真实民意”(如果真的存在, 如果真的可以确定) 还原程度的要素, 除却上述结构性或者制度性的缺失之外, 对于民意的影响与操纵显得更为重要。对于民意的影响与操纵, 本质上都属于特定主体对于民意拟制结果的人为控制, 只不过二者在程度及正当性上存在差别。之所以会出现对于民意拟制结果的人为干预, 一方面, 是因为民意本身作为个人意志的一种简单结合, 十分容易受到外界变量的介入与影响。“群体根本不会做任何预先策划, 可以先后被最矛盾的情感所激发, 但又总是受当前刺激因素的影响。他们就像被风暴卷起的树叶, 向着每个方向飞舞, 然后又落在地上。”^{〔3〕} 另一方面, 更为重要的是, 民意拟制过程当中资源分配不平均。因为信息不对称, 能够率先接触到内幕信息且掌握传播手段的人, 就成为影响社会舆论乃至相关立法等民意拟制结果的重要影响力量。^{〔4〕} 在极端情况下, 民意的拟制甚至可以缺乏事实根据, 纯粹捏造。此种虚假信息, 因为受到控制信息源的利益集团大肆渲染或者炒作, 在公众对于该信息还保

〔1〕 参见陈文鑫:《塑造还是反映民意?——民意测验与美国的对外政策》, 载《美国研究》2003年第4期。

〔2〕 参见王梅芳:《舆论与舆论监督: 正义、公正与制衡》, 载《武汉大学学报》2004年第3期。

〔3〕 [法] 古斯塔夫·勒庞:《乌合之众——大众心理研究》, 冯克利译, 中央编译出版社2000年版, 第26页。

〔4〕 记者之所以被称之为“无冕之王”, 就是因为其对于民意的强大左右能力, 例如, 美国总统尼克松就因为媒体曝光的“水门事件”而引咎辞职, 晚近的例子还包括在美国现任联邦最高法院大法官托马斯(Clarence Thomas)任听证证期间, 媒体所发挥的近乎毁灭性的影响力。参见Clarence Thomas, *My Grandfather's Son: A Memoir*, Harper Collins Publishers (2007)。

持关注度的“有效期”内,虽然并非真实信息,但因为可以在第一时间占据主要的信息渠道,从而成为很难质证或者很难消除的“事实信息”。^[1]

正是因为民意本身的特殊属性,以及民意拟制过程当中体制、结构性的缺陷,加之拟制过程中大量出现的人为操纵,导致对于真实民意的追求成为实际的不可能。沉默的大多数,在自觉与不自觉间,在现代传播媒介保持的民意拟制与表达机制中,逐渐失语。这一现实决定了对于民意的相关研究应该注意到民意的拟制特征。^[2]

二、中国现行刑事司法语境下的民意表达

从张金柱案、刘涌案,到几乎成为举国话题的许霆案^[3],各种被拟制出来的民意在中国刑事审判当中所扮演的角色,越来越多地进入到社会公众的视线当中,也成为学界热议的话题之一。

舆论的鼓噪与学者的论辩固然无可厚非,但无论正反观点,似乎都有些值得商榷之处。

如果承认拟制的“民意”对于刑事审判的重要影响力,不仅仅从根本上动摇了司法独立、罪刑法定的基本原则,而且因为被拟制民意的失真效应,容易造成对于具体案件当事人权利的不当侵害。^[4]“顺从民意适用死

[1] 在网络时代,著名搜索引擎往往把持着海量信息的来源与排序,百度等网络信息服务提供商对于相关信息的所谓“竞价排名”,是尽人皆知的“行业规则”,而微博时代某些“大V”的话语权,更是令人不敢置信。某微博大V在被保安阻拦进入会场时说,“我是薛蛮子,我有987万粉丝,让我进去”。参见《华商报》2013年1月15日,第A7版。

[2] 学界对于民意问题的研究往往很少关注民意的拟制,而是笼统地以民意概括之,或者通过“舆论”、“判意”以及“民情”等概念对其加以简单替换,如有学者提出,在国家的法律与基层社会之间,民情发挥着重要的作用,民情会成为传统法官行使判断权的重要依据,同时关心案件结果的人,也会以民情作为着力点影响甚至操控案件进程。参见梁治平:《法意与人情》,中国法制出版社2004年版,第119页。

[3] 甚至笔者在美留学的聚会期间,美国教授也曾专门就这一案件向笔者求证,其受关注程度可见一斑。

[4] 有媒体曾报道,2008年,时任最高人民法院院长王胜俊在履新之后,就死刑适用表态。他主张把“社会和人民群众的感觉”作为死刑适用的依据之一,但后来却似乎不再提及。参见秋风专栏:“司法过程与群众感觉”,载《南方都市报》2008年9月20日,第AA31版。这种提法立意其实相当不错,但因为缺乏制度合法性,往往被误读为违背司法独立以及罪刑法定原则,从而导致这种提法最终不了了之。而这,也正是中国刑事司法改革缺乏理性分析与制度设计的一种“宿命”。

刑,可能恰好违背了法律的规定和精神。以张金柱案为例,尽管张金柱的犯罪行为令人发指,但是,根据客观、全面的证据能够证明的案件事实,张金柱罪不至死。司法机关顺从民意判处张金柱死刑,恰好违背了罪刑法定原则的要求。正因为如此,该案在法律界经常被作为‘媒介审判’。”^{〔1〕}

如果不承认拟制的民意对于刑事审判的重要影响力,显然有掩耳盗铃之嫌。姑且不论现实中国社会中人情事理的强大势力,以及政治对于司法的介入之深,单就司法本身,根本摆脱不了拟制民意所留下的痕迹。司法本身的建构、刑事实体法与程序法等,在理论上,都是代议制立法的产物,属于本文所主张的民意的有权直接拟制,换句话说,刑事司法的合法性在于民意的肯定,或者拟制民意的肯定。^{〔2〕}司法的对象又面对大众。用卡多佐的话来说,“司法过程是有一个理想的预设——一个以实用主义为基础的面向社会、面向大众的过程。”^{〔3〕}当某种意见具备“民意”的属性时,无论其内容和理由怎样,这种意见就已经获得了需要司法机构加以考虑的理由。^{〔4〕}

两种观点显然都不无道理,造成这种两难局面的根本性原因,其实是学界关注焦点的误置。例如,有学者指出,从责任主义的观点来看,即使是表明了违法性程度的事实,如果与行为者的责任没有关联,也应当从量刑情节中排除出去。所谓社会影响的大小,虽然在广义上属于行为的后果,但由于这一因素本身不能归责于行为者,把它作为责任评价的对象是存在疑问的。^{〔5〕}这种窠臼于刑事实体法的立场的观点非常具有代表性。这其实意味着,单纯从部门法角度思考刑事司法的合法性与合理性,是完全行不通的。

如果从实用主义角度全面反思,不难发现,问题并不在于目前聚讼纷

〔1〕 左坚卫:《民意对死刑适用的影响辨析》,载《河北法学》2008年第2期。

〔2〕 很多学者主张司法的最终正当性在于民意,参见苏力:《法条主义、民意与难办案件》,载《中外法学》2009年第1期。

〔3〕 [美] 本杰明·卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆1998年版,第251页。

〔4〕 参见顾培东:《公众判意的法理解析——对许霆案的延伸思考》,载《中国法学》2008年第4期。

〔5〕 参见[日] 西原春夫:《日本刑事法的形成与特色》,李海东等译,法律出版社1997年版,第147页。

纷的“民意”应不应该对刑事司法产生影响，而在于被拟制的民意如何减少失真，如何在成本相对较低的情况下获得合法进入到现行刑事司法的体制内管道，同时抗制体制外拟制民意对于刑事审判所产生的不当影响。之所以这样认为，并不是因为上述正反观点本身的合理性，而在于拟制民意与刑事司法本身的密接性。事实上，由于拟制民意与刑事司法的本质联系，才导致相关合理性问题的出现。

刑事司法是国家为纳税人提供一种特殊公共服务，即纳税人通过参与立法，将自身私力救济的权力让渡给国家，通过纳税支付国家报酬，获得国家承诺为纳税人提供抗制不法侵害，或者为遭受不法侵害的公民提供救济的服务。但国家允许公民在紧急情况下，保留自行救济或者救济他人的权利。从国家与国民的这种刑罚服务关系来看，显然不可割裂二者的本质联系。^{〔1〕}承认这种密接性的同时，并不代表承认“体制外”拟制民意对于刑事判决应该产生任何影响，只是由于目前中国刑事司法体系缺乏对于拟制民意的有效“体制内”表达机制，才使得被拟制的民意无法以适当方式进入刑事司法的运行机制，补强刑事审判的合法性。相反，受到诸多因素影响民意表达，在“体制外”不正当地干涉了司法独立，动摇了刑事审判的合法性基础。^{〔2〕}

目前，中国刑事司法“体制内”的民意表达，大体可以分为三类。

（一）拟制民意的有权直接表达

拟制民意的有权直接表达方式，主要是指刑事实体法、刑事程序法等。这些法律由民众选举的代表草拟，从法理而言，可以被视为民意的一种有权表达。但一方面，由于法律稳定性本身所带来的滞后性、概括性，使立法无法贴切、实时地反映具体案件中当事人的诉求乃至社会预期；另一方面，由于代议制立法过程中，民意的传导与表现机制具有诸多弊端。两种原因的共同作用，造成了目前中国刑事立法这种有权直接民意表达方

〔1〕 参见李立丰：《美国刑法犯意研究》，中国政法大学出版社2009年版，第35页。

〔2〕 有消息称，孙大午案的庭审是典型的作秀，原因在于，这是一个受到民众、媒体和高层关注的案件。据《财经时报》2003年11月5日报道，“徐水县对这次审判进行了非常认真细致的准备，甚至拨专款重新装修了法庭。”《21世纪经济报道》2003年11月4日对此案的报道则提到，“有消息说，为了搞好这起审判，法院曾做了类似彩排的演练。”参见刘李明：《社会舆论与司法审判互动的个案研究》，载《甘肃政法学院学报》2007年第11期。