



成电法学文丛

Public Expression and Response to
Public Opinions Through Criminal
Procedural Techniques



肖仕卫 —— 著

刑案民意的诉讼内 表达与回应研究

法律出版社 LAW PRESS · CHINA



成电法学文丛

教育部人文社科青年基金项目“通过程序回应民意：
刑事司法回应民意的程序机制研究”

（批准号：10YJC820124）最终成果

电子科技大学中央高校基本业务费基础研究项目“刑
事诉讼的社会参与”

（批准号：ZYGX2015J170）最终成果

电子科技大学哲学社会科学繁荣计划项目
（ZYGX2016STK02）资助成果



肖仕卫——著

刑案民意的诉讼内 表达与回应研究

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑案民意的诉讼内表达与回应研究 / 肖仕卫著. --
北京: 法律出版社, 2018
ISBN 978 - 7 - 5197 - 2528 - 0

I. ①刑… II. ①肖… III. ①刑事诉讼—研究 IV.
①D915.304

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 172897 号

刑案民意的诉讼内表达与回应研究
XING'AN MINYI DE SUSONGNEI BIAODA YU
HUIYING YANJIU

肖仕卫 著

策划编辑 聂颖
责任编辑 聂颖
装帧设计 贾丹丹

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京虎彩文化传播有限公司
责任印制 胡晓雅

编辑统筹 法律应用·大众读物第一出版分社
开本 A5
印张 7.375
字数 206 千
版本 2018 年 7 月第 1 版
印次 2018 年 7 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 2528 - 0

定价:39.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介

肖仕卫 男，1979年3月生，湖北建始县人。先后于2002年、2005年、2009年在四川大学法学院获得法学学士、法学硕士和法学博士学位。2009年6月到电子科技大学法律系从事教学与科研工作，2011年被评为副教授，2013年入选四川省学术与技术带头人后备人选，2016年始任法律系主任。

2010年5月至6月在美国维拉司法研究所（Vera Institute of Justice）作短期研修访问，2013年9月至2014年9月在瑞士苏黎世大学访学。自2006年以来先后在《中外法学》《清华法学》《法制与社会发展》《中国刑事法杂志》《法学论坛》《河北大学学报》

《西南民族大学学报》等CSSCI刊物公开发表学术论文20余篇，并有多篇被《人大报刊复印资料》全文转载；出版著作9部（独著1部，合著8部）；以课题负责人身份主持国家重大招标课题子课题1项、国家教育部社科基金课题1项、四川省哲学社会科学规划课题2项；参著著作曾获四川省政府一等奖、三等奖各1次，中国诉讼法学研究会三等奖1次。

刑案民意的诉讼内 表达与回应研究

Public Expression and Response to
Public Opinions Through Criminal
Procedural Techniques



序

改革开放四十年来,伴随着经济建设取得巨大成就,中国社会经历了前所未有的变迁,价值观念、利益诉求日益多元,各种矛盾日益突出,各类民意汹涌激荡,给国家与社会治理带来巨大挑战。在刑事司法领域,前述诸种矛盾尤为明显,相关民意更为多样和尖锐,给司法机关带来的挑战亦更为具体和难以驾驭。

刑事司法应当如何应对民意?学术界和实务界围绕这一问题展开了诸多讨论并提出了不错的方案。但从效果来看,一些方案又似乎未尽如人意。何以如此?从程序法的角度来看,我以为乃是因为某些方案多属外部的、应激性的方案,尚缺少一种诉讼内的、程序性的制度化视角,以致没有很好地构建一套开放且规范的程序系统,进而没有发挥这一程序系统在现代社会对多元价值、利益和意见的化简、吸纳和回应作用。

肖仕卫博士的这部名为《刑案民意的诉讼内表达与回应研究》则不同,其正是从一种诉讼内的程序视角研究了刑案民意的表达与回应问

题。全书分为三部分:刑案民意诉讼内表达与回应的基础理论、刑案民意的诉讼内表达和刑案民意的诉讼内回应。总的来看,正如作者所言,其试图构建一种诉讼内的认知开放与规范封闭模式来解决多年来一直存在的民意难题。在我看来,作者努力的方向是值得关注的,相关的理论框架和具体建议也都具有相当的学术价值。

当然,该书也存在一些不足。从实证的角度来看,该书赖以为基础的材料显得比较单薄,数据分析细致度还不够,某些观点也还需要进一步推敲和论证。相信肖仕卫博士会在今后的研究中不断完善精进。

是为序。

左卫民

2018年3月于四川大学法学院

目 录

第一部分 刑案民意诉讼内表达 与回应的基础理论

第一章 在事实与规范之间

——刑案民意应否得到回应的

理论分析 3

一、民意概念的界定 3

二、刑案民意的价值 6

三、刑案民意回应的理论基础 11

四、刑案民意在裁判中的应有地位 16

第二章 刑案民意如何回应:侧重于程序进路 的初步分析 20

一、刑案民意回应的三种途径 20

二、程序尤其是诉讼程序在刑案民意回应中
的地位 25

三、通过程序尤其是诉讼程序回应刑案民意
的限度 32

第三章 刑案民意回应的现状及其存在的问题

——以法院民意回应为重心 36

一、问题、方法与材料 36

二、刑案民意的特点及其对刑事司法的挑战 43

三、实践中法院回应刑案民意的三种模式 53

四、刑案民意回应的现实司法困境 60

五、余论 68

第四章 问题如何解决

——刑案民意诉讼内表达与回应的一个理论框架 70

一、中国法院回应民意效果为何不佳：诉讼内民意表达和回应存在的问题 70

二、法治发达国家法院为何不存在明显的民意困境：一些诉讼程序技术的功用 76

三、认知开放与运作封闭：刑案民意诉讼内表达与回应的一个基本框架 85

四、结语 91

第二部分 刑案民意的诉讼内表达

第五章 刑事诉讼内当事人亲属利益表达与保护机制研究 95

一、被告人、被害人亲属利益表达与保护的理论基础 96

二、我国被告人、被害人亲属利益表达与保护的立法现状与存在的问题 100

三、被告人、被害人亲属利益表达与保护制度之完善 107

第六章 刑事诉讼内社会参与机制研究 116

- 一、社会参与刑事诉讼的理论基础 117
- 二、我国社会参与刑事诉讼的立法现状 119
- 三、我国社会参与刑事诉讼的制度特点及存在的问题 125
- 四、我国刑事诉讼社会参与机制的完善 131

第七章 刑事案件媒体表达的自由与限度 139

- 一、媒体报道刑案的两种类型:两个案例的展示 139
- 二、媒体报道对刑事司法的影响 146
- 三、媒体报道的强势影响何以可能:基于动力机制与制度空间的分析 151
- 四、刑事诉讼过程中媒体报道的规制 157

第三部分 刑案民意的诉讼内回应

第八章 通过审判权力的优化配置回应民意 169

- 一、审判权力配置与法院回应民意的关系 169
- 二、中国审判权力的配置及其对民意的考量 173
- 三、中国审判权配置在民意回应上存在的不足 178
- 四、民意回应视角下中国审判权力配置的系统优化 182

第九章 通过陪审制度的改革回应民意 189

- 一、陪审制度与刑案民意回应的联系 189
- 二、通过陪审制度回应刑案民意的制度条件 193
- 三、中国陪审制度在刑案民意回应上的核心制度问题 198
- 四、刑案民意回应角度下中国陪审制度的改革 203

第十章 通过司法技术的应用回应民意 209

一、通过司法技术回应刑案民意的必要性与可行性 209

二、通过司法技术回应刑案民意的方式 215

三、通过司法技术回应刑案民意的条件及其制度保障 222

第一部分

刑案民意诉讼内表达与回应的基础理论

第一章

在事实与规范之间

——刑案民意应否得到回应的理论分析

近十年来,民意成为不少刑事案件处理无法避开的关键词,围绕这一关键词的论述亦相当丰富。但是,对于刑事案件中民意的内涵、民意的价值、民意回应的理论基础、民意的应有地位等基础问题,学界并未完全厘清。有鉴于此,有必要对此进行专门的讨论。

一、民意概念的界定

对于民意这一概念的界定,学界存在多种观点,且并非均用“民意”一词,界定角度也有相当大的区别。其中,有代表性的观点主要有如下几种:

一是顾培东教授的观点,其未用“民意”一词,而用的是公众判意,但所指实为一物。在顾教授那里,公众判意是指社会公众对于司法个

案处置的主流性、主导性意见和意向。其所指的“公众”，包含了司法机构以外、与案件事实无直接关联而以多种形式和渠道表达意见与意向的各种主体；而所谓的“判意”，则是指在纷纭杂陈的公众认识中，居于主流、主导地位的意见与意向。^{〔1〕}

二是卜晓颖的观点，其认为民意体现的是公民对社会及社会事务的一种评价，是一种公众参与社会生活所形成的公众意见与建议。因此，顾名思义，司法民意即指民众通过各种途径对司法领域里的法律问题进行的法律是非和价值判断，反映的是民众对其所关心法律问题的诉求。^{〔2〕}

三是周永坤教授的观点，其将“立法民意”和“大众民意”区别对待，认为二者是两个不同的事物，其中“立法民意”是人民的意志，相当于卢梭的“公意”，其适当表现形式只能是法律；“大众民意”是一种意见，它只是一种态度，相当于卢梭的“众意”，是指人们针对某个特定的论题的意见、观点、态度和看法中占主导地位的意见，但这种意见并非必须是大多数人的意见。^{〔3〕}

四是仇慎奇的观点，其在区别文本中的法律和生活中的法律的基础上，将民意与“活法”等同，认为“法律条文中的民意，都是固定下来的民意，是过去的民意，‘前人’、‘古人’的民意，因此，也可以说是人们的一种‘遗意’，是僵死的民意。而现实生活中活生生的民意才是具有最强大生命力的民意，也才最符合现实生活的实践，最适用于解决现实生活中的各种问题”。^{〔4〕}

〔1〕 顾培东：《公众判意的法理分析》，载《中国法学》2008年第4期。

〔2〕 卜晓颖：《司法民意与法官的职业化思维》，载《南昌大学学报》（人文社会科学版）2011年第5期。

〔3〕 周永坤：《民意审判与审判元规则》，载《法学》2009年第8期。

〔4〕 仇慎奇：《“案结事了”的二元论认识》，载《人民法院报》2009年4月8日。

当然,除了上述观点之外,还存在一些其他观点,但基本可以纳入前述观点之内,因此这里不再赘述。应当说,前述对于民意概念的界定各有其角度,均有合理之处,但不可否认也存在几个共性的问题:其一,民意是否只能通过公众表达,学者们尚未认真思考;其二,民意是否一定是主流意见,学者们缺乏共识;其三,民意和立法之间究竟是何关系,学界存在争论。笔者认为,这几个问题必须妥善解决,否则讨论民意是否应当回应以及如何回应都将失去基础和前提。

“法学研究中的几乎所有问题,在一定程度上都是研究方法问题”,^[1]或者研究视角问题。据此,笔者经由对民意概念相关观点的再度审视,发现既有界定在视角上均有如下相互关联的两个特点:一是静态的结果的视角,即将民意视为固定的已经成形之物,因此特别在意民意是否为多数人的意见。二是主体锚定,即几乎都将民意视为与案件不存在直接利害关系的个人或组织表达出来的意见或倾向,而将当事人和政法机关等存在直接利害关系者表达的意见排除在外。然而,事实上,一方面,民意完全可能是动态的和过程性的,比如某种意见最初也许是少数意见,但随着时间和情势的变化而成为多数意见,民意的萌芽、发展和成熟都属于民意的重要组成部分;另一方面,在民意的表达主体上,民意不仅可以由公众表达,也可以由当事人表达,甚至还可以由政法机关调查获得。

在相当程度上,可以说正是因为上述视角上的故步自封与罔顾事实,造成了民意概念界定的混乱和争论不休。因此要解决民意界定的难题,就有必要转换视角,从全新的角度审视民意。在笔

[1] 陈瑞华:《程序性制裁理论》,中国法制出版社2005年版,第1页。

者看来,这就要求摒弃主体锚定的偏见,并从动态的过程的视角审视民意和界定民意。笔者据此给刑案民意所下定义为:民意是可能得到公众普遍认可的针对刑事个案处理的倾向性意见。在这一界定中需要强调以下几点:

(1)这一概念强调的是一种可能性,因此并不保证相关的倾向性意见一定就是公众普遍认可的民意,甚至即便短期内获得了认可,也不保证其未来不会发生变化,因此这里的民意在某种程度上是绝对意义上的动态的和处于过程之中的;但是,当法律或司法以法定的形式确认了其公众普遍认可的内容时,其将获得相对的权威性和稳定性。

(2)这里的“倾向性意见”的表达主体可以是多元的,有无利害关系不构成民意表达的障碍,因此当事人、当事人家属、政法机关都可以成为意见表达和民意的来源。

(3)这里的“得到公众普遍认可”有层次之分,最高层次为立法所需要,即民意应当达到法律规定的普遍认可程度,并通过法律程序体现出来;较低层次为司法所必备,即民意只需要达到法官基于法律精神和良知认为民意达到普遍认可的程度即可,当然不同的法院级别对这种普遍认可的程度要求又会有所不同,比如最高人民法院和基层人民法院的要求自然差异会很大。

二、刑案民意的价值

对于刑案民意,当前学界质疑、担忧之声较多,而对其价值发掘不够。必须承认,很多时候“群众的眼睛是雪亮的”,刑案民意无论对于个案处理还是权利救济、权力制约均有其独特的积极意义。不仅如此,一些刑案民意本身也有其正当性,其内在的正当性