

司法改革与 中国国情研究

——征文获奖论文集



最高人民法院司法改革领导小组办公室编

SIFAGAIGE YU ZHONGGUOQUOQING YANJIU

人民法院出版社

司法改革与中国国情研究

——征文获奖论文集

最高人民法院司法改革领导小组办公室 编

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

司法改革与中国国情研究：征文获奖论文集/最高人民法院司法改革领导小组办公室编. —北京：人民法院出版社，2010. 12

ISBN 978 - 7 - 5109 - 0166 - 9

I. ①司… II. ①最… III. ①司法制度 - 体制改革 - 中国 - 文集
IV. ①D926 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 226742 号

司法改革与中国国情研究

——征文获奖论文集

最高人民法院司法改革领导小组办公室 编

责任编辑 赵作棟

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)

电 话 (010) 67550526 (责任编辑) 67550516 (出版部)
67550551 67550558 (发行部)

网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 三河市国英印务有限公司

经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16

字 数 310 千字

印 张 17.375

版 次 2010 年 12 月第 1 版 2010 年 12 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 5109 - 0166 - 9

定 价 42.00 元

版权所有 侵权必究

司法改革与中国国情研究

——征文获奖论文集

编 委 会

主 任 卫彦明

副主任 孙万胜 蒋惠岭

委 员 (按姓氏笔画排序)

方金剛 刘树德 杜 强

肖 宏 李邦友 张国香

范明志 胡夏冰

出版说明

2010年5月，最高人民法院司法改革领导小组办公室在《人民法院报》、中国法院网登载了在全国开展司法改革与中国国情研究征文活动。在这项活动中我们共收到征文80余篇，经征文组委会专家评审，评选出一等奖论文3篇、二等奖论文5篇、三等奖论文12篇。本书收录的就是这次征文评选活动中获奖的20篇论文。

通过征文形式开展司法改革与中国国情研讨的目的是希望加强司法改革基础理论研究，使我国的司法改革理论研究成果符合我国国情，以我国国情为基础进一步推进司法体制和工作机制改革，不断健全和完善中国特色社会主义司法制度。

由于我们是初次开展司法改革与中国国情研究征文评选活动，这些文章虽经有关专家进行修改，但也可能还存在这样那样的问题，敬希读者提出批评意见。另需要说明的是，这些文章表达的学术观点纯系作者个人观点。

最后感谢参与我办组织、开展司法改革与中国国情研究征文活动的所有论文作者，感谢社会各界、各有关方面的专家学者对人民法院司法改革事业所给予的大力支持。

最高人民法院司法改革领导小组办公室

2010年10月18日

目 录

直接民意与司法回应

——以刑事个案中的联名信为切入点

…………… 上海市金山区人民法院 张建国 王庆廷 (1)

民事审判流程控制研究

——以尊重司法实践的客观规律为视角

…………… 北京市第二中级人民法院 周晓冰 (14)

中国传统文化对现行司法制度的负面影响及其对策研究

…………… 贵州省六盘水市中级人民法院 李学明 (33)

承包经营权流转中损害农村土地权益问题的司法应对

——以耕地租赁纠纷处理中的利益平衡为例

…………… 上海市松江区人民法院 汤黎明 陈建伟 郑天衣 (42)

我国法院十年司法改革评析 …… 山西省长治市潞城市人民法院 陈彦芬 (68)

司法理念变迁与司法改革的路径选择

——一个制度经济学的分析

…………… 湖南省高级人民法院 张坤世 邓志伟 (82)

儒家法律思想对现代司法理念的影响

…………… 河北科技大学法学院 孙 健 申 萍 (97)

去司法化的司法之考量

——以刑事政策、刑法谦抑及其他为因素的探析

…………… 南京大学法学院 周耀虹 (108)

法院诉讼调解机制的探索与完善

…………… 北京市第二中级人民法院 赵 一 (120)

对司法权威流失现象的反思 …… 江西省安福县人民法院 彭世宇 (131)

对我国规范性司法解释的法律思考 …… 福建省高级人民法院 蔡 伟 (144)

从诉讼调解的历史沿革透视中国传统文化

- 对现行司法制度的影响 甘肃省高级人民法院 许功文 (156)
- 民俗习惯在民事审判中的认证和适用
..... 贵州省锦屏县人民法院 龙本坤 (166)
- 基层纠纷解决机制与司法的关系 安徽省当涂县人民法院 孙斌荣 (178)
- 人民法院能动司法的价值与实践路径
..... 江苏省高邮市人民法院 夏敏 (190)
- 诉讼道德化传统对我国调解制度的影响
..... 河南省浙川县人民法院 谢蕊娜 (201)
- 在利益牵动中运行的超然裁量
——民事案件简转普中法官“逆向选择”的现象解析与规制疏导
..... 上海市松江区人民法院 陈旭 (210)
- 和谐共建工作机制之实证研究
——以张家港法院和谐共建司法实践为视角
..... 江苏省张家港市人民法院 宋会谱 (226)
- 论涉法信访的司法解决路径 河南省社会科学院 刘旭 (235)
- 中国法院的金融规则创制功能研究 北京大学法学院 黄韬 (246)

直接民意与司法回应

——以刑事个案中的联名信为切入点

上海市金山区人民法院 张建国 王庆廷

引言：直接民意与间接民意

就中国国情而言，民意与司法似乎是一个永恒的话题。特别是近年来发生的“刘涌黑社会案”、“苏秀文宝马撞人案”、“农民工王斌余讨薪杀人案”、“许霆 ATM 盗窃案”、“习水官员嫖宿幼女案”等一系列案件更是将两者推上了风口浪尖。^①这在某种意义上也催发了实践和理论的双重关注，不仅最高人民法院出台了《关于进一步加强民意沟通工作的意见》（法发〔2009〕20号），而且有关人士也纷纷撰文，表达观点。

说起民意，几乎所有文章都打上了诸如“非理性”、“情绪化”、“不稳定”、“非机制化”、“难以衡量”之类的标签，^②正所谓“民意如流水”。反观现实：个案之于民意，有顺应也有悖逆，无章可循；众人之于民意，有欣喜也有担心，莫衷一是。如此一来，仿佛研究民意是“老虎吃天”，属于“大词法学”，只能进行理论上的粗糙分析，难以展开实证考察，更遑论具体而微的制度设计了。而在一定程度上，这也是目前民意研究的一个“通病”。问题的症结就在于对民意的看法太过粗糙——将民意简单理解为“民众的意愿”，甚或等同于“全民公决”。这在很大程度上是没有意义的：逻辑上是同义反复，现实中则难以实现。其实，民意并非只有一个面相，而是可以有不同的分类。其中根据对象、内容和方式的差异，可以将民意分为直接民意和间接民意。两者具有如下区别：

^① 限于篇幅，对此类影响广泛的案件不再赘述案情。

^② 宋宗明：《论民意的司法解读》，载《山东审判》2008年第6期；莫晓宇：《民意的刑事政策分析——一种双向考量后的扬弃》，载《甘肃政法学院学报》2007年第5期。

首先，在对象上，直接民意针对的是司法个案，单纯而切实地表达对个案的关注；间接民意则既可针对司法个案，也可针对司法整体，如司法改革。另外，针对个案的间接民意也往往是“移情表达”，即人们容易把长期以来形成的但平日里难以有效表达的情绪——通过迁怒或同情当事人的方式——予以集中宣泄。^①

其次，在内容上，直接民意一般明确而具体，具有清晰而集中的诉求，看得见摸得着；间接民意则往往人多嘴杂、众口难调，甚至相互之间经常发生冲突。

最后，在方式上，直接民意一般是直接向司法机关及其办案人员反映，具体有集体访、联名信、请愿书等方式；间接民意则往往通过网络评论、媒体报道、闲聊消遣等间接方式予以表达。

为了更好地进行实证考察、理论分析和制度构建，本文特选择直接民意作为分析对象，同时以刑事个案中的联名信为切入点。

一、管窥：50 个案例样本

基于条件限制，对各地法院涉及联名信的刑事案件进行全面统计几乎不可能，退而求其次，以抽样统计作为替代性手段，力求达到“有限却完整”的效果。

（一）收集与整理

为使样本更具代表性和随机性，笔者利用了百度的“高级搜索”和“普通搜索”，查阅了近千个网页，最后收集并整理出 50 个典型案例。^② 它们具有以下特点：（1）案例信息较为完整。材料比较翔实，大都包括起因、审理过程、裁判结果、当事人情况等具体信息。（2）提交对象较为固定。联名信的提交对象一般为审理案件的法院及法官，且主要是书面形式，单纯提交给非法法院单位的——如公安、检察、党委、妇联——不纳入统计范围。（3）影响程度有可测性。联名信对定罪量刑起了怎样的作用，在材料中有所表述或者能够

^① 比如很多人同情许霆是出于对银行霸权和官员腐败的不满。参见黄海啸：《ATM 案，为何民意向左法律向右》，载《大江周刊》2008 年第 5 期。

^② 具体搜索、收集和整理过程：2009 年 4 月 18 日~5 月 7 日，首先利用百度（www.baidu.com）的“高级搜索”[设置条件：（1）包含完整关键词：犯罪、联名信、法院；（2）网页时间：全部时间；（3）网页格式：所有网页和文件；（4）关键词位于：网页的任何地方]，找到相关网页约 2210 篇。经百度自动省略相似条目后剩下 533 篇，逐页查看后初步整理出 66 个案例。由于报道的选择性和时段性，案例信息大都不完整，遂又利用“普通搜索”，围绕案例搜集并查看数百个网页补充信息，最后根据整理情况及研究需要筛选出 50 个案例样本。

从中推断出来。(4) 案例地域相对广泛。既有农村的，也有城市的；既有东部的，也有中部和西部的。(5) 时间上“近年来”居多。以审理时间来看，绝大部分发生在 2000 年之后，具有大致相同的时代背景。

(二) 统计与分析

1. 涉及犯罪大多为自然犯，侵犯法益大多为人身权利

表一 涉及罪名与犯罪数量

涉及罪名	故意杀人罪	故意伤害罪	聚众扰乱社会秩序罪	非法侵入住宅罪	故意毁坏财物罪	拐卖妇女罪	玩忽职守罪	集资诈骗罪	挪用公款罪	强迫交易罪	失火罪	抢劫罪	强奸罪	绑架罪	贪污罪	受贿罪
犯罪数量	27	9	3	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1

50 个案例共涉及 16 个罪名和 52 个犯罪。^① 就罪名来看，绝大多数是自然犯——侵害或威胁法益并明显违反伦理道德的传统型犯罪，几乎没有典型的法定犯——侵害或威胁法益但没有明显违反伦理道德的现代型犯罪。^② 可见自然犯因与伦理道德的密切相关性和较低的认识门槛（往往不需要专门法律知识）更容易引起关注。而从具体案情来看，绝大多数案例都涉及情理法的碰撞。仅以故意杀人罪为例，有 18 件发生在亲属之间——这一情理法最“剪不断理还乱”的空间，占 66.7%，且情况大都类似：要么是被害人实施家庭暴力使被告人不堪忍受；要么是被害人身患重病绝症使被告人不堪重负。就法益来看，大多数犯罪侵犯的是人身权利，^③ 共计 40 件，占 76.9%。其中，有 35 个犯罪致使被害人死亡，^④ 占 67.3%。可见，与财产权利、社会秩序等法益相比，人身权利更容易引起关注，而且“人命关天”，出人命案例更是关注的焦点。

① 有两个案例分别涉及两个犯罪。

② 参见张明楷：《刑法学》（上），法律出版社 1997 年版，第 90 页。

③ 涉及故意杀人、伤害、绑架、强奸、抢劫、拐卖妇女等罪名。

④ 涉及全部故意杀人罪、绑架罪和 7 个故意伤害罪。

2. 被告人以农村村民居多，且以“小人物”为主

表二 被告人身份情况

身份	普通农民	普通市民	学生	律师	教师	矿主	企业领导	机关干部	农村干部
数量	40	7	6	1	1	1	2	3	9

50 个案例共涉及被告人 70 人。其中农村村民 49 人，占 70%；普通群众 47 人，占 67.1%。

3. 签名者大都与当事人处于同一小型熟人社会

表三 签名者与当事人的关系

关系	亲缘关系	地缘关系	业缘关系	无关系
案例数量	7 (14%)	40 (80%)	14 (28%)	2 (4%)

绝大多数联名信的签名者与当事人（被告人、被害人及其家属）有一定的亲缘、地缘或业缘关系，而且往往在同一联名信中三种关系交叉出现。此外，签名者的身份与被告人类似——大都属于草根阶层。

4. 联名信具有一定的证据性，且对被告人大都表现宽容

表四 联名信的内容情况^①

涉及内容	宽大处理	严厉惩处	反对指控	程序要求	当事人情况	案情
案例数量	32 (64%)	5 (10%)	11 (22%)	4 (8%)	19 (38%)	27 (54%)

大多数联名信由两部分组成：陈述部分和要求部分。

就陈述部分来看，^②基本上分为两类：一是“当事人情况”，主要是一些与案件无关的个人情况，如品德良好、学习优秀、工作积极、成果突出、家境困难等；二是“案情”，主要包括案件起因、犯罪动机、危害后果、被害人过错以及其他关乎定罪量刑的情况。从刑事诉讼法的视角来看，前者属于证据性材料，后者属于证据。

就要求部分来看，根据对定罪量刑的态度，可以分为四类：一是“反对指控”，即对（检察院指控或法院判决的）定罪和量刑均不认可，而是认为被告人无罪，如认为被告人的行为系正当防卫，应无罪释放；二是“程序要

^① 共有 52 件联名信，有两个案例各有两件联名信。

^② 因收集所限，一些联名信不是很完整，因此陈述部分的统计存在一定误差，实际所占比例可能更多。

求”，即对定罪和量刑均不表态，而是提出一些程序要求，如公开开庭；三是“宽大处理”，即认可定罪，但在量刑上要求从轻处罚被告人；四是“严厉惩处”，即认可定罪，且在量刑上要求从重处罚被告人。可以看出，大多数联名信对被告人表现宽容，认为被告人无罪以及需要从轻处理的共有 43 件，占 86%。

5. 联名信的作用不一，但对其积极回应的案例大都效果较好

表五 对联名信的司法回应以及相关案例的效果^①

要求		宽大处理 (32)		严厉惩处 (5)		反对指控 (11)		程序要求 (4)	
		积极	消极	积极	消极	积极	消极	积极	消极
司法回应		23 (71.9%)	9 (28.1%)	2 (40%)	3 (60%)		11 (100%)	3 (75%)	1 (25%)
案例效果	好	17		1	1		3	2	
	一般	6	8		2		5	1	1
	差		1	1			3		

根据对联名信的回应程度，可以分为两类：一是“积极回应”，即在一定程度上顺应或采纳了联名信的要求；二是“消极回应”，即对联名信的要求没有顺应或采纳。在 52 件联名信中，有 28 件得到积极回应，占 53.9%。但是不同的要求得到积极回应的比例差异极大，由低到高依次是“反对指控”（0）、“严厉惩处”（40%）、“宽大处理”（71.9%）、“程序要求”（75%）。可见定罪量刑与民意要求一定程度上呈现出负相关的趋势，即民意对定罪量刑的否定程度越高，得到的积极回应越低，反之则越高。

根据法律效果和社会效果的兼顾情况，可以将案例效果分为三类：一是“好”，即取得了法律效果和社会效果的统一，具体表现为群众满意，符合法律规定，当事人服判息诉等；二是“一般”，即案例结果符合法律规定，但是社会效果不好，比如群众不满，当事人上诉等；三是“差”，即案例结果违反法律规定，最终被改判或被证明是冤假错案。在得到积极回应的 28 件联名信中，对应的案例效果分别为“好” 20 件，占 71.4%，“一般” 7 件，占 25%，“差” 1 件，占 3.6%；在得到消极回应的 24 件联名信中，对应的案例效果分别为“好” 4 件，占 16.7%，“一般” 16 件，占 66.7%，“差” 4 件，占 16.7%。可见就总体效果而言，对联名信予以积极回应的案例要远远好于消极回应的案例。

^① 因收集所限，一些案例缺少完整判决书，故对联名信陈述部分的回应情况作省略处理。

6. 大多数联名信能够反映真实情况，但也有少数例外

表六 联名信的真假情况

类别	知悉案情 且表达真实意愿	知悉案情 但表达虚假意愿	不知悉案情 但表达真实意愿	不知悉案情 且表达虚假意愿
数量	46	1	4	1

按照是否知悉案情以及表达意愿的真假，可以将联名信分为四类：一是知悉案情且表达真实意愿，即签名者了解案情，且签名也是出于内心自愿；二是知悉案情但表达虚假意愿，即签名者虽然了解案情，但签名并非出于内心自愿——受到了误导、引诱或胁迫；三是不知悉案情且表达虚假意愿，即签名者不了解案情，签名也并非出于内心自愿；四是不知悉案情但表达真实意愿，即虽然签名者不了解案情但签名却出于内心自愿。从严格意义上来讲，只有第一类属于真实联名信，反映了真实民意，后三类则属于虚假联名信，或多或少存在虚假成分。在 52 件联名信中，有 46 件为真，占 88.5%，有 6 件为假，占 11.5%。

二、论证：直接民意的合理性

直接民意实际上是一种“地方性民意”，是部分人的意愿，但它仍然具有“天然”的合理性，进而司法也有予以回应的必要性。

（一）法治悖论的消解

法治的核心是法律的普遍性：一是意志的普遍性，即在逻辑上被推定为全体人民的意志；二是对象的普遍性，即在效力上适用于一切个人。但立法实际上是一个由着眼于私人利益的“众意”向着着眼于公共利益的“公意”转化的过程，^① 其间充斥着斗争、抵消、妥协和整合，最后出台的法律可能仅仅带上了“全体人民”的面纱，并不必然符合“一切个人”的意志。这是一个逻辑和现实的悖论，直接民主尚不能解决这一难题，更何况间接（代议制）民主走的精英主义道路——精英与大众的差异甚或对立屡见不鲜，很多情况下难以担起代表大众的重任。而在中国法治进程中，精英们远没有将自身的根基扎入“人民的土地”，“在人民中间生根、开花”，^② 与大众的差异甚或对立显得更

^① 参见 [法] 卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆 2003 年版，第 35 页。

^② 毛泽东：《关于重庆谈判》，载《毛泽东选集》（第四卷），人民出版社 1977 年版，第 1162 页。

为突出，这一点甚至在前述统计中也有明显例证。^① 这样一来，“两种民意之间的冲突——假定覆盖全体人民的规范性民意（法律）与部分人民的个性化民意”，^② 也就在所难免了。

当抽象的法律适用于具体的个案时，以联名信等方式表现出来的，被轻视、忽略甚或排斥的直接民意则有望起到消解的作用，比如具化法律的粗疏、填补法律的缺位、钝化法律的锋利、柔化法律的刚性。如果将法律比作一块布，个案比作一个人，那么直接民意和法官在一定程度上起的作用是一样的——量体裁衣，目的都是让法律恰到好处地适用于个案。

（二）历史文化的传承

在中国古代，民意对司法的影响广泛而深远。在场所设置方面，古代县衙坐堂问案的地方常悬挂两块匾额，一书“明镜高悬”，旨在体现司法公正，一书“天理国法人情”，旨在提示裁判标准。在法律思维方面，古代法官基本上是解决纠纷式的“父母官”，适用法律时重视“目的”与“情理”，依循原则为“法本原情”，断案方法为“衡情度理”，力求判决体现民意。^③ 在司法实践方面，自汉代春秋决狱以来，就存在径直依据情理裁判案件的情况，而且此类参情酌理的案件往往被传至后世，奉为楷模，为人乐道。^④

虽然经历了近代化和现代化的洗礼，当代中国的司法重心依然是“纠纷解决”，而非“规则之治”。很多地方特别是在乡土社会和熟人社会中，情理依然起着无可替代甚至决定性的作用，直接民意对于个案的介入情况也就数量更多力度更大，这从前述有关被告人和签名者的身份统计中也可得到验证。在此情形下，法官对“衡情度理”历史文化的适度传承就显得尤为重要，更何况“历史，即使是一个民族的幼年，都永远是一位值得敬重的导师”。^⑤

① 差异：在“邱兴华杀人案”和“杨佳袭警案”中，联名信的签名者大都是精英，与当事人素不相识，采用网络公开信，关注程序问题。在其他案例中，联名信的签名者大都是草根，与当事人比较熟悉，采用纸质联名信，关注实体问题。

对立：无论邱兴华还是杨佳，单从杀害无辜人员的数量看，就已突破了常人底线，而两件网络公开信分别要求精神病鉴定和特赦。

② 田飞龙：《民意、民主与司法》，载 http://article.chinalawinfo.com/Article_Detail.asp?ArticleID=46478，2009年5月19日访问。

③ 参见孙笑侠、熊静波：《判决与民意——兼比较考察中美法官如何对待民意》，载《政法论坛》2005年第4期。

④ 参见贺卫方：《司法的理念与制度》，中国政法大学出版社1998年版，第193页。

⑤ [德]萨维尼：《论立法与法学的当代使命》，许章润译，中国法制出版社2001年版，第86页。

（三）法律的开门接纳

就程序法来看，根据《刑事诉讼法》第48条规定，凡是知道案件情况的人，都有作证的义务。从前述统计来看，大多数联名信具有一定的证据性，特别是其中有关案情的陈述部分，可以说相当于法定证据中的“证人证言”，理应得到法庭的重视。从这一角度看，以联名信为代表的直接民意具有法律上的正当性，而且是法定义务。

就实体法来看，《刑法》中绝大部分犯罪的刑罚都是浮动刑，而且跨越幅度很大。以故意伤害罪为例，就涵盖了从管制到死刑的所有主刑种类。《刑法》第61条规定了量刑依据：“对于犯罪分子决定刑罚的时候，应当根据犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度，依照本法的有关规定判处。”但问题是《刑法》中除了法定量刑情节外，还有大量酌定量刑情节，而且许多法定量刑情节本身也很模糊。为了个案的精确处理，无疑需要法官的“自由”裁量——综合各类因素分析判断。直接民意显然是一个需要认真考虑的因素，因为“犯罪情节和社会危害程度”在很大程度上不单是一个客观的事实问题，还是一个主观的认定问题。同样是杀害一个人，但情节轻重和危害大小是不一样的，怎么个不一样法？民众的感觉和意愿——对于被告人的态度是“罪不容赦”还是“情有可原”——无疑是一个强有力的可测的参考标准。因此直接民意在一定意义上是“犯罪情节和社会危害程度”的具体化、事实化和证据化，是法官行使自由裁量权的重要依据。

另外，司法实践中已出现了针对特殊刑事被告人——如未成年人和拟判缓刑者——的“社会调查制度”，^①即由法院之外的机构或个人向被告人的家庭、单位、学校、居（村）委会等进行调查，然后出具有关被告人一贯表现等情况的社会调查报告，以作为法官量刑的参考依据。而从前述统计来看，联名信无疑是一份由熟悉被告人情况的人主动提交的“准社会调查报告”。

（四）个案的有限弥散

根据与当事人关系的差异，可以将签名人分为两类：一是关系人，即与当事人有亲缘、地缘、业缘等特定关系的人，他们与当事人是“共同体”关系；二是非关系人，即与当事人没有特定关系的人，他们与当事人是“社会”关系。^②个案除了法律效果——对当事人产生效力，还有社会效果——一定范围

^① 参见最高人民法院《关于审理未成年人刑事案件的若干规定》第21条，以及北京市朝阳区人民法院《关于适用缓刑宣判前社会调查的工作意见（试行）》等规定。

^② 共同体是建立在自然基础之上的群体，而社会是目的联合体。参见[德]滕尼斯：《共同体与社会》，林荣远译，商务印书馆1999年版。

内的弥散效力。一般而言，弥散效力仅限于关系人范围，即使弥散到非关系人，在程度上也远逊于关系人。这是由关系人与非关系人的差异决定的：第一，前者对当事人了解较多，后者一般“素不相识”。第二，前者对当事人命运更加关心，^①后者一般“漠不关心”。^②第三，个案的处理对前者影响较大，对后者一般“不关痛痒”。

根据经济分析法学的观点，权利要赋予那些最珍视它们的人，以实现“财富最大化”。^③同理，在非关系人的间接民意与关系人的直接民意并存的情况下，理性的司法态度是，与其回应前者，不如回应后者，这样既可发挥个案的弥散效力，又能取得更大的社会效益。

（五）比较法上的借鉴

民意与司法既是一个中国问题，也是一个世界问题。以美国为例，不仅有“辛普森案”、“焚烧国旗案”等著名的民意司法碰撞案例，^④而且最高法院会把社会舆论当作某些案件判决中必须考虑的因素，在宪法判决中也允许考虑社会的“公共意识”和“普通感情”。^⑤此外，印象中美国之所以没有频繁的民意司法冲突，很大程度上是因为“在美国司法体制中，法庭之友制度、陪审团制度和法官自由裁量权的三维组合使得民意能够充分地引入司法过程中，与司法达成一个和谐的状态”。^⑥而中国目前恰恰缺少类似一套行之有效的衔接和吸纳制度。

三、构建：司法回应的程序控制

直接民意需要司法回应，但从前述统计的情况来看，在联名信的回应与否以及程度上都表现出较大随意性，而且效果也并不尽如人意。因此，当务之急是确立回应原则，细化回应程序，构建一套机制化的、可操作的回应模式。

（一）收集

1. 原则

要坚持被动原则，即只有在直接民意“主动送上门来”时才进行收集。

① 在前述统计中，绝大多数联名信的签名者都是关系人。

② 以许霆案为例，大多数非关系人关注的方式是在网络上发牢骚，并未采取实质行动。

③ 参见〔美〕波斯纳：《法律的经济分析》，蒋兆康译，中国大百科全书出版社1997年版。

④ 参见任东来等：《美国宪政历程——影响美国的25个司法大案》，中国法制出版社2004年版。

⑤ 参见〔美〕詹姆斯·安修：《美国宪法判例与解释》，黎建飞译，中国政法大学出版社1999年版，第157页。

⑥ 向朝霞等：《民意与司法的冲突及协调》，载《长江大学学报》2007年第4期。

这样既符合直接民意的应有之义，保持其“原生态”，也有利于维护司法权威，防止法官先入为主。

2. 任务

直接民意最初到达法院时，可能比较杂乱：表达方式可能有多种，如口头的（集体访）、书面的（联名信）、电子邮件（法院的网上信箱）等；表达对象也可能有多种，如法院、业务庭、院庭领导、承办法官等。因此，收集阶段的主要任务就是将民意的内容固定、集中、明确，形成书面文字材料。收集过程也是一个整理过程，类似于前述统计的联名信内容，可以将民意内容整理为“陈述”和“要求”两大部分。其中，“陈述”部分再细化为“当事人情况”、“案情”等小部分，“要求”部分再细化为“反对指控”、“程序要求”、“宽大处理”、“严厉惩处”等小部分。

3. 流程

由于立案庭具有处理信访的职能，而“信”与“访”是直接民意的主要表达方式，因此一般由立案庭负责直接民意的材料收集，整理好后传递给承办法官。当然，考虑到效率因素，如果直接民意——比如联名信——是由律师当庭提供，则由承办法官收集为宜。

（二）甄别

1. 任务

基于直接民意的复杂性与个案的特殊性，甄别真假至关重要。与前述统计的联名信真假情况类似，按照是否知悉案情以及表达意愿的真假，可以将直接民意甄别为真实和虚假两类。其中真实的只有一种，即知悉案情且表达真实意愿。虚假的包括三种：一是知悉案情但表达虚假意愿；二是不知悉案情且表达虚假意愿；三是不知悉案情但表达真实意愿。

2. 流程

由于甄别的过程是一个辨别真假的过程，再加上直接民意具有一定的证据性，因此甄别可以纳入或者参照证据的质证认证流程来操作。操作环节也和证据一样，既可庭前甄别，也可庭中甄别。

具体来说，对于其中属于证据或证据性材料的陈述部分，在法官的主持下，根据证据的质证认证程序和标准进行甄别；对于其中的要求部分，则在法官的主导下，参照证据的质证认证程序，通过随机传唤民意表达人（如联名信的签名者）等方式进行甄别。对于要求部分的甄别原则有三个，主要围绕民意表达人展开：一是与当事人的关系，越是熟悉，真实度越高，但当事人的近亲属例外；二是对案情的了解程度，越是了解，真实度越高，但要以了解关