



西南政法大学刑法学术文库

国家社科基金项目(13BFX057)

特殊群体权利保护与犯罪预防研究中心成果



XINGFA SHIYONG GONGZHONG
CANYU JIZHI YANJIU

刑法适用公众参与机制研究

袁林 等 / 著

非
外
借

中国检察出版社



西南政法大学刑法学术文库

国家社科基金项目(13BFX057)

特殊群体权利保护与犯罪预防研究中心成果



XINGFA SHIYONG GONGZHONG
CANYU JIZHI YANJIU

刑法适用公众参与机制研究

袁 林 姚万勤 尹振国 李晓磊 王 群 / 著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法适用公众参与机制研究 / 袁林等著. —北京: 中国检察出版社, 2020. 1

ISBN 978 - 7 - 5102 - 2368 - 6

I. ①刑… II. ①袁… III. ①公民 - 参与管理 - 刑法 - 研究 - 中国

IV. ①D924. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2020) 第 003322 号

刑法适用公众参与机制研究

袁 林 等著

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区香山南路 109 号 (100144)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

编辑电话: (010) 86423704

发行电话: (010) 86423726 86423727 86423728

(010) 86423730 68650016

经 销: 新华书店

印 刷: 北京玺诚印务有限公司

开 本: 710 mm × 960 mm 16 开

印 张: 20

字 数: 331 千字

版 次: 2020 年 1 月第一版 2020 年 1 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 2368 - 6

定 价: 60.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

《西南政法大学刑法学术文库》

编辑委员会

主 任	梅传强	石经海	
委 员	李永升	朱建华	王利荣
	袁 林	高维俭	陈 伟
	姜 敏	卢有学	

总 序

七十载辉煌征程，七十载峥嵘岁月。当时光的脚步踏入 2019 年，我们迎来了新中国成立七十周年的历史性时刻。在这个洋溢着喜庆的美好日子里，全新打造的《西南政法大学刑法学术文库》（以下简称《西政刑法文库》）由中国检察出版社隆重推出，这既是庆贺新中国七十华诞和致敬新中国光辉成就的献礼，更是西南政法大学刑法学科再出发的前进号角，我们将伴随着新中国永不停息的发展脚步，迈入新征程，迎接新挑战，实现新跨越。

西南政法大学刑法学科是全国最早获得硕士学位授权的刑法学科之一，是我国西部地区第一个刑法专业博士学位授权点，早在 1995 年就被确定为省部级重点学科。在近七十年的发展历程中，西政刑法学人辛勤耕耘、默默奉献，以赵念非教授、伍柳村教授、黄观效教授、邓又天教授、董鑫教授、高绍先教授、赵长青教授、陈忠林教授、李培泽教授、朱启昌教授、邱兴隆教授、张绍彦教授、梅传强教授等为代表的一大批知名学者为刑法学科的建设和发展做出了重要贡献。改革开放以来，邓又天教授、赵长青教授、陈忠林教授、梅传强教授和石经海教授先后担任学科

带头人（负责人）。时至今日，刑法学科的专任教师已达 38 人，形成了具有良好学历、职称、年龄和学缘结构的教学科研团队；拥有重庆市首批人文社科重点研究基地“毒品犯罪与对策研究中心”，与最高人民法院、国家禁毒办合作共建了“国家毒品问题治理研究中心”，此外还有“有组织犯罪研究中心”“量刑研究中心”“特殊群体权利保护与犯罪预防研究中心”“少年法学研究中心”“金融刑法研究中心”“外国与比较刑法研究中心”等研究基地。经过几代人的薪火相传和不懈努力，西南政法大学刑法学科已经成为具有雄厚学科基础和优良学术传统、在全国发挥重要影响并且具有一定国际知名度的省部级重点学科。

科学研究与人才培养是学科建设的两翼。西南政法大学刑法学科具有数量规模庞大、年龄结构合理、学历水平优化、学缘结构合理的学科团队，他们积极投身于教学科研第一线，近年来在科研项目立项、学术论文发表、科研成果获奖等方面成绩斐然，在科学研究方面取得了优异的成绩。此外，在大力加强科学研究的同时，西南政法大学刑法学科也着力于人才培养。自 2001 年获得博士学位授权点以来，本学科已培养了近百名博士，他们活跃在法学理论和司法实务的各个领域，他们所取得的成绩在一定程度上也是本学科所取得的成绩。为此，《西政刑法文库》将立足本学科，主要出版本学科教学科研人员的优秀著作；同时，也将选择本学科培养且已经毕业的部分博士的学位论文或其他优秀学术著作出版。为了发挥《西政刑法文库》的学术价值和社会效应，体现学术丛书的性质，将采取不定期常年出版的形式，对于拟出版的著作由编辑委员会审定同意后出版，每本著作连续编号，力争将其打造成为规模较大、质量上乘、影响广泛的学术精品。《西政刑法文库》将秉承思想交流与学术创新的基本宗旨，着力打造学术精品，展示西南政法大学刑法学人形象，献礼中国刑法学术发展。

学术的生命在于争鸣，思想的火花源于碰撞。《西政刑法文库》的出版将呈现每一个作者对当下中国刑法理论与实践问题的关注和思考，为学术交流搭建一个有益的平台，用文字和思考为中国法治发展贡献自己的绵薄之力。我们期待《西政刑法文库》的出版发行能够为国内外同行了解和认识本学科提供一个窗口，也期待国内外同行能够以此为平台加强与本学科的沟通交流，国内外同行和广大读者的真知灼见将是我们进一步加强学科建设的重要力量。

将西南政法大学刑法学科发展好、建设好，是全体西政刑法学人的使命和追求。处在新时代的激流之中，在“双一流”建设的大背景下，本学科的发展也面临着诸多新的挑战，加强学科建设刻不容缓。值此《西南政法大学刑法学术文库》出版之际，诚挚欢迎学界同仁以及各界朋友一如既往地关心和支持西南政法大学刑法学科的发展建设，共同促进我国法治事业的健步前行。

《西南政法大学刑法学术文库》编辑委员会

2019年10月

目 录

CONTENTS

引 论	001
一、本课题研究的背景与价值	001
二、本课题研究的核心理念界定	003
三、本课题研究的方法与内容	012
第一章 刑法适用公众参与的变迁与事实基础	015
第一节 国外刑法适用公众参与的变迁及发展趋势	015
一、英美法系国家公众参与制度一直没有衰落	017
二、欧洲大陆法系国家公众参与制度方兴未艾	023
三、日本、韩国公众参与制度的兴起	029
第二节 我国刑法适用公众参与的变迁及走向	034
一、我国古代公众参与审判制度考察	034
二、我国民国时期公众参与审判制度考察	038
三、我国当代不同地区公众参与审判制度考察	039
第三节 刑法适用公众参与的民意呼声	043
一、影响性案件频出显示刑法适用公众参与的热情	043

二、不断涌现的地方实践反映了民众参与的诉求	049
三、问卷调查显示公众参与的强烈愿望	053
第四节 刑法适用公众参与的政治意义与要求	056
一、革命根据地时期	056
二、新中国成立至“文革”前	057
三、1978年至1998年	058
四、1998年至2017年	060
五、2018年《人民陪审员法》的出台	063
第二章 刑法适用公众参与的理论基础	067
第一节 协商民主理论发展的内在要求	068
一、代议民主的式微与参与民主的兴起	068
二、以参与为基础的协商民主需要社会公众广泛参与 ...	072
第二节 司法民主理论（思潮）发展的呼唤	078
一、司法民主的基本内涵和要求	078
二、司法民主需要落实公众参与	079
第三节 刑法治理理论兴起的回应	084
一、社会治理范式的迭新与刑法治理理论的兴起	084
二、刑法治理理论的兴起对公众参与刑法适用的要求	088
第三章 刑法适用公众参与的价值追求	092
第一节 提高刑法适用结果的可接受性	092
一、社会公众参与有助于事实的准确认定	093
二、社会公众参与有助于刑法的理解与适用	095
第二节 提升刑法适用的社会公信力	101
一、公众参与有利于实现审判独立	105

二、公众参与有利于实现司法公正	107
三、公众参与有利于实现司法公开	115
第四章 刑法适用公众参与的制度化范围	119
第一节 决策型公众参与的制度化范围	122
一、设立决策型公众参与的刑法适用阶段	122
二、决策型公众参与审判案件的类型	128
第二节 咨询型公众参与的范围	137
一、刑事司法解释应纳入咨询型公众参与范围	139
二、检察阶段应纳入咨询型公众参与范围	149
三、审判阶段可纳入咨询型参与范围	155
第三节 监督型公众参与的范围	158
第五章 刑法适用公众参与的方式及机制设计	162
第一节 决策型公众参与的方式及机制设计	163
一、人民陪审员参与审判的模式选择	166
二、我国人民陪审员参与审判方式的改进	174
第二节 咨询型公众参与的方式及机制设计	188
一、司法解释制定公众意见征求制度	188
二、法院、检察院专家咨询委员会制度	193
三、检察公开审查制度	195
四、专家法律意见书制度	203
第三节 监督型公众参与的方式及机制设计	209
一、刑事司法解释公众异议制度	211
二、人民监督员制度的不足及完善	214

第六章 刑法适用决策型公众参与的主体选任资格与程序	221
第一节 决策型公众参与的主体选任资格	223
一、域外及其他地区决策型公众参与主体资格考察	223
二、我国决策型公众参与主体的选任条件	228
第二节 决策型公众参与主体的选任程序	243
一、域外及其他地区决策型公众参与主体选任程序考察	244
二、我国决策型公众参与主体的选任程序	249
第七章 刑法适用公众参与的信息与责任保障机制	266
第一节 刑法适用公众参与信息保障机制	267
一、信息主体保障	269
二、信息内容保障	269
三、信息渠道保障	273
四、信息反馈机制	274
五、信息公开考核与监督机制	276
第二节 刑法适用公众参与责任追究机制	278
一、公众参与者的责任追究	278
二、对司法机关及其工作人员的责任追究	289
三、对其他有关单位和个人的责任追究	291
附：《刑法适用公众参与机制研究》调查问卷	294
后 记	301

引 论

一、本课题研究的背景与价值

(一) 本课题研究的背景

刑法适用（或刑事司法），是指将刑法运用于个案的活动，具体包括刑事检察、刑事审判，在我国还包括刑事司法解释。近年来刑事司法常常受到公众质疑，已成为世界各国普遍面临的问题，西方国家曾经奉行的严格规则主义刑法适用理论及制度暴露出一些严重问题，被指责为“太多的法律，太少的正义”。我国近年频出的众多热点刑事案件如“许霆案”“李昌奎案”等引起公众强烈质疑，显示出我国司法与民众存在距离，由于公众有序参与司法的制度还不健全，大多数人参与司法的形式属于体制外的参与，其不良后果即是形成舆论干预司法，司法的独立与权威受到影响。如何提升司法公信力是当今世界各国理论与实务亟需破解的一个难题。

从实践看，近几十年来各国司法改革的重要举措是构建公众参与司法的制度，保障公众实质参与司法。传统实行陪审制度的英美两国，虽然陪审率大大下降，但其改革措施则是在公众参与司法的民主性与有效性上着力，例如，英国改革了陪审的一致裁决原则，美国不断废除陪审员的限制条件、改革陪审员裁决的内容，美国联邦陪审员可以参与死刑裁决、超过半数的州法院陪审员可以参与量刑。而欧洲大陆法系主要国家公众参与制度方兴未艾，除德国和法国不断完善参审制度外，西班牙、葡萄牙等恢复陪审制度，俄罗斯建立陪审制度，长期实行职业法官制度的日本、韩国，建立了公众参与司

法的制度。我国全国人大常委会于2004年制定了《关于完善人民陪审员制度的决定》，实践中人民陪审员“陪而不审”的现象突出，影响了司法效果。与此同时，如河南省、浙江省宁波市等地区的人民法院探索人民观审团、“大陪审”等制度，人民检察院探索人民监督员制度等。十八大及十八届三中、四中全会决定明确提出“拓宽人民群众有序参与司法渠道”“保障人民群众参与司法”，为此，我国新一轮司法改革将人民陪审员制度、人民监督员制度等作为改革重点内容，作为保障公众有序参与司法的重要举措。2018年4月27日，第十三届全国人民代表大会常务委员会第二次会议通过了《中华人民共和国人民陪审员法》（以下简称《人民陪审员法》），标志着我国正式通过立法形式确定了这一改革成果。

与如火如荼的公众参与司法的制度实践相比，关于公众参与司法的理论研究却略显不足。第一，对于刑法适用公众参与的正当性问题，形成了司法精英化与司法大众化两种不同的理论观点，需要对公众参与的正当性进行理论阐述。第二，对于刑法适用公众参与的基础与根据，主要从司法民主理论探讨，从犯罪的本质及刑法的社会本位角度论证偏少，难以有力地阐明公众参与的权利来源及基础。第三，随着协商民主理论的兴起，刑法适用程序从强调对抗向对话转变，如刑事和解、辩诉交易等。缺乏公众参与的和解与辩诉交易，被称为背离了“刑事责任的正义原则”，是最不利于实现公正的制度之一（Alan Dershowitz）。第四，在我国从刑事程序法的角度探讨公众参与的范围与具体路径等，形成了外来知识与本土资源的争论，提出了移植外国的陪审制度或改造我国人民陪审员制度等诸多理论观点。第五，由于缺乏理论上的支撑，公众参与的价值目标定位存在偏差，难以合理界定刑法适用公众参与的主体、范围、路径、方式等具体操作性措施。鉴于此，本课题以“刑法适用公众参与机制研究”为主题，除引论外，分七章对公众参与的基础、价值目标、参与范围、参与方式、参与主体选任、保障机制等进行深入研究。

（二）本课题研究的价值

1. 课题研究的理论价值

（1）传统刑法适用理论以理性主义哲学为基础，坚持刑法的国家统治工具观，排斥公众参与。随着民主与法治文明的提高，传统刑法适用理论及制度模式的弊端日益显现，司法的相对封闭与神秘导致公众对司法的不信任。课题针对我国当前刑法适用公众认同度偏低及司法公信力不足的现实困

境和传统刑法适用理论的缺陷,力图运用现代哲学、社会科学等领域的最新研究成果,如人本主义理论、现代社会治理理论、现代民主理论等,阐释公众参与的刑法适用机制的理论基础、价值目标,推动刑法适用理论的发展。

(2) 引入新的理论范式和理论工具,探讨建立新型公众参与刑法适用模式的理论路径,拓展刑法适用理论的框架和解释视域,丰富刑法适用的理论体系。检讨我国刑法适用实践中存在的重要理论问题,分析现代民主理论、治理理论等对刑法适用公众参与机制的指导意义。

2. 课题研究的实践价值

目前我国公众参与刑法适用的正式制度是人民陪审员制度,路径有限且有诸多缺陷,不能有效回应公众的正当诉求,常常出现司法人员与社会公众意见对立的现象,当事人和社会公众借助媒体舆论等非制度化的方式影响刑法的有效适用。故此本课题研究具有重要的实践价值。

(1) 本课题以消解社会公众对司法的不信任,及时回应社会公众参与刑法适用的强烈愿望为基本目标,提出构建刑法适用公众参与互动协商机制的制度设计。

(2) 在理论创新的基础上拓展公众参与的正式制度的建构和路径完善,探索公众参与的理论基础、价值导向、参与范围和方式、主体类型、程序保障、沟通渠道、信息传递与反馈等机制,完善我国刑法适用公众参与制度。

(3) 通过公众参与机制的创新实现国家司法机关与公众视域的融合,提升刑法适用及社会主义法治的权威性。

二、本课题研究的核心概念界定

研究我国刑法适用公众参与机制,首先便涉及对本课题的核心概念以及核心范围的有效界定。

(一) 刑法适用的界定

研究刑法适用公众参与机制,必须首先界定何为刑法适用。

刑法是规定犯罪与刑罚的基本法律,是确定公民哪些行为是犯罪以及应受到何种刑罚处罚的法律依据,国家通过限制或剥夺公民的财产、自由甚至生命,维护良好的社会秩序,保障包括犯罪人在内的全体公民的基本人权,从而实现社会的有效治理。因此,通过科学立法、民主立法,确保刑法的科学性、合理性,是实现良法善治的当然要求和基本前提。自改革开放以来,

我国社会处于剧烈转型期，我国刑法及时回应社会变化及要求，适时地将一些严重危害社会的行为犯罪化，或将某些行为去罪化，从而发挥刑法在治理社会、促进经济社会发展中的治理功能与保障功能。自1979年刑法颁布以来，刑法的不断修改正反映了刑法为适应我国经济社会发展变化的需要不断完善。从1979年刑法颁布实施至1997年刑法，其间制定了单行刑法15个，1997年全面修订刑法之后，又制定单行刑法及修正案，对1997年刑法进行了10次修订，罪名从1979年的110个增至目前的400多个罪名。

为维护社会秩序和保障人权，刑法作为规范人们行为的基本规范，是通过划定犯罪圈的方式，给国民明示行为的刑法边界，要求人们在刑法给定的底线内行为，否则将给予严厉的刑罚制裁。因此，如果每个公民严格遵守刑法，不跨越刑法划定的边界，社会将永葆和谐有序。然而，违反刑法的现象总是大量存在：其一，为了维护社会基本秩序和尊重他人的自由与权利，必然对个体的自由与权利进行制约与限制，有的人为了更多的权利与更大的自由，侵犯国家、社会与他人的权利与自由，从而故意或过失地触犯刑法，需要特定机关依据特定程序对违反刑法的行为予以惩罚；其二，由于语言的模糊及歧义导致刑法的明确性不足，人们的行为是否违反刑法存在分歧，需要对其行为通过特定机关与程序予以确定，对确认违反刑法的行为予以惩罚，对确认不违反刑法的行为不予追究刑事责任。由此可见，刑法规范的实现包括两方面：一是公民（包括单位）自觉守法；二是特定机关强制执行。

那么，在刑法规范的实施过程中，哪些主体的哪些行为属于刑法适用？《中国大百科全书·法学》认为：法律适用是国家机关及其公职人员、社会团体和公民实现法律规范的活动。根据这一概念，法律适用包括国家机关及其公职人员、社会团体、公民个人三类，行为是实现法律规范的行为，即包括执法、司法及守法行为。通过前文的论述可知，学界对此有不同的观点，如有的学者认为只有国家机关可以作为法律适用主体；^①有的学者认为我国法律的适用主体是国家机关及其工作人员；^②有的学者则认为法律适用的主体包括所有国家机关及其工作人员、人民团体、社会组织等；^③有的学者认

① 孙国华主编：《法理学教程》，中国人民大学出版社1995年版，第416页。

② 刘翠霄：《试论法律适用的概念》，载《中国社会科学院研究生院学报》1982年第4期。

③ 刘升平：《我国社会主义法律适用的基本原则》，载《现代法学》1980年第1期。

为只有司法机关才有权适用法律,其他国家机关无权适用法律。^① 上述关于法律适用主体的争议涉及三个关键问题:一是公民与组织的守法行为是否属于法律适用?二是法律适用主体仅仅是国家机关还是包括其工作人员?三是是否一切机关及其工作人员的行为均是法律适用行为?我们认为,公民个人(包括机关、团体等单位)的守法行为不属于法律适用,法律通过确定公民的权利义务关系,划定公民行为合法与违法的边界,明确违反法律的后果,自觉守法行为只是遵照法律规范行事,不触碰法律底线时并不需要法律适用。而依照法律赋予的权力强制执行法律的机关依照特定的程序将法律具体适用于单位与个人时,其行为方能称为法律适用,因此,并不能将任何机关的任何行为均视为法律适用。而特定机关的法律适用行为必然通过其组成人员来实施,因此,法律适用应是指特定机关及其工作人员将法律适用于具体案件与个人的活动。在我国,依照刑事诉讼程序追究犯罪人刑事责任的全过程,包括立案、侦查、起诉、审判(定罪、量刑、审判监督)、刑罚执行等环节,涉及机关包括公安机关(国家安全机关)、人民检察院、人民法院、刑事执行机关。那么,是否所有机关及其工作人员追诉犯罪的活动责任的行为属于刑法适用?这需要结合各机关及其执法行为特点具体分析。

自刑法颁布实行之后,为保证刑法的实现,国家特定机关依照特定程序对涉嫌违反刑法的行为性质进行认定,并对构成犯罪的行为实施刑罚惩罚,因此,特定机关依照特定程序将刑法适用于具体案件以确定某行为是否触犯刑法、是否应给予刑罚处罚的所有活动即是刑法适用。在我国,刑事案件分为公诉案件和自诉案件,从公诉案件的追诉过程看,公安机关的侦查、提请逮捕、移送审查起诉等活动,仅是查证案件事实及提请检察机关启动追诉犯罪嫌疑人刑事责任的活动,并不直接适用刑法给予定罪处罚的问题,因而不属于刑法适用。尽管公安机关在追诉过程中,可以根据行为性质等认为不构成犯罪或虽已构成犯罪但根据法定情形不予追究,但这不属于刑法适用问题,对于前者,如果根据行为性质不构成犯罪,那么该嫌疑人的行为并不违反刑法,不存在强制适用刑法的问题;而对于后者,则是依照刑事诉讼程序而执行程序法而已。

检察机关是代表国家以强制力保障刑法实施的机关,根据侦查机关提供的证据材料,判定犯罪嫌疑人的行为是否构成犯罪,是否有逮捕必要性,并

^① 郭道晖:《法理学精义》,湖南人民出版社2005年版,第271页。

根据对其行为性质的判定或情节分别作出起诉、不起诉、暂缓起诉等决定,尽管根据我国刑事诉讼法的规定,未经人民法院审判,任何人不得被确定为有罪,确定行为人有罪的权力属于人民法院,人民检察院不具有确定行为人有罪或无罪的权力,但实质上,检察机关依法作出的起诉、不起诉或暂缓起诉的决定,是依据刑法对行为性质的判定并依法作出处理决定,人民检察院审查起诉、提起公诉的行为属于刑法适用。当然,人民检察院依法提起的抗诉也属于刑法适用。人民法院依法进行的刑事审判活动,是直接将刑法运用于个案的活动,包括一审、二审、再审、死刑复核等,皆属于刑法适用。

刑事司法解释活动是否属于刑法适用?在我国,刑事司法解释是由最高人民法院、最高人民检察院为消除各级人民法院和各级人民检察院理解与适用刑法存在的分歧从而统一定罪与量刑标准做出的具有法律效力的指导性解释,虽然司法解释仅是对刑法条文的解释,也在一定程度上属于抽象性规范,除个案批复外,本身并不直接运用于个案,但司法解释是为消除刑法运用于个案所出现的理解与解释分歧而作出的统一解释,属于刑法适用的一个重要部分,因此,司法解释应属于刑法适用。

刑罚执行是否属于刑法适用?有学者认为某种程度上讲刑罚执行也属于刑法适用,但我们认为这种观点有待商榷,刑罚执行并不是属于刑法适用范畴,而属于刑法适用的保障活动。当法院根据刑事诉讼程序将刑法具体适用于个案对行为人定罪量刑,刑法适用即告结束。而刑罚执行机关仅是依据审判机关的判决具体落实犯罪人的刑罚,因而刑罚执行本身不是刑法适用而是刑法适用后的保障活动。刑罚执行过程中的减刑、假释,则需要审判机关通过法定程序依据刑法确定,因而法院的减刑、假释活动属于刑法适用,而刑罚执行机关的报请减刑、假释,因仅是启动减刑、假释程序并不涉及刑法适用问题,不属于刑法适用问题。

由上述分析可知,刑法适用是指将人民法院、人民检察院依照刑事诉讼程序将刑法运用于个案的所有活动以及最高司法机关就如何适用刑法所作的司法解释等活动。具体而言,刑法适用公众参与的范围与环节具体包括:最高人民法院、最高人民检察院刑事司法解释制定的公众参与制度,如我国刑事司法解释制定过程中征求社会公众意见和建议;检察机关批准逮捕、审查起诉的公众参与制度,如英美法系的大陪审团制度、日本的检察审查会;人民法院个案审判(决定被告人是否有罪)的公众参与制度,包括定罪、量刑、刑罚执行过程中的变更及刑事申诉、再审中的公众参与制度,如国外的