民意和审判

在法治社会中的良性互动

Positive Interaction Between Public Opinion
and Court Decision in the Law-ruled Society

陈　杰◎著



中国政法大学出版社

作者简介



陈　杰　浙江警察学院教师，浙江大学法学博士，华东政法大学博士后，研究方向为法学方法论和法律经济学。

民意和审判在法治社会中的良性互动

陈　杰　著

中国政法大学出版社

2019・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（CIP）数据

民意和审判在法治社会中的良性互动/陈杰著.—北京：中国政法大学出版社，2020.8
ISBN 978-7-5620-6383-4

Ⅰ.①民… Ⅱ.①陈… Ⅲ.①审判－研究－中国 Ⅳ.①D925.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2020)第 077659 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　010-58908285(总编室) 58908433 (编辑部) 58908334(邮购部)
承　　印　固安华明印业有限公司
开　　本　880mm×1230mm　1/32
印　　张　11
字　　数　275 千字
版　　次　2020 年 8 月第 1 版
印　　次　2020 年 8 月第 1 次印刷
定　　价　49.00 元

序 一

PREFACE

民意与审判的紧张关系由来已久，但理论界真正重视这个问题，肇始于我国司法职业化改革。随着中国法治水平不断提升，昔日盛行于公共广场之上的大众化审判已因欠缺正当性而成为过去。然而，随着互联网自媒体的高度发达，民众对司法的关注和议论达到前所未有的程度，司法机构开发利用网络信息新技术促进公开透明的程度也达到了令世界同行吃惊的程度。面对这种情况，引起学界热议，相关理论作品也不断涌现，但对该现象的评价却褒贬不一。到目前为止，“民意与司法的关系”是个值得进一步深思的问题。

陈杰博士在攻读博士研究生期间，与我一起讨论“民意与司法的关系”问题，并将该主题确立为研究方向并撰写博士论文，本书的初稿即成型于此。毕业后，他又对此继续作了多年研究，对该博士论文的内容作了许多补充和改进。

针对司法判决与民意趋同何以可能这一问题，作者分别从两方面加以考量：其一，外在条件是法律的不确定性；其二，内在条件是法官的判断选择。后者是这一现象的直接原因。作者借鉴了波斯纳的法官效用函数模型，结合我国制度环境，由裁判者个体行为这一微观视角扩展至诸多影响因素，对承载民

意的判决的形成过程进行了较为详细的剖析。从书中的论证可以看出，作者意识到，兼顾职业性与平民性是中国司法审判诸多焦点中的一个突出问题。他并未像一些研究那样，对所有趋同民意的审判一概加以批判，而是以法官动机为基准，对这些判决进行了公正与否的区分。本书认为，即使判决与民意一致，也并不表明法官是在无原则地迎合民意。在经由一系列审慎思考后，只要法官真诚地认为应当如此判决，其结果仍不失为公正。在舆情案件中，法官得以反思平衡的前提是它不为任何外力所操控。因此，我国依法独立审判制度的改进和完善对于民意和审判在法治社会中的良性互动具有重要意义。

作者的研究较多关注美国学者，在他们那里，从法官行为切入民意和审判的理论成果十分丰富。但是，中美两国不同的法律社会背景可能会削弱书中的一些论证。一方面，美国公众对审判的介入不似中国这般频繁，多发生在关涉经济政策、道德争议和种族问题的疑难案件中。这些案件的判决常常与公民宪法权利相关，而且是通过司法审查创设权利和自由的案件，如：女性堕胎权、同性恋权利、宗教信仰自由和保护犯罪嫌疑人正当权利等。并且，一些为美国所特有的制度，诸如法庭之友，在缓解民意与司法的对立中发挥着积极作用。与之相比，中国社会并不具备这些制度条件。此外，美国司法的普通法传统、判例法技术、法官推理的形式性较弱等因素，都与中国不同。中国有信奉成文法的传统，法律解释已由权威机构给定的前提下，法官审判通常不像美国法官那样对规则大前提有自主性和能动性。尽管偶尔会出现一些实质性考量案件，但较强的形式性约束却始终是审判方法的常态。因此，本书特地涉及法律的不确定性研究，是有其理由的。

除了司法的专业性和民主性之外，我们的司法活动充满了

类似的张力，比如，专业权威与人民本位、司法被动与司法能动、法律效果与社会效果。而这些针尖对麦芒的一一对应的矛盾或关系，又与“司法形式正义与司法实质正义”的紧张关系有什么样的联系？西方对正义观的看法是，司法应当对诉讼作出“终局裁断”，具有终局性，不模棱两可的“一刀切”。在中国，正义观又常常伴随着情理、民俗、观念、精神，它们交织或纠缠在一起，成为我们许多人的思维和行事方式。这是我们不得不考虑的一个“地方性”知识，值得今后共同继续研究探索。

受陈杰博士的盛情邀请，在其新作出版之际，匆匆写上这几段话，以表祝贺之意。

孙笑侠

2020 年 2 月于上海

序　二

PREFACE

舆论与司法、民意与审判之间的复杂关系，几乎是所有国家都难以回避的问题，只是它在中国表现得更为复杂而已。在中国法治化进程不断加快的今天，民众关注司法、监督司法的热情也不断高涨，并成为学术研究的热点问题之一。

作者基于自己的职业经验和专业基础，一直对民意和审判的关系颇有兴趣，也有较深入的研究。在进入华东政法大学博士后流动站之后，作者对该领域的研究进行了拓展和深化，本书就是他深入研究成果的具体呈现。

在本书中，作者从“民意审判在法治背景下如何可能”这一问题入手，梳理了一些代表性的典型案例、分析了个案中法律适用特征，并最终落脚于法官的裁判行为。作者认为，判决符合民意，盖因宏观层面法律制度的不确定性和微观层面法官的经济理性选择，且通过构建中国法官的效用函数模型来深入阐释。法官效用函数模型反映了裁判者在审理案件之际的矛盾心理：既追求个人利益，亦欲实现公共利益。一个公正的审判，是法官在动机上追求公共利益实现下的判决。而公益动机的形成和持续，依赖于裁判者所处的超然地位。因而，作者给出的结论是，在法治背景下，舆情案件的公正审判有赖于依法独立

审判制度的完善。

作者的研究不仅思路清晰、逻辑连贯，而且还在参考当代美国学者研究成果的基础上对我国法官的审判行为进行了鞭辟入里的分析。作者认为，在法律不确定的前提下，判决结果实际上是法官的一种选择。从经济学视角来看，个人在作出选择时的动机常常是最大化自身效用，我国法官亦不例外。因此，判决趋向民意，可能出自法官对诸如晋升、收入、闲暇和荣誉等利己因素的考量。当然，法律制度的不确定性在普通法背景中要更为突出，而反观我国审判，尽管不确定性在一定程度上存在，但不可被过度夸大。此外，书中的法官效用函数，在很大程度上借鉴了波斯纳的理论，而波斯纳的模型构建多以上诉法院法官为原型。我们权且不考虑国别差异，不同层级的法官在审理案件时也有着不同考量，因此，反映法官动机的效用函数变量应当有所区别。对这些问题，期待作者在今后的研究中予以深化。

无论如何，作为一名警校教师，能够对理论研究具有浓厚兴趣，进行深入探索并撰写学术著作，这无疑是值得肯定和鼓励的。希望作者能够再接再厉，在收集整理实践素材的基础上，有更多理论提炼和学术贡献。是为序。

华东政法大学　马长山

2020 年 2 月 28 日于上海松江

摘 要

ABSTRACT

近年来，社会公众介入审判在我国司法实践中频繁发生，由此形成一个并不严格的语用概念——“民意审判”，其指涉法院判决与公众意见高度趋同的经验现象。由于触及裁判客观性、司法改革方向以及法治中国建设等一系列重大问题，民意审判现象引起理论研究的高度关注。本书旨在从法律制度和法官行为层面揭示这一现象发生的原因，并基于法治立场探寻民意和审判如何实现良性互动。

民意审判中的“民意”是民众关于判决的意见表达。由于社会公众并不握有制约司法的权力，民意审判何以可能的疑问被提出。通过剖析典型案件，“司法民主”和“个案正义”与民意的关系被逐一审视。尽管民意可依托二者在特定条件下成为裁判的辅助性理由，但它们都不能超越法律单独成为判决的运作性理由。然而，在民意介入前后，同一案件的不同“依法判决”显示出法律的不确定性，它是民意审判的外在条件。

对法律确定和不确定的过分强调，分别被哈特称作“高贵的梦”与“惊人的梦”，法律形式主义和后现代法学是法律确定性理论光谱中的两极。一方面，确定性是法治基石，坚守确定性是出于对法治的捍卫。另一方面，法治本身却具有多重含义，

实质观点下的法治可以容纳不确定性。从审判来看，不确定性就是个案中的法律问题存在多个解答。德沃金的“唯一正解”虽然论证精巧，却每每与事实龃龉。语义模糊的法律规则、价值无法公度的法律原则、不成文法律渊源的司法适用、多元法律解释和论证标准等，都会引发不确定性。

在法律不确定前提下，判决结果实际上是法官的一种选择。在经济学所设定的条件下，审理案件的法官可被视作追求自身效用最大化的经济人。理性经济人假设在古典时期被提出，于新古典时期得到完善，并且是现代经济学的逻辑起点。法官最大化自身效用可以通过效用函数模型直观展现。借鉴美国学者波斯纳的理论成果并考虑我国法官所处实际环境，晋升（Elevating）、收入（Income）、闲暇（Leisure）、荣誉（Honor）和公益（Commonweal）被确立为我国法官效用函数的五个变量，它们与法官效用（U）正相关：U=U（E，I，L，H，C）。根据这一模型，当公众介入审判之际，通常存在着与民意一致和不一致的两种可供法官选择的判决。由于法律的不确定性，两种判决都能在形式上获得法律支持，但与民意一致的判决能够增加五个效用函数变量值，进而促成法官效用最大化。一旦法官作出前一选择，民意审判现象随即发生。

法官效用最大化的分析虽然清晰，却有失偏颇。从事实层面看，一个理性经济人并非纯粹利己，其也会顾及他人。因而，“理性自利”的心理状态能够与利他目的兼容。从效用函数模型看，公益变量蕴含了法官行为的利他性。将法官心理状态纳入考量后，所有判决与民意符合的案件可被划分为公正与非公正两种类型，它们分别形成于法官主动运用法律方法和被动遭受压力逼迫两种情境。鉴于专业能力和认知水平所限，公正审判的重心不在案件结果，而在法官动机，即，法官是否真诚地相

信自己应当如此判决。对法治而言，两类审判分别具有不同意义。

民意审判肇始于社会公众对审判的介入，并以审判结果趋同民意告终。“介入”和“趋同”，是民意审判现象的两项基本要素。探寻二者的因果关系及连接方式，有助于启动对片面肯定或否定的反思。将民意审判案件置于更大的案件样本背景中便可发现，法官的行为决定了“介入”和“趋同”是否连接以及如何连接，行为背后的公正动机对法治在司法环节的实现至关重要。当法官免于任何外在压力时，追求公正是其自然倾向。因此，在法治社会中，实现舆情案件的公正审判首先呼唤一个拥有自由意志的法官。民意与审判良性互动的先决条件是依法独立审判。

然而，依法独立审判制度并非孤立存在，它是社会整体系统中的一项子系统。因此，在改进之际就不能不考虑系统整体与部分、部分与部分之间的协调适应。从宏观上处理与领导关系，到中观上定位法院还是法官独立，直至微观上斟酌安排法院管理细节，进一步释放依法独立审判的制度能量仍面临一系列难题亟待解决。

目 录

Contents

第一章　绪　论 / 001

第一节　研究背景 / 001

第二节　文献回顾 / 016

第三节　研究内容 / 026

第二章　民意审判何以可能 / 035

第一节　介入审判的民意 / 035

第二节　民意审判现象剖析 / 068

第三节　不同的“依法判决” / 087

第三章　民意审判的外在条件：法律的不确定性 / 102

第一节　从“高贵的梦”到“惊人的梦” / 102

第二节　实质法治中的不确定性 / 120

第三节　司法审判的不确定性 / 134

第四章　民意审判的内在条件：法官的理性选择 / 167

第一节　理性经济人假设 / 168

第二节　作为理性经济人的法官 / 179

第三节　法官的效用函数模型 / 193
第四节　法官的理性选择 / 232

第五章　民意审判的两种类型 / 251
第一节　公正审判 / 251
第二节　运用法律方法采纳民意 / 265
第三节　迫于外在压力迎合民意 / 277

第六章　民意审判与法治 / 285
第一节　民意审判的澄清 / 286
第二节　法治内涵的界定 / 295
第三节　民意和审判的良性互动 / 306

结　语 / 310

参考文献 / 315

后　记 / 330

第一章
绪　论

第一节　研究背景

一、问题背景

近年来，随着各种先进传媒技术尤其是互联网信息技术的普及，司法个案的相关信息能够迅速传播开来，并受到社会公众的广泛关注。然而，社会公众并不满足于对这些信息的被动接受，在一些案件中，他们还积极发表对于司法审判及判决结果的观点和意见。广播、电视、报纸和互联网媒体等为这些意见的互动和交流提供了宽广的平台，原本分散和异质的个体意见在不断扩散和聚集的交错循环中逐渐凝聚成相对一致的看法，形成了关于审判的民意。

民意对审判的影响在一些案件中表现得十分明显，有学者将张学英继承案、许霆案、南京彭宇案、杨佳案、杭州飙车案、邓玉娇案、“我爸是李刚”案、药家鑫案、李昌奎案和天价过路费案并列为十大经典涉诉舆论案例。〔1〕其中，判决结果高度趋向公众意见的，谓之“民意审判”。〔2〕民意审判的潜在逻辑是，

〔1〕 参见周安平：“涉诉舆论的面相与本相：十大经典案例分析”，载《中国法学》2013 年第 1 期。

〔2〕 学者们使用不同语词来指涉这一现象，如“民意裁判”“民意干预司法”“舆论裁判”以及“舆论法庭”等，但“民意审判”更为常见。

如果没有受到公众的关注，这些案件的判决结果将会有所不同。[1]在上述案件中，张学英继承案、许霆案和李昌奎案是典型的民意审判。

1. 民意审判与各类观点

在司法中出现的民意受到我国官方的高度重视，保障人民群众参与司法并在审判中发挥积极作用几乎成为各级党政机关的一致论调。最高人民法院原院长王胜俊大法官曾强调，各级人民法院要不断总结经验，创新形式，按照科学、畅通、务实、有效、便捷的要求，进一步拓宽民意沟通渠道，广泛深入地了解把握社情民意以确保人民法院各项决策顺应群众要求。最高人民法院《关于进一步加强民意沟通工作的意见》明确要求，各级人民法院加强对民意的考察和吸纳。最高人民检察院原检察长曹建明也曾在“最高人民检察院工作报告”中指出，最高人民检察院“重视接受舆论监督，把互联网等媒体作为听民声、察民意的重要渠道，建立涉检舆情收集、研判机制，主动回应社会关切。”《中国的司法改革》白皮书中写道：“中国司法改革始终坚持从国情出发，既博采众长、又不照抄照搬，既与时俱进、又不盲目冒进；坚持群众路线，充分体现人民的意愿，着眼于解决民众不满意的问题，自觉接受人民的监督和检验，真正做到改革为了人民、依靠人民、惠及人民……”十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》更是明确提出要“保障人民群众参与司法”。

然而，对待此类民意的态度在学者那里并不统一。一些学者对民意审判现象深恶痛绝，他们认为，无论从哪一方面考虑，

〔1〕 参见何海波：《实质法治：寻求行政判决的合法性》，法律出版社 2009 年版，第 389 页。

民意都不是法律，它不应当干预和影响司法。[1]首先，民意的性质和特点使其不应成为判决依据。民意具有情绪与癫狂的非规范性、多元与多变性，获得信息不全、后果导向的思维方式以及容易被操纵的特征，它们都同理性判决相抵触。其次，民意对审判的干预违反了法治原则。这一干预不但破坏了法律的权利义务体系和法的安定性，在刑事审判中更是违反了罪刑法定原则，并且还会助长法官的专横。最后，民意审判违反现行《中华人民共和国宪法》（以下简称《宪法》）第131条规定的审判元规则，即审判应当依照法律。

另一些学者则对民意审判持积极态度，[2]他们也给出了相应理由。首先，民意进入审判有助于法官正确认定事实。法官受其自身单一知识结构所限，可能会在案件的事实认定，尤其是涉及专业知识的事实认定方面出现偏差。来自各个生活领域的公民意见可以有效弥补法官专业知识的不足。其次，民意可

---

〔1〕 反对民意干预司法的论述详见伍柳村、左振声："民愤能否作为量刑的依据"，载《法学研究》1989年第4期；周永坤："民意审判与审判元规则"，载《法学》2009年第8期；周永坤："定罪量刑不宜考量民愤——从情绪的司法走向理性的司法"，载《审判研究》2005年第1期；陈景辉："裁判的可接受性概念之反省"，载《法学研究》2009年第4期；冀祥德："民愤的正读——杜培武、佘祥林等错案的司法性反思"，载《现代法学》2006年第1期；孙万怀："论民意在刑事司法中的解构"，载《中外法学》2011年第1期；徐阳："'舆情再审'：司法决策的困境与出路"，载《中国法学》2012年第2期。

〔2〕 认为司法应当吸纳民意的论文详见：熊秋红："司法公正与公民的参与"，载《法学研究》1999年第4期；支起来、童颖颖："司法的平民意识及其制度建构"，载《法律适用》（国家法官学院学报）2001年第12期；周光权："论刑法的公众认同"，载《中国法学》2003年第1期；谢新竹："论判决的公众认同"，载《法律适用》2007年第1期；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；郭永庆："量刑中民意导入机制研究"，载《法律适用》2009年第11期；牟爱华："司法的公众参与：司法回应民意的原则与机制"，载《江汉大学学报》（社会科学版）2015年第1期。