

刑法论丛

CRIMINAL LAW

REVIEW VOL. 16

◆ 赵秉志 / 主编

◆ 北京师范大学刑事法律科学研究院 / 主办

本卷要目

死刑专栏

【许发民 徐光华】

刑法解释中的民意考量
——以死刑案件为视角

【袁 彬】

我国民众死刑基本观念实证分析

中国刑法

【刘艳红】

行政犯罪视野下的国家工作人员犯罪

【王 超】

刑事一体化视野中的警察作伪证问题

外国刑法

【乌尔里希·齐白 著 周遵友 译】

刑法的边界

——马普外国与国际刑法研究所

最新刑法研究项目的基础和挑战

比较刑法

【王秀梅 杜邈】

我国港澳台地区反恐怖立法比较研究

国际刑法

【宋健强】

被告人 vs. 检察官和被害人：谁的“正义”最重要？

——ICC第一案“中止审判”启示录

区际刑法

【赵秉志 徐京辉】

澳门刑事司法协助制度及其完善

犯罪学与刑事政策

【田鹏辉】

刑事被害人社会保障制度的时代价值及构建



第16卷

刑法论丛

CRIMINAL LAW

REVIEW VOL. 16

■ 高铭暄 / 学术顾问

■ 赵秉志 / 主 编

■ 阴建峰 / 主编助理

■ 袁 彬 张 磊 魏昌东 / 专业编辑

■ 北京师范大学刑事法律科学研究院 / 主办

中文社会科学引文索引 (CSSCI) 来源集刊



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑法论丛. 第16卷 / 赵秉志主编. —北京: 法律出版社,
2008.12
ISBN 978-7-5036-8965-9

I. 刑… II. 赵… III. 刑法—文集 IV. D914.04-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第169067号

© 法律出版社·中国

刑法论丛第16卷

赵秉志 主编

责任编辑 孙东育

装帧设计 李 瞻

开本 A5

版本 2008年12月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 14.5 字数 413千

印次 2008年12月第1次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-8965-9

定价:36.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

〔死刑专栏〕

- | | | |
|----|--------------------------------|---------|
| 1 | 刑法解释中的民意考量
——以死刑案件为视角 | 许发民 徐光华 |
| 32 | 我国民众死刑基本观念实证分析 | 袁 彬 |
| 50 | 论死刑政策与死刑司法控制 | 马松建 |
| 62 | 死刑废除价值论 | 王水明 |

〔中国刑法〕

- | | | |
|-----|--|-----|
| 73 | 江泽民同志刑事法律思想研讨 | 彭新林 |
| 103 | 刑法立法的群体本位性与个体本位性 | 魏昌东 |
| 146 | 论刑法的趋同与相关概念之关系 | 叶小琴 |
| 168 | 论未成年人犯罪行为的出罪化
——评最高法[2006]1号司法解释的几项
出罪规定 | 刘伟丽 |
| 182 | 行政犯罪视野下的国家工作人员犯罪 | 刘艳红 |
| 219 | 刑事一体化视野中的警察作伪证问题 | 王 超 |

〔外国刑法〕

- 237 刑法的边界
——马普外国与国际刑法研究所最新刑法
研究项目的基础和挑战
..... 乌尔里希·齐白著 周遵友译

〔比较刑法〕

- 276 我国港澳台地区反恐怖立法比较研究
..... 王秀梅 杜 邈
293 不定期刑的历史命运 张洪成

〔国际刑法〕

- 331 被告人 vs. 检察官和被害人:谁的“正义”最重要?
——ICC 第一案“中止审判”启示录 宋健强

〔区际刑法〕

- 356 澳门刑事司法协助制度及其完善 赵秉志 徐京辉

〔犯罪学与刑事政策〕

- 395 轻罪刑事政策视野下的我国刑罚制度改革
研究 田兴洪
441 刑事被害人社会保障制度的时代价值及
构建 田鹏辉

CONTENTS

[Special Column for Death Penalty]

The Attitude toward Public Opinions in the Course of the Interpretation of Criminal Law	Xu Famin Xu Guanghua	1
The Statistic Analysis of Basic Public Opinions of Death Penalty in Our Country	Yuan Bin	32
On the Policy of Death Penalty and Judiciary Control over Death Penalty	Ma Songjian	50
On the Abolishment of Death Penalty form the Axiology	Wang Shuiming	62

[Chinese Criminal Law]

Research on Comrade Jiang Zemin's Thought of Criminal Law	Peng Xinlin	73
The Nature of Group Orientation and Individual Orientation in Legislation of Criminal Law	Wei Changdong	103
On Relationship between Convergence of Criminal Law and Relevant Concepts	Ye Xiaoqin	146
The Non-crime of Juvenile Delinquency	Liu Weili	168
The Crime of State-Workers in the View of Administration Crime	Liu Yanhong	182
Policeman's Perjury from the Perspective of the Integrated Criminal Science	Wang Chao	219

[Foreign Criminal Law]

The Boundary of Criminal Law

- The Basis and Challenge of New Project of Max and
Planck Institute for Foreign and International Criminal
Law Prof. Dr. Ulrich Sieber Trans. By Zhou Zunyou 237

[Comparative Criminal Law]

Comparative Study on Anti-terrorism Legislations among

- Hong Kong, Macao and Taiwan in China
..... Wang Xiumei Du Miao 276

The Historical Destiny of Aperiodicity Penalty

- Zhang Hongcheng 293

[International Criminal Law]

Defendants v. the Prosecutor and Victims; Whose

“Justice” is the Greatest One?

- An Enlightenment from the “Halt” of the First
Case of ICC Song Jianqiang 331

[Inter-Regional Criminal Law]

Macao's Criminal Justice Assistance System and Its

- Perfection Zhao Bingzhi Xu Jinghui 356

[Criminology and Criminal Policy]

Improvement of Penal System of China in a Perspective

- of Light Offense Criminal Policy Tian Xinghong 395

Time Value and Construction of the Criminal Victim

- Social Security System Tian Penghui 441

〔死刑专栏〕

刑法解释中的民意考量^{*}

——以死刑案件为视角

许发民^{**} 徐光华^{***}

目 次

- 一、民意在刑法解释中的必要性
- 二、民意的不合理性分析
 - (一)民意的非理性
 - (二)民意内容的不合理性
 - (三)民意的难测量性
 - (四)民意的非制度化
- 三、刑法解释与民意之关系辨析
 - (一)立法、司法的职业性与民意的朴实性
 - (二)民意与罪刑法定
 - (三)民意与刑法的冲突及其解决
 - (四)民意与我国的现实
- 四、制度构建与民意

* 本文系教育部“新世纪优秀人才支持计划”项目。

** 武汉大学法学院教授、博士生导师。

*** 江西财经大学法学院讲师,北京师范大学刑事法律科学研究院博士后研究人员。

(一) 我国的处理模式

(二) 美国的处理机制

(三) 对比及借鉴

所谓民意,又称为民心、公意,是指大多数社会成员对与其相关的公共事务或现象所持有的大体相近的意见、情感和行为倾向的总称。^①由于受中国传统法律文化的影响,从古至今,民意一直影响着我国的司法裁判,进而形成了中国式的司法裁判方式——裁判的可接受性。裁判的可接受性要求法院在判决时,首先考虑的不是判决的正当性、合理性、合法性,而是社会的可接受性。^②正如有学者所指出的,“审判领域被转化为这样的问题,即司法利用民意以及司法被民意驱使这两个关系。中国古代没有出现职业化法官,在其审判过程中没有形成职业化的思维方式,而是采用平民化、大众式的思维方式,其实质在于用大众思维来制作判决,力求判决能够体现民众的意愿,即民意取代了职业思考。这种传统一直延续到现代中国。”^③但在当今社会,司法已经逐步走向职业化、规范化的轨道,在此种情形下,在司法过程中,尤其是在涉及被告人生命的死刑案件中是否应该考虑民意,在何种程度上考虑民意,这一问题,刑法理论与实务中均存在不同的观点,这将直接涉及具体案件的处理结果。并且,随着当今传播媒介的发展,民意已经成为一种强有力的力量影响着司法者,司法者在刑法适用中如何处理民意,特别是在关乎当事人的生命的刑罚——死刑这一问题下,弄清民意与死刑适用之间的关系显得尤为重要。我国的刑事司法实践中,对于死刑案件与民意之间的关系,表现出了不一致性,有的案件,司法顺应了民

① 参见张隆栋:《大众传媒学总论》,中国人民大学出版社1997年版,第429页。

② 参见向朝霞、吴权平:“民意与司法的冲突及协调”,载《长江大学学报》(社会科学版)2007年第2期。

③ 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5期。

意,如沈阳黑老大案件、张金柱汽车撞人案件,当事人被判处死刑,在很大程度上是基于民意;有的案件则没有顺应民意。

任何司法制度,都存在错误判决的可能性,哪怕这种制度已经确定无疑。但如果对于当事人的错误是由于“民意”的干预所引起的,则有必要对此种民意的处理机制进行检讨,使其免受不当的“民意”的左右。正如有学者所指出的,如果错案的缘起既不是司法人员的一时疏忽,也不是司法运作的偶然偏差,而是基于一种“民愤”的差使,那么,就有必要解读民愤的缘起与扩张,探究民愤的感性与理性,评判民愤的虚假与真实。这是因为,社会公众在认定“犯罪人”的行为是否构成犯罪以及应当重判或轻判上所依据的是感性的道德判断标准,与司法裁判所应当依据的理性的法律标准无疑会存在冲突。^① 刑法的适用过程实质上就是刑法解释的过程,因此,在刑法解释中对于民意采取何种姿态就显得尤为重要。

一、民意在刑法解释中的必要性

民意,从规范意义上讲,就是指作为非统治群体的广大公众的利益诉求。按照西方公共政策学者戴维·伊斯顿的观点,在现代民主国家,民意即群众性利益输入与表达,是政治系统正常运作和做出合理输出行为的基本前提条件,也是民主政府政策输出的基本“原料”来源。^② “政治意志形成过程——其组织形式为政府立法部门——如果隔阻自主的公共领域的自发源泉,如果切断与自由流动在结构平等的民间领域中的主题、建议、信息和理由的联系,就会破坏使它能合理运作的那个市民社会基础。”^③ 法律,包括刑法,本身就是来源于生活的,其最终

① 参见冀祥德:“民愤的正读——杜培武、余祥林等错案的司法性反思”,载《现代法学》2006年第1期。

② 参见[美]戴维·伊斯顿:《政治生活的系统分析》,华夏出版社1999年版,第429页。

③ [美]P. 诺内特、P. 塞尔兹尼克:《转变中的法律与社会:迈向回应型法》,张志铭译,中国政法大学出版社2004年版,第103页。

的目的也是为了服务于人民。在刑法解释(适用)的过程中考虑民意,是纸面上的刑法走向实践的必要之举。将民意转化到具体的法律适用过程中,“有助于国民将刑法由他律的外在的东西内化为自律的内在的东西,增加国民的法规范情感和刑法认同感”。^①同时,民意也是对具体案件的社会危害性大小评判最为直接的指示器。正如有学者所指出的,“民意正是民众对犯罪严重程度的综合反应,在民意没有被误导的情况下,如果民意倾向于判处犯罪分子死刑,很可能是罪刑极其严重的表征;如果民意强烈倾向于不判处犯罪分子死刑,则很可能意味着其犯罪性质、主观恶性等犯罪情节或人身危险性尚未达到极其严重的程度。”^②一个与公众普遍的正义情感、共同意识、集体良知背道而驰的刑事政策与刑法制度必然会为公众所唾弃。试想,在一个全体人民对恶性案件漠不关心的社会里,怎么可能构筑起刑事法治的参天大厦?民愤中所包含的健康的愤恨情感是实现刑事法治不可或缺的动因。反过来,“在一定程度上说,民愤是否得到平息,是社会公正实现程度的一个尺度,也是刑罚目的实现程度的一个标志。”^③

立法的过程,在很大程度上就可以说是民意的参与过程。而司法是立法内容的具体化,在司法的过程中考虑民意是必要的。法国近代著名政治思想家托克维尔对民意在整个法律体系中的地位与功能予以了高度评价,他指出:“法律只要不以民情为基础,就总要处于不稳定的状态。民情是一个民族的唯一的坚强耐久的力量。”^④“在制定刑法时必须考虑的是国民的欲求。当看到要求制定刑法的国民的欲求已产生时,立法者就必须制定刑法。反之,不顾国民并没有要求制定刑法而制定刑法,这就不正确了。”^⑤从我国刑法分则对于具体犯罪的规定来看,对于哪些犯罪应当判处死刑,何种情形判处死刑,均是体现了民意

① 梁根林:《刑事政策:立场与规范》,法律出版社2005年版,第270页。

② 左坚卫:“民意对死刑适用影响的辨析”,载《河北法学》2008年第2期。

③ 陈兴良:《刑法适用总论》(下卷),法律出版社1999年版,第337页。

④ [法]托克维尔:《论美国的民主》,黄果良译,商务印书馆1996年版,第315页。

⑤ [日]西原春夫:《刑法的根基与哲学》,顾肖荣等译,三联书店上海分店1991年版,第86页。

的。例如,对于人们观念中危害性极大的故意杀人罪,人们还存在“杀人偿命”的观念的情形下,故意杀人罪的死刑便成为首先的刑罚;而对于民愤较小的诈骗罪,刑法便没有规定死刑;对于危害性不大的盗窃罪,也仅在特定的情形,如盗窃金融机构,数额特别巨大,或者盗窃珍贵文物,情节严重的情形下,才设置了死刑,并且,死刑与无期徒刑共同作为选择的刑种。20世纪80年代以来,限制、废除死刑的运动进入了一个全面发展的新阶段,成为一股席卷全球的刑事政策运动与刑罚改革潮流。^①从世界各国的刑法规定来看,虽然有些国家在废除死刑问题上还存在一定的反复,但应当说,绝大多数国家在立法上均是朝着限制、废除死刑的立法过渡。在司法实践中,刑罚轻缓化已经成为刑法人道主义的一个重要表现,对于在立法中规定了死刑的国家,刑法实践中对于死刑判处均十分慎重,并且,在完善相关的程序,防止错杀、滥杀,实践中判处死刑的数量也在呈逐渐下降的趋势。这一点,与社会文明、进步,民众对犯罪的宽容不无关系。即使是在社会治安状况恶化的情形下,实际执行死刑的数量有所上升,这仍然说明,民意在其中起着重要的作用。对于我国而言,同世界上多数国家对死刑的态度一样,应当逐步限制、废除死刑。但对于哪些具体犯罪应当先废除死刑呢?不能说不应当考虑民意。例如,对于经济犯罪、财产犯罪,民意并非强烈要求对该类犯罪判处死刑,在这种情形下,如果进行废除死刑的改革,当然是先废除这些犯罪的死刑条款,而不可能先直接废除故意杀人罪的死刑。刑事司法是刑法在实践中的具体化,在刑法适用过程中,必然在一定程度上是民意的具体化,并且,在实际操作层面,再次关注民意,也是对立法中的民意的一种检验。

我国的最高立法、司法机关均十分注重民意在司法实践中的作用。例如,在1984年,《最高人民法院、最高人民检察院和公安部(84)法研字解答》(1984年6月15日)规定:“对犯罪集团的首要分子和其他主犯,一般共同犯罪中的重大案件的主犯,应依法从重严惩,其中罪行特

^① See Amnesty International Website Against the Death Penalty Abolitionist and Retentionist Countries, See <http://www.web.amnesty.org/rmp/dplibrary>.

别严重,不杀不足以平民愤的应依法判处死刑。”我国现行宪法规定:人民代表大会对法院审判工作进行监督;人民代表对司法进行监督;在司法工作中提倡人民法院应当接受人民群众的监督;20世纪90年代末以来最高法院所推进的司法改革措施中,包括了:人民代表大会可以对司法进行个案监督,法院接受媒体与人民群众的监督,甚至允许新闻界对案件开庭过程进行全场直播,法院系统内评“人民满意的法官”。这种情况代表我们在“判决与民意”之间关系的实证法制度。^①最高人民法院院长王胜俊同志2008年4月10日在与珠海市中级人民法院法官座谈时指出,对待判不判死刑的问题,要坚持三个依据:“一是要以法律的规定为依据;二是要以治安总体状况为依据;三是要以社会 and 人民群众的感觉为依据。”

无论是否赞成在刑法适用时考虑民意,民意在刑法适用(解释)过程中所起到的作用均是客观存在的。这一点,即使是否定民意在死刑中适用的学者也是承认的。例如,“在我国,死刑的立法和司法适用有着广泛的民意基础,司法实践中死刑大量适用的现实又在不断强化这种群体意识,在民意与死刑的适用间存在某种互动关系。”^②在司法实践中,民意作为一股不可抵挡的力量,对司法活动产生了十分重要的影响。综观我国及国外的司法实践来看,民意所发挥的实际作用不可低估。例如,在我国,2003年因刘涌案二审改判而引发的公众强烈质疑和普遍责难,进而由最高人民法院提审改判死刑立即执行,在很大程度

① 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5期。

② 唐煜枫:“论民意与死刑实践——一个互动关系的视角”,载《辽宁大学学报》(哲学社会科学版)2006年第2期。

上就是民意参与的结果。^① 国外也是如此,法国就曾经出现过因一起绑架杀人案件的被害人被残杀,犯罪人没有被判处死刑所引起的社会公愤,导致了该时期法国各地陪审都朝着死刑判决的方向发展的情况。^② 在美国,公众意向成为了国家制定刑事政策的基本依据,甚至成为了死刑执行数量增加的重要因素之一。正如美国学者罗宾斯所言:“执行死刑数量增加主要是由美国政治和司法环境的变化造成的,目前的气氛几乎倾向于大规模执行死刑。”^③ 在日本,20世纪60年代所作的一次舆论调查显示,71%的民众支持保留死刑;到了80年代舆论调查显示,仍有66.5%的民众主张保留死刑。这也成为目前日本仍保留死刑的重要原因之一。对此日本学者认为,在死刑存废的问题上,“以国民感情为根据,强调废除死刑尚操之过急的观点已日渐有力”。同时,“国民的一般法律信念中,只要对于一定的穷凶极恶的犯人应当科处死刑的观念还存在,在刑事政策上便必须对其予以重视。现代死刑

① 被诸多媒体称为辽宁沈阳“黑老大”的刘涌因涉嫌组织、领导黑社会性质组织罪、故意伤害罪等罪名,一审被沈阳市中级人民法院判处死刑。2003年8月11日,辽宁省高级人民法院以“不能从根本上排除公安机关在侦查过程中存在刑讯逼供”为由作出二审判决,判处刘涌死刑,缓期两年执行。消息一经媒体披露,在社会上引起公众强烈反应。公众几乎呈“一边倒”地认为,二审判决存在不公,甚至许多公众认为该判决结果系司法腐败所致。面对民众的强烈质疑,最高人民法院于同年10月8日依照审判监督程序提审该案。2003年12月18日最高人民法院开庭提审该案,经审理,最高人民法院撤销了二审判决,最终判处刘涌死刑,并于宣判当日对刘涌执行了死刑。在刘涌被公安机关抓获之初,众多媒体对刘涌进行了全方位报道,在报道中称:刘涌是一名十恶不赦的黑社会头子。因此,一审法院的死刑判决与公众的心理期望并无冲突。然而,二审的戏剧性改判,加之被捕前的刘涌拥有数亿元资产(媒体所言),又有人大代表光环等因素,很自然地使公众对二审改判结果与司法不公甚至司法腐败联系起来,公众对于司法实践中客观存在的司法不公现象的集体不满情绪也自然会借助刘涌案而集中宣泄;而最高人民法院对一起普通刑事案件史无前例的提审及最终判决又被许多媒体认为是司法决策层对民意的顺应。(参见“专家解读——最高法院提审表明重视民意”,载搜狐网2003年12月18日;“刘涌被判死刑显中国政府全力维护社会稳定决心”,载中国新闻网2003年12月25日)

② 参见梁根林、张立宁:《刑事一体化的本体展开》,法律出版社2003年版,第494页。

③ 杨春洗:《刑事政策论》,北京大学出版社1994年版,第421页。

的刑事政策上的意义,恰好就在于此,因为有关死刑存废的问题应根据该社会中的国民的一般感觉或法律信念来论。”^①

二、民意的不合理性分析

从宏观层面看,民意在刑法的适用中具有其合理性。但如果对民意进行具体分析之后,可以发现,民意仍然存在诸多的不合理之处。正如有学者所指出的,“尽管在普遍的层面上可以肯定民意或人民意志具有无可置疑的正当性,然而就一个具体案件而言,民意也许是相当情绪化和非理性的。如果法官完全顺从民意,便可能出现对一个社会中少数派的不宽容,走向‘多数人的暴政’。”^②“集体意识对死刑的广泛认同虽然为死刑制度提供了正当性和合法性资源,但是集体意识特别是以民愤、民意、舆论、正义感等表现出来的公共意志往往又是交织着理智与情感、意识与潜意识、理性与非理性、正义与非正义的矛盾统一体,具有相当的情绪性、不可捉摸性,甚至可能陷入歇斯底里和集体无意识的状态。”^③基于此,有必要对民意本身的不合理之处以及适用民意中所存在的困惑等相关问题进行阐述,以期刑法解释(适用)过程中正确地对待民意。

(一)民意的非理性

民意,在很多情形下是基于一种极端的感情而作出的,具有非理性的特征。这种非理性的民意,极易受到外界的影响而处于变动不居的情形。“民众的集体意识与正义情感不仅具有非理性、情绪性,而且往往变动不居、起伏不定,往往一个孤立的突发的恶性犯罪案件就能在很大程度上改变公众对待死刑的态度。在许多情况下,我们都会看到这

① [日]大谷实:《刑事政策学》,黎宏译,法律出版社2000年版,第111~113页。

② 贺卫方:《运送正义的方式》,上海三联书店2002年版,第95~96页。

③ 梁根林:“公众认同、政治抉择与死刑控制”,载《法学研究》2004年第5期。

样的现象:每当由于司法错误而错杀无辜的案件发生时,废止死刑的论调就高耸入云;相反的,每当社会接二连三地发生惨不忍睹的重大刑案后,社会大众对于罪犯的厌恶程度大为增高,每个人主观上的报应需求也跟着大幅度上升,因此存置死刑的论调就大行其道。”^①“群体极化”(group polarization)现象的存在使得志同道合的团体会彼此进行沟通讨论,使具有某种偏向的意见向偏向的方向继续移动,最后形成极端的观点,甚至演变为多数人的暴政。

在法国,1969年进行的一项民意调查显示,赞成废除死刑的受访者一度达到58%,其中35岁以下的年轻人赞成废除死刑的比例更高达64%,但在1971年连续发生两起杀害出租车司机、警察队长案件后,民意调查显示赞成保留死刑的受访者比例立即从此前的33%上升到了53%。^②各国的司法实践也都说明了这一点。“这种易波动性使得以满足民众的正义情感与集体意识为意旨的死刑制度蕴涵着相当的危险性,经由所谓民众审判、舆论审判或者民愤审判而导致死刑适用的随意性、主观性与不确定性,而破坏道义报应的正义性。显然,国家的刑事政策与刑法制度如果完全尾随这种波动性极大的集体意识亦步亦趋,将难以摆脱被动性与不可捉摸性。”^③也正是由于民意存在如此诸多的非理性因素,又极易波动,因此,民意很可能被某些团体或个人利用,从而成为少数人意见的代表。例如,一些商业团体,对于部分民众予以一定经济诱饵,来操纵民意。

(二)民意内容的不合理性

民意的内容也存在诸多不合理性之处。民意对恶性案件的过激反应和认识自始受到集体无意识的控制,具体可能包括远古的同态复仇

① 林山田:《刑罚学》,台湾地区“商务印书馆”1975年版,第172页。

② 参见[法]罗贝尔·巴丹戴尔:《为废除死刑而战》,罗结珍、赵海峰译,法律出版社2003年版,第6页以下。

③ 梁根林:“公众认同、政治抉择与死刑控制”,载《法学研究》2004年第5期。

“意象”、血亲复仇“意象”，以及历史上的重刑主义传统等方面，而这些都是具有一定的反进步、反文明及反历史的副作用，这种副作用在社会暗示和情绪感染的过程中可能被进一步凝聚、扩大，从而损害社会的文明和进步。^①如果在死刑适用时考虑这些民意，或者说考虑这些不文明的成分，那当然是历史、社会的倒退，显然是我们不愿意看到的。“民意并非意味着完全正确、始终合理，相反，民意发生谬误、滋生狂热的事例在历史上并非鲜见。又如，邱兴华案件发生之后，网络上掀起了一浪高过一浪的舆论讨伐狂潮，甚至有人主张对邱兴华施以古代最残酷的刑罚‘凌迟’，这种主张也得到了不少人的跟帖拥护。正因如此，即使在高度关注民意的美国也并非完全听从于民意，在一定情况下也注意塑造民意。”^②因此，对于民意内容中的这些不文明之处，显然是与现代社会的文明进程相违背的，必须慎重对待。

（三）民意的难测量性

如何探寻民意，也是成为问题的。不同个体的意识结合在一起构成了民意，但不同个人的意见并不能整齐划一，有一个统一的标准，以谁的意见或者以哪部分人的意见作为标准，也是成为问题的，特别是当没有形成多数意见时，如何处理？正如有学者所指出的，“集体意识本身是一种非物质的存在，需要运用适当的方法通过适当的媒介才能予以发现和把握。迄今为止，发现集体意识的最直接和最常用的方法往往是进行民意测验，但民意测验结论本身的信度与效度又不可避免地受到各种可控或者不可控的主客观因素的影响。特别是民意调查者本身对调查议题的或多或少的立场预设以及问卷调查表的设计技巧，往

^① 参见张光君：“刑事法治语境中的民愤与审判——在刑事法学与社会心理学的边缘处思考”，载《福建公安高等专科学校学报》2005年第5期。

^② 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。