

# 中国民众刑法偏好研究<sup>\*</sup>

白建军

**摘 要：**民众偏好较重还是较轻的刑法，以及如何处理刑法与民意的关系，是刑事法治不能回避的问题。搭载北京大学 CFPS 项目，以 3 万多样本为数据来源的实证研究发现，中国民众的刑法偏好系数低于 0 到 1 之间的中间线，为 0.36，说明大样本研究的证据并不支持中国民众普遍偏好重法的说法；传统犯罪被害遭遇对刑法偏好并无显著影响，刑法偏好是各种社会因素的扭曲反映。应当对与刑法有关的个案舆论保持高度审慎和冷静，对刑法偏好作出有限响应，警惕刑法的过度社会化和刑法资源的“通胀”倾向。刑事立法或司法是否积极响应民众的某种刑法偏好，取决于代表性、溯因性和依法性三方面的考量。个案舆论更需先通过实证研究转换成某种刑法偏好，经过上述三方面考量后，再决定是否以及如何响应。

**关键词：**刑法偏好 刑法轻重 影子刑法 舆论 民意 刑法修订

作者白建军，北京大学法学院教授（北京 100871）。

2017 年，距离我国 1997 年修订《刑法》已有 20 年了。在经济社会发展的背景下，未来刑法修订面临若干重大理论问题和政策抉择。其中，民意与刑法的关系问题日渐瞩目。从个案审理乃至刑法修订，舆论民意的影响越来越频繁，我们可将这种影响称为“影子刑法”。近年来涉法涉诉的经典案例中，绝大部分案件最终都顺从舆论判决或者改判，如邓玉娇案、药家鑫案、许霆案、天价过路费案、李昌奎案等。<sup>①</sup> 这种对舆论的顺从不仅体现在司法中，还与立法有关。<sup>②</sup> 有学者指出，刑法中某些“口袋罪”可以满足公众的重罚期待和舆论的重刑主义诉求。<sup>③</sup> 人们一方面

\* 本文使用数据全部来自北京大学“985”项目资助、北京大学中国社会科学调查中心执行的中国家庭动态跟踪调查。

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

② 陈银珠：《〈刑法修正案（八）〉的保守与激进：立法、民意和理论》，《湖南大学学报》2012 年第 4 期；胡荷佳：《行走在消逝中：废除嫖宿幼女罪之反思》，《青少年犯罪问题》2015 年第 6 期。

③ 于志刚：《口袋罪的时代变迁、当前乱象与消减思路》，《法学家》2013 年第 3 期。

承认，关于犯罪与刑法的民意是积极合理的，<sup>①</sup> 公众对犯罪的愤恨对于社会的正义是不可缺少的，社会始终在尽力维护这种健康的愤恨情感。<sup>②</sup> 另一方面也意识到，刑事司法受到何种程度的影响，与各国民众的认知能力、媒体报道的内容及方式、刑事司法本身的现状等诸多因素密切相关。影子刑法的内容有时主张重罚，有时又偏好宽宥。对民意的采纳在何种程度上不致牺牲法治，面对抉择困境，刑法学应察觉到这一挑战对刑事法治的意义。

围绕宽严轻重，影子刑法有三个不确定：其一，“说什么”不确定。民众往往通过重大有争议案件的公开讨论表达意见，而这种讨论过于具体、碎片化和立场不一，很难从中提炼出中国民众关于刑法宽严轻重的一般倾向，刑法面对分歧较大的舆论时难免举棋不定。其二，“谁在说”不确定。目前，影子刑法的展示方式主要是传统媒体或自媒体中围绕某个焦点事件发表意见。问题是，他们是否以及在多大程度上代表民众？那些没有发表意见的人为什么不发表意见？对经验研究来说，这就是样本的代表性和统计可推论性问题。其三，“为什么说”不确定。作为影子刑法，犯罪与刑法问题理应是触发舆论的原因。但人们之所以卷入某个舆论事件并发出不同的声音，往往背后另有动因。而这些动因本身由于未言明而难以把握，且常常与法律无关。只有把民意的内容放在一定参照系背景中观察，民意才能得到更客观、准确的理解。

不确定并不等于无规律可循，更不意味着可以放弃对舆论、民意背后深层原因的探寻。因此，本研究的基本问题就是刑法与民意的关系问题：第一，到底怎样把握中国民众对刑法宽严轻重的一般倾向、期待或偏好？为此，本文界定了“刑法偏好”的操作定义，试图用来度量、描述事关刑法的民众一般偏好。第二，中国民众为什么会有某种刑法偏好？舆论发声背后到底有哪些因素在起作用？为回答这个问题，本文建构了刑法偏好的分析模型，用来解释刑法偏好受哪些因素的影响。第三，刑法该如何面对个案舆论、刑法偏好乃至民意才是理性的？对此，本文基于刑法偏好的原因分析提出了对策建议。

## 一、刑法偏好的操作定义

本研究在以下意义上使用舆论、民意、偏好三个术语：刑法研究语境中的舆论，是人们围绕特定个案公开表达的意见，具有具体性、局部性、时效性；刑法语境中的民意，是指人民对刑法的基本意见或意愿，具有理论上的应然性、共同性和抽象性。<sup>③</sup>

① 顾培东：《公众判意的法理解析——对许霆案的延伸思考》，《中国法学》2008年第4期。

② 卡斯东·斯特法尼等：《法国刑法总论精义》，罗结珍译，北京：中国政法大学出版社，1998年，第29页。

③ 这里的“舆论”相当于有学者所说的“涉案民意”，而本文使用的“民意”相当于有学者所说的“大众民意”。（参见周永坤：《民意审判与审判元规则》，《法学》2009年第8期）

介于这两者之间，本文所用的偏好一词虽然和舆论相似都具有实然性，但比具体舆论具有更高的代表性和概括性；虽然和民意相似，都具有可靠的代表性和普遍性，但由于是大样本实证研究测量的结果，毕竟可能存在一定的误差，只能是近似的民意。以往，学界并无“刑法偏好”的说法，原因之一就是忽视了舆论与民意的区分。用刑法偏好将个案舆论与整体民意区隔开来，让人们注意到舆论并不等于民意，警惕民意概念滥用的同时，更加关注个案舆论的代表性以及背后的真实原因。在这个背景下，本文所提出刑法偏好一说，是指民众关于刑法宽严轻重的实然的概括意向。其主体是民众，不仅包括借助各类媒体表达意见的民众，还包括未发声的民众；其对象是刑法整体上的宽严轻重取向，而非具体刑法规则的解释或特定个案的刑法适用；其性质是通过间接的测量手段才可系统把握的稳定概括的态度集合，而非就具体问题直接陈述的意见或公众表决的结果。

### 1. 刑法偏好的主体是广大民众，而非部分人群

习惯上，人们不大注意民意与舆论的区别，容易将围绕某个新闻事件的舆论视为民意，或者把民意理解为民众对某一具体问题的意见。应该承认，在不少场合对民意与舆论不加区分并无大碍。但是，作为公共事务的决策依据，决策者可以不事事迁就舆论，但绝不可以说不在乎民意。从这个意义上说，如果将舆论等同于民意，便可能给公共决策带来某种不稳定性、不确定性。更何况，如果舆论被人为操纵后包装为民意，离民意就更远了。

舆论与民意的根本区别在于，舆论的代表性可能弱于民意。如果轻信舆论，甚至误将舆论等同于民意，可能导致某种决策风险。舆论的代表性之所以弱于民意，首先是因为舆论的发声者只是部分人，而民意的主体应该是全民。因此，舆论的发声者能否代表全民以及能在多大程度上推论到总体，都需要控制样本误差后才能确信。这意味着，舆论并不必然符合全体民众的意见。况且，没通过媒体发声的人并非没有任何意见，只是出于各种原因没有表达自己的意见。忽视这部分民众的真实意见以及沉默的原因，并不符合科学决策的要求。当然，这并不意味着任何社会决策之前都要进行所谓全民公决。因为问题的关键不在于发声者的绝对数量，而在于表达某个意见的一群个体能在多大程度上符合统计学上的样本代表性要求。忽视样本误差，轻信其可推论性未经科学程序检验的所谓舆论，就有可能误解民意。其次，从内容上看，舆论往往表现为围绕某个焦点问题的争议，而非合意。有时，舆论只代表民众中某个阶层、行业、局部的利益，而与另一些阶层、行业、局部的利益相冲突。具体到法律世界，舆论不仅具有对立性，而且不一定十分理性。有学者发现，涉诉舆论的思维具有强烈的对立性质。舆论的每一个支持的观点总是与一个反对的观点联系在一起。涉诉舆论的对立性主要集中在关于当事人身份信息的对比上。舆论特别关注当事人具体的身份，对当事人的性别、阶层、亲属以及社会关系网络等个人信息抱有强烈的探寻欲望，对事件的发生总是倾向于从身份信息上去寻找答案，并对任何司法判决都赋予身

份解释的意义。对于一个处于社会弱势阶层的当事人，如果判决对其不利，舆论则倾向于归因于其身份没有走关系的能力。同理，对于一个处于社会强势阶层的当事人，如果判决合乎其所愿，舆论则倾向于归因其强势者的身份主导了司法的走向。<sup>①</sup>就刑事案件而言，代表被害方的舆论和代表被告方的舆论，其立场就会截然相反。再次，从表现形式看，舆论存在于多种场域，<sup>②</sup>既有正规媒体引导的舆论，也有自媒体中流传的舆论；既有媒体舆论，也有口口相传的舆论；既有代表主流文化的舆论，也有代表某个亚文化圈的舆论。不同舆论场中的舆论，在内容、立场、主张等方面都有所不同，甚至相互对立，不能简单等同于民意。复次，在现代社会中，舆论与民意的差异还来自于舆论本身形成过程的复杂性。<sup>③</sup>最后，有学者对所谓“精英意见”与公众舆论作出区分，指出当人们使用网络舆论、主流媒体舆论、民间舆论、精英舆论或官方舆论这些概念时，首先应判断它们是公众意见还是少数人意见。进入公众视野的观点不一定是舆论，只有公众一致赞成的观点才是舆论。<sup>④</sup>尽管“公众一致赞成”的表述有些绝对化，但至少说明成为公众舆论的，应该是具有普遍代表性的意见。也正因此，有学者提出“立法民意”与“大众民意”的区分，<sup>⑤</sup>实际上是认为舆论并不等于真正的民意。

## 2. 犯罪圈大小、刑罚轻重、罪刑关系均衡性是衡量刑法宽严轻重的三个基本维度

研究刑法，常常会对具体刑法文本、司法实践进行宽严轻重的比较。此类比较大致可以分为三类。一类是对不同时空的刑事立法文本进行比较，观察宽严轻重的变化。例如，有学者观察 2011 年通过《刑法修正案（八）》后，刑法在哪些方面趋于宽宥，哪些方面变得更严厉。结果发现，宽宥轻缓的变化至少体现在：第一是对老年人犯罪的宽大处理，<sup>⑥</sup>第二是对未成年人犯罪的宽大处理，<sup>⑦</sup>第三是坦白从宽政策的立法化，<sup>⑧</sup>第四是死刑罪名的减少。<sup>⑨</sup>同时也发现，该修正案还体现了从严

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

② 有学者提出两个舆论场的理论，即在现实生活中，一个是老百姓的口头舆论场，一个是新闻媒体着力营造的舆论场。（参见陈芳：《再谈“两个舆论场”——访外事委员会副主任委员、全国人大常委会委员、新华社原总编辑南振中》，《中国记者》2013 年第 1 期）

③ 陈芳：《再谈“两个舆论场”——访外事委员会副主任委员、全国人大常委会委员、新华社原总编辑南振中》，《中国记者》2013 年第 1 期。

④ 刘建明：《“两个舆论场”若干歧义的破解》，《中国记者》2013 年第 1 期。

⑤ 周永坤：《民意审判与审判元规则》，《法学》2009 年第 8 期。

⑥ 参见《刑法修正案（八）》第 1 条、第 3 条和第 11 条。

⑦ 参见《刑法修正案（八）》第 6 条、第 19 条。

⑧ 此前，我国刑法对自首和立功以外的坦白情节没有明确的从宽规定，《刑法修正案（八）》将坦白规定为法定的从宽情节。（第 8 条）

⑨ 《刑法修正案（八）》取消了 13 个犯罪的死刑。

重罚的一面：首先是首次设立了限制减刑的制度，<sup>①</sup> 其次是禁止令制度的增加，<sup>②</sup> 最后是社区矫正制度的创新以及其他从严处罚的规定。<sup>③</sup> 这种观察无疑是全面精准的，但没有提炼出某种框架用于比较每次刑法修订前后在宽严轻重上的不同。另一类研究是以司法实践为对象，比较刑事司法的宽严轻重趋势。有学者发现，近年来我国刑事司法实践体现出明显的从宽倾向，表现为：被判处重刑的罪犯比例下降；缓刑率上升；减刑、假释比例上升。<sup>④</sup> 这类研究很有说服力，能够清楚描述一定时空范围刑事司法的力度。然而，如果据此得出结论认为重刑率、缓刑率、减刑率、假释率这四个指标就是衡量刑法宽严轻重的全部指标，则有失片面。因为这四个指标主要代表刑罚适用的节制程度，并未指示犯罪圈的大小以及刑网的严密程度。第三类研究是以抽象的犯罪为对象，将其放入某个结构化指标体系中，比较不同犯罪之间在轻重程度上的差异。笔者曾作过罪刑轻重的量化分析。<sup>⑤</sup> 与前两种研究相比，这种研究虽然有一定系统性，某个具体犯罪的轻重皆为指标体系推演的结果，但只是聚焦抽象个罪的犯罪严重性与刑罚严厉性之间的关系。这种研究的前提是在既定犯罪圈之内展开不同罪刑关系的比较，无法对犯罪圈范围不同的刑法进行宽严轻重的比对。

可见，从总体上比较刑法的宽严轻重，需要一套科学的指标体系。用科学的指标体系表征刑法偏好应满足以下条件：周延性、互斥性、概括性。周延性，就是全面评价一国刑法的宽严轻重，避免基于尚存重大缺失的指标体系进行度量，轻率得出整个刑法宽严轻重的片面结论；互斥性，就是表示刑法宽严轻重的维度之间相互独立，避免评价指标的交叉重合；概括性，就是用尽可能少的指标有效代表刑事立法、司法总体上的宽严轻重，而不必对所有刑法现象进行逐一测量。本研究提出，犯罪圈的大小、刑罚的轻重、罪刑关系的均衡性应是衡量刑法宽严轻重的三个基本维度。

犯罪圈的大小，是指刑法把多少行为定义为犯罪。假定当刑罚严厉性相等且罪刑关系的均衡性相等时，有越多行为被定义为犯罪的刑法越严越重；同理，越少的行为被定义为犯罪的刑法就越宽越轻。犯罪圈的大小不是罪名数量的多少，因为一个行为可能规定为多个罪名。刑罚的轻重，是指刑罚对一般受刑者造成恐惧和痛苦的程度。假定当犯罪圈大小相等且罪刑关系的均衡性相等时，给一般受刑者造成恐惧和痛苦的程度越大的刑罚越严越重；同理，其程度越小的刑罚越宽越轻。规定只要违反刑法皆判处死刑的刑法显然过严过重，而不论犯什么罪都只判处一元钱罚金的刑法显然过宽过轻。罪刑关系的均衡性，是指犯罪的严重性程度与刑罚的严厉性程度之间的对应性程度，也即重罪重判轻罪轻罚的确定性程度。假定当犯罪圈大小相等且刑罚严厉性

① 参见《刑法修正案（八）》第4条。

② 参见《刑法修正案（八）》第2条、第11条第2款。

③ 陈兴良：《刑法的刑事政策化及其限度》，《华东政法大学学报》2013年第4期。

④ 刘根：《宽严相济刑事政策及其实施》，《江西社会科学》2009年第9期。

⑤ 白建军：《刑罚轻重的量化分析》，《中国社会科学》2001年第6期。

程度相等时，不论立法还是司法，罪刑关系越均衡的刑法给公民带来法律上的不确定性越小，因而法律责任配置越宽越轻，而均衡性越差的刑法越严越重。刑罚的严厉性程度完全不看犯罪的严重性程度，这样的刑法就越严越重。

上述三者之间相互独立，满足周延、互斥的要求。沿着这三个维度，可以分别设计若干指标指代刑法的宽严轻重，并着手测量。应当说明，这种测量的可信性与上述三个维度各自的权重大小有关。控制三个维度中的某两个，即假定该两个维度都处于平均水平时，其余一个维度自身的量化比较是有意义的。所以，三者各自分量的总和，即可视为某一组刑法现象宽严轻重的量化结果。至少用同样的尺度去衡量不同刑法现象时，其结论是可比的。比如，有同等数量的死刑且罪刑均衡时，将酒驾入罪的刑法就比未将其入罪的刑法更重。剩下来的问题便是，如何设计灵敏的指标，用来代表犯罪圈的大小、刑罚量的轻重和罪刑关系的均衡性程度。

### 3. 刑法偏好系数——样本与尺度

刑法偏好是民众的某种概括性态度集合，不能靠直接问答的方式获得。本研究通过大型问卷调查的方法采集信息，测量民众的刑法偏好。此法的好处，一是从样本的代表性看，采用科学抽样方法进行调查，能严格控制样本规模与误差，让“沉默的大多数”也有机会表达意见；二是从测量内容的效度和信度看，问卷调查过滤了具体案件中的身份信息，具有一定的客观性和灵敏性，测量过程较少受干扰。

本研究的数据来源为北京大学中国社会科学调查中心的 CFPS (China Family Panel Studies) 项目，即中国家庭追踪调查。CFPS 样本覆盖的 25 个省、直辖市、自治区的人口约占全国总人口（不含港澳台地区）的 95%，因此，可被视为一个全国代表性样本。样本的基本构成为：男性占比 49%，女性占比 51%。年龄 16—20 岁者占比 6.3%，21—30 岁者占比 16.4%，31—40 岁者占比 14.9%，41—50 岁者占比 22%，51—60 岁者占比 18.4%，61—70 岁者占比 14.4%，71 岁以上者占比 7.5%。受教育程度方面，文盲及半文盲占比 28.6%，小学文化占比 23.5%，初中文化占比 28.2%，高中、中专、技校或职高文化占比 13.1%，大专文化占比 4.1%，大学本科及以上文化占比 2.4%。样本所在地区按经济发达程度划分，来自东部的占比 43.8%，中部的占比 30.9%，西部的占比 25.4%。农业户口的样本占比 71.9%，非农户口的样本占比 28.1%。受访时在婚者占比 79.3%，其他占比 20.7%。

CFPS 采用多阶段、内隐分层和与人口规模成比例 (probability proportional to size, PPS) 的系统概率抽样方式。<sup>①</sup>为保证调查质量，CFPS 共招聘 453 名访员，分 14 批分别在北京大学开展为期 6 天的培训，最后有 438 名访员通过培训和考试，成为正式访员。调查采用严格的质量控制手段保证数据的质量。针对问卷设计不当、末端抽样不准确、访员行为不规范、数据汇总和整理过程出错等一系列可能影响数

① 谢宇、胡婧炜、张春泥：《中国家庭追踪调查：理念与实践》，《社会》2014 年第 2 期。

据质量的因素,通过电话核查、实地核查、录音核查、采访过程回放、数据统计分析等手段进行监控与干预。本研究为2014年CFPS的法学专题搭载项目,共回收31665份有效问卷,为目前国内该领域样本最大的法律实证研究。

按照研究设计,通过问卷对受访者的刑法偏好以及相关因素进行测量。关于犯罪圈的大小,设计的问题是:您希望如何处理如下行为?列出的四个行为分别是“恶意欠薪”、“醉酒驾车”、“儿子给病危的父亲实施安乐死”、<sup>①</sup>“见死不救”。每个题目均提供三个单选选项:“蹲监狱”、“批评教育就行了”、“没什么大不了的”。如果选择“蹲监狱”,则视为主张入刑。选择“恶意欠薪”、“醉酒驾车”或“安乐死”的处理为“蹲监狱”,均得1分。由于上述三种行为刑法已经规定为犯罪,而见死不救行为尚未入刑,选择此行为的处理为“蹲监狱”的得2分。如果四个行为均选择入刑,犯罪圈偏好的最高得分为5分。得分越多,说明偏好的犯罪圈越大。如此设计的基本假定是,这四种行为既不是所有人都毫无疑问地认为应当入刑的行为,也不是每个人都肯定会反对其入刑的行为,至少不大可能出现95%以上的人群给出同样回答的情形。<sup>②</sup>于是,对同一种行为而言,主张应入刑的人比反对其入刑的人偏好较大的犯罪圈;如果认为这些行为该入刑,比其严重的行为则更可能被视为犯罪;主张越多的行为入刑的人,则比主张较少的行为入刑的人偏好较大的犯罪圈。

关于刑罚量的轻重,设计的问题是:您对“中国每年执行死刑的数量太多了”这一说法是否同意?选项为:“十分同意”、“同意”、“不同意”、“十分不同意”和“既不同意也不反对”。可以认为,如果选择“不同意”,可以理解为受访者认为,中国每年执行死刑的数量并不多,得1分。如果选择“十分不同意”,则可以理解为,受访者认为中国每年执行死刑太少了。考虑到这种对于生命的态度过于极端,与前者的距离过大,故得3分。所以,刑罚轻重偏好有0分、1分和3分三种结果。此项最高分为3分,得分越多,所偏好的刑罚量越大。之所以选择死刑执行数量对受访者进行测量,是因为在刑法仍有死刑的情况下,死刑是最能代表刑罚严厉性的刑罚。对死刑执行数量多少的期待,足以说明对刑罚轻重的偏好。

关于罪刑关系的均衡性程度,设计的题目是请受访者对三对犯罪的轻重加以排序比较。第一对是故意伤害与盗窃比较,第二对是盗窃与诈骗比较,第三对是贪污与盗窃比较。答案选项中除了有某个犯罪较重以外,均有“二者同样严重”一项。凡选此

① 为避免被调查者无法理解何为安乐死,该题目在问卷中设置了定义供访员向受访者解释:“‘安乐死’指患者因患有不可治愈的疾病而疼痛剧烈并且即将死亡,出于患者本人自愿而由亲属或者医生以提供药物等方式让患者死亡的过程。”

② 《刑法修正案(八)》已将拒不支付劳动报酬和危险驾驶规定为犯罪。因此,如果仍有相当数量的受访者选择该两种行为“批评教育就行了”或者“没什么大不了的”,则意味着,该题目具有一定的分辨力,可以大体上将犯罪圈偏好的不同区分开来。况且,我们正是希望测量民众的刑法偏好,而不是对民众进行刑法知识考试。

项者，表示认为罪刑是否均衡都无所谓，均得 1 分。所以，罪刑关系偏好的最高得分为 3 分。这样设计是因为，如果不在乎罪刑轻重上的顺序，尽管有轻罪重罚和重罪轻罚两种可能，对抽象的受刑者来说毕竟意味着更大的不确定性和法律风险。从这个意义上，可以把较大的法律负担风险归入重法偏好。至此，将上述三类尺度量化后便有：

刑法偏好系数 = 犯罪圈大小 + 刑罚轻重 + 罪刑均衡程度

= “见死不救”等几种行为入刑得分 + 不赞同“死刑执行太多了”得分 + “伤害与盗窃”等几对犯罪无需区分轻重得分 / 总分（11 分）

根据这个模型，如果某个受访者在各维度选项中均得最高分，总分将为 11 分，其刑法偏好系数为 1，表明其刑法偏好极重。如果某个受访者在每个选项中均得零分，其刑法偏好系数则为 0，表明其刑法偏好极轻。每个受访者的实际总分，就大概代表了其刑法偏好基本水平。汇总所有受访者的得分，便可计算出受访者总体刑法偏好系数的基本分布、平均水平及其他集中趋势值。这些数据就是对中国民众刑法偏好的量化描述，不仅回答了“说什么”和“谁在说”的问题，还为下一步回答“为什么说”的问题提供了因变量。

## 二、假设及其检验逻辑

有了刑法偏好的操作定义，可以客观描述中国民众的刑法偏好，并探索中国民众为什么会有某种刑法偏好的问题。

### 1. 刑罚正当性理论回溯

宽严轻重的前提是刑罚的正当性，缺乏正当性的刑罚只会放大社会不公。所以，不论是国家刑事政策的根据还是民众刑法偏好的来源，都离不开刑罚正当性分析。所谓正当性，就是国家何以发动警察、法庭、监狱乃至死刑等暴力手段对公民的某个行为作出反应，并期待得到包括受刑人在内的人程度不同的认可。对此，理论上存在报应理论与预防理论。报应理论的基本内容是，认为国家之所以能公然对公民施暴，是因为刑罚对象罪有应得。即，罪为因，刑为果，刑的正当来自于罪的当罚。德国学者罗克辛指出：“报应理论（die Vergeltungstheorie）不是在追求任何对社会有用的目的中考虑刑罚的意义，而是通过让罪犯承担痛苦的方法，使行为人由于自己的行为而加于自身的罪责，在正义的方式下得到报应、弥补和赎罪。”<sup>①</sup> 美国学者弗莱彻也说：“报应仅仅意味着，惩罚的正当性要借助于惩罚与犯罪的关系……在施用惩罚的时刻，报应就为惩罚找到了正当性。人们不必等待预期的善（威慑犯罪，避免族间仇杀）是否真的产生……报应刑的论点是以犯罪行为作为犯罪者受刑的义

<sup>①</sup> 克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论》第 1 卷，王世洲译，北京：法律出版社，2005 年，第 36 页。

务来源……犯罪人须受适当的惩罚。”<sup>①</sup> 预防理论的主要意思是，国家之所以能公然对公民施暴，是为了预防犯罪者不再犯罪，同时也是为了以儆效尤，让可能犯罪的其他人放弃犯罪的打算，从而实现保卫社会的目的。其中，又细分为特殊预防与一般预防两支。所谓特殊预防，即罗克辛所说的“刑法的任务仅仅在于阻止行为人将来的犯罪行为。刑罚的这个目的指向是防止性的（等于预防刑的），针对的是个别的（特殊的）行为人”；<sup>②</sup> 所谓一般预防，即罗克辛所说的“通过刑罚的威胁和刑罚的执行，公众应当掌握法律的禁止性规定并且避免违反这些规定”。<sup>③</sup>

随着研究的不断深入，报应与预防又从分回到合，发展出各种综合的正当性理论。张明楷认为，可以将报应与预防结合起来，成立合并主义。<sup>④</sup> 报应和预防这两种理论都可以归结为犯罪中心理论。18 世纪贝卡里亚的论著中，报应和预防不分伯仲，既有报应刑的论述，也不反对预防刑的价值。他认为：“刑罚应尽量符合犯罪的本性，这条原则惊人地进一步密切了犯罪与刑罚之间的重要连接，这种相似性特别有利于人们把犯罪动机同刑罚的报应进行对比……”<sup>⑤</sup> 同时，他也相信，“刑罚的目的仅仅在于：阻止罪犯再重新侵害公民，并规诫其他人不要重蹈覆辙。因而，刑罚和实施刑罚的方式应该经过仔细推敲，一旦建立了对应关系，它会给人以一种更有效、更持久、更少摧残犯人躯体的印象。”<sup>⑥</sup> 可见，在贝卡里亚那里，很难说报应与预防非此即彼，只是后来的学界逐渐从刑罚正当性概念中分离出报应与预防两种含义。报应与预防只是人们观念中的一种区分，而现实世界中，犯罪人获刑那一刻，对以往罪行的回顾报应与对未来犯罪危险的吓止预防是同时发生的。更重要的是，两种功能都由犯罪而起，不论报应还是预防都是为了对付犯罪。从这个意义上说，正是犯罪使刑罚获得了正当性根据。

## 2. 犯罪被害感受应是刑法偏好的主要解释

既然基于犯罪的刑罚才是正当的，那么，刑法的宽严轻重理应先从犯罪中寻求解释。犯罪越多、越重，犯罪危险与民众切身感受之间的关联就越密切，越应该引发相应较严较重的刑法偏好，犯罪被害感受应该是解释刑法偏好的主要变量。所以，我们的理论假设是：刑法偏好是犯罪被害感受的结果，犯罪被害感受越强烈，刑法偏好则越严越重。其中，犯罪被害感受操作化为问卷中的两个问题。一个问题是直接被害感受的测量：“在过去的 2 年内，您遇到过下列哪些情况（可多选）：财物被

① 乔治·弗莱彻：《反思刑法》，邓子滨译，北京：华夏出版社，2008 年，第 304—305 页。

② 克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论》第 1 卷，第 38 页。

③ 克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论》第 1 卷，第 41 页。

④ 张明楷：《责任刑与预防刑》，北京：北京大学出版社，2015 年，第 79—80 页。

⑤ 切萨雷·贝卡里亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，北京：北京大学出版社，2008 年，第 48 页。

⑥ 切萨雷·贝卡里亚：《论犯罪与刑罚》，第 29 页。

偷、财物被抢、财物被骗、被人殴打、以上都没有”。勾选越多，说明被害遭遇越多。如果在控制其他变量的情况下，此项得分与刑法偏好系数之间关系显著，且呈高度正相关关系，则意味着假设尚未证否。另一个问题是：“您怎样评价您现常居住地目前的社会治安状况：0 表示非常不安全，10 表示非常安全，请您选择一个数字表示您的态度”。此即间接被害感受，或曰社区安全感，理论假设是，安全感越差的人越会偏好重法。检验逻辑是，如果在控制其他变量的情况下，此项得分与刑法偏好系数之间关系显著，且呈高度负相关关系，则意味着假设可能成立。

### 3. 非法律因素不应过多影响刑法偏好

除犯罪以外，刑法偏好还可能受其他因素影响。而且，也不可能在一个绝对封闭的环境下，排除任何其他因素的影响观察犯罪对刑法偏好的净影响。即使出于比较的目的，也应在理论假设中加入某些竞争性变量，进而检验究竟是犯罪还是其他影响因素对刑法偏好具有更强的解释力。

根据这个要求以及相关理论成果，我们设计了一个由十几个自变量组成的解释模型，用来检验刑法偏好的主要影响因素到底有哪些。这些自变量可以大体分为四类，第一类即犯罪被害感受，由上述问卷中直接被害和间接被害两个问题组成。第二类是个人因素，包括年龄、性别、精神状态。其中，精神状态具体化为以下问题：“最近 1 个月，您感到情绪沮丧、郁闷、做什么事情都不能振奋的频率”？选项有：（1）几乎每天；（2）经常；（3）一半时间；（4）有一些时候；（5）从不。选用这几个变量是希望测量不同受访者的刑法偏好差异是否与个人因素有关。第三类是社会因素，包括学历、户口、工作性质、所在地方、相对收入。其中，户口分为农业户口与非农户口，工作性质分为农业工作和非农工作（农业户口的人未必从事农业工作，同理，非农户口的人也可能从事农业工作），所在地方分为东部、中部和西部。此外，为了研究经济因素与刑法偏好的关系，我们还测量了受访者的相对收入，即自我感觉的经济富裕程度。具体问题是：“您的个人收入在本地属于从 1 分到 5 分中的哪种情况，分数越高收入越高”。这类变量的共性是可能影响受访者主观偏好的客观因素，即受访者的生存状态和社会分层中的相对地位。社会分层的实质，是社会资源在社会中的不均等分配，即不同的社会群体或社会地位不平等的人占有那些在社会中有价值的事物，例如财富、收入、声望、教育机会。因此，社会分层研究的问题取向在于：这种社会不平等对特定社会体系具有什么样的影响？<sup>①</sup> 其中，学历、户口、所在地方、相对收入等几个变量都与受访者在社会结构中所处的地位有关。比如，从事工商、教育等行业工作的比从事农业工作的可能收入更高。这组变量的设计思想是，如果刑法偏好明显受这些社会因素的影响，就需要重新理解犯罪与刑法偏好的关系。检验逻辑是，如果在控制其他变量的情况下，这些变量与刑法

<sup>①</sup> 李路路：《论社会分层研究》，《社会学研究》1999 年第 1 期。

偏好系数之间关系显著，且其相关的方向与理论假设不符，则意味着犯罪以外的其他社会因素过多影响了刑法偏好，因而假设证否。第四类变量是主观因素：对身边干部的信任度、对社会保障的满意度、对贪腐暗数的估计。<sup>①</sup> 这组指标的设计思想是，犯罪问题与公权力行使的公信力问题应该是两类不同的问题。因此，不论对公权力的行使是否满意，都不应影响对刑法宽严轻重的偏好。这几个变量和刑法偏好同属主观变量，因此，必须讨论它们是否存在内生性问题。否则，接下来的统计检验结果将不具有因果推断力。<sup>②</sup> 要求所有受访者都准确区分政治与法律问题确不够现实，但至少从经验逻辑上看，受访者的某种刑法偏好不大会是他们对干部是否信任、对社会保障是否满意、对反贪效果估计是否乐观的原因。很难想象，人们会因为偏好重法，才信任或不信任干部、满意或不满社会保障及反贪效果。因此，这三个主观变量与因变量刑法偏好之间不大可能互为因果而存在内生性问题。

经统计检验，本研究样本符合正态要求。所以，将采用多元线性回归方法分析各个自变量与因变量之间的关系，<sup>③</sup> 试图证实犯罪被害感受对刑法偏好的影响，证否其他社会因素以及公权力行使满意度因素与刑法偏好的关联。

### 三、结果与发现

运行统计分析工具后，得到以下结果：

#### 1. 中国民众刑法偏好系数位于全距的中间线以下

根据上述说明，理论上偏好系数最重为 1，最轻为 0。从表 1 和下图可见，表示中国民众刑法偏好系数的平均值和中位值都是 0.36，意味着中国民众刑法偏好系数位于从 0 到 1 之间无限多个相对位置上的中间线以下，三分之一略高一点的位置。偏好最轻的最小值是 0，占比 3.1%，偏好最重的最大值是 1，占比 0.1%，人数最多的一组受访者即众数的偏好系数为 0.27，占比 18.8%。这表明，认为中国民众都

① 犯罪暗数是指确已发生但未被发现的潜在犯罪实际规模的估计值，该值越大说明司法效率越低。为测量民众对贪腐犯罪的暗数估计，本研究设计的问卷问题是：“根据您的估计，我国当前贪腐犯罪实际上被追究的有多大比例？1. 不足 30% 2. 30% 到 60% 3. 60% 以上”。受访者选择的比例越低，说明对贪腐暗数估计越高，认为至少 70% 的贪腐犯罪尚未被追究。反之，则说明对反贪效果比较乐观。

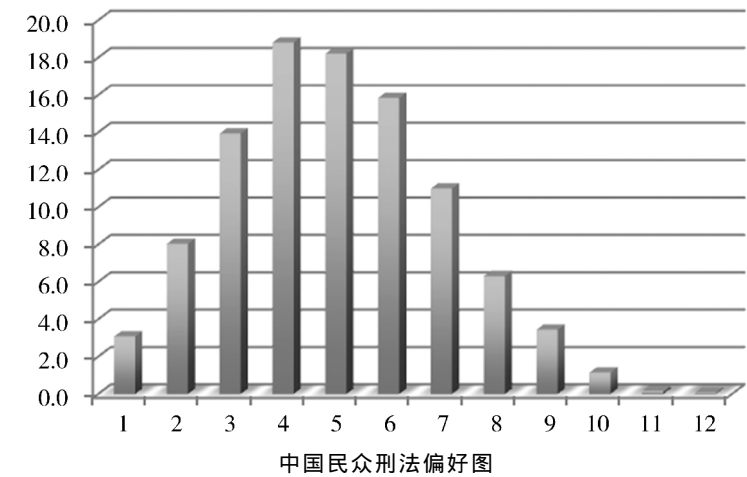
② 陈云松：《逻辑、想象和诠释：工具变量在社会科学因果推断中的应用》，《社会学研究》2012 年第 6 期。

③ 关于多元回归分析，参见 Donald J. Treiman（唐启明）：《量化数据分析：通过社会研究检验想法》，任强译，北京：社会科学文献出版社，2012 年，第 100 页。回归分析能够在控制其他因素的前提下，对某个具体变量与某个特定结果之间的关系进行量化，即能够在保持其他变量效果不变的情况下，将某个变量的效果分离出来。（参见查尔斯·惠伦：《赤裸裸的统计学》，曹槟译，北京：中信出版社，2013 年，第 218 页）

偏好轻法的说法并不准确，认为中国民众普遍偏好严刑重法更没有根据。这一结果不仅在内容上概括全面，测量过程也规范科学，基本上可以代表现阶段中国民众对刑法宽严轻重的基本偏好。

表 1 中国民众刑法偏好系数

N	有效	31665
	缺失	0
均值		0.36
中值		0.36
众数		0.27
标准差		0.18
全距		1
极小值		0.00
极大值		1



分别观察以下几个数据，可以具体感知上述抽象数值的经验含义：关于犯罪圈大小的几个结果分别是：49%的受访者认为恶意欠薪行为应该入刑，50.2%的受访者反对，0.8%的受访者表示不知道或者拒绝回答。56.7%的受访者认为醉酒驾车行为应该入刑，42.8%的受访者反对，0.5%的受访者表示不知道或者拒绝回答。42.8%的受访者认为安乐死行为应该入刑，55.1%的受访者反对，2.1%的受访者表示不知道或者拒绝回答。35.8%的受访者认为见死不救行为应该入刑，63.3%的受访者反对，0.9%的受访者表示不知道或者拒绝回答。<sup>①</sup> 这意味着，对那些比这四个行为还轻微的危害行为是否入刑的问题，民众将有更多的分歧意见。关于死刑执行数量的结果是：3.5%的受访者认为中国现在执行死刑的数量太少了，46.5%的受访者认为执行死刑数量不算多，50%的受访者认为目前执行死刑太多了。这意味着，如果死刑执行的数量在现在的基础上有所增加，将失去至少一半民众的认同。关于

① 按照现行刑法，见危不救罪只见于部分外国刑法，我国尚未规定为犯罪。

罪刑关系排序的几个结果分别是：27.9%的受访者认为盗窃罪与故意伤害罪一样重；47.3%的受访者认为盗窃罪与诈骗罪一样重；42.1%的受访者认为盗窃1万元与贪污1万元无异。这意味着，对相当数量的中国民众来说，刑法偏好尚未细化到罪刑关系的合理排序。

2. 中国民众刑法偏好与传统犯罪的被害感受基本无关

除了刑法偏好的平均水平以外，我们更想知道哪些民众会偏好轻法，哪些会偏好重法，以及为什么会有不同偏好。表2是以刑法偏好系数为因变量，以上述三类影响因素为自变量所作的多元线性回归分析的结果。<sup>①</sup>其中，有直接被害经历的3160人，在受访者中占比10%。<sup>②</sup>间接被害由社区安全感测得，在0到10分的范围内分数越高表明安全感越强，其平均值为6.7分。按照理论假设，刑法偏好应是犯罪被害感受的结果，但回归结果显示，直接被害和间接被害两个自变量的显著值分别为0.930和0.821，都不符合统计显著性要求，说明在控制其他变量的情况下，这两个变量对刑法偏好不构成显著影响。说明人们主要不是因为直接经历过或间接受到犯罪的危害或危险，所以才偏好重法，以表达报应意愿；也不是因为没有直接或间接的被害经历，所以才偏好轻法。至少，检验结果并不支持犯罪感受与刑法偏好之间的关联。

表2 中国民众刑法偏好的解释

模型	非标准化系数			标准系数	t	Sig.	共线性统计量	
	B	标准	误差	试用版			容差	VIF
(常量)	.392		.012		31.438	.000		
直接被害	.000		.004	.001	.088	.930	.968	1.033
间接被害	.000		.001	.002	.226	.821	.963	1.039
年龄	-.001		.000	-.057	-6.937	.000	.735	1.360
性别	.004		.003	.010	1.392	.164	.951	1.051
精神状态	-.003		.002	-.014	-1.912	.056	.946	1.057
学历	.006		.001	.040	4.433	.000	.600	1.666
户口	.015		.004	.034	4.001	.000	.682	1.466
工作性质	-.009		.003	-.024	-2.691	.007	.624	1.603
地区	-.005		.002	-.023	-3.130	.002	.914	1.094
相对收入	-.003		.001	-.017	-2.436	.015	.972	1.029
对干部的信任度	-.003		.001	-.036	-4.951	.000	.905	1.106
贪腐暗数估计	-.005		.002	-.019	-2.643	.008	.962	1.039
社会保障满意度	.004		.001	.055	7.652	.000	.935	1.069

注：因变量：刑法偏好系数。

① 表中的 VIF 值是多重共线性诊断结果，各项数值均小于 10，说明不存在多重共线性问题。Sig 值是统计显著性值，如果大于 0.05 则说明不满足统计显著性要求。标准系数即通常所说的回归决定系数，其数值越大说明关系越强，正负号说明相关的方向。B 是非标准化回归系数，代表自变量每变化一个单位，因变量随之变化多少个单位。

② 这个数据可以用来推断我国的犯罪暗数，比官方司法统计报告的犯罪率高出许多。

不过,如果据此得出结论说,这可证否之前的理论假设还为时过早。因为不能否认,测量被害遭遇的问题是盗窃、诈骗、伤害、抢劫(夺)等传统犯罪,而测量刑法偏好的问题是恶意欠薪、酒驾等几个有争议行为。一个可能的质疑是,由于所测量的不是同一类问题,因此,即使遭遇过传统犯罪的人比别人更偏好重法,也可能被测量过程本身掩盖起来了。其实,需要测量的恰恰不限于针对传统犯罪的刑法偏好,而是传统犯罪的被害遭遇是否会导致被害人形成一种泛报复心理,表现为希望将更多的行为入刑或者用更严厉的反应对付所有犯罪。正是因为我们这一关联并无把握,所以才需要实证检验。当然,还有一种可能是,即使传统犯罪的被害与犯罪圈大小的偏好无关,但可能与刑罚轻重的偏好有关。为此,我们对被害遭遇与死刑执行数量两个变量之间的关系作了交互分析,结果显示,统计显著值远远大于 0.05,说明人们也不会因为自己曾遭遇过传统犯罪便认为现在执行死刑太少了。还有一种可能是,有犯罪被害遭遇的人可以分为已报案和未报案两组。本研究中 3160 个有被害遭遇的受访者中,有 2055 人未报案,占比 65%;有 1105 人已报案,占比 35%。于是有理由猜想,如果控制这个因素,也许结果有所不同。即是否报案,可能意味着对刑法的期待不同,进而影响到刑法偏好上的差异。但将是否报案替代是否被害放入模型重新回归后的结果是,不论被害后是否报案,对刑法偏好的影响都不显著。至此,我们不得不放弃曾经以为当然合理的假设,即认为犯罪对刑法偏好的影响显而易见。其实,国外学者也发现,犯罪被害人并不比其他人更倾向报应惩罚。<sup>①</sup>中外研究结论之间相互印证,并非偶然。至少需要对原有认识加以修订,承认传统犯罪的被害感受对刑法偏好的影响微乎其微。总之,刑法偏好还需在传统犯罪的被害感受以外另寻解释。

### 3. 犯罪以外的其他因素对刑法偏好有重要影响

按照本研究的理论假设,刑法偏好不应该过多受其他因素的影响。但是,表 2 所示结果却表明,除性别以外,其他犯罪以外的因素对刑法偏好的影响都符合或基本符合统计显著性要求。先看个人因素。第一,年龄与刑法偏好的关系显著,Sig 值小于 0.05,呈负相关关系:年龄越大则刑法偏好系数越小,即年龄越大越偏好程度较轻的刑法,反之,年龄越小,越偏好程度较重的刑法。受访者的年龄分布是:16—18 岁者为未成年,占比 3.6%,19—25 岁者为青年,占比 11.4%,26—55 岁者为青壮年,占比 54%,56 岁以上者为中老年,占比 31%。第二,性别与刑法偏好之间的确无关,Sig 值大于 0.05,并没有显示男性是否比女性更偏好重法。受访者的性别比为,男性占比 49%,女性占比 51%。第三,精神状态的显著值虽然大于

① Jennifer Tufts and Julian V. Roberts, "Sentencing Juvenile Offenders: Comparing Public Preferences and Judicial Practice," *Criminal Justice Policy Review*, vol. 13, no. 1 (March 2002), p. 46.

0.05, 但实际值为 0.056, 尚可接受, 与刑法偏好之间的关系呈负相关关系。这说明, 沮丧感越强, 即感到情绪沮丧、郁闷的频率越高 (每天或经常), 越可能偏好更重的刑法。受访者感到沮丧、郁闷的频率分布是, “几乎每天” 占比 1.7%, “经常” 占比 3.6%, “一半时间” 占比 4.5%, “有一些时候” 占比 28.3%, “从不” 占比 61.7%, 其余为拒绝回答或不知道如何回答。

再看社会分层因素。第一, 受教育程度与刑法偏好之间关系显著, Sig 值小于 0.05, 呈正相关关系: 学历越高, 则刑法偏好系数越高, 反之则越低。这说明, 并非受教育越多则越偏好轻缓的刑法。受访者的学历分布是: 文盲或半文盲占比 26.3%, 小学占比 21.5%, 初中占比 25.8%, 高中或中专、技校、职高占比 12%, 大专占比 3.8%, 大学本科占比 2.1%, 硕士博士占比 0.1%, 另有 8.4% 空缺。第二, 户口与刑法偏好之间关系显著, Sig 值小于 0.05, 呈正相关关系: 拥有城镇户口的人比拥有农业户口的人更偏好重法, 农业户口的人相对更偏好轻法。受访者中农业户口占比 71.8%, 非农户口占比 28.2%。第三, 工作性质与刑法偏好之间关系显著, Sig 值小于 0.05, 呈负相关关系: 从事非农工作的人比从事农业工作的人偏好重法, 从事农业工作的人相对更偏好轻法。受访者中从事非农工作的占比 39.3%, 从事农业工作的占比 36.1%, 另有 24.6% 空缺。第四, 所在地区与刑法偏好之间关系显著, Sig 值小于 0.05, 呈负相关关系: 越接近东部地区, 越可能偏好重法, 越接近西部地区, 越可能偏好轻法。受访者来自东部地区的占比 43.8%, 来自中部的占比 30.9%, 来自西部的占比 25.3%。第五, 相对收入与刑法偏好之间关系显著, Sig 值小于 0.05, 呈负相关关系: 自认为在本地收入越低者, 越可能偏好重法, 相对收入越高者, 越可能偏好轻法。受访者相对收入得分从 0 到 5 的平均值为 2.5 分。

归纳上述观察可以看出, 尽管在应然层面其他个人及社会因素不应过多影响民众的刑法偏好, 但在实然层面, 不得不承认这种影响的客观存在。稍后, 我们将进一步分析为什么这些因素对刑法偏好构成显著影响。

#### 4. 刑法偏好还与社会公信力有关

根据理论假设, 刑法偏好应该反映对犯罪现象的不满, 至少是对传统犯罪的不满, 而不是其他不满。然而表 2 所展示的事实却是, 第一, 对身边干部的信任度与刑法偏好之间关系显著, Sig 值小于 0.05, 呈负相关关系: 对干部的信任度越低, 则刑法偏好系数越高, 反之, 对干部的信任度越高, 越偏好轻法。受访者对干部信任度得分从 0 到 10 的平均值为 5 分。第二, 贪腐暗数估计与刑法偏好之间关系显著, Sig 值小于 0.05, 呈负相关关系: 对贪腐暗数估计越高, 即认为未被发现查处的贪腐现象实际规模越大, 越可能偏好重法, 反之, 越是认为贪腐现象的实际规模有限, 对反贪效果越乐观, 越可能偏好轻法。其中, 认为只有不足 30% 的贪腐被查处的受访者占比 49%, 认为已有 30%—60% 的贪腐被查处的受访者占比 31.1%, 认为已有 60% 以上的贪腐被查处的受访者占比 12.8%, 其余空缺。第三, 社会保障满意度与刑法偏

好之间关系显著, Sig 值小于 0.05, 呈正相关关系: 认为社会保障越差, 越可能偏好重法, 对社会保障满意度越高, 越可能偏好轻法。此项得分的平均值为 6 分, 从 0 到 10 分数越高说明受访者对社会保障越不满意。可见, 尽管逻辑上人们应该出于对犯罪的恐惧而求助于严刑重法, 但事实上对公权力行使的不满更可能导致偏好重法。

简述以上发现: (1) 中国民众的刑法偏好系数低于 0 到 1 之间的中间线, 为 0.36; (2) 有无传统犯罪的被害遭遇, 对刑法偏好的轻重并无显著影响, 个人、社会因素以及公权力行使的满意度才是影响中国民众刑法偏好的显著因素。

#### 四、刑法偏好的有限响应理论

上述发现可以为优化刑法与民意的关系提供理论和事实依据。关于刑法与民意的关系, 学界大致有两种倾向。一种观点认为, 立法权的人民性、法律的本质特性以及法律的高效益实施都要求民意入法。<sup>①</sup> 持这种观点的学者还认为, 公众判意不构成对司法独立的贬损, 是司法机关处置个案的重要参考。吸收公众判意是司法公开化、民主化的有益实践。<sup>②</sup> 另一种观点则强调要冷静对待民意对刑法的影响, 担心缺乏形式性的平民化思维会直接导致判决结果的高度不确定性。<sup>③</sup> 持这种观点的学者甚至指出, 如果允许刑事司法向民意妥协, 看起来似乎维护了社会的稳定, 实际上是以牺牲整个法律正义为代价, 是以牺牲法律的尊严和权威为代价, 其最终的结果是法律可以被任意解释。<sup>④</sup> 不难看出, 争论双方所使用的民意一词, 其实更接近本研究所说的舆论, 最多可以不准确地表述为“个案民意”。而舆论由其特定性、具体性、局部性和时效性所决定, 显然达不到民意的分量, 因而不必言听计从。从这个意义上说, 本研究原则上认同后者的立场, 但也注意到, 不论是对“个案民意”, 还是对普遍民意, 实践中决策者是“妥协”、响应还是拒斥, 都是有条件的。因此, 重要的不是一概而论的立场宣示, 而是如何将这些条件理论化。

对此, 有学者归纳了民意与公共政策之间的互动关系的四种模型: 第一种是不相关模型, 即因民意测验数据不真实或无意义而得不到决策者响应。第二种是决策者操纵民意模型, 即政府精英通过媒体渠道影响民众的观点, 民众的观点因而受到引导和控制。第三种是公共政策与民意反映不一致的无响应模型, 即无法得到民众认同甚至与民众偏好相反的公共政策决策。第四种是响应模型, 该模型反映的是公共政策的制定受民意的影响或者与民意的偏好呈现一致, 即民意是政府决策的重要

① 齐嘉利:《论民意入法》,《东南大学学报》2014 年第 3 期。

② 顾培东:《公众判意的法理解析——对许霆案的延伸思考》,《中国法学》2008 年第 4 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》,《政法论坛》2005 年第 4 期。

④ 孙万怀:《论民意在刑事司法中的解构》,《中外法学》2011 年第 1 期。

约束因素。<sup>①</sup>可见,认为只要响应民意就是对或错的,对民意要么照单全收要么置之不理都未免有些简单。应该对什么是民意及其具体内容、形成原因进行具体分析,有条件地对民意作出响应。

在此基础上,本研究提出刑法偏好有限响应理论:对理论上全体民众的意见,不存在是否响应的问题,当然要无条件遵从。而刑事立法或司法是否积极响应民众的某种刑法偏好,则取决于代表性、溯因性和依法性三方面的考量:对不代表广大民众的一部分人群的意见、诉求背后另有原因的意见、于法无据的意见,都不宜轻率视为民意而直接遵从。至于个案舆论,更需要先通过实证研究转换成某种刑法偏好,经过上述三方面考量后,再决定是否以及如何响应。

#### 1. 代表性:小样本思维的危险

民意应该是民众之意,通过媒体发声的人、持对立意见双方中的某一方,甚至全体民众中的简单多数,未必能代表民众中的绝大多数。刑法偏好应该能代表民众中绝大多数关于刑法的基本意见,不符合这个条件的个案意见、舆论,须经过代表性分析再决定是否需要对其作出积极响应。判断哪些意见符合代表性要求,可靠的方法之一就是大样本调查研究。根据本次大样本调查的结果,中国民众的一般刑法偏好大概位于偏好全距中线以下略高于三分之一的水平。根据这个量化描述,中国民众的刑法偏好基本适度,并不属于重法偏好。这就为在现实生活中观察具体舆论提供了一个参照物,如果重法重判的呼声过高,可能并不代表大多数民众的意愿。用概括的民意校准具体的舆论,才能理性地对待民众诉求。

无视这些基本事实,可能陷入某种决策风险。第一,从结果看,位于刑法偏好系数两端都是极小概率事件。那种认为“恶意欠薪”、“醉酒驾车”、“儿子给病危的父亲实施安乐死”、“见死不救”都该入罪,且认为现在执行死刑数量太少了,且认为问卷中列举的三对犯罪都不必考虑罪刑均衡的受访者,在3万多样本中占比仅为0.1%。同时,认为上述四种行为都不该入罪,且认为现在执行死刑数量太多了,且认为问卷中列举的三对犯罪都应该轻重其罚的受访者,在受访者中只占3.1%。绝大多数民众的态度都处于这两端之间略低于中间的位置,即刑法偏好系数为0.36,代表了中国民众的基本刑法偏好。第二,从影响因素看,刑法偏好系数极高者应该同时具备以下特征:年龄很小,沮丧感很强,学历很高,拥有城镇户口,从事非农工作,居住在东部,对自己收入极不满意,对身边干部极不信任,认为反贪效果极差,极不满意目前政府提供的社会保障条件。刑法偏好系数极低者应该同时具备以下特征:年龄很大,沮丧感很弱,学历很低,农业户口,从事农业工作,居住在西部,对自己收入非常满意,对身边干部绝对信任,认为没那么多贪腐,非常满意政府提供的社会保障条件。显然,这两种极端组合都是极小概率事件,都无法代表中

<sup>①</sup> 林竹:《西方民意与政策相关性研究模型》,《广西社会科学》2008年第8期。

国民众的最大多数。

各种因素对刑法偏好的影响都是或然的。只能说具有某个特征，形成某种偏好的可能性较大；某类特征越集中出现在某个人身上，该个体具有某种偏好的确定性越大。集大多数重法偏好的影响因素于一身却偏好轻法或者相反的个例虽有可能，但毕竟不是大概率事件。而刑事政策的决策依据显然应该是大概率事件，不应被小概率极端个案所左右。总之，上述这些极端之间的大多数，才是理解中国民众刑法偏好的客观基础。如果用来直接推论总体的个案恰好是极小概率事件，不仅武断而且危险。

## 2. 溯因性：要看哪些民众为什么偏好重刑或轻法

是否响应民众的某种偏好，还要看哪些民众为什么偏好重刑或轻法。这是因为，笼统地说中国民众偏好何种刑法，可能掩盖了这种偏好背后的原因。有时这种背后的原因，才是刑事政策决策时真正需要在乎的因素。

具体到本研究，犯罪对刑法偏好也不是没有任何影响。遭遇过盗窃、诈骗、抢劫和伤害的受访者的刑法偏好系数均值为 0.3661，略高于总体的平均值。<sup>①</sup> 与其相比，其余无被害遭遇受访者的刑法偏好系数均值为 0.3587。应该说，有被害遭遇的人还是比其他人更偏好重法。但问题是，现实生活中，任何主观偏好都是多种因素共同作用的结果。因此，用多元线性回归方法再现这种共同作用时，也就是承认并控制其他因素影响的情况下，仅剩的一点差异也不得不淡出视野，其细微影响只能忽略不计。<sup>②</sup> 在此基础上，既然个人、社会因素以及公权力行使的满意度对刑法偏好的影响比较显著，那么，这个原因的原因又是什么？比如，为什么人们的相对收入越高就越可能偏好轻法，而越低就越可能偏好重法？为什么重法偏好可能是对公权力行使不满意的结果？作为对犯罪作出反应的犯罪定义，刑法的影响因素分为两部分，一部分是犯罪本身，即犯罪定义的对象，另一部分是犯罪定义者，即用刑法对犯罪作出反应的主体。刑法偏好也是一种意义上的犯罪定义，只不过作为影子刑法是一种民间犯罪定义。因此，这种犯罪定义的影响因素也可以分为定义对象和定义主体两部分。犯罪定义学的一般问题是，影响犯罪定义的主要因素是定义对象本身还是定义者？即，由于一个行为本身是犯罪所以被定义为犯罪，还是由于定义者认为一个行为应当被定义为犯罪，所以该行为才获得了犯罪的意义和属性？由此看，刑法偏好的问题也可以是，影响民众偏好重法还是轻刑的主要因素，到底是那些被视为犯罪的行为，还是民众自身的某些属性？即，由于民众面对的犯罪本身轻重不同，所以才有轻重不等的刑法偏好，还是由于参与定义的民众自身在身份、地位、

① 为计算总体刑法偏好系数，运行统计工具后给出的实际结果是，均值为 0.3586。如果小数位取两位，中国民众刑法偏好系数可以表示为 0.36。

② 美国学者发现，在美国，公众对于犯罪的观点和政治家对于打击犯罪的呼吁，与犯罪率的实际趋势没有什么关系。（参见斯蒂芬·E. 巴坎：《犯罪学：社会学的理解》，秦晨等译，上海：上海人民出版社，2011 年，第 620 页）

价值取向、所属群体、认知范围等方面的差异，所以才有了不同的刑法偏好？

对此，犯罪学理论有两种基本回答。客体理论认为，犯罪定义的决定性因素是被定义的对象行为，而非定义者自身的主体性。而主体理论认为，行为被赋予犯罪意义的决定性因素是定义者，主体性是犯罪定义的决定性因素。<sup>①</sup>按照客体理论，既然是因为行为原本有罪才被定义为犯罪，犯罪定义便具有某种当然的正当性和不容争辩的合理性。而按照主体理论，既然犯罪并非行为固有的属性，那么，在把某种行为贴上犯罪标签时，定义者不可避免地将自身的某种偏好、取向、局限注入犯罪定义。本研究探讨的问题是，民间犯罪定义是否也会在较大程度上受定义者自身的主体性影响。本研究的发现基本上证否了客体理论，为主体理论提供了新证据：刑法偏好之所以未见犯罪本身的显著影响，反而在很大程度上受个人、社会因素以及公权力满意度等因素的显著影响，正是一种主体性的流露和彰显，即民众站在各自角度能动地审视、诠释犯罪与刑法，使刑法在每个民众心目中有着不同的呈现。

本研究证明，主体性在刑法偏好中可能有三种体现。其一，当犯罪更多地被视为下层社会成员特有的行为模式时，尤其是当犯罪的被害人被描写为善良无辜的高尚人群时，拥有一定优势地位的人便会倾向用较重的惩戒作出反应。这就是为什么有些居住在东部、拥有城市户口、从事非农工作的人或者学历较高者刑法偏好系数偏高的原因。至于为什么犯罪更容易被视为下层社会成员的行为方式，则与传统犯罪的暗数较低、媒体传播的渲染等各种因素有关。<sup>②</sup>其二，作为影子刑法的主体，民众还可能有一种代入感的作用下形成自己的主观偏好。所谓代入感，是指受众在观看文学影视作品时产生的一种自己替代其中某个角色的身临其境的感觉以及随之出现的情绪变化。<sup>③</sup>尤其是在公权力满意度与刑法偏好的关联中，受访者很可能在代入感的作用下以公权力滥用的被害人自居，在随之激活的负面情绪支配下选择严法重刑以宣泄心中的不满。由之而来的不满情绪越大，刑法偏好越重。其三，民众的刑法偏好还与司法公信力有关，人们有时会借助案件表达对司法不公的不满。本研究也考察了受访者对司法公正程度的评价，从0到10分，分数越高表明对司法公正的评价越高。结果是，均值为6分，中值也是6分，众值是5分。由于全距为11分，所以表面看，司法公正的评价位于中等水平。但当我们问到是否同意以下说法时，就有从十分同意到十分不同意多种回答。具体问题包括：“法律如果不合情合理，就可以不遵守”、“法院在审判重大案件时，应该听取和接受当地政府的意见”、“即使是遇到刑事案，能私了就私了”。是否赞同这些说法，说明对法律的权威性、司法独立性的认同程度不同。这类问题的设计思想是认为，孤立地看中国民众对司

① 白建军：《关系犯罪学》，北京：中国人民大学出版社，2014年，第198页。

② 斯蒂芬·E. 巴坎：《犯罪学：社会学的理解》，第39—40页。

③ 杨玲：《体验经济与网络文学研究的范式转型》，《文艺研究》2013年第12期。

法公正的满意度意义不大，民众心目中所谓公正的司法到底是什么样的司法才是真问题。为此，对司法公正的满意度与法律权威感两个维度之间的关系进行分析后，皮尔逊相关分析的结果显示，受访者对司法公正的满意度与上述三个问题的回答之间虽然相关系数不高，分别为 $-0.035$ 、 $-0.124$ 和 $-0.031$ ，但均为符合统计显著性要求的负相关关系。这意味着，在相当数量的受访者心目中，所谓公正的司法其实并不一定是严格依法办事，而是法律适用中允许各种形式的变通乃至行政干预。相反，在另外相当数量的受访者来看，之所以不满意司法的公正性程度，是因为他们认为司法的独立性、法律的权威性尚未得到应有的保证。可见，对司法公正与否的不同评价，未必是司法实践本身的反映，而源于对司法公正内涵的不同理解。所以，当某个案件审理被质疑是否公正时，真正的焦点未必是那个案件事实和相关规则本身，而是谁、出于何种关于公正的理解质疑案件审理的公正性。

这三种主体性对刑法偏好的影响并非我国民众所独有。有学者关于美国民众判决偏好的研究结果与我们的观察相互印证：在美国，非裔的惩办主义程度轻于白人，这部分是因为他们觉得刑事司法系统本身就是带有偏见的。这个差异在对待死刑的态度上表现尤为明显：在 2006 年的盖洛普调查中，仅有 38% 的非裔美国人说他们相信死刑的正当性，而如此回答的白人比例高达 71%。<sup>①</sup>可见，现实世界中，这三种主体性的影响过程相互交织，难分彼此。尤其是，当沮丧感、郁闷等精神状态因素介入时，上述各种因素的作用过程可能平添更多的情绪化色彩。可见，某些个体的刑法偏好系数较高，很可能是非理性因素影响的结果。刑法偏好是关于犯罪的想象、社会分层、对公正的主观感觉、认知局限乃至个人心境等多种因素交互作用的结果。可以认为，刑法偏好其实是各种个人、社会因素以民众的主体性为中介介质的扭曲、变形反映。作为一种社会现象的折射或扭曲反映，它来自客观而不同于客观，来自个体而每个个体的刑法偏好又有所不同。如果不问这些背后的原因，对基于这种扭曲反映的舆论诉求百依百顺，无疑会对刑事法治构成伤害。这就是为什么对刑法偏好应理解其背后真正原因的原因。对刑法偏好尚且如此，对个案舆论轻率响应会承担更大的风险。

### 3. 依法性：警惕刑法的过度社会化和民意的误读滥用

根据本研究的发现，无论是民众偏好还是刑事法治，都可能被无端赋予某种原本没有的意义，结果可能导致两者都不堪重负。因此，在刑事司法中禁止法外对舆论或民众偏好作出响应，既是对民众的爱护，也是对刑事法治的珍重。同时，也应提倡上述大样本测量调查的方式获取民众刑法偏好的基本数据，据此进行刑事立法以及刑法修订，防止个案舆论对刑事政策决策过程的过度影响。没有刑法偏好校准的刑法修订，和没有法治逻辑指引的个案舆论一样，都将意味着法治的边缘化。

<sup>①</sup> 斯蒂芬·E. 巴坎：《犯罪学：社会学的理解》，第 55 页。

一方面, 本研究发现, 犯罪本身对刑法偏好的影响不如关于犯罪的想象、社会分层、对公正的主观感觉、认知局限、个人心境等主体性因素的影响显著。把这一统计发现微缩到经验世界中, 人们往往寄希望于司法承担过多的社会职能, 通过司法改变强弱主体在社会生活中的力量悬殊。<sup>①</sup>而其中的犯罪事实以及相关的法律问题反倒被人们所忽略。这种社会问题司法化倾向所反映的问题是, 刑法到底应否被赋予调整更多社会关系、解决所有社会问题的功能? 既然刑法偏好是客观现实的扭曲反映, 那么, 靠刑法解决社会问题, 与其说是社会问题司法化, 倒不如说是刑法的过度社会化。其结果, 当社会默许刑法功能的这种扭曲时, 便会有更多的刑法以外的力量介入刑法的修订、解释和适用。于是, 扭曲的也许会更加扭曲, 规则本身的逻辑却被淡化。也因此, 如果不从宪法的高度, 仅仅满足于罪刑法定原则被奉为刑法的根本, 实不足以防止法治的弱化。<sup>②</sup>

另一方面, 在控制其他因素的情况下, 人们对公权力行使的满意度较低时更可能偏好重法。这意味着, 民众刑法偏好的变化还间接反映了社会公权力行使状况的变化, 总体上刑法偏好系数越高, 可能反映了社会公信力越差。可见, 主体性对犯罪定义的能动影响并不都是负面的, 还可能是社会现实的反映。这时, 如果不问原因, 仅以民众偏好重法为由加大惩戒资源的投入, 未必是民意的真正所在, 反倒可能导致某种恶性循环: 部分民众对公权力行使越是不满, 越可能给选用重法的决策提供支持, 于是便有更多的惩戒资源投放社会。其结果, 公权力的行使未必因此而得到改善, 却可能加剧社会关系的紧张。这个恶性循环将通过过度犯罪化和过度刑罚化两种形式导致人们对法治的失望。因为“刑罚是通过刑事定罪的污名效应来制止犯罪的。然而, 污名是一种消散很快的稀缺资源。如果个体实施的行为很少遭到人们的谴责, 且大多数人都会实施这样的行为, 那么国家就不能有效地使他们蒙上污名。而随着刑事责任适用范围的扩大, 污名效应将被消耗殆尽, 最终亦会导致威慑力被侵蚀”。<sup>③</sup>这种法治资源的侵蚀其实是一种刑法资源的“通胀”现象, 如果理由是顺应民意, 便不只在误解民意, 更可能是滥用民意。刑法无法彻底消除社会不平等, 但至少不要以民意的名义扩大社会不公。

〔责任编辑: 刘 鹏 责任编审: 赵 磊〕

① 参见徐光华:《从涉案主体的身份特征看影响性刑事诉讼中的司法与民意——以 2005—2014 年〈南方周末〉评选的 55 件影响性刑事案件为例》,《暨南学报》2015 年第 3 期。

② 参见赵秉志、王鹏祥:《论我国宪法指导下刑法理念的更新》,《河北法学》2013 年第 4 期。

③ 道格拉斯·胡萨克:《过罪化及刑法的限制》,姜敏译,北京:中国法制出版社,2015 年,第 15—16 页。

findings show that during the period under study, antidumping caused a 4.5%-28.7% decrease in the domestic value-added rate of the total exports of the relevant industries; a 3.4%-17% decrease in the domestic value-added rate of the final product exports of the relevant industries; and a 1.2%-8.5% decrease in the domestic value-added rate of the intermediate product exports of the relevant industries. Further, antidumping measures also caused an 8.2%-28.6% decrease in the status index of the relevant industries' participation in the global value chain, and a 3.2%-13.7% increase in the upstream index of related industries. Foreign anti-dumping measures have had a significant negative effect on Chinese industries' participation in the global value chain and their ability to move up the value chain.

**(7) Environmental Justice in the Context of the Uncertainty of Science: Discussions on the Question of Transgenic Biosafety**      *Wang Mingyuan and Jin Feng* • 125 •

Coping with the risks arising from scientific uncertainty and achieving and maintaining environmental justice is a core frontier issue. Public administration needs to undergo a transformation from the traditional administration of order and welfare, most of which is based on certainty, into modern risk administration based on uncertainty, and the pursuit of justice needs to change from formal and actual substantive justice into procedural justice. Against the background of scientific uncertainty, the environmental justice represented by transgenic bio safety needs to be based on the relevant scientific research; in essence, however, it is a social construct. The research, development, application and dissemination of modern science and technology, including transgenic biotechnology and its products, should maintain a free market. At the same time, in order to protect public security and maximize the interests of disadvantaged groups, the necessary governmental intervention and legal controls should be imposed on the relevant scientific and technological activities.

**(8) Research into Public Preferences about Chinese Criminal Law**

*Bai Jianjun* • 143 •

Do the public prefer a more or less severe criminal law? And how is the relationship between criminal law and public opinion to be handled? These are questions that criminal law cannot evade. As a part of the China Family Panel Studies (CFPS) Program at Peking University, empirical research using data from more than 30,000 samples has found that the Chinese preference coefficient in criminal law is 0.36, below the midline between 0 and 1. This indicates that the evidence from the study of a large sample does not support the theory that the Chinese populace universally prefers severe criminal law; the experience of traditional crime victims does not have a marked effect on criminal law preferences; and such preferences are a distorted reflection of various social factors. We need to adopt an extremely calm and cautious attitude towards public opinion on individual cases, moderate our response to the public's preferences, and remain alert to the excessive socialization of criminal

• 207 •

law and the tendency to “inflate” criminal law sources. Whether criminal law legislation or administration actively responds to a particular public preference should depend on consideration of three factors: representativeness, retrospective causality, and legality. Only then, after considering the three factors listed above, should a decision be taken on whether and in what way a response should be made.

**(9) “Out of Control” Texts and Tacit Literary Criticism: A Case Study of *Shiji* and Its Research** *Cheng Sudong* • 164 •

On the basis of different modes of text generation, the Records of the Grand Historian (*Shiji* 史记) can be divided into Sima Qian’s original compositions, written independently, and the derivative texts that he compiled and revised on the basis of existing material. In the case of the latter, Sima Qian used various editing strategies to “rewrite” different types of material, including classics and biographies, genealogies, and earlier philosophic works, from a variety of sources and possessing different functions, into an ordered text with a largely consistent language style, narrative form and standpoint. In the course of compilation, he encountered some unavoidable omissions in terms of transplanting, supplementing or excerpting these texts, leaving some “out of control” in varying degrees. These out-of-control texts, which display the process by which the compiler sought to construct an ordered text and the predicaments he faced in doing so, turn out to be an effective way to enter the deep structure of Sima Qian’s work, allowing us to understand both the intentions of the compiler and the strategies he adopted and providing a useful approach for literary criticism of this type of text. Identifying and researching the typology of these cases not only helps us gain an in-depth understanding of the process whereby Sima Qian compiled the Records of the Grand Historian, but also provides a foundation that enables us to recognize the literary value of these derivative texts.

**(10) The Writing of the *Liber Historiae Francorum* and Its Appeal to Social Order** *Chen Wenhai* • 185 •

The historical standing of the The Book of the History of the Franks (*Liber Historiae Francorum*), one of three contemporary historical records of the Merovingian Dynasty, has experienced some vicissitudes. Long cold-shouldered, it has now become a basic historical source for the study of the period; but in terms of historical value, the academic focus has tended to be on the work’s role in the continuity of Frankish historical sources at the expense of the implications of its composition. Careful scrutiny of its text shows that although it praises the Franks in many respects, its fundamental aim is to enlist the forces of tradition and the historical record in the quest for an explanation of the immediate political situation of Frankish society, alongside the wish to maintain that situation. However, this idea was ultimately no more than wishful thinking.