

# 死刑存废的民意维度

——以组织卖淫罪可罚性观念的测量为中心

赵 军 \*

---

---

**内容提要：**概率样本数据显示，组织卖淫罪适用死刑的民意支持率极低，这与公共空间所呈现的舆论态势存在较大反差；围绕本罪死刑存废的拉锯过程对进一步推进死刑改革具有重要启示。由政治领袖推动的“突然死亡”式死刑废除模式在我国不具有可行性，而依靠精英话语引导民众支持死刑废除的思路则面临“精英观念缺位”的尴尬。以个罪死刑的民意支持度为依据，逐步废除罪刑失衡的个罪的死刑，是我国死刑改革的必由之路。在这一过程中，要特别防止“沉默的螺旋”等传播现象所导致的“错位民意”对立法与司法的不当影响。以官方人口统计信息为参照获取概率样本，采用匿名电脑调查法和“讲故事法”测量相对敏感的“外指观念”，是进行民意测量时可行且有效的方法。

**关键词：**死刑改革 组织卖淫罪 民意 可罚性观念

---

---

## 一、问题的提出与研究现状

无论在国际法层面还是国内法层面，死刑的废除已成为明晰且难以逆转的潮流。首先，包括《公民权利和政治权利国际公约》第二任择议定书在内的多项国际性文件已禁止适用死刑；〔1〕其次，已有约140个国家在法律文本上废除了或在法律实践中不再适用死刑。〔2〕但是，在我国，全面废除死刑尚不具有可行性；分阶段、分步骤减少死刑罪名并严格限制死刑适用，成为我国刑事立法完善及司法改革的重要侧面。〔3〕

---

\* 北京师范大学刑事法律科学研究院副教授。

〔1〕 参见〔加〕威廉·夏巴斯：《民意与死刑》，载赵秉志、威廉·夏巴斯：《死刑立法改革专题研究》，中国法制出版社2009年版，第128页。

〔2〕 数据依据国际特赦组织（Amnesty International）2012年的统计结果。其中，97个国家（地区）已彻底废除死刑，8个国家废除了一般状态下、非战时犯罪的死刑，35个国家的法律条文尚未废除死刑但法律实践已超过10年未执行死刑。由于在评估某些国家是否在法律实践中事实上废除了死刑时有差异，故相关统计结果存在一定误差。

〔3〕 参见赵秉志：《中国逐步废止死刑之建言——以废止非暴力犯罪死刑为中心》，载前引〔1〕，赵秉志等书，第239页以下。

为此,2011年《刑法修正案(八)》取消了13个非暴力犯罪的死刑,其中未能包括同为非暴力犯罪且通常被归为“无被害人犯罪”的组织卖淫罪。一些刑法学者认为,组织卖淫罪的死刑配置与其社会危害性不相当,与现代法治国家的普遍做法不相符,应予取消。<sup>[4]</sup>然而,立法机关在出台《刑法修正案(八)》时,却采纳了相反的观点:我国的组织卖淫活动十分猖獗,危害极其严重,取消死刑会削弱打击力度,不利于保护妇女尤其是幼女的合法权益,不利于维护国家形象。<sup>[5]</sup>但是,这些理由恐怕很难成立。从报应的立场看,组织卖淫罪作为社会风化犯罪并未侵害“特别重大的法益”,无法达到《公民权利和政治权利国际公约》第6(2)条所谓“最严重罪行”的程度,<sup>[6]</sup>对之适用死刑“缺乏正当根据”。<sup>[7]</sup>从预防的立场看,自1983年全国人大常委会《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》首次为卖淫关联罪配置死刑至今,受“市场机制”调节、成因复杂的性产业在我国的发展并未因此减缓。更重要的是,与当代社会变迁及性产业供需关系的变化相适应,自愿从业者成为该领域绝对的主体人群,动用重刑乃至死刑保护相关法益的理由已然消失。晚近的经验研究甚至发现,聚集程度高的性工作方式反倒有利于降低女性性工作者的被害风险。<sup>[8]</sup>对这种无被害人的非暴力犯罪适用死刑,会给国家形象“减分”,而不是相反。在此种情况下,《刑法修正案(八)》仍决意维持组织卖淫罪的死刑配置,其真实缘由值得深究。据当时深度参与该项修法活动的资深刑法学者披露,绝大多数专家对废除组织卖淫罪死刑的动议并无原则性分歧,最终促使立法机关回避该动议的关键因素其实是这样一种担心:2010年发轫于“天上人间”事件的扫黄行动其时正如火如荼,在此背景下取消组织卖淫罪的死刑,恐有违民意,甚至可能被舆论指摘为“假扫黄,真护黄”。

如此看来,民众关于组织卖淫罪的可罚性观念应该是立法机关决定该罪死刑存废时极为重要的考量因素之一。然而,同样是在全国性大规模扫黄行动(2014年2月从东莞发起并全面铺开)之后,2014年11月公布的《刑法修正案(九)(草案)》却将组织卖淫罪列入了死刑废除清单。短短几年,并无证据表明民众在该问题上的态度发生了实质性转变,立法机关的态度却出现了重大转折。由此,我们不得不思考:民意与死刑存废究竟是怎样的关系?立法机关应如何探知并把握民众在死刑存废问题上纷繁复杂、多样呈现的观念与看法?对这些问题的解答,无论对我国死刑罪名的进一步限缩,还是对刑罚正义、罪刑均衡的实现,均具有重大意义。而在定量层面对组织卖淫罪的可罚性观念展开专门研究,可以为这些重大问题的探究提供路径。<sup>[9]</sup>

[4] 参见高铭暄、赵秉志、黄晓亮、袁彬:《关于取消组织卖淫罪、集资诈骗罪死刑的立法建议》,载赵秉志:《刑事法治发展研究报告(2009—2010年卷)》,中国人民公安大学出版社2011年版,第1页以下。

[5] 参见黄太云:《〈刑法修正案(八)〉解读(一)》,《人民检察》2011年第6期,第7页。

[6] 公约规定,在未废除死刑的国家,判处死刑只能作为对“最严重罪行”的惩罚。参见联合国公约汇编171号1976年第999号《公民权利和政治权利国际公约》第6条。

[7] 参见张明楷:《组织卖淫罪的死刑废止》,《法制日报》2003年6月26日。

[8] 参见赵军:《女性性工作者被害情境定量研究——以对数回归模型为分析工具》,《云南大学学报(法学版)》2010年第3期,第103页。

[9] 依通说,刑罚配置的核心考量因素是行为的社会危害性,但围绕刑罚配置适当性的考察则是一项综合性、多维度的系统工程。关于对卖淫及其关联行为的法益侵害、相关法律的实际社会效果的考察,参见赵军:《惩罚的边界——卖淫刑事政策实证研究》,中国法制出版社2007年版;赵军:《边缘的权利——女性性工作者被害问题经验研究》,中国法制出版社2011年版。

目前,与组织卖淫罪的可罚性、死刑适用的民意状况等相关的定量研究在我国较为缺乏,为数不多的几项研究尚难令人信服地解答本文所关切的问题。1995年,中国社会科学院法学研究所进行过一次较大规模的问卷调查,但该调查的抽样方法不明且仅涉及一般意义上的“死刑态度”,其参考意义有限。<sup>[10]</sup>2003年,贾宇研究团队对西北政法学院1873名本科生进行了问卷调查;因对象特定,该调查无法反映一般民众的死刑观念。<sup>[11]</sup>康均心研究团队、莫洪宪研究团队分别于2004年、2007年至2008年(主要)针对法律专业人员就死刑问题展开了问卷调查,但(主要)反映的是法律专业群体对相关问题的看法。<sup>[12]</sup>2008年,蒋兰香围绕死刑民意展开调查,但样本量过小(总计180份)且抽样存在缺陷,样本不具有“推断力”。<sup>[13]</sup>2004年底,笔者曾围绕性工作及其关联行为(含组织卖淫行为)的可罚性展开问卷调查,尽管采用的配额抽样法在一定程度上保证了数据质量,但作为基于非概率样本的研究,其可靠性存疑。<sup>[14]</sup>

2007年至2008年,德国马普外国刑法与国际刑法研究所在北京、湖北、广东三地采用GPS辅助区域抽样法(GAS),获取18岁至70岁居民共计6470人形成了适格样本,最终采访4472人。该研究可谓目前围绕我国民众死刑态度展开的规模最大、抽样最规范、问卷设计最科学、数据质量最高的一次定量调查。除一般意义上的死刑观念,该研究还调查了民众对“最严重组织卖淫”的态度,数据显示33%的受访者支持对此种罪行适用死刑。<sup>[15]</sup>但遗憾的是,该调查问卷并未清晰描述“最严重组织卖淫”的具体含义,受访者只能依自己对该罪行千差万别的个性化想象提出各自的处罚建议。数据结果所反映的究竟是不同受访者在刑罚观、死刑观方面的差异,还是不同受访者对“最严重组织卖淫”本身的不同理解,便不得而知了。申言之,该研究在概念“操作化”上的失误损害了测量的有效性,减损了数据的价值。<sup>[16]</sup>另外,该研究的后期数据分析稍嫌简单,未进一步利用更合适的统计分析技术,深入发掘这些数据所可能蕴含的潜在价值。

## 二、测量工具、方法与数据分析

### (一) 测量工具与方法

#### 1. 关于问卷

本研究采用的问卷由笔者2004年底使用的问卷改进而来。涉及本研究的内容基本维持

[10] 参见胡云腾:《存与废——死刑基本理论研究》,中国检察出版社2000年版,第339页以下。

[11] 参见贾宇:《死刑研究》,法律出版社2006年版,第313页以下。

[12] 参见康均心:《理想与现实——中国死刑制度报告》,中国人民公安大学出版社2005年版,第2页以下;武汉大学刑事法研究中心、德国马普外国刑法与国际刑法研究所:《中国死刑态度调研报告》,台湾元照出版有限公司2010年版,第63页。

[13] 譬如,为了解农村居民的死刑观念,该研究仅在湖南、湖北两地农村地区各抽取了15名受访者作为“代表”,由此形成的“样本”显然难以具备(由样本)推断总体的能力。参见蒋兰香:《死刑罪名设置的民众视角》,《昆明理工大学学报(社会科学版)》2008年第7期,第76页。

[14] 参见赵军:《刑事政策伦理基础实证研究》,载赵秉志:《和谐社会的刑事法治》,中国人民公安大学出版社2006年版,第247页以下。

[15] 参见前引[12],武汉大学刑事法研究中心等书,第244页。

[16] “操作化”是指将抽象的概念转化为可观察的具体指标的过程,是定量取向型社会研究的关键环节。

原貌，即通过了解受访者对具体“故事”或案例的态度来测量相关观念。依潘绥铭的理论总结并结合笔者的调查实践，这种相对情境化、具象化的“讲故事法”对准确探测“外指观念”具有较好的效果。<sup>[17]</sup>

问卷为测量组织卖淫罪可罚性观念所叙述的“故事”是：<sup>[18]</sup>在台湾做“小姐”收入相对较高，于是赵某（女）先后帮助19名自愿到台湾做“小姐”的大陆女青年与台湾男子办理“结婚”手续（只办手续，不与对方共同生活），并通过这种方式将她们送到台湾。到台湾后，这些女青年按事前约定，到由赵某联系的“公司”上班赚钱，工作内容是陪客人并与之发生性关系。

该“故事”为真实案例。某高级人民法院终审认定赵某犯组织卖淫罪，裁定维持死刑（立即执行）判决。以裁判时的法律为标杆，该案裁判尺度属正常范围：赵某的行为符合刑法第358条“组织他人卖淫……情节特别严重”的规定，依法当“处无期徒刑或者死刑，并处没收财产”。以赵某组织卖淫案作为司法实践中最严重的（但无强迫情节）组织卖淫罪案件的代表，应当可以接受。

问卷还提供了一起真实的故意伤害案作为对比：邱某与李某因为生意发生矛盾，李某用斧头将邱某砍伤。两年后，邱某为报仇，将李某绑到一间民房内，用铁丝刺破李某的左右眼球，用刀把李某的右眼挖出，用猎枪向李某的双踝关节、左手掌连开数枪，造成李某左手小指、环指缺失，中指下垂，左小腿中段以下缺损。

对比“故事”中邱某的行为属于刑法第234条第2款“以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾”的情况，依法应“处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑”。邱某后被审理前案的同一高级人民法院终审判处无期徒刑。两案审判时间接近，后案适合作为前案的对比“故事”。<sup>[19]</sup>

[17] “外指观念”是指人们针对各种社会现象所产生的一些看法、评价，其往往并不直接针对自己。参见潘绥铭、黄盈盈：《反思“观念调查”》，《学术界》2009年第2期，第89页以下。

[18] 为避免误导受访者，问卷尽量使用中性和化语言对案情进行客观描述，以回避通常法律文书或新闻报道中常见的具有较强法律及道德评价意味的词汇。

[19] 关于本研究问卷案例的选取需做一些说明。相对于未对抽象概念（如“特别严重组织卖淫”）进行适当“操作化”的问卷设计，采用“讲故事法”（即提供具体案例）来探测“外指观念”（即人们对“特别严重组织卖淫”的可罚性认识）无疑具有相当的效度优势。然而，所有采用该方法展开的观念调查都必须面对一个新的疑问：具象性的“故事”能否“典型地”反映抽象的概念或命题？具体到本研究，疑问在于，赵某组织卖淫案是否属于“典型的”“特别严重组织卖淫”？该案能否“代表”立法机关为这种犯罪预设的死刑适用条件以及通常的司法裁判尺度？若案例选取不当，建立在“讲故事法”之上的观念调查就有“南辕北辙”、“张冠李戴”的风险。对此，本问卷主要从以下两方面予以规避。一方面，赵某组织卖淫案经过了合法的司法程序，其死刑判决位于“特别严重组织卖淫”的法定刑幅度之内，其并非错案。故即便该案的具体裁判结果（死刑立即执行）未必与全国类似案件的“平均裁判尺度”（这当然只是一种理论假设，假设结果是所涉法定刑幅度内的某个值，或许是无期徒刑，或许是死缓，亦或许是死刑立即执行）完全重合，也不必影响本研究据此对比分析民众关于“特别严重组织卖淫”的可罚性观念与该罪法定刑设置之间的反差（详见后文）。另一方面，问卷中的对比“故事”同样取自合乎相应法定刑幅度规定的真实司法判决。更为重要的是，对比“故事”的生效判决也由终审赵某组织卖淫案的同一高级人民法院的同一审判庭在相近的时间作出，这基本可以排除地域、审级、临时性（阶段性）刑事政策、审判人员个体水平及裁判尺度差异等因素对判决结果的影响，这就为准确探测“特别严重组织卖淫”与“特别残忍故意伤害”的“相对可罚性”观念提供了可能。如此一来，民众观念与立法设置在“特别严重组织卖淫”的“相对可罚性”问题上的反差，就能够得到有效显现，而这已足以帮助本研究达成研究目标。另外，围绕这两个案件的具体审理过程，笔者曾专门访谈相关办案人员，并获得了他们的帮助。出于调查伦理的考虑，笔者在此隐去了足以识别办案主体的信息。

在叙述了“故事”后,问卷根据我国的法律规定及执法、司法实践,提供了从“不处罚”到“死刑”共12个等级的处理方式供受访者任意选择,<sup>[20]</sup>并特别提示受访者“只考虑自己的想法,不要考虑现行法律的规定”。

需特别说明的是,为有效保护受访者的隐私并最大限度地避免“社会欲望偏差(social desirability bias)”,<sup>[21]</sup>本研究采用了匿名电脑调查法。调查员向受访者演示操作方法后,在整个答题过程中都会坐在受访者的对面;包括调查员在内的其他人都不知道受访者回答的具体内容,这为受访者如实填答提供了技术保障。问卷经电子化处理后,进行了试操作,能为具备基本汉语阅读能力者所顺利使用。<sup>[22]</sup>

## 2. 关于抽样

利用GPS对某个地理区域中的等面积小区域进行随机抽样,再对这些区域中一定数量的居民进行调查,此即GPS辅助区域抽样(GAS)。这也是前述德国马普所2007年至2008年调查时使用的方法。理论上,该方法可降低依赖户籍名单抽样而导致的流动人口覆盖不足的抽样偏差。但在我国高层住宅大量存在、人口居住密度差异巨大的情况下,该方法难以克服人口密度估算这一巨大障碍。在我国现实的居住状态下,完全脱离官方人口登记资料进行抽样,似乎更难保证样本的概率性。由此,本研究采用了以官方人口统计信息为基础的接近概率比率抽样(PPS)的方法。

调查在中部某市展开,<sup>[23]</sup>调查对象为该地区18岁至60岁的成年人口。首先采等距离法在该地15个县级地理区域中随机抽取3个区(县)作为初级抽样单位(PSU),再依3个区(县)人口比例确定所需抽取的社区(村)数额;依各区(县)社区(村)实际数额和抽样规模计算抽样间距,等距抽取总计20个社区(村)为终端调查点;最后在每个终端调查点依户籍人口和暂住人口名册等距抽取100人备查。最终实际预约的人数约占抽样人数的72%,除去“联系不上”、“人在外地”、“时间对不上”等客观原因而未接受调查的情况,预约后拒绝答题者占成功预约人数的1.95%。<sup>[24]</sup>在参加答题的受访者中,因操作等原因形成无效问卷的占1.23%,最终有效样本为1010人。

有效样本的主要人口学特征是:(1)男性495人、女性515人,比率为49:51,基本符合要求;(2)样本中18岁至50岁的成年人与51岁至60岁的老年人比率为3.95:1,接近全国人口4.13:1的比值;(3)样本中非本地户籍人口占样本总量的26.9%,与该地调查前一月暂住人口占总人口28.7%的数值相当。由此,本调查的抽样精度可以接受。

[20] 本调查之所以未提供财产处罚手段供受访者选择,是因为相同数额的“罚款”或“罚金”对不同经济状况的人具有完全不同的意义。而自由与生命对于不同阶层群体的意义,其差异相对较小,故以剥夺自由型处罚方式为“主尺度”探测各行为的相对可罚性观念更为合理。另外,为避免受访者对外罚种类产生疑惑,问卷特别注明:“备选答案中的‘拘留’、‘拘役’、‘有期徒刑’、‘无期徒刑’都是对行为人进行‘关押’的处罚方法,您可以将它们的区别仅仅理解为‘关押’时间的长短不同。”

[21] “社会欲望偏差”是指受访者倾向于在调查员面前把自己描绘得或表现得比实际更美好、更道德、更高尚或更成功而由此导致的调查偏差。在本研究中,如何避免受访者刻意甚至夸张地表现自己如何“嫉恶如仇”、如何具有正义感、同情心或严谨的性道德,是调查设计的难点和关键。

[22] 完全不具备汉语阅读能力或阅读困难者,由调查员阅读问卷并代为选择答案。这种情况在本次调查中约占15%,主要为51岁至60岁的受访者。

[23] 所谓“市”是行政区划意义上的“市”,包括城市(城区)和农村(县)。调查于2013年1月开展并完成。

[24] 本次调查为有偿调查,并采取了一系列提高应答率的措施,因此拒答率很低。

## (二) 数据分析

通过对样本进行频数统计、单样本 T 检验、配对样本 T 检验以及建立“决策树”模型，得到如下数据分析结果。

### 1. “特别严重组织卖淫”可罚性观念的基本分布

受访者为“特别严重组织卖淫”所选的处罚等级均值为 7.14（大约对应于 5 年有期徒刑），<sup>[25]</sup> 均值标准误为 0.085；样本众数为 7（即选择该处罚等级的受访者最多，达 162 人），正好与中值重合，标准差为 2.713，偏度为 -0.234，峰度为 -0.483。超过一半（57%）的受访者选择不超过 5 年有期徒刑的幅度内处罚，只有 4.1% 的受访者支持对相关行为人适用死刑（即支持实际的司法判决结果）。即便加上占比 8.1% 的支持适用无期徒刑的受访者，总共也只有 12.2% 的受访者支持现行法对“特别严重组织卖淫”的法定刑设置（即无期徒刑或死刑）。只要本调查的数据质量可以接受，便可以认为：现行刑事立法及司法为“特别严重组织卖淫”确定的刑罚当量，尤其是死刑的设置与适用，已失去民意的支持。

### 2. “特别严重组织卖淫”整体可罚性观念与现实刑罚当量的量化比较

受访者整体可罚性观念与现实刑罚当量的比较，可从“特别严重组织卖淫”的法定刑下限（无期徒刑）和法定刑上限（死刑，同时也是实际的司法判决结果）两方面展开。

依现行法，对“特别严重组织卖淫”处无期徒刑或死刑，该法定刑幅度分别对应问卷量表处罚等级的第 11、12 级。全体受访者所选处罚等级均值为 7.14，比代表现行法最低处罚强度的第 11 级轻 3.86 级，比代表现行法最高处罚强度、同时也是该案实际司法判决结果的第 12 级轻 4.86 级；这种差距大致相当于无期徒刑、死刑与 5 年有期徒刑之间的差距。分别以现行法处罚强度之下限（第 11 级）和上限（第 12 级）为检验值，对样本进行 T 检验，双侧 Sig. 值均为 0.000，表明即便在 0.001 的显著水平下，也应接受受访者关于“特别严重组织卖淫”的可罚性观念大大轻于现行法的法定刑设置及实际的司法判决结果这一结论（详见表 1、表 2）。

表 1：有关“特别严重组织卖淫”可罚等级的单个样本检验（法定刑下限）

	检验值 = 11(无期徒刑)					
	t	Df	Sig. (双侧)	均值差值	差分的 95% 置信区间	
					下限	上限
组织卖淫	-45.190	1009	.000	-3.857	-4.02	-3.69

表 2：有关“特别严重组织卖淫”可罚等级的单个样本检验  
（法定刑上限、实际的司法判决结果）

	检验值 = 12(死刑)					
	t	Df	Sig. (双侧)	均值差值	差分的 95% 置信区间	
					下限	上限
组织卖淫	-56.905	1009	.000	-4.857	-5.02	-4.69

[25] 本研究反映处罚强度的变量是一个从 1（不处罚）至 12（死刑）的顺序变量（定序变量，ordinal measure）。每个变量的取值有上下高低之别，但取值间的距离并不一致，故将之作为连续变量进行统计分析并不严谨。不过，正如下文所呈现的，这种相对粗略的统计处理不足以影响结论，故尚可接受。

### 3. “特别严重组织卖淫”与“特别残忍故意伤害”可罚性观念的对比分析

尽管上述数据已足以显示受访者观念中“特别严重组织卖淫”的可罚性大大低于现行法及实际司法判决给定的刑罚当量,但从理论上讲,这种差距也可能缘于刑罚整体设置的严苛,而未必意味着刑法对组织卖淫罪的“特别关照”。若如此,组织卖淫罪罪刑均衡的实现就应更多寄望于刑罚结构及其整体严厉程度的调整,而非个罪的改进。为厘清该问题,可对“特别严重组织卖淫”与“特别残忍故意伤害”展开可罚性观念的对比分析。

样本中“特别严重组织卖淫”的处罚等级均值为7.14,“特别残忍故意伤害”的处罚等级均值为8.48(大体相当于8—9年有期徒刑),前者比后者轻1.34级,大体相当于轻3—4年刑期。<sup>[26]</sup>对二者进行配对样本T检验,双侧Sig.值为0.000,表明即便在0.001的显著水平下,也应接受在受访者的观念中“特别严重组织卖淫”的可罚性低于“特别残忍故意伤害”的结论(详见表3)。然而,实际的司法判决结果正好相反:在民众观念中可罚性相对较低的组织卖淫行为被处以比故意伤害更重的刑罚当量。同时,这一反差也体现在两罪对应档的法定刑幅度上:上限均为死刑,下限却是“特别严重组织卖淫”的无期徒刑远重于“特别残忍故意伤害”的十年有期徒刑。可见,即便我国现行法的法定刑设置和实际司法过程所把握的刑罚当量有可能整体上重于民众的期待,<sup>[27]</sup>也无法否认组织卖淫罪的刑罚设置特别苛酷的事实。易言之,组织卖淫罪的重刑设置,尤其是死刑的设置与民众可罚性观念的反差尤为突出,这是一个需要特别对待的问题。

表3:“特别残忍故意伤害”与“特别严重组织卖淫”的成对样本检验

	成对差分					T	Df	Sig. (双侧)
	均值	标准差	均值的标准误	差分的95%置信区间				
				下限	上限			
特别残忍故意伤害 —特别严重组织卖淫	1.333	2.864	.090	1.156	1.509	14.790	1009	.000

### 4. 影响“特别严重组织卖淫”可罚性观念的相关因素

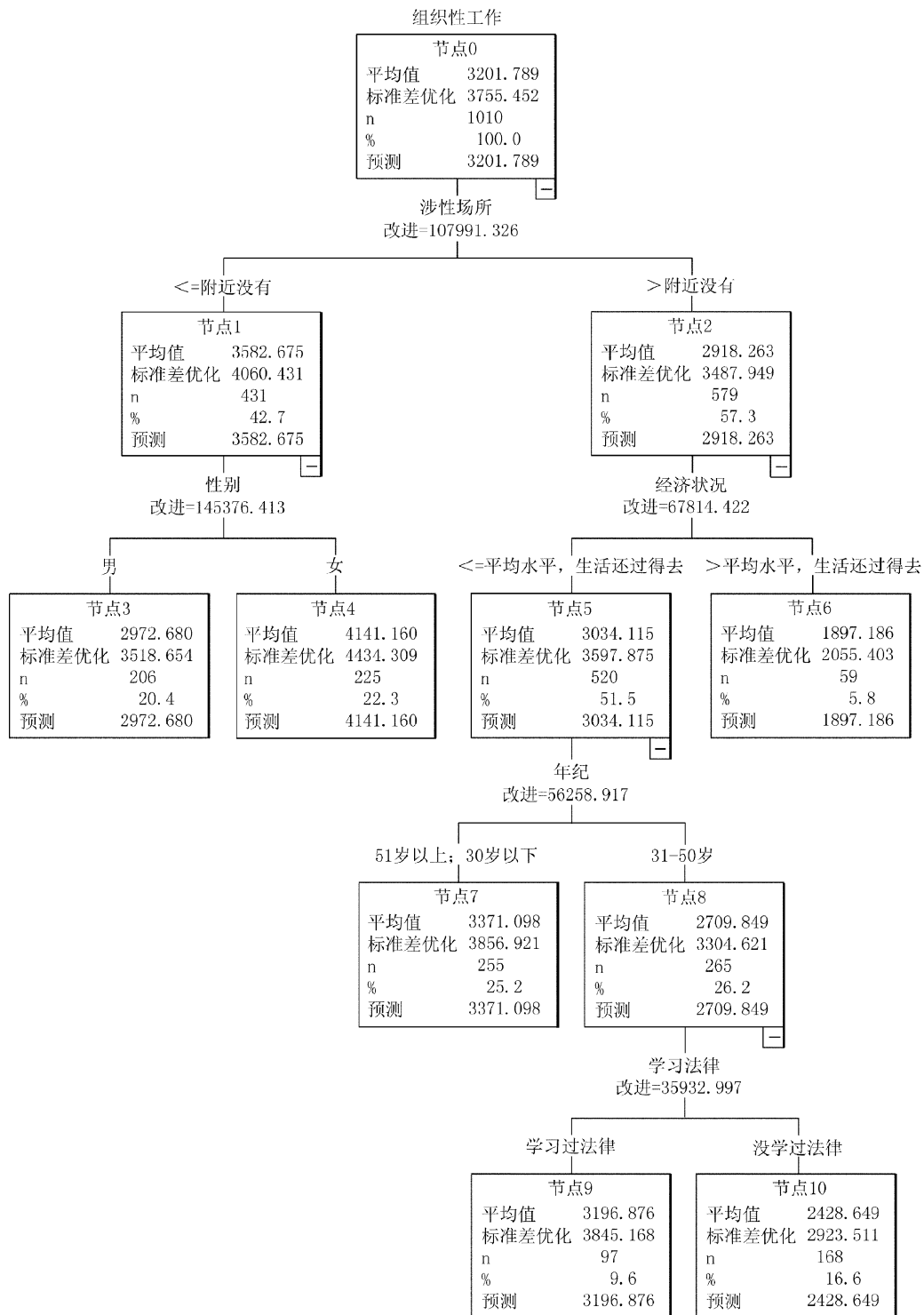
将受访者对“特别严重组织卖淫”所选的处罚等级还原为关押日数,<sup>[28]</sup>可更直观地征表受访者对该行为可罚性的认识。以反映受访者对“特别严重组织卖淫”可罚性的认识的

[26] 若要进一步考虑95%置信区间下相应数值上下限的浮动,读者可根据表格中的数据自行换算。

[27] 此点存疑,当展开全面测量后才能确认。另外,在问卷填答后的回访中,一些为上述伤害案件选择较轻处罚等级的受访者向笔者解释了他们的理由:被害人“有错在先”、“咎由自取”,或加害人“报仇有理”。这些观念与法官所持的“被害人过错导致加害人责任降低”的观念有相通之处。事实上,该案办案人曾向笔者介绍,如果不是被害人及其家属对法院施压,如果不是当时“打黑除恶”的政策氛围,该案的判决结果或许会更轻。也就是说,即使就该案而论,也不能确定无疑地得出民众的可罚性观念显著轻于现行法的结论。

[28] 本研究的处罚等级选项是以有期徒刑为中心设计的,所有选项都可以换算成剥夺人身自由的一定期限。拘留、拘役、有期徒刑之间的换算不成问题,每一处罚等级统一取上限“一日折抵一日”即可;“不处罚”视为“关押0日”。无期徒刑,尤其是死刑立即执行与有期徒刑之间有质的区别,在严格意义上是不能换算的。本研究参考其他学者有关无期徒刑和死刑换算的研究成果(参见赵廷光:《实现量刑公正性和透明性的基本理论与方法》,《中国刑事法杂志》2004年第4期),并结合刑法相关规定和司法实践,将无期徒刑折算成30年(合10950日),将死刑折算成40年(合14600日)。必须承认,该换算标准仅具有相对合理性,好在换算标准在本研究中尚不足以影响数据结果的意义。

变量为因变量，以反映受访者个体特征及生活状况的若干变量为自变量，采用 CRT 增长方法建立“决策树”模型如下：<sup>[29]</sup>



[29] “决策树”是一种预测模型，代表对象属性与对象值之间的一种映射关系。“树”中每个节点表示一个对象，每个分叉路径代表一个可能的属性值，每个“叶”节点则对应从“根”节点到该“叶”节点所经历的路径所表示的对象的值。参见杜强、贾丽艳：《SPSS 统计分析从入门到精通》，人民邮电出版社 2011 年版，第 293 页。



由模型数据可见,以下5个变量对受访者关于“特别严重组织卖淫”的可罚性观念产生了最为重要的影响:

第一,与性产业的关系。住宅附近没有各种涉性场所的受访者所选的可罚度均值为3582.675,<sup>[30]</sup>高于生活在各种涉性场所周边的受访者所选的可罚度均值(2918.263)。亦即,要求严罚组织卖淫罪的受访者更多是距离性产业相对较远、对性产业缺乏了解和理解的人群,该自变量的标准化重要性为72.4%。

第二,性别。在远离性产业的受访者中,女性受访者所选的可罚度均值为4141.16,大大高于男性受访者所选的可罚度均值(2972.68)。女性是支持严罚相关行为的基础性别群体,该自变量的标准化重要性为100%,是模型中对因变量发挥最重要影响的自变量。

第三,经济状况。在距离性产业较近的受访者中,自我报告经济水平中等及以下者所选的可罚度均值为3034.115,大大高于自报(相对)富裕者所选的可罚度均值(1897.186)。考虑到一般社会调查中人们通常倾向于略微抬高自己的经济实力,可以认为经济状况不太如意、具有相对贫困感者更支持严罚组织卖淫,该自变量的标准化重要性为77.7%。

第四,年龄。经济状况不太如意的受访者中,30岁以下及51岁以上受访者所选的可罚度均值为3371.098,明显高于31岁至50岁人群所选的可罚度均值(2709.849)。相对年轻者与相对年老者更倾向于支持严罚组织卖淫,该自变量的标准化重要性为47.3%。

第五,是否学习过法律。在中间年龄人群中,学习过法律的受访者所选的可罚度均值为3196.876,高于未学习过法律的受访者所选的可罚度均值(2428.649)。这体现了法律意识的灌输具有在被灌输者观念中内化、合理化法律本身的功效,该自变量的标准化重要性为24.6%。

### 三、支撑组织卖淫罪适用死刑的“民意机理”

从理论上讲,民意是立法的重要参照,完全不考虑民意的立法在现代社会是很难想象的。无论是当初设置组织卖淫罪的死刑,还是《刑法修正案(八)》保留该罪的死刑,抑或未来《刑法修正案(九)》废除该罪的死刑,民意至少应该是立法考量的重要因素之一。然而,研究样本显示的整体民意与具体的修法过程并不一致。在限制死刑的指导思想下,立法机关何以在《刑法修正案(八)》中坚持保留组织卖淫罪这个在民众观念中可罚性相对较低的非暴力犯罪的死刑?即便未来《刑法修正案(九)》取消了该罪的死刑,被保留下来的重刑(无期徒刑)与样本显示的低可罚性整体观念之间的反差又如何解释?

#### (一) 组织卖淫罪可罚性观念的社会建构性

长期以来,性产业被表述为社会问题的化身,组织卖淫在社会观念上被建构为一种危害极其严重、需重刑规制的罪行。尽管组织卖淫罪的构成要件并不包含这样的要素,但组织卖淫者在各种文本中一直被描绘为欺压、打骂、控制、盘剥女性工作者的“老鸨”、“鸡头”。组织卖淫在人们的印象中也总是与“逼良(幼)为娼”、拐卖妇女儿童、传播性

[30] 该题的设计是:“在您所居住的社区附近(比如说在大概500米/1华里的范围内)有KTV、夜总会、洗浴桑拿、按摩休闲、发廊一类的场所吗?”

病、敲诈勒索、虐待、故意伤害、绑架、贿赂等严重侵害法益的行为联系在一起；组织卖淫者在人们的印象中即便不全是，也大多与人贩子、黑社会头子、腐败官员等相勾结。组织卖淫者及其经营的性产业甚至被视为社会发展的障碍、“国家的耻辱”，<sup>[31]</sup>是应予以强力铲除的“社会渣滓”和“社会毒瘤”。正因为如此，当抽象地问及对组织卖淫罪的看法时，社会调查结果往往会显现出相对较高的死刑适用支持率；<sup>[32]</sup>可一旦将“特别严重组织卖淫”具象化为符合现行法规定及实际司法判决尺度的真实案例，死刑适用的支持率就会急剧下降。也就是说，对组织卖淫罪适用死刑的支持，在相当程度上源于上述对此种犯罪真实情况的认知障碍或业已形成的对此种犯罪的刻板印象。质言之，组织卖淫罪的可罚性观念（包括死刑适用观念）具有很强的社会建构性；对性产业实情的了解程度、社会舆论的导向、价值立场的灌输与选择乃至法律制度的设定，都会对之产生重大影响。

对此，本研究至少发现了3组数据予以印证：一是与性产业的关系。住宅附近没有涉性场所、对性产业不太了解的受访者相对倾向于严罚组织卖淫。二是年龄。30岁以下的年轻人尚未积累足够的社会经验、对社会实情缺乏了解，自然会倾向于严罚组织卖淫的现行法律制度安排；31岁至50岁的中间（年龄）人群则阅历相对丰富、对相关情况较为了解，于是在观念上与严罚组织卖淫的现行法拉开了较大的距离；51岁以上老年群体对组织卖淫持较为严厉的可罚性观念，正好与他们那个时代相对保守的性观念、相对严厉的刑罚观念灌输相呼应。三是是否学习过法律。学习过法律的受访者更可能自觉或不自觉地将内化、合理化现行法为某种犯罪构建的观念形象及相应的价值判断，而没有法律学习经历者则倾向于从日常生活经验和常识出发作出判断，故前者更容易支持现行法严罚组织卖淫的既定立场。

## （二）“沉默的螺旋”对“沉默的大多数”的压制

性及性产业的“污名化”使组织卖淫在道德上具有强烈的非难性，加之这种“社会丑恶现象”无论如何都与“文明社会”的治理目标相悖，严罚组织卖淫由此在政治与道德上取得了双重的“正确”。这一强势地位很容易在公共舆论空间形成对异质声音的压制——如果你的政治、道德立场没有问题，如果你不是“鸡头”、“老鸨”、“嫖客”或者与之相勾结的“贪官污吏”，你怎么会反对（以死刑）严惩组织卖淫？对于那些没有掌握“罪刑均衡”、“刑罚轻缓化”、“刑罚人道化”、“死刑只适用于最严重犯罪”等专门话语的普通人来说，类似质问很难应对。于是，公共空间中便会出现“沉默的螺旋（the spiral of silence）”这一现象。<sup>[33]</sup>本来居于多数的、反对以死刑（重刑）规制组织卖淫的民众变得沉默，而自信处于政治与道德双重“正确”地位的少数派则会大声疾呼，在公共空间营造出多数人支持对组织卖淫罪适用死刑（重刑）的舆论氛围。

[31] 参见[美]贺萧：《危险的愉悦：20世纪上海的娼妓问题与现代性》，韩敏中、盛宁译，江苏人民出版社2003年版，第9页。

[32] 如前述2007年至2008年德国马普所调查数据中即有33%的受访者支持对“最严重的组织卖淫”适用死刑。

[33] 如果人们觉得自己的观点是公众中的少数派，就会因为害怕遭到孤立而选择沉默；如果他们觉得自己的看法与多数人一致，就会大胆发表并扩散自己的观点。于是，在公共空间占据优势地位的意见会发出越来越大的声音，而沦为劣势意见的声音会越来越弱，由此形成“一方越来越大声疾呼，而另一方越来越沉默下去的螺旋式过程”。See E. Noelle-Neumann, *The Spiral of Silence: A Theory of Public Opinion*, 24 (2) *Journal of Communication*, 43-51 (1974).

需要特别注意的是,这一舆论氛围在性别和阶层这两个维度上得到了相当程度的强化。首先,在性别维度上,卖淫被视为男权社会对女性性资源的“剥削”,是为了男人的享受而“奴役”女人;组织卖淫者作为推动“性剥削”产业化的关键角色,自然应遭到最严苛的惩罚。<sup>[34]</sup>类似话语配以“阴险狡诈”、“贪得无厌”的“老鸨”、“鸡头”残害女性工作者的“宣传”案例,极易在不了解性产业实情的女性群体中激起本能的、自卫性的愤怒。于是,在远离性产业的受访者中,女性受访者所选的可罚度均值大大高于男性受访者;不了解性产业实情的女性成为严罚组织卖淫最重要的支持人群。其次,在阶层维度上,针对普通老年人、农民工及其他低收入流动或单身人群的低端性服务被相对忽视,针对富裕阶层、权力阶层的高档夜总会、洗浴桑拿中心、“外围女”的性服务则被聚焦与放大;性产业这个原本与社会分层相对应、层级分明、高低有序、分布多元的行当,在公共舆论中则被形塑成更多为资本或权力阶层服务的组织体系。同时,法律将“无被害人犯罪”予以犯罪化的制度安排必然导致选择性、差别化执法,并催生出性产业与权力寻租、“保护伞”、官商勾结等腐败现象的“伴生关系”。<sup>[35]</sup>于是,经济地位低下、被排挤于权力体系之外、对社会现状不满的中下阶层民众,必然迁怒于性产业的经营者,倾向于严罚组织卖淫。

由此,严罚组织卖淫、支持对该罪适用死刑(重刑)的观念虽然仅为少数人所持有,却能在公共空间汇聚成极为强有力的声音。以重刑规制组织卖淫的大声疾呼与居于政治、道德双重劣势的多数人的沉默相对应,共同构成了建构与维护组织卖淫罪死刑(重刑)设置的“民意机理”。在此机理下,立法机关关于公共空间所感知的其实是某种与实际民意相悖却更为“抢眼”的“错位民意”,它迫使立法机关在是否废除组织卖淫罪死刑的问题上不得不有所忌惮。而这引出了另一个重要问题:在死刑改革问题上,究竟应该如何对待民意。

#### 四、民意对死刑改革的意义及民意的测量

##### (一) 西方经验的局限

全球范围内,围绕民意与死刑存废的关系形成了“精英主义”与“民粹主义”的对立。前者如德、英、法等欧盟国家,他们认为议员(政治家)是选民的代表而非代理人,这些“社会精英”对社会重大问题的判断通常优于一般民众,因而有责任根据自己的专业判断作出对社会有利的正确决定;其结果便是在多数民众仍支持死刑的情况下成功废除了死刑。<sup>[36]</sup>后者如美国,更具民粹倾向的政治环境决定了政治家的反精英主义倾向以及在各项公共事务上对多数国民意见的遵从,支持死刑的多数民意由此成为保留死刑的正当性根据之一。<sup>[37]</sup>从这样的国际经验出发,死刑保留论者往往以民意支持死刑为自己立论,死刑废除论者则倾向于将死刑问题诉诸人权、平等、正义、人道、生命至上等基本原则,而不是将该问题交由非理性、可变、可引导、复杂多样、不确定、实质上只是选民“头顶上的情感表达”

[34] 参见[美]凯瑟琳·巴里:《被奴役的性》,晓征译,江苏人民出版社2000年版,第299页以下。

[35] 参见前引[9],赵军:《惩罚的边界——卖淫刑事政策实证研究》,第234页以下。

[36] 参见周国良:《死刑存废中的民意与国家决策之关系——以欧盟代表性国家与美日韩等国的比较考察为视角》,载前引[1],赵秉志等书,第137页以下。

[37] See Barry Latzer, *Death Penalty Cases: Leading U. S. Supreme Court Cases on Capital Punishment*, Boston: Butterworth-Heinemann, 1998, pp. 37-54.

的民意来决定。<sup>[38]</sup>有鉴于此,我国学者提出了在死刑存废问题上“考虑(民意)但未必追随(民意)”、“尊重(民意)并引导(民意)”的死刑改革策略。<sup>[39]</sup>从宏观上说,在一般意义上讨论死刑的限制或废除,这一具有“温和精英主义”倾向的意见是颇有见地的,但具体到我国国情,则有进一步研究的必要。

上述国际经验有两个前提假设:一是精英阶层往往更能理解人道主义、生命至上一类的人权原则,从而更倾向于废除死刑;二是由一般民众的观念汇聚而成的民意通常更支持死刑。其实,这两个假设并非放之四海而皆准。比较相关研究机构分别以相同提问方式对我国刑事法律专业人士和一般民众进行调查的数据可见:在一般意义的死刑支持率方面,来自公、检、法、司(含律师)的刑事法律专业人士的支持率高达91.2%,大大高于一般民众(60.1%);具体到故意杀人等14种特定犯罪,专业人士总体上也比一般民众更支持死刑。<sup>[40]</sup>在我国的语境下,作为社会精英的专业人士显然更看重社会管理效果,他们的社会本位倾向以及对社会秩序的追求,在死刑问题上表现为社会治理优先的价值取向。以此为背景,前述具有“温和精英主义”倾向的死刑改革策略将面临“精英观念缺位”的尴尬。<sup>[41]</sup>这就是说,西方在死刑改革问题上的经验有相当的局限性,若不结合本土实际,其借鉴价值将十分有限。

## (二) 死刑民意与死刑改革的本土路径

与民意支持死刑成为死刑保留论者最大“论据资本”的西方经验不同,调查数据表明我国一般民众对死刑的支持率并不如想象的那样高。正相反,对一些没有致命后果的犯罪,“大多数中国民众对‘最严重犯罪’的定义已接近国际标准,即要求死刑适用的范围不应超出产生致命或其他极端严重后果的故意犯罪。”<sup>[42]</sup>本研究通过更合理的测量工具及方法获取的数据进一步显示,受访者为“特别严重组织卖淫”所选的可罚度均值只相当于5年有期徒刑,仅有4.1%的受访者支持对该罪适用死刑。这表明刑法为组织卖淫罪所设的重刑,尤其是死刑已失去民意基础,主流民意已实际倒向废除该罪死刑的方向。换句话说,我国虽尚未形成(短期内也难以形成)全面废除死刑的主流民意,但废除类似组织卖淫罪这种非暴力、非致命性犯罪死刑的民意基础已相当坚实。这为我国的死刑改革提示了一条不同于西方的本土化路径:立足于个罪的死刑民意,各个击破、循序渐进。之所以如此,主要有两方面的理由:

一方面,由政治领袖强力推进并主导的、直接通过立法废除死刑的“突然死亡”式“精英主义”路线,在我国既无“精英观念”支持的动力基础,也无法回应社会治理方面的现实需求,<sup>[43]</sup>更因其难以估量的政治成本和政治风险而不具有可行性。尽管我国并不存在

[38] 参见[英]罗吉·胡德、卡罗琳·霍伊尔:《死刑的全球考察》,曾彦等译,中国人民公安大学出版社2009年版,第555页以下。

[39] 参见前引[36],周国良文,第161页以下。

[40] 参见前引[12],武汉大学刑事法研究中心等书,第243页。

[41] 这里的“精英观念”特指西方式精英观念,尤其是德、英、法等欧盟国家的政治、法律精英在主张废除死刑时所持有的观念。

[42] 前引[12],武汉大学刑事法研究中心等书,第245页。

[43] 在观念层面,人们往往倾向于认为重刑或死刑的适用有利于社会治理,尤其是在犯罪率上扬的时期。

类似美国官员那种因不同于选民的死刑政见表达而下台的风险，<sup>[44]</sup>但若无视民众严惩犯罪、实现报应正义之欲求而贸然全面废除死刑，则同样无异于“政治上的自杀”。<sup>[45]</sup>这种风险在网络时代、自媒体时代表现得尤为突出。况且罪刑均衡、刑罚正义等价值观念虽有其基本的规定性，但说到底仍是一种时代性的、文化的、变化的观念，其具体实现无法脱离特定时代及文化语境的限制。

另一方面，民众对死刑的看法并不是抽象的，而是与具体个罪联系在一起。在故意杀人罪上强烈支持死刑的人，也许会在集资诈骗罪、组织卖淫罪上反对甚至强烈反对死刑。民众对不同死刑罪名在具体看法上的巨大差异，为我国尽快废除那些在民众观念中可罚性相对较低的犯罪的死刑提供了现实可能。赵秉志曾提出我国分阶段废除死刑的构想，其核心思想是先废除非暴力犯罪的死刑，再逐步废除非致命性普通暴力犯罪的死刑。<sup>[46]</sup>要将这一构想付诸实践，必须围绕民众对具体个罪的可罚性观念展开考察。因为，即使对于不伤及人身的非暴力犯罪，民众对“最严重”贪腐犯罪与“最严重”组织卖淫罪的看法也可能相去甚远，甚至有天壤之别。故立足于个罪的死刑民意，以个罪的罪刑均衡为出发点来推动死刑改革的思路就是一种稳健、合理和可行的选择。

### （三）从民意维度推演下一轮废除死刑的备选罪名

一方面，组织卖淫罪适用死刑已经失去了民意支持，这得到了本研究定量数据的支持；另一方面，《刑法修正案（八）》、《刑法修正案（九）（草案）》所列（拟）废除死刑罪名在公布之后并未引发强烈的民意反弹。<sup>[47]</sup>因此，有必要结合本文研究结论及相关罪名的特点，进行一些民意维度上的梳理，以为立法机关下一步筛选废除死刑备选罪名以及开展有关死刑民意的后续研究提供某种可能的参照或工作假设。除了通常从犯罪手段、犯罪目的等方面所总结的“非暴力”、“经济性”（个别罪名除外）等特征之外，对这些（拟）废除死刑罪名可作如下归纳：

第一，组织卖淫罪的法益是社会风化，是针对相对抽象的集体法益而实施的犯罪。<sup>[48]</sup>这种犯罪对个人利益的损害具有间接性与分散性等特征，故往往难以在民众中形成持久而强烈的被害感，相应的报应诉求较为微弱，死刑的民意支持度较低是可以预期的。与此相似，前述修正案涉及的走私类犯罪、税收类犯罪、金融类犯罪、文物类犯罪、公共秩序类犯罪所侵害的法益亦属集体法益，这些法益在一定程度上能够还原为国民的具体生活利益。譬如，走私普通货物偷逃关税、虚开的增值税专用发票（将）被用于骗取出口退税，相当于窃取了全体国民的财产；走私珍贵动物会导致全体国民的生态利益受损；盗窃古墓葬必

[44] 参见前引[38]，胡德等书，第517页以下。

[45] 参见[日]西原春夫：《刑法的根基与哲学》，顾肖荣等译，法律出版社2004年版，第14页。

[46] 参见前引[3]，赵秉志文，第242页以下。

[47] 《刑法修正案（八）》所列废除死刑罪名包括：走私文物罪、走私贵金属罪、走私珍贵动物、珍贵动物制品罪、走私普通货物、物品罪、票据诈骗罪、金融凭证诈骗罪、信用证诈骗罪、虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪、伪造、出售伪造的增值税专用发票罪、盗窃罪、传授犯罪方法罪、盗窃古文化遗址、古墓葬罪、盗掘古人类化石、古脊椎动物化石罪。《刑法修正案（九）（草案）》所列拟废除死刑罪名包括：走私武器、弹药罪、走私核材料罪、走私假币罪、伪造货币罪、集资诈骗罪、组织卖淫罪、强迫卖淫罪、阻碍执行军事职务罪、战时造谣惑众罪。

[48] 社会风化一类的法益一般被表述为社会法益，其通常与国家法益、个人法益并列。为强调此处所论罪名与个人法益犯罪的对应关系，本文使用集体法益概念来囊括社会法益和国家法益。

然破坏、侵占本应由全体国民共享的文物；传授犯罪方法则会对每个人的生命、自由、财产安全造成潜在威胁等等。但是，这种损害对于社会个体而言都只是间接的和分散的，作为个体的单个国民很难真切地感受到这些犯罪对本人具体生活利益的负面影响。因此，取消这些犯罪的死刑设置不会遭遇强大的民意阻力。就我国目前死刑罪名的分布看，大部分死刑罪名都属于侵害集体法益的犯罪，仅危害国家安全犯罪的死刑罪名就有7种之多。<sup>[49]</sup>从现实情况看，一般民众在刑罚观、死刑观上的国家/社会本位倾向并不如立法机关以往预想的那样强烈，这就为我们最大限度地压缩集体法益犯罪的死刑设置提供了巨大的民意空间。同时，这一死刑改革方向也契合了以人为本、个人法益保护优先的现代刑法理念，与我国社会观念整体变迁的大势互为表里。

第二，组织卖淫罪是典型的基于特定社会管理目的而设立的“法定犯”，其法益侵害之有无或程度之高低与特定社会的价值取向相关，是社会建构的产物，是一种“禁止的恶”。与带有更强本质主义色彩的“本质的恶”或“自然犯”相比，这类犯罪在社会变迁加剧、观念日益多元的背景下，其可罚性的降低与严惩诉求的软化均具有更大的必然性。<sup>[50]</sup>譬如，一旦在某一经济领域取消关税，从前的走私犯罪便不复存在；而在1979年刑法出台之初，单纯传授犯罪方法的行为甚至连犯罪都不能成立。前述修正案所涉其他相关罪名亦多具有类似性质。这些犯罪的死刑设置在很大程度上未必源于民意的建构，反倒更多带有立法建构的色彩，废除这类犯罪的死刑并无重大的民意障碍。

第三，组织卖淫罪与民众的民生诉求相距较远，性产业的存在也不会急迫危及普通人的日常生活，故相应的严罚诉求不是那么强烈，这由前述涉性场所周边居民反而不倾向于严罚组织卖淫可见一斑。走私文物罪，走私贵重金属罪，走私珍贵动物、珍贵动物制品罪，走私普通货物、物品罪的死刑废除自不待言，就连走私武器、弹药罪，走私核材料罪，阻碍执行军事职务罪，战时造谣惑众罪，这些看上去对公共安全、国家军事安全具有重大威胁与危害的犯罪，也因距离普通人日常生活过于遥远，其死刑废除（动议）并未引发强烈的民意反弹。

第四，组织卖淫罪是一种“无被害人犯罪”，现实中投身性产业的性工作者绝大部分是自愿的，对这种犯罪适用死刑并不符合多数人的报应观念。此外，对于虽然存在被害人，但被害人在犯罪发生过程中存在某种“过错”，或者被害人对损害结果的发生具有某种“原因（功能）之责”的犯罪，<sup>[51]</sup>社会公众的报应诉求与被害人无“过错”、无“责任”的犯罪相比要微弱得多。票据诈骗罪、金融凭证诈骗罪、信用证诈骗罪、集资诈骗罪，尽管其

[49] 这7种罪名分别是：背叛国家罪、分裂国家罪、武装叛乱、暴乱罪、投敌叛变罪、间谍罪、为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪、资敌罪。

[50] 关于“自然犯”与“法定犯”区分的必要性、不可能性及其负面效果的批判，参见张文、杜宇：《自然犯、法定犯分类的理论反思——以正当性为基点的展开》，《法学评论》2002年第6期，第36页以下。尽管如此，这一区分作为大致的参照考察思路或视角，在许多问题的分析上还是颇有帮助的。

[51] 被害人被害的原因无疑是犯罪人实施的犯罪行为，犯罪人当然应对侵害被害人的犯罪行为承担法律责任。但从被害人学的视角观察，犯罪是在被害人与犯罪人的互动中发生的，被害人的某些行为往往是被害得以发生的重要条件。从这个角度讲，被害人的“过错”（这种“过错”未必是法律或道德意义上的）很可能就是被害发生在事实层面的重要“原因”，这样的被害人对其被害负有“原因（功能）之责”（不是法律意义上的，甚至也不是道德意义上的责任）。参见任克勤：《被害人学新论》，广东人民出版社2012年版，第110页；[美]安德鲁·卡曼：《犯罪被害人学导论》，李伟等译，北京大学出版社2010年版，第130页以下。

损害后果可能非常严重,极端情况下甚至会危及某一地方、某一行业、某一系统的经济运行及社会稳定,但这类犯罪的发生往往与被害人的疏忽轻信、过度投机及相关制度设计存在漏洞或监管缺位相关;对这类犯罪施以死刑原本就与国民的整体报应观念不符,取消其死刑设置当在情理之中。

由此,立法机关可在侵害集体法益的、属于“法定犯”的、与民众民生诉求相距较远的、无被害人或被害人对被害发生具有某种“原因(功能)之责”的死刑罪名中,挑选新一轮废除死刑的备选罪名,以求积极稳妥地推进死刑改革,实现罪刑均衡。就我国目前的死刑罪名看,符合上述“民意征表”的罪名存量还相当大。不过,需要强调的是,影响现实民意的因素极为复杂,即便是完全具备上述“民意征表”的死刑罪名,在决定废除其死刑前,仍有必要进行科学的、具象化的民意测量,以尽可能规避死刑改革的民意风险。这在当今纷繁变化、复杂多元的舆论环境下尤为重要。网络的快速发展,尤其是自媒体的普及,为民意的自由表达、民意监督制约立法及司法活动,提供了前所未有的巨大空间和便利途径,其正面作用毋庸置疑。但另一方面,公共空间舆论的形成、变化、操控机制极为复杂,舆论既可能与实际民意发生巨大偏离,也可能对立法、司法活动形成不当的干扰和压力。这样的负面效应一旦发生,公共空间所显现的舆论或“民意”就有可能阻碍立法和司法正义的实现。由此我们不得不思考如何准确地测量民意。

#### (四) 经验研究方法的改进与死刑民意的测量

关于死刑民意的测量,有学者认为其并不限于民意调查。譬如,立法由公众选举并向公众负责的民意代表所为,其可视为“民意的象征”;陪审团作为“将当代社会价值观和刑罚制度相连”的关键,其决断是民意的反映;国际法与国际惯例废除死刑的趋势则征表了某种“国际民意”。<sup>[52]</sup>不过,这些论断与我国的语境相去甚远。在我国的现实语境中,反映民意最迅速、最便捷、最直接的管道是网络。正因为如此,搜集、分析网络舆情或在大型网站展开网络调查便成为近年较为流行的民意探测方式。然而,网民只是特定群体,在网上发声或有意愿参与网络调查者更是特定者中尤为特定者;依如此特定的群体意见来探测民意,势必出现严重偏差,相关结果实难为决策或研究所参考。要准确测量死刑民意,还得回到“(由样本)推断(总体)力”更强、成本亦更高的随机抽样面访式问卷调查上来。不过,即便采取这种测量方法,技术运用的差异仍会极大地影响调查与分析的结果。就本研究而论,以下几点可视为测量死刑民意较为成功的经验:

第一,以官方人口统计信息为基础的概率比率抽样法(PPS)仍是我国语境下最有效的概率抽样方法。在人口居住密度差异巨大的情况下,GPS辅助区域抽样(GAS)如何保证个案入选样本的等概率,则尚待进一步研究。

第二,匿名电脑调查法除了能有效保护受访者的隐私、避免“社会欲望偏差”外,还能大幅提高调查效率及准确性。该方法随着电脑的普及以及操作便利性的提升,必将更多地运用于涉及复杂、敏感问题的社会调查。

第三,直接询问受访者对死刑的一般态度,或抽象地询问受访者对某一罪名设置死刑的态度,类似做法在概念及命题的“操作化”上存在严重缺陷。通过了解受访者对具体

[52] 参见前引[1],夏巴斯文,第121页以下。

“故事”或案例的态度来测量观念的“讲故事法”，因其情境化、具象化的背景描述而具有更好的调查效果。

第四，新统计分析方法的引入可帮助研究者测量出某些运用传统方法难以显现的变量关系。这种带有一定探索色彩的研究对于深化我们对包括死刑问题在内的许多争议性问题的理解，以及在此基础上实现罪刑均衡、刑罚人道、生命至上等价值，均至关重要。

必须承认，本研究因经费所限仅抽取了中部地区一个行政区划内的人口作为研究样本，这在严格意义上不能代表全国的总人口。不过，一个取自中等发达地区的概率样本所具有的价值，自然胜过更大取样范围的非概率样本。况且，本研究最重要的目标其实是，探索出一套科学可行的有关争议性法律问题的定量研究模式。有了这样的操作性模式，相关研究就可以进一步深入开展。

总之，采用科学的实证研究方法测量不同个罪的死刑民意，可为全面、准确、客观检视各个死刑罪名死刑配置的合理性提供重要参照，从而为稳健推进我国死刑改革提供坚实的经验依据。同时，这个意义上的民意呈现也有助于立法机关、司法机关排除公共舆论空间“错位民意”的干扰，充分发挥民意在死刑改革问题上所可能具有的积极作用。

---

---

**Abstract:** Quantitative research based on probability sampling shows that the imposition of the death penalty on the crime of organizing prostitution enjoys a very low public approval rate, which is in stark contrast to the public opinion appeared in the media and cyberspace. The public debate on the question of whether to abolish the death penalty is of great importance to the deepening of the reform of the death penalty system. The abolition of the death penalty by way of “sudden death” led by political leaders is not feasible in China. The abolition of the death penalty by way of increasing public support through elite discourse is also infeasible because of the absence of elite concept in China. The only practical way of reforming the death penalty system in China is to abolish the death penalty for specific offences for which the punishment is in the public opinion disproportionate to the crime. In this process, it is very important to prevent “false public opinions” caused by certain communication phenomenon, such as “the spiral of silence”, from exerting improper influence on legislation and the administration of justice. To ensure the correct direction of the death penalty reform, the empirical research method in this field should be improved. The method of combining probability sampling based on related official population-based statistics, anonymous computer-assisted survey and “story-telling” questioning strategy is feasible and effective in measuring sensitive indicators of public opinion.

**Key Words:** reform of the death penalty system, the crime of organizing prostitution, public opinion

---

---