

公众认同、政治抉择与死刑控制

梁 根 林^x

内容提要: 限制和废除死刑已经成为席卷全球的当代刑事政策运动与刑罚改革潮流。死刑的存废、去留,并不取决于其自身无法辩明的正义性(或非正义性)以及无法证实或证伪的威慑性。它在根本上是一个受集体意识的公众认同以及政治领袖的政治意志左右的政策选择问题。集体意识对死刑的广泛认同为死刑制度提供了正当性和合法性资源,但集体意识具有两面性,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。政治领袖要尊重与反映民意,更应当善解与引导民意,运用政治智慧,作出科学的死刑决策,使死刑政策、死刑制度与死刑的适用成为一种理性的实践和实践的理性。

关键词: 集体意识 公众认同 政治抉择 死刑控制

在一个组织优良的社会里,死刑是否真的有益和公正?

))) 贝卡里亚

一、废除还是保留死刑) 一个备受关注的问题

自 1764 年贝卡里亚发表《论犯罪与刑罚》一书,发出了“在一个组织优良的社会里,死刑是否真的有益和公正?”的质问,并倡导限制、废除死刑以来,死刑即成为近现代刑事政策和刑事法理论研究中最具争论性的问题。^{1 12} 在人道意识觉醒、人性尊严成为人类社会普适价值的现代法治和文明社会,本质上难以割舍其残酷性和不人道性的死刑制度,更成为从政治家、立法者、司法者到专家、学者乃至社会公众普遍关注的一个公共话题。旷日持久的死刑存废之争,在丰富刑事政策内涵、唤醒人类对死刑制度的理性思考的同时,极大地推动了各国限制和废除死刑的步伐。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,而成为一股席卷全球的刑事政策运动与刑罚改革潮流。^{1 22}

截止 2003 年底,世界范围内废除死刑和保留死刑的状况是:(1) 对所有犯罪废除死刑的国家和地区有 74 个,包括安道尔、安哥拉、澳大利亚、奥地利、阿塞拜疆、比利时、保加利亚、柬埔寨、加拿大、佛得角、哥伦比亚、哥斯达黎加、科特迪瓦、克罗地亚、捷克共和国、丹麦、吉布提、多米尼加共和国、东帝

^x 北京大学法学院副教授。

^{1 12} [意] 贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社 1995 年版,第 45 页。

^{1 22} Amnesty International Website Against the Death Penalty Abolitionist and Retentionist Countries. See <http://www.web.amnesty.org/rmp/dplibrary>.

汶、厄瓜多尔、爱沙尼亚、芬兰、法国、格鲁吉亚、德国、希腊、几内亚-比绍、海地、洪都拉斯、匈牙利、冰岛、爱尔兰、意大利、基里巴斯、列支敦士登、立陶宛、卢森堡、马其敦、马耳他、马绍尔群岛、毛里求斯、密克罗尼西亚、摩尔多瓦、摩纳哥、莫桑比克、纳米比亚、尼泊尔、荷兰、新西兰、尼加拉瓜、挪威、帕劳、巴拿马、巴拉圭、波兰、葡萄牙、罗马尼亚、圣马力诺、圣多美和普林西比岛、塞舌尔、斯洛伐克共和国、斯洛文尼亚、所罗门群岛、南非、西班牙、瑞典、瑞士、土库曼斯坦、图瓦卢、乌克兰、英国、乌拉圭、瓦努阿图、梵帝冈、委内瑞拉。(2)对普通犯罪废除死刑的国家和地区有15个,包括:阿尔巴尼亚、阿根廷、波利维亚、波斯尼亚-黑塞哥维那、巴西、智利、库克群岛、塞浦路斯、萨尔瓦多、斐济、希腊、以色列拉托维亚、墨西哥、秘鲁。(3)实际废除死刑(指法律上仍然保留死刑但已经至少有10年以上没有执行死刑,并且据信奉行不执行死刑的政策或实践)的国家和地区有22个,包括不丹、文莱、布吉纳法索、中非共和国、刚果(共和国)、冈比亚、格林纳达、马达加斯加岛、马尔代夫、马里、瑙鲁、尼日尔、巴布亚新几内亚、萨摩亚群岛、塞内加尔、斯里兰卡、苏里南、多哥、汤加、土耳其、南斯拉夫、俄罗斯。废除死刑的国家和地区总数达到111个,而保留死刑的国家和地区总数则为84个,其中保留普通犯罪的死刑的国家有:阿富汗、阿尔及利亚、安提瓜岛和巴布达岛、亚美尼亚、巴哈马群岛、BAHRAIN、孟加拉、巴巴多斯岛、BELARUS、伯里兹、贝宁、博茨瓦纳、布隆迪、喀麦隆、乍得、中国、科摩罗、民主刚果、古巴、埃及、赤道几内亚、厄立特里亚、埃塞俄比亚、加蓬、加纳、危地马拉、几内亚、圭亚那、印度、印度尼西亚、伊朗、伊拉克、牙买加、日本、约旦、哈萨克斯坦、肯尼亚、科威特、吉尔吉斯斯坦、老挝、黎巴嫩、莱索托、利比里亚、利比亚、马拉维、马来西亚、毛里塔尼亚、蒙古、摩洛哥、缅甸、尼日利亚、朝鲜、阿曼、巴基斯坦、巴勒斯坦、菲律宾、卡塔尔、卢旺达、圣克里斯多佛和尼维斯岛、圣卢西亚、SAINT VINCENT & GRENADINES、沙特阿拉伯、塞拉利昂、新加坡、索马里、韩国、苏丹、斯威士兰、叙利亚、中国台湾、塔吉克斯坦、坦桑尼亚、泰国、特立尼达和多巴哥、突尼斯、乌干达、阿拉伯联合酋长国、美国、¹³² 乌兹别克斯坦、越南、也门、赞比亚、津巴布韦、多米尼加。¹⁴²

一个令人困惑的现象是,绝大多数国家和地区的政府和议会在推动废除死刑之初,大多面临着强大的民意阻力,有的国家和地区废除死刑多年,至今民众仍然强烈要求恢复死刑。1949年德国制定基本法时,民众支持死刑的比例远远超过反对死刑的比例。在基本法废除死刑后的第2年即1950年,调查发现公众支持死刑的比例仍为55%,反对死刑的比例为30%,另有15%的人没有表示意见。¹⁵²法国于1981年正式废除死刑,其废除死刑的过程反反复复。特别是1976年发生的帕特尼克#亨利绑架杀人案曾使公众对死刑的认同和支持达到顶点,公众、政客与新闻媒体几乎众口一词地反对废除死刑,并且一度扭转了法国限制和废除死刑的进程,亨利案件诉讼期间就有多名罪犯被执行死刑。¹⁶²面对公众强烈的道义报应诉求和对死刑的广泛认同,在亨利案件的辩护律师、后来担任法国司法部长的罗伯特#巴丹戴尔的积极推动和当时的法国总统密特朗的支持下,法国国民议会却在几年后通过了死刑废除法令。然而,在废除死刑后很长一段时间,法国多数民众仍然强烈支持死刑,到了

¹³² 美国加利福尼亚、德克萨斯、佛罗里达等38个州及联邦司法管辖区保留死刑,但美国废除死刑运动在150多年前即已开始。早在1847年,密西根州就正式废除了除叛国罪以外的所有犯罪的死刑。其后又有罗德岛(1852)、威斯康星(1853)、衣阿华(1872)、缅因(1876)、堪萨斯(1907)、明尼苏达(1911)、华盛顿(1913)、俄勒冈(1914)、南达科他、北达科他、田纳西(1915)、亚利桑那(1916)、密苏里(1917)等13个州陆续加入了废除死刑的行列,后来个别州又恢复了死刑。目前,废除死刑的有密西根、明尼苏达、威斯康新等12个州。

¹⁴² 前引122。

¹⁵² Hans-Jürgen Kerner, *Public Opinion on Death Penalty in Germany*, Allensbach Yearbook of Demoscopy, 1999.

¹⁶² 该案被告人帕特尼克#亨利因劫持并杀害一名8岁男童而被捕,两天后因证据不足被警方释放,在获释时,亨利对着电视媒体声称:“攻击小孩确实可耻,我希望尽早逮捕真凶,并赞成处以死刑。”然而,数周后警方在亨利租住的套房床底下发现了被亨利勒死的男童尸体。真相大白后,舆论为之哗然,亨利对公众善良情感的侮辱和挑衅致使公众群情激愤,纷纷要求对亨利/杀无赦。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23页以下。

2001年,一项民意测验才显示不足50%的民众希望恢复死刑。在英国,政府于1965年推动国会废除对谋杀罪适用死刑时,也面临着强大的反对舆论。当年举行的三次全国性的民意测验均显示,反对废除死刑的比例高达65%,只有20%的人赞成废除死刑。¹⁷²在废除死刑的次年即1966年,仍然有高达85%的民众支持对谋杀罪适用死刑。在舆论压力之下,1990年英国议会曾经就是否恢复对谋杀罪适用死刑进行表决,结果法案以289票反对、257票赞成未能获得通过,1995年进行的一项民意测验显示仍然有60%的民众支持恢复对谋杀罪适用死刑,而英国议会却于1998年彻底废除了国事罪中的死刑,从而实现了法律上完全废除死刑的目标。在废除死刑的其他欧洲国家,多个民意调查同样显示,相当数量的民众仍然强烈支持死刑,荷兰于1996年进行的一项民意测验显示,52%的人支持死刑,在意大利,仍然有一半左右的民众希望恢复死刑。¹⁸²尽管如此,欧洲各国的政治家们仍然不懈地致力于推动全面废止死刑,欧洲委员会部长理事会不仅于1982年通过了5欧洲保护人权和基本自由公约第六议定书⁶,要求签署议定书的国家承诺在和平时期废除死刑,但可以对战争或者面临战争时期的犯罪保留死刑,更于2002年通过了5欧洲保护人权和基本自由公约第十三议定书⁶,要求所有签署议定书的国家无条件地彻底废除死刑,包括战争时期的死刑。¹⁹²随着近两年欧盟的扩大以及废止死刑作为加入欧盟的先决条件的设定,欧洲已经实现了全洲范围内的废止死刑。

既然死刑在许多国家的民众之中有如此强大的支持度,主流民意仍然要求适用死刑以实现道义报应,政治领袖特别是作为民意代表的议员们为什么胆敢公然/违背0主流民意,强行推动废除死刑?难道他们就不怕被选民唾弃吗?在一个标榜法律是公共意志的体现、一切权力来自人民、政府与议会都必须对选民负责的民主社会,乍看起来,这无疑是一种令人困惑的政治与法律现象。如何解读这种政治和法律现象,对于正确理解现代民主政治的运作机理、解构死刑制度的正当性和合法性根基、进一步推动限制和废除死刑的刑罚改革国际潮流,无疑具有重大理论意义和实践价值。

自20世纪50年代起,我国曾经长期坚持/保留死刑,坚持少杀,严禁错杀0的基本死刑政策。20世纪80年代以后,为了遏制社会转型时期相对恶化的犯罪态势,我国作出了/依法从重从快严厉打击严重刑事犯罪0的重大决策,立法上扩大了死刑罪名种类,放宽了死刑适用条件,司法上增加了死刑适用数量。尽管这样一种重刑主义的刑事政策和刑事法实践受到了许多刑法学者的批评,但是却得到了社会公众的普遍支持。2003年1月9日5南方周末6刊出5死刑:保留?废除?6一文引发的网络世界的死刑大讨论显示,与刑法学人形成的限制并最终废除死刑的/精英共识0截然不同的是,网络世界的/大众话语0中却是/杀声震天0,在绝大多数网民看来,/杀人偿命0实属天经地义,对其他严重犯罪适用死刑也是罪有应得。¹¹⁰²而2003年8月15日刘涌黑社会犯罪案件首犯刘涌被二审改判死缓后充斥着媒体和舆论的对法官、律师和学者的口诛笔伐和人身攻击,则又一次从一个侧面凸现了公众舆论和集体意识对死刑的狂热和偏好!¹¹¹²

在刑法万能主义、重刑主义传统根深蒂固的我国,这种/大众话语0无疑真切地反映了死刑在我国

172 参见[美]H#C#A#哈特:5惩罚与责任6,王勇等译,华夏出版社1989年版,第241页。

182 Joshua Micah Marshall (American Prospect), / Death in Venice, 0 New Republic, July 31, 2000. See also from: David Ander2 son, The Death Penalty - a Defence, <http://w1.155.telia.com/u15509119>.

192 The United Nations and Crime Prevention: Seeking Security and Justice for all, United Nations, New York, 1996, p. 71.

1102 据5网易6对16612位网民的网上调查,赞同/照中国目前情况来看,废除死刑还不成熟0和/死刑并不是惩罚犯罪的最有效手段,要废除0的分别只有1471人和1033人,占8.9%和6.2%,合计为15.1%。而选择/照中国目前情况来看,废除死刑还不成熟0/中国人口太多,犯罪率太高,不能废除0和/有些手段太残忍的罪犯不判死刑不解恨0的,则分别有6558人、3178人和4101人,占39.5%、19.1%和24.7%,合计为83.3%。另有271票选择/不好说0,占1.6%。一些网民认为,现行的死刑执行方式过于人道、不具有威慑性,应当恢复凌迟、腰斩、五马分尸等酷刑,以儆效尤。还有网民认为,在我国讨论限制和废除死刑纯属追赶时髦,是少数学者/吃饱了撑的0,个别情绪激动的网民甚至扬言要拿板砖将主张限制和废除死刑的学者全部砸死!参见:5您对中国废除死刑制度有何看法?6,载http://talkshow.163.com/vote/vote_results.php?VoteID=5088.

1112 <http://comment.sina.com.cn/cgi-bin/comment/comment.cgi?channel=gn&newsid=1656277&style=1>.

现阶段所获得的广泛而坚实的公众认同,表达了社会公众普遍期望通过严刑峻法特别是重用死刑打击和控制犯罪的/主流民意⁰。长期以来,正是主流民意对死刑的这种广泛认同甚至顶礼膜拜,在相当程度上赋予了死刑制度以道德与法理上的正当性。在限制与废除死刑已经成为不可逆转的潮流的当今世界,我国最高决策部门、立法与司法机关迫于犯罪态势严峻的客观压力,顺应与利用这种主流民意的主观诉求,通过一而再、再而三地发动运动式的/严打⁰斗争,不断地突破既定死刑政策与死刑法律的限制,/从重从快⁰地适用死刑,致使我国刑法规定可以适用死刑的罪名从1979年的28个急剧跃升至68个,死刑的判决与执行则从个别与例外情况下的选择演变为经常性的司法实践。然而,一波又波的运动式的/严打⁰,换来的却不是我们热切期望的路不拾遗、夜不闭户的太平盛世,而是犯罪量与刑罚量螺旋式地交替上升、刑罚投入几近极限而刑罚功能却急剧下降的罪刑结构性矛盾和刑法基础性危机。¹¹²²

为了摆脱这种罪刑结构性矛盾、克服刑法基础性危机,虽然我国刑法学人不断地呼吁理性地认识死刑的威慑作用,并基于现实主义和相对合理主义的政策考虑主张顺应限制和废除死刑的国际潮流,严格控制死刑的适用。但是,即使这样一种本质上仍属相对保守主义的死刑控制论仍然面临着来自于公众舆论的强烈质疑和反对。迄今为止,刑法学界要求严格控制死刑的理性呼吁一直淹没在公众舆论与主流民意/不杀不足以平民愤⁰的鼓惑与噪动之中。另一方面,不可否认,我国一些刑法学人关于限制和废除死刑的学术建言,也不同程度地脱离了具体国情、民情与犯罪态势,而立足于抽象的刑罚人道、轻缓、文明的立场和所谓死刑不具特别威慑效果的理论预设主张控制乃至废除死刑,¹¹³²或者一厢情愿地将死刑问题狭隘地理解为一个单纯的法律问题,而没有关注到死刑问题在根本上是一个政治选择问题,因而很少从刑事政策的角度对作为死刑制度正当性和道义性基础的公众认同、集体意识的特性以及政治决策者基于政治远见和政治责任对公众认同与集体意识应有的反应进行科学的分析,因而也就难以理性地引导民意并说服政治决策者作出合乎理性与具有远见的政治抉择。

基于以上考虑,笔者拟立足于公众认同对死刑的正当性和合法性的支撑和制约,解构集体意识对死刑的公众认同的两面性,分析政治领袖对待集体意识对死刑的公众认同应当展现的政治远见和政治责任,论证政治领袖的政治贡献在于在尊重与理性引导集体意识的基础上,对死刑的存废、去留作出恰当的政治抉择。

二、死刑的公众认同)))集体意识对死刑正当性和合法性的支撑

自死刑制度产生以来,死刑之所以获得广泛的公众认同,首先就在于死刑通过对最极端犯罪的道义报应满足了深藏于集体意识中的正义情感。而集体意识、正义情感对死刑的广泛的公众认同,又使死刑制度获得了凛然于所有的功利性追求之上的正当性和合法性。在许多人看来,即使死刑不具有威慑效果,只要基于道义责任而公正地适用,满足了集体意识中的正义情感,获得了广泛的公众认同,就具有存在的正当性和合法性。因此,如何认识与解构集体意识以及集体意识对死刑的公众认同,应当成为我们评价死刑制度、决定其命运和走向必须解决的前置性问题。

英国哲人休谟早就断言:/政府只建立在民意之上,这个原则既适用于最自由和最得民心的政府,也应用于最专制和最黠武的政府。⁰¹¹⁴²因为,民意中的/人类感情不仅为政治思想提供动机,而且还

¹¹²² 早在10年前,储槐植先生就提出了我国刑法面临的罪刑结构性矛盾和刑法基础性危机问题。参见储槐植:《论刑法学若干重大问题》,《北京大学学报》1993年第3期。

¹¹³² 如有学者主张采用/休克疗法⁰或/突然死亡法⁰,一步到位、立即、全部、无条件地废除我国刑法中的死刑,也有学者精心组织了我国限制和废除死刑的百年规划。参见陈兴良主编:《法治的使命》,法律出版社2003年第2版,第201页以下。参见胡云腾:《死刑通论》,中国政法大学出版社1995年版,第302页以下。

¹¹⁴² 转引自[英]格雷厄姆·沃拉斯:《政治中的人性》,商务印书馆1995年版,第133页。

确定政治判断中必须使用的价值尺度。¹¹⁵² 法国社会学大师涂尔干对民意、集体意识进行了科学的社会学分析。涂尔干明确指出：/ 社会成员平均具有的信仰和感情的总和，构成了他们自身明确的生活体系，我们可以称之为集体意识或共同意识。¹¹⁶² 如果一种行为触犯了强烈而又明确的集体意识，那么这种行为就是犯罪。犯罪在本质上是由对立于强烈而又明确的共同意识的行为而构成的，或者说犯罪就是一种触犯某些强有力的集体感情的行为。¹¹⁷² 而惩罚的真正作用则在于/ 通过维护一种充满活力的共同意识来极力维持社会的凝聚力。¹¹⁸² / 明确而又强烈的共同意识才真正是刑法的基础所在。¹¹⁹² 这一论断得到了后世学者的普遍认同。在法国，斯特法尼教授明确指出：/ 现代立法者既要追求道德的目的，又要追求实用的目的。，，道德目的是与刑罚的- 报应性质- 相联系的。受到危害的社会迫使犯罪人承受某种痛苦，以作为对社会本身所受痛苦的补偿。人们对犯罪的愤恨也影响与引导着社会对犯罪所作的这种反应。这种愤恨对于社会的正义是不可缺少的，长期以来，社会始终在尽力维护这种健康的愤恨情感。¹²⁰² 他进一步说：/ 公众舆论还强烈要求惩罚作恶者。现今，民众怀有的不安全感所引起的集体心理状态的一种典型表现便是要求惩办犯罪。在这种情况下，社会的正义就在于，将社会所受到的损害与行为人的道德上的罪过相比较，并依次对刑罚作出裁量。¹²¹² 在英国，早在 1729 年，巴特勒主教在《愤恨之训诫》一文中就把对罪犯科处的刑罚视为/ 审慎的愤慨的自然表达，并认为对非正义表示愤慨的重要性在于，它是/ 维系社会的纽带之一。¹²²² 约翰·密尔也指出：/ 使我们认为不正义的行为得到惩罚，总会给我们带来快感，并与我们的公平感一拍即合。¹²³² 1960 年，莱恩霍德·尼布断言，完全缺乏愤恨情绪意味着/ 缺乏社会智性和道德活力。¹²⁴² 1965 年，J·范伯格在《刑罚的表达功能》一文中进一步强调/ 刑罚是表达愤慨与怨恨态度以及否定与谴责评价的传统手段。¹²⁵² 通过惩罚，社会不仅承认了愤恨的合理性，而且给愤恨提供了一个宣泄的机会。在德国，耶塞克教授在分析刑罚的合法化时，分别论证了/ 刑罚在国家政治上的合法化、/ 刑罚在社会心理学上的合法化、/ 刑罚在个人道德上的合法化，强调刑罚除了为维护法秩序所必不可少外，也是满足公众的正义感所不可或缺的，因为，/ 如果国家对存在的和潜在的犯罪不进行有效的防范，且要求被害人和公众接受已经实施的犯罪行为，就象从未发生过违法行为一样与犯罪人和睦相处，人类和睦的共同生活是不可能的，其结果必然是重新回到滥用私刑上去。，通过赎罪从罪责中摆脱出来，是人作为合乎道德者的一个基本的经验。给犯罪人创造自我赎罪的机会，是国家合法的任务。¹²⁶² 在日本，西原春夫教授则更为明确地将他所理解的集体意识即国民的欲望/ 置于促使刑法制定的各种要素的基础之上，强调/ 处在离制定刑法比较近的地位和原动力的，是国民的欲望，认定/ 民众的声音就是神的声音，/ 国民个人的欲望中含有直观上的正确成分，/ 在制定刑法时必须考虑的是国民的欲望。当看到要求制定刑法的国民的欲望已产生时，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。¹²⁷²

¹¹⁵² 同上书，第 122 页。

¹¹⁶² [法] 涂尔干：《社会分工论》，渠东译，三联书店 2000 年版，第 42 页。

¹¹⁷² 同上书，第 43、67、113 页。

¹¹⁸² 同上书，第 70 页。

¹¹⁹² 同上书，第 113 页。

¹²⁰² [法] 卡斯东·斯特法尼：《法国刑法总论精义》，罗结珍译，中国政法大学出版社 1998 年版，第 29 页。

¹²¹² 同上书。

¹²²² 前引 172，哈特书，第 228 页。

¹²³² John Stuart Mill, *Utilitarianism*, in John Stuart Mill and Bentham, *Utilitarianism and other essays*, ed. Alan Ryan, Harmondsworth, Penguin, 1987, p. 321.

¹²⁴² Reinhold Niebuhr, *Moral Man and Immoral Society*, Charles Scribner's Sons, New York, 1960, p. 249.

¹²⁵² 前引 172，哈特书，第 228 页。

¹²⁶² [德] 汉斯·海因里希·耶塞克等：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社 2001 年版，第 80 页以下。

¹²⁷² [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 页以下。

由此可见,集体意识是将孤立的个人组织与团结起来组成市民社会的内在纽带,而正义感又深藏于民众内心深处。刑事政策与刑法制度要想得到公众的认同、理解、尊重与支持,就必须反映公众的呼声与要求,满足民众的正义感。刑事政策与刑法制度应当是集体意识、国民欲求、民众意愿和公共意志的一面镜子。如果集体意识仍然强烈要求以道义责任为基础对犯罪给予公正的报应,并且只有死刑才能够满足公众对最极端犯罪的道义报应的正义情感,就应当顺应民众的这种公共意志与普遍诉求而对最极端的犯罪适用死刑。集体意识中表现出来的公众强烈要求惩罚犯罪以及支持死刑报复犯罪的正义情感,能够为刑事政策与死刑制度的设计提供某种程度的正当性和合法性。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。

那么,人类社会发展至今,人类的正义观念与价值标准是否已经实现了对报应的超越呢?公众的集体意识是否仍然要求以道义责任为基础给予犯罪以公正的报应呢?对最极端的犯罪以道义责任为基础适用死刑是否能够实现这种公正的报应呢?对这些关系刑事政策选择与死刑制度命运的观念基础问题,必须结合集体意识的演进以及死刑制度的机能予以分析与回答。

19世纪英国著名刑法史学家詹姆斯·斯蒂芬(James Stephen)曾经指出:/报复情感之于刑法与性欲之于婚姻具有同样重要的关系,对罪犯处以刑罚是普遍冲动的合法发泄方式。⁰¹²⁸²人类学与伦理学的研究亦表明,报复或复仇是人类对加害于己的行为的一种近乎本能的反应方式,对于恶害给予道义报应则是人类根深蒂固的一种正义情感,它存在于迄今为止的一切社会文化形态中。/无数的传说和研究都证明,地球上所有人种都在其发展的某一阶段依靠以血复仇制度。在人类原始社会里实行了几千年的以血复仇制度,也有过初期、盛期和终期之分。以血复仇制度的终结,便是作为国家刑罚制度的死刑的产生。⁰¹²⁹²死刑制度作为以血复仇制度的替代物,剥夺了被害人及其所在的氏族对加害者的无节制的血腥复仇和杀戮的权利,但是,由国家代表被害人对犯罪人进行的杀人却仍然是以复仇为内在冲动、以公正报应价值追求的。

随着社会的发展与文明的进步,人类的复仇欲望不断地趋于理性化,对犯罪的报复不断地受到节制,报应观念不断地超越绝对而原始的血族复仇、同态复仇、康德所宣称的等量复仇而趋向等价复仇,报应主义观念亦由绝对化趋向相对化,甚至发生了正当性危机,道义报应与正义情感的满足不再是自在自为的正确的刑罚根据,教育改善罪犯、防卫社会等功利主义追求日益构成对报应主义的超越乃至否定,而成为国家启动刑罚权、追究犯罪人刑事责任的更为重要的原动力。但是,必须承认,现阶段公众的集体意识仍然要求对严重犯罪给予公正的报复与道义的报应,人类文明与价值体系还没有完全实现对报应的超越,在现阶段公众的正义观念中,公正的报复与道义报应仍然是国家和社会必须对犯罪作出的正义的反应方式。同时,人类社会也还没有完全摆脱因国家权力异化而可能侵害公民权利的危险,因而只有以道义责任为基础,根据罪犯所犯罪行及其罪责程度进行公正报复,才能防止国家脱离罪行本身而基于纯粹功利主义的考虑而任意适用刑罚。

因此,西原春夫教授指出:/刑法原来是人普遍对他人的行动感到一定程度的-岂有此理-的愤怒时就必须对他人科以刑罚。,,刑罚这一制度就是从这种人的愤怒和因此而产生的复仇心理出发,然后以禁止复仇,并由国家来代行复仇这种形式发展起来的。⁰¹³⁰²/在禁止私下复仇的现代社会,复仇的欲求就是采取对犯人进行处罚的欲求、行使国家刑罚权的欲求、从而制定刑法的欲求。,,虽然在将来看来,这种报应情感和复仇没有提高社会生活的合理性,因而可以认为它们是一种野蛮,但是,不管人类如何向前发展,只要还是人类,就不可能丢弃这种欲求。既然不能丢弃,国家为了防止复仇而扩大受害面,就要禁止复仇。作为其代价,国家必须采取使被害人及其亲朋好友的报应情感得到一

1282 Sanford H. Kadish, *Encyclopedia of Crime and Justice*, The Free Press, p. 518.

1292 [英]梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1959年版,第219页。

1302 前引1272,西原春夫书,第108页。

定的满足或缓和的措施。这就成为刑罚制度存在的根据之一,在制定刑法时,这种处罚犯人的欲求是作为原动力而起作用的。¹³¹²而美国学者伯恩斯(Walter Burns)教授在与死刑废除论者进行交锋时则情绪激昂地指出:“罪犯必须为他们的罪行付出生命的代价。我们认为,我们)))罪犯罪行的幸存者)))可以合理地要求这种补偿,因为我们也是罪犯罪行的受害者。通过惩罚罪犯,我们证明了世代代、不分国界约束人类行为的法律的存在。对国家而言,对罪犯愤怒并公开地、正式地以适当方式表达这种愤怒,在道德上是正当的,而表达这种愤怒则可以要求对最严重的罪犯执行死刑。反对死刑的现代自由主义者不理解这一点。愤怒出自人类本性:它可以解释人类行为的动机;愤怒承认只有人类才具有道德能力,并因此而彰显人类尊严;愤怒与正义相联系,如果有人被抢劫、强奸或谋杀,而人类却不感到愤怒,则意味着道德共同体将不复存在,因为人类不关心自己以外的任何其他。愤怒是人类关怀的一种表达方式,而社会需要人类相互关怀。没有愤怒及其伴随的道德义愤,就没有道德共同体。”¹³²²伯恩斯这一情绪激昂的论述,无疑集中反映了美国公民要求继续保留和适用死刑的主流民意,说明了道义报应与公正报复在美国人的集体意识中的根深蒂固的存在。

在集体意识仍然要求以道义报应为基础对于犯罪给予公正的报应的特定文化语境中,死刑制度能够满足集体意识中的道义报应与正义情感,从而获得广泛的公众认同。对于死刑制度的这种道义报应机能,美国联邦最高法院曾经予以精辟的分析。1972年,最高法院在 *Furman v. Georgia* 一案中虽然以 5B4 的微弱多数表决结果裁定死刑属于美国宪法第 8 修正案所禁止的/残酷与非常的刑罚⁰,但附加了许多条件,即只有当刑罚相对于罪行过于严厉、刑罚本身是武断的、刑罚冒犯了社会正义感或者所判处的刑罚并不比相对轻微的刑罚更有效时,这个刑罚才是/残酷和非常的刑罚⁰。¹³³²这些附加条件也为后来最高法院重新确认死刑合乎宪法并进一步阐述死刑的道义报应机能埋下了伏笔。1976年,在确认死刑并不当然构成违宪的 *Gregg v. Georgia* 案的裁决中,最高法院又指出:“死刑被认为服务于两种基本的社会目标:报应与威慑潜在犯罪人实施致命犯罪。在一定意义上说,死刑就是社会对特定犯罪行为的道德义愤的一种表达。这一功能可能对许多人没有吸引力,但在一个秩序良好的社会里,依赖法律程序而非依赖自我救助为自己的错误辩护是对公民的基本要求。报复的本能是人性的组成部分,在实施刑事司法的过程中引导这种本能对于促进法治社会的稳定发挥着重要作用。当人民开始认为组织起来的社会不愿或者无力对罪犯实施应得的惩罚时,就会播种下无政府主义、私力救济、私自司法和私刑的种子。报应虽然不再是刑法的主要目标,但它既不是刑法禁止的目标,也非与我们对人性尊严的尊重不协调。在极端凶恶犯罪案件中以死刑为适当刑罚的决定,其实只是表达了这样一种公众信念,这种公众信念认为特定犯罪对人性尊严构成如此严重的冒犯以至只有死刑才能成为对其唯一适当的反应方式。”¹³⁴²根据盖洛普民意测验,最高法院在 1976 年裁定死刑不是/残酷而废除的刑罚⁰的时候,美国民众支持对被裁定犯谋杀罪的罪犯判处死刑的比例超过了 65%。20 多年来,尽管主张废除死刑的人士不断地进行宣传与斗争,但死刑在美国刑法制度中的地位则始终未见动摇,对谋杀罪适用死刑的支持率一度曾经上升到 80%,目前仍然维持了 65% 以上的高支持率。民众对谋杀罪适用死刑的高支持率即广泛的公众认同,无疑为司法当局重用死刑提供了正当性资源。¹³⁵²

可见,在民众的集体意识仍然要求对极端犯罪适用死刑予以公正的报应的情况下,刑事政策与刑罚制度是否满足公众的这种报应情感,是刑事政策与刑罚制度能否获得公众认同并获得正当性与合法性的基本前提。日本刑事政策学者大谷实指出:“为维护社会秩序,满足社会的报复情感,维持国民对法律的信赖便显得极为重要。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

1312 同上书,第 84 页以下。

1322 Walter Burns, / The Morality of Anger⁰, in *Punishment and the Death Penalty*, ed. Robert M. Blair, 1995, p. 151.

1332 *Furman v. Georgia*, 408, U.S. 238(1972).

1342 *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976).

1352 Gallup Poll Release, 2/24/2000.

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。⁰¹³⁶²如果当死刑冲击一般人的情感,使其感到残忍时,便应当废除死刑。⁰¹³⁶²

三、集体意识的/两张脸0))) 死刑的公众认同的两面性解构

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。

对于集体意识与正义情感的这种两面性或者两张脸,德国思想大师马克思#韦伯早就有着清醒的认识。韦伯指出:/经验证明,除非-正义感.在客观或主观利益此类-实用因素.的坚定指引下发挥作用,否则,它是很不稳定的。我们现在还不难看到,正义感容易波动,并且,除了极少数一般性和纯形式的公理以外,很难表达。至少就我们目前所知而言,各国不同的法律制度不可能从-正义感.中推演而出。-正义感.具有明显的感情色彩,因而不足以保持规范的稳定性。可以说,它是导致非理性判决的诸因素之一。只有在这一基础上,我们才能够研究-民众.态度的范围。⁰¹³⁷²英国学者格雷厄姆#沃拉斯同样认为,人往往是在本能和感情的刺激下作出心理和行为反应的,/大多数人的大多数政治见解并非是受经验检验的推理的结果,而是习惯所确定的无意识或半无意识推理的结果。⁰¹³⁸²日本刑法学者西原春夫教授虽然主张将人的欲求/置于促使刑法制定的各种要素的基础之上0,但是,他又特别指出:/在构成国民的欲求之基础的国民个人的欲求中也沉淀着一些并非正确的成分,其中,最具有特色的是片面的观点乃至情绪的反应。⁰¹³⁹²在宗教、种族、意识形态等的影响下,集体意识的片面性、情绪性、非理性甚至会走向极端,致使社会公众陷入集体无意识的狂热和亢奋之中。建构在这种集体意识基础上的人类死刑制度史,在相当程度上也是一部由人类集体意识中歇斯底里的狂躁、复仇、发泄等情绪性、集体性反应支配的历史,是一部充斥着血腥和残虐、以残害生命价值、贬抑人性尊严为特征的恐怖的历史。法国剧作家布鲁诺曾经一针见血地指出:/从死刑的沿革来看,要求死刑的呼声不是来自追求正义的欲望,而是来自要求发泄压抑的冲动的深层心理。死刑只是发泄集团的罪恶感和不安的安全阀。,,死刑不是也不可能是理性的司法手段,而是充满残虐性的非理性主义的表现。,,死刑根植于理性之光尚未照耀的古代和心理的深层。,,死刑的历史是无辜流淌鲜血的故事,它是与正义或者人民福祉没有共同之处的、要以制度化的形式使共同社会中难以忍受的紧张感得以爆发的、杀人妄想体系的历史,是社会对个人施以各种暴力的历史,这种暴力虽然往往冠有高尚的概念,但它实际上不外是集体的罪恶感和整个社会的焦虑的爆发。它最终是理性被误用的历史,是把赤裸裸的杀人伪装成公正但理性往往被迫卖身的故事。⁰¹⁴⁰²布鲁诺认为,死刑的本质就是活人祭祀,而/活人祭祀的真正价值在于它的社会心理作用,这就是打开开发散个人不安和罪责及共同社会普遍的不快感的安全阀的作用。⁰¹⁴¹²不可否认,布鲁诺以剧作家特有的灼热的情以及对历史、社会心理的深刻洞察,对死刑的罪恶进行了矫枉过正、言过其实、激情有余、理智不足的鞭挞,但正是从这种偏颇而极端的控诉中我们发现了以满足公众正义报应情感为诉求的死刑制度可能具有的非正义性与非理

¹³⁶² [日]大谷实:《刑事政策学》,黎宏译,法律出版社2000年版,第113页。

¹³⁷² [德]马克思#韦伯:《论经济与社会中的法律》,张乃根译,中国大百科全书出版社1998年版,第71页。

¹³⁸² [英]格雷厄姆#沃拉斯:《政治中的人性》,商务印书馆1996年版,第66页。

¹³⁹² 前引1272,西原春夫书,第87页。

¹⁴⁰² [法]布鲁诺#赖德尔:《死刑的文化史》,生活#读书#新知三联书店1992年版,第182页以下。

¹⁴¹² 同上书,第49页。

性,而这往往是以客观冷静、理智与理性、逻辑严谨著称的法学家难以企及的。

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;相反地,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。¹⁴²² 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%。¹⁴³² 在德国,1996年公众赞成恢复死刑的比例只有35%,但在发生二、三起针对儿童的性虐待与谋杀案件后,公众对待该类犯罪的态度即刻发生重大变化,支持死刑的比例一度曾直线上升至60%。¹⁴⁴² 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。

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,往往可能对被调查者的回答产生直接的影响,从而影响民意测验的结论。在许多国家,每当议会或者总统选举进行得如火如荼之际,参与选举的各个政党、政治势力或者事实上受不同政党、政治势力控制和操纵的媒体往往会就选民的支持倾向以及选战中争辩的热门话题进行所谓民意调查,一般说来,对立阵营的民意调查的结论往往会呈现较大差异,甚至会截然不同,这是屁股指挥脑袋、立场决定结论的最好例证。死刑问题具有高度的伦理和政治敏感性,更可能成为政客们为拉拢选票而竭力炒作的一个公共话题。因此,关于死刑的民调结论的信度事实上不能不受到调查者预设立场的影响。另一方面,死刑民调问卷的设计技巧对于民调结论的效度往往也有着直接的影响。美国加利福尼亚1990年的一项调查显示,虽然高达82%的民众原则上赞成死刑,但是当被问到如果让其在死刑与终身监禁加赔偿之间进行选择时,则只有26%的人继续支持死刑。民众对待死刑的态度的类似变化在其他许多州也得到证实。¹⁴⁵²可见,民意调查的结论虽然在相当程度上反映了集体意识对某个特定公共议题的公众态度或公众认同,但民意调查结论反映公共意志、公众态度或公众认同的信度与效度本身受制于各种可控或者不可控的因素,民调结论本身并非自在自为的真实和客观,因而民调结论充其量只能作为刑事政策决策与刑事立法设计的诸多参考因素之一。就此而论,以集体意识对死刑的广泛的公众认同为死刑存在的正当性和合法性的基础,本身又是相当危险和不可靠的。

另一方面,体现公众认同的死刑在满足集体意识中的道义报应诉求、实现刑罚正义的同时,也可能反过来误导集体意识,毒害社会心理。基于报复嗜血心理的死刑,是潜藏在人类心灵深处的/以眼还眼,以牙还牙0./杀人偿命0的原始复仇心理的制度化表现,死刑给被害人及其亲属带来了表面上的、空洞的、虚无缥缈的情感满足,而不可能真正补偿被害人已经受到的伤害。执行死刑对罪犯而言也许意味着赎罪,但同时也是一了百了,因其罪行所生的对社会的债务、对被害人及其亲属的债务从

1422 参见林山田:《刑罚学》,台湾商务印书馆1975年版,第172页。

1432 [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。

1442 前引152, Hans- Jürgen Kerner 文。

1452 Hugo Adam Bedau, The Case Against The Death Penalty, http://archive.aclu.org/library/case_against_death.html.

此一笔勾销,而留给被害人及其亲属乃至全社会的却是无法抹杀的永远的痛。死刑不仅无形中会培育一个对他人生命麻木不仁的死亡文化,纵容社会不去反省深层结构中导致犯罪的基本矛盾,更容易误导公众以为死刑的执行即意味着正义的恢复,从而陷入恶恶相报的恶性循环。因为/严酷的刑罚造成了这样一种局面:罪犯所面临的恶果越大,也就越敢于规避刑罚。为了摆脱对一次罪行的刑罚,人们会犯下更多的罪行。刑罚最残酷的国家和年代,往往就是行为最血腥、最不人道的国家和年代。因为支配着立法者双手的残暴精神,恰恰也操纵着杀人者和刺客们的双手。¹⁴⁶² 人类死刑制度的兴衰与变迁史已经一再证明,国家崇尚暴力、迷恋死刑的时期往往也是作为国民的罪犯嗜血成性、暴力犯罪横行、普通国民生命安全缺乏有效保障的时期。死刑不是医治犯罪这种社会顽症的神丹妙药。一个健康、文明、进步、理性的社会需要的不是这种恶恶相报、恶性循环的报复性司法以及相应的视生命为草芥的死刑文化,而是以尊重人性尊严与生命价值为文化基础的致力于教育改善罪犯、防卫社会以及赔偿损失、治愈冤仇、医治创痛、恢复秩序、有助于社会整合与团结的教育性和恢复性司法。¹⁴⁷²

因此,笔者虽然主张刑事政策与刑法制度应当洞察、尊重、顺应与反映作为一种公共意志的集体意识,符合所处语境的民众的正义情感的要求,但是,由于集体意识的价值根基并不能赋予其自身/绝对正确⁰的属性,集体意识也非真正的具有终极意义的理性,刑事政策的决策与刑法制度的设计因而又不能不对集体意识及其正义情感的不可避免的情绪性、非理性和不可捉摸性保持高度的警惕。国家的死刑政策与死刑制度如果不加分析、不加甄别地迎合、复制集体意识与正义感,必然蕴涵着陷于非理性甚至疯狂的巨大风险。

四、死刑的政治抉择))) 什么是政治领袖应有的贡献

集体意识、正义情感的两面性,虽然使奠基于集体意识、正义情感的刑事政策选择与刑罚制度设计蕴涵着巨大的危险性,但同时也蕴藏着刑事政策的决策者与刑法制度的设计者引导集体意识理性发展的重要契机,而现代民主政治的权力架构客观上也为政治领袖引导集体意识理性发展提供了运作空间。

首先,既然集体意识不可避免地具有两面性、易波动性,集体意识不是终极意义上理性的公共意志,刑事政策与刑法制度便不可能成为公众朴素的集体意识或者个别意志的直观、本能和直接的反映。刑事政策决策与刑法制度设计在尊重与反映集体意识的同时,又必须使集体意识与死刑制度保持必要的/距离⁰,并在集体意识与死刑制度之间进行/过滤⁰。这种距离感和过滤机制是死刑制度超越道德的公正实现法律的公正的前提。法国哲学家利科曾经指出,义愤的发泄以及基于报复的公正并非真正意义上的公正,而只是一种道德的公正,从根本上讲,这种道德公正没有在社会游戏的各个对立面之间确定距离,亦即没有在冒犯者强加的最初痛苦和惩罚实施的补加痛苦之间确定。义愤欠

¹⁴⁶² [法]孟德斯鸠:5论法的精神6上,商务印书馆1963年版,第88页以下。

¹⁴⁷² /恢复性司法(restorative justice)⁰是一种关注被害人遭受的损失恢复、强调犯罪人对其造成的损害承担责任、重建社区和平的犯罪反应方式。恢复性司法主张在唤起犯罪人的责任感包括赔偿犯罪的损害、恢复社会安宁的基础上,用预防性、恢复性的刑事政策取代惩罚性、报应性的刑事政策,认为有效的刑事政策是恢复犯罪被害人被侵犯的权利、恢复公众的社会和道德意识,加强法律秩序。而加强法律秩序的首要途径是恢复公众对执法部门与司法机构的信任。恢复性刑事政策不仅主张最低限制的压制,而且主张通过对大量犯罪的非犯罪化和创设替代刑事司法的社会性机构,限制刑事司法的活动范围。最为典型的恢复性司法就是所谓/被害人)犯罪人和解⁰(victim-offender reconciliation meetings)或/被害人/犯罪人调解⁰(victim/offender mediation, VOM),但返还 restitution)和社区服务计划 community service programs)等也被包括在恢复性司法运动界域之内。Marinne L; schning - Gspandl and Michael Kilchling Victim/ Offender Mediation and Victim Compensation in Austria and Germany - Stocktaking and Perspectives for Future Research, Europe Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, 1997- 1. Bernd- Dieter Meier, Restorative justice - a new paradigm in criminal law? Europe Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, 1998- 2.

缺的是报复与公正之间关系的明确划分,而公正的法则则要求任何人都不能被允许对自己实行公正,为了确定报复与公正之间的距离,必须有一个第三者充当两个行动(罪与罚)和两个行动者(冒犯者和惩罚者)之间的正确距离的担保者。只有确定了报复与公正之间的距离,才能完成作为道德的公正向作为制度的公正的过渡,也才能通过第三者制度的中介与仲裁角色切断公正与报复之间的联系。¹⁴⁸²

其次,议会民主制本身具有一种使集体意识与公共政策、法律制度保持适当/距离0,并对集体意识进行/过滤0、阻隔集体意识直接渗透制度设计的功能,从而有助于超越道德的公正而实现制度公正与社会公正。/代议政体的实质在于依靠相当一大批人民的定期更新的同意;所需要的同意的程度可以从单纯接受既成事实到宣布多数公民作出的、政府必须予以解释和服从地积极决定。0¹⁴⁹² 公众的同意是议会民主或代议制政府运作的前提。但是,议会民主制或者代议制毕竟不同于通过全民公决、公民投票等群众民主、直接民主的方式直接决定公共政策性议题的议事方式。/群众民主在国家政治方面的因素,最最首当其冲的是感情的因素在政治中占强大优势的可能性,群众总是处于现实的纯粹感情和非理性的影响之下。0¹⁵⁰² 而议会民主制或代议制则是一种既体现人民主权原则又与公众意志保持适当距离的政治制度设计,具有阻隔集体意识对政治决策与制度设计直接渗透的过滤机能。议会民主制使得选民只能间接地通过其选举产生的民意代表的立法行动,才能确认其利益、意志、愿望和诉求。而现代议会民主制又是以政党政治为基础的议会民主制,候选人由政党推荐产生,候选人个人的品格、德行、能力和业绩以及所属政党的政策主张,都可能左右着选民选票的流向。如果候选人对诸如死刑等重大公共政策性议题的看法与政党的政策主张相左,就不大可能入选。候选人当选后虽然在理论上应当对选民负责,听取选民的意见与呼声,但在现实中往往更多的听命于政党的政策,而政党的政策往往又取决于政治领导人的一己私利或者高瞻远瞩。¹⁵¹²另一方面,虽然代议制体制的合法性与正当性来自于民意代表性,代议制体制下议会的立法行动和政府的公共行政也应当反映民意的要求,但是民意本身并不具有终极意义的真理性。公共决策如果完全尾随民意而随波逐流,并不必然表明公共政策的正当性与合法性,却必然反映议会和代议制政府下国家公共权威的丧失、政府执政能力的弱化和政治领袖政治责任的懈怠。当年英国废除死刑时,针对科里顿勋爵根据民意测验显示的反对废除死刑的主流民意而断言废除死刑的法案/不是我们人民的愿望的民主反映0,英国上下两院特别重申了这样一条原则,即/议员不是只有发言权而无表决权的代表,而是全权代表,引导公众舆论是上议院的职责0。¹⁵²² 简言之,议员不是选民的代言人而是选民的代理人,议员不应当被动地根据选民的意愿或者授权进行投票,而应当根据自己的理性的判断,真正代表选民的利益而进行决策。如果完全尾随民意决定死刑等公共政策,看似某种人民主权的体现,实为制度设计本身的严重倒退。¹⁵³²

而议会民主制下公共政策决策与法律制度设计过程的博弈性质,则决定了政策决策和制度设计的结果不可能是对某种集体意识的自动和直观的复制,而必然是参与决策的各方力量、利益、意志、诉求相互博弈后达成一致、妥协或者平衡的产物。政治与外交一样本质上都是一种妥协的艺术。作为国家主权的刑罚权的行使及相关刑事政策的决策与刑法制度的设计,更是冲突着的各种利益与意志之间进行博弈达成一致、妥协或者平衡的结果。德国法学家拉德布鲁赫对刑罚权的行使与刑法制度设计面临着的这种利益、意志与价值的冲突曾经作过经典的分析:/自从有刑法存在,国家代替受害人施行报复时开始,国家就承担着双重责任:国家在采取任何行为时,不仅要为社会利益反对犯罪者,也

¹⁴⁸² 参见[法]保尔·利科:《利科北大讲演录6》,北京大学出版社2002年版,第1页以下。

¹⁴⁹² 前引1142,格雷厄姆·沃拉斯书,第130页。

¹⁵⁰² [德]马克思·韦伯:《经济与社会6下》,林容远译,商务印书馆1997年版,第810页以下。

¹⁵¹² Joshua Micah Marshall (American Prospect), / Death in Venice, 0 New Republic, July 31, 2000.

¹⁵²² 前引172,哈特书,第241页以下。

¹⁵³² 参见二木:《民意否决的背后是政府的失职》,5人民网62003年3月22日。

要保护犯罪人不受受害人的报复。现在刑法同样不只反对犯罪人,也保护犯罪人,它的目的不仅在于设立国家刑罚权力,同时也要限制这一权力,它不只是可罚性的源由,也是它的界限,因此表现出悖论性:刑法不仅要面对犯罪人保护国家,也要面对国家保护犯罪人,不单面对犯罪人,也要面对检察官保护市民,成为公民反对司法专横和错误的大宪章。^{0 1542} 日本学者西原春夫在论证刑法的根基与哲学时,在剖析国民个人欲求的片面性和情绪性的基础上,同样论证了刑法制度设计应当妥善平衡相互冲突的利益与意志。他一方面指出不同的国民具有不同的欲求:/ 国民中每个个人的欲求并非直接与制定刑法相联系,因为第一,如果不是这样来考虑,可以想象,国民中间存在着具有各种各样不同欲求的人,究竟谁的欲求宜在刑法中得到表现,就不得而知了。第二,是否应制定刑法以及应当制定什么样的刑法? 在作出决定时,就必须具备高度的法律知识和缜密的政策观念,应当考虑到国民个人的赤裸裸的欲求中是缺乏这一前提的。^{0 1552} 另一方面又指出国民个人其实也具有不同的欲求:/ 为了把情绪性的反应引入合理欲求的轨道,首先就必须克服反应的片面性。人们如果正确了解人之所以犯罪的动机,而且也了解滥用刑罚权的可怕性,他们也会作出各种各样的情绪性的反应,并综合平衡,最终肯定会使当初的激情性的反应缓和下来。这种在观念上已被修正过的个人的欲求才是真正的国民的欲求。^{0 1562} 刑法是由高度政治化、组织化的社会即国家制定的,刑法无疑应当以要求制定刑法的人的欲求为基础,但作为刑法制定基础的欲求必须是超越个人欲求的作为一种抽象化的观念的国民欲求,立法者最终只能站在平均的国民立场上,在平衡了各种相关的利益、意识与愿望后来推测国民的真正欲求。国家在制定刑法时,作为其直接基础的是/ 当平均的国民就不良行为的状况及为此而制定刑法的意义有了正确的认识时所抱有的欲求^{0 1572} 这种/ 国民的欲求是一种抽象化的观念。立法者最终只能站在平均的国民立场上来推测这种欲求。刑法应当在其与国民的欲求的关系上回忆起近代刑法学的精神,即刑法是国民自主规范的成果,应当重新考虑把制定刑法的基础与国民的欲求联系起来,而且还应当重新认识到国民的欲求的基础中有人的赤裸裸的欲求在活动。^{0 1582}

可见,包括刑事立法在内的公共决策和立法活动必然是各个相关的利益主体错综复杂的利益、意志、愿望和诉求协调、妥协、平衡的产物,而实在不可能也不应当是某一方面的公众利益、意志或者公众的某一方面的意识与愿望的简单确认或者复制。政治领袖进行公共决策和立法活动时固然应当体察、尊重、代表和顺应民意,但这绝不意味着政治领袖可以盲目地迎合、附和、迁就民意或者简单地复制民意。在死刑这样一个公共政策问题上,政治领袖的重大政治责任在于根据对集体意识的民粹性、非理性、情绪性、保守性、乡土性乃至非正义性的辩证与科学的解构与分析,运用政治智慧和权力艺术,理智地引导普通民众以强国盛世的成熟与理智的国民心态,科学地认识犯罪规律与犯罪原因,对犯罪作出理性而平和的社会心理反应。

对于发展中国家而言,由于文化观念、思想意识、价值标准的不可避免的滞后性,与现代化相适应的国民心态不可能一夜间自然生成。在推进法治进程、建设社会文明、走向现代社会的历史进程中,必须清醒地意识到对国民心态和集体意识进行引导和改造的必要性,应当及时启动死刑启蒙教育,就基本犯罪规律、罪刑互动规律、刑罚趋轻、走向人道、文明的历史规律、基本国情以及刑罚改革的世界潮流、死刑的非正义和残酷、野蛮的本质等问题进行系统、全面和深入的公民教育,剔除国民心态与集体意识中广泛存在的以暴制暴观念,正确地认识死刑的作用,形成健康、文明与理性的死刑观。

死刑启蒙教育既是公民教育的有机组成部分,更应当是一场重要的思想解放运动。通过死刑启蒙教育,应当完成对国民心态和集体意识的科学主义、理性主义和人道主义的改造,培育国民的自由

1542 [德]拉德布鲁赫:《法学导论》,中国大百科全书出版社1995年版。

1552 前引1272,西原春夫书,第85页。

1562 同上书,第87页。

1572 同上书,第112页以下。

1582 前引1272,西原春夫书,第93页。

信仰、独立思考、科学分析与理性反应的思维方式,形成尊重生命价值、维护人性尊严的生命文化和人文精神。这是政治领袖的政治责任,当然也是法律职业共同体义不容辞的义务。只有真正培育出健康、文明、理智、成熟的国民心态和集体意识,才能减少政治领袖进行刑罚改革、严格控制乃至最终废除死刑的社会心理阻力,为提高刑罚的人道、文明和理性化程度、推进国家民主、法治进程创造宽容、和谐的社会心理氛围。

在善解民意的基础上,政治领袖对死刑问题的科学决策应当是一种/理性的实践0和/实践的理性0。作为一种理性的实践,政治领袖决策过程对民情、民意的体察、尊重、代表和顺应,决不能导致对体现普遍意志和国家理性的法律的否定,也不能替代职业法官客观、中立的事实认定和理性、科学的法律推理以及以此为基础的独立、公正的司法裁判。如前所述,政治领袖应当把握犯罪规律,掌握科学真知,展示政治远见,承担历史责任,正确判断国情,树立管治信心,体认国际现实,顺应改革潮流,以开放的心态和世界的眼光解决具体国情条件下面临的犯罪问题,根据现代刑事政策合理而有效地组织对犯罪的反应的反犯罪斗争目标,对死刑的本质、机能、作用、历史和命运形成科学认识和合理期待,对死刑的存废和适用作出科学的决策。作为一种实践的理性,政治领袖对死刑存废和适用的科学决策又应当充分考虑一国的具体国情和现实犯罪态势、可控的国民心态和集体意识特别是死刑的公众认同以及实际的社会控制能力等对死刑存废与适用的现实制约,在不放松犯罪控制、不影响法益保护与治安维持的前提下,以较少的社会成本与社会振荡,循序渐进地推进死刑制度的改革乃至死刑的最终废止。

Abstract: It has become a global tide to limit and abolish the death penalty in modern criminal policy movement. The preservation or the abolition of the death penalty doesn't rely on the justice/ injustice or the overawing of itself, which are unable to be argued clearly. Rather, this is an issue of policy choice decided substantially by the public recognition of collective consciousness and the political will of political leaders. The general recognition of collective consciousness has provides legitimate resource to the death penalty, yet the collective consciousness is a contradictory being with 2 sides, such as sense and sensibility, conscious and sub-conscious, rationality and irrationality, justice and injustice interlaced. Political leaders should respect and reflect the public opinions, still, be good at understanding and leading public opinions, thus to make scientific decisions about death penalty with their political wisdoms, making the death penalty policy, death penalty system and the application of death penalty become a rational practice and a practical rationality.

Key words: collective consciousness, public recognition, political choice, death penalty control