

目摇摇录

第一章摇死刑功能概说·····	员
第一节摇死刑的概念、特征和本质·····	员
第二节摇死刑功能的概念和特征·····	远
第三节摇死刑功能的分类·····	怨
第四节摇死刑功能的研究范围·····	录
第五节摇死刑功能的研究意义·····	远
第二章摇死刑功能和相关概念的关系·····	愿
第一节摇死刑功能和刑法功能·····	愿
第二节摇死刑功能和刑罚功能·····	愿
第三节摇死刑功能与其他刑种的功能·····	愿
第四节摇死刑功能和死刑本质·····	愿
第五节摇死刑功能和死刑目的·····	愿
第六节摇死刑功能和死刑价值·····	獭
第七节摇死刑功能和死刑效果·····	獭
第八节摇死刑功能和死刑的消极作用·····	獭

第三章搖死刑功能的历史考察	源
第一节搖报复时代死刑的功能	源
第二节搖威慑时代死刑的显性功能	源
第三节搖等价时代死刑的显性功能	源
第四节搖矫正时代死刑的显性功能	源
第五节搖折中时代死刑的显性功能	源
第六节搖结论	源
第四章搖死刑存废之争和死刑功能	缘
第一节搖死刑存废之争概述	缘
第二节搖死刑废除论者视阈中的死刑功能	缘
第三节搖死刑保留论者眼中的死刑功能	缘
第四节搖评价和结论	缘
第五章搖死刑的功能	源
第一节搖死刑功能的一般分析	源
第二节搖死刑功能的纵向分析	源
第三节搖死刑功能的横向分析	源
第六章搖死刑功能的实现(上)	源
第一节搖死刑惩罚功能的实现	源
第二节搖死刑剥夺再犯能力功能的实现	源
第三节搖死刑威慑功能的实现	源
第四节搖死刑鉴别功能的实现	源
第五节搖死刑安抚功能的实现	源
第六节搖死刑鼓励守法功能的实现	源

第七章摇死刑功能的实现(下)	员缘
第一节摇死刑功能的实现模式(上)	员圆
第二节摇死刑功能的实现模式(下)	员园
第八章摇死刑功能的局限性	苑
第一节摇死刑功能局限性的一般界定	苑
第二节摇死刑功能量的局限性	圆
第三节摇死刑功能质的局限性	苑
第九章摇死刑的消极作用	圆
第一节摇死刑消极作用的概念、特点和研究意义	圆
第二节摇死刑消极作用的纵向分析	源
第三节摇死刑消极作用的横向分析	苑
第十章摇死刑缓期执行的功能	圆
第一节摇死刑缓期执行的界定和由来	圆
第二节摇死刑缓期执行的功能	缘
结论	圆

第一章

死刑功能概说

第一节 死刑的概念、特征和本质

摇摇在“死刑功能”这个名词短语中，“死刑”是用来修饰“功能”的，该短语的关键词是“功能”，即我们主要研究的是“功能”，但不是对其进行一般和概括的研究，因为前面还有一个限定词“死刑”，所以我们研究的是在“死刑”限定下的“功能”，是“死刑的功能”。那么，就有必要对“死刑”和“功能”有一个全面和系统的了解，然后才能更清楚地研究“死刑的功能”。本节只对作为限定词的“死刑”的概念、特征和本质予以阐述，关于“功能”将在下一节中论述。

一、死刑的概念和特征

死刑，又称生命刑、极刑，是国家在刑法中规定的基于犯罪人的严重犯罪行为而剥夺其生命的刑罚方法。作为人类历史上最为古老的刑罚，刑法的历史殆可以说是死刑发展的历史^①。死刑有以下特征：（员）死刑剥夺的是犯罪人的生命权，而不是其他任何权利。（圆）死刑是由

① 转引自陈兴良主编：《刑种通论》，人民法院出版社 员998年版，第 5页。

国家实施的行为,其他任何人或组织都没有权力实施,也就是说死刑是国家行使刑罚权的行为。(猿 死刑是由国家制定的刑法规定的,即死刑的存在有法律依据,是国家通过刑法赋予实施死刑的机关。(源 死刑的判处与执行有严格的程序规定,即必须按照程序判处和执行的死刑才是完整意义上的死刑。(缘 死刑适用的对象是犯罪人,即其剥夺的是犯罪人的生命,而不是其他人的生命。(远 死刑剥夺犯罪人生命的原因是犯罪人实施了最为严重的危害社会的行为。(苑 死刑具有最为严厉的惩罚性。惩罚性是刑罚的本质属性,那么严厉的惩罚性就是死刑的重要属性。

二、死刑的本质

“本质”是指“事物本身所固有的、决定事物性质、面貌和发展的根本属性”^①。事物的本质是隐蔽的,是通过现象来表现的,必须透过现象才能了解。它是事物组成诸要素的内在的必然的联系,由事物本身的特殊矛盾决定,从整体上规定着事物的性质和发展方向,是该事物区别于其他事物的重要特征。事物的本质是事物的内在规定性,当本质在社会运动中作用于外部对象,使内在规定性外在化、对象化,对社会产生影响,使本质转化为改变外部对象的能力时,事物的本质就变成事物的作用了,积极作用就是功能。刑罚的本质是刑罚本身所固有的、决定刑罚性质、面貌和发展的根本属性。那么刑罚本质的具体内容是什么呢?我国刑法学界主要有以下观点:(员 认为刑罚的本质是刑罚的阶级属性;(圆 认为刑罚的(法律)本质是惩罚的严厉性;(猿 认为刑罚的本质是对犯罪的报应,但从我国实际情况来看,宜认为刑罚的本质是对犯罪的惩罚性,即刑罚是对犯罪的惩罚^②;(源 认为刑罚的本质是对犯罪的惩罚性^③;(缘 认为刑罚的本质是对实施了犯罪行为的人(犯罪

① 《现代汉语词典》,商务印书馆 员985年版,第 缘页。

② 转引自谢望原著:《刑罚价值论》,中国检察出版社 员995年版,第 猿-猿页。

③ 马克昌著:《刑罚通论》,武汉大学出版社 2000年版,第 猿页。

人)的报应(惩罚)①。下面笔者具体分析一下上述观点。第一种观点认识到了刑罚的阶级属性,但没有认识到刑罚的法律属性,即刑罚区别于其他阶级统治工具的特殊性。第二种观点将刑罚的本质定位于“惩罚的严厉性”,惩罚是修饰严厉的,不妥。因为严厉和惩罚相比较,后者同刑罚的关系更为紧密,即惩罚是刑罚内部更为深刻的东西,因此把刑罚的本质定位于一定的“严厉性”上不是很恰当,应当用严厉来修饰惩罚才更为合适。第三种观点认为刑罚的本质是对犯罪的惩罚,即刑罚是一种惩罚。笔者认为,从上述本质的概念来看,本质是一种根本属性,所以刑罚的本质也应该最后归结于根本属性上,而这种观点将其归结于“惩罚”上,不正确。第五种观点试图将责任主体反映出来和体现主客观统一性,但对于犯罪人和犯罪的关系表述得不是很清晰,而且它也有第四种观点的缺陷,即不是将刑罚本质最终归结到一种属性上。笔者认为,刑罚作为统治阶级维护其统治的一种工具,具有阶级性和法律性。那么刑罚的本质也就分为阶级本质和法律本质,忽视任何一方面都造成对刑罚本质的片面理解。它一方面具有其他阶级统治工具都具有的普遍属性,另一方面也有自己的特殊性。刑罚的阶级本质应当是其作为统治阶级维护其统治的最为严厉的工具的属性,是在其他工具都没有效果的情况下的最后措施,如果其他统治工具能够维护其阶级统治的话,就不用诉诸刑罚了,这也是刑法在法律体系中最后保障地位的体现之一。该定义有以下特点:(员)将刑罚的本质归结到属性上,避免了上述观点的缺陷。(圆)既体现了刑罚具有的阶级统治工具属性的普遍性,又体现了自身的特殊性——最为严厉的阶级统治工具。(猿)较好地反映了刑罚的阶级本质,避免了对刑罚本质的片面理解。刑罚的法律本质是刑罚作为行为人因为实施了犯罪行为而应接受而且必须接受的由国家施加的惩罚的属性。该定义除了具有上述刑罚阶级本质定义的特点外还有以下特点:(员)将责任主体反映在刑罚本质中,

① 谢望原著:《刑罚价值论》,中国检察出版社 员九九年版,第 源页。

即应受惩罚的是行为人而不是行为,虽然对社会直接造成危害的是行为,但行为是行为人实施的,并且对行为进行惩罚既没有具体的承担者也没有预防犯罪的意义。(圆 摆正了在刑罚本质中行为人和行为的位置:惩罚的是行为人,但行为人是由于自己实施的犯罪行为而受到惩罚。(猿 在刑罚本质中反映了刑法中的主客观相统一原则:行为人是其受到惩罚主观方面的原因,行为是客观方面的原因,只有两方面同时具备才能受到刑罚惩罚。(源 体现了刑罚的具体施加者——国家,除了国家,其他任何主体实施的因为犯罪行为而对犯罪人实施的惩罚都不是刑罚。(缘 反映了刑罚的原因——行为人实施了犯罪行为,避免将其他轻微违法行为纳入刑罚视野。由此笔者得出刑罚本质的如下概念:刑罚的本质是刑罚作为统治阶级为了维护其阶级统治而对行为人因为实施了犯罪行为施加的而且行为人也必须接受的惩罚的属性。

死刑作为刑罚的一种,上述刑罚的本质对其自然适用。但其毕竟只是刑罚中的一种,有其特定的内容和属性。在具有以上刑罚本质的基础上,死刑本质有其特殊性。死刑的本质是死刑本身所固有的,决定死刑性质、面貌和发展的根本属性,本质是事物固有的根本性质,是它区别于其他刑罚的根本标志。关于死刑的本质,我国学者主要有两种观点:(员 死刑的本质,应当是极端严格的惩罚^①。(圆 死刑的本质是阶级性和法律性的统一。就其阶级性而言,是阶级统治的工具^②。就法律性质而言,是极端严厉的惩罚^③。笔者认为上述观点都有一定不足。第一种观点虽然指出了死刑作为诸刑之首的最为严厉性,却没有考虑到死刑已废除国家和地区的情况——死刑不存在了,极端严厉的惩罚自然不是死刑,并且也只看到其法律本质没有认识到其阶级本质。第二种观点看到死刑的本质是法律性与阶级性的统一,却没有指出死

① 陈兴良主编:《刑种通论》,人民法院出版社 1998 年版,第 181—182 页。

② 仝作俊著:《死刑限制论》,武汉大学出版社 1998 年版,第 150 页。

③ 仝作俊著:《死刑限制论》,武汉大学出版社 1998 年版,第 150 页。

刑与其他阶级统治工具的区别以及死刑和其他刑种的区别。同时认为死刑是极端严厉的惩罚,和第一种观点存在同样的缺陷。此外这两种观点还有两个共同的缺陷:(员都将死刑本质归结到一种惩罚或工具上,而没有归结到属性上。(圆两种观点使用了“极端严厉”或“极端严格”,那么“极端”怎么理解?有没有较明确的标准?又以哪些人的标准为标准呢?笔者认为死刑的本质包括阶级本质和法律本质,并且是死刑所特有的。基于对刑罚本质的上述理解和对死刑本质的有关批判,笔者认为死刑的本质是:死刑作为统治阶级为维护其阶级统治而对实行严重危害社会行为的行为人基于其严重危害行为而剥夺其生命的惩罚的属性。该定义有以下优点:(员兼顾死刑的阶级本质与法律本质;(圆指出死刑与其他刑罚内容的区别——剥夺生命;(猿明确死刑的对象——实行严重危害社会行为的犯罪人;(源阐明死刑原因——维护阶级统治(阶级原因)和惩罚严重危害社会行为(法律原因);(缘不论死刑是否存在,都可以作为死刑本质的定义。

三、功能的界定

功能,即功效、效能、效用,是指事物或方法所能够发挥的有利作用,也有解释为事物或方法蕴藏的有利的作用^①。仅指可能产生但还没有产生的有利作用,而不包括对外界已经产生的有利作用。

功能具有以下特征:(员客观性。事物的功能是由事物的本质属性决定的,不以人的意志为转移,不论人们是否认识到,都客观存在。(圆潜在性。功能是事物潜在的一种属性,它还没有表现出来,但由事物的性质决定,其早晚要表现出来,属于可能性的范畴,是事物潜在的一种力量。(猿有利性。功能是事物对外界所能够发挥的有利作用,而不是不利作用,说明事物对人类有用性的一面。(源关系性。功能概念反映了一种关系,即一事物现象与其相联系的整体关系,正是通过事物现象与其整体的关系,体现出该事物现象的功能作用。(缘社

^① 钟安惠著:《西方刑罚功能论》,中国方正出版社 1995 年版,第 猿页。

会性。功能是事物在社会运动中内在本质属性的外向化,只有存在于社会中,一事物才能体现出其对外界的有利性。(远过程性。功能是事物所能够发挥的作用,那么它的发挥就是一个从内到外的过程,需要很多因素的配合,具有过程性。

第二节 远播死刑功能的概念和特征

远播基于对死刑和功能的概念和特征的上述认识,可得出死刑功能的概念 死刑功能是统治阶级创制、适用和执行(注:创制指立法机关的制定死刑的活动 适用指公安机关、检察机关和审判机关将死刑法律运用到犯罪人身上的活动 执行指执行机关根据审判机关的死刑判决将犯罪人处死的活动。下同)剥夺犯罪人生命的刑罚方法所可能有的积极的社会作用。死刑功能有如下基本特征:

第一,死刑功能是死刑的社会作用。死刑是统治阶级的工具,必须在社会中加以运用,对社会全体成员产生影响,才能维护统治阶级的利益。社会作用不同于自然作用,它表明死刑的作用对象不是自然界,而是有意识的人,是全体社会成员,这是研究死刑功能的前提。有学者人为地将刑罚的作用对象圈定为犯罪人和不稳定分子,其他社会成员被排除在刑罚作用对象之外^①。具体到死刑自然也只会以犯罪人和不稳定分子为作用对象。这种人为设定必然导致对死刑功能认识的片面化。因为死刑作为一种刑罚在社会中加以运用,虽然直接作用于犯罪人,但不稳定分子、被害人方和其他社会成员也会间接受其影响,这些影响不是微不足道的,相反历来为统治阶级所重视。只有把这些影响都纳入死刑功能的范畴,才是对死刑功能的全面理解。

第二,死刑功能是死刑的积极的社会作用。死刑在社会生活中运

^① 周振想:《刑罚适用论》,法律出版社 2004 年版,第 154—155 页。

用而对全体社会成员产生影响,社会成员的复杂性决定了死刑对其影响的多样性。首先,不同社会个体心理活动、认识能力和生活实践的不同决定其对死刑的感知与反应不同。有积极的反应,即社会个体受死刑的影响而做出有利于社会的、符合统治阶级利益的反应。也有消极的反应,即社会个体面对死刑所做出的反应不利于社会、不符合统治阶级的利益。其次,德国刑法学家耶林曾说:“刑罚犹如两刃之剑,用之不当,则国家与个人两受其害。”所以统治阶级运用死刑的当与不当也决定死刑存在积极作用和消极作用。统治阶级运用死刑的方法是十分重要的,有时本来在正常使用条件下死刑会产生积极作用,但由于运用方法的不当而产生消极作用,这不是死刑本身有没有某种功能的问题,而是死刑运用方法的问题,不能因此而否定死刑的功能,而应清楚地看到问题的根源——运用方法。有时,死刑本来不具有某种功能,但死刑的不正确运用致使某种功能无中生有,这对于人类社会来说虽然是歪打正着,虽然对社会有利,但我们应当清楚,这并不是死刑功能的正确实现方式,只能是历史给人类开的玩笑,不能由此得出死刑拥有该项功能的结论,因为这是社会的反常现象,而社会的发展是不能以反常现象为依据的。这种情况的价值仅仅体现在对运用死刑的方法进行研究的时候,注意其不正确的使用方式是怎样产生积极效果的,然后再将其运用到死刑功能的实现中去。再次,死刑作为刑罚本身有其固有的局限性(如威慑力的难以预测性以及完全剥夺了犯罪人重新做人的机会等)。所以死刑在产生积极作用的同时不可避免地产生消极作用,这是客观事实,不以人的意志为转移。而死刑功能仅指死刑的积极作用,但这并不排斥对死刑消极作用的研究,相反我们鼓励对死刑消极作用的探讨。

第三,死刑功能是运用死刑的作用。死刑功能不同于刑罚的功能。后者是指刑罚作为一个整体对社会的积极作用,而前者特指死刑的积极作用,即国家运用死刑这一以剥夺犯罪人生命为内容的刑罚所应有的积极作用。死刑的功能不论从内涵还是外延上都要小于刑罚功能。

死刑以剥夺犯罪人的生命权为内容,其他刑种以剥夺犯罪人其他权益为内容,如自由刑剥夺的是犯罪人的自由权,财产刑剥夺的是犯罪人的财产权,资格刑剥夺的是犯罪人的享有一定资格的权利。由于剥夺权益具体内容不同,死刑功能必定拥有不同于其他刑种功能的独特的功能,有单独拿出来研究的必要。至于死刑功能和刑罚功能以及其他刑种功能的区别与关系,笔者将在第二章中的第二节和第三节中予以具体论述。

第四,死刑功能是死刑可能有的社会作用。与现实相对应,可能是一种应然性,即应该并且会产生某种作用只是暂时还没有在社会生活中出现。现实是已实现了的可能,包括在可能之中。死刑功能是死刑可能产生但还没有产生的积极作用,把死刑功能视为死刑的现实作用,是将死刑功能和死刑效果混为一谈。与不可能相对应,可能是指死刑功能的应然性,是应该出现的,而不是不应该或不能出现的社会作用。可能给人的是一种期待、一种希望,而不可能则是根本没有存在的几率。死刑功能是死刑应有的作用,而不是死刑由于其本质决定不会有作用。把死刑功能看做不可能有的作用就彻底搞错了死刑功能的研究对象。

第五,死刑功能是统治阶级创制、适用和执行死刑所产生的社会作用。死刑是一种法律制裁手段,必须在生活中出现并加以运用才可能对社会产生影响,从而有利于统治阶级。只存在于统治阶级头脑中还没有制定出来的死刑不会对社会产生任何影响。所以死刑的创制是死刑功能产生的前提。只有先存在才能发挥应有的功能,没有死刑立法,死刑的适用和执行是无源之水,无本之木。只有死刑立法尚不足取,没有死刑在社会中的具体运用(运用指统治阶级在实践中使用死刑的全部活动),立法上的死刑再完美也只是纸上谈兵,于事无补。只有在社会生活中加以运用,基于具体犯罪行为针对具体犯罪人进行定罪量刑,死刑才能对社会产生实质性影响。而死刑的执行,则是死刑功能在量刑功能基础上的进一步延伸,通过对具体犯罪人执行死刑,剥夺其生

命,对其他社会成员产生强烈的精神影响,威慑其不实施同样行为,从而使死刑功能完整化,发挥其对社会应有的全部功能。死刑的创制发挥的是死刑的立法功能,死刑的适用与执行发挥的是死刑的司法功能(包括量刑功能和行刑功能)。一方面,立法功能是司法功能的前提,没有立法功能的发挥司法功能无从谈起,司法功能以立法功能为基础,立法功能对司法功能有绝对的制约作用。另一方面,司法功能是立法功能赖以实现的手段,没有司法功能立法功能不可能真正实现。所以司法功能在被立法功能决定的前提下对立法功能有反作用。因此,无视死刑立法功能的存在和无视死刑司法功能的存在,人为地将其任何一方面排斥在死刑功能之外都是不客观、不全面的,是对死刑功能的桎梏,不利于对死刑的正确运用。

第三节摇摇死刑功能的分类

摇摇死刑功能按照不同标准可以进行不同的分类,对死刑功能分类的研究对更为深入地了解死刑功能有重要意义。根据不同的标准,可对死刑功能做如下分类:

第一,按照社会形态政治分段法,可将死刑的功能划分为奴隶社会死刑的功能、封建社会死刑的功能、资本主义社会死刑的功能和社会主义社会死刑的功能。因刑罚是阶级统治的工具,各个阶级社会的死刑只会以其制定者的政治经济利益为服务的终极目标。而死刑功能体系内部的排列组合自然也随其服务的阶级的不同而有所变化,即统治阶级的不同决定死刑功能体系的变化。

第二,按刑罚自身理性的不同将死刑的功能划分为报复时代死刑的功能、威慑时代死刑的功能、等价时代死刑的功能、矫正时代死刑的功能和折中时代死刑的功能。各个时代死刑的功能的侧重也就是死刑功能体系内部的排列组合也随该时代刑罚基本理性的不同而有所变

化。

报复时代,作为刑法的初创阶段,以将刑罚作为对犯罪的报复手段为特点,同态复仇为此间刑罚的基本理性。发轫于刑罚之缘起,大致终于中国的西周、西方的罗马时代。如从社会形态来看,其始于原始社会之解体,终于奴隶社会中后期。威慑时代,是刑法进化的第二个阶段,以将刑罚作为对犯罪的威慑手段为特点,一般威慑是此间刑罚的基本理性。其始于中国的西周、西方的罗马时代,即奴隶社会中后期,终于中国的清末,西方的 18 世纪初期,即资本主义早期。等价时代,以刑罚作为对犯罪的等价报应与等价威慑手段为特征,刑罚以法律报应与立法威慑相结合为基本理性。其以 1804 年至 1810 年法国刑法典的制定颁行为标志的刑法近代化改革为起点,以 19 世纪末 20 世纪初的所谓刑法现代化改革而告终。矫正时代,以刑罚作为预防犯罪人再犯罪的手段为特征,刑罚以教育、矫正犯罪人为基本理性。其始于 19 世纪末 20 世纪初的刑法现代化改革,终于 20 世纪 30 年代中后期与 40 年代初。折中时代,是刑法发展的现阶段,以刑罚作为法律报应与预防犯罪相结合的手段为特征,刑罚以报应、一般预防和个别预防相折中为基本理性。其自 20 世纪 30 年代中后期与 40 年代初发端,持续至今^①。

第三,根据死刑作用对象的不同,死刑的功能可分为对犯死罪的人的功能、对潜在的可能犯死罪的人的功能、对死罪受害人的功能、对其他人的功能。胡云腾博士根据邱兴隆教授对刑罚功能的分类也将死刑的功能分为对犯罪人的功能、对受害人的功能与对潜在犯罪人的功能和对其他守法者的功能^②。笔者认为不妥,刑罚的功能与死刑的功能是两码事,两者是属种关系。刑罚的承受者是犯罪人,而死刑的承受者是犯死罪的人。笔者认为胡博士上述分类不可能对死刑功能予以清晰阐述。(基于表述的方便,除特别指出外,本文所有的犯罪人都指犯死

① 邱兴隆著:《刑罚理性评论》,中国政法大学出版社 1998 年版,第 287 页。

② 邱兴隆著:《罪与罚讲演录》,中国检察出版社 1999 年版,第 104 页。

罪的人,所有的潜在犯罪人都指潜在的可能犯死罪的人,所有被害人都指死罪的被害人。)

第四,以国家刑事活动的特点与阶段为标准,死刑的功能分为立法功能和司法功能。立法功能是指国家在刑法中规定死刑以及适用死刑的一般规则与对具体犯罪规定死刑所可能产生的积极作用。司法功能是指国家对具体犯罪人适用和执行死刑所可能产生的积极作用。司法功能又分为死刑的量刑功能和死刑的行刑功能。前者指国家通过法院对死刑犯进行审判并判处死刑而对他本人和其他社会成员所可能产生的有利于社会的影响。后者指国家通过特定机构对死刑犯执行死刑而对受刑者本人及其他社会成员所可能产生的有利于社会的影响。

第五,根据死刑功能是否体现该时代的刑罚理念,从而影响用刑者的死刑政策为标准将死刑功能分为显性功能和隐性功能。因为死刑的功能是死刑所可能产生的积极社会作用,所以只要死刑存在,在不同历史时期死刑的各项功能都是已存在或可能存在的,不论用刑者与民众是否认识到。某些功能因体现当时的刑罚理念而备受推崇,死刑的存在基本上成为服务于该项或该几项功能的手段,但这并不否认死刑其他功能的存在,它们虽然不受用刑者重视甚至不被认识到,但同样“默默”地发挥对社会的有利作用。反映本时代刑罚理念,被用刑者所重视并进一步影响死刑政策的功能是死刑的显性功能。不能反映本时代刑罚理念,“默默”发挥作用的功能是死刑的隐性功能。

第四节 摇死刑功能的研究范围

摇摇在对死刑功能的概念有了清楚的了解之后,为了为具体研究死刑功能打下基础,我们还应该明了死刑功能的研究范围是什么,研究死刑功能究竟以什么为研究对象,只有明确死刑功能的研究范围才能使我们的研究做到有的放矢,不至于晕头转向。所以,本节可以说是在为本

文确定研究方向,是本文的中枢神经。

死刑功能是一个刑罚理论上的术语,是一个理论问题。搞清其本身概念是十分重要的,但这只是在死刑功能这个概念自身范围内对其自身的理解。刑罚理论中有许多和死刑功能相关的问题属于理论问题,它们和死刑功能有着千丝万缕的联系,同死刑功能既有区别又有联系,相互交错,不可分割,它们与死刑功能关系密切,对死刑功能本身的界定和死刑功能的实现影响重大,因此我们应该划清死刑功能和这些概念的界限,并明确它们之间的联系和区别。所以,死刑功能和相关概念的关系就必然成为我们的研究对象。

死刑产生于奴隶社会,至今已经几千年了,其间经历了种种风风雨雨,也拥有了自身多种的体现形式和执行方法。虽然死刑只要存在,其功能就大体相同,但在总体相同的前提下由于不同历史阶段死刑的不同表现形式、执行方法和不同的刑罚理念,决定了死刑功能在历史发展中的曲折性和相异性,从而表现出死刑功能发展的历史规律,那么研究死刑功能的历史轨迹就十分必要。因此,死刑功能的历史考察也就成为死刑功能的研究对象之一。

自从贝卡利亚首次提出废除死刑以来的两百多年里,“在刑法的所有问题之中,恐怕没有哪一个问题比死刑存废问题更具有吸引力了”^①,并由此导致了人类历史上两个多世纪的关于死刑存废的争论。一提到死刑,就不能不提死刑存废之争,因为这场争论的结果直接关系到死刑的命运,与死刑前途息息相关。本文研究的死刑功能,是死刑理论中的一个下属概念,因此就不能不了解死刑存废之争和死刑废除论者以及死刑存置论者各自心目中的死刑功能。既然对死刑态度不同,那么对死刑功能也就必然有不同认识,而这些对死刑功能的不同认识是支撑其理论的重要根基,研究死刑存废下的死刑功能就十分必要,因此死刑存废之争和死刑功能理所当然也是死刑功能的研究对象。

① 陈兴良著:《刑种通论》,人民法院出版社 1998 年版,第 180 页。

死刑功能论不能不研究死刑的功能,这部分是本文的核心。前面论述的一切都是为这部分做铺垫,这才是真正意义和本体意义上的死刑的功能。死刑是统治阶级制定,为统治阶级利益服务的。死刑具有社会性,社会是由人组成的,死刑是通过其对人的影响而产生对社会的有利作用,从而有利于统治阶级的利益。所以死刑功能主要研究的是死刑对作为社会主体而存在的人的积极作用。死刑由于以剥夺犯罪人的生命为内容,所以其最直接的作用对象是犯罪人,通过作用于犯罪人而对潜在犯罪人、受害人和其他人发生作用。所以死刑功能研究范围的主体应是死刑对犯罪人、潜在犯罪人、受害人和其他人的功能。同时死刑功能的发挥是以死刑立法、死刑裁量和死刑执行为顺序的,所以还应当分析死刑立法的功能、死刑裁量的功能和死刑执行的功能。只有这样对死刑功能进行横向和纵向的交错分析,才能对死刑功能有具体和详细的理解。此外,了解死刑具有哪些功能只是对死刑功能的现象理解,为了对死刑功能有更为深入的领悟,我们还应当对死刑各个具体功能进行具体分析和评价,了解其同其他刑种相关功能相比自身的特殊性。

死刑功能是死刑对社会产生有利作用的可能性,死刑对于统治阶级利益的维护是通过死刑功能的实现而实现的,没有实现的死刑功能对社会没有丝毫意义,只有实现了的死刑功能才能发挥死刑应有的价值。死刑功能是死刑本质的外在化,具有潜在性、过程性,是一个由内到外的过程,需要许多条件的配合其对社会的有利作用才能顺利实现。这样死刑功能的实现条件和实现机制就是研究死刑功能不能忽视的重要问题,是本文的主体部分之一。

死刑具有多种功能,这些功能按照不同的标准又可以划分为许多小的功能,惩罚和预防犯罪的任务就是靠这些功能共同作用来完成的。但是,在和犯罪作斗争的过程中,并不需要所有这些功能同时发挥作用,并且有些功能之间存在着互相排斥的关系,两者不能同时存在。就是说,在惩罚和预防犯罪的斗争中,死刑的所有功能并不同时出现,而

是由其中的一部分功能相互组合,构成一个对付犯罪的有机整体来发挥惩罚和预防犯罪的作用。那么根据发挥作用的功能和最后实现的功能以及这些功能之间的组合方式就可以对死刑功能的实现模式进行区分,不同的实现模式体现了死刑对于社会发挥作用的不同方法。那么死刑功能的实现模式也就成为我们的研究对象之一。

死刑是阶级统治的工具之一,是和死罪对应存在的,它的历史任务就是惩罚和预防死罪。但是,从死刑产生以来的几千年的时间里,没有任何一个历史阶段不存在死罪的发生,这就说明死刑功能在对社会具有很大功能即对社会具有积极作用的同时,自身也存在很大的狭隘性,即具有很大的局限性。这种局限性将死刑功能抑制在一定范围之内,使其不能对死罪进行完全的惩罚和预防,也不能对其他非死罪的犯罪发挥惩罚和预防作用。作为一篇以死刑功能为研究对象的论文,死刑功能局限性自然也是我们重要的研究对象。

死刑功能是死刑对社会的有利作用,但死刑对社会同样存在不利作用,即死刑的消极作用。作为和死刑积极作用相对应的概念,死刑消极作用对死刑功能有极大影响,在死刑功能一定的前提下死刑消极作用的大小很大程度上决定了死刑的命运,统治阶级在使用死刑时总是将死刑功能和死刑消极作用进行对照,只有前者大于后者时才将死刑作为自己的统治工具。所以在研究死刑功能时,不可避免地将死刑的消极作用也纳入研究视野。写到这里,笔者不由自主地想到一个问题:死刑功能是死刑的积极作用,可以说是其正作用,死刑的消极作用可以说是死刑的负作用,两者是一正和一负的关系。既然有正有负,那么死刑是否存在零作用或者说零功能呢?如果存在的话,基于同研究死刑消极作用相同的原因,其也应是本文的研究对象之一。有些学者在研究刑罚功能的时候就提出刑罚存在正功能、负功能(指刑罚的消极作用——笔者注)和零功能。他们认为刑罚的零功能是刑罚由于自身局限性而不能触摸的地方,即刑法调整的真空地带。(有待补充)笔者认为不妥。(针对其观点进行反驳)笔者认为,既然死刑功能是死刑对全