



曾明生 ◎ 著

动态刑法的惩教机制研究

——刑事守法教育学引论

Mechanism of Punishment and Education

in the Dynamic Criminal Law :

——An Introduction to Criminal Law-abiding pedagogy



中国政法大学出版社



曾明生◎著

动态刑法的惩教机制研究

——刑事守法教育学引论

Mechanism of Punishment and Education

in the Dynamic Criminal Law:

——An Introduction to Criminal Law-abiding pedagogy



中国政法大学出版社

2011·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

动态刑法的惩教机制研究: 刑事守法教育学引论 / 曾明生著. —北京: 中国政法大学出版社, 2011. 6

ISBN 978-7-5620-3951-8

I. 动… II. 曾… III. 犯罪分子-劳动改造-研究 IV. D916.7

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第102509号

- 书 名 动态刑法的惩教机制研究: 刑事守法教育学引论
DONGTAI XINGFA DE CHENGJIAO JIZHI YANJIU XINGSHI SHOUPA JIAOYUXUE YINLUN
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088信箱8034分箱 邮政编码100088
邮箱 academic.press@hotmail.com
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010)58908437(编辑室) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 787mm×960mm 16开本 17.625印张 340千字
- 版 本 2011年7月第1版 2011年7月第1次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-3951-8/D·3911
- 定 价 48.00元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

目 录

前 言	1
0.1 命题的由来：从动态刑法的教育机能到动态刑法的惩教机制 / 1	
0.2 研究的意义、思路与方法 / 5	
0.2.1 研究意义 / 5	
0.2.2 研究思路：超越仅处于刑事执行中的刑法惩教机制 / 6	
0.2.3 研究方法 / 7	
第 1 章 动态刑法惩教机制的界定与特征	8
1.1 动态刑法惩教机制的界定 / 9	
1.1.1 教育与教育机制 / 9	
1.1.2 与惩罚相关联的教育机制 / 14	
1.1.3 动态刑法的惩教机制：定义、要素及类型 / 16	
1.2 动态刑法惩教机制的特征 / 26	
1.2.1 刑事实体的惩罚性 / 26	
1.2.2 特殊有限的教育性 / 27	
1.2.3 惩教机制的法律性 / 30	
1.2.4 惩教机制的合作性 / 31	
1.2.5 惩教机制的可分性 / 33	
1.2.6 惩教机制的动态性 / 33	
第 2 章 动态刑法惩教机制的生成机理	35
2.1 动态刑法惩教机制的生成机理概述 / 35	
2.1.1 刑法惩教机制生成机理的含义 / 35	
2.1.2 影响刑法惩教机制生成的主要因素 / 35	

2 动态刑法的惩教机制研究

2.2 刑法惩教机制结构的生成机理 / 36

2.2.1 概述 / 36

2.2.2 惩教机制结构的生成机理 / 36

2.3 刑法惩教机能的生成机理 / 40

2.3.1 惩教机能的生成机理概述 / 40

2.3.2 “手段加目的型”惩教机能的生成 / 40

2.3.3 “目的手段加目的型”惩教机能的生成 / 42

2.4 惩教机制运作中内部关系的形成 / 45

2.4.1 惩教结构内部关系的形成 / 45

2.4.2 惩教机能内蕴关系的形成 / 48

2.4.3 结构与机能之间关系的形成 / 50

2.5 兼论：惩教机制运作中与外部的关系及其形成 / 51

2.5.1 刑法惩教结构与其他外部范畴关系的形成 / 51

2.5.2 刑法教育机能与其他外部范畴关系的形成 / 53

第3章 外国刑法的惩教机制概述 60

3.1 中世纪以前外国刑法的惩教机制 / 60

3.1.1 外国古代刑法的惩教机制：从古代西亚谈起 / 61

3.1.2 外国中世纪刑法的惩教机制：以日耳曼法和教会法为视角 / 69

3.2 外国近代刑法的惩教机制 / 73

3.2.1 大陆法系近代刑法的惩教机制：以德、法为例 / 73

3.2.2 英美法系近代刑法的惩教机制：以英、美为例 / 79

3.3 外国现代刑法的惩教机制 / 85

3.3.1 大陆法系现代刑法的惩教机制：以德、法、意、日为例 / 85

3.3.2 英美法系现代刑法的惩教机制：以英、美、加为例 / 92

3.3.3 前苏联及俄罗斯刑法的惩教机制：社会变迁与守法教育 / 98

3.4 结论与启示 / 102

3.4.1 结论：结构与机能之进化 / 102

3.4.2 启示：扬弃式借鉴 / 104

第4章 中国古代与近代刑法惩教机制的演变 106

4.1 中国古代刑法的惩教机制 / 106

4.1.1	先秦时代：报复时代和威慑时代？ / 107	
4.1.2	秦朝至清朝：威慑时代？ / 115	
4.2	中国近代刑法的惩教机制 / 121	
4.2.1	中国近代刑法惩教机制概述 / 121	
4.2.2	中国近代刑法惩教机制的几个问题 / 121	
4.3	结论与启示 / 125	
4.3.1	结论：结构与机能之演进 / 125	
4.3.2	启示：历史的进步 / 126	
第5章	中国现代刑法立法中的惩教机制	127
5.1	立法中的刑法惩教机制概述 / 127	
5.1.1	立法中刑法惩教机制的界定 / 128	
5.1.2	立法中刑法惩教结构的演变 / 128	
5.1.3	立法中刑法惩教机能的演变 / 133	
5.2	立法中故意犯的惩教机制 / 139	
5.2.1	立法中故意犯罪形态的惩教机制 / 139	
5.2.2	立法中目的犯的惩教机制：典型故意犯的视角 / 151	
5.3	立法中过失犯的惩教机制 / 161	
5.3.1	立法中过失犯惩教结构的评价及完善 / 161	
5.3.2	立法中过失犯惩教机能的评价及完善 / 166	
第6章	中国现代刑法司法中的惩教机制	168
6.1	定罪中的刑法惩教机制 / 168	
6.1.1	定罪与否惩教机制的评价及完善 / 169	
6.1.2	此罪而非彼罪惩教机制的评价及完善 / 175	
6.1.3	确定罪数惩教机制的评价及完善 / 178	
6.1.4	个案定罪中的惩教机制：以许霆案为例 / 180	
6.2	量刑中的刑法惩教机制 / 183	
6.2.1	司法解释涉及量刑的惩教机制评价及完善 / 183	
6.2.2	个案司法中量刑的惩教机制评价及完善 / 191	
6.2.3	死刑适用的惩教机制评价及完善 / 194	
6.3	修复性司法中定罪量刑的惩教机制 / 199	

4 动态刑法的惩戒机制研究

6.3.1 修复性司法实践在现代中国之概况 / 199

6.3.2 修复性司法中定罪量刑的惩戒机制评价及完善 / 203

第7章 中国现代刑法行刑中的惩戒机制 210

7.1 中国现代刑法行刑中的惩戒机制概述 / 210

7.1.1 行刑中的刑法惩戒机制界定与分类 / 211

7.1.2 行刑中的刑法惩戒机制的基本内容 / 211

7.2 行刑社会化中的刑法惩戒机制 / 216

7.2.1 行刑社会化与社区矫正 / 216

7.2.2 行刑社会化中的刑法惩戒机制概述 / 218

7.2.3 缓刑实践中刑法惩戒机制评价及完善 / 224

7.2.4 假释实践中刑法惩戒机制评价及完善 / 228

7.3 减刑实践中的刑法惩戒机制 / 235

7.3.1 减刑实践中刑法惩戒结构评价及完善 / 235

7.3.2 减刑实践中刑法惩戒机能评价及完善 / 240

7.4 关于赦免的讨论 / 241

7.4.1 刑法中的赦免概述 / 241

7.4.2 关于特赦的刑法惩戒机制存在吗? / 244

第8章 余论：走向教育意义的法治刑法及其刑法学 249

8.1 从动态刑法的惩戒机制到教育意义的法治刑法 / 249

8.1.1 动态刑法的惩戒机制与刑法类型的转向 / 249

8.1.2 未来刑法走向：力倡教育意义的法治刑法 / 254

8.2 教育意义的法治刑法学纲要 / 258

8.2.1 教育意义的法治刑法学的对象与任务 / 258

8.2.2 教育意义的法治刑法学的体系 / 259

主要参考书目 261

后 记 269

前言

对有守法义务之人进行的法律威慑，是守法教育的方式之一。^{〔1〕}静态的刑法本身就是一部教材，动态的刑法就是教育活动的过程。

——题记

0.1 命题的由来：从动态刑法的教育机能到动态刑法的惩戒机制

《尚书·舜典》中记载：“象以典刑，……四罪而天下咸服。……帝曰：‘皋陶，……惟明克允！’”其中表明四名罪犯受到了应得的惩罚，天下民众心悦诚服，认为舜的处置恰当。帝舜强调只有明察案情，处置得当，才能使民众信服。由此可知数千年前，中国远古时代“刑罚”的教育机能（教育功能和作用的统称）以及帝王对其教育机能的认识。另外，《韩非子》中言及“今有不才之子，……父母之爱、乡人之行、师长之智三美加焉，而终不动，其胫毛不改。……推公法而求索奸人，然后恐惧，变其节，易其行矣。”这说明刑罚的威慑型守法教育^{〔2〕}却能使不成器的人改邪归正。远东国际军事法庭对二战战争罪犯的审判向人们昭示了法律的正义。而且，成克杰案、三鹿奶粉案、德国迈维斯吃人案^{〔3〕}等一系列案例告诫人们：法不可违、罪不可犯。佘祥林冤案等案例表明：司法官不可滥用职权。作为行为规范指南的“纸上刑法”宣告禁令，告诫公众：违反刑法禁令者，将承担刑事责任。而“实际上的刑法”告知人们行为的实际后果，这是禁令的具体化或活性化。国民由此获得行为知识，明确权利义务，知晓应当如何行事。这是人们接受刑事法制教育的过程。还有，网民参与网上关于刑事案件的讨论，既是监督执法的一种方式，又是了解、感受、学习甚至传播“实际上的刑法”知识的过程。众所周知，监狱改造罪犯的教育就是刑法（刑罚）教育的典型例子。总而言之，这些都说明刑法具有教育机能，故而也有特殊教育性的特征。

问题是，刑法的教育机能及其教育特性不是凭空而生的。它们来自刑法特有的教育结构，这种结构、机能及其相互关系形成的机制就是一种特殊的惩罚罪犯（与

〔1〕 守法教育的方式（包括法律威慑）应当是理性的、有节制的。与学校教育类似，守法教育虽不是万能的，但对之不予重视却又是万万不能的。

〔2〕 威慑型守法教育是相对矫治型守法教育、忠诚型守法教育而言，后文将做论证。

〔3〕 德国男子迈维斯在2001年10月杀死、肢解并吃掉了一名男子，还在网上进行现场直播。具体案情介绍，参见谢望原：“中国刑法学研究向何处去”，载《检察日报》2007年7月31日，第3版。

治理国家)的教育机制。这种惩戒机制的存在几乎是与刑法相伴而生的。如今,对这种特殊机制的研究却是一个没有获得足够重视的研究课题。以往人们更多关注的是道德教化、宗教教化,而关注法律教化(特别是刑法教化)则远远不够。或许这与人们根深蒂固的观念有关,认为刑法是以刑罚威胁为后盾的普遍命令。因此,与其说刑法的教化,不如说刑法的惩罚威慑,至多只认可教育刑。其实,这种观念的不良后果是,遮蔽了或阻碍了对刑法教育机能、教育机制及其教育理性的研究。

在西方,近代以前关于刑事惩罚(与治理)的教育机制的研究极少。即使在近代也不多见。较有代表性的研究是意大利刑法学家贝卡里亚在1764年《论犯罪与刑罚》一书中从犯罪与刑罚的关系角度加以探讨,但对惩罚机制本身涉及的教育问题没有揭示出来。他认为“预防犯罪的最可靠但也是最艰难的措施是:完善教育。”并认为“完善教育”这个题目太广泛了,超出了其所论述的范围。^[1]可见,在他那里,教育是指一般意义上的教育(主要是学校教育)。对报应刑论而言,譬如康德的道义报应主义和黑格尔的法律报应主义等,涉及惩罚机制正义的实现问题,但他们也没有强调其中的教育效果。受贝卡里亚、康德、边沁等理论的影响,德国刑法学家费尔巴哈于1799年在《实定刑法原理与基本概念的省察》一书中,对“心理强制说”的相关理论进行了较为系统的论述。他认为,国家必须利用人们“趋乐避苦”这一心理特征来阻止权利侵害的发生。当然,在以立法威慑方式“消除违法精神动向”这一防线之前,就有第一道防线(即道德教育)。费尔巴哈将“心理强制说”的立法威慑与道德教育进行了区分,他也没有揭示立法威慑本身是否存在教育性的问题。然而,19世纪后期,德国刑法学家李斯特主张教育刑论,强调教育改造犯罪人,以实现特殊预防。^[2]该理论强调了特殊预防中的惩罚教育的作用,具有历史进步性。在德国刑法中至今也反映了教育刑的思想。^[3]而且,这种思想也获得了日本刑法学家牧野英一和木村龟二等学者的继承和发展。^[4]甚至,法国有《罪犯教育学的开拓》^[5]等著作,以及前苏联有《劳动改造教育学》之类的著作或教材,^[6]其中对罪犯特殊预防中的教育进行了较详细的研究。但是,教育刑论也存在一些不足

[1] 参见[意]切萨雷·贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1993年版,第108页。

[2] 参见马克昌主编:《近代西方刑法学说史略》,中国检察出版社2004年版,第217~219页。

[3] 如德国《少年法院法》第18条第2款、第23条第1款等。

[4] 参见鲁兰:《牧野英一—刑事法思想研究》,中国方正出版社1999年版,第53、191~219页;另见[日]木村龟二:“教育与教育刑的观念”,载《刑政》1931年第44卷,第13~17页。

[5] 参见[法]米歇尔·福柯:《规训与惩罚:监狱的诞生》,刘北成、杨远婴译,三联书店1999年版,第148页注释8。

[6] 参见贾洛川主编:《罪犯教育学》,广西师范大学出版社2008年版,绪论第11页。

并遭致学人的批判。^{〔1〕}并且,教育刑论过于偏重对罪犯的教育矫治而没有足够重视一般预防中所具有的教育特点,以致无法强调积极的一般预防中的教育意义。即使有学者主张报应(惩罚)与预防(一般预防、特别预防)结合的折中刑论,并涉及了惩罚教育机制的内容,这一点值得肯定,但是其理论也没有就相关教育问题做系统的论述。^{〔2〕}不过,特别值得强调指出的是,有一种“规范论”的发展路线。早在1872年德国刑法学家宾丁就在《规范及其违反》中提出了“规范论”。宾丁认为,规范就是行为的命令与禁止,它是作为刑罚法条的前提而存在的行为法,即行为规范。德国刑法学家迈耶在宾丁“规范论”基础上提出文化规范论,他将宾丁所说的规范分为法规范与文化规范。^{〔3〕}此后,以雅科布斯为代表的一些刑法学家还主张积极的一般预防理论。他们认为,刑法的任务不在于保护法益,而是在于保障法规范的效用,因而强调人们对法规范的认同感,使一般市民学会对法规范的忠诚。^{〔4〕}相对宾丁和迈耶来说,雅科布斯积极的一般预防论更注重了惩罚机制中教育效果与教育特性的问题,对此值得肯定。然而,在他们那里,尚没有结合积极的一般预防中的教育、消极的一般预防中的教育与教育刑中的教育问题进行专门的系统研究。^{〔5〕}另外,美国刑法学家罗宾逊在《刑法的结构与功能》一书中实际上也是对刑法机制的研讨。为利于普法宣传和公民守法,该书中建议分别设置简明的行为法与复杂的裁判法,^{〔6〕}这种见解已表明作者对刑法机制中教育作用的某种关注。而且在此之前,也有学者从社会学或权力谱系学等视角进行研究,例如德国社会学家鲁舍和基希海默尔的《惩罚与社会结构》以及法国学者福柯的《规训与惩罚》等。后者对监禁、

〔1〕 例如,毕克迈耶与李斯特之间的论战。参见马克昌主编:《近代西方刑法学说史略》,中国检察出版社2004年版,第239~240页。还如,木村龟二的教育刑论也遭到一些学者的批判。参见李海东主编:《日本刑事法学者》(上),法律出版社、成文堂1995年版,第181页。

〔2〕 参见〔英〕H. C. A. 哈特:《惩罚与责任》,王勇等译,华夏出版社1989年版,第20~27、45~48、152、157~158、222~224页。

〔3〕 参见马克昌主编:《近代西方刑法学说史略》,中国检察出版社2004年版,第228~230、252~255页。

〔4〕 参见〔德〕格吕恩特·雅科布斯:《行为 责任 刑法——机能性描述》,冯军译,中国政法大学出版社1997年版,第37、93页;另见〔德〕克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论:犯罪原理的基础构造》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第42~43页。

〔5〕 参见〔德〕格吕恩特·雅科布斯:《行为 责任 刑法——机能性描述》,冯军译,中国政法大学出版社1997年版,第1~146页;另见〔德〕京特·雅科布斯:《规范·人格体·社会——法哲学前思》,冯军译,法律出版社2001年版,第1~119页。尽管有学者主张“一体性预防”,但这往往是从刑法反应的正当化根据方面加以考虑的。参见〔德〕克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论:犯罪原理的基础构造》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第43页。

〔6〕 参见〔美〕保罗·H. 罗宾逊:《刑法的结构与功能》,何秉松、王桂萍译,中国民主法制出版社2005年版,第207~236页。

惩戒过程的运作机制等问题作了较为详细的考证与分析。^{〔1〕} 尽管如此,国外学界对刑法惩戒机制的研究,仍然少有从整合性的角度来讨论,既涉及(积极与消极)一般预防中的教育之研究,同时又涉及特殊预防中教育机制的探讨。亦即,对刑法惩戒机制少有从“守法教育学”视角做整合性的系统分析。^{〔2〕}

在中国,如前已述及,《尚书·舜典》、《韩非子》中曾言及惩戒机制中的教育效果。并且,韩非子又在商鞅“为置法官,置主法之吏,以为天下师”^{〔3〕}的基础上,提出了“以法为教”、“以吏为师”^{〔4〕}的主张。还有,许多思想家(如管仲)或学者(如沈家本)在一定程度上都涉及了刑法的惩戒机制这一命题。当代中国,一些学者在前人的基础上不断地推进惩罚机制的相关研究。譬如,邱兴隆教授的《关于刑罚的哲学——刑罚根据论》、《刑罚理性导论》等著作涉及刑罚的诸多问题。储槐植教授曾经撰文呼吁关注刑法机制。之后,宗建文博士在《刑法机制研究》一书中探讨了刑法立法方法和刑法适用解释机制中的基本规律,由此促进刑法功能的发挥。储槐植教授等学者又在《刑法机制》一书中进一步论述了不同的刑法结构以及刑法功能的科学定位,还对如何实现刑法立法科学合理、刑法适用高效公正、刑事司法环境优化、行刑社会化以及刑法现代化等几个重大问题展开了研讨。此外,周光权教授受雅科布斯理论的影响也提倡刑法的公众认同。并且,周少华博士所著的《刑法理性与规范技术——刑法功能的发生机理》一书、戴玉忠教授和刘明祥教授共同主编的《和谐社会语境下刑法机制的协调》和《犯罪与行政违法行为的界限及惩罚机制的协调》等论著也陆续面世。特别是我国创立了中国特色的罪犯教育学(含劳动改造学)等狭义上的“惩治的教育学”。^{〔5〕} 这些著述与研究虽然与刑法惩戒机制的研讨密切关联,但是,它们并非完全等同于刑法惩戒机制的研究。因为,近些年

〔1〕 参见〔法〕米歇尔·福柯:《规训与惩罚:监狱的诞生》,刘北成、杨远婴译,三联书店2003年版,第81~354页。

〔2〕 尽管木村龟二曾经从教育学角度研究过教育刑的问题,但局限于特殊预防刑的层面。参见〔日〕木村龟二:《刑事政策的诸问题》,有斐阁1954年版,第123~164页。另外,挪威学者在几十年前就在一本书中论及了一般预防和特殊预防的问题,同时他还指出了刑法的教育作用和对法的尊重的重要性;他认为刑法构成道德教育的基础,具有巩固道德禁忌的作用。参见〔挪威〕约翰尼斯·安德森:《刑罚与预防犯罪》,钟大能译,法律出版社1983年版,第85~99、108~192页。这些观点具有进步性,值得肯定。虽然该书是安德森教授不同时期论文的合集,但是,它也有一定的系统性。当然,其文中把刑法的道德作用与刑法的教育作用等而视之,又把一般预防几乎等同于一般威慑,这些都是值得商榷的。尤其是,其中没有足够重视威慑和教育、教育和预防之间的特殊关系,更没有将之纳入到与惩罚相关的教育机制的系统中加以探讨。

〔3〕 《商君书·定分》。

〔4〕 《韩非子·五蠹》。

〔5〕 此类著作,如力康泰主编:《改造教育学》,群众出版社1985年版;杜雨主编:《罪犯教育学》,陕西人民出版社1989年版;杜雨主编:《监狱教育学》,法律出版社1996年版;高莹主编:《矫正教育学》,教育科学出版社2007年版;贾洛川主编:《罪犯教育学》,广西师范大学出版社2008年版等。

来学界研究刑法机制虽涉及刑法结构、刑法功能、刑法适用与刑罚执行等几个方面,^[1]但没有足够重视刑法的教育机能这一重要领域,更没有强调结合对法规范的忠诚理论(或认同理论)中教育效果的问题,进行深入细致的探讨。我国学界对刑法机制与忠诚理论两方面的探究在很大程度上还处于脱节的状态。^[2]因此,这种研究仍然难以适应刑法预防体系建设的需要,^[3]更无法为确立法治信仰提供强劲有力的理论指导。基于此,刑法的惩教机制研究是要将刑法机制与忠诚理论结合起来。它们也不仅仅限于惩罚机制以及罪犯改造的研究范围,而是强调“整个刑法领域(动态刑法)的教育学”的分析。亦即,动态刑法是指处于动态之中的刑法,它主要表现在从立法中的刑法到司法中的刑法,再到行刑中的刑法乃至传播中的刑法的运动过程;另一方面,它也表现在各阶段机制运作中,正处于六大结构要素^[4](甚至与外部要素)之间相互作用的动态中的刑法。“整个刑法领域的教育学”包括消极一般预防涉及的(威慑型)教育、积极一般预防涉及的(忠诚型)教育以及罪犯教育学(含劳动改造学)等内容。本文所指的刑法惩教机制中的“刑法”,均是动态的刑法,而静态的刑法只是其中一个结构要素(教育内容)而已。

综上所述,国内外对刑法惩罚与治理机制的探究不够全面系统,也有待进一步深入,尤其少有从广义上的“惩治的教育学”(或“守法教育学”)角度进行整合性的系统研究,对此工作有待加强。本书只是朝这一目标所做的初步尝试,姑妄称之为刑事守法教育学引论,意指一种抛砖引玉式的初论。

0.2 研究的意义、思路与方法

0.2.1 研究意义

从“动态刑法领域的教育学”角度,对刑法惩罚(与治理)的教育机制进行探究,至少具有以下意义:

(1) 有利于夯实和丰富刑法学内容,推进刑法基础理论研究。对动态刑法的惩教机制的研究,不仅涉及对刑罚权的运作机制问题,而且与刑法的教育机能、教育理性相关联。以往的刑法学研究常常轻视了对刑法教育机能(含刑罚教育机能)以及教育理性的关注。刑法的惩教机制包含了比刑罚的惩罚机制和刑罚的教育机制更为丰富的内容,其中还涉及定罪的惩教机制研究等。为充分发挥刑法理论的服务和

[1] 参见储槐植、宗建文等:《刑法机制》,法律出版社2004年版,第4~240页;另见[美]保罗·H. 罗宾逊:《刑法的结构与功能》,何秉松、王桂萍译,中国民主法制出版社2005年版,第207~236页。

[2] 应当承认,我国对刑法机制与忠诚理论的探究已取得了一定的成绩,但是学术研究也要不断发展,不断完善,这才可能更好地解决某些社会问题。

[3] 虽然刑法预防不是犯罪预防体系中最好的部分,但却又是不得已的关键环节。

[4] 它们是第1章将提及的教育者、教育对象、目的、内容、方式和环节等六部分。

导向作用,应同时加强这方面的研究与探索。还必须指出,“刑法学是最精确的法学”^[1],这是很具感召力的字眼,实际上其中蕴含着教育哲理。但要更好地达到这种目标,肯定离不开对刑法惩戒机制的深入研究。特别是,在我国法律信仰危机四伏^[2]的背景之下,对动态刑法的惩戒机制进行反思式的研究,极为必要。

(2) 有利于推进刑法预防体系的合理化建设,进而促进刑事一体化研究。通过对(积极与消极)一般预防和特殊预防中涉及的教育以及教育机制进行整合性研究,可以发现更为科学合理的刑法预防机制及其预防规律,以尽量发挥刑法预防的效能,同时可能发现刑法预防与其他周边预防的合适边界。而且其中教育机制的运作涉及刑事活动的各个方面。由此可以为研究刑事一体化提供新的研究基础。为刑事学科、刑事法律与刑事活动更为高效地互动共进提供助力。

(3) 有利于加强对刑事立法、刑事司法与刑事执行的指导。通过对动态刑法惩戒机制系统深入地研究,引入新的研究方法,进行刑法惩治的教育学分析,有利于重新检视刑事立法、刑事司法以及刑事执行中的问题,从教育理性的角度提升刑法理性。特别是在积极倡导修复性(或恢复性)司法理念、社区矫正理念的背景下,对动态刑法惩戒机制的研究,有利于加强对修复性司法理论和社区矫正理论的理性反思与检讨。

(4) 有利于促进刑法观念的现代化变革,加强刑法惩戒机能的建设。通过对动态刑法惩戒机制进行反思式的研究,重新认识刑法的教育地位与作用。进一步纠正传统观念中刑法的专政工具论的认识,刑法并非都是血淋淋的。应注重刑法的教化机能,以此推进刑法的教育化、人性化和轻缓化以及促进刑法正义事业的发展。

0.2.2 研究思路:超越仅处于刑事执行中的刑法惩戒机制

首先,从刑法的教育机能引出刑法惩戒机制的命题,通过界定刑法惩戒机制的概念,以明确本论题的语境范围。

本书在考察教育的含义以及教育机制内容的基础上认为,动态刑法的惩戒机制是在动态刑法中与刑事实体惩罚相关联的特殊的教育机制。而且,刑法的惩戒机制包含刑罚的惩戒机制以及定罪免刑的惩戒机制等。在对“人仅仅是目的而不能作为手段”的论断进行批判的基础上认为,根据惩罚与教育在教育机制中的不同角色和地位,可以将刑法的惩戒机制分为三类,即:“无教育目的却有教育结果型”机制、“以刑事实体惩罚为手段并且以教育行为人或教育一般人为目的的教育机制”(简称

[1] 参见王世洲:“刑法学是最精确的法学”,载[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论:犯罪原理的基础构造》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,译者序第1~2页。

[2] 关于我国当前法律信仰危机的问题,引起了学界关注。参见范进学:“论法律信仰危机与中国法治化”,载《法商研究》1997年第2期,第1~6页;另见刘恩斯:“对中国法律信仰缺失的思考”,载《当代法学》2002年第12期,第32~34页;另见段睿:“法律信仰危机探析”,载《山东审判》2004年第5期,第81~83页;等等。

“手段加目的型”机制),以及“刑事实体惩罚既是目的又是手段并且以教育行为人或教育一般人为目的的教育机制”(简称“目的手段加目的型”机制)等。通过探讨惩教机制的分类与特征,使惩教机制的概念进一步明确化与形象化。

然后,有必要论述刑法惩教机制的生成机理,包括阐述惩教结构的生成机理、惩教机能的生成机理以及刑法运作中惩教关系的生成机理等。由此了解刑法惩教机制的一般生成机理及其一般内容。

接着,值得进一步挖掘自古以来刑法惩教机制生成的特殊内容,并对之进行分析与评论,探索其中的发展规律。因此,需要讨论刑法惩教机制的历史演变、现状分析以及发展方向等。本书以几个代表性国家为分析样本,对其不同时期刑法惩教机制在“守法教育学”视角下的特殊内容进行初步的分析与讨论。当然,也包括分析和考量中国历代刑法的惩教机制的演变历史。但是本着“洋为中用”、“古为今用”的原则,重中之重还是从“守法教育学”视角论述中国现代刑法立法、司法和行刑中的惩教机制的问题及其解决方法。

最后得出结论,笔者提出“走向教育意义的法治刑法及其刑法学”的主张。

0.2.3 研究方法

(1)“惩治的教育学”的方法。“惩治的教育学”是以关于惩治的教育为研究对象的科学。若从惩治的教育实质上是守法教育的角度说,则亦可称之为“守法教育学”。它应当是刑事法学与教育学和心理学的交叉学科,它包括罪犯教育学。“关于惩治的教育”是涉及刑事惩罚与治理(含预防、医治或矫治)的特殊的社會教育。因此,“惩治的教育学”的方法包括刑事法学、教育学和心理学的分析方法,当然包括它们交叉的罪犯教育学的方法。也因此,文中需要利用刑事法学、教育学和心理学等基本原理进行分析。

(2)历史考察的方法。为了从国内外刑法惩教机制的历史演变中发现历史的发展规律,吸取必要的经验教训,为今后刑法惩教机制的发展找准方向,对此需要运用历史考察的方法。

(3)哲学思辨的方法以及理论联系实际的方法。在哲学思辨上,例如对刑法的教育理性的学理分析,涉及形式理性与实质理性的问题。另外,刑法学理论研究的根本目的是指导刑事立法、刑事司法和刑事执行。因此,在本书中结合一些案例进行研讨是非常必要的。当然,本书中还可能涉及其他方法等。

第 1 章

动态刑法惩戒机制的界定与特征

假说是网；只有撒网的人才能捕获。^{〔1〕}

——Novalis

何谓机制？根据《现代汉语词典》的解释，“机制”有五种含义：一是指用机器制造的；二是指机器的构造和工作原理；三是指有机体的构造、功能和相互关系；四是指某些自然现象的物理、化学规律；五是泛指一个工作系统的组织或部分之间相互作用的过程和方式。^{〔2〕}而更合本文语境的是第二、第三和第五种含义。我认为，这里用“机能”取代第三种含义中的“功能”更准确，因为功能与作用是有区别的，^{〔3〕}宜把机能视为功能和作用的统称。^{〔4〕}这能更好地表达功能与作用之间的有机联系。^{〔5〕}此外还有其他诸多的理由。^{〔6〕}为此，刑法机制是刑法的构造和工作原理

〔1〕 转引自〔英〕K. R. 波珀：《科学发现的逻辑》，查汝强、邱仁宗译，科学出版社1986年版，第vii页。

〔2〕 参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》（第5版），商务印书馆2005年版，第628页。

〔3〕 我国法学界普遍将法的功能与法的作用相混淆。参见葛洪义主编：《法理学》，中国政法大学出版社1999版，第112页。

〔4〕 “机能”被认为是“细胞组织或器官等的作用和活动能力。”参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》（第5版），商务印书馆2005年版，第628页。其中“活动能力”可以被理解为“做功能”（功能）。

〔5〕 将内在的、可能的“功能”与外在的、实际的“作用”联系起来的效能或功用视为“机能”，这有利于拓展事物的研究范围以及发挥汉字在望文生义上的传播作用。

〔6〕 或许有人会认为，这种概念之争是无意义的。其实不可一概而论。既然认为法学是科学，刑法学又是最精确的法学，就应当重视法学概念的准确把握。概念是人创造的，供人交流之用，但是概念又在运用中发展变化着，遵从传统习惯不等于绝对真理。我国刑法学界不仅混淆内在的功能与外在的作用的关系，还混淆功能与机能的关系。使得机能与功能等量齐观，实质浪费了“机能”的语言资源。如果像承认广义的作用一样认同广义的功能，结果就会有所改观。美国学者默顿就曾经提出正功能与负功能、显功能与潜功能的不同分类。参见〔美〕罗伯特·K. 默顿：《社会理论和社会结构》，唐少杰等译，译林出版社2006年版，第152~153页。认为“正功能”与“负功能”的用语系同语反复或自相矛盾的观点，是基于狭义的功能认识与习惯的思维定势而得出的结论。实际上，只要认识到区分狭义功能与广义功能的必要或事实，就可以逐渐接受广义的功能认识而转变传统的观念，也自然就可以逐渐消除误解。另外，在英文、德文的语汇中，目前对应我国汉语中的“功能”、“机能”的词汇只是一个而不是两个，然而这不能成为“功能”与“机能”必须等同的有力依据。因为外国人的不足不能成为咱们裹足不前的理由。

(机能的产生及其各种关系)。也有学者认为,刑法机制是刑法结构产生功能的方式和过程。^[1]当然,也可将之结合起来。亦即,刑法机制就是刑法结构产生机能的方式及其运作过程中的相互关系。刑法机制可以包括刑法的惩教机制和预防机制等。^[2]刑法惩教机制的概念界定是将它限制在可以被理解的特定语境范围内。探讨它的结构类型与特征也是对其概念的进一步明确化与形象化。

1.1 动态刑法惩教机制的界定

动态刑法的惩教机制既是一种特殊的刑法机制,又是一种特殊的惩教机制。在界定刑法的惩教机制之前,应从理解惩教机制入手。惩教机制就是与惩罚相关联的教育机制,其核心是教育机制。问题是,教育机制能否与惩罚相关联?如果能够,那么教育究竟是什么?

1.1.1 教育与教育机制

以下将从教育的含义、教育与惩罚的关系、教育机制三方面展开讨论。

1.1.1.1 教育的含义

(1) 从词源学的角度来考察。根据东汉许慎的《说文解字》,在“教育”的象形字中,“教”字左上角的“爻”,是组成八卦的长短横道。“爻”在这里代表经典,“爻”下的类似“号”字的字符是个孩子,表示他在(经典的)规则下行动。右边的“支”似一人手举小棒“卜”,示意孩子的言行不得越轨,否则会受到惩罚。“育”字的本义是妇女孕育子女。其象形字的左半边是古文的“女”,右半边是个孩子倒立,因其于母腹中并未出生故为倒立状。^[3]据此,“教”和“育”两字的象形文字的组合同意思大致是,培育孩子成才,在经典的规则下行动,否则将受惩罚。然而,一般认为,“教育”一词在中国古书中最早使用于《孟子·尽心上》:“得天下英才而教育之”。其中“教育”是“教”与“育”两字的连用。其意是指授业与培养。不过,在20世纪之前,“教育”两字很少被人们作为一个完整的词来使用。而且,中国古代教育家在论及教育问题时,大都使用“教”和“学”两字。因此,人们一般把“教”与“学”视为中国文化背景下的“教育”词源。^[4]

另外,“教育”一词在英语中,对应 education,表示把自然人固有的或潜在素质

[1] 参见储槐植、宗建文等:《刑法机制》,法律出版社2004年版,第4页。

[2] 依照刑法的不同功能和作用,刑法机制可以包括刑法的惩罚机制、教育机制和预防机制等。刑法的惩教机制就是指与刑事实体惩罚相关联的刑法的教育机制。后文将做具体界定。从狭义上看,它主要是前面两个机制的有机结合,广义上也可以认为,它是这三个机制的连结。甚至在最广泛意义上可以把它等同于刑法机制。本书主要从狭义上探究刑法的惩教机制,也是在这个意义上说,它是刑法机制的核心机制。

[3] 转引自袁志勇:“教育探源”,载《北京教育》1982年第1期,第36页。

[4] 参见马娥:“教育概念的历史考察和界定”,载《河西学院学报》2006年第4期,第60页。

外发出来,以成为现实的发展状态。^[1]在德语 *Erziehung* 中,则有“引导、唤醒”的意味。^[2]

可见,在“教育”一词的词源意义上,对不同语种的国家而言,略有差异,但大抵有“引导人”或“培育人”的成分。

(2)从学者们以及有关教育机构等代表性的观点来考察。在我国古代,《中庸》曰:“修道之谓教”。20世纪30年代,有学者认为,“广而言之,凡足感化身心之影响,俱得云教育。只称其结果,不计其方法”;“狭而言之,则惟具有目的,出以一定方案者,始云教育”。^[3]20世纪80年代,也有人认为,广义的教育,是能够增进人们知识和技能、影响人们思想品德的一切活动;狭义的教育,主要指学校教育。^[4]本世纪初,通说认为,广义的教育应包括学校教育、家庭教育和社会教育三种形式。教育的本质内涵,是有意识地以人的身心为直接对象、以影响人的身心发展为首要和直接目的的社会活动。^[5]近来,有人在认同广义、狭义教育的同时,又主张,教育概念的内涵发展是:重视人的发展,用学习来定义教育,重“成人”教育;教育概念的外延发展可从正规教育与非正规教育、正式教育与非正式教育、三层次(宏观、中观和微观)的教育等方面来理解。^[6]这说明,在教育发展的不同历史阶段,人们对教育的理解和认识有所不同。当然,即使在同一时代,人们对教育也会众说纷纭。理论上的百家争鸣并不少见,对于教育的诠释,每个人或许都有自己的看法。

国外学者的认识也不一样。譬如,有三种代表性的见解。一种是“灵魂的教育”说。德国教育学家雅斯贝尔斯认为,“教育是人的灵魂的教育,而非理智和知识的堆积,通过教育使具有天资的人,自己选择决定成为什么样的人以及自己把握安身立命之根。”^[7]另一种是“广义狭义”说。《美利坚百科全书》在“教育”的条目中写道:“从最广义的意义说来,教育就是个人获得知识或见解的过程,就是个人的观点或技艺得到提高的过程……”。^[8]然而,第三种是“四种基本含义”说。法国学者米亚拉雷

[1] 参见李剑萍、魏薇主编:《教育学导论》,人民出版社2002年版,第22页。

[2] 参见蒯秀丽:“教育概念延伸及教育形式演变之探究”,载《文教资料》2007年第11期,第142页。

[3] 唐钺等主编:《教育大辞书》,商务印书馆1933年版,第1014页。

[4] 参见董纯才主编:《中国大百科全书·教育卷》,中国大百科全书出版社1985年版,卷首第1页。

[5] 参见徐厚道主编:《教育学通论》,北京工业大学出版社2003年版,第5页。

[6] 参见蒋正波:“试论教育概念的发展”,载《华南理工大学学报(社会科学版)》2008年第2期,第78~80页。

[7] [德]卡尔·雅斯贝尔斯:《什么是教育》,邹进译,三联书店1991年版,第4页。

[8] 转引自蒯秀丽:“教育概念延伸及教育形式演变之探究”,载《文教资料》2007年第11期,第142~143页。