

# 撩开刑罚的面纱

## ——刑罚功能论

邱兴隆

一切社会法律制度都以其所具有的一定的功能为赖以存在的前提。作为最严厉的法律制裁手段的刑罚亦不例外。在这一意义上说,揭示刑罚的功能,也就是揭示其赖以存在的前提与根据,亦即展示其灵魂。

### 一、刑罚功能的概念

所谓刑罚的功能,指的是国家设置与运用刑罚所可能有的积极的社会作用。立足于这一界说,不难看出,刑罚的功能具有如下基本特征:

其一,刑罚的功能是刑罚的社会作用。刑罚是一种社会法律制裁手段,其作用的对象是人不是物。因此,其作用必然表现为对作为社会成员的人的影响,即社会影响。换言之,所谓社会作用是相对于自然作用而言的,它表明刑罚的作用对象不是自然物,而是由所有社会成员所组成的整体,即可能受刑罚影响的所有的人。由于所有社会成员均不可避免地要通过不同方式不同程度地接受刑罚的影响,而这些影响,无论是直接的还是间接的,都是基于刑罚的存在而产生的,因而应无一例外地纳入刑罚功能的范畴。因此,明确刑罚的功能是其社会作用,可以从作用对象的角度规定刑罚功能的畛域,界定其研究范围。

明确刑罚的作用对象是全体社会成员,构成研究刑罚功能的首要前提。这是因为,刑罚的作用对象往往被人为地圈定为刑罚对犯罪人与不稳定分子的影响,似乎只有此二者才是刑罚的作用对象,除此之外的其他社会成员都不在刑罚的作用对象之列。<sup>[1]</sup>这种人为的圈定,是不客观的。其结果必然是把刑罚功能的范围人为地狭隘化,从而导致对刑罚功能的认识的片面以及不必要的纷争。而事实上,除犯罪人与不稳定分子以外的其他人,都将自觉地或不自觉地接受刑罚的影响,只有把所有这些影响都同样纳入刑罚的作用的范畴之中,才有可能对刑罚的功能结构作出客观而全面的评价;也只有如此,才能建立客观的、完整而系统的刑罚功能学说。

刑罚功能的这一特征,决定了刑罚功能的丰富性,因而也决定了其内在结构及对其研究的复杂性,从而决定了只有从多角度、多层次的分析与考察,才能就其得出完整而可信的结论。

其二,刑罚的功能是刑罚的积极作用。既然刑罚的作用对象是人不是物,便只有通过人的

[1] 参见周振想:《刑罚适用论》,法律出版社1990年版,第130页以下、第39页以下。

心理活动的中介才能得到体现。而“人心各如面，千姿百态”也。心理活动与个性的千差万别，决定了不同的对象对刑罚的认识与态度不尽相同。受不同的认识与态度所支配，不同的对象对刑罚的影响可能采取迥然相反的反应，从而使得刑罚的作用出现两极分化。其一极是积极反应，即人们受刑罚的影响作出了符合国家设置与运用刑罚之初衷、有益于社会的反应；另一极则是消极反应，亦即人们作出的是与国家设置与运用刑罚的初衷相悖离、有害于社会的反应。因此，刑罚的积极作用与消极作用是同样不可避免的客观存在的。

然而，“功能”一词不包容事物的消极作用。相应地，正如药物既有治病救人的积极作用，又有不利健康的负作用即消极作用，但我们只能说药物的功能是治病救人，而不能说药物的功能是既治病又致病一样，我们也只能说刑罚的功能是其积极作用，而不能说刑罚的功能既是其积极作用也是其消极作用。

不仅如此。国家设置与运用刑罚，作为一种意志活动，无疑应该是一种有益于社会的行动，刑罚制度本身也应该是一种有益于社会的法律制度。与国家刑事活动以及刑罚制度本身的这种积极性相适应，刑罚的功能也应该指刑罚的积极作用，而不包括刑罚的消极作用。

强调刑罚的功能是特指刑罚的积极作用，而不包括其消极作用，并不意味着否定刑罚具有消极作用，更并不意味着在研究刑罚的功能时，不应该研究与之相对立的消极作用，而是既为了符合“功能”一词的用语习惯，也与国家的刑事活动的积极性相适应，更重要的是为了突出研究刑罚的作用的主流，应该是研究作为刑罚之功能的刑罚的积极作用。与此相适应，将刑罚的所有作用，不论积极与消极，都一律归于刑罚功能的名下，甚至把刑罚的积极作用称为刑罚的“正功能”，把刑罚的消极作用称为刑罚的“负功能”，不但不符合用语习惯，使人倍感“正功能”一词系词语反复，“负功能”一词自相矛盾，而且可能导致对刑罚的功能的研究重点不明、本末倒置。<sup>[2]</sup>

另外，需要说明的是，刑罚的功能是刑罚可能有的作用。所谓“可能”，既与“不可能”相对立，也与“现实”相对应。作为“不可能”的对立面，“可能有”是指刑罚的功能具有客观性，即其存在与否，不以人的意志或是否认识到其存在为转移，仅凭主观想像的、根本不可能存在的东西不能作为刑罚的功能。无视刑罚功能所必须具有的这种客观性，势必导致对刑罚功能认识的随意性，使有关研究失去客观前提。作为“现实”的对应面，“可能有”指的是刑罚的功能是刑罚所固有的属性，其并不以已经外化的、表现为某种有形的东西的效果为限。无视刑罚的功能只是一种可能的属性，而将其界定为已经现实化的东西，在概念上，必然导致将刑罚的功能与刑罚的效果混为一谈，在研究中，必然导致将对刑罚功能的揭示因只限于刑罚的效果所显示并能证

[2] 笔者早先研究刑罚的功能时，即指出刑罚的功能是特指刑罚的积极作用，但同时强调刑罚的作用有积极与消极之分，研究刑罚的功能应该同时研究刑罚的消极作用，并具体列举了刑罚所具有的某些消极作用。参见邱兴隆、许章润：《刑罚学》，群众出版社1988年版，第69页以下、第115页以下、第121页、第131页。此说现已为多数学者所认同。参见陈兴良：《刑罚哲学》，中国政法大学出版社1992年版，第352页以下；高铭暄主编：《刑法学原理》第三卷，中国人民大学出版社1994年版，第33页；樊凤林主编：《刑罚通论》，中国政法大学出版社1994年版，第69页；何秉松主编：《刑法教科书》，中国法制出版社1997年版，第457页以下。但同时也有学者就此提出异议，认为刑罚的功能包括“正功能”与“负功能”，且指出将刑罚的功能界定为积极作用会导致重刑主义。参见周振想主编：《中国新刑法释论与罪案》，中国方正出版社1997年版，第312页。此说显然是将刑罚的功能是否包括刑罚的负作用与刑罚有无负作用同日而语，且对笔者的观点有所误解所致。

明的东西的认识,忽视对其未能显示并尚难以证明的东西的认识而失之片面。<sup>[3]</sup>

最后,刑罚的功能是国家刑事活动的作用。刑罚不可能自外于立法与刑事司法活动而产生任何作用。相应地,所谓刑罚的功能,实际上也就是刑罚之在立法上的存在、实践中的运用所可能有的作用,亦即刑罚的创制、发动、分配与执行所可能有的作用的总和,而不是单指其中某一或某些活动的作用。

为了研究的方便,也是为了突出刑罚的功能的不同特点,有必要对刑罚的功能进行分类。根据不同的标准,对刑罚的功能可作如下分类:

其一,以刑罚与犯罪的关系为根据,刑罚的功能可分为惩罚功能与预防功能。

其中,预防犯罪者本人再犯罪的作用称为个别预防功能,预防犯罪人以外的人犯罪的作用称为一般预防功能。<sup>[4]</sup>

其二,根据刑罚的作用对象的不同,刑罚的功能可分为对犯罪人的功能、对潜在犯罪人的

[3] 在前引[2]邱兴隆、许章润书中,笔者提出刑罚的功能是一种客观可能性,并对刑罚的功能与刑罚的效果作了概念上的严格区分,指出刑罚的功能是尚未外化但可能外化的效果,而刑罚的效果则是刑罚功能的外化,或称已外化的刑罚功能。参见该书第70页、第129页以下。此说亦已为多数学者普遍认同。参见前引[2],陈兴良书,第352页;高铭喧主编书,第32页;樊凤林主编书,第69页;何秉松主编书,第458页。但也有学者认为,“刑罚的正功能”即对社会的积极作用,而不是可能发挥的积极作用,把刑罚的功能理解为一种可能性是不对的,因为刑罚的功能是客观的”。参见前引[1],周振想书,第312页。此说之错误是显而易见的。因为其混淆了可能性与现实性、客观性与主观性这两对范畴的联结。可能性不等于主观性,任何可能性都是客观的。不具有客观性的东西不是具有可能性的东西。也只有具有客观性而不是主观臆测的,才是可能的。因此,说刑罚的功能是一种可能性,并不等于说其是一种主观性,相反,正是强调其必须具有客观性。正由于论者将可能性与主观性、现实性与客观性相等同,其自身的立论不可避免地自相矛盾:一方面,论者主张刑罚的功能不是一种可能性,另一方面,论者又主张刑罚的功能具有“隐蔽性”,并可分为“显功能”与“潜功能”。而所谓,“隐蔽性”,实际上指的便是刑罚功能的难以实证性;所谓“显功能”便是刑罚已经外化的功能即效果,“潜功能”则是作为可能性的、尚未外化的刑罚功能,即难于实证但却可能存在的功能。参见前引[1],周振想主编书,第312页以下。显然,在这里,该论者既否定又肯定刑罚的功能是一种可能性。

[4] 笔者曾明确提出,一般守法者是刑罚的作用对象,刑罚对其的功能表现为稳固守法习惯、促成自觉守法与鼓励其与犯罪作斗争。由于稳固与促进功能可以使一般守法者不蜕变为潜在犯罪人、进而不犯罪,因此,其属于刑罚的一般预防功能即防止犯罪人以外的一般人犯罪的功能的范畴,相应地,一般守法者是刑罚一般预防的对象。参见前引[2],邱兴隆、许章润书,第86页以下、第95页以下。与此同时,笔者对刑罚之于同属一般预防对象的潜在犯罪人与一般守法者的功能作了严格区分,明确指出刑罚的一般威慑功能只限于潜在犯罪人中的知法欲犯者。参见前引[2],邱兴隆、许章润书,第102页:“图二:一般预防功能的有序结构。”对于笔者的这一立论,既有学者反对,也有学者支持。

持反对论者认为,一般守法者不能作为一般预防的对象。理由在于:一般预防是指刑罚的司法威慑功能,因此,只有已产生犯罪意念的人才有威慑的必要,“才能进入一般预防对象的行列”,我国大多数公民都是自觉守法,他们根本没有犯罪意念,“刑罚有什么必要预防他们实施犯罪?”参见前引[1],周振想书,第139页以下。持支持论者指出,反对论者“把一般预防归结为刑罚的威慑,因而得出了错误的结论”。参见前引[2],陈兴良书,1997年第1次修订本,第322页。

应该指出,支持者对反对者的反驳切中要害。因为在反对者的立论中,存在着偷换概念的严重逻辑错误,即笔者所称的一般预防功能包括鉴别、威慑、补偿、安抚、稳固、促进与鼓励,因此,笔者肯定一般守法者应成为一般预防的对象,是指其应属稳固、促进与鼓励的对象,而不是指其应属威慑的对象。而反对论者所主张的一般预防单指威慑,不包括其他功能,相应地,一般守法者因不构成威慑对象而被排除在一般预防对象之外。显然,反对论者是先以其所主张的狭义一般预防概念偷换了笔者所主张的广义一般预防概念,然后责难笔者将一般守法者作为威慑对象,从而把并非笔者的观点加于笔者,并对笔者的立论展开批判。

功能、对受害人的功能与对一般守法者的功能。<sup>[5]</sup>

其三,以国家刑事活动的特点与阶段性为标准,刑罚的功能可分为刑罚的立法功能与司法功能。其中,司法功能又可分为刑罚的适用的功能与刑罚的执行的功能。

## 二、刑罚功能横向考察

刑罚的功能既然表现为对全体社会成员的影响,那么,根据不同社会成员与犯罪的关系以及其接受刑罚的影响的特点来揭示与研究刑罚的功能,分析其对不同对象所可能产生的作用,便构成考察刑罚功能的第一个基点。在这种情况下,刑罚的所有作用对象被置于同一层面,刑罚对所有作用对象的作用被假定为随犯罪人受到实在的惩罚而同时发生,不同对象所受的影响相互间构成一种横向并列关系。因此,我们可以将这一基点称为横向考察。

### (一) 刑罚对犯罪人的功能

作为实施了刑法所禁止的行为而应受刑罚制裁的人,犯罪人的基本特点是,因为已实施了具体的犯罪行为而必须接受作为犯罪之法律后果的刑罚。对刑罚之于犯罪人的作用的考察,以其已受到实在的刑事制裁为起点。对于作为刑罚的直接承受者的犯罪人,刑罚的作用既表现为外在的物理强制,也体现为内在的心理强制。前者即刑罚的惩罚与剥夺或限制再犯能力功能,后者则是指刑罚的个别鉴别、感化、个别威慑与改造功能。

#### 1. 惩罚

刑罚对犯罪人的功能首先表现为惩罚,即一定的刑罚被施加于犯罪人而对其所造成的有形的权益的被剥夺与无形的心理痛苦。这是刑罚的本质属性,也是其最基本的功能。如果刑罚不具有给人造成权益被剥夺与心理痛苦的属性,也就刑将不刑、罚将不罚。

#### 2. 个别鉴别

刑罚对犯罪人的第二项功能表现为个别鉴别。犯罪人之所以犯罪,既可能是明知故犯,即在明知自己的行为是法律所禁止的犯罪行为的情况下,有意与社会相对立而实施之,也可能是不知法而犯罪,即在不知自己的行为是法律所禁止的犯罪行为的情况下,误将犯罪当成非犯罪而实施之。对于不知法而犯罪者,刑罚的适用与执行,表明了其行为是犯罪,使其认识到自己的行为是法律所禁止、国家所否定与社会所不能接受的行为,从而自觉地顺应国家的要求、社会的意志,不再实施类似行为。这便是刑罚对不知法而犯罪者的鉴别功能,为别于后文将述及的刑罚对一般人的鉴别功能,不妨将其称为个别鉴别功能。

[5] 笔者最先就刑罚的功能分类时,曾将刑罚对犯罪人的功能称为个别预防功能,将其对潜在犯罪人的功能、对受害人的功能与对一般守法者的功能归纳于一般预防功能。参见前引[2],邱兴隆、许章润书,第五章第二节、第三节。这一分类虽无不妥,但在概念的使用上尚欠推敲。因为对犯罪人的功能不只是包括预防功能,而且还包括惩罚功能,而预防功能与惩罚功能不应是种属关系,而应是并列关系。有鉴于此,以个别预防功能指称对犯罪人的功能,将惩罚功能归于预防功能名下,有失之偏颇之嫌。因此,笔者在本文中未再坚持原有的将刑罚的功能分为个别预防功能与一般预防功能两大类,并将一般预防功能细分为对潜在犯罪人的功能、对受害人的功能与对一般守法者的功能三类的观点,而采用了新的四分法。将刑罚功能分为对犯罪人的功能、对潜在犯罪人的功能、对受害人的功能与对一般守法者的功能四类。但这并不排斥为研究方便,将后三类统称为“对其他人的功能”或“对一般人的功能”,并将其作为与“对犯罪人的功能”相对应与并列的概念。

### 3. 剥夺或限制再犯能力<sup>[6]</sup>

刑罚对犯罪人的第三种功能表现为剥夺或限制其再犯能力。根据犯罪的一般运动规律,如果犯罪人在初次犯罪后未受到一定控制,便有可能再犯罪。刑罚的剥夺或限制再犯能力功能的提出,正是奠基于对犯罪的这种再发性的认识之上。即是说,这一命题的提出,是基于这样的认识,即已经实施犯罪的人具有一定的人身危险性,其在社会上的存在,构成对社会正常生存条件的威胁,在一定条件下,就可能再实施犯罪行为。而刑罚的执行,在剥夺或限制犯罪人的权利或资格的同时,构成对其再犯罪的阻碍,使之因不具备再犯罪的条件而无法或难于再犯罪。这便是刑罚的剥夺或限制再犯能力的功能。

### 4. 感化

刑罚对犯罪人的第四项功能为感化,指的是刑罚对犯罪人所可能具有的攻心作用。

犯罪人虽会因犯罪而形成了歪曲甚至变态心理形态,但他首先是人,既为人,他便具有人的理智、需求与情感,从而不可能对外界的刺激麻木不仁。正因为犯罪人具有作为人的理智,对利弊好歹可以作出自己的判断,因此,在运用刑罚的过程中,对犯罪人采取某些宽大措施给其以人道待遇,可以起到瓦解其犯罪意志、消除其敌对情绪、促成其接受教育与自觉改造的作用。这便是刑罚的感化功能。

刑罚的感化功能虽不是刑罚本身所固有的功能,但却是运用刑罚的过程中可以通过努力而赋予刑罚的一项功能,具有较大的艺术性,其意义不容低估,因而应予以充分的肯定与重视。<sup>[7]</sup>

### 5. 个别威慑

刑罚对犯罪人的第五种功能表现为个别威慑,就是使正在实施犯罪或已犯罪的人基于对刑罚的畏惧而作出对犯罪的回避反应,或者使其因亲身体会受刑之苦而不敢再犯罪。

### 6. 改造

刑罚对犯罪人的第六种功能表现为改造,即通过刑罚的执行使犯罪人消除反社会心理与意识,矫正其行为轨迹,在刑满释放、回复社会后,不再犯罪。

## (二) 刑罚对潜在犯罪人的功能

潜在犯罪人因尚未实施犯罪而不是作为刑罚的适用与执行对象而存在,但又具有犯罪的可能与意向,即具有犯罪的现实可能性与危害社会的人身危险性。潜在犯罪人的这一虽尚未犯罪却又可能犯罪的特点,决定了刑罚之在立法上的存在与司法上的运用对其具有特殊的作用。

[6] 笔者曾使用同一概念。参见前引[1],邱兴隆、许章润书,第72页。但有学者就同一问题使用“剥夺”一词。参见前引[2],陈兴良书,第304页;高铭喧主编书,第33页;樊凤林主编书,第70页;何秉松主编书,第458页。这也许是为了使概念简便所致。然而,一方面,这可能引起与对作为惩罚功能之体现的“剥夺”权益的混同;另一方面,“剥夺”意味着完全丧失再犯能力,而事实上,除了在执行死刑的情况下,其他所有刑罚的执行都只使再犯能力不同程度受到限制,而不可能使之完全丧失,因此,使用“剥夺”一词虽得之简便但失之准确。另有学者就同一问题使用“剥夺”一词。参见前引[1],周振想书,第314页。这同样失之确切。

[7] 有学者认为,“把感化作为一个独立的刑罚功能未必恰当”,因为感化功能的内容包括在刑罚的改造功能之中,不具有独立的意义。参见谢望原:《刑罚价值基础、本质属性、机能与价值生成》,载高铭喧、赵秉志主编:《刑法论丛》第一卷,法律出版社1998年版,第426页。然而,一方面,改造以行刑为前提,而感化不只限于行刑阶段,而且存在于量刑阶段;另一方面,感化注重的是激发犯罪人对所受善待的主动回报,而改造则以强制即惩罚为前提,但就象惩罚具有作为独立于改造之外的功能的必要性一样,感化也具有作为一项单独的功能的必要性,其与改造在内容上充其量只是一种交叉关系,而不是一种完全的被包容与包容的关系。

潜在犯罪人之所以可能犯罪,原因多种多样,但从其主观因素来观察,无外乎两种,即本无与社会相对立意识,但因对刑法的规定不明而误以为想实施的行为不是刑法所禁止的犯罪行为而意欲实施之,以及对刑法的规定有所了解,明知自己想实施的行为是犯罪,而有意识地想实施之。前一种情况为不知法而可能犯罪,后一种情况为知法而欲犯罪。与此相适应,刑罚对潜在犯罪人具有两种功能,这便是一般鉴别与一般威慑。

### 1. 一般鉴别

所谓一般鉴别,是指不知法而可能犯罪者在犯罪前基于自己对将要实施的行为应受惩罚性的认识而体会到该行为的严重性与违法性,从而自觉地控制自己,防患于未然。其具体表现为立法鉴别与司法鉴别两个方面。从立法的角度来看,刑法的内容可通过法制宣传而传授给不知法者,不知法者因而对自己行为的性质由无知变为有知,进而不实施该行为。就司法而言,法院对既已犯罪者进行公开审判,并通过布告等形式将犯罪者的犯罪事实与处刑结果公布于众,同时,刑行机构对受刑人公开执行所判刑罚,也将犯罪者的受刑之苦活生生地展现在公众面前,因此,只要不知法而可能犯罪者对此有所耳闻目睹,便可能从中受到这样的启迪:他人的行为构成了犯罪或引起了犯罪,我将实施的行为与他人实施的行为相同或相似,因而也将是犯罪或会导致犯罪,从而是国家所否定、社会所不能接受的应受刑罚惩罚的行为。基于这一正确的认识与推论,不知法而可能犯罪者由对刑法的内容的不知而知晓,因而可能顺应社会意志,不实施这一行为。

### 2. 一般威慑

如前所述,刑罚以给人造成权益的损失以及精神上的痛苦为内容。因此,在一定意义上说,受刑便是受苦。潜在犯罪人中的知法欲犯者,既然明知自己的行为在刑法禁止之列,自然不可能对作为犯罪之必然的法律后果的刑罚没有预见。面对刑罚的存在,意欲犯罪者在酝酿犯罪的同时,不可避免的要对受刑之苦产生联想,并因趋乐避苦的本能或基于舍小求大的权衡而对受刑之苦形成畏惧感,进而为回避受刑之苦而回避作为受刑之苦的原因的犯罪。这便是刑罚的一般威慑功能。具体包括立法威慑与司法威慑。

### (三) 刑罚对受害人的功能

作为犯罪的直接侵害对象,受害人的特殊地位决定了刑罚对他有着特殊的作用。一方面,犯罪给他造成的切肤之痛使他处于高度激愤状态,即使他明知私力报复应受刑罚惩罚,刑罚对之具有威慑作用,这种作用也极为有限。另一方面,受害人既受犯罪之害,通常对报复加害人的性质不可能没有明确的认识,刑罚对他的鉴别作用也不一定足以阻止他发泄复仇欲。因此,制止私力报复的有效途径只能是国家通过对犯罪人运用刑罚,让犯罪人补偿受害人的物质损失,满足其公正的复仇要求。这便使刑罚的运用对受害人具有补偿与安抚两项功能。

#### 1. 补偿

补偿,指的是犯罪人一旦受到刑事追究,受害人因犯罪所遭受的物质损失可以得到弥补。具体地说,在对人身犯罪的情况下,受害人的安葬费、子女抚养费、医疗费、误工工资等物质性的损失可随刑事附带民事诉讼的解决而得到相应的补偿;而在对财产的犯罪的情况下,受害人因犯罪而遭受的直接损失也可以随刑事附带民事诉讼的解决而得到赔偿。虽然诸如此类的补偿严格说来属于民事制裁措施,但其以犯罪人受刑罚惩罚为前提,且发生在刑事诉讼过程中,因而仍可理解为刑罚对受害人的一种附带性的功能。

#### 2. 安抚

安抚主要是指刑罚之适用与执行于犯罪人,能在一定程度上满足受害人要求惩罚犯罪的强烈愿望,可以平息犯罪给其造成的激愤情绪,使其精神创伤可以得到抚慰,从犯罪所造成的深切痛感中得以解脱。

#### (四) 刑罚对一般守法者的功能

一般守法者之所以遵守法律的规定而不犯罪,既可能是具有良好的法律意识,在对刑法的规定有较为明确了解的前提下,自觉地遵守其规定,不实施犯罪行为,即表现为自觉守法;也可能是并无良好的法律意识,但具有良好的道德意识,即在对刑法的规定没有明确的了解,对那些行为是犯罪、应受刑罚惩罚知之不详的情况下,因对某些行为的违背道德性有所认识而不实施之,在遵守道德规范的同时不自觉地遵守了刑法,不实施犯罪,即表现为自发守法。正是如此,刑罚对不同的守法者具有不同的功能。

##### 1. 稳固守法意识

所谓稳固守法意识,是针对自觉守法者而言的,指的是刑罚之在立法上的存在与适用、执行于犯罪人,构成对守法行为的肯定,可以使其形成牢固的守法意识,并因而不犯罪。

##### 2. 强化习惯性守法与促成自觉守法

自发守法者有着不同于自觉守法者的特点而具有二重性。在社会风俗、习惯与传统道德等与刑法规范相一致时,他会因尊重社会风俗、习惯与传统道德而不自觉地同时遵守刑法规范,不实施犯罪。在这种情况下,刑罚之适用于那些违背社会风俗、习惯与传统道德而犯罪的人,可以强化自发守法者的自发守法意识,即继续尊重社会风俗、习惯与传统道德,保持不犯罪的记录,使守法成为习惯。而当落后的社会风俗、习惯与传统道德同刑法规范相冲突时,自发守法者对落后的风俗、习惯与传统的遵守便会导致其不自觉地违法犯罪。而落后风俗、习惯与传统同刑法规范的冲突可以从刑法的规定中发现。如:暴力干涉婚姻、溺杀女婴与重婚纳妾等,均是应受刑罚惩罚的行为,而这些行为与落后的风俗、习惯与传统有着密切的联系。因此,对刑罚的宣传可以促使自发守法者意识到自己所固守的某些风俗、习惯与传统是腐朽、落后并为刑法所排斥的,对其的信奉以至于实践必然导致犯罪。同时,刑罚之适用与执行于因尊重此类腐朽、落后的风俗、习惯与传统而犯罪的人,也可以直接促成自发守法者对落后风俗、习惯与传统导致犯罪的关系产生一种正确的意识。基于这种正确的意识,自发守法者会因遵守刑法而抵制落后风俗、习惯与传统的影响,不实施刑法所禁止的犯罪行为。而这正说明自发守法者已由基于道德意识的自发守法转向了基于法律意识的自觉守法。显然,强化自发守法者的习惯性守法与促成其自觉守法意识的形成,是刑罚对自发守法者所具有的两项功能,可以分别简称为强化与促进功能。<sup>[8]</sup>

##### 3. 鼓励

除了对两种守法者各自有以上功能,刑罚对两者还共有着一项功能,即鼓励其与犯罪作斗争的功能。刑罚是保护守法者权益的重要手段,它可以起到鼓励守法者为使自身、社会与国家免受犯罪的侵犯而自觉地与犯罪作斗争的作用。具体表现为检举揭发犯罪线索、抓捕扭送犯罪

[8] 笔者曾提出并论证刑罚应该具有这两项功能,挪威学者安德森斯亦主张强化对犯罪的道德禁忌应是刑罚的一项重要功能。参见前引[2],邱兴隆、许章润书,第95页以下;〔挪威〕约翰尼斯·安德森斯:《刑罚与预防犯罪》,法律出版社1983年版,第99页。但至今为止,刑罚的此二项功能尚未受到我国学界应有的普遍肯定与重视。参见前引[2]各书与前引[6],谢望原文等。

人、正当防卫等等。刑罚的这种鼓励功能,构成对犯罪予以社会控制的重要手段,因而同样具有重要意义。

### 三、刑罚功能纵向考察

刑罚功能既然是国家刑事活动的功能,那么,根据国家确立、适用与执行刑罚这三个环节的具体特点与规律来揭示与研究刑罚在每一环节所可能有的作用,便构成刑罚的功能的第二个基点。鉴于刑罚的确立、适用与执行是一种循序渐进的过程,其所起的作用互相间构成一种纵的关系,我们可以将从这一基点而进行的研究称为纵向考察。

#### (一) 制刑的功能

制刑,从广义上说,是指国家在刑事立法中对刑罚予以设置与分配,是国家刑事活动的第一个环节,属于刑事立法的范畴。正是如此,其有独立于属于刑事司法范畴的刑罚之适用与执行活动之外的特点,从而具有其特殊的功能。

##### 1. 立法一般鉴别

作为刑事立法活动的有机组成部分,刑罚的设置与分配的主要功能是鉴别。即是说,国家在刑法中明文规定,犯罪是应受刑罚惩罚的行为,以刑罚这一严厉的制裁手段表明了国家对犯罪的否定态度,给全体社会成员树立了刑法意义上的是非标准;在此基础上,刑法既列举了哪些情况下应负刑事责任、应受刑罚惩罚,又具体规定了各种犯罪应受的刑罚,即以具体的刑罚标志着对各种具体犯罪行为的否定,给全体社会成员树立了具体的是非标准。因此,刑法一经颁布,便借助刑罚这一醒目的手段告诫人们,哪些行为是国家所否定、社会所不能接受的,可以使社会成员认识到自己的行为的性质,进而顺应国家的意志与社会的要求,自觉地不实施刑罚所否定的行为。由于在这种情况下,社会成员对犯罪不为社会所接受的认识,直接源于刑法关于刑罚与犯罪的否定与被否定关系的规定,是刑罚之于刑法中的存在所直接产生的作用,我们称之为刑罚的立法一般鉴别功能。

##### 2. 立法一般威慑

制刑的另一重要功能是威慑。即是说,国家在刑法中明文规定犯罪是应受刑罚惩罚的行为,并对各种犯罪规定其应受的刑罚,醒目地表明了刑罚作为犯罪的法律后果,是犯罪所应付出的代价,即其以剥夺或限制一定权益、给人造成痛苦为内容的刑罚给意欲犯罪的人形成一种心理强制,使之因恐惧受到刑罚惩罚、不愿承受权益被剥夺之苦而不敢实施犯罪。由于人们对刑罚的畏惧产生于刑法关于犯罪应受刑罚惩罚的明文规定,因此,我们将刑罚之在法律上的存在所产生的威慑功能,称为刑罚的立法一般威慑功能。

立法一般鉴别功能与立法一般威慑功能,是两个完全不同的概念。前者以自觉守法为内容,后者以意欲犯罪者畏惧刑罚为基础。在前种情况下,是人不愿犯罪,在后种情况下,是人不敢犯罪。因此,两者不容混同。

#### (二) 量刑的功能

法院代表国家对犯罪人裁量刑罚以及为此而为的活动,是国家刑事活动的第二个环节,属于刑事诉讼的范畴。这一活动,既不可避免地要对犯罪者本人产生某些有利于社会的影响,也不可避免地要对其他人产生某些积极影响。量刑的这两方面的影响,共同构成刑之适用即量刑的功能,其内容比制刑的功能要具体而丰富。



### 1. 量刑个别鉴别与量刑个别威慑

对于作为刑罚之直接承受者的犯罪人, 量刑的功能表现为个别鉴别与个别威慑。

就不知法而犯罪者而言, 法院的判决明确宣告了其行为是依法应受刑罚惩罚的行为, 并具体确定了其所受刑罚惩罚的份量, 刑与罪之间从质到量的否定与否定关系表现得极为明显。基于此, 犯罪人既可以认识到这种行为是国家所否定、社会所不能接受的行为, 也可认识到其被否定与不能接受的程度。量刑的这种使犯罪人由对自己的行为是犯罪的不知变为明知的作用, 即是其鉴别作用所在。

对于知法而犯罪者, 法院的判决确定了其应受的惩罚的份量, 挫败了其犯罪前所存在的不受惩罚的侥幸心理, 使其意识到刑法关于犯罪应受刑罚惩罚的规定并非纸上谈兵, 刑罚是作为犯罪的不可避免的、必然的结果而存在, 任何逃避惩罚的心理都是枉然。简言之, 便是使其亲身体会到刑罚与犯罪相联系的必然性与现实性, 使之在今后不敢再犯罪。这是量刑对犯罪人的威慑功能。

### 2. 量刑一般鉴别与量刑一般威慑

对于潜在犯罪人, 量刑的功能表现为一般鉴别与一般威慑。

一般鉴别是量刑对于潜在犯罪人中的不知法而可能犯罪者产生的影响。即是说, 法院通过其审判活动, 将犯罪人的犯罪事实等展示在公众面前, 通过其判决具体列举犯罪人之所以构成犯罪的理由, 宣布其应受的惩罚的份量, 并借助布告、新闻媒介等手段, 将判决结果公之于众, 表明犯罪人的行为是国家以刑罚表示否定的行为, 使其他虽未犯罪但因不知什么是犯罪而可能犯罪的人从中明白, 自己想实施的行为因与犯罪人的行为相同或相似而必然也是国家所否定、社会所不能接受的犯罪行为, 从而自觉地顺应国家的要求、社会的意志而不实施其本想实施的行为。

量刑的一般威慑功能是量刑对于潜在犯罪人中的知法欲犯者的影响。即是说, 法院对犯罪人判处刑罚, 使立法上关于刑罚的规定落实到具体的犯罪人, 使立法上假定的刑罪关系以犯罪人为契机变为实定的具体的刑罪关系, 给潜在犯罪人中的知法而欲犯者树立了犯罪应受惩罚的“榜样”, 使之意识到刑法关于犯罪应受刑罚惩罚的规定, 不是一纸空文, 而是有其必然性与现实性, 进而强化其基于立法的规定而对刑罚产生的畏惧, 消除其可能存在的不受惩罚的侥幸心理, 促使其不敢将犯罪的意念付诸行动。

### 3. 补偿与安抚

就受害人而言, 围绕量刑而进行的刑事诉讼活动, 可以对之产生补偿与安抚作用。

法院在审理犯罪人的刑事犯罪的同时, 通过刑事附带民事判决责令犯罪人赔偿受害人的经济损失或损失, 使其物质性损失能得以补偿, 因而使量刑活动对受害人产生物质补偿功能。

另一方面, 法院对犯罪人适用刑罚, 宣告了犯罪人应受的惩罚, 代表国家表达了对犯罪行为的否定, 确定了犯罪人应受的制裁, 满足了其惩罚的犯罪人的愿望, 因而可以平息受害人的痛苦心理, 对其起到安抚作用。

### 4. 稳固、强化、促进与鼓励

对于一般守法者中的自觉守法者, 法院对犯罪人适用刑罚, 既是对犯罪人的犯罪行为的否定, 也是对守法者的守法行为的肯定, 从而有益于自觉守法者的守法意识的稳固, 使其不致因守法意识动摇而犯罪。因此, 量刑对自觉守法者具有稳固其守法意识的功能。

就一般守法者中的自发守法者而言, 法院对犯罪人适用刑罚, 既表明了犯罪是最严重违反

道德的行为,又以刑罚这一特殊的道德谴责手段表明了国家对严重违反道德的行为的严厉谴责,必然对基于道德意识等自发守法者起到强化其对犯罪的道德禁忌、促成其习惯性守法的作用。另一方面,由于法院对犯罪人定罪量刑的根据是刑法而不是道德规范,刑罚的适用,直接表明犯罪不只是违背道德的行为,而且是刑法所禁止的行为,因此,量刑还可以起到促进守法者基于道德意识的自发守法转化为基于法律意识的自觉守法的作用。

此外,无论对于自觉守法者还是自发守法者,刑罚之实际适用于犯罪人,都意味着法律所承诺的“所有犯罪都应受刑罚惩罚”的实现,因而可以增加其对刑法的信任与尊重,起到鼓励其与犯罪作斗争的作用。

### (三) 行刑的功能

行刑,即法院对犯罪人所判处的刑罚付诸实际执行,是国家刑事活动的最后一个环节,从属于刑事司法的范畴。由于在这一阶段,刑罚对犯罪人的惩罚已成为活生生的现实,其所起的作用极为具体而明显。

#### 1. 行刑对犯罪人的功能

行刑意味着对犯罪人的惩罚的现实化,因而具有多种功能。

(1) 惩罚。对于犯罪人,行刑的过程也就是惩罚的过程。在这一阶段,刑罚的惩罚功能得到充分的体现。这是因为,无论是存在于立法之中还是存在于法院判决之中的刑罚,都只不过存在于观念之中,只有通过实际执行才能真正使具体的人的权益受到应有的剥夺或限制,也只有如此,才可使其亲身感受到受刑之苦:被判处死刑的人,只有通过实际执行死刑,其生命才能被剥夺;被判处自由刑的人,只有通过实际执行,其自由才能受到刑罚意义上的剥夺或限制;被处财产刑的人,只有通过实际执行,其财产才能受到罚、没;被处剥夺政治权利的人,只有通过实际执行,才能使其实际丧失参与国家管理活动等的资格。可见,刑罚的惩罚功能,只有在行刑阶段才能真正得以体现。正是如此,刑罚的惩罚功能,实际上也就是执行刑罚的惩罚功能。

(2) 剥夺或限制再犯能力。行刑对于犯罪人的第二种功能表现为剥夺或限制再犯能力。与刑罚的惩罚功能一样,剥夺或限制再犯罪能力,作为刑罚对犯罪人的功能,也只有通过刑罚的实际执行,才能存在。犯罪人虽被判处死刑,如果不实际执行,其便仍将作为活体而存在,死刑彻底剥夺犯罪人再犯能力便只是一个空洞的概念;犯罪人虽被判处自由刑,如果不实际执行,其人身自由未受到实际剥夺或限制,自由刑之限制再犯能力的功能,便只是一个有名无实的命题;犯罪人虽被判处财产刑,如果不实际执行,其财产丝毫未损,财产刑之剥夺犯罪人之再犯罪的经济资本或能力的功能便无从体现;犯罪人虽被判处资格刑,但如不实际执行,资格刑之剥夺或限制其利用行使政治权利的机会再犯罪的能力的功能无从谈起。因此,刑罚的剥夺或限制再犯能力的功能,只有在行刑阶段才能实现。换言之,只有行刑才能赋予刑罚以这一功能。

(3) 行刑个别鉴别。行刑对犯罪人的第三种功能表现为鉴别。前文已揭,刑罚对犯罪人具有个别鉴别功能。这一功能不只是通过量刑而产生,而且还通过行刑而产生。这是因为,对犯罪人进行法制教育是行刑的重要内容。而借此可以使犯罪人了解什么行为是犯罪,不致因不知法而犯罪。这种基于行刑过程中的教育而生的鉴别功能,不只是使犯罪人认识到自己已实施的行为是犯罪从而不再实施之,而且还可以使犯罪人认识到多种多样的行为是犯罪,从而不实施之,因此,其意义与作用大于量刑所生的个别鉴别功能。

(4) 感化。行刑对犯罪人的第四种功能表现为感化。这是因为,一方面,由从宽量刑所生的

对犯罪人的感召作用只有在行刑过程中才能通过犯罪人的悔罪与赎罪行动来显示;另一方面,行刑过程中的人道待遇、行刑人员对受刑人关心等又构成直接的感化之源。相应地,刑罚的感化功能主要表现为行刑的感化功能,而不主要表现为量刑的感化功能。

(5) 行刑个别威慑。行刑对犯罪人的第五种功能为威慑。前章所揭的刑罚对犯罪人所具有的威慑功能,虽然可以在量刑阶段有所体现,但作为其渊源的主要是行刑。因为在行刑阶段,犯罪人对受刑之苦有了亲身体验,其一旦形成再犯罪的意念,便会因恐惧受刑之苦的重演而不敢再实施犯罪。换言之,刑罚的执行给犯罪人以实际的痛苦,使其切身感受到的刑罚之苦是一种直接的、实在之苦,犯罪人由此而生的恐惧必然大于基于量刑而对刑罚所生的恐惧。因为量刑所生的恐惧只是一种间接的、想象的恐惧。正是如此,行刑的个别威慑功能远大于量刑的个别威慑功能。

行刑对犯罪人的威慑功能,因源于刑罚的执行而有别于基于立法与量刑而生的威慑功能,因而可以界定为行刑的个别威慑功能。同时,由于这一功能的客观效果表现为使犯罪者本人不敢再犯罪,有别于使一般人 not 犯罪的一般威慑功能,因此,其亦可界定为行刑的再犯威慑功能。

(6) 改造。刑罚对犯罪人的第六种功能表现为改造。刑罚对犯罪人具有改造功能,前文已作论证,在此不需赘述。应该进一步强调的仅在于,刑罚的改造功能是刑事立法与量刑所不可能产生的,而只有通过刑罚的执行才能得以实现。这是因为,作为改造之前提的对犯罪人的强制,只有在刑罚的执行阶段才存在,而作为改造之手段的教育、感化与劳动等,也主要开始于刑罚执行之后。因此,只有在法院判决生效、犯罪人被交付执行后,才存在严格意义上的强制改造。在这一意义上说,刑罚的改造功能也就是行刑的改造功能,没有刑罚的执行,也就无所谓改造。

## 2. 行刑对潜在犯罪人的功能。

潜在犯罪人不但基于量刑而受鉴别与威慑,而且也可因行刑而受同样影响。因此,行刑对其具有一般鉴别与一般威慑功能。

(1) 行刑一般鉴别。潜在犯罪人中的不知法而可能犯罪者,虽然可以从对刑法关于犯罪关系的规定以及犯罪人被适用刑罚的实例中得知什么是应受刑罚惩罚的犯罪行为,但在其既不了解刑法的具体规定、又未耳闻目睹对犯罪人的处刑的情况下,其仍可能不知道自己意欲实施的行为是犯罪,因而仍可能误把犯罪当非犯罪而实施之。在这种情况下,如果其能耳闻目睹犯罪人被实际执行刑罚的情况,其同样可以对刑与罪之间的否定与被否定的关系有一明确的认识,从而意识到什么是国家所否定、社会所不能接受的犯罪行为,进而作出顺应社会意志、不实施反社会的犯罪行为的选择。这是行刑活动对不知法而可能犯罪者的鉴别功能。为与立法、量刑所生的一般鉴别功能相区别,其可以称为行刑的一般鉴别功能。

(2) 行刑一般威慑。潜在犯罪人中的知法而欲犯罪者,在基于对刑法的了解或受犯罪人被判处刑罚的启示,明知其所意欲实施的行为是应受刑罚惩罚的犯罪的情况下,如仍然意欲犯罪,那么,国家对犯罪人的实际执行刑罚,可以强化其对受刑之苦的畏惧,使其感受到犯罪受刑罚惩罚的现实性,因耳闻目睹他人受刑之苦而不敢步犯罪者之后尘。这是行刑活动对知法而欲犯罪者的威慑功能。为示与立法、量刑所生的一般威慑功能的区别,可将其称为行刑的一般威慑功能。

## 3. 行刑对受害人的功能

法院对犯罪人判处刑罚,虽然可以使受害人得到一定程度的安抚,但基于刑罚之适用而生

的安抚只是观念上的。如果所判处的刑罚不予实际执行,量刑的安抚功能也就不复存在。因为只有判决付诸执行,受害人的物质损害或经济损失才可得到实在的补偿,其精神痛苦才能真正得以平息,其对犯罪人的复仇欲望才能得以现实的满足。只有在这种情况下,刑罚才能真正起到阻止私力报复与防止犯罪连锁反应的作用。因此,相对而言,行刑的安抚功能比量刑的安抚功能要彻底得多。

#### 4. 行刑对一般守法者的功能

行刑既对稳固自觉守法者的守法意识具有重要意义,又对强化自发守法者的习惯性守法行为与促成其自觉守法具有重要的作用,而且,其与量刑一样,对自觉守法者与自发守法者共有着鼓励功能。这是因为,量刑的稳固、强化、促进与鼓励功能均有待行刑活动来加强。如果对犯罪人的判决不随之以一定的执行活动,刑罚便有名无实。刑罚对犯罪的否定难以真正体现与表达,守法的价值难以得到现实的肯定,自觉守法者的法律意识得不到有效的稳固,自发守法者的道德意识得不到应有的强化,其守法意识无从培养,守法者便会因守法意识或道德禁忌动摇而蜕变为潜在犯罪人,进而实施犯罪。因此,稳固守法意识、强化习惯性守法、促成自觉守法与鼓励,也是行刑对于一般守法者的重要功能。

#### 5. 行刑对国家的功能

对于国家,刑罚的执行具有经济补偿的功能。其具体内容包括如下两方面:一方面,财产刑的执行,以强制犯罪人向国家交纳一定数额的金钱或将其一定财产予以没收为内容。作为财产刑之标的财产被收归国有,这可以理解为强制犯罪人对国家所作的一种经济补偿。另一方面,在自由刑执行期间,犯罪人被强制进行生产劳动,但其所创造的财富归国家,这同样是对国家的一种经济性补偿。

刑罚对国家的经济补偿功能,既直接派生于刑罚的惩罚功能,是惩罚的必然结果,又可以服务于国家刑事活动,即便于国家支付惩罚与预防犯罪的活动所需的经费,减少国家的经济付出。因此,其虽然不直接产生预防犯罪的效果,但应作为刑罚的执行的重要功能之一予以相应的关注。

## 四、刑罚功能系统考察

对刑罚功能的纵、横考察,从不同的角度揭示了刑罚功能的具体表现。然而,对刑罚的功能的考察远不能以此为限,而应该在此基础上进一步揭示刑罚诸功能相互间的联结,以展示刑罚功能系统的内部结构,从而就刑罚的功能得到系统而完整的结论。

### (一) 刑罚功能横向联结考察

就刑罚对不同对象的功能的分析表明,刑罚的功能多种多样。但这多种多样的功能又不是简单地杂乱堆积为一体,而是相互间固有一定的关系。具体表现为同一性、层次性、有序性与主次性。

#### 1. 同一性

刑罚对不同对象所具有的不同功能相互间具有一定的共同属性,因而具有其同一性。这种同一性就在于对不同的对象的不同功能均可收到预防犯罪的效果。

就刑罚对犯罪人的功能而言,惩罚是刑罚的其他功能赖以存在的前提条件,其本身虽然不直接等于预防犯罪,但与其剥夺或限制再犯能力功能实际上是同一问题的两个不同方面。因为

惩罚意味着犯罪人一定权益的丧失,而这一定权益的丧失也就同时使犯罪人再犯罪的能力受到剥夺或限制,其理如死刑对犯罪人的惩罚在于剥夺其生命,而生命的丧失意味着犯罪人再犯罪能力的被彻底剥夺一样简单,不需赘述。不仅如此,惩罚还通过其派生的其他功能服务于预防犯罪:个别鉴别使犯罪人认识到什么是犯罪,从而自觉地不再犯罪;个别威慑使犯罪人不敢再犯罪;感化与改造使犯罪人不愿再犯罪。正由于刑罚对犯罪人的诸功能在遏制犯罪人再犯罪上有其共同性,因而往往可以统称为刑罚的个别预防功能。

就刑罚对潜在犯罪人的功能而言,一般鉴别使不知法而可能犯罪者认识到什么是犯罪、不为社会所接受,从而自觉地作出顺应社会意志、不实施犯罪的选择;一般威慑使知法而欲犯罪者因畏惧受刑之苦而不敢犯罪。两者同样是异曲同工,以预防犯罪为归宿。

就刑罚对受害人的功能而言,补偿与安抚从物质与精神两方面使受害人的报复欲得以平息,从而阻止其私力报复行动,避免犯罪连锁反应,其可收预防受害人犯罪的效果不言自明。

就刑罚对一般守法者的功能而言,稳固自觉守法者的守法意识,可以使之不因守法意识动摇而犯罪;强化自发守法者的习惯性守法与促成其形成良好的法律意识,同样可以使之不由自主的守法者蜕变为自发的犯罪者。而刑罚对两者所共有的鼓励功能虽不是直接阻止其本人犯罪,但直接构成对犯罪的社会控制手段。因此,刑罚对一般守法者的所有功能,归根到底,也可收预防犯罪之效。

正由于刑罚对犯罪人以外的一般人的功能均可以收预防犯罪之效,所以,其又往往统称为刑罚的一般预防功能。

综上所述,基于其同一性,刑罚对所有人的功能均可收预防之效,因而可以统称为刑罚的预防功能。只有在极其严谨的场合,才有必要将惩罚予以单列而作为与预防功能相对应的功能。因此,对于预防犯罪来说,刑罚的所有功能均具有其不可或缺的意义。

## 2. 层次性

对刑罚功能的横向考察以犯罪人受到实际的惩罚为起点,惩罚构成刑罚的个别预防功能与一般预防功能的共同前提。因此,在整体上,惩罚构成刑罚功能的第一层次,即直接的功能,而个别预防与一般预防功能均是随惩罚而生,是惩罚的派生物。没有惩罚,其他所有预防功能都不可能存在。这是刑罚的惩罚功能与预防功能在整体上的逻辑层次关系。

另一方面,惩罚与个别预防均以犯罪人为直接作用对象,个别预防功能是惩罚对其直接承受者所派生的功能,这是一种直接的派生与被派生的关系。因此,惩罚与个别预防功能从整体上可以理解为刑罚的直接功能即第一层次的功能,而一般预防是以刑罚的直接作用对象以外的一般人为作用对象,一般预防功能是刑罚通过惩罚犯罪人而对犯罪人以外的人所产生的影响,是惩罚的间接派生物。惩罚与一般预防功能之间构成间接的派生与被派生的关系。因此,刑罚的一般预防功能在整体上构成刑罚功能的第二层次。这是刑罚的功能因作用对象的不同而产生的层次关系。

## 3. 有序性

就刑罚的不同作用对象之间的相互关系而言,其具有可变性。任何人犯罪的轨迹,都是由守法到可能犯罪、再到实施犯罪的过程。守法意味着暂不具有犯罪的可能性,可能犯罪则意味着具有犯罪的现实可能性,实施犯罪则表现为犯罪的现实性。人由守法至可能犯罪的转变反映了其主观上由对犯罪的抵制到犹豫的态度的转变。人由可能犯罪至实施犯罪的转变反映了其主观对犯罪的犹豫转化成决意犯罪进而实施犯罪的过程。与此相适应,守法者可以转化为潜在

犯罪人,而潜在犯罪人与受害人可以转化为犯罪人。

刑罚对一般守法者的功能起的是阻止人由守法者转化成为潜在犯罪人、防止其守法意识动摇的作用;刑罚对潜在犯罪人与受害人的功能,起的是阻止人由可能犯罪者转化成为犯罪者、阻止其犯罪决意并付诸犯罪行为的作用。因此,从犯罪的运动规律而言,刑罚对潜在犯罪人与受害人的功能是刑罚对一般守法者的功能失效时的补救措施,即刑罚在未能起到阻止守法者转化成为潜在犯罪人的作用时所生的阻止潜在犯罪人成为犯罪人的作用,是刑罚对犯罪的第一道防线失效时所生的第二道防线。

至于刑罚对犯罪人的功能,产生于潜在犯罪人、受害人已成为犯罪人之后,构成刑罚的一般预防功能失效后的补救措施,即刑罚在未能起到阻止潜在犯罪人转化成为犯罪人后,通过惩罚犯罪人而生的防止犯罪人再犯罪的作用,是在刑罚的第二道防线失效后而生的第三道防线。

刑罚之于预防犯罪的以上三道防线之间的层层递补关系,是刑罚功能的有序性之所在。

#### 4. 主次性

刑罚对犯罪人、潜在犯罪人、受害人与一般守法公民的功能,虽然均是刑罚功能不可分割的组成部分,但其地位不尽相同,而是具有一定的主次轻重关系。具体地说,一方面,惩罚是预防的手段,预防是惩罚的目的。从目的对手段的决定性出发,刑罚的预防功能应该是其主要功能,而惩罚则是其次要功能,这是刑罚的预防功能与惩罚功能的主次关系。另一方面,犯罪人是刑罚的直接承受者,刑罚的适用与执行过程,实际上也就是惩罚与预防犯罪人再犯罪的过程。而犯罪人以外的一般人只是刑罚的间接作用对象,刑罚对其的功能,只不过是刑罚对犯罪人的惩罚的间接影响。因此,刑罚对犯罪人的功能即惩罚与个别预防功能是刑罚的主要功能,而其对一般人的功能即一般预防功能,是刑罚的次要功能。这是刑罚对犯罪人的功能与对一般人的功能之间的主次关系。

#### (二) 刑罚功能纵向联结考察

对刑罚功能的纵向考察表明,刑罚的创制、适用与执行,均具有其各自相应的功能。国家刑事活动的这三个不同阶段的不同功能,同样具有其同一性、层次性、有序性与主次性。

##### 1. 同一性

从纵向的角度来看,刑罚的创制、适用与执行活动所具有的功能的同一性也在于其均能收到预防犯罪的效果。

就制刑而言,立法一般鉴别使不特定的社会成员认识到什么是不为社会所接受的行为,并自觉地不实施犯罪;立法一般威慑使具有犯罪意念的人基于刑罚在立法上的存在而不敢犯罪。因此,无论是一般鉴别还是一般威慑,均可以收到阻止不特定的一般人犯罪的效果。

就量刑而言,个别鉴别使犯罪人认识到其所实施的行为是犯罪而不再犯罪;个别威慑使犯罪人因被处刑而不敢再犯罪。而司法上的一般鉴别与一般威慑使潜在犯罪人从犯罪人被处刑中认识到自己意欲实施的行为是犯罪而自觉地不犯罪,或者因从中受到儆戒而不敢犯罪。安抚使受害人不因私力报复而犯罪。稳固、强化与促进使守法者不因私力报复而犯罪;稳固、强化与促进使守法者不因守法意识动摇而犯罪。鼓励可以刺激守法者与犯罪作斗争,制止他人犯罪。因此,量刑的所有功能,均可收遏制犯罪之效。

就行刑而言,惩罚既是对制刑与量刑的功能的强化,又是行刑的所有其他功能存在的前提,因而可以间接地收到预防犯罪的效果;剥夺或限制再犯能力、个别威慑与改造,使犯罪人无法再犯罪、不敢再犯罪与不愿再犯罪,三者均可以使犯罪人不再犯罪,收到个别预防之效;一般

鉴别与一般威慑使潜在犯罪人不愿犯罪或不敢犯罪,两者的效果均是使潜在犯罪人不犯罪;安抚可以防止受害人犯罪;稳固、促进与强化可以使守法者不致因守法意识动摇而转向犯罪。

## 2. 层次性

制刑、量刑与行刑是国家刑事活动的三个不同阶段,具有严格的先后次序。与此相适应,刑罚在不同阶段的功能相互间构成一种鲜明的纵向层次关系。制刑的一般鉴别与一般威慑功能,是刑罚存在于刑法之中,随刑法颁布便直接产生的功能,在逻辑上,不需借助量刑与行刑便可相对独立地存在,是刑罚最直接的功能,属于刑罚功能的第一层次。量刑是刑事活动的中间环节,是连接制刑与行刑的桥梁与纽带,其功能自然属于刑罚功能的第二层次。行刑,是刑事活动最后阶段,是量刑的自然延伸,其功能属于刑罚功能的第三层次。

## 3. 有序性

就制刑而言,立法鉴别功能与立法威慑功能不是一种并列关系,而是一种依次递补关系。即是说,立法威慑是立法鉴别未能奏效时的一种补救,其只有在一般人知晓犯罪是国家借助刑罚表示否定的不受社会欢迎的行为后,不但想顺应社会意志而不犯罪,反而意欲违背社会意志而实施犯罪时才存在。如果一般人通过对立法的了解认识到自己意欲实施的行为是不受社会所欢迎的并为国家所否定的行为后,能自觉地不实施这一行为,刑罚对之便只生鉴别而不生威慑之问题。因此,立法鉴别是预防犯罪的首道立法防线,立法威慑则是预防犯罪的第二道立法防线。

就量刑而言,个别鉴别与一般鉴别同样构成一种层次互补关系,即是说,个别鉴别是一般鉴别未能收效时的补救,是犯罪人因不知刑法的规定,以至刑罚的立法鉴别与司法一般鉴别功能未能收效的情况下,误触刑法而被判刑的情况下,才认识到其行为是社会所不能接受、国家所否定的行为,因而不再犯罪。如果刑罚的立法鉴别与司法一般鉴别功能起到了应有的作用,所谓个别鉴别也就失去了其产生的前提。就对犯罪人的量刑功能而言,个别威慑是个别鉴别未能收效时的补救,其作用在于,在犯罪人虽因被处刑而认识到自己的行为是国家所否定的犯罪,但仍存在犯罪的意念时,借助受刑之苦使之不敢再犯罪。而就量刑的一般鉴别与立法的一般鉴别的关系而言,两者互相间同样存在着层次互补的问题。这是因为,量刑的一般鉴别对之未能收效者。相应地,量刑的一般鉴别只不过是立法一般鉴别未能收效时的一种补救,即是在立法鉴别未能使潜在犯罪人中的不知法而可能犯罪者认识到何为犯罪而可能犯罪的情况下,使之从犯罪人受刑的实例中得到启示,认识到何为犯罪而自觉不犯罪。与此相似,量刑一般威慑既是对立法一般威慑的强化,也是量刑一般鉴别失效时的补救。因为量刑的一般威慑既是以活生生的实例使知法而欲犯罪者基于立法上的刑罚之存在所生畏惧得到加强,又是使不知法而可能犯罪者在因对他人受刑的了解而认识到自己意欲实施的行为是犯罪,却仍欲实施的情况下,直接对受刑之苦产生畏惧,从而不敢犯罪。至于量刑对受害人与一般守法者的诸功能,虽然是量刑所直接派生的功能,但在逻辑上与现实中,其均是刑罚的立法鉴别功能的强化,即是说,其均构成基于立法而产生的“犯罪应受刑罚惩罚”的观念得以稳固的手段。

就行刑而言,对犯罪人的惩罚功能是立法鉴别、立法威慑、量刑一般鉴别与量刑一般威慑均未能收效的情况下的补救,亦即是在刑罚所有一般预防功能对犯罪人未能收效的情况下,通过剥夺犯罪人的权益而启动刑罚对犯罪人的功能,使之不致再犯罪。而基于惩罚而生的行刑一般鉴别与行刑一般威慑,又分别构成对立法、量刑一般鉴别与立法、量刑一般威慑的补充或补救,即是在立法与量刑的一般预防功能未能阻止守法者蜕化成为潜在犯罪人的情况下,借助对

犯罪人的行刑而使不知法而可能犯罪者认识到自身想实施的行为是犯罪,因而不犯罪或者使其对刑罚产生畏惧而不敢犯罪。至于行刑对受害人与一般人的功能,同样是对量刑的相应功能的巩固与强化,即是量刑的相应功能的现实化。

由上可见,刑罚的制刑功能、量刑功能与行刑功能相互间构成后者补救或强化前者的依次互补关系,从而使刑罚的诸纵向功能显现出明显的有序性。

#### 4. 主次性

制刑、量刑与行刑虽然各自均能产生一定的功能,但其各自的特点决定了其所产生的功能的意义不同,在刑罚功能系统中的地位有别。因此,刑罚诸纵向功能相互间具有一定的主次性。其中,刑罚在刑法中的存在与分配,可以使全体社会成员了解什么是应受刑罚惩罚的犯罪行为,并因而使绝大部分社会成员基于立法上刑罚对犯罪的否定关系的这一正确认识而不犯罪。因此,刑罚的立法一般鉴别功能对于预防犯罪来说,具有至为重要的意义,构成刑罚之首要的预防功能。另一方面,基于立法上刑罚对犯罪的否定,具有反社会意识的知法而欲犯者中有相当一部分可因畏惧刑罚而不敢犯罪,因此,刑罚的立法一般威慑功能在一般鉴别的基础上,进一步将大量犯罪遏制在未发生状态。基于此,刑罚的立法功能亦即制刑的功能构成以刑罚预防犯罪的第一道防线,经其阻止而未犯罪的人是社会成员中的绝大多数,因这两项功能失效而犯罪的人只是极少数。正是如此,作为立法功能的制刑功能是刑罚的主要功能。至于刑罚的司法功能,即量刑与行刑功能,一方面只是立法功能的补救、补充与强化,另一方面在逻辑上也只不过是立法功能的自然扩展与延伸,因而只是刑罚的次要功能。因此,立法功能为主、司法功能为次,是刑罚纵向功能所固有的主次关系。

#### (三) 刑罚功能纵横对照考察

以刑罚的不同作用对象的不同特点为根据对其功能的横向考察,与以不同刑事活动的特点为根据对其功能的纵向考察,既充分展示了刑罚功能的表现形式,又充分展示了刑罚功能的纵、横联结。然而,无论是纵向考察还是横向考察,均各有利弊,所得出的结论均难免片面,只有将纵、横考察的结论予以对比分析与系统考察,才能就刑罚功能问题得出正确而完整的结论。

对纵横考察的结果详加对比,就可以就刑罚功能问题得出如下定论:

其一,不同的刑事活动对不同的社会成员即刑罚的作用对象具有不同的功能,而所有这些功能均可以收到预防犯罪的效果,即具有预防犯罪的同一性。因此,刑罚之于立法上的存在与实际运用对于犯罪人、潜在犯罪人、受害人、一般守法者等诸方面的所有功能均可以服务于预防犯罪,是刑罚功能系统不可分割的组成部分。这就决定了对刑罚功能的认识应有全面而系统的观点,不容片面与偏废,对刑罚功能的追求应该统筹兼顾,不容顾此失彼。为醒眉目,不妨将刑罚的所有功能归类如下:

(1) 刑罚对犯罪人的功能主要有六种,即惩罚、个别鉴别、剥夺或限制再犯罪能力、感化、个别威慑与改造。

(2) 刑罚对潜在犯罪人的功能有两种,即一般鉴别与一般威慑。其中,前者包括立法鉴别、量刑鉴别与行刑鉴别,其对象是潜在犯罪人的不知法而可能犯罪者;后者包括立法威慑、量刑威慑与行刑威慑,其对象是潜在犯罪人中的知法而欲犯罪者。

(3) 刑罚对受害人的功能主要表现为补偿与安抚。其中,安抚又具体包括量刑安抚与行刑安抚。

(4) 刑罚对一般守法者的功能有四种,即稳固守法意识、强化道德禁忌、促成自觉守法与鼓



励功能。其中,稳固守法意识为刑罚对自觉守法者的功能,强化习惯性守法与促成自觉守法为刑罚对自发守法者的功能,鼓励为刑罚对二者所共有的功能。

(5) 刑罚对国家的直观的功能有一种,即经济补偿。

基于前列结论与展示,传统刑罚理论关于刑罚功能的认识的错误与片面性昭然若揭。主要表现为:

(1) 注重对刑罚功能的横向考察,忽视对其的纵向考察,<sup>[9]</sup>以至刑罚的某些重要纵向功能未被揭示。<sup>[10]</sup>

(2) 注重对刑罚之于犯罪人与潜在犯罪人的功能的揭示,忽视对其他对象的功能的考察,以至刑罚的某些重要的横向功能未被揭示。受害人、一般守法者与犯罪人、潜在犯罪人一样,都是作为社会成员而存在,因而同样不可避免地要接受刑罚的影响。不将刑罚对受害人与一般守法者的影响纳入刑罚功能的范畴,既不客观也不全面。而且,这种研究的片面性还必然导致理论上的混乱,以至除知法欲犯者以外的社会成员均被排除在刑罚的一般预防对象之外;刑罚的一般威慑功能被作为一般预防功能的全部,刑罚的一般预防效果被简单地视为威慑的效果,给重刑威慑主义的盛行提供了错误的理论根据。

(3) 片面强调刑罚的威慑功能,忽视其鉴别功能的存在。刑罚的鉴别功能只以对犯罪应受刑罚惩罚的认识为前提,而与刑罚的轻重无关。与刑罚的轻重有关的只是刑罚的威慑功能。因此,忽视刑罚的鉴别功能的存在,将其不恰当地与威慑功能混为一谈,势必将刑罚的所有一般预防效果均归功于威慑,从而导致为追求威慑效果而采用重刑,即将本可以通过轻刑收到鉴别效果的人也作为重刑威慑的对象,以致造成刑罚浪费。

(4) 注重对刑罚功能的表现的考察,忽视对诸功能相互间的关系的揭示,以至诸功能主次不清,地位不明。刑罚虽然有多种功能,但其固有着一一定的结构与关系。研究刑罚的功能,如果仅限于对其表现形式的揭示,而不对其总体结构与关系予以应有的考察,势必导致对刑罚功能的追求不分先后次序与主次轻重,不但起不到对刑事活动应有的指导作用,而且可能使其形成“头痛医头”、“脚痛医脚”的无所适从局面。而这正是传统刑罚理论的一大缺憾。<sup>[11]</sup>

其二,横向考察与纵向考察共同表明,刑罚的功能具有一定的层次性。但是,两种情况下所称的层次性的内容不同。横向联结中的层次性表明的是惩罚与预防之间的层次关系,其意义在于强调使犯罪人受到实在的惩罚是刑罚的个别预防功能存在的前提,也是一般预防功能赖以存在的保障。如果犯罪人不受到实在的惩罚,刑罚的个别预防功能便不可能存在,刑罚的一般

[9] 这一错误最先出现在前引 [2], 邱兴隆、许章润书中。虽然笔者在该书中也曾指出刑罚应具有立法鉴别与立法威慑功能,但在总体上,所作的研究只限于对刑罚功能的横向系统考察,而未作纵向系统考察,更未作纵、横对照考察。参见前引 [2], 邱兴隆、许章润书第五章。同样的不足也出现在前引 [2], 陈兴良书、高铭暄主编书、樊凤林主编书与何秉松主编书以及其他论及刑罚功能问题的著述中。

[10] 如:有学者主张,一般预防,只是威慑。参见前引 [1], 周振想书,第 137 页以下。另有学者在论述刑罚的功能时,只字不提刑罚的鉴别功能,从而同样将作为刑罚之最重要的立法功能的立法一般鉴别功能排除在研究范围之外。参见前引 [2], 何秉松主编书,第 461 页以下。

[11] 笔者曾力图建立一种系统的刑罚功能体系,并立足于此而着力对刑罚诸功能的相互关系、刑罚功能系统的内部结构作较详细的分析。令人遗憾的是,笔者对刑罚功能的表现的揭示虽已为学界所普遍认同,且已成为常识性的命题,但所致力揭示的刑罚功能的内在联结等却被并非合理地遗弃,以至现行刑罚功能论只限于对刑罚功能的表现形式的揭示,而缺乏对诸功能的相互关系的考察。可比较前引 [2] 邱兴隆、许章润书第五章与陈兴良书第十三、十四章、高铭暄主编书第二十二章、樊凤林主编书第三章、何秉松主编书第十九章以及其他著述的相关内容。

预防功能也难以有效地发挥,从而突出了使犯罪人受到实在的惩罚对于发挥刑罚的预防功能的必要性。与此不同,纵向联结中的层次性表明的是立法功能是司法功能的出发点,突出量刑与行刑必须在制刑所允许的范围内进行,亦即对量刑与行刑功能的追求必须以不妨碍制刑的功能的发挥为前提。因此,对刑罚功能的追求必须既遵循横向功能的层次性,又遵循纵向功能的层次性;既坚持有罪必罚的原则,使所有犯罪者受到应有的惩罚,以充分发挥刑罚的功能,又坚持刑罚法定,不致为追求刑罚的司法功能而违背立法规定。

其三,横向考察与纵向考察共同表明,刑罚的功能具有一定的有序性。根据横向考察的结果,对潜在犯罪人与被害人的功能只是一般守法者的功能失效时的补救,对犯罪人的功能只是对潜在犯罪人与被害人的功能失效时的补救。而刑罚的实际惩罚是针对犯罪人的,因此,不能颠倒刑罚横向功能之间的补救与被补救的关系,以预防潜在犯罪人、被害人与一般守法者犯罪的需要来决定对犯罪人的惩罚,即不能以威慑的需要、受害人的要求与民愤的大小来决定对犯罪人是否量刑、行刑以及量刑、行刑的轻重。另一方面,纵向考察的结果显示,量刑的功能是制刑的功能的补充或补救,因此,不能颠倒刑罚的纵向功能的补救与被补救关系,以量刑的功能的需要为由来决定是否在法律允许的范围内量刑,也不能以行刑的功能的需要为由来决定是否在法律与判决允许的范围内行刑。即是说,不能以司法上的威慑的需要等为由超出根据一般预防的需要确定的立法上的犯罪关系量刑或行刑,将量刑与行刑活动凌驾于立法之上,也不能以行刑的威慑功能的需要等为由超出立法与判决的规定执行刑罚。

其四,横向考察与纵向考察共同表明,刑罚的功能具有一定的主次性。横向考察表明,对犯罪人的惩罚与个别预防功能是刑罚的主要功能,对一般人的预防功能是刑罚的次要功能。纵向考察表明,司法上的一般预防与个别预防都只是刑罚的次要功能,立法上的一般预防才是刑罚的主要功能。按照横向主次关系,在量刑与行刑时,如果一般预防的需要与个别预防的需要相矛盾,应该舍末求本,尊重个别预防的要求而舍弃一般预防的要求,即是说,在个别预防不需要或不允许施用重刑时,不能以一般预防的需要为由施用重刑;在个别预防不允许施用轻刑时,不能以一般预防不需重刑为由施用轻刑。按照纵向主次关系,当立法上的一般预防与司法上的一般预防或个别预防相矛盾时,同样应该舍次求主,尊重立法上的一般预防的要求而舍弃司法上的一般预防或个别预防的要求。具体地说,当立法者按照一般预防的需要确定的刑罚不能满足司法上的一般预防的需要时,不能以治安形势不好之类的理由超出刑法的规定量刑,即超出法律规定处以重刑;当立法者按照一般预防的需要确定的刑罚不能满足个别预防的需要时,不能以个别预防的需要为由超出法律规定处以重刑。

其五,横向考察虽然在对刑罚的功能的表现形式的揭示上有失片面,但其就刑罚功能的联结所得出的结论即刑罚功能的同一性、层次性、有序性与主次性,却为对刑罚功能的结构的系统考察提供了重要的根据。同时横向考察本身也构成纵向考察的前提,因而构成对刑罚功能系统考察的一个必要参照系。因此,横向考察仍不失为考察刑罚功能的一种重要方法,只不过其必须与纵向考察同时运用才能得出完整的结论而已。

## 五、刑罚功能的局限性

刑罚有其多方面的功能,这是一种客观存在。然而,这只是问题的一方面。问题的另一方面在于,受种种因素的制约,刑罚的功能在特定的情况下难以收效,即具有其局限性。正是如

此, 刑罚对犯罪虽有多方面的预防功能, 但却无法消除犯罪。而这也正是刑罚在任何国度的任何历史时期一直存在, 但作为其遏制对象的犯罪也一直同样存在的根本原因所在。研究刑罚的功能, 不但应该揭示其有效性, 而且还应该指出其局限性。只有这样, 对刑罚功能的认识才能正确而全面, 也只有这样, 才有可能对症下药, 为刑罚功能的发挥创造条件, 充分实现其预防犯罪的效果。

### (一) 惩罚的局限性

作为刑罚最基本的功能, 惩罚的局限性主要表现如下三方面:

其一, 因刑而异。刑罚的种类多种多样, 既有主刑, 也有附加刑, 既有重至剥夺人的生命的死刑, 又有轻至只相对限制人的行动自由的管制。以剥夺或限制人的一定权益为内容的刑罚因对人的权益的剥夺或限制的内容或程度不同而使其给人造成的损失与痛苦的程度迥然有异。死刑以剥夺人的生命为内容, 而生命权是人的一切权利之本, 其之被剥夺给人造成的损失无疑是最大的; 自由刑以剥夺或限制人的自由为内容, 但不同的自由刑对人的自由的剥夺或限制的程度不同, 即既有将人予以关押的徒刑, 也有对其不予关押的管制, 既有终身剥夺人身自由的无期徒刑, 也有只剥夺其一月、数月自由的拘役。这就决定了不同的刑罚对同样的人的惩罚即给人所造成的损失的大小与痛苦的程度不同。因此, 惩罚虽然是刑罚的共性, 但惩罚的严厉性不同则是刑罚的个性。

其二, 因人而异。如果说刑罚是惩罚的载体, 那么, 人便是惩罚的客体。因为任何刑罚的惩罚都以人为对象, 即只有通过对人造成一定损失与痛苦才能体现。而不同的人身份、地位、经历、经济状况、家庭环境、心理承受能力、思想意识以及价值观念等千差万别, 这便使其对惩罚的感受不尽相同, 从而使同样的刑罚给不同的人造成的痛苦感应不同。对于事业有成、家庭美满、生活充裕、风华正茂、热爱生活的人来说, 死无疑是一种灭顶之灾; 而对于事业不成、家庭破裂、生活困苦、风烛残年、厌倦人生等的人来说, 死则可能不失为一种解脱。因此, 在同样被处死刑的情况下, 前者所感受到的痛苦一般来说显然大于后者。对于身居要位的人, 一个月的拘役足以使其身败名裂, 精神崩溃, 乃至痛不欲生; 而对于处于社会底层那些饥不饱腹、衣不遮体的人来说, 三年五年的徒刑所造成的痛苦可能微不足道, 甚至使其不以为苦反以为乐。对于没有受过刑罚惩罚经历的人, 判刑入狱如坠无底深渊; 而对于曾有多次受到刑罚的经历的人, 蹲监坐牢只不过是“回一趟家”。正是如此, 才有人哀叹“人只有失去了自由, 才懂得更需要阳光”, 也有人认为“劳改队是我家, 窝窝头是我妈”。对于良知未泯、知廉懂耻的人来说, 惩罚可以使其羞愧难当, 而对于良知泯灭、缺廉少耻的人来说, 惩罚则有如搔痒, 甚至不但不会使其引以为耻, 反而可能使其引以为荣。正是如此, 才既有人苦吟“犯下的罪行是多么的痛苦, 叫我怎能抬起头”, 也有人高喊“三年五年算个 , 十年八年算正好, 无期死缓当养老, 吃颗枪子拉鸡巴倒”。对于腰缠万贯的人, 成千上万的罚金只是九牛一毛, 不足以使其感到痛苦; 而对于提襟见肘的人, 区区数百元的罚金, 便足以使其生活陷于困境, 令其不胜痛苦。对于政界要员, 政治权利的剥夺意味着政治生命的终结, 其所感受的痛苦自然难以言表; 而对于某些普通百姓, 其视政治权利可有可无, 对其处以剥夺政治权利刑, 很难有多大痛苦可言。由此可见, 刑罚的惩罚功能因人而异。

其三, 因执行而异。刑罚的惩罚性以刑罚实际执行为存在的前提。而刑罚是由具体的机构, 准确地说是由具体的人来执行的。因此, 同样的刑罚适用于同样的人, 也可能因执行的人不同而使其惩罚性出现差异。同样是将犯罪人关押于监狱, 由要求严厉的监管人员执行管教, 犯罪

人所受的管束较多,其所感受的痛苦较大;而由要求宽松的监管人员执行管教,犯罪人所受的管束较少,其所感受的痛苦较小。同样是监狱,开明者允许犯罪人在国家定量之外自购食品或允许亲属送物,以补定量之不足,而保守者则可能不允许犯罪人在定量之外自购食品或亲属送物。同样是强制劳动,严厉的监管人员让犯罪人从事的生产劳动强度大,而宽松的监管人员让犯罪人从事的生产劳动强度小。同样是监狱,重感化教育者,可能实行归假制,甚至允许犯人与配偶定期同居,共享天伦;而重惩罚者,则不可能允许如此。同样是管制,也有人严管、有人宽管,以至犯罪人所感受的痛苦的程度不同。因此,刑罚惩罚性也因其执行情况的不同而异。

## (二) 鉴别的局限性

刑罚的鉴别功能,无论是一般鉴别还是个别鉴别,实质上都是一种特殊教育手段。因此,正如教育并非万能一样,刑罚的鉴别功能也有局限性。如果鉴别功能在任何情况下对任何人都能生效,也就不存在动用刑罚预防犯罪的问题。具体地说,刑罚的鉴别功能的局限性主要表现在:

其一,刑罚对既不了解刑法的规定,又未耳闻目睹犯罪人被定罪处刑与执行刑罚的情况的人,难以起到一般鉴别作用。刑罚的一般鉴别功能以一般人得知什么是应受刑罚的惩罚的犯罪行为为前提,而一般人对这一情况的得知,无外乎通过对立法、量刑与行刑的情况的了解。因此,如果人们对立法、量刑与行刑的情况一无所知,就不可能得知什么是应受刑罚惩罚的犯罪行为,更无从作出顺应社会意志、自觉地不犯罪的选择。

其二,只有在人们了解刑法所禁止的行为、作为定罪量刑或执行刑罚的原因的行为与自己想实施的行为相同或相似时,刑罚才能起到一般鉴别作用。这是因为,如果人们虽然对立法、定罪量刑与执行刑罚的情况有所了解,但其所想实施的行为与其所了解的刑法所禁止、被定罪量刑与执行刑罚的行为不同,其便仍不可能认识到自己所想实施的行为是社会所不能接受的行为,因而仍可能实施其实施的行为,从而犯罪。如:人们通过对立法、定罪量刑与执行刑罚的情况的了解,知道杀人是犯罪,其可能基于这一认识而不杀人,但并不意味着会基于这一认识而不拐卖妇女,因为其缺乏了解这一行为是犯罪的前提条件。

其三,刑罚对具有反社会性者难以收鉴别之效。刑罚的鉴别功能的效果表现为人们从立法与司法中得知自己想实施的行为为社会所不能接受时,顺应社会意志不犯罪。因此,其只对不具有反社会意识的人收效。如果是具有反社会意识的人,即使其从立法与司法中得知其想实施的行为是犯罪,也不可能自觉地不犯罪。

其四,刑罚的鉴别功能容易被其他反作用因素所抵销。就一般鉴别而言,社会上种种不良因素的存在,尤其是犯罪现象本身的存在,不可避免地要对人们产生不良影响。如果说刑罚的鉴别功能对人们形成的是使其不犯罪的正面影响,那么,社会上不良因素尤其是犯罪现象对人们的诱惑与影响,则是促成人们犯罪的反面影响。因此,一般鉴别功能的正面影响容易被不良因素的反面影响所抵销。这使刑罚的鉴别效果具有不稳定性。即是说,人们在得知犯罪是国家所否定、社会所不能接受的行为而自觉地不犯罪后,仍然可能因受不良因素的影响,尤其是犯罪现象本身的诱惑而重生犯罪意念并实施犯罪。就个别鉴别而言,法院的定罪量刑活动虽然可以使犯罪人由不知法而知法,由不知自己的行为是犯罪而知道自己的行为是犯罪,促成其自觉地不再犯罪,但在刑罚执行期间,其他罪犯以及监狱固有的亚文化现象不可避免地要对其产生消极影响。而在犯罪人刑满释放、回归社会之后,社会上不良因素尤其是犯罪现象也必然要对其形成反面影响,促成其重生犯罪意念并犯罪。因此,个别鉴别功能的正面影响也容易被不良因素的反面影响所抵销。

人所受的管束较多,其所感受的痛苦较大;而由要求宽松的监管人员执行管教,犯罪人所受的管束较少,其所感受的痛苦较小。同样是监狱,开明者允许犯罪人在国家定量之外自购食品或允许亲属送物,以补定量之不足,而保守者则可能不允许犯罪人在定量之外自购食品或亲属送物。同样是强制劳动,严厉的监管人员让犯罪人从事的生产劳动强度大,而宽松的监管人员让犯罪人从事的生产劳动强度小。同样是监狱,重感化教育者,可能实行归假制,甚至允许犯人与配偶定期同居,共享天伦;而重惩罚者,则不可能允许如此。同样是管制,也有人严管、有人宽管,以至犯罪人所感受的痛苦的程度不同。因此,刑罚惩罚性也因其执行情况的不同而异。

## (二) 鉴别的局限性

刑罚的鉴别功能,无论是一般鉴别还是个别鉴别,实质上都是一种特殊教育手段。因此,正如教育并非万能一样,刑罚的鉴别功能也有局限性。如果鉴别功能在任何情况下对任何人都能生效,也就不存在动用刑罚预防犯罪的问题。具体地说,刑罚的鉴别功能的局限性主要表现在:

其一,刑罚对既不了解刑法的规定,又未耳闻目睹犯罪人被定罪处刑与执行刑罚的情况的人,难以起到一般鉴别作用。刑罚的一般鉴别功能以一般人得知什么是应受刑罚的惩罚的犯罪行为为前提,而一般人对这一情况的得知,无外乎通过对立法、量刑与行刑的情况的了解。因此,如果人们对立法、量刑与行刑的情况一无所知,就不可能得知什么是应受刑罚惩罚的犯罪行为,更无从作出顺应社会意志、自觉地不犯罪的选择。

其二,只有在人们了解刑法所禁止的行为、作为定罪量刑或执行刑罚的原因的行为与自己想实施的行为相同或相似时,刑罚才能起到一般鉴别作用。这是因为,如果人们虽然对立法、定罪量刑与执行刑罚的情况有所了解,但其所想实施的行为与其所了解的刑法所禁止、被定罪量刑与执行刑罚的行为不同,其便仍不可能认识到自己所想实施的行为是社会所不能接受的行为,因而仍可能实施其实施的行为,从而犯罪。如:人们通过对立法、定罪量刑与执行刑罚的情况的了解,知道杀人是犯罪,其可能基于这一认识而不杀人,但并不意味着会基于这一认识而不拐卖妇女,因为其缺乏了解这一行为是犯罪的前提条件。

其三,刑罚对具有反社会性者难以收鉴别之效。刑罚的鉴别功能的效果表现为人们从立法与司法中得知自己想实施的行为为社会所不能接受时,顺应社会意志不犯罪。因此,其只对不具有反社会意识的人收效。如果是具有反社会意识的人,即使其从立法与司法中得知其想实施的行为是犯罪,也不可能自觉地不犯罪。

其四,刑罚的鉴别功能容易被其他反作用因素所抵销。就一般鉴别而言,社会上种种不良因素的存在,尤其是犯罪现象本身的存在,不可避免地要对人们产生不良影响。如果说刑罚的鉴别功能对人们形成的是使其不犯罪的正面影响,那么,社会上不良因素尤其是犯罪现象对人们的诱惑与影响,则是促成人们犯罪的反面影响。因此,一般鉴别功能的正面影响容易被不良因素的反面影响所抵销。这使刑罚的鉴别效果具有不稳定性。即是说,人们在得知犯罪是国家所否定、社会所不能接受的行为而自觉地不犯罪后,仍然可能因受不良因素的影响,尤其是犯罪现象本身的诱惑而重生犯罪意念并实施犯罪。就个别鉴别而言,法院的定罪量刑活动虽然可以使犯罪人由不知法而知法,由不知自己的行为是犯罪而知道自己的行为是犯罪,促成其自觉地不再犯罪,但在刑罚执行期间,其他罪犯以及监狱固有的亚文化现象不可避免地要对其产生消极影响。而在犯罪人刑满释放、回归社会之后,社会上不良因素尤其是犯罪现象也必然要对其形成反面影响,促成其重生犯罪意念并犯罪。因此,个别鉴别功能的正面影响也容易被不良因素的反面影响所抵销。