

# 教育刑与刑罚的教育功能

陈 伟<sup>\*</sup>

---

**内容提要：**受自然科学方法论和科学工具理性主义的推动，教育刑在时代背景底蕴的支撑下应运而生。教育刑以教育为刑罚本质、把教育作为刑罚目的、强调教育贯穿刑罚实践全过程，造成了教育与刑罚的异质性、刑罚目的位阶性、实践操作性等方面难以克服的多元困惑。教育刑理论根基的缺失以及“以教统刑”实践模式的弊病，不是否定刑罚教育功能的实质理由。区别教育刑与刑罚的教育功能，是结合刑罚理论和司法实践理性审视教育要素的结果，是对刑罚正本清源之后合理引导刑罚教育功能的需要。

**关键词：**教育刑 刑罚本质 刑罚目的 刑罚的教育功能

---

近现代以来人们对刑罚的自我反省是相当惹人注目的事情，随之而来的刑罚变革也如火如荼地进行着。教育刑作为其中具有代表性的刑罚理念，给我们的理论探讨和实践操作带来的究竟是希望还是危机，需要我们仔细甄别，并在科学认识的基础上给出理性回答。因此，笔者拟对教育刑的理论渊源、产生背景、基本内涵进行深入查探，对教育刑的价值理念进行理性质疑与反思，对教育刑在我国存在的现实困惑、刑法教育功能与刑罚教育功能之间的关系、刑罚教育功能的展开等问题作一理论上的考察。

## 一、背景溯源：教育刑理论的萌生

### （一）教育刑思想受到了自然科学方法论和科学工具理性主义的推动

教育刑的萌发得益于自然科学向社会科学的延伸，这一过程很大程度上是思维方式与研究方法意义上的。在18、19世纪，自然科学的研究成果迭出，微分数学、量子物理、人工合成化学等领域都给人耳目一新的感觉，在公式运用、定律推导、逻辑演算等方面更是把自然科学带入了更加微妙且能量化的领域。在此阶段，起步相对较晚的社会科学虽然较之以往也取得了长足进展，但是受研究对象和方式的束缚，与自然科学相比，显得相形见绌。但是，社会科学的主体性与价值取向性并没有阻挡它前进的步伐，自然科学方法论在实践中的不断运用给了社会科学诸多启发，也提供了无限的动力。因此，尽管两大领域性质的差异决定了二者不具有实质可比

---

<sup>\*</sup> 西南政法大学法学院副教授。

性,但是同在一个科学屋檐下的内在关联却时时震动着社会科学的神经,促使社会科学需要以自然科学为鉴,在自然科学已经取得的基础性成果之上,开拓社会科学研究的新境域。他们相信,“科学不仅能使人正确地认识和对待自然,而且也能使人正确地认识和对待社会与人的精神生活。”〔1〕在此基础上,探究心理学的自然科学基础已然成了一种趋势。〔2〕受此启发和催动,自然科学的研究成果和研究方法得以被借鉴和引用:从经济学始,后逐渐波及到刑事学科,其中贝卡利亚的“罪刑阶梯理论”〔3〕是受其影响的明显体现。

在思想意识形态上,西方的科学哲学传统,尤其是近代以来弗兰西斯·培根和笛卡尔等人开启的科学工具理性主义,功不可没。与资本主义上升时期的先进生产力发展相一致,在工业化浪潮的席卷之下,这一科学工具理性主义随之蔓延开来:它以“科学技术不仅有能力改变客观世界,也有能力改变主观世界”的感召力,以气势恢宏的精神力量催生了心理科学的诞生。〔4〕通过科学工具理性主义的推动,研究心理学的学者坚定不渝地相信,人的心理是主观见之于客观的,有明确规律可循并可以具体描述的行为人外在行为的动力之源;在纷繁芜杂的行为背后,一定有一个因特殊个体差异而存在的心理运动轨迹的谱系,既然主观的心理活动是现实行动的向导,那么正是这一内在动力的牵引才造就了如此缤纷多彩的行为世界。于是,当思想狭窄的洞门一旦打开,嫁接于社会心理学之上的犯罪心理学的诞生也就是顺理成章的事情了,以至后来的行刑个别化、行刑专业化、特殊预防理论、保安处分、教育刑理论等纷纷出炉,都寄生于这一谱系的枝干上汲取营养。信奉者们期待,这些饱含“科学成份”的新理念有朝一日能结出累累硕果。

## (二) 刑罚学者对教育刑理念的升华

刑罚理念时时受着外在力量的触动,然而研究的“专业槽”决定了刑罚的更新和变革终归是刑罚学家的事情。首先开启这一历史先河的是贝卡利亚。他说,“预防犯罪的最可靠但也是最艰难的措施是:完善教育。……教育的基本准则:教育不在于课目繁多而无成果,而在于选择上的准确,当偶然性和随意性向青年稚嫩的心灵提供道德现象和物理现象的摹本时,教育起着正本清源的作用;教育通过感情的捷径,把年轻的心灵引向道德,为了防止它们误入歧途,教育借助的是指出需要和危害的无可辩驳性,而不是捉摸不定的命令,命令得来的只是虚假的和暂时的服从。”〔5〕在其之后,龙勃罗梭、菲利、边沁、费尔巴哈、巴也尔等人也考察了罪刑关系,对刑罚的教育及威慑作用作了相应的探讨,阐释了剥夺、威慑、教育、改造与预防犯罪之间的关系。比如,龙勃罗梭认为,“所有人都应当被逐个地加以监管,接受真正称职的领导和老师的指导,这些人应当从事布道者的工作。我认为:与其徒劳无益地制定大量针对恶行的条例,不如去研究一下塑造、发掘和改造这些孩子的办法。”〔6〕菲利说,“在人类处于最野蛮的状态下流行只有惩罚规定而没有关于矫正罪犯规定的刑法典。人类文明的逐渐进步将导致与此相反的只有矫正而没有

〔1〕 马来平:《中国现代科学主义核心命题刍议》,《文史哲》1998年第2期。有学者直接指出,“社会科学要想获得自然科学同样的发展水平与速度,一个重要的问题便是研究方法的改进。首先是对自然科学研究成果的吸纳和对自然科学研究方法的借鉴与移植。”吴建国:《社会科学研究对自然科学研究方法的借鉴与移植》,《北方论丛》1998年第2期。

〔2〕 参见〔苏〕A. A. 斯米尔诺夫、A. P. 鲁利亚等:《心理学的自然科学基础》,李翼鹏等译,科学出版社1984年版,第13页。

〔3〕 〔意〕贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国法制出版社2002年版,第75页。近年来,我国学者在罪刑的定量分析方面也进行了大量的富有见地的研究,相关内容可参见赵廷光:《量刑公正实证研究》,武汉大学出版社2005年版,第126页以下;白建军:《刑罚轻重的量化分析》,《中国社会科学》2001年第6期;白建军:《犯罪轻重的量化分析》,《中国社会科学》2003年第6期;白建军:《罪刑均衡实证研究》,法律出版社2004年版,第103页以下;白建军:《死刑适用实证研究》,《中国社会科学》2006年第5期。

〔4〕 参见〔美〕加德纳·墨菲等:《近代心理学历史导引》,林方等译,商务印书馆1980年版,第104页。

〔5〕 前引〔3〕,贝卡利亚书,第132页。

〔6〕 〔意〕龙勃罗梭:《犯罪人论》,黄风译,中国法制出版社2005年版,第349页。

惩罚的观念。”〔7〕边沁指出，“在下列情况下惩罚无必要：用较小的代价便可以有效地防止犯罪行径的目的，例如教育，就像依靠恐惧一样有效；依靠晓之以理，就像依靠直接影响意愿一样成功。”〔8〕然而，综观上述这些学者的思想，可以说他们的主要贡献是揭示了教育作为感化犯罪人的一种特殊方式有其积极的意义，认识到刑罚惩罚对于预防犯罪的固有作用，但是他们在论述中并未将教育理解为行刑过程中有别于刑罚惩罚的一个独立的行刑要素。〔9〕质言之，以上学者在论述刑罚的效用与目的时，确实不经意间流露出刑罚具有教化改造、心理强制、威慑众人、计算幸福与痛苦等教育性的一面，但是偶尔的惊鸿一瞥过于短暂，也过于浮浅，根本没有尝试用教育手段来统筹和贯穿整个刑罚理念，更遑论提出与系统概述教育刑的理论。

众所周知，教育刑的集大成者是李斯特。作为刑法学新派的代表和社会防卫论者，他坚持犯罪原因的个人性与社会性以及二者的相互作用，并以犯罪原因为对症下药和实现预防犯罪目的根据。根据从犯罪原因论到目的刑罚论这一整体解决问题的思路，李斯特需要时不时地把眼光投掷于具体的犯罪行为人，注重刑罚的预防功能，从行为人思想的改造入手，最终让行为人矫正不良行为，回归社会，“改造可以改造者，不可改造者不使为害”。他以“全体刑法学”的研究思路，把刑法同刑事政策统一起来综合考虑问题的研究方法，超越了犯罪、刑罚等主要解决事实的“存在”范畴，而以刑事政策学来解决事实的“当为”。〔10〕他从犯罪现实问题出发，以在当时刚进入法学领域的自然科学的“因果—经验”研究方法为先导，指出现行刑法缺少犯罪统计结果，并视刑事政策为社会改革有组织的一部分（实证主义）。〔11〕李斯特根本性地转变了刑罚本质是恶的传统认识，把刑罚与教育的内在机能对接起来，认为刑罚的本质是教育而非惩罚。他说，“刑事政策是针对个人而非社会的，以对个人的改善教育为己任”；〔12〕而以改善教育为内容的刑罚个别化是目的刑的根本要求，目的刑即为教育刑。〔13〕因而在李斯特的理论构架中，传统的刑罚已经不合时宜，为了与新的目的刑论相一致，需要里里外外地重新解构传统刑罚以迎合教育刑的需要，即为了获得行刑中的教育效果，就应该依照教育的规律区别对待受刑人，并运用多样的教育手段达到使受刑人改恶从善、不致再犯的目的。至此，教育刑理念经李斯特的进一步阐释得以脱胎问世。

### （三）教育刑理论的背景底蕴

其一，宪政化运动思潮的影响。18、19世纪，宪政化运动席卷了整个欧洲。在各国掀起立宪高潮的过程中，民主、自由、人权、平等、正义等宪法精神也随之波及开来，逐渐深入人心。教育刑的立足点就是要关注具体犯罪行为人，强调个别正义，通过影响和改造具体行为人的思想来最终实现行为个体体的自主和自律。毫无疑问，教育刑与这些宪法精神所追求的目标是彼此暗合并相互纠缠的，正是这些宪政理念把人，尤其是受刑人，提高到了一个自觉认识的阶段，并在这一自觉认识的基础上寻求刑罚价值和受刑人自我价值的重新定位。

其二，人道化运动的推动。受人本主义所倡导的人道化理念的影响，自然法的个人本位价值观在18世纪西方各国的法律实践中得到体认。〔14〕处在资本主义上升时期的资产阶级既是先进生产力的代表，也是开明思想的先驱，他们抨击欧洲中世纪所遗留的酷刑和专制统治，把人的主体性提

〔7〕〔意〕菲利：《实证派犯罪学》，郭建安译，中国人民公安大学出版社2004年版，第126页。

〔8〕〔英〕边沁：《道德与立法原理导论》，时殷弘译，商务印书馆2006年版，第223页。

〔9〕参见郭明：《学术转型与话语重构》，中国方正出版社2003年版，第142页。

〔10〕参见陈兴良：《刑法的启蒙》，法律出版社2003年版，第250页。

〔11〕参见〔德〕汉斯·海里因希·耶塞克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书》（总论），徐久生译，中国法制出版社2001年版，第92页。

〔12〕张甘妹：《刑事政策》，台湾三民书局1979年版，第12页。

〔13〕参见前引〔10〕，陈兴良书，第262页。

〔14〕参见徐岱：《中国刑法近代化论纲》，人民法院出版社2003年版，第31页。

升到前所未有的高度, 倡引人本主义成为这一时期的显著特征。并且, 社会进化本身就是一个从野蛮到文明逐渐推进的过程, 在此过程中, 人的客体性特征逐渐减少, 主体性特征不断被彰显。“人类文明的这些成果, 在狱政法治中的体现就是重视人权和人道精神, 强调对罪犯合法权益的法律保护。”<sup>〔15〕</sup> 受人本主义思想的影响, 促发了理性对待犯罪人、尊重犯罪人自由意志的理论思潮, 保障犯罪人的人权为整个世界所关注, 重刑传统不断受到挑战与质疑, 刑罚变革因而成了理所当然的事情。在此影响下, 以国家强制力为后盾的刑罚从非人的暴虐转向提倡人道的世俗化运动。

其三, 市场经济价值理念的影响。18、19世纪的欧洲各国, 正处于自由竞争资本主义时期。与之相伴随, “由市场经济的特殊特质所决定, 人们的主体意识、权利意识、自由思想、平等思想与民主观念出现了较大变化”。<sup>〔16〕</sup> 自由、公平、平等理念在生活中成了人人信奉的基本信念。受其熏陶, 罪与刑也成了某种意义上可予转换的实物商品——外在形式是无足轻重的, 重要的是价值对等或者说同值。质言之, 通过价值的转换, 刑罚学者无形中已经承认, 用身体刑的惩罚与用教育刑的改造就手段形式的差异而言已经无关大碍, 既然二者追求的目标都是为了减少和预防犯罪, 因此从商品经济价值规律的视角来看, 用身体刑的惩罚与用教育刑的改造就是等值的, 这完全符合价值规律等价交换的原则。基于此理由, 二者的转换不仅明智而且极具可行性。

其四, 科技知识与教育普及的促进。资本主义工业化是以科学技术的力量为后盾的, 而工业化的迅猛发展又反过来推动了科学技术翻天覆地的变化。等到科学技术的力量渐行渐长的时候, 它的影响就不再受缚于工业一面, 而是以其为中心辐射开来并带动相关事物的变化。工业化的技术需求明显促进了教育的快速发展, 而且教育既满足了人们对未知世界的探求欲望, 也直接或间接地推动着社会的进步。在刑事法学者眼中, 教育尤其可贵之处在于, 由于个人素养的提高, 行为入既能提前预防潜在犯罪动机和排解外在因素的干扰, 也能有意识地积极规避内在犯罪原因力的左右, 通过自主消减主观恶性或强化规范意识的途径使自己的行为符合教育的内容。除此之外, 监狱这一国家机器与学校这一文化形态相比, 在开放程度、施受关系、运作模式等方面有极大的相似性, 即二者外在环境的封闭或相对封闭, 主体与对象的支配与被支配关系, 受教对象的集中, 心理锻炼、智识和技能的渐进提高等方面都有较大相同之处, 这些内在牵连使得刑事法学者相信教育与刑罚有着浑然天成割舍不断的联系, 常态教育已经取得的成果, 教育刑同样可以企及。

其五, 刑罚自身变革的及时跟进。就整个世界的刑罚演进史来看, 生命刑——身体刑——自由刑为中心的运动轨迹是不得不承认的事实。<sup>〔17〕</sup> 笔者认为, 这一演进最直接的原因在于外在社会情势与众多生活基本理念的碰撞与启迪, 根本原因在于刑罚内在对立统一矛盾所要求的刑罚的顺势反思与合理调整, 并在这一调整之后与主流价值保持适时跟进。详言之, 刑罚的矛盾性表现为, 一方面要求刑罚对应犯罪的严重社会危害性, 通过“以刑抗罪”强调刑罚的惩罚性和严厉性, 另一方面又要求刑罚的谦抑性、人道性、节俭性等等。因此, 由于刑罚自身对立统一矛盾特性的客观存在, 并且为了防止矛盾双方的冲突过于激化, 刑罚就要不断进行自我调整。可以说, 正是伴随刑罚变革而出现的以自由刑为中心的刑罚体系的确立, 才为教育刑的时空条件奠定了基础, 也为热衷于教育刑的理论学者和实践家留下了无数遐想与施展抱负的空间。“通过执行教育刑, ……自由刑的执行中包含教育和矫正思想的原则被确定下来, 所有其他一些具体规定均在这一

〔15〕 张绍彦:《刑罚实现与行刑变革》, 法律出版社1999年版, 第183页。

〔16〕 李步云:《人权法学》, 高等教育出版社2005年版, 第95页。

〔17〕 甚至有学者认为, 刑罚已经演进或即将演进到以罚金刑为中心的刑罚时代。参见王宏玉:《刑事政策与刑罚结构变化之考察》, 《中国人民公安大学学报》2003年第3期。另有学者指出, “在20世纪以后, 特别是20世纪末, 罚金刑的地位极大地提高了, 已上升为刑罚体系的中心刑。” 邵维国:《罚金刑论》, 吉林人民出版社2004年版, 第54页。

总原则规定之下。”〔18〕“从监狱行刑基础理论出发，教育刑已成为现代世界行刑思想的一种潮流。”〔19〕以自由刑为中心的刑罚体系的优势在于，教育刑倡导者可以利用现有条件个别化地观察、处遇、改造、改善受刑人，把教育的理念直接付诸刑罚的实践，并在行刑实践的具体活动中通过与受刑人零距离相处，现实地推行自己的全套方案，并以实践反馈的信息进行相关环节上的不断调谐。

## 二、追问与反思：教育刑理念难以遮蔽的多元困惑

### （一）教育刑的内涵

在对教育刑的价值理念与社会背景进行了考察之后，我们必须明了这样一个问题，即什么是教育刑？毫无疑问，这一前置性的概念揭示是所有问题的出发点。从词条或辞源上分析，代表性的界定主要有：一般认为，教育刑是刑罚理论之一，其适用刑罚的目的是为了教育犯罪人改恶从善，复归社会。〔20〕有学者称教育刑为“教育改造原则（the doctrine of the reformatory education）”，〔21〕认为在这一总的原则之下，具体又包括因人施教、以理服人、循序渐进等分原则，它依据教育改造罪犯工作的客观规律，是指导监狱人民警察尊重规律，提高教育改造工作质量必须依据的准则。〔22〕还有学者直接把教育刑称为“教育刑主义（the doctrine of education-oriented punishment）”，〔23〕即以教育刑为中心的刑罚原则，教育要贯穿刑罚活动的全过程并在其中释放最大功效。

在刑罚学理论上，不同学者的认识和表述并不完全一致。德国学者李普曼最为直接地指出，刑罚本身就是一种教育；李斯特同样认为，刑罚的目的即教育。“教育刑思想的主张者认为，刑罚的目的就是对有罪者的再教育，刑罚的本质是教育，否则监狱就没有存在的理由。”〔24〕而我国传统的观点认为，“教育改造是指我国监狱在刑罚执行过程中对在押罪犯强制实施的以转变罪犯思想，矫正犯罪恶习为核心内容，结合文化、技术教育进行的有目的、有计划、有组织的系统的影响活动。”〔25〕也有学者认为，“教育刑论，是在刑罚目的主义的基础上发展起来的，教育刑论认为行刑的目的不在于惩罚，而在于对犯罪人的教育和改善作用。”〔26〕“行刑教育原则源于教育刑主义，指监狱在执行刑罚过程中运用教育的方法改造罪犯，以促进他们改过自新，将教育活动贯彻刑罚执行始终的准则。”〔27〕另有学者认为，“教育刑就其字面理解，不过是认为刑罚本质应该是一种教育，其旨在通过以教育为目的和内容的刑罚使罪犯改恶迁善，并使其复归社会后不致再危害社会。”〔28〕

综合以上对教育刑的界定，笔者认为，教育刑的内涵囊括了以下三个层面的内容：其一，教育刑视教育为刑罚的本质；其二，教育刑以教育作为刑罚的目的；其三，教育刑中的教育理念要贯穿和指导刑罚适用的全过程。结合三者，可以认为教育刑是指把教育定位于刑罚的本质与目

〔18〕〔德〕弗兰茨·冯·李斯特：《德国刑法教科书》，徐久生译，法律出版社2000年版，第428页。

〔19〕王耿心：《行刑学》，法律出版社2004年版，第398页。

〔20〕参见《法学辞源》，黑龙江人民出版社2002年版，第2932页。

〔21〕在教育刑的整体框架下，教育、改造、矫正、教化、治疗等语词的意义并无二致。

〔22〕参见前引〔20〕，《法学辞源》，第1514页。

〔23〕《汉英法律词典》，外文出版社1995年版，第395页。

〔24〕〔日〕木村龟二：《刑法总论》（增补本），有斐阁1984年版，第46页以下。

〔25〕司法部政治部监狱管理局编：《监狱专业基础知识》，法律出版社2004年版，第132页。

〔26〕前引〔19〕，王耿心书，第398页。

〔27〕张全仁：《监狱行刑学》，中国物价出版社2003年版，第75页。

〔28〕前引〔9〕，郭明书，第140页。

的,并在此基础上以教育理念贯穿和指导刑罚适用(行刑)全过程的刑罚思想。如果对此做一个大致的分类,可以明显地看出,教育刑内涵的三要素是基于不同层面的描述:其中前两点是静态层面的,限定的是教育刑质的规定性,与刑罚基本理念关系密切,带有明显的抽象性;第三点是动态层面的,是对教育刑具体行刑实践的现实表述,通过刑罚实践可以直接把握和检验,相对前两点而言,内容更为具体。教育刑的内在三要素是教育刑内涵的实质所指,明确界定教育刑的内在三属性,将是笔者下文以此为中心展开阐述的关键所在。

## (二) 教育刑的现实存在并不代表其合理性

在很大程度上,对教育刑背景的揭示很可能让人误解,认为这是教育刑合理存在的正当性根据。笔者认为,其实并非如此。自然科学方法论和科学工具主义以及多元的背景要素只是催生教育刑产生的外因而已,但是,事物的产生只是一个事实范畴,并不能代表价值评判(褒或贬,正或负,优或劣等),应然的价值如何并不与实然的存在与否具有同等意义。教育刑的存在是客观的,但是这一客观性根本不是证明其正当性的根据。

20世纪70年代,美国曾经出现过围绕“教育是否有效”展开论辩的“马丁森—帕墨”一案,<sup>[29]</sup>德国出现了著名的“维耶兰德研究”,<sup>[30]</sup>其最终都对教育刑的效果持否定态度。甚至在现在的美国,他们也认识到对罪犯过于宽大并不是一件好事,从而少数州不再实行假释制度,州立法机关更是对判决的实践进行了更改,以强调刑罚的惩罚对应犯罪的严重性。<sup>[31]</sup>这样,人们就不得不承认,“在现代实践中,改造是主要的被明确宣布的目的,但是,它是一个困难的,几乎不可能达到的目的。”<sup>[32]</sup>理论可以早于社会发展的阶段提前出现,也可以在事物成熟或成型之后的某个阶段出现,但是,一项理论要付诸实践并带来预期的效果必须要有大量的现实条件予以辅助。毕竟,理论要转化为现实的作用力,一方面需要符合自身规定性的内在逻辑,另一方面离不开外在多元因素的支撑以及相关实践的检验。进而,需要进一步深究的是,对教育刑予以断然否定的理论根据何在?教育刑注定挥之不去的困惑究竟是什么?何种排他性力量使教育刑难有作为?

## (三) 教育刑难以消褪的多元困惑

### 1. 教育刑视教育为刑罚的本质存在定性上的根本偏差

刑罚的本质是刑罚自身存在的特质,是刑罚区别于其他事物的根本标志。毫无疑问,刑罚的本质在于应受刑罚的惩罚性,因为一旦将危害社会的行为界定为“应受刑罚惩罚”,实际上就界定了危害行为用刑事法律加以调整的必要性,并基于调控方式的特殊性(是刑罚惩罚而非民事、行政处罚)说明了行为质的内容。<sup>[33]</sup>危害行为应不应受刑罚惩罚,要考虑危害行为和危害行为所征表的人身危险性的严重程度是否与刑罚作为最严厉的处罚手段相匹配:危害行为和人身危险性程度轻的时候,刑法务必保持谦抑品格,刑罚的惩罚性应该自动避让;危害行为和人身危险性严重到其他部门法不可调整的时候,具有惩罚性的刑罚就要从幕后进入幕前,勇于肩负职责,积极地对危害社会的行为进行有效规制。

可以说,正是达到了应受刑罚惩罚的程度,我们才可以清楚地鉴别该行为是犯罪而非一般的违法行为。国家或者立法者认为某种行为应用刑罚手段予以调整,就表明了该行为的社会危害性

[29] [美] 查理德·霍金斯等:《美国监狱制度》,孙晓雳、林遐译,中国人民大学出版社1991年版,第249页。

[30] [美] 罗伯特·J·威克斯:《各国矫正制度》,郭建安译,中国政法大学出版社1988年版,第67页。

[31] 刘强:《美国刑事执行的理论与实践》,法律出版社2000年版,第14页。

[32] [英] 戴维·M·沃克:《牛津法律大词典》,光明日报出版社1988年版,第684页。

[33] 这里实际上牵涉到刑民分界的问题,有学者认为,“刑、民分界的标准即为严重脱离社会相当性理论”。于改之:《刑民分界论》,中国人民公安大学出版社2007年版,第205页。在笔者看来,“严重脱离社会相当性”的同等话语就是“应受刑罚惩罚性”,因为我们在评判行为人的行为是否“严重脱离社会相当性”时,仍然需要根据是否“应受刑罚惩罚”给出答案。

及行为人的身危险性已经高于其他危害行为，需要界定的社会危害性在这里就直观地表现为“应受刑罚惩罚性”。就此而论，应受刑罚惩罚性具有区分罪与非罪的质的规定性。另外，应受何种刑罚，刑罚的种类是什么，刑罚的程度是多少，是应受刑罚惩罚的第二层意思，在此层面上，应受刑罚性又具有了量的规定性。因此，应受刑罚惩罚性是犯罪质与量最为直接的外观显现，是区别民事侵权行为、行政违法行为的标尺。刑罚既然是由审判机关做出并由执行机关执行的对行为人的谴责或者对其行为的否定评价，那么这种否定与谴责必然要求惩罚性是第一要义，刑罚的本质不可能偏离这一实体而另选其他。就教育刑所依附的自由刑而言，同样离不开刑罚本质所映照的范围。即使在刑罚施行过程中能够达到“作用于心”、“行弗乱其所为”的预防效果，在相当程度上，也仅仅是自发而非自觉的过程，是伴随刑罚的实施而“种瓜得豆”的副产品而已。

在一定程度上，通过教育可以让行为人在具体犯罪过程中避重就轻。正如边沁所言，“在两项罪过彼此竞争的场合，对那项较大的罪过的惩罚，必须足以诱导一个人宁愿去犯那项较小的。”<sup>〔34〕</sup>照此推论，行为人可以通过违法性认识的自觉教育过程而知晓刑罚的孰轻孰重，从而在自己行为过程中自觉地对行为的可选择项目予以理性选择。可是，这一理性思维活动也并不给教育刑积极的理论支持，因为迁恶从善的教育目的是要杜绝犯罪，而不是告诫行为人不犯重罪或者在能够犯重犯的情况下去犯轻罪。否则，如果教育的目的仅限于此，那么这种教育担当的不是积极禁止犯罪的角色，而是充当了行为人犯意的惹起者或者犯罪行为的教唆者，即教唆行为人尽可能地犯轻罪而不要实施重罪，而非告诫行为人不要犯罪。显然，这不是教育刑的最初旨趣所在。并且，依照上述理解进一步推论，教育的效果也根本无法防止重罪的产生，因为完全以行为人“存乎于心”为标准的轻重界限划分是模糊或混乱的，比如故意伤害相对故意杀人是轻罪，故意杀人相对绑架杀人也是轻罪，孰轻孰重以不同的参照系就会得出截然相反的结论。既然行为人实施何种罪行都可以是避重就轻的结果，那么通过教育刑让行为人有意识地规避重罪恰恰从侧面说明了教育刑的弊端，即教育刑以这样的方式教导行为人进行行为选择是无效的，希望在具体个罪上依靠教育达到避重就轻的预防是徒劳的，甚至在某种意义上，这种引导不是在扼止行为人的犯罪意图，而是在助长行为人的主观恶性。

## 2. 教育刑以教育作为刑罚的目的存在方向上的失误

刑罚目的理论是整个刑罚理论体系的基石，贯穿于整个国家的刑事立法、司法审判和行刑三个阶段，犹如人体内的中枢神经，高屋建瓴地发挥着指挥作用。确立得当，可使国家的刑事立法、司法审判和行刑配合默契、协调运作；反之，则可使国家的刑事活动各行其是，使刑罚理论大厦建立在泥淖之中，危机重重。在此，笔者把刑罚目的分为存在论与价值论两个层面。存在论意义上的刑罚目的，是就刑罚在什么条件下发动而言的。从罪刑关系角度分析，刑罚的发动只能呈被动应对式的介入，即先有犯罪行为而后才有刑罚，即我们常说的“因为有犯罪所以有刑罚”，颠倒这一基本关系不仅不合常态逻辑，而且还将导致刑事程序的贬值以及人权价值的沦丧。因此，存在论的刑罚目的必须围绕犯罪来确立，报应刑是其应有之义。在价值论意义上，刑罚的视线必须触及犯罪背后更深的追求，惩罚犯罪是为了不罚、少罚、“刑期于无刑”，即我们常说的“为了没有犯罪所以有刑罚”。“刑罚的目的仅仅在于：阻止罪犯再重新犯罪侵害公民，并规诫其他人不要重蹈覆辙。”<sup>〔35〕</sup>就此而论，预防犯罪就是价值论上刑罚目的的应有之义。笔者认为，就预防论中的特殊预防而言，事实告诉我们现阶段不要对它存有太大的幻想。简要的一点也是至为关键的一点是：由于犯罪的个人原因与社会因素的掺合，对于身处人造社会（监狱）之下的所谓特殊预防措施而言，即使有完善的测评系统表明行为人已经改恶从善、回归主流社会，然而时空

〔34〕 前引〔8〕，边沁书，第227页以下。

〔35〕 前引〔3〕，贝卡利亚书，第49页。

转换之后,服刑人要从人造社会(监狱)顺利过渡到常态的社会关系圈中,原有的教育效果依靠什么来巩固和维系终究是一个无法攻克的难题。因而,遵照存在论先于价值论的逻辑思路,笔者认为,在刑罚目的价值体系之中有一个内在的位阶关系,即报应——一般预防——特殊预防。<sup>[36]</sup>这一兼顾了报应、一般预防和特殊预防的刑罚目的论既有制约又有互动:制约体现在,一般预防和特殊预防要受制于报应的原则性要求,特殊预防要受制于报应和一般预防的原则性要求,位阶关系中的任何后者都不能为了自己价值的最大化而不顾前者对自己的限制;互动体现在,一般预防和特殊预防是报应之后目的性的进一步要求,正是通过对报应刑的不断修正,预防论使得刑罚的适用逐渐趋于价值平衡的理想状态。但是,无论是制约还是互动,一般预防与特殊预防都必须在报应的框架内才能有所作为。原因在于,公正制约效益、手段限制目的作为常识性存在,是刑罚实践目的性追求必须遵循的准则,否则,超脱这一关系束缚,最终必将既失之于公正也失之于功利。毕竟,报应是基于公正观念而生的对刑罚的正当性要求,预防是基于效益观念而生的对刑罚的正当性要求;单纯的预防因为使刑罚具有一定的目的性价值而是正当的,但又因使刑罚不具有公正性而是不正当的,只有将报应作为限制功利的手段,才能使刑罚既因为是公正的而具有预防犯罪的手段正当性,又因为具有正当的目的而是正当的。<sup>[37]</sup>报应是一般预防与特殊预防不可逾越的屏障,若不其然,单独的一般预防必将因为强调刑法的社会防卫机能而法外施刑导致重刑化,单独的特殊预防则将无视报应的要求而缺失公正。在报应——预防(包括一般预防和特殊预防)的位阶被厘清之后,一般预防与特殊预防的层级关系将更为明了:既然预防论都是基于功利价值被阐释的,那么扼止多数人犯罪的一般预防论,较之防范具体行为人再次犯罪的特殊预防论,从“最大多数人的最大幸福”的功利价值上进行比较和权衡,显然是更加优越的。因此,通过上述分析,刑罚目的的位阶已经清楚地表明,预防必须受制于报应,特殊预防必须受制于一般预防,这是刑罚公正与功利价值的辩证要求。

教育刑难以等同于公认的刑罚目的的任何话语,这种语义上的转换虽然可以代表一种目的观的新思路,但是数典忘祖的另辟蹊径已与刑罚本身背道而驰了。存在论意义上的刑罚目的注重报应,以回顾过去、留意已然之罪为己任,教育目的论以前瞻未来、注视未然之罪、防卫社会为宗旨。前者的“顺理成章”与后者的“曲径通幽”形成鲜明的对比。一般预防的任务是宽慰被害人、防范不稳定分子和一般民众,虽然与教育观的方向一致(前瞻未来),但是行为对象的差异注定了二者只可能是平行线的上下支,相似而永不相交。不可否认,教育目的观与特殊预防论存在天然的姻亲关系,表面上似乎可与特殊预防论相互等置,其实不然:尽管教育刑可归之于特殊预防的手段之列,但特殊预防并不仅仅限于教育刑,这种关系说明教育刑只能充当特殊预防的分支发挥有限的作用。既然教育刑尚且要寄居于特殊预防之中,而特殊预防又位居刑罚目的层次之末,那么遵照刑罚目的的报应——一般预防——特殊预防的整体位阶关系,可以十分清楚地得出结论:教育刑根本不是刑罚目的的全部内容,教育刑也根本无法担当刑罚目的的重任。试想,特殊预防在刑罚目的位阶中尚且处于弱势,寄其篱下的教育刑又如何能够越过一般预防与报应主义而在刑罚目的中独当一面?并且,教育手段的多样性与个别化要求,通过刑罚实践将不自觉地改变犯罪三要素(社会危害性、应受刑罚惩罚性、刑事违法性)和犯罪的本质特性,会相当程度地软化刑罚的必然性、刑罚的等价性、刑罚的惩罚性和统一性规定。<sup>[38]</sup>

[36] 关于刑罚目的的层次性,韩轶教授在其博士论文中有深入论述,他把刑罚目的视为一个完整的整体,统揽三个层次:公正惩罚犯罪、有效预防犯罪、最大限度地保护法益。参见韩轶:《刑罚目的的建构与实现》,中国人民公安大学出版社2004年版,第78页。

[37] 参见邱兴隆:《关于惩罚的哲学——刑罚根据论》,法律出版社2000年版,第299页。

[38] 参见邱兴隆:《刑罚理性评论——刑罚的正当性反思》,中国政法大学出版社1999年版,第635页。

### 3. 教育刑以教育为中心的刑罚主线难以贯穿始终

前述内容是对教育刑静态层面的剖析,动态层面如何是实践层面必须查探清楚的;动静两个层面是分析教育刑必不可少的一体二面,完整的表述构成反思教育刑的全貌。教育刑要求从教育始,到教育终,以教育温馨可人的亲和面目,通过教育的精神渗透力,感召落入歧途的犯罪人,让他们在教育中忏悔,在忏悔中知罪,在知罪中远离犯罪。确实,教育如果能够在洗去他们污浊的双手的同时,也涤荡和洗刷他们的灵魂,那将是一个多么令人向往的情景!然而,对其结果梦寐以求的畅想,一不小心就跳跃式地步入了思维的藩篱之中。这里有两个问题:教育刑如何始?教育刑如何终?

在教育刑的现实操作层面,为着教育刑的顺利施展配置一般的教学设备,单就刑罚资源排挤性的障碍而论,这一问题似乎总有解决之道。可是,抛开物质条件和硬件要求,就教育刑如何始的宏观设计,无法回避地会遭遇以下难题:(1)教育刑主体的适格问题如何解决?即施教者为谁,是犯人还是专家?从我国现实情况来看,依靠犯人管教犯人是普遍存在的事实,如果把教育主体确定为犯罪行为人,那么与受教对象无地位差异的施教主体如何获得受教人的心理认同从而育人服众(其他行刑人)?如果是专家,采用集体教育方式不免有走过场之虞,而采用一对一的教育方式,面对庞大的犯罪群体又如何现实地配置资源以满足不断高涨的犯罪人群的需求?(2)教育内容为何,教学计划如何安排?面对参差不齐的受教人群,以及受个性特征、教育背景和受教环境等差异的制约,在现实中并不存在一种横向的可以一体遵行的现成教育方案。然而,教育的基本原则是因人施教,教育刑必不可少地要求现今的行刑实践从僵硬到灵活的转变,而这无疑是一种难以应对的挑战。(3)受教对象如何分类?标准何在?现行的分押制度是出于监管秩序的需要而设置的,如果不按照教育的原则要求加以变革,教育刑如何顺利展开?(4)如何解决主流文化与监狱亚文化之间的冲突?这种抵触与碰撞不仅是对监管环境的破坏,也是教育刑面临的最大障碍,拿不出行之有效的解决问题的办法,必将阻滞教育刑的顺利施展,并对前期效果的维系带来毁灭性的颠覆。<sup>[39]</sup>

就教育刑如何终的问题,笔者的疑问主要有:(1)教育刑的绩效如何测定?以什么标准认定行为人通过教育刑已经达到了改恶从善、不致再犯的效果?(2)如何解决教育刑与不定期刑、罪刑法定、罪刑均衡的关系?涉及刑法基本原则的这些问题是必须直接面对的,绕开这些原则性的刑法范畴不是解决问题的根本之道,回避锋芒和掩盖矛盾对固守教育刑的根基于事无补。(3)刑期已满与受教对象回归社会的认定发生冲突时,以何者为准,如何调适?如果受刑人的刑期已经服完,如何面对教育的绩效评定尚未达到预设标准的具体情形?(4)如何解决行为人受特定利益驱使而故意迎合教育评定系统的虚假情形?是按照绩效标准的符合情况减少刑期,还是以行为人故意迎合行为所表征出来的主观恶性延长刑期?(5)教育刑与保安处分有何内在关联,在我国保安处分尚未建立的现阶段,教育刑的倡导究竟是一种契机还是现实的难题所在?(6)如果行为人始终达不到教育评定系统的标准,如何处置行为人?释放行为人会违背教育刑的绩效评定标准,

[39] 我国台湾学者认为,“教化受刑人,应本着仁爱之观念与同情之心理,了解其个别情况与需要,予以适当之矫正与辅导。其目的在于增强受刑人之自尊与内省其行为,并助其控制自己与改善人际关系,激发受刑人良知良能,培养其崇法精神,促进其变化气质,重建完整人格,使其成为一健全国民。为使监狱教化发挥其功能,应遵守下列原则:(1)避免集体教化,采用个别教导。(2)避免依循一成不变之老套计划与例行之常规。(3)认识受刑人教育乃是一种成人教育。(4)监狱教育社会化,因此设计课程应广泛,且能适用受刑人之需要。(5)教化内容应引起受刑人之兴趣,乐意接受教化,不宜施以强迫。(6)教化之成功,必事先分析在监受刑人。”许福生:《刑事政策学》,中国民主法制出版社2006年版,第335页。根据上述列举出来的原则,我们可以略为思考一下,如果要真正按照教育刑的要求行事,那么在现今社会现实中上述任何一个原则都尚难符合的情况下,又如何满足全部条件?在常态的学校教育尚无法做到的情况下,教育刑要想在高墙院网中实现这些标准又谈何容易?

延长关押又显然不符合刑事判决的确定性和罪刑法定原则的明确性要求。<sup>〔40〕</sup> 笔者提出上述问题,不是要留下什么悬念,实际上,即使刑事司法发展到今天,教育刑对上述困惑仍然无法给出圆满的回答。因此,这些瓶颈性问题集中地说明了一点,即教育刑以教育为中心的刑罚主线难以贯穿始终。

#### 4. 教育的异质性与刑罚难以契合

教育刑力主把教育的要素纳入行刑过程的始终,在刑罚实践中遵照教育规律行事,把犯罪人的思想改造、精神治疗、行为矫正等委之于常规形态下的教育。就此来说,教育刑主导的教育内容的实质成份是教化而非惩罚,教育刑只不过借助“教育万能”的先入为主意识,侵占了本应属于传统刑罚的领域。孟德斯鸠鲜明地指出,“有两种腐化,一种是由于人民不遵守法律,另一种是人民被法律腐化了。被法律腐化是一种无可救药的弊端,因为这个弊端就存在矫正方法本身中。”<sup>〔41〕</sup> 我们知道,教育和刑罚是两种性质不同的人类实践活动,赋有理性的教育活动与刑罚本质上的强制存在根本冲突,二者在应用的对象、追求的目标和实现的条件方面都有着自身的规定性。<sup>〔42〕</sup> 这种自身的规定性是彼此特质所在,是维系二者自身整个体系的血脉,面对任何异己力量的介入,其固守自我的本性都将予以抗制,互斥性的结果必将是出现排异现象。问题在于,社会现象的排异并不给人直观的体验和真切的感受,正是这种隐性特征,导致了教育刑论者把理论困惑和实践困难当作挑战,把步履维艰视作积聚力量的必要代价。教育刑论者对教育刑的“成效”津津乐道,并在教育刑的手段方式上苦心孤诣,在细枝末节上大做文章,而唯独在基础理念上疏于体察,缺乏论证。笔者认为,教育只能作为外在因素或内在功能影响刑罚的顺利实施,积极地对刑罚实现有所推动,唯独不可能取代刑罚,如果教育刑要凭借教育彻底占据传统刑罚的全部领域,那么充其量不过是一场鸠占鹊巢的闹剧而已。亡羊补牢的做法应该是,教育刑的践行者应该在拨云见雾的理论指引下尽早认识到自己的误区所在,尽快调整自己的整体思路和司法活动中的践行方式,以免愈趋愈远以至积重难返。

有人肯定会质疑,教育刑的受教对象受时空的束缚、身心的疲惫、精神的压力、自由的受限等等这些特征,不正说明教育刑的本质仍在于惩罚,教育与刑罚又何来难容彼此的排异现象?就此,笔者认为我们应该注意以下两点:其一,如果承认教育刑的本质在于惩罚,那么感化受刑人思想的教育又岂能与惩罚其身体的刑罚同日而语,毕竟前者的着力点在于行为人的思想,而后者却着眼于行为人的的人身自由,因此,作用力方式上的不同决定了二者的根本差异。何况,姑且承认上述论点,但是当我们把思绪拉回到前面已阐明的教育刑的三要素上,两相对照就会发现,对于教育刑把教育视为刑罚本质与目的的内容要素,教育刑论者难以自圆其说。毕竟,教育刑的教育本质与教育刑的刑罚惩罚形式并没有任何调和的余地,要求两者兼顾却又互斥互排的非相容性导致的最终结果只能是一个非驴非马的异物而已。如果教育刑真的一方面期许借助教育来彻底改造犯罪人,另一方面还要在刑罚的框架内进行有效操作,那么可以看出,欠缺原则性立场本身就说明了教育刑论难以遮蔽的理论缺憾。既然行为人的过错在于其行为损害了刑法保护的法益,刑罚调整的是行为人的行为而非思想,那么如果仍然坚持认为教育刑的本质在于惩罚,惩罚的基础也应该只是其危害法益的行为,为何又要虚张声势地假借教育的手段折磨行为人的思想?其二,承认教育刑的本质在于惩罚,其根据是从教育的需要出发,反推刑罚惩罚手段与教育目的的关

〔40〕 抱歉的是,笔者在此提出了众多问题,却没有给出只言片语的答案。理论是行动的先导,欠缺正确的理论就无法达成正确的实践。由于教育刑缺乏科学的内在合理根据,注定了其在践行中危机重重。仅仅局限于单方面的补救同样无济于事,难以化解的各方冲突显现的反倒是其捉襟见肘的窘境。由于缺乏稳妥的理论根基,注定了教育刑的困境无法通过零碎的修修补补得到根本改善。因此,不给出问题的答案,是笔者认为迄今为止尚没有正确的答案。

〔41〕 [法] 孟德斯鸠:《论法的精神》上册,张雁深译,商务印书馆2005年版,第102页。

〔42〕 前引〔9〕,郭明书,第145页。

系，这在主观上是为了突出教育改造在行刑中的作用。然而，就罪犯的教育改造而言，刑罚实际上是它所不能选择的前提。一个非常明显的事实是，刑罚必须对应犯罪行为的应受惩罚性，刑罚根本不是为了教育而存在，教育也不是在刑罚之下才能生存，否则刑罚与教育就根本没有必要分成两个领域，也没有必要采用两套不同的运作方式。如果过多强调教育前提下的刑罚惩罚，惩罚与教育两种结构因素的潜在冲突就可能导致刑罚本性与行刑功能的实际分裂。<sup>〔43〕</sup>教育刑论者没有清楚认识到教育原本是什么，也不清楚刑罚是什么，他们既强调受刑者的人权及作为人的尊严，又追求符合预防犯罪目的的犯罪对策，二者明显形成了二律背反的紧张关系，这种寄求于歪打正着的良愿注定只是背离刑罚实质的乌托邦而已。

### 三、诘问与澄清：教育刑在我国两个疑惑的排解

教育刑理论上的困惑是不分国界的，就理论的共通性而言，似乎已无必要在此画蛇添足。但是思绪牵牵绕绕走得太远，就极易忘了自己周遭的事情。当把目光收回予以内省时，有两个疑惑是笔者不能回避的：其一，我国的传统文化难道不是教育刑成长的天然温床？拥有几千年中华悠久历史传统和优良道德素养的培育，有着孔孟之道的“尚儒追求”、“兼爱、仁政”的宽广胸襟、“德主刑辅，明刑弼教”的政治宣言、以“礼刑”为国粹的中国传统文化的支撑，教育刑在我国的优势可谓深厚绵延，为何笔者要熟视无睹这一本土文化事实而对教育刑理论另眼相待？在中国传统文化的滋润下，这些积极因素难道不能让教育刑有别于教育刑的一般困惑而在中国风骚独领？其二，受刑罚轻缓化潮流的牵引和宽严相济刑事政策的影响，对未成年人“教育为主，惩罚为辅”的事实难道不是教育刑最好的明证吗？鲜明的生活事实不是已经切切实实地感受着教育刑带来的恩泽吗？为何要对落入现实的“教育刑”所取得的“成效”视而不见？

#### （一）礼的传统不是教育刑的理论根基

确实，我国有悠久的礼的传统，这一建立于血亲关系之上的包罗万象的行为规则体系，自上而下地波及世俗生活的各个角落。然而，儒家所宣扬的礼教精神都是服务于政治结构需要的，由于它自身的性质，与其说礼不可能注重个人，勿宁说它是否定个人的。由于“人的位置也只能在亲疏贵贱的等级序列中确定。因此，要求于每一个人的，首先是对于社会（可以是家族，也可以是国家）的各种义务，它主要表现为要求与禁忌，缺少的，正是权利赋予人‘能为’的东西。”<sup>〔44〕</sup>所谓礼刑关系，可以简化为“刑不上大夫，礼不下庶人”、“礼之所去，刑之所取”，正因为如此，“德主刑辅”、“明刑弼教”在实质上化为了统治者安抚百姓和稳定人心的口号，标榜政绩的意味甚浓，而与“兴百姓苦，亡百姓苦”的广大民众的切身利益干系甚微。

有学者认为，“在中国古代刑罚制度由肉刑向徒刑的发展沿革中，也包括着建立教育刑制度。”<sup>〔45〕</sup>笔者对此不以为然。因为纵观中国刑罚制度史就可以明确地看出，专制社会中生命刑、身体刑比自由刑在体系上更加成熟，在适用上更加广泛，并且法外滥用生命刑、身体刑更是比比皆是，在中国古代刑罚体系中徒刑（自由刑）远不是主流。<sup>〔46〕</sup>因此在非主流的自由刑条件下，教育刑缺乏依附的载体，难以有实质的用武之地，这就注定了教育刑难以有成长的空间。尽管封建统治者提出了“德主刑辅”、“明刑弼教”的口号，但是，笔者认为，“德主刑辅”、“明刑弼教”在专制制度的社会结构下并没有多少于个人而言的权利享有，“德主刑辅”的“德”是统治阶层

〔43〕 参见王利荣：《行刑法律机能研究》，法律出版社2001年版，第170页。

〔44〕 梁治平：《法辨》，中国政法大学出版社2002年版，第148页。

〔45〕 [日]西田太郎：《中国刑法史研究》，段秋关译，北京大学出版社1985年版，第203页。

〔46〕 参见周密：《中国刑法史纲》，北京大学出版社1998年版，第442页。

自身的以德服人（民众），是稳固专制政治所需要的凭借。正所谓，“政者，正也。子帅以正，孰敢不正？”〔47〕“政者，正也。君为正，则百姓从政矣。君之所为，百姓之所从也。君所不为，百姓何从？”〔48〕“其身正，不令而行；其身不正，虽令不从。”〔49〕而“刑”，主要是针对“愚顽不化”的百姓的，是礼治教化的主要工具。在形而下的层面，实际的情形不是以德统刑，而是以刑统德，即通过重刑威严来强调三纲五常、礼仪教化，把本属于道德治理的精神范畴强行纳入刑罚之中，以达到安抚民心、天下大治的局面。“明刑弼教”充其量也不过是“弼教于重刑”，通过生命刑或肉刑的痛苦来威慑受刑人与一般民众。这就是所言的“吾以是明仁义爱惠之不足用，而严刑重罚之可以治国也。”〔50〕因此，即使有人认为其中或多或少含有教育的成份，也是礼和刑交互进行的“奴化教育”，与教育刑的实质与目的相去甚远。

从中国法律史来看，刑罚的酷烈和繁多不仅在夏商周三代，即使在整个中国古代法中也是一个显著的特点。正如学者所言，肉刑在古代刑罚体系中历来占有主导地位，徒刑相对五刑而言呈萎缩之态。〔51〕然而，令人吃惊的是，这种野蛮残酷竟然与四千年的文明共存，与古代发达的道德哲学并行不悖。〔52〕笔者认为，其中的原因在于，统治者奉行的是政教合一的治国方略，道德法律化现象相当明显。道德哲学作为刑的基础信念，“原心论罪”而不“原心教化”。在注重安全而不注重自由的价值取向下，刑法极力强调“入罪”功能而淡化“出罪”机制，强调刑罚的威慑力、重刑化而疏忽刑罚的教育成份。这样，就必然不仅要扩大刑罚的适用范围也要大大加强刑罚受处的力度。

何况，儒家道义也并不是一成不变的。荀子言：“不教而诛，则刑繁而邪不胜；教而不诛，则奸民不惩”。〔53〕“杀人者不死，而伤人者不刑，是谓惠暴而宽贼也，非恶恶也。”〔54〕荀悦在此基础上进一步扭转了“德主刑辅”的根本原则，旗帜鲜明地提倡“德刑并行”。他认为，“夫德刑并行，天地常道也，先王之道，上教化而下刑法，右文德而左武功，此其义也。”〔55〕由此可见，儒礼精神随着时代的演进而逐步走上了一条“明儒暗法”、“内法外儒”的道路。〔56〕因此，笔者认为，虽然礼教在历史的长河中不断积淀并有所变迁，但是作为治国方略，在法治的意义上，它无法在民主政治中占有一席之地；寄望于国家强制力把它自上而下地贯通于刑罚适用全过程，显然又违背了礼的本意而难有实质性作为。

## （二）对未成年人的特殊保护无法辅证教育刑的合理性

之所以会出现第二个疑惑，源于人们对现实的感悟。当教育刑论者心中完全被教育刑所盘踞时，其眼中闪现的也全然都是教育刑了。在这里，未加思索的结果要么是倒果为因，要么是把部分视为了全部，更荒唐的是把外部的间接联系当成了教育刑合理化的实质证据。刑罚轻缓化与轻重的刑事政策，直接推动了刑罚个别化的出现，并通过个别化处遇措施的施行促生了教育刑。因此，在因果关系的顺序链上，教育刑并不是因，刑罚轻缓化潮流与轻重的刑事政策也不是果，前述二者根本不是教育刑强力推动的结果。如果真正要从因果链条上把二者扯上关系，现下所言的教育刑只不过是源自其基本理念的部分衍生物而已。如果说生命刑——身体刑——自

〔47〕《论语·颜渊》

〔48〕《礼记·哀公问》

〔49〕《论语·子路》

〔50〕《韩非子·奸劫弑臣》

〔51〕参见高绍先：《中国刑法史精要》，法律出版社2001年版，第410页以下。

〔52〕参见前引〔44〕，梁治平书，第88页。

〔53〕《荀子·富国》

〔54〕《荀子·正论》

〔55〕《后汉书·荀悦传》

〔56〕参见前引〔51〕，高绍先书，第444页。

由刑的演进代表了刑罚进化的历史，而刑罚轻缓化的意义也在此的话，这一世界各国莫不如此的客观现象说明教育刑的有无在此演进过程中无足轻重。因为，这一演进的中间环节“生命刑——身体刑”无可非议地代表了刑罚的轻缓化，但是由于欠缺自由刑的行刑环境，连坚定不移的教育刑论者也不会赞同在这一演进过程中蕴含有一丝一毫教育刑的影子。最明显的道理也在于此，刑罚演进是随着社会环境渐进推行的过程，是综合多种因素的产物，它无法直接为教育刑注入新鲜血液，教育刑更不能直接借助刑罚之外的教育来促动整个刑罚体系的进化。撇开刑罚演进史的宏观角度，在现实意义上，刑罚轻缓化和轻轻重重刑事政策与具体行为人的切身利益密切相关，如禁止类推、禁止重法溯及既往、排斥习惯法、排斥绝对不定期刑、有利被告原则、前科消灭制度、非犯罪化、非监禁刑等等都是其明确内涵所在。然而，这实际上也极大程度地只涉及对行为人的定罪与量刑，而与教育刑的功能发挥无涉。这说明了，教育刑不能把刑罚轻缓化的潮流以及刑事政策对定罪与量刑的民主化效果强加在自己的功劳簿上。

针对未成年人“教育为主，惩罚为辅”的刑事政策，同样不是教育刑理论辉映的结果显现，以此作为教育刑现实根基的佐证并不恰当。对此，笔者在此提出以下几点以作澄清：其一，以主辅次序把“教育”与“惩罚”分而置之，这与教育刑要求教育与刑罚应该浑然一体的原则明显相悖。按照教育刑以教育为刑罚本质和目的的原则性要求，极力张扬教育的强势地位实际上将彻底掩盖刑罚的本来面目，那么在此基础上，“惩罚为辅”又何以有容身之所？并且，这种主辅次序的划分从侧面说明的正是教育刑本身内在教育的有限意义而非全部，如果承认此点，这显然又与教育刑的实质内涵明显不符。其二，就未成年人的特殊性而言，教育刑的外延缺乏周延性，并且也不符合教育刑三要素的旨意。在教育刑内涵的界定上已经清楚地表明，教育刑对主体范围并没有作特殊的限制，何况，从目前实践层面来看，教育刑的触及面并不以未成年人为已足，而是寄求于通过教育刑理念的扩张而覆盖行刑实践的全体。因此，以未成年人作为自己的防护盾牌暴露的反而是自己更多的软肋。其三，对未成年人“教育为主，惩罚为辅”的原则，虽然程度上主次有别，但是在作用方式上是由惩罚外在的行为而深及行为人的思想——由外而内；与之相反，教育刑由思想（改造）而及行为人的外在行为——由内而外。由此可以清楚地看到，二者在作用力的方向上存在根本差异。所以，尽管对未成年人的“教育为主，惩罚为辅”很大程度上突出了教育的功能，可是它与教育刑并不能形成相互印证关系，以此作为辩护理由明显不能成立。其四，如果严格按照教育刑的思路对未成年犯的刑事归责进行操作，教育与刑罚惩罚的界限就会变得异常模糊，并且对未成年人的保护性教育很可能会演化为苛厉重刑。因为，教育刑论者主张刑罚的轻重应以犯罪人的性格、主观恶性或人身危险性的强弱为根据，这样，对轻微的客观危害行为就有了适用重刑的可能。李斯特特别举例说明，“德国普鲁森地方司法省曾命令法官，对于少年被告事件，所处自由刑较成年者为长，因为根据少年的心理特征，与其处以短期自由刑，不若处以长期自由刑有利。……这样做的根据不是因为少年实施的犯罪行为较成年为重，而是少年行为者因行为表征的意向有注意的必要。实际上就是因为要使刑罚在行为者方面发生作用，达到实施感化教育的目的。”<sup>〔57〕</sup>很显然，教育刑论者一方面强调对未成年人的保护性原则，在刑罚适用上体现从宽精神，而另一方面却以未成年人心理不成熟需要着重教育为由延长刑期，这样，原本的保护初衷很自然地就滑入重刑。由此可见，在理论标准上，教育刑论者对未成年人采用何种处遇原则是混乱的；在实践操作上，教育刑又极可能彻底颠倒对未成年人“教育为主，惩罚为辅”的主辅关系。因此，上述理论与实践层面的双重困惑注定了只是虚张声势而已。

可以说，对未成年人“教育为主，惩罚为辅”很大程度上是以不足量的惩罚（我国刑法第17条第3款明确规定，已满十四周岁不满十八周岁的人犯罪，应当从轻或者减轻处罚）来达到教育

〔57〕 马克昌：《近代西方刑法学说史略》，中国检察出版社2004年版，第214页。

未成年人的最大效果，否定刑罚而极力推崇教育的手段性意义并不明显。对未成年人的任何保护性处罚措施，都是源于未成年人较之于成年人的特殊性，正是这一特殊性使得刑罚在未成年人刑事法律中刻意收敛，从而也使得常态下的刑罚功能有所减损。这就可以得出一个结论：对未成年人的保护性措施，不是教育刑的作用使然，更非教育刑的现实佐证。

#### 四、走出迷途：刑罚的教育功能与教育刑的关系厘定

刑罚的功能是指国家创制、适用与执行刑罚所可能产生的积极的社会作用。<sup>〔58〕</sup> 刑罚的功能是伴随着刑罚在刑事实践活动中的具体适用而呈现的，其功能性发挥与呈现的动态过程相伴随。“如果说，刑罚的内在属性是惩罚与谴责，刑罚的功能应当是刑罚的内在属性在其运动中的外在表现，是刑罚内在属性的外化。”<sup>〔59〕</sup> 由于刑罚的运作模式不是单向和封闭的，加上人的心理受外在物理强制（刑罚）必然会有不同心理反应，刑罚外化的功能就有多元性。学界较为一致地认为，刑罚有剥夺、矫正、感化、教育、威慑、补偿、安抚、鼓励等功能。<sup>〔60〕</sup> 那么，刑罚的教育功能与刑法的教育功能区别何在？刑罚的教育功能是如何展开的呢？教育刑与刑罚教育功能的关系如何释清？

刑法的功能，也称刑法的机能，是指刑法在其运行过程产生的功效和作用。<sup>〔61〕</sup> 宽泛地讲，刑法功能是刑法本身所可能具有的在国家创制、适用、执行及其他一切与刑法有关的活动过程中所发挥出来的，对于全体公众的积极作用与影响。<sup>〔62〕</sup> 在规范学上，刑法的教育功能主要通过命令规范和意思决定规范来发挥作用。刑罚的教育功能与刑法规范的指引、预测、评价机能无关，如果行为人按照刑法规范的指引、预测、评价行事，所有的行为都将处于正常的行为范式之内，无所谓刑罚，更无所谓刑罚的教育功能。在法规范意义上，刑法的运行过程只局限于刑法法规的废除、创制、修改、宣传、解释等活动，而不涉及具体的刑事程序和诉讼参与人，因此这一特定意义上的运行过程使得刑法的教育功能具有同样的特性。与之相反，刑罚的教育功能必须与具体的犯罪人紧密相连，必须与具体的刑事审判程序和诉讼过程不可分割。由刑法对人们行为控制的间接性所决定，刑法的教育功能不可能直接加功于特定行为人的行为之上，只有借助刑罚和刑罚的教育功能才能最终影响具体行为人的主观心理，从而规制他们的行为。因此，二者的根本区别在于刑法的教育功能是观念形态的，而刑罚的教育功能是现实形态的。刑法的教育功能要向刑罚的教育功能转变，就必须由静态层面转入动态层面，必须从观念形态向现实形态纵向深化。

刑罚教育功能的展开有时间和主体上的特征。在时间上，对具体的刑事被告人，刑罚的教育功能以刑事审判的结束或刑事判决的生效为开始的标志，在行刑期间得以强化：通过应当承受的刑罚惩罚，受刑人认识自己危害行为的性质，反省自己行为的恶性，谴责自己内心的不良动因。

〔58〕 参见邱兴隆、许章润：《刑罚学》，中国政法大学出版社1999年版，第63页。

〔59〕 陈兴良：《本体刑法学》，商务印书馆2003年版，第630页。

〔60〕 有学者认为，刑罚功能包括横向和纵向两个层面，横向功能又包括对犯罪人的功能、对潜在犯罪人的功能、对受害人的功能和一般守法者的功能，纵向功能包括制刑功能、量刑功能和行刑功能。参见邱兴隆：《撩开刑罚的面纱——刑罚功能论》，《法学研究》1998年第6期。论者没有区分刑法功能与刑罚功能，导致了把本属于刑法功能的一部分划进了刑罚功能之中。但是我们仍然可以从横纵层次的论述中看出，教育功能只是刑罚功能的一部分“次生性功能”，它无论如何都不是刑罚功能的全部，也不是其中最重要的一部分。关于教育改造在行刑法律机能中的地位，我国有学者已经明确指出，教育改造在行刑法律机能层面只能低于“以恶制恶”，教育改造在自由刑的执行中只能处于次生法律机能的地位。参见前引〔43〕，王利荣书，第158页以下。

〔61〕 参见前引〔59〕，陈兴良书，第37页。

〔62〕 参见储槐植、宗建文：《刑法机制》，法律出版社2004年版，第28页。

对相当长时间内未犯罪的受刑人来说,刑罚的教育功能没有明显的结束标志,未犯罪的事实说明刑罚正在潜在地发挥作用,刑罚的教育功能收到了比较好的预期效果。但是,如果行为人再犯罪,再次犯罪的事实说明上次刑罚的教育功能对行为人未达效果,需要新的刑罚对行为人予以再次责难,刑罚的教育功能必须重新展开。对潜在的犯罪行为人(包括有报复倾向的被害人及其亲属)而言,刑罚的教育功能以具体犯罪人的受刑时间作为开始的标志。如果潜在犯罪行为人对客观对象实施犯罪行为,原来的刑罚教育功能因为潜在犯罪分子实施犯罪而结束,并以针对自己的刑事审判程序的结束或判决的生效再次启动刑罚的教育功能。对一般民众而言,以具体犯罪人的受刑时间为起点,通过外在的刑罚活动使他们对自已的行为有所预测与评价,刑罚的教育功能因此得以展开,但是刑罚的教育功能并无明显的结束迹象,并且一般民众可以通过自己感触到的受刑人事例不断强化刑罚的教育功能。<sup>[63]</sup>由此可见,刑罚的教育功能是一个动态的运行过程,是以具体受刑人为中心辐射的,如果没有具体受刑对象的存在和具体刑事程序的开始,刑罚的教育功能只能凭借观念形态的刑法教育功能对抽象行为人发生作用,刑罚的教育功能就只能处于静止状态而无法自行展开。并且,刑罚的教育功能又是非封闭性的,在其展开过程中它必然随着主体和时间(在具体行为人所处的一定社会环境内)周而复始地不断运行,并在其能够影响的范围内释放功能和能量,从而或显或隐地改变具体行为人的主观内容和行为方式。

刑罚的教育功能通过现实形态的刑罚运转而展开,在时间的起点上各主体并无二致,但是在刑罚教育功能展开的运作方式上各主体并不划一。对具体的犯罪人,刑罚的现实存在就是对行为人自身的谴责和对其行为的否定评价,同时以物理强制作用施加于身,通过生理上可感知的痛苦反作用于行为人的心理,进而使其对自己行为的性质、刑法保护法益的态度、规范约束力、司法机关的立场、自己的价值取向有所鉴别。<sup>[64]</sup>这一鉴别过程自始至终都是“己—己”的,是通过自己的刑事审判过程和现实的刑罚惩罚进行的自我教化,对此,笔者把这种运作模式称之为“内省性方式”。当然,“内省性方式”并不局限于受刑人单纯的自觉行为,由于受刑活动中参与的心理专家、教育专家、精神病医学家等等都是作为整个行刑环境的一部分而影响受刑人的,因而他们采取的“治疗”和“感化”措施对刑罚的教育功能可以产生积极的推动作用。与之相反,对潜在的犯罪行为和一般民众而言,刑罚教育功能的运作方式是“人—己”的,它需要借助其他犯罪人的犯罪事例和惩罚事实才能影响潜在犯罪行为人的认识因素和意志因素,对此,笔者把这种运作模式称之为“外发性方式”。“外发性方式”的性质决定了,外在的力量愈强对内的触动就愈大,刑罚愈公正刑罚的教育效果就愈好。然而,教育刑论者采用的各种非刑罚措施,由于撇开了刑罚的本质要素,贬抑了刑罚的公正价值,弱化了刑罚的外在力量,从而使得“外发性”的教育功能效果大打折扣。如此,对否定规范(刑法规范)的人采用非刑罚措施,就在相当程度上减弱了规范否定的效果,动摇了潜在犯罪人与一般民众坚守规范认同与强化守法规范的意识。

刑罚的教育功能必须通过刑罚具体活动的过程来展开,脱离了具体的刑罚实践,刑罚的教育功能根本不可能实现。在这一过程中,现实的受刑人所受的刑罚是整个刑罚教育功能展开的中心,并逐渐影响到其他主体。刑罚要把教育功能发挥到最佳状态,必然要注重刑罚的必然性、及时性和刑罚的强度。刑罚的必然性是犯罪与刑罚之间的因果关联,是行为人实施危害社会的行为之后所应负担的责任后果,是国家谴责其行为的一种可能性,只有这种可能性近于一种必然因果

[63] 为何以上述标准来划分时间点,同样是基于刑法教育功能与刑罚教育功能的差异性原则进行的界分,即观念刑罚向现实刑罚的转换是刑罚教育功能展开的原点。

[64] 有学者认为,鉴别的实质就是教育功能。参见前引[59],陈兴良书,第635页。在相当程度上这无疑是对的,因为鉴别过程就是明是非、辨真假、知善恶的过程。

关系的时候,一旦行为人产生犯罪动机和犯罪目的的萌芽,才能把自己即将实施的行为及时地与刑罚的惩罚后果现实地对接,扼止自己进一步步入深渊。刑罚的及时性是对司法机关办案效率的要求,是能不能马上对行为人兑现刑事责任的表现。如果行为人在实施犯罪后的相当一段时间内仍然未能承担刑事责任,应然的刑罚仍然遥不可及,这样一方面行为人因犯罪产生的罪责心理会随着时间的流逝而消散,另一方面行为人通过犯罪所得之物也将被消耗殆尽,即使最终行为人成为刑事处罚的对象,他也会怀着一种淡然的心态来坦然面对“迟到的处罚”,并通过自己深切的感性经验,在利与弊、苦与乐的衡量中精确地算出胜负比率,日后一旦面临合适的犯罪机会,仍然会再次铤而走险实施犯罪。何况,由于“迟到的刑罚”距离现实的犯罪行为太远,刑罚自身的功能无法触及具体对象,刑罚效果无从施展并显现出来,致使刑罚给人一副软弱无力的形象,其外在尊严因此受到贬损。这也使得行为人在犯罪与刑罚处罚的间隔期中拥有足够多的时间为逃避刑事责任做好准备,积极防御应受的刑事责任,这样又使得刑罚的必然性大大降低。当然,强调刑罚的必然性和及时性,对司法机关提出了更高的要求,需要他们在刑事技能操作上完善相应的机制,实现实践运用技能的不断提高与创新。最后,刑罚的力度与刑罚的教育功能同样有着内在关联,因为刑罚教育的背后存在国家强有力的威慑。无论是行为人“己—己”的“内省式教育”,还是刑罚对潜在犯罪行为和一般民众的“人—己”式“外发性教育”,不可否认,外部的压力越大,内部的回应就越显著;外在力量的强度越高,就越能高效强化刑罚的教育功能。但是,要注意的是,在现今社会主流价值多元的时代背景下,重刑主义的威吓已经失去了市场,刑罚的轻重力度应该与时俱进,并随着社会文明进程中的价值观念而相应转移。综上所述,要真正发挥刑罚的教育功能,就应该把刑罚的必然性、及时性和惩罚强度三个方面统一起来,使之能够和谐互动,兼顾公正和功利的价值要求,在刑罚自身合理延伸的基础上进行正当化的拓展与重塑。遗憾的是,由于教育刑偏离了界限范畴,寄望于彻底重构的突发奇想,难免就在根本上忽视了自己的立场所在。

必须指出,对实质三要素构成的绝对教育刑论的否定,并不是回归重刑和酷刑的同义语。刑罚的轻重“本质上是犯罪与社会控制之间的关系在立法者头脑中的主观反映。这种关系的冲突性质的隐显,激化程度的强弱,或者犯罪控制效果如何,或者社会文明程度的高低,都会表现为刑罚轻重的变动。”<sup>[65]</sup>要知道,无论轻刑或重刑都必须以该行为是否应受刑罚惩罚为中轴上下波动,只有达到了应受刑罚惩罚的程度,行为才能进入刑罚的视线之内,才有区别刑罚轻重的必要。由于教育刑论撇开了刑罚的本质要素,脱离了刑罚的轨道,它所主张的已经不是刑罚的轻缓化之路,而是刑罚的异化。否定教育刑,是为了更好地重新定位刑罚的教育功能,只要我们在刑罚的调整范围内合理地重视其教育功能,就必将能够在相当程度上遏止我们的刑事立法和司法实践中的重刑化。再则,否定教育刑并非必然步入酷刑的歧途。酷刑是指过分严厉的、故意施加的、残忍的、不人道或有辱人格的待遇或处罚,但是,按照《囚犯待遇最低限度标准规则》施行合法处罚而引起的、必然产生的或随之而来的痛苦或苦难不在此列。<sup>[66]</sup>何况,承认教育刑并非就能自然而然地对轻缓化的刑罚(非酷刑)产生积极效用。因为刑罚的轻缓是一个历时性的过程,不可能一蹴而就,就现阶段处于社会转型时期的我国而言,一味的轻缓或过度的苛厉都非明智之举。“至于何谓‘严厉’、何谓‘轻缓’,应以本国国情、本国人民群众的物质、精神生活水平以及社会的平均价值观念为标准进行衡量;而且我们应当牢记:刑罚是惩罚,是痛苦,否则它就不是犯罪的法律后果了。”<sup>[67]</sup>笔者认为,我们的刑罚变革不能激情有余而理性不足,不能力求高歌

[65] 白建军:《刑罚轻重的量化分析》,《中国社会科学》2001年第6期。

[66] 参见张燕玲:《联合国预防犯罪领域活动概况及有关文件选编》,法律出版社1985年版,第21页。

[67] 张明楷:《刑法的基本立场》,中国法制出版社2002年版,第377页。

猛进而鄙视缓慢推行；对于现阶段的我国，只要我们在调整刑罚结构的时候，以宽严相济的刑事政策为总的指导方向，注重刑罚教育功能的适当发挥，以刑罚的功利性和人道性原则进行双重制约，那么我们的整个刑罚体系就会不断趋于科学，就有可能渐进性地最终扭转重刑化传统，刑罚的现实适用也会随着社会的演进逐渐步入刑罚轻缓化的世界潮流之中。

行文至此，已经可以清楚地表明教育刑与刑罚教育功能的关系了。教育刑并不否认刑罚的教育功能，正是刑罚教育功能被过分张扬才催生了教育刑。也正是源于此，教育刑论者才犯了根本性的错误：他们忘了，“刑罚总是惩罚犯罪的方法，离开了刑罚的强制，片面强调教育，刑罚就很难发挥其应有的作用。”〔68〕他们也忘了，教育刑的各种措施与刑罚内在的非排解性冲突，以及教育刑的非刑罚措施与最一般正义之间的关系。〔69〕他们更忘了，“通过教育或者通过非教育的措施或者通过其环境的改变最终要通过也威吓其他潜在犯罪人的刑罚来威吓有再犯危险性的犯罪人和实现其社会化。”〔70〕就这样，教育刑与刑罚的教育功能以功能性的教育为共同的出发点，最后却产生了原则性的分歧。〔71〕

## 五、结 语

对教育刑理论的批判性反思，并不代表我们要否定刑罚的教育功能，刑罚作为有效调处社会问题的一种手段，其多元功能的发挥仍然无法遮蔽实践运转中刑罚教育改造犯罪人的积极效果。区别教育刑与刑罚的教育功能，是在刑罚理论和行刑实践中理性审视教育的结果，也是对刑罚正本清源之后更好发挥刑罚教育功能的需要。因此，否定教育刑并不是要否定教育刑论者所做的一切。无论教育刑论者以教育改造刑罚的努力多么不切实际，但是正如“教育的缺陷——也是在较少争论的事例中——可能经常只是一种状态，把它解释为缺陷并不意味着要怀疑整个秩序”。〔72〕刑罚的教育功能是教育刑论者大力推动的结果，从刑罚内核往外围的延伸大大拓展了刑罚的视域。尽管教育刑的基础理念与刑罚的本质和目的并不契合，但是教育刑论者以此为信念所做的实践努力，却极大地促进了刑罚教育功能的展开以及特殊预防的实现。

教育刑与刑罚的教育功能的界限厘清，具有如下意义：其一，有利于明确罪刑关系，使刑量和刑质与犯罪的应受刑罚惩罚性相对应，使行刑实践按照行为人的犯罪行为 and 归责原理有序进行。刑罚作为罪刑关系系统下的实践展开，必须按照行为人征表于外的危害行为进行行为性质的客观认识，并在理性评判之后合理配刑，做到不枉不纵，罚当其罪，达致主观与客观相统一。其二，有利于澄清刑罚本质与刑罚目的，通过排除外界因素的干扰而遵照刑罚的客观规律办事，并在正本清源之后的刑罚理念的指导下使刑罚回归理性。我们的行刑实践理应与刑罚目的的位阶相一致，按照刑罚目的的层次性要求具体构建刑罚实践，使刑罚一方面随着时代发展而有所变迁，同时保持刑罚的内在特质。其三，有利于在刑罚运转过程中通过刑罚的教育功能更好地改造行为

〔68〕 前引〔57〕，马克昌书，第219页。

〔69〕 参见前引〔37〕，邱兴隆书，第245页。

〔70〕 [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9页。

〔71〕 或许教育刑论者对刑罚教育功能的夸张，以及对教育刑理念的大力张扬，根本不是理论上的疏忽所致，而是有意为之——映衬着“求乎其上（教育刑），得乎其中（刑罚的教育功能）”的良苦用心与动机。若果真如此，教育刑和教育刑论者仍然难咎其责，因为真理与歪理之间存在截然有别的界限，绝对不能为了自己的目的诉求而不择手段，混淆视听；并且无论教育刑论者的动机如何，它都导致了在无法得到预期所设的真理道路上吸引了众多不明所以的后继者盲目追随。何况，学术的理性探讨与生活态度的狡黠策略是万不可混为一谈的。

〔72〕 前引〔70〕，雅科布斯书，第30页。

人,体现刑罚人道化、宽容化的精神,摆正监狱在“受刑人教育社会化”过程中的地位。其四,有利于刑罚与宽严相济的刑事政策相呼应,通过刑罚教育功能的实践展开实现宽严相济刑事政策的价值追求。宽严相济刑事政策的提出,不仅是重新调整刑法结构的政策性导向,也是重塑刑罚理念与司法实践的指导性方针,这一“轻轻重重”的刑事政策是刑罚的惩罚性与教育性的统一,刑罚的教育功能是宽严相济刑事政策的具体化与现实化。

---

---

**Abstract:** Promoted by the methodology of natural science and the rationalism of science tool, motivated by constitutionalism, humanitarianism, market economy value, popularization of technology and education, penalty reform, etc., the doctrine of education-oriented penalty comes into being.

As a kind of foundational concept of penalty, the doctrine of education-oriented penalty has its given connotation, that is, education is regarded as the essence and objective of penalty and should be run through the whole process of criminal punishment. However, the existence of the doctrine cannot be equal to its due merit. According to the aforesaid claim, there is lots of insuperable puzzlement in theory.

The doctrine of education-oriented penalty is short of realistic ground all the same in China. One side, the centuries-old ceremony tradition is not its proper soil. Confucian orthodoxy pursues incrimination on the nature of the guilty rather than civilization based on subjective intention, so the criminal law insists on social safety and neglects personal freedom, thinks much of incriminating than out-crimination, pays much attention on deterrence and is remiss of education. On the other hand, the minor's especial protection cannot prove the reasonableness of the doctrine. As far as the theoretical criterion is concerned, the doctrine cannot be implemented from the beginning to the end. In the practical manipulation, the doctrine will probably overturn the relationship of “education at first, castigation secondly” on minor offenders.

The theoretical deficiency and practical quandary of the doctrine of education-oriented penalty can not deny the educative function of penalty. We should distinguish the educative function of penalty from the education-oriented penalty, which will help us survey the education rationally in penalty theory and practice and facilitate the educative function of penalty after this clarification.

**Key Words:** education-oriented penalty, essence of penalty, purpose of penalty, educative function of penalty

---

---