

刑罚目的的应然选择:新功利刑论

张荆,谢海燕

(重庆大学法学院,重庆 400044)

摘要:刑罚的目的在于保障全体公民的基本人权;刑罚的目的借助于刑罚的三个基本要素——刑的对象、刑种与刑量得以展现;报应刑论无法确定刑种与刑量,目的刑论难以确定刑的对象与刑种,新的功利刑论暗含了刑法的不得已原则和罪刑相适应原则,不仅明确了刑的对象,也把握了刑罚适用的标尺,能同时满足刑罚的三个要素,并充分发挥保障人权的效用。

关键词:刑罚的目的;罪刑相适应原则;基本人权

中图分类号:D924

文献标志码:A

文章编号:1008-5831(2014)05-0097-06

一个国家为什么要动用它的全部强制力量去剥夺或限制一个原本应该受到法律保护的孤立个人作为一个国家的公民的最基本的权利?这是刑罚目的理论的根本性问题。卢梭的社会契约论认为“一个人为了公共利益将自己的那份自由毫无代价地捐赠”多少有些浪漫主义的空想;早期报应刑论的支持者黑格尔认为“报复只是指犯罪所采取的形态回头来反对它自己”^[1],据此提出了等价报应说;社会防卫论的代表菲利否定以报应、威慑为前提的刑罚惩罚性,倡导刑罚的目的是防卫社会;贝卡里亚的“迫不得已原则”认为人们被迫牺牲一部分自由是为了平安无忧地享受剩下的那份自由,牺牲的最少的那份自由的结晶就是惩罚权^[2]。但对于如何来确定这一份最少自由,即确定它的边界所在、被剥夺的前提以及被剥夺的方式等这一系列问题,这位伟大先驱并未给予进一步的阐述。

一、刑罚目的在刑罚要素中的展现

刑罚是国家根据现行法律,针对犯罪人的犯罪行为,通过剥夺或限制犯罪分子某种利益,给予犯罪人痛苦,从而表达国家对犯罪分子及其行为的否定评价。这种否定评价的目的以刑罚的三个基本要素为载体得以展现。

(一)刑的对象是刑罚关注的首要要素

犯罪与刑罚是刑法的两大支柱。刑罚首先要关注的是刑罚的承受者,即刑的对象;它回答罪是什么,对哪些人及其行为适用刑罚的问题;什么是犯罪是刑法面临的核心课题,而为什么给予犯罪人刑罚惩罚则反面回答了什么是犯罪这个问题。

首先,刑罚处罚的仅是行为还是也包括思想。在西方的整个中世纪,由于王权处于教会之下,犯罪是什么的问题长期烙印宗教的痕迹。在当时,纯属心理的活动也可以被标签为犯罪,如基督教的格言:行为无罪,除非内心邪恶^[3]。因此,违反宗教法的行为成为犯罪,主要包括三种情况:一是纯属内心活动的罪孽;二是行为轻微的罪孽;三是严重侵犯教会信条或利益的罪,如异端罪、巫术罪、通奸罪等^[4]。但是,一个人内心的邪恶只能通过表现于外部的行为来判断,法律不惩罚犯意,不过问行为的内在恶意。正如贝卡里亚所述“我们已经看到,什么是衡量犯罪的真正标尺,即犯罪对社会的危害”^[5]。这段话也奠定了客观主义标准的基石。边沁在客观主义的立场上对犯罪作了进一步区分,他把犯罪分为两个层次:一是规范意义上的犯罪,认为基于罪刑法定原则,罪

修回日期:2013-10-10

基金项目:国家社会科学基金项目

作者简介:张荆(1984-),女,湖北荆州人,重庆大学法学院刑法学博士研究生,主要从事刑法研究;谢海燕(1978-),女,湖北宜昌人,法学博士,西南政法大学教师。

指法律所禁止的行为。“根据讨论的题目不同,这个词的意义也有所区别。如果这个概念指的是已经建立的法律制度,那么,不论基于何种理由,犯罪都是被立法者所禁止的行为”。二是实质意义上的犯罪,即一种禁止的恶。“如果这个概念指的是为创建一部尽可能好的法典而进行的理论研究,根据功利主义原则,犯罪是指一切基于可以产生或者可能产生某种罪恶的理由而人们认为应当禁止的行为”^[6]。同样,中国的刑罚史也有从惩罚思想犯罪(如腹诽罪等)到只能处罚行为的变迁过程。在确定了罪是行为的基础上确定了罪是危害社会的行为。

其次,刑罚的承受者是行为人本人还是包括其他人。著名的《汉谟拉比法典》曾规定:在犯罪人未经查明是谁时,犯罪的责任由全体公社负担(第23、24条);父母犯罪,子女也要负责任(第116、210、30条)^[7]。《汉书刑法志》记载有“秦用商鞅,连相坐之法,造参夷之术”。连坐主要用于“十恶”中的前几项,如谋反、谋大逆、谋判等这些对整个统治秩序造成直接威胁的犯罪。而这种株连显然与现代法“公平、公正”的精神理念相悖,因此为现代法所明确的责任原则之个人责任原则所淘汰。

最后,是否凡是行为人都得处罚。对行为人责任的讨论历经了结果责任论、道德责任论到社会防卫论。不问行为的结果是否出于偶然,行为人是否对犯罪结果有认识,不论行为人的精神状态,只论结果,这就是最初的结果责任时代。随着哲学上因果关系探讨的深入,刑法学开始特别关注行为和结果的承继关系、决定与被决定的概率,开始区分故意过失、精神状态,在此基础上产生了道德责任论,即建立以处罚有刑事责任能力的成年人的故意为原则,以过失为例外的刑事政策;而对于精神病人以及未成年人的犯罪行为不予处罚。但是,这类犯罪行为毕竟给社会造成了损害,如果放任自流,必然在一定程度上破坏社会秩序。出于防卫社会的考虑,出现了与刑罚并存的保安处分制度,这就是社会责任论。

(二)刑种与刑量是刑罚的核心内容

刑种,顾名思义,即刑罚的种类,指刑法规定的各种刑罚方法。刑种的总和,构成一个国家特定的刑罚体系。历史上,曾经以生命刑与身体刑构成刑罚的中心,如中国奴隶制时期,建立以肉刑为主的墨、劓、剕、宫、大辟五刑体系。进入封建社会后,奴隶制肉刑开始逐渐被废除,从汉初文景帝废除肉刑开始,产生了以自由刑为主的封建五刑。笞、杖、徒、流、死,最初在隋《开皇律》中作为刑罚体系得以体现,随后由唐朝律疏(《武德律》、《永徽律》(唐律疏议))进一步完善,直到沈家本清末修律,才完全抛弃摧残肉体的笞刑,将身体排斥于刑罚对象范围之外,采用罚金,建立了以自由刑为中心的(绞)刑、无期徒刑、有期徒刑、罚金、拘役等新刑罚体系。现今,世界大部分国家均以自由刑和财产刑为中心。生命刑被逐步限制,甚至有部分国家将其废除(截至2004年有85个国家废除了死刑)。可见,刑种也是一个随着时代发展而不断变化着的体系。

刑罚的第三个重要要素是刑量,指运用同一刑种剥夺犯罪人权益的幅度。也即同一刑种的上线与下线的基准以及上下线之间的幅度。中国现行刑罚体系中,有期徒刑、拘役、管制和剥夺政治权利等四种刑种是有时间限度的刑罚,由于每个人的生命只有一次,所以死刑不涉及刑量。就同一刑种而言,刑罚的轻重表现为期限的长短,期限越长,刑罚就越重;在财产刑中,数额越大,比例越高,刑罚就越重。所以,一般来说,没收财产比按一定的比例缴纳罚金的刑罚要重。

刑的对象剖析了什么是犯罪,对什么人或者行为适用刑罚;刑种和刑量探讨的是如何被剥夺的问题。然而遗憾的是,尽管报应刑论与目的刑论都有其自身的发展轨迹与论证逻辑,但是报应刑论不能回答刑种与刑量是如何适用的问题,目的刑论难以回答刑的对象是什么。

二、刑罚要素在报应刑论、目的刑论中的断裂

有关刑罚目的的理论最主要的是报应刑论与目的刑论,从19世纪末开始,两派之间进行了激烈而持久的争论。但这两种刑论如果贯彻彻底都会使刑罚要素发生断裂和不完整。

(一)报应刑论无法确定刑种与刑量

报应刑论是相对较早的对于刑罚目的的探索和总结。报应刑论的中心思想是对犯罪人施加痛苦。这种思想更接近于人的本能情感。关注已发犯罪的报应刑论,将刑罚作为对过去犯罪的报应,主张以恶制恶,刑罚是对恶的反动。《说文解字》:“得,行有所得也。”《管子·心术》:“刑者,恶之末也。”《国语·越语》注:“刑,害也。”都表明刑是恶害,亦即损失。正如法国社会科学家米歇尔福柯所言,在现代监狱出现之前的刑罚,通过消灭或者残害罪犯肉体的做法在他或者她的身体上再现了这种罪行,从而大致勾销了由这种犯罪所代表的邪恶。报应刑论内部又分道德报应与法律报应。道德报应以康德的“以牙还牙”的等量报应观为代表,在康德看来,由

于一些罪犯愿意与州合作而减轻对他们的刑罚,显然是不公平的(如果康德知道了现在美国的辩诉交易,肯定会认为是对正义原则的扭曲)。他认为,“如果失去正义,那么就不再存在任何人生在世上的价值”。法律报应以黑格尔的等值报应观为典型。“犯罪的扬弃是报复,因为从概念说,报复是对侵害的侵害,又按定在说,犯罪具有在质和量上的一定范围,从而犯罪的否定,作为定在,也是同样具有在质和量上的一定范围”^[8]。如果按照这两位大师的逻辑推论下去,报应刑无法彻底贯彻。首先,刑种难以确定。以牙还牙,以眼还眼,极端点说,如果犯罪人是独眼龙怎么办,就等值报应来说,如何等值?谁来评价这个等值?伤害了别人的眼睛,眼睛与什么是等值的?何况刑种一直在变化发展中,更加增添了评价难度;其次,刑量也无法确定。偷了别人的东西,如果犯罪人一无所有(现实也往往是这样),如何确定刑量的幅度?

(二)目的刑论难以确定刑的对象与刑种

报应刑反对刑罚有目的。而目的刑论刚好相反,反对没有预防和教育效果的纯粹报复。在目的刑论内部可以分为预防刑论与教育刑论。

预防刑论是指刑罚的目的在于保卫社会。“社会保护”作为刑罚的正当性基础起源于贝卡里亚和边沁创立的功利主义学说:使犯人承受痛苦是正当的,因为这是为了获得更大的利益,即改善社会福利或幸福所必需的。认为刑事制裁的正当性在于它们所产生的利益。在把特定的被告作为罪犯加以谴责并剥夺或限制其自由中所产生的预期利益,应当超过罪犯的犯罪成本。

刑罚的实施有着对犯罪人及其他人都不犯罪的预期,即一般预防的预期。它具体而言是指通过使用刑罚来惩罚一个罪犯将威慑到其他人,使之不犯同样的罪行。特殊预防的预期是指刑罚的实施可以使受过惩罚的罪犯在释放之后迫于刑罚的威慑不再犯罪,并使其在被关押期间对监狱外的人们不构成威胁,或者通过矫正重新社会化。这种功利刑论指向未来,关注未发生的犯罪,认为刑罚是为了防止将来的犯罪而科处的,所以刑罚只能是在对防止犯罪来说必要且有效的范围内才是合理的。

预防刑论里面的一般预防与特殊预防,在实践中也确有效果,但问题不在于“存在的就是合理的”,而在于如果彻底贯彻这一理论路线,存在的将是不合理的。如果说刑罚的目的是一般预防,是否可以轻罪重罚?因为轻罪重罚是可以预防犯罪的。又可否认无辜当有罪?因为对没罪的人禁止说话甚而杀之,也可以起到警示其他人犯罪的作用。至于特殊预防,同样可以轻罪重罚,一个人一辈子就只为杀一个人,不可能再杀其他人,那判还是不判?如果为避免其他人效仿而做出刑罚判决,这显然又与特殊预防的逻辑相悖。再如,绝大部分吸毒者是戒不掉的,如果吸毒钱花完了又控制不住不去吸毒,那么肯定要想方设法、不择手段地弄钱,再去买毒品再吸毒,如果吸毒者采用了或将要采用违法甚至犯罪的手段,那么是不是应该把这部分人隔离或者监禁,这样才能做到特殊预防。如果监禁戒毒,戒不掉是不是该判无期徒刑?又例如,对于智力发育不太正常,甚至是间歇性精神病患者,为了特殊预防是不是对其精神病发作时进行关押,不发作时给予自由?对于已犯罪的人对其限制人身自由时,是时间短一点好还是长一点好?时间太短,没有警示惩罚的效用;而时间过长,现代实践已经证明,会产生标签效应从而更容易犯罪。除此之外,对教育刑论而言,如果监狱的条件比狱外条件更好,会鼓励一部分没有犯罪动机但生活条件拮据的人去犯罪从而追求进入监狱“被教育”;而且监狱的教育师资比狱外人享受的教育资源更好,又对奉公守法的公民显失公平;但如果监狱教育环境太差,从纯粹教育的角度来讲,又不能起到教育的作用,从而失去教育刑论予以支撑其立足的基础。

综上所述,报应刑论无法确定刑种与刑量,目的刑论难以确定刑的对象与刑量,刑罚要素在这两种刑论中都是处于一种断裂的、不完整的状态。

(三)折衷刑论及其评价

报应强调已发犯罪,预防强调未发犯罪,折衷刑论旨在糅合报应与预防两个功能,是对报应刑论与功利刑论的折中调和。以相对的报应论为内容,认为要使刑罚正当化,首先必须满足正义的要求,同时,刑罚对于犯罪来说必须是必要且有效的,应当在报应刑的范围内实现一般预防和特别预防的目的。

报应刑论与目的刑论尽管都有其合理成分,但也由于其各自的无法克服的缺陷而不能彻底地诠释刑罚的目的,因此折衷刑论应运而生。刑罚只是防止犯罪的一种措施,作为最严厉的一种制裁方式当然是有限度的。孟德斯鸠和黑格尔都指出应该根据犯罪的性质确定其应当科处的刑罚,即罪与刑在性质上尽可能地相似或等同。孟德斯鸠这一罪与刑之间关系的思想包含一定的报应刑的因素,但又不是简单地追求刑罚的性质与犯罪类型的等同,而是关注如何制止犯罪,恢复秩序。可见孟德斯鸠属于报应刑与目的刑折中的刑论主张者。

对于单一报应刑论与目的刑论两者的缺陷进行简单相减以及对合理成分的机械相加,与其说折衷刑论综合了报应刑论和目的刑论的合理成分,还不如说是回避了刑罚的目的问题。报应刑论与目的刑论都有其自己得以周延的逻辑,正如有学者在谈到共犯从属性说与共犯独立性说时所作的比喻那样,一个往北走一个往南走,如何既往北走又同时往南走^[9]?因此,对于两种论说机械相加并不能保证是将两者的优点相加,反而产生诸多不可自圆其说的矛盾论点。

三、新功利刑论兼顾了刑罚三要素

刑法区别于其他法的一个显著特征就是刑罚,但这个显著特征并没有对刑罚的正当性进行自然的证成,从刑法调整的对象入手,找寻刑罚的正当性根据,不失为一条新路径。

(一)新功利刑论:刑罚的目的在于保障全体公民的基本人权

刑罚是刑法特有的制裁措施,是区分刑法与其他法律部门唯一的外部标志。而国家刑罚权的根据,就是刑法存在的内在根据。

刑法调整对象的外在特征我们可以从直觉感知:掌握刑罚权的是国家,承受者是公民个人。国家与个人的这种对立,不同于行政法中国家某个职能部门与个人之间的对立。一个刑罚权的发动牵涉一个国家动用全部强制性力量:权力机关制定刑罚—司法机关适用刑罚—监狱等行政机关执行刑罚(包括武装力量)。可以说是作为整体的国家动用全部的机关和武装力量来否定一个公民的行为。

国家法律制度是刑法所保护的,也即一个行为之所以被定为犯罪行为,是因为侵犯了国家法律制度。这是刑法与其他法的区别所在。以重婚罪为例,在人类历史长河中,什么样的婚姻关系是合法的是个不断变动的过程,但是一旦婚姻法在众多的婚姻形式中确定了一夫一妻制为合法婚姻关系的时候,刑法就得保护以这种婚姻关系为合法婚姻关系的婚姻法律制度,因此,如果不对重婚行为加以制裁,任何人都可能无视婚姻法的规定,一夫一妻制就会遭到破坏,婚姻法也就相应地会面临瓦解。再比如,故意损坏他人的电脑软件,使其电脑不能使用,与盗窃他人的电脑,也使其电脑不能被使用,从后果来说是一样的,为什么前者可以用民法调整,后者要用刑法呢?原因在于,盗窃行为不处罚,会引发一连串的盗窃,民众对自己财产的担优势必求助于私力救济,最终导致保护财产的物权法律制度不能有效运行,社会秩序将面临无序的危险。这正如边沁所说“犯罪行动的害处可分为两份或两批,由某个或某群可认定的个人承受那份损害,可称为主害,来源于主害并且害及整个共同体或其他某群无法认定的那份损害,则可称为次害”。他认为主害是直接的受害者和与被害人相关的次受害者,次害是痛苦和危险,即“它所产生的痛苦是一种恐怖的痛苦,甚至害怕遭受主害必然产生的损害或麻烦”,“它可以用惊悚这个词来称呼”,“危险是遭受痛苦或者丧失快乐的可能性”^[10]。这种惊悚和危险会破坏法律制度所保护的法律效力。因此,对威胁到国家财产法律制度运行的盗窃行为进行刑罚处罚。

进一步分析,国家法律制度的内容是由全体公民的基本人权所组成。人权,是指作为人的权力,是一个人要求社会和他人把自己当人看待的权利。因此,“人权的具体内容,就不应该像启蒙思想家那样,用‘天赋人权’等观念来进行先验的推论,而应该从人之所以为人的特性之中,或者说从人所特有的需要内容和满足需要的方式中寻求实证的答案”^[11]。人的需要是永不满足的,但是人要在社会中生存发展,每个人满足需要的方式和内容就应该以社会所能容忍为限度。人类社会初期,生产力极其低下,社会成员常常食不果腹、饕餮不继。在这样的环境里,基本的人权就是生存权,生命权。随着社会发展,物质财富有了提高,人们有了私有财产,要求保护自己的财产权就是基本人权的新呼声。当劳动力成了增加社会财富的主要手段,能不能物质收益最大化很大程度上取决于劳动者能不能自由支配自己的劳动力,这时,以劳动力为主的人身自由权成了基本人权的新的内容。正如马斯诺在描述他所主张的“人的需要层次论”时所说的那样,“当每一种低层次的需要得以满足时,另一种高层次的需要便会取而代之”^[12]。

法律作为保障人权的主要手段,它总是满足着同一时期同一国家的社会成员的最基本的人权。中国刑法分则规定的犯罪侵犯的基本人权大致可以分为两类:一类是人身权、财产权、政治权利等公民的基本人权;另一类是国家安全、社会秩序等保证公民行使人权所必需的条件。根据《世界人权宣言》第28条,合理的社会秩序也是公民人权的基本内容之一。可见就实质而言,全体公民的人权是国家法律制度的内容。

通过上述理解,可见新功利刑论首先回答了什么是犯罪,对什么适用刑罚,即刑的对象这一刑罚要素。

(二)新功利刑论涵盖了不得已原则,从而找到了刑罚适用的基准线

既然国家有义务保障全体公民包括犯罪人个人的基本人权,那么,国家为什么要动用全部强制力量来剥夺

或限制一个人的财产、自由乃至生命?

不得已原则相当于意大利刑法中的必要性原则:“无必要即无犯罪与刑罚。”即刑法的运用只能严格限制在直接保护公民的基本人权,或通过保护公民享受基本人权必不可少的民主制度、共同资源等来间接地保护公民的基本人权的范围之内^[13]。根据联合国《世界人权宣言》第29条的规定:“人人在行使他的权利和自由时,只受法律所确定的限制,确定此种限制的唯一目的在于保证对旁人的权利和自由给予应有的承认和尊重,并在一个民主的社会中适应道德、公共秩序和普遍福利的正当需要。”所以,国家以保护公民的基本人权为职责,只有当一个侵犯了其他人享受同样权利的时候,国家才迫不得已着手限制该公民相应的基本人权。这种“迫不得已”意味着:第一,运用刑罚的界限在于危害社会的严重性已经不能用其他法律来调整,并且如果不用刑法调整,其他保障公民基本人权的法律制度就可能崩溃,在此情况下,国家才有权适用刑法;第二,就刑法内部而言,即使在国家迫不得已适用刑法的时候,国家也必须在不损害全体公民基本人权的前提下,采取最有利于保护包括犯罪人基本人权的措施,不存在任何“自由裁量”的空间。第三,在国家只有采取刑罚措施才可能保护全体公民的基本人权时,国家必须采用与保护全体公民的基本人权最相适应的措施,不存在任何“谦抑”的余地。后两点是对刑罚使用适当性的要求。

国家应当怎样适用刑法,才符合适当的要求呢?刑法以刑罚为制裁手段,刑罚以剥夺公民的生命、人身自由等最基本的人权为基本内容。在“国家尊重和保障人权”已经被写入中国宪法的今天,只有出于保护全体公民的基本人权的目的是国家适用刑罚的唯一理由。由于人权是每个人都应当享有的基本权利,“国家尊重和保障人权”,当然包括尊重和保障犯罪人的基本人权,这意味着,国家对犯罪人适用刑罚,只能是一种在两种本来都应该保护的权利之间所作的迫不得已的选择^①。

这种“迫不得已”,就是判断国家适用刑法是否适当的标准。因此,新功利刑论中既有的不得已原则为刑罚的适用找到了基准线。

(三)新功利刑论暗含了罪刑相适应原则,从而确定了刑量与刑种

罪刑相适应原则,也称罪刑均衡原则。由上文分析可知,罪与刑的关系可转化为侵犯全体公民的基本人权与剥夺犯罪人基本人权的的关系。关系是个非恒定量,随着社会生产力的发展,人们需要层次的不断提高,基本人权在不断充实的前提下,刑罚对社会所不能容忍的满足需要的方式需要寻求公力救济作出的回应,总是与不同时期犯罪人的基本人权内容不断地进行着博弈。

人类初创阶段,物质极度匮乏,社会成员除了生命和身体以外一无所有,那么惩罚一个犯罪者除了剥夺他的生命或者残害他的身体外并没有其他可采措施,这样,“以命偿命,以眼还眼、以牙还牙”自然就成了当时社会所容忍或认可的反击犯罪的主要手段,以各种残酷方式摧残生命和身体的死刑和肉刑自然就成了刑罚体系的核心。于是,以生命和身体的同样损害为主要内容的同态(害)复仇(报应),就构成了罪刑相适应这一刑法原则的最原始形态。

社会进一步发展,当社会物质不仅满足了延续生命的需要还有剩余时,私有财产就出现了。拥有私有财产的只能是在一个社会中处于优势地位的少数人,于是出现了社会等级。当大多数人都有了不只是拥有生命和自由还拥有私有财产的时候,剥夺一定的财产就成了刑罚的内容之一。它与生命刑和身体刑一起组成了国家的刑罚体系。但社会还有一部分人是除了拥有劳动力之外没有其他财产,如果这部分人犯罪,相应的刑罚措施除了剥夺生命和残害身体之外,强迫服一定期限的苦役比如中国唐代的徒刑和流刑就成了与犯罪相适应的刑罚内容。社会进入资本主义时期,对自由的深切渴求,使以剥夺、限制个人人身自由为主要内容的自由刑逐渐取代了死刑、身体刑而占据了刑罚体系的核心地位。这时,犯罪的严重程度就与剥夺行为人人身自由的期限相对应。

二战之前,受科技革命飞跃发展的鼓舞,人们对理性的自信达到了极端。“三权分立”、“主权在民”的思想深入人心。人们普遍认为,在代议制的政治体制中,立法机关是人民的代表,由这样的机关制定的法律不可能不是人民意志的反映,人们完全相信人类凭借理性可以制定出理性之法。在对这样的自信进行的追逐中,实证法与自然法渐行渐远,最终以法西斯的恶法亦法震醒了世人。法西斯打着民主的旗号,以法律的名义肆意践踏人权。二战结束后,西方各国开始反思,反思的结果是法律首先要保障人权,限制国家权力。许多国家纷纷用

^①对“不得已原则”的论述是根据陈忠林教授上课的笔记整理。谨致谢忱,当然,文责自负。

刚性宪法的形式明确规定了基本人权不可侵犯(中国目前人权也已入宪)。中国现行刑法分则规定的可能为犯罪所侵犯的基本人权大致分为两类:一类是人身权、财产权、政治权利等公民的基本人权;另一类是国家安全、社会秩序等保证公民行使人权所必需的条件。根据《世界人权宣言》第28条,合理的社会秩序也是公民人权的基本内容之一。

所以,刑罚的目的是保障全体公民的基本人权。不得已原则决定着什么样的行为应当适用刑罚,罪刑相适应原则决定着具体适用刑罚时,如何选择刑种与刑量。对此,单一的报应刑论与目的刑论都无法迎合罪刑相适应原则发展的最新要求,只有这一新的功利刑论才能与之相契合。做出折中的设想是正确的,只是如果没有对设想做出具体的考证,没有建立一种“以什么为主”的刑论思想,就很难有根基,更不用说去指导司法实践,然而,改造、使其不能犯罪、报应或者仅仅威胁这四种原因无疑始终左右着法官的心态,尽管有时它们是冲突的^②。为确保对公民犯罪行为的司法评价客观公正不受司法人员情绪影响,有必要在刑法理论中找到恰当的、合理的裁量依据。如果明确了刑法的目的是保障全体公民的基本人权,而非用慈善的动机掩盖国家的暴力,明确不需用欺骗性的招牌去宣扬复归社会的宗旨,不去分散司法对被告所犯罪行的注意力,则将会引导审判人员在司法实践中对于如何适用刑罚保持明确而客观的心态,从而做出符合正义标准的判断。

参考文献:

- [1]黑格尔.法哲学原理[M].北京:商务印书馆,1961:106.
- [2]贝卡里亚.论犯罪与刑罚[M]黄风,译.北京:中国法制出版社,2005:11.
- [3]储槐植.美国刑法[M].北京:北京大学出版社,1987:80.
- [4]黄风.贝卡里亚及其刑法思想[M].北京:中国政法大学出版社,1987:10.
- [5]贝卡里亚.论犯罪与刑法[M].北京:中国大百科全书出版社,1993:67.
- [6]边沁.立法理论——刑法典原理[M].北京:中国人民公安大学出版社,1993:1.
- [7]何勤华,夏菲.西方刑法史[M].北京:北京大学出版社,2006:38.
- [8]黑格尔.法哲学原理[M].北京:商务印书馆,1961:104.
- [9]张明楷.刑法格言的展开[M].北京:法律出版社,2003:305.
- [10]边沁.道德与立法原理导论[M].时殷弘,译.北京:商务印书馆,2002:200-201.
- [11]陈忠林.刑法散得集[M].北京:法律出版社,2003:14.
- [12]马斯洛.马斯诺人本哲学[M].成明,译.北京:九州出版社,2003:1.
- [13]陈忠林.意大利刑法学纲要[M].北京:中国人民大学出版社,1999:7-8.

New Utilitarian Punishment Theory on Purpose of Penalty

ZHANG Jing, XIE Haiyan

(School of Law, Chongqing University, Chongqing 400044, P. R. China)

Abstract: Penalty concludes three main elements: the object of penalty, kinds of punishment and penalty amount. The purpose of penalty is displayed by means of these three basic elements of penalty. Retribution penal theory can not determine the kinds of punishment and penalty amount. It is difficult for the purpose of punishment theory to determine the sentence object and kinds of punishment. The purpose of punishment is to protect the basic human rights of all citizens. This new theory of utilitarian punishment implies the principle of suiting punishment to crime, which is a ruler how to apply penalty, so it can meet the three elements of the penalty.

Key words: purpose of penalty; the principle of suiting punishment to crime; basic human rights

(责任编辑 胡志平)

^②Jonathan Herring, Criminal law, 3rd, law Press, China, 30.