



西安交通大学正卓法学系列

社会危害性理论研究

——渊源、比较与重构

苏青 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



西安交通大学 正卓法学系列

社会危害性理论研究

——渊源、比较与重构

苏青 著



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

社会危害性理论研究:渊源、比较与重构 / 苏青著.
—北京:法律出版社,2017

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1171 - 9

I. ①社… II. ①苏… III. ①刑法—法的理论—研究
IV. ①D914.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 187359 号

社会危害性理论研究

——渊源、比较与重构

SHEHUI WEIHAIXING LILUN YANJIU

——YUANYUAN BIJIAO YU CHONGGOU

苏 青 著

责任编辑 黄倩倩

装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 永清县鑫鑫印刷有限公司

责任校对 杨锦华

责任印制 陶 松

编辑统筹 学术·对外出版分社

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

印张 15.5

字数 212 千

版本 2017 年 8 月第 1 版

印次 2017 年 8 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆分公司/023-67453036

深圳分公司/0755-83072995

西安分公司/029-85330678

上海分公司/021-62071639/1636

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 1171 - 9

定价:46.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

一国的法学教育与该国的法律制度、教育制度之间存在极为紧密的内在关联。清朝末年开始的法律和教育的双重变革,导致近现代中国“法政”学堂的兴起。“法政”教育的主要目的在于提供一种现代性机制以替代传统的科举制,从而为身处大变革时代的中国社会培养兼具现代学识与法律专业技能的治国理政和经世济用人才。西安交通大学前身南洋公学于1901年开办的“政治特班”,即属近现代中国最早开展的法政教育之一,它是南洋法脉的滥觞。特班设置宪法、国际公法、国际条约、行政纲要等课程,“专教中西政治、文学、法律、道德诸学,以储经济特科人才之用”。特班学生李叔同后来成长为中国文化大师,他是《国际私法》和《法学门径书》最早的中译者。多年以后,从南洋公学走出去的著名学者王宠惠成为中国首任国际常设法院大法官,毕业于南洋公学的徐谟则是联合国国际法院首任中国籍大法官。惜因时势造化,社会变迁,南洋公学从最初着力培养“讲求古今中外治天下之道”的政商法律外交人才转向工科教育强国、实学育人,法学教育就此转轨。

赓续南洋法脉,西安交通大学的法律学科终于1985年恢复——当年即招收经济法专业硕士研究生,这是我国

最早的经济法学硕士点之一。2008年,法学院正式成立,以建设“高起点、国际化、研究型”的国际一流法学院为目标。2011年,法学学科成为西安交通大学“985工程”三期重点建设学科之一,其国际经济法与比较法学科被确定为拟建世界一流学科。2012年,法学学科首批获得由教育部和中央政法委员会联合评审批准的两个国家级卓越法律人才教育培养基地——“应用型、复合型法律职业人才教育培养基地”和“涉外法律人才教育培养基地”。学院现已形成“法律治理学”(Law and Governance)交叉学科博士点、法学一级学科硕士点和法学本科的完整法学人才培养体系,并取得了法律硕士(J.M.)专业学位授予权,目前在校本科生、硕士生和博士生五百余人,是我国最重要的法学人才教育培养基地之一。2014年,法学院又牵头成立“丝绸之路经济带研究协同创新中心”,倡建“丝绸之路学术带”和“丝绸之路能源带”,为中国特色新型高校智库和“一带一路”建设不懈努力。

法学院建院后发展迅速,迄今已有毕业于英国剑桥大学、牛津大学、美国宾夕法尼亚大学、密歇根大学、北京大学等国内外知名大学的教职工五十余人,包括“千人计划”国家特聘专家1人、教育部“长江学者”讲座教授2人、教育部“新世纪优秀人才计划”入选者2人、陕西省“百人计划”入选者1人、西安交通大学“领军人才”2人、“腾飞人才”特聘教授3人、“青年骨干”3人,博士生导师10人、教授13人、副教授13人。

法学院的教师们主编了牛津大学出版社出版的国际学术期刊《中国比较法学期刊》(Chinese Journal of Comparative Law)、牛津哈特出版社出版的英文专著系列“中国与国际经济法专著系列”、在美国布里尔出版社出版的“丝绸之路国际经济法专著系列”等书刊系列,在牛津大学出版社、北京大学出版社等中外著名出版机构出版了著作、教材50多部,并在《美国比较法杂志》(American Journal of Comparative Law)、《欧洲国际法杂志》(European Journal of International Law)、《现代法律评论》(Modern Law Review)、《中国社会科学》《法学研究》《中国法学》等中外权威专业期刊上发表学术论文百余篇,承担多项重要国际科研课题、两项国家重大项目攻关课题和数十项国家级和省部级社科基金项目课题。

法学院拥有一流的教学设施,包括一个亚太一流的国际法专业图书馆和一个达到国际先进水平的“法律坊”(由模拟法庭实验室、模拟仲裁庭实验室和计算机教学实验中心组成)。学院拥有十分优越的电子图书资料,包括Westlaw、LexisNexis、TDM/OGEL、IAReporter、InvestmentClaims等法学专业数据库,正在努力建成一个国际一流的法学专业综合图书馆。法学院还与英国剑桥大学、英国国际法与比较法研究院、伦敦大学国王学院、德国马普国际私法研究所、欧洲大学研究院、美国印第安纳大学、澳大利亚莫纳什大学等国际一流院校和科研机构有着密切的学术交流与合作关系,并已选派学生前往这些校院所学习深造。

新一代交大法律人筚路蓝缕,殚精竭虑,在迈向“高起点、国际化、研究型”国际一流法学院的征途中孜孜以求。为开拓法治研究新气象,累积学术研究成果,在纪念西安交通大学法学学科复办30周年之际,我们得到法律出版社的热忱支持,得以创办“正卓”法学系列丛书。“正卓”源自法学院院训“正气、正道、正义、卓越”,意即做人讲正气,行事走正道,执业求正义,为学尚卓越。归根结底,冀望本院学生学者能以正气立身,正道任事,追求正义,进而达致各自职业与人生诸面向之“卓越”。系列丛书既包括本院学人富于原创性的专著及其高水平论文集,也容纳本院学者研究推介外文学经典的高质量中文译作,计若数十本数百万言,在在皆为一己之精思妙构,俾便为沟通中西学术,推动内外法治贡献绵薄之力。

藉此“正卓”法学系列丛书的编辑出版,我们和学界同人一起瞻望中国法学和法治中国的辉煌未来!

西安交通大学“正卓”法学系列丛书编辑委员会 谨识

序

苏青博士在学位论文基础上修改完成了《社会危害性理论研究——渊源、比较与重构》，出版之际邀我作序。得到书稿后，我耽搁了很久，除了工作挺忙这一“理由”外，论题和评论的难度是主要原因。

首先，必须指出的是，包括刑法学在内的整个中国法学，应当面向中国，回答中国问题。否则，中国法学什么都不是，也就几乎没有什么意义。《社会危害性理论研究——渊源、比较与重塑》直面中国刑法理论与司法实践难题，值得称道。“社会危害性”是什么？应当是什么？其意义是什么？解决刑法中的什么问题？反向的问题是，“社会危害性”是一个不确定的、没有意义的概念吗？“社会危害性”是否败坏刑事法治而应当被驱逐出中国刑法和刑法理论？

对于上述问题，苏青博士首先以历史的、世界的眼光进行了审视，阐述了中国刑法中的社会危害性理论与西方国家刑法理论所使用的“社会危害性”这一概念的根本差异。从历史的视角来看，贝卡利亚关于“犯罪使社会遭受到的损害是衡量犯罪真正的标准”的论断是西方社会危害性理论的起源，“社会”是基于社会契约论的社会，而“危害”则是基于客观主义刑法思想的客观危害。以此为起

点,“启蒙思想家们基于早期自由主义思想,社会危害性解释为对个人权利的侵害”——权利侵害说;之后“权利”为“法益”——主观权利的客观对象所取代,法益侵害说取代了权利侵害说。而源自苏联的社会危害性概念,则是基于马克思国家哲学和社会主义意识形态的一种刑法理论,越是向前看,“社会危害性”理论越是强调犯罪的“阶级性”,缺乏应有的规范内容和形式合理性。

新中国成立超过了一个甲子的时间,前十年引进、消化“社会危害性”理论,又十年逐渐放弃“社会危害性”概念,然后是“十年动乱”,思想定罪、言论定罪、身份定罪乃至罪刑擅断成为常态,法制崩溃,民主崩溃。改革开放 30 多年来,社会危害性概念重新兴起,但是司法习惯和体制缺陷使得随意出入罪的现象仍然存在,人们遂有理由怀疑“社会危害性”概念是否负有责任,社会危害性理论是否与罪刑法定原则不容。1997 年刑法典确立罪刑法定原则后,将“社会危害性”“驱逐”出刑法理论的呼声高涨。正是在这一背景下,苏青博士以社会危害性理论为题展开研究,直面这一问题。苏青博士的研究表明,实践中存在随意出入罪的现象并不是社会危害性理论之过。当然,社会危害性理论并非没有责任,其责任主要在于“社会”概念的集体主义倾向,加之传统理论基于马克思主义国家哲学对社会危害性理论的诠释,脱离了法治轨道。在我看来,社会危害性概念确切内涵的不清不楚,以及观念立场上的严重问题,使得“个人”沦为“国家”的权力对象,公民“个人”为“国家”而存在,“国家”高高在上,公民之集合概念“人民”成为虚无缥缈的空洞。我们知道,自由乃是人的本质,国家无非是自由人的联合,自由人通过契约联合在一起,社会契约论从未丧失其应有的理论价值。20 世纪五六十年代法学界以历史上不曾出现“社会契约”来论证社会契约论的荒唐,回过头来看,当时这种论调确实是幼稚而荒唐!

尽管很难说西方大陆法系刑法中的法益理论与我国社会危害性理论存在某种对应性,但是苏青博士敏锐地发现了法益侵害理论对于改革我国社会危害性理论的借鉴意义。在作者看来,无论是法益概念还是社会危害性概念都难以实质地、一劳永逸地解决“统一”的犯罪概念。所以,作者主张与

其过度地追求统一的犯罪概念,不如通过明确一系列原则来限制刑法保护客体的范围,或者说从反面来研究哪些不是刑法保护的客体。这一思路在方法论上具有重要意义。本书中,苏青博士得出了一些值得我们重视的结论,其中以下结论尤其重要,值得重视:“社会危害性概念的界定应当以对他人的直接危害为原则”;“社会危害性”之“危害”应以危害结果为原则;“如果将主观恶性界定为主观罪过及相关心理活动的刑法负价值评价,那么社会危害性则是对客观罪行及其结果的刑法负价值评价,二者统一形成对犯罪的主客观相统一的评价”;“人身危险性主要在刑罚领域发挥作用,与作为犯罪概念范畴的社会危害性不具有必然的联系”。以上这些结论清晰地表明苏青博士的自由主义、客观主义刑法立场,这是作为导师的我所特别赞同的。

社会危害性与刑事违法性之间的关系问题,是中国刑法理论特有的难题。对待这一难题,刑法学界有两种反应值得重视,一是将“社会危害性”概念从中国刑法理论中驱逐出去,二是以“法益侵害性”取代社会危害性。苏青博士主张,传统理论将社会危害性作为犯罪本质,并运用哲学上本质与现象、形式与内容的逻辑来分析社会危害性与刑事违法性的关系是对立法的误读。按照这种主张,中国刑法理论不能以“社会危害性”作为犯罪的本质构建刑法犯罪论体系以至刑法理论体系。对于这一观点有人可能会有不同意见,但该观点确实是有启发意义的。在我看来,社会危害性只是诸如故意杀人、故意伤害、抢劫、盗窃、诈骗等自然犯罪(核心犯罪)所应当具有基本特征——说成是“本质”特征(尤其是就其“重要性”而言)也未必有多大的问题——形式与本质应当在方法论意义上使用。而核心犯罪的未完成形态以及更加外围的法定犯罪,无须社会危害性特征——主要是危害结果,但是为了控制人类的危险行为,预防发生客观现实之危害结果——无论是物质的还是精神的,则需要拓展刑事违法行为的范围,从实质违法(以危害结果为要件)拓展至形式违法(具有发生特定危害结果的危险——尤其是具体危险)。可以说,社会危害性概念既不能(也难以)从中国刑法理论中驱逐出去,也无须以“法益侵害性”替代之。从刑法理论概念结构安排的角度来看,

“法益”是刑法保护目的(保护法益)中的关键概念、中心概念。尽管相当一部分犯罪的规范性构成要件表现为具体法益,但是在犯罪概念一般特征层面上讨论“法益”概念,降低了法益概念的理论结构层级,进而也降低了其重要性。

说到“危险”,不得不提近几年风口上的“风险刑法”理论。苏青博士在最后一章涉及了这一问题。她主张:“刑法并非是应对风险社会的主要手段”,“我国目前刑法必须强调个人自由的保障,以预防为导向的刑法目的转变不是我国刑法合理的发展方向”,“刑法原则上只处罚实害,处罚危险为例外”,“刑法不对风险社会作出过度反应”。这些观点基本上是妥当的,但是苏青博士对于“风险刑法”概念的批评与否定并不彻底。“风险刑法”理论主张者显然混淆了“风险”与“危险”两个不同的概念。危险——具体危险与抽象危险是刑法概念,“风险”并不是刑法概念,也不能引入刑法。在经济学、金融学中,“风险”是与“收益”对应的概念,“收益大、风险大”“风险小、收益小”,正是针对“风险”才有各种各样的保险与投资产品,风险与是非善恶无关,这一意义上的“风险”概念自然不能引入到刑法理论之中。“风险刑法”的提法主要是借鉴“风险社会”理论中的“风险”概念,但遗憾的是,刑法对于风险社会意义上的“风险”无能为力,而不是苏青博士所言“不应作过度反应”。风险社会理论之“风险”概念,属于不可知论的范畴,不可知,不可测,无论如何不能引进刑法和刑法理论之中。因为刑法概念必须具备确定性,方能符合法治之要求。人类社会最终将走向灭亡一类的终极关怀,与刑法理论没有什么关系。一句话,刑法讲危险,不说风险。

对于任何一个理论体系来说,概念的引进与退出,以及如何处理概念与理论的关系,也是一个重要问题。在某种意义上,社会危害性也许只是一个具有重要性的大概念,而非什么都可以往里面装的理论标签。在这一意义上,我国是否存在以“社会危害性”为标签的刑法理论,仍有可疑之处。所以,将“社会危害性”概念“驱逐”出刑法理论,也不是不可能。其实,无论是日常言语,还是正式语言,或是一门科学,不说某个字、词、概念是完全做得到的。当然,换个角度,刑法理论因为高频使用“社会危害性”概念而被称为

“社会危害性”理论还是成立的。否则,苏青博士的论文主题就成了问题。我们应当充分注意到“社会危害性”是一个“大”概念。尽管如此,“社会危害性”概念并非无所不包,更非无所不能。改革开放后很长的一段时间,我国刑法理论将社会危害性作为犯罪概念的本质特征,将刑事违法性作为犯罪概念的法律特征,社会危害性成为“包打天下”的东西,这是问题所在。“这个行为具有社会危害性,具有严重的社会危害性,应当作为犯罪处理”“那个行为形式上符合刑法规定,但是没有社会危害性,不应该作为犯罪处理”,类似的判断在以往的司法实践中广泛存在,刑事法治应有的确定性遭受损害。

社会危害性不仅是一个概念,还是一种观念,其意义在于指导构成要件解释。社会危害性观念是维护法治和促进法治的思想观念与思维方式。社会危害性观念基本内涵是如果没有客观危害(最为重要的是构成要件意义上的危害结果),如果不是为了直接预防和控制可能造成危害结果发生的危险行为,就不能动用刑罚。这也是客观主义的刑法立场。正是在这一意义上,“社会危害性”应当得到“善待”。而与此相反的社会危害性观念,必须予以“驱逐”。如果刑事司法实践不以社会危害性为指导观念解释构成要件(尤其是更为具体的构成要素),就必然偏离法治轨道。人命、性、吃饭,乃人类之大事,许多与此相关的越轨行为,原本不需要多么高深的刑法理论即可做出判断,判断的关键乃是社会危害性观念。教唆、帮助他人自杀不能构成故意杀人罪,这是仅仅依靠社会危害性观念即可直接得出的结论,是贝卡利亚所说的社会常识,但是我国刑事司法实践和刑法理论至今还在纠结不定罪。成年人秘密自愿群交,1997年刑法之前定性为“群奸群宿”的流氓行为,这是以意识形态代替社会危害观念,现在一些司法机关仍然不假思索地将其定性为聚众淫乱罪,只是看到了此种行为形式上符合刑法第301条“聚众进行淫乱活动的”的文字记述(形式规定),而缺少了应有的社会危害性观念。看来,旧有的错误观念并没有随着1979年刑法“流氓罪”罪名的取消而消失。实际上,基于社会危害性观念以及刑法分则第六章第一节标题之中的“公共秩序”(法益)把握聚众淫乱罪,很容易发现其中应有的“公然、公

开”之构成要素。就在我写这些文字的时候,在一个地方,有一位农民大哥,因为没有办理粮食收购许可证而收购玉米,经营数额达到21万元,被以非法经营罪追究刑事责任。我的第一反应是,1979年刑法的“投机倒把罪”复活了。那位农民大哥无证收购玉米的行为既不符合非法经营罪的构成要件,也没有什么社会危害性。民以食为天,粮食关系重大,收购、储存粮食需要行政监管,而不是废除政府的行政监管。但是,粮食并不是属于法律、行政法规规定的专营、专卖物品或者限制买卖的物品,粮食收购要经过地方政府行政许可,要有资格,但是这与专营、专卖、限制买卖完全不同。上述错误的原因存在于两个方面:一方面是司法技术层面的,混淆了行政违法与刑事违法的界限;另一方面则是观念层面的,社会危害性观念不到位。随意提到以上三例,足见“社会危害性”观念在中国现阶段的重要性。

什么是社会危害性?社会危害性是一个概念,是一种观念,也是一种刑法理论体系。这是个难题。苏青博士就社会危害性概念的内涵及其确定性、社会危害性观念的基础及其重要性,以及基于社会危害性概念、观念所提出的构筑我国刑法理论体系的一系列结论与建议,做出了重要而可贵的努力,值得大家一读。

是为序。

曲新久

2016年7月21日于北京

导 言

社会危害性是刑法学中的核心概念之一,犯罪即因其具有社会危害性而面临刑罚之惩罚,这应该是刑法学基本的话语背景。然而关于犯罪之基本问题何其复杂,即使是被认为更具有规范意义的法益侵害性理论,也未能回答一二。反观我国刑法学理论,尚未形成成熟的概念体系,社会危害性作为犯罪实质侧面之概念贯彻整个刑法理论、立法及司法实践中。随着我国刑法学研究逐步走向成熟,我们需要进一步明确何为刑法中的社会危害性,社会危害性在刑法理论体系中处于何种地位以及其如何对刑法理论、刑事立法与刑事司法产生影响。本书即形成于对这些基本问题的梳理与思考。

本书第一章首先对“社会危害性”之渊源与发展变化进行了梳理。追本溯源,可以发现“社会危害性”并非是我国及苏俄刑法中所特有的概念,西方国家早在启蒙运动时期就在刑法中常用“社会危害性”一词。但启蒙思想家们基于早期自由主义思想,将社会危害性解释为对个人权利的侵害,此意义上的社会危害性显然与我国和苏俄刑法中基于马克思主义的社会危害性理论有完全不同的含义。我国刑法中的社会危害性理论是从苏联刑法理论中直接引进的,与启蒙运动时期西方国家刑法理论中的社会危害性理论没有渊源关系。从苏联和我国刑法的发展演变可以看出,在不同的政治、经济和法律背景下,社会危害性有

着不同的含义,在理论和实践中也扮演着不同的角色。很长一段时间内社会危害性是阶级危害性的同义语,在刑法颁布后其阶级性才逐渐被削弱。尤其在1997年刑法确立罪刑法定原则后,刑法理论走向规范化,形式合理性得到重视和强调,社会危害性理论虽然还没有获得自身的规范内容,但其国家意识形态性已经在淡化,且随着立法的完善及理论、实践的发展,社会危害性概念也逐步规范化、具体化。

国外相关理论对于我们理解和完善社会危害性理论具有重要意义,尤其是大陆法系刑法中的法益理论,某种程度上可以作为我们重构社会危害性理论体系之参照。本书第二章通过对大陆法系与英美法系相关刑法理论的考察,得出以下结论:(1)作为犯罪实质侧面的法益概念或其他概念,都不可能获得一个确定的含义,因为犯罪的实质本身属于价值判断的范畴,而价值判断的对象是不可能统一的。(2)自由主义是法益理论的内核。从起源和发展来看,法益理论始终坚持自由主义,主要表现在:一是保持概念的规范性,即脱离国家哲学来解释犯罪是什么的问题,使法益始终是法律上的概念;二是保持其实证性,体现在立法中是宪法原则及规定对法益内容的限制,体现在司法中主要是罪刑法定原则对法益内容的限制。(3)对犯罪实质概念的研究需要进行思维转换,即不应过度追求统一的概念,而应通过一系列原则来限制刑法保护客体的范围,或者从反面来研究哪些不是刑法保护的客体。(4)英美刑法中注重实用的思维,对程序的重视及实体、程序双层次的犯罪构成模式具有重要的启示意义,我们应当着力于构建简单实用又能与传统理论相衔接的刑法理论体系。

在对社会危害性理论之发展脉络及国外相关理论进行系统性考察的基础上,本书第三章分析了我国刑法中社会危害性概念的缺陷并进行了概念重塑。社会危害性存废之争曾经一度是我国刑法学界争论的热门话题。通过分析认为:(1)立法对犯罪概念的规定本身没有提示社会危害性是犯罪的本质特征,从而可以决定刑事违法性。传统理论将社会危害性作为犯罪本质,并运用哲学上本质与现象、形式与内容的逻辑来分析社会危害性与刑事违法性的关系是对立法的误读。(2)实践中存在随意出入罪的现象并不是社会危害性理论之过。在我国既定的体制下,宪法尚不能发挥对权力的限制作用,权力对司法的干涉并不是通过理论上概念的替代就能解决的,将现

实中的问题归咎于社会危害性理论是不客观的。(3)法益概念同样也面临批评者们所指的社会危害性概念所不具有的规范性、实体性、专属性的问题,作为犯罪实质概念的内容,都不可能避免在规范与非规范、实证与前实证之间的摇摆,也不可能获得一个确定的实体内容。只能说相对而言,法益概念比社会危害性概念更具有规范性与实体性。因此,社会危害性理论自身并不包含违背罪刑法定原则的内容。但法益概念显然具有优于社会危害性概念之内在,如果以法益概念替代我国刑法中的社会危害性概念也具有可操作性:一是法益概念在任何刑法理论中都可以使用,并不需要刑法理论体系的彻底更新;二是社会危害性理论概念本身有集体主义倾向,加之传统理论基于马克思主义国家哲学对社会危害性理论的诠释对现实理论和实践尚存在很大的影响,以法益概念替代更有利于理论向规范主义、个人主义转变。

法益论的启示表明犯罪实质概念的理论不可能获得一个确定、统一的内容,所以重构社会危害性理论时,首先确立了界定社会危害性概念的一系列原则,包括:(1)必须脱离国家哲学的影响,纯粹以法律的角度来界定社会危害性概念。依据现代宪政国家的理论,刑法的最终依据来自宪法的规定和精神,传统的基于马克思主义国家哲学的刑法理论不利于刑法学走向科学的发展方向。(2)必须强调法对社会危害性概念的限制,才能使社会危害性概念获得规范限制,从而成为一个真正的法律意义上的概念。(3)为限制国家刑罚权对个人权利的侵蚀,基于客观主义的基本刑法立场,社会危害性概念的界定应当以对他人的直接危害为原则。具体体现在以下两个方面:一是“社会危害性”之“危害”应以“人”为基本对象,针对国家、社会、动植物、环境及没有被害人的危害行为原则上不应该予以刑罚处罚。保护上述对象最终体现为对个人保护的“还原论”会导致刑法保护对象的扩张,不如将国家、社会、动植物、环境等的保护作为依据宪法精神进行的刑法上的例外保护,这意味着针对上述对象的危害行为成为犯罪必须有宪法上的依据,从而使刑法内容主要体现为对个人的保护。二是原则上“社会危害性”之“危害”应当限于对他人的危害,即自我危害及被害人承诺的行为不应予以刑罚处罚。对主张有被害人承诺的危害行为应当通过程序上的设置来防止对个人权利的侵犯,举证责任的倒置在很大程度上可以防止以被害人承诺

为由来逃脱罪责,行为人对超出承诺范围的危害结果负责本身也能发挥避免侵害个人权利的作用。(4)“社会危害性”之“危害”应以危害结果为原则,从而坚持客观主义的刑法理论,对行为样态及主观恶性的评价不应单独作为入罪的根据。危害结果包括实害与危险,物质危害与精神危害。根据以上原则,本书所主张的社会危害性概念是:基于宪法和法律对行为所进行的负价值评价,该价值评价的对象原则上限于行为对他人直接造成的危害结果。另外,根据我国刑法第13条但书的规定,只有达到“严重”程度的社会危害性才是刑法上的社会危害性,这是社会危害性概念量的规定。

继而,对社会危害性概念与人身危险性、主观恶性、社会相当性概念进行了比较分析,认为在客观主义刑法立场下,如果将主观恶性界定为主观罪过及相关心理活动的刑法负价值评价,那么社会危害性则是对客观罪行及其结果的刑法负价值评价,二者统一形成对犯罪的主客观相统一的评价。同样,社会相当性理论具有弥补着眼于客观危害之社会危害性理论之功能。在基于客观主义立场的社会危害性概念语境下,社会危害性不再是主客观相统一的概念,其面临与法益概念同样的困境:仅着眼于客观的危害结果,又如何解释现代刑法中普遍出现的危险犯?以及更深层次的问题:虽然脱离社会伦理规范能够尽可能地避免对犯罪评价的主观随意性,但对犯罪的评价是否能够真正独立于社会伦理规范?显然不能。而社会相当性理论恰好能够为刑法提供规范背后的实质评价路径。因此,在坚持法益论或将社会危害性限定于客观危害的刑法语境下,社会相当性理论有其重要的意义:具有社会危害性,但同时也具有社会相当性时,可依据社会相当性理论将其出罪。而人身危险性主要在刑罚领域发挥作用,与作为犯罪概念范畴的社会危害性不具有必然的联系。

重构社会危害性理论需要科学定位其在刑法理论体系中的地位。本书第四章从社会危害性理论与犯罪概念、社会危害性理论与犯罪构成两个方面分析了社会危害性理论的理论定位问题。就社会危害性理论与犯罪概念而言,通过一系列原则限制的社会危害性概念是规范的刑法概念,因而即使在立法阶段的犯罪概念,也具有了规范性,与犯罪学上的犯罪概念相区别。司法上的犯罪概念应当坚持形式合理性优先,但不意味着可以排除实质合理性的判断。就社会危害理论与犯罪构成而言,首先需要明确在何种犯罪

构成理论下探讨社会危害性的理论定位问题。应当在我国传统犯罪构成理论的基础上,借鉴其他犯罪构成理论的优点来重构我国犯罪构成体系。从形式要件与实质要件双层次、正反两方面来建构犯罪构成体系兼具逻辑性与简洁性的优势:第一阶段形式要件可以用传统犯罪构成理论中的犯罪客观方面、犯罪主体、犯罪主观方面的内容来填充;第二阶段是实质判断,限于出罪可能性判断,首先就是刑法规定的正当化事由,其次在人权保障原则下,应当允许超法规的正当化事由的存在。社会危害性理论在犯罪构成中的体现首先是在第二阶段,对行为的实质判断中,即用来说明正当化事由的存在及根据,从而将行为排除在犯罪之外。在第一阶段形式判断中,社会危害性理论发挥构成要件解释的功能。由此可以看出,社会危害性理论具有立法指引功能与司法解释功能:前者表现在对立法目的合理性的指引及刑法处罚范围合理限定的指引;后者表现在对刑法条文本身存在不明确或异议时解释结论最终不能违背刑法的目的和精神。另外,社会危害性的定量因素对危害之量化的功能,在刑事立法和司法上定罪量刑方面均有重要影响。

在重塑社会危害性概念及理论的基础上,本书第五章从对风险刑法理论的审视、对正当化事由根据的探讨及对犯罪定量因素考察,反观在重新建构的社会危害性理论下应如何看待这些刑法问题。风险社会及风险刑法理论是我国刑法学界讨论的重要问题。通过对风险社会、风险刑法相关理论的考察,结合我国目前刑法理论、立法及司法的发展现状及趋势,提出刑法并非是应对风险社会的主要手段。相对于社会保护,我国目前刑法必须强调个人自由的保障,以预防为导向的刑法目的转变不是我国刑法合理的发展方向。风险社会中对新型风险的出现及其所产生的危害刑法应有所作为,这种作为应局限于对风险的评判符合社会危害性的传统评价标准即刑法原则上只处罚实害,处罚危险为例外。刑法不应风险社会作出过度反应。社会危害性理论可以解释正当化事由的理论根据,危害之量的比较可以作为法定正当化行为的理论根据。应当承认超法规的正当化行为的存在,我国积极与消极相结合的罪刑法定原则的规定应当予以修正,社会危害性理论也能够解释超法规的正当化行为的根据。犯罪定量因素的规定值得肯定,但我国立法对其规定有诸多不协调,理论和实践中也存在争议,需要进一步梳理和完善。