

“危害原则”的法哲学意义 及对中国刑法犯罪化趋势的警喻

姜 敏

内容提要:危害原则是为英美法系刑法惩罚提供正当根据的核心原则,也是英美法系刑法的最低道德底线。危害原则把不法侵害他人利益作为刑法惩罚的起点,包括限制国家刑罚权和限制个人滥用自由两个维度。其显性的法哲学意义是通过限制刑罚权而保护个人自由,其隐性的法哲学意义是通过保护个人自主权,从而保护与促进人之尊严与发展。在走向权利、弘扬人格尊严和自由的21世纪语境下进行的中国刑法立法,呈现出明显的犯罪化趋势。大批预防型犯罪的产生和为维护社会管理秩序而不断扩张的刑事法网,均彰显出中国刑法立法的价值取向侧重于秩序保护。维护社会秩序并不必然意味着刑法的不公正,但维护秩序必须坚守刑法的道德底线。危害原则不仅是刑法应遵守的道德底线,而且其隐性和显性法哲学精神也与当代中国的治国理念,以及21世纪的民主法治精神契合。因此,其对中国刑法的犯罪化趋势具有重要的警示意义。

关键词:危害原则 自主权 社会秩序 犯罪化

姜敏,西南政法大学外国及比较刑法研究中心主任。

引 言

迄今为止,没有一个国家的刑罚是完全合乎规律性和人性的,也没有一个国家的刑法是完全符合正义的。为了防止国家刑罚权因滥用而侵犯人权或者违背正义,必须对刑罚权进行严格的规范和限制。因此,各国刑法都主张惩罚必须具有正当根据。在中国和苏联刑法中,为惩罚提供正当根据的核心原则是社会危害性原则,在德日大陆法系国家则是法益侵害原则。中国刑法学界对社会危害性原则进行了深入的研究,通说还视严重社会危害性为犯罪的本质特征。德日大陆法系国家的法益侵害原则也被中国诸多刑法学者津津乐道,特别是随着严重社会危害性理论在中国逐渐显露出局限之后,已经有很多

学者力主用法益侵害原则替代(严重)社会危害性原则。

与中国刑法学界对德日理论研究形成的炽盛之势相比,中国刑法学界对英美刑法的研究却十分萧条,这也导致中国学界很少研究英美法系刑法为惩罚提供正当根据的核心原则。其实在英美法系中,为刑法惩罚提供正当根据的核心原则是“危害原则”(harm principle),也被称为“危害他人原则”。^[1] 危害原则以行为对“他人”造成危害作为刑罚权发动的道德底线,其地位和属性等同德日大陆法系刑法的法益侵害原则,以及中国和苏联刑法中的(严重)社会危害性原则。危害原则不仅在英美法系刑法中具有重要的地位,而且也是民主社会普遍认可的界定犯罪的标准。^[2] 最近,笔者已经对危害原则的学术史、危害原则与中国刑法中的社会危害性原则作了比较研究。^[3] 但从该原则的内涵、价值追求看,其蕴含的重要法哲学意义值得进一步探讨,其法哲学意义对中国刑法立法犯罪化的认识具有重要的警示意义。

一 “危害”范畴的技术性界定:对他人利益的不法侵害

危害原则中的“危害”一词,含义模糊宽泛,而且在日常生活中经常被使用。如果不作区分地把生活中使用的“危害”一词适用于刑法领域,以此界定可能受到刑罚惩罚的行为,并且作为该行为应受惩罚的正当根据,不仅不能限制刑罚权的发动,甚至会导致刑法管辖范围的扩大。因此,从刑法规范意义上科学合理界定“危害”的内涵和范畴,是危害原则始源者、提倡者和追随者不容回避的根本问题。而危害原则的始源者密尔和使危害原则发展成熟的范伯格,亦都通过技术性的界定把危害原则的“危害”从日常危害的含义中切割出来,使其在一定程度上偏离日常意义,从而把很多不具有刑法意义的危害排除出去,限缩了刑法规制的危害行为范畴。

密尔在《论自由》中认为:“仅只有为阻止社会成员对他人造成危害时,违背文明社会个体成员的意愿对其施加刑罚才具有正当性。”^[4] 这便是危害原则的密尔表达,也被视为危害原则的始源。密尔进一步对“危害”进行了界定,认为“危害是对他人利益的侵犯”。^[5] 因此,如果一个人没有侵犯他人的利益,则国家就不能进行强制干预。据此,密尔反对给无害他人利益的行为(比如个人的饮食习惯和基于宗教信仰的行为)或者对仅具有道德之恶的行为(比如通奸和卖淫等行为)施加刑罚。同样,如果某一行为侵害的不是个人或社会利益,则该行为亦不具有危害原则中的“危害”性。但要深入理解密尔概念中的“他人利益”,还需要知道密尔是功利主义者,明确宣称其法哲学的主张是以功利为根据的。因此,密尔对“危害”的注解也是功利主义的。但正如下文将要讨论的,密尔的

[1] 关于该原则国内的各种翻译,参见姜敏:《英美刑法中的“危害原则研究”——兼与社会危害性比较》,《比较法研究》2016年第4期,第60页注释[1]。

[2] 参见D. Dripps, *The Liberal Critique of the Harm Principle*, 17 *Criminal Justice Ethics*, 1998, p. 3.

[3] 参见姜敏:《英美刑法中的“危害原则研究”——兼与社会危害性比较》,《比较法研究》2016年第4期,第60-74页。

[4] J. S. Mill, *On Liberty*, J. M. Dent & Sons Ltd. 1910, p. 73.

[5] J. S. Mill, *On Liberty*, J. M. Dent & Sons Ltd. 1910, p. 141.

功利不同于边沁式功利主义,其功利重视的是个人的发展、个人的良好生活和进步。密尔危害概念中的“他人利益”与其功利思想相契合,是“以把人视为发展个体而应具有的永久利益为根据”。〔6〕正是这种思想的注入,赋予了危害原则隐性法哲学意义,也解救了边沁式功利主义的困境。

当然,密尔并不是把所有“侵犯他人利益”的行为均视为危害行为,因此,他进一步对“危害”进行了限制。密尔认为,某种被侵害的利益只有在成为法律默许或明确保护的權利时,这种侵害才能被视为危害,否则对他人利益的损害不能被视为危害。〔7〕因此,在密尔的语境下,如果某人的行为损害或妨碍了他人的利益,对于被损害者的利益而言,是具有“危害”的。但如果某一损害行为没有侵害到他人的权利,则此类损害行为不能视为危害原则中的“危害”行为。比如,工厂甲和工厂乙生产相同的产品,但甲的产品价格更低廉。因此,在竞争中导致乙的利益受到损害甚至破产。甲的行为虽然使乙的利益受到损害,但政府不能把这种“损害”利益的行为视为危害,并对这种自由公平的竞争行为加以禁止,因为乙不享有回避自由竞争的权利。学者唐纳德·德里普斯(Donald A. Dripps)认为,此种限制是对危害的“不法性限制”,即“危害原则不应把缺乏不法性的侵害视为危害。否则,成功的经济竞争行为会被视为对他人的‘危害’”。〔8〕换句话说,使他人利益受到损害的行为如果没有侵犯他人的权利,则缺乏不法性,也就缺乏可罚性,不应受到刑法规制。

法哲学家乔尔·范伯格(Joel Feinberg)使危害原则发展成熟,且把危害原则视为刑法的道德底线。为了使危害原则发挥限制刑罚权的功能,限缩刑法惩罚范围,范伯格详细对“危害”的含义进行了技术性界定。范伯格明确宣称,危害原则中的危害与日常生活用语中的危害不对应,即日常生活用语中的诸多危害不能被视为其理论体系中的危害。但范伯格在对危害进行技术性限制时,亦是以“利益”为分析视角,认为“危害”是“对某种利益的阻碍、阻止和损害”。〔9〕另外,范伯格也和密尔一样,认为不是所有侵犯利益的行为均应受到刑法的制裁。刑法规范意义上的危害是“对利益的不法侵害”。〔10〕因此,刑法惩罚损害利益的行为,不应具有正当化事由或者可宽恕事由。亦即“对利益的阻挠”不必然就是“危害”,除非“对利益的阻挠具有不法性”。因此,范伯格直接用“不法性”限制刑法应规制的危害范畴。在实践中,有很多损害或阻碍利益的行为具有正当理由,比如正当防卫、紧急避险也会对利益造成损失,却应排除在危害原则中的“危害”之外。这就限缩了国家刑罚权惩罚的范围,保证刑罚权的发动具有正当性。

〔6〕 Stefan Collini, ed., *John Stuart Mill: On Liberty and Other Writings*, Cambridge: Cambridge University Press, 1989, p. 14.

〔7〕 参见 Stefan Collini, ed., *John Stuart Mill: On Liberty and Other Writings*, Cambridge: Cambridge University Press, 1989, p. 75; J. S. Mill, *On Liberty*, J. M. Dent & Sons Ltd. 1910, p. 141。

〔8〕 Donald A. Dripps, *The Liberal Critique of the Harm Principle*, *Criminal Justice Ethics* 17.2 (Summer/Fall 1998) p. 9.

〔9〕 参见 Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law: Harm to Others*, New York: Oxford University Press, 1984, p. 15.

〔10〕 参见姜敏:《英美刑法中的“危害原则研究”——兼与社会危害性比较》,《比较法研究》2016年第4期,第63页。

二 危害原则的两个维度： 个人享有的自由和国家干预个人自由的道德底线

起源于密尔的危害原则并不是无涉道德的概念,而是以实体正义为前提,确定如何分配基本权利和义务,并决定通过何种标准合理分配利益和社会合作义务的正义原则。然而,非正义的典型状态就是个人之间的不法侵害,以及国家权力对个人的不法干预。要保护个人不受这两种不法侵害,一方面要限制国家权力的滥用,另一方面要禁止个人对其他人的侵犯。基于此,危害原则的功能就是要合理分配权利和义务,保证个人不受这两种不法的侵害。危害原则内涵的两个维度也表达了这样的旨趣:第一,限制国家刑罚权对个人自由的干预,保证个人享有自由,这是危害原则的核心要意;第二,禁止个人滥用自由不法侵害其他人的利益,否则国家就有正当理由通过刑罚惩罚侵权人。危害原则的这两个维度,为英美法系国家政策制定者如何对待普通人以及个人应如何对待其他人设置了道德底线。

(一) 危害“他人”^[11]:国家刑罚权强制干预个人自由的唯一缘由

危害原则的第一个维度是只有当个人行为不法损害了他人的利益,国家才能干预个人的自由。这一维度主要表现在以下两个方面:

第一,反对刑法家长主义。危害原则强调的是对他人的危害,所以不能把行为人对自我的危害视为犯罪,即使国家这样做的出发点是为了个人的“善”也不允许。比如密尔认为:“出于为公民个人的善,无论是身体的还是道德的善,都不是国家对个人使用权力的充要条件。”根据该立场,吸食毒品行为、自杀行为、安乐死等,都不应视为犯罪,因为这些行为没有危害他人,仅仅是个人伤害自身利益的行为,属于个人自主权的范畴,刑法不应干预。同理,危害原则认为同性之间的性行为不应受到刑事制裁,选择与同性发生性关系是个人的私事,和法律无涉,因为合意的同性性行为并没有伤害谁。这种观点在英国同性性行为去罪化运动中发挥了重要的作用。^[12] 如果国家介入这些应由公民个人主宰的空间,什么事情都强迫个人服从国家的旨意和安排,个人的任何事情都由国家做主,就是典型的刑法家长主义。而刑法家长主义会导致过多地干预个人生活,损害个体自主权,是不应提倡的。

第二,不应惩罚没有危害的行为。危害原则的支持者安德鲁·冯·赫希(Andrew von Hirsch)认为:“因没有危害后果的不法行为而监禁人们,是一种不公平且不适当的作法。”^[13] 而在“无害”行为中,英美法系最有争议的是持有行为以及不道德行为是否应被

[11] 当然,对“他人”的理解,不能解释为社会中的除行为人本人之外的其他公民个体,还包括对“社会、集体和国家”的危害。参见姜敏:《英美刑法中的“危害原则研究”——兼与社会危害性比较》,《比较法研究》2016年第4期,第65页。

[12] 参见 Nils Holtug, *The Harm Principle*, Kluwer Academic Publishers, 2002, p. 358。

[13] Andrew von Hirsch and Andrew Ashworth, *Proportionate Sentencing: Exploring the Principles*, UK: Oxford University Press, 2005, p. 86。

视为犯罪。比如,持有枪支和毒品的行为,本身并没有损害他人权益。从实质上看,持有枪支和毒品等持有行为本身,仅仅具有诱发危害的风险而已。因此,根据危害原则的旨意,学者胡萨克(Douglas Husak)对持有毒品行为,甚至是贩卖毒品等涉及毒品类的行为,力主其去罪化。^[14]同理,仅仅是不道德的行为(比如见危不救行为),如果行为人不负有特殊的义务,则亦不应犯罪化。密尔、范伯格以及诸多危害原则的追随者,比如自由主义者哈特,都根据危害原则否定用刑罚镇压不道德行为的必要性,也否定用刑罚镇压一般违犯社会秩序行为的必要性。

从实质上看,这个维度上的危害原则是划定国家不得干预应由个人自己做主的区域,体现的是个体自由的维护和对个体的宽容。因此,这个维度的危害原则是确定国家强制适用刑法的外部边界,判断刑法干预是否合法或合理。当然,这仅仅是刑法干预的道德底线问题,而不关涉判断刑法对何种危害行为具有管辖权的范畴,后者才涉及解决如何平衡和排列危害行为的问题。比如范伯格在论述危害原则时,就明确指出其目的不是“确定立法机构应把何种行为纳入其理想中的智慧而有用的刑法典中,而是确定立法机构如果要进行选择,何种行为可以纳入立法的考量之中”。^[15]

虽然这个维度的危害原则仅仅设置了刑法强制干预的底线,但危害原则的构建,不仅塑造刑法的正当性根据和法治精神,而且能确立一种私人空间,让个人在此空间中按照自己的选择发展。这个底线的设置,让个人有了质疑国家发动刑罚权的根据,也保证了个人在这个底线范畴之外享有不受国家刑罚权惩罚的权利。这种思路的基本框架,遵循的是“个体—国家”的二元博弈模式,排斥从根本上不分是非、善恶,为一切强权者服务的刑罚观。从这个角度讲,危害原则具有重要的批判性功能,而正是这种批判性功能,保证了刑罚的正当性。

(二)不危害“他人”:个人享有自由的道德底线

危害原则的第二个维度是个人不能实施危害他人的行为,否则国家惩罚侵权人就具有了正当理由。密尔就明确表示,社会期望的个人行为亦“是不危害他人利益”的行为。^[16]因此,危害原则亦界定了个人行动自由的范围。

把某种行为视为犯罪,意味着该行为的法律后果是受到刑罚惩罚,其必然产生对个人自由的限制。但是国家要对个人享有的自由进行干预和限制,必须明确该类自由应受到限制的充足理由。个体与他人交往应遵守的社会基本道德准则是:所有个体都需要合作,而合作就是要求个体在选择行为时必须考虑他人的利益。但在现实中,总有一些行为人不愿意遵守最低的道德准则,不懂得合作甚至伤害他人,这就需要外在的社会力量推动其遵守基本的道德准则。因此,对侵害他人利益的行为加以制裁,才能保证在不危害他人利益的限度内实现个人自由。

马克思和恩格斯认为:“正义不是一种独立存在的东西,而是在相互的交往活动中,

[14] 参见 Douglas Husak, *Drugs and Rights*, Cambridge: Cambridge University Press, 1992; 亦可参见 Douglas Husak, *The Legalization of Drugs*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005。

[15] Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law: Harm to Others*, New York: Oxford University Press, 1984, p. 4.

[16] 参见 Stefan Collini, ed., *John Stuart Mill: On Liberty and Other Writings*, Cambridge: Cambridge University Press, 1989, p. 75。

在任何地方为了不伤害或不受害而订立的契约。”^[17]从这个维度分析,危害原则划清了刑法中的善恶和正义的界限。刑法是为了维护正义,应区分善恶,但正义和善恶并不是抽象的存在,而应以某种具体的原则为标准。危害原则以给他人造成危害的行为作为惩罚的起点和根据,强化了人性中的正义感。同时,只要行为人实施了危害他人的行为,则刑法就有管辖权,这是呼吁人们不仅要分清善恶而且要扬善惩恶,树立以善胜恶的信心。其更深层次的涵义是:要求行为人向善,行为人不仅要尊重自己,而且也应尊重他人,才能真正享有自由。

三 危害原则法哲学意义的认识维度

(一) 危害原则的显性法哲学意义:限制刑罚权和维护自由

危害原则的法哲学意义可以从显性的和隐性的两个维度上理解。首先危害原则是通过划定国家刑罚权的边界,从而达到对个人自由的维护,这是危害原则的显性法哲学意义。

自由对公民个体而言,具有重要的决定性意义。卢梭认为:“放弃自己的自由,就是放弃自己做人的资格,就是放弃人类的权利,甚至就是放弃自己的义务。”^[18]有的学者甚至认为:“自由权始终是人权的灵魂,是享有其他人权的基础。”^[19]因此,自由本身是好东西,是人必须享有的权利或资格之一,这是不容置疑的。但是,个人应当享有自由并不必然意味着个人实然就享有了自由,因为个人实然享有的自由会受到内外部因素的干扰和制约。而在刑法领域,最有可能侵蚀和侵犯个人自由的力量,就是国家刑罚权。如果国家刑罚权的启动是肆意的、任性的,那么其不仅不能发挥保障功能,相反,会对个人的自由造成重大侵害,扰乱个人生活的安宁。更有甚者,刑罚权还可能成为暴政的工具,正如论者所言的“刑权力可以为暴政提供最为有效的手段”。^[20]比如,封建社会肆意擅断的刑法就是国家暴政的工具,它导致个人无法享有自由。因此,要保证个人享有实实在在的自由,则必须限制国家的刑罚权。

也正是看到了国家刑罚权对个人的巨大威胁,基于保护个人自由的需要,密尔提出以危害原则限制国家刑罚权对个人行为选择的强制干预。^[21]因此,从始源上看,危害原则拥有天然的自由主义血统。后继者哈特通过对德夫林的法律道德主义保守派的猛烈进攻,也明确赋予危害原则保护自由之目的。^[22]范伯格最彻底,视危害原则的旨意就是保护自由。^[23]

[17] 《马克思恩格斯全集》(第40卷),人民出版社1982年版,第34页。

[18] [法]卢梭著:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆2008年版,第12页。

[19] 熊万鹏著:《人权的哲学基础》,商务印书馆2013年版,第87页。

[20] 苏惠渔、孙万怀著:《论国家刑权力》,北京大学出版社2006年版,第7页。

[21] 参见 J. S. Mill, *On Liberty*, J. M. Dent & Sons Ltd., 1910, p. 74。

[22] 参见 H. L. A. Hart, *Law, Liberty, and Morality*, Stanford, CA: Stanford University Press, 1963。

[23] 参见 Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law: Harm to Others*, New York: Oxford University Press, 1984; Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law: Offense to Others*, New York: Oxford University Press, 1985; Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law: Harm to Self*, New York: Oxford University Press, 1986; Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law: Harmless Wrongdoing*, New York: Oxford University Press, 1990。

因此,危害原则是“自由主义者手中值得信赖的武器”。^[24]

以危害原则限制国家刑罚权、保护个人自由是具有自然法上的哲学根据的。在现代文明国家的政治中,国家被视为社会契约的产物。基于社会契约结束了无序的互相伤害的自然生活状态,组建了国家。相应地,如果个人行为没有伤害或者影响他人,则国家就不应涉足并进而干预个人的自由。

(二)危害原则的隐性法哲学意义:追求个体的尊严与发展

危害原则对个人自由的保护,就是容许给个人留下一个反思性或自主的活动领域,在这个领域内个人享有不受国家干预的生活。而如果个人能享有不受国家干预的生活,则会给人类和公民个体提供更多的发展机会。从这个视角看,在危害原则显性的法哲学意义下,还具有更深层次的法哲学意义:为刑法构建一种个人自主空间提供法理构想,从而保证与促进人之尊严与人之发展的高层次功利的实现。

1. 边沁式功利主义及其隐含的危机

一提到功利便会联系到边沁的名字。但功利主义并非始于边沁,在古希腊的德谟克利特、昔勒尼学派、伊比鸠鲁的思想中,就已具有功利主义的影子了。甚至英国的坎伯兰、洛克、休谟,意大利刑法学家贝卡利亚等,也都对功利主义进行过详细的论述。但因为是边沁以功利主义作为信条而开创了功利主义学派,所以,一提到功利便会把其功利思想作为参照。因此,边沁是功利主义的代表人物,其功利主义的核心观点是:苦乐论、效果论和功利原则。

首先,边沁功利主义最基本的观点是趋利避害论、苦乐论或最大幸福论。边沁认为,赞同还是不赞同某行为,应根据该行为是增加还是减少了主体的幸福进行判断,是否幸福应根据“至高无上的快乐与痛苦”原则进行衡量。但边沁的这种功利主义“是一种结果论,因而在其对行为的评价标准中,行为人的主观动机、意图、性格等并不重要”。^[25]也正因为边沁的功利主义是结果主义,否认动机、意图、性格等主观要素的重要性,因此,其“苦乐”与“幸福”同人的主观意识无关,而只与结果有关。由此可知,作为一种好与坏、对与错的道德哲学原理,边沁的功利主义是在人之外寻找道德评价的客观依据。其次,边沁认为凡是能将效用最大化的事就是正确的、公正的。把这种思想适用于评价刑法立法得出的当然结论就是:“国家刑罚的预防效果的功利最大化,决定刑罚本身的正当性。”^[26]最后,边沁的功利原则虽是幸福论,但其幸福指向的是“最大多数人的最大幸福”。因边沁持结果主义立场,因此他认为凡有效用的,皆是幸福的。

边沁的上述三项原理奠定了功利主义的基础。毫无疑问,边沁式功利主义“跟基督教神学神秘的、虚伪的道德评价标准相比,无疑具有一定的历史进步性”。^[27]但边沁式功利主义的缺陷也是非常明显的,主要表现在:边沁的功利主义具有极强的“纪律”倾向,且这种“纪律”倾向缺乏实现的手段设计,导致其不能激发个体对社会进步的意想和

[24] Steven D. Smith, Is the Harm Principle Illiberal? 51 *AM. J. JURIS.*, 2006, p. 1.

[25] 冀洋:《刑法主观主义:方法论与价值观的双重清理》,《法制与社会发展》2016年第3期,第132页。

[26] [英]边沁著:《政府片论》,沈叔平等译,商务印书馆1995年版,第92页。

[27] 王文华、刘常春:《边沁功利主义评析》,《武汉科技学院学报》2007年第7期,第82页。

共鸣。^[28]

第一,边沁试图通过将功利主义与控制思想紧密联系,并提供一种优越的评估政策或者一种利益分配的计算模式。因此,从实质上看,边沁的古典功利主义模式是决定国家权力行使,提供评价人类关系与行为、决定具体行为过程的平衡点。但边沁之功利主义虽是一种卓越的决策技术,只是根据“赞扬和谴责、奖励和惩罚”使人们“人为地、因果式地”坚持功利主义,没有创造深层次的自然感情纽带。^[29]因此,边沁的功利主义不能激发人们促进社会进步的意愿。

第二,在边沁之功利主义判断成分中,亦没有包括维护秩序的充分根据,不能说明社会中规范性秩序的缘由和正当根据。基于人类利益的无穷尽和实现人类利益方式的无止境,刑法规范要构建社会秩序,则需要个人与规范的关系范畴中,植入刑罚制裁这一要素。而刑罚制裁作用的发挥和目的之实现,很大程度上并不取决于刑罚表面的威慑,而取决于隐含而非明确的规范得以实施的背后力量:公民习惯性服从的动机。因果式的客观幸福论,一方面导致边沁古典功利主义对人类社会基础的最终分析超出了科学合理的范围,另一方面亦没有为人类服从法律和社会整合的方法创造条件,因为从个体与服从社会规则的关系看,个人需要发现自己的信仰和情感领域与服从社会规制之间的关系,才能真正服从社会规则。

第三,从个人行为选择方面看,边沁式功利主义根据苦乐论进行判断,但边沁是从快乐的量而不是从快乐的质进行判断,这是对古希腊亚里斯提卜等人享乐主义伦理观的沿袭,不利于培养公民的道德意识,甚至会导致精致的利己主义。

第四,边沁之功利主义的“最大多数人的最大幸福原则”,会导致国家基于整体幸福的最大化,甚至在一定程度上为了实现整体幸福的最大化,而把个人当工具,导致牺牲个人利益。

基于上述诸种缺陷,古典的边沁式功利主义实际上隐含着巨大的危机。

2. 危害原则的功利主义对边沁的超越

危害原则的显性法哲学意义在于维护个人自由,但其对自由的维护具有更深层次的功利主义思想,比如,有学者认为密尔的危害原则“对自由的捍卫是基于功利”。^[30]同样,范伯格把危害原则作为刑法的道德底线从而保护个人的自由,其也是“源于更普遍的功利主义道德哲学”。^[31]因此,可以认为,密尔和范伯格既是自由主义者,也是功利主义者。但是,危害原则中的自由主义和功利主义是有层次性的。前述论及,限制国家刑罚权维护个人自由是危害原则的显性法哲学意义。之所以要维护个人的自由,无论是密尔还是范伯格均认为其旨意在于功利的道德哲学思想。所以,危害原则的隐性法哲学意义是功利

[28] 参见[英]韦恩·莫里森著:《法理学——从古希腊到后现代》,李桂林等译,武汉大学出版社2002年版,第214页。

[29] 参见[英]韦恩·莫里森著:《法理学——从古希腊到后现代》,李桂林等译,武汉大学出版社2002年版,第200页。

[30] 段元秀:《自由与民主的张力与平衡——密尔自由民主理论述评》,《云南行政学院学报》2013年第3期,第30页。

[31] Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law: Harmless Wrongdoing*, New York: Oxford University Press, 1990, p. 189.

主义。

视危害原则的显性法哲学意义是维护自由,隐性法哲学思想指向功利的立场,并不矛盾。实际上,自由主义和密尔改良后的功利主义本身就不矛盾。有学者考察了密尔改良后的功利主义和自由主义,认为二者除在“自然权利”上存在分歧外,都为同一时代精神服务,鼓吹相同的政治理念:反对国家集权统治、反对国家权力对个人生活的过分干预,并以市民社会的自主性和社会功利的实现作为政治法律改革的终极目标。^[32]而之所以被密尔修正后的功利主义和自由主义能有牢固的关系,危害原则是有功劳的。所以有学者认为危害原则“把功利原则与自由主义原则成功融为一体,使功利主义与自由主义有了相当牢固的亲缘关系”。^[33]

密尔和范伯格是功利主义者,但他们的功利主义均修正、扩张或超越了边沁式标准功利主义,或者摒弃了边沁式功利主义。概言之,二者的功利主义思想借助于危害原则超越了边沁式功利主义。范伯格明确拒绝边沁式功利主义。^[34]密尔与范伯格不同,他在一定程度上认同边沁的功利论:“功利,亦即最大幸福原则。如果行为倾向于增加幸福,则行为正当;如倾向于减少幸福,则行为不正当。”^[35]但不同于边沁的是,密尔是以主观为根据的,他根据行为人的主观感受进行判断,即如果个人的经历使其感受到了幸福,则这种行为就增加了个人的福祉,不具有危害,国家不能干预;相反,如果该行为减少了个人的福祉,则是危害行为,是属于国家干预的范畴。很显然这种幸福论的功利思想也不同于边沁式“最大多数人的最大幸福”的幸福论,而是把公民个体所感受到的幸福视为一种幸福,尊重公民个体的价值和存在。根据这种观点,如果要把个人当作进步性存在,就应以其根本利益为根据,而不是以社会整体之最大幸福掩盖个人的幸福。同样,密尔虽赞同边沁的苦乐论或趋利避害论,但其语境下的苦乐论或趋利避害论,也是从尊重公民个体主观感受为切入点进行分析的。这种语境下的功利主义对边沁的不考虑行为人主观感受、唯客观的“效果论”和“最大多数人最大幸福”的功利进行了修正。这也是危害原则反对自杀行为、吸毒行为、同性之间性行为等入罪的深层次理论根据。同时,这种语境下的危害原则要求国家在制定某项政策时,应以公民个体的价值判断即是否能使个人生活更美好为标准,而不是把国家的某种价值作为判断标准强加于个人。

范伯格在继承危害原则的基础上,也继承了密尔为危害原则注入的这种思想。因此,范伯格也同样反对刑法家长主义,反对同性之间的性行为、吸毒行为入刑。这实际上是尊重个人已经拥有的价值,而不是通过强权强制个人尊重某种价值的自由主义。从这个意义分析,密尔和范伯格的功利主义摒弃的,是边沁式功利主义中的从国家立场出发的束缚个人自由的“纪律”成分,是对自由的维护,其旨意是确定国家可以凌驾于个人之上的权威的限度。

[32] 参见马乐:《为刑法主观主义辩》,《环球法律评论》2014年第2期,第80页。

[33] 李强著:《自由主义》,吉林出版集团有限公司2007年版,第99页。

[34] 参见 Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law: Harmless Wrongdoing*, New York: Oxford University Press, 1990, p. 11。

[35] Roger Crisp, ed., *J. S. Mill: Utilitarianism*, New York: Oxford University Press, 1998, p. 55.

3. 危害原则隐性法哲学思想的实质:维护自主权、实现人之发展

危害原则的隐性法哲学意义在于功利主义,但因密尔和范伯格担心边沁功利主义中的制裁成分会限制和约束个人自由,从而阻止个人为自己谋幸福和个人之发展,所以摒弃了边沁式功利主义中的制裁成分。从实质上看,危害原则的隐性法哲学思想是:维护个人自主权,进而为现代社会创设促进人类繁荣和幸福的条件。危害原则之所以被视为“现代自由国家的根本原则之一”,^[36]就在于该原则通过对自由的维护,保证了个人享有自主权,使最大化的自主生活方式成为可能,从而为个人的发展,为人类的共同福祉创设条件。

在危害原则通过对自由的维护进而维护个人自主权的命题下,还需要首先明白的是自由和自主权是既有区别又有联系的两个概念。国内刑法学者虽然也常使用这两个概念,但很少对这两个词语进行区别。从英语的表达看,自由是 freedom,而自主权是 autonomy。从《布莱克法律大辞典》对这两个词语的英文解释上看,^[37]自主权是指不受外界干扰和控制的行为能力或做决定的能力,而自由是指一种自在的或不受束缚的状态。当然,除了《布莱克法律大辞典》对自由的这种解释外,自由也可指主体不受外界因素控制地从事某项活动,比如说话、写作、读书等。可见,自由和自主权的显著区别是:自主权强调主体的“自主”能力,即自己管理自身事务并对其行为和命运自我负责的能力,重视自我满足和独立,追求意志自由和行为自由。而自由侧重的是不受约束,可为某行为或做某事的资格。自由和主体是否有能力为某种行为或享有某种资格无关,但自主权的享有却必须在主体能够承担权利和义务时才成为可能。比如三岁的孩子可以有结社自由,三个月的孩子有说话的自由,但这与他们是否有结社的能力或说话的能力无必然关系。

自由和自主权也是有联系的,这种联系首先是自主权和自由一样,均反对不必要或过分的限制性规范和规则。其次个人要享有自主权,首先应享有自由。如果连自由都没有则不可能真正享有自主权。从某种意义上说,自由相较于自主权更具有表象性,而自主权更具有实质意义。笔者甚至认为,法律包括刑法对自由的保障,均是为了保护自由背后的自主权。尤其是从个人发展和社会发展的视角看,只有拥有自主权才能真正实现自己做主,保障自己这个特殊的生物体所具有的能力得到发展,为自己和社会谋福利,促进发展和推动进步。当然,并不是说自由就无足轻重,相反对个体而言,自由是实现一般权利的基础,如果没有自由,则其他任何权利都无法实现。甚至可以认为,自由是一个人能力发展的起点。换言之,只有享有充分的自由,一个人才能自主地处分其他各项权利,才能拥有实在意义的自主权。因此,无论是尊严的维护还是自主权的获得,首先要有自由。

在现代民主与法治建设比较成功的社会,个人均享有广泛的自主权。危害原则隐含的这种高级功利思想具有重要意义。一方面,在现代社会,不仅意味着世俗权威与精神权威的分离,还意味着更大规模的发展和更多的自由和自我实现的可能。危害原则对个人自主权的保护,就保护了个体应享有表达不同观点、决定不同生活方式和制定不同的生活

[36] [英]韦恩·莫里森著:《法理学——从古希腊到后现代》,李桂林等译,武汉大学出版社2002年版,第213页。

[37] 《布莱克法律大辞典》对 freedom 的解释是:a state of being free or liberated;对 autonomy 的解释是 the right of self-government, 和 an individual's capacity of self-determination。参见 Bryan A. Garner, ed., *Black's Law Dictionary* (9th Edition), Thomson Reuters, 2009, pp. 154, 735。

规划的权利。因此,危害原则的深层次高级功利保证了个体被允许按照自己的选择行事,使个体能自我实现和自我满足。另一方面,与压制型社会的法制相比,现代社会规范和命令的执行,取决于公民个体对其存在意义的普遍信念的建立和培育,进而促使个人对社会行为规范合法性的认同,并推动个人自觉服从这些规范和命令。因此,边沁式功利主义浓烈的“纪律”性成分,导致其不能对现代法治提供指导性标准,所以边沁功利主义不适合现代社会。基于相同的理由,家长主义式的立法,也不适合现代社会。与之对应,危害原则从保护个体自主权出发,保护个体为自己谋福利的权利,就使公民个人与在此基础上构建的规范联系起来,认同规范的合法性和价值。也正是从这个意义出发,有学者认为危害原则所蕴含的深层次功利思想,拯救了功利主义伦理学,使它不再成为人们所指责的干巴巴的教条。^[38] 而从规范获得信仰和遵从的角度看,危害原则内涵的高级功利思想,使构筑于其基础之上的刑法规范,更容易获得认同和遵守。

四 危害原则面临的挑战

虽然危害原则是英美刑法的核心原则,受到很多学者的推崇,但这并不意味着危害原则是不可挑战的,相反,危害原则本身就是在挑战与质疑中取得发展的。除了风险社会等社会变化给危害原则带来的挑战外,笔者在此想讨论的是危害原则还受到来自个体尊严原则和自主原则的挑战。

(一) 个体尊严原则和自主原则及其局限

美国学者梅尔·丹-科恩提出,以维护人之尊严原则替代危害原则,限制刑法扩张。^[39] 丹-科恩认为,从刑法的基本道德性和人类社会行为的道德性看,刑法的主要目标应该是维护每个人特有的尊严,制定刑法规范的最低价值取向和最终目的应是维护公民的尊严。另外一位学者亚瑟尔·利普斯坦认为,既然刑法应尊重人的自我选择和决定权,那么应当直接以自主原则限制刑罚权的扩张,从而取代危害原则。^[40] 自主原则同样反对刑法家长主义,即反对把行为人对自己而不是对别人的伤害行为视为犯罪,同样主张吸毒、自我伤残、自杀、安乐死、赌博等属于个人自主权范畴的行为予以去罪化。因此,根据自主权理论确实能保证个人享有一定的私人空间不受他人和国家的干涉。从目标的设定看,个人尊严原则与自主原则确实包含危害原则所追求的目标,表达更为明朗直接,表面上似乎更有说服力。

但是,这两项原则遭遇的问题也是很明显的。一方面,维护个人尊严原则的价值诉求是毫无争议的,笔者甚至认为其对人类尊严的维护还是当代法治的实质内容。但该原则遭遇的问题在于:维护尊严是一般意义的原则,如何才能通过具体的措施达至此目的,这才是具有实践意义的命题。换言之,维护个人尊严原则没有回答通过何种途径实现维护

[38] 参见[美]乔治·萨拜因著:《政治学说史》(下册),邓正来译,上海人民出版社2010年版,第400页。

[39] 参见 Meir Dan-Cohen, *Defending Dignity, in Harmful Thoughts: Essays On Law, Self, And Morality*, New Jersey: Princeton University Press, 2002, pp. 161 - 167。

[40] 参见 Arthur Ripstein, *Beyond the Harm Principle*, *Philosophy Public & Affairs*, 2006, p. 216。

尊严的问题。如果国家权力和其他人能够肆意侵害个人的尊严,但又没有途径限制国家和侵权人,那么个人的尊严是无法得以维护的。因此,个人尊严原则遗留的问题是:如何找到一种途径实现对人类尊严的维护。另一方面,自主原则主张个人应享有自主权,从而使促进发展成为可能,这也是非常具有积极意义的。但如果仅仅提倡个人自主权,不仅无法为刑罚制裁提供正当理由,而且还会导致个人主义。从平等对待每个人的视角看,刑法应保护个人自治不受他人侵犯,同时亦禁止个人对他人造成侵害。所以单纯提倡个人自主权,则可能导致个人权利行使中道德约束的缺失并致个体自主权滥用。因此,如果单纯把维护个人自主权作为限制刑法边界的指导,会导致大多数人专制的局面,并渐进地腐蚀自主权的人格基础。

(二) 危害原则保护个体尊严与自主权的可践行性

单纯依靠尊严原则维护个人的尊严是不具有实践性的,依靠自主权原则维护个人自主权也因缺乏道德约束而导致其最终在实践中难以真正实现。笔者之所以认同通过危害原则维护个人自主权,一方面是因为危害原则不仅能在实质上维护个人的自主权,而且还能通过限制国家刑罚权和禁止公民侵害他人这两个维度,为国家刑罚权干预个人的自主权设置障碍,同时也为自主权设置了边界。另一方面,笔者并不主张通过个人尊严原则来维护人的尊严,是因为对个人自主权的维护本身就包括对个人尊严的维护了。

因此,危害原则通过对自主权的维护而维护了个人尊严,据之弥补了单纯的个人尊严原则实现路径上的缺陷,同时还赋予了自主权道德约束——自主权的行使不能危害他人。这对于自主权具有重要意义。

首先,危害原则使自主权的享有不会导致个人主义。自主权的享有在一定程度上是实现个体发展和最终社会整体功利最大化的最有效途径,但单纯自主权论会受到“导致个人主义”的质疑。当然,如果能在有限的范围内享有自主权,也不必然会导致个人主义。美国学者帕森斯就认为,对个人利益的追求只要“是以大大缓和人们之间潜在敌意的方式加以追求,则个人利益促进的正是共同利益与和睦共事,而不是相互的敌意与毁灭”^[41] 也就是说,如果追求个人利益的复杂行为,是在一定原则框架内实施的,并不会诱发个人主义。而密尔和范伯格的危害原则,不仅通过保护个人自由从而保证个人享有自主权,同时,亦把个体实现自我的复杂行为限制在不危害他人的原则框架内。美国学者大卫·理查德也认为:“刑法中实行的自然义务所衍生的自主性原则要求:除非是在必要且合比例的自我防卫范围内,或者是在一些合理的紧急避险或胁迫的极端案件中,否则个人不能故意、明知、轻率地对他人进行伤害。”^[42] 因此,危害原则赋予了个人享有自主权的德性边界,避免了享有自主权的个人堕化为个人主义者。

其次,被危害原则赋予德性的自主权,具有实践性。一方面,从个人享有自主权的实践性看,自己想拥有自主权并进而确保自我潜能的开发和发展,维护自己的尊严,是每个人都想获得的生存方式。康德认为,“我们以符合人类尊严的方式对待他人和我

[41] [美]T. 帕森斯著:《社会行动的结构》,张明德等译,译林出版社2003年版,第314页。

[42] David A. J. Richards, *A Theory of Reasons for Action*, Clarendon Press, 1971, p. 185.

们自己”^[43]并且人类的理性思考能力也应支持这样的法则：“普遍的法则是，你只依据那些大家同时愿意它成为普遍法则的准则行事。”^[44]所以个人在做事的时候，还应思考其他人是否也期望以这种方式对待，以及个人自身是否愿意这种行为方式成为普遍法则。比如，作虚假承诺是错误的，并且不被普遍接受。因为每一个理性的人都不期望被这样的方式对待，更不期望以这样的法则作为普遍的行为准则。另一方面，从社会交往的法则看，一个人不能把人只当作工具，而必须按照其他人能接受的规则行事，这是人与人尊重的基础。危害原则的“不危害他人”要求可被视为社会的普遍法则，且一般理性人均认可其他人按照此法则行事，也期望被如此对待。同时，依照“不危害他人”的要求行事，是将他人视作目的而非仅仅是实现自己目的之工具，在道德上也是无过错的。因此，在社会个体的交互作用中，人的此类行为不会受到来自国家和其他人的抵制，此种语境下的个人自主权的享有就具有了践行性。

最后，以“危害他人”作为可罚的起点，能铸造公民承担刑法义务的认同感。刑事立法的功能之一就在于引导社会公众不从事刑法规范禁止的行为，从而构建一种秩序，达到对利益的保护。设置刑法规范也是在向公众宣示，如果不按照刑法规范要求的方式生活和行事，则会受到刑罚的制裁。因此，从实质上看，这是通过一种外在的方式强制个人按照刑法规范的要求行事，为个人施加某种义务。但外化的要求是否能转化为个人内在的行为准则，从而真正把“他律”转变为“自律”，尤其是当刑法规范为个人设置的义务是过分的、不恰当的、不正当的，这种外化的规范不仅不能激发人们内心的认同感和信赖感，相反，会激起公众的反感和抵制，最终刑法规范将不能获得有效执行。美国学者泰勒认为：“民主社会需要人们的规范认同才能保障自己的有效运转”，因此，“人们对遵守法律产生规范性义务感是有必要的”。^[45]而危害原则不仅限制国家刑罚权，还要求公民不得侵害他人。如果行为人的行为不遵守这个规范，则违反了社会认可的规范对其角色的期待，会招致承担一定的法律后果。这实际也是一般的正义法则，能激起公民服从规范和承担义务的责任感。因此，根据危害原则，刑法规范要求只有当行为具有侵害他人利益的时候，才可以发动刑罚权。这样才能达致刑法规范宣示的规范意义与社会公众的正义感相契合的理想结果。

五 危害原则对中国刑事立法犯罪化趋势的警示

危害原则体现了对法治精神和公民个人的尊重，逐渐成为“普通法哲学划分道德和法律界限的重要原则”。^[46]在英美法系一些国家的实践中，已经或正在通过判例的方式

[43] Carl Joachim Friedrich (ed.), *The Philosophy of Kant: Immanuel Kant's Moral and Political Writings*, New York: The Modern Library, 1949, p. 140.

[44] O'Neill (ed.), *Constructions of Reason: Explorations of Kant's Practical Philosophy*, Cambridge: Cambridge University Press, 1989, p. 127.

[45] [美]汤姆·R. 泰勒著：《人们为什么遵守法律》，黄永译，中国法制出版社2015年版，第107页。

[46] Bernard E. Harcourt, *The Collapse of the Harm Principle*, 90 *J. Crim. L. & Criminology*, 1999, p. 131.

促进该原则的宪法化。比如,加拿大在 Malmo-Levine 案中,就引起了以危害原则限制犯罪化并进而使之宪法化的争鸣,且得到很多学者的支持。而美国已经通过 Lawrence. V. Texas 案,使该原则宪法化了。^[47] 可见,危害原则不仅在英美法系的刑法中有如此重要的意义,其含义、体现的精神和价值取向,对中国刑事立法犯罪化趋势也具有重要的警示意义。

(一) 刑法修正案的犯罪化立法趋势及其征表的价值取向

刑法的公法性质,决定其变化、趋势、理念和质量成为评价一个政治体价值取向的重要手段。^[48] 目前中国刑法立法的趋势,特别是刑法修正案凸显出的犯罪化趋势,征表的是国家把秩序维护放在优先地位的立法理念。比如,《刑法修正案(九)》第 21 条至第 43 条对《刑法》第六章“破坏社会管理秩序罪”的修正,从修正的内容看,主要是加强对特定社会生活领域中人们各种社会行为的管理,一般预防型的犯罪化趋势明显。《刑法修正案(八)》增设危险驾驶罪,而《刑法修正案(九)》进一步扩大危险驾驶罪的范围,就属于这种情况。

对于目前刑法重在维护秩序的价值取向,有学者认为具有合理性,甚至认为将“秩序价值置于更重要地位的刑法立法,既是刑法的本质要求,也是国家立法机关对社会现实情况充分考虑而作出的慎重、必要选择”。^[49] 从某种意义上说,对秩序的维护不会必然导致不公正。一方面,基于中国社会变化与转型以及中国刑法体系本身的粗疏,需要严密的刑事法网。另一方面,风险时代、生态危机、有组织犯罪猖獗等,也需要积极预防犯罪。比如频繁高发的恐怖活动犯罪,使得各个国家都有充分的理由创制大量相关犯罪并予以严厉惩处,以降低恐怖活动给人类带来的危险。基于上述情况,甚至有学者主张应转变国家管理模式,主张国家对社会的公共法益进行积极的保护,扬弃古典自由主义思想中国家中立和消极的立场,甚至认为:“权威,包括国家的合法性,必须在一种积极的基础上得到重构。”^[50] 这种立场也似乎为刑法立法侧重于秩序的维护找到了根据,特别是为预防型犯罪的设置找到了根据。

在此一思潮的影响下,不仅中国刑法为了维护秩序而体现出犯罪化趋势,其他国家的刑法为维护社会秩序,也体现出同样的趋势。比如,德国刑法的修正就是如此,2015 年德国刑法修正九次,涉及条文 50 多个,其中德国《刑法典》第 89a 对“预备严重危害国家的暴力犯罪”的犯罪构成进行扩张,同时还新增第 89c 条“资助恐怖主义罪”。德国不仅通过《刑法修正法》对德国《刑法典》进行修正,还通过其他法律对德国《刑法典》进行修正而扩大其犯罪圈。比如 2015 年 11 月 26 日生效的《打击腐败法》(BGBl. IS. 2015),为了贯彻欧洲层面的协议与决议,在德国《刑法典》中新增 20 多个条文,大幅扩张了对腐败犯罪的制裁范围。^[51]

[47] 参见姜敏:《英美刑法中的“危害原则研究”——兼与社会危害性比较》,《比较法研究》2016 年第 4 期,第 68 - 69 页。

[48] 参见[美]道格拉斯·胡萨克著:《过罪化及刑法的限制》,姜敏译,中国法制出版社 2015 年版,“导论”第 5 页。

[49] 黄晓亮:《论我国刑法修正的秩序价值优先性——以〈刑法修正案(九)〉为视角》,《法学杂志》2016 年第 3 期,第 42 页。

[50] [英]安东尼·吉登斯著:《第三条道路——社会民主主义的复兴》,郑戈译,北京大学出版社 2000 年版,第 76 页。

[51] 参见王颖:《德国刑法 2015 年条文修订选译(上)》,http://chuansong.me/n/2822648,最后访问时间:[2016-09-21]。

确实,通过设置诸多新罪和通过改变旧罪规范要素,扩大犯罪圈,从而维护重要的社会秩序,有些情况是必要的,比如“医闹”的入刑,就具有必要性。但有些却是借助公共秩序或社会秩序之名,行克减公民自由之实。比如通过《刑法修正案(九)》第 31 条在《刑法》第 290 条后增加“扰乱国家机关工作秩序罪”,把所谓的“缠访”和“闹访”等行为入罪,就属于这种情况。某些预防型犯罪的设置,比如,持有行为的进一步犯罪化,也不必然具有正当性。持有某些物品的行为并不意味着必然有危害可能性或者实际的危害,与需要保护的公共安全法益缺少关联性,因此,将某些持有行为入罪是违背刑事责任理论的。作为国家权力之一的刑权力,其扩张对公民生命、健康、财产和自由等基本权利的影响非常重大。而犯罪化立法体现的就是刑罚权的扩张,必然会影响到个人利益,胡萨克教授甚至把这种影响看作仅次于战争对个人的影响:“除发动战争外,一个国家所作的任何决定都不如决定将哪些行为通过刑法予以禁止及该行为应受到多大刑罚重要。”^[52]既然刑法立法对个人的影响如此重大,那么国家在考虑通过刑法维护秩序时,就不能忽略其对个人的影响。更直观地讲,国家在进行刑事立法时,不能忽略这样的事实:刑法对秩序的维护,是通过刑罚这种最严厉的法律制裁方式对不法行为进行制裁或威慑而实现的,这就要求刑事立法必须具有正当性。

(二) 当代治国理念语境下刑法犯罪化之应然诉求

21 世纪“是走向权利的世纪,是弘扬人格尊严和自由的世纪,所以 21 世纪时代精神应该是对人的尊严和自由的保护”^[53] 21 世纪的刑法立法也应体现对个人尊严的尊重和对个人自由的保护。

我国一代代党和政府的治国理念均在强调个人自由、尊严、发展和自主。比如,毛泽东同志提倡和坚持让人民当家作主,强调全国人民都应“有人身自由的权利,参与政治的权利和保护财产的权利”^[54] 江泽民同志认为:“一切社会的发展和进步,都取决于人的发展和进步,取决于人的尊严的维护和价值的发展。中国共产党领导人民进行革命、建设、改革,就是要实现全国人民广泛的自由、民主、人权。”^[55] 胡锦涛同志在坚持“以人为本”治国理念的基础上,强调尊重人民的主体地位,发挥人民首创精神,保障人民各项权益。^[56] 这一思想“纠正了片面强调抽象的‘集体’而忽视现实的人以及见‘物’不见‘人’的偏向”,^[57] 并被学者评价为“是当今中国和谐的根本,是民主法治公平正义的基础”^[58] 在习近平同志的治国理念中,也包括“尊重人民首创精神,尊重实践,尊重创造”^[59] 而尊重首创精神、创造精神或尊重实践,起码应赋予并保护个人在不危害他人的前提下所享有

[52] [美]道格拉斯·胡萨克著:《过罪化及刑法的限制》,姜敏译,中国法制出版社 2015 年版,“导论”第 5 页。

[53] 王利明:《21 世纪法律遇到最严峻的挑战是如何强化对个人隐私的保护》,http://www.cnfazhi.net/fzj/2016/0830/58097.html,最后访问时间:[2016-09-02]。

[54] 《毛泽东选集》(第 3 卷),人民出版社 1991 年版,第 808 页。

[55] 《江泽民论有中国特色社会主义》(专题摘编),中央文献出版社 2002 年版,第 324 页。

[56] 参见《中国共产党第十七次全国代表大会文件汇编》,人民出版社 2007 年版,第 15 页。

[57] 参见熊万鹏著:《人权的哲学基础》,商务印书馆 2013 年版,第 318 页。

[58] 郑佳贵:《中国社会转型和价值变迁》,《清华大学学报》2010 年第 1 期,第 134 页。

[59] 参见王伟光:《马克思主义中国化的当代理论成果——学习习近平总书记系列重要讲话精神》,《中国社会科学》2015 年第 10 期,第 13 页。

的自主权,因为只有享有自主权才能调动人们的主观能动性和积极性,激发人们的创造力。

刑法是管理社会的工具之一,也应践行维护个人尊严、保护个人自主权、捍卫调动人的主观能动性价值取向,从而为促进人的发展和解放创造条件。但如果刑法专注于维护社会秩序和社会防卫的价值诉求,就与当代的精神和价值追求不十分相符了。从中国的现实看,虽然距离民主法治国家的要求还有一定的距离,但从中国的治国方略看,中国已经走上了民主法治的道路。在这种语境下,对秩序的维护不应被看作是刑法唯一本质的价值取向。即使刑法被视为最有效的国家对社会进行有序管理的手段或工具,也不意味着国家的价值诉求就是纯粹的追求秩序和进行管制。比如“医闹”入刑表面上虽然是国家在使用刑法手段维护医院工作秩序,但其价值追求显然不是医院的工作秩序,而是保证个人享有维护健康或延续生命的权利,医疗秩序维护仅仅是为个人享有该权利提供保证,创设条件。尤其是在现代社会,国家动用刑法的意旨显然不同于封建国家或专制型国家把刑法视为镇压或统治工具,而是把刑法看作为个人和社会谋福利的手段。因此,在中国当代民主法治语境下,刑法立法应从 21 世纪的时代特征出发,贯彻保障自由、促进个人发展、维护个人尊严等精神,并把这种精神和价值诉求作为刑法的内在价值诉求。

(三) 中国刑法立法犯罪化必须守界

当前中国刑法中的犯罪化发展并不必然不正当,大部分行为的犯罪化还是具有必要性的,也具有正当性。虽然明显的犯罪化趋势还没有导致中国刑法出现像西方一些法制发达国家刑法的过罪化情况,但中国刑法修正案中的某些犯罪化,确实不具有正当性,并没有体现 21 世纪的时代精神和价值追求。因此,有必要依据相关原则约束中国刑法的犯罪化趋势,保证犯罪化的正当性和必要性。危害原则的内涵和法哲学精神,就对目前中国刑事立法的犯罪化趋势,具有重要的警示作用。借鉴其具有的法哲学精神能促使刑法修正案的犯罪化守界。

1. 没有危害“他人”的行为不能被犯罪化

危害原则为刑法设置的最低道德底线是:不能视没有危害他人的行为是犯罪。这实际上是个人享有自由和自治权的最基本保证。这一道德底线不仅是危害原则的旨意,也是一些宪法性文件的旨意,比如法国《人与公民权利宣言》规定:“人类如果没有任何伤害他人的行为”那么就享有“免受刑法约束的权利”。不仅如此,马克思的自由观也是这种立场:“自由就是从事一切对别人没有害处的活动的权利,就是做不损害他人权利的事情的权利。”^[60]

在中国刑法学界,诸多不具有危害的行为是否该犯罪化是存在争议的,比如,不具有特定义务的“见危(死)不救”行为就是其中之一。不具有特定义务的“见危(死)不救”本身并没有导致危害,但是,有学者主张把不具有特定义务的“见危(死)不救”行为予以犯罪化,^[61]

[60] 转引自熊万鹏著:《人权的哲学基础》,商务印书馆 2013 年版,第 234 页。

[61] 参见姚瑶:《论“见危不救”刑法规制的正当性》,《理论前沿》2014 年第 4 期;李进平:《见危不救犯罪化的法哲学阐释》,《河北法学》2010 年第 3 期;陈林林、吴习彧:《“见危不救”行为之可罚性的法理分析》,《江淮论坛》2012 年第 5 期。

当然,也有一些反对的声音。^[62]不具有特定义务的“见危(死)不救”行为本身并没有对他人造成危害,从应受谴责角度看,这一行为也仅应当承受道德上的谴责,而不应通过刑罚加以规制。同样,也有学者主张对吸毒行为进行犯罪化,^[63]而且有些国家和地区也对某些吸毒行为进行了犯罪化,比如,日本规定有非法吸食鸦片罪,新加坡也将吸毒行为规定为犯罪,且践行“重典治吸”策略。法国、德国、泰国和中国香港地区也把吸毒行为规定为犯罪。^[64]从实质上看,吸毒行为虽然有害,但只是一种自害行为,并没有危害他人。对于个人对自我财产权、健康权、生命权等权益的自损行为,在不涉及侵害他人权益的情况下,属于个人自主权的范畴,国家不应通过刑事禁令对此进行强制干预。因此,对于“见危不救”和“吸毒”行为,我国刑法最终均没有进行犯罪化,这是刑法立法保持理性的一种表现。

2. 预防性立法超前干预必须有度

预防型犯罪的设立不仅在理论上引起了争鸣,同时也对危害原则本身提出了挑战。特别是在风险社会语境下,社会的发展改变了密尔和范伯格提出危害原则的社会生态。基于公共政策和风险管理的需要,刑罚权扩张致很多没有造成实害的行为,导致预防型犯罪剧增。预防型犯罪剧增是为了超前保护法益,但这种超前保护将导致“刑罚隐含着某种离危害尚有距离且目前尚不易觉察的危害结果,而这种危害使得‘行为’与‘危害结果’间出现了分离”。^[65]不仅如此,这也导致危害原则中“危害”的范围扩大,即危害不仅包括实害,而且也包括实害可能性(风险)。但实际情况是:作为法治国语境下保障自由的危害原则在与国家回应现代生活高危风险的功能之间进行博弈,在此博弈中,国家为了预防高风险突破了危害原则设置的底线,使刑法的触角伸展太远。因此,问题的关键不是危害原则的内涵和法哲学精神出了问题,而是国家在借助刑法治理社会时没有恪守危害原则为刑法设置的道德底线。

在历史发展的某一阶段,刑法通过超前预防对风险或者危害可能性进行规制,具有一定的价值和意义。其实,无论是密尔还是范伯格均认为,危害原则的“危害”除了实害结果外,也包括实害可能性或风险。^[66]但是,通过预防型犯罪对危害可能性或风险的规制,必须受到更严格的限制,从而保证其不违背法治精神和社会正义原则。范伯格认为,刑法最终是否对某种情况进行干预,应该通过“调和原则”进行考量。^[67]“调和原则”的因素包括:保护利益的重要性、危害大小、危害可能性等,具体而言应当考虑以下几个方面的内容。

[62] 参见刘仁文:《对“见危不救”要否入罪的思考》,《法学杂志》2013年第4期;汪明亮:《过剩犯罪化的道德恐慌视角分析》,《法治研究》2014年第9期。

[63] 参见刘艳红:《吸毒罪初探》,《法商研究》1999年第3期;潘家永:《增设非法吸食、注射毒品罪刍议》,《中南政法学院学报》1993年第1期。

[64] 参见董玉庭、黄大威:《吸毒刑事立法政策研究》,《贵州民族大学学报》2015年第6期。

[65] Bernard E. Harcourt, *The Collapse of the Harm Principle*, 90 *J. Crim. L. & Criminology*, 1999, p. 109.

[66] 参见姜敏:《英美刑法中的“危害原则研究”——兼与社会危害性比较》,《比较法研究》2016年第4期,第67页。

[67] 参见 Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law: Harm to Others*, New York: Oxford University Press, 1984, p. 188.

第一,禁止某种行为保护的利益是否重大。即禁止某种具有危险性但没有造成实害的行为,保护的利益是否重大。如果保护的利益小,则没有造成实害结果的行为犯罪化的可能性就小,反之,则被犯罪化的可能性就大。据此衡量,我国刑法修正案增设的某些预防型犯罪是必要的,比如危险驾驶罪的设置就有合理性。危险驾驶行为被刑法禁止是为了保护公共交通安全,即不特定多数人的生命、健康和财产权,这是重大利益,因此,刑法禁止危险驾驶行为是有根据的。

第二,考量拟预防行为的最终危害发生可能性大小。即如果发生危害的可能性很大,则受到刑法禁止的可能性就高,反之,则受到刑法禁止的可能性就低;如果被禁止的某种行为连最低的危害可能性都没有,就没有必要进行犯罪化。同样以危险驾驶罪为例,从实践情况看,危险驾驶行为导致最终的实害结果的可能性极大,实践中的很多重大交通事故,均是由危险驾驶行为引起的。这也是为什么民众呼吁通过刑法禁止危险驾驶行为的主要原因。

第三,考量拟预防行为的最终危害与被禁止的行为之间的关联性。如果被禁止的行为与最终实害结果之间不具有关联性,或者关联性不明显,就不应把这种行为犯罪化。当然,此处关联性的考量并不是刑法中因果关系的考量,因为如果以行为和结果之间的因果关系进行考量,预防型犯罪的设立都不应该。此处关联性的考量应坚持两个最低程度的原则:一是拟被禁止行为与实害结果之间具有规范性联系;二是寻找刑法的最佳干预点。规范性联系考量的是行为人对行为的风险性有没有认识,对该风险性可能导致或诱发最终实害结果是否具有最起码的预见性。最佳干预点的寻找应考量风险与最终实害结果的距离远近,同时也要考量是否还需要第三者行为的介入等因素。从某种风险的产生到最终实害结果的出现之间是存在一个过程的,在这个过程中逐步加剧风险,或者推进实害结果的产生,并最终导致实害结果的出现,是需要许多因素促成的。

比如,交通安全事故的发生,最初是从设计汽车的行为开始,经过制造汽车、销售汽车、购买汽车、危险驾驶汽车到最终实害结果出现。这是一个由一系列行为“导致”结果发生的过程,在这个过程中,从规范性联系看,实施这些行为的行为人主观上是能意识到这些行为均具有引起或诱发交通风险的可能性的,也能预见到交通事故出现的可能性。但不能仅凭这种主观预见性,就制裁这些行为,还需要看哪一个行为是刑法预防的最佳干预点。很显然,设计汽车、制造汽车、销售汽车的行为和交通事故的距离非常远,这些行为本身并不会导致交通事故,还需要第三人驾驶汽车的行为介入,才有引发交通事故的可能。因此,设计汽车、制造汽车、销售汽车等行为,不是刑法的最佳干预点。同样,购买汽车的行为也不能引发交通事故,还需要介入购买者进一步的危险驾驶汽车的行为,才有可能引发交通事故。因此,刑法选择的最佳干预点应是直接就能引发交通事故的危险驾驶行为。如果刑法进一步超前惩罚这个过程的其他风险行为,刑法的触角就伸展太远,显失公正。

3. 犯罪化中的利益权衡

基于保护社会管理秩序进行的犯罪化,必须进行利益衡量,不能以牺牲个人的实质重大利益而维护秩序。

从某种意义上讲,国家所有法律与目标的设定“均旨在保护与促进人性尊严与人格自由发展”,并为此目的的实现创设条件。^[68] 而维护人的自主权、尊严或人格自由的最起码要求是所设置的禁令不需要牺牲个人实质利益去实现。^[69] 要求禁令不以牺牲个体的实质利益为代价,是责任和义务得以强制履行的重要条件,否则法律的强制性规定就不能视为具有公正性。正当防卫、紧急避险等类似的行为被排除于刑法范围之外,就是因为,如果刑法禁止此类行为,牺牲行为人的实质利益,强制个人面临正在发生的侵害行为而不能进行防卫,显然是不公正的。

基于这一目的,对于加强社会管理秩序的犯罪化必须进行利益衡量。一方面,必须审查对某种行为的禁止是否牺牲了公民个体的最根本利益;另一方面,必须审查拟设置的规范所保护的利益。美国学者胡萨克针对此论点提出了三个原则:“第一,不论制定的法律是为了达成何种目标,都必须是为了实现国家重大利益;第二,制定的法律必须能直接促进该利益的实现;第三,为了实现国家利益的目的,制定的法律不能超过必要的限度。”^[70] 第一个原则是识别法律要保护利益的量的问题,第二个原则是可能性的判断问题,第三个原则是法律制定的必要性问题。对于第一个原则,并不是简单的直观数字量化,也不是孤立的判断问题,而是要把保护的利益和拟被禁止的行为可能产生的利弊进行衡量。对于这种利益博弈,刑法立法应坚守的最低底线是:被保护的利益应重于被禁止行为带来的利益。

这三个原则是保护秩序的刑法立法应遵循的步骤。但目前中国刑法中,为加强维护社会管理秩序而进行的犯罪化,却缺少这种思考,导致有一些管理社会秩序犯罪的设置受到质疑。前述提及的“扰乱国家机关工作秩序罪”,把“缠访”和“闹访”行为纳入刑法惩罚的范围就值得商榷。

首先,“扰乱国家机关工作秩序罪”保护的利益并不必然大于或重于由此而导致个人牺牲的利益。从现实情况看,绝大多数“缠访”和“闹访”是因为自己的财产权、人身自由权、生命权、健康权、人格尊严等最基本的权益受到了侵犯,他们受到的伤害甚至是由国家机关,比如行政机关、司法机关的滥权或渎职造成的。“缠访”和“闹访”确实对国家机关的工作秩序造成了影响,但这种影响和“缠访”、“闹访”者受损的权益相比,在某些情况下不成比例。比如和公民被司法机关无辜冤杀的生命权相比,显然不可同日而语,呼格冤案就是典型。因此,从利益权衡的角度看,“闹访”或“缠访”入罪而导致牺牲个人财产权、人身自由权、生命权、健康权、人格尊严等基本权益带来的损失,要远远大于“闹访”或“缠访”对国家机关秩序造成的损失。故而,“闹访”或“缠访”入刑将导致以重大利益的损失换取较小的利益,至少是不经济的。

其次,“缠访”和“闹访”入刑具有极大的负面效应,最终无法实现保护国家机关工作秩序的目的。需要注意的是,“上访”、“缠访”或“闹访”者不仅是权益受到侵害的群体,

[68] 参见王振:《物种入侵:环境刑法的新界域》,《华北大学学报》2013 年第 2 期,第 109 页。

[69] 参见 David A. J. Richards, *A Theory of Reasons for Action*, Clarendon Press, 1971, p. 177.

[70] [美]道格拉斯·胡萨克著:《过罪化及刑法的限制》,姜敏译,中国法制出版社 2015 年版,第 207 页。

而且几乎都是社会底层的弱势群体。这些弱势群体在自己的基本权益遭受损害后之所以选择上访,甚至不惜牺牲自己的尊严,跪地求取国家机关工作人员为其伸张冤屈,也是无路可走了。实践中诸多的“上访”、“缠访”或“闹访”,都是由国家机关工作不力造成的,迫使这些弱势群体不得不上访。更有甚者,被上访的机关继续推诿、不予理会、拖延、甚至歪曲事实,导致上访演化为“缠访”和“闹访”。有论者认为把“缠访”或“闹访”入刑,是缺乏对社会弱势群体的利益保障考量的。^[71]而这种缺乏考量的刑法立法,不仅不会真正维护国家机关的秩序,甚至还会导致严重的负面效果,引起社会进一步对立和激化,导致更严重的扰乱社会秩序的行为。从实践看,如果人们的权益没有得到维护,就会持续地通过各种途径维护自己的权益,比如实施爆炸、放火等更为激烈的行为,甚至会演化为长期有计谋的复仇行为。上海法官的复仇事件,就是一个典型。^[72]换言之,从实践来看,这种以牺牲个人重大实体利益为代价的刑法规范,不仅不能维护国家机关秩序,甚至会不断激化社会矛盾,是不具有可行性的。

最后,“缠访”和“闹访”入刑的必要性也是受到质疑的。从上文的分析看,“缠访”和“闹访”行为入刑不仅无法保护个人的尊严和人格,相反,对尊严和人格受到侵害的个人而言,更是雪上加霜。这种行为的犯罪化,是通过最严厉的刑罚强迫个人忍受社会带来的不公,甚至忍受国家机关本身造成的不公,这显然是非正义的。有学者质疑该罪所保护的所谓“秩序”的必要性:“刑法在这里所保护的‘国家机关工作秩序’法益不具有保护的正当性和必要性。因为涉及缠访、闹访的国家机关工作秩序,是国家机关解决回应民众诉求的正常任务,设置这种专门的刑法保护实际上掏空了国家机关存在和受到保护的理据和基础。”^[73]另一方面,通过刑法“堵”的方式解决“缠访”和“闹访”问题是治标不治本的。与之相较,适用非刑罚替代性措施效果会比采取刑罚方式好。比如,敦促相关的国家机关切实履行自己的职责,帮助个人维护其受损的利益,其效果就比通过刑罚的方式恰当且有效。这类问题的症结,主要在于国家机关的滥权、渎职、不作为等。因此,解决问题的根本办法是完善行政法、行政程序法等法律,明确国家机关及其工作人员的职责,明确其办事程序,完善问责机制等。相反,适用刑法惩罚个人的合理诉求,将导致规制对象的错位,违背了刑法的补充性原则,是没有必要的。

余 论

从危害原则的终极旨趣看,危害原则是扩大个人自主权的政府管理思维模式,这种管理模式“追求一种刑法上的价值评价独立于国家与社会,从被侵害的对象本身去考察行

[71] 参见赵秉志、刘志伟:《关于〈刑法修正案(九)〉(草案)的修法建议》,《刑法论丛》(2014年第4卷),法律出版社2015年版,第3页。

[72] 参见《专访上海法官买春案爆料人:一个人的绝地反击》,http://news.qq.com/a/20130808/014528.htm,最后访问时间:[2016-10-08]。

[73] 王志远:《〈刑法修正案(九)〉的犯罪控制策略视野评判》,《当代法学》2016年第1期,第27页。

为的特征”。^[74] 这种设定刑法边界的思维模式所要考察的是,以国家强力作为后盾的刑法应受到何种限制,刑法作为独立部门法对个人权利干预的正当界限是什么。从实质上看,危害原则的追随者在探讨维护社会秩序和保护个人自由如何平衡的过程,就是从人类的现实情况与法律规制的可能情况出发,寻求某种合法而确切的规则的过程。而这种努力把权力许可和利益要求结合在了一起,以便使正义和功利二者能和谐相处。危害原则既为构建社会秩序找到了根据,亦为个人实现发展设定了理想行为模式。因此,危害原则不仅规制人类行为正当化,也能促进人的个体发展。危害原则从两个维度保证了刑法领域的权力和权利关系建立在理性化的制度基础之上。

[本文为 2016 年司法部课题“中国刑法修正案中的犯罪化研究”(16SFB2018)的研究成果。]

[**Abstract**] The “harm principle” is the core principle that justifies criminal punishment as well as the moral bottom line of criminal law in Anglo-American criminal law system. Taking illegal harm to others’ interests as the starting point of criminal punishment, the “harm principle” has two dimensions: limiting state power of criminal punishment and preventing the abuse of individual freedom. The explicit philosophical significance of the “harm principle” is the protection of the freedom of the individuals through the restriction of the power of criminal punishment, and its implicit philosophical significance is the higher utility of pursuit and protection of the dignity and development of the individual through the protection of the autonomy of the individual. The 21st century is a century of protecting rights and promoting dignity and freedom. In this context, however, the Chinese criminal legislation displays a trend towards criminalization, with the emergence of a great number of preventive crimes and the continuous expansion of the scope of crime net—both of which signify the value orientation of maintaining social order. Maintenance of social order does not necessarily mean unfairness, but it must not go beyond the moral bottom line. In line with the spirit of democracy and rule of law of the 21st century, the criminal legislation in China should incorporate the explicit and implicit philosophical significance of the “harm principle”, namely promotion and protection of the dignity and development of the individual.

(责任编辑:雨 沐)

[74] 姜敏:《英美刑法中的“危害原则研究”——兼与社会危害性比较》,《比较法研究》2016 年第 4 期,第 73 页。