



## 社会危害性与刑事违法性的关系

苏惠渔 孙万怀

我国传统的刑法理论认为，犯罪必须具有三个方面的特征，即行为的社会危害性（或行为严重的社会危害性）、刑事违法性以及刑罚当罚性。犯罪行为首先必须是严重危害社会的行为，其次才从刑法的角度进行考察是否构成了犯罪。社会危害性所揭示的是犯罪行为的一种社会属性，刑事违法性所揭示的是犯罪行为的法律属性。社会属性决定了行为在法律上的属性，所以在较长的一段时期之内，行为的社会危害性构成了犯罪的首要（或本质）特征（在个别时期内甚至有唯一特征的倾向），并决定了犯罪的其他两个方面的特征，直至当前，这种社会危害性为中心的犯罪观仍然属于教科书的范畴。

但是，近年来，理论中出现了一些不同的看法，或者认为作为犯罪特征的社会危害性是一种旧时代的烙印，应当将其摒弃，或者认为社会危害性固然属于犯罪的特征，但应当将刑事违法性特征加以扶正，将刑事违法性奉为高规格的标准。两种看法 共同点在于：社会危害性与刑事违法性的冲突，实际上是实质合理性与形式合理性的冲突。在二者发生冲突的情况下，应当坚持刑事违法性标准。这种观点实际上是将社会危害性与刑事违法性作为对立的特征加以审视，认为注重社会危害性的价值在于追求对犯罪实质的认同，而追求刑事合理性的价值在于追求犯罪的法律规格标准，追随刑法罪刑法定主义。

在以上传统与创新的对立中，还形成了第三条道路。该观点认为，从形式合理性和实质合理性冲突的角度反思社会危害性理论是适宜的，它的结论本身也具有重要的启迪意义。但是在我国现阶段，是否就真的可以不顾一切的追求形式合理性？有时候，矫枉过正是必要的，但是如果从一个极端走向另一个极端，代价同样是惨重的。形式合理性不是一定并且永远是至上的。形式理性的贯彻是以相对完备的刑法典为前提的，众所周知，我们现在的刑法典还存在这样那样的缺陷与不足。从这个意义上说，形式合理性应该是我国在法治进程中信守的一种底线，但是信守不等于“固”守——“固执的坚守”。有时候，从有利于被告人的角度出发，可以突破形式理性的底线，追求实质理性，这同样是法治的要求。〔1〕

应该看到，理论中出现的争鸣不是无缘无故的，武器的批判与批判的武器是联系在一起的。现实矛盾的产生甚至激化构成了理论分化的前提。近年来尤其是最近一段时期内，许多的诉讼游离于社会危害性与刑事违法性的标准之间，从而导致理论重思。理论往往是先验性的，但是再次勃兴时则更多地表现为现实性。在全国范围内产生较大影响的足球联赛“黑哨”事件、“黑熊毁容事件”以及有关“性贿赂”、包“二奶”犯罪化的媒体争鸣，无不充斥着行为的社会危害程度与行为的刑事罚则的争议，社会危害性的概念甚至出现了助长某种惩罚情感抬头的倾向，理论中关于标准的争议便成为一种时尚而有价值的问题。

我们认为，确定概念的取舍存废，首先需要对概念沿革以及在现实中的作用进行价值性的评判，以现实的标准作为标尺；应当对概念所服务的对象以及其本身载体的性质进行推断，这是基础合理的标尺。对于社会危害性与刑事违法性的关系问题的考查同样也应当以此为基础。

谈社会危害性必须在民主与文明的社会中，否则社会危害性便容易称为潘多拉之盒，因为只有民主的社会中，社会危害性才能够体现为人道的道德范畴和多数人的社会认知。

有一位文化名人写了一本书——《杀尽贪官》，书名惊心动魄，愿望也十分美好，昭示了浪漫主义情结。但是选择这一书名，恐怕除了美好的理想以及书中内容大纲原因之外，吸引读者的眼球招徕买主的原因不能被忽视，事实上作家自己可能也知道贪官恐怕是一时难以杀绝，也没有必要杀绝，题目更多地迎合读者心理。读者的心理又如何呢？文化名人应当比研究法律的人似乎更为清楚。刑法的威慑对象本身就是针对满足犯罪主体资格的人而言的，所以必须分析社会的接受力。中国文化的先驱者也早就对这一现象进行的深入的反思。鲁迅先生在杂文集《热风》“六十五·暴君的臣民”中，十分深刻而直接地揭露了传统社会中刑罚及其执行方式的动因及其效果[②]：

从前看见清朝几件重案的记载，“臣工”拟罪很严重，“皇上”常常减轻，便心里想：大约因为要博仁厚的美名，所以玩这些花样罢了。后来细想，殊不尽然。

暴君治下的臣民，大抵比暴君更暴；暴君的暴政，时常还不能满足暴君治下的臣民的欲望。

中国不要提了吧。在外国举一个例：小事件则如Gogol的剧本《按察使》，众人都禁止他，俄皇却准开演；大事件则如巡抚想放耶稣，众人却要求将他钉上十字架。

暴君的臣民，只愿暴政暴在他的头上，他却看着高兴，拿“残酷”做娱乐，拿“他人的苦”做赏玩，做慰安。

自己的本领只是“幸免”。

从“幸免”里又选出牺牲，供给暴君治下的臣民的喝血的欲望，但谁也不明白。死的说“啊呀”，活的高兴着。

让我们再阅读以下鲁迅的另外一片小说《阿Q正传》中的情节[③]：

至于舆论，在未庄是无异议，自然都说阿Q坏，别枪毙便是他坏的证据；不坏又何至于被枪毙呢？而城里的舆论却不佳，他们多半不满足，以为枪毙并无杀头这般好看；而且那是怎样一个可笑的死囚啊，游了一趟街，竟没有唱一句戏：他们白跟一趟了。

鲁迅先生都对于那种较为极端的公众心理现象进行了描述和剖析。而这种描述的意义在于，其并非仅仅产生于清末民国初年的那个特定的社会环境中，这种情绪或多或少地存在于或多或少的公众心目中，从古代以来，这种感性的内容只能是或多或少地被约束。当然，作为作家描述的现象总趋于极端化，但我们不得不进行思索，公众（如果能够称之为公众）对于严惩的要求总是以社会危害性作为依据的，则对于社会危害性又当如何判断。而在“暴君的臣民”一篇中，鲁迅先生没有任何犹豫和掩饰地从人性方面谈酷刑在传统社会中存在的原因。在非民主社会中，消息较为闭塞的顺民，则无从判断罪犯是否因为因严重危害社会而该杀，而是在将因果关系倒置中获取心理的平衡，“自然都说阿Q坏，被枪毙便是坏的证据，不坏又何至于被枪毙呢。”因为顺民已经习惯了对于国家暴力的逆来顺受，也感到了在强大的权力前的无能为力，只能在政府暴力的极度恐惧中承认其所有行为的合理性。而作为已经能够在罪与非罪之间做出自我判断的阶层，作为暴政的臣民所追求的也是一种感觉上的满足，但是“他们多半不满足，以为枪毙并无杀头这般好看，而且那是怎样一个可笑的死囚啊，游了一趟街，竟没有唱一句戏：他们白跟一趟了。”

当然随着时代的进步以及社会的发展，刑法的政治性职能已经被逐渐削弱，刑法的价值取向发生了根本性的转变。刑罚恐吓性特征日渐式微，国民对于社会危害性的判断也日趋理性和独立，不再象身份时代那样完全依附于国家的主流观念，因果关系倒置思维被加以纠正，不是因为国家进行了实际的刑事处罚而决定了行为的社会危害，而是具有行为的社会危害性而落实为刑事处罚。国民对于社会危害性判断的理性化的主要原因和基础是国家与社会的离心。而在传统社会，国家与社会在诸多方面是竞合的，国家的价值观就是社会的价值观，有人甚至认为在国家之外不存在社会的观念，国家权力涉足到包括宗教、道德等各个领域，但是现代社会，国家主要是承担“守夜人”的角色，市民社会的形成导致不同于国家信条的信仰的形成并在法律中加以体现。但是这并不意味着问题的终结，延续出来的问题便是社会危害性的程度应当如何判断？判断的标准是什么？何种程度的危害才能属于犯罪的社会危害性的特征和程度，在具体的刑事司法中，这是公众信念所难以把握的。

与公众信念以及社会危害性概念具有密切联系的便是大家曾经耳熟能详的一句话——“平民愤”。刑事案件最终将被得到合乎法律逻辑的处理，但并不意味着案件所衍生的价值观念冲突以及由此产生的法律理解争议的终结。如果仅仅视作为公众朴素的道德理念范围的争议，只是一个法律引导的问题。但是作为一种引导现实的理论，其观念的合理性与合法性则是慎重的。否则就是一个引导错误问题。“平民愤”的提

法在已经被摒弃，但是其包含的一些内在思想似乎至今仍具有市场。“平民愤”的实质是：（1）评判行为是否构成犯罪的依据是“民愤”，具体来说何以产生民愤，是因为侵犯了人民的利益，产生了社会危害。可能最终行为的追究形式上是法律的原因，实质上是民愤的要求。（2）刑罚处罚的目的不是为了预防犯罪，而是平息人们心目中的愤怒，从而达到社会心态的稳定。（3）这种思想更为深层的在当前仍然存在作用的信念是：法律必须尽可能的反映实质正义，并与人们的政治理想、道德要求的相一致。甚至提出当形式正义与实质正义冲突的过程中，人们可以冲破滞后的法律。当某种形式正义的实现违反了显而易见的公平和正义，应该为维护实质正义，而抛弃形式正义。

首先，必须根据形式正义与实质正义的基本理念以及其所折射的法的精神进行综合取舍。正义固然可以区分为形式和实质，但是无论形式正义还是实质正义的最终追求动因是殊途同归的，问题在于经过法律文明的延伸，人们发现过分的追求实质忽略了形式的完善最终必将为导致正义被践踏，权利被剥夺，反而会使得正义成为了纯粹的形式内容。

形式正义实际上包含着两个方面的外化方式。其一是程序的正当性，其二实体的明确性。对于程序正当的重要性，已经通过司法制度的改革而逐渐被社会所接受（尽管还不彻底）。而形式正义所包含的实体的明确性甚至在当今追求法治文明的时代仍未得以重视，片面强调实质正义的观念仍然具有一定的市场。一些相关的提法至今仍行之有效，将司法的标准界定在以事实为根据，这实际上是一种浪漫主义的希冀。在现实司法实践中是很难做到甚至根本无法做到。案件的正义的标准只能是一种法律本身的符合性。司法法律制度改革的艰难性正是长期以来片面追求的实质正义的结果。形式正义固然可以被归结为“形式和手段的正义性”，但是更深层面上体现的是现代法的精神，即对私权的保障和对公权的限制。过度追求实质正义知会产生一个相反的结果。在前不久在深圳发生的邓宝驹一案中就有同志提出“民愤”实质上是“公众的道德呼声，是最高理性”。这个结论是不能说一定不合理。但是又认为“顺应民愤，恰恰是法律获得了更大的尊严”，也就是说，法律应当完全依附于实质正义，这种推理就有点绝对了。因为在承认了平息民愤作为法律正义的最终追求。法律的存在还具有合理性吗？定罪量刑的标准又是什么？

## 社会危害性标准的认知依靠

刑法发展的现实证明了社会危害的认知是带有个别化和历史性的概念。评判标准在不同的历史时期表现为不同的参照依据，必须与具体的社会现实结合分析。因为社会危害并不是一个客观的物质属性，而是具有一定世界观的社会人根据自身的情感进行评价的结果，而人的发展本身尽管受到外在环境的决定或影响，但是，并非是在机械的反射，而是自由意志的产物，是带有自身思维的产物，或者说是一定社会群体的情感评价。处在不同的社会时期，由于生存条件的差异性以及人的思维方式的不确定性，导致社会最终上升为违法的行为以及程度的认定差异。其中最为突出的是刑事实体法的规定。仅仅当代中国刑法的变迁已经体现了这一内容。

社会危害性标准确立就是一个十分困难的问题，但是以道德为基准的社会认知构成危害性则既是历史发展的结果，又是历史经验的总结。

从传统观念到现在，评价标准似乎五花八门，但依靠的都是道德。譬如在人类历史的某些时期，宗教成为评价行为和思想社会危害性的规矩。读一下罗伦培登所著的《这是我的立场——改教先导马丁·路德传记》[④]，就可以对宗教标准及其沿革进行整体了解，社会危害性的存在与否以及程度如何是以宗教为衡量尺度的。然而这种标准是缥缈的，因而是容易被利用的，马丁·路德率先发难。其怀疑道：

“如果说上帝随意弃绝人类，先使他们的心刚硬，然后定他们的罪，这是完全不符合常理的说法，难道上帝真以罪和永刑为可喜悦的事吗？他怎么说是大有悲悯和慈爱的主呢？历代以来多少人产生反感，就由于这种说法。将上帝描写成不义、凶残、暴虐的上帝，任谁也会反感。我自己就不止一次感到极度绝望，宁愿上帝没有造我出来。还说爱上帝？我恨他还来不及呢？”

这些话本身已经构成了弥天大罪，因为当时看来得罪了至高无上的上帝。亵渎神灵成为评价危害性的标准。危害性行为的消除只能够通过赎罪加以解决。于是教会以此为名，发明并垄断了赎罪券，教皇便具有赦罪和免刑的权力。马丁·路德抨击道：



“教皇的赎罪券除不掉。要当心那些说赎罪券能使人上帝和好的人。钥匙券不能把畏罪的忏悔变成忧伤的痛悔。忧伤痛悔的人不需赎罪券，罪谷罪罚就能得到无限制的豁免。教皇只能除去他自己在世上所加以那些人的刑罚，因为基督没有说：我在天上捆绑，无论什么时候，你在地上可以释放”

马丁·路德对于教皇的抨击尽管是出于重建宗教的意图，但切入点石破天惊。其并不否认利用宗教去评价行为的危害，但指出在评价过程中也存在着评价主体的遴选和资格问题。

宗教作为一种道德化的异化，自然包含着道德的评判标准，尤其在政教合一的时代，宗教标准更为明晰，但是两者的区别是突出的。在缺少宗教传统或者政教泾渭较为分明国家，社会危害性的判断标准很大程度上属于道德的视野。而道德价值的设定则存在着较大的差异。中国属于较为典型的道德评价模式。从古至今，道德的对于道德的要求是首要的，社会危害性的行为首先是道德所不齿的行为。

在我国当今，重塑道德常被提及，伦理道德、社会公德、职业道德观念不断被强化。社会危害性的标准也是以此为基础，但是，谁是道德评价的主体则也显得十分困惑，因为长期以来，道德的价值标准是有国家权力加以评判的推行的，我们过于相信，权力的掌握者对于道德问题具有终审权，权威部门成为此间的道德水平的负责者和推行者，团体、政府需要做的，不仅是树立一个道德楷模，制定一套行为规范，还在于寻求一种新的文化价值。于是有人提出了呼吁——“把道德的权威保留在民间”。政府与权威如果确信社会需要某种道德和理想，当然可以出面推广。但不能利用社会赋予的权力资源来达到道德目的，因为道德是靠其理想力本身征服人心的，如果使用功利性的目的达到道德，道德本身就失去了道德。从刑事法律角度本身而言，可以通过法律的手段达到道德要求，但不能利用道德名义作为处罚的理由。

在西方，宗教脱离世俗之后，道德规范的强调也成为一种新的要求。以道德主义盛行的美国为例，其更为强调以道德作为行为的基础，而不是以宗教作为行为的基本规范。使得道德的力量成为权威评价的不仅仅是个人从教会的解脱，而是教会与国家的分离。国教的废除，意味着宗教的力量以及权威性在国家生活和社会生活中的地位的淡出，意味着道德的约束成为社会生活（类似情感生活）等成为一种取代国家于教会的关系成为新的权威评价标准，更意味着一元化的价值标准被彻底击碎。宗教在一些国家甚至第一次被视作纯粹的自愿性的组织，与此同时，由于社会分层的结果，道德标准作为评价标准的同时，道德标准本身也开始存在多元化。道德标准的权威化与多元化 在法治社会中，很大程度地体现为对刑事立法以及刑事违法标准的基础。李普赛特先生在《一致与冲突》一书中对于将美国与其邻国加拿大进行了比较。两个国家在工业化、城市化、和社会流动规模上的状况是相近的，生态与人口也非常相似。但是就犯罪现象而言，两国存在着较大差异。从执法者、司法者、律师相对于大众的比例、杀人以及普通犯罪率甚至包括政治性的谋杀，从许多角度看，美国都更类似于一个暴力严重的社会。道德观念的独特性可以为犯罪脉动以及刑事政策的倾向提供一种现实的基础了思路，美国最近的布雷迪法案就是刑事政策对社会危害性的认定结果，而后通过政策的制定引发刑事法律的成果。

即使纯粹自然的物质涉入了人的视野因而也不再是纯粹自然的物质了，以人为尺度，进行价值判断的色彩就补无可避免了。在谈及安乐死、同性恋等问题时，一种观点认为无法从道德进行评论，所以无法通过社会危害性的方式加以评论。物以类聚，人以群分。我们认为，上述问题并非不存在价值判断，只不过对于是否具备社会危害性问题上存在分歧意见而已，结果不过是作为国家刑权力选择何种立法而已。

道德是分层的，所以呈现为多元化的特点，但这并不能否认对于危害性的认知据没有标准了。道德的谱系包括基本的伦理道德、社会道德以及国家公道。伦理道德是人类所共同认知的，是不可交易的，对其进行侵害造成的社会危害性是绝对的，标准是同一的是不可投票的，不能是多数人决定来决定危害性，也不能是通过法律加以被剥夺。但是作为对抗国家公道行为的危害性的的界限就不是十分分明了，当并不是不能从危害性的角度进行判断，标准就在于多数人的意志。譬如刑法中大量存在的法定犯的前提直接不是道德越轨，但是在民主的社会中，作为法定犯前提的其他法律法规仍然是以社会的共同或者多数认知为底线。

## 社会危害性的能够从犯罪特征中剔除吗？

社会危害性特征能否——更为确切的说法是：是否一定——从犯罪概念中剔除，我们的答案是不一定。确实，大陆法系国家的刑法理论中回避了对于社会危害性的表述，刑法甚至回避了对犯罪概念进行规定，英美法系的理论同样如此，英国学者H·格林编纂的法律词典，也只谈及后两个特征，但这不能成为否定的理由。我国的犯罪构成理论乃至刑法制度主要借鉴于苏联模式，与大陆法系的模式差异较大。尽管当

前西学东渐，但这套刑法理论及刑法模式不仅具有顽强的生存惯性，并且具有现实的基础，因此虽然不能说西方的刑法理论没有合法性空间（因为合法性更多地表现为形式），但关键在于必要性。如果对现有的进行改造同样能够达到与其目的，似乎没有推倒重来的必要。而所有这一切都决定于是否有利于从过去的国家本位转型为现在的对权利本位的关注。

但是一些看法似乎过于保守。例如有人认为，在法律本身存在比较严重缺陷的条件之下，不去对法律本身的科学性进行清理而一味的强调“罪刑法定”和形式理性，其结果无异于与虎谋皮。评价社会危害性理论，还要与一个国家的法治现状和法治化进程相联系。刑法还存在大量的漏洞，司法腐败也是一个不争的事实。在这种情况下，对于“形式理性”和“刑事违法性”的过高期待可能同样是需要警惕的。

针对上述看法，我们认为，罪刑法定与形式理性不仅应当强调，而且现在还强调的不够。这本身就是科学性的体现，不能因为法律本身存在缺陷就成为拒绝的借口，况且法律缺陷的弥补是一个漫长的过程，从另外一个角度看，要看这种缺陷是一种先天性的痼疾还是后天的不足。如果是痼疾，似乎更无法成为借口。我国的法律体系等诸多因素与西方国家的法律体系的基础不同的，现在最重要的是重新界定社会危害性在犯罪特征中的地位而不是彻底否定它。而唯社会危害性的标准则肯定应当被否定，因为这是与罪刑法定原则相背离的。

首先，社会危害性只是犯罪特征一个特征，并不是唯一特征。如果说在1979年刑法没有明确规定罪刑法定原则，反而规定类推制度的刑事立法背景下，被动尾随刑事立法的中国刑法学以社会危害性为犯罪的本质特征还多少具有一点法律依据的话，那么今天仍然固执地坚持以社会危害性为犯罪的本质特征则是难以令人信服的。但这并不是说就不要社会危害性特征了，对于犯罪来说，犯罪必须是三个特征的合成。缺少任何特征一个都不属于犯罪，从这个层面上说，社会危害性于社会危害性与刑事违法性是协调的，而不是对立的。如果行为符合了犯罪的构成要件。社会危害性作为特征不是导致作为认定罪行的理由，而是控制将犯罪肆意扩充的准绳。

对以上结论的一种疑惑是：行为具有社会危害性，但缺乏刑事违法性，则能否治罪。我们的答案是肯定的。这是罪刑法定的直接结果，是刑事立法途径解决的问题，不是通过定罪解决的问题。行为的社会危害性是犯罪化的基础，人不是适用刑法的基础。

对以上结论的另外一种疑惑是：是否存在这样的情况——行为具有刑事违法性，却没有社会危害性（或者说实质的法益侵害性）的例证？

在特定条件下，社会危害性与刑事违法性似乎存在背离，我们的观点是不能轻易采取任一标准加以定罪，而是因为由于缺少了任一标准不能定罪。对于是否具有社会危害性以及社会危害性的的大小的界定是具有时代性特征的，这一点似乎被大家所公认。但是对于时代如何划分却是一个不得加以考虑的问题。刑法中在认定犯罪的时候一般应当结合多方面标准，首先，应当是形式标准，在刑法中具体表现为犯罪构成，任何行为是否能够受到刑事制裁，率先必须分析是否满足刑法分则所规定的个罪的具体构成要件。只有在符合犯罪构成的前提下才有可能定罪。但是仅仅分析构成要件是不够的，这只是一种形式，犯罪除了包括形式要件之后还包括着更为实质的内容，即必须具有严重的社会危害性，“情节显著轻微社会危害不大的，不认为是犯罪”。同样社会危害性也只是整体意义的概念，落实到个罪中还必须根据个罪的特点加以确定。

笔者最近曾经参与一个案件的讨论：

某甲系刚刚成年的以无业青年，在将近三个月的时间内连续七次对住所附近小学的学生进行了抢劫，受害对象均为小学四年级以下学生，劫得钱财共计人民币75元。发案后学生家长忧心忡忡，学校更是人心惶惶。最终某甲被司法机关认定为抢劫罪，而根据刑法第263条抢劫罪的规定，多次抢劫的，应当判处10年以上有期徒刑、无期徒刑，在加权情节之后，甚至可以判处死刑。多次一般是指一年之内三次以上，某甲几个月之内七次加身，因此最终被判处10年有期徒刑。

应该说该案件并不是属于疑难案件，本身影响也不是十分广泛，但是此案判决之后引发了一些争议，焦点在于某甲是否应该构成抢劫罪。从形式上分析，某甲的行为完全符合抢劫罪的构成要件，主观方面具备行为故意且具有非法占有的目的，客观方面不仅具有强行劫取他人财产的行为，还通过暴力胁迫的方式只是被害人不敢反抗，尽管只有在一次行为中遇到被害人反抗而被一拳造成轻微伤，但某甲的暴力行为本身是明显属于暴力的范畴，对于被害人的人身权、财产权均造成了危害，形式上完全符合抢劫罪的构成要件，且符合情节加重的条件。但是我们认为，符合形式内容还仅仅是形式上的，构成犯罪必须符合犯罪的基本要求，也就是犯罪的实质内容。只有在形式与实质均具备的情况之下才能受到刑事制裁。那么，某甲

的行为是否符合实质性的内容呢？必须对于抢劫罪本身的性质进行分析。首先，抢劫罪尽管在刑法中被放置于侵犯财产罪中，但主要是因为作为故意犯罪，目的在构成中的地位十分重要，抢劫罪的目的就是针对财产而言的，抢劫罪才被确定在侵犯财产罪一章中，但是这并不能否认抢劫罪作为一种严重暴力性犯罪的实质。不仅罪名中包含了暴力胁迫的内容，而且在相关的刑法条文中也十分明显表达出来。譬如，在刑法第20条第3款特殊防卫权的规定中规定，只有对于行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他的严重危及人身安全的暴力性犯罪才能实施特殊防卫权。类似的证明还包括假释的禁止性规定。这些规定说明了抢劫罪不仅是暴力性犯罪，而且必须是严重危及人身安全的暴力性犯罪。其次，从抢劫罪本身的法定刑分析，该罪的法定刑属于典型的重刑的范畴，刑法中一些罪名的最高法定刑为3年，而抢劫罪的最低法定刑就是3年。所以上述行为并没有达到抢劫罪所要求的严重暴力程度，没有达到抢劫罪所具有的社会危害性，不宜定性为抢劫罪。

因此，在实定刑法中似乎仍然无法排除危害性的标准，行为不具有社会危害性或者不具有严重的社会危害性，则不能成就犯罪。“情节显著轻微的，社会危害不大的，不认为是犯罪。”但是应当注意的是，防止将社会危害性作为开脱罪行的理由，因为毕竟其不象刑事违法标准一样具有确定性。不过在我国当前体制下这一问题似乎并不突出。这是由国家刑权力以及司法机关的性质所决定了的，同时也完全可以通过外部和内部的权力监督和制约加以实现，当前最为敏感的仍然是前述的仅有危害性而没有违法性的问题。

还要看到，犯罪的特征与犯罪构成毕竟是一般与具体的关系。犯罪的特征只是一种实质，是从刑事法整个层面而言的，包括立法直至行刑的各个层面。而不是仅就犯罪构成而言的，从这个意义上说，社会危害性特征的存在也有必要。例如，刑事政策中的概念与刑事实定法中的概念是不同层次的，因为危害性设定的依据不同，前者是以权力为依据，后者是以法律为依据。严重的社会危害性的最重要性表现在其是刑事政策的标尺、刑事立法的经纬。

#### 参考文献：

- (1) 《鲁迅全集》(C)。南宁：广西人民出版社，1996年
- (2) 罗伦培登《这是我的立场——改教先导马丁·路德传记》(M)，译林出版社，1993年
- (3) 梁根林、付立庆“游弋于政治评价与规范评价之间”，《法制日报》2001—10—7(3)。

---

[①] 梁根林、付立庆：“游弋于政治评价与规范评价之间”，《法制日报》2001年10月7日第三版。

《鲁迅全集》，广西人民出版社1996年版，第186页。

[③] 同上，第276、289页。

[④] 罗伦培登著《这是我的立场——改教先导马丁·路德传记》，译林出版社1993年版，第30—56页。

(苏惠渔系华东政法学院教授，中国法学会刑法学研究会顾问。孙万怀系华东政法学院副教授，法学博士)

更新日期：2006-9-26

阅读次数：674

上篇文章：国内刑法与国际刑法交叉视角中的违法性认识问题

下篇文章：论刑法的间接渊源（下）

 打印 |  关闭

 TOP

