

# 社会相当性理论的机能

于 改 之

(山东大学 法学院, 山东 济南 250100)

[作者简介] 于改之(1969-), 女, 山东聊城人, 山东大学法学院副教授, 法学博士, 主要从事刑法学研究。

[摘 要] 实际上, 社会相当性理论是对片面强调法益侵害(危险)的结果的法益侵害说与片面强调规范违反行为的规范违反说的克服, 该理论在立法论、解释论、违法性评价、责任判断与法定刑配置方面都具有相当重要的机能。因此, 社会相当性理论不仅不能“废止”, 反而应当给予足够的重视。

[关键词] 犯罪; 社会相当性; 机能

[中图分类号] DF6 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2007)05-0674-06

所谓社会相当性理论, 是指对于某些在通常情形下本属违法的法益侵害或危险行为, 只要该行为符合历史地形成的国民共同的秩序而与社会生活相当, 其机能则是社会相当性概念在刑事立法与刑事司法过程中已经或正在起到的, 以及应当起到的作用。

## 一、立法论机能

### (一)合理地限定刑法的处罚范围

刑法的处罚范围应当具有合理性, 此乃不争之理。然而, 社会上的危害行为多种多样, 究竟应当将哪些危害行为纳入刑法的处罚范围呢? 毫无疑问, 这需要一个标准据以筛选, 而关于这个标准, 理论上历来有权利侵害说、法益侵害说、规范违反说、折中说之争。

就法益侵害说而言, 该说认为, 划分罪与非罪的根本界限, 在于行为侵犯了某一特定的法益, 或者说, 是因为它侵犯了立法者力图维护的某种积极的关系。否则, 刑法规范就没必要, 也没理由存在。但是, 首先, 并不是所有的犯罪都是对法益的侵害, 在很多情况下, 刑法规范的任务只是维护某些领域或某些社会关系“形式上的秩序”, 因为只有这样才能符合特定的政治目的。例如, 非法(即未经合法许可)持有或携带武器的行为, 就没有侵犯任何特定的法益, 但是, 这种行为不符合国家对可用来进行非法活动的工具进行控制的需要……与此相似, 规定赌博行为应受处罚, 也不是为了保护特定的法益, 而是出于一种政治上的需要<sup>[1]</sup>(第76-77页)。其次, 侵害相同法益的行为在不同的国家与时代也并非都构成犯罪与遭受同种处罚, 例如, 同样是强奸罪, 但在不同国家的刑法中, 其处罚规定却大不相同, 在日本刑法中处罚较轻, 而在我国刑法中则较重; 同样是堕胎行为, 在国外刑法中属于犯罪, 而在我国, 政府则有计划地实施以控制人口数量; 同样是重婚行为, 我国及其他许多国家规定为犯罪, 然而在阿拉伯世界, 男人拥有数个妻子却是法律允许的。上述问题, 显然不能认为是由于性的法益、婚姻家庭法益在国外不及我国价值大, 而生命法益在我国不及国外价值大造成的, 因为性自由与生命权作为一种人身权益, 是很难衡量

大小的，而婚姻家庭权利也同样如此。可见，单纯依据法益不能合理地限定刑法的处罚范围。

就规范违反说而言，该说认为，划分罪与非罪的界限，在于行为本身是否无价值，是否违反伦理规范，只有在行为本身无价值的情况下，才能构成犯罪。但是，“社会上还存在着许多反社会伦理的行为，而所有这一切行为并不都是刑法上的犯罪”<sup>[2]</sup>（第38页）。但是，首先并非所有违反规范的行为都是犯罪，例如，乱伦与兽奸行为，其道德非难程度不可谓不大，然而，纵观现今各国的刑法典，几乎没有将此作为犯罪类型来加以设计的。可见，单纯的规范违反说也不足以合理地界定刑法的处罚范围。

由于法律是人类生活秩序的形构，而非决定于国家或法官，法律只是社会规范的一种特别形式，因此，法律绝对不能基于少数人的动机而加以创设，并从而强迫他人服从，而必须为多数人所认可时，人民方能自愿加以遵守。因此，法规范只有与世俗化或普遍化的社会价值、文化价值或伦理价值相容，方具有规范人类生活秩序的意义，也因而才能形成法的实效性。具体到刑法之犯罪构成要件的形成，也应当与特定社会的普遍化的社会价值、文化价值或伦理价值相容，即为社会多数人所认可时，所形成的刑法规范，也才能成为“生活法”而为人民自愿加以遵守。此时，特定社会普遍化的社会价值、文化价值或伦理价值观念，实际上就是社会相当性的一种置换。根据该理论，反社会行为可以分为三类：一是具有社会相当性的行为；二是轻微脱逸社会相当性的行为；三是严重脱逸社会相当性的行为。具有社会相当性的行为即使存在法益侵害或者威胁，也不能作为犯罪加以处理；而轻微脱逸社会相当性的行为，虽然也为一般社会秩序所不能容忍，但由于其脱逸性没有达到值得科处刑罚的程度，故只能作为一般违法；只有严重超出一般社会秩序的行为，才可能会被犯罪化。可见，严重脱逸社会相当性理论在刑事立法上具有过滤非犯罪行为的功能，它既是保障刑法谦抑性的途径，又是限制国家刑罚权任意扩张的重要手段，任何可罚行为的创设都不得逾越严重脱逸社会相当性理论。

## （二）使刑事立法具有合理的目的性

法律规范的创设不以自我为目的，而在于追求价值理性以及目的理性的实现。就刑法而言，立法者制定罪刑规范，绝非为惩罚而惩罚、为禁止而禁止，而是出于实现理性目的的需要。由于国家的基本目的在于保护国民之基本权利，并使社会生活成为可能，而国家又独占刑罚权，刑罚权的行使是一种国家行为，刑事司法是国家功能的一部分；刑法理论也必须以宪法上的国家目的观、民主原则、法治国原则及福利国原则等为基础来加以发展。因此，刑法可以说是一种“具体化的宪法”，其创设内容必须服从于国家的目的，即价值理性及目的理性。那么，刑法规范保护什么才能符合目的理性呢？联系前述对法益侵害说、规范违反说等理论的考察，笔者认为，刑法的目的应当是保护法益与规范适用，即通过刑法的适用，保护受犯罪行为侵害的法益，同时确保公民对法的忠诚。德国著名学者 Urs Kindh 曾说：“就三大法域的基本任务而言，民法是在寻求当事人间利益之平衡，行政法是以防止危害、危险管理及促进公共利益为目的，刑法之目的在于保护法益并确保公共利益的规范效力。”<sup>[3]</sup>（第16页）这种说法，也是对此种观点的确认。

刑事立法以保护法益与规范适用为目的，才使其具有合理性。一方面，没有法益侵犯就没有犯罪，刑法不能无缘无故地处罚那些没有法益侵害的行为，从而使行为人的自由最大限度地受到法律的保障；另一方面，并非所有侵犯法益的行为都构成犯罪，而只有那些偏离规范的严重法益侵害行为，例如，不遵守特定行业的基本规则而造成的法益侵害行为，才能成立犯罪。基于此，在形成犯罪的构成要件时，不仅要基于法益侵害或者危险来判断，同时还要考察引起法益侵害结果的行为样态，即对加害行为的目的、手段以及行为人实施行为当时的动机等进行综合判断，只有确定行为严重脱离一般认同的社会生活的基准观念时，才能确定行为构成犯罪。

## 二、解释论机能

### (一)将不属于犯罪构成要件的生活现象剔除出去

根据社会相当性理论,以符合义务的注意而实施的行为,并且该行为属于历史形成的社会共同生活秩序范围内的行为的,即使该行为具有侵害刑法所保护的法益的危险,也不属于犯罪构成的范畴。例如,进行足球比赛、参与道路交通、经营铁路、航空事业或航海事业、制造武器和爆炸物、经营登山索道和运送滑雪者的上山吊椅、开动原子反应堆等。因为,犯罪构成通过其禁止的内容只表明了“从历史形成社会生活秩序中脱离出来的行为”,而且其任务也仅仅在于规范严重脱逸社会相当性的行为,对于社会相当行为,作为立法者也不愿意加以禁止。因此,即使行为人侵害法益的形式出现了符合犯罪构成要件的结果,并且行为人也预见到了该结果发生的可能性,而且基于该认识而实施了行为。那么,只要行为人履行了必要的注意义务,行为人的行为就不应当受到处罚。

### (二)对个案的犯罪构成要件进行解释

所谓贿赂,是指与职务相关的不法报酬利益。此时的利益不论有形、无形,只要能够满足人的需要与欲望,即为利益。但是,如果贿赂罪是以公务员职务行为的不可收买性为法益的话,那么,社交上的习惯、礼仪范围内的利益并不构成贿赂,因为职务行为的不可收买性并未因此而受到影响。至此,哪些行为属于与不可收买性无关的行为,即属于社交上的习惯礼仪范围内的行为呢?其判断基准仍然是社会相当性,即赠与能否被归类为社交上的赠与,必须考虑具体案情,以社会生活认可与否进行判断。

在诈骗罪中,所谓“欺诈”是指使人陷入认识错误的行为。在我们的日常生活中,商人们在买卖商品时,往往会讨价还价,而且商品的广告宣传中往往也带有某些夸张的成分,这根据一般的社会经验是可以判断清楚的。如果夸张超过了一定的界限,比如达到了“虚假宣传”的程度,那么该宣传行为可能构成刑法第 222 条规定的“虚假广告罪”,但也并不构成诈骗罪中的“欺诈”。因此,究竟什么程度上的讨价还价、夸张才构成“欺诈”,则是除去社会相当性判断外别无他法的。可见,在“欺诈”的构成要件解释中,社会相当性思想也起着规整原理的作用。不仅如此,在渎职罪中,判断具体行为是否属于“违反职务的行为”时,也必须考虑社会相当性。

关于重伤害与普通伤害的区别。何谓“重”?也是需要依据社会相当性理论加以判断。以伤害之意砍人一刀,被害人送医缝了 40 多针,只是普通伤害;拿硫酸泼人面部,则是重伤害。此种判断的依据,无非是规范创设的目的。创设重伤害的规范以区别普通伤害,而且处罚远比普通伤害为重,是因为重伤害接近生命的危险。表面看,伤口缝了四十多针,似乎伤势不轻,但由于医生有足够的处理能力处理这样的伤势,被害人在伤口缝合后即可回家疗养。在被害人尚未就医前,也可以对伤口略做包扎,防止大量失血。至于伤及内脏,就必须判断为重伤,因为医疗已非常棘手,而且很容易导致死亡。泼硫酸会造成严重烫伤,而且也接近生命的危险,所以应是重伤。此种“重伤”、“轻伤”的判断,也是除去社会相当性的判断而别无他法的。

总之,由于我国刑法中的犯罪定义是实质与形式、定性与定量的统一,作为犯罪构成要件解释原理的严重脱逸社会相当性概念就具有极大的包容性,能够将司法中要衡量的因素都统合起来,从而保持司法的理性和强大的解释张力。严重脱逸社会相当性理论,体现了刑法的谦抑思想,既是对国家刑罚权的限制,同时也是对个人自由的张扬。在刑法规范的自由区内,运用严重脱逸社会相当性理论来解释犯罪的构成要件要素,并未超越刑法规范,而是在刑法规范的形式理性中,贯彻和实现刑法的实质理性——刑法正义。

### 三、违法性评价机能

#### (一)揭示违法性的本质

关于违法性的本质,历来存在形式违法性与实质违法性、主观违法性与客观违法性、行为无价值与结果无价值的对立。而关于实质的违法性,又主要存在法益侵害说与规范违反说;当然,由于社会的发展、社会意识的变迁或种种价值观的对立,社会伦理规范的判断会产生一定的困难,但是只要坚持目的理性的观念,以历史形成的通念为准则,还是可以发现特定社会中所存在的主流社会伦理的;就法益侵害说而言,由于犯罪的本质是法益侵害或法益侵害的危险,那么,侵害什么性质的法益,法益侵害以及法益侵害的危险达到何种程度,才能由一般违法上升为犯罪,则也只能依据社会相当性理论,即只有在某一法益侵害违背了社会伦理规范,背离了一般国民的法感情的情形下,才能将该法益侵害行为作为违法加以处理,而历史上所形成的社会伦理秩序范围内的法益侵害行为,仍属于社会所容许的行为,不能归属于违法。“实质的违法性,就是偏离了社会相当的侵害、威胁法益的行为。”<sup>[4]</sup>(第177页)

#### (二)说明超法规的违法阻却事由的实质理由

任何国家都在刑法中规定了一定的违法阻却事由,但由于社会现实的无穷变化,任何国家都不可能刑法中毫无遗漏地将所有的违法阻却事由规定下来;但即使在刑法没有明文规定的情况下,某些事由也被公认为是违法阻却事由,此即超法规的违法阻却事由。那么,超法规的违法阻却事由的实质理由是什么呢?应当是行为的社会相当性。

我国刑法只规定了正当防卫与紧急避险两种违法阻却事由,但刑法理论上却普遍肯定超法规的违法阻却事由的存在,如自救行为、正当业务行为、基于被害人承诺的行为、自损行为、义务冲突,等等<sup>[5]</sup>(第129页)。能够在刑法的明文规定之外确定违法阻却事由,究其原因,也是以行为具有社会相当性为根据的。例如,在义务冲突情形下,之所以肯定义务冲突情形下负有义务的人放弃另一义务的行为不具有违法性,是因为法律不能期待行为人在履行一个义务的同时而履行另一个义务;再如,在被害人承诺的行为中,之所以肯定被害人的承诺阻却违法性,不仅仅是因为法益主体对法益的放弃,使得行为没有侵害法益,同时也因为行为人所实施的法益侵害行为的态样没有超出社会伦理秩序所允许的范围,从而使行为符合社会礼仪。如果行为人所实施的法益侵害行为超越了社会伦理秩序的许可,那么,即使其事前得到被害人的承诺,也不能阻却行为的违法性。

### 四、责任判断机能

由于刑法规范的创设是以特定国家世俗化或普遍化的社会、文化或伦理规范为基础的,亦即,每一个国家刑法规范的创设都离不开特定国家或社会的政治、经济和文化传统,因此,法律规范在很多情形下都是立法者根据国家的需要从已经存在的道德、宗教、习俗等文化规范中选择出来的,即使某一法律规范的创制超越了特定社会某一时期的文化传统,该法律规范也是总结以往文化传统发展脉络的体现,从而也反映了社会上为一般人所认同的健康道义观念的发展规律,恰如马科斯·韦伯所言,法律规范必须世俗化、常民化及去神秘化,才能实现法律的理性化<sup>[3]</sup>(第5页)。如果某一法律规范既未反映现存的一般文化传统,也未折射出文化传统的发展脉络,而只是基于少数人的动机而加以创设,并强迫他人服从,那么,该法律规范就会因为不存在其生成的土壤而失去生命的活力,从而失去“生活法”的意义,最终成为难以适用的恶法。在此意义上,“刑法的非难与从国家社会的观点进行的非难实质是一样的”<sup>[6]</sup>(第175页),就是对于脱离社会相当性的行为所进行的一种社会责难。由此可见,无论是责任的本质,还是责任的生成,都不能脱离社会相当性理论,而应当以其作为源泉。

不仅如此,在责任之具体判断的场合,社会相当性理论也发挥着积极的作用。例如,关于期待可能

性的判断标准,刑法理论上存在行为人标准说、平均人标准说和国家标准说。行为人标准说认为,应以行为时之具体状况下行为人自身的能力为标准,如果在当时的具体状况下,不能期待该行为人实施适法行为,就表明缺乏期待可能性。平均人标准说认为,如果对处于行为人状态下的通常人、平均人,能够期待其实施适法行为,则该行为人也具有期待可能性;如果对处于行为人状态下的通常人、平均人,不能期待其实施适法行为,则该行为人不具有期待可能性。国家标准说认为,应以国家或者国家法秩序的具体要求为标准,来判断是否具有期待可能性。如何看待上述三种观点呢?有学者认为,在比较行为人和平均人的能力时,必然区分高于、等于和低于平均人能力三种情形,这三种情形表示三种不同程度的认知经验。如果行为人的能力高于平均人,则必然以属于行为人能力层级的作为判断依据;反之,对有智能或体能障碍的人,则是依据较低层次的普遍标准作为依据。换言之,在各种程度的认知经验中,各取其平均标准作为判断依据,只是在不同层级做平均值的判断,并没有所谓的主观说存在<sup>[7]</sup>(第 438-439 页)。可见,在这种客观化的个别判断中,行为人的主观认知只是界定判断对象的条件之一,而不是判断的标准;这种对罪责的个别或具体的认定中所蕴涵的客观判断,自然也是以社会相当性理论为基础的。

## 五、法定刑配置机能

### (一) 刑罚种类的设置

刑罚,是国家或社会针对严重脱逸社会相当性的行为所实施的一种特别回应方式。由于这种回应方式旨在满足国家或社会的需要,而国家或社会的需要实际上就是社会上一般国民大众的愿望,因此,刑罚种类的设置就不能不考虑历史形成的社会经济、文化与伦理价值观念。亦即,刑罚种类的设置,也离不开社会相当性理论。例如,在以肉刑与身体刑为主要刑罚方式的封建社会里,此种残酷的刑罚方式与国家权力高度集中有非常密切的关系。但是,随着社会的发展与文明进步,国民逐渐成为国家的主人,自由、秩序与公正于是成为刑罚追求的价值目标。如此,刑罚种类的设置就必须考虑社会上多数人的意见,而不能仅仅遵从少数人的偏执,否则,所制定的刑罚就可能成为无源之水,无本之木,从而得不到大众的理解与一体执行。

于是,与社会的进步与文明相呼应,刑罚理念就有了很大的变化,刑罚的人道主义成为主流,而其残酷性为社会各界所摒弃。进而,自由刑成为各国刑罚体系的中心,财产刑与资格刑也逐渐成为刑罚体系中的两朵奇葩。这种刑罚种类的变化固然与特定国家的社会与经济制度以及犯罪态势有一定的关系,但与社会整体长时间以来逐渐形成的社会伦理观念、文化传统,如社会上多数国民对刑罚本质的认识、人们的价值取向等等,也有莫大的关联。当前世界上大多数发达国家几乎都废除了死刑,发展中国家也有一部分废除或大力削减死刑的适用。在经济发达国家,随着人类文明的发展,国民对死刑的价值重新有了一个定位,即死刑不是万能的,死刑也不是减少犯罪的唯一灵丹妙药;同时,在解决生存压力,逐渐过上富足的生活后,人们对生命的意义也有了更深的关注,于是人权保障、人的尊严等成为国民最为关注的话题。在此情形下,死刑逐渐失去了其存在的社会土壤;而国家在此情形下,顺应民意而废除或大力削减死刑,也就具有了合法依据。与此相反,在一个人民仍为温饱问题而愁眉不展的国家,在生存都成为问题的情形下,有谁会奢望更高层次的自由、人权等字眼呢?在这种国度里,“杀人者,死”的观念是整个社会一般的伦理价值观念,如果立法者不顺应这种观念而擅自废除死刑,那么,这种立法选择就不可能不失去本土的资源,从而成为一种立法上的空中楼阁。因此,世界性的死刑废除固然具有多方面的原因,有效地限制死刑的适用也有其存在的合理理由;而无论是死刑的废除还是有限制地保留,二者都以特定国家历史形成的社会伦理价值观念为参照,这种历史形成的社会伦理价值观念,无疑就是社会相当性的观念。

### (二) 刑罚幅度的设置

不仅仅刑罚种类,刑罚幅度的配置也同样需要考虑社会相当性理论。众所周知,罪刑相适应原则是



刑法的基本原则之一,那么,如何做到罪刑相适应呢?无非是多大的罪判多大的刑,重罪重判,轻罪轻判。这种“多大的罪判多大的刑”的观念,自然也考虑到了社会相当性理论。即,只有在不脱离社会一般人的情感范围内的刑罚才是公正合理的,超过了一般社会大众情感的刑罚就是不公正、不人道的刑罚,就是刑罚过剩或刑罚不足。

例如,故意杀人罪显然要比故意伤害罪严重,所以故意杀人罪的法定刑要高于故意伤害罪的法定刑,这不仅是刑法的明文规定,也是社会大众所普遍认识到的,所以,刑法如此规定,自然是符合了社会大众的一般情感。如果刑法反其道而行之,规定故意杀人罪的法定刑低于故意伤害罪的法定刑,估计刑罚适用的效果会大大缩小,甚至荡然无存!因为,此种规定完全违背了人民的一般感情。但是,如果法律规定故意杀人(预备)的法定刑低于故意伤害(既遂)的法定刑,却在人民的一般情感所接受的范围内。可见,法定刑的配置同样离不开对社会相当性的考虑。

综上所述,与法益侵害说、规范违反说等理论相比,社会相当性理论不仅没有“过时”,反而具有无穷的生命力,在立法论、解释论、违法性评价、责任判断以及法定刑配置方面都具有重要的机能。基于此,与其说犯罪的本质是法益侵害(或危险),不如说是严重脱逸社会常规的法益侵害(或危险),即犯罪是严重脱逸社会相当性的行为。

#### [参 考 文 献]

- [1] [意]杜里奥·帕多瓦尼.意大利刑法学原理[M].陈忠林,译.北京:中国人民大学出版社,2004.
- [2] [日]福田平,大塚仁.日本刑法总论讲义[M].沈阳:辽宁人民出版社,1986.
- [3] 高金桂.利益衡量与刑法之犯罪判断[M].台北:元照出版公司,2003.
- [4] [日]大谷实.刑法总论[M].黎宏,译.北京:法律出版社,2003.
- [5] 高铭喧,马克昌.刑法学[M].北京:北京大学出版社,高等教育出版社,2002.
- [6] [日]大塚仁.犯罪论的基本问题[M].冯军,译.北京:中国政法大学出版社,1993.
- [7] 许玉秀.当代刑法思潮[M].北京:中国民主法制出版社,2005.

(责任编辑 车 英)

## Theory of Social Worthiness: Function

YU Gaizhi

(Shandong University Law School, Jinan 250100, Shandong, China)

**Biography:** YU Gaizhi (1969-), female, Associate professor, Shandong University Law School, majoring in criminal law.

**Abstract:** Whether the theory of social worthiness has the important value? There are some different ideas. In fact, the theory of social worthiness overcomes the weakness of the theories of legal interest——invasion which emphasizes the harmful consequence and the theories of the norms-break which emphasizes the harmful act, and has important function on the legislation theory, theory of explanation, evaluation of law break, judgment of culpability, institution of legislated punishment and so on. Just because of the former reasons, we shouldn't gave up such theory but should pay more attention to it.

**Key words:** crime; the theory of social worthiness; function