

什么是损害？

——一个刑法哲学视角的分析

郑玉双*

目次

- | | |
|-------------------|-----------------|
| 一、刑法哲学视角下的损害与损害原则 | 四、损害概念在刑法实践中的展望 |
| 二、对损害原则的批判 | 五、结语 |
| 三、损害的概念重构 | |

摘要 损害引发法律强制,特别是刑法的回应。社会变迁和科技发展产生了新的损害形态,但损害的概念内涵难以确定,导致损害的犯罪化边界难以划定。传统刑法哲学通过证成损害原则来理解损害,以范伯格为代表的刑法哲学家以损害为依据为刑法强制划定界限。但这种理论路径面临两难困境:既无法借助损害的概念来为损害原则的正当性辩护,也未能充分展示损害的概念结构。其他理论家通过比较意义上的损害观、反事实的损害观和道德意义上的损害观揭示损害的概念,为损害原则的辩护寻找新的出路。从对这些立场的批评和辩护可以看出,损害与法律家长主义和法律道德主义也可以兼容。损害的概念内涵虽然充满分歧,但有助于更好地回应实践中的疑难情形,为理解刑法中的法益和智能时代的数字损害提供了支持。

关键词 损害 损害原则 范伯格 刑法哲学 数字损害

刑法是维持社会运行所必需的规范。无论社会环境如何变迁和演进,刑法以一种较为稳定的方式对人的行为进行调控,呈现出独特的规范色彩。智能技术对人类社会生活产生了剧烈的冲击,法律制度相应地也需要对技术变革做出充分回应。刑法虽然在应对技术进展上稍显克制,但显然也需要有规划地做出应对。信息和数据领域的新兴法律问题和挑战在刑法领域的反映是,刑法自身的价值立场或方法论需要做出调整吗?

刑法学可以从多个角度对这个问题做出回应,包括法教义学和法政策学等。从刑法哲学的角度来看,这个问题变得更为复杂一些。信息技术产生了新的犯罪形态,比如信息犯罪或者可能的

* 中国政法大学法学院教授、法学博士。本文系北京市社会科学基金一般项目“数字人权的法理证成和法律保障研究”(项目编号:22FXB009)的阶段性成果。

数据犯罪,以及在未来自动驾驶汽车上路之后所产生的新兴犯罪问题。然而,对犯罪和刑罚的本质进行的哲学反思并不会因为新的犯罪形态的出现而必然发生转变。^{〔1〕}因此,当前比较迫切但容易被忽视的一个问题是,社会变革和技术革新究竟对刑法产生什么影响?

数字社会是理解这个问题的语境,数字科技带来了新的刑法挑战,其背后隐含着关于数字科技损害的一般性问题:什么是损害?在刑法哲学的讨论中,损害问题一直是争论的焦点,也是回应智能社会之法律挑战的前置性问题。关于损害的理论探讨围绕着几个问题展开:如何界定损害?损害原则是可证成的吗?损害原则是唯一的刑法强制原则吗?尽管对这些问题的回应并不能直接地解决“哪些法益是值得保护的”和“如何进行新兴领域的犯罪化”等问题,但对损害概念的反思是理解社会实践和反思刑法之价值立场的必要内容。

一、刑法哲学视角下的损害与损害原则

(一) 范伯格对损害的界定

损害(harm)^{〔2〕}是社会生活中的一种常态,既不可避免,也需要通过各种方式加以防范。损害的存在是法律干预的重要理由。在法律实践中,有大量的规定是为了减少和预防损害。密尔在《论自由》中提出了经典的损害原则,后来发展成为自由主义的核心理念。这一原则为国家对个人行为的干预划定了界限,如果人的行为并没有对他人构成损害,那么国家就没有干预个体行为的正当依据。^{〔3〕}受这一理念影响,很多追随者从两个方面捍卫损害原则,并在此基础上发展出一种强烈的刑法哲学立场。一方面,他们认为存在着独特的损害概念,通过对损害的概念结构进行挖掘,可以将损害和其他的概念相区分,比如冒犯。另一方面,损害原则是证成国家强制的唯一原则,因为损害原则体现了对个人自主地位的尊重和国家强制的必要限度。

在密尔提出损害原则的基本立场时,损害原则的道德意义要远大于其法律意义。在密尔所处的时代,国家强制的理由可以有很多,对他人或者群体的损害只是其中的一个理由。著名刑法哲学家范伯格对刑法的道德界限的探讨呈现出损害原则的丰富法律内涵,将这一主题确立为刑法哲学的基本议题。范伯格区分了损害原则、冒犯原则、法律家长主义和法律道德主义等立场。范伯格并没有采取一种极端的自由主义立场,而是有条件地支持了冒犯原则作为刑事惩罚的证成性原则。尽管如此,范伯格仍然对损害原则做出了大量原创性的探讨。对损害原则的分析自然也应该从范伯格的讨论开始。

范伯格认为损害是一种特殊的利益受损状态。存在着三种类型的损害内涵:第一种是衍生的

〔1〕 新的侵害形态在社会中是不断出现的。计算机应用初期,相关犯罪类型非常少,但现在有大量的计算机和互联网犯罪。算法伴随着计算机的普及而不断开发适用,只有在大数据时代到来后才出现各种新的算法侵害类型,比如算法标签、算法归化、算法操纵、算法歧视与算法错误。参见王莹:《算法侵害类型化研究与法律应对——以〈个人信息保护法〉为基点的算法规制扩展构想》,载《法制与社会发展》2021年第6期,第134—135页。但从刑法哲学的视角来看,算法侵害受到刑法评价的规范基础不在于算法侵害的具体形态如何,而在于这种侵害符合犯罪的本质。犯罪的本质是关于犯罪在共同体生活中的道德处境的评价,并不取决于犯罪的具体形态。关于犯罪本质的哲学探讨,参见郑玉双:《犯罪的本质与刑罚的证成:基于共同善的重构》,载《比较法研究》2016年第5期。

〔2〕 Harm一词在中文语境中有不同的翻译,包括危害、伤害和损害等。虽然这几个词语在内涵上略有差异,但并不影响harm在刑法中的意义展现。为了便利起见,本文统一将harm翻译为损害。

〔3〕 参见[英]约翰·穆勒:《论自由》,孟凡礼译,广西师范大学出版社2011年版,第10页。

损害,比如水果腐烂、河水干涸;第二种是对利益的阻挠、阻碍或者破坏;第三种是对人所做出的不法行为。范伯格认为法律应该处理和回应的损害是第二种和第三种类型的损害的重叠部分,即因不法而对利益造成的阻挠、阻碍或破坏。^{〔4〕}范伯格也充分地探讨了利益的含义,尽管利益的类型非常多元,呈现为不同的形态,但利益与损害天然地关联在一起。在对损害做出界定之后,范伯格进一步地展现出损害的一些疑难情形以及对损害进行归责应该注意的事项。从一定意义上讲,对损害的理解是确定冒犯原则、法律家长主义和法律道德主义的前提。如果对损害的界定是成功的,那么损害原则可以成立,而自由主义的刑法哲学立场可以得到辩护。

然而,范伯格的论证深陷困境之中。首先,范伯格对损害的界定虽然富有启发意义,但仍然无法揭示出损害的核心内涵,也难以对挑战意见做出令人满意的回应。虽然范伯格充分地展示了利益的各种面向,比如福利性利益与隐性利益的区分等,^{〔5〕}但在很多批评者看来,从利益的角度理解损害,并非展示损害概念的正确方式,只不过是从社会外观的角度对损害做了类比。如果损害是有意义的,仅从利益的角度进行分析是不够的。范伯格将法律意义上的损害界定为因不法行为而导致的利益受损,其解释力非常有限。

例如,范伯格将利益受损与权利侵害混在一起,这一界定会带来一些混乱。对权利的不同理解影响着损害原则在定罪中的作用。考虑到对损害原则的范围的限制,有两种可能的对权利的理解。一种将权利视为独立于损害之外,即一个人作为法律上的人而享有的权利(康德式的权利)。另一种借由损害理解权利,将权利看作为保护利益而给予的规范性优势。如果后一种理解可以成立,即仅凭借损害足以说明损害原则的适用,足以解释无损害行为之所以为罪,则权利无须具有独立的证成价值。但如果无法做出合理解释,则权利可以是独立的定罪理由。^{〔6〕}

其次,损害原则是证成国家强制的一项道德原则。在刑法哲学中,损害原则既是证成国家强制的首要原则,也是自由主义所捍卫的唯一原则。但问题在于,损害的内涵如何支持损害原则的证成力量?范伯格借助对法律家长主义和法律道德主义的批判来支持其自由主义立场,但这种策略有些胜之不武。即使法律家长主义和法律道德主义存在瑕疵,也并不意味着损害原则具有天然优势。^{〔7〕}在刑法实践中,从利益的角度来理解犯罪是合理的,但不论是利益还是法益,其自身并不包含着证成强制的规范力量。^{〔8〕}比如财富是一种值得刑法加以保护的利益或者法益,并非是因为财富的减少这件事情应当引发国家强制,而是因为他人的不法行为造成当事人的财富下降。虽然范伯格将损失界定为因不法行为而导致的利益受损,但他的关注点在于利益,而非不法。范伯格并未对何为不法做出充分的界定,而他对损害原则的支持又奠基于对法律家长主义和法律道德主义的批判之上,这一论证并不充分。

最后,对损害的概念分析在一定程度上决定着损害原则的成败和我们对刑法的理解。然而,对损害的理解在方法论上存在各种不同的路径,使得损害的内涵呈现为不同维度。范伯格的讨论更多的是从损害的社会经验维度所进行的分析,即损害造成了人的利益状态的受损或者体验感的

〔4〕 参见[美]范伯格:《刑法的道德界限(第一卷):对他人的损害》,方泉译,商务印书馆2013年版,第36页。

〔5〕 同上注,第37页。

〔6〕 See Hamish Stewart, *The Limits of the Harm Principle*, 4 *Criminal Law and Philosophy* 17 (2010).

〔7〕 法律家长主义式的政策和法律在实践中也比较常见,除了这一立场在理论上面对的批判,在实践中法律家长主义也会得到理解和辩护。See Gerald Dworkin, *Paternalism*, 56 *The Monist* 64, 76-78 (1972).

〔8〕 利益或法益分析对刑法教义学有裨益,但其规范内涵充满不确定性,无法应对新的犯罪类型。参见[德]洛塔尔·库伦:《法益理论与新形式犯罪类型》,唐志威译,载《苏州大学学报(法学版)》2021年第2期。

削弱,比如财富的减少或者身体变坏。这一路径的优势在于使损害更为直观,但未能充分展示出损害的概念结构。在范伯格之后,很多哲学家对损害的形而上学结构进行了分析。这一路径的优势在于充分地展现了损害的概念要素,比如损害意味着个人状况在比较意义上的变差等,但对损害的分析与损害原则渐行渐远,也无法回应刑法实践中关于损害的很多疑难问题。

从目前的讨论来看,尽管范伯格针对刑法的道德界限确立了一个相对可靠的框架,但论者对损害与损害原则的内涵难以形成共识。这一现状会带来很多影响。支持损害原则的学者针对损害的概念这一问题立场不一,有论者认为损害原则并不需要预设一个损害概念,也有论者认为对损害和损害原则的理解必须同步进行,否则这一原则难以成立。损害的概念表现为多个维度。经验维度的损害能够帮助我们更好地体会刑法实践中的具体情形,比如算法技术的广泛运用会对人们的利益构成影响,很多负面影响符合损害的外观,比如大数据杀熟会给用户造成财产损失。但算法的区别适用所带来的价格差异对用户真的构成损害吗?如果没有一个关于损害的内在概念分析,仅靠经验判断不能得出确定结论。

在这种情况下,有必要对损害的概念及其与损害原则的关系进行反思和重新界定。即使关于这些问题无法形成确定的答案,也有必要在当前的法学观念剧变中展示这些问题的内在状态,才能更充分地应对转型中的许多问题。

(二) 损害原则作为刑法证成原则

范伯格将损害与损害原则放在一起讨论,并且认为损害的内涵支持将损害原则作为证成刑法强制的主要原则,而法律家长主义和法律道德主义是无法得到辩护的。但损害原则的立场并没有范伯格所认为的那样强烈,而且损害之内涵的不确定性也无法显示出损害原则的优势。关于损害原则的争论主要围绕以下几个问题展开:损害原则是一种有效的证成原则吗?损害原则排除了其他原则的正当性吗?损害原则需要依赖特定的损害概念吗?

第一个问题是范伯格在其刑法哲学中极力辩护的一个原则,他也将这一原则视为自由主义道德立场在刑法哲学中的体现。然而,很多批评者认为范伯格未能提出一种清晰的损害原则。他忠实地继承了密尔的精神立场,但并未在刑法问题上做出太多突破。有一些学者认为损害原则包含着多种可能性,比如有强的损害原则和弱的损害原则,也有积极的和消极的损害原则之分。爱德华兹(Edwards)甚至将损害原则总结为六种类型,比如工具性的和目的性的损害原则等。^[9]存在几种损害原则并不重要,重要的是损害原则在刑法证成中的使命是否能够完成。

范伯格试图实现这一使命。尽管他对损害与损害原则之间的关联着墨不多,但他强调了从损害向损害原则转化的过程。世界上会发生很多损害行为,例如,老师上完课之后学生觉得身心痛苦,这对学生可能是一种损害。在这种情况下,对老师是否有基于损害原则的可责性?显然不是。针对损害的可责性,也就是从损害到不法侵犯的转化,范伯格提出了三个条件。第一,损害行为应具有道义上的可责性。^[10]只有在损害行为可责的情况下,它才能成为国家强制干预的基础或理由。第二,损害与同意:愿者不受害。^[11]就是说,假如损害是基于同意的话,则损害就可以免责,比如学生自愿来上课但觉得痛苦,则不能说学生受到了损害。第三,损害中的因果关系要素。^[12]对损害的因果关系的判断涉及事实和规范等多个层面,在不同的部门法之中也有不同体现。从

[9] See James Edwards, *Harm Principles*, 20 *Legal Theory* 253, 265 (2014).

[10] 见前注[4],范伯格书,第118页。

[11] 同上注,第125页。

[12] 同上注,第130页。

损害的一般结构来说,因果关系在损害概念的理解之中发挥着事实性和规范性的双重评价意义。因果关系判断为国家防止损害的发生提供了干预的基础。但显然,因果关系的判断在国家回应不同类型的损害时发挥着不同的作用,比如侵权法和刑法中的因果关系判断的分量显然是不同的。

理解损害原则之内涵的另外一个面向是对损害的衡量与比较。这个问题涉及的是,有些损害是不是法律应该面对的损害,应不应该算作是一种侵权。例如,当前实践中关注的一个热点,关于互联网空间中的网络暴力。如何界定和衡量网络暴力的损害是一个难题。实际上,对于参与网络暴力的每一个个体来说,个体的行为可以说是极小,损害几乎是微乎其微的。但是,网暴者轻微的行为形成整体性的合力之后就会造成比较大的损害。然而,在将损害作为一个整体来对待时,很难确定具体的损害主体,因此对损害是没有办法衡量和比较的。

对损害的衡量是对损害进行法律评价的必要步骤。范伯格提出,这个工作涉及四个方面。第一,对损害大小的判断。损害原则主张一些轻微损害可以不理,这是我们社会需要容忍的。第二,损害的可能性。判断损害的可能性实际上是风险的问题。第三,存在着一些整体损害。例如,网络暴力就是一种整体损害。第四,自由利益的特殊性。^[13] 因为范伯格本身是自由主义者,他将自由当作一种非常特别的利益。自由本身当然是一种价值,自由作为一种价值和自由作为一种利益是不同的。自由是我们自由地做出选择和行动的一种状态。

最后是关于损害的归责。损害的发生是和各种各样的事件有关的,而不仅限于某个单一的行为。比如环境污染就是一种累积性、多层次的损害。具体而言,范伯格将损害的归责分类为四种:(1)竞争性利益,即所谓的有得必有失,这种利益无法进行法律上的归责,例如炒股、参加比赛。(2)公共利益,这是与公共生活中的每一个人相关的利益。(3)累积性损害,比如说环境污染,通过累积、长期的方式造成利益的损害。(4)模仿性损害,即因为某些人的行为和理念被他人模仿,使得他人实施了损害行为。^[14]

范伯格对损害原则的辩护重点强调了哪些损害能够成为刑事强制的对象,以及应该保持的必要限度。这一辩护有两个优势。第一,范伯格并没有支持一种强硬的损害原则,而是将损害作为必要条件,其是证成国家强制的理由之一。第二,可被犯罪化的损害与我们所处的社会环境是相关的,而且受社会观念和政策的影响,理解损害的全貌需要结合损害在社会中的实际情况。

然而,如前所述,范伯格的论证在损害内涵上做了妥协,未能成功展示损害的内部概念结构,也就无法为损害原则提供概念上的支持。范伯格采取的是道德论证的方式,来为损害原则进行辩护,主要是通过自治这个核心价值来反对法律家长主义和法律道德主义。

二、对损害原则的批判

范伯格支持一种强意义上的自治观。在他看来,只要行为人是自治的行为选择,那么其行为就具有道德意义,而对自治的损害是惩罚的证成条件,也是损害原则的内容。^[15] 这一立场受到很

[13] 见前注[4],范伯格书,第211—239页。

[14] 同上注,第244—273页。

[15] 参见[美]范伯格:《刑法的道德界限(第三卷):对自己的损害》,方泉译,商务印书馆2015年版,第63页。

多批判。批评者认为范伯格对这些原则的区分和对自治的强调偏离了重点,极大地削弱了损害原则的意义。

(一) 自治的价值

范伯格对自治价值的重视无法有效地排除法律家长主义或道德主义。吉拉德·德沃金(Gerald Dworkin)针对范伯格的损害界定做出了两个批评。首先,范伯格认为损害存在两种情形,一种是利益的损失,另外一种是对权利的侵犯。但范伯格并没有区分损害(harm)与伤痛(hurt),特别是身体意义上的伤痛。基于范伯格的区分,伤痛(施加一种痛苦)并不一定带来损害,或者并非损害的定义性要素。这一区分使得范伯格的自由主义立场变得不太稳固。

其次,范伯格关于损害的限定排除了两种情形,一种是对人道德品格的损害,范伯格认为品格变坏并非是一种损害,而基于品格好坏的理由对一个人进行干预是不当的,因此他反对道德家长主义立场。另外一种是不公正,德沃金认为范伯格关于损害的理解排除了很多不公正的情形,比如剥削性的不正义(exploitative injustices)。范伯格援引了自愿原则(Volenti principle)为这种不正义进行辩护,即如果参与者是基于自愿进入这种不正义之中,那么这种情况就不是损害。然而,这与自由主义的道德立场是相冲突的。

对于范伯格和其他自由主义者来说,同意原则是重要的。因为,同意确实会改变人的规范性处境。如果我同意你使用我的汽车,那么你就可以开走我的汽车而不构成盗窃。在德沃金看来,真正的问题不在于同意是否有效,而是同意的限度问题。我们不能完全地放弃同意原则,否则可能会陷入更多的理论困境。同意原则应当受到其他原则的一些约束,比如不可放弃的权利。^[16]如果存在不可放弃的权利,那么同意原则便不能证成对这些权利的放弃,比如自愿地进入剥削性不正义之中。

(二) 损害原则与法律道德主义

批评者认为,范伯格所辩护的损害原则无法与法律道德主义相分离。范伯格反对法律道德主义不加区分地将一切不道德行为刑事化,认为法律的限制和干预应该有所限制,人们在某些情况下有权做出真正道德上错误的行为,而不受到刑事处罚。亚历山大认为范伯格的批评固然有力,但这样的观点实际上向法律道德主义做出了一定的妥协,这主要体现在以下三点。^[17]

第一,其理论与道德主义存在一定的兼容性,即虽然并非所有的不道德行为都需要被管制,但也可能存在一些不道德行为需要被管制,或者说存在一些无害的不道德行为可能需要被管制。亚历山大指出,范伯格也承认,可以通过非刑事的手段来阻止无害的不道德行为,但这种手段与刑事手段之间又缺乏明确的界限,很难明确界定什么样的行为应该被视为足够严重,以至于需要刑事处罚,而什么样的行为可以通过其他手段来处理。

第二,范伯格的损害原则中的“harm”是一个道德概念,该概念超越了损害原则的涵盖范围,而真正的道德规范中的部分内容至少可以成为其来源之一,因为他将其界定为违反他人权利或利益的行为,这包括许多利益和福祉,而其又不愿意将损害原则应用于保护那些与不道德利益相关的不利益,也就是说道德成为不保护某种利益的理由。

第三,范伯格希望将报应主义——基于道义应得性(moral desert)的惩罚——纳入自由主义对刑事惩罚的正当化中。他认为,刑罚的目的之一是根据犯罪行为的道德责任程度来判罚,以体现

[16] See Gerald Dworkin, *Harm and the Volenti Principle*, 29 *Social Philosophy & Policy* 309 (2012).

[17] See Larry Alexander, *Harm, Offense, and Morality*, 7 *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 199 (1994).

对犯罪者的道义谴责。在这种情况下,报复主义的惩罚是有限度的,不是纯粹地对所有不道德行为实施刑事制裁,而是针对那些道德上严重违背准则,对他人造成实质损害或冒犯的行为,这样就可以避免法律道德主义的陷阱。但是,当范伯格将个体的道德应得性(或者说是一种损害或冒犯他人的心理上的程度)作为衡量刑罚的依据时,其又很难对“为何这种损害或冒犯他人的心理上的程度不能成为直接的刑法禁止对象”做出有效的说明。既然某个人的心理道德因素会令其罪责加重,那为什么单纯的心理道德因素不会成为其承担罪责的原因?

(三) 作为替代的主权原则

范伯格基于自治而对损害原则所做的辩护有更好的替代方案。瑞泼斯坦(Ripstein)所提出的主权原则试图避免损害原则的诸多困境,至少在对刑法强制的证成上比损害原则更有吸引力。主权原则认为,对行为的唯一合法限制是那些保障自由人之间相互独立的限制。

首先,瑞泼斯坦通过一个例子来说明损害原则无法解释一类无害但不道德的行为,即无害的侵入。如果A擅自进入B的家,用B的床睡觉,而不给B造成任何损失或影响,那么A就没有损害B,但是A却侵犯了B的财产权。损害原则无法说明这种行为为什么应该被禁止,也无法说明B为什么对A有不满。

瑞泼斯坦也论证了一些试图用间接的方式来拯救损害原则的策略,这些策略都试图将无害的侵入归类为一种有害的行为类型,从而证明禁止它们是为了预防或减少损害。例如,无害的侵入可能导致有害的后果,或者说无害的侵入会破坏有益的社会实践,或者说无害的侵入会侵犯人们应得的利益。在瑞泼斯坦看来,这些策略都存在缺陷,因为它们都忽视了无害侵入本身所构成的不正当干涉,而只关注了其外部效果。也就是说,这些策略都违背了自由主义对个人责任和个人选择的尊重。^[18]

主权原则具有明显的解释优势。主权原则基于一个简单而强大的思想:如果一个人是由她而不是别人决定如何使用她的能力,那么她是自由的。在这个意义上,自由不是指一个人实现目标的能力,而是指一个人不受他人选择影响的独立性。主权原则能够更好地判断哪些行为是干涉别人自由的,并且如何区分那些不构成干涉但却造成损害的行为。此外,主权原则可以解释无害侵入和其他类似案例中所涉及的权利和义务,并且可以避免损害原则所面临的一些困难和反例。^[19]

(四) 初步的回应

尽管损害原则面临着很多批判,但仍有论者试图澄清损害原则的道德意图并对批评者做出回应。这种辩护工作包括两条路径。第一条路径是捍卫损害原则的道德立场而淡化损害的道德意义,第二条路径则是将损害从损害原则之中提取出来,通过论证损害的意义来探索为损害原则辩护的可能性。

第一条路径意识到损害原则在上述批评中所遭遇的困境,但仍然认为损害原则具有多面性,其经历了近两个世纪的发展,在各个维度的批评面前并非不堪一击。下面简述这一路径下的两种回应策略。

第一种策略是展示损害原则的多面性。爱德华兹提出了损害原则的多面性的两个命题。第一个命题是,损害原则的合理性备受争论,但在这些争论中的损害原则并非同一,而是多样的。这些损害原则存在着重要区分。首先,根据逻辑形式,损害原则可以分为限制性损害原则(损害是强

[18] See Arthur Ripstein, *Beyond the Harm Principle*, 34 *Philosophy & Public Affairs* 215, 222 - 228 (2006).

[19] *Ibid.*, at 222 - 228.

制被许可的必要条件)与许可性损害原则(损害不是强制被许可的必要条件)。其次,根据规范作用的差异,损害原则可以分为积极损害原则(损害为强制提供了理由)与消极损害原则(损害仅仅排除了一个不施加强制的理由)。^[20] 范伯格持有的是积极的许可性损害原则,而密尔持有的则是一种消极的限制性损害原则。

爱德华兹指出,对于损害原则中的两个关键因素——强制与(可能带来损害的)行为——的不同解释,将导致更为多样的区分。例如,强制仅指国家强制吗? 又例如,如何解释对某种行为施加强制(如将其定罪)之依据? 针对这些问题,有三种可能:(1) 将其定罪可能防止损害(工具性解释);(2) 该行为本身是有害的(行为中心式的解释);(3) 将其定罪是为了防止损害(目的论解释)。这些区分都证明了第一个命题,即损害原则是多样的。

爱德华兹论证的第二个命题是,支持(诸多形式的)损害原则与支持其他限制(主要指各种强制)的原则之间是可能兼容的。^[21] 例如,损害原则可能与道德错误原则相兼容。此外,不同形式的损害原则之间也可能是兼容的。

第二种策略是重构密尔意义上的损害原则,捍卫其道德意义,从而维系损害原则和自由主义之间的关联,避免范伯格的损害原则所面对的很多困境。比如针对损害与自治的关系问题,桑德斯(Saunders)认为密尔所提出的损害原则不必然建立在自治的基础之上,密尔关注的是可以进行干涉的理由,而非应当进行干涉的内容。合意损害(consensual harm)不能成为干涉的理由,但并不必然导致合意损害不受干涉。如若经考察,合意并不真实,或出于保护他人的间接损害的目的,都可以成为对行为人进行干涉的理由。^[22]

特纳(Turner)也尝试对密尔的损害原则做出新的诠释。虽然损害原则一直被认为是自由主义理论的重要组成部分和限制自由的重要理由,但密尔对“损害”的语焉不详导致该原则具有了模糊和不确定性。特纳认为,过去理论家通常将“损害”理解为对人重大利益的损害或者对人显著利益的损害,例如物理损害和打破承诺。这种对损害的限制性诠释误解了密尔对自由的辩护,也造成了“损害”的解释困难。对此,特纳提出了一种对“损害”的扩张性理解,将损害解释为对人造成的一些负面后果,这种解释能得出一种更为融贯的密尔理论,让他对自由的辩护更为完整。^[23]

在特纳看来,密尔并未单独运用损害原则本身完成对自由的辩护,而是将损害原则视作是他对自由的功利主义辩护的一部分。损害原则要反对的只是对自由的家长主义干涉,而社会对自由是否有权干涉,还要取决于最终的社会损益计算。尽管这种解释可能让密尔看起来有些不那么自由主义,因为他对自由的最终辩护还是要取决于功利主义式的损益计算,但却能得到密尔《论自由》一书中的更多文本支持。同时,特纳也补充道,纵使密尔对自由的辩护最终要取决于社会损益计算,但密尔仍然有可能支持一种相对强健的自由权体系,因为在他看来,人作为进步性存在的永恒利益为保障自由的功利打下了坚实基础。

对损害原则的第二条辩护路径则与前者渐行渐远。很多损害原则的支持者认为应当淡化损害原则的道德色彩,强化对损害概念本身的分析,这样才能拯救损害原则。不同学者针对损害的概念做出了细致的分析,弥补了范伯格的经验式损害观的缺陷。在本文看来,第一条路径难以取

[20] See James Edwards, *supra* note [9], at 257.

[21] *Ibid.*, at 269.

[22] See Ben Saunders, *Reformulating Mill's Harm Principle*, 125 *Mind* 1005(2016).

[23] See Piers Norris Turner, "Harm" and Mill's Harm Principle, 124 *Ethics* 299, 299 - 322 (2014).

得成功。爱德华兹展现损害原则多面性的主要意义在于对国家基于损害原则进行刑法强制的程度做出了区分,但无法解决损害原则被法律道德主义或主权原则所吸收的难题。桑德斯和特纳试图恢复密尔的思想传统,特别是通过复活密尔的特殊版本的自由主义为损害原则与法律家长主义等其他原则的区分进行辩护。这一事业也会失败,因为密尔的中性自治观与他的功利主义立场无法调和。

对损害概念本身的分析并无太大野心,支持损害概念的学者通常都不会预设强有力的损害原则立场。但不同于损害原则所面对的争议,对损害的分析有助于损害原则的辩护,也能够展示出损害原则的反对者潜在的攻击方向。因此,不管是为了推进损害原则,还是为了展示损害的概念和道德意义,这一条路径都更具有吸引力。

三、损害的概念重构

损害是社会生活中的常态,虽然技术发展和社会变革产生了新的损害形态,比如数字隐私侵权或虚拟财产受损,但各种损害的结构仍具有共通性。当我们使用损害这个概念来形容某种事态,或者探讨法律应对这些损害的可行路径时,我们借助于与损害相关的利益衡量和价值判断来呈现各种损害所共享的一个概念结构。很多哲学家试图对这个哲学结构做出剖析,从而让我们更好地理解损害所产生的社会意义及其相应的法律评价。但这项工作充满争议,存在着各种不同的理论。本节尝试对这些理论做一个概览式梳理,展示关于损害的概念分析如何影响损害原则的前景,以及损害概念在刑法哲学中的定位。

(一) 损害的概念层次

对损害的哲学分析,首先需要区分损害的概念层次。损害引发价值评判,也会触发刑法的强制,但损害容易与其他概念相混淆,从而增加这个概念的不确定性。

第一,损害与人的脆弱性应当区分。哈瑞什(Harrosch)区分了人类脆弱性的四种模式,分别为拥有负面的体验、身体和精神的完整性的丧失、利益受挫、参与基本人类善的能力受到阻碍。^[24]这四种模式与损害相关,但并非都是损害。

第二,损害可能内在地是坏的,也可能是因为对有价值的生活方式造成破坏而成为坏的。但损害的坏(badness)受制于很多因素。例如,环境污染是损害性的,但环境损害可能是内在的坏,即造成生态自身的失衡;也可能是造成其他的坏(badness),即对人的身体造成损害。

第三,损害存在着不同的表现,比如身体损害、财产损失、精神崩溃等,但这些形态的差异并不意味着损害是多元的,也可能是损害的同—概念结构的不同层次的体现。汉瑟(Hanser)提出损害包含着状态(state-based)和事件(event-based)两个维度。^[25]状态指向了损害的形态,事件则指向的是损害发生的过程。布莱德利(Bradley)则详细地对损害的不同层次做出了区分。他区分了损害的本体论、内在和外在的损害、总体和部分的损害等。^[26]一个人所遭受的身体损害会导致他的身体运转出现问题,也会带来精神痛苦和社会评价的降低,但这些不同的表现可能是他的福利

[24] See Shlomit Harrosch, *Identifying Harms*, 26 *Bioethics* 493 (2012).

[25] See Matthew Hanser, *The Metaphysics of Harm*, 77 *Philosophy and Phenomenological Research* 421 (2008).

[26] See Ben Bradley, *Doing Away with Harm*, 85 *Philosophy and Phenomenological Research* 390, 391 - 393 (2012).

(well-being)受损害的不同体现而已。

(二) 损害的内部结构

范伯格将损害视为利益的贬损,这是损害的外观,而非损害的内部构造。其他学者尝试展示损害的内部结构,提出了各种不同论证。简要总结起来,可以分为三种类型:比较意义上的损害、假定意义上的损害和道德意义上的损害。

1. 比较意义上的损害(comparative account of harm)

比较意义上的损害强调的是受损主体因为某事件的发生而比之前更不好。如果一件事情使得当事人遭遇这种情况,比事情发生之前的情况更糟糕,那么他就受到了损害。比较意义上的损害观具有一定的吸引力,因为损害确实具有可比较的维度,范伯格也是采取简单版本的比较观对损害进行界定。但这种简单意义上的损害观不能回应一些特殊的情况,因此受到批判。比如 A 陷入一种非常虚弱的身体状态之中,在 A 即将恢复健康的时候, B 让 A 服用了一种药,结果使 A 的身体虚弱多持续了一周。毫无疑问, B 的行为损害了 A,但在比较意义上, A 并未比之前的状况更不好。

由于情况变好或者变坏具有一定的抽象性和模糊性,所以比较意义上的损害观又被区分为两种情况:暂时的比较观(temporal comparative account)与普通人的比较观(mankind comparative account)。暂时的比较观强调的是一个人所遭遇的损害使他在暂时处境中的情况变得不好。普通人的比较观强调的是一个人所遭遇的损害使他遭受了与普通人相比的不利情况。^[27] 暂时的比较观可以回应前面的难题,即如果 B 不让 A 服药,那么 A 就会脱离虚弱情况,在 A 的即时性处境中, A 本来应该更好,但 B 使 A 没有变好,所以 A 受到了损害。普通人的比较观则将损害的基准设立为普通人的标准。这一策略针对的是下述可能的情形。比如,一个亿万富翁被盗窃了一百元钱,虽然从数字的意义上,富翁的财富确实减少了一点,但对富翁来说,他并未受到损害,除非我们从道德意义上认为富翁受到了权利侵害——而这就会滑向瑞泼斯坦的主权原则。普通人的比较观强调的是从普通人的角度来理解当事人所遭遇的损失,即对一个普通人来说,一百元钱确实构成了实质的损害,那么损害就是成立的。

比较意义上的损害观受到了很多批判,批评者认为反例太多,使得这种损害观难以成立。比如布莱德利认为这种立场面临以下三种反例:

(1) 先在(preemption): 这是指一个事件虽然看起来是损害性的,但是由于另一个事件的干预,它实际上没有使得受害者更糟。例如,如果一个人因为心脏病突然死亡,而在他死后一秒钟,他的身体被一颗火球击中。如果没有心脏病,他也会被火球杀死。那么,根据比较性理论,心脏病并没有对他造成损害,因为他的福祉并没有因为心脏病而变得更差。但是直觉上,我们可能会认为心脏病仍然是对他的损害,因为它剥夺了他生存的可能性。

(2) 不作为(omission): 这是指一个事件虽然看起来不是损害性的,但是由于它导致了某种利益的缺失,从而实际上使得受益者更差。例如,如果一个人本来打算给另一个人送一套高尔夫球杆作为礼物,但是在路上被小丑说服了留下球杆自己用。那么,根据比较性理论,这个人另一个人造成了损害,因为另一个人的福祉比没有这个事件发生时更差。但是直觉上,我们可能会认为这个人并没有对另一个人造成损害,而只是没有给予他一个利益。

(3) 非同一性(non-identity): 这是指一个事件虽然看起来是损害性的,但是由于它导致了某个不同的个体的存在,而不是原本可能存在的个体,因此这实际上没有使得任何个体更差。例如,

[27] See Ben Bradley, *supra* note [26], at 396 - 398.

如果一个女人在怀孕时选择吸烟或接受放射线治疗等有害行为,她会生下一个有缺陷或疾病的孩子。如果她没有做这些行为,她会生下一个健康的孩子。那么,根据比较性理论,她并没有对她的孩子造成损害,因为她的孩子并没有因为她的行为而变得更差;事实上,在反事实情况下,她的孩子根本就不会存在。但是直觉上或道德上,我们可能会认为她对她的孩子造成了损害,并且做出了错误的选择。

2. 反事实的损害观

支持反事实的损害观的学者认为不能从比较的意义理解损害,而是应当采取反事实性的假设,才能克服损害观的困境。针对对损害观的批评,汉娜(Hanna)提出了“损害的反事实比较理论”(Counterfactual Comparative Account of Harm,简称“CCA”)并为之辩护。CCA认为,当且仅当一个事件使主体的情况比没有发生该事件时更糟糕,它在总体上就是有害的。如前所述,不作为和先在对CCA构成了致命的威胁。汉娜认为这些威胁可以克服。

首先,基于不作的反对意见认为,CCA能够得到一个错误的推论,即未能给予一个主体(他本应被给予的)利益之行为就损害了该主体。例如,普韦思(Purves)对CCA提出了两个批评。首先,CCA所定义的损害的范围过广,其会将一些实际上只是导致未能“使获益”的事件也归类为损害;其次,CCA在道德上没有能力区分损害和未能“使获益”之间的重要性,从而无法解释为什么在普通道德观念中对于损害和未能“使获益”有着不同的道德重要性。例如,A决定给B一个高尔夫球杆,C劝阻A不要给B,以至于B改变了先前的决定,按照CCA理论,A和B都对C造成了损害。^[28]汉娜认为,这一反对意见并不对CCA构成威胁。在类似的事例中,反事实比较的结果不取决于A行为和态度的变化,而取决于他改变的理由。^[29]

其次,基于先在的反对意见认为,CCA还蕴含一个反直觉的推论,即在更糟糕的事之前抢先出现的坏事件不会对主体造成损害。例如,A在被炮弹击中前因突发心脏病而死亡,根据CCA理论,心脏病似乎没有对A造成损害,但这仍然是反直觉的。汉娜认为,我们应当区分部分损害与总体损害。CCA持有的是总体损害观。例如,侵入性外科手术虽然会对患者造成部分损害,但它却能拯救患者生命,在总体上有益于患者,这项手术对患者就不构成损害。同样,在心脏病与炮弹比较的例子中,尽管心脏病对人具有部分损害,但它带来的结果比被炮弹击中更好,因此不构成损害。汉娜认为,正是这一区分,解释了我们为什么一方面在直觉上认为心脏病是一种损害,另一方面在直觉上感到心脏病带来的损害之不同。

基于先在的反对意见会进一步批评CCA,认为CCA无法处理涉及自由行为的案例。例如,A本打算杀死B,但由于他抑制了愤怒情绪,最终只损害B致其残疾。根据CCA,A似乎没有损害B。汉娜认为,如果自由意志是成立的,那么真正的比较不应限于A杀死B与A抑制愤怒情绪仅致使B残疾之间,而应该比较A杀死B和其他一切可能。因此,CCA并不支持这一反直觉的结论。

3. 道德意义上的损害观

这种观念摒弃了从比较的角度理解损害,而是直接揭示损害的内部结构,特别是展示损害的道德意义。

希夫林(Shiffrin)认为反事实比较观不能恰当公正地对待损害的道德意义,应当采取一种“识

[28] See Duncan Purves, *Harming as Making Worse Off*, 176 *Philosophical Studies* 2629 (2019).

[29] See Nathan Hanna, *Harm: Omission, Preemption, Freedom*, 93 *Philosophy and Phenomenological Research* 251, 253-257 (2016).

别损害”的非比较描述。希夫林对损害的非比较性描述旨在证明损害原则的正确性。在她看来,损害就是使某人处于一种非相对的有害状态中。^[30] 汉瑟认为这种解释并不充分。汉瑟额外区分了病因学状态和非病因学状态,认为损害是一种病因学状态。当事物某时处于某种状态时,当且仅当这种状态暗示了事物进入这种状态的原因时,这种状态是病因学的,也才可能是损害,而当这种状态并未暗示事物何以如此时,就是非病因学状态。^[31] 根据希夫林对损害的非比较性描述,道德原则既要求防止他人遭受损害,也要求改善已经处于非病因学不良状态的人的状况。如何理解损害的本质,才能使得防止他人遭受损害比帮助那些一直处于非病因学不良状态的人更具合理性呢? 对此,存在着损害事件的坏处论(the Badness of the Harm-Event thesis,简称“BHE”)和损害状态的坏处论(the Badness of the Harmed Condition thesis,简称“BHC”)两种论点。根据威尔曼(Velleman)的幸福观,终身幸福不是瞬间幸福的总和。^[32] 汉瑟据此对反事实比较观和暂时比较观进行了修订,修订后的反事实比较观与暂时比较观尝试从幸福水平的差异来分析损害和利益,但仍然无法容纳 BHE 和 BHC 的论点。

基于此,汉瑟为损害的解释提出了一条崭新的路径:当某个人的基本善受到损失时,就构成了损害。^[33] 基本善在实现和促进美好生活方面发挥着重要的作用,且拥有这些善的人通常希望能够继续拥有,由此可以论证,我们既有不剥夺人们获得这些善的消极义务,也有防止人们失去这些善的积极义务。在汉瑟看来,减轻伤害的理由与防止他人遭受损害或帮助处于相对糟糕的非病因学不良状态的人相比如何,则取决于所讨论的基本善的具体性质。

道德意义上的损害观虽然想摆脱比较观的束缚,但实际上仍然保留着或多或少的比较色彩。一方面,对痛苦和理性不情愿的理解当然是在比较意义上进行的。其次,正如布莱德利所批评的,道德损害观面对的最严重的困境是,无法解释死亡或导致死亡的事件为什么是有害的,因为死亡本身或者死后不存在并不是一种不良状态或条件。^[34]

四、损害概念在刑法实践中的展望

(一) 损害概念的前景

对损害的概念分析试图将损害原则从政治道德困境中拯救出来,尽管各种损害观遭遇了激烈的批评,但本文对损害的概念分析仍然具有前景。对损害的呈现会对损害原则的辩护产生方法论和实质意义上的两种改变。

首先,在方法论上,损害原则只有借助于损害这个概念才能得到辩护,但二者之间的关系变得微妙。不论是损害的比较观还是非比较观,都无法排除所有的反例,正如弗兰德(Folland)所指出的,这类批评背后存在着一个错误假设,即只有当其支持者能够得出对损害性质的全面无误的解释时,损害原则才有可能成立。^[35]

其次,对损害的概念分析使得损害原则的政治道德意义发生变化。范伯格等人借助于简单版

[30] See Seana Valentine Shiffrin, *Harm and its Moral Significance*, 18 *Legal Theory* 357 (2012).

[31] See Matthew Hanser, *Understanding Harm and its Moral Significance*, 22 *Ethical Theory and Moral Practice* 853 (2019).

[32] See J. David Velleman, *Well-being and Time*, 77 *Pacific Philosophical Quarterly* 48 (1991).

[33] See Matthew Hanser, *supra* note [31], at 866.

[34] See Ben Bradley, *supra* note [26], at 398 - 404.

[35] See Anna Folland, *The Harm Principle and the Nature of Harm*, 34 *Utilitas* 139 (2022).

本的比较观来支持损害原则的唯一正当性,这个策略并不成功。比较意义上的损害观不得不引入道德判断和对完满生活的实质理解来做出有效的比较,因此会削弱损害本身的意义,降低了损害原则的重要性。^[36] 反事实的损害观和道德意义上的损害观即使能够应对批评,也需要放开对损害原则的限制,从而支持法律家长主义和法律道德主义的可能性。例如,霍塔格(Holtug)认为,如果将道德因素注入损害的内涵之中,那么就会得出结论说,防止个体对自身利益和前景的损害也是必要的,因此法律家长主义式的干预也具有正当性。^[37]

(二) 损害与法益

对损害的概念分析有助于更好地在刑法理论中安置法益这个概念。尽管法益是大陆法系刑法理论的独有概念,但正如赫尔希所言,如果将法益理论与损害原则相结合,可以给德国的刑法理论带来一些新知识。^[38] 同样,对于当前中国学界关于法益理论所存在的争论,关于损害的争论也能提供一些有益的视角。

在刑法教义学中,法益是理解犯罪的一个核心要素。一般来说,任何一种犯罪都对应着至少一种特定的法益。然而,法益理论面临着一些困境。一方面,法益不同于简单的利益,法益具有特定的道德和规范内涵,但法益理论无法充分展示这种内涵,尤其是在刑事立法越来越活跃的实践语境下,法益理论很多时候无法跟上立法的节奏。因此,很多学者批评法益理论不具有反思批判功能,无法清楚地识别某些犯罪背后的法益是否值得通过刑法保护。^[39] 法益理论的支持者尝试从合宪性控制的角度来强化法益的批判功能。

尽管损害的规范内涵存在争议,且不同理论背后存在不同价值立场,但对损害的讨论可以弥补法益理论的不足,而无须诉诸抽象的宪法价值。损害是一种价值状态的变化,无论是从比较意义还是反事实意义的角度,损害都引发行为之道德意义的变化,从而呈现出犯罪化的必要。尽管损害原则在证成犯罪化问题上存在不足,需要借助其他原则的支持,但充分挖掘损害概念的道德内涵,有助于回应法益理论所面对的一些难题。

首先,法益是由行为背后的利益、立法目标、社会对秩序的感知等多种因素叠加所形成的一种价值综合体。但仅诉诸法益并不能充分回答犯罪的独特性。比如高空抛物行为在入罪之前,可能只是一种侵权行为。从侵权行为向犯罪的跨越背后究竟发生了何种转变? 法益并非凭空产生;高空抛物行为从侵权向犯罪转化的背后是该行为的损害结构的变化,由此也展示出侵权与犯罪的不同。侵权行为也是一种损害行为,但这种损害并不足以充分体现出受损害之个体或者社会整体在境遇和福祉上变坏的道德意义,因此侵权行为可以通过弥补或者赔偿而得以矫正。犯罪行为不是一种可被弥补的损害,而是应当受到国家回应的破坏行为。尽管损害的内部结构在理论上有所争议,但犯罪是最能体现损害之道德内涵的那类损害。

同理,关于法定犯的刑法争论也可以借助于损害的概念分析而得到更好地理解。在当前刑法实践中,法定犯类型日益多元,比如非法经营罪、非法采矿罪、破坏环境罪等。法定犯当然也是一种损害,只不过仅从损害的角度来理解法定犯是不够的。范伯格在解释法定犯时提出,法定犯具

[36] See Thomas Söbirk Petersen, *Being Worse Off: But in Comparison with What? On the Baseline Problem of Harm and the Harm Principle*, 20 Res Publica 199 (2014).

[37] See Nils Holtug, *The Harm Principle*, 5 Ethical Theory and Moral Practice 357, 384 (2002).

[38] 参见[英]安德鲁·冯·赫尔希:《法益概念与“损害原则”》,樊文译,载陈兴良主编:《刑事法评论》第24卷,北京大学出版社2009年版,第195页。

[39] 参见赵书鸿:《自由划分而非法益保护——国家确立刑法规范的本体论根据》,载《北京社会科学》2023年第12期,第94页。

有超越于一般损害的累积性。^[40] 自然犯是直接的独立损害,比如对他人身体的伤害、盗窃财产等,导致的是个体或社会在整体上变坏,而法定犯则不具有这种明显的意义,比如非法采矿行为主要是违反了关于采矿的行政规定,但并未造成矿产资源意义上的损害或流失。法定犯之所以成为犯罪,而且其范围越来越宽,一个重要的原因是这些行为的累积性对社会的影响越来越深远。当然,关于法定犯的证成和范围之控制,仍然需要解决许多疑难。对损害的概念能够提供有益的辅助,比如借助于社会主体之间的互动关系,判断法定犯对这种互动造成的贬损或不利,从而确定法定犯的定罪边界。^[41]

(三) 科技领域的损害

在智能技术的迅猛发展之下,社会生活的数字化和智能化不断提升,由此也产生了新型的损害,引发法律挑战,刑法也应当做出充分回应。然而,数字科技所带来的损害不同于传统的物质损害,科技损害的界定和归责都引发了一些全新的问题,比如个人信息和数据侵权、大数据杀熟和自动驾驶事故归责等。面对这些科技领域的最新进展和疑难,学界做出了积极的应对。当前法学界从数字法学的构建、公私法不同角度的应对和部门法的交叉等角度提出了各种有益的方案。

基于对损害概念的分析,可以更好地呈现从刑法角度回应数字挑战的多元路径。科技损害既不同于自然犯意义上的人身或财产损害,也不同于法定犯意义上的累积性损害。科技损害背后是智能技术产生的人的数字生存状态和数字人格状态的转型。例如,传统的隐私权保障的是个人空间的不可干扰性和不可侵入性。智能技术通过复杂计算对个体数字活动进行追踪、数据收集并画像,这个过程是一个算法自主运行和决策的计算过程,并无传统意义上的他人意志的直接参与。这种技术应用构成对隐私权的侵犯吗?同理,预先设计的算法由于数据瑕疵或者算法模型缺陷而导致人类决策失误、社会信任体系和个体经济上的损失,这算是损害吗?^[42]

损害的比较意义或者反事实意义在科技损害面前变得越来越模糊,使得在对损害侵害进行责任认定或者刑事归责时面临很多困难。要么我们消极地接受数字科技所带来的全新挑战,承认法律在应对挑战上的局限性,而交由技术自身进行调整,比如将大数据杀熟问题交给市场自身的运行机制解决,要么对损害的概念内涵进行调整,挖掘数字损害的新兴特征。伴随着智能技术的深度应用,例如生成式人工智能技术的出现,技术越来越深地嵌入到人的数字人格之中,对在数字活动中的利益状态和道德处境进行判断需要考虑的因素不断增多,比如算法运行中的公正也成为一种潜在的新兴法益。^[43] 尽管如此,损害的概念结构在数字损害的分析中并非全然失效,我们可以借助对数字技术影响人类互动方式和社会实践意义的方式进行展现,将一般意义上的损害概念转化到数字损害之中,为刑法应对数字科技的挑战提供依据。

五、结 语

本文对损害和损害原则的探讨试图实现一个有限的目标,即展示这二者之间的关联并对损害在刑法哲学中的意义进行定位。从前述讨论可以看出,对损害原则的辩护当然可与损害的内涵分

[40] 见前注[4],范伯格书,第253页。

[41] 参见蓝学友:《论法定犯的保护法益》,载《比较法研究》2024年第1期,第204页。

[42] 参见商建刚:《算法决策损害责任构成的要件分析》,载《东方法学》2022年第6期,第46页。

[43] 参见赵龙:《基于客观理性的算法法益构造及刑法保护》,载《学习与实践》2024年第2期,第32—40页。

析相分离,前者的意义是支持损害原则作为政治道德原则,后者的目的是分析损害——到底怎样才构成损害,包括财产的伤害、身体的伤害、精神的伤害、我们所遭遇的利益的贬损等。将损害与损害原则绑定在一起,不利于我们更好地理解损害在刑法实践中的地位。

虽然在实践中损害的外在形态在不断发生变化,但损害的内涵仍然需要借助道德分析才能确定。随着互联网、数字技术的发展,我们的数据和信息被处理,有可能导致损害的形态发生改变。但是损害的内涵,例如怎样算是信息的损害、数据的损害等,依然需要借助于损害的内在结构分析。通过回顾各种不同的损害观可以看出,虽然损害的界定总是会面对各种反例,但彻底否定损害这个概念在理论上的成本过高,而分析损害所具有的道德意义,一方面可以破解损害原则与其他刑法强制原则之间的关系难题,另一方面能够回应刑法实践中关于哪些损害应当犯罪化的问题。

Abstract Harm triggers legal enforcement, especially criminal law responses. Social change and technological development have produced new forms of harm, but the conceptual implication of harm is difficult to determine, which makes it difficult to delineate the boundaries of the criminalization of harm. Traditional criminal law philosophy understands harm through the justification of the harm principle, and criminal law philosophers represented by Feinberg use harm as a basis to delineate the mandatory boundaries for criminal law. However, this theoretical approach faces a dilemma: it cannot rely on the concept of harm to defend the legitimacy of the harm principle, nor can it fully demonstrate the conceptual structure of harm. Other theorists reveal the concept of harm through the comparative view of harm, the counterfactual view of harm and the moral sense of harm, in order to construct new ways to defend the principle of harm. It follows from criticisms and defenses of these positions that harm is also compatible with legal paternalism and legal moralism. Although the conceptual implication of harm is fully divergent, it helps to better respond to difficult situations in practice and provides support for understanding legal interests of digital harm in the AI era.

Keywords Harm, Harm Principle, Feinberg, Criminal Law Philosophy, Digital Harm

(责任编辑:樊传明)