

应用法学文库 | 主编：杨建学

聂慧苹 著

刑法中社会危害性 理论的应用研究

THE APPLICATION STUDY
OF SOCIAL HARMFULNESS IN CRIMINAL LAW

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

应用法学文库 | 主编：杨建学

聂慧苹 著

刑法中社会危害性 理论的应用研究

THE APPLICATION STUDY
OF SOCIAL HARMFULNESS IN CRIMINAL LAW

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑法中社会危害性理论的应用研究/聂慧萃著. —
北京:法律出版社, 2013. 9

(应用法学文库)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5297 - 7

I. ①刑… II. ①聂… III. ①刑法—危害性—法的理论—理论研究—中国 IV. ①D924.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 200488 号

应用法学文库

刑法中社会危害性理论
的应用研究

聂慧萃 著

责任编辑 孙东育
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 8.25 字数 201 千

版本 2013 年 9 月第 1 版

印次 2013 年 9 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 独立项目策划部

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印刷厂

责任印制 张建伟

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 5297 - 7

定价:26.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

百余年来,风云激荡,国家开启现代化进程,社会迭经变迁。中国法学与民族命运共浮沉,历经数变。中国法治之路风风雨雨,坎坎坷坷;中国法律教育之旅一路探索,逶迤前行。改革开放,法学新生,日累寸进,乃有今日之成。国家顺应时代趋势,高瞻远瞩,倡导“建设社会主义法治国家”。及至今日,中国特色社会主义法律体系宣告建成,蔚为壮观。然当今中国,经济体制变革,社会结构变动,利益格局调整,思想观念变化,转型加剧凸显结构矛盾,社会向学界提出挑战。社会转型催生法学转型,法学教育亟须“突围”。中国法学教育以解决中国问题为出发点,亦必以之为归宿。盖因中国有中国之问题,中国法学必须有中国意识,必须有能力把握和解决中国的法治问题。

“法者天下之公器也,变者天下之公理也”。法律是公共资源,立法者立法律为据,条贯社会;守法者以法律为凭,指导行为,充当法律请求权基础;执法者执行法律,让法律行于天下;司法

者,秉持正义,衡断纠纷,匡正法度。然法律运行于社会,非有学术之研讨、化育与引导,无法建其功。法学本基于实践亦志于实践,是知识之学、智慧之学,更是实践之学,以依法合乎正义地解决社会纠纷为其要务。陆游有诗:“纸上得来终觉浅,绝知此事要躬行”。法律是最讲求实践、注重践履躬行的学科。王泽鉴先生有言:“有实务而无理论,犹如盲目,有理论而不重实务,则近空谈”。中国并非缺乏法学理论。数十年来,主要法治国家之法学理论被大力引入,几成泛滥,又显蔡枢衡所谓的法学“殖民地”风景。中国更不乏法律实务。“为有源头活水来”,三十年改革开放,现代化进程一路高歌猛进,为法学研究所准备之实务资源无限丰富。身处伟大时代,中国当今法治实践为展开法学研究提供了广阔天地,只是“犹在深闺人未识”。而今,从“立法主义”向“应用”转变的社会需求,促动中国法学转型。为中国法学教育锦上添花。挑战与机遇并存,西南政法大学2012年首创“应用法学”学科恰逢其时。

“形而上者谓之道,形而下者谓之器。”法学理论界常以追求法学中的“形而上者”自居,带有追求弘法论“道”的自我优越感,鄙视法律实务“低级”;法律实务界则谓法学理论界“玄而又玄”,所研究者为“擒龙之术”,无以应对社会实践。而在法学界内部,理论法学与应用法学的隔膜亦复如是。应用法学研究在法学实务界与法学理论界、教育界遭到了截然不同的命运,实务界如火如荼与理论界、教育界落寞孤寂适成鲜明对照。改革开放以来,大学全面卷入市场经济大潮,斯文扫地,人文精神丧失。与此相应,大学教育之技术导向与职业化蓬勃发展。曾几何时,大学教育之技术导向与职业化成为批评的众矢之的。然天不丧斯文,国学重建及文化软实力战略,助成大学人文精神恢复。唯中国法学教育,实无力承受技术导向与职业化教育指责。若然,中国法学教育以应用为导向当备受诟病。然而,现实所提问题恰恰相反,中国法学教育所培养之法科学生竟然仍需较长时间方能应付法律实务。果如是,则中国法学教育职业化程度还远远不够,无法培养出合格的“法匠”。原因何在?从法学

教育角度看,缺乏沟通法学理论与法律实务的“应用法学”,乃是一重要原因。法学教育被称为“一种真实的职业教育”,学生从迈进法学院的第一天起就被要求像职业者那样去思考、行动,其应用性和实践性实乃学科之首要属性。诚如大法官霍姆斯所言:“法律的生命不在于逻辑,而在于经验。”法学教育的生命亦不仅在抽象的逻辑理论,更在现实生活中的源头活水。

中国当前法学体系中,本有理论法学与应用法学之分。所谓应用法学者,是旨在直接服务法律实际生活、帮助解决法律实际问题之法学分支学科总称,其代表性学科是各种部门法学。在此意义上,应用法学几成一无所不包之庞然大物。盛名之下,其实难副。究其实质,这种“应用法学”还只是停留在部门法学层次。在这个庞大体系中,每一具体部门法学,皆形成各自独立之理论体系。尽管诸部门法学均以解决法律实际问题相标榜,却处于杂乱状态。各部门法学以研究对象和研究方法为主要标准,于应用法学名义下,纵向上各自确定自己之学科地位。而诸部门法学之间壁垒森严,各自为政,扞格难通,成各自为政之局面,甚至相互踏伐,基于利益诉求争夺学术地盘。传统应用法学内部“纵向分割”,各部门法学孤军奋战,有碍通盘考量。一叶障目,不见泰山。每一种分类,无疑都是一种遮蔽。遮蔽之后需去蔽。综合运用法学理论,有效衔接法律规范与社会事实,非各部门法学单打独斗所能独力完成。欲去现行法学教育之蔽,加强薄弱环节,当形成真正之“应用法学”学科。

此“应用法学”,旨在会通理论与实践,研究对象上一改传统之“纵向”划分,在横向上贯通各部门法学,精研各法律部门于“应用”过程中所生之共同问题与共同规律。“法之理在法外。”应用法学旨在为“法之理”与“法之外”搭建学科桥梁,实现法学内部各学科之间的交叉融合,提升法律人的法律综合应用能力。既入乎其内,又出乎其外,出法入理,“顶天立地”,为“仰望星空”和“脚踏实地”建立中介,打破以部门法为界的划分方法,从横断面切入各个部门法学,突出法学知识的综合运用,实现关注对象从“立法”到“法律实

施”的转变,强化法律应用技术,特别是法律方法论研究。总而言之,应用法学要借助法律方法论,把作为权威系统的法、作为社会系统的法和作为价值系统的法有机协调起来,沟通实务与学说,促进法学进步。而应用法学,实有助于法律职业共同体的养成。法官、检察官、律师、公证员等只是法律人从事不同法律职业分化之结果,但在培养法律职业共同体的过程中,仍有赖于法律思维的训练乃至内化。就此言,应用法学的创立,是法律思维和法学教育理念的一场革命。

独立之精神,自由之思想,是现代大学之精髓。《诗经》有云:“周虽旧邦,其命惟新。”《尚书》有云:“苟日新,日日新,又日新。”思想自由与学术创新,亦是现代大学的社会职责。秉持创新理念,担当社会责任,西南政法大学首创“应用法学”学科,举“应用法学院”一个学院之力,倾力打造“应用法学”。《应用法学文库》将以关注法律职业人员等特定主体运用法律的具体行为和实际效果为宗旨,概括、提炼法律职业主体在法律实务中应当遵循的技术、方法、规律和原则,期许为法律的正确应用进而制度完善提供实际指引和理论支持。西南政法大学诚欲和海内外有志之士,共谋应用法学发展大业。“西政精神”体现为两个鲜明的办学特色,即“尚思善辩,营造论辩文化”、“厚德笃行,打造务实人才”。尚思善辩,才能目光高远。厚德笃行,才能脚踏实地。尚思,但不空谈;笃行,但不功利。这两大特色紧密联系,共同体现了学校培养人才的独特教育模式。

海纳百川,有容乃大。“应用法学”乃新生事物,初创时期,尚显幼稚,然所针对问题,实具普遍意义,直指中国当前法学教育“软肋”。“应用法学”欲深入理论,润养于经典;关注实践,立足于现实;阐幽发微,沟通实务与理论两端;回应时代需求,服务现实社会。“应用法学”之发展壮大,端赖法学理论与法律实务携手共进,践行法律,弘扬法治。涓涓细流,汇成大海。法学教育一日千里,应用法学方兴未艾。唯愿法学理论界与实务界,持开放心态,扶持发展,协力共进,共同推进中国法治事业。

巍巍上庠，国运所系。法学教育更攸关国运兴衰。孟子云：“入则无法家拂士，出则无敌国外患者，国恒亡。”近代《申报》有文指称，“今日者，国事危矣……论者每归咎于国家人材之缺乏。夫国家之人材，果真缺乏哉。所缺乏者，明法政之人材也”。其间以造就实践人才、担当践履使命的应用法学更加责无旁贷。未来泱泱之法治中国，有赖今日昂昂之有志青年；今日佼佼之青春学子，必成未来昭昭之法律精英。唯今日为应用法学尽绵绵之力，希冀他日成蔚为大观。是为序。

西南政法大学 付子堂

二〇一二年五月于重庆渝北宝圣湖畔

序 言

聂慧苹是我在中国人民大学指导的刑法学博士,也是我在中国政法大学指导的刑法学硕士。在我指导的学生中,慧苹是少有的女弟子之一,法学基础并非最为扎实深厚,但却非常聪颖擅学,尤其是诚恳的治学态度和勤奋的求学精神让我印象尤为深刻。故在慧苹首部作品付之梨枣之时,我欣然受邀,执笔为序。

本书在其博士学位论文基础之上完善而成。原论文题目为《刑法中的社会危害性研究》。这一选题似乎与其原定的研究方向——经济刑法相去甚远,但本着尊重学生研究兴趣,培养学生研究能力的宗旨,我向来鼓励并支持学生进行自主学位论文选题。早在慧苹博士生学习期间,她就曾多次向我表达了对刑法学基础理论的浓厚兴趣,并在其博士生的阶段学术成果中有所表现。不过在得知慧苹计划围绕社会危害性问题设计博士学位论文时,我还是不免有所担心,并曾多次提醒,社会危害性问题的研究意义确实重大深远,但研究难度也非同一般。社会危害性问

题研究不仅涉及该理论本身的存废之争,更牵一发而动全身,关涉刑法学的基本立场、基础理论和发展进路,因此,若非全面把握现有研究基础,并在应用领域中寻找到新的突破口,难以达成研究的创新性要求。但是基于慧苹对该问题的浓厚研究兴趣以及此问题的重大研究价值,我积极支持了其论文选题,尤其是在查阅了慧苹提交的开题报告之后,对其研究具有了一定信心。可是在论文写作期间,慧苹还是遭遇到了我早前预料到的诸多困境和难题,经过多番思考、讨论、修改和完善,慧苹的博士学位论文才最终定稿。

本书在《刑法中的社会危害性研究》一文基础上进行了较大改动,删减了其原论文中“价值蕴含”、“前途展望”等纯理论问题,大量增加了典型案例,扩展了社会危害性的刑法判断和具体应用等篇幅,结构体例也进行了适当调整,在原文基础上进一步实现了社会危害性应用型研究的目标,是目前为止国内研究社会危害性的首部专著。

就写作手法而言,本书围绕刑法中的社会危害性问题这一主线,进行了宏大而详具的探讨。所谓宏大,即本书研究内容广泛关涉刑事法制发展、刑法基本立场、刑法基础理论、刑事立法和司法等多个维度;所谓详具,即该问题虽所涉内容庞杂,但本书写作却并未局限于宏大叙事,而是于宏大庞杂中精选关键问题,详细阐明,具体论述。旁征博引,理例结合,大而不散,全而不乱,形成了本书鲜明而成熟的写作风格。从体例结构来看,本书在明晰社会危害性的本体蕴含和价值地位基础之上,重点阐述了刑法中社会危害性的具体判断和刑法应用等关键问题。本书肯定了法益侵害说作为社会危害性本质的观点,运用罪刑法定原则对社会危害性理论加以检验,从而肯定了社会危害性理论的刑法地位,并以社会危害性理论为主干线,围绕着犯罪概念、犯罪本质、犯罪构成体系、刑法解释等刑法基础理论,表明了作者的刑法基本立场。尤其对于社会危害性判断问题,作者进行了判断方法的分类、判断步骤的研究,创造性地提出了社会危害性判断包括社会判断和法律判断两个方面,通过行为类型

进行社会危害性有无判断的观点,主张行为判断先于结果判断、社会危害性有无后判断先于社会危害性程度判断、绝对判断先于相对判断,同时指出对社会舆论应当进行理性取舍。最后结合立法例和典型案例对社会危害性理论在立法和司法中的具体应用进行了详细阐述,最终完成了社会危害性刑法理论的体系构建。就研究方法和研究范畴而言,本书摆脱了学界小刑法学的研究窠臼,大量采用了交叉比较的研究方法,不仅援引刑事政策学、犯罪学、政治学和社会学等知识进行了交叉研究,正面肯定了刑法的工具性,更是在法律与政治、道德关系的法哲学层面,构建了社会危害性刑法理论的有力论据,肯定了社会危害性理论的刑法价值。

社会危害性理论自诞生之日便一直争议不断,晚近中国对社会危害性之批判更是如火如荼,大有大厦将倾之势;当然也有不少学者奋笔疾书,疾呼社会危害性应善待之。或许社会危害性理论产生之初被加注的意识形态色彩与当今时代发展趋势背向而走,或许过于强调实质判断而导致的法律虚无主义灾难使许多有识之士如鲠在喉,但正如苏俄社会危害性理论逐步经历的修正蜕变一样,中国的社会危害性问题也必然经历这样一个过程。对作为中国刑法根基的社会危害性理论,盲目维护抑或仓促否定都不是出路。在西学东渐之途,适应社会发展,逐步去除社会危害性理论中的政治元素,对其进行规范解读,并使之服务于中国刑法的改革之路,此举虽有中庸之嫌,却未必不是务实之举。因此该书所做之尝试,毋庸置疑值得肯定。但可惜的是,该书并没有完全摆脱于该问题上传统的研究范式,虽在社会危害性判断和刑法应用中有所创新,但研究仍有欠深入。此外,社会危害性理论的刑法应用必然与量刑制度紧密相关,而该书并未结合具体刑罚量刑制度进行深入探讨,无疑是遗珠之憾。

总体上,该书在宏观把握与具体阐述间选弃得当、游刃有余,但就中国刑法未来发展来看,社会危害性问题仍存在广阔的探索空间。在规范解读社会危害性的同时,不断完善中国刑法基础理论,

有效指导刑事司法实践,任重而道远。真诚希望慧苹博士以此为始,一往如驰。

是为序。

田宏杰

法学博士、金融学博士后

中国人民大学法学院教授、博士生导师

中国人民大学教师教学发展中心主任

二零一三年八月二十日

目 录

导 言 /1

一、问题的提出 /1

二、研究语境 /4

三、研究方法和基本安排 /10

第一章 社会危害性本体研究 /13

第一节 社会危害性的基础理论 /13

一、社会危害性的界定 /13

二、社会危害性的刑法内容 /19

第二节 社会危害性的本质 /31

一、社会危害性本质的论争 /32

二、社会危害性本质观点的评析 /35

三、社会危害性本质的界定 /39

第三节 社会危害性的载体 /45

一、社会危害性的客观载体 /46

二、社会危害性的主观载体 /56

三、人身危险性与社会危害性的关系 /59

第二章 社会危害性理论的刑法地位/63

第一节 社会危害性理论的刑法机能/66

一、社会危害性理论的立法机能/66

二、社会危害性理论的司法机能/73

第二节 罪刑法定原则对社会危害性理论的检验/77

一、社会危害性理论与罪刑法定原则关系的论争/77

二、罪刑法定原则的时代内涵和要求/80

三、社会危害性理论与罪刑法定原则的协调/85

第三节 社会危害性理论在犯罪论中的地位/96

一、社会危害性与犯罪构成体系关系的争论/98

二、社会危害性与犯罪构成体系关系的完善建议/105

第三章 社会危害性判断的方法论/117

第一节 社会危害性判断的价值引导/118

一、判断出发点的选择/118

二、判断的绝对性和相对性/124

第二节 社会危害性刑法判断的方法选择/128

一、社会危害性立法判断的方法选择/129

二、社会危害性司法判断的方法选择/132

第四章 社会危害性的具体刑法判断/151

第一节 社会危害性的具体考量/152

一、社会危害性判断的步骤分析/152

二、社会危害性有无的具体判断/155

三、社会危害性程度的具体判断/161

第二节 社会危害性判断对社会舆论的取舍/173

一、社会舆论对社会危害性判断的影响/173

二、社会危害性判断对社会舆论的理性取舍/181

第五章 社会危害性理论的刑法运用/184

第一节 社会危害性理论在刑事立法中的具体运用/184

一、我国当代刑法变迁中的社会危害性理论启示/184

二、社会危害性理论对未来刑法的影响/187

第二节 社会危害性理论在刑事司法中的具体运用/193

一、社会危害性理论在定罪中的具体运用/195

二、社会危害性理论在量刑中的具体运用/211

结 语/217

参考文献/220

后 记/244

《应用法学文库》后记/247

导 言

一、问题的提出

对中国刑法学而言,社会危害性是熟悉不过的词语,社会危害性被认为是中国刑法唯一的关键词。^{〔1〕}这缘于新中国仅有的60余年的刑法立法历程中,从1950年颁布的《中华人民共和国刑法大纲草案》,到1979年新中国第一部刑法典的制定,再到1997年对刑法典的修改,无不以“危害社会”表述和界定犯罪概念。我国刑法学尽管对犯罪的本质特征尚存争议,但通说理论认为社会危害性是犯罪的本质特征之一,社会危害性是对犯罪本质和犯罪概念的揭示和反映,^{〔2〕}对整个刑法学而言都具有重要意义。^{〔3〕}犯罪构

〔1〕 参见陈兴良:“社会危害性理论——一个反思性检讨”,载《法学研究》2000年第1期。

〔2〕 参见高铭暄主编:《刑法学原理》(第1卷),中国人民大学出版社1994年版,第382页。

〔3〕 参见高铭暄主编:《新中国刑法研究综述》,河南人民出版社1986年版,第99页。

成是对社会危害性有无及其程度的说明,而行为的社会危害性及其程度是区分罪与非罪的根本标准。^{〔1〕}因此,社会危害性在刑法中处于核心地位,是刑法的基础。^{〔2〕}在某种程度上,社会危害性是我国刑法学的无冕之王。

然而,社会危害性理论在我国刑法理论中的至高地位从1998年开始受到了质疑。李海东博士的《刑法原理入门》和樊文博士的《罪刑法定与社会危害性的冲突》拉开了对社会危害性理论批判的序幕,而陈兴良教授于2000年发表的《社会危害性理论——一个反思性检讨》一文更是将社会危害性问题推到了刑法学批判的前沿。之后,我国大量刑法学者都投入了围绕社会危害性的争论中来。社会危害性理论成为我国晚近十余年刑法学理论研究的热点问题。

由于我国传统刑法理论将社会危害性作为犯罪的本质特征,并以其作为犯罪概念和犯罪构成体系的连接,因此,与社会危害性理论紧密联系的理论包括了犯罪概念、犯罪的本质、社会危害性自身的基本含义和内容、社会危害性与刑事违法性的关系、社会危害性与罪刑法定原则的关系以及犯罪构成体系的构建等问题,由此还涉及刑法解释和运用等问题。可以说,社会危害性理论辐射了规范刑法学中犯罪论的绝大多数基础理论。社会危害性的基础性和核心性决定了对社会危害性的研究关联着我国刑法学犯罪理论的选择和走向,影响着我国刑事立法的科学性和合理性,影响着刑法规范的司法适用,与此相关的,影响着刑法方法论的选择和司法制度的构建,进而影响着我国的刑事法治建设。

对于社会危害性理论的存废,我国刑法理论大致存在三种观点:一种是批评论,另一种是维持论,再一种是在维持基础上修正的折衷论。以陈兴良教授为首的批评论对社会危害性理论进行了全面、切肤的剖析性批判,批评论认为社会危害性理论缺乏规范性、缺乏

〔1〕 参见马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社1999年版,第29~30页。

〔2〕 参见李居全:《犯罪概念论》,中国社会科学出版社2000年版,第3~4页。