

 东南大学法学博士文库

二元结果无价值论

杜宣/著

ER YUAN JIE GUO WU JIA ZHI LUN



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

 东南大学法学博士文库

二元结果无价值论

杜宣/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

二元结果无价值论 / 杜宣著. — 北京: 法律出版社, 2018

ISBN 978 - 7 - 5197 - 2945 - 5

I. ①二… II. ①杜… III. ①刑罚—研究 IV.
①D914.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 272669 号

东南大学
法学博士文库

二元结果无价值论
ERYUAN JIEGUO WU JIAZHILUN

杜 宣 著

策划编辑 黄琳佳
责任编辑 黄琳佳
装帧设计 鲍龙卉

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 三河市龙大印装有限公司

责任校对 马 丽

责任印制 陶 松

编辑统筹 学术·对外出版分社

开本 A5

印张 12.5

字数 301 千

版本 2018 年 12 月第 1 版

印次 2018 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

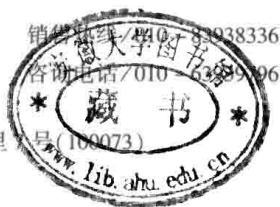
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-83938334/8335 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995



书号: ISBN 978 - 7 - 5197 - 2945 - 5

定价: 56.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

博士,古时为学官名,他们精通经艺,教授生徒;如今则属学位名,位于学位序列的最高一级,占据国民教育体系的最顶端。古今分别虽然悬殊,但就学识渊博、学问精专而言,则是相通的。如今,一个人若能取得博士学位,无疑标志着他由学习阶段进入了学术阶段,真正具备了独立的思考能力、敏锐的洞察意识、严谨的批判精神。如此人才,对提升国家的理论自信,塑就国民的文化自信,深化科教强国战略而言,是决然不可或缺的。因此,博士的培养一直是国家教育资源的重要倾注所在。而伫立其间的法学博士,在当下“法治是治国之重器”的战略论断下更显得意义非凡,这也是当下法学博士所应担当的时代重任之所在。基于当今宏大的历史使命,东南大学法学院与众多高校一起,共同肩负起了法学博士的培养之责。

东南大学位于六朝古都南京,承续江左文枢

余脉。其法学学科肇始于1928年国立中央大学,1995年,东南大学复建法律系,2006年9月19日成立法学院。二十多年的春华秋实,十余载的开拓进取……回首往事,感慨万千,筚路蓝缕,虽苦犹甜;放眼今朝,备受鼓舞,展望未来,生机无限。如今的东南大学法学院年轻而朝气蓬勃,朴实而气象万千。在不断的奋进中,法学院已初步形成了与学校“双一流建设”要求相匹配的学科优势与特色。在研究生培养上也是全面开花,陆续获批法律硕士专业学位授权点、法学一级学科硕士学位授权点。2016年正式获批的法学一级学科博士授权点被列为江苏省重点学科,更是开启了法学院法学博士培养的新篇章。早于2008年,东南大学法学院就在马克思主义学科点独立招收法学博士研究生。十载虽短,但也足以检验出一所高校法学院的博士培养水平,足以沉淀出一所法学院博士生群体的学术品性。

南京作为中国特大城市,背枕钟山,比邻长江,得天独厚,自古便享繁华。如此这般的熙攘喧嚣,对于学术所需要的静谧,实在是一种反差。这就需要博士生们耐下性子,沉下心来,于喧闹之中觅得清静,于浮华之中自我积淀。可喜的是,我们的博士生做到了,博士学位论文的最终出版便是最好的证明。当然,这依然是不够的。因为,博士学位论文作为每位博士的学术开端,不免显得稚嫩与不足,需要博士们对其展开进一步的查漏补缺、推敲打磨,借此实现学术素养的再次升华。

思想在于交流,学术在于批判。博士学位论文的完善、学术素养的升华,最好的方式便是直面同行学人的质疑和批评。基于以上考虑,我们决定推出《东南大学法学博士文库》。一方面,为博士们对外展示自己的智识成果提供一个平台,为学界的理论研究输出一智慧结晶,以飨读者;另一方面,我们也希望通过博士学位论文的付梓出版,对博士们的学术积淀情况进行一番检验。因此,学界同仁们的指教与斧正于我们弥足而珍贵。不仅对博士本人的学术成长,

而且对法学院博士生培养工作的拔升,均都受益非常。

我们也深知,学术沉淀非一日之功,学术新人的培育非一时之力。我们只是希望借助《东南大学法学博士文库》这一起点,以良好的初心为优秀作品的雕琢、为学术新人的首秀提供一方平台,如此便足以。

是为序。

东南大学副校长 周佑勇

2018年5月17日

序 有了飞翔的欲望， 再多的负荷也能翱翔

杜宣的博士论文《二元结果无价值论》即将出版，杜宣博士邀请我为他的书作序。他也是第一位邀请我作序的博士。作为导师的我，欣然应允。

行为无价值论与结果无价值论之争是刑法理论上继主观主义与客观主义之争后最为重要的学派之争。它起源于违法性本质的对立，随后波及刑法各个领域，并成为刑法基本立场的对立。因此，对行为无价值论与结果无价值论的讨论具有重要的理论意义，尤其对于我国来说，重视这种学派之争，有利于刑法理论向纵深发展，使以往许多被“主客观相统一”遮蔽的重要问题得以在教义学语境下重新被探讨。

本书以从体系与问题思考的双重视角，对行为无价值论与结果无价值论展开了批判与构建性的分析，对于我国刑法理论来说，是极富有实

践性与理论性的学术成果。本书从刑法主客观主义的基本理论、刑法规制对象及犯罪判断对象的主客观主义之争、传统结果无价值论与行为无价值论的价值与不足等几方面对结果无价值论与行为无价值论进行了详细的学术史的考察,并结合行为的危险与结果的危险这样的具体问题,提出了作者二元的结果无价值论的主张。应当说这一主张在目前刑法理论上并不常见,在传统刑法学理上,存在的是结果无价值论与二元行为无价值论之争:前者将法益侵害视为违法本质,而后者将规范违反视为违法本质。但作者显然并不局限于这样的讨论,而是创造性地对两者进行了某种程度的结合;由此,一方面他承认了行为无价值相对于结果无价值的独立地位,另一方面又将行为无价值限定在具有法益侵害危险的行为之上,而排斥了原本行为无价值中的意向无价值的内容。因此本质上它虽然维持了结果无价值论的基本框架,但也合理吸收了行为无价值中的部分内容,在逻辑体系上是成立的,也是一种非常具有个人特色的观点,有利于推动行为无价值论与结果无价值论的争论。值得指出的是,作者虽然采取结果无价值论的立场,但却仍然肯定了行为无价值的理论价值。也正是基于这样的学术态度,作者才能得以充分汲取行为无价值论的合理内容来充实结果无价值论,摒弃了传统上“非此即彼”的思维定势,最终提出并论证了二元结果无价值论的立场。

当然本书也存在不足之处,例如对于相关讨论还是以日本刑法理论为借鉴,而没有关注到德国刑法学理的现状,而且对于司法实践仍然关注不足,不能很好地将二元结果无价值论的立场贯彻于实务运用当中。但瑕不掩瑜,本书所提出的许多具有创新性的观点与看法,对于推动行为无价值与结果无价值的学派之争是具有重要意义的。尤其是,自2015年以后,学界对行为无价值与结果无价值的研究似乎陷入了某种停滞,少见有重要的著作出版或者论文发表,这对于学派之争的倡导而言不得不说是一种遗憾,在此背景下,杜宣博士即将出版的这本专著可谓一阵“及时雨”。可以预计的是,它

必然会再次推动学界对这一问题的继续关注。

令人感叹的是,当杜宣邀请我为他的书作序时,我首先想到的当年我大胆邀请陈兴良老师为我的《罪名研究》作序一事。1998年,我考入北京大学攻读博士学位,彼时,我的硕士论文同名著作《罪名研究》面临出版,但是,那时的我刚刚在学术的路上起步,自无影响力可言。陈兴良老师不但亲自为我联系了出版社免费出版我的著作,而且还答应了我极为冒昧的作序请求,使该书最终于2000年在中国方正出版社出版。陈老师为该书所作的序,是我的学术著作中的第一篇同时也是最后一篇序,从那以后,我反倒再也不好意思请求老师们为我的书作序了,因为觉得这样特别麻烦老师们。回首往事,除了感叹当时的自己真是初生牛犊不怕虎,更是感谢尊敬的陈兴良老师,在我学术生涯的起步阶段对我给予的巨大帮助。所以,如今我的博士邀请我为他们的博士论文出书作序,我更是有一种责无旁贷的义务感。我为杜宣的书写此序,是我做老师职业以来,第一次为学生的书而写的序。从“老师第一次为我的书作序”到“我第一次为学生的书作序”,令人不由得感叹“未透祖师关、时光如箭急”……

令我特别赞赏的是,杜宣本身是一名检察官,作为一名在职攻读学位的博士,他面临着工作、家庭、学业等诸多方面的压力,但是,杜宣一直以一种饱满的热情、不忘初心的姿态对待他的学业。入学之初,杜宣即表现出对学术浓厚的兴趣,他的检察官职业带给他很多困惑,但这些困惑没有成为他职业生涯上的累赘,反倒成为他探寻真理的动力;这样纯粹的人,在这个物欲横流的时代已然不多见。入学之后,他勤奋刻苦,克服重重困难读书写作,正是这种精神,使他在读四年期间(2013.9~2017.9),在《政治与法律》等C刊发表多篇论文,而且博士论文外审成绩优秀。这样一份骄人的成绩,在在职博士生中是罕见的,因为绝大多数的在职博士,要么毕不了业,要么至少是读博多年以后才能毕业,要么成绩非常勉强而毕业,杜宣博士无疑给在职博士生们做了个好榜样!在博士论文以优秀的

成绩答辩通过之后,杜宣仍然一直以读博时的状态,抓住一切可利用的时间,孜孜不倦地修改他的博士论文,并将之由答辩时的22万字修改完善至目前的30万字。如今,拿着沉甸甸的本书书稿,不由得令人感叹:有了飞翔的欲望,再多的负荷也能翱翔!希望杜宣博士一直保持这种纯粹,不千方百计讨好这个世界,永葆人性中最本质的东西和最有创造力的那一部分,继续奋战在检察官行列,并对中国刑事司法实践的重大问题进行不倦探索,为我国法治理论的发展与法治实践改革作出自己的贡献。

是为序。

刘艳红

2018年4月28日于南京

目 录

序 有了飞翔的欲望,再多的负荷也能翱翔	1
导 论 问题的提出	1
第一章 刑法主/客观主义的基础理论	15
第一节 刑法主/客观主义的基本认识及其 定位	16
第二节 刑法主/客观主义之争内容范畴	19
一、刑法规制对象的主/客观主义之争	19
二、犯罪判断的主/客观主义之争	20
第三节 刑法主/客观主义存在的空间维度	21
一、犯罪论体系的形式思考:四要件犯罪 论体系的不足	22

二、犯罪论体系的实质性思考:阶层犯罪论体系的合理性	24
三、三阶层构成要件论体系的合理性	26
四、二阶层构成要件论体系之不合理	29
第二章 刑法规制对象的主/客观主义之争	31
第一节 刑法规制对象的主/客观主义之争的反思	31
第二节 刑法规制的对象之争:思想或是行为	33
一、原则上的客观主义:刑法规制行为(而非思想)	33
二、刑法规制思想为例外	33
第三节 刑罚规制对象:行为或是行为人	38
一、刑法客观主义视野下的主/客观主义之争	38
二、第二层面的刑法主/客观主义之争	43
三、第二层面刑法主观主义的地位	48
四、小结	60
第四节 刑法规制对象争议之必然延续:犯罪判断的主/客观主义之争	61
一、犯罪判断的主/客观主义之争是刑法规制对象争议的必然发展	61
二、第三层面主/客观主义之争的彻底反思	63
第三章 犯罪判断的主/客观主义之争	79
第一节 犯罪判断对象的主/客观主义之争	79
一、犯罪判断对象与判断资料之主/客观主义之争的辨析	79
二、判断对象、资料之主/客观主义立场	84

第二节 犯罪判断方法的主/客观主义之争	99
一、第一层面犯罪判断方法的主/客观主义之争	99
二、第二层面犯罪判断方法的主/客观主义之争	101
第三节 犯罪判断标准的主/客观主义立场	110
一、犯罪判断的主、客观标准之辨析	110
二、科学的一般人标准之合理	119
第四节 余论——犯罪判断之主客观相统一原则的新解	130

第四章 结果无价值论的坚守与危机 133

第一节 结果无价值论的客观主义立场	134
一、行为/结果无价值论之争与刑法主/客观主义之争的关系	134
二、结果/行为无价值论与刑法主/客观主义的关系	136
第二节 结果无价值论之价值优势	149
一、法益保护的刑法目的的价值	149
二、结果无价值论:限制刑法(罚)积极扩张	152
三、行为无价值论:刑法扩张与安全刑法	155
四、小结	160
第三节 结果无价值论的危机	161
一、方法论上的法益模糊化与刑罚界限模糊化的危机	161
二、刑法目的与行为无价值论趋同化的危机	167
三、事后保护模式不能适应风险社会下法益保护的危机	170
四、物的违法论致刑法沦为冰冷工具的危机	171
五、小结	176

第四节 一元结果无价值论的反思	177
一、何为一元结果无价值论	177
二、一元结果无价值论的不足	180
第五章 行为无价值的意义和价值	190
第一节 行为无价值的内涵本质	191
一、行为无价值的存在论	192
二、行为内容	193
三、行为无价值的内涵本质:行为侵害法益的危险	197
四、法益侵害与规范违反的关系	214
第二节 行为无价值的理论价值	230
一、行为无价值与行为	230
二、行为无价值与行为人	236
三、小结	241
第三节 行为无价值的实践意义	241
一、案例与问题	242
二、行为无价值之实践意义的体现	245
第六章 行为无价值论的不足和反思	254
第一节 一元行为无价值论的不足和反思	255
一、一元行为无价值论的基本观点	255
二、一元行为无价值论的不足	256
第二节 二元行为无价值论的不足和反思	260
一、二元行为无价值论的基本观点及疑问	260
二、二元行为无价值论之“结果”与“二元”的透视	263

三、二元行为无价值论主张规范维护之刑法目的的弊端	277
四、二元行为无价值论全面承认主观违法性要素的不足	289
五、小结	295
 第七章 二元结果无价值论的倡导	296
第一节 结果无价值论之危机的回应	297
一、法益保护的最终落脚点为个人法益	297
二、对其他危机的应对:二元结果无价值论	301
第二节 二元结果无价值论的提倡	302
一、二元结果无价值论存在的基石	302
二、刑法规范是裁判、行为规范的统一	305
三、肯定法益侵害危险的结果本质系肯定二元结果无价值论	308
四、结果无价值以行为无价值的存在为基础	314
五、小结	320
第三节 行为无价值与结果无价值的关系	320
一、违法性判断以结果无价值为核心	321
二、行为无价值是违法性成立的标志之一	321
三、行为无价值限定结果无价值范围内的违法性成立	322
四、结果无价值、行为无价值相互独立	324
五、违法性层面结果无价值、行为无价值同时否定阻却违法	325
六、小结	331

第八章 二元结果无价值论之确证	332
第一节 案例与问题	333
一、几则案例	333
二、由案例引发的疑问	334
第二节 行为的危险与结果的危险的存在论	336
一、以罪刑法定原则为有效范畴	337
二、以保护法益为目的	339
三、构成要件论体系中的行为的危险与结果的危险	340
第三节 结果的危险的判断	341
一、以危险为结果的危险犯	341
二、结果的危险之判断	344
第四节 行为的危险的判断	355
一、行为的危险	355
二、行为的危险的判断	358
三、小结	363
参考文献	366

导 论 问题的提出

案例 1, 根据相关规定, 国家禁止将硫酸铝钾、硫酸铝铵作为添加剂用于生产小麦粉及其制品(油炸面制品等除外)。A 市食药监部门和公安机关在工作中发现, 一些小餐馆、小作坊违规使用硫酸铝钾和硫酸铝铵作为发泡剂, 生产“铝包子”和“铝馒头”, 严重危害人民群众的身体健康。由于刑法及相关司法解释对此行为未明确规定入罪标准,^①审查逮捕、起诉、审判的标准无

① 根据国家卫生计生委等五部门《关于调整含铝食品添加剂使用规定的公告》的规定, 自 2014 年 7 月起, 禁止将硫酸铝钾、硫酸铝铵作为添加剂用于生产小麦粉及其制品, 但并不禁止在油条、油饼等油炸面制品、面糊、煎炸粉中添加。最高人民法院、最高人民检察院《关于办理危害食品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》未明确将上述两种物质列为“有毒、有害的非食品原料”; 同时, 国家食品药品监督管理局《2015 年食品安全抽检检测项目参考值》对发酵面制品铝的残留量参考值为 25mg/kg。依此, 在发酵面制品中不能添加硫酸铝钾、硫酸铝铵, 但若违规添加, 是否即用刑法规制, 若刑法规制又如何规制, 或是违规添加即构罪, 或是违规添加达到一