

EXPANDING ON THE THEORY OF VALUELESS CONSEQUENCE IN PRACTICE



结果无价值论的实践性展开

李 勇◎著



中国民主法制出版社
全国百佳图书出版单位

EXPANDING ON THE THEORY OF VALUELESS CONSEQUENCE IN PRACTICE

结果无价值论的实践性展开

李 勇◎著



中国民主法制出版社
全国百佳图书出版单位

2013·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

结果无价值论的实践性展开/李勇著. —北京: 中国民主法制出版社, 2013. 7

ISBN 978-7-5162-0419-1

I. ①结… II. ①李… III. ①刑法—研究—中国
IV. ①D924. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 170123 号

图书出品人: 肖启明

出版统筹: 赵卜慧

责任编辑: 庞从容 唐仲江

责任校对: 姚丽娅 常高峰

书名/结果无价值论的实践性展开

作者/李 勇 著

出版·发行/中国民主法制出版社

地址/北京市丰台区玉林里 7 号 (100069)

电话/ (010) 63292534 63057714 (发行部) 63055259 (总编室)

传真/ (010) 63056975 63292520

http: // www. npcpub. com

E-mail: flxs@ npcpub. com

经销/新华书店

开本/16 开 710 毫米×1000 毫米

印张/15. 75 字数/255 千字

版本/2013 年 7 月第 1 版 2013 年 7 月第 1 次印刷

印刷/北京画中画印刷有限公司

书号/ISBN 978-7-5162-0419-1

定价/39. 00 元

出版声明/版权所有, 侵权必究。

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

李勇写成了他的第一本个人专著《结果无价值论的实践性展开》，将由中国民主法制出版社出版，当我得知这个消息的时候，喜悦之情溢于言表；当这本书稿放在我面前请我写序的时候，欣然之情流于笔端。



这本书凝结着李勇的汗水和努力，他在紧张的办案和工作之余，利用业余时间，完成了这样一本著作，实属不易。李勇的勤奋和努力，他身边的同事都是知道的，这本书就是见证；李勇的理论功底和业务水平，检察同行也是知道的，这本书也是证明。

李勇于2006年进入南京市建邺区检察院开始从事公诉工作，在短短的几年时间里快速成长，先后办理了一批在本地区有影响的职务犯罪案件，以及在全国有重大影响的“瘦肉精”系列案、溧水县新河污染案等，先后获得全国优秀审查报告、全省岗位练兵先进个人、南京市十佳公诉人、长三角地区公诉人辩论赛优秀奖、南京市首届公诉人与律师辩论赛最佳专业知识奖等。

检察实践离不开理论研究，理论研究也不能脱离检察实践，二者相辅相成。这个道理在李勇身上得到了很好的体现。曾有媒体报道称李勇是“能写善战的两栖法律人”，能辩，会写。他在执法办案中善于思考、学习和总结，善于用研究的方法来寻求解决问题的路径，再用研究的成果来指导办案实践和机制创新。2006年至今他先后在《人民检察》《河北法学》《刑法论丛》《法制日报》《检察日报》等报刊上发表论文近七十篇，其中有的获国家、省、市级奖励，有的转化为工作机制。功夫不负有心人，李勇也因此先后被评为全国检察理论研究人才、江苏省检察业务专门人才、南京市十佳调研人才等，2011年与张千帆等著名学者一起被评为正义网“十大影响力博主”。

二

李勇在读研究生期间是学刑法学专业的，这本书也是刑法学方面的专著，刑法学也是与他所从事的公诉工作最为契合的。他抓住结果无价值论这个小切口（这个切口也是刑法学的前沿和热点理论），将自己执法办案的体验、感知、领悟融入其中。我个人觉得，这本书有以下几个特点。

一是实践性。这本书最大的特色就是贯穿全书的案例。我注意到全书共计五十多个案例，几乎所有的问题都以案例为切入点进行展开。将艰深晦涩的刑法学理论，以案例的形式呈现给读者，易于理解，便于掌握，这种论述方式是值得肯定的。作者观点的得出，也主要基于作者本人对于司法实践的现实体验，对于司法实践具有一定的参考意义。当然，有些观点和主张还不成熟，甚至还值得商榷，但是可以看出作者在努力使自己的观点切合司法实践。

二是理论性。应该说这本书的理论性还是很强的，这可能与结果无价值论这个理论性较强的主题有关。我第一眼看到这个书名时，觉得一个基层的检察官写这样一个理论性很强的题目，一定是很困难的。从这本书中，我们也可以看出李勇很强的理论水平和较高的理论驾驭能力。这也向我们展示，检察官并非都是“工匠”式专才。

三是本土化。近年来，国外的法学理论大量引入国内，经众多学者的推动和努力，也在实实在在地影响着司法实践。无论是公诉人还是辩护人，在办案中、在法庭上都在运用着这些理论，比如最典型的就是盗窃罪与诈骗罪的区别问题。在引入国外先进的、科学的理论成果时，也要结合本国实际进行本土化。在这本书中，很多观点都试图立足于国内的实际情况和目前的司法现状，力求本土化。

三

南京市、区两级检察机关，一直都非常重视队伍建设和人才培养，学习、研究、思考的氛围较好，拥有一支素质高、能力强的队伍，先后涌现出一些在全国有影响的全国十佳公诉人、全国检察业务专家、全国检察理论研究人才等，李勇是这支队伍中的一员。这本书既是李勇个人检察生涯的一件喜事，也是建邺区检察院、南京市检察机关的一件好事。写这个序言，一方面表达祝贺，祝贺李勇的第一本个人专著即将出版；另一方面寄托希望，希望李勇能够继续保持学习思考的劲头，探索钻研的精神，为检察事业增光添彩。

葛晓燕

江苏省南京市人民检察院检察长

2012年12月于南京

“今天，在不法中，区分行为无价值与结果无价值已经是很寻常的事了。”^① 甚至可以说，“唯一能和旧派（客观主义）和新派（主观主义）之间的交锋即所谓‘学派之争’相比肩的，只有行为无价值论和结果无价值论之间的论争。”^② 立足于规范评价的行为无价值论与奠基于法益判断的结果无价值论的对立及其争执，在以德、日为代表的大陆法系刑法理论中不仅关系着违法性的判断及其评价，而且对犯罪论体系的建构亦具有基础性价值，甚至已然超越了违法性领域，进而直接影响着刑法解释论的立场，嵌入整个刑法体系。结果无价值论与行为无价值论问题绝非仅仅是个刑法教义学问题，更是一个实践性问题，结果无价值论与行为无价值论实实在在地影响着司法实践。正如张明楷教授所言，结果无价值论与行为无价值论之争，对于促进我国刑法理论的完善具有重要意义，“至于行为无价值论与结果无价值论之争的实践意义，则更不可低估。”^③

近年来，结果无价值论、行为无价值论渐次引入中国刑法，形成了以张明楷、黎宏、刘艳红等为代表的结果无价值论阵营和以陈兴良、周光权、邓子滨等为代表的行为无价值论阵营。学派之争的景象已经来临，与此相关的文献也难以胜数，这是值得庆幸的。但是争论的内容大多限于理论层面，对于司法实践关注不够；参与论战的主体也多是学院派，其对司法实践的影响甚微。司法实践者似乎并没有从这场争论中受益，学者们生产、制造的“商品”摆放在“超市”中，而作为“消费者”的法官、检察官们面对摆放得满满当当的“货架”却难以挑中一件称心实用的“商品”，这不能不说是一种遗憾。一方面与法治相契合的结果无价值论停留在理论层面，无法深入到司法人员的办案实践中；另一方面，司法者有意无意地过于关注行为无价值因素，

① [德] 克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论》，王世洲译，法律出版社2005年版，第210页。

② 黎宏：《结果无价值论之展开》，《法学研究》2008年第5期。

③ 张明楷：《行为无价值论的疑问——兼与周光权教授商榷》，《中国社会科学》2009年第1期。

过于关注行为对道德或规范的违反性而忽略法益保护,使得很多案件的处理背离法治。

很长一段时期以来,司法实践的需求在我国刑法学研究中被冷落了。一方面学者抱怨司法者法学素养不高,另一方面司法人员对学者不食人间烟火的研究之无用性而望洋兴叹。甚至一些人认为司法实践者就只需要办理案件,掺和法学研究是“不务正业”。岂不知,“任何一事没有不在学术研究之内的。作学问固当研究他,即作事亦要先研究他才行。……没有充分之学术研究,恐怕事情作不好,而在从事之中,亦可能于学理或技术有发明贡献。即事即学,即学即事。”^①司法乃是一种解释法律和适用法律的专门性活动,这就要求司法人员对法律知识必须具有精深的理解;而法学研究具有超越其他社会科学的实践性。一个没有深厚法学知识的司法官不可能真正将案件办好,正如学者季卫东所言,“一名好的司法官其娴熟的法律专业知识和能力应建立在深厚的学识基础上,而不能满足于使用技巧的工匠型专才。”^②一个不关注司法实践的法学者不可能对法学研究作出真正的贡献。理想的景象应该是:司法者加强法学研习力求做专家型司法官,学者放下身段力求做有实践品格的法律人。笔者作为一名公诉检察官,力求做一名“穿梭于刑事司法与理论研究的两栖法律人”^③。当然,这并不代表我已经做到或能做到,但至少“我把它挂在高处仰望,让我有羞愧的可能”^④。

笔者正是基于对学界中人的研究缺乏实践品格、实践人士的研究缺乏理论品质的双重忧虑,才略显狂妄地尝试写一本能够兼顾理论与实践、兼具理论品质和实践品格的专著。本书以一名司法实践者的亲身办案经历来审视结果无价值论与行为无价值论之争,并由此辐射到刑法学的诸多问题。全书分成上、下两篇,共计十章。上篇主要针对刑法总论,计六章,除第一章概论外,其余五章从结果无价值论的视角,结合司法实践和案例,分别对犯罪构成、客观归责、违法阻却事由、犯罪形态、共同犯罪等问题进行检视;下篇主要针对刑法分论,计四章,分别从结果无价值论的视角,结合司法实践和案例,对性犯罪、财产犯罪、公共秩序犯罪、职务犯罪等问题进行探讨。本

① 梁漱溟:《我的努力与反省》,漓江出版社1987年版,第297—298页。

② 季卫东:《法律秩序的建构》,中国政法大学出版社1997年版,第198页。

③ 笔者在个人博客“悄悄法律人”的签名中一直使用这句话,见<http://liyong5556.fyfc.cn>。

④ 林东茂:《一个知识论上的刑法学思考》,中国人民大学出版社2009年版,《自序》第9页。

书不可能对刑法学中的所有问题面面俱到，特别是下篇对刑法分则的研究，只是选取了一些典型的罪名和典型的问题。选取的标准有二：其一是结果无价值论与行为无价值论存有争点，对于没有争点或争点不明显的内容，不再涉及；其二是结果无价值论与行为无价值论争点在司法实践中表现较为突出和典型。比如，对于伪证罪中的“虚假陈述”中“虚假”的含义，历来是结果无价值论与行为无价值论争论的传统战场，但司法实践中几乎没有发生过类似的案例，因此，本书没有就这个问题进行展开。有些问题，日本刑法学的结果无价值论与行为无价值论已达成共识，但在中国刑法学中却存有争议，本书也会进行探讨。比如，故意毁坏财物罪中的“毁坏”的含义，日本的行为无价值论和结果无价值论一般都赞同效用损害说，但在我国，结果无价值论与行为无价值论却存在巨大争议，因此本书进行了阐述。

笔者对于这些问题的论述，显然是不那么深刻的，也未必是正确的，但可能是适合当下中国社会现实和司法实际的。笔者深知以自身肤浅的刑法学知识和学养，是难以将如此深邃的刑法学问题表达清楚的，但是笔者仍然愿意以管中窥豹的方式揭示司法实践需要什么样的刑法理论、刑法立场和刑法研究成果，以期能够引起学界对刑事司法实践诉求的一点点直观的、粗线条的感受和关注。

写文章和办案一样，“都必须铁面无私，直指对错……不论是非的文章，不穷究论点对错的论述，不可能有实用价值”，正直的司法官和正直的作者“所具有的共通的特质，就是对专业忠诚。专业建立在知识上面，对知识忠诚，才可能有专业忠诚。对专业忠诚，也就不可收买，不会任意动摇；对专业忠诚，才可能精益求精”。^① 本书的论题注定了这是一个争论激烈的刑法学问题，笔者会秉承“铁面无私论是非”，坚守“忠诚专业解问题”的原则进行论述。在这个价值多元的社会，是非的标准在很大程度上因人而异，但是对专业的忠诚却是一致的。笔者是个结果无价值论者，这个立场的奠定，除了与本人的成长经历、阅读范围、正义感觉有关之外，更与本人对专业的忠诚、对司法实践需求的亲身体验有关。笔者所有观点的得出均立足于对司法实践的体验，实践性是本书的最大特色，也正因为此，本书的书名设定为“结果

^① 许玉秀、陈志辉编：《不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑事法论文选辑》，台湾新学林出版股份有限公司2006年版，《序》第1页。

无价值论的实践性展开”。在此书中，读者诸君会目睹一系列真实案例贯穿始终^①；会闻到弥漫全书的来自司法实践底层的泥土气息，这或许是这本书的与众不同之处，也是这本书的“命根子”，也是作者办案、治学的“命根子”和“地气。”

李 勇

2012年11月24日改定于南京

^① 书中引入的五十余个案例，多数是笔者本人亲自主办或参与办理的案件，少数来自于《刑事审判参考》《人民法院报》等报刊。除个别案例因其他原因不便注明判决书文号外，大多数案件都注明了判决书的文号。

• 序	/001
• 前 言	/001

上 篇

• 第一章 概论	/003
第一节 结果无价值论与行为无价值论概说	/003
第二节 结果无价值论与行为无价值论争点概要	/009
第三节 中国刑法应采取的立场	/020
• 第二章 结果无价值论之于犯罪构成	/037
第一节 传统四要件的困境	/037
第二节 德、日三要件的危机	/040
第三节 结果无价值论视角下的重构	/044
• 第三章 结果无价值论之于客观归责	/056
第一节 结果无价值论与客观归责理论的关系	/056
第二节 传统因果关系理论之批判	/059
第三节 客观归责理论之提倡	/066
• 第四章 结果无价值论之于违法阻却事由	/072
第一节 违法阻却事由的本质	/073
第二节 防卫意图之否定	/077
第三节 偶然防卫的处罚边界	/081

• 第五章	结果无价值论之于犯罪形态	/ 084
第一节	着手的认定	/ 084
第二节	既遂的判断	/ 093
第三节	不能犯的处罚边界	/ 098
• 第六章	结果无价值论之于共同犯罪	/ 104
第一节	部分犯罪共同说之主张	/ 104
第二节	修正的惹起说之提倡	/ 111
第三节	不作为共犯的处罚边界	/ 116

下 篇

• 第七章	结果无价值论之于性犯罪	/ 127
第一节	强奸罪新问题	/ 127
第二节	强制猥亵、侮辱妇女罪之认定	/ 134
第三节	猥亵型犯罪的保护法益及其立法完善	/ 137
• 第八章	结果无价值论之于财产犯罪	/ 148
第一节	对故意毁坏财物罪中“毁坏”的理解	/ 148
第二节	侵占罪中“遗忘物”的认定	/ 156
第三节	骗盗交织型犯罪的界分	/ 162
第四节	财产犯罪数额问题的检讨	/ 170
• 第九章	结果无价值论之于公共秩序犯罪	/ 174
第一节	“无被害人”犯罪保护客体之反思	/ 174
第二节	以危险方法危害公共安全罪口袋效应之检讨	/ 180
第三节	寻衅滋事罪的司法认定	/ 188
第四节	非法获取计算机信息系统数据罪的司法认定	/ 192
第五节	黑社会性质组织犯罪的立法完善与司法认定	/ 196

• 第十章 结果无价值论之于职务犯罪	/203
第一节 “特定关系人”受贿问题的反思	/203
第二节 受贿罪“利用职务上的便利”的理解与认定	/210
第三节 受贿罪中“及时退交”的理解与认定	/216
第四节 非典型国家工作人员身份的理解与认定	/220
• 参考文献	/231
• 案例索引	/234
• 后 记	/236

结果无价值论与行为无价值论之争最初集中体现在违法性领域，但很快就越出违法性领域而遍布整个犯罪论，进而在刑法总论诸多问题上形成对立格局。由于结果无价值论与行为无价值论对犯罪的本质与刑法目的的认识不同，从而在刑法解释论方面也发生了重大影响，进而影响到刑法分则的解释。可以说，结果无价值论与行为无价值论之争已经辐射到刑法总论和刑法分论。当然，刑法总论特别是犯罪论，一直是结果无价值论与行为无价值论争论的传统战场，也是学者们热衷讨论的领域。

本书的上篇部分，主要围绕刑法总论展开，结合司法实践和具体案例，从结果无价值论的视角对刑法总论中的犯罪构成、因果关系、客观归责、共同犯罪、违法阻却事由、犯罪既遂与未遂等问题展开论述。

第一章 概 论

行为无价值论与结果无价值论之争，源于德国，在日本得到了深入发展，近年来传入我国。两大学派在刑法诸多问题上尖锐对立，形成两种不同的刑法观。两派学说影响力的此消彼长，都有一个发生发展的过程，也是一个适应本国现实与传统的过程。如今，无论是二元行为无价值论与结果无价值论平分秋色的日本，还是二元行为无价值论占据主流的德国，都是由各自的社会传统和现实需要所决定的。我国的现实需要和社会传统决定了需要坚持结果无价值论的立场。本章将对这些问题进行概述。

第一节

结果无价值论与行为无价值论概说

一、结果无价值论与行为无价值论的基本内涵

结果无价值与行为无价值是相对立的概念，结果无价值是指对行为法益侵害或威胁的结果所作的否定评价，以此作为违法的本质；而行为无价值是指对行为本身的反伦理性或反规范性所作的否定评价，并以此作为违法的本质。主张行为无价值的理论或观点是行为无价值论，而主张结果无价值的理论或观点是结果无价值论。换言之，所谓行为无价值论，是指将违法性的本质求诸行为的规范违反性的见解，也称为人的违法观；所谓结果无价值论，是指将违法性的本质求诸侵害法益的结果的见解，也称物的违法观。^① 行为无价值论从违法就是违反规范的立场（规范违反说）出发，而结果无价值论认为违法的实质就是

^① 参见〔日〕大谷实：《刑法总论》，黎宏译，法律出版社2003年版，第181—182页。

侵害、威胁法益（法益侵害说）^①，因此，结果无价值论、行为无价值论又与法益侵害说、规范违反说相关联，法益侵害说一般认为违法性的根据在于结果无价值，而规范违反说一般认为违法性的根据在于行为无价值。

二、结果无价值论与行为无价值论的发生与发展

（一）结果无价值论的发生与发展

结果无价值论对违法性本质的认识，最初源自于费尔巴哈的权利侵害说，并曾一度占据了大陆法系刑法理论之通说地位。但由于此说所具有的明显缺陷，取而代之的是“财产侵害说”和“法益侵害说”。现今处于通说地位的法益侵害说认为，刑法的目的是保护法益，犯罪的本质、违法性的本质就是侵害或威胁法益。无法益保护，就无刑法，倘无法益受到侵害或危险，则无刑罚的必要性。^② 这种将违法性的本质求之于对法益的侵害或威胁，因而着眼于行为所惹起的对法益的侵害或危险的结果而予以否认的价值判断，被韦尔策尔称之为结果无价值。易言之，结果无价值以法益侵害或威胁的事实为基础来考虑违法性。行为无价值的要素应该还原为法益的侵害乃至威胁，“不能还原为法益侵害概念的行为动机、目的之类的，和客观事实不对应的纯粹主观的内心要素，倒不是法律客观地判断行为违法时，所应当考虑的事情。”^③ 因此，在违法性的判断中具有决定意义的是结果无价值，违法性的根据在于行为的法益侵害或威胁的结果而不是行为本身的反伦理性或反规范性以及行为人的危险性格，唯有法益侵害或威胁的结果的恶才能作为违法性的实在根据。

简言之，“所谓结果无价值论，系将违法性之实质求诸法益之侵害与侵害之危险（法益侵害说），而故意一般非属违法要素，乃属责任要素之学说。”^④

（二）行为无价值论的发生与发展

行为无价值论发轫于韦尔策尔的“人的不法概念”，并在他那里取得了自己的古典的表达方式：“不是那种由行为人的身人在内容上可以被接替的结果性发生（法益的损害）在详细说明不法，而是仅仅作为一个不确定行为人或

① 参见〔日〕曾根威彦：《刑法学基础》，黎宏译，法律出版社2005年版，第86—87页。

② 参见陈志龙：《法益与刑事立法》，台湾大学丛书编辑委员会1992年版，第13页。

③ 〔日〕曾根威彦：《刑法学基础》，黎宏译，法律出版社2005年版，第94页。

④ 〔日〕曾根威彦：《日本刑法解释论上的重要问题》，载〔日〕西原春夫主编：《日本刑事法的形成与特色》，李海东等译，法律出版社、成文堂联合出版1997年版，第24页。

果的行为才是违法的，他为客观构成行为有目的地提供了什么目标设定，他出于什么态度来实施这个目标设定，他在这里承担了什么义务，所有这些都与可能的法益损害一起，决定性地确定了这个构成行为的不法。违法性总是反对一种与确定的行为人有关的构成行为的。不法是与行为人有关的‘人格的’行为的不法。”^① 换言之，不法不只是法益侵害，行为中的目的、心情、义务，所有这些都与可能产生的法益侵害一起决定着行为的不法。不法是关系着行为人的“人的”行为的不法。法益的侵害乃至威胁只不过是人的违法的行为的部分要素，仅用法益侵害绝不能充分说明行为的不法。在此，韦尔策尔把法益侵害或威胁的结果无价值作为行为无价值的判断资料，脱离行为无价值的法益侵害并不具有刑法意义；“纵无法益侵害或其危险，只存在‘行为无价值’亦可处罚”^②。在韦尔策尔看来，刑法的“中心任务”不在于保护法益，而在于保障“正面的社会道德”的行为无价值，例如尊重他人的生命、自由、财产等等；“刑法的首要任务”不是现实的法益保护而是对遵从“符合法律的态度所具有的行动价值”的保障，他同时也看到，“个人法益的保护”就“包含”在对基本的态度价值的优先保护之中了。^③ 他主张，“法益的侵害或者威胁这种结果的无价值，对大部分犯罪来说是本质性的东西，但是，它是人的违法行为的部分要素，仅仅用法益的侵害绝不可能充分地说明行为不法的特征，只有在人的违法行为即行为的无价值之中，才具有刑法的意义。”^④ 随着德国刑法学者的研究和论争逐步深入，在行为无价值论阵营内部形成了不同的流派，上述韦尔策尔的观点被称之为本体论的行为无价值论；韦尔策尔的思想被其弟子们忠实地继承并向前推进到“极端和不能被接受的地步”。根据阿明·考夫曼（Armin Kaufmann）和齐林斯基（Zielinski）的观点，“对于人的不法概念而言，仅行为非价具有重要意义，而破坏法益的结果只被视为客观的可处罚性的条件。”这种目的主义的观点是在“向刑法的社会伦理的根据推进，刑法的社会伦理根据存在于对违法性的个人观点、对其意志决定

① [德] 克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论》，王世洲译，法律出版社2005年版，第211页。

② [日] 川端博：《刑法总论二十五讲》，甘添贵等译，中国政法大学出版社2003年版，第158页。

③ [德] 克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论》，王世洲译，法律出版社2005年版，第25页。

④ 转引自[日] 大塚仁：《刑法概说（总论）》（第三版），冯军译，中国人民大学出版社2003年版，第311页。