



华侨大学
HUAQIAO UNIVERSITY

哲学社会科学文库·法学系列

文库主编：贾益民

客观处罚条件研究

构成要件抑或处罚条件

RESEARCH ON THE OBJECTIVE PUNISHMENT CONDITIONS

Elements of the Offense or Punishment Condition

吴情树 著



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)



华侨大学
HUAQIAO UNIVERSITY

哲学社会科学文库·法

文库主编：贾益民

客观处罚条件研究

构成要件抑或处罚条件

RESEARCH ON THE OBJECTIVE PUNISHMENT CONDITIONS

Elements of the Offense or Punishment Condition

吴情树 著



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

图书在版编目(CIP)数据

客观处罚条件研究：构成要件抑或处罚条件/吴情树著.

—北京：社会科学文献出版社，2015.11

（华侨大学哲学社会科学文库·法学系列）

ISBN 978 - 7 - 5097 - 8033 - 6

I. ①客… II. ①吴… III. ①刑罚 - 处罚 - 条件 - 研究 - 中国 IV. ①D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2015）第 208832 号

华侨大学哲学社会科学文库·法学系列

客观处罚条件研究

——构成要件抑或处罚条件

著 者 / 吴情树

出 版 人 / 谢寿光

项目统筹 / 王 绯 刘 荣

责任编辑 / 赵慧英

出 版 / 社会科学文献出版社·社会政法分社 (010) 59367156

地址：北京市北三环中路甲 29 号院华龙大厦 邮编：100029

网址：www.ssap.com.cn

发 行 / 市场营销中心 (010) 59367081 59367090

读者服务中心 (010) 59367028

印 装 / 北京季蜂印刷有限公司

规 格 / 开 本：787mm × 1092mm 1/16

印 张：17.75 字 数：279 千字

版 次 / 2015 年 11 月第 1 版 2015 年 11 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978 - 7 - 5097 - 8033 - 6

定 价 / 75.00 元

本书如有破损、缺页、装订错误，请与本社读者服务中心联系更换

▲ 版权所有 翻印必究

本书的出版获华侨大学人文社会科学学科高水平论
著专项资助计划和博士科研启动费资助项目的资助。

本书献给父亲吴知说先生和岳母夏宝珍女士

发展哲学社会科学 推动文化传承创新

——《华侨大学哲学社会科学文库》总序

哲学社会科学是研究人的活动和社会历史发展规律、构建人类价值世界和意义世界的科学，是人类文化的核心组成部分，其积极成果有助于提升人的素质、实现人的价值。中国是世界文明古国，拥有丰富的文化历史资源，中华文化的发展是世界文化发展进程中不可或缺的重要一环。因此，努力打造具有中国特色的哲学社会科学，全面继承和发展中华文化，对于推进中华文明乃至世界文明进程具有深远的意义。

当代中国，全面深化改革已经进入关键时期，中国特色社会主义建设迫切需要对社会历史发展规律的科学认识，需要哲学社会科学发挥其认识世界、传承文明、创新理论、资政育人和服务社会的作用。因此，深化文化体制改革、繁荣哲学社会科学，不仅是建设社会主义文化强国、丰富人民精神世界的需要，也是实现中华民族伟大复兴的中国梦的必由之路。中共中央高度重视哲学社会科学在实现中华民族伟大复兴的历史进程中的重要作用，先后出台《中共中央关于进一步繁荣发展哲学社会科学的意见》《中共中央关于深化文化体制改革 推动社会主义文化大发展大繁荣若干重大问题的决定》《中共中央办公厅 国务院办公厅转发〈教育部关于深入推进高等学校哲学社会科学繁荣发展的意见〉的通知》《高等学校哲学社会科学繁荣计划（2011—2020年）》等一系列重要文件，全面部署繁荣哲学社会科学、提升中华文化软实力的各项工作，全面深化教育体制改革，为我国哲学社会科学事业的繁荣和发展创造了前所未有的历史机遇。

高等学校是哲学社会科学研究的重要阵地，高校教师和科研人员是哲学社会科学研究的主要承担者。因此，高校有责任担负起繁荣哲学社会科学

学的使命,激发广大教师和科研人员的科研积极性、主动性和创造性,为哲学社会科学发展提供良好的制度和环境,致力于打造符合国家发展战略和经济社会发展需要的精品力作。

华侨大学是我国著名的华侨高等学府,也是中国面向海外开展华文教育的重要基地,办学55年以来,始终坚持“面向海外、面向港澳台”的办学方针,秉承“为侨服务,传播中华文化”的办学宗旨,贯彻“会通中外,并育德才”的办学理念,坚定不移地走内涵发展之路、特色兴校之路、人才强校之路,全面提升人才培养质量和整体办学水平,致力于建设基础雄厚、特色鲜明、海内外著名的高水平大学。

在这个充满机遇与挑战的历史时期,华侨大学敏锐洞察和把握发展机遇,贯彻落实党的十七大、十七届六中全会、十八大、十八届三中全会、十八届四中全会精神,发挥自身比较优势,大力繁荣哲学社会科学。

一方面,华侨大学扎根侨校土壤,牢记侨校使命,坚持特色发展、内涵发展,其哲学社会科学的发展彰显独特个性。“为侨服务,传播中华文化”是华侨大学的办学宗旨与神圣使命,其办学活动及其成果直接服务于国家侨务工作与地方经济社会发展。为此,华侨大学积极承担涉侨研究,整合、利用优势资源,努力打造具有侨校特色的新型智库,在海外华文教育、侨务理论、侨务政策、海上丝绸之路研究、海外华人社团、侨务公共外交、华商研究、海外宗教文化研究等诸多领域形成具有特色的研究方向,推出了以《华侨华人蓝皮书:华侨华人研究报告》《世界华文教育年鉴》等为代表的一系列标志性成果。

另一方面,华侨大学紧紧抓住国家繁荣哲学社会科学的时代机遇,积极响应教育部繁荣哲学社会科学的任务部署,颁布实施《华侨大学哲学社会科学繁荣计划(2012—2020)》,为今后学校哲学社会科学的发展提供发展纲领与制度保证。该计划明确了学校哲学社会科学发展的战略目标,即紧抓国家繁荣发展哲学社会科学战略机遇,遵循哲学社会科学的发展规律,发挥综合大学和侨校优势,通过若干年努力,使华侨大学哲学社会科学学科方向更加凝练,优势更加突出,特色更加鲜明,平台更加坚实;形成结构合理、素质优良、具有国家竞争力的高水平学术队伍;研究创新能力显著增强,服务国家侨务工作的能力明显提升,服务经济社会发

展的水平不断提高,适应文化建设新要求、推进文化传承创新的作用更加凸显;对外学术交流与合作的领域不断拓展,国际文化对话与传播能力进一步增强。到2020年,力争使华侨大学成为国内外著名的文化传承与知识创新高地,国家侨务工作的核心智库,提供社会服务、解决重大理论和现实问题的重要阵地。

为切实有效落实《华侨大学哲学社会科学繁荣计划(2012—2020)》,学校先后启动了“华侨大学哲学社会科学青年学者成长工程”“华侨大学哲学社会科学学术论文专项资助计划”“华侨大学哲学社会科学学术著作专项资助计划”“华侨大学哲学社会科学百名优秀学者培育计划”“华侨大学人文社会科学研究基地培育与发展计划”五大计划,并制定了相应的文件保证计划的有效实施,切实推进学校哲学社会科学的繁荣发展。

“华侨大学哲学社会科学学术著作专项资助计划”作为《华侨大学哲学社会科学繁荣计划(2012—2020)》的重要配套子计划,旨在产出一批在国内外有较大影响力的高水平原创性研究成果,打造学术精品力作。作为此资助计划的重要成果——《华侨大学哲学社会科学文库》将陆续推出一批具有相当学术参考价值的学术著作。这些著作凝聚着华大文科学者的心力、心气与智慧:他们以现实问题为导向,关注国家经济社会发展;他们以国际视野为基础,不断探索开拓学术研究领域;他们以学术精品为目标,积聚多年的研判与思考。

《华侨大学哲学社会科学文库》按学科门类划分系列,共分为哲学、经济学、法学、教育学、文学、历史学、管理学、艺术学八个系列,内容涵盖哲学、应用经济、法学、国际政治、华商研究、旅游管理、依法治国、中华文化研究、海外华文教育等基础理论与特色研究,其选题紧跟时代问题和人民需求,瞄准学术前沿,致力于解决国家面临的一系列新问题、新困境,其成果直接或间接服务于国家侨务事业和经济社会发展,服务于国家华文教育事业与中华文化软实力的提升。可以说,该文库的打造是华侨大学展示自身哲学社会科学研究力、创造力、价值引领力,服务中国特色社会主义建设事业的一次大胆尝试。

《华侨大学哲学社会科学繁荣计划(2012—2020)》已经实施近两年,经过全校上下的共同努力,华侨大学的文科整体实力正在逐步提升,一大

批高水平研究成果相继问世，一批高级别科研项目和科研成果奖成功获评。作为华侨大学繁荣哲学社会科学的成果，《华侨大学哲学社会科学文库》集中反映了当前华侨大学哲学社会科学的研究水平，充分发挥了优秀学者的示范带动作用，大力展示了青年学者的学术爆发力和创造力，必将鼓励和带动更多的哲学社会科学工作者尤其是青年教师以闽南地区“爱拼才会赢”的精神与斗志，不断营造积极向上、勇攀高峰的学术氛围，努力打造更多造福于国家与人民的精品力作。

当然，由于华侨大学面临的历史和现实等主客观因素的限制以及华大哲学社会科学工作者研究视野与学术积累的局限性，《华侨大学哲学社会科学文库》在研究水平、研究方法等方面难免存在不足之处，我们在此真诚地恳请各位读者批评指正。

最后，让我们共同期待《华侨大学哲学社会科学文库》付梓，为即将迎来 55 岁华诞的华侨大学献礼！让我们一起祝福华侨大学哲学社会科学事业蒸蒸日上！让我们以更大的决心、更宽广的视野、更精心的设计、更有效的措施、更优质的服务，培育华大社科的繁花硕果，以点滴江河的态势，加速推进华侨大学建设成基础雄厚、特色鲜明、海内外著名的高水平大学，更好地服务海外华侨华人，支持国家侨务工作，配合国家发展战略！

华侨大学校长、教授、博士生导师 贾益民

2015 年 4 月 28 日于华园

序

王政勋*

吴情树博士的学位论文《客观处罚条件研究——构成要件抑或处罚条件》即将付梓，他嘱我作序，我欣然从命。

和吴情树相识于1996年9月。当时我在西北政法大学读刑法学研究生，由于已经做好毕业后留校任教的打算，我的导师张瑞幸教授让我提前参加教研室的活动并开始承担教学任务。在1996年上半年先给大专班上了一学期“刑法总论”被认为合格后，下半年开始给本科生上刑法课，这样，吴情树就成了听我讲授刑法学的第一届本科生。那次上课对我是个挑战，第一次系统地上本科生的课，心里不免惴惴，但也格外认真；由于当时的身份也是学生，和同学们可能有更多共同话题，和他们课外的交往也就比较多，因而我的表现还是得到了他们班的认可。当时吴情树总是坐在第一排，听讲时聚精会神，论辩时言辞滔滔，课后经常用带着闽南口音的普通话和我探讨问题，他弥漫的活力、洋溢的热情、清澈明亮的目光，都给我留下了深刻印象。

后来，他就下定了以刑法学研究作为安身立命之本的决心。毕业那年，他考本校刑法学研究生时，由于英语考试马失前蹄，他不得不在西安滞留一年，那时我已经正式留校，和他有了更多的交往。在我看来，他对学术事业有天生的执着，对刑法问题有很高的悟性，活力四射而“上蹿下跳”，热情开朗而顾盼生辉，如果他能投身于刑法学研究，日后必有大成。果然，2000年他在中国人民大学研究生考试中蟾宫折桂；去华侨大

* 西北政法大学教授，刑事法学院院长，博士生导师。

学工作几年后，他再次在武汉大学博士研究生考试中雁塔题名。那时中国人民大学、武汉大学的刑法学科实为中国刑法学“江湖”的少林武当，高老师、马老师同为学界的泰山北斗，能够得到高老师、马老师的亲炙，能得到冯军教授、黄京平教授、莫洪宪教授、吴振兴教授等众多名家的耳提面命，情树何其幸也！

记得2000年春天从中国人民大学面试回来，情树告诉我，当时复试考题中有一道是“论滥用职权罪的主观罪过”。关于该问题，当时理论界的观点可以说是五花八门。有人认为只能是间接故意，有人认为只能是过失，有人认为包括过失和间接故意，有人认为既可能是故意，也可能是过失，还有人认为滥用职权罪的责任形式是故意，包括直接故意和间接故意。^① 79刑法中本没有滥用职权罪，97刑法增设该罪名后将其与玩忽职守罪规定在同一条文，两罪的罪状表述、法定刑完全相同，但玩忽职守罪本来是，一直是且明显是过失犯罪，而“滥用职权”的文字表述显然提示其为故意行为，这就产生了刑法理论和立法实践的矛盾。所以，在97刑法颁布后的一段时间内，理论界对滥用职权罪虽然用力颇深，但是受既有框架的遮蔽，该问题一直让人头疼不已。我虽然已经记不清情树当时是怎么回答的了，只记得他说他的回答还是得到老师们的首肯而获得了高分，但是我想，这个问题在此后数年里应当一直萦绕在情树的脑畔，这也许就是他后来确定以“客观处罚条件”作为博士学位论文选题的缘由。

“客观处罚条件”本为德、日刑法学中的理论范畴，79刑法时代我国刑法学界对其并未关注。97刑法增设了滥用职权罪、丢失枪支不报罪等让刑法学界一筹莫展的罪名后，张明楷教授通过对该理论资源的创造性引进，提出了“客观的超过要素”的概念，从而使该类问题得到了较好的解释。此后学术界开始关注、探讨“客观处罚条件”的问题。随着此后外国刑法理论资源越来越多地为国内学界所熟悉，“客观处罚条件”理论得到更多的重视，这方面的论述越来越多，学者们的思考也越来越深入，但还是没有对“客观处罚条件”的全面思考和系统研究。在这种情况下，

^① 参见赵秉志主编《刑法学各论研究述评（1978～2008）》，北京师范大学出版社，2009，第701页以下。

情树以此为博士论文选题，并且成为域内关注该问题的第一篇博士论文，不是很有价值吗？

对本书的内容、观点、方法，我不再多说，读者自会评判，相信读者在阅读中会和情树共同走过一道深刻而又博大、艰辛而又陶醉、柳暗花明处豁然开朗、峰回路转时欣然忘食的学术之旅；我也从本书中再次感受到了情树对刑法的悟性、对学术的敏锐，感受到情树扎实的学术功底、开阔的学术视野，并为他这些年来的进步深感欣慰。

“客观处罚条件”本为德、日三阶层式犯罪论体系中的概念，引入我国后可能面临着两个方面的“水土不服”。一是和传统的四要件理论的匹配，一是和我国刑法立法的契合。关于第一点，在我看来也许是无解之题，就像期待可能性理论无法在四要件理论中找到位置、犯罪的定量因素游离于四要件之外一样，对客观处罚条件的论述应当也只能在三阶层体系的框架内进行。对于第二点，以三阶层理论阐释中国刑法并无任何障碍，但外国学者的论述是基于各自国家的立法文本和法律实践提出的，其中虽有共性，一些具体论述却也可能不符合我国的立法规定。如目前德日刑法学中区分正犯与共犯的通说是行为支配理论，以构成要件论为基础限制的正犯概念已经被弃置。之所以如此，是因为有组织犯罪中组织者的行为并不该当于构成要件，但事理上却不应将其认定为具有从属性的共犯且从宽处罚，为了解决这一难题，他们才提出了行为支配理论，从而使得对组织犯的处罚罪刑相当。但我国刑法规定了组织犯及其处罚原则；在我国由于长期忽视构成要件的定型性，四要件理论成为“没有构成要件”的犯罪论体系，因此目前应当特别强调构成要件的价值，所以对于正犯和共犯的区分，仍应采用基于构成要件论的限制的正犯概念，而不宜采用行为支配学说。所以，在以三阶层理论解释中国刑法时，套用一句老话，如何“将普遍理论和中国实际相结合”，仍然是刑法学研究中的一个难题。在研究客观处罚条件时情况也是如此。该概念具有强大的解释力，但我国刑法中的规定，哪些是构成要件要素，哪些是客观处罚条件，区分的标准是什么，也许还值得进一步深入研究。

在本书第四章“客观处罚条件关系论”之第二节“客观处罚条件与危害结果”中，情树较为圆满地回答了滥用职权罪的主观罪过问题。紫

绕十余年的难题得到解决，固然可喜可贺，但更难得的是他在引进外国刑法学说时既不胶柱鼓瑟，也未食洋不化，而是立足于中国的立场、解决中国的问题，这是尤其值得赞赏的。

情树的法律博客很有影响，情树在学生中很有威信，情树在司法实务领域在不断开拓。我希望他能够在这几个方面——特别是在学术研究领域——都大有作为，以无愧于时代，无愧于自己的大好人生！

王政勋

2015年4月5日于西安

内容摘要

客观处罚条件是德国、日本以及我国台湾等大陆法系国家和地区刑法中一种特殊的立法现象。在客观处罚条件的性质和定位上，学者们的分歧是很明显的。例如，在德国，一般认为，所谓的客观处罚条件，指的是某些不属于犯罪构成要件的犯罪行为特征，其成立是犯罪可罚的前提条件；客观处罚条件通常因刑事政策学上的考量而从不法、有责体系中分离出来，独立于构成要件之外，虽不是故意的认识内容，但仍属于犯罪论的范畴。在日本，为了保证犯罪成立条件的纯洁性和犯罪论体系内部的协调以及贯彻责任主义原则，大多数学者认为，客观处罚条件因不属于不法和责任要素而与犯罪成立无关，仅仅是刑罚权发动的条件之一，是发动国家刑罚权的一个例外条件，属于刑罚论的范畴。

本书认为，在客观处罚条件的性质和定位上，要根据条件与违法性的关联程度以及是否为违法性提供实质性根据，将其区分为纯正的客观处罚条件和不纯正的客观处罚条件。前者是立法者针对司法人员特别设置的刑罚权发动条件，是一种裁判规范，与责任主义无关，不需要行为人主观上能够认识；而后者是影响犯罪是否成立的实体性要素，可以还原为构成要件的定型要素、违法性要素，甚至责任要素，这些客观处罚条件仍然需要行为人主观上的认识，仍属于故意规制的内容，并不违背责任主义原则。但不同于一般类型性的违法要素，不需要行为人的意志因素。客观处罚条件具有立法和司法上的机能，是刑事政策的立法体现，也是保证法秩序统一性的要求，可以有效地控制犯罪成立的范围和刑罚权的发动。

我国刑法中存在仅影响刑罚权发动的客观处罚条件，但不存在成立犯罪要素意义上的客观处罚条件，其本质上属于客观构成要件要素，但与一

般的客观构成要件要素不同，行为人主观上对这些要素仍需要认识，但缺乏意志支配因素，所以，可以称之为客观超过要素。我国刑法中的罪量因素大多属于客观超过要素，而不是客观处罚条件。

关键词：客观处罚条件；犯罪论体系；客观超过要素

Abstract

Objective punishment conditions are special legislations in continental law areas such as Japan, German and Taiwan of China. As for the legal nature of objective punishment conditions, the scholars of German, Japan and Taiwan of China have their views apparently differed from each other. In German, objective punishment conditions refer to some criminal act features as the prerequisite of crime punishment but do not belong to criminal constitutive requirements. The objective punishment conditions are excluded from criminal constitutive requirements in the consideration of criminal policy, independent to criminal constitutive requirements, so they are not the content that should be recognized by intention, but they are still categorized into criminal theories. In Japan, in order to ensure the internal purity of criminal constitutive requirement system, the coordination of crime theory system and the implementation of the liability principle, most scholars believe that objective punishment conditions are in the category of penalties and do not belong to the realm of crime requirements, just one of the terms that trigger punishment as the exception for the country to punish.

As for its nature and positioning, this dissertation argues that, objective punishment conditions can be divided into two types: pure objective punishment conditions and non-pure punishment conditions according to its association with the illegality and whether it can provide substantive illegality. The former one, especially designed by lawmakers for the judicial workers as the conditions for the launch of punishment, is a referee norm, having nothing to do with re-

sponsibility doctrine, not requiring the subjective recognition. While the later one has its substantial impact on the constitution of crime, and can be categorized as the stereotype elements, elements of illegality and even elements of responsibility. These ones require the subjective recognition, in accordance with the principle of liability, thus are the content of criminal intent. But unlike the general type of illegal elements, these ones do not require the will factor. Objective punishment conditions have the legislative and judicial functions, not only are the reflection of the criminal policy, the insurance of the unity of the legal order, but also the effective way to control the scope of crime constitution and the launch of criminal punishment.

In China's criminal law, there only exists one type of objective punishment conditions which affect the right to launch penalties, and has no place for the other type which concern with the crime constitution. This type actually is called the objective exceeding factors which require the subjective recognition but the will factor, thus distinguished from the ordinary objective elements. Therefore, the crime amount factors in the criminal law are actually objective exceeding factors rather than objective punishment conditions.

Key Words: Objective punishment conditions; Crime theory system; Objective exceeding factors.

目 录

导 论	1
一 选题的缘起	1
二 选题的研究状况	3
三 选题的目的与意义	11
四 选题的思路与研究方法	12
第一章 客观处罚条件基础论	16
第一节 客观处罚条件的语义界定	16
一 客观处罚条件的用语表达	17
二 客观处罚条件的概念内涵	19
第二节 客观处罚条件的理论概览	24
一 客观处罚条件的产生背景	25
二 客观处罚条件的理论演进	27
第三节 客观处罚条件的法律特征	35
一 客观处罚条件具有客观性与超过性	35
二 客观处罚条件具有实体性与法定性	36
三 客观处罚条件具有非专属性与不确定性	37
第四节 客观处罚条件的立法介评	39
一 德国刑法中的客观处罚条件	40
二 日本刑法中的客观处罚条件	42
三 我国台湾刑法中的客观处罚条件	43
本章小结	48