



中国法学会后期资助项目文丛

BOOK SERIES FUNDED BY CHINA LAW SOCIETY

德国刑法教义学上的 客观处罚条件

The Objective Conditions of Punishment
in German Criminal Law Dogmatics

王钰◎著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



中国法学会后期资助项目文丛

BOOK SERIES FUNDED BY CHINA LAW SOCIETY

德国刑法教义学上的 客观处罚条件

The Objective Conditions of Punishment
in German Criminal Law Dogmatics

王钰◎著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

德国刑法教义学上的客观处罚条件/王钰著. —北京:法律出版社,2016.11

ISBN 978-7-5197-0218-2

I. ①德… II. ①王… III. ①刑罚—研究—德国
IV. ①D951.64

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第257300号

德国刑法教义学上的客观处罚条件

王钰著

责任编辑 黄倩倩
装帧设计 李瞻

© 法律出版社·中国

开本 720毫米×960毫米 1/16

版本 2016年11月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

责任校对 王沁陶

印刷 固安华明印业有限公司

印张 14.5 字数 184千

印次 2016年11月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5197-0218-2

定价:45.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编 辑 委 员 会

顾 问：王乐泉
主 任：陈冀平
副 主 任：鲍绍坤 张鸣起 张文显（常务） 王其江 张苏军
委 员：（按姓名拼音排序）
卞建林 蔡守秋 陈卫东 陈兴良 陈泽宪 付子堂
公丕祥 韩大元 何勤华 胡建淼 黄 进 怀效锋
贾 宇 李 浩 李 林 李 龙 李明德 李仕春
梁慧星 林 嘉 刘春田 马怀德 莫纪宏 沈国明
沈四宝 孙宪忠 王利明 王振民 吴汉东 吴志攀
应松年 赵秉志 赵旭东 郑成良 张庆福 张守文
张卫平 张新宝 朱孝清 朱 勇

编辑部主任：李仕春

编辑部副主任：李存捧 彭 伶 张 涛

编 辑：孙立军

中国法学会后期资助项目文丛

出版说明

为进一步落实中央《关于加强中国特色新型智库建设的意见》，充分发挥中国法学会作为党和政府联系法学法律界桥梁和纽带的作用，着力实现中国法学会作为国家法治建设领域核心智库的发展目标，为专家学者开展法学研究和成果转化提供支持，不断丰富和发展中国特色社会主义法治理论体系，中国法学会特决定设立后期资助项目，对具有重要理论和实践价值的优秀法学研究成果予以后期资助，纳入“中国法学会后期资助项目文丛”出版。2015年下半年后期资助项目经由21人组成的评审委员会的评审，14项申报成果获得立项，现予以统一出版。今后每年我们将评选确定一定数量的后期资助项目并予以出版。

中国法学会

2016年9月

序 言

王钰博士的北京大学法学博士学位论文《德国刑法教义学中的客观处罚条件》改编成书，即将由法律出版社正式出版，作者嘱我为之作序，作为她的论文指导导师，我义不容辞，当即欣然允之。

客观处罚条件一般是指虽与行为直接相关，却又既不属于不法构成要件，也不属于责任构成要件，而是处于不法构成要件之外的一种影响行为刑事可罚性的犯罪成立条件。但是，客观处罚条件是否确实是不法中立的犯罪成立条件，还是不法相关的犯罪成立条件，抑或根本就不存在所谓的客观处罚条件，以及由此决定的犯罪论体系构造，一直是德国刑法教义学一个世纪以来聚讼最为严重的议题之一。我国刑法学界近年来亦开始研究这个概念与理论。我本人对客观处罚条件的关注，始于发表在《清华法学》2009年第2期的《责任主义原则及其例外——立足于客观处罚条件的考察》一文。在这篇文章中，我认为客观处罚条件产生之初旨在作为刑罚限制事由而限制犯罪成立范围，但是由于客观处罚条件不受构成要件故意规制机能的约束，本来作为刑罚限制事由的客观处罚条件，可能由刑罚限制事由异化为刑罚扩张事由。我甚至认为，在构成要件之外规定客观处罚条件，或许是立法者为减轻控方的犯意证明责任、扩大刑事归责范围而刻意运用的一种立法策略。如此一来，就会引发将客观处罚条件是否违反责任主义原则，甚至是否违宪的学说争论。但是，由于缺乏对德国立法规定、

判例见解的全面了解以及德国刑法教义学中客观处罚条件学术发展史的具体把握,我自知我的结论难免有相当的主观臆断成分。因此,该文发表不久后,在全面探寻客观处罚条件的立法、判例与学术发展脉络这一强烈学术兴趣的驱使下,考虑到王钰即将赴德国留学,我萌生了让她以德国刑法中的客观处罚条件为博士论文选题的想法。经过我们之间的充分交流,她欣然接受了我的建议,确定以“德国刑法教义学中的客观处罚条件”作为其博士学位论文选题。

在随后留学慕尼黑大学、师从许乃曼教授学习德国刑法学的几年间,王钰搜集、阅读、整理、梳理了德国刑事立法、刑事判例与德国刑法教义学一个世纪以来关于客观处罚条件的主要原始文献,对客观处罚条件在德国刑事立法、判例与德国刑法学说中的起源和发展进行了学术史的全面考察和条分缕析。在此基础上,她重点关注和评析了德国学者对作为问题焦点的客观处罚条件的不法属性及其与罪责原则的关系,将德国同行对于客观处罚条件的定位归纳为三种类型,即允许不法中立的客观处罚条件存在、允许与不法相关的客观处罚条件存在以及完全拒绝客观处罚条件存在。王钰体系性地梳理了德国责任理论,从传统罪责理论,到社会罪责理论,再到功能责任理论的变迁,对德国刑法教义学处理责任原则与客观处罚条件内在紧张性的各种观点进行了评说,并得出重要结论:德国刑法教义学总体上呈现限缩客观处罚条件适用空间的发展趋向,罪责原则容许不法中立的客观处罚条件存在,运用“减除法”可以区分罪责原则容许的不法中立的客观处罚条件与罪责原则排斥的不法相关的客观处罚条件。王钰批判了德国刑法教义学少数派观点对于不法相关的客观处罚条件的认可,认为这种观点仅仅出于刑事政策必要性的考虑就无视罪责原则,不仅对于不法相关的客观处罚条件到底是被看作罪责原则的例外,还是被看作提升预防刑法功能的工具,没有给出一个清晰的答案,而且也没有给出一个承

认罪责原则例外的明确标准，因为牺牲罪责原则可能破坏刑法为保障个人自由与保护社会所必需的平衡。王钰对德国刑法教义学少数派观点的批判，实际上也蕴含着对本人初步观点的批判。因为按照我以前的浅见，客观处罚条件是立法者根据某种刑法以外的目的，设定例外地设置的犯罪成立要素，当其由刑罚限制事由异化为刑罚扩张事由后，就构成了对责任主义原则的例外。现代刑法作为责任主义刑法具有相对性，考虑到风险社会的公共政策需要与现代刑法体系的功能主义转向，这一例外具有其合理根据。结合王钰对德国刑法教义学客观处罚条件的学术史的描述与分析，我的上述判断与看法似乎还有进一步斟酌、推敲的余地。

我国与德国的刑法规定、刑法体系存在重大差异。因此，中国刑法学对客观处罚条件的学术关注，不仅需要对我国刑法是否存在类似客观处罚条件的规定进行事实认定，还需要根据责任主义原则对可能存在的客观处罚条件进行价值判断；不仅需要在立法论范畴内斟酌是否可以出于刑法以外的目的设定（特别是风险社会控制法所不容许的危险这类公共政策考量）允许立法者将客观处罚条件作为责任主义原则的例外，规定为构成要件之外的决定犯罪成立的实体性要素，还需要在解释论的范畴内对其不法属性、体系定位、刑法机能等一系列问题进行刑法教义分析。王钰对我国学者展开的客观处罚条件研究进行了梳理与评析，对刘士新教授在维持我国传统犯罪构成理论体系框架内引进客观处罚条件概念的观点，我本人在阶层犯罪论体系框架内提出的作为责任主义原则例外的客观处罚条件说，张明楷教授原创的超过的客观要素说，黎宏教授坚持的客观处罚条件否定说，周光权教授提出的内在的客观处罚条件与外在的客观处罚条件区别说，分别进行了十分犀利而有针对性的批判。就对我本人观点的批判而言，她正确地指出了我对罗克辛所称的“刑法以外的目的设定”的误解，这是我期待和接受的学术批评。此外，我曾经以为罗克辛倡导的以预防必要性为内涵的机能主义罪责理论，于我国责任理论与犯罪论体系的建构可

能过于遥远。而我现在则认为,机能主义的罪责理论完全可以内嵌到我国罪责理论与犯罪论体系构建之中。缺乏预防必要性可以排除罪责,缺乏罪责当然亦不能因预防的需要而予以刑事归责。但在如何结合中国刑法的具体规定,特别是中国特色的罪量规定,理解并贯彻机能主义的罪责理论方面,还需要进一步审慎地研究。

王钰最后探讨了中国刑法中的罪量规定与客观处罚条件,认为我国刑法中的罪量要素并非客观处罚条件,而是不法构成要件要素或者排除责任事由。因此,无论是从彻底贯彻责任主义原则的自由刑法思想出发,还是从我国刑法的具体规定出发,都不应当承认与不法相关的客观处罚条件的存在。建构我国阶层犯罪论,并不需要在构成要件、违法与责任之外,将客观处罚条件作为犯罪成立的第四要件,更不应当承认存在着位于犯罪构造体系之外的客观处罚条件。虽然我至今仍然肯定客观处罚条件在中国刑法中的例外存在以及责任主义原则的相对性,但是我也曾明确指出,既不能借口“但书”规定与罪量要素不适合阶层犯罪论体系就轻言予以废止,也不能简单地将其归入与不法和责任无关的客观处罚条件。正视中国刑法中的罪量要素,正确认识其出入罪功能,适当安排其体系性位置,是阶层犯罪论体系本土化、中国化必须回答和解决的重大问题。这一基本立场与王钰的研究结论具有内在的一致性。因此,王钰的研究不仅对我个人的学术关注具有释疑解惑、学术纠偏的作用,而且对中国学者客观全面地把握客观处罚条件理论,根据中国刑法的具体规定,推动中国阶层犯罪论体系建构和刑法知识转型,具有重要的学术参考价值。

总之,王钰博士的《德国刑法教义学中的客观处罚条件》对于德国刑事立法、判例与刑法学术中客观处罚条件的学术史考察,不仅为我们全面把握客观处罚条件的源流、发展和趋向提供了丰富的学术资源,具有重大的知识增量价值,而且对于正确认识我国刑法中可能存在的客观处罚条件,特别是适当把握罪量要素的体系定位与刑法机能,建构本土化与中国

化的阶层犯罪论体系，具有重要的学术参考价值。尽管内容本身还存在着话语转换、结构安排特别是对中国问题展开力度等方面的些许不足，但瑕不掩瑜，这无疑是研究客观处罚条件与责任理论难得一见的力作。因此，作为她的论文指导老师，特此向读者朋友郑重推荐本书。

是为序！

梁根林

2016年11月1日于北京大学法学院陈明楼工作室

目 录

Contents

第一章 客观处罚条件在德国刑法立法及判例上的起源·····	1
一、引言·····	1
二、刑法分则中客观处罚条件的立法及判例发展史·····	4
第二章 客观处罚条件在德国刑法学说中的产生和发展·····	39
一、学说中客观处罚条件的产生历史·····	39
二、战后德国刑法教义学中客观处罚条件的发展·····	69
第三章 罪责原则观念下的客观处罚条件·····	80
一、传统的罪责概念·····	81
二、社会罪责理论·····	85
三、功能罪责概念·····	88
四、罪责原则下的客观处罚条件·····	103
第四章 客观处罚条件和诉讼条件的区分·····	120
一、问题的提出·····	120
二、诉讼条件学说·····	121
三、一元论观点（Binder，Hellmuth Mayer）·····	125

四、二元论观点	127
第五章 德国刑法分则中的客观处罚条件	139
一、参与斗殴罪中的“严重结果”（《德国刑法典》第231条）	139
二、昏醉罪中的“违法行为”（《德国刑法典》第323a条）	149
三、诽谤罪中的“不能证明真实性”（《德国刑法典》 第186条）	161
四、破产罪中的“停止支付、开始破产程序”（《德国刑法典》 第383条以下）	169
第六章 中国刑法语境下对客观处罚条件的研究	178
一、我国刑法中与德国刑法含客观处罚条件条文对应或相近罪名	178
二、我国学者对客观处罚条件的研究	184
三、罪量因素与客观处罚条件	192
四、结论	200
参考文献	205

第一章 客观处罚条件在德国刑法立法及判例上的起源

一、引言

客观处罚条件（die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit）是德国教义学通说所承认的一种犯罪成立实质要素。但是围绕这个概念展开的讨论和批评一直持续了上百年，可以说几乎没有一个刑法学概念像客观处罚条件这样充满争议的。对于此概念的怀疑之深以致有人质问是否真正有此种要素存在。比如，Bemmann 就从根本上否定有客观处罚条件的存在，^①他认为，那些人们认为是客观处罚条件的要素实际上不是构成要件要素就是刑事诉讼条件。^②但是，Bemmann 的观点并没有得到多少认同，大多数人还是认为，客观处罚条件是存在的。但是当涉及将客观处罚条件与其他相近的法概念相区分的问题时，主流观点便集体缄默了。然而，这个问题是如此重要而无法回避，因为如果不能区分客观处罚条件与构成要件要素或诉讼条件，就无法说明客观处罚条件存在的合理性。

一种观点认为客观处罚条件与构成要件要素的区别在于，构成要件要素应该规定实质的不法，因此应该被罪责所包含。但实际上实质的犯罪概念是非常模糊，有很大解释余地的。比如，有人认为实质意义上的犯罪就

^① Bemman, Bedingungen, S. 56.

^② Bemman, Bedingungen, S. 32, 35, 40, 42, 45, 51.

是对法和道德进行的不可忍受的破坏。^①所以,这个标准无助于区分客观处罚条件和构成要件要素,必须寻找其他的区分标志。

Stratenwerth 进而给出了这样的区分标准,即确定一个要素是属于可罚性还是需罚性。^②如果被归到可罚性一类中去,则是构成要件要素;如果表明是需罚性要素,则就被列为客观处罚条件。

但是 Baumann 指出,^③当需罚性被否定时,可罚性本身也受到质问。另外,当人们按照主流观点来理解犯罪概念时,在可罚性之外根本就没有需罚性存在的空间。因为犯罪,也就是可罚性行为,即对伦理基本规范的不可忍受的违反,在“不可忍受”一词中需罚性的观念已经被一并考虑过了。

当人们将客观处罚条件再与刑事诉讼条件相比较时,客观处罚条件轮廓的模糊性又再次显现。一个普遍适用的区分规则一直没有被提出。人们仅能就一点达成共识,那就是当缺乏客观处罚条件时,被告人应该被无罪释放,而欠缺刑事诉讼条件时,诉讼程序应被中止。

Arthur Kaufmann 基于所谓的客观处罚条件的不法中立性进而认为,凡是没有构成不法的,也不能导致刑罚,如果客观处罚条件没有对不法做出贡献,那他就与刑事诉讼条件无异了。^④

其他的反对客观处罚条件的观点是基于罪责原则提出的。罪责原则是这样表述的:行为人只能因为客观的危害社会的应该受到责难的行为而被处罚,也就是说罪责必须涵盖所有行为的不法内容。当行为人尽管是有罪责能力并且能够认识到其行为的不法性时,却故意或者在法定情况下过失得行为,是应受责难的。^⑤

① H. Mayer, Strafrecht 1936, S. 71 ff., Strafrecht 1953, S. 54 f.

② ZStW 71, 565 ff.

③ Strafrecht, S. 473.

④ Schuldprinzip, S. 249.

⑤ Schönke-Schröder 14, Rn. 79 ff. vor § 51.

罪责原则不仅决定是否处罚,也对量刑产生作用,在本书中使用的罪责原则仅在第一个意义上使用,即只与罪责的构成功能有关而与其限制功能无关。所以,问题在于厘清在罪责原则的观点下客观处罚条件作为刑罚联结点的难题。

今天德国占统治地位的学说认为,当不法要件和罪责一致时,通过客观处罚条件对罪责原则的限制便不存在。在不法中立的要件和罪责之间不需要这样的限制关系存在,因为罪责只需要覆盖到不法要件而已。这样,主流观点便认为客观处罚条件有限制刑罚的本质。出于刑罚经济的原则,国家放弃了对有责违法行为的刑罚请求权。

该统一客观处罚条件与罪责原则的学说以前者为刑罚限制事由的主张为根据,但是该主张是否正确,必须回溯到历史上的学术观点上来考证:客观处罚条件是否是作为刑罚限制事由产生的?为什么这一概念被设立?它是基于学理上还是在刑事政策的考量被应用的?是否此概念的模糊性从始至终都存在?如果上述问题能被回答,那么可能客观处罚条件概念模糊的问题就可以从它的发生发展史上找到答案。

本书试图将客观处罚条件的产生历史通过其在刑法分则条文中的表现勾画出来。首先从1851年《普鲁士刑法典》第89条以及1871年《帝国刑法典》第113条反抗国家权力罪出发,并通过大量的判例指出该规定结合的刑事政策方面的考量。通过客观的对涉及该条的案例及学说分析才能真正做到,在对客观处罚条件还不了解的情况下,创除先入为主的观念进入对这个问题的研究。通过这个过程,才有可能将该法律概念以后将具有的实际功能发现并提取出来。选择反抗国家权力罪^①置于开头,是因为它被作为客观处罚条件的典范看待。之后再依次研究被接受有客观处罚条件存在的分则条文,如斗殴罪、破产罪和诽谤罪。

^① 现行《德国刑法典》第113条“反抗执行官员罪”的前身。

在第一部分结束后,是本书研究的另一个重要段落,即刑法理论总则部分对分则条款特殊要求的反应。该部分对刑法理论上客观处罚条件的产生历史进行了梳理。这个部分主要概括的总结了历史上的主流学说,他们首先都分析了一个问题,即客观处罚条件的产生和贯彻出于哪方面的考虑。学者们试图通过各种释义上的新尝试来解决客观处罚条件的问题,在这期间很多新概念被提出。不管他们是否能够在理论上最终解决客观处罚条件的尴尬局面,这个过程对客观处罚条件在教义学上的发展是起了促进作用的。

二、刑法分则中客观处罚条件的立法及判例发展史

(一) 反抗国家权力罪

1. 《普鲁士刑法典》第 89 条在普鲁士最高法院的判例中

《普鲁士刑法典》第 89 条规定:

“对被任命实施法律或者行政机关的命令或决定或者法院的判决或决定的正在执行公务的公职人员进行攻击,或者通过暴力或威胁反抗的,处 40 天到 2 年的监狱刑。”

因为《普鲁士刑法典》第 89 条并没有规定公务行为需要具有合法性,所以,后来在《帝国刑法典》第 113 条中出现的疑难问题,即公务行为是否应该合法,在该条中并没能以同样的方式出现。但是如果最高法院认为一个违法的行为不是公务行为的话,那在第 113 条中被提出的问题将会同样存在于第 89 条。那么,对于行政行为合法性的认识错误即对于要件“职务行为”的认识错误。该认识错误根据《普鲁士刑法典》第 44 条将会排除故意从而也将排除刑罚。在普鲁士刑法的规定中并看不出一个在主观方面加入的刑事政策的考量,因为最高法院并没有将合法性作为存在职务行为的前提来解释,相反,它对于职务行为的解释却相当宽泛。

普鲁士最高法院认为,当一个行为在职务人员的职权范围内,但该职务人员出于过失或者没有足够的理由实施而导致违法的情况下,职务行为还是存在的。^①所以,只要当职务人员有职权,缺乏法律规定的扣押行为也是职务行为。^②法院认为,“这种过失无论是主观上还是客观上都不能因为由于过失实施而失去了其职务性特征,并转变成独断行为”。^③相应地,对于违反法律的职务行为的反抗,根据以上法律意见是应该处罚的,因为主要考虑到职务人员的行为大体还是在其职务范围内的,其职务行为的性质是被肯定的。

但是自从最高法院 1867 年的一份判决起,法院的裁判意见发生了转变。在此判决中“职务行为合法性”这一问题第一次从行为人的角度被审视。法院认为:“上诉法官没有犯法律性的错误,当他否定反抗一个不合法的由自我授权的公职人员进行的逮捕是可罚的。”^④该判决也为后面的帝国法院援引刑事政策的理由开了先河。

最高法院在后来一系列的判决中都采用了这个观点:当公务员对他的实施行为没有合法依据时,职务行为是不存在的。^⑤当一个公务员纯粹出于个人敏感和仇恨而没有合法依据的扣押公民,这个扣押行为就不再是职务行为了。^⑥当公职人员超出地域的行使职权时,这也不是职务行为,因此第 89 条不能适用。^⑦

可以看出,普鲁士最高法院虽然还是喜欢将职务行为做扩大解释,但是并不认为每个在执行公务期间所做的行为都是职务行为。关于要件“职

① OTr in GA 5, S. 36 (31. 5. 1854), Oppenhoff Rspr. 8, 145, 150 (1. 3. 1867).

② OTr in GA 6, S. 416.

③ OTr in GA 6, S. 417.

④ GA 5, S. 36.

⑤ GA 4, 243 (7. 12. 1855).

⑥ GA 10, 641, S. 642 (13. 2. 1862).

⑦ Oppenhoff Rspr. 3, 134 ff. (20.11.1862).