


◎ 白洁 著

刑法中的 客观处罚条件研究




 群众出版社

刑法中的客观处罚条件研究

白 洁 著

群众出版社

·北京·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法中的客观处罚条件研究/白洁著. —北京: 群众出版社, 2017. 5

ISBN 978-7-5014-5692-5

I. ①刑… II. ①白… III. ①刑罚—处罚—条件—研究—中国
IV. ①D924.134

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 094670 号

刑法中的客观处罚条件研究

白洁著

出版发行: 群众出版社

地 址: 北京市丰台区方庄芳星园三区 15 号楼

邮政编码: 100078

经 销: 新华书店

印 刷: 三河市书文印刷有限公司

版 次: 2017 年 8 月第 1 版

印 次: 2017 年 8 月第 1 次

印 张: 19.25

开 本: 787 毫米×1092 毫米 1/16

字 数: 266 千字

书 号: ISBN 978-7-5014-5692-5

定 价: 65.00 元

网 址: www.qzCBS.com

电子邮箱: qzCBS@sohu.com

营销中心电话: 010-83903254

读者服务部电话 (门市): 010-83903257

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010-83903253

综合分社电话: 010-83901870

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换
版权所有 侵权必究

前 言

学界一直在探讨关于客观处罚条件的相关问题，到底是将其还原到犯罪论体系内部的违法性要素，还是将其作为犯罪体系内独立的范畴来引进，抑或是因其单纯的刑罚限制事由属于刑罚论的内容从而与犯罪论无关，值得探讨。客观处罚条件的适用原则必须建立在对该要素的正确定位之上。倘若对客观处罚条件的定位失当，将本来属于构成要件要素的条件当作不需要认识或预见的纯粹政策性事由或者相反，都将导致犯罪论体系上的混乱以及与责任主义原则的冲突。在客观处罚条件概念定位不明的情形下，争论客观处罚条件在具体犯罪中的适用，大概只会一错再错。故理顺当前客观处罚条件的归属定位，将研究重心放到客观处罚条件的存废上来，是进一步讨论其他问题的重要前提。

客观处罚条件的概念与违法性要素及构成要件要素、处罚阻却事由此消彼长，极易混淆。对客观处罚条件进行定位的主要功能在于合理地确定其在犯罪论体系中的地位，以达到体系的一致性。我国对于客观处罚条件的学说主要分为违法性要素说、独立犯罪范畴说和纯粹客观处罚条件说三种。实际上，在现行刑法理论体系下，是否需要再创设新的犯罪要素，值得探讨。运用刑法解释学对现行的犯罪论体系进行解释，进而找到客观处罚条件的正确判断标准和定位无疑是一条正确的道路。

在我国，对于客观处罚条件还没有形成通说或存在一方具有压倒性优势的观点。但是对于仅从字面意思来理解客观处罚条件的定义进而对其进行定位的判断未免过于形式化，必须结合犯罪论体系、责任主义原则等来进一步解释判断客观处罚条件。故正确的判断标准为实质性的判

断标准。在我国，该观点和标准已初见端倪，但学界既未翔实地论证，也未提供在此标准之下的客观处罚条件与犯罪论体系和责任主义原则的关系，亦未就具体罪名进行深入剖析。客观处罚条件属于独立的犯罪范畴，其完全处于犯罪论体系之内，不属于典型的、一般的构成要件要素，但是可以还原到违法性之中，它并不为行为的违法性提供根据，不需要行为人的主观认识，即可起到限制处罚的作用。总之，客观处罚条件属于一个独立的范畴，应当拥有自己独立的空间。

白 洁

2017年5月

目 录

导 论	1
第一章 客观处罚条件的发展	8
第一节 我国近年来对客观处罚条件的研究路径	8
第二节 国外刑法中客观处罚条件的学说演进	19
一、德国刑法中客观处罚条件的学说演进	19
二、日本刑法中的客观处罚条件	29
第三节 小 结	53
第二章 客观处罚条件的体系性地位	61
第一节 概念界定	62
一、客观处罚条件讨论的前提——犯罪论体系	62
二、结果无价值论下的客观处罚条件	66
三、违法性要素的界定	72
第二节 关于客观处罚条件的主要理论观点	80
一、作为犯罪论外部的刑罚论要素的观点	80
二、作为犯罪论内部的违法性要素的观点	90
三、作为犯罪论内部的责任论要素的观点	119
四、作为犯罪论内部第四范畴的观点	130
第三节 本书的观点	147

一、客观处罚条件的属性	147
二、客观处罚条件的存在原因	157
三、客观处罚条件与结果	158
四、客观处罚条件与客观的超过要素	173
五、客观处罚条件与处罚阻却事由	176
六、包含客观处罚条件规定的犯罪的主观罪过	193
第四节 小 结	195
第三章 理论适用及具体展开	198
第一节 违法性要素	199
一、财产犯罪中的数额规定	199
二、情节犯中的情节严重	207
第二节 客观的超过要素	211
一、结果加重犯	211
二、财产犯罪中“多次”的规定	213
三、滥用职权罪	215
四、刑讯逼供罪、枉法裁判罪	218
五、违法发放贷款罪	220
第三节 客观处罚条件	223
一、丢失枪支不报罪	223
二、恶意透支型信用卡诈骗罪	239
三、拒不支付劳动报酬罪	243
四、虚假破产罪	246
五、巨额财产来源不明罪	248
六、侵犯著作权罪	251
第四节 处罚阻却事由	253
一、逃税罪	253
二、收买被拐卖的妇女、儿童罪	275

三、非法种植毒品原植物罪	279
第五节 小 结	281
结 论	283
参考文献	285
后 记	298

导 论

客观处罚条件是大陆法系国家刑法理论特别是德国、日本刑法学中的一个概念，通常是指对行为人定罪处罚所具有的必要的客观条件，但是不需要行为人对其有主观认识。这一理论在犯罪论体系中能够决定某种行为是否构成犯罪或者受到刑事处罚，从而影响到刑法目的的实现。

刑法学界对客观处罚条件一直存在争论。目前，由于学者们对犯罪体系的认定不能达成一致，直接导致其对客观处罚条件概念的认定有所不同，结果无价值理论和行为无价值理论下认定结论的不同，对客观处罚条件能否还原到违法性要素中去的结论也就不同。在三阶层的犯罪论体系内，通常情况下，一个符合构成要件该当性、违法性和有责性的行为，就应当受到刑事处罚。但是，是否存在一种超然于三阶层的犯罪论体系之外的第四个犯罪要素范畴？抑或在四要件的犯罪体系内，是否存在四要件之后的第五个要件？如果存在第五个要件，其仅仅表示一般的刑事可罚性条件，不能与构成要件该当性、违法性和有责性同等对待，还是其属于构成犯罪必不可少的第四个要素范畴？抑或，该特定的第四个要素的存在，会排除本来就可能出现的刑事可罚性？以上问题争论的焦点就在于客观处罚条件。客观处罚条件这个概念是否存在，它有什么特征以及它体现了什么样的犯罪理论和犯罪认定标准，都是极有争议的。这些争议同时也不可避免地导致了一些犯罪在罪过形式和危害后果以及具体法益认定上的困难。概念的适用离不开对法条的解释，因此，客观处罚条件也是一种解释相关法条的理论工具。在德国，学者们最初承认客观处罚条件是属于独立范畴的，并将其从行为、构成要件、违法性及

责任之中分离出来，将其理解为不属于犯罪论要素的事由。在日本，也有观点认为，客观处罚条件系在犯罪事实之外，有一定事由发生的情况下才导致刑事责任的发生。这个事由被称为狭义的处罚条件，这个狭义的处罚条件并不成为构成要件的一部分，且行为本身的违法性及与其相关的道义责任没有直接关系，与其直接相关的是个别的外部事由。虽然也有观点认为客观处罚条件系可罚的违法类型要素，从而将其还原到犯罪论中，但仍有大部分观点将客观处罚条件作为犯罪论外部的独立范畴来解读。承认客观处罚条件概念存在的观点各有不同，如果将其仅仅作为限制处罚的事由在犯罪论之外的刑罚论中进行讨论，可能导致架空犯罪概念以及扰乱犯罪论体系机能等问题。

刑法与刑罚可以被称为服务社会与实现社会目的的工具，从合目的性的观点出发，刑罚是评价行为是否构成犯罪的标准，换言之，“犯罪概念”的功能是将符合刑法规制的行为与合法的行为相区别，从而得出与“刑罚”相符的行为。因此，从合目的性观点出发，在讨论行为是否具备符合法律效果的“可罚性”时，必须将“可罚性”放入“犯罪”概念内部，并且将其放入违法性与责任领域进行实质性的探讨。从这个宗旨出发，即必须从犯罪论内部的违法与责任出发，来讨论客观处罚条件的问题。罪刑必须相适应，被确认为犯罪的行为必须与刑罚相称，并以将刑罚正当化为目的，犯罪不能与刑罚相割裂。将刑罚从犯罪之中割裂出来的行为，隐含着将犯罪架空，使其被形式化的危险。

对犯罪概念乃至犯罪论体系的不同理解和思考。对犯罪论体系的不同认定会导致对客观处罚条件的不同认定。对客观处罚条件地位的不同理解同样会导致对犯罪论体系的不同理解，并会对司法实务中犯罪的认定产生影响。犯罪论体系可以检验刑法实定法的正当性，并可以指导刑法的解释，而客观处罚条件是位于犯罪论体系之内还是犯罪论体系之外对刑法法规的解释适用同样可产生巨大的影响。

如果将客观处罚条件作为单纯的处罚限制事由排除在犯罪论体系之外，那么，就只能通过直白的“法政策”或“刑事政策”去寻求其存

在。当然，刑事立法离不开刑事政策，但对于刑法规定的要素，如果一旦存在解释困难就求助于刑事政策，单纯从刑事政策这个角度去寻找根据，就应当慎重。并且这也是非常困难的。如果将客观处罚条件作为刑罚论的要素，认为其处于犯罪论体系的指导和规范机能之外，虽然使其免受责任主义原则的约束，但是同时也使其失去了对犯罪行为的规制作用。这时，客观处罚条件的存在与否对于犯罪事实的成立毫无影响，且对其规定彻底空泛化。通过将有异议的要素驱逐到犯罪概念之外的做法同样难以避免来自犯罪概念的批判。例如，在丢失枪支不报罪中，严重后果的发生被认为是与犯罪构成事实毫不相关的引发刑罚的事由时，就能轻松地回避责任主义原则的检讨。

目前，客观处罚条件是一个综合性、无限定性的概念，并没有统一的定义和标准。在司法实务中，关乎此要素罪名的判断也各有不同。由于客观处罚条件概念本身具备综合性和无限定性，使得对其的运用变得便宜。从学说史上来说，由于缺乏实质性的内容以及积极的认定标准，人们从来没有对任何超越犯罪论的概念给予过实质性的定义。换言之，人们从来没有对行为、违法性要素、构成要件要素、责任要素等概念之外的其他概念进行过实质性、积极性的定义。客观处罚条件也是一样，按照将其作为犯罪论外部的观点，不会给其下一个积极性的定义。导致的后果便是，只要是在刑法解释和实际应用中存在困难的要素，都可以归入这一模糊包容的概念之中；同时，由于其不受责任主义原则的约束，从而大大减轻了其证明责任，又导致其格外受到司法机关垂青。这一情况出现的原因是，客观处罚条件概念并非是被统一的观点所引导而形成的，而是由没有共通性质的各种要素规定集合而成的。借用 M. E. Mayer 的话，客观处罚条件是“只有名称 (Name) 没有本质 (Art) 的概念”。

像客观处罚条件这样缺乏积极标准、内涵无限的概念，都会给理论研究和实际应用带来麻烦，同时，还会导致犯罪论体系模糊化以及扰乱犯罪概念机能。由于客观处罚条件概念具有综合性和无限定性，解释者可以自由地决定某一要素是否包含在这个概念之中。因此，想要将实定

法中的某个要素从责任主义的制约中解放出来，只要通过将这个要素放入中立的、综合性的客观处罚条件的范畴之中，就能轻松地达到目的。

具体到“客观处罚条件”，这个概念本身的含义如何？为何会出现这样的用语？从字面意思来理解，“客观”作为修饰语，可以理解为符合条件的事由是存在于外部世界之中的，而不是存在于行为人的内心世界之中。“客观”这个词，是指客观处罚条件与违法性要素和构成要件要素一致，并不是主观的心理事实，而是存在于外部世界的客观性事由。当然，也有观点认为可以对“客观”这一词汇在更加限定性的意义上使用，即“仅仅是存在于外部世界就足够，没有行为人的主观性认识、预见（认识、预见的可能性）的必要”。从这个意义出发，在这种语境下使用“客观”这个词语，就会导致“客观处罚条件”的“客观”与“客观构成要件要素”中“客观”含义不同。与“客观构成要件要素”中包括故意的对象这点相对应，“客观处罚条件”并不包括行为人的故意或过失。可以说，这种观点是为了把一定的事由从故意的认识对象中排除才加上“客观”这一修饰语的。还有就是从与行为的因果关联出发，从说明对于客观处罚条件的证明是不必要的这个角度来理解“客观”二字。

人们对于“客观处罚条件”或是“客观的可罚性条件”中的“处罚”以及“可罚性”的含义，也有不同的认识。有观点认为，“处罚条件”以及“可罚性条件”可以被认为是为了表达“名为处罚的法律效果”的法律要件这一含义。根据刑罚法规，种种可以被称作客观处罚条件的事由都是作为刑罚的法律效果的法律要件被提出的。

虽然我们正确定义了“客观处罚条件”这一概念的性质，但是在这层含义上，构成要件的该当性、违法性以及责任也属于“处罚条件”，这就很难将客观处罚条件与违法性要素、构成要件要素进行区分。

另外，“处罚条件”或“可罚性条件”这样的词汇，被赋予了更加限定性的含义：客观处罚条件的事由不是“犯罪”的要件，仅仅是“处罚”或“可罚性”的要件罢了。这就会导致通过“客观处罚条件”这一

概念，产生将“犯罪”的成立与“处罚”或“可罚性”分离开的思考方式和问题。

关于“客观处罚条件”中的“条件”的含义，目前，“客观处罚条件”这一概念多被解读为以处罚为目的的“法律要件”。一般来说，“条件”被认为是“事物的成立或是实现所必要的事态”，或是“引发某种事态的原因”。在这层含义上，“处罚条件”所表现的就是“对刑罚权的成立而言必要的事态”或者“成为处罚原因的事实”。例如，丢失枪支不报罪中的“造成严重后果”等事由就是在这样的含义之上以处罚为目的的“必要条件”，是与刑罚的法律效果相对应的“法律要件”。这点基本上可以得到人们的广泛认同。在这个意义上，构成要件的该当性、违法性以及责任的各个要素与客观处罚条件也具有同样的性质。

但是，客观处罚条件概念下的“条件”这个词被赋予了更加限定性的含义。在民法中，“条件”被定义为决定某法律行为效力的发生或者消失的因素，系与将来是否会发生的不确定事实的成立与否相关的法律行为的附款。按照客观处罚条件作为刑罚论的观点，如果认为这个“条件”不受行为人本身的控制，就会导致将客观处罚条件中的“条件”与民法中的“条件”作为同一种含义使用。在这样限定性的含义下使用“条件”这个词语，相当于将客观处罚条件单纯作为刑罚权的“停止条件”，会导致将其认定为仅仅是在行为后发生的不确定的事由。而将这种不确定的事由意义上的客观处罚条件放逐到犯罪论外部的主要动机，也许是人们担心将此“行为后的不确定的事实”与行为人“犯罪”与否相关联，给人以违宪之感，导致对“有条件的犯罪”产生抵触情绪。然而，“行为后的不确定事由”这一特征，是否符合客观处罚条件中的条件的含义还有待商榷。此外，对于此种“不确定事由”也不必谈虎色变。其实在教唆犯、帮助犯等规定之中，对于教唆者以及协助者的处罚，在实行与共犯处罚相关的行为从属性的前提下，本就是被正犯的实行行为“不确定的将来的事由”所限定的。这样一来，虽说人们对给“客观处罚条件”附加“将来的不确定事由”的特征正确与否仍有争议，但是

不可否认的是，这种附加特征表现出了一般观点对客观处罚条件所持有的印象。像这样对客观处罚条件的法律性格进行的论述，是以不统一的语言定义为前提的，这也是围绕客观处罚条件的争论如此混乱的原因之一。

综上，关于客观处罚条件的问题结论各异。“客观处罚条件”这个概念具有广泛的含义。当务之急，是对客观处罚条件这一概念作出更加限定性的解释并赋予其法律性格，但这种解释不能脱离犯罪理论体系的限制。

但基本上可以明确的是，以上这些争论从本质上讲主要围绕着以下两个中心：客观处罚条件概念与违法性要素或构成要件要素的关系；客观处罚条件概念与责任要素的关系。其实，在厘清客观处罚条件概念与违法性要素或构成要件要素及责任要素的关系之前，并没有讨论客观处罚条件的性质和适用余地。虽然国外学者和我国学者对于客观处罚条件判断标准的认识并不相同，但是各国的理论学说与判例所达成的基本共识是：仅凭概念的逻辑关系或者形式性标准并不足以得出客观处罚条件存在与否的最终结论，而必须通过实质性的讨论来研究这个问题。

对于客观处罚条件自身的价值选择与理论困境，国内外的学者们进行了广泛而深入的探讨，或是对现有犯罪论体系的梳理总结，或是大胆地创建新的理论体系，从而在犯罪论内部设立第三个或第四个独立的范畴，抑或是建议完全否定客观处罚条件这个概念。通过对客观处罚条件理论的不断探讨，总结出对其进行解释的不同径路，只有对这些径路更加深入地理解，才能深刻地把握客观处罚条件这个概念。对客观处罚条件概念的正确认定不仅可以解决犯罪论体系的模糊性，更重要的是可以解决具体罪名以及罪过的规制和适用问题。解释学必须对刑法中出现的问题加以积极的回应，理论研究体系与刑事立法的冲突要求我们必须正视对这个概念的规定，而要解决这个问题，化解刑事立法与理论研究的冲突，实现刑法以该规定来收缩打击面的目标，就要大方承认客观处罚条件的刑事政策功能。

客观处罚条件是否作为单纯限制处罚的事由产生？立法者为什么设立这样一个具有特殊性的条件？如果将客观处罚条件作为中立的不法要件，这个条件是否仅起到限制处罚的作用？此条件是基于学理上还是基于刑事政策的考量而被使用？对这个概念的争论在历史上一直存在，且形成巨大的体系性理解差异，直至今日仍未消除，这些问题都需要进一步考证。

本书将详细呈现我国客观处罚条件理论样态。客观处罚条件作为一种重要的保持刑法体系一致性的理论工具，原本是“德国制造”、“日本改装”后引进我国的。要想为我国客观处罚条件相关理论寻觅突破点，离不开对德、日刑法相关理论与实践的详解与在此基础之上的借鉴。然而，德、日两国的客观处罚条件所处的不同时代背景，导致两国探讨的客观处罚条件问题也有所不同。其实，客观处罚条件到底是一种客观的刑事可罚性条件，还是单纯的排除刑罚的根据以及这个概念所具有的解释学上的意义和刑事政策学上的合理性，在两国都存在争论。但是，这些争论的根源以及结论，可以说最终导致客观处罚条件这个概念被显示为一个具有不同种类特征的大杂烩的包容性概念，导致人们不能对其发表共同的想法。在德国和日本，学者们举出了许多典型规定作为例子，通过对这些规定的特征进行准确的分析，试图赋予这个概念以明确的内容和判断标准。因此，客观处罚条件概念有着多种多样的不同内涵。为了充分展示客观处罚条件概念在构成要件该当性或违法性、有责性的犯罪论体系中的地位，笔者将从我国的研究状况开始，展开详细论述。

第一章 客观处罚条件的发展

关于客观处罚条件概念的讨论，一直以来都不曾停歇，无论是在德国、日本还是在我国。意大利、法国、我国台湾地区的刑法对客观处罚条件都有类似的规定，也都有学者对其进行过深入的探讨。对问题的理解离不开对学术史的研究，下面笔者首先对我国客观处罚条件概念的研究发展路径进行以下探讨。

第一节 我国近年来对客观处罚条件的研究路径

1999年张明楷教授的一篇论文《“客观的超过要素”概念之提倡》，向我国刑法学界介绍了客观处罚条件理论的来由。首先，该论文主要从丢失枪支不报罪与非法向关系人发放贷款罪、非法发放贷款罪出发，对其中“造成严重后果”的规定，借鉴客观处罚条件概念，进行是否需要主观要素的探讨。张教授在论文中，将此类客观处罚条件定义为“客观要件不需要存在与之相对应的主观内容”，并认为其仍然属于认定犯罪唯一法律根据的犯罪构成要件，并受主观的超过要素和德、日刑法理论中的客观处罚条件启发，创造了“客观的超过要素”概念。其次，张教授进一步讨论了客观的超过要素适用的一些条件。总之，张教授认为，我国并不存在适用客观处罚条件的空间。之后，再有著作涉及客观处罚条件的概念，便会自觉地将之划分为犯罪构成之要素和犯罪构成之外的处罚条件两类，与之相伴的就是是否要主观要素。围绕这一问题，我国刑法学者对客观处罚条件问题进行了深入的探讨。

在上述论文中，张教授叙述了客观处罚条件的概念：在一些情况下，当行为具有构成要件符合性、违法性与有责性时，并不能据此处罚行为人，还要求具备刑法所规定的—定的处罚条件。换言之，虽然犯罪成立时，原则上就可以对行为人发动刑罚权，但例外情况下，刑罚权的发动不仅取决于犯罪事实，而且取决于刑法所规定的其他外部事由或者客观条件。这种事由或条件便被称为客观处罚条件，也称为客观的可罚性条件。张教授并不承认客观处罚条件的概念，而是创设了“客观的超过要素”这个概念，并且认为客观的超过要素也是构成要件要素，只不过不要求行为人对之具有认识与放任或希望的态度。他认为，在犯罪客观要件中，有些要素属于故意的认识与意志内容，要求行为人对之具有认识与放任或希望的态度，有些要素则超出了故意的认识与意志内容，不要求行为人对之具有认识与放任或希望的态度。例如，在丢失枪支不报罪中，“造成严重后果”成为超出故意内容的客观要素，属于“客观的超过要素”。只要行为人丢失枪支后不及时报告，造成严重后果的，不管行为人是否希望或者放任严重后果的发生（可以肯定，行为人能预见严重后果发生的可能性），都应当追究行为人的刑事责任。^①

从实质上讲，张教授认为客观的超过要素也是构成要件要素，仍然属于犯罪构成的内容，不属于所谓的客观处罚条件。总之，张教授不认同“客观处罚条件”的概念，而是主张客观的超过要素。至于客观的超过要素的特征，张教授又进一步总结：第一，客观要素是成立犯罪不可缺少的要件。刑法所规定的行为本身就是违法的，具有一定程度的社会危害性，刑法的目的只是控制处罚范围。这个要素必须是限制处罚范围的性质，而不是加重处罚的条件。第二，这个客观要素在犯罪构成中不是唯一的客观要件，而是诸多客观要件要素之一。第三，含有客观的超过要素的犯罪，法定刑必须较低，应明显轻于对危害结果具有故意心理

^① 张明楷：《“客观的超过要素”概念之提倡》，载《法学研究》1999年第3期。