

论内在的客观处罚条件

周光权^{*}

内容提要：在犯罪构成四要件说中，客观处罚条件没有存在余地。但是，在我国刑法立法中，已经出现一些关于客观处罚条件的条文。如何理解和适用这些规定是理论上不可回避的问题。国外的通说认为，所有的客观处罚条件都不要求行为人认识和预见。但是，笼统地看待客观处罚条件，有将复杂问题简单化之嫌。坚持阶层式的犯罪成立要件理论，根据某种条件和违法性的关系密切程度，可以将客观处罚条件分为内在的客观处罚条件和外在的客观处罚条件。承认内在的客观处罚条件概念，客观的超过要素概念就没有必要再提倡。

关键词：犯罪成立条件 内在的客观处罚条件 非典型的违法要素说 外在的客观处罚条件

一、问题的提出

客观处罚条件（又称为客观的可罚性条件）概念有不同的含义：（1）客观处罚条件是指某种行为举止，与不法和责任无关，但由于与行为紧密相关，而被作为犯罪成立要件之外的、决定行为可罚与否的实体要素。在这个意义上，客观处罚条件具有“限制处罚范围”的功能。从限制处罚的角度看待客观处罚条件是通说的观点。（2）客观处罚条件是犯罪成立要件中“不法构成要件”的内容，只是不需要行为人认识而已。某种事实如果根本不需要行为人认识和预见，就可以作为处罚的理由的话，那么，客观处罚条件的规定实际上是比共犯、未遂的规定都走得更远的“处罚扩张事由”。对此，台湾学者许玉秀认为，（不真正的）客观处罚条件，是一种伪装的处罚加重事由，“只是形式上的处罚条件，实质上则是不法构成要件，立法者有意把它们排除在行为人的认识对象之外，使得罪责原则受到限缩”，而刑罚处罚的范围则得到扩大，即行为人对此没有认识也可能受到处罚。^{〔1〕}

在日本，对客观处罚条件的讨论，一般限于事前受贿罪中公务员的事后就任、诈欺破产罪中破产宣告的确认等范围。在德国，被认为属于客观处罚条件的情形有：醉酒后在昏醉状态中实施

^{*} 清华大学法学院教授。

〔1〕 在理论上也完全可以把客观处罚条件视作“处罚扩张事由”。参见许玉秀：《当代刑法思潮》，中国民主法制出版社2005年版，第86页。

违法行为；诽谤罪中对有损于他人名誉的事实不能证明其真实性；〔2〕参与斗殴罪中的严重后果；破产犯罪中的停止支付、宣告破产等。总体而言，关于客观处罚条件的规定在国外刑法立法中处于上升势头。

在不具备客观处罚条件时，实务上会得出被告人无罪的结论，这就使得该条件成为“刑罚障碍”、“处罚门槛”。客观处罚条件这一概念本身，在成文刑法上并未作出规定，而是理论上归纳提炼出来的。“客观处罚条件，可以说是刑法体系化、精致化之后的产物。”〔3〕虽然在大陆法系的德、日等国刑法学界对这个概念的讨论有数十年，但是，人们对客观处罚条件的性质、体系性地位等问题的争论远未结束。在我国处于通说地位的犯罪构成四要件说中，客观处罚条件没有存在余地。〔4〕但是，在我国刑法立法中，已经逐步出现为数不少的类似于客观处罚条件的规定。如何理解和适用这些规定，是理论上不可回避的问题。

（一）概念的厘清：客观处罚条件和“事实的处罚排除事由”

在我国刑法的某些条文中，有的是关于客观处罚条件的规定，有的是关于“事实的处罚排除事由”的规定。但能否认为关于“事实的处罚排除事由”的规定，实质上是以存在客观处罚条件的规定为前提的，甚至认为“事实的处罚排除事由”就是客观处罚条件？为此，有必要对客观处罚条件和“事实的处罚阻却事由”的关系加以界定。

“阻却处罚的根据”，是指某种特殊情节的“不存在”才是刑事可罚性的前提。一般认为，客观处罚条件和“阻却处罚的根据”是相对的概念。“阻却处罚的根据”包括三种情形：（1）个人的处罚阻却事由。这主要是因为某种身份的存在，使得刑罚处罚难以实现。这种排除刑罚的规定只对具有这种身份的人适用。例如，享有外交特权的人、议员的身份，有时是排除刑罚的根据。德国刑法规定，在议会中侮辱其他议员的，即便其行为具有违法性，但为防止妨碍议会的民主氛围，对议员的行为不罚。日本刑法规定，亲属之间实施赃物犯罪的，免除处罚。（2）事实的处罚阻却事由。因为某种事实的不存在，才能进行处罚。我国刑法中关于逃税罪不予追究刑事责任的具体情形的规定，就是设置了事实的处罚阻却事由。（3）个人的撤销刑罚事由。这主要是指中止已经实行终了的犯罪，从而应当减轻或者免除处罚的情形。在这种情况下，应受处罚的行为其实早就存在了，但是刑法对于行为人事后的种种努力给予鼓励。中止及其类似情形，虽然不能改变违反法律秩序的事实，但是会显著减轻违法的严重程度，因此可以免除刑罚处罚。例如，按照我国刑法第351条的规定，非法种植毒品原植物，在收获前自动铲除的，可以免除处罚。该规定的效力只及于自动铲除者，对事先参与共同种植毒品原植物的人，并不能适用。

必须指出，在上述“阻却处罚的根据”中，第一、第三种情况（个人的处罚阻却事由、个人的撤销刑罚事由），都只对行为人个人发生效力，没有类似于客观处罚条件能够平等地适用于所有人的特征，因此，与客观处罚条件在性质上并不相同。但是，第二种情况即“事实的处罚阻却事由”和客观处罚条件之间的差异很小，甚至可以说它们是“一体之两面”：凡是具有事实的处罚阻却事由的情形，就不能进行处罚，客观的处罚条件就不具备；凡是符合客观处罚条件的，事实的处罚阻却事由就不存在。罗克辛教授对此指出：“在客观的刑事可罚性条件和事实的排除刑罚的根据之间所存在的区别，纯粹是形式上的。例如，无论人们把恶意诽谤时没有提出真实的证

〔2〕参见〔德〕耶赛克、魏根特：《德国刑法教科书（总论）》，徐久生译，中国法制出版社2001年版，第671页以下。对此，也存在争议。有的学者认为，醉酒后在昏醉状态中实施违法行为不是客观处罚条件的问题；诽谤罪中事实真实性的证明是违法阻却事由。但本文采德国刑法学中承认其为客观处罚条件的学说，其理由在后文中还会涉及。

〔3〕林钰雄：《新刑法总则》，台湾元照出版公司2006年版，第307页。

〔4〕如后文中所指出的那样，张明楷教授的“客观的超过要素”概念，虽然是在四要件框架内提出来的，但它是以不承认客观处罚条件概念为前提的，所以，不能认为在四要件框架内有客观处罚条件的容身之处。

据称为客观的刑事可罚性的条件，还是把成功地举出真实的证据称为事实的排除刑罚的根据，都是一样的。”〔5〕可以说，客观处罚条件的反面就是处罚排除条件，即事后的排除处罚事由。在刑法分则中，只要不是属于典型的违法要素，无论立法上从正面规定客观处罚条件，还是从反面规定事实的处罚排除事由，实质上都是对客观处罚条件的规定。例如，对于收买被拐卖的妇女儿童罪，刑法规定事后出现某种特殊情况的，可以不予追究刑事责任。在立法上规定，因为某种事由的出现在处罚上就可以网开一面时，就是关于事实的处罚排除事由的规定，但同时也是关于客观处罚条件的规定。〔6〕

（二）我国刑法学者关于客观处罚条件的相关争论

在我国刑法学中，对于客观处罚条件的讨论并没有完全展开。我国处于通说地位的犯罪论体系并未为客观处罚条件的存在预留空间。四要件说主张：犯罪构成要件是相对封闭的结构，犯罪构成是成立犯罪所必须具备的一切主、客观要件的总和，行为符合犯罪构成就成立犯罪，犯罪构成是认定犯罪的唯一依据，行为具备了四个方面的要件就成立犯罪，也就具备了实质上发动刑罚权的理由。〔7〕“刑事责任是联接犯罪与刑罚的纽带，三者各自独立又互相联系”。刑事责任通过刑罚和非刑罚处理方法来实现，行为符合犯罪构成，就必须被追究刑事责任、受到相应处罚。犯罪行为较重的，刑事责任就重，所应受到的刑罚处罚也就相应较重。〔8〕所有的要素，不管是揭示违法性还是责任的要素，都是构成要件要素，因此，不可能在犯罪构成之外承认所谓客观处罚条件，否则，就会出现行为符合犯罪构成还不被追究刑事责任的局面。“如果刑法将某种客观因素规定为成立犯罪或追究刑事责任所必须具备的条件，那么就应当承认这种因素是犯罪构成的要件，而不能将其作为犯罪构成以外的客观处罚条件来对待。易言之，不应将说明行为的社会危害性而为成立犯罪所必须具备的要素，区分为犯罪构成要件要素与客观处罚条件。因此，将客观处罚条件作为犯罪成立要件以外的因素的体系或观点，不能被传统的四要件体系所接受。”〔9〕坚持四要件说，就会得出客观处罚条件“不要说”的结论，因为确实不能认为在有些犯罪当中存在一个游离于犯罪构成客观要素之外的影响刑罚处罚的条件。〔10〕

对于我国刑法中类似于国外客观处罚条件的规定，如何在维持犯罪构成四要件体系的前提下进行解释，在理论上就是一个难题。例如，刑法第129条规定，依法配备公务用枪的人员，丢失枪支不及时报告，造成严重后果的，处3年以下有期徒刑或者拘役。本罪在客观方面的要件有三个要素：一是丢失公务用枪；二是不及时报告；三是造成严重后果。显然，行为人主观上必须认识到公务用枪已经丢失，认识到应当及时报告而不及及时报告。但对造成严重后果是否需要行为人认识，学者们歧见纷纭。张明楷教授的解决思路是：本罪中的“造成严重后果”虽然是构成要件，但不需要行为人对严重后果具有认识与希望或放任态度。“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”。在张明楷教授那里，客观的超过要素仍然是犯罪构成

〔5〕〔德〕克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论》第1卷，王世洲译，法律出版社2005年版，第691页。如果认为诽谤的“行为的不法内容存在于对不真实的事实的主张之中”，那么，恶意诽谤时，对真实性的证明是违法阻却事由。但是，“如果必须让名誉受到不利影响者自己证实对他的指责不真实，那么，是与有效的名誉保护不相一致的。这就迫使立法者对刑法规定作出下列调整：如果行为人不能举证，即使他相信所主张的事实是真实的、并因此而行为的，应对为侮辱行为者作出有罪判决。所以，不能证实性必须被视为（不纯正的，但构成刑罚的）应受处罚性的条件”（前引〔2〕，耶赛克等书，第672页）。按照笔者的理解，从事实论的角度看，可以将诽谤罪中的真实证明作为违法阻却事由看待；但从政策论的角度看，则可以将其作为客观处罚条件对待。而客观处罚条件的立法，主要是出于刑事政策的考虑。

〔6〕只要立法上保留着“可以”不予追究的可能性，笔者的前述理解就应该是可以成立的。

〔7〕参见高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社2000年版，第52页。

〔8〕同上书，第212页。

〔9〕张明楷：《犯罪构成体系与构成要件要素》，北京大学出版社2010年版，第226页。

〔10〕参见黎宏：《刑法总论问题思考》，中国人民大学出版社2007年版，第193页。

要件的要素，即仍然属于犯罪构成的内容，而不是犯罪构成要件以外的内容，不是所谓的客观处罚条件，只是不需要行为人认识、预见而已。于是，犯罪构成作为认定犯罪的唯一法律标志的观念仍然得以维持，从而避免体系上的混乱。张明楷教授认为，类似的规定还有刑法第 397 条滥用职权罪中“致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失”，刑法第 339 条第 2 款擅自进口固体废物罪中“致使公私财产遭受重大损失或者严重危害人体健康”等。^{〔11〕}

客观的超过要素概念提供了解决我国刑法某些难题的一种进路，但并非不可质疑。在大陆法系国家，犯罪概念具有相对性，犯罪成立条件之间具有阶层的、递进排除关系，一个行为往往要经过多次过滤后才能确定是否构成犯罪。这就决定了犯罪成立条件是开放的，行为具备构成要件符合性、违法性、有责性三个要件并不必然导致刑罚，这就给客观处罚条件的存在留下了空间。而我国犯罪构成理论体系是对犯罪行为的实质性判断，不仅要求行为形式上符合犯罪构成，而且实质上要达到应受刑罚惩罚性的要求，因此，我国刑法规定的构成要件是成立犯罪的最低要求，符合这个要求的就是犯罪，就具备应受刑罚惩罚性。因此，客观的超过要素概念是否合理，还可以进一步推敲。

与此相关的问题是，在犯罪论体系中，是否一定要坚守“四要件说”？多种犯罪成立理论并存的局面，在我国刑法学界已经事实上存在。如果坚持四要件说，如同张明楷教授那样，将某些客观处罚条件作为“客观的超过要素”看待，承认其在犯罪构成客观方面的地位，但是又不要求行为人认识，就难以令人信服，且与责任主义相抵触。^{〔12〕}如何理解和适用我国刑法中存在的客观处罚条件规定，是不可回避的问题。比较务实的态度是肯定阶层的犯罪论体系的价值，按照构成要件该当性、违法性、有责性的逻辑顺序认定犯罪，^{〔13〕}在此前提下，承认客观处罚条件的存在，并对此进行充分研究。

（三）本文的问题意识

客观处罚条件是一个包容性很强的概念，能够将复杂多样的限制处罚事由囊括其中。但由此带来的问题是：因为客观处罚条件概念具有高度含混性和迷惑性，不同的学者在使用时，其所指称的对象并不相同，对客观处罚条件体系性地位的归结也不相同，对刑法分则中的哪些规定属于客观处罚条件的理解也差异很大。虽然所有的客观处罚条件都具有限制处罚范围的功能，但该功能是如何实现的，并非不言自明。有的客观处罚条件并不属于单纯意义上的处罚限制条件，而是决定违法性的因素，它通过对违法性的影响来缩小犯罪成立范围，从而限制处罚范围；有的可能是纯粹的決定刑罚权启动与否的条件，它通过对构成犯罪的行为进行刑罚运用必要性评估来限制处罚范围。

本文的研究进路是：首先站在阶层的犯罪成立理论的立场，对客观处罚条件的性质进行界定，在此基础上，对客观处罚条件进行区分，认为有的客观处罚条件属于足以影响违法性的内容；有的客观处罚条件则与违法性无关，仅仅属于典型的处罚限制事由。通过这种区分，笔者想揭示的问题是：（1）在我国刑法中，客观处罚条件的存在是无法回避的事实。“内在的客观处罚条件”^{〔14〕}（又称为“不真正的客观处罚条件”）和“外在的客观处罚条件”（又称为“真正的客观处罚条件”）的存在及其区分具有实际意义。（2）为了维护罪刑法定主义、法益保护主义，必须要承认某些客观处罚条件足以影响违法性。内在的客观处罚条件能够产生违法的效果，是违法要素，

〔11〕 参见张明楷：《“客观的超过要素”概念之提倡》，《法学研究》1999年第3期。

〔12〕 类似的观点，参见前引〔10〕，黎宏书，第194页。

〔13〕 笔者认为，闭合式的四要件体系无论从理论上还是从实务上看都有很多不足，只有借鉴阶层的犯罪论体系，刑法学的很多难题（例如共犯、客观处罚条件等）才能很好地解决。参见周光权：《犯罪论体系的改造》，中国法制出版社2009年版，第255页以下。

〔14〕 特别需要说明的是，之所以使用内在的客观处罚条件概念，是因为这些条件与违法性有关且“内在于”决定犯罪成立与否的违法性要件。与此相对应，笔者将“外在于”犯罪成立条件的处罚限制事由简称为外在的客观处罚条件。其实，外在的客观处罚条件才是真正的客观处罚条件，而内在的客观处罚条件是不真正的客观处罚条件。

但不是典型的违法要素，这一概念具有独特存在价值。(3) 对于内在的客观处罚条件，需要行为人至少有认识。外在的客观处罚条件属于刑罚论讨论的范畴，不需要行为人认识。(4) 如果承认内在的客观处罚条件，就可以对我国刑法中的某些独特规定进行合理揭示，如果将某些客观处罚条件作为影响违法性的因素看待，那么张明楷教授所提倡的“客观的超过要素”可能就是不需要的。

内在的客观处罚条件处在实行行为的“延长线”上，能够影响和揭示违法性，因此是本文的研究重点。外在的客观处罚条件的相关问题，只是本文附带研究的对象。

二、客观处罚条件的性质

从发生学上看，客观处罚条件源于古代法官的刑事裁量权：古代的刑法制度允许法官根据犯罪人的主观条件（如是否为贵族、僧侣），或特定的情节，或政治需要等情况，决定是否对其适用刑罚。启蒙运动之后，由于罪刑法定原则、法律面前人人平等原则以及起诉法定主义的确立，已经不允许上述情况存在。但是某些犯罪是否应该受到处罚，的确必须考虑它们客观方面的某些特定条件。于是法律就规定某种特定结果的存在是这些犯罪具有可罚性的必要条件，客观处罚条件的存在也就不难理解。^[15]

对客观处罚条件的性质和地位，不同的学者有不同的认识。

（一）国外的争论

在客观处罚条件的性质和地位问题上，国外主要有四种观点：^[16]

1. 违法性要素说

该说认为：在构成要件符合性、违法性和有责性三阶层中，所有的客观处罚条件都属于不法的内容，可以还原为违法性要素，因而应当是构成要件要素。不使用客观处罚条件概念，不会对犯罪论体系的建构造成困扰。Benmann 完全拒绝客观的应受处罚性条件，因为在他看来，对应受处罚的条件而言，在犯罪结构的范围内既没有它的位置也没有它的功能。^[17] 曾根威彦则主张，如果站在结果无价值论的立场，自然会将犯罪结果作为违法要素，客观处罚条件也是违法性要素之一。客观处罚条件并非与行为无关，相反是行为的一种结果，客观处罚条件是因果进程中的中间结果，犯罪结果则是因果进程中的最终结果。因为“危险”是一种结果，而客观处罚条件是使行为的危险性增大的要素，因而其本身也是一种广义的结果，应当还原为构成要件要素。从犯罪论体系的角度看，客观处罚条件是构成要件的组成部分；客观处罚条件的存在使实行行为的违法性升高到可罚的程度；行为人对于客观处罚条件有认识、预见，在此基础上出现可罚的危险的，应当承担故意责任。^[18]

[15] 参见 [意] 杜里奥·帕多瓦尼：《意大利刑法学原理》（注评版），陈忠林译，中国人民大学出版社 2004 年版，第 340 页。

[16] 在这四种观点之外，还有一种将客观处罚条件还原为责任要素的观点。在日本，有个别学者从积极的一般预防论出发，认为责任论中非难可能性的内容可以依据刑事政策的目的进行补充，客观处罚条件就是为了确保处罚的妥当性，将立法者的刑事政策目的加以明示所形成的要件。客观处罚条件处罚限制机能，实际上是对责任的刑罚限定机能的补充（参见 [日] 松原芳博：《犯罪概念と可罚性——客观的处罚条件と一身の处罚阻却事由について》，成文堂 1996 年版，第 155 页）。这种观点的不足在于：行为规范是指导所有人行动的规范，积极的一般预防是对所有人发出的规范呼吁，个人如何行动与行为规范的存在属于不同层面的问题。客观处罚条件是立法上针对所有人确定的、整齐划一的国家刑罚权发动的条件，如果将其作为具体判断个别行为人责任的条件，就可能带来责任论上的混乱，在判断标准上也存在问题。对于“责任要素说”这种极少数说，笔者认为没有单独列出的必要。

[17] 参见前引 [2]，耶赛克等书，第 699 页。

[18] 参见 [日] 曾根威彦：《处罚条件》，载阿部纯二、板仓宏等编：《刑法基本讲座》第 2 卷，法学书院 1994 年版，第 330 页。

赞成“违法性要素说”的学者从全面贯彻责任原则的观点出发，认为客观处罚条件概念的存在没有意义；所谓的客观处罚条件是过去的偶然责任的产物，完全可以还原为违法要素，从而成为故意的认识对象。^{〔19〕}许玉秀教授认为：客观处罚条件的功能在于确定行为人的主观不法，是一种推定罪责的立法方式。如果从阶层论的角度出发，可以对客观处罚条件的存在必要性进行质疑。^{〔20〕}

此外，反对客观处罚条件的另外一些学者认为，在犯罪论上应当坚持实质的违法性论，可以对构成要件做多元化理解。客观处罚条件所涉及的事实是违法要素之一种，但不是责任的对象，它虽和行为人的态度有密切关联，但并不要求行为人认识，即这种关联性不是意思责任中必然要求的内容，而是责任要素无法包含的违法要素。强调客观处罚条件是客观的违法要素，但又不要行为人认识，这是对构成要件做多元理解逻辑地可能得出的结论。但是，按照彻底的责任主义，凡是属于违法事实的部分，都要求行为人有认识。认为客观处罚条件是构成要件要素、违法要素，又说它可以不受故意、过失的规制，会带来理论体系上的困扰。为克服这种矛盾，协调客观处罚条件和责任论之间的关系，部分反对客观处罚条件的学者认为，似乎可以考虑在故意、过失之外，增加第三种具有非难可能性的态度形态——“危险冒进”的态度。这种态度与责任有关联，从而成为故意责任、过失责任之外的“危险责任”。^{〔21〕}但是，危险责任早已是传统责任论的内容。如果危险冒进和危险状况之间存在相当性，行为人对这种相当性有所认识，此时甘冒危险的行为就是过失行为，危险责任的实质就是过失责任。因此，认为在故意、过失之外存在危险责任的观点站不住脚。

2. 两分说

“折中的违法性要素”说认为：客观处罚条件可以分为两种，对违法性大小有相当影响的那种客观处罚条件应当属于违法性要素，是构成要件要素；而对于违法性没有影响的要素，才是客观处罚条件。例如，平野龙一教授指出，某些客观处罚条件与违法性是否完全没有关联，还有疑问。如在事前受贿的场合，已经收受贿赂的人成为公务员时，人们对公务的公正性的怀疑就进一步增强。因此，将所谓的处罚条件，区分为作为单纯条件的真正处罚条件（外部的处罚条件）和与违法性有关的不真正处罚条件（客观的处罚条件），要求后者至少有过失，应当是妥当的。^{〔22〕}对外部的客观处罚条件如何处理，福田平教授的“刑罚论组成部分说”提出了解决方案。

3. 独立的犯罪成立条件说

该说认为，客观处罚条件是犯罪成立要件之一。这样，犯罪论体系就包括构成要件符合性、违法性、有责性、客观处罚条件四个层次。因为在刑法对某些罪名规定客观处罚条件的场合，行为除具备构成要件符合性、违法性和有责性之外，还需要符合客观处罚条件的规定，才能成立犯罪，从而科处刑罚。在这个意义上，客观处罚条件是不法与责任之外的一种犯罪要素，“在应当受处罚条件里，表明了侵害法律所保护的秩序的特别程度”。^{〔23〕}该当构成要件的行为，如果欠缺客观处罚条件的，不应该成立犯罪。在刑事程序上，对于欠缺客观的可罚性条件但该当构成要件的行为，应当作无罪判决。^{〔24〕}

但是，国外通说认为，（外在的）处罚条件是基于刑事政策的考虑而设置的，与犯罪成立条件无关，不具备客观处罚条件的行为，只是不受到处罚而已，行为的违法性是存在的，犯罪也成立。将客观处罚条件作为犯罪成立的条件之一的观点，被通说所摒弃。

〔19〕 参见前引〔16〕，松原芳博书，第30页。

〔20〕 参见前引〔1〕，许玉秀书，第106页。

〔21〕 参见〔日〕北野通世：《客观的处罚条件》，载〔日〕西田典之等编：《刑法の争点》，有斐阁2000年版，第33页。

〔22〕 参见〔日〕平野龙一：《刑法总论I》，有斐阁1972年版，第163页。

〔23〕 前引〔2〕，耶赛克等书，第670页。

〔24〕 参见林山田：《刑法通论》上册，作者发行，台北2006年版，第389页。

此外,国外还有学者认为,可以把“值得刑事处罚性”或者“需要刑事处罚性”作为第四个犯罪范畴,从而将客观处罚条件作为犯罪成立条件之一。对此,罗克辛的批评是:“值得刑事处罚性应当通过什么,才能把那些‘额外的’犯罪行为特征与不法和罪责的特征加以区别呢?人们在这里只能这样规定:它们应当处于不法和罪责之外。但是,这样一来,就缺乏一个肯定的对特征的描述,就缺乏一种独立的值得刑事处罚性的概念。”〔25〕罗克辛还指出:在1991年举行的一次国际大会上,把“值得刑事处罚性和需要刑事处罚性在刑法制度中的作用”作为讨论的主题之一。在那次会议上,发言者都没有主张应当给这个范畴一个特有的犯罪范畴。科斯塔·安德拉德还明确指出:值得刑事处罚性和需要刑事处罚性的建立,“作为独立的犯罪特征,并没有带来值得重视的好处”。〔26〕

4. 刑罚论组成部分说

该说从一元的行为无价值论出发,认为阶层的犯罪成立要件,只包括构成要件符合性、违法性和责任三部分,客观处罚条件不属于犯罪成立要件,而只是从外部限制刑罚权发动的条件,是单纯的处罚限制事由,因而与构成要件、违法性、责任等犯罪成立条件完全异质。换言之,客观处罚条件不是构成要件要素,也不影响行为的违法性,与行为人的故意无关,只是立法者基于刑事政策的考虑而预设的刑罚权发动条件。客观处罚条件不具备时,犯罪仍然成立,但刑罚的适用被阻却。因此,客观处罚条件是刑罚论所研究的对象,而不是犯罪论的问题。〔27〕

(二) 我国学者的主张

在我国,由于学派论争局面并未真正形成,也没有学者完全赞成一元的行为无价值论,因此,在肯定客观处罚条件的学者中,尚未见到有学者将客观处罚条件放在刑罚论中考虑。而违法性要素说、独立的犯罪成立条件说均有学者赞成。

1. 违法性要素说

对类似于国外客观处罚条件的规定,张明楷教授基本都用“客观的超过要素”来解释。张明楷教授实际上是将客观处罚条件所涉及的事实作为违法性的内容看待,将处罚条件还原为违法要素和构成要件要素。虽然张明楷教授不使用客观处罚条件概念,但是,其实质是在犯罪论体系范围内讨论与客观处罚条件类似的问题,且认为其对违法性有影响,因此,与国外的“违法性要素说”大致相同。

黎宏教授所坚持的实际上也是违法要素说。他认为,客观处罚条件、客观超过要素概念都应该被否定。在我国的犯罪构成理论中,根本就没有属于客观处罚条件的“超过的客观要素”的存在余地;从犯罪是应受刑罚处罚的社会危害行为的角度来看,所谓“超过的客观要素”,作为和行为人的实行行为具有某种关系的结果,是表明该行为达到了应受处罚程度的具体体现,作为说明该行为达到了应当受到刑罚处罚的社会危害性的标志,应当在行为人的认识范围之内,而不可能超出其外。〔28〕

2. 独立的犯罪成立条件说

陈兴良教授认为,我国刑法以应受刑罚处罚性作为犯罪的特征之一,客观的处罚条件完全可以看作是犯罪成立的可罚性条件,从量上区分罪与非罪,从而实现控制犯罪范围的刑事政策。〔29〕盗窃罪中的数额较大、滥用职权和玩忽职守罪中的“致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损

〔25〕 前引〔5〕,罗克辛书,第699页。

〔26〕 同上书,第700页。

〔27〕 参见〔日〕福田平:《刑法总论》,有斐阁2001年版,第331页。

〔28〕 参见黎宏:《客观处罚条件的若干问题》,《河南政法干部管理学院学报》2010年第1期。

〔29〕 参见陈兴良:《定罪之研究》,《河南政法管理干部学院学报》2000年第1期。

失”之类的要件，属于用来表明行为对法益的侵害性程度的数量要件，是独立于犯罪构成的客观要件，不属于行为人主观上需要认识的内容，和故意、过失无关。^{〔30〕}这种观点认为客观处罚条件对于确定罪与非罪有决定作用。

赵秉志教授等则认为构成要件符合性、违法性和有责性总是以具体的构成要件行为为对象，而客观处罚条件不以具体的构成要件行为为对象，所以，可罚性具有独立的实体，应把可罚性视为犯罪成立的第四要件。^{〔31〕}

（三）笔者的观点

笔者认为，无论如何，内在的客观处罚条件不是独立于构成要件符合性、违法性和责任之外的犯罪成立要件。^{〔32〕}否则，就和我国刑法将构成要件结果作为违法要素和构成要件要素的规定不符，也无视某些客观处罚条件和违法性之间的关联性。

如果考虑（二元的）行为无价值论，对于客观处罚条件的体系性地位不能一概而论：有的客观处罚条件，与违法性有关，可以作为违法要素和构成要件要素看待，放在犯罪成立理论中加以讨论；有的客观处罚条件，独立于客观违法要素，纯粹是决定刑罚权启动与否的条件，可以放在刑罚论中讨论。在这个意义上，对客观处罚条件可以进行违法要素和刑罚发动事由的区分。

就现象而言，客观处罚条件“可以是性质不同的事实，但这些行为或事实与行为人的行为之间或多或少都具有某种因果联系。例如，在意大利，宣布破产的判决是破产犯罪的可罚性条件。”^{〔33〕}在德国，破产行为，停止支付和开始破产程序的才处罚。“这里所禁止的是减少债务财产或者掩盖财产状况，而且只能根据这些行为来确定行为人的罪责。只有当停止支付或启动破产程序会给债权人造成巨大损失时，才能够对该行为进行刑事处罚。”^{〔34〕}通常的观点认为，实行行为所直接导致的结果，是构成要件结果，属于违法要素，要求行为人认识；所有的客观处罚条件，都不要求行为人具有认识和意志。但是，笼统地看待客观处罚条件，有将复杂问题简单化的嫌疑。对客观处罚条件，可以根据它与违法性、危害结果关联性的强弱分为“内在客观处罚条件”（不真正的客观处罚条件）和“外在客观处罚条件”（真正的客观处罚条件）两种。凡是与法益侵害（危险）有较为密切的关联性的，都属于内在的客观处罚条件；与法益侵害（危险）的关系相对较弱的处罚规定，则属于外在的客观处罚条件。对此，有学者正确地指出：“有些客观可罚条件可以形成一种独立的类型，而有些客观可罚条件却具有类似构成要件的特点。”^{〔35〕}

对客观处罚条件进行类似分类，具有以下意义：（1）某些客观处罚条件是与犯罪危害本身的关联性极其微弱的结果，是与犯罪的危害本质没有内在联系的或者事后发生的某种“外部条件”。这就提示我们，不能将行为当时造成的后果本身视作客观处罚条件。例如，交通肇事行为对他人的生命、身体或者财产有损害的，才是犯罪，但该结果是构成要件结果，不是客观处罚条件。如果将该结果视作客观处罚条件，就会认为，开车时超速，汽车冲撞路边巨石，导致司机独自一人人身损害的，也是不法且有责的行为，只是在客观处罚条件不具备时不能进行处罚，就明显不太合适。同时，还需要关注内在的客观处罚条件和违法要素之间的细微差别。（2）完全可能存在客观处罚条件和构成要件要素无法截然分开的情况。“如果说，立法者制定的不法构成要件是对那些体现各罪、具体描述各罪无价值的特征的概括，那么通过增加行为的客观方面可罚性条件（Objektive

〔30〕 参见陈兴良：《规范刑法学》，中国政法大学出版社2003年版，第97页。

〔31〕 参见赵秉志主编：《外国刑法原理（大陆法系）》，中国人民大学出版社2000年版，第181页。

〔32〕 至于外在的客观处罚条件，则明显属于犯罪成立条件之外的要素。

〔33〕 前引〔15〕，帕多瓦尼书，第340页。

〔34〕 [德]冈特·施特拉腾韦特、洛塔尔·库伦：《刑法总论I》（犯罪论），杨萌译，法律出版社2006年版，第86页。

〔35〕 李海东：《刑法原理（犯罪论基础）》，法律出版社1998年版，第130页。

Strafbarkeitsbedingung)立法者所表明态度,是他们认为除了构成要件符合性、违法性和责任之外还实现了这个可罚性前提条件的才成立一个刑罚需求 (Strafbedürfnis)。要断定法律上提到的一个情节是属于构成要件特征,还是仅仅属于一个可罚性的客观条件,通常并非易事,只有通过法律解释 (Gesetzesauslegung) 的途径解决。”^[36]对不同的客观处罚条件类型,行为人的认识、预见可能不同。对于外在的客观处罚条件,刑法并不要求行为人有认识;对于内在的客观处罚条件,因为处在实行行为的“延长线”上,刑法要求行为人有认识、预见。(3)对不同的客观处罚条件类型,司法证明上的要求不同。对于内在的客观处罚条件,在证明上需要证实其与实行行为之间相对紧密的关联性,证明要求相对较高,证明责任由控方承担。对于外在的客观处罚条件,只需要证明事后出现某种可能阻却处罚的事实即可,证明要求相对较低,证明“事实的处罚排除事由”的责任通常由被告人承担。(4)这种分类提示我们,需要审慎辨析内在的客观处罚条件和客观的构成要件要素。刑法分则条文中所规定的某一要素,如果原本属于构成要件要素,但将其理解为外在的客观处罚条件,就会得出不同的处理结论。例如,对(普通)侵占罪中的“拒不退还”,如果认为属于内在的客观处罚条件,那么,将委托占有物、遗忘物、埋藏物非法占为己有的,违法性存在,但不能进行处罚,司法上还需要进一步证明行为人有拒不退还的行为。但是,如果认为属于客观的构成要件要素,就需要作另外的解释。(5)如果承认内在的客观处罚条件,那么,张明楷教授所主张的客观超过要素似乎都可以划入内在的客观处罚条件范畴,客观超过要素概念是否还有存在余地,就值得进一步研究。

三、内在的客观处罚条件的问题点

(一) 内在的客观处罚条件的含义

在通常的场合,对于具体犯罪的判断,并不需要考虑是否存在内在的客观处罚条件这一要素。在行为具备通常意义上的不法和责任时,犯罪成立要件就全部齐备。只是在例外的情形下,立法者规定了通常意义上的不法要件之外的条件时,需要判断这种条件是否与危害行为及其结果有较为密切的关联性,是否属于足以影响违法性的要件,是否对其应该作为违法要素看待。这种常规的违法要素之外的附加要件,如果取决于某些客观的条件是否成就,就是内在的客观处罚条件。

对内在的客观处罚条件的确定,要受分则规定的限制,即只有在刑法分则规定有不法要件之外,还规定了足以影响不法的客观处罚条件时,行为才是法律意义上应受处罚的。所以,对哪些犯罪需要考虑内在的客观处罚条件,必须结合刑法分则的规定加以判断。

肯定内在的客观处罚条件,主要是基于罪刑法定主义、法益保护主义的考虑。构成要件具有确保罪刑法定原则得以实现的“保障性机能”,符合客观处罚条件的事实是刑罚法规所规定的处罚要件,对于保障罪刑法定原则的实现意义重大。例如,在事前受贿罪、诈欺破产罪中,“担任公务员”、“破产宣告”等事实如果没有出现,要说行为人的行为类型化地符合构成要件,可能存在问题。担任公务员、破产宣告的作出等符合客观处罚条件的事实出现,使先前的实行行为所导致的潜在危险现实化,达到可罚的违法性程度,要充分保护法益,对这种以客观处罚条件作为中介事实所引发的侵害法益的行为必须进行处罚,以此才能保护法益。

(二) 内在的客观处罚条件的性质:违法要素说

由实行行为所直接导致的危害后果是构成要件要素,也是说明法益侵害性大小的违法要素。对这种意义上的违法要素,要求行为人有所认识。

[36] [德] 约翰内斯·韦塞尔斯:《德国刑法总论》,李昌珂译,法律出版社2008年版,第89页。

内在的客观处罚条件大多也表现为一种结果，但它不是实行行为自然地、直接地导致的后果，而往往是处在实行行为的“延长线上”，由介入的第三人的行为、行为人的后续行为等原因造成的后果。例如，事前受贿罪中公务员的事后就任，取决于有任命权的第三人的行为；诈欺破产罪中破产宣告的确认，由行为人以外的法官作出等。换言之，虽然行为人的行为本身有危害性，但在没有新的行为介入，就不会出现对应的结果，犯罪不能成立的场合，由实行行为之外的行为所引发的结果，就属于内在的客观处罚条件。

内在的客观处罚条件是将行为所产生的法益侵害（危险）提升到刑法所预设的可罚性程度的中介事实。但是，这不意味着内在的客观处罚条件可以简单还原为传统意义上的相当因果关系中的“介入因素”，否则，内在的客观处罚条件概念就没有独立存在的必要。因此，内在的客观处罚条件虽然能够产生违法性的效果，但与典型的、传统意义上的违法要素存在差别，属于非典型的违法要素。

1. 客观处罚条件的出现可能具有与通常的介入因素不同的偶然性

内在的客观处罚条件概念的独特功能是对违法性施加影响，在一定程度上反映了行为的危害性是否已经达到可罚的程度。但是，这种影响是有限的，不能和行为人先前的实行行为的影响力同等看待，由介入因素所成就的客观处罚条件对于行为整体上的法益侵害的影响弱于传统上的介入关系造成结果的场合。

对于内在的客观处罚条件，曾根威彦教授将其直接还原为侵害或者威胁法益的违法要素，并利用相当因果关系理论来解释。例如，在破产诈欺罪中，即便债务人出于损害债权人利益的意思隐匿破产申请企业的财产，但在确定破产宣告之前，还不能说对债权人实现其债权的侵害危险达到了应当受到刑罚处罚的程度，而只有在第三人作出“确定破产宣告”之后，才能说债权人的权利受到了现实的侵害，产生了现实的犯罪结果。与此类似，在事前受贿罪中，行为人在成为公务员之前，就其即将担任的公职收受贿赂的，该行为谈不上造成了现实危害。只不过在他得到第三人的任命，真正成为公务员之时，事前受贿所造成的潜在的侵害职务行为公正性的危险，才转化为现实侵害，达到了应当受到刑罚处罚的程度。在上述情形中，虽然有法官的破产宣告、公务员的任命这种事情的介入，但是相当因果关系是存在的，行为人对客观处罚条件从经验法则上看具有预见可能性。因此，将客观处罚条件还原为违法要素是可能的。^[37]但是这种观点值得商榷。

在通常情况下，对于因果关系进行相当性判断时，需要考虑先前的实行行为自身的危险性、介入因素是否偶然出现、介入因素对结果发生的影响力。一般案件中的介入因素必须与原来的实行行为之间存在紧密关联，对并非偶然出现的因素，才需要讨论该因素的介入是否中断因果关系的问题。例如，甲基于杀害乙的意思对乙使用程度很高的暴力，乙受重伤后送医，医生治疗时有比较小的失误，乙伤口感染很快死亡的，虽然介入了医生失误这一具体行为，但是，通说仍然认为该介入因素是由甲暴力程度较高的杀害行为所当然地引起的，受伤者迅速得到医生救治在逻辑上和先前的杀害行为直接关联。因为介入因素的出现不是偶然的，而且对法益侵害结果的影响力有限，因此医生的失误不需要对死亡结果负责，甲应当承担故意伤害致死的责任。因此，对通常的因果关系相当性判断而言，即使介入第三人的违法行为，但该行为不是偶然出现的，对于法益侵害结果的影响力有限时，不会将其作为违法要素看待。

在规定客观处罚条件的犯罪中，第三人的介入具有一定的偶然性，与实行行为的关系可能非常间接，甚至相隔很长时间，对这样的因素如果还与通常情况下的介入因素同视，会带来一些问题。以我国刑法第129条的丢失枪支不报罪为例。的确，最终的严重结果不是由丢失枪支不及时

[37] 参见前引[18]，曾根威彦文，第330页。

报告的行为人本人所引起的，但能将其视作行为人的不报告行为所引起的危害结果。“在丢失枪支不报罪中，‘造成严重后果’尽管是丢失枪支不及时报告行为的附加条件，和不报告行为之间没有直接的因果关系，但是，它并不是和不及时报告行为之间没有任何关系的偶然结果，而是该行为当中所包含的可能发生的结果之一。作为配备公务用枪的人员，对枪支作为武器的特殊性、枪支保管规定以及丢失枪支之后可能引起的后果，应当是了解的。因此，丢失枪支不及时报告，因而造成严重后果的场合，尽管该结果不是行为人本人所引起的，但仍然可以在客观上归咎于他的不及时报告行为。”〔38〕但是，在这种案件中，将严重后果算作丢失枪支者的“作品”，总是会让人觉得他比较“倒霉”，罪犯犹如中“六合彩”的人。例如，行为人甲丢失枪支不报告，乙捡到行为人丢失的枪支，连续10个月都没有使用，丢枪不报行为败露后甲只被关禁闭10天。但是，到第11个月时，乙因为生意上的纠纷使用枪支杀害了丙。此时，对丢失枪支的甲就需要定罪处罚。需要承认，此时甲多多少少是因为偶然的原因才构成本罪，第三人使用枪支和传统上的介入因素引起危害结果相比，与原先的实行行为的时间间隔可能特别长，介入因素的出现较为异常。所以，第三人的行为介入引起客观处罚条件出现的，该行为只是高度类似于一般案件中的介入因素，虽然导致原行为人的违法性升高，能够产生违法效果，但该要素也只能看作是与典型的违法要素有所区别的东西。直接将介入因素所导致的客观处罚条件看成是与造成法益侵害的实行行为及其后果完全相同的违法要素，并不是没有问题。

笔者之所以认为内在的客观处罚条件是非典型的违法要素，主要的考虑还有：（1）内在的客观处罚条件使得先前已经存在的某种危险增大到了可罚的程度，的确对违法性有所影响。例如，在事前受贿罪中，是第三人对公务员的任命行为，使得先前的受贿行为当中所潜在的可能成为公务员的人被收买、民众对公务行为公正性的信赖可能受到侵害的危险，转化为了现实的可罚的危险。（2）但是必须看到，在规定有客观处罚条件的罪名当中，行为的客观违法性主要还是由行为人的实行行为所决定的，而主要不是由客观处罚条件所决定的。例如，事前受贿罪的法益侵害性表现在对贿赂物的收取，破产诈欺罪的法益侵害性表现在隐匿财产等危害行为中。内在的客观处罚条件，对违法性有一定影响，但极其有限，而且兼具说明违法性、在不法——罪责——刑罚之间架设桥梁的双重功能。一个要素放在违法性中加以讨论，除了展示违法性之外，还起着沟通定罪和刑罚的作用时，将其视作非典型的违法要素，应该是说得过去的。（3）内在的客观处罚条件一旦具备，行为的法益侵害性得到充分暴露（例如，在诈欺破产罪中，法院的破产宣告一旦作出，行为的法益侵害性就完全展示出来），但是对违法性的展示、暴露和行为能够直接产生法益侵害（危险）相比，还是存在很大差别的。

2. 从刑罚目的的角度看，内在的客观处罚条件的设计主要是出于预防的考虑

典型的违法要素意味着法益侵害结果由行为所引起，因此要对其进行客观归责，即实现一人做事一人当。行为人必须对由这样的行为所造成的结果负责。在报应论的意义上，行为人因为其违法行为而承担责任，因此，通常的违法要素更多地与报应论有关。但是，内在的客观处罚条件所揭示出来的非典型违法要素，能够让人明显感觉到是因为行为人运气不好，碰到了让他“倒霉”的第三人，由第三人促成了客观处罚条件的成就，从而使得原先实施实行行为的人受到惩罚。在这个意义上，刑罚更多地带有一般预防的意味：即便有实行行为，但在不出现客观处罚条件时，刑法上也能容忍该行为；但一旦出现客观处罚条件，就需要进行惩罚，从而实现一般预防。因此，客观处罚条件更多地与预防论有关。

3. 从认识上看，内在的客观处罚条件要求行为人对于结果有高度模糊性认识

〔38〕前引〔10〕，黎宏书，第197页。

对于通常的构成要件结果，一般人也能够考虑到危害行为一旦实施，就会产生相应的法益侵害结果，立法只是对一般人的常识性判断的尊重而已。因此，对于构成要件结果等典型的违法要素，要求行为人有相对明确的认识。但是，内在的客观处罚条件是否能够出现，取决于很多偶然因素，行为人对其要有明确的认识，相对比较困难。

当然，行为人对客观处罚条件的出现并不是一无所知，即便所知甚少，也是有所“知”，只要其稍微保持谨慎，就能够产生通常高于一般人的对处罚条件的认识。这样一来，对于内在的客观处罚条件，就要求行为人认识。但行为人只需要对于结果有“极有可能发生”的高度模糊性认识、预见。这种认识和预见可能远远低于对直接故意犯罪中典型的违法性要素的认识、预见，而只是对法益侵害（危险）的“未必”的预见——客观处罚条件的发生多多少少是有可能的。但即便发生这样的结果，行为人也无所谓、可以接受、可以容忍。

耶赛克等人指出：内在的客观处罚条件对责任主义不构成冲击的主要理由是：“行为人敢冒任何人均能够很容易地认识的危险，而且客观的应受处罚条件能够产生。例如，使自己处于丧失责任能力酩酊状态者，应受非难地构成了在这样的状态下实施犯罪行为的危险，因为任何人，在完全酩酊状态下均不能够确实预见及控制自己的反应。主张相关第三者名誉的实施者，必须负责证明其主张的真实性。参与斗殴者，构成了严重后果的危险”。〔39〕

由此看来，内在的客观处罚条件和外在的客观处罚条件的区别就是明显的：前者是出于维护罪刑法定主义、法益保护主义的需要而设置的，对构成要件、违法性有影响，要求行为人对其要有“未必”的预见。后者完全是基于刑事政策所作出的规定，对不法和责任均无影响，不要求行为人对其有认识、预见。

（三）内在的客观处罚条件的范围

前面所提到的事前受贿罪中公务员的事后就任、破产诈欺罪中的破产宣告等，都是内在的客观处罚条件。但是，需要注意的是：有的学者对客观处罚条件的理解范围较广，有必要加以限定，其中由实行行为直接造成的财产损失或者死伤后果，应该属于构成要件要素，不是这里所说的内在的客观处罚条件。所以，需要尽可能严格地区分违法要素和属于非典型违法要素的客观处罚条件。

在国外，对财产犯罪、经济犯罪的成立，往往没有数额限制，实施一定的取得财物或者不法利益的行为，不法和罪责就具备，但为限制处罚范围，对造成相当损害或者取得财物数额较大的，才进行刑罚处罚。例如，在意大利，是否造成损害后果是泄露秘密文件内容犯罪的客观处罚条件，该结果是否出现，不要求行为人认识。在德国，参与斗殴的，“造成严重后果”是客观处罚条件。〔40〕我国的财产犯罪和经济犯罪中，数额是客观的构成要件要素；聚众斗殴罪中的严重后果是客观的构成要件要素，行为人对这些结果的发生需要认识，这种数额、数量、后果等，就不再属于内在的客观处罚条件。

（四）“客观的超过要素”的实质是“内在的客观处罚条件”

基于上述分析，笔者认为，在张明楷教授那里作为客观的超过要素看待的问题，实际上都可以按照内在的客观处罚条件加以分析。张明楷教授认为，客观超过要素不是故意的认识与意志的对象，不需要行为人对之具有认识、放任或希望的态度，但当“客观的超过要素”的内容是危害结果以及影响行为的社会危害性的其他客观因素时，行为人至少对之具有预见可能性。以丢失枪支不报罪为例，张明楷教授认为，依法配备公务用枪的人员，在认识到枪支丢失的情况下不及时

〔39〕 前引〔2〕，耶赛克等书，第670页。

〔40〕 在德国和意大利刑法学中，对内在的客观处罚条件，通说认为不需要行为人认识、预见。应该说，这与日本刑法学的通说存在很大不同。

报告, 就具有危害公共安全的危险, 因为枪支的杀伤性大, 丢失后会造成严重后果。但立法者根据惩办与宽大相结合的政策, 认为单纯的不及时报告行为的社会危害性, 还没有达到应当追究刑事责任的程度, 为了限制处罚范围, 便在客观上要求“造成严重后果”。从司法实践上看, 这种严重后果, 通常表现为枪支落入不法分子之手后, 成为不法分子的作案工具, 而造成严重后果(间接危害结果)。事实上, 只要行为人丢失枪支后不及时报告, 因而造成严重后果的, 不管行为人是否希望或者放任严重后果的发生, 都应当追究行为人的刑事责任。但是, 客观超过要素概念除和责任主义之间存在冲突之外, 还有以下问题:

1. 客观的超过要素即便是“超过”要素, 但其毕竟还是“客观”的要素。对这种影响违法性的“客观”的要素, 完全可以作为内在的客观处罚条件看待, 既充分关注其与构成要件结果等违法要素的不同, 又肯定其对违法性的影响、揭示其功能。在现有概念够用、足以说明问题的情况下, 理论上需要审慎思考是否有必要“再造”概念这一问题。

2. 所谓的客观超过要素, 实际上是第三人的介入最终引起法益侵害结果的问题。丢失枪支不报罪中的“严重后果”是该罪的结果, 在丢失枪支且不报告的行为和“严重后果”之间介入了第三人的行为。只不过第三人的介入相对偶然, 可能和最初的实行行为的时间间隔较长, 从而有别于通常案件中的介入因素, 所以, 需要有能够区别传统违法要素和客观处罚条件的解释方法。

3. 所谓的客观超过要素, 本身就是客观的、影响违法性的要素, 只是与典型的违法要素存在一定差别, 但仍然属于违法性要素, 那么, 它就不属于客观的“超过”要素。对这种要素, 行为人并不是毫无认识。

4. 刑法第264条将多次盗窃规定为盗窃罪的一种类型, 有关司法解释将多次盗窃解释为“一年内入户盗窃或者在公共场所扒窃三次以上的”情形。张明楷教授认为, 这里的“多次盗窃”是客观的超过要素, 行为人只需要具有盗窃的故意即可, 不要求其认识到“多次盗窃”, 否则, 就可能出现记忆力强的人受到刑罚追究, 而记忆力弱的人不成立犯罪的局面。^[41]但是, 笔者认为, 多次盗窃只是典型的构成要件要素和违法要素, 其既不是客观的超过要素, 也不是笔者所说的内在的客观处罚条件。因为对多次盗窃之所以定罪, 是因为其“多次”实施的行为达到了刑事可罚的程度。仅仅有一次盗窃且未达到数额较大标准的, 违法性不具备; 有三次以上的盗窃, 单独的每次行为虽未达到数额较大标准的, 也达到了刑事可罚的程度。因此, 多次盗窃构成盗窃罪的法益侵害性主要依靠盗窃次数来说明, 而不是以盗窃行为本身来说明。那么, 对于多次盗窃这一违法要素就一定要求行为人认识。此外, 在这里, 还需要考虑, 司法解释将多次盗窃解释为“一年内”入户盗窃或者在公共场所扒窃三次以上, 实际上已经考虑到作出相对较短的时间限定, 以防止行为人因为时间久远, 对盗窃次数难以认识的局面出现。

四、外在的客观处罚条件

“在一些故意犯罪中, 将某些客观要素作为客观处罚条件来对待, 从而不要求行为人对这种客观处罚条件具有认识与放任(包括希望)态度, 就解决了将其作为构成要件而要求行为人具有故意所带来的问题”。^[42]在刑法中, 不能无视违法性之外进一步缩限处罚范围的条件的存在, 因此, 存在仅仅出于限制处罚范围的考虑而设定的客观处罚条件, 就是外在的客观处罚条件。立足于处罚限制事由的外在的客观处罚条件理论, 思考问题的出发点主要是刑事政策上或者法律适用

[41] 参见前引[9], 张明楷书, 第221页。

[42] 张明楷:《外国刑法纲要》, 清华大学出版社2007年版, 第368页。

上的处罚必要性：要排斥刑法的适用，就需要附加很多条件。在客观处罚条件具备时，可以实现处罚；在这些条件不具备时，不能科处刑罚。因此，客观处罚条件只是对刑罚适用的排除。例如，德国刑法第 103 条规定的对外国机关代表和国家象征的犯罪，在被害人所在国家与德国有外交关系和互惠决定时，才对行为人进行处罚。

由于这种处罚条件不属于构成要件的内容，对这类客观处罚条件，就不需要行为人有认识、预见。即便承认这种意义上的客观处罚条件，也不会和责任主义相冲突。罗克辛指出，客观处罚条件是超然于责任之外的刑事可罚性条件。“人们的共识仅仅在于：这种特征无论如何都不允许属于不法或者罪责”。^{〔43〕} 外在的客观处罚条件不是对违法性的说明，但是其存在以违法性为基础。这种客观处罚条件的存在，仅仅在缩小处罚范围这一点上是有意义的，因此是刑罚论的讨论范畴。

要肯定客观处罚条件的处罚限制机能，又要确保其和责任主义没有抵触，就需要承认外在的客观处罚条件和行为违法性没有太大关系，只与国家刑罚权的发动紧密相关。外在的客观处罚条件的存在根据主要包括两方面的内容。

（一）从行为无价值论角度的论证

一元的行为无价值论认为，违法性的本质是违反规范。行为人有意违反规范的态度一旦得到体现，违法性就具备，因此，重要的是行为人的意思以及该意思支配下的实行行为。至于犯罪结果乃是行为后的事实，容易受到外部偶然因素的影响，对于确定违法性没有意义，因此都属于客观处罚条件。但是，这和我国刑法分则普遍将危害结果作为构成要件要素的取向相悖，因而是不能得到认同的观点。

二元的行为无价值论认为，犯罪结果是违法要素，不是客观处罚条件。根据二元论，行为违法性的本质在于违反规范进而造成法益侵害。一方面，法规范的本质是命令规范或者意思决定规范；另一方面，与行为违法并列的结果违法在违法性的评价上非常重要。基于上述立场，构成要件要素是立法者的命令或者禁止的体现；构成要件结果是法益侵害的内容。而外在的客观处罚条件不涉及立法者对行为举止的命令或者禁止，不是构成要件的组成部分，^{〔44〕} 只是裁判规范的组成部分。因为在命令规范之外，刑罚法规还有作为裁判规范的机能，在这种场合，立法者在对作为刑罚适用前提的犯罪事实进行判断的基础上，有时也有必要充分考虑刑罚权发动的外部条件。换言之，“立法者有时出于不同的原因将行为的可罚性与具备与符合构成要件行为本身无关的外在情形联系在一起。”^{〔45〕} 与刑罚法规的行为规范机能相对应，刑法只能对行为人具有故意、过失的行为进行处罚，刑法的行为引导功能才能发挥，那么，行为时的事实、行为的因果过程都是认识的内容。某些事实，虽然是在行为后发生的（例如故意伤害他人，死亡结果在第二天才发生的），显然需要行为人认识。但是，外在的客观处罚条件不属于这样的内容。

外在的客观处罚条件与刑罚的行为规范机能并不对应，而是在裁判机能之下，在构成要件符合性、违法性、责任的基础上，对国家刑罚权发动时的处罚范围加以限制。因此，需要从行为规范和裁判规范的区别入手，立足于“当罚性”（行为规范）和“需罚性”（裁判规范）概念，将通常的构成要件要素视作行为规范的范畴，主要解决当罚性问题即处罚正当性问题。既然要确保惩罚是正当的，那么，就必须在行为人具有非难可能性的情况下才能实现，对违法要素或者类似于违法要素的内在的客观处罚条件要求行为人认识。但外在的客观处罚条件主要解决要不要进行刑罚处罚的问题，属于裁判规范的范畴，涉及到司法人员划定刑罚圈时的判断问题，该条件不需要行为人认识。那么，客观处罚条件就不是犯罪的客观要素，由此得出外在的客观处罚条件有独立

〔43〕 前引〔5〕，罗克辛书，第 690 页。

〔44〕 参见前引〔18〕，曾根威彦文，第 322 页。

〔45〕 [德] 李斯特：《德国刑法教科书》，徐久生译，法律出版社 2006 年版，第 322 页。

存在必要但有别于不法和罪责要素的结论。

在笔者看来,问题的关键是将刑法分则中规定客观处罚条件的条款的内容区别看待:与违法性类似的部分,主要是对行为妥当与否的指引(行为规范);而规定客观处罚条件的部分,则属于对司法裁判的指引——某种行为虽然是违法的,但不能动用刑罚进行处罚,必须要加以容忍。

(二) 刑事政策的必然要求

虽然有别于违法要素,但外在的客观处罚条件的存在合理性是不可否认的。这种合理性主要体现在对刑事政策的贯彻和运用:行为具备不法和罪责,就应该可以发动刑罚加以惩罚。但是,立法者基于刑罚必要性的考虑,特别为某些明显可罚的行为设置处罚“障碍”,以缩小刑事制裁范围。应该说,即便是在不具有客观处罚条件的场合,行为的法益侵害性仍然是存在的。外在的客观处罚条件具有“风险特征”:行为人对于已经实现的不法构成要件,要自行承担对于任何人而言都能够认识到的可罚性的存在风险或者将要产生可罚性条件的风险。对此,结合诽谤罪就能看得更清楚一些。诽谤罪的不法构成要件就在于故意宣称或者散布对他人名誉有损害的事实。损害了他人名誉的行为人就必须为能够证明所涉及事实的真实性负责,立法者对行为人设置了“真实性证明失败风险”的规定。但这样的规定主要是为了缩小处罚范围,有效地保护个人名誉是第二位的考虑,因为完全可能存在行为人基于损害他人名誉的意思捏造事实并加以传播,但在事态严重时,行为人为免除处罚,四处搜集证据并加以综合,得出“确有其事”的结论。此时,法益损害事实存在,但对行为人的刑罚惩罚不能实现。

作为刑事政策上的处罚限制事由,外在的客观处罚条件具有双重功效:一方面,即便不进行处罚,刑法规范也同时表明了立法者对于行为的态度,从而在一定程度上发挥着行为规范的功能。客观处罚条件涉及行为举止的可罚性。一定的行为(例如诽谤、伤害助势),如果不具备客观处罚条件,刑法上不会处罚。但是,立法上对类型化的实行行为并不提倡,行为的违法性仍然存在。换言之,对这样的行为,仅仅从结局看,刑法并不反对。但并不意味着国家对客观处罚条件并未出现的行为可以谅解。例如,台湾地区“刑法”中的聚众斗殴罪,对现场助势的人作不同于直接实行犯的规定,在没有造成死伤后果时不罚,死伤后果是现场助势行为的客观处罚条件。没有死伤后果,对助势者不罚,但并不意味着助势行为没有刑事违法性。对此,有学者指出:“行为可罚性的实现需要客观条件,意味着行为本身就‘应该受到刑罚处罚’,只是出于适当性的考虑,法律才将某种特定结果作为行为‘必须受到惩罚’的条件。这当然是一种有利于犯罪人的立法规定,因为他只要能避免那种‘必须受到惩罚’的条件出现,他就可以实施犯罪而不受惩罚。”^[46]但是,在这里,不得实施现场助势的违法行为的刑法呼吁仍然是存在的,且不是针对个别人的,而是在刑法意义上对所有人的行为指引。另一方面,在存疑时适度偏向被告人。存疑时有利于被告,是无罪推定原则的题中之义。客观处罚条件的实质是对符合犯罪成立条件的行为网开一面,不予处罚。按理说,被告人在刑事诉讼中不承担举证责任,在司法机关不能判断事实的真假时,就应该作出有利于被告人的结论,宣告其不成立诽谤罪。但是,在将“不能证明性”作为客观处罚条件时,被告人不能证明事实的真实性,不能让法官相信自己所揭示的事实为真时,就必须承担不利的后果。

应该说,对行为进行评价的整个过程,都是考虑运用刑罚保护社会秩序的需要是否存在的过程。在此过程中,有两次对刑事政策的考虑:第一次是法律在选择性地规定以刑罚相威胁的行为方式时,通常要受刑事政策的影响。在规定构成要件时,显著轻微的、危害很小的行为从一开始就被排除在外。第二次是根据行为人在犯罪后的举止,再一次考虑是否有运用刑罚保护社会秩序的需要问题。后一次考虑即是对外在的客观处罚条件的运用,其政策倾向更为明显。

[46] 前引[15],帕多瓦尼书,第340页。

需要注意：在规定有客观处罚条件的刑法条文中，作为行为规范所规制的范围和满足客观处罚条件的范围之间明显存在偏差。但这种偏差如果过于扩大，可能并不妥当，使得行为人对自己行为的法律后果难以预测，由此与罪刑法定原则的基本精神相抵牾。因此，在立法论上，对违法性的规定要考虑法益保护的需要，在对外在的客观处罚条件进行规定，限制处罚范围时，也不能将其范围过于缩小，以免造成法益保护最终不周延的局面。在司法上，在行为具备违法和责任的基础上，只有立法上所规定的犯罪成立条件以外的要素客观地存在时，才能对刑罚权的发动进行限制。

五、我国刑法中关于客观处罚条件的规定及适用

（一）我国刑法中规定的客观处罚条件

1. 刑法第 129 条规定，依法配备公务用枪的人员，丢失枪支不及时报告，造成严重后果的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役。“造成严重后果”是客观处罚条件。

2. 刑法第 186 条规定，银行或者其他金融机构的工作人员违反国家规定发放贷款，数额巨大或者造成重大损失的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，并处 1 万元以上 10 万元以下罚金；数额特别巨大或者造成特别重大损失的，处 5 年以上有期徒刑，并处 2 万元以上 20 万元以下罚金。“造成重大损失”是客观处罚条件。

3. 刑法第 196 条规定，恶意透支的，构成信用卡诈骗罪。所谓恶意透支，是指持卡人以非法占有为目的，超过规定限额或者规定期限透支，并且经发卡银行催收后仍不归还的行为。“经发卡银行催收后仍不归还”是客观处罚条件。

4. 《刑法修正案（七）》第 3 条第 1 款规定，纳税人采取欺骗、隐瞒手段进行虚假纳税申报或者不申报，逃避缴纳税款数额较大并且占应纳税额 10% 以上的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；数额巨大并且占应纳税额 30% 以上的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处罚金。第 4 款规定，有第 1 款行为，经税务机关依法下达追缴通知后，补缴应纳税款，缴纳滞纳金，已受行政处罚的，不予追究刑事责任。如果将处罚阻却事由看作是客观处罚条件的反面，那么，在本罪中，不能补缴应纳税款、缴纳滞纳金，未接受行政处罚这一处罚阻却事由，也可以看作客观处罚条件。^{〔47〕}

5. 刑法第 241 条第 3 款规定，收买被拐卖的妇女、儿童，按照被买妇女的意愿，不阻碍其返回原居住地的，对被买儿童没有虐待行为，不阻碍对其进行解救的，可以不追究刑事责任。违背被买妇女的意愿，阻碍其返回原居住地，或者对被买儿童实施虐待行为，阻碍对其进行解救，是本罪的客观处罚条件。

6. 刑法第 243 条规定，捏造事实诬告陷害他人，意图使他人受刑事追究，情节严重的，构成诬告陷害罪。国家机关工作人员犯前款罪的，从重处罚。不是有意诬陷，而是错告，或者检举失实的，不适用前述规定。“有意诬告”是客观处罚条件。

7. 刑法第 397 条规定，国家机关工作人员滥用职权或者玩忽职守，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑。“公共财产、国家和人民利益遭受重大损失”是客观处罚条件。

〔47〕 笔者认为，处罚阻却事由和客观处罚条件只是一个问题的正反两面而已。对此，德国也有学者持类似观点。但是，应该承认，客观处罚条件和处罚阻却事由之间究竟是何关系，还值得仔细研究。因此，笔者的这一结论可能受到质疑。

(二) 我国刑法中规定的内在的客观处罚条件

在上述规定中,某些客观处罚条件是犯罪的危害结果提升或者进一步扩大的表现。这种客观处罚条件是与犯罪的危害本质具有内在联系的条件,是实行行为危害性的当然延伸,因此,是决定处罚的“内在”处罚条件。在我国刑法立法上,对某些明显属于犯罪行为危害行为的危害行为给予容忍,只要没有进一步造成更大的危害结果,或者法益侵害没有达到立法上预设的可罚性程度,就不认为符合内在的客观处罚条件。

在我国刑法中,揭示危害结果进一步扩大或法益侵害达到可罚性程度,应该作为非典型的违法要素看待的内在的客观处罚条件包括以下情形:

1. 丢失枪支不报罪、违法发放贷款罪、玩忽职守罪中,张明楷教授作为“客观的超过要素”讨论的内容,其实都是内在的客观处罚条件的适例。对此,前文已有分析,此不赘述。

2. 恶意透支,经发卡银行催收后仍不归还的。基于非法占有目的的恶意透支,潜在的法益侵害性已经存在,^[48]经发卡银行催收,仍不归还透支款的,法益升高。根据有关司法解释,经发卡银行两次催收后,超过3个月仍不归还的,就是客观处罚条件。超过3个月仍没有归还,意味着行为的法益侵害性已经达到了可罚的程度,就应该对恶意透支行为进行处罚。对于经发卡银行催收后不归还,张明楷教授将其视为恶意透支构成信用卡诈骗罪的构成要件要素,没有作为客观处罚条件看待。但是,在解释上却将它与客观处罚条件同视:“只要持卡人透支后发卡银行实施过催收行为,持卡人按照信用卡的通常使用情形认识到发卡银行实施过催收行为并仍不归还的,即使持卡人没有直接或间接收到发卡银行的催收,也应认定为‘经发卡银行催收后仍不归还’”。^[49]笔者认为,将“经发卡银行催收后仍不归还”作为非典型的违法性要素看待,从认识的角度看,也是可以解释的:行为人在透支时能够大致地、“未必”地预见发卡银行会催收,而不要求其收到银行的催收通知;在经过催收后仍不还,违法性被进一步提升到可罚的程度,行为的违法性才完全具备。

3. 收买被拐卖的妇女、儿童后,违背被买妇女的意愿,阻碍其返回原居住地,或者对被买儿童实施虐待行为,阻碍对其进行解救的。收买行为本身虽然具有一定的违法性,但是,还没有达到可罚的程度。行为人事后不违背被买妇女的意愿,不阻碍其返回原居住地,或者对被买儿童没有虐待行为,不阻碍对其进行解救的,危害不会进一步扩大化,对其就不应该进行处罚。^[50]只有在客观处罚条件具备时,才能说潜在的违法性升高到了可罚的程度。那么,与此相关,收买被拐卖的妇女,虽强行与其发生性行为,但不阻碍其返回原居住地的,收买被拐卖的妇女罪因为内在的客观处罚条件不具备而不能成立,对收买者只能以强奸罪一罪追究刑事责任。

4. 在逃税罪中,不能补缴应纳税款、缴纳滞纳金,未接受行政处罚的,也是内在的客观处罚条件。最高人民检察院、公安部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》(2010年5月7日)第57条规定,纳税人在公安机关立案后再补缴应纳税款、缴纳滞纳金或者接受行政处罚的,不影响刑事责任的追究。换言之,纳税人在公安机关立案前不能补缴应纳税款、缴纳滞纳金或者接受行政处罚是客观处罚条件。因为逃税行为已然具有违法性,但是其违法程度还有限,只有在立案前仍然没有补缴应纳税款、缴纳滞纳金或者接受行政处罚的,违法性才逐步

[48] 这里需要限定的是:必须是对具有非法占有目的的恶意透支,才能认为其有社会危害。基于正常消费意思的透支,不具有这种社会危害性。

[49] 张明楷:《诈骗罪和金融诈骗罪研究》,清华大学出版社2006年版,第673页。

[50] 但是,似乎也可以认为,这一规定不是客观处罚条件。因为在解救前,行为就已经犯罪既遂,该规定完全是基于刑事政策的考虑所做出的。对此,还值得进一步研究。

升高到客观可罚的程度。^[51]

对于内在的客观处罚条件，在适用上有一些问题需要注意。在这里，主要结合逃税罪不予追究刑事责任的规定加以分析。

(1) 按照责任原理，内在的客观处罚条件要求行为人至少有未必的认识。与此相对应，外在的客观处罚条件不是违法事实的部分，不要求行为人认识。如果误将其作为属于违法要素的客观处罚条件，就要求行为人对其具有故意。而外在的客观处罚条件中的很多事实，不是行为人所能认识的内容。在这种情况下，如果一定说行为人对于客观处罚条件具有故意，可能会使得责任概念过于抽象，在犯罪认定过程中也没有实际必要。(2) 只要客观处罚条件不具备，就不能对行为进行处罚，也不存在应受处罚的未遂行为。如果具备可罚条件，而行为本身没有实施终了或不可能实施终了的，可认定为犯罪未遂。(3) 在客观的处罚免除事由并不完全具备时，应当认为具有客观处罚条件，可以进行处罚。例如，逃税罪的立案标准是5万元。行为人逃税后补缴税款不足的，例如，逃税10万元，仅补缴4万元的；或者逃税10万元，能够补缴税款，但不能缴纳滞纳金，都可以成立犯罪。问题是：只是对不足部分的6万元认定为逃税罪的犯罪数额？还是整体上就10万元成立逃税罪？换言之，是否应该在犯罪数额中将已经补缴的数额扣除？笔者认为，此时，不应该扣除已补缴税款，而应当将逃税总额认定为犯罪数额。客观处罚条件的立法目的，是在处罚条件具备时就可以进行处罚，该条件与责任无关，在未完全具备处罚阻却事由所规定的补缴应纳税款、缴纳滞纳金、接受行政处罚三个条件的，处罚阻却事由并不具备。逃税10万元，仅仅补缴4万元，或者无法缴纳滞纳金的，事实的处罚排除事由不存在，只能认定为犯罪人部分退赃。而立法上对逃税罪设定的是全部退赃，同时接受处罚，才能排除在处罚范围之外。所以，司法上在处罚阻却事由不完全齐备时，应当认定为客观处罚条件存在，应当就逃税总额认定为犯罪数额，不应将补缴税款的部分从犯罪总额中扣减。当然，其补缴部分在量刑时可以作为酌定从轻处罚情节考虑。(4) 有的学者认为，对于在客观处罚条件出现之前实施的包庇、帮助、教唆行为，只要正犯事后存在事实的排除处罚事由，对包庇、帮助和教唆的人不能进行处罚。^[52] 有的学者强调，“在某些缺乏处罚条件的情况下也有成立共犯的可能”。^[53] 还有的学者主张，在可罚性条件出现之前、行为之后提供帮助的，都不成立共犯，但可能成立包庇罪。笔者认为，行为的完成决定于构成要件是否实现，而内在的客观处罚条件影响构成要件要素和违法性，因此，在客观的处罚条件出现之前的时间段实施帮助行为的，正犯的构成要件和违法性都难言齐备，帮助犯不成立。对逃税罪而言，因为客观处罚条件是类似于违法的要素，正犯不具备该要素时，不法不存在，帮助逃税者就很难成立犯罪。(5) 有的学者认为，假如构成要件实现的时间与客观的可罚性条件出现的时间，前后不一致，则追诉时效应自发生在后的客观处罚条件出现的时间点起算。^[54] 但是，笔者认为，追诉时效从犯罪之日起算，内在的客观处罚条件只是对违法性有一定影响，与犯罪的实行行为基本无关，从客观处罚条件的出现时间开始计算追诉时效并无法律根据。客观处罚条件的规定立足于限制刑法适用，是有利于被告人的规定，不能将其解释为不利于被告人的规定。因此，逃税行为发生在《刑法修正案（七）》之前，但是，在之后才受到司法追究的，原则上应当适用新法，尽量做有利于被告人的考虑。(6) 他人对行为人进行控告，行为人内在的客观处罚条件虽不具备，但其行为潜在的不法侵害性仍然是存在的，检举、揭发者的行为就不可能成

[51] 笔者是从违法性升降的角度，将补缴应纳税款、缴纳滞纳金或者接受行政处罚视作客观处罚条件。但似乎也可以从财政政策、刑事政策的角度，将该规定视作处罚阻却事由。对此，还值得进一步研究。

[52] 参见前引[45]，李斯特书，第324页。

[53] [韩]李在祥：《韩国刑法总论》，韩相敦译，中国人民大学出版社2005年版，第62页。

[54] 参见前引[24]，林山田书，第391页。

立诬告陷害罪。例如,明知他人恶意透支,然后进行举报,但透支者在发卡银行催收时归还欠款的,控告人不是诬告陷害。再比如,甲举报乙逃税,乙在公安机关立案前补缴税款、缴纳滞纳金、接受行政处罚,因此不被追究刑事责任的,不能认为甲的行为构成诬告陷害罪。(7)行为发生客观处罚条件的错误时如何处理?例如,行为人实施逃税行为,误以为即便罪行败露,自己的现有财产也足以缴纳罚款和滞纳金,但由于计算错误,根本无力缴纳罚款和滞纳金的,其对于客观处罚条件的认识错误是否在刑法意义上有影响?对于构成要件而言,其客观要素需要行为人具有“知”和“欲”;对于违法性而言,要求行为人对于违法性有认识(否则可能成立禁止错误)、对违法阻却事由有认识(有防卫意思等)。但客观处罚条件不是典型的违法要素,最多具有类似于违法要素的效果,行为人对其只需要有未必的认识即可,其错误是否存在基本上无关紧要。当然,对此还需要进一步研究。

(三) 我国刑法中规定的外在的客观处罚条件

按照笔者的理解,刑法第243条关于诬告陷害罪的规定,不涉及行为违法性的问题,是客观处罚条件中决定处罚的外在条件。因为在诬告陷害罪中,行为人需要证明其不是诬告,其对检举揭发的事实如果能够在一定程度上加以证明,就不受刑罚处罚。从刑事政策的角度看,不是有意诬陷,而是错告,或者检举失实的,不成立本罪的规定,其实有类似于德、日刑法中诽谤罪的“事实真实性的证明”的效果。不能证明是“错告”或者“检举失实”,是决定刑罚能否适用的客观处罚条件。

此外,由于我国有的刑事司法解释具有高度抽象性,也具有普遍适用的效力,因此,其中也可能有类似于客观处罚条件的规定。^[55]例如,2007年7月8日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》第9条规定,国家工作人员收受请托人财物后及时退还或者上交的,不是受贿。笔者认为,收受财物后不及时退还或者上交,就是外在的客观处罚条件。当然,也有人认为,国家工作人员收受请托人财物后及时退还或者上交的,证明其不具有受贿故意,因此,不是受贿。对类似行为不认定为受贿,与客观处罚条件无关,而仅仅是因为犯罪构成的主观要件不具备。但是,基于政策上的考虑,司法机关也完全可能对受贿行为既遂后“及时退还或者上交”的不作为犯罪处理。如果结合司法解释的进一步规定,就可以认为不能“及时退还或者上交”是外在的客观处罚条件。司法解释还规定:“国家工作人员受贿后,因自身或者与其受贿有关联的人、事被查处,为掩饰犯罪而退还或者上交的,不影响认定受贿罪”。那么,进一步的推论就是,国家工作人员“受贿后”,不是因自身或者与其受贿有关联的人、事被查处,为掩饰犯罪而退还或者上交的,就难以认定为受贿罪。而受贿后“及时退还或者上交”的,显然不是受贿后“因自身或者与其受贿有关联的人、事被查处,为掩饰犯罪而退还或者上交”,当然不能认定为受贿。在这个意义上,不能及时退还或者上交,仍然可以视为客观处罚条件。当然,如果将不能及时退还或者上交仍然可以视为受贿罪的客观处罚条件,可能引发在立法上未对客观处罚条件作出明确规定时,司法解释上设定客观处罚条件是否违反罪刑法定原则的疑问。

关于外在的客观处罚条件,还有以下问题需要进一步说明。

一方面,构成要件符合性、违法性、责任这些犯罪成立要件所当然包含的内容都是外在的客观处罚条件的“前提事实”,这种前提事实必须受行为原则、责任主义、罪刑法定主义的限制。而外在的客观处罚条件中的事实,行为人在行为时的预见可能性欠缺,也不可能进行控制。对此,林钰雄教授指出:立法者选择将某种要件列为不法与罪责之外的客观处罚条件,其适用结果

[55] 至于在司法解释中作类似于客观处罚条件的规定,是否违反罪刑法定原则,是否超越司法权,则是另外的问题。

便是纯粹取决于客观上的条件是否成就。至于行为人主观上是否对该条件有所认知，并非所问，因此不会发生主客观不一致的刑法错误问题。^{〔56〕}如果将这样的事实视作违法要素，并进行归责，要么会陷入客观归罪的窠臼，要么使得犯罪之间的界限丧失。

另一方面，从效果上看，上述外在的客观处罚条件只是对刑罚是否启动具有意义。犯罪成立要件必须是与犯罪行为有关的要件，客观处罚条件与行为本身及其组成部分无关，是与行为相分离的内容，实行行为是否实施终了，与客观处罚条件的出现无关。相反，客观处罚条件所规定的事由，一般都出现在危害行为实施完毕之后，一定要晚于构成要件事实，^{〔57〕}其所针对的都是犯罪实施以后的情况，是犯罪人所采取的有助于抵消危害结果的行为。危害结果是构成要件的内容，但是，抵消或者竭力减轻危害结果的行为与构成要件无关，不属于犯罪成立要件的内容。司法解释上关于受贿后及时退还或者上交，就不再认定为受贿的规定，只不过是为了追求类似于犯罪中止制度或者比中止制度更为彻底的效果。刑法第24条第2款规定，对于中止犯，没有造成损害的，应当免除处罚。外在的客观处罚条件的规定，是与中止制度立意相同但更为彻底的对行为人的“奖励”。“刑法之所以要采取这种规定，根本原因在于刑法是保护法益的工具，允许在事后消除犯罪造成的危害后果或防止造成进一步的危害，实际上是在降低法益风险。因此，在具备排除可罚性条件的情况下，法律认为，尽管稍微迟了点，刑罚的威慑已经达到了它最初的目的，因而也就没必要再适用了。”^{〔58〕}

最后，需要附带讨论的问题是：在我国刑法中，出现了为数不少的关于客观处罚条件的规定。但是，也有一些规定貌似客观处罚条件，既不是内在的也不是外在的客观处罚条件，只能算作典型的违法要素。对此需要仔细辨析。例如，侵占罪中的“拒不退还、拒不交出”是否属于客观处罚条件？如果认为其属于内在的客观处罚条件，由于内在的客观处罚条件不是典型的违法要素，只有类似于违法要素的效果，是典型的违法要素之外独立的客观要素，那么，将委托占有物、遗忘物、埋藏物非法占为己有的，违法性虽然存在，但行为的法益侵害性尚未达到可罚性的程度，司法上还需要进一步证明行为人有拒不退还的行为。“非法占为己有”与“拒不退还”、“拒不交出”之间就是并列的、各自具有独立意义、需要相继判断的关系：行为人主观上具有将持有的他人财物非法占为己有的目的，并以所有人的身份对该财物进行非法使用、收益、处分，其行为就已经具有非法性，即使后来在他人要求下返还或者交出了占有物，其非法占有的性质也不能改变。但此时行为人尚未构成侵占罪，只有在其行为具备拒不交出、拒不退还的特征时，侵占罪的构成要件才完全齐备。所以，对侵占罪的成立，需要先判断非法占为己有的事实是否存在，还要进一步判断持有人是否有拒不退还或者交出的意思。^{〔59〕}

但是，如果认为“拒不退还”、“拒不交出”属于客观的、表面的违法要素，其与非法占为己有都是典型的违法要素，那么它们之间就有相互说明的关系，“拒不退还”、“拒不交出”的含义就可以通过非法占为己有来进行阐释，其缺乏独立的内容。侵占罪中关于拒不退还的规定，貌似客观处罚条件，但既不是内在的也不是外在的客观处罚条件，只能算作是典型的解释违法性的要素。因为“非法占为己有”与“拒不退还”、“拒不交出”之间是存在包容和被包容关系的要素，

〔56〕 参见前引〔3〕，林钰雄书，第308页。

〔57〕 根据司法解释，对家庭成员之间的盗窃行为，不作为犯罪处理。这主要是考虑到家庭成员关系使得犯罪实施变得更容易，刑罚处罚可能范围较广且破坏家庭关系，因此，有人认为，家庭成员资格属于与犯罪实施具有内在联系的“事前的阻却可罚性原因”。但是，对这种行为不罚，不是基于客观处罚条件的理论，而是因为责任非难上存在困难（期待可能性理论），可以借助于前述“个人的处罚阻却事由”进行解释。因此，客观处罚条件所涉及的都是实行行为之后排除可罚性的情形。

〔58〕 前引〔15〕，帕多瓦尼书，第343页。

〔59〕 参见刘志伟：《侵占罪的理论及司法适用》，中国检察出版社2000年版，第111页。

前者是主要的,能够包容“拒不退还”、“拒不交出”,即占有人以所有人自居,对财物加以处分,既表明了其非法占有持有物的意图,也说明了拒不退还、拒不交出事实的存在。换言之,如果能够判明是非法占为己有的,就足以说明是拒不退还、拒不交出,有前者就一定有后者,后者处于从属地位。拒不退还、拒不交出虽然是侵占罪中构成要件客观方面的内容,但主要是对非法占为己有的强调和进一步说明,是为确认、固定占有人非法占为己有的意图提供充足的依据。非法占为己有和拒不退还、拒不交出之间,存在相互证明的关系。对此,张明楷教授指出,非法占为己有和拒不退还表达的是同一个意思:将自己占有的他人财物变为自己所有。“拒不退还”只是对“非法占为己有”的强调或者说是认定行为人是否非法占为己有的一种补充说明。^{〔60〕}这是将“拒不退还”、“拒不交出”看成是违法要素可能得出的结论。所以,从占有人将自己暂时占有的他人财物不法转变为自己所有之时,拒不退还、拒不交出的意思已经昭然若揭,没有必要再在司法上证明“拒不退还”、“拒不交出”情形的存在与否。

Abstract: In the theory of four-element crime constitution, there is no room for the objective punishment condition. But the objective punishable condition already exists in the criminal legislation of our country now. How to understand and apply these provisions is an issue that cannot be avoided in theory.

The general view in the foreign countries is that the objective punishable conditions do not require the actor's cognition and foresight. However, regarding the objective punishable condition in general is suspected of oversimplifying the problem. According to substantial connection between some certain condition and illegality, the objective punishable condition can be divided into the internal and external condition two types, if we insist on the hierarchical constituents of crime theory. The most worthy of discussing is the internal objective punishable condition. It is in the “extended line” of behavior which increases the risk of infringing the interest in law when intervening factors appear. Although it is different from typical illegal element, it can produce illegal effect. Actor just needs to know the possibility of internal objective punishment condition. To the contrary, external objective punishment condition belongs to the category of criminal punishment, has no effect on the illegality and responsibility, and does not require the cognition and foresight of actors.

The research of internal objective punishment condition is of great significance to understand and apply some provisions in our criminal legislation. There is necessity for the internal objective punishment condition to exist in the present stage. To put it further, recognizing this concept is in consideration of the doctrines of legally prescribed punishment for special crime and legal interest protection. If we recognize this concept, there is no need to advocate the concept of “objective surpassing elements”. The problems regarded under the name of objective surpassing elements can be analyzed according to the approach of internal objective punishment conditions.

Key Words: constitutive elements of crime, internal objective punishment condition, atypical element of illegality, external objective punishment condition

〔60〕 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2007年版,第744页。