

构成要件符合性与 客观处罚条件的判断

柏浪涛^{*}

内容提要：客观处罚条件与不法构成要件要素具有排斥关系。在判断后者的类型性特征时需借助客观归责理论。构成要件结果必须是构成要件行为类型性危险的相当性实现。基于此，丢失枪支不报罪中的“严重后果”属于客观处罚条件。在判断不法构成要件要素的违法性特征时，需考察该要素是否为构成要件行为的违法性提供实质根据。依此衡量，“情节严重”中的“严重”、“多次盗窃”中的“多次”、侵犯著作权罪中的“违法所得数额较大”等均是客观处罚条件。积极的客观处罚条件增加需罚性，消极的客观处罚条件减少需罚性，二者均具有限制处罚的机能，不会冲击责任主义。

关键词：不法构成要件要素 客观处罚条件 客观归责 责任主义

在德日刑法中，行为只要符合构成要件、违法且有责，就成立犯罪并予以处罚，但是存在一种例外——成立犯罪并不必然予以处罚，只有在具备客观处罚条件时才予以处罚。传统观点认为，客观处罚条件是与不法、责任无关但能够引发刑罚的一些条件和事项。^{〔1〕}例如，德国刑法中参与斗殴罪中的严重后果、破产犯罪中破产程序的开始，日本刑法中事前受贿罪中的事后就任等。

我国刑法学通说认为，犯罪构成是追究刑事责任的唯一根据，行为符合犯罪构成就意味着该行为达到应受刑罚处罚的程度，必然要追究刑事责任，不存在行为虽符合犯罪构成但没有达到应受刑罚处罚程度、不追究刑事责任的情形。^{〔2〕}换言之，我国的犯罪构成中没有德日刑法学中客观处罚条件的存在余地。但是，我国刑法中存在类似客观处罚条件的规定，例如，刑法第129条丢失枪支不报罪中的“严重后果”、第397条滥用职权罪中的“遭受重大损失”等。对这些规定该如何解释，成为我国刑法学中的棘手问题。张明楷教授独具匠心地提出了“客观的超过要素”概念，认为这些规定属于客观的超过要素，不要求行为人认识，但有些要求有认识的可能性。^{〔3〕}对此，黎宏教授持反对意见，认为我国刑法中不存在超出故意认识范围的所谓“客观的超过要

* 中国地质大学（北京）人文经管学院讲师。

〔1〕 参见〔德〕汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·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663页。

〔2〕 参见高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社2000年版，第212页。

〔3〕 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。

素”。所谓的“客观的超过要素”属于应当认识的客观构成要件要素。^{〔4〕}周光权教授则认为我国刑法中存在客观处罚条件，并将其分为内在的客观处罚条件和外在的客观处罚条件，对前者要求行为人有高度模糊性的认识，对后者不要求行为人有认识；所谓“客观的超过要素”实际上属于内在的客观处罚条件。^{〔5〕}

上述观点是我国刑法学中关于客观处罚条件的代表性观点，其中存在一些疑问需要进一步探讨。其一，“客观的超过要素”概念没有从实质上解释，对诸多客观的超过要素为何有些不要求行为人认识但要求有认识可能性，有些则既不要求行为人认识也不要求有认识可能性，这些差异从何而来？其二，关于我国刑法中是否存在客观处罚条件，应根据何种标准衡量？主客观一致原理还是不法与责任的限制原理？其三，“内在的客观处罚条件”说认为内在的客观处罚条件是非典型的违法要素。何谓非典型的违法要素？其与典型的违法要素有无本质区别？笔者认为，为了探析这些问题，需要转移切入视角。一个刑法教义学上的共识是，不法构成要件要素必须接受责任的评价。然而，丢失枪支不报罪中的“严重后果”是不是真正的不法构成要件要素，并非不言自明。基于构成要件类型性的要求，对此判断需要借助客观归责理论。实害结果只有是构成要件行为类型性危险的相当性实现，才属于不法构成要件要素。如果不符合这一要求，那么该要素便不是真正的不法构成要件要素。若如此，该要素便自动脱逸出责任的评价场域。至于其属性和机能，便有可能是一种客观处罚条件。这便是本文的基本思路，具体论证则需要结合我国实定法特征予以详细展开。

一、客观处罚条件的属性定位

关于客观处罚条件的属性和体系性地位，刑法教义学上有三种主要观点：（1）独立的处罚条件说认为，客观处罚条件是处在不法和责任之外，基于刑事政策考虑而设立的处罚条件。行为人不具备客观处罚条件时，其行为仍然成立犯罪，只是不适用刑罚而已。这是客观处罚条件概念被提出时的传统观点。（2）独立的犯罪成立条件说认为，应将客观处罚条件纳入犯罪成立条件中，作为构成要件符合性、违法性、有责性之外第四个独立的犯罪成立条件。这是德国刑法学中的观点。^{〔6〕}（3）违法性要素说认为，所谓的客观处罚条件在本质上都属于违法性要素，应被还原到不法阶层中，视为不法构成要件要素。这是日本及我国刑法学中的观点。^{〔7〕}

上述前两种观点都认为客观处罚条件与不法、责任无关，分歧仅在于如何认识客观处罚条件的体系性地位。所以，上述三种观点的真正争议是，是否承认与不法、责任无关的客观处罚条件的存在？对此，否定说拒绝承认客观处罚条件的存在，认为所有的客观处罚条件均应还原为不法构成要件要素；二分说则认为应当根据该要素与违法性的关系进行具体分析。

（一）否定说的理由及评析

否定说的第一项理由是，客观处罚条件的理论基础是行为无价值论，而行为无价值论存在明

〔4〕 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198页。

〔5〕 参见周光权：《论内在的客观处罚条件》，《法学研究》2010年第6期。

〔6〕 Vgl. Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., München 2006, S. 1036.

〔7〕 参见〔日〕山口厚：《刑法总论》，有斐阁2007年版，第189页。在日本，有个别学者主张将客观处罚条件还原为责任要素，认为从具有预防目的的刑事政策考虑，客观处罚条件具有确保处罚妥当性的机能，而预防目的就是责任的内涵之一（参见〔日〕松原芳博：《客观的处罚条件》，王昭武译，载《河南省政法管理干部学院学报》2010年第1期）。虽然广义的责任概念可以包含预防目的，但是这种责任概念已经是法律后果意义上的责任概念，与狭义的责任概念有所区别。因此，上述看法实际上是将客观处罚条件视为一种法律后果的承担条件，并非狭义的责任要素。这种看法与独立的处罚条件说没有本质区别，因此没有单独列出。

显缺陷。^{〔8〕}虽然当今的二元的行为无价值论也重视结果，但是这种结论的推导过程令人质疑，因为行为无价值论以一般人为对象，将规范理解为命令，而所谓命令对结果是否发生几乎没有意义，换言之，站在命令说的立场上，违法评价的对象只能是人实施行为的意思，而无法包括结果。^{〔9〕}

上述理由的主要矛头指向传统的二元的行为无价值论。而当今新的二元的行为无价值论认为，刑法规范既是行为规范（命令规范），同时也是评价规范（裁判规范），并且将行为的法益侵害导向性置于优先考虑的地位。^{〔10〕}不法是由行为的不法和结果的不法共同组成的，对二者应同等重视。这种看法已是德国刑法学的共识。^{〔11〕}这样的行为无价值论与结果无价值论相比，除了方法论上略有差异，对法益侵害结果的认识已大抵相同。因此，以行为无价值论为由否定客观处罚条件的存在，在今天看来已不合时宜。

否定说的第二项理由是，所谓的客观处罚条件一般都会给法益制造危险，既然如此就应将客观处罚条件视为升高法益危险的违法要素。曾根威彦教授便指出，犯罪结果和客观处罚条件的差别，仅仅在于是行为终了之后所发生的最终结果（犯罪结果的场合），还是在发生结果的过程中产生的中间结果（处罚条件的场合）。例如在杀人罪中，枪支发射的子弹击中了被害人，剥夺了其生命法益；在事前受贿罪中，即将成为公务员的人由于收受金钱而产生了侵害公务公正的潜在危险，但是，这种危险只有在行为人成为公务员之后，才转化为现实，达到了可罚的程度。^{〔12〕}

上述理由将犯罪结果与客观处罚条件的差异仅仅归结为时间形态上的不同：最终结果或中间结果。这种比较有流于形式之嫌。犯罪结果也即构成要件结果必须能够归责于构成要件行为，客观处罚条件却无法归责于构成要件行为。例如，在杀人案中，死亡结果完全归责于开枪行为。而在事前受贿案中，行为人成为公务员这一事项与构成要件行为是完全独立的。而且，行为人收受金钱的行为貌似为公务公正创设了危险，实际上这种危险只是主观感觉上的危险，而不是客观现实的危险；因为该罪的主体必须是有公务员身份的人，这种身份属于违法身份，不具备这种身份的人不可能单独制造侵害公务公正的危险。从表面上看，构成要件行为会对法益制造危险，客观处罚条件会对法益升高危险，所以二者可以“叠加”。然而，构成要件行为对法益制造的危险具有类型性特征，而客观处罚条件所表现的危险并不符合这一类型性要求，二者是两条“平行线”的关系，而非“接力棒”的关系。否定说的缺陷在于，在判断违法要素时侧重于事后效果判断（有无侵害法益），而忽略了构成要件对违法的类型性规定。

（二）二分说及本文立场

二分说为耶赛克教授所倡导，将客观处罚条件分为两种：一是真正的客观处罚条件，其对违法性没有影响，与责任也没有关系；二是不真正的客观处罚条件，这是一种伪装的加重处罚事由，形式上是客观处罚条件，实质上是不法构成要件，立法者有意将其排除在故意的认识之外，以此限缩责任原则。^{〔13〕}平野龙一教授也指出，某些客观处罚条件与违法性是否完全没有关系，尚有疑问；处罚条件可以区分为作为单纯条件的真正处罚条件和与违法性有关的不真正的处罚条件，要求对后者至少有过失。^{〔14〕}周光权教授根据客观处罚条件与违法性联系的强弱程度，将其

〔8〕 参见〔日〕浅田和茂：《客观的处罚条件》，载〔日〕西田典之、山口厚、佐伯仁志编：《刑法の争点》，有斐阁2007年版，第30页以下。

〔9〕 参见〔日〕曾根威彦：《刑法学基础》，黎宏译，法律出版社2005年版，第89页；前引〔4〕，黎宏书，第187页。

〔10〕 参见周光权：《新行为无价值论的中国展开》，《中国法学》2012年第1期。

〔11〕 参见陈璇：《德国刑法学中结果无价值论与行为无价值论的流变、现状与趋势》，《中外法学》2011年第2期。

〔12〕 参见前引〔9〕，曾根威彦书，第111页以下。

〔13〕 参见前引〔1〕，耶赛克等书，第669页。

〔14〕 参见〔日〕平野龙一：《犯罪论の诸问题》（总论），有斐阁1982年版，第3页以下。

分为内在的客观处罚条件和外在的客观处罚条件，将二分说更加精致化。^{〔15〕}

相对于否定说的绝对化立场，二分说的认识无疑是符合实际的。然而，二分说是为了缓和否定说的立场而提出的，带有折中性。在本文看来，应维持客观处罚条件的传统含义，也即客观处罚条件是一种与违法、责任无关的单纯处罚条件。换言之，对客观处罚条件无需作真正与不真正之分。所谓不真正的客观处罚条件，由于与违法性有关，属于不法构成要件要素，就不应属于客观处罚条件的概念范畴，并应接受责任的评价。

在决定刑罚启动的事项中，不法要件和责任要件是基础要件，客观处罚条件是不法和责任这个联合体之外的决定刑罚启动的要件。当论述客观处罚条件是与不法、责任无关的单纯处罚条件时，其内在逻辑并不是指客观处罚条件既不是不法要素，也不是责任要素，而是指客观处罚条件不是不法构成要件要素，因而脱逸出主观责任的评价场域，所以与责任无关。因此，从启动刑罚的条件结构上看，客观处罚条件与不法构成要件要素是一对排斥概念。一个客观要素如果能够为构成要件行为违法性提供实质根据，就是不法构成要件要素；如果不能提供但又决定刑罚启动，就属于客观处罚条件。因此，本文对客观处罚条件持完全肯定的态度。

二、不法构成要件要素与客观处罚条件的排斥关系

既然客观处罚条件与不法构成要件要素是排斥关系，那么判断客观处罚条件的过程实际上也是排除不法构成要件要素的过程。理论上对此常犯的逻辑错误是，根据一个要素是否需要主观认识来判断其是不是客观处罚条件。如所周知，判断一个要素是否属于故意的认识内容，是为责任评价提供依据，但不能因此得出如下结论：需要责任评价的要素就是不法构成要件要素，不需要责任评价的要素就属于客观处罚条件。虽然责任要素与不法构成要件要素是评价与被评价的关系，但是不法构成要件要素本身的存在却不由责任来决定。质言之，判断一个要素是否属于不法构成要件要素，不应“向外看”，而应“向内看”。具体而言，一个要素需具备以下两项条件才属于不法构成要件要素：一是为违法性提供实质根据，二是符合构成要件类型性要求。这两项条件也正是构成要件符合性的应有之义。一个要素是不是不法构成要件要素的判断就是构成要件符合性的具体判断。

（一）违法性特征

从实质的构成要件理论看，构成要件是违法的存在根据。一个要素要成为不法构成要件要素，当然需要为违法性提供实质根据，应是违法性不可或缺的条件。对此，可通过“无A则无B”的必要条件来考察。例如，就违法身份而言，没有国家工作人员身份，行为人的侵财行为就不会侵犯贪污罪的保护法益。就时间、地点而言，没有在“禁渔区”、“禁渔期”捕捞，行为人的捕捞行为就不构成非法捕捞水产品罪。在做这些判断时，虽然无法用充分条件（有A则有B）证明，具备了上述要素，构成要件的保护法益就必然会被侵犯，但是只要证明了，不具备这些要素，构成要件的保护法益就一定不会被侵犯，就足以证明这些要素为构成要件行为的违法性提供了实质根据，是违法性不可或缺的要素。

在此需要注意罪状描述要素与不法构成要件要素的区别。虽然一个罪状所描述的要素主要是不法构成要件要素和责任要素，但是二者并非完全对应关系。立法者出于立法技术的考虑，会设置一些辅助性要素来处理不法构成要件要素间的逻辑关系，这些辅助性要素因为没有为违法性提供实质根据，所以不是真正的不法构成要件要素。例如，我国刑法第277条第4款规定：“故意

〔15〕 参见前引〔5〕，周光权文。

阻碍国家安全机关、公安机关依法执行国家安全工作任务，未使用暴力、威胁方法，造成严重后果的，依照第一款的规定处罚。”其中的“未使用暴力、威胁方法”仅具有界限要素的意义，并非真正的不法构成要件要素。^[16]如后文所述，我国刑法中“情节严重”中的“严重”、“多次盗窃”中的“多次”及许多罪中的“违法所得数额较大”等，均不是真正的不法构成要件要素，但这些要素又能决定刑罚的启动，应属于客观处罚条件。

（二）类型性特征

能够侵害法益的因素很多，但是只有法定的构成要件所规定的要素才是不法构成要件要素。一方面，从立法技术上看，法定的不法构成要件必须是违法行为的定型化；另一方面，从罪刑法定主义看，法定的不法构成要件应具备规制和指引机能，具有预测可能性效果。这就要求不法构成要件必须具备类型性品质。相应地，不法构成要件要素也应具有类型性特征。

类型性的要求对于一般的不法构成要件要素如时间、地点、行为对象等而言，其实就是构成要件的规定性，只要符合法定的构成要件的要求，就具有类型性特征。这种判断没有太多疑问。棘手的问题在于行为与结果。基于类型性要求，刑法中的危害行为宜称为构成要件行为，危害结果宜称为构成要件结果。从构成要件行为到构成要件结果，整个发展过程均贯穿了类型性的要求。这种类型性判断过程便是客观归责理论的意蕴所在。

客观归责理论可谓是构成要件行为与构成要件结果之间的一座桥梁。客观归责理论之所以能担当此任，是由行为与结果的关系决定的。为了区别“作为以行为的目的为灵魂的”后果和“与行为本身的本性无关”的后果，应考虑人在法所赋予的社会角色中活动时被允许做什么。当某一后果与作为这种社会角色的内容的许可行为有关时，就不应视这一后果为行为人的作品。客观归责理论正是为了回答这一问题，因为该理论是用法规范的标准来判断人在社会角色中活动时被允许做什么，是用“标准人”（Maßstabsperson）这一客观标杆来衡量人的行为义务，所以被称为客观归责。^[17]客观归责理论在刑法学思潮实质化运动中应运而生。它试图从法秩序的目的中确定出构成要件行为的范围，是想替构成要件行为找出实质的判断基准。^[18]客观归责理论在本质上是一种实质的构成要件理论，它的根本意义就是为违法寻找出类型性的构成要件要素。

根据客观归责理论，一个实害结果要成为构成要件结果，必须具备三项条件：第一，该结果肇端于构成要件行为制造的不被允许的类型性危险；第二，该结果是构成要件行为制造的类型性危险的相当性实现；第三，该结果处在构成要件保护范围或保护目的之内。唯有如此，该结果才属于构成要件行为的“作品”，为其违法性提供了实质根据。

我国有学者认为，既然有相当因果关系说，那么没有必要引进客观归责理论。^[19]然而，客观归责理论具有无法替代的方法论意义，既建立了正面判断和反向检验交互进行的检验标准，又凸显评价的层次性、充分性。^[20]其实，在认定构成要件结果上因果关系理论与客观归责理论的机能是一致的，都是为了筛选出为构成要件行为违法性提供实质根据的结果。至于二者在理论结构上的安排，则有不同观点。在罗克辛的体系中，因果关系与客观归责是并列的两个部分，作为整个客观要件归责的两大步骤。^[21]在雅科布斯（Jakobs）的体系中，因果关系是客观归责理论

[16] 这种没有为违法性提供实质根据，但是起到区分此罪与彼罪、此行为类型与彼行为类型作用的要素，也可称为表面的构成要件要素，对这种要素不需要行为人认识。参见张明楷：《论表面的构成要件要素》，《中国法学》2009年第2期。

[17] Vgl. Günther Jakobs, Bemerkung zur objektiven Zurechnung, Festschrift für Hans Joachim Hirsch, S. 45 (Fn. 2). 转引自冯军：《刑法问题的规范理解》，北京大学出版社2009年版，第130页。

[18] 参见许玉秀：《主观与客观之间——主观理论与客观归责》，法律出版社2008年版，第207页。

[19] 参见刘艳红：《客观归责理论：质疑与反思》，《中外法学》2011年第6期。

[20] 参见周光权：《客观归责理论的方法论意义——兼与刘艳红教授商榷》，《中外法学》2012年第2期。

[21] 参见[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231页。

的下位概念，作为归责的积极条件。^{〔22〕}金日秀教授也认为，相当因果关系说中的“相当性”可以根据客观归责理论作新的理解，成为类型性危险转化为实害结果的一种程度要求。^{〔23〕}

构成要件结果的这种类型性要求在我国刑法关于故意犯罪的规定中也能得到印证。刑法第14条第1款规定：“明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且希望或者放任这种结果发生，因而构成犯罪的，是故意犯罪。”其中，“自己的行为”应是指构成要件行为，“危害社会的结果”应是指构成要件结果。而其中的“会发生”表示构成要件行为制造的类型性危险的相当性实现。所谓“类型化危险的相当性实现”包括两层涵义：第一，危险的程度达到现实、紧迫程度，为结果设定了相当程度的原因力（或因果性）；第二，危险的发展方向处在构成要件行为设定的类型化范围内，可以略微偏离，但不可偏离出类型化的范围。刑法上的因果关系本身就具有定型性特征。^{〔24〕}导致危险的发展方向发生偏离的主要因素是介入因素，对此需要综合以下因素判断：（1）构成要件行为导致结果发生的作用大小；（2）介入因素的异常性大小；（3）介入因素对结果发生的作用大小。^{〔25〕}其中，第一个因素主要是判断构成要件行为的危险性及其导致结果的盖然性程度；第二个因素主要是考虑构成要件行为对发生介入因素的影响程度；第三个因素主要是考察结果能否归责于介入因素。^{〔26〕}总之，如果所产生的非典型性危害后果属于完全特殊性质，或者其发生流程极度地超越了所有的生活经验，以至于不能从理性角度对此加以预计，对这样的情况必须否定客观上的归责性。^{〔27〕}

当前我国学界在判断不法构成要件要素如构成要件结果时存在忽视构成要件类型性要求的倾向。例如，有学者认为，尽管丢枪不报行为与严重后果之间没有直接的因果关系，但是该严重后果也不是与不报行为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；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；可见，那种认为只有和行为之间具有因果关系的事实才会影响行为的社会危害性的见解，是不妥当的。^{〔28〕}

本文认为，实害结果与构成要件结果不可等而视之，根据构成要件类型性的要求，一个实害结果能否成为构成要件结果，必须接受客观归责的检验。

首先，从构成要件与违法的关系看，违法的判断必须遵守构成要件的定型性规定。忽视客观归责的观点认为，他人“造成严重后果”之类的客观处罚条件与由行为人本人引起的实害结果，在违法性上没有本质区别；二者的不同仅在于，在后者的因果历程中行为与行为对象相遇引起法益侵害，在前者的因果历程中行为与“客观处罚条件”相遇导致先前的危险增大到了可罚的程度。^{〔29〕}该观点将两种因果历程简化为“无A则无B”的必要条件关系，并等价值评价。假如该观点仅是针对时间、地点等处构成要件外围的附随条件而言，通过“无A则无B”的必要条件关系即可判断其对违法性的影响，那么该观点是可以成立的。但是对于处在构成要件行为延长线上的实害结果而言，该观点有将问题简单化之嫌，也即将实害结果简单等同于构成要件结果。从构成要件行为到构成要件结果之间存在危险现实化的过程。“无A则无B”的必要条件关系（等价值理论）难以胜任这一过程判断，而客观归责理论正是由此而生。

〔22〕 参见劳东燕：《风险分配与刑法归责——因果关系理论的反思》，《政法论坛》2010年第6期。

〔23〕 参见〔韩〕金日秀、徐辅鹤：《韩国刑法总论》，郑军男译，武汉大学出版社2008年版，第168页以下。

〔24〕 参见〔日〕小野清一郎：《犯罪构成要件理论》，王泰译，中国人民公安大学出版社2004年版，第109页。

〔25〕 参见〔日〕前田雅英：《刑法总论讲义》，东京大学出版会2006年版，第185页以下。

〔26〕 参见〔日〕大塚裕史：《刑法总论的思考方法》，早稻田经营出版2008年版，第130页以下。

〔27〕 参见〔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107页。

〔28〕 参见前引〔4〕，黎宏书，第197页。

〔29〕 参见〔日〕曾根威彦：《处罚条件》，载〔日〕阿部纯二等编：《刑法基本讲座》第2卷，东京法学书院1994年版，第320页，转引自前引〔4〕，黎宏书，第197页。

其次,从不法与责任的关系看,构成要件结果必须是能够归属于构成要件行为的结果。不法事实是责任的评价对象,客观构成要件具有故意规制机能,构成要件结果是故意的认识内容。如果某个实害结果不是构成要件行为类型性危险的相当性实现,而是一种偶然的意外结果,这种结果便不属于刑法第14条第1款中的“结果”,不是行为人故意认识的内容。若要求行为人对这种意外结果有认识,并承担责任,无异于让其承担偶然责任。这与责任主义中的主观责任原则明显相悖,会落入现代刑法早已摒弃的结果责任的窠臼。反对客观处罚条件的学者也认识到这个问题,为了协调客观处罚条件与责任论之间的矛盾,认为可以考虑在故意、过失之外,增加第三种具有非难可能性的态度形态,也即“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”。〔30〕其实,如果行为人认识到危险状况仍继续冒进,这种冒进行为本身就是一种过失行为。所谓的“危险责任”本质上就是过失责任。正因为如此,在故意、过失之外开辟的“危险责任”概念已被学界摒弃。

最后,从刑罚目的论出发,构成要件结果必须处在构成要件行为类型性危险的范围内。虽然规范预防论具有更积极的意义,但是威慑预防论在今天并未失去价值,二者也并非相互排斥关系。威慑预防论旨在使一般人不敢犯罪,规范预防论旨在使一般人不愿犯罪。威慑预防论的有效性需要以一般人对结果具有预见可能性及避免可能性为前提,否则无法起到警示效果。若当事人对于结果的引发无法预见或无法避免,那么,为了防止这种“引发”普遍化而试图对当事人实施的威吓是没有任何意义的。〔31〕只有当结果归责本身能够放入一般预防的效力装置时,刑法上的结果归责在刑事政策上才有其意义。在不相当因果流程的情形,从一开始就应该加以否认,因为完全无法加以预见的情形,在刑罚威吓的压力之下也无法考量进去。〔32〕

德国刑法学也呈现出从客观归责角度审视构成要件结果及反思客观处罚条件的趋势。例如,传统理论认为,德国刑法第231条第(1)款规定的参与斗殴时“造成人的重伤或死亡”是一种客观处罚条件。然而,目前有观点认为,重伤或死亡结果并非与斗殴行为毫无关系,而是从斗殴行为的严重危险性中产生的。这种严重后果属于构成要件上的不法后果,为构成要件行为提供了不法根据。因此,这种严重后果应进入责任的评价范围,具体而言,行为人至少能够预见到该严重后果。〔33〕

(三) 客观处罚条件的分类

基于上述分析,一个要素需要符合违法性特征和类型性特征方能成为不法构成要件要素。如果一个要素不是不法构成要件要素但又能够决定刑罚的启动,便应属于一种客观处罚条件。

不过,刑罚的启动在各裁判阶段呈现不同性质和意义,需要仔细甄别。从成立犯罪到承担刑事责任再到接受处罚,在常态下具有顺序性和必然性,但是在例外的情形下这种必然性会出现断裂,“犯罪”概念也因此呈现不同含义。

其一,从成立犯罪到承担刑事责任的断裂。一般而言,一个行为符合犯罪成立条件就构成犯罪,需承担刑事责任,但是立法者基于刑事政策等因素考虑,出现刑罚犹豫,例外地认为,符合一定条件便阻却刑事责任。例如,刑法第241条第6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。”这表明,行为人构成收买被拐卖的妇女、儿童罪后,本应承担刑事

〔30〕 参见〔日〕北野通世:《客观处罚条件》,载〔日〕西田典之、山口厚编:《刑法の争点》,有斐阁2000年版,第33页。

〔31〕 参见〔德〕克劳斯·罗克辛:《刑事政策与刑法体系》,蔡桂生译,中国人民大学出版社2011年版,第42页。

〔32〕 参见〔德〕许迺曼:《关于客观归责》,陈志辉译,载许玉秀、陈志辉合编:《不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑法论文选辑》,台北春风煦日学术基金2006年版,第551页。

〔33〕 参见前引〔21〕,罗克辛书,第693页。

责任，但是如果具备第6款的条件则阻却刑事责任。

其二，从承担刑事责任到接受处罚的断裂。一般地，既然追究刑事责任，就应施加刑罚，但是立法者也出现刑罚犹豫，例外地认为，符合一定条件便不予处罚。例如，刑法第351条第3款规定：“非法种植罂粟或者其他毒品原植物，在收获前自动铲除的，可以免除处罚。”这表明，行为人已经构成犯罪并应承担刑事责任，只是在具体实现刑事责任时如果具备第3款条件则可以免除处罚。^{〔34〕}这种免除处罚的事由在性质上已不属于定罪范畴，而属于刑罚裁量的范畴。

其三，犯罪成立内部的犯罪概念的相对化。从阶层体系出发，符合不法构成要件的行为就是一种暂时的“犯罪”，例如掩饰、隐瞒犯罪所得罪中的“犯罪”就包括这种暂时的“犯罪”。符合不法构成要件并且符合责任要件的行为就是完整的、可谴责的犯罪。不过，不法且有责仅代表该行为值得科处刑罚（可罚性）。虽然在一般情形下，一个行为值得科处刑罚就应当受到处罚，但是当今的责任观念已经从积极的责任主义（有责任就有刑罚）转变为消极的责任主义（没有责任就没有刑罚）。消极的责任主义是对必罚主义的否定。即使有责任时，从一般预防、特殊预防的角度考虑，也有可能控制刑罚的适用。^{〔35〕}这表明，不法和责任只是启动刑罚的必要条件，而不是充分条件。立法者有时需要考虑科处刑罚的必要性（需罚性），为此设置一些体现需罚性的条件，这些条件便是客观处罚条件。当立法者将客观处罚条件设置为积极地追究刑事责任的条件时，客观处罚条件就成为承担刑事责任意义上的犯罪的成立条件。^{〔36〕}这种客观处罚条件可谓是积极的客观处罚条件，例如后文即将论证的丢失枪支不报罪中的“严重后果”。当立法者将客观处罚条件设置为消极地阻却刑事责任的条件时，客观处罚条件就成为阻却刑事责任的事由。这种客观处罚条件可谓是消极的客观处罚条件，例如刑法第241条第6款的规定。阻却刑事责任的事由与消极的客观处罚条件的称谓只是表述角度不同，前者是从否定角度表述，后者是从肯定角度表述。

积极的客观处罚条件与消极的客观处罚条件虽然同属客观处罚条件，但仍存在诸多差异。第一，体系性地位不同。积极的客观处罚条件是承担刑事责任意义上的犯罪的成立条件，而消极的客观处罚条件是在具备承担刑事责任的条件后又阻却刑事责任的条件。第二，认定的特征不同。由于积极的客观处罚条件是一种承担刑事责任意义上的犯罪的成立条件，需要司法者积极地判断；而消极的客观处罚条件因为是阻却刑事责任的事由，只需要消极地考察。第三，设立的机能不同。如前文所述，不法和责任为行为的可罚性提供根据，客观处罚条件为行为的需罚性提供根据。传统理论的误解之处是，将客观处罚条件与不法构成要件要素混为一谈，进而认为客观处罚条件也为可罚性提供根据。在为需罚性提供根据上，积极的客观处罚条件的机能是增加需罚性，消极的客观处罚条件的机能是减少需罚性。具体而言，在由不法要件和责任要件提供可罚性的基础上，设立积极的客观处罚条件旨在表明行为具备了需罚性，设立消极的客观处罚条件旨在表明行为不具备需罚性。传统理论往往将积极的客观处罚条件增加需罚性误解为增加可罚性，进而认为其属于刑罚扩张事由。基于法益保护主义和责任主义，可罚性只能由不法和责任提供，而提供需罚性的素材则具有开放性。这是因为需罚性的考察是立法者的一种权衡目标的过程，考虑的因素可多种多样，常见的有预防目的、刑事政策、谦抑主义、恢复性制裁思想等。这些因素之间也并非排斥关系，许多情况下，立法者的选择是一个综合考量的结果。

〔34〕 这里的“免除处罚”仅指免除刑罚处罚，不意味着免除非刑罚处罚，如责令具结悔过、赔礼道歉等。如果既免除刑罚处罚，又免除非刑罚处罚，就属于单纯宣告有罪。单纯宣告有罪也是刑事责任的一种承担方式。

〔35〕 参见张明楷：《责任主义与量刑原理》，《法学研究》2010年第5期。

〔36〕 由于犯罪概念具有相对化含义，这里的“承担刑事责任意义上的犯罪”是指在具备不法要件、责任要件以及客观处罚条件后应承担刑事责任的“犯罪”概念。

三、积极的客观处罚条件

我国传统理论认为，犯罪成立条件是追究刑事责任的唯一根据，行为成立犯罪就应承担刑事责任，不存在行为成立犯罪尚不一定追究刑事责任，待具备客观处罚条件时才追究刑事责任的现象。^{〔37〕}换言之，犯罪成立与接受处罚是捆绑式概念。正因为如此，在我国犯罪构成体系中无法容纳客观处罚条件。然而，这种体系安排和认知有削足适履之嫌。一方面，我国刑法中存在阻却刑事责任事由的事实足以表明成立犯罪与追究刑事责任之间存在断裂现象。另一方面，如果不预设犯罪成立条件只包括不法要件和责任要件，而认为追究刑事责任的条件就是犯罪成立条件，那么，积极的客观处罚条件因为也能决定刑事责任的追究和刑罚的启动，也是一种犯罪成立条件。虽然其称谓中存在“处罚条件”的字眼，但并不具有“成立犯罪但不一定追究刑事责任，待具备处罚条件时才追究刑事责任”的意味。亦即，积极的客观处罚条件并未将成立犯罪与追究刑事责任相分离。

（一）实害结果

实害结果是积极的客观处罚条件中最常见的表现形式。在我国最具争议的是丢失枪支不报罪中的“严重后果”，这主要是指枪支落入不法分子手里，被其用来实施违法犯罪活动。^{〔38〕}对此，张明楷教授提出“客观的超过要素”概念，认为这种“严重后果”是一种客观的超过要素。^{〔39〕}而黎宏教授认为该“严重后果”属于客观构成要件本身的内容，必须在行为人的认识范围内，这种认识可以是一种可能的认识；我国刑法中不存在超出认识范围的“客观处罚条件”或“客观的超过要素”。^{〔40〕}周光权教授认为这种“严重后果”是一种“内在的客观处罚条件”，能够产生违法的效果，是违法要素，需要行为人至少有认识。^{〔41〕}

本文的看法是，根据客观归责理论，该“严重后果”不是本罪构成要件行为制造的类型性危险的相当性实现，不是不法构成要件要素，不属于本罪的构成要件结果，但又能决定刑罚的启动，因而是一种客观处罚条件。

首先，丢失枪支不报的行为对法益产生的危险属于缓和的危险而非具体紧迫的危险。正如山口厚教授所指出：“虽说行为人必须是因为其行为而引起了构成要件的结果，但要想肯定构成要件符合性，成为指向构成要件结果的因果关系之起点的行为并非是无所限定的，而必须是能够认定为具有引起构成要件结果的客观危险性的行为。此种成为因果关系之起点的行为，一般地称为实行行为。”^{〔42〕}预备行为由于所造成的危险是缓和的抽象危险，所以即使偶尔造成了危害结果，也不能肯定其既遂犯意义上的因果关系。同理，丢枪不报行为对公共安全造成的危险属于缓和的危险，即使偶尔造成了危害结果，也不能将该结果归因于丢枪不报行为。

其次，“不法分子捡到枪并用来犯罪”不是丢枪不报行为制造的类型性危险的相当性实现。这里的“相当性”是指以一般的经验为客观判断，若该原因在通常情况下均足以造成该结果，则行为与结果之间有相当的因果关系；反之，若该原因在通常情形下，并不一定会造成该具体结果时，尤其是该结果完全偏离常轨者，则不相当。^{〔43〕}从经验法则综合评估，丢枪不报行为与“不

〔37〕 参见陈兴良：《规范刑法学》，中国政法大学出版社2003年版，第96页。

〔38〕 参见2008年最高人民法院、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（一）》第6条。

〔39〕 参见前引〔3〕，张明楷文。

〔40〕 参见前引〔4〕，黎宏书，第202页。

〔41〕 参见前引〔5〕，周光权文。

〔42〕 [日]山口厚：《刑法总论》，付立庆译，中国人民大学出版社2011年版，第49页。

〔43〕 参见林钰雄：《新刑法总则》，中国人民大学出版社2009年版，第122页。

法分子捡到枪并用来犯罪”之间不具有通常关联性，可以认为不具有相当性。周光权教授也认为，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”，犯罪分子犹如中了“六合彩”的人。^{〔44〕}

最后，从不作为犯的角度看，丢枪不报情形中不存在结果回避可能性。只有当行为人履行作为义务可以避免结果发生时，其不作为才可能成立犯罪。如果结果不具有避免可能性，其不作为不应视为不作为犯罪。^{〔45〕}就丢失枪支不报罪而言，行为人履行了报告义务，是否就可以避免“被不法分子捡到并用来犯罪”的结果？有人可能认为，如果行为人履行了报告义务，公安机关就会积极调查寻找。但是，即便如此，并不意味着就会有效防止严重后果的发生。捡到枪支的不法分子完全可以躲避警方的调查，仍然使用枪支实施不法行为。可见，即使行为人履行了报告义务，也不能盖然性地避免“被不法分子捡到并用来犯罪”的结果。

概言之，这种“严重后果”貌似会影响行为的违法性，但是因无法归责于丢失枪支不报罪的构成要件行为，所以不是不法构成要件要素，而是一种客观处罚条件。

张明楷教授的“客观的超过要素”概念是在四要件体系背景下提出的，立足于主观要件与客观要件的对应关系，精巧解释了不对应的例外情形。然而，四要件体系用主观与客观来解读犯罪，带有自然主义的描述色彩，并未揭示犯罪的规范本质，犯罪的实体应是不法和责任。^{〔46〕}以四要件体系为背景的“客观的超过要素”概念囿于主客观范畴的局限性，难以回答为何原则上客观要素需要主观认识，而例外情形下有些客观要素不需要认识，但有时又需要有认识可能性。在认识的要求上，为何会产生诸多差异，这已经是主客观概念范畴难以回答的问题。然而，根据不法与责任的阶层限制原理，这些差异能够得到合理解释。因此，在不法与责任这两大犯罪实体逐渐深入人心的今天，是否还有必要继续维持“客观的超过要素”概念，值得进一步探讨。

（二）“情节严重”

我国刑法分则有70多个条文将“情节严重”、“情节恶劣”规定为犯罪成立条件。我国许多司法解释对“情节严重”作了若干具体描述和规定。然而，根据客观归责对不法构成要件要素的要求，会发现其中许多规定值得推敲。例如，2006年7月26日最高人民检察院《关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定》指出，非法搜查，“情节严重，导致被搜查人或者其近亲属自杀、自残造成重伤、死亡，或者精神失常”的，应予立案。问题是，一方面，非法搜查行为制造的危险仅限于对被搜查人人身自由、名誉、身体健康或生命的危险，不可能对被搜查人的近亲属的身体健康或生命制造危险。另一方面，非法搜查罪的保护目的是被搜查人的人身权利和住宅权利，被搜查人的近亲属的权利不在本罪的保护范围内。质言之，不能将被搜查人的近亲属自杀归责于非法搜查行为。这种结果是一种实害结果，但不属于非法搜查罪的构成要件结果。在结果是由无法控制的偶然性造成的情况下，客观归责的机能就是将不幸与不法予以区分。司法解释只能解释刑法条文，而不能随意增添犯罪成立条件；在解释具体犯罪的成立条件时，也不能随意设立不受客观归责约束的成立条件。从解释论的角度看，上述司法解释中不符合客观归责要求的条件只能被视为客观处罚条件。

对于没有司法解释详细规定的“情节严重”，传统观点认为，这是一个综合性概念，涉及客体、客观方面、主体、主观方面等内容，属于构成要件，被刑法规定为区分罪与非罪的标志。^{〔47〕}这种看法过于概括，忽略了“情节严重”中的“情节”与“严重”的区别。

〔44〕 参见前引〔5〕，周光权文。

〔45〕 参见张明楷：《刑法学》，法律出版社2011年版，第160页。

〔46〕 参见张明楷：《以违法与责任为支柱构建犯罪论体系》，《现代法学》2009年第6期。

〔47〕 参见刘守芬、方文军：《情节犯及相关问题研究》，《法学杂志》2003年第5期。

“情节严重”中的“情节”在性质上属于不法构成要件要素。^[48]所谓“情节”只是对具体的不法构成要件要素的一种概括式描述，而“严重”是对不法构成要件的整体评价要素。这种评价要素不是对行为违法的性质评价，而是在行为已经具有违法性的基础上所做的程度评价，其作用是评价行为的整体违法性是否达到了需要科处刑罚的程度。这种评价要素是立法者对行为违法程度设立的评价标准。表面上看，这种评价标准会影响行为的违法程度，但这种影响只是一种评价结论上的影响，而不是实体存在上的影响，其本身并没有为违法性提供新的根据。从实体存在上看，只有情节本身才为行为违法提供实质根据，是违法不可或缺的构造材料。从性质机能上看，“严重”作为对行为违法程度的评价标准，不是不法构成要件要素，但又能决定刑罚的启动，也即评价行为的整体违法性是否达到了需要科处刑罚的程度，因而是一种客观处罚条件。

客观构成要件具有故意规制机能，很显然，这里的客观构成要件是不法构成要件。由于“情节严重”中的“情节”属于不法构成要件要素，所以需要行为人有认识。^[49]由于“情节严重”中的“严重”不是不法构成要件要素，而是一种客观处罚条件，因此不需要行为人认识。这种结论并不违反责任主义。有观点认为，“情节严重”属于整体性规范评价要素，要求行为人对情节及其是否严重有认识，但不要求有精确认识，只要根据外行人所处领域的平行评价理论认定即可。^[50]这种观点忽略了“情节严重”中的“情节”与“严重”的不同属性。对于“严重”其实并不要求行为人认识。有观点从区分构成要件的认识错误和违法性的认识错误出发，认为对情节“严重”产生的认识错误既不是自然的物理的事实错误，也不是社会意义的事实错误，同样也不是规范的事实错误，而是对事实的评价错误，充其量属于涵摄的错误，甚至是没有任何意义的认识错误。^[51]其实，只要认识到“情节严重”中的“严重”是客观处罚条件，本身不需要行为人认识，就无需探讨该如何判断行为人对其有无认识，以及产生认识错误时该如何处理。

（三）“多次”

我国刑法分则将多次实施作为某些犯罪的成立条件，例如盗窃罪、敲诈勒索罪及聚众淫乱罪等。张明楷教授认为，“多次盗窃”中的“多次”属于客观的超过要素，不需要行为人认识。^[52]但周光权教授认为，这里的“多次”属于典型的构成要件要素和违法要素，要求行为人认识，不属于内在的客观处罚条件。^[53]

本文认为，这里的“多次”只是一种对行为次数的统计结论，其本身没有任何实体意义。行为人需要“多次盗窃”才构成犯罪，从这个形式描述上看，“多次”能表示违法的程度，但实际上真正影响违法的是“多次”所记载的行为本身，而不是“多次”本身。离开统计对象，单纯的次数没有任何实质意义，不会给违法提供任何实质根据。行为人只需要实施盗窃行为即可，至于是否达到“多次”是由司法者统计评价的。司法者的统计结论会影响违法程度，但这是评价结论上的影响，而不是实体存在上的影响。概言之，“多次”不是不法构成要件要素，由于其能够在评价上决定刑罚的启动，也即衡量行为的违法程度是否达到需要科处刑罚的程度，因此属于一种客观处罚条件。由于“多次”不是不法构成要件要素，自然不需要行为人认识。如果要求行为人对“多次”本身具有认识时才构成犯罪，那么犯罪与否就完全取决于行为人的主观记忆力，这显然是不合适

[48] 参见张明楷：《犯罪构成体系与构成要件要素》，北京大学出版社2010年版，第241页。

[49] 行为人只要认识到具体的不法构成要件要素本身，就意味着对情节有认识。因此，对情节的认识不是一种额外的认识，除非司法解释对“情节”的内容增添了新的、独立的不法构成要件要素。

[50] 参见王莹：《情节犯之情节的犯罪论体系性定位》，《法学研究》2012年第3期。

[51] 参见前引[48]，张明楷书，第252页。

[52] 参见张明楷：《刑法分则的解释原理》（上），中国人民大学出版社2011年版，第490页。

[53] 参见前引[5]，周光权文。

的。由于“多次”不是不法构成要件要素，所以不要求行为人有认识的结论并不违反责任主义。

（四）“数额较大”

我国刑法分则将“数额较大”规定为许多犯罪的成立条件，例如，盗窃罪、抢夺罪中的“数额较大”的财物、侵犯著作权罪中的“违法所得数额较大”等。陈兴良教授曾提出“罪体——罪责——罪量”的犯罪构成体系，将“数额较大”视为罪量要素。^{〔54〕}这种将“数额较大”置于罪责之后的做法，意味着其不属于行为人主观认识的内容。有学者便主张将数额犯中的数额视为客观处罚条件。^{〔55〕}然而，由于我国刑法分则中“数额”的种类繁多，对此不能一概而论，应根据其属性具体分析。

例如，盗窃罪的对象是他人“数额较大”的财物，“数额较大”是财物的价值特征，与财物本身不可分离。他人财物的价值数额大小直接体现盗窃行为侵害法益的程度，因此这里的“数额较大”是不法构成要件要素。基于不法与责任的对应原理，行为人对此需要有认识。

然而，侵犯著作权罪中的“违法所得数额较大”与此不同。本罪的法益是他人的著作权，主要是指经济权利。在衡量本罪法益的受侵害程度时，由于实务中无法具体统计著作权人的经济损失数额，所以转而借用行为人的违法所得数额来间接表示本罪法益的受侵害程度。这种间接表达违法程度的符号虽然容易使人误以为犯罪的本质是行为人获得利益，而非侵害法益，但这是无奈之举。不过还是应注意，不应将违法所得数额与本罪的法益混为一谈。虽然违法所得数额能够表示本罪的违法程度，但它不是本罪的法益本身，只是一种间接表示违法程度的借用符号。违法所得数额本身并没有为本罪行为的违法性提供实质根据，它不是本罪违法性的必备要素，二者不具有“无A则无B”的必要条件关系。行为人没有违法所得数额，并不意味着本罪的法益不会受到侵害。虽然在性质上违法所得数额不是本罪的不法构成要件要素，但又能够决定刑罚的启动，也即衡量行为的违法性是否达到需要科处刑罚的程度，因此属于一种客观处罚条件。既然如此，违法所得数额便不需要接受责任评价，不是行为人需要认识的内容。

归纳而言，“情节严重”中的“严重”是对违法性的程度评价要素，“多次盗窃”中的“多次”是对违法性的数量统计要素，侵犯著作权罪中的“违法所得数额较大”是一种间接表示违法性的借用符号。这些要素均没有为行为违法性提供实质根据，在本质上不是真正的不法构成要件要素。但这些要素又能够通过评价、统计等衡量标准来判断行为的违法性是否达到需要科处刑罚的程度，能够决定刑罚的启动，因此属于一种客观处罚条件。

四、消极的客观处罚条件

关于消极的客观处罚条件，除了我国刑法第241条第6款的规定，刑法分则中还有第201条第4款的规定：“有第一款行为，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；但是，五年内因逃避缴纳税款受过刑事处罚或者被税务机关给予二次以上行政处罚的除外。”然而不同意见认为，刑法第201条第4款属于内在的客观处罚条件，“纳税人在公安机关立案前不补缴应纳税款、缴纳滞纳金或接受行政处罚属于客观处罚条件。逃税行为已经具有违法性，但是其违法性程度还有限，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，违法性才逐步升高到可罚的程度。”^{〔56〕}这种看法值得商榷。按照这种看法，纳税人在实施了刑法第201条第1款的行为后，并不构成逃税罪，只有在立

〔54〕 参见陈兴良：《作为犯罪构成要件的罪量要素：立足于中国刑法的探讨》，《环球法律评论》2003年第3期。

〔55〕 参见熊琦：《德国刑法问题研究》，台湾元照出版公司2009年版，第99页以下。

〔56〕 前引〔5〕，周光权文。

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，才构成逃税罪。这种结论实际上是将消极的阻却刑事责任事由视为积极的犯罪成立要件。这样会将刑法第201条第4款的判断从消极判断转化为积极判断，会不当缩小处罚范围。例如，如果窝藏、包庇实施了刑法第201条第1款行为的人，便不构成窝藏、包庇罪，而构成承继的帮助犯。这显然是不合理的。对此，张明楷教授也指出：刑法第201条第4款规定的只是处罚阻却事由，而不是构成要件的内容，所以，只要行为人的逃税行为符合刑法第201条第1款的规定，并具备其他责任要素，其行为就成立逃税罪，只是还不能发动刑罚权而已。^{〔57〕}

关于消极的客观处罚条件，学界争议较大的是侵占罪中的“拒不退还”。根据刑法第270条规定，将代为保管的他人财物非法占为己有，数额较大，拒不退还的，构成侵占罪。传统观点认为，“拒不退还”是侵占罪独立的犯罪成立条件，如果行为人将代为保管的他人财物据为己有后，又退还的，不构成犯罪。^{〔58〕}这种观点实际上是将“拒不退还”视为侵占罪的积极的客观处罚条件。由此带来的问题是，司法者就必须积极地考察行为人有无拒不退还的情形。这显然是不合适的。有观点认为，“拒不退还”不具有独立的实体地位，只是“据为己有”的一种补充说明，为进一步确认行为人的非法据为己有意图提供了充足的证据。^{〔59〕}按照这种“补充说明”说，只要通过其他事实证明行为人对他人所有、自己占有的财物行使了所有权（如处分），行为人就构成侵占罪，即使行为人事后退还，也不影响定罪，至多作为积极退赃的酌定量刑情节考虑。这种观点在解释方法上无可指责，也完全符合侵占罪的行为构造。然而，本文认为，“拒不退还”仍具有独立地位，在性质上属于一种消极的客观处罚条件，只有拒不退还的，才具有需罚性，如果退还的，便没有必要处罚。

首先，在文义解释上，“补充说明”的观点将“拒不退还”在条文中的地位降为补充说明构成要件行为的地位，类似于注意规定性质的条文。果真如此，就需要回答立法者在描述完侵占罪构成要件行为（非法占为己有）后，为何还要对其补充说明，这种必要性何在？如所周知，注意规定性质的条文必然具有注意规定的价值。而“拒不退还”的补充说明意义，并不明确。而且，如果将“拒不退还”视为侵占行为在证据上的补充说明，那么在实体刑法上便是可有可无的描述，也即可以在条文中删掉“拒不退还”。这显然低估了“拒不退还”的价值地位。

其次，在体系解释上，“补充说明”的观点认为，侵占罪的法定刑远低于盗窃罪的法定刑，表明刑法对侵占罪的法益侵害性要求并不高，在此情形下，若行为人退还财物就不作为犯罪处理，会造成刑法的不协调。^{〔60〕}这种看法暗含一种认识，对设置了较轻法定刑的轻罪不宜设置消极的客观处罚条件。但是，恰好相反，立法的实际规律是只宜对轻罪而非重罪设置消极的客观处罚条件。就违法性的程度而言，盗窃罪显然重于侵占罪，但是我国司法解释却规定：已满16周岁不满18周岁的人盗窃近亲属以外其他亲属的财物，其他亲属要求不予追究的，可不按犯罪处理。^{〔61〕}既然盗窃罪中可以设置消极的客观处罚条件，没有理由排斥侵占罪中的消极的客观处罚条件。

最后，就目的解释而言，客观处罚条件的观点更具合理性。从目的解释出发，一个结论是否合理需要接受三重检验：（1）必须确认所要追求的目的本身是正义的、理性的，以及有益的；

〔57〕 参见张明楷：《逃税罪的处罚阻却事由》，《法律适用》2011年第8期。

〔58〕 参见高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社2010年版，第577页；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。

〔59〕 参见前引〔45〕，张明楷书，第903页；周光权：《刑法各论》，中国人民大学出版社2011年版，第115页；黎宏：《刑法学》，法律出版社2012年版，第762页。

〔60〕 同上引，张明楷书，第903页。

〔61〕 参见2006年1月11日最高人民法院《关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第9条。

(2) 对于完整实现这个目的而言, 规范必须是一个适当的手段; (3) 实现这个规范目的不得引起超乎规范目的价值的不良附属后果。^[62] 就侵占罪而言, 刑法将其设计为告诉才处理的犯罪, 意指该罪的法益侵害具有可和解性、可恢复性, 施加刑罚只是保护法益迫不得已的手段。循此理念, 将“拒不退还”视为侵占罪的消极的客观处罚条件也符合该罪的自诉性和可和解性特征。相反, “补充说明”的观点抹杀了“拒不退还”所蕴含的阻却刑事责任的机能, 挤压了被害人与行为人的和解空间, 既不符合本罪违法性的可恢复特征, 也有悖于普通国民在生活中形成的常识和体验。

不过, 按照消极的客观处罚条件的观点, 也需要进一步解释一些质疑。

其一, “补充说明”说可能会认为, 有些侵占罪不存在退还的问题, 此时设置“拒不退还”就没有意义, 例如, 行为人将代为保管物直接处分掉、消费掉。不可否认, 对代为保管物行使处分权就是侵占的行为, 但是此时应区分保管物的性质和种类。如果保管物是特定物, 则处分掉后就无退还的可能了, 行为人此时就构成侵占罪。如果保管物是种类物如现金等, 则处分掉、消费掉, 仍有退还的可能, 只要行为人退还了等额现金, 就阻却侵占罪的刑事责任。

其二, “补充说明”说可能会指出, 如果“拒不退还”是消极的客观处罚条件, 那为何在条文表述上不采取类似刑法第 201 条第 4 款的做法, 而是采取了将其描述为构成要件一部分的做法? 首先, 认为“拒不退还”被表述为构成要件一部分的看法值得推敲。按照刑法对取得型财产犯罪的描述, 除了抢劫罪, 均是将罪状之一描述为“非法取得行为 + 数额较大”, 将“数额较大”作为构成要件行为的结尾。这是因为“数额较大”是针对行为对象而言, 具备实行行为和行为对象就是一个完整的构成要件行为类型, 侵占罪也是如此描述。如果刑法将“拒不退还”视为构成要件行为的一部分, 作为侵占行为的补充说明, 就应该描述为“将代为保管的他人财物非法占为己有, 拒不退还, 数额较大的”, 但是恰恰相反, 刑法第 270 条的描述是“将代为保管的他人财物非法占为己有, 数额较大, 拒不退还的”。这不是立法者的无心之失, 而是认为“拒不退还”本不属于构成要件行为的一部分。其次, 之所以没有像刑法第 201 条第 4 款那样以明确的表述直接设置消极的客观处罚条件, 是因为刑法第 270 条第 3 款规定了“本条罪, 告诉的才处理”。这表明, 如果被害人不告诉, 就不处理, 就当然地阻却了刑事责任。而被害人不告诉的情形主要是行为人退还了财物。换言之, “告诉才处理”的规定中已经蕴含了“若退还则不追究刑事责任”的意味。而收买被拐卖的妇女、儿童罪、逃税罪等没有设置“告诉才处理”的条款, 就需要独立规定消极的客观处罚条件。最后, 侵占罪有两种不同的行为类型: 一是被害人基于自愿而失去对财物的占有, 也即保管物的类型; 二是被害人非基于自愿而失去对财物的占有, 也即遗忘物、埋藏物的类型。在这两种不同的行为类型之后要设置一个总体适用的概括的消极的客观处罚条件, 在语言描述上会比较棘手, 而分情形描述又会导致条文叙述过于繁琐。在这种状况下, 将消极的客观处罚条件增添到罪状中, 紧随构成要件行为类型之后, 不失为一种比较简明的做法。

五、客观处罚条件与责任主义

行文至此, 或许有人担忧, 依照本文理念, 我国刑法中会涌现大量的客观处罚条件, 是否严重冲击责任主义? 对客观处罚条件持完全否定态度的学者的主要顾虑也在于此。其实, 只要明确客观处罚条件的机能——属于扩张处罚事由还是限制处罚事由, 便能消除这种疑虑。如果客观处罚条件属于限制处罚事由, 自然不会冲击责任主义。

由于消极的客观处罚条件是阻却刑事责任的事由, 自然属于限制处罚事由。疑问主要集中在

[62] 参见 [德] 普珀:《法学思维小学堂》, 蔡圣伟译, 北京大学出版社 2011 年版, 第 69 页以下。

积极的客观处罚条件上。扩张处罚事由论认为,以台湾地区的过怠破产罪为例,破产宣告前的浪费行为本不具有应罚性,是破产宣告这个事实使原本不具应罚性的浪费行为变成“刑法”不愿意容忍的行为。硬要把这种客观处罚条件解释成限制刑罚事由,是一种诡辩。〔63〕

然而,这种分析存在两处混淆。第一,混淆了两种“违法性”,一是构成要件行为的违法性,二是某些客观处罚条件的违法性。构成要件的违法性表现为法益侵害性,某些客观处罚条件也表现为实害结果,在形式效果上具有相似性,但是二者在性质上并不相同。前者能够归责于行为人的构成要件行为,而后者是一个单纯的事项,该事项与构成要件行为是相互独立的,无法归责于构成要件行为。因为性质不同,所以对这两种实害结果不能进行程度叠加,认为后者增高了前者的程度。在过怠破产罪中,破产宣告这个事实并非此前浪费行为的类型性危险的相当性实现。“公司、企业,特别是大型企业的经营运作是非常复杂的过程,企业出现破产原因,陷入破产状态,往往是多方面复杂因素造成的,很难从中明确区分出非法处置行为是否是造成企业陷入破产的原因。”〔64〕破产宣告的原因既可能是企业实施浪费等非法处置行为所导致,也可能由其他经营因素导致。可以看出,浪费行为与破产宣告事实是相互并列的关系。破产宣告虽然是一种实害结果,但不是该罪的构成要件结果,其蕴含的危害性与该罪构成要件行为的违法性不可同日而语。

第二,混淆了“可罚性”与“需罚性”。从罪刑关系看,具备不法和责任并不意味着必罚,“有责任就有刑罚”的积极责任主义已被摒弃。立法者的态度表明,除了构成要件符合性、违法性和责任之外,还需考虑一种刑罚需求。〔65〕立法者在罪责之外,有时需要考虑运用刑罚保护社会秩序的实际需要,为此设置一些补充性要件,其中最典型的便是客观处罚条件。〔66〕具备不法和责任只是代表值得科处刑罚性(可罚性),而具备客观处罚条件代表需要科处刑罚性(需罚性)。

需罚性作为客观处罚条件的存在根据在责任论和刑罚论上具有充分依据。刑罚的正当化根据是报应的正义性与预防犯罪目的的合理性。〔67〕与不法对应的狭义的责任(或罪责)概念只是对不法的评价。这种狭义的责任概念对应的只是报应刑,而与预防刑无关。在预防刑论看来,罪责概念原本是一种异类思想,若想将其纳入刑法之中,则必须经由刑事政策系统提出一个与报应刑不同的理论依据,要不然就应该放弃此概念。因此,应以一个新的范畴——答责性(Verantwortlichkeit)——在刑法系统中取代罪责概念。〔68〕罗克辛教授认为应当在行为人的罪责和预防必要性的基础上来构建刑法的责任。这种预防性的特点,过去在学术上不受重视,没有赋予它独立地位。人们往往把与不法联系在一起的犯罪类型仅仅用罪责来表示,这是对问题的简化。在刑法教义学看来,罪责和预防性需要是刑法责任中处于同一等级的条件,如此才能与刑罚目的理论相连接。广义的责任范畴中,不仅包含狭义的责任(罪责),还包括预防的需要。〔69〕

狭义的责任只是刑罚的必要条件,而不是充分条件,在启动刑罚时还应考虑需要科处刑罚性(需罚性),对此主要是考虑预防必要性。作为刑罚的必要条件,责任是基础性的必要条件,而需罚性只是额外的必要条件,实际起到限制刑罚的作用。扩张处罚事由论忽略客观归责的要求,将客观处罚条件与不法构成要件要素混为一谈,进而认为客观处罚条件也为可罚性提供根据,由此将积极的客观处罚条件增加需罚性误解为增加可罚性,并得出积极的客观处罚条件是扩张处罚事

〔63〕 参见许玉秀:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年版,第105页以下。

〔64〕 贺丹:《论虚假破产罪中的“实施虚假破产”》,《政治与法律》2011年第10期。

〔65〕 Vgl. Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 32. Aufl., Heidelberg 2002, S. 48.

〔66〕 参见〔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。

〔67〕 参见张明楷:《新刑法与并合主义》,《中国社会科学》2000年第1期。

〔68〕 参见〔德〕许迺曼:《罪责原则在预防刑法中的功能》,葛祥林译,载前引〔32〕,许玉秀等合编书,第599页。

〔69〕 参见前引〔31〕,罗克辛书,第79页。

由的结论。其实，可罚性只能由不法和责任提供，而客观处罚条件只表示需罚性。当明确可罚性与需罚性的本质区别后，上述结论可谓是一种容易使人混淆的假象。

本文所论证的客观处罚条件均体现立法者的需罚性考量。例如，就丢失枪支不报罪而言，丢失枪支不报行为对公共安全产生了危险，但如果以此定罪，会过分扩大处罚范围。立法者在保护法益与谦抑主义之间选择了刑罚犹豫的审慎做法，当出现“严重后果”时才需要启动刑罚。又如，就“情节严重”中的“严重”而言，立法者通过刑法第13条树立一个处罚思想：“情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪”。这种做法显然具有限制处罚的功能。再如，就“多次盗窃”中的“多次”而言，虽然一次盗窃便具有侵犯财产的违法性，但只有达到多次才达到需要科处刑罚的程度。这种处理也体现了限制处罚的思想。至于侵犯著作权罪中的“违法所得数额较大”，更是体现了限制处罚的理念。行为人实施了侵犯著作权的行为后便具有了违法性，但立法者认为行为人只有违法所得数额较大时才具有需罚性，倘若行为人违法所得数额不大或没有其他严重情节，则不予刑罚处罚。这种做法显然起到限制处罚的效果。

一言以蔽之，作为纯粹的限制处罚事由，客观处罚条件的存在并不违背责任主义，因此没有必要将故意或过失牵扯进来。^{〔70〕}

Abstract: Elements of the offense and the objective punishment conditions are mutually exclusive. The elements of the offense have the feature of categorization and that of substantial wrongfulness. The determination of the feature of categorization relies on the theory of objective attribution. In short, the act's categorized danger leads to the consequences of offense.

When it comes to the identification of substantial wrongfulness, it is necessary to examine whether a certain element provides substantial basis for the wrongfulness of the act in question. In this sense, the “aggravating” in “aggravating circumstances” is the appraisal element of the degree of wrongfulness, the “multiple” in “multiple larcenies” is the statistic element of the wrongfulness, and “the substantial amount of illegal proceeds” in copyright infringement is just an indirect symbol to represent the degree of wrongfulness. All of them belong to objective punishment conditions.

When the legislature sets the objective punishment conditions as the conditions of pursuing criminal liabilities, the objective punishment conditions become an element of the offense in the sense of pursuing criminal liabilities. And when the legislature sets the objective punishment conditions as the conditions of establishing defenses, then the objective punishment conditions become an excuse for exculpation. In this sense, paragraph six of Article 241, paragraph four of Article 201 and the “refuse to return” in Article 270 all belong to passive objective punishment conditions.

Wrongfulness and culpability only indicate punishability, while objective punishment conditions deal with the necessity of punishment. Since they tend to restrain the operation of punishment, objective punishment conditions will not challenge the doctrine of culpability.

Key Words: elements of the offense, objective punishment condition, objective attribution, doctrine of culpability

〔70〕 参见前引〔1〕，耶赛克等书，第667页。