

# 罪量因素：构成要素抑或处罚条件？

王 强

---

**摘 要** 建构包涵罪量因素的犯罪构成体系，涉及罪量因素在犯罪论体系中的定位问题。罪量因素难以整体作为处罚条件；只有行为获利等不法中立的罪量因素，应当作为犯罪成立的第四要件——真正的客观处罚条件；而丢失枪支不报、滥用职权等罪中的“严重后果”、“重大损失”，是可罚违法程度的表征，属于不法构成要素，只是此类后果与行为之间客观关联上的特殊性，而无法还原为典型的危害结果，对此类后果只须有认知预见，无须考虑意志因素，即可认定故意成立，因而是一种非典型的不法构成要素；其余绝大多数罪量因素均可还原为身份、行为、结果等典型的不法构成要素。罪量构成要素在事实和价值层面的特性，使它区别于可罚的违法性等理论和罪体构成要件要素。

**关键词** 罪量因素 构成要件要素 客观处罚条件

作者王强，南京师范大学法学院博士研究生，南京工业大学法政学院讲师。

---

以行为及危害程度（量）区分一般违法与犯罪的社会治安分权治理模式，造就了我国刑法中独具特色的、成文的“罪量因素”规定，即分则个罪中为数众多的“数额（数量）较大”、“情节严重（恶劣）”、“造成严重后果”等犯罪成立的罪量要求。这些罪量因素在犯罪构成体系中充当怎样的角色，如何建构包涵罪量因素的犯罪构成体系，是当下犯罪构成理论研究不能回避的课题。本文指称罪量因素，是指刑法分则个罪罪状中明确规定的，表明行为的危害程度（罪量），并为犯罪成立所必需的事实要素。关于刑法分则中所规定的数额、情节、后果等罪量因素在犯罪论体系中的地位问题，实际上就是包涵罪量因素的犯罪构成体系的建构问题。

## 一、学说之争

罪量因素在犯罪论体系中的地位，大体可归纳为3类观点：处罚条件说、构成要件要素说和区别对待说。

### （一）处罚条件说

此说认为，罪量因素是一种客观处罚条件。1988年，有学者主张，数额是量刑条件，并不是构成盗窃罪必不可少的条件；盗窃数额较大的，适用刑法（指1979年刑法）第151条处罚；盗窃

---

\* 本文系作者主持国家社科基金青年项目“犯罪成立罪量因素研究”（项目编号：12CFX033）阶段性成果。

数额巨大的，适用刑法第152条处罚。<sup>①</sup> 赵秉志、肖中华二位教授也指出，“数额较大”是犯罪客观处罚条件，它本身不是犯罪的构成要件，只是刑罚发动事由，缺乏“数额较大”这一条件，犯罪仍然成立，只是不追究行为人的刑事责任而已。<sup>②</sup>

此说较系统的论证当属陈兴良教授和熊琦博士。陈兴良教授创建了“罪体—罪责—罪量”三位一体犯罪构成体系。其中，罪量是在具备犯罪构成本体要件（罪体与罪责）的前提下，表明行为对法益侵害程度的数量要件，罪量要素之所以不能归入罪体，除了因为在罪量要素中不单纯是客观性要素而且还包括主观性要素以外，还有一个重要理由：罪体要素是行为人认识的对象，因而对于判断犯罪故意或者过失具有重要意义。如果将罪量要素当作罪体要素，行为人对此没有认识就不能成立犯罪故意而属于犯罪过失，由此而使罪责形式的判断产生混乱。<sup>③</sup> 尽管陈教授明确反对罪量性质的处罚条件说，但“罪量因素独立于犯罪客观要件，不属于罪体；不需要行为人主观上对其具有认识；对确定行为人故意或过失没有关系”<sup>④</sup>等表述，足以表明罪量要素已经具备了客观处罚条件的基本特质。不过，在新近的论文中，陈教授明确表示：“现在笔者认为，罪量在性质上类似于客观处罚条件。因此，在采用三阶层的犯罪论体系，将情节和数额等罪量要素作为客观处罚条件来看待是妥当的。”<sup>⑤</sup>

如果说陈兴良教授还是立足于罪量因素与主观认识、罪量因素与罪责原则之间关系这一客观处罚条件存否之争的传统场域的话，那么，熊琦博士的立论，则是围绕我国刑法特有的一个体系性困境展开：刑法理论一般认为，结果犯之犯罪结果未实现，否认该罪“既遂”，而非该罪“成立”；而在带罪量因素的结果犯中（如破坏社会主义市场经济秩序罪），罪量结果的缺失或者未达法定标准，却通常被当作是对犯罪成立的否定；或者有人主张类似破坏社会主义市场经济秩序罪的部分结果犯没有未遂形态，而盗窃罪等结果犯却又有未遂形态。针对上述矛盾，熊博士在否定个罪设置之犯罪成立模式说的基础上指出，应当借鉴德国刑法中的客观处罚条件，将罪量因素视作“无需考虑行为人故意或过失、决定犯罪成立与否的可罚性要件”。这样，罪量因素被排除在构成要件之外，它的缺失与构成要件的不齐备是两个概念，后者才是犯罪未遂所需考虑的内容。如此，“在其他构成要件齐备的情况下缺少作为构成要件的结果将会导致犯罪未遂”这一命题得以贯穿始终，未遂犯与结果犯理论得以兼容。罪量因素地位等同于“排除犯罪性事由”，可改称作“独立犯罪否定条件”。<sup>⑥</sup>

## （二）构成要件要素说

此说代表人物当属黎宏教授。黎宏教授立足于结果无价值和构成要件要素还原说的立场，一方面，明确否定客观处罚条件在我国刑法构成体系中存在的可能；另一方面，也反对将类似刑法第129条丢失枪支不报罪中的“造成严重后果”等部分罪量因素作为“客观的超过要素”区别对待的观点。主张所谓“超过的客观要素”，作为与行为人的实行行为具有某种关系的结果，是表明该行

① 参见高铭暄、王作富主编：《新中国刑法的理论与实践》，河北人民出版社1988年版，第593页。

② 参见赵秉志、肖中华：《数额较大在盗窃罪认定中的作用》，载《人民法院报》，2003年5月19日。

③ 参见陈兴良：《规范刑法学》上册，中国人民大学出版社2008年版，第191—194页。

④ 同注③，第193页。

⑤ 陈兴良：《刑法的明确性问题：以〈刑法〉第225条第4项为例的分析》，载《中国法学》2011年第4期。

⑥ 参见熊琦：《德国刑法问题研究》，元照出版公司2010年版，第63页以下；熊琦：《论我国刑法的一个体系性困境》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2008年第4期。严格地讲，说熊琦博士将所有罪量因素均视作客观处罚条件，有失偏颇。因为熊文（书）是针对“结果犯中的罪量因素”而言的。不过，考虑到结果是我国罪量因素最主要的栖息地，熊文（书）将绝大多数罪量因素视作客观处罚条件，这与后文“区别对待说”仅例外地承认极个别的罪量因素是客观处罚条件的观点，十分不同，故归于此类。

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程度的社会危害性的标志，该结果应当在行为人的认识范围之内，而不可能超出其外。<sup>⑦</sup> 另有论者提倡“狭义客观处罚条件”概念，认为我国刑法典中根本没有属于客观处罚条件的规定。<sup>⑧</sup>

### （三）区别对待说

多数肯定或主张借鉴客观处罚条件概念的论者，均认为我国刑法分则中存在类似客观处罚条件的规定，例如，刑法第128条第3款非法出租、出借枪支罪，第129条丢失枪支不报罪中的“造成严重后果”；第186条违法发放贷款罪，187条吸收客户资金不入账罪，189条对违法票据承兑、付款、保证罪中的“造成重大损失”；第397条滥用职权罪中的“致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失”，等等。<sup>⑨</sup> 个别罪量因素被视为客观处罚条件，其余绝大多数仍属于构成要件中的具体内容，区别对待的立场不言而喻。此说，尤以王莹博士的“类构成要件复合体”、张明楷教授的“客观的超过要素”和周光权教授的“内在的客观处罚条件”概念值得关注。

1. 类构成要件复合体。<sup>⑩</sup> 王莹博士通过剖析构成要件的不法类型本质与诠释学特征以及学界关于构成要件质与量关系的见解，认为被司法解释补充与修改的我国犯罪构成，不仅是德日刑法理论意义上的为行为不法与结果不法划定预设空间的不法类型，也是一个包含了基本构成要件、加重结果、客观处罚条件以及其他刑事政策因素的“类构成要件复合体”。我国立法和司法解释规定的情节犯“情节严重”的情形包括两类四种：一类是：构成要件基本不法量域之内的情节。数额与大多数描述行为不法与结果不法的情节皆属此类，它们属于构成要件要素，其定位是“整体性规范评价要素”，应该在行为人主观方面的射程范围内。另一类是：溢出构成要件基本不法量域的情节。复分为三种：属于结果加重犯的情形、属于客观处罚条件的情形和“多次实施构成要件行为的情形以及其他刑事政策因素”。对于溢出基本构成要件行为不法和结果不法基域的情节，应按其具体情节再进行教义学的定位，按照结果加重犯、客观处罚条件或者其他刑事政策方面的因素确定其与行为人主观方面的关系。基本构成之外影响犯罪成立的因素隐藏在“情节严重”规定之中，在外观上具有构成要件解释的假象，实际上具有独立的影响犯罪成立的犯罪论地位。

2. 客观的超过要素。<sup>⑪</sup> 针对我国刑法理论关于丢失枪支不报罪、违法发放贷款罪、滥用职权罪等罪过形式的争论，受主观的超过要素和客观处罚条件概念的启示，张明楷教授创造性地提出“客观的超过要素”概念，认为我国刑法个罪中存在着这样一些客观要素：它们属于构成要件要素，但却不需要行为人对之具有认识与放任或希望态度。客观的超过要素主要是指部分危害结果，以危害结果为内容的客观的超过要素，只应存在于双重危害结果的犯罪中；只能就法定刑较轻的故意犯罪承认以危害结果为内容的客观的超过要素。尽管客观的超过要素不是故意的认识与意志内容，但当其内容是法益侵害结果以及影响行为违法性的其他客观因素时，行为人至少应对之有预见可能性。除部分危害结果外，还存在其他内容的客观超过要素（如关于行为程度、次数的要素等）。

⑦ 参见黎宏：《论“客观处罚条件”的若干问题》，载《河南省政法管理干部学院学报》2010年第1期；黎宏：《刑法总则问题思考》，中国人民大学出版社2007年版，第180页以下。

⑧ 参见张振山：《狭义客观处罚条件论》，载陈兴良主编：《刑事法评论》第29卷，北京大学出版社2011年版。

⑨ 参见陆诗忠：《刍议“客观的处罚条件”之借鉴》，载《郑州大学学报（哲学社会科学版）》2004年第5期；刘士心：《犯罪客观处罚条件刍议》，载《南开学报（哲学社会科学版）》2004年第1期；王钰：《客观处罚条件之提倡》，载赵秉志主编：《刑法论丛》第22卷，法律出版社2010年版。

⑩ 参见王莹：《情节犯之情节的犯罪论体系性定位》，载《法学研究》2012年第3期。

⑪ 参见张明楷：《“客观的超过要素”概念之提倡》，载《法学研究》1999年第3期；新近的阐释及补充，参见张明楷：《刑法分则的解释原理》，中国人民大学出版社2011年版，第473页以下。

此外，张明楷教授还提出“整体的评价要素”概念，指代作为罪量因素重要表征之一的“情节严重”。当行为符合客观构成要件中的基本要素后，并不意味着行为的违法性达到了值得科处刑罚的程度，在此基础上，还需进行整体评价，情节严重就是这种整体的评价要素。<sup>⑫</sup> 情节严重的确具有整体评价的特殊性，不过，作为犯罪构成要素的情节严重，首先必须还原为具体的表征法益侵害的前提事实（行为情状、数额、后果等），对这些前提事实，要先判断它们是需要行为人认识与放任或希望态度的构成要件要素，还是与故意无关的客观超过要素或客观处罚条件。因此，客观的超过要素和整体的评价要素不是同一层次上使用的概念。

3. 内在的客观处罚条件。<sup>⑬</sup> 周光权教授根据某种条件与违法性关系的密切程度，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。内在的客观处罚条件大多也表现为一种结果，但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”，由介入的第三人行为、行为人后接行为等造成的后果。它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。但它与典型的、传统意义上的违法要素存在差别，属于非典型的违法要素。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。

周光权教授认为，客观的超过要素实质就是内在的客观处罚条件，没有必要“再造”概念。但与张明楷教授“客观的超过要素”略有不同的是（仅就罪量因素而言）：（1）张明楷教授主张对作为客观的超过要素的危害结果，行为人有预见可能性即可；而周光权教授则认为，对于内在的客观处罚条件，要求行为人认识，但只需对结果有“极有可能发生”的高度模糊性认识、预见，只是对法益侵害（危险）“未必”预见——发生多多少少是有可能的，但即便发生，行为人也无所谓、可以接受或可以容忍。（2）关于多次盗窃，张明楷教授将其视为客观的超过要素，主张只要行为人对每次盗窃有故意即可，不要求认识到“多次”；而周光权教授认为，多次盗窃是典型的构成要件要素和违法要素，既不是客观的超过要素，也不是内在的客观处罚条件。对多次盗窃，就一定要求行为人认识。周光权教授还指出，在我国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。

## 二、性质定位：引鉴客观处罚条件概念的前提

如上所言，构成要件要素说反对客观处罚条件概念，而处罚条件说、区别对待说则肯定这一概念。否定也好，肯定也罢，前提条件是对该舶来概念的厘清。大陆法系刑法理论所谓客观处罚条件（Objektive Bedingungen der Strafbarkeit），乃指虽与行为具有直接关系，但既不属于不法，亦不属于罪责的行为情状，而当作处于不法构成要件以外的一种犯罪要素，系属可罚性的实体要件。<sup>⑭</sup> 但是，围绕客观处罚条件的性质地位之争却从未停歇。

处罚阻却事由说主张，客观处罚条件不是犯罪的成立要件，只具有阻却刑罚处罚的性质，处罚

<sup>⑫</sup> 参见张明楷：《犯罪构成体系与犯罪构成要件要素》，北京大学出版社2010年版，第238页以下。

<sup>⑬</sup> 参见周光权：《论内在的客观处罚条件》，载《法学研究》2010年第6期。

<sup>⑭</sup> 参见林山田：《刑法通论》上册，北京大学出版社2012年版，第265页；[德]汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社2001年版，第667页。

条件不具备,犯罪依然成立,只是不处罚而已。因此,客观处罚条件虽属于实体刑法上的刑罚要件,但并不隶属于“犯罪”概念,应在刑罚论中展开。<sup>⑤</sup>

而犯罪成立条件说,则又分为两派:一派(还原说)主张将客观处罚条件还原为违法或责任要素(主要是违法性要素);另一派(独立要件说)则主张,客观处罚条件是独立于构成要件该当性、违法性和有责性的第四个犯罪成立要件。两派观点虽在体系上存在分歧,但二者均认为所谓客观处罚条件的事例是决定犯罪成立的要素,而非单纯的刑罚条件。客观处罚条件是犯罪论的内容。<sup>⑥</sup>

实际上,不满足客观处罚条件就不会成为刑罚对象,即便起诉也是“无罪”。处罚阻却事由说,将此行为评价为“犯罪”,无疑有违“所谓犯罪,是指能被科处刑罚的行为”这一定义,且切断犯罪与刑罚要件、效果之间的联系;<sup>⑦</sup>也与我国刑法理论“犯罪概念的应受刑罚处罚性”、“犯罪构成是犯罪成立、追究刑事责任的唯一且全部标准”等基本认知难以兼容。可见,只要坚持这些基本认知,引鉴刑罚阻却意义的客观处罚条件概念,就是难以成立的。前揭构成要件要素说所反对的、陈兴良教授所著《规范刑法学》一书所不赞同的以及“客观的超过要素”概念的提倡者张明楷教授所弃用的客观处罚条件概念,指的都是这种客观处罚条件概念。

性质定位是引鉴客观处罚条件概念的前提。事实上,多数国内学者所主张引鉴的客观处罚条件概念也正是作为犯罪成立条件的客观处罚条件概念。<sup>⑧</sup>在这个意义上,陈兴良教授才明确表示:“罪量要素作为客观处罚条件来看待是妥当的。”张明楷教授也指出:“如果将客观处罚条件作为犯罪成立条件之一,客观的超过要素则属于客观处罚条件。”<sup>⑨</sup>至此,罪量因素地位问题,实际上演变为,罪量因素能否作为传统三阶层要件以外的第四个犯罪成立要件?如果能,应当在多大范围内承认它?确定其范围的标准何在?

### 三、未遂论:客观处罚条件概念的中国场域?

如前所述,熊琦博士为了解决“未达结果犯之结果罪量标准的不应认定为犯罪”与“犯罪结果未实现,否认的是该罪既遂,而非该罪成立”两个命题之间的矛盾,在拒绝“个罪设置之犯罪成立模式”这一解决方案的前提下,主张引鉴德国模式的客观处罚条件(即犯罪成立条件说),将结果犯的罪量因素作为客观处罚条件。从未遂论的视角论证引鉴客观处罚条件的合理性,的确与众不同,但本文认为,这种观点得不偿失。

首先,熊琦博士表示,客观处罚条件不属于不法构成要件,“客观处罚条件最大特征在于它独立于构成要件之外,因此不是故意的认知内容,也不一定非要以过失引起。……。犯罪本质——法益侵害,即使不通过客观处罚条件也已得到体现。”<sup>⑩</sup>可是,在区分一般违法与犯罪的二元制裁体系下,罪量是区分同一类型的行为是一般违法还是犯罪的唯一标准,达到法定的罪量标准,方能表

<sup>⑤</sup> 参见[日]福田平:《刑法总论》,有斐阁2001年版,第331页;[日]大塚仁:《刑法概说》总论,冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第439页;[日]大谷实:《刑法总论》,黎宏译,法律出版社2003年版,第373页。

<sup>⑥</sup> 参见注④,耶塞克等书,第667-673页;林山田书,第265-266页;[德]Jakobs, AT2, 10/1ff; [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689-705页。

<sup>⑦</sup> 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。

<sup>⑧</sup> 参见冯军:《德日刑法中的可罚性理论》,载《法学论坛》2000年第1期;同注⑨,刘士心文;王钰文。

<sup>⑨</sup> 张明楷:《刑法学》,法律出版社2011年版,第242页。

<sup>⑩</sup> 同注⑥,熊琦书,第86-87页。

征行为的法益侵害达到了可罚的违法程度。可见，盗窃罪之“数额较大”、生产、销售伪劣产品罪之“销售金额5万元以上”等罪量因素，都是法益侵害、违法性的表征。既然是表征法益侵害的不法要素，那就理应成为行为人主观罪过的认识内容，否则，有违罪责原则，有结果责任和意外责任之嫌。可见，论者例举的盗窃罪、生产、销售伪劣产品罪中的罪量因素，不能作为与违法和罪责无涉的客观处罚条件。

其次，罪量是一定罪体的“积量”。离开罪体，罪量犹如无源之水无本之木。例如，盗窃罪之“数额较大”是指所窃财物（结果）价值数额较大，生产、销售伪劣产品罪之“销售金额5万元”也是指销售产品所得（结果）金额5万元，离开结果，数额无所依托。这表明若将“数额较大”、“销售金额5万元”作为客观处罚条件，就必须将结果一并带入，如此，盗窃罪、生产、销售伪劣产品罪岂不成了没有结果的行为犯？显然与论者“结果犯中的定量因素”（上述二罪正是论者重要的例证）这一基本命题相冲突。

再次，将罪量因素作为犯罪成立的客观处罚条件，意味着所涉罪名只要未达到作为处罚条件的罪量标准，犯罪就不成立。这一结论，难以解释司法解释对未达罪量标准，但具备特定情节之盗窃、诈骗和生产销售伪劣产品等行为以相关犯罪的未遂犯定罪处罚之规定；若因此主张修改司法解释，恐怕不是规范论应有的立场。

最后，将罪量因素作为客观处罚条件，同样没有说明为什么其他结果犯之结果是构成要件要素，影响犯罪形态；而罪量结果犯之结果却是客观处罚条件，决定犯罪成立？这不正是论者所说的体系性困境吗？

可见，论者看似解决了矛盾，实则造成更致命、更具体系性的冲突。在笔者看来，即便坚持“个罪设置之犯罪既遂模式”，已有的理论工具完全可以解释论者提出的困境，无需引鉴客观处罚条件概念。

故意犯罪总是一定的形态（既遂或未遂）呈现，对结果犯而言，行为人主观上追求的，客观行为所能实现的，作为构成要件、反映犯罪法益侵害性的结果没有发生，就是未遂，罪量结果犯也不例外。盗窃分文未得或得之甚少，伪劣产品未销售或销售金额较小，就是危害结果未发生，就是未遂。可是，“构成要件规定”区别于“构成要件该当行为的可罚性规定”，只要刑法分则上存在某个“既遂构成要件”，就可以依第25条第1项（即台湾地区刑法总则未遂之规定）将之修正为“未遂构成要件”，但行为人即使具有该“未遂构成要件”的构成要件该当性，也未必是可罚的，因为“未遂构成要件”未必是可罚的构成要件。<sup>①</sup> 这一判断同样适用于大陆刑法，只不过“大陆法系国家不处罚犯罪未遂是‘法律不可能’，而我国刑法不处罚犯罪未遂是‘事实不可能’。”<sup>②</sup> 在德日及台湾地区刑法中，从未遂向可罚的未遂构成要件过渡的必要条件是显性的，即分则中“前款之未遂犯，罚之”这样的明文规定；而在我国刑法中，这一过渡条件并未显性规定，而是隐含在刑法规定和违法+犯罪二元制裁模式中：我国刑法并未规定未遂处罚“以法律明确规定为限”，但这并不意味着分则中所有故意犯罪的未遂都要处罚，这既不合理也不现实。犯罪是严重侵害（威胁）法益的行为，犯罪未遂也不例外。即，并非任何没有发生结果的危害行为都构成犯罪未遂，只有其中社会

① 参见郑逸哲：《修正构成要件》，载《月旦法学教室》2006年第49期。

② 于志刚：《关于数额犯未遂问题的反思》，载赵秉志主编：《刑法论丛》第21卷，法律出版社2010年版。

危害性达到应受刑罚处罚程度的行为,才可能是犯罪未遂。<sup>②</sup>我国刑法中包含罪量因素的犯罪(简称罪量犯),法定刑配置大多为三年以下有期徒刑或拘役,几乎所有罪量犯所配置的法定刑都有拘役。<sup>③</sup>这表明,在我国,罪量因素均为轻罪所配备。在以犯行程度区分违法与犯罪的二元治理模式下,坚持个罪设置的犯罪既遂模式,就表明达到罪量程度的行为既遂才刚刚达到成立犯罪、科处刑罚所需的可罚违法程度,那么,违法程度明显更低的行为未遂,自然不可能达致成立犯罪所需的可罚的违法程度,这才有了“盗窃分文未得或得之甚少、销售金额不满5万元的,一般不认为是犯罪,仅以行政处罚”的结论。可见,合理的推理过程是:结果未发生或未达罪量标准→行为未遂→未达可罚程度,不是犯罪未遂→不成立犯罪。因此,有必要区分行为未遂与犯罪未遂两个概念,“未遂行为是否属于犯罪未遂,还取决于对其能否排除符合刑法13条但书规定的可能性,只有具有刑事可罚性的行为未遂才是犯罪未遂。”<sup>④</sup>这样,可以说,“罪质严重的未遂应当以犯罪未遂论处,如故意杀人未遂、抢劫未遂、强奸未遂等;罪质一般的未遂只有情节严重的,能以犯罪未遂论处,如盗窃未遂、诈骗未遂等;罪质轻微的未遂不以犯罪论处。”<sup>⑤</sup>

如此解读,不仅可以合理解释关于处罚盗窃未遂、诈骗未遂以及生产销售伪劣产品未遂的司法解释规定,而且能够合理解释这些犯罪未遂从轻、减轻处罚所比照的既遂犯的法定刑基准问题。(1)如上所述,一般而言,罪量犯之行为未遂,因尚未达到可罚的违法程度,因而不能以犯罪论处,但并不排除该行为未遂具备了某些特殊情状,而有了严重的危害性,应以犯罪未遂追究刑事责任。唯有如此,相关司法解释才有存在的可能性。(2)在罪量犯既遂中,罪量无疑是行为法益侵害程度、违法性的重要表征,如盗窃、诈骗财物的数额、销售产品的金额等;但在罪量犯之行为未遂中,客观的罪量因素并未发生,因此,只能寻找其他可能表征行为危害程度的因素,作为判断该行为未遂是否已经达到需要刑罚处罚的犯罪未遂的危害程度标准,盗窃或诈骗的目标、未销售产品的货值等客观情状就被选中,成为重要的衡量标准;(3)既然犯罪未遂的认定离不开犯罪人的主观意图,而在上述罪量犯未遂中,“盗窃或诈骗目标、产品货值”虽能在一定程度上体现行为的危害程度,但却并不一定能够表征行为人的主观意图,换言之,客观行为对象是“数额巨大的财物、货值金额15万元以上”,并不能排除合理怀疑地证明行为人主观上一定是“盗窃、诈骗数额巨大的财物,销售产品金额15万元以上”的主观意图。因此,客观上以“数额巨大的财物、生产货值15万元以上”为对象成立的犯罪未遂,原则上也只能适用数额较大之基本犯既遂的法定刑作为从轻、减轻处罚的基准,这也是存疑有利于被告的当然结论。

可见,司法实践中,未达罪量标准的行为,不以犯罪论处,不是因为“罪量因素决定犯罪成立,而与犯罪未遂无关;或者说罪量犯没有未遂”等原因。罪量犯也有未遂,只是因为罪量犯作为轻罪,其行为未遂一般难以达到可罚的违法程度,难以作为犯罪未遂以犯罪论处。因为省略了中间推理环节,而造成误解,实在遗憾。而厘清之后也就意味着,中国刑法视野下的罪量犯未遂问题,并非处罚条件说可靠的论据。

② 参见张明楷、黎宏、周光权:《刑法新问题探究》,清华大学出版社2003年版,第171-172页。

③ 仅第448条规定的“三年以下有期徒刑”,第152-2、428、429、444条规定的“五年以下有期徒刑”,未配置拘役刑。

④ 王志祥:《犯罪既遂新论》,北京师范大学出版社2010年版,第253页。

⑤ 同注④,第310页。也有学者主张:“以最高法定刑为3年有期徒刑区分重罪与轻罪,重罪可以考虑处罚其未遂形态,轻罪则没有必要处罚其未遂形态。”同注⑦,黎宏书,第427页。

## 四、违法论：真正的客观处罚条件之辨

### （一）客观处罚条件理论的简要回顾

客观处罚条件概念最早由 Binding 系统提出。他创立了规范理论，主张犯罪本质是规范违反，刑罚法规是将规范之侵害行为（Delikt）与刑罚效果相连结。但在实定法的刑罚法规中，却可以发现与 Delikt 全然无关的构成部分，即不单纯有 Delikt，此外还含有刑罚效果之条件。Delikt 即称为规范违反性要件或违法要件，故意和过失原则上只需要概括到违法要件，不需要覆盖到与规范无关的组成部分。客观处罚要件无需被罪责所包含。<sup>②</sup> 在规范理论下，处罚条件因为与行为之规范违反无关，而被认为是违法（不法）之外的客观可罚性要素。之后的历史演进中，尽管规范理论本身并未得到广泛认同，但客观处罚条件作为不法以外的可罚性要素的观念却得到贯彻。<sup>③</sup> 问题是，在我国刑法中，特别是罪量因素的规定，是否存在真正的客观处罚条件？

### （二）对罪量因素性质的分析

罗克辛教授将所谓真正的客观处罚条件作为“超然于不法和罪责之外的第四个犯罪范畴”。<sup>④</sup> 从体系上看，陈兴良教授将作为处罚条件的罪量要件视为独立于罪体与罪责之外的第三个犯罪构成要件，与罗克辛的观点异曲同工。但是，第四个犯罪范畴与罪量要件，在内容上却有天壤之别，从而引出对“罪体—罪责—罪量”体系合理性的反思：

其一，如前所述，将罪量要素排除在罪责涵盖的范围之外，是罪量要件作为独立的第三个构成要件的重要理由。从结论上看，罪量要件与第四个犯罪范畴，都强调“与罪责无涉”；但从原因上看，作为第四个犯罪范畴的真正的客观处罚条件之所以不为罪责原则所覆盖，是因为其不法中立的性质，显然，罪量因素并非都具备这一性质。事实上，绝大多数罪量因素都直接附着于行为或结果，直接表征法益侵害程度，与不法内涵密切相关，将不法要素排除在罪责原则之外，是结果责任和偶然责任的表现，结论不能接受。

其二，与罪责原则之间的冲突，一直是客观处罚条件概念备受诟病的原因。正因如此，即便承认这一概念，学者也都持谨慎态度，严格限制其范围：“客观处罚条件作为责任主义原则的例外，只能作为个别、特殊和偶然的刑法现象，绝不能随意或者扩大解读我国刑法中类似客观处罚条件的范围。”<sup>⑤</sup> 若将我国刑法中颇具普遍性的罪量因素，一并作为客观处罚条件，显然与该概念应有的克制品质不相吻合，例外变成普遍现象，对责任主义的冲击可能是毁灭性的。

其三，复合性，即内容既有主观要素又有客观要素，是主客观的统一，此为罪量的特征之一。<sup>⑥</sup> 既然包括主观要素，将罪量因素一并当作“客观”的处罚条件，并不妥当。

综上，将罪量因素（尤其是绝大多数作为不法表征的罪量因素）作为独立于罪体和罪责之外的

<sup>②</sup> 参见 [日] 北野通世：《客观的处罚条件论（一）》，载《山形大学纪要（社会科学）》1993 年第 24 卷第 1 号；许恺哲：《客观处罚条件之研究》，成功大学 2002 年硕士论文，第 18-21 页；王钰：《对客观处罚条件性质的历史性考察》，载《清华法学》2012 年第 1 期。

<sup>③</sup> 参见注②，林山田书，第 265 页。

<sup>④</sup> 同注②，罗克辛书，第 695 页。

<sup>⑤</sup> 梁根林：《责任主义原则及其例外》，载《清华法学》2009 年第 2 期。

<sup>⑥</sup> 参见注③，第 192 页。



第三构成要件，割裂了罪量因素与不法、罪责之间的关联，是对责任主义的背反。在本文看来，我国刑法罪量因素之规定，仅有极个别内容可能被视为不法中立的真正客观处罚条件：

1. 作为犯罪行为报酬的违法所得数额，可视为真正的客观处罚条件。如刑法第217条、218条中的“违法所得数额较大（巨大）”。作为行为报酬的违法所得，指犯罪人获利，而非犯罪本质——法益侵害，“我们可以说违法所得数额多社会危害性更大，但绝不能说违法所得数额少社会危害性便小。”<sup>②</sup>可见，行为人获利多少，与行为之不法程度并无逻辑上的关联性，即，行为报酬之违法所得，不是不法关联的构成要件要素。立法将获利作为犯罪成立的罪量标准，虽说受到对犯罪本质理解错位的影响，但也不排除是出于减少诉讼上证明困难的考虑。因此，可将违法所得数额视为真正的客观处罚条件，进而也不是行为人主观认知的对象。<sup>③</sup>

2. 以犯罪后的悔罪表现、被害人谅解作为犯罪成立情节要求的，可视为真正的客观处罚条件。如2006年1月23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条第1款将“案发后能如实供述全部盗窃事实并积极退赃”与其他因素一起，作为认定未成年人盗窃行为“情节显著轻微危害不大，不认为是犯罪”的情形；第3款还规定，（未成年人）盗窃其他亲属财物但其他亲属要求不予追究的，可不按犯罪处理。“不认为是犯罪”、“不按犯罪处理”即否定犯罪成立，而影响犯罪成立的因素却是犯罪后的悔罪表现、被害人谅解这样与已然犯罪的不法无关的事后情形。因此，可将这种基于刑事政策原因提出的“阻却犯罪成立的事由”的反面视为真正的客观处罚条件。

还有三种疑似真正客观处罚条件的情形需要讨论：

1. 以“致使（当事人或近亲属）自杀、自残”作为犯罪成立之“情节严重”要求之“情节”的，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》第1（6）条：“民事、行政枉法裁判案，涉嫌下列情形之一的，应予立案：（1）枉法裁判，致使当事人或者其近亲属自杀、自残造成重伤、死亡，或者精神失常的。”从司法解释的表述上看，似乎表明只要行为人的行为导致被害人自杀、自残，即属于情节严重，构成犯罪。若此为真，“致使自杀、自残”似乎只能解释为真正的客观处罚条件。<sup>④</sup>理由是：首先，被害人或近亲属选择自杀、自残，与行为人实行行为的危害程度并无逻辑上的关联性；其次，既然自杀、自残等情状不属于作为强奸罪、抢劫罪加重结果的“致人重伤、死亡”，当然也没有理由将自杀、自残等情状作为使枉法裁判之一般违法行为的违法（法益侵害）程度上升到枉法裁判罪的可罚违法程度的加重事由。犯罪成立取决于与不法没有逻辑关联性的事由，该事由似乎可以视为真正的客观处罚条件。不过，犯罪成立完全取决于与行为人的行为没有逻辑关联的、可能完全是在行为人意料之外的、偶然的事件，总让人感觉不合适。从立法论上看，这种司法解释应当避免；而从解释论立场，笔者认为，可以考虑限制解释，即只有在行为较为严重、恶劣的前提下导致他人自杀、自残的情况才可能作为情节严重，换言之，不是因为引起了他人自杀、自残就认定行为严重恶劣、情节严重，构成犯罪，而是将导致他人自杀、自残看成是一个间接证据、线索，当发生自杀、自残时，再前溯性地考察之前的实行行为是

② 同注②，第182页。

③ 当然，不能将所有“违法所得数额”都可视为客观处罚条件，例如，财产取得型犯罪的违法所得数额，实际上与被害人的财产损失是同一的，实际上是对行为对象的表征；再如，伪造货币所得之假币数额，实际上是伪造行为规模之表征；类似这样的“违法所得数额”与行为之法益侵害程度存在逻辑上的关联性，应当视为构成要件要素。

④ 同注⑩。

否属于手段恶劣、残忍等情况，如果属于，才因为其实行行为本身的严重、恶劣，而认为情节严重，构成要件。如果将“致使自杀、自残”解释为一个间接证据、线索，那么，它就不是真正的客观处罚条件了。<sup>⑤</sup>

2. 现行刑法第 276 条之一拒不支付劳动报酬罪中的“经政府有关部门责令支付仍不支付的”，似有客观处罚条件之形，却无真正的客观处罚条件之实。刑法理论一般认为，欠债不还只是民事纠纷，不能论以侵占罪；刑法规定拒不支付劳动报酬罪，实际上是将部分欠债行为犯罪化。虽说有所欠为“薪”的对象特殊性，但严格控制刑法介入的范围和程度也是必要的。“拒不支付”与“拖欠工资”之间往往没有清晰的界限，转移财产或逃匿等方法与不支付劳动报酬之间并没有必然的关联，“即使行为人转移财产或者逃匿，但只要支付了劳动报酬，就不可能构成本罪；只要不支付劳动报酬，即使既不转移财产又不逃匿，也可能构成本罪。”<sup>⑥</sup> 这表明，仅通过转移财产或逃匿等常见的方法行为来确证行为人拒不支付的主观意图是不现实、不可靠的。因此，“经政府有关部门责令支付仍不支付”不仅是刑法介入之最后手段性要求的体现，也是进一步证实行为人主观意图的确凿证据。可见，“责令支付仍不支付”正是行为之违法程度达到可罚程度的重要表征，毋宁说，拒不支付劳动报酬罪就是“责令支付仍不支付”的不作为犯。<sup>⑦</sup>

3. 倘若主张“事实的处罚阻却事由”与客观处罚条件是一体两面，<sup>⑧</sup> 那么，刑法第 201 条逃税罪的第 4 款：“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”和第 241 条收买被拐卖的妇女、儿童罪的第 6 款：“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”这两个处罚阻却事由的反面，似乎也可视为真正的客观处罚条件。因为正是基于税收政策、便于解救被拐妇女、儿童的刑事政策以及行为人非难可能性、特别预防等方面的考量，才对之前的不法有责的逃税或收买行为不予追究刑事责任，这表明二者与犯罪的不法特征没有关联。但笔者认为，将上揭处罚阻却事由作为反面的真正客观处罚条件并不妥当。我国刑法严格区分“不负刑事责任”、“免除处罚”和“（可以）不予追究刑事责任”。“不负刑事责任”仅见于有关精神病人、正当防卫和紧急避险的规定中，表明行为根本不是犯罪，不可能追究刑事责任；而“免除处罚”和“不予追究刑事责任”则只是阻却处罚的情形，即只阻却刑罚权的发动，而不影响犯罪成立本身。“免除处罚”旨在阻却刑罚处罚，即依然可能启动刑事诉讼程序，但不得科处刑罚；而“不予追究刑事责任”则是阻却刑事责任的追究，即不得启动刑事诉讼程序（不得立案、起诉和审判）。<sup>⑨</sup> 显然，“不予追究刑事责任”照应刑事诉讼法第 15 条“其他法律规定免于追究刑事责任”之规定，假如案件已进入审判阶段，应当裁定终止审理，宣告不予追究刑事责任，而非宣告无罪。这表明在我国刑法中，处罚阻却事由“不予追究刑事责任”的法律后果，与缺乏作为犯罪成立要件的真正客观处罚条件“不构成犯罪”的法律后果是不同的。

### （三）关于真正与不真正的客观处罚条件理论的讨论

<sup>⑤</sup> 而且，比较同一《规定》第 2（3）-（6）条关于刑讯逼供案、暴力取证案、虐待被监管人案、报复陷害案立案标准的表述——“××行为，情节严重，导致被害人自杀、自残造成重伤、死亡，或者精神失常的”，也可佐证本文的限制解释是合理的。

<sup>⑥</sup> 同注⑨，第 912 页。

<sup>⑦</sup> 也有学者认为“经政府有关部门责令支付仍不支付”这种规定实际上采用了一种二元化犯罪模式。参见姜涛：《恶意欠薪罪若干问题探究》，载《法学论坛》2012 年第 1 期。

<sup>⑧</sup> 参见注⑩，罗克辛书，第 691 页；注⑪，第 115 页。

<sup>⑨</sup> 参见张明楷：《逃税罪的处罚阻却事由》，载《法律适用》2011 年第 8 期。

周光权教授认为,真正的(外在的)客观处罚条件只是刑罚适用的排除,是刑罚论的讨论范畴。<sup>⑩</sup>这与德国学者“区分真正与不真正的客观处罚条件概念”中真正的客观处罚条件的定位并不相同。只要比较耶塞克和罗克辛的论述就不难发现,耶塞克所称的真正的客观处罚条件的内容,正是罗克辛作为犯罪成立“第四个犯罪范畴”的刑事可罚性的客观条件(客观处罚条件);而不真正的客观处罚条件,在罗克辛看来完全能够被列入行为构成、违法性或责任之中。<sup>⑪</sup>而如前文所言,引鉴德国模式的、作为犯罪成立条件的客观处罚条件概念,更加切合我国实际。如果承认“违法所得数额”、“悔罪表现、被害人谅解”等事实虽与不法无关联,但又是决定犯罪成立的真正客观处罚要件,那么,就应当承认,与决定犯罪成立的不真正的(内在的)客观处罚条件相对应的,应当是同样作为犯罪成立条件的真正的(外在的)客观处罚条件,而非仅仅阻却刑罚、属于刑罚论范畴的外在客观条件。鉴于此,倒不如区分客观处罚条件与阻却刑罚事由两个概念,前者在犯罪成立的视野下复区分为真正(外在)和不真正(内在)的客观处罚条件(以违法关联性为标准);而后者则属于刑罚论范畴,与犯罪成立无关,但阻却刑罚(免除刑罚)或阻却刑事责任(不予追究刑事责任)。只有如此,各类情状方可各归其位、各得其所。

当然,周光权教授并不认为上揭两例处罚阻却事由是外在的、真正的客观处罚条件,而是将它们视为反面的内在的、不真正的客观处罚条件。<sup>⑫</sup>但这一观点值得商榷:一方面,内在的客观处罚条件是非典型的违法要素,决定犯罪的成立,而上述阻却事由“不予追究刑事责任”是不影响犯罪成立,仅阻却刑事责任追究的要素,二者法律后果明显不同;另一方面,从违法性升降的角度理解上述阻却事由,也比较牵强:(1)将“违背被买妇女意愿,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”作为客观处罚条件,认为只有在该条件具备时,才能说收买行为潜在的违法性升高到了可罚的程度,实际上是在收买行为的基础上增加了阻碍返回、虐待、阻碍解救等行为作为犯罪成立条件。问题是,为何收买人没有阻碍、虐待行为的法律后果是“可以不予追究刑事责任”,而非“不认为是犯罪”、“不负刑事责任”?而且“可以”也表明刑法保留追究刑事责任的可能性,而这一可能性的前提是收买行为本身已经构成犯罪,此其一;其二,倘若行为人收买多人或多次收买,每人每次均无阻碍、虐待等行为,依照周教授的观点,行为人依然不构成犯罪,结论恐难接受。(2)逃税罪的立法旨趣在于保障国家的税款征收,逃税行为已使国家税款征收受到侵害,不论事后补缴与否,侵害结果都已经发生,我们可以说行为人若能及时补缴税款、滞纳金,接受行政处罚,其补缴行为可以事后弥补逃税行为之损害;但是如果说行为人不补缴等行为会使得之前的逃税行为对国家税款征收秩序之侵害程度提高了,总让人感觉牵强。或许正因如此,周光权教授也承认,上揭两例都可以从刑事政策角度解读,而将二者作为反面的不真正的客观处罚条件的解读方案还“值得进一步研究”。<sup>⑬</sup>这也说明,将我国刑法中阻却刑事责任追究的处罚阻却事由视为反面的客观处罚条件的观点,有欠妥当;也同样表明将“处罚阻却事由”还原为实行行为

<sup>⑩</sup> 参见注⑬。

<sup>⑪</sup> 参见注⑬,耶塞克等书,第671-672页;注⑬,罗克辛书,第692-695页。

<sup>⑫</sup> 参见注⑬。这也表明,周光权教授主张的“处罚阻却事由与客观处罚条件是一个问题的正反两面而已”中的“客观处罚条件”是指内在的(不真正的)客观处罚条件;这与论者引用的罗克辛教授“事实的处罚阻却事由与客观处罚条件是一体两面”的观点,已非“类似”;罗克辛教授观点中的“客观处罚条件”是与违法性无关的、作为“第四个犯罪范畴”而决定犯罪成立的真正的客观处罚条件;而相当于“作为非典型的违法性要素之内在的客观处罚条件”的情状,已被罗克辛教授逐出了客观处罚条件领域。

<sup>⑬</sup> 同注⑬。

的观点<sup>④</sup>也是站不住脚的。<sup>⑤</sup>

综上，在我国刑法分则的罪量因素规定中，也存在一种独立于违法与责任之外的，决定犯罪成立的真正的客观处罚条件，即“作为犯罪行为报酬的违法所得数额”、“犯罪后的悔罪表现、被害人谅解”等。而在我国刑法视域下，作为犯罪成立罪量要求的“情节严重”之“情节”的“致使（当事人或近亲属）自杀、自残”，刑法第276条之一拒不支付劳动报酬罪中的“经政府有关部门责令支付仍不支付的”，则不宜作为真正的客观处罚条件；处罚阻却事由（201条第4款、241条第6款）应当作为阻却刑事责任追究的处罚阻却事由，属于刑罚论范畴，也难以被视为反面的、真正的或不真正的客观处罚条件。

## 五、责任论：构成要件要素抑或不真正的客观处罚条件

在原初或基本意义上，客观处罚条件是刑罚限制事由。真正的处罚条件具有限缩处罚范围的作用，与罪责原则并无背反。可是，这一概念却在演进中发生变异。一方面，因其可以概括罪责原则之例外而倍受青睐，但在界定该概念的内涵、确定区分处罚条件与构成要件要素的标准问题上，自V. Liszt开始相当长的时间内占据主流的观点都是从结果出发的：即，客观处罚条件是那些无需罪责包含的要素，罪责是否覆盖就是区分二者的标准。<sup>⑥</sup>这一循环论证逻辑<sup>⑦</sup>为客观处罚条件概念的扩张大开方便之门。而另一方面，运用客观处罚条件这一概念，特别有助于解决故意难以证明的难题，在二战后对抗经济犯罪的刑事政策驱使下，德国立法者对客观处罚条件极感兴趣，在经济犯罪和违反社会秩序法中，将某些危害法益的事实规定成客观处罚条件，免去证明行为人对该等事实有故意的困难，使得犯罪易于成立。<sup>⑧</sup>如此一来，既有刑事政策的迫切需求，又有理论上循环论证逻辑的大行便利，本来作为刑罚限制事由的客观处罚条件，在功能上发生根本转向，即由刑罚限制事由蜕变为刑罚扩张事由。

这场蜕变，使得某些并非不法中立的要素也被视为客观处罚条件，耶塞克称之为不真正（不纯正）的客观处罚条件，包括伪装的刑罚加重事由（Verkappte Strafschärfungsgruende）和被隐藏的构成处罚的行为情况（Verschleierte Strafbegründende Tatumsände）。前者就其本质而言应属于加重刑罚的不法构成要件，但形式上被规定为应受处罚的条件；而后者实际上是被隐藏的创设刑罚的不法构成要件。<sup>⑨</sup>正是这些与不法相关的要素也被当作客观处罚条件，使客观处罚条件是否违背罪责原则的争论成为主题。对此，耶塞克的答复是：“根据责任原则对不纯正的处罚条件提出的疑虑，基于以下思考而部分被消除，即行为人敢冒任何人都能够很容易地认识的危险，且客观的应受处罚条件能够产生。”<sup>⑩</sup>而罗克辛则主张将它们还原至行为构成、违法性或者责任中去，<sup>⑪</sup>这种还原论主张在

<sup>④</sup> 参见注③。

<sup>⑤</sup> 对“将逃税罪处罚阻却事由还原为实行行为”的批判，可参见注③。

<sup>⑥</sup> 除V. Liszt外，Alber、Finger、Beling、V. Bar、Mayer等人都持类似立场，参见注⑦。

<sup>⑦</sup> 松原教授认为，只要在构成要件之外承认客观的处罚条件概念，都无法摆脱这种“循环论法”。参见〔日〕松原芳博：《构成要件与客观的处罚条件》，载《现代刑事法》第6卷（2004年）第10号。

<sup>⑧</sup> 参见注③，许玉秀书，第85页。

<sup>⑨</sup> 参见注④，耶塞克等书，第669-670页。

<sup>⑩</sup> 同注④，耶塞克等书，第670页。

<sup>⑪</sup> 参见注⑤，罗克辛书，第692-694页。

Sauer、Land、Bemmann、曾根威彦、松原芳博等学者那里发挥到极致，他们否定客观处罚条件的存在，将客观处罚条件还原为法益侵害或危险的违法要素或构成要件要素。<sup>⑤</sup>但是，还原却未必意味着将这些要素与典型的违法要素等同视之。

例如，Sauer的还原论将处罚条件消解于违法类型要素，但他同时认为，Tatbestand是着重在其与违法性关联上的类型化，而非着重于显示出责任论上故意之预见内容。外在的客观处罚条件乃是对公共福祉之特别有害性的类型化，或者更正确地说，乃是行为为了达到一定程度之可罚性，而将责任所无法涵摄之其他Tatbestand要素的残留部分予以类型化。<sup>⑥</sup>Sauer将处罚条件还原为违法要素，但这一违法要素却是责任无法涵摄的，这显然区别于典型的违法要素。<sup>⑦</sup>

### （一）关于分则罪状中“严重后果”、“重大损失”的性质

在我国刑法中，与上述议题密切相关的，则是对丢失枪支不报罪、违法发放贷款罪、滥用职权罪等罪中规定的“严重后果”、“重大损失”性质的争论。首先，这些规定是区分行为犯罪抑或一般违法，表征行为达到可罚的违法程度的要素，与不法密切相关，因而不能将其视为真正的客观处罚条件。周光权教授、张明楷教授将其视为非典型的违法要素，用“内在的客观处罚条件”、“客观的超过要素”等概念概括之。而黎宏教授否定“客观的超过要素”等概念，似乎将它们与典型的危害结果要素等同视之；提倡狭义客观处罚条件的论者也认为，可以将这些要素实质解释为实行行为的组成部分、实质上的危害结果等“风险升高的违法要素”，“内在的客观处罚条件”等概念没有必要。<sup>⑧</sup>笔者倾向认为，这些后果要素在客观因果关联上的特殊性以及客观关联方面的特殊性对犯罪故意认定的影响表明，将它们与典型的违法要件要素区别对待是必要的：

客观因果关联性正是上述后果要素与危害结果这一典型的违法要素的最大区别。典型的危害结果是实行行为的逻辑后果，即实行行为与危害结果之间具有刑法上的因果关系；而上揭后果、损失虽说与实行行为有一定关联，但却是由行为人以外的第三人行为或后续的另一行为引起的结果，如果依据因果关系理论考察，引起结果的第三人行为或后续行为更像是介入的足以阻断先前实行行为与后果之间因果关系的异常因素，而阻却客观归责；但偏偏刑法将这种第三人行为引起的后果作为行为人行为成立犯罪的罪量因素。这与日本刑法中作为客观处罚条件讨论的事前受贿罪之“就任公务员”、诈欺破产罪之“破产宣告确定”（旧破产法374条，新破产法265条修正为“破产程序开始决定的确定”）非常相似。日本通说和判例认为：“行为与现实的破产原因、与破产宣告的确定之间没有存在具体的原因结果关系的必要，只要行为与破产宣告确定之间存在事实上的牵连关系就足够了。”<sup>⑨</sup>主张还原说，将“成为公务员”视作违法结果的中介事实的松原芳博教授亦认为，不是要求行为者行为与“成为公务员”等客观处罚条件之间存在因果关系，而是要求行为者行为与“针对公务的公正或对公务公正的信赖的达到可罚程度的危险”之间存在因果关系，“成为公务员”只是

<sup>⑤</sup> 彻底还原说的立论前提是不承认不法中立的真正客观处罚条件的存在。该说认为所属国刑法中常被视作客观处罚条件的各情状实际上都与行为不法密切相关。

<sup>⑥</sup> 参见 Sauer, Grundlagen des Strafrechts, 1921, S.307ff., S.339ff. 转引自 [日] 北野通世：《客观的处罚条件论（二）》，载《山形大学纪要（社会科学）》第25卷（1994年）第1号。

<sup>⑦</sup> Otto, Jakobs, Arthur Kaufmann 等学者亦主张客观处罚条件实为“故意不须及之”、“与主观无关”、“责任不及于”的不法构成要件要素。参见 Otto, Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit als eigenständige Deliktstypen? S.64; Jakobs, AT, S.336, 10/1ff; Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, S.248. 转引自注⑦，许慎哲文，第39页以下。

<sup>⑧</sup> 参见注⑧。

<sup>⑨</sup> [日] 丸山雅夫：《破产法374条1号规定的行为是否需要在破产宣告前确定：所谓客观处罚条件的意义》，载《上智法学论集》第22卷（1978年）第1号。

介入该因果过程的外部条件。<sup>⑤⑦</sup> 同样主张还原说的曾根威彦也承认：“处罚条件，是附加于犯罪行为的条件，虽然是行为的外部事实，但和行为之间没有因果关系。”<sup>⑤⑧</sup> 我国学者周光权教授也认为，在规定客观处罚条件的犯罪中，第三人的介入比较异常，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。<sup>⑤⑨</sup> 异常、偶然、间接并不是像有学者理解的发生概率<sup>⑥⑩</sup> 意义上使用的概念，而是相对于典型的刑法因果关系而言的。

这种客观关联上的特殊性，直接影响到它们在罪责阶层（主要是故意犯）的处遇。基于构成要件的故意规制机能，客观违法的构成要件要素限定了故意的认识范围，依照还原论，所谓客观处罚条件实际上都是违法构成要件要素，自然也属于故意的认识范围，若是结果要素，还要有意欲·容认的意志要求。可是，在不少还原说的表述中却不那么干脆：例如，罗克辛将德国刑法第 323a 条迷醉行为之“在醉酒状态下实施犯罪行为”和 231 条参与斗殴“致他人死亡或重伤”还原为影响不法的行为构成要素，认为罪责必须包括这些因素，但就具体的罪责要求，他认为“行为人必须至少能够预见到”、“能够预见到这种严重结果，这对于刑罚必要性就完全足够了”。<sup>⑥⑪</sup>

日本的构成要件还原说中，则存在过失要求说与故意要求说的争论。<sup>⑥⑫</sup> 前者主张，处罚条件事实的发生是使行为违法性提高到可罚程度的违法性要素，对所谓的处罚条件事实至少应该要求过失。<sup>⑥⑬</sup> 后者，如松原芳博、曾根威彦均主张对于相当于处罚条件的事实，要求行为人对它具有认识·预见，即可认定故意责任。<sup>⑥⑭</sup> 不过，对作为“中间结果或者结果的一部分”的处罚条件事实，故意说并没有因为它是结果，而与典型的危害结果要素一样，同样要求意愿·容认，认为如同行为主体、客体、状况等客观要素一样，对处罚条件之“结果”事实只要有认识·预见，即可认定故意责任。

综上，依据还原说，在故意犯中，那些被还原为不法要素的处罚条件事实，有的认为有过失即可；有的对这些结果事实，也只是要求认知，而没有像典型的危害结果要素那样考虑意志因素；有的甚至认为故意无须及之。可见，不论哪种还原论都是不彻底的。

## （二）关于处罚条件事实与行为之间客观关联的特殊性

处罚条件事实，与行为之间——不同于行为与体现法益侵害之构成要件结果之间典型的因果关系——客观关联的特殊性，以及由此产生了在罪责领域中的特殊处置。厘清这一点，在以严重后果这种结果型规定作为主要讨论对象、坚持以容认说作为故意本质学说的中国立法例<sup>⑥⑮</sup> 中尤为重要。

依据容认说，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，即故

<sup>⑤⑦</sup> 参见注⑦。

<sup>⑤⑧</sup> [日] 曾根威彦：《刑法学基础》，黎宏译，法律出版社 2005 年版，第 111 页。

<sup>⑤⑨</sup> 参见注③。

<sup>⑥⑩</sup> 参见注③。

<sup>⑥⑪</sup> 同注⑥，罗克辛书，第 692 - 693 页。

<sup>⑥⑫</sup> 参见 [日] 浅田和茂：《客观的处罚条件》，载西田典之等编：《刑法的争点》，有斐阁 2007 年版。

<sup>⑥⑬</sup> 参见 [日] 平野龙一：《刑法总论 I》，有斐阁 1972 年版，第 163 页；[日] 内藤谦：《刑法讲义总论（上）》，有斐阁 1983 年版，第 215 页；[日] 山口厚：《刑法总论》，有斐阁 2007 年版，第 189 页；[日] 林干人：《刑法总论》，东京大学出版会 2008 年版，第 239 页。

<sup>⑥⑭</sup> 参见注⑦，松原芳博文；[日] 曾根威彦：《处罚条件》，载阿部纯二等编：《刑法基本讲座》第 2 卷，法学书院 1994 年版。

<sup>⑥⑮</sup> 我国刑法第 14 条第 1 款：“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的发生，因而构成犯罪的，是故意犯罪。”据此，一般认为，我国刑法采容认说立场，故意是认识因素与意志因素的有机统一，对危害结果的容认态度是故意的本质特征。参见高铭喧、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社 2011 年版，第 106 页；注⑩，张明楷书，第 235 页；王世洲：《现代刑法学（总论）》，北京大学出版社 2011 年版，第 129 页；周光权：《刑法总论》，中国人民大学出版社 2011 年版，第 110 页。

意。(1) 作为故意认知和意欲内容的危害社会的结果只能理解为法益侵害结果(危险), 否则无法适用于“以行为完成(无需结果发生)作为既遂标准”的行为犯; 而且既然是××罪的故意, 那么, 危害社会的结果就应当是××罪保护之具体法益的表征。(2) 作为行为人的主观罪过, 必须站在行为人立场, 以行为时为基准, 即必须是行为人行为时认识·预见并希望·放任的危害结果。(3) “‘明知自己的行为会发生危害社会的结果’与‘认识到危害结果会发生’不是等同含义, 明知自己的行为会发生危害结果, 意味着行为人认识到自己以何种行为对何种对象造成危害结果。”<sup>⑥</sup> 因此, 尽管因果关系并非故意的独立认识内容, 但所认识和容认的危害结果应当是行为人认识并实施的、实行行为的性质本身所能导致的结果, 即行为的逻辑结果。因此, 刑法分则中规定的结果要素, 只有作为具体法益内容表征的、实行行为的逻辑结果, 才能作为认定故意的事实基础。在这种意义上, 危害结果属于典型的客观违法构成要件要素, 发挥着犯罪故意的规制机能。

那么, 丢失枪支不报罪、违法发放贷款罪、滥用职权罪等中的严重后果、重大损失是否可以当作故意认定基础的典型的危害结果呢? 事实上, 理论界对这些犯罪的罪过类型的诸多争议, 包括立法论上的严格责任说、复合罪过说等主张, 都是将严重后果、重大损失与故意认定基础的典型的危害结果二者等同视之的产物。在笔者看来, 只要不符合上述三特征, 就不能作为故意认定的依据。其一, 违反枪支管理规定危害之公共安全, 金融管理秩序, 公务行为合法、公正、有效及国民对此的信赖分别是三罪保护的法益, 而介入的第三人行为造成的后果、损失与该法益性质并无直接关联, 难以作为该法益的表征。三罪均有相应的一般违法行为, 从侵害法益的性质上看, 它们与相应的一般违法之间并无差异, 后果、损失只是在与相应的一般违法行为相区分的意义上表明行为已经达到了应受刑罚处罚的可罚违法性程度; 这种与法益性质无关的、程度上的差异不能作为决定行为人主观罪过性质(故意抑或过失)的依据。具体而言, 丢失枪支不报、违法发放贷款和滥用职权之一般违法的主观心态与同质行为的犯罪主观心态, 不可能因为第三人引发的后果、损失而有所不同。其二, 既然是行为人行为时认识·预见并希望·放任的危害结果, 如果认为后果、损失就是这里的危害结果, 则即便行为人行为时对后果、损失有认识·预见, 也没有理由表明行为人行为时对这种异常介入的第三人行为所导致的后果, 一定是容认的态度, 即不能排除行为人行为时对这种后果的发生完全可能持否定态度。因此, 以对严重后果、重大损失的主观心态, 不能得出三罪系故意犯罪的结论。提倡狭义客观处罚条件的论者也承认: “行为人对丢枪不报可能造成的他人持枪危害公共安全的严重后果具有认识, 至少也有预见, 但行为人却疏忽大意未能预见, 或者已经预见而轻信能够避免, 行为人甚至还有可能对丢枪不报可能造成的严重后果持希望或者放任心态。”<sup>⑦</sup> 倘若如此, 如果将严重后果、重大损失还原为典型的不法构成要素, 并将其作为容认说判断故意的危害结果事实, 恐怕只能得出复合罪过的结论才对, 可是国内的还原论未见有人持复合罪过说; 而且站在规范刑法学立场, 复合罪过说显然与严格区分故意和过失的现行立法例相抵触。其三, 这种第三人介入的异常、偶然和间接性, 表明严重后果、重大损失不可能是实行行为性质本身所能导致的行为的逻辑结果。

综上, 可以说“严重后果、重大损失”与“危害社会的结果”是两个不同的法律概念, 不能混淆。如何解决严重后果等类似规定与罪过判断之间的紧张关系有两个途径: 途径一, 是将“严重后

⑥ 同注①, 第237页。

⑦ 同注③。

果”视为特殊情况，阻断其与故意认定的关系。张明楷教授的“客观的超过要素”，周光权教授的“内在的客观处罚条件”及其从故意视角切入的“主要罪过说”<sup>⑧</sup>以及陈兴良教授的“罪量要素”，都是这方面的努力；途径二，则是向“故意论”开刀。即改变容认说立场，使故意能够容忍将“严重后果”也当作“危害结果”理解。在笔者看来，黎宏教授所持彻底还原说，与其主张以认识论作为判断故意的标准密不可分。黎宏教授认为，故意犯是行为人已经预见到自己的行为会发生危害社会的结果，却明知故犯；过失犯则是行为人应当并且能够预见到自己的行为会发生危害社会的结果，但却没有预见到，以致危害结果发生，属于不意误犯。某种犯罪主观上是故意还是过失，取决于行为人对行为以及可能发生的结果是否具有认识和预见。行为人只要对行为和结果有能唤起其违法性程度的认识和预见，而没有打消实施行为的念头，就足以表明行为具有故意。而行为人对可能发生的结果有没有预见，主要是看法条对行为人违反规范态度的描述以及对其违反规范态度的评价（主要标志是法定刑的轻重高低）。如就丢失枪支不报罪而言，法条对于行为人违反规范态度的描述是，在行为人明知枪支是一种危险物品，失控的话可能会造成严重危害社会的结果，仍然不及时报告，这显然体现了行为人明知故犯、故意而为的态度，因此属于故意犯罪。<sup>⑨</sup>可问题是：其一，明知故犯论<sup>⑩</sup>是否还是遵循现行规定的解释论立场？诚如张明楷教授所言：“上述反对意见从解释论上以刑法第14条为根据批判笔者观点，后来却从立法论上批判笔者观点，认为只要预见了结果就是故意，恐怕存在方法论上的问题。”<sup>⑪</sup>其二，明知故犯论的逻辑似乎可以完全照搬到交通肇事等过失犯中。交通肇事罪中，违反交通管理法规的行为通常是有意为之的，对结果的发生，行为人也可能有预见，但为何该罪却是过失犯<sup>⑫</sup>呢？因此，如何与交通肇事等过失犯相区别，这是明知故犯论必须解决的难题。<sup>⑬</sup>其三，黎宏教授认为，“造成严重后果”必须在行为人的认识范围之内，这种认识不要求一定是确定的认识，也可以是一种可能的认识。如何判断行为人是否具有该种认识，则需要具体分析。就丢失枪支不报造成严重后果的情形而言，通常来说，行为人对所可能发生的后果是有预见的。因为，这里的行为人不是一般人，而是依法配备公务用枪的人。这些人对于枪支的性能、使用规则、管理规则等有充分的了解，因此，对于在丢失枪支之后不报告，可能会引起的严重后果，应当说是充分认识的。<sup>⑭</sup>这实际上是以行为人所属的“这些人”为标准，判断、推定行为人也有认识（推定明知），依照这一标准，很难想象真的存在论者所说的“行为人提出反证，令人信服地说明，其在不报告行为引起的后果，确实没有认识（预见）”<sup>⑮</sup>的实例，即便存在，也应当是属于根本没有预见可能的情况（意外事件）而已。可见，通过“明知”标准的客观化，故意的“明知”与过失的“应当知道”、所谓“可能的认识”与“认识可能”之间，已经几无差异；而过失论恰恰是论者反对的“客观超过要素论”的主张。相同结论，却付出了对故意论的大手术，似乎得不偿失。

相较而言，第一种解决途径更为妥当。如前所述，正是因为“严重后果”等要素客观关联上的

⑧ 参见周光权：《论主要罪过》，载《现代法学》2007年第2期。

⑨ 参见注⑦，黎宏文；黎宏书，第255、200页。

⑩ 劳东燕博士将黎宏教授上述观点称作“明知故犯论”。参见劳东燕：《犯罪故意的要素分析模式》，载《比较法研究》2009年第1期。

⑪ 同注⑩，张明楷书，第486页。

⑫ 交通肇事罪是典型的过失犯罪，这是黎宏教授赞同的。参见注⑩，张明楷等书，第150页。

⑬ 同注⑩，劳东燕文。

⑭ 参见注⑦，黎宏文；黎宏书，第202页。

⑮ 同注⑦，黎宏书，第202页。



特殊性,使其在故意论中受到与典型的危害结果要素不同的处遇。而在故意中,对部分客观构成要件要素区别对待,即对个别要素不必也不要求完整的故意认知和意欲,还不至于影响到整罪的故意认定,例如结果加重犯,对加重结果的过失,并不影响整罪的故意性质。由此看来,在故意中对严重后果等要素区别对待与结果加重犯可谓异曲同工。对此,黎宏教授提出异议:在结果加重犯如故意伤害(致死)罪的场合,基本行为即故意伤害行为本身就是犯罪,行为人只要对该行为具有认识,就可以说其具有刑事违法性的意识,符合成立犯罪所需的主观要件;而所谓客观超过要素的犯罪中,基本危害行为如丢失枪支不报罪中“丢失枪支不报”本身并不是犯罪,不具有刑罚处罚程度的可罚性,这意味着行为人仅对基本行为有认识而对所发生的后果没有认识的场合,还不足以唤起其违反刑法规范的意识,不符合成立该罪的主观要件。<sup>⑥</sup>可是,就结果加重犯故意伤害(致死)罪而言,对伤害行为有认识,也只是故意伤害罪(而非故意伤害致死)所需的主观要件,伤害故意+加重结果过失才是故意伤害致死所需的完整的主观要件。而且,主张客观超过要素也并不意味着丢失枪支不报罪就没有了犯罪故意,诚如张明楷教授所言:“将丢失枪支不报罪中的严重危害结果作为客观的超过要素,对丢失枪支不报行为以及导致的有权知道的有关机关不能及时知道,枪支继续处于失控状态的后果的认识和希望或放任态度,就理所当然成为本罪的故意内容。”<sup>⑦</sup>更何况,黎宏教授主张的对严重后果的故意,只要求对其有认识,且“可能的认识”即可。

### (三) 关于“未必”的预见之讨论

故意认定中对严重后果等要素的区别对待,可以说是故意理论从整罪分析模式向要素分析模式转变的表现。区别对待意味着对严重后果等类似规定无需具备故意完整的认识和意志因素,那么,对其是只需明知?还是只需认识可能(过失)?对此,“客观的超过要素论”与“内在的客观处罚条件论”存在分歧:前者主张,对客观超过要素之结果,具有认识可能性即过失即可(过失说);而后者则认为,对内在的客观处罚条件,要求行为人认识,但只需对结果有“极有可能发生”的高度模糊性的认识、预见,这种认识、预见远远低于对典型违法性要素的认识、预见,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少是有可能的(故意说)。

张明楷教授质疑“未必的预见”究竟是何种责任形式:“若在刑法规定的责任形式外提出一种责任形式,并不合适;若认为未必的预见就是间接故意,则内在的客观处罚条件与真正的违法要素就不应存在区别,若认为未必的预见就是有认识的过失,则没有理由将无认识的过失(应当预见)排除。”<sup>⑧</sup>不过,参照日本学者的故意要求说,<sup>⑨</sup>所谓“未必的预见”应该不是指何种责任形式,而是对故意认知因素的缓和和要求,即“被稀释”的认知要素。

问题是,“未必的预见”这种被稀释的故意认知要素,与“认识·预见可能性”,以及前文提到的“可能的认识”,到底有多大差异?在笔者看来,过失要求和故意要求之间恐怕并没有我们所想象的大的鸿沟:判断过失说之“预见可能性”,行为人所属的一般人或像行为人这样的一般人能否预见都是重要的判断依据;<sup>⑩</sup>而故意说之所以附上“未必、可能”这样的前缀,首先表明还原说的

<sup>⑥</sup> 参见注⑦,黎宏文;黎宏书,第198页。

<sup>⑦</sup> 同注①,张明楷书,第488页。

<sup>⑧</sup> 同注①,张明楷书,第488-489页。

<sup>⑨</sup> 例如,故意要求说的代表人物松原芳博教授也采用“未必的预见”的看法,认为:“行为人在收受财物的时点,至少应未必的预见到自己将来会担任作为请托对象的公务员。”(同注⑦)。

<sup>⑩</sup> 参见注⑨,第266页。

不彻底性，即还原说将所谓的处罚条件还原为构成要件要素——中间结果或结果的一部分（曾根）、结果的外部条件（松原），却未将其与典型的危害结果等同视之；其次，更重要的是，未必、可能代表着一种犹豫和不确定性，这种不确定正是缘于证明行为人预见心态的客观证据上的不充备，因为所谓客观处罚条件事实客观关联上的特殊性，对于这种“实行行为后、由第三人行为引起的、一种不符合典型的刑法因果关系”的结果，要通过行为人具体的实行行为（客观事实）提供确凿证据，来证明行为人行当时对这种结果的预见心态，无疑是很难达到确信、充足程度的。为此，故意说不约而同地通过“行为人所属的这些人”、“作为配备公务用枪的人员”等来证明行为人未必的、可能的预见。这实质上就是通过行为人所属一般人的标准来推定行为人明知，在推定明知下，原本是证明故意之“预见”的行为人主观标准，实际上已经转变成证明行为人能否预见的客观一般人标准。可见，预见可能性与所谓未必的、可能的预见实际上并无多大差异，前者态度诚实，不避讳自己观点对传统故意论的突破；而后者用语委婉，却旨在捍卫故意理论的统一性。各有得失、孰是孰非，恐难定论。

#### （四）关于过失说的讨论

对于过失说，最大的诘问是：“如果处罚条件属于构成要件的违法要素事实，为什么对它不是要求故意，而是仅过失就足以，这需要充分的说明。”<sup>④</sup> 过失说常以结果加重犯类比说明自己主张。<sup>⑤</sup> 不过，一方面，我国刑法中的结果加重犯有三种情况：一是对加重结果只能是过失，如故意伤害致死；二是对加重结果既可以是过失也可以是故意，如抢劫致人重伤、死亡；三是对加重结果只能持故意态度，这主要是就人身伤亡、公共危险之外的以财产为结果加重犯的财产犯罪与经济犯罪。对加重结果持过失的情况仅以人身伤亡为限；对作为加重结果的财产情况，必须是故意，否则将导致对不可罚的过失造成的财产损失的间接处罚，违反罪刑法定和责任主义。<sup>⑥</sup> 既如此，对于类比另一端的处罚条件（客观超过要素）也应当如此，处罚条件中不乏单纯的财产损失，例如违法发放贷款罪、滥用职权罪中的“重大损失”，倘若对这些超过要素，仅要求过失，自然免不了被质疑是对不可罚的过失造成财产损失行为的间接处罚。

另一方面，处罚过失犯罪，以法律特别规定为限；不论结果加重犯还是处罚条件，过失导致危害后果的可罚性必须符合法律有规定之“文理”。<sup>⑦</sup> 对于结果加重犯加重结果之过失，在德国，有刑法第18条明文的特别规定；在日韩等国，虽无类似德国刑法的明文规定，但因为结果加重犯“存在数量较少、形式特征明显易识别、加重结果仅限于伤害与死亡等特征”，<sup>⑧</sup> 并且在与故意杀人罪、故意伤害罪、过失致死罪、过失伤害罪等规定相结合的体系解释下，可以肯定对加重结果之过失要求是符合法律有规定之“文理”的。在我国，只要坚持严格限制结果加重犯范围的立场，坚持过失仅成立于以致人伤亡作为加重结果的结果加重犯，也可以得出与日韩等国相似的解读。但对于处罚条件的过失说而言，一无法律明文的特别规定；二无致人伤亡这样的内容限制，没有体系解释的参照物（反倒是，参照不可罚的过失致财产损害行为，过失说的结论是有违罪刑法定、责任主义的间接处罚），无法得出符合（过失犯）法律有文理的规定的结论。

④ 同注②。

⑤ 参见注①，张明楷书，第487-488页。

⑥ 参见张明楷：《严格限制结果加重犯的范围与刑罚》，载《法学研究》2005年第1期。

⑦ 关于过失犯罪“法律有规定”之“文理规定说”，参见张明楷：《罪过形式的确定》，载《法学研究》2006年第3期。

⑧ 同注③。

或许有人会说,根据故意的要素分析模式,对部分要素仅要求过失,并不会影响整罪的故意犯性质。但既已是故意犯,那就根本没有适用过失犯罪条款的可能性,又何来不符合(过失犯)法律有规定之规定呢?整罪的故意性,并不代表对各要素罪过要求的稀释都是正确的;换言之,要素分析模式认为对部分要素罪过要求的稀释并不影响整罪的罪过形态,前提是这种稀释本身必须是正确的,能够经得起罪刑法定、责任主义的检验,此其一。其二,行为人的主观心理态度——故意或过失,不同于以罪过形态为标准的犯罪形态划分——故意犯或过失犯。结合上文结果加重犯的分析,为防止间接处罚,如果是对加重结果只需要有过失,就必须符合法律有规定之“文理”。故笔者认为,所谓过失犯罪,法律有规定的才负刑事责任,合理的理解是,对于行为人过失导致的危害后果,要以犯罪论处,追究刑事责任,必须法律有(文理)规定。因此,在整体的故意犯内部,即便认为对其中某个要素仅要求过失并不影响整罪的故意性,也必须要求对该要素的过失符合“法律有文理规定”,显然,这是作为处罚条件的“重大损失”所无法做到的。其三,过失要求论者也主张:“分则中仅将造成财产损失作为构成要件结果的犯罪,不宜确定为过失犯罪。例如刑法第186条违法发放贷款罪、第188条非法出具金融票证罪、第189条对违法票据承兑、付款、保证罪等,由于刑法条文将‘造成重大损失’作为构成要件结果,其中的‘损失’是指财产损失,而对过失造成财产损失的行为不宜以过失犯罪论处,所以,不宜将上述犯罪确定为过失犯罪。”<sup>⑥</sup>可依据客观超过要素过失要求说的观点,上述三罪虽是故意犯罪,但造成重大损失却属于客观超过要素的结果,对其有预见可能性(过失)即可。这显然是在整罪故意犯的掩护下,对过失造成财产损失的行为以犯罪论处,这是属于违反罪刑法定、责任主义的间接处罚。

可见,正是通过与结果加重犯以及过失犯“法律有规定”要求的比较,表明对被还原的处罚条件的过失要求是有疑问的。“‘(过失之)特别规定’应当解释为明确地表示不要求故意的‘明文’。”<sup>⑦</sup>故而,笔者赞同故意要求说。故意要求,不是要求对处罚条件的“严重后果”、“重大损失”存在完整的故意认知和意欲,而是只要对这些事实有认知·预见即可认定故意的成立。之所以不要求意志因素,是因为它不同于典型法益侵害之危害结果的客观关联性;而站在行为人行为时的立场,对这种行为后介入的第三人行为引起的后果、损失的预见,一般而言只能是可能的、未必的预见,即预见到该后果可能发生。这种可能的预见,实际上就是一种推定的明知,即通过行为人所处的客观环境、行为人的主观认知以及参考行为人所属的一般人标准,推定行为人对该后果有预见。

总之,构成要件要素还原说代表着客观处罚条件概念的发展趋势。<sup>⑧</sup>罪量因素中经常作为处罚条件事实讨论的丢失枪支不报罪、违法发放贷款罪、滥用职权罪等中的严重后果、重大损失等要素,因为是个罪区别于同质一般违法行为,表征行为达到需要刑罚处罚的可罚违法程度的犯罪成立条件,因此,应当将它们还原为不法构成要件要素,基于责任主义,必须为罪责所覆盖。但这些后果通常是基于第三人行为的独立介入而造成的,不同于实行行为与构成要件结果之间典型的刑法因果关系的客观关联上的特殊性,决定了不能要求它们也像典型的危害结果要素那样,要求完整的故意认知和意志因素,而是如同行为主体、行为情状等要素一样,只要对它们有预见,即可认定故意

⑥ 同注④,张明楷文。

⑦ 同注⑦。

⑧ 参见[日]松原芳博:《客观的处罚条件论的去向》,载《刑法理论的现代展开》(宫泽浩一先生古稀祝贺论文集)第二卷,成文堂2000年版。

的成立。因此，这些要素应当是与典型的危害结果要素并列的非典型的违法要素，称客观的超过要素抑或内在的客观处罚条件皆不为过。

## 六、构成要件要素：绝大多数罪量因素的归属

不论对客观处罚条件概念持何种态度，被认为与处罚条件概念相关的刑法规定，只是极少的例外。通过上文分析，本文认为极个别的罪量要素属于真正的处罚条件与不真正的处罚条件（非典型的违法要素、客观超过要素、内在的处罚条件），而其他内容都应当是典型的构成要件要素：

### （一）作为不法构成要件要素的罪量因素的具体类型

根据罪量因素，尤其是情节严重之情节的具体内容，可以将罪量因素进一步细分：

1. 作为主观不法要素的罪量因素。是否承认主观的不法要素，是行为无价值论与结果无价值论的争点之一。行为无价值论承认主观的不法要素，而结果无价值论也不乏就目的犯的目的、倾向犯之内心倾向、表现犯之内心表现、甚至未遂犯的故意等例外地承认主观的不法要素。本文认为，在一定范围内承认主观的不法要素，对于合理解释罪量因素部分内容还是有益的。张明楷教授指出，采取违法与责任为支柱的三阶层或两阶层体系，就会认为，作为整体评价要素的“情节严重”中的情节，并不是指任何情节，只能是指客观方面的表明法益侵害程度的情节。不存在一种单纯的主观方面的情状严重，因而情节严重的情形。<sup>99</sup>这也与张教授提倡客观的违法观，反对主观的不法要素的立场密切相关。但应当说，这是一种应然判断，而非实然存在。一方面，正如张教授指出，类似行为的如违法报酬这样与法益侵害性没有直接关系的“情节”事实大量存在；另一方面，司法解释中，还存在着部分将主观目的、动机作为“情节严重”之情节的实例。例如：《关于公安机关管辖的刑事案件追诉标准的规定（二）》第3条：虚报注册资本案，涉嫌下列情形之一的，应予立案追诉：……；（4）虽未达到上述数额标准，但具有下列情形之一的：……；3. 为进行违法活动而注册的。《最高人民检察院关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定（试行）》第1（7）条：介绍贿赂案，涉嫌下列情形之一的，应予立案：……；2. 介绍贿赂数额不满上述标准，但具有下列情形之一的：（1）为使行贿人获取非法利益而介绍贿赂的。《最高人民检察院关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定》第1（3）条：故意泄露国家秘密案，涉嫌下列情形之一的，应予立案：……；7. 以牟取私利为目的泄露国家秘密的。这些类似目的犯之目的的情节要素，作为界别一般违法与犯罪的重要要素，在违法与责任阶层性犯罪论体系下，理解为主观的违法要素，是合适的。

2. 作为身份的罪量因素。司法解释中不乏将“特殊主体（身份）”作为情节严重之情节。例如：前述《公安追诉标准（二）》第39条：操纵证券、期货市场案，涉嫌下列情形之一的，应予立案追诉：……；（6）上市公司及其董事、监事、高级管理人员、实际控制人、控股股东或者其他关联人单独或者合谋，利用信息优势，操纵该公司证券交易价格或者证券交易量的；最高人民检察院《关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定》第1（12）条：徇私舞弊不移交刑事案件案，涉嫌下列情形之一的，应予立案：……；5. 行政执法部门主管领导阻止移交的。身份必须是在行为人开始

<sup>99</sup> 参见注⑨，第241-243页。

实施行为时就已经具有或形成的特殊资格、地位或状态。首要分子是刑法、法官对行为人实施的犯罪行为进行综合评价使用的一个规范概念。因此,首要分子不是身份,行为人无需认识到自己是首要分子,只要对作为刑法评价依据的相应的客观前提事实有认识即可。

另外,立法和司法解释中,存在众多将类似“因为××被给予二次以上行政处罚又××的”情状作为情节严重之情节。例如走私普通货物、物品罪之第153条第1款第(1)项:“……或者一年内曾因走私被给予二次行政处罚后又走私的”;非法种植毒品原植物罪之第351条第1款第(2)项:“经公安机关处理后又种植的”。这些立法例,基于主观恶性、人身危险性的考量是明显的,笔者也曾主张,这些决定犯罪成立的罪量要素是行为人人身危险性的表征,因而不是行为人认识的对象。<sup>⑨</sup>现在看来,这一观点在耦合的四要件犯罪构成体系下,或许还能自圆其说,但在违法与责任阶层性犯罪构成体系下,则不能成立。因为根据违法和责任的阶层和限制关系,一个在违法性上欠缺的行为,无论如何都不能因为后不法阶段的要素加入,而成立犯罪。基于此,本文主张,将“曾被给予行政处罚”等理解为一种特殊身份。因为,“曾被处罚”可以说是行为人人身方面的一种状态;也是行为人开始实施行为时就已经形成的;与其实行的犯罪行为也有密切联系;正是这些已经受过处罚、接受过教育训诫的人,法律给予其更高的规范期待。对此身份,要求行为人主观认知,也不成问题。

3. 作为行为量定的罪量因素。作为行为量定的罪量因素,即通过行为方式、对象、时间、地点等具体形状的限制,作为犯罪成立的罪量要求。在司法解释关于情节严重之情节的规定中分布甚广:<sup>⑩</sup>

(1) 有的犯罪将特定的行为方式解释为情节要求。如伪造货币罪之“制造货币版样”;抗税罪之“聚众”;拒不执行判决、裁定罪之“以暴力、威胁方法”、“聚众哄闹、冲击执行现场,围困、扣押、殴打执行人员”、“毁损、抢夺执行案件材料、执行公务车辆和其他执行器械、执行人员服装及执行公务证件”等;盗窃罪之“破坏性手段”等等。

(2) 有的突出行为对象的特殊性。如盗窃罪之“盗窃残疾人、孤寡老人或者丧失劳动能力人的财物”;伪造、变造、买卖武装部队证件、印章或者盗窃、抢夺武装部队证件、印章罪,伪造、盗窃、买卖武装部队专用标志罪,非法提供、使用武装部队专用标志罪中的“武装部队车辆监理印章”、“武装部队军以上领导机关专用车辆号牌”等;贪污罪之“个人贪污数额不满五千元,但具有贪污救灾、抢险、防汛、防疫、优抚、扶贫、移民、救济款物及募捐款物、赃款赃物、罚没款物、暂扣款物等情节的”等等。

(3) 有的重视行为发生的特定场域、时间、地点等。如隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告罪之“依法应当向司法机关、行政机关、有关主管部门等提供而隐匿、故意销毁或者拒不交出的”;组织、利用邪教组织破坏法律实施罪之“利用互联网制作传播邪教信息”、“在公共场所悬挂横幅、条幅,或者以书写、喷涂标语等方式宣扬邪教,造成严重社会影响的”;行贿、对单位行贿、单位行贿、介绍贿赂等罪中的“向党政领导、司法工作人员、行政执法人员行贿的”;故意泄露国家秘密罪之“通过口头、书面或者网络等方式向公众散布、传播国家秘密的”等等。

(4) 有的甚至将牵连或伴随的不法手段行为作为情节要素。如欺诈发行股票、债券罪之“伪

<sup>⑨</sup> 参见王强、胡娜:《论主观罪过中的定量因素认识》,载《中国刑事法杂志》2007年第4期。

<sup>⑩</sup> 以下例证,请参阅相关司法解释的规定,恕不一一注明出处。

造、变造国家机关公文、有效证明文件或者相关凭证、单据的”；违规出具金融票证罪之“接受贿赂违规出具”；串通投标罪之“采取威胁、欺骗或者贿赂等非法手段”；提供虚假证明文件罪之“在提供虚假证明文件过程中索取或者非法接受他人财物的”；非法行医罪之“使用假药、劣药或不符合国家规定标准的卫生材料、医疗器械”；单位受贿罪之“故意刁难、要挟有关单位、个人，造成恶劣影响的”；民事、行政枉法裁判罪之“伪造、变造有关材料、证据，制造假案枉法裁判的”等等。不过，将关联或伴随出现的另一行为作为上述个罪（本罪）成立的“情节要求”，实际上是创造了一个具有“包容犯”性质的新的犯罪构成，但还是以本罪命名，还适用本罪的法定刑。这不能不说有司法权代位立法的嫌疑。既然如此，适用这些规定时，必须坚持罪刑均衡原则，严格遵循禁止重复评价和充分评价规则，将其弊端消解至最低：

一是，倘若不考虑手段行为，其他情节已经可以认定本罪的成立，而手段行为本身也已构成犯罪，则应当还原其实际上是二个行为的本质，再考虑两罪之间是否具有牵连关系，如果有，按牵连犯处理，反之应当数罪并罚。

二是，倘若手段行为本身构成相应的犯罪，而不考虑该手段行为，其他情节尚不足以认定本罪的成立。此时，加上手段行为，应当认为本罪的成立，因为如果“一般违法程度的手段行为 + 其他要素 = 本罪”的话，“犯罪程度的手段行为 + 其他要素”成立本罪更绰绰有余。那么，是按手段行为之罪，还是按司法解释创制的“包容犯”本罪论处，就必须比较手段行为之罪与本罪的法定刑轻重，看本罪的法定刑是否还可能承担这种“包容”：一是如果本罪法定刑不低于、甚至明显高于手段行为之罪的法定刑，勉强说明这种“包容”基本上是合理的，即可以认为，此时以作为“包容犯”的本罪论处即可完整评价包含手段行为之罪的法益在内的行为不法全貌（法条竞合）。以欺诈发行股票、债券罪之“伪造、变造国家机关公文、有效证明文件或者相关凭证、单据的”为例，欺诈发行股票、债券罪法定刑为“5 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金”，而伪造、变造国家机关公文、证件、印章罪法定刑一般为“3 年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利”（情节严重的加重犯除外），前者高于后者，可以认为前者的法定刑能够完整评价包括伪造手段行为之罪所保护的法益在内的全部法益内容，以“司法解释创制的包容犯”——欺诈发行股票、债券罪论处即可；二是如果本罪的法定刑低于手段行为之罪的法定刑，只能认为作为“包容犯”的本罪所保护的，与手段行为之罪所保护的法益同质的法益范围是不充分的，或者说“包容犯”本罪所保护的，与手段行为之罪保护法益同质的法益，仅限于某一轻微的程度范围内。此时，无论宣告哪一个罪名，都不足以完整评价不法全貌。因此，应当同时宣告数罪从一重处罚（想象竞合）。例如串通投标罪之“采取威胁、欺骗或者贿赂等非法手段”，串通投标罪之“3 年以下有期徒刑或者拘役”，明显低于受贿罪最高死刑的法定刑，当收受贿赂数额巨大时，无论如何都是串通投标罪的法定刑所不能完全评价的，此时只能作为想象竞合——同时宣告两罪，从一重处断。

三是，倘若手段行为本身并不构成犯罪，而依照其他情节足以认定本罪之成立时，对其手段违法行为，原则上予以行政处罚，当然也不排除作为量刑情节的可能。

四是，倘若手段行为本身尚不构成犯罪，而其他情节亦不足以认定本罪之成立，则原则上可以一并考量，依据司法解释认定本罪的成立，当然也不排除综合考量后仍未能达到犯罪可罚程度的例外。

五是，倘若手段行为已经受过刑罚处罚或者行政处罚，原则上不能再作为认定本罪成立之情节

要求；当然此时还需要结合刑罚与行政罚之竞合、衔接关系谨慎处理。<sup>②</sup>

另外，作为行为量定的罪量因素，也包括数额犯中将数额作为行为程度的量化表现：如关于行为对象的数额规定，盗窃罪、诈骗罪中的“数额较大”，逃税罪中的逃税数额等等；还有关于行为内容的数额规定，如伪造型犯罪中假币、公文证件、有价票证等的数额，制造毒品罪中的毒品数量，贿赂犯罪中的贿赂等等。

4. 作为危害结果量定的罪量因素。对危害结果的量定，应当说是立法和司法解释中最常见的罪量因素类型。“后果型”罪量因素，除去个别“非典型的违法构成要素”外，皆属此类；“数额型”罪量因素，也多是对结果的数额量化；“情节型”罪量因素，司法解释几乎都将严重结果作为内容。

需要注意的是，类型3的部分内容与类型4可能是重合的。以盗窃罪、诈骗罪等的“数额较大”为例，它既可以是对盗窃、诈骗行为对象、行为程度的量化，也可以说是法益侵害结果的量定。归根结底，原因在于：实行行为作用的行为对象（行为客体），常常是刑法所保护法益的主体或物质表现；而结果，乃是行为对刑法所保护的行为客体所造成的危险或实际损害。行为作用于一定的对象，从而可能导致一定的结果。可见，是对行为对象还是对结果的量化，恐怕只是考察视角不同而已。

另外，在“危害结果”之罪量规定中，也不乏将加重结果作为犯罪成立“情节严重”之情形，如最高人民检察院《关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定》规定的刑讯逼供的情节严重情形，即“刑讯逼供造成犯罪嫌疑人、被告人轻伤、重伤、死亡的”。但必须指出的是，基于严格限制结果加重犯成立范围、避免间接处罚的考虑，应当将加重结果作为情节严重的情形，限制在以“人身伤亡”为内容的范围之内。

## （二）罪量构成要素的特殊性

构成要件可谓罪量因素的主要栖息地。一方面，罪量构成要素作为构成要件要素，与罪体构成要素、罪责构成要素，共同作为犯罪成立积极要件的组成内容；另一方面，罪量要素又发挥着表征行为法益侵害程度、排除轻微行为的可罚违法性的功能，也与刑法之实质违法性、可罚的违法性、社会相当性等理论可谓异曲同工。正是在与罪体构成要素、可罚的违法性等理论比较中，可以发现罪量构成要素的特性：

1. 罪量构成要素的事实面。中国刑法区别于域外刑法的特质之一，即违法性程度的成文化。在大陆法系刑法中，因为鲜有罪量之明文规定，在类型化的构成要件该当性判断阶段，基本不会考虑罪量问题，而是通过实质违法性、可罚违法性等理论，在违法性阶段排除轻微行为的违法性，或者通过实质违法性等理论实质的解释构成要件要素，个别化地排除具体轻微行为之构成要件该当，此所谓“立法定性、司法定量”。而在我国，二元的治安和刑事治理模式，造就了刑事立法“定性+定量”模式，立法与司法解释将罪量要求成文化为构成要件该当之事实要素，成为犯罪与一般违法（罪与非罪）界分的类型化标准。既然罪量要求已成文化、类型化为构成要件该当的具体事实要素，那么，罪量构成要素就不仅仅是可罚违法程度的价值判断，也应当并且首先是事实该当的符合性判断。因此，在犯罪论中，但凡以行为人为判断主体的内容，都应包括罪体与罪量构成要素两项

<sup>②</sup> 关于行政罚与刑罚的衔接与处理，可参见周佑勇、刘艳红：《论行政处罚与刑罚处罚的适用衔接》，载《法律科学》1997年第2期。

内容：例如，在故意论中，既然故意是“行为人”的主观认知和意欲，那么，就不仅要求对罪体要素的认知，也应包括对罪量因素的认识，若是罪量结果，罪量也是意欲的内容。如数额型盗窃罪，不仅仅是盗窃财物的故意，而应当是盗窃数额较大财物的故意，否则无法区分盗窃罪故意与盗窃一般违法的故意，刑法上的主客观相统一是犯罪的主观罪过与犯罪的客观行为结果的统一，即应当是行为人包涵罪量认知的主观与行为达到罪量要求的客观相统一；再如，在未遂论中，既然未遂是“行为人主观追求的……未得逞”，那么未遂就应是“一定程度的”结果未发生、未得逞。因此，主观上意图盗窃数额较大的财物，而客观上即便盗得了一定数额（未达数额较大标准）的财物，也是未遂。

2. 罪量构成要素的价值面。如果说，事实面的特性，是罪量构成要素相较于同样发挥“确定违法程度、排除轻微行为可罚性”功能的实质违法性、可罚违法性等理论而言的话，那么，价值面的特性，则是罪量构成要素相较于同为构成要件要素的罪体构成要素而言的。

构成要件该当性判断具有违法性推定机能，罪量要素也不例外。虽说罪量和罪体构成要素同属构成要件该当性判断的内容，都具备违法性推定机能，但二者的价值功能不同：罪体要素从横向、行为类型、此罪彼罪的意义上表征某一具体犯罪的类型特征，体现的是公权力界域（将刑法没有类型化的行为类型排除在公权力处置范围之外）；而罪量要素则是对同一类型（同质）的行为，从纵向、行为程度、轻罪重罪（罪与违法）的意义上表征某一具体犯罪的程度特征，体现的是公权力分工（将纳入公权力处置范围的某种行为，根据违法程度的大小，分配给刑罚或行政处罚）。

其区别的意义在于，在完成事实性判断的基础上，司法者在对这些事实进行规范性处理时，应当注意罪体与罪量构成要素价值面的差异：以特别关系法条竞合为例，倘若行为未满足特别法条的特别罪体要素，则应考虑以普通法条论处，因为没有达到特别法条罪体要素，不属于特别法条的行为类型，不能以特别法评价，只能根据其该当的普通法条论处（即没有进入特别法条之公权力处置范围）；但倘若仅仅是行为数额未达到特别法条的罪量标准，则不能转以普通法论，因为既然已经符合特别法条的行为类型（已进到特别法条之公权力处置范围），就应当在维持这一行为定型的前提下，根据公权力处置分工，决定刑罚抑或行政处罚、轻刑抑或重刑。再以自然人和单位共同犯罪为例，在我国，个别犯罪针对自然人和单位主体规定了不同的罪量标准，如走私普通货物、物品罪，自然人偷逃应缴税额 5 万元即是犯罪，而单位则是 25 万元。若单位和自然人共同走私，偷逃税额 20 万元应如何处置？事实上，只要明确罪量要素的上述特性，问题并不难解决：首先，共同的走私行为类型定性应无异议，自然人和单位都应当对 20 万元承担责任；其次，立法者针对自然人和单位主体制定了不同的分工标准，故应依据各自的分工标准，对自然人和单位分别适用不同的公权力处置。

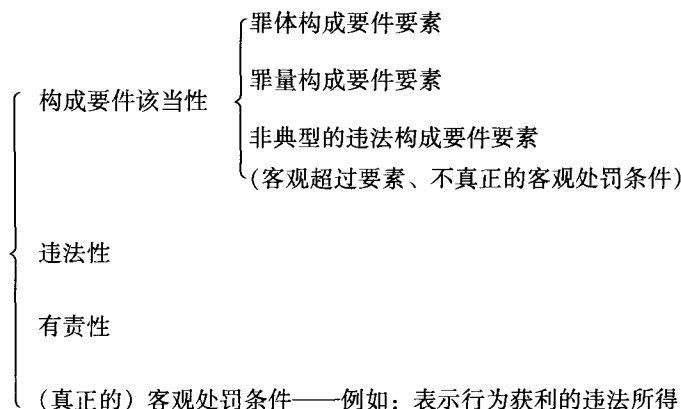
事实上，对单位犯罪、共同犯罪、法条竞合等理论，不能忽视这些理论原产地的刑罚统一制裁体系和个罪仅定性的行为类型模式，与我国刑罚 + 行政处罚多元惩治模式、个罪“定性 + 定量”的“行为类型 + 行为程度”模式之间的差异。行为类型模式下的理论，要解决行为程度（罪量）问题，可能未必妥帖。因此，既然理论原产地的“犯罪”大致相当于我国的“犯罪 + 一般违法”，那么，移植这些舶来理论，就需要给予其“犯罪 + 一般违法”的“大犯罪”环境，即首先适用这些理论甄别、确定行为类型；再根据罪量标准，进行公权力分工，决定行政处罚抑或刑罚处置。



## 结 语

罪量因素，是中国刑法独具特色的立法现象，在违法与责任位阶性的犯罪论体系下，合理配置罪量因素的内容，是建构我国犯罪论体系不容回避的课题。因为罪量因素的内容涉及面广，意图将罪量因素一统对待是不可能的。因此，根据罪量因素与不法、罪责的关系，将它们分别置于真正的客观处罚条件、不真正（内在）的客观处罚条件（客观超过要素，非典型的违法要素）、罪量构成要件要素之中，方能较全面、客观地反映其实体内容的全貌。

当然，基于罪刑法定、责任主义原则的限制，作为真正客观处罚条件、不真正的客观处罚条件的罪量因素只能限制在极个别的范围内，在未来的立法和司法解释中，也应当限制将处罚条件事实作为罪量因素的内容。而绝大多数罪量因素应当还原为不同的构成要件要素。罪量构成要件要素，其事实面“类型化为构成要件该当内容”的特性，使其区别于价值功能上相当的实质违法性、可罚违法性理论；而价值面“行为类型定型基础上决定行为程度、公权力处置范围基础上决定公权力分工”的特性，又使其不同于同样属于构成要件要素的罪体要素。由上构成包含罪量因素的阶层性犯罪论体系，兹图示如下：



### 【主要参考文献】

1. [日] 曾根威彦：《处罚条件》，载阿部纯二等编：《刑法基本讲座》第二卷，法学书院 1994 年版。
2. [日] 松原芳博：《构成要件与客观的处罚条件》，载《现代刑事法》第 6 卷（2004 年）第 10 号。
3. [德] 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。
4. 黎宏：《刑法总则问题思考》，中国人民大学出版社 2007 年版。
5. [日] 浅田和茂：《客观的处罚条件》，载西田典之等编：《刑法的争点》，有斐阁 2007 年版。
6. 陈兴良：《规范刑法学》上册，中国人民大学出版社 2008 年版。
7. 熊琦：《德国刑法问题研究》，元照出版公司 2010 年版。
8. [日] 松原芳博：《客观的处罚条件》，载《河南省政法管理干部学院学报》2010 年第 1 期。
9. 周光权：《论内在的客观处罚条件》，载《法学研究》2010 年第 6 期。
10. 张明楷：《刑法分则的解释原理》，中国人民大学出版社 2011 年版。

（责任编辑：时延安）