

[首页](#)[基地概况](#)[中心通知](#)[中心讯息](#)[学界信息](#)[法治动态](#)[学术论文](#)[法谚法语](#)[净月书屋](#)[人才培养](#)[招生信息](#)[论文精粹](#)[法学理论](#)[部门法哲学](#)[学术书评](#)[法苑随笔](#)[您的位置>>首页>> 论文精粹 > 部门法哲学 > 阅读全文](#)[> 论文精粹](#)

冯军：德日刑法中的可罚性理论

admin 发表于： 2009-12-11 14:05 点击： 348

关键词：德日刑法 可罚性 客观的处罚条件 一身的处罚阻却事由

内容提要：在德日刑法中,作为犯罪成立要件的可罚性是在构成要件符合性、违法性和责任之外,对行为进行的“值得处罚”这种实质的评价。可罚性的要素包括客观的处罚条件和一身的处罚阻却事由。

犯罪是被科处刑罚的行为,“值得科处刑罚”这种属性就是“可罚性”,确定可罚性的范围乃是犯罪论的重要任务。“可罚性”在犯罪论中具有独立的地位,客观的处罚条件和一身的处罚阻却事由是可罚性的要素,虽然客观的处罚条件是一般地发生作用,而一身的处罚阻却事由只对具体的行为人有效,但是,它们都与故意或者过失无关,重要的只是其客观存在。

一、可罚性的涵义和地位

(一) 可罚性的涵义

在刑法学上,“可罚性”(strafbarkeit)一词具有多种涵义。

第一,“可罚性”被用来单纯指某行为是“处罚的对象”这种事实。例如,当人们说“卖淫行为在现行法上不具有可罚性”时,实际是说卖淫行为不是现行法的处罚对象。这种意义上的“可罚性”,被称为“形式意义中的可罚性”。

第二,“可罚性”被用来指行为“值得处罚”这种实质的评价。“值得处罚”这种实质评价意义上的“可罚性”,被称为“实质意义中的可罚性”。“实质意义中的可罚性”是“形式意义中的可罚性”的前提和根据,是立法论中进行犯罪化或者非犯罪化的标准。

第三,“可罚性”被用来指独立的犯罪成立要件,即把“可罚性”评价视为犯罪论体系上的一个评价阶段。作为独立的犯罪成立要件的可罚性,被称为“作为体系范畴的可罚性”。而且,作为包含构成要件符合性、违法性和责任的整体的可罚性,被称为“广义的可罚性”;作为体系范畴的可罚性,被称为“狭义的可罚性”[1]。

本文中所论及的“可罚性”是作为犯罪成立要件的可罚性,即“作为体系范畴的可罚性”,它是在构成要件符合性、违法性和责任之外,对行为进行的“值得处罚”这种实质的评价。“可罚性”属于实体刑法的范畴,与“诉追可能性”(verfolgbarkeit)不同。诉讼前提(如刑事告诉)和诉讼障碍(如赦免)这些决定诉追可能性的要素,只影响诉讼程序的进行,不影响犯罪的成立,对其存否无需进行实体的裁判[2]。

“可罚性”在犯罪论体系上具有怎样的地位？对此，学者之间存在不同的看法。

1. 刑罚处罚阻却事由说。该说认为，狭义的可罚性不是犯罪的成立要件，客观的处罚条件和一身的处罚阻却事由这些决定可罚性的要素只具有阻却刑罚处罚的性质。日本刑法学家团藤重光指出：“观念刑罚权原则上与犯罪的成立同时发生。但是，作为例外，有时进而以其他事由为条件。这种条件称为处罚条件（客观的处罚条件 objektivebedingung der strafbarkeit; condicion objetiva de punibilidad; condizione obiettiva di punibilita）。例如，破产犯罪中破产宣告的确定（破产法第374条至第376条、第378条）、诈欺更生罪中更生程序开始决定的确定（公司更生法第290条、第291条）、事前收贿罪中成为公务员、仲裁人（刑法第197条第2项）等即是。根据情形，一定事由的不存在被规定为处罚条件。这种事由称为处罚阻却原由

（strafausschiessungsgruende）。例如，亲族间的赃物罪中近亲的身分即是（第257条）。这样，处罚阻却原由通常是行为人的身分。这称为人的（一身的）处罚阻却原由。因为处罚条件、处罚阻却原由是从某种政策的理由被承认的，它与对行为及行为人的规范性评价无关，同犯罪的成立没有关系。因而，（1）不具备处罚条件，或者存在处罚阻却原由，其行为是违法的。所以，例如在近亲相盗（第244条第1项前段）的情形中，可以对其进行正当防卫和成立共犯。而且，（2）行为人是否表象相当于处罚条件和处罚阻却原由的事实，与故意的成立没有关系。”[3]

日本刑法学者板仓宏把广义的可罚性区分为当罚性和要罚性，并且认为，当罚性（strafwuerdigkeit）是实质的可罚性，它说明行为本身受处罚是相当的（处罚相当性）；要罚性（strafbeduerftigkeit）基于刑事制裁的补充性要求，说明为了实现一般预防和特别预防目的刑罚是有效的并且是必不可少的。没有当罚性，犯罪不成立；没有要罚性，刑罚被阻却。“虽然这种要罚性以当罚性为前提，但是，实质上是与当罚性不同的概念。对在具备构成要件符合性、违法性、有责性这种传统的犯罪成立要件、进而具备实质的可罚性的意义上不能否定当罚性的行为，也因为不存在要罚性，而开辟了处罚阻却的途径。另外，与犯罪行为没有直接关系的事情和犯罪后的事后事情等不能左右犯罪成立的事情也是判断要罚性的资料。为了将不能否定具备传统的犯罪成立要件的行为尽管如此也要从刑罚中解放出来，要罚性是具有实益的概念。”[4]

2. 犯罪成立要件还原说。该说认为，客观的处罚条件和一身的处罚阻却事由不是与犯罪的成立与否无关的处罚条件，而是决定行为的犯罪性的条件，但是，可罚性不是犯罪成立的独立要件，而应该在构成要件符合性、违法性和责任这种传统的犯罪成立要件的内部论述可罚性，通过提出“可罚的违法”和“可罚的责任”这些观念，把“可罚性”还原到“违法性”和“责任”之中。日本刑法学家佐伯千仞指出：“刑法上的责任是引起刑罚这种国家的目的意识性活动的要件，因此，其内容不可避免地带有刑罚目的的色彩或者规定。恰如刑法上的违法性特别作为可罚的违法被特殊化一样，为了使责任也具有刑法上的意义（是刑事责任），需要作为可罚的责任来特殊化。可罚的责任的特征，不只是指尽管行为人能够理解法规范的命令、禁止并根据它来行为却没有那样行为，进而是指这种行为人的非难性强烈到特别需要刑罚这一强力手段的程度，并且是适宜于接受刑罚这种性质的东西。”[5]

3. 犯罪成立独立要件说。该说认为，客观的处罚条件和一身的处罚阻却事由不仅是决定行为的犯罪性的条件，而且，“可罚性”不属于构成要件符合性、违法性和责任这种传统的犯罪成立要件的内容，应该在犯罪论内部确立“可罚性”独立的体系地位，“可罚性”是继构成要件符合性、违法性和责任之后的第四个犯罪成立要件。日本刑法学家宫本英修早就提出：“某行为为了成为犯罪，首先要在法律上一般规范地被评价为违法，进而需要在刑法上被判断为可罚的”[6]，“可罚类型性”是“犯罪的最后的一般要件”。[7]关于犯罪概念与可罚性的关系，日本刑法学家庄子邦雄作了明确的阐述：“通说把犯罪定义为符合构成要件的违法的而且有责的行为，认为行为外的要素是与犯罪的成立要件相分离的可罚性的要素。即认为客观的处罚条件或者人的处罚阻却事由是存在于犯罪这一实体的要素之外的为了发动刑罚的实体的要素。”[8]但是，“应该与刑罚权的发动密切相联来考虑‘犯罪’的实质，在刑罚权发动时才认为成立‘犯罪’。”即，“站在应该使行为与行为人有机地联系以决定作为整体的‘刑事责任’的立场来考察，在减轻、免除刑罚的情况下自不待言，在没有进行刑罚量定的刑罚权发动的抽象可能性的阶段，也不斟酌行为外的要素就造出‘犯罪’这一实体，必须说是明显无视了‘犯罪’的实体。”应该作这样的定义：“‘犯罪’是符合构成要件的、违法和有责的行为，并且是具备可罚性的行为。”

在关于“可罚性”的体系地位的上述三种学说中，笔者赞同犯罪成立独立要件说。

刑罚处罚阻却事由说虽然是德、日的通说，而且，区别“当罚性”和“要罚性”也不失为一个有价值的创意，但是，它总是没有很好地回答：为什么不存在“可罚性”或者“要罚性”时也成立犯罪？刑罚处罚阻却事由说割断了“可罚性”与“犯罪性”的联系，妨碍了从刑罚处罚的角度对犯罪的成立范围进行实质的限定，难以在犯罪论中充分考虑刑事政策的要求。

犯罪成立要件还原说虽然肯定了“可罚性”与“犯罪性”之间的不可分离性，从“适合于科处罚”、“值得处罚”这种实质的立场对传统的犯罪成立要件进行了再构成，但是，它没有认清“客观的处罚条件”和“一身的处罚阻却事由”这些决定“可罚性”的要素与构成要件符合性、违法性和有责性中的要素在实体上的不同。构成要件符合性、违法性和有责性总是以具体的构成要件性行为为对象，而客观的处罚条件和一身的处罚阻却事由不以具体的构成要件性行为为对象。例如，德国刑法第323条a第1款规定：“行为人故意地或者过失地通过酒精饮料或者其他醉人的药物使自己处于昏醉状态的，处5年以下的自由刑或者金钱刑，如果他在该状态中实施违法的行为却因为他由于昏醉已是责任无能力或者因为没有排除责任无能力而因此不能处罚他的话。”在这一规定中，“通过酒精饮料或者其他醉人的药物使自己处于昏醉状态”是具体的构成要件性行为，构成要件符合性、违法性和有责性以“使自己处于昏醉状态的”行为为对象，换言之，只要行为人故意地或者过失地通过酒精饮料或者其他醉人的药物使自己处于昏醉状态，就具备了构成要件符合性、违法性和有责性[9]。“在该状态中实施违法的行为”不是具体的构成要件性行为，而是客观的处罚条件，因为“在该状态中实施违法的行为”不是具体的构成要件性行为，所以，行为人“在该状态中实施违法的行为”时是否具有故意或者过失以及尽管“已是责任无能力”或者“没有排除责任无能力”，都不影响对其行为的构成要件符合性、违法性和有责性作出肯定判断。正是因为客观的处罚条件和一身的处罚阻却事由不以具体的构成要件性行为为对象，所以，将由客观的处罚条件和一身的处罚阻却事由所确立的“可罚性”还原到以具体的构成要件性行为为评价对象的传统的犯罪成立要件之中，难免造成实体论上的混乱。

从刑事政策的合目的性出发，应该重视可罚性即刑罚适合性在认定犯罪成立上所具有的意义，只有将可罚性纳入犯罪概念之中，才能使犯罪概念发挥区别罪与非罪的机能。鉴于可罚性的对象与构成要件符合性、违法性和有责性的对象具有不同的实体，应该把可罚性作为独立于构成要件符合性、违法性和有责性的第四个犯罪成立要件。

二、可罚性的要素

（一）客观的处罚条件

“客观的处罚条件”是日本学者对德文“die objektivenbedingungen der strafbarkeit”的译语，其实，译为“可罚性的客观条件”更准确。德国学者也使用“objektive strafbarkeitsbedingungen”一语来表达相同的事例，该语译为中文是“客观的可罚性条件”。鉴于“客观的处罚条件”一语已经在刑法学中约定俗成，可以沿用，只是在使用该语时应当重视其所指的具体事例，不应从该语本身出发作出“既然是处罚条件就不是犯罪成立要件，因为只有成立犯罪后才会有处罚”之类的推论。

客观的处罚条件是对有责的不法行为进行补充以引起可罚性的事情。客观的可罚条件虽然是可罚性的实质前提，但是，既不属于不法要件也不属于责任要件。不过，因为它与构成要件标志很接近，所以，人们也称其为构成要件的配件（tatbesandsannexe）。在实际操作上，也是在检验构成要件存否之后紧接着检验客观的处罚条件是否存在。

在实定法上，破产犯罪中“破产宣告的确定”（日本破产法第374条、第375条）、诈欺更生罪中“更生程序开始决定”（日本更生法第290条）、事前收贿罪中“就任为公务员”（日本刑法第197条第2项），被日本学者一致认为是客观的处罚条件。德国学者认为，一般而言在危险的实现不属于客观的构成要件的抽象危险犯中，危险的现实化即结果的出现是客观的处罚条件。关于客观的处罚条件的具体范围，德国学者之间尚有争论，但是，多数意见认为，属于客观的处罚条件的具体事例有：针对外国的犯罪行为（德国刑法第102条以下）中“与他国保持着外交的联系、保证互

惠”（德国刑法第104条）、害恶的诽谤（德国刑法第186条）中“如果该事实不能证明是真实的”、参加殴斗（德国刑法第231条）中“由于这种殴斗或者攻击造成人的死亡或者严重的身体侵害”、破产犯罪（德国刑法第283条）中“行为人停止了支付或者就他的财产开始了破产程序或者由于缺乏财团而驳回开始请求”（德国刑法第283条第6款）、完全昏醉（德国刑法第323条a）中“在该状态中实施违法的行为”。另外，抵抗执行官员（德国刑法第113条）中“职务行为的合法性”，过去认为是客观的处罚条件，现在认为它不是纯粹意义上的客观的处罚条件，因为德国刑法第113条第4项规定对职务行为的合法性发生不可避免的认识错误时予以免责；结果加重犯中的“加重结果”的产生，过去也认为是客观的处罚条件，现在不认为它是客观的处罚条件，因为德国刑法第18条规定行为人对加重结果的发生至少负有过失是结果加重犯的成立要件。

对实定法上的客观的处罚条件，学者们把它分为真正的处罚条件（die echten straf-barkeitsbedingungen）和不真正的处罚条件（dieunechten strafbarkeitsbedingungen）[10]。真正的处罚条件是纯粹的刑罚限制事由，立法者在一定的场合赋予与行为本身或者行为后发展相关联的其他情况以客观上的重要性，当这些其他情况不存在时，即使不法和责任本身存在，也从刑事政策上处罚的必要性出发否定要罚性（strafbeduerfnis）的存在。例如，德国刑法第102条以下的规定就是通过保障外交的联系和互惠来保护最低限度的国际接触，否则，处罚针对外国的犯罪行为就在刑事政策上没有意义。不真正的处罚条件又分为伪装的刑罚严厉事由（verkappte strafschaerfungsgruende）和隐蔽的创设刑罚的行为事情（ver-schleierte strafbegrundendetatumstande），前者如德国刑法第323条a中规定的在完全昏醉状态中实施违法的行为，后者如德国刑法第186条中规定的不能证明事实的真实性（即使行为人相信自己散布的是真实的事实，也成立“害恶的诽谤”）。

客观的处罚条件是与特殊的个人无关而一般地发生作用的，只要缺乏客观的处罚条件，行为人就不能受到处罚。客观的处罚条件在不法构成要件和责任构成要件之外影响着行为的可罚性和（狭义的）共犯的成立可能性。而且，因为客观的处罚条件不属于构成要件，所以故意和过失都与它无关，重要的是它存在或者不存在。行为人是否对客观的处罚条件发生认识的错误，在法律上是不重要的。这就是说，如果在行为时或者行为后存在客观的处罚条件，即使行为人没有认识到它的存在或者不能预见它的出现，都不影响行为的可罚性；如果实际上缺乏客观的处罚条件，即使行为人相信它存在或者会出现，其行为也不成立犯罪的未遂。

客观的处罚条件出现的时间不影响行为的完成时间（derzeitpunkt der vollendung der tat），因此，在行为完成后、客观的处罚条件出现前，其他人对行为人进行帮助的，虽然可能成立庇护罪（德国刑法第257条）或者挫败刑罚罪（德国刑法第258条），但是，不成立帮助犯。然而，客观的处罚条件出现的时间影响着时效期限的起算。例如，行为人在春天参加了殴斗，其行为导致的他人死亡这一结果在冬天才出现，即行为人的参加殴斗（德国刑法第231条）这一行为在春天就完成了，死亡结果这一客观的处罚条件在冬天才出现，那么，行为人在冬天才成为可罚的，时效也从死亡结果出现的时点才开始起算（德国刑法第78条a）。

客观的处罚条件属于实体刑法的领域，刑事诉讼法的规定也适用于客观的处罚条件。例如，对是否存在客观的处罚条件，要进行刑事诉讼法上的严格证明；在对有无客观的处罚条件存在怀疑时，要作出有利于被告人的判决。

（二）一身的处罚阻却事由

“一身的处罚阻却事由”是日本学者对德文“personlichestrafauusschliessungsgruende”的译语，直译应为“人的刑罚排除事由”。因为一身的处罚阻却事由涉及的是与客观的处罚条件相反的情形，所以，人们也称其为“客观的不处罚条件”（die objektivenstraflosigkeitsbedingungen）。它指的是在不法和责任之外的与行为人个人相关的从一开始就排除可罚性或者在事后取消可罚性的各种情况。在内容上，一身的处罚阻却事由包含着不同性质的事情。有的是从刑事政策的理由否定有责任行为和因此是当罚的行为的要罚性，有的是本身已经完全存在的要罚性必须向其他的国家利益让步[11]。

在实体法上，盗窃罪中行为人具有亲属身份（日本刑法第244条第1项）、有关盗品等的犯罪中行为人具有的亲属

身份（日本刑法第257条），被日本学者一致认为是一身的处罚阻却事由。有的日本学者认为藏匿犯人罪（日本刑法第103条）和隐灭证据罪（日本刑法第104条）中行为人具有的亲属身分也是一身的处罚阻却事由，但是，因为日本刑法第105条规定犯人或者脱逃人的亲属犯该两罪的只是“可以”免除刑罚，所以，多数学者没有明确地称其为一身的处罚阻却事由。德国学者认为，亲属间的性交中未成年的当事人（德国刑法第173条第3款）、庇护中参加前行为的人（德国刑法第257条第3款）、挫败刑罚中挫败对自己的处罚的人（德国刑法第258条第5款）、挫败刑罚中为有利于其亲属而实施行为的人（德国刑法第258条第6款）等，是一身的处罚阻却事由。

一身的处罚阻却事由存在于不法和责任之外，行为人的故意和禁止的错误都与一身的处罚阻却事由无关，重要的只是其客观存在。例如，根据德国刑法第36条的规定，议员在议会中所作出的表决或者表达不受追究，但是，诽谤性侮辱除外。即使议员不知道有关议会内免责特权的规定，只要具备第36条中规定的要件，就不受处罚。相反，在实施了诽谤性侮辱时，即使议员认为不受追究，其认识错误在刑法上也不具有意义，不影响对他的责任追究。

一身的处罚阻却事由只对具体的行为人有效，例如，多人参加了伪造货币罪的未遂，其中，只有一人实施了中止行为，那么，只有该人是不可罚的（德国刑法第24条），其他人仍然因其未遂行为是可罚的。

一身的处罚阻却事由作为可罚性的要素，属于实体刑法，对其必须进行严格的证明，难以证明时，应当作出有利于被告人的判决。例如，议员的发言具有侮辱性，但是，只要不能证明议员是在会议中作出的发言还是在休息时作出的发言，就应当适用德国刑法第36条的规定。

注释：

[1] [日] 松原芳博. 犯罪概念和可罚性 [M]. 成文堂, 1997. 2.

[2] vgl. fritjof haft, strafrecht, allg. teil, 7. auflage, 265.

[3] [日] 团藤重光. 刑法纲要总论 [M]. 创文社, 1991. 514.

[4] [日] 板仓宏. 当罚性（实质的可罚性）和要罚性 [A]. 平野龙一先生古稀祝贺论文集（上卷） [C]. 有斐阁, 1990. 116.

[5] [日] 佐伯千仞. 刑法讲义（总论） [M]. 有斐阁, 1974. 232.

[6] [日] 宫本英修. 刑法大纲（总论） [M]. 弘文堂, 1932. 105.

[7] [日] 宫本英修. 刑法学粹 [M]. 弘文堂, 1931. 349.

[8] [日] 庄子邦雄. 刑法的基础理论 [M]. 日本评论社, 1971. 59.

[9] vgl. roxin, strafrecht, allg. teil, 2. auflage, 866.

[10] vgl. jescheck, lehrbuch des strafrechts, allg. teil, 5. auflage, 556f.

[11] vgl. schoenke/schroeder, strafgeszbuch kommentar, 25. auflage, 523.

© 2009-2013 吉林大学理论法学研究中心版权所有 请勿侵权 吉ICP备06002985号

地址: 中国吉林省长春市前进大街2699号吉林大学理论法学研究中心 邮编: 130012 电话: 0431-85166329 Power by leeyc