

# 程序性犯罪构成要素的性质

杜宇\*

**内容提要** 在当下的中国刑事立法上,存在着一系列具有程序性特征的实体构成要素,可称之为“程序性犯罪构成要素”。其与诉讼条件、行政前置性条件等既存范畴之间存在一定区别,具有独立的概念化空间。此种要素绝非仅具证明指示功能的程序性要素,而是在犯罪成立体系中具有实体裁判机能的要素。立足于阶层论的体系背景,此种要素既参与构成要件行为的定型化塑造,又具有明显的行为指引与呼吁功能,同时事关法益侵害的规范评价,且需要行为人为人一定程度的认知。因此,它与不法具有直接的关联性,是客观不法的内在构成要素,不能将其归入客观处罚条件之中;而如立基于四要件的犯罪构成体系,此种要素则应被归入客观方面要件中加以整饬。与此种要素的性质定位紧密相关,在既遂、共犯认定等犯罪形态领域,应进行贯穿性思考,同时妥善协调其与责任主义之间可能的紧张关系。

**关键词** 程序性犯罪构成要素 客观处罚条件 客观构成要件要素

## 目次

- 一、程序性犯罪构成要素的发现
- 二、程序性犯罪构成要素的识别
- 三、程序性犯罪构成要素的体系定位
- 四、关联性问题的展开
- 五、结论

\* 复旦大学法学院教授。本文系2018年度国家社科基金重点项目“犯罪构成的程序向度研究”(项目批准号:WRH3457011)和2021年度上海市教委科技创新重大项目“中国超大城市新型社会冲突的数据地图与共治化解”(项目编号:2021-01-07-00-07-E00124)的阶段性成果。

实体与程序的两分,可谓法学知识体系中最为坚固的堡垒之一。然而,如果认真考察晚近以来的刑事立法,就会发现一个饶有意味的现象:越来越多的程序性要素在刑法条文中被确立,并成为实体上左右犯罪成立的关键要素。例如,在拒不支付劳动报酬罪中,“经政府有关部门责令支付仍不支付的”;在信用卡诈骗罪中,“经银行催收后仍不归还的”等。这些立法带给人们的整体印象是,行为人单纯实施前行为(不支付劳动报酬、不归还信用卡贷款等),并不足以追究刑事责任;只有在紧随而来的补正性程序中拒不履行相关义务,才可能成立犯罪。如此一来,是否依法发动相关程序,发动程序后行为人是否履行相关义务,均成为控制刑罚权发动的重要因素。

法学研究的使命在于,直面本土语境中独特的法经验并予以学理化阐释,以推动学术概念、理论与体系的发展。在此意义上,上述立法例也对中国刑法学提出了重大挑战:(1)应如何整体性地理解此种立法现象,并予以概念化地提炼和阐释?(2)这些程序性的犯罪构成要素与现存的教义学范畴,如诉讼条件、客观处罚条件、行政前置条件等,应如何细致辨析和区分?其是否存在独立的范畴化契机与空间?(3)在概念化工作的基础上,应如何对这类要素予以正确的体系定位?亦即,这种要素到底是一种实体性的构成要素,还是一种以诉讼证明为基本指向的程序性要素?<sup>①</sup>如果是一种实体要素,它在犯罪成立判断体系中处于何种位置与角色?特别是这种要素到底归属于构成要件阶层,还是归属于客观处罚条件?<sup>②</sup>(4)体系定位问题具有牵一发而动全身的效果。对此类要素规范性质的准确理解,既需要在既遂与未遂区分、共犯认定等犯罪形态领域进行贯穿性思考,又需要妥善处理其与责任主义之间可能的紧张关系。

本文将聚焦于程序性犯罪构成要素的性质与定位这一论题,并尝试在体系性思考与问题性思考的往返穿梭中完成对其的交错考察。

## 一、程序性犯罪构成要素的发现

### (一) 程序性犯罪构成要素的经验梳理

在中国现行刑事立法中,程序性犯罪构成要素的设置并非孤例,相反,呈现出集群化、类型化的样态。经初步整理,笔者认为,以下条文中均含有程序性犯罪构成要素:

| 刑法条文    | 具体罪名    | 程序性犯罪构成要素            |
|---------|---------|----------------------|
| 第 139 条 | 消防责任事故罪 | 经消防监督机构通知采取改正措施而拒绝执行 |
| 第 196 条 | 信用卡诈骗罪  | 经发卡银行催收后仍不归还的        |

<sup>①</sup> 参见赵运锋:《论刑法条文中的“程序性要素”》,载《法学》2021年第7期,第130-138页。

<sup>②</sup> 参见张明楷:《恶意透支型信用卡诈骗罪的客观处罚条件——〈刑法〉第196条第2款的理解与适用》,载《现代法学》2019年第2期,第155-156页。

| 刑法条文      | 具体罪名            | 程序性犯罪构成要素                                                                 |
|-----------|-----------------|---------------------------------------------------------------------------|
| 第 201 条   | 逃税罪             | 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                                       |
| 第 276 条之一 | 拒不支付劳动报酬罪       | 经政府有关部门责令支付仍不支付的                                                          |
| 第 286 条之一 | 拒不履行信息网络安全管理义务罪 | 经监管部门责令采取改正措施而拒不改正                                                        |
| 第 290 条   | 扰乱国家机关工作秩序罪     | 经行政处罚后仍不改正                                                                |
| 第 296 条   | 非法集会、游行、示威罪     | 又拒不服从解散命令,严重破坏社会秩序的                                                       |
| 第 330 条   | 妨害传染病防治罪        | 拒绝按照卫生防疫机构提出的卫生要求,对传染病病原体污染的污水、污物、粪便进行消毒处理的;拒绝执行卫生防疫机构依照传染病防治法提出的预防、控制措施的 |
| 第 395 条   | 巨额财产来源不明罪       | 可以责令该国家工作人员说明来源,不能说明来源的                                                   |

值得注意的是,1997年《刑法》中还存在其他类似设定,但在此后的刑法修正案中被删除。例如,1997年《刑法》原第288条“扰乱无线电管理秩序罪”中,“经责令停止使用后拒不停止使用”是必要条件,但它在2016年《刑法修正案(九)》中被删除;类似地,2011年《刑法修正案(八)》也对原第343条“非法采矿罪”予以修订,删除了“经责令停止开采后拒不停止开采”这一规定。同样值得注意的是,上述规范中所涉及的程序类型并不完全相同。例如,《刑法》第201条、第290条涉及行政处罚程序;第196条涉及发卡银行的民事催收程序;第276条之一、第296条所规定的则是行政命令程序。其中,《刑法》第276条之一所规定的“行政责令”实际上是行政命令的一种。

## (二) 程序性犯罪构成要素的范畴凝练

### 1. 程序性犯罪构成要素的概念提出

如果仔细观察,大部分的程序性犯罪构成要素显现为“经……,仍不……”“经……,拒不……”“经……,拒绝……”的表述形式。除上述较典型的表述形式外,也存在着一些非典型的、需补充的表述形态。例如,在《刑法》第296条中,“拒不服从解散命令”应当被完整理解为,经相关主管机构发布解散命令,而拒不服从该命令的;第330条也属于类似情形。由此观之,无论是典型的、完整的要素形态,还是非典型的、需补充的要素形态,都可以被统一把握为“经……,而拒不履行……”的罪状结构。这一结构表明,行为人单纯实施前部的违法行为,并不成立犯罪。立法者在行为人前部违法的基础上,施加某种程序性措施以期纠正,并结合行为人在此程序中的表现——即是否履行了法秩序所期待的后续行为来决定是否成立犯罪。就此而言,此类因素是犯罪成立条件中的必要构成部分,不经此要素的判断,则无法获得最终的实体认定结论。因此,本文将此类要素称为“程序性犯罪构成要素”。

在既有研究中,有学者已关注到上述立法现象,并尝试概念化地提炼。例如,赵运锋教授将之称为“程序性要素”,<sup>③</sup>卢勤忠教授则称为“程序性构成要件要素”<sup>④</sup>。赵运锋教授之所以将其称为“程序性要素”,是因为可通过这种要素,对犯罪故意、主观超过要素等主观事实进行推定和说明,以有效降低诉讼程序上的证明难度。<sup>⑤</sup>可见,他强调的是此类要素在证据法上的程序性价值,同时否认其实体法上的裁判功能。而在笔者看来,尽管此类要素的确具有一定的程序性价值,如程序流程的动态引导、追诉时效的附随确定等,但如下文所述,其对于主观要素的证明指引功能却难以被肯定。更为紧要的是,此类要素具有实体法上决定行为可罚性之关键意义,是达致最终实体判断结论时不可逾越的判断要素,因此,在根底上应归属于犯罪成立的实体判断框架。就此而言,它绝非程序性要素,而是实体性要素,其程序性价值仅仅构成实体法机能之反射而已。而卢勤忠教授已注意到此类要素的实体法性质,并以“构成要件要素”的表述加以肯认。不过,构成要件概念源于德日刑法教义学,常常与违法、责任等范畴对照展开,与阶层论的理论土壤与话语体系难以脱离。考虑及此,笔者更倾向于以“程序性犯罪构成要素”来概括此种中国刑法上的独特立法现象。

## 2. 程序性犯罪构成要素的基本特征

在笔者看来,程序性犯罪构成要素具有如下特质:(1)程序性。所谓“程序性”,意味着某种过程性的中间处置。一方面,包含此类要素的犯罪绝非行为一经实施即告完成的即成犯,而是在前部的违法行为完成之后、整体犯罪成立之前,置入一种过程性的中间安排。如果不经此种中间性的处置,行为就无法最终成立犯罪;另一方面,还要看到,这一中间安排本身也具有程序性的特征,需由相关主体以特定的决策程序作出,并符合相应的程序样式。例如,拒不履行信息网络安全管理义务罪中的“责令改正”,实质上是监管部门的一种行政命令,其必须依托相关监管权限、经由特定的行政决策程序、通过法定的通知形式作出。除行政责令外,行政处罚、税务追缴等也具有类似的程序性质。当然,所谓的“程序性”,未必仅指行政程序,也可能包含如银行催收等民事性的程序行为。(2)补正性。所谓“补正性”,即就程序性犯罪构成要素的规范意图而言,具有恢复、修正的意味。诚然,在程序性犯罪构成要素充足之前,行为人已实施某种先行违法行为,但仅此并不构成犯罪。立法者试图通过此种要素的设置,给予行为人一次补正机会,敦促其履行相关法律义务,修复违法状态,并重返合法的轨道。(3)复合性。所谓“复合性”,即就行为结构而言,程序性犯罪构成要素往往同时包含两种不同行为:一种行为是相关政府机构或行业部门所实施的程序性处置,如行政责令、追缴、催收等行为;另一种行为是面对上述程序性处置,行为人会进一步实施/不实施支付、履行、改正等行为。这两种行为均成为程序性犯罪构成要素的必要组成部分。

由此,设有程序性犯罪构成要素的犯罪在整体上呈现出如下行为结构:行为人的前

<sup>③</sup> 参见前注①,赵运锋文,第131-133页。

<sup>④</sup> 参见卢勤忠:《程序性构成要件要素概念的提倡》,载《法律科学》2016年第6期,第62-63页。

<sup>⑤</sup> 参见前注①,赵运锋文,第130页。

部违法行为+另一主体的程序性处置行为+行为人的后续履行/不履行行为。在此结构中,可进行某种中间项的切割,即将程序性处置行为及行为人的后续行为视为相对独立的整体,而与行为人前部的违法行为区分开来。之所以进行这样的切割,至少有两点理由:从形式上看,行为人后续的履行或不履行行为是对程序性处置的反应,两者相对紧密地联系在一起;而从实质上观察,则是因为这里存在着违法性的二元构造:行为人的前部行为是对法秩序的第一次偏离或抵触;而后续的程序性处置及行为人的回应行为,则构成对法秩序违反状态的进一步强化或恢复。在共同塑造、确证违法最终状态的意义,上,程序性处置与行为人的后续行为应被作为整体来看待。

当然,即便承认此点,也不能忽略这两种行为之间的差异:首要的差异在于行为主体,即程序性处置由第三方主体来实施,而后续的应对行为则由行为人直接实施;这种差异进一步导致两者在行为样式上的区别,即前者具有较为严格的程序性要求,后者则较为宽松自由,两者类似于要式行为与非要式行为的区别;更为紧要的是,如果说行为人的后续行为仍处于前部行为的延伸线之上,并仍可归属于行为人自身,那么,程序性处置则是由另一方主体来完成,其法律效果却直接及于行为人。而在通常的行为构成中,构成要件行为则完全由行为人自己来成就。这使得包含此类要素的犯罪在行为结构上显著区别于其他犯罪,也使得程序性犯罪构成要素与客观处罚条件间的界限变得暧昧不明。

## 二、程序性犯罪构成要素的识别

对此种要素的承认,势必关涉到它与既存教义学范畴之间的关系。特别是其与客观处罚条件、诉讼条件、行政前置性条件等概念之间的差异。由于客观处罚条件具有体系论的意义,其与构成要件阶层的关系仍存在重大争议,因此,本文拟在第三部分中对此问题详加讨论。此处仅探讨程序性犯罪构成要素与诉讼条件、行政前置性条件之间的区分问题。

### (一) 与诉讼条件的区别

在诉讼法上,常常规定着存在管辖权、合法起诉等诉讼条件。而在实体刑法中,也存在着“告诉才处理”“追诉时效”等诉讼条件。整体观之,诉讼条件是追诉开展的前提,是诉讼程序得以有效组织、运作的基础。然而,一方面,程序性犯罪构成要素与诉讼条件类似,都具有程序性的特征;另一方面,即便是纯粹的程序组织条件,也会对实体形成产生投射性的影响。因此,诉讼条件与程序性犯罪构成要素之间较易混淆。

不过两者的区别仍然存在:(1) 程序性犯罪构成要素是决定行为实体可罚性的要素,如欠缺此种要素,只能作出无罪判决。而诉讼条件是追诉程序得以开展和组织的条件,如缺乏此种条件,则应当中止诉讼。显然,无罪判决与中止诉讼的宣示价值和社会感受迥异,前者意味着规范意义上的正名与清白,而后者只是阻碍了追诉程序的进一步开展,并非法律声誉的正面恢复。(2) 因欠缺程序性犯罪构成要素而形成的无罪判决,是案件的最终实体结论。这一判决已经穷尽了追诉权,在不考虑审级制度的前提下,具有确定力、拘束力和执行力。与此相对,诉讼条件的缺乏只是形成了诉讼障碍,并不能导致

整个追诉权的耗尽。在后续的发展中,如果诉讼条件再度满足,诉讼障碍得以消除,追诉之路就可以重新开启。(3)两者在证明标准上有明显差异。对于诉讼条件而言,通常适用自由证明的标准。而程序性的犯罪构成要素无论在犯罪论体系上如何定位,都必须适用严格证明的标准。<sup>⑥</sup>

## (二)与“未经行政审批”“未经行政许可”的区别

基于刑法的保障法地位,在许多罪名的设置中,出现了“未经行政审批”“未经行政许可”等前置性要素。例如,《刑法》第336条非法行医罪中的“未取得医生执业资格的人非法行医”;第225条非法经营罪中的“未经许可经营法律、行政法规规定的专营、专卖物品”等。应当看到,无论是行政审批还是行政许可,均具有程式性的特征,且同时关涉到行政主体与相对人之行为,因而有必要与程序性犯罪构成要素加以区分。

在笔者看来,两者的主要区别在于:(1)就行为的违法性而言,是前置性因素还是嗣后性因素?不难看到,“未经行政审批”“未经行政许可”是行为违法的前提与根据。质言之,在这些罪名中,行为的违法性正是建立在违反行政审批、行政许可的基础之上,如事先已通过行政审批或行政许可,则并无违法性成立之余地;而对于程序性犯罪构成要素而言,行为人的前行为已事先抵触法秩序,其违法性并不依赖于此种要素的充足。当然,这并不意味着程序性犯罪构成要素对违法性不产生影响,而只是说这种影响是在行为已违法基础上的进一步塑造。对于前行为所产生的违法性而言,程序性犯罪构成要素并无参与性的影响,构成了某种嗣后性因素。(2)就行为的刑事可罚性而言,到底构成积极根据还是消极根据?显然,“未经行政审批”“未经行政许可”是作为一种正面的、支撑可罚性的条件,是产生可罚性的积极根据。而程序性的犯罪构成要素则具有补正性的特征,其试图通过程序性措施修正已造成的违法状态,并重建法和平。就此而言,它对可罚性的加工,主要体现为回溯性地挽回与排除,从而控制刑罚权的最终发动,也因此其构成刑事可罚性的消极根据。

## (三)与“行政处罚后又实施”的区别

所谓“行政处罚后又实施的”,即指经过一定次数的行政处罚后仍实施类似行为,而引起刑事处罚的情形。例如,《刑法》第153条规定,“一年内曾因走私被给予二次行政处罚后又走私的”;2017年,《最高人民法院、最高人民检察院关于办理组织、利用邪教组织破坏法律实施等刑事案件适用法律若干问题的解释》第2条规定,“曾因从事邪教活动被追究刑事责任或者二年内受过行政处罚,又从事邪教活动的”。<sup>⑦</sup>

应当看到,在走私普通货物物品罪等相关罪名中,“行政处罚后又实施的”通常只是选择性的行为构成之一:符合数额要求的可以独立成罪;不符合数额要求,但具备“行

<sup>⑥</sup> 参见杜宇:《犯罪构成与刑事诉讼之证明——犯罪构成程序机能的初步拓展》,载《环球法律评论》2012年第1期,第102、104页。

<sup>⑦</sup> 《刑法》第201条逃税罪中规定的“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”并不属于此类情形。这一规定仅意味着,五年内因逃税受过二次以上行政处罚后又实施逃税行为的,不能适用初犯免责条款而已,未必便一定构成犯罪,因而有明显差别。

政处罚后又实施的”,也可以构成犯罪。如果单独观察,行政处罚后再次实施的行为可能并不符合数额要求,因此,孤立来看,不具备刑事可罚性,而仅仅构成再一次行政处罚的对象;而综合来看,即便就其前后数行为的犯罪数额进行相加,也可能未达数额要素之门槛。由此推断,立法者之所以赋予后续行为以刑事可罚性,绝不仅仅是因为这一行为本身的客观不法程度,也不仅仅是因为数次行为在累积后达到可罚的客观不法程度,而是因为行为人反复实施类似行为,且即使已通过行政处罚加以警告,行为人仍然冥顽不化地站在法秩序对立面的主观不法属性。<sup>⑧</sup>

如上述理解正确,那么,经历过一定次数的行政处罚,正是再次实施的后续行为具备刑事可罚性的基础。如果不存在前部的行政处罚经历,就缺乏与后续行为相对照的客观基础,也无法以此种持续性的不法行为为根据和界限,去观察和抽象出行为人主观的不法人格。就此而言,经历过一定次数的行政处罚,正是刑事可罚性的积极根据而非消极根据,是主观见之于客观的根据,而非纯粹的客观根据。这也构成了它与程序性犯罪构成要素的根本区别。

与上点相连,另一衍生性的区别是,是否允许以司法解释的形式来规定相关内容。之于“行政处罚后又实施”而言,饱受诟病的一点即是,如以司法解释的形式加以设置可能违反罪刑法定原则。例如,在《刑法》第175条中,高利转贷罪的构成要件是“以转贷牟利为目的,套取金融机构信贷资金再高利转贷给他人,违法所得数额较大的行为”。立法者并未规定“数额较大”标准之外的其他行为构成。然而,2010年《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)》第26条却规定,“虽未达到上述数额标准,但两年内因高利转贷受过行政处罚二次以上,又高利转贷的”,也应立案追诉。显然,当立法中缺乏设置时,单纯以司法解释的形式加以规定,可能意味着超越解释限度,而进行了实质性的立法修改。更为关键的是,作为某种刑事可罚性的积极根据,“行政处罚后又实施”这一罪状的新设,是一种不利于行为人的刑罚扩张。它意味着,在立法规定的“数额较大”这一标准之外,又增加了某种新的入罪途径与可能,因而难以令人接受。相较而言,程序性犯罪构成要素是一种刑事可罚性的消极根据,如通过司法解释来设置,即使其一定程度上超越了解释权限,也构成有利于行为人的法律续造。

### 三、程序性犯罪构成要素的体系定位

#### (一) 既有学说的归纳与反思

作为一种影响犯罪实体认定结论的要素,程序性犯罪构成要素不应成为体系上的游魂。由此,如何在犯罪成立判断体系中对其进行妥当归位,就成为不可回避的问题。对

<sup>⑧</sup> 这一思路已被学者所注意,并称之为“人的主观不法”。如在“蚂蚁搬家式”的走私中,往往单次数量较少,但多次实施,行为人具有特殊的主观不法属性。参见胡剑锋:《“行政处罚后又实施”入罪的反思及限缩》,载《政治与法律》2014年第8期,第45页。

这一问题的理解,学界存在激烈争议,主要有“构成要件要素说”“客观处罚条件说”、“标识说”“程序性要素说”等代表性观点。

### 1. 构成要件要素说

在中国刑法学界,卢勤忠教授较早讨论了程序性构成要件要素的概念与体系定位问题。他在2016年发表的论文中指出,尽管在“程序性”方面有其特色,程序性构成要件要素仍具有类似于客观处罚条件的性质。然而,由于我国犯罪构成体系与大陆法系不同,在我国刑法分则罪状中规定的所有内容都必然是犯罪构成要件要素,而不可能存在犯罪构成要件之外的要素。<sup>⑨</sup>由此,立足于不同的体系背景,卢勤忠教授对该要素进行了差异化定位:在我国四要件体系下,该要素是犯罪构成要件要素;而在大陆法系的阶层论体系下,该要素则可定位于客观处罚条件。

在最近发表的论文中,卢勤忠教授的观点似乎发生了较大转变。他明确指出,客观处罚条件应当是行为成立犯罪的条件,而不是一种处罚阻却事由。尽管程序性附加条件也具有限制处罚的功能,体现了刑法的谦抑性,但它与客观处罚条件仍有本质的不同。它应被理解为犯罪客观要件的内容,不能被理解为刑罚论内容。<sup>⑩</sup>在他看来,之所以不能将程序性附加条件理解为处罚阻却事由,主要基于三点理由:一是程序性的附加条件在整体上依附于客观行为要素;二是将其理解为处罚阻却事由不符合公众的心理感受;三是将其理解为处罚阻却事由会导致追诉时效起算的提前。

经前后对比不难发现,在四要件体系中,卢勤忠教授始终将此类要素定位于客观的构成要件要素,定位于犯罪论而非刑罚论的内容,且逻辑一贯。但是,在阶层论体系中,此类要素与客观处罚条件间到底是“类似性质”还是存在“本质不同”则显得观点游移。不过,卢勤忠教授虽然在这一问题上较为犹豫,但将此类要素置于犯罪成立的判断体系之内,却始终被其所坚持。而从论证逻辑上看,尽管其论文详尽分析了程序性附加条件与处罚阻却事由的差异,但其同样将客观处罚条件定位在犯罪成立体系之内,并与处罚阻却事由明确区分。这样一来,程序性附加条件与处罚阻却事由的区别,并不能直接等同于程序性附加条件与客观处罚条件的区别。相反,由于程序性附加条件与客观处罚条件同处于犯罪成立体系之内,两者的关系不是更为疏远,而是更为紧密,因而需要更为细致的辨析。这一辨析既涉及程序性附加条件与客观处罚条件间的关系,也涉及程序性附加要件与构成要件间的关系。只有在上述两个维度上加以清晰阐明,才能最终明确程序性附加条件在阶层论体系中的基本定位。但遗憾的是,在上述两个维度上,卢勤忠教授均未充分展开与详尽说明。

### 2. 客观处罚条件说

张明楷教授是“客观处罚条件说”的提倡者。《刑法》第201条第4款规定,“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

<sup>⑨</sup> 参见前注④,卢勤忠文,第65页。

<sup>⑩</sup> 参见卢勤忠:《程序性附加条件与客观处罚条件之比较》,载《法学评论》2021年第1期,第71页。在概念使用上,卢勤忠教授也从“程序性构成要件要素”转换为“程序性附加条件”,但并没有对这两种概念间的关系加以阐明。

罚的,不予追究刑事责任”。对此,张明楷教授主张,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,只是尚不能发动刑罚权而已;只有在不符合第201条第4款所规定的“不予追究刑事责任”的条件时,才能追究刑事责任。职是之故,《刑法》第201条第4款具有消极的客观处罚条件的性质。而所谓消极的客观处罚条件,实际上就是处罚阻却事由,即对已经成立的犯罪阻止发动刑罚权的事由。同时,张明楷教授明确反对将该款视为逃税罪的构成要件要素。在他的理解中,处罚阻却事由常常是在犯罪行为实施之后才出现,并可以回溯性地消除已经成立的可罚性。它只是阻止刑罚权的发动,却并不影响犯罪本身的成立。<sup>⑪</sup>相反,构成要件与违法性、责任一起,是决定行为是否成立犯罪的前提条件。在《刑法》第196条第2款的讨论中,张明楷教授继续坚持类似观点。<sup>⑫</sup>但是,无论在阶层论体系下,还是在我国刑法理论体系下,“客观处罚条件说”都存在论理上的缺陷:

第一,立基于阶层论的体系背景,这一观点对客观处罚条件之体系位置、功能定位的理解存在失误。张明楷教授认为,根据刑法理论的通说,客观处罚条件是基于一定的政策理由而设,与犯罪的成立要件没有关系。<sup>⑬</sup>换言之,客观处罚条件只是决定刑罚是否发动的因素,即使欠缺客观处罚条件,也只是阻止了刑罚的实际发动,并不影响犯罪本身的成立。然而,如果认真梳理客观处罚条件在阶层论中的体系地位争议就会发现,争论主要发生在构成要素说、独立的第四阶层说及两分说之间。换言之,争议的焦点在于客观处罚条件与构成要件阶层之间的关系,即到底是将客观处罚条件还原为构成要件要素,还是将其视为独立于构成要件、违法性与有责性的第四阶层,抑或进行分配性地处理。值得注意的是,尽管存在上述争议,但潜藏于后的公允性共识却是:客观处罚条件始终是一种决定犯罪是否成立的条件,应当在犯罪论而非刑罚论之内加以定位。由此,德国学界一般认为,客观处罚条件是可罚性的实质前提,如缺乏客观处罚条件,则应排除行为的可罚性。这里的“排除可罚性”或“不可罚”,并不是单纯阻断刑罚的意思,而是犯罪在根本上不成立,应对行为人作无罪判决。在德国,即便在使用构成要件该当性、违法性、有责性的框架来判断犯罪时,也同样是以“是否可罚”为最终结论的。这意味着,德国的可罚性概念相当于中国的犯罪成立概念,客观处罚条件并不是犯罪成立后对刑罚起作用的客观事实,而是决定犯罪是否成立的实质要素。<sup>⑭</sup>

第二,立基于中国的实定法规定与理论体系,客观处罚条件说也不妥当。虽然在德国刑法上,犯罪成立与刑罚发动间的分离观念并不普遍,但就中国刑法而言,这种分离的可能性却被立法与理论所广泛承认。张明楷教授将处罚阻却事由明确区分为两种情形:“阻却刑罚处罚”与“阻却刑事责任追究”。这一区分的基准在于:在“阻却刑罚处罚”的情形中,依然可能启动刑事诉讼程序,但不得对行为人科处刑罚,此即免于刑罚处罚的

⑪ 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,第38-39页。

⑫ 参见前注②,张明楷文,第147页。

⑬ 参见前注⑪,张明楷文,第38页。

⑭ 参见王钰:《罪责原则和客观处罚条件》,载《浙江社会科学》2016年第11期,第50页。

事由;而在“阻却刑事责任追究”的情形中,则不得启动刑事诉讼程序(不得立案、起诉和审判),《刑法》第201条第4款的规定就是如此。<sup>⑮</sup>但问题是,根据中国刑法学界的通说,犯罪一旦成立,便在实体上负有刑事责任;犯罪如果不成立,则在实体上不负刑事责任。质言之,犯罪与刑事责任在实体法上是某种共生关系,不存在犯罪成立但却不成立刑事责任的逻辑空间。由此可以看到:在“阻却刑罚处罚”的情形中,犯罪仍可能成立,也完全可能以单纯宣告有罪、非刑罚方法等其他方式来追究刑事责任,当然不能阻断追诉程序的开展;而在“阻却刑事责任追究”的情形中,则是因为行为在实体上不成立犯罪,因而在程序上不予追诉。职是之故,《刑法》第201条第4款规定的“不予追究刑事责任”,不仅意味着程序上不得立案、起诉和审判,而且是在实体上不具备犯罪的成立条件。在中国刑法的语境中,“不予追究刑事责任”实质上就是一种“犯罪阻却”,其既不能被理解为“刑罚阻却”,也不能被理解为犯罪在实体上成立,但却在程序上阻断刑事责任的追诉(即“追诉程序之阻却”)。因为在后一维度的理解中,不仅可能与诉讼条件相混淆,而且会打破犯罪与刑事责任间的实体连接关系。

### 3. 标识说

有观点认为,程序性处置的规范功能在于,对构成要件行为及责任身份加以标定,本文称之为“标识说”。在对构成要件要素说与客观处罚条件说加以反驳的基础上,这一学说认为,行政程序性条件的实体功能有二:(1)在不法层面,行政程序性条件并不为行为的违法性提供根据,而是对犯罪的构成要件行为加以标识;(2)在责任层面,行政程序性条件标明了行为人的责任身份,为行为人的可非难程度的升高提供基础。<sup>⑯</sup>具体而言,一方面,行政程序性条件是两种不同性质行为的分界:行政执法之前的行为是一般违法行为,行政执法之后的行为是犯罪的违法构成要件行为。换言之,行政执法之前的行为尚未进入刑法评价的范围,不属于违法构成要件的内容。作为刑法范畴的构成要件行为需要从行政执法之后开始“起算”,此即对构成要件行为的标识功能。另一方面,行政程序性条件也标识着行为人的身份,即受到过行政处理之身份。行政执法之后的行为,乃行为人以受过行政处理之身份为之,而行政执法之前的行为却并非如此。在该学说看来,此种受过行政处理之身份应定位为一种责任身份而非违法身份,具有止于一身之效果,并且可以较为顺畅地解决共犯认定问题。<sup>⑰</sup>“标识说”具有一定新意,且致力于提供体系性的解决方案。但这一学说的缺陷也是明显的。

第一,这一学说割裂了行为的整体结构。在“标识说”看来,只有行政处置之后的不履行行为才是真正的构成要件行为,而行政处置之前所实施的行为则只构成一般违法行为。此种观点与客观处罚条件说恰恰相反。在后者看来,前行为已经构成完整意义上的违法构成要件行为,后行为则完全与违法构成无关,仅仅是基于刑事政策的考量而设置的处罚阻却事由。而在笔者看来,在包含此类要素的犯罪中,通常呈现为前行为+程

<sup>⑮</sup> 参见前注⑪,张明楷文,第39页。

<sup>⑯</sup> 参见高磊:《论犯罪成立的行政程序性条件》,载《东方法学》2020年第3期,第130页。

<sup>⑰</sup> 参见前注⑯,高磊文,第130-132页。

序性处置 + 后续的不履行行为之三段式结构。不难发现,标识说的问题在于,只重视后部的不履行行为,彻底忽略了前行为的违法构成意义,进而对犯罪的整体行为结构有所误认。一方面,应当看到,对于刑法而言,不可能对一种无关刑事不法的、纯粹的一般违法行为加以规定。只要被规定在刑法之中,前行为就具有刑事违法性上的构成性价值。另一方面,更应当看到,前行为是行为违法性的基础与重要来源,如果不存在这一行为,就不可能存在相应的行政责令或行政处罚,也不可能存在后续的不履行行为。就此而言,前行为是行为不法的先导性、奠基性因素,是整体行为不法的基本组成部分。

第二,这一学说忽视了前行为本身的类型性意义。事实上,前行为对于整体的违法构成而言并非无关紧要,而是具有型塑构成要件行为轮廓之价值。例如,就拒不支付劳动报酬罪而言,并不是任何不支付劳动报酬的行为都构成犯罪,而是必须“以转移财产、逃匿等方法逃避支付劳动者的劳动报酬”或者“有能力支付而不支付劳动者的劳动报酬”的,才有可能构成犯罪。这里,无论对“转移财产、逃匿等方法”与“有能力支付而不支付”的关系如何解读,<sup>⑮</sup> 这些要素对于本罪的行为方式均有不可或缺的加工意义。离开这些要素,本罪的行为类型将不可避免地变形。此外,在逃税罪、恶意透支型信用卡诈骗罪等其他犯罪中,这一加工价值也可获得印证。例如,对于逃税罪而言,其行为构成绝非仅由是否“补缴应纳税款、缴纳滞纳金、已受行政处罚”来决定,相反,“纳税人采取欺骗、隐瞒手段进行虚假纳税申报或者不申报”的行为,才是逃税行为的本体,其对于逃税行为的定型性建构至关重要。

第三,这一学说将行政程序性条件作为责任身份之标识也存在问题:(1)在该学说看来,行政程序性条件的满足,意味着后续行为是以“受到行政处理之身份”而为之,这是一种责任身份而非违法身份。但事实上,责任身份与违法身份的区分主要在共犯认定中有其价值,而此处需首先解决的是程序性条件在单独犯中的体系定位问题。(2)这一学说将责任标识与责任要素本身相混淆。在该说看来,程序性条件是一种责任身份的“标识”。亦即,通过“受到行政处理的身份”下的不作为,可识别出行为人特殊预防必要性的增加与责任程度的提升。但问题是,如采取功能责任论,则预防必要性与罪责一起构成责任阶层的两根支柱,它是责任的实体构成部分而非仅为其“标识”;<sup>⑯</sup> 如果不采取功能责任论,预防必要性就是外在于犯罪论的因素,仅在刑罚论中发挥作用,无论如何,都与责任“标识说”的理解不符。而从后文的论述观察,论者排斥“量刑要素说”,并认为行政程序性条件的实施表明行为人责任程度的提高。这里,论者阐述中的程序性条件已不再是一种“标识”或责任判断的间接资料,而是本身已成为一种责任要素,表

<sup>⑮</sup> 参见王海军:《拒不支付劳动报酬罪的规范性解读——基于“双重法益”的新立场》,载《法学评论》2013年第5期,第124页。

<sup>⑯</sup> 雅科布斯和罗克辛采取了不同构造的功能责任论,在其功能化的责任观中,不仅功能的指向与任务有所不同,而且预防必要性的内部构成也有明显区别。在雅科布斯那里,责任阶层仅关注一般预防的必要性,特殊预防并非其构成部分;而在罗克辛那里,特殊预防与一般预防均不可舍弃。但作为共同点,预防必要性均被作为责任论的构成内容来加以把握。

明责任程度之高低;(3)如将程序性条件视为责任要素会违反责任的性质与基本原理。这是因为,无论是程序性条件的实施还是行为人的不作为,都应归属于客观意义上的行为范畴,难以被直接理解为责任要素。即便认为客观行为对于责任程度具有判断上的表征价值,也难以否认这些客观行为的首要意义仍应归之于不法层面,因为它对本罪的行为构成具有定型性的价值,对不法及其程度具有说明意义。而从时间维度考量,程序性处置及行为人的不作为均晚于前部的违法行为。如果前行为作为构成要件行为的意义不可否认,就难以认为构成要件行为实施之后再浮现出责任要素,这明显违反了“行为与责任同时存在”的原理。

第四,即便认为行政程序性条件属于违法构成要件要素,也不会产生故意规制机能上的失调和犯罪形态认定上的不合理。关于这两个问题的分析,将在本文第四部分详尽展开。

#### 4. 程序性要素说

赵运锋教授认为,有些刑法条文罪状中的法律要素既不是构成要件,也不是客观处罚条件,而是属于“程序性要素”,需要从诉讼程序的角度对其进行研究。这种“程序性要素”并不是犯罪的成立要素,而是对主观要件的证明。<sup>②①</sup>如果说,“构成要件要素说”“客观处罚条件说”及“标识说”等均立足于实体层面来探讨此类要素的体系定位,那么,“程序性要素说”则独辟蹊径,将这种要素的性质定位于纯粹的程序性侧面。质言之,设定这类要素的立法目的在于,对犯罪主观要素的证明途径加以指引。例如,在恶意透支型信用卡诈骗罪中,立法者之所以规定“经发卡银行催收仍不归还”,是为了以此证明行为人主观上具有“非法占有目的”。尽管难以否认,诉讼证明在间接意义上也服务于犯罪成立的实体判断,但是,此类要素的直接功能指向仍然是程序性的证明问题。然而,在笔者看来,此种定位可能面临下述疑问:

第一,针对“非法占有目的”这样的要素,为什么需要在立法上指示其证明途径?诚然,构成要件并非罪状的全部内容,客观处罚条件、诉讼条件等都可能罪状中被描述。<sup>②②</sup>但是,在实体刑法上单独设置纯粹的证明性要素,并以此指示主观要素的证明路径,还是相当罕见和突兀的。一方面,如果将此种要素仅理解为证明指示要素,将使得主观要素与相应程序性要素之间的界限在实质上消失,因而有违构成要件解释的“禁止消融原理”。亦即,当程序性要素的存在仅仅是为推定“非法占有目的”而服务时,就会使得这两种要素形成实质的重叠关系,也会使得程序性要素失去独立存在的价值。根据“去界限之禁止规则”,对特定要素的解释,不能使其完全消融在其他要素之中,从而导致在其他要素实现时,此要素也必然跟着实现。<sup>②③</sup>这样的解释方案,实际上使得特定要素作为

<sup>②①</sup> 参见前注①,赵运锋文,第132-133页。

<sup>②②</sup> 参见高仕银:《罪状、构成要件与犯罪构成——概念梳理、关系考察与性质厘清》,载《政治与法律》2010年第8期,第88页。

<sup>②③</sup> 参见薛智仁:《刑法明确性原则之新定位:评介德国联邦宪法法院之背信罪合宪性裁定》,载《台大法学论丛》2015年第2期,第608-609页。

要素的意义被消解,亦使得立法者通过特定要素所构筑的禁止界限在实质上被取消。另一方面,即便立法上不设置这样的证明指引要素,对“非法占有目的”的证明也没有特别困难。根据2018年《最高人民法院、最高人民检察院关于修改〈关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释〉的决定》之规定,“对于是否以非法占有为目的,应当综合持卡人信用记录、还款能力和意愿、申领和透支信用卡的状况、透支资金的用途、透支后的表现、未按规定还款的原因等情节作出判断。”其后,在该解释第6条第3款中,又紧接着规定了可推定存在“非法占有目的”的六种具体情形。<sup>②</sup>其中,前两项足以证明持卡人在透支时就具有非法占有目的,后四项则以行为人透支后的表现、透支资金的用途等作为基础事实,来推定非法占有目的的存在。毋庸置疑,“非法占有目的”存在于行为人的内心,是较难证明的主观心理情状。但是,其仍然可以通过上述各种客观资料的综合判断来加以证明。因此,即使认为“经发卡银行催收后仍不归还”可作为“非法占有目的”之判断依据,但如果其他基础事实也足以完成这一推定性证明,就未必需要“经发卡银行催收后仍不归还”这一特别的立法规定。

第二,以所谓的“程序性要素”推定性地证明行为时具有“非法占有目的”,是否存在时间错位与效度失灵?依照“程序性要素说”的观点,程序性措施的实施及行为人后续的不履行行为仅具有程序意义上的证明指引功能,并非实体意义上的构成要件行为。如此一来,行为人前部实施的违法行为,如偷税行为、透支行为等,便是完整意义上的构成要件行为。基于“行为与责任同时存在”的原理,“非法占有目的”应指向的是前部的构成要件行为,即需要证明在前部的透支行为发生时行为人具有“非法占有目的”。但显而易见的是,在发卡银行发起催收程序后,行为人的支付/不支付是某种嗣后行为。此种嗣后表现对于透支行为发生时是否具有非法占有目的难有证明价值:一方面,行为人事后的归还行为并不能说明行为人透支时不具有非法占有目的,完全可能存在透支时意图非法占有,但透支后基于对刑罚的恐惧、后悔等动机而归还贷款的可能。另一方面,行为人事后的不归还行为也不能说明透支行为发生时便具有非法占有目的,行为人完全可能在透支时意图归还贷款,但事后基于各种变故失去还款能力而难以归还。将事后的归还/不归还行为作为透支行为时是否具有“非法占有目的”的证明基础,不仅存在时间上的错位,而且存在效度上的失灵。

第三,所谓的“程序性要素”,是否仅具有证明性的程序功能?换言之,即使承认其具有指示证明路径、减轻证明负担之功能,是否就无需考虑其他的程序法价值或实体性功能?在笔者看来,一方面,在程序流程的动态引导、追诉时效的附随确定等方面,此类要素同样具有重要价值,应对其程序性机能有更全面的理解和把握;另一方面,更为重要

<sup>②</sup> 该解释第6条第3款规定:“具有以下情形之一的,应认定为《刑法》第一百九十六条第二款规定的‘以非法占有为目的’,但有证据证明持卡人确实不具有非法占有目的的除外:(一)明知没有还款能力而大量透支,无法归还的;(二)使用虚假资信证明申领信用卡后透支,无法归还的;(三)透支后通过逃匿改变联系方式等手段,逃避银行催收的;(四)抽逃、转移资金,隐匿财产,逃避还款的;(五)使用透支的资金进行犯罪活动的;(六)其他非法占有资金,拒不归还的情形。”

的是,此种要素在根本上仍定位于实体法要素。在“程序性要素说”那里,此类要素仅是对主观要素之证明途径的指示,其不具有独立的、影响犯罪成立的实体性价值。但毫无疑问的是,如果行为人在程序性处置后积极地履行了相关义务,就不可能成立犯罪。因此,此类要素实际上具有决定行为可罚性之关键意义,是达致最终的实体裁判结论时不可逾越的判断要素。

## (二) 本文的观点

### 1. 实体性要素而非程序性要素

在笔者看来,此种要素首先是实体要素。考夫曼教授曾指出,判断一个要素是归于程序法还是实体法,要依据以下标准:“刑罚的发生或者不发生,在没有诉讼的前提下,必须依赖于这些法律性质有疑问的要素,还是跟这些要素无关。”<sup>②④</sup>秉承这一“除去式”的判断方式,我们需要思考:假设去除程序开展的因素,行为的实质可罚性是否与这一要素相关?

第一,应当承认,当行为人在程序性处置中及时、充分地履行了相关义务时,刑罚权不可能发动。此时,并不是因为存在追诉障碍而暂停程序的开展,而是应明白无误地作出无罪判决,这是对行为在实体上不具有实质可罚性的明确宣告。

第二,此类要素尽管具有程序性的外观,但其核心仍然是实体上的可罚性判断。应当承认,无论是行政处罚、行政命令还是民事催收,均需由特定主体以相应决策程序作出,因而均具备一定的程序性特征。但是,这些程序均是以实体性问题的处置为旨归,程序本身不过是作出实体处置的过程与经过而已。进一步地,在行政命令、行政处罚或监管整改等处置程序中,行为人的拒不履行也可能意味着某种新的实质可罚性根据的确立。这是因为,经由相关的程序性处置,一方面确认了前部行为的违法状态,另一方面更向行为人明确了特定的作为义务。而程序性处置中,行为人的不履行行为实际上具有双重的违法属性,即同时构成对前置法义务的违反与对行政规制本身的违反。例如,在《刑法》第286条之一拒不履行网络安全管理义务罪中,当监管部门责令采取改正措施时,实际上具有强制性的行政合规意味。行为人拒不履行的行为,不仅是对网络安全管理义务的继续违反,而且也是对此种具体行政规制行为的直接对抗。这种对行政命令、行政规制的违反与对抗,不仅使得法益侵害的类型有所增加,而且使得违法程度进一步攀升。也因此,其构成了发动刑事制裁时不可忽视的实质根据之一。

第三,对这一要素是否具备而言,需要运用相关证据加以严格证明。诸如有效的行政责令或银行催收是否存在,行为人在期限内是否履行了相关义务等,都需要通过适格证据并排除合理怀疑地加以证明。诚然,待证对象不仅仅包含实体性事实,也包含程序性事实。但作为待证对象的程序性事实,如涉及回避、强制措施、诉讼期限的事实,并不涉及对案件实体的直接探知,而只是对合理组织诉讼程序具有意义,本文所讨论的程序

<sup>②④</sup> Hilde Kaufmann, Strafanspruch, Strafklagerecht: die Abgrenzung des materiellen vom formellen Strafrecht, 1968, S.134.

性犯罪构成要素显然不属于此。<sup>②⑤</sup>而就证明标准来看,程序性事实的证明通常较之构成事实有所缓和,并不需要严格程度的证明,这与程序性犯罪构成要素的证明要求亦有明显差异。因此,从这一要素的待证属性及证明程度考量,此类要素也应定位于实体法要素,而非程序性要素。

## 2. 客观的构成要件要素

如果承认,尽管此类要素具有程序性的外观,但其核心仍然是实体上的可罚性判断,那么,它就应当定位于犯罪论体系之内,并作为一种犯罪成立的判断要素。由此,以下问题便不可避免:此种要素与不法之间到底是何种关系?它是一种与不法评价直接相关的要素,还是一种与不法评价相分离的要素?在阶层论的语境下,这涉及到底是将其作为构成要件要素还是客观处罚条件来理解的问题;而在四要件体系下,则涉及归位于何种具体构成要件之中的问题。在笔者看来,程序性犯罪构成要素是一种客观的构成要件要素。这主要是基于以下考量:

第一,这一要素在整体上体现为行为人的客观行为。如上所述,在包含此种要素的犯罪中,通常呈现出三段式的行为结构。其中,程序性犯罪构成要素包含了程序性处置及行为人的后续行为。表面来看,程序性处置是第三方实施的行为,其不能归属于行为人。但实际上,此种程序性处置与行为人的行为具有高度依存性。因为,一方面,程序性处置由行为人前部违法行为所引发,是一种在事理与规范上均属相当的应对措施;另一方面,此种程序性处置又构成我们理解行为人后续行为的必要参照,使得其不履行行为的规范属性得以显现。就此而言,程序性处置既构成了前行为的自然结果,又构成了后行为的义务违反根据,在犯罪行为的发展过程中,实际上起到了承上启下的桥梁作用。应当承认,程序性处置的确是由第三方所实施,并不能将其直接视为行为人本人的行为;但是,一旦脱离了行为人的行为,此种程序性处置将变得毫无依凭,其规范意义也将被彻底遮蔽。此外,需要指出的是,此种程序性处置不能被理解为第三人的“中介行为”,特别是异常的介入因素。因为,无论是从前行为所创设的法益侵害风险来考察,还是从前行为与程序性处置间的相当关系来考虑,抑或从程序性处置之于后续法益损害的作用力来判断,都无法得出上述结论。

第二,这一要素与客观行为的定型性高度相关。在上述的行为结构中,以程序性处置为中点,行为人的行为被区隔为前后两段。后部行为以前部违法行为的存在为前提,不可能单独存在;前部行为尽管可独立实施,但单纯实施前部行为并不能成立犯罪。此处,程序性处置的施加,不仅意味着某种程序意义上的节点,而且意味着某种实体意义上的分岔点:行为人既可能改变之前的行为样态与因果历程,朝着法秩序所期待的方向履行义务;也可能维持之前的法敌对状态,以不作为的方式继续偏离法规规范之期待,并使得法益侵害风险进一步发展与现实化。这种实体上的不同发展样态,对最终的行为定性与

<sup>②⑤</sup> 此外,对于证据事实是否属于证明对象亦存在争议。即便认为程序性犯罪构成要素所对应的事实是一种证据事实,多数说也认为,证据事实并不属于证明对象。

规范评价而言将产生完全不同的结论。由此可知,程序性犯罪构成要素的存在具有分殊化、具体化的行为描述机能,对整体行为构成的轮廓确定具有定型意义。

当然也存在对立观点。例如,张明楷教授立基于违法类型说,认为只有表明违法行为类型的特征才属于构成要件要素。如就恶意透支型信用卡诈骗罪而言,张明楷教授认为仍然是信用卡诈骗罪的一种,应具有诈骗罪的客观行为结构,即“欺骗行为——陷入错误认识——基于错误认识而处分财物——一方获益、另一方受损”。当行为人怀着非法占有之目的,隐瞒自己不想归还的内心事实而透支借款时,就已经符合上述行为结构,而“经发卡银行催收后仍不归还”则完全不属于诈骗罪客观行为结构的内容。<sup>②6</sup>

不难发现,这一观点是将普通诈骗罪的客观行为结构奉为一尊,并将之视为信用卡诈骗罪行为类型之模板。但问题是,恶意透支型的信用卡诈骗罪是一种特殊的诈骗罪类型,其行为定型完全可能有所偏离。事实上,在原来的客观行为类型的基础上,再添附新的要素或条件,以形成修正的行为类型与形象,乃是特别法上的常态。这种特殊要素的添加,并不局限在行为对象、手段、结果等要素之上,<sup>②7</sup>而是完全可以在行为样态或方式上有新的创设。就本罪而言,透支是信用卡的基本功能,也是其商业经营与使用的常态。在透支获取贷款时是否具有非法占有目的,虽然在主观上存在区别,但在客观行为上却具有一致性。与之相较,在规定的时间内归还贷款,却是发行信用卡的预期目标与安全保证。同时,行为人是否归还贷款,不仅在行为样态上有明显区别,而且对于发卡行财产法益的保护具有关键意义。在前部透支行为具有外观相似性的前提下,通过是否如期归还的后部行为加以分殊处理,不仅与信用卡的商业运作模式契合,而且有利于区分和限制处罚范围。因此,有必要将后部行为视为其行为定型的必要部分来加以把握。上述分析亦表明,实行行为的类型轮廓依赖于立法上的描绘而具体形成。与普通类型相比,特别犯的行为定型完全可能具有一定程度的相对性。

第三,与上点相连,这一要素的设置具有明显的行为指引功能。构成要件是立法者所设定的命令或禁止规范的体现,具有指引公民日常行为、划定自由边界的重要功能。如上所陈,立法者通过程序性犯罪构成要素的设置,试图呼吁行为人及时履行义务,再次返回法和平的轨道。这具有明显的命令规范特征。只是这种命令规范是一种补充性的命令规范,与基础性的命令规范有一定区别。其主要差异在于:(1) 义务的来源存在区别。对未设置该类要素的犯罪而言,如遗弃罪,其作为义务的来源是婚姻家庭法等前置法上的规定。而在设置了该类要素的犯罪中,不论其命令义务的渊源可最终追溯至何处,程序性犯罪构成要素的设定至少表明,这一命令规范具有刑法上的直接根据。(2) 规范适用的前提不同。对于基础性的命令规范而言,一旦存在义务违反行为,其直接后果就是刑罚制裁。如遗弃罪,只需要存在单纯的遗弃行为即可构成。而对于补充性的命令规范而言,其适用前提恰在于基础性命令规范的失灵。亦即,只有在规范发出的第一次命

<sup>②6</sup> 参见前注②,张明楷文,第150页。

<sup>②7</sup> 参见前注②,张明楷文,第151页。

令失败,行为人存在前部违法行为这一前提时,补充性的命令规范始克登场,并再一次尝试指引行为人回到正确的行为轨道。就此而言,程序性犯罪构成要素的设置,实际上是对基础性命令规范的补充与救济,具有“二次命令”的特征。这一特征亦表明,法秩序试图对行为人进行再一次地呼吁,具有明显的行为指引功能。

第四,这一要素也与法益侵害的规范评价相关。在不法的本质论上,纯粹的行为无价值论已逐渐被学界所抛弃。而无论是结果无价值论还是二元的行为无价值论,都必须考虑法益侵害之于违法性的影响问题。事实上,在设有程序性犯罪构成要素的犯罪中,判断是否造成法益损害,存在着教义学上特殊的二阶构造。也即,前部违法行为所造成的法益损害具有暂时性、中间性的特征,需要通过后部的程序性犯罪构成要素是否充足来进行补充的、终局的判断。当行为人在程序性处置后履行了相关义务时,法益的暂时受损已得到修复,并重返法和平之状态。当行为人未履行相关义务时,前部违法行为所形成的法益损害则进一步坚固化和现实化。可见,程序性犯罪构成要素的评价,实质上关涉到前行为所造成的法益侵害的恢复或固化,对法益损害的终局性评价有着决定性影响。

第五,这一要素也需要行为人有所认识。如上所述,程序性犯罪构成要素包含了程序性处置及行为人的后续行为。那么,行为人是否需要认识到程序性处置的存在?又是否需要认识到自己的不履行行为的性质及其可能后果?对上述问题的回答,与此类要素的体系地位密切相关。如果认为它是一种客观的构成要件要素,则必然要求行为人对此加以认识,这是责任主义的基本要求;而如果认为它是一种客观处罚条件,即外在于不法的构件,则并不需要行为人的特别认知,也将游离在责任主义的规制范围之外。笔者认为,行为人需要认识到程序性处置的存在,也需要对后续行为的性质与后果有所认识。需要指出的是,是否要求上述的认识,对于此类要素行为指引功能的发挥也起着重要作用。因为,只有在存在一定程度认知的前提下,才可能进一步形成意志决定,也才可能发挥行为呼吁与指引功能。

综合以观,笔者认为,此类要素是一种构成要件要素,同时在性质上具有客观性。在与不法直接关联的意义上,它不能被理解为客观处罚条件:(1)此种要素尽管不能完全归属于行为人,但就其基本部分而言,仍然主要是行为人的行为。程序性处置的规范意义,也只能从依存于行为人的角度来把握。与之相对,客观处罚条件则通常表现为某种外在客观事由的充足,而非行为人本人的行为。(2)此种要素在实质上参与了构成要件行为的塑造。无论从行为的定型化机能思考,还是从行为规范的功能发挥来考虑,这一要素均是典型的不法要素。与之相对,客观处罚条件尽管对最终的处罚范围有所影响,但并不涉及对行为举止的命令或禁止,也难以对行为人在一定认知的前提下形成意志决定上的动机引导,因而无法在行为规范的面向上加以证立,也无法被纳入构成要件的范畴。(3)就不法的实质而言,此种要素关涉对法益侵害的规范评价,是保护法益是否形成终局性侵害判断中不可逾越的要素。而就客观处罚条件而言,其设置通常无关处罚的实质妥当性,而主要是从刑事政策性考量的角度来限制处罚范围。

如果回到四要件的犯罪构成体系,此种要素是属于不法阶层还是客观处罚条件当然

不成为问题。但是,还是存在应将其归入哪一具体构成要件的问题。从前述的分析可知,这一要素在形式上涉及行为人的客观行为,在实质上则关乎法益侵害的规范评价,似乎同时具有客观方面与客体要件的关联性。但是,鉴于该要素主要关乎对义务履行行为的命令与呼吁,与前部行为一起型塑着实行行为的整体样态,还是将其作为客观方面的危害行为要素较为妥帖。至于其对法益侵害的评价性影响,则可以通过对危害行为的实质解释透析得出。

## 四、关联性问题的展开

在上述学说的争鸣中,一些问题若隐若现,但均与程序性犯罪构成要素的性质定位紧密相关,值得展开讨论。

### (一) 既遂的认定

对“构成要件要素说”的主要批评之一在于,它会在既遂认定上产生不合理结论。例如,有学者指出,就拒不支付劳动报酬罪而言,其行为对象是“劳动者应该获得的劳动报酬”。只要行为人依照约定应该支付劳动报酬而不支付的,就已经发生了法益侵害结果,行为就已经既遂。<sup>②8</sup>而如果将“经主管部门责令支付而拒不支付”视为构成要件要素,就将不当地延迟犯罪既遂的成立时间。在恶意透支型信用卡诈骗罪的相关讨论中,也存在着类似观点。<sup>②9</sup>

不难发现,在既遂认定上的理解差异,根源于不法构造上的认识分歧。在“构成要件要素说”与“标识说”看来,程序性犯罪构成要素是行为不法的必要组成部分。两者的区别仅在于,前者并不排斥前行为作为构成要件行为的定型性意义,而后者则完全否认此点,认为只有后续的不履行行为才是构成要件行为。与之相对,“客观处罚条件”说则将此类要素从不法构成中切割开去,将其把握为与犯罪成立无关却控制刑罚实际发动的要素。而“程序性要素说”则将此要素的功能定位于证明指引,事实上也达致了将此要素与不法阶层相分离的效果。上述对不法结构的理解分歧,将对既遂的认定产生直接影响:如果此类要素是不法构成要件的组成部分(甚至是唯一组成部分),那么,其是否齐备将会直接影响法益侵害的实现,进而决定犯罪既遂的判断;而如果此类要素是外在于不法构成要件的要素,就不会影响法益侵害的危险及其现实化,因此也与既遂的判断无关,应当以前行为是否产生法益侵害的结果为标准来认定既遂。

此处,需重点分析的是“客观处罚条件说”的观点。在该说看来,此类要素是决定刑罚是否发动的条件,应以前行为是否实施终了为标准区分既遂与未遂。如欲实现这一效果,论理上只能做如下阐释:客观处罚条件只是决定刑罚权发动的事由,但并不承担犯

<sup>②8</sup> 参见黄继坤:《论拒不支付劳动报酬罪的几个重要问题——对〈刑法修正案(八)〉的解读》,载《当代法学》2012年第3期,第52页。

<sup>②9</sup> 参见前注②,张明楷文,第151页。

罪形态的区分作用,此种作用交由前行为来实现。如果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;但如果具备客观处罚条件,而前行为本身没有实施终了的,可认定为犯罪未遂。<sup>③①</sup>但问题是,上述观点的立论基础在于,客观处罚条件一定程度上独立于构成要件行为,两者具有逻辑分离的可能,也存在分别成立与判断的可能。然而,就此处讨论的程序性犯罪构成要素而言,在前行为没有实施完毕的情况下,程序性处置就不可能启动,程序性处置具有依附于前行为的性质。两者不但具有时间上的先后顺序,而且具有逻辑上的因果之势。因此,不可能存在此类要素已具备而前行为却尚未实施终了的情形,也就不存在以此类要素单独具备为前提,根据前行为是否实施完成来区分既遂与未遂的可能性。

实际上,应当承认程序性犯罪构成要素作为不法的必要构成部分,并在此基础上讨论既遂的认定基准。在中国刑法学界,既遂的认定存在目的说、结果说、构成要件齐备说等不同方案,笔者赞同以构成要件规制范围内的法益侵害结果是否发生为判定标准。这样一来,如何判断构成要件结果的实现就成为问题的关键。在“客观处罚条件说”看来,如以程序性犯罪构成要素是否具备作为认定既遂的标志,将导致既遂认定的延迟。这实质上是认为,在前行为实施终了之际,构成要件结果已经完整地实现了,而程序性犯罪构成要素是否充足,并不影响构成要件结果的发生。但问题是,程序性犯罪构成要素真的不参与构成要件结果的塑造与实现吗?

在笔者看来,在包含着程序性犯罪构成要素的犯罪中,前行为的确已造成一定的法益侵害结果,此种结果也处于规范目的的保护范围之内。但是,此类要素的设置表明,立法者希望通过行为人后续的积极作为来挽回与修复这一法益侵害的结果,并重返法和平的状态。如果形式化地观察,前部违法行为所造成的结果,如不支付劳动报酬、透支信用卡等,与经由程序性处置后行为人仍不履行的结果几无二致,似乎结果完全是由前行为所造就。但如果实质化地判断,在后续的程序性处置中,行为人面对刑法所给予的补正机会而顽固地予以拒绝,使得本可有效恢复的法益侵害得以持续和坚固化。那么,应当将前行为所造成之法益侵害结果视为某种暂定的、初始状态之结果,它完全可能经由后续的回转性程序而得以修正或继续形成。而程序性犯罪构成要素的设置,实际上就是对某种中间不法状态的最终确认,是对前行为造成的初始结果的规范过滤。应当以最终的、整体性的结果为标准,来衡量是否造成了构成要件结果,进而判断是否既遂。

## (二) 共犯的认定

在含有程序性犯罪构成要素的犯罪中,存在着两种基本的共犯参与类型:部分参与和全部参与。其中,部分参与是指,只参与前部行为或只参与后部行为,全部参与则是完整地参与到整个犯罪的实施过程。这里,特别成为问题的是部分参与时的共犯认定问题。兹举两例。例1:甲劝说乙不要支付工人的劳动报酬,乙听从之。然而,在监管部门责令乙支付后,乙及时支付了工人工资。例2:丙恶意透支信用卡,且没有按时归还透支款。

<sup>③①</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,第131页。

其后,发卡银行向丙进行催收,丙遂产生还款意图。但此时,丁劝丙不要归还透支贷款,丙听从劝说没有按时还款。

在例1中,行为人参与了前部的违法行为,而正犯却在程序性处置后履行了相关义务。那么,仅参与和加工前部行为的人是否构成共犯?这一问题的处理,实质上取决于对此类要素体系地位的把握。如果认为,此类要素是一种客观处罚条件,前部行为已构成完整意义上的构成要件行为,则甲的劝说就是对构成要件行为的教唆与惹起。于是,问题便定格在:在客观处罚条件出现之前实施教唆行为,如果正犯事后不具备客观处罚条件,对构成要件行为的教唆能否以共犯处罚?学界对这一问题存在不同理解:一种观点认为,对于在客观处罚条件出现之前实施的帮助、教唆行为,只要正犯事后存在事实的排除处罚事由,对帮助和教唆的人不能进行处罚;<sup>③①</sup>另一种观点则认为,在某些缺乏处罚条件的情况下也有成立共犯的可能<sup>③②</sup>。从通说出发,共犯对于正犯具有“限制的从属性”,共犯的可罚性建立在正犯行为的构成要件符合性与违法性之上,但并不要求其具备有责性与客观处罚条件。就此而言,违法是连带的,责任是个别的,客观处罚条件亦是个别的;另一方面,按照“客观处罚条件说”的观点,客观处罚条件是反面的刑罚阻却事由,而刑罚阻却事由具有止于一身的特性,因此,也无法将其效果扩张地适用到共犯之上。如此一来,乙在行政责令后及时支付了工人工资,因不具备客观处罚条件而不予处罚,但其构成要件行为已实施终了,且不具备违法阻却事由;甲则因实施了对构成要件该当的、违法行为的教唆,应以教唆犯加以处罚。如果认为此类要素是一种构成要件要素,则结论完全不同。据此观点,前部行为与程序性犯罪构成要素一起,均参与对构成要件类型的加工之中。程序性犯罪构成要素并非外在于不法、单独控制刑罚必要性的因素,而是内在于不法的不法构造要素。由此,正犯乙在程序性处置后履行了相关义务,其行为并未充足构成要件,因而不能成立犯罪;而从“限制从属性说”出发,尽管甲对部分构成要件行为予以了教唆,但由于正犯并不具备完整意义上的构成要件该当性,甲的行为亦不具有可罚性。

在例2中,涉及的则是后部行为的参与问题。对这一问题的处理,关键的问题同样在于如何理解程序性犯罪构成要素的体系地位。如果认为此类要素只是一种客观处罚条件,前部行为已构成完整意义的构成要件行为,那么,在丙怀着恶意透支信用卡时,诈骗行为即已完成。其后,当发卡银行进行催收,而丁劝说丙不要归还透支款的行为,就只是对客观处罚条件的参与,而非对构成要件行为的参与。此时,无论是基于“完全犯罪共同说”还是“部分犯罪共同说”,均无法肯定丁与丙之间成立共犯。因为两者没有在任何构成要件行为上形成重叠。与之相对,如果认为此类要素是一种构成要件要素,结论将迥异。此时,尽管丁并未参与前部违法行为,但却对后部违法行为予以了加工,两人在部分构成要件行为上存在着分担关系。因此,立足于承继的共犯原理与“部分犯罪共

<sup>③①</sup> 参见〔德〕李斯特:《德国刑法教科书》,徐久生译,法律出版社2006年版,第324页。

<sup>③②</sup> 参见〔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。

同说”,两人至少在重叠的范围内具有成立共犯的可能。

如果从实质的处罚必要性来考量,“构成要件要素说”得出的结论具有妥当性。在例1中,尽管甲的行为惹起了乙的前部违法行为,但这一违法状态只是一种暂时的中间状态。尽管不支付行为已造成对劳动者财产法益的侵害,也形成了对劳动市场经济秩序的威胁,但此种侵害并非终局之结果,而是具有可逆性的特征。当乙在行政责令程序后及时履行了相关义务时,上述法益便完全得以修复。对于前部违法行为的参与人而言,其行为之作用力仅及于中间违法状态的形成,并未及于终局违法状态的形成。最终的违法修正机会始终面向正犯开放,也未被参与人所干扰。参与行为虽对中间违法状态有加工作用,但并未对法益侵害造成终局性的威胁。只有当行为人在后续的程序性处置中不履行相关义务时,法益侵害的危险才变得现实化和紧迫化。由此,前部参与行为并不具有实质的可罚性。

与之相较,对后部行为的参与则具有不同的规范意义。这是因为,与前部行为相比,后部行为处于更接近法益侵害最终结果的位置,是法益侵害现实化过程中的最后一环。在行政责令后教唆或帮助行为人不履行相关义务,使得法秩序所期待的法益修复过程被截断,本可修复的法益遭至难以逆转的损害。比如,在例2中,当发卡银行向丙进行催收后,丙已经产生了还款意图。如果不是因为丁的教唆,最终的法益侵害状态将截然不同。由此可见,后一阶段的犯罪参与行为,对法益侵害的现实化和终局化施加了关键性的影响,是最终违法状态的塑造性力量,因而具有实质的可罚性。

### (三) 与责任主义的关系

另一重要问题在于,对于程序性犯罪构成要素而言,行为人是否需要相应的认识?具体而言,行为人是否需要认识到程序性措施的存在?对于自己的不履行行为及其结果应否具备一定的认识?上述问题的实质在于,程序性犯罪构成要素是否处于责任主义的规制范围之内。而对此问题的回答,同样与此类要素的体系地位密切关联,即到底是将其理解为客观处罚条件,还是理解为客观构成要件要素。

关于客观处罚条件与责任主义的关系,学界已有充分讨论。德日刑法学界的主流观点认为,客观处罚条件是可罚性的实质前提,但既不归属于不法,也不归属于责任。由于责任是以不法为评价基础与界限,要求行为人对“不法行为负有罪责”,因此,如果客观处罚条件是外在于不法的构件,它就并不需要行为人的特别认知,也游离在责任主义的规制范围之外;<sup>③③</sup>相反,客观构成要件要素具有故意规制机能。基于责任主义的要求,行为人应当对所有客观构成要件要素具有一定程度的认识方能成立故意。由此观之,到底将此类要素定位于客观处罚条件还是客观构成要件要素,将对其是否处于责任主义的覆盖范围、是否需要具备相应的认识与意欲产生关键影响。在此维度上,需要回答的具体问题是:行为人是否需要认识到相关的程序性处置措施的存在?这一问题在实践中常常引发争议。例如,在恶意透支型的信用卡诈骗罪中,银行出于成本考虑,一般会使用短信

<sup>③③</sup> 参见前注<sup>①④</sup>,王钰文,第55页。

催收、电话催收或信函催收,极少上门催收。若被告人在庭审中提出异议,辩称从未收到过相关催收信息,就会对上述催收方式是否有效以及是否需要行为人实际认识到催收存在等问题产生疑问。一种意见认为,有效催收不以持卡人收到催收信息为必要条件;<sup>④</sup>另一种意见则认为,对有效催收的性质应做实质解释,即应为透支人现实、确定性地收到催收信息<sup>⑤</sup>。

在笔者看来,行为人应认识到催收行为的存在,有效催收方能成立,行为人方对后续的不履行行为负有罪责。这是文义与体系解释必然得出的结论。<sup>⑥</sup>如上所述,在程序性犯罪构成要素的立法规定中,“经……,拒不……”“经……,仍不……”“经……,拒绝……”的表述形式较为常见。这里,“拒不”“仍不”“拒绝”等表述形式明确显示了行为人的反对意志。而此种反对意志的形成,是以行为人的必要认知为前提的。也即,只有对前部“经……”的事实获得一定认识,才谈得上对其加以反对与拒绝,应当将两者结合起来,并基于整体语境进行体系性阐释。同时,尽管程序性措施是由第三方主体所实施,但是,对此种行为的认知要求并不违反责任主义。因为,只有当存在程序性措施这一前提和参照时,行为人对自身不作为的意义与后果方能有清晰认识。也就是说,对程序性措施的认识,实际上构成了行为人对自身行为性质予以认知的必要组成部分。

当然,在行为人存在着逃匿等故意逃避催收的情形时,是否存在行为人对催收行为的认知,需要单独阐释。2013年《最高人民法院关于审理拒不支付劳动报酬刑事案件适用法律若干问题的解释》第4条规定:“行为人逃匿,无法将责令支付文书送交其本人、同住成年家属或者所在单位负责收件的人的,如果有关部门已通过在行为人的住所地、生产经营场所等地张贴责令支付文书等方式责令支付,并采用拍照、录像等方式记录的,应当视为‘经政府有关部门责令支付’。”根据这一规定,在当事人逃匿或故意逃避的情形中,允许通过变通的方式来责令支付或催收。此时,责令支付或催收的信息并不一定被本人所实际接收。对此,能否理解为程序性处置并非总是处于故意的认识范围之内,<sup>⑦</sup>并因此引起与责任主义之间的紧张关系?在笔者看来,此种逃匿或故意逃避的行为,本身就意味着行为人已经认识到责令支付或催收的实际可能性,却刻意地选择无视或回避。因此,逃匿或故意逃避的行为,在性质上类似于英美刑法中的“有意的无视”(Willful Blindness),正属于一种特殊的明知(Knowing)情形。<sup>⑧</sup>

<sup>④</sup> 参见樊辅东:《恶意透支型信用卡诈骗罪中“催收”问题研究》,载《河北法学》2012年第3期,第188页。

<sup>⑤</sup> 参见刘宪权、庄绪龙:《“恶意透支”型信用卡诈骗罪若干问题研究——兼评“两高”〈关于办理妨害信用卡管理刑事案件问题的解释〉之有关内容》,载《当代法学》2011年第1期,第67页。

<sup>⑥</sup> 事实上,司法解释也表明过类似立场。根据2018年《最高人民法院、最高人民检察院关于修改〈关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释〉的决定》中第2条的规定,“催收应当采用能够确认持卡人收悉的方式,但持卡人故意逃避催收的除外”。可见,在通常情况下,只有在透支人认识到相关的催收行为时,才能理解为有效催收。

<sup>⑦</sup> 参见前注<sup>⑥</sup>,高磊文,第128页。

<sup>⑧</sup> See Richard Card, Card, Cross & Jones Criminal Law, Oxford University Press, 2006, p.107.

## 五、结 论

作为中国刑法上的某种独特经验,程序性犯罪构成要素的出现对刑法学提出了一系列挑战。例如,程序性处置中可能出现的程序违法或瑕疵,将对程序性犯罪构成要素的充足判断产生怎样的影响?程序性犯罪构成要素应如何加以证明?这些研究的开展均奠基于对犯罪构成要素性质的准确把握上。就此而言,本文构成了某种基础性、前序性的研究。透过本文的考察,可以获得以下基本结论:(1) 尽管此类要素具有一定的程序性特征,但就本质而言,它还是应作为实体违法的必要构成部分来把握,不能被理解为纯粹的程序性要素。(2) 与前部行为一起,程序性犯罪构成要素参与着构成要件行为的定型化塑造。此种要素不仅具有分殊化、具体化的行为描述意义,而且具有对行为人的行为指引与呼吁机能,且需要行为人一定程度的认知。因此,此种要素与不法具有直接的关联性,是客观不法的内在构成部分,应当与客观处罚条件明确区分开来。(3) 由于程序性犯罪构成要素的加入,在违法结构上将呈现出“二阶违法”的独特样态。前部行为仅造成了某种暂定的、初始的违法,它可以经由后部的处置性程序而得以修复或继续形成。程序性犯罪构成要素的设置,实际上就是对初始不法状态的规范过滤与最终确证。对这种违法结构的承认,将在既遂、共犯认定等领域产生体系性与贯穿性的影响。

---

**Abstract:** In the current Chinese criminal legislation, there exist a series of substantive elements with procedural characteristics, which are called ‘procedural constituent elements of a crime’. They are different from the existing categories such as litigation conditions and administrative prepositive conditions. The element is not merely a procedural element with the function of proof and instruction, but an element with substantive judgment function in the crime establishment system. Based on the system background of stratification theory, such elements not only participate in the shaping of the act in constituent elements, but also have obvious behavioral guidance and appeal functions. At the same time, they are related to the standard evaluation of legal interest infringement and require a certain degree of cognition of the actor. Therefore, it is directly related to lawlessness and is an inherent component of objective lawlessness, which cannot be included in the objective punishment conditions; however, if it is based on a crime constituent system of four elements, the element should be included in the objective element. In the field of criminal forms such as completion and accomplice identification, we should think throughout and properly coordinate the possible tension between it and the principle of responsibility.

---

(责任编辑:白岫云)