

# 数额犯之数额的阶层 犯罪论体系定位

李志恒\*

---

## 目次

- 一、引论
- 二、学说检讨：数额之阶层定位的研究现状
  - (一) 客观处罚条件说
  - (二) 构成要件要素说
  - (三) 可罚的违法性要素说
- 三、本文观点：数额之违法性要素说
  - (一) 可罚的违法性理论的进一步澄清
  - (二) 数额之违法性要素说的证成路径及对质疑的反驳
- 四、数额之违法性要素说的实例运用及合理性
  - (一) 能够有效处理涉及数额的共同犯罪
  - (二) 使数额认识错误问题的解决更加妥当
- 五、小结

**摘要** 在中国刑法学日益体系化、精细化的时代,数额犯之数额的犯罪论体系定位问题,角度虽小但至关重要而学界又观点不一。数额之客观处罚条件说由于走向了使数额脱离主观认识、明显违背责任主义的极端,而无法取得令人信服的效果;数额之构成要件要素说不能使作为舶来理论的教义学方法与我国刑法具体规定有效结合,对于解决中国刑法语境下的具体问题显得力不从心;数额之可罚的违法性说在解决具体问题时得心应手,为数额之体系定位提供了富有价值的方案,但尚需进一步对其进行论证。处理该问题的思路是:引鉴日本的可罚的违法性理论,以藤木实质处理构成要件说为原则,在数额犯的情况下例外采取佐伯说形式看待构成要件的观点。如此,既以教义学方法为依托,对传统阶层体系及理论做出轻微调整、本土改造,又实现了以中国刑法具体规定为背景的教义学知识的重构,最终达到数额之阶层犯罪论体系定位的逻辑自治以及功能自足。

**关键词** 数额 阶层犯罪论体系 定位 违法性要素说

---

\* 山东大学法学院刑法学研究生。非常感谢两位匿名评审专家对本文所提的宝贵意见,如有舛误,望求批评。当然,文责自负。

## 一、引 论

关于数额犯,虽然学界已从不同角度对其进行了较高水准的研究与探讨,但本文认为这种讨论还远没有到盖棺定论的程度,理论上仍然存在诸多争论。同时,理论上的争点反映在实务中,其结果便是对于部分案件的处理不仅达不到保障人权的目,甚至对于法益的保护也呈现出一种不力或者令人困惑的状态。而这些理论上的争点、实务中的疑难到最后往往又与数额犯之数额的体系定位有关。所以,为了澄清理论上关于数额犯争论的本原,也为了给数额犯具体问题的解决提供切实可行的指引和助力,本文尝试探讨数额犯之数额的犯罪论体系定位问题。不过,在这样一个刑法知识转型时代,为避免不同话语系统囿于语境差异的对话困难以及无的放矢,所以有必要在对具体问题展开讨论之前先对行文的背景抑或前提做出限定和说明。

其一,本文无意介入数额犯的概念在理论上的分歧。<sup>〔1〕</sup> 本文所要研究的数额犯的罪状中常常以“数额(数量)较大”“数额(特别)巨大”等类似规定作为征表。数额主要是针对危害结果、行为收益等客观要素而言;“较大”“巨大”等则是对这些客观要素量的要求。此类犯罪的特点在于:刑法以明确的或概括的数额规定来限定行为构成犯罪的范围,只有达到特定数额要求的行为才构成犯罪,否则至多只能作为一般违法行为予以行政处罚。因此,如果非要就数额犯的概念进行界定的话,本文所研究的数额犯特指刑法分则所规定的以一定数额(数量)作为犯罪成立必备条件的犯罪。<sup>〔2〕</sup> 例如,刑法第264条规定盗窃公私财物,数额较大的,构成盗窃罪;刑法第266条规定诈骗公私财物,数额较大的,构成诈骗罪。

其二,本文的立足点定于阶层的犯罪论体系。在以往关于该问题的相关研究中,有立足于传统的四要件犯罪构成理论而展开的讨论,<sup>〔3〕</sup> 也有基于阶层犯罪论体系而进行的探索,<sup>〔4〕</sup> 本文将研究的场域定于后者。笔者以为,无论是传统的四要件犯罪构成理论还是晚近以来为不少学者所推崇的阶层犯罪论体系,目的都是要解决问题,本无所谓高下,唯路径有别。只是,笔者对目前立足于四要件犯罪构成理论给出的解决方案不甚满意,而且“中国刑法学正在经历体系化、精细化、教义化与学派化的知识转型”<sup>〔5〕</sup>,所以,本文尝试以阶层犯罪论体系为前提来进行讨论,希望能够为数额犯的研究提供一种不同于前人的思路。

其三,本文遵循刑法教义学的研究路径,同时有意识地区分教义学方法与教义学知识的差异。晚近以来,刑法教义学可以说已经成为国内刑法学研究中炙手可热的话题之一。无论是国内刑法学者对刑法教义学问题不断进行的深入研究,<sup>〔6〕</sup> 还是国外有关学说被相继的

〔1〕 参见王志祥:《数额犯基本问题研究》,载《中国刑事法杂志》2007年第2期;唐世月:《数额犯论》,法律出版社2005年版,第22页;刘之雄:《数额犯若干问题新探》,载《法商研究》2005年第6期。

〔2〕 参见王强:《犯罪成立罪量因素研究》,南京师范大学2013年博士学位论文,第86页。

〔3〕 代表性成果例如王强、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;涂龙科:《犯罪论中数额的地位》,载《法律科学》2012年第4期。

〔4〕 代表性成果例如陈兴良:《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;王强:《罪量因素:构成要素抑或处罚条件》,载《法学家》2012年第5期;梁根林:《但书、罪量与强奸入罪》,载《法学研究》2013年第2期。

〔5〕 梁根林:《犯罪论体系与刑法学科建构》,载《法学研究》2013年第1期。

〔6〕 代表性成果例如冯军:《刑法教义学的立场和方法》,载《中外法学》2014年第1期;张明楷:《也论刑法教义学的立场——与冯军教授商榷》,载《中外法学》2014年第2期;凌斌:《什么是法教义学:一个法哲学追问》,载《中外法学》2015年第1期;邹兵建:《中国刑法教义学的当代图景》,载《法律科学》2015年第6期。

引介,<sup>〔7〕</sup>都使得以现行刑法为逻辑起点的刑法教义学(刑法解释学、刑法信条学)取代刑事立法学而成为刑法研究的主导路径变得大势所趋。不过在作为舶来品的刑法教义学日益勃兴的同时,理论引介过程中也存在相应的问题,正如有学者所言,“教义学首先指的是某种研究方法,但另一方面,根据教义学方法发展起来的体系化知识则是教义学的实体性内容。既然刑法教义学知识是对现行刑法进行解释而形成的知识体系,就不能不认为刑法教义学知识是有国界的,因为刑法作为实在法是有国界的”。<sup>〔8〕</sup>阶层犯罪论体系相较于传统的四要件的犯罪构成理论,并不是对实质内容的改天换地,而更多的是一种思维方式的转变,是对教义学方法的更新。正如有学者所言,作为刑法方法论,阶层犯罪论体系具有不拘泥于具体国别与特定刑法的普适性。但是,阶层犯罪论的具体构造、立场,则不免带有文化差异性、历史脉动性与语境制约性。因此,在建构中国阶层犯罪论体系的过程中,在保持阶层犯罪论概念、体系与功能的一致性与逻辑性的前提下,需要结合中国刑法的具体规定,以期在实现教义学知识本土化的同时不失阶层犯罪论体系在定罪要素的科学组合、结构功能、体系性秩序等方面的优势。<sup>〔9〕</sup>

其四,承接前述,本文的尝试所倚重的重要前提便是中国刑法的具体规定。我国在刑法总则第13条关于犯罪概念的条文中规定了但书,在刑法分则具体条文中大量地设立了包括“数额较大”“情节严重”“造成严重后果”等类似规定。这被学界认为是“立法定性+立法定量”的一元化定罪模式。<sup>〔10〕</sup>但在德国或者日本情况却不同,二者的刑法中并无定量要素或者说罪量要素的规定,罪量问题交由司法程序解决。因此,二者的定罪模式也被称为“立法定性+司法定量”的二元化定罪模式。两种不同的定罪模式提醒我们,在协调发展于二元定罪模式之上的阶层犯罪论体系与一元定罪模式下的罪量问题的关系,建构属于中国自己的以阶层犯罪论为研究方法的教义学知识体系时,一定不能忽视舶来理论与中国刑法具体规定的差异乃至冲突,既要注重对舶来理论进行本土化的改造、可行性的调试,又要对中国刑法的具体规定做出符合阶层思维的合理解释,如此方有希望解决中国刑法理论与实务中的真问题。

总之,本文以数额犯之数额在阶层犯罪论体系引鉴过程中的逻辑定位这一问题为研究对象,放弃就罪量要素的整体定位、全盘把握的视角,侧重研究关于此问题的现有学说及不足,并尝试在此基础上提出自己的观点,以求教于方家。

## 二、学说检讨:数额之阶层定位的研究现状

如前所述,由于立法模式的差异,德日阶层犯罪论体系中,不成文的、价值的有关不法程度的罪量要求,在我国刑法规定中,被提前为成文化、类型化的事实符合性判断,而前者的不成文化特点则决定了我国刑法学者面对罪量要素阶层犯罪论体系定位这一极具中国特色的理论问题时,缺乏可资借鉴的成熟的域外经验。应该说,这既是对中国刑法学者独立建构并完善犯罪论体系的能力提出的空前挑战,同时又是中国刑法对世界刑法做出重要理论贡献的大好机遇。对此,中国刑

〔7〕 代表性成果例如[德] 沃斯·金德豪伊泽尔:《适应与自主之间的德国刑法教义学——用教义学来控制刑事政策的边界》,蔡桂生译,载《国家检察官学院学报》2010年第5期;[德] 沃尔福冈·弗里希:《法教义学对刑法发展的意义》,赵书鸿译,载《比较法研究》2012年第1期。

〔8〕 丁胜明:《刑法教义学研究的主体性》,载《法学研究》2015年第2期。

〔9〕 见前注〔5〕,梁根林文。

〔10〕 参见储槐植:《我国刑法中犯罪概念的定量因素》,载《法学研究》1988年第2期。

法学者从各自的价值选择与学术立场出发,纷纷提出了自己的解决方案。一时间各种观点与学说粉墨登场、交相辉映,然而不同学说之间你来我往、刀光剑影又令诸多局外人目不暇接、眼花缭乱,甚至感到扑朔迷离、无所适从。究竟何种观点、学说更满足中国当前语境下解决具体问题的妥当性要求,兹将学界的主要观点介绍如下,同时从本文的立场出发予以评析。<sup>[11]</sup>

### (一) 客观处罚条件说

这种观点将包括数额在内的罪量要素作为一种客观处罚条件看待。陈兴良教授便是此说的代表人物之一。陈兴良教授早年立足于中国刑法的具体规定,同时又借鉴德日阶层犯罪论体系的模式,创建了“罪体—罪责—罪量”三位一体的犯罪论体系。犯罪构成要件是行为侵害法益的质的构成要件与量的构成要件的一体。质的构成要件包含客观要件(罪体)与主观要件(罪责),而表明法益侵害的量的构成要件是所谓罪量,是在具备犯罪构成的质的要件的前提下,表明行为对法益侵害程度的数量要件。<sup>[12]</sup> 罪量之所以不能纳入罪体,除了在罪量中不单纯是客观要素而且还包括主观要素以外,还有一个重要理由就是罪体要素是行为人认识的对象,对于判断犯罪故意或过失具有重要意义。如果将罪量要素归入罪体要素,行为人对此没有认识的话就不能成立犯罪故意而属于犯罪过失,由此便容易使得罪责形式的判断产生混乱。<sup>[13]</sup> 虽然一开始陈兴良教授明确反对罪量要素的客观处罚条件说,但其对于罪量要素的一系列表述足以表明罪量已经具备了“客观处罚条件”的基本特质。及至近年,陈兴良教授基于形式法治与形式理性的法治理念、“矫枉必须过正”与追求“片面的深刻”的治学态度,在放弃“罪体—罪责—罪量”的犯罪论体系转而全面拥抱更具体系性与逻辑性的“构成要件符合—违法—有责”的三阶层体系后,也在新近的论文中明确表示:“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>[14]</sup>

在传统的四要件的犯罪构成理论中自然没有客观处罚条件的概念,只是在阶层犯罪论体系的引鉴学习过程中,这一舶来概念逐渐为国内刑法学者所关注,相关研究成果也不断发表,甚至汗牛充栋。<sup>[15]</sup> 无论对客观处罚条件是持何种态度,前提都是要在对其合理解释、性质定位的基础上进行同一语境下的有效对话。当然这并不是一个轻松的任务。围绕客观处罚条件的性质、地位之争在德日刑法理论中从未停歇。<sup>[16]</sup> 但是目前主流观点认为其既不属于不法领域,也不属于罪责领域,而是在构成要件符合性、违法性、有责性之外的另外一个构成要件(这里指广义的构成要件)层级。<sup>[17]</sup> 实际上,包括陈兴良教授在内的国内多数刑法学者所主张引鉴的正是与不法和罪责无关的作为犯罪成立条件的客观处罚条件概念。<sup>[18]</sup> 于是,包括数额在内的罪量要素整体就被排除在

[11] 学界在讨论此问题时,多是从罪量要素整体在阶层犯罪论体系中的定位角度予以展开,仅从数额型罪量要素的角度切入的观点并不多见,因此本文在整理主要观点时需从整体中去发现部分,其中有对此前相关研究进行的学说梳理的纠正,也有对部分学者观点的提炼总结,舛误之处,望求指正。

[12] 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》,载《环球法律评论》2003年第3期。

[13] 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。

[14] 见前注[4],陈兴良文。

[15] 代表性的成果例如冯军:《德日刑法中的可罚性理论》,载《法学论坛》2000年第1期;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;周光权:《论内在的客观处罚条件》,载《法学研究》2010年第6期;等等。

[16] 见前注[15],周光权文。

[17] Vgl. Roxin, Strafrecht AT, 4. Auflage, Muenchen 2006, § 23, Rn. 1f. 转引自王莹:《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。

[18] 见前注[15],冯军文。

行为人的主观认识范围之外,只要行为人实施了构成要件行为、不具有违法阻却事由、具备责任要件,在客观上达到罪量要求,就可以对其定罪处刑了。

然而伴随着客观处罚条件说的提出,其他学者对其进行的批评与质疑也从未间断过。黎宏教授认为这种观点可能会混淆犯罪故意和一般违法故意之间的区别;会导致追究偶然责任;会破坏构成要件规制故意的机能。<sup>[19]</sup> 梁根林教授则认为罪量要素无论如何都是至少与不法相关的犯罪成立条件;如果将罪量要素定位为与不法、罪责无关的客观处罚条件,则可能在相当程度上瓦解责任主义原则;即使在德日阶层犯罪论体系的语境中,客观处罚条件虽然有其立法根据,但德国刑法教义学对客观处罚条件是否真正存在、其功能为何始终充满争议。<sup>[20]</sup> 两位学者的批评意见基本上代表了学界反对客观处罚条件概念的学者的观点。对于客观处罚条件说的主张以及两位学者对其发表的批评意见,本文认为,将作为罪量要素之一的数额作为与不法和罪责无关的客观处罚条件并不妥当,同时质疑说的主张也并非没有疑问。<sup>[21]</sup>

首先,将数额置于责任的统摄范围之外,不要求行为人主观上对其怀有认识,其结果便是非但起不到刑罚限缩事由的作用,反而可能有违刑法保障人权的根本任务。理论上经常举到的例子是甲乙二人分别盗窃一件旧棉被,也都明知所盗棉被价值微薄,甲因数额较小而不成立犯罪;乙却因棉被中藏有较大数额的金钱而成立盗窃罪。犯罪的成立完全取决于行为人意料之外的偶然因素,于人情于法理都难以被接受。而现实中关于行为人因对所盗财物数额的认识偏差而被予以刑事追诉乃至定罪的案例更是不胜枚举,例如早年引起社会普遍关注的“天价葡萄案”<sup>[22]</sup>,以及晚近以来的“天价兰花案”<sup>[23]</sup>、“天价手机案”<sup>[24]</sup>。针对这些案件,如果完全按照客观处罚条件说来进行判决,不仅在理论上会陷于结果责任、间接处罚的非难,恐怕社会舆论也会对刑法的公正性产生强烈的质疑。

其次,质疑说的部分观点也并非不值得商榷。比如黎宏教授认为客观处罚条件说可能会混淆犯罪故意和一般违法故意之间的区别,会破坏构成要件规制故意的机能。黎宏教授的这一观点与后述其将罪量要素作为构成要件要素的观点协调统一。当然如果将数额置于构成要件阶层,黎宏教授的观点似可自圆其说,但是笔者正是对这一看似真理的前提抱有疑问。梁根林教授认为“罪量要素无论如何都是至少与不法相关的犯罪成立条件”,而根据通说,“不法”的下位层次就是三阶层犯罪论体系的前两层,即构成要件符合性和违法性。为何一定要把数额置于构成要件一层,而不能将其置于违法性一层呢?难道德日刑法理论中是这样规定的?然而如前述,德日刑法分则罪状中鲜有关于数额的规定,自然也不会有数额体系定位的问题。所以,起码在逻辑上这是一个问

[19] 见前注[15],黎宏文。

[20] 见前注[4],梁根林文。

[21] 由于本文的研究范围仅限于罪量要素中的数额犯,至于肯定还是反对客观处罚条件概念已超出本文的研究领域,因此,本文仅就数额犯之数额作为客观处罚条件是否合理做出评析。

[22] 案情概要:2003年8月7日凌晨,4男子在北京香山附近盗窃47斤科研用葡萄。案发后,北京市物价局价格认证中心对被偷的葡萄进行估价,被偷葡萄的直接经济损失为11220元。2003年9月12日北京市海淀区警方以涉嫌盗窃罪对其中3人执行逮捕。2004年1月,经过检察院两次退回补充侦查后,“天价葡萄”最终按照葡萄的市场价格估算仅为376元。2005年2月21日,3人先后收到北京市海淀区人民检察院的不起诉决定书。

[23] 案情概要:2007年4月某日,烟台某酒店服务员刘某、王某,收拾房间时,将客人放在墙角的几株小草拿走几颗苗(实为“西光蜀道”的名贵兰花,按当时市场交易价格,刘某拿走的三棵价值1.2万元,王某拿的两株价值8千元),种于自家阳台花盆中,后因客人报警而案发。

[24] 案情概要:2011年10月,张某经人介绍到郑州苏某处做保姆,12月某日,因对雇主拖欠工资不满,张某做完早饭后顺手把鞋柜上的银灰色手机偷走。后因苏某报警而事发。张某不曾想手机价值竟高达6.8万元。

题,也是笔者对后述的构成要件要素说的疑问之一。

## (二) 构成要件要素说

虽然国内刑法学者在罪量要素作为统一整体的阶层体系定位问题上大体存在客观处罚条件说、构成要件要素说以及区别对待说三种主张,<sup>[25]</sup>但就数额犯之数额的体系性定位而言,除了客观处罚条件说明明确反对、后述的可罚的违法性说定位于违法性阶层以外,各种主张基本都将其作为构成要件要素来看待。王莹博士通过分析构成要件的不法类型本质与诠释学特征,认为被司法解释补充与修改的刑法中的罪量要素,不仅是德日刑法理论上为行为不法与结果不法划定预设空间的不法类型,同时也是一个包含基本构成要件、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”。而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,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之内。<sup>[26]</sup>张明楷教授在公开发表的各种专著与论文中虽未明确将数额表述为构成要件要素,<sup>[27]</sup>但从张明楷教授对相关问题的讨论中,还是能明显地看出其将数额犯之数额作为构成要件要素来看待的态度。<sup>[28]</sup>而黎宏教授更是立足于结果无价值和客观处罚条件的构成要件要素还原说的立场,否定“客观处罚条件”和“客观的超过要素”在我国犯罪论体系中存在的可能,直接将罪量要素全部作为构成要件要素,置于行为人的认识范围之内。自然,数额犯之数额也便具有了构成要件要素的地位。<sup>[29]</sup>

将数额作为构成要件要素几成主张阶层犯罪论体系的学者的共识,似乎理所当然、不容置疑。这种思维定式相比于客观处罚条件说的一个重要特征便是要求在行为人故意的认识内容中包括对数额这一反映不法程度的要素的认识,否则便是对刑法基本原则之一的责任主义的公然违背。然而这一观点是否就真的无懈可击呢?笔者前述在评析黎宏教授对客观处罚条件说的批评意见时,已对构成要件要素说在逻辑上提出质疑。此外,这种逻辑定位产生的其他问题依然使笔者困惑。

首先,大多数学者将数额作为构成要件要素,同时基于构成要件的故意規制机能要求行为人对其进行认识,否则便不成立故意。但是这样的认定路径在笔者看来值得商榷。以“天价葡萄案”为例,研究该案例的学者几乎都将对数额的认识错误作为事实认识错误,有的具体定位于对象认识错误,<sup>[30]</sup>有的定性为对“数额较大”这一规范构成要件要素或整体性规范评价要素的认识错误。<sup>[31]</sup>基于数额认识错误为事实认识错误的判断,主张构成要件要素说的学者最终以行为人并没有盗窃数额较大的财物的故意为由使行为人免责脱罪。<sup>[32]</sup>但对数额大小的认识错误真的就是

[25] 见前注[4],王强文。

[26] 见前注[17],王莹文。

[27] 张明楷教授关于罪量要素的阐述中包括“客观的超过要素”和“整体的评价性要素”,二者虽都属于构成要件要素,但并不包含数额犯之数额。之前研究相关问题的学者往往认为张明楷教授将数额作为“客观的超过要素”或者“整体的评价性要素”,这实际上是一个误解。

[28] 参见张明楷:《论盗窃故意的认识内容》,载《法学》2004年第11期;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415~416页。

[29] 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180页以下;前注[15],黎宏文。

[30] 参见杨志国:《数额认识错误初论》,载《时代法学》2007年第4期。

[31] 不过“数额较大”是否可以认为是规范构成要件要素或整体性规范评价要素,笔者持怀疑态度。参见姚万勤、张方彪:《盗窃罪中“数额较大”的正本清源》,载《海南大学学报(人文社会科学版)》2013年第5期;前注[17],王莹文。

[32] 参见周光权:《偷窃“天价”科研试验品行为的定性》,载《法学》2004年第9期;前注[4],王强文;前注[17],王莹文;前注[28],张明楷文。

事实认识错误而不可能是违法性的错误吗?关于事实的错误与违法性的错误的区分基准,理论上存在不同学说。<sup>[33]</sup>而事实上,变现为外在事实的违法性认识错误(学说中定义的违法性认识错误仅指以下第二种)有两种,一种是对构成要件事实有错误认识进而导致了违法性认识错误,一种是对构成要件事实没有错误认识,单纯的是对刑法法律规范有认识错误。换言之,如果行为人对数额产生了认识错误,并不一定就是事实认识错误,而可能是对构成要件事实有错误认识进而导致的违法性认识错误。就本案而言,行为人没有认识到的是“几斤葡萄竟有如此高的价值”,虽然这也算得上是事实的错误,但却是由事实错误而导致的违法性错误。因为行为人虽然对盗窃对象的数额大小产生认识错误,但是对自己盗窃的性质肯定有所认识,从而对盗窃行为的社会危害性、一般违法性有所认识,只是对自己行为已达到刑事可罚标准产生了错误认识。这明显不只是对事实本身的认识错误,而是对事实的规范评价的认识错误,是对违法性的认识错误,即上述违法性错误的第一种情况。主张行为人没有盗窃数额较大财物的故意的学者大都以行为人产生事实认识错误而阻却故意,但实际上如果要阻却故意的话,只有将刑事违法性的认识作为故意的要素,以行为人没有违法性认识为由来阻却故意。然而关于违法性认识(可能性)到底是故意的要素还是责任的要素,在刑法理论上存在形形色色的学说。<sup>[34]</sup>因此,大多数学者为行为人出罪的逻辑并非完美。

其次,如果如前述将数额作为构成要件要素会使故意的认定与理论学说产生抵牾的话,那么当“行为类型+行为程度”立法模式的数额犯之数额遭遇“行为类型”立法模式下的舶来理论时则会产生一些“中国式”的特殊问题甚至困境。如下例。甲教唆互不相识的乙、丙、丁三人分别去盗窃500元,显然乙、丙、丁三人因均未达到盗窃罪的最低定罪数额而不构成盗窃罪,然而甲是否能够入罪呢?如果按照共犯从属性的基本原理,<sup>[35]</sup>即使按照最小从属性说,甲也难以作为共犯以盗窃罪论处。但是若甲不以犯罪论处明显有放纵犯罪、保护法益不力的嫌疑。因为在同样的情况下,如果甲仅教唆乙一人盗窃1500元,自当承担盗窃罪之责。为什么会出现这样相同行为却不能相同处理的齟齬呢?难道是共犯理论内部的问题?但这样的怀疑并不明智。作为德日刑法理论一两百年学术发展的精华,如果存在如此明显的弊端和疏漏的话,怎么可能长期的屹立不倒、倍受推崇。那么问题的关键在哪里?有学者曾一针见血地指出,共犯理论是源自大陆法系的舶来理论,在大陆法系刑事立法中一般并不存在量化的行为程度规定,换言之,源自大陆法系刑法的共犯理论是没有考虑罪量问题的犯罪论原理,而在我国刑事立法中,罪量要素经由立法、司法解释成文化为具体犯罪的构成要件要素,在具体案件中,罪体与罪量被不加区分地都掺入到共犯理论判断运用过程中去,这才是问题的关键所在。<sup>[36]</sup>所以,如果我们在继受德日刑法理论时,不加思考或者考虑不周,则会出现一些在中国刑法语境下难以克服的问题。这样看,众多学者所持的数额的构成要件要素说也并不是解决中国刑法问题的最佳选择。

### (三) 可罚的违法性要素说

可罚的违法性是指达到可罚程度的违法性,以此区别于没有达到可罚程度的轻微的违法性。

<sup>[33]</sup> 参见张明楷:《外国刑法纲要》,清华大学出版社2007年版,第253页以下。

<sup>[34]</sup> 代表性的学说主要有故意说、限制故意说、严格责任说、限制责任说、自然犯与法定犯区别说。不过这已经超出了本文的讨论范围,虽然笔者目前以为限制责任说较为妥当,但尚有进一步研究的空间。

<sup>[35]</sup> 在关于共犯与正犯应否区分的理论之争中,笔者主张共犯与正犯相区分的二元制,不认为我国刑法采纳了单一正犯理论;在关于共犯与正犯关系的理论之争中,笔者主张共犯从属性,不认为我国刑法采共犯独立性或共犯二重性。这是笔者行文的前提。

<sup>[36]</sup> 见前注〔2〕,王强书,第193~194页。

由于我国刑法中特有的罪量要素的规定,晚近以来,我国刑法学者逐渐将目光投向勃兴于日本的可罚的违法性理论,以期对解决我国刑法问题提供新的灵感或启发。在主张引鉴该理论的学者中,有的将其作为我国刑法第13条但书的理论根据,<sup>[37]</sup>也有的更进一步,直接将其作为扒窃、醉驾、“安乐死”等所谓轻微危害行为的出罪依据。<sup>[38]</sup>不过前述主张大多囿于四要件的犯罪构成理论而在数额犯之数额的阶层犯罪论体系定位的问题上无所涉及。而在国内提倡阶层犯罪论体系同时又基于引鉴可罚的违法性的立场而对数额定位有过清晰表述的刑法学者,由于笔者掌握资料的局限性,只见于陈兴良教授的《教义刑法学》。<sup>[39]</sup>陈兴良教授主张改为三阶层的犯罪论体系后,应当认为数额与情节不是构成要件的类型性要素,并不决定行为的违法性质,不要求对其认识才能构成故意。采用可罚的违法性理论,对于那些数额没有达到较大程度或者情节没有达到严重程度的,则因不具有可罚的违法性而予以排除。在“天价葡萄案”中,行为人构成要件该当性、违法性都具备,但是因为数额或者情节不是故意认识内容,因而对其就不是事实认识错误,而是可罚的违法性的认识错误。在这种认识错误不可避免的情况下,可以成为责任阻却事由。<sup>[40]</sup>于是,在陈兴良教授的这种观点中,数额犯之数额就成为可罚的违法性要素,虽然数额不是故意的认识内容,但仍然是违法性的认识内容,在责任的覆盖范围之内而不会违反责任主义。这一主张看似完美,但其理论证成的障碍也是最大。对于这种学说的质疑也从未断绝。

首先,便是对可罚的违法性理论本身的质疑。例如张明楷教授主张,可罚的违法性是一个不必要的概念。因为刑法上的违法性是客观的法益侵害或者威胁,这种违法性当然必须达到值得科处刑罚的程度。具有了刑法上的违法性,也就具有了值得科处刑罚的违法性,没有必要再使用可罚的违法性的概念。而且可罚的违法性概念引起了许多混乱。<sup>[41]</sup>张明楷教授这一观点可谓与前田雅英教授一脉相承。前田教授否定违法的统一性,主张违法的相对性,认为可罚的违法性意味着刑法上的违法性(实质的违法性),所以实质上不需要可罚的违法性这一概念。<sup>[42]</sup>然而有学者却不以为然,其在深刻分析这种观点的基础上认为,“前田雅英虽明确反对使用可罚的违法性概念,但实质上是主张通过违法的多元性、实质的构成要件解释以及实质的违法阻却事由这三点来维持、发展可罚的违法性理论的实质。因此可称之为‘可罚的违法性理论的再构成笔者’或者可罚的违法性理论实质上的‘最强烈支持者’”。<sup>[43]</sup>果真如此的话,两位教授的主张实际上就是将可罚的违法性(实质违法性)内化于构成要件该当性中,倡导一种“可罚的构成要件该当性”<sup>[44]</sup>的观念。

其次,如果将数额作为可罚的违法性要素,那可能面临的最有力的质疑便是其会有损构成要件的违法推定机能。“构成要件作为不法类型,符合构成要件的行为一般来说是具有行为不法和

[37] 例如刘为波:《可罚的违法性论——兼论我国犯罪概念中的但书规定》,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第10卷),中国政法大学出版社2002年版,第67页以下;刘艳红:《目的二阶层体系与“但书”出罪功能的自治性》,载《法学评论》2012年第6期。

[38] 例如王昭武:《犯罪的本质特征与但书的机能及其适用》,载《法学家》2014年第4期。

[39] 然而吊诡的是陈兴良教授在相关论文中已承认将罪量要素作为客观处罚条件(如前所述),那么数额与情节自然包括在内。但在《教义刑法学》一书中,其又确实主张可罚的违法性理论有可取之处,同时对数额与情节的定位发表了不同于前述的意见。本文无意追究陈兴良教授何以出现前后分歧的主张,只是如实地将其作为一种学术观点评介于此。

[40] 参见陈兴良:《教义刑法学》,中国人民大学出版社2014年版,第367页。

[41] 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2016年版,第114页。

[42] 参见[日]前田雅英:《刑法总论讲义》,东京大学出版会2006年版,第98页。

[43] 王昭武:《法秩序统一性视野下违法判断的相对性》,载《中外法学》2015年第1期。

[44] 参见马荣春:《可罚性理论:对可罚的违法性理论的超越》,载《法治研究》2015年第4期。



(或)结果不法的行为,除非具有排除违法性事由,故而在违法性阶层仅作消极的例外的判断。而该说认为从构成要件符合性中并不能够推导出(实质的)违法性,而必须再进行可罚的违法性的判断,这就相当于在构成要件该当性和违法性阶层之间又增加了一层可罚的违法性判断。如果构成要件该当性本身不能推导出可罚性,需要在该当性之外再进行积极的可罚性判断,那么构成要件又有何存在之必要,其作为不法类型的意义也几近丧失。”<sup>[45]</sup>如果这一质疑的背景是德日刑法“行为类型”的一元化定罪模式的话,那么其说理性可谓精当。作为可罚的行为类型的构成要件是德日刑法理论长期发展的硕果,而可罚性判断的大部分也理应在构成要件阶段完成。但是另一方面,成长于“行为类型”定罪模式下的构成要件理论在解决我国刑法特有的罪量要素时,如果不能“因地制宜”就会出现如前述将数额作为构成要件要素而产生的理论不适。因此,如何在处理中国式的罪量要素时,协调好构成要件的理论机能与刑法具体规定的关系,是一个值得思考的问题。

### 三、本文观点：数额之违法性要素说

通过前述对各种学说的梳理检讨可以发现,客观处罚条件说虽然在将数额排除在故意的认识范围之外这一点上有可取之处,但由于走向了使数额脱离主观认识、明显违背责任主义的极端,而无法使其对数额之阶层犯罪论体系的定位取得令人信服的效果。构成要件要素说对于责任主义的坚守、对于构成要件机能的维护使其得到了大多数主张引鉴阶层犯罪论体系的学者的支持,但是其却忽略了作为舶来理论的教义学方法所处的成长环境与我国刑法具体规定的差异而陷于一种思维定式的窠臼,对于解决中国刑法语境下具体问题显得力不从心。可罚的违法性说在解决“天价葡萄案”这一刑法具体问题时可说是得心应手,也为本文的写作提供了一个重要的参考,但是正如演算一道数学题,可罚的违法性说只是提供了一个相对合理的结果,然而却并没有给出一个论证严密、逻辑清晰的证明过程,这不能不说是一个遗憾。虽然本文基本同意陈兴良教授将数额作为可罚的违法性要素的结论,<sup>[46]</sup>但是刑法学作为一门体系严谨、逻辑缜密的学问,对任何一处细微的调整往往牵一发而动全身。因此笔者本着大胆假设、小心求证的态度,以本文认为的合理结论为起点,溯游而上,试图在对日本刑法中的可罚的违法性理论本身做出进一步澄清的基础上,探求对本文见解的证成而言可资借鉴的思路,希冀能够对数额犯之数额的违法性要素说的逻辑证明提供一个合理的路径,非如此则本文的写作毫无意义。

#### (一) 可罚的违法性理论的进一步澄清

事实上,国内刑法学者关于可罚的违法性理论的研究介绍已经使我们对其来龙去脉有了一个基本的了解,<sup>[47]</sup>如果本文再对该理论进行一次正本清源式的考察则无异于画蛇添足、狗尾续貂乃至人云亦云。但如果换个角度,即将在我国刑法语境下被视为理论难题的案件置于日本刑法可罚的违法性理论中予以解决的话,不仅能够实现对该理论的重新检视,而且能够在对其进一步澄清的基础上加深理解把握。因此本文接下来的尝试将围绕于此而展开。

[45] 见前注[17],王莹文。

[46] 至于情节犯之情节是否能一概地作为可罚的违法性要素,笔者尚需进一步研究。

[47] 参见陈家林:《外国刑法通论》,中国人民公安大学出版社2009年版,第274~276页;前注[40],陈兴良书,第363~368页;彭泽君:《日本刑法中的可罚的违法性理论及其对我国的借鉴》,载《法学评论》2005年第6期;刘士心:《论可罚的违法性》,载《中国刑事法杂志》2009年第3期;王彦强:《可罚的违法性论纲》,载《比较法研究》2015年第5期;王银河:《可罚的违法性理论研究》,南京师范大学2014年刑法学硕士学位论文;等等。

如果将“天价葡萄案”视为一道有待解答的数学题,那么可罚的违法性理论则是一个能够被套用的“公式定理”。然而根据前人对其的研究可知,这一“公式定理”却有佐伯千仞“违法性阻却说”和藤木英雄“构成要件阻却说”两个版本。佐伯继承并发展了其师宫本英修的思想,基于客观违法论和结果无价值的立场,提出所谓可罚的违法性,就是指行为的违法性具有采取刑罚这种强力对策的必要,具有与刑罚相适应的“质”与“量”。而轻微违法行为既有因违法的“质”相异而与刑罚不相适应否定构成要件该当性(犯罪类型该当性)的情形,也有虽然该当构成要件,仍存在因违法的“量”轻微而阻却可罚的违法性,包括违法减轻事由和可罚的违法阻却事由两种情形。于是可罚的违法性的出罪功能主要存在于违法性阶段。<sup>[48]</sup> 与此不同,藤木立足于结果无价值和行为无价值相结合的违法二元论的立场,提出构成要件中以其典型事态为中心,预定了一定的类型性程度的严重性,没有满足这种程度的违法性就缺乏构成要件符合性。而对可罚违法性的判断应从结果违法和行为违法两个方面进行,第一是危害轻微,第二是行为脱离社会相当性的程度轻微。<sup>[49]</sup>

首先,如果根据佐伯说来处理这道难题,因为其认为在构成要件阶段更多关注“质”,而轻微违法行为该当构成要件(犯罪类型该当性),所以作为“量”的数额就被置于违法性阶层成为违法性要素。那么结论就很明显了,正如前述陈兴良教授所言,行为人盗窃行为、盗窃故意,只是对数额这一违法性要素产生认识错误,在错误不可避免时阻却责任。其次,如果根据藤木说来处理这道题目,因为其在构成要件中预设了一定的程度要求,所以数额自然就成为构成要件要素。但是不同于佐伯说将“质”与“量”并列看待的视角,藤木说将“量”包含于“质”中,如果“量”的轻微在一定的标准范围之内的话则否定“质”的存在。所以根据构成要件的故意规制机能,行为人对葡萄价值产生了认识错误(如果普通葡萄价值在盗窃罪该当构成要件的程度要求标准之内),继而对自己盗窃行为的“质”产生认识错误,也就是对自己行为的刑事违法性产生认识错误,不认为自己的行为属于盗窃罪的该当构成要件行为。最终行为人虽然因为科研用葡萄的价值巨大而存在该当构成要件的盗窃行为,但是却并不存在盗窃罪的故意(违法性认识成为故意的要素)。

从对以上两种出罪路径的分析来看,虽然二者在最终的出罪结论上殊途同归,但这并不代表二者在具体的出罪路径上没有高下之别。前者基本上将构成要件视为一种客观、描述性、价值中立的行为类型,但是构成要件的行为类型说在德日刑法理论中基本已被视为过时的主张,而这也是20世纪70年代以后日本在审判实践中对可罚的违法性理论表现出“消极的态度”的原因之一。<sup>[50]</sup> 由于构成要件的行为类型说随着刑法理论的发展基本沦为历史的遗迹,构成要件的违法类型说或违法有责类型说成为强有力的理论,而藤木说基本视构成要件为违法类型。从理论发展的轨迹来看,应该说藤木说比佐伯说更加合理。而我国主张数额的构成要件要素说的学者的基本思路和藤木的主张在本质上并无不同,虽然前者是误以事实认识错误阻却故意而后者则以刑事违法性的认识错误否定盗窃罪的故意。要是同样基于日本刑法的具体语境,笔者基于结果无价值的立场无疑也会更加认同数额之构成要件要素说的观点。<sup>[51]</sup> 因为实质的、价值性的构成要件更符合刑法发展的方向。但正是因为中国刑法和日本刑法具体语境的差异,使笔者不能完全认同构成要件要素说的主张。中国刑法中(包括司法解释修改及补充)明文规定的罪量要素是我们不得不考虑的因素。如果一味地予以移植而不加以本土化的调试改造,结果就是如前述构成要件要素

[48] 参见[日]佐伯千仞:《刑法讲义(总论)》,有斐阁1977年版,第170~176页。

[49] 参见[日]藤木英雄:《可罚的违法性》,学阳书房1975年版,第94页以下。

[50] 参见林山田:《刑法通论(上册)》,北京大学出版社2012年版,第194~195页。

[51] 当然,前提是,对数额的认识错误不是以事实认识错误而是以违法性的认识错误来否定行为人的故意。

说,虽体系完美、逻辑自洽却陷入功能不足的困境。

综上所述,不考虑可罚的违法性理论在日本刑法内部的要否、定位之争,单就解决我国刑法语境下存在的难题而言,藤木说对构成要件做实质化处理显然比佐伯说更值得我们借鉴,但考虑到中国刑法的具体规定,笔者认为佐伯说也并非毫无可取之处。因此笔者认为,欲解决我国刑法特有的数额犯之数额的阶层体系定位问题,有必要借鉴日本的可罚的违法性理论,但基于我国刑法二元化的定罪模式、罪量要素的成文化语境,我们不得不对其进行适度的改造,以期既能适应我国刑法的具体规定又能真正地解决我国刑法存在的问题。至于如何进行调试以证成本文之见解并回应理论上有可能的质疑,则是下文的研究重点。

## (二) 数额之违法性要素说的证成路径及对质疑的反驳

如前文分析,藤木说处理数额犯之数额问题的基本架构是将构成要件作为可罚性的根据,数额成为构成要件要素,对数额认识错误则是对刑事可罚性的认识错误,刑事可罚性的认识为故意的要素,错误阻却故意。佐伯说针对该问题的基本架构是将构成要件做形式化理解,可罚性的判断放在违法性阶层,数额成为违法性要素,对数额认识错误虽然也是对刑事可罚性的认识错误,但刑事可罚性的认识为责任的要素,错误阻却责任。由于我国刑法对数额的成文化规定,将其作为构成要件要素又会产生前文所述的一些“中国式”的特殊问题甚至困境,因此本文所试图构建的证成路径不仅要遵循构成要件的一般原理又要结合中国刑法的具体规定,所以本文认为可以在原则上坚持藤木说实质化构成要件的基础上借鉴佐伯说形式化处理构成要件的观点将数额例外的规定为违法性要素。如此来看,本文的主张并不复杂,而针对如此本土化改造的路径可能面临的质疑,本文回应如下。

其一,既然主张构成要件的实质化、违法类型说,却又将数额这一影响构成要件违法程度的重要因素置于违法性阶层成为违法性要素,二者是否矛盾。的确,如果将数额排除在构成要件的范围之外,虽然并不会使得构成要件退回到纯粹行为类型说的状态(因为规范构成要件要素和主观违法要素的存在),但是这时符合构成要件的行为仅有一般违法性,<sup>[52]</sup>就不能据此推定行为人的刑事违法性,所以在这种情况下构成要件违法推定机能不复存在。如果这样看,那么笔者的主张显然与刑法的基本原理相悖。但是,笔者想提醒质疑者的也是引言中一再强调的教义学方法与教义学知识的不同。

回顾构成要件产生的历史,虽然将构成要件引入刑法学是费尔巴哈的功劳,但构成要件论的真正历史却始于贝林。贝林认为,在构成犯罪的各种要素中,构成要件具有特殊的功能,它是一种观念指导形象。这里的观念指导形象,是指犯罪的客观轮廓或者形构,也就是构成要件定型化机能。<sup>[53]</sup>贝林还曾经以盗窃罪为例证加以说明:盗窃罪的类型包含了各种构成要素,包括客观要素与主观要素。在这些要素中,唯有“取走他人动产”是盗窃罪的构成要件,也就是指导形象。贝林指出,盗窃罪要存在,则必须:(1)“取走他人动产”之行为实际上已得以实施;(2)该行为已为行为人主观故意所包含;(3)具有以该行为为落足点而引申出来的类型性要素即“占有目的”,在此,该要素要同样与被取走的他人财物相关。这样,“取走他人动产”概念支配着所有盗窃罪的类型性要素。这些要素以不同的方式与该概念联系着,该概念奠定了该类型的共性。<sup>[54]</sup>小野清一郎将这

[52] 笔者基于法秩序统一性视野对违法性采相对性判断的立场,主张承认“一般违法性”的概念。关于此种主张的详细论证,见前注[43],王昭武文。

[53] 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5~6页。

[54] 参见[德]恩施特·贝林:《构成要件理论》,王安异译,中国人民公安大学出版社2006年版,第4页。

种定型化机能称为特殊理论机能,它不仅仅是刑法各论上的东西,而且还可以作为构筑刑法总论即刑法一般理论体系的基石。虽然贝林主张的客观的、记叙性的、价值无涉的构成要件行为类型说在规范论、实质主义的理论流变中被抛弃,但构成要件的理论机能却早已深入人心,违法推定机能便是其中之一。但是构成要件作为一个抽象的法律概念,是从犯罪类型中推导出来的,而每一种犯罪类型都具有各自的构成要素,正是这些构成要素决定着犯罪类型的特征。<sup>[55]</sup>换言之,构成要件的违法推定机能最终也是由其构成要件要素决定的。如前所述,在德日刑法中并无罪量要素的规定,只要行为人的行为该当构成要件行为类型就可推定其具有刑事违法性,而无须考虑行为程度。但是我国刑法却不同,一方面我国刑法中也存在仅根据行为类型就可推断其具有刑事可罚性的犯罪,如故意杀人罪;但另一方面也有数额犯这样的犯罪,如果将数额作为构成要件要素,那么构成要件就具有违法推定机能,如果将数额作为违法性要素则该机能就不具有。而构成要件阶段应当包含哪些内容应该因各国刑法的具体规定妥善选择,构成要件的功能仅相当于“法官有了一个钩子,他可以把案件悬挂在这样一个钩子上面”。<sup>[56]</sup>

因此,虽然构成要件理论是一种教义学方法,其在德日刑法“行为类型”的一元化定罪模式下,被刑法学者总结赋予了违法推定机能,但这种机能只能算是教义学方法结合德日刑法具体规定而产生的教义学知识。如果我们对此不加区分,把德日刑法中的教义学知识当作教义学方法引进,并将之奉为圭臬、不容置疑,那么就可能出现“消化不良、水土不服甚至上吐下泻的后果”。<sup>[57]</sup>这也正是本文认为作为构成要件重要机能之一的违法推定机能不仅可以被部分地推翻而且在中国刑法的具体语境下应该被部分推翻的原因。因此本文一方面原则坚持构成要件的实质化,即刑法分则罪状中没有规定罪量要素仅根据行为类型即可推定其违法性的情况,<sup>[58]</sup>另一方面认为在数额犯的情况下根据中国刑法解决具体问题的需要,例外地否认构成要件的违法推定机能,<sup>[59]</sup>并不是对教义学方法的违背而是对教义学知识的重构。

其二,如何解释轻微的法益侵害行为与正当防卫、紧急避险等不具有法益侵害性行为在违法性层面的同质性问题。<sup>[60]</sup>笔者认为产生这种质疑的根源同样在于思维方式的固化,是以德日经典的构成要件该当—违法—有责的犯罪论体系为圣经,并以此苛责任何试图对之进行修正的观点。但正如学者所说,构成要件该当—违法—有责的犯罪论体系并非是对法律上所规定的一切问题的绝对化,而仅仅是一个犯罪论体系,在无法发挥实践功能时就应该对其进行若干的修正。而在如何把握构成要件、违法、有责的内容上,学术界一直存在诸多争议,并且迄今未取得一致。构成要件、违法、有责的犯罪成立要件如果从机能的角度来看的话,不过是作为社会制裁手段的刑事制裁的形式要件,如果社会关系的实态发生了变化,那么其成立要件的内容与组织方式也应进行调整。<sup>[61]</sup>因此,本文认为基于我国罪量要素的成文化规定和德日刑法规定的差异,为以最小的代价将舶来理论与中国刑法的具体规定相结合进而能够有效地解决中国刑法语境下的理论问题,对传统三阶层犯罪论体系以及可罚性理论做出一些“离经叛道”的本土化

[55] 参见陈兴良:《构成要件论:从贝林到特拉伊宁》,载《比较法研究》2011年第4期。

[56] 见前注[53],小野清一郎书,第30页。

[57] 见前注[5],梁根林文。

[58] 关于刑法分则中罪量要素的各种类型,梁根林教授有过详细的分析,具体参见前注[4],梁根林文。

[59] 至于“情节犯”“后果犯”能否做出这样的判断,不在本文讨论之列,有待进一步研究。

[60] 见前注[17],王莹文。

[61] 参见于改之:《可罚的违法性理论及其在中国的适用》,载《刑法论丛》(第12卷),法律出版社2007年版,第40~41页。

改造与调试也未尝不可。事实上,即使在体系性周延与功能性自足之间选择后者,也并非绝对不可接受。毕竟,刑法功能的实现才是体系性周延的目的,即使所采取的方法显得笨拙不堪,但反之则不然。

#### 四、数额之违法性要素说的 实例运用及合理性

通过前述的分析,本文说明了数额之违法性要素说在理论上的可行性。同时,本文认为数额之违法性要素说在解决当前一些类型化的疑难案件时也更加合理。以下主要选取实务中两类典型的案件予以简要说明。

##### (一) 能够有效处理涉及数额的共同犯罪

如前所述,如果将数额作为构成要件要素,那么甲教唆互不相识的乙、丙、丁分别盗窃 500 元,由于乙、丙、丁三人因均未达到盗窃罪的最低定罪数额而不构成盗窃罪,所以即使按照最小从属性说,甲也难以成立共犯以盗窃罪论处。但是笔者注意到也有学者虽然将数额作为构成要件要素来看待,但最终却得出甲构成盗窃罪的结论。其以如下案例为分析对象。李某系电工,2000 年 1 月至 12 月间,李某利用自己的电工技术,先后帮助 20 户居民非法改动电表,使电表计量指针变慢,以达偷电目的。李某每次帮助居民改动电表都会得到一定好处。案发时,此 20 户居民每户偷电数额均未达到盗窃罪的最低定罪数额,但 20 户偷电数额累计达到 1.8 万元。其认为罪体要素表征个罪行为类型化,是从横向、此罪彼罪的行为类型区分意义上作为犯罪成立要件的,行为类型是对公权力介入界域的限定,也是罪刑法定的基本要求。而罪量要素作为犯罪构成要件要素,是在行为类型(罪体)确定的基础上,从纵向、轻罪重罪(罪与违法)的行为程度差别意义上决定犯罪成立与否,实际上是对不同程度的同类行为的公权力处置上的分工。因此其论证思路是先将罪量要素暂时抽出,先用共犯理论解决行为类型层面的共犯认定、客观归责问题,然后在此基础上,根据罪量要素标准,解决责任承担的具体方式和轻重问题。<sup>[62]</sup> 于是,李某和 20 户居民便在盗窃行为定型层面构成共同犯罪,而在行为程度层面由于分别考察,所以虽然 20 户居民均不成立盗窃罪但李某由于数额累加而构成盗窃罪。仔细分析这种论证方法便不难发现,其一方面将数额视为构成要件要素,但另一方面又因为如果在判断共犯成立与否时考虑数额因素还是无法使李某入罪,所以其不得不先不考虑数额因素,在行为类型层面解决完共犯成立与否问题后再来判断共犯正犯各自的行为程度问题。但是如果按照这种思路,共犯从属性的基本原理也不得不进行调整,因为即使是最小从属性也需要共犯从属于表征正犯的行为程度的数额。

不过事实上,连主张这种观点的学者自己也承认将罪量要素掺入到共犯理论之构成要件该当(犯罪共同或行为共同)的判断中去不仅不明智而且不经济。<sup>[63]</sup> 但其又局限于数额之构成要件要素说的思维窠臼而不愿或不敢主张应该把数额剥离于构成要件阶段使数额成为违法性要素,因此只能选择一种折中的办法,在构成要件阶段进行双层次的判断,同时又有意或无意地回避掉其论证思路与共犯从属性基本原理的冲突。

实际上,这种解决问题的思路距离数额之违法性要素说的观点仅有一步之遥,只是需要一点勇气而已。按照数额之违法性要素说,因为数额非构成要件要素,所以只要正犯实施了类型化的

[62] 见前注[2],王强文,第 192~194 页。

[63] 见前注[2],王强文,第 194 页。

构成要件行为,同时根据最小从属性说,<sup>[64]</sup>共犯也就符合了类型化的构成要件行为。然后在违法性阶段再具体地、个别地判断行为人各自的行为是否达到了刑事可罚的程度。在上例中,由于各户居民均实施了该当构成要件的盗窃行为,所以李某与每户居民在构成要件阶段成立共同犯罪不成问题。但是因为各户居民均未达到盗窃罪的最低定罪数额,而李某的所涉数额不需要从属,所以可以在违法性阶段累加计算以致远超盗窃罪的入罪数额标准最终得以盗窃罪定罪量刑。

## (二) 使数额认识错误问题的解决更加妥当

前述学说梳理中以“天价葡萄案”为例说明了客观处罚条件说以及构成要件要素说在处理数额认识错误案件时所面临的问题,而数额之违法性要素说则可以以行为人没有违法性认识(可能性)而使其免除责任。后者的出罪路径不仅更加符合行为人对于案件事实的认识规律,而且更加契合当今责任主义由规范责任论向功能责任论或者说可罚的责任转变的趋势。

此外,“天价葡萄案”所代表的仅是数额认识错误中不构成犯罪的数额(轻微数额)和基本数额、加重数额之间的认识错误,这实际上是违法性有无的认识错误。还有一种数额认识错误是基本数额和加重数额内部的认识错误。数额之违法性要素说在处理此类案件时的原理一脉相承。以“天价种鸡案”为例。1996年初,广东佛山的几名打工者在养鸡场先后偷得677只鸡,其中部分被食用,部分根据当时市场价,以6元左右的价格出售,共得款不到两万元。经物价部门核价证明,此种鸡为“墟岗黄鸡301品系之第五代种鸡”,每只评估价值为667.68元,盗窃财物价值总额超过45万元。后佛山中院以盗窃罪判处其中二人无期徒刑,一名从犯有期徒刑6年。<sup>[65]</sup>有的持构成要件要素说的学者给出的解决方案是“行为人主观上具有盗窃较大数额财物的故意,客观上数额特别巨大的犯罪结果包含数额较大的结果,在重合的限度内,行为人应就2万余元成立数额较大的盗窃既遂”。<sup>[66]</sup>不得不承认论者的结论具有一定的合理性,但论者的论证依然没有逃脱固有的思维窠臼,即将刑事违法性的认识作为了故意的要素。当然,也许论者本身就没有意识到这一点。而按照本文主张的数额之违法性要素说,行为人客观上盗窃了数额特别巨大的财物,也即具有了构成要件符合性和违法性,同时行为人主观上想盗窃的也正是这些财物,所以也具有了盗窃数额特别巨大财物的故意,但是行为人在违法性认识上仅认识到自己盗窃的是数额较大的财物,也就是对违法性程度产生了认识错误,所以按照现代责任主义,对行为人只能按照盗窃数额较大财物来定罪量刑。尽管结论并无太大出入,但一如前述,将数额作为违法性要素,使数额犯的构成要件摆脱数额的无谓干扰,这样对于相关问题的解决也就不必受我国立法现实的牵绊,从而也避免了理论与实务沦于相脱节的境地。

总之,将数额作为违法性要素,既最大限度地契合了教义学方法,又根据中国刑法的具体规定建构了属于自己的教义学知识体系,而非仅仅对舶来理论的盲目移植、照抄照搬。由此,数额之违法性要素说对解决“行为类型+行为程度”立法模式下的“中国式”的特殊问题可能更加合理、妥当。

[64] 理论上关于要素的从属性存在夸张从属性说、极端从属性说、限制从属性说和最小从属性说。前两种学说由于主观违法论的立场几乎没有学者主张,而基于客观违法论的立场,限制从属性说和最小从属性说成为强有力的学说。而采何种又与共犯的处罚根据息息相关。(具体参见秦雪娜:《共犯处罚根据的全新定位——改良的纯粹惹起说之提倡》,载《环球法律评论》2015年第5期。)笔者原则上认为最小从属性说较合理,而如果如本文将数额作为违法性要素的话,那么限制从属性说就更没有适用空间,而最小从属性说在解决该问题上的优势也印证了其有可能存在更大的适用余地。

[65] 参见方可成:《偷鸡数百只,两人判无期》,载《南方周末》2011年5月12日。

[66] 简爱:《论盗窃罪中的数额认识错误》,载《法律科学》2015年第6期。

## 五、小 结

在中国刑法理论日益体系化、精细化、教义化与学派化的大时代中,中国刑法极具特色的关于罪量要素的规定是无论如何也无法回避的问题。本文放弃就罪量要素的整体定位、全盘把握的视角,而是从作为罪量要素之一的数额犯之数额的阶层犯罪论体系性定位这一较小角度切入,试图通过学说的梳理、个案的研究、理论的引鉴以及体系的微调,对实务中的困惑做出解答,为解决数额犯的具体问题提供切实可行的指引和助力,甚至为解决整体罪量要素的体系定位提供思路。

通过本文的研究,数额之客观处罚条件说虽然在将数额排除在故意的认识范围之内这一点上有可取之处,但由于走向了使数额脱离主观认识、明显违背责任主义的极端,而无法使其对数额之阶层犯罪论体系的定位取得令人信服的效果,也与其限制刑罚适用范围的初衷相悖;数额之构成要件要素说对于责任主义的坚守、对于构成要件机能的维护使其得到了大多数主张引鉴阶层犯罪论体系的学者的支持,但是其却忽略了作为舶来理论的教义学方法所处的成长环境与我国刑法具体规定的差异而陷于一种思维定式的窠臼,对于解决中国刑法语境下具体问题显得力不从心;数额之可罚的违法性说在解决“天价葡萄案”这一刑法具体问题时可说是得心应手,但正如演算一道数学题,可罚的违法性说只是提供了一个相对合理的结果,遗憾的是并没有给出一个论证严密、逻辑清晰的证明过程。

本文原则同意数额之违法性要素说,并在对日本的可罚的违法性理论进行个案检验的基础上做出进一步的澄清。本文认为在日本刑法一元化的定罪模式下,藤木英雄对构成要件做实质化处理的方案不仅在解决具体问题的效果上不弱于佐伯说,而且避免了后者在理论上的诸多弊病。但在中国刑法二元化的定罪模式下,为适应具体语境下解决问题的妥当性,有必要在原则坚持藤木说的基础上在数额犯的情况下例外地采取佐伯形式看待构成要件的观点。但这并不是对教义学方法的违背,因为构成要件的违法推定机能最终也是由其构成要件要素决定的,而构成要件阶段应当包含哪些内容应该因各国刑法的具体规定妥善选择,所以将数额作为违法性要素看待恰恰是对教义学知识的重构。此外,为以最小的代价将舶来理论与中国刑法的具体规定相结合进而能够有效地解决中国刑法语境下的问题,对传统三阶层犯罪论体系以及构成要件理论、可罚性理论等做出一些体系的微调、本土化的改造,即使在体系性周延方面有所欠缺,但鉴于功能性自足的需要,这种做法也并非绝对不可接受。至此,本文对数额之违法性要素说的理论论证给出了自己的回答。

最后,本文通过选取实务中比较有代表性的两类疑难案件,并以数额之违法性要素说进行处理,从而进一步证明了本文观点的合理性。当然,尽管如此,笔者心中仍怀忐忑。正如张明楷教授在最初提倡“客观的超过要素”的概念时所说的,“我在本文的思考与撰写过程中,内心里一直充满了矛盾。我一方面认为自己提倡的客观的超过要素概念可以解决许多问题,另一方面又认为提出本文观点实属胆大妄为,与我长期以来对自己在学术上的要求有相悖之处”。<sup>[67]</sup>笔者此时的心情无异。为了避免笔者陷入“异想天开、自言自语、胡搅蛮缠、思想裸奔”的窘境,只能期待方家对本文进行的批判与对该问题的更系统的研究了。

(责任编辑:林喜芬)

[67] 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。