

论数额加重犯的未遂犯

周铭川*

目次

- | | |
|------------------------|---------------------|
| 一、数额加重犯未遂犯之否定说及其评析 | 二、数额加重犯不是结果加重犯 |
| (一) 相关司法解释对数额加重犯未遂犯的肯定 | 三、数额加重犯有独立而完整的亚犯罪构成 |
| (二) 加重犯无未遂说及其评析 | 四、加重数额是数额加重犯的构成要件要素 |
| (三) 量刑规则无未遂说及其评析 | (一) 量刑规则说及其评析 |
| (四) 罪量加重构成要素无未遂说及其评析 | (二) 罪量加重构成要素说及其评析 |
| | 五、结语 |

摘要 虽然众多司法解释明文规定数额加重犯能够成立未遂犯,但仍有许多学者提出反对意见,主要有加重犯无未遂说、量刑规则无未遂说、罪量加重构成要素无未遂说等多种观点,这些反对意见均值得商榷。由于行为构造完全不同,数额加重犯不是结果加重犯,不能用结果加重犯的理论来分析数额加重犯的问题。由于一个犯罪中只存在一个数额,不可能基本数额与加重数额同时并存,具体行为要么成立基本犯,要么成立加重犯,因此加重犯的成立不以基本犯的成立为前提。数额加重犯实际上有其独立而完整的亚犯罪构成,加重数额则是其构成要件要素而不是量刑规则,也是犯罪故意的认识内容。

关键词 数额加重犯 未遂犯 结果加重犯 构成要件要素 量刑规则

与既定性又定量的立法模式相适应,^{〔1〕}我国刑法中规定有数量庞大的数额犯,^{〔2〕}这些数额犯,往往根据财物价值的数额大小设置不同的法定刑,从而形成语义上的数额基本犯与数额加重犯。鉴于数额加重犯在我国犯罪中所占比例较大,数额加重犯问题成为我国犯罪构成理论中所不可忽视的重要问题,科学认识数额加重犯问题对于理解我国犯罪构成的特殊性,对于理解刑法第13条“但书”规定,以及理解我国刑法中情节加重犯、结果加重犯等犯罪形态的成立及未遂等问题,均具有重要而深远的影响。然而,由于数额加重犯问题的特殊性和复杂性,刑法学界对数额加重

* 上海交通大学凯原法学院副教授、法学博士。

〔1〕 参见储槐植、汪永乐:《再论我国刑法中犯罪概念的定量因素》,载《法学研究》2000年第2期。

〔2〕 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。

犯的一些基本问题仍存在争议。特别是近年来,许多学者开始反思传统刑法理论的合理性,并对数额加重犯是否存在未遂形态、能否成立未遂犯提出质疑,这虽然有利于推进刑法理论创新,但是这些质疑意见本身能否成立,仍有必要仔细探讨。

一、数额加重犯未遂犯之否定说及其评析

长期以来,多数学者及司法实务工作者都认为数额加重犯存在未遂形态,对于以数额巨大的财物为犯罪目标而未遂者,应当按数额加重犯的未遂犯论处,这既符合犯罪构成要件原理,又有一系列司法解释的明文规定支持。但是,近年来,许多学者开始主张否定说,认为数额加重犯只有成立与否问题而无未遂问题,如果实际数额未达“数额巨大”或“数额特别巨大”标准,则不成立数额加重犯,而只成立数额基本犯的既遂犯或未遂犯。

(一) 相关司法解释对数额加重犯未遂犯的肯定

第一,目前关于抢劫罪的两个司法解释,都肯定“抢劫数额巨大”财物的未遂犯。^{〔3〕}其中,最高人民法院2005年颁布的《关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》第10条规定,“抢劫数额巨大”情节同样存在既遂、未遂问题,对抢劫未遂的,应适用加重情节的法定刑并结合未遂犯的处理原则量刑。在11年之后的2016年,最高法院重申了这一观点,其在《关于审理抢劫刑事案件适用法律若干问题的指导意见》第2条中规定,以数额巨大的财物为抢劫目标,但由于意志以外的原因未能抢到财物或实际抢到的财物数额不大的,应同时认定为“抢劫数额巨大”和犯罪未遂,以“抢劫数额巨大”的未遂犯论处。

第二,目前关于盗窃罪的司法解释,也明确规定“盗窃数额巨大”财物存在未遂犯。根据“两高”2013年颁布的《关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》第12条的规定,以数额巨大的财物为盗窃目标的,即使未遂也要处罚。该条还规定了既遂数额和未遂数额并存时的处理原则:如果几次盗窃中有的既遂,有的未遂,应首先根据既遂和未遂的数额大小确定各自所应适用的法定刑,然后根据法定刑高低来决定总体上所应适用的法定刑。如果既遂和未遂所应适用的法定刑相同,就按既遂论处,未遂数额作为量刑情节考虑。如果既遂和未遂所应适用的法定刑不同,就按法定刑更高者定罪量刑,即,如果既遂数额所应适用的法定刑更高,就按既遂论处,未遂数额作为量刑情节考虑;如果未遂数额所应适用的法定刑更高,就按未遂论处,既遂数额作为量刑情节考虑。^{〔4〕}这种规定考虑了犯罪停止形态理论、罪数形态理论和实务操作的简便性,具有相当的合理性。

〔3〕 最高人民法院2005年6月8日颁布的《关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》第10条规定:“……刑法第263条规定的八种处罚情节中除‘抢劫致人重伤、死亡的’这一结果加重情节之外,其余七种处罚情节同样存在既遂、未遂问题,其中属抢劫未遂的,应当根据刑法关于加重情节的法定刑规定,结合未遂犯的处理原则量刑。”最高人民法院2016年1月6日颁布的《关于审理抢劫刑事案件适用法律若干问题的指导意见》第2条规定:“3. 认定‘抢劫数额巨大’,参照各地认定盗窃罪数额巨大的标准执行。抢劫数额以实际抢劫到的财物数额为依据。对以数额巨大的财物为明确目标,由于意志以外的原因,未能抢到财物或实际抢得的财物数额不大的,应同时认定‘抢劫数额巨大’和犯罪未遂的情节,根据刑法有关规定,结合未遂犯的处理原则量刑。”

〔4〕 最高人民法院、最高人民检察院2013年4月2日颁布的《关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》第12条规定:“1. 盗窃未遂,具有下列情形之一的,应当依法追究刑事责任:(1)以数额巨大的财物为盗窃目标的;(2)以珍贵文物为盗窃目标的;(3)其他情节严重的情形。2. 盗窃既有既遂,又有未遂,分别达到不同量刑幅度的,依照处罚较重的规定处罚;达到同一量刑幅度的,以盗窃罪既遂处罚。”

第三,目前关于诈骗罪的司法解释,也明确规定“诈骗数额巨大”财物存在未遂犯。根据“两高”2011年颁布的《关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第5条的规定,以数额巨大的财物为诈骗目标的,即使诈骗未遂也应定罪处罚。该司法解释第6条还规定了既遂数额和未遂数额并存时的处理原则:既遂数额和未遂数额并存时,分别达到不同量刑幅度的,依照处罚较重的规定处罚;达到同一量刑幅度的,以诈骗罪既遂处罚。^{〔5〕}

可见,以上关于抢劫、盗窃、诈骗的司法解释虽然颁布年代不同,但都规定以“数额巨大”财物为犯罪目标而未得逞的,成立未遂犯,需要以“数额巨大”的法定刑为基准,结合刑法总则关于未遂犯的处罚原则来量刑。对于以“数额特别巨大”财物为犯罪目标而未得逞的,应否按“数额特别巨大”的未遂犯论处,虽然以上司法解释没有明文规定,但根据“入罪时举轻以明重”的当然解释规则,既然“数额巨大”财物的未遂都构成未遂犯,则“数额特别巨大”财物的未遂自然也应当以相应数额标准的未遂犯论处。而规定在既遂数额与未遂数额并存时应以法定刑更重者论处,也符合罪数形态理论中“从一重罪论处”原则,说明以上司法解释实际上是将同一种犯罪的既遂犯和未遂犯作为不需要数罪并罚的同种数罪来规定的。

(二) 加重犯无未遂说及其评析

学界最先对数额加重犯的未遂犯提出质疑的观点可概括为“加重犯无未遂说”。此说认为,由于数额加重犯是加重犯的一种类型,而加重犯没有未遂,所以数额加重犯也不存在未遂问题而只存在成立与否问题。例如,有学者认为,由于通说否定结果加重犯存在未遂,而数额加重犯是结果加重犯的一种,因此其不存在未遂问题。^{〔6〕}又如,有学者认为,由于加重犯没有未遂,所以《刑法》第263条中规定的“抢劫数额巨大”也没有未遂,即使以数额巨大或特别巨大的财物作为抢劫目标,只要实际所得尚未达到巨大标准,仍应以一般抢劫论处。^{〔7〕}再如,有学者认为,由于加重犯的构成特征,是在具备基本构成的基础上,出现了基本构成条款不能包括而为加重刑罚的条款所特别规定的严重后果或严重情节,因此加重结果或情节的有无是加重犯是否成立的要件,有此结果或情节就构成并完备了加重犯的要件,无此结果或情节就只构成基本犯而不成立加重犯,因此加重犯只有成立与否问题,而无未完成形态存在的余地。^{〔8〕}

本文认为,加重犯无未遂说的主要问题在于,受“数额加重犯也是结果加重犯”这一传统观念的限制,简单套用结果加重犯的理论来分析数额加重犯的问题,而忽略了两之间显著不同的特征,将会明显放纵犯罪,违背罪刑相适应原则。例如,甲盗窃他人100万元的汽车而未遂,根据这一学说,甲至多构成盗窃数额较大财物的未遂犯,这实际上是将甲盗窃价值100万元汽车而未遂与甲盗窃价值1000元自行车而未遂作等同评价,明显违背罪刑相适应原则。由于本文第二部分将重点论证数额加重犯不属于结果加重犯,因而此处不展开详细分析。

(三) 量刑规则无未遂说及其评析

“量刑规则无未遂说”是张明楷教授提出的观点。此说认为,由于加重数额不是犯罪构成要件要素而只是量刑规则,对于客观上未达到加重数额标准的,当然不能认定,只有当案件事实完全符

〔5〕 最高人民法院、最高人民检察院2011年3月1日颁布的《关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第5条规定:“1. 诈骗未遂,以数额巨大的财物为诈骗目标的,或者具有其他严重情节的,应当定罪处罚。2. ……”第6条规定:“诈骗既有既遂,又有未遂,分别达到不同量刑幅度的,依照处罚较重的规定处罚;达到同一量刑幅度的,以诈骗罪既遂处罚。”

〔6〕 参见张勇:《犯罪数额研究》,中国方正出版社2004年版,第95页。

〔7〕 参见周振想、林维:《抢劫罪特别类型研究》,载《人民检察》1999年第1期。

〔8〕 参见高铭喧主编:《刑法学原理(第2卷)》,中国人民大学出版社2005年版,第276~277页。

合某个量刑规定时,才能按照该规定量刑,因此数额加重犯不可能有未遂。如果甲以数额特别巨大财物为盗窃目标,但由于意志以外的原因而未得逞的,对其只能以盗窃罪的基本犯的未遂论处。此说仍是以数额加重犯属于结果加重犯为论证前提的,是在传统的“加重犯无未遂说”的基础上发展而成,只不过对加重数额是否属于犯罪构成要件要素的看法与传统学说之间存在分歧。依据此说的观点,甲已经着手盗窃价值100万元的汽车,但由于意志以外的原因而未得逞的,并不成立针对此汽车的未遂,而仅成立盗窃价值1000元自行车的未遂,尽管这辆价值1000元的自行车客观上根本不存在,或者说虽然存在但根本不是甲的盗窃目标,这明显会放纵犯罪。

不过,作者在同一篇论文中同时主张,加重数额必须作为犯罪故意的认识内容,例如,甲入户盗窃,误将一块价值特别巨大的贵重手表当作价值一千元左右的手表盗走,由于甲对数额特别巨大没有认识,不能成立数额加重犯,只能成立数额基本犯。^{〔9〕}

表面上看,这似乎没有前后矛盾,因为无论是所盗财物客观上没有达到数额特别巨大标准,还是客观上已经达到数额特别巨大标准但行为人主观上对此没有认识,由于都是主客观不一致的认识错误,因此都只按数额基本犯论处是前后一致的。但实际上仍然存在问题,因为一方面认为加重数额是量刑规则而不是加重构成要素,另一方面又认为加重数额需要作为犯罪故意的认识内容,则加重数额到底是构成要件要素还是只是量刑规则,是否有的量刑规则也必须作为犯罪故意的认识内容?

“量刑规则无未遂说”的主要理由有:

1. 对数额加重犯的未遂只有按基本犯的未遂论处才符合罪刑相适应原则。例如,假设数额特别巨大的标准是30万元,A盗窃29万元既遂,B意图盗窃31万元未遂,如按加重构成要素说的观点,对A可能判处3年至10年有期徒刑,对B则可能判处10年以上有期徒刑至无期徒刑,虽然对B可以适用刑法总则关于未遂犯可以从轻或减轻处罚的规定,但对B的处罚仍有可能重于对A的处罚。实际上,A的盗窃行为已经给他人财产造成实害,B的盗窃行为则只是有造成他人财产损失的危险,所以B的盗窃行为的不法程度肯定轻于A的盗窃行为的不法程度,按加重构成要素说处理将明显违背罪刑相适应原则。这也反过来说明,对于情节严重、数额巨大等因素,只能视为量刑规则而不能视为加重构成要素。^{〔10〕}

这种理由值得商榷。因为,脱离具体案件,抽象地讨论法院对A或B的量刑孰轻孰重是没有意义的,事实上,在A的盗窃既遂数额非常接近数额特别巨大的情况下,法院很可能对其判处有期徒刑9年,而B的盗窃未遂数额虽然符合数额特别巨大标准,但由于刚刚超过起点数额,法院很可能对其减轻处罚判处有期徒刑5年以下;在有期徒刑3年至10年(未遂犯减轻)、有期徒刑10年至无期徒刑(未遂犯从轻)的量刑幅度内,法官完全可以根据案件具体情况对被告人判处有期徒刑相当的刑罚。

2. 按加重构成要素说不容易处理既遂和未遂并存的情形。例如,甲一次盗窃价值2万元财物既遂,一次盗窃价值31万元财物未遂,如按加重构成要素说的观点,对甲要按数额特别巨大的未遂论处,而将既遂数额作为从重处罚情节,但这显然违背事实和常理,因为甲明明已经既遂了;既认为盗窃财物数额特别巨大是加重犯罪构成,又不将其未遂与盗窃数额较大财物的既遂认定为两个盗窃罪,也违背罪数形态理论。^{〔11〕}

〔9〕 参见张明楷:《论升格法定刑的适用根据》,载《法律适用》2015年第4期。

〔10〕 见前注〔9〕,张明楷文。

〔11〕 见前注〔9〕,张明楷文。

这种理由同样值得商榷,因为论者所举例子本来属于轻罪既遂(盗窃到2万元)和重罪未遂(想盗窃31万元而未得逞)的同种数罪,只按重罪的未遂论处而不数罪并罚,是完全符合罪数形态理论中“从一重罪论处”原则的,实际上也很少有人批评“从一重罪论处”原则,因为这一原则具有合理性而不需要数罪并罚。按“从一重罪论处”原则更容易做到罪刑相适应,并非对既遂数额视而不见,例如在论者所举例子以及其他类似案例中,法官可以在有期徒刑3年至无期徒刑的巨大裁量范围内对被告人判处刑罚,^[12]因此完全可以将盗窃2万元直至29万元既遂的不法内涵评价进去;反而是,如果按论者的观点处理,则更可能严重违背罪刑相适应原则,因为无论怎么从重,按盗窃2万元既遂来量刑,对被告人都只能判处有期徒刑3年以下刑罚,相当于对盗窃31万元甚至几百万元、几千万元的未遂无任何处罚,实际上是对未遂数额视而不见,两者谁更能实现正义、更符合事实和常理,应当不难判断。

3. 由于最高法院2000年颁布的《关于审理走私刑事案件具体应用法律若干问题的解释》将“情节严重”和“情节特别严重”规定为相应的数额标准,所以“情节严重”这类要素并不会使违法行为类型发生变化,不应属于加重的犯罪构成而只能视为量刑规则。虽然从表面上看,“某人盗窃数额巨大未遂”之类的说法似乎没有不合理之处,但是,由于数额巨大就是情节严重,说数额巨大未遂就是说情节严重未遂或者说具有情节严重的可能性,这显然不可思议。正如说“两次抢劫是三次抢劫的未遂、某人成为首要分子未遂”的说法不成立一样,数额巨大未遂的说法也难以成立。^[13]

这种理由有偷换概念之嫌。因为,在盗窃罪、诈骗罪、抢夺罪、侵占罪、敲诈勒索罪等常见财产犯罪的条文中,“数额巨大”是与“有其他严重情节”并列规定为适用第二档次法定刑的标准的,“数额巨大”只是“严重情节”的情形之一,“情节严重”作为对犯罪的社会危害程度的整体评价,其评价基础既包括财物数额巨大又包括其他情节严重情形。只有在数额巨大既遂的情形下,才可能单独因为数额巨大而被评价为情节严重(只是没有必要同时评价为情节严重),如果仅有数额巨大未遂情节,是难以评价为情节严重的。因此,承认数额巨大未遂并不意味着承认情节严重的未遂,而情节严重没有未遂也不意味着数额巨大没有未遂,诸如“某人盗窃数额巨大财物而未遂”之类的事实在现实生活中经常发生,例如经常有盗窃价值100万元奔驰轿车而未遂的例子发生,至于能否将这类事实评价为“情节严重”,则取决于案件的具体情况。

而将以数额巨大财物为犯罪目标的犯罪有无未遂与“首要分子”或“多次”有无未遂相提并论也明显不当,因为这不是同一层次的问题。财物“数额巨大”是数额加重犯成立的必备条件,当财物价值符合该条件时,可以认定为数额加重犯既遂,当财物价值尚不符合该条件时,不可以认定为数额加重犯既遂,所评价的是数额加重犯的既未遂而不是评价“数额巨大”本身的既未遂,正如是评价故意杀人罪有无既未遂而不是评价“死亡结果”本身有无既未遂一样。而首要分子是对行为人在共同违法犯罪中所起作用大小的事实认定,“多次”是对事实上实施了几次犯罪行为的事实认定,这种事实认定与对所盗财物是否达到数额巨大标准的认定一样,只存在能否认定问题而不存在既未遂问题。论者实际上是混淆了“数额巨大”本身有无未遂与数额加重犯有无未遂这两个不同层次上的问题,从而以“首要分子”或“多次”不存在未遂来推论数额加重犯没有未遂。

(四) 罪量加重构成要素无未遂说及其评析

此说是在传统的“加重犯无未遂说”以及上文中“量刑规则无未遂说”的基础上形成的,同样以数额加重犯属于结果加重犯为其论证前提。此说一方面将加重数额视为“罪量加重构成要素”,从

[12] 参见阮齐林:《论盗窃罪数额犯的既遂标准》,载《人民检察》2014年第19期。

[13] 参见张明楷:《加重构成与量刑规则的区分》,载《清华法学》2011年第1期。

而与“量刑规则无未遂说”将加重数额视为量刑规则明显不同,另一方面却又认为,数额加重犯的未遂实际上是数额基本犯的未遂,应以基本犯的法定刑为量刑基准并同时适用刑法总则关于未遂犯的处罚规定,但是,如果实际发生的数额已经达到基本犯的数额标准,则应以基本犯的既遂论处。^[14]换言之,根据此说,如果甲已经着手盗窃乙的价值100万元的奔驰轿车,但由于意志以外的原因而未盗窃成功的,并不成立盗窃该辆汽车的未遂,而仅成立盗窃价值1000元的自行车或其他财物的未遂,进而,由于司法实践中不处罚盗窃罪基本犯的未遂,行为人将无罪释放,但是,如果甲已经将价值1000元的汽车窗户玻璃取走,则要构成盗窃1000元汽车窗户玻璃的既遂。

“罪量加重构成要素无未遂说”的主要理由有:

1. 加重构成要素说将数额巨大等法定刑升格条件与典型的加重构成要素等同视之,忽视了二者在内容和性质上的重大差异,其适用效果有悖于罪刑均衡原则。例如,甲乙二人同样以数额特别巨大的财物为盗窃目标,甲盗窃到2000元而乙当场被擒分文未得,司法实践中经常对甲以其所得数额判处3年有期徒刑以下刑罚,而对乙则在“10年以上有期徒刑、无期徒刑”的基准上从轻、减轻处罚,量刑不公可见一斑。^[15]

这种理由值得商榷。因为,加重数额与基本数额之间的关系与加重结果与基本结果之间的关系,两者的性质与内容是否具有重大差异,与数额加重犯有无未遂犯,是两个没有必然联系的问题,论者也未指出数额加重犯与结果加重犯之间的这种重大差异究竟是如何导致不能针对加重数额成立未遂犯的。至于上例中量刑不公的疑问其实也不应存在,因为对于甲本来也是应当以盗窃数额特别巨大财物的未遂来定罪量刑的,现行司法解释也明确规定要以数额特别巨大财物的未遂论处,不能以司法实践中可能出现的错误做法来论证自己的结论正确。

2. 如果承认数额加重犯的未遂,将使加重数额既成为法定刑升格条件,又同时作为未遂犯可罚之实质理由的客观危险性,使加重数额从客观实害转换为危险状态,这显然既与典型的罪体加重构成要素存在差异,又对加重数额作了刑法所禁止的重复评价。^[16]

这种理由值得商榷,因为加重数额与论者所谓“罪体加重构成要素”之间是否存在差异,与数额加重犯是否存在未遂犯,是两个没有必然联系的问题,论者也未指出这种差异是如何影响数额加重犯的未遂的。至于认为承认数额加重犯的未遂会使加重数额从客观实害转换为危险状态,其实也没道理,正如认为承认故意杀人罪的未遂会使“死亡结果”从客观实害转换为危险状态没有道理一样。任何犯罪未遂都是在没有满足既遂要素的情况下才成立的,不存在未遂犯是将既遂要素“从客观实害转换为危险状态”之类的问题。在没有发生认识错误的情况下,行为满足了既遂要素就成立既遂,没有满足既遂要素就成立未遂,认为既遂要素是客观实害或危险状态,是将犯罪既遂要素与犯罪停止形态混为一谈,因为,前者是作为犯罪成立条件之一的构成要件要素,后者则指具体行为已经造成了客观实害或者仅仅造成了危险状态。至于认为承认数额加重犯的未遂犯会导致对加重数额重复评价也不正确,因为针对任何犯罪既遂要素,都存在一个满足了或未满足的评价问题,这与重复评价不是同一个概念,何况,论者也认为加重数额和基本数额在性质和内容方面完全一样,如果对行为是否符合加重数额要素进行评价是重复评价,则对行为是否符合基本数额要素进行评价,不也是重复评价?

3. 在“行为人意图盗窃数额特别巨大的财物而未得逞”的事例中,基本犯也处于未遂状态。根

[14] 参见王彦强:《区分加重构成与量刑规则——罪量加重构成概念之提倡》,载《现代法学》2013年第3期。

[15] 见前注[14],王彦强文。

[16] 见前注[14],王彦强文。

据德国的三种观点,结果加重犯未遂罪的成立,要么是基本犯未遂而加重结果已经发生,要么是基本犯既遂而故意的加重结果未发生,而该事例显然不属于这两种情况。在该事例中,不仅加重结果“数额特别巨大”未发生,而且基本犯“盗窃财物数额较大”也只是未遂,因此难以想象像盗窃数额特别巨大财物这样的仅有单一盗窃行为、单一盗窃结果的加重犯类型也能肯定“基本犯未遂且故意的加重结果未发生”这种类型的加重犯未遂的成立。^[17]

这种理由同样值得商榷。既然论者已经认识到数额加重犯只有单一行为和单一结果,认识到这种单一结果与结果加重犯中具有性质不同的基本结果和加重结果完全不同,为什么还需要根据德国刑法学中关于结果加重犯的三种观点来将我国的数额加重犯论证成结果加重犯,进而否定数额加重犯这一“结果加重犯”未遂犯的成立?在数额加重犯未遂场合,不是数额基本犯尚处于未遂状态,而是根本不存在考虑数额基本犯既、未遂的必要性和可能性,因为成立数额加重犯并不需要也不可能以成立数额基本犯为前提。例如,甲着手盗窃乙价值100万元的奔驰轿车而未得逞,我们所需要考虑的,是甲对这辆车数额特别巨大的轿车的盗窃未遂,而不需要也根本无法考虑甲对“数额较大”的某一财物的盗窃未遂,客观上不可能存在所谓“基本犯尚处于未遂状态”等问题。

4. 加重数额是在基本数额基础上的量的提升,是基于基础犯罪的结果危险性而加重刑罚,没有基本数额,也就丧失了加重的依据,也就不能成立结果加重犯的未遂犯。由于加重数额与基本数额在性质上没有任何差异,并且存在当然的包含与被包含关系而不可能并存,因此针对加重数额的未遂实际上就是基本犯的未遂。既然基本犯尚处于未遂状态,尚无基本数额,自然无法承认加重犯的未遂,所以对所谓数额加重犯的未遂应以基本犯的未遂或既遂论处。^[18]

这种理由值得商榷。论者一方面将加重数额视为加重结果、视为结果危险性的提升,另一方面又认为加重数额与基本数额在性质上没有任何差异,加重数额包含基本数额,这显然自相矛盾。其错误仍然在于用结果加重犯的理论来分析数额加重犯的问题,而忽略了数额加重犯的犯罪构成并不依赖于数额基本犯的犯罪构成这一事实,想当然地认为加重数额是基本数额的加重结果、认为成立数额加重犯必须以成立数额基本犯为前提,这正如认为成立盗窃价值100万元汽车的未遂必须以成立盗窃价值3000元自行车的未遂为前提一样,完全不切实际。认为针对加重数额的未遂就是基本犯的未遂的观点,则是将两者的犯罪构成混为一谈。

综上,以上否定数额加重犯存在未遂犯的各种观点,均是不恰当的。

二、数额加重犯不是结果加重犯

以上数额加重犯未遂犯否定说及传统肯定说的共同特点是将数额加重犯视为结果加重犯,进而用结果加重犯的理论去分析数额加重犯的问题,从而得出明显不切实际的结论。事实上,数额加重犯不是结果加重犯,因为两者的行为构造完全不同。

首先,两者的行为结构不同。以典型的结果加重犯故意伤害(致死)罪为例,其基本犯为故意,对加重结果是过失,^[19]是实施一个故意行为,由于发生基本构成要件之外的重结果,而被立法规定加重法定刑,^[20]其处罚比作为基本犯的故意犯与针对重结果成立的过失犯的想象竞合犯更重,

[17] 见前注[14],王彦强文。

[18] 见前注[14],王彦强文。

[19] 参见[日]大塚仁:《刑法概说(总论)》(第3版),冯军译,中国人民大学出版社2009年版,第207页。

[20] 参见张正新:《刑法中结果加重犯构成新探》,载《法学杂志》1999年第6期。

所以被称为结果加重犯。^[21] 其中,故意伤害行为和过失致人死亡行为本来属于性质不同的行为类型,两者在构成要件特征方面具有明显差异。从行为阶段来看,结果加重犯的成立,必须经历前后相继的两个阶段,首先是基本犯,然后是加重犯,不首先实施基本犯的行为就不可能成立结果加重犯。从加重构成对基本构成的依附性来看,加重构成是在基本构成的基础上增加加重结果要素而形成的,没有基本构成就没有加重构成,不先成立基本犯就不可能成立结果加重犯(只是对基本犯可否处于未遂状态目前仍有争议),加重构成对基本构成具有从属性,依附于基本构成而存在。因此,结果加重犯在本质上是立法者将想象竞合犯中的过失结果规定为故意犯罪的加重结果以提高法定刑。^[22] 至于诸如抢劫时故意致人重伤或死亡之类的“故意+故意”型的结果加重犯,在本质上属于抢劫罪和故意杀人罪、故意伤害罪的结合犯。

而在数额犯中,数额加重犯和数额基本犯实际上是同一行为类型的行为,两者的性质完全相同。首先,主观上,行为人对基本数额和加重数额持同一种犯罪故意,例如,甲想盗窃他人价值3千元的自行车,乙想盗窃他人价值20万元的汽车,两者的犯罪故意都是盗窃故意,不像结果加重犯那样对基本犯持故意而对加重结果持过失;客观上,行为人所实施的行为类型完全相同,比如,都是盗窃、诈骗、抢夺等,不像结果加重犯那样故意犯罪和过失犯罪相混合。从行为阶段来看,数额基本犯和数额加重犯是各自独立的,两者的成立都仅需要一个阶段,不像结果加重犯那样要经历基本犯和加重结果两个阶段,例如,张三盗窃李四的汽车,能一上车就将该汽车开走,而不需要先盗窃李四数额较大的其他财物,数额加重犯的成立无须也不可能以数额基本犯的成立为前提,正如甲盗窃乙的汽车不可能以甲盗窃乙的自行车为前提一样。从加重数额与基本数额之间的关系来看,两者都是财物的价值属性,都不能脱离“财物”这一犯罪对象而独立存在,其作为财产价值衡量的性质完全相同,甚至两者完全可以是同一个财物的价值属性,例如,同一件文物,今年估价3千元,甲盗窃该件文物,仅成立盗窃罪的基本犯,一年之后,该文物可能被估价3万元,乙再盗窃该文物,就要成立数额巨大的盗窃犯。一个具体的犯罪行为,要么成立数额基本犯,要么成立数额加重犯,不存在首先成立基本犯然后成立加重犯或者同时成立基本犯和加重犯的问题,换言之,如果一个行为已经成立数额加重犯,就不可能同时成立数额基本犯,这与结果加重犯中必须同时存在基本犯和加重结果完全不同。

其次,结果的个数和性质不同。在结果加重犯中,基本犯与加重结果是相对独立的两个部分,基本结果和加重结果的性质往往不同。^[23] 例如,在故意伤害(致死)罪中,行为人实施的故意伤害行为本身成立故意伤害罪,由于发生了轻伤、重伤所不能包含的死亡结果,又被评价为行为人对此死亡结果具有过失,至少也得具有预见可能性。^[24] 故意所造成的伤害结果与过失所造成的死亡结果,两者性质完全不同。据学者统计,德国刑法有20余个条文规定了结果加重犯,日本刑法和韩国刑法各有16个条文规定了结果加重犯,其加重结果均仅限于伤害和死亡,而没有数额、后果之类的规定。^[25] 伤害结果和死亡结果都是对人肉体的物理性的损害,是理论上公认的狭义结果。

而在数额犯中,仅仅存在“数额”这一广义上的结果,这种结果尽管也具有客观存在的属性,但却不是能够脱离具体财物而独立存在的外在结果,而仅仅是存在于人们头脑中的对某一财物价值

[21] 参见[日]西田典之:《日本刑法总论》,刘明祥、王昭武译,中国人民大学出版社2007年版,第67页。

[22] 参见周铭川:《结果加重犯争议问题研究》,载《中国刑事法杂志》2007年第6期。

[23] 参见吴振兴:《罪数形态论》,中国检察出版社1996年版,第113页。

[24] 参见张明楷:《刑法学(第5版)》(上),法律出版社2016年版,第68、171页。

[25] 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。

属性的判断,因此不同的判断主体对一件财物的价值判断结论完全可能不一致。并且,在一个具体犯罪中只可能存在一个具体数额,不可能基本数额和加重数额同时并存,例如盗窃罪、诈骗罪和抢夺罪等几乎所有的财产犯罪,均只有单一行为、单一“结果”,具体行为要么成立数额基本犯,要么成立数额加重犯,而不可能同时成立基本犯和加重犯。换言之,无论是数额基本犯还是数额加重犯,都只存在一个具体的“数额”这一广义上的结果,这与结果加重犯中存在性质不同的基本结果和加重结果明显不同。虽然刑法根据数额大小设置了不同的法定刑,但是并没有为加重犯设置任何与基本犯不同的构成要件。盗窃一辆汽车与盗窃一辆自行车,除了数额大小不同之外,在行为类型及构成要件方面没有任何区别;甲在公共汽车上扒窃乙的钱包,主观上对财物数额持概括故意,能偷到多少就是多少,其行为是同一个扒窃行为,但是其量刑则要取决于乙钱包里财物的价值大小。由于行为类型及构成要件完全相同,具体行为不可能同时成立包含基本数额与加重数额的犯罪,这与结果加重犯必须同时包含基本结果和加重结果显然不同。

因此,由于行为构造完全不同,结果的个数和性质不同,不能认为数额加重犯是结果加重犯的一种类型,诸如认为“盗窃数额(特别)巨大财物也是一种结果加重犯”之类的观点,^[26]都是将两者混为一谈的表现。退一步讲,即使在不严格的意义上将加重数额理解为加重结果,进而将数额加重犯视为(广义的)结果加重犯,也不宜用(狭义的)结果加重犯的理论来分析数额加重犯的问题。

三、数额加重犯有独立而完整的亚犯罪构成

关于加重犯的概念,常见有结果加重犯、情节加重犯、数额加重犯、对象加重犯、手段加重犯、时间加重犯、地点加重犯以及行为加重犯等称谓。^[27]就加重犯的构成要件是否依附于基本犯的构成要件、加重犯的成立是否必须以首先成立基本犯为前提而言,理论上主要有独立性说、从属性说和相对独立性说三种观点。独立性说认为,加重犯与基本犯一样,是独立的犯罪,有独立的犯罪构成,因为基本构成要件经过修正之后,已不只是加重构成要件或减轻构成要件,而成了一种独立的构成要件,在判断行为是否该当此独立的构成要件时,不必依赖基本构成要件;从属性说认为,加重构成是从基本犯的构成要件派生而来的,因此完全从属于基本犯而不具有独立性;相对独立性说认为,一方面,加重构成是从基本构成派生而来的,是依附于基本构成要件的,但另一方面,加重构成又具有与基本构成不同的加重要素,具有不同于基本构成的罪质,其加重要件是基本构成要件的转化。^[28]

本文认为,由于加重犯的形态千差万别,对于加重犯是否具有独立的构成要件问题,必须具体形态具体分析,不可一概而论。如前所述,典型的结果加重犯,其加重构成是由基本构成派生而来的,没有基本构成就没有加重构成,不先实施基本犯的行为就无从出现加重结果,体现出具有从属性的一面,但是在数额加重犯这种语义上的加重犯中,由于只存在加重数额一个数额,不存在相对应的基本数额,其成立就不需要也不可能以首先成立基本犯为前提,因此数额加重犯依附于数额基本犯的观点难以成立,独立性说是比较符合实际的。

相反的观点认为,数额加重犯的成立,也要以数额基本犯的成立为前提,因为,加重犯的构成要件是以基本犯的构成要件为前提的,是在基本犯的形成和发展过程中出现的,若没有基本犯的

[26] 参见张明楷:《法定刑升格条件的认识》,载《政法论坛》2009年第5期。

[27] 参见王志祥:《犯罪既遂新论》,北京师范大学出版社2010年版,第320~324页。

[28] 参见周光权、卢宇蓉:《犯罪加重构成基本问题研究》,载《法律科学》2001年第5期。

存在,就不可能出现加重犯;〔29〕认为数额加重犯的犯罪构成属于因存在超过普通犯罪构成要件内容的加重数额而形成的加重犯罪构成,而数额特别巨大的犯罪构成是在数额巨大的犯罪构成的基础上,因具备更重的数额而形成的更高层次的犯罪构成,因此属于特别数额加重犯。〔30〕

这种观点忽略了数额基本犯和数额加重犯的犯罪行为 and 构成要件完全相同、只是财物价值大小有别这一事实,因而对两者关系作了错误解读。以盗窃罪为例,一个具体的盗窃行为,要么符合盗窃财物数额较大的构成要件,要么符合盗窃财物数额巨大的构成要件,要么符合盗窃财物数额特别巨大的构成要件,而不可能同时符合其中两种或三种情形的构成要件,说明刑法实际上为盗窃罪中的数额犯设置了三种不同的犯罪构成。

在1997年《刑法典》颁布之前,理论上将刑法分则每一章中的犯罪所共同侵犯的客体称为同类客体,但是,在1997年《刑法典》出台后,由于分则第三章、第六章下各分若干节,因此理论上又将每一节所共同侵犯的客体称为“亚同类客体”,从而在每一章的同类客体之下,发展出“亚同类客体”这一概念。其中,同类客体是指某一类犯罪所共同侵犯的社会关系的某一方面,即刑法所保护而为犯罪行为所侵犯的社会关系的某一部分,〔31〕亚同类客体是指在同类客体之下,某一小类犯罪所共同侵犯的社会关系,即刑法所保护而为犯罪所侵犯的某一小类别的社会关系。〔32〕可见,所谓“亚”,在同类客体问题上是指下位的概念,表明章、节客体之间的层级。与之相似,将数额犯这种犯罪性质完全相同但由于数额大小不同而形成的事实上不同的犯罪构成称为“亚犯罪构成”,也有助于说明问题,当然这需要理论上逐渐形成共识。即,仅就常见财产犯罪的数额犯之间的比较而言,盗窃罪、诈骗罪、抢夺罪、侵占罪等财产犯罪都有其独立的犯罪构成,各自的犯罪构成取决于各自不同的行为类型和不同的犯罪故意,这是通常意义上的犯罪构成;在这种犯罪构成概念之下,各数额犯实际上还根据数额大小区分成了数额较大、数额巨大、数额特别巨大等犯罪构成,对于这种“次一等的”犯罪构成,可以用“亚犯罪构成”来指称。以盗窃罪为例,其通常意义上的犯罪构成,是指以非法占有为目的,在盗窃故意支配下,秘密窃取他人财物的行为,其亚犯罪构成,则是指以非法占有为目的,在盗窃故意支配下,秘密窃取他人“数额较大”(或数额巨大、数额特别巨大)的财物的行为,两种层次的犯罪构成概念之间,存在着上位概念与下位概念的关系。许多刑法学教材中对数额犯之罪名的定义,基本上只反映了数额基本犯的亚犯罪构成,而未包括数额加重犯的亚犯罪构成,因而存在混淆数额基本犯的亚犯罪构成与通常意义上的犯罪构成的缺陷。例如,有教材认为:“合同诈骗罪,是指以非法占有为目的,在签订、履行合同过程中,使用欺骗手段,骗取对方当事人财物,数额较大的行为。”“诈骗罪,是指以非法占有为目的,使用欺骗方法,骗取数额较大的公私财物的行为。”〔33〕这种定义是不周延的,只反映了“数额较大”的诈骗,而未反映“数额巨大”“数额特别巨大”的诈骗,而作者的本意应是包括后两者的。之所以用“亚犯罪构成”而不沿用传统的“派生的犯罪构成”概念,是因为在数额加重犯与数额基本犯之间,并不存在所谓派生关系,而纯粹是刑法根据不同数额大小分别设置了法定刑,并且“数额较大、数额巨大、数额特别巨大”又必须作为行为人的认识内容所致。所谓“基本犯”与“加重犯”的称谓,更多是由来于语言使用习惯,而不表明加重犯是由基本犯派生、演绎而来。在同一种数额犯的各种亚犯罪构成之间,是并列的、各自

〔29〕 参见王志祥:《从既遂标准的层次性理论看加重犯的既遂问题》,载《法律科学》2011年第5期。

〔30〕 参见王志祥:《数额加重犯基本问题研究》,载《法律科学》2007年第4期。

〔31〕 参见王飞跃:《刑法学》,中南大学出版社2009年版,第274页。

〔32〕 参见郑飞等:《金融诈骗罪研究》,立信会计出版社2014年版,第16页。

〔33〕 参见张明楷:《刑法学(第5版)》(下),法律出版社2016年版,第833、1000页。

独立的关系,不存在相互包含或隶属的问题,不存在成立加重犯必须以成立基本犯为前提、必须由基本犯衍生而来之类的问题。例如,行为人盗窃他人价值100万元的小汽车,将直接成立数额特别巨大的盗窃罪,而无须首先认定他成立数额较大或数额巨大的盗窃罪,事实上也不存在这样的盗窃目标。

由于在数额犯中,具体财物总是有其确定的唯一的数额,一个行为要么不构成犯罪,要么构成基本犯,要么构成加重犯,并且只能以行为人主观上的犯罪目标为参照来决定既遂或未遂,所以,在行为人以数额巨大或数额特别巨大的财物为犯罪目标的情形下,具体行为要么完全符合数额加重犯的构成要件而成立数额加重犯的既遂,要么不完全符合数额加重犯的构成要件而仅成立数额加重犯的未遂,根本不存在如果不完全符合就退而求其次成立数额基本犯的既遂或未遂的问题。例如,甲盗窃他人价值100万元的轿车,要么既遂要么未遂,而不可能成立盗窃价值3000元自行车的既遂或未遂。认为加重数额和基本数额都是犯罪构成中的定量要素的观点是正确的,但是认为加重数额属于区分加重犯与基本犯的要素、其功能在于区分重罪与轻罪的观点,^[34]则忽略了数额加重犯犯罪构成的独立性,正如认为汽车价值大小的作用在于区分汽车与自行车并不正确一样。

综上,正如在行为人以数额特别巨大的财物为盗窃目标时,实际上并不存在也不需要存在一个作为参照前提的数额较大的财物一样,成立数额加重犯不需要并且不可能以成立数额基本犯为前提,不需要首先经历一个成立数额基本犯的阶段。虽然除了数额大小有别之外,一个符合数额加重犯构成要件的事实,能同时符合数额基本犯的构成要件,但这是因为除了财物价值大小有别之外,两者的其他构成要件本来就完全相同,而不是因为成立数额加重犯必须以成立数额基本犯为前提,不应将两者相同的构成要件当作数额基本犯所独有的构成要件。实际上,如果考虑到财物的价值大小这一刑法设置不同法定刑的因素,如果考虑到各自的亚犯罪构成,则一个完全符合数额加重犯构成要件的行为,是不可能完全符合数额基本犯的构成要件的,反之亦然。例如,甲盗窃了一辆价值100万元的汽车,是直接符合“数额特别巨大”财物的构成要件,而不再完全符合盗窃“数额较大”财物的构成要件,认为甲还同时符合盗窃数额较大财物的构成要件是错误的。

与完全否认数额加重犯的独立性相反,另有学者过分强调数额加重犯的独立性以致否认数额加重犯概念存在的必要性。例如,有学者认为,所谓数额加重犯,与数额基本犯仍属同一罪质,并非超出数额基本犯的犯罪构成的特殊形态,因此加重数额只是一个量刑情节;如果承认数额加重犯概念,则在其“未遂”场合,要么根据结果加重犯没有未遂的观念认为应以数额基本犯的既遂量刑,要么仍按结果加重犯的未遂论处从而与结果加重犯无未遂的观念相矛盾,因此应取消数额加重犯的概念。^[35]另有学者认为,在数额犯中,不存在以犯罪数额作为划分标准的基本犯与加重犯之分,所谓加重犯仍属于基本犯范畴,刑法以数额为标准对法定刑的划分仍是对各量刑档次的基本犯的划分;以诈骗罪为例,其数额较大是犯罪构成的定量标准,数额巨大、特别巨大只是确定法定刑幅度的数额标准。^[36]

笔者认为,以上两种观点均将加重数额视同单纯的量刑情节,忽略了两者在亚犯罪构成方面的实际区别,认为数额加重犯就是数额基本犯,并不妥当;既认为两者罪质仍属同一,又用结果加

[34] 见前注[29],王志祥文。

[35] 参见许发民:《结果加重犯的构成结构新析》,载《法律科学》2006年第2期。

[36] 参见刘之雄:《犯罪既遂论》,中国人民公安大学出版社2003年版,第153、127页。

重犯的理论来分析数额加重犯的问题,也自相矛盾。实际上,具体行为要么符合基本犯的构成要件,要么符合加重犯的构成要件,不可能同时符合两者的构成要件,说明两者之间的区别是客观存在的、不以人的认识为转移的,暂且不论这种区别是否本质上的区别,仅就必须进行区别而言,就说明两者不能混同。作为约定俗成的语言习惯,用基本犯来指称法定刑较轻情形,用加重犯来指称法定刑更重的情形,几乎成了必然选择,简单地否定数额加重犯概念,至多只能掩盖问题而无法解决问题。

综上,由于刑法根据不同数额标准为同一数额犯配置了不同的法定刑,由于在一个具体的犯罪中只存在一个具体数额而不可能同时存在基本数额与加重数额,由于数额大小也是需要犯罪故意认识的内容,因此刑法实际上为数额加重犯设置了独立的完整的犯罪构成,将这种犯罪构成称为“亚犯罪构成”是比较准确并且有其必要的。与数额基本犯一样,数额加重犯有其独立而完整的亚犯罪构成,并不依附于基本犯,其既遂或未遂也是独立的,也不依附于基本犯。

四、加重数额是数额加重犯的构成要件要素

在将数额加重犯的犯罪构成概括为“亚犯罪构成”之后,还有必要回应一下理论上关于加重数额在这种犯罪构成中的地位的问题。

在数额犯中,无论基本数额还是加重数额,都只是用来表示财物价值大小的量度,都是财物的一种属性,两者的性质完全相同,所谓“加重”只是相对于“基本”而言的,并不意味着数额加重犯的犯罪构成依赖于或派生于数额基本犯的犯罪构成,更意味着数额加重犯的成立必须以数额基本犯的成立为前提和必经阶段。从犯罪构成是认定犯罪成立与否的唯一规格和标准这一公认命题来讲,由于加重数额也是认定数额加重犯的成立所必不可少的条件之一,并且也是需要犯罪故意认识的内容,因此加重数额也是数额加重犯的构成要件要素,这也是前述司法解释和大多数学者所赞成的观点。对此,主要有量刑规则说及罪量加重构成要素说两种反对观点。

(一) 量刑规则说及其评析

量刑规则说是张明楷教授提出的观点。张教授的观点有一个发展变化过程。其在 2009 年的一篇论文中认为,作为法定刑升格条件中的财产犯罪的数额是需要犯罪故意认识的内容,因为它属于“财物”这一构成要件要素,如果行为人对此要素没有认识,就不成立故意犯罪,比如甲因认识错误而没有认识到所盗财物数额特别巨大时,即使其应当预见到数额特别巨大,也不能认定为故意盗窃了数额特别巨大的财物,至多属于对加重结果有过失,而刑法并不处罚过失盗窃行为;而作为犯罪行为滋生之物或犯罪所得报酬等的数额则不需要认识,因为这两者都不是构成要件要素而只是一种限制处罚范围的要素,比如《刑法》第 170 条规定的“伪造货币数额特别巨大”和第 318 条第 1 款规定的组织他人偷越国(边)境的“违法所得数额巨大”都不需要行为人认识,只要行为人认识到其在实施伪造货币行为或组织他人偷越国(边)境行为即可。^[37] 可见,在张教授看来,财产犯罪中的基本数额和加重数额都是构成要件要素,因而需要作为犯罪故意的认识内容;而作为犯罪行为滋生之物或犯罪所得报酬的基本数额,则只是一种限制处罚范围的要素,其加重数额也只是单纯的法定刑升格条件,两者都不属于犯罪故意的认识内容,无论行为人对此要素有无认识,都不影响其犯罪故意的成立。至于这种法定刑升格条件到底具有什么性质,张教授未作说明。不过,张教授后来改变了观点,其在 2011 年的另一篇论文中提出,应当区分加重构成与量刑规则,当刑

[37] 见前注[26],张明楷文。

法分则条文单纯以财物数额(或数量)、违法所得数额、犯罪行为滋生之物的数量(或数额)等的巨大(或特别巨大)作为法定刑升格条件时,其目的只是为了规范法官量刑而没有其他特别意义,更不意味着数额犯有好几个犯罪构成,因而只属于量刑规则;只有当刑法分则条文因为行为、对象等构成要件要素的特殊性而使行为类型发生变化,进而导致违法性增加并加重法定刑时,才属于加重的犯罪构成(或构成要件)。^[38] 据此,张教授改变了其2009年时认为财产犯罪中的加重数额也是构成要件要素、也需要作为犯罪故意的认识内容的观点,而认为加重数额仅是一种量刑规则、无须作为犯罪故意的认识内容。但对于量刑规则到底具有什么性质,仍然语焉不详。促使张教授改变观点的原因,或许是目前法学界十分时髦的所谓类型性思维,认为根据违法类型说的观点,构成要件是刑罚法规所规定的违法行为类型,因此并非使行为成为犯罪的当罚的、可罚的要素都是构成要件要素,只有某犯罪所固有的、类型的可罚的要素才是构成要件要素,因此只有能表明违法行为类型的要素才属于构成要件要素,而盗窃他人财物,无论其数额是较大、巨大还是特别巨大,其行为类型或构成特征完全相同,所不同的只是违法程度而已。^[39]

本文认为,张教授将数额加重犯中的数额一概视为量刑规则,虽然有其“构成要件是违法行为类型”之类型化思维的根据,但是却存在不加分析地照搬德日学者观点而忽略我国与德日等国在立法方式上的重大差异之嫌。众所周知,德日等国对犯罪的规定往往只定性不定量,立法中只规定不同的犯罪行为类型,而不像我国刑法那样根据财物价值大小设置不同的法定刑,导致在德日等国,即使是盗窃价值1元钱的财物,理论上符合盗窃罪的构成要件,^[40]而盗窃价值100元的财物,与盗窃价值3000元(数额较大)、3万元(数额巨大)、30万元(数额特别巨大)的财物,所适用的法定刑幅度是完全一样的。例如,《日本刑法典》第235条规定:“窃取他人财物的,是窃盗罪,处十年以下惩役,并处50万日元以下罚金。”第243条还规定处罚窃盗罪的未遂;《德国刑法典》第242条规定:“意图盗窃他人动产,非法占为己有或使第三人占有的,处5年以下自由刑或罚金。盗窃未遂的,也应处罚。”虽然《德国刑法典》第243条规定了加重盗窃类型,但那主要是因为盗窃手段、方式、地点或特殊情形而加重法定刑,没有因数额较大或数额巨大而加重法定刑的规定;我国台湾地区“刑法典”第320条对普通盗窃罪、第321条对加重盗窃罪的规定,与德国刑法典中的规定非常相似。

显然,这种立法模式方面的重大差别应当引起我们足够的重视,换言之,虽然在德日等国,构成要件是违法行为类型,可以根据行为类型的不同来区分不同的犯罪,因此可以认为,只有能够影响行为类型的要素才是构成要件要素。但是,我国的情况与德日等国有很大不同:一方面,仅有影响行为类型的要素既不足以区分一般违法行为与犯罪行为,也不足以区分法定刑幅度不同的同一种犯罪行为,因为它们的行为类型和构成要件完全一样,只是财物价值所体现的不法程度不同。例如,一般诈骗行为与诈骗罪的区分,就完全取决于财物的价值是否达到数额较大标准;而在犯罪既遂的情况下,是适用数额较大的法定刑,还是适用数额巨大、数额特别巨大的法定刑,在具体个案中完全取决于财物价值是否达到相应数额标准。另一方面,从数额大小影响法律后果的角度来讲,同一行为类型的行为,实际上因为数额大小不同而分别属于不同的“亚犯罪构成”,换言之,虽然形式上仍然属于相同的行为类型,但是在法律后果方面,则实质上相当于不同的行为类型。比较明显的,是一般违法行为与犯罪行为的区别,比如诈骗他人财物,数额很小与数额较大的,分别

[38] 见前注[13],张明楷文。

[39] 见前注[13],张明楷文。

[40] 参见[日]松原芳博:《刑法总论重要问题》,王昭武译,中国政法大学出版社2014年版,第91页。

属于一般违法行为与诈骗行为,是罪与非罪的区别;相对不明显的,是同属犯罪行为的基本犯与加重犯之间的区别,比如诈骗他人财物,数额较大与数额巨大、数额特别巨大,三者的法定刑分别是3年以下有期徒刑、拘役或管制,3年至10年有期徒刑,10年至15年有期徒刑或无期徒刑,显然,如果不考虑犯罪标签对行为人在刑罚后果之外的影响,则数额特别巨大、数额巨大与数额较大之间在法律后果上的区别,要远甚于数额较小与数额较大之间的区别,前者最高可相差无期徒刑(无期徒刑-3年有期徒刑=无期徒刑),后者至多仅相差3年有期徒刑,这样,形式上的同一行为类型远远不足以掩盖实质上的量刑差异对犯罪人自由权益的巨大影响。因此,在我国刑法既定性又定量还分档次的立法模式下,形式上同一行为类型所对应的,不仅有罪与非罪的区别,而且有基本犯和加重犯的区别,完全不同于德日等国的仅有行为类型的区别,不加分辨地直接照搬德日学者的观点,是不符合我国立法和司法实际的。

而张教授所提区分加重构成与量刑规则的具体理由,恐怕也站不住脚,因为,除了因想象竞合犯、实质的数罪等因素形成的加重犯的确与基本犯在行为类型上有所差异之外,其他因行为的时间、地点、附随情况而导致法定刑升格的情形,仍然与基本犯属于同一行为类型。张教授认为,数额巨大或特别巨大、数量巨大或特别巨大、情节严重或特别严重、情节恶劣或特别恶劣、首要分子、多次、违法所得数额巨大或特别巨大、犯罪行为滋生之物的数量或数额巨大或特别巨大等,都只是违法程度的量的变化,不会使行为类型发生任何改变,因此只属于量刑规则而不属于加重构成要件要素,刑法之所以将这些要素规定为法定刑升格条件,只是为了限制法官的自由裁量权。相反,在《刑法》第263条规定的抢劫罪的八种加重情形中,除多次抢劫或抢劫数额巨大之外,入户抢劫、在公共交通工具上抢劫、抢劫银行或者其他金融机构、抢劫致人重伤死亡、冒充军警人员抢劫、持枪抢劫、抢劫军用物资或者抢险救灾救济物资等七种情形都属于加重的犯罪构成;在《刑法》第234条规定的故意伤害罪中,致人重伤、致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾的也属于加重的犯罪构成;在《刑法》第236条规定的强奸罪中,除情节恶劣和奸淫多人属于量刑规则以外,在公共场所当众强奸妇女、二人以上轮奸、致使被害人重伤死亡或者造成其他严重后果的情形,都属于加重的犯罪构成。^{〔41〕}

笔者认为,以上区分中,抢劫致人重伤、死亡与强奸致人重伤、死亡,的确属于结果加重犯,因为致人重伤、死亡本来也单独符合故意伤害罪、故意杀人罪、过失致人重伤罪或过失致人死亡罪的构成要件,只是由于与抢劫罪、强奸罪之间存在想象竞合犯或结合犯等关系,而被刑法规定为抢劫罪、强奸罪的加重情节。

在抢劫罪的加重情形中,入户抢劫结合了抢劫和非法侵入他人住宅的因素,冒充军警人员抢劫结合了抢劫和冒充国家机关工作人员招摇撞骗的因素,持枪抢劫结合了抢劫和非法持有枪支、弹药的因素,这些由基本犯和加重要素所组成的加重构成,本来就不单纯属于抢劫行为类型,因而,按张教授的逻辑将其视为加重的犯罪构成是合理的。但是,在公共交通工具上抢劫、抢劫银行或者其他金融机构(的财物)、抢劫军用物资或者抢险、救灾、救济物资,只是在实施抢劫行为的空间与抢劫对象方面突出了某种特殊性,并不是因为结合了某种其他行为类型的犯罪,不足以改变抢劫的行为类型。而之所以突出这种特殊性,是由于立法者认为在特定空间抢劫和针对特定对象抢劫的社会危害性应当更重、行为人应当受到更重的处罚,而不是因为抢劫罪的行为类型有任何改变。按照张教授的逻辑,既然行为类型没有改变,则应当属于量刑规则才对。并且立法者在做出这种规定时,似乎只是想当然的决策而很难经得起检验分析。很难理解,在公共交通工具上抢

〔41〕 见前注〔13〕,张明楷文。

劫,与在公园、人民广场等公共场所抢劫,其社会危害性到底谁大谁小;抢劫银行的资金或军队的军用物资,与抢劫贫困户、五保户、孤寡老人、绝症病人的救命钱,其社会危害性到底谁大谁小,但是立法者只是选择性地将其几种情形规定为法定刑升格条件,而对于实质上大量应当规定为法定刑升格条件的情形未作规定,不能说其具有充分的合理性。

同理,在公共场所当众强奸妇女、二人以上轮奸妇女,虽然行为的社会危害程度大幅度提高,但是对于强奸的行为类型并无任何改变,如按张教授的逻辑,更应当属于量刑规则而不应该划归加重的犯罪构成。

而认为故意伤害致人重伤也属于加重犯,则与其区分量刑规则与加重构成的思路自相矛盾,因为无论是轻伤还是重伤,都属于行为人概括故意的认识内容,对于轻伤与重伤的鉴定,即使是专业的鉴定机构之间,也可能得出完全不一致的鉴定结论,说明两者只是伤害程度的区别。在社会观念和刑法理论里,一般仅将故意伤害致人死亡视为故意伤害罪的结果加重犯,而几乎没有人会认为故意伤害致人重伤是故意伤害致人轻伤的结果加重犯。故意伤害致人轻伤还是重伤,完全属于同一行为类型,按张教授的区分标准,应当属于量刑规则才对。

至于认为立法者将量刑规则设置成法定刑升格条件是为了限制法官自由裁量权的观点,也没什么说服力,因为刑法中所有的定罪量刑规定,都有限制法官自由裁量权的功能,比如诈骗罪中的数额较大,就有限制法官自由裁量权、防止法官将无罪事实认定为有罪、将有罪事实认定为无罪的功能。某一规定是否具有限制法官自由裁量权的功能,与这一规定是量刑规则还是加重构成要素,没有必然联系。

促使张教授提出量刑规则说的理由,恐怕还有其对“首要分子、多次”之类的法定刑升格条件的定性的考虑,因为这类因素的确不宜被看作构成要件要素。但是,即使“首要分子、多次”等因素的确不是构成要件要素,也不必然得出财物数额巨大、违法所得数额巨大之类的要素也不是构成要件要素的结论,因为它们的性质并不相同。对于首要分子,我国刑法总则中有三处规定,一是第26条规定:“对组织、领导犯罪集团的首要分子,按照集团所犯的全部罪处罚。”二是第74条规定:“对于累犯和犯罪集团的首要分子,不适用缓刑。”三是第97条规定:“本法所称首要分子,是指在犯罪集团或者聚众犯罪中起组织、策划、指挥作用的犯罪分子。”可见,首要分子是在共同违法犯罪中起主要作用的人,是相对于其他违法犯罪分子而言应当受到更重处罚的人,刑法分则将首要分子作为一些犯罪的法定刑升格条件,是为了对首要分子加重处罚,以弥补不便在刑法总则中对首要分子规定加重处罚的缺陷;一行为人是否首要分子,与他在共同违法犯罪中是否起主要作用一样,是一个事实认定问题,是影响对行为人应否处罚及如何处罚的量刑情节,而不属于影响犯罪行为类型的构成要件要素,因此,首要分子不是犯罪成立条件,从而也不是犯罪故意的认识内容。“多次”,在我国刑法分则中是分别作为定罪处罚的条件以及加重处罚的条件来规定的,由于“多次”是指反复实施某种犯罪构成要件行为达三次以上,因此它本身不属于影响犯罪行为类型的构成要件要素,而是作为反映行为人犯罪恶习及人身危险性的因素而被立法者用来作为发动刑罚权或加重处罚的条件,是实施三次以上同种犯罪行为才予以处罚或加重处罚,它与数额犯,比如张三盗窃李四的钱包时要么不成立犯罪,要么成立数额较大、巨大或特别巨大的犯罪显然不同。虽然对“多次”的定性问题有待进一步研究,但无论如何定性,都无法由此得出加重数额是量刑规则的结论,因为“多次”是实施违法犯罪的次数问题,而数额是每一次符合犯罪构成要件的行为中的财物的价值数额,两者的性质显然不同,无法类比类推。

而如前文所述,我国刑法分则对数额犯的规定,实际上是对同一数额犯根据数额大小分别设

置不同的亚犯罪构成,这些亚犯罪构成之间是并列的、各自独立的关系,不是诸如由基本犯衍生出加重犯之类的依附关系,一个具体的犯罪行为,只能符合其中一种情形的构成要件,而不可能同时符合基本犯和加重犯的构成要件,这足以说明数额大小仍属于犯罪构成要件要素。例如,甲在公共汽车上扒窃乙的钱包,由于其主观上对盗窃所得持概括故意,其定罪量刑完全取决于客观上乙钱包中财物价值的数额大小,如果乙的钱包里恰好有一枚价值30万元的钻戒,则甲将直接构成数额特别巨大的盗窃罪,而根本不需要首先认定他的行为符合盗窃3000元财物的基本犯的构成要件。在构成加重犯的情形下,认为该行为同时符合基本犯的构成要件,是没有依据的,是将这些亚犯罪构成中相同的构成要件一概视为基本犯的构成要件,进而认为加重犯本身没有自己独立的构成要件而只具有加重数额这一量刑规则,实际上既否定了数额加重犯的构成要件,也忽略了行为人主观故意的具体内容。

(二) 罪量加重构成要素说及其评析

有学者在批判及继承张教授“量刑规则说”的基础上,提出了其“罪量加重构成要素说”。此说认为,将法定刑升格条件区分为量刑规则与加重构成是必要的。其中,首要分子、作为报酬的违法所得由于与违法性(法益侵害)之间没有逻辑上的关联性而不具备违法性推定机能,不是犯罪故意的认识内容,因而是典型的量刑规则;犯罪的时间、地点、行为方式、加重结果等要素,由于具有犯罪个别化机能、违法性推定机能与故意规制机能,属于典型的加重构成要素;而多次、作为财产损失的数额巨大、作为犯罪行为滋生之物的数额巨大等要素,由于是行为规模或结果大小的表征,与违法性(法益侵害)程度具有逻辑上的关联性,应当成为犯罪故意的认识内容,但由于其不体现行为类型变异、无法发挥犯罪个别化机能,与典型的加重构成要素又有所不同,因此应当属于罪量加重构成要素,以区别于罪体加重构成要素。^[42] 此说与量刑规则说的区别在于,将多次、作为财产损失的数额巨大、作为犯罪行为滋生之物的数额巨大等要素作为罪量加重构成要素,认为这些要素与基本犯中的数额一样,仍属于构成要件要素,仍是犯罪故意的认识内容,但是在数额加重犯这一结果加重犯中,数额加重犯的未遂实际上是数额基本犯的未遂,从而体现出罪量加重构成要素不同于罪体加重构成要素的特点。^[43] 可见,此说试图纠正量刑规则说认为加重数额既是量刑规则又是犯罪故意认识内容的矛盾观点。

持此观点的论者逐一批判了量刑规则说在逻辑论证方面存在的错误,也认识到数额基本犯与数额加重犯实际上只有单一行为、单一结果这一与结果加重犯重大不同的行为构造特征,这是难能可贵的。但遗憾的是,论者仍未跳出“数额加重犯也是结果加重犯”这一令多数学者陷入错误的思维窠臼,因而对数额加重犯的本质及未遂等问题存在不当认识。由于此说认为加重数额仍是数额加重犯的构成要件要素,仍是行为人犯罪故意的认识内容,因此与构成要件要素说的差别不是很大,其所影响的只是对数额加重犯有无未遂的认识,因此此处不作详细评述。

综上,虽然在法定刑升格条件中,确实存在一些与犯罪成立条件无关的量刑情节,但是就数额加重犯中的加重数额而言,其仍属于构成要件要素,是成立数额加重犯必不可少的条件。正如有学者所言,既然加重数额已经超出基本犯犯罪构成范围,并影响数额加重犯的成立,则它当然属于数额加重犯的构成要件要素。^[44]

[42] 见前注[14],王彦强文。

[43] 见前注[14],王彦强文。

[44] 见前注[30],王志祥文。

五、结 语

由于数额犯中的数额大小只是用来描述财物价值大小的词语,是作为犯罪对象的财物的一种属性,不能脱离财物而独立存在,因此一个数额犯的完成,必然包含着财物及其价值属性,同时符合具体财物与其价值属性是统一的、不可分离的,不存在符合基本犯的财物要素却具有加重犯的价值要素的问题。虽然,无论财物价值是数额较大、巨大还是特别巨大,其行为类型及构成要件都相同,但由于刑法根据数额较大、巨大、特别巨大设置了不同的法定刑,实际上是根据财物价值大小为同一性质的犯罪构成设置了三种亚犯罪构成,财物价值大小则是这种亚犯罪构成中的构成要件要素,应当作为犯罪故意的认识内容。“量刑规则说”正是在这一点上陷入自相矛盾,既主张加重数额是犯罪故意的认识内容,又误以为加重数额不是加重犯的构成要素而只是量刑规则;“罪量构成要素说”则在另一点上陷入自相矛盾,既误以为加重数额是一种加重结果,又误以为基本数额完全内含于加重数额之中,从而认为针对加重数额的未遂就是针对基本数额的未遂,认为对数额加重犯的未遂应以数额基本犯的未遂或既遂论处。但是,既认为加重数额是“罪量加重构成要素”,是犯罪故意的认识内容,又否认数额加重犯本身能够成立未遂犯,明显自相矛盾。

由于数额基本犯与数额加重犯的区别,是由立法中根据数额大小来配置不同的法定刑这一立法实际所决定的,不宜否认数额加重犯概念存在的必要性。但是,由于数额加重犯与数额基本犯的区别,并非行为类型与犯罪性质上的区别,而仅是财物价值大小的区别,其与结果加重犯中基本犯和加重结果之间的关系完全不同,因此,加重数额不是基本数额的加重结果,数额加重犯也不是结果加重犯,不能用结果加重犯的理论来分析数额加重犯的问题。传统学说虽然承认数额加重犯本身能成立未遂犯,但由于建立在“数额加重犯也是结果加重犯”这一传统观念的基础上,因而事实上理论根基不明并且自相矛盾,根本无法回应各种否定说根据这一传统观念对其的批驳。因而,根据我国立法和司法实际,承认同一种数额犯有数额较大、数额巨大、数额特别巨大三种各自独立的、相互并列的亚犯罪构成,就很有必要,既有利于根据被告人的犯罪目标分别考虑其犯罪的既未遂问题,又有利于贯彻主客观相统一原则从而对被告人判处符合罪刑相适应原则的刑罚,还能克服各种否定说(加重犯无未遂说、量刑规则无未遂说、罪量加重构成要素无未遂说等)明显放纵犯罪、违背罪刑相适应原则的弊端。

(责任编辑:陈可倩)