

罪量要素主观归责理论的反思与重构

苏永生

内容提要:针对我国刑法中罪量要素的主观归责,主要形成了犯罪构成要件说、客观处罚条件说和客观的超过要素说。犯罪构成要件说是我国传统刑法理论提倡的学说,具有较强的本土性,客观处罚条件说和客观的超过要素说是借鉴德日刑法理论形成的学说,移植性较为明显。在罪量要素主观归责上完全坚持犯罪构成要件说会不当缩小处罚范围;而客观处罚条件说和客观的超过要素说不但在逻辑上不自洽,而且会导致否定数额犯的非既遂形态;三种学说普遍存在理论精细化程度不高的问题。为有效解释罪量要素的主观归责问题,应充分考量罪量要素的设立目的、基本特点、抽象性之克服、罪量要素与行为之间的关系等因素。以此来看,客观处罚条件说和客观的超过要素说应当被否定。应当运用犯罪构成要件说解释与行为具有直接关联性之罪量要素的主观归责;同时引入严格责任概念,用以解释与行为不具有直接关联性之罪量要素的主观归责。

关键词:主观归责 犯罪构成要件说 客观处罚条件说 客观的超过要素说 严格责任

苏永生,河北大学法学院教授。

在我国刑事立法中,立法者针对相当一部分犯罪(包括基本犯、加重犯和减轻犯)设置了犯罪定量要素(下称“罪量要素”),成为我国刑法的一大特色。罪量要素主要包括数额犯的犯罪数额、严重后果型犯罪的严重后果、情节犯的具有整体评价功能的情节和多次犯的行为次数(下称“犯罪数额”“严重后果”“具有整体评价功能的情节”“行为次数”)。^[1]针对含有罪量要素之犯罪的成立是否需要行为人对罪量要素有认识,即如何对罪量要素进行主观归责的问题,理论上形成了不同学说,主要有犯罪构成要件说、客观处罚条件说和客观的超过要素说。最先形成的是犯罪构成要件说,也是我国刑法理论的

[1] 在我国刑法分则中,对犯罪数额的表述主要有“数额较大”“数额巨大”“数量较大”“数量巨大”“……以上不满……”等,对严重后果的表述有“造成……严重后果”“后果严重”“有……严重后果”等,对具有整体评价功能的情节的表述有“情节(特别)严重”“情节较重”“(特别)严重情节”“较重情节”“情节(特别)恶劣”“(特别)恶劣情节”等,行为次数被表述为“多次……”。

通说。后来,有学者借鉴德日刑法理论,引入了客观处罚条件说,用以解释我国刑法中罪量要素的主观归责。与此同时,还有学者受“主观的超过要素”概念和德日刑法中“客观处罚条件”概念的启发,针对我国刑法中罪量要素的主观归责问题提出了“客观的超过要素”概念,形成了客观的超过要素说。显然,当前关于罪量要素主观归责的理论相对多元,这些理论是否能够真正运用于解释罪量要素的主观归责,能否为罪量要素的主观归责问题提供一个相对合理的解释框架,尚需反思。

本文通过分析现有罪量要素主观归责理论的形成依据、基本构造与特点、解释路径和方法等,指出现有罪量要素主观归责理论的不足与问题,坚持“从经验到理论”的方法论,根据我国刑法中罪量要素的基本特点,运用类型化思维重构罪量要素主观归责理论。

一 罪量要素主观归责理论的现状与问题

(一) 罪量要素主观归责理论的现状

现有罪量要素主观归责理论发端于我国刑法中的罪量要素立法,并借助于其他理论的研究和司法实践得以发展。迄今为止,主要形成了犯罪构成要件说、客观处罚条件说和客观的超过要素说三种理论。

1. 犯罪构成要件说

犯罪构成要件说是我国刑法理论关于罪量要素主观归责的通说。根据该学说,罪量要素属于犯罪构成要件,需要行为人对此有认识。例如,该学说在解释丢失枪支不报罪的犯罪构成时指出,“本罪的客观方面表现为依法配备公务用枪的人员,丢失枪支不及时报告,造成严重后果的行为”;“本罪的主观方面表现为过失,这里的过失是针对造成的严重后果而言的,至于未及时报告的行为,可以是因为疏忽或者有意隐瞒。”^[2]显然,就丢失枪支不报罪而言,严重后果属于定量因素,其基本功能在于限制处罚范围。持犯罪构成要件说的学者将严重后果解释为既是丢失枪支不报罪犯罪客观方面的要件,也是犯罪过失的判断依据,即要求行为人对严重后果至少有预见可能性。^[3]

我国刑法理论的通说认为,故意的认识内容包括对行为本身、行为所造成的结果以及与危害行为和危害结果相联系的其他犯罪客观要件之要素事实的认识。^[4]也就是说,故意的认识内容要求对犯罪客观方面的全部要件要素都有认识,不允许有遗漏。这是对主客观相统一原则的全面坚守。根据犯罪构成要件说,罪量要素属于犯罪客观方面的要素,均系故意的认识对象。就犯罪过失而言,应当预见或者已经预见的是“自己的行为可能发生危害社会的结果”。严重后果和犯罪数额属于危害社会的结果,具有整体评价功能

[2] 高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第十版),北京大学出版社、高等教育出版社 2022 年版,第 355 页。

[3] 根据我国《刑法》第 15 条第 1 款的规定,成立犯罪过失,要求行为人应当预见或者已经预见自己的行为可能发生危害社会的结果,且应当预见与已经预见之间系位阶关系。所以,成立犯罪过失,需要行为人对自己的行为可能发生危害社会的结果至少有预见可能性。

[4] 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第十版),北京大学出版社、高等教育出版社 2022 年版,第 104 页。

的情节等在很多情况下也表现为危害社会的结果,^[5]亦属于故意和过失所应认识(预见)的内容。

2. 客观处罚条件说

客观处罚条件是德日刑法学中的一个重要概念,是指与行为直接相关,但既不属于不法构成要件也不属于责任构成要件的情况,而且,对于应受处罚性问题,仅仅取决于客观上存在或者不存在这样的事实,没有必要将故意或者过失牵连进来。^[6]客观处罚条件主要涉及两个问题:其一,客观处罚条件是否属于构成要件要素;其二,是否需要行为人主观上对客观处罚条件有故意或者过失。由于故意与过失是对作为构成要件要素的行为或者结果有认识或者有认识可能性,因而这两个问题实际上属于同一个问题。既然成立故意与过失需要行为人对作为构成要件要素之行为或者结果有认识或者有认识可能性,那么就不需要行为人对不属于构成要件要素的客观处罚条件有认识或者有认识可能性。^[7]近年来,我国有学者提出运用德日刑法理论中的客观处罚条件理论来解释我国刑法中的罪量要素,提出了客观处罚条件说。如有学者指出,在犯罪构成要件中,犯罪的定量因素是独立于罪体与罪责的第三要件,在性质上类似于大陆法系中的客观处罚条件,不需要行为人对具有主观认识。^[8]值得注意的是,我国刑法中被解释为客观处罚条件的罪量要素包括犯罪数额、具有整体评价功能的情节以及严重后果。^[9]

3. 客观的超过要素说

在我国学者提出借鉴德日客观处罚条件说来解释罪量要素的主观归责的同时,另有学者受“主观的超过要素”概念和德日刑法中“客观处罚条件”概念的启示,提出了客观的超过要素说,以此来解释我国刑法中罪量要素的主观归责。该学说指出,所谓客观的超过要素,是指属于犯罪构成客观方面的要素,但不需要行为人主观上对此有认识。例如,“造成严重后果”虽然是丢失枪支不报罪的构成要件,但不需要行为人对严重后果有认识并持希望或放任态度,属于客观的超过要素。再如,在认定多次盗窃时,不需要行为人认识到“多次”,即不要求行为人在实施后次盗窃时必须认识到自己之前实施过盗窃行为。

[5] 从我国刑法分则对情节犯的规定来看,可将情节犯分为单纯的情节犯、包括的情节犯和选择的情节犯三种类型。单纯的情节犯,即具有整体评价功能的情节对具体犯罪的成立具有全部制约作用;包括的情节犯,即具有整体评价功能的情节只是某一犯罪之个别情形的成立要件;选择的情节犯,即具有整体评价功能的情节是犯罪构成的选择性要件,立法上主要表述为“……或者有其他严重情节”。在前两类情节犯中,具有整体评价功能的情节包括与犯罪相关的一切因素,从本质上看主要表现为危害结果;在后一类情节犯中,具有整体评价功能的情节主要表现为危害结果或犯罪数额之外的因素。

[6] 参见[德]汉斯·海因里希·耶塞克著:《德国刑法教科书(上)》,徐久生译,中国法制出版社2017年版,第747-748页。

[7] 值得注意的是,在德日刑法理论中,客观处罚条件理论并非铁板一块,也存在质疑之声。如日本学者山口厚就指出,客观处罚条件是与违法性有关的构成要件要素,从责任主义的视角出发,对客观处罚条件至少应该要求有过失。参见[日]山口厚著:《刑法总论》(第3版),付立庆译,中国人民大学出版社2018年版,第202页。

[8] 参见陈兴良著:《规范刑法学(上册)》(第五版),中国人民大学出版社2023年版,第280-282页。

[9] 需要说明的是,陈兴良教授在对罪量的一般论述中指出,我国刑法规定的罪量要素主要包括犯罪数额和具有整体评价功能的情节。参见陈兴良著:《规范刑法学(上册)》(第五版),中国人民大学出版社2023年版,第278页。在解释个罪的犯罪构成时,也将严重后果(如滥用职权罪的严重后果)作为罪量要素来看待,但并未将行为次数(如多次盗窃)解释为罪量要素。参见陈兴良著:《规范刑法学(下册)》(第五版),中国人民大学出版社2023年版,第714、244-245页。

值得注意的是,提倡客观的超过要素说的学者将客观的超过要素仅限于部分危害结果和其他客观方面的内容,如犯罪数额、行为的程度以及次数等。^[10] 总之,在罪量要素主观归责问题的解释上,客观的超过要素说的核心观点在于强调罪量要素属于犯罪构成客观方面的要素,但不需要行为人对罪量要素有认识就可以定罪处罚。

(二) 现有罪量要素主观归责理论的问题

从现实情况来看,现有罪量要素主观归责理论在解释罪量要素的主观归责时,均存在不可忽视的问题。

1. 犯罪构成要件说的问题

我国刑法中的各类罪量要素之间存在较大差异。如果将犯罪构成要件说运用于解释所有的罪量要素,要求行为人对不同种类的罪量要素都有认识,会不当限制处罚范围。此种情况主要出现在对严重后果型犯罪、情节犯和多次犯的司法判断中。

第一,严重后果型犯罪,即严重后果属于犯罪构成要件的犯罪,包括基本犯和加重犯。对于有的严重后果而言,如果需要行为人有认识,会不当限制处罚范围。例如,根据《刑法》第 397 条的规定,成立滥用职权罪需要“致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失”。根据犯罪构成要件说,只有行为人对此严重后果有认识,才能将其行为认定为滥用职权罪。问题是,滥用职权究竟会发生什么样的严重后果,行为人通常是无法预见的。在这种情况下,坚持行为人对严重后果有认识才能处罚,显然会不当限制处罚范围。

第二,情节犯,是指以具有整体评价功能的情节为成立条件的犯罪,包括基本犯和加重犯。从我国刑法分则对情节犯的规定来看,具有整体评价功能的情节强调从犯罪的危害结果或造成的严重后果、行为情状、^[11] 反映行为人人身危险性的客观因素等方面进行整体评价。根据犯罪构成要件说,在情节犯的场合,只有行为人能够认识到具有整体评价功能的情节的内容时才能进行处罚。但是,有时该内容并不是行为人能够认识到的,此时要求行为人对有认识才能处罚,显然会不当限制处罚范围。例如,2022 年 3 月最高人民法院、最高人民检察院发布的《关于办理危害药品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》中第 4 条将“引发较大突发公共卫生事件”解释为生产、销售、提供假药罪之加重犯的“其他严重情节”的首要内容。但是,从情理上讲,行为人显然难以认识到自己的行为会引发较大突发公共卫生事件。如果作此要求,必然导致过度限制处罚范围。在行为情状和反映行为人人身危险性的客观因素之归责的司法判断上,也会出现同样的问题。

第三,多次犯的“多次”,根据我国当前的司法解释,一般是指二年内实施三次以上同一种行为。^[12] 在多次犯的场合,分本次行为与前次行为,且前次行为包括两次以上的同

[10] 参见张明楷著:《刑法学(上)》(第六版),法律出版社 2021 年版,第 342 页;张明楷著:《刑法分则的解释原理(上册)》,高等教育出版社 2024 年版,第 480-481、487、492 页。

[11] 行为情状可分为有犯罪构成意义的行为情状和无犯罪构成意义的行为情状。前者是指立法者将特定时间、空间或者手段与方法规定为犯罪构成要件,如危险驾驶罪、非法捕捞水产罪、非法狩猎罪等个罪的行为情状;后者是指立法者未将特定时间、空间或者手段与方法规定为犯罪构成要件。在立法者未将特定时间、空间或手段与方法规定为个罪之犯罪构成要件的情况下,意味着该罪可能发生在任何时空范围内,也可以采用任何手段或方法,故无需行为人对行为情状有认识。这里所说的行为情状,限于无犯罪构成意义的行为情状。

[12] 参见 2013 年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》第 3 条。

一种行为。此时,如果坚持犯罪构成要件说,就需要行为人对其实施的前次行为及其次数、实施前次行为的时间等有认识才能定罪处罚,这显然不符合实际。

由上不难看出,构成要件说在没有对罪量要素作出有效区分的基础上进行理论建构,突显理论的精细化程度不高的缺陷。

2. 客观处罚条件说的问题

在解释罪量要素的主观归责时,不论是对罪量要素的逻辑安排还是对罪量要素特点的把握,客观处罚条件说均存在不容忽视的问题。根据客观处罚条件说,罪量要素是犯罪构成的条件,但不是罪体(构成要件)要素,这显然不符合逻辑。我国刑法规定的严重后果和犯罪数额、行为次数均属于犯罪客观方面的内容,具有整体评价功能的情节也主要表现为犯罪客观方面的内容。但是,持客观处罚条件说的学者一方面主张罪体是指犯罪的客观层面,对应于四要件犯罪构成理论中的犯罪客观方面,另一方面主张罪量要素不是罪体的内容,显然存在逻辑上的不自洽。不仅如此,根据客观处罚条件说的提倡者所建构的“罪体—罪责—罪量”的阶层式犯罪成立体系,先判断罪量要素之外的犯罪客观方面(罪体),然后判断罪责,最后才判断具有客观性的罪量(罪量要素),这显然不符合从客观判断到主观判断的司法判断逻辑。

根据客观处罚条件说,会出现不符合犯罪成立逻辑的解释结论和否定犯罪的非既遂形态。职务侵占罪属于典型的数额犯,包括三个罪刑层级,在数额上表现为“数额较大”“数额巨大”和“数额特别巨大”。将“数额较大”“数额巨大”和“数额特别巨大”的起点分别假设为6万元、100万元和200万元。^[13] 如果不需要行为人对犯罪数额有认识,则会出现两个问题:其一,不符合职务侵占罪的成立逻辑。不需要对数额有认识(这是客观处罚条件说的核心观点),则只要行为人认识到属于本单位的财物而占为己有的,就成立职务侵占罪。但是,根据《刑法》第271条第1款的规定,成立职务侵占罪,必须要求侵占本单位财产达到数额较大的程度。其二,无法解释甚至否定了预备犯、未遂犯、中止犯等犯罪的非既遂形态。^[14] 在行为人认识到其利用职权侵占的是本单位价值150万元的财物,但因意志以外的原因而未得逞的场合,理应构成职务侵占罪一级加重犯的未遂犯。然而,根据客观处罚条件说的逻辑,不需要行为人对数额有认识,犯罪数额只是客观处罚条件,故不构成职务侵占罪,所以根本无法解释职务侵占罪的非既遂形态。

客观处罚条件说主张罪量要素不属于罪体(第一个阶层)和罪责(第二个阶层)的内容,而是单独构成一个罪量阶层(第三个阶层),所以在罪体和罪责判断中均不评价罪量要素。这会导致对罪量要素的否定评价过晚,不利于发挥刑法预防犯罪的积极功能。另

[13] 根据2016年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第11条的规定,职务侵占罪的“数额较大”和“数额巨大”分别是6万元和100万元。2020年12月26日通过的《刑法修正案(十一)》对职务侵占罪作出了修改,增设了“数额特别巨大”的加重犯,同时调整了基本犯和加重犯的法定刑。修改后,还未出台司法解释对“数额特别巨大”作出解释。

[14] 在德日刑法中,原则上不处罚预备犯,也不存在预备阶段的中止犯;如果要处罚预备犯,就在分则条文中作出明文规定。所以,在德日刑法中,与既遂犯相对应的概念只有未遂犯,包括障碍未遂和中止未遂。在我国,原则上处罚预备犯和中止犯(包括预备阶段的中止和实行中止),故与既遂犯相对应的概念包括预备犯、中止犯和未遂犯,统称为“犯罪的非既遂形态”。

外,客观处罚条件说未论及行为次数的主观归责问题,也没有根据犯罪数额、具有整体评价功能的情节和严重后果的各自特点以及同类罪量要素的内部差异对罪量要素的主观归责进行个别化理论建构,同样存在理论的精细化程度不高的问题。

3. 客观的超过要素说的问题

在罪量要素的解释上,客观的超过要素说主要存在两方面的问题:

第一,客观的超过要素说不符合定罪逻辑。主客观相一致是定罪的基本原则,要求在认定有构成犯罪的客观事实和社会危害性的基础上,行为人对构成犯罪的客观事实有认识。如果行为人根本认识不到构成犯罪的客观事实或者不应当对构成犯罪的客观事实有认识,那么就不能对行为人定罪。我国刑法规定的罪量要素是决定犯罪成立与否的要素,在犯罪成立中具有举足轻重的作用。对如此重要的要素,一方面主张其属于犯罪客观构成要件要素,另一方面主张不需要行为人对此有认识,这显然不符合定罪逻辑。

第二,客观的超过要素说对数额犯缺乏解释力。客观的超过要素说明确主张,数额犯的犯罪数额属于客观的超过要素,超出了行为人的认识范围,^[15]据此会得出不切合实际的解释结论。例如,就职务侵占罪而言,如果不要行为人对犯罪数额有认识,就意味着只有行为人在客观上侵占了数额较大的本单位的财物,才成立职务侵占罪;如果没有出现侵占了数额较大的本单位财物的事实,就根本不成立职务侵占罪。这就等于否定了职务侵占罪的非既遂形态,显然不符合实际。再如,在数额型盗窃的场合,如果不要行为人对犯罪数额有认识,则意味着只有在行为人窃取了数额较大的公私财物后才成立盗窃罪。即便行为人意欲窃取数额较大的公私财物,只要实际上并未窃取,则既不成立盗窃罪的既遂犯,也不成立盗窃罪的未遂形态,也不符合实际。

另外,客观的超过要素说也未能根据不同类型罪量要素的各自特点以及同一类罪量要素内部的差异进行理论建构,亦表现出理论的精细化程度不高。

二 重构罪量要素主观归责理论的基本思路

我国现有罪量要素主观归责理论无法全面、合理地解决我国刑法中罪量要素的主观归责问题,且在理论建构上均呈现出精细化程度不高的缺陷。所以,应当重构我国罪量要素主观归责理论。为此,首先需要明确重构罪量要素主观归责理论的基本思路,包括需考量的因素和对现有理论的取舍。

(一) 考量因素

罪量要素主观归责理论的实践源泉是我国刑法采取“既定性又定量”立法模式下形成的罪量要素及其司法判断。所以,应当从设立罪量要素的目的、不同罪量要素的各自特点以及对罪量要素的主客观判断等方面出发来考量罪量要素主观归责理论的重构。

第一,应充分考量设立罪量要素的目的。“关于一个解释何时可以被认为是‘适当

[15] 参见张明楷著:《刑法学(上)》(第六版),法律出版社2021年版,第342页。

的’这一问题,其答案取决于解释某条文的目的是什么。”^[16]在解释罪量要素的主观归责时,只有充分考虑立法者设立罪量要素的目的,才能得出合理的解释结论。早在20世纪80年代,我国学者就已经指出,犯罪定量要素的设立,不但可以减少犯罪数、降低犯罪率,而且可以避免相当比例的公民留下犯罪污名劣迹,同时可以使刑事司法发挥最佳效能。^[17]在后来的研究中,该学者进一步指出,定量要素立法实际起着刑法“谦抑原则”的制度保障作用。^[18]可见,在我国刑法中设立罪量因素的目的就在于限制处罚范围。还应当看到,刑法的目的在于保护法益,罪量要素亦不例外。所以,重构罪量要素的主观归责理论,必须充分考虑此两个方面的目的,任何违背此两个目的的理论建构,都是不妥当的。

第二,应充分考量不同罪量要素各自的特点。严重后果和具有整体评价功能的情节具有抽象性,为司法判断带来了难题;犯罪数额和行为次数相对具体,^[19]故司法判断相对容易。就严重后果而言,又可以划分为两类:一类是行为直接引起的、无需第三者(或被害人)介入即可实现的严重后果,如破坏易燃易爆设备罪之加重犯的严重后果。另一类是与行为之间不具有直接性关联、需第三者(或被害人)介入才能发生的严重后果,如丢失枪支不报罪的严重后果、强奸罪的造成其他严重后果等。就具有整体评价功能的情节而言,主要表现为危害结果(包括严重后果)、行为情状以及反映行为人人身危险性的客观因素。所以,重构罪量要素主观归责理论时,既要充分考虑不同类型罪量要素各自所具有的特点,也要充分考虑同一类型罪量要素内部的差异。

第三,应充分考量罪量要素抽象性之克服。相对于社会生活而言,法律规范从来都是抽象的。但是,抽象的法律规范只有与具体的社会事实对接,才能获得意义。“法律秩序中的规范与事实这两个方面,互为条件且互相作用。”^[20]所以,法学必须在事实与规范之间穿梭,通过社会事实来发现规范的意义,进而克服法律本身固有的抽象性。我国刑法中的罪量要素是对罪量事实的抽象,普遍具有抽象性。从裁判规范的视角来看,有的罪量要素——如犯罪数额、行为次数——的可操作性相对较强,因而符合明确性要求。但是,严重后果和具有整体评价功能的情节本身是抽象的、模糊的,只是为司法判断提供了一个“轮廓”,即便通过司法解释来加以明确,仍不得不采用“列举+概括”的解释技术,通常在列举完具体情形之后采用“其他……”的兜底性表述。对于此类抽象程度较高的罪量要素,必须通过重构罪量要素主观归责理论来克服其抽象性,为该罪量要素的司法判断提供一个相对具体的和可操作的标准。

第四,应充分考量罪量要素与行为之间的关系。从罪量要素与行为的关系看,主要有两种情况。其一,罪量要素与行为之间具有直接关联性,即行为实施完毕后,罪量要素无

[16] [德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,黄家镇译,商务印书馆2020年版,第265页。

[17] 参见储槐植:《我国刑法中犯罪概念的定量因素》,《法学研究》1988年第2期,第28-29页。

[18] 参见储槐植、汪永乐:《再论我国刑法中犯罪概念的定量因素》,《法学研究》2000年第2期,第42页。

[19] 从立法上看,我国刑法中的数额犯包括抽象的数额犯和相对具体的数额犯。但是,抽象的数额犯中的“数额(量)较大”“数额(量)巨大”“数额(量)特别巨大”等,通常会通过司法解释加以明确,进而使抽象的数额犯变为相对具体的数额犯。

[20] [美]E. 博登海默著:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2017年版,第259页。

需介入第三者(或被害人)的行为就可以出现,或者即使介入了第三者(或被害人)的行为,但该行为对罪量要素的出现未产生重要作用,那么就需要行为人对罪量要素有认识。例如,在数额犯の場合,犯罪数额通常是犯罪行为直接导致的,无需介入第三者(或被害人)的行为,故需要行为人对此有认识。其二,罪量要素与行为之间不具有直接关联性,主要由第三者(或被害人)介入后才出现或者是因行为本身的特点而无需行为人对罪量要素有认识。例如,在破坏计算机信息系统的場合,严重后果与破坏计算机信息系统的行为不具有直接关联性,主要是破坏计算机信息系统后介入了第三者的行为所导致的,故不需要行为人对此严重后果有认识。

综上所述,应当兼顾我国刑法中罪量要素的内在规定性和外在关联性,采取整体性和个别性相结合的方法来重构罪量要素主观归责理论。

(二)理论取舍

1. 客观处罚条件说和客观的超过要素说之否定

“和航海、园艺、政治和诗学一样,法律与民族志都是地方性的技艺:它们都凭借地方知识来运作。”^[21]而且,法学的地方性在很多情况下构成了不同国家或地区法学之间的实质性差异。罪量要素是我国刑法的一大特色,具有显著的地方性。这就意味着,罪量要素主观归责理论一定是具有地方性的理论;脱离罪量要素的地方性而建立起来的理论,不但很难具有较强的解释力,而且可能给罪量要素的司法运用带来理论障碍。在罪量要素的解释上,客观处罚条件说直接来源于德日刑法理论中的客观处罚条件理论,客观的超过要素说在很大程度上也是对德日客观处罚条件理论的借鉴。

在德日刑法中,客观处罚条件不体现犯罪本质特征,客观处罚条件“无论如何都不允许属于不法或者罪责”。^[22]在德国,被称为客观处罚条件的情形主要有在迷醉状态下实施的行为、参与斗殴罪中的致人死亡或者严重身体伤害、破产罪中的停止支付和开始破产程序、危害外国的犯罪中的“保持外交关系”等。这些客观处罚条件都不属于不法和罪责的内容,其设立源自其他方面的理由。例如,《德国刑法典》第 104a 条规定的“保持外交关系”,其设立的根据是对外政策。再如,《德国刑法典》第 283 条第 6 款规定的停止支付和开始破产程序是以证据法和经济政策为基础所做的考虑。^[23]在日本,客观处罚条件的典型如破产诈骗罪(《日本破产法》第 265 条)中“破产程序开始决定”的确定、事前受贿罪(《日本刑法典》第 197 条第 2 款)中事后成为公务员等。这样的处罚条件“不过是将处罚范围予以明确化或是予以限定,政策性地作出的特别的要求而已”。^[24]也就是说,客观处罚条件的设立根据不具有刑罚性(不法性和罪责性),而是政策性的。例如,《日本刑法典》第 197 条规定的事前受贿罪的客观处罚条件是事后成为公务员,但决定该罪本质的是事前收受贿赂,而非事后成为公务员。与此不同,我国刑法中的罪量要素直接决定了犯罪的社会危害性,具有鲜明的不法性特点。这种特点是所有含有罪量要素之个罪的

[21] [美]克利福德·格尔茨著:《地方知识》,杨德睿译,商务印书馆 2016 年版,第 261 页。

[22] [德]克劳斯·罗克辛著:《德国刑法学总论》(第 1 卷),王世洲译,法律出版社 2005 年版,第 690 页。

[23] 参见[德]克劳斯·罗克辛著:《德国刑法学总论》,王世洲译,法律出版社 2005 年版,第 695 页。

[24] [日]山口厚著:《刑法总论》(第 3 版),付立庆译,中国人民大学出版社 2018 年版,第 202 页。

基本特点。而且,在有的含有罪量要素的个罪中,对罪量要素有无认识还决定着罪责的有无与程度。^[25]显然,这种差异是本质性的。所以,将以德日刑法规定的客观处罚条件为依据而形成的客观处罚条件理论为基础或者参照,并通过对此理论予以本土化改造来解释我国刑法中罪量要素的主观归责,显然是行不通的。

除此之外,笔者在前文中已经指出,客观处罚条件说和客观的超过要素说所具有的有限的解释力及其在理论构造上的非逻辑性,也是否定此两种学说的重要理由。

2. 犯罪构成要件说之保留和严格责任概念之引入

行为是犯罪构成的核心要件,其他任何犯罪构成要件都是围绕行为展开的。所以,从与行为的关系来看待罪量要素是重构罪量要素理论非常重要的路径。从与行为的关系来看,可将我国刑法规定的罪量要素分为与行为具有直接关联性的罪量要素和与行为不具有直接关联性的罪量要素。前者是指没有第三者(或被害人)介入,行为合乎逻辑地导致的罪量要素;后者是指行为发生后介入了第三者(或被害人)的行为进而导致的罪量要素,或者本次行为之前出现的独立行为与本次行为构成被整体评价的多次行为。在我国刑法规定的罪量要素中,犯罪数额具有单一性,均属于与行为具有直接关联性的罪量要素。在行为次数中,前次行为与本次行为之间无直接关联性。严重后果和具有整体评价功能的情节则相对复杂。严重后果包括与行为有直接关联性的严重后果和与行为无直接关联性的严重后果。具有整体评价功能的情节的内容主要包括危害后果(包括危害结果和严重后果)、行为情状以及反映行为人人身危险性的客观因素。其中,危害后果包括与行为有直接关联性的危害后果和与行为无直接关联性的危害后果。行为情状和反映行为人人身危险性的客观因素均属于与行为不具有直接关联性的客观因素。

与行为有直接关联性的罪量要素是行为直接导致的,所以需要行为人有认识才能作为定罪和处罚的依据;与行为无直接关联性的罪量要素是介入第三者(或被害人)的行为而导致的,或者本次行为之前出现的行为与本次行为不具有直接关联性,所以不需要行为人有认识就能作为定罪和处罚的依据。由此来看,在与行为有直接关联性的罪量要素的主观归责上,运用犯罪构成要件说就可以解决问题。而与行为无直接关联性的罪量要素属于犯罪构成要件,但又不需要行为人有认识,只能运用严格责任理论来解决。有学者指出,不需要行为人认识的危害结果只是某种犯罪的危害结果的一种,除此之外还有其他危害结果。例如,在丢失枪支不报罪的场合,需要行为人认识的危害结果是使枪支继续处于失控状态,严重后果则不属于行为人需要认识的危害结果;在擅自进口固体废物罪的场合,需要行为人有认识的是对环境资源的破坏,致使公私财产遭受重大损失或者严重危害人体健康的后果则不属于行为人有认识的危害结果。^[26]但问题是,都属于个罪的危害结果,为什么有的危害结果需要行为人有认识,有的危害结果则不需要行为人有认识?论者给出的答案是,不需要行为人有认识的危害结果,通常是不能直接客观归责于行为人的行

[25] 例如,在诈骗罪的场合,行为人如果认识到诈骗的是价值低廉的财物(根据当时的情景,行为人根本认识不到诈骗的是数额较大的财物),但实际上诈骗了数额较大的财物。在这种情况下,行为人就沒有诈骗罪的故意,故其行为不构成诈骗罪。

[26] 参见张明楷著:《刑法分则的解释原理(上册)》,高等教育出版社2024年版,第487页。

为的危害结果。^[27] 实际上,从责任主义的角度来看,这是严格责任的内容。

严格责任主要适用于通常会威胁到多数人安全的“公共利益”犯罪,在极为罕见的情况下也会适用于非公共利益犯罪,如法定强奸,而且,严格责任具有合宪性。^[28] 在德日刑法理论中,将责任作为犯罪成立的基本条件之一,进而将责任主义作为刑法的基本原则来看待,并由此衍生出“无责任则无刑罚”的基本理念。但是,在司法判断中,严格责任不可避免。例如,为了有效打击环境犯罪,日本在经历了足尾铜山矿毒事件后,于昭和 14 年(1939 年)对《矿业法》进行了修改,使严格责任得以成文化。在经历了水俣病事件和四日市案件等惨痛教训后,于昭和 47 年(1972 年)修改了《空气污染控制法》和《水污染控制法》,确立了严格责任,即不管行为人主观上出于何种心态,只要其排污行为对公众身体或生活产生了损害,直接根据损害事实追究责任。^[29] 但是我国《刑法》第 16 条否定了严格责任,^[30] 我国刑法理论一般也不承认严格责任。^[31]

笔者认为,不存在无例外的原则。例如,刑法总则与分则之间就属于原则与例外的关系,分则规定中一定存在总则规定抽象不到的内容;相应地,无法被总则规定抽象到的内容,实际上就是例外规定。进而言之,“不存在无例外的原则”意味着原则允许例外,总则规定的原则必须通过分则的例外规定予以补充。责任主义(主客观相统一)是刑法的基本原则,应当通过具有例外性的严格责任予以补充。在与行为无直接关联性的罪量要素的归责上无需行为人对罪量要素有认识,恰恰符合严格责任的要求。所以,针对我国刑法中与行为无直接关联性的罪量要素,应当引入严格责任概念,无需在严格责任概念之外引入或创造新的概念或理论。

从罪量要素的基本特点来看,我国刑法中的严格责任具有附随性,即严格责任不会独立存在,而是建立在责任主义基础之上。例如,丢失枪支不报罪在客观上存在两大要素,一是丢失枪支不及时报告,二是造成严重后果。在该罪的罪过形式判断上,究竟以丢失枪支不及时报告的行为为根据来判断,还是以丢失枪支不及时报告的行为和造成严重后果为根据来判断,理论上存在分歧。^[32] 但无论如何,丢失枪支后不及时报告是丢失枪支不报罪罪过形式判断的初始根据,在此基础上才对“造成严重后果”作出评价。再如,强奸“造

[27] 参见张明楷著:《刑法分则的解释原理(上册)》,高等教育出版社 2024 年版,第 491 页。

[28] 参见[美]约书亚·德雷斯勒著:《美国刑法纲要》,姜敏译,中国法制出版社 2016 年版,第 21-22 页。

[29] 参见周兆进著:《环境犯罪严格责任研究》,中国检察出版社 2018 年版,第 79 页。

[30] 《刑法》第 16 条规定:“行为在客观上虽然造成了损害结果,但是不是出于故意或者过失,而是由于不能抗拒或者不能预见的原因所引起的,不是犯罪。”这就意味着,我国刑法原则上否定了严格责任。

[31] 在现行《刑法》颁布前,我国的刑法教科书一般将主客观相统一解释为刑法的基本原则。在此之后,虽然在介绍刑法基本原则时一般不介绍主客观相统一原则,但在刑法基本理论中完全贯彻了主客观相统一原则。有的刑法教科书把责任主义作为刑法的基本原则来介绍,而且主张责任主义具有绝对性。参见张明楷著:《刑法学(上)》(第六版),法律出版社 2021 年版,第 89-90 页。

[32] 例如,我国刑法理论的通说主张,丢失枪支不报罪的主观方面是过失,这里的过失是针对所造成的严重后果而言的,至于未及时报告的行为,可以是因为疏忽或者有意隐瞒。参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第十版),北京大学出版社、高等教育出版社 2021 年版,第 355 页。另有学者认为,丢失枪支不报罪的罪过形式是故意,包括对行为的故意和对枪支继续处于失控状态持有故意。参见张明楷著:《刑法学(下)》(第六版),法律出版社 2021 年版,第 919-920 页。还有学者指出,丢失枪支不报罪的罪过形式是故意,即明知丢失枪支应当及时报告而不及时报的主观心理状态。参见陈兴良著:《规范刑法学(上册)》(第五版),中国人民大学出版社 2023 年版,第 650 页。

成其他严重后果”是强奸罪的加重犯,对造成其他严重后果的评价是以行为人对强奸行为有故意为基础的;如果没有强奸故意,则不会出现因造成其他严重后果而加重处罚的情形。又如,在多次盗窃、多次抢夺、多次抢劫等场合,不需要认识到是在“多次”盗窃、抢夺或抢劫,但必须认识到是在实施盗窃、抢夺或抢劫行为,即不需要行为人认识到“多次”是建立在行为人认识到是在盗窃、抢夺、抢劫的基础上。显然,我国刑法中的严格责任,只是针对个罪的部分客观要素而言,不会涉及个罪的全部客观要素。

三 犯罪构成要件说之限缩运用和严格责任概念之具体展开

对与行为有直接关联性的罪量要素的主观归责需运用犯罪构成要件说,对与行为无直接关联性的罪量要素的主观归责需引入严格责任概念,那么如何具体运用或者展开此两种理论,则需要进一步讨论。

(一) 犯罪构成要件说之限缩运用

在罪量要素主观归责问题的解释上,犯罪构成要件说与四要件犯罪构成理论紧密相关,具有较强的本土性,但应当限缩其运用范围。具体而言,在解决犯罪数额和与行为之间具有直接关联性之严重后果的主观归责问题时,只有坚持犯罪构成要件说,才能使处罚范围更加合理。

1. 根据犯罪构成要件说解释犯罪数额的主观归责

犯罪构成要件说的本质在于,罪量要素需要行为人有认识。这为合理解释数额犯提供了重要的理论支撑。

一方面,能否认识到犯罪数额,关系到犯罪的成立和轻重。在数额犯の場合,犯罪数额实际上是一种与行为有直接关联性的犯罪结果。就基本犯而言,如果行为人不能够认识到法律所要求的犯罪数额,那么其行为就不可能成立犯罪。例如,根据《刑法》第163条第1款的规定,成立非国家工作人员受贿罪,要求索取或者收受他人数额较大的财物。当行为人索取或收受他人财物时,不能认识到索取或收受的是数额较大的他人财物的,即便实际上索取或者收受了数额较大的他人财物,也不成立非国家工作人员受贿罪。就加重犯而言,^[33]如果行为人不能认识到索取或者收受的是数额巨大的他人财物或者数额特别巨大的他人财物,即便索取或者收受了数额巨大的他人财物或者数额特别巨大的他人财物,也只能成立非国家工作人员受贿罪的基本犯。

另一方面,只有认识到犯罪数额,才能处罚非既遂形态。从我国刑法分则的规定来看,绝大部分数额犯属于故意犯。故意犯区别于过失犯的一个重要特点是均存在犯罪的非既遂形态。^[34]但是,如果坚持认为不需要行为人对数额犯的犯罪数额有认识,就意味

[33] 《刑法》第163条第1款把非国家工作人员受贿罪的加重犯的加重条件表述为“数额巨大或者有其他严重情节”和“数额特别巨大或者有其他特别严重情节”。从形式逻辑上看,非国家工作人员受贿罪的加重犯属于情节加重犯,但实际上包括数额加重犯和情节加重犯。

[34] 我国刑法理论一直主张预备犯、未遂犯和中止犯只存在于故意犯罪中,甚至主张只存在于直接故意犯罪中。参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》(第十版),北京大学出版社、高等教育出版社2022年版,第143-144页。

着只有事实上的犯罪数额出现后才能处罚,这就等于否定了数额犯的非既遂形态,显然不符合实际。^[35] 如果在对数额犯进行主观归责时坚持犯罪构成要件说,则能够得出妥当的解释结论。例如,在数额型盗窃的场合,如果行为人认识到自己窃取的是他人占有的数额较大的财物,但在实施盗窃行为过程中因意志以外的原因而未得逞,应当认定为盗窃罪的未遂。如果行为人认识到自己窃取的是他人占有的数额巨大的财物,但在实施盗窃行为过程中因意志以外的原因而未得逞,应当认定为盗窃罪一级加重犯的未遂。如果行为人认识到自己窃取的是他人占有的数额特别巨大的财物,但在实施盗窃行为过程中因意志以外的原因而未得逞,应当认定为盗窃罪二级加重犯的未遂。^[36]

2. 根据犯罪构成要件说解释与行为有直接关联性之严重后果的主观归责

与行为有直接关联性的严重后果,是指严重后果是行为人的行为直接导致的,而不是第三者(或被害人)行为介入后导致的。例如,根据《刑法》第 123 条的规定,暴力危及飞行安全罪的加重犯属于严重后果型犯罪,其成立需要对飞行中的航空器上的人员使用暴力,危及飞行安全,造成严重后果。显然,这里的严重后果是暴力危及飞行安全行为直接导致的,不需要介入第三者(或被害人)的行为,属于与行为具有直接关联性的严重后果。正因为如此,此种严重后果通常属于行为人能够认识到的严重后果。所以,在解释与行为具有直接关联性的严重后果的主观归责时,应当坚持犯罪构成要件说,即只有行为人对严重后果在主观上有认识,才能将该严重后果作为入罪或者处罚的事实性依据。当然,这里的认识不应当限于有明确的认识,只要行为人认识到可能发生某种严重后果即可。

情节犯的本质特点是具有整体评价功能的情节是犯罪构成要件要素。所谓“整体评价”,即根据犯罪客观方面、犯罪主体、犯罪主观方面等犯罪事实予以综合性评价。^[37] 我国学者指出,根据责任主义,“在故意犯罪中,要求行为人对表明情节严重的前提事实具有认识;在过失犯罪中,要求行为人对表明情节严重的前提事实具有认识可能性。”^[38] 这就意味着,行为人对具有整体评价功能的情节的内容必须有认识,否则就不成立犯罪。显然,此种观点过于绝对。具有整体评价功能的情节属于抽象的犯罪构成要件要素。对此,如果坚持仅从规范层面分析,必然出现均质化的结果,遮蔽不同内容之间的差异。所以,对于抽象性的具有整体评价功能的情节,应当遵循规范与事实对接的思维,结合社会事实予以类型化,如此才能发现缺失的实体内容,进而作出合理的判断。

[35] 从《刑法》第 20 条至第 24 条的规定来看,我国刑法对犯罪的非既遂形态基本上采取的是必罚主义。所以,任何否定数额犯的非既遂形态的主张,都是不符合刑法规定的。

[36] 如果行为人认识到自己窃取的是他人占有的数额特别巨大的公私财物,但实际上窃取的是数额巨大的财物或者数额较大的财物,属于盗窃罪二级加重犯的基本犯,只能认定为盗窃罪的一级加重犯或者基本犯;如果行为人认识到自己窃取的是他人占有的数额巨大的财物,但实际上窃取的是数额较大的财物,属于盗窃罪的一级加重犯的基本犯,只能认定为盗窃罪的基本犯;如果行为人认识到自己窃取的是他人占有的数额较大的财物,但实际上窃取的是数额较小的财物,且不属于多次盗窃、入户盗窃、携带凶器盗窃或者扒窃的,属于盗窃罪基本犯的基本犯,只能认定为无罪。

[37] 值得注意的是,我国学者指出,具有整体评价功能的情节的内容只能是表明法益侵害的客观因素,不包括单纯的动机。参见张明楷著:《刑法学(上)》(第六版),法律出版社 2021 年版,第 162 页。从主观必须见之于客观的哲学原理出发,具有整体评价功能的情节不应当包括单纯的主观因素。除此之外,反映人身危险性程度的客观情况完全可能成为情节严重的内容。

[38] 张明楷著:《刑法学(上)》(第六版),法律出版社 2021 年版,第 162 页。

表明具有整体评价功能之情节的事实主要包括三类:一是行为所造成的严重后果等结果性事实;二是表明行为情状的时间、空间、方法、手段等客观因素;三是反映人身危险性程度的客观因素。^[39] 对这些客观事实或者客观因素是否需要行为人有认识,应当具体分析。一方面,在具有整体评价功能的情节表现为与行为具有直接关联性的严重后果的场合,由于此严重后果是由行为人的行为直接导致的,需要行为人对具有整体评价功能的情节有认识。在此种情况下,坚持犯罪构成要件说并不会缩小处罚范围。另一方面,在具有整体评价功能的情节表现为与行为不具有直接关联性的严重后果的场合,由于此种严重后果通常是介入第三者(或被害人)的行为所引起的,行为人通常难以认识到该严重后果。在具有整体评价功能的情节表现为时间、空间、方法、手段等行为情状的场合,行为人对这种严重后果通常也是无意识的。在具有整体评价功能的情节表现为反映人身危险性的客观因素的场合,通常也不需要行为人对反映人身危险性的客观因素有认识。在这三种情况下,如果坚持犯罪构成要件说也会不当缩小处罚范围。总之,只有当具有整体评价功能的情节表现为与行为具有直接关联性的严重后果时,才需要坚持犯罪构成要件说,需要行为人对具有整体评价功能的情节有认识。

(二) 严格责任概念之具体展开

引入严格责任概念可有效解释与行为不具有直接关联性的罪量要素的主观归责问题。对此,需要结合不同罪量要素予以展开。

1. 根据严格责任概念解释与行为无直接关联性之严重后果的主观归责

严重后果与行为之间不具有直接关联性,即严重后果不是行为人的行为直接导致的,而是第三者(或被害人)的行为介入后才出现的。在此类罪量要素的主观归责上,如果需要行为人对具有认识才能归责,必然不当缩小处罚范围,难以全面有效地保护法益。例如,根据《刑法》第146条的规定,生产、销售不符合安全标准的产品罪的成立需要造成严重后果。但是,这里的严重后果与生产、销售不符合安全标准的产品行为不具有直接关联性,只有介入了第三者(或者被害人)的行为(如他人不当使用不符合安全标准的产品)才能导致严重后果的发生。在这种情况下,不应要求行为人对严重后果有认识才能定罪处罚。再如,根据《刑法》第250条的规定,出版歧视、侮辱少数民族作品罪的成立需要造成严重后果。但是,这里的严重后果不是出版歧视、侮辱少数民族作品的行为直接导致的,而是介入了其他因素导致的,如受歧视、侮辱的少数民族的部分成员围攻政府、实施“打砸抢”行为等。在此种场合,如果要求行为人对此严重后果有认识才定罪处罚,也会不当缩小处罚范围,法益难以得到有效保护。所以,在与行为不具有直接关联性的严重后果的

[39] 从我国刑法分则的规定来看,立法者在很多情况下把危害结果、造成严重后果、犯罪数额等表述为情节严重的内容。例如,《刑法》第141条第1款把生产、销售、提供假药罪的两级加重犯的罪状分别表述为“对人体健康造成严重危害或者有其他严重情节”和“致人死亡或者有其他特别严重情节”。再如,《刑法》第153条第1款第2项、第3项将走私普通货物、物品罪的两级加重犯的罪状分别表述为“走私货物、物品偷逃应缴税额巨大或者有其他严重情节”和“走私货物、物品偷逃应缴税额特别巨大或者有其他特别严重情节”。而且,在真正需要具体的危害结果和数额来定义个罪时,立法者通常会将具体的危害结果和犯罪数额在个罪的犯罪构成中规定下来。由此不难发现,在纯粹的情节犯中,具有整体评价功能的情节首先表现为严重后果等结果性事实,其次才是表明行为情状的时间、空间、方法、手段等客观事实。

主观归责上,实行严格责任,不需要行为人对严重后果有认识就可以归责,才能使处罚范围合理,有效保护法益。

2. 根据严格责任概念解释具有整体评价功能之情节中部分内容的主观归责

在单纯的情节犯中,具有整体评价功能的情节当然包括危害后果,具体分为与行为有直接关联性的危害后果与行为不具有直接关联性的危害后果。在与行为不具有直接关联性的危害后果的主观归责上,应当实行严格责任。例如,根据《刑法》第 139 条之一的规定,成立不报、谎报安全事故罪,不仅需要负有报告职责的人员在安全事故发生后不报或者谎报事故情况,贻误事故抢救,还需要达到情节严重的程度。2015 年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理危害生产安全刑事案件适用法律若干问题的解释》规定,导致事故后果扩大的,属于情节严重。^[40] 行为人完全可能没有预料到这里的事扩大,即事故扩大与行为的不报、谎报行为之间不具有直接关联性。在此种情况下,如果要求行为人完全认识到事故扩大才能定罪处罚,显然会不当缩小处罚范围。如果坚持严格责任,则不需要行为人对事故扩大有认识就可以定罪处罚,有利于问题的合理解决,进而能够有效保护法益。

在情节犯中,当具有整体评价功能的情节表现为行为情状时,行为情状实际上是行为的基本特性,因为任何行为都会发生在一定的时空范围,同时会不可避免地采用一定的手段与方法。此时,只需要行为人认识到行为的性质即可,而无需认识到行为情状。例如,我国学者指出,催收非法债务罪的情节严重表现为暴力、胁迫、跟踪等行为的情节严重,如暴力行为致人轻微伤、多次实施暴力或胁迫行为、长时间非法限制人身自由、非法侵入住宅、严重恐吓、长期跟踪、严重骚扰多人或者多次等。^[41] 这些都是对行为情状的描述,无需行为人有明确认识。需要行为人有认识的仅仅是行为的性质,即认识到自己是在使用暴力、威胁方法催收非法债务即可。虽然我国刑法将罪过形式的判断根据限定为“危害社会的结果”,^[42] 但根据行为来判断罪过形式不论在司法实践还是理论上都得到了普遍承认,针对行为犯可以提倡行为论的罪过形式判断根据。^[43] 所以,当情节犯的具有整体评价功能的情节表现为行为情状时,应当根据严格责任概念进行归责,解释为不需要行为人对行为情状有认识即可定罪处罚,才能实现处罚的合理性。

3. 根据严格责任概念解释行为次数的主观归责

我国刑法中的多次犯主要包括两种类型:一是作为徐行犯或数罪并罚(累计处理)的多次犯,如《刑法》第 153 条第 3 款规定的“对多次走私未经处理的,按照累计走私货物、物品的偷逃应缴税额处罚”、第 201 条第 3 款规定的“对多次实施前两款行为,未经处理的,按照累计数额计算”等;二是作为行为次数的多次犯,如“多次盗窃”“多次抢夺”“多

[40] 参见最高人民法院、最高人民检察院《关于办理危害生产安全刑事案件适用法律若干问题的解释》第 8 条。

[41] 参见张明楷:《催收非法债务罪的另类解释》,《政法论坛》2022 年第 2 期,第 14 页。

[42] 《刑法》第 14 条第 1 款将犯罪故意界定为“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”;第 15 条第 1 款将犯罪过失界定为“应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果,因为疏忽大意而没有预见,或者已经预见而轻信能够避免,以致发生这种结果”。根据此两个立法定义,我国刑法很明显地将故意和过失的判断根据限定为“危害社会的结果”。

[43] 参见苏永生:《罪过形式的判断根据》,《法律科学》2020 年第 6 期,第 83-84 页。

次敲诈勒索”等。本文所说的多次犯是指第二类。在多次犯的场所,“多次”是对行为次数的要求,并可将多次行为分为本次行为与前次行为。就多次行为的主观归责而言,只要行为人认识到本次行为的性质即可,无需认识到行为次数。例如,2013年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理敲诈勒索刑事案件适用法律若干问题的解释》第3条将《刑法》第274条规定的“多次敲诈勒索”解释为“二年内敲诈勒索三次以上”。如果要求行为人认识到自己在两年内实施第三次以上敲诈勒索,才属于“多次敲诈勒索”,就会出现一些不合理的解释结论,如实际上是在二年内实施第三次敲诈勒索,但行为人因忘却了敲诈勒索次数或敲诈勒索时间而认为在第二次敲诈勒索的,不能认定为敲诈勒索罪。所以,就多次犯而言,在行为次数的主观归责上,应当实行严格责任。

四 结 语

罪量要素是我国刑法的一大特色,也是我国刑法与其他国家刑法之间的重要差异。由于罪量要素决定着犯罪成立与否以及社会危害性大小,因而罪量要素也使得我国刑法与其他国家刑法之间的差异属于本质性差异。针对我国刑法中的罪量要素,在借鉴国外刑法理论的基础上提出解决方案,并非不可,但应当遵循“中体西用”的原则,而不能用国外刑法理论或者概念来裁剪我国刑法中的罪量要素立法。刑法学概念的创制应当遵循必要性原则和互通性原则。在现有的犯罪构成要件说、严格责任等理论和概念完全能够解决我国刑法中的罪量要素之主观归责的情况下,无需创造出新的概念。同时,在全球化时代,刑法学概念的互通性对开展中外刑法学交流,进而促进刑法学的发展具有重要意义。所以,针对我国刑法中罪量要素的主观归责创制理论或概念时,既要能够有效解决罪量要素的主观归责问题,又要吸收域外有益经验。任何刑法理论都是对刑法立法、司法以及相关社会事实的抽象,因而都不可避免地具有抽象性。但是,抽象也是有限度的,过度抽象的理论会遮蔽阐释对象的一些特点,进而会削弱理论自身的解释力。我国刑法中的四种罪量要素均有各自的特点,在运用同一种理论不可能有效解决罪量要素主观归责问题的情况下,就应当贯彻类型化思维,针对不同罪量要素的主观归责问题确立不同的理论。

本文根据我国刑法中罪量要素的基本特点,对现有关于罪量要素主观归责的主要理论进行了反思。研究发现,我国现有罪量要素主观归责理论都具有一定的价值,但均无法有效解释罪量要素的主观归责问题。有的理论会不当缩小处罚范围,有的严重背离了罪量要素的基本特点,有的不符合定罪的基本逻辑。为此,应当将我国刑法规定的罪量要素类型化为与行为有直接关联性的罪量要素和与行为无直接关联性的罪量要素。对于前者,运用犯罪构成要件说就可以作出充分解释;对于后者,引入相对成熟的严格责任概念也可以作出充分解释,无需创设新的理论或者概念。

[本文为作者参与的2023年度国家社会科学基金一般项目“环境犯罪治理的数字化应对策略研究”(23BFX118)的研究成果。]

Reflections on and Reconstruction of the Theory of Subjective Attribution of Criminal Quantitative Elements

[Abstract] Based on the “fixed nature and fixed quantity” legislative model, China’s criminal law mainly stipulates four types of criminal quantitative elements: the amount of proceeds, serious consequence, criminal circumstance with overall-evaluation function, and number of crimes. In response to attribution based on criminal quantitative elements, three main theories have been developed: the theory of crime constitution element, the theory of objective punishment condition, and the theory of objective exceeding element. The first theory has strong local characteristics. According to this theory, the criminal quantitative element is an objective element of the crime constitution, so the perpetrator needs to know the criminal quantitative elements in the attribution of criminal responsibility. The second theory is formed by applying the theory of objective penalty condition in German and Japanese criminal laws to interpret the criminal quantitative element in China’s criminal law. According to this theory, the criminal quantitative element is the third element for establishing a crime and does not belong to objective illegal elements. Therefore, the perpetrator does not need to know the criminal quantitative element in the attribution of criminal responsibility. The third theory is proposed under the influence of the concepts of “subjective exceeding element” and “objective punishment condition” in German and Japanese criminal laws. This theory advocates that the criminal quantitative element belongs to objective elements of crime constitution, but the perpetrator does not need to know the criminal quantitative element in the attribution of criminal responsibility. Fully adhering to the theory of crime constitution element will improperly narrow the scope of punishment. The theory of objective punishment condition is not self-consistent in logic and seriously ignores the important fact that the criminal quantitative element belongs to objective crime constitution elements. The theory of objective exceeding element not only violates the basic logic of conviction but also leads to denying the non-completed form of the amount of crime. To effectively interpret the influence of criminal quantitative elements on the attribution of criminal responsibility, it is necessary to fully consider such factors as the purpose of establishment, basic characteristics, the need to overcome abstraction, and the relationship between the criminal quantitative element and criminal act, then make a choice among existing theories. On this basis, the theory of objective punishment condition and the theory of objective exceeding element should be negated. The theory of the crime constitution element is strong in interpreting subjective attribution of the criminal quantitative element directly related to the criminal act, so it should be retained but limited in application. Meanwhile, it is necessary to introduce the concept of strict liability to interpret the subjective attribution of criminal quantitative elements that are not directly related to the criminal act.

(责任编辑:贾元)