

论罪量的归属

郑 超*

内容提要： 在我国犯罪论体系中，罪量应为构成要件要素。作为相应构成要件要素的主观反映，故意的认识内容也应当涵盖罪量赖以存在的基础事实。虽然都能带来法定刑的提升，但要注意加重犯与加重的行为类型之间的差异。与不存在未遂形态的加重犯不同，对于同一犯罪中的加重的行为类型，在量刑层面存在着就加重行为类型的未遂适用未遂犯规定的可能性。在此前提下，对责任刑的确定，可以从实行行为对法益造成的客观危险、行为人的主观认识内容两个方面进行处理。对于在同一犯罪客观构成要件范围内发生的意图实施轻行为类型却造成重行为类型结果的情况，可以在承认构成要件层面犯罪既遂的同时，在责任层面进一步判断是否存在轻行为类型的故意与重行为类型的过失的想象竞合等情形，通过法定刑升格、未遂犯规定的适用等实现量刑上的均衡。

关键词： 罪量 客观归属 主观归属 加重的行为类型 加重犯

如何处理我国刑法明确规定的“情节严重/情节特别严重”“数额较大/数额巨大/数额特别巨大”等并不为阶层犯罪论体系所需、纯粹表征不法程度的量的差别的罪量要素，是构建中国特色犯罪论体系的重要课题之一。对此，完全求助于德日刑法理论可能并不现实。应当赋予罪量要素何种犯罪论体系地位，并对相关的不完整犯罪形态、认识错误等疑难问题给出符合我国立法特色的解决方案，显然是不可忽视的重要问题。

一、罪量要素的再定位

“罪量是在具备犯罪构成本体要件的前提下，表明行为对法益侵害程度的数量要件”，〔1〕主要表现为犯罪情节的严重程度和犯罪数额的大小。笔者认为，与德日犯罪论体系相对比，只有单纯表征不法的量的差异或者程度差异的客观事实、要素才属于所谓罪量，否则罪量就无法与其他犯罪情节相区别。〔2〕总之，在同一性质的事实中多出来的那个“量”才是我国犯罪论

* 华东师范大学法学院讲师。

〔1〕 陈兴良：《规范刑法学》上册，中国人民大学出版社2017年版，第193页。

〔2〕 从我国刑法的规定看，行为恶性严重、结果重大等都属于“情节严重”，因此，广义上的“情节”是对犯罪所具有的质和量的统称。罪量自然属于情节，但并非所有情节都是罪量。

体系中的罪量要素，而不是指在某一性质的事实（比如德国刑法第212条故意杀人罪规定的剥夺他人生命的意图）之外另外多出的不同性质的事实（比如德国刑法第211条谋杀罪规定的卑劣动机）。换言之，本文所说的罪量是指，犯罪情节的严重程度、犯罪数额的大小等单纯表征法益侵害程度的数量要件。需要进一步追问的是：在犯罪论层面，我们研究罪量问题的目的是什么。

（一）对可罚的违法性概念的误解

德日刑法理论中与罪量最为类似的概念当属可罚的违法性，我国学者通常会将可罚的违法性与罪量概念直接关联起来，虽然这样的关联并非绝对不可，但也存在一定程度的误解。

从理论源流看，1910年日本的“一厘事件”判决，〔3〕是探讨可罚的违法性问题时必然会引用的“不法的量上轻微的事例”。在该案件中，烟草耕作者自行消费了本应缴纳给政府的约3克左右、价值仅1厘的烟草叶；公诉机关根据日本当时的烟草专卖法第48条第1款规定的不缴纳罪（可处10日元以上500日元以下罚金），对其提起了刑事诉讼。日本当时的最高法院大审院推翻了原审有罪判决并宣告被告人无罪，认为此时不存在值得通过刑事制裁进行处罚的法益侵害，因此没有必要施加刑罚。

大致看来，我国的罪量要素与日本的可罚的违法性概念有颇多重合之处，但这不过是似是而非之论。首先，即便对日本而言，从发生该案件的20世纪初期日本对经济实施严格国家管控的时代背景出发，该案的无罪判决结果反而是极其罕见的。日本学者就明确指出：“在明治时代的官僚主义法解释的时代，具有人道主义意味的一厘事件判决的出现，在当时是非常值得注目的一件事。即便到了现在，该判决也依然是课堂上必然会引用的有名判例之一。但是，如果考察该判决的前后，会发现几乎不存在同种类的判决。”〔4〕其次，如果回顾1912年日本大审院在一起盗窃案件判决中所持的主张——“即便是2钱左右价格的石块，也属于刑法上的财物，将其夺取的行为构成盗窃罪”〔5〕——其实可以发现，在日本的犯罪论体系中，纯粹的犯罪数额本身一直以来并不会也不应当决定行为的不法性质。虽然1厘与2钱的确存在一定差别，但都属于极小的数额，因此，“一厘事件”判决其实表达了与当时主流的官僚主义法解释立场非常不同的态度，反而该案原审法院不问烟草叶细微之量宣告有罪的判决〔6〕才是正常的。最后，更加需要注意的是，即便是在生活水平、民主化水平早已远胜百年前的现代日本社会，盗窃2日元的行为在司法上也依然会被认定为具有违法性，也有相关判例出现。〔7〕行为违法程度的判断，不应仅着眼于被害数额。所谓的可罚的不法往往要从行为的危险性、动机、样态、执拗程度、被害程度等多方面去理解，并在当时整体法秩序的背景下考察行为是否具有应当科处刑罚的违法性。因此，如果忽视了“一厘事件”中被告人并未体现出明显的反规范态度这一点，就容易陷入仅从被害数额来理解不法程度的误区。在日本刑法语境中，价值再轻微的财物也依然是财物，盗窃价值再轻微的财物也依然是盗窃。

至此可以得出如下基本论断：“一厘事件”判决的确代表了轻微不法的事例，但“一厘=

〔3〕 大判明43·10·11刑录16·1620。1厘等于1日元的千分之一。

〔4〕 [日]宫原三男：《一厘事件》，《ジュリスト》总第200期（1960），第10页。

〔5〕 大審院大正元年（1912）11月25日判决。1钱等于1日元的百分之一。

〔6〕 東京控訴院明治43年（1910）6月20日判决。

〔7〕 “窃盗、毒物及び劇物取締法違反被告事件”，神戸地裁平成18年（1989）3月14日判决。作出本案判决的神戸地方法院认为：在财物性上，现金2日元也属于刑法上的财物；在违法性上，结合该犯罪行为的动机、样态、被害程度等，从全体法秩序的角度看，该犯罪行为并非不存在值得用刑罚进行规制的违法性。

不法的量的轻微”这一论断属于对该案件的粗浅解读，也不合于德日的犯罪论体系；这一判决更不是我国罪量要素的佐证论据，因为依据我国的罪量概念恰恰是认可“一厘=不法的量的轻微”这一论断的。

综上所述，可罚的违法性概念是为了帮助实现对不法的规范性评价，罪量概念反而是将不法评价尽可能地物理性化以便司法统一适用。可罚的违法性概念彰显的是一种人道主义的实质解释理念，也是将日本刑法语境中已经呈现出一定违法性的行为进行出罪化处理的实质解释方法，这与我国刑法语境中直接影响行为可罚性的罪量要素在性质上是不同的。

（二）对量刑规则理论的借鉴

为我国介绍了德国量刑规则概念的学者认为：“情节严重、数额巨大、首要分子、多次（或者对多人实施）、犯罪行为孳生之物数量（数额）巨大、违法所得数额巨大，虽然是表明违法性加重的要素，但并不属于表明违法行为类型的特征。”〔8〕也就是说，此类法定刑升格条件不会使行为类型发生质变，而只是在既有构成要件要素的基础上加重了相关的量。对于这类要素只能作为量刑规则来处理，不需要行为人对它有认识，也没有适用未遂犯规定的必要。比如，对于财产犯罪中的数额犯问题，从量刑规则的角度看，“数额较大”属于财产犯罪共通的构成要件要素，在数额较大基础上因违法的量的增加而形成的“数额巨大”“数额特别巨大”等就属于量刑规则。不过，该学者也主张，行为人将价值13万元的手机误当普通手机而盗窃时，行为人“只是对盗窃普通手机具有责任，只能按盗窃普通手机的数额（如5000元）确定责任刑”。〔9〕但是，如果行为人误以为手机的价值是13万元但实际仅值5000元时，是针对价值13万元的财物成立盗窃未遂，还是针对价值5000元的财物成立盗窃既遂，视罪量为构成要件要素的观点对此存在不同见解。〔10〕

笔者认为，基于量刑规则理论对罪量的上述说明难言妥当。“数额较大+数额巨大/数额特别巨大”与“数额较大+入室盗窃/携带凶器盗窃”的确存在不同，前者并未突破数额这一要素，后者则是在数额要素之外增加了其他性质的要素，从而导致违法性发生“质”变，此时行为人对“入室”“携带凶器”等要素在主观上需要有认识。但是，单纯的客观不法“量”上的增加同样需要行为人有认识。这是因为，根据责任主义，不应当存在影响客观不法程度并导致法定刑升格却完全不需要行为人主观上对其有认识或者认识可能性的要素。虽然通常情况下行为人对罪量有认识是容易证明的，这是因为基本犯与不法“量”上的增加往往存在客观上的直接关联性。比如，盗窃行为针对的财物有可能价值5000元，也有可能价值13万元，不能说一项财物的价值过大并超越了行为人主观认识的范围就变得不属于盗窃行为客观上所能侵害的对象了，而且被害人的损失与行为人的盗窃行为之间存在因果性。但是，根据我国刑法第16条的规定，即便结果在客观上是行为所导致的，也不直接代表行为人对此就有认识或者认识可能性。因此，如果行为人实际取得的数额超出了盗窃故意所能涵盖的数额范围，就最多只能在故意认识所能涵盖的最大范围内认定相关数额，因为罪责阶段所评价的数额其实不是客观的数额本身，也不是评价数额所表征的客观不法量，而是表征行为人的可谴责程度。

〔8〕 张明楷：《加重构成与量刑规则的区分》，《清华法学》2011年第1期，第10页。

〔9〕 张明楷：《阶层论的司法运用》，《清华法学》2017年第5期，第38页。

〔10〕 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》，《环球法律评论》2003年秋季号，第276页以下；王强：《罪量因素：构成要素抑或处罚条件》，《法学家》2012年第5期，第20页以下；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》，《现代法学》2013年第3期，第123页以下。

对罪量发生认识错误时,虽然往往需要求助罪责阶段的评价才能予以出罪化处理,但在不法阶段的归属意义上也存在对罪量进行解读的必要。比如,行为人在旧书店偷书,未曾预见到书中夹着一枚珍贵邮票,此时通常会认为行为人对邮票没有非法占有目的。如果这一结论成立,逻辑上可以进一步推演如下:书和邮票都是被害人的财物,如果同时盗窃两本书并不会被认定为是针对两项财物的两个盗窃行为,夹着珍贵邮票的书就完全可以视为一项财物。单独评价一本书的价值可能连数额较大都够不上,但加上珍贵邮票则可能构成数额巨大或者数额特别巨大,数额较大、数额巨大、数额特别巨大之间所谓罪量上的差异,未尝不过是书中所夹着的珍贵邮票而已,并且书和邮票都被涵盖在“财物”这一要素之下。如果“书中夹着珍贵邮票”的事实并不处于通常的盗窃故意所能涵盖的范围内,那么取得珍贵邮票的结果或者相关罪量的增加或许就不能归属于行为人的盗窃行为。由此可见,基于盗窃的基本行为而发生的所有罪量,并非绝无例外地直接归属于行为人,而是仍有进一步探讨罪量的增加是否仅仅出于过失甚至属于意外事件的余地。

(三) 解决问题的新方向:罪量的归属

既有研究存在的问题是,过度集中于对罪量概念的界定,而忽略了我国刑法设置罪量要素的规范目的。如果罪量的大小不会带来法律后果上的改变,那么对其作何种界定其实无关紧要。因此,比起先界定罪量是什么然后再讨论界定为相关概念的法律后果,不如直接从罪量要素的规范目的和法律后果切入。与其讨论哪些罪量要素属于量刑规则、哪些罪量要素属于构成要件要素,却始终难以形成具有说服力的统一判断标准,不如将问题意识简化为:作为犯罪客观情节或者结果的罪量如何在客观与主观上归属于行为人。

二、罪量的客观归属

(一) 罪量要素的规范属性和规范目的

1. 罪量属于影响行为规范指引机能的“评价的事实”

法官根据法规范进行评价后得出的结论,自然不是行为人行为时需要认识的对象,但实现相应法规范评价结论所依据的事实情节如果在行为规范中有明确规定,并附有违反相应行为规范的不利法律后果,那么这样的事实情节既要是行为人所造成的,也需要行为人对其有认识或者认识可能性。我国刑法第13条但书明确规定“情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪”,也就是说,所有犯罪必然属于情节的严重程度超过了“显著轻微危害不大”。另外,“情节严重”“发生严重后果”“造成严重危害”等罪状描述遍布我国刑法分则条款,即便法条中未使用“严重”一词,为了表明不法类型的行为不法与结果不法在量上的要求,也往往通过具体的罪状描述、起诉标准等来体现不法的严重性。对于达到严重程度的罪量所对应的事实情节,不仅客观上要能够归属于行为,主观上也需要行为人对其有认识或者具有认识可能性。如此才能不违背责任主义的要求,并且实现行为规范的指引效果。

总而言之,行为人并不需要认识到何谓刑法规范所评价得出的“情节严重”,却需要认识到相应的严重情节;同理,行为人无需认识到何谓刑法规范所评价得出的“数额巨大”,却需要认识到相应的巨大数额。这是因为,被评价的事实才是影响行动选择的核心因素,如果某些事实直接影响了法律评价,人们就需要在行动时考虑这些事实,罪量要素即是如此。

需要注意的是,我国刑法规定的犯罪故意所针对的对象(危害社会的结果)属于规范性

的、观念性的“有意义的事实”，而非单纯事实性、物理性的事实。财物的具体数额、伤害的具体情况、情节的严重程度等都不是行为人需要精确认识的对象，因为此类结论往往依靠事后的司法鉴定才能确定，而事后的“事实的评价”不应取代“评价的事实”，行为人对于“评价的事实”需要存在规范上所要求的认识或者认识可能性。比如，“贵重的”（社会一般观念上财物的贵重性）等表明罪量的事实情节，就与“他人的”（财物的他人性）等事实一样，在进入行为人故意认识的射程之前，需要在社会的一般观念上获得认可。同理，就好像无需将财物的他人性具体到张三、李四等某人一样，对于财物贵重性的认识也不必、也不可能过于具体，而只需处于行为人与一般人可能认识且容许的范围内即可。反过来说，对于超出了行为人乃至一般人所能认识且容许的范围的罪量，其赖以存在的基础事实就不应归属于行为人。

2. 罪量要素使我国刑法具有量刑法的属性

除了对行为规范的指引机能有影响外，罪量要素还使我国刑法有了量刑法的属性。我国学界一直将“定性+定量”视为我国刑法犯罪概念的界定模式，^{〔11〕}同时将罪量置于刑法第13条但书的规制之下。^{〔12〕}有学者更是进一步提出：“罪量不仅判断行为是否具有严重的社会危害性（不法构成机能），而且决定是否有必要实施刑罚（刑罚决定机能）。这两种机能将罪量要素予以区分，不能笼统地被认为只是犯罪构成要素或者刑罚决定要素”。^{〔13〕}罪量要素的机能或许不止于此。罪量不仅存在于我国刑法的定罪领域，更在量刑领域发挥了关键作用，其对量刑的影响不仅是决定是否施加刑罚，更在于帮助确定刑罚的量。正因为如此，在规范目的层面，罪量既要受制于定罪法所要求的罪刑法定原则，尤其是其中的明确性要求，又要实现量刑法所追求的罪责刑相适应原则。

在“定性+定量”的问题上，笔者认为还需要澄清以下两点：其一，在定性的问题上，并非所有情节都属于构成要件要素，但所有影响法律后果的情节都应当在主观罪责中有所反映。也就是说，针对定量事实（尤其是加重刑罚的事实）的态度，同样应当在实质上表征行为人主观上的不法意识。有观点主张“情节严重”属于规范的构成要件，是故意的认识内容。^{〔14〕}反对意见则认为，“情节严重”的“情节”和“严重”具有不同属性，前者是具体的违法事实，是真正的构成要件要素，属于故意的认识内容，而后者是虚假的构成要件要素，不属于故意的认识内容。^{〔15〕}虽然反对意见有一定的合理性，但是，姑且不论犯罪行为的定性事实和定量事实是否可以完全分开，即使可以将“情节”和“严重”分开讨论，笔者也更倾向于认为，我国刑法规定的表征可罚性程度的“情节严重”不仅是裁判规范所得出的事后评价，同样也应当从行为规范的角度去认定是否存在严重情节，这样才能让国民知道国家以命令或禁止的形式传达出了何种具体的行为规范内容。因此，犯罪情节与情节的严重程度无需分割开来，情节的严重程度不过是赋予犯罪情节以相应的社会意义——危害社会的结果。

其二，在定量的问题上，罪量需要以相应事实为基础，对于罪量赖以存在的基础事实，需要在罪责层面予以反映。与我国刑法明确规定罪量要素的定罪模式相比，不能简单地将德日刑法的犯罪构成模式归结为“定性不定量”或者“立法定性，司法定量”。以醉酒驾驶机动车为

〔11〕 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26页以下。

〔12〕 参见梁根林：《但书、罪量与扒窃入罪》，《法学研究》2013年第2期，第132页以下。

〔13〕 陈少青：《罪量与可罚性》，《中国刑事法杂志》2017年第1期，第43页。

〔14〕 参见王莹：《情节犯之情节的犯罪论体系性定位》，《法学研究》2012年第3期，第126页。

〔15〕 参见柏浪涛：《规范性构成要件要素的错误类型分析》，《法商研究》2019年第1期，第80页。

例，域外能够入罪的也并非所有醉酒驾驶机动车的行为，而是与我国一样需要达到一定的醉酒标准，即基于酒精的影响有无法正常驾驶之虞的状态。例如，日本道路交通法第65条第1款所规制的“带酒气驾驶车辆”虽然包括了所有醉酒驾驶机动车的行为，但根据同法第117条之2之2以及《道路交通法施行令》第44条之3的规定，实际上能被刑罚处罚的只是血液中酒精浓度达到0.3mg/ml以上或者在呼气检测中酒精浓度达到0.15mg/l以上的情形。^[16]由于事实上无法要求行为人对自身血液或呼气中酒精浓度的数值有确切认识，日本刑法理论多从出罪的角度将酒精浓度认定为一种客观处罚条件。^[17]日本最高法院的判例也认为，行为人不需要对血液中酒精浓度的具体数值有认识，只要客观上身体中存在以上所要求的酒精浓度且行为人对饮酒或者体内有酒精这一基本事实有认识即可。^[18]由此可见，即便是所谓的客观处罚条件，也并非不以任何事实为基础，也并非完全脱离于主观认识或者认识可能性，罪量要素同样如此。

基于我国犯罪构成的“定性+定量”特征以及我国刑法兼具定罪法与量刑法属性的影响，在构成要件要素的范畴中理解罪量，从罪刑法定原则的角度看具有合理性，但同时也应从罪责刑均衡的角度来解读罪量并合理运用未遂犯规定等规则。以中日刑法对盗窃罪的量刑规定为例，日本刑法第235条对盗窃罪只是简单规定“处10年以下惩役或者50万日元以下罚金”，整体上明显轻于我国。在盗窃未遂的场合，在日本可以处5年以下惩役或者25万日元以下罚金（日本刑法第68条），理论上可以判处的刑罚是比较重的。这样看来，我国对盗窃罪可以判处10年以上有期徒刑甚至无期徒刑，远重于日本，但在盗窃未遂的场合，如果我们只能在3年有期徒刑以下量刑，甚至还要适用未遂犯规定，这相较于日本反而显得刑罚畸轻。因此，根据我国的立法规定，只有将罪量理解为构成要件要素，并且对体现了罪量提升的“加重的行为类型”^[19]适用未遂犯的规定，才能在量刑上得到相对均衡的结果。

（二）罪量的典型客观归属：“加重的行为类型”概念的提出

1. 对“情节加重犯”等概念的反思

通过情节体现行为具有的不法程度并用以确定犯罪的成立和相应刑罚量的做法，是我国刑事法定罪量刑的基本模式。因此，情节犯乃至情节加重犯等需要相应情节才能成立或者加重处罚的犯罪，在我国刑法理论中看似是有意义的。但是，如果一个概念的指代过于宽泛以至于对本质上不同的事物起不到任何区分作用，该概念的科学性自然存疑。基于我国刑法第13条所衍生出的当然解释，如果所有犯罪都可以被认为是情节犯，情节犯、情节加重犯等我国刑法理论所特有的概念就会变得可有可无。

犯罪构成要件本就是可罚的违法行为类型的集合，情节所代表的正是某种行为类型具体的、客观的外在事实，而犯罪构成要件在适用于现实中的犯罪行为时必然要通过具体的行为类型、情节等进行认定，因此，在构成要件层面使用情节犯概念并不具备概念所应具有的不同事物的功能。在量刑层面使用情节犯、情节加重犯等概念，似乎是正确描述了我国刑法对个

[16] 与我国的醉酒驾驶标准相比，日本的标准明显偏低，但即便超过这一标准也不是一定构成犯罪。比如，日本检察机关根据日本刑事诉讼法第248条的规定，“基于犯人的性格、年龄、境遇、犯罪的轻重与情节以及犯罪后的情况，认为不需要提起公诉的时候，可以酌定不起诉”。

[17] 参见[日]西田典之、山口厚、佐伯仁志编：《注积刑法》第1卷，有斐阁2010年版，第511页。

[18] 最高裁昭和52年（1977）9月19日决定刑集31卷5号1003页。

[19] 后文将对“加重的行为类型”概念作进一步阐释。笔者认为，与不存在未遂形态的结果加重犯不同，加重的行为类型可以存在未遂形态。

别情节予以量刑上从重或者加重的做法。但是，正如上文所言，构成要件既然是违法行为类型的集合，那么在违法行为类型的集合中自然存在“质同量异”且对应不同刑罚量的多种行为。某种犯罪的构成要件是一系列同种行为类型的最小公约数，在同一构成要件的违法行为类型集合中必然存在某种通常的、一般的行为类型以及与之相比加重的或者偏重的行为类型。虽然加重情节不一定为构成要件所必需，却可以影响不法的量。比如，以一般财物为对象的盗窃与以救灾物资为对象的盗窃，两种行为类型都可以包含在盗窃罪的构成要件中，虽然后者的量刑可能高于前者，但与其称之为“加重犯”，不如称之为同一犯罪构成要件中的“加重的行为类型”。

以上结论尤其适用于所谓“数额加重犯”。不可否认，数额巨大、数额特别巨大所对应的法定刑，相对于数额较大所对应的法定刑属于一种加重，但是，即便在数额较大的违法行为类型集合中同样存在数额大小之分，那么是否也可以认为偏高的数额较大相对于偏低的数额较大也是一种加重？毫无疑问，这种区分扭曲了加重犯概念的本意，进一步导致了在结果加重犯之外又制造出了情节加重犯、数额加重犯、对象加重犯、手段加重犯、时间加重犯、地点加重犯甚至行为加重犯等概念。不难看出，过于宽泛的加重犯概念已经消解了概念所应具有的区别不同事物的基本功能，而沦为无意义的贴标签。犯罪事实本身的差异原本就可能带来不同的责任刑，但凡因为某一事实导致责任刑加重就将这种情形称为加重犯，反而会使加重犯概念变得没有任何实际意义。笔者认为，所谓的加重犯或许只应被理解为结果加重犯，即原本不处于某罪基本犯构成要件之内的超出结果依然归属于行为人的情形，而不是指单纯的法定刑加重现象。法定刑加重只是一种处理上的普遍结论，而不是描述特定现象的评价标准，因某一情节而加重刑罚属于理所当然的现象，而不必创造出“情节犯”“情节加重犯”等概念。

笔者认为，不法程度相异的多种行为类型原本就可以包括在同一犯罪的构成要件之中，在同一犯罪的构成要件中自然也存在部分行为相较于其他行为更为严重的情况。由于超越了基本犯所固有的不法内容，加重犯的法定刑下限与上限较之基本犯都有所提升。并未超越基本犯所固有的不法内容的加重的行为类型，同样也能带来法定刑的提升。因此，仅就法定刑的提升而言，我国刑法设置的基本法定刑和升格法定刑所对应的既可能是构成要件有别的基本犯和加重犯，也可能是同一犯罪构成要件内的基本行为类型和加重行为类型。罪量的加重，比如“情节特别严重”“数额巨大/数额特别巨大”，无疑属于后者。

2. 加重的行为类型的认定

加重犯和加重的行为类型都能带来法定刑的提升，其原因离不开立法本身所选取的规定模式。比如，立法上自然可以设置盗窃一般财物罪和盗窃救灾物资罪，并赋予不同的法定刑。同样，立法上也可以同时设置盗窃数额较大的财物罪和盗窃数额巨大/数额特别巨大的财物罪。虽然立法上的取舍没有完全明确的标准，但借由对罪名、犯罪构成要件以及行为类型三者之间关系的梳理，或许能够在加重的行为类型的认定问题上得到一些启示。

依照字面意思，罪名（*Deliktsbezeichnung/Tatbestandsbezeichnung*）是对不法或者构成要件的描述，是某一类不法形态或者犯罪构成要件最为简洁的标签，但罪名并非犯罪构成要件本身。^{〔20〕}1997年最高人民检察院《关于适用刑法分则规定的犯罪的罪名的意见》总结了414个罪名，到2020年刑法修正案（十一）为止，我国刑法中的罪名已达483个。^{〔21〕}罪名虽然是对某种

〔20〕 参见郑超：《不能犯理论的本土化路径建构》，《北方法学》2023年第3期，第57页。

〔21〕 参见喻海松：《罪名司法确定的实践逻辑与理论探究》，《法学》2021年第10期，第81页以下。

犯罪类型最为简洁的概括，但罪名本身却不是必需的。在不限于以刑法典规定犯罪与刑罚的法域内，有时涉及犯罪与刑罚的条文数以万计，但这不代表相对应的罪名就有上万个。^[22]我国司法实践总结罪名的做法只是为了便利司法适用，重要的依旧是刑法条文本身对犯罪构成的具体规定。^[23]

某种行为类型 t 是被包括在 $T1$ 罪的构成要件之内，还是超越 $T1$ 罪的构成要件而成为 $T2$ 罪的具体行为类型，这在不同法域可能有不同处理。比如，故意伤害致人死亡在我国刑法第 234 条第 2 款中与故意伤害致人重伤、以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾一样，以故意伤害罪处理，而非另外设置一项故意伤害致人死亡罪。与我国刑法的规定不同，日本刑法在第 204 条（伤害罪）之后，在第 205 条规定了伤害致死罪。如果抛开罪名设置上的不同，从故意伤害罪的构成要件出发，中日刑法均规定的故意伤害致人死亡无疑都属于故意伤害罪的结果加重犯。在此可以追问的是：为何故意伤害致人死亡属于故意伤害罪的结果加重犯，而不是故意伤害罪的加重行为类型？这是因为，死亡结果不仅无法被伤害的行为类型所涵盖，也无法被故意伤害的故意内容所涵盖。即便故意伤害致人死亡最终被贴上的罪名标签是故意伤害罪，也只能认为故意伤害致人死亡属于故意伤害罪的结果加重犯，而不是故意伤害罪的加重行为类型。与之相对，故意伤害致人重伤和故意伤害致人轻伤只是伤害程度上量的差别，二者分别属于故意伤害罪的加重行为类型和基本行为类型。通常情况下，只要行为被评价为“伤害”，往往表明这样的伤害行为对于轻伤、重伤等结果而言已经具有通常的危险性和因果上的相当性。因此，不论是基本行为类型还是加重的行为类型，行为所致罪量均可归属于行为人，这属于罪量的典型客观归属。

（三）罪量的非典型客观归属：加重的行为类型的未遂

对于加重的行为类型概念，存在如下两个疑问：其一，行为人实施加重的行为类型，却未实现相应的罪量时，应如何处理。其二，行为人实施基本行为类型，却实现了加重的罪量时，是否可以作为加重行为类型的既遂进行处理。笔者将这两种情形称为罪量的非典型归属，并同时认为后者涉及对罪量发生认识错误时如何处理的问题（留待后文“罪量的主观归属”部分来处理），而前者属于罪量的客观归属中未遂的认定问题。

基于前文将加重犯还原为结果加重犯的立场，当行为人对加重结果仅有过失而加重结果又未发生时，由于不存在过失的未遂犯，所以只能认定为基本犯。但是，在加重的行为类型的场合，加重行为类型的故意与基本行为的故意往往处于一个概括的故意中（例外情况的分析见后文“罪量的主观归属”部分），所以当行为人实施加重的行为类型却未实现相应的罪量时，在量刑上存在适用未遂犯规定的可能。比如，行为人以数额（特别）巨大的财物为盗窃目标，但实际所得财物未达数额较大的情况下，是以盗窃数额（特别）巨大财物的未遂处罚，还是以基本犯的未遂或者不构成犯罪来论处？对此存在争议。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 12 条第 1 款规定：“盗窃未遂，具有下列情形之一的，应当依法追究刑事责任：（一）以数额巨大的财物为盗窃目标的；（二）以珍贵文物为盗窃目标的；（三）其他情节严重的情形。”此处的盗窃未遂是指没有获得任何财物，还是指获得的财物达不到数额较大，依然有进一步解释的空间。不过，更加需要

[22] 参见 [日] 中森喜彦：《刑法各论》，有斐阁 2015 年版，第 2 页。

[23] 参见丁胜明：《以罪名为讨论平台的反思与纠正》，《法学研究》2020 年第 3 期，第 143 页以下。

回答的问题是：如何均衡量刑以合理区别对待以数额较大财物为目标的盗窃未遂和以数额（特别）巨大财物为目标的盗窃未遂。不可否认，司法实践中不会出现“数额（特别）巨大的盗窃罪未遂”的提法，而只有“盗窃罪未遂”，笔者主张的“加重的行为类型的未遂”其实也只是在加重的行为类型的法定刑基准上适用未遂犯规定。简言之，是在“数额（特别）巨大”的法定刑基准上进一步适用未遂犯规定以最终确定相应的责任刑。这一点也正如学者所总结的：“若认为数额是构成要件要素，则会承认数额犯未遂；若认为数额是处罚条件，则其只影响量刑。同在构成要件要素定位下，若认为加重数额与基本数额性质和机能相同，则会承认加重数额犯的未遂；若坚持数额加重犯中数额与其他结果等同，则会否认加重犯未遂。”〔24〕抛开此处“加重犯未遂”的提法不论，问题可以归结为：如何处理加重的行为类型的未遂。由此可以衍生出三个更为具体的问题：其一，在我国刑法分则规定的若干法定刑幅度内，如何确定量刑基准的起点；其二，基本行为类型的未遂的可罚性（如盗窃数额未达到数额较大）与我国刑法第13条但书的规定如何协调；其三，如何确定未遂犯的认定标准。对此分别回应如下：

对于问题一，犯罪构成要件是具有共性的多种违法行为类型的集合，将同一构成要件内影响违法行为类型的不法程度视为量刑规则的观点虽有其合理性，但也会有新的疑问产生。比如，甲以数额较大的财物为盗窃目标，乙以数额特别巨大的财物为盗窃目标，在两人都只是犯罪未遂的情况下如何处理？可能的处理结果不外乎如下。针对甲：不构成犯罪（只构成一般违法），或者构成盗窃未遂（在基本行为类型未遂的责任限度内量刑）。针对乙：构成盗窃罪（在基本行为类型未遂的责任限度内量刑），或者构成盗窃数额特别巨大的未遂（在数额特别巨大的法定刑基准内适用未遂犯规定）。为了体现甲乙之间的刑事责任差异，也为了不至于架空未遂犯所具有的区分不法程度的意义，认定甲构成盗窃未遂（在基本行为类型未遂的责任限度内量刑）、乙也构成盗窃未遂（在数额特别巨大的法定刑基准内适用未遂犯规定）的处理结论，才能合理呈现二者的可罚性差异。同理，当行为人以数额特别巨大的财物为盗窃对象，实际取得的只是数额较大的财物时，可以认定行为人构成盗窃罪既遂，同时在量刑层面将其处理为基本行为类型的既遂与加重行为类型的未遂的想象竞合。

对于问题二，在未遂的可罚性判断上，尤其是将上述甲的行为定性为基本行为类型的未遂之后，会涉及是否可能构成情节显著轻微从而不认为是犯罪的问题。对于未遂犯，德日刑法的规定与我国有明显差异。日本刑法对未遂犯的处罚以分则有规定为限；德国刑法以处罚重罪未遂为原则，对轻罪未遂的处罚以分则有规定为限。由于日本刑法分则通常规定应处罚重罪未遂，所以德日刑法处罚未遂犯的立场可以总结为：以处罚重罪未遂为原则，同时以分则有未遂犯处罚规定为限。与之相对，我国刑法总则对未遂犯采取了一概处罚的原则性规定，但司法实践对相当一部分基本行为类型的未遂往往根据刑法第13条但书的规定不认定为犯罪。但是，这不代表可以直接根据我国刑法第13条但书的规定，认定所有的基本行为类型的未遂都是不可罚的。正确的处理路径是：基本行为类型的未遂与我国刑法第13条但书的规定，应当是前后判断的关系，即在肯定基本行为类型未遂的可罚性的基础上，经过整体判断再适用刑法第13条但书的规定，从而得出出罪与否的结论。最终，我国与德日在处罚未遂犯的立场上可谓殊途同归。

〔24〕 吴亚安：《论我国刑法中数额的性质》，《政治与法律》2016年第9期，第43页。

对于问题三,当涉及如何处理加重的行为类型的未遂时,确定合理的未遂犯认定标准是处理罪量加重问题的关键。对此,只有采取更为严格的客观未遂论标准才可能得出合理的罪责刑均衡结论。〔25〕从客观未遂论的立场出发,将未遂犯的危险认定为“规范意义上的危险,故危险判断的标准应当是社会一般人的看法”,〔26〕这一论断是妥当的。既然如此,就不应简单地以行为人主观上是否存在实现加重罪量的意图来判断是否将行为认定为加重的行为类型,而是应当以加重的行为类型所形成的对于加重罪量的既遂危险是否客观存在为判断标准,或者以是否存在规范意义上、一般人认为的具体危险为判断标准。至今为止围绕加重罪量未遂问题的讨论正是忽视了这一点,落入了以行为人的意图或者主观认识为判断标准,却又觉得相关结论实非妥当的两难境地。〔27〕概言之,问题的关键不在于“行为人想盗窃数额(特别)巨大的财物”“行为人想造成重伤以上的结果”“行为人想造成情节特别严重的结果”等行为人意图或者认识到的加重罪量,而在于相关行为在客观上是否存在能够引起加重罪量结果的、并处于某种犯罪构成要件规制范围内的类型化危险。如果这样的危险是客观存在的,加重行为类型的未遂的可罚性就有别于基本行为类型的未遂。因此,对盗窃未遂进行追诉时,虽然要求“以数额巨大的财物为盗窃目标”“以珍贵文物为盗窃目标”等等,但也应当同时要求盗窃行为确实有造成数额巨大财物、珍贵文物失窃的客观的、具体的危险。不仅如此,如果形式上的加重行为类型的未遂实质上欠缺客观的、具体的危险,其在构成要件层面就理当属于不可罚的不能犯,从而有别于可罚的未遂犯。〔28〕

最后,需要再次重申的是,对于加重行为类型的未遂的评价,不仅要坚持客观未遂论的未遂犯认定标准,更要贯彻“未遂犯处罚属于例外”这一我国司法实践也认可的基本理念。如果认定为基本行为类型即足以实现对行为的完整评价,就无需将未曾实现的加重罪量也归属于行为人。只有加重的行为类型的未遂确实具有客观的、具体的危险,并且该危险也确实重大到值得作为加重行为类型的未遂进行处罚,在量刑时才有必要在适用加重法定刑幅度的基础上再适用未遂犯的规定,以实现罪责刑均衡。

三、罪量的主观归属

前文的核心结论可以归结为如下两点:加重罪量描述的是加重的行为类型而非加重犯;认定加重的行为类型的未遂要贯彻客观未遂论标准。下文将围绕罪量的主观归属问题展开:只有当行为人存在规范上可被谴责的主观心态,并且该主观心态能够与客观不法对应时,〔29〕罪量才能真正主客观相一致地归属于行为人。

(一) 罪量的主观归属基准的本质:责任主义与刑事政策的均衡考量

对于作为罪量要素基础事实的严重情节,行为人需要认识到何种程度,这背后存在着责任主义与刑事政策之间不同规范目的的均衡考量。正如日本学者所言,如果将罪量放在构成要件

〔25〕 参见陈兴良:《客观未遂论的滥觞——一个学术史的考察》,《法学家》2011年第4期,第55页以下;陈璇:《客观的未遂犯处罚根据之提倡》,《法学研究》2011年第2期,第50页。

〔26〕 同上引陈璇文,第50页。

〔27〕 参见温登平:《盗窃罪基础问题研究》,法律出版社2022年版,第247页。

〔28〕 参见前引〔20〕,郑超文,第66页以下。

〔29〕 参见赵春玉:《选择性构成要件要素错误的归责方法》,《法学家》2021年第2期,第156页。

中进行讨论,比如将“数额(特别)巨大”或者“情节(特别)严重”作为构成要件要素进行理解,存在着损害构成要件形式明确性的弊端。^[30]这是因为,就像在故意伤害的场合,假定行为人甲对被害人乙有故意伤害的意图和举止,那么势必要进一步证明甲的故意伤害意图和举止是具体到“轻伤”、“重伤”还是“严重残疾”,并且此时还存在行为人意图致人严重残疾却只造成重伤或者轻伤的情况下依据想象竞合的原理从一重行为类型论处的问题。同理,在行为人只有致人轻伤的意图却造成被害人重伤甚至严重残疾的情况下,也有可能构成故意伤害(致人轻伤)与过失致人重伤的想象竞合。这样一来,就带来一个问题:发生在同一犯罪构成要件内违法行为类型层面的想象竞合,能否像不同犯罪构成要件之间的想象竞合一样易于区分?既然我国的犯罪论体系已经毫无疑问地将罪量作为构成要件要素来处理,那么,适用于犯罪构成要件层面的某些基本观念就有可能被降维适用于次一级的违法行为类型层面。此时,构成要件所具有的故意规制机能,在我国的犯罪论体系中就必然会有不同于德日犯罪论体系的具体表现。

应当承认,对行为人提出过于细致具体的认识要求未免强人所难,而且徒增司法判断上的证明难度。因此,对于犯罪事实,并非都要求行为人要有完全精确的认识。比如,我国刑法第93条规定的“国家工作人员”的范围就不限于在国家机关中工作的人员,也包括不具有公务员身份但从事公务的人员,此时故意所要求的认识内容就只需要达到对“从事的事务属于公务(甚至只是与公务相关)”有认识的程度。因此,对于这种身份事实的认识错误就不阻却故意的成立。此外,与犯罪构成要件要素的有限性和明确性相比,量刑情节更为宽泛,情节在量刑中存在的问题值得予以特别关注,尤其是对于加重量刑情节是否需要行为人有主观认识这一问题,往往不能一概而论。比如,在累犯从重处罚的场合,就不需要行为人对我国刑法第65条、第66条的规定有明确认识甚至理解。但是,也正如前文所言,不需要被认识的只是对事实的评价,相关事实评价所赖以存在的基础事实(评价的事实)依然需要被行为人认识。

就罪量而言,作为构成要件要素的罪量其实与幼女的年龄等要素并无二致,司法实践不得不在责任主义与被害人保护的刑事政策之间寻求一定的平衡,由此导致了“对不满十二周岁的被害人实施奸淫等性侵害行为的,应当认定行为人‘明知’对方是幼女”,“对已满十二周岁不满十四周岁的被害人,从其身体发育状况、言谈举止、衣着特征、生活作息规律等观察可能是幼女,而实施奸淫等性侵害行为的,应当认定行为人‘明知’对方是幼女”等实践做法。^[31]这样的实践做法存在违背责任主义的风险,却也不能说完全没有合理性。如果责任主义例外的背后有着不能不特别彰显的刑事政策价值,绝对固守责任主义就反而是对这些重要价值的漠视。上述对幼女年龄的认识要求,无疑是基于幼女身心健康发展的考虑,将未认识到该要素的不利风险分配给一般人共同承担,该风险的存在提升了一般人的注意义务要求。通过对发生错误认识的稀少性、正确认识的可能性、利益保护的重大性等方面进行综合考虑,要求公民对发生性关系的对象的年龄稍加注意并进行确认。考虑到履行这样的信息收集义务并不困难,上述义务要求就并不过分。

[30] 参见[日]山中敬一:《刑法总论》,成文堂2008年版,第419页。

[31] 参见2023年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于办理性侵害未成年人刑事案件的意见》第17条。

罪量的认识问题同样如此,但不同犯罪所要求的情节严重等罪量要素并不相同,生命、自由、健康、财产、公共安全、社会秩序、经济秩序等法益在保护必要性、可恢复性及其背后刑事政策价值等方面的差异,决定了对于不同类型的罪量有可能存在注意义务上的高低差异。比如,伤害行为致人重伤和盗窃数额巨大,在注意义务的要求上,前者理应更高,对罪量的认识要求也更低,所以实施了伤害行为的人更有可能为更重的伤害结果负责。

(二) 罪量的主观归属基准的基础:故意概念的再定位

如上文所言,由于责任主义与刑事政策的均衡考量,无法真正统一对所有具体犯罪的罪量的认识要求。也由于罪量在定性、定罪与量刑等层面存在区别于其他犯罪构成要件要素的意义,所以,在我国的犯罪论体系中还需要对故意的认识内容和认识程度作适当修正,而这与故意概念的基本定位息息相关,同时规范上的要求也决定着故意认识内容的具体化程度。因此,要正确处理罪量的主观归属问题,就有必要重新反思我国的故意概念。

与我国刑法明文规定故意和过失的概念不同,德日刑法并未明确规定故意和过失的概念,而将界定概念的任务交给了司法实践、理论研究乃至社会常识。^[32]学上说对故意概念(以及与之对应的过失概念)的解读,一直存在着注重认识要素的认识说或者表象说(Vorstellungstheorie)与注重意欲要素的意志说或者意思说(Willentheorie)的对立。^[33]虽然我国刑法对故意的界定建立在“认识+意志”这一基本框架内,但这并不意味着可以避免以上学说对立所产生的诸多问题。当前的认识说与意志说有相互融合的趋势,这种趋势不是简单的“认识+意志”,而是在各自立场的基础上对行为人主观上认识因素和意志因素的射程进行再界定。^[34]但是,仅就结论而言,对于故意的定位,不论是基于认识说还是意志说,当认识说采取了“对具体的结果发生可能性存在有意义的认识”的主张,意志说采取了“容认”这一标准之后,两种学说已经相互靠拢。这正如日本学者所言,“当认识说需要达到对具体的结果发生的可能性存在认识的时候,两种学说之间的实质性结论差异几乎不存在”。^[35]

抛开学说的对立不谈,我国刑法对故意的定位其实并无根本性的问题。毋宁说,在当前学说的主流观点下,将容认结果发生归为故意,将轻信结果可以避免归为过失,各法域间并无太大的实质差异。存在问题的是,当罪量在我国的犯罪构成中被作为构成要件要素进行评价之后,不可避免地需要对“认识+意志”的内涵作出适当调整。尤其当需要区分意志和单纯的愿望时,^[36]更需要对故意中的认识要求进行改造。申言之,如果故意的射程需要依据认识的范围作出调整,那么行为人对同一类型法益侵害的程度是否会有一个认识上的临界点?如果故意的射程依据的是容认的内容,对不法的程度的容认程度要扩展到何处?在我国发生过的“天价葡萄盗窃案”(行为人误将投资不菲、花费多年心血的科研葡萄当成普通葡萄进行盗窃)中,行为人如果在行为当时并没有预见到财物的价值会如此巨大,是否就只能按照一般人可能具有的认识来处理?如果行为人事后认识到财物的价值巨大并转售获利,转售获利行为是否应独立于盗窃行为进行评价?基于这种事后认识而发生的作为或者不作为,应否构成事后的不可

[32] 德国刑法第15条只是规定处罚过失以明文规定为限,而未定义何谓故意和过失。日本刑法第38条第1款规定了同样的内容:“无犯罪之意志者不处罚,但法有规定除外”。

[33] 日本学界称之为“意思说”,为方便读者理解,本文采用更为形象的“意志说”一词。

[34] 在当前日本学界,由表象说衍生的盖然性说和由意志说衍生的容认(容许)说,构成了新的学说对立。

[35] 前引[17],西田典之等编书,第513页。

[36] “如果对佐证结果发生的可能性事实不存在认识,即便行为人对结果持有期待,也不过是单纯的愿望而已。”

[日]松宫孝明:《刑法总论讲义》,成文堂2018年版,第183页。

罚行为，还是可以依据我国刑法第 270 条（针对非法占有的状态）或者第 312 条（针对犯罪所得及其产生的收益的衍生犯罪）来处理？但不论是我国刑法第 270 条还是第 312 条，从条文的具体规定出发也依然难以得出圆满答案，最终有可能导致司法实务人员有意违背行为与责任同时存在的原理，将一些事后发生的情节、事后产生的非法占有目的作为推定行为时故意内容的证明材料。

笔者认为，故意的射程问题最为重要的是应当围绕认识因素展开，在以上论证的基础上可以形成如下结论：（1）对罪量的认识问题，即是故意的问题；（2）当行为人对加重罪量仅有认识可能性时，需要考察是否存在处罚过失犯的可能性；（3）当行为人对加重罪量连认识可能性也不存在时，基于责任主义的要求，自然应当否定行为人对加重罪量承担刑事责任。

（三）罪量的主观归属基准的展开：对“有意义的事实”的“有意义的认识”

1. 有意义的事实：犯罪构成要件所必需的可以表征罪量的基础事实

罪量赋予犯罪事实以定罪和量刑的双重意义，而“有意义的事实”应当是可以表征主观上反规范态度的事实，借此才能评价行为人偏离规范的态度及其程度。在将罪量作为构成要件要素进行处理之后，首先面对的是在主观层面是否应当要求行为人对这一构成要件事实存在认识以及认识要求应当达到何种程度的问题。比如，我国刑法针对不同毒品犯罪规定了不同的重量标准，但在行为人的主观认识层面并不一定会确切认识到具体的重量，行为人对行为对象的认识可能包括如下几种情况：可能是有害物质；确定是有害的物质；确定是毒品；确定是某种毒品。因此，期待行为人对所有事实无所不晓并不现实，而且反规范态度的确定也不需要精确到无以复加的地步。但是，罪量赖以存在的基础事实以及行为人对基础事实的认识，是否就可以无需更加精细化的证明？答案应当是否定的。2002 年最高人民法院、最高人民检察院、海关总署《关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》第 6 条后段规定，行为人对走私的具体对象不明确时，“确有证据证明行为人因受蒙骗而对走私对象发生认识错误的，可以从轻处罚”。值得注意的是该条前段规定：“走私犯罪嫌疑人主观上具有走私犯罪故意，但对其走私的具体对象不明确的，不影响走私犯罪构成，应当根据实际的走私对象定罪处罚。”原本基于责任主义，当行为人对走私的具体对象缺乏明确认识时，理应按照走私普通货物、物品定罪处罚，而非根据行为人实际走私的对象定罪处罚。但是，这一理想化的处理方式，其难度不言而喻，也与严厉打击毒品犯罪的刑事政策相违背。不过，值得一提的是，日本最高法院在一起行为人意图走私麻醉剂类毒品（较轻犯罪），实际走私的却是兴奋剂类毒品（较重犯罪）的案件中认为，二者在构成要件上存在实质性重合，最终认定成立较轻的走私麻醉剂类毒品罪。^[37]抛开证明问题不谈，我国司法实践也不应排斥这种有可能更加符合责任主义原理的处理方案。也就是说，在以实现较轻犯罪之故意实现了较重犯罪的场合（即抽象事实错误），^[38]当行为人未认识到较重犯罪所要求的构成要件事实的时候，行为人只能在对其有认识的较轻犯罪的构成要件范围内承担故意责任。

刑法原本就具有行为规范和裁判规范的二重属性。刑法作为行为规范，是规制公民行为的规范，刑法作为裁判规范则强调对公权力的限制，但二者最终都是对公民自由的保障。如果认为犯罪的本质是对公民普遍自由的侵害，刑罚就是对这种普遍自由的恢复，也因此作为对公民

[37] 最高裁昭和 61 年（1986）6 月 9 日决定刑集 40 卷 4 号 269 页。

[38] 可以参见德国刑法第 16 条第 2 款的规定和日本刑法第 38 条第 2 款的规定。

自由的剥夺的刑罚才具有正当性。从保障自由秩序的角度看，刑法上“有意义的事实”应当是一种可以期待行为人具有认识可能性的、且具有区分不法程度功能的、可以影响定罪和量刑的事实。通过这些事实，可以表征行为人对自由的定在秩序（Daseinsordnung）^{〔39〕}的主观不法程度。我国刑法一直主张的主客观相一致原则可以说是责任主义的另一种表达，其同样要求行为人的刑事责任需要在客观（不法）与主观（责任）之间相互契合，只强调某一方面都会背离主客观相一致原则。如果上文提及的“麻醉剂类毒品”和“兴奋剂类毒品”也属于我国走私毒品罪中情节轻重或者毒品数量大小的罪量问题，那么，当行为人意图走私的是较轻罪量所对应的对象时，即便其实际走私的是较重罪量所对应的对象，也只能在较轻罪量的范围内对其主观上的可谴责性进行评价。同时，日本刑法上较轻的犯罪（走私麻醉剂类毒品）和较重的犯罪（走私兴奋剂类毒品）在我国刑法上既然统一为走私毒品罪，那么自然可以像本文所主张的观点那样，不必将二者区分为不同犯罪，而是区分为走私毒品罪中的不同行为类型。最终，在行为人对罪量发生认识错误的场合，基于主客观相一致原则，进一步细化“有意义的事实”，并以行为人主观上认识的罪量事实为基准来确定责任刑，就未必不能为我国司法实践所接受。

需要注意的是，“有意义的事实”要建立在具体犯罪的构成要件保护范围之内。比如，人的生命与狗的生命在自然意义上都是生命，但在法律意义上，尤其是我国刑法第232条等具体条文的意义上，二者不具有等价性，狗的生命最多只能被视为财物。因此，在行为人错将人当作狗而杀害的场合，就无法将剥夺狗的生命故意转换为剥夺人的生命故意，而仅留有讨论是否构成过失致人死亡罪的余地。不难看出，既然“毒品”“生命”等范畴内都有可能存在不同犯罪构成要件的差别，即以不同犯罪构成要件区分A毒品和B毒品、人的生命和动物的生命，那么，在罪量相异的场合，就自然有可能不是同一犯罪构成要件内的问题，而是有可能因为行为类型的差异，即同一犯罪构成要件中基本行为类型与加重行为类型的差异，而产生类似于不同犯罪构成要件之间的效果（后文第四节对此作进一步展开）。

2. 有意义的认识：对实行行为所形成的具体危险的认识

认识本身具有弹性，相异的事实并非不能被包括在同一主体的认识之中，因此才有所谓想象竞合的存在。而行为人是否产生认识错误，也可能因人因事而异。如果罪量属于构成要件中的规范性要素，对于构成要件中规范性要素的认识问题，当前德日主流学说采取的是“外行人的平行评价”（Parallelwertung in der Laiensphäre）标准，^{〔40〕}或者“行为人意识中的平行判断”（Parallelbeurteilung in der Täterbewusstsein）标准。^{〔41〕}即如果与行为人一样的普通人对某种事实或者事实的社会性含义都存在认识错误，这种认识错误就理应阻却故意的成立。^{〔42〕}从上世纪50年代以来，这一观点在德国一直为判例和主流学说所采纳，日本追随其后在学说上逐渐采用了平行评价理论，强调故意是指针对事实所具有的社会性含义存在认识。^{〔43〕}从平行评价和社会性含义的基准出发，故意的认识标准所依据的应当是行为人所属的一般人范畴，如果行为人属于某一领域的成员，这种一般人的标准就应当是该领域中对一般人的普遍期待。

〔39〕 Vgl. Michael Pawlik, Person, Subjekt, Bürger: Zur Legitimation von Strafe, 2004, S. 45 ff.

〔40〕 Vgl. Edmund Mezger, Strafrecht, Ein Lehrbuch, 1. Aufl., 1931, S. 328.

〔41〕 Vgl. Hans Welzel, Der Parteiverrat und die Irrtumsprobleme (Tatbestands-, Verbots- und Subsumtionsirrtum), JZ 1954, S. 279; Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11 Aufl., 1969, S. 76.

〔42〕 参见〔日〕高山佳奈子：《故意と違法性の意識》，有斐阁1999年版，第180页以下。

〔43〕 同上书，第37页。

主观认识层面的一般人标准依旧稍显模糊，对此可以结合实行行为概念对其进行具体化，因为一般人标准同样存在于实行行为的认定上，比如在实行行为着手的判断标准上，可以通过一般人所能认识到的具体危险的存在与否来判断实行行为着手与否。另外，在划分不能犯与未遂犯时，也是“以行为时一般人所认识到的以及行为人所特别认识到的情况为基础，从行为时的一般人的立场出发”进行判断。^[44]不难看出，从客观层面实行行为性的判断标准到主观层面行为人认识的判断标准，都存在一般人标准，二者都可以成为处理罪量认识问题的理论工具。此时，如果以一般人所认识到的实行行为的具体危险为限，那么在“天价葡萄盗窃案”等行为人对罪量发生认识错误的场合，就可以将实行行为造成的具体危险认定为仅针对普通葡萄，而非针对天价葡萄。只有当一般人能够认识到该种葡萄有可能存在特别之处时，才能认定实行行为对天价葡萄构成了具体危险。同理，在解决其他类别的罪量认识问题时，如果加重程度的客观不法的现实化处于一般人所能认识的具体危险的范围之外，就只能转而考察行为人是否过失地实现了这种加重罪量，然后再考察这种过失结果是否可以归责于行为人。

在罪量的影响下，随着犯罪构成要件的某些基本观念被降维适用于次一级但也更具体的违法行为类型层面，不论是对于一般人还是对于行为人，“对有意义的事实的有意义的认识”的要求就变得更为实质。“意义”究竟是指先于刑罚规范而存在的社会意义，还是指后于刑罚规范而存在的法律意义，或许存在争论。平行评价中“有意义的认识”会认为犯罪的实体存在于刑罚禁止规范制定之前，并将刑法评价所依据的“意义/性质”予以前置，视其为一种社会意义、生活意义。^[45]但是，当前社会意义、生活意义、法律意义等等已经难以完全区分开。事实的社会性存在并不依赖于立法而是先于立法，但具有社会性意义的存在如果可以完全脱离禁止规范而独立，那么或许根本就不需要刑法规范。因此，所谓“有意义的认识”也必然是一种刑法规范上的期待，重要的是国家如何创造契机让公民知道行为的社会含义、规范含义以及可能的法律后果。退一步而言，即便认为我国刑法中的故意是行为规范评价时所需的要素，对于行为规范所规制的是何种程度的故意，依然应当以行为人所属的一般人为基准。对具体的法律规定或者具有规范意义的事实的认识，并不需要达到具体详细的程度，而只需对日常的生活概念即“有意义的事实”存在认识即可。因此，没有必要纠结于对“有意义的事实”的认识错误是属于法律错误还是事实错误，正如学者所言，“当这种法律认识的偏误，已经影响和遮蔽了他对于自己行为的社会意义的理解时，这就是一个事实认识错误，应该直接排除故意”。^[46]其实，在法律错误与事实错误的区分标准之外，完全可以直接探寻行为人对自己行为的社会性意义的理解，而不论这种理解是法律上的还是事实上的。

综上所述，对罪量的“有意义的认识”，应当是一种社会生活意义上对罪量背后“有意义的事实”的认识，也可以认为“有意义的认识”是对实行行为所致罪量的具体危险的认识，而非对所有犯罪事实的精确认知。只有通过“有意义的认识”才能还原行为人的反规范态度，并为刑罚的谴责提供合理基础。

[44] 即根据此时的情况，判断行为如果实施的话，在构成要件的实现上是否存在一般的可能性。如果答案是肯定的，就存在具体的危险，从而成立未遂犯；如果答案是否定的，则认为不能犯。参见[日]高橋則夫：《刑法總論》，成文堂2018年版，第399页；[日]佐藤拓磨：《不能犯》，载[日]川端博等编：《理論刑法学の探求4》，成文堂2011年版，第36页。

[45] 参见前引[42]，高山佳奈子书，第36页以下。

[46] 车浩：《非法持有枪支罪的构成要件》，《华东政法大学学报》2017年第6期，第46页。

（四）罪量的主观归属中一种被忽视的解决方案：抽象的事实错误

虽然罪量的大小并不必然导致某罪的构成要件发生质变，但受其影响所形成的基本行为类型 and 加重的行为类型的区分，以及相应的作为法律后果的法定刑幅度的不同，已经使得基本行为类型与加重的行为类型之间的关系有些类似于此罪与彼罪之间的关系。在这样的影响下，适用于犯罪构成要件的某些基本观念，就有可能被降维适用于次一级的行为类型层面。

我们完全可以假设，我国刑法可以把仅存在罪量差异的不同盗窃行为分别规定为盗窃数额较大的财物罪和盗窃数额（特别）巨大的财物罪。虽然相关立法例并不真的存在，却足以引发进一步的思考：罪量相异的不同行为类型可能并不属于同一犯罪构成要件内量的差异，而是也存在着被评价为实质上不同犯罪的可能性。如学者所言，“犯罪构成体系中也可能出现‘同分异构’现象，同一属性的元素，以不同的结构组合而成的未必仍是同一种物质”。〔47〕虽然因罪量不同而产生的基本行为类型与加重的行为类型之间是“同分异构”还是“同分同构”，不可一概而论，但这样的思路的确提供了一个完善罪量主观归属问题解决方案的视角——对罪量的认识错误，可能不仅是同一犯罪构成要件内的认识错误，亦有可能构成实质上不同犯罪构成要件之间的认识错误。这一视角的发现之所以重要，是因为如果是发生在同一犯罪构成要件内的错误（如误认A人为B人），就有可能在法定符合说的立场上否定认识错误从而肯定故意的成立，但如果认为这是发生在不同犯罪构成要件之间的错误（如误认A人为甲物），那么认识的对象原本就存在构成要件之间的差异，因此并不存在规范上符合的可能性，自然也就难以使用概括的故意、拟制的故意、〔48〕选择性要素的认识错误〔49〕乃至英美法上的“转移罪过”（transferred fault）〔50〕等理论，来处理某些因“量变”而产生“质变”的行为类型层面的认识错误问题。

由于涉及客观与主观之间的龃龉，错误论问题往往成为刑法中客观主义与主观主义的必争之地。即便是从当前愈加成为主流的以积极预防为核心的责任主义出发，违法性不要说（只有当存在无法避免的认识错误时才可以例外地阻却故意）之内依旧存在着进一步讨论成立过失的空间。但是，在以“过失犯罪，法律有规定的才负刑事责任”为基本原则的现代社会，故意与过失的关系如何界定，尤其是未必的故意与有认识的过失的关系如何界定，就成为另外一个疑难问题。一方面，刑法中的故意所要求的最低限度的认识与预见标准并不明确，不排除司法实践会为了扩大过失犯的处罚范围而将有认识的过失解释为未必的故意。另一方面，如果说认识错误的判断标准是从主观说往法定符合说再往具体符合说发展的话，司法证明的难度就是逐步提高的，司法实务应当采用哪一种标准并非单纯的应然问题，而是责任主义与刑事政策整体权衡后的结果。

对此，从域外刑法理论中或许可以得到一些处理思路上的启发。比如，日本刑法理论除了区分客体错误、方法错误、因果关系错误之外，还区分了具体的事实错误和抽象的事实错误，前者是指同一犯罪构成要件内的错误（比如以A人为杀害对象却误致B人死亡），后者则是指不同犯罪构成要件之间的错误（比如以狗为杀害对象却误致人死亡）。在以A人为杀害对象却误致B人死亡的场合，如果是客体错误，根据作为通说的法定符合说，这种情形不阻却故意

〔47〕 简爱：《论盗窃罪中的数额认识错误》，《法律科学》2015年第6期，第94页。

〔48〕 参见曾文科：《论犯罪间重合评价的适用界限》，《清华法学》2019年第1期，第104页以下。

〔49〕 参见柏浪涛：《论选择性要素的认识错误》，《法学研究》2022年第5期，第139页以下。

〔50〕 See Andrew Ashworth & Jeremy Horder, *Principles of Criminal Law*, 7th ed., Oxford University Press, 2013, p. 189.

的成立。但是，在以狗为杀害对象却误致人死亡的场合，如果同样属于客体错误并且同样根据法定符合说，由于二者（故意毁损财物和过失致人死亡）在构成要件上并不存在重合的部分，同时因为故意毁损财物的未遂属于不可罚的行为，所以行为人只构成过失致人死亡罪。^[51]如果依据这一处理思路，我国刑法中同一犯罪构成要件内的罪量差异是属于A人与B人之间的不同，还是狗与人之间的不同，将直接影响对故意的认定。

在我国独特的犯罪构成模式下，罪量被作为构成要件要素来处理，且同一犯罪构成要件内存在着法定的、罪量程度相异的行为类型并对应不同的法定刑幅度。为了解决同一犯罪构成要件内可能存在的对罪量程度相异行为类型的认识错误问题，或许可以在错误论上将原本适用于犯罪构成要件层面的判断标准降维适用于行为类型层面。比如，将同一犯罪构成要件内属于不同罪量程度的行为类型的认识错误，通过以上提到的处理“抽象的事实错误”的方式进行处理。我国学者在有关数额认识错误的研究中也意识到了这一点：“基本数额和加重数额不处于同一犯罪构成，此时的数额认识错误在构造上更接近于抽象的对象认识错误。”^[52]换言之，当我国刑法明确规定的、同一犯罪构成要件内不同罪量程度的行为类型之间的差异过于异常时，与其说这属于A人与B人之间的差异，不如说当其中的差异已经超出一般人的认识范畴时，比如超出普通葡萄价值的天价葡萄、超出推搡程度的伤害行为、超出伤害程度的杀害行为等等，其中的差异在观念上完全有可能已经相当于狗与人之间的差异，此时就不应直接将对于狗的故意转移到对人的故意上，而是“原则上就应该否定成立故意犯罪”。^[53]当然，当罪量的差异仍然处于一般人的认识可能性的范围之内且并不异常时，不同的罪量依然应当属于A人与B人之间的差异，行为类型之间的认识错误问题依然可以通过处理“具体的事实错误”的方式进行处理，乃至认为行为对象具有等价性从而不阻却故意的成立，亦未尝不可。^[54]

一言以蔽之，即便处于同一犯罪构成要件之内，在罪量的影响下，对于基本行为类型的故意，也不能简单地转移到加重的行为类型之上。一直以来对罪量认识问题的分析论证或许是忽视了这一点，才导致问题处于难解状态。无论如何，当对罪量的认识错误超出了某罪构成要件（或者更准确地说，在我国的犯罪论体系中，某罪构成要件之下具体的行为类型）所要求的限度时，从该问题刚开始成为问题并被学界关注以来，一些学者已经认识到这会影响到故意的成立以及行为人刑事责任的认定。^[55]

（五）小结

规范的构成要件中的“规范”一词所表达的含义，不仅是指需要法官进行价值上的规范评价，更是指应当要求行为人对构成要件事实存在规范上的、有意义的认识。既然是“规范”，所遵循的标准就与事物的本来构造不必然一致；既然是“有意义”，则于客观事实之外

[51] 参见[日]齐藤信幸：《故意·过失·错误》，载《山中敬一先生古稀祝贺论文集》上卷，成文堂2017年版，第371页。

[52] 前引[47]，简爱文，第96页。

[53] 参见[日]桥爪隆：《构成要件符合的界限》，王昭武译，《苏州大学学报（法学版）》2015年第4期，第117页。

[54] 对于抽象的事实错误问题的处理，参见[日]山口厚：《故意与事实错误》，郑军男译，载陈兴良主编：《刑事法评论》第38卷，北京大学出版社2016年版，第179页以下。

[55] 参见张明楷：《论盗窃故意的认识内容》，《法学》2004年第11期，第67页以下；王志祥：《数额犯基本问题研究》，《中国刑事法杂志》2007年第2期，第51页；杨志国：《数额认识错误初论》，《时代法学》2007年第4期，第93页以下；王强、胡娜：《论主观罪过中的定量因素认识》，《中国刑事法杂志》2007年第4期，第28页以下。

更加强调对于一般人而言是否影响了对行为规范的理解。罪量的大小,即便可以用数字进行事后的量化描述,但与其说罪量是一种记述的构成要件要素,不如说是一种旨在描述行为时行为人与规范之间沟通意义的规范的构成要件要素。这是因为,立法规定的、作为构成要件要素的“严重”程度,在原本的语义上便是抽象的,其并未给行为规范设定绝对的数量标准,而司法实践所遵循的数字化的罪量只是一种事后的裁判规范。以限制公权力的裁判规范作为公民行为规范的准则,显然不合适。从行为规范的角度出发,可以指引行为人的行为、并且可以期待行为人在主观上具有认识或者认识可能性的规范,不是围绕量化后的裁判标准展开的,而是围绕作为构成要件要素的“严重”情节这一事实展开的,即行为人只需要对表征“严重”情节的基础事实有认识即可。

在以上结论的基础上,还要进一步考虑到,我国的犯罪构成体系既然需要考虑罪量要素,并且选择将某些犯罪所包含的行为类型根据罪量程度作了进一步划分并设定了相应的法定刑区间,那么,在符合同一犯罪构成要件的多重行为类型之间,当行为人欲实施重行为类型,客观上只实现了轻行为类型之时,就可以在构成要件层面承认犯罪既遂的同时,在确定责任刑时适用轻行为类型既遂与重行为类型未遂的想象竞合原理。当行为人故意实施轻行为类型,客观上却过失地实现了重行为类型之时,就可能构成轻行为类型的故意与重行为类型的过失的想象竞合。当然,为了实现合理的判断,还需要结合“加重罪量描述的是加重的行为类型而非加重犯”“认定加重行为类型的未遂要贯彻客观未遂论标准”这两点进行判断,才能真正实现主客观相一致的评价。

Abstract: In the crime theory of China, quantitative elements of crime should be treated as constituent elements. As a subjective reflection of essential factors of corresponding constituent elements, intent should include the underlying facts on which quantitative elements of a crime are based. Attention needs to be paid to the differences between “aggravated offense” and “aggravated types of conduct”, even though both can result in increased statutory penalties. Unlike an aggravated offense, which does not take the form of attempt, at the level of sentencing, there is a possibility of applying the provision on attempt to the type of aggravated act in the same offense. In this context, the determination of penalty can be approached at two levels, that is, the objective danger to legal interests caused by the act, and the subjective content of the perpetrator’s cognition. In the case of an attempt to commit lighter wrongful conduct that results in an aggravated one, which occurs within the constituent elements of the same offense, the accomplishment may be recognized at the level of the constituent elements of the offense, while further determining the question of whether there is an imaginary competition between the intent of lighter wrongful conduct and the negligence of aggravated conduct at the level of responsibility, and obtaining the sentencing balance through the upgrade of statutory sentence and the application of the provision on attempt.

Key Words: quantitative elements of crime, objective imputation, subjective imputation, aggravated type of conduct, aggravated offense
