

情节犯之情节的犯罪论体系性定位

王莹*

内容提要：在我国刑法定性加定量犯罪定义模式下，如何对刑法分则中的情节和数额要求即所谓定量因素进行教义学解释，明确其在犯罪论中的体系性地位，继而确定其与行为人主观方面的关系，是当代中国刑法学上难解的“理论之结”。通过剖析构成要件的不法类型本质与诠释学特征以及我国学界关于构成要件质与量关系的见解，可以看到被司法解释补充与修改的我国犯罪构成所具有的特性——它不仅是德日刑法理论意义上的为行为不法与结果不法划定预设空间的不法类型，也是一个包含了基本构成要件、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”。由基本构成要件的行为不法和结果不法组成的“构成要件基本不法量域”，为界定我国刑法中情节和数额要求的犯罪论体系性地位提供了重要的方法论工具。

关键词：不法类型 不法含量 构成要件基本不法量域 整体性规范评价要素

我国刑法在总则中作出第13条但书的规定，在分则中设立“情节严重”、“数额较大”、“情节恶劣”等要求，对形式上符合分则构成要件但“情节显著轻微，危害不大”的行为从立法层面予以非犯罪化，这被学界认为是定性加定量的犯罪定义模式。“情节严重”、“数额较大”、“情节恶劣”等要求被称为犯罪的定量因素〔1〕或罪量要素。〔2〕行文方便起见，以下统称定量因素。

把定量因素带入犯罪成立的考察之中，在司法实践中以司法解释的形式统一划定界限作为判定“罪量”大小既而确定犯罪成立与否的依据，这种犯罪定义模式以及与之相连的定罪机制，在我国的司法实践中由来已久，表面上看来具有很强的可操作性。然而随着我国刑法学整体理论层次的提升，这种未经理论雕琢的粗糙的犯罪定义模式日益显示出教义学上的逻辑体系缺陷。其中一个最为棘手的理论难题是：在该犯罪定义模式下，应该如何解决定量因素〔3〕在犯罪构成要件

* 中国人民大学刑事法律科学研究中心讲师。

本文受教育部人文社会科学重点研究基地——中国人民大学刑事法律科学研究中心研究项目资助。

〔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》，《法学研究》2000年第2期；王昭振：《刑法中定量因素的故意规制研究——“客观超过要素”理论的再诠释》，《法律科学》2008年第5期；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。

〔2〕 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年第3期。

〔3〕 既然情节与数额皆是指涉犯罪的“量”的要素，从逻辑上来讲“数额较大”也可以视为“情节严重”之一种，故本文也采广义情节犯的观点（广义情节犯的观点，参见刘艳红：《情节犯新论》，《现代法学》2002年第5期），下文关于情节犯与情节的论述，如无特别指明，皆适用于传统意义上的数额犯与数额。

中的体系性地位，确定其与行为人主观方面的关系？是否要求行为人的主观罪过必须覆盖这些量的因素，即在故意的情况下要求行为人认识到行为所涉及的量的因素，而在过失的情况下要求行为人对其具有预见可能性？本文尝试对犯罪定量因素进行教义学分析，并在此基础上探讨它与行为人主观方面的关系。^{〔4〕}

一、定量因素与犯罪构成关系的国内研究现状

在我国，围绕定量因素的定位问题，近年来学者提出了不同的解决方案，概括起来有以下四种：

（一）“罪体—罪责—罪量”说

“罪体—罪责—罪量”说认为，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统一体。质的要件包含犯罪构成客观要件（罪体）与主观要件（罪责），而表明法益侵害的量的要件是所谓罪量，是在具备犯罪构成的本体要件的前提下，表明行为对法益侵害程度的数量要件，罪量要件应该独立于上述两个要件，它不是罪责所涵摄的内容，不需要行为人对其认识。^{〔5〕}该观点将表明法益侵害的量的要件作为单独的罪量要件，将其排除在行为人的主观认识范围之外，无疑否定了罪量要件的构成要件地位。但是，在大多数情况下，我国刑法中的情节与数额要求属于行为不法或结果不法的内容，是行为符合构成要件的典型体现，如果不要求行为人对这一要素进行认识，显然不符合构成要件与故意内容原理，因为据此客观构成要件是行为人主观方面的认识内容。^{〔6〕}另外一方面，从罪责原则的角度来看，要求行为人对超出故意范围的不法负责，也存在问题。由于否定罪量要件的构成要件地位，该观点实际上近似于将罪量要件视为客观处罚条件。

该说将犯罪构成要件视为行为侵害法益的质的构成要件与量的构成要件的统一体，但又认为质的构成要件包含犯罪构成客观要件（罪体）与主观要件（罪责），而罪量要件是独立于上述两个要件的。这种观点有一个思维上的前提，即假定存在一个不包含罪量的纯粹的四要件，同时又存在一个独立于四要件之外的罪量。该说所谓的质量统一体的构成要件，实际上是广义的构成要件，包括狭义的构成要件即犯罪构成四要件与罪量，即犯罪构成四要件仍然是不包含罪量的纯粹的四要件。但是这个前提实际上是不存在的。

同样存在这种罪量与犯罪构成要件割裂思维倾向的是“质的构成要件与量的构成要件”说，该说认为“犯罪构成要件可以分为质的构成要件和量的构成要件”。^{〔7〕}这种观点在思想上也把犯罪构成要件与罪量割裂开来，认为存在各自的构成要件，一个是社会危害性质的要件，即狭义的犯罪构成要件（犯罪构成四要件）；一个是社会危害性量的要件，即条文附加规定的罪量要件。

〔4〕 这里需要指出的是，是否要求行为人认识到“情节”、“数额”与是否要求行为人认识到“情节严重”、“数额较大”是两个问题，前者涉及事实性要素，后者涉及对事实性要素进行评价的规范要素。而以往学者在使用定量因素的概念时，似乎并未认识到这种区别，并未明确定量因素概念指称的内容，到底是指“情节”、“数额”还是“情节严重”、“数额较大”。下文论述将主要集中于故意犯罪领域，探讨故意与情节的关系；对于过失犯罪，相应地可以根据故意认识与情节的关系原理确定行为人预见可能性的范围，受篇幅所限，本文对此暂且不论。

〔5〕 参见前引〔2〕，陈兴良文。

〔6〕 Vgl. Jakobs, Strafrecht AT, 2. Auflage, Berlin 1993, § 8, Rn. 43; Troendle/Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 52. Auflage, Wehrauch 2004, § 16, Rn. 3; Gropp, Strafrecht AT, Berlin 2005, § 5, Rn. 60, m. w. N. 日本刑法理论中归纳出构成要件的故意规制功能，参见〔日〕大谷实：《刑法讲义总论》，黎宏译，中国人民大学出版社2008年版，第103页。

〔7〕 前引〔3〕，刘艳红文。

所谓“犯罪构成要件是对一定行为严重社会危害性的性质和程度的规定和体认”中所指的构成要件，实际上指的仍是包含罪量要求的广义的构成要件。

（二）“犯罪成立消极条件”说

该说认为，在我国定性加定量的犯罪定义模式下，行为人实施犯罪构成要件行为，须达到一定的罪量要求，始能成立犯罪。故该说考虑将罪量轻微与正当防卫、紧急避险等正当化行为一同视为阻却犯罪成立的事由，与犯罪构成四要件即“犯罪积极成立要件”相对，成为犯罪成立的消极要件。^{〔8〕}这种解决方案是在维护传统犯罪构成四要件并对其进行阶层化改造的思想背景下提出的，即把正当防卫、紧急避险、期待可能性归入犯罪成立的消极条件，作为价值判断层级，发挥价值评判的功能。在我国定性加定量的犯罪定义模式中，即使行为符合构成要件对行为性质的要求，也会因为不满足定量条件而不构成犯罪，这里定量因素发挥着出罪入罪的功能，因而也被视为犯罪成立的消极条件之一。这种从犯罪构成结构出发的观点听来似有可取之处，尤其是当我们联想到刑法第13条但书的规定，几乎立即被这种观点说服了——刑法但书的规定，从字面含义上来说，仿佛正是在犯罪定义的层面确立了“情节轻微”阻却犯罪成立的地位。

但是，将情节轻微作为犯罪成立消极要件，面临着体系结构上的解释困难。在所谓犯罪成立消极条件之中，正当防卫、紧急避险都针对行为违法性而言。在具备这些事由的情况下，行为表面上符合构成要件，实际上并不具有违法性，而是为法秩序所容忍甚至是赞许的行为，因而不构成犯罪；而期待可能性针对的是行为的可责难性，具有阻却责任的效果。如何在这种意义上说明情节轻微与正当防卫、紧急避险行为内容上的同质性与功能上的等价性，不无问题。如果将之视为违法性层面的因素，认为只有满足量的条件的行为才是具有违法性的行为，未达到这一条件的行为是为法秩序所准许的行为，似乎也欠妥当。对于违法性判断只能用“有或无”来回答，一个行为或者合法或者违法，不存在部分合法或者部分违法的情况。未达到定量要求的行为，虽然在我国刑法上不构成犯罪，但也绝非合法的行为。符合行为定性要求但未达到情节严重的行为即使不构成犯罪，也不是因为它是法秩序容忍或者赞同的行为。也就是说，量的轻微并不能使行为的性质发生改变，抵消行为的违法性。正是因为这样，在我国法律中，未达到定量要求的行为才会被作为违反治安处罚法的行为或者行政违法行为加以处罚。最后，试图把情节要素像期待可能性那样归入责任层面就更无从谈起了。

（三）“整体的评价性要素”说

该说认为，当行为符合客观构成要件的基本要素后，并不意味着行为的违法性达到值得处罚的程度，需要在此基础上对行为进行整体评价，以表明行为达到可罚的程度；我国刑法分则中“情节严重”与“情节恶劣”规定即是指涉行为可罚的违法性程度的要件，属于“整体的评价性要素”。^{〔9〕}“情节严重”与“情节恶劣”作为整体的评价性要素，是表明法益侵害严重程度的客观的违法性要素。^{〔10〕}那么，在故意犯罪中，这种整体的评价要素是否属于行为人故意的认识内容呢？根据该说，这种整体评价要素的前提性事实，应该为行为人的故意认识所包括。而至于该情节是否“严重”、“恶劣”，属于在“具有违法性认识（可能性）的前提下产生的认识错误”，不是一种违法性认识错误，而是对事实的评价错误，充其量属于涵摄错误，不影响情节严重的认定。^{〔11〕}

〔8〕 参见张永红：《我国刑法第13条但书研究》，法律出版社2004年版，第170页以下。

〔9〕 参见张明楷：《犯罪构成体系与构成要件要素》，北京大学出版社2010年版，第239页。

〔10〕 同上书，第241页以下。

〔11〕 同上书，第253页。

（四）可罚的违法性说

针对行为具有构成要件符合性但从刑法谦抑原则来看不宜动用刑罚处罚的情形，日本学者宫本英修提出可罚的违法性理论，认为犯罪行为不仅是在法律上被一般规范性地评价为违法的行为，而且需要在刑法上被进一步判断为可罚。^{〔12〕}国内学者尝试引入可罚的违法性理论阐释中国刑法第13条但书的情形。^{〔13〕}但是以可罚的违法性理论并无法确定情节犯之情节在犯罪论上的地位，因为即使在日本学界对可罚的违法性理论也存在争议。如藤木英雄在构成要件符合性层面探讨可罚的违法性，认为没有满足构成要件所预想程度的违法性的最低标准时，行为不具有构成要件符合性。^{〔14〕}而大塚仁等学者则认为，“所谓缺乏可罚的违法性，是指符合构成要件的行为缺乏实质的违法性，不值得在刑法上予以处罚。因而，必须把可罚的违法性在理论体系上的位置放在违法性论之中。”^{〔15〕}按照第一种观点，情节属于构成要件该当性的问题，但该说并未进一步明确其在构成要件中的定位，而是将问题推至构成要件的解释领域，故此说仍然无法为情节与行为人主观方面的关系问题提供具体的操作方案。根据第二种观点，情节应该属于违法性阶层，同样面临上述犯罪成立消极条件说的困境，即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。另外一方面，违法性说本身也存在逻辑上的问题。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（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。

（五）客观处罚条件说

除了上述几种观点以外，近来亦有学者主张借鉴德国刑法中的客观处罚条件理论，将我国刑法中情节犯与数额犯关于情节与数额的要求视为客观处罚条件。^{〔16〕}我国刑法分则中的情节和数额要素在构成要件不法类型的符合性以外，还对不法的程度提出要求，具有限制刑事可罚性范围的作用。德国的客观处罚条件理论也认为，某些构成要件规定的行为虽然代表了一定的不法，但是从刑罚经济性的角度来说，单纯对其进行处罚可能会导致刑罚的范围过广，为了限制刑事可罚性的范围，刑法规定当出现某种不依赖于行为人罪责的客观的条件时，才对这种行为进行处罚。^{〔17〕}单纯从其功用上来看，我国的情节犯规定类似于德国刑法中的客观处罚条件，但是二者在内容构造上存在着显著的差异。客观处罚条件的定位虽然在德国刑法理论中也存在争议，但是目前的主流观点认为其既不属于不法领域，也不属于罪责领域，而是在构成要件该当性、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。^{〔18〕}例如在德国刑法第102至104a条

〔12〕 转引自〔日〕大塚仁：《犯罪论的基本问题》，冯军译，中国政法大学出版社1993年版，第121页。

〔13〕 例如参见刘为波：《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。

〔14〕 参见前引〔12〕，大塚仁书，第314页。

〔15〕 同上。

〔16〕 例如参见熊琦：《德国刑法问题研究》，台湾元照出版公司2009年版，第99页以下。熊琦博士认为我国刑法关于情节、数额等规定在犯罪论中的地位相当于德国刑法中的客观处罚条件，但因为在德国刑事可罚性与犯罪成立是同义语，为避免与中国刑法上作有罪宣判但免除刑事处罚的情形相混淆（第89页），故改称为“独立犯罪否定条件”，但又认为其地位等同于“排除性犯罪事由”（第99页），这实际上在某种程度上又近于“犯罪成立消极条件”说。

〔17〕 Vgl. Roxin, Strafrecht AT, 4. Auflage, Muenchen 2006, § 23, Rn. 1f.

〔18〕 同上书，第23节，边码1。

针对外国的犯罪中，只有当德国与该外国保持外交关系或对等关系时，才可以对这些行为进行追诉，此处的“外交关系或对等关系的存在”就是客观处罚条件。由于客观处罚条件不属于不法和罪责层级，其与行为人的故意与过失自不发生关系。而我国刑法中的数额是针对犯罪客观方面提出的，而情节（此处指数额之外的狭义情节）也主要是针对犯罪客观方面和犯罪主观方面的综合评价，所以是附着于构成要件之上的，属于不法的范畴。如刑法第140条生产、销售伪劣商品罪中的“销售数额五万元”，第264条盗窃罪中的行为对象价值“数额较大”，第247条刑讯逼供罪司法解释中“以殴打、捆绑、违法使用械具等恶劣手段逼取口供”的情节严重情形等，或者在主观故意中有所反映，或者在行为方式中被体现出来，不可能独立于行为不法或结果不法之外。如果将这些情节视为客观处罚条件而排除在行为人的主观方面之外，就会有违反罪责原则的嫌疑。

从规范功能的角度来说，情节脱离于犯罪构成四要件之外；从内容结构上来看，它又附着于四要件之上，与其密不可分，可以说是处于一种自相矛盾的分裂状态，这就是我国进行这种情节规定的难堪所在。正因为这种矛盾与难堪，情节与构成要件之间的关系成为我国刑法理论中最令人困扰的难题之一。

究竟应当如何理解情节犯之情节，把握其与构成要件的关系？该问题的解决要求我们在正确理解构成要件本质与功能的基础上对情节因素进行教义学解剖与体系化梳理。而此项研究最困难之处就在于，在我国定性加定量的犯罪定义模式之中，量化的情节因素已经侵入犯罪构成要件，很难被单独剥离出来。而在教义学的探讨中，犯罪构成又是至关重要的分析工具。在对于情节因素的探讨中，它也是重要的参照系。但是在我国的犯罪定义模式下探讨情节问题就出现了这种局面，即我们无可避免地会用夹杂着定量思维因子的犯罪构成要件理论去分析情节因素，造成分析工具与被分析对象之间边界不清，互相交织重叠，徒增很多困扰。而且这种研究得出的结论的可靠性也令人怀疑。因此，这就提示我们，如果能够以单纯定性的犯罪定义立法例为对照，借助其不设情节要求的构成要件对我国刑法中的情节犯进行教义学与法哲学层面的分析，或许就能避开这些思维上的障碍，跳出既有知识结构的樊篱，还原问题本来的面目。基于这种思路，下文将选择单纯定性犯罪定义模式的德国刑法作为样本进行这种尝试。^[19]

二、德国刑法中的犯罪量化理论

德国刑法中的犯罪概念是形式的犯罪概念，刑法总论中不包含对犯罪的实质性定义。德国刑法第12条仅根据法定刑定义轻罪与重罪，不对犯罪概念的内涵进行实质性的描述与界定。相应地，德国刑法分则一般仅描述不法类型，而不对不法含量进行要求。仅有少数条款对行为的不法含量设定程度上的条件，如第303条毁损物品罪的第2款规定，擅自对他人物品的外观进行严重的或非一过性的改变，始承担刑事责任。而绝大多数构成要件都无此类规定，例如第242条关于盗窃罪的规定不包含对盗窃数额等定量因素的要求，通说也认为盗窃物品的经济价值不影响盗窃罪的成立。^[20]理论上，哪怕是盗窃一只铅笔的行为，也构成盗窃罪。

[19] 这里的单纯定性犯罪定义模式是指与我国在犯罪定义中设置量化考虑因素的定义模式相对应而言，并不是说德国刑法完全排除量化的因素。德国刑法分则极个别的条文如第223条身体伤害罪规定：“对他人实施身体虐待或损害他人健康者，处……”，该构成要件描述虽隐含了一定的不法含量的要求（即虐待和健康损害本身对伤害程度的要求），但该不法含量仍然是可以由不法类型（即虐待和健康伤害的构成要件行为）决定的，不像中国刑法那样存在不法类型之外附加的量的要求。所以，即使在类似身体伤害罪的构成要件中，对不法含量的判断也可一次性地在行为构成要件符合性的（类型化的）判断中完成。

[20] 参见前引[6]，Troendle/Fischer书，第242节，边码3a。

尽管实在法的规定不同，然而德国刑法与中国刑法所调控的社会事实对象是相同的，在德国司法实践中，也会面临对轻微的涉案行为是否动用刑罚进行处置的问题。如果将类似盗窃一支铅笔的行为或扇人一耳光的行为也判罪处刑，不仅从刑事司法资源分配角度来看是不现实的，而且也会面临是否违反宪法规定的比例性原则的拷问。因而，德国对罪量极其轻微的行为，采用程序法上的手段予以分流处理，以减缓司法机关的追诉压力。德国刑事诉讼法第 153 条与第 153a 条规定了酌定终止诉讼程序的情况。根据第 153 条的规定，对于最低法定刑为 1 年以下的轻罪行为，如果行为人的罪责较轻，且不存在对犯罪行为进行追诉的公众利益时，检察机关在征得法院的同意后可以作出不起诉的决定（第 153 条第 1 款第 1 项）。在预期获刑不超过法定最低刑（即 1 个月有期徒刑，5 个单位的日罚金）且行为后果轻微的情况下，检察机关可以独立作出不起诉决定，无须征得法院同意（第 153 条第 1 款第 2 项）。如果案件已经起诉至法院，则法庭可以在上述条件具备的情况下决定终止刑事诉讼程序（第 153 条第 2 款）。而在罪责不是很轻微，存在刑事追诉的公众利益的情况下，如果这种公众利益可以在行为人承担一定的义务之后被抵消，检察机关可以在征得法庭和被害人同意之后作出不起诉决定（第 153a 条第 1 款）。如果案件已经诉至法院，法院也可以在征得被害人同意之后决定终止刑事诉讼程序（第 153a 条第 2 款）。综上所述，德国刑法在实体法上仅对犯罪进行类型化的定义，不设置量的门槛，通过上述程序法上的规定，对罪量轻微的行为进行事实上的非犯罪化，这种处理涉罪轻微行为的方案，被称为程序法的解决方案。我们可以看到，即使在德国刑法中，在决定是否对某种犯罪定罪处罚时，对于行为罪量的衡量也发挥着作用，只不过这种过程不是发生在实体法领域，而是被放置到程序法之中。^[21]

即使在这种犯罪定义立法例中，犯罪的量化思维也是存在的。德国实体法上对犯罪的量化思考，主要发生在量刑的过程中，刑罚的轻重必须以犯罪行为的轻重为依据，因而对犯罪的量的研究主要是解决量刑的问题。随着这种研究的推进，在量刑中对犯罪的量化观察渐渐形成了一些方法论的思考，这些思考逐渐突破量刑领域的边界，开始侵入犯罪论体系的研究——在刑法教义学层面，德国学者试图探讨构成要件内部所蕴含的不法的含量。^[22]

德国刑法理论中犯罪量化的思维产生于实质的违法性理论萌生之后。在早期对违法性采取形式理解的刑法教义学中，不存在对不法进行量的观察的思考方式，不存在一个量级渐变的不法概念。^[23] 不法的实质在于违反法律的命令或禁令，这种违反在轻罪和重罪方面并无分别。一个法律的命令或禁令或者被违反，或者没有被违反，不存在第三种情形。因此，在形式不法理论内部没有量化思维存在的空间。而实质违法性学说^[24]认为，不法并不是单纯的规范违反，而是利益侵害或法益侵害。于是，不法不再是一个形式上的是与否的判断问题，而是有了内容填充与程度变化。德国学者 Noll 对此有一段精辟的论述：“刑法保护法律共同体所具体关注的法益。它禁止某些被认为对法益造成威胁的行为方式，而这些行为又是由法定构成要件所具体决定的。”^[25] 由此，人们对规范的关注就由规范整体转移到个别规范，即具体的犯罪构成要件规定。这是一个重大的思维上的跳跃，通过这种方式，不法就改变了它抽象与形式化的面貌，变得具体可感了。“法益侵害作为结果不法，具体的行为方式作为行为不法，以及主观的内心因素作为意念无价值

[21] 在这种程序法的解决方案中，对事实上的非犯罪化起到决定作用的是行为人罪责的大小。衡量罪责大小的因素根据德国刑法第 46 条的量刑规定，包括行为人的作案动机与目的、行为中体现出的行为人内心思维与行为意志、义务违反的程度、行为实施方式与行为造成的行为人应负责任的影响、行为人犯罪前的生活与行为人的个人与经济状况，以及行为实施后行为人所采取的行为，尤其是他在对被害人进行赔偿与和解方面作出的努力（德国刑法第 46 条第 2 款）。

[22] Vgl. Kruepelmann, Bagatelldelikte, Untersuchung zum Verbrechen als Steigerungsbegriff, Berlin 1966, S. 31.

[23] 同上书，第 27 页。

[24] 关于实质违法性说，可参见 Mezger, Strafrecht, 3. Auflage, Berlin und Muenchen 1949, S. 197 ff.

[25] Noll, Übergesetzliche Milderungsgründe aus vermindertem Unrecht, ZStW 68, 182.

(Gesinnungsunwert), 共同决定了不法的内容含量, 而这些成分又都是可以量化的, 因而不法就成为一个可以量化的概念。”〔26〕尤其在刑法解释的研究中, 在分析构成要件行为是否与法条的目的及其背后的价值相符时, 量化的思考也显得很有意义。Kern 发现了一些影响不法程度的因素, 比如超越某些法律赋予的权力范围造成损失的违法行为, 比起那些完全没有任何法律根据的违法行为来说, 如防卫过当行为与一般的故意伤害行为相比, 其违法性程度要低一些。〔27〕另外在不作为犯中, 作为义务本身的强度大小也会影响违法性程度。〔28〕Noll 也指出, 在存在被害人承诺的伤害行为中, 如果因被害人承诺违背善良风俗而不影响伤害罪成立, 存在被害人同意的伤害行为与不存在这种情况的伤害行为相比, 前者的不法含量要低。〔29〕据此, 他总结出评定不法含量的原则: “不法含量的高低一方面取决于组成不法构成要件的不法要素的数量与强度, 另一方面取决于排除违法性因素的数量与强度。”〔30〕

在此基础上, Kruepelmann 尝试发展出一条犯罪量化评价的方法, 从行为不法、结果不法以及罪责三个角度对犯罪行为事实进行量的评估。〔31〕在 Kruepelmann 看来, 犯罪的量的判断是一个综合的评价过程, 行为不法与结果不法共同决定着不法含量。某些行为本身并不严重, 其行为不法程度较轻, 但是却造成了严重的后果, 即结果不法程度较重, 例如大量的交通过失案例即是如此。反之亦然, 在犯罪未遂的情况下, 如故意伤害或者杀人未遂, 则是行为不法严重而结果不法往往较轻或者缺失。因而只有当行为不法与结果不法同时表现出较低的程度时, 才能认为不法含量较低。〔32〕在不法含量的基础上, 还要考虑罪责的含量。规范责任论中的罪责是指行为人的可谴责性, 而不法正是这种谴责的内容基础, 因而罪责大小一般是由不法的程度决定的。〔33〕例如, 如果行为人以特别危险的方式行为, 行为不法的程度较高, 相应地也反映了较大的可谴责性, 其罪责程度也必然升高。同样, 特别严重的后果中往往也反映了行为人较大的可谴责性。但是在一些情况下, 结果不法的程度与行为人的罪责并不成正比, 例如在轻微过失行为导致严重危害后果时, 则应以行为无价值限制罪责的范围, 将罪责含量控制在行为无价值的范围之内。〔34〕但是在个别情况下罪责也有独立于不法的一面, 对一些罪责要件需要单独进行考量, 例如出于某个人的急迫境地而实施某种行为, 虽然不法含量未受到影响, 但罪责会被减轻。〔35〕

德国刑法关于犯罪定量的理论, 是以不包含定量要求的构成要件为对象展开的, 犯罪的成立不设置一定的罪量要求。然而, 即使在这种所谓定性的构成要件模式中, 也无法绕过所谓“罪量”的问题。在实质违法性理论兴起之后, 不法作为法益侵害开始有层级递变, 对行为无价值与结果无价值均可作量化的考察, 而作为不法类型的构成要件自然无法逃脱这种量化的评价。

德国刑法以构成要件的行为不法与结果不法为中心, 对构成要件行为进行不法含量的量化考察, 这对我们研究我国刑法中的情节犯具有重大的方法论意义。而在进行这种方法论上的借鉴之前首先必须阐明的是, 我国四要件的犯罪构成与德国三阶层犯罪论体系中的构成要件具有质的相似性, 这是以上述思维方法解决我国情节犯之情节定位问题的适用性前提基础。在理解了构成要件

〔26〕 前引〔25〕, Noll 文, 第 182 页。

〔27〕 转引自前引〔22〕, Kruepelmann 书, 第 30 页。

〔28〕 同上。

〔29〕 参见前引〔25〕, Noll 文, 第 195 页。

〔30〕 同上文, 第 184 页。

〔31〕 参见前引〔22〕, Kruepelmann 书, 第 63 页以下。

〔32〕 同上书, 第 65 页。

〔33〕 同上书, 第 63 页。

〔34〕 同上书, 第 105 页以下。

〔35〕 同上书, 第 63 页。

件不法类型的本质与诠释学特征之后，我们得以拨开笼罩在情节犯问题上的重重迷雾。然后在此基础上，我们可结合我国犯罪构成中情节犯的特殊性，对情节犯之情节进行教义学的剖析，对其进行犯罪论体系的定位。

三、我国犯罪构成的构成要件性

在德国刑法中，构成要件虽然是对生活事实的抽象，是一种所谓的定性的行为类型，但是人们并无法将其中的质量抽象掉，成为一种不包含质量的空洞的纯粹“观念形象”，而是包含了一定的量的预设。那么这种观点是否仅仅适用于德国刑法？我国刑法上的犯罪构成是否与德国刑法中的构成要件不同，只是一种纯粹的定性的构造，而对于量的程度要求单独在“情节严重”的要求中予以解决？这个问题直接关系到德国刑法中关于构成要件的量化思维在我国犯罪构成理论中的适用性问题。显然，这个问题的答案首先取决于，德国刑法的构成要件与我国刑法的构成要件是否因实在法规定的不同而不同，它们是否具有本质上的区别，继而因之具有功能上的差异。

（一）构成要件的“事物本质”——法哲学层面的观察

在这里，我们想借助法哲学上的事物本质的思维方式进行揭示构成要件的本质的尝试，继而证明我国的犯罪构成同样具有德国三阶层构成要件体系中的构成要件的本质。

在法学领域，法律概念、原则、制度等法律构造具有抽象的性质，理解它们的本质需要重新回到它们作为事物的存在层面，即它们的来源，它们所依托和进行法律加工的生活事实。^[36] 在存在的层面，这些生活事实并不会因法律制度的不同而不同。以杀人罪为例，作为杀人构成要件来源的剥夺他人生命的案件事实，在德国和中国并不存在什么重大的不同。为何杀人的生活事实在两个法律制度内都会被禁止，而且是以构成要件的形式进行禁止呢？从构成要件的功能上来说，其作为一种不法类型，即是把某种行为形象固定下来，以警示人们远离它所描述的行为类型，此即构成要件的呼吁功能。^[37] 这在德国刑法和中国刑法中并无二致。那么，为何人们被禁止从事这种被描述的行为类型呢？如果人们仅仅因为法律对这种行为类型的描述与固定而这样做，而不是因为其他的法外的原因的话（实际上这也是罪刑法定原则的要求，即除了法定构成要件之外，对于被禁止的行为和其被禁止的原因不再进行其他的说明，人们仅根据法定构成要件来调整自己的行为），那么构成要件本身必定隐含着它被禁止的原因，必定包含着某种实质的东西，而非单纯的形式化的口令。这种被禁止和否定的原因就是因为它代表着某种恶害，某种负面的东西——在法益理论看来，这种恶害是法益侵害或者法益侵害的危险；^[38] 在规范适用理论看来，这种构成要件的质是对规范效力的破坏；^[39] 在我国社会危害性理论看来，它就是社会危害性。^[40] 虽然这种构成要件的质因学说的不同而名称各异，但是人们都可以从两种维度对它进行评判，这就是“有或无”和“多或少”的判断（构成要件的类型特征决定了构成要件的质的量化评判是不可避免的）。后一种判断，即是用量化的视角对构成要件的质的判断，而这种量化的构成要件的质，正是所谓中国学者所谓“罪量”。^[41]

[36] Vgl. Hassemer/Kaufmann, Gustav Radbruch Gesamtausgabe Rechtsphilosophie, Bd. 3, Heidelberg 1990, S. 235 ff.

[37] 参见前引 [17], Roxin 书, 第 14 节, 边码 66 以下; 第 19 节, 边码 3。

[38] 关于法益侵害理论的经典论述, 可参见上引 Roxin 书, 第 2 节。

[39] 规范违反理论 (Normverletzungstheorie) 由 Jakobs 创立, 早先的论述, 参见 Jakobs, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW 97(1985), S. 754 f., 以及前引 [6], Jakobs 书, 第 2 节, 边码 25a 以下。

[40] 鉴于社会危害性理论在我国刑法学界传播甚广, 学者对此所著甚多, 故在此不详细引证。

[41] 笔者尝试给它一个更加恰当的称谓, 却受制于语言的樊篱, 没有找到一个好的概念以准确地描述这种理论的构造, 故仍采用国内文献所使用的“罪量”概念, 同时也可保持学说发展的延续性。

这样,我们就从构成要件事物的存在层面到达了它的本质。Schiller有言:“当我说‘一个事物的本质是……’时,我就将所有与其本质无关的东西舍弃了……这种意义上的本质是指什么?它是事物存在的原则,同时也是事物之所以采取事物存在形式的原因,是形式的内在的必要性,事物内部本质与形式的纯粹的统一,是被事物自身所遵守,同时由事物自身赋予的规律。”〔42〕Schiller的这种表述,被认为是对实然与应然、存在与价值之间生硬的二元对立的一种调和。〔43〕可见,事物的形式是与其本质密不可分的,它的本质决定了它必须采取这种形式,而其形式就是其本质的一种表达。构成要件作为被禁止的不法类型,以这种形式存在,是由其内涵着的被禁止的原因——一定的负面的东西或恶害——所决定的。而构成要件以其不法类型这一存在形式,也表达了其价值内涵。从这个意义上来说,构成要件也是一种介于事实与价值层面之间的构造。〔44〕

在这种法哲学层面事物本质的意义上,我们也不可能对我国刑法中的犯罪构成作其他的理解。我国的犯罪构成同样是将一定的行为形象予以固定并规定相应的刑罚后果,一方面对已实施类型行为的人加以惩罚,另一方面警示他人远离这种类型的行为。因而,我国的犯罪构成作为对不法行为的描述与形象固定,也是一种不法类型,与德国刑法三阶层论的构成要件具有相同的事物本质,具有相同的物本逻辑结构。〔45〕

由此可见,无论是我国刑法中的犯罪构成还是德国刑法三阶层体系中的构成要件,作为不法类型皆是与行为不法与结果不法相连的。如果硬将二者进行人为的分离,提出一个纯粹的不法类型,则只能通过虚构来达到。

(二) 构成要件的质的量化——构成要件的类型意义

本文论证进行到这个阶段,或许有学者会指出,上述关于构成要件的本质的论述仅仅昭示了对犯罪的实质化理解(从而跟上文提到的实质违法性理论的发展形成暗合),而并不能证明德国刑法中的关于构成要件的量化思维也可适用于中国刑法中的犯罪构成。

下文将从构成要件作为一种类型的意义上,阐述这种量化思维在理解构成要件本质上的必要性。如上文所述,无论德国刑法三阶层体系中的构成要件,还是中国刑法中四要件组合成的平面的犯罪构成,都具有相同的构成要件的本质,皆具有构成要件的呼吁功能,即刻画不法行为的观念类型警示人们远离它,不听从这种呼吁的行为人就会受到刑罚惩罚。构成要件作为一种类型,作为抽象概念和具体事物的中间状态,是规范对现实的指涉,是一种流动的边界不清晰的整体构

〔42〕 Schiller, Schillers Werke, herausgegeben von Buchwald, Bd. 2., 1940, S. 149 f., 转引自前引〔36〕, Hassemer/Kaufmann书,第240页以下。

〔43〕 上引 Hassemer/Kaufmann书,第241页。

〔44〕 因而,构成要件被认为是法律理念和生活事实之间的一种中间状态,具有规范性和事实性两种特征。Vgl. Hassemer, Tatbestand und Typus, Koeln [u. a.], 1968, S. 113, m. w. N.

〔45〕 物本逻辑结构(Sachlogische Struktur)概指价值或规范概念的存在论意义上的结构基础。Welzel以存在论为其刑法哲学思想基础,强调价值与规范的概念不能脱离存在论上的结构(ontologische Struktur)。例如,价值对象概念(Wertobjekt)“故意杀人(Toetung)”即是由故意的、蓄意而为的剥夺他人生命行为(实然层面的存在论基础结构)与对该行为的违法性、可谴责性的评价(价值判断)两部分所组成,前者是后者的基础与对象。Vgl. Welzel, Abhandlung zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, Berlin 1975, S. 25. 在Welzel看来,犯罪与实然世界之间的关系可以通过物本逻辑结构来建立,它是先于规范而存在的(Vgl. Welzel, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit; Prolegomena zu einer Rechtsphilosophie, Goettingen 1951, S. 197 f.),而法规范的制定与解释,都必须以探明这种物本逻辑结构为基础,否则就会堕入恣意。正是得益于这种物本逻辑的思维方法,Welzel建立了目的行为论。目的行为论虽然因种种缺陷而未成为压倒性的通说,但这丝毫不妨碍物本逻辑思维方法成为当今德国无可置疑的法学方法论之一。关于物本逻辑结构与事物本质的方法论意义,可参见Schuenemann的论述。Vgl. Schuenemann, Grund und Grenzen des Unterlassungsdelikttes; Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre, Goettingen 1971, S. 32 ff.

造。^[46]“类型并非它所指涉或描述的事物本身，而是对事物的指涉或描述，因此它是一种诠释学的工具。它指涉现实，却非现实本身，它所指涉的现实即是个案，个案就是对构成要件不法类型的具化。”^[47]因而把构成要件的规定适用于案例事实，必须通过探明这种指涉关系，通过对构成要件的解释来完成。解释并不是把某种生活事实简单地归属到某个构成要件之下，并不是直线式的演绎过程，而是“一个生活事实与法条之间的互动过程，是目光在二者之间的来回流转”，^[48]是“构成要件与事实之间的同时性的舒展与填充”。^[49]在每次解释之前，构成要件都是不完整的，它向事实开放，^[50]总是在具体的案件事实中获得其意义。

从构成要件的这种类型意义和诠释学特征出发，我们就可以获得对构成要件质与量的关系的全新认识。构成要件作为规范与事实之间的中间状态，它所反映的行为不法与结果不法并非在具体确定的；相应地如果用量化的思维分析行为不法与结果不法，它们的不法含量也并非确定的，而是在一定边界内流动，有待于个案事实将其确定化。由于每个符合构成要件的个案事实即每个单独的构成要件事实都是独特的，它在符合构成要件时反映出不同的个别化的不法含量。因而作为类型的构成要件总是拥有一个它自己的预设的量域，而个案的不法含量总是在这个量域内浮动。例如，抢夺2000元钱与抢夺200万元，其反映的行为不法与结果不法的含量，都属于抢夺罪的不法量域。^[51]而如果行为人实施抢夺时使用了暴力或者携带凶器以随时可能使用武器相威胁实施抢夺，则其行为不法就超过了抢夺罪构成要件的边界，哪怕只抢劫到价值微小的财物，也上升到抢劫罪的构成要件的量域。

在“构成要件与事实之间同时性的舒展与填充”的构成要件解释适用过程中，生活事实符合构成要件的样态在每个案例中都是不同的，它不仅对构成要件进行意义与价值的确证与填充，而且也是对构成要件作为不法类型所可能包含的（预设的）不法含量进行具化与修正。有些个案对构成要件的充足反映了较大的不法含量，有些反映了较小的不法含量，所以在作为解释的最终产品的定罪处罚阶段，所适用的刑罚才会个案之间有所区别。也就是说，虽然构成要件作为一个类型是固定的，但是每个被归属于它之下的案例事实都不尽相同，行为不法、结果不法在每个个案中都不尽等同，因而构成要件所包含的质，在“有或无”的判断之外，永远面临着“多或少”的裁判。这种质，永远无法逃脱被量化评判的命运。因而，从法哲学的层面上来说，中国刑法中的犯罪构成同样具有构成要件的不法类型性质和诠释学特征，这就决定了构成要件（与构成要件事实的）量化思维也适用于中国刑法犯罪构成的理解及适用（或解释）的过程之中。

以上论述说明了中国刑法犯罪构成与德国刑法构成要件本质规定性上的相似性、犯罪构成与构成要件之中不法含量存在的不可或缺以及量化思维的必要性。这种法哲学层面的同质性和量化思维的必要性，并不因犯罪定义模式是否作出量的要求而有不同。如果中国刑法学者所说的“罪量”是指构成要件行为不法和（或）结果不法含量的话，那么它在所有构成要件类型中都存在，并非是由中国刑法犯罪定义模式中的定量要求所反映出来的中国式构成要件的特性。

在此，我们需要对我国犯罪构成包含的不法含量（即情节犯语境下的“情节”）与对该不法含量的程度要求（即情节犯意义上的“情节严重”）进行区分，前者是所有构成要件类型（无论

[46] 参见前引[44]，Hassemer书，第111页。

[47] 同上书，第113页，脚注134。

[48] Englisch, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Auflage, Heidelberg 1963, S. 15.

[49] 前引[44]，Hassemer书，第108页。

[50] 同上书，第109页。

[51] 即使我国刑法相关司法解释以500—2000元数额作为抢夺罪成立的标准，也无法改变抢夺罪构成要件在法哲学层面的类型意义。

是中国式的还是德国式的)所共有的,而后者才是中国刑法所特有的。而国内学界迄今为止的研究往往把两者相混杂,掩盖了问题的本来面目。即此类研究的一个普遍倾向是,把二者混杂起来命名为“罪量”或“定量因素”,然后再试图去解决罪量或定量因素的构成要件地位,或者赋予其构成要件地位,或者将其排除在构成要件范围之外。受这种思维定势的影响,此类研究中也存在着上述将犯罪构成与所谓罪量割裂开来的对构成要件的歪曲的理解。

通过上文对构成要件的事物本质的探求和对其类型性和诠释学特征的解说,我们已经看到,将犯罪构成要件与罪量割裂的观点是难以成立的。无论在探求事物本质的物本逻辑的面向,还是从语义学的角度,我们都无法想象一个干瘪的没有任何质量的“构成要件皮囊”。纯粹的空洞的类型,无论在德国刑法还是在我国刑法中都没有存在的空间。

基于这种对刑法构成要件的理解,我们就排除了上文中关于情节犯之情节定位的“质”“量”分离的观点。与之相对,在上述观点之中正确把握了犯罪构成“质”“量”统一性的是“犯罪成立消极条件”说。该观点把犯罪构成要件划分为积极的构成要件与消极的构成要件,将正当防卫、紧急避险、缺乏期待可能性以及“情节轻微”的情形视为消极的构成要件,将刑法中明文规定的犯罪构成要件视为积极的构成要件,积极构成要件中包含了“质的要求和量的要求”。该说对于积极构成要件内涵的理解注意到了构成要件的质量不可分割性,在我国刑法理论中普遍存在罪量与构成要件割裂的思想倾向,是难能可贵的。^[52]但是,如上文所述,将定量因素作为犯罪成立消极因素,无法解释犯罪定量因素与正当防卫、紧急避险行为内容上的同质性与功能上的等价性,给人以体系上的错位之感。退一步说,即使我们把这种体系结构上的瑕疵搁置一边,降低我们在理论体系上的审美要求,这种观点也面临实践上的问题:构成要件的客观方面是故意认识的内容,构成要件可以起到规制故意范围的作用,而将“情节轻微”视为所谓犯罪成立的消极因素,消弭了犯罪构成原本的界限,使得故意认识范围边界不清,无法为解决犯罪故意的认识内容与情节因素之间的关系问题提供具有可操作性的方案。

上文阐明了中国四要件的犯罪构成与德国三阶层体系构成要件之间共同的构成要件性质,二者之间的真正区别不在于构成要件的法哲学性质上的区别,而在于结构上的区别,即我国犯罪构成中包含“量”的要求。二者共同的法哲学性质允许我们从方法论意义上对德国构成要件的量化思维进行借鉴,运用这种思维方式解决中国刑法犯罪构成中量的问题。接下来的问题就是,我们应如何运用这种量化思维来分析我国刑法第13条但书和分则构成要件中“情节严重”、“数额较大”等规定所表现出的这种中国式构成要件的特殊性,如何对犯罪构成中的量的要求进行教义学上的定位?

四、情节犯之情节的教义学解剖

重新回到本文开头所提出的问题,如果我们理解了构成要件与不法含量之间一体共生的关系,那么,情节与故意认识之间的关系问题就会呈现出完全不同的另外一种面向。借鉴德国刑法中构成要件不法含量量化分析的思维方式,我们发现,构成要件内部蕴含着行为不法与结果不法含量,构成要件作为不法类型与其不法含量不可分割,那么这个不法含量是否是我国刑法犯罪构成要件中“情节严重”、“数额较大”所指涉的内容呢?这里存在两种可能性:(1)如果“情节严

[52] 王政勋教授明确指出,“反映构成要件的定量因素与罪质因素密切结合在一起,很难把它们彻底分开,世界上没有离开质的量,也没有离开量的质,所谓‘皮之不存,毛将焉附’”。王政勋:《定量因素在犯罪成立条件中的地位——兼论犯罪构成理论的完善》,《政法论坛》2007年第4期。

重”、“数额较大”是针对行为不法和（或）结果不法的不法含量提出的程度要求，那么它们必然归属在构成要件（此处及下文的构成要件概念是指上文论证的具有本质规定一致性的法哲学意义上的构成要件，因而适用于中德两种法律制度）范围之内。（2）如果我国刑法犯罪构成中“情节严重”、“数额较大”的情形超出了构成要件的不法含量范围，它们就超出了构成要件的范围，不具有构成要件地位。沿着这个思路，我们在此提出构成要件行为不法与结果不法所组成的基本不法量域概念，以基本不法量域作为标尺界定“情节严重”、“数额较大”所指涉的“情节”与“数额”的地位。

（一）构成要件基本不法量域之内的情节：整体性规范评价要素

上文已经指出，构成要件是规范与事实之间的一种中间状态，总是拥有一个它自己的预设量域，而个案的不法含量总是在这个量域内浮动。此处给予进一步的说明。立法者制定构成要件时总是以实践中较易发生的典型的构成要件事实作为心理经验的基础，再以语言的形式对典型构成要件事实进行抽象化的描述与固定，所以构成要件具有事实与规范两种特性。一方面它总是蕴含或者指涉一定的行为不法与结果不法的不法含量，即具有事实性的一面；另一方面这个不法含量总是不确定的，在构成要件的边界内流动，有待于个案事实去确定与具化，即具有抽象性、规范性的一面。由于构成要件总是以语言的形式表现，所以构成要件还具有语言性的一面，^[53]为法律适用者确定了大致的构成要件解释的语义学边界。构成要件的这些特征决定了构成要件的不法含量总是围绕着典型的构成要件行为不法与结果不法在构成要件的语义学边界内浮动。也就是说，如果构成要件获得正确的诠释，个案充足构成要件时所反映的不法含量就会如同立法者所预想的那样，总是以那些典型的出现频率较高的构成要件事实所反映的不法含量为中心上下波动，形成一个基本的构成要件不法含量区间，我们可以称之为基本不法量域。

我国刑法中的情节犯的情节大多数是属于构成要件的基本不法量域之内的，其中数额基本上全部包含在基本量域之内。如抢夺2000元钱与抢夺1000万元，其反映的行为不法与结果不法都是可以为抢夺罪的构成要件所包括的。而如果行为人实施抢夺时使用了暴力或者携带凶器以随时可能使用武器相威胁实施抢夺，则其行为不法就超过了抢夺罪构成要件的边界，哪怕只抢劫到价值微小的财物，也会突破抢夺罪的构成要件边界，其所反映的不法含量就会上升到抢劫罪的构成要件的量域。再如故意伤害罪中隐含的对情节严重的要求是指伤害他人达轻伤以上的程度，无论是殴打被害人致其组织、器官一定程度的损害或功能障碍等轻伤，还是造成被害人身体器官大部缺损、器官明显畸形等严重残疾情形，都未超出构成要件的行为不法与结果不法。再如刑讯逼供罪的司法解释规定的“以殴打、捆绑、违法使用械具等恶劣手段逼取口供或以较长时间冻、饿、晒、烤等手段逼取口供”的情形，也是实践中经常发生的刑讯逼供的行为方式，是刑讯逼供罪较为典型的行为不法和结果不法的表现形式，而附着其上的不法含量自然包含在构成要件范围之内。

上述这些情形皆是典型的构成要件符合情况，即属于构成要件典型的实现方式。此种情形的严重情节，是针对构成要件中的行为不法、结果不法而提出的，并没有超出构成要件范围之外。此时法规范适用者以构成要件语义学的前提对个案的事实构成进行规范性的判断，判断行为的严重性，并未逾越构成要件通常的语义学边界和价值衡量域围。^[54]

根据构成要件故意内容的基本原理，客观的构成要件是主观故意的认识内容，而数额与上述

[53] Hassemer 指出把构成要件构造成公式的形式是不可行的，以此来证明构成要件语言表现形式的必要性。参见前引 [44]，Hassemer 书，第 26 页以下。

[54] 关于构成要件的语言性特征，参见上引 Hassemer 书，第 84 页以下。

这些典型的情节是附着在构成要件上的，并非与构成要件分离或对应存在，其中客观性的因素作为客观构成要件就属于行为人主观故意的认识对象。另外，从存在论的角度来看，行为人对构成要件事实的认识一般来说自然会延及那些客观的表明犯罪的量的因素。例如，在不发生认识错误的场合，杀人者对其行为对象与行为手段等的认识，也包含了对杀人行为的行为不法与结果不法的含量的认识；伪造货币者如果对自己仿制真实的货币的手段及大致的仿制规模具有认识，也就附带地认识到了该行为的行为不法与结果不法。

基于这种认识，我们可以得出如下结论：一方面，那些描述构成要件行为的行为不法、结果不法的情节，属于构成要件范围。对于这些不法的事实性的要素，当然需要为行为人的故意所认识。另一方面，“情节严重”、“情节恶劣”、“数额较大”等针对情节所提出的量的要求，并不是独立的构成要件要素，而是对针对行为不法、结果不法提出的刑事可罚性的综合性的要求，不是事实性的描述性的构成要件要素，而是需要进行价值评判才能被正确理解，因而是一种规范的构成要件要素。鉴于我国刑法情节犯的情节要求具有综合性与规范性两种性质，笔者将其称为“整体性规范评价要素”。

前述“整体的评价要素”说将“情节严重”、“情节恶劣”视为整体性的评价要素，要求行为人认识“情节严重”、“情节恶劣”的前提性事实，其暗含的逻辑前提是承认情节的构成要件地位，在这个意义上来说，该说的基本观点具有一定合理性。但是“整体的评价要素”说存在以下两个方面的问题，笔者认为还有待进一步研究。

第一，“整体的评价要素”说将“情节恶劣”、“情节严重”的情节仅限于客观的情节，对其此前认为情节是指主观与客观的综合性情节的观点进行了修正，认为“一旦采取以违法与责任为支柱的三阶层或两阶层体系，就会认为，作为整体的评价要素的‘情节严重’中的情节，并不是指任何情节”，只能是客观方面的表明法益侵害程度的情节。^[55]为何在二阶层或三阶层体系中整体评价性的要素就仅局限于对法益侵害程度的评价而排除主观方面情节存在的余地？例如，既然考虑法益侵害程度，为何却把法益侵害方式的评价排除在外？如果考虑法益侵害方式，对于主观方面的情节也无法撇开不论。如以残忍的手段致人重伤与一般情况的重伤害相比，行为人的故意内容自然有所不同，前者主观方面的恶性自然要大，无法把这种情形下的“情节严重”仅限于客观方面。所以，即使在行为不法中，主观情节的考虑也是必要的。再次，排除了主观方面因素的评价也无法对构成要件进行整体性的评价。即使是在两阶层或三阶层体系中，构成要件也并不完全是客观的，也存在主观的构成要件要素或主观的不法要素，撇开这些因素，也无法对构成要件进行整体性评价。笔者认为，情节是包含主观与客观方面的综合性因素，但是故意的认识内容只可能是客观的情节，故下文所说的对情节的认识皆指对于情节中客观因素的认识。

第二，“整体的评价要素”说受到德国刑法理论中“整体性的行为评价要素（Gesamttatwertende Merkmale）”的启发。如同客观超过要素说，这一理论可谓是将德国刑法理论与我国刑法实在法进行精妙结合与加工的产物，实乃刑法解释论上的生花妙笔。但也正如客观超过要素理论那样，由于跨越了两个法律制度下的不同犯罪论体系，整体的评价要素这一理论构造虽然能够发挥一定的解释学功用，却隐约透露出些许体系拼接的牵强。德国刑法个别分则条文规定了“整体性的行为评价要素”，通过对构成要件进行全方位的评价而进一步明确或提升其违法性内涵。^[56]如德国刑法第240条规定的强迫罪第2款要求，使用暴力或以某种恶害相威胁，非法强迫他人实施某种行为、容忍或不实施某种行为，而为达到目的使用暴力或威胁的方式必须是卑鄙的，才属

[55] 前引〔9〕，张明楷书，第241页以下。

[56] 参见前引〔17〕，Roxin书，第10E节，边码45以下。

于“非法”。该款中规定的行为手段的“卑鄙性”就属于“整体性的行为评价要素”，在犯罪论体系中属于违法性的层级，但是被评定为“卑鄙”的行为的事实性情节，则仍属于构成要件层面。如果行为人认识到行为的事实，只是对其是否“卑鄙”的判断产生了错误，则不属于构成要件认识错误，属于禁止错误，不产生排除故意的效果。^{〔57〕}而“整体的评价要素”说虽然要求行为人认识整体性评价要素的前提性事实，却把行为人对情节是否严重产生的错误，归在“具有违法性认识（可能性）的前提下产生的认识错误”之列，认为其不是一种违法性认识错误，而是对事实的评价错误，属于涵摄错误。^{〔58〕}这就实际上将整体评价要素中的评价也视为构成要件内容，需要行为人对其进行认识。也就是说，整体性的行为评价要素在德国刑法理论中属于违法性层级，而在我国刑法中属于构成要件要素。至于为何会产生这种体系上归位的差别，整体的评价要素与德国刑法理论中的“整体性的行为评价要素”之间到底存在何种借鉴与转化的关系，乃至为何要把整体的评价要素中的评价本身与进行这种评价的基础性事实分离，“整体的评价要素”说并未给予说明。

笔者以为，我国的“情节严重”、“数额较大”等规定与德国强迫罪中行为手段的“卑鄙性”的规定不同，并非是对行为的违法性提出的要求，而是对行为是否构成犯罪提出的刑事可罚性要求，是一种规范的评价。情节犯的行为情节如果不够严重，数额达不到相应的要求，行为仍然具有违法性，只是未达到构成要件所要求的不法的量级而不构成犯罪。加之我国犯罪构成并无阶层性构造，因而整体的评价要素在我国刑法中不属于违法性层级，而属于构成要件层面。这样，我们就可以把整体的评价要素视为整体评价性的规范的构成要件要素，称之为“整体性规范评价要素”。整体性规范评价要素仍然属于构成要件层面，要求行为人对其进行认识。这样一来，就要求行为人认识到其行为属于“情节严重”、达到“数额较大”，但由于其是规范的构成要件要素，故对于司法解释所规定的“情节严重”的具体情形和“数额较大”的具体数额，不需要行为人进行法律意义上的精确的理解，只要认识到行为的情节在一般的社会意义上属于严重、数额属于较大即可，此即所谓外行人所处领域的平行评价理论。^{〔59〕}这是其作为规范的构成要件要素的一面。此外，由于“情节严重”、“数额较大”还是一种“整体性行为评价要素”，故又兼具整体性评价要素的特性，要求作为评价基础的事实必须为行为人所认识，否则无法对其进行整体的评价。

以虚假广告罪为例，广告主、广告经营者、广告发布者违反国家规定，利用广告对商品或者服务作虚假宣传，根据2010年5月7日《最高人民法院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》第75条第1项规定，“违法所得数额在十万元以上的”，可视为情节严重的情形予以追诉。如果行为人认识到其行为手段和行为大致的规模，认识到违法所得数额大约为十万元左右，但是以为尚未达到刑法处罚的严重程度，则这种错误认识属于对规范构成要件的认识错误，按照外行人所处领域的平行评价理论对故意并不产生影响，行为的刑事责任仍然成立。假设某生产商令广告经营者制作并印刷了少量的虚假广告，仅打算在亲友范围内进行小规模的宣传，但在上传其他数据时不慎将虚假广告电子版也一起上传到某网站，消费者大量浏览该广告而信赖其宣传，纷纷购买该商品，产品制造商经营数额达到十万元以上。此时如果按照虚假广告“情节严重”的情形追究行为人的刑事责任，则有失公允。正确的处理方法应该是，按照上述整体性规范评价要素的规则，行为人缺乏对“情节严重”及违法所得数额达到十万元的基础事实的认识，不存在情节严重的故意。

〔57〕 参见前引〔17〕，Roxin书，第10E节，边码45以下；第12B节，边码105。

〔58〕 参见前引〔9〕，张明楷书，第253页。

〔59〕 外行人所处领域的平行评价理论是处理规范性构成要件要素认识错误的原则，参见前引〔17〕，Roxin书，第12节，边码101以下。

同样的结论也适用于盗窃、诈骗等传统的数额犯。如果行为人将邻居家中的珍贵古瓷盛器误作普通的破瓷罐偷偷拿走,打算作放置杂物之用,根据一般的社会常识认为自己窃取的对象物是“不值钱的东西”,此时如何解决行为人的刑事责任问题?根据“罪体—罪责—罪量”说、客观处罚条件说,数额和情节都不是故意认识内容,则行为人的认识错误对成立犯罪不产生影响,应该按照窃取物的真实价格处罚,则可能按照盗窃物品“数额特别巨大”对行为人处以10年以上有期徒刑或无期徒刑。这种结论从罪责原则的角度来看,显然是有问题的。而如果将盗窃罪中的“数额较大”视为构成要件的整体性规范评价要素,则要求行为人对所窃取的对象物的价值和数额较大具有认识。当然这种认识并不需要是精确的法律认识,即不要求行为人认识到自己的盗窃数额达到司法解释所规定的标准,行为人在社会意义上认识到自己所盗财物价值较大即可。由于整体性规范评价要素要求行为人对作为评价基础的事实情况进行认识,上述盗窃案件的行为人应该对构成盗窃物品价值评价的基础事实有所认识。而对于珍贵的古瓷器来说,其年代久远的文物特性是评判“数额较大”的基础事实,如果行为人对这一基础事实没有认识,一般来说也无法对其价值进行正确的社会意义上的评价,因此不具有故意。同样,在“天价葡萄案”^[60]中,被盗葡萄的科研用途也是评价其价值的基础事实,如果行为人未认识到这一基础事实,则不具有盗窃数额较大财物的故意,不构成盗窃罪。

再如以殴打、捆绑、违法使用械具等恶劣手段逼取口供或以较长时间冻、饿、晒、烤等手段逼取口供的情形,是刑讯逼供罪较为典型的行为不法和结果不法的表现形式,而附着其上的不法含量自然包含在构成要件范围之内,对于其中的客观要素,当然需要行为人认识。此时的情节反映了构成要件典型的不法含量,可以定位为整体性规范评价要素,用整体性规范评价要素的原理解决其与故意认识的关系。行为人需要对殴打、捆绑、违法使用械具,以较长时间冻、饿、晒、烤等手段行为进行认识,否则即不具有故意。假设行为人在对被害人实施讯问后将其关在看守所的一间空房中而忘记被害人的存在,导致被害人长时间受冻挨饿,虽然在客观上符合司法解释规定的情节严重情形,但行为人对这一情节不具有故意,不应成立刑讯逼供罪。即使导致被害人重伤、死亡的后果,这个后果也不应在刑讯逼供罪的构成要件内被评价,可以考虑的是玩忽职守罪的可能性。而如果行为人对殴打、捆绑、违法使用械具等恶劣手段或较长时间冻、饿、晒、烤等逼取口供的手段行为有认识,只是认为这些手段在公安侦查实践中极为正常,并不“严重”,不具有刑事可罚性,这时他在认识到行为事实的基础上根据其非法律人士的理解把握了行为的社会意义,即属于具有外行人的平行评价,根据外行人的平行评价原则,这种对整体性规范评价的规范构成要件要素的错误不影响犯罪的成立。同样,上述关于虚假广告罪的司法解释中第三项“假借预防、控制突发事件的名义,利用广告作虚假宣传,致使多人上当受骗,违法所得数额在三万元以上的”严重情节也属于构成要件的基本不法量域,即使存在“假借预防、控制突发事件的名义”的情形,行为不法与结果不法也可以为虚假广告罪所包括。所以,这一情节中的客观性因素也应该要求行为人认识。如行为人应当对预防、控制突发事件并不存在,对自己虚构预防、控制突发事件以及利用这些事件进行虚假广告,以及违法所得的大致规模这些客观的事实因素具有认识,否则如果行为人误以为发生了突发事件而利用其作广告,广告中也有一定的夸张成分,按照“罪体—罪责—罪量”说、客观处罚条件说的观点都应当成立情节严重的虚假广告行为,显然有失公允。

综上所述,“整体的评价要素”说无法解释所有情节犯中情节的定位问题。即使我们对整体

[60] 案情介绍参见《清华教师愿出钱保偷“天价葡萄”民工回家过年》,《北京娱乐信报》2004年1月14日;以及周光权:《偷窃“天价”科研试验品行为的定性》,《法学》2004年第9期。

的评价要素进行上述体系定位上的微调,将其改造成为“整体性规范评价要素”,也似乎无法完全解决情节的构成要件地位问题,因为我国情节犯中的情节并非是完全紧贴构成要件的行为不法与结果不法展开的,而存在众多的超出构成要件基本不法量域的情形。

(二) 溢出构成要件基本不法量域的情节:情节之教义学多维可能

如果我国刑法中情节犯的情节是紧贴构成要件的行为不法与结果不法展开的,那么我们的研究就可以告一段落了。我们可以将反映构成要件行为不法与结果不法含量的“情节”视为整体性规范评价要素,属于整体评价的规范的构成要件要素,要求行为人认识到相关事实基础,并且理解该事实的一般社会意义,否则就可以排除行为人的故意,否定行为人的刑事责任。然而鉴于我国情节犯中情节的多样性——司法解释对于“情节”的规定,往往超出了它声称所要解释的法条对构成要件的规定,整体性规范评价要素的构成要件定位无疑不能涵盖所有情况。

借助上文对构成要件的量的研究成果,我们发现围绕构成要件的典型行为不法与结果不法存在着一个构成要件基本不法量域。在大多数情况下,构成要件事实所反映的不法含量都在这个基本不法量域之内,根据个案符合构成要件事实的情况,有时较大,有时较小。如果我们把构成要件比作一个容器,它总是具有一定的不法容量,这个容量即是基本不法量域。通常情况下个案符合构成要件时的不法含量在这个容量刻度范围内,在个别的情况下也会超出这个范围(如结果加重犯的情形)。我国司法解释对某些情节的规定即超出了这个量域,溢出了构成要件的轮廓边界。

以刑讯逼供罪为例,最高人民检察院2006年《关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定》列举了存在如下情节严重,应当立案的情形:

1. 以殴打、捆绑、违法使用械具等恶劣手段逼取口供的;
2. 以较长时间冻、饿、晒、烤等手段逼取口供,严重损害犯罪嫌疑人、被告人身体健康的;
3. 刑讯逼供造成犯罪嫌疑人、被告人轻伤、重伤、死亡的;
4. 刑讯逼供,情节严重,导致犯罪嫌疑人、被告人自杀、自残造成重伤、死亡,或者精神失常的;
5. 刑讯逼供,造成错案的;
6. 刑讯逼供3人次以上的;
7. 纵容、授意、指使、强迫他人刑讯逼供,具有上述情形之一的;
8. 其他刑讯逼供应予追究刑事责任的情形。

如上文所述,在这些情形之中,除第1、2项所规定的情节是属于构成要件基本量域范围内的以外,其余皆超出了构成要件基本不法量域,属于溢出基本构成要件边界的情形。

1. 属于结果加重犯的情形

第3项规定的情形,即刑讯逼供造成犯罪嫌疑人、被告人轻伤、重伤、死亡的;以及第4项所规定的情节严重,导致犯罪嫌疑人、被告人自杀、自残造成重伤、死亡,或者精神失常的,实际上已经超出了刑讯逼供基本构成要件所包含的内容(正是基于这种原因,刑法第247条第2款规定,刑讯逼供致人伤残、死亡的,依照故意杀人罪或故意伤害致人重伤、死亡罪处理)。要求行为造成加重的结果,实际上是超出构成要件惯常的语义学的边界与价值衡量的域围对构成要件及其要素进行补充或删减。^[61]这些情节严重的情形,实际上可以作为结果加重犯的情形探讨,只不过司法解释跳过了基本构成要件成立的一环,直接要求在加重结果出现时,行为始构成情节严重,也即始成立犯罪(类似的情形也存在于对报复陷害罪的司法解释之中)。相对于基本构成

[61] 司法解释是否有权对法定构成要件进行这种补充修改?司法解释此处的规定提高了入罪的门槛,实际上是对被告人有利的解释,所以笔者以为这种“解释”从法治原则角度来说并未损害构成要件的保障功能,因而也未违反罪刑法定原则,但削弱了构成要件的呼吁功能,即作为不法类型警示社会成员不得从事此类行为的功能。

要件来说,结果加重犯反映了较大的行为不法与结果不法含量。根据通说,行为人必须对加重结果至少存在过失,即具有对加重结果的预见可能性,否则该结果无法归责给行为人。^[62]由此我们就可以推导出属于结果加重犯情形的严重情节与行为人主观方面的关系:加重结果不是行为人必须认识的内容,但是行为人应该对加重结果至少具有过失。

加重结果类型的“情节严重”、“情节恶劣”的规定,在我国司法解释中较为常见,如1998年最高人民法院《关于审理拒不执行判决、裁定案件具体应用法律若干问题的解释》第3条规定的拒不执行判决、裁定的情节严重情形:“毁损、抢夺执行案件材料、执行公务车辆和其他执行器械、执行人员服装以及执行公务证件,造成严重后果的”(第5项);2008年最高人民法院《关于审理非法行医刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第2条规定的情节严重情形:“造成就诊人轻度残疾、器官组织损失导致一般功能障碍的”(第1项)与“造成甲类传染病传播、流行或者有传播、流行危险的”(第2项)。这些规定,皆是加重结果作为情节严重的情形。

2. 属于客观处罚条件的情形

如果说行为人采取过大强度的刑讯逼供手段,致使被害人重伤、死亡尚属于刑讯逼供罪的规范保护目的之内,属于构成要件之内的结果不法(尽管是超出了基本构成要件的加重结果不法)的话,那么,被害人因遭受刑讯逼供自伤、自杀,致使自己重伤或死亡,就无法再为刑讯逼供的构成要件所包括。以客观归责理论的观点来看,^[63]被害人自伤、自杀行为虽然起因于行为人的刑讯逼供行为,但由于被害人自我危险的行为的加入,使得原来的因果进程发生了偏离,并非刑讯逼供人创设的风险的典型实现;而且刑讯逼供的构成要件规范保护目的不是保护他人不实施自我危害的行为,因此被害人重伤害或死亡的结果无法归责给行为人。以客观归责理论反推之,既然此种情形无法归责给行为人,该结果也就不属于行为人的“作品”,因而行为人对这一结果也无法加以控制。行为人无法控制的结果,不仅不属于基本构成要件范围之内,也超出了结果加重犯的范围。所以,这一情形属于客观的处罚条件。根据通说对客观处罚条件的观点,类似情形不需要行为人具有故意,也不需要存在过失。只要发生被害人自伤、自杀的情形,就可以对行为人的刑讯逼供行为进行追诉。

同样这一结论也适用于该司法解释的第5项。刑讯逼供造成错案的情形,实际上是由于他人(审理被逼供人所涉案件的法官)的行为加入到行为人先前行为的因果进程中所导致的结果,而错案判决是否产生,行为人根本无法左右,属于他人负责的范围,因而也无法归责给行为人。这一情形属于客观处罚条件,所以也不属于刑讯逼供的构成要件范围,不要求行为人对错误判决具有故意或过失。

而如果按照“整体的评价要素”说,在以上几种情形中,作为评价前提的事实均需要为行为人所认识,即被害人重伤、死亡的结果以及错案的产生需要行为人认识,否则即阻断构成要件的故意,行为人不成立情节严重的刑讯逼供,因而不构成犯罪。这显然欠妥。

3. 多次实施构成要件行为的情形以及其他刑事政策因素

除上述情形之外,司法解释往往将行为对象的多个或多次实施构成要件行为视为“情节严重”的情形之一,如“刑讯逼供3人次以上”、“多次抗税”的规定。除营业犯以外,刑法中的构成要件是以一次被充足为原型的,所以这种要求也超出了构成要件的原量域,故不要求行为人对对其进行认识。而依照“整体的评价要素”说,则需要行为人对对其进行认识,就会导致记忆力

[62] Vgl. Wessels/Buelke, Strafrecht AT, 39. Auflage, Heidelberg [u. a.] 2009, § 15, Rn. 693 u. § 17, Rn. 788; 前引 [6], Jakobs 书, 第 9 节, 边码 30 以下; 前引 [6], Gropp 书, 第 5 节, 边码 83。

[63] 关于客观归责理论, 详见前引 [17], Roxin 书, 第 11 节, 边码 44 以下。

差、未认识到行为对象和行为的复数性的行为人反而会受到法律的优待的荒诞结果。^{〔64〕}

另外，犯罪后的表现、被害人的因素等等，也被司法解释视为情节的影响因素，作为判定情节严重与否的依据。如2006年最高人民法院《关于审理未成年人刑事案件的具体应用法律若干问题的解释》第9条即将未成年人“案发后如实供述盗窃事实并积极退赃”与其他因素一起作为“情节显著轻微，危害不大”的情形。这些案外因素，显然已经离开了构成要件的领域。立法者从遏制犯罪和安抚被害人等刑事政策目的出发，把构成要件之外的因素考虑进来，作为影响犯罪成立的因素。这些因素不具有构成要件的地位，因而也不属于“整体性规范评价要素”，自然不属于行为人故意认识的内容。

最后，我国司法解释关于情节犯往往还存在“其他情节严重的情形”的兜底性规定，为司法实践认定情节严重留下更广阔的解释空间。对于兜底性的规定，我们同样可以按照上述的分析方法，将其按照具体情形分别划归为整体性规范评价要素、结果加重犯情形、客观处罚条件与其他刑事政策因素，再依据相关原则进行处理。通过这种犯罪论上的体系整合与归类，我们就可以对情节犯按照立法者的立法意图进行细化的教义学处理，解决实践中因立法规定粗陋而导致的情节犯故意范围认定的恣意性问题。

纵观我国司法解释对情节犯的规定，“情节严重”的情形概不外乎如下四种：即情节属于对典型构成要件不法含量的要求，超出构成要件基本不法量域的加重结果要求，客观处罚条件，以及构成要件多次符合的情形或其他基于刑事政策原因提出的案外要求等等。如2010年5月7日《最高人民检察院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》第75条对刑法第222条虚假广告罪“情节严重”追诉标准的理解，^{〔65〕}其中第1—3项关于违法所得数额及造成消费者直接经济损失的规定属于对虚假广告罪典型构成要件不法（行为不法与结果不法）含量提出的要求；第4项“未达到上述数额标准，但两年内因利用广告作虚假宣传，受过行政处罚二次以上，又利用广告作虚假宣传”的规定，属于从行为人刑事政策角度出发所提出的情节要求；而第5项“造成人身伤残”的规定，则属于超出虚假广告基本犯构成要件范围对加重结果提出的要求。类似规定为数众多，恕不一一赘述。

五、结 语

本文通过对构成要件的不法类型本质及诠释学特征的阐释，论证了构成要件乃是包含一定不法含量预设的介于规范与事实之间的构造，并揭示了不法含量的渐变性、流动性特征。构成要件作为对某种“恶害”的定型化描述，与它所涵摄的个案生活事实存在着互动的关系，构成要件的解释过程就是个案与构成要件之间互相的意义赋予与价值归类的过程。每个生活事实对构成要件的充足，都是一次不法含量的确定与具体化，因而构成要件永远面临着量的检验。一言以蔽之，自实质违法性理论创设以来，构成要件就不再是一个宾丁意义上的空洞的规范违反，而是一个具

〔64〕 张明楷教授也认识到这一结论的荒谬性，将这种情形视为“客观的超过要素”，不要求行为人对之进行认识。参见前引〔9〕，张明楷书，第220页以下。但如果严格贯彻“整体的评价要素”说，则应该将该“情节严重”的情形视为整体的评价要素，要求行为人认识。“整体的评价要素”说的局限性，由此可见一斑。

〔65〕 该规定第75条规定：“广告主、广告经营者、广告发布者违反国家规定，利用广告对商品或者服务作虚假宣传，涉嫌下列情形之一的，应予立案追诉：（一）违法所得数额在十万元以上的；（二）给单个消费者造成直接经济损失数额在五万元以上的，或者给多个消费者造成直接经济损失数额累计在二十万元以上的；（三）假借预防、控制突发事件的名义，利用广告作虚假宣传，致使多人上当受骗，违法所得数额在三万元以上的；（四）虽未达到上述数额标准，但两年内因利用广告作虚假宣传，受过行政处罚二次以上，又利用广告作虚假宣传的；（五）造成人身伤残的；（六）其他情节严重的情形。”

有渐变的不法含量的构造，是一个质量统一体。每一个构成要件都存在着由行为不法与结果不法组成的基本不法量域。以“构成要件基本不法量域”为标准，我们得以廓清我国刑法情节犯之情节与构成要件的关系，进一步界定了数额以及其他情节之中客观因素与行为人主观方面的关系，为主观方面的认识内容划定了边界。

1. 数额与大多数描述行为不法与结果不法的情节皆属于构成要件的基本不法量域，在构成要件的范围之内，具有构成要件地位。刑法分则“数额较大”、“情节严重”、“情节恶劣”等规定属于构成要件要素，其定位是“整体性规范评价要素”。

2. 司法解释对我国刑法上的情节犯进行的细化补充规定往往超出了刑法所规定的基本构成要件，使得情节犯具有教义学上的多维性。一些情节已经超出了基本构成要件的边界，溢出了构成要件的基本不法量域。基于这种对情节犯的教义学多维性的认识，我们可以发展出解决情节犯的情节与行为人主观方面的关系问题的方法：以基本的构成要件行为不法和结果不法为基域，确定行为人故意认识的边界。属于基本构成要件行为不法和结果不法的情节，应该在行为人主观方面的射程范围之内，以“整体性规范评价要素”的原则处理；对于超出这个基域的情节，依具体情形再次进行教义学的定位，或者按照结果加重犯，或者按照客观处罚条件，或者按照其他刑事政策方面的因素确定其与行为人主观方面的关系。

至于如何确定“基本构成要件行为不法和结果不法”这一基域，笔者以为，在规范的层面，它可由构成要件的语义学意义和立法者设置构成要件的规范目的推导出来；在实证的层面，我们可以根据实践中符合构成要件的生活事实的出现频率对其进行确定。

藉由我国刑法总则但书规定的通道，司法解释对犯罪构成的补充性“解释”实际上获得了立法的品格。如此被司法解释补充与修改的犯罪构成不是德日刑法理论意义上的仅为行为不法与结果不法划定预设空间的不法类型，而是一个包含了基本构成要件、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”。值得注意的是，这个复合体与德国犯罪论中阶层式的广义构成要件（即三阶层的广义构成要件——构成要件该当性—违法性—有责性与四阶层的广义构成要件——构成要件该当性—违法性—有责性—客观处罚条件与刑罚免除事由）并不可同日而语。因为在德国阶层式的广义构成要件中，构成要件、违法性、有责性互相独立又层层递进，构成要件相对封闭稳定，具有清晰的结构与边界，因而通过构成要件对不法类型的清晰描述，构成要件的呼吁功能与保障功能得以发挥。而在我国的犯罪构成中，基本构成要件边界不清，加重结果、客观处罚条件等基本构成要件之外影响犯罪成立的因素隐藏在“情节严重”的规定之中，在构成要件的适用过程中被“激活”，不断地对基本构成要件构成侵扰。它们在外观上具有构成要件解释的假象，实际上具有独立的影响犯罪成立的犯罪论地位。由于客观的构成要件是行为人主观方面的认识内容，轮廓明晰的构成要件就能够为主观方面的认识对象范围划定清晰的边界。而在我国四要件的犯罪构成之中，躲藏在构成要件解释外衣下的上述影响犯罪成立的因素模糊了构成要件的基本边界，妨碍了构成要件的呼吁功能与规制故意认识范围的作用。^{〔66〕}

因而对我国犯罪构成这一“类构成要件复合体”进行教义学解剖，将加重结果、客观处罚条件从基本构成之中剥离，使其复归本来的位置，还原基本构成要件清晰的面目，对我们重建构成

〔66〕 也正是在这个意义上，陈兴良教授指出，承袭苏俄犯罪构成理论的我国刑法犯罪构成，作为犯罪成立条件的总和，其中“已经看不到构成要件的踪影，构成要件所具有的特征与机能也荡然无存”。基于此种认识，陈兴良教授对我国犯罪构成作出“没有构成要件的犯罪构成”的诊断，确是一针见血。参见陈兴良：《四要件：没有构成要件的犯罪构成》，《法学家》2010年第4期。在赞成上述观点的基础上，笔者进一步认为，我国的犯罪构成与德国三阶层体系中的构成要件具有本质规定上的相似性，仍然具有构成要件性质，只是与加重结果、客观处罚条件以及其他刑事政策因素相互融合，所以我国犯罪构成之中并非完全缺失构成要件，而是存在着一个边界不清的构成要件。

要件的科学认识,解决主观方面与情节之间的关系,深化结果加重犯、客观处罚条件的理论研究等皆有重要的理论价值。

提倡“基本构成要件”与“构成要件基本不法量域”的理念,不仅为界定情节犯的犯罪论定位与确定情节(包括数额)与主观方面的关系提供了解决方案,也为在法哲学与教义学层面沟通三阶层体系的构成要件与我国四要件的犯罪构成理论打通了一条解释学的通道。在这个意义上,“基本构成要件”与“构成要件基本不法量域”的理念是对我国犯罪构成进行教义学分析的重要方法论工具,其中蕴含着广阔的犯罪论解释学的前景。

Abstract: The Chinese criminal law is characteristic in that a great deal of offenses should amount to a certain seriousness demonstrated in certain circumstances prescribed by the penal law or its judicial interpretation in order to be regarded as a crime. How to define the requirement of serious circumstances in the so-called circumstance-delikts within the framework of crime constitution has been one of the theoretical difficulties in Chinese criminal law. Inspired by the quantitative analysis of the unlawfulness in German criminal law theory which allows a gradual variation of unlawfulness, the author finds that the crime constitution is the integrity of quality and quantity. Its quality is the punishable negative “thing” and varies within a certain limit. Thus an artificial separation of the quantity from its quality in dealing with circumstance-delikts as argued by some Chinese scholars can not be accepted.

Based on this conclusion, the author constructs a theoretical analyzing tool, namely “the basic quantity range of unlawfulness” due to the basic idea that a certain crime as an unlawfulness type contains always a certain quantity of unlawfulness, to analyze the position of the circumstance requirements in circumstance-delikts. Using this tool, we manage to find that a majority of the circumstance requirements in circumstance-delikts in Chinese criminal law are covered by the basic quantity range of unlawfulness of these delikts and therefore are constitutive elements of them and can be regarded dogmatically as the “general normative evaluating elements”. Consequently, the objective part of the “general normative evaluating elements” should be included in the intention in the case of intentional crimes, which means that the offender should know the factual foundation of serious circumstances in order to establish the crime. However, due to their normative evaluating nature, it is not necessary for the offender to understand the precise legal meaning of circumstance requirements. As to the other circumstance requirements in circumstance-delikts beyond the basic quantity range of unlawfulness of the related crime, it is possible for their orientation in the crime constitution only by specific dogmatic analysis. Some of circumstance requirements are actually aggravated results in the meaning of aggravated crimes, while some other can be treated as the objective prerequisite of punishment. And still others are factors of criminal policy and do not belong to the crime constitution any more.

Key Words: type of unlawfulness, quantity of unlawfulness, basic quantity range of unlawfulness, general normative evaluating element
