

但书、罪量与扒窃入罪

梁根林*

内容提要：刑法修正案八生效以来，扒窃应否一律入罪、但书是否得为扒窃的出罪依据之争，困扰着我国刑法理论与司法实务。解决这一问题的理论前提是，建立对但书及其规制下的罪量类型、政策机能、体系定位、出罪机制的基本共识，消除刑法知识转型时代不同话语系统囿于语境差异的对话困难。通过以阶层犯罪论体系与我国刑法规定为背景，立足于刑法教义学与刑事政策的融通，分析我国刑法特有的罪量要素的类型与政策功能，可以认为，扒窃包含为但书所规制并须结合刑法的规范保护目的进行涵摄的罪量要素。从扒窃行为的客观不法与“扒手”的人的主观不法两个维度，才能揭示扒窃的规范含义，并据以依次判断扒窃行为是否该当扒窃型盗窃罪的构成要件。扒窃作为盗窃罪的不法行为定型，既表明我国刑法包含涵摄罪量要素，也展现了我国刑法以行为不法为基础，重视人的不法的新动向。

关键词：但书 罪量 扒窃 不法

引言

刑法修正案八对刑法第 264 条规定的盗窃罪做了重大修改，在“盗窃公私财物，数额较大”或者“多次盗窃”之外，又规定了“入户盗窃”、“携带凶器盗窃”与“扒窃”三种独立的盗窃罪不法行为定型。这一修改大大扩展了盗窃罪的规制范围，有助于改变我国刑法个罪罪刑规范结构“厉而不严”的现象，更好地规制盗窃罪这一最为常见多发的财产犯罪。但是，与“在道路上醉酒驾驶机动车”被规定为危险驾驶罪的独立不法行为定型一样，将扒窃规定为盗窃罪的独立不法行为定型，亦引发了司法实务与刑法理论关

* 北京大学法学院教授。

本文系作者根据 2012 年 4 月 16 日在第 10 期“当代刑法思潮论坛”所作“但书、罪量与醉驾、扒窃”主题报告修改而成。感谢张明楷教授、周光权教授、刘明祥教授、冯军教授、劳东燕副教授、车浩副教授、付立庆副教授、王莹博士、江溯博士的点评与建议。感谢储槐植教授、张文教授、陈兴良教授、曲新久教授在本文写作过程中以不同方式给予的指教与批评。感谢匿名评审人提出的宝贵修改意见。当然，文责自负。

于扒窃应否一律入罪、但书是否得为扒窃的出罪依据之争。^{〔1〕}只是相对而言,后者未能引起学界的足够关注,但基层司法实务部门在处理扒窃案件时却面临严重困惑,案件处理结果乱象丛生。有的地方机械地认为扒窃应当一律入罪,甚至出现了引起广泛非议的扒窃1.5元以盗窃罪定罪并被判处6个月有期徒刑的判决;有的则走到了另一极端,仍以一般盗窃的定罪标准评价扒窃,从而事实上虚置了刑法修正案八关于扒窃作为盗窃罪独立不法行为定型的规定;有的各行其是地设置了可得刑拘、逮捕、起诉、定罪、判刑的扒窃数额标准、情节标准或者其他刑事追诉门槛;更多的地方则任由办案人员根据刑法修正案八对刑法第264条的修改以及对但书的理解,自由裁量、自行斟酌决定是否将扒窃作为盗窃罪追诉。^{〔2〕}

笔者认为,正确解释刑法修正案八关于扒窃的规定,当然是依法认定扒窃型盗窃罪的关键。但是,围绕扒窃是否一律入罪、可否根据但书出罪的实务分歧与理论争论,症结并不在于对扒窃的法条文义本身的阐释,而在于实务界与学界对但书及其规制下的罪量要素的类型、内涵、功能与定位的解读不同。迄今为止,学界虽然早就关注但书及其规制下的罪量要素,但研究并不深入,且分歧严重。这种状况直接导致了实务界与学界对扒窃能否适用但书出罪等具体问题的认识分歧。因此,笔者认为,如果不能超越扒窃应否一律入罪以及但书是否得为扒窃出罪依据等具体问题与结论上的纠结,而首先致力于建立理论与实务对但书及其规制下的罪量要素的类型、刑事政策机能、刑法体系定位的基本共识,消除刑法知识转型时代不同话语系统囿于语境差异的对话困难,我们对具体问题的讨论和研究就可能无法有效推进,最终落入理论上自说自话、实务上各自为政的窠臼。有鉴于此,本文拟首先探讨但书的刑事政策机能与罪量要素的类型,分析罪量要素在犯罪论中的体系定位,再具体探讨但书及其规制下的罪量要素在具有标本意义的扒窃不法行为定型中的解释与适用。

一、但书的机能与罪量类型

(一) 但书的刑事政策机能

一般认为,我国刑法总则第13条后半段所规定的但书是该条前半段规定的一种例外、限制、补充或附加说明,是我国刑法犯罪立法定义的必要组成部分。^{〔3〕}

但书的规定表明,我国刑法的犯罪定义采取了不同于外国刑法“立法定性+司法定量”二元化定罪模式的“立法定性+定量”的一元化定罪模式。^{〔4〕}根据这种一元化定罪

〔1〕 参见张明楷:《盗窃罪的新课题》,《政治与法律》2011年第8期;肖中华、孙利国:《“扒窃”犯罪成立要素的合理界定——侧重于行为无价值论的基本立场》,《政治与法律》2012年第9期;聂生奎:《扒窃行为不必一律入罪》,《检察日报》2012年11月5日。

〔2〕 参见卢杰、周斌:《基层公检法:尽快统一扒窃入罪标准》,《法制日报》2011年8月31日;秦莹、牛旭东、张晨、王娟、王黎黎:《“扒窃”定罪争议也不小》,《检察日报》2011年9月14日。

〔3〕 周旺生教授将法律但书的功能归纳为以立异的方式求同、以限制的方式求度、以救偏的方式求全、以附加的方式求适当、周全、使特别规定醒目地区别于一般规定等诸多功能。参见周旺生:《论法律但书》,《中国法学》1991年第4期。

〔4〕 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。

模式，立法者不仅应当设定可得犯罪化的不法行为类型（定性描述），以确定刑法评价和干预不法行为的范围边界，而且应当限定刑事可罚的不法行为的危害程度（定量标准），以确定刑法评价和干预不法行为的程度边界。^{〔5〕}司法者在解释、适用刑法分则构成要件时，不仅应当判定行为是否符合刑法分则规定的该不法行为定型的类型特征，而且应当具体认定行为是否达到法定的情节（情节犯）、后果（结果犯）或者数额（数额犯）等体现定量要求的罪量标准。原则上，只要行为符合不法行为定型的类型特征，又达到法定的罪量标准，即得予以定罪处罚，司法者并无“立法定性+司法定量”二元化定罪模式下广泛而自由的决定罪与非罪的裁量空间。^{〔6〕}

储槐植教授最早界定了我国刑法“立法定性+定量”的犯罪定义模式，并阐释了但书的刑事政策机能。他指出，但书虽然直接渊源于苏俄刑法典犯罪概念的附则，但其深层的渊源是我国“法不治众”的传统法律文化。但书将定量分析纳入犯罪定义，具有重大的刑事政策价值。^{〔7〕}在随后的研究中，储槐植教授进一步界定了但书的照应功能（总则一般性但书照应分则构成要件的具体罪量要素）与出罪功能（对符合不含罪量要素的构成要件的行为，因情节显著轻微危害不大而不予入罪）。^{〔8〕}储槐植教授对但书的刑事政策机能的挖掘，无疑具有重要意义。

但是，在笔者看来，如果转换视角，但书的刑事政策机能其实更应当分别在立法性的刑事政策与信条性的刑事政策范畴内予以理解。也就是说，但书作为犯罪定义的重要组成部分，不仅对于立法者在刑法分则中设置构成要件具有立法性的刑事政策指引机能，而且对司法者解释、适用刑法分则规定的构成要件具有信条性的刑事政策指引机能。基于但书的立法性刑事政策指引机能，立法者在刑法分则规定的大多数罪状中，根据构成要件行为类型的不同性质，特别是法益的不同性质、侵犯法益行为方式和侵犯法益的主观心态的不同情况，将数额较大、情节恶劣（严重）、后果严重等罪量要素规定为犯罪构成要件。如果不法行为没有达到这些罪量标准，就认为不该当构成要件，因而“不认为是犯罪”。而但书的信条性刑事政策指引机能不仅体现在司法者解释与适用规定了罪量要素的刑法分则条文时，要具体判断行为是否该当构成要件的类型特征、达到罪状规定的罪量标准，两者兼备时，才能判定行为该当构成要件（此即但书的照应功能），而且体现在解释与适用罪状中只含定性描述而未做罪量要求的刑法分则条文时，但书仍然具有出罪功能。

刑法分则中某些犯罪的罪状只含定性描述而未做罪量要求，形式上明文排除了罪量要素在罪状中的存在，但这绝不意味着排除了但书对符合罪状类型特征的不法行为的入罪出罪规制机能。在立法者看来，不含罪量要素的罪状所描述的犯罪，或者是侵犯比较重大法益的犯罪，或者是以性质与危害比较严重的方式实施的犯罪，或者是出于特别的主

〔5〕 参见梁根林：《刑事法网：扩张与限缩》，法律出版社2005年版，第29页。

〔6〕 至于两种定罪模式的利弊及其立法选择之争，则非本文关注的焦点。相关文献有储槐植、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；储槐植、张永红：《刑法第13条但书与刑法结构——以系统论为视角》，《法学家》2002年第6期；前引〔5〕，梁根林书；陈兴良：《社会危害性理论：一个反思性检讨》，《法学研究》2000年第1期；陈兴良：《社会危害性理论：进一步的批判性清理》，《中国法学》2006年第4期。

〔7〕 参见前引〔4〕，储槐植文。

〔8〕 参见前引〔6〕，储槐植等文。

观心态实施的犯罪，因而只要行为符合罪状的定性描述，就被认为具有严重不法，即应赋予刑事可罚性，没有必要明文规定罪量标准。但是，构成要件既然属于不法行为特征的类型化概括，那么，司法者在解释、适用法条规定的罪状时，虽然原则上可以根据行为符合罪状的定性描述，判定构成要件的该当性，但仍然不能排除例外情况下，结合个案具体情况，斟酌确定是否存在因“情节显著轻微危害不大”而“不认为是犯罪”的可能空间。也就是说，即使是所规定的不法行为本身的性质已经类型性地使其具有刑事可罚性的刑法分则条文，在解释、适用时仍得受但书的指引。如果综合案件事实的全部情况，认为确属“情节显著轻微危害不大”的，仍得认为不该当构成要件，不得认为是犯罪。

（二）罪量要素的类型分析

对罪量要素在我国刑法中的存在形式进行类型分析，有助于更好地发挥但书与罪量要素规定的刑事政策机能，实现刑法解释与适用中入罪与出罪的平衡。

1. 根据罪量要素规定在刑法总则条文中还是分则条文中，可以区分为消极罪量要素与积极罪量要素。消极罪量要素是指但书关于“情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪”的规定。这一规定从消极的方面，反证了行为构成犯罪必须排除“情节显著轻微危害不大”因而不具有刑事可罚性的情形。积极罪量要素则是刑法分则以明示或者暗示的方式规定的反映行为不法程度的罪量要素，是但书这一消极罪量要素规定在刑法分则罪状中的正面展开。消极罪量要素与积极罪量要素，分别对应于刑法总则侧重出罪机能的发挥与刑法分则强调入罪机能的发挥。

2. 根据罪量要素是否被刑法分则明文规定，可以区分为法定罪量要素与涵摄罪量要素。法定罪量要素是刑法分则在罪状中明文规定的罪量要素。我国刑法分则三分之二以上的条文，根据不同犯罪侵犯法益的性质、方式等不同情况，以“数额较大”、“情节严重”、“情节恶劣”或者“严重后果”等形式，明文规定了构成犯罪必须达到的罪量要求。后者是刑法分则在罪状中没有明文规定，但根据但书的规制机能，以隐藏的方式被涵摄在罪状之中的罪量要素。涵摄的罪量要素虽然不在表述罪状的语言文字的通常字面文义之内，但可以根据但书以及表述罪状的分则条文的规范保护目的予以涵摄，并且实际发挥的只是限缩处罚范围的机能，因而仍然是判断行为是否该当构成要件的重要依据。以引诱、容留、介绍卖淫为例。治安管理处罚法第67条和刑法第359条用完全相同的语言文字，分别表述了引诱、容留、介绍卖淫的不法构成要件，前者为行政不法构成要件，后者为引诱、容留、介绍卖淫罪的构成要件；对前者适用行政拘留和罚款等行政处罚，对后者则处5年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金。根据法律的字面规定，引诱、容留、介绍他人卖淫的行为，文义上既符合作为行政不法的引诱、容留、介绍卖淫的构成要件，亦符合引诱、容留、介绍卖淫罪的构成要件。如果不用但书予以限缩，就无法区分引诱、容留、介绍卖淫行为的行政不法与刑事不法。此时，唯一的选择只能是将“情节显著轻微危害不大”因而不具有刑事可罚性的引诱、容留、介绍卖淫行为解释为行政不法并科处行政处罚，而将刑法第359条规定的“引诱、容留、介绍他人卖淫”解释为排除了“情节显著轻微危害不大”的情形，根据该条的规范保护目的具有刑事可罚性的引诱、容留、介绍卖淫。可见，罪量要素实际上就隐藏在刑法第359条规定的“引诱、容留、介绍他人卖淫”之中，解释适用者必须根据但书的信条性规制机能与该条的规范保

护目的，将未被明文规定但涵摄在法条中的罪量要素解读出来。

3. 根据刑法分则条文对罪量要素的规定方式，法定的罪量要素又可以分为明示罪量要素与暗示罪量要素。明示罪量要素，是指刑法分则在罪状中对不法行为的类型特征进行定性描述后，又以简单直白、明确告示的方式，规定了行为构成犯罪必须达到的定量标准。刑法分则规定的绝大多数罪量要素都是明示罪量要素。例如，盗窃罪的两种不法行为定型，“盗窃公私财物，数额较大”以及“多次盗窃”，都包含了明示罪量要素。而暗示罪量要素是指刑法分则在罪状中描述不法行为的类型特征时，将罪量要素纳入定性描述的通常文义中，使符合罪状描述的类型特征的不法行为必然同时蕴含了相应的罪量要素。刑法修正案八增加规定“入户盗窃”与“携带凶器盗窃”为盗窃罪的不法行为定型即为适例。对前者，立法者将入户这一不法行为对他人住宅安宁的非法侵犯，作为升高盗窃行为不法程度并使其具有刑事可罚性的罪量因素，植入“入户盗窃”的不法行为定型之中；对后者，立法者将携带凶器这一不法行为对被害人包括公众安全的潜在威胁，作为升高盗窃行为不法程度并使其具有刑事可罚性的罪量因素，植入“携带凶器盗窃”的不法行为定型之中。

一般说来，明示罪量要素不存在如何发现的问题，司法者只需在认定的行为事实与包含明示罪量要素的构成要件之间，做是否该当的判断。我国学者通常所称的罪量要素往往仅限于明示罪量要素，而忽视了暗示罪量要素，进而产生了对包含暗示罪量要素的构成要件是否需要进一步结合但书予以限缩解释的争议。其实，暗示罪量要素不同于涵摄罪量要素之处在于，它同样被刑法分则明文规定，并处于表述罪状的语言文字的通常字面含义范围之内，只不过它是以相对于明示罪量要素比较委婉的方式表达了对行为该当构成要件的罪量要求，因而容易产生解释与适用上的疑义。解释适用者必须揭示法条中存在的暗示罪量要素，然后再在认定的行为事实与包含暗示罪量要素的构成要件之间，做是否该当的判断。

二、法定罪量的体系定位

在刑法分则明文规定了罪状的罪量要素，特别是诸如数额较大、情节恶劣、后果严重等法定且明示的罪量要素的情况下，这些罪量要素的体系性地位如何，是与不法程度相关的构成要件要素，还是与不法无关的犯罪成立的客观处罚条件，成为近年来刑法理论研究的前沿问题，并在相当程度上直接影响了对相关案件的正确处理，引起舆论、实务界与学界的关注。

陈兴良教授在其创设的由罪体、罪责、罪量构成的犯罪论体系中，曾将罪量界定为“在具备犯罪构成的本体要件的前提下，表明行为法益侵害程度的数量要件”。〔9〕陈兴良教授主张将罪量要素定位为犯罪构成要件，明确反对将罪量要素解释为客观处罚条件，认为“客观处罚条件说”违反刑法第13条犯罪定义关于犯罪是应受刑罚惩罚的行为的规定。〔10〕

〔9〕 陈兴良：《规范刑法学》，中国政法大学出版社2003年版，第95页。

〔10〕 同上书，第96页。

在《口授刑法学》一书中，陈兴良教授仍然维持了上述立场。^{〔11〕}但是，随着陈兴良教授与四要件犯罪构成理论彻底分道扬镳、全面接纳三阶层犯罪论体系，他对罪量要素的体系性定位发生了根本变化，转而主张“客观处罚条件说”，认为“将情节和数额等罪量要素作为客观处罚条件来看待是妥当的”。^{〔12〕}

然而，陈兴良教授的这一重新定位很难令人苟同。

其一，罪量要素无论如何都是至少与不法相关的犯罪成立条件。罪量要素，无论以数额、情节还是后果的形式被刑法分则法定化，都从不同的方面表明了行为的法益侵害程度。达到法定的罪量要求，表明行为的法益侵害程度严重到刑罚可罚的程度，即不法程度升高到刑事可罚的程度；否则，表明行为的法益侵害程度显著轻微，不法程度降低到刑事不可罚的程度。既然是与不法相关的犯罪成立条件，在阶层犯罪论体系中，就必须将罪量要素特别是其中的数额型罪量要素与结果型罪量要素归位为构成要件要素。更准确地说，应将其定位为分则所规定的定性构成要件要素之后成立犯罪所必需的定量构成要件要素。

其二，如果将罪量要素定位为与不法、罪责无关的客观处罚条件，则可能在相当程度上瓦解责任主义原则。既然罪量要素是与不法无关的客观处罚条件，就没有必要受责任主义原则的规制。以盗窃罪为例，按照这种理解，只要行为人以非法占有为目的，实施符合盗窃行为定型的窃取他人财物的行为，就应被认为具有盗窃罪的构成要件该当性、违法性与有责性，从而具备犯罪成立条件，实际窃得的财物数额较大只是决定其实际可罚的客观处罚条件。如果数额不大，则不以盗窃罪论处。按照这种逻辑，即使只是出于小偷小摸、非法占有数额不大的他人财物的目的，实施符合盗窃行为定型的行为，却意外地实际窃取了数额较大甚至巨大或特别巨大的他人财物，亦得构成盗窃罪，或者得按盗窃罪的加重构成适用加重法定刑。2012年河南省郑州市管城区人民法院，根据保姆张某因不满雇主拖欠工资，盗窃雇主使用的购买价为68000元的诺基亚Vertu手机，准备日后自己使用的事实，于同年6月14日做出一审判决，认定张某的行为构成盗窃罪，判处其有期徒刑10年，并处罚金2万元。^{〔13〕}这一判决完全无视被告人庭上所作的“不知道手机这么贵，寻思手机也就一两千块钱，正好抵工钱了”的辩解。其背后的法理逻辑是将盗窃对象的价值视为与不法、责任无关的客观处罚条件，因而即使行为人对盗窃对象的价值存在重大认识错误，亦不影响根据盗窃对象的实际价值对行为人定罪并适用加重法定刑。这种逻辑既不符合责任主义原则，亦违反了常情常理，依此做出的一审判决，才会引发业界与舆论的普遍质疑，并被二审法院裁定撤销原判、发回重审。^{〔14〕}

〔11〕 参见陈兴良：《口授刑法学》，中国人民大学出版社2007年版，第236页。

〔12〕 陈兴良：《刑法的明确性问题：以〈刑法〉第225条第4项为例的分析》，《中国法学》2011年第4期。

〔13〕 参见《保姆工钱未发偷盗雇主手机 价值六万连称想不到》，<http://news.sohu.com/20120628/n346763322.shtml>，2012年6月28日访问。

〔14〕 令人欣慰的是，2012年12月28日郑州市管城区法院重审后纠正了原一审判决的错误认定。重审后虽然认为张某盗窃财物实际价值数额特别巨大，但鉴于所盗手机价值明显超出社会公众的一般认知水平，该手机外观无明显特征显示其高额价值，并结合张某的文化水平和生活阅历，认定其当庭供述称“以为该手机价值2000多元”属实。故张某对所盗手机的价值存在重大认识错误，其主观上只有非法占有他人“数额较大”财物的故意，而无非法占有“数额特别巨大”财物的故意，应当按照其主观故意的内容确认盗窃数额。故以盗窃罪判处张某有期徒刑2年，并处罚金3000元。

如果根据责任主义原则处理本案，在行为人对被盗窃对象的价值存在重大认识错误，并且根据社会一般人的通常判断，亦无法合理地认识到被盗窃对象的价值特别巨大时，当然不能无视案件的特殊情况，而简单地按盗窃对象的实际价值认定犯罪数额，并据以定罪量刑。本案被告人盗窃的手机价值巨大显然非一般人所能认识，更非在雇主家从事保姆劳务的本案被告人所能认识。撇开本案可能存在的行为时手机实际价值已经大大低于购买价、是否出于发泄对雇主拖欠工资的不满而偷拿雇主手机以及被告人是否存在自首等因素不论，对本案被告人充其量只能认定是在盗窃数额较大的财物的犯罪目的支配下，窃得了客观上价值数额巨大的手机。如果其行为构成盗窃罪，亦只能在盗窃罪的基本法定刑幅度内裁量适当的刑罚。^[15]

由此引发的笔者的疑虑是，我国刑法分则中以各种形式规定的罪量要素，至少占现行刑法规定的罪名的三分之二，如果将罪量要素定位为与不法甚至责任无关的客观处罚条件，可想而知，本来在我国刑法中就未得到全面、有效贯彻的责任主义原则，在这些包含法定罪量要素的刑法分则条文的解释与适用中，必然面临着被大面积瓦解的危险。

其三，即使在德日阶层犯罪论体系的语境中，客观处罚条件虽然有其立法根据，但德国刑法教义学对客观处罚条件是否真正存在（客观处罚条件是否可以分别归属于构成要件要素或者刑事诉讼条件）、其功能为何（到底是刑罚限制事由，还是刑罚扩张事由），始终充满争议。有的学者完全拒绝客观处罚条件的概念，有的学者则将客观处罚条件视为构成要件的一部分。^[16]“人们的共识仅仅在于：这种特征无论如何都不允许属于不法或者罪责”。^[17]也就是说，客观处罚条件仅仅“是指这样一些情况，它们与行为直接相关，但既不属于不法构成要件也不属于责任构成要件”，^[18]而是处于不法构成要件以外的一种影响犯罪成立的可罚性实体要素。

在承认客观处罚条件为犯罪成立条件的学者中，耶赛克、魏根特与罗克辛的意见具有代表性。按照耶赛克、魏根特的说法，客观处罚条件包括纯正的客观处罚条件与不纯正的客观处罚条件，纯正的客观处罚条件是纯粹的刑罚限制事由，当然与责任原则不存在紧张关系。不纯正的客观处罚条件则包括伪装的刑罚加重事由与被隐藏的构成处罚的行为情况。前者“就其本质而言应属于不法构成要件，但形式上被规定为应受处罚的条件，因为立法者想将其与故意或过失联系的要求相分离。从实质上看，是基于刑事政策的理由对责任原则作出限制。”^[19]后者“同样仅基于刑事政策理由而从形式上与不法和责任

[15] 值得参考与借鉴的是，德国刑法第16条规定：（1）行为人行为时对法定构成要件缺乏认识，不认为是故意犯罪，但要对其过失犯罪予以处罚；（2）行为人行为时误认为具有较轻法定构成要件的，对其故意犯罪仅能依较轻之法规处罚。上述规定表明，对作为刑罚构成事由的基本构成要件事实发生错误，至少可以实现阻却故意犯的法律效果；对作为刑罚加重事由的加重构成要件事实发生错误的，仅按基本构成要件的故意犯予以处罚。日本刑法第38条第2项亦有类似规定：“犯重罪而于犯罪时不知其重者不得从其重罪处断。”我国刑法虽无相应规定，但在此等行为人对基本构成要件事实或加重构成要件事实发生重大认识错误的场合，完全可以根据责任主义的要求，运用构成要件错误理论，合理认定上述案件。

[16] 参见[德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社2001年版，第668页以下。

[17] [德]克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论》（第一卷），王世洲译，法律出版社2005年版，第690页。

[18] 前引[16]，耶赛克等书，第667页。

[19] 同上书，第669页。

联系相区别”。〔20〕不纯正的客观处罚条件的两种情况显然都属于刑罚扩张事由，均涉及对责任原则的限制。因此，耶赛克、魏根特承认，虽然这种限制因风险刑法的思想而得以在一定程度上合法化，但存在本来意义上的解释论疑虑。〔21〕罗克辛虽然主张客观处罚条件得为构成要件、违法性、有责性之后的第四犯罪成立条件，但其理论体系是刑事政策为基础的理性导向体系，不法理论与罪责理论始终是其核心构造。所有与不法相关的不法构成要件要素，包括决定不法之存在以及提升不法程度的不法构成要件要素，都必须成为罪责规制的对象，而不能游离于罪责之外。因此，罗克辛批判了德国刑法教义学中过分扩张客观处罚条件的做法，排斥了所谓不纯正客观处罚条件的说法，仅仅将个别与不法和罪责无关，基于“刑法之外的目的设定”而规定在刑法中的客观处罚条件，作为刑罚限制事由纳入其犯罪论体系。〔22〕

可见，即使客观处罚条件在当今的德国刑法教义学中仍然占有一席之地，但在责任主义原则的规制下，它也只能是那些与不法和责任无关的刑罚限制事由，而不应是与不法和责任相关的刑罚扩张事由。而我国刑法中大量规定的罪量要素，无论是基本犯的罪量要素，还是加重犯的罪量要素，都直接决定行为的不法程度甚至罪责程度，而为行为构成基本犯或加重犯所必不可少的成立条件。就其功能而言，罪量要素都可以被解读为刑罚扩张事由。因此，在区分不法与罪责的阶层犯罪论体系中，为了贯彻责任主义原则，不宜将这些与不法和责任及其程度直接相关的罪量要素，简单地置换为客观处罚条件，使其游离于罪责的规制范围之外，成为决定犯罪成立的纯粹客观事实情况。既然罪量要素与不法和责任相关，不是客观处罚条件，就可能将其分别纳入不法构成要件要素和责任要素。笔者的初步看法是，原则上，数额型罪量要素和后果型罪量要素可以归入定量构成要件要素，其与定性的构成要件要素共同决定构成要件的该当性，因此数额型和后果型罪量要素作为客观构成要件要素，无疑得为罪责的规制对象。虽然笔者原则上认为，情节型罪量要素得作为构成要件要素予以定位，但情节型罪量要素相对于数额型和后果型罪量要素，确实具有特殊性与复杂性。到底应将其定位为不法构成要件要素还是责任要素，还有待进一步思考和厘清。〔23〕

三、但书的出罪机制与涵摄罪量

在刑法分则没有明文规定罪量要素，并且肯定但书对这些刑法分则条文的解释与适用具有出罪指引机能的前提下，但书如何发挥这一机能即出罪机制就成为问题。大体上，刑法理论与司法实务存在两种不同的见解与做法。一种是，先形式化地判断行为符合构成要件，再根据但书宣告行为人无罪（根据对构成要件的形式化判断，但书只是在行为

〔20〕 前引〔16〕，耶赛克等书，第670页。

〔21〕 同上书，第669页以下。

〔22〕 罗克辛的这一理解是否完全和立法与判例一致，尚可进一步商榷。参见梁根林：《责任主义原则及其例外——立足于客观处罚条件的考察》，《清华法学》2009年第2期。

〔23〕 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。

该当构成要件的基础上阻却其违法性)；另一种则是，在界定行为是否符合构成要件时，就根据但书进行实质判断（根据对构成要件的实质化判断，但书直接阻却行为该当构成要件）。

基于但书中所谓“情节”“是指刑法规定或认可的犯罪构成共同要件以外的，能够体现行为社会危害性程度和行为人人身危险性的 大小，从而影响定罪的各种事实情况”，储槐植教授与张永红教授主张，“犯罪的认定区分形式判断和实质判断两个阶段：第一阶段为形式判断，看行为是否符合犯罪构成，如果不符合，则直接排除其犯罪性；第二阶段为实质判断，行为如果符合犯罪构成，再看是否情节显著轻微危害不大，如果是则不认为是犯罪。如果不是则认为是犯罪。”〔24〕

上述主张在我国的司法实务界具有广泛的影响力与认同度。众所周知的陕西汉中两级法院对“中国安乐死第一案”的裁判，遵循的就是上述逻辑。法院判决一方面认定，被告人行为属于故意剥夺公民生命权利的行为，另一方面又指出，患者夏素文的直接死因是肝性脑病、严重肝肾功能衰竭、不排除褥疮感染等原因，注射冬眠灵虽然促进了病人的死亡，但用药量尚属正常范围，不是造成夏素文死亡的直接原因；综合全案具体情况，二被告人的行为仍属“情节显著轻微危害不大”，因而裁判被告人蒲连生、王明成无罪。〔25〕刑法修正案八生效后最高法院下发的《关于正确适用刑法修正案（八）依法追究醉酒驾车犯罪案件的紧急通知》强调，刑法第 133 条之一规定在道路上醉酒驾驶机动车予以追究刑事责任，虽然没有规定情节严重或情节恶劣的前提条件，但根据刑法第 13 条的规定，危害社会行为情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。这显然也是遵循先形式地判断行为该当构成要件，再实质地判断该当构成要件的行为不具有值得刑罚处罚的社会危害性，因而予以出罪的解释与裁判逻辑。

基于刑法第 13 条的本文（即但书前的内容）从正面规定了什么是犯罪，但书则从反面说明了什么不是犯罪以及情节是“行为过程中影响行为的法益侵犯性的各种情况，如法益的性质、行为的方法、行为的结果等”的理解，张明楷教授主张：犯罪概念不是认定犯罪的具体标准，但书也不是宣告无罪的具体标准；如果行为符合犯罪成立条件，却又根据但书宣告无罪，便使刑法规定的犯罪成立条件丧失应有的意义，也违反了刑法第 3 条的规定；当刑法分则对犯罪成立条件的表述已经将情节显著轻微的情形排除在犯罪之外时，只要行为符合刑法分则规定的成立条件，就应当认定为犯罪，而不能以情节显著轻微为由宣告无罪；刑法在规定犯罪成立条件时，必然对符合犯罪成立条件的行为进行实质评价；刑法的解释者、适用者在解释、适用刑法规定的犯罪成立条件时，也必须从实质上理解，只能将值得科处刑罚的违法、有责的行为解释为符合犯罪成立条件的行为，应以行为不符合犯罪构成为由宣告无罪，而不是直接以但书为根据宣告无罪。〔26〕

〔24〕 参见储槐植、张永红：《善待社会危害性观念——从我国刑法第 13 条但书说起》，《法学研究》2002 年第 3 期。

〔25〕 该案基本案情如下：1986 年 6 月 23 日，陕西汉中传染病医院肝炎科主任蒲连生作为主治医师收治了肝硬变腹水患者夏素文；6 月 27 日，夏素文病情恶化、痛苦不堪，医院亦签发了病危通知书；其子王连成不忍看到母亲生不如死的痛苦，跪地恳求蒲连升让其母亲早点咽气；在王连成保证承担一切责任后，蒲连生指使护士向患者注射了 87.5 毫克的冬眠灵，致夏于 6 月 29 日凌晨死亡。参见最高人民法院应用法学研究所编：《人民法院案例选》（刑事卷，1992—1996 年合订本），人民法院出版社 1997 年版，第 289 页以下。

〔26〕 参见张明楷：《刑法学》，法律出版社 2011 年版，第 93 页。

在具体表明笔者对此问题的立场之前,不妨先梳理一下刑法分则没有明文规定罪量要素的不同情形。根据初步观察,至少可以类型化地区分为以下三种:

类型之一:立法者鉴于法益特别重大给予绝对保护,在罪状中只对侵犯该法益的不法构成要件进行定性描述,绝对排除罪量要素的情况。故意杀人罪是其适例,甚至是唯一的适例。鉴于生命是国民个人最为重大的法益,同时亦是国家赖以存在的目的、社会得以构成的基础,法律必须给予国民的生命以绝对保护,因而立法者不仅对故意杀人罪的构成要件只做定性描述,并且用简单罪状这一最为概括、简约的方式对其构成要件做了内涵最少、外延最广的表述,使其保护国民生命法益的范围尽可能严密、外延尽可能扩张,在法定刑的配置上亦绝无仅有地将死刑作为首选法定刑。因此,只要行为符合故意杀人罪构成要件的定性描述,又不存在阻却违法事由和阻却责任事由,即得以故意杀人罪论处。但书在故意杀人罪构成要件判断过程中并无适用的空间,不能允许在认定被告人的行为在存在论范畴内属于故意杀人的前提下,又从规范论的角度主张,综合案件的全部情况,认为尚属“情节显著轻微危害不大”,并据此判定该故意杀人行为不是具有刑事可罚性的该当故意杀人罪构成要件的故意杀人,或者在认定其形式上符合故意杀人罪构成要件之后,又以但书为由予以出罪处理。

类型之二:立法者鉴于行为侵害的法益比较重大、侵犯法益的方式比较严重或者主观罪过比较严重,只对行为构成犯罪的类型特征做了定性描述,而未明文规定罪量要素的情况。这种情况下,行为符合罪状对构成要件的定性描述,又不存在阻却违法和阻却责任的事由,原则上即得以犯罪论处。但不能排除这样的例外情况,即行为形式上符合构成要件行为的定性描述,但综合案件的全部情况,认为尚属“情节显著轻微危害不大”,因而不具有刑事可罚性。鉴于构成要件是不法、有责和可罚的行为定型,此时,一方面必须肯定构成要件中必定存在虽未被法条明文规定但由但书涵摄的罪量要素即涵摄罪量要素,另一方面则必须根据但书否定“情节显著轻微危害不大”的行为的构成要件该当性。刑法第263条规定的抢劫罪是其适例。鉴于抢劫罪侵犯的是双重法益,使用暴力、胁迫或者其他手段劫取他人财物,具有侵犯人身犯罪与侵犯财产犯罪的双重性质,其不法程度显然高于其他侵犯财产犯罪,刑法第263条只对抢劫罪的构成要件做了定性描述,而未规定诸如“数额较大”、“情节严重”等罪量要素。因此,原则上只要行为符合抢劫罪构成要件的定性描述,又不存在阻却违法事由和阻却责任事由,即得认为构成抢劫罪。但是,有原则就有例外。刑法第263条对抢劫罪构成要件不含罪量要素的定性描述,绝不意味着在所有情况下,只要行为在存在论的意义上符合抢劫罪构成要件的定性描述,就应当毫无例外、规范性地认定该行为符合抢劫罪的构成要件。行为虽然在纯粹的自然意义上可得认定为抢劫行为,例如中学生针对同学实施的抢劫行为,但是,无论是意图抢劫的财物数额,还是使用的抢劫手段、实际造成的侵害后果都十分轻微,综合全部情况,确属“情节显著轻微危害不大”,因而不具有刑事可罚性,则仍应规范性地认定其行为并不该当抢劫罪的构成要件,从而不予定罪。因此,对这类不含明文规定的罪量要素的构成要件,当行为符合定性描述,又不存在阻却违法和阻却责任事由时,原则上应以犯罪论处,只在例外的情况下允许援引但书,将确实不值得刑事处罚的“情节显著轻微

危害不大”的行为，排除在该当构成要件之外。出罪处理的不法行为如果符合行政法的相关制裁条件，可以作为行政不法科处行政处罚。

类型之三：立法者在刑法分则中只对行为构成犯罪的类型特征做了定性描述，未以明示或者暗示的方式规定罪量要素，但行政法也以同样的语言文字类型性地规定该行为为行政不法，因而同一构成要件行为形式上分属行政不法构成要件与犯罪构成要件。这种状况与犯罪构成要件作为违法且有责的不法行为定型有着内在冲突。立法上设置这种与行政不法构成要件完全混同的犯罪构成要件，其根源在于我国行政处罚与刑事罚的二元制裁体系。在解释论上，不能将一个不法行为同时作为行政违法行为与犯罪予以双重评价，并同时给予行政处罚和刑事罚，或者至少应将刑事罚中与行政处罚竞合的部分按照重法优于轻法的原理予以吸收。具体解释与适用法律时，必须基于法秩序统一性原理、刑法的辅助性法益保护机能以及刑事罚与行政处罚相衔接等方面的考虑，将该当犯罪构成要件的行为限缩解释为虽然亦符合行政不法构成要件，但不法程度明显升高，因而值得刑事处罚者。因此，犯罪构成要件中必定存在未被明文规定但为但书所涵摄的罪量要素即涵摄罪量要素。区分值得刑事处罚的该当犯罪构成要件的行为与仅需科处行政处罚的该当行政不法构成要件的行为，必须以但书为规范根据。对该当行政不法构成要件，综合案件全部情况认为尚属“情节显著轻微危害不大”的，仅认定为行政不法，科处行政处罚；对排除“情节显著轻微危害不大”、符合不法构成要件定性描述的行为，则因涵摄罪量要素的存在，升高其不法程度，具有刑事可罚性，认定为该当犯罪构成要件。因此，在这类犯罪的构成要件判断中，即使刑法分则没有明文规定罪量要素，但书及其涵摄的罪量要素也应当成为判断行为是否该当构成要件的常态依据而非例外考量。

基于以上对刑法分则没有明文规定但可能涵摄罪量要素的构成要件的分析，笔者对但书的出罪机制，提出如下看法：

1. 需要具体地、区别地界定但书对刑法分则没有明文规定罪量要素的构成要件的该当性判断的指引机能，存在不能运用但书否定构成要件该当性进而否定犯罪成立的例外情况。除此例外，但书对构成要件该当性判断的指引机能，是以涵摄罪量要素的形式隐藏在刑法分则规定的罪状中。应当根据行为是否具备涵摄罪量要素，判定行为是否该当构成要件，进而认定犯罪是否成立。就此而论，笔者的看法与张明楷教授的结论基本一致，即不应先形式化地判断行为符合构成要件，再根据但书对符合构成要件的行为予以出罪，而应将但书及其涵摄的罪量要素融入构成要件中，据以实质性地判断行为是否该当构成要件。

2. 第一种类型作为特别例外的类型，刑法分则不仅没有明文规定罪量要素，而且依其性质应当认为明确排除了罪量要素，所谓涵摄罪量要素自不在其中，但书在构成要件该当性的判断中并无适用的空间。因此，既不能根据但书否定一个故意杀人行为的构成要件该当性，也不能在形式上承认一个故意杀人行为该当故意杀人罪的构成要件，又以该行为“情节显著轻微危害不大”为由而“不认为是犯罪”。

3. 第二种类型与第三种类型的共同点在于：刑法分则对罪量要素都无明文规定，但根据但书的指引机能，应当将罪量要素作为涵摄罪量要素来解释，融入构成要件该当性

的判断,而不能在肯定构成要件该当性之后,又根据但书对该当构成要件的行为予以出罪。两者的区别在于:第二种情况下,存在论意义上符合罪状定性描述的行为,原则上即该当构成要件,如果又不存在阻却违法和阻却责任事由,即构成犯罪;存在论意义上符合罪状定性描述的行为不该当构成要件仅是例外,否定其该当构成要件的规范根据是但书。第三种情况则不然,对于形式上同时符合行政法不法构成要件与犯罪构成要件的行为,原则上均须以但书为规范依据,根据不法行为事实的具体情况,判断其不法是否升高到足以且必须刑事处罚的程度,以界定其是否该当犯罪构成要件。

四、扒窃入罪的但书适用与涵摄罪量

对但书及其规制下的罪量要素做了刑事政策、刑法解释论的考察之后,现在回到重新引起我们检讨与省思但书与罪量要素的扒窃问题上来。

“扒窃”一词,本非严格的法律术语,而是日常生活用语。根据《现代汉语词典》的定义,“扒窃”是指“从别人身上偷窃财物”。张明楷教授将其界定为“在公共场所窃取他人随身携带的财物”,与上述定义基本一致,但增加了“在公共场所”这一客观行为状况。根据张明楷教授的观点,扒窃成立盗窃罪,客观上必须具备以下条件:行为发生在公共场所,亦即不特定人可以进入、停留的场所,亦即有多数人在内的场所,如人行道、公共汽车、地铁、火车、公园、影剧院、大型商场等;所窃取的应是他人随身携带的财物,亦即他人带在身上或者置于身边附近的财物;所窃取的财物应是值得刑法保护的财物。此外,他还特别强调:第一,携带凶器不是对扒窃的要求;第二,扒窃的财物不限于体积微小的财物;第三,扒窃并不要求具有技术性;第四,扒窃并不要求行为人具有惯常性;第五,扒窃不需要秘密窃取,公开扒窃的也成立盗窃罪。^[27]张明楷教授的上述见解在学界与实务界具有重要影响,但不无商榷的余地。

(一) 比例性原则对扒窃入罪不法程度的要求

刑法修正案八将扒窃作为与“盗窃公私财物,数额较大”、“多次盗窃”、“入室盗窃”、“携带凶器盗窃”并列的盗窃罪不法行为定型,五种不法行为定型从属于盗窃罪这一个罪名,适用同一法定刑,表明立法对这五种不法行为定型给予相同的否定评价与责难。既然如此,根据比例性原则,扒窃入罪的不法程度就应与其他四种不法行为定型入罪的不法程度基本相当。这四种不法行为定型入罪的不法程度构成对扒窃入罪的语境制约与体系参考,不能仅仅根据“扒窃”的通常字面文义来解释扒窃,而必须运用体系解释,将可得入罪的扒窃行为限缩解释为不法程度升高到与其他四种不法行为定型基本相当的扒窃。亦即,既然同为盗窃罪,扒窃入罪与其他四种不法行为定型入罪的标准应当基本相当,虽然评价不法的角度可以有所侧重。

“盗窃公私财物,数额较大”,作为盗窃罪的基本不法行为定型,包含明示罪量要素,并且是最为典型与常见的数额型罪量要素。这表明,对于一般盗窃行为,原则上刑法评

[27] 参见前引[26],张明楷书,第881页。

价的基准是窃取的公私财物的价值。窃取的公私财物数额较大，升高盗窃行为的不法程度，赋予其刑事可罚性，这是传统结果无价值论支配下结果本位立法思维的产物。

“多次盗窃”的不法行为定型同样包含明示罪量要素。这表明，立法者不再关注窃取公私财物的数额，而将刑法评价的重点转向盗窃行为本身。盗窃行为的次数升高盗窃行为的不法程度，反复多次盗窃，即赋予其刑事可罚性。这是行为无价值论支配下的行为本位立法思维的展开。就其字面含义而言，三次以上谓之多。最高法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》本已将刑法规定的“多次盗窃”限缩解释为一年内入户盗窃或者在公共场所扒窃三次以上。刑法修正案八将“入户盗窃”和“扒窃”规定为盗窃罪独立的不法行为定型，意味着立法事实上废止了司法解释对“多次盗窃”的限缩解释，在某种程度上将“多次盗窃”的不法行为定型空洞化了。由此，如何具体界定“多次盗窃”，成为问题。

“入户盗窃”作为盗窃罪的不法行为定型包含暗示罪量要素。“入户盗窃”成为盗窃罪独立的不法行为定型，一方面表明刑法修正案八较之过去下调了刑法干预起点，扩张了刑罚处罚范围；另一方面，则反映了立法对盗窃行为的不法评价角度与基准的改变。顾名思义，入户盗窃是非法进入供他人家庭生活的与外界相对隔离的住所（包括封闭的院落、牧民的帐篷、渔民作为家庭生活场所使用的渔船、为生活租用的房屋）进行盗窃的行为。立法之所以将入户盗窃规定为盗窃罪独立的不法行为定型，盖因入户盗窃并非单纯的盗窃行为，而是在盗窃行为之前附加了入户这一非法侵入他人住宅的过程行为。虽然“入户”未必当然构成非法侵入住宅罪，但入户行为本身即具有严重的不法属性与不法程度，一般情况下本可作为非法侵入住宅罪予以独立的刑法评价。立法只是基于司法追诉的便利与适当处罚的需要，放弃对入户行为不法属性与不法程度的独立评价，而将其作为一个评价因素，纳入入户后实施的盗窃行为的不法评价，使得入户后实施的盗窃行为作为目的行为，即使盗窃数额不大，亦因入户这一过程行为不法属性与不法程度的叠加，而升高其不法程度，具有刑事可罚性。

“携带凶器盗窃”作为新增的盗窃罪不法行为定型，同样包含暗示罪量要素。“携带凶器盗窃”在文义上应做如下理解：（1）一般是指随身携带凶器进行盗窃。但在唾手可得的范围内携带凶器进行盗窃，如驾驶机动车实施盗窃时车上携带了凶器，亦应视为携带凶器盗窃。（2）是指在实施盗窃行为时携带了凶器，而不包括为实施盗窃而携带凶器。（3）是指在实施盗窃行为时客观上携带了凶器，而不要求实施盗窃行为时对被害人显示、使用凶器，后者已经超出盗窃罪的范畴，构成抢劫罪。即使行为人携带凶器的目的是因应实施盗窃过程中的不时之需，只要盗窃过程中没有对被害人显示、使用凶器，即应视为“携带凶器盗窃”。立法将携带凶器盗窃作为盗窃罪独立的不法行为定型，盖因实施盗窃行为时携带凶器，在侵犯他人财产法益的同时，还对被害人或者其他第三人的人身法益构成法所不容许的潜在威胁，行为人亦比一般盗窃行为人具有更为严重的主观不法属性与主观不法程度。正是这一相对更为严重的客观不法与主观不法，使得携带凶器盗窃的不法行为定型，即使窃取的财物数额不大、次数不多、甚至未窃得财物，仍得认为具有较高的不法程度，应赋予其刑事可罚性。

“扒窃”成为盗窃罪独立的不法行为定型，同样表明刑法修正案八较之过去下调了刑法干预起点，扩张了刑罚处罚范围。但是，根据比例性原则，欲使扒窃入罪正当化，就必须使扒窃的不法程度与其他四种不法行为定型基本相当。只有充分填充或者挖掘扒窃的不法内涵，才能相应提高其不法程度。在笔者看来，扒窃型盗窃罪构成要件虽未包含明示罪量要素，但其中不仅存在暗示罪量要素，更存在未被明文规定但应当被涵摄在法条中的涵摄罪量要素。解释者与适用者必须根据但书的信条性指引机能以及比例性原则对扒窃入罪不法程度的要求，通过法教义学的努力，将这种暗示罪量要素以及涵摄罪量要素揭示出来。其中，相对于暗示罪量要素，涵摄罪量要素更易于被人忽视，揭示其不法内涵与不法程度的难度也可能更大。

“扒窃”在文义上是指贴近被害人人身窃取其随身携带的财物。一方面，必须指出，公共场所并非扒窃的核心要素。根据经验，扒窃一般发生在公共交通工具上或者诸如车站、码头、广场、商场、影剧院、体育场馆等公共场所，但也完全可能发生在上述公共场所以外的其他不对公众开放的特定场所。没有任何证据表明，在公共场所贴近被害人人身窃取其随身携带的财物，较之在其他场所贴近被害人人身窃取其随身携带的财物，就类型化地具有更为丰富的不法内涵与相对更高的不法程度，因此，前者就需要作为盗窃罪的不法行为定型加以明确规定，而后者只能作为一般盗窃行为予以评价。如果将扒窃人为地界定为在公共场所扒窃，而将在其他场所扒窃排除在外，可能会不适当地限缩刑罚处罚范围。因此，笔者并不认同张明楷教授关于扒窃必须发生在公共场所的界定。另一方面，必须肯定被害人随身携带财物是扒窃的核心要素，但不宜过于泛化地解读。由扒窃的行为特性所决定，扒窃只能是窃取他人随身携带的财物，即他人身着的衣物口袋或者随身拎挎的提包内的财物。这样的财物相对于被害人的人身具有依附性，不能脱离人身而被占有，更不能远离人身而被占有。张明楷教授将他人随身携带的财物理解为“他人带在身上或者置于身边附近的财物”，因而主张在公共汽车上窃取他人口袋内的财物、提包内的财物，在火车、地铁上窃取他人置于货架上、床底下的财物，均属于扒窃。^[28]这一观点显然是对随身携带做了过于扩张的解释，其结论不仅可能导致随身携带的含义边界模糊，使扒窃行为混同于一般盗窃行为，而且可能不适当地扩大刑罚处罚范围，使尚未构成犯罪的盗窃行为被不适当地升格评价为盗窃罪。

因此，在文义解释的范畴内，只能将扒窃解释为在公共场所或者其他场所贴近被害人人身，窃取其随身携带的财物的行为。贴近被害人人身窃取其随身携带的财物，不仅构成对他人财产的侵犯，而且直接触犯他人的贴身禁忌，^[29]间接威胁他人人身安全，因而为社会公众所深恶痛绝，较之非贴近人身的一般盗窃行为，具有更为丰富的不法内涵与

[28] 参见前引〔1〕，张明楷文。

[29] “贴身禁忌”是车浩副教授明确阐释的一个概念。他认为，扒窃行为，未经他人许可，侵入贴身范围窃取他人财物，不仅侵犯了他人财产，而且违反了作为人际交往底线的贴身禁忌，较之一般盗窃行为，具有更高的不法内涵与不法程度。笔者并不反对这一观点，但在笔者看来，贴身禁忌与随身携带作为扒窃的核心要素，只是表述角度与表述方式的不同。随身携带关注的是外在的犯罪对象的存在方式，而触犯贴身禁忌关注的是内在的窃取行为的不法属性。因此，窃取他人随身携带的财物必然触犯贴身禁忌，而触犯贴身禁忌的扒窃行为只能是窃取他人随身携带的财物。

更高的不法程度。这是刑法修正案八将扒窃类型化地规定为盗窃罪独立不法行为定型的基本依据。就此而论，应当肯定扒窃不法行为定型本身即包含提升盗窃行为不法程度的暗示罪量要素。这也是目前通说基本认可的结论，尽管并未明确使用暗示罪量要素这一术语。

但是，扒窃行为这一客观不法所决定并固有的暗示罪量要素，并不足以使立法者将扒窃规定为盗窃罪独立的不法行为定型正当化。虽然在通常情况下，扒窃是受过扒窃技术训练、具有一定扒窃技巧的职业“扒手”所为，而且往往反复多次进行，因此足以认定其行为具有刑事可罚性，并以盗窃罪定罪处罚。但是，不能排除纯粹的扒窃机会犯存在的可能性。例如，乘客在公共汽车上发现同车乘客的钱包从其衣物口袋中裸露出来，经不住诱惑，临时起意，伸手扒窃，刚得手即被当场抓获；经检查钱包内并无值钱之物，甚至空无一物。如事后查实，该乘客并非通常所谓“扒手”，确系临时起意、一时失足，虽然其客观上实施了扒窃行为，侵犯或者意图侵犯他人财产，触犯他人贴身禁忌，却难以一律以盗窃罪论处。扒窃不仅是符合文义解释界定的存在论意义上的扒窃，而且是具有刑事可罚性的符合盗窃罪构成要件的规范评价意义上的扒窃。立法者只能把那些确实具有刑事可罚性的扒窃行为规定为犯罪，而不可能规定扒窃一律入罪。因此，除了上述暗示罪量要素，必定还有法条未明文规定，但应当被涵摄其中的提升扒窃行为不法程度至刑事可罚程度的其他罪量要素，即涵摄罪量要素。在笔者看来，这种涵摄罪量要素，既不能诉诸扒窃只限于公共场所的限定，也无法求助于贴身禁忌，而必须在扒窃行为这一客观不法的基础上，着眼于作为扒窃行为人的“扒手”的人的主观不法属性。“扒手”所具有的不同于机会犯的特殊的人的主观不法属性，就是被涵摄在扒窃不法行为定型中并提升扒窃行为不法至刑事可罚程度的涵摄罪量要素。遗憾的是，迄今为止，作为涵摄罪量要素的“扒手”的人的主观不法，并未引起学界应有的关注。

（二）“扒手”的人的主观不法对扒窃行为不法程度的提升

刑法修正案八将扒窃入罪，与其说加强了对扒窃行为的否定评价，不如说更多地关注了实施扒窃行为的行为人即“扒手”扒窃已成习性（常习犯）、以扒窃为业（常业犯）或者意图以扒窃为业等人的主观不法属性。并非只要认定行为人实施扒窃行为，即可认定其行为该当盗窃罪的扒窃构成要件，而是必须能够认定行为人扒窃成性或以此为业，或者至少有相关前科记录与品格证据证明其意图以此为业，扒窃行为的客观不法与“扒手”的人的主观不法相结合，才能将扒窃的不法提升至刑事可罚的程度，才能认定扒窃行为该当盗窃罪的扒窃构成要件。^[30]

不可否认，司法实践中发生的绝大多数扒窃案件，都是具有上述人的主观不法属性的“扒手”实施的。立法者正是基于这一犯罪图像或者经验事实，才将扒窃类型化地规定为盗窃罪独立的不法行为定型。全国人大法工委副主任郎胜曾撰文指出，刑法修正案八将

[30] 法谚有云：法律不管例外的事情。但作为法规范的体系化科学的法教义学如欲实现逻辑与功能的自足自洽，就不能将视野局限于法条，囿于经验、前见以及类型化描述所局限的常态事项，而必须兼顾可能的例外情形。犯罪论体系由一体化的四要件犯罪构成理论向二阶或者三阶的阶层犯罪论体系转型的内在动力，就源于常态与例外的二元思维。扒窃由“扒手”实施是常态，由机会犯或者境遇犯实施是例外。因此，刑法教义学必须予以甄别，并给出相应的解释。

扒窃入罪主要考虑了以下因素：（1）属于技术含量较高的犯罪；（2）通常具有常习性；（3）具有较高的犯罪技巧和犯罪技能，反侦查能力强；（4）往往为多人共同犯罪，存在进一步伤害被害人人身的可能；（5）对待扒窃行为也以数额论的话具有一定的偶然性，而该类犯罪目前比较嚣张，危害性较大。^[31]前四种因素都是展现人的主观不法的基本要素。上述阐述清晰地表明，刑法修正案八将扒窃入罪时，其实不仅关注是否存在作为客观不法的扒窃行为，而且更为关注扒窃行为是否由表现着人的主观不法属性的“扒手”实施。甚至可以说，扒窃行为只是对行为人以盗窃罪论处的外部客观条件，“扒手”这一人的主观不法属性，才是立法将扒窃作为独立不法行为定型入罪的内在根据。刑法将扒窃入罪的真正的规范保护目的，就是从严惩治与防范具有特殊的人的主观不法属性的“扒手”实施的作为客观不法的扒窃。因此，只要承认对“扒窃”的含义，不应在纯粹存在论的范畴内拘泥于通常字面文义来界定，而应进一步在规范论的界域内结合规范保护目的来理解，就必须肯定“扒窃”的规范含义包含扒窃行为的客观不法与“扒手”的人的主观不法。只要能够肯定存在作为客观不法的扒窃行为，同时又有证据表明行为人扒窃已成习性，或者以扒窃为业、以扒窃所得为主要生活来源，因而具有不同于机会犯、境遇犯的特殊的人的主观不法，就必须一律规范性地肯定该当了盗窃罪的扒窃构成要件。即使该扒窃行为实际窃得的财物数额不大，甚至未窃得财物，也应以盗窃罪的既遂或者未遂论。即使“扒手”只实施了一次扒窃行为，或者现有证据只能证明其实施了被抓现行的一次扒窃行为，只要相关前科记录与品格证据证明其意图以此为业，因而具有人的主观不法属性，亦得以盗窃罪论。反之，如果仅仅存在扒窃行为的客观不法，并不存在“扒手”这一具有特殊内涵的人的主观不法；也就是说，虽然客观上存在贴近被害人人身窃取其随身携带的财物的扒窃行为，但经查实，行为人确非具有人的主观不法属性的“扒手”，而是一般机会犯或者境遇犯，则不应将其行为规范性地评价为盗窃罪中的扒窃，而应按一般盗窃行为处理；如果该扒窃行为窃得公私财物数额较大，则以盗窃罪定罪处罚；否则，一般不以犯罪论。当然，具体处理类似扒窃案件时，应当考虑其贴近人身窃取随身携带财物的行为特点而予以相对更为严厉的评价。即使数额尚未达到一般盗窃构成盗窃罪所要求的数额较大的起点，但接近数额较大的起点，亦可以情节较重为由予以定罪处罚。

扒窃入罪一年多来的司法实践，虽然在整体上难言已经准确领会与贯彻了法条将扒窃入罪的规范保护目的，但一些地方已经做了充满实践理性的有益探索。例如，四川省成都市在总结办理扒窃案件经验的基础上联合发文规定，可得作为盗窃罪予以刑事追诉的扒窃，包括以下情形：（1）因盗窃犯罪被依法判处刑罚，执行期满后5年内又实施扒窃行为的，或者因盗窃被公安机关予以罚款、行政拘留、收容教养、劳动教养，执行期满后3年内又实施扒窃行为的；（2）扒窃后不讲真实姓名，无法查清真实身份的；（3）受害人为老、病、残、孕、未成年人、外国人等特殊人群的；（4）流窜作案、结伙作案的；（5）作案后实施暴力或以暴力相威胁抗拒抓捕的；（6）具有吸食毒品情形的；（7）以破坏性手段扒窃的；（8）携带工具作案的；（9）扒窃财物的数额，城区为500元以上（含

[31] 参见郎胜：《〈刑法修正案（八）〉解读》，《国家检察官学院学报》2011年第2期。

500元),农村地区为300元以上(含300元)的。^[32]该《会议纪要》对扒窃入罪标准的规定未必完整、准确地领会与贯彻了刑法的规范保护目的,特别是它仍然将扒窃的对象(老、病、残、孕、未成年人、外国人等特殊人群)、手段(破坏性手段、携带工具作案)、数额(城区为500元以上、农村地区为300元以上)作为规范性评价扒窃行为是否该当盗窃罪的扒窃构成要件的依据,可以说尚未完全摆脱既定思维的羁绊。但是,该《会议纪要》充分注意到了实施扒窃的行为人即“扒手”的人的主观不法的意义,将上述(1)、(2)情形作为判断扒窃行为该当盗窃罪的扒窃不法行为定型的基本依据,并在此之外,又规定扒窃如系“流窜作案、结伙作案”或“具有吸食毒品情形”,亦得作为盗窃罪追诉。这些规定表明,基层司法机关已经对决定扒窃入罪的人的主观不法因素给予了应有的关注。

(三) 不具有“扒手”的人的主观不法属性的扒窃行为入罪、出罪的规范依据

根据上述对扒窃构成要件的涵摄罪量要素的不法内涵与不法程度的揭示,非由具有特殊的人的主观不法属性的“扒手”实施的扒窃行为,虽然不能该当盗窃罪的扒窃构成要件,但是,如果符合盗窃罪的其他不法行为定型,仍然可能分别按照所该当的盗窃罪不法行为定型以盗窃罪论处。如果实际窃得数额较大的公私财物,则该当“盗窃公私财物,数额较大”,按一般盗窃罪定罪处罚。如果系尽管少见但并非不可能的多次扒窃,没有证据证明行为人具有“扒手”这一人的主观不法属性,则应当以其行为该当“多次盗窃”而论以盗窃罪。如果扒窃时具有“携带凶器盗窃”情形,则可直接以“携带凶器盗窃”为根据,追究其盗窃罪的刑事责任。甚至入户后扒窃,如乘他人私家寓所举办晚会之机,出于扒窃目的而非法混入,并贴近被害人人身窃取其随身携带的财物,即使数额不大,即使无法证明行为人具有“扒手”这一人的主观不法属性,亦可直接适用“入户盗窃”予以定罪。

非由具有特殊的人的主观不法属性的“扒手”实施的扒窃行为,既不符合盗窃罪的扒窃不法行为定型,也不符合盗窃罪的其他不法行为定型,则不构成盗窃罪。其出罪的依据就是但书,出罪的机制不是在承认机会犯或者境遇犯偶尔实施的扒窃行为该当盗窃罪的扒窃构成要件之后,又因“情节显著轻微危害不大”而“不认为是犯罪”,而是基于上述对盗窃罪的扒窃构成要件的存在论与规范论二元区分的立场认为,机会犯实施的具有客观不法属性的扒窃行为,缺乏“扒手”这一特殊的人的主观不法属性,没有相应地升高不法程度,尚属“情节显著轻微危害不大”、没有刑事可罚性的“裸”的行为事实,自始就未规范性地该当盗窃罪的扒窃构成要件,因而当然“不认为是犯罪”。

五、以扒窃入罪为标杆,洞察刑法变迁新动向

刑法修正案八的规定表明,我国刑法评价的基准与逻辑正在经历微妙而重大的变化。如果说引起各界广泛关注的“醉驾”入罪的亮点在于,刑法评价的基准从对法益的实害

[32] 参见2011年6月1日发布的四川省成都市中级人民法院、人民检察院、公安局《关于办理扒窃案件适用有关法律问题的会议纪要》。

结果转向了对法益的抽象危险，由结果本位向行为本位转型，因而刑法干预时点大大前置，但是，无论如何，刑法对“醉驾”的规范评价仍然遵循的是行为刑法的逻辑与结果无价值论的原理，那么，扒窃入罪的亮点则在于刑法评价的基准从法益侵害转向规范违反，由行为本位转向行为人本位。行为人刑法的逻辑与行为无价值论的原理已经润物无声地潜入我国刑法体系，不仅在其传统的刑罚裁量领域巩固其作用，而且开始对构成要件判断、犯罪的认定发挥实质性的理论指引机能。这无疑是我国刑法从客观主义向主观主义回归、从行为刑法向行为人刑法转型的端倪。迄今为止，我国刑法理论似乎尚未对这一最新动向形成必要的敏感与警觉，我们还津津乐道并沉溺于传统行为刑法原理建构的理论思维模型，似乎只要按照基于传统行为刑法原理建构的刑法教义学，就能够自足自洽地将刑法条文解释得符合正义。但是，本文所得出的扒窃入罪必须同时兼具扒窃行为客观不法与“扒手”的人的主观不法这一法教义学结论，足以说明，传统行为刑法原理对于贯彻法治国家原则、防范国家刑罚权扩张、保障国民自由与安全，固然是必不可少的基本保证，却又不足以充分实现上述目标。

人的主观不法概念并非本文独创，其思想渊源是威尔泽尔创立的人的不法理论。根据其经典表述，人的不法理论强调：“并非与行为人在内容上相分离的结果引起（法益侵害）说明了不法，只有当某一行为是特定行为人的作品时它才具有违法性：他有意为客观行为设置了何种目的，他是出于何种态度而实施了行为，他受到何种义务的约束。所有这些都可能在可能发生的法益侵害之外对于确定行为的不法发挥着决定性的作用。违法性始终都是对某一与特定行为人相联系之行为的禁止。不法是与行为人相联系的‘人’的行为不法。”^[33] 威尔泽尔的人的不法理论是目的行为论与行为无价值论合乎逻辑的展开。目的行为论直接将主观目的要素引入作为犯罪论体系基础的行为概念，并将目的视为行为的本质要素。“自然人根据自己的因果性认识，在确定的范围内预见自己将要实施的活动可能产生的后果，因此设立不同的目标，并且使自己将要实施的活动能够按计划地引向实现这个目标。”^[34] 因此，“行为是一种‘目的’的事实，而不仅仅是‘因果的’事实。”^[35] 目的行为论预设了行为人的主观要素为不法判断所不可或缺的逻辑前提，为威尔泽尔倡导行为无价值论奠定了基础。基于目的行为论，威尔泽尔反对麦兹格等结果无价值论者关于行为人的主观要素仅仅在例外的情况下才能视为不法要素的立场，主张行为无价值论与人的不法理论，强调包括故意、目的、倾向在内的为不法类型所必需的各种主观要素均属不法要素，而且是不法的实质性要素。^[36]

人的不法理论与本文关注的“扒手”的人的主观不法，在关注故意、目的与倾向等主观要素对行为不法的决定性意义方面，具有一致性。但威尔泽尔的人的不法理论是在存在主义哲学的本体论（存在论）范畴内展开的，而本文对“扒手”的人的主观不法的关注则是在存在论与规范论二元区分的前提下进行的。威尔泽尔的人的不法理论“将行

[33] 转引自陈璇：《德国刑法学中结果无价值与行为无价值的流变、现状与趋势》，《中外法学》2011年第2期。

[34] 转引自前引〔17〕，罗克辛书，第151页。

[35] Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., Walter de Gruyter & Co., 1969, S. 33. 转引自前引〔33〕，陈璇文。

[36] 参见前引〔33〕，陈璇文。

为的本体论结构置于刑法体系的中心位置，并且由此为刑法体系重建一个法律基础”，试图“从目的行为理论的本体性行为方案中引导出具体的在法律上解决问题的办法”。但是，问题在于，“目的性，只要出现在行为构成中，就不是一种纯粹的本体性现实，而是一种价值概念，它的内容在本质上就是要被法律制度的目标设定所共同决定的。”^[37] 威尔泽尔所谓“人的不法”实际上仅仅指行为人的目的性意志支配所决定的行为的主观不法以及由此决定的行为无价值，本文关注的“扒手”的人的主观不法，则是实施扒窃行为的“扒手”因扒窃成性、以此为业或者意图以此为业而展现的人的主观不法。这是一种由行为人的特殊行为倾向（扒窃已成习性、以此为业或者意图以此为业）、特定人身属性（较之一般的机会犯或境遇犯，“扒手”具有更大的人身危险性与再犯可能性）所决定的、区别于扒窃行为的目的性支配所展现的一般的人的不法的特殊的人的不法。

与目的行为论不同，人格行为论将行为理解为“人格的表现”，行为就是“能够归于作为心理和精神的动作中心的自然人的一切”，^[38] 或者就是作为“行为人人格的主体性现实化的身体动静”。^[39] 不仅故意与过失都是人格的表现，而且作为与不作为同样可能成为人格的表征。虽然一般认为人格行为论由罗克辛首创，但真正将人格行为论予以展开的则是团藤重光和大塚仁。基于人格行为论，团藤重光进一步倡导人格责任论：“责任第一次地是行为责任，应该着眼于作为行为人人格的主体性现实化的行为，但是，在行为的背后存在的是虽然受到素质和环境的制约但是由行为人的主体性努力所形成的人格，可以针对这种人格形成中的人格态度非难行为人，在此，第二次地可以考虑人格形成责任。为了把握现实行为中的人格态度，就必然要论及过去的人格形成。这样，在概念上虽然可以区别行为责任和人格形成责任，但是，作为活生生的现实是不可分的，应该将其合并在一起，作为整体，成为人格责任。”^[40] 大塚仁则进一步在人格行为论与人格责任论的基础上构建了人格刑法学。根据大塚仁的人格刑法论，不仅刑罚的裁量要考虑行为的法益侵害程度与行为人人格，而且犯罪成立的每个阶层都要同时考虑行为与人格：构成要件该当的行为必须是作为行为人人格表现的行为，违法性既是对行为引起的不法状态的评价，也是对行为人人格的评价，责任则是包含了行为责任与人格形成责任的人格责任。^[41]

虽然“人格责任论，原本是为了赋予常习犯人（甚至累犯）之刑罚加重之根据而被提出的理论”，^[42] 但经过大塚仁的推动，以人格行为论与人格责任论为核心构建的人格刑法论却生长出了强大的体系穿透力，成为人格的犯罪理论与人格的刑罚理论。它强调行为是行为人人格的主体性表现，不能脱离行为人只论及行为，也不允许将行为置之度外只考虑行为人；不能轻视犯罪行为具有的现实意义，更不能脱离现实表现出的犯罪行为论及犯罪人的危险性，行为人只有作为现实的犯罪行为的主体才能看出其意义。^[43] 这

[37] 参见前引〔17〕，罗克辛书，第154页。

[38] 同上书，第160页。

[39] [日]大塚仁：《刑法概说（总论）》，冯军译，中国人民大学出版社2003年版，第100页。

[40] 同上书，第377页。

[41] 同上书，第54页以下，第100页以下。

[42] 陈子平：《刑法总论》（上），台湾元照出版公司2005年版，第297页。

[43] 参见前引〔39〕，大塚仁书，第55页。

一分析框架与研究进路，与本文所沿袭的首先在存在论与规范论二元区分的范畴内肯定扒窃“裸”的事实存在并肯定其客观不法，然后进一步考察扒窃行为的主体性人格表现（扒窃是否已成习性、是否以此为业或者是否意图以此为业），据以决定是否具有升高扒窃行为不法程度的特殊的人的不法，具有逻辑与方向上的一致性。只是，人格行为论、人格责任论与人格刑法论，均未具体阐释作为核心概念的人格的具体内涵与类型。如果“扒手”扒窃成性、以此为业或者意图以此为业的主观不法属性，得以纳入所谓人格的范畴，本文的努力或许可以视为人格刑法学的一次具体展开。

Abstract: Since the Eighth Amendment of Chinese Penal Code entered into force, it has frustrated Chinese criminal law scholars and judicial practice whether the pickpocket should be inculpated without exception, or some minor pickpocket could be exculpated according to the proviso in the Article 13 of the General Part of Chinese Penal Code, i. e., “but when the circumstances of the crime are obviously minor, it should not be considered as a crime”.

Under the background of the three-layer structure of crime and the provisions of Chinese Penal Code, and based on the integration of criminal law dogmatics and criminal policy, this article explores the function, type and systematic orientation of the proviso in Chinese Penal Code and the amount or circumstance element of crime regulated by the proviso by taking the example of the theft of pickpocket. This article argues that the proviso in the Article 13 provides the element of crime for the legislator as well as for the judges, which functions both legislatively and dogmatically as the criminal policy guidance.

Although implicit amount or circumstance element of crime is not provided explicitly by the Special Part of Chinese Penal Code, it is subsumed by the proviso of Article 13 and the protection purpose of the definitions of crimes in the Special Part of Chinese Penal Code, thus still the important foundation to assess whether an act has fulfilled a definition of a crime. The wrongdoing of the theft of pickpocket is not only based on the objective wrongdoing of the act of pickpocket, but also dependent on the subjective wrongdoing of the pickpocket. The subjective wrongdoing of the pickpocket is the implicit amount or circumstance element of crime which is subsumed in the wrongdoing of pickpocket and elevates the wrongdoing of pickpocket to a criminally punishable level.

Key Words: proviso, amount or circumstance of crime, pickpocket, wrongdoing
