

法定刑升格条件的类型化研究

邹雨森

贵州大学法学院, 贵州 贵阳

收稿日期: 2023年4月19日; 录用日期: 2023年5月4日; 发布日期: 2023年7月17日

摘要

法定刑升格条件的性质界定对于犯罪形态的认定与量刑的确定具有重要意义, 对其性质的认定有“加重构成说”与“区分说”之争。相较而言, “区分说”更具合理性。刑法学界在加重构成与量刑规则的区分标准上存在“行为类型标准说”、“违法性标准说”与“构成要件品质标准说”等学说分歧。“构成要件品质标准说”立足于构成要件的“三大机能”确定某一法定刑升格条件是否属于加重构成, 相较其他两种学说而言更为细致。本文在坚持“构成要件品质标准说”的基础上, 认为法定刑升格条件应当区分为加重构成与量刑规则, 加重构成又应细分为“罪体加重构成”与“罪量加重构成”。同时, 本文对“构成要件品质标准说”作了修正与完善, 进一步指出“数额(特别)巨大”作为“罪量加重构成”亦能成立犯罪未遂; 至于“多次”则因不能作为故意的认识内容, 应当视为量刑规则。

关键词

法定刑升格条件, 加重构成, 量刑规则, 罪量加重构成, 未遂

A Typological Study on the Conditions for Upgrading Statutory Sentences

Yusen Zou

Law School, Guizhou University, Guiyang Guizhou

Received: Apr. 19th, 2023; accepted: May 4th, 2023; published: Jul. 17th, 2023

Abstract

The definition of the nature of the conditions for upgrading the statutory sentence is of great significance to the determination of the form of crime and the determination of the sentence, and there is a dispute between the “aggravated composition theory” and the “distinction theory” in determining its nature. In contrast, the “distinction theory” is more reasonable. There are doc-

trinal differences in the standards for distinguishing between aggravating composition and sentencing rules, such as “the standard of behavior type”, the “standard of illegality” and the “theory of quality of constituent elements”. The “constituent element quality standard theory” is based on the “three major functions” of constituent elements to determine whether a statutory sentence upgrade condition is an aggravating composition, which is more detailed than the other two theories. On the basis of adhering to the “quality standard of constituent elements”, this article argues that the conditions for upgrading the statutory sentence should be divided into aggravated composition and sentencing rules, and the aggravated composition should be subdivided into “aggravated composition of the criminal body” and “aggravated composition of the criminal amount”. At the same time, this article amends and improves the “quality standard of constituent elements”, and further points out that “the amount (specially) is huge” as the “aggravated amount of crime” can also establish an attempted crime; as for “multiple times”, because it cannot be regarded as the content of intentional knowledge, it should be regarded as a sentencing rule.

Keywords

The Conditions for Upgrading the Statutory Sentence, Aggravated Composition, Sentencing Rules, Aggravated Crime, Unsuccessful

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



1. 问题的提出

我国刑法对某些犯罪行为规定了两档或两档以上的处罚幅度，并分别规定了适用条件和适用标准，只有该行为符合第二档以上的适用条件才能引起法定刑升格。例如我国《刑法》第 263 条规定了抢劫罪的 8 种法定刑升格条件¹，除在分则条文中规定具体的法定刑升格条件之外，还有一些条文规定了“情节严重”、“情节恶劣”等抽象的法定刑升格条件，如《刑法》第 202 条关于抗税罪的规定²。

刑法学界对法定刑升格条件性质的认定，存在不同的意见。一种观点认为所有的法定刑升格条件均属于加重构成，而另一种观点主张法定刑升格条件应当区分为加重构成与量刑规则，二者的区别主要体现在认定未遂形态和量刑上。例如在“王某某合同诈骗案”中，王某某将其父亲的一套房屋盗卖给徐某，在房屋买卖合同中约定购房款为 100 万元，行为人在收到 30 万元的购房款后，办理房屋过户手续时案发，剩余 70 万元的购房款未得。一审法院认定被告人王某某成立合同诈骗罪，诈骗金额为 30 万元；二审法院同样认定被告人王某某构成合同诈骗罪，但是在成立诈骗 30 万元的既遂的同时成立诈骗 70 万元的未遂，择一重论处。³关于本案的争议，主要在于对“数额特别巨大”这一法定刑升格条件的定性问题，即应当将其定性为加重构成还是量刑规则。对“数额特别巨大”的不同定性会导致不同的处理结果：将其视为加重构成，则王某某不仅成立诈骗数额特别巨大(30 万元)的既遂，还成立诈骗数额特别巨大(70 万元)的未遂；将其视为量刑规则，则王某某仅成立诈骗数额巨大(30 万元)的既遂。由此可见，“数额特别巨大”的定性，对数额犯认定未遂形态和量刑上有着决定性影响。

¹《刑法》第 263 条后段规定：“有下列情形之一的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处罚金或者没收财产：(一) 入户抢劫的；(二) 在公共交通工具上抢劫的；(三) 抢劫银行或者其他金融机构的；(四) 多次抢劫或者抢劫数额巨大的；(五) 抢劫致人重伤、死亡的；(六) 冒充军警人员抢劫的；(七) 持枪抢劫的；(八) 抢劫军用物资或者抢险、救灾、救济物资的。”

²《刑法》第 202 条关于抗税罪的规定，“以暴力、威胁方法拒不缴纳税款的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处拒缴税款一倍以上五倍以下罚金；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处拒缴税款一倍以上五倍以下罚金”。

³参见北京市第一中级人民法院刑事裁定书(2013)一中刑终字第 4134 号。

对法定刑升格条件的性质，理论上主要有加重构成说和区分说两种观点。根据加重构成说的观点，所有的法定刑升格条件都是加重构成，都能够成立未遂形态。区分说则认为，加重构成说不当地扩大了未遂犯的处罚范围，应当将法定刑升格条件区分为加重构成与量刑规则。区分量刑规则与加重构成具有重要意义，一方面表现为在处理犯罪形态时，加重构成存在未遂而量刑规则不存在未遂；另一方面则表现在适用法定刑的问题上，加重构成能够成立未遂而适用加重的法定刑，量刑规则不存在未遂形态而不能适用加重的法定刑。综上，对于法定刑升格条件的类型化，主要存在两个值得探讨的问题，一是是否有必要对法定刑升格条件进行区分；二是如何对法定刑升格条件进行区分。本文将对这两个问题展开分析，以期澄清学界分歧，并为司法实践准确适用法定刑升格条件提供参考。

2. 类型化的必要性

2.1. 加重构成与法定刑升格条件的意义不同

加重构成说认为法定刑升格条件等同于加重犯罪构成，同时使用加重犯罪构成的概念与法定刑升格条件的概念。但张明楷教授认为加重犯罪构成体现的是构成要件的变化^[1]，法定刑升格条件体现的是刑罚幅度的变化，法定刑升格并不一定意味着构成要件发生改变。加重构成与法定刑升格条件不是一个层面的概念：加重构成侧重于犯罪的成立标准，法定刑升格条件侧重于法定刑的选择。加重犯罪构成作为普通犯罪构成的派生概念，既从属于普通犯罪构成，也独立于普通犯罪构成，具有犯罪构成的特征，可以作为一个独立的犯罪进行讨论。例如“入户抢劫”，与抢劫罪的基本犯相比，增加了“入户”这一行为地点的要求，此时由于行为地点的不同而改变了基本犯罪的行为类型，从而具有犯罪个别化的功能。再如“情节严重”，这一法定刑升格条件并未改变基本犯罪的行为类型，不具备犯罪个别化的特征。

并不是所有的法定刑升格条件都是加重构成，不同法定刑升格条件之间存在差异，这种差异主要体现在是否具有犯罪个别化的功能上。加重构成作为一种相对独立的犯罪构成，其应当具有构成要件中的特征，即犯罪个别化、故意规制和违法推定^[2]。而不具备构成要件特征的法定刑升格条件，如“情节严重”，并未改变基本犯罪的行为类型，也不能作为故意认识的内容，即使在一定程度上增加了违法性，也应当视为量刑规则。

2.2. 加重构成与量刑规则促使法定刑升格的要素不同

量刑规则与加重构成都可以导致法定刑的升格，但是二者导致法定刑升格的方式有所不同。加重犯罪构成具有普通犯罪构成要件的特征，但是加重犯罪构成作为法定刑升格条件与基本犯罪构成有所不同。例如“入户抢劫”，对于抢劫罪的基本犯罪而言，加入了“入户”这一条件后，适用十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。此类法定刑升格条件由于加入能够改变行为类型的“要素”，使行为类型发生了质变，改变了基本犯罪行为的罪体进而导致违法性加重。此时加重犯罪构成改变了基本犯罪构成的行为类型，提升了犯罪行为的违法性，从而促使法定刑升格，与普通犯罪构成有着明显的区分。

量刑规则较普通的构成要件而言也加入一定的“要素”，但是量刑规则对于基本犯罪构成来说只是一个违法性程度的递增而已，并不作为故意的认识内容，不具备犯罪个别化的特征。量刑规则中新加入的“要素”没有改变行为类型，不具备构成要件的特征，与基本犯罪构成只有违法程度上的差别。虽然加重构成与量刑规则都是加入一定“要素”使得法定刑升格，但是二者具有一定的区别，应正确看待促使法定刑升格的方式。

2.3. 加重构成与量刑规则对未遂形态的认定及量刑不同

首先，由于加重构成与量刑规则二者对待犯罪未遂的态度截然不同，因此有必要对其进行区分。加

重构成可以成立未遂形态，适用加重的法定刑；量刑规则不存在未遂形态，适用基本的法定刑。加重的犯罪构成是一种相对独立的犯罪构成形态，可以与基本的犯罪构成相区别，可以成立加重构成的未完成形态[3]。如盗窃罪中“数额较大”、“数额特别巨大”的起点分别为3000元与30万元，那么盗窃价值3000元的财物与盗窃30万的财物，根据对“数额(特别)巨大”这一法定刑升格条件的定性不同，会导致不同的处理结果。如果将“数额特别巨大”视为加重构成的话，需要考虑其是否成立未遂形态，而量刑规则只用考虑能否适用。区分说对于犯罪形态的认定以及法定刑的适用有着重大的意义，对法定刑升格条件进行的正确区分是有必要的。

其次，准确量刑要求正确选择基准刑，如果基准刑选择错误，进而会影响量刑，从而影响刑罚的公正性，而正确选择法定刑是正确选择基准刑的前提[4]。我国刑法分则规定了不同档次的法定刑，司法人员对于法定刑的选择更要慎重，尤其对于加重法定刑的选择[5]。例如盗窃价值3000元的财物与盗窃30万的财物，如果将“数额特别巨大”视为加重构成，那么，则量刑起点为十年以上有期徒刑，同时适用总则关于犯罪未遂的规定；如果将“数额特别巨大”视为量刑规则，那么，应适用基本犯的法定刑，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，同时适用总则关于犯罪未遂的规定。

对需要适用法定刑升格条件的行为正确认定未遂形态以及量刑，是区分说的意义所在。传统通说将所有法定刑升格条件都视为加重构成要件，此种归纳过于笼统，该观点也过于绝对；区分说对法定刑升格条件进行分类，开创了一种新的讨论思路，则更具合理性和必要性。这种区分理论使刑法条文中的具体法定刑升格条件情形的性质与作用得以澄清，使得我国关于加重构成的理论正在逐步趋向精确与科学化，亦助于司法实践准确适用刑法规范。

3. 区分说的主张评析

“区分说”主张将法定刑升格条件划分为加重构成与量刑规则，对法定刑升格条件有了新的认识，对分则中的相关规定进行正确认识和适用具有积极意义。然而在区分说内部，就某一具体情形如何界定其性质，因不同学者采用的区分标准不同而存在分歧，形成了“行为类型标准说”、“违法性标准说”以及“构成要件品质标准说”三种学说。

3.1. “行为类型标准说”

张明楷教授提出“行为类型标准说”，以法定刑升格条件是否改变基本犯罪构成的行为类型为标准区分加重构成与量刑规则[1]。按此标准，若法定刑升格条件改变了基本犯罪构成的行为类型，则是加重构成；若法定刑升格条件并未改变行为类型，只是在违法程度上存在差异，则是量刑规则。当法定刑升格条件对基本构成要件中的行为方式或者行为对象等要素有所改变时，基本犯罪的行为类型也随之改变，由此提高了违法性，从而升格法定刑时，才是加重的犯罪构成；刑法分则中如情节(特别)严重、首要分子、多次与数额或数量(特别)巨大此类的规定，只能作为量刑规则。

3.2. “违法性标准说”

柏浪涛教授认为区分法定刑升格条件应当以其是否具备构成要件的特征为标准[6]。构成要件的特征体现在形式特征和实质特征两个方面，形式特征目的在于区分犯罪类型，也称定型性特征；实质特征表现违法的存在根据，也称违法性特征。“违法性标准说”反对“行为类型说”以法定刑升格条件是否改变行为类型为标准对法定刑升格条件进行分类，主张应以是否增加违法性这一实质特征为首要标准。

同时，柏浪涛教授提出根据法定刑升格条件是否为构成要件行为的违法性提供实质根据，将其分为真正的不法加重要素，与表面的或虚假的不法加重要素[6]。根据违法性标准，如果法定刑升格条件为构成要件增加了新的违法性，是真正的不法加重要素，属于加重构成要件。例如，“入户盗窃”为盗窃罪

增加了新的违法性，是真正的不法加重要素，属于加重构成要件。表面的或虚假的不法加重要素则是量刑规则。例如，聚众扰乱社会秩序罪中的“首要分子”，这里的“首要分子”不是一种构成身份，没有改变行为的违法性，是一种事后评价。所以，“首要分子”是一种表面的不法加重要素，属于量刑规则；而不是真正的不法加重要素，不属于加重的犯罪构成。根据“违法性标准说”的区分标准，加重构成包括具体的加重情节，如“入户抢劫”、“入户盗窃”、单次的“数额(特别)巨大”等；而“首要分子”、“多次”、累计的“数额(特别)巨大”等则是量刑规则。

3.3. “构成要件品质标准说”

王彦强教授主张区分加重构成与量刑规则应当以是否具备构成要件的品质为标准。具备犯罪个别化、违法性推定与故意规制这三种特征的法定刑升格条件是典型的加重构成[7]。由于是改变基本犯罪行为的行为类型，典型的加重构成也叫作罪体加重构成。不改变基本犯罪行为类型、不增加违法性、不是故意认识内容的升格条件是量刑规则，如首要分子、作为报酬的违法所得。与此同时，王彦强教授还提出了罪量加重构成的概念，罪量加重构成类法定刑升格条件仅增加违法程度、行为类型没有变异，虽是故意的认识内容，却不具备犯罪个别化特征，既不是加重构成，也不属于量刑规则，应属于罪量加重构成，例如“多次”、“数额(特别)巨大”[7]。

王彦强教授根据内容不同提出罪量加重构成具有两种情形：一种是行为规模类罪量加重构成；一种是结果程度类罪量加重构成。行为规模类罪量加重构成，是通过提高基本构成中的行为规模或者行为内容数量，从而提升违法性，升格法定刑[7]。例如，“多次”这一法定刑升格条件。结果程度类罪量加重构成，是通过提高基本构成中的“侵害结果”或“行为孳生之物”的量，促使违法程度的增加，从而导致法定刑升格，如“数额(特别)巨大”。

3.4. 评析

对于法定刑升格条件的区分标准不同，存在“行为类型标准说”、“违法性标准说”与“构成要件品质标准说”之间的分歧。以“数额(特别)巨大”这一法定刑升格条件为例，“行为类型标准说”认为“数额(特别)巨大”并未改变基本犯罪的行为类型，应当视为量刑规则；“违法性标准说”认为是每一次盗窃行为的财物数额为行为的违法性提供实质根据，因此单次的“数额(特别)巨大”是加重构成，而累计的“数额(特别)巨大”仅是一种量刑规则；“构成要件品质标准说”认为，从构成要件的“三大机能”来判断，“数额(特别)巨大”并未改变基本犯罪的行为类型，不具备犯罪个别化的机能，因此不能视为典型的加重构成；其还认为，“数额(特别)巨大”虽然没有改变基本犯罪的罪体，但是提高了基本犯罪的罪量，应视为罪量的加重构成。

对比三种不同的区分标准，单纯以行为类型是否改变或者是否有增加新的违法性作为判断标准过于片面。加重构成应当具备构成要件的特征，判断某一规定是否属于加重构成应当立足于构成要件的“三大机能”来确定。相较而言，“构成要件品质标准说”的区分标准中，就包括了犯罪个别化与违法性推定，涵盖了“行为类型说”是否改变行为类型的内容以及“违法性标准说”是否增加新的违法性的内容，此外还要求具备故意的认识内容，“构成要件品质标准说”的分类比较前两种学说更为细致。在加重构成与量刑规则之间，“构成要件品质标准说”中“罪量加重构成”的概念重新定义了“数额(特别)巨大”的性质，从一个新的角度对法定刑升格条件进行研究[7]。综上，“构成要件品质标准说”将区分标准回归到构成要件本身，对法定刑升格条件的划分标准更为全面，更具有合理性。

4. 类型化的精细化

通过对行为类型标准说、违法性标准说与构成要件品质标准说的分析来看，“构成要件品质标准说”

以构成要件的三大机能为区分标准，对法定刑升格条件的分类判断更具有合理性。“构成要件品质标准说”使学界对法定刑升格条件的研究有更为深入的认识，但也仍有需待完善之处。“构成要件品质标准说”对于罪量加重构成概念的提倡虽然解决了“数额(特别)巨大”此类法定刑升格条件的地位问题，但是在处理结果方面与“行为类型说”的结论“异曲同工”，其对“数额(特别)巨大”的定性与处理还值得探讨。“多次”是对行为规模与次数的增加与累积，“构成要件品质标准说”将其视为罪量加重构成，这一确定性是否准确，本文认为应当从其是否可以作为故意的认识内容来进行判断。

4.1. 罪量加重构成概念的提出

4.1.1. 罪量加重构成的概念

罪量加重构成，是指仅提高基本构成的某一特定要素的规模或程度的法定刑升格条件。我国刑法分则对某些具体犯罪的规定是运用“行为类型 + 行为程度”的立法模式，即先界定行为模式将某一行为类型与其他行为类型作区分，再通过数额、情节等罪量规定将犯罪行为与一般违法行为区分开来。以盗窃罪为例，盗窃公私财物价值一千元，认定为刑法第 264 条规定的“数额较大”，其中“盗窃”是行为类型，“价值一千元财物”是行为程度。与我国刑法既规定行为类型又规定行为模式的立法模式相匹配，加重构成也应当包括罪体加重构成与罪量加重构成，二者之一发生变化都会导致各罪构成要件随之改变。与典型的加重构成相比，这类法定刑升格条件由于对基本犯罪行为类型没有改变。例如，盗窃罪通过数额这一罪量的规定，将犯罪与同一性质类型的一般违法行为区分开来，盗窃价值 1000 元的财物与价值 100 元的财物，行为类型并未发生改变，只是行为程度有所增加。与典型的量刑规则相比，此类法定刑升格条件要求行为人主观上有所认识。例如，甲入户盗窃，误将价值为数额特别巨大的贵重手表当作价值一千元左右的手表盗走，由于甲对数额特别巨大这一条件没有认识，不能成立数额加重犯，若此时对甲适用加重的法定刑，则不符合罪刑相适应原则。

基于犯罪数额的不同，我国刑法划分了数额较大、数额巨大、数额特别巨大几种情形，规定了对应的法定刑幅度。针对“数额(特别)巨大”的性质认定，存在两极分化，“行为类型标准说”认为“数额(特别)巨大”并未改变基本犯罪的行为类型，不能视为加重构成，是具体的量刑规则[1]；“违法性标准说”认为财物的数额可以体现行为违法程度，因此“数额(特别)巨大”不是量刑规则，其作为真正的不法加重要素，属于加重构成[6]；“构成要件品质标准说”认为像“数额(特别)巨大”等此类非典型法定刑升格条件虽然是法益侵害程度的表征，也应当是行为人主观认知的内容，但是由于不具备犯罪的个别化机能，因此是非典型的加重构成，应当视为罪量加重构成[7]。基于以上分析，本文主张“数额(特别)巨大”是罪量加重构成，由于“数额(特别)巨大”并未改变基本犯罪的行为类型，所以不是典型的加重构成；但是由于行为人需要对此有主观上的认识，才能适用此法定刑升格条件，因此也不是量刑规则。

4.1.2. 罪量加重构成的特征

与“行为标准类型说”、“违法性标准说”只是将法定刑升格条件简单地划分为两种类型不同，罪量加重构成的提出有助于对法定刑升格条件的研究走向更为精细和全面。罪量加重构成与罪体加重构成同为加重构成要素，但是有所不同，其具有以下特征：

一是对行为程度有所改变。罪体加重构成是关于行为性质方面的考量，罪量加重构成则是关于行为程度方面的考量。如我国刑法第 266 条规定的诈骗罪，其中“诈骗公私财物”是行为类型，“数额较大的”、“数额(特别)巨大或者有其他严重情节的”以及“数额特别巨大或者有其他特别严重情节的”为行为程度。罪量加重构成是与罪体加重构成相对应的概念，在我国刑法视域下，构成要件中不仅包括行为类型，也包括行为程度；即构成要件中不仅有罪体要素，也有罪量要素。既然“数额较大”是基本构成要件；则不能将“数额(特别)巨大”排除在加重构成要件的范围之外。

二是罪量加重构成增加了违法性。我国刑法条文中对犯罪行为性质以及犯罪行为程度都有规定，即“行为类型 + 行为程度”模式。罪体加重构成改变的是基本犯罪构成的行为类型，罪量加重构成改变的是基本犯罪构成的行为程度，二者同样都增加了新的违法性。将体现违法性程度的罪量要素(数额较大)视为基本构成要件要素的同时，也应将体现违法性程度的罪量要素(数额(特别)巨大)同样视为加重构成要件要素。

三是罪量加重构成是故意认识的内容。由于适用“数额(特别)巨大”这一条件需要行为人对此有认识，因此不能将其归于量刑规则。在认定犯罪时，行为人主观方面的认识内容要求持有“故意”，需要在有责性的部分进行讨论。同理，在认定是否成立加重的犯罪时，也需要考虑行为人的认识可能性。例如在“天价葡萄案”中，能否对行为人适用盗窃“数额(特别)巨大”这一法定刑条件，要求行为人需要对葡萄所代表的数额价值多少有一定的判断和认识。如果只认识到葡萄有普通财物价值，而没有认识到其作为科研产品价值认识，那么不能适用盗窃“数额(特别)巨大”这一法定刑条件。因此，适用“数额(特别)巨大”这一条件，不仅要求行为人认识到盗窃这一行为性质，也要认识到数额(特别)巨大这一行为程度。

对比罪体加重构成与罪量加重构成，二者都增加了新的违法性，都作为故意认识的内容，不同点在于前者是对行为类型方面的改变，后者是对行为程度方面的改变。加重构成包括罪体加重构成与罪量加重构成，罪体加重构成是典型的加重构成，而罪量加重构成是非典型的加重构成。

4.2. 罪量加重构成的未遂形态

就罪量加重构成是否存在未遂形态这一问题来看，本文主张罪量加重构成存在未遂形态。未遂犯的处罚根据在于实现犯罪的现实危险性和行为人的主观恶性^[8]。对于行为人实施了加重的犯罪行为，虽然因意志以外的原因而未得逞，仍然也要对其实现犯罪的现实危险性和行为人的主观恶性进行处罚。在对普通犯罪构成的犯罪形态进行讨论的同时，也需对加重犯罪构成的犯罪形态进行讨论。对于数额加重犯是否存在犯罪未遂这一问题，我国司法解释亦持肯定态度，例如《关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》第12条的规定⁴。当一行为具备加重犯罪构成的条件，但没有发生既遂结果，就成立加重犯的未遂，适用分则的加重法定刑的并适用总则关于未遂犯的规定。

在肯定罪量加重构成存在未遂形态后，对于如何认定罪量加重构成的未遂形态也是一个争议的问题，若行为人欲盗窃数额巨大的财物未遂，应当认定为盗窃罪基本犯的未遂还是认定为盗窃罪加重犯的未遂。“构成要件品质标准说”认为，“如行为人盗窃数额(特别)巨大的财物而未得逞，由于基本犯处于未遂状态，则不能以盗窃数额较大的财物的既遂犯论处。”依此观点，如果盗窃数额(特别)巨大的财物未遂，只成立盗窃罪基本犯的既遂犯或未遂犯，不能成立盗窃罪加重犯的未遂，这种做法明显不合理。如此一来，将罪量要素视为构成要件要素的同时，赋予其加重构成的地位，但是在处理结果方面与“行为类型说”的结论“异曲同工”，显然互相矛盾。若要成立盗窃数额巨大的未遂，前提是先成立盗窃数额较大的未遂，此种做法明显不合理。本文对“不能成立‘数额(特别)巨大’的未遂”的观点持否定态度：

第一，“构成要件品质标准说”认为罪量加重构成与典型的罪体加重构成，在适用条件、未遂犯的认定等方面都存在明显差异，罪体加重构成与基本犯罪构成相比具有某些“特别要素”，只有当“特别要素”实现成为客观存在时，才能适用加重法定刑。由于“数额(特别)巨大”未遂没有发生客观的犯罪事实，只是作为一种危险状态，因此不存在“数额(特别)巨大”的未遂。对此，本文不同意上述观点，罪体加重构成与基本犯罪构成相比具有某些“特别要素”，若该特别要素已实现，即是既遂；若该特别要素

⁴ 参见《关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》第12条规定：“盗窃未遂，具有下列情形之一的，应当依法追究刑事责任：1) 以数额巨大的财物为盗窃目标的；2) 以珍贵文物为盗窃目标的；3) 其他情节严重的情形。”以及《关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第5条的规定：“诈骗未遂，以数额巨大的财物为诈骗目标的，或者具有其他严重情节的，应当定罪处罚”。

未实现,但存在可能性与危险性,即以未遂处理。例如在强奸罪中,“轮奸”是不同于基本构成的“特别要素”,如果“轮奸”行为已完成,表示该“特别要素”实现,视为既遂;如果“轮奸”行为未完成,但是对妇女的人身权利存在侵犯的可能性、危险性,应当视为未遂。那么同理,作为罪量加重构成的“数额(特别)巨大”是不同于基本构成的“特别要素”,若盗窃“数额(特别)巨大”的行为未完成,但是对财物的侵犯具有可能性、危险性,应视为数额(特别)巨大的未遂,即能够成立数额(特别)巨大的未遂。

第二,“构成要件品质标准说”认为,如果“盗窃罪的加重犯能够成立未遂的话,盗窃数额(特别)巨大的财物的目的既作为成立犯罪的标准,又作为加重法定刑的条件,有违禁止重复评价的原则”。但是,就“盗窃数额(特别)巨大财物的既遂犯”来看,由于行为人盗窃数额(特别)巨大财物,因此达到成立犯罪的标准,从而升格了法定刑,并未违反禁止重复评价的刑法原则。如“入户抢劫”作为典型的加重构成,既是作为“入户抢劫”成立加重犯罪的客观标准,也同时作为适用加重刑罚的条件,并未违法重复评价原则。

第三,“构成要件品质标准说”称盗窃数额较大财物的未遂行为通常不以犯罪论处,由于盗窃数额(特别)巨大财物的行为具有更高的客观危险性,更高的违法程度,从而以犯罪论处。对此观点本文并不赞同,在司法实践中,存在盗窃数额较大财物的未遂,对其应进行规范评价和处罚,罪质一般的盗窃行为未遂也能以犯罪论处。盗窃基本犯未遂是指行为人以数额较大的财物为目标实施盗窃行为而没有发生危害结果,盗窃数额(特别)巨大财物未遂不能视为盗窃罪的基本犯。只要独立地去看盗窃的基本犯与加重犯,就能够区分二者的未遂标准。以数额较大的财物为目标进行盗窃未完成的,是为盗窃数额较大的未遂(即盗窃罪基本犯的未遂);以数额(特别)巨大的财物为目标进行盗窃未完成的,是为盗窃数额(特别)巨大的未遂(即盗窃罪加重犯的未遂)。例如,甲着手盗窃乙价值100万元的轿车未得逞,我们需要判断的是甲是否成立对价值100万元的财物盗窃未遂,而不需要去判断甲对是否成立对价值1000元的某一财物盗窃未遂[9]。

第四,“构成要件标准说”认为“数额(特别)巨大”是结果程度类罪量加重构成要素,属于结果加重犯。由于“数额(特别)巨大”是由于基本犯的结果具有危险性而加重刑罚,如果基本犯未遂,那就不存在加重的前提基础,无法成立加重犯的未遂,只能成立基本犯的未遂。然而,盗窃罪的加重犯并不是结果加重犯,盗窃罪的加重犯只有单一行为和单一结果,这与结果加重犯不同。在盗窃罪中,基本犯和加重犯都是实施的盗窃行为,是同一行为类型、同一性质的行为。主观上,行为人对于所盗财物都是持同一种犯罪故意;客观上,行为人所实施的行为类型完全相同[9]。而在故意伤害致人死亡中,行为人实施了故意伤害的行为,出现了被害人死亡的加重结果,行为人对基本犯罪行为的主观态度为故意,对加重结果的主观态度是过失。行为人在实施故意行为之后,因为出现了基本构成要件之外的加重结果,从而导致法定刑升格。故意伤害行为和过失致人死亡行为存在明显的差异,是两种不同性质的行为类型,只有先成立基本犯才能成立结果加重犯。就盗窃罪来说,不可能有基本数额与加重数额同时并存的情况,一个犯罪中只存在一个数额,某一行为要么成立基本犯,要么成立加重犯。由此,若要成立抢劫数额巨大的未遂,不应以抢劫数额较大的既遂为前提条件。若行为人意图抢劫数额(特别)巨大的财物而未得逞,即成立抢劫数额(特别)巨大的未遂。我国司法解释中也持上述观点,例如在《关于审理抢劫刑事案件适用法律若干问题的指导意见》第2条第3款的规定⁵。

最后,若盗窃数额(特别)巨大的财物也只能成立盗窃罪基本犯的未遂,会导致对犯罪未遂量刑档次断档脱节的不协调局面。以盗窃罪为例,盗窃他人2000元人民币、盗窃他人2万元人民币、盗窃他人20

⁵《关于审理抢劫刑事案件适用法律若干问题的指导意见》第2条第3款规定:“对以数额巨大的财物为明确目标,由于意志以外的原因,未能抢到财物或实际抢得的财物数额不大的,应同时认定‘抢劫数额巨大’和犯罪未遂的情节,根据刑法有关规定,结合未遂犯的处理原则量刑”。

万元人民币的行为类型或者特征是完全相同的，所不同的是违法程度，那么以上三种行为的未遂都只能当做盗窃罪的基本犯的未遂，所不同的三种违法程度也只能适用相同的量刑幅度，根本已经不能体现出三种行为的违法程度。若将盗窃 2000 元既遂与盗窃 200 万元未遂进行比较，如果都实施盗窃行为而未得逞，都只能成立盗窃数额较大的未遂。如果以盗窃 200 万元为目标，未遂的刑罚最高点三年以下有期徒刑，既遂的刑罚最低点为十年以上有期徒刑，这样反而容易造成断崖式的处罚结果。只要独立地看待“数额较大”与“数额(特别)巨大”，就不会得出只存在基本犯的未遂，而不存在加重犯的未遂的结论^[10]。无论对多大价值的财物造成现实的危险性，都只能成立盗窃数额较大财物的未遂，如此以来无法做到罪刑均衡，不利于保护法益。

4.3. 法定刑升格条件的再分类

对法定刑升格条件的区分，应当以其是否具备犯罪个别化、违法性推定与故意规制三大特征为标准来判断其性质。完全具备上述三性质的法定刑升格条件是为罪体加重构成；提高基本犯罪的罪量，具有违法性推定与故意规制机能的法定刑升格条件是为罪量加重构成；虽然增加了违法性，但是不具备犯罪个别化功能，不要求作为故意的认识内容的法定刑升格条件是为量刑规则。

4.3.1. 罪体加重构成

完全符合犯罪个别化、违法性推定与故意规制三大特征的法定刑升格条件是典型的加重构成，也就是罪体加重构成。由于对基本犯罪的行为类型作出了改变，叫做罪体的加重构成要素。例如“入户抢劫”，首先从犯罪个别化的角度来看，“入户”增加了对于犯罪行为的地点要求，将普通抢劫行为特殊化，区别于一般的抢劫；其次对违法推定的角度来说，“入户抢劫”对法益的侵害程度有所提高，在一般抢劫行为的基础上增加了行为的违法性；最后从故意规制的角度而言，行为人在抢劫时对“入户”这一条件是有主观上的认识的，或者至少是有认识可能性的。典型的加重构成并未改变基本犯罪的本质属性，即未改变基本犯罪的犯罪客体，而是通过对行为时间、行为地点、行为方式等作出特别规定，实现犯罪个别化的机能。典型的加重构成通过对构成要件的部分质变，相当于成立了一个新的犯罪构成。作为构成要件要素，加重构成也存在未完成形态^[7]。

由于刑法分则中属于典型加重构成的法定法定刑升格条件数量较多，无法一一列举，可大致分为以下几类：

一是行为方式发生变化。此类法定刑升格条件通过改变基本犯罪构成的行为方式而提高违法性，增加对法益的侵害程度。如《刑法》第 236 条第 3 款第 4 项中规定的“二人以上轮奸的”，属于强奸罪中的特殊规定。

二是行为对象发生变化。如《刑法》第 263 条抢劫罪中规定的“抢劫银行或其他金融机构的”和“抢劫军用物资或者抢险、救灾、救济物资的”。

三是行为地点发生变化。如《刑法》第 263 条抢劫罪中规定的“入户抢劫”和“在公共交通工具上抢劫”，以及《刑法》第 236 条强奸罪中规定的“在公共场所当众强奸妇女、奸淫幼女的”。

四是行为时间发生变化。如《刑法》第 425 条擅离、玩忽军事职守罪中规定，“战时犯前款罪的，处五年以上有期徒刑”。

五是行为结果发生变化。如《刑法》第 234 条故意伤害罪中规定：“致人重伤的，处三年以上十年以下有期徒刑；致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑”。

此类法定刑升格条件并未改变基本犯罪所侵害的法益，但是较基本犯罪而言，行为类型有所改变，

具有犯罪个别化、行为违法性及故意规制性三个特征，能够成立加重构成的未遂形态。

4.3.2. 罪量加重构成

罪量加重构成，也可以称之为非典型的加重构成，这类法定刑升格条件并未涉及对基本犯罪行为类型的改变，但是对行为的规模、形式和违法程度有所改变。由于我国犯罪构成的特殊性，部分犯罪运用“行为类型 + 行为程度”的立法模式，罪体加重构成与罪量加重构成同为构成要件要素。就“数额(特别)巨大”的定性来说，数额加重犯对于数额犯是一种量变，而非质变。罪量加重构成对行为类型未发生实质的改变，与典型的加重构成是改变行为类型而增加违法性增加存在差异，因此不能将其视为典型的加重构成。同时，罪量加重构成与量刑规则相区别，加重数额必须作为犯罪故意的认识内容，如在天价葡萄案中，如果行为人未认识到财物的数额，不能构成盗窃罪。

由于“数额(特别)巨大”体现在对行为程度的提高，增加了违法性，要求作为故意认识的内容，因此是罪量的加重构成。“数额(特别)巨大”作为罪量的加重构成与罪体的加重构成有所区别，但仍然是属于加重构成，存在犯罪未遂的形态。“数量(特别)巨大”与“数额(特别)巨大”都改变了行为程度，同样是罪量加重构成。

4.3.3. 量刑规则

典型的量刑规则不存在犯罪的未遂形态，只要符合条件，就能适用加重法定刑。与典型的加重构成相比，量刑规则也可以说是不具有加重构成特征的其他法定刑升格条件，不能实现犯罪的个别化，虽然违法性有所增加，但并不要求行为人在事前对其有所有认识。与罪量加重构成相比，行为人需要对罪量加重构成具有主观上的认识才能适用该规定，而量刑规则不要求行为人对此有认识，只要具备或达到这些条件，就能够适用该规定。

“首要分子”是典型的量刑规则。首先，首要分子与身份犯中的特殊身份不同，特殊身份是行为人在实施犯罪前就已经具备的特殊资格、地位或者状态。而首要分子是行为人在实施犯罪后才形成的特别身份，与身份犯中的特殊身份有着明显区别。其次，首要分子是对行为人在实施犯罪行为之后的评价结果。在对首要分子的判断上，以行为人在犯罪事实中是否具有“组织、策划、指挥行为”为根据[11]。从加重构成的故意规制性质来看，首要分子并不具备此项特征，行为人在实施行为前后不需要认识到其是否为首要分子。首要分子对行为的违法性大小没有决定作用，而是行为的违法性决定了行为人是否为首要分子[12]。综上，首要分子是量刑规则而不是加重构成。

“违法所得数额(特别)巨大”，对于行为人来说是不需要认识的内容，是量刑规则。行为人是否获得实际利益与行为人是否侵害法益之间并没有逻辑上的关系，只要行为人客观上违法所得(特别)巨大，就可以适用加重法定刑。如《刑法》第318条规定的组织他人偷越国(边)境中的“违法所得数额(特别)巨大”。

“构成要件品质说”认为“多次(或者对多人)实施”是对行为程度的提高，增加了违法性，从而加重法定刑的情形，因此“多次”是罪量加重构成。本文对上述观点持否定态度，仅是数量叠加并不会进一步增加违法性，并且对于多次的统计工作是在行为实施结束之后，法院才对其进行评价，不要求行为实施时行为人对此有所认识。若将“多次”认定为加重构成要件的话，需要行为人对多次有主观上的认识，那么多次的成立与行为人该犯罪行为的记忆力强弱直接联系，会出现无法将其实施的犯罪行为完整评价的问题。“入户盗窃”和“多次盗窃”都是盗窃罪的加重情形，其中“入户盗窃”对于行为人实施盗窃的地点予以特殊化，区别于普通的盗窃行为，因此是加重构成；“入户盗窃”对法益的侵害程度更大，相比普通的盗窃行为增加了新的违法性；最后，根据主客观相统一原则，成立“入户盗窃”需要行为人对于“入户”的事实有认识[13]。“多次”这一法定刑升格条件，没有改变基本犯罪的行为类型，也没有增加了基本犯罪的行为程度，只是单次行为次数的累加，且难以要求行为人对此必须具有故意认识。因

此,“多次(或者对多人)实施”这一规定是量刑规则。

此外,量刑规则还包括刑法分则中“其他严重情节”和“情节恶劣的”此类概括性的规定。对于“情节严重”,如果立法或司法解释将其具体化时,应当根据其内容进行区分该情形是加重构成还是量刑规则。类似“其他情节严重的”此类兜底条款的规定,需要对行为进行整体评价,不能作为故意的认识内容,应视为量刑规则。

5. 结语

区分说的提出,使得刑法学界对法定刑升格条件的研究更加完善和精进。“加重构成说”认为所有的法定刑升格条件均属于加重构成,而“区分说”提出将法定刑升格条件区分为加重构成与量刑规则。法定刑升格条件并不等于加重构成,其包括量刑规则与加重构成。法定刑升格并不一定代表构成要件会发生变化,将所有的法定刑升格条件视为加重构成并不合理。加重构成存在未遂形态,而量刑规则只有具备与否的问题,因此对法定刑升格条件的区分对于犯罪形态的认定以及量刑具有重大意义。

“行为类型标准说”以是否改变基本犯罪构成的行为类型为标准对法定刑升格条件进行区分。“违法性标准说”主张应以违法性这一实质特征为首要标准。相比“行为类型说”与“违法性标准说”,“构成要件品质标准说”从构成要件的“三大机能”来确定法定刑升格条件的属性,涵盖了“行为类型说”是否改变行为类型的内容以及“违法性标准说”是否增加新的违法性的内容,此外还要求具备故意的认识内容,“构成要件品质标准说”的分类比较前两种学说更为细致。

“构成要件品质标准说”提出罪量加重构成概念重新界定“数额(特别)巨大”此类法定刑升格条件的性质,但对其未遂形态的认定仍需探讨。“数额(特别)巨大”是典型的罪量加重构成,作为加重构成要素,可以成立犯罪未遂。“多次”作为法定刑升格的条件,没有使行为类型发生质变,不能体现犯罪的个别化,虽然作为行为规模与次数的增加与累积,但是“多次”不能视为故意的认识内容,应当定性为量刑规则。

参考文献

- [1] 张明楷. 加重构成与量刑规则的区分[J]. 清华法学, 2011, 5(1): 7-15.
- [2] (日)山口厚. 刑法总论[M]. 付立庆, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2011.
- [3] 周光权, 卢宇蓉. 犯罪加重构成基本问题研究[J]. 法律科学(西北政法学院学报), 2001(5): 66-76.
- [4] 吴情树. 论数额加重犯未遂的法定刑适用[J]. 法学, 2017(11): 182-192.
- [5] 张明楷. 论升格法定刑的适用根据[J]. 法律适用, 2015(4): 36-44.
- [6] 柏浪涛. 加重构成与量刑规则的实质区分——兼与张明楷教授商榷[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2016, 34(6): 52-61.
- [7] 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[J]. 现代法学, 2013, 35(3): 116-129.
- [8] 张永江. 未遂犯研究[M]. 北京: 法律出版社, 2008.
- [9] 周铭川. 论数额加重犯的未遂犯[J]. 交大法学, 2018(3): 122-138.
- [10] 张琳清. 探析情节加重犯的未遂问题[J]. 四川警察学院学报, 2020, 32(5): 38-46.
- [11] 徐雅飒. 量刑规则与加重构成的二维视域——理论反思与制度完善[J]. 河南社会科学, 2018, 26(10): 82-86.
- [12] 张明楷. 刑法分则的解释原理: 下册[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2011.
- [13] 章智栋. 加重构成亦或量刑规则——也谈财产犯罪“数额(特别)巨大”的性质与处理[J]. 法律适用, 2017(15): 107-112.