

刑法中数额的性质及其计算

叶良芳

(浙江大学 法学院, 杭州 310028)

摘要:数额,是指犯罪行为指向的货币、财物或者其他物品的数目。一定数额的实现是数额犯成立的构成要件要素;在某些直接故意的数额犯中,数额还是犯罪既遂的条件。对复行为的数额犯,原则上多次行为涉及的数额应当累计计算,但以整体行为成立连续犯、徐行犯或集合犯为限。

关键词:数额;犯罪成立条件;犯罪既遂条件;累计计算

中图分类号: D924.11

文献标识码: A

犯罪概念的定量因素是我国刑法的创新。^[1]与国外立法定性、司法定量的刑事立法模式不同,我国的刑事立法模式是立法既定性又定量。这一特点被我国刑法中众多的数额犯规定表达得淋漓尽致。数额犯是我国刑事立法特有的一种规定,其中有许多问题均有待研究。本文主要对司法实践中迫切需要明确的数额的性质及其计算两个问题进行探讨。

一、数额的性质

要正确界定数额(又称犯罪数额)的性质,首先应当明确其含义。何谓“数额”?对此,刑法理论界有狭义说和广义说两种不同的理解。狭义说认为,数额仅指货币的具体数目,而不包括财物的具体数目。如认为数额是指“表现为货币或者财物的犯罪对象的经济价值的货币金额”。^[2]广义说认为,数额是指一切物品的具体数目,包括货币,也包括其他财物。如认为犯罪数额是指“以一定标准计算的财产的数目,也就是货币或具有一定经济价值的物品的数目”。^[3]

狭义说严格区分数额与数量,将数额限定在货币的具体数目的范围内,对该范围之外的其他物品的具体数目则用数量来表示。广义说则不分数额与数量,用数额一词统指货币的数目和财物的数目。哪种理解更准确呢?笔者认为,从现行刑法条文的规定来看,立法者确实是针对不同行为对象分别使用数额和数量的概念的。正如有的学者所指出的那样,“刑法上的数额或者直接表现为货币金额,或者可以换算为

货币金额。在涉及货币、财产的犯罪中,刑法使用的概念是数额。它强调的是犯罪对象的经济价值之大小”、“刑法中的数量有的表现为物体的数目,有的表现为物体的重量。在涉及违禁物品以及有关物品的犯罪中,刑法使用的概念是数量。它反映的是犯罪对象的客观数目之多少”。^{[2]574}因此,依据现行刑法规定,不难得出数额指的就是货币金额这一结论。可见,狭义说的主张是有一定的立法依据的。但是,从语词的本义来看,数额与数量的含义事实上并无不同。根据《现代汉语大词典》的解释,数,即数目,指划分或者计算出来的量;额,指规定的数量。数额,是指“一定的数目”。数目,是指“通过单位表现出来的事物的多少”,而“事物的多少也就是数量”。^[4]而且,由于刑法用语的专业性、习惯性,数额通常涵括货币的数目和财物的数目,这已为刑法学界多数学者所认同,基本上约定俗成。更重要的是,从犯罪构成的意义上看,数额和数量在犯罪构成中的地位和作用是一样的。因此,笔者认为,不区分数额与数量,而以“数额”一词统指货币、财物以及其他物品的数目,对理论研究和学术交流也不会造成太大的障碍。基于此,本文采广义说。

在明确数额含义的同时,许多学者对数额犯这一概念进行了界定。主要有以下几种表述:(1)数额犯,是指“以一定数额作为构成犯罪要件的情形”。^[5](2)数额犯,是指“立法者在刑法分则中设置的含有数额要素的具体构成要件类型”。^[6](3)数额犯,是指

收稿日期: 2006 - 03 - 20

作者简介:叶良芳(1970~),浙江省开化县人,法学博士,浙江大学法学院博士后研究人员。

我国现行刑法中明确要求以数额大小或者数量多少为定罪量刑标准的犯罪约有70余个,与数额或者数量相关的犯罪规定有20多个。(高铭喧,《新型经济犯罪研究》[M],北京:中国方正出版社,2000:53.)

但语词的含义是不断发展的,由于现行刑法区别了数额与数量,故数额一词的语义有从广义说向狭义说限缩的趋势。因此,今后宜将数额理解为狭义说所指的货币数目。对广义说的数额概念,则可以“数目”一词替代。据此,数目成为数额和数量的上位概念,数目犯则可分为数额犯和数量犯。当然,这种划分还有待学界的认同。

“刑法明文规定的以一定的经济价值量或者行为对象的物理量作为犯罪构成要件的一类犯罪形态。”^[7]

上述学者对数额犯的理解,尽管具体表述不同,但均认为数额犯必须以一定的数额作为犯罪的构成要件。这可谓抓住了数额犯的本质特征。但是,数额的性质如何?数额在犯罪构成中到底处于怎样的法律地位?是一切犯罪形态的成立要件,或者仅仅是犯罪既遂的成立要件?上述定义均未明确,因而均存在一定的缺陷。因此,要准确地给数额犯下定义,首先必须明确数额的性质。

数额犯的数额是犯罪构成要件,还是处罚条件?对此,我国刑法理论界存在激烈的争议。以盗窃罪为例。关于“数额较大”认定盗窃罪的作用,构成要件说强调数额是定罪条件,是盗窃罪必不可少的构成要件,盗窃数额较小的财物便不能构成盗窃罪。处罚条件说认为数额是量刑条件,并不是构成盗窃罪必不可少的条件。^[8]近年来,有学者生产、销售伪劣产品罪的数额是犯罪构成要件,还是犯罪既遂要件进行了探讨。综合起来,也有两种观点。一种认为,销售金额是犯罪构成要件。行为人生产、销售伪劣产品的行为,必须是销售伪劣产品的金额达到5万元以上的,才构成犯罪。销售金额不满5万元的,则属于一般违法行为,可以由有关部门给予吊销营业执照、罚款等行政处罚。^[9]另一种观点认为,销售金额是犯罪的既遂条件。行为人生产、销售伪劣产品,实际销售金额5万元以上的,构成生产、销售伪劣产品罪,属于既遂。生产者已经生产出了伪劣产品或正在生产伪劣产品,或者销售者已经购进了伪劣产品正在销售,销售金额可能达到5万元以上的,应以犯罪未遂论处,而不是不构成犯罪。^[10]

笔者认为,数额犯所涉及的犯罪形态非常复杂,数额在不同的数额犯类型中所处的法律地位并不完全相同,因此,对数额的性质不宜一概而论,而应针对不同类型的数额犯进行具体分析判定。

1. 过失的数额犯。指刑法分则规定的、以造成一定数额的财产损失作为犯罪构成要件的过失犯罪,如交通肇事罪、玩忽职守罪等。这类犯罪的特点是:行为人的行为要构成犯罪,除了要有过失行为外,还必须有一定数额的财产损失的结果。如果没有任何财产损失,或者实际造成的财产损失没有达到法定的

数额,则不构成犯罪。因而,在过失的数额犯中,法定的数额是犯罪的成立要件要素。某些这类犯罪在造成财产特别重大损失的情况下,刑法还加重了法定刑。如刑法第167条后段规定,国有公司、企业、事业单位直接负责的主管人员,在签订、履行合同过程中,因严重不负责任,“致使国家利益遭受特别重大损失的,处三年以上七年以下有期徒刑。这里,数额仍然是犯罪的成立要件要素,如果造成的财产损失数额达到重大标准但未达到特别重大标准的,则只能成立适用基本法定刑的过失犯罪,不能成立适用加重法定刑的过失犯罪。

2 故意的数额犯。指刑法分则规定的、以行为指向的一定数额的财物、物品作为犯罪构成要件的故意犯罪。这些犯罪中,有时数额较大(或巨大)为犯罪成立的唯一情节,有时数额较大与后果严重、其他严重情节相并列,成为选择性情节。在数额较大为选择性情节时,一旦选定其为犯罪成立的判断标准时,其也就成了单一情节,具有界定犯罪是否成立及其形态的功能。以下均是在数额为犯罪成立的单一情节的前提下探讨其性质的。这类犯罪数量较多,具体又可分为:

(1)无加重犯形态的故意数额犯。如虚报注册资本罪、销售侵权复制品罪等。这些犯罪的特点是:以行为指向的犯罪数额较大或者巨大作为犯罪的构成要件,并且只规定了一档法定刑,并未针对不同的数额而设置不同档次的法定刑,即未再规定加重犯。这里,特定数额的实现才能充足犯罪的基本构成要件;否则,则只能充足犯罪的修正构成要件。而刑法分则规定的故意犯罪的基本构成要件均是以单独犯的既遂形态为模式的。因此,这里的数额成了犯罪既遂的条件。达到特定数额标准的,为犯罪既遂;意图达到特定的数额标准,但未实现的,为犯罪未遂。

(2)有加重犯形态的故意数额犯。如合同诈骗罪、挪用公款罪等。这些犯罪的特点是:以行为指向的犯罪数额作为犯罪的构成要件,并视数额较大、数额巨大或者数额特别巨大的不同,而设置了两种以上档次的法定刑,即规定了数额加重犯。这里,不同的数额成了犯罪既遂的标志。达到基本犯的数额标准的,为基本犯的既遂;否则,为基本犯的未遂。达到了结果加重犯的数额标准的,为结果加重犯的既遂,否

严格地说,法定的数额是过失犯罪成立的选择要素。因为刑法通常将财产重大损失的结果与人身权益的重大损害、其他严重情节相并列。在并列的几种后果中,只要具备其中一种后果的,即成立犯罪,并不需要每种后果均具备。如交通肇事的基本犯,致人重伤、死亡和财产重大损失三种结果,只要具备其中之一,即可成立犯罪。但是,一旦立法者选定将数额作为罪与非罪的评判标准时,则其就成了犯罪成立的必备要素。

有学者认为,刑法分则所规定的构成要件是犯罪的成立条件,而不是犯罪的既遂条件;符合犯罪构成要件的,表明犯罪成立,否则不成立犯罪。即使是犯罪未遂,也必须符合刑法分则所规定的构成要件。因此,如果刑法分则明文将危害结果规定为犯罪构成要件时,没有发生该结果的,一律不构成犯罪,当然也不能以未遂论处。(张明楷,黎宏,周光权.刑法新问题探究.[M].北京:清华大学出版社,2003:179—180.)笔者认为,犯罪的成立条件确实不同于犯罪的既遂条件,因而,论者的前提是正确的,但结论却值得商榷。就过失犯罪和不存在未完成形态的故意犯罪而言,刑法分则所规定的构成要件均是犯罪的成立条件,因为这些犯罪没有既遂未遂形态之分;但就存在未完成形态的故意犯罪而言,刑法分则所规定的构成要件就是犯罪既遂的条件,因为这些犯罪有既遂、未遂、中止或预备等形态之分,不同的犯罪形态有不同的构成条件,刑法分则不可能一一加以规定,而只能规定最基本的、最能反映这类犯罪常态的构成条件,即单独犯既遂形态的构成要件。

则,为结果加重犯的未遂。

(3)基本犯非数额犯的数额加重犯。如伪造货币罪、信用证诈骗罪等。这些犯罪的基本犯没有数额要求,但在加重犯中,则将数额较大或者数额巨大、数额特别巨大作为构成要件要素。这类犯罪中,就基本犯而言,由于大多数为行为犯,因此,数额不是犯罪的构成要件要素,当然,也就谈不上是犯罪的成立条件或犯罪的既遂条件;就加重犯而言,在行为人意图以较大数额或者巨大数额为侵害目标但又未实现时,则应以犯罪未遂处理。此时,数额就成了犯罪的既遂条件。

综上,无论是故意犯罪,还是过失犯罪,在犯罪构成中含有数额要素时,数额就成了犯罪的成立条件。在一些直接故意犯罪中,现实化的数额不但是犯罪的成立条件,而且还是犯罪既遂的条件。在对数额的性质作上述界定后,笔者尝试对数额犯作如下定义:数额犯,是指刑法分则规定的以一定数额的实现作为犯罪成立条件或者犯罪既遂条件的犯罪。

以上结论是从实然的角度,对刑法分则规定的数额犯的数额性质进行分析后所得出的。但从应然的角度,是否任何违法行为,只要具备法定的数额,即应一律予以刑罚处罚,却是值得探讨的。众所周知,对未遂犯的处罚,我国刑法是由总则予以原则规定的,而在分则中并无针对具体个罪的未遂的处罚规定。这样,任何故意犯罪的未遂形态原则上均是具有可罚性的。但是,犯罪的未遂形态也有性质轻重、情节恶劣之分,如果一律予以刑罚处罚,则会导致刑罚处罚范围过大,有违刑法谦抑性原则。因此,有必要反思对未遂犯一律予以处罚的政策抉择,从立法上限制未遂犯的处罚范围。有学者主张,在刑法分则没有将危害结果规定为构成要件,但为了限制处罚范围而将数额较大、数量较大、情节严重、情节恶劣等规定为构成要件的情况下,不可轻易将其未遂行为以犯罪论处。^[11]有学者主张“有差别的成立条件说”,即成立数额犯既遂罪,犯罪数额标准较低;成立数额犯未遂罪,犯罪数额标准较高。因为未遂犯的处罚根据是行为本身所具有的危险性,体现的是行为无价值。在行为无价值的情况下,并非只要有无价值的行为就可以处罚,

还要看无价值的行为是否达到可罚的程度。^{[8]116-126}

另有学者对数额犯的未遂形态进行了系统的研究,认为数额基本犯不存在犯罪未遂形态;持有型数额加重犯和生产、经营型数额加重犯均不存在未遂形态,侵财型的数额加重犯,在某些情况下可能存在未遂形态。^[12]笔者认为,鉴于数额基本犯和数额加重犯不同的危害后果,对其未遂形态作出不同的处理是个比较可取的限制数额犯处罚范围的方法。具体而言:对数额基本犯的未遂形态,可一律不予以刑罚处罚,而作一般违法行为处理,代之以行政处罚或者纪律处分等;对数额加重犯的未遂形态,则不再区分犯罪性质,原则上予以刑罚处罚。有关司法解释的规定实际上就体现了这一精神。如《最高人民法院关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第2条第2项规定:“盗窃未遂,情节严重,如以数额巨大的财产或者国家珍贵文物等为盗窃目标的,应当定罪处罚。据此,一般情节的盗窃未遂,无须动用刑罚;但情节严重的盗窃未遂,则具有刑罚当罚性。何谓“情节严重”?该解释列举两例:一是意图盗窃的财物数额巨大;二是意图盗窃国家珍贵文物。而根据刑法第264条的规定,盗窃罪的数额犯,其数额要求为:基本犯为数额较大,一级加重犯为数额巨大、二级加重犯为数额特别巨大。因此,行为人以数额较大的财物为盗窃目标的,如果盗窃未遂的,则无须刑罚处罚。遗憾的是,上述原则只是在个罪的司法解释上隐含地得到一定程度地体现,并未推广适用、一以贯之。如《最高人民法院、最高人民检察院关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第2条第2款规定:“伪劣产品尚未销售,货值金额达到刑法第一百四十条规定的销售金额三倍以上的,以生产、销售伪劣产品罪(未遂)定罪处罚。换言之,货值金额未达三倍以上,则不予以刑罚处罚。显然,该解释是要减缩未遂的生产、销售伪劣产品犯罪的处罚范围,这一点是值得肯定的。但该解释将未销售的货值金额定在三倍以上,则有点匪夷所思。如果贯彻数额基本犯的未遂不罚,数额加重犯的未遂应罚的原则的话,则货值金额应当定在销售金额的四倍

关于结果加重犯是否存在未遂形态,刑法理论界存在肯定与否定两种截然不同的主张。(李邦友,结果加重犯基本理论研究[M].武汉:武汉大学出版社,2001:118—137。)笔者认为,行为人对加重结果存在故意的结果加重犯是有未遂形态的。而且,数额实属于广义的结果,因而数额加重犯属于结果加重犯,故其也有未遂形态。如行为人购进了40万元的伪劣产品,准备予以销售,但尚未销售时,即被查获,则构成刑法第140条规定的销售伪劣产品罪的一级加重的未遂犯,对其应在法定刑“二年以上七年以下有期徒刑,并处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金”的范围内从轻或者减轻处罚。

笔者认为,在数额犯的未遂形态中,仍然必须具备一定的数额要素。不过这里的数额,不是现实化的数额,而是行为指向的待实现的数额。如行为人生产、销售伪劣产品,实际销售数额虽然不满5万元,但意图销售5万元或者更多的,则构成生产、销售伪劣产品罪(未遂);如意图销售不超过5万元的,则不构成犯罪。

笔者还主张,在数额犯的立法规定中,应将数额作为犯罪构成的必备要素,而不应将其与其他情节相并列,作为犯罪构成的选择性要素。这样,能更好地发挥数额作为界分罪与非罪的标志性功能,极大地缩小未遂的数额犯的处罚范围。

关于结果加重犯一级形态和二级形态的划分,(薛淑兰,叶良芳,故意伤害疑难问题与损害赔偿新释解[M].北京:人民法院出版社,2004:16—18.)

以上,因为五万元的四倍是二十万元,这正好是刑法第140条规定的生产、销售伪劣产品罪的一级加重犯的数额标准。总之,对未遂的数额犯,现行立法一律予以处罚的规定与司法实势力图限缩其处罚范围的实践是不相合拍的,加之理论上对限缩未遂的数额犯的处罚范围缺乏一个明确公认的原则,因而导致司法解释对数额犯未遂形态的处罚规定停留在“头痛医头”的水平,没有一个统一、协调的标准。

二、数额的计算

数额的大小直接反映行为的社会危害性程度。对数额犯来说,数额不仅是定罪的根本要素,而且还是量刑的标尺。由于数额犯是以数额大小作为定罪量刑的标准,甚至是法定刑加重的条件,因而可以肯定,数额是累计计算,还是单独计算,对被告人而言意义是大不相同的。因此,正确地计算行为所涉及的数额,意义重大。限于篇幅,本文不涉及财物本身的价值评估问题,而只探讨数额的累计计算问题。

行为人多次实施违法犯罪行为,每次涉及的犯罪数额能否累计计算?对此,刑法总则没有一般性的规定,但在分则中却有四个条文针对具体个罪进行了专门规定,即刑法第153条第3款关于累计走私货物、物品的偷逃应缴税额的规定、第201条第3款关于累计偷税数额的规定、第347条第7款关于累计走私、贩卖、运输、制造毒品数额的规定、第383条第2款关于累计贪污、受贿财物的数额规定。有关的司法解释也对具体个罪的数额计算进行了相关的规定,如《最高人民法院、最高人民检察院关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第2条第4款规定,“多次实施生产、销售伪劣产品行为,未经处理的,伪劣产品的销售金额或者货值金额累计计算。”《最高人民法院关于审理挪用公款案件具体应用法律若干问题的解释》第4条前段规定,“多次挪用公款不还,挪用公款数额累计计算”。

上述规定存在以下问题:一是对数额的累计计算是否具有普适性,能否推及适用一切数额犯罪?司法解释的规定似乎有扩大累计计算的适用范围的趋势,但其实质仍是针对个罪的,能否适用其他数额犯,并不明确。二是多次走私、偷税、制贩毒品或贪污行为,每次数额是否均必须达到构成犯罪的标准?根据《最高人民法院关于审理偷税抗税刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第2条第4款规定,累计计算的前提条件是每次实施的偷税行为的偷税数额均未达到构成犯罪的数额标准;根据《最高人民法院关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第5条第12项规定,累计计算的前提条件是多次盗窃构成犯罪或者最后一次盗窃构成犯罪;根据《最高人民法院关于审理非法采矿、破坏性采矿刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第7条规定,则无论各次非

法采矿或者破坏性采矿是否构成犯罪,数额均应累计计算。显然,司法解释关于累计计算前提的规定有三个具体标准,缺乏统一性。三是“未经处理”,是指未经行政处理,还是指未经刑事处理?对此,《最高人民法院关于审理偷税抗税刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第2条第4款规定,将其限定为未经行政处罚。换言之,只有未经行政处理的偷税行为,其偷税数额才能累计计算;如果对偷税行为已经作出行政处罚,则对其偷税数额不应累计计算。但这一解释仅针对偷税犯罪而言,能否适用于其他数额犯罪,尚存疑问。

在理论上,数额的累计计算似乎是不言自明的,因而鲜有人论及。但近年来,也有学者对此进行了探究。如有的认为,数额犯既然以一定的数额为其构成犯罪的标准,那么对于该数额标准的达成,法律并不要求以一次行为达成该数额为限,对于多次行为累计达到该数额标准的也应论以犯罪。因为,判定犯罪与否,是国家站在社会的立场上而为的……对行为人及其行为进行基于社会立场的评判,是法律的本质,而综合其多次行为之危害性已达相当程度,即已达数额标准,则实与一次行为即达数额标准的情况无甚差别,对之定罪量刑便是法律的应有之义。另外,从行为人多次实施危害行为来看,其主观恶性、人身危险性也并不当然轻于一次而成犯罪的行为人的主观恶性、人身危险性。从社会防卫的立场来看,也应对之进行刑事处罚。^[13]有的认为,累计数额的规定是立法者解决数额犯罪问题采取的一条特殊规则。首先,刑法规定的按照累计数额定罪处罚的这些犯罪,行为人在主观方面都是出于营利目的或者动机。从广义上看,可以认为行为人后续行为是前一行为犯意的延续,后一行为是扩展了的前次行为。因而,将几次相继的、具有连续的行为作为整体对待,将延续行为涉及的数额累计为一个数额,并没有违背主客观相一致的定罪原则。其次,这些犯罪具有一定的特殊性。刑法规定按照累计数额处罚的这些犯罪中,有些犯罪原来就曾经存在惯犯的规定,而惯犯,都是将所有违法行为涉及的数额一并计算的,而不管每次行为是否构成犯罪。对这样分次实施的行为如果非得每次构成犯罪才累计其数额,就很容易使行为人逃避处罚。因此,不管是否每次行为的数额达到定罪标准,一概累计计算,有利于形成实施行为的次数越多,数额越大,处罚越重的规则效应,有利于防止这些行为的反复实施。^{[8]151-154}

上述两种观点,一个主要从多次行为的社会危害性本身,另一个主要从防止多次行为实施的角度,来论证累计数额的合理性,均有相当的道理,但又存在一定的不足。笔者认为,数额能否累计计算,不可一概而论,而应针对具体情况具体分析。从实践中看,

行为人多次实施的涉及数额的违法犯罪行为存在以下四种情况:一是行为人多次实施了相同的行为,且各次行为涉及的数额均达到构成犯罪的数额标准;二是行为人多次实施了相同的行为,其中有的行为涉及的数额达到了构成犯罪的标准,有的则未达到;三是行为人多次实施了相同的行为,虽然各次行为涉及的数额均未达到构成犯罪的数额标准,但各次行为的总数额达到了构成犯罪的数额标准;四是行为人多次实施了相同的行为,不但各次行为涉及的数额未达到构成犯罪的数额标准,且各次行为的总数额也未达到构成犯罪的数额标准。

上述第一种情况,如果行为人是出于连续的同一起意或者概括故意而多次实施犯罪行为的,则属于连续犯。通说认为,对于经济性的连续犯,应以作案的经济总数额作为定罪量刑标准。^[14]但是,由于数额犯是以数额作为定罪量刑的标准,特别是作为刑种提升、刑度加大的条件,数额大小直接决定刑事责任的有无及其轻重,因而,数额是否累计计算对被告人的意义是不同的。原则上,对数额犯,按累计数额处理要重于按数罪并罚处理。具体而言,如果各次行为的数额在基本犯的数额范围内,各次行为的总数额也在基本犯的数额范围内,则按累计数额计算应重于按数罪并罚处理,因为刑罚的幅度与数额的大小是成正比例关系的,累计计算对数额不打折扣,数罪并罚由于并罚原则所限,对总的刑罚要予以限制,相当于对数额打了折扣。如果各次行为的数额在基本犯的数额范围内,但各次行为的总数额超过了基本犯的数额范围,达到了加重犯的数额标准,则按累计数额处理,可以适用加重犯之较高幅度的刑罚,甚至更重的法定刑;而按数罪并罚处理,却只能适用基本犯的法定刑,且还受到并罚原则的限制,其结果显然要轻于按累计数额处理。连续犯因行为人主观上毕竟出于同一的或者概括的犯意,故对行为人连续实施的数个相同的犯罪行为以一罪论处。虽然处罚时适用从重原则,但较数罪并罚而言,责任显然要轻。对连续犯的数额犯,如按上述通说的方式处理则反而比适用数罪并罚处理更重,这有违设立连续犯理论的初衷。因此,传统的刑法理论无法解释数额犯的累计计算,需要重释。笔者认为,对于连续犯的数额犯而言,不但每次行为的数额在行为人预见的范围内,而且总数额也在其预见的范围内。行为人在此基础上,实施了多次犯罪行为。因此,要求行为人对多次行为涉及的总数额负责,并未违背主客观相统一原则。而且这样处理,并未加重行为人的责任,只是对行为人的责任没有减轻而已,因而也是符合罪责刑相适应原则的。应当注意的是,如果行为人主观上没有连续的意思,而是以

独立的犯意分别实施犯罪行为,则不属于连续犯,而是非连续犯的数额犯。对这类犯罪,应对每个行为独立评价,分别定罪,数罪并罚。

上述第二、三、四种情形均涉及到将违法行为纳入刑罚调控圈的问题。在我国,违法行为和犯罪行为的界限是严格界分的,二者不仅仅是行为违法的量的不同,更有行为违法的质的区别。对违法行为,行为人承担的是行政责任;对犯罪行为,行为人承担的是刑事责任。两种责任性质完全不同,不容混同。上述情形何以能将违法行为作犯罪处理呢?这是需要认真对待的问题。一般而言,只有在两种情况下,才可以将违法行为作犯罪处理。一是符合徐行犯的情况下。所谓徐行犯,“系指犯罪行为本可即时完成,但行为人故意延长其犯罪时间,以缓慢之方式,完成犯罪行为也。”^[15]行为人如果出于便于实施犯罪、隐匿罪行、逃避侦查等动机,故意将一次实施即可达到构成犯罪数额标准的行为分为数次实施,则可作为徐行犯处理,将数次行为的数额累计计算,综合评价,论以犯罪。二是在集合犯的情况下。所谓集合犯,“是指行为人具有实施不定次数的同种犯罪行为营利的犯意倾向,但即使实施了数个同种犯罪行为,刑法规定仍作为一罪论处的犯罪形态。”^[16]集合犯是从大陆法系国家借用来的一个概念,因此上述的“犯罪行为”,既可以是只实施一次即可构成犯罪的行为,也可以是只实施一次尚不足以构成犯罪,而需要反复实施才构成犯罪的行为。集合犯是以行为的复数性反映出行为人的社会危害性和行为的社会危害性,从而作为犯罪处理的。就数额犯而言,由于行为人主观上往往具有反复实施行为的犯意,因而即使其多次实施的行为涉及的数额未达到构成犯罪的标准,但多次行为在整体上反映出行为人的极大的人身危险性和行为的严重的社会危害性的,则也可以犯罪论处。但是,这种情况毕竟是将违法行为作犯罪处理,因而应以立法明文规定为限。在集合犯的情况下,虽然不以数额作为定罪的标准,但一般也应累计计算数额。多次行为中,如果有的行为已经达到构成犯罪的标准,或者多次行为的总数额达到了构成犯罪的标准,则累计的数额可以作为量刑的标准;如果多次行为的总数额没有达到构成犯罪的标准,则累计的数额可以作为量刑的酌定情节。上述第二、三、四种情形中,均可能存在集合犯,对犯罪数额应当累计计算。第三种情况还可能存在徐行犯,此时,数额也应累计计算。

综上,对数额犯,原则上应对多次行为涉及的数额累计计算,但以整体行为成立连续犯、徐行犯或者集合犯为限,否则,不得累计计算,以免违反刑法的谦

由于故意的数额犯基本上经济犯罪或财产犯罪,行为人在实施犯罪时,往往有一个总体的犯罪计划或者犯罪目标,即有连续的故意,基本上可以认定为连续犯,故非连续犯的数额犯比较罕见。但是,也不能完全排除这种情况的存在。因此,理论上作这种区分仍有一定的意义。

抑性。

数额累计计算既是正确定罪、精确量刑的需要,也是便宜诉讼、提高效益的需要,因而,应当作为一项原则,适用于所有的故意数额犯。累计计算的数额,应当是未经刑事处罚的行为的数额。如上所述,数额犯在许多情况下成立连续犯、徐行犯、集合犯。如果对单次的已经处理的“违法行为”涉及的数额不予考虑、不予累计计算,则会影响对整体行为的评价,进而影响犯罪是否成立。如行为人一年内盗窃三次,每次盗窃数额均未达到数额较大的标准,但三次盗窃行为的总数额刚好达到了数额较大的标准。其中第一次盗窃行为被查获,行为人已受到行政处罚。如果三次盗窃行为的数额累计计算,则成立盗窃罪;如果第一次盗窃行为的数额不予计算,或者不予纳入整体行为中评价,则整体行为既不符合“数额较大”的盗窃罪成立条件,也不符合“多次盗窃”的犯罪成立条件,行为人不构成犯罪。根据司法解释的规定,如果第一次盗窃行为未经行政处罚,则整体行为是可以成立盗窃罪的;如果第一次盗窃行为业经处罚,则后两次盗窃将不能成立盗窃罪。业经行政处罚,但行为人不思悔改,仍继续实施违法犯罪行为,其主观恶性较未经行政处罚、出于侥幸心理继续实施违法犯罪行为者更深,理应施以更重的处罚,至少不能轻于后者。但按司法解释的规定,对其处理却更轻,这显然不合理。笔者认为,即使单次行为业经行政处罚,仍可将其数额纳入刑事处理的范围,进行累计计算,综合评价。如果最终确定犯罪成立,在对行为人定罪处罚时,其受到行政处罚在性质上与刑罚相似的,则可予以折抵;如果最终确定犯罪不成立,则对未经处理的违法行为予以行政处罚,对已经处理的行为不再追究。这样处理,既严格区分刑事责任与行政责任,也不违

反一事不两罚原则。累计计算的行为,应以不超过追诉时效为限。数次行为中,对构成犯罪的单次行为,以刑法规定的追诉时效为准;对未构成犯罪的单次行为,以行政处罚的追诉时效为准。追诉期限,从违法行为发生之日起计算;违法行为有连续或者继续状态的,从行为终了之日起计算。

参考文献:

- [1] 储槐植. 我国刑法中犯罪概念的定量因素 [J]. 法学研究, 1988, (2): 26 - 31.
- [2] 刘华. 论我国刑法上的数额及数量 [A]. 陈兴良. 刑事法评论 (2) [C]. 北京: 中国政法大学出版社, 1998: 574.
- [3] 王作富. 经济活动中罪与非罪的界限 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1994: 59.
- [4] 现代汉语词典 (增补本) [Z]. 北京: 商务印书馆, 2002: 1176 - 1177.
- [5] 陈兴良. 定罪之研究 [J]. 河南省政法管理干部学院学报, 2000, (1): 11 - 21.
- [6] 刘树德. 罪状建构论 [M]. 北京: 中国方正出版社, 2002: 294.
- [7] 唐世月. 数额犯论 [M]. 北京: 法律出版社, 2005: 22.
- [8] 高铭喧, 王作富. 新中国刑法的理论与实践 [M]. 石家庄: 河北人民出版社, 1988: 593.
- [9] 杨春洗, 杨敦先. 中国刑法论 [M]. 北京: 北京大学出版社, 1998: 358.
- [10] 何秉松. 刑法教科书 [M]. 北京: 中国法制出版社, 2000: 742—743.
- [11] 张明楷, 黎宏, 周光权. 刑法新问题探究 [M]. 北京: 清华大学出版社, 2003: 181.
- [12] 童伟华. 数额犯若干问题研究 [J]. 华侨大学学报 (人文科学版), 2001, (4): 57 - 64.
- [13] 高铭喧. 新型经济犯罪研究 [M]. 北京: 中国方正出版社, 2000: 77.
- [14] 马克昌. 犯罪通论 [M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1999: 702.
- [15] 张灏. 中国刑法理论与实用 [M]. 台北: 三民书局, 1970: 301.
- [16] 林亚刚. 论集合犯 [J]. 法学研究, 2001, (3): 80 - 88.

On the Nature and Calculation of the Number in the Criminal Law

YE Liang - fang

(Law School of Zhejiang University, Hangzhou 310028, China)

Abstract: The “number” refers to the amount of money, property and other items which is the target of a criminal act. The realization of a certain amount is the constitutive factor of a numerical crime. It is also a requirement to accomplish some intentional crimes. In principle it is essential to add up all the amount of each act, if the whole acts constitutes a continuing crime, a creep crime or an aggregate crime.

Key words: number; constitutive condition; accomplished requirement; add up

《行政处罚法》第28条规定:“违法行为构成犯罪,人民法院判处拘役或者有期徒刑时,行政机关已经给予当事人行政拘留的,应当依法折抵相应刑期。违法行为构成犯罪,人民法院处罚金时,行政机关已经给予当事人罚款的,应当折抵相应罚金。”

根据《行政处罚法》第29条的规定,一般违法行为的追诉时效为两年,法律另有规定的除外,如《治安管理处罚条例》第18条规定,违反治安管理行为的追诉时效为六个月,《税收征收管理法》第86条规定,税收违法行为的追诉时效为五年。