

“法益恢复”刑法评价的模式比较

庄绪龙

内容提要:“恢复”现象在社会生活中客观存在,刑事司法实践也不例外。犯罪行为停止于既遂形态后,行为人通过自主有效的事后行为消除危险或者恢复法益的情形,即为“法益恢复”现象。行为人在犯罪既遂后自行主导的“法益恢复”,带有难能可贵的人性回归色彩,应予实质性从宽评价。关于“法益恢复”从宽评价的理论模式,“危险犯中止说”主张“既遂后仍然存在中止空间”,但该学说在本质上是对犯罪既遂立法权力选择的否认,科学性存疑;“实质性违法阻却说”将犯罪既遂形态前提下的“法益恢复”回溯至“违法”视域进行实质判断,与犯罪论体系形成逻辑上的冲突。事实上,“法益恢复”的刑法评价与犯罪论体系无关,而只与刑事责任承担与刑罚裁量有关。在“罪责刑”相适应的基本原则指导下,“法益恢复”刑法从宽评价的模式选择,应在“罪”之判断的基础上,在“责”之领域进行实质化分析。“法益恢复”刑法从宽评价模式,可以通过罪之判断完成后“刑事责任熔断”的机制构建,整体性地实现对行为人罪责刑的综合评价。

关键词:法益恢复 犯罪中止 违法阻却 刑事责任熔断 罪责刑相适应

庄绪龙,苏州大学王健法学院副教授。

危险消除、损害修复的“恢复”诉求弥漫在社会生活的方方面面,并与人类社会繁衍与发展息息相关,甚至人类社会治理方式和运行体系,也可以认为是一种对良好秩序“恢复”效果的实现过程。比如,对于破坏生态环境行为的治理问题,在行政机关予以行政处罚或者司法机关对行为人予以定罪量刑的同时,往往会要求行为人恢复被其破坏的环境状态,甚至还会将行为人恢复环境法益的行为与效果作为司法机关裁判的核心标准。毕竟,行政处罚和刑事制裁本身不能自行恢复被侵害的生态法益。在学理上,有论者提倡,“恢复责任”是生态环境损害赔偿最主要的责任承担方式。^[1] 在刑事司法实践中,如果行

[1] 参见吕忠梅、窦海阳:《以“生态恢复论”重构环境侵权救济体系》,《中国社会科学》2020年第2期,第118页;张梓太、李晨光:《生态环境损害赔偿中的恢复责任分析》,《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学版)》2018年第4期,第47页。

为人修复生态环境达到了质检要求,可以大幅折抵其应当承担的刑事责任。可见,“恢复”的理念与思想,是现代社会发展与治理尤其是法治社会建设进程中的一种重要思维方式,值得系统研究。

一 “法益恢复”刑法评价的体系问题

“恢复”现象在社会生活和刑事司法领域都是客观存在的,在司法实践中,行为人实施违法犯罪行为后,出于某种动机的驱使继而事后实施“恢复行为”,并不鲜见。比如,甲为报复 A,将 A 的房屋点燃,但突然听到着火的房间内传出婴儿的哭喊声,行为人心生怜悯,奋力将火势扑灭。经司法鉴定,该放火行为并未造成人身和财产损失。再如,乙在盗窃 B 钱包后准备离开时,突然发现其头顶正对着摄像头,由于害怕受到惩罚,故将钱包悄悄放在地上,并提醒 B,“你钱包掉了”。B 不仅没有发现乙的盗窃行为,反而对乙“心存感激”。此类案例都有一些显著特征:一是行为人的行为已经构成犯罪,且处于犯罪既遂的停止形态。比如,放火案中,行为人的放火行为显然已经满足“独立燃烧说”的犯罪既遂标准;盗窃案中,行为人将他人钱包非法占有的事实,不管是按照控制说、失控说还是控制加失控说的盗窃罪既遂标准,其盗窃行为也已经处于既遂形态。二是行为停止于犯罪既遂形态后,行为人通过自主有效的方式,将先前犯罪行为制造的法益侵害危险予以消除或者将客观上的危害后果予以恢复,实现了“法益恢复”的效果。

对于满足上述特征的情形,在以往的研究中笔者将其归纳为“法益恢复”现象,即按照犯罪构成理论,行为已经处于犯罪既遂形态,行为人对先前犯罪行为制造的危险状态或者实际损害后果,经由自主有效的控制措施,将危险状态及时消除,避免实害结果发生或者将客观损害的法益通过事后行为予以恢复的一种现象。按照该概念界定,“法益恢复”应当具备法益属性非国家权力性、法益范畴非人格性、法益侵害方式非暴力性等特征,且需带有法益保护路径的可逆化属性,否则“恢复”则无从谈起。^[2] 因此,“法益恢复”并非能作用于任何犯罪评价体系,通常存在于财产犯罪、经济犯罪、环境犯罪以及部分危害公共安全犯罪中。

对于“法益恢复”现象,其刑法体系地位如何以及刑法应当如何评价,可能是当前刑事司法领域面临的新问题。^[3] 按照通常的理解,犯罪行为一旦满足“构成要件齐备说”的既遂标准,“犯罪既遂”的标签似乎就不允许再对先前犯罪行为的属性进行评价。对此,有论者指出,“在世界各国刑法中,唯其在犯罪未达到既遂之前自愿悔悟的,方有惠赐免于处罚之可能性”。^[4] 在传统的理论视野中,尚未见到刑法学术界对“法益恢复”现象进行系统的研究,大多数研究也只是将“法益恢复”行为视为司法裁判过程中的一个从宽处

[2] 参见庄绪龙:《“法益可恢复性犯罪”概念之提倡》,《中外法学》2017年第4期,第969、985-987页;刘科:《法益恢复现象:适用范围、法理依据与体系地位辨析》,《法学家》2021年第4期,第163页。

[3] 参见赵秉志、袁彬:《刑法学研究的理论与实践展开——2017年我国刑法学研究综述》,《人民检察》2018年第1期,第9页。

[4] 参见《克罗地亚共和国刑法典》,王立志译,中国人民公安大学出版社2011年版,第18页(译者序)。

理情节。^[5]但这种主张,可能面临无法回避的“重刑”疑问。比如,盗窃金融机构且数额特别巨大的行为,依规定应当处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,即便行为人在案发前悉数归还,仍然最低要被判处十年有期徒刑。显然,对于这种“法益恢复”的事实而言,“最低十年有期徒刑”判罚的可接受性可能会遭受质疑。

值得注意的是,对于理论上的通说立场,司法实务的实际处理并非如此,理论与实践之间的“两层皮”现象,在“法益恢复”情形下十分明显。主要表现为两个方面:其一,上述所举放火和盗窃行为,虽已经满足“构成要件齐备说”的既遂标准,如果行为人及时恢复被犯罪行为侵害的法益,在司法实务中基本不可能将其作为犯罪处理。因为此种情形下,基本不存在“案发”的现实可能。那么,理论上的犯罪构成、犯罪既遂,岂非“屠龙之术”?其二,即便上述案件因为偶然因素“案发”进入司法机关的视野,比如行为人放火时恰好被他人发现报警,然而是否构成犯罪抑或是否需要承担刑事责任,也未可知。^[6]可见,在司法实务操作层面,对于“法益恢复”情形,理论上主张的“作为量刑阶段的一种酌定量刑情节处理”的通说立场面临诸多质疑。因此,对于实践中屡见不鲜的“法益恢复”问题的刑法评价,亟待拓展理论创新的空间。

就整体而言,对于“法益恢复”现象的刑法评价与刑法体系地位,国内外理论界主要存在“特殊中止说”与“实质性违法阻却说”以及“个人刑罚解除根据”三种比较典型的学说。在德国刑法学界,对于“法益恢复”现象的评价,有学者提出了“以赔偿作为刑法的第三条路径”的议题,并称其为“个人刑罚解除根据”。其中,赔偿的方式,由单纯的民事责任转化为刑事责任的论点,在财产犯罪的处理上是一个可以思考的方向。^[7]这是因为,在大部分财产犯罪中,从被害人的角度而言,财产损失得以恢复,即能消解因侵害所产生之痛苦。从国家强制力惩罚犯罪角度,未经国家强制力介入,行为人自行主动恢复法益,惩罚性与犯罪预防之效果已然达成。^[8]但本文认为,“个人刑罚解除根据”立场,并未触及“法益恢复”现象刑法评价的根基。这是因为,“个人刑罚解除根据”只是一种描述性的概念指称,仅仅对于个人撤回犯罪行为所造成的损害或恢复法益的过程抑或后果作了较为形象的文字描述。然而,“个人为何可以凭借一己之力解除刑罚并对抗国家刑罚权”,“个人刑罚解除根据”概念并未予以实质回答,其理论基础可能存在欠缺。^[9]需要重点关注的是,关于“法益恢复”刑法评价根据的学说,除了上述“个人刑罚解除根据”

[5] 参见贾宇主编:《刑法学(上册·总论)》,高等教育出版社2019年版,第210页。

[6] 比如,2000年最高人民法院颁布的《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第2条列举了“交通肇事处3年以下有期徒刑或者拘役”的情形,第(三)项规定:造成公共财产或者他人财产直接损失,负事故全部或者主要责任,无能力赔偿数额在30万元以上的。据此,在“财产损失型”交通肇事犯罪评价中,有无能力赔偿、是否愿意赔偿成为犯罪评价的核心要素,如果行为人有能力赔偿,那么就不再作为犯罪处理。由此可见,该司法解释确立了一个规则:在“财产损失型”交通肇事罪中,赋予行为人刑事责任解除的“恢复性权利”。经由事后弥补而事实上纳入“出罪化”处理模式的类似司法解释还有:最高人民法院、最高人民检察院颁布的《关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(2011年);最高人民法院《关于审理拒不支付劳动报酬刑事案件适用法律若干问题的解释》(2013年);最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于办理非法集资刑事案件若干问题的意见》(2019年)等。

[7] Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 3. Aufl. 1997, § 7 Rn. 72 ff. (Fn. 147).

[8] 参见张天一著:《时代变动下的财产犯罪》,我国台湾地区元照出版公司2015年版,第53页。

[9] 参见魏汉涛:《“个人解除刑罚事由”制度探究》,《法商研究》2014年第4期,第84页。

外,理论界还有“特殊中止说”与“实质性违法阻却说”两种有力学说。在学理讨论上,这两种理论立场均存在无法回避的体系困境,无法与我国刑法分则条文以及犯罪论体系相协调。下文将对两种理论根据重点展开分析,并在此基础上提倡“刑事责任熔断”的理论模型。

二 “特殊中止说”和“实质性违法阻却说”的立场及其疑问

(一)“特殊中止说”的主要立场及其疑问

关于“法益恢复”现象的研究,学界大都围绕“危险犯的法定危险状态出现后能否成立中止”这一命题进行讨论。不少学者持肯定立场,认为在危险犯の場合,即便作为既遂形态标识的法定危险状态出现,但事后行为人如果及时采取有效措施将该危险状态消除,并避免了实害结果发生,在整体上应评价为刑法中的“犯罪中止”。^[10]当然,在“肯定说”立场内部,也存在多种论证思路,代表性观点主要有“危险犯中止说”与“实害犯中止说”两种。这两种观点都承认“危险状态出现后存在中止”的可能,因而上述两种立场可以概括为“特殊中止说”。

危险犯中止说的核心观点是,在危险犯的犯罪论体系评价中,即便法定的“危险状态”已经出现,仍然可以成立犯罪中止。比如,在放火罪中,即便“独立燃烧”的事实已经发生,但并不代表犯罪行为就会“立即停止”,也不必然代表犯罪就立即成立,此时犯罪中止形态仍然可以发生。该说还着重强调,即便犯罪行为处于犯罪既遂的停止形态,但该既遂形态仍有可能发生在“犯罪过程中”,即犯罪既遂后犯罪行为仍然可能处于持续运动的过程。^[11]而实害犯中止说则认为,在危险犯中,行为人如果实施了危险犯的实行行为,在实害结果没有发生的空隙,行为人自动采取补救措施,并且有效防止危害结果发生的,也应以中止犯予以处理。这是因为,一方面,对于犯罪中止的时间要求,我国刑法只规定“发生在犯罪过程中”;另一方面,关于中止犯的必要条件,我国刑法也只规定了“有效防止危害结果发生”,但并没有对犯罪的类型作具体区分。因此,无论何种犯罪类型,如果存在犯罪结果发生的可能性,但在结果实际发生前,行为人自动有效地防止结果发生的,就应认定为犯罪中止。^[12]

因此,即便“危险犯中止说”与“实害犯中止说”在论证方向上存在差异,但均承认“法定状态出现后还存在犯罪中止”的学术命题。在笔者看来,不管是“危险犯中止说”还是“实害犯中止说”作为“法益恢复”的刑法从宽评价甚或出罪根据,均存在疑问。“危险犯中止说”在本质上是对犯罪既遂立法权力选择的否认。通说认为,危险犯是刑法分则规定的一种犯罪既遂类型,通常是以行为人实施的危害行为造成法律规定的发生某种危险

[10] 代表性研究成果主要有刘宪权:《故意犯罪停止形态相关理论辩证》,《中国法学》2010年第1期,第111-122页;刘明祥:《论危险犯的既遂、未遂与中止》,《中国法学》2005年第6期,第130-137页;付立庆:《应否允许抽象危险犯反证问题研究》,《法商研究》2013年第6期,第76-84页。

[11] 参见刘志伟主编:《危害公共安全犯罪疑难问题司法对策》,吉林人民出版社2001年版,第68-69页。

[12] 参见马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社1999年版,第466页。

状态作为既遂标志的犯罪。^[13]

然而,一方面,按照“危险犯中止说”的立场,即便行为人的犯罪行为按照犯罪论的基本原理已经停止于犯罪既遂状态,也不会得出该犯罪行为已经处于法定的停止形态以及犯罪结果已然发生的结论。比如,在放火行为发生后,即便独立燃烧的危险状态事实上已经客观存在,即便按照放火罪的犯罪构成要件,行为人的放火行为已经处于犯罪既遂形态,但犯罪行为并未实际客观终止,此时行为人如果能够及时扑灭火势,应该成立《刑法》第114条放火罪的犯罪中止,如果没有造成危害后果,应当免除处罚。笔者认为,这一立场是对犯罪既遂理论的偏离,也是对刑法立法权的否认。通常认为,刑法对于行为的认定与处理,在何时介入处理,处理的幅度如何,均是主权国家立法权的重要组成部分。同样道理,刑法中犯罪既遂形态确立的标准,主权国家也当然拥有选择的正当性权力,国家“可以根据立法目的需要对不同的犯罪设置不同的既遂标准”。^[14]事实上,对于犯罪既遂形态的认定,主权国家的立法者不必也不应当采用统一的标准,而应根据犯罪行为属性及其实现的动态过程,基于社会防卫与惩罚必要性进行科学衡量,设置多层次的犯罪既遂模式,“以便确定不同的犯罪行为是否成立相应犯罪的既遂形态,为适用刑罚提供依据”。^[15]对于“犯罪既遂标准确定应遵循国家刑权力支配”的立场,有论者表达了不同意见。认为在同一部法律中,对于故意犯罪既遂标准的确立,立法者不能对一部分犯罪强调必须以出现犯罪结果为既遂标准,而对另一部分又强调不需要出现犯罪结果。如果将《刑法》第116条和第117条的所谓危险状态也视为既遂,就等于把危险状态视为实害结果,这是危险犯理论所不愿接受的……刑法并没有规定有危险就是既遂。^[16]然而,事实上,对于同样是直接故意的犯罪,刑法对于犯罪既遂形态划定了不同标准,其理论根据正是基于对社会防卫和惩罚必要性的分析,也是国家刑权力的重要体现。^[17]犯罪圈的划定也是如此,犯罪成立或者犯罪既遂标准的确定也是国家刑罚权的职责所在,是“刑罚是国家创制、适用和执行”原理的基本体现。^[18]显然,“危险犯中止说”所主张的“既遂形态出现后不影响中止形态判定”的立场,在本质上是对主权国家犯罪既遂立法权选择的否认。

另一方面,按照“实害犯中止”说,在危险犯已经处于既遂形态但实际危害后果尚未发生时,行为人力行“法益恢复”消除实害危险、避免危害结果发生的,成立实害犯的中止而非危险犯的中止。“实害犯中止”说承认危险犯的危险状态是危险犯的犯罪既遂标识,因而认为“法益恢复”问题不能在危险犯中止的视域讨论,这无疑是值得肯定的。但是,“实害犯中止说”也存在不可回避的问题,即“实害犯中止说”在本质上是对我国刑法分则既遂立法模式的否认,忽视了危险犯与实害犯均独立成罪的立法模式。通说观点认为,我

[13] 参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2000年版,第151页。

[14] 参见吴振兴主编:《犯罪形态研究精要(I)》,法律出版社2005年版,第302页。

[15] 参见金泽刚著:《犯罪既遂的理论与实践》,人民法院出版社2001年版,第74页。

[16] 参见杨兴培:《危险犯质疑》,《中国法学》2000年第3期,第131、133页。

[17] 参见苏惠渔、孙万怀著:《论国家刑权力》,北京大学出版社2006年版,第193页。

[18] 参见马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社1999年版,第15页。

国刑法分则对具体犯罪的规定是针对犯罪既遂这一形态的,刑法分则中具体犯罪的刑罚是针对既遂犯的,此即为“犯罪既遂说”模式。^[19] 尽管有论者从未完成形态犯罪仅在总则做出规定否定这一立场,^[20] 但是,刑法分则以既遂模式为蓝本的立法技术与总则关于未完成形态的规定,是“原则与例外”抑或“抽象与具体”的辩证统一关系。事实上,刑法分则以既遂模式为范本,将刑法总则规定的未完成形态作为例外或者补充不仅是立法技术的要求,在逻辑上也不会产生冲突,显然是更为科学的立法模式选择。在承认刑法分则以犯罪既遂模式为基本界定的理论前提下,在“法益恢复”刑法评价的根据上,“实害犯中止说”显然存在逻辑上的疑问。按照刑法分则的既遂模式标准,刑法分则的每一法条每一罪名都存在对应的既遂状态。比如,我国《刑法》第 114 条规定的放火罪,在危险状态出现后就应当被认为处于犯罪既遂形态,在规范评价角度,犯罪行为应当被看作一种“停止状态”。此后,即便行为人及时扑灭火势,实现“法益恢复”之效果,也不应当认为就属于“既遂后的中止”,否则便与“既遂后无中止”的理论前提发生冲突。事实上,如果以“实害犯中止说”来论证“法益恢复”刑法从宽或者出罪的根据,可能会将刑法分则规定的危险犯作为实害犯的一种前置性形态,即将危险犯包含在实害犯中,从而认为,在危险状态出现后仍然可以在实害尚未发生的时空内完成“中止”。显然,这在理论上是对刑法分则既遂模式的完全否定。

(二)“实质性违法阻却”说的基本立场及其疑问

对于行为人主导的“法益恢复”行为,储槐植先生称之为“事后自动恢复”行为或者“赎罪”行为。在“赎罪”行为属性上,“阻却实质的违法性(危害性)是赎罪成立与否的关键所在”。^[21] 论者进而指出,对“赎罪”行为刑法应予从宽评价甚至应予出罪,理由有三。^[22] 一是“赎罪”行为具有“实质性违法阻却”的功效。“赎罪”行为只存在于一个统一的行为过程,行为人主观恶性(一种超法规的社会通识)的有无和演变贯穿其中,决定了法律关系性质的变化:初始行为产生的侵占与被侵占,因有行为人主观恶性存在便形成了刑事侵害与被害。继而因“事后自动恢复”的产生,则使刑事侵害与被侵害向民事债的关系转化,主观恶性消解,完成了欠债还债的过程,因而消解了行为的犯罪性。以此为据,刑法通说的思想方法存在问题,将历史与现实割裂,同时造成主观与客观以及主体与客体分开,机械地根据“历史”定罪……这种超法理的诡异罪刑结构,使思维进入死胡同,违背了罪刑关系的对合适应性。二是刑法中的“犯罪既遂”理论应当区分为理念与实体两个层面,“事后自动恢复”行为仅仅属于理念上的“犯罪既遂”,如果没有进入司法程序,始终都是无罪,在实体层面不应当受到刑事处罚。因为是否有罪必须经法院判决才能判断,不能单纯在理论推演的角度对“事后自动恢复”行为作入罪化处理。对“事后恢复行为”已成事实的背景下仍以仅供回忆的那个历史按既遂定罪,完全是与情理相悖的“不许悔过自

[19] 参见高铭喧主编:《刑法学》,法律出版社 1984 年版,第 172 页;陈兴良著:《本体刑法学》,商务印书馆 2001 年版,第 473 页。

[20] 参见张明楷著:《犯罪论原理》,武汉大学出版社 1991 年版,第 466 页。

[21] 储槐植、闫雨:《“赎罪”——既遂后不出罪存在例外》,《检察日报》2014 年 8 月 12 日第 3 版。

[22] 参见储槐植:《出罪应注重合理性》,《检察日报》2013 年 9 月 24 日第 3 版。

新”的逻辑。三是在证据与犯罪评价关系的角度,“事后自动恢复”行为也应当予以出罪。对于事后凭借所谓“录像”或者“回忆”等依据来证明法益早已恢复的“犯罪”行为,在证据的时间连贯性上显然是不科学的。这是因为,“事后自动恢复”行为,在客观上,对于行为人而言,没有证据链条支撑的侵害虽然客观上历史地“曾经”存在,但经由事后恢复行为后,侵害已经“抚平”,危害行为已经消失;对于被害人而言,其并无损失,也没有被害结果,因此并不存在刑法上的可罚性基础。但是,在学术探讨的角度,“实质性违法阻却说”仍然存在以下几个方面的疑问。

首先,“实质性违法阻却说”可能存在逻辑疑问。在范畴界定上,“法益恢复”行为或者“事后恢复行为”中的“前行为”(即先前的犯罪行为),不管是按照我国四要件的犯罪论体系,还是按照德国构成要件符合性、违法性和有责性的三阶层犯罪论体系,均已经成立犯罪且已经停止于“犯罪既遂”的形态。如果先前的犯罪行为并非处于犯罪既遂的停止形态,则根本不存在“法益恢复”刑法评价的讨论空间。这是因为,在犯罪既遂形态形成以前,行为人的“法益恢复”行为,完全符合“犯罪中止”的构成要件,根本不属于“既遂后是否能够出罪”这一命题的讨论范畴。在类型上,不论是“法益恢复”行为还是“事后自动恢复”行为,“刑法所禁止的行为”主要表现为以下两种情况:其一,危险犯中的危险状态已经出现,比如放火罪中,已经达到“独立燃烧说”的犯罪既遂标准;其二,结果犯中的危害后果已经客观发生,比如盗窃罪中,行为人在非法占有目的支配下,实际控制了被害人的财物。在此前提下,行为人通过自主有效的事后行为,将火势扑灭或者将赃物自动退还被害人,才是需要讨论的“法益恢复”或者“事后自动恢复”问题。对此,也有论者指出,一方面,在经由行为人事后补救措施消除其犯罪行为所造成危害的情况下,由于行为人已经放弃了违反规范的意识,可以肯定其主观的违法要素在事后得以减轻;另一方面,由于行为人消除了行为所造成的危害,从结果无价值的视角考察,客观上的违法性也大幅降低。^[23]然而,这种理论评价,在犯罪论的体系逻辑层面可能是混乱的。事实上,行为人的犯罪行为停止于犯罪既遂形态,已经是一种客观事实,不管有无被发现,不管有无案发,行为人的犯罪事实和犯罪形态在时间一维性上,已经不可逆转地既存与恒定。即便行为人事后的“法益恢复”行为抑或“事后自动恢复”行为能够消除犯罪的危险状态或者对已然存在的危害结果实现“法益恢复”效果,也不应在犯罪论体系的视野内进行重新评价或者二次判断。否则,“法益恢复”理论抑或“赎罪”理论将会直接与犯罪论体系发生根本冲突。在原因论上,对于“法益恢复”行为或者“事后自动恢复”行为的刑法评价,如果认为能够“实质性”地阻却违法性或者危害性,这显然忽视了行为人“法益恢复”的时间节点,对于“法益恢复”的评价,不当地回溯到犯罪既遂形态形成之前的违法与责任认定的犯罪论体系中。^[24]由此,将“法益恢复”行为抑或“事后自动恢复”行为重新纳入早已结束的犯罪成立与犯罪既遂的判断体系,人为制造了对行为的二次评价、反复评价等弊端,存在较为明显的逻辑混乱。

[23] 参见陈子平著:《刑法总论》,中国人民大学出版社2009年版,第293页。

[24] 参见庄绪龙:《“法益可恢复性犯罪”概念之提倡》,《中外法学》2017年第4期,第980页。

其次,“实质性违法阻却说”可能缺乏科学的类型区分标准。在“事后自动恢复”行为的刑法评价上,“实质性违法阻却说”所坚持的“实质性”标准,大都以行为所造成的“结果”作为衡量判断的标准,往往忽视先前已经处于既遂形态的犯罪行为的性质。应当指出的是,即便“事后自动恢复”行为具有良善的价值属性,但也应该承认,不是任何被犯罪行为侵害的法益都可以被恢复,也不是任何法益都可以被行为人主导的事后行为所“赎罪”。比如,代表国家权威的国家公权力和公职人员的职务廉洁性等超个人法益如果受到侵害,就不可能被“恢复”,也不能被“赎罪”,否则势必会对公民造成公权力可以买卖、可以亵渎的不良印象,不可避免地陷入“塔西佗陷阱”,甚至会影响整个国家的政权稳定,这是现代文明社会的伦理底线。值得注意的是,有论者指出,最高人民法院、最高人民检察院发布的《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》第 9 条规定,即“国家工作人员收受请托人财物后及时退还或者上交的,不是受贿”,属于“既遂后出罪”的“赎罪”情形。^[25] 此一认识或许是对司法解释的误读。从论理解释角度分析,“国家工作人员收受请托人财物后及时退还或者上交的,不是受贿”的规定,宜解释为“国家工作人员自始至终并不构成受贿罪”。司法实践中,“国家工作人员收受请托人财物后及时退还或者上交”的类型,主要有以下两种情形:一是国家工作人员虽然收受了请托人的财物,但是并未实际或者承诺为他人谋取利益,也并不明知请托人存在请托事项。这种情形下,国家工作人员可能违反党纪政纪,但并未触犯刑法;二是国家工作人员客观上虽然收受了请托人的财物,但是主观上没有受贿故意并及时退还或者上交的,也不构成受贿罪。比如,国家工作人员明确拒绝接受财物,请托人强行留下或者置于其不易察觉的地方。在上述两种情形下,前述司法解释的宗旨和精神是将客观上国家工作人员收受了请托人的财物,但主观上没有受贿故意的情形,排除在受贿罪之外。^[26] 可见,在刑法评价模式的选择上,“实质性阻却违法”说的结果主义立场,并不能准确区分“法益恢复”的类型,因此可能导致“一刀切”的不当局面。

最后,“实质性违法阻却说”以“证据”之覆灭论证“出罪”可能并不科学。的确,在“法益恢复”或者“事后自动恢复”情形下,行为人的犯罪行为虽然已经按照刑法的规定,齐备了构成要件要素且处于既遂形态,但行为人经由自身努力,将危险状态消除,阻止实害结果发生,或者将已经发生的实害结果予以恢复,“侵害与被害”的事实湮灭,刑法予以否定性评价的动力似乎不足。尤其是在被害人尚未知晓自己权利被他人侵害的情况下,行为人就已经将处于既遂状态的侵害事实予以恢复的情形中,更为明显。在实然角度,对于“法益恢复”或者“事后自动恢复”情形,行为人一般不会被纳入刑事司法予以否定评价。这是因为,在案发机制上,被害人不报案或者有些犯罪根本就没有被害人,比如危险犯中,就没有具体被害人,故而对于尚未发生实际侵害公民权利的所谓“犯罪”,至多也就是所谓的“理念上的或者想象中”的犯罪。事实上,先前处于既遂形态的犯罪与“法益恢复”或者“事后自动恢复”行为的结合与叠加,显然与普通犯罪不同,其“法益恢复”的结

[25] 参见储槐植、闫雨:《“赎罪”——既遂后不出罪存在例外》,《检察日报》2014 年 8 月 12 日第 3 版。

[26] 参见张明楷著:《刑法学》,法律出版社 2016 年版,第 1217 页。

果,对于先前处于犯罪既遂形态的犯罪而言,在客观上已经“石沉波平”,最终是否案发往往带有“运气决定”的成分。在法理上,因果报应虽然揭示的是事物发展过程中的因果关联,但在事实上有些情形难免会成为例外,罪恶行为总有成为“漏网之鱼”的可能。然而,正如贝卡里亚所指出,对犯罪最强有力的约束力量不是刑法的残酷性,而是刑罚的必定性……即使刑罚是有节制的,它的确定性也比联系着一线不受处罚希望的可怕刑罚所造成的恐惧更令人印象深刻。即使是最小的恶果,一旦具有了确定性,就总会令人心悸。^[27]边沁在论述功利主义惩罚观时也指出,如果刑罚恰到好处地产生,且又是不可避免的,那么就不会有人犯罪了。难道有这样愚蠢的人,除了因徒劳的尝试而蒙羞外,肯定一无所获却仍然冒险去犯罪?^[28]在现代文明社会中,理性人大都不会在面临确定性的刑罚制裁危险情形下而从事犯罪行为。但是,刑罚的确定性抑或必然性的惩罚机理,其实只是一种惩罚机制上的想象。事实上,在相当一部分案件中,由于案发机制的“运气决定”色彩所造成的处罚不确定性,行为人才会心存侥幸地实施犯罪。由此而论,贝卡里亚所阐释的刑罚确定性惩罚机制,在实践中必然遭遇“犯罪黑数”的惩罚黑洞,这或许是法治进程中无法避免的“误差”。但即便如此,在学理上也不能就此得出“因证据不足而否认行为人的犯罪事实存在或者否认该行为的犯罪性”而应予以出罪的结论。在证据证明的视角,即便“法益恢复”行为或者“事后自动恢复”行为的刑法评价客观上只能依靠“录像”或者“回忆”等手段予以证明,也不能否认先前犯罪行为的客观存在性。事实上,由于司法判断的事后性特点,包括“法益恢复”行为和“事后恢复行为”在内的所有与犯罪相关的行为,均需要相关证据的证明,比如,录音录像等视听资料以及行为人依据“回忆”所作的供述,被害人依据“回忆”所作的陈述等,皆可作为证据类型,在满足证据“三性”的前提下,都是司法机关裁判的依据。从这个角度看,否认“录像”和“回忆”等证据证明功能,继而认为先前犯罪行为因“事后恢复行为”因素的介入即可作无罪化处理的论证思路,在学理上可能混淆了犯罪评价应然属性与司法处理实然属性之间的差异。

三 “刑事责任熔断”模式之证成

对于“法益恢复”刑法评价的理论模式,不管是“特殊中止说”还是“实质性违法阻却说”,不管论证的视角与思维如何,仍然无法超脱犯罪论体系的视野,这显然与“法益恢复”的概念存在分歧。故而,对于“法益恢复”的刑法评价,应当尊重“法益恢复”的事实基础,即按照犯罪论体系,犯罪已经停止于既遂形态,且应当超越犯罪论体系的思维限制,将其纳入“罪→责→刑”的动态评价体系。

(一)“法益恢复”的刑法评价应当融入刑法的整体判断体系

不可否认,行为人事后主导的“法益恢复”,不管出于何种动机,由于客观上所形成的危险解除或者恢复法益的结果,都带有难能可贵的人性回归色彩。对此,刑法应当对“法

[27] 参见[意]贝卡里亚著:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国法制出版社2002年版,第68页。

[28] 参见[英]边沁著:《立法理论——刑法典原理》,孙力等译,中国人民公安大学出版社1993年版,第69页。

益恢复”行为作实质性的从宽评价。问题是,通过何种路径对“法益恢复”作实质的从宽评价?从宽评价是否应当融入刑法的整体判断体系?

“法益恢复”问题虽然已经脱离了犯罪论体系,但仍然处于刑事司法处理的范畴。因此,对于“法益恢复”的实质化从宽处理,毫无疑问应当纳入刑法的整体判断体系。虽然有判例对“法益恢复”问题作了出罪化或者大幅降低刑罚量的处理,但大都以宏观的刑事政策或者相关指导意见作为裁量依据,始终没有明确“法益恢复”从宽处理的理论基础,从而导致实践操作无统一标准而显得极为随意。在本质上,对于“法益恢复”的实质性从宽评价,并非源自宏观的刑事政策或者其他抽象的指导意见,而是源自行为人“法益恢复”本身的价值。换言之,对于“法益恢复”实质化从宽评价,并非游离于刑法评价体系之外或者成为政策主导下的“处罚例外”。在刑法理论构建的视角,行为人主导的“法益恢复”结果,应纳入科学化、体系化的整体刑法评价范畴,即应在“罪→责→刑”的动态评价体系中作出科学解释和回答。

其一,尊重犯罪论体系与犯罪既遂理论的基础判断。李斯特指出,法律科学必须成为并且保持其作为一种真正的体系性科学,因为只有体系的认识秩序才能保证对所有细节进行安全和完备的掌控,从而不再流于偶然和专断,否则法律适用就总是停留在业余水平。^[29]虽然,罗克辛和耶塞克对于刑法理论体系与刑事政策关系提出了质疑,但刑法体系作为一种专门性的知识体系,在今天看来强调体系性思维仍然具有正当性价值。^[30]具体而言,“法益恢复”刑法评价的前提是犯罪行为已经行进至既遂状态,因此,只能将其纳入刑事责任的评价视野,否则将导致犯罪论体系判断的随意性。

其二,“刑事责任”判断与“法益恢复”从宽评价高度契合,这也是刑事责任理论实质化根据的具体实现方式。“罪责刑相适应原则”是我国刑法立法和司法的基本原则,对于该原则的理解,应当构建递进式、动态性的推进机制。具体而言,“罪”之判断归属于犯罪论体系范畴,其作用是预设基准刑,为后续刑罚的准确裁量提供第一道标准;而“责”之确定,则是在犯罪论判断的基础上,对刑罚或者“宣告刑”的确立提供调适依据,属于刑罚裁量的第二道关口;而最终的“刑”之宣告,则是“罪”与“责”两道关口综合判断的最终结果和表现方式。在角色分工上,犯罪论体系负责具体案件的事实判断与法律判断,但不涉及行为人的其他特殊情况;而刑事责任论体系则承担与案件事实无关但与最终宣告刑密不可分的案外事实的法律判断。其中,犯罪既遂后行为人的“法益恢复”行为应当作为刑事责任判断尤其是刑事责任实质化内容的重要组成部分。在理论根据上,由于行为人在犯罪既遂后通过“法益恢复”行为将法益侵害的实质危险及时消除,或者将已经被犯罪行为侵害的法益重新予以恢复,不管是在功利主义刑罚目的还是报应主义刑罚目的立场来看,行为人的刑事责任都应当予以极大程度地从宽评价。在法哲学上,刑罚的理论定位,大都在“报复与恢复”的范畴内运行。^[31]也即,对于行为人的犯罪行为,代表国家的司法机关对行

[29] 参见[德]李斯特著:《德国刑法教科书》,1919年版,第2页。转引自[德]克劳斯·罗克辛著:《刑事政策与刑法体系》,蔡桂生译,中国人民大学出版社2011年版,第5页。

[30] 参见[德]克劳斯·罗克辛著:《刑事政策与刑法体系》,蔡桂生译,中国人民大学出版社2011年版,第7页。

[31] 参见[英]威廉姆·威尔逊著:《刑法理论的核心问题》,谢望原等译,中国人民大学出版社2015年版,第74-80页。

为人予以报复,以契合维系社会秩序的正义理念。但是,当行为人通过“法益恢复”行为恢复了被其先前犯罪行为侵害的法益时,经由刑罚“报复”的根基也就不复存在了。事实上,刑事处罚的恢复性方法与证明刑罚正当性的报应主义和结果主义都是一致的。^[32]

(二)“法益恢复”刑法评价的具体实现方式:“刑事责任熔断”模式

1. 刑事责任理论的体系定位:犯罪论体系判断基础上对基准刑的调整

在我国刑法学界,大多关注犯罪论与刑罚论,刑事责任成为一个巨大而空洞的概念符号。在关注到刑事责任理论空洞化困境后,有学者对刑事责任理论提出了系统改造的学术构想。比如,张旭教授指出:应当对刑事责任理论进行改造,以解决其“刑法之树干”的定位问题。^[33] 确实,刑事责任的实质内容值得进一步深度挖掘。在逻辑上,刑事责任理论实质化的构建,首先应对“刑事责任”的功能进行清晰界定。从刑事责任功能的视角看,应当包括两个层面的内容:司法机关代表国家追究犯罪嫌疑人的刑事责任,这种刑事责任是一种法律后果,是一种宏观性、概念化的惩罚宣示;在微观上,刑事责任应当富有特定的实质化内容。这种实质化内容,是指行为人在涉嫌犯罪后,即按照刑法的规定,经由犯罪论体系的分析,对其作出何种刑罚裁量提供的基准和理由。有论者指出,如果认为刑事责任是犯罪的法律后果,那么它就不只是犯罪与刑罚之间的一个中介,而应该是具有实质内容的概念。^[34] 行为人触犯刑法后,如何承担刑事责任,承担何种刑事责任,这是犯罪论体系理论所不能解决的,而是刑事责任论应予考量的问题。刑事责任论的作用在于对刑罚尤其是基准刑意义上的刑罚予以实质调整,并合理规制刑罚权的发动。^[35]

事实上,“基准刑”作为最终刑罚裁量的“基准”,只是“宣告刑”的基础。“宣告刑”的最终做出,需要在“基准刑”的基础上,结合诸多案内、案外因素,尤其是与犯罪事实没多少实质关系而与行为人本身的特殊情况相关的案外因素,比如自首、立功、累犯等量刑情节以及犯罪行为完成或者既遂后行为人事后的表现等,最终综合裁量的结果。对此,刑法通说观点也承认,“如果犯罪成立后刑事责任程度发生变化的,刑罚也应当随之调整,如犯罪后自首、立功的,从轻、减轻处罚”。^[36] 不可否认,基准刑的确定,当然涉及刑罚种类与幅度的判断,但这是在犯罪论基础上的刑罚选择与适用问题,仍然属于基准刑的确定范畴,与刑事责任调整基准刑的逻辑并不矛盾,也与刑事责任论与刑罚论相区分的体系安排并不冲突。比如,甲故意伤害乙致其重伤,按照犯罪论体系逻辑,甲构成故意伤害罪,自然需要按照《刑法》第234条第2款规定的“三年以上十年以下有期徒刑”的刑种与刑罚幅度确定基准刑。假设法院根据伤情等级等确定为五年有期徒刑,此即为基准刑。在此基础上,再根据影响行为人刑事责任的其他从重或从轻量刑情节对该基准刑进行调整进而确定宣告刑,这完全符合司法实践的判断逻辑。

[32] See A. Ashworth and A. Von Hirsch (eds), *Principled Sentencing: Reading on Theory and Policy*, Hart Publishing, 1998, p7.

[33] 参见张旭:《关于刑事责任的若干追问》,《法学研究》2005年第1期,第101页。

[34] 参见张明楷著:《刑法学》,法律出版社2016年版,第9页。

[35] 参见刘源、赵宇:《刑事责任论的危局与解困》,《中国刑事法杂志》2010年第11期,第23页。

[36] 贾宇主编:《刑法学(上册·总论)》,高等教育出版社2019年版,第278页。

归纳而言,从“基准刑”到“宣告刑”的转变,从案件核心事实到以案件核心事实为基础,结合行为人的危险人身危险性、犯罪后表现等诸多案件边缘事实甚至与案件核心事实并无实质关联的其他事实的判断与裁量,则是刑事责任理论实质化的核心内容。事实上,“刑事责任论”与“犯罪论”一样,在本质上是相对动态的判断体系,应当赋予实质化的内容;与此相对应,“刑罚”仅仅是作为犯罪论和刑事责任论基础上的一种结论性的表达形式,其本身应当是静态的标识性内容,而不应当包含实质内容和判断价值。犯罪构成体系、刑事责任与刑罚三者之间的逻辑关系,如图 1 所示:

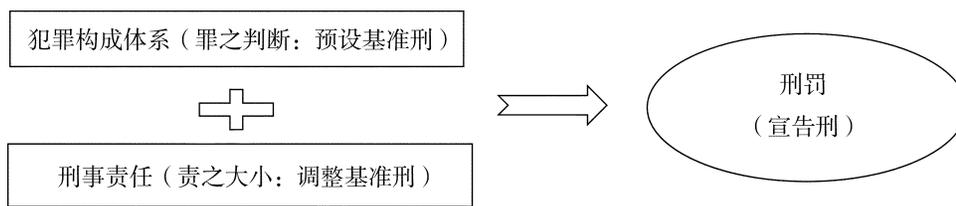


图 1 犯罪构成体系、刑事责任与刑罚的逻辑关系

2. “刑事责任熔断”:“法益恢复”刑法评价的模式选择

在“法益恢复”刑法从宽评价体系的安排上,将其纳入刑事责任理论体系,并以“刑事责任熔断”的理论设计作为论证支撑,以实现从宽评价的目的,具有充分的理论根据和逻辑基础。^[37]所谓“刑事责任熔断”,是指行为人先前的犯罪行为停止于犯罪既遂状态后,其通过自主有效的恢复行为,消除危险状态,使得行为犯、危险犯的实害结果不致发生或者将已经发生的实害结果在事实上予以弥补修复,此时原本按照犯罪论体系预设的“基准刑”,失去了实际科处的实质根据,刑事责任从而得以“熔断”的一种判断体系。在刑罚具体宣告时,应根据法益恢复的力度与幅度,具体判断刑事责任“熔断”的程度与范围。换言之,在犯罪既遂形态基础上,行为人原本既定的“基准刑”责任,由于介入了行为人主导的“法益恢复”行为及其效果,其先前的“基准刑”责任得以大幅稀释甚至消除。

事实上,关于犯罪论体系预设基准刑,刑事责任判断体系调整基准刑的罪刑关系与逻辑,学界也存在类似主张。比如,冯亚东教授就曾提倡,应构建一种以行为(侧重罪刑相适应)、行为人(侧重于个别控制的特殊预防)和社会(侧重于威慑效应的一般预防)三位一体相互照应的量刑观。在这种量刑观的指导下,行为人事事实上被宣告的刑罚可以大于也可以小于行为本身所受到的刑罚,甚至被免除刑罚。^[38]还有学者在研究刑事和解制度的体系安排与刑事责任之间的关系时,也表达了类似观点,认为应当在现有的“惩罚”与“预防”之外,将“法益损害之恢复”作为刑事责任之基本诉求。^[39]笔者赞同

[37] “熔断机制”(Circuit Breaker),最初源自证券市场领域,也称自动停盘机制,是指当股指波幅达到规定的熔断点时,交易所为控制风险采取的暂停交易措施。

[38] 参见冯亚东著:《理性主义与刑法模式》,中国政法大学出版社1999年版,第145页。

[39] 参见杜宇:《刑事和解与传统刑事责任》,《法学研究》2009年第1期,第90页。

“法益恢复”刑法从宽评价的模式选择,应在“罪”之判断之后的“责”之领域进行实质化分析。“法益恢复”刑法评价的科学模式,可以描述为罪之判断完成以后的“刑事责任熔断”,从而整体性地完成对行为人罪责刑的综合评价。在“法益恢复”刑法评价方案的选择上,“刑事责任熔断”模式可能更具理论自洽性。

据此,将“法益恢复”作为“刑事责任熔断”的主要内容,应当根据“法益恢复”的实际情况作出“熔断与否”的判断。对于行为人在犯罪既遂后通过恢复行为,将先前犯罪侵害的法益予以完全恢复且没有为自己牟利的情形,刑事责任可以直接“熔断”。在具体操作模式上,对于数额较小、情节轻微的案件,侦查机关可以直接不予立案处理,公诉机关也可以直接不起诉;对于数额较大、数额巨大或者数额特别巨大或者情节特别严重的案件,法院可以只作有罪宣告,但应考虑免于刑事处罚。而对于“法益部分恢复”情形或者虽存在“法益恢复”的行为和努力,并未实现“法益恢复”实际效果的情形,原则上并非本文讨论的“法益恢复”刑法从宽评价(“刑事责任熔断”)的范畴,对此只能按照相应的量刑规则予以具体判断。

基于以上讨论,本文得出结论:对于“法益恢复”行为的刑法评价模式,应当纳入罪责刑相适应的动态评价体系。具体评价过程如图2所示。



图2 “法益恢复”评价过程

值得讨论的是,“法益恢复”基础上的“刑事责任熔断”与中止犯处罚规则之间是什么关系?或许有观点认为,根据我国刑法规定,行为人在犯罪既遂前中止的,也不一定免除处罚,为何在犯罪行为造成危害结果且处于犯罪既遂形态,对于行为人事后的“法益恢复”行为就能“熔断”刑事责任?笔者认为,我国刑法关于中止犯的处罚规则与“法益恢复”基础上的“刑事责任熔断”主张,并不存在解释上的逻辑冲突。《刑法》第24条第2款规定,对于中止犯,没有造成损害的,应当免除处罚;造成损害的,应当减轻处罚。由此规定可知,在没有造成损害的中止犯场合,刑法已经明确了刑事责任豁免的立场。对于行为人主导的“法益恢复”而言,其最终避免结果发生或者恢复被犯罪行为所侵害的法益,在结局上其实与没有造成损害结果的中止犯,具有极大的类似性。只不过,行为人的行为已经处于既遂形态,无法再通过中止处罚规定实现刑事责任豁免。所以,对此最终经由“法益恢复”而无害的结局,有必要通过理论上归纳“责任熔断”的拟制豁免机制,以实现罪责刑相适应的公正诉求。需要注意的是,对于“法益恢复”而言,不应将目光固定在犯罪既遂形态的既成事实一端,也需要以动态、发展、系统的视角考察犯罪既遂后的社会危害性问题,以综合判断是否存在追究刑事责任的惩罚必要性。

(三)“刑事责任熔断”模式的理论优势

首先,“刑事责任熔断”并不意味着对行为人主导的“法益恢复”效果直接出罪或者不作为犯罪处理,能够避免“实质性违法阻却说”将刑事犯罪与民事行为混淆的理论弊端,

从而避免将犯罪行为民事化处理以及不当评价。在“法益恢复”刑法评价的处理模式与体系安排上,行为人先前犯罪行为的刑法否定性并不因其“法益恢复”的行为和效果而一笔勾销。正如耶林所言,当小偷归还了所偷之物便放掉小偷的做法与法的基本原理相悖,因为偷窃行为不仅是对被偷之人,还是对国家的制定法、法律秩序、道德律令的犯罪,这要求一种威慑手段来抵御这种不义,制定法的刑罚措施满足了这一要求。^[40] 只不过,可以在“罪”之确定性的前提下,通过后续的刑事责任理论体系,构建“刑事责任熔断”机制,根据“法益恢复”的幅度和程度,对其刑事责任的承担作实质化的削减甚至免除。因此,这种处理方案本身并不与民事法律关系的判断混淆,也不会人为制造经由“法益恢复”直接得出刑事犯罪民事化处理的不合理现象。

其次,“刑事责任熔断”机制仅仅是对行为人“宣告刑”的最终确定与科学裁量提供实质根据,是对刑事责任承担的评价,而非对犯罪论体系的否定,从而能够有效避免对犯罪论体系的冲击。其实,在本质上,“刑事责任熔断机制”及其后续的刑法从宽裁处,与行为人自首、立功、坦白获得从宽裁处优惠的性质类似,只不过以“法益恢复”为核心内容的“刑事责任熔断”机制从宽评价可能更为彻底,即完全恢复被侵害法益的行为,在效果上可以与《刑法》第 24 条“没有造成损害结果的,应当免除处罚”的规定类似甚至等同。这种只对刑事责任有无和大小而不涉及犯罪性质的二元递进评价机制,显然更具科学性。即,在保留对行为人先前犯罪行为法律评价的基础上(入罪评价,且确定基准刑),经由“刑事责任熔断”机制的判断,视“法益恢复”的情况减轻处罚、免除处罚,实现刑事责任承担的科学性(宣告刑)。另外,这种二元递进评价机制还可以与累犯、数罪并罚等刑罚裁处统一并轨。反之,如果将“法益恢复”行为直接作为出罪或者不作为犯罪的依据,那么行为人可能会“屡贖屡犯”,妨碍有效约束机制的形成。比如,行为人犯盗窃罪,介入“法益恢复”的因素后,按照“出罪说”或者“不作为犯罪”的立场,对其先前的犯罪行为则无任何从重处罚的约束机制,这极有可能人为制造处罚上的漏洞。但如果按照“罪—刑”二元递进评价机制对其“定罪免刑”,如果行为人事后又犯盗窃罪或者其他犯罪,对于前述已经被免除刑罚的犯罪,至少在前科否定的视野内可以进行完整评价。

最后,将“法益恢复”作为“刑事责任熔断”机制的核心内容,对于刑事责任理论体系实质化、避免成为空洞化的概念符号而言具有重要意义。应该承认,刑事责任理论体系在整部刑法学体系中占据重要地位,甚至可以认为,刑法学的核心任务就是为了解决行为人的刑事责任而展开,刑罚只不过是刑事责任确定后的具体惩罚手段和方式,但其本身并不是刑事责任的内容。由此,简单地将刑罚视同刑事责任的理论立场显然是不恰当的。“法益恢复”纳入刑法从宽评价体系,主要通过构建对刑事责任体系的构建为路径展开。在行为人犯罪既遂后,采取自主有效的措施达至“法益恢复”之效果,可以作为法院对行为人刑事责任判断、衡量的有力根据,甚至可以实现“刑事责任熔断”的司法效果。在此意义上,将“法益恢复”刑法从宽评价纳入刑事责任体系判断视域,既可以科学解释“法益恢复”缘何可以在刑法体系内获得从宽评价,对于刑事责任理论避免符号化、

[40] 参见[德]耶林著:《为权利而斗争》,郑永流译,商务印书馆 2016 年版,第 48-50 页。

虚置化,也可以提供一种积极而科学的实体支撑,二者之间的“相容共进”关系具有显著的理论前景。

四 结 论

停止于犯罪既遂形态基础上的“法益恢复”,不仅在司法实践中大量存在,相关司法解释也予以确认。目前,理论上对于“法益恢复”问题的研究尚未成熟,仅有的几种立场也经不住思辨和质疑,因而需要在现有理论立场的基础上对此问题进行重新反思。对于肇始于司法实践与司法解释中的“法益恢复”现象,在理论上到底应该如何进行评价,经由考察与分析,本文得出以下结论。

其一,“危险犯中止说”否认刑法对于既遂形态立法模式的选择,且存在理论不周延的弊端。按照“危险犯中止说”立场,危险状态基础上的危险犯即便处于既遂形态,但仍然处于“犯罪过程中”,存在中止的可能,或者认为即便危险状态形成,但在实害犯的视角危害结果尚未发生,也存在犯罪中止的可能。显然,不管是“危险中止”还是“实害中止”的观点,都忽视了刑法对于犯罪既遂模式的选择,忽视了刑法分则既遂模式的立法确认。另外,“危险犯中止说”对于“法益恢复”的理论解释,仅仅局限于危险犯的场所,在非危险犯的场所却无解释力,在理论上这显然是不周延的,无法成为“法益恢复”现象刑法评价的正当选择。而“实质性违法阻却说”则与犯罪论体系存在矛盾。该学说主张将犯罪既遂形态前提下的“法益恢复”回溯至“违法”视域进行所谓实质判断,并且以“证据灭失应予以出罪”为由主张犯罪不成立,这显然与犯罪论体系相冲突。因为,在犯罪论体系的视野,行为一旦停止于犯罪既遂形态,就不可能对该行为再在违法视域进行重新评价,否则将会陷入无限逆循环的逻辑陷阱。另外,“实质性违法阻却说”过于强调实质性的违法阻却,极有可能滑入后果主义的泥沼。

其二,“刑事责任熔断”模式是“法益恢复”刑法评价的理性路径。对于既遂形态基础上“法益恢复”现象的刑法评价,与犯罪论体系的判断并无关系。这是因为,“法益恢复”现象的存在基础是犯罪既遂的既定判断,如果犯罪既遂形态并未形成也就无所谓“法益恢复”问题的归纳与研究。因此在逻辑上,“法益恢复”与犯罪论体系判断(主要是犯罪既遂形态判断)并无关系,而只与刑事责任承担的方式与刑罚裁量的内容有关。因此,对于“法益恢复”刑法的评价模式,显然应该在犯罪论体系判断之后,在刑事责任承担方式的视角展开,二元递进体系下的“刑事责任熔断”机制更具合理性。

归纳而言,“罪责刑相适应”原则,是我国刑事立法与司法始终坚持的基本原则。在“法益恢复”现象的刑法评价问题上,“罪责刑相适应”原则可以发挥具体实在的指导价值。对于“法益恢复”的刑法评价,应当坚持“罪→责→刑”层层推进的动态体系:在“罪”之阶段,承认犯罪成立且处于既遂形态,这是依据犯罪论体系分析的基本结论。因为,行为人主导的“法益恢复”,在时间顺序上,是发生于犯罪既遂之后,不能以后续的“法益恢复”效果否定前一阶段犯罪的成立,否则将无法获得逻辑上的自洽;在“责”之阶段,承认“法益恢复”对于刑事责任的“熔断”效果,即在行为构成犯罪且停止于既遂形态的客观前

前提下,由于介入了行为人的“法益恢复”因素,在整体上可以评价为刑事责任的“熔断”;在“刑”之阶段,对于犯罪既遂形态前提下的“法益恢复”问题,综合“罪”与“责”两个阶段的分析与判断,可以得出减轻处罚甚至“免刑”的处理结果。如此,在“法益恢复”刑法的评价视域,“罪责刑相适应”原则,就不再是宏观抽象的司法裁判口号或者“道具”,而是科学的动态递进理论。

[本文为作者主持的 2020 年度江苏省社会科学基金项目“非法集资刑事案件涉案财物处置问题研究”(20FXC001)的研究成果。]

[**Abstract**] The phenomenon of “legal interest recovery” exists objectively in various aspects of social life, and criminal judicial practice is no exception. “Legal interest recovery” is constituted if, after the criminal act stops in the accomplished form, the actor eliminates the danger or recovers the legal interest through voluntary and effective *post factum* act. The recovery of legal interest carried out voluntarily by the perpetrator after the completion of the crime is a rare and commendable manifestation of the return of humanity that should be given substantially lenient evaluation. With respect to the mode of theoretical analysis of the lenient evaluation of “legal interest recovery”, the theory of “discontinuation of dangerous crime”, by proposing that “there is still space for discontinuation of a crime after its completion”, essentially denies the choice of legislative power on accomplished crimes, and therefore is questionable in its scientificity; the theory of “substantial violation of law” traces “legal interest recovery” in the context of accomplished crime form back to the field of “violation of law” for substantive judgment, thus logically conflicts with criminal theory system. As a matter of fact, the criminal law evaluation of “legal interest recovery” has nothing to do with the criminal theory system, but is only related to criminal responsibility and criminal penalty discretion. In choosing the mode of lenient criminal law evaluation of “legal interest recovery”, substantive analysis should be carried out in the field of “responsibility” under the guidance of the basic principle of suiting responsibility and punishment to crime and on the basis of the judgment of “crime”. The scientific mode of criminal law evaluation of “legal interest recovery” can be described as the institutional building of “fusing of criminal responsibility” after the completion of the judgment of crime, by which the comprehensive evaluation of the criminal responsibility and punishment of the perpetrator as a whole can be completed.

(责任编辑:王雪梅)