

经济刑法的归责根据及其立法实现

姜涛*

摘要 以惩罚逻辑取代市场逻辑,会造成经济刑法的法益保护困境,这与刑法理论对经济刑法的归责根据的认识有关。自然犯与行政犯各有其特殊的归责根据,并不存在一种归责理论“包打天下”的可能。行政犯的归责根据是答责性的功能责任论,它将刑法的归责根据借助于刑罚目的而转化为功能性论述,在应罚性基础上需要考察需罚性,实现了刑罚目的的功能化,能够有效防止行政犯的过度扩张。法益恢复是功能责任论主张的再社会化意义上的特殊预防,具有拓展经济刑法的出罪事由、破解刑事不法与行政不法的区分难题、满足经济刑法之法益衡量的需求等制度价值。经济犯罪作为行政犯的种属,其认定具有强烈的政策导向,更应当以功能责任论确定其归责根据,把法益恢复的努力作为法定免责事由。法益恢复是免责事由,不应当将其作为个罪的构成要件对待。

关键词 经济刑法 功能责任论 需罚性 法益恢复 行政前置性要件

人类对经济犯罪的认识是一个不断进步的过程,由此带来经济刑法罪刑体系的改变。近年来,我国经济刑法领域出现了一些立法与司法新动向。例如,就逃税罪而言,行为人实施逃税行为后,原本应当按照犯罪处理。但《中华人民共和国刑法修正案(七)》对逃税罪新设了“行政前置性要件”,“经税务机关依法下达追缴后,补缴应纳税款,缴纳滞纳金,已受行政处罚的”,成为一种新型免责事由。即行为人的行为虽成立逃税罪,符合个罪之构成要件而具有不法性,但因实现了法益恢复而不再追究其刑事责任(免责)。上述立法与司法新动向体现了经济刑法之法益保护任务的根本改变,即强调“事前保护和事后修复并重”,更加重视法益恢复在刑法体系中的出罪作用。如何看待这些立法与司法新动向的理论根据,澄清经济刑法的归责根据,进而提出经济刑法的立法完善建议,就成为刑法理论不能回避的时代之问。有鉴于此,本文从经

* 华东政法大学刑事法学院教授。本文系国家社科重大项目“数字经济时代刑事安全风险防控体系构建研究”(项目编号:21&ZD210)和最高人民检察院一般课题“单位犯罪立法完善问题研究”(项目编号:GJ2024C15)的阶段性研究成果。

济刑法的法益保护困境入手,讨论自然犯与行政犯在归责根据上的差异,把功能责任论作为法益恢复免责的理论根据,主张对部分经济犯罪设置法益恢复条款,以期实现经济犯罪治理从惩罚逻辑到市场逻辑的根本策略转变。

一、以惩罚逻辑取代市场逻辑:经济刑法的法益保护困境

“监管型”的经济刑法与“交易型”经济刑法,是思考经济刑法本质的两种理论视角。前者旨在维护管制型经济秩序,认为经济犯罪的不法基础就是一种不服从经济法律、经济政策的行为,故奉行犯罪惩治的惩罚逻辑;后者强调自由型经济秩序,认为经济犯罪的不法基础是公司、企业滥用或侵害自由市场制度的行为,^[1]更加强调犯罪治理的市场逻辑。以惩罚逻辑取代市场逻辑,把违反行政法或经济法律之禁止或命令的行为纳入刑法处罚范围,是一种“刑法中心论”的模式,由此导致经济刑法的法益面临着保护困境。

(一)忽视法益衡量对经济刑法边界的限定作用

经济刑法关联到自由与安全之间的平衡。因此,从治罪到治理的策略转变,对于经济刑法的立法完善至关重要。治罪在犯罪评价上强调入罪解释,强化适用逮捕等羁押措施,在量刑上追求实刑与重刑,以期发挥刑罚的一般预防作用。治理在犯罪评价上强调适度的出罪解释,审慎适用逮捕等羁押措施,在量刑上更加重视轻刑与缓刑,以期发挥刑罚的特殊预防作用。经济犯罪治理需要审慎思考经济刑法的边界,即“什么是经济犯罪”?常识性的结论容易诱使我们在好/坏、有害/无害或允许/禁止的关系中寻找解释,尽管这似乎是一项相当简单的任务。但更深入的思考很快就会表明,回答这个问题既困难又艰巨,^[2]通常涉及到复杂的法益衡量。

从实质刑法观角度看,如果行为人的行为在形式上违反刑法规定,但实质上并没有法益侵害,甚至更有助于法益保护,则不具有可罚性基础。立足于罪刑法定原则,现代刑法传达了两个信息:(a)不要这样做,(b)你如果强行这么做,必须付出很高的代价,^[3]从而让民众对自己的行为具有可预测性。例如,骗取贷款罪的适用通常要求必须给银行造成严重损失。与骗取贷款罪对应的往往是银行工作人员的“渎职”行为,即银行工作人员在贷款理由、担保财产等问题上只进行形式审查,缺乏必要的风险评估,甚至是银行工作人员和贷款的公司、企业串通一气。但是,由于刑法本身对非国家工作人员的渎职行为并无设置相关罪名,依据罪刑法定原则只能进行出罪。

从经济犯罪的特殊性来说,往往面临刑事犯罪、民事违约或侵权之间的区分难题。犯罪是

[1] 齐藤豊治「经济刑法・经济犯罪における视座の変遷」刑法雑誌 30 卷 4 号(1990 年)482 页参照。

[2] See Aleš Bučar Ručman, “What is crime? A Search for an Answer Encompassing Civilisational Legitimacy and Social Harm,” *Crime, Law and Social Change*, Vol. 72, 2019, p. 211.

[3] See A. P. Simester and Andreas von Hirsch, “On the Legitimate Objectives of Criminalisation,” *Criminal Law and Philosophy*, Vol. 10, 2016, p. 368.

财产的纯粹性强制转让,违约或侵权是生产经营活动的“意外事件”,〔4〕违约或侵权并不具有非法占有目的。如果缺乏上述区分,很容易以惩罚逻辑代替市场逻辑,以“监管型”经济刑法代替“交易型”经济刑法。以“非法吸收公众存款罪”为例,司法实践将民间借贷行为作为犯罪处理,而不是把本罪的不法行为局限于“吸资放贷”,这种扩张适用背离了市场逻辑,并使得经济刑法呈现出工具主义倾向。

(二)简单地以惩罚的严厉性取代惩罚的有效性

现代刑罚体系追求惩罚的有效性,而不是惩罚的严厉性。惩罚的有效性涉及两个维度:一是对被告人而言的悔过自新,二是对被害人或被破坏社会关系而言的法益恢复。惩罚的严厉性有助于被告人的悔过自新,但通常无法实现被侵害法益的恢复。

经济刑法以惩治逻辑取代市场逻辑,对惩罚的有效性来说是灾难。就惩罚的有效性而言,没有什么是比滥用刑罚更大的恶。市场经济是自由的交易型经济,也是一种优胜劣汰的经济形态,效益与风险同在,这是市场经济的本质。置身于市场经济发展浪潮的公司、企业,因生产、经营意外而导致的经营困难或破产是一种市场行为,这种经营困难或破产如同人的生老病死一样,国家并不具有干预的根据。如果某种行为是作为市场主体的双方自愿协商的结果,原则上不宜作为犯罪,除非是交易一方滥用信息优势实施欺诈、胁迫等行为。如果意识不到这一市场逻辑,一味强化对企业活动的刑法管制,将会导致经济犯罪治理的过度工具化,最终导致惩罚的无效。例如,即便对非法集资行为进行严厉打击,也无法彻底追回集资参与者的财产。

从经济犯罪治理的角度来看,刑法不能以惩罚的严厉性代替惩罚的有效性,如果刑法立法对此处理偏误,以监管刑法立场对经济秩序进行过度保护,不仅会导致刑法因过度工具化而违背罪责原则,还会出现“刑法圈扩大、安全圈减少”的悖论,导致刑法的法益保护目的落空。例如,非法吸收公众存款罪近年来已经成为高发犯罪,呈现出“口袋化”趋势。对于因借贷困难的中小企业,融资往往是企业解决发展困境的有效路径。如果立足于维护金融管理秩序的立场,把此类融资行为认定为非法吸收公众存款罪,并对企业及企业负责人追究刑事责任,将会严重背离金融交易本位的市场逻辑。这一举措通常会给企业带来破产风险,导致所筹集的借款最终无法偿还,既毁灭了企业、损害了集资参与者的利益,也将无法实现刑法的法益保护目的。

(三)虚置经济刑法之保护法益的反思批判功能

刑法归责的目的不是确证规范的效力,而是为了刑法之外的某种目的,这个目的就是保护法益。换言之,不能为维持一定的经济秩序而发动刑法,除违反经济法律法规外,尚需结合行为有无侵害个罪之保护法益来进行认定。

经济刑法的保护法益,基本上有别于传统刑法上的财产犯罪,它不是保护个人的财产法益,而是一种超个人法益(集体法益)。第一,对食品管理秩序、药品管理秩序、公司管理秩序、金融管理秩序等超个人法益的保护,应当理性、具体和客观,应当取得多数人的认同,而不是立

〔4〕 See Roger Bowles, Michael Faure and Nuno Garoupa, “The Scope of Criminal Law and Criminal Sanctions: An Economic View and Policy Implications,” *Journal of Law and Society*, Vol. 35, No. 3, 2008, p. 396.

法者想当然地认为具有保护价值便直接上升为刑法保护法益。在这一过程中,国家乃是处于第三人的角色,理性评判民众对超个人法益保护的请求权与民众的自由权保障的需求之间的关系,以寻求一种双方都可以接受的大体方案,而不是以强制力建构某种人为秩序。唯有如此,民众才会信赖法秩序。第二,超个人法益与个人法益之间的关系,当属于质同而量异,因此,超个人法益均可还原为个人法益。以生产、销售、提供假药罪为例,如果把药品管理制度解释为与人身有关的制度资源,则刑法修正案取消“足以危害人体健康”的规定并不具有正当性,因为它会把“程序性假药”也纳入犯罪范畴,从而使刑法成为一种保障行政法律、经济法律等实施的工具。^{〔5〕}第三,秩序、制度等超个人法益的侵害,并不能如生命、健康等个人法益以物质形态呈现,而是表现为一种非物质性结果,例如,破坏货币信用、生态环境等。尽管如此,超个人法益也必须是一种有价值或有利益的存在,立法者需要检验制度或秩序对于人类自我实现有何功能,以判断有无正当目的,不能把无价值的法益列入经济刑法的保护范围。

另外,把经济刑法的保护法益界定为维护经济交易行为的安全、信用等共同团体利益,这种超个人法益并非指制度本身,而是抽象的制度的机能。那么,这是否意味着对于国民经济的利益或经济管理秩序的保护效果能够自动辐射到个人的经济利益?笔者认为,这一说法并不成立。从本体论角度看,法益是涉及人类利益的真实存在。立基于此,经济刑法的保护法益系双重法益,即是指“国家的经济秩序与整体经济结构的安全”以及“个人的财产利益”,前者即是超个人的经济利益,也称之为经济社会的公益,后者系个人的经济利益,包括消费者及参与经济活动者个人的财产利益。^{〔6〕}刑法理论对经济刑法之保护法益的定义,应使国民经济的利益以更具体的方式和个人的利益联结,而非简单地承认超越个人法益的国民经济利益或经济管理秩序的存在,从而必须予以优先保护。^{〔7〕}缺乏对经济刑法之市场逻辑的尊重,往往会对经济刑法的保护法益进行错误定义,把经济秩序或市场秩序等作为经济刑法的保护法益,这通常会导致法益论丧失对立法的反思批判功能,由此可能造成立法的不断扩张。

刑法立法的难题在于如何建构平衡法益保护与人权保障之间冲突的理论方案,经济犯罪治理只有遵循市场逻辑,才能使刑法处于最佳平衡点,实现法益保护与保障人权的“双赢”。但传统经济刑法由于采取自然犯的归责根据,通常以事前的法益保护为重。这在某种意义上忽视了人权保障,并造成了经济刑法法益的保护困境。

二、行政犯与自然犯混同:经济刑法法益保护困境的成因

从理论上分析,经济刑法法益保护困境的成因,与刑法理论对经济刑法之归责根据的讨论有关。责任原则具有限制刑法处罚边界的功能,它决定了国家刑罚权的基础和界限,关系到刑

〔5〕 参见姜涛:“论集体法益刑法保护的界限”,《环球法律评论》2022年第5期,第125页。

〔6〕 参见林山田:《经济犯罪与经济刑法》,三民书局1984年版,第90页。

〔7〕 京藤哲久「経済刑法の構成要件とその合目的的解釈」刑法雑誌30卷1号(1989年)91—93頁参照。

罚处罚合法性的问题,〔8〕即没有责任就没有犯罪,没有责任就没有刑罚。〔9〕

传统刑法强调以自由意志为核心的归责体系,构筑了国家干预自由的边界,对解释自然犯的归责根据具有重要意义。但其能否合理解释经济刑法之归责根据,以及在新发展也逐渐受到怀疑。众所周知,我国现行刑法分则中的犯罪被区分为自然犯与行政犯两类,行政犯包括秩序犯与经济犯两类,秩序犯(违反第六章妨害社会管理秩序罪者)与经济犯(违反第三章破坏社会主义市场经济秩序罪者)等行政犯在刑法典中涉及罪名众多。我国刑法典中的破坏社会主义市场经济秩序罪,除部分犯罪属于自然犯外,大都属于行政犯。截至《中华人民共和国刑法修正案(十二)》,经济犯合计106个具体罪名,秩序犯合计146个具体罪名,分别占全部483个罪名的21.95%和30.23%,超过二分之一。

自然犯与行政犯的归责根据不同,两者的归责理论选择亦有差异。传统归责理论是以自然犯为中心的思考,对故意杀人、盗窃等传统犯罪具有解释力。从学术史来看,归责概念最早由德国学者塞缪尔·普芬道夫(Samuel Pufendorf)引入到刑法理论中,后经不断发展演进,责任理论历经了心理责任论取代结果责任论而后又被规范责任论取代的漫长过程。从理论上分析,心理责任论取代结果责任论的理由是指摘结果责任论把人物化为行为或结果支配的工具,没有体现出个体意志自由在责任判断中的价值。规范责任论相对于心理责任论的变化是,既关注事实意义上的心理态度,也关注对这一心理态度的规范评价,从而在责任能力之外,发展出了期待可能性、不可避免的禁止错误、违法性意识、阻却责任的防卫过当、义务冲突等违法阻却事由或减轻责任事由,实现了事实判断与价值判断的统一。

不难看出,规范责任论、心理责任论讨论的核心仍是人的认识能力与辨认能力(意志自由)。相比于心理责任论,规范责任论发现了意志自由的更多例外情况,这同样对传统的故意杀人、故意伤害等自然犯具有解释力,可以把未成年人或精神病人实施的损害行为或不具有期待可能性的行为等,以不具有归责可能性为由进行出罪化处理。更为重要的是,相比于心理责任论,规范责任论多了一个对心理事实的价值评价。这种价值评价也是一种实质判断,它是刑法规范与社会生活有效沟通的工具,以免刑法上的归责结论偏离常识、常理和常情。就此而言,规范责任论就不单纯是理性思辨的产物,而是打通了刑法与社会生活之间的关联。所谓“期待可能性”就是一种社会生活意义上的常识、常理与常情判断,强化了“法律不强人所难”这一法理在责任判断中的意义。尽管出现了改变,但是规范责任论仍没有脱离以自然人的意欲之形成、决定与实现这一轴心。这种取代基本上发生在自然犯领域,是以自然人为对象和以个体伦理观为框架的理论建构,即强调人是具有相对意志自由的个体,在可以选择实施合法的情况下实施了不法行为,或者在同等情况下社会一般人能够实施合法行为而行为人选择实施了不法行为,这种行为及其所造成的结果就应当归责于他。就自然犯来说,被惩罚的人不仅违法,而且也是某种形式的道德越轨,归责其实是对“行为人滥用自由的失望”及由此产生的报

〔8〕 参见王钰:“功能责任论中责任和预防的概念——兼与冯军教授商榷”,《中外法学》2015年第4期,第1053页。

〔9〕 冯军:“刑法中的责任原则——兼与张明楷教授商榷”,《中外法学》2012年第1期,第45页。

应。这种归责理论整体上坚持“意志自由公式”和一种报应主义刑罚观,报应主义者倾向于将犯罪行为视为行为人自由决意的结果,它把定罪处罚视为个人滥用自由意志的报应。迄今为止,近代以来以自然犯为基础所建立起来的归责理论(规范责任论)仍支配着刑法理论。那么,以自然犯为对象形成的归责理论能否合理解释行政犯的归责根据?

笔者认为,这种以自然犯为对象思考形成的归责根据,未必适用于刑法典中日趋增多的行政犯。刑法理论应当探索行政犯的特殊归责问题,这是由行政犯的特殊性所决定的。就行政犯而言(尤其是单位犯罪),一方面,其之所以实施犯罪,通常并不是意志自由的体现。例如,为何部分公司、企业实施非法吸收公众存款,与企业经营面临的融资困难具有密切关联;另一方面,它往往只有较小的罪责,但造成的结果却十分严重,经济犯罪之不法所得通常已非区区数百万元,而是以亿计算,甚至高达百亿。典型如骗取贷款罪,行为人通常是对贷款的条件等进行“包装”,但因市场经营困难导致巨额贷款无法归还,给金融机构造成重大损失。由此可以看出,对经济犯罪等行政犯通常并不具有报应基础,直接以自然犯的归责根据套用到行政犯并不具有合理性,自然犯归责中的意志自由,在行政犯中通常也是无法证明的。笔者认为,行政犯有其特殊的归责理论,需要发展出一种以刑罚目的为导向的归责理论,并重视法益恢复对刑法之法益保护功能实现的意义。关于上述主张的进一步理由包括:

第一,行政犯是基于国家行政管理秩序或经济管理秩序维护的需要而产生的,其犯罪认定具有典型的行政从属性,即以违反经济法律、行政法律等为前提。国家是基于行政管理的需要而将某种行为规定为犯罪,而这其中必然包含效果最大化的功利考量问题,且利弊评判意义上的后果考察不可避免,更加强调法律效果与社会效果之间的统一。行政犯多属于单纯不服从类型,缺乏刑法上的自体恶,不属于典型的刑事不法。^[10] 如果国家法律或政策本身不正义,则公民不服从这一法律或政策,则属于违法阻却事由。比如,把本属于民间融资的行为定义为非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪,这会严重阻碍民营企业发展,此类犯罪的边界不宜扩张。

第二,行政犯属于监管刑法的范畴,监管刑法旨在通过维护社会安全、保护秩序来间接保护民众的生命、健康、自由。但这种借助于经济秩序、管理秩序等媒介来实现的间接保护,更容易基于刑法父爱主义而导致刑法扩张化。这种刑法扩张存在“保护法益欠缺”现象。保护法益欠缺是指经济刑法在保护法益上的欠缺与变容,这里的“欠缺”是指行政犯只是一种单纯的不服从,并没有具体的、现实的法益侵害,这里的“变容”是指行政犯虽然侵害了集体法益,但集体法益在证成上存在抽象性、不可证成性等先天性缺陷。这种基于社会国家之行政管理或安全保障的需要,而对法益理论作出的变通修改,是传统法益论向民众的社会保护需求妥协的结果。

第三,行政犯的认定多涉及“刑民交叉”“刑行交叉”等问题。在司法认定上,行政犯之构成要件符合性判断需依赖于行政法、经济法的规定。没有行政法、经济法依据的,不得轻易认定为犯罪。在立法上,只有当某种行为用行政法、经济法中的处罚措施仍不足以保护法益时,

[10] 参见刘艳红:“‘法益性的欠缺’与法定犯的出罪——以行政要素的双重限缩解释为路径”,《比较法研究》2019年第1期,第91页。

才能动用刑法。简言之,不得轻易将行政法、经济法尚属空白的行为直接上升到刑法立法。^[11]同时,如果采取行政法、经济法等调整,能够取得比刑法同等或更优的效果时,也无需动用刑罚手段。

第四,经济犯罪中存在着大量单位犯罪,单位犯罪会出现违法主体与责任主体之间的分离现象,导致归责判断上的复杂性,即单位底层的员工属于执行者,中层管理者负责决策,指令底层的员工实施,并把不完整的信息反馈给单位的最高领导者,由此导致在特定情况下对所有人组织化免责的现象。^[12]故刑法理论多把单位的政策或文化以及管理缺失,作为判断单位是否成立故意或过失正犯的依据。^[13]由于单纯对单位进行的刑罚处罚在预防犯罪上的作用有限,这就更加需要消除单位犯罪的文化基因,从根本上预防单位犯罪。

第五,自然犯与行政犯在法益侵害性质、社会危害性等方面存在差异。自然犯所侵害的法益是人身法益、财产法益或者能够还原为人身法益、财产法益的国家安全、公共安全等,多为个体法益,且是一种直接的、现实的法益侵害。例如,盗窃罪导致的财产损失。而行政犯所侵害的法益是经济秩序或行政管理秩序,多为集体法益,且是一种间接的、拟制的法益侵害,更多是一种法益侵害的危险。例如,伪造货币导致的信用风险。与常规的生命、健康、自由等个体法益不同,药品管理秩序、金融秩序、行政执法秩序、司法秩序等集体法益具有抽象化、精神化特征,其损害性通常不具有客观的算法与尺度,难以被证明,因此又可以称之为“被拟制的法益”。刑法直接保护人的生命、健康、财产等法益,这并不需要特别理由,没有人会认为刑法规定故意杀人、故意伤害、强奸等犯罪不具有正当性。但是,集体法益间接保护人的生命、健康、财产等法益,则需要特别的理由。集体法益损害与人的生命、健康之间的因果关系,往往缺乏经验意义上的因果法则,只是一种规范上的拟制。

在自然犯上,法益保护与人权保障之间通常存在冲突,刑法理论旨在追寻刑法的天秤是向哪方倾斜。面对故意杀人、强奸等自然犯,被害人宁愿不要物质赔偿,而主张对被告人判处重刑,甚至死刑。正是因为民众的报应情感强烈,且被告人通常会被判处重刑,因而自然犯对归责方面的要求更高。在行政犯上,此类犯罪本就是一种单纯的行政不服从,这看似是对法律权威或法律统治的挑战,其背后存在着法益衡量的难题。以法益恢复方式恢复被破坏的经济秩序或行政管理秩序,强调刑罚的有效性而不是刑罚的严厉性,有利于实现法益保护与人权保障的“双赢”。以《刑法》第 201 条规定的逃税罪为例,被告人逃税后,如果能够补缴税款及滞纳金,并自愿接受行政处罚的,则实现首犯免责。这里的“补缴税款及滞纳金”就是法益恢复,且是以刑罚为后盾的法益恢复。如此一来,被告人被免除刑事责任,而被侵害的法益也得到了恢复。

[11] 参见李勇:“厘定行政犯与法定犯的界限”,载《检察日报》2020 年 7 月 2 日,第 3 版。

[12] Vgl. Marianne Hilf, Die Strafbarkeit juristischer Personen im schweizerischen, österreichischen und liechtensteinischen Recht, ZStW 126 (2014), S. 73, 75.

[13] 参见蔡蕙芳:“我国法人犯罪立法之检视与理论建构”,《东吴法律学报》第 28 卷第 4 期(2017 年),第 3 页。

基于上述特殊性,形成于自然犯领域的归责理论始终陷入方法上的陷阱,并不适用于行政犯。立足于刑事法治对国家的经济犯罪的治理系统进行重构,遵循功能责任论是关键,功能责任论是讨论经济刑法之归责根据的敲门砖。

三、答责性的功能责任论:经济刑法的归责根据

经济犯罪大都属于典型的行政犯,对行政犯之责任与刑罚目的之关系的理解,涉及归责理论的建构及其定义问题。适用于行政犯的归责理论是功能责任论,功能责任论作为归责理论中的新观点,更加有利于解释经济犯罪的归责根据。

(一)功能责任论的内涵分析

在刑事处罚方面,传统责任论更关心的是事后适当惩罚罪犯的正义,而不是保持对未来犯罪的最佳威慑或预防,^[14]也没有关注被害人利益的补偿。由于在预防与补偿方面存在严重不足,功能责任论源此产生。

在国内,冯军是功能责任论的首倡者与坚守者,提出功能责任论的核心含义为:“要根据行为人对法规范的忠诚和社会解决冲突的可能性来决定行为人的责任,如果行为人即使忠诚于法规范也不得不实施符合构成要件的违法行为,或者如果社会不依赖于行为人的责任而能够自己解消冲突,那么,就无需把责任归属于行为人,行为人就是无责任地实施了不法行为。”^[15]不难看出,在冯军的定义中,功能责任论明确了国家不能干预的两类情形:第一种情形是“如果行为人即使忠诚于法规范也不得不实施符合构成要件的违法行为”,这其实是对期待可能性的另类表达;第二种情形是“如果社会不依赖于行为人的责任而能够自己解消冲突”,这主要是从预防的必要性角度进行的讨论,即如果通过民事、行政方式可以解决纠纷,则不需要予以刑事责任追究。功能责任论的核心旨趣在于从刑罚的有效性与功能性角度讨论刑法归责的边界,有如下三个方面特点。

第一,重视法益的事后恢复。功能责任论强调,刑罚作为事后惩罚工具,其并非以处罚为唯一目的,还包括法益保护。而法益保护有事前与事后两个维度,前者是通过抑制不法行为和促使行为者遵守法律规范,以防止法益被侵害,后者则是犯罪后的利益补偿,弥补被害人的利益损失,并免除或降低行为人的刑事责任。事前的法益保护与刑法中心论相关,即通过构筑严密的刑事法网,以期能形成良好的秩序,但是这种秩序的形成不可测量,在特殊情况下也并不牢固。事后的法益恢复则是客观的真实存在,也是能够让行为人、被害人等感受得到司法运行过程,这看似弱化了刑法在秩序建构中的强制作用,实际上是增强了刑法对社会秩序的维护功能,因为成文的、严密的、严厉的刑法并不是社会经济秩序建构的唯一前提,还包括社会群体在沟通、合作中形成的自发秩序。例如,对于企业骗取贷款的行为,如果在追诉之前能够予以还

[14] See Thomas J. Miceli, “On Proportionality of Punishments and the Economic Theory of Crime,” *European Journal of Law and Economics*, Vol. 46, No. 3, 2018, p. 313.

[15] 冯军:见前注[9],第44页。

清贷款,并取得被害人原谅的,这就满足了法益保护的任务,也是被害人看得见的公平正义,便不应当再追究刑事责任。

第二,实现刑罚目的的功能化。功能责任论进一步打通了刑法与社会系统或刑事政策的关联,把规范效力或刑事政策意义上的预防必要性纳入责任判断,实现了刑罚目的之功能化,且放弃了报应目的,这对以往的责任论而言是一种理论超越。任何理论建构都具有目的性,其本身又最终受制于刑罚目的,心理责任论把刑罚目的之重心落脚于报应,规范责任论旨在寻找报应与预防的平衡点。尽管报应性的刑罚也会发挥着一般预防和特殊预防功能,但是从预防导向之目的设定来看,报应论对预防任务的完成处于偶然和不可靠的状态之中,并不是一种有目的的功能性期待。^[16] 功能责任论正是在反思传统责任理论的过程中产生,强化责任论的功能主义取向,以预防目的为主要导向,把修复作为刑罚目的的重要组成部分。功能责任论旨在贯通刑法规范与社会系统之间的鸿沟,把刑罚目的引入刑法上的入罪与出罪判断,以强化刑法适用的社会效果。同时主张把对被害人的赔偿等法益恢复,代替被害人的报应情感,这对于解释经济犯等行政犯的归责根据具有重要突破价值。

第三,凸显归责在社会系统中的价值。功能责任论将功能的因素目的化,强调功能是刑法体系运作的效果,主张以功能取代物本逻辑,以功能主义取代规范主义和自然主义,从而将责任原则功能化。即归责是把刑法与刑事政策之间的鸿沟打通,强调刑法规范与刑事政策之间的关联,以强化归责判断标准的实质化,实现归责在法律系统、经济系统与政策系统之间的“共振”。功能责任论提出的论点依赖于功能,这是一种法律社会学分析,它将社会系统及其主要特征置于分析的中心。法律体系被认为是社会系统的一个子系统,刑法之所以出现,是因为社会中需要实现刑法的特定功能,且其对刑法功能分析的参考点在于作为上位概念的社会系统,而不是刑法系统本身。

(二)功能责任论的类型选择

从域外学说来看,功能责任论本身亦有系统性的功能责任论与答责性的功能责任论之分,前者以雅克布斯的主张最为典型。根据雅克布斯的观点,应把责任设定的目标理解为“训练法忠诚”以及“获得整体的规范信任”。^[17] 后者以罗克辛功能性地构建答责性阶层主张为典型,主张刑罚是以罪责判断为核心,责任主要是一种预防性刑事处罚的必要性(简称预防的必要性)判断。它意味着在刑罚的可罚性条件上增加了额外要求,即在传统行为人有能力选择其行为的归责前提下,如果缺乏预防性刑事处罚的必要性,则排除责任。^[18] 为此,他提出“答责性”(Verantwortlichkeit)的范畴,作为构成要件符合性、违法性之后的第三阶层判断。^[19] 其

[16] 参见(德)米夏埃尔·帕夫利克:“最近几代人所取得的最为重要的教义学进步?——评刑法中不法与责任的区分”,陈璇译,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第35卷),北京大学出版社2015年版,第308页。

[17] 参见王钰:见前注[8],第1057页。

[18] 参见(德)克劳斯·罗克辛:《德国刑法学(总论)(第1卷)》,王世洲译,法律出版社2005年版,第557—558页。

[19] Vgl. Claus Roxin/Luis Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 5. Aufl., 2020, § 19 Rn. 36.

主张在答责性阶层,除了按照规范责任论意义上的罪责要素进行审查外,还需要加入刑罚目的论下预防的必要性(需罚性)考量,使二者并存,从而发展出了实质性的罪责概念。雅克布斯与罗克辛均是以刑罚目的为出发点来建构功能责任论,但二人对刑罚目的的理解不同。系统性的功能责任论不再以意志自由这一经验性范畴作为对行为人归责根据的分析,而是转向规范性论述,主张规范、规范违反和刑罚之间可以沟通,罪责源于行为人欠缺合法性动机,刑罚是对大众规范性认同训练的必要手段,刑罚的执行旨在训练大众的法忠诚。^[20]以对规范的不忠诚、规范的稳定性及信任、规范效力的重建及其社会效力为论述,追求规范的稳定性及对规范的信任。^[21]答责性的功能责任论强调贯通刑法体系与刑事政策之间的鸿沟,在“经验—规范”相结合的范畴,主张一个有效益的体系需要满足概念性的秩序及明确性、与现实相联系和以刑事政策上的目标设定为指导,^[22]把刑事政策意义上的预防的必要性纳入责任的额外判断,没有否定意志自由的归责意义,但是刑罚论意义上的预防的必要性进入犯罪论体系的罪责范畴,发挥限缩罪责的实质功能,从而拓展了“免除责任”的空间,即用答责性阶层替代原有的罪责阶层,可以把具有罪责但不具有预防必要性的情况予以排除,不需要发动刑罚。笔者认为,系统性的功能责任论把训练公众对法律的忠诚作为目的,以强化法律规范的有效性,这不仅有循环论证问题,而且容易导致刑罚权的不当扩张。

首先,背离责任本质。系统性的功能责任论把积极的一般预防作为责任建构的立足点与最终目的,以强化民众对法秩序的尊重与忠诚,这包含着把行为人当成犯罪预防工具的重大疑问,导致“个体的工具化”。“个人不被刑罚工具化”是责任原则不可突破的界限,系统性的功能责任论强调罪责是由刑罚目的决定的。刑罚目的在于积极的一般预防,用积极的一般预防来定义责任的内涵,将罪责视为积极的一般预防的衍生物,有可能导致刑法把公民个人作为维护社会秩序的工具。

其次,扭曲责任功能。预防的根基是社会意识,这种社会意识的养成并不是仅靠刑罚来实现。系统性的功能责任论把积极的一般预防与责任等同,强调刑罚目的只有积极的一般预防,回避意志自由对罪责认定的积极价值。本来,责任论的目的在于通过借助责任判断,将具有违法性、但不具有归责根据的情况予以排除。然而,系统性的功能责任论用实践上无法证明的积极的一般预防概念填充责任,这种从刑罚目的角度对责任进行思考的反向逻辑,只会将罪责视为积极的一般预防的衍生品。这种以积极的一般预防为导向的机能主义刑法归责体系,强调责任因预防的社会需要而使应罚性丧失了独立的意义,以罪责的功能化取代依法治国原则对自由的保障,由此可能蕴含着因积极的一般预防需要而扩大犯罪圈的风险。

最后,解释力明显不足。把系统性的功能责任论对行政犯不具有解释力,行政犯主要是因为违反行政法律、经济法律等导致的犯罪,本身就欠缺合法性动机,违反法律自然具有破坏法

[20] Vgl. Günther Jakobs, Schuld und Prävention, 1976, S. 15 f.

[21] Vgl. Jakobs, a. a. O., S. 6.

[22] 参见(德)克劳斯·罗克辛:《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20页。

秩序的可谴责性意志,难以具有出罪空间。且经济犯罪多为单位犯罪,将对法律的忠诚度训练作为目标,把一个以自然人为根据构建的概念适用于组织体,也过于勉强。同时,该理论适用于自然犯也会面临无实际意义的疑问,以民众对规范的忠诚作为归责标准,相较于自由意志或相对自由意识标准而言,并不具有更显著的理论优势。如果仅以规范为判断标准,不预设法益侵害为实质不法的基础,则会模糊上述界限,这不仅对解释论没有过多的理论贡献,而且也丧失了对刑法立法扩张的约束力。

相比而言,答责性的功能责任论并不反对从刑罚目的角度思考责任的定义,它仍是以一种对刑罚的社会性正当化为根据,^[23]强调以刑罚效果来决定罪责,这就摆脱了传统意志自由标准对报应的依赖。同时,对刑事政策与宪法上预防的必要性的考量,能够使功能责任论在规范责任论所能发挥的限缩国家处罚权的功能基础上,进一步限缩国家刑罚权的处罚范围。预防的必要性可以被当做对罪责论证必要性的工具,也是一种对报应目的进入罪责判断的防卫,是一种限制犯罪扩张的法律论证,因而可以更好地维护法治国原则,也更为合理,这是因为:

第一,更有利于实现刑罚的有效性。答责性的功能责任论在传统意志自由的基础上把预防的必要性作为免责或减轻责任的依据,兼顾一般预防与特殊预防,这更加有利于实现刑法的有效性,也是对责任理论的创新发展。具体而言,答责性的功能责任论从刑罚目的角度追求预防的必要性,强调刑罚处罚的有效性。例如,通过对受害者利益的补偿等方式实现法益恢复,这体现出刑法理论对于刑法功能如何真正有效发挥功能的重视,也是在引入法社会学后的理论突破。同时,答责的功能责任论并没有否定传统意志自由的归责价值,只是将其另行表达为行为人对规范的反应能力,进而作为罪责的初级阶层,并以预防的必要性作为罪责阶层的高级阶层,以补充传统规范责任论的不足。因此,它与系统性的功能责任论不同,并没有完全取代因果律在归责中的基础作用。

第二,更加有利于保障自由。责任原则是用来保障公民自由的,而不是限制公民自由的。规范责任论提出的期待可能性和功能责任论主张的预防必要性,都旨在回答什么情况下行为人不需要负责任,都是一种自由主义的刑法立场。答责性的功能责任论立足于刑罚目的意义上的预防必要性,从这种目的出发思考刑罚的发动条件,借助于理性的刑事政策,把虽具有责任故意或责任过失(具有应罚性)但并不具有预防的必要性(不具有需罚性)的行为排除,更加有利于保障公民自由,因此是一种更为符合法治国原则要求的责任论主张。以逃税罪的行政前置性要件设置为例,这其实是从威慑的刑罚模式转变为威慑的经济模式。

第三,更加有利于实现社会自治。责任首先是社会系统本身的自治问题,^[24]然后才涉及国家的刑罚处罚。不能在尚无尝试法益恢复的前提下直接给予行为人以刑罚处罚,其本身包含着行为人以自己的努力实现法益恢复而免除其责任的维度。例如,虐待罪作为自诉类罪名,是因家庭内部的虐待更容易通过获得谅解的方式而发挥社会系统的自治功能。更为重要的是,不同于行政责任与民事责任,刑法理论历来以法益侵害为基础,通过罪责建立起独立的归

[23] 罗克辛,见前注[18],第 571 页。

[24] 冯军:见前注[9],第 52 页。

责体系,从而使刑事责任具有独立性。如果行为人实施犯罪且不与国家合作,即没有认罪认罚或法益恢复的行动,就会导致刑罚处罚。刑法的特殊预防不同于积极的一般预防或消极的一般预防,它是在反思积极的一般预防或消极的一般预防之基础上形成的。

第四,对行政犯更加具有解释力。经济犯罪属于典型的行政犯,其治理具有特殊性,其归责理论当采取答责性的功能责任论。相比而言,经济刑法的制定与适用具有强烈的政策导向,更加需要强调功能责任论。经济犯罪通常属于非暴力犯罪,以获取经济利益为目标,其不法内涵源于行为方式的潜在危险,但对个人人身法益、财产法益等大多无直接的侵害,且犯罪后多具有法益恢复的可能,即通过经济赔偿等方式实现所侵害法益的恢复。加之,经济犯罪惩治涉及市场主体,惩罚对市场主体的影响巨大,会导致一系列社会问题,比如,企业倒闭、大批劳动者失业等。经济活动本身隐含着为使成员获得的总福利最大化的假设,由此延伸出“最大化福利规范的假设”。由此判断,经济犯罪治理的过度工具化会违背罪责原则,且容易引发惩罚犯罪的公平性问题,这就需要用答责性的功能责任论的理论方案来合理评判经济犯罪归责根据。

综上所述,行政犯的归责根据应选择答责性的功能责任论。只是,答责性功能责任论是针对德国实体法中责任阶层所包含要素的法教义学构建,其并没有直接提出“刑法的功能包括通过具体的惩罚为后盾来实现法益恢复”的主张。因此,法益恢复与答责性的功能责任论(下文若无特指,统一简称功能责任论)的关系,需要结合我国刑法规定进一步讨论。

四、法益恢复:功能责任论实践的新路径

刑法作为一种社会治理的工具,只能谋求社会的目标,^[25]把法益作为保护任务。在犯罪之前,法益得到有效保护的前提是刑法规范不被违反;在犯罪之后,法益得到有效保护的前提是刑法具有法益恢复的效力。两者都对法益保护具有重要意义,也是一种“最大化福利规范的假设”的实践模式。

(一)法益恢复与功能责任论的关系

法益恢复是行为人在实施犯罪后,采取有效措施弥补犯罪所带来损害,或使刑法所保护的法益恢复至犯罪前的状态。法益恢复有作为免责事由与作为从宽量刑事由两种类型,前者多属于刑法明确规定的情况,典型如刑法分则个罪中的行政前置性要件。《刑法修正案(七)》对于《刑法》第201条“逃税罪”的修订,即把行政前置性要件的满足视为法益恢复,并将其作为免责事由。逃税罪之立法目的在于当行为人违反纳税义务时,以刑罚手段确保纳税义务人能够及时且完全缴纳税款。毕竟,税收因具有强烈的政策导向性,而使得税收犯罪具有地方性。例如,在欧洲,公司、企业维持相对较低的税率,逃税被视为一种相当微不足道的违规。^[26]后者

[25] 参见(德)克劳斯·罗克辛:“构建刑法体系的思考”,蔡桂生译,《中外法学》2010年第3期,第35页。

[26] See Dan M. Kahan, “Social Meaning and the Economic Analysis of Crime,” *The Journal of Legal Studies*, Vol. 27, No. S2, 1998, p. 610.

主要是指司法实践中的刑事和解、犯罪赔偿等所导致的从宽量刑,或者刑法分则对非法吸收公众存款罪、收买被拐卖妇女儿童罪等所规定的特别从宽处罚事由。本文意义上法益恢复是作为免责事由的法益恢复。

法益恢复是功能责任论的核心主张。功能责任论是一种效果理性,而不单纯是一种理论理性,是一种目的理性,而不是单纯的工具理性,它更加强调如何补救被犯罪所破坏的社会系统。法益恢复与功能责任论的目的诉求之间具有高度契合性。刑法涉及国家、犯罪人与被害人的三方关系,但过于强调国家与犯罪人之间的惩罚与被惩罚关系,会严重忽视被害者的利益,不利于维持社会系统的平衡与发展,因为社会系统的问题并没有得到根本性解决。功能责任论强调以刑罚为后盾,实现国家、犯罪人与被害人之间的利益平衡,以避免因单一的刑罚处罚而造成二次伤害,这是对社会的进一步修复。例如,对实施非法吸收公众存款行为的公司、企业进行定罪处罚,通常会引发企业破产、劳动者失业、政府税收无保障等二次伤害。按照法社会学观点,法律系统与社会系统之间应当是一种相互促进的关系,法律系统发挥作用的前提是以合法/非法二元符码维持自身的运转,但这并不必然有助于社会系统的发展。在合法/非法二元符码之外,尚有有效/无效之结构与功能考察。功能责任论把法益恢复及其程度等作为功能考察的重要维度,更加强调恢复被犯罪破坏的社会系统,能够实现人权保障与法益恢复的最佳平衡。作为先决条件,行为人必须通过恢复原状或把法益保护状态“恢复”到犯罪之前的状态,因而是一种更佳的犯罪预防模式。

法益恢复条款是重构主义刑罚观的实践。法益恢复是在报应、预防的基础上增加“重构”这一刑罚目的要素,以满足社会系统自我修复的需要。“重构主义”(Reconstructivism)理论的基本观点是:刑法作为特殊的法律,犯罪行为破坏了社会结构,而刑罚处罚的任务在于恢复或缝合被破坏的社会结构,强调重新建立和平、合作的社会秩序。^[27]在重构主义看来,功利主义和报应主义惩罚理论的制度实践都不能令人满意,功利主义把刑罚作为预防更大恶的手段,报应主义关注的是给做错事的人带来的痛苦,其立论基础是国家需要惩罚作恶的人,因为他制造了受害者。二者都强调借助罪犯的痛苦追求社会的善良,同时又都不直接关心刑法在弥补利益损失上的功能。现代刑事政策逐渐认识到法益恢复的价值,这在特殊预防层面具有限缩犯罪圈的效应。与此同时,刑罚的设置并不是单一强调刑罚本身能做什么,而是提供了一个犯罪人与社会沟通、弥补犯罪损害的媒介。通过这一媒介,犯罪人能够以其自身的努力弥补犯罪所造成的法益侵害,而犯罪人也由此获得一个因真诚悔悟而免责或减轻处罚的机会。在这个理论中,所谓的威慑或预防也缺乏明确的社会科学证据,惩罚不是因为粗糙的道德或功利的目的,而是因为一个特殊的原因,即当犯罪发生之后,法益恢复是一种社会合作与团结的桥梁,也是一种比单纯的惩罚更为强大的力量。诚然,维持一个相对合作的、非暴力的公民社会,取决于可靠的刑法保护。然而,它们最终不是完全依靠刑法的强力干预,而是更加强调依靠人们自

[27] 参见姜涛:“重构主义的刑法实践模式”,《法学》2022年第1期,第85页。

觉遵守和实施刑事法律规范。^{〔28〕}或者说,它把刑罚当作一种沟通工具,这是一种维持社会“机械”团结的特殊手段,而不是一种惩罚手段。立法者若对有利于形成社会合作的条件置若罔闻,将会破坏真正的法律秩序。有效、可靠的刑法需要维持一个合作的公民社会,预备的惩罚只是犯罪后恢复被破坏社会秩序的保障方式。^{〔29〕}如此一来,在一个运转良好的社会中,刑法会发挥保障睦邻友好、互利合作的功能,也因此而成为更有效、更有力的治理手段。

法益恢复是功能责任论主张的再社会化意义上的特殊预防,这需要借助修复犯罪人与被害人之间的关系来实现。毕竟,“罪责不仅可以通过承受刑罚痛苦来抵消,也可以通过积极的赔偿来抵消”。^{〔30〕}把法益恢复作为功能责任论的主张,是社会治理的基本要求。刑法系统作为社会系统的子系统,需要考量如何妥善发挥其作用,才能满足社会治理的需要。治理是法律善治,惩罚需要消除刑法系统与社会系统之间的裂缝,而不是制造两者之间的对立。从社会系统看,刑罚如果仅仅是一种惩罚,那么它就是洪水猛兽,对被破坏的社会系统的修复而言是毫无意义的,反而可能造成二次或多次伤害。功能责任论主张用刑罚目的来构建责任,通过将刑罚目的导入罪责判断,对责任进行功能化塑造,其中隐含着法益恢复的功利性目标考量,这有助于法益保护与人权保障的双重实现,而不仅仅是保持两者之间的平衡。刑法是法益保护法,刑罚权的发动或停止都应当以法益保护为视角寻求合法性根据。罗克辛指出,与其通过强化被害人在刑事司法实践中的角色来满足其报应情感,不如通过扩大民事损害赔偿等法益恢复方式,满足被害人合理的利益诉求。毕竟,被害人的真正需求是恢复其遭受的损害,而非惩罚犯罪人,报应情感的满足感是短暂而无益的,法益恢复才是国家的应尽之责,才具有根本意义。^{〔31〕}笔者对此深以为然,把法益恢复纳入功能责任论的考虑要素,更加有利于实现再社会化意义上的特殊预防,因为它提供了法律可以发挥自治的协同激励作用,体现了对和谐的社会关系的尊重,而免责模式也消除了刑法对社会不可避免的副作用。

(二)法益恢复的制度价值

作为前提,谁是经济犯罪的“肇事者”和最终受害者呢?现代刑法处罚公司、企业与个人的犯罪,而这种犯罪又根植于政治、经济、社会发展的不完整结构,其实质是一种不典型的政治、经济与社会发展变化的产物。例如,疫情期间的哄抬物价行为、拒不支付劳动报酬行为等。在经济犯罪中设置法益恢复条款,将其作为免责事由,有助于合理定义经济犯罪的边界,进而减少犯罪附随后果带来的负面作用。

公司、企业的生产、经营活动关系到就业、税收、技术创新等社会问题,以公司、企业为最大责任主体的经济刑法在动用刑罚问题上需更加审慎,并保持刑法的谦抑性。这是因为:一方面,从后果考察角度分析,经济犯罪的惩罚不能以牺牲公司、企业的正常生产、经营为代价;另

〔28〕 See Jacob Bronsther, “Two Theories of Deterrent Punishment,” *Tulsa Law Review*, Vol. 53, No. 3, 2018, p. 463.

〔29〕 See Joshua Kleinfeld, “Reconstructivism: The Place of Criminal Law in Ethical Life,” *Harvard Law Review*, Vol. 129, No. 6, 2016, p. 1486.

〔30〕 Wolfgang Stein, Täter-Opfer-Ausgleich und Schuldprinzip, NStZ 2000, S. 393.

〔31〕 Vgl. Roxin/Greco (Fn. 19), § 3 Rn. 36 f.

一方面,经济刑法的报应基础不同,它并不是如古典学派主张的人是自由与理性的,而是社会规范的崩溃。而社会规范崩溃的原因则是现代化进程中社会快速变迁的产物,即经济犯罪与社会失序有关。如果社会规范失去妥当性,那么社会将会产生多种社会弊病,经济犯罪似乎是不可避免的。^[32]由此决定,经济刑法的具体选择旨在解决一个关键问题:如何稳定主要的生产和生活秩序。换言之,它是通过经济功能来阐释经济刑法的变迁及其规则选择。这种分析模式意味着刑事政策被设计成一种社会政策,正如有学者所指出:“对于一些侵财类的经济犯罪,如果对侵害的法益及时修复行为予以积极评价,对形式上已经构罪的行为在一定条件下予以出罪,较之于国家单纯的刑罚处罚,更有利于刑法保护法益目的的实现。”^[33]以逃税后“补交税款”的法益恢复为例,对逃税行为进行定罪处罚以警示欲逃税者,或者在逃税后给行为人一个“将功补过”的机会,这是两种不同的刑事政策设计。前者把刑法的制裁效应发挥到极致,同时也是对社会生产、生活秩序的撕裂,逃税者被定罪判刑,通常导致逃税者建立的公司、企业经营困难,国家遭受的税收损失也会因此得不到有效补救;后者则重在发挥刑法的激励、恢复效应,强调把法益恢复作为限定的免责事由,这可以有效消除刑罚处罚的消极影响。在充分保护法益的同时,亦能够避免公司、企业破产而导致的负面后果。笔者认为,经济刑法设置法益恢复条款至少有三大制度绩效:

一是,拓宽经济刑法的出罪事由。事后的法益恢复具有“赎罪”功能,在特定情况下可以作为出罪理由。^[34]刑法涉及国家、犯罪人与被害人(包括潜在或未来的被害人)三方关系,刑法不仅需要为防止未来的法益侵害而惩罚犯罪,而且还需要弥补已有犯罪带来的法益侵害。相比而言,刑法应当更加重视法益恢复,因为刑罚是否具有对法益侵害的预防功能,以及能够在多大程度上发挥这一功能是不确定的,并没有明确的统计数据。但是,事后的法益恢复却是一种真实的存在。法律规则的设计应该给予自私自利的法律主体有充分的理由选择“做个好人”选项,^[35]而不是一味地强调对其施加惩罚。对此,黑格尔早就告诉我们:“仅仅因为已经存在了一个恶害,就意图再施加一个恶害的做法,是不理智的。”立基于此,黑格尔进一步强调,“若某人造成了损害,则他有义务去实施一个建设性的举动,以此抵偿其破坏性的举动:即只要有可能,他就应当为恢复原状而努力”。^[36]正面(行政法、经济法)规制和负面(刑法)制裁是相互关联的,并不能想当然地认为刑罚的规制效果更好。经济犯罪本身就是一种违反行政法、经济法的行为,如果能够借助于刑罚制裁,正面实现行政法、经济法之规制目的,那么刑法也就完成了自己的使命。例如,逃税罪中的行政前置性要件设置,其实就拓宽了经济刑法的免责事由,是中国刑法立法的一大创举。

[32] Vgl. Karl-Dieter Opp, *Soziologie der Wirtschaftskriminalität*, 1975, S. 77 ff.

[33] 孙国祥:“经济刑法适用中的超规范出罪事由研究”,《南大法学》2020年第1期,第118页。

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

[35] See Rebecca Stone, “Legal Design for the ‘Good Man’,” *Virginia Law Review*, Vol. 102, No. 7, 2016, p. 1767.

[36] 帕夫利克,见前注[16],第309—310页。

二是,破解刑事不法与行政不法的区分难题。在法治意义上,将单纯的行政不法或行政不服从行为予以犯罪化,这是刑罚滥用的体现,它严重混淆了刑事不法与行政不法的界限。有学者指出,“对于违反行政法规上所设定的作为或不作为义务行为,由于这类规定仅仅是用于维护公共与社会福祉,或者根本上只有所谓的‘行政目的’而已,在本质上是无道德色彩的命令不服从行为,仅仅使用非刑事处罚的手段来加以制裁为已足”。^{〔37〕}站在理性的角度,这一观点是合理的,行为人对行政法律的违反,只是一种单纯的行政不服从,通常缺乏法益侵害或侵害危险。刑法是法益保护法,在某种单纯的不服从行为并没有直接或间接侵害刑法保护的法益时,不能将其定义为犯罪。然而,在人类身处风险社会时代,基于对社会风险及其所可能造成严重破坏的心理恐惧,秩序法益被逐渐认可,由此导致法益保护的抽象化、精神化。刑法理论在解释这一现象时亦形成了复合法益的观点。可以说,刑事不法与行政不法的区分在理论与实践层面形成了对立。笔者认为,法益恢复条款旨在实现行政法或经济法目的,从而产生消除刑事责任的效果,并可以很好地破解刑事不法与行政不法的区分难题。以骗取贷款为例,如果行为人能够偿还贷款,则意味着经济法中蕴含的损害填平之目的已经得以实现,并由此消除了骗取贷款行为带来的法益侵害或侵害危险,并不需要再追究行为人的刑事责任。这种以刑事责任追究为后盾,确保实现经济法、行政法之目的规范设计,更加有利于合理划定刑法的边界。

三是,满足经济刑法之法益衡量的需求。从法益衡量角度看,经济刑法仍然需要在过度控制的社会和过度自由的社会之间寻求最佳平衡点,法益恢复条款的设置(二元化犯罪模式立法)无疑就是寻找这种最佳平衡点的刑法方案。当前的刑事立法与刑法解释大致上还是在自然犯框架下去理解经济犯罪的归责根据,经济犯罪的归责成为一种纯逻辑式的机械套用,这存在明显偏误。立足于功能责任论解释经济犯罪的归责根据,对经济刑法设置“法益恢复条款”,这看似是“无为之法”,其实不然,它是通过借助法益恢复这一事实状态是否达成,来检验犯罪人自身的主观恶性是否消除。实现从基于威慑的惩罚模式到基于合作的惩罚模式的转变,因而是一种更适用于经济犯罪领域的治理方案。

五、路径展开:法益恢复条款在经济刑法中的具体设定

作为一种新的理论体系,功能责任论对经济刑法中的责任条款设定具有重要意义,经济刑法的罪刑体系中也应当贯彻功能责任论。具体表现为重视法益恢复出罪条款的设置,以此拓宽经济刑法的出罪事由。

(一)经济刑法设置“法益恢复条款”的范围

经济刑法是破坏社会主义市场经济秩序罪的学术称谓,而破坏社会主义市场经济秩序罪种类繁多,具体包括“生产、销售伪劣商品罪”“走私罪”“妨害对公司、企业的管理秩序罪”“破坏

〔37〕 陈文贵:“从德国经济刑法的发展轨迹评联合行为的刑罚规定”,《刑事法杂志》2010年第2期,第67页。

金融管理秩序罪”“金融诈骗罪”“危害税收征管罪”“侵犯知识产权罪”“扰乱市场秩序罪”八类。其中,有与人身权利中的生命权、健康权直接关联的经济犯罪(以下简称经济犯罪类型 I)。如“生产、销售、提供假药罪”“生产、销售有毒、有害食品罪”等,这类经济犯罪兼具有自然犯与行政犯的属性,此类犯罪不仅涉及食品、药品管理秩序,还涉及消费者的生命、健康等人身法益。也有与人身权利中的生命权、健康权间接关联的经济犯罪(以下简称经济犯罪类型 II),如“走私武器、弹药罪”。亦有与人身权利中的生命权、健康权没有关联的经济犯罪(以下简称经济犯罪类型 III),如“骗取贷款、票据承兑、金融票证罪”“逃税罪”。

就经济犯罪类型 I 而言,它是一种公害型经济犯罪,通常是自然犯与法定犯的结合形态,即违反经济管理秩序的秩序犯形态与侵犯人身权利的自然犯形态的组合,这类犯罪的保护法益是一种具有位阶性的复合法益结构,即作为中间法益的管理秩序和作为最终法益的人身法益。^[38] 行为人一旦实施犯罪,这两类法益通常都遭受破坏。就经济犯罪类型 II 来说,它是一种秩序型经济犯罪,同时也是一种违反经济管理秩序的秩序犯形态与侵犯人身权利的自然犯形态的组合形态,因此,在保护法益上存在中间法益的管理秩序和最终法益的人身法益。不同的是,这种经济管理秩序通常是财产、人身等个人法益之保护的“担保条件”。当这些“担保条件”受到侵害时,个人的财产、人身等法益就会处于危险状态。只是,行为人实施此类犯罪时,对人身法益的危害只是一种抽象的危险状态,距离现实的侵害射程尚远,最主要的侵害法益是某种超个人的法益——经济管理秩序。经济犯罪类型 III 是一种结构型经济犯罪,即由于政治、经济结构而出现的经济犯罪,它只涉及作为超个人法益的经济管理秩序,并不直接或间接关联人身权利。同时,这种经济管理秩序通常存在某种政策导向,是最为典型的行政犯,这类经济犯罪在经济刑法中的比重最高。

法益恢复条款原则上适用于经济犯罪类型 III,并不适用于经济犯罪类型 I。这是因为,法益恢复条款并不适用于自然犯,也不适用于自然犯与法定犯的结合形态。自然犯是一种严重侵害人类伦理道德情感且具有严重法益侵害或侵害危险的行为,民众对此类犯罪具有强烈的报应情感,并不能因为行为人犯罪后退赃或把物品返还而免除其责任,只能将此作为量刑情节对待。有争议的是,经济犯罪类型 II 能否采取法益恢复条款? 笔者认为,尽管此类犯罪只是对作为最终法益的人身法益产生了抽象危险,但由于会涉及多数且不特定人的生命、健康安全,暂不宜设置具有免责功能的法益恢复条款。以走私武器、弹药罪为例,此类犯罪仍可以视为秩序犯与自然犯的组合形态,即破坏进出口贸易管理秩序和危害公共安全,从观念形象上可以说走私武器、弹药罪是一种“走私普通物品罪+非法持有武器、弹药罪”的组合形态。但我国《刑法》规定的“非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪”是典型的危害公共安全的罪名,因而不宜设置法益恢复条款。

(二)经济刑法设置“法益恢复条款”的模式选择

就具体修正来说,经济刑法应当采取“先行先试”的渐进主义路径,即在原有逃税罪存在法

[38] 矢田悠真「放射性物質の危険に関する法的規制の考察」慶應法学 32 卷(2015 年)268—271 頁参照。

益恢复条款的基础上,可以将法益恢复条款扩大适用至具有法益恢复可能的其他经济犯罪。例如,非法吸收公众存款罪、骗取贷款罪、贷款诈骗罪、侵犯著作权罪等。同时,经济犯罪并非都有法益恢复的可能。例如,“虚开发票罪”“伪造、出售伪造的增值税专用发票罪”“非法出售增值税发票罪”等,这些犯罪是单纯的秩序犯,并无实施法益恢复的空间,立法的合理选择是限定其犯罪边界。相反,逃税罪、非法吸收公众存款罪、骗取贷款罪、贷款诈骗罪、侵犯著作权罪等具有法益恢复的可能,且这种法益恢复可以借助行政前置性要件来实现。因此,可以分别考虑在侵犯知识产权罪、金融诈骗罪、扰乱市场秩序罪、破坏金融管理秩序罪、危害税收征管秩序等罪中分别选取一个具体个罪设置行政前置性要求,作为对行为人犯罪后的法益恢复提供免责依据。例如,破坏金融管理秩序罪中的“非法吸收公众存款罪”、金融诈骗罪中的“信用卡诈骗罪”、扰乱市场秩序罪中的“损害商业信誉、商品声誉罪”、侵犯知识产权罪中的“侵犯著作权罪”、危害税收征管罪中的“骗取出口退税罪”等,待到这种先行先试取得好的效果后,再考虑在经济刑法中予以普及。具体措施如下。

首先,不同经济犯罪对法益恢复条款设置的具体方式不同。其一,就非法吸收公众存款罪而言,涉及的是参与集资的被害人的财产利益保护,如果行为人在犯罪后能够与司法机关合作,积极赔偿参与集资的被害人的财产损失,则可以不追究刑事责任。具体而言,刑法修正案可考虑在《刑法》第176条中第3款从轻或减轻处罚的基础上,增加首犯免责条款,即“有前两款行为,能够积极悔过,全额赔偿参与集资的被害人的损失的,可以不追究刑事责任”。其二,就《刑法》第221条“损害商业信誉、商品声誉罪”而言,商业信誉、商品声誉很容易因犯罪行为遭受损害,也较容易因澄清谣言而快速恢复。如果行为人实施损害商业信誉、商品声誉罪后,能够采取积极有效措施恢复被破坏的商业信誉、商品声誉,并自愿接受行政处罚的,可以不追究刑事责任。其三,侵犯著作权罪等侵犯知识产权罪,属于典型的贪利性犯罪。如果行为人犯罪后能够积极赔偿被侵害人的损失,消除其实施的侵犯知识产权行为所造成的影响,并自愿接受行政处罚的,可以不追究刑事责任。具体可考虑在《刑法》第217条增加一款,作为第2款,即“有前款行为,能够全额赔偿被侵权人的损失的,消除其行为给著作权人带来的影响,已受行政处罚的,可以不追究刑事责任”。

其次,应当优先采取“首犯免责条款”。就法益恢复条款的责任设置来说,可以采取“不追究刑事责任”与“减轻或免除刑事责任”两种方式,前者如《刑法》第201条逃税罪中“首犯免责”条款,后者如《刑法》第276条之一“拒不支付劳动报酬罪”,该条第3款的规定是:“在提起公诉前支付劳动者的劳动报酬,并依法承担相应赔偿责任的,可以减轻或者免除处罚。”这里的法益恢复是采取减轻刑事责任模式或免罚模式。笔者更加倾向采取首犯免责条款,因为减轻刑事责任或免罚模式其实是一种量刑从宽情节设置,不仅限制了法益恢复条款的激励效果,还可能引发司法实践中撤销案件、不起诉、定罪等选择性司法,导致法律适用上的不公。

最后,未必均设置行政处罚条款。法益恢复条款的共性是积极赔偿因犯罪给被害人造成的损失和有效消除犯罪带来的消极影响,至于是否都以自愿接受行政处罚并缴纳罚款,这并不能一概而论。设置“自愿接受行政处罚并缴纳罚款”的内容,首先必须要具有行政法根据。其次,这种行政处罚不会导致法益恢复无法实现,过重的行政处罚会对犯罪人的法益恢复行动产

生负向激励,导致其不愿意实施法益恢复。以非法吸收公众存款罪为例,这类案件之所以会爆发出来,多是因为集资人不具有债务清偿能力。如果再对其施加行政处罚,不仅面临法律依据不明确的疑问,而且会加重借款人负担,导致其偿还借款的意愿降低,反而不利于法益恢复。

上述立法修正建议可能遭遇的批判是,对部分经济犯罪设置行政前置性要件,有违背刑法平等原则的问题。笔者认为,刑法平等原则并不是“一刀切”,而是强调同等情况同等对待,不同情况不同处理。行政犯与自然犯不同,对其处罚追求的目的、治理策略、归责根据等存在差异。行政犯内部亦有法益可恢复与不可恢复之分,对前者设置行政前置性要件,给行为人一个犯罪后法益恢复的机会;对后者尽管不能设置行政前置性要件,亦可适用认罪认罚从宽处罚的规定,这恰是不同情况不同处理的体现。更为重要的是,法益恢复条款作为刑法立法上的创新规定,具有“先试先行”的特点,甚至可以称之为刑法典上的“创新试验区”,自然会突破刑法原有规定设置的“牢笼”。此外,个罪之构成要件类型多样,既有成文的构成要件要素与不成文的构成要件要素之分,亦有积极要件要素和消极要件要素之别。法益恢复条款当属于成文的消极构成要件要素,这是立法增设该条款时的规范模式。

(三)法益恢复条款应实现总则与分则之间的协调统一

刑罚阻却事由包括免责的刑罚阻却事由与免刑的刑罚阻却事由,前者是因行为人犯罪后的法益恢复而免除其责任,后者是因自首、中止、重大立功等而免除其刑罚。免责的刑罚阻却事由属于责任阻却事由的一种,与期待可能性、违法性意识、义务冲突等常见事由共同发挥阻却责任的功能。但基于行为人犯罪后实施的赔偿、补缴税款、退还原物等行为而不追究刑事责任,可能会导致刑法总则与分则之间的矛盾。

从我国现行刑法规定来看,不同类型的法益恢复的法律后果不同。从类型上,法益恢复可以区分两类,犯罪中止是事前的法益恢复,犯罪赔偿、补缴税款等是事后的法益恢复。对于事前的法益恢复而言,我国《刑法》第 24 条明确规定没有造成法益侵害结果(损害)的犯罪中止应当免除处罚,因而属于免刑的刑罚阻却事由。就事后的法益恢复,刑法在逃税罪、拒不支付劳动报酬罪、拒不履行网络安全管理义务等罪中把行政前置性要件的成就作为免责事由,即因事后的法益恢复而成为免责的刑罚阻却事由。为何把法益恢复作为免责事由,是因为刑法具有的法益保护机能,除了事前的法益保护之外,还包括事后的法益恢复。将事后的法益恢复作为免责事由,对其不予追究刑事责任,有利于激励行为人在犯罪既遂后采取积极行动弥补犯罪所造成的法益侵害,这对于国家、犯罪人与被害人而言,都是一种最佳的冲突解决方案。

上述概念区分带来的逻辑矛盾是,事前的法益恢复属于免刑的刑罚阻却事由,事后的法益恢复属于免责的刑罚阻却事由,这就导致刑法适用上的不公平。就解决的对策而言,从立法上,需要调整犯罪中止的法律后果,把“没有造成法益侵害结果”作为可以不追究刑事责任的条件。从司法上,在个罪解释中有必要实现从定罪免刑到免刑免罪(免责)的转变,这就需要公、检、法等机关在不同诉讼环节立足于“少捕慎诉慎刑”刑事司法政策,分别作出撤销案件、不起诉与无罪判决等处理结论。

六、结语

历史经验表明,骆驼穿过针眼,比富人遵守法律更容易,如果刑法这张蛛网,只能抓着蚊子和苍蝇,却让黄蜂和大黄蜂破网而出,这难以体现刑法正义。因此,从公众的角度来看,惩罚的严厉性比有效性更具意义,但这并非严惩经济犯罪的理由。仅关注一般民众呼吁的从严惩治的报应情感,而忽视经济犯罪的特殊性,可能会使得行为人因违反经济法律、行政法律而被科以刑事责任。经济犯罪是违反市场经济管理秩序的行政犯,其犯罪目的在于追逐经济利益,对其追究刑事责任需特别审慎。不能因此带来企业发展停滞、劳动者失业、税收无保障等附随后果,这是法治不能承受之重。刑法对于经济秩序的维护必须实现从治罪到治理的转变,这种转变又以遵循市场逻辑为前提和基础,以免出现刑罚滥用与刑罚无效。本文主张将功能责任论解释为经济刑法的归责根据,更符合经济犯罪的治理逻辑。同时将“法益恢复条款”作为部分经济犯罪的优先选择,也正是在这种治理逻辑之下所作出的教义学尝试。

Abstract: Replacing market logic with punishment logic will lead to the dilemma of protecting the legal interests of economic criminal law, which is related to the understanding of the basis of imputation of economic criminal law in criminal law theory. Natural offenders and administrative offenders have their own special grounds for imputation, and there is no possibility that a theory of attribution can “conquer the whole world”. The basis of the attribution of responsibility for administrative offenders is the theory of functional responsibility, which transforms the basis of criminal law into a functional discourse with the help of the purpose of punishment, and needs to examine the necessity of punishment on the basis of punishability, so as to realize the functionalization of the purpose of punishment and effectively prevent the excessive expansion of administrative offenders. The restoration of legal interests is a special prevention in the sense of resocialization advocated by the theory of functional responsibility, which has institutional values such as expanding the causes of crime in economic criminal law, solving the problem of distinguishing criminal lawlessness from administrative lawlessness, and satisfying the needs of measuring the legal interests of economic criminal law. As a species of administrative offender, the identification of economic crimes has a strong policy orientation, and the basis for attribution of responsibility should be determined based on the theory of functional responsibility, and efforts to restore legal interests should be regarded as a statutory reason for exemption. The restoration of legal interests is a cause for exemption and should not be treated as a constitutive element of a crime.

Key Words: Economic Criminal Law; Theory of Functional Responsibility; Necessity of Punishment; Recovery of Legal Interests; Administrative Preconditions

(责任编辑:车浩)