

“法益可恢复性犯罪”概念之提倡

庄绪龙^{*}

摘 要 停止于既遂形态的犯罪行为,虽无回溯中止的可能,但尚存经由“法益恢复”路径得以轻刑化甚或出罪化评价的机会,相关法律文本对此命题已经进行个别化的确认。对于“法益恢复”现象的解释,“特殊中止说”回避了犯罪既遂“构成要件齐备说”的通说观点,否定了犯罪既遂标准多样化立法权力选择的正当性。“个人解除刑罚事由”存在基础理论薄弱、范畴局限和类型化区分不足的弊端,科学性不足。依托类型化思维工具,“法益可恢复性犯罪”的概念抽象、条件判断及其从宽评价,在报应主义和功利主义惩罚根据的双重视域均得自洽,在法益保护可逆性路径以及恢复性制裁的论证视域理由正当,且系刑法从宽事由体系的有益补充,宜作为“法益恢复”现象轻刑化或出罪化评价的理论基础。

关 键 词 法益恢复 “特殊中止说” 个人解除刑罚事由 出罪

通说观点认为,犯罪行为停止于既遂形态后便不可能再出现未遂、中止等形态。但司法实践中却往往存在这样的现象:行为人在犯罪既遂后由于某种动机的驱使通过自主有效的风险控制实际避免了危害结果的发生或者通过“法益恢复”行为,使得已经被先前犯罪行为侵害的法益恢复至“完好如初”的状态。对于这种“犯罪既遂但最终无害”的现象,刑法应当作何评价?司法实践中,行为人“法益恢复”的良善举动一般被视为“悔罪态度”,作为酌定量刑情节予以认定。然而,近年来随着经济社会发展形势的变化,刑法及相关司法解释对停止于既遂形态的某些犯罪行为的评价悄然发生了细微改变:犯罪既遂后行为人自主控制实害结果发生或力行“法益恢复”这一“悔罪态度”标签式的评价立场逐渐式微,轻刑化甚或出罪化的评价模式在刑法立

^{*} 华东政法大学研究生教育院刑法学专业博士研究生。感谢国家法官学院黄永维院长、曹士兵副院长、袁登明教授、李琦老师、上海社会科学院法学研究所林荫茂研究员和华东政法大学刘宪权教授、杨兴培教授的有益启发和悉心指导,文责自负。

法及相关司法解释中已然个别化、零星性的存在。对于这一迥异于传统理论立场的立法现象抑或趋势,需要在理论归纳的角度展开研究。

一、停止于既遂形态的“法益恢复”

(一)源于司法实践的具体观察

笔者接触和参与司法实践活动中,偶然发现几起真实案件,引起了笔者的关注:

例一:刘某盗窃归还案

1997年3月25日下午,刘某进入办事处同事吴某房间后,趁无人之际打开柜子盗走绿色小铁箱一只,该铁箱中装有办事处的公款8万余元。当日下午5时左右,刘某返回办事处后发现公安人员就钱箱被盗一事正在勘验调查,其遂害怕后悔不已。次日下午2时许,刘某趁无人到场时又将该铁箱放回吴某所在的房间。1997年9月3日,法院根据1979年刑法认定刘某构成盗窃罪,判处有期徒刑三年,缓刑三年。^{〔1〕}

在该起案件中,值得注意的是,在1979年刑法施行期间,盗窃罪作为重罪始终是刑法规制的重点罪名。本案涉案数额高达8万余元,根据当时的社会经济发展水平和司法解释标准,已经达到“数额特别巨大”的量刑幅度,量刑基准为五年以上十年以下有期徒刑。法院经审理认为,针对本案的犯罪事实、情节和社会危害程度,判处法定最低刑有期徒刑五年仍显过重,故最终按照1979年《刑法》第59条第2款规定,经审判委员会讨论决定,对被告人在法定刑以下判处刑罚。^{〔2〕}

例二:汪某诈骗抵偿案

被告人汪某隐瞒已婚事实,与被害人周某确立恋爱关系。在此期间,汪某先后5次以建造房屋、投资为由向周某及其母亲借款共计98万元,但该款均被汪某挥霍。案发前,被害人周某及其母亲多次向汪某催讨欠款,汪某向周某出具还款计划书,以其所有的一套房屋作价80万元卖与周某,周某支付50万元,余款30万元作为汪某归还的借款。但是,汪某还与他人存在债务关系,该房屋被法院拍卖,最终周某只从中实际分得36万元。^{〔3〕}

对于此案,一审法院认为,本案的犯罪数额应为98万元,还款计划书中的经济往来问题与先前已经既遂的诈骗犯罪无关,汪某被判处有期徒刑十二年。但二审法院却认为,对于汪某以

〔1〕 最高人民法院中国应用法学研究所编:《人民法院案例选》(刑事卷·下)(1992—1999年合订本),中国法制出版社2000年版,第902页。

〔2〕 与1979《刑法》第59条不同的是,修订后的《刑法》第63条第2款规定,犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚情节,但是根据案件的特殊情况,经最高人民法院核准,也可以在法定刑以下判处刑罚。相对于修订前的规定,特殊减轻处罚的条件被严格限定,实体上必须存在特殊情况,程序上必须经最高人民法院核准。由此可以预测的是,该案如果发生在刑法修订之后,通过最高人民法院核准程序在法定刑以下处理的难度将大大增加。

〔3〕 参见江苏省无锡市中级人民法院(2014)锡刑二终字第0040号刑事判决书。

其自有房产抵偿被害人部分款项的情节应当考虑,遂改判汪某有期徒刑十一年。

与上述案例一、二中被告人之“法益恢复”行为被法院充分考量的“幸运”相较,下列两起案件的被告人似乎就没有那么幸运:

例三:李某放火报警案

李某因丈夫孙某经常对其使用暴力导致感情不和而闹离婚。在离婚诉讼的过程中,孙某仍然对李某使用暴力并扬言杀害其家人。在一次被丈夫殴打后,李某为了泄愤,采用泼油漆的方式将其自家居住的房屋点燃(其房屋为砖木结构,东邻已拆迁,南邻为水泥场地,北邻为农田,西邻为其他村民房屋)。在房屋着火约五分钟后,李某打电话报警,消防人员及时赶到现场将火势扑灭。经查,除却李某自家房屋财物损失外,并未造成其他公私财产损失。最终,李某被法院认定构成放火罪,因尚未造成严重后果,被减轻处罚,判处有期徒刑二年,缓刑二年。^{〔4〕}

在本案中,由于法院对李某没有判处实刑,李某在一审宣判后并未上诉,一审判决生效。但是,在判决生效两年后,李某却向法院提出再审申请诉求,请求法院认定其放火行为不构成犯罪。对于这一未经上诉反而直接申请再审的案件,办案人员感到疑惑。后来,经过法院调查得知,原来李某的女儿系国内某名牌大学研究生,因考公务员政审程序受到其母亲犯罪的牵连和影响,李某申请再审请求改判无罪的根本动力在于女儿的前程。^{〔5〕}遗憾的是,本案由于并无其他法定的改判事由,法院审判委员会经讨论后最终驳回了李某的诉请。^{〔6〕}

例四:徐某盗窃归还案

2015年10月2日凌晨2时许,被告人徐某在驾驶出租车时发现路边一辆轿车后备箱未关闭,遂将尾箱内挎包拿走,包内有现金25800元。实施盗窃后,徐某害怕受到惩处,于当日凌晨5时许将挎包及现金交至派出所,如实供述了犯罪事实。法院最终判决认为,徐某行为构成盗窃罪,且数额较大,但其自首并挽回了经济损失,遂判处徐某有期徒刑一年,罚金人民币五千元。^{〔7〕}

上述两组四起真实案例之间存在共同之处:一是行为已经成立犯罪且处于既遂的停止形态;二是在既遂形态形成之后行为人均通过自主有效的良善举措避免了实际危害结果的发生或者恢复了原本被侵害的法益,可以概括地描述为“法益恢复”。但值得注意的是,四起案例的

〔4〕 参见江苏省无锡市锡山区人民法院(2011)锡法刑初字第0145号刑事判决书。

〔5〕 当前,我国公务员招录、征兵工作中政审标准严格,其中“直系血亲中或对本人有较大影响的旁系血亲中有被判处死刑或者正在服刑的”等规定就属于不予录取、不予招收的情形。当然,政审制度合理与否,不在本文的讨论之内,也不影响本文核心问题的立论。

〔6〕 参见江苏省无锡市中级人民法院(2013)锡刑监字第0011号刑事裁定书。事实上,在本案处理过程中,法院内部曾有不同意见。其中,主张改判李某无罪的法官认为,虽然李某的放火行为已经完成,也符合放火罪“独立燃烧说”及危险状态出现的既遂标准,但李某事后马上拨打报警电话,火势被及时扑灭的最终结果说明,其行为并无危害公共安全的实际可能性。

〔7〕 参见江苏省江阴市人民法院(2015)澄刑初字第02240号刑事判决书。

处理思路 and 方式却存在显著差异。案例一、案例二中刘某和汪某事后归还的行为被法院充分考量,量刑得以削减,尤其是在案例二中,汪某事后归还的诈骗数额直接被法院剔除,在事实上对该原本既遂的犯罪数额作了去罪化处理;而案例三中李某放火后主动报警的行为并没有改变本人及其女儿的命运,案例四中徐某事后归还的行为仅仅作为了酌定从宽的量刑情节,被告人仍然承担较重的刑事责任。

上述司法实例的不同处理结果,引发了笔者的思考:停止于既遂形态的犯罪行为,如果行为人事后采取了避免实际危害后果发生或者力行“恢复法益”的良善举措,刑法应该作何评价?

(二)相关立法及司法解释的现象梳理

带着上述疑问和思考,笔者有意识地搜集了相关规定。笔者惊奇地发现,在理论研究尚未触及的“法益恢复”领域,我国现行刑法以及相关司法解释,已经规模性地透露着轻刑化乃至出罪化的端倪。相关规定梳理如下:

其一,盗窃罪。最高人民法院1997年11月4日颁布的《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第6条第2款规定,盗窃公私财物虽已达到“数额较大”的起点,但情节轻微,并具有下列情形之一的,可以不作为犯罪处理:2.全部退赃、退赔的。

其二,诈骗罪。1991年4月23日最高人民法院研究室出台的《关于申付强诈骗案如何认定诈骗数额问题的电话答复》认为,在具体认定诈骗犯罪数额时,应把案发前已被追回的被骗款额扣除,按最后实际诈骗所得数额计算;2011年3月1日最高人民法院、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》第3条列举了不起诉或者免于刑事处罚的情形,其中第(二)项规定:一审宣判前全部退赃、退赔的。

其三,逃税罪。刑法修正案(七)对于逃税罪作了重大修改,在原文基础上增加一款,即《刑法》第201条第4款:经税务机关依法下达追缴通知后,补缴应纳税款,缴纳滞纳金,已经受行政处罚的,不予追究刑事责任;2010年5月7日最高人民检察院、公安部颁布的《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》第57条规定了本罪立案追诉的情形,其中第(一)项规定:“纳税人采取欺骗、隐瞒手段进行虚假纳税申报或者不申报,逃避缴纳税款,数额在5万元以上并且占各税种应纳税总额10%以上,经税务机关依法下达追缴通知后,不补缴应纳税款、不缴纳滞纳金或者不接受行政处罚的。”根据此规定,按照反对解释的基本原理,如果纳税人在经税务机关依法下达追缴通知后,补缴应纳税款、缴纳滞纳金或者接受行政处罚的,那么就不属于立案追诉的情形,在事实上也就纳入了出罪化的处理模式。

其四,信用卡诈骗罪(恶意透支型)。2009年12月3日最高人民法院、最高人民检察院颁布的《关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第6条第5款规定:恶意透支应当追究刑事责任,但在公安机关立案后人民法院判决宣告前已偿还全部透支款息的,可以从轻处罚,情节轻微的,可以免除处罚。恶意透支数额较大,在公安机关立案前已偿还全部透支款息,情节显著轻微的,可以依法不追究刑事责任。

其五,交通肇事罪。2000年11月10日最高人民法院颁布的《关于审理交通肇事刑事案件

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,其中第(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;相应的,该解释第4条列举了因交通肇事需要“处3年以上7年以下有期徒刑”的情形,其中第(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60万元以上的。与上述《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》第57条关于逃税罪立案追诉的情形类似,按照刑法的解释原理,如果交通肇事的行为人造成他人财产损失但有能力赔偿且实际赔偿到位的,那么也就不属于上述司法解释规定的罪刑关系认定的范畴。

其六,拒不支付劳动报酬罪。《刑法修正案(八)》增设了拒不支付劳动报酬罪,作为《刑法》第276条之一,该条第3款规定:有前两款行为,尚未造成严重后果,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。2013年1月16日最高人民法院颁布的《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》第6条规定:拒不支付劳动者的劳动报酬,尚未造成严重后果,在刑事立案前支付劳动者的劳动报酬,并依法承担相应赔偿责任的,可以认定为情节显著轻微危害不大,不认为是犯罪;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,可以减轻或者免除刑事处罚;在一审宣判前支付劳动者的劳动报酬,并依法承担相应赔偿责任的,可以从轻处罚。

除上述列举的具体规定之外,在我国现行刑法及相关司法解释中,非法种植毒品原植物罪、挪用资金罪、侵占罪等也零星透露着“法益恢复”行为轻刑化、出罪化的评价痕迹。通过分析我国刑法立法、相关司法解释的规定,可以清晰的发现,在盗窃犯罪、诈骗犯罪以及涉税犯罪、恶意透支型信用卡诈骗罪、拒不支付劳动报酬罪、交通肇事罪等具体规定中,对于犯罪既遂后危害后果自主控制或者“法益恢复”的现象,法律已经明显的透露出“轻刑化、出罪化”的价值立场。但是,在司法解释之外的其他犯罪中,“法益恢复”行为出罪与否的判断并无明确规定,司法实务中存在较大争议,这种现象应当予以关注和重视。应该认为,具体司法实例处理、司法解释规定等实践面向的自发性、非体系性特点决定了概念化、类型化理论抽象和总结的必要,这是理论研究的基本使命。由此笔者认为,对于“法益恢复”现象的刑法评价问题,可以通过类案抑或现象研究,系统归纳内存于普遍实践现象中的抽象共性和规律并反刍实践、指导实践,这应当成为当前刑法学理论研究中一项新的知识增长点。

二、“法益恢复”现象解释的既有理论与评析

(一)“法益恢复”现象解释的既有理论

1. 我国学者主张的“特殊中止说”

关于“法益恢复”现象的研究,我国学者大都以“危险犯的法定危险状态出现后能否成立中

止”的学术命题展开讨论。^{〔8〕}目前,学界比较有力的观点是肯定论。在整体上,肯定论者认为,在危险犯中即便法定的危险状态已经出现,如果行为人自动采取有效措施解除危险状态,从而防止了实害结果的发生,则应当纳入“犯罪中止”的刑法评价范畴。肯定说视野下主要存在以下几种代表性观点:

其一,危险犯中止说。该说认为,既遂不单纯以犯罪行为的完成或者犯罪结果的发生为标准。当犯罪行为处于既遂状态时,并不表明犯罪行为的完成或者犯罪结果的发生,既遂状态不表明犯罪处于停顿状态,既遂状态有可能发生在“犯罪过程中”,既遂后犯罪仍在继续中。^{〔9〕}另有观点认为,之所以出现既遂后难以成立中止的难题,主要原因是过早的判断犯罪既遂成立的节点,故而在危险犯的视域应当合理解释犯罪终点及“犯罪结果发生”。^{〔10〕}在上述观点的基础上,还有观点认为“犯罪结果”应当包括法定的犯罪结果和犯罪人所预期的犯罪结果。^{〔11〕}我国著名刑法学家储槐植教授也持类似观点。储槐植教授认为,在司法实务中,对于“行为人在火车到来之前将原本放置在铁轨上的巨石移走”的刑法评价问题,根本无需求助危险犯理论,只要援引《刑法》第116条破坏交通工具罪客观地描述事件发生过程,“在犯罪过程中”分析主观和客观要件要素,在此基础上径直引用刑法总则第24条关于犯罪中止的规定,合情合理,完全不抵触罪刑法定原则。^{〔12〕}

其二,实害犯中止说。该说认为,在实害结果发生之前,行为人自动采取措施有效防止犯罪结果发生的,应以中止犯论处,只是由于危险犯已构成既遂而不可能再转化为中止,故不能按危险犯的法定刑处罚,而应按实害犯的法定刑并以中止犯来免除或减轻处罚。^{〔13〕}关于实害犯中止说的主张,学界还存在一种令人耳目一新的有力观点:在危险状态出现后确实可能存在实害犯的中止形态,但这种中止形态不能理解为犯罪既遂后的中止,而应该理解为“排除未

〔8〕 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;周铭川:“论法定危险状态出现之后能否成立中止犯”,《上海交通大学学报(哲学社会科学版)》2012年第3期,第40—48页;陈建桦、杜国伟:“危险犯既遂后中止问题新解”,《中国刑事法杂志》2013年第6期,第3—9页;闫雨:“论危险犯的既遂后自动恢复”,《中国社会科学院研究生院学报》2015年第5期,第91—95页;李邦友、魏修臣:“行为犯既遂后‘中止’探讨”,《中国刑事法杂志》2009年第10期,第30—32页。

〔9〕 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。

〔10〕 汪东升:“‘既遂’中止问题研究——兼论对‘‘犯罪结果发生’的理解”,《中国刑事法杂志》2016年第3期,第4页。

〔11〕 王远志、李世清:“论犯罪的‘既遂后中止’——以危险犯为视角”,《云南大学学报(法学版)》2006年第5期,第17页。

〔12〕 储槐植:“刑法契约化”,《中外法学》2009年第6期,第807页。

〔13〕 马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社1999年版,第466页。

遂后的中止”。^{〔14〕} 该说的理论前提是,故意犯罪停止形态的本质特征在于行为的停顿,没有“停顿”就不会有犯罪行为的终局性状态,也就不会存在犯罪预备、犯罪未遂、犯罪中止或者犯罪既遂等故意犯罪完成或未完成的形态。在刑法规定的危险犯的犯罪中,往往同时规定了相对应的实害犯,而危险状态与实害状态往往存在转化的过程,故当刑法所规定的某一犯罪的危险状态出现后,还不能说就是既遂,而只能说是出现了排除未遂的情况,因为在行为尚未停顿时是不能确认犯罪形态的。在这种理论框架下,正是由于存在危险状态向实害状态转化的可能性,如果行为人在危险状态出现后,自动采取措施停止犯罪,并有效地防止实害结果的发生,否定犯罪中止的存在是没有道理的。^{〔15〕}

其三,危险实质化判断说。该说认为,对于危险犯中行为的危险程度及其构成要件判断,需要对危险犯做实质化理解,并非只要实施法条所规定的构成要件行为就形成拟制危险,进而主张在抽象危险犯的场合,法益侵害的危险仍然属于构成要件要素,通过法益侵害判断的实质化路径将抽象危险犯与行为犯作相应区分。该论点进而认为,应该扭转通说观点的拟制危险说而以推定危险说的概念范畴予以判断。^{〔16〕} 按此逻辑,在拟制危险与推定危险的层次性缝隙中,“危险不存在”的事实命题可能存在,故而在危险犯的具体认定中可以寻找以“具体案件中并未发生相应危险”为基本着力点的出罪理由。

以上几种代表性观点,不管是危险犯中止说还是实害犯中止说,甚或在此基础之上的危险实质化判断说,无一例外地承认危险犯在法定危险状态出现后还存在回溯中止的可能。因而,在“法益恢复”刑法评价的问题上,上述几种学说可以笼统的称之为“特殊中止说”。^{〔17〕}

2. 比较法视野中的“个人解除刑罚事由说”

对于犯罪形态停止于既遂节点但危害后果尚未出现或者危害后果虽然出现但经由行为人的事后补救措施而得法益恢复的情形,在域外的刑法理论中也存在相关研究,其学术称谓通常以所谓“个人解除刑罚事由”或者“个人排除刑罚的根据”进行描述和界定。

在德国刑法中,关于“个人解除刑罚事由”的阐释,罗克辛教授认为,中止(为德语 Rücktritt 翻译而来,王世洲教授认为 Rücktritt 并非单纯的静止不动,用“后撤”一词描述可能更为准确)已经完成犯罪的情况,即为个人撤销刑罚的根据。这是因为,人们在这里的出发点是,这种应受刑罚的行为本身已经存在了,凡是对于后撤人的刑事可罚性——尽管还保留着对其他参与人的刑事可罚性——是在事后才被再次放弃的。^{〔18〕} 在耶塞克与魏特根教授合著的

〔14〕 参见刘宪权:“故意犯罪停止形态相关理论辩证”,《中国法学》2010年第1期,第116页。

〔15〕 参见上注,第116页。

〔16〕 参见付立庆,见前注〔8〕,第79页。

〔17〕 有学者在研究《澳门刑法典》第23条所规定的“犯罪虽既遂,犯因己意防止不属该罪状之结果发生者”情形时,将其称之为与典型中止犯和准中止犯相区别的“特殊中止犯”,与此处笔者所归纳的情况基本类似。参见元轶:《澳门刑事法学论》,知识产权出版社2015年版,第205页。

〔18〕 (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691页。

刑法学教科书中,对于“个人解除刑罚事由”也作了解释,是指“在应受惩罚的行为实行后才发生,并溯及性地消除已经成立的应受处罚性事由”。^{〔19〕}在理论之外,德国的司法实务中也存在相关规定。例如,《德国刑法典》第163条第2款规定,行为人在向法庭作了伪证之后,如果及时更正错误陈述的,不受刑事处罚;第306 e条规定,行为人放火后,在重大损失出现之前,自动灭火的,得以减轻或者放弃刑事处罚。

在意大利刑法中,存在“事后(sopravvenute)排除可罚性原因”的学术概念,最典型的莫过于那些犯罪人所采取的有助于抵消危害结果的行为:如在法庭辩论开始前撤回诬告或虚假证明、鉴定、翻译(刑法典第376条);将因自己的过失而脱逃的犯罪人捉拿归案(刑法典第378条第2款);在有关当局发觉前,主动阻止伪造、变造、非法制造和流通货币、有价证券、印花(刑法典第463条);在当局命令解散前主动退出聚众暴乱(刑法典第655条第3款)。^{〔20〕}

在我国澳门和台湾地区,所谓“个人解除刑罚事由”制度也同样存在。如《澳门刑法典》第23条第1款规定,行为人因己意放弃继续实行犯罪,或者因己意防止犯罪既遂,或者犯罪虽既遂,但因己意防止不属于该罪状之结果发生者,犯罪未遂不予处罚;^{〔21〕}我国台湾地区“刑法”第166条规定,犯前条之罪(即湮灭刑事证据罪),于他人刑事被告案件裁判确定前自白者,减轻或免除其刑。在具体的司法裁判中,我国台湾地区的司法实践对于“个人解除刑罚事由”的落实,往往授予法官以自由裁量权的方式予以实现。^{〔22〕}

(二)对既有理论的简要评析

1. “特殊中止说”的疑问

当前,虽然肯定论者对于“危险犯的法定危险状态出现后能否成立中止”的学术命题所主张的“特殊中止说”讨论热烈,成果丰富,但在笔者看来却存在诸多疑问。

其一,对于“危险犯中止说”而言,其所主张的犯罪既遂与犯罪完成或犯罪结果发生并非等同涵摄的观点,实际上是对犯罪既遂多样化、层次性立法权力选择正当性的否认。学界一般认为,犯罪既遂形态,是指故意犯罪在其发展过程中未在中途停止下来而得以进行到底、行为人的行为已经完全符合刑法分则中所规定的某一具体犯罪构成的全部构成要件的情形。^{〔23〕}现阶段,就犯罪既遂的判断而言,绝大多数国家刑法理论的通说观点是“构成要件齐备说”,亦即犯罪既遂的判断只需考察刑法所规定的主体、行为、结果和因果关系等客观构成要件要素与罪过、责任等主观构成要件要素是否具备及其阶层性的体系。一般认

〔19〕 参见(德)汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏特根:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第665页。

〔20〕 参见(意)杜里奥·帕多瓦尼:《意大利刑法学原理》,陈忠林译,中国人民大学出版社2004年版,第343页。

〔21〕 参见元轶,见前注〔17〕,第205页。

〔22〕 参见林钰雄:《新刑法总论》,中国人民大学出版社2009年版,第250页。

〔23〕 刘宪权,见前注〔14〕,第112页。

为,对于犯罪既遂形态的法律确立,立法者拥有选择的权力,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。^{〔24〕}此言谓之,犯罪既遂是国家从立法者角度评价的犯罪完成形态。^{〔25〕}具体而言,对于犯罪既遂形态,立法者并未采用也不应当采取整齐划一的标准予以框定,而应该在犯罪行为实施及其实现的动态过程中,基于惩罚必要性的综合分析,设置多层次的既遂模式,“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”。^{〔26〕}我国刑法通说观点认为,举动犯、行为犯、危险犯、结果犯都是犯罪既遂的具体存在样态。危险犯是刑法分则设立的一种犯罪类型,危险犯是以行为人实施的危害行为造成法律规定的发生某种危害后果的危险状态作为既遂标志的犯罪。^{〔27〕}“危险犯中止说”所主张的“既遂状态不表明犯罪处于停顿状态,既遂状态有可能发生在‘犯罪过程中’,既遂后犯罪仍在继续中”的观点,显然是对犯罪既遂多样化、层次性立法权力选择的忽视与否认。另外,“危险犯中止说”中“犯罪结果”应当包括法定的犯罪结果和犯罪人所预期的犯罪结果的观点,实质上是犯罪既遂当采“犯罪目的实现说”的观点。^{〔28〕}“犯罪目的实现说”在目的犯中,当然具有构成要件要素的意义,这是因为目的作为超过的主观要素,本身也是犯罪构成要件要素的组成部分,亦即在目的犯中仅有客观因素还不足以构成犯罪,还必须专门规定并专门认定。^{〔29〕}比如,《刑法》第126条规定的违规制造、销售枪支罪,必须以非法销售为目的;第152条规定的走私淫秽物品罪,必须以牟利或传播为目的;第175条规定的高利转贷罪必须以转贷牟利为目的。然而,对于危险犯而言,其本身并不是目的犯而是结果犯的一种特殊形式,^{〔30〕}抽象危险犯罪中的拟制危险以及具体危险犯罪中的危险状态本身就是刑法所特别规定的“结果”,在危险犯的犯罪构成模式中已经满足了犯罪既遂的要素要求。故而,以所谓“犯罪目的实现说”为由主张既遂之后因未出现“犯罪结果”或者没有实现“犯罪目的”而可以成立犯罪中止的观点,显然回避了危险犯的惩罚拟制原理。

其二,对于“实害犯中止说”而言,忽视了危险犯与实害犯均独立成罪的立法模式。基本犯为危险犯,实害犯为结果加重犯,这是刑法理论所公认的基本立法模式。^{〔31〕}例如,《德国刑法典》第306条规定的放火罪为危险犯,其第306条c规定:“行为人通过第306条至第306条b规定的放火至少轻率地造成他人死亡的,处终身自由刑或者十年以上自由刑。”显然,这是基

〔24〕 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。

〔25〕 刘之雄:《犯罪既遂论》,中国人民公安大学出版社2003年版,第83页。

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

〔27〕 高铭喧、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。

〔28〕 当然,学界对于犯罪既遂“犯罪构成要件齐备说”的通说观点时有质疑,其中“犯罪结果发生说”以及“犯罪目的实现说”比较典型。对此质疑,有论者进行了深入的回应,对此笔者甚为认同。参见王志祥:《犯罪既遂新论》,北京师范大学出版社2010年版,第82—101页。

〔29〕 参见陈兴良:“目的犯的法理探究”,《法学研究》2004年第3期,第73页。

〔30〕 王志祥,见前注〔28〕,第123页。

〔31〕 张明楷:“危险驾驶的刑事责任”,《吉林大学社会科学学报》2009年第6期,第27页。

本犯为危险犯、实害犯为结果加重犯的适例。我国《刑法》第114条与115条以及116条至118条与119条对于危害公共安全犯罪的危险状态和实害状态也分别规定了犯罪认定的独立性模式。例如,《刑法》第114条规定:“放火、决水、爆炸以及投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质或者以其他危险方法危害公共安全,尚未造成严重后果的,处三年以上十年以下有期徒刑”。由此可见,成立本条所规定的以危险方法危害公共安全罪,并不以发生伤亡实害结果为要件。换言之,伤亡的实害结果并不是该条规定的客观构成要件要素。^{〔32〕}然而,按照“实害犯中止说”的主张,《刑法》第114条所规定的具体危险犯则不具备完整意义上的既遂规制样态,只能作为《刑法》第115条的预备犯而非基本犯,这显然是对“危险犯为基本犯,结果加重犯为实害犯”立法模式的忽视。按照罪刑法定原则的要求,我国刑法分则所规定的每一个具体犯罪,均是以犯罪既遂为标准设定罪状和法定刑的。我国《刑法》第114条以及116条至118条作为独立的刑法分则条款,显然也是存在既定的犯罪既遂模型,只要符合犯罪既遂构成要件齐备说的要求,那么就应当认定为114条以及116条至118条的既遂形态。

刘宪权教授主张的故意犯罪停止形态本质在于犯罪行为静止状态的“停顿”,由于危险犯与实害犯之间存在转化的可能性,故而危险状态出现只能作“排除未遂而非既遂成立进而肯定存在中止可能”的解释,笔者认为具有较大启发意义,对于此问题的解决提供了一个有益视角。但是,这里可能存在的疑问是:故意犯罪中行为“停顿”的判断标准是什么?在危险犯中,危险状态的出现尚且不能认定为“停顿”,那何时才能停顿?依此逻辑,非法拘禁罪、绑架罪等状态犯中的人身控制状态,其“停顿”该如何把握?如果危险犯中危险状态的出现并非故意犯罪中行为的“停顿”,那么是否适用于危险犯之外的一般结果犯?例如,盗窃后归还的行为,盗窃实施完毕后是否可以认为犯罪行为“未停顿”?对此问题,刘宪权教授在相关著述中认为,盗窃后将财物送还原处的情形成立犯罪既遂,而不是犯罪未遂,^{〔33〕}因而盗窃行为实施完毕或者行为人实际控制财物的情形当然属于“停顿”。那么这里的问题是,危险犯中危险状态的出现并非“停顿”,而结果犯中结果出现即为“停顿”,背后的依据如何?难道仅仅是危险犯与结果犯本身之间的差异?有观点认为,对于危险犯而言,存在结果犯与行为犯的类型区分。对于危险犯的结果犯类型,法定犯罪结果的发生就是其既遂的标准。^{〔34〕}笔者分析,关于犯罪停止形态的认定,之所以对“停顿”认定产生认识上的差异,主要缘由可能是对停顿的评判标准存在范畴上的差别。事实上,关于犯罪停止形态认定的判断,存在客观事实意义上的标准和法律规定意义上的标准之分,前者主要是指客观上的行为停止,比如在放火危险状态出现后突降大雨浇灭火势或者行为人放火后被他人发现将火势扑灭等情形,客观上制造了“停止”的事实;后者主要是立法者在犯罪行为的推进过程中,根据惩罚的需要人为拟制的设置了规范评价意义上的“停止”

〔32〕 同上注,第27页。

〔33〕 参见刘宪权:《刑法学名师讲演录总论》,上海人民出版社2016年版,第247页。

〔34〕 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页。

标准。理论上一般认为,在犯罪停止形态的具体认定上,立法者有权选择犯罪进程中的犯罪既遂这一停止形态之点,在其他国家刑法理论中是没有任何争议的。^[35] 在关于停止形态认定的问题上,显然应当以法律规定意义上的标准作为认定的依据。由此笔者认为,在危险犯中,危险状态的出现就应当视为危险犯的“结果”,危险状态的出现也应当被视为犯罪停止形态意义上的“停顿”。在此基础上,按照构成要件齐备说的既遂判断观点,危险状态的出现自然可以作为危险犯既遂的根据。顺此逻辑,对于“危险犯的法定危险状态出现后能否成立中止”的命题而言,“实害犯中止说”的主张并不完全合理。

其三,对于“危险实质化判断说”而言,所谓“具体案件中的危险”之反证,刻意回避了抽象危险的危险犯模型。在具体危险犯的视域,驱逐拟制危险说而以推定危险说的范畴予以判断的主张抑或所谓“反证”,可能存在先验意义上的正当性。这是因为,就具体危险犯而言,行为的发生、完成与危险状态的形成之间往往存在特殊的时空距离,行为与结果之间并非是同步关系。因而,具体危险犯中如若以拟制危险作为评价基准,则可能会制造危险犯与行为犯混淆的弊端。但是,就具体危险犯之外的抽象危险犯而言,其并非需要危险状态的形成作为构成要件要素,只需要事后判断的危险举动完成既可。换言之,抽象危险犯在司法判断的证明标准上与行为犯基本是同一的。当前,德、日刑法理论界受风险社会理念的影响,大都认为抽象危险犯中的危险仅仅是“危险的抽象”。如罗克辛教授认为,抽象的危险性犯罪,是一种典型的危险禁止而被处于刑罚之下,不需要在具体案件中出现一种具体的危险。刑法所规定的抽象危险犯所标榜的“防止具体的危险和侵害”,仅仅是立法的动机,而不要求使这种具体的危险和侵害的存在成为行为构成的条件。^[36] 故而,在抽象危险犯的司法判断中,以行为完成与否作为考察对象,坚持“危险的抽象”立场无疑是正确的选择。上述“危险实质化判断说”所反证的“危险不存在”命题虽然可能存在事后事实的客观证明,但却为抽象危险犯的立法目的所不容。况且,危险犯大都涉及公共安全保护的重大法益,如果允许事后事实证明“危险不存在”恐怕会充满极其“危险”的弊端:所谓实质判断可以确保“危险不存在”吗?^[37] 显然,这是一个冒险的疑问。

2. “个人解除刑罚事由说”的不足

德、意以及我国澳门和台湾地区的刑法学理论已经将“法益恢复”的刑法评价问题作为刑法学理论的重要拼图进行了体系性的研究,并提出了体系化的出罪概念,即与违法阻却事由、

[35] 徐光华:《犯罪既遂问题研究》,中国人民公安大学出版社2009年版,第54页。

[36] 罗克辛,见前注[18],第278页。

[37] 事实上,关于“危险存在与否判断”本身而言,学界观点并不统一。日本学者山口厚和前田雅英主张“科学根据说”,即以科学法则上是否有法益侵害的可能性为标准;而团藤重光、大塚仁 and 野村稔则主张“一般人感受说”,即以一般人是否因为感到侵害法益的危险而有相当的理由为标准;大谷实则主张“折中说”,其认为对法益侵害的危险,本来指法益侵害的可能性,虽然要立于科学的见地判断,但因为这个危险意味着作为构成要件要素被类型化的行为的危险,作为立于行为时的事前判断,以科学的可能性为基础,在该行为实施的具体情况下,以社会通念上一般人是否因感到危险而有相当理由为标准判断的方法是妥当的。参见马克昌:《比较刑法原理——外国刑法学总论》,武汉大学出版社2012年版,第182页。

责任阻却事由相得益彰、前后呼应的“个人刑罚解除事由”。但即便如此,笔者认为包括德、意国家以及我国澳门、台湾地区对于“法益恢复”的刑法评价问题仍然存在以下几个方面的不足。

其一,基础理论研究欠缺。域外刑法理论关于“个人解除刑罚事由”的理论根据主要有“奖励说”“刑事政策说”和“违法性减轻说”等观点。“奖励说”认为,虽然行为人事后采取的补救措施不能回溯性的消除已经成立之犯罪,但是为了奖励事后积极采取补救措施的行为人,应当免除其刑罚;^[38]“刑事政策说”认为,“个人解除刑罚事由”制度与中止犯制度均属“金桥理论”范畴,符合预防犯罪的刑事政策要求;^[39]“违法性减轻说”认为,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,又由于行为人消除了其行为所造成的危害,从结果无价值的视角考察,客观上的违法性也大幅降低。^[40]对于上述解释性根据,笔者均不能苟同。笔者认为,“奖励说”与“刑事政策说”在性质上并无差异,均是将行为人自主控制危害后果与“法益恢复”的良善行为视为犯罪既遂后的“中止”,上文对于“特殊中止说”理由的批评已经明确表明中止说理由的弊端。事实上,“奖励说”与“刑事政策说”在本质上与自首、立功、坦白等刑罚减免事由无实质差异,并不能解释“法益恢复”行为出罪化的实质理由;“违法性减轻说”忽视了行为人“法益恢复”的时间节点,无意中回溯到犯罪既遂形态形成之前的违法与责任的认定过程。事实上,在“法益恢复”的问题中,行为人得以出罪化或者轻刑化处理的缘由,只与惩罚根据和刑罚目的有关而不关涉构成要件具体构成的违法与责任要素。故而笔者认为,域外关于“法益恢复”问题的学术阐释即“个人解除刑罚事由”,在性质上仅仅是与违法阻却事由、责任阻却事由相并列的体系性结论描述,本身并未也不可能解释“个人为何可以凭借一己之力对抗国家刑罚权”的真正缘由。所谓“个人解除刑罚事由”的描述性概念,不过是类似于中止犯、准中止犯得减免处罚根据的概念置换,这对于解释个人缘何出罪的问题而言显然远远不够。

其二,应用范畴局限。域外学说关于“个人解除刑罚事由”解释的主要依据是对于犯罪构成要件齐备抑或犯罪既遂前提下已害结果的撤回。事实上,已害结果只是结果犯既遂构成要件要素,对于其他犯罪类型而言并无明确的解释力。换言之,在诸如危险犯、行为犯、举动犯等犯罪类型中,所谓“已害结果的撤回”显然没有事实依据。令人感到意外的是,“已害结果”的撤回本应对应的是结果犯,但即便是在刑法学研究迈向精深的德、意国家,对于“个人解除刑罚事由”的研究范畴却大都集中于危险犯、行为犯,反而结果犯是否可以纳入“个人解除刑罚事由”体系并未在刑法立法中体现。例如,《德国刑法典》第163条第2款和第306e条就是以伪证罪、放火罪为例对此问题进行阐释和界定,《意大利刑法》第376条、第655条也只将伪证罪、聚众暴乱罪等罪名纳入该体系。再如,《澳门刑法典》第23条所规定的“犯罪虽既遂,但因已意防

[38] 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。

[39] 马克昌,见前注[13],第581—582页。

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

止不属该罪状之结果发生者”的情形,虽然突破了“既遂之后无未遂与中止”的刑法原理,但这并不意味着任何犯罪在既遂后均可以成立中止。《澳门刑法典》第23条将既遂后可以成立中止的犯罪限定为结果不属于罪状的犯罪中,换言之,仅仅在具体危险犯中,“个人解除刑罚事由”才存在生存的空间。^{〔41〕}事实上,与“个人解除刑罚事由说”类似的是,我国学者所认同的“特殊中止说”也只在“危险犯的法定危险状态出现后能否成立中止”的学术争论中发生作用,在危险犯之外的实害犯(结果犯)场景,尚无学者就此问题展开研究,这也暴露了“特殊中止说”理论作为体系论证的不周延性。应该认为,危险犯、行为犯法益保护前置的立法体例,犯罪既遂与危害结果的实际发生往往存在时空上的距离,实害结果往往并不即时相伴相随。在法益侵害的时间落差中,行为人以实际良善行为否定已然齐备构成要件要素的犯罪事实,当然可以作为“个人解除刑罚事由”的最佳着陆点。笔者主张,理论抽象的实践面向必须以体系化、协调性的姿态呈现,否则难以称之为周延的“体系”。事实上,在危险犯、行为犯之外,结果犯中也大量存在“个人解除刑罚事由”的根据。^{〔42〕}显然,德、意国家所构建的“个人解除刑罚事由”出罪体系以及我国学者讨论的“特殊中止说”所指向的危险犯、行为犯领域过于狭窄。本文开篇部分所列举的涉税收犯罪、信用卡诈骗罪、诈骗罪等司法解释所规定的结果犯犯罪类型的轻刑化、出罪化处理,就是明显例证。

其三,类型化考量不足。在刑法保护的个益属性上,可以分为人身法益和财产法益,在盗窃罪中当然存在法益侵害撤回的必要和可能,但侵害人身法益的情形可以撤回吗?当然不能。在法益主体的区分上,存在国家法益与非国家法益的区别,侵害国家公权力的行为可以撤回吗?显然,以国家公权力为侵害目标的犯罪行为不具有“撤回”属性,在现代民主社会难以想象贪污罪、受贿罪纳入“个人解除刑罚事由”的社会反应和公共管理效果。^{〔43〕}值得注意的是,即便以逻辑和理性著称的德国刑法,对于伪证罪纳入“个人解除刑罚事由”的肯定立场隐约透视着对此问题的漠视。由此可见,“个人解除刑罚事由”的学术概念与理论体系在所谓犯罪“撤回”的基础与依据上,对于法益性质、法益主体的类型化区分并未作具体考量,粗放的“一概而论”式判断基准可能并不科学。

三、“法益可恢复性犯罪”的概念抽象与比较

在犯罪既遂危害后果自主控制与“法益恢复”的刑法评价问题上,我国目前的刑法理论主

〔41〕 参见元轶,见前注〔17〕,第205页。

〔42〕 有观点认为,危险犯并非是与结果犯并列的既遂类型,危险犯本身就属于结果犯的一种隶属类型。笔者对此观点表示认同。但同样需要注意的是,危险犯作为隶属结果犯的特殊类型,其既遂标识的拟制性危害结果与普通结果犯的实际危害结果存在本质区别,故而本文在行文中仍然将危险犯与结果犯作二元表述。相关论述参见王志祥,见前注〔28〕,第123页。

〔43〕 需要注意的是,这里的“个人解除刑罚事由”与贪污罪、受贿罪查办过程中行为人退赃、退赔作为量刑情节的现象存在本质区别。

要集中于危险犯、行为犯的范畴,且主要以借鉴中止犯减免处罚的根据为主要论述思路,理论性和体系性相对不足;德、意等国家以及我国澳门、台湾地区在刑法文本和刑法理论中虽然都有涉及,且提出了“个人解除刑罚事由”的概念,但却并未系统化地阐释和研究,以“个人解除刑罚事由”为核心的学术归纳在本质上仍然停留于孤立的概念本身,尚未形成比较完善的刑法知识体系。笔者不揣浅薄,对于“法益恢复”的重大司法现实问题,拟从犯罪分类的思维视域进行重新思考。

(一)类型化与犯罪分类的思维工具

按照中国大百科全书的解释,概念是对事物本质属性的反映,是在感觉和知觉基础上产生的对事物的概括性认识。在哲学上,概念是指反映事物本质属性的思维形式。^[44]然而,概念却不是凭空产生的,既然概念是对事物属性的思维反映形式,那么必然要以客观事物作为原本。在纷纭复杂的世界形态中,事物的范畴显然是繁杂宏大的,因此发轫于事物属性基础之上的“概念”抽象需要借助特定的思维工具,这个工具就是类型化思维。人们在认识客观世界的过程中,总是能够发现事物之间的共同特征,于是这些共性就被抽象为类型,其中不但有生活经验的观察,还有直觉、想象和情感……类型总是以一定的名称表达出来,人们便将代表这个类型的词语认作概念,通过定义其内涵、明确其外延的路径更好地区分事物。^[45]

类型化思维在犯罪研究的视域,主要体现在犯罪分类的具体应用中。“类型是建立在一般及特别间的中间高度,它是一种相对具体,是一种在事物中的普遍性”,^[46]采用类型化思维工具将形形色色的犯罪现象根据研究需要予以界分,是现代刑事法学和犯罪学发达的重要前提。专注于实证犯罪学研究的白建军教授认为,理论界之所以对犯罪进行分类不一的分类,主要是因为犯罪的具体分类是观察罪名体系结构性的主要方法。^[47]在刑事法领域,犯罪分类的思维工具能为研究者立足某种研究需要对犯罪现象、犯罪原因以及犯罪对策进行更为系统和针对性的研究。杜宇教授也认为,一个刑法规范的确立,在某种意义上就是一个类型的构建。立法者的任务便是去发现此种“生活的原型”,并在规范观点下对其予以加工,以形成“规范类型”。^[48]规范意义上的犯罪分类,是指依据犯罪行为本身所具有的内在属性,将内容庞杂的具体个罪划分为有规律可循、有标准可依的相互对应、有区别更有联系的类别。犯罪学领域的犯罪分类,其主要功效就是将客观世界普遍存在的“犯罪乱象”依据相应的类型化标准整理成人们能够清晰认识和研究的体系化“对象”。以故意杀人罪为例,我国刑法并无具体区分杀人行为类型,相关罪

[44] 参见《马克思主义哲学大辞典》,上海辞书出版社2003年版,第581—582页。

[45] 参见李依林:“论刑事司法实践中的类型化思维”,《江西社会科学》2014年第2期,第171页。

[46] 参见(德)阿图尔·考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2004年版,第190页。

[47] 参见白建军:“刑法分则与刑法解释的基本理论”,《中国法学》2005年第4期,第123—124页。

[48] 杜宇:“刑法解释的另一种路径:以‘合类型’为中心”,《中国法学》2010年第5期,第180页。

轻、罪重的案件事实仅在量刑情节中予以体现。而在德、日等国家,故意杀人罪大多被分解为普通杀人罪、杀人预备罪、谋杀罪、杀害尊亲属罪、杀婴罪、义愤杀人罪、教唆或帮助自杀罪以及承托杀人罪等类型;在英、美等国家中,故意杀人罪主要被区分为谋杀罪和非预谋杀罪两种类型。可以预见的是,在犯罪分类基础上的罪名细化与区分,对于犯罪行为的社会评价和量刑指导,显然更具精确性。

(二)“法益可恢复性犯罪”概念的学术抽象

通常认为,犯罪既遂形态的认定是基于构成要件要素齐备的规范评价。这种规范评价的立法思维,虽然体现了现代刑法理论权衡、折中的最大公约数,但犯罪既遂的概念及其评价体系仍然带有形式主义机械和呆板的痕迹。其中,比较明显的是,犯罪既遂的刑法认定客观上往往与刑法所保护具体法益的实质侵犯之间缺乏一一对应的同步关系。比如,上文中提到的危险犯既遂而客观危害结果消除、盗窃犯罪既遂而法益恢复的情形,均属此类。笔者认为,就类型化而言,实施完毕且处于既遂停止形态的犯罪行为,可以考虑以客观上的法益是否受到不可逆的实质侵害为标准而作更为细致的区分:在危险犯、行为犯、举动犯的构成要件要素认定中,实行行为的完成以及由此所产生的法律拟制意义上的危险,尚且停留于刑法立法的“危险想象”中,与真实、客观的法益侵害结果发生之间存在特定的时空距离;在部分结果犯的认定中,犯罪行为虽然停止于既遂形态,但仍存在刑法所保护法益的恢复空间。如盗窃罪中行为人客观上占有了他人财物,但是被害人却未发现,行为人基于可能存在的恐惧、悔罪等心理支配,在被害人知晓财产损失前悄无声息地“完璧归赵”。换言之,尽管危险犯、行为犯“危险想象”的立法思维与模式在所谓风险社会的社会背景下存在盖然性上的合理预期,但不能否认合理预期之外行为人主导的危险避免或危险消除的法益恢复行为;尽管行为人的盗窃行为已经满足盗窃罪失控说、控制说抑或失控加控制说的既遂标准,但却不能忽视失控说、控制说抑或失控加控制说无法实现的法益恢复效果。

归纳而言,在构成要件要素齐备基础上的犯罪既遂与客观上法益侵害的时空距离中,行为人是否实施了自主有效控制实害结果发生或“法益恢复”的良善行为,在犯罪后果论上必然存在巨大差异。然而遗憾的是,在我国现行的刑法立法中(总则),对于这种客观存在的“犯罪既遂停止形态后的法益恢复”现象并无相关涉及,对于刑事司法实践中的定罪量刑也缺乏必要指导。司法解释中所规定的涉税犯罪、恶意透支型信用卡诈骗犯罪、拒不支付劳动报酬罪等,虽然对于行为人主导的危害后果的有效控制作了有益探索,但毕竟停留在个案适用层面,缺乏统一的适用标准和模式。

在充分注意到我国司法解释中显露的个别化、零星性出罪化、轻刑化现象,并经由上文的类型化思维工具分析,笔者不揣浅薄,在分析评价我国学界“特殊中止说”理论以及德、意国家“个人解除刑罚事由”的基础上,在我国刑法理论界首次提出“犯罪可以分为‘法益可恢复性犯罪’和‘法益不可恢复性犯罪’”的学术命题,并且应当以“法益可恢复性犯罪”概念作为“法益恢复”现象出

罪化的有力理论工具。^{〔49〕}笔者认为,按照犯罪分类的类型化思维工具,以犯罪既遂形态形成后是否可以消除法益侵害的实质危险性抑或是否能够恢复被犯罪行为已然侵害的刑法法益为标准,可以将犯罪划分为两种类型,即“法益可恢复性犯罪”和“法益不可恢复性犯罪”。

所谓法益可恢复性犯罪是指,按照犯罪构成要件的规范评价已经停止于既遂形态的犯罪行为,行为人通过自主有效的行为控制得以消除法益危害的实际危险或者自主恢复被其先前犯罪行为侵害之法益的犯罪;相应的,所谓法益不可恢复性犯罪是指,按照犯罪构成要件的规范评价已经停止于既遂形态的犯罪行为,结果的实质危害与既遂形态的停止同步存在,且被侵害的法益类型不具有可逆性特质,行为人在事实上失去了消除法益危害可能或者恢复法益机会的犯罪。

事实上,在历史维度考察,“法益可恢复性犯罪”概念统摄下的危险控制和法益恢复行为及其出罪化、轻刑化裁量,在我国古代法典中就存在比较科学的规定。例如,《唐律疏议·名例》(总39条)规定:诸盗、诈取人财物而于财主首露者,与经官司自首同。该条款中,所谓“首露”是指,罪人以盗、诈手段取人财物,在罪发前不经官司自首,私下主动向财主坦白认罪,将原物还主。^{〔50〕}

不仅如此,《唐律疏议》还用问答的形式对于“首露”者的特别保护作了进一步阐述:

问曰:假有甲盗乙绢五疋,经乙自首,乙乃取甲十疋之物,为正、倍等赃,合当何罪?答曰:依律,首者唯征正赃。甲既经乙自首,因乃剩取其物,既非监主,而乃因事受财,合科坐赃之罪。

按照唐律规定,既然首露同自首,“首者唯征正赃”,则首露者也唯征正赃。如果财主违律向首露者征倍赃,应科罪。^{〔51〕}由此可见,对于行为人主导的犯罪既遂后的危险控制和法益恢复情形,唐律赋予了首露者极大的赎罪空间,不仅在责任承担上法定化地等同自首犯,而且还例外性地以刑罚威慑的方式阻止被害人向首露者主张惩罚性赔偿(即唯征正赃)。

元代时,唐律中的“首露”制度被有效承继,称之为“首服”,对于首服按照向官府自首对待。元代时期曾有不构成首服的案例记载:

延佑六年(1319年),部议:贼人赵三等偷盗于胜保船只撑驾,事主认见,事不获己,才

〔49〕 对于所谓概念提倡和理论创新而言,需要慎重的基本态度。杨兴培教授曾提示指出,当先前的人类对犯罪的认识和解释并不违反某一事物固有的、不变的、普适的本质时,后人就不应当视换汤不换药的各种新名词为创新表现,徒增理论的泡沫数量和负担重量。笔者在认真考察分析我国学界“特殊中止说”主张以及德、意国家和我国台湾、澳门地区刑法理论中“个人解除刑罚事由”的范畴和内涵后,认为“法益可恢复性犯罪”的概念提倡可以避免上述两种理论思维的弊端,尤其是对德、意国家刑法理论中“个人解除刑罚事由”而言,“法益可恢复性犯罪”的学术概念可以作为所谓“个人解除刑罚事由”的基础理论根据,与“个人解除刑罚事由”本身存在本质区别,与杨兴培教授的提示并不矛盾。杨兴培教授的观点,具体可参见杨兴培:“中国刑法领域‘法益理论’的深度思考及商榷”,《法学》2014年第9期,第6页。

〔50〕 参见田振洪:《中国传统法律的损害赔偿制度研究》,法律出版社2014年版,第124页。

〔51〕 唐律坐赃罪的处罚标准是:诸坐赃致罪者,一尺笞二十,一疋加一等;十疋徒一年,十疋加一等,罪止徒三年。参见《唐律疏议》(卷26)之《杂律·坐赃论罪》篇。

方告求,即与无赃盘诘首服事例不同,依例刺断。(十五上~下)。^[52]

明清时,继续沿用元代的“首服”术语,内容与唐律基本相当。如《大明律》规定:

若强窃盗,诈欺取人财物,而于事主处首服,及受人枉法、不枉法赃,悔过回付还主者,与经官司自首同,皆得免罪。若知人欲告,而于财主处首还者,亦得减罪二等。其强窃盗,若能捕获同伴解官者,亦得免罪,又依常人一体给赏。^[53]

(三)“法益可恢复性犯罪”的判断依据

“法益可恢复性犯罪”的概念归纳,主要目的是为犯罪既遂后经由行为人的危害后果自主控制与“法益恢复”的刑法评价提供一个科学视角,对于理论界关于“既遂后有无中止成立可能”这一争论不休的问题提供另外一种解释的思路。“法益可恢复性犯罪”概念提倡主要是解决犯罪既遂后的轻刑化以及出罪化问题。需要明确的是,在出罪问题上,立场应该是严肃的。在刑法中,并不是任何法益都是能够恢复的,毕竟刑事司法不是“过家家”的儿戏。笔者认为,在科学评价“法益可恢复性犯罪”的概念范畴时,应当立足“法益”本身的性质,即坚持“法益可逆性”的事实评价。换言之,“法益可恢复性犯罪”的判断核心就在于法益性质的可逆性。

所谓可逆法益,是指行为人通过自主有效的控制行为能够得以消除法益危害可能或者能够恢复已然被客观侵害的利益。在性质分析上,法益属性是否可逆的判断是一种偏向于观念的事实评价。在范畴上,可逆法益基本存在于财产犯罪、经济犯罪等与国家公权力性法益以及人身性法益等无关的领域。例如,行为人贪污国家公款退还的行为,是否可以视为“恢复”了法益?显然,国家公权力不能被交易和亵渎,当然不能被“恢复”;在被害人死亡的故意杀人罪中,生命法益在事实上显然也不可能被恢复。值得讨论的是,性自主决定权的强奸罪法益是否可以恢复?在笔者与多位师友交流讨论时,有人认为强奸罪中被害人的性自主决定权是“可再生资源”,故而存在恢复的可能。笔者认为,这种观点可能混淆了性自主决定权与性自主决定权生物载体的概念。在强奸罪中,侵害的法益是被害人的性自主决定权而不是其生物载体,如果行为人在强奸过程中同时造成被害人生殖器官或者其他身体损伤的严重后果,则意味着在强奸罪法益保护之外身体健康权法益的额外危害,属于想象竞合犯的评价范畴,应当按照从一重处罚的标准定罪量刑,而非单独评价强奸行为。

笔者主张,在“法益可逆性”的判断视域,可以从以下三个方面考量。

第一,法益属性的非国家权力性。一般认为,刑法所保护的法益分为国家法益、社会法益和个人法益。国家法益关系国家政权稳定和公共管理秩序,自然属于最高位阶的法益类型。国家法益虽然充满抽象性和模糊性,但却是个人权利让渡的集中和凝结,本质上是还原为多数不特定的个人法益。贝卡里亚关于国家本质与个人权利和自由的关系有过经典的阐述:人们牺牲一部分自由是为了平安无忧地享受剩下的那份自由,为

[52] 黄时鉴辑点:《元代法律资料辑存》,浙江古籍出版社1988年版,第199页。

[53] 怀效锋点校:《大明律》,法律出版社1999年版,第14页。

了切身利益牺牲的这一份份自由总合起来,就形成了一个国家的君权。君主就是这一份份自由的合法保存者和管理者。^{〔54〕}由此可以认为,国家权威不容亵渎,国家权力不容交易,否则不特定多数人的权利就会遭受潜在的威胁。一般而言,国家机关及其工作人员代表国家行使权力,故而被害主体为国家机关时,“法益恢复”则无可能。这是因为,在本质上“法益可恢复性犯罪”出罪化、轻刑化处理,是一种行为人自主自导的私力救赎,私力救赎的本质应当排除国家与个人之间的交易,否则就会侵犯社会其他个人的正当权益,这在国家本质上是所不容许的。换言之,在“法益可恢复性犯罪”的出罪化刑法评价中,通过对行为人犯罪与改过这一正反效果的抵消所达到的出罪化、轻刑化效果,在本质上是与国家刑权力的交换。在这种权力交换与救赎的过程中,交易主体的地位显然应当是平等的,或者至少应当满足交易不会对国家权威与秩序公共法益等造成损害、不会对其他公民的合法权益造成潜在的不利影响。具体而言,包括国家权力(立法)机关、行政机关、司法机关(审判机关、检察机关)、军事机关在内的国家机关在作为法益主体的场合,由于带有国家权力性的色彩而不能作为法益恢复的“交易”相对方。

按照上述限定,笔者认为德国关于伪证罪、意大利关于聚众暴乱罪的规定以及我国关于挪用公款罪的规定在国家法益的考量上可能有所忽视。以《德国刑法典》第163条第2款规定的伪证罪和《意大利刑法》第655条规定的聚众暴乱罪为例,其被纳入“个人解除刑罚事由”的肯定立场,显然没有凸显国家法益的独特地位,对于司法权威维护和公共管理秩序这一带有国家权力性质的法益维护而言并无益处。

再以我国《刑法》第384条第1款规定的挪用公款罪为例分析。该款后段关于挪用公款罪数额巨大情形的量刑标准,即“挪用公款数额巨大不退还的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑”的规定,按照刑法反对解释的思维,如果挪用公款数额巨大但归还的,就能得出不能处十年以上有期徒刑或者无期徒刑的结论。^{〔55〕}那么,这种情况与该款前段三种情形(挪用公款数额巨大、超过三个月未还;挪用公款数额较大进行营利活动;挪用公款进行非法活动)以及该款中段“情节严重的”量刑幅度规定之间的关系就会异常复杂,数额、情节、归还与否的事实之间相互交织,最终的分析结论可能令人困惑。比如,行为人挪用公款100亿元进行合法活动,但一个月内就退还,如何认定该案?显然,第一,该案属于数额巨大,不能适用数额较大的量刑情形;第二,并非进行非法活动,也不能适用无数额要求的量刑情形;第三,在该款前段三种情形均不能适用的前提下,按照举轻以明重的推理逻辑,该款中段的“情节严重”似乎也不能适用,毕竟“情节严重”的规定是建立在前面三种情形基础上的从重处罚。那么,只有寄托于后段“挪

〔54〕 (意)切萨雷·贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,北京大学出版社2008年版,第7页。

〔55〕 不仅不能在“十年以上有期徒刑或者无期徒刑”量刑幅度内选择,按照罪刑法定的原则也不能在本罪三种常规情形“五年以下有期徒刑”和加重情形“情节严重的,处五年以上有期徒刑”的量刑幅度内选择,从而只能得出无罪的不合理结论。

用公款数额巨大”的规定,但是偏偏刑法规定了处罚的前提是“不退还”,从而使得上述举例行为难以受到刑事责任追究。在后果论上,即便行为人挪用 100 亿元用于合法活动,也充满了巨大的风险,对国家公款的管理和使用而言存在重大威胁,这与该款前段“挪用公款数额巨大、超过三个月未还”之间是否存在罪质的区别,难以言清,这显然是不合理的。笔者分析,造成这种局面的原因在于该款后段“挪用公款数额巨大不退还的”的立法倾向制造了体系上的混乱,在根本上是立法者忽视了国家法益不可交易的底限。因此,笔者主张在“法益可恢复性犯罪”的法益归属主体层面,关涉国家权力的情形并不适格。

对此观点,在讨论中有师友提出,财产法益具有“法益恢复”的必要性,如果将国家层面的财产法益剔除在恢复的范围之外,恐怕在理论体系上不周延。比如,小偷盗窃财政局的财产,但事后主动退还的情形,是否就不属于“法益恢复”的范畴?对此疑问,笔者的回答当然是否定的。笔者认为,无论是什么性质的财产法益,理论上都可以恢复,只不过由于行为人身份属性和行为方式的差异而有所区别。换言之,财产罪法益恢复的核心不在于财产归属及其性质,而在于行为人的身份和行为方式。小偷盗窃财政局的财产,事后归还的行为,当然可以纳入法益恢复的处理体系,但是财政局的国家工作人员利用职务上的便利挪用、窃取公款的情形,由于附加了国家公权力侵害的法益类型,则不再是单纯的财产犯罪,则演变为职务犯罪,由此则不具有法益恢复的可能性,这种区别还是有必要的。

在历史考察的视角,唐律与明清律关于“受财枉法、不枉法悔罪过还主”之处罚的不同规定,我们也可以从中得到相关启发。唐律对于“受财枉法、不枉法悔罪过还主”仅作“减本罪三等处罚”的从宽处理,明确区分了国家法益与个人法益“恢复”的能与其程度,但明清律却对“受财枉法、不枉法悔罪过还主”的情形作“将其与盗罪免除处罚”的一刀切规定,显然过于武断。对此,清人薛允升评论认为:

盗诈所得之赃,例应给主,故于财主首露,即可与经官自首同。枉法不枉法等赃,不应给主,出钱人亦有应得罪名,虽系悔过还主,仍得减等科罪。唐律凡分两层,并有财主应坐者一层,本极分明。明律并作一层,均准免罪,并无“财主应坐”之语,是受赃者准免,出钱人亦可免矣。似嫌未尽允协。^[56]

比较而言,虽都是悔过还主,但具有实质区别。这是因为,给付行为同样违法,在受财枉法或不枉法的行为中,给付行为其与接受行为是对合犯罪,接受方作为国家公职人员本身带有国家公权力交易的性质,这与强盗、盗窃单方犯罪对方受损当然不同,故唐律对于盗窃、强盗“首露”与“受财枉法、不枉法悔罪过还主”的从宽处罚作层次性区分显然更具合理性,明确突出了国家法益与国家权力保护的特殊性和绝对性。

第二,法益范畴的非人格性。上文表明,“法益可恢复性犯罪”的法益属性应当限于非权力性的社会法益和个人法益。而在个人法益角度,可以分为人格法益和财产法益。人格法益由

[56] (清)薛允升:《唐明律合编》,李鸣、怀效峰点校,法律出版社 2000 年版,第 67 页。

于附加了特定的人格属性,同样也是难以作为交易的对象。比如,故意伤害行为所造成的肢体损伤虽然可以通过医疗途径实现功能恢复,但却并非行为人的自主控制行为完成,必须借助于外在介入因素的帮助,故而不属于法益恢复行为;侮辱诽谤罪虽然可以通过赔礼道歉的方式达到法律拟制意义上的名誉恢复,但这种赔礼道歉对于已然扩散于社会的名誉侵害显然是一种善后性的处理,与法益恢复本身并无关联。

第三,法益侵害方式的非暴力性。在犯罪发生的行为方式上,存在暴力性与非暴力性的类型化区别,前者如故意杀人、抢劫、强奸等,往往是以暴力方式完成的,后者如盗窃、侵占等,基本不可能存在暴力行为。“法益可恢复性犯罪”所指的“恢复”,法益必须具有可逆性的特点,否则难以称之为“恢复”。在一般的认识上,可以概括的推定为:以暴力方式进行的犯罪本身及其所制造的法益危害基本不具有可逆性的可能。否定“暴力”犯罪法益可逆性的思维,类似于“为威慑小偷向自家菜地南瓜投毒”行为意味着对潜在被害人的“加害”,也意味着行为人对他人死亡结果主观上持“间接故意”的主观意志,进而可以否定过于自信的过失,具有类型化判断的指导意义。

(四)“法益可恢复性犯罪”出罪化评价与其他近似概念的区别与比较

第一,与但书出罪功能的区别。关于我国《刑法》第13条但书的功能,学界存在不同观点。“出罪标准说”主张先形式地判断行为符合犯罪构成要件,再实质地判断符合构成要件的行为不具有应受刑罚处罚的社会危害性,进而直接根据但书宣告行为无罪。该观点以《刑法》第253条第1款规定的私自开拆、隐匿、毁弃邮件、电报罪为例指出,如果行为人出于集邮爱好将邮票剪下然后隐匿该邮件,该邮件并无特别重要性,亦没有造成其他危害,显然上述行为已经完全符合该罪的犯罪构成要件,按照我国的犯罪构成理论已经成立犯罪。然而实践中这种行为绝不可能被定罪,甚至连治安处罚的标准都不够,至多给予纪律处分。这就是但书所规定的“情节显著轻微危害不大”所带来的出罪功能。^[57]与“出罪标准说”相对应的是“入罪限制条件说”,该说将但书的机能定位于对入罪的限制,主张在判断行为是否符合构成要件时,应同时以但书的限制性规定为指导。因而,符合但书规定的行为原本就不符合犯罪的构成条件,只能以行为不符合构成要件或者不具备犯罪成立条件为理由宣告无罪,而不能直接根据但书宣告无罪。^[58]不管是“出罪标准说”还是“入罪限制条件说”的但书功能,均与笔者所倡导的“法益可恢复性犯罪”出罪化评价存在差别。首先,对于“出罪标准说”而言,但书出罪的前提是行为已经构成犯罪,出罪的缘由是犯

[57] 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,第92页。

[58] 张明楷:《刑法学》(第5版),法律出版社2016年版,第91页。另外,值得关注的是,在我国社会危害性理论和但书规定的源头国家——前苏联,近年来对于但书功能的理念也开始发生变化。如俄罗斯学者在近年主编的刑法著作中认为,情节显著轻微的行为本身没有达到构成犯罪本质的社会危害性程度,但这种行为可以引起除刑事责任以外的法律责任(行政责任)或道德责任。参见(俄)Л. Б. 依诺加莫娃—海格主编:《俄罗斯联邦刑法(总论)》(第2版),黄芳等译,中国人民大学出版社,第30页。转引自陈兴良:“但书规定的法理考察”,《法学家》2014年第4期,第52页。

罪行为本身“情节显著轻微”，而“法益可恢复性犯罪”的出罪缘由并非行为本身，而是行为人在犯罪既遂后对于危害后果的自主有效控制和法益恢复；其次，对于“入罪限制条件说”而言，但书规定将行为隔离在犯罪圈之外，行为根本不构成犯罪，更谈不上犯罪既遂；而“法益可恢复性犯罪”的出罪评价则是建立在行为停止于犯罪既遂形态的基础之上。

第二，与客观处罚条件的区别。客观处罚条件由德国刑法学家 Binding 在阐述“有条件的犯罪”概念时提出，他认为违法的行为，处罚性依赖于未来不确定的、犯罪行为之外存在的结果。^{〔59〕}换言之，并非符合构成要件、违法且有责的行为一定会被处罚，三阶层的犯罪构成要素仅仅是犯罪成立的宣示而已。比如《日本刑法》第 197 条第 2 款规定，即将成为公务员的人，就其将要担任的职务收受、要求或者约定贿赂的职务接受请托，收受、索要或者约定贿赂，在就任公务员的场合，处 5 年以下惩役。^{〔60〕}根据日本刑法通说，行为人在其将要担任相关职务之前收受、要求或者事先约定贿赂的行为即成立犯罪，但是仅具备此条件还不能对其进行惩罚，刑罚权启动的契机是行为人后来确实充当了公务员。后来充当公务员的事实就是一种客观的处罚条件。^{〔61〕}关于客观处罚条件的性质，德、日刑法学的通常见解认为，其属于刑事政策的范畴，独立于作为犯罪成立要件的构成要件符合性、违法性和有责性，不是故意和过失的认识对象。对照“法益可恢复性犯罪”出罪化评价与客观处罚条件，可以发现其主要区别是：首先，对待刑罚权的立场不同。前者是阻止刑罚权发动的事由，只要危险消除或者法益侵害得以恢复，那么就可以解释为出罪化、轻刑化的有效事由，而后者则是发动刑罚权的事由，只要处罚条件在客观上具备，三阶层基础上的犯罪成立宣示就可以演变为现实的刑罚。其次，决定权主体不同。前者的实现完全取决于行为人在犯罪既遂对危害结果的自主有效控制，而后者完全取决于外界客观因素。

第三，与恢复性司法的区别。在“非犯罪化”和“非刑罚化”刑法思潮的影响下，自 20 世纪 70 年代以来，西方国家普遍掀起了以“犯罪人——被害人和解模式”“群体会议模式”“量刑圈模式”和“邻里司法中心模式”为典型代表的“恢复性司法”运动热潮。^{〔62〕}就范畴而言，恢复性司法主要是指采用恢复性程序并寻求实现恢复性结果的所有方法。“恢复性司法”作为一种刑事案件处理的宏大视角，代表了刑事法治的某种全新图景。^{〔63〕}按照恢复性司法的基本内涵和范畴界定可以发现，“法益可恢复性犯罪”出罪化评价与恢复性司法理念在事实上应该归纳为种属关系，前者应当是后者宏大叙事体系中的重要组成部分。两者之间的区别是：其一，恢复性司法的主导者并非犯罪的行为人，更多的是由独立于犯罪人与被害人之外的独立第三方

〔59〕 转引自王钰：“对客观处罚条件性质的历史性考察”，《清华法学》2012 年第 1 期，第 81 页。

〔60〕 (日)大冢仁：《刑法概说总论》，冯军译，中国人民大学出版社 2003 年版，第 439 页。

〔61〕 参见张明楷：《外国刑法纲要》，清华大学出版社 2007 年版，第 367 页。

〔62〕 参见杜宇：“司法观的‘交战’：传统刑事司法 VS 恢复性司法”，《中外法学》2009 年第 2 期，第 215 页。

〔63〕 参见杜宇：“犯罪人——被害人和解的制度设计与司法践行”，《法律科学》2006 年第 5 期，第 91 页。

启动该程序,比如社区或者司法机关,而“法益可恢复性犯罪”出罪化评价的决定权完全在于行为人本人;其二,由于法益在主体、范畴和性质等界域存在类型化区分可能,故“法益可恢复性犯罪”出罪化、轻刑化刑法评价的范围必须在法益属性非权力性、法益范畴非人格性等层面作严格限制,而恢复性司法的刑事评价体系则相对宽泛。

第四,与认罪认罚从宽制度的区别。学界一般认为,“认罪认罚从宽制度”是指在刑事诉讼中,从实体和程序上鼓励、引导、保障确实有罪的犯罪嫌疑人、被告人自愿认罪认罚,并予以从宽处理、处罚的由一系列具体法律制度、诉讼程序组成的法律制度。^{〔64〕}认罪认罚从宽制度在我国刑法中已经规模性地存在,自首、坦白、悔罪表现等从宽处罚的情节均可以作为该制度的具体应用。在具体条文中,《刑法》第383条第3款所规定的“犯第一款罪,在提起公诉前如实供述自己罪行、真诚悔罪、积极退赃,避免、减少损害结果的发生,有第一项规定情形的,可以从轻、减轻或者免除处罚;有第二项、第三项规定情形的,可以从轻处罚”,也可以作为该制度的具体化。由上可知,与“法益可恢复性犯罪”的出罪化逻辑相比,“认罪认罚从宽制度”虽然也具备轻刑化甚至免刑化特质,但二者之间的区别仍然比较明显,主要体现在从宽处罚的根据层面,“法益可恢复性犯罪”的行为人因其犯罪既遂后的良善行为而避免了法益损害的发生或者恢复了已经被侵害的法益,而“认罪认罚从宽制度”从宽处理的理由与自首、坦白类似,国家机关启动的侦查、起诉和审判的资源投入都大大减少,节约了成本,提高了效益,符合刑罚的经济性原则。换言之,在从宽处罚的主导性上,“法益可恢复性犯罪”出罪化、轻刑化的主导权在于行为人本人,而“认罪认罚从宽制度”则是国家机关发起的与犯罪嫌疑人、被告人之间的利益交换。

第五,与刑罚消除事由的区别。“刑罚消除事由”是意大利刑法惯常使用的概念,主要是指那些在有罪判决生效后发生的能够消除有罪判决所确定的某些法律后果的原因。^{〔65〕}在我国刑罚理论中,一般使用“刑罚消灭”或者“法律后果消灭”概念,主要是指由于法定的或者事实上的事由,使基于具体犯罪而产生的刑罚请求权或者法律后果适用权消灭。^{〔66〕}例如,在刑罚宣告后又被赦免的,即属于“刑罚消除事由”。“法益可恢复性犯罪”出罪化评价与“刑罚消除事由”之间的主要区别是,“法益可恢复性犯罪”阻却的是刑罚的启动可能,即行为人在犯罪既遂后可以通过危险消除或者法益恢复的方式阻止刑法对其进行惩罚,或者对其从轻处罚;而“刑罚消除事由”阻却的是刑事责任确定后的实际执行。

四、“法益可恢复性犯罪”概念及其出罪逻辑的理论基础

对于犯罪既遂危害后果自主控制与“法益恢复”这一重大理论与实践双关型问题,德、意等

〔64〕 顾永忠:“关于完善‘认罪认罚从宽制度’的几个理论问题”,《当代法学》2016年第6期,第133页。

〔65〕 魏汉涛,见前注〔38〕,第83页。

〔66〕 张明楷,见前注〔58〕,第647页。

法治发达国家的刑法理论虽然归纳了“个人解除刑罚事由”的出罪化体系,但经由上文分析其仅仅是结论性、描述性的概念表达,尚未论及到该类行为出罪化、轻刑化的基础性根据,故而无法构建科学的出罪标准和体系。笔者认为,“法益可恢复性犯罪”的概念归纳及其论据支撑则可以对此基础性问题进行科学完整的阐述。

(一) 惩罚根据的阙如

在惩罚根据及其正当性的视域,主要存在报应主义与功利主义的争论。在报应主义那里,法律惩罚被认为是社会有机体对违反规范之伤害行为的本能反应,正如注射的肌体收缩本能一样;在功利主义那里,以法律惩罚为主要载体的惩罚手段则更多地体现为人类理性建构,惩罚不再是纯粹的社会防卫本能。笔者认为,不管是报应主义惩罚根据还是功利主义惩罚根据,“法益可恢复性犯罪”得以出罪化、轻刑化评价,在上述两种惩罚根据的视域,都可以进行合理解释。

其一,报应主义惩罚动力的基本丧失。近代以来,在法哲学领域一般认为报应主义惩罚根据及其思想发轫于康德。康德对于报应主义的惩罚思想有过经典的表达:假设有一个公民社会,经过它所有成员的同意,决定解散这个社会,并假定这些人住在一个海岛上,决定彼此分散居到世界各地,可是,如果监狱里还有最后一个谋杀犯,也应该处死他以后,才执行他们解散的决定,应该这样做的原因是让他们每一个人都可以认识到自己的言行有应得的报应,也认识到不应该把有血债的人留给人民。如果不这样做,他们将被认为是参与了这次谋杀,是对正义的公开违犯。^{〔67〕}由此,康德坚定的认为,犯罪必须得到惩罚,社会负有惩罚罪犯的完全义务。在康德看来,惩罚的实质在于,它是社会将恶施加于罪犯或者其他违法者的权利,也是一种绝对命令。^{〔68〕}与康德思想类似的是,维多利亚时代著名法官和刑法学家 J.F. 斯蒂芬爵士对于惩罚与报应主义关系的阐释更令人印象深刻,他认为(报应主义思想主导下的——引者注)复仇欲之于刑罚正如性欲之于婚姻。^{〔69〕}

需要思考的是,在报应主义意识中,为何主张犯罪与惩罚之间的绝对性关系?这是合理解释报应主义思想的窗口。我国学者认为,报应主义惩罚诉求产生的社会心理基础是人们基于对犯罪行为及其危害结果的愤恨,“基于愤恨的报应通过施加惩罚而恢复道德平衡的一种欲望”,可以合理解释报应绝对的思想。^{〔70〕}

如果上述“犯罪及其后果制造了愤恨”的命题合理解释了报应主义思想之社会心理渊源的话,那么在“法益可恢复性犯罪”的出罪化评价中,报应主义的惩罚绝对性诉求和动力则基本丧失。这是因为,作为激发惩罚绝对性的愤恨心理,在“法益可恢复性犯罪”的概念体系中已然没

〔67〕 (德)康德:《法的形而上学原理》,沈叔平译,商务印书馆 1991 年版,第 167 页。

〔68〕 王立峰:《惩罚的哲理》,清华大学出版社 2006 年版,第 80 页。

〔69〕 *Galvan v. Press*, 347 U.S. 522, 531 (1954), p. 11. 转引自(美)哈伯特 L. 帕克:《刑事制裁的界限》,梁根林等译,法律出版社 2008 年版,第 37 页。

〔70〕 王立峰,见前注〔68〕,第 172 页。

有存在空间。贝卡里亚对此问题曾有相关表述,“当某种犯罪在人们看来不可能对自己造成损害时,它的影响就不足以激发起对作案者的公共义愤”。〔71〕社会生活中,我们经常看到这样的寻物启事:本人丢失某某物品(比如笔记本电脑),里面有重要资料,只要“捡拾者”退还,法律责任一概不予追究,甚至还承诺“必有重谢”。笔者认为,这里的“责任一概不予追究”甚或“必有重谢”的承诺,并非是欺骗“捡拾者”归还的诱饵,而是被害人真实的内心确认。我们可以感同身受的是,财物尤其是对自己具有重大意义的物品,失而复得的庆幸感和幸福感可能才是真正的被害人心理,惩罚诉求与支撑报应主义的愤恨情感在具体个人的思想认识中,事实上已不可能持续。这种法益恢复前后“愤恨→庆幸或感激”的心理变化,在某种意义上可以用心理学上“斯德哥尔摩症候群”(Stockholm syndrome)进行现象描述和渊源解释。〔72〕心理学上所谓斯德哥尔摩症候群是指,人质对绑匪产生情感与依赖,甚至反过来帮助犯罪者的一种情结。具体而言,在这种社会心理中,人质会对劫持者产生一种心理上的依赖感。这是因为,当自己的生命被别人操纵时,在极度恐惧且几乎丧失自主意识的情形下,求生的本能在劫持者让他们活下来的特定时空中,他们便不胜感激。在普通人看来,斯德哥尔摩症候群的产生基础仍然是非法的,但是处于人质地位的被害人,其感激的心理和情感倾向却是真实存在的。当然,在“法益可恢复性犯罪”出罪化评价的解释视野中,与斯德哥尔摩症候群所具体描述的场景存在天壤之别,但却也可以清晰说明愤恨社会心理的消失之于报应主义惩罚动力的破产。

其二,功利主义惩罚目的的同步实现。在惩罚根据上,与报应主义相对应的则是功利主义思想。边沁是功利主义惩罚观的极力推崇者,他认为:所有的惩罚都是损害,其本身就是一种恶。如果允许惩罚,只能是因为惩罚可以排除某种更大的恶。〔73〕此言谓之,如果一个惩罚行为是正当的,是因为这个行为可以使预期的净利益最大化。功利主义原则主张要着眼于社会总体利益的保护,使惩罚给社会所带来善的总和将大于惩罚给社会带来的恶。〔74〕对于功利主义的惩罚思想,我们可以稍加整理和体会:犯罪本身是一种恶,而刑罚的国家暴力性质决定了其也是一种恶,以恶惩恶的手段如果不超过必要限度,正如正当防卫一样,可以结出“善果”,即行为人被惩罚从而改过从新,社会公众通过罪刑关系认定得到教育,从而实现特殊预防与一般预防的双重刑罚目的。用公式可以表达为:

$$\text{行为恶(负)} \times \text{惩罚恶(负)} = \text{结果善(正)}$$

〔71〕 贝卡里亚,见前注〔54〕,第86—87页。

〔72〕 1973年8月23日,罪犯Jan Erik Olsson与Clark Olofsson在抢劫瑞典斯德哥尔摩一家银行失败后,挟持了四位银行职员(三女一男),并与警方僵持了130个小时。在此期间,歹徒将他们扣压在保管库内。经过六天的包围,警方设法钻通了保管库,用催泪瓦斯将人质和劫匪驱赶出来。然而,让人意外的是,在被警察解救后接受采访时,这四个银行职员不但不感谢警察,反而抱怨警方把他们置于危险的境地。后来,四名职员不遗余力地为劫犯辩护,四处奔走为他们的案子筹集资金。更不可思议的是,其中两个被劫持的女职员后来还和那两个抢劫犯结了婚。

〔73〕 (英)边沁:《道德与立法原理导论》,时殷宏译,商务印书馆2000年版,第216页。

〔74〕 参见王立峰,见前注〔68〕,第36页。

由此逻辑展开,在“法益可恢复性犯罪”出罪化评价的理路中,功利主义惩罚的必要性可能就不复存在,功利主义惩罚目的在行为人犯罪既遂后的法益危险消除或者法益恢复的瞬间便同步实现了。这是因为,行为人犯罪既遂后的良善行为已然消除了先前犯罪行为所制造的危险以及危害后果,在后果论上显然不能再将这一连续的整体行为评价为“恶”,即便不能冒进地认为法益恢复的行为属于“善”的范畴,但至少可以认为属于“非恶”。如此,在“非恶”的前提下,如果再施加作为恶的刑罚,那么就背离了功利主义的基本原则。同样,用公式可以表达为:

$$\text{行为非恶(零甚或正)} \times \text{惩罚恶(负)} = \text{结果非善(零甚或负)}$$

由上可知,不管结果是零还是负,都不是功利主义惩罚观所认同的惩罚目的。由此可以认为,在功利主义惩罚思想那里,对于“法益可恢复性犯罪”而言,惩罚必要性已经在功利的比较中同步实现。

(二)法益保护的可逆性路径

我国《刑法》第1条开宗明义地指出刑法的立法目的是“惩罚犯罪,保护人民”,从而也就决定了刑法具有“法益保护”的基本功能。^{〔75〕}然而,法益保护的功能,是否一定要通过“惩罚犯罪”的路径才能实现?换言之,“法益保护”的具体路径包括哪些?一般而言,法益保护目的的大都在刑法规制下的“求刑→量刑→行刑”的具体模式中实现。然而,犯罪发生后的“求刑→量刑→行刑”过程及其模式,对于“法益保护”的目的而言,到底有多少贡献?这本身可能就是一个需要深刻反思的问题。

事实上,“求刑→量刑→行刑”的过程及其模式本身,对于具体个案中的“法益保护”而言并无任何贡献。这是因为,“求刑→量刑→行刑”是在犯罪发生以及“法益已经被实际侵害”基础上被迫启动的,这对于“法益保护”目的而言无异于掩耳盗铃。笔者认为,在具体个案中刑法所标榜的“法益保护”功能,与其说是保护法益不受犯罪行为侵害,不如界定为以国家刑权力为手段对犯罪行为予以惩罚进而给予被害人及其亲属精神慰藉的口号性宣示。此时,刑法面相的更多的是代表国家权力对于社会、被告人乃至被害人及其家属安抚慰藉的“善后性”工作。^{〔76〕}既然“求刑→量刑→行刑”机制抑或模式本身对于犯罪已然发生、危害已经形成的“法益保护”并无贡献,刑法是否失去了其存在的价值?回答当然是否定的。“求刑→量刑→行刑”虽然对于具体个案已然发生的法益侵害并无“保护”效用,但是可以通过该模式所彰显的特殊预防与一般预防机能对于未来可能发生的“法益侵害”形成普遍的社会心理强制来间接实现“法益保护”目的。

这种立足于未来法益保护的间接性保护,可以称之为常规性路径。与之相对应的是,是否存在法益保护的直接性、可逆性路径呢?笔者认为,“法益可恢复性犯罪”的出罪化思维可以作

〔75〕 张明楷,见前注〔58〕,第21—22页。

〔76〕 庄绪龙:《财经犯罪刑法补充性评价——“条件性出罪机制”研究》,华东政法大学硕士学位论文,2011年,第17页。

为法益保护的直接性和可逆性路径。所谓法益保护的可逆性路径,是指在犯罪实行终了甚或危害结果出现、法益遭受危害等停止于既遂形态的情形下,如果尚存法益得以恢复的空间,且行为人通过事后的恢复行为,使得“侵害既遂”后的法益得以恢复,被害人所遭受的法益损失得到逆转,从而在具体个案中实质性的实现“法益保护”目的。相对于抽象的“未来法益保护”的间接宣示,可逆性法益保护路径着眼于已然发生的现实具体案件和具体法益本身,其“法益保护”的功效具有充分的理论根据和实践价值。

对于“法益可恢复性犯罪”出罪化理路以及法益保护可逆性路径的解释,意大利刑法中的“排除可罚性条件”制度也蕴藏了相似观点:

诸如法庭辩论开始前撤回诬告或虚假证明、鉴定、翻译以及在当局命令解散前主动退出聚众暴乱作为排除可罚性条件的规定,具有“奖励性”。刑法之所以要采取这类规定,根本原因在于刑法是法益保护的工具体,允许在事后消除犯罪造成的危害结果或防止造成进一步的危害,实际上就是对法益的保护。在具备排除可罚性条件的情况下,法律认为,尽管稍迟了点,刑法的威慑已经达到了它最初的目的,因而也就没有必要再适用了。^{〔77〕}

(三)恢复性制裁的法理

美国法学家富勒曾写道,“我所写下的文字中唯一称得上是一个法律定义的表述是:法律是使人类行为服从于规则之治的事业”。^{〔78〕}在法理上,规则之治的根本目标是顺畅、稳定、安全的社会秩序及其运行,国家之间、社团组织之间以及个人之间的地位、关系等无不需健全秩序的保障才能得以长期共存。关于规则治理、秩序与法律的关系,德国法学家拉德布鲁赫也有深刻阐述:所有秩序,无论是我们在混沌的客观存在中发现的,还是我们致力于促成的,都可以从法律中引申出它们的名称,正像我们所谈论的自然法则、道德与习惯法则、逻辑与美学法则。^{〔79〕}

事实上,不管是规则治理还是秩序维持,都是法律存在及其运行的基本目标。在规则治理和秩序维持的持续过程中,正当利益的合法获取与保有则是一切法律关系义务的缩影。比如,在刑法视域,犯罪的本质被界定为“利益侵害”,而刑罚的本质被界定为“利益保护”,二者共同统一于“利益”。^{〔80〕}一般而言,利益保护的手段往往表现为以国家暴力为后盾的法律制裁。孙国华、朱景文先生认为,法律制裁是国家司法机关和国家授权的专门机关对违法者依其所应当承担的法律责任而采取的惩罚措施。法律制裁是国家保护和恢复法律秩序的强制性措施,包括恢复权利性措施和对构成违法、犯罪者实施的惩罚性措施。恢复权利性制裁旨在消除非法行为造成的损害,恢复被侵害的合法权利,保证已有义务的履行。惩罚性制裁旨在使违法者承担受惩罚的责任,即追加承受不利后果的新的义务。^{〔81〕}与上述区分类似的是,涂尔干对

〔77〕 参见帕多瓦尼,见前注〔20〕,第343页。

〔78〕 (美)富勒:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆2005年版,第124页。

〔79〕 (德)拉德布鲁赫:《法学导论》,米健译,商务印书馆2013年版,第12页。

〔80〕 参见丁后盾:《刑法法益原理》,中国方正出版社2000年版,第6页。

〔81〕 孙国华、朱景文主编:《法理学》,中国人民大学出版社1999年版,第390页。

于法律制裁也作了划分,他认为以民法、商法、诉讼法等为依据的制裁是恢复性制裁,而以刑法为根据的刑事惩罚属于压力性制裁。^{〔82〕}排除妨害、恢复权利是民事制裁措施的基本手段,而对犯罪人施加惩罚则是刑法制裁措施的主要方式。但是,两种类型的制裁措施在特殊领域却容易发生混同。比如,在民刑交叉领域,恢复性制裁与惩罚性制裁措施的界分困境可能就模糊了原本泾渭分明的界限。在此基础上,可以考虑将“法益可恢复性犯罪”纳入恢复性制裁法理的视域分析。虽然,先前行为的犯罪性质仍然值得刑法否定评价,但既遂之后行为人主导的危险消除与法益恢复的良善行为显然更契合恢复性制裁的法理精髓。由此,恢复性制裁的理论可以作为“法益可恢复性犯罪”出罪化、轻刑化刑法评价的论证渊源。

(四)证明困境下的人道主义道德诉求

司法实践中,窃占房屋、盗用耕牛、偷开汽车等使用盗窃的情况时有发生。对于使用盗窃的刑法评价,尤其是对于“非法占有目的”的证明,在客观行为表征主观认识与意志的刑法思维中,行为人主观上的认识和意志如何超越客观上构成要件符合性的范畴,几乎是一个无法证明的问题。比如,爱慕虚荣的女大学生为了参加同学的生日宴会而偷带寝室同学的名贵手表,其在完成“盗窃”行为时甚至还在日记中记载:“为了虚荣,只能当回小偷了。但我保证,明天同学生日会后一定将表偷偷还回去。”但不巧的是,还未等到生日宴会结束,被害人发现名表被偷,遂报警。在这个案例中,偷表大学生主观上“归还”的打算可能是真实的,其盗窃名表的目的也可能就是日记中所记载的“虚荣性使用”而非“非法占有”。如此,是否可以认定为盗窃行为因为缺乏非法占有目的而不成立?按照当前的司法实践传统,这种陈述几乎是没有什么意义的。^{〔83〕}这是因为,一方面,客观上的盗窃行为对应的只能是规范论上的“非法占有目的”,暂时性使用的主张几乎不存在证明力的支撑;另一方面,在使用盗窃中,行为人的取得意思与使用意图并无明显界限,二者之间往往可以发生转化。^{〔84〕}比如,使用时间并非短暂而是较长时间“使用”,该“使用”显然更具有“取得”的意味;或者财产价值因时效问题发生变化,“归还”对于被害人而言已经失去意义,“使用”当然也应该认定为“取得”,比如盗窃他人考试复习材料,等考试过后再“归还”。

理论上,也有暧昧模糊的主张认为,对于使用盗窃行为人不具有盗窃罪中“非法占有目的”之否定的证明,可以从行为人品格评定的主观性格以及经济地位、社会地位的客观情况等因素进行反向推定。然而,这种反向推定,虽然具有生活意义上的合理性,但却并不具有规范意义上的科学性;难以保证卓越品格持续性的连贯,即便是卓越品格持续性的连贯甚或社会地位和经济地位优越,也难以确认其就不会盗窃他人的财物,而只会“使用”。另外,按照上述品格评

〔82〕 参见(法)涂尔干:《社会分工论》,渠东译,三联书店2000年版,第32页。

〔83〕 参见庄绪龙、王星光:“盗窃共同犯罪中‘非法占有目的’的司法判断”,《中国检察官》2016年第8期,第70页。

〔84〕 董玉庭:“浅论使用盗窃犯罪”,《行政与法》2001年第1期,第73页。

定或者社会地位、经济地位的标准来推定“占有目的”,对于上述案件中的大学生而言显然是不利的。那么,在此案例中,该大学生承担严重刑事责任的可能性是否就无法避免?回答可能是肯定的,至少在常规的罪刑关系认定中,承担刑事责任恐怕是不可避免的后果。对此令人惋惜同情但却无法证明的案件事实,刑法理论应当作出什么贡献?笔者认为,本文所主张的“法益可恢复性犯罪”的出罪化理念,对于所谓“使用盗窃”类案件而言,可能就是一个充满人道主义价值色彩且契合各方利益的适格理论选择。^{〔85〕}

(五)刑法从宽事由的体系性补充

与刑罚严厉性面相对应的是,刑法在犯罪准入、量刑宣告等层面也存在从宽的一面。有学者对于刑法从宽事由的本质展开了研究,认为“正当和宽恕是刑法从宽事由的共同本质”。^{〔86〕}而对于何为“正当”的解释,该论者援引法学家 Peter 的观点指出,“在特殊情况下该行为能为社会所接受,并且不应承担刑事责任甚至不应受到谴责”,^{〔87〕}从而排除行为人的罪责。在类型化的基础上,该论点认为正当化行为可以分为三类:一是防御性的使用武力,如自卫;二是行为经合法授权,如公职人员执行法律;三是紧急行为,如紧急避险。显然,这种论点所称的正当是以“行为”时本身的社会接受性和道德正当性作为评价基准而展开。

对于这种论点,笔者有不同意见。其一,行为正当与否的判断恐怕不能从行为本身入手,在逻辑上更应该考虑结果的利益性和豁免性。不管是自卫行为、授权行为还是紧急行为,在剥离罪责层面的不法论上,皆为侵犯他人权益的冒犯行为,其最终被认为是“正当”的,显然是受到结果正当的考量。因此,正当与否的判断在逻辑上应该采用倒置反推的思维路径,“行为正当”显然是一种先入为主的道德评价。其二,即便“行为”正当说对于自卫行为、授权行为和紧急行为尚且具有基本解释力,但是对于同为刑法从宽事由的自首、坦白等法定从宽情节,从轻处罚的结果与行为正当存在时空上的间隔,没有任何事实上的联系,难以作为统一的解释基础,但以“结果正当”作为正当事由的共同本质,则可将其包容其中。因此笔者认为,结果正当才是刑法从宽事由的共同本质。自首犯、坦白犯作为刑法规定从宽处理的类型,无不透着结果正当的痕迹。同样道理,在“法益可恢复性犯罪”的出罪化刑法评价中,由于行为人在犯罪既遂后自主控制了危害结果的实际发生或者恢复了已被侵害的法益,故而可以在“结果正当”的辩护中与自首、坦白等法定从宽情节共同作为体系化从宽事由的裁判考量。

〔85〕 事实上,对于使用盗窃的刑法评价问题,司法解释已经透漏出罪化的痕迹。如,1998年3月17日实施的《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第(四)项规定,为练习开车、游乐等目的,多次偷开机动车,并将机动车丢失的,以盗窃罪处罚……偷开机动车造成损害的依照《刑法》第275条故意毁坏财产罪认定,偶尔偷开机动车,情节轻微的,可以不认为是犯罪。由此可见,单纯的偷开机动车,物归原主且未造成毁坏等后果的,一般不以盗窃罪处理。

〔86〕 魏汉涛:《刑法从宽事由共同本质的展开》,法律出版社2012年版,第6页。

〔87〕 Peter D.W. Hebrling, Justification: the Impact of the Model Penal Code on Statutory Reform, 75 *Columbia Law Review*, 914, 916 (1975). 转引自魏汉涛,同上注,第17页。

五、结 语

司法实践中,在笔者提倡“法益可恢复性犯罪”概念及其出罪化体系之前,犯罪既遂后行为人对危害后果的有效控制与法益恢复的情形,一般被视为与犯罪手段、犯罪时空环境选择、犯罪对象、犯罪动机、行为人一贯表现等地位类似的酌定量刑情节,即通常所称的“悔罪态度”。在“名分”上,显然与诸如中止、自首、立功等法定从宽量刑情节存在巨大差距。具体表现为:其一,在适用盖然性上,“法定”与“酌定”情节的适用确定性存在质的差异。“酌定”情节是否适用可能与法官“早餐的内容”有关,而“法定”情节是否适用则与法官的职业前途甚至命运有关;其二,在量刑幅度上,“法定”与“酌定”情节存在量上的巨大差距。在刑法典中,任何一项法定从宽量刑情节,在立法上都会这样表述:应当(可以)从轻、减轻或免除处罚。换言之,法定量刑情节的刑罚减量幅度可以为从轻或减轻甚至是免除。与此相对应的是,酌定从宽量刑情节则只能在法定幅度内从轻减量,禁止减轻或免除处罚;^[88]其三,在效力影响上,与“法定”跃然纸上的明确指引性不同,“酌定”的标准及其权衡依据只存在于法官的内心认知,此于社会公众的认知储备和知识体系构建而言显然是缺失的。

当前,虽然诸如盗窃罪、诈骗罪、逃税罪、恶意透支型信用卡诈骗罪和交通肇事罪等司法解释对于行为人犯罪既遂后的法益恢复行为作了比较明确的从宽处理规定(减轻处罚、免除处罚甚至不作为犯罪处理),但文本规定的范围仅仅限于个别性罪名而已。换言之,关于犯罪既遂危害后果自主控制和“法益恢复”的刑法评价问题,目前仅有的相关司法解释呈现出零星性、无序化、随意化的混乱状态,对于犯罪行为轻刑化、出罪化的认定范畴、法益性质等基础内容均无类型化区分,缺乏明确的理论支撑。对于这一发轫于司法实践但尚未被理论所发掘、重视的学术命题,本文进行了系统的归纳与抽象,提出了“法益可恢复性犯罪”的学术概念,并对其中的条件判断、体系构建及其轻刑化、出罪化的基础理论进行了全面研究。胡萨克认为,向犯罪行为人和人和社会传递行为是不法的信息,是刑法的重要目的之一,即使没有一个人的行为因刑法的表达而改变,该目标仍然存在。^[89]按照胡萨克的逻辑,对此我们可以延伸为:向犯罪行为人和人和社会传递“对其犯罪行为及危害后果予以有效控制或法益恢复可以从宽处理甚或出罪”的事由信息,也是刑法的重要目的之一,即使没有一个人的行为因此表达而改变,该目标也依然存在。笔者认为,犯罪既遂后行为人对危险后果的自主有效控制或对实害结果的法益恢复,对于犯罪控制以及由此所衍生的行为人金桥回归利益、社会整体利益防护而言意义重大,“法益可恢复性犯罪”的概念抽象及其轻刑化、出罪化思维对于我国刑事司法实践而言意义重大。

笔者作为司法实务人员,对于司法实践中行为人真诚悔罪的“法益恢复”良善举措与刑罚

[88] 参见高铭喧等,见前注[27],第267—268页。

[89] (美)道格拉斯·胡萨克:《过罪化及刑法的限制》,姜敏译,中国法制出版社2015年版,第217页。

严厉或者刑法适用迥异现象的矛盾抑或乱象,深有感触。经由本文研究和归纳,笔者自信“法益可恢复性犯罪”的概念抽象及其轻刑化、出罪化的命题是当前我国刑事司法实践中客观存在且亟需解决的“真问题”。当然,本文仅就“法益可恢复性犯罪”的概念归纳、理论根据等基础性内容作了浅显探索,对此问题至少在以下三个方面还需要继续展开,本文权当引玉之砖,期待学界和司法实务界共同就此问题展开深入讨论:

其一,“法益可恢复性犯罪”轻刑化、出罪化处理的条件限定问题。“法益可恢复性犯罪”得以轻刑化、出罪化处理,必然要求满足特定的条件。本文虽然归纳了“法益恢复”的三个限定条件,即法益属性的非国家权力性、法益范畴的非人格性、法益侵害方式的非暴力性,范围是否清晰、条件是否合理还需要展开讨论。对于上述三个限定条件问题,在学界相关研究成果中存在不同观点。在法益的属性上,该论者认为,涉及国家公权力的犯罪也存在“事后恢复”的可能。例如,在受贿人许诺为他人谋利且收受财物后,在被追诉之前,受贿人将其受贿之物返还或上交的行为成立部分的事后恢复,这是因为受贿罪的法益是职务的不可收买性,受贿人返还或上交的行为是对先前被收买行为的恢复;^[90]在法益的范畴上,该论者认为绑架罪等侵犯人身自由的犯罪也存在恢复的可能。^[91]

其二,法益恢复前犯罪行为所引发“副作用”的因果关系判断问题。在我国“定性+定量”的二元犯罪认定模式下,任何触犯刑法的行为都应拟制性地认为具有严重的社会危害性。因而,在评价考量涉嫌犯罪的行为时,在秉承刑法谦抑的价值立场前提下必须保持严肃理性的态度,即便在“法益可恢复性犯罪”的视域,轻刑化、出罪化立场也应当是严肃的。这里可能需要讨论的问题是,在“法益恢复”的判断上,法益本身得以恢复,但在恢复之前犯罪行为往往间接制造了一定的损害后果,或者与特定的损害后果存在特定关联,事后的法益恢复行为是否仍然可以评价为“恢复”?比如,行为人在医院盗窃病人家属的钱包,后行为人良心发现急忙将钱送回医院。但是,病人家属由于钱财被盗惊慌失措没有及时办理住院手续,病人没有被及时抢救而死亡。此时,虽然行为人在盗窃罪的范畴内完成了“法益恢复”,但却对于病人的死亡也负有相当的间接责任,在这种情形下,对行为人盗窃后的“恢复”行为,是否可以在盗窃罪的视野内作轻刑化甚或出罪化处理?^[92]这无疑是“法益可恢复性犯罪”轻刑化、出罪化处理必须要考虑的问题。

其三,“法益可恢复性犯罪”轻刑化、出罪化路径的犯罪论体系协调与构建问题。在“法益可恢复性犯罪”轻刑化、出罪化的理论根据上,上文虽然归纳了惩罚根据阙如、法益保护路径可

[90] 参见闫雨:“论财产犯罪中的事后恢复条款——以犯罪的重新分类为基点”,《中国社会科学院研究生院学报》2016年第4期,第131页。

[91] 参见闫雨:“论绑架罪自动恢复条款之增设”,《辽宁大学学报(哲学社会科学版)》2015年第6期,第104—109页。

[92] 当然,病人死亡的结果与行为人盗窃的行为之间有无刑法上的因果关系,是另外一个需要深入研究的问题。

逆、恢复性制裁法理等根据,在实体上诠释了“法益可恢复性犯罪”从宽处理的基础内核。然而,在犯罪论体系协调和构建的视角,仍然需要展开讨论。一般而言,刑法理论中的出罪事由包括违法阻却事由和责任阻却事由,“法益可恢复性犯罪”出罪化处理属于前者还是后者,或者是其他单独的出罪事由体系?不同的出罪事由所对应的犯罪论体系必然存有差异,由此可见“法益可恢复性犯罪”轻刑化尤其是出罪化处理与犯罪论体系的协调、适配路径,也是需要研究的问题。

Abstract: Although there is no possibility for the accomplished crimes to be reversed or discontinued, the opportunities of lightened punishment or even decriminalization still exist with the route of “legal interest recovery”. This proposition has got individualized confirmations in relevant legal texts. For the explanation of “legal interest recovery” phenomenon, the “special discontinuation theory” avoids the general doctrine of “complete constitutive conditions theory” in accomplished crimes, denying the legitimacy of diversified legislative power selections in the standards of accomplished crimes. The deficiencies of “personal release of the crime” lie in its weak theory, limited category, lack of category distinction and scientificity. Relying on the categorized thinking tool, the concept abstraction, conditional judgment and lenient evaluation of the “crime of legal interest recovery” are all self-consistent in the double visions of retributivism and utilitarianism punishments, and justified in the demonstration visions of reversible path and recovery sanction of legal interest protection, so it supplements the lenient cause system in Criminal Law and can be taken as the theoretical basis for the lightened punishment or decriminalization of “legal interest recovery” phenomenon.

Key Words: Legal Interest Recovery; “Special Discontinuation Theory”; Personal Release of the Crime; Decriminalization

(责任编辑:江 溯)