

法益修复与功能违法论

杜宇

【摘要】法益修复在刑法体系上应如何定位?其背后隐含着难得的理论创生契机,即将法益修复置入违法评价之中,由此推动违法论的功能化转向。在功能违法论的构造中,违法性由应罚的违法性与需罚的违法性两个层面组成。前者立足于违法宣告的正当性,后者则着眼于违法宣告的现实必要性。两者在审查内容、检验顺序、评价方向等方面具有明显差异,存在着一种既相互补充亦相互限制的协同关系。功能违法论的提出,不但使功能化思考得以体系性贯穿,而且使不同维度的功能化评价得以清晰分离,并与犯罪论阶层妥当配合。

【关键词】法益修复;功能违法论;功能责任论;应罚的违法性;需罚的违法性

【作者简介】杜宇,复旦大学法学院教授(上海 200438)。

【原文出处】《中国社会科学》(京),2024.3.67~86

近年来,中国刑法中出现了一类值得关注的立法例,其基本特征是:尽管行为人实施了违法行为,但如事后对法益损害进行完整修复,就不予追究刑事责任。^①例如,《刑法》第201条第4款规定,“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,已受行政处罚的,不予追究刑事责任”。2018年,涉案金额约8亿的范某某巨额逃税案,^②最终通过补交税款、滞纳金和行政罚款的方式,以不予追究刑事责任结案,更是引发了人们对刑法规定合理性与公正性的热议。

与此同时,此类立法例的出现,也极大挑战着刑法理论上的既有认知。在以往的刑法教义学体系中,法益修复现象并未被充分关注,充其量只是一种类似于退赃的事后悔过行为,被归于酌定量刑情节之中。^③然而,这显然无法解释上述立法例所规定之法律后果。近年来,有学者尝试从“刑罚根据阙如”或“刑事责任熔断”的角度切入,^④虽能在法律后果上提供更具说服力的阐释,却导致犯罪论与刑罚论(刑事责任论)在底层逻辑上的断

裂。“客观处罚条件说”的提出,^⑤正确地注意到法益修复背后所蕴含的政策考量,但这一学说不仅对客观处罚条件的体系地位存在理解偏差,而且忽视了政策性考量与不法判断间的内在关联。及至“赎罪说”的出现,法益修复与违法评价间的联系始被真正触及。但遗憾的是,这种观点在理论构成上具有明显的逻辑缺陷,也未在法益修复与违法评价间形成内在的学理贯通。

在法益修复的体系定位问题上,既有理论方案并不能提供满意解答。而在本文看来,透过这一问题的讨论本身,此类立法例的类型化出现,可能正蕴含着理论构建上的某种更生契机。亦即,作为一种重要的政策性考量,法益修复开始进入违法论之中,成为一种内在的构成性力量,并由此带动违法评价的功能化发展。违法论的这一功能化转向,既与犯罪构成体系的发展脉络具有暗合与承继关系,也是对中国现行立法经验的整理、提炼与理论归结。由此出发,我们可沿着罗克辛的足迹继续前行,发展出一种与“功能责任论”遥相

呼应的“功能违法论”，更可尝试基于本土经验进行原创性的理论生产，并与学术传统展开平等对话。

一、法益修复在违法论中的内化

为了准确理解法益修复在刑法学体系中的地位与角色，有必要先对不同学说予以全面盘点，进而具体讨论法益修复与违法评价之间的关系。

(一)法益修复的体系定位之争

在法益修复的体系地位问题上，主要有“刑事责任熔断说”“刑罚根据阙如说”“客观处罚条件说”“赎罪说”等观点。然而，它们要么缺乏在法益修复与违法评价间加以勾连的想象力，要么虽触及此种可能，但并未作出有说服力的学理贯通。

在“刑事责任熔断说”看来，法益修复是一种犯罪既遂后的刑事责任阻却事由。亦即，在实施法益修复行为后，原本预设的基准刑失去了科处的实质根据，刑事责任得以熔断。^⑥然而，这一学说的疑问在于：其一，根据中国刑法学界的通说，犯罪与刑事责任在实体上是一种共生关系，不存在犯罪成立但阻却刑事责任的逻辑可能。其二，犯罪论与刑事责任论之所以具有融贯性，是因为两者处于一致的合目的性引导之下。立法中被设置为犯罪的行为，正是符合追究刑事责任的目的因而需要被界定为犯罪的行为。因此，该说不仅带来犯罪成立与刑事责任发动间的脱节，而且导致两者内在逻辑上的断裂。其三，刑罚根据的阻却，未必等同于非刑罚方法也失去了存在基础。但遗憾的是，该说对非刑罚方法的存立基础问题基本没有讨论。

在“刑罚根据阙如说”看来，^⑦法益修复现象的实质是“有罪不罚”。不罚的理由在于，在法益修复的场合，无论从报应刑还是预防刑的角度，都欠缺刑罚适用的正当根据。^⑧然而，一方面，此种学说与“刑事责任熔断说”类似，同样缺乏犯罪论与刑罚论之间的贯通思维，使得犯罪论与刑罚论的底层逻辑被不自然地分割。另一方面，该说认为，

法益修复之所以能阻却刑罚，是因为它使得报应与预防的必要性下降甚至消失。就论理逻辑而言，这显然是将法益修复消融在报应与预防之中，未将其视为一种超然的独立根据。

在“客观处罚条件说”看来，《刑法》第201条第4款确立了一种消极的客观处罚条件，^⑨第196条第2款中“经银行催收后仍不归还”也具有同样性质。^⑩这种消极的客观处罚条件，是一种基于特定政策考量而阻止刑罚发动的事由，但并不影响犯罪本身的成立。^⑪此种观点也存在问题。一方面，这一学说对客观处罚条件的体系定位存在失误。客观处罚条件的体系位置尽管存在争论，但作为基础性共识，其始终是被作为一种犯罪成立条件而非刑罚阻却事由来理解的。^⑫另一方面，法益修复本身也难以被理解为客观处罚条件。这首先是因为，法益修复是一种行为人的行为，而客观处罚条件则并非行为人本人的行为，仅涉及某种外在的客观事由。其次是因为，法益修复具有一定的行为指引意义，呼吁行为人朝着法秩序所期待的方向行动。客观处罚条件则并不涉及对行为的命令或禁止，因而难以在行为规范的面向上加以把握。最后是因为，法益修复所指向的对象，正是前行为所造成的法益损害结果。与之不同，尽管客观处罚条件也可能包含某些客观结果，甚至这些结果并不限于第三人行为所造成的结果，^⑬但无论如何，它不可能直接指向构成要件结果。

而在“赎罪说”看来，法益修复实质上是一种赎罪行为。即对先前罪行自动消弭其危害，从而阻却了实质违法性，因而需对前行为予以出罪处理。^⑭在本文看来，这一学说的方向感是正确的，但仍存在以下疑问：其一，可能导致判断结论的反复。该说认为，前行为已达致犯罪既遂。所谓“赎罪”，是对已形成的既遂状态的嗣后祛除。如此一来，一种已经成立的违法性判断，又可能基于法益修复而再次推翻，违法评价便可能处于反复摇摆的境地，难以形成稳定一致的结论。其二，可能存

在判断过程与实质理由间的断裂。在该说看来,罪行得以消弭的实质理由在于,法益修复行为阻却了实质违法性。但在关于犯罪既遂的判断过程中,实际上又并未将法益修复纳入考量,相反,越过这一因素而径直得出了既遂结论。于是,人们不禁要问,法益修复到底是一种违法性成立后的废除性要素,还是一种违法性形成前的构成性要素?在赎罪说的理论构成中,实质理由上贯彻的是后者,而判断的实际过程中却在坚持前者。但问题是,如果在犯罪既遂的判断完成之后,又再次将法益修复因素倒置入违法评价之中,就势必造成体系的混乱甚至崩溃。

(二)法益修复与违法评价的两种关系模式

通过前面的讨论可以发现,在法益修复与违法评价的关系定位上,实际蕴含着两种不同模式:“外挂模式”与“内置模式”。前者将法益修复安置在违法阶层之外,后者则将其内置于违法阶层之中,并视为违法评价之构成部分。进一步地,在外挂模式中又有两种不同理论安排:一种将法益修复排斥在犯罪论体系之外,置入法律后果体系之中;另一种则将其置入犯罪论体系之中,但却隔绝在违法阶层之外。

整体而言,“刑事责任熔断说”与“刑罚根据阙如说”均将法益修复安置于犯罪论体系之外,并置于法律后果体系之中,形成了第一种“外挂性安排”。这种安排的最大缺陷在于,它使得犯罪成立体系与法律后果体系之间的底层逻辑被割裂开来。由此,不仅可能导致犯罪成立与刑事责任或刑罚发动间的脱节,而且无法实现后者之于前者的合目的性指引。

“客观处罚条件说”将法益修复把握为一种不妨碍犯罪成立却可以阻却刑罚的事由,本质上也构成第一种“外挂性安排”。然而,如果从客观处罚条件原本的体系位置出发,则可能发展出另一种理论方案。在这一方案中,犯罪论体系由构成要件该当性、违法性、有责性、客观处罚条件等组

成,法益修复处于客观处罚条件阶层,是一种基于刑事政策的特殊考量而阻却犯罪成立的事由。如此一来,尽管法益修复被置入犯罪论体系之中,但却被区隔在违法性阶层之外,形成了第二种“外挂性安排”。此种安排的问题在于,法益修复的政策性考量仍被置于传统的三阶层之外,而无法内化于不法或责任评价之中;与此同时,政策性考量也成为一种口袋化的装置,无法在不同评价维度上加以具体化和分殊化。

与以上学说不同,“赎罪说”不仅将法益修复内置于犯罪论体系之中,而且将其与实质的违法性直接勾连起来,从而具有了“内置模式”的外形。但遗憾的是,这一学说是在承认前行为既遂的基础上展开的,法益修复成为违法性的嗣后排除事由。这种“成立—排除”的论证结构,不仅导致了违法评价上的反复,而且破坏了结论的稳定性与一致性。

(三)法益修复作为违法评价的构成部分

基于上述讨论,在法益修复与违法性的关系处理上,本文赞成“内置模式”。这意味着,立法者不但对法益修复的努力加以肯认,而且将其内嵌于违法性的评价之中。这是一种“构成性的违法评价模式”,与赎罪说那种“废除性的违法评价模式”相比,^⑤尽管两者都将法益修复与实质的违法评价关联起来,但在以下方面存在着根本差异。

其一,法益修复与违法评价之间,到底是一种前置的、内在的关联,还是一种嗣后的、外在的关联?不难发现,“构成性的违法评价模式”坚持的是前一种理解,而“废除性的违法评价模式”贯彻的则是后一种理解。实际上,这两种不同的关系模式,类似于民法上权利妨碍要件与权利消灭要件之间的区分。^⑥前者是在权利成立之前加以事先阻止,而后者则是对已经成立的权利予以嗣后排除;前者内化于权利成立条件体系之中,后者则处于权利成立条件体系之外。

其二,违法性是一次性的、融贯的评价,还是

可能形成反复的、相互对立的评价?在“构成性的违法评价模式”中,尽管违法性的评价需经历两个不同层次,但它们都是内置于违法评价的检验流程。这两个层次的判断相互补充,共同塑造了最终的违法评价。因此,它们只是违法性内部的分层性判断,形成的结论要么是违法成立,要么是违法不成立。这是一种融贯性的判断过程,并形成一整体性的最终结论;而在“废除性的违法评价模式”中,如果认为前行为已形成既遂,法益修复行为却使得既遂状态嗣后消除,那么违法性就存在成立与废除两种不同结论,并经历了两次判断过程。由此,在逻辑上陷入了结论摇摆与反复判断的尴尬。

其三,违法根据是具有理论分层的张力空间,还是必须同质化地把握?在赎罪说那里,法益修复是一种违法排除事由,一种业已形成的法益侵害经由事后的修复性努力而加以祛除。在这一解释的背后,隐藏的是对法益侵害与法益修复的同质化理解,唯此才能解释两者为何能相互对冲和抵消。但如后所述,此处的违法成立根据与违法排除根据实际上有着异质的理论基础,绝不容轻易抹平。两者应当在“应罚的违法性”与“需罚的违法性”的分层意义上加以把握。

综上所述,有必要将法益修复作为违法论的内在构成部分,并建立起整体性的评价框架。这样的理论安排,不仅有利于判断的前后衔接与协调一致,而且有利于判断的稳定性与经济性。更为关键的是,它能恰当分殊出违法评价的不同理论层次,并予以合理定位。

二、功能违法论的提出

当法益修复作为违法论的内在构成部分时,如下问题就变得难以回避:这将对违法评价产生怎样的影响?这种影响又可在何种限度内被承认?在分析上述问题之前,有必要先就法益修复所蕴含的政策内涵加以探析,进而考虑这种政策内涵之于违法论的构造性影响。

(一)法益修复的政策内涵

事实上,基于法益修复而放弃刑罚权的发动,正是基于刑事政策的考量。而欲考察法益修复所隐含的政策目标,《刑法》第201条第4款可作为适宜例证。通过对该款立法说明的观察,^⑥可透析出如下政策内涵。

一方面,对于行为人而言,基于法益修复而赋予其法律利益,体现了宽严相济的刑事政策。前行为尽管已造成一定的法益侵害,但这种侵害并非不可逆转。当立法者宣告,如行为人后续填补了相关损害就不予刑事追诉时,实际上是架起了一座“返回的金桥”,激励行为人尽最大努力地修复法益,从而获得宽恕的法律利益。

另一方面,对于被害人而言,法益修复可谓是法益保护的一种特殊方式。应当承认,逃税罪保护的主要是国家税收利益。^⑦虽然刑法归根到底是为保护法益而存在的,但法益保护应采取何种具体方式,如何达致理想的效果,都与刑事政策的目标设定紧密相关。以往,刑法关注的是对犯罪的报应或预防。但问题是,对个案中已经被损害的具体法益而言,这种事后报应或事先预防均无力顾及。相反,只有通过行为人有效的法益修复行为,才能使被害人获得直接、积极的抚慰与补偿。^⑧对被害人而言,这可能是一种更优、也更愿接受的法益保护方式。上述立法说明已清楚表明,如果行为人完全修复了被害法益,就不再追究刑事责任。由此,以往被遮蔽的法益修复需要被释放出来,并成为左右是否发动刑事追诉的关键力量之一。这一改变,显示了对法益保护方式的深刻反思。

总之,从刑事政策的角度观察,法益修复既蕴含着对行为人重返法和平的激励,又蕴含着对被害人进行直接、积极的法益保护的目标。当立法者认为上述目标具有极端重要性时,就可能对报应、预防的追求予以适度限制,进而放弃刑罚权的发动。

(二)功能违法论的浮现

1.应罚的违法性与需罚的违法性

从学术发展脉络看,尽管刑事政策与刑法教义学呈现出日益融合的态势,但法益修复并未被识别、承认为特定的刑事政策目标,更未被作为刑法教义学体系建构中的目的性原理来接受。而从我国刑法学界关于法益修复体系定位的争论看,也并未将法益修复有机融入违法论之中,并在学理上加以合理贯通。本文所讨论的立法例的出现,实际正隐含着一种理论上的重新阐释与建构契机。亦即,法益修复开始进入违法论之中,成为其内在构成部分,并由此开启违法评价的功能化转向。基于此,我们可发展出一种功能违法论。这一违法论的核心,是在违法评价中引入法益修复这一刑事政策性的考量,进而形成对违法宣告的功能化指引。

功能违法论并不是对传统违法论的彻底抛弃,而是在此基础上的进一步发展。在这一新的违法论架构中,实际上蕴含着两种不同维度的违法性:应罚的违法性与需罚的违法性。其基本关系是:就评价目标而言,应罚的违法性立足于违法评价的正当性,而需罚的违法性则着眼于违法宣告的现实必要性;就评价的实质内涵而言,应罚的违法性从规范违反说或法益侵害说出发,考量行为是否形成规范效力的违反或造成实质的法益侵害。而需罚的违法性则立基于特殊的刑事政策考量,对一种已经破坏了规范效力或造成法益侵害的行为,进行违法评价的政策性衡平与终局调整;就评价顺序而言,应当先进行应罚的违法性评价,再进行需罚的违法性评价。如不具备应罚的违法性,就没有必要进行需罚的违法性评价。只有先后满足这两个层面的违法性评价,违法性始为充足;就评价方向而言,应罚的违法性倾向于检验违法成立的积极根据。基于实体上的罪刑法定主义原则及程序上的无罪推定原则,对应罚的违法性是否具备,需进行积极审查。与之相对,需罚的违

法性是在具备应罚的违法性的基础上,进一步考虑违法宣告的现实必要性。当行为已具备应罚的违法性时,此种现实必要性一般不需要特别判断,只有在特殊情势下,才需要进行消极排查。因此,它是在排除不必要的违法宣告的场合发挥其作用。也因此,需罚的违法性的加入,并不会导致违法范围的不当扩张,相反,是朝着限缩违法成立的方向发挥其作用。

2.违法论的新意涵

如果认为应罚的违法性承接了违法论的传统内容,那么,需罚的违法性则发展出违法论新的增量。此种新的政策性意涵,可从两个维度加以观察。

一方面,从规范违反的维度而言,当行为人进行了补救性的规范确证时,在政策意义上就可放弃对中途偏离行为的违法宣告。毫无疑问,行为人的前部行为已经形成对法规范效力的否认。其违法基础不仅在于前置法上的义务设定,如税法上的依法缴税等义务,而且在于刑法规范本身的规定。不过,法益修复的设置表明,立法者试图在上述命令规范落空的前提下,通过补充性的命令规范,再一次呼吁行为人履行相关义务。当行为人在后续过程中完整履行了相关义务时,就表明其已经回到正确的行为轨道,并对法规范表达了承认与服从。在此情形下,尽管难以否认行为人曾经对法规范效力予以漠视,但是,行为人的法益修复行为是对前行为的自我扬弃,是对法效力否认行为的否认。修复行为显示了行为人对法秩序的再度“皈依”,因而具有补救性的规范确证意义。此时,法秩序重返正轨,规范效力上的短暂失灵得以弥合。因此,从刑事政策的角度而言,这种对规范效力的中途偏离与滋扰,就没有必要被评价为终局性的不法。

另一方面,从法益侵害的维度而言,可对法益保护的辅助性原则加以政策化、机能化的诠释。一般认为,刑法旨在对法益提供辅助性或补充性

保护。^②所谓辅助性,通常指刑法不可能对所有法益提供保护,而只能提供特定对象与范围内的保护。其所关心的是:是否存在值得刑法保护的重要法益?对法益的侵害是否达到严重程度?不难发现,这种对辅助性的理解,仍局限于从侵害对象的角度提供正当化阐释。但问题是,对辅助性原则的理解,不仅需要对象性思考,而且需要手段性思考;不仅需要正当性追问,而且需要功利性追问。我们不仅需要判断存在何种类型、范围与程度的法益侵害,由此从保护对象层面获得对违法宣告的正当化证成;而且需要思考,针对此种法益侵害之刑罚发动是否具有现实必要性?是否构成法益保护之唯一可行手段?^③能否基于刑事政策性的考量而放弃违法宣告?

在手段性与功利性考量的方向上,功能违法论可对辅助性原则进行政策性的再发展。从刑事政策的角度思考,并不是一种行为形成了特定类型、程度的法益侵害,就必须宣告违法性的成立。此种法益侵害的形成,至多意味着一种应罚的违法性,一种违法宣告的正当基础与必要前提。在此之上,功能的违法论还需进一步审查,发动刑罚是否构成法益保护的必要手段?只有当发动刑罚是保护法益的唯一可能选择时,违法性的宣告才具有现实必要性。而实际上,在法益修复的情形中,放弃违法宣告并不会对法益保护造成损伤。这是因为:其一,对当前的法益保护而言,法益修复可能是一种更优选择。它构成了某种具体、积极而直接的法益保护方式。之所以具体,是因为法益修复指向了具体的案件被害人,也指向其特定的受损法益,因而有别于那种通过法规范所形成的、面向不特定主体或法益的抽象保护效应;之所以积极,是因为法益修复具有正面的法益促进价值,相较而言,那种通过惩罚所形成的法益保护则完全没有改善更生的意义;之所以直接,是因为其径直面向当下案件提供保护,因而明显区别于那种面向未来的、通过预防所实现的间接保护。

对于被害人而言,这种具体、积极而直接的法益保护方式,可能是一种更优的法益保护选择。如果允许被害人在宣告违法但法益得不到现实回转,与放弃违法宣告但法益得以修复之间进行选择,结论将不言而喻。通过放弃违法性的宣告,鼓励行为人尽最大努力地修复法益损害,实际上正体现了国家对被害人法益的最大尊重。其二,对未来的法益保护而言,法益修复也不会损伤刑法的双面预防效应。因为,当行为人通过自身努力使得被害法益得以修复时,不但表明了其再犯可能性下降乃至消失,而且使得其他社会公众清楚地认识到,只有在对法益损害进行完全修复时才可能避免刑事追诉,因而类似行为将无法获得任何利益。由此,法益修复也完全满足了那种提前的、预防性的法益保护需要。

可见,即使在法益修复的场合否认违法性,也不会使法益保护陷入更为不利的境地。因而,宣告违法并不构成具有现实必要性的选择。相反,即便否认违法性意味着国家刑罚权的让步,但如果这种让步并不会损害预防性的法益保护需要,同时可获得对被害法益的更佳保护效果时,就是刑事政策上值得追求的目标。这种对被害法益的具体、积极而直接的保护要求,应成为践行法益保护时的核心关切之一,也应成为对“法益保护的必要性”——这一时代性命题——进行塑造时,所必须顾及的最重要力量之一。

3. 违法观的再塑造

功能违法论的确立,还可能对根本性的违法观念产生塑造性影响。

其一,就评价时点而言,一种动态的、机能性的时间观,可能取代静态的、事实性的时间观。从传统观念看,行为一旦违反规范或造成法益侵害,就是一种既定的、凝结的事实,无法事后改变。然而,违法评价是动态和实践的,它永远是站在当前视角对既往行为的回溯。至于要回溯到什么阶段,截断在什么范围,则只能从当下的刑法任务出

发进行选择与界分。从更为具体、积极、直接地保护法益,以及更为机能性地维护规范效力的立场出发,可以将违法评价的时间范围拉伸到包含法益修复的整个过程。

其二,违法评价的事实范围也需要重新理解。在以往的观念中,违法是关于行为本身的评价,而法益修复却是行为发生后的嗣后因素,是一种外在于行为的客观事实。由此,法益修复似乎难以被纳入违法评价的事实范围。但问题是,违法本身就是基于特定目的之建构物,违法的评价对象与事实范围边界何在,在根本上取决于立法者的政策考量及基此划定的禁止范围。在本文所讨论的立法例中,前行为尽管已实施完毕,但法益修复正处于前行为的延伸线之上,是对行为予以概括评价时不可忽略的组成部分。它所形成的规范确证、法益填补的最终状态,也应被纳入违法评价的整体事实范围。

其三,就违法本质而言,规范效力的根本违反与无法逆转的法益损害共同构筑起违法性的实体内核。如上所述,功能违法论对传统违法论既有坚持亦有发展。但无论是应罚的违法性还是需罚的违法性,就其实质的评价内容而言,均没有跳脱规范违反与法益侵害这两个基点。功能违法论的核心在于:尽管承认这两个不可舍弃的支点,但在这两个支点之上,却同时发展出正当性与功利性的不同审查面向。传统违法论仅虑及违法评价的正当性与价值合理性侧面,而功能违法论则将违法宣告的功利性与工具合理性浇筑其中。如此一来,行为规范的暂时偏离并不构成宣告违法的充足理由,还需进而审查行为人是否以自身的行为再度“皈依”法秩序,规范效力上的短暂失灵能否得以最终弥合;同时也必须考虑,尽管行为造成了特定的法益侵害,但这一侵害是否仅为某种暂时的、中间性的状态,能否通过法益修复行为得以有效恢复。唯有当规范效力的确证与法益保护的请求不存在任何政策性的冗余空间,确需刑法出场

加以维持时,才能基于功利性考量而承认需罚的违法性,进而宣告刑事违法的整体成立。

(三)功能化评价的限度

经由上面的讨论可以明确:功能化的违法评价意味着,可基于政策性考量,对应罚的违法性评价予以调整和衡平。但值得注意的是,这种调整并不是毫无节制的。

《刑法》第201条第4款的但书规定,“五年内因逃避缴纳税款受过刑事处罚或者被税务机关给予二次以上行政处罚的除外”。该但书表明,通过法益修复排除需罚的违法性,进而放弃违法宣告的机会,并不会毫无限制地开放。本来,通过需罚的违法性控制不必要的刑罚发动,是对违法性整体成立范围的限缩。但通过该但书的设置,又对需罚的违法性的作用范围予以适度缩减,实际上使得违法性的成立范围在收缩后又适度松开。这种违法范围的伸缩,既体现了应罚的违法性与需罚的违法性之间的拉锯,又体现了立法在打击犯罪与给予出罪机会之间的微妙平衡。

那么,从该但书出发,应如何具体理解需罚的违法性的作用限度呢?

一方面,从规范违反的维度出发,当行为人已经享受过规范偏离的祛除这一优待时,就无法再次享有。基于该但书的规定,《刑法》第201条第4款也被称为初犯免责条款。^②这表明,当行为人偏离规范后,通过自己的法益修复行为弥合规范失灵的机会,并不是无限制的,而最多是一次性的政策优待。^③从行为人的角度观察,如果在享受过此种优待后又出现规范违反行为,就意味着行为人对之前补救性的规范确证予以再度否认。这种否认,使得行为人之后的任何补救性尝试都变得难以被信任;而从法秩序的角度观察,尽管基于特殊的法政策考虑,可对法规范效力的滋扰行为予以开赦,但这种开赦绝不能无休无止。否则,法秩序的安定性就难以被维持,法规范的效力也将招致难以愈合的损伤。可见,这种基于法益修复而形

成的政策性优待——规范偏离之祛除,不可能被反复赋予。如果行为人通过自己的行为表明,呼吁其稳固守法是极为困难的,或者其缺乏真诚守法的规范动机,那么,他就会丧失需罚的违法性的判断利益。

另一方面,从法益保护的维度出发,预防性利益对法益修复亦具有一定的限制作用。如果完全从被害人具体法益的保护出发,就不能将法益修复的机会仅限制于初犯。因为在任何时候,这种对法益损害积极而直接的修复,都是被害人所期待的。这一但书设置实际上表明,预防性需求对具体被害法益的修复具有限制意义。就特殊预防而言,当行为人再次违反刑法规范时,不仅表明首次法益修复中的特殊预防机能落空,而且表明行为人的特殊预防必要性大大提升;就一般预防而言,如果在行为人再次违反规范时仍给予法益修复的机会,就会使社会公众产生错觉:造成法益损害是无所谓的,只要进行事后弥补即可。这将使得刑事制裁的威慑性元素丧失殆尽,进而导致刑法的“软骨化”倾向。就此而言,预防性的法益保护是刑法上必须顾及的价值,不能以预防利益的克减作为无限制地追求法益修复的代价。毕竟,如果任何一次法益侵害都可以通过事后弥补的方式加以清除,就难以进行事先的预防引导。无限制的法益修复机会的赋予,对于预防价值将带来根本性损害。

三、功能违法论的内部脉络

对功能违法论的建立而言,不仅需要考虑与传统违法论之间的承继关系,而且需要考虑与其他犯罪论阶层之间的体系关联。前一层面涉及违法论内部脉络的整理,后一层面则涉及功能违法论与功能责任论之间的体系关系。本部分将讨论前一问题,后一问题则留待下一部分处理。

(一)法益阙如与法益修复

就法益阙如与法益修复的关系而言,人们很容易认为,后者可作为前者的一种下位情形来理

解。亦即,虽然前行为造成了特定的法益侵害,但经由法益修复的努力,这种法益侵害已被消除,因此并不存在法益侵害。但在本文看来,应该将法益阙如与法益修复清晰地区分开来。

其一,是否存在实质的法益侵害,两者的回答截然不同。在法益阙如的情形下,根本不存在实质的法益侵害。例如,在被害人承诺的情形下,在被害人可处分的法益范围内,当被害人基于事先的、真实的意思表示而放弃相关法益保护时,法益保护的客体便脱落下来。此时,尽管行为造成被害人法益的实际损害,但由于这种损害是被害人自愿接受的后果,且处于被害人可处分的法益范围内,因此法秩序并不加以保护。这意味着,在法益阙如的场合,根本不存在值得保护的法益侵害。同时,这种法益侵害的阙如,是一种自始的阙如,即从一开始就不存在实质的法益侵害;而对于法益修复而言,修复的前提是存在侵害,即首先承认实质的法益侵害存在,然后再对此加以修复。事实上,在立法将法益修复明确设定为违法要素的场合,充分的违法性评价需经过二次的、分阶段的判断。在行为人完成先前的违法行为并缺乏其他违法阻却事由的情况下,就已经造成了实质的法益侵害。法益修复是在这一阶段性违法被确认的基础上的进一步检验。即便基于法益修复而阻却整体的违法性,也不能否认这一先前的、实质的法益侵害的存在。

其二,尽管都排除了最终的、整体意义上的违法性,但这种对违法性的排除却是在不同阶段上完成,也是对不同性质的违法性的阻却。在法益阙如的场合,由于一开始就不存在实质的法益侵害,因此,行为并不具备应罚的违法性。此时,并不需要对需罚的违法性进行审查。因为,从判断位阶而言,应罚的违法性与需罚的违法性具有固定的前后顺序,不能通过前者的检验时,就无须进入后者的检验;而在法益修复的场合中,在缺乏违法阻却事由的情况下,前行为已经造成了实质的

法益侵害。因此,行为已经具备应罚的违法性,而进入需罚的违法性的判断之中。当行为人基于法益修复而阻却最终的违法性时,实际上是在后一阶段排除了需罚的违法性。由此可见,尽管法益阙如与法益修复都阻却了最终的、整体意义上的违法性,但这种阻却建立在异质的理论根据之上,也是在不同的判断阶段内完成。

(二)法益衡量与法益修复

就法益衡量与法益修复的关系而言,也容易形成误解,将后者视为前者的一种特殊情形,并不否认法益修复的独立存在价值。即认为,在法益修复的场合中,前行为尽管造成了法益侵害,但修复行为又形成了积极的法益促进。并且,这里的法益侵害与法益促进在程度上相当,可以在法益比较的意义上相互衡平,因此可阻却其实质的违法性。与法益阙如的情形不同,这种观点并没有自始否认值得保护的法益的存在,而是在承认法益侵害的同时,又通过正面的法益促进加以抵消。

在本文看来,法益衡量与法益修复的界限并不应轻易抹平,它们存在以下区别。

其一,时点上的区别。对于法益衡量而言,其评价对象是一体性的行为,而评价的时点则是该行为的实行时。例如,在义务冲突的场合,行为人履行了一个较重要的义务,同时放弃了另一个较次要义务的履行。此时,行为所造成的法益损害(因不履行较次要义务而引起)与所完成的法益保全(因履行较重要义务而形成)是同时发生的,都定格于该行为的实行时。这种评价时点上的同时性,在正当防卫、紧急避险等违法阻却事由中也完全成立。与之不同,在法益修复的场合中,由于评价对象具有分段性,使得其评价时点具有滞后性。也即,法益修复是在前行为已造成实质法益侵害基础上的进一步评价,因此,相对于法益侵害的判断时点而言,法益修复的评价时点是滞后的,构成一种嗣后评价。也因此,法益侵害与法益修复的评价时点被明显区隔开来,并不具有同时性。

其二,程度上的区别。在法益衡量的情形下,通常需要存在优越的利益。也即,就所保全法益与被损害法益的性质、程度而言,前者具有整体上优越于后者的特征。也因此,在规范评价上,它具有正面的法益促进性,具有积极的、溢出的法益保护价值;而在法益修复的场合中,则存在完全修复、部分修复、未予修复(但存在修复性尝试或努力)等不同情形。即使就本文所讨论的完全修复情形,也最多是使已形成的法益损害得以填平与回复,不可能产生优越的利益。^③

其三,性质上的区别。事实上,法益衡量与法益修复最为核心的区别仍然是:两者尽管都阻却了整体意义上的违法性,但前者是排除了应罚的违法性,后者则排除了需罚的违法性,因而在性质上迥异。具体而言,在法益衡量的场合,虽然实际上存在一定的法益损害,但却存在更大的法益保全。由此,法益损害被法益保全所屏蔽,在规范评价上不认为有实质的法益侵害存在,不具有应罚的违法性;而在法益修复的场合,嗣后的法益修复与前行为所造成的法益侵害,并不能作同质化的理解。在这种双层的违法构造中,前行为在欠缺违法阻却事由的前提下,已经形成了实质的法益侵害,具有应罚的违法性。法益修复所排除的,并不是一种违法宣告的正当性,而是一种违法宣告的现实必要性。亦即,尽管不能否认应罚的法益侵害的存在,但由于行为人的法益修复行为,使得法益损害事实上被填平。此时,从补救性的规范确证、辅助性的刑罚介入等政策性考虑出发,可以放弃违法性的宣告。

整体观之,在功能违法论看来,实质的违法评价由应罚的违法性与需罚的违法性两个层面共同构筑。其中,法益阙如与法益衡量是应罚的违法性的下位原理,体现的是违法宣告的正当性;法益修复则定位于需罚的违法性评价,体现的是违法宣告的现实必要性,并实现刑事政策之于违法评价的功能化指引。在法益阙如的场合,根本不存

在应当保护的法益,因此不存在实质的法益侵害,不具有应罚的违法性;在法益衡量的场合,尽管行为已造成特定的法益损害,但却保护了更为重要的其他法益。法益损害是法益保全的必要代价,两者具有手段与目的上的合比例性。因此,较小的法益侵害被较大的法益保全所抵消,并不认为产生了实质的法益侵害,也由此阻却应罚的违法性;而在法益修复的场合,则存在着应罚的违法性与需罚的违法性的二阶判断。此时,尽管不能否认前行为已造成实质的法益侵害,但从刑事政策的角度考量,如果放弃对这一行为的违法宣告,不但无损于犯罪预防目的之实现,反而会促进对被害法益的更优保护时,就失去了违法宣告的现实必要性。

四、功能违法论的外部关联

功能违法论的提出,不仅需要考虑违法论的内部脉络,更需要被置入犯罪论体系中加以整体考量。特别是,需要对功能违法论与功能责任论的体系关系加以整饬。

(一)功能化体系的主要方案

1. 目的理性的功能化体系

在罗克辛创建目的理性犯罪论体系之前,刑法教义学与刑事政策之间缺乏学术贯通的意识,也无由发展出联通性的知识体系。及至目的理性犯罪论体系创建以来,格局为之一变。在这一体系中,罗克辛将刑事政策的目的设定作为构建刑法教义学体系的指导准则,并将政策目标贯穿到犯罪论体系的各阶层之上,由此实现了功能化的体系再造。根据他的设想,一方面,不法应当从刑法的社会任务——辅助性的法益保护中推导而来。这意味着,刑法应致力于重要法益的保护,但这种保护又需有所节制。这不但取决于对罪刑法定主义的坚守,及由此而来的规制范围上的不完整性;而且取决于刑法的保障法地位,因而必须在不同法域多元利益的冲突中予以衡平。另一方面,罗克辛的功能化改造主要体现于责任阶层。

即在传统的罪责范畴之外,进一步补充考虑预防必要性。由此,责任的实体应由两大要素共同构筑:谴责必要性与预防必要性。分开来看,两者都是刑罚发动的必要前提,但又都不能构成刑罚发动的充分根据,它们应相互补充又彼此限制地引起行为人的责任。^⑤

然而,在本文看来,罗克辛的理论方案仍存在一定缺憾:其一,在责任论中,谴责必要性与预防必要性各自体现了规范的答责与功能的答责,共同决定责任的赋予。但在违法论中,却并未清晰划分出规范的违法与功能的违法,因而难以妥当处理规范性思考与政策性思考之间的关系。其二,在不同阶层的政策考量上,也缺乏逻辑的一贯性。从责任论的建构逻辑看,其政策性考量乃限于刑罚本身的目的设定,并从此种目的出发来反向形塑责任的观念与内核;而在违法论中,却又跨出刑法领域,引入不同法体系的规范目的与社会任务之间的竞争。如此一来,刑事政策的目标与内涵就变得闪烁不定。其三,即便认为,刑事政策目标具有多元性,可以在不同阶层间予以分配性安置,这一体系方案也没有对此种分配性安排的内在理据详加说明。质言之,刑事政策的目标设定的确具有能动性,也不可能定于一尊。但是,为什么某些刑事政策目标需要被承认,它又如何与特定评价阶层相配合,诸阶层的刑事政策目标之间具有怎样的脉络关联,这些问题在罗克辛体系的建构原理中均没有清晰说明。

2. 社会系统论的功能化体系

雅科布斯发展出功能化体系的另一种方案。在方法论上,他受卢曼的社会系统论启发,其所型构的方案可被称为社会系统论的功能化体系。在他看来,刑法是现代社会中规范沟通与认知支持系统的重要组成部分。^⑥因此,刑法的任务并不在于对法益的保护,而在于对规范效力的承认与维持。^⑦具体而言:一方面,是否需要赋予责任,并不取决于行为人是否存在可予谴责的心理缺陷,而

是取决于行为所导致的规范效力损伤是否确需刑罚出场加以抚平。刑罚对规范效力的维持,既不是通过对潜在犯罪行为人的威吓来实现,也不是通过对行为人再次实施犯罪的预测来实现,而是取决于积极一般预防的作用发挥。^⑧由此,责任的实体就完全由积极一般预防的必要性来填充,传统的罪责概念失去了立足之地。另一方面,在违法论上,雅科布斯也将这种社会系统论的思维贯彻到底。在他看来,违法的实质在于对规范效力的破坏,而责任的核心则在于对规范效力的维持。整个不法都属于责任的构成部分,因为不法仅仅是归责时不可或缺的动机错误的客观化而已。^⑨

但在本文看来,这一体系存在以下疑问:其一,体系阶层将被彻底功能化。在上述方案中,责任评价完全取决于积极一般预防的必要性。这使得罪责原则被驱除在外,应负责任性被彻底置换为需负责任性,责任阶层的规范性思考被功能性思考彻底消融。这种规范性思考被功能性思考完全取代的危险,在其违法阶层同样有所显现。其二,违法论在一定程度上被形骸化。雅科布斯强调,将不法当作责任的一部分,是因为需要在主观与不法的关系这个点上考察作为责任的不法。但这样一来,不法就成为责任判断的辅助性概念。^⑩不法的意义便仅在于使我们去怀疑一种有瑕疵的意义表达(责任)的存在。^⑪这不仅导致违法论丧失了自己的独立地位,不可避免地成为责任判断的附庸,而且使得违法与责任间的阶层界限难以被清晰维持。

(二)功能化思考的体系贯穿

通过检讨上述功能化体系方案的得失,本文认为,最重要的是处理好两个基本问题:一是,作为犯罪论建构的基本逻辑,功能化思考应否在整个犯罪论体系中加以贯穿?二是,如果阶层体系仍值得被维持,那么,功能化思考在不同阶层之间应如何进行分配性安排?其内在理据何在?

在罗克辛的理论体系中,尽管责任阶层明确

考虑了罪责与预防必要性,即应负责任性与需负责任性,但在违法阶层中却没有进行充分的对应性发展。在此意义上,罗克辛虽构建了功能责任论,却并未发展出功能违法论。在本文看来,功能化的思考应当贯穿于整个犯罪论体系之中。这是因为:一方面,就体系的彻底性而言,如果仅仅在责任论中注入功能化的考量,在违法论中却加以留白,功能性思考就仅仅是局部的思考,难以成为渗透性的体系脉络,因而难言是彻底的功能化体系。就此而言,需要在不同阶层内以特定要素的形式,对功能化思考予以不同维度的具体化。另一方面,就体系的平衡性而言,如果在责任论中同时考虑应罚性与需罚性,而在违法论中仅考虑应罚性,体系的平衡性就可能破坏殆尽,因此也需要在违法论中加以对应性地展开。

此处,一种可能的误解是,功能化思考只需要蕴含于责任论之中。因为,责任处于犯罪论与刑罚论之间的枢纽位置,一旦责任成立,通常便意味着刑罚权的开启。这种观点似乎忽略了,虽然责任论在体系位置上最靠近刑罚论,但刑罚权的发动并不是单独由责任所引起,而是由整个犯罪论体系来承载和控制。就此而言,功能化思考应当在违法与责任等阶层中均有所体现,并加以体系性地融合与贯通。

作为犯罪成立条件的有机系统,犯罪论体系的底层逻辑应从应罚性(*Strafwürdigkeit*)与需罚性(*Strafbedürftigkeit*)两个层面进行建构。其中,前者体现了刑罚发动的正当性,是刑法的价值合理性之所在;后者体现了刑罚发动的功利性,是刑法的工具合理性之皈依。这两个层面既相互补充亦相互限制,共同形塑了刑罚发动的充要条件系统。在构筑犯罪论体系时,应将应罚性与需罚性的思考,同时浇筑于违法与责任阶层之中。这样一来,违法由应罚的违法性与需罚的违法性组成,责任则由应负责任性与需负责任性搭建;应罚性由应罚的违法性与应负责任性形塑,需罚性则由需罚

的违法性与需负责任性构筑。从纵向来看,这一体系维持了违法与责任之间的阶层区分;从横向出发,在每一阶层中均发展出应罚性与需罚性的不同侧面。如此一来,应罚性与需罚性就成为贯穿阶层体系的两条基本脉络,并且在不同评价阶层各有其展现,从而共同支撑起可罚性的充要条件系统。

需补充指出的是,本文并不赞同如下体系安排:即维持构成要件该当性、违法性与有责性的阶层设置,将之作为应罚性的具体展开;进而,在此三阶层之外,附加一个独立的需罚性判断阶层。将客观处罚条件视为独立的第四阶层的观点,就是此种方案之典型主张;^③近年来,我国学者亦提出类似的理论构想。^④上述方案的疑问在于:一方面,从形式上看,需罚性判断的确被融入犯罪成立体系之中,但这种需罚性判断却仍然游离在违法与责任之外,无法与它们形成内在的融合;另一方面,这一安排使得不同层面的功能化考量被杂糅在一起,并置于一个统一的容器之中。如此一来,各种不同的政策目标之间便缺乏清晰的、有层次的结构关系。也因此,需罚性判断成为一种巨大的“箩筐”,难以在不同评价维度进行具体化和精细化。

(三)功能化思考的阶层安排

如果承认功能化思考应在犯罪论体系中加以贯穿,就必须进而考虑第二个问题:其在不同阶层应如何进行分配性地安排?这一分配性安排的内在逻辑何在?

1. 区分逻辑

在既往的功能化体系中,预防目的被奉为一尊,成为赋予责任时极其重要甚至是唯一的目的。但近年来,恢复性司法、刑事和解、刑事合规的勃兴,以及本文所论及之立法例的出现,都显示出法益修复作为一种重要的刑事政策目的之可能。

如将犯罪预防与法益修复并举,两者实际上具有不同的政策意义与实践功能。

其一,从时间维度观察,两者分别侧重于对未然之罪的前瞻和对已然之罪的回应。显然,预防是面向未来的、可能发生的犯罪行为,因而构成一种前瞻性的应对。与之不同,法益修复则是一种面向过往的政策回应。它要求行为人直面已实施的法益侵害行为,并尽最大能力弥补损害。这是一种对既往行为的后果承担。

其二,从对象维度观察,两者分别侧重于对犯罪人的应对和对被害人的回应。特殊预防针对已经实施犯罪的人,一般预防则针对可能实施类似犯罪的人,预防整体上构成一种对(潜在)犯罪人的法律反应。但问题是,犯罪与被害乃一体两面的关系,对犯罪人的关注不能以对被害人的忽视为代价。以往,在是否可罚的观念与条件系统中,并不考虑被害人的利益诉求与实际体验。然而,法益修复的加入却迫使人们追问:如果站在被害人的视角,他们/她们将如何考量“是否需要处罚”?如果存在法益修复的努力并使实际损害得以祛除,被害人是否仍会坚持发动刑罚?实际上,在何种情况下需动用刑罚,不仅与被害人自身的法益保护观念相关,更与其权利和利益的实践方式相关。对于被害人而言,法益修复是一种更为具体、积极、直接的法益保护方式,也是一种更优越的法益保护方式。如果刑法的任务归根到底是保护法益,那么,这一保护的必要性就不仅取决于抽象的共同体利益,而是必须真切地聆听被害人的声音。同时,被害人视角的引入,也构成对单一国家立场的某种制约。因为,它对那种单纯以共同体需要为由的刑法介入予以限制,并在实质上限缩了刑罚权发动的范围。

其三,从功能维度观察,两者分别致力于法益损害的防止与法益损害的填平。刑事政策的核心,是合理而系统地组织对犯罪的回应。因此,其目标设定须考虑到犯罪所引发的多维后果,并分而治之地加以反应:(1)犯罪行为造成了现实损害。在此维度上,最为重要的是对损害加以修复

和弥合。(2)犯罪造成规范效力的破坏,使得人们对法秩序的信赖有所动摇。对此,必须通过对犯罪人的惩罚与报应,使被破坏的规范有效性得以重新确证,并巩固公众对于法秩序的忠诚与信赖。(3)犯罪还将产生面向未来的示范效应。由此,应建构起以鉴别、隔离、威慑、矫正等为主的综合预防机制,以清除犯罪的恶性示范效应。^④上述三个层面的分析同样可收敛到法益保护的线索之上,即法益损害的弥合、法益损害的谴责与法益损害的预防。这种过往损失之修复、当前效力之维持与未来损害之阻断,不仅在时序上前后相继,而且在功能上相互补充,构成了法益保护不可或缺的三个维度,也恰恰对应着修复、报应与预防。^⑤

应当承认,以往的犯罪论体系仅重视报应或预防之一端,或对两者采取并合主义的立场,法益修复则被彻底遗忘。事实上,报应立足于应罚性的需要,而修复与预防则定位于需罚性的考量。在需罚性的思考脉络上,两者应被承认为相对独立的政策目标,并予以分配性地安排。

2. 适配关系

经由上文的分析已经明确,法益修复与犯罪预防应作为不同的政策目的加以考量,并分而治之地加以处理。但如何将其置入犯罪论体系之中,如何使其特定化到具体阶层之上,却需要进一步考虑不同政策目的与评价阶层之间的适配关系。本文认为,将法益修复置于违法性阶层而将预防目的置于责任阶层,具有合理性。

一方面,法益修复与违法评价具有内在的契合性。在刑法教义学的原理上,实质的违法评价要么与规范违反相关,要么与法益侵害相连。即使是各种形式的二元论,也无法脱逸于这两个维度的评价。而法益修复与上述两个维度均可确立起牢固连接:当行为人实施了前部违法行为时,就已经形成了规范违反的后果。此时,通过法益修复的立法设置,立法者实际上对行为人进行了补充性的命令,呼吁行为人再次回到法和平的轨

道。此种补充性的命令规范具有明显的行为指引功能;同时,法益修复是对法益损害的回应,它们不仅具有对象上的一致性,而且具有时间上的相继性。因此,完全可以将法益修复纳入法益侵害的延长线上来考量,并在“与法益侵害的关联性”这一维度加以把握。

另一方面,预防目的与责任评价也具有相容性。就责任判断而言,它是在行为已经违法的前提下,进一步对行为人是否应对这一行为负责进行审查。这种审查最初建立在一种有缺陷的心理事实的基础上,但自规范责任论以来,则发展为一种对心理事实进行规范意义上的可谴责性评价。应当看到,无论是心理责任论还是规范责任论,其归责对象都建立在行为人自身的意志形成之上,其区别仅在于评价标准的不同。但事实上,责任的赋予不仅应考虑行为人主观意志上的瑕疵,而且应考虑行为人作为共同体成员,其行为对共同体秩序的滋扰及对规范信赖的破坏。就此而言,归责的根据应同时取决于两个不可舍弃的维度:一方面,它应当面向行为人,并考量其主观意志在规范层面的非难可能;另一方面,它应当面向整个共同体,并考虑共同体维持规范秩序、弥合和强化规范意识的需要。这种从共同体的需求出发,并将社会防卫理念加以具体化的概念装置,正是犯罪预防目的。也因此,责任阶层带有深刻的预防目的烙印。可以看到,尽管在功能责任论的具体内涵上,罗克辛与雅科布斯的方案有很大不同,^⑥但从预防目的角度对责任论予以重新铸造,却可谓英雄所见略同。

总之,在规范违反与法益侵害的延伸线上,法益修复与违法评价具有内在的相容性,由此可获得妥善的体系安置。与之相对,预防目的则更能配合责任的评价。它在引入一种面向共同体的答责需要的同时,也使得刑罚目的能够对责任赋予施以能动牵引,从而更能配合刑法社会任务的达成。

结语

近年来,中国的刑事立法呈现出一定程度的活性化状态。在刑事立法积极回应社会需求的同时,刑法理论也应对刑事立法的发展保持高度敏感,并反思其间可能蕴含的理论创生契机。这其中,《刑法》第201条第4款等立法例的出现,便值得我们认真对待。毫无疑问,隐含于这些条款背后的立法理据,正是一种从刑事政策出发的现实考量:即通过放弃刑罚权的发动,呼吁行为人再次回到合法轨道,并激励其实施有效的法益修复。但问题是,这种刑事政策性的根据,原先被置于违法评价之外,无法被违法论合理辨识、消化和吸收。上述立法例的出现,促使我们重新思考法益修复与违法评价间的紧密关联,并尝试建立起一种层级有致、内外融通的功能违法论框架。

透过本文的考察,我们获得了以下基本结论:其一,功能违法论的核心,是在违法评价中引入刑事政策性的考量,由此形成对违法宣告现实必要性的审查与控制。功能违法论并不是对传统违法论的彻底抛弃,而是在此基础上的进一步发展。因此,必须维持违法宣告的正当性与功利性、规范性思考与政策性思考之间的反思性平衡,并形成一种既相互补充亦相互限制的协调关系。其二,在这一思考脉络上,违法论势必分化出应罚的违法性与需罚的违法性两个不同层面,并在审查内容、检验顺序、评价方向等方面明显区分开来。法益修复不仅具有补充性的规范确证意义,而且是对辅助性原则政策内涵的具体展现。由此,它在原有的规范评价的延长线上,发展出违法论新的、功能化的审查面向。但应予承认的是,此种功能化的评价仍有其限度。如果行为人通过自己的行为表明,其缺乏真诚稳固的守法动机,或可能对预防价值产生根本损害之时,就不能再次赋予法益修复的机会。其三,功能违法论的提出,可能对根基性的违法观产生重大挑战。这种挑战不仅体现在违法评价的时间观与事实观的重塑之上,而且

体现在违法评价之实质内涵的重新阐释之上。亦即,违法是对规范效力的根本违反,并在此基础上造成了难以逆转的法益损害。只有当规范效力的确证与法益的保护不存在政策性的冗余空间,必须由刑法出场加以维持时,方能最终宣告违法性的成立。其四,功能违法论的确立亦具有体系重整的意义。因此,需要从纵横交错、内外融通的视角,对违法论的内部脉络与外在关联进行梳理和再定位。就内部关系而言,法益阙如与法益衡量是应罚的违法性的下位原理,法益修复则定位于需罚的违法性评价;而就外部关系而言,功能违法论则与功能责任论形成遥相呼应之势,使功能化思考贯穿于整个犯罪论体系之中。这不仅极大地促进了功能化体系的彻底性与平衡性,而且使不同维度的功能化思考得以清晰分离,并与既有犯罪论阶层融贯契合。

注释:

①在此,需注意讨论对象上的三点限制:一是行为人的前部行为已完全该当构成要件;二是进行了完全的法益修复,而非部分修复;三是立法明确规定了非罪化后果,如“不予追究刑事责任”“不作为犯罪处理”等情形。由此,本文是在特定约束性条件下进行的一种理论探索。

②参见《税务部门依法查处范冰冰“阴阳合同”等偷逃税问题》,《人民日报》2018年10月4日,第4版。

③参见刘艳红主编:《刑法学》(上),北京:北京大学出版社,2016年,第393页。

④参见刘科:《“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;庄绪龙:《“法益恢复”刑法评价的模式比较》,《环球法律评论》2021年第5期。

⑤参见张明楷:《逃税罪的处罚阻却事由》,《法律适用》2011年第8期。

⑥参见庄绪龙:《“法益恢复”刑法评价的模式比较》,《环球法律评论》2021年第5期。

⑦“刑罚根据阙如说”是类似学术观点的统称,如“刑罚论组成部分说”“个人解除刑罚事由说”等。本文主要以刘科提出的“刑罚论组成部分说”为对象展开讨论。

⑧参见刘科:《“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。

⑨参见张明楷:《逃税罪的处罚阻却事由》,《法律适用》2011年第8期。

⑩参见张明楷:《恶意透支型信用卡诈骗罪的客观处罚条件——〈刑法〉第196条第2款的理解与适用》,《现代法学》2019年第2期。

⑪参见张明楷:《逃税罪的处罚阻却事由》,《法律适用》2011年第8期。

⑫参见王钰:《罪责原则和客观处罚条件》,《浙江社会科学》2016年第11期。

⑬参见张明楷:《逃税罪的处罚阻却事由》,《法律适用》2011年第8期。

⑭参见储槐植、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。

⑮弗莱彻将犯罪成立的判断模式区分为综合模式与例外模式。在理论逻辑上,这一分析框架类似于本文所述“构成性评价模式”与“废除性评价模式”。参见George P. Fletcher, "Two Kinds of Legal Rules: A Comparative Study of Burden-of-Persuasion Practices in Criminal Cases," *The Yale Law Journal*, vol. 77, no. 5, 1968, pp. 892-893.

⑯参见莱奥·罗森贝格:《证明责任论——以德国民法典和民事诉讼法典为基础撰写》,庄敬华译,北京:中国法制出版社,2002年,第124-131页。

⑰参见《关于〈中华人民共和国刑法修正案(七)〉(草案)的说明——2008年8月25日在第十一届全国人民代表大会常务委员第四次会议上》,《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员公报》2009年第2期。

⑱参见薛铁成:《论刑法第201条逃税罪初犯免责的法益保护——兼论逃税案司法实践程序的模式选择》,《西南石油大学学报》2019年第5期。

⑲有学者区分了法益保护的间接、常规路径与直接、可逆路径。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。

⑳ Vgl. Claus Roxin/Luis Greco, *Strafrecht AT*, Band I, 5. Aufl., 2020, §2 Rn. 1.

㉑有学者对法益保护中的辅助性(补充性)原则与比例性原则之间的关系加以阐释(参见张明楷:《法益保护与比例原

则》,《中国社会科学》2017年第7期),本文则侧重于对辅助性原则之政策内涵的挖掘。这种政策性考量其实构成了立法者在刑罚手段与其他手段之间进行权衡和选择时的重要考虑因素。

㉒参见李翔:《论逃税犯罪中的初犯免责》,《中国刑事法杂志》2009年第7期。

㉓本文的讨论主要限制在刑法范围之内。亦即,就刑法规范的偏离而言,最多只能有一次政策性优待。但从该但书的表述看,如果行为人并不存在违反刑法规范的行为,却已有两次行政法上的规范违反行为,即使没有享受过刑法规范偏离的法除优待,也将丧失此种政策性利益。

㉔由于法益侵害与法益修复具有异质的理论基础,严格来讲,两者之间能否进行数量上的比较与衡量,殊为可疑。此处的分析意在表明,即使允许进行对比,也不可能产生积极的、超出的法益促进价值,这与法益衡量有较大区别。

㉕参见克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》第1卷,王世洲译,北京:法律出版社,2005年,第125页。

㉖ Vgl. Günther Jakobs, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, S. 14.

㉗ ㉘ ㉙ Vgl. Günther Jakobs, *Strafrecht AT*, 2. Aufl., 1991, §1 Rn. 11, §1 Rn. 15, §17 Rn. 44.

㉚ Vgl. Günther Jakobs, *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischem" Prinzipiendenken*, *ZStW* 107(1995), S. 864.

㉛ Vgl. Günther Jakobs, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, S. 24.

㉜参见汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》(总论),徐久生译,北京:中国法制出版社,2001年,第667页;克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》第1卷,第699页。

㉝参见姜涛:《需罚性在犯罪论体系中的功能与定位》,《政治与法律》2021年第5期。

㉞ ㉟参见杜宇:《传统刑事责任理论的反思与重构——以刑事和解为切入点的展开》,北京:中国政法大学出版社,2012年,第237、238页。

㊱主要区别在于,罗克辛并没有放弃罪责原则对答责任性的限制,而雅科布斯则完全否认了规范性的责任内涵;雅科布斯将预防目的紧缩为积极的一般预防,而罗克辛则并没有在其预防目的中放弃特殊预防及消极的一般预防需要。