

我国刑法中的积极悔罪条款:法理基础与立法模式

张志钢

内容提要:作为犯罪既遂后减免刑罚的特殊规定,积极悔罪与中止极为类似又截然不同。散见于分则诸条文缺乏统一定义的积极悔罪条款,因刑事政策目标不同存在固有的内部类型差异,可分为预防型与补偿型。旨在有效阻碍法益侵害的预防型积极悔罪接近于中止,其减免处罚的法理根据是行为人视角下刑罚目的论与刑罚处罚前置化;补偿型积极悔罪主要是填补已然造成的实质法益侵害,其减免处罚的法理根据首先是被害人保护。因积极悔罪条款不具有类推可能性,日益增长的实体规范需求只能诉诸立法来实现。现行纯粹分则性的立法模式无法满足旺盛的实践需要且弊病丛生,纯粹总则性的立法模式不能顾及积极悔罪的内部类型差异,也无法与中止犯协调,务实的选择是将预防型积极悔罪类比中止置于总则中,采用分则模式的补偿型积极悔罪可以考虑设置跨构成要件的一类罪模式。

关键词:积极悔罪条款 刑罚裁量 类推适用

张志钢,中国社会科学院法学研究所副研究员。

一 问题的提出

2020年通过的《刑法修正案(十一)》在总体提高非法吸收公众存款罪和挪用资金罪法定刑的同时,也分别对两罪增设了减免处罚规定。这种体现宽严相济刑事立法政策宽之一面的规定,受到广泛积极评价。^[1]有学者指出,《刑法》第176条第3款是在追赃挽损的现实压力下,从“后端”为具备本罪形式要件特征的集资行为提供了一个“出罪口”。^[2]这两款也因呼应了赋予退赔退赃独立的减轻处罚意义的呼吁,被称为“法定的

[1] 参见张义健:《〈刑法修正案(十一)〉的主要规定及对刑事立法的发展》,《中国法律评论》2021年第1期,第54页。

[2] 参见王新:《非法吸收公众存款罪的规范适用》,《法学》2019年第5期,第110-111页;王新:《民间融资的刑事法律风险界限》,《当代法学》2021年第1期,第68-69页。

退赃退赔激励性从宽情节”立法模式。^[3]事实上,这种立法并非特例,包括我国在内的各国刑法中都有既遂后减免处罚的规定。德国、奥地利刑法中将这类规定明确称为“积极悔罪”。^[4]

在刑法学中,积极悔罪大多与其结构类似的中止一并讨论。^[5]具体而言,二者都包含已经构成犯罪的行为和事后的反向行为前后两个阶段;同时二者又是截然区隔的,中止行为发生于犯罪既遂前,积极悔罪行为只能出现于既遂后。这种与中止既截然区隔又极为类似的重要制度创新,在理论上激发出一系列“新概念”。先是以“赎罪”论证既遂后例外出罪,并试图建构事后自动恢复制度,为司法实践中个案判决提供“例外出罪”理由,而后将其“普遍化”、上升为一般性理论,并通过立法建议来建构条件性出罪机制。^[6]随后,法益恢复现象(行为)、犯罪后正行为、事后积极补救行为、事后自动恢复行为、犯罪合作模式等各种概念陆续登场。^[7]这些概念中,有的旨在“例外性”证成司法实践中个案处理的正当性,更多则是尝试为犯罪既遂后的减免处罚甚至出罪提供法理根据。这两种方案虽方向一致,却无法共存。如果将个别的制定法规范适用到一个不属于该规范调整的范围,属于制定法内的法律续造——类推适用。^[8]然而,如果现行法中积极悔罪条款可以类推,即无需通过立法,但在除了修法就无法消除现行法缺陷时,即意味着类推适用缺乏合法性。随之而来的疑问是:现行法中的积极悔罪条款可类推适用吗?如果答案是肯定的,现有积极悔罪条款可类推适用的其他罪名之范围及其法律后果如何明确?如果是否定的,不具有类推可能性的积极悔罪条款,应采何种立法(扩张)模式?为澄清这些疑问,本文首先考察我国现行法中的积极悔罪条款,并借助与其纠缠的中止犯减免处罚的规定及其根据,检讨积极悔罪的类型及其法理基础,以探索积极悔罪可行的本土立法模式。

二 我国刑法中的积极悔罪条款评析

与那些因独立于结果不法而被纳入总则的罪后情节(如犯罪人与被害人的和解、自首、坦白)相比,积极悔罪具有密切的构成要件相关性。^[9]这造成刑法中的积极悔罪条款

[3] “事后积极补救行为”法定化的主张,参见祁若冰:《几种酌定情节的法定化》,《人民法院报》2012年11月7日第6版;呼吁“事后自动恢复行为”法定化的观点,如房清侠:《事后自动恢复行为应纳入法定从宽情节》,《检察日报》2018年10月12日第3版;杨宁:《退赃退赔激励性从宽情节研究》,《现代法学》2021年第5期,第187页。

[4] 如《德国刑法典》第306条e、第314条a、第320条、第330条b。基于此,本文统一采“积极悔罪”(tätige Reue)的表述。

[5] 参见[德]乌尔斯·金德霍伊泽尔著:《德国刑法总论教科书》(第六版),蔡桂生译,北京大学出版社2015年版,第54页;林钰雄著:《新刑法总则》,我国台湾地区元照出版公司2022年版,第330-331页。

[6] 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;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130页以下等。

[7] 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页以下;姜涛:《刑法中的犯罪合作模式及其适用范围》,《政治与法律》2018年第2期,第93页以下;刘峰江、莫洪宪:《犯罪后正行为模式的功能主义形塑》,《法律适用》2020年第5期,第112页以下;等等。

[8] 参见[德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》(全本·第六版),黄家镇译,商务印书馆2020年版,第465页以下。

[9] Vgl. Matt/Saliger, Ausbau der Tätigen Reue im deutschen Strafrecht, AnwBl 2016, 307, 308 f.; Oğlakcioğlu/Kulhanek, Antizipierte tätige Reue, JR 2014 (11), 462, 468 f.

多零散分布于分则诸条文中,且缺乏内在的统一性和体系性。

(一) 积极悔罪条款在我国刑法中的呈现

1. 现行刑法中的显性规定

结合现有的积极悔罪条款并借鉴与其结构类似的中止犯,除犯罪既遂这个共通的前提外,积极悔罪的成立一般要求行为人(1)在一定时间点前(及时性);(2)通过积极主动的行为(自愿性);(3)有效避免法益侵害发生或补偿已然造成的法益侵害(有效性)。据此,我国刑法分则中明文规定积极悔罪的条款,可整理如下:

表1 刑法中的积极悔罪条款

积极悔罪条款	有效性	自愿性	及时性	法律后果
第164条(对非国家工作人员行贿罪,对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪)第4款	主动交待行贿行为的	自愿	在被追诉前	可以减轻处罚或者免除处罚
第176条(非法吸收公众存款罪)第3款	积极退赃退赔,减少损害结果发生的	自愿	在提起公诉前	可以从轻或者减轻处罚
第201条(逃税罪)第4款	补缴应纳税款,缴纳滞纳金,已受行政处罚的	非自愿	经税务机关依法下达追缴通知后	不予追究刑事责任
第241条(收买被拐卖的妇女、儿童罪)第6款	收买被拐卖的妇女、儿童,对被买儿童没有虐待行为,不阻碍对其进行解救的;按照被买妇女意愿,不阻碍其返回原居住地的	自愿	解救时;返回时	可以从轻处罚;可以从轻或减轻处罚
第272条(挪用资金罪)第3款	将挪用的资金退还的,其中,犯罪较轻的	自愿	在提起公诉前	可以从轻或者减轻处罚;可以减轻或者免除处罚
第276条之一(拒不支付劳动报酬罪)第3款	尚未造成严重后果,支付劳动者的劳动报酬,并依法承担相应赔偿责任的	非自愿	在提起公诉前	可以减轻或者免除处罚
第351条(非法种植毒品原植物罪)第3款	非法种植罂粟或者其他毒品原植物,自动铲除的	非自愿	在收获前	可以免除处罚

(续表 1)

积极悔罪条款	有效性	自愿性	及时性	法律后果
第 383 条(对贪污罪和受贿罪的处罚)第 3 款	行为人犯第一款罪,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;有第二项、第三项规定情形的	自愿	在提起公诉前	可以从轻、减轻或免除处罚; 可以从轻处罚
第 390 条(行贿罪)第 2 款	主动交待行贿行为的,其中,犯罪较轻的,对侦破重大案件起关键作用的,或者有重大立功表现的	自愿	在被追诉前	可以从轻或者减轻处罚; 可以减轻或者免除处罚
第 392 条(介绍贿赂罪)第 2 款	主动交待介绍贿赂行为的	自愿	在被追诉前	可以减轻处罚或者免除处罚

2. 司法实践中的隐性适用

司法实践中也存在刑法无明文规定积极悔罪条款,但最终仍实现程序上出罪的现象,可将这些情形视为积极悔罪的隐性适用。程序上出罪主要体现在通过适用积极悔罪条款不起诉或不立案。例如,针对《刑法》第 276 条之一(拒不支付劳动报酬罪)第 3 款,最高人民检察院、公安部在 2017 年制定的《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(一)的补充规定》中规定,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,可以不予立案追诉。这在一定程度上可以视为免除处罚在程序上的出罪机制。再如,根据最高人民法院 2000 年《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 条规定,对于只造成财产损失的交通肇事者,如果能主动赔偿财产损失即有出罪余地,若行为人能赔偿损失数额与总损失数额之差小于 30 万元,即可无罪。至于这是否合理,仍有讨论余地。

(二) 积极悔罪条款缺乏内在一致性

不难发现,我国刑法现有积极悔罪条款并非立法者通盘考虑下一体规划的结果。具体而言:第 164 条第 4 款的立法目的“在于在刑事政策上给予行贿人从宽处理和出路,鼓励行贿人悔过,揭发检举受贿人,有利于节省司法资源,及时发现、惩治贿赂犯罪”;第 176 条第 3 款,是为了“促使非法吸收公众存款的人员积极退赃退赔,减少和挽回社会公众损失增加”;第 201 条第 4 款主要是为了“保证国家税收收入”;第 241 条第 6 款的“目的是促使收买人善待被拐卖的妇女、儿童,以更好地维护被害人的权益”;第 272 条第 3 款是“考虑到实践中追赃工作的实际情况和更有利于保护涉案企业财产权益的需要”;第 276 条之一第 3 款的初衷是“让欠薪者能够支付劳动者应得到的报酬,从真正意义上保障劳动者合法权益的实现”;第 390 条第 2 款主要是基于囚徒困境策略,“分化瓦解贿赂犯罪分子,严厉惩治受贿犯罪”;第 392 条第 2 款主要是考虑到介绍贿赂人在被追诉前主动交代介绍

贿赂行为的证据法意义,即“有利于固定贿赂犯罪的证据链和查处贿赂犯罪”。^[10]事实上,《德国刑法典》(Deutsches Strafgesetzbuch)设置积极悔罪条款的刑事政策考量同样“五花八门”。比如《德国刑法典》第 89 条 a(严重危害国家的暴力犯罪的预备行为)第 7 款是为了实现刑罚目的;《德国刑法典》第 98 条(叛国的谍报行为)第 2 款、第 129 条(建立犯罪组织)第 6 款、第 142 条(擅自离开肇事现场)第 4 款、第 239 条 a(掳人勒索)是为了更为有效地保护法益;第 264 条(补助金诈骗)第 5 款、第 264 条 a(投资诈骗)第 3 款、第 265 条 b(信贷诈骗)第 2 款是为了确保刑法内在体系的一致性;第 266 条 a(截留和侵占劳动报酬)第 6 款是为了排除不具有应罚性的行为等。^[11]

上述条款立法政策考量各不相同,首先是积极悔罪成立条件并不整齐划一。第一,有效性。不同于中止犯有效性,积极悔罪之有效性不仅包括阻碍损害结果的发生,还包括对已经造成的损害结果的补偿。如果法益侵害已经发生,积极悔罪的有效性主要表现为积极退赔退赃、避免或减少损失;如果法益侵害尚未发生,则体现为避免法益侵害出现,如行为人在收获前就自动铲除了原植物。第二,自愿性。积极悔罪行为本身即说明了行为人的逆转行为是积极主动的,这也是大多数条款的要求。但自愿性并非必要条件,如纳税人“经税务机关依法下达追缴通知后”及时补缴应纳税款并缴纳滞纳金等,都无法排除行为人“技术性悔罪”的存在。^[12]第三,及时性。及时性的一般要求是既遂后“提起公诉前”,但也有“被追诉前”或“解救时”等。其次是积极悔罪的法律后果并不统一。诸如,“可以从轻或减轻处罚”“可以减轻或免除处罚”“可以免除处罚”“不予追究刑事责任”。有些积极悔罪条款则是以上法律后果的不同组合,如挪用资金罪的第 272 条第 3 款),更加剧了这种不一致性。

三 积极悔罪减免处罚的证成路径及其反思

我国刑法中积极悔罪条款的随机性及其缺乏内在一致性的处理,造成目前理论上指称积极悔罪条款的“新概念”接续出现,这些概念几乎一致肯定积极悔罪减免处罚的正当性,呈现出不同的证成路径。

(一) 积极悔罪减免处罚的现有证成路径

第一,违法阻却事由说。该说最早发现“既遂后不出罪存在例外”的司法现象并将之归纳为“赎罪”,“阻却实质的违法性(危害性)是赎罪成立与否的关键所在”。^[13]“犯罪既遂后例外出罪”的“赎罪说”一经提出便获得一致认同,但其论证理由却鲜有被接受。一如“中止作为特殊的罪后行为,犯罪后的行为只中断了未遂,但并未消除未遂的不法和

[10] 参见王爱立主编:《中华人民共和国刑法释义》,法律出版社 2021 年版,第 316、347、419、515、576、585、863、867 页。

[11] Vgl. Matt/Saliger, Ausbau der Tätigen Reue im deutschen Strafrecht, AnwBl 2016, 307, 307.

[12] 技术性悔罪在认罪认罚从宽制度实践中同样存在,也应获得司法承认。参见李怀胜:《抵牾抑或兼容:认罪认罚从宽制度的实体法定位》,《云南民族大学学报(哲学社会科学版)》2021 年第 2 期,第 160 页。

[13] 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。

责任”,^[14]积极悔罪更无法改变前阶段犯罪既遂的不法和责任。第二,刑事责任熔断机制说。对于自我设问“法益可恢复性犯罪”出罪化处理,属于违法阻却事由还是责任阻却事由,或者是其他单独的出罪事由体系?该说的回答是其他单独的出罪事由体系。因为“法益恢复”与犯罪论体系(犯罪既遂的判断)并无逻辑关联,“只与刑事责任承担的方式与刑罚裁量的内容有关”。具体而言,对于既遂前提下的“法益恢复”问题,因既遂构成“罪”,在“责”之阶段因介入了行为人的“法益恢复”因素,在整体上可以评价为刑事责任的“熔断”。由此,在“刑”之阶段综合“罪”“责”两个阶段的分析得出减轻处罚甚至“免刑”,从而实现罪责刑相当原则。^[15]第三,刑罚论组成部分说。该说认为,“罪后情节是行为在犯罪论体系上已经得出有罪结论之后的情节,与犯罪构成要件无关,不可能在犯罪论体系中找到位置。”^[16]在对法益恢复行为的体系安排上,与其空洞无物地在刑事责任阶段“刑事责任熔断”,不如直接在刑法的刑罚论部分讨论。^[17]第四,犯罪合作模式或犯罪后正行为模式。犯罪合作模式认为,行为人在犯罪之后以自身的努力弥补犯罪带来的损失,从而使其行为被评价为犯罪的意义降低,不再具有刑事政策意义上的需罚性,它能带来刑罚赦免的效果。^[18]与此类似,犯罪后正行为模式主张,积极悔罪的理论基础在于“行为构成犯罪必须同时符合应罚性与需罚性的要求”。^[19]第五,综合说。“个人解除刑罚事由”的主张者认为,很难用违法性减轻说、刑事政策说、刑罚目的说、奖励说中的某一学说来说明,因而应采综合说。^[20]同样,“事后自动恢复行为”提倡者也认为,“事后自动恢复行为使作为量刑依据的社会危害性和人身危险性均有所减轻甚至消除,从刑罚目的来看行为人的预防必要性降低,并且将其作为法定量刑情节有利于激励行为人积极弥补自身过错,实现对被害人权益的救济”。^[21]

(二)积极悔罪减免处罚证成路径的反思

本文认为,以上路径迥异的论证路径互关互联,并无本质区别。“赎罪论”侧重于刑事责任承担的责任抵偿,但其定位是不法结果的减少和消除,以存在法益自动恢复或有效补偿法益损失为必要。法益恢复概念的出发点是更有效地保护法益,但法理基础却赋予刑罚目的的实现。刑罚论组成部分说主张,应该在犯罪论中研究应罚性,在刑罚论中研究需罚性;法益恢复行为中,因前行为已经构成既遂而具有应罚性,因后行为而缺乏需罚性。^[22]可见,无论是刑事责任熔断机制说还是刑罚论组成部分说,均将积极悔罪行为纳入需罚性的考量。同样,犯罪后正行为模式、犯罪合作模式也着眼于目的理性体系下刑罚预防必要性的考量。目的理性刑法体系中,应罚性和需罚性是所有刑事制裁的根基,减免

[14] Kuhl, Strafrecht AT, 7. Aufl. 2012, § 16 Rn. 8.

[15] 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,第147-148页。

[16] 刘科:《司法解释中的但书规范:性质、识别方法与完善思路》,《政治与法律》2023年第1期,第89页。

[17] 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,第169页。

[18] 参见姜涛:《刑法中的犯罪合作模式及其适用范围》,《政治与法律》2018年第2期,第94页。

[19] 参见刘峰江、莫洪宪:《犯罪后正行为模式的功能主义形塑》,《法律适用》2020年第5期,第118页。

[20] 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84-85页。

[21] 房清侠:《事后自动恢复行为应纳入法定从宽情节》,《检察日报》2018年10月12日第3版。

[22] 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,第169页。

刑罚理由也应从这两个概念找到——尽管是消极层面的考察。如果将预防必要性考量纳入广义的罪责概念(负责性),则积极悔罪与中止未遂同属于罪责范畴,而属于罪责排除事由;如果采狭义罪责概念,则积极悔罪属于违法和有责以外的其他犯罪成立条件。就此而言,选择个人解除刑罚事由还是罪责解除事由的定位,取决于对预防必要性的定位。^[23] 这样的分歧同样存在于中止的定位,“如果将罪责理解成刑罚介入的必要性,目的论导向的刑罚自然就不存在,因自愿中止行为就不再具有预防必要性。如果在量刑时考虑预防性因素,那么中止更接近于法律后果的确定——量刑范畴”。^[24] 就此而言,刑罚组成部分说、个人解除刑罚事由、法益恢复说、犯罪后正行为,其内核均为刑罚目的论说。

由此不难发现对积极悔罪的证成路径,并未超出中止犯减免处罚的法理根据。^[25] 所以积极悔罪减免处罚的理由最终回归到刑法法益保护的任务和刑罚目的的实现,并无不妥。因为建构行为可罚性的基础与减免刑罚的理由密切相关。在判断行为应罚性上起决定作用的是法益保护的任务;如果对该行为施加刑罚的意义和目的已经实现,该行为即丧失了需罚性。问题是,这种综合论证不仅忽略了积极悔罪区别于其他罪后情节的独立意义,也忽视了积极悔罪内部的类型区分。

我国刑法中除中止外,自首、立功、坦白等事后积极行为同样减轻了既成犯罪的应罚性与需罚性。行为人在犯罪既遂后所有表现出积极态度的行为,如自首、立功与坦白、事后积极退赃、赔偿损失与积极挽回损失,是几乎每个刑事案件都或多或少涉及的罪后情节。^[26] 从立法上看,自首、立功与坦白作为类型化情节规定在我国刑法总则中,但这些罪后情节又以不同方式组合散见于分则条文中作为积极悔罪条款。如此,就很难说自首、坦白、立功缺乏“赎罪”意味,很难说不属于“犯罪后正行为”“犯罪合作模式”。因此,上述一元论证难免过于简化,有失针对性。可喜的是,以上论证途径也不乏以选言命题方式呈现积极悔罪的全貌。诸如,犯罪后具有正价值的行为包括主动采取的防止损害扩大和弥补被害人损失两类行为;事后自动恢复行为包括挽回或补救先前行为所造成的法益损害;法益可恢复性行为包括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。恢复性司法致力于寻求社会的整体性修复,主张“刑事司法应当更少地关注对违法者的谴责,而应关注恢复个人损害和修复破裂的社会关系的过程”。^[27] 法益恢复概念因巧妙借用恢复性司法的表述而获得一定解释力,但其内涵太过模糊,以至于自被提出便面临着哪些法益(受侵害后)可恢复、哪些不可恢复的界分困扰。更为严重的是,法益恢复概念的定义自身便存在吊诡之处:如果法益最终未遭受侵害,何来法益恢复之说;如果

[23] 如果采罗克辛广义的纳入预防必要性的罪责(负责性)概念,中止、积极悔罪等属于罪责排除事由。(Vgl. Roxin, *Strafrecht AT II*, 2003, § 30 Rn. 29 ff.) 如果采狭义的责任概念,个人解除或减轻刑罚事由是违法与责任以外的犯罪成立条件。

[24] Kühn, *Strafrecht AT*, 7. Aufl. 2012, § 16 Rn. 8.

[25] 中止犯减免处罚根据理论史,参见王效文:《中止犯减免刑罚之理由》,我国台湾地区《月旦法学杂志》2011年第7期,第5页以下。

[26] 参见张明楷:《论犯罪后的态度对量刑的影响》,《法学杂志》2015年第2期,第1页以下。

[27] Lucia Zedner (1994), p. 233. 转引自[英]安德鲁·阿什沃斯著:《量刑与刑事司法》(第六版),彭海青、吕泽华译,中国社会科学出版社2019年版,第103页。

对所保护的法益已经造成了实质性损害,也就无所谓恢复,所谓覆水难收。

四 类型化视角下积极悔罪减免处罚的法理基础

现有的论述已敏锐捕捉到积极悔罪在事理上的两种功能:(针对已被侵害法益的)事后积极补救和(针对实害结果未发生的)事后自动挽回,由此可划分为补偿型积极悔罪与预防型积极悔罪。^[28]这两种类型在我国现行刑法中都有体现,需要针对性考察。

(一) 积极悔罪的两种类型

刑法作为行为构成要件法,实现分则各具体构成要件要素意味着(形式)既遂。对于大多数结果实害犯而言,犯罪既遂与其所保护的法益遭受实质侵害同时发生,或者说,形式既遂与实质既遂是二合一而无法区隔的。对构成要件前置化的犯罪而言,形式既遂处于法益实害结果出现的前阶段,这些犯罪类型中法定构成要件的实现(形式既遂),并不意味着犯罪事实的实质终结(法益最终遭受损害而实质既遂),因而,这些犯罪类型中的形式既遂先于实质既遂,二者存在或长或短的时间差。^[29]于是,前置化犯罪结构中形式既遂后和实质法益侵害前之间就有一个“罪后空间”(Nachtatzone)。^[30]依据犯罪既遂后有无罪后空间,积极悔罪可以划分为补偿型与预防型。

1. 补偿型积极悔罪

补偿型积极悔罪多规定在形式既遂与实质既遂重合的实害犯中。这类犯罪的既遂意味着法益遭受实质损害,积极悔罪只能是为了对已经发生的实质损害进行赔偿。我国刑法中的积极悔罪主要是这种类型。比如《刑法》第176条(非法吸收公众存款罪)第3款、第272条(挪用资金罪)第3款、第201条(逃税罪)第4款、第383条(贪污罪的处罚)第3款以及《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》所显示的在交通肇事案通过赔偿财产损失的出罪空间等。上述补偿型积极悔罪多是侵财类的犯罪。这也不难理解,因为财产犯罪的法益实害结果多表现为可量化计算的财产损失数额。犯罪既遂后,行为人仍可以通过退赔退赃或金钱足额补偿被害人所遭受的实际损失。这也是刑法理论中关注积极悔罪的起点和原型,但补偿型积极悔罪不限于经济犯罪。比如,我国《刑法》第241条(收买被拐卖的妇女、儿童罪)第6款规定,“对被买儿童没有虐待行为,不阻碍对其进行解救的,可以从轻处罚;按照被买妇女的意愿,不阻碍其返回原居住地的,可以从轻或者减轻处罚。”该条款涉及对公民人身自由法益的侵犯,其目的是更好地保护被害人,至少不恶化被害人当时的处境。

2. 预防型积极悔罪

预防型积极悔罪旨在避免法益侵害发生或加剧。刑法中的危险犯、实质预备犯、企行

[28] Vgl. Härtl-Meissner, Die tätige Reue im deutschen und österreichischen Strafrecht - Eine rechtsvergleichende Betrachtung und ein Ausblick auf Reformmöglichkeiten, 2020, S. 77 ff.

[29] Vgl. Blöcker, Die Tätige Reue, 2000, S. 17.

[30] Vgl. Berz, Formelle Tatbestandsverwirklichung und materialer Rechtsgüterschutz: Eine Untersuchung zu den Gefährdungs- und Unternehmensdelikten, 1986, S. 1 ff.

犯与预备犯等并不以法益侵害发生为必要,处于“罪后空间”的行为人在法益实害结果发生之前仍有机会通过实施一定行为以有效阻碍法益实害发生。比如,我国《刑法》第 351 条(非法种植毒品原植物罪)第 3 款,主要是考虑到“行为还没有造成实质的社会危害,这也是鼓励行为人迷途知返,及时中止违法犯罪行为”。^[31] 作为持有犯,行为人一旦培植毒品原植物即属既遂,但这些毒品原植物最终形成毒品制品尚需经过不同加工过程和流通环节,行为人如果在收获前铲除毒品原植物即可以切断毒品制售的源头,从而有效消除法益所遭受的危险状态。同样,依照最高人民法院 2009 年《关于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(下称“《2009 年解释》”),如果行为人进入公共场所非法携带枪支、弹药、爆炸物的数量符合“情节严重”的门槛,即足以危及不特定或多数人的公共安全而成立既遂。如果行为人能够及时主动交出,消除枪支、弹药、爆炸物等处在公共场所危及公共安全的危险状态,即可有效阻止可能发生的涉枪涉爆犯罪,从而以无罪论。

上述两种类型存在过渡形态。比如《德国刑法典》第 306 条 e 规定,行为人能在“严重损失之前主动将所纵之火扑灭的”,可以减免处罚。在此,法益侵害已然发生,原则上就无法阻止而只能补救了,但如果行为人在特定法益侵害门槛之前采取积极措施有效阻止损害扩大的,同样属于积极悔罪。从所欲实现的目标看,这类积极悔罪不在于弥补损失而在于预防损失(扩大),理论上通常将其归类为预防型积极悔罪。^[32] 我国《刑法》第 164 条(对非国家工作人员行贿罪和对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪)第 4 款、第 390 条(行贿罪)第 2 款、第 392 条(介绍贿赂罪)第 2 款也是这种类型的体现。行贿人或介绍贿赂人主动交代犯罪行为减免处罚的,除了节约司法资源,更可预防受贿人在继续收受贿赂后进一步实施有悖公正行使职权并影响公众对职权公正性的信赖。

(二) 积极悔罪减免处罚的法理基础

1. 预防型积极悔罪: 刑罚目的实现+刑罚前置化

预防型积极悔罪旨在实现更有效的法益保护,行为人通过及时中断或回撤已经成立的不法行为以有效避免法益遭受现实侵害。在刑法保护前置化语境下的积极悔罪就特指这种类型: 行为人犯罪既遂或实行终了后、法益遭受实质损害前,实施逆转和补救行为而减免刑罚的宽宥制度。^[33] 对于中止犯,未遂后的逆转行为无法消除已然发生的未遂不法和罪责。相应地,积极悔罪行为也无法改变已然发生的实质既遂不法及其相应罪责。从实用主义视角看,如果受刑法规范保护的“法益”最终未受侵害,即没有发生使刑罚合法化的法益侵害的行为;如果被害人因行为人已经改变主意而未受到伤害,就没有必要对行为人进行惩罚;如果行为人自主回归到法秩序的轨道,特殊预防便成为多余的了。^[34] 可见,在有效保护法益上,预防型积极悔罪与中止并无实质不同。对于既遂前置化的犯罪,

[31] 王爱立主编:《中华人民共和国刑法释义》,法律出版社 2021 年版,第 794 页。

[32] Vgl. Blöcker, Die Tätige Reue, 2000, S. 314.; Matt/Saliger, Ausbau der Tätigen Reue im deutschen Strafrecht, AnwBl 2016, 307, S. 307.

[33] 参见李晓龙著:《刑法保护前置化研究:现象观察与教义分析》,厦门大学出版社 2018 年版,第 157 页。

[34] Vgl. Dominik Brodowski, Sukzessive Beteiligung und Tätige Reue, ZStW 133 (2021), 913, 933.

前置既遂时点导致行为人事实上没有实施中止行为的余地。对于“法益侵害之前阶段”已经形成既遂的犯罪,如果行为人在形式既遂与实质既遂分离的“罪后空间”有效阻碍实质的法益侵害,就已实现了刑法保护法益的任务,此时刑法介入的必要性和强度也就随之下降,考虑到对预防性思维的过度强调与罪责原则之间的紧张关系,为了保障被害人并实现罪责相当原则,很多前置性犯罪都设置了积极悔罪条款。

第一,实质预备犯,如预备伪造货币和有价票证罪。《德国刑法典》第149条第2款:“具备下列情形的,不依第1款处罚:(1)主动放弃预备行为的实施,避免了由其引起的他人继续预备或实施该行为的危险,或阻止行为完成的,且(2)将尚存的且可用于伪造的工具销毁、使其不能使用,向当局报告伪造工具的存放处或将伪造工具交给当局。”^[35]第二,危险犯,如《德国刑法典》第264条补助金诈骗罪。抽象危险犯处罚前置化的犯罪结构排除了适用中止的可能性。“为了给行为人借由阻止损害发生而获邀宽典的诱因,作为中止可能性丧失的替代”,^[36]立法者设置了积极悔罪条款:“自动阻止基于其犯罪行为而发给补助金的,不依第1款和第4款处罚”(第264条第5款)。第三,持有犯,如我国《刑法》第351条(非法种植毒品原植物罪)第3款。该款主要是考虑到“行为还没有造成实质的社会危害,这也是鼓励行为人迷途知返,及时中止违法犯罪行为”。^[37]可以说,这些打补丁式的立法,不仅克服了一直争论不休的“危险犯既遂后有无中止”的问题,也彰显了立法者设置预防型积极悔罪的动机,即作为刑罚前置化犯罪排除适用中止的替代品。

2. 补偿型积极悔罪:被害人保护思想+刑罚目的实现

与中止和预防型积极悔罪不同,补偿型积极悔罪中被害人保护思想占据了主导地位,行为人视角下刑罚目的的实现只占据次要地位。^[38]因此,相较于预防型积极悔罪,补偿型积极悔罪进一步远离中止犯。我国刑法中,集中体现优先保护被害人思想的是《刑法》第276条之一(拒不支付劳动报酬罪)第3款减免处罚的规定。积极悔罪的排除条件是“造成严重后果”。这里的“严重后果”是指用人单位未支付或未及时支付劳动者报酬,以至于影响到劳动者家庭的生活和生存,或者导致劳动者自伤、精神失常或实施犯罪行为等。如果已发生“严重后果”,行为人积极悔罪就已失去意义。此外,拒不支付劳动报酬罪还可以通过程序实现无罪化,仅从刑罚目的实现角度不足以完全解释。同时,《刑法》第201条(逃税罪)第4款之规定,旨在保证国家的税收收入,同样需要从被害人保护视角对无罪化处理进行解释。

补偿型积极悔罪远离中止犯的另一个重要表现是自愿性要求有所松动。仍以拒不支付劳动报酬罪和逃税罪为例。拒不支付劳动报酬罪中,用人单位支付劳动者的劳动报酬并依法承担相应赔偿责任的,分别已经经过被欠薪的劳动者索要和劳动行政部门责令支付。逃税罪中,纳税人及时补缴应纳税款并缴纳滞纳金,是经税务机关依法下达追缴通

[35] 《德国刑法典》,徐久生译,北京大学出版社2019年版,第119页。

[36] [德]Petra Wittig著:《经济刑法》,恽纯良、许丝捷译,我国台湾地区新学林出版社2022年版,第377页。

[37] 王爱立主编:《中华人民共和国刑法释义》,法律出版社2021年版,第794页。

[38] Vgl. Ruppert, Von Rücktritt und Reue-Subjektive Vorstellungen vor objektivem Opferschutz?, in: Abraham et al., Verletzte im Strafrecht, 2020, S. 115 und 126.

知。事实上,立法者显然意识到并默认行为人理性计算下技术性悔罪的存在。在这些情形中,刑罚目的理论的解释力是有限的——即便可以说明行为人预防必要性减少,但并不意味着这种必要性的完全消除。就此而言,积极悔罪中的“悔罪”颇具误导性,尤其在补偿型积极悔罪中,自愿性排除的只是外部的物理性强制,行为人内在态度的转变,如罪恶感、羞耻感等并不必要。^[39] 大体而言,补偿型积极悔罪主要着眼于被害人的损害是否得到了及时、迅速、足额的补偿,至于行为人出于何种动机补偿并非重点。^[40]

(三) 积极悔罪类型区分的实益

预防型积极悔罪和中止是行为人视角,尽管避免法益侵害发生也符合被害人利益,但对被害人的保护是衍生性的,只具有从属地位。因此,中止犯减免处罚的根据可以嫁接到预防型积极悔罪上。具体而言,预防型积极悔罪有效阻碍法益侵害,降低了既遂行为的应罚性,同时对积极悔罪施加刑罚的一般预防和特殊预防的目的已经部分实现——降低或消除了对行为人的需罚性。因此,预防型积极悔罪可以结合刑罚目的理论和刑罚前置化的犯罪结构得以证成。而补偿型积极悔罪的优先理由是被害人保护思想,行为人视角下的刑罚目的的实现只具有从属性地位。补偿型积极悔罪强化对被害人的补偿和弱化行为人自愿性要求是一体两面的关系。“中止犯框架内逆转行为的主观要求并不适用于积极悔罪。客观的犯罪既遂不能通过主观上的逆转来消除,也不能使惩罚目的归于消灭。”^[41] 这是较之预防型积极悔罪进一步远离中止犯,补偿型积极悔罪成为独立于中止的制度设计的标志。由此不难发现,补偿型积极悔罪与预防型积极悔罪的内部区分,要比预防型积极悔罪与中止的区分更大,后两者均是行为人通过后阶段行为阻止形式既遂,而预防型积极悔罪则是通过后阶段行为阻止实质既遂。因此,如果无视积极悔罪内部的不同类型,难免忽视各积极悔罪条款不同的政策目标考量,也会影响积极悔罪条款的立法模式选择。

五 积极悔罪条款的立法模式

理论上探讨积极悔罪减免处罚根据,正是为了拓展积极悔罪的适用范围。类推与立法扩张是方向相同但无法共同的两种途径。本文认为,积极悔罪条款作为特定构成要件的例外性规定不具有类推力,应通过立法途径扩张。

(一) 积极悔罪条款可类推适用的否定

主张积极悔罪类推的理由,不外乎未规定积极悔罪的犯罪与设置积极悔罪条款在犯罪结构上的相似性,以及罪刑法定原则并不排除有利于行为人的类推。比如,2015 年《刑法修正案(九)》通过增设第 383 条第 3 款,将《刑法》第 390 条第 2 款对行贿罪减免处罚

[39] Vgl. Matt/Saliger, Ausbau der Tätigen Reue im deutschen Strafrecht, AnwBl 2016, 307, S. 308.

[40] Vgl. Müller-Dietz, Kriminalpolitische und dogmatische Probleme des Strafaufhebung der tätigen Reue (§ 167 StGB), ÖJZ 1977, 345, 351.; Härtl-Meissner, Die tätige Reue im deutschen und österreichischen Strafrecht - Eine rechtsvergleichende Betrachtung und ein Ausblick auf Reformmöglichkeiten, 2020, S. 245 ff.

[41] Ruppert, Von Rücktritt und Reue-Subjektive Vorstellungen vor objektivem Opferschutz?, in: Abraham et al., Verletzte im Strafrecht, 2020, S. 115 und 126.

的规定移植到了贪污受贿罪中。^[42]与此同时,尽管《刑法修正案(九)》对《刑法》第393条单位行贿罪增设了并处罚金,但未涉及减免处罚的规定。对此,有学者主张行贿罪减免处罚规定可类推适用于单位行贿罪,“这是有利于被告人的类推适用,应当允许”。^[43]与单位行贿罪和行贿罪积极悔罪设置情况类似的是我国刑法中集资诈骗罪与非法吸收公众存款罪的规定:前罪设置有积极悔罪条款,但作为特殊罪名的后罪未有相应规定。有学者基于“法益恢复”模式可大幅降低刑罚量甚或出罪的观点,将非法吸收公众存款罪减免处罚规定类推适用于集资诈骗罪。^[44]如果这些例子只是将一罪的积极悔罪条款类推适用于某一未设置积极悔罪条款的类似罪名,那么对于前置化犯罪类型(危险犯、预备犯、企行犯),如果现行法未规定积极悔罪条款,基于预防型积极悔罪减免处罚的共通法律根据均可类推适用。但通说和司法实践几乎一致否定积极悔罪条款的类推适用,理由主要如下。

1. 积极悔罪条款类推适用的前提疑问

司法者在适用法律时,原则上禁止通过法律续造的方式适用法律。对于罪刑法定原则之下的刑法尤其如此。从积极悔罪条款的现有设置中很难发现立法者为什么在一些构成要件中设置积极悔罪条款,在另外一些要件中保持沉默。比如,在行贿罪设置积极悔罪条款后,作为其特殊罪名的对非国家工作人员行贿罪在单位行贿罪却坚持不设置积极悔罪条款。不过,这种选择性沉默在一定程度上源自积极悔罪条款在刑法中具有双重例外性:明确设置积极悔罪条款的条文数量相对于分则总条文数量具有例外性,作为限制处罚范围的特殊规定相对于分则条文规定具有例外性。如果刑法具体条文并未做明确规定,理应推定立法者明确表态该条文不适用积极悔罪条款。《德国刑法典》第265条保险滥用罪规定,行为人为自己或第三人获得保险理赔的目的,在毁坏特定投保物品时已经构成既遂,这种相对于《德国刑法典》第263条预备阶段的特定行为就已经既遂的立法设置明确排除了本罪积极悔罪的适用。^[45]奥地利刑法立法者有意回避积极悔罪的设置,如不将《奥地利联邦共和国刑法典》(Oesterreichische Strafgeset)第167条积极悔罪的规定拓展到以暴力行为为前提或者除损害财产法益外的其他法益的犯罪。^[46]如果积极悔罪仍类推适用于这些经立法者有意设置的沉默性规定,无异于违背法律规范目的的法律改写。

可以说,法律漏洞与制定法的沉默并不是同一回事。^[47]从积极悔罪条款随机性的选择或沉默中,我们无法直接得出结论,某一罪名欠缺积极悔罪条款便存在法律漏洞。因此,行贿罪积极悔罪条款无法适用于单位行贿罪,2020年《刑法修正案(十一)》增设的第176条非法吸收公众存款罪第3款、《刑法》第272条挪用资金罪第3款无法类推适用

[42] 参见卢建平、朱贺:《酌定量刑情节法定化的路径选择及评析——以我国〈刑法〉第383条第3款为例》,《政治与法律》2016年第3期,第9页。

[43] 周光权著:《刑法各论》(第四版),中国人民大学出版社2021年版,第570页。

[44] 参见庄绪龙:《应将“法益恢复”作为刑事合规的实质根据——以集资犯罪的刑法处置为例》,《法治现代化研究》2023年第3期,第57页以下。

[45] Vgl. BT-Drs. 13/8587, 85.

[46] Vgl. EBRV 30 BlgNR XIII GP, S. 312 f.

[47] 参见[德]拉伦茨著:《法学方法论》(全本·第六版),黄家镇译,商务印书馆2020年版,第469页。

于集资诈骗罪、挪用公款罪。事实上,最高人民法院正是基于第 176 条第 3 款的增设,于 2022 年 2 月通过的《关于修改〈最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释〉的决定》第 6 条相应增加了“在提起公诉前积极退赃退赔,减少损害结果发生的,可以从轻或者减轻处罚”,但对集资诈骗罪的解释并无相应体现。

2. 积极悔罪条款类推适用的实践困境

即便忽略类推适用的前提疑问,积极悔罪条款的类推适用也会遭遇诸多实践上的困境。第一,积极悔罪条款的具体构成要件指向性,造成类推适用的实践困难。比如,我国《刑法》第 351 条(非法种植毒品原植物罪)第 3 款规定,积极悔罪的前提条件是非法种植毒品原植物的行为人在“收获前自动铲除的”。能否将这一极为特殊规定普遍化从而类推适用于其他构成要件呢?答案显然是否定的。第二,积极悔罪法律后果的多样性,造成类推适用的实践困难。如上所述,现行刑法中积极悔罪的法律后果包括“可以从轻或者减轻处罚”“可以减轻或者免除处罚”“可以免除处罚”“不予追究刑事责任”,有时甚至是这些法律后果的不同组合。如果在个案中参照条款不同会带来法律适用的不平等;即便上述赞同类推适用的学者也注意到不同积极悔罪条款法律后果的不同,因而提出“有必要分别进一步考察,这些被精确调整的情形中,哪种存在类似情形,也就是,是仅仅由法官裁量减轻刑罚(第 49 条第 2 款),还是也可以选择性地免除刑罚”。^[48] 遗憾的是,通过论证积极悔罪减免刑罚正当性径直笼统得出轻刑化、出罪化、不起诉等法律后果建议,是我国当前理论中的普遍做法。第三,允许积极悔罪条款的类推适用,不仅影响法安定性,也影响法律适用的公平性。通过司法解释实现实体上的无罪化处理,也不乏其例。《2009 年解释》第 6 条规定:“非法携带枪支、弹药、爆炸物进入公共场所或者公共交通工具,危及公共安全,具有下列情形之一的,属于刑法第 130 条规定的‘情节严重’……携带的数量达到最低数量标准,能够主动、全部交出的,可不以犯罪论处。”对于这种具有准立法性质的隐性积极悔罪条款,有学者不无疑虑,“倘若犯罪后情节作为出罪事由的模式推广到所有犯罪中,其后果不堪设想”。^[49] 如果对积极悔罪不加节制,等于给几乎所有罪名“外挂”一个“后端”的出罪口。即便主张积极悔罪条款可类推适用的学者,也不会有此极端主张。比如,有学者明确否定《刑法》第 383 条第 3 款贪污罪、受贿罪积极悔罪条款可类推适用于可能成立退赔退赃情形普通财产犯罪和经济犯罪(即便是有利于人行为人的类推),因为《刑法》第 383 条第 3 款“仅作为分则性规定适用于贪污受贿犯罪,而不能惠及同样可以具备积极退赃情节的普通财产犯罪和经济犯罪,就既与这一规定的重要性不相匹配,也与刑法面前人人平等的原则相悖,且未能照应对大量轻罪不宜重罚的现实”。^[50]

(二) 积极悔罪的立法模式选择

积极悔罪条款在我国刑法中面临强烈的现实需求。首先,在刑法立法扩张并将继续

[48] [德]施特拉腾韦特、库伦著:《刑法总论 I——犯罪论》,杨萌译,法律出版社 2006 年版,第 284 页。

[49] 石聚航:《司法解释中的出罪事由及其改进逻辑》,《环球法律评论》2020 年第 3 期,第 113 页。

[50] 周光权:《积极刑法立法观在中国的确立》,《法学研究》2016 年第 4 期,第 37-38 页。只是论者一面肯定行贿罪减免处罚条款可类推适用于单位行贿罪,一面又认为贪污行贿罪积极悔罪条款不可类推适用于普通的经济犯罪和财产犯罪,似乎并未认识到其中的紧张关系。

扩张的现实背景下,抽象危险犯、实质预备犯、企行犯、持有犯等前置化构成要件会不断增多。作为化解处罚前置化的节制性刑罚措施之一,(预防型)积极悔罪的现实需求,也会随之增加。^[51]其次,我国正在如火如荼地推进认罪认罚从宽制度,但《刑事诉讼法》第15条所规定认罪认罚“可以依法从宽处理”的法律后果过于原则化,这导致在实体上如何从宽基本处于政策性运行模式。^[52]因而,如何从宽(从轻、减轻甚至免除处罚抑或无罪)亟待实体法规范填充,积极悔罪条款无疑具备“提供实体意义的标准”的资质。^[53]

1. 通行的分则各罪立法模式

积极悔罪条款散乱分布于刑法分则各罪中是通行的立法模式,具有鲜明的具体构成要件指向性。我国刑法分则中涉及积极悔罪的条文有10个条文,除第164条涉及对非国家工作人员行贿罪和对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪以及第383条第3款包括贪污罪和受贿罪以外,其他条文均指向单一的具体罪名。从比较法角度看,《德国刑法典》分则中设置积极悔罪的分则条文共计34个,只有第306条e、第314条a、第320条和第330条b等是关联多个罪名的纯粹的积极悔罪条文,其他条文仅是具体罪名中的特殊款项。^[54]《奥地利联邦共和国刑法典》设置积极悔罪的39个条文中,在具体罪名之下设置积极悔罪条款的,也占绝大多数。

可以预见,像2020年《刑法修正案(十一)》增设第176条第3款、第272条第3款那样在分则各罪零散设置积极悔罪条款,仍是未来一段时间内通行的立法模式。但这种模式充其量只是暂时缓解供不应求的紧张关系,要想从根本上克服这种矛盾,通过总则性立法才是更为理想的选择。

2. 理想的总则性一元立法模式

有学者提出了在刑法总则中增加认罪认罚应当从轻、减轻或者免除处罚的规定,将以往的酌定量刑情节上升为法定量刑情节,从而为程序性改革提供实体法上支撑的立法构想。^[55]评价刑法立法的其中一种方法是,审查新的构成要件是否在遵循已有规定语法的情况下进一步发展了现行刑法。^[56]就此而言,积极悔罪总则性立法设置至少应与我国《刑法》第24条有关中止的规定相协调。对于与中止结构类似的预防型积极悔罪而言,

[51] 参见张志钢:《如何应对刑法立法的扩张?——基于〈刑法修正案(十一)〉的考察》,《辽宁大学学报(哲学社会科学版)》2021年第5期,第107-108页。

[52] 参见黄京平:《认罪认罚案件从宽处理的实体法依据——兼议刑事诉讼法修正与刑事实体规范的关系》,《人民检察》2018年第17期,第35页。

[53] 参见李晓龙著:《刑法保护前置化研究:现象观察与教义分析》,厦门大学出版社2018年版,第159页。

[54] 《德国刑法典》中设置积极悔罪条款的规定依次为:第83条a、第84条第5款、第85条第3款、第87条第3款、第89条a第7款、第89条c第7款、第98条第2款、第99条第3款、第129条第7款、第129条a第7款、第139条第4款、第142条第4款、第149条第2、3款、第152条a第5款、第152条b第5款、第158条、第161条第2款、第202条c第2款、第239条a第4款、第239条b第2跨、第261条第9款、第263条a第4款、第264条第5款、第264条a第33款、第265条b第2款、第266条a第6款、第275条第3款、第298条第3款、第303条a第3款、第303条b第5款、第306条e、第314条a、第320条和第330条b。各条款具体内容可参见《德国刑法典》,徐久生译,北京大学出版社2019年版。《奥地利联邦共和国刑法典》中的39个条款从略,具体内容参见《奥地利联邦共和国刑法典(2002年修订)》,徐久生译,中国方正出版社2004年版。《奥地利刑法典》中的39个条款从略。

[55] 参见周光权:《一部科学合理、特色鲜明的刑法典——纪念1997年修订的刑法颁布20周年》,《全国人大》2017年第14期,第41页。

[56] 参见[德]库比策尔、魏根特:《评价刑法立法的学理标准》,张志钢译,《南大法学》2023年第2期,第198-199页。

同样因为可能有效避免产生法益侵害或防止法益侵害扩大而减免处罚,但减免处罚的力度应相较于中止更小;对于补偿型积极悔罪来说,它已然造成了法益实害的后果,即便行为人可以有效填补损害但仍旧“覆水难收”,如果笼统规定“应当从轻、减轻或者免除处罚”,这与造成损害的中止犯“应当减轻处罚”相比并不符合比例原则,甚至存在刑罚倒挂的可能。

3. “总则+分则”二元立法模式之提倡

上述总则立法构想不仅与我国中止犯的现行规定无法很好协调,也再次忽视了预防型积极悔罪与补偿型积极悔罪的类型划分及其差异。不过,受其启发,如果能部分地提取公因式规定在总则中,不失为一种可供选择的次优方案。

第一,对于预防型积极悔罪,可以比照我国《刑法》第 24 条,规定行为人犯罪既遂后采取有效措施阻止危害结果发生,没有造成损害的,可以免除处罚;造成损害的,可以减轻或从轻处罚。事实上,这种立法方案并非没有先例。如《葡萄牙刑法典》(*Portuguese Penal Code*)即将中止和预防型积极悔罪一同规定在总则第 14 条第 1 款中,该款的第 3 种情形实质上是将葡萄牙刑法中的犯罪中止延伸至形式既遂之后,罪状典型结果(“不属该罪状之结果”的反面)发生之前。如葡萄牙学者所述,这是葡萄牙立法和一般立法在分则某些罪名设立类似于中止特别规定方面的不同,犯罪中止的法律后果“一般性地延伸至为实质既遂、终了或完成的情况”,旨在完整实现立法者“所欲防止的不法性内容”。^[57] 继受了葡萄牙刑法的我国《澳门刑法典》第 23 条第 2 款后半段同样规定:“……或者犯罪虽既遂,但因已意防止不属于该罪状之结果发生者,犯罪未遂不予处罚。”预防型积极悔罪的前提条件是犯罪形式既遂但实害结果尚未发生。这决定它可以存在于刑罚处罚前置化构成要件中,而且可以像中止一样适用于所有的犯罪类型。就此而言,法益可恢复与否的界分之于预防型积极悔罪并无实质意义。如果认识到预防型积极悔罪与中止犯相同的减免处罚的实质根基,就不难冲破形式既遂与实质既遂之间的形式区分,从而通往总则性的立法模式。

第二,对于补偿型积极悔罪,犯罪形式既遂等于已造成实质的法益侵害结果。法益侵害结果具有多样性,且与具体构成要件紧密相关,因而很难就法益结果进行统一性提取公因式的立法。但这不妨碍进行局部跨构成要件的类罪立法模式。对此,可资参照的立法例是《奥地利联邦共和国刑法典》第 167 条。^[58] 该条第 1 款明确列举了盗窃、诈骗、侵占、贪污、背信、窝赃等 25 个罪名,这占据了奥地利刑法中所有权与财产权罪名的绝大多数,在奥地利司法实践中发挥着重要作用。作为典型的补偿型积极悔罪,如果被害人迅速及时得到足额补偿,刑罚处罚的必要性就相应减少甚至消失(被害人保护+刑罚目的)。将被害人利益保障置于优先地位是解读本条的关键。例如,第 2 款规定:“在有关机关知悉其罪责之前”,行为人全部补偿损失或者与他人达成协议在规定时间内对此等损失予以补

[57] 参见[葡]乔治·德·非格雷多·迪亚士著:《刑法总论(第一卷):基础问题及犯罪一般理论》,关冠雄译,社会科学文献出版社 2021 年版,第 498 页。

[58] 参见《奥地利联邦共和国刑法典(2002 年修订)》,徐久生译,中国方正出版社 2004 年版,第 68 页。

偿,即成立积极悔罪。从被害人保护角度看,本条要求在“有关机关知悉其罪责前(及时性)”行为人补偿被害人所遭受的全部损失(有效性),只要不是受外在强力,即可认为行为人的补偿行为具有自愿性。^[59]当然,必须指出,提倡这种立法模式并非要完全照搬《奥地利联邦共和国刑法典》第167条的所有规定。比如该条法律后果是“应当免除处罚”,这就与我国《刑法》第24条中止的法律后果不相称;同时,分则类罪式立法也应考虑与目前经济犯罪与财产犯罪中已设立积极悔罪条款的整合问题。

此外,理论上也有学者提倡“总则+分则”的二元立法模式,即首先在刑法总则中对于事后自动恢复的概念以及处罚原则作出原则性的规定,之后对于成立事后自动恢复存在特殊要求的犯罪可以在刑法分则具体条文中特别规定。^[60]这种立法建议尽管考虑到与我国目前刑法各罪积极悔罪条款的特殊规定的协调,但仍以统一的自动恢复概念为基础,本质上仍是一元的。如果无视积极悔罪内部类型的极大差异,在实践中就会遇到相当大的困难,例如杀人和性犯罪等不可逆转的实害犯,但如何确定范围仍不清楚。再如,在非财产犯罪中对已产生的法益损害,是否以及在多大程度上得到了刑事补救,也不得而知。^[61]这种立法尝试反而再次证明,缺乏内在统一性的积极悔罪内部类型的区分很有必要。

六、结语

积极悔罪条款散见于刑法分则诸条文中,其司法实践的现实需求也日益增加。尽管现有积极悔罪条款缺乏内在的一致性,但以现有规定为线索可以发现积极悔罪的两种功能类型:预防型积极悔罪与补偿型积极悔罪。预防型积极悔罪条款多设置在刑罚处罚前置化的构成要件中,补偿型积极悔罪条款多出现在经济犯罪和财产犯罪中。这两种功能类型的政策目标和内在差异决定了积极悔罪的二元性。因此,积极悔罪条款的解释和立法应区别对待、分类考察。现行法中的积极悔罪条款尽管具有随机性,并不意味着存在法律漏洞存在。如果允许积极悔罪条款的类推适用,最终滑向类推所追求的实质正义的反面,严重影响刑法适用的公平性与法安定性。因此,积极悔罪减免处罚的实体法规范需求只能通过立法实现。分则各罪零星设置积极悔罪条款传统模式无法从根本上满足实践需求。纯粹总则性的立法模式不能顾及积极悔罪的内部类型差异,也无法与中止犯协调。积极悔罪条款的未来立法模式适宜采取总则+分则二元模式:对于预防型积极悔罪,可以规定在总则中作为类似于中止的个人刑罚减免事由;对于补偿型积极悔罪,可通过设置跨构成要件类罪条款得以部分实现。

[本文为作者主持的2021年度国家社会科学基金一般项目“生态环境犯罪责任归属研究”(21BFX062)的研究成果。]

[59] Vgl. Schmieder, Tätige Reue (§ 167 StGB), AnwBl 2016, 312, 312 ff.

[60] 参见闫雨:《刑法事后自动恢复制度构建》,《社会科学家》2015年第7期,第127页。

[61] Vgl. Matt/Saliger, Ausbau der Tätigen Reue im deutschen Strafrecht, AnwBl 2016, 307, 308.

Clauses on Positive Repentance in Chinese Criminal Law: Jurisprudential Basis and Legislative Model

[**Abstract**] Positive repentance, as a special provision on the remission of criminal penalty for accomplished offenses, bears great resemblance to, but is essentially different from, discontinuation. Scattered in special provisions of the Criminal Law, clauses on positive repentance lack internal integrity due to the diverse criminal policy objectives. However, two functional types of positive repentance can be found in the current clauses, namely, preventive positive repentance and compensatory positive repentance. Preventive positive repentance is more commonly seen in the constitutive elements of early intervention of criminal penalty, such as dangerous crime, attempted act crime and illegal possession. In these crimes, the separation between formal accomplishment and substantial accomplishment leads to a “post-crime space”, making it possible for the perpetrator to take active action to avoid the result of legal interest infringement. On account of this, the underlying jurisprudential basis of punishment remission for preventive positive repentance is the realization of the purpose of criminal penalty as well as the early intervention of criminal penalty from the perspective of the perpetrator. Besides, compensatory positive repentance is mainly prescribed in provisions on economic crimes and property crimes where the result of legal interest infringement can be calculated by the amount of property loss, aiming at making up the consequent substantial legal harm, and the jurisprudential basis of punishment remission is victim protection. If the internal differences in the types of positive repentance are ignored, the diverse policy objectives behind various clauses will inevitably also be neglected, thus affecting the choice of legislative mode of positive repentance clauses. The randomness of positive repentance clauses in the current law does not mean that there is a legal loophole. Allowing the application by analogy of positive repentance will impede the achievement of the substantive justice pursued by application by analogy, thereby further undermining the fairness and legal stability of the application of criminal law. Therefore, the requirements of the substantive law of punishment remission for positive repentance can only be met through legislation. It can be predicted that the legislative mode of pure special provisions can't meet the practical needs of judicial practice, while the legislative mode of pure general provisions fails to take the internal differences of positive repentance into consideration or coordinate with provisions on discontinuation. Thus, the practical choice is to adopt a dual legislation model as a compromise. On the one hand, the analogy of preventive positive repentance to discontinuation can be stipulated in the general provisions. On the other hand, a trans-constituent similar crime pattern can be established for the application of compensatory repentance by using the model of special provisions and taking Article 167 of the Austrian Criminal Law as a reference.

(责任编辑:贾元)