

论中国刑法上的“二阶刑事违法”

杜宇*

内容提要 在当下中国的刑事立法上,存在着一种独特的违法构造。在这一构造中,行为不法被分为前后相继的两个层次,隐含着违法评价的分阶检验与渐次形成机理,本文称之为“二阶刑事违法”。其中,“初阶违法”是指基于行为人前部行为所形成的违法性,其以前置法上的义务违反为根据;“次阶违法”则指在后续的程序性处置中,因行为人拒不履行相关义务而形成的二次违法。一方面,这两种违法性在违法根据、内涵形成、界分重心及规范评价上有着相当差异,应当被明确区分开来;另一方面,两者既相互补充又相互限制,共同塑造着整体的违法评价。透过这一特殊的违法构造,立法者试图整体性地限缩刑事处罚范围,并与前置法的规制范围保留一定的过渡空间,从而使保障法自身的规范任务得以安置,由此形成了一种“违法阶梯”式的立法架构。这一违法构造将在实体裁判与程序安排上产生体系性与贯穿性的影响:前者体现在违法时点与违法数额的判断之上;后者体现在程序流程的动态引导与追诉时效的附随确定之上。

关键词 二阶刑事违法 初阶违法 次阶违法 客观处罚条件

目次

- 一、问题的提出
- 二、“二阶违法”的构成
- 三、“违法阶梯”的塑造
- 四、“二阶违法”的实体展开
- 五、“二阶违法”的程序映射
- 六、结论

* 复旦大学法学院教授。本文系2024年度国家社科基金重大项目“社会变迁与刑法归责体系的重构研究”(项目批准号:24&ZD130)的阶段性成果。

一、问题的提出

对一般的犯罪类型而言,行为要么违法,要么合法,违法性判断是一次性的评价过程。但晚近以来,中国刑法上出现了一类颇值关注的立法例,^①却打破了上述的固有印象。例如,在拒不支付劳动报酬罪中,行为人单纯实施“以转移财产、逃匿等方法逃避支付劳动者的劳动报酬或者有能力支付而不支付劳动者的劳动报酬”的行为,并不立即构成刑事不法。其违法性的最终成立,还有赖于行为人继续实施后部的违法行为,即“经政府有关部门责令支付仍不支付”。这类犯罪的违法性判断,被明显分割成前后相继的两个阶段,难以一次性地完成。

不难发现,这里存在两种不同层面的违法性:前部行为所形成的违法性,与后续程序性处置中因行为人拒不履行相关义务而形成的违法性。其中,前部行为仅造成了某种中间性的违法状态,程序性处置与行为人的后部行为则使此种违法状态得以继续形成。这两种不同层面的违法性不仅在时间上具有明显的先后关系,而且在规范评价上呈现出内涵分离与功能分化的态势。因此,实际上隐含着一种违法性的分阶形成与渐次检验原理。本文将这种独特的违法构造称为“二阶刑事违法”(以下简称“二阶违法”)。如承认这种“二阶违法”的存在,以下问题将难以回避:

其一,应如何把握“二阶违法”的基本构造?与一般犯罪所呈现出的整体性、平面化的违法构造不同,“二阶违法”的构造具有明显的分段性与层次性。那么,这两个层次的违法性在规范表述与实体内涵上有何差异?在违法性的成立根据与禁止范围上有何不同?所承载的规范评价功能应如何区分?上述问题将最终聚焦在:应怎样理解两者在违法评价上的分工与协调关系?

其二,晚近以来,为什么会在刑事立法中类型化地确立这种违法结构?如何穿透这一“二阶违法”的构造,洞悉其背后的理论基础与功能诉求?对这类问题的回答,还须回到它与整体不法的结构差异中去探寻。在笔者看来,这不但是因为刑法立基于保障法的地位应当与前置法上的违法评价保持适当距离,而且是因为刑法必须在这种距离的拉开中去妥善安置自身的社会任务与规范目的。上述目标的达成,要求刑事违法必须保留一种违法性的缓冲地带与冗余空间,也要求刑法通过这种特殊的违法结构来设置一种违法评价的调节装置。

^① 包含这种违法构造的犯罪并非孤例,而是呈现出一定程度的类型化样态。相关立法例如:我国《刑法》第139条(消防责任事故罪)、第290条(扰乱国家机关工作秩序罪)、第286条之一(拒不履行信息网络安全管理义务罪)、第296条(非法集会、游行、示威罪)等。此外,域外刑法也有相关立法例,如《德国刑法典》第123条规定,非法侵入他人住宅、经营点或不动产空间,或用于公共服务或交通的封闭场所,或未经允许在该处停留,“经主人要求仍不离去的”,成立非法侵入他人住宅罪。在该条中,亦存在前部的非法侵入行为及“经主人要求仍不离去”的后部行为之间的二阶区分。不过,与本文所研究的情况不同,该罪中改正违法行为的呼吁是由被害人直接发出,而非由相关主管机构等第三方主体发出。

其三,如承认“二阶违法”的构造,将在犯罪的实体判断上产生怎样的影响?在笔者看来,这一特殊的违法结构至少带来了两方面的挑战:(1)违法时点的判断。即到底是以前部行为的完成还是以后部拒不履行行为的完成作为不法成立的时点?在不同回答的背后,实际上潜藏着对违法结构的迥异理解。(2)违法程度的判断。即行为人在程序性处置中所履行的数额是应从整体的犯罪数额中扣除,还是仅作为类似于退赃的酌情从轻情节来处理?其关键在于,在前部的法益损害与后部的义务履行之间,是否可以进行规范意义上的整体衡量?对这一问题的回答,还是应退回到“二阶违法”的构造中去探寻答案。

其四,如承认“二阶违法”的构造,将在程序开展上产生何种影响?这种程序性影响与实体构造之间又存在怎样的作用关系?这可从两方面加以观察:(1)“二阶违法”构造对程序处置的流程会产生怎样的影响?例如,在拒不支付劳动报酬罪中,当公安机关先接到报案材料时,是否需要将案件移交给相关行政机关先行处理?还是可以径行发动刑事追诉程序?质言之,在此类犯罪中,应否将行政处理作为刑事追诉的前置程序?这一问题的核心在于,实体判断的位序是否在实质上决定了程序处置的位序?(2)“二阶违法”构造对追诉时效的认定会产生怎样的效果?例如,在拒不支付劳动报酬罪中,是以前部的逃避支付行为的完成作为追诉时效的起算点,还是以后部的拒不履行行为的成立作为起算点?这两种不同的计算方式,将对被告人的程序利益产生重大影响。对此问题的处理,同样取决于如何理解此类犯罪的违法结构:到底是将程序性处置及后续的不履行行为视为违法评价的必要构成部分,还是一种客观处罚条件?

本文正是基于上述问题意识的展开。不难发现,这些问题实际上围绕三个维度进行推展,即“是什么—为什么—会如何”,这也构成了本文的基本逻辑脉络。

二、“二阶违法”的构成

整体而言,含有“二阶违法”的犯罪的行为结构可概括为:行为人的前部违法行为+另一主体的程序性处置+行为人的后续不履行行为。其中,程序性处置及行为人的后续不履行行为应被视为相对独立的整体,而与行为人的前部违法行为区分开来,由此形成了两种不同层面、不同阶段的违法性。

(一) 初阶违法

所谓初阶违法,是指基于前部行为所形成的违法性。行为人必须首先实施前部的违法行为,才可能进入刑法规制的范围;如果没有实施这种行为,则从一开始就不具备构成要件的该当性,也不具有刑法上的规范意义。^②例如,在拒不支付劳动报酬罪中,行为人首先实施了前部违法行为,即“以转移财产、逃匿等方法逃避支付劳动者的劳动报酬”或“有能力支付而不支付劳动者的劳动报酬”;而在非法集会、游行、示威罪中,行为人应

^② 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187页。

首先“举行集会、游行、示威,未依照法律规定申请或申请未经许可,或者未按照主管机关许可的起止时间、地点、路线进行”。对于初阶违法而言,以下两点值得注意:

其一,初阶违法的形成,往往是基于前置法上的义务违反。例如,在拒不支付劳动报酬罪中,行为人首先具有合同法、劳动法上的报酬支付义务。当行为人有能力支付而拒不支付,或采用转移财产、逃匿等方法逃避支付时,本身就是对《劳动合同法》第30条第1款的违反;^③而在非法集会、游行、示威罪中,当行为人未依法申请或申请未经许可即举行集会、游行、示威时,就是对《集会游行示威法》第7条第1款的直接违反。如果行为人未按照主管机关许可的起止时间、地点、路线进行上述活动,则是对该法第25条第1款所确立义务的违反。^④

其二,更要看到,初阶违法也具有刑法规范上的重要性。当立法者将前部违法行为规定在构成要件之中时,此种前置法上的违法性就同时具有了刑事违法性的意义,必须被作为刑事违法的实质构成部分来把握。因此,不能将初阶违法理解为单纯的民事违法或行政违法,而仅将次阶违法理解为刑事违法。初阶违法与次阶违法是刑事违法性内部的分层,而非前置法上的违法性与刑事违法性之间的分层。

在这里,存在一种不同理解:程序性处置之前的行为只是民事或行政违法行为,程序性处置之后的行为才是犯罪的构成要件行为。程序性处置具有区分两者并对后者加以标识的功能。^⑤这一观点的问题在于,它彻底否认了前部行为在刑事违法上的构成性价值,而只看到后部行为的刑事违法属性。一方面,刑法不可能对一种纯粹的前置法违法行为加以规定。当刑法站在保障法的位置,对前置法上的部分违法行为进行吸收并明确规定在罪状之中时,这种前置法上的违法性就获得了刑事违法上的构成性意义。这是因为,立法者的选择、吸纳与承认,本身就意味着一种规范判断与价值决定:这种行为具有刑法上的重要性,不能仅交由前置法加以调整,而应被纳入刑法规制的范围之中。此时,即便刑法中规定的前部行为与前置法上的违法行为具有外观上的一致性,也不能认为前部行为无关刑事不法。另一方面,还应看到的是,前部行为并不一定是对前置法上违法行为的简单复制与承认,而是完全可能对其进行修改、界分与调整,由此形成规范性的重新加工。例如,在拒不支付劳动报酬罪中,立法者就强调了“以转移财产、逃匿等方法”来逃避支付的特殊性。^⑥这种新的行为要素的加入,对于刑事违法行为的定型化建构具有重要意义。经由立法者的这种调适,前部行为的违法轮廓将产生新的变化,从而在不法内涵上与单纯的前置法违法行为拉开距离。就此而言,初阶违法构成了刑事不法的重要组成部分,对划定犯罪的行为轮廓与禁止界限具有不可或缺的价值。当然,前部

③ 《劳动合同法》第30条第1款规定:“用人单位应当按照劳动合同约定和国家规定,向劳动者及时足额支付劳动报酬。”

④ 《集会游行示威法》第7条第1款规定,“举行集会、游行、示威,必须依照本法规定向主管机关提出申请并获得许可”;第25条第1款规定,“集会、游行、示威应当按照许可的目的、方式、标语、口号、起止时间、地点、路线及其他事项进行”。

⑤ 参见高磊:《论犯罪成立的行政程序性条件》,载《东方法学》2020年第3期,第130页。

⑥ 参见王海军:《拒不支付劳动报酬罪的规范性解读——基于“双重法益”的新立场》,载《法学评论》2013年第5期,第124页。

行为仅是刑事不法的组成部分之一,其并未构成完整的刑事不法,仍然需要结合程序性处置及行为人的后部行为来整体性地把握违法构造。

(二) 次阶违法

所谓次阶违法,是指在初阶违法之后,行为人在后续的程序性处置中仍拒不履行义务,由此形成的二次违法。^⑦例如,在拒不支付劳动报酬罪中,经政府有关部门责令支付仍不支付劳动报酬的;在非法集会、游行、示威罪中,经相关主管机构发布解散命令而拒不服从该命令的。观察相关条文可知,次阶违法在罪状上通常表述为“经……,仍不……”“经……,拒不……”“经……,拒绝……”等形式。^⑧其中,“经……”往往提示着相应的程序性处置,而“仍不”“拒不”“拒绝”则表明行为人对相关义务继续不予履行。兹分别讨论如下:

1. 程序性处置

在次阶违法中,第三方的程序性处置是必要构成部分。一方面,这种程序性处置由行为人的前部违法行为所引起,是一种法律上的应对举措。另一方面,程序性处置又成为理解行为人后续行为的基本背景与重要参照,使其行为的规范意义得以彰显。由此,在整体违法构造中,程序性处置起到了起承转合的枢纽作用。具体来看,这种作用至少包含四个方面:

其一,对前部行为的违法性加以确认。正是由于先前行为的违法性,才使得程序性处置成为一种正当的法律应对与救济措施。因此,在行政处罚、行政责令或民事催收等程序性处置中,一般会对作为其基础事实的前部行为的性质加以清楚地说明与宣告。^⑨

其二,对前置法义务加以重申。对前部行为违法性的认定,有赖于对相关前置法义务的清晰识别,进而判断前部行为的义务违反属性。不仅如此,在程序性处置中,还会对行为人的义务履行进行再次要求与呼吁。而发出此种二次命令的前提,也正在于对相关义务类型、范围与程度的明确。这意味着,程序性处置中通常包含着对前置法义务的确认与重申。

其三,对前部违法行为的证据加以固定。对前部违法行为的事实与证据调查,是作出程序性处置的基础。这种阶段性违法证据的固定,使得后续的刑事追诉具有较为扎实的证据来源,不必在刑事追诉中再反过头来重新收集前期的违法证据。与此同时,通过

⑦ 就本文所陈之“次阶违法”,学者们已从不同角度加以阐述,如“程序性构成要件要素”“程序性要素”“行政程序性条件”等。参见卢勤忠:《程序性构成要件要素概念的提倡》,载《法律科学》2016年第6期;赵运锋:《论刑法条文中的“程序性要素”》,载《法学》2021年第7期;前注⑤,高磊文。值得指出的是,本文的研究对象超越于次阶违法,是就包含初阶违法与次阶违法的整体违法构成进行讨论,并重点分析初阶违法与次阶违法之间的关系,揭示其内在的违法结构。

⑧ 需要注意的是,立法者有时也会采取相对简化的表述形式。例如,在非法集会、游行、示威罪中,在“拒不服从解散命令”之前,并未明确规定“经相关主管机构发布解散命令”。但是,从上下文的整体语境出发,还是应补全这一必要前提。这是一种非典型、待补充的罪状形式,其存在并不妨碍次阶违法的罪状构成在整体上成立。

⑨ 以行政处罚为例,行政处罚决定书通常包含当事人的违法事实、处罚理由、处罚种类、履行方式与期限等事项,参见《行政处罚法》第59条。

证据的承认与转换,对前部行为的证据收集也提升了刑事追诉中证据获取的效率,促进了刑事追诉程序与行政程序、民事程序的顺畅衔接。

其四,对违反程序性处置的法律后果加以提示。在程序性处置中,通常会包含拒不履行相关义务的后果提示。这种后果提示具有以下作用:一方面,它有利于刑法预防机能的发挥。后果的明示使行为人能够预见,如拒不履行义务将面临刑罚制裁的风险,进而可能基于此种预见而回到法秩序期待的轨道。另一方面,它也增强了刑罚发动的可预测性。这使得之后的刑事制裁更易被行为人所接受,其正当性进一步提升。

2. 后续的不履行行为

在对程序性处置的作用有所认识后,我们可以更清楚地把握后续的不履行行为的特质。从形式上观察,后续的不履行行为与前部违法行为并无二致,同样表现为对某种特定义务的违反。由此,人们很容易认为,后续的不履行行为与前部行为实际上是同一种违法行为,后行为只需在前行为的延伸意义上把握即可。如此一来,二阶违法就会被压缩为平面违法。但问题是,这种观点彻底忽视了程序性处置这一中间环节的意义。这一环节的设置表明,后续的不履行行为具有双重的违法属性,即同时构成对前置法义务的违反与对程序性处置本身的违反。因此,后部行为无法被视为前部行为的简单延伸。

此外,后续的不履行行为与前部行为在行为方式上也可能存在区别。初阶违法既可能是一种作为,也可能是一种不作为。前者如,未申请或申请未被许可而举行集会、游行、示威;后者如,有能力支付而不支付劳动报酬。与之相较,次阶违法却是一种纯正的不作为。这是因为,程序性处置的实施不仅是对前置法义务的重申,而且进而确立了一种积极的“改正义务”,即要求行为人改变不法状态、恢复法和平的义务。这种义务并不因初阶违法在行为样态上的差异而有所不同。亦即,无论初阶违法是作为还是不作为,这种在程序性处置中所确立的改正违法状态的积极义务都是类似的。就此而言,程序性处置的加入具有某种规范性的转化功能,即无论初阶违法的行为形态有何区别,后部行为均以一种纯正的不作为样态出现,并统一呈现为对作为性的改正义务的违反。也正因如此,后部的拒不履行行为不能被单纯理解为先前违法行为的延伸。

3. 与客观处罚条件的区别

与承认后部行为的违法性,但将之吸收入前部违法行为的观点不同,另一种观点彻底否认后部行为的违法属性,而将之视为一种客观处罚条件。例如,有学者明确指出,“经发卡银行催收仍不归还”既不是构成要件要素与责任要素,也不是仅具有语感意义,而是一种客观处罚条件。在恶意透支时具有非法占有目的,但经发卡银行催收后予以归还的,虽然成立信用卡诈骗罪,但因为缺乏客观处罚条件,不能给予刑罚处罚。^⑩

然而,笔者难以赞同上述观点。^⑪首先,行为人在程序性处置中如履行了相关义务,就不构成犯罪。这不能被理解为犯罪已成立而仅仅阻却刑罚,因而与消极的处罚阻却事

^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》,载《现代法学》2019年第2期,第147页。

^⑪ 参见杜宇:《程序性犯罪构成要素的性质》,载《中国法学》2022年第5期,第272、279页。

由明显有别。其次,程序性处置后的行为表现,对于行为整体的定型化具有一定的加工意义,具有区分性的行为描述机能。与之不同,客观处罚条件主要指一种客观的外在事由,它对构成要件行为的定型化塑造不起作用,也无法形成对行为人行为的有效指引。^⑫再次,由于次阶违法是客观不法的重要组成部分,因而需要行为人具有一定程度的认知。也惟其如此,方能发挥其行为指引的功能。与之不同,客观处罚条件通常与不法相分离,其并不处于责任主义的规制范围之内,^⑬行为人无需对之有所认识。最后,在程序性处置中,行为人是否履行义务与实质的违法评价紧密相关。与之相对,客观处罚条件处于不法与责任之外,^⑭是一种基于刑事政策的考量来控制刑罚权发动的要素,通常与实质的违法评价无关。

(三) 初阶违法与次阶违法的关系

与平面违法不同,二阶违法具有明显的层次性与分段性。由此,如何理解初阶违法与次阶违法的关系,就成为把握这一特殊违法结构的关键钥匙。以下将从违法根据、内涵形成、界分重心及实质评价等四个方面,检视两者在违法塑造上的分工与协调关系。

1. 违法根据

初阶违法是基于行为人前部行为而形成的违法性。这种违法性成立的根据,首先在于对前置法义务的违反。进而,刑法基于保障法的位置,对于重要的前置法义务违反行为加以挑选和承认,使其上升为刑事违法的构成部分。与之不同,次阶违法的形成则具有更为复合的根据。质言之,次阶违法不但是在初阶违法基础上的一种持续性违法状态,而且是对程序性处置本身的违反。因而,它在违法根据上增添了新的维度与来源。

通常,程序性处置由相关主管部门实施,且符合行政处罚、行政责令、行政监管等特定样式。因此,后续的拒不履行行为不仅是先前违法状态的延续,而且是对这些行政规制行为的直接对抗。就此而言,次阶违法实际上构成了某种双重违法的竞合状态。例如,在拒不支付劳动报酬罪中,当有关部门责令支付而行为人仍拒不支付时,不仅是对劳动法、合同法上支付义务的继续违反,而且是对责令支付这一行政命令本身的违反;在拒不履行信息网络安全管理义务罪中,当监管部门责令采取改正措施时,这一责令实际上具有强制性的行政合规意味。行为人拒不履行的行为,不仅是对网络安全管理义务的继续违反,而且是对此种具体行政规制行为的直接违反,因而也具有类似的双重违法属性。

当然,尽管存在以上区别,还是应当承认二者违法根据上的关联性。质言之,对整体的违法性而言,前部行为是其先导或来源。如果不存在这一行为,就不可能存在相应的程序性处置,也不可能存在后续的不履行行为。因此,初阶违法是次阶违法的前提,而次阶违法是在初阶违法基础上的进一步延伸与发展。进一步地,就次阶违法所涉及的违法

^⑫ 参见周光权:《论内在的客观处罚条件》,载《法学研究》2010年第6期,第127页。

^⑬ 参见王钰:《罪责原则和客观处罚条件》,载《浙江社会科学》2016年第11期,第55页。

^⑭ 在客观处罚条件的体系地位问题上存在争论,主要有构成要件要素说、独立阶层说及两分说等观点,笔者支持独立阶层说。参见[德]汉斯·海因里希·耶塞克、[德]托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》(上卷),徐久生译,中国法制出版社2017年版,第749页。

根据而言,尽管同时关涉前置法义务的违反与程序性措施所指向的管理秩序的违反,但由于后者是以前者的存在为前提并以纠正前者为目标,因此,在整体上仍应以前者为基本方面与重心所在。

2. 内涵形成

对于不法内涵的形成而言,初阶违法与次阶违法也各有其“贡献”。初阶违法以前置法上的义务违反为根据,通过对义务违反的特殊样态加以描述,形成了构成要件行为的基本轮廓。尽管这一轮廓并非违法构成的全部,但它仍然为违法内涵提供了基础内容。就犯罪行为的定型性而言,主要是由初阶违法来勾勒和塑造。例如,在恶意透支型信用卡诈骗罪中,当行为人以非法占有为目的进行恶意透支时,诈骗的客观行为结构就已经成立,^⑮行为定型就已基本确定,罪名指向也随之明确。与初阶违法相比,次阶违法主要是在违法构成的基本轮廓确定之后,再提供一次挽回的机会。对行为人而言,是否妥善利用了这一机会,只有“是”与“否”两种逻辑可能。因此,后续是否履行义务,尽管会对违法性的继续形成造成直接影响,但并不会突破初阶违法所划定的基本轮廓。就此而言,次阶违法是在初阶违法所划定的轮廓范围内对违法性的进一步续造。

3. 界分重心

正因为对违法内涵的形成有不同“贡献”,初阶违法与次阶违法在界分功能上也各有侧重。初阶违法构成了刑事违法的外沿性边界,行为如不符合这一基础性的违法构成,就根本不能进入刑事规制的范围。对于初阶违法的设置而言,既可能是对前置法上的违法行为予以挑选和直接肯认,也可能对其不法内涵或轮廓进行调整,从而完成刑法规范意义上的再加工。但无论是何种形式,都意味着行为一旦符合初阶违法的设置,就可能构成一种在规范评价上具有刑法重要性的行为。由此,初阶违法的界分重心,在于将前置法上的一般违法行为与具有刑事规制初步必要性的行为明确区分开来。

次阶违法的设置,则是在初阶违法成立范围内的进一步筛选与检验。对已构成初阶违法但经程序性处置后履行了相关义务的情形,不再追究刑事责任,而对于那些经程序性处置后仍拒不履行的情形,则予以刑事追究。也即,次阶违法的界分重心在于,将可挽回的违法构成行为与那些冥顽不化、坚持到底的违法构成行为加以明确区分。

4. 实质评价

两者的核心区别在于实质评价的差异。在实质违法论上,存在着规范违反说与法益侵害说的对峙。^⑯如果认为违法性的本质是对行为规范的违反,那么,初阶违法与次阶违法在规范效力的破坏与维护上,就存在着明显的分工关系。在这里,与初阶违法和次阶违法的区分相对应,存在着基础性命令规范与补充性命令规范的区分。基础性命令规范根源于前置法上的义务设定,要求行为人履行支付劳动报酬、如约偿还透支款等相关义务。如果行为人以特定方式逃避上述义务的履行,便是对此种命令规范的违反。而补充

^⑮ 参见前注^⑩,张明楷文,第151-153页。

^⑯ 参见〔日〕松原芳博:《刑法总论重要问题》,王昭武译,中国政法大学出版社2014年版,第79页。

性命令规范的适用前提,恰在于基础性命令规范的落空。亦即,只有当规范发出的第一次命令失败,行为人存在前部违法行为这一前提时,补充性命令规范始克登场,并再一次呼吁行为人回到正确的行为轨道。就此而言,次阶违法的设置实际上是以补充性的命令规范为基础,是对基础性命令规范失灵后的救济,具有“二次性”的规范确证意义。^{①⑦}

如果认为违法性的本质在于法益侵害,二阶违法的设置逻辑也完全可以在这一脉络上加以解读。难以否认,前部违法行为已造成了一定的法益侵害。但是,这种法益侵害只是一种暂时的侵害,它可能经由后续的程序性处置而得以修正或继续维持。如果行为人在程序性处置中拒不履行相关义务,则法益侵害得以持续并进一步坚固化;而如果行为人切实履行了相关义务,则暂时的法益侵害可得以填补,并重返法和平状态。不难发现,在法益侵害的脉络上,也存在着教义学上特殊的二阶构造。也即,前部违法行为所造成的法益侵害具有暂时性、中间性的特征,需通过后部的义务履行行为是否完成来进行终局性判断。^{①⑧}在此意义上,次阶违法实际上是对初阶违法的调整或确认,具有法益侵害的补充评价功能。

总之,程序性处置与后部的不履行行为应被视为一个整体,而与前部违法行为加以区隔。程序性处置不仅确认了先前的违法状态,而且再次向行为人提示和呼吁了相关义务的履行。在此基础上,行为人再度偏离法秩序的期待,拒不履行相关义务,由此形成了二次违法的状态。这种二次违法与因前部行为而形成的初次违法,在违法根据、内涵形成、界分重心、实质评价等方面均有一定差异,应当在教义学层面明确区分开来。

三、“违法阶梯”的塑造

在二阶违法的构造得以阐明之后,需要进一步对二阶违法的立法机理加以探求。通过这一努力,不仅能够对此种违法构造的功能诉求有所洞察,也使其教义学原理的建构奠基于一更为扎实的基础之上。

(一) 违法的范围紧缩

可以很清楚地看到,相比于一阶违法,二阶违法的构造大大限缩了违法性的成立范围。在二阶违法的构造中,初阶违法主要是基于对民法、行政法等前置法义务的违反而成立。而次阶违法则是在初阶违法的基础上,对可通过程序性措施加以回转的情形从刑事违法的成立范围中予以排除。毫无疑问,次阶违法是一种额外添附的违法性要素,它使得整体的刑事违法性必须经由双重滤网的筛查方可成立,也使得最终的违法成立范围进一步限缩。例如,拒不支付劳动报酬本来只是一种民事纠纷。这种纠纷应由民法、劳动法来调整,刑法如果整体性地介入显然并不合理。然而,欠薪行为不仅侵害了劳动者本人的财产权益,而且可能引发群体性事件进而危及社会秩序,因此也需要刑法的适度

^{①⑦} 参见前注^{①①},杜宇文,第279页。

^{①⑧} 参见前注^{①①},杜宇文,第279页。

调整。在此背景下,立法者将恶意欠薪行为纳入刑事规制的视野,同时又通过二阶违法的设置来限制处罚范围,以避免刑法触角的过度延伸。这种“进一步再退一步”的审时度势,体现了立法者在刑法调控范围上的平衡感与分寸感。

与此相对,立法者也可能放弃次阶违法的缓冲,而径直采用一阶违法的设置。这种平面化的违法构造,将使得刑事违法的成立范围大大扩张。例如,1997年《刑法》第288条规定:“违反国家规定,擅自设置、使用无线电台(站),或者擅自占用频率,经责令停止使用后拒不停止使用,干扰无线电通讯正常进行,造成严重后果的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金”,2015年的《刑法修正案(九)》删除了“经责令停止使用后拒不停止使用”的规定。再如,1997年《刑法》第343条有“经责令停止开采后拒不停止开采”的规定,但2011年的《刑法修正案(八)》删除了这一规定。这些立法变动表明,立法者认为上述行为无需通过行政命令予以预先规制,而是具有直接发动刑罚的必要性。如此一来,刑事违法性的成立范围也将大幅扩展。

因此,到底是采用一阶违法还是二阶违法,将对刑事违法性的成立范围产生重大影响,进而对刑罚权的发动具有调节作用。相对于一阶违法而言,二阶违法的构造不仅在违法性成立范围上有明显限缩,而且在这一范围的动态调节方面更具弹性。

(二) 违法的质性区隔

对于保障法而言,如何处理与前置法之间的区隔关系,是一个相当紧要的问题。这是因为:一方面,在法律体系内,保障法处于相对靠后的位置,需要遵循法秩序统一原理来保持与前置法之间的协调性与融贯性;另一方面,保障法又不能与前置法毫厘不爽,而是需要适度拉开距离,从而形成法律规制上的渐进与合理分工关系。

作为二阶违法构造的基底,初阶违法使得刑事违法性建立在前置法的违法性这一基础之上,因而有助于法秩序统一性与协调性的实现。但如果仅保留初阶违法而缺乏次阶违法的设置,刑法就可能过度介入前置法的调整范围。次阶违法的设置,实际上是试图在维持刑法之保障功能的同时,又在禁止范围上与前置法适当拉开距离,从而形成相对独立的规制空间。在这一空间距离的拉开中,刑法作为“辅助性”法益保护手段的社会任务得以安置。^{①⑨}其背后的理念是:尽管某些行为违反了前置法上的义务,但如果能够通过再一次的法律呼吁,并经由更为轻缓的民事或行政手段加以规制,就无需发动刑罚。这既体现了刑法在调整范围上的自我克制,也彰显了其作为最后手段的基本特质。

具体而言,通过次阶违法的设置以形成保障法与前置法之间的质性区隔,可从三个维度来理解:

其一,构成要件维度。在“违法构成要件说”看来,构成要件不但是违法性的认识根据,而且是违法性的存在根据,构成要件就是类型化的不法。^{②⑩}可以看到,程序性处置与行为人后部的拒不履行行为,是行为人整体行为结构中不可或缺的部分。此种行为构

^{①⑨} Vgl. Claus Roxin/ Luis Greco, Strafrecht AT, 5. Aufl., 2020, S. 21.

^{②⑩} 参见马克昌主编:《近代西方刑法学说史略》,中国检察出版社1996年版,第238页。

成在前置法上并非必要,但在刑法上却属于绝对必要。如此一来,通过次阶违法的设置,就使得前置法与保障法在违法构成要件上产生了质的区别,并明显拉开差距。单纯的前置法上的违法行为,并不在整体意义上具备刑法上的构成要件该当性,因而不具有相应的刑事违法性。

其二,规范目的维度。构成要件是为保护法益而存在的。^{②①}如穿透构成要件的外衣,背后潜藏的实际上是特定的规范保护目的。在二阶违法的构造中,次阶违法的设置不但使前置法与保障法在违法构成要件上产生差异,而且使其规范目的形成了明显区别。这是因为,行为人后续的拒不履行行为,不但是对前置法义务的继续违反,而且是对程序性处置本身的违反。在这种对行政处罚、行政命令的对抗中,实际上蕴含着新的法益侵害根据,即对相关领域行政管理秩序的破坏。这些新的法益侵害内容难以被前置法所涵盖,亦使得相关犯罪的规范保护目的与前置法有效区别开来。

其三,法律后果维度。从法理上讲,一种违反民事或行政义务的行为,如带来民事或行政责任较为合理,但如直接导出刑事责任,则显得较为突兀。^{②②}在二阶违法的构造中,存在着一种法律后果上的渐进梯度:如构成初阶违法,则导出民事催收、行政处罚、行政责令等后果,但并不径直发动刑罚;如成立次阶违法,即经由程序性处置行为人仍拒不履行,则进一步导出刑事责任。从时间顺序上看,先赋予民事或行政责任,再赋予刑事责任,具有明显的前后之别;从效果逻辑上看,一旦民事或行政责任被履行,就不必追究刑事责任,只有当民事或行政措施失效时,才具备发动刑事责任的充分必要。无论在时间上还是效果上,都存在明显的渐进关系。这种法律责任上的层层赋予,正是通过二阶违法的构造来实现。

总体而言,立足于法秩序的统一性,保障法应当尽量保持与前置法之间的协调与融贯。然而,这种统一又是相对的。^{②③}尽管前置法上的合法行为在刑法上也是合法的,但前置法上的违法行为却未必一定具备刑事违法性。刑事违法性的形成,需要基于刑法自身的社会任务予以规范性地再塑造,也需要与前置法上的义务违反加以适当区隔。如果不拉开两者之间的距离,将使得保障法与前置法在调整范围上高度重合、难辨你我。例如,当行为人违反《证券法》《公司法》的规定而进行非法集资时,便立即构成非法吸收公众存款罪。这是一种“突变式的罪名”,违法与犯罪之间衔接过于紧密。^{②④}此时,通过二阶违法的设置,有助于在两种不同的违法性之间建立起缓冲地带,并防止可能的“基因突变”。

②① 参见前注①④,汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特书,第326页。

②② 如果按照客观处罚条件说的观点,初阶违法充足时,即已成立完整意义上的犯罪。次阶违法只是一种刑罚阻却事由,即一种控制刑罚的实际发动但并不妨碍犯罪成立的事由。这可能导致刑法为犯罪设立行政责任或民事责任的悖论,并不合理。

②③ 在法秩序应否统一及如何统一的问题上,即刑事违法性与前置法违法性的关系问题上,存在独立性说、从属性说、相对独立性说、相对从属性说等观点。参见于改之:《法域冲突的排除:立场、规则与适用》,载《中国法学》2018年第4期,第86-87页。笔者站在缓和的违法一元论立场上,采相对从属性说。

②④ 参见刘宪权:《互联网金融股权众筹行为刑法规制论》,载《法商研究》2015年第6期,第61-71页。

（三）违法的程度调节

就违法阶梯而言,实际上有两种形成可能:一是,在初阶违法与次阶违法之间构建起“违法性的沟壑”,以实现两者的质性区隔。二是,通过违法程度的区分,使次阶违法与初阶违法在可罚性的量上产生显著差异。此时,尽管两者在一定范围内仍具备共通的违法属性,但次阶违法的违法程度却明显升高,从而达到一种刑事可罚的程度。由此,也呈现出一种递进的、阶梯化的构造。

在违法程度的考量上,可基于如下逻辑展开:(1)先考虑初阶违法与次阶违法之间的关联性。质言之,后部违法行为是前部违法行为的必要构成部分,还是存在明显的分离可能?(2)再考虑初阶违法与次阶违法是否具有相同的性质,或是否至少存在部分重叠的违法性?(3)最后在重叠范围内分别考察初阶违法与次阶违法的违法程度,并加以具体比较。^{②⑤}以下将沿着上述的判断逻辑展开分析。

首先,初阶违法与次阶违法存在分离可能,后部行为并非前部行为的必要构成部分。这是因为:一方面,程序性处置是某种时间意义上的分岔点,使得前后行为的分离判断在事实上成为可能;另一方面,从规范评价的角度看,如前所述,前后行为在实质违法根据上存在明显差异,难以被一体看待。

其次,尽管初阶违法与次阶违法具有分离判断的必要,但两者仍存在性质上部分重叠的违法性。质言之,次阶违法虽具有双重违法的属性,即同时构成对前置法义务的违反与对程序性处置本身的违反,但在前置法义务违反的范围内,次阶违法与初阶违法仍形成了部分的重叠关系。在这一重叠范围内,次阶违法仍具有继续违反前置法义务的性质。

最后,在可比较的范围内,次阶违法与初阶违法在违法程度上具有显著差异。可以看到,如果去除次阶违法,单纯的初阶违法并不具有充分的刑事可罚性。对前置法义务的违反只是发动刑罚权的基础条件,但并不构成充分根据。次阶违法的加入,则使得初阶违法的违法程度进一步攀升,从而达到值得科处刑罚的程度。一方面,从规范违反的维度考察,程序性处置是对行为人履行前置法义务的再次呼吁,而行为人拒不履行相关义务的行为,则是对行为规范的二次违反,是对规范有效性的再次否认。这种对规范效力的一再蔑视,体现了行为人与规范之间的格格不入,也彰显了其主观不法程度的攀升。另一方面,从法益侵害的维度观察,虽然在前置法义务的保护范围内,次阶违法与初阶违法的法益侵害类型相同,但次阶违法不仅使法益侵害的危险持续下去,而且使这一法益侵害的危险更为现实化与坚固化。可见,立基于规范违反与法益侵害的双重视角,次阶违法均使初阶违法的违法程度显著提升,从而达到值得科处刑罚的程度。

^{②⑤} 从逻辑上看,违法阶梯可分为前置的违法提升与后置的违法缓冲。前者是指,前部行为并不具备充分的刑事可罚性,而后部行为则显著提升了行为的违法程度,使之达到值得科处刑罚的程度;后者是指,前部行为已具备充分的刑事可罚性,而后部行为则使得行为整体的违法程度得以降低,使之不再具备值得科处刑罚的违法程度。两者的区别在于:(1)前部行为是否已达到充分的刑事可罚程度;(2)后部行为在违法程度的作用方向上的差异。前者是一种升高的违法阶梯,后者是一种下降的违法阶梯。由于下降的违法阶梯是在消减不法程度的方向上发挥作用,因而主要被归入违法阻却事由、刑罚减免事由中加以讨论。

综上,次阶违法是在初阶违法基础上的进一步塑造。初阶违法与次阶违法构成了违法评价的双重滤网,在违法范围上呈现出渐次紧缩的关系。这种二阶违法的结构,既使得刑事违法性与前置法上的违法性保持必要的沟通与协调,又使得刑法自身的规范目的与社会任务得以安置。同时,在初阶违法与次阶违法之间,既存在构成要件、保护法益与法律后果上的质性分野,也在重叠范围内存在违法程度的明显区分。由此,这种分段的违法设置,形成了一种“违法阶梯”式的立法架构,也创造出一种违法性的张力空间。

四、“二阶违法”的实体展开

如果承认这种二阶违法的结构,就会在教义学上产生一系列辐射性效应。从实体维度观察,二阶违法的构造将对违法时点的判断、违法数额的认定等带来影响。

(一) 违法时点的判断

在二阶违法的框架中,行为人的行为被分割为前后两段。那么,该如何判断违法的成立时点呢?对此存在两种截然对立的回答:一是,当前部行为实施完毕并形成特定法益侵害时,违法性便已成立;^{②6}二是,应以后部行为的实施终了及由此形成的最终法益侵害状态作为违法成立的时点^{②7}。在不同回答的背后,实际上隐含着对违法结构的迥异理解:第一种观点将前部行为视为违法构成的全部内容,而将次阶违法排除出去,并将其把握为与犯罪成立无关却控制刑罚实际发动的客观处罚条件;第二种观点则将次阶违法视为违法的必要构成部分,由此,违法性的成立自然应以后部行为实施完毕为准加以判断。在笔者看来,第二种观点较为妥当。

实际上,刑法上的违法性判断,永远是站在当下视角对既往行为的回溯。至于要回溯到哪一阶段、划定在什么范围,则只能从刑法的任务出发进行考量。诚如卢曼所言:“法律系统……必须对社会互相依附关系在时间上的联系范围加以控制,并且按照自己的规定截断这种联系。”^{②8}刑法的任务在于保护法益,但法益侵害并非总是一蹴而就的。在二阶违法的场合,就明显具有阶段性、分层性的特点。由此,应当对违法性的成立时点予以目的性的重新阐释:前部行为虽然造成了一定的法益损害结果,但这种结果只是一种中间性的、暂定的结果,存在进一步发展变化的可能。行为人的后部行为,实际上是对这种中间违法状态的继续形成。它既可能通过行为人的拒不履行行为而得以现实化,也可能通过行为人的义务履行行为而得以修正和回复。在前种情形下,中间性的不法状态得以最终确认,并由此形成终局性的不法状态,应当以这种最终的、整体的不法状态,作为违法性成立的时点标准。

^{②6} 参见黄继坤:《论拒不支付劳动报酬罪的几个重要问题——对〈刑法修正案(八)〉的解读》,载《当代法学》2012年第3期,第52页。

^{②7} 参见谢望原:《论拒不履行信息网络安全管理义务罪》,载《中国法学》2017年第2期,第253页。

^{②8} [德]卢曼:《社会的法律》,郑伊倩译,人民出版社2009年版,第112页。

由此出发,应将包含二阶违法的犯罪在整体上理解为一种继续犯。^{②9}一方面,初阶违法与次阶违法均是不法的必要组成部分,犯罪行为实际上从初阶违法一直持续到次阶违法。就此而言,这类犯罪并非行为一经实施即告成立,因而难以被理解为即成犯。另一方面,到底应将其把握为继续犯还是状态犯,则需进一步分析。一般认为,继续犯与状态犯的核心区别在于:行为与不法状态是否同时持续。^{③0}而所谓“同时”的起算点,则应理解为在犯罪既遂之后。^{③1}即犯罪行为在既遂后是否仍持续一段时间,且在此期间内法益受损的状态是否同时持续。在二阶违法的犯罪中,由于初阶违法与次阶违法均是整体不法的必要组成部分,因此不能认为,当初阶违法形成时既遂即告成立,而是应将次阶违法的充足视为既遂的成立时点。如此一来,问题的关键便在于,在次阶违法成立之后,违法行为是否仍处于延续状态?应当承认,在次阶违法的阶段,法规范赋予了行为人改变违法状态的积极作为义务,而行为人却拒不改变,这是一种纯正的不作为样态。在义务履行期限届满后,行为人拒不履行的行为并未改变,而是一直处于延续的状态之中。与此同时,法益受损的状态也一并延续。因此,可将其把握为继续犯。

或许有人认为,将此类犯罪理解为继续犯会产生如下问题:一是,可能使行为时点处于不确定的状态。例如,在拒不支付劳动报酬罪中,如果将前部行为的实施完毕视为不法成立,其行为时点是明确的。但如果将后部行为也纳入整体的犯罪行为,其犯罪行为的成立便取决于主管部门的行政命令程序何时发动,因为“仍不支付”的前提是“经政府有关部门责令支付”。但问题是,政府部门何时能发现前部行为是不确定的,作出命令的行政效率也各不相同,这使得后部行为的成立时点也相应变得不确定。二是,可能使犯罪行为的成立取决于第三方的行为。根据刑法学的一般原理,犯罪行为应当是行为人本人的行为。如果将后部行为也视为犯罪行为的组成部分,就可能使得犯罪行为最终持续到哪一刻并不取决于行为人自己,而是受制于行为人之外的第三人,如政府的相关主管部门。这与犯罪行为是“犯罪人的行为”有所抵牾。

但笔者认为,将此类犯罪在整体上理解为继续犯,并不存在以上问题,具体理由如下:

^{②9} 在二阶违法的构造中,次阶违法包含着双重的违法根据,因而与初阶违法在违法根据上有着相当差异。但不可否认的是,两者在前置法义务的违反及由此形成的法益侵害范围内,仍存在一定的重叠性。由于继续犯是以法益侵害的同一性与持续性为前提,因此,本文所讨论的继续犯问题是在承认这一重叠性的语境下展开的。

^{③0} 参见刘艳红主编:《刑法学》(上),北京大学出版社2016年版,第294页。

^{③1} 在继续犯の場合,行为的持续应从何时开始计算,在刑法学界存在不同观点,主要有“犯罪既遂后说”“犯罪实行后说”等。在笔者看来:一方面,继续犯需与即成犯相区别。犯罪行为在一定时间内持续而非一经实施即告完成(既遂),是继续犯区别于即成犯的显著特征。就此而言,继续犯的行为持续这一特征,应指在实行之后、既遂之前犯罪行为需持续一段时间。另一方面,继续犯又需与状态犯相区别。在状态犯の場合,犯罪行为已经终了但法益受侵害的状态却仍然持续。这种不法状态的持续是以行为终了、犯罪既遂为前提的。因此,如果要将继续犯与状态犯对照以观,必然要求继续犯中“行为与不法状态的持续”是指犯罪行为在既遂成立后仍持续一段时间,与此同时,法益受侵害的状态也相应持续。不难发现,立足于与即成犯及状态犯的区别需要,应分别采取“犯罪实行后说”与“犯罪既遂后说”。就此而言,在继续犯的行为持续的计算起点问题上,存在着一定的内在紧张关系。鉴于此处对准的问题是“存在二阶违法构造的犯罪到底是继续犯还是状态犯”,本文在“犯罪既遂后说”的基础上展开讨论。关于即成犯、继续犯与状态犯的区分,参见杜文俊、陈洪兵:《即成犯、状态犯、继续犯的理论界分 and 评价》,载《东方法学》2011年第1期,第35-37页。

其一,次阶违法的成立时点虽存在一定的不确定性,但仍具有一致的判断标准。诚如前述,次阶违法具有双重违法属性。它不仅构成对前置法义务的继续违反,而且构成对程序性处置中所蕴含的行政命令、行政监管本身的违反。但无论是哪一层面的违法,均以程序性处置中确定的义务履行期限为成立时点。一方面,对于前置法义务的违反而言,当行为人未在程序性处置确定的期限内履行义务时,就呈现出一种“不法坚持”的样态。这种“不法坚持行为”与单纯的“不法继续行为”尽管在行为表现上具有一致性,但在违法意识的强度上却有明显区别。因为,程序性处置是一种特别的义务履行提示,也体现了法秩序再次呼吁行为人重返法和平的期待。经程序性处置后行为人仍拒不履行的行为,实际上体现了行为人冥顽不化的法敌对姿态,也使法益受损的状态进一步坚固化。这种“不法坚持行为”的形成,正是以程序性处置中所确定的履行期限届满为认定标准。另一方面,对于程序性处置本身的违反而言,也只有当程序性处置确定的履行期限届满时,才能判定其成立,而在此之前,行为人始终具有履行的机会与可能。由此可见,程序性处置确定的履行期限具有判断次阶违法是否成立的关键时点意义。应当承认的是,这一履行期限的确定,通常与程序性处置本身的作出时间相关。由于发现前部行为的时间存在不确定性,作出程序性处置的迅速程度各不相同,^③可能使最后的履行期限附随地具有不确定性。尽管如此,这种成立时点上的差异并不会影响司法裁判上的一致性与稳定性。因为,无论在具体的时间点上有何差异,所有案件都是基于确定的裁判基准——程序性措施所确定的履行期限来判断。无论具有多大的事实性区别,在统一的裁判基准面前,这种事实性差别都将被抹平并取得规范评价上的一体对待。

其二,次阶违法的成立时点虽在一定程度上依赖于第三方,但就其基本部分而言,仍然是行为人本人的不法行为。如上所陈,次阶违法的成立的确依赖于程序性处置的作出及其所确定的履行期限,而程序性处置是第三方实施的行为,难以归属于行为人本人。但是,在违法时点的确立上依赖于第三方的行为,只是一种判断标准上的依赖,并不意味着次阶违法本身变成第三方的违法。实际上,尽管次阶违法是由程序性处置与行为人的后部行为一起构成,但其不法核心仍然是行为人本人的不履行行为。程序性处置仅构成理解行为人后部行为的重要参照,使其不履行行为的规范意义得以彰显而已。

(二) 违法数额的认定

在二阶违法的犯罪中,既有拒不支付劳动报酬罪等数额犯,也有拒不履行信息网络安全管理义务罪等非数额犯。对数额犯而言,犯罪数额在一定程度上具有对违法程度的征表意义。因此,如何认定犯罪数额在司法实务中成为重要问题。这一问题的核心在于:行为人在程序性处置中所履行的数额,是否应从犯罪数额中加以扣除?例如,行为人以转移财产的方式,逃避支付10名员工的劳动报酬共计10万元,经相关主管部门责令支付后,行为人支付了其中的4万元。在本案中,如将后部行为理解为客观处罚条件,就应

^③ 在相关主管部门已发现前部违法行为却不出作程序性处置的场合,应当排除犯罪成立的可能。此时,不应将相关主管部门的不作为责任转嫁到行为人身上。

以前行为的逃避支付金额 10 万元为犯罪数额,事后支付的 4 万元可以在量刑时作为酌定从轻情节来考虑;^③而如果承认二阶违法的结构,就应该以补充支付后的最终欠款作为犯罪数额^④。也即,行为人虽先前逃避支付 10 万元,但在行政责令后补充支付了 4 万元,应当将补充支付的数额从先前数额中扣除,犯罪数额为两者的差额部分即 6 万元。

可见,在犯罪数额的认定上,存在“分别处理方案”与“整体衡量方案”。“分别处理方案”以前部行为造成的法益损害为基准认定犯罪数额,而经程序性处置后行为人所支付的数额仅作为酌情从轻量刑情节来认定,类似于退赃等事后悔过情节;^⑤“整体衡量方案”则将前部行为造成的法益损害与后部的义务履行进行整体衡量,并以两者的差额为标准来认定犯罪数额。亦即,行为人在程序性处置中所支付的部分,不应被理解为退赃,而应被认定为消极的犯罪冲抵数额。笔者认为,后一种方案更为合理。

“分别处理方案”的问题在于,它将行为人后部的履行行为从整体不法中切割开去,将其视为一种与不法无关的客观处罚条件。如此一来,当前部行为实施完毕之时,法益侵害结果即已完整实现,犯罪已经既遂。由此,在行政责令后行为人履行了何种程度的义务,并不会影响构成要件结果的范围与程度,而只是一种类似于退赃的情节。这种理解在根本上忽视了后部行为之于犯罪成立判断的决定性意义。实际上,行为人的后部行为对法益侵害结果具有塑造性影响,对不法的终局判断亦具有关键价值。在后部行为未经检验之前,根本无法得出犯罪是否成立的结论。在上例中,如果认定犯罪数额是 10 万元,即是在不考虑后部行为的前提下,以前部行为及其结果作为本罪违法的全部构成。如此一来,行为人在行政责令后补缴的 4 万元,就只能被理解为类似于犯罪成立后的退赃。但问题是,在未经行政责令程序及对行为人后续行为的审查之前,根本无法认定拒不支付劳动报酬罪的成立。行为人补充支付 4 万元劳动报酬的行为,也不能被视为退赃。因为退赃的前提是行为已经构成犯罪,而在行为人支付 4 万元之前,行为还不能被认定为犯罪。只有将行为人后部的履行行为与前部行为对照以观,才能对行为不法及其程度进行终局判断。

抛开规范性的不法构成原理,即便从刑事政策角度考察,也应当赞成“整体衡量方案”。这是因为,上述两种方案之于行为人的法律后果有很大差异,因而在激励效应上区别明显。如采“分别处理方案”,行为人的后部履行行为只是类似于退赃的嗣后表现,不但不影响犯罪的成立,而且仅构成某种酌定的从轻量刑情节。此种法律后果上的优惠效应在程度与范围上有限,且存在不确定性。而在“整体衡量方案”中,行为人在程序性处置中的义务履行不仅可影响犯罪成立的判断,而且将对犯罪数额予以直接克减。对行为人而言,这种法律优待显然更加彻底、更具强度也更为确定。因此,“整体衡量方案”会产生更大的激励效应,促使行为人在程序性处置中尽最大可能履行义务。

具体而言,这里存在三种情形:一是,行为人在程序性处置规定的期限内未履行义

^③ 参见前注⑫,周光权文,第 131 页。

^④ 参见卢勤忠:《程序性附加条件与客观处罚条件之比较》,载《法学评论》2021 年第 1 期,第 76 页。

^⑤ 参见前注⑩,刘艳红书,第 393 页。

务,法律所赋予的机会被耗尽,行为达致终局、确定的不法状态。此时,可直接将前行为所造成的法益损害结果认定为犯罪数额。二是,行为人在程序性处置中予以了完整的义务履行,不法难以最终成立,也就不存在犯罪数额的认定问题。三是,行为人在程序性处置中只完成了部分的义务履行,此时,需将前行为所造成的法益损害与后行为所弥补的法益损失对照衡量,并就未填补部分考量犯罪的成立可能及其数额。如果前后差额并未达到犯罪成立的数额门槛,就无法认定犯罪成立;如果已达到数额门槛,则以此差额为最终的犯罪数额。

五、“二阶违法”的程序映射

对二阶违法结构的承认,也将在程序维度产生辐射效应。它不仅可能导致程序流程上的动态引导,而且可能带来追诉时效上的延迟认定。

(一) 程序流程的引导

在二阶违法的结构中,程序性措施的加入意味着在初阶违法成立之后、整体不法成立之前置入了一种中间性处置。尽管就实质而言,这是一种实体的违法要素,是犯罪成立认定过程中不可逾越的判断对象,但其实体裁判机能的发挥必须附着在特定的程序安排之上,从而产生相应的程序引导效应。

例如,在拒不支付劳动报酬罪中,是否需先经主管部门的行政处置才能由公安机关予以刑事立案,理论上存在一定争议。一种观点认为,经由行政程序处理是构成本罪的前提,只有在相关主管部门发布行政命令但行为人仍拒不履行后,方可进行刑事追诉。^{③6}这意味着,一方面,行政调查程序先于刑事侦查程序;另一方面,行政决定的作出先于刑事判断的形成。也有学者将这种现象概括为“先行政后司法”,并认为这是一种责任追究的过程。先由行政机关敦促当事人履行义务,只有当行政处理效果不彰时,再实施刑罚制裁。^{③7}另一种观点则认为,本罪的追诉不应以行政法上的处理决定为前提,这一“行政附属性规定”存在明显问题。这是因为,一方面,此种规定是由行政命令预定了刑罚,使得刑罚的发动成为某个具体行政行为所确定的结果,因而构成了对罪刑法定原则的公然违反。另一方面,它也混淆了刑法与行政法、刑事司法与行政执法的界限,使得刑法治理隶属于行政法治理,并造成行政法一法独大的局面。^{③8}笔者赞成前一种观点。

其实,坚持行政程序前置不仅不构成对罪刑法定原则的违反,反而是坚守罪刑法定原则的结果。这是因为,既然立法上明确规定了“经政府有关部门责令支付仍不支付”这一要素,就意味着未经责令支付这一行政命令程序,就不能直接课予行为人刑事责任。虽然这使得是否赋予刑事责任直接依赖于行政程序的处理及其结果,但这种依赖正是基于刑事立法的明文规定与授权,也是对立法者意志决定的尊重。同时,这一规定尽管造

^{③6} 参见前注⑥,王海军文,第126页。

^{③7} 参见吴亮:《“先行政后司法”中的公权力滥用及其审查规则》,载《政治与法律》2013年第11期,第99页。

^{③8} 参见李梁:《拒不支付劳动报酬罪的行政附属性规定研究》,载《政法论坛》2017年第5期,第151-153页。

成了行政执法先于刑事司法的局面,但这恰好契合刑法作为保障法的规范使命,也完全符合刑法仅提供“辅助性”法益保护的社会任务。因此,这一规定只会使行政法与刑法之间的任务分工更为明晰,并不会混淆两者之间的应有界限。

这里的关键问题是:一种实体判断的因素,是否会对程序安排的流转产生影响?的确,在我国《刑法》第276条之一中,并未明文规定行政处理是追究刑事责任的前置程序。^⑨但是,根据其规定,经政府有关部门责令而行为人仍拒不履行,乃是形成最终实体结论前不可逾越的判断因素。因此,这里存在两种不同的位序:一种是实体判断上的位序,即未经某种要素的判断,就不能得出最终的实体认定结论;另一种是程序流程上的位序,即未经相关主管部门的行政责令程序,就不能发动刑事追诉程序。尽管这是两种不同意义的位序,但两者实际上存在着紧密关联。前一位序构成了某种决定性的力量,正是实体判断上的位序决定了程序安排上的相应位序。因为,行为人后续是否履行了支付劳动报酬的义务是判断其是否实体可罚的必备因素,而这一判断在行政责令程序完成之前是无法确定的。于是,行政责令程序就成为启动刑事追诉程序的必备前提。

由此,即便公安机关获得了报案材料或行为线索,也应当先将案件转处至行政程序来处理。这正是基于本罪的实体规定推导而出的程序流程。此处可能存在的疑问是:坚持行政程序前置,是否会违反我国刑事诉讼法中的相关立案规定?《刑事诉讼法》第112条规定,公安机关对于报案、控告、举报和自首的材料,应当按照管辖范围迅速进行审查,并作出立案或不立案的决定。表面来看,这里不存在立案与不立案之外的第三种选择,将相关材料移送至行政机关处理似乎有违该规定。^⑩但实际上,这种做法并无不妥。一方面,《刑事诉讼法》第110条规定,公安机关对于报案、控告、举报,都应当接受;对于不属于自己管辖的,应当移送主管机关处理。从体系解释的角度出发,该条规定直接支持着上述程序转处的做法。另一方面,即便认为必须在立案与不立案之间做一抉择,这种转处也完全可以建立在不立案决定之上,并作为一种附随性的程序安排来理解。对立案线索的处理并不等于必须立案,完全存在转处至行政程序的制度空间。

总之,二阶违法在本质上是一种实体违法结构。然而,一方面,这种实体判断必须通过相应的程序安排来实现,其必然附着于特定的程序设计之上;另一方面,相关程序是以实体问题的解决为导引,其本身不过是作出实体处理的过程而已。由此,对二阶违法结构的肯认,势必产生程序流程上的动态引导效应,即在进行刑事追诉之前,先将案件转处至相关前置性程序来处理。这种程序流程上的转处效应,正是作为其实体裁判功能的反射性后果而存在。

(二) 追诉时效的确定

我国《刑法》第89条第1款规定“追诉期限从犯罪之日起计算”,但该款并未明确规定“犯罪之日”的判断基准。就此问题,学界存在犯罪成立之日、犯罪行为实施之日、

^⑨ 在实践中,有法院以刑法无明文规定为由,否认行政处理作为刑事责任追究的前置程序。参见河南省息县人民法院(2014)息刑初39号刑事判决书。

^⑩ 参见熊伟主编:《财税改革的法律逻辑》,湖北人民出版社2015年版,第268-270页。

犯罪行为发生之日、犯罪行为完成之日等见解。^④ 尽管这些学说的理论出发点并不完全相同,但大体都承认,应当从行为不法成立之日起开始计算追诉时效。

在含有二阶违法结构的犯罪中,就如何计算追诉时效的起点存在争议。一种观点认为,应当以前部违法行为的实施完毕为计算起点,程序性处置及后续的不履行行为只是一种客观处罚条件。例如,周光权教授明确指出,追诉时效从犯罪之日起算,内在的客观处罚条件只是对违法性有一定影响,与犯罪的实行行为基本无关,从客观处罚条件的出现时间开始计算追诉时效并无法律根据。^⑤ 另一种观点则认为,不能以前部违法行为实施完毕为追诉时效的起点,而应以后续不履行行为的成立作为计算起点。例如,在卢勤忠教授看来,前部违法行为结束之时,犯罪还未成立,当然不能起算追诉时效。只有当程序性事项经过之后,被告人的不作为行为成立之日方可起算时效。^⑥

略加梳理即可发现,上述观点的分歧根源于对违法结构的不同把握,特别是对本文所陈之次阶违法性质的差异化管理。如果将程序性处置及后续的不履行行为视为一种客观处罚条件,那么犯罪的追诉时效就应从前部违法行为完成之日开始起算。因为,当构成要件的实现与客观处罚条件的充足在时间上不一致时,由于客观处罚条件与不法的成立无关,前行为实施终了即意味着构成要件的完整实现,应以此时间为准来计算追诉时效。与之相对,如果将程序性处置及后续的不履行行为视为客观违法的必要构成部分,那么,前行为的实施完毕就仅意味着部分构成要件的实现,应当以次阶不法的成立,即后部不履行行为的完成作为追诉时效的计算起点。这种不履行行为的完成,具体地依赖于程序性处置中所确定的义务履行期限,只有当这一期限届满时,整体不法方能成立。而在此之前,行为人随时可履行义务,也因此随时具备排除次阶违法的机会与可能。笔者赞成后一种方案。

或许会有人质疑,与前一方案相比,后一方案可能会使追诉时效产生不确定性。因为,这一追诉时效的起算完全取决于主管机构何时发现前部违法行为,以及何时启动相应的程序性处置。但实际上,只要相关主管机构未及时发现违法行为并启动程序性处置,次阶违法便难以成立,整体不法便不能形成,当然不能起算追诉时效。这不仅与立法设置的逻辑相符,而且是贯彻罪刑法定原则的必然要求。如果未及时发现违法行为或启动程序性处置是因为主管机构怠于行使职权所致,则应对懈怠行为本身加以追责。

与追诉时效的确定性相连,另一疑问在于:在进入刑事追诉程序之后,行为人是否仍可以履程序性处置中所确定的义务,并适用“不予追究刑事责任”的规定?对此,笔者持否定态度。如果允许这一做法,不仅可能导致行为人对程序性处置的漠视,使得程序性处置的目的与功能落空,而且将对刑事追诉程序的安定性与权威性造成实质损伤。毫无疑问,启动刑事追诉的前提是行为成立犯罪且仍处于追诉时效之内。如果在进入追诉程序后,仍存在通过履行义务而阻却犯罪成立的可能,就会使作为追诉前提的犯

^④ 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2019年版,第303页。

^⑤ 参见前注^②,周光权文,第131页。

^⑥ 参见前注^③,卢勤忠文,第73页。

罪成立结论反复摇摆。如此一来,以犯罪成立为前提的追诉时效的计算,也将处于一种极端不确定的状态。否认上述可能性,而以程序性处置中所载明的最后期限为犯罪成立时点并以此起算追诉时效,则更为明确和稳定。

此外,以前部违法行为的完成作为追诉时效的起算点,可能还有另一重要理据:这是一种有利于被告人的解释方案。这是因为,客观处罚条件的设置是为了限缩处罚范围,因而构成一种有利于被告人的规定。如果将前部违法行为实施完毕之时作为追诉时效的起算点,正顺应了这种有利于被告人的逻辑。必须承认,采取不同的追诉时效起算方案,对被告人的程序利益的确有着重要影响:如果以前部违法行为的结束作为追诉时效的起算点,则计算起点较为靠前,追诉期限较早结束,是一种更有利于被告人的方案;而如果以程序性处置中义务履行的截止日为起算点,则计算时点较为靠后,追诉期限较晚结束,因而构成一种更不利于被告人的方案。如此一来,次阶违法的设置尽管有利于违法成立范围的紧缩,却给被告人带来了程序利益上的消极影响。然而,在笔者看来,这种程序上的不利影响是添附新的实体要素后的必然结果。就实质而言,次阶违法是在初阶违法的基础上,通过添加新的违法内涵来进一步限缩处罚范围。这种新的违法要素并不是一种与前行为在时间上并行的要素,而是一种明显具有嗣后性、接续性的要素。因此,它在使得不法成立范围紧缩的同时,也势必使得不法的成立时点滞后;在带给行为人实体利益的同时,也势必导致追诉时效上的负利益。而从利益衡量的角度而言,即便这种实体利益的赋予会带来程序利益的减损,也可以推定被告人会欣然接受。毕竟,实体处罚范围的缩小是一种更为重大的利益。因此,就整体而言,这种解释结论实际上并不构成一种不利于被告人的方案。

六、结 论

在当下中国的刑事立法中,含有二阶违法结构的犯罪被不断确立,呈现出类型化的发展趋向。实践是理论创生的不竭源泉,由此,对这种立法经验予以认真观察与细致梳理,从中凝练出具有提领性与穿透力的概念装置,进而为相关立法的实践展开提供具有说服力的理论工具,便成为推进知识生产的重要途径。本文也正是基于这样的理论趣旨而进行的一次尝试。

通过相关考察,本文形成了以下基本结论:(1)就内容构成而言,二阶违法包含初阶违法与次阶违法两个部分,在违法形成上具有明显的分段性与层次性特征,从而与整体性、平面性的违法具有构造性差异。其中,初阶违法是一种中间的、暂定的违法状态,而次阶违法则是在此基础上的进一步发展与继续形成。两者在违法根据、内涵形成、界分重心及规范评价上具有明显区别,既相互补充亦相互限制,共同构筑起整体的违法审查框架。(2)就功能诉求而言,通过二阶违法的设置,立法者旨在确立违法判断的双重滤网,进而形成一种“违法阶梯”式的立法架构。在初阶违法与次阶违法之间,不仅存在质性分野,而且在部分重叠的范围内存在着违法程度的明显差异,从而在违法的成立

范围上呈现出渐次紧缩的关系。如此一来,既使得刑事违法性与前置法上的违法性保持必要沟通,亦使得刑法自身的规范目的与社会任务得以安置,由此创造出一种违法评价的张力空间。(3)就实践效果而言,对二阶违法构造的承认,将在实体与程序维度产生辐射性影响。前者体现为对违法时点与违法数额认定的贯穿性影响,后者则体现在程序流程的动态引导与追诉时效的附随确定之上。

Abstract: In current criminal legislation in China, there is a unique illegal structure, which is called the ‘two-layer criminal illegality’. In this structure, illegal conduct is divided into two successive layers, which implies the hierarchical test and gradual formation mechanism of illegal evaluation. Among them, the ‘primary-layer illegality’ refers to the illegality formed on the basis of the previous act of the perpetrator, which is based on the violation of obligations under the pre-law; while the ‘secondary-layer illegality’ refers to the latter violation caused by the perpetrator’s refusal to fulfill relevant obligations in subsequent procedural disposal. On the one hand, there are significant differences between the two types of illegality in terms of the basis of illegality, the formation of connotation, key points of demarcation, and normative evaluation, which shall be clearly distinguished. On the other hand, the two types of illegality complement and limit each other, jointly shaping the overall illegal evaluation. Through this special illegal structure, legislature attempts to limit the scope of criminal punishment and reserve a certain space between the regulatory scope of criminal law and that of the pre-law, so that the normative task of criminal law itself can be completed, thus forming a framework of the ‘ladder of illegality’. This illegal structure will have a systematic and continuous impact on the substantive judgment and procedural arrangement: The former is reflected in the judgment of the time and amount of crime; the latter is reflected in the dynamic guidance of the procedure flow and the determination of the limitation for prosecution.

(责任编辑:王 楷)