

我国功能主义刑法体系的反思与修正

江 溯^{*}

内容提要 在“贯通刑法体系与刑事政策”的理念指引下,功能主义刑法体系近二十年来在我国发展出独具特色的本土叙事,解释论、违法论与责任论得到了全面的功能化改造。本土功能主义刑法体系具有系统功能主义的优先性、刑事政策的个案指向性以及需罚性判断的体系融贯性等特征。但是,系统功能主义损害了刑法的行为指引和公正归责功能,本身蕴含难以有效控制的方法论危险。犯罪论的阶层结构本质上是应罚性条件的具体化,无法当然地适用于需罚性的判断。我国的功能主义刑法体系不应采取所谓贯通立场,刑法体系和刑事政策的理想关系应是有序的分工协作,即遵循个人功能主义方法的刑法体系致力于实现对个人的公正处罚,在个人功能主义形塑的限制框架内,带有系统功能主义色彩的刑事政策可在量刑阶段发挥对刑罚的调整作用。

关键词 刑法体系 刑事政策 功能主义 应罚性 需罚性

目 次

- 一、问题的提出
- 二、功能主义刑法体系的本土叙事
- 三、本土功能主义刑法体系的批判
- 四、刑法体系与刑事政策的协作模式
- 五、结语

^{*} 北京大学法学院研究员。

一、问题的提出

自刑法学的知识转型以来,源于域外的功能主义在我国逐渐成为流行的研究范式。个别的刑法概念乃至整体的刑法体系是否以及在多大程度上实现功能化,近乎成为评判其优越与否的重要标准。一般认为,所谓的功能主义代表着一种目的理性的思考方法,要求“对刑法体系进行理论构建或者对刑法条文进行解释时,考虑刑法在社会系统中所承担的功能,以最适宜实现相应效果的角度去进行理论建构与刑法解释”^①。据此,建构刑法体系时首要考虑的不再是存在论意义上与经验事实的契合程度,而是目的论意义上该体系能否实现预设的目的。由于这种目的通常和刑事政策的预防需要联系在一起,可以说功能主义处理的是“刑法体系与刑事政策”这一古老的理论课题。^②

通过将刑事政策融入法教义学的构造,功能主义被认为能够克服传统刑法体系因自身封闭性而导致的诸多缺陷。基于此种认识,从21世纪初开始,功能主义的各项子议题在国内刑法学界陆续掀起讨论浪潮。无论是原创色彩浓厚的功能解释论,还是带有对话性质的功能责任论,都在不同维度上丰满了刑法功能主义的本土叙事。直至新近受法益修复现象启发而提出的功能违法论,一个全面功能化的刑法体系在我国几近搭建完毕。

但是,任何将刑事政策融入刑法体系的尝试都无法回避如下根本质疑:历来强调明确性和安定性的刑法体系,如何能够接纳刑事政策这一外部因素?此外,功能主义从自身立场中推导出的各种具体结论也遭遇了不少反对意见。这些反对意见的存在表明,所谓刑法的刑事政策化未必总是能够如愿实现其所设想的符合社会现实的正义。相反,借助刑事政策这一抽象媒介,个案中的法律适用者可能有意或无意地将个人的价值判断输入刑法体系,不但无法实现实质法治的终极目标,而且背离了形式法治的底线要求。因此,在论断功能主义代表了刑法体系的应然进化方向之前,有必要先对其立场与方法予以全面地审视和分析。考虑到我国学者采取的功能主义方法具有不同于域外学者的独特性,本文将聚焦本土叙事,首先归纳本土功能主义刑法体系的基本特征,随后针对这些特征有的放矢地展开批判。在此基础上,笔者将反思“贯通刑事政策与刑法体系”这一命题,并最终尝试论证一种刑法体系与刑事政策的协作模式。

二、功能主义刑法体系的本土叙事

功能主义作为一种法学方法并非独属于刑法领域,事实上,法社会学和法人类学早在20世纪初就已经尝试基于功能视角理解法律现象。^③ 刑法学对功能主义方法的认识

① 劳东燕:《刑事政策与功能主义的刑法体系》,载《中国法学》2020年第1期,第128页。

② 参见陈兴良:《刑法教义学与刑事政策的关系:从李斯特鸿沟到罗克辛贯通——中国语境下的展开》,载《中外法学》2013年第5期,第994页。

③ Vgl. Hendrik Schneider, Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten?, 2004, S. 40.

直到1970年前后才真正萌芽,罗克辛与雅科布斯从不同进路展开的体系性建构分别奠定了今日为人所熟知的两种功能主义刑法体系的基础,并在很大程度上影响了我国功能主义刑法体系的建构。但需要指出的是,倘若就此认为我国学者缺少相关问题意识,仅仅机械地移植了德国学说,则属明显的理论误判。因为一方面,就创生动力而言,功能主义在我国刑法学中的兴起,主要不是由于对刑法内部概念建构方法或体系推导结论的不满,而应当归功于刑法学者对外部社会环境的主动观察。尤其是学界对风险社会理论及其引发的风险刑法的讨论,直接催生了本土的功能主义刑法体系。^④另一方面,在讨论事项上,本土刑法学也展现出了可观的创造力与想象力。经历持续二十余年的理论发酵,功能主义刑法体系不断吸收来自司法实践的养料,落地为一种真正的地方性知识。

(一) 功能主义刑法体系的本土建构

得益于风险刑法理论的前期铺垫,刑法功能化的议题一经提出,很快得到了那些原本就希望强化刑法在社会治理中角色的学者的关注。这股功能化的浪潮首先波及立法层面,晚近以来活跃的刑法修正被顺理成章地归结为功能主义刑法立法观的体现。^⑤旋即,刑法体系(即教义学体系)的功能化也被提上日程。

1. 刑法解释的功能化

刑法体系的功能化是从与立法最邻近的解释学领域发端的。21世纪初以来的中国刑法解释学研究存在三个维度的学术之争,即解释立场维度的主观解释论和客观解释论之争、解释限度维度的形式解释论和实质解释论之争以及解释范式维度的传统解释论和功能解释论之争。^⑥最后一个维度至今仍有较高讨论热度,其核心分歧在于:解释条文时,是否需要根据刑法的社会功能考虑刑事政策对解释结论的影响乃至决定作用。

一般认为,文义解释和目的解释何者居于优先顺位,构成了形式解释论与实质解释论的核心区别。由于承认刑法存在漏洞且主张通过目的解释弥补漏洞,功能解释论属于实质解释论的阵营。为了克服传统实质解释论因目的不明确而导致的解释结论的不确定,功能解释论选择将目的诉诸刑法规范的社会功能,由功能决定目的的解读方向。于是,作为社会功能的集中体现,刑事政策便正式进入了解释学领域。在具体方法上,功能解释论将规范保护目的视作贯通刑事政策与刑法解释的管道。在此语境中,规范保护目的等同于所谓方法论的法益概念。以刑事政策为导向的规范保护目的具有如下优势:当罪刑规范保护的法益不明确、立法指示不清乃至存在矛盾时,通过刑事政策的目的性思考,能够合理界定法益内容和法益侵害程度,从而得出合理的解释结论。^⑦例如,对于受贿罪的保护法益,历来存在廉洁性说、不可收买性说、公正性说、不可谋私利性说、不可交易性说及信赖说等争议,这些学说各有优劣,在教义学内部无法形成共识。但若引入“从严治吏”等刑事政策作为解读法益的准则,则那些相对限缩处罚范围的学说(如公

^④ 参见劳东燕:《风险社会与变动中的刑法理论》,载《中外法学》2014年第1期。

^⑤ 参见吴亚可:《当下中国功能主义刑法的合宪性检视》,载《中国刑事法杂志》2021年第6期,第111页。

^⑥ 参见魏东:《刑法解释学的功能主义范式与学科定位》,载《现代法学》2021年第5期,第3-4页。

^⑦ 参见劳东燕:《功能主义刑法解释论的方法与立场》,载《政法论坛》2018年第2期,第15-19页。

正性说)就会被排除在讨论范围之外,进而推动学界为更符合刑事政策需要而在法益解读上达成一致。^⑧

2. 违法概念的功能化

如果说刑法解释的功能化在域外刑法理论中仍属有迹可循,那么新近出现的功能违法论则完全称得上是本土造物。功能违法论的问题意识来源于我国立法上逐渐增多的法益修复和积极悔罪条款。根据此类条款,若行为人在犯罪既遂后采取特定补救措施消除先前违法行为的损害后果,可以在一定范围内得到刑事责任评价上的宽宥。对于此类立法例,过往多数理论要么将其归入量刑论范畴,要么将其归入实质化的刑事责任范畴。虽有学者曾提出“赎罪作为‘既遂后无中止’原则的例外”的命题,主张事后的赎罪行为能够消除前行为的实质违法性,^⑨但由于未进一步论证创设例外的实质根据,这一命题没有得到学界的支持。与此不同,功能违法论不再囿于先认定既遂再基于事后行为论证出罪的思维定式,而是尝试增添某种消极的犯罪成立要素,当行为人满足此种消极要素时否定犯罪的成立。在需罚性这一概念中,功能违法论发现了实现此种构想的契机。具体而言,既然刑法体系接纳刑事政策考量具有必然性,则体现这一考量的需罚性理应贯穿体系各阶层。违法性本身也是功能性概念,行为违反规范或侵害法益仅能证成应罚的违法性,在特定犯罪中若行为人积极修复了先前行为造成的法益损害,认定行为具有违法性可能无法实现违法性概念回应刑事政策需要的功能,此时进行违法宣告将欠缺现实必要性,即行为人不具有需罚的违法性。^⑩

3. 责任概念的功能化

责任概念的功能化集中表现为功能责任论的相关见解。有别于功能解释论和功能违法论,在功能责任论的议题上,本土文献的原创色彩相对黯淡,基本处于一种“跟着说”或“接着说”的状态。

通常意义上的功能责任论,处理的是犯罪论中责任与预防这一组概念的关系,即犯罪论中的第三阶层是否以及在多大程度上包含预防的考虑。但在我国,对责任与预防关系的讨论却是始于量刑论。张明楷教授率先对量刑领域中责任刑和预防刑的关系进行了梳理,不仅引入点的理论、幅的理论等理论,还提出“法官必须区分影响责任刑的情节与影响预防刑的情节,并且只能在责任刑的点之下考虑预防犯罪的目的,不能为了一般预防的需要对被告人从重处罚,任何场合都不得在责任刑的点之上量刑”等见解。^⑪冯军教授随后反对并指出,如果责任和预防存在实质区别,折中的综合刑论无论如何都会产生破绽,“只有采用功能责任论,才可能克服综合刑论在处理责任与预防关系时所产生的破绽”。^⑫据此,冯军教授旗帜鲜明地拥护以预防填充责任的功能责任论,主张责任

⑧ 参见孙国祥:《受贿罪的保护法益及其实践意义》,载《法律科学》2018年第2期,第135页。

⑨ 参见储槐植、闫雨:《“赎罪”——既遂后不出罪存在例外》,载《检察日报》2014年8月12日,第3版。

⑩ 参见杜宇:《法益修复与功能违法论》,载《中国社会科学》2024年第3期,第73页。

⑪ 参见张明楷:《责任主义与量刑原理——以点的理论为中心》,载《法学研究》2010年第5期,第128页。

⑫ 参见冯军:《刑法中的责任原则——兼与张明楷教授商榷》,载《中外法学》2012年第1期,第56页。

和预防具有共同本质,两者皆由行为人对法规范的忠诚程度所决定。由于冯军教授选择在整体意义上阐释刑法中的责任观念,没有刻意区分量刑论中的责任与犯罪论中的责任,有关责任与预防的论域便从量刑论延展到了犯罪论,功能责任论的讨论也由此兴起。

然而,这种建立在社会系统论基础上的功能责任论,从逻辑、方法论、正当性到具体功能都存在显著的缺陷,在国内学界受到诸多质疑。^⑬为了维持罪责原则在限制刑罚方面的功能,罗克辛式的折中功能责任论保留了混合经验性与规范性的罪责概念,并基于预防必要性的考量调节责任的幅度,获得了更多的支持。值得注意的是,多数学者并未对此种功能责任论本身进行改动,而是结合我国实定法条文的独特性对其应用场景进行了拓展。例如,为了限缩扒窃犯罪的打击范围,车浩教授就援用了功能责任论,提出扒窃的偶犯和惯犯虽具同等程度的罪责,但前者的预防必要性(责任)低于后者,故应对其减轻或免除处罚。^⑭

(二) 功能主义刑法体系的本土特征

1. 系统功能主义的优先性

功能主义是一种概念建构的方法,所有在这一方法影响下形成的刑法体系都分享着一些共同特征。然而,由于对功能的理解不同,所谓的功能主义并非指称单一方法,其内部仍可进一步作区分。因此,首要的问题在于:本土的功能主义刑法体系究竟如何理解刑法概念和刑法体系的功能?也即,其采取了哪一种功能主义?

刑法功能主义关注刑法与社会的关系,这一关系不仅是法学的议题,在社会学中亦长期受到关注。自涂尔干以来,社会学将社会事实确立为自身的研究对象,法律即属其中一类特殊的社会事实。问题在于,应当从何种视角出发来思考和理解作为社会事实的法律?第一种是基于社会中的个体来解释法律。这种个体主义的视角尤其表现于18至19世纪的启蒙运动和自由主义思潮,其基本特征在于将独立的人类个体视为一切社会研究的出发点,要求对个体的行为动机进行完整的解释,进而将法律奠基于行动者的主观意义结构之上。第二种是基于社会整体来解释法律。这种整体主义的视角放弃了个体行动者的经验视野,转而追问法律为整体社会系统的运行作出了哪些贡献。

面对上述根本性的视角差异,德国社会学家赫尔穆特·谢尔斯基提出了个人功能主义和系统功能主义的范畴,分别对应个体主义与整体主义视角。根据谢尔斯基的见解,在系统功能主义的法律理解中,个体公民扮演着两种角色:既是规范的接收者,也是冲突的承载者。作为规范的接收者,公民将法律生成和维护的规范体系作为自身的行为动机,被强加的规范体系所操纵。作为冲突的承载者,公民在行动中产生的冲突又会成为法律制度化的触发机制,促成新的规范性系统决策,这种系统决策最终将成为新的行为

^⑬ 参见江溯:《功能罪责论的反思与展望》,载《法制与社会发展》2025年第6期,第173页。

^⑭ 参见车浩:《“扒窃”入刑:贴身禁忌与行为人刑法》,载《中国法学》2013年第1期,第126页。此外,也有学者尝试将但书规定与功能责任论的法理对接,参见崔志伟:《“但书”出罪的学理争议、实证分析与教义学解构》,载《中国刑事法杂志》2018年第2期。

动机强加给个体。^⑮如此理解的公民形象具有消极性和被动性,其机械地将系统赋予自身的行为动机付诸实践,不具有任何身份或个性。为此,谢尔斯基提出,有必要从系统功能主义转向个人功能主义,从个体、人格出发,在一种行动理论的框架内理解法律。不同于系统功能主义的理解,公民此时不再是隐匿于系统背后的纯粹规范接收者或冲突承载者,而是作为拥有基本权利及各种法所认可的主观权利的独立个体,其有权在国家和社会组织的诉求面前要求自身的独立性和完整性。

由此,本土功能主义刑法体系的核心特征得以浮现:其本质是一种偏好整体视角、强调系统功能主义优先的理论体系。具体而言,一方面,本土功能主义刑法体系具备混合属性,兼采了个人功能主义和系统功能主义方法。这体现在,本土功能主义者大多反对效仿雅科布斯将刑法概念全然指向其对系统存续的贡献,而是在一定程度上承袭了传统刑法理论对个体行为人的关注。例如,在功能责任论的问题上,绝大多数的本土学者反对将责任完全等同于预防,仍愿保留一个以个体行为人避免能力为导向的罪责概念。^⑯

另一方面,本土功能主义刑法体系并非简单地并置个人功能主义和系统功能主义,而是为两者赋予了不同的权重。当系统功能和个人功能的实现产生冲突时,倾向于将前者置于优先位置。以刑法解释为例,功能解释论得出的诸多结论明显是服务于系统而非个人。比如,对于受贿罪中“利用职务上的便利”这一要件,如果从刑法系统本身的功能出发,希望将刑法作为满足反腐败刑事政策需要的工具,理应采取扩张解释,将国家工作人员利用职务上有隶属、制约关系的其他国家工作人员的职权等情形也包含在内。反之,则应当采取限缩解释,将其限定为国家工作人员直接利用本人职权为请托人谋取利益。在功能解释论的影响下,本要件的扩张已经成为实践常态。2003年《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》明确规定了“利用职务上的便利”包括利用隶属、制约关系,相关司法判例则更进一步,将通过非国家工作人员为请托人谋取利益的情形也视为“利用职务上的便利”。例如,在“王某受贿案”中,国家工作人员王某系光大银行董事,一定程度上有权决定是否续聘毕马威会计师事务所,对于其受请托为他人会计师事务所以安排工作的行为,有关法院认定该行为构成“利用职务上的便利”。^⑰基于下述论据,评析本案的司法实务人员也对这一结论予以认可:“在中国传统的人情社会文化背景下,对于主管、负责、隶属、制约等关系的理解,不宜掌握过严,并以此否定被告人利用了职务便利,这也是依法从严惩治腐败犯罪的内在要求。”^⑱从中不难看出,在确定“利用职务上的便利”的涵摄范围时,起决定作用的因素已经从传统解释论中一般人所理解的文义,悄然转变为刑法在治理腐败中的功能。

^⑮ Vgl. Helmut Schelsky, Systemfunktionaler, anthropologischer und personfunktionaler Ansatz der Rechtssoziologie, in: ders. (Hrsg.), Die Soziologen und das Recht, 1980, S. 112 f.

^⑯ 参见王钰:《功能刑法与责任原则——围绕雅科布斯和罗克辛理论的展开》,载《中外法学》2019年第4期,第1071页。

^⑰ 参见北京市高级人民法院(2018)京刑终61号二审刑事判决书。

^⑱ 参见最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭编:《刑事审判参考》(总第130辑),人民法院出版社2022年版,第125页。类似的裁判理由,亦可参见最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭编:《刑事审判参考》(总第138辑),人民法院出版社2024年版,第131页。

2. 刑事政策的个案指向性

本土功能主义刑法体系的另一显著特征在于作为基础的刑事政策的独特性。同样是将刑法体系与刑事政策相贯通,但国内学者理解和援用的刑事政策明显超越了罗克辛的原初构想。

在罗克辛的刑法体系中,犯罪论的三个阶层被赋予了不同的刑事政策任务:构成要件阶层服务于罪刑法定原则的实现,违法性阶层旨在以适当方式解决社会利益冲突,责任阶层则致力于审查不法行为是否值得动用刑罚制裁。^{①⑨} 陈兴良教授曾敏锐指出,罗克辛的功能主义刑法体系基本是在“实质”“价值”“目的”等意义上理解刑事政策的概念,涉及的是构成要件的实质判断、违法性的价值判断和罪责的目的分析,奠定刑法体系基础的因此是一种“观念性的刑事政策”。^{②⑩} 事实上,罗克辛之所以强调这种意义上的刑事政策的重要性,主要是为了在个案中消除形式逻辑概念推导与实质价值评判之间可能出现的紧张关系,尽可能找到社会伦理上最正确且最灵活的冲突解决方案。倘若观察近三十年来本土刑法学对阶层犯罪论的继受,便会发现罗克辛强调的这些原则或价值其实大都已经得到我国主流观点的认可,且这种认可并不以承认功能主义的方法为必要前提。换句话说,所谓“罗克辛贯通”的实质内涵,因其合理性早已为我国学者所接纳。

本土的功能主义刑法体系,实际上是在罗克辛浇筑的地基上进一步扩建而成。其用以扩建体系的核心材料,不再是那些“观念性的刑事政策”,而是各种具体的司法政策、社会政策乃至公共政策。从来源看,本土理解的刑事政策是党政机关在特定时期内针对社会中多数人所关注的政策问题,经过综合权衡考虑后作出的一种政治决策,通常是以各种“通知”“决定”“声明”的形式发布,随后通过最高司法机关下发的专门文件得到进一步的转化和细化。^{③⑪} 内容上,除却一般性的、作为基本刑事政策的“宽严相济”,更多的是针对特定刑罚种类或特定犯罪现象的专项刑事政策,如“少杀、慎杀”的死刑政策、家庭成员和近亲属间盗窃犯罪的“尽可能减少国家主动刑事干预”政策以及前文提到的涉及贪污贿赂犯罪的政策等。可以看出,这些刑事政策一方面和时下的政治、社会需要存在紧密的联系,另一方面也具有鲜明的个案指向性,在具体案件中不仅起到价值观念上的一般性指引,而且在多数场合能够作为规范或准规范来使用,成为裁判结论的直接依据。

3. 需罚性的体系融贯性

由于重新处理了刑法体系与刑事政策的关系,本土功能主义也触及了应罚性与需罚性这一组时常被混淆的概念。就定义而言,应罚性指的是一项行为具有值得被处罚的价值,这种价值来源于行为本身具有的无价值性,故而应罚性属于价值理性思维的范畴。相反,需罚性则是指对于一项行为有必要动用刑罚加以对待,这种必要性源自人们对刑

^{①⑨} 参见〔德〕克劳斯·罗克辛:《刑事政策与刑法体系》,蔡桂生译,中国人民大学出版社2011年版,第20-21页。

^{②⑩} 参见前注②,陈兴良文,第993-994页。

^{③⑪} 参见李红勃:《通过政策的司法治理》,载《中国法学》2020年第3期,第131页。

罚目的理解,故而需罚性属于目的理性思维的范畴。^②传统观点通常认为,应罚性与需罚性的区分对应于刑法体系与刑事政策的区分,即刑法体系解决的是行为是否值得处罚的问题,而刑事政策决定了应罚行为是否需要得到处罚。由于彼时尚不存在贯通刑法体系和刑事政策的尝试,刑法体系仅仅考虑行为的应罚性即已足够。

罗克辛的功能主义构想削弱了刑法体系抵抗需罚性的力量。伴随其折中功能责任论的提出,需罚性在责任阶层中占有了一席之地。部分原本被当作应罚性阙如的事例,如《德国刑法典》第35条的免责性紧急避险,在功能责任论的视角下被转换为需罚性阙如的体现。根据罗克辛的观点,只有承认紧急状态中的行为人仍残留部分罪责,才能合理说明该条第1款第2句关于“特别法律关系者”的例外规定。^③类似的事例,还包括犯罪中止、防卫过当等。

在罗克辛的影响下,需罚性考量进入刑法体系的意义也得到了我国部分功能主义论者的肯定,其同样从功能责任论切入,将需罚性定位于刑法体系中的责任阶层。^④然而,需罚性对刑法体系的渗透显然并未到此为止。本土功能主义刑法体系在刑法解释与违法概念中都加入了需罚性的考虑,这就导致在判断犯罪是否成立时,不再遵循先应罚性后需罚性的顺序,而是随着阶层依次考察不同意义上的应罚性与需罚性:首先,根据功能解释论,刑法条文中记述的行为方式不仅应当具备应罚性,也应具备需罚性。因此在解释时,有必要通过需罚性的判断排除欠缺处罚必要性的行为。其次,根据功能违法论,违法性同样包含了应罚的违法性和需罚的违法性,因此一个在构成要件阶层上具备需罚性的行为,仍可能在违法性阶层出现需罚性的阙如。最后,根据功能责任论,一个基于前序判断已成立的“需罚的不法”,还应当在责任阶层接受需罚性的检验。可见,原本仅仅栖身于量刑论中的需罚性,在本土功能主义刑法体系中已经实现了全面的融贯。

三、本土功能主义刑法体系的批判

本土功能主义刑法体系的上述特征,决定了我们在对其加以检视时绝不允许直接援用域外学者对刑法功能主义的相关批判,唯有在本土法治语境中,才能对其理论命运作出公正评价。

(一) 系统功能主义方法的固有危险

本土功能主义刑法体系虽然混合了系统功能主义和个人功能主义两种方法,但在光谱上明显更接近前者。这种系统功能主义的优先性,具体表现在当刑事政策上的需罚性与个体的应罚性产生方向性的冲突时,本土功能主义要么径直承认需罚性的支配地位,要么通过软化应罚性而隐晦地将需罚性置于首要位置。然而在笔者看来,系统功能主义

^② 参见[德]沃尔夫冈·弗里施:《应罚性、需罚性和犯罪论体系》,刘心仪译,载《南大法学》2025年第4期,第183-184页。

^③ Vgl. Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 5. Aufl. 2020, § 22 Rn. 4.

^④ 姜涛:《经济刑法的归责根据及其立法实现》,载《中外法学》2025年第2期,第449页。

带有破坏刑事法治的天然危险,其对系统需求的推崇导致对个人公正处罚的维度被完全隐没,这对作为“犯罪人大宪章”的刑法来说具有毁灭性的力量。具体而言,基于如下理由,系统功能主义不适合充当刑法体系的建构方法:

1. 系统功能主义与事前指引功能的矛盾

刑法应当发挥事前行为指引的功能,帮助公民回避那些对法益造成侵害或威胁的行为方式。在此意义上,指引功能决定了刑法在未来法益保护方面的效能。^{②5}为此,不仅是立法者有义务在刑法分则条文中以一般公民可理解的方式清晰标示出不法行为与合法行为的界限,司法者在解释和适用条文时也必须将通常的文义作为解释的界限,不允许得出一般公民面对刑法条文时完全无法预见的解释结论。原因在于,公民对法秩序指引的接受,一方面是从刑法典中直接获得的,另一方面也是从个案裁判中间接获得的。倘若立法者提供的指引与司法者提供的指引出现根本性的冲突,公民在生活中就会变得无所适从,进而造成法益保护效能的减损。形式解释论特别重视这一点,因此才会强调文义解释相对目的解释的绝对优先性,这种对个体公民的关照也体现了形式解释论的个人功能主义色彩。然而,根据系统功能主义方法指导下的功能解释论,即使某一解释结论明显无法在事前为公民所预期,也仍然可能基于刑事政策的理由而得到支持,这完全偏离了刑法条文作为“公民行动指南”的本质。

2. 系统功能主义与事后归责功能的冲突

刑法应当发挥事后公正归责的功能。根据主流见解,犯罪行为人承担的是一种个人的行为责任,其仅仅对自身的错误行为负责,而无须为他人的行为或社会的需求“埋单”。^{②6}在此基础上,对行为进行公正归责的核心原则在于“逾越能力则无义务”,即只有当行为人原本有能力避免却仍然违反了刑法上的行为规范时,该规范的有效性才会遭受破坏,进而产生归责与制裁的需求。^{②7}传统学说将故意、违法性认识(可能性)、责任能力等视为归责的必备条件,正是为了确保刑事责任的归属能够被行为人本人和社会成员感知为公正。不同于此,系统功能主义反对从行为人本身的能力特质出发寻找归责的根据,而是将归责诉诸行为对社会的外在意义。这种归责路径固然强化了刑法与社会的内在联系,却极易诱发正当性危机。一个行为是否对社会产生了需要用刑罚加以回应的扰动,虽然行为人的某些特质也构成考量的因素,但终归取决于社会本身。如果社会认为有必要通过处罚行为人来强化或恢复规范的效力,归责便得以证立。这将导致公民个体的工具化:行为人不因自身的所作所为受到谴责,而只是被当作了规范效力的“补丁”。^{②8}在这种社会功利主义面前,刑法作为“公正归责标准”的内核亦被蚕食殆尽。谢尔斯基

^{②5} 参见[德]乌尔弗里德·诺依曼、弗兰克·萨利格:《作为刑法任务的法益保护——人的法益理论奠基》,唐志威译,载《苏州大学学报(法学版)》2025年第5期,第80页。

^{②6} 参见王志远:《论规范归咎刑事责任范型》,载《中国法学》2025年第6期,第245页。

^{②7} 参见唐志威:《过失犯的不法构造——规范理论的模式分析》,载《法学论坛》2025年第4期,第163页;方子轩:《原因自由行为的例外模式:反思、证成与适用》,载《上海政法学院学报》2024年第2期,第151页。

^{②8} 参见前注^{①3},江溯文,第176-177页。

对此早已正确指出:“法官在裁判时考量的是个案的解决,而非社会系统功能。主观权利的独立性对其而言绝非可放弃的选项,而是其裁判的构成性要素。”^{②⑨}

3. 系统功能主义控制方案的失效

系统功能主义无法被个人功能主义真正驯服。的确,本土功能主义刑法体系并没有像雅科布斯那样完全采取系统功能主义,而是试图用个人功能主义控制系统功能主义的方法论危险。然而,这种控制在实际操作中最终会异化为系统功能主义对个人功能主义的反向支配。本土功能主义刑法体系始终陷于一种两难困境:一方面,如果坚定地将个人功能主义置于首位,虽能有效抵御系统功能主义的危险,但代价是自身引以为傲的应变性将不复存在。其与传统贯彻形式理性的刑法体系得出的结论几乎不会出现差异,在某种程度上甚至丢失了相较于实质论刑法体系的优势。另一方面,如果将系统功能主义放在优先位置,所谓的控制又将形同虚设。

本土功能主义论者虽意识到系统功能主义的危险,但在论述控制方案时却显得随心所欲甚至矛盾丛生。比如,为强调刑事政策对刑法解释的塑造作用,劳东燕教授认为:“当一定的刑事政策倾向表现为具体的规范保护目的时,则蕴含政策性因素的此种目的,不仅通过目的解释,也通过包括文义解释、体系解释与历史解释在内的其他解释方法来实现”^{③⑩}。然而,当话题转为对刑事政策目的的控制时,其又声称“有必要强调文义的形式制约作用,文义解释应当具有相对的优位性”^{③⑪}。可是,一个已被目的染色的“文义”——如果它还称得上“文义”的话——还有力量制约目的吗?如果文义解释已是刑事政策目的的体现,届时真正居于优位的,究竟是刑事政策目的还是法条文义?最终,劳东燕教授也承认:“刑法教义学理论本身便是刑事政策作用的对象,其构建与发展受到刑事政策的影响,试图以这样的教义学理论反过来控制刑事政策的边界,显然期望值太高”^{③⑫}。

在此背景下,借助基本权利和比例原则对系统功能主义进行控制显得格外重要。鉴于基本权利和比例原则源于效力位阶更高的宪法,这种来自外部的合宪性控制被认为会比体系内部的控制更加有力。^{③⑬}但其一,宪法理论对于基本权利的保护和比例原则的适用尚存诸多争议,这些争议显然会动摇其作为控制手段的有效性。比如,就基本权利而言,论者强调不能将属于公民基本权利的行为解释为犯罪,任何产生削减或否定基本权利效果的解释结论都不被容许。^{③⑭}然而,关键问题始终在于,何时能够说一项解释结论对基本权利构成了侵犯,既有的宪法与刑法研究对此均语焉不详。或许正如学者所指出的,比例原则在法学上的成功很大程度上应归功于其内容的空洞性,由此建构的检验方案不仅无法起到控制效果,反而会允许法律适用者得出任何他所意欲的结论。^{③⑮}其二,即使承

^{②⑨} Vgl. Helmut Schelsky, Die Soziologen und das Recht, in: ders. (Hrsg.), Die Soziologen und das Recht (Fn. 15), S. 93 f.

^{③⑩} 前注⑦,劳东燕文,第14-15页。

^{③⑪} 劳东燕:《刑法中目的解释的方法论反思》,载《政法论坛》2014年第3期,第86页。

^{③⑫} 前注①,劳东燕文,第142页。

^{③⑬} 参见陈璇:《正当防卫与比例原则——刑法条文合宪性解释的尝试》,载《环球法律评论》2016年第6期,第36页。

^{③⑭} 参见姜涛:《在契约与功能之间:刑法体系的合宪性控制》,载《比较法研究》2018年第2期,第170页。

^{③⑮} 参见张明楷:《法益保护与比例原则》,载《中国社会科学》2017年第7期,第96页。

认上述合宪性控制至少能够在思想层面警示人们谨慎对待刑事政策,在一定程度上对系统功能主义的控制有所助益,也不宜就此高估其力量。这是因为,刑法和宪法有着截然不同的关注点。刑法力图在罪刑法定这一方法论条款的约束下积极寻求个案中最合理的解决方案,宪法则以一种消极视角尝试确定法律上容许和不容许之间的界限。^{③⑥}换言之,合宪性只是最低限度的要求,通过宪法实现的控制所能给出的回答仅仅是某一刑法判断违宪或不违宪。然而,不违宪仅是正当性的必要不充分条件,基本权利或比例原则充其量提供的是一种“底线控制”。

(二) 裁判的刑事政策化与刑法体系的自主性危机

系统功能主义的危险已使建立在其基础上的刑法体系不堪其重。本土功能主义刑法体系虽然选择了一种折中立场,但考虑到个人功能主义终会让步于系统功能主义,且合宪性的外部控制欠缺足够力量,系统功能主义的危险仍现实存在。在此基础上,以本土语境中的刑事政策取代罗克辛式观念性价值的做法,更如凸透镜般放大了此种危险。

在谈及刑事政策与刑法体系的关系时,理论上时常会提到“刑法的刑事政策化”这一命题。简要而言,刑法的刑事政策化要求不仅在刑事立法、而且在刑法适用中贯彻刑事政策的内容,使刑法成为实现刑事政策的工具。^{③⑦}根据表现形式的不同,笔者将刑法的刑事政策化区分为两种基本模式,即体系的刑事政策化和裁判的刑事政策化。其中,体系的刑事政策化以罗克辛的体系为典型,其特征不在于刑事政策与刑法体系的深度融合,刑法体系的结构及其内部要素均从具体的刑事政策任务中推导而得,因此基本不存在所谓控制刑事政策的问题。这种体系的刑事政策化,在罗克辛的著述中体现得最为明显。以不法范畴为例,罗克辛将其刑事政策基础界定为辅助性的法益保护,为此,法秩序只能将那些对受刑法保护的法益创设了法所不允许的危险的行为加以禁止,且唯有当这种危险在构成要件结果中实现时,才能将结果归责于行为人。^{③⑧}由此,当代的客观归责理论便在不法理论中生成。可见,体系的刑法刑事政策化是以体系的建构为目标,试图根据沟通社会现实的刑事政策而非任何“物本逻辑”推导出一个新的体系构造。与其说刑法体系接纳了刑事政策,不如说刑事政策创造了刑法体系。

与此相对,裁判的刑事政策化则以本土功能主义刑法体系为代表,其特征不在于:虽然在刑法体系中引入了刑事政策,但并不致力于从刑事政策中推导出体系结构与体系要素,而更多是将刑事政策视作服务于具体案件说理的“准规范”,以实现个案决疑的目标。^{③⑨}尽管本土功能主义论者亦声称要对刑法体系加以功能化改造,但事实上,其并未尝试赋予刑法体系本身特定的刑事政策任务,刑事政策只是在个案语境中参与到法条解释、违法评价或责任判断的过程中来。在此意义上,刑事政策对刑法体系的作用仅止于表层,未能深刻影响后者的内部机理。正因如此,刑事政策作为外来因素的特质在本土

^{③⑥} Vgl. Roxin/Greco (Fn. 23), § 7 Rn. 85f.

^{③⑦} 参见陈兴良:《刑法的刑事政策化及其限度》,载《华东政法大学学报》2013年第4期,第4-5页。

^{③⑧} 参见前注^{③⑦},克劳斯·罗克辛书,第71-72页。

^{③⑨} 参见崔志伟:《刑法合政策解释的学理表达与规范化路径》,载《中外法学》2023年第5期,第1385-1387页。

功能主义刑法体系中没有被全然消除,对其危险的控制故而成为重要议题。

明确了上述两种模式在目标和趣旨上的不同,便不难理解本土功能主义论者何以偏好将刑事政策扩张理解为各种实体性政策的集合。这是因为,此类政策恰恰是国家为了与特定类型的犯罪作斗争而提出的具体举措,具备极强的个案适用性,能够对法院裁判提供直接的指导。笔者不否认,对法条进行解释以及进行违法和责任的评价时,考虑当下的刑事政策能够帮助刑事裁判结论与变动不居的政治与社会需要接轨,从而强化刑法体系的应变性。然而,必须正视和警惕的是,应变性绝非刑法体系追求的唯一价值,在相对的另一端总是矗立着自主性的界碑。应变性的强化总是会造成本体性的相应减损,当二者的不平衡状态达到一定程度时,刑法体系自身的独立性将不复存在。由于采取了裁判的刑事政策化模式,本土的功能主义刑法体系正面临着本体性的危机,这突出表现为刑法体系丧失了依据自身价值判断对刑事政策要求加以反思的基本能力。

刑法体系保持反思能力具备必要性。首先,根据系统功能主义的立场,作为社会功能子系统的刑法需要坚持封闭性和开放性的统一,一方面在认知上确保足够的开放,另一方面也必须始终按照自身的符码进行运作,有选择地对外部环境的变化和诉求作出回应。^④一个无法反思刑事政策要求的刑法体系,本质上就如同丧失了自身赖以运作的符码的系统,在根本上失去了继续作为功能子系统而存在的资格。其次,刑法体系和刑事政策的价值判断出现冲突在现实中不可避免,刑法体系必须能够坚守自身的价值判断。如,教义学上的主流观点将刑法定位为“社会政策的最后手段”,强调刑法的片段性、补充性和谦抑性,主张只有当侵害性更小的社会冲突解决手段均告失败时,才允许动用刑法。^⑤不同的是,政策却要求刑法积极参与社会治理,在社会生活中广泛延伸触角,大有将刑法从最后手段转变为优先手段的趋势。在这种情况下,刑法体系更应坚定最后手段的角色认知,将自身视为刑事政策价值判断的屏障而非通道,这正是所谓“立法扩张、司法限缩”的理论初衷所在。最后,考虑到政策的制定者和贯彻者面对复杂多变的社会情势时未必总能及时进行精准高效的政策应对,对刑法体系进行反思性纠偏的意义更加凸显。例如,在某些专项治理的背景下,相关刑事政策旨在回应特定时期社会中突出的犯罪问题,通过严密法网和严厉刑度强化治理效果,具有现实合理性。然而,这些专项刑事政策在具体贯彻过程中,可能被不当简化为一概从严、从重、从快处理的裁判倾向,不仅存在将明显不符合构成要件的行为作为犯罪论处的情形,也存在将政策原本针对的特定犯罪扩张至其他犯罪的做法。在此类场合中,刑法体系需要提供一种纠偏机制,防止那些实际上不符合当前社会发展现实的政策思想干扰个案裁判。

在以罗克辛为代表的刑事政策化模式中,辅助性的法益保护等观念性刑事政策直接形塑了刑法体系及其内部诸要素,因此对于那些异质的实体性政策,刑法体系依然保有反思和纠偏的能力。实体性政策只有当符合或至少不违背刑法体系的价值判断时,才有

^④ 参见前注①,劳东燕文,第132-133页。

^⑤ Vgl. Roxin/Greco (Fn. 23), § 2 Rn. 97.

可能得到刑法体系的接纳。然而,本土功能主义采取的刑事政策化模式,目标不在于体系建构而在于个案决疑,具备个案指向性的实体性政策才构成其关注对象。基于这种目标设定,实体性政策于个案中往往成为法条解释、违法和责任判断的决定性论据,其蕴含的价值判断由此支配了司法者的思维。在这种模式中,刑法体系对刑事政策的反思能力已不复存在,即便实体性政策的价值判断明显有误,刑法体系也欠缺坚持自身价值判断的可能性。

(三) 需罚性与犯罪判断阶层结构的兼容性困境

本土功能主义刑法体系的特征还在于将需罚性判断融贯于体系内部。这种做法没有认识到,主流的犯罪判断阶层并非“功能中立”的形式结构,能够毫无障碍地将应罚性和需罚性容纳其中。事实上,这种阶层结构是为应罚性的认定量身打造,难以理所当然地扩展至需罚性的判断。

行为的应罚性本质上取决于两项条件:规范违反性与可归责性。一个行为只有违反了一项刑法上正当的行为规范,才有可能成为刑事制裁的对象。比如,向静脉注射空气很可能导致他人死亡,因此“不得向他人静脉注射空气”构成了一项刑法上正当的行为规范,实施相关行为原则上即具备规范违反性。然而,根据现代科学知识,魔镇、巫蛊等手段不可能对他人法益造成现实影响,故而刑法上也不存在禁止此类迷信手段的行为规范,这正是迷信犯不可罚的理由所在。^⑫在此基础上,要认定规范违反行为的应罚性,还应确证其可归责性。如前所述,这种归责的核心原则在于“逾越能力则无义务”,即只有当行为人原本有能力避免违反规范时,才允许将这种规范的违反归责于他。一个同时具备规范违反性和可归责性的行为,即构成“值得处罚”意义上的应罚行为。

由构成要件符合性、违法性和责任等阶层编织起来的主流犯罪论,本质上也是将规范违反性和可归责性作为判断的核心支柱,只不过是以一种更技术性的方式具体化了两项条件。具体而言,构成要件反映了刑事立法者所认可的行为规范。根据宾丁的见解,可以从刑法分则条文中反向推导出行为规范的内容,一个符合分则条文描述之构成要件的行为,通常就违反了其背后蕴含的行为规范。^⑬违法性涉及实定或非实定的正当化规范,如正当防卫、紧急避险等。一个行为即使违反了作为禁令或命令的行为规范,但如果例外地符合作为容许或豁免的正当化规范,整体上仍欠缺规范违反性。在此意义上,可以说违法性阶层是从消极角度对规范违反性加以检验。最后,责任阶层显然是可归责性判断的集中展开,诸如责任能力、违法性认识、期待可能性等要素,都意味着行为人在身体或智识上有能力避免违反规范(实现构成要件)。相反,那些与应罚性无关而仅仅涉及刑罚制裁目的或刑法外目的的要素,如丢失枪支不报罪中的“严重后果”,则被排除在犯罪论外,归入刑罚论的内容。^⑭此类要素不属于行为规范的组成部分,而仅仅是对规范

^⑫ 参见[德]乌尔斯·金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》(第6版),蔡桂生译,北京大学出版社2015年版,第288页。

^⑬ Vgl. Karl Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Band I, 4. Aufl. 1922, S. 70.

^⑭ 当下的主流见解承认客观处罚条件的存在,只不过对其范围还存在争议。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。

违反行为加以制裁时考虑的内容。归结起来,主流的犯罪判断阶层结构是应罚性构成条件的具体展开,需罚性所体现的目的理性在其中并无容身之所。

退而言之,即便逻辑上有可能在应罚性的阶层结构中纳入需罚性判断,也面临如下问题:第一,不同阶层中的需罚性识别问题。具言之,解释构成要件时考虑的需罚性,和违法性及责任阶层中的需罚性是否以及存在何种区别,尚不明确。一个事后修复了法益的行为,为什么阻却的是违法性阶层的“需罚的违法性”,而不能是(基于需罚性的考虑)在解释上就排除先前行为的构成要件符合性,抑或排除功能责任论意义上的责任,缺乏判断标准。由于本土功能主义刑法体系从未对不同阶层中需罚性的内涵及其认定标准作出说明,一个被认定为缺少需罚性的行为究竟在体系中的哪个阶层出罪,成为一个纯粹偶然和任意的问题。

第二,只有当一个行为值得被处罚(应罚)时,才会出现是否有必要处罚(需罚)的问题。对于一个欠缺应罚性的行为,谈论需罚性要么是毫无意义的,要么是充满危险的。本土功能主义在应罚性的审查尚未完结前,便迫不及待地展开需罚性的考察(例如判断属于责任阶层的应罚性之前,就已经在违法性阶层对需罚的违法性作出了决断),其缺陷不但在于思维上的不经济,而且在于因颠倒应然逻辑顺位而容易产生错误的结论。过去就有学者指出,若需罚性与应罚性并列地融贯于犯罪论体系,在实践中难免出现司法人员用需罚性填补应罚性的现象,即“应罚性不够,需罚性来凑”。^⑤

第三,也必须警惕将需罚性判断融贯于体系而造成不当出罪的危险。如,在功能违法论中,属于需罚性范畴的“需罚的违法性”在考察次序上先于属于应罚性范畴的责任,因此当功能违法论基于法益修复行为而认定欠缺“需罚的违法性”时,行为人责任的轻重便不再得到考虑,整体行为可直接在违法性阶层出罪。据此,逃税的行为人即便在行为时具备严重的可谴责性(责任),只要其事后实施了补缴税款、缴纳滞纳金等补救性举措,便能够轻松摆脱刑事制裁。和那些在行为时可谴责性相对较轻,但后续因经济状况恶化等原因而未能完全及时修复法益的行为人相比,前述行为人反而得到更大的刑事优待,这在刑事政策上恐怕难以令人接受。

四、刑法体系与刑事政策的协作模式

基于上述批判,笔者认为,应当避免继续将那些广义的刑事政策导入刑法体系,使其影响乃至支配应罚性的判断。同时,刑法体系和刑事政策的关系亦需得到重新界定。

(一) 功能主义方法的运用范围

基于对刑法任务的差异理解,分化出了个人功能主义的刑法体系和系统功能主义的刑法体系。两种功能主义方法对于刑法而言都是有益的:个人功能主义始终将公民视为自由行动、自我答责的个体,这种宪法所承认的人的形象为国家刑罚设立了不可逾越

^⑤ 参见熊亚文:《功能主义刑法的消极面向及其体系展开》,载《法制与社会发展》2024年第2期,第131页。

的界碑。即便可能满足某种社会或政治上的利益,刑罚的科处也绝不允许超越个人的不法与责任。虽然前文给系统功能主义贴上了危险的标签,但不可否认的是,系统需求的满足也是刑法的任务之一,无法满足社会现实需要的刑法,和无法实现个体公正处罚的刑法一样存在正当性疑问。在此意义上,本土功能主义论者确实具有敏锐的问题意识。

事实上,本土功能主义的症结不在于认可两种功能主义方法,而在于令两种方法同时参与指导同一个概念或体系的建构。当个人功能主义和系统功能主义在一个体系框架内相遇时,出现的不会是前者控制后者的美好图景,而只可能是后者消解前者的危险局面。因此,为了同时满足个人和系统的需要,合理的做法只能是在接受两种功能主义方法的同时,于两者间划出清晰的界限。这一界限必须有某种制度性结构作为保障,从而有力量防止系统功能主义对个人功能主义的侵蚀。笔者认为,理论上固有的刑法体系(犯罪论体系)和量刑体系的区分为此提供了一个可行的框架。概言之,刑法体系解决的是行为人是否构成犯罪的问题,理应遵循个人功能主义的方法,仅仅将个人的应罚性作为判断标的,刑事政策性的需罚性考量在此无用武之地;量刑体系是在应罚性已得确证的基础上,进一步判断是否有必要科处刑罚以及科处多少刑罚,此时才应当考虑刑法作为社会子系统的性质,通过纳入刑事政策来回应外部的社会和政治需要。唯有如此,才能从根本上避免系统功能主义对个人功能主义的侵蚀乃至支配。由于这一构想并不要求将刑事政策融入刑法体系,而是通过区分犯罪成立与否的定罪判断和犯罪成立基础上的量刑判断,在刑法体系和刑事政策之间寻求一种有序协作,笔者称之为协作模式。

(二) 个人功能主义的刑法体系

个人功能主义的刑法体系不但区别于当下的功能主义刑法体系,也与传统立足于分离模式的刑法体系存在明显差异。传统刑法体系过度倚仗概念与逻辑推导,为了追求体系本身的完整性和法律适用的安定性,有时甚至不惜牺牲处断结论的合理性,这一致命缺陷在罗克辛那里已经得到了充分的揭示。相较于此,个人功能主义的刑法体系虽不反对在可能的情况下建立起一个层级清晰的“概念金字塔”,但并未将其视为需无条件加以实现的目标。本质上,这种刑法体系仍然遵循着功能主义的方法,即强调概念的形成应由特定目的所决定,唯有目的才能为概念着色。不同于系统功能主义对刑事政策目的的推崇,在个人功能主义的理解中,这种目的只能在个人层面获得正当性,具体来说即实现对个人的公正处罚。为与本土功能主义刑法体系形成对照,从而更好地阐明个人功能主义刑法体系的主张及其特色,可以就刑法解释、违法概念和责任概念的“个人功能化”作扼要的说明。

1. 个人功能主义的刑法解释

在刑法解释的问题上,判断某个解释结论适当与否的标准并不在于其多大程度上满足了刑事政策的要求,而是其能否被现实生活中的个体所认知和把握。只有当一般大众能够理解刑法提出的禁令和命令,从而有能力准确识别可罚与不可罚的行动边界时,刑法才可能在现实生活中保持主体间的透明性,最终实现规范认知的训练和法忠诚的培

养。^{④6}这意味着,尽管刑法条文中的表述以及教义学上的概念时常被艰深晦涩的“法言法语”所包装,但法律适用者仍有义务在实质内容上令它们与日常生活理解保持最大程度的一致。这种要求对于教义学者来说其实并不陌生,如在规范性构成要件要素的认识问题上,主流观点也类似地要求一种“外行人领域的平行评价”标准。

就文义解释和目的解释的关系而言,由于一般大众是通过对法条文义的理解来接收法秩序的规范命令,文义解释在任何时候都不得让位或妥协于刑事政策性的目的解释。像系统功能主义那样,为了满足刑事政策上的需要而刻意模糊法条文义的边界,对远超语义范围的解释结论赋予合法性,必然导致解释结论与日常语言相脱轨,使刑法解释成为一项与社会生活隔绝的、仅能被法官或学者理解的活动。若真如此,普通公民将无法从实定刑法条文中获知如何行事才能避免实现构成要件,为避免刑罚恶害只能被迫采取最保守的行动策略,导致社会整体的自由萎缩,在刑事政策上不得不说适得其反。

2. 个人功能主义的违法概念

反对系统功能主义的违法概念,并不代表将违法概念回溯到纯粹形式的理解。在受自然主义影响的古典犯罪论中,违法性被纯粹形式地理解为对法的违反,和构成要件一样建立在完全客观的基础之上。这种形式的违法概念不仅阻碍了以价值为导向的刑法体系的建设,也无法解释超法规正当化事由,^{④7}已沦为故纸堆中的理论。

根据个人功能主义的构想,违法概念毫无疑问应当被实质化和功能化,唯其如此才能承担起以适当方式解决社会冲突的理论任务。然而,违法概念能够解决的冲突,原则上仅限于个体在人际互动中产生的冲突,不应包含个体与系统之间的冲突。具体而言,鉴于社会生活的复杂性,公民有时会陷于特定的冲突情境。其中,由立法者事先确定的行为规范要么已经由冲突制造者所违反(如正当防卫情境),要么基于特定理由不再是化解冲突的适当行动指南(如紧急避险情境)。对于此类冲突情境,法秩序依据价值判断形成容许规范,教义学则进一步将这些容许规范制度化为所谓的正当化事由(违法阻却事由)。如果通过牺牲他人较小的法益能够维护自身较大的法益,法秩序考虑到功利计算或人际团结等理由,便会例外容许行为人实施避险行为转嫁危险。此时,即形成了紧急避险这一容许规范,避险行为原本的规范违反性(应罚性)被例外地取消。在此意义上,违法概念的功能在于,将一定时期内社会中占据主流地位的价值判断加入个体间冲突的解决方案中去,赋予刑法应对变动中的社会生活的能力。从历史看,被害人承诺、防御性紧急避险、义务冲突等超法规的正当化事由,都是在这种个人功能主义的视角中得到建构。^{④8}从未来看,由于对社会价值判断保持开放,个人功能主义的违法概念也具备发展出新型正当化事由的潜力。

与此不同,系统功能主义方法支配下的功能违法论,希望将个体与系统之间的冲突也交由违法概念解决。在法益修复的场合,个体的应罚性无可争议地成立,存在的是个

^{④6} Vgl. Hendrik Schneider (Fn. 3), S. 343.

^{④7} Vgl. Walter, in: Leipziger Kommentar StGB, 13. Aufl. 2020, vor § 13 ff. Rn. 22.

^{④8} 参见陈璇:《紧急权:体系建构、竞合适用与层级划分》,载《中外法学》2021年第1期,第6-7页。

体视角之应罚性与系统视角之需罚性之间的冲突：前者要求对行为人进行处罚，后者则要求对行为人放弃刑罚。功能违法论认为，刑法体系不必迟延至责任论或刑罚论，而是可以通过“需罚的违法性”概念在违法性中解决这一冲突。然而，这种扩张违法概念功能的做法无论在教义学还是刑事政策上都存在严重缺陷。个人功能主义反对的是，在个体的应罚性尚未充分显现时，便急于处理系统层面的需罚性。更何况，那些功能违法论认为欠缺需罚的违法性的情形，作出违法性评价仍然是有必要的。因为，“完全的法益修复”只是理论的幻想，在现实世界中法益永远不可能被修复到完好如初。对于修复前的行为，仍然需要通过违法性评价来向社会成员表明其不应被效仿。

3. 个人功能主义的责任概念

在责任的问题上，个人功能主义要求，只有能够被个人感知为公正的责任归属，才能为公正的刑罚奠定正当性的基础。从中首先可以推导出的结论是，被归属的只能是个人的行为责任，而非个人的社会责任，个人在任何时候都没有义务成为刑法系统强化自身规范效力的补丁。然而，应如何认定个人的行为责任，有的观点认为应基于行为人的心理状态、认知情况等事实性的基础，通过查明这些相关事实来发现责任的有无；有的观点则主张事实只是责任认定的辅助性材料，特定事实的存在并不当然意味着责任的存在，责任仅仅是法官归责的结果。以故意的认定为例，前一种观点会提倡事实性故意概念，后一种观点则导向规范性故意概念。事实性故意概念将故意纯粹理解为存在于行为人脑中的心理事实，如我国《刑法》第14条规定的“明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且希望或者放任这种结果发生”。为了满足实践的认定需要，教义学对这些被称作故意的心理事实进一步加以具体化，尤其在意志要素的问题上，提出了诸如“容认”“认真对待”“无所谓态度”等标准以实现间接故意和过于自信的过失的区分。规范性故意概念则走上了一条截然不同的规范化道路，主张根据故意概念在刑法体系中的功能和故意刑罚的制裁理性来把握故意的内涵。^{④⑨}在系统功能主义方法的指导下，由雅科布斯代表的最彻底的规范性故意概念，甚至在行为人欠缺事实认识的场合也仍然保留了将其认定为故意犯的可能。^{⑤①}

从个人功能主义的立场出发，正确的故意概念只能介于纯粹事实性和纯粹规范性之间。一方面，纯粹事实性的故意概念要求在认定故意时复现行为人行为时的认识和意欲，但现实情况是，心理科学的发展还远未达到能够回溯性地准确捕捉个人事前所思所想的程度，甚至连行为人自身也未必知晓当时自己的脑海中浮现了怎样的图景。结果是，故意在个案中往往是被预设的，没有得到真正的审查，人们只是在预先得出了行为人有故意或无故意的结论后，再贴标签式地用认识和意欲加以说明。另一方面，纯粹规范性的故意概念认为归责理论不应沦为“心理学的侍女”，故意不是在行为人的头脑中被发现的，而是在法官的脑海中形成的。^{⑤②}这种观点的致命弱点在于，当事实基础被彻底抛弃时，

^{④⑨} 参见陈尔彦：《论故意认定的规范化及其限度》，载《中外法学》2025年第2期，第486页。

^{⑤①} Vgl. Günther Jakobs, Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissenfehlern, ZStW 101 (1989), S. 527 ff.

^{⑤②} Vgl. Günther Jakobs, Gleichgültigkeit als dolus indirectus, ZStW 114 (2002), S. 588.

故意的认定将依赖于法官的直觉、个人经验和预先印象,最终导向一种不安定的决断主义。因此,故意概念只有同时包含可以通过刑事司法证明方法和推理技术查明的事实基础和立足于故意犯处罚理性的规范评价,才能满足个人功能主义提出的公正归责要求。

(三) 双重功能主义的量刑体系

系统功能主义致力于维系刑法作为社会功能子系统的存续,尤其强调妥善处理刑法系统和外部环境的关系。为了满足系统功能主义的要求,刑事政策的纳入可谓必由之路,因为刑事政策最集中地反映了外部环境的变动及其向刑法系统提出的诉求。虽然其在狭义的刑法体系中的地位应予否定,但在量刑领域,完全可以作为预防刑的考量内容发挥应有的功效。换言之,量刑体系不仅是个人功能主义的,也应当是系统功能主义的。

1. 量刑概念的功能本质

刑法体系及其内部诸概念的功能化在理论上尚存争议,但量刑概念历来被无争议地视为具有功能性的本质。^② 量刑概念的功能本质具体体现在如下两方面:

其一,量刑概念以可量化的形式功能性地改造了刑法体系中的不法与责任,在此基础上创造了量刑责任这一新的范畴。量刑责任和刑罚证立责任的区别在于,前者不单是对责任属性的判断(是否对不法负有责任),还包括对责任程度的评价(对不法负有多大的责任)。^③ 因此,在确定量刑责任时,法律适用者不能再满足于“有”或“无”的结论,而必须从量上确定不法和责任的程度,以便为后续具体刑罚的科处奠定基础。《刑法》第61条对此提供了原则性的指导:“对于犯罪分子决定刑罚的时候,应当根据犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度,依照本法的有关规定判处。”根据这一规定,所有与犯罪行为严重程度有关的要素,都应当在量刑责任的范围内得到充分考虑。就此而言,量刑责任具有个人功能主义的色彩。

其二,量刑概念通过在量刑责任外承认独立的量刑预防,对量刑责任进行了预防必要性层面的功能性补充,驱使整个量刑活动朝着实现刑罚目的的方向有序前进。不过,是否需要承认预防在量刑中的独立意义,理论上颇具争议。有观点认为,量刑责任本身就包含了预防的考量,“量刑并非只是为了实现刑罚的有责抵偿和罪责均衡,它同样也需要考虑刑罚的预防必要性”^④。有观点则认为,量刑责任与预防无关,甚至整个量刑活动都不需要特别考虑预防。问题在于,如果量刑责任在“有责的不法”以外还吸收了预防要素,就容易滑向依据行为人人格来理解量刑责任的不当做法,难以和行为人刑法保持必要的距离。^⑤ 而声称预防效果仅是刑罚科处的附属品、从而主张在量刑中完全不考虑预防必要性的见解,则会使量刑活动失去指向标,无法真正实现刑罚的目的。因此,量刑预防在量刑中理应占据独立地位,其针对责任刑进行功能性的调适,和量刑责任共同形塑了量刑概念的功能本质。就此而言,量刑预防具有系统功能主义的特征。

^② 参见周光权:《量刑的实践及其未来走向》,载《中外法学》2020年第5期,第1158页。

^③ 参见李冠煜:《量刑责任概念的理解与适用》,载《当代法学》2016年第5期,第91页。

^④ 赵书鸿:《论作为功能性概念的量刑责任》,载《中外法学》2017年第4期,第1038页。

^⑤ 参见潘文博:《德国量刑责任概念的源流、问题与启示》,载《政治与法律》2019年第4期,第40页。

2. 量刑预防与刑事政策

既然量刑预防在量刑概念中拥有不可否认的地位,体现预防因素的刑事政策自然在其中觅得了生存空间。最高人民法院、最高人民检察院《关于常见犯罪的量刑指导意见(试行)》(以下简称《量刑指导意见》)中,也明确提及“量刑应当贯彻宽严相济的刑事政策,做到该宽则宽,当严则严,宽严相济,罚当其罪,确保裁判政治效果、法律效果和社会效果的统一”,充分彰显刑事政策对于量刑的重要意义。

本土刑事政策虽具有个案指向性,但本质上仍是预防需要的体现,其中既有由特殊预防考虑主导的刑事政策,也有由一般预防考虑主导的刑事政策。例如,要求司法机关在亲属间盗窃、未成年人盗窃等案件中尽量减少主动刑事干预的政策,很大程度上就是考虑到在这些情形中机械地判处刑罚非但无助于家庭关系的修复,反而会阻碍盗窃行为人的再社会化,导致特殊预防的目的落空。理论上通常认为,所谓预防刑的裁量,指的正是被告人再犯罪危险性的判断和再犯罪危险性与责任刑之下刑罚间对应关系的裁量,量刑阶段的重点即在于实现特殊预防。^{⑤6}因此,在量刑体系中承认此类由特殊预防主导的刑事政策,几乎不存在阻力。理论上存在争议的,毋宁是那些由一般预防需要形塑的刑事政策。首先应当肯定,以威吓为核心的消极一般预防无法被正当化。值得讨论的是,量刑时是否允许法官积极地追求刑事政策所期待的积极一般预防效果?例如,鉴于虚假信息泛滥而提出的“依法严惩造谣传谣犯罪”的刑事政策,可归结为彼时确证相关行为规范效力、增强公民法忠诚感的积极一般预防需要,但在量刑中直接追求这一目的(而非仅仅作为一种刑罚的附随效果)是否妥当?对此,文献中有反对意见指出,预防的有效性既不能在经验上被准确描述,也无法在实践中被确切证明。^{⑤7}的确,刑法教义学自身无法回答某项立法或量刑在多大程度上有利于积极的一般预防,但这并不意味着积极一般预防的效果完全无法捕捉。事实上,司法者总是可以通过一些手段间接观测其将作出的量刑决策是否合乎预防的需要。例如,民意体现了社会中一般公众对某种犯罪的态度,被称为“一般预防必要性的晴雨表”,通过科学地观测民意,能够在一定程度上使积极的一般预防具象化。^{⑤8}正如教义学可以从特定事实中推断出行为人具有自由意志从而对其归责,刑法中的诸多判断都建立在这种间接的观测方法之上。

进一步的问题在于,刑事政策具体如何在量刑中发挥作用?首先,刑事政策能够从根本上决定是否进行刑事责任的追究,《刑法》第201条第4款即为范例。将该款中的“不予追究刑事责任”理解为阻却(需罚的)违法性的观点严重偏离了教义学逻辑,补缴应纳税款、缴纳滞纳金等事后行为,实质上影响的是量刑阶段的预防必要性,允许在责

^{⑤6} 参见张明楷:《论预防刑的裁量》,载《现代法学》2015年第1期,第103页;董桂武:《论刑罚目的对量刑情节适用的影响》,载《法学论坛》2018年第6期,第136页。

^{⑤7} 参见李冠煜:《对积极的一般预防论中量刑基准的反思及其启示》,载《中南大学学报(社会科学版)》2015年第1期,第61页。

^{⑤8} 参见吴雨豪、刘庄:《民意如何影响量刑?——以醉酒型危险驾驶罪为切入》,载《中国法律评论》2023年第1期,第182页。

任刑较低的场合放弃刑事责任的追究。其次,刑事政策能够影响刑种的选择。在责任刑的范围内可能存在多种刑罚,刑事政策可以在此时决定判处何种刑罚最能实现其所追求的预防效果。这不仅包括主刑的选择,也包括《刑法》第37条规定的非刑罚处罚和保安处分措施的选择。再次,刑事政策能够影响刑量的确定。例如,对于退赃退赔、积极赔偿被害人经济损失、取得被害人谅解等情形,《量刑指导意见》中规定可以在一定范围内减少基准刑。值得注意的是,虽然积极功能主义在刑法体系中应予否定,但在量刑领域中,量刑责任允许的范围内并不存在反对基于刑事政策考虑加重刑罚的理由。《量刑指导意见》规定,“对于在重大自然灾害、预防、控制突发传染病疫情等灾害期间故意犯罪的,根据案件的具体情况,可以增加基准刑的20%以下”,实质上也对这种“量刑的积极功能主义”予以确认。最后,刑事政策也能够影响刑罚的具体形态,即基于预防的必要性决定是否适用缓刑。

3. 量刑预防的限制框架

由于量刑体系兼具个人功能主义(量刑责任)和系统功能主义(量刑预防)色彩,理论不得不再次回到如何限制系统功能主义的议题上来。即使在量刑阶段,也仍然存在着责任与预防、应罚性与需罚性的竞争,容易产生个人被贬抑为预防工具的危险。因此,针对量刑预防建构制度性的限制框架具有理论上的必要性。

首先,刑法体系充当着量刑预防的第一重限制。如前所述,刑法体系致力于回答行为是否成立犯罪,其判断流程遵循个人功能主义的方法,仅将个人的应罚性作为判断标的,任何将刑事政策融入其中的尝试最终都将使应罚性被需罚性所消解。只要坚持这一点,定罪过程便不会被躁动的刑事政策所裹挟,而是能够将目标始终锚定于个人的公正处罚。其次,量刑责任构成了量刑预防的第二重限制。对于量刑中责任(刑)与预防(刑)的关系,理论中存在点的理论与幅的理论之争,但无论采取哪种理论,责任刑都具有相较预防刑的前置地位。只有在预先确定了责任刑的点或幅度后,才能在此范围内考虑预防的需要。作为刑法体系所得出之有罪结论的延伸,责任刑的确定同样带有个人功能主义的色彩,并凭借自身的前置地位框定了量刑预防(刑事政策)的作用范围。最后,量刑预防还受到自身内部不同预防需要的限制。这是指,虽然积极一般预防是正当的刑罚目的,但考虑到量刑是针对个体行为人的刑罚个别化过程,特殊预防的考量仍有相对的优越性。唯有当积极一般预防不至于对特殊预防的利益造成干涉时,才能在刑罚裁量时积极追求这一目的。

五、结 语

在“贯通刑法体系与刑事政策”的理念指引下,我国功能主义刑法体系在近二十年中发展出独具特色的本土叙事。然而,在将刑事政策奉为圭臬之前,必须冷静思虑其是否真的适合充当刑法体系的基础。在本土语境中,应当承认,将刑事政策和刑法体系的关系界定为有序的分工协作,才是更符合司法现实的选择。这样的协作模式,一方面是

采取个人功能主义方法、对外部价值判断具有基本反思能力的刑法体系,另一方面则是融入了系统功能主义方法、能够接纳刑事政策需要的量刑体系。唯有在刑法体系设定的应罚范围内,刑事政策才被允许介入从而对量刑作出调整。这种协作模式当然不意味着刑法体系与目的性思考绝缘,仅仅机械运用理论概念不可能满足正义的实质要求,被排除的仅仅是异质性的刑事政策目的,而非法益保护等刑法的原有目的。无论如何,在可预见的将来,体系的安定性和个体的公正处罚仍应是我们追求的首位价值。

Abstract: Under the guidance of ‘integrating the criminal-law system with criminal policy’, the functionalist criminal-law system has developed a distinctive local narrative in China over the past two decades. The doctrines of interpretation, unlawfulness, and responsibility have all undergone comprehensive functionalist transformation. This local functionalist criminal-law system is characterized by the priority of systems functionalism, the case-oriented nature of criminal policy, and the systematic coherence of judgments on the need for punishment. However, systems functionalism impairs the criminal law’s functions of conduct guidance and just attribution, and it contains methodological risks that are difficult to control effectively. The stratified structure of the theory of crime is, in essence, a concretization of the conditions of desert of punishment, and therefore cannot be automatically applied to judgments concerning the need for punishment. China’s functionalist criminal-law system should not adopt the so-called integrationist position. The ideal relationship between the criminal-law system and criminal policy should instead be one of orderly division of labor and cooperation: a criminal-law system guided by methodological individualist functionalism should be committed to achieving just punishment of the individual; within the limiting framework shaped by individualist functionalism, criminal policy with a systems-functionalist orientation may play an adjusting role at the sentencing stage.

(责任编辑:王 楷)