

法益恢复作为法定量刑情节之研究

○ 屈 奇

(韩山师范学院 政法学院, 广东 潮州 521000)

〔摘 要〕与认罪认罚从宽相比较,行为人在侵害法益后通过努力使法益得以恢复的,更值得从宽处罚。将法益恢复作为法定量刑情节,不仅可以减轻犯罪所造成的法益损害,也符合宽严相济刑事政策和刑罚轻缓化的国际趋势。由于刑法和司法解释及刑事判决中,也有体现法益恢复从宽的精神,因此将法益恢复作为法定从宽处罚情节也是可行的。可以通过多种方式逐步将法益恢复设置为法定的量刑情节。

〔关键词〕法益恢复;从宽处罚;法定量刑情节

DOI:10.3969/j.issn.1002-1698.2017.06.016

一、法益恢复的地位

(一)法益恢复简介

刑法目的是保护法益,犯罪本质是侵犯法益。在判断行为是否具有违法性时,最基本的是考虑行为是否侵害或者威胁了法益。^{〔1〕}这说明我国刑事立法的基本立场是结果无价值。在我国刑法的规定中,社会危害性的大小,取决于行为本身所引起的结果以及相关的行为形态和行为对象,即取决于侵害、威胁法益的结果以及侵害、威胁法益的行为形态。^{〔2〕}由此可见,法益在我国刑法中具有评价行为是否违法以及社会危害性大小的作用。因犯罪是对法益的侵犯,而法益恢复又是对犯罪所侵犯的法益的挽回,因此“法益恢复能否作为法定量刑情节”也就成了值得研究的问题。

法益恢复是指法益受到侵害后,发生法益得以恢复的行为。该行为包括犯

作者简介:屈奇(1977—),韩山师范学院政法学院法律系主任,副教授,主要研究方向:刑法学。

罪人主动发起的退赃、赔偿、补偿,也包括犯罪人无主动行为而有关机关对赃款、赃物的追缴、没收等。法益恢复是对已经造成侵害的法益的弥补行为。因犯罪的种类不同,有些法益是可以恢复的,如财产犯罪,基本可以恢复;有些法益是不能恢复的,如侵犯生命权的犯罪,人死不能复生,生命无法恢复。对于不能恢复的法益而言,通过赔偿、补偿等方式,在一定程度上可以减少犯罪所造成的社会危害性。对于可以恢复的法益而言,通过法益恢复使造成侵害的财产获得恢复或部分恢复,可以起到保护法益的目的。

(二)法益恢复在刑法中的地位

我国刑法关于法益恢复或体现法益恢复思想的地方有两处,第一处见于刑法第三百八十三条第(三)款:“(三)……个人贪污数额在五千元以上不满一万元,犯罪后有悔改表现、积极退赃的,可以减轻处罚或者免于刑事处罚……。”“积极退赃”是有悔改表现的评价标准之一,该规定核心内容是积极退赃可减轻或免除刑罚。这一规定无疑是刑法关于“法益恢复”作为法定从宽情节的法律依据。

第二处见于刑法第二十四条:“在犯罪过程中,自动有效地防止犯罪结果发生的,是犯罪中止”。这一“自动有效地防止犯罪结果发生的”行为,也可以视为犯罪后的恢复法益行为,如以毒药杀人后,见人痛苦不忍而将其送医从而避免了被害人死亡的发生。但因为犯罪行为发生后不一定必然能够达到既遂,虽然这类中止行为可以视为法益恢复行为,却不是本文中所称的犯罪既遂后的法益恢复行为,因此不作讨论。

由上可见,我国刑法对于法益恢复作为法定从宽处罚情节有所涉及,但规定并不完备,并未像自首那样,在总则中规定为法定从宽处罚的量刑情节。因刑法无此规定,虽然部分司法解释将这一情节作为酌定从宽情节,但在司法实践中,这一酌定情节的适用并不那么顺畅,甚至出现法院适用酌定从宽处罚情节而检察院提起抗诉的案件。

(三)法益恢复在司法中的地位

司法解释、最高人民法院之批复及有关会议纪要等文件对法益恢复有所确认,主要体现在以下几个文件中:

(1)1987年8月26日最高人民法院《关于被告人亲属主动为被告人退缴赃款应如何处理的批复》:“一、被告人是成年人,……无法追缴的……其家属没有代为退赔的义务……。二、如果被告人的违法所得有一部分用于家庭日常生活,对这部分违法所得,被告人和家属均有退赔的义务。三、如果被告人对责令其本人退赔的违法所得已无实际上的退赔能力,但其亲属应被告人的请求,或者主动提出并征得被告人的同意,自愿代被告人退赔部分或者全部违法所得的……并视为被告人主动退赔的款项。四、属于以上三种情况,已作了退赔的,均可视为被告人退赃较好,可以酌情从宽处罚。”

(2)2013年3月8日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》第七条:“行为人认罪、悔罪,退赃、退赔……(一)具

有法定从宽处罚情节的；……可以不起诉或者免于刑事处罚……。”

(3)1998年4月6日最高人民法院《关于审理挪用公款案件具体应用法律若干问题的解释》规定，“挪用……超过三个月但在案发前全部归还本金的，可以从轻处罚或者免除处罚。……挪用公款数额巨大，超过三个月，案发前全部归还的，可以酌情从轻处罚。挪用公款数额较大，归个人进行营利活动的……在案发前部分或者全部归还本息的，可以从轻处罚；情节轻微的，可以免除处罚。”

(4)1999年10月27日最高人民法院《全国法院维护农村稳定刑事审判工作座谈会纪要》中规定：“对于应当并处罚金刑的犯罪，如被告人能积极缴纳罚金，认罪态度较好，且判处的罚金数量较大，自由刑可适当从轻，或考虑宣告缓刑。这符合罪刑相适应原则，因为罚金刑也是刑罚。”

(5)2000年12月13日最高人民法院《关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定》第四条规定：“被告人已经赔偿被害人物质损失的，人民法院可以作为量刑情节予以考虑。”

(6)2007年1月30日最高人民法院《关于为构建社会主义和谐社会提供司法保障的若干意见》第十八条规定：“对于因婚姻家庭、邻里纠纷等民间矛盾激化的案件，因被害人过错引发的案件，案发后真诚悔罪并积极赔偿被害人损失的案件，应慎用死刑立即执行。”

(7)2009年3月20日最高人民法院、最高人民检察院颁布的《关于办理职务犯罪案件认定自首、立功等量刑情节若干问题的意见》第四条：“贪污案件中赃款赃物全部或者大部分追缴的，一般应当考虑从轻处罚。受贿案件中赃款赃物全部或者大部分追缴的，视具体情况可以酌定从轻处罚。犯罪分子及其亲友主动退赃或者在办案机关追缴赃款赃物过程中积极配合的，在量刑时应当与办案机关查办案件过程中依职权追缴赃款赃物的有所区别。职务犯罪案件立案后，犯罪分子及其亲友自行挽回的经济损失，司法机关或者犯罪分子所在单位及其上级主管部门挽回的经济损失，或者因客观原因减少的经济损失，不予扣减，但可以作为酌情从轻处罚的情节。”

从以上司法解释及最高人民法院出台的有关文件来看，既有关于退赃酌情从宽处罚的规定、缴纳数额较大罚金从宽科处自由刑的规定，也有赔偿物质损失作为量刑情节考虑的规定。在我国限制到逐步废除死刑的趋势中，对于特定类型的侵犯生命权的案件，如可以积极赔偿被害人损失，慎用死刑立即执行。这也从一定程度确认，不仅对于法益恢复为可能的侵犯财产犯罪可以从宽处罚，即便是生命权这种不能恢复的法益，如果可以赔偿被害人损失，也可以从宽处罚。司法解释对法益恢复从宽处罚的规定，要比刑法更为宽容些。然而，司法解释的用词，基本上是“可以酌情从宽”“可适当从轻”“可以作为量刑情节予以考虑”等，可见，法益恢复的从宽处罚仅仅停留在酌定从宽的层面。另外，司法解释往往是针对某一类型的犯罪或某一具体的事项，并未在刑法领域将该规则确认为基本的准则。从司法解释的演变来看，一方面，退赃、退赔等法益恢复情节，作为量刑考

虑的因素突出,作为出罪的作用减弱;另一方面,除了退赃退赔等主动进行的法益恢复行为,对于“追赃”,也作为量刑情节予以考虑,这无疑与法益保护的目的是相符合的,因为追赃也是法益恢复的一种方式,同样具有消减社会危害性的作用,这一情节,也是可以作为量刑情节予以考虑的。从司法解释的规定对不同犯罪法益恢复的量刑来看,赃款赃物全部或者大部分追缴的情况下,对于纯粹性侵犯财产的犯罪,如贪污罪,其规定为“一般应当考虑从轻处罚”,对于并非纯粹性的财产犯罪,如受贿罪,其规定“视具体情况可以酌定从轻处罚”,可见司法解释在考虑法益恢复对量刑的作用时,也应根据犯罪类型的不同进行评价。然而,对于追赃所促成的法益恢复对应的犯罪,司法解释仅在贪污、贿赂犯罪中有体现,范围相对局限。

二、法益恢复作为法定量刑情节的必要性

(一)保护法益的要求

基于刑法保护法益的目的,不论是通过预防犯罪保护法益,还是在犯罪后通过法益恢复保护法益,均是实现这一目的的方式。法益恢复作为法定从宽量刑情节,旨在促使犯罪人可以主动采取措施,使受到侵害的法益得以恢复或得到弥补,从而获得从宽处罚的机会;也是给法益恢复一个机会,利用给予的犯罪人从宽处罚的机会,促使其采取恢复法益之行为,或避免其采用破坏性手段侵犯法益,使法益恢复成为不可能。

减少法益损害,挽回犯罪所造成的损失,是保护法益的题中之意,“退赃正是减少除受贿、赌博等个别罪外财产损失和该罪社会危害性的重要途径”^[3]。由于退赃不是法定的量刑情节,使一些犯罪分子产生误解,认为退赃与定罪量刑没有关系,从而拒不退还赃款,大量的赃款收不回来,给国家造成了重大经济损失。^[4]在法益无法恢复、财产无法返还、侵犯生命权的愤怒及不利影响无法修复的情况下,即使判处罪犯以极刑,从某种意义上说,也丝毫弥补不了其损失和减轻该罪本身已造成的社会危害性。^[5]从消减犯罪所造成的社会危害性角度来看,法益恢复的意义可能要大于自首。在最高人民法院指导案例 28 号胡克金拒不支付劳动报酬案中,法院认为工程总承包企业按照有关规定清偿了胡克金拖欠的民工工资,这一垫付行为消减了拖欠行为的社会危害性,但并不能免除胡克金应当支付劳动报酬的责任。如果没有垫付工资这一法益恢复行为,即便科处胡克金更为严厉的刑罚,或者胡克金有自首行为,也无法消减其行为的社会危害性。

(二)实行恢复性司法的需求

恢复性司法缘起于上世纪 70 年代的刑事司法实践,并逐渐成为影响传统刑事司法的重要司法范式。^[6]我国刑事司法未来的发展趋势之一就是将从工作的重心从发生之后的打击转向犯罪发生之前的预防,从对罪犯的惩罚和报复转向对罪犯的教化、改造,对受害人的抚慰、赔偿和对被犯罪破坏的社区关系的恢复,从而达到减少社会冲突、促进社会和谐的目的。^[7]这就需要探求恢复性司法及其实

施方式。德国学者米歇尔·凯尔希林在研究德国恢复性司法时总结:从系统的角度看,恢复性司法的应用可以区分为两种不同的类型:第一,真正意义上的刑事调解,即被害人与犯罪人之间的相互妥协,通常是由调解员组织进行的;第二,其他形式的恢复性活动,包括自愿的弥补,或者由检察官令、法官令规定的支付行为。^[8]可见,我国目前推行的刑事和解制度,也是恢复性司法的一种。而犯罪人开展的法益恢复行为如“自愿的弥补”,也是恢复性司法的一种形式,而对恢复法益从宽处罚,更有利于恢复性司法的实现,实行恢复性司法需要将法益恢复做为法定从宽情节。

(三)贯彻“宽严相济”刑事政策的要求

宽严相济刑事政策,是党中央在构建社会主义和谐社会新形势下提出的一项重要政策,是我国的基本刑事政策。它对于最大限度地预防和减少犯罪、化解社会矛盾、维护社会和谐稳定,具有特别重要的意义。当受到侵害的法益可获恢复的情况下,对犯罪行为从宽处罚,也符合我国宽严相济刑事政策的要求。进入21世纪后,随着法治文明的不断发展,我国刑事政策也逐渐转入突出“宽缓”精神,强调宽字当头。^[9]另外,中共十八届四中全会提出,“完善刑事诉讼中认罪认罚从宽制度”。建立“认罪认罚从宽”制度,是我国近期出现的一种新的司法改革设想。^[10]这一司法改革举措,“旨在推动刑事司法领域……变革,建立和缓宽容……的刑事司法制度”^[11]。一方面法益恢复从宽处罚符合“和缓宽容”的改革思路;另一方面,在认罪认罚从宽制度的思路及背景下,根据刑法之保护法益的目的及犯罪侵害法益的本质,法益恢复在刑法领域,更具从宽处罚的理由。

(四)响应刑罚轻缓化的趋势

刑罚轻缓化是符合人类文明发展趋势的,因此中国也应当适时适度地推动刑罚轻缓化。^[12]同样,中共十八届四中全会提出的“完善刑事诉讼中认罪认罚从宽制度”,也是刑罚轻缓化的体现。司法宽容作为人类社会进步的直接体现,是法治社会司法伦理的基本要求。随着人类文明的发展,法治国家早已逐渐摒弃残酷复仇的司法理念,转而彰显司法的公正与人道。世界范围内死刑这一刑罚受到严格的程序限制甚至是明确被废除即为典例。^[13]因此,对法益恢复进行从宽处罚,作为法定量刑情节予以考虑,也是在响应刑罚轻缓化的国际趋势。

三、法益恢复作为法定量刑情节的可行性

(一)司法传统的影响

法益恢复在中国古代即有立法基础。古代刑法除规定自首原罪这一一般性规定外,对于强盗、盗窃、诈欺取财等财产犯罪还专门规定有“首露”制度。唐律《名例律》:“诸盗、诈取人财物而于财主首露者,与经官司自首同。”首露即为前往财主处归还原物于主,可得免罪。明清律称为“首服”,内容与唐律相同。^[14]同样,保辜制度也体现法益恢复从宽处罚的思想。保辜制度起源于周代,是指违法犯罪人在法定期间内积极救助被害人,违法行为人也可以承担相对较轻的法律

责任。以医疗救助为内容、在保辜期间内通过对被害人及时救助的现代迁移,以探寻另类假想的存活空间及促进加害人对被害人及时救助的动力机制。^[15]

我国古代司法对于退赃、犯罪后采取措施对被害人进行救助的行为进行从宽处罚的规定,可见在古代即有法益恢复从宽处罚的思想及制度。受此影响,在当今推行这一制度,是对这一优秀司法思想的继承和发展。

(二)刑法及司法解释的确定、支持

从上文关于法益恢复在刑法及司法中的地位的说明中,可知不论是刑法还是司法解释,均对法益恢复从宽处罚有所规定,尤其是最高人民法院、最高人民检察院颁布的《关于办理职务犯罪案件认定自首、立功等量刑情节若干问题的意见》,明确将贪污、受贿案件中赃款赃物全部或者大部分追缴作为从轻处罚的情节。只是在刑事立法和司法解释中,并未原则性地将法益恢复作为法定从宽情节。

(三)指导性案例的示范

在最高人民法院的指导案例中,不论是李飞、王志才故意杀人案,还是潘玉梅、陈宁受贿案,或者是胡克金拒不支付劳动报酬案,均体现了在采取法益恢复行为、“消减社会危害性”的案件中,量刑适当从宽的精神。指导案例确定这样的思想与判决思路,对其他类似案件的判处具有重要的示范作用。

因司法实践中,案件的判决基本采纳了法益恢复从宽处罚的理念,将其规定在刑法中,作为法定量刑情节,既是刑法对司法的确认,也可以成文法对刑事司法进行规范,相对而言是顺理成章之事。

(四)域外刑事立法的借鉴

对于法益恢复作为法定从宽处罚情节,也可从域外刑事立法中进行借鉴。例如:(1)《德国刑法典》第46条a(犯罪人——被害人和解,损害赔偿)规定,“行为人具备下列情形之一的,法院可依第49条第1款减轻其刑罚,或者,如果可能科处的刑罚不超过1年自由刑或360单位日额金之附加刑的,免除其刑罚:1.努力与被害人达成和解(犯罪人——被害人和解),其行为全部或大部得到补偿,或努力致力于对其行为进行补偿的,或2.被害人的补偿要求全部或大部得到实现的。”(2)《法国新刑法典》第132-59条刑罚的免除条款规定:“如表明罪犯已获重返社会,造成的损失已予赔偿,由犯罪造成的危害已告停止,可予免除刑罚。宣告免除刑罚的法院得决定在犯罪记录上不予记载其决定。”(3)美国刑法:减轻事由有:“6.被告人对被害人赔偿了或者愿意赔偿因其犯罪行为所造成的损失或伤害”。^[16]

综上所述,德国、法国、美国等国的刑法中,对于“努力致力于对犯罪人行为进行补偿”“被害人的补偿要求全部或大部得到实现”“造成的损失已予赔偿”“赔偿了或者愿意赔偿”等情节,均作为刑罚减轻或免除的情节。对于法益恢复作为法定量刑情节规定在刑法之中,也不存在立法技术上的困难。

四、法益恢复作为法定量刑情节的设置意见

虽然法益恢复作为法定量刑情节,既具必要性,也有现实可能性,但关于作

为法定量刑情节的设置及从宽处罚的方式,目前并无多少可以借鉴的研究。笔者提议用以下方式进行设置:

(一)在刑法总则中进行确认

将法益恢复作为法定从宽量刑情节,应当在刑法中确定这一量刑规则。虽然部分犯罪之法益不可恢复,但也可以通过采取一些措施进行弥补,以减轻犯罪所造成的社会危害性。因此,犯罪行为基本上是可以采取一定的方式,进行法益恢复的。基于此,法益恢复作为法定量刑情节,应当如自首一样,在刑法总则中确定对其处罚原则。

除在刑法总则中加以明确规定之外,法益恢复应当作为一种客观评价。亦即,对于可恢复之法益,不论犯罪人主观方面如何,出现法益恢复的行为或事件的,即可认定具有法益恢复情节,如贪污罪的退赃行为、赃款追回事件。而对于部分不能恢复之法益,因犯罪所造成的伤害有其受害人或受害人之间的关系人,在此种情况下,犯罪人仅有补偿或赔偿行为,不足以评价法益是否恢复,还应考虑被害人或被害人之间的关系人是否具有谅解行为。在这种情况下,犯罪人虽然愿意进行赔偿,而被害人不予接受,无法取得被害人或其关系人谅解的,不能视为法益恢复。但此种情况下,被害人主动赔偿或补偿的行为,可视为其悔罪之表现,评价犯罪人主观因素时,决定是否从宽处罚,而不能作为法益恢复情节进行评价。

(二)区别法益的不同

将法益恢复作为法定量刑情节,应当区分可恢复之法益与不可恢复之法益。

1.可恢复法益

对于可恢复之法益,从法益保护的目的是来看,应当通过量刑积极促进法益的恢复,可以设置较为宽松的从宽幅度,如减轻或免除处罚等。如盗窃、贪污、诈骗等侵犯财产的犯罪,在法益可恢复时,通过盗窃、贪污、诈骗等方式所获得的财产,可以返还给被害人,对于被害人而言免受了财产损失,有助于恢复犯罪所造成的社会危害性。基于法益可恢复性,该类犯罪在法益恢复后,其所造成的社会危害性也相对减轻,较其他犯罪的社会危害性也相对较小,因此可以给予较为宽松的处罚。但因法益恢复是在犯罪既遂之后的行为,除非法律有明确规定不作犯罪处理或不构成犯罪的形外,仅能将法益恢复情节作为量刑情节,而不能作为定罪与否的考虑因素。

2.不可恢复法益

对于不可恢复之法益,因犯罪所造成的损害发生后即无法恢复,如故意杀人、故意伤害、毁坏财物等案件,在所侵犯的法益已经不能恢复的情况下,通过赔偿、补偿、和解等方式,赔偿受害人的损失、对受害人家属进行补偿,取得被害人或其家属的谅解,也能起到降低侵犯法益所造成损害的作用,对于消减犯罪所造成的社会危害性也有所助益。从德国刑法的规定来看,在法益恢复不可能时,如果犯罪人通过补偿的方式主动与被害人达成和解,或者在被害人提出补偿要求时,犯罪人满足了被害人的全部或大部补偿要求,对犯罪人是可以减轻刑罚的。

但考虑到不可恢复之法益,犯罪所造成的法益侵害是切实的,如故意杀人的,生命权已经受到侵犯,受贿的,已经侵犯了职务行为的不可收买性等,虽然可以对故意杀人犯罪被害人的家属进行补偿、将受贿所收的赃款赃物上缴,但生命已受到侵犯、职务行为已经被收买的情况下,即便法益恢复行为可以作为法定量刑情节,但其从宽处罚的幅度应较可恢复法益小。

(三)区别恢复方式的不同

恢复方式与犯罪人的主观方面相联系,可以体现犯罪人的主观恶性及再犯可能性。因此,应当区别法益恢复的方式。对于犯罪后主动恢复法益的行为,如积极退赃退赔、积极与被害人或其亲属联系进行补偿,取得被害人或其亲属的谅解等,可以反映被害人对其行为所造成损害的悔过以及弥补这种损害的主观动机,可以进行更大幅度的从宽。而对于犯罪后,虽然没有主动退赃退赔,但也没有对所侵犯的法益采取破坏性措施,也不阻挠追赃的,可以考虑犯罪人行为没有对追赃工作科以负担,对其从宽处罚。犯罪后既不主动退赃退赔,反而采取措施使追赃工作难度加大,但最终赃款赃物得以追回的,也可以考虑适当从宽。后两种方式,应综合考虑追回赃款赃物后客观上消减了社会危害性,使法益侵害减少,以及犯罪人主观上拒不认罪、悔改的情节。对这两种行为的从宽的幅度应该进行严格的限制。

现实社会中,存在大量的犯罪人对犯罪所得进行挥霍,导致无法恢复财产犯罪之法益,或者是犯罪后,由于犯罪人个人经济所限,无法对被害人或其家属进行赔偿、补偿,但犯罪人亲属具有赔偿或补偿能力的情况。在这种情况下,如果过分考虑恢复法益行为的犯罪人专属性,往往不利于刑法保护法益目的及法益恢复目的的实现。从另一角度来看,犯罪人亲属之所以愿意代犯罪人进行赔偿或补偿,其目的也是希望其赔偿或补偿行为,能够使犯罪人获得从宽处罚的机会;如果没有这样的可能,犯罪人之亲属亦未必会进行赔偿或补偿被害人或被害人亲属的行为。因此,应当考虑犯罪人亲属代犯罪人进行赔偿或补偿对法益恢复所具有的作用,对于对犯罪所得进行挥霍,导致犯罪所侵犯的法益无法从犯罪人处获得恢复的情况,以及犯罪侵犯的是不可能恢复之法益,犯罪人有赔偿之意愿而无赔偿之能力,或被害人、被害人亲属提出赔偿、补偿要求,犯罪人不能满足而犯罪人亲属可以满足的,如果犯罪人之亲属,愿意代犯罪人退赃退赔,或者愿意对被害人进行补偿的,也可以从犯罪所侵犯的法益已获恢复、犯罪所造成的社会危害性已经减轻的角度进行考虑,对犯罪人进行从宽处罚。

(四)总原则与个案评价相结合

正如刑法对自首的规定一样,对于法益恢复行为,既要有原则性从宽处罚的规定,在总则中规定其为法定情节,也要具体评价,根据案件性质、情节之不同,决定是否从宽处罚。犯罪后,法益恢复的,可以对犯罪人从轻或者减轻处罚,情节轻微的可以免除处罚,但因个案中被告人恶性极大、手段极其恶劣、后果极其严重或社会危害极大的犯罪,即便犯罪人愿意积极赔偿,也可以不予从宽。如

郑筱萸受贿一案,郑筱萸任国家食品药品监督管理局局长期间,受贿数额为600余万元,并非特别巨大。但其为多家制药企业在药品、医疗器械的审批等方面谋取利益,擅自批准降低换发文号的审批标准的玩忽职守行为,导致部分药品生产企业使用虚假申报资料获得了药品生产文号的换发,其中6种药品竟然是假药,假药的流通导致过人深受其害。郑筱萸的这种行为之危害可谓极其严重,性质特别恶劣,即便郑筱萸退赃、愿意承担巨额罚金或者没收其全部财产,也无法弥补其行为造成的损害,也不应对其从轻处罚。

(五)从宽处罚与被害人因素的考虑

从德国刑法对法益恢复从宽处罚的规定中,可以看出有两种途径,一种是犯罪人主动进行的,与被害人达成和解,或者努力致力于对其行为进行补偿;另一种是被害人提出补偿的要求,且该种要求全部或大部得到实现。法国刑法及美国刑法均规定犯罪人对其造成的损失已经赔偿的情形。这里可以区分两种法益恢复情形:其一是法益恢复需要与被害人达成和解,需要取得被害人或其家属谅解的;其二是要求犯罪人对损失进行了赔偿,并不要求与被害人达成和解。笔者认为,当法益恢复是一种客观的可恢复的财产,犯罪人恢复法益的行为即可起到消减社会危害性的效果。在这种情形下,对其从宽处罚不需要也不应当考虑被害人是否予以谅解。然而,若法益恢复是针对不能恢复的法益,其恢复法益的方式主要通过赔偿或是补偿的方式进行,此时便要考虑被害人因素,被害人是否对其进行谅解或是否能达成刑事和解,对其量刑应当有所影响。

注释:

- [1]张明楷:《新刑法与法益侵害说》,《法学研究》2000年第1期。
- [2]黎宏:《结果无价值论之展开》,《法学研究》2008年第5期。
- [3][5]王育君:《退赃应规定为法定情节》,《法学研究》1996年第6期。
- [4]李强、宋晓捷:《退赃可作为贪利型职务犯罪的法定量刑情节》,《人民检察》2005年第8期。
- [6]吴常青:《论恢复性司法的本土资源与制度构建》,《法学论坛》2006年第3期。
- [7]吴立志:《恢复性司法基本理念研究》,吉林大学2008年博士学位论文,第179页。
- [8][德]米歇尔·凯尔希林:《德国恢复性司法的发展》,周尊友、刘仁文译,《刑法论丛》2009年第1期。
- [9]时延安、薛双喜:《中国刑事政策专题整理》,北京:中国人民公安大学出版社,2001年,第100—104页。
- [10]陈瑞华:《“认罪认罚从宽”改革的理论反思——基于刑事速裁程序运行经验的考察》,《当代法学》2016年第4期。
- [11][13]陈卫东:《认罪认罚从宽制度研究》,《中国法学》2016年第2期。
- [12]赵秉志、金翼翔:《论刑罚轻缓化的世界背景与中国实践》,《法律适用》2011年第6期。
- [14]刘朝彬:《中国古代盗窃罪的产生、成立及处罚》,《法学评论》1996年第6期。
- [15]谢军:《论保辜制度的“被害救助”功能之现代迁移》,《时代法学》2013年第1期。
- [16]储槐植:《美国刑法》,北京:北京大学出版社,2005年,第257页。 [责任编辑:刘 鑫]