

退赃应规定为法定情节

王育君*

在刑事司法实践中,常会遇到以侵占财物价值大小来据以定罪量刑,而罪犯又能积极退赃、甚至退清全部赃款赃物的案件。由于我国刑法对退赃问题未作统一明确的规定,因此使得司法人员对上述案件应否定罪,特别是如何处刑,在思想认识上和司法实践中产生了很大的差异。这在一定程度上不仅影响了法律本身的严肃性,而且也影响了司法的公正性。所以,笔者认为极有必要对退赃与犯罪的有关问题,特别是退赃与量刑等有关问题作一些研究。本文试图从退赃与犯罪的社会危害性、退赃能否作为量刑情节由立法加以规定及退赃如何在量刑上体现等方面,阐述管见,并求教于同仁。

一、退赃与犯罪的社会危害性

本文所称的退赃是特指具有非法所得财物的犯罪既遂后,罪犯本人或委托他人退还赃款、赃物的行为。

众所周知,社会危害性既是一切犯罪的最本质、最基本的特征,又是定罪量刑的重要依据。法律之所以要把某一行为认定为犯罪,就在于它危害了国家和人民的利益,即危害了社会主义社会的整体利益。如果某种行为对社会根本不具有危害性,那么刑法就无需将其规定为犯罪,也不必对其进行刑事处罚。再则若某种行为虽有一定的危害性,但情节显著轻微危害不大,刑法也不会对其加以问罪惩处。如盗窃数额未达到较大,伤人仅致轻微伤等,就不被认为构成盗窃罪和伤害罪。可见,没有社会危害性就无所谓犯罪;社会危害性未达到相当程度,同样也无犯罪可言。不仅如此,社会危害性进而也是对犯罪进行量刑的最重要和基本的依据。纵观各国刑法,之所以要对不同的犯罪行为 and 同一犯罪的不同情节规定各种不同的刑种或量刑幅度,就是因为各种犯罪或同一罪行情节不同,它们的社会危害性不同。因此,才需对它们处以不同的刑罚,否则,不同的刑罚及幅度设置就是多余的了。

而犯罪行为抑或违法行为的社会危害性大小,则主要是通过其中的情节来反映并加以认定的。通常,这些情节按对定罪和量刑的作用可划分为定罪情节和量刑情节。前者如犯罪主体、主观状态、客体、客观方面等;后者有累犯、主从犯、动机、自首等。按时间先后可划分为犯罪前的情节,如有无前科、平时一贯表现等;犯罪中的情节,如主从犯、未遂、中止等;犯罪后情节,如

* 浙江省高级人民法院审判员。

自首、主动退赃、检举立功等。^{〔1〕}根据法律是否对情节明确加以规定,又可分为法定情节,如累犯、主从犯、自首等;酌定情节,如一贯表现、偶犯、犯罪起因、退赃等。若根据情节对量刑的影响不同,又可分为从严情节和从宽情节。前者如“两劳”人员重新犯罪、累犯、主犯、数额特别巨大、情节特别严重等;后者如初犯、从犯、未成年人、中止犯、自首、退赃等。^{〔2〕}从上述分类中我们可得知,退赃在我国现行刑法理论和司法实践中是一个罪后量刑上酌定的从宽情节。

在我国刑法(包括刑法典及全国人大常委会有关刑法的决定等)规定的近三百个罪名中,有不少犯罪是可以通过犯罪后罪犯本人等的相应行为来减轻或减小其社会危害性和相应后果的,如投案自首、积极抢救被害人或财物、主动退赃等等。特别是退赃,笔者认为对于减轻具有非法所得尤其以侵占公私财物为目的的既遂犯罪之社会危害性,具有重要作用。因为此类犯罪均直接或间接地造成了相应的公私财物损失,而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。尤其是对于贪污、盗窃、抢劫、诈骗、敲诈勒索等以侵占财物为目的的犯罪之受害方来说,若赃款、赃物不能得以退还,那么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。从这一点上分析,我们可得知退赃的作用和意义并不亚于自首,甚至超过了它。可见,敦促罪犯退赃或进行追赃,对于国家和人民财产的保卫者公、检、法机关来讲,更是责无旁贷。也正是基于退赃能直接减轻某些犯罪的危害性,弥补受害人的损失和司法机关有义务挽回国家、人民的财产损失,以及其具有刑罚所无法替代的作用,所以笔者认为,在我国实行市场经济的今天,深入研究退赃与犯罪的危害性的关系及量刑上如何对此予以体现等,具有特殊的重大现实意义。

二、退赃与刑事立法

退赃作为一种罪后情节,其意义与作用已为法学界越来越多的人士所关注,且司法人员亦在注重运用其作为量刑的调节手段。世界上不少国家还将其规定在刑法典中,作为量刑的重要情节。在我国,刑法典虽无这方面的规定,但在刑法的有关补充规定和最高法院、最高检察院的司法解释中,却时有所见。为最大限度地减小和消除犯罪的社会危害性,充分发挥退赃的社会效益,规范量刑标准,笔者认为在修改刑法典时,极有必要将退赃作为重要的从宽量刑情节写进我国的刑法。为此,笔者试从以下几个方面论述其科学性、必要性和可行性。

(一)理论上的科学性

将退赃作为重要的从宽情节写入刑法典的科学性,首先表现在减轻某些犯罪行为的社会危害性,而并非有些同志想象的所谓“钱可赎刑甚至赎命。”显然,封建社会法律中规定的以钱赎刑或以钱赎命,与我国刑法中的退赃作为从宽量刑情节,不仅有质的不同,在表现形式上也有极大的差异。因为,在我国刑法中,退赃只存在于有关的财产型犯罪中,而在其他犯罪中,则不可能有以“退赃”作为从宽处罚的可能性。此外,我国刑法中的退赃还有其他各种特点,下文将予进一步讨论。最重要的是如前所述,社会危害性既是定罪的本质依据,同时也是量刑的根本依据。而退赃恰恰正好能减轻犯罪的社会危害性,因此将其作为法定从宽情节应该是顺理成章之事,所以在理论上是科学的,更不悖法理。当然,为防止罪犯钻法律空子,在文字表述上可

〔1〕 参见高铭喧:《刑法问题研究》,法律出版社1994年版,第275页以下。

〔2〕 参见前引〔1〕,高铭喧书,第277页。

写成“主动退赃的,可以从轻或者减轻处罚……”,这样,对罪大恶极非杀不可的罪犯,同样可依法判处极刑。故法律规定本身亦可杜绝“以钱赎命”。其次,将退赃作为法定从宽情节不仅符合刑罚的目的,也符合我国刑法的根本目的。我国刑罚的目的无非是通过惩罚与教育相结合的方式改造罪犯,预防犯罪。而改造罪犯和预防犯罪的最有效办法则莫过于罪犯本人的悔过自新。退赃则是罪犯主动交出或退赔犯罪所得而认罪悔过的一种表现,因此敦促和鼓励罪犯积极退赃,并予以相应的从宽处罚,不失为改造和教育罪犯之良策,显然这与刑罚目的完全一致。至于我国刑法的目的,则是为了通过对罪犯运用相应的刑罚手段,以达到保护国家和人民的生命财产安全,减少因犯罪而造成的财产等各方面的损失。因此刑法明文规定敦促罪犯等积极退赃的从宽法条,理应成为我国刑法的价值取向。第三,从司法机关肩负的任务看,明文规定退赃作为法定从宽情节,有利于其实现职责。前面已阐明,打击犯罪、保卫国家和人民生命财产安全,尽可能减少犯罪给社会造成的损失,是司法机关的神圣职责。因此在法律上明确赋予司法机关敦促罪犯尽可能退赃和赔偿损失的有效职权,是保障其实现职责的必要条件之一。

(二)实践中的必要性

明文规定退赃为从宽情节,不仅理论上是科学的,而且在司法实践中也是必要的。首先,它有利于改变司法人员的办案观念,克服重破案、惩罚而忽视尽力减少犯罪社会危害性的思想。本来追赃和敦促罪犯退赃是司法机关办案的重要任务,但由于在刑事诉讼中长期存在的重侦破和适用刑罚的习惯,加上法律亦未明确退赃系法定情节,因此在办案中司法人员往往忽视对赃款、赃物的查处,以致造成许多可追、退的赃款赃物不能追退,或不去积极追查。所以明确退赃的法律地位,将退赃与刑罚直接挂钩,有利于加强司法人员的责任心,重视犯罪案件中的财产处理,克服重破、罚,轻挽回财产损失观念,以促进其全面履行司法职责。其次,有利于挽回受害人的损失。在犯罪是阶级斗争、敌我矛盾的突出表现和阶级利益高于一切的“左”的思想长期影响下,犯罪行为受害人的利益往往在办案中被忽视。许多在民事诉讼中都能容易得到赔偿的利益,反而在责任更明确的刑事犯罪案件中却得不到退赔或解决,以致造成不少案件的罪犯被严惩直至处死刑后,而受害人的财产损失却无法赔偿或补偿,司法机关亦爱莫能助。笔者一直认为这实际上也是惩罚、复仇主义的一种表现,因为这并不能弥补受害人的损失,也达不到减轻犯罪社会危害性的目的。所以,法律明确规定退赃情节,有利于挽回犯罪受害人的财产损失,改变以刑罚代替退赃的做法,实现减轻犯罪社会危害性之目的。最后,有利于在办案中更好地教育改造罪犯。明确规定退赃为法定从宽情节,无疑是感召罪犯积极退赔犯罪所造成的损失,争取从宽处理的有效法律措施,同时这也有利于消除罪犯因恐惧惩罚而产生消极抵抗心理,促使其在犯罪后积极主动地去弥补给社会所造成的损害。显然,法律的这一感召作用,体现在司法实践中,实际上就是教育罪犯以自己的行动去证明自我悔悟而争取从宽处理。

(三)实践中的可行性

虽然将退赃作为法定从宽情节有其科学性、必要性,但在现实生活中真正这样做又能否行得通呢?这也是人们所担心的一个问题。笔者以为实践的回答必然是肯定的。其一,这有国外的立法例可借鉴。目前世界上许多国家对包括退赃等罪后情节均有明文规定,特别是成文法系国家,绝大多数均在刑法典中加以规定。如瑞士、意大利、西班牙、巴西、格陵兰、德国等刑法典中都有相应规定。德国刑法第46条在量刑的基本原则中明确规定“其犯罪后之态度,尤其补偿损害之努力”,是量刑时尤应注意的事项。瑞士刑法第64条规定:“行为人真切表示痛悔,特别在可能期待之范围内,赔偿其所造成之损失”,法官得予减轻刑罚。意大利刑法第62条第6项

亦规定“在审判前已赔偿全部之损害、恢复原状,或在审判前(除中止外)自行以有效之方法减轻其犯罪的侵害或危险之结果者”,应予减轻刑罚。^[3]这里不再一一列举。笔者以为,之所以这样规定,不仅有其合理性,同时也是其实践的总结,这完全可为我们所借鉴。

其二,我国刑法已有罪后从宽情节的规定,司法实践亦有相应的运用经验。退赃,在我国刑典中虽无明文规定,但全国人大常委会的《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》及最高法院、最高检察院的司法解释等,对此则有明确规定。此外,罪后自首一直是法定从宽情节,且在观念上已被普遍接受,而自首与退赃均为罪后的量刑考虑因素,只是两者反映的侧重点不同。前者主要反映罪犯的人身危险性大小问题,后者则集中表现罪犯如何以行动去直接减轻因犯罪而造成他人的损失和社会危害性的程度。从这也可看出,将能直接减轻犯罪危害性的行为规定为法定从宽情节,应该说比将反映罪犯人身危险性小的行为作为法定从宽情节更具有理论和实践意义。因此,将退赃规定为法定情节,从人们的思想观念上来讲,亦已具备实施该规定的实际条件。其三,舆论和社会能够接受。由于自首作为法定从宽情节已被普遍接受,同时有关单行刑法及司法解释又为退赃上升为一般的法定情节作了舆论和实践的尝试,故笔者认为刑典将其加以明确规定,能为各界普遍认可。^[4]特别是对犯罪的受害者来说,退赃能直接减少他们的损失,甚至能救活一个企业的生产,因此会受到他们的极大欢迎。同时,对于那些不是罪大恶极非杀不可的财产型罪犯来说,也多了一些罪后悔过自新、改造自己重新做人的机会。所以无可置疑,将退赃规定为从宽情节必定会受到舆论和社会的普遍认同和欢迎,同时也符合世界刑法的发展趋势。

三、退赃与量刑

不管退赃今后能否成为法定量刑情节,还是仍为酌定情节,但作为影响量刑的重要因素,无疑应予肯定。所以,我们还须对如何认定退赃、其各种情节及其与相关情节的区分及量刑上如何区别掌握等问题加以研究。

(一)退赃的认定和其各种情节

如何认定退赃,实际上就是如何给退赃下定义。有一种观点认为,退赃是一种客观性的事实行为,因此不管是谁清退,只要赃款赃物客观上已退出,都应认定为退赃。笔者认为,此观点将退赃事实与罪犯的主观状态割裂开了,同时又将罪犯的退赃与他人上缴赃款赃物相混淆,故既不科学也不合理,不能作为法律上的定义。笔者主张应将法律上作为量刑从宽情节的退赃,限定在罪犯本人主动清退或委托他人代退两种情形内,即必须与罪犯的主观意志相结合,同时又须有相应的退赃事实。也只有这样的退赃才具有刑事法律上的意义,才有量刑上予以从宽的理由。这在前面所举的国外立法中,我们也不难看出这一点。而且各国刑法还特别强调罪犯本人的积极能动性,即罪犯本人的悔悟及程度。另外,若不将罪犯的主观状况与退赃事实相联系,则易将未受罪犯委托的他人退出赃款、赃物及购赃人的退赃,均作为与罪犯退赃意义相同的从宽量刑情节去运用,而恰恰这些事实却又与罪犯本人的悔罪和以自身罪后行动去减轻社会危害性无丝毫关系。所以法律上的退赃必须是罪犯本人或委托他人退赃。

[3] 本文所引外国刑典中有关退赃情节的规定,均引自北京政法学院编的《外国刑法研究资料》第4—6辑。

[4] 参见李少平、邓修明:《罪刑关系立法完善的理论思考》,《现代法学》1996年第1期。

就上述两种退赃而言,它们也还存在各种不同情形和程度。根据退赃减轻社会危害性的程度并结合分析罪犯人身危险性,我们可将罪犯本人退赃划分以下几种主要情形:(1)罪犯案发前积极主动全部退赃;(2)案发后积极主动全部退赃;(3)案发后经教育而全部退赃;(4)案发前积极主动部分退赃;(5)案发后积极主动部分退赃;(6)案发后经教育部分退赃。而委托他人代为退赃,一般则只有在罪犯被限制人自由时才会发生。如果是在此前委托他人退赃的,则实际上就等同于罪犯本人退赃,在量刑时只要与直接退赃略加区别即可。故笔者认为,可将委托他人代为退赃划分为全部退赃和部分退赃两种。

关于退赃的时限。由于是否退赃、退赃多少及何时退赃,不仅关系到犯罪社会危害性的事后弥补和程度,而且还直接影响对罪犯悔罪程度的评价及量刑,所以必须对退赃作出时间上的限定;否则法官在量刑上将难以抉择,判决亦将难以适从。根据退赃系犯罪分子罪后悔罪表现和其能在一定程度上减轻犯罪的社会危害性之特点,以及不能让犯罪分子钻法律空子的原则,笔者认为结合司法实践经验,可将退赃的时限划定在犯罪得逞后至一审判决前。因为若允许一审判决后再退赃,那么就会导致罪犯将一审后的退赃作为上诉获得从宽量刑的筹码,破坏判决和法律的严肃性。此外,若二审以此为由改判,则亦将使法律失去应有的严肃性,并使一审判决的稳定性而受极大损害。

(二)退赃与其他情节的区别

要正确认识退赃和其各种不同情形,以及在量刑中的不同作用,就必须将退赃与其它相关或相近的概念、情节加以分析区别。

1. 赃与非法所得的区别。在司法实践中,人们常将赃与非法所得相混淆,甚至认为两者是等同概念。其实不然,它们虽有相同之处,但却又是完全不同的概念。赃肯定是非法所得,但非法所得则绝不仅限于赃,它还包括赃以外的其他不合法的利益。如使用赃款、赃物而获取的收益,包括利息、经营利润等,以及民事、行政违法行为获取的所得利益等等。也就是说,非法所得包容了赃的全部含义,但其内涵与外延则比赃要大得多。所以我们在量刑中,也不能将退赃与清退非法所得相混同,并在量刑中作同样处理。如果某罪犯既能全部退赃,又能清退非法所得,那么就应对其作出更进一步的从宽量刑。

2. 退赃与赔偿的区别。日常生活中人们常使用“退赔”一词,实际上这是一个将退赃与赔偿损失混在一起的叫法,因此在法律上使用有其欠科学、明确之处,故笔者认为应将两者严格加以区分。诚然,退赃是赔偿损失的方式之一,但赔偿却无论是内涵和外延均比退赃要大。当罪犯既得赃同时又造成被害人其他损失的,则在敦促罪犯退赃的基础上,还应督促其尽可能赔偿损失,以保护被害人的合法权益。赔偿损失也是罪犯的悔罪表现,也可在一定程度上轻减犯罪的社会危害性,因此在量刑上可考虑予以适当从宽。若罪犯既能全部退赃,同时又能作出相应的损失赔偿,则在量刑上应予以更大幅度的从宽。

3. 退赃与追赃的区别。退赃是罪犯主观上自愿的一种上交犯罪所得的行为,不管罪犯当初是否自觉和愿意,但最终其必须是自愿的,因此这是罪犯主客观统一的一种悔罪行为。而追赃则是在罪犯不知或不主动交代、甚至不愿意的情况下,司法人员搜查、缴获犯罪所得的司法行为。两者的根本区别在于,前者是罪犯主观愿意的悔罪行为,后者则是与罪犯主观无关的司法行为。故不能将两者混为一谈,更不能将追赃挽回损失作为与罪犯退赃一样予以从宽量刑。追赃挽回的损失,最多只能作为量刑的其他因素予以考虑,而绝不可过份地去加以强调。

4. 委托他人退赃和他人代为退赃的区别。委托他人退赃是罪犯主观上愿意而客观上又无

法亲自退赃时,委托他人退出赃款赃物的行为。其特征是他人退赃的行为和退赃多寡取决于罪犯的意志,是其请别人代为实施,效果基本相当于罪犯本人的行为。而他人代为退赃,则是指他人未经罪犯委托而其自己主动代罪犯退出与犯罪所得相应的行为。从严格意义上讲,这时他人退出的并不是赃,而仅是与赃相同的同类物或款额。其明显特点是该行为与罪犯主观意志无丝毫联系。但该行为也能在一定程度上减少受害者的损失,从而在客观上对减轻犯罪行为的社会危害性起积极作用。所以笔者认为,在严格区别其与委托他人退赃的基础上,可将其作为量刑上的酌情从宽因素,但绝不能将该行为与罪犯委托他人退赃相混同或相提并论。

(三)退赃在量刑上的掌握

首先,退赃之所以能获得在量刑上的从宽,主要基于以下两点:一是通过退赃以减少犯罪造成的财物损失而减轻社会危害性;二是退赃能反映罪犯的悔罪迟早及程度。可见,退赃的时间及多寡是从宽量刑的依据所在。根据这一分析,笔者认为对于作案后案发前能积极主动全部退清赃款赃物的单一财产型犯罪,可予以免除刑事处罚或免于起诉。案发后积极主动全部退赃的单一财产型犯罪中的罪犯较轻者,亦可规定给予免诉或免于刑事处罚;^[5]而对罪重者及其他侵犯复杂客体的罪犯,则宜规定可选择性的从轻或减轻处罚。至于案发前或后主动部分退赃和案发后经教育敦促全部退赃或部分退赃、及委托他人全部或部分退赃,则一般宜在从轻幅度内予以量刑;当然个别罪行较轻的或单一性财产型犯罪的,也可予以减轻处罚,但必须从严掌握。总之,必须根据退赃的时间、多少等,以选择适当的从宽量刑幅度,绝不能离开这两者而随意从宽量刑。

其次,要注意并非所有类型犯罪的退赃都能一样予以从宽处刑。前述的那些情况,之所以能对退赃的罪犯予以从宽,其根本点主要就在于退赃能减轻某些犯罪所造成的损失和社会危害性。但也须注意到,并非所有类型犯罪的社会危害性和损失都可用退赃来减轻或弥补。换言之,退赃对个别类型的犯罪来说,其减轻损失和危害性的作用极小甚至几乎没有。如对于受贿罪、赌博罪等,退赃并不能减轻其造成的损失和社会危害性,而仅能说明罪犯有悔罪之举。另外,对于抢劫、投机倒把、走私、伪造贩卖货币等侵犯复杂客体的犯罪,退赃的作用显然较之单纯财产型犯罪小。所以,不能将所有犯罪的同等退赃情况作相同的从宽量刑,而必须将退赃放在特定类型的犯罪中去考察,从分析对减轻该罪所造成的损失和社会危害性的大小上着手,然后再考虑是否从宽及从宽的幅度。亦即具体案件具体分析,作出不同的量刑选择。

其三,要注意将退赃与其他量刑情节结合起来予以综合考虑。在一种犯罪行为中,往往会有许多影响量刑的因素或情节同时存在,单一的因素或情节则是极少见的,因此必须将退赃这一从宽情节同其他相关量刑因素放在一起,进行全面的平衡与考察。要在细致地比较、分析之后,再作出适度的量刑选择,以防止顾此失彼。

综上所述,笔者认为,退赃能减轻财产型犯罪的社会危害性和反映罪犯的悔罪程度;借鉴国外立法,结合我国司法实践,将退赃写进刑法典作为从宽情节,不仅有利于挽回国家和人民的损失,有利于改造罪犯,且亦易为人民群众所普遍接受;只要司法人员认真分析和把握退赃的实质及其与相关情节的区别,这样的立法规定必将会产生重大而深远的实践意义。

[5] 根据新的刑事诉讼法,免诉已于取消,因此,从新刑事诉讼法实施以后,在此所说的免诉应改为相应的不起诉决定。