

# 刑事法时评

XINGSHIFA SHIPING

主编 赵秉志

· 第五卷 ·

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

北京师范大学刑事法律科学研究院主办

# 刑事法时评

XINGSHIFA SHIPING

· 第五卷 ·

主编 赵秉志

主编助理 袁彬

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

## 图书在版编目 ( CIP ) 数据

刑事法时评. 第5卷 / 赵秉志主编. —北京: 中国法制出版社, 2016.12  
ISBN 978-7-5093-8149-6

I. ①刑… II. ①赵… III. ①刑法—文集  
IV. ①D914.04-53

中国版本图书馆CIP数据核字 (2017) 第003010号

策划编辑: 潘孝莉 (editorwendy@126.com)

责任编辑: 程 思

封面设计: 周黎明

---

### 刑事法时评 ( 第5卷 )

XINGSHIFA SHIPING ( DI 5 JUAN )

主编 / 赵秉志

经销 / 新华书店

印刷 / 北京九州迅驰传媒文化有限公司

开本 / 710毫米 × 1000毫米 16开

版次 / 2017年3月第1版

印张 / 32.25 字数 / 616千

2017年3月第1次印刷

---

中国法制出版社出版

书号ISBN 978-7-5093-8149-6

定价: 89.00元

值班电话: 010-66026508

传真: 010-66031119

北京西单横二条2号 邮政编码100031

网址: <http://www.zgfs.com>

编辑部电话: 010-66066620

市场营销部电话: 010-66033393

邮购部电话: 010-66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)

# 《刑事法时评》(第5卷)

## 编委会

顾 问 高铭暄 储槐植 樊崇义

主 任 赵秉志

委 员 (以姓氏拼音为序)

黄 风 刘广三 刘志伟 卢建平 宋英辉

阴建峰 王秀梅 王志祥 吴宗宪 张远煌

## 前 言

《刑事法时评》是一个专门刊载我们刑事法学术团队成员所发表的各种短评、评论和法治随感等短文的连续出版物。自2004年出版第1卷以来，其以短小的篇幅、精悍的语言和睿智的思维而受到了广大读者的喜爱。本卷是第5卷。

秉承弘扬刑事法治精神的传统，《刑事法时评（第5卷）》主要精选了北京师范大学刑事法律科学研究院研究人员2012—2015年间在各种媒体上发表的法治评论性短文，共计133篇、40余万字。这些文章在保持《刑事法时评》短小精悍、简明扼要、观点突出等一贯风格外，还具有两个显著特点：一是针对性和实践性强。本卷《刑事法时评》收录的短文主要都是针对当前我国刑事法治理论和实践领域的热点问题和热点事件展开。其中，既有刑事立法的热点问题，如《刑法修正案（九）》、《反恐怖主义法》、《国家安全法》、劳动教养制度的废止等；也有刑事司法的热点问题，如2015年的特赦决定、反腐败、追逃追赃、冤错案件防范、少年司法等方面的重大刑事案件等，还有刑事法理论方面的热点问题，如死刑制度改革、证人作证、非法证据排除等。通过对这些刑事法热点问题、事件和理论的分析与讨论，既有助于提高人们对相关法治与法理问题的认识，也有助于促进立法、司法机关探寻相关问题的解决办法。二是思想性和知识性强。与许多长篇宏论的学术论文不同，《刑事法时评》收录的文章以短小见长，但这丝毫不影响文章的思想性和知识性。例如，本卷《刑事法时评》收录的储槐植教授的短文提出的“赎罪”概念就具有很强的思想性，值得刑法理论界关注。而本卷《刑事法时评》“热点研讨”、“国际刑法”、“域外法治”等栏目收录的短文都包含了丰富的内容，有助于深化和丰富人们对相关刑事法问题的思考。

法治的进步是一个漫长的过程，也将是一个全面的进程。法治思维的启迪是法治进步的重要基础，也是当前全面推进法治中国建设需要努力的重要方面。我们期待《刑事法时评》这些简明、短小、可读性强的刑事法治短文能够有益于启迪人们对刑事法治的认识和认同。当然，囿于篇幅，这些短文只部分地反映了北

北京师范大学刑事法律科学研究院研究人员对刑事法治和刑事法学问题的思考。今后我们仍将继续关注和研究我国刑事法治领域的现实热点问题，积极给社会奉献更多可读性强并具有一定思想性、知识性的短文，希望读者朋友们继续关心和支持《刑事法时评》。

最后，衷心感谢中国法制出版社领导和本书的责任编辑。正是他们的鼎力支持、严谨的工作态度和高质量的编辑水平，保证了本卷《刑事法时评》的顺利出版。

北京师范大学刑事法律科学研究院院长  
《刑事法时评》主编 赵秉志教授

# 目 录

## · 理论前沿 ·

中国刑法哲学发展面临新机遇·····	赵秉志 / 3
我国资本刑法的完善之路·····	高铭暄 张 慧 / 6
“赎罪”——既遂后不出罪存在例外·····	储槐植 闫 雨 / 10
出罪应注重合理性·····	储槐植 / 14
关于中国现阶段慎用死刑的思考·····	赵秉志 / 17
再论劳动教养制度改革·····	储槐植 / 21
新时期中国刑法的国际化延伸·····	吴沈括 / 27
刑事司法实证研究：从“问题导向”到“理论驱动”·····	何 挺 / 30

## · 热点研讨 ·

我国新时期特赦的政治与法治意义·····	高铭暄 赵秉志 / 35
2015 特赦决定草案解读·····	储槐植 王 平 / 39
我国新时期特赦的法理研读·····	赵秉志 阴建峰 / 45
《刑法修正案（九）》：法益保护前置织密反恐法网·····	赵秉志 杜 邈 / 49
以社会防卫为核心 兼顾人权保障·····	赵秉志 杜 邈 / 54
关于加强反腐败体制机制创新的思考和建言·····	赵秉志 / 57

## · 立法建言 ·

死刑适用标准的立法改革之建言·····	赵秉志 / 63
---------------------	----------

略论刑法修改中死刑适用对象的限制问题·····	赵秉志	赵远 / 66
预防性措施应纳入附加刑·····		袁彬 / 70
略谈《反恐怖法》的立法定位·····	赵秉志	71
以法治思维和方式治理互联网时代食药犯罪·····	赵秉志	73
简论应将虚假诉讼行为独立入罪·····	赵秉志	商浩文 / 77
努力完善我国惩治腐败犯罪法律规定·····		彭新林 / 81
为谋取正当利益而行贿也应入罪·····		彭新林 / 85

### · 实务解析 ·

通过死缓减少死刑立即执行的路径探究·····		刘志伟 / 89
如何理解刑法中的“非法买卖”枪支概念·····	高铭暄	徐宏 / 92
以法治思维和方式应对暴力恐怖犯罪·····	赵秉志	杜邈 / 95
“醉驾入刑”还需准确把握·····		赵秉志 / 99
用法治眼光看醉驾的刑法治理·····		袁彬 / 102
从个案辨析认定企业的经济性质·····	高铭暄	彭新林 / 105
民营企业集资诈骗罪重大问题探讨——以吴英案和曾成杰案为视角 ·····	赵秉志	徐文文 / 109
网络水军非法经营行为应予定罪·····		王志祥 / 117
网络诽谤入罪标准的细化科学合理·····	赵秉志	袁彬 / 119
食品监管渎职罪的复合罪过·····	储槐植	李莎莎 / 123
以牟利区分“非法持有”与“运输”·····	黄晓亮	王天富 / 126

### · 刑事程序 ·

人权保障原则得到充分具体体现·····		樊崇义 / 131
刑事诉讼中如何实现“群、专”相结合·····		樊崇义 / 135
刑事诉讼目的转型与诉讼法律监督·····		樊崇义 / 138
刑事诉讼法律监督规定从抽象走向具体·····		樊崇义 / 142
完善对公安派出所刑事侦查监督机制·····		宋英辉 / 145
“以审判为中心”的概念、目标和实现路径·····		樊崇义 / 150



“以审判为中心”需正确理解“分工配合制约”原则 .....	樊崇义 / 155
监督与自身监督,二者缺一不可 .....	樊崇义 / 160
时效意识:公正前提下实现效率价值 .....	宋英辉 王贞会 / 165
从“排除合理怀疑”看实体真实相对性 .....	樊崇义 / 170
“五条八款”确立非法证据排除规则 .....	樊崇义 / 176
排除非法证据是收集审查证据题中之义 .....	樊崇义 / 181
证人作证制度实现三个方面的进步 .....	樊崇义 / 185
澄清有关污点证人作证豁免制度的几种错误认识 .....	彭新林 / 188
附条件不起诉的核心要素应是附带处分 .....	何 挺 / 194
高官腐败犯罪与异地审判 .....	赵秉志 / 197
确立腐败犯罪污点证人作证豁免制度的思考 .....	彭新林 / 202
推动腐败犯罪案件诉讼程序完善 .....	彭新林 / 206
修复关系促进和谐 准确把握和解制度主旨 .....	宋英辉 / 209
公安司法机关能否成为刑事和解的促进者? .....	王志祥 / 212
完善我国未审没收程序的建议 .....	黄 风 / 215

### · 冤错案件防治 ·

近年我国典型冤错案件述评——当代中国冤错案件防治机制研讨之一 .....	赵秉志 / 221
防范冤错案件中法治理念的重塑——当代中国冤错案件防治机制研讨之二 .....	赵秉志 / 225
冤错案件防范机制的加强——当代中国冤错案件防治机制研讨之三 .....	赵秉志 / 229
冤错案件救济机制的完善——当代中国冤错案件防治机制研讨之四 .....	赵秉志 / 233
建立完善的冤错案件防治机制 .....	赵秉志 / 237
对聂树斌案复查听证程序的期待 .....	何 挺 / 241

### · 少年司法 ·

实体程序并重 全方位保障未成年人权益 .....	赵秉志 袁 彬 / 245
实行帮教与预防一体化 促进未成年人健康成长 .....	宋英辉 / 250

从六个方面着手推进少年司法·····	宋英辉 / 252
特别程序彰显对未成年人特殊保护·····	宋英辉 / 254
司法改革背景下未检机构何去何从·····	宋英辉 / 259

### · 犯罪学与刑事政策 ·

中国恐怖活动犯罪的防治对策·····	赵秉志 / 265
切实推进刑事风险防控 服务企业健康成长·····	张远煌 / 268
新形势下民营企业腐败犯罪刑事治理的对策·····	张远煌 操宏均 / 270
毒品犯罪的惩治与预防·····	李希慧 董文辉 / 274
刑法体现宽严相济刑事政策·····	高铭暄 / 277
我国刑法是“宽严相济”政策的体现·····	高铭暄 / 279
在死刑复核中坚守法治精神·····	王志祥 / 282

### · 国际刑法 ·

国际法院判决引发新挑战·····	黄 风 / 287
远东国际军事法庭的法理依据·····	王秀梅 / 290
多管齐下方能打出境外追逃重拳·····	黄 风 / 293
权威解密 跨境追赃需迈几道坎·····	黄 风 余 飞 / 295
开展国际追逃追赃 检察机关举足轻重·····	黄 风 陈 雷 / 299
境外追逃需宽严相济·····	黄 风 / 302
携手追逃让“天网”更显威力·····	黄 风 / 304
追逃与追赃应双管齐下·····	彭新林 / 306
美国“引渡”斯诺登面临多重法律障碍·····	黄 风 / 308
程慕阳避难申请仍面临法律难题·····	黄 风 / 310

### · 域外法治 ·

“中西药结合疗效好”——从葛兰素史克案探寻惩治跨国商业贿赂之路·····	王秀梅 / 315
英国刑案审查对我国刑事再审程序的借鉴·····	印 波 / 319
意大利刑事缺席审判制度可资借鉴·····	吴沈括 / 322

俄罗斯适用缺席审判制度十分谨慎·····	赵 路 / 326
俄罗斯联邦军事检察制度自成一体·····	赵 路 / 330
白俄罗斯检察院监督法律的准确执行·····	赵 路 / 335
完善条约 加强中俄检察机关刑事司法协助·····	赵 路 / 338
“陈水扁案”耗时数年的几大看点·····	何 挺 / 341

### · 案件直击 ·

社会保护与人权保障的合理结合——谈时军锋、时建锋骗免高速公路通行费 案的定罪量刑·····	赵秉志 / 347
强化人权保障 践行法治精神·····	赵秉志 / 350

### · 信息播报 ·

民生安全的刑法保护问题研究——2012年全国刑法学术年会综述 ·····	赵秉志 袁 彬 / 355
食品安全犯罪的刑法治理·····	袁 彬 孙道萃 / 358
“中国死刑适用的司法限制”项目前景广阔·····	阴建峰 黄静野 / 362
刑法学拓展性研究兼顾理论与实务·····	赵秉志 袁 彬 / 365
现代法治视野下刑法学的发展——高铭喧教授、王作富教授 85 华诞暨联袂执 教 60 周年学术庆典研讨综述·····	潘文博 刘志伟 / 372
当代刑罚改革的新方向——第五届当代刑法国际论坛发言综述·····	袁 彬 / 375
积极探求限制死刑适用的政策路径——“限制死刑适用的政策路径”座谈会 综述·····	阴建峰 黄静野 / 379
刑法的界分、协调与腐败犯罪的防制对策——2013年全国刑法学术年会综述 ·····	赵秉志 黄晓亮 / 383
刑法学研究：及时关注前沿问题·····	赵秉志 袁 彬 / 386
法治缺失决定废止劳教必然性·····	赵秉志 袁 彬 / 393
立足犯罪治理探索刑事法治问题·····	赵秉志 袁 彬 / 396
积极理性推进死刑制度改革——“我国死刑立法改革的新发展问题学术座谈 会”研讨综述·····	赵秉志 阴建峰 黄晓亮 / 403
努力完善惩治腐败犯罪立法建设——“我国惩治腐败犯罪的立法完善问题学	

- 术座谈会”研讨综述····· 赵秉志 刘志伟 彭新林 / 407
- 反恐刑事法治的理性构建——“我国惩治恐怖犯罪的立法完善学术座谈会”  
研讨综述····· 赵秉志 袁 彬 郭 晶 / 411
- 第六届当代刑法国际论坛举办中外专家共同研讨反腐制度完善  
····· 印 波 阴建峰 / 416

### · 人 物 ·

- 鹤发银丝映日月 丹心热血沃新花——高铭暄教授荣膺国际社会防卫学会  
“切萨雷·贝卡里亚奖”····· 吴沈括 / 421
- 深情的缅怀····· 赵秉志 / 424

### · 新书点评 ·

- 深思刑法立法——评赵秉志教授《刑法立法研究》一书····· 高铭暄 / 429
- 新中国刑法学的一部扛鼎之作——评《中华人民共和国刑法的孕育诞生与发  
展完善》····· 赵秉志 阴建峰 / 435
- 紧扣时代脉搏的刑法学扛鼎之作····· 储槐植 彭新林 / 439
- 死刑改革探索的新华章——简评赵秉志教授新著《死刑改革之路》  
····· 李少平 袁 彬 / 442
- 《企业家犯罪报告》的刑法学启示····· 高铭暄 / 446
- 检察管理模式的探索创新····· 樊崇义 / 449
- 绝对不可逾越的红线····· 樊崇义 / 452
- 传统罪名的创新探索····· 赵秉志 / 455

### · 随 笔 ·

- 法治建设成就非凡····· 高铭暄 / 461
- 高铭暄：刑法研究一直与实践紧密结合····· 高铭暄 / 463
- 开创刑事法治新局面····· 赵秉志 / 467
- 培育法治理念须加强对权力监督····· 赵秉志 / 469
- 法学界应如何看待社会管理创新····· 卢建平 / 471
- 在司法个案中感受公正····· 卢建平 / 473

程序与实体，缺一不可称不上诉讼公正·····	宋英辉 / 475
开启法治反腐新时代·····	赵秉志 / 478
让司法腐败无法藏身·····	赵秉志 / 480
严格执法是社会主义法治的基本要求·····	宋英辉 / 483
全程留痕有依据 如实记录有保障·····	樊崇义 / 486
内部人员过问案件被戴上“紧箍”·····	宋英辉 / 490
公开审理减刑、假释案件的有益探索·····	王志祥 / 493
国家安全法 关系你我他·····	袁 彬 / 496
韩磊究竟摔了什么?·····	袁 彬 / 498
“合法”为警察执法权威之源·····	黄晓亮 / 501

# 理论前沿

---

中国刑法哲学发展面临新机遇

我国资本刑法的完善之路

“赎罪”

出罪应注重合理性

关于中国现阶段慎用死刑的思考

再论劳动教养制度改革

新时期中国刑法的国际化延伸

刑事司法实证研究：从“问题导向”到“理论驱动”

---



# 中国刑法哲学发展面临新机遇

赵秉志<sup>①</sup>

刑法哲学是刑法学的重要分支，是以刑法存在的根据、正当性、合目的性为研究对象的学科分支。刑法哲学最初是从西方启蒙运动中孕育而来的，人类为什么需要刑法、什么是正当的刑法、特定组织乃至整个人类社会怎样实现刑法的正当性等是刑法哲学的本原性议题。当今中国，随着法治国家建设的推进，刑事立法越来越完善，刑事司法也更加文明进步。新时期面对社会矛盾复杂、价值观念多样的现实，刑法的发展与运用需要进行哲学上的思辨，这将在很大程度上影响我国刑法学研究的总体水平和高度，并制约我国刑事法治的发展进步。

## 一、确定研究核心

自清末变法修律运动以来，中国传统刑法逐渐向现代转型。在这个过程中，中国刑法受到西方刑法理念和制度影响，对传统刑法进行变革以及树立现代新刑法需要在哲学上找到正当性，刑法哲学开始在中国古老的律学传统中萌生。

新中国成立后特别是改革开放以来，随着刑事立法和刑法学科发展，刑法哲学也日益发展。20世纪90年代是现代中国刑法哲学勃兴的起点，加速发展的立法进程和繁荣的法学研究奠定了刑法哲学发展的基础。刑法哲学在这一时期取得长足进步，形成了具有相当规模的学术共同体，创立了学科共同话语体系，初步厘清了知识研究的界域，探寻了多元研究方法，集中形成了系列研究成果。中国刑法哲学以关注刑法学基础理论、体系构建为出发点，不断延展，逐步将对刑法价值的探寻确定为研究的核心内容。

当前，中国刑法哲学研究侧重于探讨刑法的“根源世界”和“意义世界”两个方面。前者解决的是国家刑法权力的正当性问题，对于这一问题的探寻及回

<sup>①</sup> 北京师范大学刑事法律科学研究院院长、长江学者特聘教授、博士生导师，中国刑法学研究会会长，国际刑法学协会副主席暨中国分会主席。



答，可以解释现代社会中，刑法在应对各种新型社会危机与潜在风险时其调控范围（犯罪化）与调整力度（刑罚化）的正当性，解释国家基于其稳定与发展需要而限制国民权利的正当性问题；而后者解决的是刑法价值性问题，即刑法之于特定社会的意义及其实现问题。

刑法哲学的勃兴是中国刑法学现代化的标志之一。一方面，刑法哲学关注刑法的根源性、本原性问题，推进了中国刑法学知识谱系的完善与深化。另一方面，刑法哲学的研究促进了刑法学新型学术与知识体系的形成，推动解决中国刑法改革中方向选择与价值平衡问题。

## 二、回应现实问题

起初，中国刑法哲学的研究对象过分西方化，表现为单纯对刑法文化史进行探究分析，导致刑法哲学研究比较空洞，人为阻隔了刑法哲学与刑法法理学的联系。随着刑法哲学研究的深入，特别是法哲学领域一系列积极成果在刑法哲学领域的传播与运用，刑法哲学的研究方向得到合理调整，基础性、现实性问题受到关注与重视，确保了刑法哲学研究的科学性。

刑法哲学研究面向中国现实，是中国刑法哲学走向成熟的标志。法哲学作为一种帮助人们确立立法世界观和法律运行方法论的学问，应当以对法现实与法现象进行深层、全面、客观的解释和分析为基本路径。因而，脱离国情的全盘西化与固守传统的抱残守缺这两种研究取向均需予以否定。刑法哲学研究的现实性，促使刑法学者更加关注中华民族在长期历史与生活环境中所形成的刑法价值观念及法律理想，充分尊重时代条件下刑法观念发展的现实过程，对刑法正当性的评价不再简单地以其他文化对刑法的认识为依据。

法律作为人类社会一种主要的调控机制，在不同国家发挥作用。刑法作为法律体系中的一种调控手段，具有地域性，同时也具有共通性。但是，基于人类社会历史演进的客观性，不同民族的法律信仰与法律理想必然呈现多元化态势。因此，刑法学者对刑法哲学进行研究，在通过价值比较与价值探究后，应充分考虑刑法制度建构的民族基础与现实环境，反对不加分析地简单移植他国的刑法观念与价值。

刑法哲学对于形成现代文明刑法观起到了积极作用。比如，对于如何看待废止死刑是刑法学界关注和争议较多的问题，具有深厚的刑法哲学基础。现代死刑观念促进了中国传统死刑观的变革，而坚持刑法哲学立足中国现实，为确立分阶段逐步废止死刑的策略与路径提供了扎实的理论基础。再比如，“非犯罪化”作为西方现代刑法发展的基本趋势，西方刑法哲学为之提供了很多理论论证。我国

刑法哲学研究紧密结合中国现实，论证了区别化的犯罪政策的正当性，为当下中国刑事立法的“适度犯罪化”提供了理论支撑。这些研究对中国刑法改革起到积极引导作用，确保了中国刑事立法向正确的方向发展。

### 三、构建理论依据

思辨性是法哲学的特点。这种思辨性是以实然的社会现实与具体的法律需求为基础而进行的一种应然性判断，因而审视、反思现实法是刑法哲学发展的基础和前提。在新的历史条件下，中国刑法哲学面临新的发展机遇，应在继续关注学科基本范畴与体系建构等基础领域的同时，坚持观照中国现实立法问题，为刑法改革提供充分理论依据。

研究刑事立法的发展现实。刑法哲学研究的首要问题是探寻刑法的价值，追问正当刑法的应然状态，而其前提就是对本国刑事立法发展的现实进行反思。如何反思立法现实，是刑法哲学的重要研究内容。显然，揭示中国刑事立法正当性的标准，应当成为中国刑法哲学学者乃至全体刑法学人的重大使命。为此，需要首先观照中国法律制度的现实、历史和前景，同时兼顾世界法律发展的潮流和趋势，进而形成我国刑法正当性评价的理论基础。

建构科学的刑事立法根据。现代社会，刑法哲学的使命不仅在于论证刑法存在的必要性，更在于充分论证刑事立法改革的正当性。刑事立法的正当性，源于道德哲学对法律的合法性追问。对此，法实证主义与法价值主义提供了不同的思路：前者重视法律效力来源的合法性，主张刑法规范意义上的合法性就是其合法性的全部内容；后者反对将法律权威性等同于其合法性的做法，倡导法的存在必须具有道德的合法性与合目的性。这就为刑法哲学介入刑事立法根据之分析提出了要求。由此看来，在刑事立法之前，有必要由国家立法机关明确立法原则，对所立的刑法进行充分的刑法哲学研究，以确保刑事立法的正当性与正确性。

（原载《人民日报》2015年12月13日第8版）

## 我国资本刑法的完善之路

高铭暄<sup>①</sup> 张 慧<sup>②</sup>

围绕使市场在资源配置中起决定性作用的改革理念，中共十八届三中全会规划了经济改革的宏伟蓝图，作出了总动员与总部署。在建立公平开放透明的市场规则层面，主张“实行统一的市场准入制度，推进工商注册制度便利化，削减资质认定项目，由先证后照改为先照后证，把注册资本实缴登记制逐步改为认缴登记制”。公司制度的这一改革，尤其是对公司资本制度的这一改革，体现了我国决策层制度创新的变革理念和放宽公司设立门槛的监管思路，对于释放经济主动性增长动力，激活民间资本，有着重要意义。同时，这一改革对相关监管部门的职能定位和服务理念，对民事、行政和刑事领域法律规则也必将产生极大的影响，可谓是牵一发而动全身。随着公司法的修订，资本刑法的完善问题，也提上日程。

当前，我国《刑法》中规制公司资本的罪名主要包括第158条规定的虚报注册资本罪，第159条规定的虚假出资、抽逃出资罪，第160条规定的欺诈发行股票、债券罪，第179条规定的擅自发行股票、公司、企业债券罪和第229条规定的提供虚假证明文件罪和出具证明文件重大失实罪，等等。随着我国公司资本制度的改革，刑法上的相关罪名，尤其是虚报注册资本罪、虚假出资、抽逃出资罪的走向，成为大家热议关注的焦点。

### 一、资本刑法修改的观点之争

有论者主张，应该在符合刑法设定一般犯罪规律的基础上，以现阶段公司法中有关资本制度的立法规定和立法理念为基础，重构我国公司资本制度的犯罪圈，具体来说，对单纯侵犯以国家对公司资本制度的管理秩序为客体的虚报注册资本罪和虚假出资、抽逃出资罪做除罪化处理，并新增欺诈增资、违规增资等罪名。

<sup>①</sup> 北京师范大学京师首席专家暨刑事法律科学研究院名誉院长、特聘教授、博士生导师，中国刑法学研究会名誉会长，国际刑法学协会名誉副主席暨中国分会名誉主席。

<sup>②</sup> 北京师范大学刑事法律科学研究院博士。

有论者认为，在当前的资本制度改革潮流中，刑法的保护存在错位的情况，主张对公司资本制度的刑法保护予以重构，废除虚报注册资本罪与虚假出资罪，改抽逃出资罪为抽逃公司资产罪并增设欺诈增资罪。也有论者主张，基于公司法的修改和刑法最后性、附属性的特征考虑，虚假出资行为已经缺乏入罪条件，应该予以除罪化，抽逃出资行为侵害了公司运行阶段的资本制度，仍然具有现实意义，但是出于刑法与公司法相衔接的考虑，应该改抽逃出资罪为抽逃资产罪。

笔者认为，资本制度的改革必然会推动资本刑法的修订。随着公司资本制度的变革和公司资本理念的转变，虚报注册资本罪、虚假出资、抽逃出资罪的社会危害性的确需要重新考量，刑法需及时对虚报注册资本罪、虚假出资、抽逃出资罪是修改限制还是废除作出回应。但是，刑法关于资本犯罪的修订，不能简单地予以废除，而是需要在与新公司法相关规定衔接协调的基础上，充分考虑某些特殊情况而具体问题具体分析。主张将虚报注册资本罪和虚假出资、抽逃出资罪做完全地除罪化处理的观点过于“一刀切”，有失偏颇。而且，将虚报注册资本罪和虚假出资、抽逃出资罪的客体，只是简单地认定为国家对公司资本制度的管理秩序，也是片面的，不准确的。我国刑法设置虚报注册资本罪和虚假出资、抽逃出资罪，并不如有的学者所言只是简单地出于维护国家对公司资本制度的管理秩序的考虑，其实它在保护公民经济生活安全与自由等方面，也是有所考量的。对于主张增设欺诈增资罪、违规增资罪的观点，我们也并不认同。市场经济的深化改革发展，要求政府放权于市场，政府调控力度要进一步减小。在公司资本的刑法规制上，要坚持“以维护最低限度的社会经济秩序所必需”的犯罪化标准，对于犯罪圈要严格把握。欺诈增资行为，违规增资行为，由公司法等相关法律法规予以调控即可，不必上升到犯罪的程度。

## 二、资本刑法如何完善

公司资本制度的改革和公司法的修改，导致了公司法与刑法出现衔接上的问题。对虚报注册资本罪和虚假出资、抽逃出资罪进行修订或作出立法解释，以实现部门法之间的合理协调与平衡，是十分必要的。我们在此提出两点意见：

第一，犯罪主体的限制。随着我国公司资本制度的改革和公司法的修改，公司法与刑法之间在前提性规范欠缺、法律衔接不合理等方面问题凸显。新修订的公司法取消了有限责任公司最低注册资本3万元、一人有限责任公司最低注册资本10万元、股份有限公司最低注册资本500万元的限制，这就使得虚报注册资本罪等罪的前提性规范欠缺——即公司法上的违法性前提不足的问题。

但是，是否像有的学者所主张的，虚报注册资本罪和虚假出资、抽逃出资罪

已经缺乏入罪条件，而应该予以废除？我们持否定的观点。不容否认，随着最低注册资本要求的取消，在实践中，申请公司登记的有限责任公司、一人有限责任公司和股份有限公司，使用虚假证明文件或者采用其他欺诈手段虚报注册资本，欺骗公司登记主管部门，取得公司登记的行为就会大大减少。

但是，我们需要考虑另外一些情况。在公司资本制度改革中，涉及一些特殊的行业，由于其关系到社会的公共利益和社会长远利益，影响较大，在市场准入上，通常有着一些特殊的要求。在2014年3月出台的国务院《注册资本登记制度改革方案》明确了27类暂不实行注册资本认缴登记制的特殊行业。这些公司由于其行业的特殊性，当前还不能对其注册资本完全放开。所以，在这27类行业里，虚报注册资本罪和虚假出资、抽逃出资罪仍有存在的必要。当然，出于公司法和刑法相协调的考虑，虚报注册资本罪，虚假出资、抽逃出资罪需要进行修订或作出立法解释，以实现与新公司法在行为主体、前提规范和法律制裁等方面的协调。可喜的是，2014年4月24日通过的《全国人大常委会关于〈中华人民共和国刑法〉第158条、第159条的解释》中，明确规定了“刑法第158条、第159条的规定只适用于依法实行注册资本实缴登记制的公司”。

我们完全赞同将虚报注册资本罪和虚假出资、抽逃出资罪的犯罪主体予以限制，当前限定为这27类行业中仍然实施注册资本实缴登记制的公司，以维护我国的经济金融秩序和经济运行安全。

第二，法律制裁的平衡。在公司法第十二章的法律责任部分，规定了虚报注册资本行为、虚假出资行为和抽逃出资行为这三类行为的法律责任。虚报注册资本的，“由公司登记机关责令改正，对虚报注册资本的公司，处以虚报注册资本金额百分之五以上百分之十五以下的罚款；情节严重的，撤销公司登记或者吊销营业执照”。虚假出资的，“处以虚假出资金额百分之五以上百分之十五以下的罚款”；抽逃出资的，“处以所抽逃出资金额百分之五以上百分之十五以下的罚款”。但是我国现行刑法中，虚报注册资本罪的刑罚配置是“处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处虚报注册资本金额百分之一以上百分之五以下罚金”，虚假出资、抽逃出资罪是“处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处虚假出资金额或者抽逃出资金额百分之二以上百分之十以下罚金”。

总的来说，虚报注册资本罪“处虚报注册资本金额百分之一以上百分之五以下”的罚金刑配置，虚假出资、抽逃出资罪“处虚假出资金额或者抽逃出资金额百分之二以上百分之十以下”的罚金刑配置，都比公司法中处以“百分之五以上百分之十五以下的罚款”处罚力度小，也即公司法上的罚款，严厉于刑法上的罚金，这就显现出虚报注册资本罪和虚假出资、抽逃出资罪在罚金刑的配置上，与公司法中的法律责任存在失衡问题。而且，公司法上虚报注册资本的行为有“撤

销公司登记或者吊销营业执照”的规定，这一规定可谓是决定公司的“生死”，处罚严厉程度可见一斑。但是在刑法上，却没有对公司资格的限制。

实现虚报注册资本行为、虚假出资行为和抽逃出资行为在法律制裁上的平衡，解决途径在于对虚报注册资本罪和虚假出资、抽逃出资罪刑罚配置上进行完善。为此，我们可以考虑从罚金刑数额的配置上加以完善。作为犯罪行为的罚金刑数额，应当大于或者至少等于作为相应经济行政违法行为的罚款数额。希望这点能引起国家立法机关的重视。

总之，市场经济的深化改革发展和公司法的修订推动了刑法对公司资本规制的理念变革。公司资本刑法的完善，要秉持协调性和适度性的原则，在充分考虑我国市场经济深化改革现状、尊重市场配置资源规律的基础上，准确把握刑法规制的理念，坚持安全与效率并重，保持刑法的有限性，合理规划资本犯罪的犯罪圈，有所为有所不为，以保护我国市场经济领域的自由与安全。

（原载《法制日报》2014年5月28日第12版）

## “赎罪”

——既遂后不出罪存在例外

储槐植<sup>①</sup> 闫雨<sup>②</sup>

在刑法适用中，人们往往不自觉地赋予原则或通说某种惰性，忽视其存在的例外情形。但大千世界，没有例外的原则是十分罕见的，例外是原则的必要补充，原则不能没有例外，只是例外不多。原则是行事所依据的法则或者标准，保证客观现实在有序状态中存在与发展。例外在一般的规律或者规定之外，给原则注入生机和活力。

“既遂之后无中止”这一通说似乎没有例外，因为根据传统的刑法理论以及各国刑法的规定，中止只能发生在“犯罪过程中”。更有甚者，通过“既遂之后无中止”引申出“既遂之后不出罪”，表面上看似乎很有道理，因为相比“犯罪中止”，犯罪既遂肯定无法“出罪”。我们先来看一个案例。

H在公共汽车上盗窃L的手提包一个，H回去后发现手提包内有身份证一张，手机一部，还有53件翡翠玉石，后经鉴定价值91.4万元。大喜之余，又害怕因为数额巨大，罪孽太重，所以决定将手提包送还。H按照L身份证上的地址，乘坐火车、换乘汽车，千里奔波将手提包送还到L家中。L全家对H万分感谢，并欲重谢。H谢绝。后来，警方将H抓获。最终，法院以盗窃罪判处H有期徒刑七个月，宣告缓刑一年，并处罚金1000元。

在此案中，法官显然颇感为难：一方面，根据刑法通说（原则）：犯罪既遂之后无中止，当然更无出罪的余地。H的行为构成盗窃罪的既遂，且数额特别巨大，根据刑法关于盗窃数额特别巨大的规定，H的行为至少要处十年以上有期徒刑。另一方面，H又是出于自愿不远千里将盗窃所得的财物全部送还给被害人。可以说，被告人后来的善意抵消了其先前的恶意。刑法通说不可违背，但是简单地依法判决显然太过严苛，于是判决书中说H的行为是“对事实的认识错误，从而阻却刑事责任”，但又唯恐违反通说，于是，法院充分考虑“被告人实施盗窃时的

① 北京师范大学京师首席专家暨刑事法律科学研究院特聘教授、博士生导师，中国刑法学研究会顾问。

② 广东警官学院讲师，法学博士。

主客观条件以及犯罪既遂后的归还行为”，最终作出以上判决，算是从轻发落。

法官的矛盾心情，作出了实质上矛盾的判决！

问题究竟在哪里？“既遂之后不出罪”真的没有例外吗？2007年7月8日《最高人民法院、最高人民检察院关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》第9条规定：“国家工作人员收受请托人财物后及时退还或者上交的，不是受贿。”该司法解释显然是关于既遂后出罪的规定。在社会生活中，类似的案件并不少见。从上述司法解释的规定可以得出，“既遂之后不出罪”是存在例外情况的，原则并不排除例外的存在。

需要研究的是，在什么情况（条件）下，才能在既遂之后出罪？

回顾“H盗窃案”，之所以形成“不出罪”的判决结果，原因在于，法院在通说的指导下，形成了这样的行为逻辑：H的前后两个行为（盗窃、归还）彼此独立（孤立），各有功用，前行为即盗窃行为影响定罪，后行为即归还行为影响量刑。上述逻辑看似脉络清晰，实质上却是典型的孤立静止、片面的形而上学的思维方式。唯物辩证法认为：前后两个行为不是彼此孤立，而是发自同一主体，指向同一对象（财物法益）；后行为与前行为在主体的两个性质相反的决意（恶意——善意）的相互作用下形成了相反相成的新结局（后行为抵消了前行为的实质违法性即祛除了法益侵害），从而阻却主体的罪责，结论是应当出罪。

其实，上述案件以及与之相类似案件的逻辑关系应当是：对后行为（赎罪）的法律评价首先是在犯罪论方面——抵消所犯的前罪。前后行为的作用机制是：后行为矫正前行为，修复被损害的法益，从而使前行为出罪化。可见，方法论上的形而上学，导致机械地套用通说（原则），无视后罪的赎罪表现。唯物辩证法顺应人性事理，遵从实践理性，打通了赎罪的出罪路径。既然“既遂之后可出罪”，那么“既遂之后无中止”这一原则也应当松绑，便是理所当然，司法实践从此可以解套。

赎罪作为例外是对“既遂之后无中止”以及“既遂之后不出罪”原则的补充。所谓赎罪是指抵消所犯之罪，实现自我非犯罪化，即对先前罪行自动消弭危害，从而祛除罪孽（消除犯罪）的状态。赎罪的法律机理是消除前行为的实质违法性，从而使之非犯罪化。换言之，阻却实质的违法性（危害性）是赎罪成立与否的关键所在。

刑法自产生至今，都是国家的基本法，其制定和实施都是依靠国家权力作为后盾，以保障国民的共同意愿，而对严重威胁、危害社会之存在的各种越轨行为予以否定性评价的法律规范。当今社会，刑法上的制刑权、量刑权以及行刑权的制定及实施已然成为一国权力的象征。启蒙主义的刑法思想产生以来，刑法已经从最初的国家统治工具，逐渐转变为维护一般社会秩序和维持人民安定生活的同



时也保障犯罪人基本人权的法律。在刑法功能认识转变的基础上，刑法学者都对刑法应该惩治的对象以及刑法应当适用的范围进行了深度思考。

以刑法的概念和功能为基础研究刑法的问题，首先应当明确的问题是，什么样的行为才是刑法上严重威胁、危害社会之存在的越轨行为。而对这个问题的解答就涉及对于犯罪本质和对犯罪行为进行评价所依据的标准。关于犯罪本质究竟是什么的问题，在刑法的发展史上先后出现了多种学说，比如权利侵害说、法益侵害说以及规范违反说等。目前，在犯罪本质的诸多学说中，“法益侵害说”为现代绝大多数成文法国家所接受。法益侵害说认为，违法性的本质是对法益的侵害和威胁。对于法益概念的一般含义，尽管学界存在争议，但是对不同种类犯罪的法益内涵基本上达成共识，例如侵犯财产类犯罪侵害的法益主要是财产所有权，贿赂犯罪侵害的法益是公职的不可收买性。

总体来说，刑法上的法益是指应当由刑法所保护的各种利益。无论是三阶层犯罪论还是四要件构成论，都认为犯罪的本质是对法益的侵害和威胁。我国刑法上的犯罪客体，实质上也就是刑法上的法益。刑法之所以保护利益，在于有利益的存在就存在被侵犯的可能。这说明，将犯罪客体理解为法益，符合法的本质，也符合犯罪的基本特征，表明了将犯罪客体理解为法益的科学性。

再者，权利与秩序等词语常在我国刑法分则出现，权利与秩序均是法益的一部分。在行为人主动赎罪的情况下，被其前行为所侵害和威胁的法益已经得以恢复，后行为在实质上就对前行为进行了全部的修复，前行为的实质违法性在后行为的作用下得以消除，进而阻却了实质的违法性（危害性），因而应当对前行为予以“出罪”处理，而不是仅将后行为作为量刑的依据。这里还需顺带解开一个常识性的“法结”：“既遂”是“曾经有过”，它有两层意思。其一，作为主观意念，没有时空界限，不会改变。其二，作为客观行为事实，它有时空界限，因而可以改变。值得注意的是：刑法不过问意念，行为才是刑法对象。

当然，一行为要构成赎罪行为，必须符合相应的主客观要件。赎罪行为的主观方面认识因素是行为人良知上的复萌。即“知道自己的前行为是为刑法所不容许的犯罪行为”。也就是说，行为人对于自己前行为（犯罪行为）的行为内容与社会评价是明知的。行为人对自己的前行为（犯罪行为）的认识，并不只是对外部行为的物理性质的认识，而是认识到行为的社会评价。如果缺乏对前行为内容与社会评价的认识，那么行为就不存在犯罪的故意，因而更谈不到行为人良知上的复萌。比如，贩卖淫秽物品时，只有对于自己贩卖的物品具有淫秽性有所认识，才是对自己前行为的内容与社会评价的认识。如果行为人不认识外文，在贩卖该外文淫秽物品时，根本没有认识到自己贩卖的外文书籍是淫秽物品，那么该行为人就缺乏对于自己贩卖行为的内容与社会评价的认识。即使行为人实施了类

似的赎罪行为，因为行为人主观上根本不具有“明知自己的前行为是为刑法所不容许的犯罪行为”的认识，所以，行为人的后行为也就谈不上成立赎罪行为。

赎罪行为主观方面的意志因素是行为人赎罪的决意。即行为人希望通过自己的后行为（赎罪行为）消弭前行为（犯罪行为）所造成的危害法益的后果。这里的“危害法益的后果”是指刑法分则规定的各种具体犯罪既遂所应当具备的结果。“希望”是指行为人对于赎罪行为在主观上是积极追求的心态；消弭前行为（犯罪行为）所造成的危害法益的后果是行为人实施后行为（赎罪行为）直接追求的结局；行为人主观上没有介入其他独立意识，不是为了实现其他意图而实施后行为（赎罪行为）；行为人主观上只有一个意志——消弭前行为（犯罪行为）的危害后果。正因为如此，才称之为行为人赎罪的决意。赎罪行为客观方面必须具备两个要素，即行为要素与结果要素。行为要素即行为人实施的行为必须是主动恢复、消除违法的行为，而不是被动恢复。赎罪行为之所以可以出罪，很重要的依据就在于行为人对于恢复行为的主动实施，即积极的恢复行为的存在。对于积极的恢复行为的界定要把握的一点是，行为人的行为与法益恢复之间存在因果关系。在此基础上，必须是恢复行为能够作为行为人的业绩归功于行为人。对于行为的方式，公开的方式与不公开的方式均可，对于实施赎罪行为的时间，当然应当是在犯罪以后，并且越早越好。结果要素即行为人的主动恢复行为阻却了罪责，完全消弭了前行为（犯罪行为）所造成的法益侵害，这也是赎罪行为予以出罪的重要因素。赎罪，作为过程具有抵消犯罪的功能，而赎罪结果是阻却违法消除危害，从而取得出罪的权利，因为已经不存在犯罪，所以完全符合罪刑法定和刑法人文精神。

需要明确的是，由于法益自身的特点，并非一切犯罪类型都存在赎罪的可能。在理论上，只要实质违法性可在犯罪后被行为人自动抵消的犯罪案件都具有赎罪的可能性存在。典型的犯罪就是侵犯财产法益的犯罪。因为财产相对于刑法保护的其他法益而言，本身明显具有可恢复性的特点。财产遭受损失只是刑法上的认识，从物理角度来看，财产本身并未出现毁损，所以只要当事人予以返还就可以恢复刑法上的法益。虽然财产类犯罪仅是刑法规定的诸多犯罪之一，但是在司法实践中，财产类犯罪一直占据着全部犯罪总数的大多数。

应当说，作为例外的赎罪在宏观数量上不会少，日积月累，例外增量达致质变，例外可以变成原则，成为制度。这种事例很多。在刑法的发展史上，缓刑、假释在 100 多年前只是作为有罪必罚、罚当其罪的罪刑关系原则的例外出现。例外多多，渐渐就成为量刑与行刑不可或缺的制度了。鉴此，认可赎罪概念将有望成为我国刑法上的一项建制，指引弃恶扬善。

## 出罪应注重合理性

储槐植<sup>①</sup>

出罪是指形式为罪但作无罪处理。出罪注重合理与入罪注重合法同等重要。“事后自动恢复”（亦称“事后自动复原”）是指对行为人实施刑法禁止行为后又自动恢复原状的法律评价。典型案件例如：王某意图使火车出轨，将一巨石放置铁轨上之后离去，很快又想到后果太严重，害怕夹杂后悔，在火车到来之前返回铁路将巨石搬开，避免了严重后果发生。又如，李某从张家盗走价值百万元的收藏品，其后心有悔悟，两天后悄悄将收藏品放回张家原处。两案共同点是，不法行为发生后又自动恢复原状。在进入司法程序后，法院审判结果虽从宽发落但均入罪，且为既遂犯，分别是危险犯既遂和结果犯既遂。对此，刑法界也普遍认同，因为法官是根据通行刑法理论作出判决。由于属既遂犯，又找不出法定减轻情节，尽管得到从轻处罚，给出的量刑仍觉过重，于是对“事后自动恢复”出现未遂、中止应减轻处罚的观点，这是学界比较新异的观点，但论证有欠周详。此外，对此种情形有持出罪的观点，更是稀有，理由仅为刑事政策考量，不免太过粗放，而且说服力欠缺易被质疑。

刑法上的既遂概念有两种形式，一种是行为犯，不法行为完成即告既遂，例如《刑法》第116条破坏交通工具罪，上述王某将巨石置于铁轨上便是。另一种是结果犯，不法行为产生结果为既遂。

既遂之后有可能恢复原状（例如盗窃、挪用、贪污以及多种危险犯罪等）和不可恢复原状（例如抢劫、伤害、杀人、受贿罪等）之分。既遂之后能否恢复原状，哲理评说有两种：能恢复原状的既遂称理念上的既遂，不能恢复原状的既遂称实体上的既遂。这样区分有重大价值，它涉及现实生活感官直觉有与无的差异，进而形成入罪与出罪的区别。

前述二例按通说均为“既遂”，本文认为当属理念上的既遂，但不是实体上的既遂。如果没有进入司法程序，始终都为无罪（是否有罪须由法院判决）。如

<sup>①</sup> 北京师范大学京师首席专家暨刑事法律科学研究院特聘教授、博士生导师，中国刑法学研究会顾问。

果进入司法程序，根据无罪推定原则，法庭作出判决之前应推定为无罪，控辩双方才可能进行平等博弈，这是公正司法的前提条件。

本质上作为私权的辩护权抗衡公法上的控告权乃是刑事司法中体现刑法契约化的一项基础性元素，对建设现代刑事法治意义重大。庭审中，辩方提出：由于“事后自动恢复”，表明客观上没有了现实危害（没有法益侵害），被告人的主观恶性也几近为无，如果将其入罪会与《刑法》第5条罪责刑相适应原则有抵触。控方意见无非是侧重公德社评之类的抽象分析。控辩对抗，说服力的强弱差异是明显的。依据刑法本义和公众舆情鼓励知错改错，法庭判决“无罪”当是正道。司法实务中对“事后自动恢复”案件作出的有罪（既遂）案例，盖是法官遵从学界“理念既遂”论先入为主决断的结果，而按照实体与程序相融通“刑事一体化”思维方法，得出的结论应当是“无罪”。通过实体与程序相结合解析“事后自动恢复”案件得出无罪结论拉近了法律与情理的间隔，这也并非完全于法无据。罪刑相适应既要把握当罚性，也要关注需罚性。《刑法》第37条规定：“对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的，可以免于刑事处罚……”就司法机制的实质成分观察，刑是罪刑关系的主导方面，免刑实质上相当于出罪。《刑法》第37条具有浓重的刑事政策色彩，从司法中宽缓刑罚力度，有助于改善重刑背景下的刑法生态。不无遗憾的是，司法实务界对《刑法》第37条疏于适用。

行文至此，还需要进一步深入思考：“事后自动恢复”案件如果没有进入司法程序，理论上可否认为是可罚的？

通行理论认为：行为完成齐备了法定构成要件即为既遂，上例李某的盗窃行为如果张家有现场监控“录像”为证，这个事实即使有“事后自动恢复”的发生也不能改变犯罪既遂，因为“事后自动恢复”之前的事实已成“历史”，无法改变。但是本文认为，这仍然不能作为李某在“事后自动恢复”后依旧构成盗窃罪既遂的证据。所谓证据，即证明的依据。证据的价值全在真实性。

真实性系于连贯性。连贯性体现在两项因素上：一是时间延续性，即过去的事情延续到现在；二是内在因果性，即结果由行为引起，结果才可作为入罪的证据。据此分析：对于过去盗窃事实的“录像”固然表明李某与张家构成侵害与被害的法律关系，但是在“事后自动恢复”之后这种关系已不再存在。再看因果性，“事后自动恢复”显现出来的“双无”（既无侵害也无被害）并非由先前“双有”所引起，而是另有能动性因素作用的结果。有不是无的“因”，无也不是有的“果”。有与无，性质相异，二者不具有因果性。按照证据概念特性，不能以“事后自动恢复”之前的情节作为“事后自动恢复”之后构成犯罪既遂的证据。

以上是分开两段行为解析证据，实际上“事后自动恢复”只存在一个统一的行为过程，行为人主观恶性（一种超法规的社会通识）的有无演变贯穿其中，决

定了法律关系性质的变化：初始行为产生的侵占与被侵占，因有行为人主观恶性存在便形成了刑事侵害与被害；继而因“事后自动恢复”的产生则使刑事侵害与被侵害向民事债的关系转化，主观恶性消解，完成了欠债还债的过程，因而消解了行为的犯罪性。哲学认识论（实践论）认为，主观与客观相互联系，主体与客体相互影响。

刑法通说的思想方法存在问题，将历史与现实（指“事后自动恢复”之前与之后）割裂，同时造成主观与客观以及主体与客体分开，机械地根据“历史”（“事后自动恢复”以前的情形）定罪，继而再按“事后自动恢复”考虑量刑。于是出现：依历史定罪，按现实量刑。这种超法理的诡异罪刑结构，使思维进入死胡同，违背了罪刑关系的对合适应性。

对此还可试举一例予以辨析，赵某三年前盗窃张家钻石一枚，没有“事后自动恢复”，也没有再次犯罪，三年后以三年前的行为定罪量刑，不能视为依“历史”定罪，因为三年前的危害一直延续到现在以及三年前行为体现的行为人主观恶性至今没有证据证明已经消除，仍然符合定罪须有真实危害（真实的法益侵害）而不是虚幻的证据。而对于上述李某案，通说以“历史不可改变”为由祭出历史以既遂定罪，但实质上完全是按照“历史”的影子（内容虚化的往事回忆）定罪。不折不扣是炮打乌托邦，犯了一个历史性错误。“历史不能改变”是指已经过去的事情不能改变，但过去造成的损害可以补救（可以改变），经过补救的损害就不再是原先的那个损害，镜花不是真花。无就是无，不能无中生有，没有犯罪客体。对“事后自动恢复”已成事实（这莫非不是历史？）的背景下仍以仅供回忆的那个历史按既遂定罪，完全是与情理相悖的“不许悔过自新”逻辑。悔过自新值得正面称道，也是符合实践理性的社会共识。

需要补充一句，如果对原先刑事不法行为予以“自动恢复”（完全落实）之后，因先前行为或者他人趁机对事主造成一定经济损失的，则可在刑事出罪之外令其承担一定民事赔偿之责。刑民有别。

理论指导实践又服务实践。“事后自动恢复”案例也许只是个案，至多是局部问题。但理论研究体现的倾向性值得留意。目前刑法理论研究重犯罪论而轻刑罚论，犯罪论研究也主要是倚重规范分析而疏远司法实务的情形值得注意。制定刑法是为适用刑法，研究刑法是为科学合理施行刑法，取得刑法最佳社会效益。刑法研究应当以实践为路径，发展面向司法的刑法学。对“事后自动恢复”作出罪处理，其实践意义在于开启合理宽容之门：回头是岸！悔过是金！

（原载《检察日报》2013年9月24日第3版）

## 关于中国现阶段慎用死刑的思考

赵秉志<sup>①</sup>

“慎用死刑”是契合社会发展进程和法治发展状况的必然选择。考虑到现实国情民意，慎用死刑政策的贯彻重点应在于立法上不合理配置死刑、现阶段又无法即行废止死刑的非暴力犯罪，需要在严格掌握死刑的适用标准、遵循死刑的正当程序的基础上，合理衡量案件的各种罪前、罪中和罪后情节，适当参酌案外因素，尤其是舆情民意，努力寻求法律效果与社会效果的有机统一。

2011年2月25日全国人大常委会通过的《刑法修正案（八）》明确废止了13种非暴力犯罪的死刑，这是我国继2007年1月1日最高人民法院收回死刑核准权后又一极具震撼性的死刑改革的重大举措。其实，在“少杀、慎杀”的死刑政策中，“少杀”已是我国当下理性的选择与普遍之共识，反映了民智的逐步开启和人权与法治的持续进步；但就“慎杀”来说，无论是其内涵还是贯彻的具体措施，从普通民众到专业人士均有不同的看法。对于“慎杀”亦即慎用死刑的准确理解与把握，不仅事关“少杀、慎杀”的死刑政策乃至宽严相济基本刑事政策的贯彻，同时也直接关系到中国死刑制度的改革方向，涉及中国法治文明的进步与和谐社会的构建，因而具有重要的研究意义。

### 一、慎用死刑及其价值蕴含

作为死刑刑事政策的基本内涵，“慎杀”即慎用死刑是指死刑的配置与适用应当慎重而有节制。其价值蕴含主要体现在：

其一，是契合构建和谐社会之社会目标。在建设和谐社会的过程中，尤其要充分考量刑罚的功效，适时进行刑罚改革，使刑罚种类和刑罚制度的配置、适用与执行更加人道化、理性化；应考察法治发达国家的经验，在社会政治、经济发

<sup>①</sup> 北京师范大学刑事法律科学研究院院长、长江学者特聘教授、博士生导师，中国刑法学研究会会长，国际刑法学协会副主席暨中国分会主席。