



我国缓刑制度的完善问题探讨

赵秉志 左坚卫

一、前言

“缓刑是当代刑罚制度的宠儿。”在刑事政策中被称为除刑罚和保安处分之外的第三支柱，并被视为一种具有“多元作用的独立性的刑法反应手段”。它集刑罚社会化、个别化、人道化于一身，符合刑罚发展的基本趋势和人类文明进步的潮流。实践证明，缓刑对与教育改造犯罪人、稳定社会秩序具有重要作用。时至今日，几乎所有国家和地区的刑法中都规定了缓刑，而且，当代刑罚制度发达的国家，缓刑的适用率普遍相当之高。资料显示，在美国，1990年共有250万人在缓刑监督管理之下，比1980年增长了126%，1997年的缓刑人数也保持在236万。而1991年，美国正在执行缓刑的犯人更是达到创记录的约270万，大约是监狱在押犯人数的4倍。在美国的成年罪犯中，大约有65%被给予了缓刑的处遇。在芬兰，通常有2/3的监禁刑被缓期执行。在北欧某些国家，缓刑的适用率更高，例如，瑞典1966年约有2万5千人被判自由刑，其中竟有约2万人宣告缓刑。与此形成鲜明对照的是，在我国，缓刑适用率却一直很低。究其原因，司法观念、犯罪形势、“严打”刑事政策的影响固然客观存在，刑法有关缓刑制度的规定不够完善也难辞其咎。虽然与79年刑法相比，97年刑法关于缓刑制度的规定有了明显的进步。比如，取消了对反革命犯不适用缓刑的限制，明确规定了被缓刑人在缓刑考验期限内应当遵守的事项；缓刑考察机构由79年刑法中的犯罪人所在单位或基层组织改为公安机关；撤销缓刑的情形更具有层次性，由79年刑法中的只有犯罪人再犯新罪才能撤销缓刑改为在三种情形下都应当撤销缓刑，即再犯新罪、发现旧罪以及严重违法法律法规和有关缓刑的监管规定，等等，但与缓刑制度较为发达的国家相比，还存在不少有待完善之处，因此，有必要认真探讨如何完善我国刑法关于缓刑制度的规定。

二、缓刑类型的完善

目前，许多国家刑法都吸收借鉴英美式和比法式两种缓刑类型的优点，同时规定了刑罚暂缓宣告缓刑和刑罚暂缓执行缓刑两种缓刑，而我国刑法则仅仅规定了刑罚暂缓执行一种缓刑，并且其法律后果仅仅是不再执行原判刑罚而保留有罪宣告，这种缓刑制度由于使犯罪人留下无法消除的污点，对犯罪人的自信心造成一定程度的打击，因而不利于充分发挥缓刑在教育改造犯罪人方面的功能。以原来的定罪量刑（罪刑已宣告）的判决丧失效力为法律后果的缓执行缓刑，以及以原来的定罪量刑（但刑罚未宣告）的判决丧失效力为法律后果的缓宣告缓刑，由于缓刑考验期满后犯罪人被视为未曾犯罪之人，没有留下前科记录，能够使犯罪人以完全正常的心态融入社会，重新生活，因而对促使缓刑人改过自新所具有的作用，要大于以不执行原判刑罚但仍保留有罪宣告为法律后果的刑罚暂缓执行缓刑。因此，我们主张，我国刑法在保留现有的刑罚暂缓执行缓刑的同时，应当考虑增设缓宣告缓刑和以原罪刑宣告丧失效力为法律后果的缓执行缓刑，并根据不同需要适用于不同的犯罪人。具体而言，对被单处一定数量罚金 的犯罪人以及被判处拘役或者6个月以下有期徒刑的未成年犯罪人，可以适用缓宣告缓刑；对符合缓刑条件，被单处一定数量罚金或者被判处1年以下有期徒刑或者拘役的犯罪人，可以适用以罪刑宣告丧失效力为法律后果的缓执行缓刑，以最大限度保存犯罪人的颜面并维持其正常心态，促进其彻底改过自新。对符合缓刑条件，被判处3年以下有期徒刑、拘役或者罚金的犯罪人，可以适用保留前科的缓执行缓刑。关于具体法条的设计，将在本文最后提

出。

需要注意的是，为了有利于适用保留前科的缓执行缓刑的犯罪人更好地重返社会，在保留其犯罪记录的同时，应当完善犯罪记录的保留办法，以便在其保持善行之时，尽量减小犯罪记录对其工作和生活的影响。在具体办法上可以借鉴法国的有关做法。该国将犯罪记录登记表分为三种，其中的“一号登记表”用于向司法机关提供有关人员的犯罪记录，在这份登记表上，必须记载被缓刑人的有罪判决；其中的“二号登记表”上也必须对附缓期执行的有罪判决予以登记，只要缓刑考验期尚未结束，某些行政机关便可以取得该“二号登记表”；而其中的“三号登记表”上则对缓期执行的有罪判决不予登记，被缓刑人可以取得该登记表并提交给向其提出此种要求的人。这样，在被缓刑人求职或者从事其他需要考察其人品的事项时，其被宣告缓刑的有罪判决便不会对其造成负面影响。

三、缓刑适用制度的完善

缓刑适用制度的完善可以从缓刑适用形式条件的完善、缓刑适用实质条件的完善、缓刑适用对象的完善、缓刑适用程序的完善四个方面展开探讨。

（一）缓刑适用形式条件的完善

缓刑适用形式条件包括缓刑适用的罪种条件、刑种条件、刑期条件。缓刑适用的排除条件也包含了形式条件的成分在内，故在此一并加以探讨。

对于我国刑法关于缓刑适用形式条件的规定，提出不同意见的学者不多，仅有少数学者认为刑法对缓刑适用范围规定得过窄，不利于充分发挥缓刑功能，表现在对可以适用缓刑的刑期上限规定得太短；对可以适用缓刑的刑种限制得太严。在此基础上，学者们提出了以下主张，（1）扩大对少年犯和过失犯适用缓刑的范围，对少年犯或者因过失犯罪被判处拘役或者5年以下有期徒刑者，一般应适用缓刑；（2）扩大对其他犯罪适用缓刑的范围，对被判处拘役、3年以下有期徒刑的成年犯，一般应适用缓刑。同时，刑法应当明确列举一些可以适用缓刑的情况，以指导审判人员扩大缓刑适用范围。（4）增设罚金刑缓刑制度。

笔者认为，由于无论是故意犯罪还是过失犯罪，一旦被判处长达3年以上乃至5年的有期徒刑，其犯罪情节通常都已经比较严重，不是主观恶性较深，就是造成的危害结果严重，因而如果将可以适用缓刑的自由刑刑期设置得过长，比如象某些学者所认为的5年，将有损于刑法的公正性、刑法的尊严和权威，从而危及法律秩序。因此，笔者不赞成将可以适用缓刑的自由刑刑期上限扩展到5年，而认为以保持目前的3年为妥。在此前提下，笔者认为，可以考虑从以下几方面完善我国刑法关于缓刑适用形式条件的规定。

1. 建立罚金刑缓刑制度。

笔者认为，从必要性的角度看，规定罚金刑缓刑对于警告和教育感化一部分贪财图利型的犯罪人有其特殊的功效，并且可以将一些初次犯罪且情节较轻的经济活动主体保留在市场经济之内继续从事经济活动，对于活跃和繁荣市场经济具有积极意义，而我国当前又正处于社会主义市场经济的培育期，这一时期较为漫长，特别需要大量的有经验又守法的经济活动主体来支撑和繁荣这一时期的市场经济，罚金刑缓刑显然有助于促成这种局面。从合理性的角度看，既然可以对被判处短期自由刑的人适用缓刑，也应当可以对被处罚金刑的人适用缓刑。因此，在我国建立罚金刑缓刑制度是必要并且合理的。

那么，如何设置我国的罚金刑缓刑制度呢？笔者认为，在增设罚金刑缓刑之规定时，应当处理好以下几个问题：

（1）对可以适用缓刑的罚金刑在数量上是否应当有限制？

关于可以适用缓刑的罚金刑在数量上是否应当加以限制，各国刑法的态度存在差别，主要有两种不同的立法例，第一种没有对可以适用缓刑的罚金刑在数量上作出限制，如现行韩国刑法典；第二种规定只有对被宣告一定数量以下罚金的人才可以缓刑，如现行日本刑法典、现行意大利刑法典。那么，我国刑法在增设罚金刑缓刑时，是否应当在罚金数量上作出限制呢？笔者认为没有必要，理由是：第一，罚金刑是一种轻于自由刑的刑罚，对被单处罚金的自然人或者单位在适用缓刑时没有必要在数量上加以限制。由于罚金刑是一种轻于自由刑的刑罚，如果自然人或者单位所犯罪行严重，法院一般会对犯罪人判处自由刑同时并处罚金，因此，被单处罚金的自然人或者单位所犯罪行一般较轻，在符合缓刑其他条件的情况下，无论被判处的罚金数量是多少，都应当可以宣告缓刑。第二，将罚金折算成自由刑后，根据折算成的自由刑来判断是否可以适用缓刑弊多利少。将罚金刑按一定比例折算成自由刑，然后根据折抵成的自由刑是否超过了可以适用缓刑的刑期，以确定是否可以对被处罚金的犯罪人适用缓刑，这种办法看似公正合理，实际上存在以下难以克服的缺陷：其一，金钱和自由属两种性质不同的东西，本来就难以折抵。由于价值观以及经济条件的不同，人们对金钱和自由这两种性质不同的东西的态度是不同的，有人认为1千元钱甚至更多的钱也抵不上1天自由，有人可能认为100元钱甚至更少的钱就能抵上1天的自由。可见，对金钱和自由本来就难以进行折抵，非迫不得已不宜这样做。其二，以什么为标准来对二者进行换算？这又是一个难以回

答的问题。对犯罪人判处罚金数量的多少并没有一个统一的标准，犯罪人违法所得、非法经营额、销售金额、造成的经济损失等等，都可能成为判处有期徒刑时确定罚金数额的依据，同时，判处有期徒刑时往往还要考虑犯罪人的经济能力，因此，罚金的多少并不象被判处的自由刑的长短那样鲜明地体现出犯罪的社会危害性的大小，无论以何种标准来对罚金刑进行折抵，都不可能做到公平合理。第三，在罚金刑被作为附加刑适用的时候，只须根据犯罪人被判处的主刑的情况以及犯罪人的经济状况来确定是否对被判处的罚金刑适用缓刑。在通常情况下，如果被判处的主刑没有宣告缓刑，那么对作为附加刑的罚金刑也不宜宣告缓刑；如果被判处的主刑宣告缓刑，那么当犯罪人经济条件好时，被判处的罚金刑可以实际执行，如果犯罪人没有经济能力支付罚金，则对罚金刑也可以宣告缓刑。具体理由容在下面陈述。综上所述，笔者认为没有必要对可以适用缓刑的罚金刑在数量上加以限制。

（2）缓刑是否可以仅适用于罚金刑的一部分？

有的国家刑法规定，法院可以决定缓刑仅适用于监禁刑的一部分。对于缓刑是否可以仅适用于罚金刑的一部分，多数国家刑法没有明确规定，少数国家则予以了肯定。我国有学者主张，对罚金刑也可以实行部分缓刑，即对无法交纳全部罚金的犯罪人，可以判处先执行一部分罚金，另一部分缓期交纳，如果缓刑期间表现好，缓刑期满可视罚金刑已经执行完毕。

笔者赞同对罚金刑可以部分缓刑的观点。理由是：在犯罪人没有能力支付全部罚金的情况下，这样规定的效果最好。罚金刑以剥夺犯罪人一定数额的金钱为内容，它的执行以犯罪人拥有财产为前提，如果犯罪人没有财产，罚金刑无法实际得到执行。在因为犯罪人没有支付能力的情况下，虽然有易科其他刑罚、免除刑罚、推迟刑罚的执行以及缓刑等多种可供选择的办法，但笔者认为在符合缓刑的条件下，还是以缓刑最为可取，其他办法均存在一定的缺陷，表现在：第一，如果因为犯罪人没有财产可供执行便对其易服劳役或者易科自由刑，容易让人觉得刑罚过于苛刻，有违刑罚人道化的要求。第二，如果因为犯罪人无钱可供执行便免除其罚金刑，又容易让人觉得刑罚过于随便，有损刑法的威信。第三，如果因为犯罪人无钱可以执行，便予以推迟，待其有钱时再重新执行，那么在相当长的时间内，犯罪人的收入必须用来交纳罚金，这显然会影响他从事工作取得报酬的积极性，可能导致其自暴自弃，对促使犯罪人改过自新十分不利。第四，如果对被处罚金而没有经济能力的犯罪人在符合条件的情况下，根据其经济能力部分实际执行刑罚部分缓刑，那么只要他在缓刑考验期间遵纪守法，不但以前的帐可以一笔勾销，而且能够通过合法的劳动为自己增添财富，显然既可以给犯罪人以威慑，又为其提供了改过自新的机会，应当是最可取的。

（3）当自由刑被宣告缓刑时，与自由刑并科的罚金刑是否也应当随之缓刑？

罚金刑在我国刑罚体系中属于从附加刑，刑法明确规定，被宣告缓刑的犯罪分子，如果被判处附加刑，附加刑仍须执行，因此，当犯罪人被宣告缓刑时，如果并科罚金刑，那么罚金刑仍须执行。罚金刑在很多国家刑法中被归入主刑之中，但是又可以与自由刑并科，当自由刑被宣告缓刑时，与之并科的罚金刑是否随之缓刑，各国刑法很少作出明确规定，但从有关规定的含义来看，存在三种不同的态度。第一种态度是对并科的某一限额之内的罚金刑可以适用缓刑。例如，现行意大利刑法典第163条规定，当单处或者与监禁刑并处的财产刑依据第135条折抵后相当于总共不超过2年的剥夺自由刑时，法官可以决定暂缓执行刑罚。这说明对与自由刑并科的一定数额之内的罚金可以适用缓刑。但当自由刑被宣告缓刑时，与之并科的一定数额之内的罚金刑是否必须随之缓刑则不得而知。第二种态度是数罪并罚时对与自由刑并科的罚金刑可以适用缓刑也可以不适用缓刑。例如，现行韩国刑法典第59条第2项规定，数罪并罚时，对于刑罚的全部或者一部，可以暂缓宣告。这说明，当犯罪人因数罪并罚被判处自由刑并科罚金时，对罚金部分可以缓刑也可以实际执行。第三种态度是不能对与自由刑并科的罚金刑适用缓刑。例如96年瑞士联邦刑法典第41条第4项规定，被判刑人在考验期间表现良好，且罚金和绝对之附加刑已经执行的，为判决之州的主管机关应从刑事登记册中消除判决记录。这说明缓刑的法律后果只有在被判刑人交纳了罚金后才会出现，显然被并科的罚金是不能缓刑的。有的学者则主张，当主刑被宣告缓刑时，与之并科的罚金刑也应当缓刑。例如我国台湾学者俞承修认为：“缓刑不仅指选科之刑而言，并科之刑亦包括之，例如徒刑与罚金刑并科者，则徒刑缓刑，罚金亦须予以缓刑。”

那么，当自由刑被宣告缓刑时，与自由刑并科的罚金刑是否应当随之缓刑呢？笔者认为不宜一概而论，而应当根据需要决定缓刑或者实际执行。理由是：第一，自由刑缓刑和罚金刑缓刑各有其独特的功能，为了便于发挥各自功能，应当允许视不同情况和需要来决定对与自由刑并科的罚金刑是适用缓刑还是不适用缓刑。对自由刑适用缓刑的目的之一是防止犯罪人在监狱内受到同监狱犯人的交叉感染，从而在犯罪道路上越走越远，对罚金刑适用缓刑的目的之一是对那些本应判处罚金却又无力交纳的犯罪人一个重整旗鼓，合法从事经济活动的机会，如果需要同时达到这两方面的目的，就应当将自由刑缓刑和罚金刑缓刑并用，如果只需要达到前一个目的而根据具体情况无须或者不宜追求第二个目的，就应当对自由刑予以缓

刑而对罚金刑实际执行。第二，自由刑缓刑和罚金刑各有其独立的适用条件，应当以各自适用条件为依据，视具体情况来确定是否适用缓刑，而不宜将二者强行捆绑在一起。例如，犯罪人屡次生产、销售伪劣产品，在工商机关对其予以查处过后仍然如此，但其犯罪行为尚未造成严重危害后果，且案发后当犯罪人认识到自己行为已经构成犯罪时，十分后悔，认罪态度很好。在这种情况下，如果犯罪人被判处的自由刑在3年以下，并处罚金，就可以对自由刑缓刑而对罚金刑实际执行，因为从其犯罪情节和悔罪表现来看，符合判处自由刑缓刑的条件，而从其多次生产、销售伪劣产品的情节来看，对其罚金刑实际执行也是应当的。因此，符合自由刑缓刑的条件并不当然符合罚金刑缓刑的条件，也就不宜在对自由刑适用缓刑时，对与之并科的罚金刑也一概缓刑。

（4）罚金刑缓刑的考验期如何设置？

关于罚金刑缓刑的考验期，各国刑法通常将其与自由刑及其他刑罚的缓刑考验期规定在一起，而没有另行作出规定，因而罚金刑缓刑考验期的长短与自由刑缓刑考验期的长短相同。在具体规定上，不同国家的刑法还是存在差别。例如，现行法国刑法典根据犯罪人所犯的是重罪还是违警罪，将罚金刑缓刑的考验期设置在5年以内或者2年以内；而现行韩国刑法典则将罚金刑缓刑的考验期与1年以下的自由刑规定在一起，同为2年，而对3年以下的自由刑另外规定了一个1至5年的考验期。笔者认为，鉴于罚金刑是一种比自由刑更轻的刑罚，因而与自由刑相比，罚金刑缓刑的考验期上限可以规定得短些。同时，其下限也应当有一定时间，不宜过短，否则还没有发现犯罪人是否已经悔改，考验期已满，难以起到考验的作用。具体而言，笔者认为将罚金刑缓刑的考验期规定在1年以上3年以下为宜。这样一方面有足够的时间对犯罪人进行监督考察，另一方面又与自由刑缓刑考验期的上限有所区别，显示出在刑罚轻重上的差别。

2. 适当修正对累犯一律不得适用缓刑的规定。

由于累犯是在一定时间内两次故意犯罪，并且两次犯罪都被判处有期徒刑以上的刑罚，因而通常情况下，累犯都显示出严重的人身危险性，不能够适用缓刑。但也不能排除在某些特殊情况下，累犯并没有严重的人身危险性。例如，累犯的第二次犯罪是由于防卫过当而导致的，或者是由于受害人有重大过错而导致的，都不能说累犯具有严重的人身危险性。在这类情况下，对累犯适用缓刑从实质条件上看并无不妥之处，如果根据实际情况确有必要适用缓刑，则应当适用缓刑。例如，甲为刑满释放犯，靠卖猪肉维持一家人生活，因不能忍受欺行霸市者乙的一再欺压而于某日将乙砍成轻伤，构成累犯。甲案发后自首，认罪态度好，一家人又指望他提供生活来源。在这种情况下，就应当对其宣告缓刑。因此，笔者建议将刑法第74条“对于累犯，不适用缓刑”的规定改为“对于累犯，除有特别值得宽宥的情节并确有必要外，不得适用缓刑。这里的特别值得宽宥的情节，是指正当防卫、受害人有重大过错等说明犯罪人并无人身危险性的情节。这里的确有必要，是指对犯罪人适用缓刑对社会或者其家庭具有重要利益。”

（二）对缓刑适用实质条件的完善

对于我国刑法关于缓刑适用实质条件的规定，学者们认为其主要缺陷在于规定得过于原则，不利于司法机关把握和操作。另外有学者认为，仅根据犯罪情节和悔罪表现来判断犯罪人是否确实不再危害社会不够全面，还应当根据社会监督改造环境条件来判断。在此基础上，学者们提出了以下完善建议：（1）将适用缓刑的实质条件具体化。如有论者主张，可以在刑法现有规定的基础上增加一款或一条，明确规定法官在判断行为有无人身危险性，从而裁量适用缓刑时，应考虑下列因素：其一，过失犯、中止犯、因防卫过当和避险过当构成的犯罪；其二，胁从犯；其三，未成年犯；其四，情节一般之初犯；其五，因民事纠纷，特别是家庭、亲属、邻里之间的纠纷引起的犯罪中的罪犯，只要危害后果不大，均可以考虑适用缓刑。其六，一般犯罪中的自首犯。其七，其他可以判处缓刑的情况。另有学者认为，对有生理缺陷或精神缺陷之罪犯，有立功表现的罪犯以及积极挽回损失的罪犯，也可以考虑适用缓刑。（2）将适用缓刑的情节分为“应当适用缓刑”和“可以适用缓刑”两类，具体而言，有下列情形之一的，应当宣告缓刑：其一，正当防卫或者紧急避险超过必要限度造成不应有损害的；其二，丧失危害社会能力的聋哑人、盲人和其他病残者；其三，犯罪中止的；其四，犯罪后自首并有立功表现的；其五，被胁迫、被诱骗参加犯罪的；其六，初次犯罪，主观恶性不大的未成年罪犯。笔者认为，我国刑法对缓刑适用实质条件的规定确实过于抽象，有待完善，在究竟如何完善的问题上，笔者提出以下三方面的建议：

1. 对缓刑适用实质条件明确化、具体化是必要的，但同时必须赋予法官必要的自由裁量权。

在探讨如何完善缓刑适用实质条件的各种主张中，有一种主张，即把缓刑适用实质条件一一列举出来的主张，笔者不敢苟同。笔者认为这种主张不切实际，理由是，缓刑适用实质条件是由犯罪情节、犯罪后表现以及犯罪人个人情况三方面的条件合成的，其中的每一个方面又都包含一系列具体内容，而能否对犯罪人适用缓刑必须同时考虑这三方面的条件，这些条件的组合十分复杂，不可能一一列举。事实上，学者们所列举出来的应当考虑适用缓刑的情形，如过失犯，中止犯，因防卫过当和避险过当构成的犯罪，胁从

犯，未成年犯，情节一般之初犯，因民事纠纷，特别是家庭、亲属、邻里之间的纠纷引起的犯罪中的罪犯，一般犯罪中的自首犯，等等，都只不过是缓刑适用实质条件中的犯罪情节一个方面而已，尚未涉及悔罪表现和个人情况两方面的条件，因而远远不能就此认为犯罪人已经完全符合适用缓刑的实质条件，更不能就此认定应当对犯罪人适用缓刑。因此，笔者认为，对缓刑适用实质条件的明确化、具体化只能是一定程度上的，不可能做到一一列举，具体而言，可以将缓刑适用实质条件规定为：“根据犯罪分子的犯罪情节、犯罪后表现以及个人情况，足以令人相信适用缓刑确实不致再危害社会的，可以宣告缓刑。法院在决定是否宣告缓刑时，应当特别考虑犯罪人的罪过形式，各种从宽情节、悔罪表现，以及犯罪人的性格特征、一贯表现、生活经历、生活环境、对其适用缓刑可以期待的效果。”

在缓刑适用的三方面实质条件中，犯罪情节和犯罪后表现相对比较好把握，犯罪人的个人情况由于我国刑法没有作任何规定，加之这方面的内容较为复杂，需要特别注意，对此，可以借鉴缓刑制度发达国家的做法，围绕以下几方面内容考察犯罪人的个人情况：（1）反社会观点，（2）自我控制能力，（3）滥用药物和酗酒情况，（4）家庭收入（5）住房条件，（6）工作稳定性，（7）受教育程度，（8）家庭和朋友情况，（9）以前是否实施过暴力行为或者受过虐待，（10）是否受过家庭和学校严厉而反复无常的纪律惩戒，（11）对个人生活安排的情况，（12）过去受到刑事处罚的情况。

2. 规定某些应当适用缓刑和不得适用缓刑的情形。

根据刑法典第72条的规定，对所有符合缓刑适用条件的犯罪人，法官均只是“可以”宣告缓刑，而没有应当适用缓刑的情形，这就意味着即使犯罪人明显符合缓刑适用条件，法官也可以不对其适用缓刑。在法官适用缓刑的积极性本来就不高的情况下，这种规定的结果必然是缓刑的适用率十分低下，许多明显符合缓刑适用条件的犯罪人最后也没有获得缓刑宣告。例如，某报纸报道一个案件，四川农民李某、齐某夫妇于2001年10月带儿子一同在北京打工，母子因工资问题与老板发生争执，遂于当天夜里将其他员工的2000元现金及大量衣物偷走，后又将赃物放在李某打工处。案发后三人一同被捕，母子俩分别被以盗窃罪判处有期徒刑8个月和拘役6个月，李某被以窝赃罪判处有期徒刑6个月。三人无一获得缓刑。而从该案三名犯罪人的犯罪起因、犯罪情节、悔罪表现来看，完全可以都适用缓刑。又如，北京市海淀区法院1995年曾经审理过一个北京轻工业学院涂某某故意伤害学生案，该案基本案情为，1994年11月24日晚，学生张某（女）到被告人涂某某的住处（北京轻工业学院2号楼322房间）找涂为其辅导功课，期间张某说课程太难，要求涂某某照顾她，让她及格，遭到涂某某的拒绝，于是两人发生争执和冲突，张某首先打了涂某某几个耳光，涂某某一怒之下以掌猛击张头部，致张左耳鼓膜穿孔，属轻伤。控辩双方对上述事实基本没有异议，辩护人对检察机关指控被告人构成故意伤害罪也无异议，但从被告人触犯的法律、案件的起因、被告人的悔罪表现以及被告人的一贯表现等方面，论证了对被告人适用缓刑的可能性和必要性。北京市海淀区人民法院一方面认定了被告人具有的认罪悔罪、属于初犯以及赔偿被害人经济损失等可以从轻处罚以及判处缓刑的情节，另一方面却拒绝采纳辩护人提出的对被告人适用缓刑的辩护意见，以故意伤害罪判处涂某某有期徒刑1年，没有宣告缓刑。

显然，刑法关于缓刑适用条件的规定对前一个案件中三名犯罪人以及后一个案件中的犯罪人最终都没有获得缓刑起到了关键的作用。假如刑法明确规定，对被判处1年以下有期徒刑或者拘役的初次犯罪分子，如果真诚悔罪，且对其适用缓刑不危及社会秩序的，应当适用缓刑。那么这4名情节较轻，真诚悔罪的犯罪人便都能够获得缓刑。因为综观两个案件，可以发现，无论是从被告人的犯罪起因、犯罪情节来看，还是从其犯罪后的悔罪表现来看，都可以充分相信对其适用缓刑确实不致再危害社会，而且，综观全部案情，对这4名被告人适用缓刑既对其本人今后生活具有极其重要的意义，又不会对社会秩序造成明显不良影响，因而无论对社会还是对个人均有益无害，从维护社会秩序和教育改造犯罪人的角度考虑，都应当对本案被告人宣告缓刑。然而，法官偏偏不对其适用缓刑，而且从刑法规定的角度看，这种判决还没有什么可指责之处。这样，便出现了判决结果从法律上判断并无不妥，而从社会效益以及合理性角度考察却应给予否定评价的矛盾局面，这正是由于刑法对缓刑适用条件的不适当规定而引发的恶果。因此，我们认为，我国刑法关于对符合缓刑适用条件的犯罪人一律是“可以”宣告缓刑的规定不妥，应当加以完善。

鉴于目前我国刑事司法实务中一方面存在缓刑适用率很低的情形，另一方面又存在适用缓刑不当现象严重的情况，笔者认为可以在刑法中规定某些应当适用缓刑和不得适用缓刑的情形。应当适用缓刑的是那些符合缓刑适用条件，又具有通常表明其完全没有人身危险性之情形的犯罪人，具体而言，在符合缓刑适用形式条件，犯罪人真诚悔罪而又不是再犯的基础上，前述主张将适用缓刑的情节分为“应当适用缓刑”和“可以适用缓刑”两类的论者所列举的诸项应当宣告缓刑的情形，均可以采纳，同时，还可以稍加修正和补充。有关规定应当适用缓刑之情形的条文可以具体表述如下：“被判处1年以下有期徒刑或者拘役的初

次犯罪分子，如果真诚悔罪，且对其适用缓刑不危及社会秩序的，应当适用缓刑。被判处拘役、三年以下有期徒刑的初次犯罪分子，真诚悔罪，并具有下列情形之一，对其适用缓刑不会危及社会秩序的，应当宣告缓刑：（1）未成年人犯罪的；（2）丧失危害社会能力的聋哑人、盲人及其他病残者犯罪的；（3）正当防卫或者紧急避险超过必要限度，过失造成不应有损害，因而构成犯罪的；（4）犯罪中止的；（5）犯罪后自首并有立功表现的；（6）被胁迫、被诱骗参加犯罪的；（7）受害人有重大过错，导致犯罪人在激愤之下犯罪的；（8）对犯罪造成的损害积极给予了补偿的。”不得适用缓刑的则是那些显示出严重人身危险性的罪犯，具体而言，惯犯，没有特别可宽宥情节的累犯，曾经受过刑事处罚，在较短时间内又因相同性质的犯罪而再次受到刑事处罚并没有特别可宽宥情节的，都不得适用缓刑。

3. 为了鼓励法官严格而又大胆地适用缓刑，应当对被缓刑人因再次犯罪或者其他原因被撤销缓刑的责任承担问题作出规定。

刑法规定的“适用缓刑确实不致再危害社会”这一适用缓刑的标准，实际上是法官根据各方面因素作出的主观判断或者说预测，因此，有关1979年刑法“认为适用缓刑确实不致再危害社会”的规定过于偏重了审判人员的主观判断的批评是不能成立的。既然是一种预测，就不可避免地存在与以后的事实不相符合的可能，因此，作出缓刑宣告的法官面临着被缓刑人日后再次犯罪，其预测宣告失败的风险，如果不能合理地解决这种风险的承担问题，而是只要被缓刑人因再次犯罪被撤销缓刑，便归咎于法官的判断失误，就可能严重影响法官对犯罪人宣告缓刑的积极性，从而阻碍缓刑功能的发挥。同时，又由于“适用缓刑确实不致再危害社会”是一种主观预测，如果不严格遵循一定的条件来进行，便可能陷入随心所欲，乱下结论，乱宣告缓刑的状态，从而严重影响缓刑的正确适用。鉴于可能出现的这两方面的问题，笔者主张应当在刑法中增设一条，规定只要审判人员在宣告缓刑时，有足够的事实依据令其相信对犯罪人适用缓刑确实不致再危害社会，即使被缓刑人在缓刑考验期间因再次犯罪而被撤销缓刑，也不得追究其判断失误的责任，同时规定，审判人员如果不严格按照刑法规定的适用缓刑的条件对犯罪人进行审查，在犯罪人明显不符合缓刑适用条件的情况下宣告缓刑，致使被缓刑人在缓刑考验期间再次危害社会的，应当追究其玩忽职守或者滥用职权的责任。

（三）建立法人缓刑制度

对法人犯罪是否可以适用缓刑？对这一问题多数国家的刑法尚未作出规定，据笔者所掌握的资料来看，目前仅有现行法国刑法典规定对法人犯罪可以适用缓刑。根据该法第132—32条以及第131—39条规定，在重罪或轻罪案件中，对被判处以下刑罚的法人可以适用普通缓刑：罚金，禁止从事职业性活动，禁止参与公共工程，禁止公开募集资金，禁止签发支票或者使用信用卡付款。在违警罪案件中，对于法人因第五级违警罪被科处罚金以及禁止签发支票，也可以适用缓刑。该法还对法人适用缓刑规定了排除性条件。根据该法第132-30条第2款规定，在重罪或轻罪案件中，对法人只有其在犯罪行为前5年时间内未因普通法之重罪或轻罪判处数额超过40万法郎之罚金者，始得命令缓刑。根据该法第132-33条第2款规定，在违警罪案件中，对法人只有其在犯罪行为前5年时间内未因普通法之重罪或轻罪被判处数额超过10万法郎之罚金者，始得命令缓刑。

笔者认为，在我国设立法人缓刑制度具有重要意义。我国目前尚处于市场秩序从无序向有序转变的阶段，市场活动的主要主体法人一方面法制观念淡薄，自我约束能力较差，另一方面对有关规范市场秩序的法律法规尚缺乏足够的了解，两方面作用的结果是目前法人违法经营构成犯罪的现象十分严重。如果对这些法人一概予以严处，必然造成大量经济主体退出市场，难免对我国市场经济的发展造成沉重打击，有违以经济建设为中心的目标，如果放任这些违法犯罪活动，无疑是姑息养奸，对于培养市场主体依法从事生产经营活动的观念是极为有害的，对我国市场经济的长远发展也是极为有害的。在这种情况下，如果建立法人缓刑制度，具有以下重要作用：第一，可以严肃经济领域的法纪，避免目前普遍存在的有罪不究，大量惩治经济犯罪的法律形同虚设，某些市场秩序一片混乱的不正常现象继续蔓延。第二，可以有效保护依法从事生产经营活动的法人的合法权益，使他们在市场中占据有利地位，并逐步转化为优势地位，从而逐步建立起健康、有序的市场秩序。第三，可以保住一大批违法犯罪的法人继续在各经济领域从事生产经营活动，从而避免因打击经济犯罪而对某些领域（如证券期货领域）经济的发展造成严重冲击。第四，可以通过法律实施活动树立起法律的权威，进行有效的法制宣传教育，树立各市场主体的法制观念，培养他们依法经商的意识。如果法律颁布后不能得到坚决贯彻执行，对法治所造成的破坏比没有法律还要严重，因为这种现象一方面粉碎了公众对法治的希望，另一方面助长了违法者的气焰。设立法人缓刑制度，可以在不对市场经济造成严重影响的情况下，对构成犯罪的犯人进行刑事追究，这就使法律的贯彻实施有了可能，也就能树立起法律的权威。同时，通过对构成犯罪的法人的刑事审判活动，能够对其他有类似情况的法人起到警示作用，促使他们了解和掌握有关法律法规，规范自身的生产经营活动，最终树立依法经营

的意识。

在法人缓刑制度的具体设立上，可以借鉴现行法国刑法典的有关规定。具体而言，可以从以下几方面着手：第一，完善法人犯罪的刑罚体系。对法人犯罪的处罚，除了已有的罚金刑、没收刑以外，还应当增设资格刑和其他刑罚方法。其中资格刑可以借鉴现行法国刑法典的规定，设立禁止从事职业性或社会性活动，禁止参与公共工程，禁止公开募集资金，禁止签发票据或者使用信用卡付款等刑种，其他刑罚方法可以有解散法人和关闭企业机构。第二，确定可以适用缓刑的条件。在法人缓刑适用条件的规定上，也应当分为形式条件、实质条件和排除条件。其中的形式条件包括刑种条件和刑期条件，刑种条件可以设置为被处罚金、禁止从事职业性或社会性活动，禁止参与公共工程，禁止公开募集资金，禁止签发票据或者使用信用卡付款等资格刑的人，刑期条件则应当以同时被处罚的自然人的刑期为标准。由于在法人犯罪中对自然人的处罚要轻于同等严重程度的自然人犯罪中对自然人的处罚，故笔者认为可以适用缓刑的刑期应当短于自然人犯罪可以适用缓刑的刑期，具体可以规定为被判处2年以下有期徒刑，理由是我国刑法对法人犯罪实行的是双罚制，法人犯罪一般都要对负主要责任的自然人处罚，被判处2年以下有期徒刑的自然人的犯罪情节通常都较轻，符合适用缓刑的情节条件。实质条件应当从犯罪情节、悔罪表现和法人的具体情状三方面考虑。犯罪情节主要是从犯罪动机、罪过形式、危害后果等方面判断，悔罪表现主要是看自然人的悔罪表现，可以从是否自首、主动坦白罪行、立功、积极挽回损失等方面判断。法人的具体情状则是主要是看该法人的一贯经营是否守法，其经营项目是否可疑等方面判断。在排除条件方面则主要是规定对于再犯法人不得适用缓刑。这是因为影响法人犯罪的因素比自然人简单，主要是法人内部负责人决策的结果，法人再犯表明这些负责人不可信任，因而不能适用缓刑。第三，建立法人缓刑考察制度。其主要内容包括：确定法人缓刑考察期间应当履行的义务，如补偿因其犯罪造成的损害，或者为公益事业支付款项等；确定法人在缓刑考察期间应当接受的监督，如接受有关机关的税收、财务、会计检查，将其经营活动的变化情况向缓刑监督机构通报等。

（四）增设缓刑适用的程序性规定

虽然某些司法解释对缓刑适用的程序性内容有所涉及，但总的来看，我国刑法对缓刑适用的程序性规定严重缺乏，有必要增设这方面的规定。有的论者主张，在增设缓刑适用的程序性规定时，应当规定检察机关和公安机关对可否适用缓刑的发言权，增加社会参与权，制定适用缓刑的程序规则，设置缓刑听证程序。另有论者还提出，应由检察机关决定是否提出对犯罪人适用缓刑的建议，未经检察机关提出缓刑建议，法院不得宣告缓刑。具体程序是：（1）承办检察官提出适用缓刑的建议，并建议召开缓刑适用论证会；（2）就能否对犯罪人适用缓刑进行论证；（3）根据论证情况，由主诉检察官或分管检察长决定是否提出适用缓刑建议；（4）制作缓刑建议书。

笔者认为，为了规范缓刑的适用，防止缓刑被错用和滥用，设置缓刑适用听证程序是必要的。但是未经检察机关提出适用缓刑的建议不得适用缓刑则值得商榷，笔者认为以不要为妥，理由是，决定是否适用缓刑的活动是伴随着刑罚裁量活动而进行的（目前主流观点甚至认为其本身就是一种刑罚裁量活动），不宜由检察机关来决定是否可以考虑对犯罪人适用缓刑。既然决定是否适用缓刑的活动是伴随着刑罚裁量活动而进行的，而刑罚裁量活动只有在审判阶段才存在，那么，决定对犯罪人是否适用缓刑的活动就只能发生在审判阶段。如果由检察机关来决定是否可以考虑对犯罪人适用缓刑，一旦检察机关认为不能对犯罪人适用缓刑，拒绝向法院提出对其可以考虑适用缓刑的建议，犯罪人便丧失了获得缓刑的机会，这实际上等于检察机关可以决定不得对犯罪人适用缓刑，从而导致可能出现这样的情形，即法院认为对犯罪人应当适用缓刑，却由于检察院没有在起诉书中提出这方面的建议而无法作出缓刑决定。这显然是起诉权侵入审判领域，是对法院审判权的干预，显然不合适。为了发挥检察机关对缓刑适用的监督职能同时又不至于侵入审判领域，我们主张，应当赋予检察机关提出对犯罪人可以或者不得适用缓刑的建议权以及听证程序中的表决权，以及对法院适用或者不适用缓刑不当的抗诉权，但不得赋予检察机关决定是否可以考虑对犯罪人适用缓刑的权力，该项权力应当由审判机关掌握。

在适用缓刑的听证程序的设置方面，笔者提出以下建议：第一，听证会应当由法院主持。由于法院是最终决定是否对犯罪人适用缓刑的机关，因此，在听证会上，法院的有关审判人员应当处于倾听的地位，以便充分了解对犯罪人适用或者不适用缓刑的理由，作出公正的决定。第二，参加缓刑适用听证程序的投票表决人员，应当由经过挑选的公众组成。虽然决定是否对犯罪人适用缓刑是一项专业性的司法裁判活动，需要考察的内容以及判断的标准较为复杂，对法律专业水平的要求较高，因而最终应当由法官来决定，但是，由于适用缓刑涉及到公众心理的承受能力以及对司法是否公正的看法，从公众对适用缓刑的态度可以预知适用缓刑对法律秩序的影响，因此，应当由经过挑选的素质较高、正义感强的公众作为缓刑听证会上的裁判人员，由他们来投票表决是否应当对被告人适用缓刑。当然，这种表决并不具有法律效力，

而只能作为法官最终决定是否对被告人适用缓刑时的参考内容。第三，负责提供被告人可以或者不可以适用缓刑之证据的是控辩双方以及其他知情者，包括检察机关，受害人及其家属，辩护人，被告人所在单位，被告人所在地基层组织，被告人家属以及其他了解情况，愿意参加听证会提供证据的人员。当然，除检察机关外，上述单位或者人员是否参见听证会应当由其自行决定，因为为被告人是否适用缓刑提供证据并非其法定义务。第四，适用缓刑听证会应当围绕犯罪情节、被告人犯罪后表现以及被告人个人情况三方面的内容展开。

值得注意的是，缓刑听证会应当在法院裁判犯罪人构成犯罪以后举行，还是在裁判犯罪人构成犯罪以前举行？美国有一种与缓刑听证会相似的量刑前调查活动，也是为确定是否对犯罪人适用缓刑作准备。研究人员认为，应当在裁定被告人有罪后再开始量刑前调查，理由是：（1）如果被告人后来被宣告无罪，这种调查就侵犯了其隐私。（2）这种调查如果在审判前展开，可能将被告人置于尴尬境地。（3）量刑前调查中的材料只有在被告人被裁定有罪后才会得到法庭的关注。（4）完成一项报告后，如果该报告不被采用，那么，从经济上看是不可行的。笔者认为，缓刑听证会的准备工作同样存在上述四方面的问题，因此，缓刑听证会应当在法院裁判犯罪人构成犯罪以后举行。在

四、缓刑考察制度的完善

缓刑考察理论及实践的滞后，一直是影响我国缓刑适用的重要原因。与79年刑法相比，现行刑法关于缓刑考察制度的规定有了明显进步，但仍有不少需要完善之处，具体而言，笔者认为，应当从以下几个方面着手：

（一）完善缓刑考验期的规定

1. 完善关于缓刑考验期最短期限的规定。

各国对缓刑考验期最短期限的规定差别很大，我国刑法典规定的是2个月，其他国家或地区有的规定为6个月，有的规定为1年，还有的国家规定为2年。笔者认为，缓刑考验期的最短期限以1年为宜，理由是：（1）设置缓刑考验期的目的是考察犯罪人是否确实去恶从善，其人身危险性是否消除，如果缓刑考验期过短，容易导致还没有来得及检验被判刑人是否已经改过自新、消除了人身危险性，缓刑考验期便已满的局面出现，从而难以达到设置缓刑考验期的目的。（2）如果将缓刑考验期的最低期限规定得过长，对于那些所犯罪行很轻的被判刑人而言未免过于严苛，不但没有必要，还容易使被判刑人因感觉受到不适当的处遇而产生抵触情绪，从而影响缓刑的效果。（3）在1年的时间里，经过春夏秋冬四个不同季节的考察，已经能够基本看清被判刑人的心理状态和行为动向，从而大致推知他是否已经去恶从善。犯罪学实证研究表明，在不同季节，潜在的犯罪人可能实施的犯罪类型不同，例如，在夏季，针对女性而实施性侵害的犯罪较多，在冬季，实施侵犯财产利益的犯罪较多。同时，犯罪心理学研究成果表明，天气对人的情绪以及犯意的产生也有影响，例如，恶劣的气候可能导致人的情绪焦躁，从而容易引发暴力犯罪。自然界只有春夏秋冬四个季节，如果犯罪人经历这四个不同季节而无违法犯罪或者违反缓刑考验期间应当遵守之规定的情形，则基本可以说明在其他客观条件相对稳定的情况下，犯罪人确已去恶从善，不会再危害社会。可见，以1年作为缓刑考验期的最低期限应当较为合适。

2. 增设延长或者缩短缓刑考验期的规定。

我国刑法对缓刑考验期是否可以缩短或者延长没有作任何规定。虽然最高人民法院1985年5月9日《关于缓刑考验期内表现好的罪犯可否缩减其缓刑考验期限的批复》规定了被判处拘役或者3年以下有期徒刑宣告缓刑的犯罪分子，如果在缓刑考验期间确有突出悔改表现或者立功表现，可以参照刑法第71条的规定，对原判刑罚予以减刑，同时相应地缩减其缓刑考验期限，但这种措施由于在犯罪人因故被撤消缓刑的情况下，与刑法关于撤消缓刑的规定发生冲突，因而不尽合理，不如规定在何种情况下直接缩短缓刑考验期。而延长或者缩短缓刑考验期的规定对于促进犯罪人改过自新具有积极意义。因此，笔者认为，我国刑法应当增设延长或者缩短缓刑考验期方面的规定。

（二）增设关于缓刑负担的规定

所谓缓刑负担，是指法院规定的缓刑人为了弥补其犯罪行为所造成的损害而应当采取的补救措施。国外有学者认为，缓刑负担由于带有补偿性质，并使缓刑人因财产受到损失而感到痛苦，因而被认为类似于刑事制裁，具有分担刑事责任的作用。笔者认为，除此之外，规定缓刑负担还有两方面的作用：一方面可以缓和缓刑制度与罪责刑相适应原则的冲突，从而减弱缓刑的不公正性；另一方面还可以检验犯罪人是否真诚悔罪。因此，有必要在刑法中增设有关缓刑负担的规定。

关于缓刑负担的具体内容，笔者认为可以借鉴在这方面规定比较成熟的现行德国刑法典及其他一些国家刑法典的有关规定。现行德国刑法典第56条b第2款规定，法院可以使被判决人承担以下负担：（1）尽力补偿由其行为所造成的损害，（2）根据行为人的行为和人格性，为有利于公益设施支付钱款，（3）提供

其他公益性服务，（4）为有利于国库支付钱款。这些缓刑负担在其他国家的刑法中也作了部分或者全部规定。例如，1985年修订的加拿大刑事法典第737条第2项规定：“下列条件应当视为在缓刑令中已作出规定：……（e）赔偿或补偿被侵害人或受害人因犯罪行为遭受的实际损失或损害；……。”94年法国刑法典第132—45条规定：“作出判决的法院或执行推事得特别规定被判刑人犯遵守下列一项或几项义务：……5. 根据其承担义务之能力，赔偿全部或部分因其犯罪造成的损害；6. 证明其按承担义务之能力向国库支付了因其被判刑应当支付的款项；……”第132—54条第1款规定，法院得依第132—40条及第132—41条规定的条件与方式（即关于缓刑的条件和方式——笔者注），规定被判刑人犯为公法法人之利益或有资格实施公共利益劳动之协会的利益，从事40小时至240小时的公共利益劳动。

综合上述各国刑法典的有关规定，笔者认为我国刑法典可以对被缓刑人规定三项缓刑负担：（1）直接补偿由其犯罪行为所造成的损害。至于补偿的额度，应当以不超过民法上的损害赔偿数额为限（包括精神损害赔偿）。（2）为公益事业或者国库支付钱款。这种情况与交纳罚金有相似之处。那么，支付钱款的数额能否按照与罚金刑相同的原则来量定呢？德国学者认为不能，但在确定支付钱款的数额时，有一点与确定罚金数额的标准是相同的，即支付的钱款不能超过不法行为人应当承担的责任的程度。笔者对此表示赞同，同时认为，即使被缓刑人同时被判处了罚金刑这一附加刑，仍然可以对其规定这种类型的负担，因为这种负担是针对被暂缓执行的刑罚设定的，与被判处的附加刑无关。（3）提供其他公益性服务。虽然在外国，有人对这种缓刑负担提出了质疑，认为该规定缺乏起码的确定性，并且违反了反对强制劳动的规定，但笔者对这种缓刑负担仍持肯定态度，并认为指责这种负担从本质上看并非强制劳动，因为被缓刑人通常都是希望被宣告缓刑的，这就意味着他已经自愿接受了从事公益劳动的负担，即便有人确实不原接受附带这种负担的缓刑，他也可以通过违反这种负担从而导致撤销缓刑而不实际履行这种负担。

在设定缓刑负担时，还应当考虑设置一些限制性的内容，以防止对犯罪人规定的缓刑负担对矫正犯罪人带来负面影响。综观各国关于缓刑负担的限制性规定或者学术观点，主要有以下具体内容：第一，不允许给被缓刑人规定不可期待的要求。第二，如果被缓刑人自愿提供为弥补已经实施的犯罪行为所需要的适当服务，而该服务内容又是被期待的，那么，法院通常暂时不再对其规定负担。第三，负担的设定应当能够提供给被缓刑人对其所实施的犯罪行为赎罪的可能性，因此，法官不得设置与此目的相反的负担。第四，设定负担应当顾及“相当性原则”，即所设定于受缓刑宣告者的负担，在其种类与数量上应能与犯行之刑事责任相当。笔者认为，上述立法规定和学理观点，大多数都值得我们借鉴，惟有设定负担应当顾及“相当性原则”的观点值得商榷。缓刑本是对犯罪人予以宽宥的一种措施，如果所设定负担在种类与数量上与犯行之刑事责任相当，那么犯罪人就根本没有得到宽宥，这样的话，被缓刑人必然不愿意接受这种缓刑，而这种缓刑也丧失了其本旨，因此，这样做显然是不合适的，适当的做法应当是使缓刑负担明显轻于被暂缓执行的刑罚，这样缓刑才有其存在的独立意义。基于上述看法，笔者认为我国刑法在设定缓刑负担时，应当遵循以下规定：（1）不得给被缓刑人规定其难以完成的负担。（2）如果被缓刑人已经自愿实施了为弥补其不法侵害所需要的适当作为，而这种作为又是被期待的，那么，法院应当免除其负担。（3）设定的负担应当有利于被缓刑人真诚悔罪和改过自新，法官不得设置与此目的相反的负担。（4）除非被缓刑人自愿，否则对被缓刑人设定的负担，应当轻于被缓刑人本应承担的刑事责任。

在设置缓刑负担时，还应当注意解决一个问题，即一旦被缓刑人因某种原因被撤销缓刑，对已经完成的缓刑负担应当如何处理？对此，多数国家刑法中没有涉及，惟有现行德国刑法典第56条f规定，被缓刑人为履行负担、自愿承担、指示或者承诺所提供的服务，不予偿还。但是，如果取消暂缓执行刑罚，法院可以把被判决人为履行第56条b第2款第1句第2项至第4项所规定的负担，或者第56条b第3款所规定的相应的自愿承担所提供的服务算入刑罚之中。笔者认为，现行德国刑法典的上述规定是十分严谨而合理的，这样做既严格遵循了罪责刑相适应的刑法基本原则，又避免了对被判刑人的权益进行不合理的剥夺。因此，现行德国刑法典的规定值得我们在设定缓刑负担时借鉴。

（三）完善有关缓刑指示的规定

所谓缓刑指示，是指为了防止被缓刑人将来继续实施犯罪而规定的某些他必须遵守的事项。缓刑指示与缓刑负担的区别在于，缓刑负担带有刑事制裁性属性，而缓刑指示则仅仅是为了帮助被缓刑人更好地改过自新，而没有制裁的成分在内。设置缓刑指示对于促使被缓刑人改过自新，防止其重新犯罪，从而实现缓刑目的具有重要意义。其一，设置缓刑指示可以使被缓刑人在改过自新时有可以努力的方向；其二，设置缓刑指示可以使缓刑监管工作做到有的放矢；其三，设置缓刑指示可以使缓刑考察机关在判断被缓刑人是否已经改过自新时有明确的标准可供参照。因此，多数国家刑法中都规定缓刑指示方面的内容。为了使缓刑指示具有针对性，许多国家列举了多种缓刑指示，以供法官在对犯罪人作缓刑指示时，针对犯罪人的

犯罪性质和个人情况选择适用。

我国刑法有关缓刑指示的规定表现为第75条关于被缓刑人应当遵守的规定。这些规定的不足之处在于，它们仅仅是对犯罪人的一般性约束，缺乏具有针对性的规定。而实践中，犯罪人的人格特征、犯罪原因差别很大，因而在缓刑监督考察时对不同的犯罪人应当关注的重点也应当有所不同。例如，对于因人格缺陷或者某种癖癖而走上犯罪道路的人，在缓刑考察时应当重点对其进行人格矫正或者督促其接受治疗，戒除癖癖；对于在从事职业活动的过程中犯罪的人，在缓刑考察时应当重点对进行职业教育或者职业培训，或者命令其从事与其职业活动相关的公益活动，以增强其业务能力和职业道德水平；对于在特定场所犯罪的人，应当规定禁止其在一定时间出入特定场所；而对于犯遗弃罪的犯罪人，在缓刑考察期间则应当重点监督其是否履行了赡养家庭成员的义务。如果对不同的犯罪人规定千篇一律的缓刑考察期间应当遵守的规定，并根据这些规定来考察被缓刑人的表现，显然不能取得良好的缓刑效果，不利于缓刑目的的实现，因此，应当针对不同的缓刑考察对象规定一些特殊的应当遵守的事项，包括命令性规定和禁止性规定。至于有关规定的具体内容，可以借鉴上述西方缓刑制度发达国家刑法的规定，即将一些犯不同罪行的被缓刑人在缓刑考察期间应当遵守的不同事项规定在某一刑法条文中，供审判人员在确定被缓刑人在缓刑考察期间应当遵守的事项时选择。同时，还可以象某些学者所提出的那样，命令被缓刑人将自己的活动情况、遵守义务情况定期写成书面报告，呈交缓刑考察机关。具体而言，可以考虑规定以下内容：（1）遵守法律、行政法规；（2）按照缓刑考察机关的规定报告自己的活动情况；（3）未经批准，不得改变住所、职业或者离开居住的县、市；（4）接受医疗检查，采取治疗措施戒除癖癖或者矫正不正常心理，接受管制药物方面的检验；（5）不从事在进行该职业活动中或进行该职业活动时实施了犯罪的那种职业活动；（6）不在按规定不得出现的任何地点出现；（7）不得与有犯罪记录的人交往，尤其不得与同案共犯来往；（8）未经批准不得与受害人进行联系；（9）允许缓刑监管人员走访本人、家庭及单位。

（四）完善有关缓刑撤销的规定

现行刑法关于撤销缓刑的规定虽然与79年刑法的相关规定相比有了明显的进步，但笔者认为仍有以下两个方面需要完善：

1. 应当撤销缓刑的情形需要进一步明确化。

对于在缓刑考验期限内，违反法律、行政法规或者国务院公安部门有关缓刑的监督管理规定的犯罪分子，在何种情况下应当撤销缓刑，刑法只笼统规定一个“情节严重”，这十分不利于实务部门具体操作，应当将情节严重加以明确化甚至量化。具体规定可以借鉴国外有关立法例，考虑将以下两种情形规定为情节严重：

（1）缓刑人严重、持续或者多次违反法院为其规定的缓刑负担或者指示。

如前所述，为了有充分的事实和证据证明缓刑人确有悔改，不致再危害社会，同时使犯罪人对自己所犯罪行承担一定责任，以缓和缓刑因不实际执行刑罚而与罪责刑相适应原则之间的冲突，许多国家刑法对缓刑人设置了一些必须履行的义务（包括负担和指示）。这些国家的刑法同时还规定，如果不履行这些义务，或者不履行这些义务并且情节严重，可以或者应当撤销缓刑。笔者认为，在缓刑撤销方面，我国刑法也可以设置这方面的规定。

（2）缓刑人持续或者多次脱离缓刑考察机关的监督管理，并因此有理由担心他将再次危害社会或者犯罪。

为了准确及时把握缓刑人在缓刑考验期间的表现，以判断其是否正在改过自新，是否仍具有人身危险性，必须对缓刑人在缓刑期间的活动进行监管。如果缓刑人不听从缓刑监管人的监督管理，屡次脱离缓刑监督考察机关的监督管理，往往表明其缺乏改过自新的诚意和行动，难以让人相信其不会再实施危害社会的行为，因而不符合适用缓刑的条件，应当撤销缓刑。基于上述理由，许多国家刑法都规定，缓刑人如果在缓刑考验期间不遵守法律、法规、规章规定的监管措施，或者不遵守缓刑辅导员的监督与辅导，并达到一定严重的程度，应当或者可以撤销缓刑。笔者认为，我国刑法在确定是否应当撤销缓刑时，也应当作出这方面的规定。

2. 增设撤销缓刑的程序性规定。

程序公正是实体公正的保障。在有关缓刑撤销的问题上，也应当注意程序方面的规定，我国目前无论是在刑法中还是在刑事诉讼法中，都没有关于撤销缓刑的程序方面的规定，仅有的个别涉及撤销缓刑之程序的司法解释也是在97年刑法施行前发布的，已经不适应97年刑法施行后司法实践的需要，具体表现在：该司法解释仅对被缓刑人在缓刑考验期间再犯新罪撤销缓刑的程序作了规定，没有也不可能对在缓刑考验期间因发现漏罪或违反法律法规或监管规定情节严重而被撤销缓刑的程序作出规定。这使得在缓刑撤销问题上缺乏正当合法的法律程序可资遵循，对缓刑撤销活动的公正性和合法性难免造成负面影响。特别是在

被缓刑人因违反法律法规或者有关缓刑的监管规定情节严重而被撤销缓刑的情况下，设置有关撤销缓刑的听证程序显得尤为重要。这是因为，第一，由于刑法在这方面的规定本身较为模糊，仅用一个“情节严重”来描述被缓刑人违反法律法规和监管规定的严重程度，这就使得十分有必要设置一个听证程序来辨清被缓刑人是否确实已经达到了情节严重的程度了。第二，由于我国缓刑的监督考察机关是法院之外的公安机关，因而应当撤销缓刑首先必然是公安机关的观点，在将公安机关的观点转变成法院的观点的过程中，显然不应当由公安机关一家说了算，而应当同时倾听被缓刑人的陈述。可见，很有必要增设撤销缓刑的程序性规定，以使缓刑监督考察机关和被缓刑人都有机会充分阐明自己的观点和理由，以增强法院撤销缓刑决定的正确性。其具体内容可以设计为：“（一）被宣告缓刑的罪犯在缓刑考验期限内再犯新罪或者发现在判决宣告以前还有其他罪没有判决，需撤销缓刑的，应当由审判新罪或漏罪的人民法院在审判新罪时，对原判决宣告的缓刑予以撤销。如果原来是上级人民法院判决宣告缓刑的，审判新罪或漏罪的下级人民法院也可以撤销原判决宣告的缓刑。（二）被宣告缓刑的罪犯在缓刑考验期限内因违反法律法规或者国务院公安部有关缓刑的监管规定，情节严重，需撤销缓刑的，先由原宣告缓刑的法院举行有缓刑考察机关和被缓刑人参加的听证会，再由法院当场或者择日宣布撤销缓刑，或者延长缓刑考验期，或者维持原判决确定的缓刑。”

（五）在缓刑考验期限内发现缓刑人又犯新罪或者尚有漏罪，在将前罪与后罪实行数罪并罚后，是否仍然可以宣告缓刑，有待进一步明确

刑法第77条第1款规定，被宣告缓刑的犯罪分子，在缓刑考验期限内犯新罪或者发现判决宣告以前还有其他罪没有判决的，应当撤销缓刑，对新犯的罪或者新发现的罪作出判决，把前罪和后罪所判处的刑罚，依照本法第69条的规定，决定执行的刑罚。该款仅规定了在缓刑考验期间发现缓刑人又犯新罪或者尚有漏罪的，应当对前罪和后罪按照刑法第69条规定实行数罪并罚，没有规定对缓刑人数罪并罚之后是否还可以宣告缓刑。为避免争议，笔者认为对此应当在立法中予以明确。

那么，对这种情形是否还可以宣告缓刑呢？笔者持肯定态度，理由是：在这种情形下，仍然存在符合宣告缓刑条件的可能。申言之，判断是否可以对犯罪人适用缓刑，形式标准是是否符合刑法所规定的适用缓刑的刑种和刑期方面的条件，实质标准是不对犯罪人实际执行刑罚他是否会危害社会，如果符合适用缓刑的形式和实质标准，就应当允许对犯罪人适用缓刑。在缓刑考验期限内发现犯罪人尚有漏罪的情况下，由于罪行发生在缓刑考验期开始之前，因而由此根本不能说明犯罪人改过无望，仍存在危害社会的危险，因此，只要在对犯罪人数罪并罚之后，他仍然符合适用缓刑的形式和实质条件，就可以对其再次宣告缓刑。在缓刑考验期限内犯罪人又犯新罪的情况下，也不能完全排除犯罪人存在符合宣告缓刑条件的可能，因为犯罪有故意和过失之分，某些过失犯罪，缓刑人本不想实施之，只因一时的疏忽而致危害结果的发生，在这种情况下，很难就此认定行为人并未改恶迁善，或者悔改无望，已不符合适用缓刑的实质条件。因此，笔者认为，对在缓刑考验期限内发现缓刑人又犯新罪或者尚有漏罪的情形，在对前罪和后罪实行数罪并罚并决定执行的刑罚以后，可以对犯罪人再次宣告缓刑。在立法上可以表述如下：“被宣告缓刑的犯罪分子，在缓刑考验期限内犯新罪或者发现判决宣告以前还有其他罪没有判决的，应当撤销缓刑，对新犯的罪或者新发现的罪作出判决，把前罪和后罪所判处的刑罚，依照本法第六十九条的规定，决定执行的刑罚。对犯罪分子是否可以再次宣告缓刑，由法院视具体情形而定。”

（六）增设有关保障缓刑人基本权利的规定

缓刑人改过自新需要有必要的外部条件的配合。众所周知，生存权是最基本的人权，只有在生存权得到保障以后，才谈得上享受其他权利。对犯罪人宣告缓刑，是为其保留生存权之上的更高层次的权利，如人身自由权、财产权（如果设置了罚金刑缓刑），这些权利的实现以生存权得到保障为前提，如果一个人的生存权得不到保障，那么其人身自由权和财产权就失去了存在基础，对犯罪人宣告缓刑也就失去了实际意义，犯罪人也无从感受到缓刑所体现的宽大，在这种情况下，缓刑已经难以起到教育感化作用。因此，被宣告缓刑的犯罪人的基本权利特别是基本物质生活条件能否得到保障，对于实现缓刑之目的具有重要作用，在缓刑考验期间，应当制定与缓刑配套的有关保障缓刑人基本权利的规定，如在何种情形下，缓刑人可以获得物质救助权、就业帮助或指导权等。

五、关于我国刑法中缓刑规定的具体构想

基于上述关于完善我国缓刑制度的思考，在缓刑具体条文的设计上，笔者提出以下模式：

“第X节 缓刑

第XX条 （刑罚暂缓宣告的缓刑）对于被判处五千元以下罚金的犯罪人，以及被判处拘役或者六个月以下有期徒刑的未成年犯罪人，如果犯罪情节轻微，悔改表现显著，免除刑罚的宣告对犯罪人具有重要意义的，可以暂缓对其刑罚的宣告，而仅对其作有罪的警告，交付考验。

第XX条（刑罚暂缓执行的缓刑）对于被判处三万元以下罚金、拘役或者三年以下有期徒刑的犯罪人，根据犯罪人的犯罪情节，犯罪后表现以及个人情况，适用缓刑确实不致再危害社会的，可以暂缓执行刑罚，交付考验。

单位犯罪，如其直接负责的主管人员或者直接责任人员所受刑罚处罚为罚金、拘役或者2年以下有期徒刑，并被宣告缓刑，对该单位也可以宣告缓刑，交付考验。

第XX条（应当适用缓刑和不得适用缓刑）对于被判处一年以下有期徒刑或者拘役的初次犯罪人，真诚悔罪，且个人情况不存在促使其再危害社会的危险的，应当适用缓刑。

对于被判处三年以下有期徒刑的犯罪人，真诚悔罪，同时具备下述四项条件，应当宣告缓刑。

（1）具有以下犯罪情节之一：

- a. 因正当防卫或者紧急避险超过必要限度造成不应有损害而构成过失犯罪；
- b. 犯罪中止的；
- c. 被胁迫参加犯罪的；
- d. 受害人有重大过错，导致犯罪人在激愤之下犯罪的。

（2）具有下列犯罪后表现之一：

- a. 犯罪后自首并有立功表现的；
- b. 尽力补偿了由其行为所造成的损害；
- c. 为公益设施支付了钱款；
- d. 提供了其他公益性服务；
- e. 向国库支付了钱款。

（3）具有下列个人情况之一：

- a. 属于丧失危害社会能力的聋哑人、盲人和其他病残者；
- b. 未成年人犯罪的；
- c. 有较强的自我控制能力；
- d. 家庭收入达到或接近社会平均水平，有住房，受到过高中以上教育。

（4）过去未受到过刑事处罚和治安行政处罚。

对于累犯，除非同时具备前款前三项条件，否则不得宣告缓刑。

第XX条（缓刑考验期）被警告有罪的犯罪人的考验期限为一年以上二年以下。

被判处拘役、三年以下有期徒刑而暂缓执行的犯罪人的考验期限为原判刑期以上五年以下，但是不能少于一年；被处罚金而暂缓执行的犯罪人的考验期限为一年以上三年以下。

被宣告缓刑的单位的缓刑考验期与同案中被宣告缓刑的自然人的缓刑考验期相同；仅有被告单位而无被告自然人的，单位的缓刑考验期为一年以上五年以下。

缓刑考验期限，从判决确定之日起计算。

第XX条（缓刑负担）为弥补犯罪所造成的损害，法院可以判令被宣告缓刑的犯罪人承担以下负担中的一项或者两项：

- （1）尽力补偿由其行为所造成的损害；
- （2）为公益设施支付钱款；
- （3）提供其他公益性服务；
- （4）向国库支付钱款。

只有在犯罪人能够履行第一项负担时，才可以对他规定其他负担。

第XX条（缓刑指示）法院可以根据改造犯罪人的需要，对被宣告缓刑的犯罪人作出以下指示中的若干项：

- （1）遵守法律、行政法规；
- （2）按照缓刑考察机关的规定报告自己的活动情况；
- （3）未经监督考察机关批准，不得改变住所、职业或者离开居住的县、市；
- （4）接受医疗检查，采取治疗措施戒除瘾癖或者矫正不正常心理，接受管制药物方面的检验；
- （5）不从事在进行该职业活动中或进行该职业活动时实施了犯罪的那种职业活动；
- （6）不在按规定不得出现的任何地点出现；
- （7）不得与有犯罪记录的人交往，尤其不得与同案犯来往；
- （8）未经批准不得与受害人进行联系；
- （9）允许缓刑监管人员走访本人、家庭及单位；

(10) 不得持有可能给他提供继续犯罪机会或者诱惑的物品。

第XX条 (缓刑考察机关) 被宣告缓刑的犯罪人, 在缓刑考验期限内, 由其住所地或者工作单位所在地公安机关在公安机关内部指定专门人员负责监督考察。

第XX条 (缓刑帮助) 被宣告缓刑的犯罪人在处于生活困难境地或者其他困境时, 有权向缓刑考察机关申请获得物质帮助和其他必要的帮助。

第XX条 (缓刑的撤销) 被宣告缓刑的犯罪人, 在缓刑考验期间犯新罪, 或者在判决确定以前还有其他罪没有判决的, 只要是在追诉时效内被发现, 应当撤销缓刑, 对新犯的罪或者新发现的罪作出判决, 把前罪和后罪所判处的刑罚, 依照本法有关数罪并罚的规定, 决定执行的刑罚。数罪并罚后, 如果符合适用缓刑的条件, 仍然可以依法宣告缓刑。

被宣告缓刑的犯罪分子, 在缓刑考验期限内有下列情形之一的, 应当撤销缓刑, 执行原判刑罚:

(1) 多次或者严重违反法律、行政法规或者国务院公安部门有关缓刑的监督管理规定, 或者多次或持续违反对其规定的其他缓刑指示, 使人有理由担心他将再次实施犯罪;

(2) 多次或者持续违反对其规定的缓刑负担。

第XX条 (缓刑考验期的延长或者缩短) 如果犯罪人违反缓刑指示或者负担尚未达到应当撤销缓刑的程度, 可以暂不撤销缓刑, 而宣布新的缓刑负担或者指示, 或者延长缓刑考验期。经过延长的缓刑考验期不得超过五年。

如果被宣告缓刑的犯罪人在缓刑考验期间悔改表现显著, 可以缩短缓刑考验期, 经过缩短的缓刑考验期不得少于一年。

第XX条 (缓刑的法律后果) 被警告有罪的犯罪人在考验期限内没有应当撤销缓刑的情形, 考验期满后原定罪量刑的判决视为不存在。

对于被判处一万元以下罚金、拘役或者一年以下有期徒刑而暂缓执行的犯罪人, 同时具备第XX条第二款所列四项条件, 在考验期限内没有应当撤销缓刑的情形, 考验期满后, 原定罪量刑的判决视为不存在。

除前款所列情形外, 被暂缓执行刑罚的犯罪人, 在考验期限内没有应当撤销缓刑的情形, 考验期满, 原判刑罚不再执行, 但前科保留。”

(赵秉志系北京师范大学刑事法律科学研究院暨法学院院长、教授、博士生导师, 中国法学会刑法学研究会会长, 左坚卫系北京师范大学法学院副教授)

更新日期: 2006-5-23

阅读次数: 1058

上篇文章: 巨额财产来源不明罪若干争议问题与思考

下篇文章: 关于新刑法中特别防卫权规定的研究

 打印 |  关闭

 TOP