



缓刑撤销制度比较研究

赵秉志 左坚卫

缓刑是一种有条件不执行刑罚的制度，缓刑人必须在缓刑考验期限内遵守法律法规，服从监管规定，并履行其规定的义务，才能够最终免除刑罚的执行，如果缓刑人违反缓刑考验期间应当遵守的规定，便有可能导致原来宣告的缓刑被撤销，实际执行原判刑罚。关于对缓刑人在什么情况下应当撤销缓刑，各国刑法因对缓刑人所规定的义务以及缓刑人应当遵守的监管规定的不同而有所不同，同时也因对应当或者可以撤销缓刑的尺度把握的宽严不同而有所不同，但大的标准却是基本相同的，即各国刑法基本上都规定，如果出现以下情形之一，就应当或者可以撤销缓刑：（1）缓刑考验期间再犯罪；（2）缓刑考验期间发现缓刑人在缓刑前犯他罪；（3）在缓刑考验期限内违反应当遵守之事项。本文试对这些导致缓刑应当或者可以撤销的情形加以研讨。

一、缓刑考验期间再犯罪

对犯罪人不实际执行刑罚也不至于再危害社会只是司法机关根据犯罪人的犯罪情节和悔罪表现而作出的主观判断，这种判断并非总是准确，即使在宣告缓刑的当时有足够的理由令人相信犯罪人不会再危害社会，因而对其宣告缓刑是完全正确的，也可能因为日后情势的变迁和犯罪人人格的转变而导致其在缓刑考验期内又犯新罪。一般认为，如果缓刑人在缓刑考验期限内又犯新罪，足以表明其人身危险性并未消除，无法令人相信不对其实际执行刑罚也不至于再危害社会，因此，各国均将在缓刑考验期间再犯一定之罪作为撤销缓刑的主要情形之一。

（一）各国刑法关于缓刑人在缓刑考验期间再犯罪如何处理之规定

各国刑法对于缓刑人在缓刑考验期间再犯罪，均规定应当或者可以撤销缓刑，但在具体内容上又有所不同，归纳起来，可以分为以下几种类型：

（1）只要缓刑人在缓刑考验期间又犯新罪，无论是何种罪，也无论罪行轻重，均应当撤销缓刑。例如，1996年瑞士联邦刑法典第41条第3款第1段规定，被判刑人在考验期间实施重罪或轻罪，法官命令执行刑罚。而1996年瑞士联邦刑法典的规定中，犯罪只有重罪和轻罪两种，因此，根据上述规定，缓刑人只要在缓刑考验期限内又犯罪，就应当撤销缓刑，实际执行原判刑罚或者其替代措施。根据1996年瑞士联邦刑法典第41条第3款第2段规定，被判刑人在考验期间犯重罪或轻罪，法官既可以命令执行原判刑罚，也可以执行该刑罚的替代措施。我国刑法第77条的规定也是如此。

（2）缓刑人在缓刑考验期间又犯某些性质罪行，应当撤销缓刑。至于缓刑人究竟犯哪些性质的犯罪应当撤销缓刑，各国刑法规定又有不同，具体可以分为以下几种：第一种，根据缓刑人所犯新罪的罪过形式以及被判刑罚的轻重来决定是否撤销缓刑。例如，现行台湾刑法典第75条规定，缓刑期内再犯罪，受有期徒刑以上刑之宣告者，应撤销缓刑宣告。但因过失犯罪者，不适用前项之规定。现行俄罗斯联邦刑法典第74条第5款规定，如果在考验期中被判缓刑的人实施中等严重的故意犯罪、严重的故意犯罪或特别严重的故意犯罪，法院应撤销缓刑并依照本法典第70条规定的规则对他处刑。第二种，根据缓刑人所犯新罪被判处刑罚的轻重来决定是否撤销缓刑。例如，现行意大利刑法典第168条第1款第1项规定，如果在规定的期限内被判刑人实施某一应处以监禁刑的重罪或者同样性质的违警罪，缓刑当然撤销；现行法国刑法典第132—36条规定，无论原予缓刑之刑罚如何，凡被新判监禁刑或徒刑者，即撤销原给予的缓刑；自然人或法人被判监禁

或徒刑以外的其他任何新罪，即撤销原已对监禁或徒刑之外的其他任何刑罚所给予的缓刑。第三种，根据缓刑人所受的是何种缓刑来确定其犯何种新罪应当撤销缓刑。例如，现行韩国刑法典第61条规定，接受暂缓宣告者（缓刑之一种），在暂缓期间被判处停止资格以上的刑罚，宣告暂缓的刑罚。第63条规定，被宣告暂缓执行者（另一种缓刑），在暂缓期间又被判处徒刑以上的刑罚并经判决确定的，暂缓执行的宣告失效。

(3) 缓刑人在缓刑考验期间又犯表明对其不应当适用缓刑之罪，应当撤销缓刑。这类规定和第二类规定的不同之处在于，它不是以缓刑人所犯新罪的罪过形式或者被判处刑罚的轻重为依据，而是以所犯新罪体现出来的缓刑人的人身危险性和主观恶性等撤销缓刑的实质性条件为依据，来确定是否应当撤销其缓刑。例如现行德国刑法典第56条f第1款规定，如果被判决人在考验时间实施犯罪，并且因此表明成为暂缓执行刑罚的基础的期待没有被满足，法院取消暂缓执行刑罚。

(4) 缓刑人在缓刑考验期间又犯被判处一定刑罚，并且不应当适用缓刑之罪，应当或者可以撤销缓刑。例如，现行日本刑法典第26条第1款规定，缓刑人在缓刑考验期间又犯被判处监禁以上刑罚之罪，而对其刑罚没有宣告缓刑的，应当撤销缓刑的宣告；现行法国刑法典第132—48条规定，如被判刑人犯在考验期内因普通法之重罪或轻罪判处无缓刑之自由刑，作出判决的法院在听取执行推事之意见后，得命令撤销原给予的部分或全部缓刑。

另外，有的国家的刑法还规定，当缓刑人在缓刑考验期间又犯较轻的罪行时，可以而不是应当撤销缓刑。例如，现行日本刑法典第26条之二规定，在缓刑期间内又犯罪被判处罚金的，可以撤销缓刑的宣告；现行俄罗斯联邦刑法典第74条第4款规定，如果在考验期中被判缓刑的人实施过失犯罪或实施故意的轻罪，则由法院决定撤销或保留缓刑的问题。

（二）对各种缓刑人在缓刑考验期间又犯罪如何处理之立法例的评析

对上述第一类和第二类立法仅以缓刑人在缓刑考验期间所犯新罪的形式条件来决定是否撤销，即只要缓刑人在缓刑考验期间又犯罪或者又犯某种罪过形式或者被判处一定刑罚之罪，即撤销缓刑，其优点在于可操作性强，表现在只要缓刑人所犯新罪符合这些形式要件，就一律撤销缓刑，无须法官再作进一步的权衡，这就防止了法官对自由裁量权的滥用；但这种规定无视缓刑人又犯新罪的原因和具体情节，显得过于武断和机械，有违撤销缓刑的本意。比如，某些犯罪（特别是过失犯罪，也包括某些故意犯罪），行为人不欲实施之，只因一时疏忽或者受到外界因素的强烈刺激而致危害结果发生。在这种情况下，很难说缓刑人怙恶不悛、改造无望。而撤销缓刑应当以事实表明缓刑人并未改恶迁善，仍然具有较强的人身危险性为依据，因此，即使缓刑人在缓刑考验期间又犯新罪（包括故意犯罪），也并不当然表明其不符合适用缓刑的实质条件，仍然有区别对待的必要。当然，第二种规定充分考虑到了缓刑人在缓刑考验期间又犯较严重的新罪通常体现出的严重人身危险性和对其教育感化的困难，因而规定对在缓刑考验期间又犯某些较为严重之罪行的缓刑人才撤销缓刑，相对更为合理，但这种规定毕竟不是直接根据犯罪所体现出的犯罪人的主观恶性和再犯可能来决定是否撤销缓刑，因而仍然不免将一些从犯罪情节和悔罪表现来看可以不撤销缓刑的犯罪人之缓刑撤销，同时将一些从犯罪情节和悔罪表现来看本应当撤销缓刑的犯罪人之缓刑继续保留，从这两方面看有欠合理。第三种规定的合理性在于，它严格把握住了对在缓刑考验期间又犯罪的缓刑人撤销缓刑的根本原因，是其犯罪行为表明不能指望对他不执行刑罚也不至于再危害社会；其缺陷在于没有一个量化的标准，因而可操作性最差，它赋予法官过多的自由裁量权，很容易导致缓刑被不正当适用，从而破坏司法公正。第四种规定虽然准确把握住了导致缓刑应当撤销的新罪的性质，但对新罪的这种性质（即可以宣告缓刑）的判断却要借助其他标准，而其他标准又不明确，因此，这种规定实际上仍缺乏可操作性。那么，缓刑人在缓刑考验期间究竟犯何种罪应当撤销缓刑呢？笔者认为，还是应当从形式要件和实质要件两方面考虑，其中，形式要件应当结合原判刑罚来确定，即新罪所判刑罚与原罪所判刑罚数罪并罚之后，如果已经不符合适用缓刑的刑期等形式条件，则应当撤销缓刑；实质要件则是所犯新罪表明缓刑人并没有改过自新，不能期待对其不执行刑罚也不至于再危害社会。为了增强可操作性，对撤销缓刑实质性条件的规定可以采取排除法，即规定除了所列举的情形之外，缓刑考验期限内又犯罪的应当撤销缓刑，实际执行刑罚。例外的情形主要是：（1）情节不恶劣，后果不严重的过失犯罪；（2）因值得同情的犯罪动机而犯罪；（3）防卫过当和紧急避险过当；（4）中止犯；（5）犯罪以后自首、立功或者积极挽回损失；（6）其他表明犯罪人确实不至再危害社会的情形。

（三）关于被判刑人在缓刑考验期限内又犯新罪之实务问题探讨

在司法实务中，有一个问题值得探讨，即被判刑人在缓刑考验期限内又犯新罪，在缓刑考验期满后才被发现，如何处理？

对这一问题，台湾地区在司法实务中的做法是不得再撤销缓刑，其理由是：缓刑期满，而缓刑之宣告未经

撤销者，其刑之宣告失其效力，已无宣告刑可执行，自无再行撤销缓刑之余地，故撤销缓刑，须于缓刑期内为之。参见高点法学编辑研究室、法源资讯股份有限公司编著：《高点精编六法全书》，台湾高点文化事业有限公司1998年版，第1186页。学者们也大多数赞成这种做法。参见蔡墩铭著：《刑法总则争议问题研究》，台湾五南图书出版公司1991年版，第386—387页。大陆司法实务中的做法则正好相反，是应当撤销缓刑。最高人民法院1985年8月21日《关于人民法院审判严重刑事案件中具体应用法律的若干问题的答复（三）》明确规定，被判处缓刑的犯罪分子在缓刑考验期限内犯新罪，而在缓刑考验期满后才被发现，应当撤销缓刑。大陆理论界较有代表性的观点也认为，在这种情况下，应当撤销缓刑，理由是，第一，新犯的罪是在考验期满后发现的，并不能改变缓刑犯在考验期间又犯新罪的事实；第二，法律规定撤销缓刑的条件是在考验期限内又犯新罪，并没有要求再犯的新罪必须是在考验期限内被发现的；第三，再犯的新罪是在什么时候被发现，是公安机关侦查范围内的事，与缓刑犯是否遵守条件，是否得到改造无关。参见高铭暄主编：《刑法学原理》（第3卷），中国人民大学出版社1994年版，第481页。

上述两种观点的分歧，主要源自法律对被判刑人在缓刑考验期限内又犯新罪如何处理的规定不同，两种观点的结论虽然相互对立，但从遵循法律的角度看，都是正确的。从法理的角度分析，则两种观点都存在值得商榷之处，主要原因是，第一，规定在缓刑考验期限内再犯新罪不论具体情形一概撤销缓刑是不合理的（具体理由在前面探讨撤销缓刑的此种情形时已作阐述，在此不赘述）。既然这样做不合理，被判刑人在缓刑考验期限内又犯新罪，在缓刑考验期满后才被发现，一律撤销缓刑就更不合理。因此，大陆司法实践中对被判刑人在缓刑考验期限内又犯新罪，在缓刑考验期满后才被发现的情形处理方式有欠合理。第二，规定缓刑期满，而缓刑之宣告未经撤销者，其刑之宣告一概失其效力也不合理。原刑之宣告失其效力的实质理由，在于犯罪人已经改过自新。而缓刑期满，缓刑之宣告未经撤销，并不当然表明犯罪人已经改过自新，因为导致这种结局的原因可以有多种，其中有一种便是被缓刑人在缓刑期间所犯新罪没有被发现，这种情况很可能与导致原刑之宣告失其效力的实质理由不相符合，因而原刑之宣告不应失其效力。因此，规定缓刑期满，而缓刑之宣告未经撤销者，其刑之宣告一概失其效力也不合理。

笔者认为，从法理上分析，对于被判刑人在缓刑考验期限内又犯新罪，在缓刑考验期满后才被发现的情形，应当区分不同情形处理。具体而言，可以分为以下几种情形处理：（1）如果考验期限内所犯新罪情节轻微，根据刑法第37条规定被免于刑事处罚，则不宜撤销原来的缓刑，而只须根据刑法第37条的规定对犯罪人予以训诫或者责令具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失，或者由主管部门予以行政处罚或者行政处分。因为既然犯罪人被免于刑事处罚，就充分说明对其无须实际执行刑罚，也就无须撤销原来的缓刑。（2）如果新罪仍然被判处了刑罚，但从犯罪情节来看，应当对其宣告缓刑，与前罪数罪并罚之后也仍然符合缓刑的条件，并且从犯罪人犯罪后到案发前的表现来看，有充分的理由相信他已经改过自新，不会再危害社会，则可以对犯罪人数罪并罚之后再次宣告缓刑，并规定一个新的缓刑考验期，对犯罪人再次进行考验，原来的缓刑考验期不得折抵新的考验期。这是因为，既然犯罪人仍然符合缓刑的条件，从实现特殊预防的目的来看就可以宣告缓刑，如果这种宣告不会明显损害刑罚的公正和权威，就没有理由不对犯罪人再次宣告缓刑，不能因为犯罪人没有在缓刑考验期限内投案自首便一概不再适用缓刑，因为自首毕竟不是犯罪人的法定义务。（3）如果新罪所判刑罚与原罪所判刑罚在数罪并罚之后超过了可以适用缓刑的限度，或者根据新罪的性质和情节不宜适用缓刑，则应当撤销原来的缓刑，对犯罪人数罪并罚后实际执行刑罚。那种认为只要考验期满而缓刑未经撤销的，原判刑罚便一律不再执行或者一律失其效力的做法并无足够理由，反而会助长犯罪人侥幸逃脱惩罚的心理。

二、缓刑考验期间发现缓刑人在缓刑前犯他罪

（一）各国关于在缓刑考验期间发现缓刑人在缓刑前犯有其他罪如何处理之立法规定

司法实践中，可能遇到被宣告缓刑的犯罪人在缓刑考验期间被发现在缓刑前犯有其他罪行，因而被再次定罪判刑，出现这种情况后，是否应当撤销缓刑？各国刑法对这一问题多有涉及，有关规定归纳起来，可以分为以下两种立法例：

1 在缓刑考验期间一旦发现缓刑前还有其他罪没有判决，一律撤销缓刑

这种立法例不分缓刑考验期间发现的是何种漏罪，一经发现，一律撤销缓刑。如我国刑法典第77条规定，被宣告缓刑的犯罪分子，在缓刑考验期限内发现判决宣告以前还有其他罪没有判决的，应当撤销缓刑，对新发现的罪作出判决，把前罪和后罪所判处的刑罚，依照刑法第69条的规定，决定执行的刑罚。

2 在缓刑考验期间，因缓刑前犯其他罪而被判处一定之刑罚才撤销缓刑

至于犯何种罪，被判处何种刑罚才撤销缓刑，各国刑法的规定差别甚大，主要有以下几种：

（1）所犯漏罪是故意犯罪，并被判处有期徒刑以上刑。如现行台湾刑法典第75条第1项第2款规定，缓刑前犯他罪，而在缓刑期内受有期徒刑以上刑之宣告者，撤销其缓刑。该条第2项规定，过失犯罪的不适用此规

定。根据这两项规定，缓刑人在缓刑前所犯罪行符合以下两项条件时，应当撤销缓刑：第一，是故意犯罪；第二，因该项犯罪而在缓刑考验期内受有期徒刑以上刑之宣告。

(2) 所犯漏罪被判处监禁以上刑，并且没有被宣告缓刑。如现行日本刑法典第26条第2项规定，对缓刑宣告以前所犯其他罪判处监禁以上刑罚，而对其刑罚没有宣告缓刑的，应当撤销缓刑宣告。根据该项规定，对在缓刑考验期限内发现漏罪的，在同时具备以下情形时，应当撤销缓刑宣告：第一，缓刑人因漏罪被判处监禁以上刑罚；第二，所判处的刑罚没有被宣告缓刑。至于撤销缓刑后如何处理，现行日本刑法典没有规定。从现行日本刑法典对数罪并罚的规定来看，撤销缓刑后应当对前罪和漏罪所判刑罚相加或者并科。

(3) 根据缓刑类型的不同来确定导致缓刑撤销的漏罪的条件。如现行韩国刑法典第61条规定，接受暂缓宣告者，在暂缓期间被判处停止资格以上的刑罚，或者发现曾有被判处停止资格以上刑罚的前科时，宣告暂缓的刑罚。根据该条规定，接受暂缓宣告者在缓刑考验期间被发现漏罪的，如果因漏罪被判处停止资格以上的刑罚，应当撤销缓刑，宣告暂缓的刑罚。至于宣告暂缓的刑罚后是否实际执行刑罚，该法没有规定。同时，该法第63条规定，被宣告暂缓执行者，在暂缓期间又被判处徒刑以上的刑罚并经判决确定的，暂缓执行的宣告失效。根据第63条的规定，被宣告暂缓执行刑罚的缓刑人在缓刑考验期间被发现漏罪的，如果因漏罪被判处徒刑以上的刑罚，应当撤销缓刑。至于撤销缓刑以后如何处理，该法也没有规定。

(4) 将漏罪与前罪相结合，或者根据漏罪的犯罪性质和严重程度来确定漏罪被判处何种刑罚应当撤销缓刑。如现行意大利刑法典第168条第2项规定，如果缓刑人因先前实施的犯罪又一次受到处罚，这后一刑罚与被暂缓执行的刑罚相加超过了第163条规定（即关于缓刑适用条件的规定——笔者注）的限度，或者虽然这后一刑罚与被暂缓执行的刑罚相加未超过第163条规定的限度，但法官从犯罪的性质和严重程度考虑，认为不宜再对犯罪人适用缓刑，均可以撤销暂缓执行刑罚的决定。

(二) 对于各种关于在缓刑考验期限内因发现漏罪而撤销缓刑之立法例的评析

对于在缓刑考验期限内发现漏罪一概撤销缓刑之立法例，理论界多数持肯定观点，理由主要是：缓刑人员尚有漏罪的事实表明，缓刑人员尚未真正悔改，尚存危害社会的可能，不符和缓刑的条件，故应当撤销缓刑。参见翟中东：“缓刑制度研究综述”，载于志刚主编：《刑法问题与争鸣》2001年第1辑，中国方正出版社2001年版，第218页。

对于在缓刑考验期限内发现漏罪，须被判处一定之刑才撤销缓刑之立法例，也有学者提出了肯定意见，但仍然是从缓刑前犯他罪所体现出来的主观恶性这一角度来论证，例如，台湾学者柯庆贤先生认为，行为入“缓刑前犯他罪，其品行本非善良，已难期其改过自新，因未发觉前犯他罪或于缓刑宣告后确定前犯他罪而未及发现他罪而宣告缓刑，即有不当，其前犯之他罪，既于缓刑期内受有期徒刑以上刑之宣告，仍应撤销其缓刑之宣告，执行其原宣告刑。”见柯庆贤著：《刑法专题研究》，台湾三民书局1998年版，第611页。

笔者认为，在缓刑考验期限内发现漏罪一律撤销缓刑，实际执行刑罚的做法欠妥，理由是：第一，被宣告缓刑的犯罪人在缓刑前犯有其他罪行，只能表明他在犯该罪前的品行曾经不好，而不能说明他在缓刑考验期间的表现如何，也不能说明他在犯他罪之后的品行如何，而他即使在缓刑前没有犯其他罪，仅凭其被宣告缓刑的犯罪也表明他曾经品行不好，如果因此而不能适用缓刑，岂不是所有犯罪人都不能适用缓刑？这显然是荒唐的。因此，以缓刑前犯他罪表明犯罪人品行不端为理由，否定对这种犯罪人可以适用缓刑的观点难以成立。第二，被宣告缓刑的犯罪人在缓刑前犯有其他罪行，并不能说明缓刑人员尚未真正悔改，也不能因此而认定难以期待其改过自新。这是因为，缓刑人员尚有漏罪，只能表明其过去的表现不好，而人是发展变化的，过去犯下的罪行并不当然表明其现在仍然具有人身危险性，相反，犯罪人可能现在已经改邪归正、弃恶从善了。在后一种情况下，犯罪人的人身危险性已经不复存在，此时，除非新发现的漏罪的性质和危害程度不符合适用缓刑的条件，或者新发现的漏罪本身虽然符合适用缓刑的条件，但在与原来已经宣判的犯罪进行数罪并罚后，已经不符合适用缓刑的条件，因而应当撤销缓刑，实际执行刑罚，否则，缓刑前犯有其他罪行的犯罪人同样可能在形式上和实质上都符合适用缓刑的条件，可以在对漏罪和原已判决之罪进行数罪并罚之后，再次宣告缓刑。第三，被宣告缓刑的犯罪人没有主动坦白交代其漏罪不应成为撤销其缓刑的理由。在缓刑考验期间发现漏罪，与在缓刑前发现犯罪人犯有其他罪的区别，仅在于罪行被发现的时间不同，那么，为什么有论者会认为，在缓刑前发现一人犯数罪可以适用缓刑，而在缓刑宣告后发现漏罪，就不能适用缓刑呢？笔者认为，其所持主要理由不外乎犯罪人没有主动坦白交代自己的罪行，企图逃脱法律的制裁，因而缺乏悔罪表现。否则，从维护社会秩序稳定的要求出发，对过了较长时间才发现的犯罪并不需要给予从严处罚。而从法理上分析，这种理由是不能成立的。首先，法律并没有规定不是由自己主动坦白交代，而是由司法机关发现的犯罪行为应当从重处罚。虽然各国在刑法规定以及刑事司法实践中，对于自首或者主动坦白罪行的犯罪人往往予以从宽处罚，但并不能因此反推对不自首或者坦白

的犯罪人应当从重处罚，否则便有违罪刑法定原则和罪刑相当原则。对缓刑考验期限内发现漏罪的犯罪人一律撤销缓刑，实际执行刑罚的做法，正是对没有主动交代自己罪行的犯罪人予以从重处罚这种错误做法的具体表现，显然有失妥当。其次，强求犯罪人主动交代自己的罪行违反人的趋利避害的本性。就像许多犯了一般错误的人为了逃避承担责任会设法掩饰自己的错误那样，实施了犯罪行为的人为了逃避刑罚制裁也会隐瞒自己的犯罪事实，这样做在人格上虽值得非议，却乃人之常情，并无厚非之理。这正是各国法律只规定对主动交代自己罪行的犯罪人可以或者应当从宽处罚，而不规定对没有主动交代罪行的犯罪人应当从重处罚的原因。最后，从刑事政策的角度分析，也没有必要对在缓刑考验期限内发现在缓刑前犯有其他罪的犯罪人一律撤销缓刑。维护社会秩序稳定，促进犯罪人改过自新是刑事政策的重要内容。在缓刑考验期限内发现犯罪人在缓刑考验期还有漏罪，如果其所犯漏罪情节并不严重，与原判刑罚在数罪并罚之后仍符合缓刑的形式条件，而犯罪人在缓刑考验期间的表现又很好，那么，无论从维护社会秩序稳定的角度，还是从促进犯罪分子改过自新的角度看，对犯罪人再次宣告缓刑都是有益的。如果在缓刑考验期间一旦发现漏罪便一律撤销缓刑，那些正在努力洗心革面、改恶迁善的犯罪人的处境发生了极为不利的转变，其在缓刑期间的努力便告前功尽弃，这必然给犯罪人以沉重打击，使其改过自新的信心和决心丧失殆尽，再加上随之而来的实际执行刑罚可能导致的监狱内交叉感染，犯罪人改造好的可能性显然会大大降低。同时，犯罪人处境的变化又会给其家庭造成不利影响，这一切变化显然都是不利于社会秩序的稳定的。可见，仅仅因为被宣告缓刑的犯罪人没有主动坦白交代其漏罪就一律撤销缓刑弊多利少，并不可取。

还应当强调指出，犯罪人没有主动交代自己的罪行并不表明其没有悔罪表现，也不表明其没有悔罪心理，亦即，犯罪人没有主动交代自己的犯罪事实与犯罪人是否有悔罪心理和表现并没有直接联系。这是因为，悔改表现是多种多样的，主动交代自己的罪行只是其中的表现之一。例如，甲因犯盗窃罪被判处有期徒刑2年，缓刑3年。在缓刑考验期间，甲通过自己的劳动生活过好了，对自己没有交代的另一次抢夺1000元的犯罪行为十分后悔，但由于害怕交代后撤销缓刑，故没有向有关司法机关交代自己的罪行，但却写了封匿名悔过信并附上1000元钱给受害人，不久公安机关还是侦破了此案，甲因此而被判处有期徒刑1年。对于本案中的甲，显然不能因为甲没有主动交代自己的罪行而认定其没有真正悔改。况且，缓刑考验期限内发现漏罪还有可能是犯罪人主动交代的结果，在这种情况下，难道还能说犯罪人没有真正悔改，或者难以期望其改过迁善吗？

综上所述，笔者认为，在缓刑考验期限内发现漏罪一概撤销缓刑之立法例过于绝对，与缓刑适用的形式条件和实质条件可能发生冲突，因而有欠妥当。

对于在缓刑考验期间，因缓刑前犯其他罪而被判处一定之刑罚才撤销缓刑的立法例，笔者认为立意可取，值得借鉴。在具体内容的设置上，笔者认为现行意大利刑法典的立法模式值得借鉴，即通过将漏罪与前罪相结合，或者根据漏罪的犯罪性质和严重程度来确定漏罪被判处何种刑罚应当撤销缓刑，因为这种规定与缓刑适用的形式和实质条件最相吻合。

（三）在把握我国刑法第77条关于在缓刑考验期间发现漏罪如何处理的规定时应注意的几个问题

在理解我国刑法第77条关于在缓刑考验期间发现漏罪如何处理的规定时，有三个问题值得探讨：

其一，如何理解该条中“判决宣告以前”的含义？

根据我国刑法第73条第3款的规定，“缓刑考验期限”，从“判决确定之日”起计算，而这里的判决确定之日，显然应当是指判决生效之日。如果将刑法第77条中的判决宣告以前理解为未生效判决宣告以前，那么就会在未生效判决宣告以后，生效判决作出以前这段时间，出现一个惩罚的空白，即刑法只规定了被宣告缓刑的犯罪分子在判决生效以后犯新罪，以及判决宣告以前还有其他罪应当撤销缓刑，而没有规定被宣告缓刑的犯罪分子在判决宣告以后、生效以前又犯罪的应当如何处理。例如，1999年7月1日，一审法院作出的判处甲有期徒刑1年，缓刑2年的判决宣告，甲不服，提出上诉；1999年8月1日，二审法院作出的判处甲有期徒刑1年，缓刑2年的判决生效，从而进入对甲的缓刑考验期。而甲于1999年7月15日又实施了新的犯罪。如果将刑法第77条中的“判决宣告以前”理解为未生效判决宣告以前，那么甲的犯罪行为既不是在缓刑考验期限内实施的，也不是在判决宣告以前实施的，这样对甲撤销缓刑就没有法律依据了。因此，对刑法第77条规定中的“判决宣告以前”，应当理解为判决确定前。

其二，在对新发现的漏罪和原已判决之罪实行数罪并罚后，是否还可以适用缓刑？

对这一问题，最高人民法院在1985年8月21日颁发的《关于人民法院审判严重刑事犯罪案件中具体应用法律的若干问题的答复（三）》中曾规定，在依照1979年刑法第65条对漏罪定罪判刑，并对漏罪和原已判决之罪实行数罪并罚后，如果仍符合缓刑条件，仍可宣告缓刑。现行刑法第77条则只规定，在缓刑考验期限内发现判决宣告以前还有其他罪没有判决的，应当撤销缓刑，对新发现的罪作出判决，把前罪和后罪所判处

的刑罚，依照刑法第69条的规定进行数罪并罚，以决定执行的刑罚。至于决定了执行的刑罚后，能否对犯罪人再次适用缓刑，则没有明确作出规定。因此，理论界目前这一问题有不同的看法，有论者认为，既然刑法已经明确规定了对在缓刑考验期限内发现漏罪的犯罪分子一律撤销缓刑，就说明在数罪并罚后不得再对其适用缓刑。该论者还就此结论提出了自己的不同意见。参见段仁元、郝如建：“我国缓刑制度的几个问题”，载《江苏公安专科学校学报》2001年第2期。但也有论者认为，仅从字面表述上看，不能得出对发现漏罪的缓刑人在数罪并罚后，不得再适用缓刑的结论。理由是，刑法第77条中“应当撤销缓刑”的规定，是为了数罪并罚的需要而设置的，即只有先撤销缓刑，才谈得上对漏罪和前罪进行数罪并罚。因此，撤销原来的缓刑并不当然表明在数罪并罚之后不能再宣告缓刑。既然刑法没有明确规定在数罪并罚后不得再适用缓刑，那么只要犯罪人在数罪并罚之后仍然符合缓刑的形式和实质条件，就应当可以再次对其适用缓刑。此种观点系笔者与同仁私下交流时同仁所提出，尚未公开发表。

笔者认为，后一种观点虽有一定道理，但从刑法第77条第1款和第2款的关系，以及第2款规定的具体内容来判断，对在缓刑考验期限内发现漏罪的，应当在数罪并罚后一律实际执行刑罚。先看第77条第1款和第2款规定的关系。该条第1款和第2款都是对应当撤销缓刑的情形规定，其中，第1款是规定对缓刑考验期限内犯新罪或者发现漏罪的缓刑人应当撤销缓刑，第2款是规定对违反法律、行政法规或者国务院公安部门有关缓刑的监督管理规定，虽然没有构成犯罪，但情节严重的，应当撤销缓刑。显然，在立法者看来，第1款所规定的应当撤销缓刑的情形比第2款规定的情形在性质上更为严重，因为前者已经达到犯罪程度，而后者还只是一般违法。因此，如果出现第2款规定的情形应当撤销缓刑，实际执行原判刑罚，那么，出现第1款规定的情形当然更应当撤销缓刑，实际执行刑罚。再看第77条第2款规定的具体内容。该款明确规定，对违反法律、行政法规或者国务院公安部门有关缓刑的监督管理规定，情节严重的，应当撤销缓刑，执行原判刑罚。这就清楚地表明，对性质更为严重的在缓刑考验期限内犯新罪或者发现漏罪的情形，更应当撤销缓刑，在数罪并罚后实际执行刑罚。

其三，在缓刑考验期满后才发现犯罪人在缓刑前犯有其他罪的，如何处理？

有的国家刑法典规定，缓刑执行期限届满，暂缓执行的宣告没有失效或者没有被撤销，原判暂缓执行的刑罚之宣告即失效。现行韩国刑法典第65条的规定如此。如果是这样的话，在缓刑考验期满后才发现犯罪人在缓刑前犯有其他罪的，不得再撤销缓刑。但我国刑法没有作出这方面的规定，而只是在第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。笔者认为，既然刑法只规定在缓刑考验期限内发现判决宣告前还有其他罪没有判决的，应当撤销缓刑，那么在缓刑考验期满后才发现漏罪，就不能再撤销缓刑，而只能根据刑法有关追诉时效的规定，决定是否追究该漏罪的刑事责任，原判的刑罚当然也不能再执行。

三、缓刑考验期间违反应当遵守之事项

（一）在缓刑考验期限内不遵守缓刑期间应当遵守之事项如何处理之立法规定

除了规定缓刑期间又犯某些罪或者发现某些漏罪应当撤销缓刑外，许多国家还规定了缓刑人在缓刑考验期限内如果没有遵守应当遵守的事项，也应当或者可以撤销缓刑。根据缓刑人应当遵守的事项内容的不同，可以分为以下几种情形：

1 缓刑人不履行对其规定的义务达到一定严重程度，可以或者应当撤销缓刑

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对罪刑相当原则造成的破坏，许多国家刑法对缓刑人设置了一些必须履行的义务，并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。例如，现行法国刑法典第132—47条第2款规定，被判刑人犯不履行其必须履行之义务，附考验期之缓刑得由执行刑罚的法院予以撤销。现行德国刑法典第56条f第1句第2项、第3项规定，如果被判决人严重地或者持续地违反指示，或者严重或持续地违反负担，并且因此使人们有理由担心他将重新实施犯罪，法院取消暂缓执行刑罚。

2 缓刑人不遵守缓刑期间的监管规定达到一定严重程度，可以或者应当撤销缓刑

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，屡次违反应当遵守的缓刑监管规定，则足以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，因而不再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。例如，现行法国刑法典第132—47条第2款规定，被判刑人犯不遵守监管措施，附考验期之缓刑得由执行刑罚的法院予以撤销。现行德国刑法典第56条第1句第2项规定，如

果被判决人持续地脱离考验帮助者的监督和管理，并且因此使人们有理由担心他将重新实施犯罪，法院取消暂缓执行刑罚。

3 缓刑人不遵守法律法规，达到一定严重程度，应当撤销缓刑

这里的不遵守法律法规，是指缓刑人违反法律法规但不构成犯罪的情形。缓刑人违反法律法规但不构成犯罪同样能够表明其不思悔改，难以令人相信其不会再危害社会，因而有的国家刑法规定，缓刑人在缓刑考验期间违反法律法规，达到一定严重程度的，应当撤销缓刑。例如，我国刑法典第77条第2款便规定了这样的内容。

（二）对有关立法规定的简单评析

上述关于因不遵守缓刑期间应当遵守的事项而导致缓刑撤销的立法例中，存在两种立法倾向，一种是对缓刑人不遵守有关事项应当达到何种严重程度才撤销缓刑没有作出限制，如现行法国刑法典的规定；另一种是作出了限制，即必须是严重地不遵守有关事项，并因此使人们有理由担心他将重新实施犯罪，如现行德国刑法典。笔者认为，后一种规定相对更为合理，表现在它一方面限制了因不遵守有关事项而可以撤销缓刑之情形的范围，可以避免使某些虽然没有遵守有关事项但还不至于应当撤销缓刑的缓刑人被不适当地撤销缓刑；另一方面增强了条文的可操作性，限制了法官自由裁量权的滥用。因此，我国刑法在这方面的规定原则上是正确的，但在具体内容上则有待进一步明确化，最突出的表现在用一个“情节严重”来概括犯罪人违反缓刑考验期间应当遵守的事项的严重程度显然过于简单，缺乏可操作性，因而有必要加以完善。

（三）如何把握我国刑法第77条第2款规定中的“情节严重”

在有权部门没有将刑法第77条第2款规定中的“情节严重”具体化以前，要准确判断是否应当撤销缓刑，存在一个如何界定缓刑人违反法律法规及监管规定“情节严重”之具体内容的问题。

根据我国刑法第77条规定，被宣告缓刑的犯罪分子，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，必须情节严重，才撤销缓刑。这样，如何判断被宣告缓刑的犯罪分子违反法律法规或者监管规定“情节严重”，就成了正确决定是否撤销犯罪人的关键。笔者认为，从总体上看，这里的“情节严重”是指缓刑人的违反法律法规及监管规定的行为性质恶劣并且已经接近于构成犯罪，具体而言，应当综合以下几方面来判断被宣告缓刑的犯罪分子违反法律法规或者监管规定的情节是否严重：（1）行为所侵犯的法益是否重大。行为所侵犯的法益的轻重，直接体现了行为社会危害性的大小，因此，被宣告缓刑的犯罪分子违反法律或者规定的行为所侵犯的法益重大，应属判断其行为情节严重的依据之一。（2）行为人违反法律或者规定时的主观心态。行为人违法时的主观心态是故意还是过失，动机是卑劣还是一般，反映出其反社会心理的强弱和再犯可能性的大小，因此，被宣告缓刑的犯罪人违反法律或者规定时出于故意并且动机卑劣，应属判断其行为情节严重的另一依据。（3）行为所造成的后果是否严重。行为所造成的后果是否严重，也直接体现着行为社会危害性的大小，因此，被宣告缓刑的犯罪分子违反法律或者规定的行为所造成的危害后果严重，是判断其行为情节严重的又一依据。（4）违反有关法律或者规定次数的多少。行为人违反有关法律或者规定次数的多少，反映了其改过自新的难易程度和再犯可能性的大小，因此，被宣告缓刑的犯罪人违反法律或者规定的次数越多，情节就越严重。

（赵秉志系北师大刑科院暨法学院院长、教授、法学博士、博士生导师，中国法学会刑法学研究会会长，国际刑法学协会中国分会常务副主席；左坚卫系北师大刑科院副教授、法学博士）

更新日期：2006-10-28

阅读次数：830

上篇文章：短期自由刑改革方式比较研究

下篇文章：海外减刑制度的立法例及中外比较

 打印 |  关闭

 TOP