

HOW JUDGES THINK

一本呈现刑事审判思维与方法的实务书

THINKING AND METHODS
IN CRIMINAL JUSTICE

法官如何思考

刑事审判思维与方法

臧德胜 / 著



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

法官如何思考

刑事审判思维与方法

臧德胜 / 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

法官如何思考：刑事审判思维与方法 / 臧德胜著. —北京：中国法制出版社，2015.8

ISBN 978-7-5093-6637-0

I. ①法… II. ①臧… III. ①刑事诉讼 - 审判 - 研究 - 中国
IV. ① D925.218.24

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 196334 号

策划编辑：戴蕊 (dora6322@sina.com)

责任编辑：薛强 (editor_xue@163.com)

封面设计：周黎明

法官如何思考：刑事审判思维与方法

FAGUAN RUHE SIKAO: XINGSHI SHENPAN SIWEI YU FANGFA

著者 / 臧德胜

经销 / 新华书店

印刷 / 三河市紫恒印装有限公司

开本 / 710 毫米 × 1000 毫米 16

版次 / 2016 年 1 月第 1 版

印张 / 20.25 字数 / 315 千

2016 年 1 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-6637-0

定价：48.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真：010-66031119

网址：<http://www.zgfs.com>

编辑部电话：010-66065921

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)

做一名乐于思考善于思考的法官

——代序

胡云腾

北京市朝阳区人民法院刑一庭庭长臧德胜法官将多年来的办案心得体会和法学研究成果结集成册，取名为《法官如何思考：刑事审判思维与方法》。在书稿交付出版之际，他希望我写几句话作为序言，我和德胜法官均来自江淮之间的一个人口大县，且都是搞刑事审判的，相识有年故欣然应允。德胜同志是一名基层法官，他所在的法院非同寻常，可以说是全国规模最大、案件最多、案件类型最复杂的基层法院之一，审理过很多国内外有影响的刑事、民事和行政案件。在这样的法院从事刑事审判工作，办案压力及办案难度可想而知，他能够在繁重的办案工作之余，注意总结审判经验，立足案例开展学术研究，努力探索法律思维和裁判方法，并取得不俗的成绩，难能可贵，令人赞赏。读了书稿，我有三点启发。

一是实践出真知，办案出智慧。本书收录的30余篇研究成果，都是德胜法官在办理刑事案件的过程中总结、提炼的心得体会和思想火花，有的是对司法热点问题的评论意见，有的是对疑难案件的深入剖析，有的是对办案方法的整理探索，有的则是对审判理念的提炼总结，其中不乏真知灼见，让人读后很受启发。许多问题，只有从事刑事审判的法官才能遇到，许多观点，只有具体审理案件的法官才有可能提出来，都是直接来自于实践前沿的鲜活问题，都是来自于审判第一线的原创成果。就像农民从自留地里采摘的新鲜瓜果一样，没有进口的洋味和华丽的包装，也没有多余的水分和随意的掺假，带有泥土的芳香，富有原生态的营养。多年来，我比较喜欢

看来自审判第一线的调研报告、案例分析和经验之谈，感到掌握和运用法律需要更加注重对司法实践经验的思考和总结，尤其要重视来自司法实践第一线的研究成果，要树立着重开发本土司法产品资源的理念，不要让以裁判文书为代表的司法产品白白闲置。当今世界，唯有立足生产生活和科学研究实践的知识产权研发才能立于不败不竭之地，我国的创新型国家建设主要也就是就知识产权及其产品创新而言的。而司法实践尤其是审判活动生产的产品，是创造司法知识产权的富矿，永远是产生司法智慧的第一源泉，并且不会枯竭。令人遗憾的是，理论研究立足本土司法资源创新意识不够，动力不足，缺乏自信，而推崇境外司法资源，重视拿来甘当二传的长期习惯则难以改变。近年来，最高人民法院大力推进审判公开，将裁判文书、司法解释与政策、指导性案例和司法统计数据等向全社会公开，一个重要的功用就是大大方便了法学理论和法律实务工作者及时和零距离地接触司法实践及其产品，切实发挥了实践支撑理论研究的重要作用。在信息化带来的学术研究无比便利的时代，广大法官应当成为开发司法矿藏的有心人和挖掘工。

二是乐于思考和善于思考。法官工作之余从事学术研究，既没有评职称和发表文章数量的外驱压力，也没有以学术成果作为提拔重用考虑因素的内驱动力，主要靠个人对学术研究的喜爱、坚持和责任。长期以来，在最高法院和许多地方法院的大力推动下，人民法院组织或支持的学术活动越来越多，全国法院业余从事法学研究的法官越来越多，法院和法官推出的学术成果也越来越多，法官已经成为法学理论研究的一支生力军，涌现了不少法学专家和审判业务专家。德胜法官就是一位热爱刑法理论研究，关注刑事司法实务问题，善于总结审判经验并能日积月累地开展理论研究的人。虽然他在基层法院，但在北京法院乃至最高法院的刑事审判业务部门，颇有一定的知名度。例如，最高法院研究室就司法解释和司法文稿召开的法院代表座谈会，德胜法官常常就是座上客。特别是2012年底，研究室起草的刑事诉讼法司法解释发布前，工作班子想请一位基层刑事法官来参与最后的定稿，请来的就是德胜法官，在修订稿子的过程中他果然提了许多很好的意见。他给我的印象是非常熟悉刑事诉讼程序，非常了解审判工作情况，很善于琢磨实践中遇到的疑难问题，并能提出自己的见解。这说明他不仅钟爱刑事法学研究，而且非常喜爱刑事审判工作，与不重视本职

工作却热衷于业余爱好的人完全不同。正因为他能够把工作爱好和业务爱好有机地结合在一起，才使得他在刑法学这个领域越走越稳健，成果越来越多。由此使我想到了，法官坚持业余时间从事法学研究，最重要的要靠什么。我觉得就是靠喜欢、喜爱或者叫乐在其中，因为只有喜欢或喜爱，才不会感到是一个负担或痛苦，只有乐在其中，才有坚持下去的动力。特别是当前法官办案压力普遍较大、业余时间不多但可做的事情很多的情况下，法官能够坚持业余研究学术问题更加不容易。以我的观察，全国法院有很多才华和智慧都很突出的法官，业余兴趣却不在法学研究，这在他们自己看来可能是很正常的，而在别人看来往往是很可惜的。我自己在工作中也常常会产生一些有意思的想法，但由于习惯偷懒多随风飘散了，事后往往也很遗憾。

当然，法官业余从事法学研究，光有爱好还不够，还必须有能力，这个能力一要靠教育培养，二要靠自我修炼。由于绝大多数法官没有教学科研经历，所以自我修炼更为重要。以德胜法官为例，他的研究能力就是在长期的实践中逐步打造的，犹如他不断增长的司法能力一样。对多数人而言，提高研究能力比掌握法学理论更加困难，所以也有一些业余时间很想搞点研究的法官，由于能力不逮、方法不对等原因，逐渐放弃了业余研究的尝试，这也是件很可惜的事情。这几年，我与台湾地区法官交流较多，很多台湾地区法官都重视学术研究，积极参与学术活动，有些大法官和资深法官都是学养深厚、成果丰硕的法学家。台湾地区“法律”还规定，法官和检察官在教学科研机构兼职讲课，每周不得超过4个学时，这基本上相当于我们这里一名大学专职教师的工作量，似乎多得难以承受，因为在我们这里，法官偶尔去大学搞个讲座是不难的，完整地讲完一门课则不大容易。台湾地区“法律”这样规定，充分说明台湾地区的法官和检察官业余时间是比较喜欢在大学讲课的，所以要通过立法加以限制。我感到，在法学理论界和司法实务界的沟通、结合方面，尤其在形成共同的法律思维和法律见解方面，我们还有很多需要向台湾同胞学习的地方。从法官方面而言，需要更多的法官既能乐于总结经验和思考问题，又能善于总结经验和思考问题。

三是既要思考公正如何实现又要思考公正如何被感受。实现公正与感受公正具有内在联系，前者是后者的基础和前提，但有时也可能脱节。在许多案件中，法院的裁判已经实现了公正，但相关当事人或许并没有感

受到，所以还不依不饶，继续申诉、申请再审或者上访，我所在的巡回法庭受理的多数申诉案件和申请再审案件都属于这种情况。因此我感到，习近平总书记多次提出要努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义，这不仅是对法官如何实现公平正义提出的明确要求，而且是对法官如何让人民群众包括当事人感受到公平正义提出的明确要求，需要我们每一个法官和法院认真思考和落实。当前，社会关系、法律关系和利益关系越来越复杂，公众基于不同的利益格局和主体立场对同一案件纠纷公正处理的眼光往往截然相反，这是导致目前上诉和申请再审案件数量增加、法院裁判执行难长期得不到根本解决、涉诉信访问题居高不下、司法公信力不高问题的重要原因，我们应从保证实现司法公正和保证感受司法公正这两个方面加强对审判工作的调查研究和审判理论的学术研究，据此寻求破解司法难题之道。还有，随着法官员额制和“让审理者裁判、由裁判者负责”的司法责任制的推进，对法官依法独立公正办案的能力提出了更高的要求，需要法官独立研究解决的问题将会更多，需要法官承担的责任和任务将会更重。比如，过去法官在审判实践中遇到了疑难问题，可以通过报请院庭长把关的方式解决，或者把案件提请审判委员会集体讨论解决，自己可以少研究或者不研究。而在实行“让审理者裁判、由裁判者负责”的审判机制下，院庭长自己都去办案了，有的法院明确取消了院庭长审核裁判文书的程序，法官只能靠自己解决问题了。所以，如果说近年来推进的司法公开有倒逼法官公正司法作用的话，那么，正在推进的司法责任制改革则有倒逼法官打造独立司法能力的作用。为了顺利推进相关司法改革，保证公正司法，我们不能简单地为这项改革叫好，还需要引导、提醒法官重视这项改革可能带来的问题，未雨绸缪地打造依法独立解决审判过程中遇到的各种问题、自觉保持裁判标准统一的能力。可以预见，将来凡是进入员额制范围并实行审判责任制的法官，都需要独立研究和解决审判工作中面临的大多数问题，都需要注意培养学术研究的意识和能力，做到既能在解决问题时“独立自主”，又能在公正裁判时“独立自主”。

话说回来，法官的裁判活动要实现让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义的高标准严要求，必须准确把握如何行使手中的审判权，并准确把握审判案件要达到的相关效果和给人的感受。个人的初步体会是，法官裁判具体案件，一般要从四个方面进行判断，一是证据和事实判断，即认定

的证据必须合法可靠，还原的案情事实必须符合客观真相，这是十八届四中全会决定提出的明确要求。二是法律适用判断，即法官适用的法律、司法解释必须具有准确和针对性，运用的法学理论必须是通说和公认的。三是价值判断，即法官的裁判立场必须能够弘扬法治精神，践行当代社会的核心价值观，增加法治建设的正能量。四是诉讼行为判断，即判断当事人的诉讼行为是否诚信、公正观念是否正确、法治观念是否具备。最后这个判断是很重要的，要依靠这个判断来促进公正的被感受性。也就是说，法官要通过诉讼活动对当事人的公平正义观念进行评估，如果一个当事人缺乏正确的公平正义观念，甚至其诉讼目的都不是追求公平正义，那就要敢于运用语言或者文字对其进行教育、矫治，必要时要果断运用正当程序和法律手段加以惩戒，从而促进全社会自觉形成感受司法公平正义的意识和氛围。

最后，我还想结合德胜法官在书中多次探讨的裁判思维和裁判方法，谈谈法官思维这个老生常谈的话题。在我看来，法官思维具有二重性，一个善于办案又善于研究的专家型法官，应当具有法学思维和法律思维这两种思维。所谓法学思维，就是理论思维，理论思维是张扬的、奔放的和发散的，只宜用来研究学问，解决学术问题，不宜用来裁判案件，解决案件纠纷。这正是一些法官不认同学术观点甚至看不上学术观点的重要原因。而裁判思维就是法律思维，法官是会说话的法律，所以言必有法律依据。法律思维只能用于裁判案件，解决学术问题可能了无创意，这也是一些学者看不上法官学术水平的重要原因。法学思维与法律思维的相通之处不用讲了，很多人认为它们本来就是一回事。所以这里要讲讲它们的区别：一是法学思维是创新性思维，没有创新法学思维就没有生命力，法学思维提倡研究者提出新观点、新见解和新方法，把创新作为评价学术成果价值的第一标准，至于这种创新是否得到公认，是否经得起历史检验，并不是最重要的。而法律思维是保守性思维，要求思维严守法律的精神和立场，忠于法律千古不变的公义，坚守法律的底线和疆界，努力维护法的安定性，这是法官的本分，也是法官被视为保守的原因。二是法学思维是或然性思维，而法律思维是确然性思维。哪怕只有百分之一的可能性，法学研究也可以预言或者假设，而法律思维作为确然性思维，必须确定可靠，坚持有一分证据说一分话，有十分证据讲十分话。法官不可以像学者发表著述一样，在裁判文书的最后部分写上一句“本判决若有不当或错误之处，敬请诉辩双方批

评指正”。法官的判决必须不可置疑让人确信，这种确信来自于法官的思维自信或者说内心确信。三是法学思维是求异思维，而法律思维是求同思维。标新立异是对学术研究的追求，推陈出新是学术研究的使命，众口一词或人云亦云则是对学术研究的背弃，求异才能确保学术研究不断发展、生生不息。但对法官办案而言，求同存异才是司法最重要的追求，同案同判则是公正的实现，左顾右盼是裁判的必然要求。西方国家搞判例制度，我国实行案例指导制度，都是为了促进法官之间互相观摩，以便统一法律思维，保障同案同判。在英美法系国家和地区，法官判案不仅要看本国本地区的法官是如何裁判的，而且要看其他国家和地区的法官是如何裁判的，不仅要看今天的法官是如何裁判的，而且要看历史上的法官前辈是如何裁判的，从而形成纵横一脉相承的法律思维，达致更大范围的公正。在大陆法系国家和地区，法官裁判案件不能自顾自判，左顾右盼其他法官的判决和判例也已成为新常态。如在台湾地区，一个法官在裁判一个有争议的或者是新类型案件时，必须研究台湾“最高法院”的相关判例，有的还要引用国内外专家学者的意见，如果法官引用的是德国专家学者的意见，他还要把该专家的外文原著附上备查。相对而言，我们一些法官缺乏这方面的意识，以为司法裁判可以像学术研究一样创新或独断，结果导致两个法院之间甚至一个法院的不同业务庭之间，对同一争议问题作出相反的裁判，引起社会质疑。随着司法改革的推进和司法责任制的实行，如果我们的法官不注意裁判思维的统一问题，不一致的裁判就会增多，引发公众质疑的裁判也相应会增多，我们要避免此类影响司法公信的情形发生。

总之，德胜法官的这部著作尽管还有一些不足和稚嫩之处，但为从事或者研究刑事审判实务的人员提供了有价值的参考，对刑事法官尤其是青年法官如何开展刑事审判研究富有启迪。希望德胜法官以本书的出版为新的起点，在执法办案之余继续关注学术研究，并不断取得更多更好的成果。

是为序。

胡云腾

2015年5月

前 言

2001年7月13日，我告别了政法大学三年的研究生生活，带着喜悦的心情，正式到朝阳法院报到上班，并如愿进入了专业对口的刑庭。在通过首届司法资格考试之后，我就顺利地当上了法官。

尽管曾经有过多年的教师工作经历，尽管在法大经过了系统的专业培训，但作为一名法院新人，我对能否当好法官仍然心存忐忑。因为法官是一个与人打交道，专司定纷止争的行业，既需要经验，更需要智慧。

我是幸运的，朝阳法院为我搭建了很好的平台，这里有丰富的审判资源，不论是案件数量，还是案件类型，均能满足法官成长的需求。这里有高度的社会关注，不论是精品案件，还是先进理念，均能得到广泛的传播。十余年间，我办理刑事案件2000余件，涉及罪名120余个，伴随着案件而成长。其间，既收获了实现社会正义后满满的职业成就感，也曾因不被理解不被尊重而产生短暂的困惑。作为首都法院的法官，更是经历了以“零八奥运”为代表的重大社会活动对审判工作的考验。在“化解社会矛盾”为代表的工作要求下，不仅要把案件办对，更要把案件办好，同时需要有延伸审判职能、促进社会发展的意识和能力。在此背景下，我办理了一批可圈可点的案件，这对于自己的信心和干劲都是一种极大的鼓舞。

作为一名法官，执法办案是第一要务。然而，如何办好案件，如何提高司法能力，如何跟上学术前沿，如何当好法官，则是我们在埋头办案之余需要不停思考的课题。对于自己关心和思考的问题，行笔成文，是我一直坚持的习惯。经过多年的积累，针对审判工作的多个领域都留下了自己的思考和文字。这些文字，真实记录自己在法官职业道路上成长的心路历程，客观地反映了一名法官在审判工作中的所思所想。

伴随着自己审判经历的积累，年龄也在逐步增长，不知不觉中已经年届四旬。人们常说“四十不惑”，然而，也许是因为自己心智不成熟，也许是法官职业过于博大精深，我的困惑丝毫不减。法律在更新，法治在发展，司法环境在变化，社会期待在提高，我等法律人丝毫不可懈怠，犹如逆水行舟，不进则退。梳理总结过去，或许有利于面对崭新的未来。整理自己过去有代表性的作品，汇编成册，既是一种自恋的怀旧情怀，也带有审视自我、憧憬未来的些许豪迈。

本以为出一本审判实务文集是个十分简单的事情，但真做起来还是要费一番脑筋的。自己长年积累的文字较为庞杂，如何从中挑选出一些自己满意且能够代表自己思想的文章来，就颇为不易。呈现在读者面前的30余篇作品分为热点问题、疑难案件、审判理念三个部分，从不同侧面展示了刑事审判中需要思考的课题。书中所研究的问题均是自己办案中感到困惑企图解决的问题，具有较强的实践性；所论证的案例均是办理时深感疑难后来被权威刊物采用的案例，具有较强的指导性；所涉及的办案感悟均是来源于本人直接办理且深受触动的案件，具有较强的真实性。

做一名有思想的法官，是我多年来孜孜以求的目标。一名有思想的法官，需要有精湛的审判技能、先进的法治理念、较高的学术水平。本书算是对这一追求的一个阶段性总结。做一名有思想的法官，既是一种理想，更是一个过程。

路漫漫其修远兮，吾将上下而求索！

臧德胜

2015年4月于北京

目 录

问题与立场：热点、难点问题研究

- 003 | 罪刑相当原则的司法实现
- 024 | 试论自首的若干问题
- 031 | 关于缓刑适用现状的统计与分析
- 040 | 合同诈骗罪数额标准的重构及司法认定
——以北京市法院近三年审结的合同诈骗案为样本
- 061 | 处理恶意透支型信用卡诈骗案的基本立场
- 065 | 非法行医致人死亡案的司法认定
——兼论非法行医罪的立法完善及司法应对
- 081 | 保安犯罪的特点、原因及预防
- 093 | 刑事一审案件“隐性”超审限问题及规制
- 107 | 刑事审判中法官庭外调查的现状与反思
- 120 | 试论辩护方举证的相关问题
——以正当防卫辩护为视角
- 127 | 试论强奸案中冲突证据的采信

案件与裁决：疑难、复杂案件评析

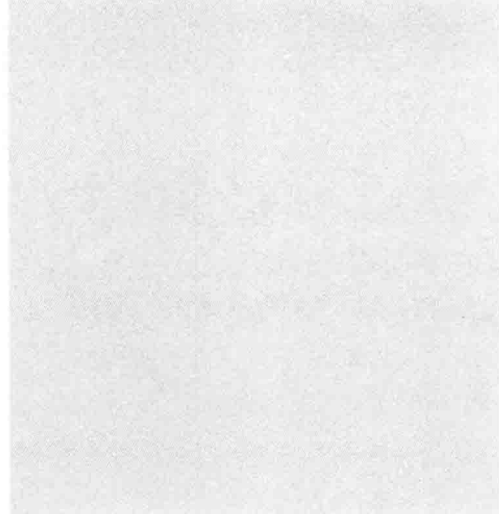
- 137 | 绑架罪未完成形态的区分
——白某某等人绑架案评析

- 151 | 职务犯罪中“办案机关掌握的线索”的范围及“主动投案”的认定
——刘某某二人挪用公款案评析
- 157 | 销售假冒注册商标的商品罪的认定
——杨某某销售假冒注册商标的商品案评析
- 163 | 销售他人享有专有出版权的图书是否构成侵犯著作权罪
——张某等人侵犯著作权案评析
- 169 | 故意伤害罪与过失致人死亡罪的界限
——被告人张某某过失致人死亡案评析
- 174 | 挟持他人子女索要“补偿费”的行为是否构成绑架罪
——被告人李某某绑架案评析
- 183 | 绑架和抢劫交叉案件的司法认定
——刘某某绑架、抢劫、强奸案评析
- 188 | 刑讯逼供诱发被害人心脏病发死亡应如何定罪
——被告人张某等刑讯逼供案评析
- 194 | 入户盗窃着手、既未遂的认定与入户盗窃未遂的定性
——丰某某入户盗窃案评析
- 200 | 挪用资金罪的司法认定
——林某某挪用资金案评析
- 208 | 妨害公务罪的司法认定
——检法存在分歧的三起妨害公务案评析
- 217 | 在公共汽车上用锥子扎人能否构成投放虚假危险物质罪
——杨某某被控投放虚假危险物质案评析
- 221 | 利用网络传授犯罪方法行为的定性及处理原则
——冯某某传授犯罪方法案评析
- 230 | 利用手机 WAP 网传播淫秽信息牟利行为的司法认定
——北京某时尚科技有限公司等传播淫秽物品牟利案评析

方法与思路：审判、办案理念探寻

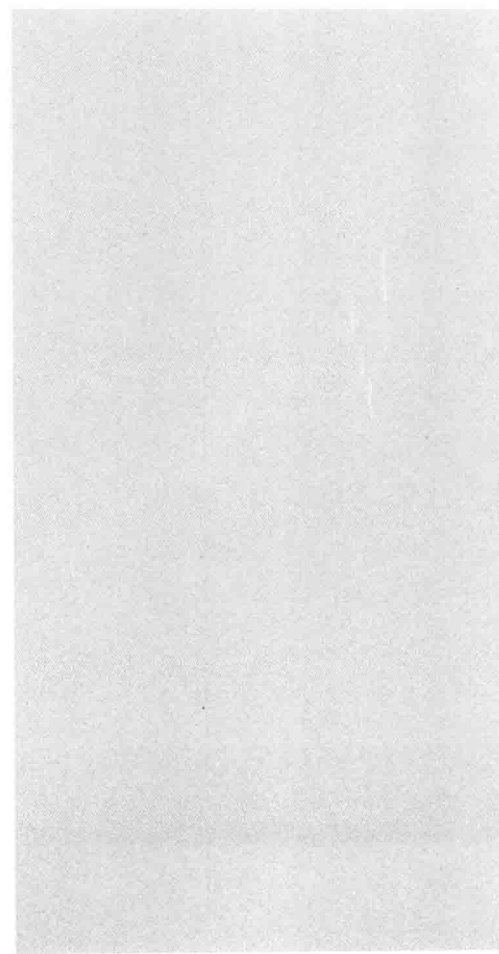
- 239 | 论审判工作中的唯物辩证法
- 247 | 论刑事审判中的法律推理
- 258 | 甘当“三器” 促进附带民事诉讼调解
- 261 | 矛盾化解中的三个“一”
- 266 | 书法与审判
——从书法中悟出的审判工作之道
- 270 | 审判质量的三个层面
——我的审判质量观
- 274 | 法官司法能力之实践解读
——我的司法能力观
- 281 | 有思想 重责任 讲良知
——我的法官职业观

- 288 | 附录 朝阳法院“专家型”法官臧德胜访谈录
- 309 | 后记



问题与立场：

热点、难点问题研究



罪刑相当原则的司法实现

罪刑相当原则不仅是立法上配置法定刑的指导原则，而且应当成为指导刑事司法实践的重要原则。“量刑对于被告人来说是吸引他极大关注的具有重大意义的事情。”^①因为被告人，尤其是有罪被告人，其所关心的并不是以什么理由被惩罚，而是受到了何种惩罚。从这一意义上看，量刑的意义大于定罪，其能够实现最终的实质正义，定罪只是予以惩罚的理由。由于个案千姿百态，对个案进行公正量刑也就十分复杂。在我们的司法实践中，对于量刑的争议多于对定罪的争议。如何在司法实践中实现罪刑相当原则，已经成为刑事司法实务中引人思考的问题。本文以本市某刑事审判庭的量刑现状为视角，通过对罪刑相当原则的司法现状进行实证考察并予以分析，探讨在司法实践中实现罪刑相当原则的具体做法。

一、罪刑相当原则的实证考察

为了全面地反映当前司法机关的量刑状况，笔者尽可能全面地统计了本市某刑事审判庭 2002 年度审结的公诉案件^②。在统计的范围内，全年度作

原载于《刑事法判解》第 9 卷，陈兴良主编，法律出版社 2005 年 7 月第 1 版。

① [日]曾根威彦：“量刑基准”，载《日本刑事法的形成与特色》，法律出版社 1997 年 3 月版，第 150 页。

② 该庭属基层法院，根据管辖制度，无权判处无期徒刑以上的刑罚；又根据刑事审判庭内部的分工，受案范围以危害公共安全犯罪，侵犯公民人身、民主权利犯罪，妨害社会管理秩序犯罪为主；由于统计方法的限制，没能穷尽所有案件，只是尽可能地全面统计。

出有罪判决的公诉案件共 913 件 1048 人，具体量刑结果如下^①：

故意伤害案造成轻伤结果的共 416 件 438 人，分别占故意伤害案总数的 80.8% 和 78.5%。根据《刑法》第 234 条第 1 款的规定，应当处三年以下有期徒刑、拘役或者管制。据统计，故意伤害造成轻伤结果的案件中，被判处有期徒刑的 371 人，人均刑期 11.9 个月，被判处拘役的 63 人，人均刑期 4.9 个月，没有被判处管制的、免于刑事处罚的 4 人，适用缓刑的 182 人，缓刑适用率为 41.6%。^②

故意伤害案致人重伤的 63 案 74 人，分别占故意伤害案总数的 12.2% 和 13.3%。依据《刑法》第 234 条第 2 款的规定，应当判处三年以上十年以下有期徒刑。据统计，故意伤害致人重伤的案件中，被判处有期徒刑的 74 人，人均刑期为 47.5 个月，适用缓刑的 14 人，缓刑适用率为 19.0%，并处剥夺政治权利的 4 人，适用率为 5.4%，人均刑期为 15 个月。

故意伤害案致人死亡的^③36 案 46 人，分别占故意伤害案总数的 7.0% 和 8.2%。依据《刑法》第 234 条第 2 款的规定，应当判处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。据统计，故意伤害致人死亡的案件中，被判处有期徒刑的 46 人，人均刑期为 126.7 个月。并处剥夺政治权利 37 人，适用率为 80.4%，人均刑期为 27.9 个月。

贩卖毒品案法定刑为七年以下有期徒刑的^④93 案 103 人，分别占贩卖毒品案总数的 82.3% 和 81.1%，共贩卖毒品海洛因 195.4 克^⑤。其中，被判处有期徒刑的 99 人，人均贩卖毒品海洛因 2.0 克，人均刑期 14.2 个月；被判处拘役的 4 人，人均贩卖毒品海洛因 0.41 克，人均刑期 4.8 个月；适用缓刑的 2 人，缓刑适用率为 2.0%；并处罚金 103 人，适用率为 100%，人均罚金 4009.7 元。

① 不满 3 人的案件数量较小，量刑不具有代表性，缺乏统计学价值，不予列举。

② 本文所称缓刑适用率，是指适用缓刑的被告人数量与符合判处缓刑法定条件的所有被告人数量（宣告刑为三年以下有期徒刑、拘役，且不是累犯）之比。

③ 在笔者统计的范围内，没有《刑法》规定的“以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾”的情形。

④ 根据《刑法》第 347 条的规定，“走私、贩卖、运输、制造鸦片不满二百克、海洛因或者甲基苯丙胺不满十克或者其他少量毒品的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金”。

⑤ 本文涉及毒品数量均以海洛因为衡量标准，甲基苯丙胺按照 1:1 的比例换算为海洛因计算，其他毒品的，按照其他被告人贩卖海洛因数量的平均值计算。

贩卖毒品案法定刑为七年以上有期徒刑的^①20案24人，分别占贩卖毒品案总数的17.7%和18.9%，共贩卖毒品海洛因479.1克。被判处有期徒刑的24人，人均贩卖毒品海洛因20.0克，人均刑期95个月；并处罚金23人，人均罚金10174.0元；并处剥夺政治权利22人，人均刑期14.7个月；并处没收财产1人。

交通肇事案中，被判处有期徒刑的60人，人均刑期19个月，没有被判处拘役的，适用缓刑19人，缓刑适用率为31.7%。其中，交通肇事情节一般的50案50人，占交通肇事案总数的83.3%，被判处有期徒刑的50人，人均刑期13.3个月，适用缓刑的18人，缓刑适用率为36%；交通肇事后逃逸或者有其他特别恶劣情节的10人，分别占交通肇事案总数的16.7%，被判处有期徒刑的10人，人均刑期48个月，适用缓刑的1人，缓刑适用率为10%。

强奸案情节一般的27案27人，分别占强奸案总数的87.1%和79.4%，被判处有期徒刑的27人，人均刑期66个月，附加剥夺政治权利8人，适用率为30.0%，人均刑期12个月；犯强奸罪有加重情节或结果的^②4案7人，分别占强奸案总数的13.0%和20.6%，被判处有期徒刑的7人，人均刑期125.1个月，附加剥夺政治权利6人，适用率为85.7%，人均刑期26个月。

组织、容留、介绍卖淫案法定刑为五年以下有期徒刑的^③15案17人，分别占该类犯罪的51.7%和53.1%，判处有期徒刑的17人，人均刑期23.1个月，并处罚金17人，人均数额2470.6元；法定刑为五年以上有期徒刑的14案15人，分别占该类案总数的48.3%和46.9%，判处有期徒刑的15人，人均刑期69.6个月，并处罚金15人，人均数额5461.5元。附加剥夺政治权

① 根据《刑法》第347条的规定，“走私、贩卖、运输、制造鸦片二百克以上不满一千克、海洛因或者甲基苯丙胺十克以上不满五十克或者其他毒品数量较大的，处七年以上有期徒刑，并处罚金”。

② 根据《刑法》第236条的规定，是指有下列情形之一的：“（一）强奸妇女、奸淫幼女情节恶劣的；（二）强奸妇女、奸淫幼女多人的；（三）在公共场所当众强奸妇女的；（四）二人以上轮奸的；（五）致使被害人重伤、死亡或者造成其他严重后果的”。

③ 根据《刑法》第358、359条的规定，引诱、容留、介绍卖淫、协助组织卖淫情节一般的，处五年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；引诱、容留、介绍卖淫、协助组织卖淫情节严重的，组织卖淫的，处五年以上有期徒刑，并处罚金。为了统计及表述的方便，笔者作此综合。在统计的范围内，没有判处十年以上有期徒刑的情形。

利 2 人，适用率为 13.3%，人均刑期 12 个月。

买卖、伪造证件、印章案，被判处有期徒刑 21 人，人均刑期 8.6 个月，被判处拘役的 2 人，人均刑期 5 个月，适用缓刑的 5 人，缓刑适用率为 21.7%。

非法拘禁案，被判处有期徒刑 25 人，人均刑期 8.4 个月，被判处拘役的 3 人，人均刑期 3 个月，缓刑 7 人，缓刑适用率为 25%。

窝藏、转移、收购、销售赃物案，被判处有期徒刑的 19 人，人均刑期 9 个月，判处拘役的 2 人，人均刑期 4.5 个月，适用缓刑 3 人，缓刑适用率为 14.3%，并处罚金 21 人，人均罚金 1428.6 元。

寻衅滋事案，被判处有期徒刑 19 人，人均刑期 18.3 个月，没有被判处拘役的，适用缓刑 1 人，缓刑适用率为 5.3%。

贩卖淫秽物品牟利案，被判处有期徒刑 17 人，人均刑期 34.1 个月，没有被判处拘役以及适用缓刑的；被并处罚金 17 人，人均罚金 3476 元，附加剥夺政治权利 2 人，适用率为 11.8%，人均刑期 30 个月。

绑架案，被判处有期徒刑 15 人，人均刑期 122.1 个月，人均罚金 11800 元，附加剥夺政治权利 15 人，人均刑期 29.6 个月。

利用邪教组织破坏法律实施案，被判处有期徒刑 13 人，人均刑期 62.8 个月，没有被判处拘役以及适用缓刑的，附加剥夺政治权利 4 人，适用率为 30.8%，人均刑期 21 个月。

过失致人死亡、重伤案，被判处有期徒刑 13 人，人均刑期 9.1 个月，没有被判处拘役的，适用缓刑 1 人，缓刑适用率为 7.8%。

妨害公务案，被判处有期徒刑 7 人，人均刑期 6.6 个月，被判处拘役 2 人，人均刑期 4.5 个月，适用缓刑 1 人，缓刑适用率为 11.1%。

私藏、非法持有枪支、弹药案，被判处有期徒刑 6 人，人均刑期 17.5 个月，被判处拘役 1 人，人均刑期 5 个月，适用缓刑 1 人，缓刑适用率为 14.3%。

重大责任事故案，被判处有期徒刑 6 人，人均刑期 20 个月，被判处拘役 1 人，人均刑期 5 个月，适用缓刑 4 人，缓刑适用率为 57.1%。

赌博案，被判处有期徒刑 9 人，人均刑期 7.9 个月，没有被判处拘役的，适用缓刑 5 人，缓刑适用率为 55.6%，人均罚金 3888.9 元。

盗掘古墓葬案，被判处有期徒刑 5 人，人均刑期 10.4 个月，人均罚金 1200 元。

非法持有毒品案，被判处有期徒刑 5 人，人均刑期 10 个月，人均罚金 3000 元。

容留吸食毒品案，被判处有期徒刑 5 人，人均刑期 7.6 个月，被判处拘役 1 人，人均刑期 6 个月，没有适用缓刑的，人均罚金 3000 元。

放火案被判处有期徒刑 4 人，人均刑期 48 个月。

猥亵儿童、强制猥亵妇女案，被判处有期徒刑 4 人，人均刑期 27 个月。

故意杀人案，被判处有期徒刑 3 人，人均刑期 124 个月，附加剥夺政治权利 3 人，适用率为 100%，人均刑期 40 个月。

二、罪刑相当原则的实然分析

（一）同罪分析

根据统计的数字，量刑的结果反映了当前量刑的三种状况。

1. 量刑结果体现了法定刑配置的客观化模式

我国刑法的法定刑配置，倾向于客观化的立法模式，对于同一个罪名，往往都根据罪行的严重程度——主要是犯罪的客观方面，确定了一个阶梯式的法定刑。而且，立法上将这种阶梯有机地衔接起来，没有出现断档的现象。笔者统计的数据显示，这种立法模式，在量刑实践中得到了充分的体现，比如，故意伤害造成轻伤结果的，人均刑期 10.8 个月，故意伤害致人重伤的，人均刑期 47.5 个月，故意伤害致人死亡的人均刑期 126.7 个月。再如，贩卖毒品数量一般的，人均贩卖毒品海洛因 1.9 克，人均刑期 13.8 个月，人均罚金 4009.7 元；数量较大的，人均贩卖海洛因 20.0 克，人均刑期 95 个月，人均罚金 10174.0 元。由此可见，故意伤害罪，分别根据犯罪结果的严重程度，量刑也相应递增；贩卖毒品罪，分别根据贩卖毒品的数量上升，量刑也相应递增，并处的罚金数额立法上采用了绝对不确定法定刑的模式，没有明确规定数额，但是在司法实践中，却很好地根据犯罪的客观因素进行了处理。

2. 量刑结果体现了刑罚轻缓化的倾向

统计结果显示，实际的量刑结果均低于法定刑的中线。

由于受到管辖权的限制，该庭适用的主刑刑种只有管制、拘役、有期

徒刑，而管制在实践中又没有得到实际运用^①，拘役和有期徒刑，均是封闭式的，且有上、下限，所以可以为其确定中线。比如，故意伤害造成轻伤结果的，窝藏、转移、收购、销售赃物的，交通肇事情节一般的，法定刑为三年以下有期徒刑、拘役或者管制，其量刑中线应当为 18.5 个月。^② 在笔者的统计中，这三种犯罪的宣告刑分别为 10.8 个月、9 个月和 13.3 个月。再如，故意伤害致人重伤的、强奸情节一般的、放火没有造成严重后果的，法定刑均为三年以上十年以下有期徒刑，其量刑中线应当为 78 个月。^③ 在笔者的统计中，这三个罪的宣告刑分别为 47.5 个月、66 个月和 48 个月。出现这种状况，一方面是因为量刑情节的原因。根据刑法的规定，法定的从重情节只有一个，即累犯，没有法定的加重处罚情节；而法定的从轻、减轻情节却有自首、立功、从犯、限制责任能力、防卫过当等数个。酌定从轻的情节还有被告人认罪悔罪表现好、被害人有过错、积极赔偿被害人的经济损失等多种。这种轻、重量刑情节的差异，直接导致了量刑的实际结果轻于法定的量刑中线。另一方面原因是由于上诉不加刑的诉讼原则影响了办案法官的量刑思路，量刑中时而出现宁轻勿重的倾向，从而直接导致了量刑的实际结果轻于法定的量刑中线。

3. 宣告刑期分布出现不均衡的倾向

在笔者的统计中，宣告刑期接近或者等于量刑上、下限的案件极少。故意伤害造成轻伤结果给予刑事处罚的案件量刑最轻的为拘役 2 个月，缓刑 2 个月，量刑最高的为有期徒刑 30 个月（共 7 人），判处有期徒刑 24 个月的共计 19 人，其余均不满 24 个月。故意伤害致人重伤的只有 1 人判处有期徒刑 120 个月，属于最高限量刑，除此之外，判处有期徒刑 96 个月的 1 人，84 个月的 2 人，其余均不满有期徒刑 84 个月。故意伤害致人死亡、强奸情节严重、绑架等案件量刑最低限为有期徒刑 120 个月，但是，除了从犯以外，判处有期徒刑 120 个月的也极为少见。同样，判处有期徒刑 180 个月的案件只

① 在统计的范围内，没有判处管制的，这一现状值得反思，作为一种主刑，与其名存实亡，不如予以废止。

② 即拘役起点 1 个月至 3 年的中线。计算方法： $(36-1) \div 2+1=18.5$ 。

③ 即 36 个月至 120 个月的中线。计算方法： $(120-36) \div 2+36=78$ 。

有2件。容留、介绍卖淫案情节一般被判处有期徒刑48个月的只有2人，其余均在有期徒刑36个月以下，贩卖毒品情节一般的，量刑最高的为有期徒刑60个月。这种量刑状况，直接的后果就是同一罪名不同情节量刑结果不协调，刑期分布不均衡。比如，故意伤害造成轻伤后果与故意伤害致人重伤之间本来应当是相互衔接的，分水岭是有期徒刑36个月，但是如果故意伤害造成轻伤结果的很少判处有期徒刑24个月、30个月或者36个月，这将会造成宣告刑的断档。这种倾向，在贩卖毒品、容留、引诱卖淫案中表现更为明显。

（二）异罪分析

该庭承办的案件中，有相当多的不同种之罪，法定刑是相同的，相应地，作出的宣告刑应当大体上一致。有些不同种之罪，其法定刑不同，相应地，作出的宣告刑也应当有所区别。通过统计可见，有些案件的量刑却并没有完全反映法定刑的轻重。

1. 法定刑高低不同，宣告刑却反方向变化

量刑是以法定刑为依据的，但是通过统计发现，量刑并没有反映法定刑的高低，比较明显地表现为交通肇事罪与过失致人死亡罪的量刑。

交通肇事罪在致人死亡的情况下，与过失致人死亡罪属于法条竞合犯，二者不是择一重罪论处的关系，而是应当择一最恰当的罪名处理。统计中的过失致人死亡案均是由于开车不慎造成他人死亡的结果，区别二罪的关键在于是否发生于公共道路上，因为交通肇事罪是危害公共安全的犯罪，而过失致人死亡罪是侵犯公民人身权利的犯罪。二罪的法定刑是有所区别的^①，过失致人死亡罪的法定刑明显重于交通肇事罪的法定刑。之所以出现这种立法状况，有其深刻的社会背景。随着社会的发展，交通运输业同样飞快发展，也只有这样，才能适应社会的需要，而从事交通运输，其本身就存在着一定的危险性，社会必须对其有一定的容忍度，交通肇事罪在一定程度上具有可

^① 过失致人死亡的，处三年以上七年以下有期徒刑，情节较轻的处三年以下有期徒刑。交通肇事的，处三年以下有期徒刑或者拘役；交通肇事后逃逸或者有其他特别恶劣情节的，处三年以上七年以下有期徒刑。《刑法》分则所规定的其他的法条竞合犯均是特殊罪的法定刑重于一般罪的法定刑，如诈骗罪与其他几种诈骗罪，而过失致人死亡罪与其法条竞合犯的法定刑却是“倒挂”的，对此，必须予以正视。

宽恕性。如果对交通肇事罪规定过高的法定刑，在一定的程度上会阻碍交通运输业的发展，将不适应社会的需要。^①而过失致人死亡，属于被告人缺乏社会责任感，无视他人生命权利。所以，立法上规定过失致人死亡首先考虑三年以上有期徒刑，只有情节较轻的，才考虑三年以下有期徒刑。

统计资料显示，交通肇事罪人均刑期 19.0 个月，缓刑适用率为 31.7%，其中，情节一般的人均刑期 13.3 个月，缓刑适用率为 36%。过失致人死亡罪，人均刑期 9.1 个月，缓刑适用率为 7.8%。由此可见，过失致人死亡罪的量刑明显轻于交通肇事罪，统计中的过失致人死亡罪均认定属于情节较轻。之所以出现这种状况，可能有以下几种原因。（1）过失致人死亡案中，被害人一方的责任明显，因为在统计的范围内，受害人多为婴幼儿，监护人往往没有尽到监护职责。（2）过失致人死亡案中，被告人较好地赔偿了被害人的经济损失。这两类案件均存在民事赔偿问题，而交通肇事案，均考虑死亡赔偿金，过失致人死亡案不考虑死亡赔偿金。这样，二者的数额有明显的差别。被告人赔偿同样的数额，在过失致人死亡案中，能够很好地赔偿被害人，而在交通肇事案中，被害人属于没有得到较好的赔偿。赔偿状况的差异，往往会导致两罪在量刑上的差异。（3）办案人员认识上的误区。在实践中，办案人员往往会忽视立法的本意，而凭着自己的感觉量刑，只看到交通肇事对公共安全的危害，而没有对刑法分则产生整体的观念，没有看到二者在法定刑上的差异及其内在的原因。（4）交通肇事罪已经有了明确的司法解释，对其定罪量刑的标准有了具体的规定，可操作性较强。而过失致人死亡罪，没有明确的规定，究竟何种程度属于“情节较轻”没有统一的标准，办案人员难以掌握。笔者认为，对于过失致人死亡罪“情节较轻”的认定，应当考虑主客观的因素。主观上应当考虑被告人过失的程度，离故意和意外事件的远近；客观上应当考虑被告人行为的后果，包括过失致死的人数多少、被害人死亡的社会影响等因素。

2. 法定刑相同，宣告刑相差较大

法定刑相同的犯罪，宣告刑应当大体相当，但是统计的结果并非如此。

^① 再如该庭审理的重大责任事故罪也是如此，在认定是否构成重大责任事故罪时，必须考虑立法原意。

此处以故意伤害（致人重伤）和强奸（情节一般）为例。

故意伤害（致人重伤）、强奸（情节一般）二类案件的法定刑相同，均是三年以上十年以下有期徒刑。该二罪均是侵犯了公民的人身权利，故意伤害罪是结果犯的代表，强奸罪是行为犯的代表。在统计中，故意伤害致人重伤案，人均刑期为47.5个月，缓刑适用率为19.0%，附加剥夺政治权利适用率为5.4%；强奸案情节一般的人均刑期为66个月，附加剥夺政治权利的适用率为30.0%。从中可以看出，量刑上是存在明显差异的。之所以在量刑上存在差异，是由于以下三方面的原因。（1）在故意伤害案中，有相当比例的案件，被害人或多或少地有一定的责任，这样就要相应地对被告人酌予从轻处理，而强奸案如果认定被害人有责任则是荒唐的。（2）故意伤害案存在民事赔偿，一旦被告人能够积极赔偿被害人的经济损失，往往能够得到被害人的谅解，法官往往也会尊重被害人的意见，而强奸案一般不存在赔偿的问题，而且作为直接指控人的被害人是不能谅解被告人的。（3）故意伤害案往往除了被害人陈述、被告人供述，还有其他证据予以印证，被告人基本上能够认罪。而强奸案由于其性质的限制，其他证据较少，被告人不认罪的情况较多。两相比较，故意伤害案被告人的认罪态度总体上要好于强奸案被告人的认罪态度。

三、量刑情节在罪刑相当原则中的体现^①

我国当前没有统一的量刑方法，法官在定罪基础上对被告人量刑，受到多方面因素的影响，这些影响量刑的因素，在这次统计中均得到了不同程度的反映，充分体现了刑罚个别化的倾向。

^① 限于篇幅，本文仅以自首和累犯这两个从宽、从严情节的代表为例，其他情节在该庭的量刑中也有所体现。比如，贩卖毒品情节一般的立功犯人均贩卖毒品海洛因3.1克，人均刑期10个月，人均罚金4500元；故意伤害致人死亡案的从犯人均刑期90.7个月，附加剥夺政治权利5人，人均剥夺19.2个月；故意伤害致人重伤的从犯人均刑期30个月，均明显低于平均值。最为明显的是防卫过当故意伤害致人死亡，2名被告人分别被判处有期徒刑24个月和8个月。关于被告人的地域、性别、辩护等因素对于量刑的影响有待于进一步的研究。

（一）从宽情节——自首对量刑的影响

出于刑事立法的成熟及与犯罪作斗争的需要，我国 1997 年刑法对自首制度作了较大的修改。（1）明确了自首的概念及条件，抛弃了原刑法时代的“三要件”（自动投案、如实供述、接受审判），取而代之以“二要件”（自动投案和如实供述）认定自首。同时扩大了自首的范围，增加了“以自首论”的特殊情形。（2）在立法模式上，实现了从概括式立法（自首制度规定在刑法总则中，适用于刑法分则的一切犯罪）向混合式立法（总则和分则均有关于自首的规定，如行贿罪）的演变。（3）进一步加大了对自首犯的从宽程度。在一般情况下，原刑法规定“可以从轻”，现增加“或者减轻处罚”。其中，犯罪较轻的，原刑法规定“可以减轻处罚或免除处罚”，现改为“可以免除处罚”。从以上分析可见，现行刑法极大限度地放宽了自首的条件，并从宽处理。据笔者统计显示，自首情节在量刑中得到了充分的体现。以故意伤害造成轻伤后果和交通肇事这两个自首比例较高的故意犯罪和过失犯罪的代表为例。故意伤害造成轻伤结果的案件中，自首犯 80 人，平均刑期^①9.2 月，缓刑适用率为 56.2%；非自首犯 358 名，平均刑期 11.2 月，缓刑适用率为 41.6%。交通肇事案中，自首犯 31 名，平均刑期 15.1 月，缓刑适用率为 58.9%；非自首犯 29 名，平均刑期 23.2 月，缓刑适用率为 27.6%。^②这就说明被告人因为自首，人身危险性降低，量刑相对较轻；同时，判处缓刑不致再危害社会，该庭在量刑时对此给予了充分的考虑。

在统计中，笔者发现自首这一法定量刑情节有时所发挥的作用超过了立法的本意。尤其是定重罪还是定轻罪比较模糊的案件中，由于自首的存在，办案人员会在认定重罪的同时大幅度减轻对被告人的处罚^③，造成了自首功能的滥用，自首作为量刑情节不应当成为左右定罪的砝码。

笔者认为，正确把握自首的司法裁量，首先应当确立从宽的基点，也就

^① 本处中的平均刑期指徒刑、拘役（含缓刑）的平均刑期。

^② 在其他犯罪中，这种情况也有体现，因为故意伤害（轻伤）、交通肇事分别是故意、过失犯罪中自首比例最高的犯罪，代表性较高，故予以列举。

^③ 比如，一起故意伤害致人死亡案，因为被告人具有自首情节减轻处罚判处有期徒刑 2 年，抛开量刑是否公正不说，自首不足以如此幅度地减轻处罚。

是说自首从宽应当是自我比较，即自首犯罪分子和自身的比较，我们应当考虑的是如果被告人没有自首情节如何量刑，然后予以从宽，而不是和同案犯或者同类犯相比较。因为个案、个人均有其特殊性，这种可比性较小。只有和自己比较才是准确的，才能避免给一些滥用自首投机取巧的被告人可乘之机；其次，应当严格区分不同类型的自首。投案自首的时间、动机、方式、陈述案情的真实性，均可以成为考察被告人自首程度高低的因素，对其进行科学合理的分析，从而决定对其从宽的幅度，才能充分地发挥自首的功能。

（二）从严情节——累犯对量刑的影响

根据我国刑法的规定，累犯具有两种^①，其一是特殊累犯，即危害国家安全罪的累犯，鉴于管辖范围的限制，统计中没有该类案件；其二是一般累犯，根据刑法第65条的规定，一般累犯必须具备三个条件：（1）前罪和后罪均是故意犯罪；（2）前罪和后罪均应当判处有期徒刑以上刑罚；（3）后罪发生于前罪执行完毕后五年以内。“刑法中的累犯制度，其宗旨在于充分运用刑罚手段同具有严重社会危害性和人身危险性的特殊犯罪人类型作有效斗争”。^②对于累犯，我国刑法规定“应当从重处罚”。这就为准确地对累犯科处刑罚提供了准则。之所以如此规定，是因为累犯的人身危险性较初犯更大，对其改造的难度也就相应增强，其所需要的刑罚量也就增多。对于累犯从重处罚的原则，在总则中有所体现^③，而最终还是体现在对于分则各个具体罪名的适用上。

贩卖毒品罪法定刑在七年以下有期徒刑的案件中，累犯人均贩卖毒品1.7克，人均刑期16.8个月，人均罚金4333.3元；非累犯人均贩卖毒品1.9克，人均刑期13.3个月，人均罚金3954.5元。贩卖毒品罪法定刑在七年以上有期徒刑的案件中，累犯人均贩卖毒品12.2克，人均刑期94个月，人均罚金10000元，人均剥夺政治权利12个月；非累犯人均贩卖毒品21.1克，人均

① 《刑法》第356条规定，因走私、贩卖、运输、制造、非法持有毒品被判过刑，又犯本节（走私、贩卖、运输、制造毒品罪）规定之罪的，从重处罚。这样，符合该条件的案件的处罚就如同于累犯的处罚，但是，笔者未将其计入累犯的统计范围。

② 马克昌：《刑罚通论》，武汉大学出版社1999年4月版，第416页。

③ 《刑法》第74条规定，“对于累犯，不适用缓刑”。

刑期 95.1 个月，人均罚金 9714.2 元，人均剥夺政治权利 15.2 个月。

故意伤害造成轻伤的案件中，累犯人均刑期 17.6 个月，非累犯人均刑期 10.6 个月。

强奸罪情节一般的案件中，累犯人均刑期 88 个月，附加剥夺政治权利 3 人，剥夺政治权利适用率为 100%，人均刑期 12 个月；非累犯人均刑期 63.3 个月，附加剥夺政治权利 5 人，剥夺政治权利适用率为 20.8%，人均刑期 12 个月。

从中可以看出，累犯从重处罚的量刑原则得到了较好的体现。但是只有解决以下几个问题量型才能与累犯制度相协调。（1）刑罚执行期间犯新罪的，虽然不是累犯，但是在量刑时应当体现出比累犯更为严格的处罚，不当让其通过数罪并罚得到比累犯更轻的结果。（2）取保候审期间犯新罪的，应当比累犯更重处罚。（3）累犯的附加刑，也应当相应地从重。

四、罪刑相当原则的应然探讨（一）——在定罪阶段的实现

审判机关处理案件的过程包括两个方面，其一是定罪，其二是量刑，二者紧密相连。笔者认为，罪刑相当原则的司法实现不局限于量刑阶段，在定罪阶段就应当有所体现。由于立法技术的原因，我国刑法分则规定的具体罪状之间往往存在着一定的交叉、包容关系，一个案件事实往往符合两个以上的法定犯罪构成。这样，在定罪的时候，就可以根据量刑的需要选择罪刑相当的罪名准确定罪。“只有定罪准确，才能保证量刑公正。”^① 罪刑相当原则对审判机关定罪会产生较大的影响。

（一）法定刑制约对犯罪构成的理解，从而影响定罪

按照一般的思维方式，定罪的过程就是逻辑学上三段论的推理过程。根据刑法分则的规定和刑法理论，确定某一犯罪的犯罪构成，这是大前提。某一具体案件的事实构成是小前提，小前提符合大前提，得出结论即某一具体的罪名。然后按照罪名确定宣告刑，确定宣告刑的过程也是三段论推

^① 沈德咏：“论量刑公正”，载《中英量刑问题比较研究》，中国政法大学出版社 2001 年 2 月版，第 8 页。

理过程。所以，一般认为，量刑不会影响定罪。但是，我们对于某一犯罪构成的理解应当充分考虑其法定刑。尤其一些法定刑偏高或者偏低的罪名，更是不能按照通常的方式去理解。比如，绑架罪^①，鉴于其法定刑较高，我们就必须将一部分符合绑架罪的形式构成要件而社会危害性较低的行为剔除于该罪的犯罪构成，从而达到量刑的适当。如一起案件中，被告人李某在冯某某家做保姆期间，二人发生性关系。冯某某承诺与同居女友李某分手后娶其为妻。案发当天，李某以冯某某的名义将李某解雇，李某自认为被冯某某欺骗，将冯某某女儿冯某（5岁）骗出，打电话向冯某某索要补偿费20000元，4小时以后，李某被公安人员抓获。对于此案的认定，就需要综合考虑犯罪的形式要件与实质要件。鉴于本案被告人的犯罪行为社会危害性较小，按照绑架罪的法定刑，判处十年以上有期徒刑则量刑畸重。这就需要对绑架罪的构成要件做较高标准的理解。为了达到量刑的相当，可以将被告人索要补偿费的行为理解为索要法律不予保护的债务，从而认定为非法拘禁罪，达到量刑的适当。^②

（二）罪刑相当原则影响对被告人行为主观方面的认定，从而影响定罪

犯罪的客观方面是有形的、外在的，比较容易认定。而主观方面则是被告人内在的心理态度，是无形的。刑法分则有较多的犯罪行为，区别就在于犯罪主观方面的不同。根据我国刑法的规定，故意犯罪与过失犯罪的法定刑有很大的差异。对被告人主观方面认定的不同，会影响对被告人处理的理由（罪名），从而对于被告人的实质处罚结果（量刑）有很大的差别。一般而言，犯罪的主观方面可以通过其表现于外部的客观行为来认定。但是，司法实践中，有些案件主观方面非常的模糊，难以认定。审判人员的认识不同对于被告人的定罪量刑往往有着极大的差别。在这种情况下，就需要结合被告人行

^① 阮齐林：“绑架罪的法定刑对理解其犯罪构成的制约”，载《法学研究》2002年第2期。

^② 最高人民法院《关于对为索取法律不予保护的债务非法拘禁他人行为如何定罪问题的解释》的精神也是充分考虑量刑的因素，认为“绑架罪的法定最低刑是十年有期徒刑，如果对这种情况定绑架罪，势必会造成罪与刑不相适应”。参见李兵：“《关于对为索取法律不予保护的债务非法拘禁他人行为如何定罪问题的解释》的理解与适用”，载《刑事审判参考》2000年第5辑。

为的社会危害性，考虑其量刑的要求，从罪刑相当的角度决定被告人的罪名。比如，一起案件中，被告人张某与被害人李某系表兄弟关系，平时关系良好。案发时张某制止李某看电视要求其睡觉，李某不听制止，张某随手拿起一根木棍扔过去，后见李某坐着不动，过去见李某停止呼吸，便为其做人工呼吸，又送往医院，李某死亡后，张某投案自首，被害人家属要求从轻处罚。后法院认定被告人犯故意伤害罪，因自首减轻处罚，判处有期徒刑二年。笔者认为，法院最终的量刑结果是适当的，实现了罪刑相当。但是，本案的定性，需要考虑被告人有无伤害的故意。自首是一个罪后的情节，作用有限，不足以使被告人从十年有期徒刑的法定刑减轻至二年有期徒刑。根据本案的量刑，认定被告人的行为构成过失致人死亡罪既能做到量刑适当，又能符合法律的规定。试想，如果本案被告人没有自首情节，认定其构成故意伤害罪如何量刑呢？显然难以做到量刑适当。在定罪时，充分考虑量刑的需要，对于其主观方面做切合实际的理解，有利于做到实体公正，实现罪刑相当原则。

（三）在牵连犯、竞合犯の場合，罪刑相当原则决定了罪名的选择

按照刑法的一般理论，牵连犯、想象竞合犯的一般处理原则是择一重罪论处。法条竞合犯，是按照特殊规定优于一般规定适用的原则，但是，在事实上，除了过失致人死亡罪与其法条竞合犯外，特殊之罪的法定刑均高于一般规定，所以，也是采用择一重罪处罚的原则，如生产、销售伪劣产品罪与生产、销售假药罪。这样，量刑对被告人的定罪就具有绝对的影响。笔者认为，由于我国的刑法的较多罪名均有两个以上的量刑幅度，在处理此类犯罪时，比较二罪法定刑的高低不能仅看两罪的最高刑或者最低刑，而是应当考虑其行为所适用的法定刑幅度，以及其行为按照不同的罪名可能判处的刑罚，决定罪名的认定，从而达到量刑的均衡。在一起案件中，被告人控制了多名儿童，教授盗窃方法，长期强行要求儿童去实施盗窃行为，盗窃财物归被告人所有。本案的被告人应当是盗窃罪（间接正犯）与传授犯罪方法罪（实行犯）的牵连犯。在选择适用罪名时，就应当考虑被告人的行为按照二罪分别所属的量刑幅度和可能判处的刑罚。如果按照盗窃罪，被告人长期、多次强迫无行为能力人盗窃，可以认定情节特别严重；如果按照传授犯罪方法罪，被告人的传授范围、传授手段都难以达到情

节严重。所以，虽然传授犯罪方法罪的法定刑整体上高于盗窃罪的法定刑，但是本案以盗窃罪论处，才能达到量刑的适当。

（四）法定量刑情节造成量刑明显不当时，改变罪名可以实现罪刑相当

由于我国的刑法中规定了一些应当减轻、免除处罚的情节，这在量刑中是必须适用的。但是，有时可能造成量刑的不当。如一起故意杀人案中，被告人因其女友与其分手，而持刀杀之，用刀将其身上多处扎伤，致其眼睛失明，被告人因良心发现而放弃继续侵害。由于按照被告人所犯故意杀人罪，犯罪中止应当减轻处罚，故意杀人罪减轻处罚只能在十年以下有期徒刑的幅度内量刑，这样会造成量刑偏轻。由于被告人的行为侵犯了他人的身体健康，如果以故意伤害罪论处，可以按照使用残忍手段致人重伤伤残论处，从而判处十年以上有期徒刑，而且如此处理也不违反法律的规定，因为持刀故意杀人行为必然包含着伤害他人身体的故意。两相比较，从最适当的量刑角度看，认定故意伤害罪是适当的。

（五）罪刑相当原则影响情节犯中情节的理解，从而影响罪与非罪的认定

尽管我国刑法总则所规定的犯罪概念中已经包含有定量因素，刑法分则的较多个罪中仍然有情节犯的规定^①。我国刑法之所以如此重视犯罪的“量”在定罪中的作用，其根本用意在于缩小刑法打击的范围，避免过分广泛的犯罪化。但是，由于对“情节严重”、“情节恶劣”的标准较难把握，导致司法实践中一些达不到定罪标准的行为人被认定为犯罪人，从而受到刑罚处罚，这种情况下，不论如何量刑，都不可能做到罪刑相当。解决上述问题，就需要根据罪刑相当原则来制约对于情节犯的理解，严格把握罪与非罪、此罪与彼罪的界限，最终实现罪刑相当。根据主流的刑法学理论，应受刑罚惩罚性是犯罪的一个主要特征。我们在认定一个情节犯是否构成犯罪时，不能抛开量刑孤立地考察，而应当考虑是否达到了应受刑罚惩罚的程度。如

^① 刘守芬、方文军：“情节犯及相关问题研究”，载《法学杂志》2003年第5期。

在处理非法行医罪时，判断是否“情节严重”，就需要考虑对其非法行医行为，处以行政处罚是否足以达到制裁目的。如果根据其行为必须进行刑罚制裁，则可以认定其“情节严重”，处以刑罚能够实现罪刑相当原则。

五、罪刑相当原则的应然探讨（二）——在量刑阶段的实现

我国刑法所规定的犯罪量刑幅度较大，法官的自由裁量权较大，而当前又没有统一的量刑方法，导致量刑方法的多样性。司法实践中的一般做法是，根据某一案件的基本犯罪事实，确立量刑的基准，然后考虑影响量刑的法定、酌定情节，确立主刑刑期及执行方式，最后考虑附加刑的适用。

（一）基准刑的选择

基准刑是指抛开影响量刑的情节，根据案件的主观、客观要件，对某一犯罪适用的刑罚。在考虑基准刑时，应当注意以下几个问题：（1）树立刑法分则的总体观念。刑法分则是一个有机的整体，在确立个罪的刑罚时，必须将其与相关犯罪相协调。这就需要考虑该罪法定刑与相关犯罪法定刑的关系，从而判断立法的原意，以便准确地适用刑罚。比如，在故意伤害致人死亡的案件中，必须考虑相关的犯罪，如过失致人死亡、故意杀人的法定刑。在被告人扎伤被害人数刀致人死亡的案件中，应当考虑其与故意杀人罪量刑的衔接；在被告人一般的伤害行为致人死亡的案件中，应当考虑与过失致人死亡罪量刑的衔接。（2）树立主客观相统一的刑罚原则。主客观相统一既是定罪原则，也是量刑原则。准确的量刑，既不能仅从刑罚的预防功能出发考虑被告人的主观恶性，也不能仅从刑罚的报复功能出发考虑犯罪的客观后果，而应当综合考虑。比如盗窃案，被告人扒窃时偶然遇到数额特别巨大的现金，与其直接针对数额特别巨大的数额进行盗窃，虽然说均属于数额特别巨大，但是其主观方面有所不同，量刑时必须考虑这一因素。（3）树立同罪不同量刑幅度相互协调的观念。我国刑法分则的多数犯罪均有两个以上的量刑幅度。在量刑时，必须考虑不同量刑幅度之间的协调。按照立法本意，司法实践中，对于同罪的量刑应当是均衡分布的，严重的断档现象不应出现。司法实践中，对于盗窃、贪污等纯粹数额型的犯罪往往容易把握，而对于故意伤害、抢劫、

强奸等犯罪则难以把握。这就需要审判人员准确地理解每一犯罪的要义，尤其是低档幅度与高档幅度的衔接。如故意伤害致人重伤，由于重伤的标准较为广泛，同是重伤，往往后果不同，对于严重重伤并伴有伤残的就应当考虑与使用残忍手段致人严重残疾的犯罪的量刑衔接，提高其基准刑。

（二）从重、从轻、减轻、免除处罚的选择适用

在基准刑确立之后，就应运用案件的各种情节对基准刑进行调整。

关于从重处罚。我国刑法总则规定的从重处罚情节只有一个，即累犯。需要说明的是，对累犯从重处罚的幅度，应当考虑前后之罪的间隔时间，二罪性质相似程度，各自社会危害性的大小，不可一概而论。但是，累犯毕竟是罪前情节，其对量刑的影响有限，不可过度。分则中，关于从重的规定较多，有特殊主体从重处罚，如国家机关工作人员利用职权犯非法拘禁罪；有特殊犯罪对象从重处罚，如强奸幼女；有犯罪情节从重，如索贿的受贿罪；有特殊犯罪类型从重，如贩卖毒品罪、危害国家安全罪再犯。关于从重的参照点，应当是与没有这一从重情节的犯罪相比较，而不可盲目地从重。在有些犯罪中，在特定条件下，放宽了定罪的标准，定罪本身已经体现了从重，量刑时不宜考虑从重，否则是重复评价。比如，猥亵儿童罪，虽然分则规定从重处罚，但是很多猥亵儿童案，没有强制性，与猥亵妇女罪不具有可比性，不宜从重处罚。索贿型的受贿罪，没有为他人谋取不正当利益的也能够构成犯罪，定罪本身已经体现了从重的思想。“定罪情节不得在量刑时再次使用。”^①

关于从轻处罚^②。从轻处罚的事由，既有法定的，也有酌定的。对于法定的从轻处罚事由，在具体案件的量刑中，均应当予以考虑，与相似的犯罪在量刑时应当有所区别。尽管有些规定的是“可以从轻”，但是这种“可以”是具有很强的倾向性的。在具体案件中，有些具有从轻处罚情节的被告人仍然被判处死刑，这是由于死刑这一刑种的性质决定的，并非没有考

^① 陈兴良：《本体刑法学》，商务印书馆2001年8月版，第771页。

^② 从轻处罚的规定，主要存在于刑法总则之中。包括：未成年犯罪、限制责任能力人犯罪、聋哑、盲人犯罪、犯罪预备、犯罪未遂、从犯、被教唆人未实施被教唆之罪的教唆犯、自首、立功等。

虑从轻情节。在司法实践中，一些酌定的从轻事由往往能够发挥很大的功能，比如被告人赔偿被害人的经济损失。笔者认为，判断赔偿状况以及如何从轻处罚，不能仅考虑赔偿的绝对数额，还应当看赔偿数额与造成的实际损失相比较的相对数额。如果同样是赔偿了被害人的实际经济损失，赔偿越多者表明其行为造成的犯罪后果更为严重，反而量刑应当更高。

关于减轻处罚^①。减轻处罚的适用，牵涉到刑罚适用幅度的选择，也是真正意义上的法定情节^②，是看得见的情节，适用时需要慎重处理。其必须是在该被告人的犯罪行为所对应的量刑幅度的最低法定刑以下判刑。同一量刑幅度内刑种的选择不属于减轻处罚。如故意杀人罪，减轻处罚必须判处十年以下有期徒刑；故意伤害造成轻伤结果没有减轻处罚的可能。尽管刑法对减轻处罚的幅度没有规定，但是笔者认为，减轻处罚原则上只能减至下一个量刑幅度，而减的幅度不宜太大，否则，要么量刑不当，要么就得考虑定罪是否准确。同样是减轻处罚的情节，构成要件本身的情节要优于构成要件以外的情节，罪中情节优于罪前、罪后情节。《刑法》第63条规定的酌定减轻处罚，由于具有严格的程序规定，在司法实践中应用者寥寥，笔者认为，在不减轻处罚量刑不当的情况下，改变罪名是一个可行的选择。

关于免除处罚^③。在司法实践中，由于免除处罚具有严格的条件和烦琐的程序，其很少得到运用，而代之以“押多久判多久”的做法。虽然从形式上看，对被告人的待遇没有多大区别，但是二者的性质是完全不同的，免除处罚的正确运用，有助于教育感化被告人，并产生良好的社会效果，而且对于被告人的未来也有很大的影响。必须充分重视免除处罚的运用。与此密切相关的是《刑法》第37条规定的免于刑事处罚。一般认为，二者是不同

① 减轻处罚的规定，主要存在于刑法总则之中，包括：同一罪行在国外受过刑罚处罚的、未成年人犯罪、限制责任能力人犯罪、聋哑、盲人犯罪、防卫过当、避险过当、犯罪预备、造成损害后果的犯罪中止、从犯、胁从犯、被教唆人未实施被教唆之罪的教唆犯、自首、立功等。分则中也有规定，如行贿人在被追诉之前主动交代行贿行为的、介绍贿赂人在被追诉之前主动交代介绍贿赂行为的。

② 法定情节从轻处罚时，具有酌定的性质。

③ 免除处罚的规定，主要集中于刑法总则的规定。包括：同一罪行在国外受过刑罚处罚的、聋哑、盲人犯罪、防卫过当、避险过当、犯罪预备、没有造成损害结果的犯罪中止、从犯、胁从犯、犯罪较轻的自首犯、重大立功等。

的概念。^①前者是被告人应予惩处因为有基本构成要件之外的事实（含修正的构成要件的事实如未遂、从犯以及罪前、罪后情节如自首、累犯）而免刑，后者是根据被告人犯罪构成要件之内的事实，不需要判处刑罚而免刑。问题在于什么样的案件可以免除刑事处罚。一般认为所有的案件只要情节较轻就可以免于刑事处罚。笔者认为，对于此类案件的范围必须严格界定，否则会造成一些犯罪，法院没有减轻处罚的权力，却有免于刑事处罚的权力这样不协调的状况。如绑架罪，如果没有法定的减、免情节，地方法院没有权力减轻处罚，是否可以以情节轻微为由免于刑事处罚呢，笔者认为是不允许的，免于刑事处罚的犯罪，只能是轻罪，具体标准可以掌握在法定最低刑为三年以上有期徒刑的犯罪不得免于刑事处罚。只有这样才能与《刑法》第63条第2款的规定相协调。

（三）宣告刑期及执行方式的选择

我国刑法分则对各个罪名确定的刑罚基本上都具有两个以上的刑种，以有期徒刑为主，辅之以管制、拘役、无期徒刑、死刑等刑种。一个罪名只能有一个主刑，这就需要在综合考虑的基础上选择最终宣告的刑种。选择刑种的过程，是建立在对全案有了全面的把握的基础上，通过从重、从轻、减轻、免除处罚等情节对基准刑进行调整，确定主刑刑期。主刑刑期的最终选定，不仅要考虑全案的案情，而且要充分考虑刑罚的各种功能，同时还要兼顾个案之间的量刑平衡，来决定宣告刑期。

此处执行方式的选择主要指拘役和有期徒刑的缓刑。鉴于缓刑制度的诸多优越性，缓刑的适用范围有待于进一步扩大。^②适用缓刑的最本质条件

^① 也有学者对此持不同意见，如认为“刑法第37条所规定的不是独立的免除刑罚的事由，只是其他具体的免除处罚情节的概括性规定”。参见高格：《定罪与量刑》，中国方正出版社1999年1月版，第278页。

^② 在统计的范围内，宣告缓刑的共有250人，占被告人总人数的23.9%，占可以适用缓刑的797名被告人的31.4%。在宣告缓刑的250名被告人中，公诉机关起诉时取保候罪的有243人。公诉机关起诉时在押，法院依法宣告缓刑的有6人。另，公诉机关起诉时取保候罪，法院依法判处实刑的有2人。从中不难看出，法院对被告人是否适用缓刑，在很大程度上取决于该被告人所受强制措施的种类。而被告人被采取强制措施的种类往往在侦查阶段即已确立。这样，被告人能否获得缓刑，在很大程度上是由侦查机关确定的。

也是最难把握的条件在于被告人是否会再危害社会。^①“确认犯罪人不致再危害社会，是审判人员对将来的一种推测和判断。”^②正是未来状况的难以预测性，导致实践中法官适用缓刑的积极性不高，符合适用缓刑条件的被告人没有宣告缓刑，从而导致缓刑适用量较小。笔者认为，正确地适用缓刑需要树立正确的刑罚观。（1）符合适用缓刑条件没有适用缓刑的，同样违背罪刑相当的刑法原则。因为决定量刑是否适当的因素不仅包括刑期的长短，而且包括刑罚适用的方式。（2）缓刑犯不致再危害社会只是一种推断，法官只需尽到严格把关的义务，没有义务保证其不再危害社会。唯有如此，才能使缓刑制度落到实处。

（四）附加刑的选择

附加刑的正确适用，也是衡量罪刑相当原则的一个重要方面。

关于剥夺政治权利。在统计的范围内，凡是判处七年以上有期徒刑的，无一例外地都予以附加剥夺政治权利；凡是判处六年以下有期徒刑的，无一例外地都没有附加剥夺政治权利。而且，附加剥夺政治权利的期限，也基本上是根据刑期的长短按比例确定。这种附加剥夺政治权利的状况显然不符合立法本意，因为对被告人是否剥夺政治权利以及剥夺政治权利的期限并不完全根据被告人主刑刑期的长短，而是要综合考虑被告人犯罪的性质，其行为的社会危害性、被告人的一贯政治信誉等因素。“还要适当考虑犯罪人将来继续利用政治权利进行犯罪的可能性大小。”^③而且，根据《刑法》第58条^④的规定，即使是判处拘役的被告人同样可以附加剥夺政治权利；根据《刑法》第56条^⑤的规定，即使是故意杀人、放火等犯罪也只是“可以附加剥夺政治权利”。

① 在一些法院，基本上根据被告人的认罪态度，如果被告人不认罪的，一律不适用缓刑。这一标准虽然具有一定的合理性，因为这类被告人没有悔罪表现，但是又未免过于简单，因为被告人不认罪的原因是多种多样的。

② 何秉松：《刑法教科书》，中国法制出版社2000年6月版，第602页。

③ 马克昌：《刑罚通论》，武汉大学出版社1999年4月版，第466页。

④ 《刑法》第58条规定：“附加剥夺政治权利的刑期，从徒刑、拘役执行完毕之日或者从假释之日起计算……”

⑤ 《刑法》第56条规定：“……对于故意杀人、强奸、放火、爆炸、投毒、抢劫等严重破坏社会秩序的犯罪分子，可以剥夺政治权利。”

关于罚金刑。以罚金刑替代短期自由刑也是当今刑罚适用的一种主要思潮，既避免了短期自由刑的诸多弊端，又能够达到制裁犯罪的目的。但是，在笔者的统计范围内，罚金刑均是并处，而没有单处的案例，而且罚金的数额基本上是根据主刑刑期的长短确定罚金的数额。这与倡导罚金刑的意旨相背。其实，通过适用罚金刑剥夺被告人再犯的能力同样是对被告人的制裁，在决定判处罚金的数额时根据的情节“主要是犯罪人的非法获利情况、行为恶劣程度、危害的大小等。犯罪人的经济状况也是罚金刑裁量应当考虑的因素之一”^①。如果不考虑被告人的经济状况，就难以达到实质的平等，而且难以实现刑罚的目的。

^① 陈兴良：《本体刑法学》，商务印书馆2001年8月版，第765页。最高人民法院的司法解释也确认了这一观点，参见《最高人民法院关于适用财产刑若干问题的规定》第1条。

试论自首的若干问题

如果说犯罪中止制度是为犯罪分子架设后退的黄金桥^①，自首制度则是犯罪分子走向悔过从善的大门。自首制度是当今刑法中的一个最为重要的从宽处罚情节。^②随着刑罚个别化思潮的兴起，自首问题也日益引起人们的关注。但是自首问题的复杂性，导致在对其认识上不可避免地存在分歧。^③本文力图围绕审判实践，探讨自首制度中的几个疑难问题。

一、自首制度的价值

受儒家“过而能改，善莫大焉”古训的影响，中国古代刑法中的自首制度源远流长。最为明确具体的，当属唐律中“诸犯罪未发而自首的，原其罪”^④之规定。

出于刑事立法的成熟及与犯罪作斗争的需要，我国1997年刑法对自首制度作了较大的修改。其一，明确了自首的概念及条件，抛弃了原刑法时代的“三要件”（自动投案、如实供述、接受审判），取而代之以“二要件”（自

原载于《朝阳法苑》2003年第1期，其中部分载于《北京日报》及中国法院网 <http://www.chinacourt.org/article/detail/2003/06/id/66190.shtml>。

① [德]李斯特著：《德国刑法教科书》，许久生译，法律出版社2000年5月版，第349页。

② 据统计，某审判庭2002年度审结的1044名被告人（专指公诉案件）中，认定为自首的有172名，占16.5%。

③ 司法实践中，相当比例案件，控、辩、审三方以及一、二审之间对自首的认定存在分歧，这直接影响到被告人的刑事责任。

④ 《唐律疏议》说：“过而不改，斯成过矣，今能改过，来首其罪，皆合得原。”

动投案和如实供述)。同时扩大了自首的范围,增加了“以自首论”的特殊情形。其二,在立法模式上,实现了从概括式立法(自首制度规定在刑法总则中,适用于刑法分则的一切犯罪)向混合式立法(总则和分则均有关于自首的规定,如行贿罪)的演变。其三,进一步加大了对自首犯的从宽程度。在一般情况下,原刑法规定“可以从轻”,现增加“或者减轻处罚”。其中,犯罪较轻的,原刑法规定“可以减轻处罚或免除处罚”,现改为“可以免除处罚”。

从以上分析可见,现行刑法最大限度地放宽了自首的条件,并从宽处理。这一点具有积极的意义。

第一,对自首犯从宽处理符合刑罚个别化的要求。对于造成相同犯罪结果的犯罪分子,是否自首,其主观恶性是有所区别的。自首犯能够认识到其行为的危害,在无力改变既定结果的情况下,能够幡然悔悟,其主观恶性较小。与那些执迷不悟、负隅顽抗者理应有所区别。

第二,犯罪后自首,使刑事案件得以及时侦破,降低了诉讼成本,对其从宽处理理所当然。鼓励犯罪分子自首,可以使公安机关能够集中精力和那些顽固分子作斗争。西方国家的辩诉交易制度是我们可资借鉴的“它山之石”,与自首制度又有着异曲同工之妙,当然,我们是实现于审判阶段。

第三,司法实践证明,自首犯往往能够认真改造,再犯率较低,刑罚特殊预防的功能容易实现。犯罪分子能够自首,对其所需要的“刑罚量”就有所降低,正如功利主义哲学家边沁所说:“不用可怕的鞭子对付过错而仅仅使用一根桦树枝”。^①一般认为,犯罪是“恶”,刑罚是针对“恶”的“恶”,则成为正义,但是如果适用过量,既是一种浪费,也是非正义。

二、投案时间对自首认定的影响

投案的起始时间是犯罪实施以后。被告人自动投案应当发生在犯罪以后,在犯罪之前,自然不存在投案的问题。在犯罪的过程中,被告人投案的,

^① [英]边沁著:《立法理论——刑法典原理》,李贵方等译,中国人民公安大学出版社1993年8月版,第68页。

应当视为在犯罪以后投案，因为这里的犯罪以后包括犯罪预备、犯罪未遂、犯罪中止和犯罪既遂以后。而且犯罪应当是真实成立的犯罪，如果是被告人假想的犯罪，不存在自首的问题，比如误将正当防卫当作犯罪而投案就不属于自首。因为自首本质上是量刑的问题，以构成犯罪为前提，被告人没有犯罪也就无所谓自首。

投案的终了时间应当是犯罪嫌疑人归案以前，自首并不存在于整个侦查阶段。对此问题有以下几种情况，一是被告人犯罪以后，犯罪事实及犯罪嫌疑人均未被发觉，行为人即主动投案，这也是最典型的自首，主要发生于组织卖淫等没有被害人的犯罪。二是犯罪事实已被发觉，犯罪嫌疑人尚未被发觉，行为人即主动投案，主要发生于盗窃等秘密型的犯罪。三是犯罪事实未被发觉，犯罪嫌疑人被发觉，主要是因形迹可疑被盘查而自首。四是犯罪行为及嫌疑人均被发觉，但是被告人尚未被控制时，行为人投案的情形，主要表现于犯罪后逃跑等情形。

在司法实践中，存在两种争议较大的情形，其一是犯罪嫌疑人曾经被侦查机关控制，后因为证据不足等原因解除羁押，在证据充分后，被告人接到侦查机关的通知后归案的，笔者认为这种情况下不能成立自首，因为被告人的归案不具有自动性，犯罪事实已被侦查机关掌握，嫌疑人仍然在侦查机关的视线之内，接到电话后归案是其义务，被告人只是较好地配合侦查机关的工作，可以酌予从轻处罚。其二是行为人犯罪被抓获或者被采取强制措施后逃跑，然后又投案的情况。对此问题在理论上有不同观点。肯定者认为把这种情况以自首认定从宽处理，能够鼓励犯罪分子迷途知返。笔者认为将此种情况认定为自首一方面违背了自首的立法本意，另一方面社会效果不好，使人误以为逃跑者反而得到法律的谅解。上述两种情况不成立自首还有法律规定的原因，因为有关司法解释规定了主动投案应当是犯罪嫌疑人未受到讯问或者强制措施之前。对于已经受到过讯问或者强制措施的犯罪嫌疑人在此之后投案不可能成立自首。需要说明的是，这里的讯问应当包括没有制作笔录的口头讯问。^①

^① 在从事审判工作过程中，对自首的认识也发生了一些变化，未被采取强制措施的人，接公安机关电话通知到案的，以认定自首为宜。——作者补注

三、投案对象对自首认定的影响

投案对象所要解决的是嫌疑人向谁投案可以认定为自首的问题。我国古代刑法“犯罪未发觉而自首于官府受审判者”即“投于官府”的规定具有较大的狭隘性。

现代刑法基本上都扩大了投案对象的范围，对自首的界定普遍较为宽泛。根据我国刑法关于自首的立法精神及审判实践，投案对象主要包括了以下几种情况。一是相应的国家机关，主要是公安机关、检察机关和审判机关，这些机关从事司法工作，并且是各种刑事案件的办案机关，自然可以成为犯罪分子投案的机关。二是有关组织，主要包括犯罪嫌疑人所在单位、城乡基层组织。这些组织分布较广，与人民群众联系较为紧密，承担了大量的接待投案工作。为犯罪嫌疑人投案提供了便利条件。三是有关个人，主要是以上单位中负责人，嫌疑人往往很难掌握犯罪以后究竟向谁投案，就选择当地与治安有关的人员投案，并不违背自首制度的要旨。

需要探讨的是嫌疑人向被害人投案的能否认定为自首。笔者认为，被告人向被害人自首有两种情况，其一是希望自己私了，希望被害人别报案。其二是嫌疑人主动向被害人认罪，并且愿意接受司法机关处理。对于第一种情况，被告人目的不在于依法解决问题，甚至是为了投机取巧，不符合自首的立法精神，不应当认定为自首。对于第二种情况，嫌疑人向被害人投案，如果之后到司法机关投案，接受处理的能够认定为自首，和一般的直接到司法机关自首没有区别。如果嫌疑人向被害人投案后，躲避司法机关的侦查，则不能成立自首。需要说明的是，对于告诉才处理的案件，如果行为人直接向受害人投案说明情况的，理论上应当成立自首。但是我国立法上关于自首的规定排除了成立自首的余地。根据告诉才处理案件的类型，侮辱、诽谤、虐待案件中，如果行为人主动向受害人认错，受害人能够谅解不起诉的不成立犯罪；自诉人坚持起诉的可根据被告人的悔罪表现酌予从轻处理。另外，根据刑法法定刑设置，这些犯罪没有减轻处罚的余地，认定自首没有实质意义。对于侵占罪而言，如果被告人向自诉人投案归还占有物的，不构成犯罪。

当前这种投案对象较为宽泛的司法实践，是与我国的法制现状相适应的，我们不可能要求嫌疑人准确地找到投案的机关。向谁投案只是形式，关键在于是否有投案的目的。

四、投案动机及方式对认定自首的影响

从刑事司法成本的角度看，投案动机如何，不影响自首的成立；从犯罪预防的角度看，投案的动机如何，影响其主观恶性大小，也就影响到自首的成立。

根据司法实践，嫌疑人投案的动机有以下几种情况。其一是认识到自己行为的危害性，投案接受处罚，这也是最符合自首立法本意的投案情形；其二是认为自己受到别人的侵害，为了维护自己的利益，报警投案，经调查自己成为了犯罪嫌疑人。如果是捏造事实，这种情况下，嫌疑人并没有认识到自己行为的危害性，甚至是恶人先告状，不存在其投案的问题，仅仅是报案。其目的不是在于使自己置身于有关机关的控制之下，而且没能如实陈述。如果是法律认识错误，则能够成立自首，如把事实没有争议的故意伤害当作正当防卫。因为行为人具备了如实供述的情节，是否接受“制裁”已经不再是自首的条件。

如果说投案动机是自首的主观方面，投案方式则是自首的客观方面之一，所要解决的是行为人采用何种形式向司法机关投案的问题。根据我国自首的立法和司法解释，自首有以下几种投案方式。^①

其一是亲首，即亲自投案自首，是自首的一般形式，是犯罪分子在犯罪以后，亲自主动直接向公安机关、检察院或者法院投案，也包括在特殊情况下先以信电投案的。先以信电投案必须有真实的投案意图，如果为了先以信电打探，后被抓获的不能成立自首。信电投案往往适用于因病、伤或者为了紧急处理犯罪结果等情形。

其二是代首，即委托他人代为自首的情形，往往是行为人具有投案自首的真实意图，但是客观上不能亲自自首，明确委托他人代己投案自首。如果客观上具备亲首的条件而不亲首的不能成立自首，以防止滥用代首而探望风声。而且，行为人主观上必须有自首的诚意，并明确地委托他人。如果行为人言之无意，代首人听之有心而代首，不能成立自首。

^① 有论者谈及陪首，鉴于其与亲首没有本质的区别，本文不再论述。参见陈兴良：《刑法适用总论》，法律出版社1999年6月版，第471页。

其三是送首，根据司法解释，主要是亲友送其归案的情形。行为人并不一定真正悔悟，但是其亲友希望给其争取一个从宽情节，在行为人自愿或者勉强同意的情况下送案。如果亲友不是出于争取从宽的目的，而是为了打击犯罪行为则不能成立自首，比如被告人针对自己亲属实施犯罪行为，亲友出于气愤将其送案的，不应当认定为自首。

五、自首的刑罚裁量

纵观当今世界各国的刑事立法，无一例外地都对自首犯予以从宽处理，而对于如何从宽，存在绝对从宽和相对从宽两种方式。^①我国刑法采取的是相对从宽的原则，即规定“对于自首的犯罪分子，可以从轻或者减轻处罚，其中犯罪较轻的可以免除处罚”。也就是说，在我国当前，并非对所有的自首犯均从宽处理，这种将法定情节酌定化的立法模式，赋予司法机关较大的自由裁量权。

由于我国当前在量刑方法方面存在问题，缺乏定量标准，可操作性不强，作为法定情节的自首因而有着至关重要的意义。自首从宽的原则在我国当前的司法实践中得到了较为明显的体现。据笔者统计，某审判庭 2002 年度审结的故意伤害（轻伤）案中，自首犯 80 名，平均刑期^②9.2 月，缓刑适用率^③为 57.7%；非自首犯 358 名，平均刑期 11.2 月，缓刑适用率为 42.7%。交通肇事案中，自首犯 31 名，平均刑期 15.1 月，缓刑适用率为 58.9%；非自首犯 29 名，平均刑期 23.2 月，缓刑适用率为 27.6%。^④由此可见，自首情节在量刑中得到了充分的体现，这就说明被告人因为自首，人身危险性降低，量刑相对较轻；同时，能够主动投案的人，判处缓刑不致再危害社会，

① 周振想：《自首制度的理论与实践》，人民法院出版社 1988 年版，第 60 页。

② 本文中的平均刑期指徒刑、拘役（含缓刑）的平均刑期。

③ 本文的缓刑适用率指适用缓刑的被告人人数除以判处三年以下有期徒刑、拘役的非累犯人数。

④ 在其他犯罪中，这种情况也有体现，因为故意伤害（轻伤）、交通肇事分别是故意、过失犯罪中自首比例最高的犯罪，代表性较高，故予以列举。另据笔者参与的对 1999 年某院有罪判决的统计，自首案件缓刑的适用率（适用缓刑人数与该范围内全部犯罪人数之比）为 24.2%，非自首案件，缓刑适用率为 8%。参见阮齐林等：“北京市朝阳区检察院 1999 年度公诉案件量刑的分析研究”，载《政法论坛》2001 年第 1 期。

司法机关在量刑时对此给予了充分的考虑。

在司法实践中，自首在量刑中的作用表现在两个方面，其一是重刑与轻刑的调节器。在一些法定刑比较高的罪名（如故意伤害致人死亡、绑架）中，如果法官认为被告人的行为社会危害性小，将会利用自首这一法定情节大幅度减轻被告人的刑罚；其二是轻罪与重罪的调节器，在一些轻罪和重罪模糊，但是最终以重罪定罪的案件中，如果有自首这一法定情节，法官也会充分利用，寻求量刑上的平衡。需要注意的是，自首这一法定情节也是一把双刃剑，正确适用，能够达到罪刑的均衡；用之不当，将会是权力滥用的缺口，在当前的司法实践中，如果我们赋予自首过多的职能，显然超过了立法的本意。

笔者认为，正确把握自首的司法裁量，首先应当确立从宽的基点，也就是说自首从宽应当是自我比较，即自首犯罪分子和自身的比较，我们应当考虑的是如果被告人没有自首情节如何量刑，然后予以从宽，而不是和同案犯或者同类犯相比较。因为个案、个人均有其特殊性，这种可比性较小。只有和自身比较才是准确的，才能避免给一些滥用自首投机取巧的被告人可乘之机；其次，应当严格区分不同类型的自首。投案自首的时间、动机、方式、陈述案情的真实性，均可以成为考察被告人自首程度高低的因素，对其进行科学合理的分析，从而决定对其从宽的幅度，才能充分地发挥自首的功能。

关于缓刑适用现状的统计与分析

由于我国审判管辖的划分以及缓刑适用条件的限制，缓刑的适用主要存在于基层法院。掌握基层法院缓刑适用的现状，对于科学、理性地适用缓刑具有直接的意义。为此，笔者以一个审判庭一年的判决情况为依据，进行分析。

一、缓刑适用的现状

在笔者统计的范围内，共有公诉案件 917 件 1048 名被告人。其中宣告缓刑的 250 人，占被告人总人数的 23.9%，占可以适用缓刑的 797^① 名被告人的 31.4%。宣告缓刑的 250 名被告人的具体分布情况如下：

（一）根据案件类型划分

故意伤害造成轻伤结果的共 416 件 438 人中，适用缓刑的 182 人，缓刑适用率为 41.6%。^② 故意伤害致人重伤的 63 案 74 人中，适用缓刑的 14 人，缓刑适用率为 19.0%。交通肇事被判处有期徒刑的 60 人，适用缓刑的 19 人，缓刑适用率为 31.7%。^③ 非法拘禁案被判处有期徒刑 25 人中，缓刑 7 人，缓

原载于《中国刑事法杂志》2005 年第 2 期。

① 由于简单地通过判决没法认定被告人是否会再危害社会，笔者以三年以下有期徒刑的非累犯为范围。全年判处三年以下有期徒刑或者拘役的共 831 人，其中累犯 34 人。

② 本文所用缓刑适用率是指适用缓刑的被告人人数与该范围内所有被告人人数之比。

③ 其中交通肇事情节一般的 50 案 50 人，适用缓刑的 18 人，缓刑适用率为 36%；交通肇事后逃逸或者有其他特别恶劣情节的 10 人，适用缓刑的 1 人，缓刑适用率为 10%。

刑适用率为 28%。重大责任事故案 6 人中，适用缓刑 4 人，缓刑适用率为 66.7%。赌博案 9 人中，适用缓刑 5 人，缓刑适用率为 55.6%。其他案件的 436 名被告人中，适用缓刑 22 人，缓刑适用率为 5%。^①

（二）根据强制措施划分

法院受理案件时取保候审的被告人 246 人，适用缓刑的 244 人，判处实刑 2 人，缓刑适用率 99.2%。公诉机关起诉时在押的被告人 802 人，法院依法适用缓刑的有 6 人，缓刑适用率 0.7%。

（三）根据户籍地划分

在判处缓刑的 250 名被告人中，京籍被告人 204 名，缓刑适用率 45.4%，^② 占缓刑犯总数的 81.6%。非京籍被告人缓刑 46 人，缓刑适用率为 7.7%，占缓刑犯总数的 18.4%。^③

（四）根据诉讼程序划分

在全年判处缓刑的 250 名被告人中，适用普通程序审理的有 19 案 27 人，占全部缓刑人数的 11%；适用简易程序审理的有 223 人，占全部缓刑人数的 89%。

（五）根据法定情节划分^④

具有自首情节适用缓刑的 63 人，占全部自首被告人 172 人的 36.6%。其中故意伤害致人轻伤自首适用缓刑的 44 人，占该类案件自首人数 80 人的 55%。交通肇事案件具有自首情节适用缓刑的 11 人，占该类案件适用缓刑人数 19 人的 57.9%，占该类案件自首人数 31 人的 34.5%。

① 其他案件适用缓刑相对较少，没有统计学意义，主要如下：贩卖毒品的 113 案 127 人中，适用缓刑的 2 人，缓刑适用率为 1.5%。买卖、伪造证件、印章案 21 人中，适用缓刑的 5 人，缓刑适用率为 21.7%。窝藏、转移、收购、销售赃物案 19 人中，适用缓刑 3 人，缓刑适用率为 14.3%。

② 京籍被告人共 449 人。

③ 非京籍被告人共 599 人。

④ 在统计的范围内，法定情节最多的为自首和累犯，累犯不适用缓刑，其他法定情节较少，不具有统计学意义，故不予列举。

二、问题及分析

（一）缓刑主要适用于故意伤害致人轻伤和交通肇事案件中

根据统计，故意伤害致人轻伤和交通肇事两类案件适用缓刑共 201 人，占全部缓刑犯的 80.4%。在审判实践中，准确把握这两类案件的缓刑适用问题，对于提高缓刑适用的质量有极大的意义。这是由我国刑法规定的缓刑适用条件决定的。由于缓刑只能适用于被判处有期徒刑、拘役的被告人，决定了强奸、故意伤害致人死亡等案件难以具有适用缓刑的机会，故意伤害致人轻伤和交通肇事案一般在三年以下有期徒刑的幅度内量刑；累犯不适用缓刑，而交通肇事案作为过失犯罪，不成立累犯，故意伤害致人轻伤如果判处拘役，也不成立累犯，所以这两类案件被强行排除缓刑适用的情况较少，适用缓刑的可能性较大。适用缓刑须确实不致再危害社会，直接表现是认罪悔罪，交通肇事是过失犯罪，故意伤害致人轻伤后果较轻，被告人往往都有认罪悔罪表现。相反，其他案件往往存在被告人不认罪的情况。

（二）简易程序适用缓刑较多，普通程序适用缓刑较少

适用普通程序审理的被告人共 365 人，缓刑适用率为 7.4%；适用简易程序审理的被告人共 683 人，缓刑适用率为 32.7%，二者具有很大的差异。出现这种状况是由简易程序的适用范围与缓刑的适用条件决定的。根据刑事诉讼法的规定，简易程序审理可能判处三年以下有期徒刑等刑罚，事实清楚，证据充分，且被告人对犯罪事实没有异议的案件。这一适用范围正好与缓刑的适用条件相吻合，除非是累犯。而适用普通程序审理的案件，被告人一般判处三年以上有期徒刑的刑罚，或者不认罪，这样都不能适用缓刑。但是，笔者认为，普通程序仍然存在适用缓刑的余地。其一，在多被告人的案件中，有一人可能判处三年以上有期徒刑的，必须适用普通程序，对于其中的从犯或者由其他法定从宽情节的被告人，可以适用缓刑；其二，在多被告人的案件中，虽然罪行较轻，但是有一人不认罪的不适用普通程序，而对于其中认罪且有悔罪表现的可以适用缓刑；其三，由于法定刑较高而适用缓刑的案件，由于法定减轻情节的存在，宣告刑为

三年以下有期徒刑或者拘役的，可以适用缓刑。其四，由于被告人庭前不认罪而适用普通程序，在庭审过程中，被告人自愿认罪并有悔罪表现的，可以适用缓刑。

（三）取保候审的被告人适用缓刑的多于被羁押的被告人

统计的数据显示，适用缓刑的被告人中，取保候审的占 97.6%。取保候审的被告人适用缓刑率为 99.1%。由此可见，法院对被告人是否适用缓刑，在很大程度上取决于该被告人所受强制措施的种类。而被告人被采取强制措施的种类往往在侦查阶段即已确立。这样，被告人能否获得缓刑，在很大程度上是由侦查机关确立的。造成这种状况首先有其合理的一面，因为公安机关在确立被告人的强制措施种类的时候，是有其事实根据的，即公安机关根据其判断，对该犯罪嫌疑人不予以逮捕，不致发生社会危险性，经过审判很可能被判处缓刑。案件经过审判，法院往往也认为该被告人没有羁押的必要。经过检察机关批准逮捕的被告人情况道理相同。但是，这毕竟是针对一部分案件而言的。有些案件情况并非如此。在实践中，有些案件被告人被取保候审，法院经过审判，虽然觉得对该被告人适用缓刑有些勉强，但是只要不违反法律的强制性规定，不是判处三年以上有期徒刑或者累犯，往往也予以宣告缓刑，而不管被告人是否会再危害社会。另一方面，有些案件的被告人被依法逮捕，法院经过审判，虽然觉得被告人符合适用缓刑的条件，但是往往也没有适用缓刑，而是适当地从轻处罚，从而达到一种平衡。这一点通过数据也可以看出来。故意伤害造成轻伤结果的案件中，判处有期徒刑被宣告缓刑的被告人的平均刑期为 12.1 个月，适用实刑的被告人的平均刑期是 11.8 个月。判处拘役被宣告缓刑的被告人的平均刑期为 5 个月，适用实刑的平均刑期为 4.6 个月。从中可以看出，被适用缓刑的被告人并不完全是那些罪行较轻的被告人，或者可以理解为审判机关对于那些可以适用缓刑而没有适用缓刑的被告人往往判处较轻的刑罚。之所以出现这种状况，有其深刻的现实背景。在有些法院中，合议庭或者独任审判员的职权是有限的，在押人员判处缓刑（称“放人”）以及取保候审人员判处实刑（称“抓人”）时从程序上均需要经过院长提交审判委员会讨论。在真正“抓人”时还需要公安机关予以执行，需要公安人员的配合；在“放

人”时从实体上需要对被告人的一贯状况予以考察，调取相应部门对其予以监督考察的相关材料。烦琐的事务往往会使任务繁重的审判人员望而却步，有心无力。而且牵涉到缓刑的案件以简易案件居多，审限只有 20 天，经不起如此的反复。

（四）缓刑考验期基本上等同于刑期

根据统计，在判处缓刑的被告人中，判处拘役 6 个月以下缓刑 6 个月的 4 人，拘役 6 个月缓刑 6 个月的 39 人，拘役 6 个月缓刑一年的 2 人，有期徒刑一年以下缓刑一年的 52 人，有期徒刑一年以上考验期长于刑期的 9 人，考验期等于刑期的 144 人。由此可见，考验期等于刑期的占全部缓刑犯的 73.2%，由于法律的强制规定，缓刑考验期大于刑期的占全部缓刑犯的 22.4%，根据裁量权缓刑考验期大于刑期的占全部缓刑犯的 4.4%。根据刑法的规定，拘役的缓刑考验期限为原判刑期以上一年以下，但是不能少于二个月。有期徒刑的缓刑考验期限为原判刑期以上五年以下，但是不能少于一年。“这一规定，带有明显的折中主义色彩，它以原判刑罚的轻重为基础，以等于或者略高于原判刑期为原则，即体现了罪刑相适应的原则，又符合区别对待刑事政策的要求。”^①这一规定，便于对不同的被告人根据其罪行情节，确定考验期。但是，统计的结果显示，绝大多数被告人的缓刑考验期都等同于原判刑期。之所以出现这种状况，一方面是由于对缓刑考验期的作用认识不足，缺乏利用缓刑考验期改造被告人的意识；另一方面是由于担心缓刑考验期过长，被告人在缓刑考验期内违反考验规定，从而需要撤销缓刑，影响自己判决的权威性。对于这一担心是没有必要的，“确实不致再危害社会只能是审判人员的一种推测或者预先判断”^②，只要审判人员以事实为根据就行。笔者认为，这一状况有待改善，审判人员应当充分行使自由裁量权，根据被告人犯罪情节及悔罪表现，设定不同的缓刑考验期，以实现刑罚的个别化。

^① 马克昌主编：《刑罚通论》，武汉大学出版社 1999 年 4 月版，第 579 页。

^② 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社 2000 年 10 月版，第 304 页。

（五）京籍被告人适用缓刑的机会多于非京籍被告人

出现这种现象，一个最主要的原因是京籍被告人取保候审的机会多于非京籍被告人。在侦查阶段，公安机关对犯罪嫌疑人取保候审，需要被告人提供保证人，并且具有固定的住所，而非京籍被告人往往不具备这些条件，对其取保候审往往难以有效地控制。另一个原因是，京籍被告人往往能比非京籍被告人更好地赔偿被害人的经济损失。在适用缓刑比较多的故意伤害致人轻伤和交通肇事案中，均存在民事赔偿问题，民事赔偿的状况往往会影响到对其是否适用缓刑，由于经济条件的原因，京籍被告人的赔偿状况要好于非京籍被告人。再有一个原因是思想认识问题，认为对非京籍被告人适用缓刑，难以有效地监管，缓刑得不到实际的执行，从而剥夺了非京籍被告人适用缓刑的机会。这种状况不仅没有体现罪刑相当原则，而且违背了法律面前人人平等的法治精神。

三、措施及建议

通过前文的分析可见，当前缓刑适用的数量还有很大的提升空间^①，在缓刑适用问题上还有很多有待于完善的地方。

（一）提高对缓刑适用的认识

其一，缓刑有利于刑罚目的的实现。刑罚的目的之一在于改造被告人，通过对被告人适用刑罚，向被告人施“恶”，达到以“恶”治“恶”，从而向“善”的目的。但是，实践表明，罪犯离开监狱以后对社会的不适应是其成功转型的最大障碍。通过对有悔改表现的被告人适用缓刑，设置一定的考验期，有利于其从监狱向社会的身份转变。同时，适用缓刑也是一把双刃剑，对于不符合缓刑适用条件的被告人，如果适用缓刑，不仅不利于

^① 目前，我国缓刑适用率总体较低，有学者分析，这首先是由于中国的二元制裁体系造成的，这不是本文考察的范围，参见阮齐林等：“北京市朝阳区检察院1999年度公诉案件量刑的分析研究”，载《政法论坛》2001年第1期。