

论部分缓刑的制度价值与法理构造

曾文科

内容提要:部分缓刑是指在判决中同时宣告实刑刑期、缓刑刑期以及缓刑考验期,实刑部分服刑完毕后若顺利通过缓刑考验期,则不再执行缓刑刑期。部分缓刑通过判决宣告阶段的处遇联结机能,一方面可以确保犯罪人服刑一段时间后接受充分且必要的社会内处遇,有助于突破刑满释放与假释的困境;另一方面则有助于转换看待社区矫正的视角,将其与监所服刑联结起来发挥共同防止再犯的效果。部分缓刑是全部实刑的亚类型,不应(过多地)设置宣告刑与前科等硬性要件。防止再犯的必要性 with 相当性既是构成部分缓刑的实质要件又是判断是否必须撤销部分缓刑的实质标准。部分缓刑中的宣告刑不能超出报应的程度,且宣告时应当确保充分的实刑刑期与缓刑考验期;但在执行阶段可通过假释、减刑乃至单纯的缩短考验期等措施应对特殊预防必要性减少的现象。可以针对类型化犯罪人而不是类型化的罪名,设定不同于一般犯罪人的部分缓刑规定或者有针对性的量刑标准。

关键词:部分缓刑 监所服刑 社区矫正 防止再犯

曾文科,中国政法大学刑事司法学院副教授。

一 问题的提出

2011年我国《刑法修正案(八)》将社区矫正引入刑法典,对《刑法》第38条、第76条和第85条进行相应修改,规定对判处管制、在缓刑考验期内和假释考验期内的犯罪分子依法实行社区矫正。2012年刑事诉讼法修改时,考虑到暂予监外执行与管制、缓刑、假释的执行方式类似,增加规定对暂予监外执行的罪犯也实行社区矫正,并保留在2018年修改后的刑事诉讼法中。2019年通过的《中华人民共和国社区矫正法》第2条重申,社区矫正的对象为四类,即“被判处管制、宣告缓刑、假释和暂予监外执行的罪犯”。^[1] 社区矫正

[1] 也有学者在立法论上提出剥夺政治权利罪犯及附条件不起诉人也应当纳入社区矫正对象。参见郑丽萍:《互构关系中社区矫正对象与性质定位研究》,《中国法学》2020年第1期,第159页。

法的出台标志着我国社区矫正工作走上规范化的道路。^[2] 社区矫正法释放出了符合时代潮流的强烈信号,即为了提升刑事制裁的实效性,促进犯罪人改过自新、预防再犯,监所^[3]内的教育改造有时是不必要、不充分、不高效的,必须同时考虑犯罪人在日常生活中恢复规范意识、重新融入社会的有效方法。

监所服刑与社区矫正预防犯罪方面具有各自的特点与优势,倘若能将二者联结起来,势必起到更好的防止再犯效果。为贯彻落实社区矫正法的制度安排,充分发掘社区矫正的制度潜能,首先需要考虑的问题是,如何尽量将需要社区矫正的对象纳入其中。一直以来,无论是管制、缓刑、假释还是监外执行,都被定位为针对犯罪人的“恩惠”或“例外”,从而产生如下悖论:再犯可能性越小的犯罪人越容易在监所外接受社区矫正,而再犯可能性越大则越有可能在监所服刑至刑满释放,但往后者更加需要通过社区矫正消除其犯罪倾向、习得融入社会的技能。倘若不解决该悖论,社区矫正的潜在价值无疑会大打折扣。一个可供参考的解决方案是部分缓刑制度,即在宣告自由刑时由法官确定社会内处遇的时间,使犯罪人在监所服刑一段时间后,必须接受一定期间的社会内处遇。早年有学者已经注意到国外相关制度,并提出当我国条件成熟时,可以引入这些制度。^[4] 随着社区矫正法的出台以及社区矫正技术日新月异的发展,笔者认为已经到了认真思考部分缓刑的制度价值与法理构造的时刻。

关于部分缓刑制度,近年来,日本在取得突破性发展的同时也一直面临着不少质疑,为我国相关制度建构提供了较为鲜活的比较观察样本。^[5] 《日本刑法典》原本在第 25 至 27 条规定了缓刑制度(现在被称为“全部缓刑”),后于 2013 年通过的《修改刑法等部分规定的法律》以及《关于犯服用毒品罪等犯罪人的部分缓刑的法律》,引入了部分缓刑制度,自 2016 年 6 月起正式施行。目前日本的部分缓刑实际上分为两类,第一类是针对一般犯罪的部分缓刑(以下简称“刑法中的部分缓刑”),规定在刑法典第 27 条之二至第 27 条之七;第二类是针对犯服用毒品罪等犯罪人的部分缓刑(以下简称“毒品成瘾者的部分缓刑”)。其中,第一类是独立于全部缓刑的新设制度,第二类则是对第一类修正后的特别规定。本文试图以日本的部分缓刑为批判性参考素材,在明确部分缓刑制度价值的基础上论证其应有的法理构造,旨在提倡引入部分缓刑制度以强化监所服刑与社区矫正的联结。^[6]

[2] 关于社区矫正法重大里程碑式意义的详细分析,参见吴宗宪:《我国社区矫正法的历史地位与立法特点》,《法学研究》2020 年第 4 期,第 55 页以下。

[3] 本文所称监所是指羁押被判处拘役、有期徒刑、无期徒刑的犯罪人的场所,包括监狱、看守所等。

[4] 例如,有论者主要参考美国经验提出条件具备时可以考虑设立不执行余刑的缓刑制度。参见左坚卫著:《缓刑制度比较研究》,中国人民公安大学出版社 2004 年版,第 37 页。这种不执行余刑的缓刑与本文借鉴的日本部分缓刑在本质上具有共通性。

[5] 日本部分缓刑相关介绍,参见张明楷:《日本刑法的修改及其重要问题》,《国外社会科学》2019 年第 4 期;余振华:《日本缓刑假释与保护观察之法制与运作》,《海峡法学》2017 年第 3 期。

[6] 我国的社区矫正与日本的保护观察都属于社会内司法处遇措施,所以在谈及共通于中日两国的问题时,使用“社会内处遇”“社会内矫正”等用语,相关论证与结论当然适用于我国的社区矫正;具体论及我国的情况时,则直接使用“社区矫正”这一表述。

二 部分缓刑的制度价值

(一) 判决宣告阶段的处遇联结机能

在探讨部分缓刑的制度价值之前,首先有必要对部分缓刑的轮廓进行整体把握。简单地讲,全部缓刑是指在宣告时暂缓其全部刑罚的执行,考验期满后原判刑罚不再执行。对判处全部缓刑的犯罪人,要么不执行刑罚,要么将执行被宣告的全部刑罚。我国刑法第一编第三章第五节规定的缓刑制度一直以来都被理解为全部缓刑。^[7]与此相对,部分缓刑则是同时宣告实刑刑期、缓刑刑期以及缓刑部分的考验期,实刑部分服刑完毕后若顺利通过缓刑考验期则不再执行原判中的缓刑刑期;若宣告后部分缓刑因各种事由被撤销,则缓刑刑期仍要在监所内服刑。对判处部分缓刑的犯罪人,必须执行一部分实刑,暂缓执行的只是被宣告的部分刑罚。为辅助下文的分析以及更直观地把握部分缓刑的构造,下面对我国全部缓刑和日本部分缓刑的构造做简单对比。(见图 1)

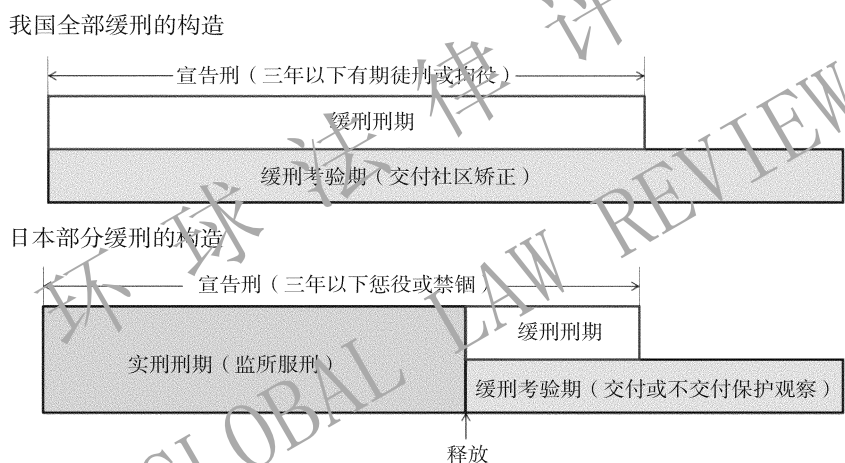


图 1 我国全部缓刑与日本部分缓刑的构造对比

以日本法为例,部分缓刑的最大特色表现为,在判决宣告阶段将监所服刑与社会内(司法)处遇(如日本的保护观察)联结起来。一是与刑满释放和全部缓刑相比,部分缓刑时犯罪人既在监所服刑又在社会中矫正,在不同的处遇阶段接受不同的处遇措施。二是虽然假释时犯罪人实际上也是先在监所服刑一段时间,再在社会内接受处遇,但假释是在刑罚执行阶段才将两大处遇措施联结起来,而部分缓刑则是在判决宣告阶段就确保犯罪人在监所服刑一段时间后必然在社会内接受矫治。这种判决宣告阶段的处遇联结机能(以下简称“联结机能”)可以发挥三方面的作用。

第一,实现收监人数合理化。这是联结机能最直观的效果,也是日本当初因收监人数过多从而引入部分缓刑的初衷。^[8]由于宣告刑中的一部分被确定为缓刑刑期,犯罪人无

[7] 参见贾宇主编:《刑法学(上册·总论)》,高等教育出版社 2019 年版,第 361 页以下。

[8] 参见太田達也『刑の一部執行猶予』,慶應義塾大学出版会,改訂増補版,2018 年,11 頁。

论服刑期间的表现是否符合假释的标准,都必须在监所服刑一段时间后被分流至社会中接受矫治,减轻了关押犯罪人的压力。另外,部分缓刑也有可能使原来因不适合完全收监执行而不得不对其宣告全部缓刑的犯罪人接受一段时间的实刑。从这个角度来看,部分缓刑未必只会带来收监人数减少的效果。本来,收监人数的合理化并不意味着单纯减少收监人数。为实现刑事政策目的而引入部分缓刑制度后,即便收监人数增加,仍然可以将被收监人员的范围评价为是合理的。^[9]也就是说,收监人数合理化不过是追求犯罪预防目的的附随效果,合理与否的标准不在于人数多少,而在于收监规模是否与刑事政策目标相匹配。

第二,增设量刑选项以贯彻罪刑相适应原则。部分缓刑在完全收监执行与完全交付社会内处遇之间介入了一个“中间刑”,^[10]使得原本判处全部实刑过重、判处全部缓刑又过轻的案件能够得到更合适的处理。例如,宣告3年有期徒刑,收监执行1年后对剩下的2年刑期缓期4年执行。从根本上讲,贯彻罪刑相适应原则最终也是为了在清算犯罪人刑事责任的同时通过科处适当刑罚、采取有效处遇措施最大限度地实现犯罪预防目的。

第三,活用处遇措施提升防止再犯效果。这是联结机能最主要的作用,也是部分缓刑最重要的制度价值。上述第一、第二项的作用都可以说是活用处遇措施后的反射效果。日本学者太田达也总结到,部分缓刑的核心目的在于“紧接着监所内的刑罚执行与矫正处遇,一定期间内在社会中通过有可能撤销缓刑部分这一心理强制的效果使犯罪人维持遵纪守法的社会生活,或者交付保护观察对犯罪人进行积极的指导监督、辅导援助,谋求犯罪人的改过自新与防止再犯”。^[11]具体而言,部分缓刑可以从两方面提升防止再犯效果:一是着眼于“宣告时”的处遇联结,突破刑满释放与假释后再犯率居高不下的困境;二是着眼于社区矫正与监所服刑的“联结效应”,转换视角发掘社区矫正潜能。

(二) 突破刑满释放与假释的困境

首先,为了更好地考察刑满释放与假释的困境,将我国当前的犯罪情势与日本引入部分缓刑制度前面临的犯罪情势作对比,体现我国引入该制度以解决部分重新犯罪问题的必要性,本文选取日本引入该制度的2013年为观测时点。刑满释放者在释放当年的累积再收监率^[12]达到9.6%,释放后两年内的累积再收监率达到28.9%,释放后五年内的累积再收监率可达到50%;与此相对,假释人员虽然在假释当年的累积再收监率不高,只有1.5%,但假释后五年内累积再收监率也达到了28.7%。如果考虑10年内的累积再收监率,则刑满释放后的达到60.8%,假释后的达到39.2%。此外,从出狱时的罪名来看,违反兴奋剂取缔法的毒品犯罪者与盗窃犯刑满释放或假释后的累积再收监率远远高于其他犯罪人。^[13](见表1)

[9] 参见森久智江「刑の一部執行猶予制度に関する一考察」立命館法学345=346号(2012年)847頁。

[10] 参见大谷實「刑法総論」,成文堂,5版,2018年,298頁;张明楷:《日本刑法的修改及其重要问题》,《国外社会科学》2019年第4期,第7頁。

[11] 太田達也「刑の一部執行猶予」,慶應義塾大学出版会,改訂増補版,2018年,226-227頁。

[12] 日本的累积再收监率是指,截止各年年末被再次收监服刑的累积人数占初始年份出狱人员的比率。

[13] 参见日本法務総合研究所「犯罪白書(平成26年版)」149-150頁。

表1 2009年日本刑满释放及假释出狱人员五年内累积再收监率(按罪名划分)^[14]

罪名	刑满释放后累积再收监率(%)			假释后累积再收监率(%)		
	当年	两年内	五年内	当年	两年内	五年内
杀人罪	1.4	5.5	14.5	0	0.4	5.0
抢劫罪	7.4	21.9	38.3	0.6	4.8	12.8
伤害罪、暴行罪	5.8	20.5	43.6	0.5	7.2	26.0
盗窃罪	13.6	36.9	57.0	2.6	15.6	36.9
强奸罪	1.2	7.7	25.6	0.4	1.7	10.5
强制猥亵罪	6.2	13.5	37.1	0.5	5.4	22.2
放火罪	5.1	16.8	27.7	0	5.1	15.3
违反兴奋剂取缔法的犯罪	6.8	29.3	60.2	1.4	14.8	41.2

我国近年来缺乏有关刑满释放与假释后再犯率或累积再收监率的全国性官方统计,但研究人员自行收集数据做出的定量分析以及各地监狱等部门结合当地情况进行的调研统计,具有一定的参考价值,反映的情况与日本大体相同。^[15]例如,有研究人员通过中国裁判文书网对2014年1月至2019年11月全国各级、各地人民法院审理的刑事案件统计后得出以下数据与结论:第一,重新犯罪与犯罪时间间隔呈负相关。未成年人、成年人出监一年内重犯率分别为3.77%和4.70%,第2年为5.71%和5.80%,第3年为5.16%和3.70%,第4年为1.35%和5.1%,第5年为0.3%和1.9%,呈逐年降低趋势,刑释两年内是重新犯罪的“危险期”。第二,重新犯罪类型与首次犯罪经历呈相关性。79.8%的盗窃类犯罪、59.3%的涉毒类犯罪、56.7%的诈骗类犯罪、42.6%的涉赌犯罪都是两次犯罪罪名相同。^[16]

其次,之所以出现上述防止再犯的困境,主要是因为完全的监所服刑与现行的假释制度存在不可克服的局限性。其一,刑满释放的犯罪人虽然在监所服刑期间接受高强度的教育改造,但监所内的生活环境毕竟与正常社会不同。通过剥夺人身自由方式虽然可以使犯罪人在监所内难以接触犯罪诱因、具备犯罪条件,但刑满释放重新回归社会后,在重新犯罪的“高峰期”和“危险期”(释放后两年内)倘若不能进一步引导其采取正确的生活方式、巩固规范意识,难免重蹈覆辙。如日本学者井田良指出,“被判处实刑、在监狱中服刑的人释放后返回社会,能否不陷入再犯而在社会上生活从而成功实现社会复归,与是否配备了各种援助体制在释放后对该人进行适当的指导相关”。^[17]其二,虽然与刑满释放

[14] 本文选取的观测时点是2013年,2013年日本《犯罪白皮书》统计过去五年内的累积再收监率,统计对象是2009年刑满释放及假释出狱的人员。

[15] 由于各国规定的犯罪行为类型及其成立条件未必完全一致,加之各种犯罪统计指标的定义与统计方法等存在差异,统计数值本身的可比性较差。但基于各国自身统计数值得出的犯罪情势之间仍然具有可比性。例如,虽然杀人犯的数量在各国统计数值上存在差异,但杀人犯历年来的人数变化趋势、杀人犯再犯杀人罪的比例等,仍可进行国家间的比较。

[16] 参见曾永忠、颜泳涛、孙建书:《现代社会治理视域下的重新犯罪研究》,《犯罪研究》2019年第12期,第3-4页。

[17] 井田良『講義刑法学·総論』,有斐閣,2版,2018年,632頁。

的犯罪人相比,假释后出狱的犯罪人再犯率及再收监率相对较低,但实践中未能充分运用假释中的社会内处遇措施发挥应有的犯罪矫正功能。一方面,在假释的条件上,《日本刑法》第28条规定,“如果有悔改表现……可以根据行政机关的决定准许假释”。我国《刑法》第81条第1款规定,“如果认真遵守监规,接受教育改造,确有悔改表现,假释后不致再危害社会的,可以假释”。可见,被假释的犯罪人的再犯可能性原本就比刑满释放者低。如此一来,就出现了“假释悖论”,即监所服刑时表现良好、再犯可能性较低者,易于获得社会内矫正的机会,从而有效地改过自新、重新融入社会。与此相对,原本积极利用社会内矫正措施更有利于防止其再犯的犯罪人,因为服刑期间没有表现出再犯危险性的显著降低,从而不被假释,丧失社会内矫正的机会,直至刑满释放后被突然推回正常社会。另一方面,虽然《日本刑法》第28条规定“有期自由刑经过刑期的三分之一”,我国《刑法》第81条第1款规定“被判处有期徒刑的犯罪分子,执行原判刑期二分之一以上”,就可以假释,但实践中我国假释率极低。日本的假释率^[18]虽然较高,可有期自由刑假释前的刑罚执行率也很高。根据相关资料,2018年我国假释率只有2%左右。^[19]而在日本,以引入部分缓刑制度的2013年为例,虽然假释率达到了55.2%,但假释时刑罚执行率不满70%的仅占假释总人数的1.3%,刑罚执行率70%以上不满80%的占19.7%,刑罚执行率80%以上不满90%的则占47.7%,刑罚执行率90%以上的占31.3%。而且,“在刑期超过1年的犯罪人中,刑期越长者,在刑罚执行率较低时就被假释者所占比例越低”。^[20]与我国一样,日本有期自由刑的假释考验期也是剩余刑期,由于在刑罚执行率较高的阶段才被假释,所以被假释者能够接受社会内矫正的时间相应变得很短,日本的假释期间平均只有数月半年。^[21]可见,正是欠缺保障犯罪人服刑一段时间后接受充分且必要的社会内处遇的制度,才造成了刑满释放与假释后再犯形势(尤其是毒品犯罪者与盗窃犯的再犯)不容乐观的局面。

最后,为了弥补上述制度缺失,需要打破强调报应、倚重监所服刑以矫治犯罪人的传统“重刑主义”观念。这些观念严重阻碍了社会内处遇价值的充分发挥。具体而言,传统观念下强调报应的观念导致自由刑,尤其是通过剥夺人身自由的方式来执行自由刑,成为清算犯罪人刑事责任的首选。有学者曾准确地指出,“我国当前非监禁化刑罚改革进程缓慢,与其说是法治进程缓慢、刑罚结构的固有弊端等因素交叉导致,倒不如说最根本的原因还是在于刑罚理念的滞后。立法者理念的滞后导致现行刑罚体系中刑种单一、缓刑与监禁刑之间的刑罚缺位、个罪的刑罚设定绝大多数以监禁刑为主,呈现出过分依赖监禁刑的格局。由此导致法官在选择适用刑罚时没有诸多能够匹配罪行的量刑选择,导致宁愿选择监禁也不愿信赖限制自由刑的惩罚与监管力度”。^[22]部分缓刑作为一种“中间刑”,恰好弥补了“缓刑与监禁刑之间的刑罚缺位”。另外,由于犯罪人必

[18] 日本的假释率是指某年假释人数占该年假释人数与刑满释放人数总和的比率。

[19] 参见王建琦等:《提升假释率是法治升级的必然》,《文摘报》2018年3月6日第1版。

[20] 日本法務総合研究所『犯罪白書(平成26年版)』74-75頁。

[21] 参见太田達也『刑の一部執行猶予』,慶應義塾大学出版会,改訂増補版,2018年,9頁。

[22] 尹露:《美国中间制裁研究》,载陈兴良主编《刑事法评论》(第40卷),北京大学出版社2017年版,第419頁。

须在监所服刑一段时间后再接受社会内处遇,所以在既有的量刑惯性下,比起全部缓刑法官选择部分缓刑的抵触感相对较小,有利于逐步改变过分依赖监禁刑的量刑理念。虽然主流刑罚理论在刑罚的正当化根据问题上采用相对的报应刑论(并合主义),^[23]在宣告刑罚时兼顾报应与预防,但常常当然地认为监所服刑这种“最严厉”的制裁方法能够取得最佳的防止再犯效果。可是,正如张明楷教授所言,“重刑观念可能源于一个朴素的想法:既然轻刑都难以实现一般预防,就只能依靠重刑。或者说,只有判处重刑,才有利于预防犯罪。其实,这样的观念没有任何实证根据,只是人们的一种感觉。法官应当注意到,重刑不一定具有报应的正义性,也不是预防犯罪的有效手段”。^[24]随着社会内犯罪处遇手段的完善与社会内犯罪矫正资源的扩充,完全剥夺人身自由虽然能让犯罪人产生强烈的“受惩罚感”,却未必在任何情况下都能起到最佳的预防犯罪效果。换言之,最严厉的刑事制裁未必是最有效的刑事制裁,制裁的严厉性并不等于制裁的有效性。正如对比刑满释放人员与假释人员再犯率和再收监率时所见,后者的比率都更低。这说明,在犯罪处遇的某些阶段,比起监所服刑,社会内矫正更有助于防止再犯,或者说,将监所服刑与社会内矫正联结起来可在一定程度上更有效地降低再犯率。基于此,日本学者提出,“需要考虑能够将监所内处遇与社会内处遇更加柔软、多样地组合起来的制度”,^[25]将部分缓刑中的保护观察定位为对假释悖论的救助措施,旨在帮助那些因欠缺社会环境或个人资质而难以融入社会之人。^[26]

在深化平安中国建设的进程中,我国也在“积极推进刑满释放人员救助管理改革,健全完善刑满释放人员衔接制度,大力加强刑满释放人员安置基地建设,扎实做好刑满释放人员服务管理和教育帮扶各项工作”。^[27]尽管如此,刑释解教人员安置帮教与其说是一种旨在矫正犯罪人的司法处遇措施,不如说是公共福利措施,与社区矫正法律性质、强制力以及制度保障等方面仍然存在差距。社区矫正也包括帮扶内容,如社区矫正法第五章“教育帮扶”之下设置了多条旨在帮助矫正对象完成学业、心理辅导、培训技能、指导就业、修复社会关系、培养社会责任感等的规定,甚至可以说“我国社区矫正改革的重大创新和制度进步之一,就是将帮困扶助作为社区矫正的核心内容之一”。^[28]但如郑丽萍教授指出,“社区矫正中的救助帮助不是慈善或福利意义上的,而是依附于改造,是改造过程中为了防止矫正人员因经济、家庭、工作等困难不安心改造,再次危害社会,而对其进行帮助和救济,同时进行感化的一种手段”。^[29]因此,有必要通过部分缓刑将社区矫正准确定位为对实刑服刑完毕者的社会内司法处遇措施,突出其“矫治”而非“福利”性质。

[23] 并合主义的详细内容,参见张明楷著:《责任刑与预防刑》,北京大学出版社2015年版,第72页以下。

[24] 张明楷:《应当提高缓刑的适用率》,《人民法院报》2015年6月3日第6版。

[25] 井田良『講義刑法学・総論』,有斐閣,2版,2018年,637頁。

[26] 参见高橋有紀「刑の一部の執行猶予判断における刑事責任の位置づけに関する考察」—橋法学14卷1号(2015年)236頁。

[27] 《中国法律年鉴》(2016年版),第228页。

[28] 吴宗宪:《我国社区矫正的历史地位与立法特点》,《法学研究》2020年第4期,第69页。

[29] 郑丽萍:《互构关系中社区矫正对象与性质定位研究》,《中国法学》2020年第1期,第156页。

综上,部分缓刑可以弥补我国现行犯罪处遇中的制度缺失,在判决宣告阶段确保犯罪人服刑一段时间后接受充分且必要的社会内处遇的机会,有助于突破刑满释放与假释的困境。

(三) 转换视角发掘社区矫正潜能

部分缓刑通过将社会内处遇与监所服刑相连,改变了以往看待社区矫正的单一视角,使得被宣告实刑的犯罪人也有接受社区矫正的可能,拓宽了社区矫正的适用空间。一直以来,监所服刑被牢牢地定位为“最有效”的犯罪制裁措施,社区矫正只是作为“恩惠”或“例外”适用于被判处管制、宣告缓刑、假释和暂予监外执行的犯罪人。在刑法理论与实践,管制与缓刑中的社区矫正被认为是监所服刑的完全替代;^[30]假释则是在监所服刑一段时间后鉴于犯罪人表现良好,准予暂时出狱,例外地由社区矫正来替代原本应当在监所内的服刑;暂予监外执行则更明显地表现出社区矫正的例外性,只是暂时地对有严重疾病需要保外就医者、怀孕或者正在哺乳自己婴儿的妇女、生活不能自理适用暂予监外执行不致危害社会者以社区矫正替代监所内的服刑。在研究社区矫正的犯罪预防效果时,也往往单独考察其功能,有意无意间将社区矫正作为监所服刑的替代品。的确,如果将监所服刑与社区矫正分开来独立看待,那么不得不承认,由于后者欠缺前者剥夺人身自由的强制性,对于刑事责任较重、再犯可能性较大的犯罪人,确实有必要在刑罚执行初期依靠监所服刑实施强有力的矫正。但值得注意的是,社区矫正的实践表明,社会内处遇也能起到防止再犯效果,有什么理由将防止再犯效果显著的制度仅作为监所服刑的“替代”呢?对于在监所服刑过一段时间的犯罪人,为什么只是消极地将社会内处遇作为例外的“恩惠”,而不能接续监所服刑积极地运用社区矫正实施处遇呢?可见,在有关社区矫正的传统思考中,欠缺将监所服刑与社区矫正联结起来考虑的意识及视角。换言之,考虑社区矫正的功能与价值时,不应该只考虑将未在监所服刑的犯罪人交付社区矫正能起到怎样的防止再犯效果,或者只思考将监所服刑后再犯可能性极小的犯罪人交付社区矫正能否继续预防再犯,而是应该进一步考量,犯罪人在监所服刑一段时间后,将其交付社区矫正,能否比继续监所服刑起到更好的防止再犯效果。

《社区矫正法》第1条规定,本法的目的是“促进社区矫正对象顺利融入社会,预防和减少犯罪”。可见,社区矫正与监所服刑所追求的目的是一致的,这为将二者顺利地联结起来奠定了基础。虽然假释也是将监所服刑与社区矫正联结起来,但假释条件的严格限制以及实际运用中过于谨慎的态度,导致现行假释制度下社区矫正的作用未能得到积极发挥。所以,有必要谋求新的联结方案,将监所服刑与社区矫正的联结时点从行刑阶段提前至量刑阶段。如此一来形成的正是部分缓刑制度,即通过在宣告刑罚时就预设一定的社会内矫治期间(如日本规定为1年以上5年以下),不依赖于监所服刑期间的表现情况,确保犯罪人必然接受社会内处遇。当在社会内处遇期间犯罪人有犯新罪等情节时,仍然可以通过撤销部分缓刑宣告的方式将其收监执行尚未执行的自由刑。这一方面通过

[30] 参见叶良芳:《缓刑适用应受责任刑的制约》,《法学》2014年第9期,第5页。

“可能撤销缓刑,收监执行”在心理上对犯罪人产生一种威吓,使其在社会内矫治时仍然继续维持、巩固规范意识;另一方面则为监所服刑一段时期后斟酌究竟继续监所服刑还是交付社会内处遇,留下了必要的检验空间。在全部缓刑中,社区矫正被视为监所服刑的替代,一直以来法官在考虑是否予以全部缓刑的“恩惠”时持消极、慎重的态度,导致社区矫正的适用量并不大。与此相对,在部分缓刑中,注重的是社区矫正与监所服刑联结后发挥的犯罪制裁与犯罪预防效果,所以法官不得不从正面积考虑社区矫正的必要性与相当性,这有助于扩大社区矫正的适用。

另外,也有学者汲取美国中间制裁的经验,提出“我国社区矫正在美国刑罚体系之中的对应和参照应当是中间制裁”。^[31] 中间制裁是严厉程度介于缓刑与监禁刑之间的一系列制裁方式的总称,以社区为依托,在司法实践中适用模式可分为“前段转处”“后端转处”与“强化”三种类型,并已经取得了积极效果。^[32] 本文作为主要参考素材的日本部分缓刑制度,类似于美国“后端转处”中的一种具体情形。参考各种具体的中间制裁措施(如严格监督项目、日报告中心、家中监禁、短期军事化训练营、中途之家、社区服务等),^[33] 丰富我国社区矫正的具体方法固然重要,但在此之前,首先有必要拓宽犯罪人进入社区矫正的渠道。尤其是考虑到我国现阶段的司法资源与法律文化,比起全面参考美国中间制裁以求处遇措施“全面开花”,或许集中力量通过部分缓刑制度先将既有的犯罪处遇措施整合起来,创新犯罪处遇间的联结模式更为可行。

综上,只有通过部分缓刑将其与监所服刑联结在一起进行思考,才能为充分发挥社区矫正防止再犯的巨大潜能打开新局面。

三 部分缓刑的法理构造

一项好的法律制度,应当最大限度地实现其预设的制度价值。若从部分缓刑的制度价值出发重新审视日本现行的部分缓刑规定,会发现仍有不少未尽人意之处。我国在引入部分缓刑时应当以制度价值为指导推敲其应有的法理构造,不必完全照搬日本的规定。

(一) 部分缓刑在犯罪处遇谱系中的定位

在自由刑的犯罪处遇谱系中,监所服刑与社会内处遇确定了两个端点。部分缓刑究竟应当更靠近哪一端,存在两种不同观点。一种观点认为,从部分缓刑的名称、在日本刑法典中的位置及其适用条件来看,部分缓刑更靠近全部缓刑那一端,是“全部缓刑的亚类型”,适用于“判处全部实刑会过重,判处全部缓刑又会过轻”的案件。^[34] 另一种观点认为,部分缓刑中仍然含有实刑部分,虽被冠以“缓刑”之名,但实际上更偏向于实刑,应定

[31] 尹露:《美国中间制裁的法律定位与本土化思考》,《河南财经政法大学学报》2018年第6期,第121页。

[32] 参见尹露:《美国中间制裁研究》,载陈兴良主编《刑事法评论》(第40卷),北京大学出版社2017年版,第414-415页。

[33] 参见吴宗宪著:《社区矫正比较研究》,中国人民大学出版社2011年版,第427页以下。

[34] 参见今井猛嘉「刑の一部の執行猶予と社会貢献活動」罪と罰51卷2号(2014年)20頁以下。

位为“全部实刑的亚类型”^[35]或者“为实现特殊预防的实刑变体”^[36],即部分缓刑时仍然是先确定与刑事责任大小相应的全部实刑刑期,然后为了避免不当的宽刑化或严罚化再对该特定刑期进行变形。

第一种观点有值得商榷之处。首先,从制度名称、刑法典中的位置与现行法规定的适用条件等形式上的表现,确定部分缓刑在犯罪处遇谱系中位置的做法,犯了颠倒因果的错误。具体而言,是由于日本的立法者预先采取了全部缓刑的亚类型这一立场,才导致把该制度称为部分“缓刑”,将其紧接着规定在全部缓刑的条文之后,并模仿全部缓刑规定部分缓刑的成立要件。全部缓刑的亚类型这一定位是否正确,是一个先于制定法的用语表达,应从更实质的角度予以回答的问题。其次,全部缓刑“具有一方面预设刑罚的存在,一方面又事实上否定刑罚执行的构造”,^[37]是一种刑罚执行方法上的“恩惠”或者犯罪处遇上“分流”。与此相对,部分缓刑并非给予例外的“恩惠”,而是通过监所服刑与社会内处遇的联结达到甚至超过完全监所服刑的防止再犯效果。从制度价值上来看,部分缓刑的确更接近全部实刑,将其定位为全部实刑的亚类型不无道理。再者,由于全部缓刑时若经过考验期则原判刑罚不再执行,所以再次犯罪时不构成累犯;^[38]而部分缓刑时即便经过考验期,也会因为实际执行过部分刑罚,再次犯罪时有构成累犯的可能。可见,比起全部缓刑,部分缓刑与全部实刑的前科效果更接近。另外,从制裁的严厉程度来看,部分缓刑与全部缓刑不可同日而语,甚至未必比全部实刑轻。例如,被判处有期徒刑3年的甲与被判处有期徒刑3年缓刑4年的乙相比,的确可以说甲的刑罚比乙重。但与被判处部分缓刑的丙相比,因为丙被判的有期徒刑3年中,前两年为实刑,后1年为考验期3年的缓刑,因此,未必能说丙的受制裁感比甲轻。所以,将部分缓刑归为全部缓刑的亚类型,并不妥当。最后,在日本的司法实务中,“从对裁判例的分析结果来看,并没有作为中间刑来理解、运用部分缓刑,而是将其定位为实刑的变体,即针对判处实刑相当的被告人从特殊预防的视角出发对该实刑进行变形”。^[39]另外,从犯罪统计的实践来看,也是将判处部分缓刑的人数算入判处实刑而非判处全部缓刑的人数中。^[40]

因此,在犯罪处遇谱系中,将部分缓刑定位为全部实刑的亚类型更为合适。这一定位不仅具有抽象的理论探讨价值,而且有助于准确把握部分缓刑的成立条件。第一,部分缓刑时是否应当受宣告刑方面的限制?我国《刑法》第72条规定仅对“被判处拘役、3年以下有期徒刑的犯罪分子”适用缓刑,这主要是考虑到,宣告刑超过3年有期徒刑的犯罪人,

[35] 太田達也『刑の一部執行猶予』,慶應義塾大学出版会,改訂増補版,2018年,18頁。

[36] 小池信太郎『刑の一部執行猶予と量刑判断に関する覚書』慶応法学33号(2015年)268、289頁;高橋則夫『刑法総論』,成文堂,4版,2018年,573頁。

[37] 須々木主一『刑の執行猶予の目的』早稲田法学41卷1号(1965年)92頁。

[38] 参见2020年《最高人民法院、最高人民检察院关于缓刑犯在考验期满后五年内再犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪应否认定为累犯问题的批复》;周光权著:《刑法总论》(第3版),中国人民大学出版社2016年版,第434页。将全部缓刑定位为刑罚执行制度从而认为缓刑犯也可以成立累犯的观点,参见黎宏著:《刑法学总论》(第2版),法律出版社2016年版,第399页。

[39] 樋上慎二ほか『刑の一部執行猶予制度に関する実証的研究』判例タイムズ1457号(2019年)5頁。

[40] 参见日本法務総合研究所『犯罪白書』(平成30年版)30頁。

一方面刑事责任重大,另一方面再犯可能性较高,倘若不依靠监所服刑对犯罪人进行强有力的教育改造,仅期望通过“撤销全部缓刑,收监执行”这一心理威慑以及强制性较低的保护观察等社会内处遇引导犯罪人改过自新,恐怕难以收到良好的防止再犯效果。但部分缓刑时犯罪人并非直接流入社会,而是必须在监所服刑一段时间。之所以留有社会内处遇的时间,并不是因为犯罪人的刑事责任小或再犯可能性低而给予例外的恩惠,而是希望通过社会内处遇起到比继续监所服刑更好的防止再犯效果。所以,若采取全部实刑亚类型的立场,则不应像日本现行刑法那样注重部分缓刑与全部缓刑在宣告刑限制上的同一性,而应当尽可能放松宣告刑上的限制,将更严重却也更有社会矫正必要的犯罪纳入部分缓刑的对象之中。当然,即便从全部实刑亚类型的立场出发,也完全有可能出于社区矫正资源的配置状况等现实原因阶段性地将部分缓刑仅用于判处短期自由刑的犯罪人。因为从统计数据上看,原判为短刑期的犯罪人再犯率更高。^[41] 第二,部分缓刑是否应当受前科方面的限制?全部缓刑是通过社会内处遇替代监所服刑从而对刑事责任较轻、再犯可能性较小者给予例外的恩惠,那么对其设定前科条件是有道理的,如我国《刑法》第 74 条规定对累犯不适用缓刑。与此相对,如果将部分缓刑理解为全部实刑的亚类型,强调其中社会内处遇的积极效果,而不是将其降低评价为消极的恩惠,则不会要求在前科限制上与全部缓刑具有同一性,反而会倾向于松动甚至取消前科限制。在这一点上,日本毒品成瘾者的部分缓刑具有较大的借鉴价值。此种部分缓刑中之所以不限制前科,正是考虑到毒品成瘾者实施的服用毒品等犯罪常常具有反复性,有必要在监所服刑完一段时间后通过保护观察措施继续对其进行治疗与辅导等,帮助其彻底戒断生理上、心理上对毒品的依赖,从而有效防止其再次吸食毒品或为了筹措毒资而犯罪。^[42] 可见,具体犯罪人是完全收监执行,还是接续部分监所服刑后在社会内矫正,不应当是通过设定前科要件“一刀切”解决的问题。综上,为了实现部分缓刑的制度价值,应将其在犯罪处遇的谱系中定位为全部实刑的亚类型,在社区矫正资源允许的情况下不应(过多地)设置宣告刑与前科等硬性限制条件。

(二)部分缓刑中的责任与预防

责任与预防是刑罚理论中相互制约的两个核心概念。以尊重自由与人类尊严为出发点,责任主义对刑罚起到限制作用,防止出于预防犯罪的目的科处超过报应程度的刑罚。^[43] 预防犯罪则是刑罚的目的,在责任确定的处罚上限之下避免对实现预防目的而言不必要的刑罚。一方面,部分缓刑是在判决宣告阶段做出的,通过将实刑与缓刑联结起来增添了量刑选项,所以说部分缓刑是一项刑罚裁量制度不无道理。另一方面,部分缓刑预设了实刑结束后的缓刑考验期,而且在考验期内存在撤销缓刑、收监执行的可能,所以,把部分缓刑看作是一项刑罚执行制度也无不可。在刑罚的制定、裁量、执行等不同阶段虽然

[41] 参见曾永忠、颜泳涛、孙建书:《现代社会治理视域下的重新犯罪研究》,《犯罪研究》2019年第12期,第4页。

[42] 参见大谷實『刑法総論』,成文堂,5版,2018年,298页。

[43] Vgl. Claus Roxin/Luis Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 5. Aufl., 2020, § 3 Rn. 51.

都有责任与预防的考虑,但不同阶段的侧重点未必相同。^[44]

作为判决宣告阶段的量刑制度时,部分缓刑主要受责任与特殊预防必要性的影响。这是因为,《刑法》第61条规定量刑时“应当根据犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度”判处刑罚,既要考虑行为人造成的法益侵害大小、非难可能性程度,也要考虑行为人再犯可能性相关的各种情节。^[45]同时,为了避免造成“将犯罪人作为防止他人犯罪的工具”,量刑时一般预防的考虑只能退居次要地位。这与部分缓刑的价值追求主要在于特殊预防而非一般预防是一致的,即通过判决时联结监所服刑与社区矫正以促进具体的犯罪人改过自新、重新融入社会。一方面,受责任主义的制约,部分缓刑中宣告刑的刑期,即实刑刑期与缓刑刑期的总和不能超过报应(不法的责任)的程度。换言之,部分缓刑不是在刑满释放后再额外增加一段刑期以实施社会矫正,而是从与罪行、刑事责任相适应的刑罚总量中分割一部分出来作为缓刑刑期。从这一点也可以看出,部分缓刑中缓刑考验期内的社区矫正仍然是犯罪人承担其刑事责任的一种方式,而不是刑罚执行完毕后福利性的帮扶措施。反过来看,倘若在与刑事责任相适应的刑罚执行完毕后再强制性地要求犯罪人接受社区矫正等处遇措施,则有违责任主义的要求,是不妥当的。另一方面,受预防目的的制约,宣告部分缓刑时首先要考虑该制度是否适应于防止再犯。与宣告刑以及前科上的形式限制不同,防止再犯的必要性与其相当性才是判断是否宣告部分缓刑的实质要件。^[46]所谓防止再犯的必要性,是指倘若不采用监所服刑与社会内处遇相联结的方式,难以彻底根除犯罪人自身存在的犯罪诱因等,以至于难以有效达成防止再犯的目的。所谓防止再犯的相当性,是指判处部分缓刑与犯罪人的特殊预防及犯罪情节均相当。^[47]例如,即便取消了宣告刑的限制,对于肆意虐杀他人者也不可能判处部分缓刑,因为与其犯罪情节的严重程度不相当,且通过社会内处遇对这种犯罪人进行矫正的效果未必比监所服刑更好。当然,也可能出现犯罪人特殊预防必要性大、刑事责任重,但比起完全的监所服刑,一段时期内运用社会内处遇能够收效更佳的情形。例如,虽然我国刑法第74条规定对犯罪集团的首要分子不适用全部缓刑,但倘若看重社会内处遇的“矫正”而非“恩惠”性质,注重其与监所服刑的联结效果,就不会轻易地以“犯罪情节严重”“残存再犯可能性”为由,断然否定对犯罪集团首要分子适用部分缓刑。在具备防止再犯的必要性与其相当性后,宣告部分缓刑时还要从两方面考虑实刑刑期与缓刑刑期及其考验期的比例。一是倘若实刑刑期过短,那么容易出现短期自由刑中威吓矫正效果差、引起犯罪人间交叉感染等弊端,^[48]也难以保障短期监所服刑的犯罪人能够积极配合后续的社区矫正,这反而与通过部分缓刑来提高再犯防止效果的初衷背道而驰。考虑到我国有期徒刑

[44] 参见张明楷著:《刑法学》(第5版),法律出版社2016年版,第508页。

[45] 参见周光权著:《刑法总论》(第3版),中国人民大学出版社2016年版,第420页。

[46] 可以说,宣告刑与前科的限制不过是考虑到社会内处遇的实效性后,在立法上对防止再犯必要性与其相当性的否定而已。参见小池信太郎「刑の一部執行猶予と量刑判断に関する覚書」慶応法学33号(2015年)277-278页。

[47] 参见高橋有紀「刑の一部の執行猶予判断における刑事責任の位置づけに関する考察」一橋法学14卷1号(2015年)217页。

[48] 参见马克昌主编:《刑罚通论》(第2版),武汉大学出版社1999年版,第144-145页;张明楷著:《外国刑法纲要》(第2版),清华大学出版社2007年版,第383页。

的最低限是 6 个月,可以将部分缓刑中实刑的下限也设定为 6 个月。^[49] 对于被判处拘役的犯罪人,由于刑事责任较轻,应当尽可能考虑宣告全部缓刑或其他短期自由刑的替代措施,不宜将本就不长的刑期再强行分割为实刑部分与缓刑部分。二是倘若缓刑考验期过短,就会重蹈假释的覆辙,即社会内实际处遇时间过短以至于难以充分发挥社区矫正的作用。既然部分缓刑提供了不依靠服刑期间的表现而预留社区矫正充分时间的机会,那么在判决宣告时就应当尽可能留下社区矫正的充足时间。

作为行刑制度时,由于犯罪人的刑事责任已经在宣告的时点得到清算,所以作为刑罚执行阶段的行刑制度,部分缓刑不再考虑犯罪人罪行的轻重,主要受特殊预防必要性的影响。犯罪人宣告时的特殊预防必要性大小会随着犯罪人处遇措施的运用而在行刑过程中不断变化。如前所述,在量刑阶段宣告部分缓刑时既要确保一定的实刑刑期又要预留较长的缓刑考验期,可如此一来是否会给在刑罚执行过程中表现良好的犯罪人带来过长的、不必要的矫治处置呢? 为避免这一担忧,在部分缓刑的执行过程中应当通过制度设计来应对犯罪人特殊预防必要性降低的情形。首先,没有必要将部分缓刑与假释对立起来。由于部分缓刑时仍有需要实际执行的部分,所以完全可能出现对同一犯罪人既适用部分缓刑又适用假释的情形。倘若被宣告部分缓刑的犯罪人在监所服刑时表现良好,那么可以对其实刑部分的剩余刑期裁定假释,自实刑部分的假释考验期满之日起再计算部分缓刑的缓刑考验期,以此救济实刑刑期宣告过长的问题。其次,应当允许在社区矫正过程中缩短考验期。正如已经反复强调的,部分缓刑中社区矫正的主要功能不在于替代执行,而在于与监所服刑联结起来追求更好的防止再犯效果。所以,当矫正过程中发现犯罪人已改过自新,不必再通过消耗社会矫正资源来防止再犯时,完全可以缩短判决宣告时预留的较长缓刑考验期。最后,如同减刑制度可以适用于全部缓刑一样,^[50] 减刑制度也可以适用于部分缓刑,通过减少原判刑期相应地同时缩短实刑刑期与缓刑考验期。此外,在部分缓刑的执行过程中也有可能出现不再适合继续适用社区矫正,需撤销部分缓刑宣告的情形。根据我国《刑法》第 77 条,被宣告缓刑的犯罪分子,在缓刑考验期内犯新罪的,发现判决宣告以前还有其他罪没有判决的,或者违反法律、行政法规或者国务院有关部门关于缓刑的监督管理规定,或者违反人民法院判决中的禁止令,情节严重的,都“应当撤销缓刑”。同时,根据《社区矫正法》第 45 条,社区矫正对象被裁定撤销缓刑的,社区矫正终止。与此不同,在日本无论是全部缓刑的撤销还是部分缓刑的撤销,都区分了必要撤销事由与裁量撤销事由。具体而言,一方面,被交付保护观察的缓刑人员只是单纯不遵守应当遵守的事项时,尚不构成必要撤销缓刑宣告的事由,只是裁量撤销的事由。另一方面,宣告缓刑后出现实施新罪、发现确定的漏罪等事项时,则需要进一步区分。若这些事项导致原判缓刑的条件不再满足或者难以执行,则成为“必须”撤销缓刑宣告的事由;若出现这些事项

[49] 把宣告刑不满 6 个月的自由刑认定为短期自由刑,这也是日本的通说甚至是在世界范围内占支配地位的观点。参见大谷實『刑事政策講義』(弘文堂,新版,2009 年)129 頁。

[50] 根据 2016 年《最高人民法院关于办理减刑、假释案件具体应用法律的规定》第 18 条,被判处拘役或者 3 年以下有期徒刑并宣告缓刑的罪犯,一般不适用减刑;但在缓刑考验期内有重大立功表现的,可予以减刑,同时应当依法缩减其缓刑考验期。

后原判缓刑的条件仍然满足且尚能继续执行,但考虑到具体案件中收监执行更有利于防止再犯,则只是构成“可以”撤销缓刑宣告的事由。

从制度价值上看,较之全部缓刑、假释等既有制度,部分缓刑正是针对特殊预防必要性大的犯罪人而创设的处遇模式,不能仅仅因为发现漏罪、实施新罪与不遵守规定等形式化的事由就当然地撤销缓刑,而应当实质地考察是否出现了导致原判部分缓刑的条件(防止再犯的必要性与相当性)不能成立或者与原判部分缓刑的执行相冲突的新情况。尤其是在单纯不遵守规定的场合,一概“应当”撤销缓刑并不妥当。这是因为,“是否对社会内处遇表现出顺从的态度,与是否会做出再次实施犯罪行为的意思决定,不能说二者在理论上存在必然的联系”;^[51]此时也不涉及新罪或漏罪的刑罚执行与前罪部分刑罚暂缓执行相冲突的问题,不存在“必须”撤销的实质理由。此外,美国中间制裁违规应对机制的缺陷也足以引起警惕,有学者分析到,“技术违规是当前中间制裁项目失败的最主要原因。目前司法实践对中间制裁项目中违反监管规则的技术违规行为采取的是零容忍措施,即使是最为轻微的技术违规行为,也可能会引发项目中止甚至撤销。这种处理方式实际上不利于行为人改过自新”。^[52]另外,考虑到从监所服刑转为社区矫正,处遇环境的改变多少会对犯罪人产生影响。当改变社区矫正的具体方法或增加强度就能抑制不遵守规定的行为,继续引导犯罪人改过自新时,倘若直接放弃防止再犯效果更好的社区矫正而一味追求收监执行的报应感,并非明智之举,也容易忽视社区矫正的积极价值,降低社区矫正制度发展完善的动力。

综上所述,基于责任主义与特殊预防的考虑,防止再犯的必要性与相当性既是构成部分缓刑的实质要件又是判断是否必须撤销部分缓刑的实质标准。部分缓刑中的宣告刑不能超出报应的程度,且宣告时应当确保充分的实刑刑期与缓刑考验期,但可在执行过程中通过假释、减刑乃至单纯的缩短考验期等措施应对特殊预防必要性降低的现象。

(三) 部分缓刑的类型化思考

《社区矫正法》第3条规定,社区矫正工作应当“采取分类管理、个别化矫正,有针对性地消除社区矫正对象可能重新犯罪的因素,帮助其成为守法公民”。可见,类型化思维在社区矫正工作中不可或缺。由于部分缓刑通过联结机能的运行能起到发掘社区矫正潜能的作用,所以在构造部分缓刑时也应进行类型化思考,以便在具体案件中有针对性地考虑是否存在适用部分缓刑防止再犯的必要性与相当性,实现从监所服刑到社区矫正的平稳过渡。基于类型化思考,日本的部分缓刑制度突出了毒品成瘾者这种犯罪人的特殊形象,规定只对毒品成瘾者实施的服用毒品、非法持有毒品等罪^[53]适用特别的部分缓刑规定。在这里,实际上存在二重限定,既限定了犯罪人,又限定了罪名。

对于类型化的犯罪人,的确可以制定不同于一般犯罪人的部分缓刑规定。例如,由于日本刑法中的部分缓刑者有一定的前科限制且必须在监所服刑一段时间,可以期望籍此

[51] 森久智江「刑の一部執行猶予制度に関する一考察」立命館法学 345 = 346 号(2012 年)858 頁。

[52] 尹露:《美国中间制裁研究》,载陈兴良主编《刑事法评论》(第 40 卷),北京大学出版社 2017 年版,第 417 页。

[53] 具体适用罪名参见日本《关于犯服用毒品罪等犯罪人的部分缓刑的法律》第 2 条第 2 款。

大幅度削减犯罪人的再犯可能性,所以只是规定“可以”交付保护观察。而对毒品成瘾者,由于没有前科限制,且已经类型性地考虑到其需要通过社会内处遇实现改过自新、防止再犯的目的,所以适用毒品成瘾者的部分缓刑时“必须”交付保护观察。但在犯罪学上,类型化的犯罪人不仅限于毒品成瘾者,精神障碍者、性犯罪者、高龄犯罪者、酒精成瘾者等都是早已被类型化的犯罪人;^[54]且从中日两国的犯罪统计数据来看,除毒品成瘾者外,盗窃犯的再犯率以及首犯类型与再犯类型的一致性均较高。随着我国社区矫正技术日趋完善,针对这些具有犯罪学意义的类型化犯罪人,都可以考虑纳入部分缓刑的对象中。即便不是单独制定有别于一般犯罪部分缓刑的特别法,也可以在量刑判断中对类型化的犯罪人分别确立判处部分缓刑的独特要素,并细化各自判断防止再犯必要性与相当性的标准。

但是,类型化的犯罪人所实施的犯罪未必具有类型化的必要。日本毒品成瘾者的部分缓刑只适用于服用毒品、非法持有毒品等毒品犯罪,以及犯有其他犯罪而同时犯有这些毒品犯罪的情形,例如,甲因服用兴奋剂罪与盗窃罪被判处 3 年惩役时,也可对其适用毒品成瘾者的部分缓刑。的确,毒品成瘾者大多实施服用毒品等犯罪,且实施这些犯罪反过来会加重其对毒品的依赖性,但是部分缓刑的制度价值在于防止再犯,途径是通过监所服刑与社会内处遇的联结使犯罪人有效地改过自新,最终落脚点是实施犯罪的“人”,而不是某个具体犯罪。因毒品成瘾而实施的关联犯罪并不少见,如为了获取购买毒品的毒资而盗窃、抢劫甚至杀人。尤其在我国,刑法不处罚单纯吸食毒品的行为,处罚非法持有毒品罪需达到“数量较大”的程度,当行为人因毒瘾实施盗窃等犯罪尚未购入毒品时,难以通过毒品犯罪追究刑事责任。同样的毒品成瘾者,因筹措毒资而盗窃被判刑,与因非法持有毒品被判刑,在考虑监所服刑后实施社区矫正是否有助于其改善毒品成瘾状况以及对防止再犯是否具有必要性与相当性时,并没有本质差别。虽然部分缓刑应当适用于监所服刑后进行社区矫正具有必要性与相当性的类型化犯罪人,但不必限定为只适用于这些类型化犯罪人所实施的类型化犯罪。只要通过关联犯罪行为反映出毒品成瘾等犯罪人的类型性,就应当考虑部分缓刑的适用。

综上,在构造部分缓刑时,可以针对犯罪学意义上的类型化犯罪人设定不同于一般犯罪人的部分缓刑规定或者有针对性的量刑标准,但重点在于犯罪人的类型性,不必拘泥于罪名的类型性。

四 结 语

部分缓刑制度能够在判决宣告阶段强化监所服刑与社区矫正的联结,突破刑满释放与假释的困境,充分发挥社区矫正的潜能,促进犯罪人改过自新,提升防止再犯效果,具有引入我国的重要价值。但在引入时不能遵循现行刑法中全部缓刑的思路,而应当从部分

[54] 参见大谷實『刑事政策講義』,弘文堂,新版,2009年,350頁以下;王牧主编:《新犯罪学》(第3版),第167頁以下;许福生著:《犯罪学与犯罪预防》,我国台湾地区元照出版有限公司2016年版,第341頁以下。

缓刑本来的制度价值出发在犯罪处遇的谱系上将其准确定位为“全部实刑的亚类型”,在责任主义与特殊预防的框架内分别考虑部分缓刑作为量刑制度的一面与作为行刑制度的一面,并针对类型化的犯罪人探索特殊部分缓刑的可能性。社区矫正制度引入刑法,实现了犯罪处遇从监所服刑“一枝独秀”到监所矫治与社区矫治“花开两朵”的转变。部分缓刑制度若能引入刑法,则将进一步推动多元化犯罪处遇措施从“各自为营”迈向“协同作业”的新阶段。

[本文系作者主持的2019年度霍英东教育基金会高等院校青年教师基金资助项目“新时代非刑罚性犯罪制裁措施改革的理念、路径与方案”(171078)的研究成果。]

[**Abstract**] Suspension of partial sentence means that the actual term of imprisonment, the suspended term of imprisonment and the probation period are announced at the same time in a judgment and that, after the completion of the actual term of imprisonment, the suspended term of imprisonment will not be executed upon the expiration of the probation period. By strengthening the linkage between imprisonment and community correction at the sentence announcement stage, suspension of partial sentence can, on the one hand, ensure that the offender receives sufficient and necessary community correction after serving a certain period of prison time, which helps to break the dilemma faced by the release after completion of sentence and parole, and on the other hand, help us to change the perspective from which we look at community corrections and to combine community correction with imprisonment, so that they can play a joint role in preventing recidivism. Suspension of partial sentence is a subtype of execution of the whole sentence. China should not set up (too many) mandatory preconditions, such as declaratory sentence and criminal record, for the application of suspension of partial sentence. The necessity and equivalence of the prevention of recidivism are not only the substantive elements of the suspension of partial sentence, but also the substantive standard for deciding whether it is necessary to cancel the partial probation. The declaratory sentence should not exceed the level of retribution, and the actual term of imprisonment and the probation period for suspension of sentence should be sufficiently guaranteed when declaring it. At the execution stage, measures such as parole, commutation, or simply shortening the probation period can be used to deal with the phenomenon of reduced need for special prevention. Rules on suspension of partial sentence that are different from the rules applicable to ordinary offenders or special sentencing standards can be made for typed offenders, rather than typed charges.

(责任编辑:王雪梅)