

缓刑裁量模式实证研究

——基于 4238 份危险驾驶罪裁判文书的实践检视

刘崇亮

内容提要:人们对缓刑实质条件的判断存在较大争议,可以概括为并列模式与递进模式的对立。为了验证司法实践中法官采取何种模式,收集 4238 份醉酒型危险驾驶罪判决书作为研究样本,进行理论假设与模型建构。结果发现,缓刑裁量更多被责任刑情节所影响,表明法官更倾向于并列模式。并列模式不符合缓刑的基本法理与当代中国的刑事司法政策,无法体现缓刑的预防刑属性,会导致责任主义的重复评价,忽略再犯罪危险评估在缓刑裁量中的核心地位,以及造成缓刑适用的不合理限缩等问题。递进模式的二元裁量机制为扩大缓刑适用提供了条件,应该确立微罪缓刑的普遍适用模式,建构以再犯罪危险评估为中心的缓刑裁量模式,使缓刑裁量机制得以优化。

关键词:缓刑裁量 危险驾驶罪 预防刑 责任刑

刘崇亮,上海政法学院刑事司法学院教授。

根据最高人民法院公布的数据,多年来我国缓刑适用率一直较低。根据 2014—2022 年的《中国法律年鉴》^[1]以及 2023 年发布的《2022 年全国法院司法统计公报》^[2]的数据推算,2013—2022 年缓刑适用率大约维持在 30%左右,而在欧美等国,缓刑是适用最广的刑事制裁方法。美国的缓刑适用率通常保持在 60%以上,也是矫正罪犯最为有效的手段之一。^[3]可见,我国与欧美等国的缓刑适用率差异巨大,造成此种尴尬现状的原因在于:一方面,积极刑法观指导下的微罪扩张呈现出不可逆转之势,而以危险驾驶罪为代表的微

[1] 参见《中国法律年鉴》编辑部编辑:《中国法律年鉴》(2014—2022),中国法律年鉴出版社 2014—2023 年版。

[2] 参见《2022 年全国法院司法统计公报》,http://gongbao.court.gov.cn/Details/20587eaf248beb61ed6596018865c.html,最近访问时间[2023-09-19]。

[3] Dean J. Champion, *Corrections in the United States - A Contemporary Perspective*, 3rd edition, Prentice-Hall, 2001, p. 151.

罪使得犯罪标签在量上日益泛化;^[4]另一方面,法官在缓刑裁量过程中对风险的控制有较高的疑虑,导致较低的缓刑适用率。因此,当前最为急迫需要解决的问题在于,采取何种技术方案消除缓刑适用障碍。显然,完善缓刑裁量模式以扩大缓刑适用是解决上述矛盾的关键。问题是,虽然《刑法修正案(八)》对缓刑适用进行了较大修改,立法者也认为《刑法修正案(八)》进一步明确了缓刑适用条件,但理论界与实务部门对缓刑条件的修改并不认可,有学者甚至认为修法后缓刑适用条件更为模糊。为此,本文在对缓刑条件进行规范论证的基础上,以微罪的典型代表——危险驾驶罪的缓刑裁量为例,以回归分析为研究手段,检验缓刑裁量模式的现实样态,批评与反思当前缓刑裁量机制,以期为扩大缓刑适用提供新的技术解决方案。

一 缓刑裁量模式的实证分析进路

如何最大限度地优化缓刑裁量模式以适当扩大缓刑适用范围,需要构建起具有说服力的论证体系及使用恰当的分析手段。为此,笔者拟在对缓刑适用条件规范解释的基础上,把理论与司法实务中对缓刑适用条件的观点进行归纳,并运用回归方法进行实证分析。

(一) 并列与递进模式的争议

自1979年刑法以来,立法者对缓刑的适用条件共进行了三次修改,修改的内容仅涉及实质条件,而不包括对象条件,即缓刑的适用对象一直以来皆为“被判处三年以下有期徒刑、拘役的犯罪分子”。关于实质条件的修改,1997年《刑法》条文沿用了1979年《刑法》条文对于缓刑适用条件的规定,仅是表述上略有差异。1979年《刑法》规定:“根据犯罪分子的犯罪情节和悔罪表现,认为适用缓刑确实不致再危害社会的,可以宣告缓刑”。1997年《刑法》则仅删除“认为”两个字,其它内容保持不变。《刑法修正案(八)》则对缓刑的实质条件进行了较大修改。修正案中的实质条件虽然也保留了“犯罪情节”与“悔罪表现”,但逻辑关系发生变化,并且判断标准也进行了修改。一是修正前“犯罪情节”与“悔罪表现”是“适用缓刑确实不致再危害社会”的判断条件,《刑法修正案(八)》则规定为应该同时符合“犯罪情节较轻”“有悔罪表现”与“没有再犯罪危险”,这就意味着似乎三者的逻辑关系是并列关系。二是《刑法修正案(八)》把缓刑判断标准由“不致再危害社会”修改为“没有再犯罪危险”。

《刑法修正案(八)(草案)的说明》中指出:“各方面认为,应当进一步明确缓刑适用条件,以利于操作。”^[5]可见,修法者认为原先的立法过于抽象与笼统,不利于法官判断,故修法的目的在于,通过对适用条件的明确以便于司法裁量。关于修正案对缓刑适用条件的修改,各方呈现出不同的评价。肯定性评价认为,修正案将缓刑的适用标准具体化,在司法实践中比较容易掌握,增加了可操作性。^[6]但是,否定性评价仍然普遍。有法官认为,虽

[4] 参见梁云宝:《积极刑法观视野下微罪扩张的后果及应对》,《政治与法律》2021年第7期,第40页。

[5] 李适时:《关于〈中华人民共和国刑法修正案(八)(草案)的说明〉——2010年8月23日在第十一届全国人民代表大会常务委员会第十六次会议上》,中国人大网, http://www.npc.gov.cn/zgrdw/huiyi/cwh/1119/2011-05/10/content_1871258.htm,最近访问时间[2023-09-20]。

[6] 参见李永升:《刑法修正案(八)内容解析》,载赵秉志主编《刑法论丛》2011年第2卷,法律出版社2011年版,第61页。

然修正案对缓刑适用的实质条件进行了细化,但仍过于原则和抽象。甚至有学者认为,修正案不但没有实现缓刑适用实质条件操作的具体化,反而在缓刑的正当根据上“搅了浑水”,缓刑适用条件的实质条件本来是明确的,经过修正案的修正,缓刑适用的实质条件反而更模糊了。^[7]之所以各方产生不同的评价,就在于对缓刑实质条件的判断标准存在争议。根据缓刑实质条件的争议观点,笔者将之概括为两种对立的模式:并列模式和递进模式。

并列模式是指缓刑的实质条件中,犯罪情节较轻、有悔罪表现、没有再犯罪的危险、宣告缓刑对所居住社区没有重大不良影响等四个方面均为缓刑适用的判断标准,这四个方面的逻辑关系为并列关系。有论者认为,只有确认犯罪分子符合上述各项条件,留在社会上不致再危害社会,才能适用缓刑。^[8]该观点实际上认为,修正案把旧法中缓刑的判断标准“适用缓刑确实不再危害社会”拆分为四个并列的判断因素,即犯罪情节较轻、有悔罪表现、没有再犯罪的危险、宣告缓刑对所居住社区没有重大不良影响等。递进模式是指虽然经过了修正案的修正,但在缓刑的实质条件中,犯罪情节较轻、有悔罪表现仍然是没有再犯罪危险的判断前提,亦即是否具有再犯罪的危险,须经过是否具有犯罪情节较轻及是否有悔罪表现等的综合判断,再犯罪危险是缓刑的唯一实质判断标准。^[9]

并列模式与递进模式之争的实质在于对缓刑的正当性根据存在不同的认识。并列模式背后的立论基础侧重于缓刑的正当性根据是综合刑论,而递进模式的立论基础侧重于缓刑的正当性根据是教育刑论。刑罚的正当性根据不仅是制定法定刑的正当化根据,同时也是个案量刑的正当化根据。^[10]对于刑罚的创设与量刑而言,有限报应刑与教育刑的比例一直是立法者与法官的两难选择,因为不同时代刑事政策的差异,监禁刑的根据在报应刑论与教育刑论之间摇摆。^[11]实质上,在现代法治条件下,刑罚的正当性根据既强调报应,也强调教育,不可能仅体现报应或者教育。但是,基于缓刑的历史属性与判断逻辑,缓刑的正当性根据侧重于教育刑论。缓刑作为一种特殊的刑罚执行制度,其本身系教育刑的产物。“自奥古斯都把缓刑作为改造罪犯的手段以来,改造本身一直视为缓刑的哲学根基。”^[12]需要指出的是,因为缓刑裁量由两部分组成,即主刑量与缓期执行的裁量,主刑量的大小当然应该体现报应与预防,但是否缓期执行则仅体现的是预防。从逻辑上看,持并列模式的学者通常认为,对于缓刑的宣告应当注重综合刑论的运用,最终实现惩罚与教育罪犯的目的。譬如,《关于常见犯罪的量刑指导意见》规定,应当综合考虑行为、责任、危害或损害后果等犯罪事实及量刑情节,以及被告人的主观恶性、人身危险性、认罪悔罪表现等因素,决定缓刑的适用。虽然有的学者主张缓刑适用的理论基础为教育刑论,但实际观点却为并列模式。如有学者就认为,对缓刑实质条件中的“犯罪情节”的考察范围应当包括犯罪

[7] 参见赵兴洪:《缓刑适用的中国图景——基于裁判文书大数据的实证研究》,《当代法学》2017年第2期,第47页。

[8] 参见周光权著:《刑法总论》(第三版),中国人民大学出版社2016年版,第455页。

[9] 参见张明楷著:《刑法学(上)》(第六版),法律出版社2021年版,第790页。

[10] 参见张明楷著:《刑法学(上)》(第六版),法律出版社2021年版,第790页。

[11] See Richard S. Frase, *Just Sentencing: Principles and Procedures for A Workable System*, Oxford University Press, 2013, pp. 4-5.

[12] Dean J. Champion, *Corrections in the United States - A Contemporary Perspective*, 3rd edition, Prentice-Hall, 2001, p. 150.

中止、防卫过当、避险过当、从犯、胁从犯、犯罪动机、犯罪目的、犯罪对象、犯罪手段、犯罪结果、犯罪数额等。^[13] 上述情节大部分为反映基础罪量的责任刑情节,当然也包括预防刑情节,但把这些情节作为“犯罪情节”,显然采取的是并列模式。而持递进模式的学者通常认为,缓刑的正当性根据体现了刑罚的预防目的,对没有再犯罪危险的罪犯宣告缓刑,说明运用缓刑可以达到特殊预防的目的,没有执行刑罚的必要,对于预防再犯罪能起到有效作用。^[14] 因此,缓刑实质要件中的“犯罪情节”属于反映人身危险性的情节,亦即缓刑的裁量实质上属于预防刑的裁量。^[15] 递进模式意味着在缓刑的裁量中,对象条件的判断属于责任刑判断,在责任刑符合的前提下,“犯罪情节”与“悔罪表现”的判断材料只能是预防刑情节,而“再犯罪危险”的判断只能依附于“犯罪情节”与“悔罪表现”。

需要指出的是,自《刑法修正案(八)》颁布实施以来,在微罪大幅度扩张而缓刑适用率却并没有较大增长的背景下,哪种模式既能够在法理上得到合理解释,又能够契合中国刑事司法的本土化实践经验,这就需要进行实证分析。

(二) 假设建立、样本选择及模型构建

要证明法官更会倾向于哪一种模式,有必要提出理论假设,进而选择有效的裁判文书作为实证分析样本,进行回归模型的构建及变量设置,以便进行实践检验。

其一,根据两类缓刑裁量模式,可以从两个方向进行理论假设。假设一:如果缓刑裁量采取并列模式,“犯罪情节”“悔罪表现”与“再犯罪危险”因不具有从属关系,在符合缓刑的对象条件后,法官在缓刑裁量过程中,会注重责任刑情节与预防刑情节的综合运用,故“犯罪情节”“悔罪表现”的判断依据是指责任刑情节,“再犯罪危险”的判断依据是指预防刑情节。假设二:如果缓刑裁量采取递进模式,“犯罪情节”“悔罪表现”仅是“再犯罪危险”的判断因素,主刑裁量注重的是责任刑情节,在主刑量已经符合的情况下,“犯罪情节”与“悔罪表现”只能是反映人身危险性的预防刑情节。这两个理论假设意味着,若决定缓刑能否适用的是责任刑与预防刑情节,表明实践中法官更倾向于并列模式;若决定缓刑是否适用的仅是预防刑情节,则表明实践中法官更倾向于递进模式。这两个假设的取舍非此即彼,法官更倾向于何种模式,还需要进行实践检视。

其二,关于样本选择,理论上,只要适合缓刑适用的所有刑事案件都可以作为研究样本。本次研究以醉酒型危险驾驶罪为样本主要基于以下考虑:一是该罪是《刑法修正案(八)》增设的犯罪,适用时效与修正后缓刑实质条件适用时效相同,便于统一收集样本的日期。二是该类罪只有一个基本犯,便于对基本犯罪构成事实的认定。三是《刑法》第133条之一除了规定醉酒型危险驾驶,还规定了另外三种类型的危险驾驶,但根据本次研究收集到的案例样本,占比极少,而且基本犯罪构成的事实不统一,不便于设置变量,故仅选择以醉酒型危险驾驶罪为样本案例。本次研究的所有样本案例均来源于中国裁判文书网,随机抽取有效样本(判决书)共4238份。^[16] 为了保证样本案例的广泛性与代表性,

[13] 参见包国为:《我国缓刑适用实质条件具体化的实践考察与路径新探》,《山东社会科学》2021年第8期,第185页。

[14] 参见张明楷著:《刑法学(上)》(第六版),法律出版社2021年版,第789页。

[15] 参见赵兴洪:《缓刑适用的中国图景——基于裁判文书大数据的实证研究》,《当代法学》2017年第2期,第52页。

[16] 本次收集的样本判决书都为发生法律效力的二审判决书。

采取分层抽样方法,在中国裁判文书网上选择各个省份搜索判决书,使得样本较为均匀地分布在东、中、西部。另外,本次样本判决日期大致为 2014 年 1 月至 2022 年 12 月,年度分布量大致平均。据统计,在总样本中,被判决为缓刑的共 1894 个,有效百分比为 44.7%;没有被判决为缓刑的共 2344 个,有效百分比为 55.3%,样本初步具备实证分析的条件。

其三,关于模型建构,由于研究目的是发现司法实践中法官们如何对缓刑进行裁量,以便为优化缓刑裁量模式提供思路,因此本文采用二元 Logistic 回归分析。在构建回归模型前,须依据一定的规则设置回归模型的相关变量。本次研究中以非缓刑组为对照组,缓刑组为实验组,把“是否判处缓刑”作为因变量,把可能影响缓刑适用的各项预测指标作为自变量。根据缓刑适用的基本法理,把包括并列模式与递进模式都认为可能会影响缓刑适用的因素作为自变量的设计思路,最终从总样本中提取的量刑事实与量刑情节作为自变量。缓刑并非具体刑种,作为一种刑罚执行方式的裁量,缓刑裁量区别于主刑量裁量,故回归模型中的预测变量应围绕着因变量“是否判处缓刑”来构建。

本文把酒精含量与交通事故作为反映责任刑情节的核心自变量。在设置核心变量后,再根据缓刑裁量的一般原理及 2013 年最高人民法院、最高人民检察院、公安部颁布的《关于办理醉酒驾驶机动车刑事案件适用法律若干问题的意见》,设置其他反映责任刑与预防刑情节的变量。须指出的是,所有的变量都能够从裁判文书上提取。为此,拟将下述情节作为其他自变量:驾驶资格、驾驶车辆类型、道路类型、自首(或者坦白)、被害人谅解、赔偿、抗拒或者逃避检查、前科、^[17]立功等 9 个。所有变量按照规则进行赋值。因为在逻辑回归中因变量须为二分变量,而酒精含量为连续变量,故需要进行转换处理。处理原则是只要酒精含量的数值大于各自的均值,就编为 1,若数值小于各自的均值,则编为 0,使得这个变量亦变成二分变量。具体变量赋值及频率统计见表 1。

表 1 变量体系表

变量名	赋值说明	样本描述(属性为 1)
1. 酒精含量	低=0;高=1	1992(47.0%)
2. 交通事故	无=0;有=1	1144(26.9%)
3. 驾驶资格	无=0;有=1	3687(87.3%)
4. 车辆类型	非营运车辆=0;营运车辆=1	136(3.2%)
5. 道路类型	非高速或城市快速路=0; 高速或城市快速路=1	203(4.8%)
6. 自首(或坦白)	无=0;有=1	4035(95.2%)
7. 事故后的赔偿	无=0;有=1	3521(83.1%)
8. 抗拒或逃避检查	无=0;有=1	318(7.5%)
9. 前科	无=0;有=1	386(9.1%)
10. 立功	无=0;有=1	(5.7%)

[17] 此处的前科采取广义的定义,不但包括累犯与重新犯罪,还包括判决前因为酒驾受过拘留、吊销驾驶执照等行政处罚。因为经过查阅危险驾驶罪的裁判文书,发现法官在缓刑的裁量过程中,较为重视广义的前科情形。

在设置变量及对变量赋值后,即可以对缓刑裁量的二元 Logistic 回归方程进行建构。^[18] 该模型为:

$$p = e^{B_0} \times e^{B_1(a)} \times e^{B_2(b)} \times e^{B_3(c)} \times e^{B_4(d)} \times e^{B_5(e)} \times e^{B_6(f)} \times e^{B_7(g)} \times e^{B_8(h)} \times e^{B_9(i)} \times e^{B_{10}(j)}$$

需要特别指出的是,关于主刑量能否作为缓刑裁量的预测变量需要分析。根据本文的理论假设一,缓刑是否适用应当考察所有的责任刑情节与预防刑情节。所以,就有必要对缓刑与主刑量进行相关性研究。初步检测表明(见表 2),相关系数为-0.241,P 值为 0.000,表明缓刑是否适用的确与刑量的大小相关,且刑量越大缓刑的可能性越小。但是,因为刑量并非刑法规定的犯罪情节与悔罪表现的内容,其本身是主刑量裁判的结果;同时刑量与案件中的责任刑情节与预防刑情节存在着共线性,故不能把刑量作为缓刑裁量的预测变量。

表 2 缓刑与刑量的相关性

		缓刑	刑量
缓刑	Pearson 相关性	1	-0.241 **
	显著性(双侧)		0.000
	N	4238	4238
刑量	Pearson 相关性	-0.241 **	1
	显著性(双侧)	0.000	
	N	4238	4238

** . 在 0.01 水平(双侧)上显著相关。

二 对危险驾驶罪缓刑裁量回归模型的检验与发现

在构建模型与设置变量后,从 4238 份裁判文书中提取所有相关数据录入到 SPSS26.0 中,建立《醉酒型危险驾驶罪缓刑适用二元 Logistic 回归检验数据库》。再以“是否判处缓刑”为因变量,以回归模型中的预测指标为自变量,进行二元 Logistic 回归分析。

(一)模型成立总体情况

为了检验本文建立的缓刑裁量回归模型是否成立,需要对模型系数进行综合检验。模型系数综合检验具体结果如表 3,其中 Model 一行输出了 Logistic 回归模型中所有参数是否均为 0 的似然比检验结果。^[19] 另外,输出结果中所有的 P 值均为 0.000(P<0.05),

[18] 预测模型中,P 是指缓刑适用的概率,是模型中代入变量值后得到的结果,e 为常数,约为 0.117,在输入模型中各变量的回归系数后,各个变量的值若只要有该情节则为 1,没有则为 0。在具体案件中,输入各个变量的值后,得到的 p 值越接近 1,意味着判处缓刑适用的概率就越高;若 P 值越接近 0,则意味着判处缓刑适用的概率就越低。

[19] 似然比检验结果的值越小,代表模型和数据符合的越好,理想模型的似然比检验结果为 0。

表示本次拟合的模型中,纳入的所有变量里至少有一个变量的 OR 值有统计学意义,即模型总体有意义。这就意味着 10 个自变量总体上能够决定缓刑的宣告,但具体到哪个变量对缓刑宣告有何种程度的影响则需要进一步的检测。

表 3 模型系数的综合检验

		卡方	df	Sig.
步骤 1	步骤	155.057	11	0.000
	块	155.057	11	0.000
	模型	155.057	11	0.000

另外,如表 4 所示,从模型的拟合优度的检验结果来看,P 值为 0.931(即 $P > 0.05$),当 P 值不小于检验水准时(即 $P > 0.05$),通常认为当前数据中的信息已经被充分提取,模型拟合优度较高。

表 4 Hosmer 和 Lemeshow 检验

步骤	卡方	df	Sig.
1	32.190	2	0.931

(二)模型中变量的具体检验结果

本次统计过程中筛选变量的方式是渐进法,方程中的变量表格列出了最终筛选进入模型的变量和参数。具体回归分析结果见表 5。

表 5 模型中的变量数据输出结果

		B	S. E	Wals	df	Sig.	Exp(B)
步骤 1 ^a	酒精含量	-0.012	0.003	21.740	1	0.000	0.881
	驾驶资格	0.787	0.297	7.007	1	0.008	2.196
	营运车辆	-1.177	0.598	3.868	1	0.049	0.308
	交通事故	-1.172	0.352	11.067	1	0.001	0.310
	高速路	-1.038	0.453	5.263	1	0.022	0.354
	自首(或坦白)	0.970	0.550	3.107	1	0.078	2.637
	赔偿	1.083	0.387	7.835	1	0.005	2.952
	抗拒或逃避检查	-0.773	0.411	3.527	1	0.049	0.462
	前科	-3.295	0.648	25.882	1	0.000	0.037
	立功	1.580	0.574	20.205	1	0.000	3.192
常量	0.125	0.659	0.036		.	1.133	

a. 在步骤 1 中输入的变量:酒精含量、驾驶资格、车辆类型、交通事故、道路类型、自首或坦白、赔偿、抗拒或逃避检查、前科、立功。

表 5 中的 Sig. 一列表示相应变量在模型中的 P 值,B 一列表示相应变量在模型中的

回归系数,^[20] $\text{Exp}(B)$ 表示相应变量的 OR 值。^[21] 从表五的输出结果来看,“自首或坦白”被排除出方程中,这个变量的 P 值大于 0.05,表明没有统计学意义上的显著差异性。其他进入方程的 9 个变量,因为 P 值小于 0.05,表明具有统计学意义上的显著差异性。第一,在进入方程的 9 个变量中,驾驶资格、赔偿及立功等三个变量的回归系数为正,此意味着若具有这三个情节的案件,会增加判处缓刑适用的机会;而酒精含量、营运车辆、交通事故、高速路、抗拒或逃避检查、前科等六个变量的回归系数为负,此意味着若酒精含量高或者具有其他五个情节,会减少判处缓刑适用的机会。第二,对缓刑适用正面影响最大的变量是立功,其回归系数达到了 1.580,高于其他变量。对缓刑适用负面影响最大的则是前科,其回归系数为-3.295,表明若有前科情节会极大减少缓刑的适用机会。第三,驾驶资格、赔偿两者的回归系数分别为 0.787 和 1.083,抗拒或逃避检查、营运车辆、交通事故、高速路的回归系数分别为-0.773、-1.177、-1.172、-1.038。令人意外的是,酒精含量对缓刑适用的影响最小,回归系数仅为-0.012。据表 5 输出结果,就可以根据各变量的回归系数和常量建立起缓刑适用的预测模型。具体为:

$$p = e^{.125} \times e^{-.012(a)} \times e^{-1.172(b)} \times e^{.787(c)} \times e^{-1.177(d)} \times e^{-1.038(e)} \times e^{1.083(g)} \times e^{-.773(h)} \times e^{-3.295(i)} \times e^{2.580(j)}$$

(三) 理论假设的检验结果

根据上述分析结果,对两项理论假设进行检视:一是法官在对缓刑适用的判决中更倾向于综合性地运用责任刑与预防刑作为缓刑适用的根据,因此司法实务中缓刑裁量整体表现为并列模式。回归分析结果显示,9 个有效变量中,责任刑情节包括酒精含量、驾驶资格、营运车辆、交通事故、高速路、抗拒或逃避检查;预防刑情节包括赔偿、前科、立功。这意味着在司法实践中,法官认为刑法规定的缓刑适用条件中的“犯罪情节”是指责任刑情节,而体现“再犯罪危险”的则是指预防刑情节,故假设一能够成立。二是关于假设二,如前实证分析结果表明,影响缓刑适用的情节既包括责任刑,也包括预防刑,并且在整个变量体系中,责任刑情节占主导地位,说明法官并没有把犯罪情节与悔罪表现作为再犯罪危险的判断材料。这就意味着缓刑适用条件中的“犯罪情节”仅指预防刑情节的设想在刑事司法实践中并没有得到认可,故假设二无法成立。

三 对危险驾驶罪缓刑裁量模式的评析

法官的集体职业实践经验中,包含着某种集体与实践理性,是司法客观规律的反映,但是,这种经验可能也存在着不足及一定的提升空间。^[22] 在本次研究的危险驾驶罪总样本中,虽然呈现出的并列模式是法官在缓刑适用过程中的主要裁量模式,但这种并列模式并不符合当代中国刑事司法政策及缓刑的基本法理。

(一) 缓刑裁量并列模式无法体现缓刑的根本属性

“改造”理想作为缓刑的哲学基础,而改造方法却非一成不变,譬如因为保护社区安

[20] 偏回归系数的绝对值越大意味着自变量对因变量的影响越大。

[21] OR 值意味着具有某个变量是没有此变量的多少倍的发生概率。

[22] 参见白建军:《法学研究中的实证发现——以刑事实证研究为例》,《政治与法律》2019 年第 11 期,第 8 页。

全面强调对缓刑犯的监督,甚至强化对缓刑犯的威慑,但改造始终为缓刑的存在提供了理论基础。^[23] 缓刑的理论根基与正当化根据在于特别预防,^[24]但上述实证结果表明,缓刑的适用更多取决于责任刑情节的判断,预防刑情节并没有得到相应的重视。这表明现有的缓刑裁量模式无法体现缓刑的根本属性。

第一,作为预防刑情节的自首(或者坦白)没有进入方程。该变量 P 值为 0.078,因为 P 值大于 0.5,表明该变量不具有统计学意义上的显著差异性。这种实证研究结果意味着作为法定的预防刑情节,自首(或者坦白)在危险驾驶罪的缓刑裁量中没有被充分考量,这显然与自首(或者坦白)的性质相抵牾。有论者指出,行为人在实施犯罪之后判决以前的态度,常常可作出特殊预防必要性的推论,故行为后持续较长时间的“良好态度”可作为有利于行为人的评价。法院在量刑时考虑行为人在刑事程序中的态度,尤其是激发行为人通过坦白以查明犯罪行为的热情。诉讼态度虽然不能够对责任具有追溯力,但坦白表明,行为人认识到错误对其再社会化是有利因素。^[25] 所以,作为法定的预防刑情节是否应该体现在主刑量的裁量上有法官依法裁决,但自首(或坦白)在决定是否适用缓刑方面应当具有重要的参考价值,故在实践中把自首(或者坦白)排除在缓刑适用变量体系外,的确证明并列模式与缓刑的根本性质相抵牾。

第二,作为从宽型预防刑情节的赔偿与立功在缓刑裁量中的地位并不突出。虽然赔偿与立功都进入了方程,赔偿的回归系数为 1.083,而且立功的回归系数为 1.580,意味着对缓刑适用的正面影响最大,但与其他责任刑情节相比,影响力差异并不大。而且立功情节在总样本中仅占 5.7%,故总体上对缓刑适用的影响并不大。作为从严型预防刑情节的前科回归系数为-3.295,意味着即使同时具有赔偿与立功两个预防刑情节,在其他变量得以控制的前提下,若犯罪人有前科之情节,则缓刑适用的可能性大大降低。关于赔偿作为从宽的正当化根据,一般认为是特殊预防说。实证研究表明,赔偿对法官是否判处死刑有显著影响。^[26] 赔偿既然在犯罪性质最为严重的死刑案件中都能够发挥显著的影响作用,那么对于微罪的危险驾驶案件来说理应更受到重视,毕竟危险驾驶罪中的犯罪人相较于死刑案件中犯罪人的特殊预防性更小。至于立功作为从宽的正当化根据,一般也认为是特殊预防说,属于罪后态度,对于未来犯罪人的行为预测具有重要参考价值。虽然在理论维度中,赔偿与立功在缓刑裁量中应该成为主要判断因素,但实证研究表明,在缓刑裁量中的地位并不突出,这也表明并列模式无法体现缓刑的根本属性。

第三,责任刑情节在缓刑裁量中占据主要位置。从实证研究的结果来看,自首(或者坦白)、赔偿等本应是主要的预防刑情节,但并没有发挥应有的作用,这就削弱了危险驾驶罪缓刑裁量的预防刑属性。另外,进入方程中的 9 个有效变量,责任刑情节就有 6 个。在这 6 个变量中,除了酒精含量对缓刑裁量的影响较小,驾驶资格、营运车辆、交通事故、

[23] See Dean J. Champion, *Corrections in the United States - A Contemporary Perspective*, 3rd edition, Prentice-Hall, 2001, p. 150.

[24] 参见张明楷著:《责任刑与预防刑》,北京大学出版社 2015 年版,第 393 页。

[25] 参见[德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特著:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社 2001 年版,第 1066-1067 页。

[26] 参见王越:《故意杀人罪死刑裁量机制的实证研究》,《法学研究》2017 年第 5 期,第 156 页。

高速路及抗拒或者逃避检查的 OR 值分别为 2.196、0.308、0.310、0.354、0.462,表明若犯罪人具有驾驶资格,则是没有驾驶资格者获得缓刑适用可能性的 2 倍,而若是具有营运车辆、发生交通事故、高速路上行驶、抗拒或者逃避检查等情节,获得缓刑适用可能性是没有上述情节获得缓刑适用可能性的 0.308、0.310、0.354、0.462 倍。此即意味着本应是预防刑的裁量属性却变成了责任刑的裁量属性,显然,这种裁判模式违背了缓刑特殊预防的基本属性。

(二) 并列模式可能导致缓刑裁量中责任主义的重复评价

在案件裁量中,法官需要综合考量责任刑与预防刑情节,但在缓刑裁量中,缓刑的主刑量由责任刑与预防刑情节综合决定,而在主刑量确定后是否适用缓刑,则取决于预防刑情节。就此,并列模式会导致双重责任评价,并进而导致量刑偏重。

一方面,责任刑情节在是否适用缓刑中起决定作用可能违反禁止重复评价原则。缓刑不同于实刑,其核心要义在于再犯罪危险的判断。前述 6 个责任刑情节在整个危险驾驶罪缓刑裁量机制中占有支配地位,这就意味着在危险驾驶罪的裁量中,法官们集体不自觉地违反了禁止重复评价原则。所谓重复评价,表面上是在定罪量刑时对同一犯罪行为事实进行了重复使用,但实质上是对存在论上的同一事实所反映出来的同一不法内涵和同一罪责内涵进行了重复考量,进而导致重复处罚。^[27] 责任刑情节本质上为增加基础罪量的情节,且主要是反映基础罪量的构成事实。按照责任主义观点,影响责任的事实情节不但包括应当体现行为符合构成要件的事实,还包括构成要件之外的事实;既包括基本构成事实,也包括非基本构成事实。上述方程中的有效变量为酒精含量、驾驶资格、营运车辆、交通事故、高速路、抗拒或者逃避检查,其中酒精含量与交通事故是反映基础罪量的基本构成事实,其他变量则为影响基础罪量变化的非基本构成事实。重复评价会导致一罪多罚、轻罪重罚或者重罪轻罚,违反罪刑法定与罪刑相适应原则。^[28] 在危险驾驶罪的缓刑裁判过程中,若按照《关于常见犯罪的量刑指导意见》规定的分层量化量刑机制与步骤,危险驾驶罪的缓刑裁量可分为两个环节。一是先确定主刑量。根据酒精含量在相应的法定刑幅度内确定量刑起点;然后根据是否发生交通事故及其严重程度等犯罪事实,在量刑起点的基础上增加刑罚量确定基准刑;最后根据驾驶资格、营运车辆、高速路、抗拒或者逃避检查等量刑情节调节基础刑,并综合考虑全案情况,依法确定宣告刑。二是确定是否适用缓刑。构成危险驾驶罪的,综合考虑危险驾驶行为、危害后果等犯罪事实、量刑情节,以及被告人主观恶性、人身危险性、认罪悔罪表现等因素,决定缓刑的适用。于是,第一个裁量环节中考察的酒精含量、交通事故、驾驶资格、营运车辆、高速路、抗拒或者逃避检查等量刑情节,在第二个环节中将再次被考察,显然,这种并列裁量模式违反了禁止重复评价原则。犯罪宣告是因行为所反映出来的法益侵害和反规范人格态度而发动,反过来犯罪宣告对于矫正这种人格态度,预防这种法益侵害具有一定的作用,不能仅仅出于逻辑上的考虑而任意地增减犯罪宣告的质量。^[29] 任意地增加责任刑情节裁量而导致的重

[27] 参见王明辉、唐煜枫:《论刑法中重复评价的本质及其禁止》,《当代法学》2007年第3期,第16页。

[28] 参见张明楷著:《刑法学(上)》(第六版),法律出版社2021年版,第746页。

[29] 参见王明辉、唐煜枫:《论刑法中重复评价的本质及其禁止》,《当代法学》2007年第3期,第16页。

复评价,显然会增加缓刑裁量的负担。

另一方面,预防刑情节在缓刑裁量中并不必然违反禁止重复评价原则。要准确理解禁止重复评价原则就必须分析禁止重复评价原则的基本法理。禁止重复评价即对于反映同一不法内涵和同一罪责内涵的同一犯罪行为不得在定罪与量刑中反复使用。之所以要禁止重复评价,就在于若允许一个情节在定罪量刑中重复评价,必然会导致责任主义的双重报应。在缓刑裁量过程中,主刑量的裁量已经使用过的责任刑情节,若在适用缓刑中再使用,显然会导致责任主义的双重报应,故会违反禁止重复评价原则。但是,在主刑量裁量中已经使用过的预防情节,在缓刑裁量中若再次使用,则不必然会违反禁止重复评价原则。因为缓刑裁量本身就具有预防刑裁量的属性,在危险驾驶罪主刑量裁量过程中,自首(或者坦白)、赔偿、前科、立功等预防刑情节都已经给予考虑,而在决定是否适用缓刑时,这些情节又都是反映重新犯罪危险的重要因素,故不能不给予考量。并且因为缓刑裁量与主刑量裁量本身就不是一个评价体系,加上这些情节属于预防刑情节,故不会导致责任主义的双重报应,也就不必然会违反禁止重复评价原则。

(三) 并列模式忽略了再犯罪危险评估在缓刑裁量中的核心地位

再犯罪风险评估一般认为是缓刑制度的产物,在缓刑裁量机制具有核心地位。^[30]但是,缓刑裁量的并列模式会侵蚀再犯罪风险评估在缓刑裁量中的核心地位。

第一,责任刑情节的裁量无法体现再犯罪危险评估的实质。在当代英美等国的缓刑裁量中,对缓刑犯的再犯罪危险评估已经完全工具化与制度化。肯绍尔(Hazel Kemshall)认为:“风险评估在刑事司法过程中及在对不同的干预和矫正形态效果中的评估起着非常重要的作用,很大程度上推动了英美等国的刑事司法制度的改革,风险评估的发展仍然会引导着刑事司法的走向。”^[31]从再犯罪危险评估制度的发展形态来看,对罪犯的再犯罪危险评估是缓刑制度的关键因素,只有再犯罪危险预测的水平达到一个较高层次,缓刑才可能具备合理适用的前提。没有再犯罪危险是缓刑适用的核心要件,是我国在总结1997年刑法规定的“不致再危害社会”理论与实践的基础上而加以规定的缓刑要件。据此,如果犯罪分子没有再犯罪危险,审判机关可以考虑对其适用缓刑;反之,则不得对其适用缓刑。^[32]当代英美等国的第四代风险评估工具不但包括个体犯罪史相关的情节,还包括就业状况、社会交往等动态性因素,而犯罪史相关的情节主要也是反映再犯罪危险的因素,即预防刑情节。但从本实证研究结果来看,责任刑情节在裁量机制中占据核心位置,而缓刑裁量的实质在于对再犯罪危险的评估,显然责任刑情节无法满足再犯罪危险评估的需求,故缓刑裁量并列模式会淡化“再犯罪危险”在缓刑裁量中的核心地位。

第二,责任刑判断不能替代再犯罪危险评估。在非监禁刑的发展历史中,最受到关注的问题即是如何能使社区服刑罪犯不再次犯罪。就此一问题,早期的风险预测技术基本依靠法官的专业判断及生活经验。但是这种判断最大缺陷在于预测的不精确性,依靠经

[30] See Malcolm M. Feeley & Jonathan Simon, *The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and Its Implications*, 4 *Berkeley Law Scholarship Repository* 449, p. 456 (1992).

[31] See Hazel Kemshall, *Understanding Risk in Criminal Justice*, Open University Press, 2009, p. 72.

[32] 参见翟中东:《缓刑适用中的再犯罪危险评估问题》,《河南警察学院学报》2012年第2期,第43页。

验性判断毕竟多属于个人主观性的判断,容易发生主观判断的偏差及个性喜好的随意性。因此,英美等国的缓刑裁量广泛采用了较为成熟的再犯罪风险评估工具,目前已经发展到了第四代。第四代评估工具融合了动态的预防性评估因素,为准确预测犯罪风险奠定了基础。^[33]我国法官对缓刑的风险评估仍然属于经验性的临床判断,特别是缓刑裁量的并列模式会削弱再犯罪风险评估在缓刑裁量中的核心地位。这是因为责任刑的判断是对过去犯罪的回顾,犯罪构成事实是责任刑的判断依据,故责任主义是建构在行为责任基础之上的。而预防刑的判断是对行为人未来的犯罪预测,其判断依据是反映人身危险性的量刑情节,故其是构建在行为人责任的基础之上。本实证研究表明,责任刑情节在缓刑裁量中具有基础地位,显然这会破坏再犯罪风险评估在缓刑裁量中的核心地位,使得再犯罪风险评估流于形式。

(四) 并列模式会导致缓刑适用的不合理限缩

与递进模式相比,缓刑裁量的并列模式会使得缓刑适用的实质条件更为严苛,导致缓刑适用的不合理限缩。学者们通常认为重刑主义观念导致法官在运用刑罚裁量权时倾向采取监禁刑立场。的确,较低的缓刑适用率似乎反映出重刑主义的量刑观,但这只是表象,并不能以此证明重刑主义是缓刑适用率低的原因。一方面,我们法官在缓刑裁量过程中,正是因为评估技术的不发达和缺乏量化指标,使得对判决缓刑后的再犯罪风险存有疑虑,对本没有再犯罪风险且符合缓刑其他条件的罪犯判处监禁刑。另一方面,缓刑裁量并列模式是扩大缓刑适用的主要障碍。虽然《刑法》明确规定了缓刑适用的对象条件与实质条件,但因为缓刑裁量并列模式既要考量责任刑情节,又要考量预防刑情节,使得缓刑适用条件极为严苛。根据本次研究,驾驶资格、营运车辆、交通事故、高速路及抗拒或者逃避检查这五个责任刑情节对于缓刑的裁量均有影响,而这些情节本身是犯罪构成的事实,理应在主刑量的裁量过程中进行考量,但在实践中缓刑裁量又进行第二次考量,显然增加了适用门槛,为缓刑适用添加了障碍。总体上看,缓刑裁量并列模式会严重导致缓刑适用的不合理限缩。

四 微罪视野下缓刑裁量模式的优化

在微罪大量增加的背景下,现有缓刑裁量模式从法理层面到制度实践都存在着缺陷,因此出于对缓刑裁量模式优化的需要,可尝试作如下思考。

(一) 递进模式的二元裁量机制为扩大缓刑适用提供了条件

所谓递进模式的二元裁量机制,是指缓刑裁量中的主刑裁量与是否适用缓刑裁量有着本质区别,主刑裁量是刑种及刑量幅度的判断,而适用缓刑裁量则是是否需要现实地执行的判断。在未来的缓刑裁量模式中,法官们应注意到递进模式的二元裁量机制的优点,从而扩大缓刑的适用。

[33] See James Bonta & D. A. Andrews, *Risk-Need-Responsivity Model for Offender Assessment and Rehabilitation*, Public Safety Canada Report, 2007, p. 4.

一方面,递进模式能够体现缓刑的基本属性。罗克辛认为:“在惩罚的制度性安排中,我们发现了一种不是以罪责为导向,而是纯粹的特殊预防的行为人刑法的强烈影响。因为在这个领域中,不存在禁止超越罪责的规定,所以,一种特殊预防和行为人刑法的思想,就可以在这里自由地展开。最好的例子是缓刑,因为缓刑的批准在很大程度上要依赖于对行为人未来表现的预测,要特别考虑被判刑人的人格、他过去的生活和他的生活环境。”^[34] 行为人刑法建构在预防主义基础之上,意在未来,故在缓刑裁量过程中,反映行为人在缓刑期间再犯可能性的预防刑情节应当成为裁判依据。因为在缓刑中只能运用体现行为人刑法的情节,故缓刑的具体裁量显然仅支持递进的裁量模式。缓刑裁量的递进模式,就意味着缓刑条件中的“犯罪情节”仅指预防刑情节,在主刑裁量中已经运用过的责任刑情节在缓刑裁量中则不能再进行运用。而预防刑情节在缓刑裁量中运用并不会违反重复评价原则。因此必须明确区分责任刑情节与预防刑情节,以免导致裁量的误差。在构建成熟的缓刑再犯罪风险评估制度之后,对预防刑情节的判断都应包含在评估量表之中。

另一方面,递进模式的二元裁量机制为扩大缓刑适用提供了技术性思考。本次调研的 4238 份样本中,危险驾驶罪的缓刑适用率仅为 44.7%。为此,如何在现有立法框架下采用技术性手段扩大缓刑适用迫在眉睫,而递进模式的二元裁量机制则为这种技术性手段提供了可能。一是明确责任刑情节不能在缓刑裁量的第二个步骤中适用后,反映社会危险性和主观恶性重的责任刑情节就无法影响缓刑的适用,此法显然能够扩大缓刑的适用范围。在本次研究中,酒精含量、驾驶资格、营运车辆、交通事故、高速路、抗拒或逃避检查等六个责任刑情节若不在缓刑裁量中运用,显然危险驾驶罪的缓刑适用范围会扩大。二是若仅考虑预防刑情节在缓刑裁量中第二个步骤的运用,因通常从宽型的预防刑情节要多于从严型的预防刑情节,故递进模式为扩大缓刑的适用范围提供了技术性前提。在本次研究的变量体系中,属于从宽型预防刑情节的自首比例为 95.2%,事故后赔偿的比例为 83.1%,而前科的比例仅为 9.1%,显示从宽型的预防刑情节远远多于从严型的预防刑情节。需要指出的是,在绝大部分的微罪中,递进模式对于扩大缓刑的适用范围可能更为明显,主要原因就在于微罪中的从宽型预防刑情节远多于从严型预防刑情节。由此可见,二元的裁量机制能够为扩大缓刑适用扫除责任刑设置的障碍。当然,坚持缓刑裁量模式的二元机制,仅为扩大缓刑的适用范围提供了一种技术解决方案,在司法实践中还需要法官注重对从宽型预防刑情节的运用,以鉴别出高风险罪犯,让再犯罪危险低的罪犯在社区中接受矫正,从而真正扩大缓刑的适用。

(二) 确立微罪缓刑的普遍适用模式

我国刑法理论通常以拘役为界限对微罪和轻罪进行区分,认为微罪应以拘役作为最高法定刑或者宣告刑。在积极刑法观影响下,《刑法修正案(八)》增设的危险驾驶罪拉开了我国微罪发展的帷幕,《刑法修正案(十一)》仍然沿着微罪的方向继续推进。^[35] 随着

[34] [德]克劳斯·罗克辛著:《德国刑法学(总论)》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005版,第113页。

[35] 参见梁云宝:《积极刑法观视野下微罪扩张的后果及应对》,《政治与法律》2021年第7期,第36页。

以审判为中心的司法改革的深入展开,刑事审判中的绝大多数轻微刑事案件(包括大量的微罪案件)的程序得到了简化。^[36]但是,缓刑的判决数量并没有因为微罪的增加而得到增加。根据《中国法律年鉴》统计,2010年全国法院审理危害公共安全刑事案件88950件,而2011年该类案件的收案为119659件,2012年猛然上升为175439件,^[37]2011年《刑法修正案(八)》增设的危险驾驶罪是主要原因。根据2015年最高人民法院公布的数据,危险驾驶罪在2014年刑事一审中排在第三位,仅次于盗窃罪与伤害罪。在整体犯因性因素没有发生较大变化的背景下,“酒驾入刑”使得危害公共安全罪的立案数急剧上升应该是支配性因素。而据笔者对2014年缓刑与监禁的比率调查结果显示,该年两者的比率仅为0.24,远低于世界其他主要国家。在如此庞大的微罪非缓刑判决数量剧增的情形下,会显著推高我国的人口监禁率。^[38]鉴于此,可以考虑确立微罪缓刑的普遍适用模式。

一是树立微罪优先适用缓刑的基本观念。在刑法扩张的背景下,微罪本身危害较为轻微,适用非监禁措施既体现了罪刑均衡的要求,亦有助于缓解监狱过重的负荷。相较于短期监禁刑,社区性刑罚在促进实现轻微犯罪人的再社会化方面具有更显著作用。^[39]根据本文支持的微罪定义,近年来我国刑法修正案增加的法定最高刑为拘役的微罪全部符合缓刑的对象条件,这就为此类微罪缓刑的普遍适用提供了前提。若在符合实质条件的情形下,所有的微罪原则上都能够适用缓刑,因此,法官应当树立微罪优先适用缓刑的基本观念。这就必须纠正“微罪缓刑本身不具有报应与威慑功能”的错误认识。缓刑虽然属于预防刑的裁量属性,其正当性根据是强调特殊预防的教育刑论,但从刑罚功能意义上讲,缓刑毕竟为有罪宣告,缓刑监督与缓刑撤销使得缓刑仍然具有一定的报应与威慑功能。^[40]同样,即便是微罪的缓刑适用,仍然能够体现刑罚的报应功能,从而满足法秩序所需要的正义观。

二是微罪的从宽型量刑情节为普遍适用模式提供了前提。再犯罪危险的判断关键在于预防刑情节的判断,而根据本实证研究结果,在所有判决书样本中,具有直接否定缓刑适用的法定刑情节的案件极少。根据《刑法》第74条的规定,对于累犯和犯罪集团的首要分子,不适用缓刑。在4238份样本判决书中,具有累犯情节的案件仅有23起,另外,样本中并没有犯罪集团首要分子情节的案件。即便考虑到包括不属于累犯的前科(包括因为犯本罪前醉酒驾车),也仅有386份案件具有前科情节,仅占全部案件的9.1%。或者有人会认为若具有抗拒或者逃避情节,行为人的再犯罪风险会升高。笔者认为,该情节性质上为责任刑情节,即犯罪构成事实,在对主刑量宣告的时候就应进行过裁量,若在缓刑裁量再运用该情节,显然有违背重复评价之嫌。在所有判决书样本中,具有能够直接肯定行

[36] 参见储槐植、李梦:《刑事一体化视域下的微罪研究》,载江溯主编《刑事法评论:刑法的科技化》第43卷,北京大学出版社2020年版,第166页。

[37] 参见《中国法律年鉴》编辑部编辑:《中国法律年鉴》(2011—2013),中国法律年鉴出版社2011—2013年版。

[38] 参见刘崇亮:《对刑罚修订的效果量化分析与反思》,《政法论丛》2022年第5期,第94页。

[39] 参见刘仁文、钱蕙:《刑法扩张视角下犯罪分层的路径选择》,《贵州民族大学学报(哲学社会科学版)》2021年第4期,第122页。

[40] See Dean J. Champion, *Corrections in the United States - A Contemporary Perspective* 3rd edition, Prentice-Hall, 2001, p. 150.

为人再犯罪危险低的情节较多。自首(或者坦白)、赔偿是评价行为人再犯罪危险程度低的重要因素,两者各自的比例均占总样本的 90%左右。从经验上判断,其他微罪案件中,体现再犯罪危险低的量刑情节,应该亦在其量刑情节体系中占据主导地位。另外,对于宣告刑为拘役的微罪来说,若具有累犯或者犯罪集团的首要分子等缓刑禁止适用情节,最后的宣告刑也不可能为拘役,因此,这些类型的微罪也具有普遍适用缓刑的条件。

综上,可以考虑建立微罪缓刑的普遍适用模式。可在《量刑指导意见》中明确规定,危险驾驶罪案件若没有法定的缓刑禁止适用情节,一般情况下应该适用缓刑。在时机成熟后,可推广到其他微罪或者宣告刑为拘役的案件中,即一般情况下应该适用缓刑。

(三)建构以再犯罪危险评估为中心的缓刑裁量模式

缓刑制度的建立须遵循一系列的原则,其中最为重要的原则就是在量刑政策中,风险评估管理应该贯穿于缓刑的整个刑事司法过程。^[41]但是,我国法官对缓刑中的危险评估基本采取定性方法。以定性的形式评估再犯罪危险最大的问题在于可靠性差,因而国际社会多使用定量的形式对罪犯进行再犯罪危险评估。^[42]为此,我们必须要建立以危险评估为中心的缓刑裁量模式,这种建立在递进模式基础之上的裁量机制能够最大限度地鉴别出高风险与低风险罪犯,以便促进对缓刑犯再犯罪风险的合理控制。

首先,确立以再犯罪危险评估为中心的二元递进模式。决定是否适用缓刑本质上是再犯罪危险的判断过程。在英国,因为矫正无效论,20世纪80年代缓刑的刑罚属性受到了信任危机。及至90年代,制定了大量的措施与原则用以完善缓刑制度,其中最为重要的是,缓刑的裁量建立在区分严重犯罪与不严重犯罪基础上再鉴别再犯罪危险。^[43]英国的罪犯评估系统被英国内政部指定用于全国罪犯的缓刑与矫正之中,并在该系统的运用目标中明确指出,应该把再犯罪危险评估与假释、缓刑裁量联结起来。^[44]正是近年来英美等国再犯罪危险评估技术在缓刑裁量制度中的成熟运用,使得这些国家的缓刑一直成为刑事制裁中最为重要的手段之一。本文所主张的缓刑裁量递进模式实质上与再犯罪危险评估相契合。按照递进裁量模式,犯罪情节较轻与有悔罪表现是没有再犯罪危险的判断前提,此中的犯罪情节只能是预防刑情节。大部分国家的第四代再犯罪危险评估工具中的评价因子,既包括动态因子,也包括静态因子,而这些评估因子亦基本上为反映再犯罪危险的预防刑情节。以北美地区对缓刑与假释裁量影响最大的《管理水平评估量表》(Level of Service Inventory-Revised)为例。该评估量表被作为评估工具用于缓刑与假释的决定,并被认为是具有较高的可靠性。该评估量表总共有54项风险影响因子,包括个人犯罪史、教育就业、经济状况、家庭与婚姻状况、居住状况、休闲活动、人际交往、酒精与毒品问题、感情与个人问题、态度问题等方面。从《管理水平评估量表》的影响因子可以看出,这些影响因子基本属于犯罪史、犯罪后态度及犯罪人的平时表现,在性质上明显不属于责任

[41] See Hazel Kemshall, *Understanding Risk in Criminal Justice*, Open University Press, 2009, p. 82.

[42] 参见翟中东:《缓刑适用中的再犯罪危险评估问题》,《河南警察学院学报》2012年第2期,第43页。

[43] See Hazel Kemshall, *Understanding Risk in Criminal Justice*, Open University Press, 2009, p. 82.

[44] See National Offender Management Service, *A Compendium of Research and Analysis on the Offender Assessment System (OASys) 2009-2013*, Ministry of Analytical Series, July 2015, p. 354.

刑的情节,有些甚至并非量刑情节,但法官在缓刑裁量中之所以把这些因素作为判断再犯罪危险的影响因子,关键就在于此类反映犯罪人再犯罪危险因素的定量预测比定性预测要准确得多。因此,我国缓刑裁量模式的合理化构建也应以再犯罪风险评估为中心。当然,在没有建立成熟的再犯罪风险评估制度前,预防刑情节的运用则必须受到高度重视。

其次,设计适合中国缓刑裁量的再犯罪危险评估工具。近年来我国学者对再犯罪风险评估理论进行了有益的借鉴,但大多是对英美等国的再犯罪风险评估工具进行引介,然而,他国已经成熟的再犯罪风险评估工具精确性虽然较高,但不见得“拿过来”就能够完全适用于我国,再犯罪风险评估工具具有因时、因地性,评价工具的精确性还须经过中国本土化的实践与操作。笔者曾研制过一份《罪犯风险等级评估量表》,将我国中东部六所监狱的1021名罪犯作为研究样本,基于再犯罪风险评估理论及中国罪犯矫正实践,遵循第四代评估工具的“风险—需要—改造”原则,选取43项指标作为再犯罪危险的影响因子。对这些指标去纲量化,经过SPSS20.0标准化检测后,根据变量的phi值及r值的大小对有效因子进行赋值,并最终研制出《中国罪犯风险等级评估量表》。^[45]该量表最后经过效度检验,表明预测效果较好,但这毕竟是学术研究的成果,效果到底如何,还待检验。鉴于此,我国司法机关应该借鉴有关国家缓刑再犯罪风险评估工具的研制经验,研制出本土化的《缓刑再犯罪风险评估量表》,构建中国特色的缓刑再犯罪风险评估制度。

最后,完善缓刑再犯罪危险评估程序。我国《社区矫正法》第18条规定,人民法院根据需要,可以委托社区矫正机构或者有关社会组织对被告人的社会危险性进行调查评估,提出意见,供决定社区矫正时参考。显然,该条明确确定了法院在决定是否适用缓刑时进行再犯罪风险评估。有学者将该条规定界定为审前调查评估程序,既含有刑事诉讼事项,也包含实体性事项,其法律性质仍然属于程序性事项,该程序的最终目的是保证刑事实体法的最终实现。^[46]本文赞同上述观点。《社区矫正法》第18条的规定实质上借鉴了英美等国的量刑前报告。如英国《2003年刑事司法法》第156条就对量刑前报告有所要求,而量刑前报告的具体形式与内容则由《2007年罪犯管理的国家标准》规定,其中就包括再犯罪可能性的评估,再犯罪危险评估程序的主要组成部分是OASys(the Offender Assessment System)。^[47]我国《社区矫正法》对再犯罪危险评估的规定还较为粗疏,有必要在相关的法律法规中具体明确缓刑再犯罪危险评估的法律性质、评估对象、评估机关、评估步骤及评估效力等具体程序性问题,最终为构建科学的缓刑裁量模式提供程序性保障。

[本文为作者主持的2021年度国家社会科学基金一般项目“再犯罪风险评估视野下中国社区刑罚改革实证研究”(21BFX178)的研究成果。]

[45] 参见刘崇亮:《罪犯风险等级评估量表的构建》,载赵秉志主编《刑法论丛》2020年第3卷,法律出版社2021年版,第328页。

[46] 参见贾长森、窦磊:《宽严相济视域下审前调查评估制度审查及完善》,载赵秉志主编《刑法论丛》2021年第2卷,法律出版社2022年版,第530页。

[47] 参见[英]安德鲁·阿什沃斯著:《量刑与刑事司法》(第六版),彭海青、吕泽华译,中国社会科学出版社2019年版,第459-460页。

An Empirical Study on Probation Sentencing Modes
—A Practical Review of 4,238 Verdicts in Criminal Cases
of Dangerous Driving

[**Abstract**] In recent years, despite the expansion of minor crimes, the rate of the application of probation remains low and the improvement of sentencing mode is a technical solution to this problem. After the amendment to the substantive conditions of probation, there is a major controversy over the judgment criteria of the substantive conditions of probation, which can be summarized as a parallel pattern and a progressive pattern. The proponents of the parallel pattern believe that the four substantive conditions of probation are in an additive relationship, while the proponents of the progressive pattern believe that a minor circumstance of crime and a guilty plea are the prerequisites for the determination of no risk of reoffending. The substantive difference between the two patterns lies in their different understandings of the legitimacy of probation. To find out which mode judges adopt in judicial practice, 4,238 verdicts on the crime of drunk driving were collected as research samples. A theoretical hypothesis was proposed: if the decision on whether to apply probation is based on both moral and preventive factors, it indicates that judges tend to favor the parallel pattern; if the decision is based solely on preventive factors, it indicates that judges tend to favor the progressive pattern. The results of the model analysis show that the sentencing of probation is more influenced by moral factors, indicating that judges tend to favor the parallel pattern. However, the parallel pattern does not conform to the basic legal principles and criminal justice policies of contemporary China. First, the parallel pattern makes it difficult for probation sentencing to embody the fundamental attributes of probation. Probation sentencing is essentially a preventive sentencing measure. Second, the parallel pattern may lead to repetitive evaluations of moral factors in probation sentencing. If the moral factors play a decisive role in deciding whether to apply probation after the main sentence is determined, it may violate the principle of prohibition of repetitive evaluations. Third, the parallel pattern ignores the core position of reoffending risk assessment in probation sentencing. Fourth, the parallel pattern makes the conditions more stringent for and leads to unreasonable restrictions on the application of probation. Therefore, to optimize the probation sentencing mode, we should: first, adhere to the progressive pattern of the binary sentencing mechanism, which not only embodies the basic attributes of probation but also provides technical solutions for expanding the application of probation; second, establish a universal application mode for minor crimes and prioritize the application of probation; and, third, design a probation reoffending risk assessment tool, improve the procedure for assessing probation reoffending risk, and build a probation sentencing mode centered on reoffending risk assessment.

(责任编辑:贾元)