

对2005年司考卷二第64题参考答案的异议 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/482/2021_2022__E5_AF_B92005_E5_B9_B4_c36_482809.htm 【原题及参考答案】 卷二第64

题：2000年8月21日，甲因犯诈骗罪被人民法院判处有期徒刑3年，缓刑5年。2005年6月20日，甲又犯盗窃罪。对于甲的量刑，下列表述哪些是正确的？ A．甲具有法定从重处罚情节 B．甲不构成累犯 C．对甲的盗窃罪不能适用缓刑 D．对甲应当数罪并罚 参考答案：BD 【异议及理由】 笔者认为，本题应当选BCD。理由如下：一、缓刑的起源及我国缓刑制度的确立 缓刑是对原判刑罚附条件的不执行。缓刑制度起源于英国，由英国法官希尔所创，1870年北美波士顿州颁布缓刑法，1889年布鲁塞尔国际刑法会议决定将缓刑作为一切犯罪行刑的制度，自此各国相继仿效。我国刑事立法首次规定缓刑制度的是1952年4月颁布的《中华人民共和国惩治贪污条例》。根据这个条例规定，宣告缓刑只适用于贪污犯罪，以后才逐渐推广适用于其他犯罪，且在审判实践中不断加以完善。1979年刑法，对缓刑制度予以确认。现行刑法进一步调整了适用缓刑的条件，确立了缓刑期间应当遵守的事项，进一步明确了公安机关的考察职能，完善了撤销缓刑的条件，从而更加体现了我国缓刑制度的特色。二、适用缓刑的条件 作为具体运用刑罚的一种制度，缓刑的适用应当有效地体现出刑罚的目的。由于其刑罚目的不同，各国对适用缓刑的条件在立法上亦有差异。我国现行刑法第七十二条规定：“对于被判处拘役、三年以下有期徒刑的犯罪分子，根据犯罪分子的犯罪情节和悔罪表现，适用缓刑确实不致再危害社会的，

可以宣告缓刑”。第七十四条规定：“对于累犯，不适用缓刑”。据此：1、适用缓刑的前提条件，必须是判处拘役、三年以下有期徒刑。也就是说，适用缓刑的对象只能局限于罪行较轻的人犯。这一规定比较切合我国实际。我国现行刑法规定的大多数犯罪最低刑度在三年以下，由于覆盖面大，能够充分发挥缓刑的功能。同时，这一规定，充分体现了作为犯罪本质特征的社会危害性的严重程度。刑期的长短和社会危害性的大小是相对应的。一般来说，被判处拘役或三年以下有期徒刑的犯罪分子，罪行较轻，社会危害性相对较小，对其宣告缓刑，把他们放在社会上监督改造，可以减少和避免监管场所中因交叉感染而造成恶性循环现象，鼓励他们弃旧图新，重新做人。而被判处高于三年有期徒刑的犯罪分子，罪行较重，社会危害性往往较大，则不宜放在社会上监督改造，因此，不适用宣告缓刑。在我国主刑中，管制是最轻的一个刑种，但由于其本身就是一种不关押的刑种，为此，也就失去了适用缓刑的必要性。另外，笔者认为，适用缓刑的对象，刑度为拘役和三年以下有期徒刑，是指人民法院的宣告刑，而不是指刑法规定的法定刑。有些犯罪的法定刑虽然在三年有期徒刑以上，如果罪犯具有法定从宽情节，被判处三年以下有期徒刑，具备缓刑条件的，仍然可以宣告缓刑。犯罪分子不是累犯，这是缓刑适用对象的排除条件，亦称为禁止性条件。累犯之所以不适用缓刑，是因为累犯主观恶性较深，不易教育改造，社会危害性较大，难以防止不致再危害社会。而缓刑则具有非监禁性、开放性和教育刑的特点，不仅要考虑社会安全的防卫，同时要考虑罪犯自身的可悔改程度。2、犯罪分子被判处拘役或者三年以下有期徒刑

，且不属于累犯，这只是适用缓刑时必须遵守的对象条件，但它并不意味着所有被判处这种特定刑罚的犯罪分子，都应当宣告缓刑。适用缓刑的实质条件，必须是犯罪情节不很严重，主观恶性不深，并且具有悔罪表现。犯罪情节是适用缓刑的基本因素。犯罪情节的内涵十分丰富，本文仅研究影响定罪量刑的法定情节和酌定情节。我们通常将用以区别罪与非罪界限的情节称为基准情节；相对于基准情节，我国现行刑法规定的主要情节有：情节显著轻微、情节轻微、情节较轻、情节较重、情节严重或情节恶劣、情节特别严重或情节特别恶劣、造成严重后果等等。其中情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪；犯罪情节轻微不需要判处刑罚的，可以免于刑事处罚；犯罪情节较轻的，比照基准情节的法定刑从轻或减轻处罚；犯罪情节较重、情节严重、情节恶劣、造成严重后果的，通常比照基准情节法定刑从重处罚或提高一个刑度处罚，部分犯罪（如侮辱罪、虐待罪、重大责任事故罪等）则将其作为构成犯罪的必备要件；犯罪情节特别严重或情节特别恶劣则是比照情节严重或情节恶劣加重法定刑的根据。为此，笔者认为，犯罪情节较轻是宣告缓刑的适中条件，基准情节以及作为构成某种犯罪必备要件的情节较重、情节严重、情节恶劣、造成严重后果等是宣告缓刑的参考情节，即可以根据犯罪的动机、犯罪的手段、犯罪当时的环境和条件、犯罪造成的损害结果、犯罪侵犯的对象、犯罪人的一贯表现及犯罪后的态度等酌定情节，综合考虑决定是否适用缓刑。情节特别严重或情节特别恶劣的，则不能适用缓刑。悔罪程度是确定罪犯的社会危险性的主要标志之一，所以，悔罪表现是宣告缓刑的关键因素。悔罪是指罪犯在认识到犯

罪的社会危害性之后，自己对其做出否定评价。那么，如何认定罪犯的悔罪表现呢？笔者认为，可以从下列几个方面进行认证：

坦白认罪。认罪是悔罪的前提，只有认罪才有可能真正悔罪。所谓认罪是指投案或归案后如实地、彻底地坦白自己的犯罪事实，犯罪后主动投案自首则是认罪服法的最好体现。同时应当指出，被告人（罪犯）在交代全部犯罪事实的前提下，对自己的行为及性质进行辩解，不能据此认为被告人认罪态度不好。

犯罪中止。犯罪中止是指在犯罪过程中，犯罪分子在关键时刻幡然悔悟，自动放弃犯罪或者自动有效地防止犯罪结果发生的行为状态。中止犯放弃犯意的动机是多种多样的，但他们之间悔罪是共同的，只是悔悟程度有别。

赔偿损失。罪犯在犯罪后能够积极赔偿由于自己的犯罪行为给被害人及其近亲属所造成的各种损失，主动向被害人（被害人的近亲属）赔礼道歉，取得其谅解，一方面有利于钝化矛盾、稳定社会，另一方面也是罪犯认罪、悔罪的客观表现。

挽救损害。罪犯采取了防止犯罪结果的积极措施，但实际上并未能阻止犯罪结果的发生，如交通肇事犯肇事后，立即护送伤员去医院治疗，伤员经抢救无效死亡。这种挽救损害的行为，虽然不能视为犯罪中止，但这是罪犯悔罪的实际行动。

积极退赃。盗窃、贪污等罪犯案发后，积极退赃，既减少了被害人的经济损失，减小了社会危害性，且表现了罪犯的悔罪决心。

遵守监规。罪犯自觉遵守羁押场所的规章制度，勇于与同监人犯的违法违规行为作斗争，体现了罪犯的悔罪态度。

检举立功。罪犯在羁押期间，检举、揭发他人犯罪行为经查属实，或为司法机关依法侦破其他刑事案件提供重要线索，或者协助司法机关缉捕其他罪

犯的立功行为，都是罪犯的悔罪表现。3、确实不致再危害社会是宣告缓刑的推定条件。确实不致再危害社会是宣告缓刑所期待的重要目标的宗旨，同时，确实不致再危害社会，实际上是指罪犯不存在再犯罪的趋势或再犯罪的可能性。认定罪犯是否确实不致再危害社会，仅仅是一个可能性的预测。但是，这种可能性的预测不能主观臆断，应当依据客观事实进行综合论证。也就是说应当综合案件的各种情况和主客观因素，集中考察罪犯的人身危险性。这些主客观因素，主要包括犯罪前的一贯表现，犯罪的情节和主观恶性，犯罪后的认罪、悔罪表现及外部社会改造环境的优劣。因此，具有一个良好的改造环境，也是保证宣告缓刑的罪犯不致再危害社会的关键因素和客观条件。所以，人民法院在作出宣告缓刑决定前，应当注意考察监管条件和教改环境，注意征求罪犯所在单位、居住地基层组织和公安派出所的意见，注意落实社会帮教组织和帮教措施。综上所述，笔者认为，对主观恶性小、人身危险性小、教育改造容易，只要具有适用缓刑的前提条件，有一定的悔罪表现，且不是累犯，原则上都可以考虑适用缓刑，以实现刑法设立缓刑制度时所倡导的以教为主、惩教结合、立足于挽救的目的。但宣告缓刑，必须符合法律规定的条件。适用缓刑的前提条件、实质条件、推定条件及排除条件是相辅相承的，必须同时具备，缺一不可。在审判实践中，一定要正确适用缓刑，既要防止滥用，也要防止该适用而不适用。

三、撤销缓刑的条件

撤销缓刑的规定，各国立法不相一致：有限于缓刑考验期内再犯新罪或者再犯不轻于前罪之罪的；有只强调再犯故意罪而舍弃过失罪的；也有规定缓刑期内违反考察中应尽之责就可收监执行的。

我国97刑法仅将又犯新罪作为撤销缓刑的条件，从而导致罪犯在缓刑考验期间违法、违反考验期间应当遵守的事项，即使情节恶劣，但只要不构成犯罪，就可以逃避执行刑罚的后果；这样不但达不到教育、改造罪犯的目的，而且也是对缓刑制度的功能阻却。对此，我国现行刑法第七十七条予以了完善，规定：“被宣告缓刑的犯罪分子，在缓刑考验期限内犯新罪或者发现判决宣告以前还有其他罪没有判决的，应当撤销缓刑，对新犯的罪或者新发现的罪作出判决，把前罪和后罪所判处的刑罚，依照本法第六十九条的规定，决定执行的刑罚。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，情节严重的，应当撤销缓刑，执行原判刑罚”。根据上述规定，我国撤销缓刑的条件，一是在缓刑考验期限内犯新罪，包括故意犯罪和过失犯罪；二是发现漏罪，即被宣告缓刑的犯罪分子，在判决前还有没有被判决的依法应当追究的犯罪行为；三是在缓刑考验期限内具有情节严重的违法、违章但尚不构成犯罪的行为。

四、对累犯的认定 根据刑法第六十五条的规定，被判处有期徒刑以上刑罚的犯罪分子，在刑罚执行完毕或者赦免以后，在五年以内再犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪的，是累犯，应当从重处罚，但是过失犯罪除外。由此可见，累犯的构成必须基于在法定期限内犯有法定的前后两罪这一犯罪事实，其法定的主观条件是前后两罪均为故意犯罪，刑度条件是前后两罪应当为判处有期徒刑以上刑罚之罪，时间条件是在刑罚执行完毕或者赦免以后在五年以内再犯新罪。累犯构成的主观条件、刑度条件和时间条件，必须同时具备，缺一不可。

五、对本题选项的判断 1

、2000年8月21日，甲因犯诈骗罪被人民法院判处有期徒刑3年，缓刑5年。2005年6月20日，甲又犯盗窃罪。甲在缓刑考验期内又犯新罪，依照刑法第七十七条的规定，应当撤销缓刑，对新犯的罪作出判决，把前罪和后罪所判处的刑罚，依照刑法第六十九条的规定，实行数罪并罚。故D选项表述正确，当选。

2、根据刑法第七十六条的规定，被宣告缓刑的犯罪分子，在缓刑考验期内，如果没有刑法第七十七条规定的情形，缓刑考验期满，原判的刑罚就不再执行。即该罪犯将被视为未执行过刑罚的人，如再犯罪，则不构成累犯。如果具有第七十七条规定的情形，则应当撤销缓刑，执行原判刑罚或者数罪并罚，也不构成累犯。甲在缓刑考验期内，虽然又犯盗窃罪，应当撤销缓刑，实行数罪并罚，但其并不同时具备累犯构成的主观条件、刑度条件和时间条件，故不构成累犯，且没有应当从重处罚的法定情节。所以，B选项表述正确，当选；A选项表述不正确，不当选。

3、现行刑法关于撤销缓刑的条件坚持的是从严原则，对严重违法、违章但尚不构成犯罪的缓刑犯，也予撤销缓刑，收监执行原判刑罚。甲在缓刑考验期内，又犯盗窃罪，显然应当撤销缓刑，收监执行。甲在缓刑考验期内，又犯盗窃罪，继续危害社会，足以表明其恶性未改，人身危险性严重，明显不具备再次适用缓刑的条件。甲在缓刑考验期内，又犯盗窃罪，因甲前罪被判处有期徒刑3年、缓刑5年，其刑期和缓刑考验期都已达到缓刑规定的最高控制线，实行数罪并罚后，如果再次适用缓刑，将无法叠加；且依法撤销缓刑，实行数罪并罚后，再次适用缓刑，无疑是对法律的调戏。所以，对甲的盗窃罪无论判处何种刑罚，都不能适用缓刑；与撤销缓刑的诈骗罪的有

期徒刑3年合并，依照刑法第六十九条的规定，决定执行的刑罚时，也不能适用缓刑。故C选项表述正确，当选。（作者单位：江苏省兴化市人民法院）100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com