

编号：

赔偿谅解影响缓刑适用的现状审视与路径完善

——以 716 份故意伤害罪刑事判决书为样本分析

论文提要：

“赔偿”“谅解”作为酌定量刑情节，影响缓刑的适用是符合刑法规范目的的。本文通过对故意伤害案件判决书的缓刑适用情况进行分析发现，“赔偿”“谅解”对缓刑适用呈现出制约异化的实践现状，即多数情况下取得被害人谅解成为缓刑适用与否的决定性情节。面对实践困境，在对《刑法》第 72 条缓刑适用条件进行细致解读的前提下，强调被害人谅解非适用缓刑的必要条件，相较于被害人谅解，应更多关注被告人的赔偿意愿、赔偿能力与实际赔偿数额，在未取得被害人谅解时应具体分析未谅解的原因，并综合考虑案件其他量刑情节决定缓刑的适用，实现“赔偿”“谅解”情节对缓刑适用的合序制约，从而使缓刑的适用回归制度设计初衷。全文共 13240 字。

主要创新观点：

被害人谅解非适用缓刑的必要条件，对于未取得被害人谅解的案件，应结合具体案情分析被害人不谅解的原因，若不谅解为被害人方非理性因素所致，量刑时应关注被告人的赔偿意愿、赔偿能力，以确定能够体现被告人悔罪态度的赔偿数额，通常被告人赔偿数额需达到法定支持数额的 1.5 倍以上，若在案件起因上被害人过错较大，则可以相应减轻被告人的赔偿责任，但赔偿数额仍应达到法定支持数额的 1.2 倍，同时满足缓刑适用的其他条件，即使未取得被害人谅解仍可适用缓刑。

以下正文

赔偿谅解影响缓刑适用的现状审视与路径完善

——以 716 份故意伤害罪刑事判决书为样本分析

随着刑事司法理念日益宽缓的发展，与之相应的刑罚愈加显现出了轻缓化的趋势。刑法来源于社会生活与实践，刑法的存在也不是为了证明其自身刑法的发展不能舍本逐末，必须要回应时代的发展需求。在国际刑事司法理念思潮与本国国情的双重冲击下，我国刑法也正完成着由“严”到“宽”的变革。刑法以其谦抑性，作为维护社会秩序的最后一道防线，其宽严程度应取决于社会发展的需要，并反作用于社会的进步与变革，对社会的稳定与发展起着至关重要的作用。刑罚的目的，在“报应主义”之外，“功利主义”、“并合主义”也逐渐受到重视，惩罚犯罪之外，预防犯罪也成为刑罚的一大目的和任务。顺应这一趋势，对犯罪的“从宽”、“缓刑”条款、制度应运而生，尤其是认罪认罚从宽制度正式施行以来，司法人员对于“从宽”的办案逻辑有了明确的法律支撑。不论是从刑事政策还是法律规定的变革，都可以看出“少捕慎诉”“可不实刑的尽量适用缓刑”等实质内核。^①《关于最高检落实全国人大常委会审议适用认罪认罚从宽制度专项报告意见的解读》一文指出，对于“能适用缓刑的，依法提出适用缓刑的量刑建议”，由此也可以看出，增加缓刑的适用比例已经成为量刑轻缓化发展的趋势。对于犯罪嫌疑人、被告人而言，相较实刑，缓刑是更为宽和的刑罚，是对其犯罪行为更有利的评价后果，其主观上往往是追求缓刑的。

目前，在刑事附带民事诉讼赔偿处理过程中，我国相关法律未对赔偿数额作出任何规定，多数情况下系由当事人协商决定，因此极易发生被害人漫天要价的现象，这将严重损害司法权威性。在司法实践中，也有不少案件就是因为被害人

^①参见赵兴洪：《缓刑适用的中国图景——基于裁判文书大数据的实证研究》，载《当代法学》2017年第2期，第43页。

的漫天要价，最终导致刑事附带民事诉讼调解工作无法顺利开展，最终双方当事人未达成和解。再加上有些法官因过分追求息诉服判的结果，或者担忧某种外界的“压力”，如当事人无理缠诉等带来的压力，就片面地看待赔偿、谅解与量刑的关系，没有将对赔偿与谅解的关注保持在一个合理的“自由度”内，在人身损害赔偿或财产损害赔偿案件中，即使被告人愿意赔偿的数额远远超过判决将确定的赔偿数额，只要赔偿没有达到被害人的要求并取得被害人的谅解，按照现有的量刑规范化指导意见，法官无法轻易考虑适用缓刑或其他从轻处罚情节，从而影响了量刑的规范化。俾

一、赔偿谅解影响缓刑适用的实践现状审视

2014 年最高人民法院发布《关于常见犯罪的量刑指导意见》，意见中将“赔偿”“谅解”作为量刑情节对量刑的影响幅度进行了规定。意见中将“赔偿”“谅解”的情形细分为三类，包括积极赔偿被害人经济损失并取得谅解的，积极赔偿但没有取得谅解的，尽管没有赔偿但取得谅解的。司法实践中，在积极赔偿并取得谅解和未赔偿但取得谅解的这两种情形下，法官在适用缓刑时并无障碍，而在积极赔偿但没有取得谅解的情形下，法官在是否适用缓刑时往往会面临两难的局面，因此首先需要对司法实践中赔偿谅解影响缓刑适用的情况进行分析。

（一）样本选取原由与分析工具

本文分析的文书样本来自于中国裁判文书网，在裁判文书网上以“故意伤害”“赔偿”“未取得”“刑事案件”“基层法院”6 个关键词进行搜索，由于缓刑适用前提条件为拘役、三年以下有期徒刑的犯罪分子，“致人死亡”伤害后果被判处三年以下的样本数量过少，所以本文样本是以“致人轻伤”“致人重伤”这两类伤害后果的文书为分析样本，在排除被告人具有其他明确不能判处缓刑的情节的书的大前提下，以《意见》实施年份的下一年 2015 年至 2022 年为统计年

份区间，在 2015-2021 年每一年分别随机选取 100 份判决书，加上 2022 年的 16 份判决书，共 716 份故意伤害罪刑事判决书为样本。

因为缓刑适用与否是二元分类变量，所以首先通过 SPSS 软件采取二元 logistic 回归方法对缓刑适用情况进行分析，在分析得出“赔偿”“谅解”对缓刑适用与否有显著影响的结论下，再通过多元回归分析方法对谅解时影响赔偿数额的因素进行分析，同时运用统计分析方法对 716 份判决书的事实、证据及裁判说理部分进行分析厘清、分类统计。

（二）赔偿谅解对缓刑适用影响的数据结果展示

1.量刑情节与缓刑适用的回归分析结果

量刑情节在故意伤害案件中对缓刑适用的影响分析如表 1 所示。

表 1 量刑情节与缓刑适用的回归分析结果

量刑情节	“致人轻伤” 案件			“致人重伤” 案件		
	B	显著性	EXP (B)	B	显著性	EXP (B)
赔偿	.847	.000	2.463	-.062	.799	.918
谅解	1.734	.000	5.620	3.401	.000	.165
被害人人数	-.279	.011	.774	-1.805	.064	.171
被告人年龄	3.971	.000	53.952	——	——	——
伤害程度	.314	.087	1.429	1.417	.073	4.165
自首	.421	.013	1.681	——	——	——
初犯偶犯	——	——	——	.870	.013	2.413

邻里关系	——	——	——	.812	.051	2.247
前科劣迹	-1.581	.000	.249	-1.287	.012	.269
持械	-.863	.031	.453	——	——	——
防卫过当	——	——	——	2.391	.014	13.372
从犯	——	——	——	-.952	.053	.391
常数	-2.346	.000	.064	-3.215	.092	.044

结果分析：通过分析表 1 的数据可以得出，赔偿、谅解这两种量刑情节对于缓刑适用的影响制约超过了其他几种量刑情节。在致人轻伤案件中，赔偿的 P 值小于 0.05，说明赔偿在“致人轻伤”案件中对缓刑的适用有着显著影响，且在致人轻伤案件中，赔偿的 $\text{Exp}(B)$ 值大于 1，这反映出赔偿到位能够增加缓刑适用的概率。且通过对比赔偿与谅解的 $\text{Exp}(B)$ 值可以得出，谅解比赔偿更能提高缓刑适用的概率。^②

2.赔偿但未谅解情节对缓刑适用的结果统计

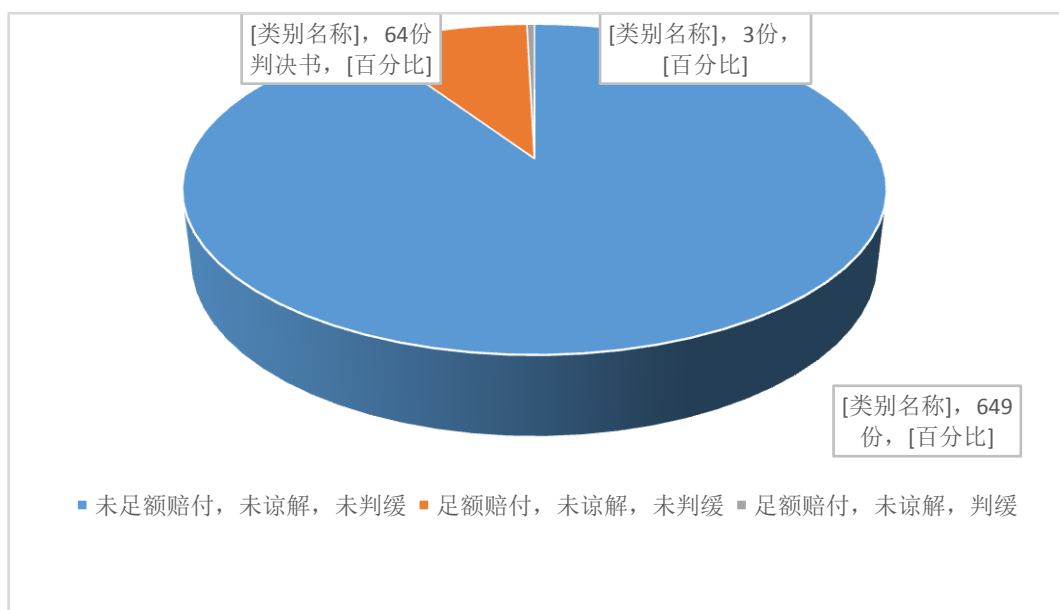


图 1 赔偿未谅解情节对缓刑适用的统计结果

^②参见王越：《故意杀人罪死刑裁量机制的实证研究》，载《法学研究》2017 年第 5 期，第 161 页。

结果分析：通过图 1 可以看出，将被告人赔偿但未取得谅解，划分为三类，包括“”未足额赔付未取得谅解“、“足额赔付未谅解”“足额赔付未谅解”，在被告人未足额赔付且未取得被害人谅解的情形下，缓刑适用率为 0，在被告人积极赔偿足额甚至超额赔偿但未取得被害人谅解的情形下，在 716 份判决书中有 3 份判决书判处了缓刑，64 份判决书未判处缓刑。此数据可以反映出，在司法实践中，被害人谅解情节对于缓刑适用的影响力是极为显著的，甚至是起决定性作用的，在具有赔偿情节的案件中，积极赔偿不会比部分赔偿更能增加缓刑适用的概率，而影响缓刑适用的关键因素是谅解。^③

3.裁判文书说理部分表述形式统计

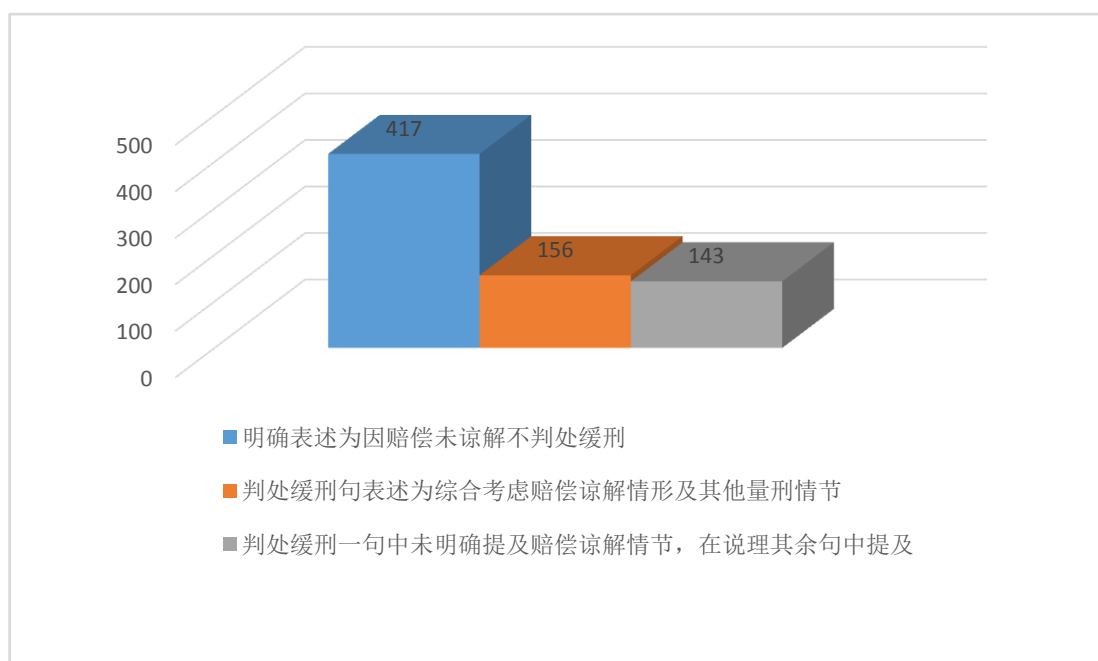


图 2 裁判文书说理部分缓刑与否句表述形式分类

结果分析：裁判文书的“本院认为”部分是文书中最能体现法官定罪量刑思路的部分，图 2 统计的目的在于，通过对 716 份裁判文书说理部分判处缓刑一句的表述形式进行分析，试图得出决定判处缓刑的因素占比，通过图 2 可以看出，在排除其他导致不能判处缓刑的情节的前提下，有超出一半的判决书表述为赔偿

^③参见赵恒：《论量刑从宽——围绕认罪认罚从宽制度的分析》，载《中国刑事法杂志》2018 年第 4 期，第 73 页。

谅解是判处缓刑与否的决定因素，而赔偿与谅解作为两个独立的酌定量刑情节，此数据可以在一定程度表明其对于缓刑适用的影响呈现出一定的异化趋势。

4.被害人谅解时赔偿数额影响因素的回归分析

赔偿数额是判断犯罪嫌疑人、被告人是否积极赔偿以及案件社会危害性大小的一个重要指标。^④

表 2 谅解时赔偿数额影响因素的回归分析结果

案件类型	量刑情节	偏回归系数	标准误差	标准回归系数	t	显著性
致人轻伤	(常量)	4.869	.094		48.267	.000
	轻伤级别	-.173	.047	-.213	-4.128	.000
	案发地区	-.045	.024	-.097	-1.821	.073
	共同犯罪	.158	.072	.124	2.518	.015
	初犯	.162	.056	.158	3.051	.002
	被告人经济身份	.073	.021	.186	3.589	.000
致人重伤	(常量)	6.537	.293		22.512	.000
	共同犯罪	.124	.071	.101	1.954	.056
	重伤级别	-.681	.145	-.245	-4.759	.000
	案发地区	-.128	.025	-.236	-4.451	.000
	初犯	.146	.062	.125	2.462	.017
	从犯	-.227	.115	-.107	-1.986	.051

^④参见熊选国主编：《〈人民法院量刑指导意见〉与“两高三部”〈关于规范量刑程序若干问题的意见理解与适用〉》，法律出版社 2010 年版，第 163 页。

	被告人经济身份	.048	.024	.093	1.751	.082
--	---------	------	------	------	-------	------

赔偿数额是判断犯罪嫌疑人、被告人是否积极赔偿以及案件社会危害性大小的一个重要指标。过去的研究较少关注赔偿数额对量刑结果的影响，但有实证研究表明，在判处死刑的故意杀人案件中赔偿数额与量刑结果并不存在相关性。在谅解时赔偿数额的影响因素上，有观点提出所谓“合理合法”标准，“被害人的合理、合法赔偿请求得到全部满足的，从轻幅度应高于部分满足的”；^⑤还有观点提出，赔偿数额主要取决于被告人的赔偿意愿、赔偿能力及地区经济发展水平等因素；^⑥还有观点认为，赔偿谅解过程在一定程度上奉行“加害—被害关系的丛林法则”。^⑦因此，影响到谅解与否的赔偿数额的确定由理性与非理性两大类因素共同决定，在一定程度上其与犯罪的严重程度有关，另一方面也与被告人与被害人双方的协商能力以及被告人自身具备的赔偿能力有关。

通过上述 3 个图表的数据我们可以看出，赔偿谅解情节对缓刑适用具有显著的制约作用，赔偿谅解作为一种酌定的量刑情节，对量刑适用具有一定的影响本是正常的。但是实践中随着被告人与被害人矛盾利益的激化，以及法院一定程度上功利主义思维的作祟，赔偿与谅解对于缓刑适用的制约逐渐明显并呈异化趋势，这将对公正的定罪量刑产生负向制约。

二、赔偿谅解对缓刑适用制约异化的内在冲突与外部矛盾

赔偿谅解作为酌定的量刑情节，一旦其本应影响量刑的作用被过分夸大，而逐渐异化为若被告人没有取得被害人的谅解，即便被告人在其能够赔偿的范围内

^⑤参见熊选国主编：《〈人民法院量刑指导意见〉与“两高三部”〈关于规范量刑程序若干问题的意见理解与适用〉》，法律出版社 2010 年版，第 165 页。

^⑥参见最高人民检察院公诉二厅课题组：《民事赔偿情节对死刑适用的影响》，载《国家检察官学院学报》2018 年第 1 期，第 99 页。

^⑦参见林喜芬：《论刑事司法中的“被害补偿”——基于日本经验的比较分析》，载《兰州学刊》2016 年第 11 期，第 147 页。

尽自己所能赔偿被害人，法官判处缓刑的可能性很小，一旦这种情形在司法实践中成为常态，那么判处缓刑的依据价值则会被歪曲，势必会对理论价值产生冲击，并会衍生出一系列的实践问题。

（一）内在冲突：赔偿谅解制约异化对刑法理论与刑法价值的双重挑战

1. 适用缓刑时对量刑主客观基础的关注弱化

法官在行使刑事自由裁量权时，应重视量刑的理论基础，即量刑的主客观基础，客观基础表现为被告人的社会危害性。^⑥判断犯罪社会危害程度，应结合犯罪客观危害程度与主观恶性程度两个方面。犯罪的客观危害程度的影响因素包括犯罪所侵犯的法益、犯罪对象、犯罪时空和手段以及犯罪结果等。犯罪的主观恶性程度的影响因素包括犯罪的动机和目的、犯罪的起因等。量刑的主观基础表现为人身危险性，影响因素主要包括犯罪后积极赔偿损失、坦白、自首、立功等。赔偿、谅解情节在量刑中的定位应为人身危险性判断考量因素，而当其被过分关注时便反映了对量刑主客观基础的关注弱化这一理论冲突。

2. 量刑时个案公正与同案同判难协调

通过前文所列的几则案例分析可以看出，在被告人均无其他不能判处缓刑情节影响的情况下，被告人均积极赔偿且超额赔付被害人，被害人均不谅解的情况下，不同法官在适用缓刑的裁量上是有差别的，比如在被告人苑某故意伤害案^⑦和被告人张某故意伤害案^⑧中，被告人同样超额赔付被害人，但是一个判处缓刑，一个因为未取得谅解不适用缓刑。

^⑥参见张明楷：《论影响责任刑的情节》，载《清华法学》2015年第2期，第121页。

^⑦详见沈阳经济技术开发区人民法院（2021）辽0191刑初23号刑事判决书。被告人苑某与被害人刘某因工作琐事产生冲突，双方相互撕扯，被告人用脚将被害人踢伤，构成轻伤二级。被害人因伤造成的经济损失的法定数额为1万元，被告人苑某积极赔偿被害人，自愿赔付刘某2万元，但未取得被害人谅解，法院最终判处被告人有期徒刑十个月。

^⑧详见新疆建设兵团阿拉尔垦区人民法院（2021）兵0103刑初243号刑事判决书。被告人张某与被害人李某因放水一事发生争执，后双方互殴，被告人张某使用拳头将李某鼻子打伤。经司法鉴定中心认定，李某的损伤程度为轻伤二级。被害人经济损失经认定为2.5万元，在本案审理过程中，被告人主动赔付七万元，因被害人拒收，将钱款缴纳至法院账户，虽超额赔付未取得被害人谅解，法院判处被告人有期徒刑一年，缓刑一年六个月。

这样会导致的一个后果便是在决定是否适用缓刑时，完全取决于案件中被害人的表现，这便会导致缓刑适用的随意性。若被害人在主张损害赔偿时比较理性，被告人与被害人进行协商赔偿的过程便会比较顺畅，双方更易达成赔偿协议从而被告人通过赔偿被害人取得被害人的谅解；若被告人在主张赔偿数额时理性欠缺，谅解意愿与赔偿数额多少并无正向关系，在案件情节相类似的情形下，比如被害人损伤程度相当，能够支持的法定赔偿数额相当以及影响量刑的情节基本一致，被告人判处缓刑仅仅取决于被害人是否谅解，这看似似乎为了实现个案的公正，实则却违背了同案同判的原则。

3.被告人权益保障与被害人权利保护难平衡

据统计，故意伤害案件中被告人与被害人出于偶发矛盾产生冲突的占比较小，过半案件多为被告人与被害人之前素有矛盾或者发生不快，矛盾积累产生冲突事出有前因者居多，对于积怨较深的双方当事人，被害人提起附带民事诉讼时候往往出于不理智的心理提起自己的诉讼请求，有时候被害人提出的赔偿数额远超实际花费的医疗费等数额，这就说明赔偿数额的确定存在着理性与非理性双方因素的影响。

附带民事诉讼的本质应为民事诉讼，而填平原则是我国民事赔偿的基本原则之一，即要求权利人损害多少，侵权人赔偿多少，且在故意伤害案件中刑事附带民事诉讼原则上不支持精神损害赔偿。当被害人意识到自己所出具的谅解书对于被告人判处缓刑至关重要时，附带民事诉讼便会掺杂过多不理性因素，此时尽管法官积极组织调解，仍然极有可能出现的结果便是被害人因为“狮子大开口”似的无理要求得不到一分赔偿，被告人因为愿意尽自己所能进行赔偿仍无法取得谅解而“自暴自弃”，这对于双方都是一个百害而无一利的结果，在一定程度上并不利于矛盾的解决，反而激化了双方的矛盾，不利于被告人权益的保障，也违背

了被害人权利保护的初衷。^⑪

（二）外部矛盾：实践现状与法律规定本意相偏离

1.被害人谅解异化为量刑上“贫富差距”的工具

“赔偿”“谅解”对缓刑适用的作用被不适当的放大，导致“赔偿”“谅解”之所以能够影响量刑，在于赔偿能够体现被告人人身危险性的降低，基于赔偿的从宽量刑应以被告人的认罪悔罪为前提。^⑫如果赔偿对判处缓刑的影响力被过分夸大，会使被告人赔偿被害人的初衷变质，变成一种功利性的心理，并不利于化解被告人与被害人双方的矛盾，一旦被告人并非出于认罪悔罪的前提进行赔偿，就会导致“花钱买刑”情形的出现。^⑬

为了防范赔偿与量刑关系被不当扭曲，相关的规定出台规定了赔偿后可以从宽量刑的幅度，但是在司法实践中“赔偿”“谅解”的被告人判处的刑罚已经逐渐超出可从宽处罚的幅度，并且这个幅度正在非正常的拉大，并且一些案子因为被告人与被害人达成“赔偿”“谅解”，一些案子会在侦查阶段被撤销。不同的被告人的经济能力是不同的，当法院忽视掉赔偿意愿、赔偿能力对量刑的影响而过分注重谅解结果对缓刑适用的影响时，经济条件较差的被告人相比较起经济条件较好的被告人容易受到不公平的对待。

2.赔偿数额确定失范可能性的加大

相对于关注赔偿意愿、赔偿能力对缓刑适用的影响，过分关注被害人的谅解对于缓刑适用发挥的作用，会导致赔偿数额的确定失范可能性的加大。司法实践中对于故意伤害致人轻伤的案件，若被告人积极赔偿被害人取得被害人谅解，并

^⑪参见[美]斯蒂芬诺斯·毕贝斯：《庭审之外的辩诉交易》，杨先德、廖钰译，中国法制出版社2018年版，第28页。

^⑫参见何显兵：《恢复性司法视野下赔偿与量刑关系的重构》，载《西南政法大学学报》2012年第2期，第54页。

^⑬参见[美]马尔科姆·M.菲利：《程序即是惩罚——基层刑事法院的案件处理》，魏晓娜译，中国政法大学出版社2014年版，第27页。

且没有其他不能判处缓刑的情形存在，法院秉持着宽严相济的原则缓刑适用的概率在此种情形下是比较高的，在这种情况下，一方面被告人可以通过赔偿被害人取得非监禁刑的判决，被害人亦可以通过获取自身主张的赔偿弥补自己的损失，这也会加大附带民事诉讼案件的调解结案率。

但是法院内部的这种争取促成和解的心理会不可避免的导致被被害人利用，在提起附带民事诉讼主张时可能会过分超出实际支出的范围，而经济条件较好的被告人又会因为取得谅解的需求被迫接受被害人不合理的请求，进而按照不合理请求支付赔偿数额，这会导致缓刑适用原则的违背与扭曲。

三、赔偿谅解对缓刑适用影响与定位偏离的驱动因素

法官在判断是否适用缓刑时应该综合考虑多种量刑情节，赔偿谅解作为影响缓刑适用的酌定量刑情节本应为影响缓刑适用的众多考量因素之一，但在司法实践中却呈现出与其定位偏离的现象，致使其出现现状的原因包含多方面因素。

（一）功利主义的办案思维及恢复性司法理念的驱使

通过统计分析可以看出，相对于赔偿意愿、赔偿能力等因素，法院更注重赔偿谅解这一结果对缓刑适用的影响。这主要源于法院“功利主义”的办案思维，注重“案结事了”的社会效果。对于法院来说裁判不仅要追求法律效果，更要考虑“案结事了”等社会效果。^⑭而“案结事了”的基本指向和评价标准是案件审结后当事人服判息诉，不采取上诉、申诉、上访等形式表达对案件处理的不满。^⑮但是，由于绩效考核制度不完善等原因，司法实践中出现了较为严重的“刷数据”现象。司法机关为了降低信访以及上诉的可能性，越来越关注缓刑适用时赔偿谅解的影响，往往在作出缓刑的量刑建议时要求赔偿与谅解缺一不可，重在取

^⑭参见孙航：《周强出席第七次全国刑事审判工作会议强调：牢记初心使命，忠诚履职尽责，努力把新时代刑事审判工作提高到新水平》，载《人民法院报》2019年10月18日第1版。

^⑮参见李拥军、傅爱竹：《“规训”的司法与“被缚”的法官——对法官绩效考核制度困境与误区的深层解读》，载《法律科学》2014年第6期，第11页。

得被害人的谅解。因为谅解方能反应被害人的态度，从而达到案结事了的目的。因此若被告人仅赔偿但却未取得被害人的谅解时，一般不会判处缓刑。

另外，还有恢复性司法理念的驱使影响。当下在司法实践中，司法机关越来越关注恢复性司法的理念。相较传统的刑罚观念，恢复性司法重视的是各方的平衡，意图通过审判使各方利益关系都回归一个平衡。^{①⑥}故意伤害案件中，注重赔偿谅解便是恢复性司法的重要体现。恢复性司法的恢复性主要体现在被害人的财产利益和精神利益回复到原有利益；^{①⑦}加害人方面体现在承认并承担责任，在确保社会安全价值的前提下交出不当利益从而恢复过去的平衡；在社会而言，将被害人与加害人破坏的社会关系恢复到社会的稳定和平衡。

将恢复性司法理念运用到故意伤害案件中，极易导致赔偿谅解的作用被放大，被告人的人身危险性的大小往往依赖于是否赔偿并取得被害人的谅解，若达成赔偿谅解则表明此时可以很好恢复平衡各方利益关系。然而需要深思的是，若被告人迫于谅解书出具与否的影响，一味满足被害人的无理要求以求取得谅解，在赔偿数额与民事赔偿中“填补原则”相违背时，此时是否真正实现了恢复性司法的目的。因为恢复性司法是各方利益的全面平衡，并不是单指某一方利益的平衡。正是由于将赔偿的恢复功能的扩大化，才导致了在实践中赔偿情节更容易认定人身危险性小的原因。

（二）缓刑适用条件规定可操作性不强

《刑法》第 72 条对缓刑的适用条件做出了规定，包括犯罪情节较轻、有悔罪表现、没有再犯罪危险、宣告缓刑对所居住社区没有重大不良影响这四个实质性条件。但是由于这四个实质性条件并没有其具有的含意的明确界定，没有适用

^{①⑥}参见廖斌、何显兵：《论恢复性司法理念在量刑协商中的运用》，载《西南民族大学学报》（人文社会科学版）2022 年第 3 期，第 67 页。

^{①⑦}参见韩轶：《论被害人量刑建议权的实现》，载《法学评论》2017 第 1 期，第 127 页。

缓刑选择考察因素的统一标准，进而导致了缓刑适用条件的模糊性与非逻辑性，在这种情况下不同地区的司法机关对于缓刑的适用势必造成尺度把握不均衡、不统一的局面。在没有对缓刑适用实质条件作出明确解释的情况下，法官对于缓刑适用有关的自由裁量权的行使便可能存在着失范危险。正是因为缓刑适用标准的不明确及不统一，适用随意性便不可避免，从而导致在我国的司法实践中，是否适用缓刑完全由人民法院做出决定，由于“确实不致再危害社会”没有统一的衡量标准，法官为稳妥起见，会选择最简单、直观的判断标准，相对于用人单位不切实际地证明被告人表现良好等虚无飘渺的因素而言，“是否赔偿被害人损失”因其简单直接、易于判断自然成为决定是否适用缓刑的首选。

（三）对“悔罪表现”存在错误认知，将赔偿等同于“悔罪”

积极赔偿被害人损失，仅是悔罪表现考虑的因素之一，然而不能简单地认为只要被告人积极赔偿就具有悔罪表现，没有赔偿就不具有悔罪表现。现实中有多种因素影响赔偿，如被害人所要赔偿数额过高、被告人赔偿能力不足、外地被告人赔偿相对不便捷等等，并且现实中主动履行赔偿义务的主体往往是被告人的家属而非被告人本身，即使赔偿了被害方得经济损失也不足以体现被告人悔罪与否，可见悔罪表现的判定是复杂的认知过程，实践中还需要在具体案件中分情形具体考察，不能盲目的将赔偿被害方经济损失等同于具有悔罪表现。然而正是由于悔罪表现判断的模糊性，司法实践中往往将更易判断操作的“被告人是否赔偿被害人”“被害人是否对被告人出具谅解书”作为悔罪表现的重要判决或者唯一判断因素，这势必会造成缓刑适用的失范。

（四）认罪认罚从宽制度下被害人主体地位参与尺度把握的失衡

随着认罪认罚制度适用的愈加成熟，被害人在刑事诉讼程序中的参与度也从最初的“边缘化”向现在的“扩大化”进行发展转变。司法机关从最初容易忽视

被害人意愿到现在重视关注被害人的意愿的转变，也是前文所说恢复性司法理念的影响的表现。但是被害人参与度本应控制在一定的范围尺度内，若过分注重被害方利益的恢复，则会导致被告人利益难以有效保障。据了解，一些法院内部有规定，若被告人无法取得被害人的谅解，原则上不判处缓刑。司法实践的故意伤害案件中，被害人与被告人双方矛盾较激烈的情形时有发生，但是此时若对被害人主体地位过分的关注强调，这势必会影响到对被告人的量刑。

此外，《刑法》第 72 条对缓刑适用的实质条件包含“宣告缓刑对所居住社区没有重大不良影响”，对于这一实质条件具备与否，司法实践中一般会向被告人所居住的社区的司法局发调查评估委托函，评估的目的重在分析被告人对其所居住的社区有无重大不良影响，司法局的评估本应围绕着被告人及被告人的家庭以及所居住的社区为中心展开评估，但实践中司法局在评估时往往会询问被害人向被告人适用社区矫正的意见，这是否有必要值得反思。在部分故意伤害案件中，被告人赔偿意愿强烈且具备赔偿能力，但是由于被害方单方面的原因不愿对其谅解，此时司法局若因为被害人对被告人不谅解便得出被告人不适用社区矫正的结论，本文认为这是片面果断的。

四、赔偿谅解对缓刑适用合序制约的路径完善

前文对赔偿谅解对缓刑适用的现状进行了分析，并论述了实践中存在的问题，因此赔偿谅解作为两个独立的酌定量刑情节需在正确的轨道上发挥作用力。要想赔偿谅解对缓刑适用进行合序制约，主要从以下四个方面进行探索。

（一）从模糊到清晰：探索缓刑适用实质条件的具体化与确定化方法

1. “犯罪情节”“悔罪表现”和“没有再犯罪的危险”的涵义细化

《刑法》第 72 条对缓刑适用的条件作出了比较模糊的规定，该条为缓刑适用的规范前提条件，首先应对该条的规定作出细致的解释。缓刑语境中的“犯罪

情节”不应是决定被告人宣告刑时所考虑的“犯罪情节”，不应是对确定宣告刑所涉全部犯罪事实再重新“过滤”一遍，而应特指影响被告人人身危险性评价的事实。^⑩具体来说，犯罪情节较轻通过被告人具备的罪中情节来体现，比如被告人具有犯罪中止，被告人的犯罪原因，被告人为初犯、偶犯，被告人为从犯、胁从犯，被告人具有防卫过当等情形，以及通过考察被告人犯罪的动机、目的、犯罪手段、犯罪对象、犯罪结果、犯罪时间、犯罪地点、犯罪数额等。而犯罪预备、犯罪未遂、被害人过错等往往不属于罪中的情节，不能体现被告人的人身危险性，一般不能作为判断“犯罪情节”的因素。但是以上所述的考量因素并不是在每一个案件中都能够必然反映被告人的人身危险性，在判断“犯罪情节”轻重时应该结合具体案情和社会特点进行统筹衡量。

前文所述，司法实践中存在着将赔偿等同于悔罪的误区认识。因此在判断被告人是否具有悔罪表现时，应综合考虑自首、坦白、赔礼道歉、赔偿损失、积极退赃等因素。“没有再犯罪的危险”应被解释为除犯罪情节、悔罪表现之外的能反映犯罪人人身危险性的其他情节，主要是犯罪人的个人情况，如年龄、性别、教育、职业、生活经历、社会交往、家庭环境、生理功能、个人精神等。^⑪具体考量被告人个人情况的范围时，我们可以借鉴参考意大利、韩国等国家的立法规定，将被告人与被害人之前的互动情况，被告人的性格，被告人在最前、罪中以及最后的表现全部纳入考量范围。

2.用缓刑评估量表代替缓刑适用规则

尽管对缓刑的适用条件进行细致解读可以使缓刑的适用更具实质内涵，但是由于规范理解的本身弊端所限制，通过对规定加以细致解读的方式来使缓刑适用

^⑩叶良芳：《缓刑适用应受责任性的制约——以国内最大基金老鼠仓案为分析重点》，载《法学》2014年第9期，第7页。

^⑪王志祥：《〈刑法修正案（八）〉解读与评析》，中国人民公安大学出版社2012年版，第211页。

具体化与明确化仍可能存在诸多问题。因此可以尝试借鉴域外的经验制定缓刑评估量表的方法来确定缓刑的适用规则，相较于制定笼统的规范安似乎更具科学性、合理性、可操作性。与缓刑适用规则的几方面条件相一致，缓刑评估量表也主要由“犯罪情节”“悔罪表现”和“没有再犯罪的危险”的常见考察因素项及其赋值项两部分组成。因为缓刑适用的前提犯罪情节条件为社会危害性不大的案件，且缓刑适用是量刑阶段的问题，因此在判断缓刑适用时候应该关注的是被告人的人身危险性的大小，因而对于考量因素的赋值依据应为考量因素所能代表的被告人人身危险性的大小。

从总体上看，根据目前我国刑罚理念的现状，悔罪表现的考察因素赋值要略大于犯罪情节的考察因素赋值，犯罪情节的考察因素赋值要略大于犯罪人个人情况的考查因素赋值。^②通过参考《关于常见犯罪的量刑指导意见》中量刑情节的比例关系，可以对考量因素的赋值进行分析，影响量刑比例越大的情节应赋值较高，证明人身危险性较小，反而量刑比例影响越小的情节赋值应较低，证明此情节反映被告人人身危险性降低的程度越小，其再犯的可能性较高。缓刑评估量表既能够较好契合刑法规定的综合其他量刑情节适用缓刑的立法意图，同时也具有较强的可操作性，从而可以较好地规范法官行使自己手中的自由裁量权，最终可以实现全国缓刑适用的均衡。

（二）从表层到实质：缓刑适用被告人行为需具备“悔罪”内核

1.被害人谅解为判断被告人是否悔罪的依据缺乏正当性

对被告人适用缓刑，必须满足被告人“有悔罪表现”这一条件。司法实践中往往存在着通过被害人是否谅解来判断被告人是否符合悔罪的要求，因为裁判者

^②陈娜：《社区服刑人员悔罪程度及影响因素实证研究——基于上海的问卷调查》，载《法学论坛》2016年第5期第90-98页。

可能认为被害人谅解这一因素的判断更易把握，但虽然被害人谅解更易被评估，引入被害人谅解也有利于保护被害人的权利，但过度强调被害人的态度对定罪量刑的影响，不管是对被追诉人，还是对整个司法体系而言，都缺乏正当性。而且，引入被害人谅解并没有真正地改进悔罪真诚性的评价方法，而只是将评价的权力转移给了被害人。这对于被告人真正是否具备悔罪的判断显然是草率的。

2.悔罪判断依据为被告人的悔罪态度及悔罪表现

悔罪态度与悔罪表现是相配合来判断的，无法独立判断，悔罪态度依附于悔罪表现来体现，悔罪表现在一定程度上反映着被告人的悔罪态度。悔罪表现是一个综合性评价的过程，应该综合被告人犯罪后的一系列表现综合考量，主要有以下两方面：一是悔罪表现是主客观相统一的量刑情节，既要求真诚的悔罪态度，又要求赔偿、道歉等客观外在表现二是将悔罪表现视为一个过程，不应单纯强调赔偿必须令被害人满意，只要犯罪人真诚悔罪、道歉并竭尽所能赔偿，即符合这一过程。^②运用到故意伤害案件中，可以认为若客观原因导致被追诉人缺少某个具体的悔罪表现，例如，被追诉人因缺乏经济能力而没有赔偿被害人的损失，或者其虽尽其所能，但仍不能满足被害人的赔偿要求，并不影响对被追诉人真诚悔罪的认定。即并非被害人不谅解被告人就不具有悔罪表现，就无法适用缓刑。

3.赔偿能力与赔偿意愿比赔偿数额更能体现被告人的悔罪态度

相较于最终的赔偿结果，更应关注赔偿能力及赔偿意愿。被告人的赔偿能力，首先是指被告人现实的赔偿能力。被告人的赔偿能力，是被告人在附带民事诉讼时所具备的能够给予被害人赔偿的现实能力。它包括被告人现实性的收入、储蓄、不动产、生产及生活资料、信用状况及负债等。被告人的赔偿能力还应当包括被告人未来可预见的赔偿能力。对于属于承担家庭主要收入来源的被告人，还

^②参见孙长永：《认罪认罚从宽制度的基本内涵》，载《中国法学》2019年第3期，第214页。

要将其家庭经济状况等因素考虑在内。被告人的赔偿能力，应当是被告人现实和将来赔偿能力的最大总和。

被告人的赔偿能力，在部分情况下实际是其法定代理人或监护人的赔偿能力。被告人的赔偿能力，在部分情况下还包括其亲属或者其他人的自愿代为赔偿。刑事附带民事诉讼在司法实践中，往往会出现被告人的亲属或者其他入自愿代被告人赔偿的情形。此种情形本身虽然不属于被告人的赔偿能力范畴，但应视为被告人赔偿能力的一种特殊情形予以对待。

对被告人的赔偿能力做出一定的分析的前提基础上，再通过被告人的行为判断被告人的赔偿意愿，从而能够在一定程度上反映被告人的悔罪态度，从而赔偿数额的合理与否才有判断的依据。因此，相较于最终的赔偿数额与赔偿结果，在缓刑适用中影响力更大的应该是赔偿能力和赔偿意愿。

（三）从边缘到中心：赔偿情节应大于被害人谅解对缓刑适用的影响力

赔偿情节应大于被害人谅解情节对量刑的作用力，是有规范依据的，量刑指导意见中对于赔偿谅解情节的作用力分三种情况进行了比较细致的规定，这能体现出只具备赔偿情节比只具备被害人谅解情节对量刑的调整力度更大。深层原因在于被告人的赔偿情节更能体现被告人的悔罪态度和悔罪表现。

“赔偿”“谅解”在一定程度上能够反映预防的必要性减小、人身危险性减小、损害得到修复和社会关系得到修复。虽然赔偿对是否适用缓刑影响具备合理性依据，但是”赔偿”“谅解”并不必然导致适用缓刑的可能性。行为人实施完犯罪行为之后，如果能够积极地赔偿被害人遭受到的损失、真诚地对自己的行为表示悔过，那么在其人格的可谴责性方面予以充分的考虑，进而在刑事法律责任

的追究方面做出相应的调整,应当说是符合刑法的基本观念的。^②但是必须明确,犯罪人积极赔偿和真诚悔过,只是引起司法机关做出决定的一个重要的事实根据而已。”因此要正确认识赔偿情节对于适用缓刑的影响,降低”赔偿”“谅解”情节对缓刑适用的调节的程度。针对司法实践中的案件,需要结合具体的案情进行分析判断。

1.犯罪情节较轻,被害人没有过错且双方矛盾不大的案件

此种情形下,由于被告人与被害人双方矛盾并不激烈,被害人在附带民事诉讼部分主张赔偿数额非理性情形发生可能性较小。因此在确定赔偿数额时,应注重审查被害人与被告人和解协议签署的自愿性,只要双方均为自愿达成的和解协议,且被告人按照被害人的要求支付赔偿数额,一般情况下会取得被害人的谅解,此时再结合其他量刑时应考虑的情节对本案进行综合判断,在符合决定是否适用缓刑即可。

2.犯罪情节较轻,被害人具有过错且双方矛盾较大的案件

目前来看,司法实践中过分关注谅解这一情节对缓刑适用影响力的法院不在少数,在赔偿数额的确定方面,很多司法机关只是审查被害人提交的可以证明其损失的证据,若双方无法达成和解协议,附带民事部分的判决中对于赔偿数额的确定根据审查的证据来确定。以上文所述的曲某某故意伤害为例,司法实践中存在类似的案件,由于被害人与被告人双方矛盾激烈,即便被告人具有较强的悔罪意愿,愿意积极主动赔偿,但是被害人仍不愿意出具谅解书。此时可以参照民事诉讼对于被告人与被害人的过错程度进行界定,且在附带民事部分的赔偿数额的确定中可以根据过错划分适当减轻被告人的赔偿责任。

若在案件起因上,被害人存在着较大程度上的过错,则根据被害人的过错程

^②参见贺小军:《认罪态度对量刑的影响实证研究——以A省B市为例》,载《政治与法律》2015年第12期,第12页。

度，对于积极赔偿意愿的被告人的赔偿数额底线数额至少应满足法定数额的 1.2 倍到 1.5 倍，即被害人过错若大于被告人，在被害人非理性的主张赔偿数额且不出具谅解书的情形下，若被告人积极赔偿的数额为应赔付数额的 1.2 倍，并将赔偿数额交到法院指定账户，此时综合其他量刑情节是可以对被告人适用缓刑的。若被害人虽有过错但是过错致因作用较小，但由于矛盾较深，被害人仍不接收赔偿并出具谅解书时，若此时被告人对被害人的赔付数额能够达到应赔偿额的 1.5 倍时，也是可以综合其他量刑情节对被告人判处缓刑的。

（四）从单一到综合：缓刑适用时需综合考虑量刑情节

量刑情节的作用影响受制于基本犯罪事实和其他影响犯罪的构成事实，^{②③}在故意伤害案件中，对缓刑适用产生影响的基本犯罪事实主要有伤害结果这一事实，其决定着法定刑的定档，由于缓刑适用的刑期条件为三年以下有期徒刑、拘役的案件，因此对于法定刑在三年以上的伤害后果特别严重的案件，是没有适用缓刑的可能性的，及时被告人足额甚至超额赔付被害人并且取得被害人的谅解，也无法适用缓刑。在故意伤害案件中，其他影响犯罪构成的事实主要是轻伤数量、重伤数量、手段残忍程度等，若被告人手段残忍，一般适用缓刑的可能性也很小。

在故意伤害案件中，常见的影响量刑情节主要有未成年犯罪、未遂、从犯、自首、坦白、当庭自愿认罪、立功、谅解、赔偿、和解协议、累犯、犯罪对象特殊。当被告人是累犯时，就直接排除了适用缓刑的可能性。在被告人不具备明确不能适用缓刑的情节的前提下，法官应对影响量刑的多种情节综合考量，从而判断出被告人的人身危险性，^{②④}因为在缓刑适用阶段影响量刑的决定性因素便是被

^{②③}参见刘崇亮：《量刑机制的分层量化实证研究——以防卫过当案件为例》，载《政治与法律》2021 年第 9 期，第 132 页。

^{②④}参见杨立新：《认罪认罚从宽制度理解与适用》，载《国家检察官学院学报》2019 年第 1 期，第 54 页。

告人的人身危险性大小。而不是仅仅因为被告人未取得被害人谅解就直接否定被告人适用缓刑的可能性。

在故意伤害案件中适用缓刑的步骤可以归纳为：不存在不能适用缓刑的情节→分析被告人赔偿意愿、赔偿能力且被告人需足额赔偿被害人→被害人不谅解→分析不谅解的原因，同时关注被告人的赔偿意愿、赔偿能力、赔偿时间→判断是否是真诚悔罪→综合判处缓刑的其他量刑情节→判处缓刑与否。

结语

赔偿谅解作为影响量刑的酌定量刑情节，在司法实践中对缓刑适用的影响力存在着失范的问题，最矛盾的问题便是法官在决定适用缓刑时过分关注被害人谅解这一情节，而往往忽视掉了应综合所有量刑情节对被告人是否符合缓刑适用的条件进行整体的评价，从而导致司法实践中出现被害人不谅解便不敢判处缓刑的现象大量存在。本文旨在通过数据分析的方法，对赔偿谅解影响量刑进行现状检视，从而针对问题希望探索如何完善赔偿谅解正确影响缓刑适用的路径，让赔偿谅解在其应由的作用范围内对缓刑适用发挥作用力，从而希望能够促进被告人与被害人双方的良性互动，在量刑时实现刑罚的统一性和案件的特殊性相协调。