



REFERENCE TO CRIMINAL TRIAL

总第99集

刑事审判参考

中华人民共和国最高人民法院
刑事审判第一、二、三、四、五庭 / 主办

【指导案例】

伊特克斯公司、郭书周等侵犯商业秘密案 [第1005号]

——如何理解和把握侵犯商业秘密刑事案件中“重大损失”的计算依据、方法及对象

扎西杰参等故意杀人、非法持有枪支、包庇案 [第1006号]

——上诉人在二审期间脱逃，仅有原审被告人在案的，应当如何处理

胡某等非法获取公民个人信息案 [第1009号]

——通过非法跟踪他人行踪所获取的公民日常活动信息是否属于公民个人信息以及如何理解非法获取公民个人信息罪中的“上述信息”“非法获取”以及“情节严重”

李培光贪污、挪用公款案 [第1016号]

——如何审查认定国家出资企业中国家工作人员的身份

周标受贿案 [第1017号]

——案发前主动退还贿赂款的行为如何处理以及上一级人民法院同意在法定刑以下判处刑罚的应当制作何种文书

凌吉敏受贿案 [第1019号]

——以明显高于市场的价格向请托人出租房屋，所收取的租金与市场价格的差额是否应当认定为受贿数额

【立法、司法规范】

《关于依法惩处涉医违法犯罪维护正常医疗秩序的意见》的理解与适用

【实务探讨】

如何审查判断和运用作为证据使用的同案被告人供述

——以死刑案件办理为重点视角分析



REFERENCE TO CRIMINAL TRIAL

2014年第4集·总第99集

刑事审判参考

中华人民共和国最高人民法院
刑事审判第一、二、三、四、五庭 / 主办



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑事审判参考. 总第 99 集 / 最高人民法院刑事审判
一至五庭主办. —北京: 法律出版社, 2015. 2

(刑事审判参考)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 7595 - 2

I. ①刑… II. ①最… III. ①刑事诉讼—审判—中国
—参考资料 IV. ①D925.218.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 041367 号

刑事审判参考(总第 99 集)

最高人民法院刑事审判一、二、三、四、五庭主办

编辑统筹 法律应用出版分社

责任编辑 聂颖

装帧设计 李瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

责任校对 晁明慧

责任印制 翟国磊

印刷 固安华明印业有限公司

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

印张 19.25

字数 269 千

版本 2015 年 3 月第 1 版

印次 2015 年 3 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-7595-2

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

2014年第4集·总第99集

刑事审判参考

编辑委员会

主 任：沈德咏

副 主 任：李少平 南 英 黄尔梅 刘学文 胡云腾

委 员：(以姓氏笔画为序)

马 岩	万永海	王晓东	叶晓颖	朱和庆
李 勇	李睿懿	沈 亮	张 明	杜国强
周 峰	杨万明	苗有水	罗国良	陈鸿翔
高贵君	党建军	徐 静	韩维中	裴显鼎
管应时	颜茂昆	薛淑兰	戴长林	

主 编：南 英

副 主 编：杨万明 裴显鼎 戴长林 周 峰 高贵君

执行编辑：冉 容 刘晓虎 刘静坤 陆建红 方文军

特邀编辑：

朱 军 (北京)	肖晚祥 (上海)	程庆颐 (天津)
袁胜强 (重庆)	宋殿宝 (黑龙江)	张太范 (吉林)
姜 阳 (辽宁)	范俊峰 (内蒙古)	张忻如 (山西)
陈庆瑞 (河北)	张正智 (山东)	吴远阔 (安徽)
陈增宝 (浙江)	楼建群 (江西)	蔡绍刚 (江苏)
陈建安 (福建)	陈殿福 (河南)	官文生 (湖北)
杨学成 (湖南)	黄建屏 (广东)	段洪彬 (海南)
韦宗昆 (广西)	袁彩君 (四川)	梅 育 (云南)
杨雪梅 (贵州)	李永强 (陕西)	董 颖 (宁夏)
张根虎 (甘肃)	王新林 (青海)	杨庭轶 (西藏)
袁 勤 (新疆)	张艳荣 (兵团分院)	程东方 (军事法院)

编辑说明

《刑事审判参考》系最高人民法院刑事审判庭主办的业务指导和研究性刊物,自1999年4月创办以来,秉承立足实践、突出实用、重在指导、体现权威的编辑宗旨,在编辑委员会成员、作者和读者的共同努力下,密切联系刑事司法实践,为刑事司法人员提供了针对性和权威性的业务指导和参考,受到刑事司法工作人员和刑事法律教学、研究人员的广泛肯定和欢迎。

《刑事审判参考》作为最高人民法院用以指导全国各级人民法院刑事审判工作的唯一刊物,由最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭共同主办,最高人民法院沈德咏副院长担任编辑委员会主任,李少平、南英、黄尔梅副院长和刘学文专委担任副主任。南英副院长担任主编,各刑事审判庭庭长担任副主编。

根据《刑事审判参考》主编会的决定,自2012年始,《刑事审判参考》由原32开改版为特16开。改版后的《刑事审判参考》仍为双月刊,全年共出版六集,设有以下栏目:

【指导案例】选择在认定事实、采信证据、适用法律和裁量刑罚等方面具有研究价值的典型案例,详细阐明裁判理由,为刑事司法工作人员处理类似案件提供具体的指导和参考。

【立法、司法规范】刊登与刑事司法工作密切相关的法律、行政法规、部门规章、司法解释及其他规范性文件。

【刑事政策】最新的刑事司法政策,如最高人民法院院领导在刑事审判工作会议上的讲话、刑事审判工作会议讨论的问题等。

【审判实务释疑】最高人民法院刑事审判庭解答在刑事审判工作中具有普遍指导价值的法律适用问题。

【司法理论前沿】摘要刊登近期刑事理论界、实务界最新研究成果,及时跟踪研究刑事审判中出现的新问题,为刑事司法人员提供最新理论参考。

【经验交流】地方司法机关制定的刑事司法规范性文件及其背景说明;地方各级人民法院在刑事审判工作中对于某些问题的处理政策和意见等。

【实务探讨】针对刑事司法工作中必须解决的疑难、复杂问题,刊登相关学者与司法人员的研究文章,为刑事司法工作人员提供解决相关问题的思路。

【大案传真】刊登在社会上影响较大的案件的有关裁判文书,及时传递大要案、热点案件的审判信息。

【疑案争鸣】针对实践中发生的疑难案例,对其中争议问题进行分析,给读者提供参与交流探讨的平台,推动相关问题的深入研究。

【裁判文书评析】选择典型裁判文书进行评析,展现法官智慧,指出不足,促进裁判文书制作水平的不断提高。

最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭

目 录

【指导案例】

谭永艮非法持有枪支案[第 1003 号]

——作为情节加重犯适用条件的“情节严重”与缓刑适用

条件中的“犯罪情节较轻”在适用时是否相矛盾 唐 毅 张 跃 1

张联新、郑荷芹生产、销售有毒、有害食品,李阿明、何金友生产

有毒、有害食品,王一超等销售有毒、有害食品案[第 1004 号]

——“新型地沟油”的司法认定与法律适用

王丽萍 刘世界 9

伊特克斯公司、郭书周等侵犯商业秘密案[第 1005 号]

——如何理解和把握侵犯商业秘密刑事案件中“重大损

失”的计算依据、方法及对象 刘军华 唐 震 巩一鸣 20

扎西杰参等故意杀人、非法持有枪支、包庇案[第 1006 号]

——上诉人在二审期间脱逃,仅有原审被告人在案的,应

当如何处理 李加玺 格桑旺姆 33

孙连义故意杀人案[第 1007 号]

——如何把握投毒案件中的证据确实、充分标准以及投毒

后造成目标之外他人死亡发生的,如何定性 张 剑 40

罗灵伟、蒋鼎非法拘禁案[第 1008 号]

——无法查清被害人是否存在债务的情况下,如何认定行

为人为了索取债务而非法拘禁他人的行为性质 胡尚慧 47

胡某等非法获取公民个人信息案[第 1009 号]

——通过非法跟踪他人行踪所获取的公民日常活动信息

是否属于公民个人信息以及如何理解非法获取公民

- 个人信息罪中的“上述信息”“非法获取”以及“情节严重” 钟莉 范冬明 53
- 袁某抢劫、破坏电力设备案[第1010号]
- 如何把握刑事证明标准的主客观相统一性 胡晓明 李静然 59
- 朱林森等盗窃案[第1011号]
- 罪犯在假释期间又犯新罪,数罪并罚时原减刑裁定如何处理 庄绪龙 68
- 关盛艺盗窃案[第1012号]
- 误将非债务人的财物作为债务人的财物加以盗窃的如何定性以及刑事审判中民事纠纷的基础事实严重影响量刑的是否有必要审查确认 林旭群 邹海媚 75
- 熊海涛盗窃案[第1013号]
- 明知未达到刑事责任年龄的人正在盗卖他人或者自己家中财物,仍然上门帮助转移并予以收购的,如何定性 蔡智玉 董王超 80
- 刘继芳贩卖毒品案[第1014号]
- 为吸食者代购少量毒品的行为如何定性以及特情引诱情节对毒品犯罪案件的定罪量刑是否具有影响 刘世明 丛日新 牛传勇 李静然 89
- 骆小林运输毒品案[第1015号]
- 对当场查获毒品的案件,被告人拒不认罪的,如何把握有关被告人主观明知的证据要求 秦鹏 98
- 李培光贪污、挪用公款案[第1016号]
- 如何审查认定国家出资企业中国家工作人员的身份 康瑛 103
- 周标受贿案[第1017号]
- 案发前主动退还贿赂款的行为如何处理以及上一级人民法院同意在法定刑以下判处刑罚的应当制作何种文书 尚晓阳 112
- 卫建峰受贿案[第1018号]
- 如何认定公司改制后国家工作人员的身份 康瑛 118

凌吉敏受贿案[第 1019 号]

- 以明显高于市场的价格向请托人出租房屋,所收取的
租金与市场价格的差额是否应当认定为受贿数额 谭劲松 126

刘凯受贿案[第 1020 号]

- 因受贿案发后又主动交代用受贿款向他人行贿事实,
使其他贿赂案件得以侦破的,是否构成立功 邱学锋 庄 彬 132

【立法、司法规范】

全国人民代表大会常务委员会

- 中华人民共和国环境保护法 136
关于修改《中华人民共和国预算法》的决定 149
关于修改《中华人民共和国安全生产法》的决定 167
关于修改《中华人民共和国保险法》等五部法律的决定 182
关于修改《中华人民共和国行政诉讼法》的决定 185
中华人民共和国反间谍法 201
关于《中华人民共和国民法通则》第九十九条第一款、《中
华人民共和国婚姻法》第二十二条的解释 207

最高人民法院 最高人民检察院 公安部

- 关于办理暴力恐怖和宗教极端刑事案件适用法律若干问
题的意见 209
印发《关于规范毒品名称表述若干问题的意见》的通知 215
《关于规范毒品名称表述若干问题的意见》的理解与适用
高贵君 马 岩 李静然 218

- 《关于依法惩处涉医违法犯罪维护正常医疗秩序的意见》
的理解与适用 高贵君 马 岩 方文军 曾 琳 226

最高人民法院

- 关于北京、上海、广州知识产权法院案件管辖的规定 235

最高人民检察院

- 人民检察院举报工作规定 238
国家信访局关于进一步加强初信初访办理工作的办法 251

【经验交流】

刑事判决说理实务问题探讨

——以裁判文书制作规范化为视角 北京市第二中级人民法院课题组 254

【实务探讨】

如何审查判断和运用作为证据使用的同案被告人供述

——以死刑案件办理为重点视角分析 刘静坤 273

[第 1003 号]

谭永艮非法持有枪支案

——作为情节加重犯适用条件的“情节严重”
与缓刑适用条件中的“犯罪情节较轻”
在适用时是否相矛盾

一、基本案情

被告人谭永艮,男,1948年12月20日出生。2013年9月16日因涉嫌犯非法持有枪支罪被取保候审。

安徽省岳西县人民法院以被告人谭永艮犯非法持有枪支罪,向岳西县人民法院提起公诉。

被告人谭永艮对公诉机关指控的犯罪事实无异议。其辩护人基于以下理由提请法庭对谭永艮减轻处罚并适用缓刑:谭永艮具有自首情节,庭审中具有认罪、悔罪表现;之前无前科劣迹,仅是由于法律意识淡薄才实施犯罪;谭永艮已65周岁,身患多种疾病,是生活在敬老院中的五保老人,对其适用缓刑不致再危害社会。

岳西县人民法院经公开审理查明:20世纪90年代,被告人谭永艮为看护山场从同村村民王进来处借得土枪1支,一直保管,未办理持枪证。十余年前,谭永艮又从同村村民吴传炉处借来1支土枪保管至案发,也未办理持枪证。2012年,谭永艮因年迈体弱住进当地敬老院,考虑自己长期不在家居住,2支枪放在家中不安全,于是在2013年4月1日王建来到其家做客时,向王进来提出欲将两支枪存放至王进来住处,王进来表示同意。当日20时许,二人将枪支带至王进来住处。次日,岳西县公安局来榜派出所接群众举

报称王建来私藏枪支,立即到王建来处调查,王建来及谭永良主动交出2支土枪并如实供述了事实经过。经鉴定,谭永良持有的2支土枪均是以火药为动力的自制火药枪,能有效发射,属于法律规定的枪支。2013年9月13日,谭永良接来榜派出所电话通知后主动投案。

岳西县人民法院认为,被告人谭永良违反枪支管理规定,非法持有以火药为动力发射枪弹的非军用枪支2支,其行为构成非法持有枪支罪,且属情节严重。谭永良借枪是为了看护山场,主观恶性不大,且未引起其他犯罪后果,在接受公安机关调查时即主动上交2支枪支,并主动投案,如实供述犯罪事实,系自首,依法可以减轻处罚。据此,依照《中华人民共和国刑法》第一百二十八条第一款、第六十七条第一款以及《最高人民法院关于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第五条第二款第二项之规定,岳西县人民法院以被告人谭永良犯非法持有枪支罪,判处有期徒刑一年。

一审宣判后,被告人谭永良以原判量刑过重、应当适用缓刑为由向安庆市中级人民法院提起上诉。

安庆市中级人民法院经审理认为,上诉人谭永良违反枪支管理规定,非法持有以火药为动力发射枪弹的非军用枪支2支,其行为构成非法持有枪支罪,且属情节严重。谭永良借枪是为了看护山场,主观恶性不深,且未引起其他危害后果;在接受公安机关调查时即主动上交所有枪支,并主动投案,如实供述犯罪事实,系自首,依法可以从轻或者减轻处罚;在庭审中上诉人自愿认罪、悔罪,可以酌情从轻处罚。原判定罪准确,且对谭永良减轻处罚并无不当。二审期间,上诉人谭永良对其犯罪事实供认不讳,并表示自己年事已高,不会再危害社会;其所居住的敬老院及当地乡民政办均表示愿意对其进行监管和帮教,当地司法局建议对谭永良进行社区矫正。综合谭永良的具体犯罪事实、性质、情节和对社会的危害程度以及其悔罪态度,可以对其适用缓刑,相关上诉理由成立。据此,依照《中华人民共和国刑法》第一百二十八条第一款、第六十七条第一款、第七十二条、第七十三条,《最高人民法院关于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第五条第二款第二项以及《中华人民共和国刑事诉讼

法》第二百二十五条第一款第二项之规定,安庆市中级人民法院判决如下:

1. 撤销安徽省岳西县人民法院(2014)岳刑初字第00011号刑事判决;
2. 上诉人谭永良犯非法持有枪支罪,判处有期徒刑一年,缓刑一年。

二、主要问题

作为情节加重犯适用条件的“情节严重”与缓刑适用条件中的“犯罪情节较轻”在适用时是否相矛盾?

三、裁判理由

刑法第一百二十八条第一款规定:“违反枪支管理规定,非法持有、私藏枪支、弹药的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制;情节严重的,处三年以上七年以下有期徒刑。”可见,非法持有枪支案件中的“情节严重”属于情节加重犯。

关于缓刑的适用条件,1997年刑法规定:“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。”刑法修正案(八)对缓刑适用条件进行了如下修改:“对于被判处拘役、三年以下有期徒刑的犯罪分子,同时符合下列条件的,可以宣告缓刑:(一)犯罪情节较轻;(二)有悔罪表现;(三)没有再犯罪的危险;(四)宣告缓刑对所居住社区没有重大不良影响。”因此,刑法修正案(八)施行后,“犯罪情节较轻”是适用缓刑的一个必要条件。

作为情节加重犯适用条件的“情节严重”是否与缓刑适用条件中的“犯罪情节较轻”在适用时相矛盾,实践中存在不同认识。本案审理过程中,就存在这一争议,对被告人谭永良能否适用缓刑,主要形成两种意见:

一种意见认为,谭永良非法持有以火药为动力发射枪弹的非军用枪支2支,依照《最高人民法院关于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称《枪支弹药解释》)第五条第二款第二项之规定,谭永良非法持有枪支属于“情节严重”。而依照刑法第七十二条第一款之规定,“犯罪情节较轻”是缓刑适用的条件之一。因此,谭永良不符合缓刑适用条件。

另一种意见认为,虽然依照相关司法解释的规定,谭永艮非法持有枪支属于“情节严重”,但与刑法第七十二条第一款规定的缓刑适用条件并不矛盾,仍然可以对其适用缓刑。

我们同意后一种意见,具体理由如下:

(一)认定缓刑适用条件中的“犯罪情节较轻”与作为情节加重犯的“情节严重”,在评价目的、参照标准和评价内容等方面有所不同

1.二者评价目的和参照标准不同。情节加重犯中的“情节严重”是与该罪的基本构成相比较而言的,即以某个犯罪的基本构成特征作为参照,来认定某个犯罪行为在具备该罪基本构成特征的基础上,是否还具有更加严重的情节,从而决定对被告人是否适用加重法定刑,本质上属于量刑层面的问题,一般情况下,与刑罚的执行方式(即应判处实刑还是缓刑)关联不大。

而作为缓刑适用条件的“犯罪情节较轻”,是一种能够综合反映犯罪分子所犯罪行的社会危害程度和主观恶性大小,并影响到刑罚执行方式的条件,是在确定行为人已构成犯罪并应判处刑罚和确定具体刑种、刑度基础上,对刑罚执行方式的评价,因此,有别于刑法分则规定的加重量刑情节。

为了避免对犯罪情节重复评价,即在量刑时已经考量犯罪情节的轻重,在决定刑罚执行方式时又二次评价上述量刑情节是否符合缓刑适用条件的“犯罪情节较轻”,我们认为,宜将缓刑适用条件的“犯罪情节较轻”界定为立法的特别提示性规定。因为,“判处拘役、三年以下有期徒刑”是刑法总则第七十二条明确规定的缓刑适用的前置性要件,也可称为刑种、刑度要件,但符合这一要件的犯罪分子显然很多,并不是判处该刑罚的犯罪分子都可以适用缓刑,故第七十二条同时列举了四项条件以明确缓刑的适用范围,其中第一项条件即“犯罪情节较轻”。换言之,此处的“犯罪情节较轻”意在限制缓刑的适用,将一些虽然判处拘役、三年以下有期徒刑,但经整体评价社会危害性大、主观恶性深的罪犯排除在适用缓刑之外。

2.二者评价内容不同。根据罪刑法定原则,作为情节加重犯的加重情节,应当由刑法或者司法解释明确规定,没有规定的,应当结合其他刑法渊源,根据案件具体情况,从贯彻罪责刑相适应的角度在个案中综合分析、慎重把握。从我国刑法分则来看,明确加重处罚情节的刑法条款大多采取逐

项列举式规定。如刑法第二百三十六条对“二人以上轮奸”、“在公共场所当众强奸妇女”等加重情节的规定;又如刑法第二百六十三条对“入户抢劫”、“在公共交通工具上抢劫”、“持枪抢劫”等情节的规定。司法解释对加重处罚情节的明确也大多采取列举式规定。如《枪支弹药解释》第五条第二款对刑法第一百二十八条第一款规定的“情节严重”列举了五种情节,包括:(1)非法持有、私藏军用枪支2支以上的;(2)非法持有、私藏以火药为动力发射枪弹的非军用枪支2支以上或者以压缩气体等为动力的其他非军用枪支5支以上的;(3)非法持有、私藏军用子弹100发以上,气枪铅弹5000发以上或者其他非军用子弹1000发以上的;(4)非法持有、私藏手榴弹3枚以上的;(5)达到该条第一款规定的最低数量标准,并具有造成严重后果等其他恶劣情节的。上述条款侧重从枪支弹药性能、数量或者严重后果等犯罪客观方面,对非法持有枪支犯罪是否应当加重处罚逐一作出规定,这符合非法持有枪支罪主要是以非法持有状态体现其对公共安全潜在危害程度的本质特征。

评价犯罪分子是否符合缓刑适用条件的“犯罪情节较轻”,要综合评价犯罪分子的主观和客观方面,既要考虑刑法分则或者司法解释规定的量刑情节,又要在评价犯罪行为本身情节轻重的基础上,考察个案中是否还存在支撑对其选择较为轻缓的刑罚执行方式的特殊事实依据和理由。具体要从犯罪构成的四个方面进行把握:

(1)关于犯罪主体方面,即犯罪人的身体、精神状况及职业情况,是否系未成年人,是否精神健全,是否具有特殊身份等。通常情况下,未成年犯、老年犯及患有间歇性精神病的犯罪人,在罪行本身并不严重的情况下,可以考虑认定为犯罪情节较轻。而某些犯罪如果由特殊身份的人实施就具有较大的社会危害性,如利用教师身份实施猥亵儿童犯罪,即使只判处了拘役,也不宜认定为犯罪情节较轻。

(2)关于犯罪主观方面,包括主观罪过(故意或过失)、犯罪动机等。过失犯罪的行为人主观恶性相对较小,相对于故意犯罪可优先考虑认定为犯罪情节较轻。对出于义愤、防卫或者因为紧急避险以及为满足基本生活需求、抚养小孩、赡养老人等动机实施的犯罪,可以考虑认定为犯罪情节较轻,

而对于一些动机卑劣的犯罪则不宜认定为犯罪情节较轻。

(3)关于犯罪客观方面,包括危害行为、危害结果及犯罪对象等方面。对于未造成严重后果、被害人身心受伤害较小或者取得被害人谅解的犯罪可以考虑认定为犯罪情节较轻。而对于犯罪手段残忍、被害人身心受到严重伤害、对老人和儿童等弱势群体实施的犯罪,则不宜认定为犯罪情节较轻。若犯罪后果未发生,或者已发生但在事后得到完全或者大部分弥补的,也可以认定为犯罪情节较轻,如预备犯、中止犯等。

(4)关于犯罪客体方面,刑法所要保护的法益越重要,对认定是否属于犯罪情节较轻,越要从严把握。例如,抢劫本身属于严重犯罪,具有持枪抢劫、入户抢劫等加重处罚情节的,即使同时具备其他从轻、减轻情节,整体上通常也不宜评价为犯罪情节较轻。相反,如果基本犯侵犯的法益不那么严重,那么,即使具备加重情节,在综合考量其他从轻情节、因素的情况下,也有可能评价为犯罪情节较轻。

值得注意的是,在判断被告人是否具备缓刑适用条件中的“犯罪情节较轻”时,对上述几个方面的因素不能孤立来看,也不能脱离社会一般公众的标准进行评价,这一点有别于量刑时对情节轻重的判断。对量刑情节的判断,要严格限定在法律和个案事实的框架内,而是否选择缓刑的刑罚执行方式,还要考虑一般公众的认知和刑事政策。例如,就具体的贪污受贿犯罪而言,情形、情节千差万别,既存在情节特别严重的个案,也存在情节较轻的个案,在量刑时需要区别对待。但即使从量刑意义上属情节较轻的贪污受贿犯罪,从社会公众和刑事政策的角度考量,认定“犯罪情节较轻”也需要从严掌握。再如,对于成年人实施奸淫、猥亵幼女犯罪的,根据2013年《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》的规定,一般不适用缓刑,这是刑事政策的特殊考量,并不是说所有此类犯罪从量刑意义上都很严重并都应当判处三年以上有期徒刑,但显然,一般不能将其界定为符合缓刑条件的“犯罪情节较轻”。

通过上述比较可以看出,认定缓刑适用条件的“犯罪情节较轻”所考虑的因素通常比认定情节加重犯所考虑的因素更为广泛,不能认为情节加重犯就必然是一种具有严重社会危害性的犯罪行为,就必然不符合缓刑适用

条件。特别是在非法持有枪支犯罪中,认定非法持有枪支犯罪是否“情节严重”,对照司法解释的列举式规定,标准十分清晰,对于应当判处实刑的案件来说,如何量刑不存在争议。但如果要判断对行为人应当判处实刑还是缓刑,只考虑司法解释列举的枪支性能和数量这些客观情节,显然会失之片面。行为人基于何种原因持有枪支,持有枪支时间长短,枪支流入社会或者被用于非法目的的可能性大小,以及是否具有未成年人、老年人、累犯等特殊身份等,均不同程度上影响到对该非法持有枪支犯罪行为社会危害性的判断。因此,虽然通常来说,具备加重情节的非法持有枪支犯罪,相对于只符合基本构成要件的犯罪,对公共安全的潜在危害更加严重,在是否适用缓刑时要更加慎重把握,但不排除在一些特殊个案中,存在其他可以被考虑为“犯罪情节较轻”的因素。如果经综合权衡,对被告人宣告缓刑要比判处实刑更有利于实现刑罚的目的和取得更好的法律、社会效果,也可以认定被告人符合刑法第七十二条第一款规定的缓刑适用条件。这样处理,对一些确实存在特殊情况的个案,可以避免出现如果严格依照司法解释列举的加重处罚情节对被告人升格法定刑,可能导致刑罚过于严苛而偏离罪责程度的极端情形发生。

(二) 本案被告人符合缓刑适用条件

本案中,被告人谭永良非法持有以火药为动力发射枪弹的非军用枪支2支,依照《枪支弹药解释》的规定,无疑属于非法持有枪支“情节严重”,依照刑法第一百二十八条第一款的规定,应当在三年以上七年以下加重法定刑幅度内量刑;同时,谭永良又具有如下法定、酌定从宽处罚情节:(1)谭永良在公安机关调查时主动上交枪支,后经公安机关通知主动到案,如实供述罪行,构成自首,依法可从轻、减轻处罚。(2)谭永良是为了看护山场而先后从同村村民处借来2支土枪,保管时间已分别持续二十多年和十多年,枪支来源清楚、用途也很明确,其担心自己去敬老院生活后枪支放在家中不安全,将其转交给村民王建来保管,且其中一支“土枪”本来也属于王建来所有,由此反映出该枪支不会流入社会,客观危害相对较小。(3)从犯罪主体来看,谭永良非法持有土枪主要是因为法制意识淡漠,且审判时年事已高,身患多种疾病,长年生活在敬老院中,没有再犯罪的危险,宣告缓刑对所居住社区