



XINGFA SHIYONG YINAN WENTI JINGJIE

刑罚适用 疑难问题精解

袁登明◎著

刑事审判教研专家依据立法精神和最新司法政策精准阐释
深入解析司法实践中难以把握的刑罚适用疑难问题

人民法院出版社



刑罚适用 疑难问题精解

XINGFA SHIYONG YINAN WENTI JINGJIE

袁登明◎著

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑罚适用疑难问题精解/袁登明著. —北京:
人民法院出版社, 2012. 7
ISBN 978 - 7 - 5109 - 0500 - 1

I. ①刑… II. ①袁… III. ①刑罚 - 法律适用 - 中国
IV. ①D924. 135

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 152723 号

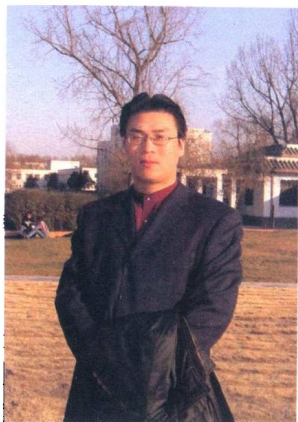
刑罚适用疑难问题精解

袁登明 著

责任编辑 林志农 张钧艳 张承兵 孟 晋 朱鹏伟
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)
电 话 (010) 67550572 (责任编辑)
65223677 (读者服务部)
网 址 www.courtbook.com.cn
微 博 <http://weibo.com/courtpress>
E - mail courtpress@sohu.com
印 刷 三河市国英印务有限公司印刷
经 销 新华书店

开 本 890 × 1240 毫米 A5
字 数 269 千字
印 张 10. 625
版 次 2012 年 7 月第 1 版 2012 年 7 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978 - 7 - 5109 - 0500 - 1
定 价 25. 00 元

版权所有 侵权必究



袁登明 男，1974年生，河南省光山县人。1997年毕业于郑州大学文博学院，获史学学士学位；2000年毕业于中国人民大学法学院，获法学硕士学位（刑法学专业）；2003年毕业于中国人民大学法学院，获法学博士学位（刑法学专业）。现为国家法官学院刑事审判教研部主任、副教授、硕士生指导教师，主要研究领域为中国刑法学、刑事司法制度、刑事执行法学。主要学术成果有《行刑社会化研究》（专著）、《司法公信力研究》（合著）、《有组织犯罪比较研究》（合著）、《案例刑法学》（合著）、《中国刑事政策研究》（合著）等，在《法学家》、《法律适用》、《中国刑事法杂志》、《刑事法评论》、《中国司法》、《人民司法》、《中国监狱学刊》、《犯罪与改造研究》等学术刊物上发表学术论文四十余篇。

前言：探寻正义的惩罚

刑事法治历来都是法治文明乃至政治文明的重要组成部分。刑法制度的改革与完善，刑事司法水平的提升，都是当代中国贯彻科学发展观、全面构建和谐社会不可或缺的重要环节。而刑罚制度是刑事法治中最具实质意义的重要问题，因为“在刑法中，第一把交椅无疑属于刑罚。在刑罚中表现了刑法的灵魂和思想”。数千年来的刑法发展历史已经证明，人类社会文明的进步，法治发展水平的提高，集中反映到刑法制度中，就是刑罚制度的更新和变革。

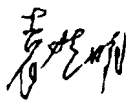
政策是法律的灵魂，法律是政策的具体化、制度化。刑罚制度的进步与完善离不开刑事政策思想的支撑，刑罚结构与适用模式的变革背后有其刑事政策基础。“刑法之刑事政策化”是现代刑事法主要特征之一，其要求刑法之制定与运用、罪刑之确定与执行，都应由刑事政策的观点出发，以是否合乎刑事政策的精神为指导。当前，我国实行的是宽严相济的基本刑事政策。宽严相济刑事政策是对建国以来的“惩办与宽大相结合”刑事政策，“严打”政策的继承、完善与发展，也同国际社会上个世纪 90 年代以来所奉行的“轻轻重重”刑事政策、两极化的刑事政策有着异曲同工之处，但又体现着东方人的智慧。其不仅强调严其应当严的、宽其应当宽可以宽的，而且还注重宽与严相互调剂、严中有宽、宽中有严；要求我国刑法根据不同的社会形势、犯罪态势与犯罪的具体情况，

对刑事犯罪在区别对待的基础上,科学、灵活地运用从宽和从严两种手段,打击和孤立极少数,教育、感化和挽救大多数,最大限度地实现刑事案件处理的法律效果和社会效果的有机统一。自2005年12月全国政法工作会议上确定这一基本刑事政策后,立法部门、司法机关就如何贯彻落实这一刑事政策进行了广泛而深入的调研和论证。2010年2月最高人民法院在深入调查研究的基础上出台的《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》对人民法院在刑事审判工作中如何贯彻落实宽严相济刑事政策提出了一系列具体、明确的要求,确立了相应的工作机制。以贯彻和落实宽严相济刑事政策为中心任务的《刑法修正案(八)》,是自1979年《刑法》实施以来第一次系统完善刑罚制度,通过对死缓制度、减刑假释制度的丰富完善以及创设社区矫正、禁止令制度等全方位地调整了当前的刑罚结构,为宽严相济刑事政策提供了制度保障、丰富了法律手段。

著名刑法学家储槐植教授曾指出,刑罚结构就是指各种刑罚方法在刑罚系统中的组合形式,更具体地说,即刑种配置比例以及适用比重。改革开放以来,历经1997年《刑法》的系统修订,我国的刑罚结构总体上能够适应惩治犯罪、教育改造罪犯、预防和减少犯罪的需要,但在实际执行中也存在死刑偏重、生刑偏轻、刑罚整体结构呈现出重刑化状态等问题。尤其是在贯彻、落实宽严相济刑事政策、构建现代和谐社会的新的历史时期,刑罚结构的板结状态日益显示其缺憾:因生刑偏轻,客观上导致对于死刑的依赖,不利于“保留死刑、严格控制和慎重适用死刑”的死刑政策之贯彻落实;缓刑、管制以及假释等监禁刑的替代性刑罚措施宽缓有余、管束力度不足,执行内容遭遇社会结构的变革而易流于形式,这种局面反过来导致自由刑的替代措施之功能未受到充分重视。《刑法修正案(八)》对原有刑罚结构进行了较为系统的调整,初步改变

了现有刑罚结构的板结状态，最大限度地改变生死两重天的不均衡现象，构建了轻重有序、有机衔接的（主刑）刑罚阶梯。^①

何谓正义的惩罚？正义的惩罚就是适当的惩罚，也是有效的惩罚，更是精确的惩罚。新的历史时期，尤其是在量刑规范化改革的视野之下，对准确适用刑罚尤其是刑罚裁量的精确性、公正性提出了更高的要求，这就需要我们准确解读当前的刑罚结构，梳理并妥善解决刑罚适用过程中存在的诸多疑难问题。但源于长期以来“重犯罪论、轻刑罚论”、“重定性、轻量刑”的痼疾，在刑事立法上，刑罚制度的规定仍相当粗放、原则，刑罚制度部分的立法空白不胜枚举，如几乎每一个研习刑法者都会琢磨如下问题：有期徒刑、拘役和管制等有期徒刑相互之间如何并罚？被告人被判处缓刑时若被附加剥夺政治权利的，该政治权利刑期是从缓刑之日还是缓刑期满之日起算？死缓期间若既有故意犯罪又有重大立功的如何处理？附加刑为数个有期限剥夺政治权利刑的，并罚规则到底是采限制加重抑或直接相加规则？这些问题虽然看似微观，但对于当事人而言则是至关重要的，对此类命题小心谨慎地论证，无不关涉着公正、正义的实现；诸如此类问题的合理破解，毫无疑问也是探寻正义惩罚的过程。



二〇一二年六月于北京

① 具体内容请参见袁登明：《迈向正义惩罚之路：怎么看刑罚结构调整》，载《人民法院报》，2012年6月18日第2版。

目 录

第一章 刑罚适用理念与原则	(1)
第一节 刑罚适用及其理念	(1)
一、刑罚适用及其模式变迁	(1)
二、适用刑罚的基本理念	(4)
第二节 刑罚适用的原则	(17)
一、刑罚适用原则之一：法定性原则	(17)
二、刑罚适用原则之二：罪刑均衡原则	(21)
三、刑罚适用原则之三：经济性原则	(26)
第二章 刑种制度适用的相关疑难问题	(29)
第一节 自由刑司法适用中的问题	(29)
一、刑期计算及羁押折抵问题	(29)
二、管制刑的适用问题	(46)
三、拘役适用中的问题	(48)
第二节 禁止令制度的司法适用	(50)
一、禁止令的法律性质及其适用的基本条件	(51)
二、禁止令具体内容的理解	(53)
三、禁止令适用的具体准则	(58)
四、适用禁止令的期限问题	(63)

五、违反禁止令的后果与处理	(67)
第三节 死刑制度适用中的疑难问题	(70)
一、死刑存废论及其基本趋势	(70)
二、禁止死刑适用法定情形的理解	(72)
三、死缓制度适用中疑难问题及对策	(74)
第四节 财产刑适用中的疑难问题	(82)
一、财产刑适用的基本规则	(82)
二、财产刑的物质体现——“财产”范围的界定	(85)
三、财产刑适用与执行过程中的人权保障问题	(88)
四、财产刑执行难的理性认识与对策	(94)
第五节 资格刑的适用问题	(96)
一、关于剥夺政治权利刑的对象问题	(97)
二、关于剥夺政治权利刑的具体内容界定	(103)
三、关于剥夺政治权利刑的期限确定问题	(110)
第六节 非刑罚处置方法的适用问题	(112)
一、非刑罚处置方法的定位	(113)
二、非刑罚处置方法的具体适用	(116)
第三章 刑罚裁量制度适用的疑难问题	(118)
第一节 量刑情节及量刑方法	(118)
一、量刑情节的意义	(118)
二、量刑情节的适用原则	(120)
三、量刑情节的具体适用规则	(122)
第二节 累犯制度适用中的疑难问题	(130)
一、累犯认定中的主体条件	(130)
二、累犯认定中的时间条件	(133)
三、特殊累犯的认定	(136)

四、累犯司法认定与适用的其他疑难问题	(139)
五、毒品再犯与累犯的关系	(144)
第三节 自首制度的司法适用	(146)
一、自首制度的本体认识	(147)
二、对自动投案的理解	(151)
三、对如实供述罪行的理解	(161)
四、准自首(余罪自首)的具体判断	(170)
五、几种特殊案件的自首认定	(174)
第四节 坦白制度的认定与适用	(177)
一、坦白制度法定化及其意义	(177)
二、坦白制度司法认定的若干问题	(180)
三、坦白与其他量刑情节的界限	(183)
第五节 立功制度适用中的疑难问题	(185)
一、立功认定的主体问题	(186)
二、立功表现的时间条件	(191)
三、立功认定的实质要件	(195)
四、立功认定中应当注意的几个问题	(207)
五、立功认定的程序性问题	(215)
六、立功的刑罚效力问题	(219)
第六节 数罪并罚适用的问题	(224)
一、《刑法修正案(八)》关于数罪并罚制度的完善	(224)
二、对《刑法》第70条、第71条并罚规则的全面解读	(228)
三、处于立法空白地带的若干并罚情形之处理	(233)
第七节 缓刑制度适用的问题	(238)
一、《刑法修正案(八)》关于缓刑制度的完善	(238)

二、缓刑制度适用过程中可能存在的相关疑难问题	(242)
第四章 刑罚执行制度适用的疑难问题	(247)
第一节 减刑制度的司法适用	(247)
一、减刑适用根本性条件分析	(248)
二、非典型形态的减刑制度及其适用条件	(262)
三、减刑案件中“实际执行最低限”的确定	(276)
四、减刑后发现漏罪或者又犯新罪的处理规则	(280)
第二节 假释制度适用的问题	(287)
一、假释制度适用的现状与完善	(287)
二、假释制度司法适用相关疑难问题	(290)
三、2012 年《减刑、假释规定》司法适用的若干问题	(294)
第五章 追诉时效制度适用的疑难问题	(304)
第一节 刑法中的时效及其确定	(304)
一、追诉时效与行刑时效	(304)
二、追诉时效及其确定	(306)
第二节 追诉时效计算的问题	(315)
一、追诉时效计算的起止点	(315)
二、追诉时效的延长	(317)
三、追诉时效的中断	(323)

第一章 刑罚适用理念与原则

第一节 刑罚适用及其理念

一、刑罚适用及其模式变迁

刑法乃规定犯罪行为及其法律后果即刑罚的法律规范。刑法学所研究、关注的即为犯罪论与刑罚论。但长期以来,我国刑法学理论研究基本固守在犯罪论这一理论重镇,刑罚论的研究基本上囿于对刑事法条文的注释,或者偏重于理论思辨,普遍缺乏实证分析、对刑罚运行机制尤其是刑罚效益的实现及其程度缺乏终极意义上的关怀。理论研究上的漠视,在实践层面多年来形成的“重打击、轻预防”、“重定性、轻量刑”的痼疾即与其相伴而生。但对于被告人、被害人等当事人而言,其关注更多的是刑罚适用尤其是量刑轻重的问题。沙俄时期(中世纪晚期)的刑法学家基斯特雅考夫斯基曾言:在刑法中,第一把交椅无疑属于刑罚。在刑罚中表现了刑法的灵魂和思想。^①或许基氏的言论是出于对刑罚论的偏好,但并非言过其实。至少在刑法学体系中,刑罚论与犯罪论应处于同等重要的地位实不为过。研究刑罚适用,

^① 转引自邱兴隆、许章润:《刑法学》,中国政法大学出版社1999年版,自序。

需要改变重定性轻量刑、重犯罪论轻刑罚论、重打击轻改造的传统观念，刑事审判更要注重刑罚适用的效果。刑罚适用在国家刑罚权运作过程中起着承上启下的重要地位，是制刑权、求刑权和行刑权有效运行的中间环节，是法官裁判权的重要组成部分。

刑罚适用模式大体上反映了一个国家刑事法律制度文明进步的程度。由于社会、经济及政治的变革，刑罚制度自中世纪以来，一直在这些变革的影响下不断演进，从内容和适用方式上看，发展演进的历史趋势大致可以这样划分：第一阶段是以普遍适用死刑、肉刑和流刑为主，这一阶段没有近现代意义上的刑罚执行场所——监狱。如我国历史上“五刑”的更替：奴隶制五刑“墨、劓、剕、宫、大辟”，即以肉刑为主体，以损伤甚至消灭对方肉体、造成罪犯痛苦为目的。封建制五刑“笞、杖、徒、流、死”，基本废除了肉刑，相对奴隶制五刑显然是进步，但仍以身体刑为中心。第二阶段是以普遍适用监禁刑为主，将犯人关押在监狱中服刑成为主要的行刑方式。这一阶段基本肇始于中世纪中后期，在我国则主要源于“西学东渐”启蒙思想传播，随着清末变法修律运动，盛行近二千年之久的封建制“五刑”渐渐演变为以自由刑为中心的刑罚体系。第三阶段是以非监禁刑为主，即从刑罚主要手段的监禁过渡到罚金、缓刑、社区劳役（社区服务）等监禁的替代措施和其他不直接控制人身而采取非监禁控制措施的中间刑罚。近十几年来，在国际社会上又出现了一种从刑罚向和解与赔偿过渡的趋势。毫无疑问，人类刑罚适用模式的嬗变归根结底取决于社会物质生活条件的发展变化。从刑罚适用模式上看，监禁刑相对于广泛适用死刑、肉刑显然是一个进步，而非监禁刑又是对监禁刑的一个发展。就我国而言，从相关部门公布的司法统计数据可以看出，每年判处拘役、徒刑实刑以上即关押在监狱、未成年犯管教所、看守所（或拘役所）等监

禁机构中服刑的犯人占全部已决犯的比重，在上个世纪末大概是75%，近几年来已经逐渐降至63%左右。^① 该数据显示我国刑罚制度总体上尚处于刑罚适用模式的第二个历史阶段，这同我国尚处于发展中国家是一致的。域外发达国家已经进入以非监禁刑为主的第三阶段。近十几年来，我国社会发展处于转型时期，刑事案件以及判刑人数一直处于上升时期，如最高人民法院王胜俊院长在“两会”上所作的工作报告，2011年各级法院共审结一审刑事案件779 641件，判处罪犯超过100万人（具体为1 006 420人）。然而，近十几年来全国监狱在押犯人人数的并未大幅度上升，一直处于较为平稳的状态。如在2012年4月的十一届全国人大常委会第二十六次会议上，司法部部长吴爱英就《监狱法》实施和监狱工作情况向全国人大常委会做报告，报告显示目前全国共有监狱681所，押犯164万人。^② 没有出现有关监狱法学者十几年前所隐忧与预测的那样，暴涨至200万之多。^③ 可见，监狱押犯人数、重刑率并未随着刑事案件数量、判刑人数的上升而明显上升，打破了以往“双升”的惯性，这种局面的取得实在来之不易：司法机关面对各种严重违法犯罪，必须依法惩治，不能置若罔闻。但从构建和谐社会的高度出发，司法机关又不能一判了之、一关了之。没有区别就没有政策，宽严相济刑事政策的精髓就是区别对待。在坚持依法严惩严重刑事犯罪的前提下，非监禁刑适用的比重悄然上升，目前已经初步形成监禁刑与非监禁刑并重的刑罚适用新局面。

① 这类数据可以根据每年“两会”上的最高人民法院工作报告、每年出版的《中国法律年鉴》等数据信息演算得出。

② 数据来源：《法制日报》2012年4月26日第3版的报道《吴爱英向全国人大常委会报告监狱法实施和监狱工作情况》。

③ 转引自袁登明：《行刑社会化研究》，中国人民公安大学出版社2005年版，第314页。

二、适用刑罚的基本理念

(一) 刑罚目的的正当性

对犯罪行为适用刑罚是一种高度理性、有目的的专业行为。这就要求刑事审判人员要有正当的刑罚目的观。刑罚目的的正当性是刑罚正义性的源泉，更是实现刑事司法正义的基石。

1. 刑罚目的正当性的历史流变

在刑法学意义上，刑罚目的也就是刑罚正当化的根据。在西方方法学史上，关于刑罚目的的学说可谓源远流长，可一直追溯至古希腊。近代随着刑法学作为一门独立学科的诞生，刑罚目的更是成为众所关注的热点，形成名目繁多、异彩纷呈的学说、学派。根据其中心点的不同，大体上可以分为以绝对主义和报应思想为基础的报应刑论、以功利主义和预防思想为基础的目的刑论以及折中调和报应与预防思想的一体论。

(1) 所谓报应刑论，是指刑罚的正当化根据就是基于报应的原理对恶害的犯罪以痛苦的惩罚进行报应。刑罚是对犯罪的报应，是针对恶行的恶报，这就体现了正义。报应刑论是古老的“恶有恶报、善有善报”正义观念的反映，“因为有犯罪所以有刑罚”是报应刑论的经典表述。报应刑的关注点是危害行为，报应刑论以个人为本位，从个人的角度说明刑罚的正当性。

(2) 所谓目的刑论，是指刑罚的正当化根据在于预防犯罪，认为刑罚本身并没有什么意义，只有在为了实现一定目的即预防犯罪的意义上才有价值。在预防犯罪所必要且有效的限度内，刑罚才是正当的。故目的刑论就是预防论，包括一般预防和特殊预防。在目的刑主义看来，刑罚的正当化根据在于刑罚目的的正当性与有效性，“为了没有犯罪而适用刑罚”是目的刑论的经典表述。目的刑论眼中只有行为人而不具体关注危害行为。目的刑论以社会为本位，主张为了防卫社会而适用刑罚，从社会的角度说

明刑罚的正当性。

(3) 所谓一体论,亦即并合主义、二元论、折中论,认为刑罚的正当化根据一方面是为了满足“恶有恶报、善有善报”的正义要求,另一方面也必须是防止犯罪所必须且有效的,应当在报应刑的范围内实现预防犯罪的目的。“因为有犯罪并为了没有犯罪而科处刑罚”是并合主义刑罚论的经典表述。

如后文所述,我国现行刑法在相关制度设计总体上体现的就是以报应刑为基础的并合主义刑罚观。

2. 现代刑法上的刑罚目的

在我国刑法学界,如何科学界定刑罚目的也是素有争论的一个课题,形成许多见解和学说,诸如惩罚改造说、教育改造说、双重预防目的说、刑法功能发挥说、直接目的与终极目的说、刑罚目的二元论、三目的说等。^① 这些认识的分歧主要由于对刑罚目的的概念界定有所不同以及对刑罚目的与刑罚属性、刑罚目的与刑罚功能、刑罚目的与刑罚价值之间的关系的不同认识所导致的。

总体而言,刑罚目的有狭义、中义和广义之说。狭义说认为刑罚目的即刑罚适用的目的;中义说认为刑罚目的是制定和适用刑罚的目的;而广义说认为刑罚目的不应仅仅局限于刑罚适用阶段,而应包括刑事法律活动的所有阶段,既包括刑罚的制定也包括刑罚适用和刑罚执行阶段。^② 这三种观点的共同之处在于,都是从动态的角度去考察并揭示刑罚目的的内涵;不同之处在于对

① 参见高铭喧主编:《刑法学原理》(第三卷),中国人民大学出版社1994年版,第56~57页;高铭喧主编:《刑法学专论》(上编),高等教育出版社2002年版,第515~518页。

② 参见高铭喧主编:《刑法学专论》(上编),高等教育出版社2002年版,第503页。

刑罚目的外延、作用范围的界定存在着明显的差异。广义说界定的外延最为宽泛，其将刑罚目的界定为国家在整个刑罚的确定和运用过程中所预期达到的目的，贯穿于刑罚权运行的全过程，指导从刑事立法到刑事审判、刑事执行等刑事法律活动的各个环节，使得立法机关制定刑罚、司法机关适用刑罚、行刑机关执行刑罚都有着一个统一明确的目标，形成一个有机联系的整体。这样理解刑罚目的，自然可以引申刑罚目的的三大作用：对刑事立法的制约作用、对刑罚适用的决定作用和对刑罚执行的指导作用。^① 如果将刑罚目的仅限定为量刑阶段，抑或刑罚的制定和适用阶段之目的，无异于将一个有机联系的国家刑罚权运作活动整体加以人为割裂，这样界定刑罚目的，“视野不免狭窄，且不合实际”。所以，从广义的层面界定刑罚目的，已成为越来越多的刑法学者之共识。^② 明确刑罚目的之概念，显然也有助于准确界定刑罚目的与刑罚属性、刑罚功能等关系。

(1) 关于刑罚目的与刑罚属性之间的关系界定。属性与目的不能混为一谈，属性是事物本身所固有的一种性质，是一种客观实在；而目的是人们从事某一活动时所预期达到的结果，是一种主观愿望。刑罚属性是刑罚所固有的、不以人的主观意志为转移的、是刑罚区别于其他事物的性质。“惩罚”(Punishment)一词与“刑罚”实为同义词，惩罚的内涵是有合法惩罚权的人使他人遭受某种痛苦、折磨、损失、资格损失或其他损害，所以，惩罚应该是刑罚的本质属性，而非刑罚目的。一般认为，刑罚既有其自产生时就存在并且永恒不变的属性，也有随着时代变化而

① 参见高铭暄主编：《刑法学原理》（第三卷），中国人民大学出版社1994年版，第58页。

② 参见高铭暄主编：《刑法学专论》（上编），高等教育出版社2002年版，第503页；马克昌主编：《刑罚通论》，武汉大学出版社1999年版，第58页。