



我国刑期折抵制度之检讨

On the System of Offsetting a Person Term in China

石经海 著

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

我国刑期折抵制度之检讨

On the System of Offsetting a Person Term in China

石经海 著

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

我国刑期折抵制度之检讨 / 石经海著. —北京:法律出版社,
2008.3

ISBN 978 - 7 - 5036 - 8127 - 1

I. 我… II. 石… III. 刑罚—研究—中国 IV. D924.134

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第003525号

© 法律出版社·中国

我国刑期折抵制度之检讨

石经海 著

责任编辑 孙东育
装帧设计 汪奇峰

开本 A5

印张 12.125 字数 298 千

版本 2008 年 3 月第 1 版

印次 2008 年 3 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统纂 法学学术出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶 松

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 8127 - 1

定价:29.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

题记:据考证,自新中国成立以来,我国至少出台了77个关于刑期折抵的司法解释。“区区”一个刑期折抵问题,竟出台如此众多司法解释,不仅在域外没有,而且在国内其他任何问题上也不曾出现。如此实践和解释现状,一方面宣告了我国刑期折抵立法存在严重漏洞,另一方面也意味着我国刑期折抵问题需要理论上予以充分关注。

题记:自新中国成立至1979年刑法实施,我国至少出台了51个关于刑期折抵的司法解释。这些无文本法律依据之解释,并非空穴来风,也不是政策解释,而是承袭刑期折抵司法惯例和权利救济、人权保障等刑法公平公正精神的“司法造法”。刑事法领域的“司法造法”,只能存在于有利于被告领域,是有利于被告原则的要求和体现。

题记:在我国刑法教科书乃至刑事法理论中,刑期折抵只是作为一个法律规定予以解读,没有定位为一种法律制度进行把握,甚至因视其为“技术问题”而没有给予必要关注。事实上,它蕴含着的法律文化渊源与刑法精神使其具有重要的理论研究价值;它映射出的适用弊害与羁押立法体制问题使其具有重要的学术研究价值;它表现出的繁杂适用状况使其具有重要的实践研究价值。

序 一

陈兴良*

刑期折抵是刑罚制度中一个小而又小的问题,但又关系到对被告人的人权保障,因而又是一个十分重要的问题。对于这个问题,在我国刑法理论中往往一笔带过,未作深入探讨。石经海副教授承担了司法部法治建设与法学理论科研项目——关于刑期折抵的77个司法解释研究,经过研究形成项目最终成果《我国刑期折抵制度之检讨》,并即将付印出版。石经海邀请我对结项成果作专家鉴定,并嘱我为该书作序,我乐而为之。

刑期折抵,在我国刑法中均有规定。例如,刑法第41条规定,对于管制,判决执行前先行羁押的,羁押1日折抵刑期2日。第44条规定,对于拘役,判决执行前先行羁押的,羁押1日折抵刑期1

* 北京大学法学院教授、博士生导师,中国法学会刑法学研究会副会长。

日。第47条规定,对于有期徒刑,判决执行前先行羁押的,羁押1日折抵刑期1日。这些规定,为司法机关适用法律提供了法律依据。当然,在具体法律适用中还存在一个对法律规定的正确理解问题,尤其是对先行羁押如何理解,直接关系到刑期折抵制度的正确适用。为此,石经海专门搜集了关于刑期折抵的77个司法解释,以司法解释为视角,对我国刑期折抵制度进行了较为深入的探讨。尤其是在本书的讨论中,相当一部分内容涉及这些关于刑期折抵的司法解释,并且采取了实证分析的方法,我认为这是十分可取的。由于法律规定的抽象性,在法律适用中往往出现一些复杂疑难问题需要划清界限,这一职能在我国主要是由司法解释来承担的,因而司法解释具有二次立法的性质,是对法律的一种细则化规定。实际上,司法解释本身就是法律规定的一部分,在这种情况下,对一种法律制度,如刑期折抵制度的研究,必须将司法解释纳入理论视野中来。在本书中,石经海对关于刑期折抵的77个司法解释进行了相当细致的分析。在横的向度上,将77个司法解释分为涉及先行羁押的、涉及刑期折抵本刑的、涉及刑期折抵计算的、涉及刑期折抵的折抵原则及相关问题的、涉及刑期折抵的关联性的和涉及刑期折抵在裁判文书中的表述的六个方面的问题,加以逐一分析。在纵的向度上,将77个司法解释分为无刑期折抵立法时期与有刑期折抵立法时期这两个阶段,分别加以论述。这些学理上的探讨,对于我们理解刑期折抵制度的形成及其内容,都是十分重要的。

石经海的本书可以说是一种小题大作式的研究成果,其对刑期折抵制度的研究达到了相当的理论深度。在传统刑法教科书中,一般都把刑期折抵当做一个法律规定进行解读,认为刑期折抵只不过是刑期计算中的一个技术性问题。但当石经海透过77个司法解释考察刑期折抵的时候,就不再仅仅把它当做一种法律规定,而是当做一种法律制度来进行把握,由此揭示刑期折抵制度的精神实质。我较为欣赏的是,本书对刑期折抵制度的理论定位这一部分内容,作者提出了以下三个命题:(1)从

适用所处的时间阶段来看,刑期折抵是一种刑罚裁量制度。(2)从羁押折抵刑罚的本质来看,刑期折抵是一种刑事实体救济制度。(3)从适用的法律后果上看,刑期折抵是一种刑罚消灭制度。这一理论定位,表明石经海能够站在一个刑罚理论的高度,深刻地揭示刑期折抵制度的法律性质。尤其是石经海从刑罚执行权消灭这一视角界定刑期折抵制度,我以为是十分独到且具有新意的。从刑法关于刑期折抵的简单法律规定,能够解读出如此丰富多彩的内容,这表明石经海对刑期折抵制度的理解达到了他人所未及的程度。

刑期折抵在我国刑法中并不能认为是一个小问题,这一论断不是就问题的理论意义而言,而是就问题的实践意义而言的。在世界各国刑事追诉活动中,都存在不可避免的先行羁押问题,因而各国刑法中也都不或缺地存在关于刑期折抵的法律规定。似没有哪一个国家的刑期折抵制度有我国这么重要,这么与被告人的人权相关涉。这是因为,在法治国家对于先行羁押问题都采取保释为原则、羁押为例外的制度,尤其是对于先行羁押实行严格的司法审查,基于无罪推定的原则,先行羁押的情形是极少的。但在我国,正如有关学者所描述的一样,侦查机关、检察机关、审判机关都有自行决定某种羁押的权力。除了侦查机关提请逮捕需要检察机关审查批准以外,其余强制措施均可自行决定。而且都是首长决定制,只有个别情况需要最高决策机构(检察委员会、审判委员会)决定的情况。而且包括审判机关(法院)决定逮捕,都采取内部书面审查批准方式,没有以公开和辩论形式的司法审查方式进行,被羁押人在决定过程中处于被动地位,没有完善有效的自我救济的途径。除了对人大代表需相关机关许可以外,没有审查和制约的外部机制。^{〔1〕}因此,只有结合羁押制度,才能从根本上厘清刑期折抵制度的救济性质及其局限。关于这个问题,本书有从刑事一体化角度的探讨,但未加以深究,这

〔1〕 隋光伟:《羁押法论》,吉林人民出版社2006年版,第131页。

是美中之不足。当然,对于第一次独立完成如此重要项目成果的年轻作者,没有必要苛求。

学术是一个由浅而深、由小及大的逐渐推进的过程,方法是相通的,只是问题不同而已。既然石经海能较为圆满地完成对刑期折抵制度的研究,我们有理由期待石经海将来会有更多的研究成果问世。需要的只是时间,时间定能说明一切。

是为序。

2007年9月18日

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

序 二

陈泽宪*

石经海副教授曾是我指导的硕士研究生,他以“论刑期折抵”为题完成其硕士学位论文。一开始,我并不主张他以此为其硕士学位论文选题,因为虽然法学研究细密化趋势而推崇学位论文“小题大做”,但在我国传统刑法理论中,对一个被认为只需几百字似乎就能解读清楚的刑期折抵问题,试图做成一篇硕士学位论文,其难度和挑战性可想而知。不过,在石经海提交详尽的写作纲要后,我发现他对该问题有些思考深度和独到见解,于是支持他以此为题完成论文。他最终以近五万字篇幅写就,无论是评阅还是答辩专家都给论文以较高评价,论文答辩最终以全票评定为优秀。

* 中国社会科学院国际法研究中心主任、研究员,中国社会科学院研究生院教授、博士生导师,中国法学会刑法研究会副会长。

从石经海完成的硕士学位论文来看,显然他对刑期折抵问题的学术兴趣远未終了。在进一步收集资料和整理研究思路的基础上,他又以“关于刑期折抵的77个司法解释研究”为题,单独申报司法部法治建设与法学理论研究部级青年科研项目,并如愿以偿,获准立项。其后,他考取了中国社会科学院法学研究所我指导的刑法专业博士研究生。本来他完全可以继续以刑期折抵作为博士学位论文的选题,这样在项目结项之日即是学位论文完成之时,可谓一举两得,事半功倍。然而,他为了挑战自我和开阔研究视野,毅然选择了另一论题。如此他在攻读博士期间,相当于要完成两篇博士论文。经过不懈努力,现在他终于完成司法部项目的最终成果——《我国刑期折抵制度之检讨》。成果鉴定专家陈兴良教授、张明楷教授、熊秋红教授、张旭教授和我,都给予了优秀等级的评定。

综观本书,我以为具有如下几个突出特点:

(1)研究方法可行。作者采用了作为研究导向的问题研究法、针对主要研究对象的实证研究法、有利于借鉴与鉴别的比较研究法、追寻刑期折抵制度发展源流的历史研究法等研究方法。这些综合研究方法决定了其研究成果既具有相当的理论说服力,又切合中国的立法和司法实际。

(2)学术视角独特。作者在梳理和探究刑期折抵理论的基础上,分别从关于刑期折抵的77个司法解释的视角对我国刑期折抵司法,以及从域外关于刑期折抵立法借鉴的视角对我国刑期折抵立法,进行双重检讨和反思,并选取具有代表性的几个突出问题进行特别探讨,从而避免平铺直叙,有利于问题的挖掘和把思考引向深入,显示了研究的学术追求。

(3)思路逻辑清晰。该研究成果,按照从问题到理论现状、从基础理论到立法和司法具体问题、从提出问题到分析、解决问题的逻辑进展展开,使各部分内容彼此衔接、前后呼应。例如,先提出实践中存在的问

题,接着梳理相关理论研究的现状,以揭示既有理论没有解决所提出之问题和表明研究的理论和实践价值;先交代或探究基础理论,为后续研究提供基础和逻辑起点,同时也为后续的司法、立法及具体问题研究提供理论工具;先揭示司法中存在的实际问题,接着探讨立法中存在的缺陷,既揭示了司法问题的立法原因,也指明了完善立法的实际需求;选择若干有代表性的难点和突出问题的专门研究,以点带面,把研究引向深入;最后关于完善立法和改进司法研究结论,既是研究的归宿,也是完整研究之所需。

(4)创新见解颇多。从该研究成果看,作者提出或重新论证了许多有新意的观点。例如:

①关于刑期折抵制度的法律文化渊源,认为刑期折抵制度是文明的产物,是启蒙思想运动及资产阶级革命的成果,是罪刑法定原则在刑法中确立及其刑法人权保障机能实现的结果;

②关于刑期折抵制度的理论定位,认为从宏观上看刑期折抵制度因体现了刑法的人权保障、人性关怀、公平公正等现代刑法精神而成为一种重要的刑法制度,从微观上的不同视角看,刑期折抵分别是刑事实体救济制度、刑罚适用制度和刑罚消灭制度;

③关于刑期折抵的“先行羁押”,认为在具有中国特色的羁押立法体制下,作为刑期折抵事实前提的先行羁押,实指以剥夺或限制人身自由方式适用且在同一事实被刑事判决为法定可折抵刑罚时的各种强制措施,包括刑事诉讼中的剥夺或完全限制人身自由的法定刑事强制措施,以及那些以剥夺或限制人身自由方式适用的准刑事强制措施(海关扣押、盘问留置等)、司法强制措施(司法拘留)、行政强制措施(行政拘留、劳动教养等)、部分或全部已执行的自由刑(再审或域外犯罪已执行的自由刑罚等)等;

④关于无刑期折抵立法时期的解释依据,认为这些无文本法律依据之解释,并非政策解释,也不是空穴来风,而是有利于被告的司法所造之“法”;

⑤关于四种拘留的刑期折抵问题,认为在我国当前的立法现状下的

四种具体拘留形式都存在适用刑期折抵的可能；

⑥关于监视居住的刑期折抵问题,认为出于保障受刑人人权的需要,应把部分地限制人身自由的状态或措施视为“先行羁押”适用刑期折抵,这既有域外立法例的参照,也有我国诸多司法例的实践；

⑦关于死缓、无期减为有期后的刑期折抵问题,认为死缓或无期徒刑减为有期徒刑后原未决羁押折抵刑期,本在刑法关于刑期折抵的立法旨意之内；

⑧关于羁押立法体制的完善问题,认为实践中存在的刑期折抵制度适用弊害,都直接或间接地同我国当前羁押体制问题有关,刑期折抵制度适用弊害的解决,在很大程度上依赖于我国羁押立法体制的完善,关键在于重构我国羁押的立法体制,使我国的程序性羁押在立法上特定化,以处于“法定原则”控制之下；

⑨关于折抵原则的立法完善问题,认为新中国刑法仅采法定主义的单一折抵原则,是使刑期折抵适用出现诸多弊害的另一重要根源所在,为衡平其人权保障的立法价值取向与其实践适用带来的诸多弊害,有必要改用以法定主义为主体以裁定主义为补充的混合折抵原则。

对于作者的上述观点,虽然有的只是浅尝辄止,有的还需进一步论证,但这些理论探索,对于我国刑法理论研究的深化与刑事法治实践的改进,均具重要意义。

该研究成果也暴露出一些不足。例如,对关于刑期折抵的77个司法解释的研究,有的似乎挖掘得还不到位,尚有深挖的空间;对外国关于刑期折抵的资料似乎也掌握得不够全面,理论上的比较分析尚待深入。但瑕不掩玉,对于第一次独立完成近三十万字专著的年轻学者来说,已属难能可贵。我期待并相信他会继续努力,更上一层楼。

2007年10月30日

谨识于北京景山东隅

目 录

序一 陈兴良 / 1

序二 陈泽宪 / 1

导论 / 1

一、如此研究的缘起 / 1

二、理论研究的现状 / 10

三、检讨目的与观点 / 18

四、研究进路与方法 / 26

第一章 刑期折抵制度之考察：刑期折抵的

基础理论探究 / 31

一、刑期折抵基本概念之界定 / 31

二、刑期折抵制度的理论定位 / 45

三、刑期折抵制度的刑法精神 / 59

四、刑期折抵制度的价值取向 / 70

五、如此制度的法律文化渊源 / 77

2 我国刑期折抵制度之检讨

第二章 刑期折抵司法之检讨:关于刑期折抵的 77 个司法解释 / 85

- 一、关于刑期折抵的 77 个司法解释述评 / 85
- 二、关于刑期折抵 77 个司法解释的功能 / 138
- 三、出台如此众多司法解释的原因分析 / 146
- 四、无刑期折抵立法时之解释依据探讨 / 156

第三章 刑期折抵立法之检讨:比较法视野下的立法问题 / 167

- 一、我国刑期折抵立法概览 / 167
- 二、域外刑期折抵立法概览 / 177
- 三、比较法视野下问题剖析 / 191

第四章 刑期折抵适用之检讨:几个突出问题的特别探讨 / 206

- 一、四种拘留的刑期折抵问题 / 206
- 二、隔离审查的刑期折抵问题 / 214
- 三、监视居住的刑期折抵问题 / 227
- 四、死缓、无期减为有期后的刑期折抵问题 / 239

第五章 刑期折抵完善之展望:刑事一体化下的立法和司法完善 / 255

- 一、刑期折抵立法的完善 / 256
- 二、羁押立法体制的完善 / 269
- 三、相关刑法立法的完善 / 277
- 四、刑期折抵司法的完善 / 282

结语:刑期折抵不是一个不值得研究的技术问题 / 286

- 一、本项目的研究历程 / 286
- 二、已研究的主要问题 / 288
- 三、未研究的相关问题 / 290
- 四、结语 / 291

附录:我国刑期折抵的立法规定及司法解释全集 / 293

一、刑法典的规定 / 293

二、附属刑法的规定 / 294

三、司法解释的规定 / 303

主要参考文献 / 358

后记 / 365

导 论

一、如此研究的缘起

刑期折抵,即用先行羁押的时间折抵判决中确定的可折抵法定刑罚,在我国理论上,往往被视为一个“没有研究价值的‘技术问题’”,而没有引起广泛关注。然而,以下问题表明,我国理论上需要对刑期折抵予以深入广泛地关注。

(一)“区区”刑期折抵问题为何有如此众多的“司法解释”

据考证,自新中国成立以来,从最高人民法院于1950年10月1日作出《关于犯人在公安机关管训〔1〕期间应否折抵刑期问题的复函》第一个专门

〔1〕 根据该《复函》内容,这里的“管训”应是指“犯人判刑前在公安机关管训队实施”的特种教育措施,该措施除交保在外者外,被管训者的“身体自由即已受到限制,管训队生活和看守所生活虽有某些不同,但剥夺自由的性质,基本上是相同的”。

关于刑期折抵的“司法解释”^{〔1〕}始,至2002年4月8日最高人民法院通过的《关于撤销缓刑时罪犯在宣告缓刑前羁押的时间能否折抵刑期问题的批复》止,最高人民法院,或单独或联合其他机关,共作出了至少77个关于刑期折抵的专门的或相关的司法解释。其中,专门的,即以“刑期折抵”为主题的,共有40个;相关的,即其他解释主题的解释中内含关于刑期折抵的解释的,共有37个。这些解释,绝大部分还在生效,少数因特殊解释事项过时或因与新的立法、司法解释相冲突而失效。

1. 专门关于刑期折抵的司法解释

专门关于刑期折抵的司法解释共有40个,它们是:(1)最高人民法院《关于犯人在公安机关管训期间的折抵刑期问题的复函》(19501001);(2)最高人民法院《对被告在诉讼中死亡的裁判问题及裁判前羁押日数的折抵问题之意见》(19510625);(3)最高人民法院《刑事审判庭对于贪污犯在判决以前的机关管制期间能否顶算刑期的意见的函》(19521023);(4)最高人民法院《关于在国外逮捕的反革命罪犯刑期之折抵从何时起算问题的复函》(19560319);(5)最高人民法院《关于被判处有期徒刑缓刑、管制前羁押日数如何折抵的问题的答复》(19560926);(6)最高人民法院《关于前北京市军事管制委员会军法处及华北军区军法处判处死刑缓刑2年执行和无期徒刑的罪犯予以减刑时减刑前的羁押日数是否折抵问题的复函》(19561027);(7)最高人民法院《关于反革命犯被判处管制以前的羁押期间折抵问题的批复》(19570222);(8)最高人民法院《关于行政拘留日期应否折抵刑期等问题的批复》(19570930);(9)最高人民法院《关于在伪政权关押之刑事犯羁押日数如何折抵刑期问题的复函》(19571126);(10)最高人民法院《关于在新生公学期间应否折抵刑期问题的批复》(19580303);(11)最高人民法院

〔1〕 因这时新中国尚没有刑法典及关于刑期折抵的立法,故这些为指导司法实践而由司法机关作出的规范性文件,能否称为“司法解释”,有待研究。详见第二章中的探讨。