

刑期折抵立法比较研究*

石经海

内容提要:域外刑期折抵立法和我国刑期折抵实践均表明,我国刑法关于刑期折抵的立法模式、折抵原则和折抵本刑等都存在重大缺陷,亟待完善。其最为简捷的完善方式是,在法律文化许可的情况下,也采用专门规制的立法方式、混合主义的折抵原则和所有可独立适用刑罚为折抵本刑的域外模式。

关键词:刑期折抵立法 立法模式 折抵原则 折抵本刑 本土化

石经海,西南政法大学法学院副教授,中国社会科学院法学研究所刑法专业博士生。

刑期折抵,也即把受刑人的未决羁押日数换算判决中确定的刑罚的一种刑事法律制度。域外立法也有规定。我国虽然1979年刑法和1997年刑法都明文规定了这项制度,但在之后的司法实践中,至少出台了26个关于刑期折抵的专门和相关司法解释。“区区”一个刑期折抵问题,竟出台如此众多司法解释,这表明我国刑期折抵立法存在严重漏洞,需要从理论上予以充分关注。

一 设置:专门规制与附带规定

刑期折抵,一般包括先行羁押、折抵的本刑、折抵的原则与方法等基本要素。域外关于刑期折抵立法,多以专条对这些基本要素作出规制。例如,德国在刑法典和刑事诉讼法典中,用4个专条、12款的篇幅,分别对刑期折抵的折抵本刑(自由刑、罚金刑)、折抵羁押(待审羁押、引渡羁押)、折抵关联性(因同一行为)、折抵原则、折抵比例等作了详尽的规定。法国也在刑法典和刑事诉讼法典中,用6个条款的篇幅,专门规定了刑期折抵的羁押范围、方法、标准、本刑等内容;意大利也在刑法典和刑事诉讼法典中,用2个专条、4款的篇幅,专门规定了刑期折抵的羁押范围、折抵的本刑等内容。

事实上,对刑期折抵以专门立法规定是非常必要的。从以上立法例来看,刑期折抵的诸多要素并不是简约性或附带性的规定就能为司法提供明确性标准的。不仅折抵的本刑、折抵的原则与方法等要素需要立法予以明确规定,而且先行羁押在很多情况下也需特别规定。从刑期折抵的立法实际及其价值取向来看,“先行羁押”是一个刑法视域下的概念,它并不仅仅限于刑事诉讼中的程序性“羁押”,还可以是其他任何导致剥夺或完全限制人身自由后果而又转入刑事追诉和被判处可折抵的法定刑罚的强制措施。对此,德国现行《刑法》第51条第2款、第3款,其现行《刑事诉讼法》第450条a第1款、第2款、第3款,第461条第1项、第2项作出了详尽明确的规定。

在我国立法上,对刑期折抵制度没有专条规定,即使有规定也是附带性的,^[1]只是关于刑期折抵适

* 此文系作者主持的司法部“法治建设与法学理论研究”部级项目:“关于刑期折抵的77个司法解释研究”(编号:05SFB3008)的成果之一。

[1] 1997年《刑法》第41条的后段、第44条的后段和第47条的后段。

用标准的简略规定。虽然附属刑法对行政拘留刑期折抵问题有所规定,但也只是原则性的,如关于“违法行为构成犯罪,人民法院判处拘役或者有期徒刑时,行政机关已经给予当事人行政拘留的,应当依法折抵相应刑期”,同样称不上“详尽”。这样的立法模式,不仅使我国刑期折抵制度的地位被潜隐,而且使人们对刑期折抵的77个专门或相关司法解释视而不见;甚至还会误认为这是一个不值得研究的“技术问题”。因此,以专门条款对刑期折抵诸要素作出明确具体的规定,显属必要。

二 折抵原则:折中主义与法定主义

刑期折抵原则有法定主义与裁定主义之分。按照我国台湾刑法学家高仰止先生的界定,法定主义是指“由刑法明文规定以羁押日数算入刑期之内,或依一定之标准抵免罚金,而无待于裁判之宣告者也”;裁定主义是指“刑法上仅规定羁押日数折抵刑期之标准,而折抵与否,则由裁判官裁量之,须待裁判中加以宣告始能折抵者也”。^[2]折抵原则的立法大体有两种模式:一种是单一式,即仅采用法定主义或仅采用裁定主义;另一种是混合式,即兼采法定主义和裁定主义(折中主义)。目前,世界上仅采法定主义立法模式的主要有法国、意大利、苏俄等国和我国台湾地区现行刑法;仅采裁定主义立法模式的主要有韩国等;兼采法定主义和裁定主义立法模式的,主要有德国、日本、俄罗斯等现行刑法。其中,采用混合制国家或地区的刑法立法,在法定主义与裁定主义的关系上,又基本上是以法定主义为原则,以裁定主义为补充。例如,德国,在“根据被判决人行为后的态度,认为折抵不适当的”或“有关之外国剥夺自由的”情况下,“法院可命令部分或全部不折抵”;^[3]日本在“本刑是罚金、科料时的折抵”情形下,羁押也可以折抵本刑的实刑或犹豫刑;^[4]俄国在“主刑为罚金、剥夺担任一定职务或从事某种活动的权利”的情况下,“法院应考虑羁押期,减轻刑罚或完全免于服刑”。^[5]

兼采法定主义和裁定主义刑期折抵原则的立法模式,是世界各国或地区刑事立法的主流。单一式立法模式虽然也有部分国家或地区采用,但其流弊确实很多。日本和我国台湾地区新旧刑法在立法模式上的互变,即原来采用法定主义的单一模式而现在改为兼采法定主义和裁定主义的混合模式(日本)或原来采用裁定主义现在改为法定主义(台湾),实际上就是其“流弊”对立法诉求的表现。从理论上讲,仅采裁定主义,可能存在自由裁量权的不当使用而损害被羁押者的正当权利;仅采法定主义,可能带来损害刑罚目的和功能实现的缺陷。于是,日本“在现行法中一般采取不把通常必要的羁押期间算入,而只把因不能由被告负责的事由而延长的期间算入的方法。就连这种方法也受到责难,理由是通常必要与否的标准是不明确的。如果把算入方法一概规定为法定的话,那么,面临着划一化将会产生更多的问题”。^[6]而实践中“鉴于裁定主义之流弊颇多,乃改采法定主义”^[7]的做法,是从一个极端走向另一个极端,并不可取。理想的立法模式,应是兼采法定主义和裁定主义,并以法定主义为原则,以裁定主义为补充。具体而言,羁押本质上是一种极具功利性的强制措施,其设置和适用的正常性难以自圆其说,有鉴于此,羁押必须进入刑事实体领域进行刑期折抵。这决定了刑期折抵制度在一般情况下应当由法律明确规定强行全部折抵,也即采用法定主义。同时,因在某些情况下羁押期间全部折抵刑期(特别是短期自由刑的刑期),可能损害刑罚目的和功能的实现,因而,应当在特殊情况下赋予法官自由裁量权予以必要衡平,也即在特殊情况下辅之裁定主义。

除域外适用的羁押外,我国刑期折抵原则的立法模式采法定主义。也即按法律规定,被判管制、拘役或有期徒刑的羁押,一律折抵判决中确定的刑期。这不仅与世界主流立法模式不相协调,而且也确实

[2] 参见高仰止:《刑法总则之理论与实用》,台北五南图书出版公司1986年版,第539页。

[3] 《德国刑法典(2002年修订)》,徐久生、庄敬华译,中国方正出版社2003年版,第18页。

[4] [日]大塚仁:《刑法概说(总论)》,冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第484-485页。

[5] 《俄罗斯联邦刑法典》,黄道秀译,中国法制出版社2004年版,第30页。

[6] 参见[日]木村龟二主编:《刑法学词典》,顾肖荣等译校,上海翻译出版公司1991年版,第443-444页。

[7] 参见高仰止:《刑法总则之理论与实用》,台北五南图书出版公司1986年版,第539页。

带来很严重的现实问题。其中,最突出的是,一方面,我国的普遍羁押、长期羁押,特别是超期羁押、变相羁押等违法羁押普遍存在,久禁不止;另一方面,短期自由刑又被较为普遍地予以适用。这样,常常发生判决中确定的刑期因刑期折抵而所剩无几甚至“透支”,致使这些犯罪人不是以罪犯的身份(已决犯)在监狱或其他劳改场所接受教育和改造,而是以非罪犯的身份(犯罪嫌疑人或被告人,为未决犯)在看守所为配合刑事诉讼活动的顺利开展而被剥夺人身自由。从法理上看,以罪犯身份在监狱或其他劳改场所接受教育和改造,是刑罚目的和功能的实现方式;以非罪犯的身份在看守所为配合刑事诉讼活动的顺利开展,仅是刑事诉讼的不得已而为之的功利性目的的实现方式。这就意味着,因羁押及其刑期折抵而消灭判决中确定的全部或大部分刑期,而无法或难以实现判决意图实现的刑罚目的和功能;因尚没有被确定为犯罪就被强行剥夺全部人身自由权利而与无罪推定原则确立的宗旨相冲突。从司法实践来看,也正是因为这些判决所意图实现的刑罚功能和目的没能实现,而在一定程度上导致再犯、累犯率居高不下甚至不断上升。因而,基于折抵原则的立法模式的优劣,在折抵原则上,我国也应采用以法定主义为原则以裁定主义为补充的混合立法模式。

三 折抵本刑:可独立适用刑罚与有期徒刑

折抵本刑大体上也有两种立法模式:可独立适用刑罚的立法模式和自由刑立法模式。前者指那些有折抵内容的刑罚方法,如有期徒刑、有折抵内容的财产刑和资格刑。死刑、无期徒刑、没收财产等刑罚不存在刑期折抵问题。附加刑因不能独立适用也不能折抵。^[8] 这是目前世界上通行的本刑立法模式。例如,在德国,刑期折抵的本刑,除自由刑外,还可以是罚金刑、禁止驾驶等财产刑或资格刑。^[9] 但终身自由刑、死刑或附加刑,不得折抵。^[10] 在意大利,这个本刑除了可以是自由刑外,还可以是罚金刑。在俄罗斯,本刑除了可以是剥夺自由、军纪营管束和拘役、限制自由等自由刑外,还可以是劳动改造、限制军职、强制性社会公益劳动、罚金、剥夺担任一定职务或从事某种活动的权利等财产刑、资格刑或强制劳动刑。在日本,本刑除了可以是惩役、监禁和拘留等自由刑外,还可以是罚金或者科料等财产刑。^[11] 自由刑立法模式的本刑,实际上仅指有期徒刑。目前,只有我国采用这种立法模式。

综观两种立法模式,其差别主要在于有折抵内容的财产刑和资格刑能否作为刑期折抵的本刑。实际上,有折抵内容的财产刑和资格刑应当作为刑期折抵的本刑。其一,这由刑期折抵的价值取向决定。研究表明,刑期折抵的立法设置是为了救济未决羁押的正当性瑕疵和保障被羁押者由此被损害的人权。这意味着,刑期折抵并非是“刑罚方法”与“强制措施”间的对等抵扣(人身自由刑罚方法对等抵扣人身自由强制措施),而是包括财产刑和资格刑在内的任何有折抵内容的“刑罚方法”对未决羁押正当性瑕疵的刑事实体救济。其二,这由财产刑和资格刑的适用状况决定。虽然财产刑或资格刑的适用在很多情况下确实不公平,但这只表明应慎用,而不应一概否定。特别是,在被羁押者只被判处财产刑或资格刑时而不给折抵,则反而显失公平。其三,这由刑期折抵制度内涵的发展决定。“刑期折抵”作为一个约定俗成的术语,在制度发展了的情况下,不应还对“刑期”作字面理解,而应扩大为所有能补偿功利性未决羁押损害的人权的刑罚方法。

四 借鉴与反思:域外立法与我国的本土化

以上比较表明,我国的刑期折抵在立法上存在严重漏洞,亟须完善。其中,最为简捷的方式是借鉴

[8] 对于只能附加适用的附加刑,各国都不允许作为本刑折抵羁押。我国的附加刑既可附加适用,也可独立适用,不应在不予折抵之列。

[9] 《德国刑法典(2002年修订)》,徐久生、庄敬华译,中国方正出版社2003年版,第18-19页。

[10] [德]李斯特:《德国刑法教科书》,埃贝哈德·施密特修订,徐久生译,法律出版社2006年版,第481页。

[11] [日]大塚仁:《刑法概说(总论)》,冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第440、484-485页。

域外先进立法予以本土化。从我国刑期折抵制度的法律文化渊源及其历史流变来看,本土化借鉴具有可行性。

首先,我国刑期折抵制度的法律文化渊源及其历史流变,是域外先进刑期折抵立法在我国本土化的现实基础。本来,刑期折抵作为近代资产阶级革命和资本主义启蒙思想的产物,也体现刑法的公平公正、人性关怀、人权保障等现代刑法精神。它与“藐视个体权利”、“否定个体平等”的中国传统法律文化并不相容。然而,清末“西力东渐”及其所带来的法律文化革命,使得刑期折抵制度像其他诸多新型现代法律制度一样,能够冲破“根深蒂固”的中华传统法律文化的束缚,并在此得以生存和发展。此后的我国各部刑法典^[12]都规定了这样的制度,就是一种典型例证。而且,在废除了“国民党《六法全书》及欧美日本资本主义国家一切反人民的法律”之后,^[13]在没有刑法典及刑期折抵立法的 1949 年 4 月到 1980 年 1 月 1 日间,“刑期折抵”仍在实践中适用。^[14]

其次,刑期折抵制度所蕴含的人权保障品质,为域外先进立法在我国本土化提供了发展空间和理论基础。随着时代发展、社会进步、文明提高,人们的权利意识在逐渐觉醒和不断增长。刑法也逐渐从工具性向目的性、从惩罚性向教育性、从镇压性向建设性、从惩罚性向维护性、从义务性向权利性方面转变。而刑期折抵制度就是实现人权保障功能的方式之一。具体表现在:其一,人权保障的专门性,它的设置和适用是为了保障受刑人的人权的。其二,人权保障的制度性,从制度上保障受刑人的人权不受或少受侵害。其三,正当救济性,它可在一定程度上补救受刑人在人权上所受到的合法性侵害。在法治社会,未有最终确定性裁判就剥夺或限制犯罪嫌疑人等的人身自由,纵有合法性根据,也只是一种不得已的法律功利性“正当”,同时,同一事实在审前和审后均强制地剥夺或限制行为者人身自由,难免有“一事二罚”的嫌疑,需有刑期折抵等方式予以救济。其四,人权保障的国际性,它的设置和适用是衡量一国人权状况的重要指标。刑法是否及能否保障受刑者人权,体现在它的诸多原则、意旨和一系列具体规范上。刑期折抵,作为一项专门保障受刑人人权的制度或措施,是刑法保障受刑者人权的重要表征之一。因此,一国刑法中是否设置这个“表征”及其适用程度,当为该国人权保障状况的重要衡量指标,这在客观上成为了人权国际对话与交流的重要窗口。

[Abstract] Both foreign legislation and Chinese practice have shown that major defects exist in Chinese criminal provision on the offsetting of prison term in the legislative mode, the principle of offsetting and the offsetting of fundamental penalty. The simplest and most direct way of improving the system should be to adopt a special legislation method, the mixed offsetting principle, and the foreign mode of taking all independently applicable penalties as off - setting fundamental penalties.

(责任编辑:雨 沐)

[12] 即《大清新刑律》(第 80 条)、《暂行新刑律》(第 80 条)、1928 年《中华民国刑法》(第 46 条)、《赣东北特区苏维埃暂行刑律》(第 44 条)、1935 年《中华民国刑法》(第 46 条)、1979 年《中华人民共和国刑法》(第 36 条、第 39 条和第 42 条)和 1997 年《中华人民共和国刑法》(第 41 条、第 44 条和第 47 条)等 7 部刑法典。

[13] “华北人民政府法行字第 8 号训令”,《东北日报》1949 年 4 月 11 日第 3 版。

[14] 据考证,从新中国成立后至 1980 年 1 月 1 日第一部刑法典生效前,根据适用羁押的刑期折抵需要,先后出台了 45 个专门的或相关的司法解释。