

# 《刑法修正案(八)》条文及配套司法解释 理解与适用

主 编 张 军  
副主编 胡云腾

最 高 人 民 法 院 研 究 室 编 著  
最高人民法院“刑法、刑事诉讼法”修改工作小组办公室



人 民 法 院 出 版 社

蘇采知  
刑  
PDG

蘇  
采  
知  
變  
新  
聲

责任编辑/兰丽专 封面设计/孙宇

ISBN 978-7-5109-0230-7



定价：78.00元

# 《刑法修正案(八)》条文及配套司法解释 理解与适用

主 编 张 军  
副主编 胡云腾

最 高 人 民 法 院 研 究 室 编 著  
最高人民法院“刑法、刑事诉讼法”修改工作小组办公室



## 图书在版编目 (CIP) 数据

《刑法修正案 (八)》条文及配套司法解释理解与适用/张军主编. —北京: 人民法院出版社, 2011. 5

ISBN 978 - 7 - 5109 - 0230 - 7

I. ①刑… II. ①张… III. ①刑法 - 法律解释 - 中国②刑法 - 法律适用 - 中国 IV. ①D924. 05

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 077701 号

《刑法修正案 (八)》条文及配套司法解释理解与适用

主编 张 军

责任编辑 兰丽专

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 邮编 100745

电 话 (010) 67550626 (责任编辑) 67550516 (出版部)

67550551 (发行部)

网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 北京人卫印刷厂

经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 16 开

字 数 587 千字

印 张 34. 75

版 次 2011 年 5 月第 1 版 2011 年 5 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 5109 - 0230 - 7

定 价 78. 00 元



# 《〈刑法修正案（八）〉条文 及配套司法解释理解与适用》

撰 稿 人

主 编 张 军

副主编 胡云腾

撰稿人(按姓氏笔画排序)

马 岩 王 鑫 方 芳 方文军

刘 涛 刘为波 刘晓虎 刘静坤

张向东 林卫星 罗智勇 周 川

周加海 徐留成 高贵君 黄 嵩

黄应生 喻海松



## 撰稿人简介

(按姓氏笔画排序)

- 马 岩 最高人民法院刑五庭副庭长
- 王 鑫 最高人民法院刑三庭法官助理
- 方 芳 最高人民法院研究室少年法庭工作办公室副主任
- 方文军 最高人民法院刑五庭法官、法学博士
- 刘 涛 最高人民法院研究室刑事处法官、法学博士
- 刘为波 最高人民法院刑二庭法官、法学博士
- 刘晓虎 最高人民法院刑二庭法官、人权学博士后
- 刘静坤 最高人民法院刑三庭法官助理、法学博士
- 张向东 最高人民法院刑三庭法官助理、法学博士
- 林卫星 最高人民法院应用法学研究所研究人员、法学博士
- 罗智勇 最高人民法院审监庭审判长、法学博士
- 周 川 最高人民法院刑三庭法官
- 周加海 最高人民法院研究室刑事处处长、法学博士
- 徐留成 最高人民法院刑一庭法官、法学博士后
- 高贵君 最高人民法院审判委员会委员、刑五庭庭长
- 黄 嵩 最高人民法院刑四庭法官、法学博士
- 黄应生 最高人民法院研究室刑事处副处长
- 喻海松 最高人民法院研究室刑事处干部、法学博士

# 认真学习《刑法修正案（八）》 促进经济社会发展 （代序）

张 军\*

《中华人民共和国刑法修正案（八）》（以下简称《刑法修正案（八）》）已自2011年5月1日起正式施行。《刑法修正案（八）》是在我国全面建设小康社会、大力构建社会主义和谐社会的历史条件下，在中国特色社会主义法律体系已经形成、宽严相济刑事政策深入人心的法治背景下通过的一部重要的刑法修正案。认真学习、深入宣传、正确理解、准确适用、切实贯彻《刑法修正案（八）》是当前各级人民法院、广大刑事法官面临的一项重要任务。

## 一、充分认识刑法修正案（八）的重要意义，立足司法本职，确保法律全面实施

1997年刑法实施后，为了适应不断发展的形势，适应有效惩罚和预防犯罪的实践需要，立法机关对刑法进行了多次修正，先后通过1个决定和8部刑法修正案。其中，《刑法修正案（八）》是首次涉及刑法总则、内容最为丰富、意义最为重大的一部修正案。本次修正立足于对我国近年来经济社会发展形势和社会治安状况的科学研判，以进一步落实宽严相济刑事政策为主线，以更加有效地惩治和预防犯罪、维护社会稳定、促进社会和谐为主旨，从调整刑罚结构，进一步完善从宽、从严的法律制度，进一步完善管制、缓刑、假释等监禁性刑罚制度，从严惩治黑社会性质组织等犯罪，以及进一步加强对民生的刑法保护等方面，对刑法作出了重要修改，体现了与时俱进。就刑法本身而言，本次修正使我国的刑法体系更加完整

---

\* 最高人民法院党组副书记、副院长、法学博士。

全面，刑罚结构更加科学合理，宽严相济刑事政策和“保留死刑，严格控制和慎重适用死刑”政策在刑事立法中得到了更加充分、切实的贯彻和体现；就刑事司法而言，它为有效惩治和预防犯罪，维护社会秩序，化解社会矛盾，促进社会和谐，提供了更加有力的法律武器；就我国法律体系而言，它是在中国特色社会主义法律体系形成的基础上，使作为法律体系重要组成部分的刑法不断健全、完善的一个重大举措。《刑法修正案（八）》的通过及实施，必将对当前和今后一段时期的刑事审判实践产生积极、重大、深远的影响。

吴邦国委员长在中国特色社会主义法律体系形成座谈会上的重要讲话中指出：“法律的生命力在于实施。”肩负具体适用法律、依法审判各类刑事案件职责的各级人民法院和广大刑事法官，一定要切实增强责任意识、使命意识，充分认识《刑法修正案（八）》的重要意义，结合审判工作实际，深入系统地学习《刑法修正案（八）》各项新的规定，准确把握立法修改精神，确保通过我们的审判活动，使《刑法修正案（八）》得到全面、正确和有效的实施。

## 二、进一步深入贯彻宽严相济刑事政策，维护社会稳定，促进社会和谐

宽严相济刑事政策，是党中央在构建社会主义和谐社会新形势下提出的一项重要政策，是当前我国的基本刑事政策。适应形势发展和实践需要，进一步落实宽严相济刑事政策，是此次刑法修正的一个重要目的和任务。从《刑法修正案（八）》的具体内容看，各项规定都充分体现了这一立法主旨，贯彻了这一政策精神。各级人民法院、广大法官一定要适应形势发展，在深刻领会《刑法修正案（八）》各项规定精神的基础上，更加严格地贯彻落实好宽严相济刑事政策，准确把握好宽严的对象和尺度，在依法惩治犯罪的同时，着力做好矛盾化解工作，有效维护社会稳定，促进社会和谐。

要依法严惩严重破坏社会秩序、危害民生的犯罪。《刑法修正案（八）》进一步完善了有关惩处黑社会性质组织犯罪的法律规定，提高了组织、领导黑社会性质组织和包庇、纵容黑社会性质组织犯罪的法定刑，并将黑社会性质组织犯罪纳入特殊累犯的范围；同时针对近年来黑恶势力犯



罪的特点，完善了敲诈勒索、强迫交易和寻衅滋事犯罪的构成条件，提高了相关犯罪的法定刑，充分体现了从严惩处黑恶势力犯罪的立法精神。将危险驾驶、拒不支付劳动报酬等社会危害突出、人民群众反响强烈的违法行为入罪，降低食品药品犯罪的入罪门槛、加重其法定刑，充分反映了加强对民生保护的立法意旨。各级人民法院要深刻认识和把握法律精神，依法严惩黑恶势力犯罪、生产、销售假药犯罪、生产、销售不符合安全标准的食品犯罪、生产、销售有毒、有害食品犯罪等严重破坏社会秩序、严重危害广大人民群众切身利益的犯罪，切实维护社会稳定，保障人民权益。

要依法积极、稳妥地适用非监禁刑及相关的禁止令制度。《刑法修正案（八）》对管制、缓刑、假释等非监禁刑制度作了重要完善，进一步明确了缓刑的适用条件，并规定对不满十八周岁的人、怀孕的妇女和已满七十五周岁的人，符合条件的，应当宣告缓刑；规定对判处管制、宣告缓刑的犯罪分子，人民法院可以根据犯罪情况，同时禁止其在管制执行、缓刑考验期间从事特定活动，进入特定区域、场所，接触特定的人；规定对管制犯、缓刑犯、假释犯依法实行社区矫正。随着非监禁刑制度的进一步完善，社区矫正工作的进一步深入、规范开展，过去对管制犯、缓刑犯、假释犯在执行、考验过程中所存在监管乏力甚至缺位等问题必将得到有效解决。要适应法律变革和形势发展，进一步贯彻宽严相济刑事政策，体现立法精神，依法适用非监禁刑，更加充分地发挥非监禁性刑罚在避免交叉感染、节约司法资源等方面的积极、重要、独特功能。对符合条件但过去因监管原因“不敢”判处管制、宣告缓刑、决定假释的，要根据修改后刑法更加完善的执行条件，依法判处、适用、决定；对判处管制、宣告缓刑的犯罪分子，根据犯罪情况，认为确有必要的，可以同时宣告禁止令。

### 三、进一步严格执行党和国家的死刑政策，严格控制、慎重适用死刑

完善死刑的法律规定，进一步贯彻落实党和国家的死刑政策，是本次刑法修订的重要内容之一。《刑法修正案（八）》一次性取消了13个死刑罪名，占1997年刑法规定的全部68个死刑罪名的近五分之一；规定可通过限制减刑，延长因累犯以及故意杀人、强奸、抢劫、绑架、放火、爆炸、投放危险物质或者有组织的暴力性犯罪被判处死刑缓期二年执行的犯罪分子的实际执行刑期；规定对审判时已满七十五周岁的被告人，除以特

别残忍手段致人死亡的，不适用死刑。这些规定充分体现了进一步严格贯彻党和国家“保留死刑，严格控制和慎重适用死刑”政策的立法精神。

应当深刻认识到：其一，尽管《刑法修正案（八）》所废除的13个死刑罪名，都是经济性的非暴力犯罪，近年来司法实践已经较少适用或者基本未适用过，但其所具有的重大、深远意义不容忽视、不容低估。这是我国自第一部刑法制定以来首次减少死刑罪名，而且一次减少这么多。这既是我国近年来经济社会取得巨大发展的结果，反映了人民群众刑罚观念的进步，也是我们近年来刑事审判实践对死刑实行严格的“司法控制”、同时确保相关案件裁判效果良好的重要成果，更体现了党和国家加大对死刑适用立法控制的立场和决心。取消13个死刑罪名的影响，绝不只局限于这些已废除死刑的罪名上，对目前仍保留有死刑的罪名，今后，在审理相关案件，斟酌是否判处、核准死刑时，也应当要考虑本次刑法修订所蕴含的政策精神和政策导向。

其二，延长部分死缓犯的实际执行刑期，绝不是单纯为了加大对死缓犯的惩处力度，而是为了有效解决我国过去刑罚结构所存在的死缓刑实际执行期限相对偏短、死刑与死缓刑的严厉程度未能有序衔接的问题，从而为不是必须判处的死刑立即执行设置既为改造罪行严重的犯罪分子所必须，更为广大人民群众所认同的替代措施。必须深刻领悟这一立法精神，从进一步贯彻宽严相济刑事政策和严格控制死刑政策的角度，正确理解和适用好《刑法修正案（八）》的有关规定。具体而言：（1）《刑法修正案（八）》有关延长部分死缓犯实际执行刑期规定的适用对象，实质是那些罪行极其严重，根据修正前刑法判处死缓不能体现罪刑相适应原则，而根据修正后刑法判处死缓同时决定限制减刑可以罚当其罪、更符合宽严相济刑事政策的犯罪分子。（2）对死缓限制减刑的规定，总体上应当把握限制适用的精神。如果判处死缓不限制减刑，也可以做到有效制裁犯罪，保证裁判效果的，就不需要同时决定限制减刑，以避免不必要的关押。

#### **四、准确理解和适用有关司法解释、规范性文件，确保《刑法修正案（八）》正确实施**

鉴于《刑法修正案（八）》条文较多、内容重要，为确保修正后刑法的准确有效实施，早在《刑法修正案（八）》草案的讨论、研究过程中，

最高人民法院就已按照立法修改精神，密切跟踪立法动向，就有关问题开展调研，启动了制定司法解释和规范性文件的前期工作。经反复慎重研究，广泛征求意见，已于近日单独或者联合相关部门发布了有关《刑法修正案（八）》的罪名确定、时间效力、死缓限制减刑案件审理程序、禁止令适用的四个司法解释和规范性文件。各级人民法院、广大法官要认真学习、准确理解和适用这些司法解释和规范性文件，确保《刑法修正案（八）》正确实施。

要依照确定罪名司法解释的规定，准确认定案件性质。《刑法修正案（八）》新增了部分犯罪，并对有的犯罪的构成条件作了完善。为统一司法适用，最高人民法院、最高人民检察院联合发布了《关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的补充规定（五）》。在理解和适用《规定》时，应当特别注意：（1）《规定》未就协助强迫劳动单独确定罪名，对协助强迫劳动的，应认定为强迫劳动罪。这主要是考虑：根据刑法第二百四十四条第二款规定，对协助强迫劳动的，是“依照前款的规定处罚”，此与刑法第三百五十八条第二款单独规定有法定刑的协助组织卖淫犯罪明显不同。鉴此，在强迫劳动罪之外，再就本属于该罪帮助行为的协助强迫劳动确定单独罪名没有必要；统一以强迫劳动罪论处，也可以避免司法实践中案件定性可能出现的困难和争议。（2）《规定》未沿袭以往惯例，将刑法第四百零八条之一规定的有关食品安全监管犯罪确定为“食品监管玩忽职守罪”和“食品监管滥用职权罪”两罪，而是确定为“食品监管渎职罪”一罪。这主要是考虑：刑法第四百零八条之一将食品安全监管滥用职权和玩忽职守并列规定，且法定刑完全相同，分别确定罪名没有实际意义。相反，实践表明，滥用职权与玩忽职守的区分，往往遇到困难、引发争议，将本条确定为两个罪名，难免会给司法适用和理论研究人为制造诸多难题，且可能引发不必要的上诉、抗诉或者申诉，浪费国家司法资源。至于本条确定为一罪后，所产生的与以往罪名确定不协调、不一致的问题，最高人民法院将总结司法经验，通过及时完善有关规范加以解决。

要依照时间效力解释的规定，正确选择适用法律。《刑法修正案（八）》首次涉及刑法总则，相应带来了有关条款的时间效力问题。为正确适用法律，最高人民法院根据刑法第十二条规定的“从旧兼从轻”原则，专门制定了《关于〈中华人民共和国刑法修正案（八）〉时间效力问题的

解释》。在理解和适用《解释》时，应当特别注意：（1）《解释》第一条规定，2011年4月30日以前犯罪，依法应当判处管制或者宣告缓刑的，人民法院根据犯罪情况，认为确有必要同时禁止犯罪分子在执行期间或者缓刑考验期内从事特定活动，进入特定区域、场所，接触特定人的，应当适用修正后刑法第三十八条或者第七十二条的规定，宣告禁止令。这主要是考虑：禁止令不是一种新的刑罚，而只是对管制犯、缓刑犯具体执行监管措施的完善；在《刑法修正案（八）》增设禁止令制度前，由于缺乏严格有效的监管措施，对一些犯罪情节较轻的罪犯并不适宜判处管制、宣告缓刑，而禁止令制度增设后，因通过适用禁止令能够有效解决监管问题的，可以依法判处管制、适用缓刑。两相比较，适用修正后刑法对被告人有利，符合“从旧兼从轻”的原则。（2）《解释》第二条规定，对2011年4月30日以前犯罪，被告人具有累犯情节，或者所犯之罪是故意杀人、强奸、抢劫、绑架、放火、爆炸、投放危险物质或者有组织的暴力性犯罪，罪行极其严重，根据修正前刑法判处死刑缓期执行不能体现罪刑相适应原则，而根据修正后刑法判处死刑缓期执行同时决定限制减刑可以罚当其罪的，应当适用修正后刑法第五十条第二款的规定。这也是因为，此种情形下，适用修正后刑法，有利于控制死刑立即执行的适用对被告人有利，符合“从旧兼从轻”原则。

要依照死缓限制减刑案件审理程序解释的规定，依法适用限制减刑制度。为正确适用《刑法修正案（八）》关于死缓限制减刑的规定，最高人民法院专门制定了《关于死刑缓期执行限制减刑案件审理程序若干问题的规定》。《规定》明确，对判处死刑缓期执行的累犯以及因故意杀人、强奸、抢劫、绑架、放火、爆炸、投放危险物质或者有组织的暴力性犯罪被判处死刑缓期执行的犯罪分子，人民法院根据犯罪情节、人身危险性等情况，可以在作出裁判的同时决定对其限制减刑。被告人对限制减刑判决不服的，可以上诉。这主要是考虑：限制减刑的死缓比不限制减刑的死缓，实际执行的期限有相当的差异，直接涉及被告人的重大权益，无疑应当根据立法精神，赋予被告人上诉权，相应地，也就应当允许一审法院在作出死缓判决的同时，对符合条件的被告人依法作出限制减刑的决定。否则，如认为只有在死缓判决生效时甚至死缓期满作出减刑裁定时才能决定限制减刑，则势必会剥夺被告人对涉及其重大权益的限制减刑决定的上诉权，

不符合程序正当原则。此外，需要指出的是，关于适用死缓限制减刑规定的实体条件问题，最高人民法院将考虑通过发布典型的指导性案例的方式，逐步加以明确。相关案例发布后，各地人民法院裁判类似案件，应当参照适用。

要依照适用禁止令的规定，确保管制和缓刑的执行效果。为确保禁止令这项新制度的正确适用，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部将联合发布《关于对判处管制、宣告缓刑的犯罪分子适用禁止令有关问题的规定（试行）》，对相关问题作了进一步明确。在理解和适用《规定》时，应当特别注意：（1）禁止令是一项新制度，尚缺乏充分的实践经验。在办理具体案件过程中，要依据修正后刑法和《规定》的相关规定，稳妥、审慎地决定是否宣告禁止令以及禁止令的具体内容和期限，不能因为禁止令而过于影响犯罪分子的正常生活以及各项法定权利的行使，要努力做到有利于罪犯的改造和转化。（2）从立法精神看，禁止令的主要目的在于强化对犯罪分子的有效监管，促进其教育矫正，防止其再次危害社会。因此，在斟酌是否宣告禁止令时，要根据对犯罪分子的犯罪情况和个人情况的综合分析，准确判断其有无再次危害社会的人身危险性，进而作出决定，而不能片面依据其所犯罪行客观危害的大小决定是否适用禁止令。（3）禁止令应当具有针对性。应当根据犯罪分子的犯罪原因、犯罪性质、犯罪手段、犯罪后的悔罪表现、个人一贯表现等情况，特别是要充分考虑与犯罪分子所犯罪行的关联程度，有针对性地决定禁止令的具体内容。例如，被告人因非法持有少量毒品被判处管制的，根据犯罪情况，可根据《规定》第五条第（五）项的规定，同时作出禁止被告人接触吸毒人群或者有毒品犯罪前科的人员的决定，但不能作出不加区别地禁止其接触有犯罪前科的人员；犯罪分子是因长期在网吧上网，形成网瘾，进而走上犯罪道路的，可作出禁止其进入网吧的决定，但不能一概禁止其进入所有娱乐场所，等等。

## 五、结合审判实践，扎实做好法制宣传和司法建议工作，积极参与社会治安综合治理

近年来，人民法院的重刑适用率符合经济社会发展状况和构建社会主义和谐社会的总体要求，有所下降，而非监禁刑适用率有所提高；“保留

死刑，严格控制和慎重适用死刑”政策得到社会和广大人民群众支持，进一步严格贯彻，而严重命案的发案率在党和国家社会治安综合治理政策的有效实施下，持续呈下降趋势。实践证明，治安状况、犯罪形势，根本取决于经济社会发展，取决于综合治理的成效，取决于普法宣传、日常管理的成效。人民法院结合审判实践，扎实做好相关法制宣传和司法建议工作，是保障和增强案件裁判效果的重要手段，是积极参与社会治安综合治理的重要方式，是加强和创新社会管理的重要举措。要高度重视《刑法修正案（八）》及相关案件审理的以案说法宣传工作，深化社会公众对《刑法修正案（八）》的认识和了解，为法律的贯彻实施营造更为良好的社会环境；要结合案件审判，积极开展司法建议工作，促进有关部门改进、加强和创新日常管理。

特别要看到，《刑法修正案（八）》新增了危险驾驶罪、拒不支付劳动报酬罪等新罪名，并对有关食品、药品犯罪的构成条件作了修改完善。这些犯罪均属常见多发犯罪，上级法院要更加重视对相关审判工作的指导。各级法院要结合审判实践，做好法制宣传和司法建议工作。要通过积极工作，能动司法，切实增强公众的法制意识，强化社会的日常管理，以有效预防犯罪，防患于未然，推动形成“刑罚动用少、社会秩序好”的良好局面，有力促进社会和谐，保障经济社会科学发展。



# 把握《刑法修正案（八）》的五、六、七<sup>①</sup>

## （代前言）

胡云腾\*

《刑法修正案（八）》是一部非常重要的刑事立法，内容丰富，理念先进，亮点很多。总体上，可以把它的主要内容、鲜明特点和基本精神，简单归纳为“五个前所未有”、“六个理解角度”和“七个修改要点”，简称《刑法修正案（八）》的“五、六、七”。我感到，把握住了这“五、六、七”，也就大体上把握了《刑法修正案（八）》的内容和精神。

### 一、《刑法修正案（八）》的五个前所未有

《刑法修正案（八）》之所以非常重要，之所以受到法学界、司法界和社会各界的广泛关注，就因为它与以前的七个刑法修正案相比，具有五个前所未有的特点：

第一，修改的内容之多、创新的力度之大前所未有。1997年修订刑法以后，《刑法修正案（八）》出台之前，全国人大常委会一共发布了七个刑法修正案，还有一个决定，它们一共只有六十八条：《刑法修正案（一）》九条，《刑法修正案（二）》一条，《刑法修正案（三）》九条，《刑法修正案（四）》九条，《刑法修正案（五）》四条，《刑法修正案（六）》二十一条，《刑法修正案（七）》十五条。而《刑法修正案（八）》就有五十条，修改的范围涉及刑法总则、分则绝大多数编、章、节、条的内容。不仅如此，《刑法修正案（八）》所体现的刑法改革创新精神也是前所未有的，比如关于人民法院可以判处禁止令的规定，关于把死刑缓期执行分为两种并可以由人民法院酌情判处的规定，以及关于未成年人可以免除报告较轻犯罪记录的义务等规定，都体现了刑事立法的改革与创新。

<sup>①</sup> 根据讲课录音整理。

\* 最高人民法院审判委员会委员、研究室主任、法学教授。

第二，既修改刑法总则又修改刑法分则的做法前所未有。以前的七个修正案，修改的都是刑法分则的内容，而不涉及总则内容的修改。一般讲，刑法总则是关于刑法基本原则、犯罪概念、犯罪构成、刑罚制度、罪刑关系等重大问题的规定，不宜轻易修改。所以自1997年10月1日刑法修订实施以来，只有《刑法修正案（八）》开始了对刑法总则内容的修改，其中涉及修改总则的条文就有十九个。我认为，对刑法分则的修改一般都属于小修小改，影响不大，而对刑法总则的修改一般都是大修大改，虽修改一点，但牵一发而动全身，影响一大片。比如，《刑法修正案（八）》对无期徒刑的修改，表面上看只修改了总则规定，将实际执行的最低刑期从十年提高到十三年，实际上则修改了刑法分则所有规定了无期徒刑的罪名的罪刑关系。

第三，既有增量、又有减量的修改前所未有。从罪刑关系及刑法配置上看，可以把刑法从轻向重的修改称为增量修改，把从重向轻的修改称之为减量修改。我国1979年刑法颁布以后，刑法修改一直沿着增量修改的方向前行，相继出台的二十多个单行刑法都是增加罪名、提高法定刑的增量修改，结果在短短的18年间，刑法中死刑罪名从28种增加到70多种，罪名从100多种增加到400多种。1997年重新修订刑法时，虽然废除了流氓罪的死刑，对盗窃罪的死刑适用范围进行了严格的限制等有限的减量修改以外，总体上走的还是增量修改的路子。1997年以后，刑法修改虽然从单行刑法的方式改变为修正案的方式，但秉持的增量修改方向并未改变，从《刑法修正案（一）》到《刑法修正案（七）》，修改的内容仍然要么是从严处罚，要么是严密法网，要么是严重其刑，使修法事实上等同于“加罚”。只有《刑法修正案（八）》，改变了刑法修改的一贯加罚，开启了既有轻改重、又有重改轻，既有增量、也有减量的先河。我觉得，既有增量又有减量的修改，才真正符合社会生活与犯罪情况实际，才更加符合与犯罪作斗争的规律。因为刑法规定的数以百计的犯罪行为，本身就是有轻有重的，刑罚应当有轻有重。同时，即使是同一种犯罪行为，其社会危害性也不是一成不变的，而是处于变动之中的，一段时期会变得严重了，一段时间又会变得轻缓了。所以，刑罚应当随着犯罪危害性的变化而调整，不能一味地轻或者一味地重，导致刑罚的严厉性与犯罪的危害性失衡。

第四，对刑罚种类、刑罚制度的修改力度前所未有。我认为，《刑法修正案（八）》最重大的修改，是对刑罚种类和刑罚制度的修改，不是对犯罪概念、具体罪名的修改。可以说，《刑法修正案（八）》对刑罚种类和刑罚制度的修改，远远超过1997年刑法对1979年刑法的修订。刑法一共



规定了五种主刑，《刑法修正案（八）》修改了四种；刑法规定了三种附加刑，《刑法修正案（八）》修改了一种，还增加了社区矫正这种刑罚执行的方式。减刑、假释、累犯、自首、立功、坦白和减轻处罚等，都是我国刑法规定的十分重要的刑罚制度或刑罚适用方法，《刑法修正案（八）》对其都有所修改。而1997年刑法对刑罚种类和刑罚制度的修改，远远没有《刑法修正案（八）》的修改力度大，内容更没有这么多。这充分说明，《刑法修正案（八）》对于改革开放三十多年来刑法所确立的基本罪刑关系，做了重大的调整。这一调整，涉及刑罚的政策精神、价值取向、司法理念、适用标准和法律效果等。我们在理解与适用《刑法修正案（八）》的相关刑罚规定时，一定要有不同的视角，适用刑罚的价值取向、思想理念都要随之变化。

第五，体现的民主程序、公开程序前所未有。《刑法修正案（八）》的修改程序，切实体现了公开修改、民主修改、集思广益、尊重民意的现代立法程序。一般讲，刑法是打击犯罪保障人权的基本法律，很多内容是热点，有些问题很敏感，如何修改似乎不宜过于开放。但是，立法机关在修改《刑法修正案（八）》的过程中，始终坚持民主立法、开门立法，对有关问题先期进行了充分的调研，广泛听取了司法机关和有关方面的意见，对于司法机关和有关方面提交的立法建议，认真进行研究，重视吸收采纳。修改意见稿出台后，立法机关及其工作部门，又反复征求了专家学者、司法机关和社会公众的意见。期间还把《刑法修正案（八）》的草案，发布到互联网上广泛听取社会各界和公众的意见，让国内外讨论，这是此前的刑法修正案修改程序从没有做过的，体现了《刑法修正案（八）》立法程序的开放性。尤其值得提出的是，在修改过程中，对于专家学者、有关部门就一些重大争议问题提出的合理化建议，立法机关能够从善如流，及时采纳。比如，在《刑法修正案（八）》即将提交全国人大常委会讨论通过前夕，部分专家学者和有关部门对《刑法修正案（八）》草案（二）中无期徒刑减刑后的实际执行的刑期“不能少于十五年”的规定提出不同意见，认为没有必要对无期徒刑犯普遍增加50%的刑期，建议不延长或者少延长。虽然距离提交全国人大常委会讨论通过的时间只有两三天了，但是，立法工作机关还是高度重视，广泛听取有关部门的意见，在统一各部门认识的基础上，将无期徒刑的实际执行刑期最终确定为不少于十三年，比草案（二）少了两年，实践证明，这样规定效果更好。这种立法作风给我们的启示是，无论是审判具体案件，还是起草司法解释和规范性文件，都应当注意听取意见，集中智慧，达成共识，民主决策。司法乃社会之公

器，越能开放、越能集中集体的智慧越好，不会有任何坏处，只会有很多好处。这也是《刑法修正案（八）》出台后社会各界总体上给予一致好评的重要原因。

## 二、《刑法修正案（八）》的六个理解角度

《刑法修正案（八）》之所以有上述前所未有的特点，这并非是立法机关的凭空创造，而是我国经济、社会、法治、政策、改革、理论和理念发展到一定阶段的结果。也就是说，《刑法修正案（八）》的具体内容，是由经济发展、社会变迁、法治进步决定的，法律从来都是社会观念、社会政策的规范表达。因此，理解与适用《刑法修正案（八）》，也必须从更为广泛的角度进行。

第一，贯彻、落实宽严相济刑事政策的角度。《刑法修正案（八）》之所以能够修改这么多的内容，特别是减少了十多个罪名的死刑，且没有在社会上引起不良反响，很重要的原因是很好地贯彻了宽严相济刑事政策，实现了宽严相济刑事政策的立法化。中央领导同志2005年提出实行宽严相济的刑事政策以后，开始是公安、司法机关作为刑事司法政策在实践中贯彻落实，经过不断在实践中总结经验，逐渐变成我国的基本刑事政策。宽严相济刑事政策的基本要求，就是对实施了严重犯罪的犯罪分子、主观恶性大和人身危险性大的犯罪分子，在量刑时要从严。对于犯罪较轻、或者主观恶性小且人身危险性小的犯罪分子，在量刑时应当从宽。并且要求注意宽与严的结合，宽与严都要有据，宽与严都要到位。几年来的司法实践证明，宽严相济刑事政策，完全符合新时期我国与犯罪作斗争的实际，使我国出现了重刑率不断下降（指判处五年以上有期徒刑到死刑的罪犯人数占全部被判刑人数的比例）、严重刑事犯罪的数量也不断下降的良性循环态势。《刑法修正案（八）》的内容，如对累犯的修改，对未成年人犯罪的修改，都直接体现了宽严相济刑事政策的价值取向，真正标志着宽严相济刑事政策从刑事司法政策到刑罚执行政策再到刑事立法的总政策。理解《刑法修正案（八）》的某一个具体条文，如果孤立地看，或许会产生分歧，但是，放在宽严相济刑事政策的大背景下，你就觉得对哪些行为该轻，对哪些行为该重，并能把握轻的是不是适当，重的是不是到位。我切身感到，近年来在修改刑法、刑事诉讼法的过程中，司法或执法部门之间为了某些内容写不写的争论，越来越少了，其原因就是，大家都能够从宽严相济刑事政策的角度考虑问题。对于有利于贯彻宽严相济刑事政策的内容，即使写上后会给本部门的工作带来压力，也多能顾全大局，表示支

律，即从实践到认识，从感性认识到理性认识，最后到科学认识的过程。立法条文，在一定意义上讲，就是对社会生活规则的规律性认识，就是对司法规则、司法经验的提炼和升华。

第四，尊重、吸纳刑法理论研究成果的角度。在一定意义上讲，《刑法修正案（八）》体现了立法机关对近年来刑事法学理论研究成果的高度重视，回应了刑法理论界多年来的关切和呼吁。比如减少死刑罪名问题，死缓刑和死刑立即执行的严厉性不相协调问题，理论界已经批评、呼吁了很多年，笔者也认为，我国刑法中的死刑罪名偏多，很多都是备而不用，与其保留无用又难看，不如取消了痛快而好看。《刑法修正案（八）》取消了十三种犯罪的死刑，延长了死刑缓期执行、无期徒刑的实际执行刑期，回应了理论界提出的死刑过重、生刑过轻的意见和建议。因此，《刑法修正案（八）》很多重要内容的修改，专家们的呼吁、理论界的推动发挥了重大作用。从一定意义上可以说，《刑法修正案（八）》体现了刑事立法工作与刑法理论研究的互动，体现了对刑法理论研究成果的重视和应用，体现了对专家学者意见的关注和尊重。

第五，履行我国对国际公约承诺义务的角度。近年来，我国参加的国际公约越来越多，需要通过立法把国际公约义务转化为国内法义务的要求越来越迫切。《刑法修正案（八）》规定的一些内容，也是履行我国承诺履行的国际义务的结果。比如对外国公职人员、国际组织工作人员行贿罪的规定，就是为了履行我国参加反腐败国际公约承诺的义务。还有关于协助组织卖淫罪和强迫劳动罪的修改，也有履行相关国际公约义务的考虑。在司法实践中，我国参加的国际公约，如果是民商事公约，就可以在我国司法实践中直接适用，不须通过立法转化。如果参加的是国际刑事公约，则必须通过国家立法转化为国内法才能适用。所以，《刑法修正案（八）》修改的有些内容，实际上就是对国际公约有关内容的转化，也可以说是国际公约对我国刑事立法的影响。从国际公约的角度解读和理解《刑法修正案（八）》的有些条款，会更加明确和深刻。

第六，回应人民群众和社会各界关切、期待的角度。《刑法修正案（八）》的一大亮点，就是体现了对公众意见、群众期待的重视，有些内容体现了对相关弱势群体的特别保护，真正体现了尊重人权和民意。例如，近年来，拒不支付劳动者报酬的情况相当普遍，连中央领导同志都关注农民工讨薪问题，有的酿成重大社会事件，社会危害性越来越大，严重影响了社会和谐稳定和广大劳动者的合法权益。因此，人民群众、社会各界纷纷要求将拒不支付劳动报酬入罪，《刑法修正案（八）》满足了这一关切。

又如醉驾入罪的问题，2010年以来，全国发生多起醉驾致多人死伤的恶性案件，人民群众要求将醉驾入罪的呼声非常强烈，《刑法修正案（八）》也很痛快地满足了人民群众和社会各界的这一愿望。从多年来的司法实践看，刑事审判不同于民事审判的一个重要方面，就是刑事案件很容易成为社会广泛关注的影响性案件，最容易引起新闻媒体的报道甚至炒作。我们看到，最近几年社会关注、新闻炒作的绝大多数案件，都是刑事案件，海外、域外都是如此。为什么？就是因为刑事案件事关被告人的生死或者对被告人自由、财产权利的剥夺，事关人民群众的安全感，涉及国家权力和公民权利的博弈，如西安中院判决的药家鑫案件，还有以前的许霆案、邓玉娇案等，人们不仅关心案件本身的处理，更关心它后面所牵连的公众权利和敏感神经等。

总之，理解《刑法修正案（八）》，应当是多视角的。审视的视角越多，对《刑法修正案（八）》的理解就越全面，越透彻、越深刻。视角反映宽度和深度，更反映理解法律的能力。我们要善于从多个视角理解法律，这样才不至于就法论法、就事论事，陷入直观和片面。从多个视角分析，就会感到《刑法修正案（八）》的修改不是偶然的，相关规定都是经过深思熟虑、反复研究的，也可以说都是有源头、有根据的。

### 三、《刑法修正案（八）》的七个重点

《刑法修正案（八）》内容很多、亮点很多，限于篇幅和时间，这里只讲七个重点问题。为了方便读者记忆，我将其概括为七句顺口溜。

第一，老年犯少年犯，量刑时要轻判。《刑法修正案（八）》最大的亮点之一，便是对老年犯和未成年犯从宽处罚的规定，所谓老年犯，《刑法修正案（八）》规定是指已满七十五周岁的人。《刑法修正案（八）》关于老年犯的修改一共有四项：一是故意犯罪的，可以从轻或者减轻处罚；二是过失犯罪的，应当从轻、减轻处罚（《刑法修正案（八）》第一条，刑法第十七条之一）；三是审判时除非具有以特别残忍的手段致人死亡的情形，否则不得适用死刑（《刑法修正案（八）》第三条，刑法第四十九条）；四是犯罪被判处三年以下有期徒刑，符合缓刑条件的，应当适用缓刑（《刑法修正案（八）》第十一条，刑法第七十二条）。这四项规定总体上是有特色的，标志着我国刑法在未成年人这一特殊犯罪主体之外又确立了老年人这一特殊犯罪主体，体现了尊老与爱幼的统一。当然，对这几项规定，我个人觉得也还有未尽人意之处，比如，如果将老年人的年龄标准确定为70岁，把无论是故意犯罪还是过失犯罪，都规定应当从轻、减轻处

罚，同时不论犯什么罪，都可以不判处死刑。作这样的规定，实际价值可能更大一些。因为老年人故意犯罪本来就不多，过失犯罪的更少，犯死罪的更是少之又少，从司法统计数据看，自2007年最高人民法院收回死刑核准权以来，75岁以上的老人尚无一例被核准死刑的。实际上，根据当今严格控制 and 慎重适用死刑的刑事政策，人民法院对于年轻人犯死罪，如果不是以特别残忍的手段致人死亡的，都不会判处死刑立即执行，遑论对于一个年满75岁的老年人适用死刑了。

关于少年犯从宽处罚，我国刑法已有三项规定：一是不满16周岁的人实施八种严重犯罪以外的罪行，不追究刑事责任（刑法第十七条第二款）；二是已满14周岁不满18周岁的人犯罪，应当从轻或者减轻处罚（刑法第十七条第三款）；三是犯罪的时候不满18周岁的人，不适用死刑（刑法第四十九条），这三项规定凸显了我国刑法对少年犯即未成年犯罪人的特殊保护和特别宽恕。《刑法修正案（八）》在上述规定的基础上，又规定了三项：一是不满18周岁的人犯罪被判处三年以下有期徒刑，符合缓刑条件的，应当适用缓刑（《刑法修正案（八）》第十一条，刑法第七十二条）；二是不满18周岁的人犯罪并被判处有期徒刑以上刑罚，在刑罚执行完毕或者赦免以后的任何时候重新犯罪的，都不构成累犯（《刑法修正案（八）》第六条，刑法第六十五条）；三是不满18周岁的人犯罪并被判处五年以下有期徒刑，在入伍、就业的时候，免除向有关机关报告曾经受过刑事处罚的义务（《刑法修正案（八）》第十九条，刑法第一百条）。《刑法修正案（八）》关于未成年罪犯从宽处罚的规定，可以说是在刑法的基础上又作了锦上添花，进一步体现了我国刑法对未成年人罪犯强调教育、挽救、改造的精神，其从宽的力度之大，在世界各国的刑法中也是不多见的。

第二，死刑罪减十三，死缓犯要多关。《刑法修正案（八）》一次取消十三种严重犯罪的死刑，这是非常了不起的，也是《刑法修正案（八）》的最大亮点。之所以能够取消这些犯罪的死刑，我总结的理由主要有以下几点：一是这些犯罪多是非暴力犯罪，继续配置死刑这种最严厉的刑罚，在当今世界法律思潮面前，已经显得不合时宜；二是这些犯罪侵犯的都是非人身权利，动用剥夺生命的刑罚方法予以制裁，未免有失对罪犯生命权的尊重和罪刑关系的协调；三是随着时间的推移，社会防卫能力的增强，非暴力犯罪的社会危害性相对变小，社会公众对这些犯罪社会危害性的心理感受和判处死刑的心理诉求也在减弱，取消死刑能够得到公众认同；四是人民法院多年来对这些犯罪已经很少适用死刑，死刑被束之高阁、备而不用，继续保留已无实际意义；五是适时取消一些罪名的死刑，能够从立

法上彰显我国保留死刑、严格控制和慎重适用死刑的刑事政策,体现死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子,等等。

所谓死缓犯要多关(《刑法修正案(八)》第四条,刑法第五十条第一款),是指犯重罪被判处死刑缓期执行的犯罪分子,即使不属于限制减刑的情形,在缓刑考验期满以后,实际执行的刑期也明显延长。具体延长多少,分为两种情况:一种是考验期满后减为无期徒刑,再从无期徒刑减为有期徒刑的,必须减为二十五年有期徒刑,不能减为二十五年以下有期徒刑(有重大立功表现的除外),也不能减为二十五年以上有期徒刑。根据有期徒刑的实际执行刑期不得少于原判刑罚二分之一的规定,该罪犯从减为有期徒刑之日起,在监狱实际的执行刑期不得少于十三年。二是在缓刑执行考验期间有重大立功表现的,直接减为二十五年有期徒刑,从减刑之日起,该罪犯实际执行的刑期,不得少于十三年,而原来刑法规定,死缓犯在考验期间具有重大立功表现的,可以直接减为十五年以上二十年以下有期徒刑。相对于刑法过去的规定,现在的死缓犯无论是否具有重大立功表现,实际执行的刑期都比过去明显延长。体现了刑法对重刑犯的严厉处罚,促进了死刑缓期执行和死刑立即执行在严厉性方面的衔接,为立法将来取消更多罪名的死刑,也为司法机关将来多判处死缓刑,少判处死刑立即执行预留了空间。

第三,犯重罪一加八,判死缓难回家。所谓“一加八”,“一”是指累犯,“八”是指故意杀人、抢劫、强奸、绑架、放火、爆炸、投放危险物质和有组织的暴力性犯罪(《刑法修正案(八)》第四条,刑法第五十条第二款)。犯了重罪,被判处死缓,具有这九种情形之一,同时被人民法院限制减刑的,服刑的期限较以前将大大延长,出狱回家的难度大为增加。在我看来,《刑法修正案(八)》实际上把死缓制度分成了两种,一种是普通死缓,人民法院不限制减刑,如何减刑从刑法以前的规定;另一种是特殊死缓,由法院决定限制减刑。一旦限制减刑,从死缓考验期满减为无期徒刑之日起,有重大立功表现的,实际执行刑期不少于二十年,加上审判过程中羁押的期间和二年考验期间,死缓犯的最低服刑期限不会少于二十三年;没有重大立功表现的,罪犯的实际执行刑期不会少于二十八年,有的甚至会超过三十年,较以前大为严厉。正确适用好限制减刑规定,需要注意以下几个问题:

一是对什么样的累犯适用限制减刑,要正确掌握。我认为,要注意对特殊累犯、同种累犯特别是实施暴力性犯罪的累犯多适用限制减刑,因为这些累犯的人身危险性更大;

二是对八种暴力犯罪适用限制减刑，注意适用于本应判处死刑立即执行，但有可以不杀情节的犯罪分子。因为这类犯罪严重侵害公共安全和人身权利，危害后果非常严重，被害人和人民群众深恶痛绝，通常要求严惩，不限制减刑不足于实现法律效果与社会效果的统一；

三是对于“有组织的暴力性犯罪”，要根据立法精神和犯罪具体情况把握，不能仅仅理解为刑法分则规定的某一种或者某几种有组织的暴力性犯罪，而是包括所有可以有组织行使的暴力性犯罪。例如，行为人有组织实施组织越狱罪或暴力劫狱罪的，也可以在判处死缓的同时限制减刑。

四是虽然限制减刑是增量或者从重的修改，但从《刑法修正案（八）》生效之日起，人民法院就可以有条件地对2011年5月1日之前实施犯罪的死缓犯适用限制减刑。根据《刑法修正案（八）》以前的刑法规定，本来应当判处死刑立即执行的犯罪分子，若判处死缓并限制减刑就可以实现罪刑相适应的，可以根据《刑法修正案（八）》的规定判处死缓并限制减刑。根据刑法规定本应判处死缓，但被害人亲属反映强烈，坚决要求判处死刑立即执行，判处普通死缓确实难以实现案结事了了的，也可以根据《刑法修正案（八）》的规定判处死缓并限制减刑。因为相对于判处死刑立即执行而言，判处死缓并限制减刑当然属于从宽处罚。所以，对《刑法修正案（八）》规定的死缓并限制减刑制度作有利于被告人的溯及既往解释，完全符合我国刑法的从旧兼从轻原则。

总之，有了对一加八的限制减刑，今后对于贯彻宽严相济刑事政策，进一步加大少杀长判的力度，意义非常重大，应当用好用准。但同时也必须强调，一般不要对《刑法修正案（八）》之前只应当判处死刑缓期执行的罪犯不适当地适用限制减刑，因为这会违背《刑法修正案（八）》限制减刑的初衷，导致出现死刑立即执行没有减少，死缓刑实际执行刑期却明显增加的弊端。

第四，无期多关三载，数罪高判五年。简单说，《刑法修正案（八）》把无期徒刑的最低执行刑期，从此前的不少于十年，提高到不少于十三年。无期徒刑的最低执行刑期为何提高三年，主要原因是，我国刑法规定的无期徒刑，法律同时规定执行一段时间后，就可以减为无期徒刑，并规定执行十年以上的，就可以出狱，实属名不副实。有人认为，刑法一方面规定无期徒刑，另一方面又规定执行十年以上就可以出狱，这既与无期徒刑的严厉性不相协调，也在语言上是互相矛盾的。在1997年修订刑法时，就有人主张提高无期徒刑的最低执行刑期，以便与有期徒刑的实际执行刑期拉开距离，增加无期徒刑的严厉性。但由于遭到有关刑罚执行部门的反

对，没有修改成。《刑法修正案（八）》一开始并没有修改无期徒刑最低执行刑期的考虑，只是由于提高了部分数罪并罚罪犯的最高执行刑期，才为提高无期徒刑的最低执行刑期提供了机会。

《刑法修正案（八）》实际上把数罪并罚也分成两种，一种是：一人犯了数罪，被判处总和刑期不满三十五年有期徒刑的，数罪并罚后的实际执行刑期仍然不得超过二十年有期徒刑；另一种是：数罪判处的总和刑期在三十五年以上的，犯罪分子实际执行的最高刑期不得超过二十五年有期徒刑。这里的总和刑期，包括一次性判决的刑期，也包括判决后刑罚尚未执行完毕之前发现漏罪，人民法院对漏罪判处的刑期。根据有期徒刑必须执行二分之一以上才可以出狱的规定，如果一个人犯了数罪并被确定实际执行刑期为二十五年，该罪犯就必须在监狱服刑十二年半以上才可能出狱。这样，无期徒刑的最低执行刑期再维持为十年，就会比无期徒刑的最低执行刑期还要短，从而造成无期徒刑与有期徒刑数罪并罚的最低执行刑期不平衡的现象，因此，为了消除这个不平衡，同时也考虑到死刑缓期执行的实际执行刑期普遍延长的情况，《刑法修正案（八）》便将无期徒刑的最低执行刑期延长了三年。

第五，缓刑犯管制犯，禁止令要慎判。从立法的方法上讲，《刑法修正案（八）》赋予了人民法院两个前所未有的自由裁量权：一个是法官可以酌情对符合“一加八”情形的罪犯，在判处死刑缓期执行的同时判处限制减刑；二是对判处缓刑和管制的犯罪分子，可以同时判处禁止令。何为禁止令？就是禁止缓刑犯、管制犯从事特定活动、进入特定区域、场所、接触特定的人，简称“三禁止”。公、检、法、司四机关《关于对判处管制、宣告缓刑的犯罪分子适用禁止令有关问题的规定（试行）》已经公布，准确把握和适用禁止令，要注意把握好以下几个问题：

一要把把握好禁止令的个别性。禁止什么，不禁止什么，要因人而异。比如，对于见到不良哥们就沆瀣一气动辄犯事的人，就应当禁止其接触不良同伴；对于进入公共娱乐场所就可能违法犯罪的人，就可以禁止他出入这类场所。

二要把把握好禁止令的可行性。禁止令要有可行性或操作性，如果没有可操作性，无法监督，判了等于没判，行为人违反了也无法处理，则不宜判处。比如，一般讲，不宜轻易地判处禁止一个人饮酒，因为行为人每天都要吃饭，既可能在家里吃，也可能在外面吃，吃饭饮酒难以监管；又如也不宜轻易禁止行为人进入公共场所，因为公共场所含义广泛，地点很



大，用处很多，因生产生活需要进入某些公共场所，实为不可或缺，也很难执行，故禁止令必须具有可行性和可操作性。

三要把握好禁止令的预防性。禁止令不是惩罚和剥夺，而是预防和保护。一方面是预防行为人重新犯罪，保护其免受不良场所、不良人群、不良文化的引诱和毒害。另一方面是预防行为人再次侵害其他人，重在强制性地帮助其戒除恶习，重新做人，回归社会。所以，判处禁止令，必须立足于预防、矫正和保护，而不是惩罚、控制或管制，更不能变相剥夺行为人应当享有的民主自由权利。

四要把握好禁止令的谦抑性。根据《刑法修正案（八）》规定，禁止令由社区矫正机构执行。当前，社区矫正制度刚刚建立，制度机制不甚健全，人力物力经验技能尚显缺乏，所以，没有足够人力物力高质量地执行禁止令。同时，对缓刑犯、管制犯该禁止什么，不该禁止什么，人民法院也没有经验，需要逐步摸索总结。因此，法官不要赶时髦，动辄判处禁止令。

五要保持《刑法修正案（八）》生效前后缓刑适用的平稳过渡。防止由于禁止令的适用而导致缓刑适用大起大落，有人认为，《刑法修正案（八）》对老年人、未成年人适用缓刑给予了特别强调，所以，对老年人、未成年人适用缓刑要大大增加。我对此观点是不赞同的。我认为，全国法院近几年对缓刑的适用尤其是对未成年人缓刑的适用，是非常到位的，不需要在《刑法修正案（八）》施行后，不适当地加大缓刑的适用数量。

第六，坦白可以从宽，减轻明确规范。《刑法修正案（八）》第八条规定，犯罪嫌疑人虽然不具有自首情节，但是如实供述自己罪行的，可以从轻处罚；因其如实供述自己罪行，避免特别严重后果发生的，可以减轻处罚。从而首次把坦白从宽确立为法定量刑情节，这是《刑法修正案（八）》的另一个亮点。坦白从宽制度的确立，可以避免过去曾经出现过的“抗拒从严、回家过年；坦白从宽，牢底坐穿”的尴尬，是建立诉讼诚信制度，让态度老实的犯罪嫌疑人得到实惠，鼓励犯罪嫌疑人认罪、悔罪的一个重大举措。在司法实践中，有的犯罪嫌疑人在侦查阶段本来自愿认罪，但由于在法庭审判阶段发现认罪不仅没有得到从轻处罚，反而可能导致定罪量刑更重，所以纷纷在法庭审理时翻供，谎称过去的供述是受到刑讯逼供的结果，这种翻供现象给法庭审判制造了很多障碍，极大地增加了诉讼成本，浪费了司法资源，还有可能导致错判，翻供还造成被害人对被告人的犯罪行为不谅解，加重被害人和被告人之间的仇怨和对立。所以，《刑法

修正案（八）》确立坦白从宽制度，对于人民法院公正审判，作用很大。我认为，对于坦白从宽情节应当多用并用好，使之切实发挥作用，这也是现代各国司法的通例。适用坦白，要注意把握好以下几点：

一是坦白的主体必须是被采取强制措施的犯罪嫌疑人，从《刑法修正案（八）》的规定看，显然是把被告人和服刑的罪犯排除在外的，被告人在提起公诉阶段和审判阶段供述的，不属于本条规定的坦白，体现了立法鼓励犯罪嫌疑人早供述的意图。

二是供述的通常是侦查机关已经掌握的罪行，或者司法机关尚未掌握的其他同种罪行。如果供述的是侦查机关没有掌握的罪行，构成自首。对于犯罪分子在侦查阶段由于种种原因没有如实供述自己罪行，到提起公诉和审判阶段如实供述的，虽然不认定为坦白，但也可以酌情从轻处罚。

三是犯罪嫌疑人在侦查阶段如实供述自己罪行，但是，到了提起公诉阶段或者审判阶段，拒不承认自己的供述，或者谎称是刑讯逼供后的供述，要求人民法院排除非法证据。人民法院经查证，原来的供述属实，后来的翻供属虚假，对被告人不得认定为坦白，不可以从轻处罚。经查证原来的供述虚假，或者虽然属实但属于非法言词证据，应当依法排除并不得从轻处罚。

减轻明确规范，是指刑法原来只规定减轻处罚是在法定刑以下判处刑罚，对于有多个法定刑幅度的，没有规定是否只能在法定刑的下一个量刑幅度内处罚。理论界和实务界过去都认为，在法定刑以下判处刑罚，既可以在法定刑的下一个幅度内处罚，也可以在法定刑的下二个幅度内处罚，这样理解虽然有符合实际的一面，但也容易造成减轻处罚标准的不统一。《刑法修正案（八）》第五条对此作了明确规范。即刑法规定的犯罪有数个量刑幅度的，减轻处罚是指在法定量刑幅度的下一个量刑幅度内判处刑罚，不得跳格减轻处罚。如果行为人具有法定减轻处罚情节，人民法院在法定量刑幅度的下一个量刑幅度内判处刑罚，量刑还是过重的，也不能跳格减轻处罚，确实需要跳格减轻的，只能先依法减轻后再适用酌情减轻程序减轻处罚，尔后层报最高法院核准。

这里也顺便指出，刑法第六十三条第二款规定的酌情减轻处罚，《刑法修正案（八）》施行以后，各级人民法院在具体适用时，也不得跳格减轻，只能在法定量刑幅度的下一个量刑幅度内判处刑罚。

第七，增修十个罪名，关注安全、民生。《刑法修正案（八）》对刑法分则也做了大量修改，最高人民法院、最高人民检察院已经根据《刑法修

正案（八）》的规定，修改、确定了十个新罪名。这些修改、新增的罪名，以及没有修改罪名但修改了犯罪构成的规定，主要表现为两个方面：一方面是更加注重对社会安全的保护。涉及的修改有危害国家安全、危害公共安全、危害食品安全、劳动安全、经济安全和环境安全等具体罪名。另一方面是更加关注对民生和弱势群体权益的保护，修改的内容涉及组织出卖人体器官罪、强迫劳动罪、拒不支付劳动报酬罪、协助组织卖淫罪等。对于分则的修改，限于时间和篇幅，这里只讲三个问题。

1. 关于《刑法修正案（八）》罪名确定的基本思路。《刑法修正案（八）》确定罪名的指导思想，改变了过去照搬刑法条文关键词的传统思路，开创性地贯彻了罪名从简原则。

其一，对于可确定可不确定新罪名的，不确定新罪名。如对于《刑法修正案（八）》第三十八条规定的协助强迫劳动行为，有人主张确定一个新罪名即协助强迫劳动罪，但考虑到该行为并无独立的法定刑，属于可确定新罪名、也可不确定新罪名的情形，故没有单独确定罪名。

其二，对于可确定数个罪名可确定一个罪名的，尽量确定一个罪名。如《刑法修正案（八）》第四十九条规定的食品安全监管渎职犯罪，按照过去的做法，通常要确定两个罪名，即食品监管滥用职权罪和食品监管玩忽职守罪，但根据罪名从简原则，只确定一个罪名即食品监管渎职罪。

其三，对于可确定长罪名可确定短罪名的，尽量确定短罪名。比如，《刑法修正案（八）》第四十六条对刑法第三百三十八条重大环境污染事故罪的构成要件修改以后，究竟是定“严重污染环境罪”还是定“污染环境罪”，就有争论。虽然定严重污染环境罪更准确，但本着尽量从简原则，确定为污染环境罪更为明确简练，故司法解释采纳了后一种意见。

我认为，《刑法修正案（八）》罪名思路改变是一个良好的开端，对于修改刑法其他罪名颇有示范意义。我国刑法中的许多罪名，过去由于受条文表述尤其是关键词的迷惑，确定的都过长、过繁、过细，非常不利于信息化时代的司法统计工作和司法人员制作裁判文书，导致司法统计人员和司法工作人员叫苦不迭。例如，刑法第一百二十五条规定的涉枪、涉爆犯罪，罪名被确定为“非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪”，这个罪名一共有20个字加6个顿号。准确倒是准确了，但写起来既麻烦又浪费纸张，而且按照不同的排列组合，还能将其分解为非法制造枪支罪、非法制造爆炸物罪、非法邮寄弹药罪等141个选择性罪名。给司法统计带来巨大麻烦。实际上，行为人实施全部行为的，既不定数罪也

不加刑，只实施其中任何一种行为的，也不减刑。如果根据从简原则，将其确定为“枪爆罪”这个简单的罪名，既不会影响对其中任何一种行为的定罪，也不会影响对其中任何一种行为的量刑，还会给司法统计和文书制作带来巨大便利。

2. 关于危险驾驶罪。危险驾驶入罪，体现了社会公众对于公共交通安全的高度关切，体现了立法机关对危险驾驶行为的否定评价。所以，《刑法修正案（八）》在条文表述中，没有对醉酒驾驶行为加上情节严重或者情节恶劣的限制。这就在理解上产生了以下几个疑问：

其一，是否改变了我国的犯罪概念。60多年来，我国采用的是与西方国家完全不同的犯罪概念。我国的犯罪概念仅指严重危害社会和严重违法的行为，不包括一般违法行为，犯罪概念与违法概念是二元的。而西方国家的违法概念和犯罪概念是一元的，只要某种行为的性质相同，如偷盗或者诈骗，不论数额大小、情节轻重都是犯罪行为。也就是说，在域外许多国家或地区的刑法中，只有轻罪与重罪之分而无违法与犯罪之分。因此，如果我们把醉驾这一个罪名不分情节轻重都一概解释为犯罪行为，这就彻底改变了我国犯罪与违法二元的传统观念和做法，本人不赞成这种观点。

其二，如何回应社会的关切和期待。如果我们将醉驾行为分为不同情况定性，即：将情节恶劣的醉驾行为入罪，将情节一般的醉驾行为不入罪，这样解释一是与立法条文有明显冲突，让人赞同有相当的难度；二是容易引起公众炒作和质疑。公众和新闻媒体主要担心这样区分会减弱刑法对醉驾行为的威慑作用，为执法人员选择性、不公平执法留下空间。这种担心不无道理。现在，比较好地选择有两个：一是由立法机关作出解释，只有立法机关对醉驾行为进一步明确，才能满足、回应广大公众的关切期待；二是可以考虑在醉酒的程度上做点文章，在强调醉驾一律构成犯罪的同时，把醉酒分为三六九等，只有严重醉酒后醉驾的，才一律入罪，或许能够避免不分醉酒的情节全部入罪可能带来的副作用。

其三，应否坚守对醉驾行为作二元解释的底线。根据刑法总则规定和刑法基本理论，对醉驾行为坚持二元解释是一个原则问题。只将其中的严重醉驾行为入罪，情节不严重偶尔为之的，交给行政机关处罚，这样区分既符合我国国情，实现有序界分行政处罚与刑事惩罚，又能经得起历史检验，增进社会和谐。不要做一粒老鼠屎坏了一锅好汤的事，用一个罪的解释把新中国几十年来建立的中国特色的犯罪概念给颠覆了。

3. 关于拒不支付劳动报酬罪。这是《刑法修正案（八）》增加的又一

个最受关注的新罪名，这是一个保障民生、维护弱势群体合法权益的新罪名。解释这个罪名，要把握以下几个问题：

其一，准确把握劳动报酬的内涵。我的理解是，本条的劳动报酬，主要指体力劳动者、尤其是农民工群体的劳动报酬，是打工群体辛苦劳动的血汗钱。不包括国家机关和企事业单位通常意义上的工资报酬。如果一个大老板欠了少数高级管理人员的薪酬，哪怕他是打工皇帝，哪怕欠的数额数以亿计，刑法也不应当插手，仍然是民事法律行为，不属于《刑法修正案（八）》规定的拒不支付的劳动报酬的范围。

其二，准确把握“经政府有关部门责令支付拒不支付”。这个条件是全国人大常委会讨论第三稿时有些委员建议加上去的，主要考虑到现在办企业难，有些欠酬事出有因，不加限制有可能打击面过宽，体现了立法者对企业家的关心和爱护。这里有必要明确政府的有关部门，比如是否就是劳动保护部门，否则将来劳动者找谁去责令支付，就会成为难题。此外还要明确政府有关部门的作为义务，否则，如果政府有关部门消极不作为，这一限制性规定就会成为保护恶意欠薪者的有力武器。

其三，在现实生活中，企业欠职工的劳动报酬后，职工往往并不找政府及其有关部门去责令企业主支付，而是根据法律的规定，去找政府所属的劳动争议仲裁机构仲裁。这就提出一个问题，如果劳动报酬被拒付，劳动者没有找政府有关部门去责令企业主支付，而是经政府的劳动争议仲裁裁决确定，责令企业主支付劳动报酬的，是否属于“经政府有关部门责令支付而拒不支付”？我认为，应当将政府劳动部门所属的劳动争议仲裁机构做出的责令企业主支付职工劳动报酬的仲裁裁决书，视为经政府有关部门责令支付，既体现对劳动者的有力保护。同时，也可以鼓励劳动者依法讨薪，并避免《刑法修正案（八）》施行后，一些劳动者不向企业主讨薪了，而直接向政府机关讨薪，从而给政府有关部门增加不必要的负担，影响社会稳定。

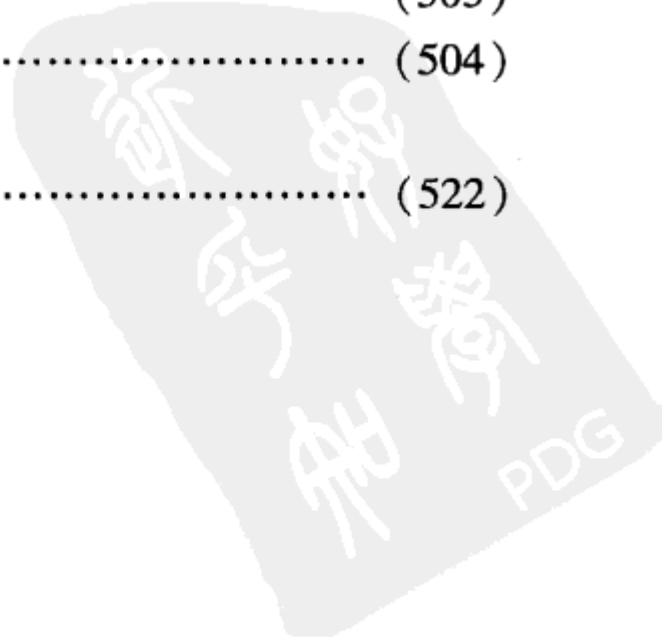
其四，企业主恶意拖欠职工的劳动报酬，职工诉诸法院，法院判决责令企业主支付，企业主拒不执行法院判决，是否属于责令支付而拒不支付？我认为，这是拒不执行法院判决裁定的行为，情节严重或者造成严重后果的，宜按照拒不执行判决、裁定罪论处，不能按照拒不支付劳动报酬罪处罚。

# 目 录

认真学习《刑法修正案(八)》,促进经济社会科学发展(代序)	
..... 张 军(1)	
把握《刑法修正案(八)》的五、六、七(代前言)	..... 胡云腾(9)
<b>第一部分 《刑法修正案(八)》条文的理解与适用</b>	..... (1)
<b>第二部分 《刑法修正案(八)》配套司法解释</b>	
<b>及其理解与适用</b>	..... (335)
最高人民法院	
关于死刑缓期执行限制减刑案件审理程序若干问题的规定	
(2011年4月25日)	..... (337)
《最高人民法院关于死刑缓期执行限制减刑案件审理程序若干	
问题的规定》的理解与适用	..... (339)
最高人民法院	
关于《中华人民共和国刑法修正案(八)》时间效力问题的解释	
(2011年4月25日)	..... (350)
《最高人民法院关于〈中华人民共和国刑法修正案(八)〉时间	
效力问题的解释》的理解与适用	..... (352)
最高人民法院 最高人民检察院	
关于执行《中华人民共和国刑法》确定罪名的补充规定(五)	
(2011年4月27日)	..... (359)
《最高人民法院、最高人民检察院关于执行〈中华人民共和国刑法	
确定罪名的补充规定(五)》的理解与适用	..... (361)

最高人民法院 最高人民检察院 公安部 司法部 印发《关于对判处管制、宣告缓刑的犯罪分子适用禁止令 有关问题的规定(试行)》的通知 (2001年4月28日) .....	(366)
《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部关于对判处 管制、宣告缓刑的犯罪分子适用禁止令有关问题的规定 (试行)》的理解与适用 .....	(369)
<b>第三部分 附录</b> .....	(377)
中华人民共和国刑法(2011年修订本) .....	(379)
全国人民代表大会常务委员会关于惩治骗购外汇、逃汇和 非法买卖外汇犯罪的决定 (1998年12月29日) .....	(468)
中华人民共和国刑法修正案 (1999年12月25日) .....	(470)
中华人民共和国刑法修正案(二) (2001年8月31日) .....	(473)
中华人民共和国刑法修正案(三) (2001年12月29日) .....	(474)
中华人民共和国刑法修正案(四) (2002年12月28日) .....	(476)
中华人民共和国刑法修正案(五) (2005年2月28日) .....	(478)
中华人民共和国刑法修正案(六) (2006年6月29日) .....	(480)
中华人民共和国刑法修正案(七) (2009年2月28日) .....	(484)
中华人民共和国刑法修正案(八) (2011年2月25日) .....	(487)
全国人民代表大会常务委员会关于《中华人民共和国刑法》 第九十三条第二款的解释 (2000年4月29日) .....	(495)

全国人民代表大会常务委员会关于《中华人民共和国刑法》 第二百二十八条、第三百四十二条、第四百一十条的解释 (2001年8月31日) .....	(496)
全国人民代表大会常务委员会关于《中华人民共和国刑法》 第三百八十四条第一款的解释 (2002年4月28日) .....	(497)
全国人民代表大会常务委员会关于《中华人民共和国刑法》 第二百九十四条第一款的解释 (2002年4月28日) .....	(498)
全国人民代表大会常务委员会关于《中华人民共和国刑法》 第三百一十三条的解释 (2002年8月29日) .....	(499)
全国人民代表大会常务委员会关于《中华人民共和国刑法》 第九章渎职罪主体适用问题的解释 (2002年12月28日) .....	(500)
全国人民代表大会常务委员会关于《中华人民共和国刑法》 有关信用卡规定的解释 (2004年12月29日) .....	(501)
全国人民代表大会常务委员会关于《中华人民共和国刑法》 有关出口退税、抵扣税款的其他发票规定的解释 (2005年12月29日) .....	(502)
全国人民代表大会常务委员会关于《中华人民共和国刑法》 有关文物的规定适用于具有科学价值的古脊椎动物化石、 古人类化石的解释 (2005年12月29日) .....	(503)
中华人民共和国刑法(1979年版) .....	(504)
后记 .....	(522)





# 第一部分

## 《刑法修正案（八）》 条文的理解与适用





## 【条文内容】

一、在刑法第十七条后增加一条，作为第十七条之一：“已满七十五周岁的人故意犯罪的，可以从轻或者减轻处罚；过失犯罪的，应当从轻或者减轻处罚。”

## 【条文主旨】

本条系新增条款，1979年刑法和1997年刑法在刑事责任年龄部分都没有作出类似规定。本条规定的内容主要有以下两点：其一，从轻或者减轻处罚的对象是犯罪时已满七十五周岁的人，不局限于刑法第十七条第三款规定的犯罪时已满十四周岁不满十八周岁的人；其二，对犯罪时已满七十五周岁的人从轻或者减轻处罚分为两种情况：故意犯罪的，采用得减主义，可以从轻或者减轻处罚；过失犯罪的，采用必减主义，应当从轻或者减轻处罚。

## 【理解与适用】

### 一、修改的背景、过程和内容及意义

之所以规定对已满七十五周岁的犯罪人从轻或者减轻处罚，主要是基于宽严相济刑事政策的提出和深入贯彻而适时制定的。

#### （一）宽严相济刑事政策的提出及其科学内涵

2006年3月，最高人民检察院和最高人民法院在第十届全国人大第四次会议上所作的工作报告中都强调“宽严相济刑事政策”，有罪则判，无罪放人。最高人民检察院原检察长贾春旺同志在报告中指出，认真贯彻宽严相济的刑事政策，坚持区别对待，对严重的刑事犯罪坚决严厉打击，对主观恶性较小、犯罪情节轻微的未成年人，初犯、偶犯和过失犯，应慎重逮捕和起诉，可捕可不捕的不捕，可诉可不诉的不诉。最高人民法院原院长肖扬同志在报告中要求“贯彻宽严相济的刑事政策，对罪当判处死刑但具有法定从轻、减轻处罚情节或者不是必须立即执行的，依法判处死缓或无期徒刑”。还强调“坚持宽严相济的刑事政策，对犯罪情节轻微或具有从轻、减轻、免除处罚情节的，依法从宽处罚”。<sup>①</sup> 为何采取宽严相济的刑事政策？原全国人大法律委员会主任委员杨景宇这样解释：过去乱世用“重典”，而盛世则是“政简刑轻”，所以，“两高”报告提出宽严相济的

<sup>①</sup> 参见《两高强调“宽严相济”刑事政策有罪则判无罪放人》，载 [www.xinhuanet.com](http://www.xinhuanet.com)。

刑事政策，是跟盛世的特征相符的。<sup>①</sup> 我们以为，这一解释是恰当的，符合中国实际的。目前的宽严相济刑事政策正是与以人为本、依法治国、坚持社会主义法治理念、构建和谐社会的背景相吻合的。

为深入贯彻宽严相济刑事政策，最高人民法院制定了《关于在检察工作中贯彻宽严相济刑事司法政策的若干意见》，该《意见》第四条规定，检察机关贯彻宽严相济的刑事司法政策应当坚持全面把握、区别对待、严格依法、注重效果四项原则。最高人民法院制定了《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》，该《意见》第一条规定，贯彻宽严相济刑事政策，要根据犯罪的具体情况，实行区别对待，做到该宽则宽，当严则严，宽严相济，罚当其罪，打击和孤立极少数，教育、感化和挽救大多数，最大限度地减少社会对立面，促进社会和谐稳定，维护国家长治久安。这是对关于贯彻宽严相济刑事政策总体要求方面的规定。关于宽严相济刑事政策中的从“严”，第六条规定，主要是指对于罪行十分严重、社会危害性极大，依法应当判处重刑或死刑的，要坚决地判处重刑或死刑；对于社会危害大或者具有法定、酌定从重处罚情节，以及主观恶性深、人身危险性大的被告人，要依法从严惩处。在审判活动中通过体现依法从“严”的政策要求，有效震慑犯罪分子和社会不稳定分子，达到有效遏制犯罪、预防犯罪的目的。关于宽严相济刑事政策中的从“宽”，第十四条规定，主要是指对于情节较轻、社会危害性较小的犯罪，或者罪行虽然严重，但具有法定、酌定从宽处罚情节，以及主观恶性相对较小、人身危险性不大的被告人，可以依法从轻、减轻或者免除处罚；对于具有一定社会危害性，但情节显著轻微危害不大的行为，不作为犯罪处理；对于依法可不监禁的，尽量适用缓刑或者判处管制、单处罚金等非监禁刑。关于宽严相济刑事政策中的“相济”，第二十五条规定，主要是指在对各类犯罪依法处罚时，要善于综合运用宽和严两种手段，对不同的犯罪和犯罪分子区别对待，做到严中有宽、宽以济严；宽中有严、严以济宽。笔者认为，对宽严相济之“严”、之“宽”、之“济”三方面可以作如下理解：

1. “严”是指严格、严厉。宽严相济之“严”中的“严格”之意，是指该作为犯罪处理的一定要作为犯罪处理，该受到刑罚处理的一定要受到刑罚处理，这也就是司法上的犯罪化与刑罚化。另一方面，宽严相济之“严”还含有“严厉”之意。这里的严厉主要是指判处较重刑罚，当然是

<sup>①</sup> 参见《两会观察：关注“刑事政策”》，载中国法治网。

指该重而重，而不是指不该重而重，也不是指刑罚过重。<sup>①</sup>

2. “宽”是指从宽、轻缓，可以分为如下五种情形：（1）该轻而轻，即对于那些较为轻微的犯罪，处以较轻的刑种和较短的刑期。这是罪责刑相适应原则的要求，也合乎刑法公正的要求。（2）该重而轻，即所犯罪行较重，但行为人具有坦白、自首、立功或者未成年人身份等法定情节或者退赃、刑事和解等酌定情节的，在本应判处较重之刑的情况下判处较轻之刑。（3）非犯罪化，即对一些轻微的危害社会行为在立法上不作为犯罪规定，如规定为犯罪，在审查起诉阶段作相对不起诉即微罪不起诉处理。（4）非刑罚化，即在认定行为人有罪，应当追究其刑事责任的情况下，对其免除处罚。（5）非监禁化，即对行为人定罪判刑，但不完全限制其人身自由，如对其适用缓刑、管制刑、财产刑或假释等。

3. “济”是指救济、协调与结合之意。因此，宽严相济刑事政策不仅是指对于犯罪应当有宽有严，而且在宽与严之间还应当具有一定的平衡，互相衔接，形成良性互动，以避免宽严皆误结果的发生。换言之，在宽严相济刑事政策的语境中，不能宽大无边或严厉过苛，宽严失当。<sup>②</sup>

## （二）宽严相济刑事政策的界定

### 1. 宽严相济刑事政策与恤刑思想

所谓恤刑是指对罪犯适用刑罚时，应当尽量考虑对其适用较轻的刑罚。只有在较轻的刑种不能保证达到刑罚目的时，才能判处更重的刑种。这就是恤刑思想的核心内容。

在西周时期，法律制度中即有“三赦”之法。三赦是指“一曰幼弱，二曰老耄，三曰蠢愚”，凡此三者皆赦免其罪。《礼记》中也记载，在西周时期：“悼与耄，虽有死罪不加刑焉。”古时人生年八十、九十称为耄，七岁称为悼。到了汉朝，统治者立足于“为政以仁”，强调贯彻儒家矜老恤幼的恤刑思想。公元前141年，汉景帝著令：“年八十以上，八岁以下，及孕者未乳、师、侏儒当鞠系者，颂（言容）系之。”即对年八十岁以上的老人、八岁以下的幼童，以及怀孕未产的妇女、老师、侏儒等，在有罪监禁期间，给予不戴刑具的优待。公元前62年，汉宣帝下诏说：“自今以来，诸年八十以上，非诬告、杀伤人，它皆勿坐。”公元27年，汉光武帝下诏令：“男子八十以上，十岁以下及妇从坐。自非不道，诏所名捕，皆

<sup>①</sup> 陈兴良：《宽严相济刑事政策研究》，载《法学杂志》2006年第1期，第21页。

<sup>②</sup> 陈兴良：《宽严相济刑事政策研究》，载《法学杂志》2006年第1期，第22页。

不得系。”唐朝继承了前述恤刑的刑法思想，而且作了更为具体、明确的规定。宋朝、明朝、清朝都继承了这一恤刑的刑罚思想。<sup>①</sup>可见，恤刑思想在我国有悠久的历史传统。

在我国的刑罚文化传统中，“严刑峻法”、“宽严相济”与“慎刑”是三种并行不悖的主流思想。现阶段，由于社会经济持续稳定发展，社会秩序相对稳定，因而“宽严相济”的刑罚思想逐步占据了主导地位；另一方面，国外的轻刑化刑罚观念也对我国刑法界产生了影响。在这两种刑罚思想的影响下，我国现行刑法对恤刑思想也有了较为充分的体现，如通过设立自首、立功、缓刑、减刑、假释等相关的刑罚制度来体现恤刑的刑罚思想。<sup>②</sup>因此可以说，恤刑思想与宽严相济刑事政策中“宽缓”的精神是一致的。

## 2. 宽严相济刑事政策与“惩办与宽大相结合”

宽严相济刑事政策与“惩办与宽大相结合”的关系问题存在以下三种主张：第一种观点认为，宽严相济不是独立的刑事政策，仅仅是惩办与宽大相结合刑事政策的内容与要求之一。其理由是：新中国成立以来从未在党和国家的正式刑事政策与策略中单独提及过，目前的提法只是中共北京市委及政法委的提法，在我国相对权威的刑事政策学的著作中也未列出。第二种观点认为，宽严相济是惩办与宽大相结合政策的一部分，属于具体的刑事政策。其理由是：惩办与宽大相结合的刑事政策是我国的基本刑事政策，1979年刑法曾在第一条将其作为制定刑法的根据，予以明确规定。从刑事政策学的理论分类来看，基本刑事政策之下，还应有具体刑事政策。因此，宽严相济是惩办与宽大相结合刑事政策的题中之义。第三种观点认为，宽严相济是新世纪对“惩办与宽大相结合”基本刑事政策的替代。其理由是：“惩办与宽大相结合”的政策提法，政治意味太浓郁，意识形态的成分太重。<sup>③</sup>我们不赞同第一种观点，尤其是在第十届全国人大第四次会议“两高”工作报告中强调提出“宽严相济的刑事政策”以后，第一种观点更没有立足的理由。第二种观点尽管有一定道理，但惩办与宽大相结合的刑事政策蕴含着意识形态内容，法律特征和时代特征体现不

① 彭剑鸣：《略论恤刑》，载《贵阳金筑大学学报》2002年6月第2期，第80页。

② 彭剑鸣：《略论恤刑》，载《贵阳金筑大学学报》2002年6月第2期，第81页。

③ 王顺安：《论宽严相济的刑事政策》，载北京市法学会、西南科技大学法学院编：《宽严相济的刑事政策与和谐社会构建学术研讨会论文选编》，2006年5月10日，第22页。

足。在传统话语中,一般认为其内容为:首恶必办,胁从不问,坦白从宽,抗拒从严;立功折罪,立大功受奖。<sup>①</sup>但这些内容有些已经过时,例如抗拒从严,因其与无罪推定原则存在一定抵触,因而已经受到质疑。<sup>②</sup>其他内容也不能完全反映惩办与宽大相结合刑事政策的基本精神。<sup>③</sup>为此,我们赞同第三种观点,以宽严相济取代惩办与宽大相结合。

### 3. 宽严相济刑事政策与“严打”

坚持“严打”方针是党和国家制定的一项重要刑事政策。“严打”刑事政策是指依法从重从快打击严重危害社会治安的犯罪和经济犯罪。它有如下四方面的含义:(1)“严打”的对象是“极少数的严重危害社会治安的犯罪分子”。(2)“严打”是从重惩处,严厉制裁。(3)“严打”是从快办案。(4)“从重”、“从快”以及针对的对象范围必须“依法”进行。实践证明,在严峻的社会治安形势下,通过“严打”惩治严重危害社会治安秩序、破坏社会主义经济秩序的犯罪和其他严重犯罪,对维护社会安定和治安秩序可以起到一定的作用,为现代化建设提供一个稳定的、良好的社会环境。“严打”是社会转型期犯罪形势的要求,是社会治安综合治理和预防犯罪的需要,是许多国家在面临严峻犯罪形势时都采用的办法。但是,“严打”运动式地打击犯罪,会导致忽视平时打击犯罪,而在“严打”没有发挥预期作用的时候又会轻视“严打”;强调“严打”一味从重而偏向于重刑主义,导致严刑峻法,“严打”体现了两极化的刑事政策中“重”的方面而忽视了“轻”的方面;“严打”本来只是综合治理的一个方面,过分重视“严打”就会忽视犯罪预防,使得综合治理只有惩罚而没有预防的内容等方面存在着一些弊端。<sup>④</sup>因此,必须正确处理宽严相济刑事政策与“严打”的关系。一方面,必须坚持“严打”方针不动摇,对严重刑事犯罪依法严厉打击,什么犯罪突出就打击什么犯罪,在稳准狠和及时性上全面体现这一方针;另一方面,必须把“严打”放在宽严相济刑事政策理念的框架里面,“严打”要服从宽严相济的刑事政策。“严打”打击的只是严重犯罪,而非一切犯罪。具体而言,在当前社会治安形势依然严峻、复杂的情况下对于危害国家安全犯罪、恐怖组织犯罪、邪教组织犯罪、黑社

① 马克昌主编:《中国刑事政策学》,武汉大学出版社1992年版,第98页以下。

② 侯宏林:《刑事政策的价值分析》,中国政法大学出版社2005年版,第276~284页。

③ 陈兴良:《宽严相济刑事政策研究》,载《法学杂志》2006年第1期,第20页。

④ 谢望原、卢建平等:《中国刑事政策研究》,中国人民大学出版社2006年版,第619~620页。

会性质组织犯罪、恶势力犯罪、故意危害公共安全犯罪等严重危害国家政权稳固和社会治安的犯罪，故意杀人、故意伤害致人死亡、强奸、绑架、拐卖妇女儿童、抢劫、重大抢夺、重大盗窃等严重暴力犯罪和严重影响人民群众安全感的犯罪，走私、贩卖、运输、制造毒品等毒害人民健康的犯罪，要作为严惩的重点，依法从重处罚。尤其对于极端仇视国家和社会，以不特定人为侵害对象，所犯罪行特别严重的犯罪分子，该重判的要坚决依法重判，该判处死刑的要坚决依法判处死刑。“严打”要把“从重”与“从轻”结合起来，即宽严相济。

#### 4. 宽严相济刑事政策与“轻轻重重”

“轻轻重重”是西方国家普遍盛行的两极化刑事政策。这里的“轻轻”就是对轻微犯罪，包括偶犯、初犯、过失犯等主观恶性不重的犯罪，处罚更轻；“重重”就是对严重的犯罪，处罚较以往更重。<sup>①</sup>也就是说，“轻轻”是指轻者更轻，而“重重”是指重者更重。因此，“轻轻重重”被称为是两极化的刑事政策。这种“轻轻重重”的刑事政策，对轻者与重者加以区分，然后对轻者与重者采取不同的刑事措施，既符合预防犯罪的功利要求，又合乎罪刑均衡的刑法原则，有其合理性。根据“轻轻重重”的刑事政策，在不同犯罪态势下，轻轻与重重又具有不同的侧重。例如，在社会发展较为平稳的时期，更为强调的是“轻轻”刑事政策，即“轻轻重重，以轻为主”。进入20世纪特别是二次世界大战以后，在西方国家刑罚轻缓化成为一种普遍的理想。因此，“轻轻”的刑事政策不再是只包含“轻罪轻刑”这样一种简单的内容，而是包括非犯罪化、非刑罚化、非司法化。这种“轻轻”刑事政策的实行，表明了刑罚人道主义精神，同时也体现了刑事政策从国家本位向社会本位演变的某种征兆。当然，近20年来随着犯罪的大幅度增长，尤其是出于反恐的需要，西方的刑事政策也有所调整，开始从“轻轻重重，以轻为主”向“轻轻重重，以重为主”转向。<sup>②</sup>

我国目前强调的宽严相济的刑事政策，其本身也包含轻与重这两个方面的内容，但并非完全等同于“轻轻重重”的两极化刑事政策，而是强调轻重的区别对待，即轻者该轻，重者该重。

<sup>①</sup> 杨春洗主编：《刑事政策论》，北京大学出版社1994年版，第397页。

<sup>②</sup> 陈兴良：《宽严相济刑事政策研究》，载《法学杂志》2006年第1期，第20~21页。



### （三）宽严相济刑事政策对老年人刑罚制度的影响

世界各国对老年人的年龄界线规定不一，但大多数国家都认同以60周岁为界，我国也基本采用这一标准，60岁以上的称为老年人。至2010年6月，我国60岁以上老年人口已达1.67亿，<sup>①</sup>约占总人口的12.8%。预计到2015年，我国60岁以上老年人口将达到2.16亿，约占总人口的16.7%，年均净增老年人口800多万，超过新增人口数量。<sup>②</sup>按照国际通行定义，我国已处于老龄化国家的行列。因此，对老年人的刑罚制度问题不能不引起重视。老年人的精神和身体方面趋向衰退，感官功能逐步降低，社会交往较少，对外界事物反应较为迟钝，情感相对单调、孤独，兴趣范围比较狭小，身心活动能力也比较差，时常表现为以自我为中心、固执、偏狭，甚或表现出幼稚，与儿童心理有些相似。俗称“老小孩”就是指的这种现象。这样，就使得他们辨认和控制自己行为的刑事行为能力和刑事责任能力逐渐减弱。可见，老年人与未成年人的刑事行为能力和刑事责任能力有相同的地方，即都是“弱”。不同的是，前者表现为由完全的刑事行为能力和刑事责任能力因年老而逐渐减弱，后者表现为因未成年而尚未完全形成。因此，无论是在非犯罪化方面，抑或是量刑和行刑方面，法律对老年人应当与未成年人有着相同或相似的宽宥。

《最高人民法院关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》第二十一条规定，对于老年人犯罪，要充分考虑其犯罪的动机、目的、情节、后果以及悔罪表现等，并结合其人身危险性和再犯可能性，酌情予以从宽处罚。根据这一从宽处罚的精神，《刑法修正案（八）》第一条增设了对犯罪时已满75周岁的人从轻或者减轻处罚的规定，作为刑法第十七条之一。之所以增加有关规定，主要有如下理由：

1. 就刑法意义上辨认和控制自己行为的能力而言，一个人不仅随着年龄的增长而刑事责任能力逐渐形成和发展，而且到了老年阶段，该责任能力还有一个不断减弱，乃至衰竭的过程，老年人对其犯罪行为的刑事责任承担理应与青壮年人有所不同。

2. 从现代刑罚目的的角度来看，犯罪的老年人，除难以改造的累犯和惯犯外，一般其社会危害性较小，再加上其行为能力弱等因素，再犯的可能性较小，人身危险性小，刑罚的特殊预防目的完全可以通过其他方式达

<sup>①</sup> 李红梅：《我国一半60岁以上老人“空巢”》，载人民网。

<sup>②</sup> 《民政部长李立国：2015年60岁以上老人将达2.16亿》，载人民网。

到。同时对老年人适用过于严厉的刑罚，既不能起到威慑社会上不稳定分子的作用，也很难获得公众的理解和支持，刑罚的一般预防效果也并不理想。

3. 由于犯罪的老年人年事已高，他们再次实施犯罪的可能性降低，其人身危险性要明显小于青少年和成年人。在司法实践中，为了体现区别对待的原则，有必要对老龄犯罪人从宽处罚，这也是宽严相济刑事政策的应有之意和必然要求。

#### （五）修改的过程和内容

根据宽严相济的刑事政策，在从严惩处严重犯罪的同时，应当进一步完善刑法中从宽处理的法律规定，以更好地体现中国特色社会主义的文明和人道主义，促进社会和谐。经有关部门共同研究，《刑法修正案（八）（草案）》第一条在刑法中增加规定：在刑法第十七条后增加一条，作为第十七条之一：“已满七十五周岁的人故意犯罪的，可以从轻或者减轻处罚；过失犯罪的，应当从轻或者减轻处罚。”

就是否规定老年人从宽处罚的问题，全国人民代表大会法律委员会在对草案上述内容进行审议时，许多常委委员赞成对老年人犯罪从宽处理。但也有些常委委员不赞成对老年人故意犯罪从轻、减轻处罚，建议区分不同情况，只对过失犯罪的予以从宽处理，将修正案条文修改为“已满七十五周岁的人过失犯罪的，应当从轻或者减轻处罚”。有的委员建议不区分故意犯罪与过失犯罪，直接规定：“老年人犯罪的，可以从轻或者减轻处罚。”有的地方和单位建议，对于老年人犯罪可一律从轻或者减轻处罚，不再区分故意和过失；对过失犯罪的，增加免除处罚的规定。有的单位建议，增加老年人犯罪从宽处罚的幅度，在“从轻或者减轻”后增加“免除处罚”。有的单位提出，老年人所犯过失犯罪很少，仅对其过失犯罪从宽处罚实际意义不大，建议增加规定对老年人故意犯罪的，可以从轻处罚。

关于本条中所涉及的老年人的年龄标准，全国人民代表大会法律委员会部分委员建议将其进一步放宽到70周岁。理由是，75周岁以上老年人犯罪的案件在司法实践中极少，把老年人犯罪的年龄界定在75周岁，没有普遍性；治安管理处罚法等法律都是以70周岁作为界限的；国外的相关规

定对老年人犯罪的年龄也多界定为70周岁。<sup>①</sup>有的地方和单位建议,将本条的“七十五周岁”修改为“七十周岁”,这样更能体现矜老恤幼的传统和保护人权的理念。

全国人民代表大会法律委员会第二次审议稿、第三次审议稿及2011年2月25日第十一届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议通过的《刑法修正案(八)》第一条与草案内容一致,即规定:在刑法第十七条后增加一条,作为第十七条之一:“已满七十五周岁的人故意犯罪的,可以从轻或者减轻处罚;过失犯罪的,应当从轻或者减轻处罚。”主要原因在于坚持和贯彻宽严相济的区分对待原则,将故意犯罪与过失犯罪的情形规定了不同的处罚原则。另外,根据世界卫生组织(WHO)公布的《2008年世界卫生组织报告》,2008年我国男性平均寿命70岁,女性平均寿命74岁,人均寿命72岁。世界卫生组织公布的2010年版世界保健统计指出,中国的人均寿命为73.8岁(2010年版的世界卫生统计是根据2008年的各项数据调查结果)<sup>②</sup>。考虑到我国平均寿命的年龄已达到72岁,以及我国的实际退休年龄,保留了草案中75周岁的年龄界线。

#### (六) 修改的意义

通过本条的规定,将对老年人从宽处罚的刑事政策法定化、规范化,使司法实践有法可依,便于司法部门操作。本条规定体现区别对待的宽严相济刑事政策的核心内容,将故意犯罪与过失犯罪区别对待,故意犯罪采用得减主义,过失犯罪采用必减主义;将老年人犯罪与未成年人犯罪区别对待,后者一律采用必减主义,前者兼用得减主义和必减主义。本条规定实现了75周岁以上的老年人犯罪与未成年人犯罪在刑罚问题上的立法平等,皆给予从宽处罚。

### 二、对修改内容的理解和适用

#### (一) 关于“七十五周岁”年龄界线的理解与适用

在认定宽宥对象“老年人”的最低年龄“七十五周岁”时,应将其与社会学意义上的“老年人”的起始年龄相区别。我国民政部门公布的数据

<sup>①</sup> 在刑法和刑事诉讼法中关于老年人的年龄界定,有的国家规定,70周岁以上的为老年人(荷兰、墨西哥、巴西、土耳其、菲律宾、法国);有的规定65岁以上(俄罗斯、哈萨克斯坦);有的规定男60岁以上(蒙古、罗马尼亚)、女55岁(罗马尼亚)或50岁以上(蒙古)。我国台湾地区规定80岁以上。

<sup>②</sup> 载世界卫生组织网站: [http://gamapserver.who.int/gho/interactive\\_charts/mbd/life\\_expectancy/atlas.html](http://gamapserver.who.int/gho/interactive_charts/mbd/life_expectancy/atlas.html); [http://www.who.int/whosis/whostat/ZH\\_WHS10\\_Full.pdf](http://www.who.int/whosis/whostat/ZH_WHS10_Full.pdf)。

显示，一般称六十周岁以上的人为老年人，本条规定“七十五周岁”以上的老年人，是刑法意义上的老年人概念。鉴于中国人均寿命已达到72岁，法定的一般退休年龄是男性60岁，女性55岁，加之老年人犯罪率比较低，所以，作为宽宥对象的“老年人”的起始年龄应高于退休年龄和人均寿命，以75周岁比较适宜，且对男性女性应同样对待。

### （二）关于“可以从轻或者减轻处罚”的理解与适用

一般情况下，人进入老年阶段以后，由于生理方面的原因，刑事责任能力会有所减弱；而另一方面，老年人却有着丰富的阅历和社会知识，可以弥补体力方面的不足。因此，根据本条规定，对已满75周岁的故意犯罪人的刑事责任承担上是“可以从轻或者减轻处罚”，也就是说并非对每一个已满75周岁的故意犯罪人都一律从轻或减轻处罚。究竟是否从宽处罚，或者说是否该从轻还是减轻，应结合个案，根据犯罪行为的性质、情节和社会危害程度等因素确定。就立法倾向而言，一般先考虑从轻或减轻处罚，除非犯罪行为的性质严重、情节恶劣、社会危害程度较大等，才对此类行为人不予以从轻或减轻处罚。在故意犯罪的情况下，与未成年人故意犯罪的处罚原则是有区别的。根据刑法第十七条第三款的规定，对已满14周岁不满18周岁的人犯罪（包括故意和过失），不是“可以”而是“应当”从轻或者减轻处罚，不存在不从轻或不减轻处罚的情形。

### （三）关于“应当从轻或者减轻处罚”的理解与适用

对于已满75周岁的过失犯罪人的刑事责任，本条规定“应当从轻或者减轻处罚”，但不能免除处罚。一方面，这是由过失犯罪主观恶性相对不深的性质所决定的；另一方面，已满75周岁的老年人认识和控制自己行为性质和后果的能力较青壮年有所减弱，其刑事责任亦相应较轻。在过失犯罪的情况下，与已满14周岁不满18周岁的人犯罪的处罚原则是相同的，都是“应当从轻或者减轻处罚”。

## 三、需要注意的问题

### （一）关于已满75周岁年龄的认定

在以往的司法实践中，由于没有将“已满七十五周岁”的年龄作为量刑情节，对老年犯罪嫌疑人、被告人年龄的认定争议不大，一般采用户籍年龄。在此应当说明，公安部门出具的户籍证明要求加盖户口专用章，从人口信息网上下载的《人口信息登记表》不符合要求，因为此信息未必是最新和真实的，不能真实地反映老年犯罪嫌疑人、被告人的身份状况。《刑法修正案（八）》生效以后，由于“已满七十五周岁”成为法定的量

刑身份，难免对是否已满 75 周岁的问题上引起争议，应当引起我们的注意，积极寻求司法对策。

过去，犯罪嫌疑人、被告人及其辩护人或近亲属对年龄是否达到 18 周岁往往会引起争议，对年满 18 周岁的户籍年龄提出质疑，并提供本人出生证明、邻里同龄小孩的身份证明等相关证据材料。有的借助骨骼年龄的鉴定结论认定实际年龄，如被告人刘某伙同他人于 2004 年 6 月至 8 月，先后四次在湖南娄底火车站停留的货物列车上盗窃铁路运输物资，共价值人民币 4968 元。根据湖南省体育科学研究所出具的骨龄鉴定结论，认定刘某犯罪时未满 18 周岁，对其从轻处罚，以盗窃罪判处刘某拘役五个月，并处罚金人民币 500 元。宣判后，刘某没有提出上诉，公诉机关亦未抗诉。

在审查老年人是否已满 75 周岁的问题上，鉴于老年人年事已高，出生证明等相关材料较难取得，如果发生争议，尽一切手段仍无法查实的情况下，完全有必要借助骨骼年龄的鉴定结论认定老年人的实际年龄。所谓骨骼年龄，简称骨龄，即是骨骼发育进程的年龄描述，代表了特定正常人体骨骼发育的一般状态。由于人的骨骼发育与人的生理成熟程度密切相关，所以骨龄可以反映人体发育的生理成熟程度，是评价人体生理成熟程度的重要指标。一般情况下，通过人体的肩、肘、腕、髌、膝、踝六大关节 X 光线片上所示的骨骼发育情况，运用科学的测评方法，可以比较准确地推断个体年龄。骨龄鉴定的科学性在于其是通过鉴定对象的骨骼发育情况来判断行为人的实际年龄，而行为人的骨骼发育情况难以造假，因而鉴定结论较为可靠。但是，人的生长发育受遗传因素影响，不同的人发育规律不尽一致，同时，营养水平、饮食习惯、气候环境、人文环境等多种因素也决定了不同的人在同一年龄阶段的骨骼发育状况可能也不完全相同，因此，骨龄与实际年龄也许会产生一定的误差。就因为如此，各鉴定机构都比较注意这个问题，在进行骨龄鉴定时一般都考虑到误差因素，得出的结论往往都注明了误差的范围而非固定的绝对值，为审查判断提供了时段性空间。因此，对于骨龄鉴定结论的审查判断，应当注意从以下几个方面把握：

1. 注意审查鉴定机构、鉴定人员的资质。骨龄鉴定结论属于一种科学证据，只有具有相应专门科学知识的人才能运用自身的知识作出判断，得出相应的结论。因此，从事骨龄鉴定的机构和从业者必须具备相应资格。否则，鉴定结论不予认可。

2. 结合被告人供述等其他证据进行判断。由于骨龄鉴定不能得出确定

唯一的结论，在审查判断时应参考犯罪嫌疑人、被告人的供述等，可能的情况下，还应调取学历登记、父母、亲戚、邻居等的证言，综合参考判断。

3. 注意鉴定时间与犯罪时间的差异。对老年犯罪嫌疑人、被告人进行骨龄鉴定的时间一般是在其被抓获后或审查起诉阶段，抑或法庭审理过程中，但无论在哪个时间进行鉴定，得出的结论都是被鉴定时的骨龄，与实施犯罪行为时的骨龄有时间上的间隔，因此，应根据鉴定结论推断犯罪时的年龄。

4. 要酌情考虑骨龄鉴定的误差因素。如果骨龄鉴定得出被鉴定人的年龄上限接近75周岁，而老年犯罪嫌疑人、被告人供述犯罪时已满75周岁，以及鉴定结论下限接近75周岁、上限超过75周岁的，应按照有利于被告人的原则，认定行为人犯罪时已满75周岁。<sup>①</sup>

（二）对《刑法修正案（八）》施行时已满75周岁的人实施犯罪的判决尚未生效案件或者施行后受理案件的处理

“法不溯及既往”是原则，而在新法有利于行为人时溯及既往适用为例外，逐渐成为国际社会刑事立法的通例。根据刑法第十二条第二款的规定，“本法施行以前，依照当时的法律已经作出的生效判决，继续有效。”此处“本法”指现行刑法。《刑法修正案（八）》是对现行刑法的修正，所以“本法”自然包括《刑法修正案（八）》。在《刑法修正案（八）》施行以前，依照当时的法律对已满75周岁的人已经作出的生效判决，继续有效。也就是说，《刑法修正案（八）》对其生效以前的已满75周岁的人实施的犯罪行为不发生效力，即不溯及既往。但是，《刑法修正案（八）》对其施行时已满75周岁的人实施犯罪的判决尚未生效的案件，以及施行前发生而在施行后发现和处理的犯罪行为均具有溯及力，这是因为《刑法修正案（八）》第一条暨修正后刑法第十七条之一，对已满75周岁的人犯罪作出了从宽处罚的规定，而修正前刑法没有作出相关规定。

在此，应当指出的是，《刑法修正案（八）》第一条对已满75周岁的人故意犯罪规定的是“可以从轻或者减轻处罚”，在考量此类行为人的行为性质、情节和危害程度等以后，决定对其不从轻或减轻处罚的时候，尽管依据修正前后刑法对行为人都没有从轻或减轻处罚，仍然要适用修正后

<sup>①</sup> 杨才清：《骨龄鉴定能否作为认定被告人年龄的依据——长沙铁路运输法院判决刘某盗窃案》，载最高人民法院网。

刑法即修正后刑法第十七条之一，理由是《刑法修正案（八）》即修正后刑法第十七条之一的规定轻于修正前刑法。

### 【条文内容】

二、在刑法第三十八条中增加一款作为第二款：“判处管制，可以根据犯罪情况，同时禁止犯罪分子在执行期间从事特定活动，进入特定区域、场所，接触特定的人。”

原第二款作为第三款，修改为：“对判处管制的犯罪分子，依法实行社区矫正。”

增加一款作为第四款：“违反第二款规定的禁止令的，由公安机关依照《中华人民共和国治安管理处罚法》的规定处罚。”

### 【条文主旨】

本条的修改内容主要有以下三点：其一，增加规定对判处管制的犯罪分子，可以同时适用禁止令；其二，规定对判处管制的犯罪分子依法实行社区矫正；其三，增加规定对管制执行期间违反禁止令的犯罪分子予以治安处罚。

### 【理解与适用】

#### 一、修改的背景、内容和意义

##### （一）修改的背景

1. 新时期贯彻落实宽严相济刑事政策、创新社会管理、化解社会矛盾，迫切要求修改完善管制刑立法。

管制刑作为一种不关押犯罪分子的轻刑，是犯罪人在当地群众的监督下进行改造，并可获得一定报酬的刑罚种类，是我国主刑中唯一的非监禁刑。管制刑是我国的一种独创，具有明显的开放性和社会性特色，虽然设立时间不长，但它与我国的社会制度联系紧密，同时也符合现代刑罚的发展方向。与其他刑罚种类相比，管制刑独特的优势在于：一是它能充分发挥社会力量的作用，吸收民众参与刑罚执行，使罪犯受到广大群众一定期限的监督，体现司法民主；二是使罪犯的服刑活动与其正常工作大致接近，罪犯在服刑过程中与群众共同劳动，并可获得一定报酬，这与犯罪人平常工作差异不是太大，便于犯罪分子更快更好地融入社会。我国长期的司法实践已经证明，管制具有许多其他的方法和刑罚所不能代替的优点，能够充分体现刑罚经济、区别对待、行刑社会化等原则，符合刑罚的发展

方向，是宽严相济刑事政策的重要体现，它理应在今后同犯罪作斗争中日益发挥其独特的作用，理应在立法和司法实践中适当扩大使用，更充分地发挥其在惩罚与改造罪犯过程中的作用。

但是，随着我国经济、社会的发展，原有的管制制度在立法和执行中逐渐显现出一些弊端，影响了管制刑的实际使用。在内容上，对被管制罪犯设定的义务过于笼统，缺乏因人而异的针对性；在执行上，原有的制度也跟不上时代的步伐。特别是近十多年以来，城市化进程日益加快，沿海与内地、中心地区与边远地区的差异日益增大，跨地区、跨行业的经济流转和人员大流动，给管制刑的执行带来极大的困难，加上有的地方公安机关的警力不足，又没有专门人员对管制刑罪犯监督管理，出现管制犯的监督失控。对管制刑罪犯的判决，有的地方实际上等于一纸空文，使得管制实际上成为“不管不制”，使罪犯得不到应有的惩罚。因此，有的人民法院干脆就不使用这一刑罚种类，这也是管制刑在审判实践中极少运用的根本原因。

因此，对管制的法律规定进行修改完善，是宽严相济刑事政策在立法和执法领域的进一步贯彻落实，是新时期创新社会管理、化解社会矛盾的必然要求。

2. 社区矫正试点工作在全国铺开，取得明显成就，为管制执行机构的转变奠定基础。

社区矫正是将被判处管制、被宣告缓刑、被暂予监外执行、被裁定假释等符合条件的罪犯置于社区内，由专门的国家机关（社区矫正机构）在相关社会团体、民间组织和社会志愿者的协助下，在判决、裁定或决定确定的期限内，对罪犯进行教育矫正、监督管理、帮困扶助，促进其顺利回归社会的活动。在社区矫正工作开展以前，根据刑法和刑事诉讼法的规定，被判处管制、暂予监外执行的罪犯由公安机关执行。被宣告缓刑、裁定假释的罪犯，由公安机关负责考察和监督。实践中，一般由公安派出所承担具体工作。随着社会的发展，派出所承担的任务繁重，警力受到限制，有时难以对这些人实施有效监管，对维护社会治安和罪犯的改造不利。为解决实践中的问题，2003年7月，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合下发《关于开展社区矫正试点工作的通知》，确定北京、天津、上海、江苏、浙江、山东为社区矫正工作的试点省市，社区矫正试点工作正式启动。2004年，社区矫正工作被纳入中央司法体制和工作机制改革范围。此后，社区矫正试点范围逐步扩大。2009年10月，



最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合下发《关于在全国试行社区矫正工作的意见》，在全国全面试行社区矫正工作。截至2009年11月底，社区矫正工作已在全国27个省（区、市）的218个地（市）、1336个县（市、区）、15123个乡镇（街道）展开，各地累计接管社区矫正人员400819人，累计解除矫正200669人，正在接受社区矫正的人员200150人。自开展社区矫正工作以来，接受社区矫正的人员在矫正期间重新犯罪累计仅有714人，占接受社区矫正总人数的0.18%。社区矫正工作收到良好效果，为维护社会稳定发挥了应有作用。

### 3. 修改刑法过程中对管制、缓刑、假释犯罪分子实行社区矫正的激烈争论

本次修改刑法，对判处管制、宣告缓刑以及裁定假释的罪犯依法实行社区矫正，删去了刑法原管制、缓刑、假释由公安机关执行、考察、监督的规定。其中关于管制，第三十八条原第二款作为第三款，并将原条文内容“被判处管制的犯罪分子，由公安机关执行”修改为：“对判处管制的犯罪分子，依法实行社区矫正”。

关于目前是否改变执行、考察机关，将管制、缓刑、假释统一纳入社区矫正的问题，是本次刑法修改过程中争议的焦点之一。针对将上述人员纳入社区矫正的修法草案，反对的意见主要有：（1）我国幅员辽阔，各地群众居住情况不同，特别是在新疆、西藏、内蒙古等牧区，牧民多具流动性，且居住地比较分散，在牧区实行社区矫正有一定的困难；（2）社区矫正工作2009年才在全国试行，制度正在建立，还不完善，国家关于社区矫正的专门立法还未出台，社区矫正机构的主管部门也不明确，社区矫正工作机构、工作制度等还需要进一步落实；（3）目前基层组织的管理能力都还比较弱，社区矫正组织在很多地方还没有建立起来，其他社区组织包括基层司法所也根本管不了，对几类人的监督管理主要还是要靠派出所；（4）重点人口管理属于公安派出所工作的重要内容，社区矫正制度如何建立，如何处理好各部门之间的职责和关系，情况很复杂，但无论怎么规定，公安派出所还是要负有责任的，刑法删去由公安执行的规定，容易让人理解此事不再让公安机关管了；（5）社区矫正不是简单的刑罚执行问题，实践中的一些做法也不是很妥当，如果只是在刑法中笼统规定“实行社区矫正”，可能会被滥用，甚至形成群众专政；（6）社区矫正工作正在各地进行试点，但进展不够平衡，还需要在总结经验的基础上进行规范，由于目前条件不成熟，建议先从立法、组织机构建设上加快社区矫正制度

的构建，不急于在刑法中规定将公安机关的部分职责交由社区矫正。

对这个问题，中央政法委员会、最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部等方面研究提出的意见是，社区矫正是对部分罪犯刑罚执行方式的重要改革，通过在部分地方试点，到目前已在全国推开试行，实践证明是可行的，社会效果也是好的。有关方面和部分人大常委会委员们在审议中提出的上述问题在工作中确实存在，有关司法机关将通过进一步加强工作配合与衔接，防止这种情况的发生，立法草案中关于对判处管制、宣告缓刑以及裁定假释的罪犯依法实行社区矫正的规定可不再作修改。全国人大法律委员会经研究，也建议对有关社区矫正的规定不再作修改，同时，为保证这一规定的有效实施，建议有关部门抓紧推进社区矫正工作和社区矫正法的起草，并注意加强工作层面的配合与衔接，做好对被判处管制、缓刑以及假释的犯罪分子的监督管理。

### （二）修改的内容

本条的修改内容主要有以下三点：

一是对判处管制的犯罪分子，在刑罚执行期间，除了要履行刑法第三十九条规定的义务之外，又增加了根据具体犯罪情况，同时禁止犯罪分子从事特定活动，进入特定区域、场所，接触特定的人的法定义务。

二是规定了对判处管制的犯罪分子，依法实行社区矫正，从而改变了管制的执行机关，原来由公安机关执行的管制，今后将改为由社区矫正机构执行；

三是对应新规定的禁止性义务，增加了对管制执行期间违反禁止令的犯罪分子给予治安处罚的规定。

### （三）修改的意义

本次对规定了管制的期限与执行机关的刑法第三十八条，在内容上进行了三个方面的修改，均有进步意义：

#### 1. 管制的内容更具体、更有针对性，更容易操作，更具约束力

对判处管制的犯罪分子，在刑罚执行期间，增加了同时禁止犯罪分子从事特定活动，进入特定区域、场所，接触特定的人的法定义务，以及对违反禁止令的犯罪分子给予治安处罚的规定，这使得管制的内容更加具体、更有针对性，更容易操作，更具约束力，不但能够最大限度地预防管制犯再次犯罪，而且加大了对其居住社区和被害人、证人等相关利害关系人的防护力度。

## 2. 是便于民众参与监督，促进犯罪分子融入社会的重要的司法改革成果

近几年来社区矫正试点工作在全国范围内逐渐铺开，并且正在加快建设，今后，社区矫正的人员、机构、管理机制都将进一步规范、完善。以此为基础，本次修改规定了对判处管制的犯罪分子，依法实行社区矫正，这是一项重要的司法改革成果，便于吸收民众参与监督，也使罪犯的服刑活动与其正常工作、生活大致接近，促进犯罪分子更快更好地融入社会。

## 3. 在一定程度上解决了管制刑执行难问题

过去，管制主要由户籍所在地公安机关执行，因跨地区人员流动频繁，且很多地方公安机关警力不足，没有专门警力对管制刑罪犯的监督和管理，造成管制的执行困难。本次修改，将管制的执行由原来的公安机关执行改为主要由具有专门监管职责的、犯罪分子居住社区的社区矫正机构执行，在一定程度上解决了管制刑执行难问题，对人民法院放心地正确适用管制刑也起到了较大的促进作用。

## 二、对修改内容的理解和适用

### （一）对“禁止犯罪分子在执行期间从事特定活动”的理解和适用

#### 1. 特定活动禁止令的具体内容

本次修改刑法第三十八条，增加了“判处管制，可以根据犯罪情况，同时禁止犯罪分子在执行期间从事特定活动”的内容，这指的是人民法院在判处管制时，可以综合考虑犯罪分子的犯罪事实、性质、情节、对社会危害的程度及犯罪分子的个人情况、认罪悔罪表现等情况，同时判令禁止犯罪分子在管制执行期间从事下列一项或若干项特定活动。《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部关于对判处管制、宣告缓刑的犯罪分子适用禁止令有关问题的规定（试行）》（以下简称《规定》）对禁止的具体内容作出了规定，即“（一）个人为进行违法犯罪活动而设立公司、企业、事业单位或者在设立公司、企业、事业单位后以实施犯罪为主要活动的，禁止设立公司、企业、事业单位；（二）实施证券犯罪、贷款犯罪、票据犯罪、信用卡犯罪等金融犯罪的，禁止从事证券交易、申领贷款、使用票据或者申领、使用信用卡等金融活动；（三）利用从事特定生产经营活动实施犯罪的，禁止从事相关生产经营活动；（四）附带民事赔偿义务未履行完毕，违法所得未追缴、退赔到位，或者罚金尚未足额缴纳的，禁止从事高消费活动；（五）其他确有必要禁止从事的活动”。最后一项“其他确有必要禁止从事的活动”是兜底条款，根据案件实际情况确定，比

如，可以考虑：

（1）驾驶机动车从事犯罪活动的，禁止驾驶机动车（这里并不是指因违章驾驶机动车而犯罪，而是指驾驶机动车从事其他犯罪。对于违章驾驶问题，道路交通安全法第一百零一条规定对违章驾驶构成犯罪的，除依法追究刑事责任外，“由公安机关交通管理部门吊销机动车驾驶证”，“造成交通事故后逃逸的，由公安机关交通管理部门吊销机动车驾驶证，且终生不得重新取得机动车驾驶证”。）

（2）酗酒成性、酒后犯罪的，禁止过量饮酒或滥用含酒精的饮料、食品。

（3）滥用麻醉品后犯罪的，禁止滥用麻醉品或类似药物。

（4）生产、销售某种伪劣商品犯罪的，禁止从事该种商品的生产、销售活动。

## 2. 适用特定活动禁止令时应注意的问题

禁止令具体内容的确定应当具有针对性，考虑禁止令的具体内容与犯罪分子的犯罪原因、犯罪性质的关联性。所谓“特定活动”，一般是与原犯罪行为相关联的活动，如与操纵证券、期货交易价格罪相关的炒股活动，与实施证券犯罪、贷款犯罪、票据犯罪、信用卡犯罪等犯罪相关的证券交易、申领贷款、使用票据或者申领、使用信用卡活动等等。

对尚有附带民事赔偿义务未履行完毕，或者违法所得未追缴、退赔到位，或者罚金尚未足额缴纳的犯罪分子，禁止其从事高消费活动，有助于维护被害人的合法权益，维护裁判的权威性，同时也能敦促犯罪分子积极改造，悔过自新。最高人民法院发布的《关于限制被执行人高消费的若干规定》，对“高消费活动”的概念作了较为明确的规定，司法实践中能够准确把握。

### （二）对“禁止进入特定区域、场所”的理解和适用

#### 1. 特定区域、场所禁止令的具体内容

《规定》中规定：“人民法院可以根据犯罪情况，禁止判处管制、宣告缓刑的犯罪分子在管制执行期间、缓刑考验期限内进入以下一类或者几类区域、场所：（一）禁止进入夜总会、酒吧、迪厅、网吧等娱乐场所；（二）未经执行机关批准，禁止进入举办大型群众性活动的场所；（三）禁止进入中小学校区、幼儿园园区及周边地区，确因本人就学、居住等原因，经执行机关批准的除外；（四）其他确有必要禁止进入的区域、场所。”最后一项“其他确有必要禁止进入的区域、场所”是兜底条款，根

据案件实际情况确定，比如，可以禁止惯常晚间外出作案的犯罪分子在晚间离开其居所。

## 2. 适用特定区域、场所禁止令时应注意的问题

“特定的区域、场所”的具体情形应当具有针对性，一般是指原犯罪的区域、场所或者诱发被告人走上犯罪道路的场所、区域，如与寻衅滋事，猥亵、侮辱妇女，组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫，制作、贩卖、传播淫秽物品，贩卖毒品，强奸，赌博，组织、领导、参加黑社会性质组织等犯罪有关的娱乐场所等。

将举办大型群众性活动的场所列为可禁止进入的区域、场所，防止犯罪分子在此实施寻衅滋事等犯罪。根据《大型群众性活动安全管理条例》第二条的规定，大型群众性活动是指法人或者其他组织面向社会公众举办的每场次预计参加人数达到1000人以上的体育比赛、演唱会、音乐会等活动。

将中小学校区、幼儿园园区及周边地区列为可禁止进入的区域、场所，防止犯罪分子在中小学校区、幼儿园园区及周边地区实施敲诈勒索、寻衅滋事等违法犯罪活动。结合《中小学幼儿园安全管理办法》等规定，司法实践中，中小学校区、幼儿园园区的周边地区的范围应把握在中小学校区、幼儿园园区周围200米范围内。

司法实践中对于判处管制、宣告缓刑的犯罪分子禁止进入特定区域、场所的，需要根据案件的具体情况，选择适用具体的禁止进入的区域、场所，不宜抽象地禁止进入某类或者某几类场所。例如，犯罪分子在夜总会强制猥亵妇女的，根据犯罪情况确有必要适用禁止令的，可以禁止其进入夜总会，并非一定要禁止其进入娱乐场所这一类场所。

## （三）对“禁止接触特定的人”的理解和适用

### 1. 特定人禁止令的具体内容

《规定》中规定：“（一）未经对方同意，禁止接触被害人及其法定代理人、近亲属；（二）未经对方同意，禁止接触证人及其法定代理人、近亲属；（三）未经对方同意，禁止接触控告人、批评人、举报人及其法定代理人、近亲属；（四）禁止接触同案犯；（五）禁止接触其他可能遭受其侵害、滋扰的人或者可能诱发其再次危害社会的人。”最后一项是兜底条款，根据案件实际情况确定，比如，对于侵犯儿童的管制犯，可以禁止其与非本人近亲属的幼女或儿童接触。

## 2. 适用特定人禁止令时应注意的问题

适用特定人禁止令，应主要针对如下两类人员设定“特定的人”的具体范围：

一类是与原犯罪相关联，犯罪分子可能侵害的人员，实践中主要包括被害人、证人、控告人、批评人、举报人，以及上述人员的法定代理人、近亲属。同时，为了给犯罪分子创造表达悔过、争取谅解的机会，有利于化解社会矛盾，修复社会关系，在经被害人、证人、控告人、批评人、举报人等有关人员的同意后，可以接触。禁止接触上述人员，仅限于“未经对方同意”的情形。

另一类是可能对犯罪分子产生不良影响，诱发其再次犯罪的人员。例如，考虑到犯罪分子接触同案犯，不利于教育矫正，实现特殊预防，将同案犯列为可禁止接触的对象；又如，因贩卖毒品、非法持有毒品被判处管制、缓刑的，可禁止其故意接触吸毒人群、有毒品犯罪前科的人；再如，因盗窃被判处管制、缓刑的，可禁止其故意接触有抢劫、盗窃、诈骗、抢夺和掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益犯罪前科的人。

### （四）人民法院作出禁止令有关原则及程序等问题

为避免各地法院尺度不一，出现五花八门的不适当的禁止令，有必要对禁止令适用原则及程序性问题作出规定。

#### 1. 禁止令应根据犯罪情况在“确有必要”的情况下作出，防止滥用

根据刑法新的规定，对管制犯、缓刑犯是“可以”而非“应当”适用禁止令。人民法院作出禁止令，应当综合考虑犯罪分子的犯罪事实、性质、情节、对社会危害的程度及犯罪分子的个人情况、认罪悔罪表现等，判断其有无再次危害社会，包括滋扰、侵害被害人、证人等的可能；应当从是否有利于促进犯罪分子教育矫正和有效维护社会秩序两个角度予以考量，只有在确有必要的前提下，才作出禁止令。

#### 2. 禁止令具体内容与犯罪分子所犯罪行应有关联性

根据犯罪分子的犯罪原因、犯罪性质等有针对性地确定禁止令的具体内容。如犯罪分子是因长期在网吧上网，形成网瘾，进而走上犯罪道路的，可考虑对其适用禁止进入网吧的禁止令；反之，则不宜作出这样的禁止令。

#### 3. 作出禁止令应考虑维护犯罪分子的基本生活条件

鉴于判处管制、宣告缓刑的犯罪分子罪行较轻，人民法院作出禁止令，应考虑维护其基本生活条件，既要有利于预防犯罪，保护被害人、证

人等相关人员，维护居住社区安定，又要有利于教育改造犯罪分子，促使其尽快融入社会。

#### 4. 能否同时包括多项禁止性内容

人民法院作出禁止令，可以单独或同时适用禁止犯罪分子在管制执行期间和缓刑考验期内从事特定活动，进入特定区域、场所，接触特定的人。

#### 5. 禁止令的期限

禁止令的期限可以与管制执行期限及缓刑考验期相同，也可以更短。但判处管制的，禁止令的期限最短不得少于三个月，宣告缓刑的，禁止令的期限最短不得少于二个月。适用禁止令，从管制、缓刑执行之日起计算。判处管制的犯罪分子在判决执行以前先行羁押以致管制执行的期限少于三个月的，适用禁止令不受上述最短期限的限制。

禁止令的期限之所以可以等于、也可以短于管制期间、缓刑考验期限，是因为具体案件情况复杂，如有的案件中，犯罪人与被害人、证人等特定人员存在一定亲属关系，若规定禁止令的期限须一律与管制期间、缓刑考验期限相同，则意味着要在较长时间禁止犯罪人与相关人员的接触，可能并不利于双方关系的融合，不利于社会和谐。

禁止令应当设置一个最短期限底线。禁止令的期限如果过短，如仅为一天，一则会失去实际意义，二则也有损裁判的严肃性。考虑到管制与缓刑考验期的最短期限分别为三个月和二个月，因此对管制犯、缓刑犯适用禁止令的最低期限分别限定为三个月、二个月为宜。另外，虽然拘役的缓刑考验期最短为二个月，而有期徒刑的缓刑考验期最短为一年，但考虑到对有期徒刑缓刑犯也可能没有必要适用一年以上的禁止令，故对拘役缓刑犯和有期徒刑缓刑犯的禁止令期限不必细分，一律设置为两个月以上为宜。

司法实践中可能存在管制犯判决执行以前先行羁押的刑期折抵引起的禁止令期限无法达到三个月的最短期限要求的现象。例如，判决执行以前先行羁押一个月，现被判处管制三个月，折抵后只需执行管制一个月，故禁止令最多只能执行一个月，造成期限过短，使禁止令效果失去实际意义，也有损裁判的严肃性，因此，判处管制的犯罪分子在判决执行以前先行羁押以致管制执行的期限分别少于三个月的，适用禁止令不受前述最短期限的限制。

## 6. 对禁止令的提起和抗辩

人民检察院在提出量刑建议时，对可能判处管制、宣告缓刑的犯罪分子可以提出适用禁止令的建议；被害人、证人等相关人员也可以向人民法院提出适用禁止令的申请；被告人、辩护人在庭审中可以对适用禁止令进行答辩。

## 7. 禁止令的法律性质

禁止令不是一种新的刑罚，只是对管制犯、缓刑犯具体执行监管措施的完善，是附带的行刑条件。

由于禁止令增加了管制犯、缓刑犯的义务，人民法院对判处管制、宣告缓刑的被告人适用禁止令的，应当在裁判文书主文部分单独作为一项予以宣告，并明确禁止令的起止日期自判决生效之日起算，裁判文书应当引用相关法律和司法解释条文，并说明理由。不能在裁判文书之外另行制作禁止令。

## 8. 对禁止令是否可以上诉问题

主流观点认为，禁止令的性质不是一种新的刑罚，而是管制、缓刑的执行监管措施。另外，人民法院在决定是否适用禁止令时，可以询问被告人能否遵守。被告人若不能遵守，就应当调整禁止令的具体内容，或者依法不判处管制、不宣告缓刑，禁止令不能提起上诉，也不能抗诉。但也有观点认为，禁止令由一审法院在判决时作出。被告人不服的，可以上诉。二审法院对禁止令的必要性、适当性进行审查，并根据全案审理后应适用判决或裁定的具体情况，作出维持、变更或者撤销禁止令的判决或裁定。

## 9. 对禁止令是否适用上诉不加刑原则问题

主流观点认为，“禁止令”只是对管制犯、缓刑犯执行、考验方式的修改，只是针对目前对管制犯、缓刑犯监管不力而对监管、考验方式的完善，并未加重犯罪人的义务和刑罚，因此对禁止令不适用上诉不加刑原则。但也有观点认为，“禁止令”是在管制执行、缓刑考验之外附加了新的义务，是加重了被告人的刑罚，因此，被告人上诉的案件，二审法院不得加重禁止令的内容。一审法院未作出禁止令的，二审法院不得作出禁止令，但一审法院判处被告人监禁刑以上实刑，二审法院改判被告人管制、缓刑的，可以同时作出禁止令。

## 10. 作出禁止令应先征求社区矫正机构意见，作出后及时送达

社区矫正机构是禁止令的执行机关和考察机关，人民法院作出禁止令之前，应当听取负责执行、考察的社区矫正机构的意见，作出生效禁止令



后，应当及时将裁判文书送达社区矫正机构。适用禁止令的内容属于裁判文书主文部分的单独一项，因此，关于将裁判文书送达执行机关和抄送检察机关，可以直接适用刑事诉讼法及相关规范性文件中关于裁判文书送达的规定或者司法实践中的一贯做法。

#### 11. 对执行机构的法律监督

人民检察院对社区矫正机构执行禁止令的活动实行监督。发现有违反法律规定的情况，应当通知社区矫正机构纠正。人民法院应当将裁判文书及时抄送同级人民检察院。

#### 12. 对管制犯违反禁止令，以及缓刑犯违反禁止令情节不严重的情形的处罚

判处管制的犯罪分子违反禁止令的，或者被宣告缓刑的犯罪分子，在缓刑考验期限内，违反禁止令尚未达到情节严重的，应当由社区矫正机构报请社区所属公安机关，依照《中华人民共和国治安管理处罚法》第六十条的规定，处五日以上十日以下拘留，并处200元以上500元以下罚款。

#### 13. 群众对禁止令执行的监督、举报程序

群众发现犯罪分子违反禁止令的，可向相应社区矫正机构举报，社区矫正机构应调查核实，根据具体情况报请公安机关或人民法院予以处罚；群众也可以直接向公安机关、人民检察院及人民法院举报，接到举报的单位应及时将举报材料转交社区矫正机构予以调查核实，社区矫正机构应将调查结果及时反馈给上述司法机关；举报材料流转的过程中，为保护举报人人身安全，有关单位有责任为举报人保守身份秘密。

#### 14. 禁止令的变更

适用禁止令的犯罪分子被依法减刑时，禁止令的期限也应相应缩短，由人民法院在减刑裁定中明确新的禁止令期限。减刑裁定应当及时送达执行机关、同级人民检察院以及犯罪分子本人。

#### 15. 提前解除禁止令应在社区公布

社区矫正机构应在收到人民法院作出提前解除禁止令的裁判文书后三日内，在犯罪分子的居住社区予以公布。

### 【条文内容】

三、在刑法第四十九条中增加一款作为第二款：“审判的时候已满七十五周岁的人，不适用死刑，但以特别残忍手段致人死亡的除外。”

## 【条文主旨】

本条款系新增条款，1979年刑法和1997年刑法在死刑的适用部分都没有作出类似规定。本条款规定的内容主要有以下两点：其一，一般情况下，审判的时候已满75周岁的被告人，不适用死刑，即不适用死刑的对象由修正前刑法第四十九条第一款规定的犯罪时不满十八周岁的人和审判的时候怀孕的妇女，扩大到已满75周岁的人；其二，如果行为人以特别残忍手段致人死亡，不适用前款前项即但书之前的规定，也就是说，即便是审判的时候已满75周岁，以特别残忍手段致人死亡的被告人也有可能被判处死刑。

## 【理解与适用】

### 一、修改的背景、过程和内容及意义

#### （一）修改的背景

##### 1. 死刑观念嬗变的背景

##### （1）保留死刑、慎用死刑观念的终结

“杀人偿命”是中国的一种不折不扣的传统法律文化思想观念，并在中国传统的伦理道德和法制观念中根深蒂固。一般认为，该种观念的渊源起于推翻暴秦的农民战争中，刘邦入关后首立的约法三章：“杀人者死，伤人及盗抵罪。”但事实上，早在战国时荀子就认为“杀人者不死，伤人者不刑，是谓惠暴而宽贼也，杀人者死，伤人者刑，此百王之所同。”<sup>①</sup>而《周礼·秋官·掌戮》也有“凡杀人者，赔诸市，肆之三日”的规定，而战国《法经》则规定：“杀人者诛，籍其家及其妻氏；杀二人者及其母氏。”因此，“杀人偿命”的观念在春秋战国时期已然存在。由于“杀人偿命”的观念体现了最简单、最朴素的正义，事实上是一种社会复仇心理，具有“同态复仇”的价值取向，在愚昧落后的封建专制社会具有原始的正义性。而且中国传统的农业社会延续了两千多年，生产和生活方式具有原始性、守旧性，思维方式和道德观念也习惯于墨守成规，所以此观念在正式形成之后的数千年间一直深得人心。而事实上，刘邦的《约法三章》中第一条即为“杀人者死”，这成为我国封建社会对杀人罪量刑处罚的基本格调。

“杀人偿命”观念不仅根植于中国古代杀人罪的刑事立法，而且事实

<sup>①</sup> 参见《荀子正论》。

上, 该种观念也已进入现代文明社会的中国, 并影响颇深。在 1997 年刑法中仍然以多个法条对可能杀伤人命的行为设定死刑,<sup>①</sup>“杀人偿命”是人类同态复仇的本能表现, 或者更准确地说是等害报应观念的具体体现。

对于死刑存与废的权衡, 也应当是和一个国家法律文化相适应的问题。背离这一思路, 刑法无疑会招致被民众唾弃的危险。尽管从理论上来说, 迟早会有一天在中国全面废除死刑, 死刑应当废除并不等于在一个可预见的时间内马上就能够废除。废除死刑应该同时具备物质文明条件和精神文明条件。这里的物质文明条件, 是指社会的生产力水平提高, 个人创造的价值更多, 而且国家具有能够承受长期关押犯罪人的成本; 而精神文明条件在中国现实法律文化语境中, 则特指“杀人偿命”观念逐渐淡化, “生命权不可剥夺”观念逐步建立。我们认为, 随着西法东进和中国对西方法律制度的学习与吸收, 随着刑法人道主义在中国刑法学界、立法机关、刑事司法及民众之间日益接受, “生命权不可剥夺”之观念最终会被国人所理解、包容甚至推崇, 但思想观念的演变, 如水滴石穿, 需要一个漫长而无定期的潜移默化的过程, 不是靠一两项法律文件, 一两个法律运动就能一蹴而就的。在相当长一段时期内, “杀人偿命”观念在中国主流民意中还会占据主导地位, 并在国人心目中发挥影响, 而正是这种“杀人偿命”的主流民意决定了死刑存在及适用的不可避免性。因此, 在中国现实语境中, 在保留死刑已经是不争事实的情况下, 严格限制死刑, 恤刑慎刑, 少杀慎杀才是中国死刑政策应当坚持的正确发展方向。

(2) “杀人偿命”的报应诉求决定了死刑主要适用于非法故意致人死亡或伤残级别较高的重伤的犯罪

无论从理论上还是从实践中, 死刑具有最好的预防犯罪的效果的观点均已被否定, 因此, 从刑罚预防犯罪的目的来看死刑是不必要的, 死刑存在的唯一理由是满足人们“杀人偿命”的报应诉求。满足“杀人偿命”的报应诉求不仅是死刑存在的理由, 而且是死刑适用的界线, 即死刑只适用于非法故意致人死亡或伤残级别较高的重伤的犯罪。当前, 党中央提出了建设社会主义和谐社会的执政理念, 可谓顺应民意, 符合潮流。大量适用死刑必然影响国家与个人之间关系的和谐, 进而威胁到和谐社会的构筑。一个大量适用死刑的社会绝对不可能是一个和谐社会, 真正的和谐社会必

<sup>①</sup> 除故意杀人罪以外的犯罪, 诸如抢劫罪、放火罪、决水罪、绑架罪等都有可能包含了故意杀人的行为, 而刑法对造成人员死亡的情况无一例外均分配了死刑条款。

定是一个严格控制直至废除死刑的社会。中国在死刑问题上贯彻的保留死刑同时严格限制死刑的刑事政策，是符合当前中国实际情况的正确决定；但是，目前中国刑法中死刑条款过多，司法实践中执行死刑数量过多的现状，与这个政策明显不相吻合；在调整和修改中国的死刑条款时，以故意杀人罪为规定死刑的基本标准，不仅符合今天中国社会对生命和人权的观念，而且不违背保留死刑的国际标准。<sup>①</sup> 致被害人伤残级别较高的重伤的犯罪，虽然没有致被害人死亡，但是由于伤残级别较高，实际上“生不如死”，对这类犯罪仍应当适用死刑。

## 2. 宽严相济的死刑政策背景

“保留死刑，严格控制和慎重适用死刑”，一直是我党和国家的死刑政策。《最高人民法院关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》第二十一规定，对于老年人犯罪，要充分考虑其犯罪的动机、目的、情节、后果以及悔罪表现等，并结合其人身危险性和再犯可能性，酌情予以从宽处罚。因此，对已满七十五周岁的人不适用死刑，就是“保留死刑，严格控制和慎重适用死刑”政策的体现。

## 3. 国际上关于老年人犯罪不得适用死刑的背景

《世界人权宣言》、《公民权利和政治权利国际公约》等人权公约没有明确规定对老年人犯罪不得适用死刑，这为我国对老年人犯罪有条件地保留适用死刑提供了依据。

联合国经济及社会理事会 1989 通过的《保护死刑犯权利的保障措施的执行情况》倡导和要求成员国应该在刑法中规定可判处死刑和执行的最高年龄，超过这一年龄不得判处和执行死刑。《美洲人权公约》还明确规定对 70 岁以上的人不得判处死刑。有的国家和地区明确规定，对老年人犯罪不适用死刑，如菲律宾、苏丹规定 70 岁以上的人不适用死刑；俄罗斯、哈萨克斯坦规定 65 岁以上的人不适用死刑；蒙古、危地马拉、墨西哥规定 65 岁以上的人不适用死刑；我国台湾地区规定对 80 岁以上的人不适用死刑。上述规定，为我国对老年人犯罪有条件地不适用死刑提供了借鉴。

### （二）修改的过程和内容

《刑法修正案（八）（草案）》第三条规定：将刑法第四十九条修改为：“犯罪的时候不满十八周岁的人和审判的时候怀孕的妇女、已满七十

<sup>①</sup> 王世洲：《论中国死刑的保留与限制及其对故意杀人罪的适用》，载《政法论坛》2001 年第 6 期，第 70 页。

五周岁的人，不适用死刑。”

### 1. 全国人民代表大会法律委员会对草案进行审议的情况

全国人民代表大会法律委员会对上述草案进行第一次审议时，有些常委委员、专委会委员赞成草案对老年人犯罪不适用死刑的规定，有的委员还建议将老年人犯罪不适用死刑的年龄进一步放宽到70岁，认为这样规定对社会和谐稳定不无益处，也有利于中央保留死刑，慎用死刑，少杀慎杀方针的进一步落实。

相反，也有些常委会组成人员、代表、地方人大负责人不赞成草案关于老年人犯罪不适用死刑的规定。主要理由是：对老年人不适用死刑不符合法律面前人人平等的原则；75周岁的人具有健全的思维能力和行为能力，应当对自己的行为负责；有些老年人犯罪情节非常严重，应当保留死刑；《刑法修正案（八）（草案）》第一条已经规定，已满75周岁的人犯罪从轻或减轻处罚，可以解决对75周岁以上的人尽可能不判处死刑的问题。

有些常委委员、代表建议，为适应实践中复杂情况的需要，可以对老年人不适用死刑的规定作一定的限制，如有的建议增加“除罪行极其严重、社会影响特别恶劣的”限制条件，有的建议规定“七十五周岁的人不适用死刑，但故意杀人的除外”。有的建议，只有对社会影响重大、民愤极大的特殊案件，才可以适用死刑。

有的委员提出，目前我国社会正处于矛盾凸显期，在这种情况下，对一些死刑的去留应采取十分审慎的态度，从两个思路考虑：一是，借鉴大多数国家的做法，逐步减少死刑，乃至将来最终取消；二是，对一些死刑可以保留，但在实际执行中慎用，像一把剑悬在头上，可以起到震慑作用。如果没有这把剑，无法应对在社会矛盾凸显期将会出现的情况，对此需要作审慎的评估。

### 2. 中央有关部门和地方对草案的意见

关于对75周岁以上是否都不适用死刑的问题，有的部门和地方提出，已满75周岁的人不适用死刑的规定过于绝对，建议规定为一般不适用死刑，对“犯罪情节、影响特别恶劣，后果特别严重的”，或者实施危害国家安全犯罪、危害公共安全犯罪等严重犯罪的可以适用死刑。有的部门和地方建议删除本条规定。理由是：草案第一条已经规定了老年人犯罪可以从轻处罚；对罪行极其严重、社会影响极为恶劣的老年人犯罪，仍应判处死刑。

关于应规定“审判的时候”还是“犯罪的时候”，有的单位和地方提出，实践中影响审判时间的因素较多，规定“审判的时候”已满75周岁的人不适用死刑，可能造成不公平的现象，也可能为司法腐败留下空间。建议“审判的时候”修改为“犯罪的时候”。

关于年龄界限问题，有的地方和单位建议，将“七十五周岁”修改为“七十周岁”，与国际条约和大多数的国家一致。但也有的地方提出，我国正处于刑事犯罪高发期，人均寿命也逐步提高<sup>①</sup>，老年人免死门槛过低可能会诱发老年人犯罪，建议将“七十五周岁”修改为“八十周岁”。

### 3. 第二、第三次审议情况和通过的内容

全国人民代表大会法律委员会，在第二次、第三次审议稿中吸收了部分委员、中央有关单位和地方关于对75周岁以上的人有限制适用死刑的意见，将草案修改为，将刑法第四十九条修改为：（第一款）犯罪的时候不满18周岁的人和审判的时候怀孕的妇女，不适用死刑。（第二款）审判的时候已满75周岁的人，不适用死刑，但以特别残忍手段致人死亡的除外。2011年2月25日第十一届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议通过的《中华人民共和国刑法修正案（八）》第三条规定：在刑法第四十九条中增加一款作为第二款：“审判的时候已满七十五周岁的人，不适用死刑，但以特别残忍手段致人死亡的除外。”

#### （三）修改的意义

《刑法修正案（八）》对修正前刑法第四十九条所作的修改，既贯彻了我党和国家一贯坚持的“保留死刑，严格控制和慎重适用死刑”的政策，又打消了在立法审议和社会讨论中一些人对老年人免死制度设立后万一发生重大罪案无法予以严惩的担忧。同时，也为已满75周岁的犯罪人实行量刑规范化提供了法律规范。体现了对老年人的人道主义精神和罪责刑相适应原则。

### 二、对修改内容的理解与适用

死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子，是剥夺被告人生命的刑罚，因此又称为极刑，是一种最严厉的刑罚方法。根据刑法第四十九条的规定，犯罪的时候不满18周岁的人和审判的时候怀孕的妇女，不适用死刑。根据《刑法修正案（八）》第三条即修正后刑法第四十九条第二款的规定，

<sup>①</sup> “十二五”期间我国人均预期寿命提高1岁，达到74.5岁，数据来自国务院2011年3月《政府工作报告》（修改后）。

“审判的时候已满七十五周岁的人，不适用死刑，但以特别残忍手段致人死亡的除外。”也就是说，在我国原有两种人不适用死刑，即犯罪的时候不满18周岁的未成年人和审判的时候怀孕的妇女。现在新增一种人，即审判的时候已满75周岁的人（以特别残忍手段致人死亡的除外）。这里所说的不适用死刑，是指不能判处死刑立即执行，也不能判处死刑缓期二年执行。由于系新增条款，如何正确理解和适用“审判的时候已满七十五周岁”和“特别残忍手段致人死亡”，值得深入研究。

#### （一）如何把握行为人审判的时候已满75周岁

对行为人审判的时候已满75周岁这一要件的认定，除了参照《刑法修正案（八）》第一条即修正后刑法第十七条之一对“年满七十五周岁”认定时应当注意的问题以外，还应当正确理解“审判的时候”这一要件。笔者认为，对此要件的理解可以参照对修正前刑法第四十九条关于“审判的时候怀孕的妇女”要件的理解和适用。

1991年3月18日，最高人民法院研究室在《关于如何理解“审判的时候怀孕的妇女不适用死刑”问题的电话答复》提出：在羁押期间已是孕妇的被告人，无论其怀孕是否属于违反国家计划生育政策，也不论其是否自然流产或者经人工流产以及流产后移送起诉或审判期间的长短，仍应执行我院（83）法研字第18号《关于人民法院审判严重刑事案件中具体应用法律的若干问题的答复》中对第三个问题的答复：“对于这类案件，应当按照刑法（1979年刑法）第四十四条和刑事诉讼法（1979年刑事诉讼法）第一百五十四条的规定办理，即：人民法院对‘审判的时候怀孕的妇女，不适用死刑’。如果人民法院在审判时发现，在羁押受审时已是孕妇的，仍应依照上述法律规定，不适用死刑。”可见，不仅对审判的时候怀孕的妇女，即便是羁押受审期间已是孕妇的，仍不适用死刑。1997年刑法生效以后，1998年8月13日《最高人民法院关于对怀孕妇女在羁押期间自然流产审判时是否可以适用死刑问题的批复》中指出：怀孕妇女因涉嫌犯罪在羁押期间自然流产后，又因同一事实被起诉、交付审判的，应当视为“审判的时候怀孕的妇女”，依法不适用死刑。可以看出，对怀孕作出了扩大解释，相当宽泛，只要有妊娠生理现象的发生就是刑法意义上的怀孕。行为人在羁押期间妊娠，无论妊娠后自然流产、人为流产、顺产、剖腹产均可视为“审判的时候怀孕的妇女”，对其就不能适用死刑。

人的年龄，指人已经生存的年数，是对人出生、成长、存活期限的记录标准，是一种生理的历史现象。妊娠，也是一件再正常不过的生理现象

了。“人的年龄”和“人的妊娠”的相似之处在于他们都是一生理现象。从时间的历史过程来看，人的年龄时刻与人的妊娠开始时刻都是一个“点”。不同的是，妊娠开始以后，还有一个孕育的时间段。而年龄具有时间的一维性，此时刻达到75周岁，超过此时刻就是75周岁以上。或者说，此时刻未达到75周岁，但过一段时间以后便可达到75周岁。因此，在认定“审判的时候已满七十五周岁”时可以借鉴对“审判的时候怀孕的妇女”的认定，但又不能将二者等同起来。一方面，根据上述两个关于“审判的时候怀孕的妇女”解释的精神，可以认为“审判的时候已满七十五周岁”指行为人在一审、二审和死刑复核期间已满75周岁。行为人在审查起诉、开庭审理期间未满75周岁，被羁押（或被变更强制措施）一段时间以后才年满75周岁的，也应当成为适用本条的对象。

由于死刑复核期间也应当理解为审判时，犯罪符合本条规定的不适用死刑条件，也应当不适用死刑。

## （二）如何理解和把握“以特别残忍手段致人死亡”的情节

我们认为，为正确理解“以特别残忍手段致人死亡”的要件，在审判实践中应当注意把握以下三点：

### 1. 正确考量行为人的罪过形式和内容

从“以特别残忍手段致人死亡”的字面意思来看，行为人以特别残忍手段致人死亡的行为肯定是直接故意行为，不然就谈不上致人死亡的手段是“特别残忍”。将《刑法修正案（八）》第三条即修正后刑法第四十九条第二款前后两项的规定结合起来考量，不适用死刑的“审判的时候已满七十五周岁的人”所实施的行为必然是直接故意犯罪行为。

### 2. 必须有特别残忍手段

从手段上看，在行为人实施犯罪行为时，就具有致人死亡或追求伤残的故意，其犯罪手段必须特别残忍。

### 3. 必须有故意致人死亡结果的发生

即使致他人重伤并造成严重残疾或者过失致人死亡的实际后果，也不符合“以特别残忍手段致人死亡”规定的要求。

综上，只有行为人故意实施上述特别残忍手段的行为，并且故意致人死亡的危害结果已经发生，才能对75周岁以上的人适用死刑。



### 【条文内容】

四、将刑法第五十条修改为：“判处死刑缓期执行的，在死刑缓期执行期间，如果没有故意犯罪，二年期满以后，减为无期徒刑；如果确有重大立功表现，二年期满以后，减为二十五年有期徒刑；如果故意犯罪，查证属实的，由最高人民法院核准，执行死刑。

“对被判处死刑缓期执行的累犯以及因故意杀人、强奸、抢劫、绑架、放火、爆炸、投放危险物质或者有组织的暴力性犯罪被判处死刑缓期执行的犯罪分子，人民法院根据犯罪情节等情况可以同时决定对其限制减刑。”

### 【条文主旨】

本条的修改内容包括以下两点：其一，提高了死刑缓期执行期间有重大立功表现的罪犯直接减为有期徒刑的刑期，从以往的“减为十五年以上二十年以下有期徒刑”改为“减为二十五年有期徒刑”。其二，增加了一款作为第二款，建立了对判处死刑缓期执行罪犯限制减刑的新刑罚制度。即对被判处死刑缓期执行的累犯，或者因故意杀人、强奸、抢劫、绑架、放火、爆炸、投放危险物质等七种具体犯罪被判处死刑缓期执行的罪犯，或者因有组织的暴力性犯罪被判处死刑缓期执行的罪犯，人民法院根据犯罪情节等情况，可以同时决定对其限制减刑。

### 【理解与适用】

#### 一、修改的背景、内容和意义

##### (一) 修改的背景

1979年刑法和全国人民代表大会常务委员会此后颁布的一系列单行刑法，确立了以自由刑为中心、以死刑为重要刑罚方法的刑罚结构。1997年，全国人民代表大会对刑法作了全面修订，此后又连续颁布了七个刑法修正案，对刑法分则作了不同程度的修改，客观上也促进了刑罚结构的完善。总的看，我国的刑罚结构能够满足当前惩治犯罪、教育改造罪犯、预防和减少犯罪的需要，对于维护社会和谐稳定，保障人民群众安居乐业，促进经济和社会发展，发挥了重要作用。

同时，从这些年的实际执行情况看，我国的刑罚结构也还存在一些问题，其中，“死刑偏重、生刑偏轻”的现象尤为突出。死刑是剥夺罪犯生命的刑罚，最为严厉。实践中，出于维护社会稳定的需要和受杀人偿命观念的影响，死刑适用主要集中于故意杀人、抢劫、绑架、强奸等严重暴力性犯罪。对于因具有法定或者酌定从宽处罚情节被判处死刑缓期执行的罪

犯，在死刑缓期执行期满后一般减为无期徒刑（有重大立功表现的直接减为十五至二十年有期徒刑）。而根据刑法的相关规定，判处无期徒刑的犯罪分子减刑以后实际执行的刑期不能少于十年。这就使包括因暴力性犯罪被判处死缓刑后减为无期徒刑的罪犯，可以在服刑十多年后就能通过不断减刑出狱。据统计，实践中死缓犯的平均服刑期不足二十年，相当一部分罪犯服刑十七至十八年后便获释，有的服刑期限更短。十几年的监禁与剥夺生命相比，一生一死，轻重悬殊，导致实践中出现“死刑偏重、生刑偏轻”的刑罚适用不平衡现象，死刑缓期执行的严厉性没有得到充分发挥，我国的刑罚结构在死刑和有期徒刑之间出现了明显断档。

上述问题，在2007年最高人民法院统一行使死刑案件核准权之后，变得更加突出。为改变这种刑罚执行不平衡现象，充分发挥死缓刑的严厉性，为更好地严格执行党和国家的死刑政策创造法律和制度条件，最高人民法院自2007年上半年开始调研、论证，起草了关于延长部分暴力性死缓犯实际执行期的立法建议，并向中央提出了报告，获得了肯定和支持。中央政法委员会在2008年制定的《关于深化司法体制和工作机制改革若干问题的意见》中明确提出：“……调整有期徒刑、无期徒刑和死刑之间的结构关系。建立严格的死刑缓期执行、无期徒刑执行制度，明确死刑缓期执行和无期徒刑减为有期徒刑后罪犯应实际执行的刑期。”2009年，最高人民法院又向立法机关提出了延长部分暴力性死缓犯实际执行期的立法建议。为贯彻落实中央司法体制改革的要求，回应全国人大代表和社会有关方面提出的意见、建议，全国人大常委会法工委从2009年下半年开始起草新的刑法修正案，并将调整刑罚结构、延长死刑缓期执行罪犯的实际执行期作为本次修改的重点内容，经广泛调研、充分听取意见和反复论证，并经第十一届全国人民代表大会常务委员会三次审议，最终通过了《刑法修正案（八）》，形成了现在的第五十条等规定。

## （二）修改的内容

《刑法修正案（八）》公布前，刑法第五十条仅有一款，即“判处死刑缓期执行的，在死刑缓期执行期间，如果没有故意犯罪，二年期满以后，减为无期徒刑；如果确有重大立功表现，二年期满以后，减为十五年以上二十年以下有期徒刑；如果故意犯罪，查证属实的，由最高人民法院核准，执行死刑。”《刑法修正案（八）》对该条作了重大修改，形成了三款。其中，第一款基本上延续了原第五十条的规定，仅修改了有重大立功表现的死缓犯在死刑缓期执行二年期满后减为有期徒刑的刑期，从原来的

“15年以上20年以下”改为“25年”。同时，增加了一款关于死缓犯限制减刑的规定作为第二款，即：“对被判处死刑缓期执行的累犯以及因故意杀人、强奸、抢劫、绑架、放火、爆炸、投放危险物质或者有组织的暴力性犯罪被判处死刑缓期执行的犯罪分子，人民法院根据犯罪情节等情况可以同时决定对其限制减刑。”该款在我国刑法中确立了全新的死缓犯限制减刑制度，可以说是本次修改刑法最重要的内容之一。

《刑法修正案（八）》对刑法第五十条的修改，经历了一个不断完善的过程。在2010年8月提交全国人大常委会第十六次会议审议的一审稿中，《刑法修正案（八）（草案）》第四条规定，有重大立功表现的死缓犯在死刑缓期执行二年期满后，减为二十年有期徒刑，而不是现在的二十五年徒刑。同时，该条采纳了最高人民法院提出的立法建议，采取禁止再减刑的模式来延长部分死缓犯的实际执行期，即“对被判处死刑缓期执行的累犯以及因故意杀人、强奸、抢劫、绑架、放火、爆炸、投放危险物质或者有组织的暴力性犯罪被判处死刑缓期执行的犯罪分子，人民法院根据犯罪情节等情况可以同时决定在依照前款规定减为无期徒刑或者二十年有期徒刑后，不得再减刑。”作为禁止再减刑的配套制度，修正案草案一审稿删去了刑法原第八十一条第二款（即“对累犯以及因杀人、爆炸、抢劫、强奸、绑架等暴力性犯罪被判处十年以上有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子，不得假释”），并修改了该条第一款，增加规定了对“不得再减刑”死缓犯的假释条件，作为他们的改造出路。对于一审稿的这种规定，有的常委委员、部门和地方提出，死缓罪犯减刑后的实际执行期仍然过短，建议适当延长，以更好地体现罪刑相适应原则。有的部门提出，“不得再减刑”的规定不利于罪犯的改造和管理，建议保留刑法原来对这部分人可以减刑但不得假释的规定。据此，全国人大法律委员会经同有关方面研究，在《刑法修正案（八）（草案）》二审稿中对刑法第五十条又作了修改，改成了现在“限制减刑”的规定，并恢复了原刑法第八十一条第二款“不得假释”的规定（但对条文的表述作了一定修改）。草案三审稿对第五十条未再作改动，形成了现在的规定。

值得说明的是，《刑法修正案（八）（草案）》一审稿采取“不得再减刑”但允许假释的模式来延长部分死缓犯的实际执行期，故没有对刑法第七十八条第二款关于减刑后实际执行期的规定作出修改，但在二审稿中改成了“限制减刑”并禁止假释的模式，故同时对刑法第七十八条第二款作出了修改。第七十八条第二款的规定原为：“减刑以后实际执行的刑期，

判处管制、拘役、有期徒刑的，不能少于原判刑期的二分之一；判处无期徒刑的，不能少于十年。”修正案草案二审稿将无期徒刑减刑后的实际执行期修改为十五年，同时规定，死缓犯在死刑缓期执行期满后分别减为无期徒刑和二十五年有期徒刑的，减刑后的实际执行期分别不得少于二十年和十八年，其中，被人民法院限制减刑的死缓犯的实际执行期分别不得少于二十五年和二十年。二审稿作出上述规定后，最高人民法院和一些刑法学专家提出，按照宽严相济刑事政策的要求，应当主要针对限制减刑的死缓犯延长实际执行期，但不宜普遍提高刑罚执行期，对于其他死缓犯和判处无期徒刑罪犯的实际执行期，按照现行刑法规定执行，对教育改造这部分人发挥了较好作用，建议不作修改。立法机关经研究后，采纳了该建议，在草案三审稿中将无期徒刑罪犯减刑后的实际执行期改为十三年，并删去了二审稿中对未被限制减刑的死缓犯最低执行期的规定，形成了现在的规定。

综上，根据《刑法修正案（八）》修正后的刑法第五十条、第七十八条和第八十一条的规定，对于被判处死刑缓期执行的累犯以及因故意杀人、强奸、抢劫、绑架、放火、爆炸、投放危险物质或者有组织的暴力性犯罪被判处死刑缓期执行的罪犯，人民法院根据犯罪情节等情况决定对其限制减刑的，如果缓期执行期满后减为无期徒刑，则减刑后的实际执行期不得少于二十五年，如果缓期执行期满后直接减为二十五年有期徒刑，则减刑后的实际执行期不得少于二十年。同时，对这部分限制减刑的罪犯，不得假释。

### （三）修改的意义

《刑法修正案（八）》对刑法第五十条的修改，尤其是建立对部分死缓犯限制减刑的制度，充分体现了宽严相济刑事政策中“从严”惩处严重犯罪的要求，具有十分重大的意义。

#### 1. 完善了我国的刑罚结构，使之更加科学、合理

死刑缓期执行是我独创的刑罚执行制度，对于减少死刑适用，防止错误适用死刑，发挥了重要作用。不过，由于修正前的刑法对死缓犯采取的是禁止假释但允许减刑的模式，实践中死缓犯通过不断减刑，相当一部分死缓犯实际服刑十七至十八年便可获释，造成“死刑偏重、生刑偏轻”的刑罚适用不平衡现象。《刑法修正案（八）》规定被限制减刑的死缓犯的实际执行期一般在二十五年以上（死刑缓期执行期间有重大立功表现的实际执行期为二十年以上），死缓刑的严厉性由此得到明显增强，将较好改变