



## 假释撤销条件比较研究

柳忠卫

一

假释撤销是指假释犯因违反假释条件而导致有关机关终止假释状态并将其收监继续执行剩余刑罚的活动。遵守假释条件是假释犯获得假释的前提条件之一，也是其在假释期间应当履行的法定义务。不遵守假释条件，就意味着假释犯可能面临被收监执行刑罚的后果，撤销假释是对假释犯不遵守假释条件的惩罚方式之一，这也是假释与刑满释放的本质区别。在刑满释放的情况下，行为人不存在要遵守一定条件的问题，处于该状态下的行为人只要没有实施新的犯罪行为，就不会被重新收监继续执行刑罚。

关于假释撤销的根据，即有关机关为什么可以撤销假释，理论上三种较为令人瞩目的观点：第一种，恩惠理论（gracetheory）。该理论认为，假释是一种由假释委员会的恩惠赋予的优惠权利（privilege），是一种行政恩赦。假释并没有赋予假释犯任何权利

（right），它随时都可以被撤销。第二种，合同理论（contracttheory）。这种理论观点认为，假释是国家与假释犯订立合同的产物。根据这种合同假释犯应当在一定期限内遵守一定的条件，如果假释犯在一定期限内遵守了合同规定的条件，那么，期限届满就可以获得完全的自由，合同就自行终止。如果在一定期间内违反合同规定的条件，就是违反了合同，就应根据合同撤销假释。第三，继续监管理论（continuingcustodytheory）。这种理论观点认为，假释犯继续处在假释部门或监狱长的监管之下，他的宪法权利是受到限制的。撤销假释仅仅是监管程度的改变，即使有正当程序的话，也不应当在撤销假释时要求正当程序<sup>①</sup>。不同的假释撤销理论反映了人们对假释撤销制度认识的差异，体现在立法上就表现为各国刑法规定的假释犯应遵守的条件以及撤销假释的条件有很大的不同。另外，受不同假释撤销理论指导下的假释撤销实践，在对撤销条件的把握以及对假释犯权利的保护上也存在很大的差别。但综合地看，世界大多数国家的刑法对假释撤销条件的规定主要集中在以下三个方面：（1）假释犯在假释期间又犯新罪。（2）在假释考验期内，有关机关发现了假释犯在假释之前还犯有他罪未经法院裁决，即我们通常所说的发现漏罪。（3）在假释考验期内，假释犯不遵守应当遵守的事项。下面对上述可能导致假释撤销的情形分别加以介评。

二

假释以罪犯不具有人身危险性为实质要件。但假释决定机关在决定假释时所作出的罪犯不具有人身危险性的结论基本上是一个主观的判断，罪犯是否真的不具有人身危险性，则有待于其回到社会以后的实践检验。另外，人身危险性又是一个处于动态变化之中的事物。有

的罪犯虽然在假释出狱时确实已不具有了人身危险性，但出狱后在各种不利因素的诱导和作用下，其人身危险性可能再度萌发。由此观之，人身危险性确实是一个难以把握的东西。但有一点可以肯定的是，罪犯在假释期间重新犯罪的事实表明其人身危险性已从一种犯罪的可能性转化为现实性，因而应当认为在假释期间实施了重新犯罪行为的罪犯其人身危险性并未消除，该罪犯不符合假释的实质要件，不宜继续留在社会上服刑改造。基于此，各国刑法都把罪犯在假释期间重新犯罪作为撤销假释的主要根据之一。

#### （一）各国刑法关于如何处理假释犯在假释期间重新犯罪的立法例

各国刑法都规定假释犯在假释期间只要有重新犯罪行为，就应当或者可以撤销假释。但在具体内容及撤销条件宽严的程度上，其规定又各不相同。概括地说，各国关于假释犯重新犯罪处理的立法规定主要有以下几种情形：

1. 规定假释犯在假释期间只要实施了犯罪行为，不论其犯罪性质、罪行轻重、罪过形式及刑罚种类如何，一律撤销假释。如《朝鲜刑法典》第57条规定，在期满前释放期间（假释期间）又犯新罪的，将未执行部分的全部或一部并入对新罪所定的刑罚，合并执行。《西班牙刑法》第99条规定，假使在假释期间，受刑人重新犯罪……则取消假释。《阿根廷刑法典》第15条规定，如罪犯又犯罪……则撤销假释。我国《刑法》第86条第1款关于假释犯在假释期间重新犯罪的处理规定也属于这种情形。

2. 规定假释犯在假释期间再犯新罪原则上要撤销假释，但有特殊原因也可以不撤销假释。如《奥地利刑法》第53条规定，行为人于考验期间，再犯罪而受有罪宣告者，法院应撤销假释。但有特殊原因是认行为人虽系再犯罪，惟将不再为犯罪行为时，得不撤销之。《瑞典刑法》规定，假释者在假释期间又犯新罪，法院对之除有特别原因外，应当撤销假释。

3. 根据假释犯在假释期间实施犯罪的罪过形式的不同，规定不同的处理方式。具体又有两种不同的方式：第一种，规定只有故意犯罪才撤销假释，过失犯罪不产生撤销假释的效力。如《韩国刑法典》第74条规定，受徒刑以上刑之宣告，并经判决确定者，假释处分即失其效力，但因过失犯罪而受刑之宣告者，不在此限。我国台湾地区“刑法”第78条第1项规定，假释中更犯罪，受有期徒刑以上刑之宣告者，撤销其假释，但过失犯罪不适用此规定。第二种，规定故意犯罪必须撤销假释，过失犯罪是否撤销假释，由假释撤销机关裁量决定。如根据《俄罗斯联邦刑法典》第79条第7款第（2）、（3）项的规定，被判刑人实施过失犯罪，则关于撤销或保留假释的问题由法院决定；被判刑人实施故意犯罪，则法院根据本法典第70条规定的规则对他处刑。由上述规定可以看出，在俄罗斯，假释犯在未服完的刑期内又实施新的故意犯罪是撤销假释的无条件的和强制性的根据；被假释人在尚未服完的刑期中又实施新的过失犯罪，是撤销假释的任意性根据。法院根据新罪的性质、所造成的后果的严重程度、犯罪人的身份和他在尚未服完的刑期中表现，可以保留也可以撤销假释<sup>②</sup>。

4. 规定假释犯在假释期间实施了某种性质的犯罪才撤销假释。如《意大利刑法典》第177条规定，如果被假释的人实施了……同一性质的违警罪，假释将予以撤销。《罗马尼亚刑法典》第61条规定，犯罪分子在假释期间又犯新罪，法院可以根据犯罪之性质，决定保留或撤销假释……如所实施的行为是对国家安全、公共财产的犯罪、对和平与人类的犯罪或给国民经济造成重大损害的犯罪，必须撤销假释。《蒙古刑法典》第53条规定，被假释的人，如果在没有执行完毕的刑期内实施了新的、不轻于原罪的犯罪，法院应当把未执行完毕的那部分刑期并入对新罪所判处的刑期内。

5. 规定根据应判处或已判处刑罚的情况决定是否撤销假释。如《瑞士刑法典》第38条第4款规定，被附条件释放者在考验期间实施应判3个月以上绝对自由刑的犯罪行为的，主管机关命令撤销附条件释放。被附条件释放者被判处较轻的相对自由刑的，主管机关可不撤销附条件释放。《保加利亚刑法》第56条规定，被假释的人实施新罪，对一于这种犯罪规定剥夺

自由或者其它更重的刑罚的，被假释人应当服完刑罚的未服部分。《日本刑法典》第29条规定，假释犯在假释中又犯罪，被判处有期徒刑以上之刑时，可以撤销假释的决定。《韩国刑法》和我国台湾地区“刑法”都规定，假释犯在假释期间再犯罪，受徒刑以上刑之宣告者，应撤销假释。

## （二）关于如何处理假释期间再犯罪立法例之评析

上述第一种立法例与后四种立法例相比，表面看来对假释犯在假释期间再犯罪的处理似乎失之过严，没能体现区别对待和刑罚个别化的原则，因而遭到不少学者的非议，在立法上采用此种立法例的国家也不是很多。但笔者却认为，对于在假释期间重新犯罪的罪犯来说，一律撤销假释、收监执行的处理方式是合理的。理由如下：第一，假释以罪犯不具有人身危险性为前提条件和维持条件，也就是说，罪犯人身危险性的有无，既是其取得假释资格的实质要件，也是维持其假释状态的必要要件。因而，具有人身危险性的罪犯就不能继续维持其假释状态。罪犯在假释期间重新犯罪的事实表明，其不仅具有犯罪的可能性，而且这种可能性已演化成一种现实性。不能认为实施了犯罪行为的罪犯没有人身危险性，将这种罪犯继续留在社会上服刑，就违背了假释制度的宗旨。另外，罪犯在假释期间重新犯罪，既辜负了国家和假释决定机关对他的期待，也违反了自己假释时不再实施犯罪行为的承诺，将其收监执行刑罚具有完全的正当性和合理性。第二，将再犯新罪的假释犯继续留在社会上服刑，一方面会因其尚具有人身危险性而对社会的安全与秩序构成潜在的威胁，另一方面会使社会公众对假释的公正性和合理性产生怀疑。由于当今社会绝大多数一般民众的报应观念尚比较强烈，本来就对假释制度心存疑虑和不满，而对假释期间重新犯罪的罪犯不收监执行，则会使这种不满和疑虑加剧，损害假释制度的正义基础，从而失去一般民众对假释制度的支持。第三，从罪犯本身的角度分析，实施新的犯罪行为但不必回监执行刑罚的事实会使其产生侥幸心理，损害法律的尊严，不利于刑罚特殊预防目的的实现。从潜在犯罪人的角度看，犯罪以后可以提前出狱以及假释期间再犯罪不必再回监狱的事实也会使法律的严厉性在其心中大打折扣，从而激发和强化其犯罪的欲望，使其产生逃脱惩罚及受到从轻处罚的心理，不利于刑罚一般预防目的的实现。第四，第一种处理方式规定清晰明确，标准整齐划一，具有很强的可操作性，同时也限制了假释撤销机关的自由裁量权，有利于防止司法擅断，确保司法公正。

第二种立法例与第一种立法例基本相同，区别在于它以假释犯在假释期间再犯罪必须撤销假释为原则，而以不撤销为例外。其立法意旨在于防止司法实践中出现不适宜撤销假释的特殊情况时但立法却无明文规定的状况，有利于对一些特殊情况的灵活处理。但这种立法例的弊端有二：第一，就《奥地利刑法》的规定看，它一方面规定假释期间再犯罪应撤销假释，同时又规定有特殊原因认为假释犯再犯罪但将不再实施犯罪行为时，可以不撤销假释，这其实是自相矛盾的。撤销假释的条件是罪犯行为所表现出来的人身危险性。如前所述，罪犯再次实施犯罪行为的事实已足以表明了罪犯的人身危险性。而《奥地利刑法》的规定实际上是把撤销假释的依据定位于罪犯实施第三次犯罪行为的可能性上，这与假释的宗旨及设立假释撤销制度的本意是不相吻合的。另外，在罪犯于假释期间已经实施了犯罪行为的情况下，其人身危险性已经成为一种客观的现实，还有什么理由能证明罪犯不会再次实施犯罪行为呢？第二，退一步说，即使可以因特殊原因而不撤销罪犯的假释，但该种立法例并没有规定一个具体的标准，即哪些情形属于可以证明罪犯没有再次实施犯罪的可能性，因而缺乏实际上的可操作性。而将“特殊情况”的判断完全交由假释撤销机关，则大大增加了其自由裁量权，使得假释撤销机关可以任意决定撤销与否，这样不利于防止司法擅断，确保假释撤销的公正性。因此，第二种立法例是不可取的。

第三种立法例的特点是从罪过形式的角度对罪犯假释期间再犯罪行为的处理实行区别对待，对于过失犯罪或者规定为不得撤销假释的情形，或者规定为酌定撤销假释的情形。从各

国的立法规定看，明确规定过失犯罪不予撤销假释的国家和地区只有两个，即韩国和我国的台湾地区，二者关于假释撤销条件的立法模式几乎完全一致。祖国大陆《刑法草案》第13稿、第21稿、第22稿和第27稿也都曾规定“过失犯罪的，可以不撤销假释。”但1979年《刑法》和1997年《刑法》均没有把过失犯罪作为撤销假释的例外或酌定情形。假释犯在假释期间过失犯罪是否应该撤销假释？过失犯罪作为撤销假释的任意性根据的理论依据是什么？对此，理论上有两种截然相反的观点。一种观点认为，过失犯罪一律撤销假释是不合理的，理由在于：过失犯罪，主观上并无恶意，即使平时品行一贯端正的人，也难免会发生过失犯罪，假释犯在考验期间，纵有过失犯罪之发生，也难谓其对原判罪行无真诚悔改之意。尤其对于轻微的过失犯罪，也一概撤销假释，收监执行原罪之余刑，似乎过于苛求<sup>③</sup>。另一种观点认为，罪犯在假释考验期内犯新罪，即使是防卫过当类的过失犯罪，也应当认定其对社会具有现实的危害性，应当撤销假释。就我国的法律规定而言，《刑法》第86条第3款已规定，对有违反法律、行政法规和国务院公安部门有关假释的监督管理规定的行为，尚未构成新的犯罪的，都应当撤销假释，那么，对已经构成犯罪的（即使是过失犯罪），更没有理由不撤销其假释。因此，罪犯在假释考验期内因过失犯新罪的，应撤销其假释<sup>④</sup>。笔者赞同后一种观点，但认为对于过失犯罪应当撤销假释的理由有进一步深入说明的必要。笔者认为，对假释犯在假释期间过失犯罪之所以应当撤销假释，其理由主要有如下几个方面：第一，刑法以处罚故意犯罪为原则，以处罚过失犯罪为例外，这是世界各国立法的通例。我国《刑法》更是直接规定：“过失犯罪，法律有规定的才负刑事责任”。这就是说，只有造成严重后果的过失危害社会的行为，才会被立法者规定为过失犯罪行为。因而单从客观危害的角度看，过失犯罪的社会危害性并不一定小于故意犯罪的社会危害性，而有些过失犯罪的社会危害性甚至远远超过了故意犯罪。因而，从犯罪的社会危害性的角度看，把故意犯罪与过失犯罪相区分，并以过失犯罪为由而不撤销罪犯的假释是没有道理的。第二，从过失犯罪的本质上讲，过失犯罪一般都是“不义务犯”，因而客观地说，过失犯罪的主观恶性一般都小于故意犯罪。但正因为如此，《刑法》对过失犯罪大都规定了远远低于故意犯罪的法定刑，而且法院在对罪犯量定刑罚时都充分考虑到了这一点。过失犯罪主观恶性小的情况可以在量刑时予以考虑，但不应作为决定是否撤销假释的一个决定性条件。第三，是否撤销假释，罪犯的主观恶性是一个酌定考虑的因素，但不是决定性因素，起决定性作用的应是罪犯人身危险性的有无。被假释的罪犯本应在假释期间以最大的努力和最大的谨慎来处理和对待自己的生活和工作，但其或是由于疏忽大意，或是由于过于自信而没有履行自己的注意义务，以致于造成较为严重的危害后果，构成过失犯罪。这说明罪犯尚具有相当程度的人身危险性，因而撤销其假释并依法给予相应的惩罚是合理的。这既不违背假释制度的宗旨和基本原理，也有利于刑罚的一般预防和特殊预防目的的实现。

第四种、第五种立法例将撤销假释的范围限定于某种性质的犯罪或某种类型以上的刑罚，其目的在于避免对实施了某种轻微犯罪或被判处某种轻微刑罚的罪犯撤销假释，合理地限制假释撤销范围，避免将一些人身危险性极小的罪犯送入监狱服刑，有利于他们的改造。但这种做法同时也会使得撤销假释的范围过于狭窄。如《蒙古刑法典》和《阿尔巴尼亚刑事诉讼法典》规定假释犯只有再犯比原来更严重的罪行时才能撤销假释，这显然大大缩小了撤销假释的范围，不利于发挥假释撤销制度强制罪犯自我约束、自觉改造的作用。况且犯罪性质轻重之间的比较有时是很困难的，如杀人罪和抢劫罪到底哪一个罪更重一些？恐怕难有定论。再如《罗马尼亚刑法典》规定假释撤销一般情况下都由法官根据犯罪性质自由裁量也是不合理的。虽然立法规定要求法官根据犯罪性质决定是否撤销假释，但由于哪些犯罪应当或可以撤销假释缺乏一个明确的标准，因而是否撤销假释实际上完全由法官说了算，这必然导致法官权力的过度膨胀，造成假释撤销权的滥用，有碍司法公正。另外，需要指出的

是，由于犯罪构成理论体系的不同，各国犯罪构成的规格也有很大的差异。有的国家犯罪构成规格较低，把一些社会危害性不是很严重的行为也规定为犯罪，如违警罪，有许多即相当于我国的违反治安管理处罚的行为。与之相适应，对这些犯罪的处罚也很轻微。如《意大利刑法》对违警罪的处罚是拘役或罚款；而在日本的刑罚体系中，拘留和科料都是主刑，因而国外有立法例将轻微犯罪和轻微刑罚排除于假释撤销条件之外，或者作为假释撤销的酌定条件，有其一定的合理性。在观念上不能把我国的犯罪同外国刑法中的犯罪完全等同起来，而是应进行具体的分析，从而得出对假释犯在假释期间实施某种行为或被判某种刑罚是否应撤销假释的正确合理的结论。

### 三

#### （一）各国刑法关于如何处理在假释考验期内发现假释犯尚有漏罪的立法例

1. 规定在假释期间发现了漏罪一律撤销缓刑。我国《刑法》第86条第2款规定，在假释考验期内，发现被假释的犯罪分子在判决宣告以前还有其它犯罪没有判决的，应当撤销假释，依照本法第70条的规定实行数罪并罚。《奥地利刑法》第53条第1款后段规定，行为人于第一审裁判与缓刑或假释之裁判确定前之期间……中之犯罪行为，视为在考验期间内所犯之罪。这实质上是把漏罪与罪犯在考验期间内再犯新罪同样处理，即都作为应当撤销假释的理由。

2. 规定在假释期间发现漏罪，漏罪被判处一定以上刑罚才可以或应当撤销假释。如《日本刑法典》第29条规定，假释犯因假释前曾犯他罪而被判处有期徒刑以上之刑时，或者因假释前曾犯他罪被判处有期徒刑以上之刑，并应执行时，可以撤销假释。《巴西刑法典》第64条第2项规定，在假释期间发现假释犯尚有漏罪，被判处3年以上刑罚且被判决不可上诉的，则撤销假释。

3. 不把在假释期间发现漏罪作为撤销假释的法定事由。世界上绝大多数国家和地区的立法规定皆是如此。有的地区没有把漏罪作为撤销假释的事由，但规定漏罪的刑罚执行期间不能折抵假释期间。如我国台湾地区“刑法”第79条第2款规定，假释或中另受刑之执行或羁押或其它依法拘束自由之期间，不算入假释期内。根据我国台湾学者的解释，假释期间与他罪之执行，本毫无关系，性质亦不同，自无算入的道理。惟此所指的他罪，必系受刑人于假释前所犯之罪，而于假释之期间内执行，若于假释期内所犯之罪，即构成“刑法”第78的假释撤销事由，自无适用此条之余地。<sup>⑤</sup>

#### （二）对于如何处理假释期间发现假释犯尚有漏罪立法例之评析

我国是为数不多的把漏罪规定为假释撤销的必要条件的国家之一。在1979年《刑法》中并没有把假释期间发现罪犯有漏罪作为假释的撤销条件，而1997年《刑法》将其增补为撤销条件的原因何在？我国立法机关的有关同志指出：从审判实践的情况看，发现被假释的犯罪分子在假释前还有其它罪没有判决的，原则上应当撤销假释。但实践中也存在着另外的做法，如以漏罪之发现是被司法机关查获的还是被其它人检举、揭发的，或是自己主动坦白的为标准，而决定是否撤销假释；也有以发现之漏罪是性质一般、处罚特别轻，还是性质较为严重为标准，决定是否撤销假释。标准不一，导致实践混乱，结果不统一，影响了假释制度的权威性与应有的改造效果<sup>⑥</sup>。我国刑法学界也有学者对在假释期间发现假释犯有漏罪一律撤销假释的做法持肯定态度。该学者指出：被假释的罪犯如果有在判决宣告以前没有判决的其它罪，说明罪犯还没有达到认罪悔罪的程度，不能认为确有悔改表现，不致再危害社会，这样的罪犯如果适用假释，只会对社会具有潜在的危害性。因此，按照《刑法》的规定，只要被假释的罪犯在假释考验期内还有在判决宣告以前没有判决的其它罪，不论没有判决的其它罪是故意犯罪还是过失犯罪，也不论是比较重的罪还是比较轻的罪，都应当撤销假释，将没有判决的罪与已经判决的罪实行数罪并罚<sup>⑦</sup>。但我国刑法学界的通说认为，对于假释期间发现假释犯尚有没有被发现的罪行，应当区分不同的情况进行处理：如果被假释的犯罪分子在假

释前所犯罪行是被司法机关查获的，或者被其它人检举、揭发，经查证属实的，应当撤销假释。这是因为，假释是以犯罪分子确有悔改表现，不致再危害社会为根本条件的。而犯罪分子有意隐瞒自己的罪行，足以说明其并无悔改表现，也很难认为不致再危害社会，当然应当撤销假释，对其作数罪并罚处理。如果被假释的犯罪分子在假释前所犯罪行是自己主动坦白交代，经查证属实的，可能出现两种情况：一种情况是，犯罪分子所坦白交待的罪行相对较轻，综合考虑仍符合假释条件的，不撤销假释，对其坦白交待的罪行作出处理后，继续适用假释。但是，对犯罪分子坦白交待的罪行定罪后，数罪并罚的结果可能会使刑期延长，这时应注意相应延长犯罪分子的假释考验期限。另一种情况是，犯罪分子所坦白交待的罪行比较严重，综合考虑已不符合假释的条件，应当撤销假释，并作数罪并罚处理。但必须充分考虑犯罪分子主动坦白交待犯罪这一情节，在量刑时予以从轻处罚。<sup>⑧</sup>

笔者认为，把漏罪作为可以或应当撤销假释的根据是不合理的。理由如下：

第一，假释是一种前瞻性和预后性的刑罚执行制度，其基本上是一个定位于将来的概念。假释的授予以罪犯在刑罚执行期间的表现及对其将来行为的预测为根据。罪犯过去的行为可以作为授予假释时的参考性因素，但不是决定性因素。假释的监督考察应该着眼于假释犯现行行为的表现状况，假释的撤销也应以其现行的行为表现为基础。假释犯在假释之前曾经犯它罪，只是表明他过去的行为表现不好，当时具有主观恶性和人身危险性，不能表明他现在的行为表现不好，也不代表他现在仍有人身危险性。相反，假释犯在刑罚执行期间一贯表现好，假释期间仍遵守假释规则并且没有违法犯罪的行为，表明罪犯已不具有人身危险性。因此，以假释犯过去曾犯有它罪来否定其现在的行为表现，并作为撤销假释的条件是缺乏科学合理的根据的，这恐怕也是世界上绝大多数国家的立法例不把漏罪规定为假释撤销条件的主要原因之一。

第二，从我国立法的情况看，把漏罪规定为假释撤销条件的主要原因是立法者认为假释犯没有主动坦白交代自己的其它罪行，企图逃脱法律的制裁，因而缺乏悔罪表现。但假释针对的是罪犯的本罪，即现有罪行，最高人民法院司法解释关于悔改表现要件之一的“认罪服法”所指向的对象也应该是本罪。罪犯对它罪的态度不影响到其本罪的悔改表现。同时，罪犯人没有主动坦白交代自己的罪行并不表明其没有悔改表现，也不表明其没有悔罪心理，二者没有必然直接的因果关系。因为罪犯悔改表现形式多种多样，主动坦白交代自己的余罪只是其中的一种表现形式。此其一。其二，强求罪犯人主动交待自己的罪行违反人的趋利避害的本性。就像许多犯了错误的人为了逃避承担责任会设法掩饰自己的错误那样，实施了犯罪行为的人为了逃避承担责任也会隐瞒自己的犯罪事实，这样做在人格上虽然值得非议，却乃人之常情，并无厚非之理。正如英国有学者所曾指出的，政府不应当侵入思想和内心深处（隐私），自我控告就像自伤自残一样是违反人道的（尊严）<sup>⑨</sup>。把漏罪作为假释的撤销条件，实际上等于强迫罪犯自我控告，自证其罪。从现代法治的角度看，这是对罪犯权利的一种侵犯。其三，虽然各国刑法和司法实践都对自首或坦白交待自己罪行的行为从宽处罚，但自首或坦白交待自己的罪行并不应当成为罪犯的法定义务，不能因为罪犯人没有自首或坦白交待而对其从重处罚。以漏罪作为假释的撤销条件，实际上是把自首或坦白交待罪行当作了他的法定义务，把撤销假释当成了对罪犯违背该法定义务的惩罚，这是很不合理的。

第三，把漏罪作为假释的撤销条件不利于罪犯的改造和再社会化。一般而言，假释是为长期徒刑的罪犯而设。罪犯之所以能被假释，是因为其在监狱服刑期间，用自己长期持续良好的行为表现表明自己的人身危险性已经消失，而罪犯在假释期间没有现实的违反假释条件和违法犯罪行为，表明其继续保持了良好的行为表现，符合维持假释状态的条件，也证明了当初假释决定的正确性。把漏罪作为假释的撤销条件，并与前罪没有执行完毕的刑期数罪并罚，并重新入监服刑，这就使罪犯的处境发生了极为不利的转变。其在服刑期间和假释

期间多年的努力付诸东流，经历过如此的挫折和打击之后，罪犯改造的决心和信心会在很长时间内难以恢复，有的会产生悲观绝望心理，破罐子破摔，难以得到改造；有的甚至会铤而走险，重新实施严重的犯罪行为。这无论对于罪犯本人还是社会的安宁与秩序都是极其不利的。

综上所述，笔者认为，在世界各国关于在假释期间发现假释犯尚有漏罪如何处理的立法规定中，第三种即不把漏罪作为假释撤销条件的立法例是合理的。为此，笔者大胆建议在以后的刑法修订中，将我国现行《刑法》第86条第2款关于漏罪作为假释撤销条件的规定删除。同时，对于假释期间发现罪犯尚有未经定罪判决的罪行，按下列办法处理：

1. 漏罪已过追诉时效的，依法不予追究。

2. 漏罪犯罪性质与情节轻微，不需要判处刑罚的，可以根据《刑法》第37条的规定免于刑事处罚，但应予以训诫或者责令具结悔过，或者由主管部门予以行政处罚或者行政处分。同时要强化对罪犯本人的监督，或者对其进一步增设一些有利于其改造的义务。

3. 罪犯所犯漏罪符合缓刑条件的，依法判处缓刑。实际执行中，先执行漏罪的缓刑，再执行本罪的假释。缓刑期间与假释期间不能互相折抵，已经经过的假释期间继续有效。

4. 罪犯漏罪被判处管制刑的，先执行漏罪的管制刑罚，再执行本罪的假释，管制刑的刑期与假释期间也不能互相折抵。

5. 罪犯漏罪被判处拘役以上刑罚并实际执行的，应当先执行漏罪的监禁刑罚，再执行本罪的假释。罪犯在漏罪的刑罚执行期间，因确有悔改表现。不致再危害社会而符合假释条件的，可以再次假释。假释考验期间为漏罪与本罪余刑刑期之和，已经经过的本罪的假释考验期间，应当计算在合并后的假释考验期间之内。

#### 四

（一）各国关于如何处理假释犯在假释期间违反应当遵守的假释条件的立法例

1. 把假释犯违反应当遵守的假释监督管理规定的行为，作为撤销假释的任意性或强制性的根据。由假释制度的特点所决定，世界上绝大多数国家都把假释犯在假释期间违反假释监督管理规定的行为作为得撤销或必撤销假释的根据，但在具体内容和方式上又有所不同。概括地说，各国对假释犯违反监督管理规定行为处理的立法规定主要有两种方式：第一种，笼统地规定假释犯违反假释条件或规则可以或应当撤销假释。如《日本刑法典》第29条第4款规定，不遵守在假释中应遵守的事项时，可以撤销假释。《韩国刑法典》第75条规定，受假释处分，违反有关假释监视规则者，得撤销假释处分。另外，法国、意大利等国也把违反假释规则作为撤销假释的任意性条件。我国《刑法》第86条第3款则规定，假释犯在假释期间，有违反国务院公安部门有关假释的监督管理规定的行为，应当撤销假释。与日本等国不同的是，我国立法把违反假释监督管理规定的行为规定为假释撤销的强制性根据。第二种方式，规定严重违反假释监督管理规定或假释规则，应当或可以撤销假释。如《瑞士刑法典》第38条第4款规定，被附条件释放者不顾主管机关的正式警告，违背有关指示，屡次逃避监督保护或者以其他方式滥用对他的信任的，主管机关撤销附条件释放。《奥地利刑法》第53条第3项规定，行为人不顾所受之正式警告，于考验期间中，恶意不遵守指示之应遵守事项，或倔强地抗拒考验辅佐人的影响者，法院应撤销其假释，并应执行残余刑期<sup>⑥</sup>。《德国刑法典》第56条第2款也规定严重或屡次违背指示，或屡次不服从考验帮助人的监督与指示，因而可能重新犯罪的，可以撤销假释。

2. 假释犯违反假释期间应当履行的义务，应当或可以撤销假释。对此，各国立法规定的宽严程度也各不相同。有的国家规定只有严重违反假释义务的行为才是撤销假释的任意性根据。如《俄罗斯联邦刑法典》第79条第7款第1项规定，被判刑人在假释期间恶意逃避法院责令他履行的义务，法院可以撤销假释。根据俄罗斯学者的解释，恶意违反一般是多次的、特别粗暴的、明目张胆的，在对假释人员进行监督的机关警告后仍不悔改的违反。《德国刑法

典》第56条第1款第3项也规定严重或屡次违反义务的，可以撤销假释。但另外有些国家，则把轻微违反假释义务的行为作为撤销假释的强制性根据。根据《英国监狱法规汇编》第560条的规定，假释者因在到达某地的三天之内未向当地警察局亲自汇报他个人的情况，或报到后没有进行每月一次的报告，而受到即刻惩罚的；或未向原来的警察局报告而迁到另一个警察局地段内的；或当法院当局、警察局要求其出示证件而未出示，而受到即刻惩罚的，则撤销其假释。《阿根廷刑法典》第15条规定，如果罪犯不履行定居义务（第13条第1项），应该撤销假释。《泰国1937年内政部条令》第98条规定，当行政或警察官员或监狱官员要求检查假释犯人的假释证明时，假释犯人必须出示。如不出示证明，行政官员或警察官员可将其逮捕送回监狱。

3. 假释犯违反法律、行政法规，可以或应当撤销假释。遵守法律、行政法规，是一国公民的基本义务，假释犯也不例外。在立法中，有的国家把遵守法律、法规明确规定为假释犯的遵守条件。如美国51个司法管辖区中，有50个把遵守所有联邦、州和当地法律作为假释条件。但也有不少国家并没有明确地把遵守法律、法规规定为假释的条件，而是将其作为假释犯的当然义务，当假释犯违反法律、法规时，根据违法情节进行处理。因此，大多数国家没有明确地把违反法律、法规的行为作为假释撤销的条件，但有少数国家对此作出了明确的规定。如《俄罗斯联邦刑法典》第79条第7款第1项规定，被判刑人破坏社会秩序并因而受到行政处罚的，法院可以撤销假释。由此可见，在俄罗斯，并非所有的违法行为都能成为撤销假释的依据，而只是与破坏社会秩序有关并且《行政违法行为法典》第13章规定应适用行政处罚的行为，才能成为法院撤销假释的任意性的根据<sup>11</sup>。对此，俄罗斯学者指出，在这种情况下，我们碰到的是一个所谓先行行政处罚原则。根据这一原则，只能在对当事人先进行行政处罚后，才能作出刑事处分。我国《刑法》第86条第3款则把违反国家法律、行政法规规定为撤销假释的强制性根据，即罪犯只要有违反国家法律、行政法规的行为，就必须撤销假释。

## （二）对各国关于如何处理违反假释条件的立法例的评析

笔者认为，把轻微的违反假释条件的行为作为撤销假释的强制性根据是极不合理的。假释的撤销应当以罪犯以其行为表明其具有人身危险为要件，而轻微的或偶然的违反假释条件的行为，如出门在外时忘记携带假释证明，或者偶尔外出时没有及时向监督机关或监督人员报告，并不能证明罪犯具有了人身危险性。人非圣贤，孰能无过？更何况是那些刚走出监狱尚未完全适应自由社会生活的罪犯呢？把诸如此类的理由作为撤销假释的根据，实质上是对假释犯的苛求，使其动辄得咎，终日处于惶恐不安之中，所以不可能安心工作和改造，这与假释制度的宗旨是背道而驰的，因而英国、泰国、阿根廷等国家的立法例是不足取的。日本、韩国、法国、意大利等国把违反假释条件作为撤销假释的任意性根据，即由假释决定机关根据违反假释条件的具体情况决定是否撤销假释的立法例基本上是合理的。因为这样可以避免把轻微违反假释条件但并没有人身危险性的罪犯排除在假释撤销的对象之外，体现了区别对待和灵活处理的原则，也会使假释犯体会和感悟到国家及有关机关的良苦用心，从而努力工作和改造，争取早日实现自身的再社会化。但这种立法的不足之处在于规定得过于原则，可操作性不强，实际上给予假释撤销机关以很大的自由裁量权，因此必须有健全完备的监督保障机制才能保证假释撤销的公平与公正。相比较之下，瑞士、奥地利、德国、俄罗斯等国的立法规定，即把严重违反假释条件作为撤销假释的强制性或任意性根据，是最值得称道的。因为严重违反假释条件，特别是恶意、多次地违反，经监督机关和监督人员警告、劝诫后仍无改变表现的假释犯，已经显示出了相当的人身危险性。如不撤销假释收监执行监禁刑罚，任其自由发展下去，极有可能实施更加严重的危害社会的行为，危及秩序和一般公众的安宁生活。因此，对这样的罪犯撤销假释，无论对其本人还是对社会来说，都是十分必要的。



我国1979年《刑法》既没有假释犯在假释期间应当遵守的假释条件的规定，也没有把违反法律和行政法规及有关假释监督管理规定的行为规定为假释的撤销条件。因而司法实践中对于假释犯有违法行为甚至严重、多次的违法行为，假释执行机关难以处理。针对这种情况，当时刑法学界曾有学者提出对严重违法行为，如违反《治安管理处罚条例》而被处以行政拘留的，以及因严重违法行为被劳动教养的，采用顺延假释考验期的办法，即假释犯被拘留的期间或被劳动教养的期间，不计入假释考验期之内。应当说，在当时这确实是一种比较合理的解决办法，但这毕竟是一种权宜之计，并且法无明文，罚之无据。对于屡次违法但没有受到行政拘留处罚或劳动教养处分的，执行机关也无可奈何。为了改变这种状况，1994年颁布实施的《监狱法》第33条首次规定对假释犯有违反法律、法规及国务院公安部门的监督管理规定行为的，公安机关可以建议人民法院撤销假释。1997年《刑法》吸收了《监狱法》规定的内容，在第86条第3款规定，被假释的犯罪分子，在假释考验期内，有违反法律、行政法规和国务院公安部门有关假释的监督管理规定的行为，尚未构成新的犯罪的，应当依照法定程序撤销假释，收监执行未执行完毕的刑罚。应当说1997年《刑法》完善了对假释犯监督管理的规定，严格了假释犯的责任，改变了过去那种执行机关虽发现罪犯有人身危险性却束手无策的被动局面，也有利于假释犯的自我约束和改造。但我国现行《刑法》关于对假释犯违反假释条件处理的立法规定的缺陷也是非常明显的：首先，把假释犯违反法律、行政法规的行为作为必然撤销假释的理由过于严苛，实际上是对假释犯的苛求。自改革开放以后，我国法治建设的进程大大加快，现行有效的法律和行政法规多达几千部。在长期的生活中连轻微违法行为都没有实施过，大多数公民恐怕也难以做到，更何况是一个尚未完全融入社会的假释犯呢？而根据对该假释撤销条件的理解，在现实生活中假释犯在正常经济活动中因各种原因如违反合同、非法侵占他人宅基地以及轻微违反行政法规的行为都应当撤销假释，其结果就是假释后不被撤销假释的假释犯将所剩无几。换句话说，如果严格执行该条款的话，绝大多数假释犯的最终结局只有一个：那就是重回监狱坐牢。这样一来，假释就会变成一种毫无意义的制度。其次，正如我国有的学者所指出的，就假释制度本身的内蕴而言，假释撤销以违法及违反管理规定行为的相当严重性为前提，而该相当严重性以被假释者可能再次危害社会，社会秩序得不到保障为界定标准。但是，违反法律、行政法规和监管规定的行为，与被撤销假释之间，并不存在必然的因果推导关系，相当部分的违法违规行为，可能引起的结果也许仅仅是监管训导和监管等级的提高<sup>12</sup>。因此，笼统地把违法违规行为规定为假释撤销的强制性根据，与假释制度的基本原理不相吻合。再次，按照现行法律规定，假释管理机关和假释撤销机关在司法实践中难以妥当合理地处理假释撤销案件。在司法实践中曾发生过这样一个案例：上海市静安区假释犯李某在考验期间内，未经监督机关批准，擅自离沪经商两月有余，期间也未报告活动情况，经查确无其他不法行为。对于李某是否应当收监执行，公、检、法三机关存在分歧。原因就在于《刑法》第86条第3款本规定违法的具体标准，即假释犯未报告情况达几次，脱管多长时间应收监执行<sup>13</sup>。笔者认为，按照现行《刑法》的规定，对李某当然应当收监执行，但在这种情况下，收监执行对于李某和社会来说都是毫无益处的。最后，我国《刑法》第86条第3款的规定与禁止累犯和长期徒刑暴力犯假释的规定一样，反映了立法机关严格控制假释和以保障社会秩序为主的立法理念和价值取向。这必然使得刑罚执行机关和假释决定机关对于假释的建议和批准更加谨慎，有的地方甚至干脆不用。在特别宽泛的假释撤销条件下，假释犯动辄得咎，极易被撤销假释。在我国，假释撤销与否是衡量假释是否成功的唯一标准，也是衡量刑罚执行机关与假释决定机关工作成效的至关重要的指标，直接影响着单位或部门的考核评优和有关人员晋职、晋级等实际利益。在假释奖励观念占主导地位的情况下，假释可以赋予也可以不赋予罪犯，加上没有任何风险的减刑制度大行其道，谁还愿意冒着极大的风险去干这种出力不讨好的事情呢？长此以往，假释制度在中国的发展前景实在令人担忧。

根据上述，笔者建议对我国《刑法》第86条第3款作适当的修正，具体可修改为：被假释的犯罪分子，在假释考验期内，有违反法律、行政法规或者国家假释监督机关有关假释监督管理规定的行为，情节严重的，应当依照法定程序撤销假释，收监执行未执行完毕的刑罚。这样，原来《刑法》规定的违反法律、行政法规及假释监督管理规定的行为由假释撤销的强制性根据变成了任意性的根据，即只有情节严重的违法违规行为才应当撤销假释，而对于情节轻微的违法违规行为则一般不予撤销假释。对于违法违规行为“情节严重”的界定，可以通过有关司法解释来明确。具体而言，下列行为应属违法违规情节严重：1. 违反《治安管理处罚条例》，被处以行政拘留的；2. 违反《劳动教养条例》受到劳动教养处分的；3. 故意实施一般违法行为三次以上，经假释监督管理部门警告、劝诫后仍不改正的；4. 故意违反假释监督管理规定三次以上，经假释监督管理部门警告、劝诫后仍不改悔的。

#### 注释与参考文献

- ①吴宗宪. 非监禁刑研究[M]. 北京：中国人民公安大学出版社，2003. 415；447—448.
- ②○11[俄]俄罗斯联邦总检察院. 俄罗斯联邦刑法典释义（上册）[M]. 黄道秀译. 北京：中国政法大学出版社，2000. 202；183.
- ③柯葛壮. 适用假释和撤销假释的法定条件比较研究[J]. 政治与法律，1992，（6）：32.
- ④刘金鹏，王昭雪. 假释撤销制度老干问题研究[J]. 人民检察，2001，（5）：36.
- ⑤张丽卿. 假释制度的回顾与展望[A]. 刑法70年之回顾与展望纪念文集（二）[C]. 台北：元照出版公司，2001. 94.
- ⑥高西江. 中华人民共和国刑法的修订与适用[M]. 北京：中国方正出版社，1997. 276.
- ⑦金鉴. 监狱学总论[M]. 北京：法律出版社，1997. 336.
- ⑧高铭暄. 刑法学原理（第三卷）[M]. 北京：中国人民大学出版社，1994. 614—616
- ⑨孙长永. 沉默权制度研究[M]. 北京：法律出版社，2001. 23—24.
- ⑩[俄]H·址库兹涅佐娃，H·M·佳日科娃. 俄罗斯刑法教程（总论·下卷）[M]. 黄道秀译. 北京：中国法制出版社，2002. 783.
- 12朱伟临. 论“假释权利说”导向下的假释撤销程序[J]. 法学，1997，（1）：35.
- 13李罗海，顾文. 假释犯在假释考验期限内违法的问题[J]. 上海市政法管理干部学院学报，1999，（5）：45.

（作者系山东大学法学院副教授、法学博士）

《现代法学》2006年第1期

更新日期：2007-5-27

阅读次数：865

上篇文章：中英强奸罪比较研究

下篇文章：假释监督保护机构及人员之比较研究

