

第四编 刑罚的基本问题

• 一、刑罚的原则与依据

• (一) 相关概念

- 1、**刑罚——是刑法规定的由国家审判机关依法对犯罪人适用的限制或剥夺其某种权益的强制性制裁方法。**
- 2、**刑法创制权——是指国家立法机关在刑事立法过程中创制刑罚的权力，是在动态的立法过程中事先设定静态内容的权力。**
- 3、**刑罚裁量权——是指国家刑事司法机关在认定有罪的基础上对犯罪人是否判处刑罚和判处什么刑罚的权力。**
- 4、**刑罚执行权——是指刑罚执行机关依据法院的判决将对犯罪分子判处的刑罚付诸现实执行的权力。**

• (二) 刑罚的特征

- 1、**内在属性——教育性与惩罚性的辩证统一。** 2、**外在特征——**1) 制定主体：国家最高权力机关（只有全国人大及其常委会才有权制定、补充、修改刑法和其中的刑罚）； 2) 适用根据：刑法； 3) 适用对象：犯罪人 4) 适用机关：人民法院； 5) 严厉程度：国家对犯罪人施行的最严厉的强制方法。 6) 执行机关：法院、公安机关、监狱等司法改造场所。

• (三) 目的——是指适用刑罚所预期达到的效果

- 1、**直接目的——特殊预防（是指通过对犯罪分子适用刑罚进行教育改造，预防其重新犯罪） + 一般预防（是指预防危险分子、不稳定分子和犯罪被害人等尚未犯罪的人实施犯罪）**
- 2、**间接目的——堵塞漏洞、铲除诱发犯罪的外部条件**
- 3、**根本目的——惩罚犯罪，保护人民**

• (四) 功能——是指国家创制、适用和执行刑罚所可能产生的积极的社会作用或社会效应。

- 1、**对犯罪人——剥夺/限制再犯功能、惩罚功能、教育改造功能**
- 2、**对被害人及其家属——安抚功能、补偿功能**
- 3、**对其他社会成员——一般威慑功能、鼓励功能、教育功能**

• 二、刑罚的体系与种类

- (一) **刑罚体系——是指刑事立法者从有利于发挥刑罚的功能和实行刑罚的目的出发，选择一定的惩罚方式作为刑罚方法并加以归类，由刑法依照一定的标准对各种刑罚方法进行排列而形成的刑法序列。**

- **主刑（管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑、死刑）+附加刑（罚金、剥夺政治权利、没收财产、驱逐出境）**

• (二) 种类

- **主刑——对犯罪人适用的主要刑罚种类（只能独立适用，不能附加适用；对于一个犯罪，只能适用一个主刑）**
 - 1、**管制——指由人民法院判决，对犯罪分子不予关押，但限制其一定自由，依法实行社区**

矫正的刑罚方法。

- 1) 规定：“对判处管制的犯罪分子，依法实行社区矫正。”
 - 1、第三十九条 被判处管制的犯罪分子，在执行期间，应当遵守下列规定：
 - (1) 遵守法律、行政法规，服从监督；
 - (2) **未经执行机关批准，不得行使言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利；（限制政治权利）**
 - (3) 按照执行机关规定报告自己的活动情况；
 - (4) 遵守执行机关关于会客的规定；
 - (5) 离开所居住的市、县或者迁居，应当报经执行机关批准。
 - 2、接受社区矫正，判处禁止令的遵守**禁止令（是指法庭下达的禁止当事人实施某种行为的指令）**。
- 2) 期限：**为三个月以上二年以下。数罪并罚时，最高不能超过3年。**（刑期从判决之日起计算，**判决执行前**先行羁押的，**羁押1日折抵刑期2日。**）
- 3) 劳动待遇：应当同工同酬，适合在原岗位的可以安排原岗位，不适合原岗位的应调整岗位。
- 2、**拘役——是指短期剥夺犯罪分子人身自由，并就近执行并实行劳动改造的刑罚方法。**（短期自由刑）
 - 1) 刑期：**1月以上6月以下；数罪并罚时，最高不能超过1年。**（刑期从判决之日起计算，**判决执行前**先行羁押的，**羁押1日的折抵刑期1日。**）
 - 2) 待遇：每月可回家1-2天；参加劳动的，可以酌量发给劳动报酬（根据犯罪人参加生产劳动的表现、技术水平和生产收入情况等，发给适当的报酬。）。
 - 3) 执行机关：公安机关；就近执行。
- 3、**有期徒刑——指剥夺犯罪分子一定期限的人身自由，强制劳动改造的刑罚方法。**（刑罚体系的中心）
 - (1) 刑期：①**6个月以上15年以下；数罪并罚时，有期徒刑总和刑期不满35年的，最高不能超过20年；总和刑期在35年以上的，最高不能超过25年。**（刑期从判决执行之日起计算，**判决执行前**先行羁押的，**羁押1日折抵刑期1日。**）②死缓犯有重大立功表现的，2年期满后，减为25年有期徒刑，刑期从死缓考验期满第2日起计算。
 - (2) 执行机关：主要为监狱，也有其他执行场所如未教所。
 - (3) 待遇：有劳动能力的，都要参加劳动。
 - (4) 体系地位：除危险驾驶罪外，其他所有犯罪的法定刑中都有有期徒刑。自由刑的单一化
- 4、**无期徒刑——指剥夺犯罪分子终身自由，并强制劳动改造的刑罚方法。**
 - (1) 规定：①被判处无期徒刑的，应当附加剥夺政治权利终身(体现严厉性)。 ②与假释、减刑、赦免的联系：**实际服刑13年以上的，有机会被假释出狱。**③已满14周岁不满16周岁的未成年人一般不判处无期徒刑。④判决确定前的羁押时间不能折抵刑期,也不能计算在作为减刑、假释前提条件的实际执行刑期之内。
 - (2) 执行机关：在监狱或者其他执行场所执行。
 - (3) 待遇有劳动能力的，应当参加劳动。
- 5、**死刑/生命刑——指剥夺犯罪分子生命的刑罚方法。**
 - (1) 内容——死刑立即执行+死刑缓期二年执行

- (2) 适用限制[老 幼 孕]——“犯罪的时候不满18周岁的人和审判时【从犯罪嫌疑人、被告人被采取羁押措施开始一直到判决确定时止(整个诉讼过程)。】怀孕的妇女【(无论是否合法) 流产+引产的妇女】，不适用死刑【也不得适用死缓】”。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。
- (3) 程序限制——死刑除依法由最高人民法院判决的以外，都应当报最高法核准。死刑缓期执行的，可以由高级人民法院判决或者核准。
- (4) 死缓制度——死缓执行期间，其一，如果没有故意犯罪，2年期满以后，减为无期徒刑；其二，如果确有重大立功表现，2年期满以后，减为25年有期徒刑；其三，如果故意犯罪，查证属实的，分为两种情况：一是故意犯罪情节恶劣，由最高人民法院核准，执行死刑。二是，虽有故意犯罪，但不属于情节恶劣，死刑缓期执行的期间重新计算，并报最高人民法院备案。

1)死缓限制减刑

刑法修正案8：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。

2) 死缓的时限规定

第五十一条 死刑缓期执行的期间，从判决确定之日起计算（是判决生效之日，而不是指判决执行之日，因此，罪犯在判决生效后尚未送监执行的期限应当计入2年考验期内；但是对罪犯在判决生效前先行羁押的日期不能折抵在2年考验期内）。

死刑缓期执行减为有期徒刑的刑期，从死刑缓期执行期满之日起计算。

- **附加刑——是补充主刑适用的刑罚方法**（可以附加于主刑适用，也能单独适用；对于一个犯罪，可以适用多个附加刑）
 - 1、**罚金刑——指由人民法院判决犯罪分子向国家缴纳一定数额金钱的刑罚方法。**
 - (1) 立法模式——1) 限额罚金制。2) 倍比罚金制。3) 无限额罚金制。
 - (2) 科刑模式——1) 并科式；2) 选科式；3) 单科式
 - (3) 执行缴纳方式——1) 限期一次缴纳；2) 限期分期缴纳；3) 强制缴纳；4) 随时追缴。
 - (4) 民事赔偿责任优先
 - (5) 适用对象——破坏社会主义市场经济秩序罪、侵犯财产罪、妨害社会管理秩序罪和贪污贿赂的犯罪分子。
 - (6) 评价——【利】是惩治经济犯罪的有效方法；是惩治法人犯罪的最佳手段；具有经济性、可分性、可附加性；可避免犯罪人在监狱中恶性感染；可防止犯罪人对社会生活的不适应性；误判易纠。【弊】难以执行；同罪异罚；株连无辜；罚不当罪；具有不平等性；易导致逃避制裁；易导致重新犯罪；易导致以钱赎罪。
 - 2、**剥夺政治权利——指剥夺犯罪人参加国家管理和政治活动的权利的刑罚方法。**
 - (1) 内容——剥夺以下权利：（1）选举权与被选举权；（2）（政治性的）言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利；（3）担任国家机关职务的权利；（4）担任国有公司、企业、事业单位和人民团体领导职务的权利。
 - (2) 适用对象——（1）应当附加剥夺政治权利的情形：A、对于危害国家安全的犯罪分子应当附加剥夺政治权利；B、对于被判处死刑、无期徒刑的犯罪分子，应当附加剥夺政治权利终身。（2）可以附加剥夺政治权利的情形：A、对于故意杀人、强奸、放火、爆炸、投毒、抢劫等严重破坏社会秩序的犯罪分子，可以附加剥夺政治权利。（实

践中对于判处10以上有期徒刑的犯罪，可以附加。）（3）剥夺政治权利独立适用于罪质较轻的犯罪或罪质严重但情节较轻的犯罪的，由刑法分则规定。

- （3）期限——1）剥夺政治权利独立适用时，或者判处拘役、有期徒刑附加剥夺政治权利的，期限为1年以上5年以下； 2）判处管制附加剥夺政治权利的，剥夺政治权利的期限与管制期限相等； 3）对于判处死刑、无期徒刑的，剥夺政治权利终身；判处死刑或者无期徒刑一定（应当）剥夺政治权利终身，而不是可以；4）死刑缓期执行减为有期徒刑，或者无期徒刑减为有期徒刑的，附加剥夺政治权利的期限相应改为3年以上10年以下。

- 3、没收财产——是指没收犯罪分子个人所有财产的一部分或全部。

- （1）适用模式：必并制与得并制、选并制
- （2）适用对象：主要为危害国家安全罪、严重的经济犯罪和贪利性犯罪
- （3）没收范围：犯罪分子个人所有的合法财产。
- （4）正当债务清偿：“没收财产以前犯罪分子所负的正当债务，需要以没收的财产偿还的，经债权人请求，应当偿还。”债权人要求返还其正当债权（主要是指合法债权，但并不限于合法债权）的，必须由债权人向法院主动提出，否则，法院无权主动作出以没收财产偿还的判决
- （5）执行：1）一人犯数罪依法同时并处罚金和没收财产刑的，应当合并执行；但并处没收全部财产的，只执行没收财产。 2）原则上由一审法院执行。 3）没收全部财产的，应当对犯罪分子个人及其扶养的家属保留必需的生活费用。

- 4、驱逐出境——指将犯罪的外国公民或者无国籍人逐出国（边）境的刑罚方法。

- （1）适用对象——犯罪的外国人
- （2）执行——1）独立适用时，自判决确定之后执行；2）作为附加刑适用时，应在主刑执行完毕之后执行。

- 非刑罚处理方法——指人民法院对犯罪分子适用的刑罚以外的处理方法。

- 非刑罚处理方法有时与刑罚同时适用，如判处赔偿经济损失。
- 有时独立适用，如训诫、责令具结悔过、责令赔礼道歉、责令赔偿损失、由主管单位予以行政处罚或行政处分。

- 三、刑罚裁量的原则与制度

- （一）量刑——是人民法院对于犯罪分子依法裁量决定刑罚的活动。
- （二）一般原则——以事实为依据，以法律为准绳
- （三）量刑情节——是指在某种行为已构成犯罪的前提下，人民法院对犯罪人裁量决定刑罚时，据以处刑轻重或者免除处罚的各种事实情况。
- 分类——法定量刑情节（指刑法明文规定的，量刑时应当或者可以据以从严、从宽或者免除刑罚处罚的事实情况）【1）从重处罚、从轻处罚是指在法定刑以内判处相对较重或者较轻的刑罚。2）减轻处罚是指在法定刑以下判处刑罚。3）免除处罚与免于刑事处罚不同，免于刑事处罚是根据第37条，由于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的，可以免于刑事处罚。】与酌定量刑情节/裁判情节（是指不是刑法明文规定的，而是根据刑事立法精神和司法实践经验抽象概括出来的、在量刑时酌情考虑的情节）+定罪与量刑+犯罪情节与主观恶性

刑法总则部分的法定量刑情节有：

- （1）应当免除处罚的情节：没有造成损害的中止犯。

- (2) 可以免除处罚的情节：犯罪较轻且自首的。
- (3) 应当减轻处罚的情节：造成损害的中止犯。
- (4) 可以减轻处罚的情节：如实供述自己的罪行（坦白），并避免特别严重后果发生的
- (5) 可以从轻处罚的情节：如实供述自己的罪行（坦白）的
- (6) 应当从轻或者减轻处罚的情节：A、已满14周岁不满18周岁的人犯罪的；B、已满75周岁的人过失犯罪的。
- (7) 可以从轻或者减轻处罚的情节：A、尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人犯罪的；B、未遂犯；C、被教唆的人没有犯被教唆的罪的教唆犯；D、自首的；E、有立功表现的；F、已满75周岁的人故意犯罪的。
- (8) 应当减轻处罚或者免除处罚的情节：A、防卫过当；B、避险过当；C、胁从犯
- (9) 可以减轻处罚或者免除处罚的情节：有重大立功表现的
- (10) 可以免除或者减轻处罚的情节：在国外犯罪，已在国外受过刑罚处罚的。
- (11) 应当从轻、减轻或者免除处罚的情节：从犯。
- (12) 可以从轻、减轻或者免除处罚的情节：A、又聋又哑的人或者盲人犯罪的；B、预备犯。
- (13) 应当从重处罚情节：A教唆不满18周岁的人犯罪的；B累犯

• (四) 制度

- **1、累犯——是指被判处一定刑罚的犯罪人，在刑罚执行完毕或者赦免以后，在法定期限内又犯一定罪的情况。**
 - (1) 一般累犯——1) 前罪与后罪都必须是**故意犯罪**；2) 前罪和后罪都必须是被判处有期徒刑以上刑罚；3) 后罪发生的时间，必须是在前罪所判处的（主刑）**刑罚执行完毕或赦免后的5年之内**；4) 犯前罪时**未**满18周岁的，**不成立累犯**。
 - (2) 特殊累犯——1) 前罪与后罪为**危害国家安全犯罪或恐怖活动犯罪或黑社会性质的组织犯罪**；2) 后罪必须发生在前罪**刑罚执行完毕或者赦免以后**。【若发生在执行期间则不为累犯】
 - (3) 刑事责任——☆三不一应当：应当从重处罚、不得缓刑、不得假释、不得取保候审。
 - 1) 对累犯必须**从重处罚**。
 - 2) 对于累犯应当**比照**初犯、偶犯或其他犯罪人从重处罚。
 - 3) 对于累犯从重处罚时，必须根据其所实施的**犯罪行为的性质、情节和社会危害程度**，确定具体应判处的刑罚。
 - 4) 对于累犯**不适用缓刑和假释**。
- **2、自首、坦白、立功**
 - (1) **自首【检举自己】**
 - 1) **一般自首——指犯罪分子在犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行的行为。**
 - 成立条件——1) 犯罪以后自动投案。2) 如实供述自己的罪行。
 - 认定——A、投案**时间**——**犯罪以后，归案之前**。B、投案**对象**——一般为**公安司法机关**。C、投案**方式**——包括**亲首、代首、送首、陪首**等。
 - 不能视为自动投案的情形：
 - A、犯罪嫌疑人先投案交代罪行后，又潜逃的；
 - B、以不署名或化名将非法所得寄给司法机关或者报刊、杂志社的。
 - C、自首后又翻供的不能认定自首，但在**一审判决前又如实供述仍认定自首**。

有的犯罪人在一审判决前没有如实供述，但在二审期间供述犯罪的，实践中二审法院通常认定自首进行改判。
 - 共同犯罪中的自首——A、一般共犯成员不仅要如实供述**本人**实施的犯罪行为，还必须交代**所知的同案犯**的犯罪行为，才成立自首；**主犯**尤其是集团犯罪的**首要分子**，必须交代**整个共同犯罪的全部罪行**，才成立自首；B、出于掩护其他案犯而故意包揽全部责任的，不视为如实供述自己罪行。

- 单位自首的认定 ——单位没有自首，直接责任人员自动投案并如实交代自己知道的犯罪事实的，对该直接责任人员应当认定为自首。
- 2) 特殊自首——指被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯，如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的行为。
 - 特征——1) 主体是已被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯；2) 如实供述的是司法机关还没掌握的本人其他罪行。
- 3) 刑事责任——：“对于自首的犯罪分子，可以从轻或者减轻处罚。其中，犯罪较轻的，可以免除处罚。”
- (2) 坦白【认罪认罚】——指犯罪嫌疑人被动归案以后如实交代被指控的犯罪事实的行为。（在侦查阶段坦白与在审判阶段坦白）
 - 刑事责任——“犯罪嫌疑人虽不具有前两款规定的自首情节，但是如实供述自己罪行的，可以从轻处罚；因其如实供述自己的罪行，避免特别严重后果发生的，可以减轻处罚。”

犯罪分子依法不成立自首，但如实交代犯罪事实，有下列情形之一的，可以酌情从轻处罚：

 - (1) 办案机关掌握部分犯罪事实，犯罪分子交代了同种其他犯罪事实的；
 - (2) 办案机关掌握的证据不充分，犯罪分子如实交代有助于收集定案证据的。

犯罪分子如实交代犯罪事实，有下列情形之一的，一般应当从轻处罚：

 - (1) 办案机关仅掌握小部分犯罪事实，犯罪分子交代了大部分未被掌握的同种犯罪事实的；
 - (2) 如实交代对于定案证据的收集有重要作用的。
- (3) 立功【检举他人】——是指犯罪分子揭发他人犯罪，查证属实，或者提供重要线索，从而得以侦破其他案件等情况的行为。（判决前的立功（主要是指犯罪人揭发他人犯罪）+ 刑罚执行期间的立功（除判决前的立功之外的立功））
 - 1) 一般立功——1) 到案后有检举、揭发他人犯罪（指他人实施的且与揭发者非同案的罪行）行为，经查证属实的。【以下情形不属于立功：揭发同案共犯；揭发同案对合犯；本犯说出他人提供事后帮助行为的，不成立立功；但提供事后帮助行为的犯罪人提供本犯罪行的，属于揭发他人罪行，成立立功。】2) 提供侦破其他案件的重要线索，经查证属实的。3) 阻止他人犯罪活动的。4) 协助司法机关抓捕其他犯罪嫌疑人（包括同案犯）的。5) 具有其他有利于国家和社会的突出表现的。
 - 2) 重大立功——1) 检举、揭发他人重大犯罪行为，经查证属实的。2) 提供侦破其他重大案件的重要线索，经查证属实的。3) 阻止他人重大犯罪活动的。4) 协助司法机关抓捕其他重大犯罪嫌疑人（包括同案犯）的。5) 对国家和社会有其他重大贡献的。
 - 3) 刑事责任——犯罪分子有揭发他人犯罪行为，查证属实的，或者提供重要线索，从而得以侦破其他案件等立功表现的，可以从轻或者减轻处罚；有重大立功表现的，可以减轻或者免除处罚。
- 3、数罪并罚——指人民法院对犯罪分子一人所犯的数个罪，分别定罪量刑，然后按照法定的原则和方法，决定应当执行的刑罚。
 - (1) 原则
 - 吸收原则——是指对一人所犯数罪采用重罪吸收轻罪或者重罪刑吸收轻罪刑的合并处罚规则。（由一人所犯数罪中法定刑最重的罪吸收其它较轻的罪，或者由最重宣告刑吸收其它较轻的宣告刑，仅以最重罪的宣告刑或者已宣告的最重刑罚作为执行刑罚的合并处罚规则。）

- **并罚原则/相加原则/累加原则/合并原则**——是指将一人所犯数罪分别宣告的各罪刑罚绝对相加、合并执行的合并处罚规则。
- **限制加重原则/限制并科原则**——是指以一人所犯数罪中应当判处或者已经判处的最重刑罚为基础，再在一定限度之内对其予以加重作为执行刑罚的合并处罚规则。
- **折衷原则/混合原则**——是指对一人所犯数罪的合并处罚不单纯采用并可原则、吸收原则或限制加重原则，而是根据法定的刑法性质及特点兼采并科原则、吸收原则或限制加重原则，以分别适用于不同刑种和宣告刑结构的合并处罚规则。
- (2) 数罪的种类
 - 以行为人的犯罪事实充足符合的数个犯罪构成的性质是否一致为标准——**异种数罪**（是指行为人的犯罪事实充足符合数个性质不同的犯罪构成的犯罪形态。）+ **同种数罪**（是指行为人的犯罪事实充足符合数个性质相同的犯罪构成的犯罪形态。）
 - 以对行为人的犯罪事实已构成的实质数罪是否实行数罪并罚为标准——**并罚的数罪**（是指依照法律规定应当予以并罚的实质数罪。）+ **非并罚的数罪**（是指无须予以并罚，而应对其适用相应处断原则的实质数罪。）
 - 以实质数罪发生的时间条件为标准——**判决宣告以前的数罪**（是指行为人在判决宣告以前实施并被发现的数罪。）+ **刑罚执行期间的数罪**（是指在刑罚执行期间发现漏罪或再犯新罪而构成的数罪。）
- (3) 数罪并罚具备的特点——1) **一人犯数罪**；2) 数罪发生在法定期间内。（判决宣告以前一人犯数罪；判决宣告以后，刑罚执行完毕以前，发现被判刑的犯罪人在判决宣告以前还有其他罪没有判决的（漏罪）；判决宣告后，刑罚执行完毕以前，被判刑的犯罪人又犯罪的（新罪）；被宣告缓刑或者假释的犯罪人在缓刑或者假释考验期内又犯罪或者发现漏罪的。）3) 对数罪分别定罪量刑后，根据法定原则和方法，决定执行的刑罚。
- (4) 我国数罪并罚的原则——混合原则
 - (1) 对一人所犯数罪中，有判处死刑或者无期徒刑的，采取吸收原则，即数罪中其他各罪所判处的主刑，被死刑或者无期徒刑所吸收，只执行死刑或无期徒刑，其他主刑不再执行。
 - (2) 对一人所犯数罪分别判处有期徒刑、拘役、管制的，采取限制加重原则，即在总和刑期以下，数刑中最高刑以上，酌情决定执行的刑期。
 - (3) 数罪中有判处附加刑的，按合并原则处理，附加刑仍须执行。
 - (4) 数个自由刑中有管制的，按照并罚原则处理，管制仍须执行。

刑法修正案九在刑法第六十九条中增加一款作为第二款：“数罪中有判处有期徒刑和拘役的，执行有期徒刑。数罪中有判处有期徒刑和管制，或者拘役和管制的，有期徒刑、拘役执行完毕后，管制仍须执行。”
- (5) 具体并罚方法
 - 1、判决宣告前一人犯数罪的并罚（先并后减）

刑法69条规定：“判决宣告以前一人犯数罪的，除判处死刑和无期徒刑的以外，应当在总和刑期以下，数罪中最高刑期以上，酌情决定执行的刑期；但是管制最高不能超过3年，拘役最高不能超过1年，有期徒刑总和刑期不满35年的，最高不能超过20年；总和刑期在35年以上的，最高不能超过25年。”【国家的经济选择】

“数罪中有判处附加刑的，附加刑仍须执行，其中附加刑种类相同的，合并执行，种类不同的，分别执行。”
 - 2、刑罚执行完毕以前发现漏罪的并罚。（“先并后减”）

刑法第70条规定：“判决宣告以后，刑罚执行完毕以前，发现被判刑的犯罪分子在判决宣告以前还有其他罪没有判决的，应当对新发现的罪作出判决，把前后两个判决所判处的刑罚，依照本法第69条的规

定，决定执行的刑罚。已经执行的刑期，应当计算在新判决决定的刑期以内。”

特点是：

- (1) 一人所犯数罪均发生在原判决宣告以前；
- (2) 原判决只对其中的部分犯罪作了判决，对另一部分犯罪没有判决；
- (3) 不管漏罪即新发现的罪与原判决的罪是否为性质相同的犯罪，换言之，即使是相同性质的犯罪也必须实行并罚；
- (4) 将新发现的漏罪定罪量刑，依照刑法第69条规定的原则与原判决的刑罚实行并罚；
- (5) 已执行的刑期计算在新判决决定的刑期以内。

注意：

(3) 被告刑满释放后又犯罪，发现在前罪判决宣告以前或在前罪执行期间犯有其他罪行未经处理，依法应当追诉。根据司法解释：漏罪与后罪为异种罪的分别定罪，漏罪与后罪为同种罪一罪从重。

- 3、**刑罚执行完毕以前又犯新罪的并罚。**（“先减后并”）→（加上之前的刑期）有可能超过最高刑期25年【不违法】

刑法第71条规定：“判决宣告以后，刑罚执行完毕以前，被判刑的犯罪分子又犯罪的，应当对新犯的罪作出判决，把前罪没有执行的刑罚和后罪所判处的刑罚，依照本法第69条的规定，决定执行的刑罚。”

这种数罪并罚的特点是：

- (1) 犯罪人在原判决宣告以后，刑罚执行完毕之前又犯新罪；
 - (2) 不管新罪与原判决的罪是否为性质相同的罪，均应并罚；
 - (3) 将新罪定罪量刑；
 - (4) 将前罪没有执行的刑罚与新罪所判处的刑罚，依照刑法第69条的原则进行并罚；
 - (5) 已经执行的刑期不得计算在新判决所决定的刑期以内。
- 4、罪犯在服刑期间又犯新罪，在对新罪进行审判中又发现前一判决还有“漏罪”没有判决的并罚。（“先并后减再并”）
 - 5、在缓刑考验期限内又犯新罪的并罚（“撤销缓刑，只并不减”）

应撤销缓刑，对新罪作出判决，把前罪和后罪所判处的刑罚，依照刑法69条的规定，决定执行的刑罚。如果原判决宣告以前先行羁押的，羁押日期应当折抵刑期。

- 6、在缓刑考验期限内发现漏罪的并罚（“撤销缓刑，只并不减”）
- 7、在假释考验期限内再犯新罪的并罚（“撤销假释，先减后并”）

被假释的犯罪分子，在假释考验期限内犯新罪的，应当撤销假释，按照刑法第71条规定的先减后并的方法实行并罚。假释后所经过的考验期，不得计算在新判决决定刑期以内。需要说明的是，只要是在假释考验期内犯新罪，即使经过了假释考验期限后才发现新罪，也应当撤销假释，按照先减后并的方法实行并罚。

- 8、在假释考验期限内发现漏罪的并罚（“撤销假释，先并后减”）

在假释考验期限内，发现被假释的犯罪分子在判决宣告以前还有其他罪没有判决的，应当撤销假释，按照刑法第70条规定的先并后减的方法进行并罚，已经执行的刑期，计算在新判决决定的刑期以内，但假释后所经过的考验期，不得计算在新判决决定的刑期以内。值得注意的是，如果在假释考验期满后，才发现被假释的犯罪分子在判决宣告以前还有其他罪没有判决的，不得撤销假释，只能对新发现的犯罪另行侦查、起诉、审判，不得与前罪的刑罚并罚。

- 4、**缓刑——是指是指对判处一定刑罚的罪犯，在一定的法定条件下，暂缓执行或不执行原判刑罚的一种制度。**

- (1) **一般缓刑制度**——是指人民法院对于**被判处拘役（若被判处管制或者单处附加刑的，不能适用缓刑）、3年以下有期徒刑（宣告刑，而非法定刑）**的犯罪分子（**必须不是累犯或犯罪集团的首要分子**），如果**犯罪情节较轻、有悔罪表现、没有再犯罪的危险，且宣告缓刑对所居住社区没有重大不良影响的**，规定一定的考验期，暂缓其刑罚的执行，依法实行社区矫正，若被判刑的犯罪分子在考验期内没有再犯新罪，没有被发现漏罪，没有严重违

反法律、行政法规、国务院有关部门关于缓刑的监督管理规定、人民法院判决中的禁止性判令，缓刑考验期满，原判刑罚就不再执行的制度。

缓刑禁止令

“宣告缓刑，可以根据犯罪情况，同时禁止犯罪分子在缓刑考验期限内从事特定活动，进入特定区域、场所，接触特定的人。”“被宣告缓刑的犯罪分子，如果被判处附加刑，附加刑仍须执行。”

- (2) **战时缓刑制度**——是指**在战时对于被判处3年以下有期徒刑，没有现实危险性的犯罪军人**，**暂缓其刑罚执行，允许戴罪立功**。确有立功表现时，可以撤销原判，不以犯罪论处的制度。
- (3) **考验期限**——(73条)规定：“**拘役的缓刑考验期限为原判刑期以上1年以下，但是不能少于2个月。有期徒刑的缓刑考验期限为原判刑期以上5年以下，但是不能少于1年。**”【缓刑的考验期限，从判决确定之日（即判决发生法律效力之日）起计算。判决确定以前先行羁押的，不能折抵考验期限。】
- (4) **考察内容**——1) 实行社区矫正。2) 应当遵守相关规定。3) 考察其在考验期内是否再犯新罪或者是否还有判决宣告前其他罪没有判决以及是否有严重违法法律、行政法规、国务院有关部门关于缓刑的监督管理规定、人民法院判决中的禁止性判令的情形。4) 对战时缓刑犯的考察，主要考察其在战争中是否有立功表现。确有立功表现的，可以撤销原判刑罚不以犯罪论处。
- (5) **期满**——是指**犯罪人在缓刑考验期内，没有再犯新罪，没有发现判决宣告以前还有其他罪没有判决，没有情节严重的违反法律、行政法规、国务院有关部门关于缓刑的监督管理规定、人民法院判决中的禁止性判令的行为，缓刑考验期满，原判的刑罚就不再执行，并公开予以宣告。**
- (6) **撤销**——是指**由于犯罪人在缓刑考验期内，没有遵守法定条件，而将原判决的缓刑予以撤销，使犯罪人执行原判刑罚。**

在缓刑期间犯新罪但是缓刑期满后才发现的，是否撤销缓刑。对此法律没有明文规定，学界有不同看法。通说是**撤销缓刑数罪并罚**。

• 四、刑罚的执行制度（主要是刑罚执行的变通问题）

- (一) **减刑**——是指**对被判处管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑的犯罪人，在刑罚执行期间，如果认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现，或者立功表现的，适当减轻原判刑罚的制度**。
 - 1、**条件**——(1) 对象条件：只能对被判处管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑的犯罪人适用减刑。(2) 实质条件：“可以减刑”——犯罪人在刑罚执行期间，认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现（认罪服法；认真遵守监规，接受教育改造；积极参加政治、文化、技术学习；积极参加劳动，完成生产任务。），或者有立功表现。“应当减刑”——犯罪人在刑罚执行期间，有重大立功表现的。(3) 限度条件：1) 主刑的限度——①减刑后实际执行的刑期，判处管制、拘役、有期徒刑的，**不能少于原判刑期的二分之一**；②判处无期徒刑的，**不能少于13年**。无期徒刑的实际执行起始时间应当自无期徒刑判决确定之日起计算。③被判处死刑缓期执行的罪犯经过一次或者几次减刑后，其实际执行的刑期**不得少于十五年**，死刑缓期执行期间不包括在内。2) 附加刑的限度——被判处死刑缓期执行、无期徒刑的罪犯减为有期徒刑时，应当将**附加剥夺政治权利的期限减为七年以上十年以下**，经过一次或者几次减刑后，最终剥夺政治权利的期限**不得少于三年**。
 - 2、**时间与幅度**——1) 开始减刑的时间，应与原判的刑期成正比。2) 有重大立功表现时就可以减刑。对应当减刑的，可以不受间隔期限的限制。3) 符合条件的，可以多次减刑，但每一次减刑的限度，均应以原判决的刑罚为标准计算，而不能以前一次减刑后的刑期为标准进行计算。4) 死刑缓期执行罪犯在缓期执行期间不服从监管、抗拒改造，尚未构成犯罪的，在减为

无期徒刑后再减刑时应当适当从严。被判处有期徒刑、无期徒刑的罪犯在刑罚执行期间又故意犯罪，新罪被判处有期徒刑的，自新罪判决确定之日起三年内不予减刑；新罪被判处无期徒刑的，自新罪判决确定之日起四年内不予减刑。5) 对于死缓的减为有期徒刑后的减刑限制：被限制减刑的死刑缓期执行罪犯，减为无期徒刑后，符合减刑条件的，执行五年以上方可减刑。罪犯在死刑缓期执行期间又故意犯罪，未被执行死刑的，死刑缓期执行的期间重新计算，减为无期徒刑后，五年内不予减刑。

- 3、刑期计算——(1) 对于原判刑罚为管制、拘役、有期徒刑的，减刑后的刑期应从原判决执行之日起计算；原判刑期已经执行的部分时间，应计算到减刑后的刑期以内。(2) 对于无期徒刑减为有期徒刑的，有期徒刑的刑期从裁定减刑之日起计算；已经执行的刑期以及判决宣告以前先行羁押的日期，不得计算在裁定减刑后的有期徒刑的刑期以内。(3) 对于无期徒刑减为有期徒刑以后再次减刑的，其刑期的计算，则应按照有期徒刑减刑的方法计算。对于曾被依法适用减刑，后因原判决有误，经再审后改判的，原来的减刑仍然有效，所减刑期，应从改判后的刑期中扣除。
- 4、缓刑的减刑——(1) 被判处拘役或者三年以下有期徒刑，并宣告缓刑的罪犯，一般不适用减刑。(2) 前款规定的罪犯在缓刑考验期内有重大立功表现的，可以参照刑法第七十八条的规定予以减刑，同时应当依法缩减其缓刑考验期。缩减后，拘役的缓刑考验期限不得少于二个月，有期徒刑的缓刑考验期限不得少于一年。
- 5、失效——(1) 罪犯被裁定减刑后，刑罚执行期间因发现漏罪而数罪并罚的，原减刑裁定自动失效。(2) 再审裁判改变原判决、裁定的，原减刑、假释裁定自动失效，执行机关应当及时报请有管辖权的人民法院重新作出是否减刑、假释的裁定。(3) 再审裁判宣告无罪的，原减刑、假释裁定自动失效。
- 6、程序——由执行机关向中级以上人民法院提出减刑建议书。人民法院应当组成合议庭进行审理，对确有悔改或者立功事实的，裁定予以减刑。非经法定程序不得减刑。
- 7、其他——人民法院依照本法第五十条第二款规定限制减刑的死刑缓期执行的犯罪分子，缓期执行期满后依法减为无期徒刑的，不能少于二十五年，缓期执行期满后依法减为二十五年有期徒刑的，不能少于二十年。”

• (二) 假释——是指对被判处有期徒刑、无期徒刑的部分犯罪人，在执行一定刑罚之后，确有悔改表现，不致再危害社会，附条件地予以提前释放的制度。

- 1、适用条件——(1) 前提条件：假释只适用被判处有期徒刑、无期徒刑的犯罪人。(2) 执行刑期条件：假释只适用于已经执行一部分刑罚的犯罪人。(3) 实质条件：假释只适用于在刑罚执行期间，认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现，没有再犯罪危险的犯罪人。另根据监狱法的相关规定，如有重大立功表现的，应当假释。(4) 消极条件：对累犯以及因故意杀人、强奸、抢劫、绑架、放火、爆炸、投放危险物质或有组织的暴力性犯罪（宣告刑至少是十年以上有期徒刑，或者两个暴力性犯罪数罪并罚至少是十年以上有期徒刑；）被判处10年以上有期徒刑、无期徒刑以及死刑缓期执行的犯罪人，不得假释。
- 2、程序——由执行机关向中级以上人民法院提出假释建议书。人民法院应当组成合议庭进行审理，对符合假释条件的，裁定予以假释。非经法定程序不得假释。
- 3、考验期限——83条规定：有期徒刑的假释考验期限，为没有执行完毕的刑期；无期徒刑的假释考验期限为10年。在司法实践中，对有期徒刑犯的考验期限的底线，一般掌握在不少于6个月。
- 4、假释的考察——依法实行社区矫正。被宣告假释的犯罪分子，应当遵守相关规定。
- 5、撤销——(1) 被假释的犯罪人，在假释考验期限内犯新罪的，应当撤销假释，按照刑法第

71条规定的先减后并的方法实行并罚。假释后所经过的考验期，不得计算在新判决决定刑期以内。(2) 在假释考验期限内，发现被假释的犯罪人在判决宣告以前**还有其他罪没有判决的**，应当撤销假释，按照刑法第70条规定的先并后减的方法进行并罚，已经执行的刑期，计算在新判决决定的刑期以内，但假释后所经过的考验期，不得计算在新判决决定的刑期以内。(3) 被假释的犯罪人，在假释考验期限内，**有违反法律、行政法规或者国务院公安部门有关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。

- 6、法律效果——刑法第85条的规定，被假释的犯罪分子，在假释考验期内，遵守了各种相关规定，没有再犯新罪，也没有发现以前还有其他罪没有判决的，**假释考验期满，就认为原判刑罚已经执行完毕，并公开予以宣告。**

• 五、刑罚的消灭

- (一) 概念——**是指由于法定的或事实的原因，致使代表国家的司法机关不能对犯罪人行使具体的刑罚权。**
- (二) 法定事由
 - 1、超过追诉时效的；
 - 2、经特赦令免除刑罚的；
 - 3、告诉才处理的犯罪，没有告诉或者撤回告诉的；
 - 4、犯罪嫌疑人、被告人死亡的；
 - 5、其他法定事由。
- (三) **追诉时效——是指刑法规定的国家对犯罪人追究刑事责任的有效期限。**
 - 1、期限
 - (1) 法定最高刑不满5年有期徒刑的，经过5年；最高刑不是指该犯罪的最高法定刑，是指根据罪刑相适应原则适用条款的法定最高刑。
 - (2) 法定最高刑为5年以上不满10年有期徒刑的，经过10年；
 - (3) 法定最高刑为10年以上有期徒刑的，经过15年；
 - (4) 法定最高刑为无期徒刑、死刑的，经过20年。如果20年以后认为必须追诉的，须报请最高人民检察院核准。
 - 2、计算
 - (1) 一般犯罪追诉期限的计算：对即成犯的追诉期限从犯罪之日起计算。
 - (2) 连续或者继续犯罪追诉期限的计算：从犯罪行为终了之日起计算。
 - (3) 延长：指在追诉时效的进行期间，因为发生法律规定的事由，而使追溯时效暂时停止执行。
 - A、88条第1款规定：在人民检察院、公安机关、国家安全机关立案侦查或者人民法院受理案件以后，逃避侦查或者审判的，不受追诉期限的限制。
 - B、88条第2款规定：被害人在追诉期限内提出控告，人民法院、人民检察院、公安机关应当立案而不予立案的，不受追诉期限的限制。
 - (4) 追诉时效的中断/追诉时效的更新：是指在时效进行期间，因发生法律规定的事由，而使以前所经过的时效期间归于无效，法律规定的事由终了之时，时效重新计算。
 - “在追诉期限内又犯罪的，前罪追诉的期限从犯后罪之日起计算。”

(四) 赦免——是国家宣告对犯罪人免除其罪、免除其刑的一种法律制度。

- 1、大赦——是指国家对某一时期内犯有一定罪行的不特定犯罪人免予追诉和免除刑罚执行的制度。(既赦其罪，又赦其刑。)
- 2、特赦——是指国家对较为特定的犯罪人免除执行全部或者部分刑罚的制度。(只赦刑，不赦罪。)
 - 我国只有特赦——由全国人大常委会决定，由国家主席发布特赦令。
 - (1) 特赦的对象基本上只限于战争罪犯；
 - (2) 特赦的范围是一类或几类犯罪人，而不是个别犯罪人。
 - (3) 特赦的前提是犯罪人在服刑过程中确实有改恶从善的表现。
 - (4) 对需要特赦的犯罪人，根据其罪行轻重与悔改表现实行区别对待：罪行轻因而所判刑罚轻的，予以释放；罪行重因而所判刑罚重的，只是减轻刑罚。
 - (5) 特赦的效力只及于刑而不及于罪。