

韩友谊 - 刑法学总论讲义 (09) PDF转换可能丢失图片或格式, 建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/237/2021\\_2022\\_\\_E9\\_9F\\_A9\\_E5\\_8F\\_8B\\_E8\\_B0\\_8A\\_EF\\_c80\\_237374.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/237/2021_2022__E9_9F_A9_E5_8F_8B_E8_B0_8A_EF_c80_237374.htm) 第九章、刑罚的裁量  
关于量刑原则方面, 注意第63条第2款关于“法外减轻处罚”的程序性规定, 即需要经过最高人民法院的核准才可以在没有法定减轻处罚情节的情况下适用减轻处罚。从宽处罚情节

1. 应当减轻或者免除处罚的 (1) 防卫过当 (20条) (2) 避险过当 (21条) (3) 犯罪中止 (24条) (4) 自首后又有重大立功的 (68条第2款) (5) 胁从犯 (28条)
2. 应当从轻、减轻或者免除处罚的从犯 (27条第2款)
3. 应当从轻或者减轻处罚的已满14不满18岁的人犯罪 (17条第3款)
4. 可以免除处罚的 (1) 犯罪较轻而且自首 (67条) (2) 非法种植毒品原植物在收获前自动铲除的 (351条第3款)
5. 可以减轻或者免除处罚的 (1) 在国外犯罪, 虽然受本法追究, 但在外国已经受过刑罚处罚的 (10条) 首先考虑的是免除, 其次才是减轻, 这一点即选择的倾向上与后面几点不同。 (2) 有重大立功的 (68条) (3) 在被追诉前主动交代向公司企业人员行贿行为的 (164条第3款) (4) 个人贪污或者受贿数额在5000元以上不满1万元, 犯罪后有悔改表现, 积极退赃的 (383条) (5) 在被追诉前主动交代向国家工作人员行贿行为的 (390条第2款) (6) 在被追诉前主动交代介绍贿赂行为的 (392条第2款)
6. 可以从轻、减轻或者免除处罚的 (1) 又聋又哑的人或者盲人犯罪 (19条) (2) 犯罪预备 (22条)
7. 可以从轻或者减轻处罚的 (1) 尚未完全丧失辨认能力或者控制能力的精神病人犯罪的 (18条第3款) (2) 犯罪未遂

(23条第2款)(3)被教唆的人没有犯教唆之罪的,即教唆未遂的(29条第2款)(4)犯罪后自首的(67条)(5)犯罪后有立功表现的(68条第1款)从严处罚情节 总则部分总则性仅仅有两个,但十分重要:一是教唆不满18岁的人犯罪(29条第1款);二是累犯(第65条)。例:2下列关于从重处罚的表述哪些是正确的?(2005年卷二第54题,多选)【答案】CD A.从重处罚是指应当在犯罪所适用刑罚幅度的中线以上判处 B.从重处罚是在法定刑以上判处刑罚 C.从重处罚是指在法定刑的限度以内判处刑罚 D.从重处罚不一定判处法定最高刑

一、累犯制度(65条66条) 1、累犯的构成条件: 主观条件,前后两罪都是故意犯罪; 刑度条件,前后两罪都是或者应当是有期徒刑以上刑罚的犯罪; 时间条件,后罪发在前罪的刑罚执行完毕或赦免以后5年之内;其中,关于累犯成立的时间条件,有两点需要注意,一者如果前罪因适用假释而执行完毕的,5年的期间应当从假释期满之日起计算而非假释之日;二者根据最高人民法院1997年9月25日《关于适用刑法时间效力规定的若干问题的解释》第3条之规定:在1997年9月30日前所犯之前罪被判处的刑罚已经执行完毕或者赦免,在1997年10月1日之后又犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪的,是否构成累犯,适用新刑法65条的规定,这表明,前后两罪跨越1997年10月1日新刑法实施之际的,是否构成累犯的时间条件是5年而非3年; 2、特殊累犯(特别累犯)的问题特殊点在于:一是罪行的特殊性;二是相对于一般累犯而言,没有刑度与时间的限制; 3、累犯的法律后果:一,应当从重处罚;二,不能适用缓刑;三,不能适用假释。 特别再犯 特别再犯制度(第356条,该制度同累犯有许

多相似之处，如都导致从重处罚的法律后果，但其前罪仅限于走私、制造、贩卖、运输、非法持有毒品罪这五种犯罪行为，而后罪则范围至刑法分则第六章第七节所有的毒品犯罪，而且中间没有时间的间隔要求、前后罪的法定刑也没有特殊要求）。

## 二、自首制度（67条）

### 1、自首的构成条件：

- （1）自动投案及其理解：将自己置于司法机关的合法控制之下；
- （2）如实供述罪行极其理解。如犯罪嫌疑人自动投案并如实供述自己的罪行后又翻供的，不能认定为自首；但在一审判决前又能如实供述的则仍视为自首；

### 2、特殊自首（特别自首）的问题特殊点：

一方面在于主体必须是依法被采取强制措施犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯等（可以扩大解释到正在被行政拘留的人）三种人，因其人身已经处于司法机关的控制之下，故不存在“自动投案”问题；另一方面在于犯罪分子向司法机关“如实供述”的罪行必须是司法机关还未掌握的本人其他罪行，即自己实施的而司法机关尚未掌握或者不知道、不了解的罪行以及其所供述的罪行在犯罪性质或罪名上与司法机关已经掌握的罪行不同。如果其供述的罪行与已被掌握的罪行属同种的，虽然可以酌情从轻，但不属于自首；

### 3、自首的法律后果（与后面的立功制度一起比较、分析）

## 三、立功制度（68条）

### 1、一般立功与重大立功：重大立功的标准，应当以因行为人立功表现（检举、揭发、提供线索、协助抓捕、阻止犯罪）而得以惩罚的犯罪嫌疑人、被告人可能判处无期徒刑以上刑罚或该案件在本省、自治区、直辖市或者全国范围内有较大影响为标准；

### 2、共同犯罪中的自首与立功问题

### 3、立功的法律后果：同自首一样，具有层次性或等级性：

#### 第一等级：一般自首或者一般

立功可以从轻、减轻处罚 第二等级：犯罪较轻又自首或者重大立功 可以免除或者减轻、免除处罚 第三等级：自首并且重大立功 应当减轻、免除处罚 例：甲和乙共同入户抢劫并致人死亡后分头逃跑，后甲因犯强奸罪被抓获归案。在羁押期间，甲向公安人员供述了自己和乙共同所犯的抢劫罪行，并提供了乙因犯故意伤害罪被关押在另一城市的看守所的有关情况，使乙所犯的抢劫罪受到刑事追究。对于本案，下列哪一选项是正确的？(2006年卷二第6题，单选)【答案】DA．甲的行为属于坦白，但不成立特别自首 B．甲的行为成立特别自首，但不成立立功 C．甲的行为成立特别自首和立功，但不成立重大立功 D．甲的行为成立特别自首和重大立功

四、数罪并罚制度(69条71条)

1、并罚的原则：并科原则、吸收原则、限制加重原则、折中原则

2、并罚的具体运用：漏罪并罚先并之后再减去已执行过的刑期，从而确定出此时(即发现漏罪而进行并罚时)仍须执行刑罚或刑期幅度；新罪并罚先减去已经执行过的刑期，再用余刑与新罪之刑进行并罚，得出的结果就是此时(即因犯新罪而进行并罚时)仍须执行的刑罚或刑期幅度。该规则设计的意义在于对新罪并罚结果体现出对犯罪分子更为严厉性：常常使其执行刑(合并刑)最低起点较高，并且有可能使其实际被执行的刑期超过20年。

例1：(1)如某甲因为A罪而被法院判决有期徒刑10年，在执行了5年之后发现其还有漏罪B罪，B罪依据法律被判处8年有期徒刑，某甲还需要被执行多少年徒刑？答：漏罪并罚：先并后减。(10并8)5=(10~18)5=(5~13)即某甲还需要被执行5~13年。(2)如某甲因为A罪而被法院判决有期徒刑10年，在执行了5年之后发现其又有新罪C罪，C

罪依据法律被判处8年有期徒刑，某甲还需要被执行多少年徒刑？答：新罪并罚：先减后并。（105）并8=5并8=（8~13）某甲还需被执行8~13年。（3）某甲因为A罪而被法院判决有期徒刑10年，在执行了5年之后发现其还有漏罪B罪，B罪依据法律被判处8年有期徒刑，同时发现在刑罚执行期间又犯新罪C罪，C罪被判处有期徒刑8年，问某甲还需要被执行多少年徒刑？答：新漏罪同时并罚：先漏罪并罚再新罪并罚。10并8=（10~18）.....(漏罪并罚以后的宣告刑)  
 [(10~18)5]并8=（5~13）并8.....(集合与具体的数字并罚)  
 =(8~13)~(13~20).....(结果是集合的所有数字与具体的数字并罚，并且遵循限制加重的原则)即某甲还需要执行的刑期最短8年，最长20年。那么某甲实际执行的刑期是最短13年（85），最长25年（205）。例2：下列关于数罪并罚的做法与说法，哪些是错误的？(2002年试卷二39题，多选)【答案】ABC A．甲犯A、B罪，分别被判处有期徒刑14年和7年，法院决定合并执行18年。甲执行8年后，又犯C罪，被判处有期徒刑5年。对此，法院应在14年以上20年以下有期徒刑的范围内决定合并执行的刑期，然后，减去已经执行的8年刑期 B．乙犯A、B罪，分别被判处有期徒刑14年和11年，法院决定合并执行20年。在执行2年后，法院发现乙在判决宣告以前还有没有判决的C罪，并就C罪判处有期徒刑5年。这样，乙实际执行的有期徒刑必然超过20年 C．丙犯A、B罪，分别被法院判处有期徒刑14年和11年，法院决定合并执行20年；在执行2年后，丙又犯C罪，法院就C罪判处有期徒刑5年。由于数罪并罚时有期徒刑不得超过20年，故丙实际上不可能执行C罪的刑罚 D．丁在判决宣告以前犯有A、B、C、D四罪，但法

院只判决A罪8年、B罪12年有期徒刑，决定合并执行18年有期徒刑。执行5年后发现C罪与D罪，法院判处C罪5年有期徒刑、D罪7年有期徒刑。此次并罚的“数刑中的最高刑期”应是18年，而不是12年

### 五、缓刑制度（72条77条）

#### 1、缓刑即对原判刑罚附条件地暂缓执行（不执行）。其适用的条件：

- （1）对象条件：原判刑期为3年以下有期徒刑或者拘役的罪犯；
- （2）根本性条件：根据其犯罪情节和悔罪表现，认为使用缓刑不至于危害社会；
- （3）限制性条件：犯罪分子不得是累犯；

#### 2、缓刑的考验期：有期徒刑缓刑的考验期：原判刑期考验期限 5年（但同时不少于1年）；拘役缓刑的考验期：原判刑期 考验期限 1年（但同时不少于2个月）；

#### 3、缓刑犯的考察（即缓刑犯所应遵守的法定义务）：同下面要讲的假释作比较

#### 4、缓刑的法律后果：

- （1）成功的缓刑（涉及另一个问题：是否存在累犯的前提）；
- （2）失败的缓刑被撤销的缓刑：三种情形以及处理方式：严重犯规，发现漏罪，又犯新罪。（注意只要在考验期限内犯新罪，不论是否是在考验期限内被发现，都应撤销缓刑，但发现的新罪是否应处罚（这是并罚的前提），应遵循87条关于追诉时效的要求。而对于漏罪，应仅限于在考验期内发现的，才可撤销缓刑。）

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)