

刑事再审案件中新罪与漏罪的认定及处理

◇ 江帆 刘沛



都将B罪和C罪作为A罪的新罪予以并罚；第二种观点则认为，鉴于乙地法院对B罪的判决晚于丙地法院对C罪的判决，且丙地法院的判决尚未被撤销，应当尊重C罪判决的既判力，将B罪视为C罪判决的漏罪，适用刑法第七十条进行并罚。笔者赞同第一种观点，理由如下：

一、以犯罪发现时间为逻辑起点的认定

刑法对漏罪的定义有严格规定，发现犯罪的时间节点应为判决宣告之后且刑罚执行完毕之前。对此，学术界存在四种主要观点：第一种观点认为，“发现”的对象是具体的犯罪事实而非抽象的罪名；第二种观点认为，“发现”是指司法机关对犯罪事实进行立案侦查，并取得相关证据证明服刑人员确实实施了犯罪行为，即明确其犯罪嫌疑人身份；第三种观点认为，“发现”的时间范围应由司法机关有充分证据证明漏罪事实由服刑人员所为开始计算，经过移送起诉和提起公诉阶段，直至漏罪判决前；第四种观点认为，“发现”的主体仅限于法院，不包括公安机关和检察机关，因为根据法律规定，只有法院有权认定行为人的刑事责任并作出相应判决，因此“发现”特指法院在审理过程中发现的漏罪。笔者认为，新罪与漏罪规定的本质在于处理刑事责任的事后竞合问题。若将发现新罪或漏罪的主体限定为法院，则可能导致因诉讼周期差异而引起的法律适用不确定性，进而使部分行为人面临不应由其承担的刑罚

加重风险。此外，对新罪、漏罪是否进行数罪并罚，取决于新罪、漏罪的客观发现时间而非新罪、漏罪的审判时间。审判时间虽然有审理期限，但其是可以调整的浮动时间。

二、全面评价犯罪事实与情节

刑事审判过程中，对犯罪行为及其相关情节的考量应当全面且细致，确保不遗漏任何可能影响定罪量刑的因素，并避免重复评价。根据刑法第七十条和第七十一条的规定，“先并后减”与“先减后并”两种并罚方式分别适用于不同情形。通常情况下，“先减后并”的刑罚量高于“先并后减”，这体现了犯新罪的行为人相较于漏罪行为人具有更大的主观恶性，符合罪责刑相一致的原则。当行为人在因A罪被判刑并在刑罚执行期间又先后两次再犯B罪和C罪时，反映出其主观恶性较深，再犯可能性较高，应将B罪、C罪一并认定为A罪的新罪，施以更严厉的处罚。若按照第二种观点的理解，由于乙地法院对B罪的判决时间晚于丙地法院对C罪的判决时间，为了遵循丙地法院对C罪判决的既判力，将B罪认定为C罪的漏罪，未能充分评价行为人在A罪刑罚执行期间两次再犯的行为恶性，以漏罪施以更宽缓的刑罚量未能体现罪责刑相一致原则。

三、兼顾再审纠错功能与刑法效果的发挥

在处理刑事再审案件时，裁判

不仅要确保案件实体正确、程序正当，还要兼顾法律效果和社会效果。如果行为人隐瞒其他犯罪事实或遗漏量刑情节导致原审判决适用法律错误，量刑畸轻，最高人民法院研究室于1989年5月24日针对湖北省高级人民法院的请示报告作出的《关于对再审改判前因犯新罪被加刑的罪犯再犯时如何确定执行的刑罚问题的电话答复》明确规定，在对其前罪再审时，应当撤销罪犯前罪时的判决中关于前罪与新罪并罚的内容。

可见，再审程序的功能在于实质纠错，通过启动刑事案件再审程序实现对原审判决中的实体和程序问题进行全面和穿透性地纠错。此外，从刑事一体化理念出发，刑事裁判不仅要做好准确定罪量刑，同时要兼顾罪刑预防、刑罚效果等刑事裁判之外的问题，治罪与治理并重。在上文设定的情形中，如将B罪作为C罪判决的漏罪处理，意味着司法机关如果在原审审判时未能发现行为人前科，而在案件生效后才发现，构成漏罪，行为人在趋利避害的本能下，无异于引导行为人在原审时不主动供述前科或其他犯罪事实。反之，如果将B罪、C罪一并作为A罪的新罪处理，对行为而言，无论其是在原审时供述还是再审时供述，都不会改变其行为构成新罪的事实，如果在原审时供述，还可能被认定具有自首或坦白的法定从轻、减轻处罚情节。

(作者单位：上海市浦东新区人民法院)

根据刑法规定，缓刑犯在缓刑考验期内再犯有期徒刑之罪所加的刑罚(与原犯罪实行数罪并罚)，比缓刑考验期满后五年内再犯有期徒刑之罪所加的刑罚要轻。实际上，缓刑犯在缓刑考验期内再犯罪体现的人身危险性相较于上述后两种情形更大，对其施加更轻的刑罚，有违罪责刑相适应原则之嫌。对此，笔者试图从缓刑犯在缓刑考验期内再犯有期徒刑之罪的侵害法益、主观罪过等角度分析，阐述对缓刑考验期内再犯罪应当参照累犯给予从重处罚的正当性。

一、客观上缓刑考验期内再犯罪比缓刑考验期满再犯罪侵害法益更大

根据刑法规定，缓刑犯在缓刑考验期满后，原判刑罚不再对其执行。缓刑犯与其他刑满释放人员一样重新回归社会。如果重新回归社会的缓刑犯再次实施犯罪行为，侵害的是该罪所要保护的法益。但是，如果缓刑犯在缓刑考验期内实施某一犯罪行为，其侵害的不仅是该罪所要保护的法益，而且还侵害了正常的社区矫正管理秩序。在假设缓刑犯在缓刑考验期内与考验期满再犯有期徒刑之罪的性质具有同一性，就可以得出如下结论：缓刑犯在缓刑考验期内再犯有期徒刑之罪侵害的法益要比后一种情形更大。例如，犯罪行为人甲、乙、丙都因盗窃他人3000元被判处有期徒刑，缓刑两年执行。甲、乙、丙分别在缓

行为。因此，要促使缓刑考验期内再犯有期徒刑之罪的张三回归自我理性，维护法律规范的效力和修复重新破坏的法权关系，需要对其施加比李四和王五更重的刑罚。主观恶性是犯罪行为人对自己行为及社会危害性所抱的心理态度，是支配其实施犯罪行为的内在动力，对犯罪行为人实施犯罪行为的定性量刑有重要作用。因此，为了使缓刑犯在实施社区矫正期间再犯有期徒刑之罪的刑罚与主观恶性相一致，需要对其施加比缓刑考验期满后再犯有期徒刑之罪更重的刑罚，以保障刑法责任主义原则得到贯彻。

三、对缓刑考验期内再犯罪可参照想象竞合原则从重处罚

缓刑犯在缓刑考验期间再犯有期徒刑之罪，不仅侵害了新罪所要保护的法益，而且侵害了社区矫正管理秩序法益。这种犯罪类型，从法益侵害角度上看，类似于想象竞合，应分别给予刑法评价并加重对其的刑罚量。例如，李四因盗窃他人5000元，被判处有期徒刑九个月缓刑一年，缓刑四年执行。在缓刑考验期内又实施了诈骗他人10000元的行为。张三虽然在缓刑考验期内仅实施了诈骗他人10000元的行为，但是客观上不仅侵害了刑法第二百六十六条诈骗罪所要保护的财产法益，而且还因违反社区矫正管理规定同时侵害了社区矫正管理秩序法益。此外，从刑罚执行角度看，社区

缓刑考验期内再犯罪可参照累犯从重处罚

◇ 薛铁成

刑考验期内、缓刑考验期满后五年内、缓刑考验期满后五年内再次实施了故意伤害他人的犯罪行为。甲在缓刑考验期内再次实施故意伤害他人的犯罪行为，相较于乙、丙在缓刑考验期满后再次实施故意伤害他人的犯罪行为，不仅侵害了他人的身体安全法益，而且侵害了社区矫正管理秩序法益等。法益是解释刑法具体罪名构成要件和对犯罪行为施加刑罚的重要根据，从理论上讲，对甲施加的刑罚需要比丙和丁重。由此可见，对缓刑犯在缓刑考验期内再犯有期徒刑之罪所加的刑罚比缓刑考验期满后再犯有期徒刑之罪所加的刑罚要重具有正当性。

二、主观上缓刑考验期内再犯罪比缓刑考验期满再犯罪主观恶性更大

从时间上看，行为人在缓刑考验期内再犯罪比缓刑考验期满后再次犯罪距前罪(即被判缓刑之罪)时间更短，其人身危险性和主观恶性更大。根据刑法及相关量刑规定，缓刑犯在考验期满后五年内再犯有期徒刑之罪的，属于累犯，应对其加重10%至40%的基准刑。缓刑犯在缓刑考验期满后五年内再犯有期徒刑之罪的，虽然不属于累犯，但是，可以按照犯罪前科酌定对其加重20%以下的刑罚。相较于这两种加重施加刑罚的情况，缓刑犯在缓刑考验期内再犯有期徒刑之罪，却没有因其具有更大的人身危险性和主观恶性而被施加更重的刑罚。这有失公平。例如，犯罪行为人张三、李四、王五都因诈骗他人4000元被判处有期徒刑，缓刑两年六个月执行。张三、李四、王五分别在缓刑考验期内、缓刑考验期满后五年内、缓刑考验期满后五年内实施殴打他人的伤害行为(构成危害程度相同的故意伤害罪)。基于被判处缓刑的社区矫正人员在社区矫正期间前后，生活环境和人身自由没有发生本质的变化，都可以在居住地所在社区的市民或志愿者活动中，可以证明张三在遵守法律法规意识和自我控制力方面明显弱于李四和王五，对张三施加社区矫正，既没有使“尊重他人财产”的法权关系得到彻底恢复，还造成了实施侵害他人人身安全的

矫正具有替代执行刑罚的功能，张三负有遵守社区矫正规定、依规执行刑罚的义务，故其违反社区矫正规定再犯诈骗罪的义务，已侵害了刑法第三百一十三条拒不履行判决、裁定罪所要保护的法益。概括而言，缓刑犯在缓刑考验期内再犯有期徒刑之罪，不仅侵害了新罪保护的法益和社区矫正管理秩序法益，还侵害了原判刑罚执行法益。因此，无论是从侵害法益的客观视角，还是从人身危险性和主观恶性视角，缓刑犯在缓刑考验期内再犯有期徒刑之罪，要比缓刑考验期满后再犯有期徒刑之罪的人身危险性和社会危害性更大。

缓刑以社区矫正为具体表现形式，是三年以下有期徒刑在刑罚执行阶段的具体运用。社区矫正发挥着三年以上有期徒刑的刑罚执行功能。缓刑犯在缓刑考验期内再犯有期徒刑之罪的行为，虽然实施了一个行为，但是侵害了数个法益，应依据想象竞合原则对其从重处罚。虽然缓刑犯在缓刑考验期内再犯有期徒刑之罪，没有像缓刑犯在缓刑考验期满后五年内再犯有期徒刑之罪被刑法规定，但是其比缓刑考验期满后再犯有期徒刑之罪具有更大的法益侵害性和主观恶性，依照当然解释的法理，可参照累犯对其从重处罚之。这一解释结论实质上已经内蕴在规制累犯的刑法条文意义之中。刑法第七十七条将缓刑犯在缓刑考验期内和缓刑考验期满后再犯有期徒刑之罪等同处理的做法，使刑罚的施加不能以犯罪行为的人身危险性为根据，产生罚不当其罪现象。此外，这一做法与同为社区矫正期间再犯有期徒刑之罪的假释犯做法是相冲突的，造成了公众对法律适用平等性的质疑。为了更好地化解缓刑犯在缓刑考验期内再犯有期徒刑之罪的实务问题，需要通过完善缓刑刑事实务和赋予社区矫正性质刑罚执行功能来完成。

(作者系中国农业大学人文与发展学院法律系副教授)

(本文系四川省高等学校人文社会科学重点研究基地重点项目《缓刑考验期过后能否适用职业禁止研究》(SQJZ202401)的阶段性研究成果)

“多次抢劫”中的“次”不包含“抢劫预备”

“抢劫预备”。尽管两名被告人共谋先嫖娼后抢劫，但由于嫖娼行为并非抢劫罪的构成要件行为，不能认为嫖娼行为为甚至意欲嫖娼行为是本案中抢劫罪的实行着手。只有开始实施抢劫罪中的暴力、威胁等手段行为才能认为抢劫罪的实行着手。本案中抢劫既遂1次，未遂1次，预备2次，故不构成“多次抢劫”。

【评析】

笔者认为，本案不属于“多次抢劫”，具体如下：

一、以先嫖娼后抢劫的方式实施抢劫行为的着手认定

刑法理论一般认为，犯罪行为是否着手实施区分了犯罪预备行为与犯罪实行行为两个阶段。故意犯罪首先开始于意思，在意思决定与实行行为之间的外部行为中，具有准备犯罪的实现这部分便被称为预备行为。一般而言，犯罪按照意思决定、预备行为、实行行为等顺序发展，例外的是，如激情犯便由意思决定直接发展为实行行为。所谓预备行为的着手，即是否开始犯罪实行行为，而实行行为就意味着构成要件中行为人以动词形式表达的行为，也就是构成要件的核心行为。抢劫罪构成要件的核心便是以暴力、胁迫或者其他方法抢劫公私财物，根据刑法的同类解释规则，此处的其他方法是指暴力、胁迫以外并与之等程度地造成被害人不能反抗的强制方式。故抢劫罪开始实施作为抢劫手段的暴力、胁迫等行便是实行着手。本案中，被告人周某和程某共谋以先嫖娼、待结束后再抢劫的方式针对不同被害人实施犯罪。结合前述犯罪实行行为及抢劫罪的构成要件行为的认定，不论嫖娼行为是作为个别还是整

体对待，显然不能认为实施嫖娼行为是抢劫罪的构成要件行为，进而也就不能认为嫖娼行为为甚至意欲嫖娼行为是本案中抢劫罪的实行着手。因此，本案中被告人周某伙同被告人程某实施的第二、四节事实，由于尚未实施嫖娼便因周某发现情况不对而放弃，并未开始抢劫罪中的暴力、胁迫等行为方式，也就尚未开始实行着手，仅成立犯罪预备。

二、口头表示“弄点钱花花”在特定场景下能够达到压制被害人反抗的程度

刑法理论和实务均无争议地认为，能达目的而不可得的系犯罪中止，欲达目的而不能的为犯罪未遂。承前所述，结合抢劫罪的实行行为来看，抢劫罪中的手段行为便是足以达到压制被害人反抗的程度即可。意即被害人要反抗已存在现实的困难，如何认定被害人反抗已现实的困难，需要站在一般人的角度，从社会一般观念来判断，而不是从行为人、被害人的主观感受的角度来考虑。本案中，被告人周某伙同程某实施的第一节事实中，由于程某嫖娼结束，根据二人事前约定，周某进入被害人房内，尽管并未采取持刀、暴力等典型的抢劫罪手段的行为，但在当时的场景下，结合社会一般观念，其二人的性别、身高和体重对于较为弱小的女性被害人而言，即便只是周某的一句“不要害怕，我们只是想弄点钱花花而已，不会乱来的”也已经可以达到足以压制被害人反抗的程度。此时抢劫行为在其二人的共谋下已经进入实行着手的阶段，因被害人谎称叫人过来而被迫放弃，故本节行为属于抢劫未遂。

三、“多次抢劫”中的“次”不包含“抢劫预备”

由于在犯罪预备行为阶段只有犯

罪中止形态而没有犯罪未遂，且刑法理论与实务均已共识于犯罪预备一般不予处罚。事实上，刑法第二十二条第二款“对于预备犯，可以比照既遂犯从轻、减轻处罚或者免除处罚”规定的解读，一方面是该款宣示意义，即犯罪预备也是一种犯罪行为，但可以免除处罚即是一种原则；另一方面是该款也可以在事实上认为是兜底条款，其主要目的在于通过对预备犯的处罚防止实行行为的发生，且通常情况下这种实行行为一旦发生，后果势必较为严重。但也正是在此意义上，只有那些可能侵害或者威胁重大的个人法益、社会法益或者国家法益等实行行为的预备行为才对其处罚，则是一种例外。因此，本案中的第二、四两节事实中，两被告人的抢劫行为为尚未实施，甚至其先前的嫖娼行为也都未开始实施，故此两节行为作为抢劫预备犯便基于此因素而不予处罚。同时，刑法规定构成多次抢劫的在有期徒刑十年以上量刑，从法益侵害的严重性、刑罚必要性以及罪刑相适应角度来看，多次抢劫应当和抢劫致人重伤、死亡的、持枪抢劫的等同属于有期徒刑十年以上这一法定刑幅度内的情节具有相当性，进而多次抢劫中的多次便不能包含仅处于犯罪预备阶段的行为，本案中的第二、四两节抢劫犯罪预备行为便不应计入抢劫次数。

综上，被告人周某伙同程某共谋实施的第一、三节行为分别属于抢劫未遂和既遂，但由于第二、四节中的行为属于犯罪预备，故本案不构成多次抢劫。同时，被告人周某、程某系以嫖娼为名进入被害人租住的且案发时为了实施卖淫活动的场所，故不属于入户抢劫。

(作者单位：上海市徐汇区人民法院；上海大学法学院)

获取的人民币0.5万元直接来自王某诈骗刘某的钱款中。王某对于诈骗赃款的事后处置行为不能阻却被害人合法财产的认定。因此，从张某处扣押到的人民币0.5万元，应该发还给被害人刘某。

三、追赃挽损与权益保护目标一致下的非法所得处置

对于有被害人(单位)的财产型犯罪，打击犯罪行为与保护合法财产同等重要。一是“国不与民争利”的治理需求。因犯罪行为遭受侵害的被害人的被侵权之债，优于国家因犯罪行为对被害人产生的债(犯罪造成的损失及犯罪应受的罚金与没收财产等处罚)，当犯罪者的财产不足以偿付所有债务、即普通权利主体的民事合法权益与国家权益产生冲突时，就应当先个人(自然人和法人)后国家。二是刑法第六十四条的内在逻辑要求。该条规定，犯罪分子违法所得的一切财物，应当予以追缴或者责令退赔；对被害人的合法财产，应当及时返还。如前所述，犯罪分子违法所得财物中往往很大一部分就是直接来

源于被害人的合法财产。因此，追缴或者责令退赔违法所得的前提，即犯罪分子的违法所得不属于被害人的合法财产，否则应当及时返还给被害人。三是实现公平正义的迫切需要。公平正义不仅要实现，还要以看得见的方式实现。及时挽回被害人的经济损失，才能让人民群众真切地看得到、摸得着公平正义。上游犯罪行为人对被害人的经济损失负有不可推卸的退赔责任，但是上游犯罪行为人往往不愿甚至不能退赔被害人的经济损失，被害人的经济损失则无法得到及时的弥补。此时下游犯罪行为人无论是被扣押到财产，让其承担从被害人经济损失中非法获取部分利益的等值退赔责任，于法不悖，于情不违。

综上，基于掩隐犯罪与上游犯罪密切相关，在案证据能够证实掩隐犯罪行为人的违法所得直接来源于上游犯罪被害人的合法财产，发还给被害人，更有利于充分、及时、全面地保护被害人合法权益。

(作者单位：江苏省南通市中级人民法院)

析疑断案

◇ 陆亚哲 王欣元 赵拥军

【案情】

被告人周某经与被告人程某共谋先嫖娼后对卖淫女实施抢劫。具体如下：1.2023年3月13日下午，被告人周某经与被告人程某事先共谋，共同至被害人魏某租住的日租房内，由程某先行嫖娼，后周某接程某通知进入房间后，便对魏某说：“不要害怕，我们只是想弄点钱花花而已，不会乱来的”。但因被害人魏某谎称叫人过来而被迫放弃，未能抢得财物。

2.2023年3月13日晚上，被告人周某伙同被告人程某购买水果刀、胶带等作案工具并携带至被害人尹某居住的酒店，由周某先行进入房间，程某在外等候，欲在周某嫖娼后共同对尹某实施抢劫。但因周某发现情况不对而被迫放弃，未能抢得财物。

3.2023年3月14日凌晨，被告人周某伙同被告人程某携带水果刀及胶带等作案工具至被害人黄某租住的公寓，由周某先行嫖娼，后程某接周某通知进入房间，共同以持刀威胁等方式对黄某实施抢劫，抢得现金及其他财物共计人民币1800元。

4.2023年3月15日凌晨，被告人周某伙同被告人程某至被害人向某租住的民宿，由程某先行进入房间，周某在外等候，欲在程某嫖娼后共同对向某实施抢劫，但因周某发现情况不对而通知程某后被迫放弃，未能抢得财物。

【分歧】

本案的争议焦点在于两名被告人是否构成“多次抢劫”。一种意见认为，两名被告人共谋以先嫖娼后抢劫的方式对不同卖淫女进行抢劫，且均已开始实施，其中抢劫既遂1次，未遂3次，应当认定为“多次抢劫”。另一种意见认为，“多次抢劫”中的“次”不能包含

【案情】

被告人王某谎称自己系某银行工作人员，编造可以帮忙提前还贷款、减少还款利息等理由，让被害人刘某将人民币10.5万元汇入被告人王某的银行卡。被告人王某明知转入其银行卡的钱款是犯罪所得，仍按照被告人王某的指示，通过取现、转账的方式将人民币10万元转移给被告人王某，剩余人民币0.5万元作为被告人王某的好处费。

【分歧】

张某的行为依法构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪，但对于张某的非法获利是予以没收，还是退还被害人刘某，存在争议。

第一种观点认为，王某与张某系上下游犯罪的行为人，张某的非法获利应当认定为违法所得，予以没收、上缴国库。

第二种观点认为，应当认定为上游犯罪被害人的合法财产，及时退还给被害人刘某。

【评析】

笔者同意第二种观点，理由如下：

下游犯罪违法所得直接源于上游犯罪被害人合法财产的应否发还

◇ 花岳亮

一、犯罪所得与违法所得的性质不同但来源可能相同

犯罪所得与违法所得两者有着本质区别。犯罪所得系直接来源于犯罪的赃款、赃物而不包括犯罪所得产生的收益等间接性财物。违法所得系通过实施犯罪直接或间接产生、获得的任何财产，包括直接性和间接性财物。

一般而言，在财产型犯罪中，犯罪对象等同于犯罪所得，如走私犯罪中的走私货物、物品，盗窃犯罪中的被盜物，贪污犯罪中的公共财物等。对于上下游犯罪，上游财产型犯罪中的犯罪对象等于或者小于犯罪所得(犯罪对象+孳息等收益)，下游掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪(以下简称“掩隐罪”)的犯罪对象就是该上游财产型犯罪的犯罪所得。但是，基于掩隐罪的犯罪手段、方式千变万化，下游掩隐罪的违法所得并

不能完全等同于上游犯罪的犯罪所得及其收益，如掩隐罪行为人低价收购上游犯罪的赃物后出售牟利。因此，从法理上看，掩隐罪系有独立犯罪构成的罪名，掩隐罪行为人不应对上游犯罪行为人所造成的损失承担共同退赔责任，但其违法所得应予追缴或者责令退赔，并单独处置；而从犯罪过程上看，掩隐罪与上游犯罪联系紧密，掩隐罪的客观行为属于上游犯罪完成后的一环，来源上具有同一性。

二、犯罪所得与违法所得的来源相同可以发还上游犯罪的被害人

承前所述，犯罪所得与违法所得内涵不同、性质不同，但两概念也存在交叉或者包含关系，尤其是在特定的犯罪行为中。特定的上下游犯罪中，下游犯罪违法所得可能是上游犯罪的犯罪所得

中的一部分。掩隐犯罪行为相对于上游犯罪行为而言，就是上游犯罪行为的事后赃款处置行为。该事后赃款处置行为增加了他人的掩隐犯罪行为，也必然增加了上游犯罪赃款的追查难度。《最高人民法院、最高人民检察院关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第十条规定了行为人已将诈骗财物用于清偿债务或者转让给他人，应当依法追缴的四种情形。该四种情形概括而言就是他人非善意取得诈骗财物的，应当予以追缴。而对于追缴到案的诈骗财物，必然需要发还给被害人。对于他人非善意行为取得的诈骗犯罪的赃款、赃物需要追缴，那么根据“举轻以明重”的解释规则，下游掩隐犯罪行为人的违法所得直接来自上游诈骗犯罪行为人的犯罪所得，更应予以追缴，且对于追缴到的赃款、赃物即应发还被害人。本案中，根据在案证据，张某非法