

关于数罪并罚原则的若干思考*

任彦君^{1,2}

(1. 武汉大学 法学院,湖北 武汉 460072; 2. 平顶山工学院 法律系,河南 平顶山 467001)

[摘要] 我国数罪并罚制度中,有一些需要明确的问题。刑法第69条中的“以上”、“以下”不应该包括本数,但它与刑法99条如何协调是一个问题。对于不同种有期徒刑的并罚应该采用逐一执行说。数个同种附加刑的并罚,根据各种附加刑的特点综合运用吸收、限制加重、并科说。

[关键词] 数罪并罚;限制加重原则;吸收原则;并科原则

[中图分类号] D924.1 [文献标识码] A [文章编号] 1672-0598(2008)02-0090-04

我国刑法第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、数刑中最高刑期以上,酌情决定执行的刑期,但是管制最高不能超过三年,拘役最高不能超过一年,有期徒刑最高不能超过二十年。据此,我国数罪并罚采用的是综合原则,包括吸收、并科、限制加重三个原则。其中,限制加重原则是数罪并罚最基本的原则。限制加重原则,是指对数罪分别宣告刑罚后,以其中最重的刑罚为基础,再加重一定的刑罚作为执行的刑罚;或者在数罪分别宣告的数刑的总和刑期以下,数刑中最高刑期以上,酌情决定执行的刑期,并规定刑期最高不得超过一定的限度。并科原则又称合并原则或相加原则,是指对数罪分别定罪量刑,然后将各罪刑罚相加,以总和刑期作为执行的刑期。吸收原则是指在数罪分别定罪量刑后,选择其中最重的刑罚作为执行的刑罚。

一、关于刑法第69条中的“以上”、“以下”的理解问题

我国刑法第99条规定:“本法所称以上、以下、以内,包括本数”,那么,刑法第69条所规定的“应当在总和刑期以下、数刑中最高刑期以上,酌情决定执行的刑期”中的“以下”、“以上”是否包括本数呢?即“以下”是否包括总和刑期,“以上”是否包括数刑中的最高刑期。可以说有很多人认

为,刑法69条中的“以上”、“以下”是包括本数的(从条文的字面意思看也确实如此),也就是说,数罪并罚时可以直接以数刑的总和刑期(以不超过20年为前提)或数刑中的最高刑期作为数罪并罚时的应执行刑期。一些论著和教科书就是这种观点。比如,一人犯甲乙丙三罪,甲罪判8年有期徒刑,乙罪判6年有期徒刑,丙罪判3年有期徒刑。总和刑期是17年有期徒刑,数刑中的最高刑期是8年有期徒刑。因此,并罚后的应执行刑期可以定为17年有期徒刑,也可以定为8年有期徒刑。也有人认为,这种理解不符合立法的原意,是不正确的。理由是,虽然从“以上、以下”的解释上,这种理解没错,但实际上这种理解等于把数罪并罚的原则变成了合并原则,或者取消了并罚,只执行一个最重的刑期。若对“限制加重原则中的‘以上、以下’理解为不包括本数,虽然与刑法第99条关于‘以上、以下’的解释不一致,但却不违背刑法第69条规定的限制加重原则的基本精神;若将限制加重原则中的‘以上、以下’理解为包括本数,虽然与刑法第99条关于‘以上、以下’的解释相一致,但却严重违背刑法第69条关于限制加重原则的基本精神。另外,在刑法解释论上,有一个公认的基本原则,那就是,对刑法的解释,不能与刑法的规定相矛盾。刑法的解释,包括立法解释、司法解释和学理解释。不论哪种解释,都不能与立法本身相矛盾。

* [收稿日期] 2007-12-20

[作者简介] 任彦君(1968-),女,河南舞钢市人,武汉大学法学院2006级刑法学,博士研究生,平顶山工学院法律系,讲师,研究方向:刑法学。

刑法第 99 条虽然也是刑法的正式条文,但该条文属于解释性条文,不属于实体性条文。因此,它不能与第 69 条的实体性规定相矛盾。如果出现矛盾,只能以实体条文第 69 条的规定为准,而不能以解释条文第 99 条的规定为准^[1]。笔者赞同后一种观点。理由在于,限制加重原则有两方面的含义,其一,对犯有数罪的人要加重处罚。即决定执行的刑期必须在所判数刑中的最高刑期以上,而且可以超过各种有期自由刑的法定最高限,但不能将同种有期自由刑合并升格为另一种更重的有期自由刑或者无期徒刑。其二,对加重予以限制。即数个同种有期自由刑的总和刑期高于该种自由刑的数罪并罚的法定最高期限时,要受数罪并罚法定最高刑期的限制。而数个同种有期自由刑的总和刑期低于该种自由刑的数罪并罚的法定最高期限时,要受总和刑期的限制。既然是“限制加重”,数罪并罚时的上限就应低于数刑之和,因为如果达到数刑之和,就等于并科,就不能称为“限制”。而数罪并罚的下限应高于数刑中的最高刑,否则就等于实行了吸收原则,就不能称为“加重”。这与限制加重原则的含义是不符合的。

但是这里还有一个问题,那就是,限制加重原则只是一个理论上的概念,立法上并未出现。刑法第 69 条的数个有期自由刑并罚时,应当在总和刑期以下、数刑中最高刑期以上,酌情决定应执行的刑期的规定,还不能等同于限制加重原则。从刑法第 99 条规定看,刑法第 69 条规定的“以上”、“以下”本应包括本数,这是数罪并罚的上限和下限,这与限制加重原则的上下限是两回事。应该说这是立法上的一个缺陷,立法应将法条与法理统一起来,否则必然引起理解上的混乱。尽管如此,笔者认为,在实际操作上还是应该排除本数。也就是说,司法实践中只能在总和刑期与数刑中的最高刑期之间决定执行的刑期,而不能直接以总和刑期或最高刑期作为执行的刑期。如前述例子,只能在高于 8 年和低于 17 年的有期徒刑之间决定应执行的刑期,而不能将执行刑期直接定为 17 年或者 8 年有期徒刑。

二、关于不同种有期自由刑如何并罚的问题

同种有期自由刑(有期徒刑与有期徒刑、拘役与拘役、管制与管制)数罪并罚采取限制加重原则,这是没有争议的。但是数个不同种有期自由刑如何并罚,我国刑法没有明确规定。为了借鉴比

较,我们先考察一下外国刑法立法,大体有三种情况:1. 适用最重的刑种再予加重的办法。如德国刑法典第 74 条第 2 项规定:“如应处的多数自由刑种类不同,定合并刑时,应按各刑中种类最重之刑再予加重。”日本刑法第 74 条规定:“合并罪中有两个以上应判处有期徒刑和监禁的罪时,应按最重的罪所定的刑罚的最高刑期加其半数作为应处刑的最高刑期,但不得超过各罪所定刑罚的最高刑期的总和。”² 相加原则。如意大利刑法第 74 条规定:“不同种类自由刑竞合时,应分别执行,不得酌减,拘役应最后执行。”³ 采用不同刑种换算折抵的方法。如苏俄刑法典第 41 条规定:“剥夺自由的刑罚同送往军营管束的刑罚合并时,每剥夺自由一日折合在军纪营管束一日。剥夺自由同流放、放逐或劳动改造等刑罚合并时,每剥夺自由一日折合流放、放逐或劳动改造一日。”

对于这个问题,我国法学理论界和司法实务界多有争议。大体有以下观点:1. 折算说。主张将不同种有期自由刑折算为同一种较重的有期自由刑,即将管制折算为拘役,或将管制折算为有期徒刑,然后按照限制加重原则决定应执行的刑期。具体折算办法为,管制二日折算有期徒刑或拘役一日,拘役一日折算有期徒刑一日^[2]。这是目前我国刑法学界的通说。2. 吸收说。主张对不同种有期自由刑的并罚采用重刑吸收轻刑的吸收原则处理。即有期徒刑吸收拘役或管制,只执行有期徒刑,或者拘役吸收管制,只执行拘役^[3]。3. 分别执行说。主张对不同种有期自由刑采取由重到轻分别执行的方法,即先执行有期徒刑,再执行拘役、管制,或者先执行拘役,再执行管制^[4]。4. 折衷说。此说主张对不同种有期自由刑,不应绝对采用某一种方法进行并罚,而应以具体情况或根据一定的标准加以区分,分别采用不同的方法。如有人主张,根据是否能达到罪刑相适应为标准,对不同种有期自由刑,可分别采取吸收说和折算说的方法进行并罚,等等^[5]。5. 按比例分别执行部分刑期说。对于不同种有期自由刑,应从重到轻分别执行,但不是执行全部刑期,而是分别执行一定比例的刑期,其执行比例由刑法加以规定^[6]。

以上各说各执自己的理由,都有一定的道理,但也存在不足。折算说,立足于限制加重原则,但没有考虑到不同种有期自由刑在性质、剥夺自由的程度、执行方法、地点以及法律后果等方面的差异,将本无折算基础的不同种有期自由刑相互折算并

不妥当。管制只是对人身自由予以一定的限制,它与剥夺自由的拘役或有期徒刑有很大区别,即使拘役也与有期徒刑的执行方法存在差异,如果代换,实际上就是用重刑取代了轻刑,加重了犯罪人的刑罚,这对犯罪人是不公平的。吸收说,虽简便易行,但不符合罪刑相适应原则,因为轻刑被重刑吸收以后,体现出来的是犯数罪与犯一个重罪是判处同样的刑罚,有重罪轻罚、轻纵犯罪之嫌。折衷说,会导致实际并罚结果有所差异的结果,不利于法律适用的统一。按比例分别执行部分刑期说,也不符合罪刑相适应原则,况且比例的确定也是一个问题。笔者认为,分别执行说更为科学。这种观点实际上采取了并科原则,并按照由重到轻的顺序执行。并科原则适用于数个有期徒刑时,可能会出现所判刑期比人的最高寿命还长,甚至超过数倍的情况,但是在同时判处(一个)有期徒刑、拘役和管制时,不存在此种情况。有学者认为,此种情况使用并科原则会导致对同一犯罪人适用几个主刑,而我国刑法规定的主刑都只能独立适用,不能附加适用^[7]。笔者认为,这不是此刑附加适用于彼刑的问题,而是分别执行,或者说是逐一执行。对不同种有期徒刑数罪并罚时采用并科原则,正是贯彻了“有罪必罚”、“一罪一罚”、“数罪数罚”的精神,体现了对数罪从严处罚的精神,这符合罪刑相适应原则,是公平、正义在刑法中的体现,而正义是良法的最高价值理念,或者说,它是良法价值理念模式的核心与灵魂^[8]。犯数罪的人应该受到“罪有应得”的惩罚,这是报应观念的反映。当然,如果数罪数刑中,既有同种有期徒刑,又有不同种有期徒刑的,要先对同种有期徒刑以限制加重原则计算刑期,再按照分别执行说从重到轻分别执行不同的有期徒刑。

三、数个附加刑的并罚问题

刑法第 69 条第 2 款规定:“如果数罪中有判处附加刑的,附加刑仍须执行。”这是我国刑法关于附加刑并罚的规定。应该说这个规定只是明确了主刑与一个附加刑并存时如何并罚的问题。如果存在数个附加刑怎么并罚?我国刑法对此没有明确规定。这包括数个同种附加刑的并罚和数个不同种附加刑并罚的问题。数个同种附加刑的并罚,在理论上大致有几种观点:1. 并科和吸收说。该说主张对于有期限剥夺政治权利、罚金、没收部分财产,应采用并科原则,但对于剥夺政治权利终身和有期限的剥夺政治权利,以及没收全部财产与没收

部分财产的,应适用吸收原则^[9]。2. 吸收、限制加重择一裁量说。该说认为,对于数个剥夺政治权利中有剥夺政治权利终身的,应适用吸收原则,如果均为有期限剥夺政治权利,应适用限制加重原则;对于数个罚金或没收财产的,首先应只选择判处一个罚金或者没收财产,必要时,也可适用限制加重原则^[10]。3. 吸收、限制加重、并科说。该说认为,对于同种附加刑中有剥夺政治权利终身、没收全部财产的,适用吸收原则;对于数个有期限的剥夺政治权利、数个罚金、数个没收部分财产,既有人主张使用限制加重原则,也有人认为应适用并科原则,对于不同法律条件下形成的同种附加刑(如刑罚执行期间发现漏罪,再犯新罪而被判处附加刑的)分别适用吸收、限制加重和并科原则^[11]。笔者也赞同最后一种学说,即吸收、限制加重、并科说,只是具体做法不完全相同。理由在于,各种附加刑的具体特点不同,使用的场所也就不同。合理、适当的并罚方法应当是能够保证数个附加刑的实际执行,并能实现刑罚功能。根据各种附加刑的特点运用各种并罚方法会得到相对合理的结论。具体做法如下:1. 数罪中有一罪被判处没收全部财产而其他罪被判处没收部分财产或者一罪被判处剥夺政治权利终身而其他罪被判处有期限的剥夺政治权利时,采用吸收原则。2. 对于数个罚金刑并存的,(这里曾有两种观点。持限制加重原则的观点认为,采用限制加重原则符合刑法 69 条蕴含的法律精神,并且能够使法院在一定的数额幅度内,根据犯罪的轻重和犯罪人的经济状况等因素合理确定罚金数额。持并科原则的观点认为刑法 69 条没有提到对附加刑也应采用限制加重原则。)采用并科原则。我国刑法第 53 条规定“对于不能全部交纳罚金的,人民法院在什么时候发现被执行人有可以执行的财产,应当随时追缴”,这说明罚金不是以犯罪人的现有财产为最高限,所以也就不必采用限制加重原则,不必以犯罪人的全部财产为限而决定最后判处的罚金额。这一点在 2000 年《最高人民法院关于适用财产刑若干问题的规定》中已做出明确规定:“依法对犯罪分子所犯数罪分别判处罚金的,应当实行并罚,将所判处的罚金数额相加,执行总和数额。”3. 对于数个没收部分财产并存的,采用限制加重原则,在总和数额以下,数个没收部分财产中最高数额以上,决定执行的数额,但最高不能超过犯罪人的全部财产数额(因为没收财产是以犯罪人的现有财产为对象)。4. 对于数个有

期限剥夺政治权利并存的,采用并科原则。

数个不同种附加刑并罚的情况。这里也有不同观点:1.并科说。该说认为,无论在何种情况下,均应适用并科原则。2.并科和吸收说。该说主张数个异种附加刑的合并处罚,应以并科原则为主,以吸收原则为例外。这种例外又有两种意见。第一种意见是,除了对于没收全部财产和罚金并罚时适用吸收原则,其他不同种附加刑均应适用并科原则^[12]。第二种意见是,除了对于剥夺政治权利终身和罚金适用吸收原则,其他异种附加刑都应并科执行^[13]。3.并科和择一裁量说。对于剥夺政治权利与没收部分财产、罚金等附加刑并存时,应适用并科原则,但是罚金与没收全部财产并罚时,应由审判机关综合考虑,择一判处异种附加刑^[14]。从以上观点看出,争议的焦点在于不同种财产刑的并罚方法。即罚金与没收财产如何并罚。笔者认为,应采并科和吸收说。由于不同种附加刑性质各不相同,所起作用也不同,完全可以采并科原则,以达到罪刑相适应,只有没收全部财产和罚金并罚时采用吸收原则。《最高人民法院关于适用财产刑若干问题的规定》明确规定:“一人犯数罪依法同时并处罚金和没收财产的,应当合并执行;但并处没收全部财产的,只执行没收财产刑。除此之外,其他的性质各不相同的数个附加刑要采用并科原则。另外,如果有附加驱逐出境的,驱逐出境应最后执行。”

四、结语

行文至此,笔者认为有必要对以上观点做以下梳理:我国刑法中的数罪并罚的规定较为粗疏,以至在有些刑种的并罚中,引起不少的争论,实践中操作起来也较为混乱。刑法第 69 条中的“以上”、“以下”理解为不包括本数才是合理的,但是这与刑法第 99 条的协调需要立法上明确,在刑法没有修订之前,可以先在有关的司法解释中说明,以保持法条与法理的一致。数罪并罚的限制加重原则,

应该是只适用于数个同种有期自由刑的并罚,而不适用于数个不同种有期自由刑的并罚。吸收原则,不仅仅是只适用于死刑、无期徒刑对其他自由刑的吸收,只要数个同种刑罚中存在一个极限,就存在着吸收。如没收全部财产吸收没收部分财产或罚金;剥夺政治权利终身吸收有期限的剥夺政治权利等。并科原则,也非有的学者理解的那样,只适用于主刑和附加刑并存的情况。在性质不同的数个有期自由刑之间,在数个附加刑之间(没收全部财产和罚金并罚除外)都采用并科原则。这些都是应该细化在刑法或者司法解释中的。

【参考文献】

- [1] 侯国云. 刑法总论探索 [M]. 北京:中国人民公安大学出版社, 2004. 499.
- [2] 马克昌. 刑罚通论 [M]. 武汉:武汉大学出版社, 1999. 485. 樊凤林. 刑罚通论 [M]. 北京:中国政法大学出版社, 1994. 450 - 452.
- [3] 林准. 中国刑法教程 [M]. 北京:人民法院出版社, 1994. 197 - 198.
- [4] 顾肖荣. 刑法中的一罪与数罪问题 [M]. 北京:学林出版社, 1986. 137 - 139.
- [5] 甘雨沛. 刑法学专论 [M]. 北京:北京大学出版社, 1989. 469.
- [6] 吴平. 应当完善我国刑法关于数罪并罚的规定. [J]. 江西法学, 1990, (4): 9.
- [7] 公培华. 刑罚论 [M]. 青岛:青岛海洋大学出版社, 1998. 231.
- [8] 李龙. 良法论 [M]. 武汉:武汉大学出版社, 2001. 113.
- [9] 顾肖荣. 刑法中的一罪与数罪问题 [M]. 北京:学林出版社, 1986. 130.
- [10] 林准. 中国刑法教程 [M]. 北京:人民法院出版社, 1994. 275.
- [11] 樊凤林. 刑罚通论 [M]. 北京:中国政法大学出版社, 1994. 453.
- [12] 高铭喧. 中国刑法学 [M]. 北京:中国人民大学出版社, 1999. 293.
- [13] 赵秉志. 全国刑法硕士论文荟萃 [M]. 北京:中国人民公安大学出版社, 1989. 540.
- [14] 顾肖荣. 刑法中的一罪与数罪问题 [M]. 北京:学林出版社, 1986. 129.

(责任编辑:杨 睿)

Ideas on the Principle of Joint of Punishment for Plural Crimes Committed by One Person

REN Yan - jun

(1. School of Law, Wuhan University, Wuhan 460072, China; 2. Pingdingshan Institute of Technology, Pingdingshan 467001, China;)

Abstract: Some provisions need to be clarified in China's legal regulations of the principle of joint punishment for plural crimes committed by one person. "Not less than" and "not more than" in the Article 69 should not include the given figure, however, how to negotiate the Article 69 with the Article 99 in criminal law needs to be further studied. Different kinds of fixed-term imprisonment should be fulfilled one by one in combined punishment. The merger of several same supplementary punishments should apply absorbable principle, the principle of restrictive aggravation, and concurrent principle according to the traits of all kinds of supplementary punishments.

Keywords: combined punishment for several crimes by one person; the principle of restrictive aggravation; absorbable principle; the principle of merger