关于适用数罪并罚的几个问题

周道鸾　张泗汉

在刑事审判工作中，如何正确理解和适用数罪并罚的原则，是关系到严格依法办事，善于运用法律武器同犯罪作斗争的重要问题。目前，在法学界和司法界，对这个问题的理解和适用，认识不完全统一，做法也不尽一致。本文拟结合审判实践，谈谈对这个问题的一些认识。

一、什么是数罪

从刑法理论上讲，任何犯罪都是主客观要件的统一。以一个故意或者过失，实施一个行为，一次符合犯罪构成要件的，就是一个罪。用两个以上的故意或者过失，实施两个以上的行为，两次以上符合犯罪构成要件的，就是数罪。

根据我国刑法的规定，一人犯数罪有三种情况：判决宣告以前一人犯数罪的（见第六十四条）；判决宣告以后，发现被判刑的犯罪分子还有其他罪没有判决的（见第六十五条）；判决宣告后，刑罚还没有执行完毕以前，犯罪分子又犯新罪的（见第六十六条）。以上三种情况，是指不同种类的数罪呢，还是也包括同种类的数罪？大多数同志认为刑法第六十五条、第六十六条中规定的情况，不论是属于同一种类的还是不同种类的，都是数罪。但是，对于第六十四条所指的数罪，则有两种不同的理解：一是数罪是指同时或先后犯了几个不同种类的罪，而不包括同种类的数次犯罪；二是数罪既包括不同种类的罪，也包括同种类的数次犯罪。

从法律上分清一罪还是数罪，这是确定是否适用数罪并罚的前提。根据我国多年来的立法和司法实践，我们认为，判决宣告以前的数罪，应当理解为不同种类（即不同罪名）的数罪，而不能把同一种类的数次犯罪当作数罪。

首先，从建国以来的刑事立法看，数罪一般是指不同种类的罪，而同种类的罪则是作为从重或加重情节加以适用的。例如，《中华人民共和国惩治反革命条例》第十五条规定："凡犯多种罪（着重号是作者加的，下同）者，除判处死刑和无期徒刑者外，应在总和刑以下，多种刑中的最高刑以上酌情定刑"。这里所说的多种罪，显然是指犯了几个不同种类的反革命罪，而不是同一种类的反革命罪。又如《中华人民共和国惩治贪污条例》第四条规定，犯贪污罪"屡犯不改者"，"得从重或加重处刑"。这里是把多次贪污行为视为一个贪污罪，属于从重或加重处罚的情节，而不是作为数个贪污罪。同条又规定，"因贪污而兼犯他种罪者，合并处刑"。兼犯他罪显然是指贪污罪以外的其他不同种类的犯罪，而不是同一种类的犯罪。

其次，从我国刑法对各种具体犯罪的规定看，很多条文都有两个或两个以上情节适用的法定刑，其中出于一个概括故意，实施多次同一犯罪行为，也是作为一个严重情节而适用刑罚。可见，同种类的数次犯罪是按照一个罪名，从重处罚，或适用该罪名中"情节严重"或"情节特别严重"的条款，处以较重的刑罚，而不是按数罪予以并罚。

第三，从长期的司法实践看，同种类的数次犯罪按一个罪来认定，既有利于同犯罪作斗

争，又便于掌握和运用。如盗窃罪、抢夺罪、诈骗罪，孤立来看，每次盗窃、抢夺、诈骗的财物的数额，可能都够不上刑法第一百五十一条所规定的“数额较大”的标准，按照“一次行为算一个罪”的观点，势必哪一次也够不成犯罪，实际上反而轻纵了犯罪分子。同时，如果依照同种类的数罪的观点去实际量刑的话，有的就要分别定罪量刑十几次甚至几十次，其结果不仅计算繁琐、复杂，而且没有什么实际意义。

因此，首先要弄清被告人究竟犯的是一个罪还是数个罪，既不要把一个罪当作数罪，也不要把数罪定为一个罪。对于惯犯、连续犯、持续犯、牵连犯、结合犯这几种犯罪，由于其自身的特点，在审判实践中都是视为一个罪而不是数罪，因此不适用数罪并罚的原则，应分别按照刑法的有关条款判处。

二、怎样实行数罪并罚

所谓数罪并罚，是指一个人犯了数罪，人民法院对其所犯的各个罪，分别定罪量刑以后，依法决定应执行的刑罚。数罪究竟应当怎样并罚？各国依据各自的刑事立法和刑法理论而有不同的规定和运用。归纳起来，大致有四个原则：(一) 相加原则，即将各罪应判之刑罚逐个无限制地相加。在有的国家，实行这种绝对相加的办法，有时合并判刑就可能是七八十年甚至一百年以上，这同判处无期徒刑几乎没有什么两样，事实上也将无法执行。(二)吸收原则，即以重刑吸收轻刑，只执行重刑。这种单纯吸收的办法，往往使某些犯数罪与犯一罪者处刑相同，罪刑不相适应，失之公平，而且犯罪分子犯一重罪后，再犯不超过同等处刑的罪，就不会受到更重的处罚，客观上起了鼓励犯罪的作用。(三)限制加重原则，即对数罪分别量刑，然后在数刑中最高刑期以上，总和刑期以下，决定应执行的刑罚。法律同时规定应执行的刑罚最高不能超过的限度。采用这种有限制的加重处罚的办法，机动灵活，但它只适用于有期徒刑以下的刑罚，而对于无期徒刑以上的刑罚则无法并罚。(四) 综合原则（或称折衷原则、选择原则)，即综合上述原则，扬长避短，择优而用，不同的刑种，运用不同的原则，具体如何适用，各国刑事立法也不尽相同。我国刑法第六十四条规定的数罪并罚的制度，是根据我国长期的审判实践，并吸取外国的有益经验，采用综合原则，即以限制加重为主，兼重刑吸收轻刑的原则。这个原则符合我国国情，是实事求是的。但在审判实践中，正确适用这一原则，尚需着重强调以下几个问题。

我国刑法采用的是限制加重为主而不是相加原则。因此，在适用数罪并罚时，不能采取将各罪应判之刑罚简单相加的办法，而应当根据案件的具体情况，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。这样在两者之间决定一个适当的刑期，就把原则性和灵活性结合起来了，体现出区别对待的政策，既有利于同犯罪作斗争，又符合社会主义法制原则。有的人不问具体情节轻重一律地把总和刑当作应当执行的刑期，这种合并相加与我国采用的数罪并罚原则是不相符合的。

限制加重为主的原则，要求在总和刑期以下，数刑中最高刑期以上，决定应执行的刑期。这个原则应当在判决中予以体现。例如，被告人刘××多次结伙持械进行抢劫，又先后强奸两名妇女，单独或结伙盗窃了近三千元的财物。由于刘犯主动交代了公安局尚未掌握的所有犯罪活动，并有显著立功表现，因此一审法院决定予以减轻处罚，判决“被告人刘××犯抢劫罪，判处有期徒刑九年；犯强奸罪，判处有期徒刑八年；犯盗窃罪，判处有期徒刑八年，决定减轻，执行有期徒刑三年，缓刑五年”。我们认为，原判对刘犯定罪和运用减轻处罚都是

正确的，但适用并罚的方法不当。对于确有自首、坦白或立功表现的被告，需要从轻减轻处罚的，在分别量刑时就应当予以体现，这样，在决定应当执行的刑期时，才能正确体现数罪并罚的原则。否则，如上述刘××一案决定执行的刑期在数刑中最高刑期以下，则不符合数罪并罚的法律规定。

按照重刑吸收轻刑的原则，在数罪中，如果有一个罪判处死刑或无期徒刑，有一个罪判处有期徒刑，就只执行死刑或无期徒刑，有期徒刑则被吸收而不执行。这是由死刑、无期徒刑的性质决定的，而且事实上也是无法并罚的。在实际适用并罚时，既不能把两个无期徒刑合并升格为一个死刑或死缓，也不能把两个或两个以上长期徒刑合并升格为一个无期徒刑。

目前对于数罪中同时判处有期徒刑、管制或拘役，或者管制期间又犯新罪被判处拘役或有期徒刑等不同种类刑罚的，应如何并罚，有三种不同的意见。第一种意见认为，应当首先将不同种类的刑罚折算为同一种类的刑罚。如把拘役、管制折算为有期徒刑，或者把管制折算为拘役（折算方法，管制二日折抵有期徒刑或拘役一日，拘役一日折抵有期徒刑一日），然后按照限制加重原则，决定应执行的刑期。第二种意见认为，应当在对新罪所判处的刑罚（有期徒刑）执行完毕以后，再执行前罪所没有执行完的刑罚（如管制）。第三种意见则认为，对于依照刑法第六十四条规定判决的，在决定执行刑罚时，可以采取重刑吸收轻刑的办法，只决定执行有期徒刑。我们同意最后一种意见。因为这种并罚方法，既体现了法律的严肃性，又符合并罚的原则，且简便易行。而采用折算刑期的方法，把管制或拘役折算成有期徒刑，实质上是加重了被告人的刑罚。因为这三个刑种，无论是就剥夺自由与否或者剥夺自由的程度，以及在监管的方法上，都是不相同的。至于第二种意见，我们认为，新罪所判处的刑罚（有期徒刑）执行完毕，即意味着刑罚的目的已经达到。在这种情况下，再执行比有期徒刑更轻的刑罚，如管制或拘役，就适用刑罚的目的说，已失去了实际意义，也不利于对罪犯的改造，因此，这种并罚的方法亦不宜采用。

对数罪中有附加刑的，亦应坚持先分别量刑。根据刑法第六十四条第二款“如果数罪中有判处附加刑的，附加刑仍须执行”的规定，对数罪中有附加刑的，仍然应当先分别定罪量刑，包括附加刑，然后再按数罪并罚的原则，决定执行的刑罚。实践中，有的在分别量刑时，只宣告主刑，不宣告附加刑，在决定应执行的刑期时，才笼统地宣告附加刑。这种做法是不妥的。按照刑法第六十四条的规定，只有数罪中有判处附加刑的，决定应执行的刑期中才能有附加刑，如果分别量刑时没有确定附加刑，在决定执行刑期中，就看不出是对那个罪适用的附加刑。这样案件如经上诉、再审，需要部分改判时，也无法确定撤销哪个罪的附加刑。

三、数罪并罚在判决上如何表述

刑法颁布前，由于对罪名和刑罚的适用没有统一的标准，因而在长期审判实践中，对数罪并罚没有采取分别定罪量刑的方法，而是采取“一锅烩”、“估堆”的量刑方法。刑法实施后，这种简单省事的量刑方法，有的仍继续使用，这是不正确的。

我们认为，根据刑法的规定，对判处两个以上有期徒刑的，应逐个确定罪名，逐个判处刑罚，然后，按照数罪并罚的原则，决定应执行的刑期。在表述上可写为：“被告人×××犯强奸罪，判处有期徒刑七年；犯盗窃罪，判处有期徒刑四年；犯诈骗罪，判处有期徒刑三年。决定执行有期徒刑十二年”。数罪中有附加刑的，可表述为：“被告人×××犯反革命宣传煽动罪，判处有期徒刑十年，剥夺政治权利二年；犯盗窃罪，判处有期徒刑三年。决定执行有期

徒刑十一年，剥夺政治权利二年”。这种量刑方法是比较科学的。它可以清楚地看出审判人员是怎样定罪、量刑的，从而有利于加强社会主义法制，有利于审判监督，提高办案质量。

对判处死刑、死缓和无期徒刑的，如果被告犯有数罪，并罚时究竟应当如何表述，争论较大。一种意见认为，由于重刑吸收了轻刑，可以先分别定罪，再综合量刑。如“被告人×××犯抢劫罪和强奸罪，判处无期徒刑，剥夺政治权利终身”。而不必象判处有期徒刑的案件那样，采取分别量刑的方法。同时，认为刑法第六十四条第一款“除判处死刑和无期徒刑的以外……”的规定，说明判处无期徒刑以上刑罚的，并不包括在分别定罪量刑之内。另一种意见则认为，虽然是重刑吸收了轻刑，但如果不分别量刑，就看不出哪个罪应判处无期徒刑或死刑，也看不出什么罪吸收什么罪；由于综合量刑，对每个罪适用条款不明确，实际上就限制了被告人的上诉权；如果案件经上诉或再审后，认为原判在认定事实上或者在适用法律上确有错误，需要部分改判时，采用综合量刑的方法，就看不出原判对每一个罪是如何量刑的，如何适用法律条款的，因而也不可能作出维持原判哪一项，撤销哪一项的判决，不利于上级人民法院对下级人民法院的审判监督。至于说判处无期徒刑以上刑罚不包括在分别量刑之内的问题，主要是没有正确理解第六十四条第一款的原意。所谓“除判处死刑和无期徒刑以外……”一语，是针对限制加重的并罚原则而言的，并不是说判处无期徒刑以上刑罚的，可以无须分别量刑。这是两回事，不能混同。因此，认为还是分别量刑为好。我们同意后一种意见。在具体表述上，可写为：“被告人×××犯抢劫罪，判处无期徒刑，剥夺政治权利终身；犯强奸罪，判处有期徒刑五年；决定执行无期徒刑，剥夺政治权利终身”。

四、关于脱逃罪的并罚问题

刑法第一百六十一条规定：“依法被逮捕、关押的犯罪分子脱逃的，除按其原犯罪行判处或者按其原判刑期执行外，加处五年以下有期徒刑或者拘役”。

对这一条的“加处”应当如何理解，怎样适用，在实践中认识颇不一致，有的认为，“加处”，就是在原判刑罚的基础上加刑，两者是“相加”，而不是“并罚”。因此，一次判处有期徒刑的最高刑期，可以超过二十年，不受数罪并罚原则的限制。

我们认为，这种看法是值得商榷的。首先，对“加处”一词不能单纯作字面上的理解。其基本精神，是说在原判刑罚或按原犯罪行判处之外，对被告人的脱逃罪行，还要处以刑罚。其次，“加处”是“并罚”，而不是“绝对相加”。理由是，刑法总则对刑法分则起着制约的作用。在押犯的脱逃有两种情况：一种是逮捕的、尚未判决前脱逃的；一种是判决宣告后，在执行刑罚期间脱逃的。不论是哪一种情况下的脱逃，只要构成了在押犯脱逃罪，就应当分别根据刑法第六十四条或第六十六条的规定，按照数罪并罚的原则，决定应执行的刑期，因此，“加处”并不是说，一次判处有期徒刑的最高刑期可以超过二十年，因为我国对数罪并罚采取的是限制加重为主的原则。

但是，根据刑法第六十六条的规定，劳改犯在刑罚执行期间又重新犯罪的，实际执行的刑期则可以超过二十年。因为这一条同第六十五条的区别，就在于它不是以前罪所判处的刑罚为基础，而是以前罪没有执行完毕的刑罚为基础，来确定应执行的刑罚，而且已执行的刑期，不计算在新决定的刑期以内。这样，犯罪分子实际执行的刑期，就可能超过二十年。法律之所以这样规定，是因为劳改犯在服刑期间又重新犯罪，说明其主观恶性较深，人身危险性较大，对他们这样处罚，是完全必要的。