第三个阶段：刑事责任的实现阶段。这一阶段从人民法院确认被告人有罪并科以刑罚的判决生效之时起到刑罚执行完毕或罪犯在刑罚执行过程中得到赦免之时止。此阶段的完结标志着刑事责任的消灭。

以上是一般情况下刑事责任从产生到消灭的整个过程所经过的阶段，具有典型性和完整性。但是，在一些特殊情况下，刑事责任产生后并未经过第三或第三阶段就归于消灭。例如，告诉才处理的犯罪，没有告诉或者撤回告诉的；犯罪后在追诉时效内未被追诉的；犯罪后罪犯在有罪判决生效前死亡的；司法机关确认被告有罪，但决定免予刑罚处罚的；犯罪军人被判处徒刑宣告缓刑，因有立功表现被撤销原判刑罚不以犯罪论处的等等，都是如此。

试析刑法第六十四条及其适用

柯葛壮

我国刑法第64条的规定是实行数罪并罚的最基本的法律依据。几年来的司法实践证明，这一规定对处理数罪案件基本上是管用的，起到了预期的作用，改变了过去对数罪"估堆"判刑的老办法，使定罪量刑更加合理化、科学化。但是，由于条文的规定比较概括，而数罪并罚的实际情况却更为具体复杂，加上人们对立法精神的理解和认识不尽一致，因此在具体执行中，就难以达到统一。这显然对于厉行法制是很不利的。本文就数罪并罚中若干有争议的问题作一些探讨，并在此基础上为完善数罪并罚的立法提出一孔之见。

一、数罪判处不同刑种的并罚问题

根据刑法第64条第1款规定，对数罪都判处管制、拘役或有期徒刑同一刑种的，如何并罚的问题很容易解决，直接按限制加重原则办即可。但对于数罪分别判处管制、拘役和有期徒刑不同刑种的，如何并罚？则成了疑难问题。例如，一个罪宣告有期徒刑，另一个罪宣告拘役，再一个罪宣告管制，此时究竟应三个刑种各管各分别执行呢？还是应合并为一个刑种执行？分别执行应如何执行法？合并执行又应如何执行法？这些问题从刑法第64条中都无法找到具体解决的依据。于是在学说上遂提出了不同的解决方法：

一种最为流行的意见是采"折算法"，即先将不同的刑种折算为同一刑种，例如将拘役、管制折算为有期徒刑，将管制折算为拘役。折算的方法是：拘役一日等于有期徒刑一日，管制二日等于有期徒刑一日或拘役一日。然后再按限制加重原则并罚。① 另一种意见则主张采"吸收法"，即按重刑吸收轻刑的原则来办，例如一个罪宣告有期徒刑，另一个罪宣告拘役或管制，就只决定执行一个有期徒刑，而无须再执行拘役或管制。其理由是，在执行重的刑罚之后再执行轻的刑罚，就适用刑罚的目的来说，已失去了实际意义，也不利于对罪犯的改造。② 而在审判实践中，有的采取一种更为"省事"的绕道走的方法，即数罪本应分别宣告有期徒刑、拘役和管制不同刑种，但为避开适用法律上的困难，就干脆不加区别

① 参见统编教材《刑法学》第273页。

② 参见周道鸾、张泗汉，《关于适用数罪并罚的几个问题》，《法学研究》1983年第1期。

而直接宣告同一刑种。例如全部宣告为有期徒刑，然后在同一刑种的基础上名正言顺地依刑法第64条实行并罚，酌情决定一个适当的执行刑期。

上述这些方法是否适当，是值得研究的。我认为采用“折算法”是缺乏法律依据的。刑法第36条关于管制的刑期有“羁押一日折抵刑期二日”的规定；第39条关于拘役的刑期有“羁押一日折抵刑期一日”的规定。很明显，这些规定只限于解决判决执行以前先行羁押的日期如何折算为所判决之刑期的问题，而不能以此套用不同刑种之间的互相折算。从刑罚的性质上看，管制、拘役和有期徒刑是各不相同的。在对罪犯的人身自由的剥夺方面、服刑期间的待遇方面等等都有很大差别。不同质的刑罚在量上是很难互相折算的，将拘役一日折算为有期徒刑一日，或者将管制二日折算为有期徒刑一日。就抹煞了它们之间质的区别，无形之中就加重了罪犯的刑罚。按照这种方法实行并罚，实际上比“绝对相加”还要严厉，更无从体现限制加重原则的精神。刑法颁布以前的有关司法文件曾明确指出：“管制的刑期不能折抵有期徒刑的刑期。”① 这一观点仍是正确的。

采用“吸收法”也是不适当的。数罪之所以要实行并罚，就是因为数罪比一罪的危害性大，犯罪分子主观恶性也较大，因而其所受的惩罚当然也要比一罪重些，以便体现罪刑相适应。犯了数罪，而只作一罪处罚，不利于对罪犯的改造，也达不到适用刑罚的目的。执行有期徒刑之后不必再执行管制、拘役，是欠缺理由的。刑法第64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。”执行附加刑尚且有实际意义，执行管制、拘役这种主刑怎么能说失去了实际意义呢？

采用绕道走的方法，给予犯罪分子的实际处罚可能是比较适当的，但在各罪的宣告刑上，由于不能实事求是地分别判处不同刑种，而是人为地拔高或降低为同一刑种，这又是执法不严、罪刑不相适应的表现，存在失重失轻的弊端。

对不同刑种的数罪如何并罚是一个亟待解决的实际问题，建议立法作出必要的补充和修改，也可由司法机关作出相应的法律解释，以统一指导司法实践。最高人民法院曾于1981年对管制犯在管制期间又犯新罪被判处拘役或有期徒刑应如何执行的问题作了解释：“在对新罪所判处的有期徒刑或者拘役执行完毕后，再执行前罪没有执行完的管制。”② 但这一司法解释只解决了管制犯的某一具体问题，适用的范围是很有限的。司法机关还应作出更全面、更具有普遍意义的法律解释为好。

最高法院的上述意见，不是采“折算法”，也不是采“吸收法”，而是采余刑和新罪的刑罚并科的方法，并且是先执行较重的刑种，再执行较轻的刑种。根据这一精神，我认为其他如有期徒刑执行期间又犯判处拘役、管制之罪的，或者在拘役执行期间又犯判处管制、有期徒刑之罪的，也可按这种方法办理。但判决宣告前犯数罪的情况不能适用，仍应体现限制加重原则为宜。其具体做法是在总和刑以下、最高刑以上，酌情决定执行的刑罚。例如，一罪宣告有期徒刑三年，一罪宣告管制二年，那么其总和刑即为：有期徒刑三年加管制二年；其最高刑即为：有期徒刑三年。因此可以决定执行有期徒刑三年加管制二年（此时与采相加原则的效果相同），又可以决定只执行一个有期徒刑三年（此时与采吸收原则的效果相同），也可以在这个“以下、以上”的范围内决定执行有期徒刑三年加管制一年或半年等等。这种方法与同一刑种的数罪并罚方法相一致，具有灵活性，也具有可行性。

---

① 《最高人民法院关于管制的刑期可否折抵有期徒刑刑期问题的批复》，1963年7月27日。

② 《最高人民法院关于管制犯在管制期间又犯新罪被判处拘役或有期徒刑应如何执行的问题的批复》，1981年7月27日。

二、数罪中有判处死刑或无期徒刑的并罚问题

数罪中有一罪宣告死刑或无期徒刑的并罚问题，从理论上讲应该是很清楚的，均应采取吸收原则，即只执行其中一个死刑，或者一个无期徒刑，而不再执行其他有期徒刑、拘役或管制（当然也不再执行另一个死刑或无期徒刑，但附加刑除外，仍须执行）。不少外国立法例和通说，也基本如此。例如日本刑法第46条规定："（一）并合罪中的一罪应判处死刑的，不判处其他刑罚，但没收不在此限。（二）其中的一罪应判处无期的惩役或监禁的，也不判处其他刑罚，但罚金、罚款及没收不在此限。"我国刑法的立法本意也应是采取吸收原则的，但从条文的表述看，只是把判处死刑和无期徒刑的排除在适用限制加重原则之外，仅仅说明不应当如何如何，而未能说明应当如何如何，因而在理解上也容易发生分歧，还为不适当的扩张解释留有口子。例如有的同志对数罪判有死刑或无期徒刑的并罚方法是否采吸收原则提出了质疑，认为无期徒刑和其他刑种、无期徒刑与无期徒刑之并罚采吸收原则，执行一个无期徒刑，既不符合我国刑法的立法精神，也不利于严惩严重刑事犯罪活动，并进而提出判处两个以上无期徒刑的，可以并处死刑，甚至数罪中只要有一罪判处无期徒刑的，也可升格为死刑等等。我认为这些观点与立法原意是大相径庭的，但这正反映了我国数罪并罚制度不完善。为此，建议立法机关对数罪中有死刑或无期徒刑的并罚问题，作出尽可能具体的规定，以杜绝可能发生的种种曲解和误用。

三、数罪判处附加刑的并罚问题

数罪并罚中判处附加刑的情况也是多种多样的。有的比较简单，容易解决。例如，一个罪宣告有期徒刑，另一个罪宣告单处罚金，就可以决定执行有期徒刑和罚金；一个罪宣告有期徒刑，另一个罪宣告有期徒刑加罚金，则两个有期徒刑按限制加重原则决定执行的刑期，再与罚金并科执行。而有的情况就比较难办，例如数罪都宣告有附加刑时，究竟采用相加原则，还是吸收原则，抑或是限制加重原则，就不大明确，容易引起争论。因为刑法第64条第2款只规定了"附加刑仍须执行"，但没有具体规定怎样执行。司法实践中往往凭各自的理解来执行法律，很难统一。一种常见的方法，就是对本该宣告两个附加刑的，只宣告一个附加刑；本该分别判处的，而混在一起判处。例如某市中级人民法院判决：被告人戴某犯流氓罪判处有期徒刑五年，犯强奸罪判处有期徒刑四年，决定执行有期徒刑八年，剥夺政治权利二年；又如某县人民法院判决：被告人王某犯投机倒把罪被判处有期徒刑三年，犯伪造货币罪判处有期徒刑五年，决定执行有期徒刑七年，并处罚金五百元。

显然，这种并罚方法是不正确的。实行数罪并罚时，首先应对犯罪分子所犯各罪分别予以定罪量刑。分别量刑，不仅是指裁量主刑，同时也包括裁量附加刑。然后在分别定罪量刑的基础上再酌情决定并合执行的刑罚。毫无疑义，只有在分别定罪量刑时判处了附加刑的，才能执行附加刑。反之，如果数罪中没有判处附加刑的，在执行中也就无附加刑可言。笼统地决定执行一个附加刑，实质上是回到了"估堆"判刑的老路上去了，是很不科学的。因为它无法分辨清楚究竟是对其中哪一个罪判处附加刑，一旦其中有一罪经过二审或审判监督程序予以否定或减轻、免除处罚时，其附加刑是否还须执行、执行多少的问题就不易解决。

司法实践中之所以出现这种不适当的方法，除了思想认识上的原因以外，与立法欠缺具体、明确的规定也不无关系。因此，这一问题的解决也有待于立法的进一步完善。

从外国立法例看，对附加刑的并罚方法各不相同，并对不同刑种采取不同的并罚原则。我国刑法对附加刑的并罚问题应如何解决呢？我认为总体上也应体现限制加重原则，同时根

据不同刑种的特殊情况，辅以相加原则。具体方法是：

（一）宣告数个罚金的，应在总和金额以下、数刑中最高金额以上，酌情决定执行的金额。这样就可以根据具体情况决定执行总和金额或一个最高金额，具有采相加原则或吸收原则的效果，并又可避免两者的不足。

（二）宣告数个剥夺政治权利的，应在总和刑期以下、数刑中最高刑期以上，酌情决定执行的刑期，但是最高不能超过5年（剥夺政治权利终身的不在此限）。这里确定上限为5年，是考虑到刑法第51条的规定："剥夺政治权利的期限，除本法第五十三条规定外，为一年以上五年以下。"如果主刑是管制而附加剥夺政治权利的，还得根据刑法第51条第2款的规定，使剥夺政治权利的期限与管制的期限相等，同时执行。

（三）宣告数个没收财产的，应合并执行。这是采相加原则。有的同志认为这有可能行不通，如果一个罪宣告没收全部财产，另一个罪宣告没收部分财产时，只能采吸收原则，而无法合并执行。我认为这种担心是不必要的。事实上，宣告数个没收财产的，应都是没收部分财产，而不可能其中有一个没收全部财产。因为在判决没收财产时必须首先考虑到犯罪分子是否确有财产，有多少财产，如果犯罪分子本无财产或虽有财产但已被全部没收，再判处没收财产就毫无惩罚意义，这种判决本身是不适当的。因此在数罪中有一罪已宣告没收全部财产的情况下，就不应再对另外的罪宣告没收财产。因而采相加原则也是可行的。

（四）宣告数个不同的附加刑时，也应采相加原则，合并执行。有的同志也担心没收全部财产和罚金无法合并执行，还得靠吸收原则来解决。其实这种担心也是多余的。根据上述同样的理由，既然宣告一罪没收全部财产，就无必要再宣告另一罪罚金，这种判决本身也是不适当的。即使真有这样判决，那么因被没收全部财产而无法再缴纳罚金，这种情况可根据刑法第49条规定免除缴纳，但也不影响在这个问题上采相加原则。

读者·作者·编者

〔身分〕与〔身份〕

按照一般字典和辞书的读解，"身分"和"身份"是通用的。如《现代汉语词典》第1017页上，就是把"身分"和"身份"并列。"分"读为Fèn时，与"份"同义。本刊1986年第5期登载的《共同犯罪与身份》一文，标题用的是"身份"，文内则用的是"身分"，虽然在意义上不会发生歧异，但是在标题和内容的用字上未能保持一致，终究是编者的疏忽。有的读者来信认为"身分"是文字上的舛误，未必尽然。查《辞源》（第4册，第3011页）、《辞海》（缩印本第1973页）以及《汉语词典》（商务版第896页）等，均列有"身分"，反而没列"身份"，可见这并不是文字上的差错，问题出在题文用字不一致上。

热心的读者关注本刊，提出意见，我们表示衷心感谢。

编　者