

中国人民大学

一九八二届研究生

硕士学位论文选

(法学类、文学类、历史学类)

中国人民大学教务处

一九八三年编

目 录

法 学 类

- 数罪并罚若干问题初探.....王仲兴 (1)
清代州县民事诉讼初探.....曹 培 (29)
国际法上人权概念的发展.....武善秀 (50)
福建事变及党的策略.....王顺生 (83)
五十年代中期以来苏联的东南亚政策.....龚惠平 (108)
列宁对苏维埃俄国向社会主义过渡道路的探索.....蓝蔚青 (127)
葛兰西对意大利革命的探索.....倪力亚 (137)

文 学 类

- 贵阳方言语音研究.....涂光禄 (167)
论狄更斯长篇小说中的儿童形象.....孔海立 (199)
试论斯诺陕北之行以前的思想发展.....崔维征 (231)

历 史 学 类

- 八卦教世袭传教家族的兴衰——清前期八卦教初探.....马西沙 (263)
清代州县审判试析.....郑 素 (289)

数罪并罚若干问题初探

法律系刑法教研室 研究生 王仲兴 导师 王作富副教授

数罪并罚，是刑罚适用上的一项制度。一人犯数罪是客观的犯罪现象，相对于一人犯一罪而言，它通常表明犯罪人的主观危险性大，社会危害程度也较大。对所犯数罪如何处罚，自然也就为立法者和司法实践所重视。因此，历代统治阶级一般都依照不同的情况，对一人犯数罪规定了相应的处罚制度，以有效地维护本阶级的根本利益。

我国的数罪并罚，最早可以追溯到奴隶社会时期的西周时代。《尚书·吕刑》中载：“其刑上备，有并两刑”。①即二罪俱发，只按其中一个重罪科刑，可见吸收原则的雏型。云梦秦简的发掘，以无可辩驳的事实证明秦代法律确有数罪并罚的规定。如《法律答问》中有一段很典型的文字：“把其段（假）以亡，得及自出，自为盗不当？自出，以亡论。其得，坐臧（赃）为盗；盗罪轻于亡，以亡论”。②意思是说，盗窃罪和逃亡罪俱发时，由于逃亡罪一般轻于盗窃罪，所以，如系自首，应“以亡论”，以示宽宥；如果是被捕获的，通常应按“盗罪”论处，只有在这样处罚可能会轻于逃亡罪时，才“以亡论”。上述三种不同处罚情况的共同特点是，只按一个重罪论处。类似的规定在云梦秦简中还有不少，这些都是研究秦代法律有关数罪并罚问题很有价值的资料。汉律虽佚亡，但从古籍中可得佐证。如汉代何休注解《春秋公羊传》时引汉律说：“一人有数罪，以重者论之”。③又如汉代郑玄注释《尚书大传》中“一夫而被此五刑”时讲：“喻犯数罪也”、“犯数罪犹以上一罪刑之”④晋律中也有类似规定，张裴《律表》中的“以加论者，但得其加”，⑤便是明证。然而，目前发现最早在法典中对数罪并罚制度作出明确而详尽规定的，当推幸存的唐代《永徽律》。其中《名例篇》中明定“诸二罪以上俱发，以重者论；等者，须从一断。若一罪先发，已经论决，余罪后发，其轻若等，勿论；重者，更论之，通计前罪，以充后罪”，“其一事分为二罪，罪法若等则累论，罪法不等者，则以重法并满轻法；累并不加重者，止从重”。⑥唐律提出了“俱发”的称谓，不仅确定了数罪并罚的吸收原则，而且对判决后发现“余罪”的情况专有规定，此外对“一事分为二罪”的情况如何处罚又作了补充。唐之后的历代王朝，基本上因袭了唐律的“诸二罪以上俱发，以重者论”的原则，只是在适用的情况上略有差异。清末的《大清新刑律》仿照资产阶级刑法体系，改变了诸法合体的状况，专章规定了“俱发罪”。《大清新刑律》虽未及实施，却为北洋军阀政府略加删改而沿用。国民党统治时期的1928年刑法，依照日本刑法体制，改“俱发罪”为“并合论罪”，至1935年刑法才更名为“数罪并罚”。我国解放初期，在个别单行刑事法规和司法解释中，对数罪并罚有过一些规定，而且从1950年起着手起草的历次刑法草案中都有数罪并罚的条文，但在司法实践中却长期采用“估堆”原则。《中华人民共和国刑法》是我国解放三十年来的第一部刑法典，是我国政治生活和法制史上的一件大事。我国刑法第四章第四节“数罪并罚”部分，以第64条、第65条和第66条作了专门规定，同章第五节的第70条和第七节的第75条还有适用情况的补充规定。这些都是研究我国数罪并罚的基本依据。

数罪并罚是我国刑法中适用刑罚的一项必要制度，也是近年来为我国理论界和司法界所

关注的问题。从我国的实际出发，深入研究数罪并罚问题，总结司法实践中的经验，批判地吸收古今中外的合理因素，为刑事立法和司法实践服务，对于完成刑法规定的任务与实现刑罚目的是有益的。

本文试图以马克思主义关于犯罪和刑罚的基本理论为武器，在理论界研究成果的基础上，结合司法实践，对我国数罪并罚中的部分问题作些探讨。由于水平的限制，谬误之处在所难免，敬祈各位导师和同志们教正。

全文分为四个部分：一、什么是数罪；二、我国数罪并罚的原则；三、对同种类数罪应当如何处罚；四、结合犯。

一、什么是数罪

在讨论什么是数罪之前，首先要弄清什么是数罪并罚。根据我国刑法的规定，数罪并罚的完整概念可以这样表述：判决宣告以前发现一人犯数罪的，或者在判决宣告以后，刑罚还没有执行完毕以前（包括在缓刑、假释考验期限内），发现“漏罪”以及又犯“新罪”的，人民法院对其所犯各罪，分别定罪量刑，依照我国刑法规定的原则，决定应当执行的刑罚。简单地说，所谓数罪并罚就是对一人犯数罪应当如何并合处罚。

我国刑法只规定了对数罪应当如何并罚，而没有规定什么是数罪。数罪属于刑法理论范畴，然而这并不意味着数罪是无紧要的问题。恰恰相反，数罪是适用数罪并罚的前提，准确地认定数罪是正确地实施数罪并罚的首要条件；不构成数罪也就无所谓数罪并罚。由此可见，弄清楚什么是数罪，不仅在理论上具有意义，而且还有重大的实践意义。

（一）、当前我国划分一罪和数罪的理论

什么是数罪？或者说划分一罪与数罪的标准是什么呢？目前，在我国刑法理论上大体上可以归纳为两种学说。一种称作“犯罪构成说”，另一种称作“罪名说”。下面对两种学说的内容、利弊和地位分别进行论述。

1. 犯罪构成说

所谓犯罪构成说，是指以犯罪构成的个数为标准，具备一个犯罪构成的为一罪，具备二个以上犯罪构成的为数罪。具体地说，犯罪人基于一个犯罪故意（或过失），实施了一个行为，符合一个犯罪构成时，叫做一罪；同一个犯罪人基于二个以上犯罪故意（或过失），实施了二个以上行为，独立地符合二个以上犯罪构成时，叫做数罪。

那么，应当如何正确理解划分一罪与数罪标准的构成说呢？我想，应当把握住如下三个方面的问题。

①、对数罪四个方面的要件进行具体分析，可以看出它们在构成数罪中的地位作用是不同的。

数罪的犯罪主体必须是同一犯罪人，这是不言而喻的。如果是一人犯一罪，或者是数人犯一罪，自然不存在数罪并罚的问题。对于数人犯罪的情况，则应当依照罪责自负的原则进行分解，具体落实到每一个人的身上，只有属于一人犯数罪的，才能适用数罪并罚。

数罪所侵犯的直接客体是个复杂的问题，不宜把侵犯了数个直接客体包括在数罪的概念之中。有人把“侵犯了数个直接客体”也作为构成数罪的要件，似不大妥当。这并不是说，犯罪客体在数罪中是无紧要的。相反，没有犯罪客体也就无所谓犯罪。但是，在罪的数量

关系上, 犯罪构成的个数不一定非要与犯罪侵犯的直接客体的个数相应。比如, 有些犯罪侵犯的是复杂客体。如果以杀人或伤害手段实施抢劫, 既侵犯了公私财产的所有权, 又侵犯了他人的生命或健康权利。这种情况是以两个行为(犯罪本身的行为和方法行为)侵犯了两个直接客体, 构成一罪, 而不是数罪。如果分别独立地犯了抢劫罪和盗窃罪, 则成为二个犯罪构成, 侵犯的却是三个直接客体。所以, 在划分一罪与数罪的犯罪构成的概念中, 没有必要把侵犯数个直接客体的内容也包括在内。

数罪的客观方面要件, 应当是指犯罪行为, 而犯罪结果不是构成数罪的必要要件。有人认为: “以一个故意(或过失), 实行一个犯罪行为, 产生一个犯罪结果, 就成立一个罪” “以多数各别的故意(或过失), 实行多数各别的犯罪行为, 产生了多数各别的犯罪结果, 就成立数罪”。①以“产生一个犯罪结果”和“产生了多数各别的犯罪结果”作为一罪和数罪概念中的一个内容, 这显然是不妥的。因为有的犯罪存在预备阶段和未遂阶段, 虽未实现犯罪的结果, 但是依然可以定罪量刑。这个道理对一罪和数罪都是普遍适用的。

数罪的主观方面要件指的是犯罪的故意(或过失)。如何确定犯罪故意(或过失)的个数, 这是研究和认定犯罪数量的关键, 也是一个难度比较大的问题。因为犯罪的故意(或过失)是犯罪人的主观心理状态, 是通过犯罪人的活动而表现出来的。在一般情况下, 犯罪故意(者过失)的认定并不存在太大的困难。但是, 在遇到数个犯罪之间的联系较为紧密、内容相似的时候, 就比较难于判断。如杀人未遂与伤害, 杀人既遂、伤害致死人命和过失杀人, 同种类数罪与连续犯等情况, 就是比较明显的例子。这样, 既不能轻信被告人的口供, 也不能单凭我们的主观推测来确定, 而是应当从客观存在的事实出发, 全面考察犯罪人和案件的全部情况, 研究各个犯罪故意(或过失)的具体内容, 来确定犯罪故意(或过失)的个数。对于犯罪故意的个数, 应当以犯罪人意图着手实施分则规定具体罪的行为, 并且希望或者放任结果发生的个数来确定。也就是说, 每个犯罪故意, 应当具有分别起意, 独立成罪的特征。至于犯罪故意的表现形式, 是直接故意或间接故意, 是确定的故意或不确定的故意, 是概括故意或择一故意, 是预谋故意或无预谋故意, 都不影响对犯罪故意个数的认定。关于犯罪过失个数的认定则没有那么复杂。由于过失犯罪不存在犯罪的目的和动机, 而是属于疏忽大意或过于自信的心理状况, 所以, 一般应当以过失行为的个数为标准, 来认定犯罪过失的个数。

总之, 就数罪而言, 由于犯罪主体必须是同一的, 而其所侵犯的直接客体的情况则错综复杂, 只有犯罪故意(或过失)和犯罪行为的数量与犯罪构成的个数相应。所以, 犯罪故意(或过失)与犯罪行为的辩证统一, 才是认识数罪的关键。可以这样说, 犯罪故意(或过失)的数量, 与基于这种犯罪故意(或过失)而实施的相应的犯罪行为的一致性, 共同决定着犯罪的数量。篇首建立在犯罪构成说基础上的一罪和数罪概念, 就清楚地表明了这一特点。

②、数罪中的每一个罪, 都必须切实符合犯罪构成。如果不构成犯罪, 罪的数量也就无从谈起。

一罪与数罪的区别, 仅仅在于它们是犯罪在数量上所表现出来的不同形态; 而它们有一个共同点, 即都是犯罪。就这个共同点而言, 数罪中的每一个罪和一罪一样, 都毫无例外地应当在刑法总则关于犯罪和刑事责任的一般原理、原则的基础上, 具备刑法分则规定的具体犯罪的四个方面要件, 缺一不可, 并且是应当负刑事责任的。比如, 数罪中的一个诈骗罪与一

罪的诈骗罪，在犯罪构成方面和追究刑事责任的要求上并没有什么不同。

这里特别要强调的是，应当正确地认识犯罪构成和犯罪概念之间的辩证统一关系。犯罪构成是以犯罪概念为基础的；离开犯罪的概念，脱离犯罪的本质特征和法律特征，也就无所谓犯罪构成。在司法实践中，有些同志片面地理解“依法从重从快”的政策，为了凑数，将一般违法行为拔高为犯罪，而与它罪实行数罪并罚。其中原因之一，就是由于形式主义地理解犯罪构成，把犯罪构成同犯罪概念割裂开来，从而混淆罪与非罪的界限，这显然是错误的。又比如，通常所说的吸收犯，是指几个不同的犯罪行为被其中一个犯罪行为所吸收的犯罪。常有人举出刺杀被害人，同时刺破衣服的例子，来说明这是杀人罪的行为吸收了毁坏公私财物罪的行为。这是不恰当的。因为此例的刺破衣服行为，一般不构成犯罪，所以不存在一罪被吸收的问题，当然也就无所谓吸收犯。

③、数罪中的各个罪，应当是各自独立，互不依存的。如果否定其中一个罪，致使其它的罪也不能成立，也就不成为数罪。

如前所述，从犯罪构成四个方面要件来看，这实际上是指犯罪故意（或过失）和犯罪行为，应当是独立自存，决不能共有兼用。比如，数个犯罪行为如果是基于一个犯罪故意而产生的，也就是说数个犯罪行为共有兼用一个犯罪故意，那么可能属于连续犯、牵连犯等情况，决非单纯数罪。又比如，数个犯罪故意却共有兼用一个犯罪行为，则只能是单纯一罪。因为只有犯意，而没有实施行为，不构成犯罪，不负刑事责任。如果某个具体的犯罪行为，既是这个犯罪构成的客观方面要件，又是那个犯罪构成的客观方面要件，而定为数罪，同样也是违背犯罪构成说概念的。此时，可能属于想象的数罪、法规竞合等情况，决非单纯数罪。

由上可见，只有基于数个犯罪故意（或过失）实施了数个相应的行为，独立地符合数个犯罪构成的，才叫做数罪，又称为单纯数罪或者实质上的数罪。如果犯罪故意（或过失）或者犯罪行为不是各自独立，而是相互依存、共有兼用的，这样形成的数个不规范或不规则的犯罪构成，不是单纯数罪，自然不应当适用数罪并罚。如前所述，在我国有想象的数罪、法规竞合、连续犯、牵连犯、继续犯等情况。当然，也有的单纯数罪，由于法律特别规定而按一罪处罚，在我国属于这种情况的有惯犯；有的在法律上虽无明文规定，但根据立法精神，习惯上一般不适用数罪并罚，在我国对判决宣告前的同种类数罪就是这样处理的。从一定的意义上说，弄清楚上述种种不属于数罪并罚的情况，一罪与数罪的界限也比较容易划清。由于篇幅的限制，本文不专门分别论述。

以犯罪构成说作为划分一罪和数罪的标准，在当前情况下还是比较适当的，为理论界和司法界大多数人所公认。首先，在理论上是有根据的。我国的犯罪构成学说是以辩证唯物主义为武器，从我国的具体实际出发，对社会犯罪现象进行了科学的抽象和概括而产生的。犯罪构成学说在我国刑法理论中占有举足轻重的地位，它是区别罪与非罪、罪与罪的规格和标准，从根本上来讲，它也是划分一罪与数罪的理论基础。所以，以犯罪构成说作为划分一罪和数罪的标准，在理论上是站得住脚的。资产阶级划分一罪与数罪的主观说和客观说，或者以犯罪人的犯意的个数为标准，或者以实施行为的个数为标准，或者以犯罪结果（即侵犯的法益）的个数为标准，或者以犯罪行为与犯罪结果的因果关系的个数为标准等等，他们各执一端，以犯罪构成的某一个方面或某一个要件作为划分一罪与数罪的标准，不是主观归罪，就是客观归罪，失之片面。我们以犯罪构成的个数为标准，就消除了如上的弊病。在划分一罪与数罪的标准上，我们的犯罪构成说与资产阶级的构成要件说，有一些相近之处。但是，必须看到

二者不仅在指导思想和理论基础有着根本的区别，而且在体系、内容、地位和作用上也有较大差别，所以我们的犯罪构成说更为科学。其次，在立法上也有依据。在我国刑法总则和分则中，对犯罪构成四个方面的要件，分别有概括的和具体的规定，而且对每一个具体的罪都规定了独特的犯罪构成。从而使犯罪构成说成为划分一罪与数罪的标准，在法律上也可以找到根据。最后，从司法实践来看，多数司法工作人员对犯罪构成说较易理解和接受，同时在具体运用上，以犯罪构成的个数来认定数罪，一般来讲不存在太大困难。

2. 罪名说

下面，再来研究划分一罪与数罪标准的罪名说。持此说者认为：“一罪与数罪的区分，不能简单地看行为实施犯罪行为的次数，关键的是看行为人实施犯罪行为触犯的刑法所规定的罪名来确定。当行为人一次或二次以上个别行为而触犯一个罪名或同一罪名，就是一罪；当行为人二次以上个别行为而触犯二个以上的独立罪名，就是数罪。”^①理论界还有一种提法，即认为数罪“通常是指一个人犯两个或两个以上不同种类的犯罪”，其实这里的所谓“种类”，指的就是“罪名”。^②

持罪名说者的本意，主要是认为以罪名为划分一罪与数罪的标准，比较明确，便于司法工作人员掌握。不容否认的是：犯罪构成毕竟属于刑法理论的范畴，而且犯罪构成四个方面的要件散见于刑法总则和分则的条文，需要在理论上和实践中加以综合和概括。所以，一些司法工作人员反映，在一些复杂的情况下，以犯罪构成说来划分一罪与数罪，还嫌抽象，不易把握。从理论上讲，罪名说比犯罪构成说更明确一些。但是，从当前的实际情况来看，以行为触犯不同罪名的个数来划分一罪与数罪，与我国刑法分则的规定不完全吻合，难以实施，所以不宜采用。

这首先是由于罪名不统一。我国刑法分则条文没有对罪名作出统一的规定。我国刑法对罪名有具体规定的只是少数，如第151条的盗窃罪、抢夺罪和诈骗罪；分则中的多数条文没有规定罪名，而只是规定了罪状。而且我国目前对刑法中的罪刑单位和罪名也没有作出有权解释，所以需要学习理解加以概括。由于观点不同，对罪名的认识也不同，比如第139条，一般认为规定了强奸罪和奸淫幼女罪两个罪名，但也有人认为规定了强奸罪、奸淫幼女罪和轮奸罪三个罪名，还有人认为只规定了强奸罪一个罪名，甚至有人认为此条还规定了强奸杀人罪。正因为对刑法分则条文中到底规定了多少个罪名在认识上不统一，所以以罪名的个数来划分一罪和数罪也就不准确了。

其次，即使罪名的规定统一了，然而在具体运用中仍然有一些不易解决的问题。比如择一性条文就是典型的例子。所谓择一性条文，指的是同一个条文中规定了几个罪名，而这些罪名之间虽有区别，然而在性质上极为相近，在内容和逻辑上都有着内在的联系。当分别触犯其中几个罪名时，有时可以概括为一个罪名定罪。比如，一般认为第167条规定了伪造、变造、盗窃、抢夺、毁灭公文证章等五个罪名。如果某人在一夜之间，先私刻公章，伪造了介绍信，接着又变造了一些介绍信。此时虽然分别以不同的犯罪故意和行为触犯了两个不同的罪名，但是，在司法实践中一般都以伪造公文证章罪定罪处罚，而变造公文证章罪则被吸收了。又比如，某人同时同地先奸淫一个幼女，后又强奸幼女的母亲，分别触犯了奸淫幼女罪和强奸罪两个不同罪名。此时，一般以强奸罪来定罪量刑，无须再以奸淫幼女罪与强奸罪实行数罪并罚。择一性条文的存在，是社会犯罪现象的联系性和复杂性在法律上的客观反映，因此，它不能随意杜撰或者取消。至于对择一性条文应当如何处理，尚须深入研究。

总之，由于我国当前不适宜以触犯罪名的个数来划分一罪与数罪，所以，理论界和司法界

坚持罪名说的不多，而且有些也转为主张犯罪构成说。

（二）关于在立法上明确数罪标准的设想

从当前的实际情况来看，作为划分一罪与数罪的标准，犯罪构成说确实比罪名说较为适宜。但是，从长远的观点来看，能不能寻求一种更加鲜明而准确的标准呢？我感到，作为理论上的探索还是必要的。

与罪名说属于同一种类型的，还有条文说，即主张以行为触犯刑法条文的个数为标准来划分一罪和数罪。罪名说和条文说在刑法理论上都属于规范说（或称法规说），其特点是以相应的法律规范（罪名或条文）为依据来划分一罪和数罪。我国理论界对规范说研究得不够，特别是条文说还无人问津。其原因之一是，从我国现行刑法看，罪名说固然难以实施，以条文说为划分一罪和数罪的标准就更加行不通。比如，我国刑法第151条规定的是盗窃、诈骗和抢夺三个罪名，这三个罪的基本特征显然不同，如果分别独立地触犯了这三个罪名，无论在理论上，还是司法实践中都是分别定罪量刑的，都决不会因为规定在同一条文里而只定一个罪。又比如，第151条和第152条都规定了盗窃、诈骗和抢夺罪，却是依照情节轻重而别的两种处罚情况，当然也不能适用条文说。可见，规范说的实施是由法律具体规定的情况决定的，直接涉及到刑事立法。

先以条文说为例。国外理论界有人主张条文说；有的国家为贯彻条文说在刑法的体系和内容上作了相应的规定；有的国家还在刑法中明确规定，以条文说为划分一罪和数罪的标准。现行《苏俄刑法典》第40条规定，“遇犯罪人犯有本法典分则不同条文所规定的二个以上的罪行”时，适用数罪并罚。与此相应，该刑法典分则的条文都分别规定不同的罪。一方面将性质不同的罪规定在不同的条文中，比如把“偷窃”、“诈骗”、“抢夺”三个罪分别规定在第144条，第147条和第145条之中；另一方面，又将性质相似的罪归入一个条文，比如把“伪造、制作或销售伪造的文件、图章、印记或文书用纸”等罪，规定在第196条之中，即所谓择一性的条文。同时，在刑罚上对容易再犯的罪，都规定了再犯时从重或加重处罚的法定刑。^①我认为这是值得参考的。

再以罪名说为例。虽然国外立法例没有直接规定以触犯罪名的个数为划分一罪和数罪的标准，但是从有些国家刑法的有关规定来看，罪名对于认定数罪起着很大作用。比如，日本现行刑法第54条中对“想象的数罪和牵连犯”就规定：“同一行为而触犯数个罪名，或作为犯罪手段或结果的行为，触犯其他罪名的，按照其最重刑判处。”值得重视的是，日本现行刑法分则对罪名一般都有明确而具体的规定。^②

由上可见，贯彻罪名说或条文说，应当在法律上有相应的规定。1.在刑法总则的数罪并罚一节中，明确规定什么是数罪的作法是可取的，或者规定以罪名说为标准，或者规定以条文说为标准。2.在分则的体系上，如果实行条文说，要求每一个条文都应当规定具体的犯罪和法定刑。既不能把一种犯罪规定在二个以上条文之中，也不能把犯罪和刑罚分别规定在不同条文里。至于罪名说则无此限制。3.在犯罪方面，如果实行条文说，应当把不同性质的犯罪规定于不同的条文之中；而将性质相似、联系紧密的犯罪归入同一个择一性条文之中。如果实行罪名说，关键在于明确规定罪名。4.在刑罚方面，对多次触犯同一罪名或者同一条文的再犯，应当作为从重或加重处罚的情节，规定较重的量刑幅度。实行罪名说，应当对触犯择一性条文中几个罪名的情况，规定定罪和处罚的办法。以上四个方面，以后三点为必要条件。

划分一罪与数罪的规范说，源于法律上的相应规定；否则，罪名说或条文说就难以成立。

主张以规范说来划分一罪与数罪，是否否定了犯罪构成学说的地位和作用呢？恰恰相反，罪名说或者条文说的理论基础仍然是犯罪构成学说；区别罪与非罪、罪与罪的界线，必须置于犯罪构成学说普遍原理、原则的指导之下。以罪名说或者条文说认定的一罪和数罪，同样都是犯罪；一罪和数罪中的各罪都必须具备犯罪构成四个方面的要件，缺一不可。触犯了数个不同的分则条文或不同罪名，只有分别独立地并相应地符合数个不同的犯罪构成时，才算作数罪。但是，规范说与作为划分一罪与数罪的犯罪构成说比较，也有不同之处。比如，数次触犯同一罪名或同一条文，虽然独立地符合数个犯罪构成，在规范说看来只算作一罪，不适用数罪并罚；在犯罪构成说看来却认为是数罪，一般称作“同种类数罪”。

那么，以罪名说或者条文说来划分一罪与数罪有什么优越性呢？以法律规定的罪名，特别是以刑法分则的条文为标准，不仅有充分、确凿的法律依据，而且提供了鲜明无误的标志，更利于广大群众理解和接受，更利于司法工作人员掌握和运用，从而使数罪并罚制度得到正确的实施。比如数次独立地触犯同一罪名或同一条文，是作为再犯而从重或加重处罚，那么，同种类数罪是否需要按照数罪并罚处理的问题也就不复存在了；至于连续犯、惯犯等问题也可以简化，无须那么繁琐复杂。所以，我认为以罪名说，特别是以条文说为划分一罪与数罪的标准，比起其它的学说更为适当。当然，罪名说或者条文说不可能是至善尽美的，同样也存在一些尚待研究的新问题。因此，不断地总结司法实践中的经验教训，在理论上对规范说进行深入和系统的探讨，对刑事立法提出合理的建议，是有益于我国数罪并罚的正确实施的。

二、我国数罪并罚的原则

（一）、数罪并罚原则的种类

所谓数罪并罚原则，是指对一人所犯的数罪应当如何合并处罚的主张。

探讨我国数罪并罚的原则，首先应当了解数罪并罚原则的种类。从国内外立法例和司法实践来看，大致可分为四种：即吸收原则、并科原则、限制加重原则和折衷原则。

1. 吸收原则。就是对于数罪采取重罪吸收轻罪（或重刑吸收轻刑）的处罚方法。吸收原则又分为两种：其一是以宣告刑为准：即在数罪分别宣告的刑罚中，选择其中最重的一种刑罚执行，而其余比较轻的刑罚则被最重的一种刑罚所吸收，不予执行。这种办法为实行吸收原则的大多数国家所采用。其二是以法定刑为准：即在数罪中以刑法分则规定的法定刑最重的一罪处罚，而法定刑较低的罪则被吸收，不予判刑执行。采用这种办法的国家不多。

我国封建时代就采取吸收原则对数罪实行并罚。当前，苏联等国也主要采用这种原则。

2. 并科原则，又称合并原则、相加原则、绝对相加原则。就是把一人所犯罪分别宣告的刑罚绝对相加，合并执行。美国由于实行这种原则，所以判决有期徒刑数十年，甚至百余的案例屡见不鲜。

3. 限制加重原则。就是以数罪中被判处最重的一个刑罚为基础，再在一定范围内加重刑罚的处罚方法。具体如何实施这个原则，各国的规定不尽相同。但是，一般常见的方法是：在数罪中宣告的最高刑期以上，数罪宣告的总和刑期以下的范围内，选择决定执行的刑期；而且决定执行的刑期不得超过一定的限度。目前，不少国家都以限制加重原则为主实行数罪并罚。

4. 折衷原则，又称混合原则。就是说对上述吸收原则、并科原则和限制加重原则，依照

不同的情况,采用其中二种、三种原则,混合地而不是单一地实行数罪并罚。目前,世界上大多数国家都奉行折衷原则。比如,日本、阿尔巴利亚等国,以及国民党历次刑法都是如此。

(二)、从立法上看我国数罪并罚的原则、内容和特点

我国数罪并罚原则属于哪一种类型呢?其内容和特点又是什么呢?目前,理论界还没有统一的看法。有的认为,我国数罪并罚实行的是限制加重原则,^①有的认为是“以限制加重原则为主的折衷原则”。^②也有的只谈我国数罪并罚的内容和特点:如有的认为“我国采用的是以‘限制加重’原则为主,‘吸收原则’为补充的数罪并罚原则”,^③又如有的认为是“以限制加重为主,兼取吸收原则中的合理因素”^④。

我国刑法第64条规定了数罪并罚的具体规则。数罪并罚的具体规则,反映了数罪并罚的内容和特点,是数罪并罚原则的具体体现。而数罪并罚的原则又是对具体规则的抽象和概括。因此,我们应当以刑法第64条的规定为基本依据,来考察我国数罪并罚的原则、内容和特点。

1.第64条把死刑和无期徒刑归为一类,只规定有“除判处死刑和无期徒刑的以外”的字样。这里虽未明确规定应当按照什么方法处罚,但是,理论界和司法界在这个问题上的看法是一致的,即采取的是吸收原则。具体地说,数罪中有判决死刑或无期徒刑的,只执行一个死刑或一个无期徒刑;无期徒刑和死刑都有的,只执行一个死刑;而且两个无期徒刑不能升格为死刑。

2.第64条规定:“……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。”可见,这里采取的是典型的限制加重原则,其特征是,一个“加重”,即在数刑中最高刑期的基础上加重处罚;两个“限制”,即决定执行的刑期不能超过总和刑期,而总和刑期又不能超过数罪并罚的法定最高刑期,如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。

在我国的司法实践中,刑事案件(包括数罪并罚案件)有百分之九十以上都适用有期限的剥夺或限制自由刑,其中又以有期徒刑为主要成分。这是客观事实,也是符合情理的。因此,对数罪并罚案件主要采用限制加重原则,就成为我国数罪并罚原则中的主要内容和特点。但是,如果以此为据,断言我国数罪并罚实行的就是限制加重原则,那是不妥当的。

从逻辑上看,数罪并罚原则和它的内容是紧密关联而又不同的两个概念,把数罪并罚的原则和它的主要(不是全部!)内容等同起来,是以偏概全的作法。这样,既没有确切地反映我国数罪并罚原则,也没有全面地、完整地反映出它的内容和特点。值得指出的是,不能脱离限制加重原则的确切概念,而作扩大解释。笼统地、简单地认为,限制加重原则就是实行数罪并罚时不能无限制地加重处罚,这实际上是把它同惩办与宽大相结合政策、革命人道主义原则等同起来了,超出了数罪并罚原则的范围。

从立法上看,我国以限制加重原则实行数罪并罚时,明确规定把死刑、无期徒刑,乃至附加刑排除在外。在规定实行限制加重原则的数罪并罚法定最高刑期时,只列出管制、拘役和有期徒刑这三种有期限的自由刑;在规定限制加重原则具体规则之前,就明定“除判处死刑和无期徒刑的以外”而对附加刑则另起一行,以第二款的方式规定“仍须执行。”

从理论上讲,限制加重原则也不能取代吸收原则或并科原则。如果一人犯数罪,其中一罪应判死刑时,就不能在死刑的基础上再加重刑罚。我国封建社会的死刑有很多种类,如

斩、绞、车裂、凌迟等数十种，而且还有轻重之分。比如，晋律中认为：“梟首者恶之长，斩刑者罪之大，弃市者死之下”。^①此时或许可以在死刑之中来个限制加重。但是，我国刑法第45条规定：“死刑用枪决的方法执行”。在我国的社会主义制度下，在死刑的基础上加重刑罚，既不可能，也不允许。如果在无期徒刑（即使判有二个以上无期徒刑）的基础上再加重刑罚，升格为死刑，这不仅与限制加重原则的基本精神相悖，也不符合革命人道主义的要求，同样是不许可的。死刑是剥夺生命的刑罚，无期徒刑是剥夺终身自由的刑罚，必须慎之又慎。限制加重原则不仅不能取代吸收原则，而且吸收原则的适用在某种情况下还应当优于限制加重原则。比如某人犯三罪，其中一罪应判处死刑或无期徒刑，其它二罪各应判处有期徒刑。此时，理所当然地只能采用吸收原则，最后决定执行的刑罚为死刑或无期徒刑，决不能再采取限制加重原则。因为，数罪中判有死刑或无期徒刑的案件虽然不多，却是社会危害性相当大的犯罪，是刑法打击的重点，当然不能轻重倒置。至于那些一部分罪判主刑，另一部分罪判附加刑的数罪，主刑和附加刑必须合并执行，也同样不能为限制加重原则所取代。

总之，认为我国数罪并罚的原则就是限制加重原则的观点，是站不住脚的。

3.第64条第二款规定：“如果数罪中有判处附加刑的，附加刑仍须执行”。有些著作和文章对我国数罪并罚是否也实行并科原则的问题，采取否定或回避的态度。我认为，这是不妥当的。从第64条第二款规定的文字来看，“附加刑仍须执行”是以数罪中有判处主刑为前提的。对分别判有主刑和附加刑的数罪，一般来说应当采取并科原则，合并执行。比如，某人犯一罪应判罚金二百元，在分期缴纳罚金时，即刑罚执行完毕之前，又发现一个“漏罪”应判处有期徒刑，此时当然应当合并执行。再从附加刑的特征看，它既可以独立适用，也可以附加于主刑适用，从而使它在数罪并罚中具有并科的性质。这为在一定的情况下对数罪实行并科原则，从刑种特征的角度提供了法律依据。可见，在我国数罪并罚中确实存在实行并科原则的情况。

综上所述，以我国刑法第64条规定精神为基本依据，可以得出这样的结论：我国数罪并罚原则是由吸收原则、限制加重原则和并科原则三个方面的内容构成。因而，我国数罪并罚实行的是典型的折衷原则。我国折衷原则的主要特点是：①、由吸收原则、限制加重原则、并科原则兼合组成，而且各自适用于一类刑种，如吸收原则适用于死刑和无期徒刑，限制加重原则适用于有期徒刑、拘役和管制，并科原则适用于附加刑；②、从数量上看，限制加重原则的适用是大量的、基本的。因而成为折衷原则的主要内容；③、从地位上看，对数罪可以同时实行吸收原则和其它原则时，吸收原则的适用应当优先于其它原则；④、对只判有附加刑的数罪应当如何并罚，法律未作具体规定。对此，将在后面专门论述。

我们应当从我国刑法的具体规定和司法实践的实际出发，全面地、准确地、实事求是地研究我国数罪并罚的原则及其内容和特点，统一认识，统一提法，这对于理论研究、刑事立法和司法实践都是必要的。

（二）、我国数罪并罚为什么实行折衷原则

以某一种数罪并罚原则，作为特定的阶级或者社会制度的标志，是不妥当的。因为，同一种数罪并罚原则可以为不同社会制度的国家所采用，而同一种类型社会制度的国家，即使在同一时期内，也可以采用不同的数罪并罚原则。这实际上已为古今中外的立法例所证实。然而，数罪并罚制度（包括数罪并罚原则）是整个刑法体系的一个有机组成部分。所以，确定哪一种数罪并罚原则，不仅要受到社会制度的制约，必须服从刑法规定的任务和刑罚的目的，而且

必须符合本国的历史条件、民族特点、传统和习惯。只有这样，才能使数罪并罚原则成为维护统治阶级利益的一个有力的工具。

确定哪一种数罪并罚原则，也是建立在比较研究各种数罪并罚原则利弊的基础上的。脱离刑法及司法实践的整体性、特殊性，形而上学地比较研究各种数罪并罚原则，是得不出正确结论的。比如孤立地以宽严为标准，断言吸收原则轻纵犯罪，而并科原则失之严苛，这种看法就缺乏分析，不太严密。中国封建社会对数罪并罚历来采取吸收原则，却以适用刑罚严苛残酷著称；美国采用并科原则，但是有些州废除死刑和无期徒刑，所以纵使判刑数十年，甚至百十年，也仅仅相当于无期徒刑，仍然属于自由刑的范畴。此外，就一国而言，确立何种原则也并非绝对的，而是可以变化和发展的。同一社会制度的一国在不同的时期内，可以根据其刑法的任务和刑罚的目的，依照形势（特别是犯罪形势）乃至刑罚体系的变化，而采取不同的数罪并罚原则。

我国刑法确定数罪并罚原则的基本出发点，就是立足于我国的实际情况，以马克思列宁主义毛泽东思想为指针，唯物地、辩证地比较研究国内外各种数罪并罚原则及在司法实践中运用的效果之后，从而确定我国数罪并罚实行折衷原则。

前面讲过，吸收原则在我国对有判处死刑或无期徒刑的数罪实行并罚是适宜的，而且合理和科学。但是，如果对判处有期徒刑、拘役、管制的数罪按照吸收原则并罚，当前在我国是行不通的。因为吸收原则的基本特征是犯罪只按一个重罪处罚，所以可能出现一些不合理的情况：①、一人犯数罪有时与一人犯一罪同刑。如甲犯两个罪，一罪应判八年，另一罪应判七年，最后的决定刑为八年；乙只犯一罪，应判八年。结果甲乙二人的处罚相同，这显然不合理。②、一人犯数罪有时比一人犯一罪低刑。如丙犯三个罪，分别应判四、五、六年，最后的决定刑为六年；丁犯一罪，应判七年。此时，丙的罪理当比丁的罪重，丙的主观恶性也要大，结果丙比丁的处罚要轻，这也不合理。③、在数罪并罚的期限内，一人不管犯多少罪只能按一个重罪处罚，会使犯罪分子钻法律的空子。比如，某人犯一罪应判十年，自知迟早会被发现，因而继续犯罪，只要各罪判刑不会超过十年，即使再犯十个八个罪，最后的决定刑仍然是十年。可见，在我国对判处有期徒刑的自由刑的数罪，一律采用吸收原则并罚，是不利于惩罚犯罪、预防和减少犯罪的，也违背罪刑相适应的原则，很容易造成纵容犯罪、鼓励犯罪的恶果。目前，单一采用吸收原则的国家不多。比如，一九二七年一月一日实施的《苏俄刑法典》，采用的是典型的吸收原则，现在已改为以吸收原则为主的折衷原则。

并科原则在我国对分别判有主刑和附加刑的数罪实行并罚是适宜的。但是，如果对只判处主刑的数罪按并科原则的并罚，则违背革命人道主义精神，而且与我国的刑罚体系大相矛盾，甚至不合情理，无法执行。

首先，两个以上的死刑之间就无法并科。死刑是剥夺生命的刑罚，人死而不能复生，这是常识。同样，无期徒刑是剥夺终身自由的刑罚，“终身”是指一个人生命的整个过程。所以，不能同时执行两个以上的无期徒刑是不言而喻的。

其次，死刑与其它主刑也无法并科。先执行死刑，也就不可能执行其它主刑。而先执行其它主刑，再执行死刑，则主次颠倒，轻重失宜，也与并科原则本意相悖；特别是如果先执行无期徒刑，实际上是不执行死刑。同样，无期徒刑与死刑之外的任何主刑也无从并科，无论先执行哪种刑罚皆属多余。

最后，从有期徒刑、拘役和管制各个刑种和相互关系来看，虽然可以并科，但是不符合

我国的刑罚目的，与我国刑罚体系也有矛盾，特别是不利于对罪犯的管理和教育改造，达不到特殊预防的目的。我国刑法规定，在数罪并罚等特殊情况下，法定最高刑不得超过二十年，这是有科学依据的，因为人的生理年限是有限度的。如果按并科原则并罚，有期徒刑长达三、四十年以上，甚至一百余年，这与无期徒刑就没有什么区别了。那么，设置无期徒刑这一刑种又有什么必要？

由上可见，在我国对判处主刑的数罪不宜实行并科原则。前二点理由，又反证了对判有死刑或无期徒刑的数罪，只能采取吸收原则。

采用限制加重原则的国家很多。但是，单一地实行这个原则的国家似乎还没有。前面，在“数罪并罚的种类”部分已经谈过，限制加重原则虽能消除吸收原则、并科原则的一些弊病，然而只适宜对有期限的自由刑之间，乃至有期限的权利刑之间或有限额的财产刑之间实行并罚。

总而言之，通过前面对吸收原则、并科原则和限制加重原则的具体分析，说明单一地实行上述某种原则，不仅不合乎我国国情，有悖于我国刑法规定的任务和刑罚目的，而且也与我国刑罚体系相矛盾。这是因为我国幅员广大，人口众多，社会犯罪（包括一人犯数罪）情况也错综复杂。为此，我国刑法相应地规定了死刑、无期徒刑、有期徒刑、拘役和管制等主刑，还规定了剥夺政治权利、罚金、没收财产及驱逐出境等附加刑，从而形成了一个由重而轻、各司其职、相互衔接的比较科学、完整和系统的刑罚体系。如果单一地实行上述某种原则，不利于充分发挥每个刑种的作用，以有力地打击犯罪、保护人民。

折衷原则是对数罪混合地兼用上述几种原则的处罚方法。它可以在分析上述原则利弊的基础上，根据本国的情况和需要，从自身的刑罚体系出发，扬长避短，趋利除弊，在不同的情况下，对不同的刑种适用不同的原则。这比单一地采用上述某种原则更为科学，更为完善，更为灵活。为此，我国刑法规定以折衷原则实行数罪并罚。几年来的司法实践也证明，我国的折衷原则与我国的实际情况是相适应的，在打击犯罪、保护人民方面起着颇为有效的作用，与我国刑法体系，特别是刑罚体系基本上是协调的。因此，我国数罪并罚采用折衷原则是适宜的。

（四）、有期徒刑、拘役和管制的刑期折抵问题

对判处有期徒刑、拘役和管制的数罪实行并罚，可以分为两种情况。

其一，对判处有期徒刑、拘役和管制的数罪，即有期徒刑与有期徒刑之间，或者拘役与拘役之间，或者管制与管制之间应当如何并罚？这个问题比较简单，只要严格依照刑法第64条的规定，按限制加重原则实行并罚就可以了。

其二，对判处有期徒刑、拘役、管制中二个以上不同刑种时应当如何并罚？拘役刑期应当先折抵为有期徒刑刑期，然后再实行数罪并罚。对此，理论界和司法界的看法是一致的。然而，管制刑期能否折抵为拘役（或有期徒刑）刑期？在这个问题上有两种截然相反的观点。一种是认为应当折抵刑期。理论界大多数同志持此主张。另一种是认为不应当折抵刑期。其理由是管制是限制性的自由刑，而有期徒刑和拘役是剥夺性的自由刑，二者性质不同，并且以1958年4月7日最高人民法院给安徽省、辽宁省高级人民法院的复函为法律依据。该《复函》中说：“徒刑的刑罚较管制的刑罚为重，徒刑和管制的执行方法也不同，徒刑是在劳动改造机关监管执行，而管制并不这样执行。因此，管制的刑期不宜折抵徒刑的刑期”。①

我认为，管制的刑期应当而且可以折抵有期徒刑或拘役的刑期。具体理由如下：

1.从根本性质上看，这三个刑种是大同小异的。管制与有期徒刑（或拘役）是不同的刑种，确有差异：比如管制是一种比有期徒刑或拘役轻的限制性的刑罚，而有期徒刑和拘役是比管制重的剥夺性的刑罚。然而，这些只是程度上的差别。即使再加上它们在执行方法、场所和待遇上的不同，也都不能成为它们之间不能折抵刑期的理由。恰恰相反，它们在基本性质上是相同的，一是都属于自由刑，二是都是有期限的。正是由于有这两个共同之处，就成为它们之间可以折抵刑期的基础。试问一句，有期徒刑和拘役也有重轻之分，而执行场所、待遇和法律后果也不同，那么，为什么有期徒刑和拘役之间可以折抵刑期，而管制就不能同它们折抵刑期呢？

2.从我国刑法体系的原则来看，二种以上的主刑不能同时执行，主刑只能各自独立适用，决不可附加适用。当数罪分别判处管制和有期徒刑或拘役时，特别是在管制期间发现“漏罪”或又犯新罪，并应当判处有期徒刑（或拘役）时，如果不准折抵刑期，那么，应当如何判决和执行呢？如果先执行有期徒刑（或拘役），等刑满释放、罪犯已经得到一定的教育改造后，再执行管制，就带有单纯惩罚的色彩，特别是在服刑期罪犯因确有悔改或立功表现而提前释放时，再执行管制，就更为不妥。如果先执行管制，再执行有期徒刑（拘役），不仅轻重倒置，而且不易管理，不利于预防犯罪。因为判处拘役，特别是判处有期徒刑，这说明犯罪人的社会危害性和人身危险性较大，如果先执行管制，容易在没有严格管理的情况下再犯新罪。可见，把管制与有期徒刑（或拘役）按照并科原则执行，既违背不能同时执行两个以上主刑的原则，在具体实施上也不可行。如果按吸收原则对管制不予执行，在另一罪判的是拘役的情况下，确有轻纵犯罪之虞。

3.从立法上看，刑法不仅没有规定上述三个刑种的刑期不能折抵，相反倒可以找出它们之间可以折抵刑期的根据。第64条明文规定这三个刑种实行限制加重原则。在对分别判有管制和有期徒刑或拘役的数罪实行并罚时，如果不折抵换算成较高的同一刑种的刑期，那么，怎么能算出数罪的“总和刑期”？“决定执行的刑罚”又从何讲起？这样把管制排除在实行限制加重原则的情况之外，无论实行并科原则，还是吸收原则，都不符合第64条规定的精神。那么，这三个刑种的刑期如何折抵呢？同样也可以找到法律根据。刑法第36条规定先行羁押一日折抵管制刑期二日，第39条规定先行羁押一日折抵拘役刑期一日，第42条规定先行羁押一日折抵有期徒刑刑期一日。由上述三个条文可以看出，“先行羁押一日”成为这三个刑种刑期折抵的等值量。如果用“等号”代替“折抵”，就可以列出这样简单的数学公式：先行羁押一日 = 管制刑期二日 = 拘役刑期一日 = 有期徒刑刑期一日。所以这三个刑种刑期不仅可以折抵，而且有具体标准可循。有期徒刑和拘役的刑罚确实比管制要重，这可以通过管制刑期二日折抵有期徒刑（或拘役）刑期一日，即二比一的办法得到补偿。这里反问一句：羁押属于刑事诉讼上的强制方法，不属于刑罚的范畴，尚且可以折抵这三个刑种的刑期；那么，基本性质相同，同属于刑罚范畴的这三个刑种之间，为什么不可以互相折抵刑期，非要把管制排除在外呢？

④、从法律效力看，最高人民法院的复函是在1958年作出的，远在刑法颁布之前。《复函》和刑法产生的条件不同，所以二者所规定的管制的具体内容也不尽相同。特别是《复函》属于司法解释，如上所述，它与现行刑法规定的精神相抵触。此时自然应当以现行刑法的规定精神为准。

总之,基于如上四点理由。可以得出一个比较完整的结论:在数罪分别被判处有期徒刑、拘役、管制等不同种的有期限的自由刑时,应当依以低就高的原则,把较轻刑种的刑期折抵成同一种较重刑种的刑期后,再按照第64条规定的限制加重原则实行并罚。具体折抵规则是,管制刑期二日折抵拘役(或者有期徒刑)刑期一日,拘役刑期一日折抵有期徒刑刑期一日。

(五)、对附加刑并罚的问题。

对数罪中有判处附加刑如何并罚?根据第64条第二款的精神,似乎规定的只是并科原则。然而进一步探讨,对数罪中判有附加刑的情况,一律采用并科原则实行并罚,不仅在理论上存在漏洞,而且在司法实践中也行不通。这里主要有三个问题。

①、主刑和附加刑是否在任何情况下都适宜采取并科原则,合并执行?从理论上讲,剥夺政治权利和没收财产都可以同任何主刑并科执行,但罚金则比较复杂。我认为,从我国当前的实际情况来看,对一罪判处有期徒刑、或无期徒刑、或死刑,而另一罪判处罚金的情况,如果按并科原则实行并罚,很可能判决而不能执行。所以,对罚金而言,应当附加于什么样的主刑适用,需要有个限制范围。

②、不同种的附加刑之间是否在任何情况下都适宜采取并科原则,合并执行?单就剥夺政治权利与没收财产之间,罚金与有期限的剥夺政治权利之间而言,确可以合并执行。但是,罚金与剥夺政治权利终身之间就无法并科,因为剥夺政治权利终身都是附加于死刑或者无期徒刑适用的,此时已丧失缴纳罚金的能力。而且罚金与没收财产(特别是没收全部财产)之间也不太适宜并科适用。因为二者同属于财产刑,完全可以总括地考虑,以一以刑种处罚;特别是没收全部财产,在多数情况下是附加于长期徒刑以上的刑种合并适用的,此时也很难再缴纳罚金。

③、数罪中判处数个同类的附加刑时,如数个剥夺政治权利之间,数个罚金之间,数个没收财产之间是否可以采取并科原则,合并执行?这是个复杂的问题。其中有些情况可以依照立法精神和常理来解决。比如,某人犯一杀人罪判处死刑,并处剥夺政治权利终身,另一反革命宣传煽动罪判处有期徒刑五年,并处剥夺政治权利三年,最后决定的刑罚当然是判处死刑,并处剥夺政治权利终身。又如,某人犯一贪污罪判处死刑,并处没收全部财产,另犯一投机倒把罪判处有期徒刑七年,并处没收部分财产,最后的决定刑罚当然是判处死刑并剥夺政治权利终身和没收全部财产。可见,在判有剥夺政治权利终身的数个剥夺政治权利之间,判有没收全部财产的数个没收财产刑之间,理所当然地应当采取吸收原则并罚。然而,数个有期限的剥夺政治权利之间,数个罚金之间,数个部分没收财产之间应当如何并罚,这是附加刑并罚问题的难点。

或许有人认为,上述问题繁琐多余,是理论上的空想,从我国司法实践来看,大都是主刑与单个不同种的附加刑按并科原则实行并罚,极少存在数个同种附加刑并罚等复杂问题。深究其原因,首先是相对于主刑而言,判有附加刑的案件本身就很少,这是客观事实。其次是刑法对附加刑,主要是财产刑的规定不具体,实际适用较困难,而且经验不足,所以有意识地回避适用附加刑。最后是在事实上除采取并科原则并罚外,如上所述还采用吸收原则,甚至还采用了“估堆”方法。比如,某人犯投机倒把罪判处有期徒刑六年,还应并处罚金,还犯一走私罪判处有期徒刑五年,也应并处罚金。此时实践中通常做法是:一般先对主刑以限制加重原则实行并罚,假定决定执行刑期为有期徒刑九年;对罚金不是分罪宣告各应判处

的具体数额后再并罚，而采取的是“估堆”方法，即在主刑先确定决定刑的基础上，根据这两个罪的情况，乃至执行效果等各种因素，总括地、综合地决定罚金的具体数额，假定为五百元；最后，再以主刑和附加刑实行并科原则，即决定判处有期徒刑九年，并处罚金五百元。从此例可以看出，它表现出来的是主刑之间的限制加重原则、主刑和附加刑之间的并科原则，而附加刑之间的“估堆”方法被掩盖起来了。总之，事实证明，数罪中有判处附加刑的数罪的并罚问题很复杂，远非仅以并科原则就可以解决的。

司法实践中对附加刑的并罚采取回避态度，或者采取“估堆”原则等办法都是无可厚非的，因为追根溯源属于刑事立法的问题。首先，我国刑法对判处附加刑的数罪并罚规定得过于简单。其次，对财产刑，主要是罚金如何适用也规定得不具体。比如，我国刑法对罚金只规定了适用的一般原则，在总则和分则中对罚金的数额都没有具体规定，使罚金成为无限制的刑种，从而缺乏一个统一严格的标准。在这种情况下，即要求罪刑相适应，又考虑犯罪分子的经济负担能力做到判决而能执行，就不得不按照“估堆”方法对数个罚金实行并罚。至于适用并科原则，或者吸收原则和限制加重原则，同样都不具备一个科学的基础。

因此，立足于现实，在法律规定不明确的情况下，当前对有判处附加刑的数罪实行并罚不宜强求一律，单用并科原则。比较妥当的办法是：应当本着有利于完成刑法规定的任务和实现刑罚目的的精神，依照合情合理、合法可行的原则，从案件及有关情况的实际出发，择取并科原则、吸收原则或“估堆”方法。这是唯一可行的过渡性办法，实际上为司法实践所采用。但是，也必须看到，这种办法如果长期使用，势必会造成一些弊害：①、为“估堆”方法的存在提供了条件，有损于我国数罪并罚制度的科学性和完整性；②、由于法律适用的不统一，难以保证量刑的适当性，有悖于社会主义法制原则；③、不利于充分发挥附加刑，特别是财产刑的作用。比如，财产刑对于惩办出于贪利动机的经济犯罪是很有威力的刑罚。随着形势的发展，财产刑，特别是罚金的适用势必增多。如果因为财产刑不易掌握而采取回避态度，将使它们形同虚设；如果因为法律规定不具体而随意适用，又易出现滥用的情况。

因此，深入对附加刑并罚问题的研究，总结司法实践的经验，完善刑事立法，这是当务之急。一方面要对附加刑各个刑种的具体适用作出明确规定，另一方面也要对判处附加刑的数罪并罚，依照不同的情况规定适宜的原则、规则。我认为，借鉴于国内外的刑事立法、刑法理论和司法实践是非常必要的。比如，1957年我国刑法草案第二十二稿中，以第68条第6项明确规定，对判处两个以上罚金的采取限制加重原则并罚。总则虽然没有规定罚金的具体数额，但是，分别有罚金刑的条文，都具体规定了法定最高数额；而且，可并处的主刑都是十年以下有期徒刑、拘役或管制，其中大部分条文规定的是五年以下有期徒刑或者拘役；此外罚金与没收财产的适用范围有严格区分，没收财产在较高的量刑幅度内适用。以上规定是值得参考的。①

三、对同种类数罪应当如何处罚

对判决宣告以前发现的同种类数罪应当如何处罚？这是当前我国理论界讨论比较热烈的一个问题。目前有三种观点：

1. 必须按第64条规定的原则实行数罪并罚。中央政法干校、吉林大学等一些同志的刑法著作和文章持此观点。

2.无须按第64条规定的原则实行数罪并罚,可作为从重、加重情节处罚。中国人民大学、北京大学等一些同志的刑法著作和文章持此观点。

3.折衷的观点。其中又分两种:

一种是以刑法的规定为准。即主张凡分则中有“情节严重”、“情节特别严重”、“情节特别恶劣”等情况另外规定较重法定刑的,可按较重的法定刑处罚;对分则条文中没有另外规定“情节严重”、“情节特别严重”、“情节特别恶劣”等情况或较重法定刑的,则依第64条规定并罚。

另一种是以刑罚适用的效果为准。即对判决宣告以前发现的同类数罪,一般作为从重、加重情节处罚;但在确有轻纵犯罪之虞时,可依第64条规定并罚。杨敦先等同志持此观点。

①

我赞同杨敦先同志的看法。就此,对有关问题谈谈不成熟的看法。

(一) 什么是同种类数罪

目前,理论界的普遍看法是:同种类数罪是指触犯同一罪名的数罪。其构成要件为:①、须为同一犯罪人,②、出于二个(或“次”)以上的犯罪故意或过失,③、分别实施两个以上独立的同一行为,④、二次以上侵犯同一具体客体的同一罪名。上述看法较为合理,但也存在一些问题,即在立法和有权解释对罪名未作统一规定,学理解释有分歧时如何办?遇到择一性条文时又如何处理?这在第一部分“什么是数罪”中已论述过,不再重复。可见,认为同种类数罪就是触犯同一罪名的数罪,也有不尽确切之处。

还有少数人认为,同种类数罪是指触犯同一条文的数罪。这与我国刑法规定的矛盾更加突出,如前所述,第151条的盗窃、诈骗、抢夺三罪,显然不是同种类数罪。所以此说行不通。

我认为,当前对同种类数罪可以理解为同一性质的数罪。具体地说,就是基本上以触犯同一罪名的数罪为标准,但在遇到择一性条文等情况时应当具体分析,妥当处理。这样既照顾到一般,又考虑到特殊,较为适宜。

(二)、对同种类数罪作为从重、加重情节处罚,是否违法

我认为,上述关于同种类数罪处罚的三种观点都不违法。第64条只有“一人犯数罪的”字样,至于什么是数罪;什么是同种类或不同种类数罪;“一人犯数罪”是专指不同种类数罪,抑或二者都包括在内?司法和有权解释都未作出具体规定。所以,数罪问题属于刑法理论的范畴。对“一人犯数罪”理解为同种类数罪和不同种类数罪都包括在内也好,或者只包括不同种类数罪也好,都不违法。

相对而言,认为第64条规定的“一人犯数罪”主要是指不同种类数罪,而且对同种类数罪一般不按第64条规定并罚,而依从重、加重情节处罚,这不仅不违法,相反更符合立法精神。首先,从我国立法史来看,有过规定不同种类数罪才数罪并罚的成例。比如,1951年颁布的《中华人民共和国惩治反革命条例》第15条规定:“凡犯多种罪者,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。”又如,1952年颁布的《中华人民共和国惩治贪污条件》第4条第二款规定:“因贪污而兼犯他种罪者,合并处刑。”这两个条例分别规定的“多种罪”和“兼犯他种罪”,都是指不同种类数罪。可见,按