

侯国云：数罪并罚方法的新思考 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/483/2021\\_2022\\_\\_E4\\_BE\\_AF\\_E5\\_9B\\_BD\\_E4\\_BA\\_91\\_EF\\_c122\\_483862.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E4_BE_AF_E5_9B_BD_E4_BA_91_EF_c122_483862.htm) 数罪并罚，是指人民法院对一人所犯的数罪，分别定罪量刑后，依照法定的原则和方法，决定应当执行的刑罚的制度。简言之，就是对一人所犯数罪的合并处罚。我国数罪并罚采用的原则有吸收、合并、限制加重三个原则。其中，限制加重原则是专对数罪都是判处自由刑时采用的原则，也是数罪并罚最基本的原则。关于限制加重原则的具体操作方法，我国刑法第六十九条规定：“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，酌情决定应执行的刑期，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。”正确理解这一规定，是在数罪并罚中贯彻限制加重原则的关键。然而，多年来，在这个问题上，一直都存在着以下两种错误的理解：一、将限制加重原则错误地理解为“也可以将数刑合并执行或者只执行数刑中的最高刑”根据刑法第九十九条“本法所称以上、以下、以内，包括本数”的规定，刑法第六十九条所规定的“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”包括总和刑期，“以上”，包括数刑中的最高刑期。故此，有人认为，数罪并罚时也可以直接以数刑中的总和刑期（以不超过20年为前提）或数刑中的最高刑期作为数罪并罚的应执行刑期。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。有人认为，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。笔者认为，这种理解不符合立法的原意，是不正确的。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。这就从根本上与数罪并罚和限制加重原则相冲突了。笔者认为，在对刑法的理解上，不能出现根本性冲突。若对“限制加重原则中的‘以上、以下’”理解为不包括本数，虽然与刑法第九十九条关于“以上、以下”的解释不一致，但却不违背刑法第六十九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，虽然与刑法第九十九条关于“以上、以下”的解释相一致，但却严重违背刑法第六十九条关于限制加重原则的基本精神。在这两个矛盾中，与“以上、以下”的矛盾是次要的、非根本性的；而与限制加重原则的矛盾则是主要的、根本性的。另外，在刑法解释论上，有一个公认的基本原则必须坚持，这就是，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。刑法第九十九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，它不能与第六十九条的实体性规定相矛盾。如果出现矛盾，只能以实体条文第六十九条的规定为准，而不能以解释条文第九十九条的规定为准。因此，笔者认为，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、将数罪并罚“有期徒刑不能超过二十年”错误地理解为总和刑期不能超过20年 刑法第六十九条规定：数罪并罚时，“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，但是……有期徒刑最高不能超过二十年”。这里的“最高不能超过二十年”，本是指“应执行的刑期”不能超过20年，但往往有人将其理解为总和刑期不能超过20年。比如有的教科书举例说：“如果被告人犯了三个罪，所判处的刑罚分别为10年、8年和6年，总和刑期为24年，最高刑期为10年，但法律规定数罪并罚时有期徒刑不得超过20年，故只能在10年以上20年以下决定执行的刑期”〔参见张明楷《刑法学（上）》，法律出版社1997年版第461页〕。这种理解就是把决定执行的刑期不能超过20年错误地理解为总和刑期不能超过20年了。笔者认为，刑法第六十九条规定的“有期徒刑不能超过20年”，是指最后决定的执行刑期不能超过20年，不是指决定执行刑期之前的总和刑期不能超过20年。虽然计算时的总和刑期超过20年，但最后决定出的执行刑期未超过20年，就是合法的。因此，正确的理解应当是：该案在10年以上24年以下决定执行的刑期，最后决定出的应执行刑期不超过20年。而不能理解为在“10年以上20年以下”决定应执行的刑期。后边的这种理解，既不符合刑法的规定，而且容易导致最后决定执行的刑期偏轻。当然，如果决定以20年为执行的刑期，就不存在偏轻问题。但司法实践中，在10至20年之间决定执行的刑期时，极少会执行到20年，一般都是在高于10年低于20年之间决定执行的刑期。况且，如前文所说，直接执行20年，不符

合限制加重的基本原则。这样一来，将总和刑期限定为20年，在决定执行的刑期时，就会不可避免地出现偏轻现象。比如，以取中间数为例（取中间数，是指数罪并罚时，取数罪中最高刑期之外的其他刑期之和的中间数。公式为（总和刑期 - 最高刑期）÷ 2。数罪并罚，在没有其他特殊的从重、从轻情节的情况下，可以采用取中间数的方法决定执行的刑期。公式为：应执行刑期 = 最高刑期 + （总和刑期 - 最高刑期）÷ 2），在10至24年间决定，决定出的执行刑期是17年；在10至20年间决定，决定出的执行刑期是15年。可见，把“决定执行的刑期不能超过20年”理解为“总和刑期不能超过20年”会导致量刑的偏轻。这是不符合刑法第六十九条的立法原意的。“管制最高不能超过三年，拘役最高不能超过一年”，道理也是如此，不需赘述。新闻来源:法制日报

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)