

同种数罪应否并罚新探

韩 光 军

[摘 要] 刑法学界对同种数罪应否并罚的问题存有较大分歧。究其根源,主要在于论者忽视了同种数罪与异种数罪行为人主观罪过的本质差异。同种数罪罪过的同一性,决定了行为人主观恶性及人身危险性性质上的单一性;而异种数罪罪过的相异性,决定了行为人主观恶性及人身危险性的多重性,相互间具有质的差别。两者罪过的此种差别,使得异种数罪并罚而同种数罪不并罚具有科学合理性,有利于刑法公正及目的的实现。

[关键词] 同种数罪;异种数罪;禁止重复追究

[中图分类号] DF6 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2009)01-0041-05

同种数罪,即相同罪名的数罪,是指行为人基于相同的主观罪过实施的行为数次触犯了刑法规定的相同罪名的数罪。与之相对应的为异种数罪,即不同罪名的数罪,是指行为人基于不同的主观罪过实施的多个行为触犯了刑法规定的不同种罪名的数罪。目前,我国刑法学界和审判实践中,对于判决宣告以前一人犯有同种数罪应否并罚,认识上存在着较大的分歧,影响了司法的公正性。为此,笔者拟对判决宣告前的同种数罪应否并罚问题作一探讨。

一、同种数罪应否并罚诸说述评

有关同种数罪应否并罚的问题,学者们进行了必要的探讨,但至今尚未形成统一意见。概括说来,大体有如下三种观点:

其一为一罚说,即否定说。该说论者认为同种数罪无需并罚,只需按一罪酌情从重处罚,即只需将同种数罪作为一罪的从重情节或者加重构成情节处罚。理由主要有:首先,建国以来的刑事立法与司法审判,对于同种数罪并不并罚,只是从重处罚。此为否定说的历史依据。其次,我国现行刑法分则条款,规定了多个量刑幅度,基本上能够解决同种数罪不并罚的公正处罚问题。此为否定论者的法律依据。再次,否定同种数罪并罚并不会轻纵罪犯,能够满足罪责刑相适应的公正需要,倒是并罚肯定论者有时会轻纵罪犯。如多次普通强奸罪,若按照并罚论,则只能判处有期徒刑,而依照一罚说中的加重情节处理,则可判处无期徒刑或者死刑。此为否定说的事实依据。第四,刑法理论上,一般认为惯犯、连续犯等犯罪形态,实为一人犯有数罪的情形,无需并罚。若肯定同种数罪的并罚性,则会出现部分同种数罪需并罚,而另一些同种数罪不并罚的矛盾现象。此为否定说的法理依据。最后,国外的立法例,一般认为数罪并罚原则中的数罪,不包括同种数罪^[1](第 35 页)。

其二为并罚说,即肯定说。此说显然与否定说尖锐对立,明确主张同种数罪应毫无例外地实行并罚。主要理由为:首先,我国刑法没有明确规定数罪并罚之数罪,仅限于异种数罪,而根据我国刑法理论通说的罪数认定标准,同种数罪也为数罪,故没有理由将同种数罪排除出去。其次,对同种数罪实行并罚较一罪从重处罚更有利于打击犯罪,不会出现轻纵罪犯的不良后果。最后,对同种数罪实行并罚制在

惩罚力度上并未超出合理范围^[2] (第 16 页)。

其三为折中说。主张对同种数罪是否实行并罚不能一概而论,而应以能否达到罪刑相适应为标准,决定对具体的同种数罪是否实行并罚。对于能够达到罪刑相适应的,无需并罚。反之,则应实行并罚^[3] (第 317 页)。

笔者以为,肯定说认为现行立法没有明确将同种数罪从数罪并罚中的数罪排除出去,所以应予并罚的理由,的确有一定道理,特别是在那些只注重罪刑法定形式理性的学者看来更是如此。不过,罪刑法定原则的理性并非只是表现为形式理性,而是形式理性与实质理性的有机统一。在立法规定存在缺陷、罪刑法定原则的形式理性与实质理性发生冲突的情况下,如果刑法没有将某种严重危害社会的行为作为犯罪规定,我们就不能借口罪刑法定的实质理性而忽视其形式理性,违法追究行为人的刑事责任;如果刑法不适当地将某种行为规定为犯罪或对某种行为规定了不适当的处罚措施,我们也不能机械地坚持罪刑法定的形式理性而否定其实质理性的正义要求,一味地不适当追究行为人的刑事责任。对于上述两种情况,正确的做法应是:前者应坚持罪刑法定的形式理性要求,不应将法无明文规定的行为作为犯罪处理;后者应坚持罪刑法定的实质理性要求,排除行为的犯罪性或作有利于被告人的处理,以实现实质正义。由此看来,并罚肯定论者借口立法规定而否定同种数罪不应并罚的观点,显然只是注意到罪刑法定的形式理性,却忽视了其实质理性的要求,据此得出的结论科学性难免令人怀疑。因为同种数罪虽为数罪,但有着不同于异种数罪的自身特殊性,具体表现为同种数罪主观罪过具有同一性,而异种数罪主观罪过相互间具有质的不同。换句话说,也就是同种数罪只是行为人在同一的犯罪罪过心理支配下,反复实施了性质相同的危害行为,而异种数罪是在行为人不同的罪过心理支配下,多次实施的性质不同的危害行为。显然,同种数罪反应的只是行为人单一主观罪过的人身危险性,而异种数罪反应的却是行为人不同罪过的多重人身危险性。鉴于同种数罪与异种数罪行为人主观罪过的此种差异,若不加区分地一概实行数罪并罚,行为人主观罪过差异所引发的责任差异就会被无形地掩盖,罪责刑相适应的公正理念也会因此受到不必要的损害。

同种数罪并罚较不并罚更有利于打击犯罪,这句话就我国立法规定的某些情形,具有一定的合理性,若一概而论,则不无偏颇。因为立法者在对同种数罪本质属性尚无科学合理认识的情况下,便很难自觉地制定出完全符合同种数罪并罚或不并罚所需的全部法律规定。依据现行的这些法律规定,同种数罪一概并罚或不并罚并非一定符合罪责刑相适应的需要而更有利于打击犯罪。事实上,同种数罪并罚有时反而会轻纵罪犯,当然也就谈不上较不并罚更有利于对犯罪的打击了。比如多次实施的普通强奸罪,若并罚便不可能判处死刑或无期徒刑,若不并罚按照情节特别严重的情况来处理,则有可能判处死刑或无期徒刑。

否定说认为同种数罪不应并罚,笔者对此深表赞同,但对其所提的部分理由持有保留意见。建国以来的立法与司法实践,对同种数罪不并罚,并不能成为现在不能实行并罚的理由,因为从来如此的东西,并非总是正确、合理的。我国现行刑法分则绝大多数条款虽然规定了多个量刑幅度,具有较大的适应性,但并不能保证有些同种数罪不并罚所带来的罪刑不均问题。有些论者正是看到了此点的不足,才提出了折中说,主张以同种数罪不并罚为原则,并罚为例外的处理原则,以期实现罪责刑相适应原则的公正要求。故同种数罪不并罚不会轻纵罪犯的提法与我国立法现状有所不符。至于国外多数国家对同种数罪不并罚的理由,笔者以为国外先进合理的东西,当然是我们学习借鉴的对象,但在没有分析论证其科学合理性之前,还不能认为其一定能成为我们也该如此的理由,所以国外多数国家对同种数罪不并罚并非一定能够成为我国同种数罪也不并罚的当然理由。

折中说产生,很大一部分原因就在于肯定说与否定说各自存在的不足,为弥补两说的缺陷,试图结合两说的优点而提出的一种解决办法。但是,折中说存在有一个致命的缺陷,即它对法律性质与意义相同而具体罪名不同的同种数罪,在是否并罚的问题上,采取有的实行并罚,有的不实行并罚的做法,缺少一个贯彻始终的标准。依据逻辑学的原理,对性质相同的事物采取相互矛盾的策略是不够科学的。

综上述评,笔者以为上述诸说论者,在我国现有立法状况下,为实现公正司法,各自提出了不同的解决方案,并给出了己方观点的诸多支持理由,显然具有一定的现实意义。但是,无论是肯定论者,还是否定论者,以及折中论者,在论述同种数罪应否并罚的问题上,都没有注意到同种数罪行为人主观罪过的特殊性,即数罪主观罪过的同一性,而正是此种罪过的同一性,才决定了同种数罪不应并罚的正当性。若对同种数罪实行并罚,则有违禁止重复追究原则,有违刑罚追究的正当性原则,不利于公正目标的实现,也不利于犯罪人的改造,更不利于刑罚目的实现。因此,上述肯定说、折中说并不可取,否定说虽然方向正确,但缺乏科学的论证,也有待进一步完善。

二、同种数罪并罚的非正当性

犯罪是行为人在主观罪过心理支配下实施的严重危害社会而触犯刑法的行为,具有主客观相统一性。同种数罪是指行为人在相同的主观罪过心理支配下,多次实施的触犯同一刑法罪名的行为。如果根据有罪必罚的报应原则,只是简单地对同种数罪中的每一罪的刑罚作出认定,然后按照数罪并罚的原则进行并罚处理,不但公正难以实现,反而会产生更多的不合理性。

(一)同种数罪并罚有违禁止重复评价原则

禁止重复评价就是指在定罪量刑时禁止对同一案件事实予以两次或两次以上的法律评价。也就是说,对行为人的一行为不得进行重复评价,也不得在犯罪评价时,将行为中的某一事实作多次评价,以加重犯罪人的刑事责任。我国刑法没有明文规定禁止重复评价原则,但在相关的司法解释和司法实务中,禁止重复评价的原则精神是有明确体现的。

同种数罪实行并罚有违上述禁止重复评价原则,实不可取。因为同种数罪虽为数罪,但数罪都是犯罪行为基于同一的主观罪过而实施的,也就是说具有同一犯意的行为人在不同的时空条件下,反复实施了同样性质的危害社会行为,进而构成同种数罪。这些数罪尽管形式上具有数罪特征,但究其为行为人基于同一的犯意而反复实施的多个行为来说,显然不同于行为人基于数个不同的犯意而实施的多个犯罪行为。前者表现为行为人单一的主观恶性、单一的人身危险性。同种数罪的反复实施,充其量只是表明行为人单一主观恶性、单一的人身危险性量的增加,而非质的不同。后者则表现为行为人多重的主观恶性、多重的人身危险性,异种数罪的施行表明的不仅是行为人主观恶性、人身危险性量的增加,更重要的则是行为人主观恶性、人身危险性质的不同。可以说,正是异种数罪行为人这种主观恶性、人身危险性质的不同,才使得异种数罪实行并罚,不会出现重复评价行为人相同主观恶性、人身危险性的问题。而同种数罪若像异种数罪一样实行并罚,则难免会将只存在量上差异的同一主观罪过、同一人身危险性因素作多次重复评价,这无疑违背了禁止重复评价原则,不必要地加重了行为人的刑事责任。

(二)同种数罪并罚不利于刑罚目的的实现

有关刑罚目的的问题,主要有报应主义、功利主义及综合主义的刑罚目的观。报应主义从意思自由与因果报应角度考察,认为善有善报,恶有恶报。行为人在实施行为时,具有善恶选择的自由,却仍然追求恶害结果,所以追究行为人恶害结果的责任,乃是基于实现正义需要。依据报应基础的不同,可将报应划分为结果报应、主观报应以及主客观相统一的报应的形态。同种数罪并罚的处理原则,只是考虑了同种数罪结果的复数性,而不考虑数罪主观罪过的同一性,其实质在于机械地坚持了一罪一罚的结果报应观,显然是不科学的。

功利主义的刑罚目的认为,刑罚是国家基于防卫社会的需要,根据行为人人身危险性的大小而科处的,目的在于实现预防犯罪。依据具体功利目的的不同,可将功利主义的刑罚目的划分为一般预防主义、特别预防主义及双面预防主义。同种数罪并罚的处理原则,忽视了同种数罪行为人主观罪过的同一性及由此产生的行为人人身危险性的单一性与特定性,而是将行为人每一同种犯罪所表现出的行为人主观恶性、人身危险性简单地累加,并据此追究行为人并罚的刑事责任,显然是不必要的也是不科学的。

折中主义或综合主义的刑罚目的观认为,刑罚是由于有了犯罪而科处的报应主义思想才产生的,同

时承认刑罚的目的,主张刑罚的目的在于预防犯罪或预防社会。它试图调和报应主义与功利主义,融正义与目的思想于一体。应该说折中主义既肯定刑罚的报应本质,又考虑了刑罚的预防目的,是比较全面的,因而也是较为可取的。但同种数罪并罚不适当地过多地考虑了结果报应的因素,也不恰当地高估了行为人的危险人身危险性,不适当地加重了行为人的刑事责任,因而违背了报应限制功利的综合主义刑罚目的的要求,也不利于刑罚目的的实现。

综上分析,笔者以为同种数罪并罚不利于刑罚目的的实现,其根本原因就在于并罚论者未能充分认识到同种数罪行为人主观罪过相同的特殊性,进而依据不恰当的事实得出了不适当的结论。

三、同种数罪不并罚的正当性根据

(一)同种数罪不并罚而从重处罚符合同种数罪的本质特征

如上所述,对同种数罪并罚违背了禁止重复评价等原则,有其不合理性,但这并不意味着在定罪量刑时,只是将同种数罪作一罪处理而对其它相同之罪不予考虑。事实上,在处理同种数罪时,一般是按照择一重罪重处罚的原则来处理的。在确定重罪的问题上,应先确定同种数罪各罪所对应的法定刑幅度,选择其中法定刑幅度较重的为重罪,然后再综合考虑其它同种数罪的情况,最终决定行为人应负刑事责任的轻重。这样处理符合同种数罪的本质特征,有助于实现罪责刑相适应原则,有助于刑罚目的的实现。因为同种数罪如前所述,是在行为人同一罪过心理支配下多次实施的数个性质相同的行为而构成的数罪,与异种数罪不同的是,这些符合犯罪构成标准而形成的数罪具有主观方面的同一性,且是同一行为人的主观恶性。无论根据刑事古典学派还是刑事近代学派的刑罚理论,若认定同种数罪为实质的数罪,进而实行并罚,都是将行为人反复实施的同一主观罪过作了多次重复评价,而这有违公认的禁止重复评价原则。由此看来,同种数罪虽有数罪的外在特征,但其本质上实为一罪。既然如此,同种数罪也就只能按照一罪的处罚原则对其进行公正的处理了。行为人基于同一罪过反复多次实施相同性质的行为,表明行为人主观罪过较单次实施同种行为罪过具有更强的主观意志性与稳定性,无论是基于报应论还是基于功利论,抑或是综合论,对行为人按一罪从重处罚都是合乎情理之事。

(二)同种数罪不并罚有利于贯彻主客观相统一原则

同种数罪的行为人在同一主观罪过心理支配下反复实施了触犯刑法相同罪名的行为,其主观恶性可谓是单一的,同种数罪的反复实施,充其量只是表明行为人多次实施同种犯罪的主观认识因素、意志因素较行为人单次实施该种犯罪的主观认识因素、意志因素要强而稳定,也就是说同种数罪的行为人主观恶性较单次同种犯罪的主观恶性要深,但主观恶性的大小不会是同种罪过恶性的简单相加。由此看来,具有相同罪过心理的同种数罪,尽管客观上造成了较同种一罪更多的危害后果,但行为人主观上只是同一罪过的反复实施,而非不同罪过的多次施行,故依据主客观相统一的刑法原则,不能追究行为人数次犯罪的并罚责任,理应追究行为人一罪过下的从重处罚责任。

(三)同种数罪不并罚有助于与惯犯、连续犯等犯罪形态处理原则相协调

惯犯是指以某种犯罪为常业,或以犯罪所得为主要生活来源或腐化生活来源,或者犯罪已成习性,在较长时间内反复多次实施某种危害行为的犯罪形态。连续犯,是指基于同一的犯罪故意,连续实施数个性质相同的犯罪行为,触犯同一罪名的犯罪形态。有论者就此指出,根据刑法基本理论,惯犯、连续犯等犯罪形态不适用数罪并罚,可这些罪数形态具备同种数罪的数罪特征,将一部分同种数罪实行并罚,而将另一部分同种数罪不实行并罚,必然会出现逻辑上自相矛盾的错误^[4](第36页)。可以说,并罚否定论者上述理由准确地表明并罚论者在处理不同的同种数罪应否并罚的问题时,前后标准并不统一,有的采取了并罚标准,有的采取了不并罚标准,最终陷入了难以自圆其说的矛盾窘境。不过,令人遗憾的是,否定论者并没有就此指出并罚论者陷入矛盾窘境的深层根源。笔者以为产生此种窘境的根源主要在于并罚论者未能准确地把握同种数罪罪过的同一性,而是机械地套用我国刑法理论有关罪数认定标准的犯罪构成标准所致。因为如果机械地适用我国犯罪构成的罪数认定标准,惯犯与连续犯两种犯罪形态

无疑也具有同种数罪的特征，按照同种数罪并罚论者的观点，就没有理由不对其实行并罚，可我国刑法理论界及司法实践部门向来将此类犯罪作为一罪处理，也未曾见到有人对此质疑过。

[参 考 文 献]

- [1] 赵炳寿、田宏杰：《论我国数罪并罚制度的完善》，载《现代法学》1995 年第 4 期。
- [2] 熊立荣：《同种数罪处罚原则新说》，载《广西政法管理干部学院学报》2003 年第 4 期。
- [3] 贾连君：《论同种数罪应当并罚》，载《法律科学》1995 年第 2 期。
- [4] 高铭喧、马克昌：《刑法学》，北京：北京大学出版社、高等教育出版社 2005 年版。
- [5] 赵炳寿、田宏杰：《论我国数罪并罚制度的完善》，载《现代法学》1995 年第 4 期。

（责任编辑 车 英）

New Exploration on Whether the Same Kinds of Plural Crimes Should Be Concurrently Punished or Not

Han Guangjun

(Wuhan University Law school, Wuhan 430072, Hubei, China)

Abstract: Criminal sector on the problem that the same kinds of plural crimes should be concurrently punished or not has different arguments, mainly because the augmenter neglect the essential subjective differences in the nature of sin between the same kinds of plural crimes and the different kinds of plural crimes. The same sin of identity on the same kinds of plural crimes determines the behavior's single subjective vicious nature and personal danger. However, the different sins of the different kinds of plural crimes determine the behavior's multiple subjective vicious nature and personal danger with essential differences. The above-mentioned difference makes jointer of punishments for the same kinds of plural crimes and no jointer of punishments for the different kinds of plural crimes scientific and rational, which beneficially achieves the fair and purpose of criminal law.

Key words: the same kinds of plural crimes; the different kinds of plural crimes; ban duplicated prosecution