

限制加重原则之反思与并科原则之提倡

刘 湘 廉*

摘 要:限制加重原则因存在违背刑法基本原则、缺乏科学适用标准、不利于刑罚目的实现等固有缺陷而受到理论界的广泛质疑。虽然经过两次以修正案的方式对其进行“打补丁”式的修正,但是仍没有消除其在“总和刑”和“最高刑”限制上存在的逻辑悖论,甚至带来刑期适用不均衡、部分犯罪被虚化、“犯罪有奖”等问题。基于并科原则在体现量刑公平正义、实现刑罚目的和发挥刑罚功能等方面的合理性,应当在立法上以并科原则取代限制加重原则,以便从根本上解决数罪并罚制度的并罚原则问题。至于并科原则可能带来“刑期过长”等问题,可通过刑罚执行中减刑、假释等制度的适用及其规则的调整予以消解。

关键词:数罪并罚 限制加重原则 并科原则 量刑规范化 新罪 漏罪

随着我国依法治国的全面深入推进,数罪并罚制度存在的背离公平公正的法治精神、违反罪刑相适应等刑法基本原则、带来刑罚目的及功能的逻辑悖论等问题,比以往任何时候都更突出。虽然《中华人民共和国刑法修正案(八)》[以下简称《刑法修正案(八)》]和《中华人民共和国刑法修正案(九)》[以下简称《刑法修正案(九)》]先后对其进行了“打补丁式”的修正,但是仍没有从根本上解决这些问题,并且还因其采用更加复杂的“限制加重”计算方式而带来在规范量刑法律适用、漏罪并罚结果等方面的逻辑悖论与司法困境。本文拟就此展开探究,以期对寻求数罪并罚制度的科学立法及公正司法对策有所助益。

一、限制加重原则的立法由来与修正

(一)限制加重原则的立法由来

据考证,新中国的数罪并罚制度,最早见于1950年7月25日的《中华人民共和国刑法大纲草案》(以下简称《刑法大纲草案》)。《刑法大纲草案》第25条规定:“一人犯数罪,或一行为而构

* 西南政法大学法学院副教授、西南政法大学量刑研究中心研究员
基金项目:国家社会科学基金重点项目(20AFX012)

成犯数罪者,分别宣告其处罚。宣告多数死刑、徒刑、劳役或者罚金者,择其中最重的执行之。”^①这一源于苏联最高法院评议会于1929年作出的“对有关合并论罪判刑的说明”^②的立法设计,采取的是“以所宣告的最重刑罚为执行刑”规则,亦即“似乎一人犯数罪的,应当每一个罪‘宣告’一个刑,然后选择其中最重的一个定为‘执行’的刑”。^③然而,这个规则因无法贯彻罪刑相适应原则而受到质疑。事实上,一人犯数罪时,量定的刑期往往是重于犯数罪中最重一罪宣告的刑期的。例如,犯故意伤害罪,伤害结果为一般重伤时,最轻处有期徒刑3年;故意杀人罪的基本犯为非恶劣情节时,最轻处有期徒刑10年;而犯罪人犯以上故意伤害和故意杀人二罪,其判刑肯定会超过10年,而不是以10年为限,否则就会出现事实上有一罪未被处刑的情形。显然,这既不符合设立数罪并罚制度之目的,也无法实现刑罚的目的和发挥刑罚的功能。

为了纠正原有数罪并罚制度的以上不合理之处,最高人民法院改用了限制加重原则。最高人民法院在1951年2月15日发布的《关于一人犯数罪如何量刑的问题原则上的解答》中指出,《刑法大纲草案》以上关于数罪并罚制度的并罚原则规定,“都是学习了苏俄刑法第49条的精神”,可“我们办案的经验以及根据一些苏联法院的材料”,并不是“以所宣告的最重刑罚为执行刑”,主张对于一被告人犯数罪,“仍应先就各个犯罪分别宣告其所处之刑罚,再宣告其执行之刑罚,专就数罪均处有期徒刑而论亦依此原则;至应如何定其应执行之刑期,则以在数罪中所处之最长刑期以上,数罪所处刑期之总和之下,适当宣告应执行之刑期为妥”。这是我国在没有立法规定的情况下,率先由最高司法机关以司法文件的方式,创制了数罪的执行刑^④同时受“最高刑”和“总和刑”限制的限制加重原则。此种“司法造法”的做法,被立法机关于1951年2月20日发布的《中华人民共和国惩治反革命条例》第15条采纳:“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”。

在以上司法和立法的基础上,新中国刑法典也明确地将限制加重原则规定为数罪并罚制度的主要并罚原则。1979年《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第64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,酌情决定执行的刑期,但是管制最高不能超过3年,拘役最高不能超过1年,有期徒刑最高不能超过20年。如果数罪中有判处附加刑的,附加刑仍须执行。”这是我国第一次在刑法典中将“限制加重”作为数罪并罚的原则。1997年《刑法》第69条完全沿袭了上述规定。

(二)限制加重原则的修正

^① 高铭喧、赵秉志:《新中国刑法立法文献资料总览》(上),中国人民公安大学出版社1998年版,第143~144页。

^② 该说明要求合并论罪时应根据最重刑罚之条文判刑。

^③ 参见1951年2月15日最高人民法院《关于一人犯数罪如何量刑的问题的解答》及其所附《最高人民法院华东分院关于一人数罪如何量刑问题的请示》(东法编字第923号)。

^④ 根据1997年《中华人民共和国刑法》第69条关于数罪并罚的规定,数罪并罚的量刑结果不叫“宣告刑”而叫“执行刑”。也就是,根据“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,酌情决定执行的刑期……”的规定,针对数罪中单个犯罪宣告的量刑叫“宣告刑”,针对数罪中的每个罪量刑按数罪并罚原则得出的量刑结果叫“执行刑”。参见石经海:《刑法现代化下的“量刑”解构——量刑规范化的科学基础探究》,《中国刑事法杂志》2010年第3期。

为解决以限制加重原则为主要并罚原则的数罪并罚制度^①存在的问题,《刑法修正案(八)》和《刑法修正案(九)》先后对数罪并罚规定作出了相应的修正。而对限制加重原则的修正则集中于《刑法修正案(八)》,即将被判处数个有期徒刑的并罚规则调整为“有期徒刑总和刑期不满 35 年的,最高不能超过 20 年,总和刑期在 35 年以上的,最高不能超过 25 年”。立法者作如此修正的目的如下:(1)解决重罪轻判问题。《刑法修正案(八)》将有期徒刑限制加重的最高刑由 20 年提高至 25 年,试图回应过去对有期徒刑限制加重后最高刑期偏低导致重罪轻罚的质疑,以增强有期徒刑对具有严重人身危险性的犯罪分子的隔离功能和有利于刑罚目的的实现。^②(2)平衡刑罚结构。从立法目的看,《刑法修正案(八)》将有期徒刑数罪并罚最高刑由 20 年提至 25 年,既是坚持罪刑相适应原则的需要,也是平衡刑罚结构的需要。在 1997 年《刑法》中,死刑、无期徒刑与有期徒刑的惩罚性存在一定的结构失衡,其中死缓、无期徒刑与有期徒刑的惩罚力度差别不大,并且在总体上偏轻,^③与死刑立即执行的惩罚性相比,存在严重的失衡。《刑法修正案(八)》在提高对死缓犯的惩罚力度后,^④适当提高有期徒刑数罪并罚最高刑的期限,试图合理均衡死刑、无期徒刑与有期徒刑之间的关系。

二、限制加重原则的逻辑悖论与适用困境

综观立法背景,对限制加重原则的修正,本是为了解决其在追求罪刑均衡、实现刑罚目的等方面存在的突出问题,但因限制加重原则自身存在难以克服的弊端,而使得这一“打补丁式”的修正并没有真正解决该原则本身造成的背离公平正义精神等问题,进而带来在“总和刑”和“最高刑”限制立法与司法适用上的逻辑悖论与适用困境。

(一)限制加重原则的逻辑悖论

限制加重原则在立法上存在的逻辑悖论具体体现在对“总和刑”和“最高刑”的限制上。

1.“总和刑”限制上的逻辑悖论

如果说刑法基于人人平等原则强调“任何人享有的合法权利应当受到刑法同样的保护,任何人违反刑法规定的义务都应当受到同样的制裁”^⑤的话,那么包括数罪并罚制度在内的任何刑法规定都应贯彻这一基本原则的精神。可是,限制加重原则在“总和刑限制”计算方式上,因会出现对实施犯罪个数不同的犯罪人给予相同刑罚的悖论而背离该原则。例如,甲乙共同实施了抢劫、盗窃犯罪,甲还单独实施了诈骗、抢夺犯罪。甲犯抢劫罪、盗窃罪、诈骗罪和抢夺罪分别被判处有

^① 我国权威的刑法学家认为,根据 1997 年《中华人民共和国刑法》第 69 条的规定,我国所采取的数罪并罚原则是“以限制加重原则为主,以吸收原则和并科原则为补充的折中原则”。参见高铭暄、马克昌:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社 2022 年版,第 275 页。

^② 参见赵秉志:《〈刑法修正案(八)〉理解与适用》,中国法制出版社 2011 年版,第 103 页。

^③ 《中华人民共和国刑法修正案(八)》修订前,死缓可减为“15 年以上 20 年以下有期徒刑”,判处无期徒刑减刑后实际执行的刑期“不能少于 10 年”,有期徒刑数罪并罚“最高不能超过 20 年”。

^④ 对死缓犯规定了更为严格的减刑要求,如 1997 年《中华人民共和国刑法》第 50 条规定,若死缓犯确有重大立功表现,2 年期满后,减为 25 年有期徒刑;同时,该法第 78 条规定,对限制减刑的死缓犯,缓期执行期满后依法减为无期徒刑的,不能少于 25 年,缓期执行期满后依法减为 25 年有期徒刑的,不能少于 20 年。

^⑤ 陈忠林:《刑法面前人人平等原则——对〈刑法〉第 4 条的法理解释》,《现代法学》2005 年第 4 期。

期徒刑14年、10年、5年和3年,按1997年《刑法》第69条规定的数罪并罚规则,可合并判处有期徒刑20年;^①乙犯抢劫罪和盗窃罪,分别被判处有期徒刑14年和10年,可并罚判处有期徒刑20年。据此,虽然甲实施的犯罪数量多于乙实施的犯罪数量,并且甲实施的犯罪的社会危害性大于乙实施的犯罪的社会危害性,但是甲最终被并罚执行的刑罚可能与乙最终被并罚执行的刑罚完全相同。又如,在数罪并罚后再犯新罪的限制加重的并罚中,在总和刑为35年左右时,因受“限制加重”规定的限制而导致并罚结果与立法规定的罪刑相适应原则的原意不符。^②这意味着,限制加重原则的现有立法“限制”规则,不仅不符合刑法的公平公正精神,而且会使犯罪分子产生犯多罪与犯少罪一样处罚的投机心理,难以实现刑罚的目的和发挥刑罚的功能。

2.“最高刑”限制上的逻辑悖论

《刑法修正案(八)》将适用限制加重原则的有期徒刑法定最高刑区分为20年与25年两种,其目的是增加不同犯罪人的区分度、更好地建构刑罚阶梯和更好地贯彻罪刑相适应原则。^③然而,修正后的1997年《刑法》第69条第1款分段设置有期徒刑上限,一方面,使得决定执行刑的统一规则被分割成两个互斥规则,从而造成数罪并罚的量刑失衡;^④另一方面,在犯新罪的情况下,若前罪剩余刑期超过20年,则审判人员通常因受限制加重的最高刑限制而只得在20年以下确定新的执行刑判决,^⑤从而造成数罪并罚的量刑失衡。显然,这样的结果与现代法治所追求的公平公正精神相冲突。虽然“最高刑”等的“限制”能够最大限度地满足功利主义所追求的特殊预防的社会效果,并在很大程度上能够达到预防犯罪的目的以及节俭刑罚的投入,^⑥但是这种以“节俭”为价值追求的立法设置,并不符合刑法的时代发展方向与刑罚的目的及功能目标。前者主要表现为在当前现代化的背景下,基于现代法治的公平公正理念,不再以效率优先为价值取向,而是在坚持公平正义优先下兼顾效率,^⑦因而以效率为主要价值追求的限制加重原则,已不能满足新时代法治对公平正义与科学立法的追求;后者主要表现为在现代刑法上,刑罚的目的与功能,既是对犯罪人的特殊预防、惩戒和教育改造,又是对潜在犯罪人的一般预防、对被害人的公平安抚和对社会其他成员的警戒等,因而主要立足于对犯罪人特殊预防和惩戒及教育改造的“最高刑”限制规则,也与现代刑罚的目的及功能存在逻辑悖论。

以上关于限制加重原则在立法上的逻辑悖论,实际上是限制加重原则的固有弊端所在。也正因为存在这些弊端,使得该原则很早就被质疑。这些质疑概括起来主要表现在如下4个方面。

其一,违背罪刑相适应的刑法基本原则。例如,有论者认为,限制加重原则采取的“在数刑中最高刑以上、总和刑期以下判处刑罚”的量刑方法,给犯罪人的刑事责任“大打折扣”,导致某些犯

① 依照1997年《中华人民共和国刑法》第69条第1款前半段的规定,在本案中甲应在14年至32年之间选择适用的刑罚期限,又根据该款后半段的规定,因为数刑总和没有超过35年,所以在14年至20年之间判处有期徒刑。

② 参见王英霞:《数罪并罚问题探析》,《中国检察官》2016年第19期。

③ 参见全国人大常委会法制工作委员会刑法室编:《〈中华人民共和国刑法修正案(八)〉条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2011年版,第37页。

④ 参见袁国何:《数罪并罚后再犯新罪的罪刑失衡及其教义学出路》,《法学》2019年第7期。

⑤ 参见张明楷:《刑法学》(上册),法律出版社2016年第5版,第610页。

⑥ 参见白天:《以限制加重为原则的数罪并罚理论之构建》,博士学位论文,吉林大学法学院,2007年,第9页。

⑦ 参见蒋立山:《社会治理现代化的法治路径——从党的十九大报告到十九届四中全会决定》,《法律科学》(西北政法大学学报)2020年第2期。

罪得不到应有的处罚和陷入“数罪一罚”的尴尬境地,严重违背罪刑相适应原则关于罪轻刑轻、罪重刑重、罪刑相称的基本要求。^①

其二,不能很好地体现宽严相济的刑事政策。例如,有论者认为,限制加重原则的立法规定,在目标与形式上本是为了贯彻和体现宽严相济的刑事政策,即在数刑的“最高刑以上,总和刑以下”确定并罚的量刑结果,使得量刑在合理范围内,以实现宽严相济的目的,但是其实质并非“当宽则宽,该严则严”,而是似是而非的折中“相济”,让犯罪人因量刑方法不合理而额外获得“减轻处罚”的“红利”,其结果是没有真正贯彻和体现宽严相济的刑事政策。^②

其三,不能很好地实现刑罚的目的和发挥刑罚的功能。例如,有论者认为,限制加重原则的立法规定,严重损害了刑罚的特殊预防、一般预防目的的实现以及教育、警戒、安抚等功能的发挥,甚至因此提升了受自由刑处罚者的再犯率。限制加重原则压缩有期徒刑刑期的量刑方法,会带来既因凭空减少了相当数量的刑期而难以达到特殊预防的效果,也因并罚的刑期远低于总和刑期而难以达到给潜在犯罪人威慑的一般预防效果,从而令人对按限制加重原则并罚的量刑结果能否让犯罪人承担其罪责并预防其再次犯罪产生怀疑。^③

其四,缺乏科学的适用标准。例如,有论者认为,尽管法律明文规定在数刑中最高刑以上、总和刑期以下酌情决定执行的刑期,但是对于如何“酌情”,“酌”何种“情”,如何避免重复评价等问题,都缺乏明确的适用标准,使得司法上的自由裁量权难免异化为擅断。^④

(二)限制加重原则的适用困境

因限制加重原则存在上述弊端,故必然带来其在司法适用上的以下诸多问题。

1. 刑期适用不均衡

笔者在中国裁判文书网上,以“数罪并罚”为关键词对2016年至2021年间的数罪并罚案件进行了统计,共检索刑事判决书312231份。其中,刑事一审170857份、刑事二审38713份。^⑤数罪并罚后决定执行有期徒刑15年以上的判决书共6405份,总和刑期超过35年的判决书共95份。综览这些判决书,它们在限制加重原则的适用上表现出的量刑不均衡主要有以下几种情形:(1)不同省域人民法院的判决不均衡。例如,判决年份均为2020年的山西省闻喜县的“乔某虎案”^⑥与广东省中山市的“杜某源案”,^⑦虽然两个犯罪人被数罪并罚的总和刑期均为有期徒刑21年,但是被决定执行的有期徒刑分别是20年和12年,从而出现在相同总和刑期下的不同省域人民法院所判刑期差距高达8年的现象。(2)同一省域内不同人民法院的判决不均衡。例如,

^① 参见张金龙:《限制加重原则应予废除》,《河北法学》1993年第2期;刘志洪:《并科原则拓展论》,《法学杂志》2008年第5期。

^② 参见房丽:《论数罪并罚量刑原则的正当性依据》,《大庆师范学院学报》2020年第5期。

^③ 参见房丽:《论数罪并罚量刑原则的正当性依据》,《大庆师范学院学报》2020年第5期。

^④ 参见刘志洪:《并科原则拓展论》,《法学杂志》2008年第5期。

^⑤ 因《中华人民共和国刑法修正案(九)》于2015年11月1日开始施行,故选取2016年1月1日至2021年12月31日的裁判文书为样本。在检索出的312231份裁判文书中,2016年60085份、2017年55132份、2018年60781份、2019年61165份、2020年52350份、2021年22718份。2021年的样本数量明显少于前几年的样本数量,可能是该年度的裁判文书还有很大一部分没有登录进系统的缘故。

^⑥ 参见山西省闻喜县人民法院(2019)晋0823刑初269号刑事判决书。

^⑦ 参见广东省中山市第一人民法院(2020)粤2071刑初1015号刑事判决书。

判决年份均为2019年的浙江省嘉兴市的“赵某会走私、贩卖、运输、制造毒品案”^①与浙江省杭州市萧山区的“汤某国走私、贩卖、运输、制造毒品案”,^②虽然两个犯罪人均是判决宣告后刑罚执行完毕前又犯新罪并罚,且并罚后决定执行的刑期均为有期徒刑18年,但是他们数罪的总和刑期分别为21年与29年,从而出现在同一执行刑期下同一省域内不同人民法院判决的总和刑期差距高达8年的现象。(3)同一人民法院的判决不均衡。例如,广东省深圳市中级人民法院判决的“刘某科和戴某杨盗窃、抢劫案”,^③虽然二人数罪并罚的总和刑期均为有期徒刑20年,但是二者被决定执行的刑期分别是有期徒刑18年与15年,从而出现同一人民法院对总和刑期相同的同案被告人决定执行刑期相差有期徒刑3年的现象。以上情况表明,限制加重原则在省域间人民法院、省域内人民法院以及同一人民法院内适用时,均存在较为突出的刑期适用不均衡的问题。

2. 数罪中部分犯罪与刑罚被虚化

一方面,以数刑中的最高刑期为决定执行的刑期导致有的犯罪的刑罚被吸收掉。例如,被告人甲某犯故意伤害罪被判处有期徒刑15年,犯容留他人吸毒罪被判处有期徒刑1年,数罪并罚后的执行刑为有期徒刑15年。^④在该案中,甲某犯容留他人吸毒罪所判1年有期徒刑被虚化。又如,被告人乙某犯故意伤害罪被判处有期徒刑15年,犯妨害公务罪被判处有期徒刑1年,数罪并罚后的执行刑为有期徒刑15年。^⑤在该案中,乙某犯妨害公务罪所判的1年有期徒刑被虚化。另一方面,犯罪人所犯数个罪行均较严重和均被判较长刑期的刑罚,受执行刑不能超过20年或25年的限制导致有些罪行严重的犯罪没有受到刑罚的制裁。例如,被告人戊某原犯绑架罪和抢劫罪被判处有期徒刑20年,在刑罚执行期间发现其还犯有抢劫、盗窃、破坏易燃易爆设备和故意伤害罪漏判,应分别判处有期徒刑15年、15年、4年和15年。在该案中,虽然戊某被判处的总和刑期高达69年,但是因受数罪并罚法定最高刑25年的限制而导致其执行刑只能判处25年有期徒刑。^⑥显然,这样的结果与罪刑相适应原则的精神和要求是背道而驰的。

3. 量刑结果与罪行严重程度不相适应

这主要表现为,限制加重原则的适用会导致犯罪人所犯罪行较为严重而决定执行的刑罚反而较轻的“重罪轻罚”现象。因为人民法院在对数罪分别定罪和分别判处宣告刑时,根据犯罪人的从宽量刑情节分别进行了从宽处罚,可在对数罪予以并罚时,根据“限制”的并罚规则又再次缩减了所确定的执行刑,从而使量刑结果与罪行严重程度明显不相适应。例如,被告人王某先后与他人共同实施抢劫、盗窃犯罪,因其在共同抢劫、盗窃犯罪中是从犯,且犯罪时未满18周岁,归案后认罪态度较好,自愿认罪悔罪,故人民法院对其减轻处罚,两罪分别判处有期徒刑7年和1年,数罪并罚后的执行刑为7年有期徒刑。^⑦在该案中,人民法院既根据从宽处罚的量刑情节对王某进行了减轻处罚,又在数罪并罚“总和刑”范围内再次做了缩减裁量,以致对其所犯盗窃罪判处的1年有期徒刑没有得到执行,使得该案的量刑结果与行为人所犯罪行的严重程度不相适应。

① 参见浙江省嘉兴市中级人民法院(2018)浙04刑初31号刑事判决书。

② 参见浙江省杭州市萧山区人民法院(2019)浙0109刑初961号刑事判决书。

③ 参见广东省深圳市中级人民法院(2017)粤03刑终650号刑事判决书。

④ 参见广东省高级人民法院(2020)粤刑终546号刑事判决书。

⑤ 参见云南省红河哈尼族彝族自治州中级人民法院(2019)云25刑初81号刑事附带民事判决书。

⑥ 参见河南省濮阳市中级人民法院(2018)豫09刑初10号刑事判决书。

⑦ 参见云南省高级人民法院(2020)云刑终401号刑事判决书。

4. 规范化量刑时的法律适用悖论

这主要表现在,采用限制加重原则的数罪并罚在按规范化量刑方法量刑时,会出现违背刑法立法规定的悖论。根据最高人民法院、最高人民检察院于2021年7月联合发布的《关于常见犯罪的量刑指导意见(试行)》的规定,我国量刑规范化背景下的量刑操作,对于被告人犯数罪,同时具有适用于各个罪的立功、累犯等量刑情节的,先适用该量刑情节调节个罪的基准刑,确定个罪所应判处的刑罚,再依法实行数罪并罚,决定执行的刑罚。具体而言,根据各个量刑情节的调节比例,分别采用“同向相加、逆向相减”的方法和“部分连乘、部分相加减”的分步方法,将被告人犯数罪同时具有适用于各个罪的立功、累犯等量刑情节的,先适用该量刑情节调节个罪的基准刑,确定个罪所应判处的刑罚,再依法实行数罪并罚,决定执行的刑罚。可是在采取限制加重原则的数罪并罚方法时,如此量刑规范方法的适用,会使得数罪并罚等量刑制度难以依法有效适用。其原因在于,犯罪人具有多个从重处罚情节的单个或数罪案件,在进行刑罚的加减乘除运算时,会出现超过法定刑幅度最高刑的情形。例如,某甲刑满释放后5年内再犯故意伤害罪、敲诈勒索罪、抢夺罪和抢劫罪,分别被判处有期徒刑5年、7年、8年和14年,若依量刑规范化规则进行量刑,则它们的基准刑分别定为有期徒刑4年、6年、7年和12年,以及累犯情节增加的基准刑为30%且其效力及于以上所有犯罪,则它们的调节结果分别为:4年 $\times(1+30\%)=5.2$ 年,6年 $\times(1+30\%)=7.8$ 年,7年 $\times(1+30\%)=9.1$ 年,12年 $\times(1+30\%)=15.6$ 年。据此,依法确定它们判处的刑罚分别为5.2年、7.8年、9.1年、15.6年。在这里的数罪中最高刑为15.6年,总和刑为37.7年,根据数罪并罚的限制加重原则,依法应当在有期徒刑15.6年以上25年以下决定合并执行的刑罚。可是,以上4罪拟判处刑罚的总和刑实际上只有34年,按限制加重原则,对其依法确定的数罪并罚最高刑是有期徒刑20年而不是25年。显然,如此按数罪并罚的限制加重原则得出的量刑结果,违背我国刑法关于总和刑为35年时的最高刑为25年的立法规定。

5. 又犯新罪与累犯处罚的轻重倒置

按照限制加重原则,对犯罪分子在刑罚执行中又犯新罪的并罚处罚,要轻于对犯罪分子在刑罚执行完毕后又构成累犯的处罚。本来,基于量刑中人身危险性方面的考虑,一方面,这两种情形的犯罪都是在判决后再犯新罪(在刑罚执行过程中又犯罪与在刑罚执行完毕后5年内又犯罪),都要受到更加严厉的惩处;另一方面,相较于人身危险性的恶劣程度,对前者的处罚与其实际服刑时间应重于(长于)对后者的处罚与其实际服刑时间,可按照限制加重原则,这两种情形的处罚轻重与实际服刑时间的长短恰恰相反。例如,甲在判决宣告7年有期徒刑、刑罚执行3年后,又犯新罪,被判处10年有期徒刑,按限制加重原则并罚决定执行有期徒刑12年,甲先后共需实际服刑15年;乙在判决宣告7年有期徒刑、刑满释放后5年内,又犯与甲相同的罪行,按累犯从重处罚的原则,乙至少要被判处10年有期徒刑,这意味着乙先后两次犯罪的实际服刑时间至少为17年。如此倒置的处罚轻重与实际服刑时间的长短现象,凸显了限制加重原则的适用未能与刑法的其他相关制度相协调,也不符合罪刑相适应原则和公平公正精神的要求。

6. 漏罪发现时间不同的并罚结果悖论

在刑罚执行过程中发现漏罪与在刑罚执行完毕后发现漏罪,按限制加重原则作出并罚的轻重结果不同。其实,二者的实质差别只是司法机关发现漏罪的时间不同,在作为量刑根据的社会危害性和人身危险性方面并没有实质的不同。可按照限制加重原则,这个发现漏罪时间的区别,直接导致在刑罚执行过程中发现漏罪的处罚结果要轻于在刑罚执行完毕后发现漏罪的处罚结

果。例如,甲乙共同实施无主从犯之分的抢劫行为和盗窃行为,因最初只发现他们的盗窃行为,而均以盗窃罪判处他们各自有期徒刑5年;后来,在刑罚执行的过程中,又发现甲原来还犯有抢劫罪,被判处有期徒刑10年,按发现漏罪的数罪并罚规则,将原有的盗窃罪与作为漏罪的抢劫罪按限制加重原则处罚,决定合并执行有期徒刑12年,从而甲因为两罪实际服刑期为12年;可乙在盗窃罪的5年有期徒刑执行完毕后才发现其以前与甲一起实施了抢劫罪,被判处有期徒刑10年,从而乙因为犯两罪实际服刑期为15年。甲与乙的罪行性质和量刑根据完全相同,但实际服刑期限却存在较大的区别。这显然是因限制加重原则背离罪刑相适应原则和公平公正精神所导致的。

7. 双层限制导致的多犯罪“有奖”悖论

由于适用限制加重原则的并罚量刑结果受“总和刑”和“数罪并罚法定最高刑”的双重限制,因此就导致出现在刑罚执行过程中又犯新罪反而受更少处罚的“犯罪有奖”悖论。例如,甲犯数罪被判处25年有期徒刑,在刑罚执行2年时又犯新罪被判处10年有期徒刑,按照在刑罚执行过程中又犯新罪的数罪并罚制度及其限制加重原则的规定,因受“总和刑期不满35的,最高不能超过20年”的双层限制,而在“先减后并”中只能判处甲20年有期徒刑,^①从而出现,甲若在刑罚执行中不犯新罪,在不考虑适用减刑、假释等制度的情况下,则需要服刑25年,可在其多次犯罪且是在刑罚执行过程中犯新罪后,反而服刑期只有22年。这意味着数罪并罚制度采用的限制加重原则,不仅没有使犯罪人受到应有的惩处,反而让其在又犯新罪时不需要承担刑事责任并让原有的犯罪减少处罚。其实质是,多次犯罪和又犯体现犯罪人具有更大人身危险性的罪反而“有奖”,使得数罪并罚制度的适用,不是在严惩犯罪而是在鼓励犯罪。这与刑罚的目的及功能背道而驰。

三、并科原则之提倡

立法上的修改与司法实践中的诸多悖论和困境表明,限制加重原则存在难以克服的弊端,无法继续胜任在数罪并罚制度上贯彻罪刑相适应原则和公平公正精神的并罚原则。基于并科原则在体现量刑公平正义、实现刑罚目的和发挥刑罚功能等方面的合理性,应当在立法上以并科原则取代限制加重原则,以从根本上解决数罪并罚制度的并罚原则问题。至于适用并科原则带来的“刑期过长”等问题,可通过刑罚执行中减刑、假释等制度的适用及其规则调整予以消解。

(一) 并科原则的合理性分析

1. 体现量刑的公平正义

如前所述,限制加重原则因其致公平公正缺失、刑罚功能减弱、多犯罪“有奖”而难以实现量刑的公平公正。从法理上看,公正有形式公正与实质公正之分。所谓形式公正,是基于抽象和纯形式的、客观的、不包括价值判断的公正,强调的是不同对象的普适性,追求的是一种手段的合理性、客观的合理性。所谓实质公正,是基于某种理念的实质内容的公正,强调的是具体对象的个别性,追求的是一种目的的合理性、主观的合理性;并且,在现实中,公正的实现模式一定是形式公正与实质公正的有机统一,体现在“尽可能通过形式公正的手段保证实质公正的内容的实

^① 因总和刑为(25年-2年)+10年=33年,不满35年,故应受数罪并罚法定最高刑20年的限制。

现”。^①因此,从这种意义上讲,即使有论者试图通过幅度压缩法、总和刑下适度决定法、中间数决定法、单位刑加重法、系数折算相加法、函数关系法、并科限制法等方法构建限制加重原则适用的量刑操作模式,^②也只是一脱离实质公正的对形式公正的追求。毕竟,限制加重原则因其固有的弊端,而无法为在数罪并罚制度中贯彻公平公正精神提供实质公正的内容。

与限制加重原则不同,并科原则完全可以为数罪并罚制度提供贯彻罪刑相适应原则和公平公正精神所需要的形式公正手段和实质公正内容。在形式公正手段方面,并科原则基于“犯数罪者要重于犯一罪者”的理念,^③采用直观的、不包含价值判断的“一罪一罚”“数罪数罚”的数罪的数刑直接相加^④的典型形式公正手段。在实质公正内容方面,并科原则因其内容契合罪刑相适应原则和公平公正精神而较为完美地提供数罪并罚制度所需的实质公正内容。这可以从现代刑罚的正当化根据上予以考察。从现代刑罚的并合主义正当化根据看,刑罚既要实现责任报应的正义,也要推行回归社会的教育。并科原则作为预防刑裁量前的量刑活动,其体现的“一罪一罚、数罪数罚”的思想,就反映了将刑罚看作是对犯罪人有意志的犯罪行为的惩罚,是一种原则意义上的应受国家法律责难,是报应刑刑罚本质的体现。在具体个案的执行刑裁量方面,它作为个案刑罚执行中的执行刑裁量的基础部分,具体为个案的执行刑裁量提供“量刑基准”。^⑤从这种意义上讲,依据并科原则作出的执行刑裁量,虽然看似残酷,但是,一方面,其只是人类社会朴素报应观念的正常情感表达,是社会正义的最直接体现;另一方面,其又只是执行刑裁量的“量刑基准”部分,在个案的刑罚执行中会因适用减刑、假释等制度而得出新的执行刑裁量结果。

2. 实现刑罚的目的和发挥刑罚的功能

由于并科原则更能实现刑罚的目的和发挥刑罚的功能,因此其更加接近科学立法的法治建设方针。刑罚的目的包括特殊预防和一般预防。从特殊预防的角度看,限制加重原则使犯罪分子的数罪之刑在一定的范围内被限制,使犯罪人应受的刑罚大打折扣,会使犯罪分子产生错误的想法,认为只要不被判处死刑或无期徒刑,犯多少个罪最多都是被判处25年有期徒刑,经过减刑、假释之后,十几年就出狱了,如此一来便会使刑罚对犯罪分子的惩罚目的难以实现;从一般预防的角度看,限制加重原则会使社会大众感觉一个人犯数罪时并没有受到应有的惩罚,而是在数罪之刑相加后打了折扣,从而导致刑罚一般预防的威慑力也随之大打折扣。^⑥

并科原则能够克服限制加重原则难以实现刑罚的目的和发挥刑罚的功能的弊端。一方面,并科原则通过将数罪之刑相加,既能够使犯罪人受到应有的惩罚,实现刑罚的特殊预防目的,又能够使社会公众感受到刑罚的公正,知晓刑罚的严厉性以警戒不安定的社会成员,满足一般预防的需要;另一方面,并科原则体现的刑罚报应思想,使犯罪分子的每一种罪行都能受到相应的惩罚,而不是通过限制加重原则使数罪的刑罚之和打了折扣,使犯罪分子不能、不敢、不愿意再次犯

^① 参见石经海:《量刑的个别化原理》,法律出版社2021年版,第104~105页。

^② 参见陈航:《限制加重原则的量刑操作模式》,《法学》2006年第6期。

^③ 参见陈兴良:《刑法总论精释》(下),人民法院出版社2016年版,第874页。

^④ 参见马克昌:《刑罚通论》,武汉大学出版社2017年版,第473页。

^⑤ 参见石经海:《论量刑基准的回归》,《中国法学》2021年第5期。

^⑥ 虽然也有很多国家的刑法关于数罪并罚制度采用了限制加重原则,但是因这些国家的刑法在刑罚执行中并未对此适用减刑制度而并不冲击罪刑相适应原则。参见房丽:《数罪并罚限制加重原则之解构》,吉林大学出版社2015年版,第65~69页。

罪,在监狱中认真改造,努力获取减刑的机会,从而提升改造犯罪分子的社会效果,以及安抚被害方和使社会大众感受到刑罚的公平公正,较好地实现刑罚对被害人的安抚功能和对社会其他成员的教育等功能。

3.避免规范化量刑导致的加重处罚悖论

根据最高人民法院、最高人民检察院于2021年7月联合发布的《关于常见犯罪的量刑指导意见(试行)》的规定,在基于限制加重原则的数罪并罚方法按量刑规范化的量刑运行规则,对被告人犯数罪进行规范化量刑会出现“加重处罚”^①的量刑悖论。^②可是,在采用并科原则的数罪并罚方法时,既因为并科原则采用的是“一罪一罚、数罪数罚”,而使得其个罪独立量刑结果可以较好地适用“同向相加、逆向相减”的方法(单功能量刑情节)与“部分连乘、部分相加减”的方法(多功能量刑情节),又因为其不存在法定最高刑或法定最低刑的限制,而使得量刑情节数量化的结果不可能出现“加重处罚”的情形。如前述案例,某甲刑满释放后5年内又犯故意伤害罪、敲诈勒索罪、抢夺罪和抢劫罪,分别被判处有期徒刑5年、7年、8年和14年,依量刑规范化规则确定的基准刑分别为4年、6年、7年和12年,效力及于以上所有犯罪的累犯情节增加的基准刑为30%,它们依规则确定判处的刑罚分别为有期徒刑5.2年、7.8年、9.1年、15.6年。若按并科原则量刑,则可以直接按总和刑37.7年判决即可,不存在35年以下和以上的总和刑以及数罪并罚法定最高刑限制的问题,自然也不存在违背刑法规定的问题。

(二)对并科原则若干质疑之回应

毋庸置疑,就像任何事物都有优势与劣势一样,并科原则同样也有其不足之处,如对于犯多个重罪者会出现并罚刑期过长的的问题。据此,有论者批判并科原则存在“超过人的生命期限”“丧失有期徒刑设置的立法意义”^③和带来有期徒刑与无期徒刑相混同的“有期监禁无期化”^④等弊端。笔者认为,上述批判并不客观、全面。事实上,对于事物固有的不足,相对于其所承担的使命而言,有的是致命的和不可修补规避的(如限制加重原则作为数罪并罚原则),而有的是不致命和可以用相关制度配合适用后扬长避短的。^⑤应当说,并科原则的“不足”属于后者。

1.并科原则并不当然导致刑期超过人类生命的极限

首先,刑期太长超过人类生命极限情况的出现不能完全归咎于并科原则,也可能取决于犯罪人自身的原因。例如,甲与乙共同实施抢劫罪、盗窃罪、绑架罪,均通过并科原则数罪并罚后被判处有期徒刑30年有期徒刑。不同之处在于,甲20岁,乙60岁,在不考虑对两人进行减刑的情况下,一般来说,对甲可以实现30年有期徒刑的惩罚与改造,但对于乙来讲则难以实现。同样的罪行判处同样的刑罚,乙因个人年龄的原因而使刑罚难以执行完毕。由此看来,并科原则导致刑期过长,可能超过犯罪分子的生命极限,或许与犯罪人自身的特殊情况有更直接的关系。

其次,刑法上的平等是指适用刑法的平等,而不是苛求适用刑法带来的结果或效果完全相

① 参见陈学勇:《确定宣告刑的方法》,《人民法院报》2011年7月20日。

② 基于坚持罪刑法定原则和保障人权的需要,1997年《中华人民共和国刑法》彻底废止了“加重处罚”的量刑情节。

③ 参见刘志洪:《并科原则扩展论》,《法学杂志》2008年第5期。

④ 参见石磊:《“数罪并罚”情况下该如何量刑》,《解放日报》2007年3月12日。

⑤ 限制加重原则追求的刑罚个别化和节约司法资源目标,并非一定要在刑罚裁量阶段实现,在刑罚执行阶段通过适用减刑、假释制度同样可以实现,并且还可以收到教育改造犯罪人的效果。

同。据此,“数罪数罚”体现的刑法面前人人平等,只是适用刑法的平等,而非基于不同犯罪人具体犯罪量刑情节的量刑结果相同。这意味着,依照刑法关于数罪并罚的规定作出的“一罪一罚、数罪数罚”,就是平等地适用刑法,符合刑法关于适用刑法人人平等原则,至于30年有期徒刑适用于年龄不同的犯罪人产生超过人体生命极限的情况,并没有违背适用刑法人人平等的原则。

最后,从刑法相关执行制度的设置看,依据并科原则适用的有期徒刑不会真正超过人的生命期限。这一点,作为本为“终身监禁”的无期徒刑的实际执行期限就能得到印证。据有的学者调查,在司法实践中无期徒刑的实际服刑期,一般在15年左右。^①既然无期徒刑的实际服刑期限都能如此,那么有期徒刑的实际服刑期限,在理论上无论判处的时间多长,都不应当超过本为“终身监禁”的无期徒刑。事实上,在司法实践中,被判处刑期很长的犯罪人会像被判处无期徒刑的犯罪人一样,认真遵守监规,积极改造,努力获取减刑、假释等机会,以及据此修订立法关于减刑时间幅度等,最终不会真正出现实际刑期长于人的生命期限的现象。

2. 并科原则不会折损有期徒刑设置的立法意义

首先,适用并科原则是体现犯罪人的行为社会危害性和人身危险性的需要。当适用并科原则的数罪并罚所判处的量刑结果超出有期徒刑的最高刑期并达到“无期徒刑”意义上的刑期数量时,意味着犯罪人行为具有的社会危害性和人身危险性,已不应该作出有期徒刑意义上的判决,应当给出具有“终身监禁”意义上的刑期判罚。从这种意义上讲,并科原则不仅未导致有期徒刑与无期徒刑相混同,也未破坏刑罚制度的体系性,反而是贯彻罪刑相适应原则的体现。

其次,现行刑法已作出类似的突破性规定。例如,《刑法修正案(九)》就对严重贪污受贿犯罪设置了终身监禁的刑罚制度。该制度体现了国家对严重犯罪予以重惩的决心,行为人犯数罪的社会危害性与严重的贪污贿赂犯罪相比,可能相差无几,再加上不争取减刑的机会,或许社会危害性更大,因此可以借鉴终身监禁制度予以惩罚。换言之,该制度为并科原则的适用奠定了基础。

再次,刑法中的刑罚结构体系需要基于并科原则做好制度的衔接。从刑罚的体系结构看,包括数罪并罚制度在内的刑罚制度的有效适用与作用发挥,需要与相应的刑罚执行制度(如假释、社区矫正等制度)结合起来,才能畅通罪犯再社会化通道,实现刑罚的稳定性与人道性的统一。^②在刑法适用过程中产生的这个问题完全可以通过刑罚执行制度来解决,通过对行刑过程中的减刑、假释制度加以完善,可以使适用并科原则产生的刑期可能超过人类生命极限的问题得以解决。对无期徒刑的执行进行改善的方法是,通过对数罪并罚判处有期徒刑的犯罪人与判处犯罪人不同幅度的减刑,使在刑罚裁量阶段难以解决的问题在刑罚执行阶段予以解决。这意味着,并科原则的适用并没有也不会破坏刑罚制度的体系性。

最后,适用并科原则带来的刑期过长问题能够被减刑、假释制度的适用予以消解。虽然多个有期徒刑相加或许会产生与无期徒刑相同的效果,都会使犯罪分子在监狱中度过余生,但是两者产生的原因是不一样的。这主要是由于犯罪人行为的社会危害性以及其人身危险性不同,因而在减刑、假释过程中予以区别对待是有必要的。刑法之所以将某个行为规定为犯罪,是因为该

^① 参见陈兴良:《宽严相济刑事政策研究》,中国人民大学出版社2007年版,第20页。

^② 参见李晓磊:《我国数罪并罚“混合原则”本质属性之辨正——兼论并科原则之提倡》,《甘肃政法学院学报》2019年第2期。

行为具有严重的社会危害性和刑事违法性。^①司法人员在对每一个犯罪进行量刑时,必然要考虑该行为是否具有判处无期徒刑的社会危害性和人身危险性,才能最终对各罪的刑罚得出结论。既然行为人是被判处数个有期徒刑予以并罚的犯罪分子,其每一个犯罪行为都没有达到应判处无期徒刑的社会危害性和人身危险性,那么对其进行改造的减刑、假释的原则、制度也应该不一样,以做到具体案件具体对待。

四、采用并科原则后相关制度的调整

在用并科原则取代限制加重原则后,因执行刑的刑期加长而给刑罚执行中的减刑幅度和假释适用范围等留下了相对较大的空间。为更好地实现刑罚的目的和发挥刑罚的功能以及消解刑期过长的问题,需要在司法上对减刑和假释的适用规则作出相应的调整。

(一)采用并科原则后数罪并罚案件减刑规则的调整

1.适用限制加重原则并罚下的有刑期执行刑减刑规则困境

在我国关于刑罚执行的有刑期刑罚既有减刑实践中,基于包括适用限制加重原则数罪并罚在内的有刑期执行刑期现状,对减刑起始时间、减刑幅度和减刑间隔时间作了较为“精打细算”的设置。例如,根据2016年最高人民法院《关于办理减刑、假释案件具体应用法律的规定》的规定,被判处不满5年、5年以上不满10年、10年以上有期徒刑的减刑起始时间,分别为执行1年以上、1年6个月以上和2年以上;一次减刑幅度,确有悔改表现或者有立功表现、确有悔改表现并有立功表现、有重大立功表现、确有悔改表现并有重大立功表现的,分别为不超过9个月、1年、1年6个月和2年有期徒刑;被判处不满10年和10年以上有期徒刑的两次减刑间隔时间,分别为不得少于1年和1年6个月且不得低于上次减刑减去的刑期。虽然在特殊情况下(罪犯有重大立功表现的),可以不受上述起始和间隔时间的限制,但是在通常情况下,显然是基于单个犯罪的有期徒刑最高刑15年、并罚犯罪的有期徒刑20年或25年限制所作的规则设置。

可是在现实生活中,减刑仍面临“不够减”等问题。因为现阶段适用的限制加重原则,使得有期徒刑并罚后最多服刑期限为25年或者20年,为了既保障刑罚的严厉性,又满足犯罪人实际服刑期限不得少于原判刑罚一半的要求,所以导致该制度的适用出现“不够减”的困境。于是,最高人民法院又于2019年出台《关于办理减刑、假释案件具体应用法律的补充规定》,将以前被判处不满10年和10年以上有期徒刑的3种减刑起始时间(执行1年以上、1年6个月以上和2年以上),简化并提升为分别执行3年以上和2年以上;将上述4类表现中前3类的一次减刑幅度,从不超过9个月、1年和1年6个月有期徒刑,分别缩短为不超过6个月、9个月、1年有期徒刑;将被判处不满10年和10年以上有期徒刑的两次减刑间隔时间,由分别不得少于1年和1年6个月提升为1年6个月以上和2年以上。

然而,作以上减刑间隔大、幅度小等调整,不利于有效发挥减刑制度激励犯罪分子积极改造等功能。毕竟,犯罪人具有选择通过积极改造获取减刑机会的权利。对于认真学习、积极改造的犯罪人而言,通过减刑对其进行奖励,可使其获得少服刑的“好处”,而不是在其还未作出是否积极改造的选择时,就将这种“好处”平白无故地送出。限制加重原则的量刑操作,就相当于在作出

^① 参见马克昌:《刑罚通论》,武汉大学出版社2017年版,第14~25页。

宣告刑时,将少服刑的“好处”无故相送,既不能体现刑罚的严厉性,又影响服刑人的改造效果。

2.采用并科原则并罚后有刑期执行减刑规则的调整

采用并科原则的数罪并罚量刑,因没有“总和刑”和“数罪并罚法定最高刑”的限制而通常会有相对较长的刑期。这不仅使得减刑制度在实际适用中有更大的减刑幅度空间,不至于为了保障刑罚的惩罚效果而使减刑制度出现刑期“不够减”的问题,而且还可以根据服刑人员的表现增大减刑的幅度,使服刑人员体验减刑的“成就感”,从而可以由此增强刑罚执行的教育改造效果。

针对采用并科原则并罚的超长期限执行刑,需要调整的减刑规则主要体现在减刑幅度上。其一,减刑起始时间和减刑间隔时间的拉长对解决采用并科原则并罚问题的意义不大。无论是2016年的《关于办理减刑、假释案件具体应用法律的规定》规定的相对较小的减刑起始和间隔时间,还是2019年的《关于办理减刑、假释案件具体应用法律的补充规定》规定的拉长减刑起始和间隔时间,对解决采用并科原则并罚的超大执行刑问题都帮助不大。其二,在以并科原则取代限制加重原则后,也需要给予相对较大的减刑幅度。具体而言,针对犯罪人原判刑期超过通常有期徒刑执行刑最高刑(15年、20年、25年)但又不适宜判处死刑、无期徒刑时,就需要基于追求教育改造效果的目的,调整这些有期徒刑执行刑的减刑幅度。例如,将减刑幅度分别基于前述4类或3类情节表现,在原不超过9个月、1年、1年6个月和2年有期徒刑^①或不超过6个月、9个月、1年有期徒刑^②的基础上,增加“原判刑期超过有期徒刑30年的,4次以后的减刑幅度,经公开开庭(听证)和上级人民法院批准程序,可以为3~5年”等规则。其三,在以并科原则取代限制加重原则后,应适当放松对实际执行刑期的限制。根据1997年《刑法》第78条的规定,减刑以后实际执行的刑期,“判处管制、拘役、有期徒刑的,不能少于原判刑期的1/2”。显然,这一规定对于被判处管制、拘役和不超过20年甚至25年有期徒刑的犯罪分子而言,是必要的和相对合理的,但是,在以并科原则取代限制加重原则而原判刑期超过30年后,若还作如此要求,则会出现前述有的论者担心的“超过人的生命期限”“丧失有期徒刑设置的立法意义”的问题。为避免出现上述问题,有必要通过立法程序修改对原判刑期超过30年的实际执行刑期的限制,如可以规定:“对于原判刑期超过有期徒刑30年的年满60周岁的犯罪人,其多次减刑后的实际执行刑期,可以不受原判刑期一半的限制”。

(二)采用并科原则后数罪并罚案件假释适用规则的调整

根据1997年《刑法》第81条的规定,假释虽然适用于被判处有期徒刑和无期徒刑的犯罪人,但是不包括累犯和实施故意杀人、强奸等严重暴力犯罪的犯罪人。此外,对于被判处有期徒刑的犯罪人,要求执行原判刑期1/2以上,认真遵守监规,接受教育改造,确有悔改表现,没有再犯罪危险的,可以假释;对于被判处无期徒刑的犯罪人,实际执行13年以上,认真遵守监规,接受教育改造,确有悔改表现,没有再犯罪危险的,可以假释。据此,在以并科原则取代限制加重原则后,对于被判处有期徒刑的犯罪人,要求执行原判刑期1/2以上才能适用假释的条件可能过高。

虽然“原判刑期1/2”这一数字来源于减刑制度,被判处有期徒刑的犯罪人减刑后的实际执

^① 4类情节表现即确有悔改表现或者有立功表现、确有悔改表现并有立功表现、有重大立功表现、确有悔改表现并有重大立功表现。它们的减刑幅度分别为不超过9个月、1年、1年6个月和2年有期徒刑。

^② 3类情节表现即确有悔改表现或者有立功表现、确有悔改表现并有立功表现、有重大立功表现。它们的减刑幅度分别为不超过6个月、9个月、1年有期徒刑。

行刑期不能少于原判刑期的 1/2,但是假释并不等同于减刑。被假释的犯罪人在假释考验期限内,有违反法律、行政法规或者国务院有关部门关于假释的监督管理规定的行为,尚未构成新罪,应当撤销假释,收监执行未执行完毕的刑罚。被减刑的犯罪人执行完减刑后的刑期,则服刑完毕,而被假释的犯罪人尽管只是被限制人身自由,但仍然处于服刑阶段,只是考虑到其人身危险性较小,从有利于其回归社会的立场出发,将其置于社会环境中执行刑期。因此,在以并科原则取代限制加重原则后,有必要降低假释的适用条件,给予犯罪人更多的假释机会。在此基础上,对犯罪人矫正效果的考核规则也应当作相应的调整。

五、结 语

综上所述,限制加重原则已经背离以公平正义为标志的法治建设目标,对其进行“打补丁式”的修改走不出其本身存在的逻辑困境,需要以并科原则予以取代。主张采用并科原则并非提倡重刑,而是贯彻罪刑相适应原则的体现,是全面评价原则的具体应用,并且其在追求公平公正价值、实现刑罚的目的和发挥刑罚的功能、追求对犯罪人进行改造的效果方面更胜一筹。建议在今后修改刑法关于数罪并罚制度的过程中,取消限制加重原则,而代之以并科原则,即一人犯数罪除判处死刑和无期徒刑以外,都按照并科原则予以处理。同时,为了兼顾刑罚的体系性和协调性,建议将行刑制度也一并作出调整,即针对并科原则下的数罪并罚等特殊情形,增大减刑的幅度,扩大假释的适用范围,使并科原则作为数罪并罚原则的弊端得到消解,使当前适用限制加重原则追求的价值目标未来在刑罚执行阶段得以实现。

Abstract: The principle of limitative aggravation has been widely questioned in theory owing to its inherent defects such as violation of the basic principles of criminal law, lack of scientific applicable standards, and negative effect on achievement of the objects of criminal law. Two amendments is made for “patching”, however, the logical paradoxes in the limit of “total penalty” and “maximum penalty” are still unsolved, and on the other hand, the dilemmas of new and old legal application such as imbalance in the application of the sentence, blurring of some crimes and “criminal reward” are created. Based on the rationality of the merge principle in demonstrating fair and justice in sentence as well as in achieving objects and function of the criminal law, the principle of limitative aggravation shall be replaced legislatively with the merge principle in order to solve fundamentally problems of combined punishment. Although the merge principle may exist problems such as “long sentences”, they could be adjusted to resolve by means of penalty execution system and its regulations such as commutation and parole.

Key Words: combined punishment for several crimes, principle of limitative aggravation, merge principle, standardization of sentencing, fresh crime, leak crime
