

第二节 适用数罪并罚的三种不同情况

根据《刑法》第 69 条、第 70 条、第 71 条的规定，适用数罪并罚有以下三种情况：

一、判决宣告以前一人犯数罪的并罚

一人所犯数罪在判决宣告以前都已被发现的，根据《刑法》第 69 条的规定处理。即判处管制、拘役、有期徒刑的，采用限制加重原则处理；数刑中有死刑、无期徒刑的，采用吸收原则处理；数刑中有附加刑的，采用并科原则处理。

数罪有异种数罪（即性质不同、罪名不同的数罪）与同种数罪（即性质相同、罪名相同的数罪）之分。无论是判决宣告以前所犯异种数罪，还是判决宣告以后刑罚执行完毕以前发现异种漏罪，或是判决宣告以后刑罚执行完毕以前又犯异种新罪，都实行数罪并罚。对此，当无异议。但对于判决宣告以前所犯同种数罪是否需要并罚，理论界和司法界有三种不同的主张。“否定说”认为，此种情况下的同种数罪不必并罚，只需作为一罪从重处罚即可。“肯定说”主张，此种情况下的同种数罪也应实行数罪并罚。“折衷说”提出，此种情况下的同种数罪，一般不必并罚，可按一罪从重处罚；但是，如果该罪只有一个量刑幅度，若不并罚就不能体现对数罪从严惩处的精神，为了弥补法定刑过轻的缺陷，也可以并罚。 [1] 从立法的规定看，刑法分则对许多犯罪的同种数罪，均作为该罪“情节严重”“情节特别恶劣”等情况认定，规定了较重的法定刑，即不实行数罪并罚。不过，理论上，对判决宣告以后发现被判刑的犯罪分子还有漏罪的或者在刑罚执行过程中又重新犯罪的，则与判决宣告以前的数罪不同。对上述两种情况的数罪，不论是同种罪还是不同种罪，都是数罪，都应当实行并罚。因为，在这种情况下，法院要对新发现的罪或者新犯的罪定罪判刑，然后与前罪所判处的刑罚，或者前罪没有执行完的刑罚，依照《刑法》第 69 条的规定，决定应当执行的刑罚。如果不对新发现的罪或者新犯的罪确定罪名，就无法按照《刑法》第 70 条或者第 71 条的规定，适用数罪并罚。 [2]

二、判决宣告以后刑罚执行完毕以前发现漏罪的并罚

《刑法》第 70 条规定：“判决宣告以后，刑罚执行完毕以前，发现被判刑的犯罪分子在判决宣告以前还有其他罪没有判决的，应当对新发现的罪作出判决，把前后两

个判决所判处的刑罚，依照本法第 69 条的规定，决定执行的刑罚。已经执行的刑期，应当计算在新判决决定的刑期内。”

根据上述规定，判决宣告以后、刑罚执行完毕以前发现漏罪的并罚，分三步进行：（1）对新发现的罪作出判决；（2）将前后两个判决所判处的刑罚，依照我国《刑法》第 69 条的规定，决定执行的刑罚；（3）已经执行的刑期，应当计算在新判决决定的刑期以内。这种计算刑期的方法称为“先并后减法”。比如：某甲犯 A 罪被判处有期徒刑 8 年，在刑罚执行 3 年后，发现他在判决宣告以前还犯有 B 罪没有处理。这时，应先对新发现的 B 罪作出判决，假定 B 判处有期徒刑 6 年（第一步）；在 8 年以上 14 年以下的幅度内决定执行的刑期，假定决定执行的刑期为 12 年（第二步）；将已经执行的 3 年计算在 12 年以内（用 12 年减去 3 年）。也就是说，某甲再执行 9 年即可（第三步）。

如果原判已经实行过数罪并罚（如某甲犯两个罪，一个罪判处有期徒刑 5 年，一个罪判处有期徒刑 4 年，决定执行有期徒刑 8 年），在刑罚执行过程中，又发现漏罪（如执行 3 年后，发现某甲还有一个罪漏判了，又判处有期徒刑 6 年），对此，漏罪所判处的刑罚与原判的两个罪的刑罚并罚（6+5+4）还是与原判决定执行的刑罚并罚（6+8），理论上有不同的观点。一般认为，根据《刑法》第 70 条的规定，是“把前后两个判决所判处的刑罚”，决定执行的刑罚，原判的判决，应该是发生法律效力判决，即原判数罪并罚的判决。因此，应该是在原判数罪并罚的判决的基础上，与漏罪的刑期，按照数罪并罚的原则并罚。如上例，应在总和刑 14 年以下、8 年以上，酌情决定执行的刑罚。

如果在服刑期间发现被判刑的犯罪分子在判决宣告前还有两个（或者两个以上）罪漏判，如何并罚？理论上同样有不同的观点，一种观点认为，应当对新发现的两个罪分别量刑，合并处罚后，将合并处罚后的刑罚同前罪的刑罚按照数罪并罚的原则处理。但一般的观点认为，应当对新发现的罪分别定罪量刑，然后将各自判处的刑罚与前罪所判处的刑罚，依照《刑法》第 69 条的规定，决定执行的刑罚。

三、 判决宣告以后刑罚执行完毕以前又犯新罪的并罚

我国《刑法》第 71 条规定：“判决宣告以后，刑罚执行完毕以前，被判刑的犯罪分子又犯罪的，应当对新犯的罪作出判决，把前罪没有执行的刑罚和后罪所判处的刑罚，依照《刑法》第 69 条的规定，决定执行的刑罚。”

根据上述规定，判决宣告以后、刑罚执行完毕以前又犯新罪的并罚，分三步进行：

(1) 前罪的刑期（仅指判处管制、拘役、有期徒刑的刑罚）减去已经执行的刑期，等于残余刑期；(2) 对新犯的罪作出判决；(3) 把前罪没有执行的刑罚和后罪所判处的刑罚，依照我国《刑法》第 69 条的规定，决定执行的刑罚，如果判处管制、拘役、有期徒刑的，把前罪残余刑期和后罪刑期采用限制加重原则处理，决定执行的刑期。这种计算刑期的方法称为“先减后并法”。比如，某乙因犯 C 罪被判处有期徒刑 8 年，执行 3 年以后，又在监狱内犯 D 罪。数罪并罚的步骤是：先计算某乙 C 罪没有执行的刑期 5 年（8 年减去 3 年）；对 D 罪作出判决（如判处有期徒刑 6 年）；并罚时，在 11 年以下（总和刑）6 年以上（数刑中最高刑）的幅度内决定执行的刑期。假定决定执行 9 年，则某乙前后实际执行有期徒刑共 12 年。

采用“先减后并法”，犯罪分子被实际执行的刑期，被判处管制，可能超过 3 年；被判处拘役的，可能超过 1 年；被判处有期徒刑的，可能超过 20 年。但是，每一个判决决定执行的刑期，仍然不能超过法定的最高刑期。比如：某丙因犯 E 罪被判处有期徒刑 15 年。执行 10 年以后，又犯 F 罪，被判处有期徒刑 13 年。按照“先减后并法”，对某丙应在 13 年以上 18 年以下，决定执行的刑期。假定决定执行 13 年有期徒刑，某丙实际服刑的时间长达 23 年。

《刑法》第 71 条所规定的数罪并罚方法，是以刑罚执行期间犯罪分子再犯一个新罪为标准的，判决

告以后、刑罚还没有执行完毕以前，被判刑的犯罪分子又犯数个新罪，如何并罚？刑罚没有明确规定。刑法界存在两种不同的观点：(1) 一次并罚说。主张应当首先对数个新罪分别定罪量刑，而后将判决所宣告的数个刑罚即数个宣告刑与前罪未执行的刑罚并罚。即实行一次并罚。(2) 两次并罚说。主张应当首先对数个新罪分别定罪量刑并实行并罚，然后将决定执行的刑罚与前罪未执行的刑罚再进行并罚。一般认为，一次并罚说似更符合《刑法》第 71 条所确定的对再犯新罪者从严惩处的立法精神。据此，把新犯数罪的各个宣告刑与前罪未执行的刑罚进行并罚的方法，不仅可以使总和刑期居于相对较高的水平，而且一般也不会使数刑中最高刑期因此而降至低于残余刑期的程度，能更好地体现“先减后并”方法。 [1]