

新旧刑法条文交叉适用的问题研究

杨秀燕

华东政法大学刑事法学院, 上海

收稿日期: 2023年6月27日; 录用日期: 2023年8月14日; 发布日期: 2023年8月22日

摘要

出于司法实践的需要, 刑法修正案的出台逐渐成为一种常态。当刑法修正案使得一部分法规处刑相较于旧法更轻、一部分法规处刑更重时, 如何判断“处刑较轻”的法律并适用于被告人便成为司法中的疑难问题。司法审判人员应当基于“处刑较轻”的判断标准为法定刑的共识, 根据有利于被告人的精神处理实践中的分歧。当刑法分则中个罪内出现反向修正时, 不允许交叉适用新旧刑法的法律条文。当刑法总则和刑法分则的条文分别进行修正, 且修正出现了反向的情形时, 应当允许交叉适用新旧刑法的法律条文, 符合刑法的整体性原则。

关键词

刑法修正案, 从旧兼从轻原则, 交叉适用

Research on the Cross-Application of the Provisions of Old and New Criminal Laws

Xiuyan Yang

Criminal Law School, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Jun. 27th, 2023; accepted: Aug. 14th, 2023; published: Aug. 22nd, 2023

Abstract

For the needs of judicial practice, the introduction of amendments to the criminal law has gradually become normal. When the amendment of the criminal law makes some regulations lighter than the old law and some regulations heavier, how to judge the law of “lighter punishment” and apply it to the defendant becomes a difficult problem in the judicial process. The judicial personnel should deal with the differences in practice based on the consensus that the judgment standard of “lighter punishment” is the statutory punishment and in accordance with the spirit beneficial to the defendant. When the specific provisions of the criminal law are amended in the opposite

direction, it is not allowed to cross-apply the legal provisions of the new and old criminal laws. When the provisions of the general provisions of the criminal law and the specific provisions of the criminal law are amended respectively, and the amendment is reversed, the legal provisions of the new and old criminal laws should be allowed to be cross-applied, in line with the integrity principle of the criminal law.

Keywords

Criminal Law Amendment, The “Old and Light” Principle, Cross Application

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

自 1997 年新《刑法》生效后，我国已对其进行了十一次的修正。刑法修正案一方面能修补法律条文在司法实践中适用的滞后性，另一方面也是在维护刑法的安定性。刑法修正案的具体实施问题研究便具有了在司法实践中的重要性与必要性。

刑法修正案对于具体法规的修正包括“升格”、“降格”，而在具体法律适用中，可能出现多条反向修正的法规同时适用的情况。“从旧兼从轻”的刑法溯及力原则在例外时从轻适用法律，那么行为入能否“两头采轻”呢？换言之，当刑法修正案的一部分刑法规定经修正后处刑更轻了，一部分规定使得处刑更重了，应当如何判断哪一条是处刑较轻的法律？相比于单项修正的法条，此种情况显然更加复杂。

譬如说在《刑法修正案(十一)》中，非法吸收公众存款罪的修改既包括明确了退赃退赔的规定，又显著提高刑罚幅度和罚金力度。那么法定刑和从宽情节分开适用是否违背了刑法的整体性。《刑法修正案(八)》和《刑法修正案(九)》等修正案对刑法总则进行了修订，既可能有增加刑罚的规定，又可能有减轻刑罚的规定。适用于刑法分则以后，可能出现反向修正的情形，那么刑法总则与刑法分则分开适用是否具有其法律依据。

学界和实务界都存在对于新旧刑法条文能否进行交叉适用的分歧，其根本矛盾点在于如何看待刑法的整体性问题。所以在刑法修正案常态化的背景下，关于新旧刑法交叉适用的溯及力问题的讨论具有普遍性的意义，对已颁布的刑法修正案、今后将颁布的刑法修正案的实施都大有裨益。

2. 法定刑的判断标准是理论基石

对于主张“处刑较轻的判断标准是宣告刑”的论者来说，不会出现能否交叉适用新旧刑法的问题，但是将宣告刑作为判断标准具有其弊端与不可取之处。

所谓“从旧兼从轻”的溯及力原则，在例外时从轻适用法律，在此之前，必然存在一个对修订前后法律的比较过程。在司法领域，有不少论者与实践人员主张“处刑较轻”的判断标准是宣告刑，即可能判处的实际刑罚较轻。这些论者主张根据有利于被告人的根本精神，比较宣告刑才是在实质意义与根本结果上更有利于行为人，进而才能实现罪刑法定原则的内核^[1]。但是笔者认为，实际的处刑应当在保障行为人利益和确保刑法的公平性两者之间寻找到一个合适的平衡点，才是对该问题的最佳答案。

其一，比较法定刑的判断方法既节约了司法资源，又具备客观性标准。如果法官先根据行为时法对某一行为进行一次裁判，再根据裁判时法对该行为进行二次裁判，最后再根据两次具体裁判结果来选择

究竟适用行为时法还是裁判时法。从法律适用的逻辑来看，如此的裁判路径在一定程度上浪费了司法资源，更有可能因为法官自由裁量权的缘故导致不同的选择结果，使得刑法的选择丧失客观性标准，降低司法的威望与公信力。反观比较法定刑的判断方法，避免了“二次裁判”的繁琐工作，又使得行为人对其处刑结果具有一定的可预见性，是更符合刑法原则的判断方法。因此，在实践中应当排斥把宣告刑作为“处刑较轻”判断标准的行为。从刑法的适用逻辑来说，应当先确定对行为人适用的法律，然后才能据此确定行为人的宣告刑。

其二，“处刑较轻”的判断标准是法定刑具有法律层面的依据。《关于适用刑法第十二条几个问题的解释》第1条规定：“法定刑较轻是指法定最高刑较轻；如果法定最高刑相同，则指法定最低刑较轻。”所以，比较罪名之间的刑罚轻重，判断标准是《刑法》对各个罪名设置的法定刑，而非人民法院最终判决确定的宣告刑。在《刑事审判参考》的第1380号案例提到^[2]，按照旧法，行为人的行为应当被认定为妨害作证罪、帮助伪造证据罪，按照裁判时被告人构成虚假诉讼罪。三种罪名的法定最高刑均相同，但妨害作证罪和帮助伪造证据罪的法定最低刑均为拘役，而虚假诉讼罪的法定最低刑是管制和罚金，故虚假诉讼罪属于处刑较轻的罪名，对被告人以虚假诉讼罪定罪处罚。虽然虚假诉讼罪可能会由于存在附加刑而使得最终的宣告刑对被告人更为不利，但是依然应当选择适用虚假诉讼罪。在法律适用中，司法实践人员不能一味地追求有利于被告人，这并不是刑法适用的唯一价值取向。

所以，相比于比较宣告刑的判断方法来说，比较法定刑幅度的判断方法既避免了司法上的随意擅断性，维护了刑法适用的客观性与公正性，又落实了对被告人的人权保护，真正地在各个价值取向中达到了平衡。

3. 刑法分则的同一条文同一适用

当刑法修正案出台以后，适用于行为人的部分旧法条处刑较轻，部分新法条处刑较轻，在司法实践中应当如何适用？在承认“法定刑是判断标准”的前提下，根据有利于被告人的精神对该问题分为两种情形进行探讨，即仅在刑法分则的个罪中出现反向修正如何适用于行为人、刑法总则和刑法分则的条文出现了反向修正应当如何适用的情形。

单论对刑法分则中个罪的修正，出现“反向修正”的情形可能包括：罪状和法定刑的“反向修正”情形，主刑和附加刑的“反向修正”情形，法定刑和从宽情节设置的“反向修正”情形。

3.1. 罪状和法定刑反向修正

罪状和法定刑的“反向修正”可能出现为刑法修正案一方面降低了某罪的入罪门槛，一方面又减轻了该罪的法定刑，又抑或是一方面提高了某罪的入罪门槛一方面又加重了该罪的法定刑。

首先，罪状和法定刑应当被视为一个不可拆分的整体，交叉适用新旧刑法中的罪状和法定刑的做法不被包含在刑法的应有之义中。对于行为人的行为，在认定构成犯罪与否、构成哪种罪名、适用什么法定刑的整个过程，应适用一部刑法的条文，而非糅合适用^[3]。否则，糅合适用新旧刑法将会使得司法实践人员拥有一定意义上的立法权，会破坏法律的执行与司法的稳定性。虽然刑法应当最大程度地保障人权，但是应当在法律所允许的范围内进行人权保障。换言之，“保障人权”并不是刑法唯一的目标追求，所以这不应成为肆意滥用的理由。

其次，即便是罪状的修正，其最终落脚点仍在法定刑层面。所谓罪状，是刑法分则条文对犯罪的具体描述，影响的是行为是否符合犯罪构成要件，而“处刑较轻”的比较标准在于法定刑轻重的比较。所以，罪状的修正并不直接影响法定刑的轻重，但是会体现在法定刑的轻重之上。因此，刑法修正案对某个罪罪状和法定刑的反向修正在事实上并不会影响刑法条文的整体适用，则新旧刑法条文的轻重判断在

司法实践中也不再存在疑问与分歧。

3.2. 主刑和附加刑反向修正

刑法修正案中存在主刑和附加刑进行“反向修正”的可能性。譬如说,《刑法修正案(九)》对贪污罪提高入罪标准和量刑基准,使得该罪的主刑整体变轻,但同时考虑到贪污犯罪具有贪利性,又增加了“并处罚金”的规定。

毋庸置疑的是,具体犯罪的法定刑是由主刑和附加刑共同构成的,主刑和附加刑作为一个整体是不可分割的。单独的主刑或者单独的附加刑都不能完全显示该罪的行为特征或是危害程度。如果对主刑和附加刑进行新旧刑法的交叉适用,将会割裂主刑和附加刑的紧密关系,消解法定刑制度中的内在逻辑性,从而使得刑罚的执行变得颠倒主次。所以,这也同时批驳了“只比较主刑”的观点,即忽视附加刑、只比较主刑的轻重来作为“处刑较轻”的标准是不可取的。

其次,选择新旧刑法哪一个“处刑较轻”的规定时有比较的先后顺序,即应当先比较主刑,主刑相同时再比较罪名的附加刑。由于将主刑和附加刑整体比较缺乏客观的标准,难以具有司法实践上的操作性,所以不进行整体的比较。在我国刑法中,主刑和附加刑的排列是按严厉程度由轻到重的顺序。主刑主要是生命刑和自由刑,附加刑包括财产刑和资格刑。所以,主刑作用于行为人时剥夺权利的严厉程度明显重于附加刑,则先比较主刑,然后比较附加刑,是兼顾操作性与合理性的比较方法。

据此,在《刑法修正案(九)》改变贪污罪的法定刑之后,应当先比较其主刑的轻重变化,可知适用新法时主刑较轻,则应当整体选择新法适用,同时也适用了新法增设的罚金刑,全面评价了贪污罪的性质,同时也符合从旧兼从轻原则。

3.3. 法定刑和从宽情节反向修正

在《刑法修正案(十一)》中,非法吸收公众存款罪的修改既包括明确了退赃退赔的规定,又显著提高刑罚幅度和罚金力度。当反向修改同时作用于同一罪名中,如何适用新旧刑法的条文有必要进行明确。

譬如说,行为人非法吸收公众存款10亿元,在提起公诉前积极退赃退赔,减少损害结果发生。按照旧法规定,其应当在3~10年有期徒刑的范围内处刑;按照新法规定,则应当在10年以上的有期徒刑范围内处刑,并根据退赃退赔条款对其从轻或者减轻处罚。那么,是否能够交叉适用新旧刑法中的较轻规定,使得最终刑期为3年以下的有期徒刑?显然,这违背了罪刑相适应原则。

根据整体性原则,当刑法分则中个罪内的修正出现反向修正时,只能整体适用刑法条文,法定刑和从宽情节也不例外。在修正案中,同一条文不同款项的修订具有整体性,同一条文反向修订并非毫无牵扯关系,而是经过了立法人员的斟酌,通过不同款项之间的相互牵制从而达到定罪量刑的最佳平衡点。因此新旧法适用的“从旧兼从轻”规则的最小单位应当以行为人罪名对应的某一条文为限,而不宜再分解适用不同款项。

总而言之,无论是罪状和法定刑的“反向修正”,还是主刑和附加刑的“反向修正”,法定刑和从宽情节设置的“反向修正”,只要是刑法分则中的同一法律条文,都应当同一适用。

4. 刑法总则和分则之反向修正

刑法修正案既有可能对刑法分则的个罪进行修改,也可能对刑法总则的一些法律条文进行修正。譬如说《刑法修正案(八)》和《刑法修正案(九)》等修正案对刑法总则进行了修订,既可能有增加刑罚的规定,又可能有减轻刑罚的规定。按照《刑法》第101条的规定,刑法总则的效力及于分则,如此便会出现刑法修正案的某个条款是增加行为人的刑罚,而某个条款的法律效果是减轻行为人的责任,刑法总则和刑法分则反向修正同时作用于同一行为人的情况。

理论界、司法实践中对于该情况的处理存在意见上的不一致。一种观点认为，应当综合比较适用两个条款后的“新处罚”和“旧处罚”，整体性地适用“轻法”；另一种观点则认为，直接适用新刑法中减轻刑罚的条款，至于增加刑罚的条款则不具有溯及力，即可以交叉适用“新旧刑法”中处罚较轻的条文。

4.1. 整体适用论与交叉适用论之争议焦点

整体适用论与交叉适用论的观点主要分歧在于如何理解刑法的整体性问题。

整体适用论者主张，司法实践人员只能选择适用新刑法或者旧刑法，而不能主张同时并用新旧两法[4]。针对刑法修改后，刑法总则的规定更有利于行为人，而刑法分则的规定更不利于行为人，或者相反的情形，就应该坚持整体地适用新法或者是旧法。

这种观点主张不能将新法和旧法的规定加以分解，然后将其中有利于犯罪人的规定拼凑成一个新的法律条文[5]。换言之，整体适用论者认为从《刑法》第12条的字面含义上来说，在具体规范之间进行的这种比较方法是错误的，“处刑较轻”并不是指“从若干轻”的法条组合[6]。在两部法律之间从整体意义上选择处刑较轻的法律，而不能在同一判决中同时适用两个不同效力阶段的法律，因为其认为旧刑法与刑法修正案不属于同一效力阶段的法律。

总而言之，应当保持刑法的整体性便是整体适用论者排斥“可以交叉适用旧刑法与新刑法修正案的总则与分则”的主要因素。

4.2. 可以交叉适用新旧刑法的总则与分则

交叉适用论者对于法律整体性的理解则不同，其主张当新的刑法条款某些有利于被告人，有些又不利于被告人时，对于刑法生效前的行为，应该适用有利于被告人的规定，不适用不利于被告人的规定。换言之，一部法律的不同条款可以分别适用[7]。这种对于新旧刑法的总则与分则“可以交叉适用”的观点具有合理性和可实行性。

其一，“可以交叉适用”刑法总则与分则条文的观点并不违背刑法适用的整体性原则。

从实质的意义上来说，刑法修正案出台前后都只存在一部《刑法》。刑法总则和刑法分则的交叉适用，不同于个罪条款之内的交叉适用。因为刑法总则与分则刑法规范的交叉适用，并没有打破法律概念、法律规则的内在逻辑。刑法在同一法条之下规定了对犯罪的定罪与量刑的基本条款，这是不可单独适用的。但是，这与犯罪构成、法定刑条文与其他涉及量刑情节、刑罚执行的法律条文之间的关系是不同的。定罪、量刑以及刑罚执行的性质不同，可以分而论之。因此在这些阶段分别适用不同的法律的相关规定，并不违背法律适用的一致性。

譬如说，行为人的贪污、贿赂行为实施于《刑法修正案(九)》颁布之前，且应被判处死刑缓期执行的案件，需要交叉适用修正前后的刑法规定。因为修正案既提高了死刑的适用标准，又修正了关于减刑假释的规定。

其二，交叉适用刑法总则和刑法分则的条文更具有实践中的操作性。“整体适用”论者必定要求司法人员先模拟裁判，综合刑法总则和刑法分则判断哪一个是“更轻的法律”。但是，这必然会出现不同司法人员在自由裁量权下做出了不同选择，甚至是擅意决断。反之，对刑法总则和刑法分则的修正进行“哪一个是更轻的法律”的分别判断，在一定程度上减少了自由裁量的空间，更符合刑法的客观性，维护刑法适用的稳定性以及公平性。所以，允许刑法总则与刑法分则的“交叉适用”，更具有实际意义的操作性，避免司法中的模糊标准与操作不统一。

其三，“可以交叉适用”新旧刑法的总则与分则的观点更加符合罪刑法定原则的根本精神，在法律

允许的范围内最大程度地保障人权。保障人权不应当是写在刑法中的一纸空文，使人权保障真正地司法化才是其应有的价值。

新旧刑法可以适用在同一案件中，舍弃两者在加重处罚和减轻处罚方面的冲突，其最终目的在于保障人权的价值层面上达成共识。由于刑事诉讼的性质，个人难以用个体的力量对抗国家机器，所以在允许的范围内无论如何强调有利于被告人的精神都不为过。在刑事诉讼中，一方是代表国家机器起诉的公诉人，一方是刑事被告人。两者的地位差距是巨大的，甚至是悬殊的。在这样的前提之下，刑事被告人的合法权益有很大的可能会得不到良好的保护。所以，着重考虑保障人权的问题之后，应当允许交叉适用新旧刑法的总则与分则。

综上所述，当刑法总则和刑法分则的条文分别进行修正，且修正出现了反向的情形时，应当允许交叉适用新旧刑法的法律条文；当刑法分则中个罪内容出现反向修正时，只能整体适用刑法条文，不允许交叉适用新旧刑法的法律条文。准确把握对新旧刑法交叉适用的界限，更加符合罪刑法定原则的根本精神，同时也符合实践的可行性和刑法的整体性。

参考文献

- [1] 赵拥军. 法定刑幅度下调情形下从旧兼从轻原则的合理适用[N]. 人民法院报, 2021-11-18(006).
- [2] 崔慧. 虚假诉讼犯罪案件中如何正确适用从旧兼从轻原则, 刑事审判参考[M]. 上海: 法律出版社, 2020: 64.
- [3] 曹吴清, 陈娇莹. 从旧兼从轻原则下新旧刑法可以交叉适用[J]. 人民司法, 2010(16): 16-18.
- [4] 李振林. 从旧兼从轻原则之“不能承受之重”——对最高人民法院关于《刑法修正案(八)》时间效力问题的解释之反思[J]. 新疆警官高等专科学校学报, 2011, 31(3): 47-52.
- [5] [意]杜里奥·帕多瓦尼. 意大利刑法学原理[M]. 陈忠林, 译. 上海: 法律出版社, 1998: 37.
- [6] 林维, 王明达. 论从旧兼从轻原则的适用——以晚近司法解释为中心[J]. 法商研究, 2001(1): 114-120.
- [7] 张明楷. 刑法学(上)[M]. 上海: 法律出版社, 2016: 78-79.