

浅析刑法溯及力的几个问题

高 阳, 杨成龙

贵州省纳雍县公共法律服务中心, 贵州 毕节

收稿日期: 2024年5月23日; 录用日期: 2024年7月9日; 发布日期: 2024年7月16日

摘 要

一部新法的生效或者新的法律修正案的施行, 随之而来的新旧法律的选择适用问题, 也就是法的溯及力的问题。在处理相关问题的溯及力的问题时, 刑法溯及力的问题往往从从旧兼从轻这一原则出发, 我国《刑法》第12条也对此作了十分明确的规定, 但每个人的理解不同, 往往得出的结论也是大相径庭。本文从刑法罪刑法定原则的角度出发, 对我国关于刑法溯及力的规定, 刑法溯及力在实践中产生的问题以及罪名变更的溯及力和刑事处遇的溯及力等角度进行研究分析, 既剖析了刑法溯及力的明确规定, 又针对不同的犯罪类型适用刑法溯及力的不同情况应结合罪刑法定原则分别具体情况适用。

关键词

溯及力, 处分, 既判力

A Brief Analysis of Several Issues Concerning the Retrospective Effect of Criminal Law

Yang Gao, Chenglong Yang

Public Legal Service Center of Nayong County, Guizhou Province, Bijie Guizhou

Received: May 23rd, 2024; accepted: Jul. 9th, 2024; published: Jul. 16th, 2024

Abstract

The enactment of a new law or the implementation of new legal amendments brings about the issue of choosing between old and new laws, which is the issue of the retroactive effect of the law. When addressing related retroactivity issues, the retroactivity of criminal law often follows the principle of “applying the law that is more lenient to the offender,” as clearly stipulated in Article 12 of the Criminal Law of China. However, different understandings can lead to widely varying conclusions. This paper examines and analyzes China’s provisions on the retroactivity of criminal law from the perspective of the principle of legality in criminal law. It studies the issues arising

from the retroactivity of criminal law in practice, the retroactivity of changes in criminal charges, and the retroactivity of criminal treatment. The paper not only analyzes the clear provisions regarding the retroactivity of criminal law but also discusses the application of the retroactivity principle to different types of crimes, combining it with the principle of legality to apply it to specific situations.

Keywords

Retroactivity, Punishment, Res Judicata

Copyright © 2024 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

刑法的溯及力问题即刑法的时间效力范畴问题,众所周知,任何事物都是变化发展着的,刑法也不例外,为适应社会的发展,刑法也在不断地做出相应的调整。因此,新的刑法修正案及相关司法解释也应运而生,但随即也带来了一些如何选择适用新法或是旧法的现实问题。这促使我们必须得对此问题进行一番研究,因此,本文将从几个不论在司法实践中还是在理论界争议比较大、问题较突出的几个方面来简单探讨刑法溯及力的问题。

2. 我国关于刑法溯及力的规定及在实践中产生的问题

刑法的溯及力即刑法溯及既往的效力,是指刑法对其生效之前的行为能否进行评价及适用的效力问题。对于刑法的溯及力问题世界各国所采取态度各异,有的国家采用从旧原则,有的国家则采用的是从新原则,而我国刑法第12条规定了:“即中华人民共和国成立以后本法实施以前的,若当时的法律被认为是犯罪的则适用行为时的法律,如果行为时的法律认为是犯罪的,依照本法总则第四章第八节的规定应当追诉的,则按照行为时的法律追究其法律责任,但是如果本法不认为是犯罪或者处罚较轻的,适用本法。”根据该法条的规定不难看出我国关于溯及力问题采取的是从旧兼从轻的原则。

我国刑法第12条对刑法溯及力的规定是十分明确的,但仅仅根据此条之规定并不能解决所有现实中产生的问题。相对于社会的发展速度而言,我们的法律难免有追不上其步伐的时候,这就导致第12条的规定有其一定的局限性,该法条只规定了行为发生时如何适用行为时法或裁判时法,但随着刑法修正案的不断出台,就产生一个无法避免的中间时法的问题需要我们来考虑,中间时法即是指由于刑事立法的制定、修改、补充和废止致使在行为时法与裁判时法之间出现了有利于行为人的法律[1]。对于中间时法问题的处理有人主张弃中间看两头的做法,即主要看诉讼程序是否已经开始,若中间时法出现在诉讼程序开始之前则无需考虑中间时法的问题,但如果它是出现在诉讼程序开始之前则要予以考虑。

有学者认为诉讼制度是属于程序性规定,而第12条关于从旧兼从轻的原则的规定主要针对的是实体法,因此应适用程序从新且依12条的规定来看既然是依照本法的第四章第八节关于诉讼时效的规定,那么就应保持一致性,在处理关于诉讼时效延长的问题时也应采用97《刑法》第88条的规定[2]。此说法虽也有一定的合理性,但这不符合我国关于从旧从轻原则的本质要求,相较97《刑法》而言我们可以看出79《刑法》关于诉讼时效的终止更有利于被告人,且适用79《刑法》也更符合罪刑法定原则的本质要求。再就是一项基本原则是贯穿整部法律的始终的,从旧兼从轻原则亦是如此,所以我国《最高人民法

院关于适用刑法时间效力规定若干问题的解释》第1条明确规定了：“对于行为人1997年9月30日以前实施的犯罪行为，在人民检察院、公安机关、国家安全机关立案侦查或者在人民法院受理案件以后，行为人逃避侦查或者审判，超过追诉期限或者被害人在追诉期限内提出控告，人民法院、人民检察院、公安机关应当立案而不予立案，超过追诉期限的，是否追究行为人的刑事责任，适用修订前的刑法第七十七条的规定。”该规定不仅合情合理且符合我国刑法从旧从轻原则的本质要求。虽然司法解释解决了关于第12条规定引发的一些争议，但我认为我们应在立法上解决此问题，比如我们是否能够将第12条中“本法”二字删除，既然是依照当时的法律来判定一个行为是否有罪，那么也应保持其一直性即也按照应当时法律来考虑诉讼时效是否已经过的问题，这样能也与我国司法解释保持一致性，减少人们的疑虑。

3. 关于几个刑法罪名的溯及力问题

为适应社会发展的需要，我们总要在适当的时机对刑法进行一些修改，此时可能会将一些以前尚未入刑的行为规定为犯罪，这也是法律应不能成为阻碍社会发展之要求，所以某些行为以前并非犯罪行为，而在今时今日为稳定社会需要，或为社会营造一个安全的经济秩序需要从而不得不将之纳入刑法调整的范围之内。那么面对这些新增罪名其溯及力又是如何的呢？

1) 组织出卖人体器官罪的溯及力

在我国《刑法修正案(八)》新增罪名中，有一罪为组织出卖人体器官罪。在此之前，组织出卖他人人体器官的行为(包括摘取器官和从事器官买卖中介)并未将之单独归罪而是将之认定为：若是摘取他人器官致其重伤那就可能构成故意伤害罪，而从事器官买卖中介的行为则可能构成非法经营罪^[3]。例如丁某于2011年4月30日前组织3名成年人将其器官卖了，这3个人被摘取器官之后达到我国关于重伤的标准，根据修正之前的法律规定丁某毫无疑问触犯了故意伤害罪，但若以《刑法修正案(八)》来评判丁某之行为，其构成组织出卖人体器官罪。从法条中关于故意伤害罪与组织出卖人体器官罪的规定，我们知道，在不属于严重情节的情形之下，组织出卖人体器官罪的法定刑低于故意伤害罪的法定刑，那么按照从旧兼从轻的原则，在2011年4月30日之前组织出卖人体器官且不属于情节严重的行为应适用新法，在此情况下该新设罪名具有溯及力。同理，通过比较非法经营罪的法定刑与此罪的法定刑之规定，我们也可适用更有利于行为人的罪名。

2) 组织考试作弊罪的溯及力

组织考试作弊罪是我国《刑法修正案(九)》新增设的罪名之一，其包括在法律规定的国家考试中组织作弊、为他人实施前款犯罪提供作弊器材或其他帮助行为，以及向他人非法出售或提供试题、答案的等行为。在《刑法修正案(九)》之前我们并未将这些行为分离出来单独成罪，而是将其分布于其他犯罪行为之中，如泄露国家秘密罪，非法生产、销售间谍专用器材罪等罪行之中。例如杨某于2015年11月1日之前为他人法律规定的国家考试中为他人提供试题或者答案，修正前的法律是以泄露国家秘密罪来评价之。那么若以泄露国家秘密罪对之定罪处罚，他将承担怎样的刑事责任呢？相较泄露国家秘密罪的法定刑与《刑法修正案(九)》关于组织考试作弊罪的法定刑，显然，泄露国家秘密罪处刑较轻，所以即使杨某的行为在修正后的刑法生效之后才进入审判，也不能适用修正后的法律，我们得根据从旧兼从轻的原则，以处罚较轻的泄露国家秘密罪对他的行为进行评价。据此，我们可以看出此时的新罪名即组织考试作弊罪并无溯及力。

但如果是情节严重的非法获取国家秘密罪的话，该罪的处刑比情节严重的组织考试作弊罪的处刑重，此时则应以后罪来评价其行为。所以该罪是否具有溯及力主要看行为人的行为触犯行为时的何种罪以及其行为性质对应的量刑情节，然后遵照从旧兼从轻原则进行选择适用。

3) 危险驾驶罪的溯及力问题

危险驾驶罪是《刑法修正案(八)》新增设的罪名，而《刑法修正案(九)》又对其作出了一定的修改，

将原法条构成此罪的犯罪行为扩大了。即增加了第 133 条之一的第 3、4 项内容。将从事校车或旅客运输, 严重超载或严重超速和违反危险化学品安全管理规定运输危险化学品, 危及公共安全等行为纳入危险驾驶罪规定之中。例如林某于 2015 年 10 月 30 日违反危险化学品安全管理的规定, 运输了几件危险化学品行驶在某条车流量较大的高速公路上, 不料经过长时间的挤压, 该化学品发生了爆炸, 正巧该时间段来往的车子较少, 所以并为造成严重后果。若根据从旧兼从轻原则我们应采用危险驾驶罪的相关规定来评价林某的行为, 但林某的行为同时也触犯了以其他危险方法危害公共安全罪的规定, 根据危险驾驶罪的第 3 款之规定, 得对林某依照处罚较重的规定定罪处罚, 即应判处林某以危险方法危害公共安全罪的刑罚。因此我们可以看出危险驾驶罪并不具有溯及力。

4. 刑事处遇的溯及力问题

关于刑事处遇的溯及力问题, 我们将从分歧较大、问题较突出的刑事禁止令, 职业禁止, 终身监禁等几个方面进行简单分析。

(一) 刑事禁止令的溯及力

刑事禁止令是《刑法修正案(八)》新增的内容, 关于刑事禁止令的溯及力问题在司法实践中也是不可小觑的, 但在探讨其溯及力之前, 我们得先将其性质进行准确定位。关于刑事禁止令的性质众学者也是各执己见。有人认为刑事禁止令是一种刑罚, 诚如持此种观点的学者所言, 刑事禁止令确实增加了被判处禁止令的一些义务, 即禁止其在特定时间接触特定的人, 进入特定的场所和从事特定的活动^[4]。如果违反了禁止令的相关规定, 就有可能被撤销缓刑, 执行原判刑罚处罚。禁止令的实行确实科处了被处罚人新的法律义务。但不能仅凭此就简单地认为它是一种刑罚。若将刑事禁止令视为一种刑罚将会使之与我国的罪刑法定原则产生无法调和的矛盾。罪刑法定简而言之即“法无明文规定不为罪, 法无明文规定不处罚”, 如前所述我国是成文法国家, 因此不论是罪还是罚我们都是明文规定了的, 这也符合我国刑法确定性及可预测性的特征要求, 但关于刑事禁止令从其内容来看它并不符合罪刑法定原则对刑罚明确性的要求。所以我们不能将之视作刑罚处罚来对待。有的学者又认为刑事禁止令是执行刑法的措施, 这也是我国官方所持观点, 但该观点又陷入其无法自圆其说的一些矛盾之中, 例如, 它无法解释为什么刑法的具体执行措施能够科处被处罚人新的义务, 它亦无法阐明其适用标准在哪。

还有一种观点认为刑事禁止令是一种保安处分, 持此类观点的学者认为刑事禁止令是一种刑法意义上的保安处分。我比较赞同此种观点:

刑事禁止令从其设立目的来看它是为了防卫社会。现任我国人大代表法律委员会副主任李适时先生在增设刑事禁止令的说明中指出: “管制是限制人身自由但不予关押的刑罚。有些人大代表提出, 需要根据新的情况, 对管制的执行方式适时调整, 有针对性地对被判处管制的犯罪分子进行必要的管束, 以适应对其改造和预防再犯罪的需要。据此, 建议规定: 对判处管制的罪犯, 根据其犯罪情况, 可以令其在管制期间不得从事特定活动, 不得进入特定区域、场所。不得接触特定的人”^[5]。从李适时先生的这番阐述中我们可以看出之所以设立刑事禁止令其实是预防犯罪的需要, 这与保安处分的目的无疑是相一致的; 因此我认为将我国刑事禁止令的性质定性为保安处分比较合理。那么保安处分溯及力的一般原则是什么呢? 从世界各国的刑事立法来看, 在一般情形下保安处分不受刑法不溯及既往的限制。因为保安处分并不是建立在过往的不法行为之上, 而是为了防止具有人身危险性的行为人再次实施危害社会的行为, 它主要是出于防卫社会的目的而适用。当然这只是在一般情况下, 若保安处分涉及剥夺被处罚人的人身自由时, 那就得另当别论了。若保安处分剥夺了被适用人的人身自由那它与刑法处罚给当事人带来的结果是无差异的, 此时, 保安处分就要受到刑法溯及力原则的限制, 这点我国台湾地区就有相关的规定。关于刑事禁止令与刑法溯及力的关系总的而言就是: 在刑事禁止未剥夺被适用人人身自由时则按照保安

处分溯及力的一般原则来处理, 若并未涉及剥夺人身自由则可以溯及既往地进行适用。根据我国的相关规定如《最高人民法院关于〈中华人民共和国刑法修正案(八)〉时间效力问题的解释》的第一条的规定: “对于 2011 年 4 月 30 日以前犯罪, 依法应当判处管制或者宣告缓刑的, 人民法院根据犯罪情况, 认为确有必要同时禁止犯罪分子在管制期间或者缓刑考验期内从事特定活动, 进入特定区域、场所, 接触特定的人, 适用修改后刑法第三十八条第二款或者第七十二条第二款的规定”可以看出我国当前的刑事禁止令是具有溯及既往适用的效力的。

(二) 职业禁止的溯及力问题

职业禁止是《刑法修正案(九)》新增的内容, 新增的第 37 条之第一款规定, 根据这一规定行为人若是实施了条文中所规定之类型的犯罪行为, 不仅要受到刑罚性处罚, 还将受到三至五年的职业禁止的约束, 这较修正前的法律而言无疑是加重了行为人的负担。所以根据从旧兼从轻的原则, 对于 2015 年 10 月 31 日以前实施了利用职务便利犯罪行为或违背了职业要求特定义务犯罪的, 不适用修正后刑法第 37 条之一第一款的规定。

那么有人就会有疑问, 职业禁止与《刑法修正案(八)》增设的禁止令同为禁止令, 为什么职业禁止的溯及力问题与修正前刑法规定的禁止令的处理方式不一样呢? 这就要从职业禁止的性质上来进行理解了, 职业禁止它不是执行监管方式的修改完善, 而是在刑罚执行完毕或者假释之后, 对刑满释放人员或者假释人员从事相关职业的禁止性规定。比起管制犯、缓刑犯所适用的禁止令而言, 职业禁止侧重的不是社会防卫这个作用, 它的惩罚性较重。所以根据我国关于溯及力的原则, 其不具有溯及既往的效力。

(三) 终身监禁的溯及力问题

关于终身监禁的溯及力问题, 我们以白恩培案为例来进行探讨, 2016 年 10 月 9 日, 河南省安阳市中级人民法院对曾任云南省委书记、全国人大环境与资源保护委员会原副主任委员白恩培受贿、巨额财产来源不明一案进行了公开宣判, 判决作出后, 白恩培成为了我国终身监禁第一人。对于该案适用了《刑法修正案(九)》关于终身监禁的规定引发了学术界的激烈讨论, 有人认为该案适用《刑法修正案(九)》的规定来进行审判违背了从旧兼从轻的原则, 也有人认为适用修正后的法律正是从旧兼从轻原则所作的选择, 因为他们认为修正后的法律比修正前的法律的处罚较轻。

白恩培受贿 2.4 亿人民币, 受贿数额巨大, 但其到案后如实供述了自己的罪行且主动交代了办案机关尚未掌握的犯罪事实, 其一系列行为有坦白, 自首的行为, 按照法律规定其具有法定和酌定的从宽情节, 对此法院也已进行了认定。因此按照旧法不能对其处以死刑立即执行, 众所周知, 《刑法修正案(九)》的立法原意是慎用死刑。但终身监禁是让人一辈子失去自由, 给人精神上的折磨是深刻的, 持续时间久。因国外对我国人权多有抨击, 因此, 对于重大贪污、贿赂犯罪用判处终身监禁替代死刑, 既能最大程度的威慑犯罪, 也能有效改善我国人权状态, 符合刑法从旧兼从轻的原则。

5. 结语

总而言之, 涉及到刑法溯及力问题时, 我们总是得遵循从旧兼从轻这一原则, 并应将此原则贯彻落实到司法实践中, 真正贯彻保障人权的法治精神。当然除了上述问题需要我们不断研究并将相关规定完善之外, 关于既判力与溯及力的关系问题也需要进一步思考。我国《刑法》第 12 条第 2 款规定了: “本法实施以前, 依照当时的法律已经作出的生效判决, 继续有效”。众所周知, 我国刑法溯及力只涉及到未经审判或判决尚未生效的情形, 也即是说经审判且判决已生效的案件不得因法律发生变化而要求重新审判。由此可以看出我国关于既判力与溯及力的问题采取的是无条件的分离原则, 但随着社会的不断发展, 也基于人权保护的各种需要, 我国采取的这种绝对分离的原则也不断遭到质疑。关于既判力的问题我们是否应采取有限制的相对分离的原则尚需进一步研究。

参考文献

- [1] 张岳男. 刑法溯及力之中间时法的探讨[J]. 湖北经济学院学报, 2010, 7(6): 82-83.
- [2] 许佳. 论我国诉讼时效终止制度的溯及力[J]. 法律适用, 2016(11): 113.
- [3] 陈荣飞. 刑法修正案(八)的溯及力研究——兼评《最高人民法院关于〈刑法修正案(八)〉时间效力问题的解释》[J]. 法治研究, 2012(5): 104-111.
- [4] 龙长海. 刑事禁止令与刑法溯及力[J]. 求是学刊, 2015, 42(2): 87-92.
- [5] 李适时. 关于《中华人民共和国刑法修正案(八)(草案)的说明》[J]. 中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报, 2011(2): 135-139.