

关于刑法溯及力的两个问题

刘仁文

(中国社会科学院 法学研究所,北京 100720)

摘 要:我国刑法应支持建立溯及力可及于已生效判决的制度,即对“新法认为无罪且刑罚未执行完毕”的案件,即使已经作出生效裁判,仍然应当予以释放,不再执行;对由“罪重变为罪轻”的案件,只要还处在原判刑罚的执行过程中,也应允许依照新法予以改判。此外,刑罚溯及力中的“从轻”应理解为“最有利被告”,当不同的有利被告人的情形分别出现于新旧刑法中时,应可以分别适用新旧刑法的有关规定,在行为时法和裁判时法之间存在中间法时,如中间法最轻,应适用中间法。

关键词:溯及力;生效判决;最有利被告

中图分类号:DF61 **文献标识码:**A

刑法的溯及力,即刑法溯及既往的效力,它是刑法时间效力的一部分(后者包括刑法的生效时间、刑法的失效时间和刑法的溯及力)。基于不同的刑事政策理念,各国奉行不尽相同的刑法溯及力原则。大体而言,有以下4种立法例:

1. 从旧原则 新法对过去的行为一律没有溯及力,对过去的行为一概适用行为当时的旧法。
2. 从新原则 新法具有溯及力,即新法对于过去的行为一律适用。
3. 从新兼从轻原则 新法原则上溯及既往,但旧法不认为是犯罪或者处刑较轻的,则应按照旧法处理。
4. 从旧兼从轻原则 新法原则上不溯及既往,但新法不认为是犯罪或者处刑较轻的,则应适用新法。

现代国家的刑法,从维护和保障人权、防止国家刑罚权无限扩张的宗旨出发,大多采用从旧兼从轻原则,也有的采用从新兼从轻原则,绝对禁止从新从重溯及既往,有的国家甚至将禁止从新从重溯及既往即禁止事后法的适用作为一条牢不可破的宪法原则加以规定^[1]。

我国1997年《刑法》第12条对溯及力问题做了如下规定:

1. 当时的法律不认为是犯罪,而《刑法》认为是犯

罪的,适用当时的法律,即刑法没有溯及力。

2. 当时的法律认为是犯罪,而《刑法》不认为是犯罪的,应适用《刑法》,不以犯罪论,即刑法有溯及力。

3. 当时的法律认为是犯罪,依照《刑法总则》第四章第八节的规定应当追诉的,按照当时的法律追究刑事责任,刑法无溯及力。但是如果本法处刑较轻,适用本法,本法就有溯及力。

4. 本法施行以前,依照当时的法律已经作出的生效判决,继续有效。

上述规定基本确立了“从旧兼从轻”的原则。但若从全面、彻底贯彻“有利被告”的精神来看,则仍有一些地方有待明确,本文着重谈两个问题。

一、刑法溯及力应及于生效判决

我国《刑法》第12条第2款规定:“本法施行以前,依照当时的法律已经作出的生效判决,继续有效。这个规定,强调维护法院判决的严肃性和稳定性,因而不允许对已生效的判决的继续执行有任何变动^[2]。但是正如有学者所观察指出的:“最近新颁布的《刑法典》,如法国、俄罗斯和我国澳门《刑法典》,都规定对旧法规定有罪而新法认为无罪的行为,即使判决已经确定,新法也有溯及力。这种立法趋势,值得我们研究。”^{[1]130}

(一)不同的立法模式

在溯及力是否及于已决案件以及在多大范围及于已决案件的问题上,各国和各地区无疑是存在差异

收稿日期:2007-03-23

作者简介:刘仁文(1967-),男,湖南隆回人,中国社会科学院法学研究所研究员,法学博士。

的,主要模式有三种^[3]:

1. 完全否定 此模式认为,溯及力的适用对象仅限于发生在新刑法生效前但在新刑法生效后尚未处理或者正在处理的案件,将已经处理终结的案件排除在溯及力概念之外。对于已经按照旧法处理终结的案件,不能因为新刑法处理较轻而予以改判。我国《刑法》即持此立场。

2. 部分肯定 此模式认为,溯及力的适用对象不限于发生在新刑法生效前但在新刑法生效后尚未处理或者正在处理的案件,还应包括部分已经处理终结的案件,但不能及于全部已经处理终结的案件。如有的国家规定新刑法的溯及力仅仅适用于新刑法不再认为是犯罪的已决案件,对于依据新刑法“从罪重变为罪轻”的已决案件则不能适用。

3. 全部肯定 在持这种主张的国家或地区的刑法中,认为溯及力的适用对象不但包括发生在新刑法生效前但在新刑法生效后尚未处理或者正在处理的案件,还应包括所有已经处理终结的案件。

(二)完全否定模式不符合国际公约的精神

联合国《公民权利和政治权利国际公约》(以下简称《公约》)第15条第1款第3句规定:“如果在犯罪之后依法规定了应处以较轻的刑罚,犯罪者应予以相应减轻处罚。如何理解该规定?对此,主要有如下一些主张:1. 根据字面上的解释——没有时间限制,即在犯罪发生之后生效的法律所规定的较轻的刑罚可以追溯适用于已发生法律效力判决。2. 认为这一规定的时间适用范围应受到“隐含的限制”,即发生法律效力的判决应被看作是缔约国追溯适用较轻刑罚义务的终点。3. 在作出发生法律效力判决之后,这一原则的适用要区分不同情况,例如,根据《公约》第6条第4款和第6款的规定,在犯罪实施之后生效的废除死刑的法律必须追溯适用于死刑执行之前的任何一个时间。同样的原则也应适用于无期徒刑。而对于一般的有期徒刑和罚金,则不必适用。

不过,如果结合《公约》的制定背景来看,恐怕很难说完全否定模式符合公约的精神。因为早在1948年联合国通过的《世界人权宣言》第11条第2款就规定:“任何人的作为或不作为,在其发生时依照国家法律或国际法不构成刑事犯罪者,不得据以认为犯有刑事罪。所加的刑罚不得重于犯罪时适用的规定。”但到1966年制定《公约》时却增加了此一例外规定,即如果在犯罪之后规定了应处以较轻的刑罚,犯罪者应

予以相应减轻处罚。虽然对该条款曾有过长时间的讨论,但最后联合国大会还是未加修改地通过了原文。如果只是一般意义上的“从旧兼从轻”,而不涉及生效判决,我想当时就不至于有“长时间的讨论”。

因此可以说,联合国《公民权利和政治权利国际公约》较之《世界人权宣言》,在刑法溯及力问题上朝着人权保障的方向更进了一步。受《公约》影响,各国刑法的一个突出变化是,对非犯罪化、弱化惩罚和有利于行为人的法律,其溯及力不仅及于新法颁布前未经审判或判决尚未确定的行为,而且在一定条件下还适用于判决已经确定但刑罚尚未执行完毕的行为。例如,《法国刑法典》第112条第4款规定:“新法的即行适用不影响依旧法完成之法律行为的有效性。但是,已受刑罚宣判的行为,依判决后之法律不再具有刑事犯罪性质时,刑罚停止执行。我国澳门地区的《刑法典》第2条第2款规定:“如按作出事实当时所生效之法律,该事实为可处罚者,而新法律将之列为自列举之违法行为中剔除,则该事实不予处罚;属此情况已判刑者,即使判决已确定,判刑之执行及其刑事效果亦须终止。”《俄罗斯刑法典》对这个问题的规定更为彻底,其第10条第1款规定:“规定行为不构成犯罪、减轻处罚或以其他方式改善犯罪人状况的刑事法律,有溯及既往的效力,即适用于在该法律生效以前实施犯罪的人,其中包括正在服刑的人或者已经服刑完毕但有前科的人。该条第2款还规定:“如果犯罪人因犯罪行为正在服刑,而新的刑事法律对该行为规定了较轻的刑罚,则应在新刑事法律规定的限度内减轻刑罚。”《西班牙刑法典》第2条第1项也规定:“在实施行为前未有法律规定的犯罪或者过失不受处罚。规定保安处分的法律亦无溯及力。但是,即使已经最后宣判、罪犯已经服刑,有利于罪犯的刑法条款仍具有溯及力。”

(三)改进建言

如此看来,我国《刑法》在对已决犯的态度上,与《公约》关于溯及力的规定还有一定距离。目前,对于

另一个证据是个别国家在批准《公约》时就发表的声明,如意大利声明,第15条第1款的最后一句仅仅适用于正在进行中的案件,因此,一个经最终判决认定有罪的人不应因判决以后法律规定了较轻刑罚而予以减刑。特立尼达和多巴哥声明,对于第15条第1款的最后一句,特立尼达和多巴哥共和国政府认为本规定只是逐渐地适用于案件。因此,一个经终审判决宣告有罪的人不应因这一判决以后依法规定了较轻刑罚而得到减刑。可见,在没有特别声明的情况下,应理解为可以追溯至生效判决。

已判刑的犯人,即使新的法律已经不再视其为犯罪,或者规定了较轻的刑罚,仍然无法从法律上找到减轻处罚的根据,因为《刑法》明确规定:“依照当时的法律已经作出的生效判决,继续有效。考虑到我国在社会转型期所出现的一些特殊情形,如过去在计划经济条件下一些因投机倒把而被判处重刑的如今已不再作为犯罪处理或者规定了轻得多的刑罚,过去因流氓罪而被判刑的如今或者被分解后的罪名规定了较轻的刑罚、或者不再以犯罪论,从刑法公正性和人道化着眼,宜确立《公约》所支持的刑法溯及力可及于已生效判决的制度。也就是说,对“新法认为无罪且刑罚未执行完毕”的案件,即使已经作出生效裁判,仍然应当予以释放,不再执行;对由“罪重变为罪轻”的案件,只要还处在原判刑罚的执行过程中,就应允许依照新法予以改判。

有论者反对将“罪重变为罪轻”的案件纳入刑法溯及力的适用范围,认为采取此立场可以维护刑事裁判的既判力,防止滥用诉权、申诉权而出现缠诉现象,否则必将引起申请再审权的滥用,导致司法资源的浪费^[3]。笔者认为,除非此种情况下刑罚已经执行完毕,否则即使只是“罪重变为罪轻”,也仍然可以根据新的法律减轻其原判刑罚,否则,就会造成犯罪人的“刑罚过剩”,本来按照新的法律可以被判处较轻的刑罚,早就可以释放出狱的,但因为按照过去较重的刑罚判处,所以仍然要待在监狱里。应当澄清的是,依照国家法律制度减轻原判刑罚,这并不损害先前判决的权威性和严肃性,恰恰相反,是根据变化了的形势使法院的判决更加公正、更加符合时代精神。至于论者担心那样会造成滥用诉权和浪费司法资源,笔者以为不必:首先,就国家羁押一个人的成本而言,它要大大高于改判一个案件的成本。花较小的成本将一个原判较长刑期的犯人予以改判,使之能被缩短刑期甚至即刻出狱,不仅可为被监禁者早日赢得宝贵的自由,而且还给国家节省了监狱羁押的成本。其次,一旦国家确立了该项制度,当事人依法行使诉权,就不能叫滥诉,凡符合法律规定的受理范围,就应当受理。至于具体的制度设想,可以在对《刑法》第12条第2款作相应修改、使刑法的溯及力及于一切已生效判决的基础上,规定对由“有罪变无罪”和“罪重变罪轻”的案件,可由当事人提出申诉,人民法院通过审判监督程序予以改判。这里,有一个问题需要明确:那就是在“有罪变无罪”和“罪重变罪轻”的案件中如果通过新法适用,发现当

事人不应被判刑,或不应被判如此长的刑期,而此时刑罚已经执行完毕,或者刑期已经超过被重新宣判的刑期,当事人并不能以此为依据提起国家赔偿,因为这并不是冤假错案,只不过是法律变更后“以人为本”的法律适用的结果。

二、刑法溯及力中的“从轻”应理解为“最有利被告”

如前所述,当今大多数国家和地区的刑法在溯及力问题上都奉行从旧兼从轻原则。“从旧兼从轻”的落脚点是“从轻”,而“从轻”的本质在于“有利被告”。但由于我国《刑法》在这方面的规定不够明确,致使在理解上出现一些分歧,现列举两种情形:

例一:如何理解“处刑较轻”?我国《刑法》在“从旧兼从轻”时,使用了“本法不认为是犯罪或者处刑较轻,适用本法”的表述。对于此处的“处刑较轻”,是指法定刑较轻,还是也包括其他有利于被告人的规定,存在不同意见^[4]。如果是后者,当不同的有利被告人的情形分别出现于新旧刑法中时,能否分别适用新旧《刑法》的有关规定?试看如下案例:

甲曾经因故意伤害罪于1992年1月被判处有期徒刑2年,1994年2月刑满释放。1998年5月,公安机关侦查发现,甲曾经在1997年4月至8月间组织盗窃犯罪集团,盗窃58辆汽车,价值1100万元。由于1997年《刑法》严格限制了盗窃罪的死刑适用,只要不是盗窃金融机构或者珍贵文物,盗窃数额特别巨大也不能适用死刑,而根据1979年《刑法》是可以适用死刑的。但是,1997年《刑法》的规定并不都是对被告人有利的,如累犯制度就是如此,累犯前后罪相隔的时间

从应然上来看,如果刑法确立了前述可以对已生效判决具有溯及力的制度,自然在审判监督程序里,刑法也就可以依照“从旧兼从轻”的原则溯及既往。但在目前刑法不能对已生效判决具有溯及力的情况下,审判监督程序能否适用新的轻法?有论者认为:“即使该生效刑事判决或裁定在认定事实或者适用法律上确有错误,按照审判监督程序进行重新审判的,也不能适用新的法律,而只能适用行为当时的法律进行处理。”(陈志军:新法有利于被告人的应溯及适用[N].检察日报,2006-04-25。)我觉得这值得商榷:按照审判监督程序重新审判的案件,有可能维持原判,也有可能改判,前者在现有条件下可不适用新的轻法,后者因为要改判,就涉及到推翻原有的生效判决(或裁定),此时就不好说原有的生效判决继续有效。在重新判决时,应当依照“从旧兼从轻”的原则,适用新的轻法。也许有人会说这是适用双重标准,但笔者认为,由于重审改判的案件是由于先前的判决或裁定在认定事实或者适用法律上有错误,责任在司法机关,对此,在改判时适用新的有利被告人的法律,是完全可以的,它也是对公权力部门失职的一种“惩罚”,是对公民遭受错误裁判的一种“补偿”。

期限从3年变成了5年。根据1997年《刑法》,甲构成累犯,应当从重处罚,而且以后不得假释(1997年《刑法》规定累犯不得假释);而如果适用1979年《刑法》,则不构成累犯,且不影响以后适用假释。

对于该案,如果单纯以法定刑的轻重来判断,显然应当适用1997年《刑法》,对被告人不能适用死刑,但得认定为累犯;但如果将有利被告人原则贯彻到底,则哪一规定对被告人有利就适用哪一规定,这样就会出现新旧《刑法》在该案中混合适用的局面,即在盗窃所应判处的法定刑上,适用1997年《刑法》,在是否构成累犯的问题上,适用1979年《刑法》,结果是被告人甲既不适用死刑也不被认定为累犯。笔者持后一种观点。有论者担心该种观点所导致的新旧《刑法》混合适用的局面将在理论上带来问题^[3]。笔者认为这种担心是多余的,因为新旧《刑法》混合适用并不是针对同一个问题,而是在同一个案件中就不同问题在新旧《刑法》间选择最有利于被告人的条款,这无论在法律适用上还是在学理上都是说得通的。事实上,在1997年9月25日最高人民法院发布的《关于适用刑法时间效力规定若干问题的解释》中,对发生在1997年《刑法》实施之前的案件在累犯的时间条件、假释的对象条件等问题上作出了有利被告人的解释,而不只是仅仅考查新法与旧法在法定刑上的轻重之别。对此,有学者认为这实际上是对《刑法》第12条的某种程度的修正,与其这样,还不如将现行《刑法》第12条中的“如果本法不认为是犯罪或者处刑较轻的”修改为“如果本法有利于被告人的,适用本法”^[3]。这种见解有一定道理,事实上,国外有的立法采取的就是这种思路,如《意大利刑法典》第2条第3款规定:“如果行为实施时的法律与后来的法律不同,适用其规定对罪犯较为有利的法律。”但我认为,即使在现行法律文字存在瑕疵的情况下,也可通过法律解释来将“处刑较轻”从“法定刑较轻”扩大解释为包括其他有利于被告人的规定,这并不构成对刑法法定原则的破坏,因为罪刑法定的本意是要保障被告人的人权,而此种解释恰恰是有利于被告人的。

例二:在行为时法和裁判时法之间存在中间法时,如中间法最轻,能否适用?对此,也存在不同看法:一种观点认为,选择法律适用时只能依据实施犯罪时生效的法律,或者根据作出判决时生效的法律,从中确定一个较轻的法律来追究刑事责任,而不能以中间法为依据;另一种观点认为,从“有利被告”的原则出发,

应在行为时与终审判决宣告前(曾经)生效的法律之间选择,而不仅仅是在行为时的法律与审判时的法律之间进行比较,因为何时进行审判取决于许多偶然因素的。笔者是持后一种观点的,主要理由正如俄罗斯学者所指出:“在存在中间法(即实施犯罪之后追究责任之前法律修订两次以上)的场合下,应该适用对行为人最有利的法律,否则,对犯罪人的刑罚就不只是公正原则所要求的那样取决于犯罪的性质和社会危害性的程度、实施犯罪的情节和犯罪人的个人身份,而且还有赖于犯罪人何时被追究刑事责任或何时作出判决^[5]。请看以下案例:

1997年2月,某国有公司老总刘某因玩忽职守,给该公司造成重大损失。1998年10月,被公安机关执行逮捕,此后该案件一直拖到2000年3月,才由检察机关向人民法院起诉。

按照1979年《刑法》第187条的规定,“国家工作人员由于玩忽职守,致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的,处五年以下有期徒刑或者拘役。据此,刘某的行为无疑应当构成玩忽职守罪。但1997年《刑法》第397条将玩忽职守罪的犯罪主体改为“国家机关工作人员”。众所周知,国有公司不是国家机关(虽然1987年高检法(二)字第18号对玩忽职守罪的司法解释曾将全民所有制企业和事业单位中的工作人员不适当地解释为国家机关工作人员,但由于它是针对1979年《刑法》,所以对1997年《刑法》并无约束力),因而按照1997年《刑法》,刘某就不能成为玩忽职守罪的主体。如果问题只到此,那好办,因为依照“从旧兼从轻”的原则,适用1997年《刑法》对其无罪宣判即可。但使问题变得复杂的是1999年12月全国人大常委会对《刑法》的修正案,该《修正案》第2条对1997年《刑法》第168条作了修改,把在国有公司、企业的工作人员,由于严重不负责任或者滥用职权,造成国有公司、企业破产或者严重损失,致使国家利益遭受重大损失的行为规定为犯罪行为(即“国有公司、企业、事业单位人员失职罪”和“国有公司、企业、事业单位人员滥用职权罪”)。而刘某是在2000年被起诉的,因此,在起诉时,刘某的行为又可构成“国有公司、企业、事业单位人员失职罪”。在此种情况下,如何适用刑法?

这里的法律解释不应只被理解为立法机关和司法机关的统一解释,还应理解为司法实际工作人员在没有前述解释的情况下自己大胆地解释法律。

若按照前述第一种观点,要么适用行为时的法律,要么适用审判时的法律,总之,只须在这二者之间寻找一种相对较轻的法律,这样一来,刘某的行为就无论如何都构成犯罪。而若按照我所支持的第二种观点,则本案应适用1999年修正案出台前的1997年《刑法》的规定,即刘某的行为不构成犯罪,理由是:

1. 对刘某的逮捕是错误的。刘某在1998年被逮捕时,依据当时的《刑法》,其行为并不构成犯罪。试想,如果在公安、检察的任何一个环节,刘某及其律师以“从旧兼从轻”的刑法适用原则为由提出异议,办案机关若采纳,即可释放刘某。如果1999年12月后再提起诉讼,则违反“一事不再理”原则。

2. 假如被告人不被超期羁押,及时送交法院审判,那么他完全可能在《刑法修正案》出台之前就被宣判无罪,因为公权力的懈怠,使被告人的起诉被推迟,本已不公,再加上给他带来从无罪到有罪的变局,更属不该。

3. 再设想一下,如果本案被告人的行为不是1998年被发现,而是到2000年才发现,此时是否可以适用《刑法修正案》做有罪认定呢?我的意见仍然是否定的。虽然从时效角度看,本案的时效期还没有过(《刑法》第87条规定法定最高刑不满5年的时效为5年,按第168条之规定,本案最高法定刑为3年,故其时效为5年),但由于中间该行为存在过一段无罪时期,因而从有利被告人的角度讲,如果该案是在这期间审理,则无罪。但由于办案机关办案不力等原因,致使案件没有及时被发现,而越往后行为被起诉的必要性就越小,因为此时被犯罪行为破坏了的社会关系正得

到愈合,民愤也下降,行为人也没有再从事新的犯罪活动。

应当承认,我国《刑法》第12条并没有明确上述现象的法律适用。尽管笔者主张发挥司法能动性的作用,在现有条件下可以通过法律解释达到前述目的,但这并不意味着笔者不希望立法在适当的时候借鉴国外和境外的立法例,对此问题的规定作出修改。例如,《德国刑法典》第2条第3款就规定:“如果行为终了时有效的法律在判决之前被变更,那么,适用最轻的法律。我国台湾地区《刑法》第2条第1款也规定:“行为后法律有变更者,适用行为时之法律。但行为后之法律有利于行为人者,适用最有利于行为人之法律。显然,若采用这样的立法方式,则前述案例按笔者的观点适用法律更无疑义,因为在行为后法律变更两次的情况下(先是无罪、后是有罪),无论“最轻”还是“最有利于行为人”,都应选择无罪。

参考文献:

- [1] 何秉松. 刑法教科书[M]. 北京:中国法制出版社, 1997: 129.
- [2] 赵秉志. 新刑法教程[M]. 北京:中国人民大学出版社, 1997: 76.
- [3] 陈志军. 新法有利于被告人的应溯及适用[N]. 检察日报, 2006-04-25.
- [4] 阚作俊. 刑法效力范围比较研究[M]. 北京:人民法院出版社, 2004: 142-147.
- [5] 库兹涅佐娃. 俄罗斯刑法教程[M]. 黄道秀,译. 北京:中国法制出版社, 2001: 112.

Two Problems Concerning Retroactivity

LIU Renwen

(Institute of Law, Chinese Academy of Social Science, Beijing 100720, China)

Abstract: The criminal law in China should change its attitude towards retroactivity and allows the scope or effect of a rule or a statute to extend to effective judgments. This means a person should be released where he/she is innocent under the new law even if he/she was sentenced provided that the sentence has not been completed. In cases where a felony become a misdemeanor under the new law, the sentence should be reduced so long as it has not been completed. In addition, as to retroactivity, “using leniency” should be construed as “most advantageous to the defendant”. Where there may appear favorable conditions under the old and the new criminal laws respectively, the provisions in both the old and the new laws can be applied. Where a law is enacted between the perpetration of a crime and the judgment imposed on the perpetrator and where the punishment under the law is the lightest, the law should be applied.

Key Words: retroactivity; effective judgment; most advantageous to the defendant

本文责任编辑:梅传强