

刑法追诉时效溯及力原则的确证与展开

柳忠卫*

摘要 在追诉时效溯及力的问题上,“从新原则”与“从新兼从旧”原则都因理论基础缺陷与法律根据失当而缺乏正当合理性。追诉时效溯及力应当采用“从旧兼从轻”原则,其正当根据首先来自于罪刑法定原则的支撑。其次,《刑法》第12条溯及力条款的规范保护目的为追诉时效溯及力采用“从旧兼从轻”原则提供了目的论解释根据。最后,最高人民法院的司法解释通过补正解释的方式也确证了追诉时效溯及力应当采用“从旧兼从轻”的原则。司法实践中对于涉及新旧刑法交替的刑事案件,应当先进行刑法溯及力判断再进行追诉时效判断,对于刑法溯及力判断与追诉时效的判断可以交叉适用新法和旧法。应当严格按照刑法条文的字面涵义对1979年《刑法》第77条的“采取强制措施后”进行文理解释,把司法机关只作出采取强制措施决定但没有实际采取强制措施的情形排除在不受追诉期限限制的范围之外。

关键词 刑法溯及力 “从旧兼从轻” 规范保护目的 罪刑法定 追诉时效

一、问题的提出

一般认为,现行《刑法》第12条对于追诉时效的溯及力采用了“从新”原则,而1997年10月25日最高人民法院《关于适用刑法时间效力规定若干问题的解释》(以下简称《时间效力规定解释》)则采用了“从旧兼从轻”原则,由此形成了司法解释与刑事立法关于追诉时效溯及力原则的对立与分歧。与此相适应,我国刑法理论关于追诉时效溯及力原则问题主要有三种观

* 山东大学法学院教授。本文系教育部人文社会科学重点研究基地重大课题资助项目“刑法人权保障机能与社会保护机能的冲突与协调”(项目编号:17JJD820018)的部分前期成果。

点:第一种观点认为,追诉时效的溯及力应当适用“从旧兼从轻”的原则,理由是:禁止事后法原则不仅适用于刑事定罪、量刑方面,特别是有利溯及既往的原则更是贯穿于刑事法律的各个方面,如刑罚的内容、证据规则等制度。因此,追诉时效也应当适用“从旧兼从轻”的刑法原则。^{〔1〕}第二种观点认为,追诉时效的溯及力应当采用“从新”原则,理由是:追诉时效是一项刑事程序法制度,不属于犯罪构成要件和刑法效果的内容。^{〔2〕}罪刑法定原则要求禁止事后法,但禁止事后法原则主要适用于实体性规定而不适用于程序性规定。因此,追诉时效不能适用“从旧兼从轻”的刑法原则。^{〔3〕}第三种观点认为,追诉时效的溯及力应当采用“从新兼从旧”原则。对于发生于1997年刑法施行之前的行为,且按照法律规定的追诉期限延伸到新法实施以后,就应当将追诉时效分割为新法“领地”和旧法“领地”分别判断。^{〔4〕}受刑事立法、司法解释和刑法理论关于追诉时效溯及力原则观点分歧与冲突的影响,司法实践对于追诉时效溯及力原则的适用表现出了相当程度的混乱与矛盾,主要表现为立法解释^{〔5〕}与司法解释的对立、^{〔6〕}司法解释立场不统一、^{〔7〕}最高司法机关指导案例观点相左、^{〔8〕}司法实践乱象丛生^{〔9〕}等问题。

由于前述刑法理论、刑法典、立法解释、司法解释及最高司法机关在追诉时效溯及力问题上

〔1〕 参见张明楷:《刑法学》(第五版),法律出版社2016年版,第51页。

〔2〕 袁国何:“论追诉时效的溯及力及其限制”,《清华法学》2020年第2期,第61页、65页。

〔3〕 参见曲新久:《刑法的精神与范畴》,中国政法大学出版社2000年版,第397页。

〔4〕 参见聂昭伟:“新旧刑法交替后追诉时效的适用”,《人民司法(案例)》2018年第5期,第41—42页;魏炜:《论“不受追诉期限的限制”的溯及力原则》,载北京市第三中级人民法院官网, <http://bj3zy.chinacourt.gov.cn/article/detail/2019/10/id/4591889.shtml>,最后访问日期:2021年6月1日。

〔5〕 本文认为立法机关下属的具体工作部门对于某一法律问题的答复并非立法解释本身,因而不具备效力上的普遍性与强制性,不属于有权解释。但为了行文的方便,在此暂且称之为“立法解释”。

〔6〕 2014年7月17日全国人大法工委作出的《对刑事追诉期限制度有关规定如何理解适用的答复意见》采用了“从新”原则,而《时间效力规定解释》则采用了“从旧兼从轻”原则。

〔7〕 最高人民检察院1982年8月19日公布实施的《关于贪污罪追诉时效问题的复函》、2017年2月13日最高人民法院在《关于被告人林少钦受贿请示一案的答复》都采用了“从新兼从旧”的立场,但由于2002年最高人民检察院《关于废止部分司法解释和规范性文件的决定》废止了《关于贪污罪追诉时效问题的复函》,且到目前为止没有新的司法解释,可以认为最高人民检察院已经放弃了原来的立场,因而可以认为在该问题上最高人民法院与最高人民检察院立场相左。同时,2017年最高人民法院的《答复》也与《时间效力规定解释》的立场不一致。

〔8〕 2015年2月最高人民检察院在第六批指导案例第23号“蔡金星、陈国辉等(抢劫)不核准追诉案(检例第23号)”的裁判要旨中采用的是“从旧兼从轻”原则,而2014年最高人民法院在刑事指导案例第945号“林建波故意伤害案”的裁判理由中采用的是“从新”原则。

〔9〕 20世纪初最高人民法院《刑事审判参考》中曾有主张追诉时效溯及力适用“从旧兼从轻”原则的判例,如《刑事审判参考》第174号“沈某挪用资金案”、第175号“朱晓志交通肇事案”就肯定了追诉时效也应当适用从旧兼从轻的原则。但此后司法实践中对于涉及追诉时效的溯及力问题的案件,多数法院认为追诉时效不适用“从旧兼从轻”的原则,而应当适用司法机关立案时的法律,但也有少数法院认为追诉时效应当适用“从旧兼从轻”的原则。

立场的不统一,导致司法实务部门在遇到新旧刑法适用案件时左支右绌,难以决断。2020年2月23日南京市公安局破获的“1992.3.24”南京医科大学女生被杀案所引起的本案是否超过追诉时效问题的热烈讨论就是适例。^[10] 随着侦查机关技术智能化、生化学勘查勘验水平提升及侦查大数据运用迅速发展,大量上世纪八十、九十年代发生的重大刑事案件得以侦破,犯罪嫌疑人被抓获。据有学者统计,仅2018—2019年见诸媒体且涉及新旧刑法追诉时效适用问题的案件就超过10起,^[11]吉林省公安机关一年内就侦破积年命案超百件,可以想象全国范围内类似案件的数量可能是惊人的。^[12] 追诉时效溯及力问题立场与观点的分歧与混乱不仅将犯罪嫌疑人、被告人的人权与自由置于一种危险的不确定状态,更是破坏了法治国整体法秩序的和谐与统一,损害国民对刑法的忠诚与依赖。因此,追诉时效溯及力原则的分歧问题必须得到统一。有鉴于此,本文拟在对相关观点及其根据进行批判性分析的基础上,力证追诉时效溯及力“从旧兼从轻”原则的正当合理性,同时提出“从旧兼从轻”原则的适用规则,以求教于学界同仁。

二、追诉时效溯及力“从新”原则及“从新兼从旧”原则之证伪

(一)“从新”原则之批判

“从新”原则的核心观点可以概括为:对发生于1997年刑法生效之前的行为,在判断行为是否超过追诉时效时,一律适用1997年刑法关于追诉时效的规定。“从新”原则的法律根据是1997年《刑法》第12条关于追诉时效的规定;“从新”原则的理论基础是追诉时效制度的程序法属性。本文认为,“从新”原则的法律根据与理论基础都存在重大缺陷,因而缺乏正当性与合理性。

1.《刑法》第12条追诉时效条款的问题分析

我国《刑法》第12条的追诉时效条款主要存在两个问题:其一,《刑法》第12条追诉时效条款实际上是刑事立法的重大疏漏。比较1979年《刑法》第9条和1997年《刑法》第12条关于刑法溯及力的规定可以发现,二者都使用了“按照本法第四章第八节的规定应当追诉的”提法,但二者的立法背景和后果完全不同。在1979年刑法颁布实施之前,我国没有刑法典,也就不存在追诉时效制度。如果1979年刑法不设置追诉时效的溯及力限制,大量发生于中华人民共

[10] 2020年2月23日南京市公安局官方微博“@平安南京”发布消息称:1992年3月24日,我市鼓楼区原则南京医学院发生一起残忍杀害在校女生林某的案件,造成很大社会影响。案发后,公安机关迅速调集精干警力,组成专案组全力开展侦破工作。因破案条件不足,凶手没有明确。28年来,专案组牢记使命,坚持盯案不放,采取多种措施,锲而不舍地持续攻坚。2020年2月23日,专案组侦查取得重大破案线索,于当日凌晨抓获犯罪嫌疑人麻某某,一举破获此案。平安南京,载微博,2020年2月23日上传, https://weibo.com/1972917825/IvzWaqzFD?filter=hot&-root_comment_id=0&-type=comment#_rnd1586652211250。

[11] 参见周凯东:《关于重大刑事案件追诉时效的若干思考》,载微信公众号“法律读库”,2020年2月28日上传。

[12] 同上注。

和国成立之后、1979年刑法颁布实施之前的行为,在1979年刑法颁布实施之后可能被置于无限期追诉的境地,因而1979年刑法规定追诉时效具有溯及力可以使已经超过追诉时效的行为不再被追诉。^[13]因此,适用1979年刑法规定的追诉时效符合刑法溯及力原则所蕴含的“有利于被告人”的精神。而1997年刑法颁布实施之时,1979年刑法已然存在,且1997年刑法关于追诉时效的规定要比1979年刑法严厉,不但将无限期追诉时间点从采取强制措施时提前到立案时,而且增加了被害人控告但因司法机关的原因应当立案而没有立案的也要无限期追诉的规定。因此,对于犯罪嫌疑人和被告人而言,适用1997年刑法追诉时效的规定要远远重于1979年刑法的规定,明显违背了刑法溯及力原则所蕴含的“有利于被告人”的精神。但1997年刑法修订时,立法机关似乎忽略了修订追诉时效延长规定对原有溯及力规定产生的影响。^[14]因此,《刑法》第12条追诉时效条款是刑事立法的重大疏漏,而“从新”原则实际上是对《刑法》第12条追诉时效条款所进行的文理解释,但由于刑法规范本身疏漏与错误的存在,仅仅根据其字面含义进行的文理解释并不能反映刑法条文的真实含义,“从新”原则所赖以存在的实定法基础存在重大缺陷,对疏漏立法进行文理解释结论的合理性也应予否定。

其二,《刑法》第12条追诉时效条款在内容上与罪刑法定原则相冲突。一方面,《刑法》第12条的追诉时效条款违反了禁止溯及既往的原则。现代罪刑法定原则要求禁止重法溯及既往,但不排斥有利被告人的溯及既往,根据可预测性原理,事后延长追诉时效的做法违反禁止事后法的原则。^[15]按照《刑法》第12条追诉时效条款的规定,对于发生在旧法施行期间的行为,其追诉时效的判断一律适用新法的规定,而新法关于无限期追诉的规定远远重于旧法,因此《刑法》第12条追诉时效条款直接违反了禁止重法溯及既往的原则。禁止溯及既往原则本来属于罪刑法定原则形式侧面的内容,主要目的是限制司法权,但现在禁止溯及既往原则也成为限制立法权的原则。^[16]因此,刑事立法上的溯及既往也是罪刑法定原则所不容许的。另一方面,《刑法》第12条的追诉时效条款违反了禁止处罚不当罚行为原则的要求。一般认为,禁止处罚不当罚行为是罪刑法定原则实质侧面的内容之一,其目的主要在于限制立法权,反对恶法亦法,是实质法治的表现。^[17]如果严格执行《刑法》第12条追诉时效的规定,将导致根据旧法已经超过追诉时效的行为被重新追诉,由此导致的最大问题是:在连续、稳定的法秩序中,根据有效法律已经消灭的刑事责任可能因同一部法律的修订而再次产生。^[18]由此可见,根据旧法已经超过追诉时效的行为属于不应当处罚的行为,虽然立法者有权通过法律规定处

[13] 参见张波:“论追诉时效的溯及力”,《北京航空航天大学学报(社会科学版)》2008年第2期,第51页。

[14] 参见何伯杰、徐俊驰:“刑法追诉时效的规定应否溯及既往”,《人民检察》2010年第11期,第50页。

[15] 张明楷,见前注[1],第50—51页。

[16] 张明楷,见前注[1],第50—51页。

[17] 张明楷,见前注[1],第48页。

[18] 何伯杰等,见前注[14],第50页。

罚此类行为,但对此类行为的处罚缺乏实质的合理性,违反了罪刑法定原则禁止处罚不当罚行为的要求,应予否定。

2.我国的追诉时效制度在性质上属于实体法规范

我国刑法学界有部分学者认为,追诉时效是一项刑事程序法制度,根据“实体从旧、程序从新”的原则,追诉时效的溯及力应当适用“从新”原则,^[19]本文不同意这种观点。本文认为,我国的追诉时效制度在性质上不属于程序法而属于实体法,理由如下:第一,从形式上看,追诉时效制度的概念的立法归属是其学科属性的法律基础,立法者将追诉时效制度规定在刑法中,“追诉”就是一个实体法概念;立法者将追诉时效制度规定在刑事诉讼法中,“追诉”就是一个程序法概念,不能脱离追诉时效制度的立法基础来讨论其学科归属问题。^[20]正如徐国栋教授所指出的:在追诉时效学科归属问题上,采用实体法说的国家绝大多数,只有法国、日本、巴西、土耳其、埃及、比利时等国家采用程序法说。^[21]我国的追诉时效制度规定于刑法中,“追诉”一词是刑法中的专有概念,而非刑事诉讼法中的概念,在刑事诉讼法中不使用“追诉”之类的抽象概念,而代之以“立案”“侦查”“起诉”“审判”等具体概念。因此,我国“追诉”概念的学科归属应当是刑法或者实体法而不是诉讼法或者程序法。

第二,有学者认为,法律制度的部门法属性取决于其法律后果,追诉时效实际上相当于一项法定不起诉事由。^[22]该论者的观点与追诉时效客体的确定密切相关。关于追诉时效制度的客体,理论上有不同的学说,包括“公诉权说”“犯罪说”“刑事责任说”和“部分刑事责任说”,^[23]我国有学者认为我国追诉时效的客体是公诉权或者起诉权,时效完成意味着公诉权消灭,时效未完成标志着检察机关可以提起公诉,^[24]认为追诉时效相当于法定不起诉事由实际上是将追诉时效的客体定位于公诉权。本文不同意这种观点。首先,不能将“追诉”理解为“起诉”,将“追诉”理解为起诉其实是对“追诉”概念的限缩解释,但这种限缩解释并不合理。“追诉”应当理解为“追诉刑事责任”,其过程包括立案、侦查、起诉和审判,“起诉”只是“追诉”的环节之一,将“追诉”限缩解释为“起诉”在逻辑上犯了“以偏盖全”的错误。其次,追诉时效客体的实定法基础是一国现行的法律规定,并且可以随着法律规定的变化而变化。如《意大利刑法典》第157条规定,时效使犯罪消灭,其追诉时效的客体是犯罪;《西班牙刑法典》第157条规定追诉时效是刑事责任消灭的原因之一,其追诉时效的客体是刑事责任;而法国人一开始认为追

[19] 袁国何,见前注[2],第54页;曲新久:“论从旧兼从轻原则”,《人民检察》2012年第1期,第7页。

[20] 参见柳忠卫:“追诉期限终点的法教义学解释”,《法学》2020年第2期,第39页。

[21] 参见徐国栋:“论《惩治通奸的优流斯法》秉承的追诉时效制度及其近现代流变”,《法学家》2013年第2期,第142页。

[22] 袁国何,见前注[2],第59页。

[23] 徐国栋,见前注[21],第141—142页。

[24] 参见高铭暄、马克昌:《刑法学》(第七版),北京大学出版社、高等教育出版社2016年版,第305页;曲新久:“追诉时效制度若干问题研究”,《人民检察》2014年第17期,第7页。

诉时效的客体是犯罪,因而将追诉时效制度规定在刑法典中,后来又认为追诉时效的客体是公诉权,因而把追诉时效制度规定在刑事诉讼法中。^[25]我国革命根据地时期的刑事立法虽然曾经将追诉时效的客体规定为公诉权的消灭,但自1950年《刑法大纲草案》第31条“追诉权的时效”就确定了我国追诉时效的客体是追诉权而不是公诉权,^[26]如果立法者想将追诉时效的客体确定为公诉权就不会使用追诉权的概念,因为两者的涵义毕竟有着很大的不同。以后的历次刑法草案和两个刑法典对追诉时效的规定虽然有所简化,但基本上都遵循了第一个刑法大纲草案的精神,将追诉时效的客体确定为追诉权。因此,认为我国追诉时效客体是公诉权的观点是没有根据的。既然根据我国刑法的规定追诉权并非公诉权,将追诉时效理解为法定不起诉事由就没有法律根据。再次,追诉时效的经过对于司法机关和行为人而言具有不同的意义:对于司法机关来说追诉时效的经过意味着追诉权的丧失,对于行为人来说则意味着刑事责任的消灭。从法律后果的角度而言,追诉时效经过的法律后果就是行为人刑事责任的消灭。因为在法理学上,法律后果是与法律责任相关联的一个概念,我国法理学界一般将法律责任理解为违法行为所引起的不利后果,^[27]法律后果的承担者是实施了违法行为的行为人而不是国家权力机关,追诉时效的消灭虽然引起了国家追诉权的丧失,但这并非追诉时效消灭的法律后果,而是追诉时效本质对国家刑罚权发动的限制。因此,即使如该论者所言将法律制度的法律后果作为划分部门法属性的根据,追诉时效制度的法律后果也是行为人实体刑事责任的消灭而不是国家追诉权的丧失,追诉时效制度应该归属于实体法而不是程序法。最后,正如该论者所言,追诉时效的消灭不能影响不法与罪责的自体,只是例外地取消了司法机关作出肯定性的不法、罪责判断与定罪处刑的权限,但这些权限本身解决的就是定罪量刑的实体问题,权限的取消影响的恰恰是行为人的实体性权利而非程序性利益,权限取消的后果更是行为人刑事责任的消灭。因此,从该论者的视角分析,追诉时效制度也无法归属于程序法而应当归属于实体法。

第三,即使承认追诉时效制度的程序法属性,也难以以为“从新”原则提供理论根据。我国刑事诉讼法并没有时间效力的规定,而2015年修订的《立法法》第93条却将“不溯及既往”作为法律适用的一般原则。因此,即使将追诉时效条款理解为程序法规范,也不能突破立法法的规定溯及既往,“程序从新”的提法不但因缺乏实定法的根据而难以以为“从新”原则提供理论支持,反而应当根据立法法的规定予以否定。

(二)“从新兼从旧”原则之批判

“从新兼从旧”原则是2018年前后由司法实务工作者提出的一种追诉时效的判断方法,其

[25] 徐国栋,见前注[21],第142—143页。

[26] 1950年《刑法大纲草案》第31条“追诉权的时效”曾经规定:“犯罪自犯罪成立之日起……;经下列期间未经侦查审判者,追诉权的消灭时效完成,不得追诉……。”参见高铭暄、赵秉志编:《新中国刑法立法文献资料选编(上)》,中国人民公安大学出版社1998年版,第145页。

[27] 参见张文显主编:《法理学》(第二版),高等教育出版社、北京大学出版社2003年版,第143页。

初始形态可以表述为“从旧兼从轻原则+从新原则”。〔28〕2019年另有司法实务工作者将“从旧兼从轻原则+从新原则”由一种追诉时效的裁判方法升格为追诉时效溯及力的适用原则,命名为“从新兼从旧原则”,并进行了理论论证。〔29〕本文认为,“从新兼从旧”原则将根据旧法超过追诉时效且不具备延长时效事由的行为排除在新法的溯及力范围之外是遵循了“法不溯及既往原则”的要求,具有合理性,但根据该原则仍然有部分行为被不当划入新法的追诉范围,违反了“法不溯及既往原则”和“禁止处罚不当罚行为原则”的要求,其对罪刑法定原则的坚守具有不彻底性和片面性,应当否定。

1.“从新兼从旧原则”不当前移了追诉期限计算的时间基准

根据“从新兼从旧原则”,对于发生在1997年刑法实施之前的行为,到1997年刑法生效之际根据1979年刑法的规定没有超过追诉期限或者虽然超过追诉期限但存在时效延长事由的,应当根据1997年刑法判断行为是否已经超过追诉时效。〔30〕本文不同意这种观点。根据刑法溯及力的一般原理,无论采用何种溯及力原则,判断刑法溯及力的时间基准有两个:即行为时和裁判时。具体到追诉时效溯及力的判断,其起始时间应当是犯罪之日或者犯罪行为终了之日;其终止时间应当是裁判时,鉴于追诉时效问题的特殊性,在此可“裁判时”解释为“司法机关开始追诉时”,因为只有司法机关开始追诉时才需要考虑是行为是否已经超过追诉期限的问题。刑法生效时间是判断新法与旧法效力范围重要根据,对于法不溯及既往原则的贯彻具有重要意义,但新法生效并不具备终止追诉时效期限的功能,新法生效时间也不等同于追诉期限终止时间,将新法生效之日作为追诉期限终止的时间点,实际上是对新法生效时间功能的误用和异化,既缺乏正当根据也没有合理性。需要特别指出的是,将“裁判时”扩张解释为“司法机关开始追诉时”并不等同于赞同“立案时说”的观点,〔31〕将立案作为追诉期限的终点,而是将立案时作为追诉期限计算的暂时的观察点,即行为是否超过追诉期限的判断应当从犯罪之日或者犯罪行为终了之日至少计算到司法机关立案之日,只有在司法机关立案之日行为没有超过追诉期限才可以继续追诉。按照“从新兼从轻原则”判断追诉期限,实际上将追诉期限计算的起点从立案时前移到新法生效时,由此导致至1997年刑法生效时没有超过追诉期限但至司法机关立案时超过追诉期限的行为被追诉;或者按照旧法追诉时效的规定不应当追诉但按

〔28〕“从新兼从旧”原则的主要观点是:对于发生在1997年刑法实施之前的行为,首先根据1979年刑法的规定,审查在1997年刑法实施前是否已过追诉期限及是否存在时效延长事由。如果已过追诉期限且不存在时效延长事由的,则不予追诉;如果未过追诉期限或者虽过追诉期限但存在延长事由的,则需要根据1997年刑法的时效规定作进一步的判断。聂昭伟,见前注〔4〕,第41-42页。

〔29〕魏炜,见前注〔4〕。

〔30〕聂昭伟,见前注〔4〕,第41页。

〔31〕我国刑法明确规定了追诉期限起算的时间基准,即犯罪之日或者犯罪行为终了之日;但没有规定追诉期限终止的时间基准,对此刑法理论和司法实务有“立案时说”“起诉时说”“审判时说”和“审判终结时说”,笔者支持“审判终结时说”。柳忠卫,见前注〔20〕,第42页。

照新法规定却应当追诉的情形一并予以追诉,由此人为扩张了刑事追诉的范围,不当侵犯了犯罪嫌疑人和被告人的人权与自由,应予否定。

2.“从新兼从旧原则”错误借用了“跨法犯”的溯及力判断规则

持“从新兼从旧原则”观点的学者认为,由于犯罪行为的追诉期限跨越新旧两法,从而使其具有了“跨法犯”的特殊性。因此,对于1997年刑法施行以后,根据1979年刑法规定未过追诉时效的行为,由于追诉时效已经自然延伸到新法管辖的“领地”,时效的认定和处理要适用1997年刑法新的规定。^[32] 本文认为在追诉时效的判断问题上借用“跨法犯”的判断规则并不妥当。一般认为,跨法犯是指行为自旧法施行期间开始实施并继续或者连续到新法施行以后的犯罪形态。对于跨法犯的处理,我国学界和司法实务比较一致地认为新法具有溯及力,其根据在于由于行为继续或者连续到新法实施以后,可以视为在新法施行期间犯罪而适用新法,《刑法》第89条第1款与相关司法解释^[33]也支持这一结论。但追诉时效溯及力的判断与跨法犯溯及力的判断具有不同的结构与内容,因而难以借用跨法犯的判断规则。一方面,二者行为所处的状态不同。行为是刑法溯及力判断的核心要素,行为所处的状态不同,其溯及力判断的规则应当有所区别。跨法犯溯及力判断中的行为是处于新法效力范围内的行为,因而对于自旧法开始继续或者连续到新法施行后的行为适用新法具有自然的正当性。而追诉时效溯及力判断中的行为发生于旧法施行期间,行为本身与新法没有关联,对此适用旧法具有自然的正当性,将新法适用于其效力范围之外的行为需要特别的根据和理由,但持“从新兼从旧原则”观点的学者并没有提供相应的理由以证明这种适用的正当合理性。另一方面,二者判断的时间基点不同。跨法犯行为溯及力判断的时间基点是1997年刑法生效之日,新法生效意味着旧法效力的结束和新法效力的开始,行为继续或者连续到新法生效之时同时也意味着行为进入了新法的效力范围,适用新法具有正当性、合理性。但1997年刑法生效并没有终止追诉时效期间的继续,在不存在旧法规定的不受追诉期限限制的情形下,直到司法机关介入即立案时才会考虑追诉期间的计算问题,因而1997年刑法生效时间对于追诉时效期限的计算没有意义。由此可见,将跨法犯溯及力的判断规则套用到追诉时效溯及力的判断上虽然是一种很有创意的想法,但由于二者在行为状态和时间基点上的根据差异,其结果可能导致处罚范围的不当扩张和对禁止溯及既往原则的违反,因而其结论的妥当性具有很大的商榷余地。

3.“从新兼从旧原则”所依赖的实定法基础缺乏正当合理性

持“从新兼从旧原则”观点的学者认为,2014年7月17日全国人大法工委作出的《对刑事

[32] 魏炜,见前注[4]。

[33] 1998年12月2日最高人民检察院通过的《关于对跨越修订刑法施行日期的继续犯罪、连续犯罪以及其他同种数罪应如何具体适用刑法问题的批复》(以下简称《批复》)作了如下规定:对于开始于1997年9月30日以前,继续到1997年10月1日以后终了的继续犯罪,应当适用修订刑法一并进行追诉。这一处理原则与《刑法》第89条第1款所规定的追诉原则是一致的。

追诉期限制度有关规定如何理解适用的答复意见》(以下简称《法工委答复》)和 2017 年 2 月 13 日最高人民法院《关于被告人林少钦受贿请示一案的答复》(以下简称《受贿案答复》)是“从新兼从旧”原则的实定法基础,可以为该原则的正当合理性提供法律根据。^{〔34〕} 本文认为,《法工委答复》和《受贿案答复》无论在形式上还是在实质上都存在严重问题,难以为“从新兼从旧原则”提供实定法支撑。

(1)《法工委答复》^{〔35〕}的问题分析。一方面,从形式上看,虽然 2015 年《立法法》第 64 条明确规定全国人大常委会工作机构可以对有关具体问题的法律询问进行答复并报常委会备案,但法工委并非适格的立法解释主体,备案也并不意味着法律答复获得了强制适用和普通适用的效力,因而法律答复并非规范意义上的立法解释,其准确的定位应当是由立法机关工作机构作出的比较贴近立法原意的学理解释。^{〔36〕} 既然如此,《答复》只是与“从新兼从旧原则”观点相近的一种理论解释,但并不具有立法解释的规范地位与法律效力,因而难以成为“从新兼从旧原则”的法律根据。另一方面,从实质上看,《答复》存在内容上的含混与逻辑上的错乱,其根源在于对其中“被害人及其家属在 1997 年后刑法规定的时效内提出控告的”可以有不同的解读。“1997 年后刑法规定的时效内”可以理解为“新刑法规定的时效内”,如此解释符合《答复》的本来目的,因为该《答复》的根据是《刑法》第 12 条的追诉时效规定,实际上是对该规定的解释,因而如此解释也与《刑法》第 12 条所体现的“从新”原则相一致。但对“1997 年后刑法规定的时效内”作如此解释是完全没有必要的,因为这是《刑法》第 12 条追诉时效规定本来涵义;更没有必要加上“应当适用《刑法》第 88 条第 2 款的规定,不受追诉期限限制”的表述,因为适用新法的追诉时效规定当然包括第 88 条第 2 款的规定。由此可见,将“1997 年后刑法规定的时效”解释为“新法规定的追诉时效”虽然契合了《刑法》第 12 条追诉时效的规定,但由于其内容属于对刑法条文的同义反复而缺乏解释必要性,因而此种解释是不合理的。为此,持“从新兼从旧原则”观点的学者提出了另外一种解释方案,即将“1997 年后”解释为“1997 年刑法生效后”,将“刑法规定的时效”解释为“1979 年刑法规定的时效”,并据此将《答复》的内容进一步解释为:“对于 1997 年前发生的行为,被害人及其家属在 1997 年刑法生效后提出控告,按照 1979 年刑法规定的追诉时效没有超过追诉期限的,应当适用《刑法》第 88 条第 2 款的规定,不受追诉时效的限制。”^{〔37〕} 如此解释固然可以使《答复》的内涵与“从新兼从旧原则”的观点相一致,但完全违反了《答复》出台的初衷与目的。本文认为,《答复》初衷与目的是对《刑法》第 12 条的追诉时效规定进行文理解释,以明确其适用范围,但持“从新兼从旧原则”观点的学者则对

〔34〕 魏炜,见前注〔4〕。

〔35〕 由于本部分《法工委答复》使用频率较高,为了论述的方便,本文在此再次将《法工委答复》缩略为《答复》。

〔36〕 参见李丽平:“论法律询问答复的性质”,《知与行》2017 年第 7 期,第 78—79 页。

〔37〕 魏炜,见前注〔4〕。

《答复》进行了限缩解释,即将1997年刑法生效之前按照1979年刑法已经超过追诉期限的行为排除在新法的适用范围之外。这种解释当然具有实质上的合理性,但却并不符合《答复》出台的初衷与目的。因为《答复》既然是对《刑法》第12条追诉时效规定的文理解释,则解释结论必须被刑法条文的字面涵义所涵摄。而无论对《刑法》第12条追诉时效规定的字面含义如何扩张,都无法包括适用1979年刑法追诉时效规定的内容。从这个角度来说,《答复》同样无法作为“从新兼从旧原则”的法律根据。

(2)《受贿案答复》^[38]的问题分析。首先,《答复》本身并非正式的司法解释。2007年最高人民法院《关于司法解释工作的规定》将我国司法解释的法定形式限定为“解释”“规定”“批复”“决定”四种。虽然有观点认为《答复》属于“准司法解释性文件”,且在司法实践中《答复》在实际上僭取了司法解释的地位并大行其道,但“准司法解释性文件”不是司法解释,其在最高人民法院被广泛应用也并不能证明其合理性,更不能为其存在提供任何正当的根据。因此,《答复》并非法定的司法解释形式,不具有普遍的适用效力,其对于个案的回复也不能扩张适用到其他案件及至所有的案件,这是法治原则在司法解释效力问题上最基本的要求。^[39]其次,《答复》所体现的追诉时效溯及力原则与“从新兼从旧”不同。根据《答复》的规定,依据立案侦查时的法律规定未过追诉时效且已经进入诉讼程序的案件,在新的法律规定生效后应当继续审理。《答复》适用的追诉时效溯及力原则实际上是“从旧原则”,既排斥新法的适用也排斥轻法的适用,根据《答复》的规定完全没有“新法”适用的空间。而“从新兼从旧原则”是以“从新”为主,附带考虑“从旧”,因而《答复》与“从新兼从旧原则”在能否适用“新法”的问题是矛盾和对立的。最后,根据“从新兼从旧原则”确定的追诉范围与根据《答复》所确定的追诉范围有着很大的差异性。一方面,《答复》规定的追诉期限终止的时间节点与“从新兼从旧原则”不同。根据《答复》的规定,立案是追诉期限计算最终的时间节点,而“从新兼从旧原则”则是把“1997年刑法生效时间”作为追诉期限计算最终的时间节点。除了1997年刑法生效当天立案的案件以外,“立案时”与“1997年刑法生效时”总有一个时间差,而这个时间差则决定了根据《答复》规定的追诉范围要远远小于根据“从新兼从旧原则”确定的追诉范围。另一方面,根据“从新兼从旧”原则,在新法变化导致追诉期限缩短时,会将部分行为人排除在追诉范围之外,而这部分行为人根据《答复》的规定是应当追诉的。从这个角度看,根据“从新兼从旧原则”确定的追诉范围又会小于根据《答复》确定的追诉范围。因而在追诉范围上,二者虽然都会将根据旧法规定超过追诉期限的行为排除在追诉范围之外,但同时都存在根据《答复》规定应当追诉而根据“从新兼从旧原则”却不应追诉或者相反的情形,由此决定了两者在追诉范围上缺乏重合性,因而《答复》无法为“从新兼从旧原则”提供根据。

[38] 同样是因为《受贿案答复》在本部分的使用频率较高,本文在此同样将《受贿案答复》缩略为《答复》。

[39] 柳忠卫,见前注[20],第38—39页。

三、追诉时效溯及力“从旧兼从轻”原则之证成

(一)“从旧兼从轻”原则是罪刑法定原则在刑法溯及力问题上的规范表达

罪刑法定原则是我国刑法明文规定的基本原则,我国刑法理论也没有争议地认为,刑法基本原则是指贯穿全部刑法规范、具有指导和制约全部刑事立法和司法意义,并体现我国刑事法治的基本精神的准则,^[40]而“从旧兼从轻”原则是罪刑法定原则在刑法溯及力问题的具体化与规范表达。“从旧兼从轻”原则中“从旧”是指在新刑法适用发生冲突时适用旧法即行为时法,目的是限制新法的溯及适用,体现的是禁止溯及既往原则;“从轻”是指在新法处刑轻于旧法时允许新法溯及既往,体现的是有利于被告人的原则。现代罪刑法定原则虽然禁止溯及既往,但不禁止有利于被告人的溯及既往,同时也不禁止有利于被告人的类推,因而可以认为有利于被告人也是现代罪刑法定原则的重要内容。“从旧兼从轻”原则同时兼顾了“禁止溯及既往”原则与“有利于被告人”原则的内涵,是最准确体现罪刑法定原则内涵与精神的刑法溯及力原则。相比较而言,其他的刑法溯及力原则或者是违反了罪刑法定原则,如“从新”原则;或者只是部分体现了罪刑法定原则,如“从旧”原则和“从新兼从轻”原则。“从新”原则对于发生于旧法施行期间的行为全然不顾新法与旧法处刑的轻重一律适用新法,既违反了“禁止溯及既往”原则又违反了“有利于被告人”原则;“从旧”原则只顾及了“禁止溯及既往”原则而忽视了“有利于被告人”原则;“从新兼从轻”原则只考虑了“有利于被告人”原则而抛弃了“禁止溯及既往”原则。由此可见,除了“从旧兼从轻”原则之外,刑法溯及力的其他三个原则都不同程度地违反了罪刑法定原则,只有“从旧兼从轻”原则实现了对罪刑法定原则的全面坚守,因而成为罪刑法定原则在刑法溯及力问题上最准确的规范表达。

有学者认为,追诉时效不受罪刑法定原则约束,在犯罪后不利于被告人地修订追诉时效规定,不违反罪刑法定原则。^[41]本文不同意这种观点,理由如下:首先,作为我国刑法明文规定的首要的基本原则,罪刑法定原则的适用范围是刑法规范的整体,刑法典中的所有刑法制度都要受罪刑法定原则的制约。追诉时效规范作为我国刑法规范的重要组成部分,应当遵循罪刑法定原则,追诉时效规范的溯及力也必须服从“从旧兼从轻”原则的制约,这既是罪刑法定原则的内在要求,也是追诉时效规范的本体需要,除非将追诉时效规范排除在我国刑法规范之外。认为追诉时效规范可以游离于罪刑法定原则规制范围之外的观点是对罪刑法定原则的刑法体系性地位和功能的误读,不具有合理性。其次,论者的观点自相矛盾。该论者一方面肯定追诉时效不受罪刑法定原则约束,可以溯及既往;另一方面又认为根据信赖保护原则,恶化国民现

[40] 参见高铭暄、马克昌:《刑法学》(第九版),高等教育出版社、北京大学出版社2019年版,第22页;张明楷,见前注[1],第43页。

[41] 袁国何,见前注[2],第64—67页。

在享有的法律状态的犯罪行为后不利于被告人地修订追诉时效规定属于真正的溯及既往,应当禁止。^[42]问题是信赖保护原则与罪刑法定原则是何关系?能否以信赖保护原则排斥罪刑法定原则的适用?在德国,罪刑法定原则与信赖保护原则在宪法上具有同等的地位。从适用范围来看,信赖保护原则主要适用范围于行政法,甚至可以突破合法行政原则这一行政法领域帝王条款的约束;^[43]但在刑法领域,目前没有理论或者判例表明信赖保护原则可以突破或者替代罪刑法定原则,在罪刑法定原则与信赖保护原则具有同等宪法地位的情况下,应当优先适用罪刑法定原则而排斥信赖保护原则的适用。虽然德国追诉时效制度在特殊情况下确实可以溯及既往,但其正当性不是来自于信赖保护原则,而是追诉时效制度的部分程序法属性。但德国的法律规定并不能适用于中国,德国宪法法院的判例及观点也不能作为论证中国追诉时效制度是否具有溯及力的根据。至少在目前阶段,^[44]信赖保护原则并非中国宪法上的基本原则甚至不是宪法原则,而只是行政法的基本原则之一。^[45]鉴于行政违法与刑事不法在构成要素以及证明标准上的明显差异性,应当禁止信赖保护原则适用于刑法当中,更不能以信赖保护原则替代罪刑法定原则,因而信赖保护原则在中国刑法领域没有适用的空间。最后,该论者将溯及既往区分为“真正的溯及既往”和“不真正的溯及既往”,并认为根据信赖保护原则,真正的溯及既往因恶化了国民现在享有的法律状况而不被允许,不真正的溯及既往因没有恶化国民现在享有的法律状况而不受禁止。本文认为,其一,“溯及既往”所针对的事实应当是行为人的行为,发生于旧法实施期间的行为应当属于过去的、已经结束的事实,从这个角度看,即使适用信赖保护原则,新法追诉时效溯及到旧法期间的行为也已与该原则的精神相悖。其二,论者判断是否违反信赖保护原则的标准是新法的适用是否会导致国民现在享有的法律状况的恶化,这也是区分“真正的溯及既往”和“不真正的溯及既往”的核心标准。比较1979年《刑法》第77条和1997年《刑法》第88条可以发现,适用新法比适用旧法会对行为人造成更为不利的法律后果,部分行为根据旧法的规定不需要追诉而根据新法的规定却在追诉范围之内,适用新法肯定恶化了行为人现在享有的法律状况,因而即使按照信赖保护原则也是需要禁止的。

[42] 袁国何,见前注[2],67—68页。

[43] 参见展鹏贺:“德国公法上信赖保护规范基础的变迁——基于法教义学的视角”,《法学评论》2018年第3期,第135页。

[44] 之所以如此表述,是因为法治的发展是一个过程,而宪法应当具有哪些基本原则,或者说哪些原则应当成为宪法的基本原则,主要取决于制定者对制宪目的的共同认识,以及一个国家需要通过宪法解决这个国家的最基本的问题。或许当中国的法治进程发展到一定的阶段,制宪者认为需要将信赖保护原则确立为宪法原则,此时信赖保护原则与罪刑法定原则的关系应当重新考虑与定位。但在目前的情况下,信赖保护原则无法撼动罪刑法定原则在刑法中的地位,更不应当以信赖保护原则来否定罪刑法定原则的内涵。

[45] 参见姜明安:《行政法与行政诉讼法》(第七版),高等教育出版社、北京大学出版社2019年版,第75—76页。

(二)《刑法》第 12 条的规范(保护)目的^[46]是追诉时效溯及力“从旧兼从轻”原则的目的论解释根据

我国传统刑法理论一般把规范目的等同于立法目的,意指立法者在设定人们的行为模式和注意义务时所秉持的目的和意图。由于立法者立法时的目的是固定的,而社会是不断发展变化的,由此会出现立法者的目的因为时代的变迁而变得不合理,此时是固守立法目的还是根据时代变化确定规范目的就会成为困扰解释者的难题,这也是历史的法律解释(主观解释)和目的论解释(客观解释)争论的缘起。近年来,德国刑法中的规范目的保护理论被引入我国,成为目的解释论的重要工具,以规范保护目的为核心的目的解释日益受到关注。规范目的保护理论起源于德国,起初主要是用于交通过失犯的归责问题,后来发展为客观归责的下位规则之一,服务于结果犯的客观归责。^[47]目前我国学者对规范保护目的的研究也主要局限于这个层面,^[48]只有个别学者基于规范保护目的与目的解释的关联性,超越结果归责而将其作为目的解释的重要方法进行研究。^[49]但对于规范保护目的的适用范围,学者们观点又有所分歧,有的学者认为只能适用于分则个罪行为规范的解释,^[50]有的学者则认为可以适用于刑法总则具体规范的解释。^[51]本文认为,立足于目的解释的角度,规范保护目的不仅可以适用于刑法分则具体个罪的行为规范,而且可以适用于刑法总则的一般制裁规范,对于刑法典中的每个刑法条文都可以通过规范保护目的的探寻实现目的解释的功能。因此,探讨追诉时效的溯及力条款与《刑法》第 12 条规范保护目的的融洽性,可以为追诉时效溯及力“从旧兼从轻”原则的确证提供最基础的目的论解释根据。

关于规范保护目的确定方法,目前学界并没有形成统一的认识。但倡导将规范保护目的作为目的解释基准或者方法的学者都认为,应当通过文义解释、体系解释、历史解释等方法来明确刑法条文的规范保护目的,^[52]本文赞同并采用这种观点。前已论证,《刑法》第 12 条的追诉时效条款属于立法者的疏漏,因而通过文义解释无法明确法条的真实含义,由于刑法条文的真实含义与规范保护目的表里关系,由此也无法达成对规范保护目的的确证,因而本文在此不拟采用文义

[46] 本文在同等意义上使用“规范目的”与“规范保护目的”两个概念。

[47] 李波:“规范目的的保护理论”,《中国刑事法杂志》2015 年第 1 期,第 22 页。

[48] 参见周光权:“结果回避义务研究:兼论过失犯的客观归责问题”,《中外法学》2010 年第 6 期,第 871—884 页;陈璇:“论过失犯中注意义务的规范保护目的”,《清华法学》2014 年第 1 期,第 27—48 页;刘艳红:“规范保护目的与交通过失犯的成立”,《法学研究》2010 年第 4 期,第 133—148 页;梁根林:“‘醉驾’入刑后的定罪困扰与省思”,《法学》2013 年第 3 期,第 52—60 页;冯军:“论《刑法》第 133 条之 1 的规范目的及其适用”,《中国法学》2011 年第 5 期,第 138—158 页。

[49] 参见姜涛:“规范保护目的:学理诠释与解释实践”,《法学评论》2015 年第 5 期,第 107—117 页;李波,见前注[47]。

[50] 参见李波:“规范保护目的:概念解构与具体适用”,《法学》2018 年第 2 期,第 37 页。

[51] 姜涛,见前注[49],第 107 页。

[52] 李波,见前注[50],第 35—36 页。

解释的方法,而是试图通过体系解释与历史解释的方法寻找《刑法》第12条的规范目的。

从体系解释的角度看,根据规范目的保护理论,体系解释首先要考虑法体系内部的协调与融洽。1997年《刑法》第12条的规范结构在逻辑上可以分为两个部分:新旧刑法的适用和追诉时效的判断。从法条内容看,新旧刑法适用部分采用了“从旧兼从轻”原则,“从旧”是原则,体现的是罪刑法定原则法不溯及既往的要求;“从轻”是本质,体现的是有利于被告人的意蕴。新法只有在对被告人有利时才具有溯及力,在对被告人有利时甚至可以突破罪刑法定原则的禁止溯及既往的要求,1997年《刑法》第12条在追诉时效的判断上采用了“从新”原则,即在根据新法和旧法都构成犯罪的情况下,应当根据新法追诉时效的规定判断是否需要追诉,由此形成了追诉时效条款与法律适用条款的矛盾和冲突。在刑法溯及力规范中,法律适用规范是基本条款或者主要规范,追诉时效判断规范是补充条款或者次要规范,根据体系解释的一般原则,刑法解释要以基本规范为中心而不能以补充规范为中心。^[53]在基本条款与补充条款发生矛盾时,应当遵从根据基本条款得出的解释结论而排斥根据补充条款得出的结论,从这个意义上说,《刑法》第12条的追诉时效条款也应当采用“从旧兼从轻”的刑法原则。

根据规范目的保护理论,体系解释还要考虑规范本身与外部法律的相容性,特别是合宪性问题。我国《刑法》第12条规定的追诉时效条款与现行立法法的规定相抵牾。全国人大常委会2015年3月15日修正的《立法法》第93条规定:“法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章不溯及既往,但为了更好地保护公民、法人和其他组织的权利和利益而作的特别规定除外。”《刑法》第12条的追诉时效条款规定应当按照新法的追诉时效规范判断是否应当追诉,但如此处理将会使按照旧法不应当追诉的行为被追诉,并且这种追诉并非是为了更好地保护公民、法人和其他组织的权利和利益,反而恶化了被告人业已享有和确定的权利状态,违反了《立法法》规定的法律适用不得溯及既往的原则,因而司法者应当放弃《刑法》第12条追诉时效条款的适用。即使认为1997年刑法修订时并没有立法法,立法者对《刑法》第12条的追诉时效条款确实设立了“从新”原则,但随着2015年修正的立法法的出台和实施,立法者当时的立法目的也因为时代的变化和法律的变化而变得不合时宜,应当根据时代和法律的变化对《刑法》第12条的追诉时效条款作出新的解释,也只有“从旧兼从轻”原则才能契合《立法法》第93条的规定。

从历史解释的角度看,由于历史解释旨在探寻立法者最初放进法律之中的价值,重建立法愿意,因此对探寻规范保护目的来说最为有力,也最具有正当性。^[54]由于我国1997年刑法系从1979年刑法修改而来,因此,发现1979年《刑法》第9条刑法溯及力条款的规范保护目的对于1997年《刑法》第12条的规范保护目的的探寻具有重要的价值。一般认为,我国1979年刑法是在1963年10月9日《刑法草案(修正稿)(第33稿)》(以下简称《刑

[53] 张明楷,见前注[1],第37页。

[54] 李波,见前注[50],第36页。

法草案 33 稿》)的基础上制订的。^[55] 比较《刑法草案 33 稿》和 1979 年刑法关于追诉时效的规定可以发现两个主要差别:^[56]一是前者对解放前的反革命分子,如果罪行严重的,或者解放后经宽大处理没有判处刑罚而又犯反革命罪或者窝藏反革命分子的,规定予以追诉。而在 1979 年刑法中考虑到现在的新情况:国内大陆上的反革命已肃清的差不多了;对于尚待回归祖国的地区,党和国家专有政策,因而删去了上述规定。二是前者规定解放后反革命罪的,规定不受追诉期限的限制。修订中认为反革命罪与普通刑事犯罪虽然性质上有区别,但都是刑法上规定的犯罪;规定时效不仅对普通刑事犯罪有意义,对反革命罪也是有意义的,不能把反革命罪排除在时效之外,因此这个规定也删除了。从 1979 年刑法追诉时效规范的变化可以看出,1979 年《刑法》第 9 条刑法溯及力条文中“依照本法第四章第八节的规定应当追诉的”不是为扩大处罚范围或者加重行为人的责任,而是为了限制追诉范围,把历史上有过犯罪行为但根据现行刑法规定已经超过追诉时效的行为排除在追诉范围之外,防止他们因为追诉时效不明确而被置于永久追诉的境地。因此,1979 年《刑法》第 9 条刑法溯及力规范中的追诉时效条款的规范保护目的与第 9 条本来的规范保护目的是一致的,即保护行为人不因法律的变化而受到不当追诉或者更重的处罚。1997 年刑法修订时距离 1979 年刑法颁布实施已然过去了 18 年,改革开放政策的实施确实使我国的政治、经济和社会现状发生巨大的变化,但 1979 年《刑法》第 9 条的规范目的并未因这些变化而失去其现实基础。因此,1997 年《刑法》第 12 条的规范目的是对 1979 年《刑法》第 9 条规范目的的继承,从两者条文几乎完全一致的文字表述看立法者也没有改变刑法溯及力原则的意图,而目前刑法理论界没有争议地认为 1979 年刑法和 1997 年刑法在溯及力问题上都采用了“从旧兼从轻”原则。^[57] 既然如此,1997 年《刑法》第 12 条中的“按照本法第四章第八节的规定应当追诉的”规范目的应当与 1979 年《刑法》第 9 条的相同规定是一致的,即都是为了限制处罚范围和保护被告人利益,而不可能是扩大追诉范围和加重被告人的处罚。

综上所述,本文认为,《刑法》第 12 条的规范保护目的在于:在新旧刑法交替时排除重法的适用,避免因法律的更替对行为人带来不利后果,以最大限度地保护行为人的利益。因此,《刑法》第 12 条的规范保护目的也可以概括为“有利于被告人”或者“保护被告人利益”。《刑法》第 12 条的规范保护目的排斥追诉时效规范的溯及力,追诉时效“从旧兼从轻”的溯及力原则与《刑法》第 12 条的规范保护目的具有高度的融合性与契合度。

(三)《时间效力规定解释》通过补正解释的方法确认了追诉时效“从旧兼从轻”的溯及力原则

如前所述,1997 年《刑法》第 12 条的追诉时效条款属于刑事立法上的疏漏,一般认为,对于立法漏洞的填补有两种方式:一是修改法律,二是对该条款进行补正解释。在目前国家立法

[55] 参见高铭暄:《中华人民共和国刑法的孕育和诞生》,法律出版社 1981 年版,第 4 页。

[56] 同上注,第 123 页。

[57] 高铭暄,见前注[55],第 32 页;张明楷,见前注[1],第 76 页。

机关没有修改法律的情况下,对该条款进行补正解释是填补法律漏洞的最佳选择,而最高人民法院《时间效力规定解释》第1项就是对《刑法》第12条追诉时效制度溯及力规定法律漏洞的补正解释。一般认为,补正解释是指在刑法文字发生错误时,统观刑法全文加以补正,其核心在于纠正刑法文字表述错误和体系安排错误,以阐明法条的真实含义。^[58]从解释方法的角度看,文理解的适用应当具有优先性,只有文理解的结论不合理才可以进一步适用论理解释。从文理解释的角度看,“从新”原则是最符合《刑法》第12条追诉时效条款字面涵义的解释,如果成文法主义是罪刑法定原则的唯一内容,则“从新”原则对《刑法》第12条追诉时效条款的解释结论无疑是正确的。但罪刑法定原则的内容除了成文法主义还有禁止溯及既往、刑罚法规内容适中,“从新”原则虽然契合了成文法主义的要求,不过违反了禁止溯及既往等内容的要求,因而“从新”原则根据刑法条文本身所作的文理解释并不合理,有必要进行进一步的论理解释,而补正解释在分类上应当归属于论理解释。^[59]

根据《时间效力规定解释》第1项的规定,对于1997年9月30前实施的犯罪行为,司法机关立案以后采取强制措施之前,行为人逃避侦查或者审判的超过追诉时效的;或者被害人在追诉期限内提出控告,司法机关应当立案而没有立案的从而超过追诉时效的,不适用1997年《刑法》第88条无限期追诉的规定,而是应当按照超过追诉时效的规定不予追诉。比较1979年刑法和1997年刑法追诉时效规范的结构可以发现,两者除了“不受追诉期限限制”条款外,其他内容完全一致。由于1979年刑法关于“不受追诉期限限制”的规定比1997年刑法更为宽缓,适用1979年刑法追诉时效的规定就同时兼顾了“从旧”和“从轻”两个要素,由此可以认为1997年《时间效力规定解释》第1项关于追诉时效的溯及力采用了“从旧兼从轻”的刑法原则,从而合理弥补了1997年《刑法》第12条关于追诉时效溯及力规定的疏漏。但由此可能引发的问题是:1997年《时间效力规定解释》关于追诉时效溯及力的规定与1997年《刑法》第12条的规定不一致甚至完全背离,是否违反罪刑法定原则?本文持否定回答。前文已述,1997年《刑法》第12条关于追诉时效溯及力的规定违反罪刑法定原则和刑法溯及力原则的规范目的,如果本文前述对1997年《刑法》第12条关于追诉时效溯及力的规定的分析具有合理性,则仅仅从逻辑上讲,1997年《时间效力规定解释》关于追诉时效溯及力的规定就不可能违反罪刑法定原则。道理很简单,因为1997年《时间效力规定解释》关于追诉时效溯及力的规定是对1997年《刑法》第12条关于追诉时效溯及力规定的否定,从而事实上是将追诉时效溯及力问题重新纳入了罪刑法定原则的轨道。1997年

[58] 张明楷,见前注〔1〕,第42页。

[59] 张明楷教授认为,传统的文理解释与论理解释的分类能容纳的解释方法非常有限,因而将各种解释方法分类为解释理由和解释技巧,根据这种分类方法,补正解释属于解释技巧的范畴。张明楷,见前注〔1〕,第33—42页。本文在此仍然采用传统的区分方法,将根据刑法条文的字面含义所作的解释称为文理解释,超出刑法条文字面含义的解释称为论理解释,并坚持文理解释优先的原则。

《时间效力规定解释》通过排除 1997 年《刑法》第 88 条对 1997 年 9 月 30 日之前行为的适用,合理限制了不利于被告人条款的适用范围,真正体现了刑法溯及力原则的规范目的,正确阐明了刑法条文的真实含义,有力保证了罪刑法定原则的贯彻实施。

四、追诉时效“从旧兼从轻”溯及力原则的适用

(一)追诉时效“从旧兼从轻”溯及力原则适用的一般规则

1. 刑法溯及力判断应当优先于追诉时效的判断

关于刑法溯及力判断与追诉时效判断的先后顺序问题,学界主要有两种观点,一种观点认为应当先判断刑法溯及力再判断追诉时效,另一种观点则认为应当先判断追诉时效再判断刑法溯及力。^[60] 本文主张第一种观点,理由如下:一方面,《刑法》第 12 条刑法溯及力规范的法定功能是确定具体案件所应当适用的法律规范,追诉时效规范的法定功能是确定对具体行为是否应当追诉。从逻辑层次上看,刑法溯及力规范是基本条款,追诉时效规范是补充条款,追诉时效规范应当从属于刑法溯及力规范,只有根据刑法溯及力规范确定了应当适用的法律规范后,才能确定应当适用的追诉时效规范。另一方面,根据《刑法》第 12 条的规定,对于中华人民共和国成立以后本法施行以前的行为,如果当时的法律不认为是犯罪的,适用当时的法律。《刑法》第 12 条的此项规定表明:对于 1997 年《刑法》生效前的行为,应当首先根据旧法判断行为是否构成犯罪,如果根据旧法规定行为不构成犯罪,则直接适用旧法做无罪处理。《刑法》第 12 条的上述规定也证明了刑法溯及力的判断要先于追诉时效的判断:行为是否构成犯罪的判断及其法律适用问题本身就是刑法溯及力判断的组成部分,行为是否构成犯罪的判断是追诉时效判断的前提,只有根据旧法规定行为构成犯罪的前提下才可能进一步判断是否应当追诉的问题;如果根据旧法规定行为不构成犯罪,则没有适用追诉时效规范的空间。

2. 刑法溯及力判断与追诉时效判断可以交替适用新法与旧法

根据《刑法》第 12 条的规定,如果根据旧法规定行为构成犯罪,则需要考察 1997 年刑法的规定,如果根据 1997 年刑法的规定行为不构成犯罪或者处刑较轻的,则应当适用 1997 年刑法的规定。鉴于前述本文论证的 1997 年《刑法》第 12 条追诉时效条款的不合理性,本文认为如果根据旧法规定行为构成犯罪,不能根据 1997 年刑法关于追诉时效的规定判断行为是否应当追诉,而是先进行新旧刑法法定刑的比较,在确定了适用新法还是旧法以后,再根据新法或者旧法各自的追诉时效规定确定是否应当追诉。在进行追诉时效判断的时候,如果刑法溯及力判断的结果是适用旧法,则适用旧法的追诉时效规定。如果刑法溯及力判断的结果是适用新法,则要区分情况处理:如果行为人或者司法机关具有 1997 年《刑法》第 88 条规定的情形,则应当

[60] 参见付强、杨陈炜:“刑法追诉时效的溯及力原则适用问题分析——以追诉时效延长制度为视角”,《中国检察官》2008 年第 4 期,第 22 页。

根据最高人民法院1997年《时间效力规定解释》的规定,适用1979年《刑法》第77条的规定;如果行为人或者司法机关不存在1997年《刑法》第88条规定的情形,则适用1997年刑法关于追诉时效的规定。进一步而言,新旧刑法交替适用的范围可以扩展到与定罪量刑有关的其他领域。例如,行为人于1979年刑法施行期间故意伤害他人并致人死亡,但于1997年刑法施行期间自首。^[61]由于1979年刑法故意伤害罪的法定刑低于1997年刑法,^[62]因而对于故意伤害行为适用1979年刑法的规定;同时由于1997年刑法关于自首的规定对行为人更为有利,^[63]因而对于行为人的自首行为可以适用1997年刑法的规定。

(二)追诉时效“从旧兼从轻”溯及力原则适用的不同情形

1. 行为人实行犯罪行为后追诉期限正常经过的情形

追诉期限正常经过主要是指行为发生于旧法施行期间,司法机关没有采取强制措施,行为人也没有逃避侦查或者审判,不论案发时司法机关是否立案,案件破获或者犯罪嫌疑人被抓获时案件已过追诉期限的情形,前述南医大杀人案就是这种情形的典型例证。根据南京市公安局的警情通报,该发生于1992年3月24日,犯罪嫌疑人麻某某于2020年2月23日被抓获归案,期间经过了28年。无论是根据1979年《刑法》第76条还是1997年《刑法》第87条,本案都已经超过了故意杀人罪20年的追诉期限。因此,本案如果要追究麻某某的刑事责任,必须根据1979年《刑法》第76条第2款的规定报请最高人民检察院核准。关于本案的追诉时效问题,有学者有不同观点,认为本案应当适用1997年刑法追诉时效的规定,直接追究麻某某的刑事责任,不需要报请最高人民检察院核准,^[64]本文不同意这种观点。关于追诉时效“从旧兼从轻”溯及力原则的正当合理性及“从新”原则的不足,前文已经详细论证,此处不再赘述。这里的问题是即使按照1997年《刑法》第88条的规定本案也已经超过追诉期限,因为《刑法》第88条“不受追诉期限限制”的条件有两个,一是立案以后,二是逃避侦查或者审判,两者必须同时具备。而本案案发后公安机关虽然已经立案,但目前的情况显示麻某某并没有逃避侦查或者审判的行为,单纯不主动自首的行为不能推定为逃避侦查或者审判的行为,因为自首并非行为人的义务,而只是对其从轻或者减轻处罚的条件。如果将消极被动的不自首行为认定为应当无限期追诉的逃避侦查或者审判的行为,则几乎所有的刑事案件的犯罪嫌疑人都要处于被永久追诉的境地,这就从根本上违背了《刑法》第88条的规范保护目的,也无法实现追诉时

[61] 参见曹吴清、陈姣莹:“从旧兼从轻原则下新旧刑法可以交叉适用”,《人民司法》2010年第16期,第16—17页。

[62] 1979年刑法规定的故意伤害致人死亡的法定刑幅度是7年以上有期徒刑或者无期徒刑,1997年刑法规定的故意伤害致人死亡的法定刑幅度为10年以上有期徒刑、无期徒刑或死刑。

[63] 1979年刑法规定犯罪后自首的,可以从轻处罚,其中犯罪较轻的,可以减轻或者免除处罚。1997年刑法规定犯罪后自首的,可以从轻或者减轻处罚,其中犯罪较轻的,可以免除处罚。

[64] 参见赵春雨:《追诉时效适用新刑法,口径应该统一了》,载微信公众号“刑事法评论”,2020年3月3日上传。

效制度的刑事政策功能。

2. 存在 1997 年刑法规定的“不受追诉期限限制”的情形

这是司法实践中最具争议的问题,其主要表现是:行为发生于旧法施行期间,司法机关在案发时已经立案,行为人逃避侦查或者审判;或者被害人及其亲属提出控告,司法机关应当立案而没有立案,致使案件破获或者犯罪嫌疑人被抓获时已经超过追诉期限。有学者认为,对于此类案件,应当分为两种情形处理:对于在 1997 年刑法生效之前已经超过追诉期限的案件,应当按照 1979 年《刑法》第 77 条的规定不予追诉;对于 1997 年刑法生效之时仍然处于追诉期限之内的案件,应当按照 1997 年《刑法》第 88 条的规定无限期追诉。^[65] 本文不同意这种观点。根据本文此前的论证,新法生效并不具有终止追诉期限进行的功能,追诉时效的判断也不能借用跨法犯的行为结构。因此,对于发生于旧法施行期间的行为,即使行为人具备了《刑法》第 88 条规定的不受追诉期限限制的情形,也只能根据“从旧兼从轻”的原则适用 1979 年《刑法》第 77 条的规定,认定为行为已经超过追诉时效而不予追诉。因为根据 1979 年《刑法》第 77 条的规定,行为人只有在被采取强制措施后逃避侦查或者审判的才能无限期追诉,司法机关虽然立案但没有采取强制措施或者被害人提出控告司法机关应当受理但没有受理的不属于 1979 年《刑法》第 77 条规定的无限期追诉的情形,同时根据“从旧兼从轻”的原则排斥 1997 年《刑法》第 88 条的适用,最后只能得出不予追诉的结论。

3. 存在 1979 年刑法规定的“不受追诉期限限制”的情形

根据 1979 年《刑法》第 77 条的规定,在司法机关采取强制措施以后逃避侦查或者审判的,不受追诉期限的限制。根据 1979 年《刑事诉讼法》第 6 章的规定,这里的强制措施包括拘传、取保候审、监视居住、拘留和逮捕。由于采取强制措施后的逃避侦查行为在司法实践中的具体表现形式大都比较固定,一般都表现为逃跑,涉及有争议的其他逃避行为比较少。^[66] 但司法实践中对于司法机关仅做出采取强制措施决定而未实际执行,行为人逃避侦查或者审判是否属于“采取强制措施后逃避侦查或者审判的”存在争议。有观点认为,司法机关采取强制措施包括强制措施实际上已经执行和已经做出采取强制措施的决定但尚未执行的情形,^[67] 本文不同意这种观点。本文认为,1979 年《刑法》第 77 条规定的“采取强制措施后”仅指司法机关

[65] 聂昭伟,见前注[4],第 41—42 页。

[66] 参见董玉庭:“逃避侦查简论——对刑法第八十八条的类型学解释”,《人民检察》2012 年第 19 期,第 11 页。

[67] 聂昭伟,见前注[4],第 43 页。1992 年 4 月 9 日最高人民检察院《关于刑法第七十七条有关采取强制措施的规定应如何适用的批复》指出:“刑法第七十七条有关在人民法院、人民检察院、公安机关采取强制措施后,逃避侦查或者审判的,不受追诉期限限制的规定,既适用于已经执行强制措施后逃避侦查或者审判的,也适用于人民法院、人民检察院、公安机关决定(批准)采取强制措施后,由于犯罪分子逃避而无法执行,以及犯罪分子在逃,经决定(批准)逮捕并发布通缉令后拒不到案的。人民检察院对符合上述情况的犯罪分子,应当依法追诉。”2002 年 2 月 25 日最高人民检察院《关于废止部分司法解释和规范性文件的决定》废止了该《批复》,理由是该批复的相关内容已在《刑法》第 88 条、第 89 条中作出明确规定。

实际采取了强制措施但不包括仅作出采取强制措施决定的情形,理由如下:首先,从文义解释的角度看,“采取强制措施后”与“作出采取强制措施的决定”具有完全不同的涵义,前者是指犯罪嫌疑人已经处于司法机关的实际控制之下,而后者是司法机关仅仅掌握了犯罪嫌疑人的相关信息。将“作出采取强制措施的决定”解释为“采取强制措施后”是对“采取强制措施后”的扩张解释,由于“不受追诉期限限制”将会对行为人的权利产生重大不利影响,因而对其适用范围应当严格按照刑法条文的字面涵义进行文理解释。虽然1979年刑法规定允许类推,但结合1979年《刑法》第9条,对第77条进行体系解释的结论也应当是有利于犯罪嫌疑人的,对犯罪嫌疑人不利的扩张解释应予否定。其次,从1979年刑法追诉时效规范的整体结构看,《刑法》第77条是第76条的例外和补充,目的是将司法机关采取强制措施后恶意逃跑的犯罪嫌疑人排除在第76条的适用范围之外,防止他们利用追诉时效制度逃避法律制裁。但没有被实际采取强制措施的犯罪嫌疑人逃避侦查行为的客观危害与主观恶性都远远低于实际上已经被采取强制措施的犯罪嫌疑人,对司法权威的挑战和国民对法律忠诚与依赖破坏也与后者无法相提并论,因而将其划入不受追诉时效限制的范围违背了《刑法》第77条的规范保护目的。最后,从司法实践的角度看,将司法机关作出采取强制措施决定的情形理解为“采取强制措施后”会导致不受追诉时效限制的案件数量不当扩大。在对人立案的案件中,司法机关立案后一般都会立即作出采取强制措施的决定,但犯罪嫌疑人逃避侦查或者审判的情形却千差万别,固然有部分人是在得知司法机关的决定后逃跑,但也有更多的人出于逃避制裁、畏惧刑罚或者其他个人原因在不明知司法机关决定的情况下逃跑,不分青红皂白对所有人无限期追诉,此时所谓的强制措施实际上与立案无异,不当扩张了无限期追诉的范围,消减了追诉时效制度的刑事政策功能与效果。

五、结 语

目前世界上绝大多数国家在刑法溯及力问题上采用了“从旧兼从轻”的原则,但有部分国家针对追诉时效的溯及力采用了“从新”原则,其原因一方面源于因立法而导致的追诉时效制度的程序法属性,另一方面则肇始于国家在特定时期的刑事政策需要。我国学者也普遍认为1979年刑法和1997年刑法在溯及力问题上都采用了“从旧兼从轻”原则,追诉时效溯及力原则问题的争论是由刑事立法导致的:如果严格按照《刑法》第12条追诉时效条款的字面涵义将追诉时效溯及力原则解释为“从新”原则会不当扩张处罚范围,而根据《刑法》第12条的规范保护目的将追诉时效的溯及力原则确定为“从旧兼从轻”又会面临形式上违反罪刑法定原则的诘问。1997年最高人民法院《时间效力规定解释》第1条虽然通过补正解释的方法暂时弥补了刑事立法的疏漏,但相对于《刑法》第12条追诉时效条款明确而清晰的规定,始终难以摆脱司法权僭越立法权的阴影。解决追诉时效溯及力原则争议最简捷的方法是修改立法,删除“依照

本法总则第四章第八节的规定应当追诉”的规定,将追诉时效制度作为新旧刑法规范的普通组成部分,统一适用“从旧兼从轻”的刑法溯及力原则,由此可以维护罪刑法定原则的司法权威与“从旧兼从轻”原则的规范效力。但在刑法典没有修订之前,只能通过目的论解释的方法在追诉时效的溯及力问题上贯彻实施“从旧兼从轻”原则,而追诉时效溯及力原则的理论争议与实践冲突则会继续。从这个意义上说,本文或许可以为追诉时效溯及力原则问题的争论提供一个可资借鉴或者批判的标靶。

Abstract: The principle of application of new law and the principle of application of old and new laws lack propriety due to the absence of theoretical basis and the inappropriateness of legal foundation. The principle of application of the old law with the exception of a light punishment has its propriety firstly from the support of *nulla poena sine lege* doctrine. Furthermore, the normative protection purpose of the retroactivity clause under Article 12 of the Criminal Law provides teleological interpretation basis for the principle of application of the old law with the exception of a light punishment. Finally, through supplemental interpretation, the judicial interpretation by the Supreme People's Court certified that the principle of application of the old law with the exception of a light punishment shall be adopted on the retroactivity of prosecution limitation. In practical cases concerning alternation between new and old criminal laws, retroactivity judgment shall be done before prosecution limitation judgment; new and old laws can be applied crosswise to adjudicate retroactivity and prosecution limitation problems. The term “after the compulsory measures are taken” in Article 77 of the 1979 Criminal Law should be interpreted strictly according to its textual meaning, thereby excluding the condition where the judicial organ only made decision of taking compulsory measures but did not take them in fact from the conditions not limited by prosecution limitation.

Key Words: Retroactivity of Criminal Law; “The Principle of Application of the Old Law with the Exception of a Light Punishment”; Normative Protection Purpose; *Nulla Poena Sine Lege* Doctrine; Prosecution Limitation

(责任编辑:车 浩)