

我国刑法时间效力的立法完善

罗书平*

中国社会科学院法学研究所王家福研究员 1995年元月在中南海怀仁堂向江泽民、李鹏等当今中国最高层党和国家领导人讲授“社会主义市场经济法律制度建设”专题时强调指出,确立社会主义市场经济法律制度应当贯彻的新的基本原则之一是“违法行为法定原则”。其具体内容包括:“凡一切违法行为和犯罪行为,均应由法律作出明示禁止规定。法律未明示规定禁止的行为,应当视为合法行为,行为人应当不受制裁。……因情事发生变更,对法律未明示禁止的某种行为欲加禁止时,须由立法机关修改或由有立法权的机关发布补充性规定,此种修改或补充性规定不得有溯及力。”^①

可以说,这是我国首次在最高规格的法律知识讲座中提出了既有理论意义,更有实践意义的法律的溯及力问题

溯及力问题属于法律的时间效力范畴。在古往今来的立法特别是刑事立法中,几乎无一例外地涉及法律的时间效力问题

我国自党的十一届三中全会以来所颁布的众多的立法特别是刑事立法中,对时间效力问题大都作了规定。但遗憾的是,其中许多规定既不统一、完善,也不规范、科学;在法学理论研究领域中,对时间效力问题的研究较为薄弱,大都停留在“注释法学”式研究或教科书式的解释阶段,对现行法律中在时间效力方面存在的问题及其立法完善方面往往很少有人问津,这不仅从一定程度上影响到执法的统一性和严肃性,而且也影响到立法的科学性和规范性。

为此,笔者不揣冒昧,选了有关刑法的时间效力这个课题进行研讨,旨在为完善我国刑事立法抛砖引玉。

本文所指的刑法,除有特别标注的以外,均指广义上的刑事法律,既包括《中华人民共和国刑法》,也包括国家立法机关对刑法进行修改、补充的决定、补充规定、条例等。同时,为论述方便起见,本文将《中华人民共和国刑法》简称为基本刑法,将修改、补充《中华人民共和国刑法》的决定、补充规定、条例等简称为特别刑法。

刑法的时间效力,就是指刑法的生效、失效时间以及新的刑法对于它生效前所发生的行为是否适用的效力。它是刑事法律规范中较为重要的、不可缺少的组成部分。在成文法国家中,绝大多数国家的立法者都把刑法的时间效力规定在“总则”部分,放在较为显著的位置。

* 四川省高级人民法院审判员。

① 《中共中央举办法律知识讲座纪实》,法律出版社 1995年版。

任何国家、任何社会,再完备的刑法都不可能穷尽所有的犯罪,同时,犯罪又是一种极其复杂的社会现象,因此,在阶级社会,统治阶级运用刑法同犯罪行为的斗争,一刻也不会停止。统治阶级规定犯罪和刑罚的法律(刑法)也不会一成不变,一劳永逸。统治阶级总会根据不断发生变化的犯罪现象和社会治安状况,不失时机地修改、补充现行刑法,使之日臻完善。我国自1980年1月1日施行《中华人民共和国刑法》以来,截至1995年6月30日止,已先后颁布有关修改、补充这一基本刑法的决定、补充规定、条例等特别刑法24个。这样,在新旧刑法之间,特别刑法与基本刑法之间,就涉及到新的刑法何时生效,旧的刑法是否失效及何时失效,新的刑法对它生效以前发生的行为是否具有溯及力等一系列问题。

由于各个国家的社会制度不同,刑事立法也不会完全相同。其中,涉及到诸如刑法的时间效力这样一些有关刑法的基本原则、基本制度的规定,肯定也有差异,这是不足为奇的。就是在同一个国家,在不同的历史时期,这种刑法的时间效力上的差异也是客观存在的,但是,在人类社会,作为一种法律文化,总是应当不断地继承和发展,并逐步向国际社会接轨的。因此,借鉴各国刑事立法成功经验,逐步完善我国刑事立法有关时间效力的规定,对于繁荣我国刑法理论研究,有效地指导刑事司法实践,具有十分重要的理论和实践意义。

一、关于刑法的生效时间

刑法的生效时间是指刑事法律规范从何时开始生效施行的时间。

就世界各国刑事立法例看,刑法的生效时间基本上有两种情况:一是从刑事法律通过或公布之日起生效施行;另一种是在刑事法律公布之后经过一段期限再生效施行。从目前情况看,各国刑法的生效时间以后一种为多。如前苏联《苏俄刑法典》是1960年10月27日通过,1961年1月1日起生效;罗马尼亚刑法典是1968年1月12日通过,1969年1月1日起生效;前民主德国刑法典是1968年1月12日通过,1968年7月1日起生效;波兰刑法典是1969年4月19日通过,1970年1月1日起生效;南斯拉夫刑法典是1976年9月28日通过,1977年7月1日起生效,等等。

建国初期,我国刑事法律都是从公布之日起生效施行的。如《中华人民共和国惩治反革命条例》第21条规定:“本条例自中央人民政府委员会批准公布之日施行。”该条例是1951年2月20日中央人民政府委员会第十一次会议批准,并于次日由中央人民政府命令公布施行的,因此,这个条例的生效时间就是1951年2月21日。又如《中华人民共和国惩治贪污条例》第18条规定:“本条例由中央人民政府委员会批准公布之”,该条例虽未明确何时生效施行,但根据中央人民政府1952年4月21日命令公布即可得知,公布之日也就是生效施行之日。

我国现行的刑事法律规范的生效时间,主要有以下几种情形:

(一)公布之后经过一定期限生效施行。如五届全国人大二次会议1979年7月1日通过,7月6日公布的《中华人民共和国刑法》第9条规定:“本法自1980年1月1日起生效”。这样,这一基本刑法从通过、公布之日起,将近半年才生效。据统计,在24个特别刑法中,从公布到生效有一定期限的有6个,其中最长的期限是《中华人民共和国惩治军人违反职责罪暂行条例》,该条例的公布时间是1981年6月10日,生效时间是1982年1月1日,长达近7个月;最短的

期限是全国人大常委会《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》,该决定的通过时间是 1982 年 3 月 8 日,生效时间是 1982 年 4 月 1 日,从通过到生效的期限不足 1 个月。

(二)公布之日起生效施行。除基本刑法外,24 个特别刑法中,属于通过、公布、生效时间“三同一”的有 17 个,占绝大多数。其中,对生效时间的表述又有两种情形:一是在特别刑法条文中设专条规定,如全国人大常委会《关于禁毒的决定》第 16 条规定:“本决定自公布之日起施行”;二是在特别刑法条文中未作规定,而是在“公布令”中加以明确,如全国人大常委会《关于惩治捕杀国家重点保护的珍贵、濒危野生动物犯罪的补充规定》的生效时间就是在中华人民共和国“主席令”中规定“自公布之日起施行”。

(三)无明确的生效时间。22 个特别刑法中,属于这种情形的只有 1 个,即全国人大常委会 1987 年 6 月 23 日通过的《关于对中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行行使刑事管辖权的决定》,该决定既无明确的公布时间,也无明确的生效时间。

二、关于刑法的失效时间

刑法的失效时间是指刑事法律规范效力的终止时间。从世界各国刑事立法例看,刑法的终止失效时间,通常也有两种情形:一是立法机关明令废止,即在刑事法律本身的条文中或其他专门决议、命令中明确确定其失效的时间或条件。如日本刑法明治 40 年 4 月 24 日法律第 45 号修正令规定:“自本法施行之日起,明治 13 年第 36 号公布的刑法应予废止”。二是自行废止,即在新的刑事法律生效施行后,如果新法取代了旧法,按照“新法优于旧法”的原则,旧法即自行失效。如果旧法中只有部分条款与新法相抵触,则只是这相抵触的部分自行失去效力。

我国在相当长一段时间内,对刑法的失效时间在立法上均未作规定,立法机关和法学理论界也未引起足够的重视。现行的基本刑法和 24 个特别刑法中,往往只是重视了对新的特别刑法的颁布实施,而忽视了在新的特别刑法生效后对它生效前的刑法是否继续适用的问题,出现了新旧刑法同时生效,甚至有明显冲突抵触的条款同时并存的不正常状况,给刑法理论研究带来困惑,也使刑事司法实践将无所适从。

目前,我国刑事法律规范的失效时间主要有以下几种情形:

(一)立法机关明令废止。建国以来,在我国刑事法律规范中,由国家立法机关明令宣布刑法失效的只有一次,即 1987 年 11 月 24 日全国人大常委会通过的《关于批准法制工作委员会关于对 1978 年底以前颁布的法律进行清理情况和意见的报告的决定》中,正式公布了 1978 年底以前颁布的已经失效的法律目录共 111 件,其中包括《中华人民共和国惩治反革命条例》(1951)、《中华人民共和国惩治贪污条例》(1952)、全国人大常委会《关于对反革命分子的管制一律由人民法院判决的决定》(1956)、一届全国人大四次会议《关于死刑案件由最高人民法院判决或者核准的决定》(1957)等 4 个刑事法律规范文件。

尽管这一明确宣布有关刑法失效的决定姗姗来迟,但它毕竟开创了建国以来我国明令宣布刑法失效的先例,为刑事立法的逐渐修改完善提供了立法和理论依据。

此外,有学者认为,1979 年 11 月 29 日全国人大常委会通过的《关于中华人民共和国建国以来制定的法律、法令效力问题的决议》也明确规定了包括刑事法律规范在内的法律的失效问题^②。对此观点,笔者不敢苟同。因为这一决议内容是:中华人民共和国成立以来制定、批准

^② 参见邵晏生编:《中国刑法通论》,上,陕西人民出版社 1994 年版,第 81 页。

的法律、法令“除了同第五届全国人民代表大会制定的宪法、法律和第五届全国人民代表大会常务委员会制定、批准的法令相抵触的以外,继续有效”。^③ 首先,该决议主要解决的是在建国以后至五届人大以前的法律、法令在什么条件下“继续有效”的问题,而未明确规定失效的问题;其次,尽管从《决议》内容的逻辑含义上可以推理得出在“相抵触”的情况下即可视为无效的结论,但这毕竟是比较笼统和原则的推理,且并未涉及哪些法律、法令的哪些内容相抵触的问题,因此,该决定并未明确规定和解决哪些法律、法令失效的问题

(二)司法机关宣布废止 1992年12月11日,最高人民法院、最高人民检察院(以下简称“两高”)在《关于执行〈全国人民代表大会常务委员会关于严禁卖淫嫖娼的决定〉的若干问题的解答》中指出:“鉴于《决定》对刑法第140条和第169条以及《全国人民代表大会常务委员会关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》第1条第6项的规定已进行修改、补充,对《决定》公布施行后依照《决定》处理的案件,在诉讼文书中不再引用上述有关条文。”^④ 1994年12月20日,最高人民法院在《关于执行〈全国人民代表大会常务委员会关于禁毒的决定〉的若干问题的解释》中也规定:“鉴于《决定》已对刑法第171条和《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》第1条有关走私毒品的规定进行了修改、补充,因此《决定》公布施行后适用《决定》判刑的案件,在司法文书中不再引用上述法律条款,而应当直接援用《决定》的有关条文。”^⑤ 实事求是地讲,“两高”的这些司法解释是非常及时和完全必要的。但是,也必须看到,这些司法解释的“合法性”是值得研究的。因为它所要解决的是在新的特别刑法生效后,对它生效以前的基本刑法和特别刑法中相关的条文是否继续适用的问题,而这涉及刑法条文本身效力问题的解释权显然属于立法机关而非司法机关。对此,全国人大常委会早在1981年6月10日《关于加强法律解释工作的决议》中已作明确规定:“凡关于法律、法令条文本身需要进一步明确界限或作补充规定的,由全国人民代表大会常务委员会进行解释或用法令加以规定。”^⑥ 由此可见,“两高”这一司法解释是没有法律根据的。

(三)自行废止 我国现行刑事法律规范中的失效问题,绝大多数属于自行废止的情形。如前所述,自1980年1月1日《中华人民共和国刑法》生效施行以后立法机关已先后颁布并生效施行的特别刑法就有24个,而且,这些特别刑法可以说都是对基本刑法的修改、补充,那么,就必然出现原有刑法的某些条文不适应形势发展的需要的情况,也就必然出现特别刑法取代基本刑法中的某些内容,后一特别刑法取代前一特别刑法某些规定的情况,同时,也将势必出现有关的刑法规定失效的问题。然而,遗憾的是,自《中华人民共和国刑法》生效施行以来,我国立法机关对刑法的失效问题往往无暇顾及,既未在新的特别刑法中规定其失效的时间或条件,也未规定在新的特别刑法生效后,对它生效以前的特别刑法是否失效的问题,更未制定出有关明令宣布刑事法律规范失效的文件,致使我国现行刑法的失效问题成为立法上的一个“盲点”,导致在刑事司法实践中,审判机关面对众多的内容交叉重叠甚至前后冲突的刑事法律规范,要么无所适从,要么完全由法官去“自由裁量”,以致出现对同一时期同一类型的案件,有的法院适用基本刑法,有的法院适用特别刑法;或有的适用前法,有的适用后法的执法不统一的现象。

③ 《司法手册》第1辑,人民法院出版社出版,第181页。

④ 《司法手册》第9辑,人民法院出版社出版,第179页。

⑤ 《司法文件选》1995年第3辑,人民法院出版社出版。

⑥ 《司法手册》第1辑,人民法院出版社出版,第298页。

三、关于刑法的溯及力

刑法的溯及力,又称刑法溯及既往的效力,是指一个新的刑法制定并生效施行后,对它生效以前发生的未经审判或者判决尚未确定的行为是否适用,以及行为后裁判前之法律有变更时,是否适用裁判时之法律。如果适用,那么新的刑法就具有溯及既往的效力;如果不适用,就不具有溯及既往的效力。

关于刑法的溯及力问题,世界各国刑事立法的规定不尽一致。归纳起来,主要有以下几种情况:(一)从旧原则。指新的刑法对过去的行为一律没有溯及力,一概适用行为时的刑法。适用这一原则的国家主要有英国及美国数州。(二)从旧兼从轻原则。指新的刑法原则上不溯及既往,但新的刑法不认为是犯罪或者处刑较轻时,则适用新的刑法。适用这一原则的国家最多,有德国、法国、意大利、荷兰、比利时、西班牙、南斯拉夫等许多国家。如南斯拉夫刑法典第 3 条规定:“凡是社会主义法律事先没有规定为犯罪的,并不受惩罚的行为,任何人不得受惩罚。”这一规定正是体现了新法不溯及既往的原则,除非新法溯及既往有利于行为人。(三)从新原则。指新的刑法对于新法生效前未经审判或者判决尚未确定的行为完全具有溯及力,都要适用行为后变更了的新的刑法。适用这一原则的国家主要有前苏联及瑞士数州。(四)从新兼从轻原则。指新的刑法原则上要溯及既往,但旧的法律不认为是犯罪或者处刑较轻时,则适用旧的法律。适用这一原则的国家主要有奥地利及瑞士数州。^⑦(五)从轻原则。即无论是新法还是旧法,都只适用对行为人有利的法律。如《日本刑法》第 6 条规定:“由于犯罪后的法律有变更致刑罚发生变更时,适用处刑较轻的法律。”

在我国现行的刑事法律规范中,作为国家基本刑法的《中华人民共和国刑法》对溯及力的规定较为明确,即适用的是“从旧兼从轻原则”。该法第 9 条规定:“本法自 1980 年 1 月 1 日起生效。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、法令、政策不认为是犯罪的,适用当时法律、法令、政策。如果当时的法律、法令、政策认为是犯罪的,依照本法总则第四章第八节的规定应当追诉的,按照当时的法律、法令、政策追究刑事责任。但是,如果本法不认为是犯罪或者处刑较轻的,适用本法。”依照这一规定,对建国以后,基本刑法生效以前的行为,按照下述办法解决:

1 行为时的法律、法令、政策不认为是犯罪的,即使基本刑法规定为犯罪,也不应以犯罪论处,只能适用行为时的法律、法令、政策,对此行为,基本刑法没有溯及力。

2 行为时的法律、法令、政策认为是犯罪,依照基本刑法关于“时效”的规定应当追诉的,按照行为时的法律、法令、政策追究刑事责任,对此,基本刑法也没有溯及力。

3 行为时的法律、法令、政策认为是犯罪,但基本刑法不认为是犯罪或者虽然认为是犯罪但处刑较轻时,则属例外,适用基本刑法的规定,此时,基本刑法就具有溯及既往的效力。例如林彪、江青反革命集团 10 名主犯所犯罪行,按照他们犯罪时施行的《惩治反革命条例》和对他们进行审判时的基本刑法都认为是犯罪,但是,基本刑法与《惩治反革命条例》相比较,基本刑法处刑较轻,因此,最高人民法院特别法庭就依照基本刑法的有关规定对江青等 10 名被告人予以判处。

^⑦ 参见谢兆吉、刁荣华:《刑法学说与案例研究》,台湾汉林出版社出版,第 48 页。

在《中华人民共和国刑法》生效施行后立法机关先后通过的 24 个特别刑法中,对溯及力问题的规定就不那么明确和统一了。据统计,在 24 个特别刑法中,对溯及力问题未作明确规定的就有 22 个,对溯及力问题作了规定的只有 2 个,即全国人大常委会《关于严惩严重破坏经济的犯罪的决定》和《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》,而且在规定了溯及力的这两个决定中,对溯及力问题所适用的原则不仅与基本刑法有所不同,而且彼此之间,甚至在同一决定中,所适用的原则也有明显的差异。这主要有以下几种情况:

1 有条件的从旧或从新原则 1982 年 3 月 8 日全国人大常委会通过的《关于严惩严重破坏经济的犯罪的决定》第 2 条第 1 款规定:“本决定自 1982 年 4 月 1 日起施行。”同条第 2 款规定:“凡在本决定施行之日以前犯罪,而在 1982 年 5 月 1 日以前投案自首,或者已被逮捕而如实供述承认全部罪行,并如实地检举其他犯罪人员的犯罪事实的,一律按本决定施行以前的有关法律规定处理。凡在 1982 年 5 月 1 日前对所犯的罪行继续隐瞒拒不投案自首,或者拒不坦白承认本人的全部罪行,亦不检举其他犯罪人员的犯罪事实的,作为继续犯罪,一律按本决定处理。”这一规定表明,该决定对它生效前的行为是否具有溯及力是附条件的。一是附条件的从旧原则,这个“条件”就是:(1)犯罪发生在 1982 年 4 月 1 日以前;(2)在 1982 年 4 月 1 日起至 5 月 1 日前投案自首、坦白认罪、如实检举。二是附条件的从新原则,这个“条件”也是:(1)犯罪发生在 1982 年 4 月 1 日以前;(2)在 1982 年 4 月 1 日起至 5 月 1 日前拒不投案自首、不坦白认罪、不检举他人的犯罪事实。一句话,该决定对溯及力问题所适用的原则完全是以行为人的“认罪态度”为转移的。对此,有的教科书和学者给予了高度评价,称它可以是对我国“坦白从宽、抗拒从严政策在溯及力问题上的具体运用”。^⑧

2 从新原则。1983 年 9 月 2 日,全国人大常委会通过的《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》第 3 条规定:“本决定公布后审判上述案件,适用本决定。”对此规定,无论是立法机关、司法机关还是专家学者都一致认为我国刑法在溯及力问题上适用“从新原则”的立法例。按照这一立法精神,在该决定生效施行后审判决定所规定的流氓、故意伤害、拐卖人口、引诱容留妇女卖淫等七个方面的案件,无论这些案件发生在决定生效前还是生效后,只要是在决定生效后未经审判或判决尚未确定的,或者虽然是决定生效前判决已经发生法律效力案件,但在决定生效后发现犯罪分子还有漏罪需要进行审判的,决定都有溯及力,都要适用决定。同时,对于该决定新增的罪名(传授犯罪方法),无论该犯罪行为发生在何时,决定同样具有溯及力,即都可以依据决定对其定罪判刑。

此外,有学者认为全国人大常委会 1981 年 6 月 10 日通过的《关于处理逃跑或者重新犯罪的劳改犯和劳教人员的决定》所适用的是“从旧原则”。^⑨其实,这是没有根据的。该决定第 4 条规定:“本决定自 1981 年 7 月 10 日起施行。”可见,决定的这一规定仅仅解决了它的生效时间问题,并未解决该决定生效后对发生在它生效前的有关“两劳人员”的犯罪是否适用的溯及力问题。

值得注意的是,由于绝大多数特别刑法对溯及力问题未作规定,立法机关也从未作出必要和及时的立法解释,致使刑事司法实践中对溯及力问题的理解和适用就出现了以下不正常的情形:

1 最高人民法院的司法解释代替立法解释 自 1988 年以来,最高人民法院先后对全国人

^⑧ 参见林准主编:《中国刑法教程》,人民法院出版社 1994 年版,第 37 页以下。

^⑨ 前引〔2〕,邵晏生书,第 95 页。

大常委会通过的《关于惩治走私罪的补充规定》(1988)、《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》(1988)、《关于禁毒的决定》(1990)、《关于惩治走私、制作、贩卖、传播淫秽物品犯罪分子的决定》(1991)、《关于惩治拐卖、绑架妇女、儿童的犯罪分子的决定》(1991)、《关于严禁卖淫嫖娼的决定》(1991)、《关于惩治生产、销售伪劣商品犯罪的决定》(1993)、《关于惩治侵犯著作权的犯罪的决定》(1994)等 8 个没有规定溯及力问题的特别刑法作了司法解释,而且内容大都基本相同,即:对在决定或补充规定生效以前发生,生效以后尚未处理或正在处理的案件如何适用法律的问题,依照基本刑法第 9 条规定的原则办理。只有在对《关于惩治侵犯著作权的犯罪的决定》的溯及力问题进行解释时规定:“《决定》公布施行后发生的侵犯著作权行为,依照《决定》的规定办理。《决定》公布施行后本解释发布前已经处理的案件,不再变动。”显然这一司法解释文件遗漏了在该决定生效前发生,而在该决定生效后尚未处理或正在处理的案件应如何适用法律的问题。

此外,还有最高人民法院以业务部门的名义对有关溯及力问题所作的答复。如 1994 年 3 月 26 日最高人民法院研究室在答复四川省高级人民法院就《关于严禁卖淫嫖娼的决定》施行前后均有组织他人卖淫行为应如何适用法律的请示时指出:“《决定》施行前组织他人卖淫,持续到《决定》生效后的,应当依照《决定》第 1 条第 1 款的规定定罪量刑。《决定》施行前后组织他人卖淫,不属持续状态的,对其《决定》施行前的行为应当根据刑法第 9 条的规定,依照《决定》刑法或者全国人大常委会《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》的有关规定定罪量刑。”^⑩

2 上级法院对下级法院的答复代替立法解释。1991 年 9 月 4 日全国人大常委会《关于惩治拐卖、绑架妇女、儿童的犯罪分子的决定》和《关于严禁卖淫嫖娼的决定》通过并公布施行不几日,四川省万县地区中级人民法院即请示两个决定有无溯及力问题。对此请示,四川省高级人民法院于同年 9 月 12 日作出电话答复:“《决定》实施前发生的犯罪行为,在《决定》公布施行后,尚未处理或正在处理的案件,应依照刑法第 9 条规定的原则办理。”^⑪

3 大量的特别刑法的溯及力问题成了被遗忘的角落。如前所述,在未规定溯及力问题的 22 个特别刑法中,除了最高人民法院已作司法解释的 8 个外,还有 14 个特别刑法的溯及力问题既无立法解释,也无司法解释。尽管有学者主张:“上述司法解释的原则精神亦适用于后来通过的《决定》《补充规定》”,^⑫但这仅仅是一种学术观点,并无法律依据,自然不会产生法律约束力。

由于这些特别刑法所涉及的内容相当广泛,包括“两劳人员”犯罪、泄露国家秘密罪、捕杀国家重点保护的珍贵濒危野生动物罪、盗掘古文化遗址古墓葬罪、偷税抗税罪、劫机罪、假冒注册商标罪,等等,在特别刑法生效施行后,必然出现对在特别刑法生效以前发生的这类犯罪是否适用特别刑法,即特别刑法对它生效前的行为有无溯及力的问题。由于无法可依,也无章可循,致使刑事司法实践中认识和作法都可能发生分歧,往往是各行其是,有的适用从旧兼从轻原则,有的则适用从旧原则或从新原则。

⑩ 四川省高级人民法院主办:《四川审判》1995 年第 6 期,第 48 页。

⑪ 四川省高级人民法院研究室汇编:《四川审判手册》第 2 辑,第 6 页。

⑫ 林准主编:《中国刑法教程》,人民法院出版社 1994 年版,第 38 页。

四、对我国刑法时间效力的法律思考及立法完善意见

综上所述,我们不难看出,我国刑法在有关时间效力的规定上存在诸多问题

(一)在刑法的生效时间方面,既有从公布之日起生效施行的,也有从公布之日经过一段期限再生效施行的,还有大量的特别刑法的通过、公布、生效均为同一时间的。这种“三同一”的立法现状可以说对刑法的广泛宣传和有效实施极为不利,也必将给刑事司法实践带来许多问题。因为所谓的“三同一”,只是一个理论或法律概念,事实上在实践中很难做到一个法律文件同时通过并公布,自然也很难做到同时生效施行。在通过、公布、生效这三个时间概念之间,毕竟还存在一个“时间差”,而且这个“时间差”往往还可能以“日”来计算。例如,全国人大常委会通过某一决定后,可能会立即通过广播、电视形式向社会公布,然而,这并不是法律意义上的“公布立法”,而只是“新闻”,且这些“新闻”大都是在当天晚上的“黄金时间”或“晚间新闻”播放的。而真正意义上的“公布立法”,最快也往往要待次日由中央级的报纸刊载新华社的“通稿”,立法情况才正式与公众见面。因此,我们可以作个假设:如果某一行为发生在立法机关通过特别刑法之后而在正式与公众见面的“公布”之前,那么,新的特别刑法对该行为应否适用,即是否有溯及力呢?如果有溯及力,显然不合情理,无异于将法律变更所产生的不利后果让行为人承担,这是不公平的;如果没有溯及力,自然又与立法上“三同一”的规定相悖,从而给司法机关留下“两难”的困惑。

(二)在刑法的失效时间方面,从立法上看,几乎成了“空白”。自《中华人民共和国刑法》生效施行后,我国已先后通过并生效施行的特别刑法已多达 24 个。然而,在这些现行的刑法中,既没有哪一个规定了新法颁布施行后原有的法律是否失效的问题,也没有立法机关就失效的刑法作出明确的决议或立法解释。就是全国人大常委会所作的有关宣布《惩治反革命条例》等 4 个刑事法律规范性文件失效的决议,也是在基本刑法都生效 7 年多的 1987 年才作出,这就意味着在基本刑法生效以后并不短暂的时间中,新旧刑法同时并存,一起生效。正是由于立法者在刑法的失效时间上留下了“空白”,而在刑事司法实践中又大量存在刑法适用方面的个案需要在法定时限内进行审判,这样,要么促使最高审判机关或上级审判机关的司法解释或解答取代立法解释,要么导致司法机关及其法官完全按照自己对法律的理解去处理具体案体,这就不可避免地发生执法不统一、不规范的现象。

(三)在刑法的溯及力方面,存在的问题就更为突出。从旧兼从轻原则、从新原则、有条件的从旧或从新原则在同一个国家的生效刑法中均同时出现,这在现代刑事立法例中实为少见。尤为突出的是,绝大多数的特别刑法对溯及力问题根本未作规定,也无相应的立法解释。这样,对于刑事司法实践中所遇到的有关溯及力的问题,要么由司法机关的司法解释代替,要么是各行其是,由法官自己去“自由裁量”。须知,“法官不是立法者,解释法律的权力就不能属于法官”,由司法机关对刑法的溯及力作出的解释的法律效力是值得研究的。

在一个统一的法制国家中,对有关刑法的生效、失效时间特别是溯及力问题究竟应适用何种原则,是否应当规范、统一?这个问题不仅具有较强的理论意义,而且对刑事司法实践影响极大。例如,对于有关修改或者补充刑法的决定和补充规定中新增的罪名或加重的刑罚,如该行为发生在决定或者补充规定生效之前,能否适用该决定或补充规定?这不仅涉及到刑法的适用问题,更重要的是影响到法律的稳定性和严肃性问题。

犯罪是一种复杂多变的社会现象。作为惩治犯罪的刑法也不应一成不变,而应随着政治、经济形势和治安状况的发展变化进行及时、必要的修改或者补充。但是,也必须看到,在当今世界各国刑事立法例中,新的刑法原则上不溯及既往,已成为一种国际惯例和基本趋势,除非新的刑法对行为人有利。关于不溯及既往原则,可以追溯到 1789 年法国的《人权宣言》。该《宣言》第 8 条规定:“除非根据在犯法前已经制定和公布的且系依法施行的法律,不得处罚任何人。”我国第一部刑法——《中华人民共和国刑法》在溯及力问题上,明确规定我国实行的是“从旧兼从轻原则”,即刑法原则上不溯及既往,除非溯及既往有利于行为人。1993 年 3 月 31 日,八届全国人大一次会议通过的《中华人民共和国澳门特别行政区基本法》对溯及力问题规定得更加明确。该法第 29 条规定:“澳门居民除其行为依照当时法律明文规定为犯罪应受惩罚外,不受刑法处罚。”法律上规定刑法不溯及既往原则的立法意义在于:任何公民不会因为行为时的法律不认为是犯罪,但担心行为后法律有变更将受刑事追究而心存疑虑。它对于抵制和消除过去特别是“十年浩劫”期间所发生的“无限上纲,出入人罪”等弊端,防止冤、假、错案,具有十分重要的意义。这一原则不仅对执行《中华人民共和国刑法》适用,对于有关修改和补充刑法的决定、补充规定、条例等特别刑法也应当同样适用。否则,如果行为时的法律不认为犯罪,而行为后变更了的法律认为是犯罪而对其先前行为定罪判刑,无异于“不教而诛”,将使法律失信于民,也不利于维护社会稳定。再则,如果完全以行为人是否投案自首、坦白认罪等“态度”来决定对其行为是适用新法还是旧法,作为确定刑法溯及力原则的依据,必然导致执法的主观随意性,也影响到法律的严肃性。

再从基本刑法与特别刑法的关系上看。我国基本刑法第 89 条规定:“本法总则适用于其他有刑罚规定的法律、法令,但是其他法律有特别规定的除外。”按照这一立法精神,这里所指的“其他法律”,应当理解为经全国人民代表大会通过或者批准公布的法律,而不包括全国人大常委会有关修改或补充法律所作出的“法令”。有学者认为这里的“其他法律”包括单行刑法在内,^①这是没有法律依据的,也有悖不同级别法律之间的法律效力原则的。如果说“其他法律”确实包括“单行刑法”之“法令”在内,那么,前述基本刑法第 89 条就完全没有必要在“本法总则”的适用对象中称“法律、法令”,而在“除外”的“但书”规定中只指“其他法律”。可见,并不是一切“法律、法令”都可以作出与基本刑法总则相悖的规定,只有“其他法律”才可以作为“例外”作出与基本刑法总则不同的规定。此外,1982 年 12 月 4 日,第五届全国人大五次会议通过的《中华人民共和国宪法》第 67 条第 3 项规定,全国人民代表大会常务委员会有权“在全国人民代表大会闭会期间,对全国人民代表大会制定的法律进行部分修改和补充,但是不得同该法律的基本原则相抵触”。这一宪法规定表明,全国人大常委会虽然有权对全国人大制定的法律进行部分修改和补充,但是,这种“部分”修改和补充必须是在遵循该法律的基本原则的前提下进行,否则,如果修改或者补充的内容与被修改、补充的内容发生抵触时,则是“违宪”的。众所周知,“从旧兼从轻原则”是《中华人民共和国刑法》所确定的一条基本原则,按照宪法第 67 条规定,全国人大常委会在对刑法进行部分修改和补充时,自然不应违背这一基本原则,否则,该修改或者补充的立法即可被视为无效,或者由全国人民代表大会依照宪法第 62 条第 10 项的规定予以“改变或者撤销”。对于在补充、修改基本刑法的特别刑法中,如果特别刑法对溯及力问题未作规定的,自然应无一例外地适用于基本刑法所确立“从旧兼从轻原则”,无须由司法解

^① 赵秉志主编:《刑法新探索》,群众出版社 1993 年版,第 402 页。

释和上级解答去代替立法解释,更不允许司法实践中各行其是。恩格斯曾经指出:“在现代国家中,法必须是不因内在矛盾而推翻自己内部和谐一致的表现。”^①作为我国根本大法的《中华人民共和国宪法》之所以特别强调全国人大常委会修改和补充法律时“不得同该法律的基本原则相抵触”,正是为了维护法律体系的“内部和谐一致”。同时,宪法为了从制度上保证这种法律体现的“内部和谐一致”,明确地把“改变或者撤销全国人民代表大会常务委员会不适当的决定”规定为全国人民代表大会的重要职权之一。

综上所述,笔者主张,立法机关在全面修改完善我国刑法时,对刑法的时间效力应注意以下几点:

(一)关于刑法的生效时间。原则上从通过、公布到生效施行之间均应有一定间隔时间,这一方面是向广大公民进行宣传教育的需要,另一方面也是各级司法机关认真准备的需要。要彻底摒弃现在将刑事立法的通过、公布、生效时间“三合一”的习惯做法。当然,从通过、公布到生效的“间隔时间”的长短,可由立法者根据立法的内容、治安因素、实施准备情况等酌情决定。

(二)关于刑法的失效时间。应逐步改变过去相当长时间对已被新的刑法取代的原有刑法条款“自行废止”或新旧刑法“同时并存”或司法解释、上级解答宣布刑法条款失效的不正常状况。对新法生效后,原有法律被取代或相冲突的条款,应由立法机关明令废止。

(三)关于刑法的溯及力。根据长期的刑事司法实践并结合世界各国刑事立法的发展趋势,“从旧兼从轻原则”是符合我国国情的,并同当今世界刑事立法的发展趋势是一致的。这是因为法律总是相对稳定并将不断进步和完善的。一方面,按照罪刑法定主义要求,法无明文规定不为罪,法无明文规定不受处罚,对凡属法律没有作禁止规定的行为,都应视为合法;另一方面,一旦新的法律对原有法律进行补充、修改,必然标志着原有法律在某些方面有不尽合理和完善之处,此时,如果按新的法律处理新法生效以前的行为对行为人更为有利时,理应作此明智的选择,方符合立法的精神。当然,我们主张在刑法溯及力上坚持适用统一的“从旧兼从轻原则”,并不妨碍立法机关根据发展变化了的治安等情况对有关罪与非罪、重罪与轻罪等问题进行及时、必要的修改或者补充,只是这种修改或者补充的特别刑法对溯及力问题的规定应当与基本刑法所确立的基本原则相一致。

^① 《马克思恩格斯选集》第4卷,人民出版社出版,第484页。