

刑法个罪修正条文具体适用的溯及力问题研究

刘 宪 权^{*}

摘 要:刑法有关个罪修正的内容主要集中在刑法修正案对具体个罪罪状和法定刑两个方面的修正。罪状的修正包括全新个罪下的新增罪状和原有个罪下的罪状修正等类型,法定刑的修正包括升格、降格、反向修订等类型。刑法修正案通过设置全新罪状增设的新罪在适用上通常不具有溯及既往的效力,如果新罪之行为依照旧法规定同样构成犯罪,那么进行新旧刑法刑罚轻重的比较需要考察二者之间是否存在不法类型上的连续性。原有个罪下的罪状修正若对原有个罪的规制范围或量刑档次进行实质性而非形式上的调整,则需要进行从旧兼从轻的判断。法定刑作为处刑轻重的比较标准,包括主刑与附加刑的比较。刑法修正案通过改变量刑档次的方式调整法定刑,修正前后的法定刑轻重不能简单地对比。当主刑与附加刑发生反向调整时,应当确定主刑优先比较原则。当刑法个罪中罪状和法定刑发生反向修正时,罪状和法定刑不能分别适用不同的法律,修正前后刑法条文规定的刑罚轻重的比较仍应以法定刑而非处断刑为判断标准。

关键词:刑法个罪 刑法修正案 溯及力 从旧兼从轻 罪状修正 法定刑

1997年《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)颁行至今,在20余年间历经了11次修正,平均每2至3年修正一次。特别是自《中华人民共和国刑法修正案(八)》[以下简称《刑法修正案(八)》]出台以来,对刑法修正的内容及范围更有不断扩大的趋势。许多修正内容既涉及刑法总则也涉及刑法分则,当然其中主要是对刑法具体个罪条文的修正。截至2021年3月1日,由全国人大常委会颁布的11个刑法修正案,共219条,其中涉及对刑法总则条文的修正共计有24处,对刑法具体个罪条文的修正共计有186处。应该看到,每次颁布刑法修正案后,都会涉及修正后的刑法条文与原有刑法条文的选择适用(即刑法中的溯及力)问题。虽然1997年《刑法》第12条已经确立世界各国普遍采用的“从旧兼从轻”的溯及力原则,但是这一原则在实践中的具体运用往往容易引发理论界与实务界的诸多争议。笔者认为,“从旧兼从轻”是罪刑法定原则的

^{*} 华东政法大学刑事法学院教授、博士生导师
基金项目:国家社会科学基金项目(20&ZD199)

基本内容与根本精神的高度统一。“从旧”是前提,其体现的是罪刑法定原则的基本内容;“从轻”是例外,其体现的是罪刑法定原则的根本精神。由于刑法具体个罪条文的结构实际上是由罪状和法定刑两大部分组成的,因此对刑法具体个罪条文修正后的适用也不外乎从这两个方面讨论溯及力的问题。其中,罪状涉及的是构罪与否的问题,而法定刑涉及的是处刑轻重的问题。鉴此,笔者将分别以罪状和法定刑的修正为视角,将刑法修正案对个罪条文的修改内容进行分类,在此基础上对如何规范适用刑法“从旧兼从轻”的溯及力原则展开分析。

一、刑法个罪罪状修正条文的类型划分

罪状是指刑法具体个罪条文对犯罪具体状况的规定和描述,其内容通常是对犯罪构成条件的说明。^① 具体而言,罪状可以分为两大类:一类是对具体犯罪成立条件的描述(基本罪状),另一类是对加重或减轻法定刑的适用条件的描述(加重、减轻罪状)。基本罪状是对犯罪构成要件的描述,不符合基本罪状的不可能构成犯罪。加重罪状是对法定刑升格条件的描述,而减轻罪状是对法定刑降格条件的描述。由此可见,基本罪状决定犯罪的成立与否,而加重或减轻罪状决定量刑的档次,其在本质上涉及的是法定刑轻重的判断。

根据历次刑法修正案涉及的罪状修订内容,笔者将罪状修订前后条文的变化划分为以下几种类型:

1.全新个罪下的新增罪状。历次刑法修改体现了积极的刑法立法态势,入罪化特点相当明显,^②在整体上呈现扩张的趋势,主要体现在犯罪范围的逐渐扩大。犯罪范围是指一个国家刑法设定的刑罚处罚的规模,也被称为犯罪圈。^③ 犯罪圈的扩张途径之一正是增设新罪,即设立全新的罪状并增设新罪名,以“条”或“款”的形式存在刑法分则中。我国在11个刑法修正案中共计增设了76个新罪名。根据增设的新罪与修正前刑法条文的关系,可进一步区分为两种情形。

第一,相关行为按照修正前的刑法规定不构成犯罪,而修正后的刑法通过增设新罪予以首次入刑。应当说,该种情形在新增的个罪中占绝大多数。例如,随着计算机和网络技术的不断发展变化,网络犯罪的种类和数量越来越多,犯罪形态不断发展变化,为有效应对网络领域的犯罪态势,刑法通过增设一系列新罪予以规制,以填补该类犯罪在刑法上的空白。《中华人民共和国刑法修正案(七)》[以下简称《刑法修正案(七)》]增设了非法获取计算机信息系统数据、非法控制计算机信息系统罪,提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪等罪名;《中华人民共和国刑法修正案(九)》[以下简称《刑法修正案(九)》]增设了拒不履行信息网络安全管理义务罪、非法利用信息网络罪等罪名。这些罪名的增设进一步加强了对信息网络犯罪的打击力度,以最大限度地维护信息网络的整体安全。

第二,刑法修正案增设的新罪,其规制的部分或全部行为在修正前的刑法规范(包括相关司法解释或司法文件)中已得到评价,立法者通过增设法定刑更轻或更重的新罪予以进一步规制。例如,《刑法修正案(八)》增设的危险驾驶罪、《中华人民共和国刑法修正案(十一)》[以下简称《刑

^① 参见刘宪权:《刑法学名师讲演录》,上海人民出版社2016年第2版,第382页。

^② 参见储陈城:《刑法修正的趋势与约束机制的演变》,《青少年犯罪问题》2021年第2期。

^③ 参见陈兴良:《犯罪范围的扩张与刑罚结构的调整》,《法律科学》(西北政法大学学报)2016年第4期。

法修正案(十一)》]增设的妨害安全驾驶罪、高空抛物罪等罪名,此前部分危害公共安全或造成其他严重后果的危险驾驶、妨害安全驾驶以及高空抛物的行为,根据修正前的刑法规定应当或可能构成法定刑更重的以危险方法危害公共安全罪、交通肇事罪、故意伤害罪等罪名。《刑法修正案(十一)》增设的催收非法债务罪、侵害英雄烈士名誉、荣誉罪,此前以暴力、“软暴力”等非法方式催收非法债务的行为,以及利用信息网络侮辱英雄烈士的行为,根据相关司法文件的规定应当以法定刑更重的寻衅滋事罪论处。《刑法修正案(十一)》增设的袭警罪和组织参与国(境)外赌博罪,是在原有刑法条文的基础上剥离出部分罪状并设置更重的法定刑,从而增设为新罪。袭警行为原本是作为妨害公务罪的从重处罚情节,被规定在1997年《刑法》第277条第5款中,《刑法修正案(十一)》将其增设为独立的罪名,不仅删除了从重处罚的规定,而且增设了单独且更重的法定刑。组织他人赴境外赌博的行为原本是作为聚众赌博的情形之一规定在赌博罪中,《刑法修正案(十一)》通过构成要件的变化专设一款,增设组织参与国(境)外赌博罪这一新罪名,其法定刑则明确参照开设赌场罪的法定刑予以设置。

2. 原有个罪下的罪状修正。刑法修正案对刑法条文的修订,除了增设新罪之外,还包括对原有个罪的罪状进行修改、补充或删除,从而调整原有个罪的规制范围或不同犯罪情形的量刑档次。具体而言,此类修正包括以下几种情形。

第一,修正入罪标准,即扩大或缩小原有个罪的规制范围。一方面,刑法修正案通过降低入罪标准(即罪量要素)从而扩大原有个罪的规制范围。例如,《中华人民共和国刑法修正案(四)》将生产、销售不符合标准的医用器材罪的入罪标准,由“对人体健康造成严重危害的”修改为“足以严重危害人体健康的”,将该罪由原先的结果犯调整为具体危险犯。《刑法修正案(八)》对入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃等盗窃行为不要求达到“数额较大”的程度即可构成盗窃罪;删除了生产、销售假药罪中“足以严重危害人体健康”的构成要件,将该罪由原先的具体危险犯调整为行为犯,从而降低了该罪的入罪标准,扩大了该罪的规制范围。另一方面,刑法修正案也会通过提高入罪标准来缩小原有个罪的规制范围。例如,《刑法修正案(十一)》删除了骗取贷款、票据承兑、金融票证罪中的“其他严重情节”,使得该罪的成立必须存在给银行或金融机构造成重大损失的后果。亦即,未给银行或金融机构造成重大损失的骗取贷款、票据承兑或金融票证的行为,即使具有其他严重情节,也不再以犯罪论处。

第二,修正行为类型,即增加或删除原先罪状中的行为类型,将部分行为予以入罪或出罪。例如,《刑法修正案(九)》对危险驾驶罪在原先醉驾及追逐竞驶的基础上增加了严重超载、超速和运输危险化学品等行为方式。《刑法修正案(十一)》通过修订洗钱罪的罪状表述,“将除了第1项之外的多数洗钱方式不再限定在‘协助’,意味着通过上游犯罪获得违法所得的行为人,自行实施掩饰、隐瞒违法所得来源和性质的行为同样构成洗钱罪,即自洗钱入罪”。^①《中华人民共和国刑法修正案(九)》删除了嫖宿幼女罪的罪状及罪名,即嫖宿幼女的行为不再构成嫖宿幼女罪。^②

第三,修正其他犯罪构成要件要素,包括犯罪主体或犯罪对象等,以调整原有个罪的规制范

① 卫磊:《〈刑法修正案(十一)〉对洗钱犯罪刑法规制的新发展》,《青少年犯罪问题》2021年第2期。

② 《中华人民共和国刑法修正案(九)》废除嫖宿幼女罪,并不意味着嫖宿幼女行为不再构成犯罪,而是不再以嫖宿幼女罪定罪处罚,以奸淫幼女方式嫖宿幼女的将一律以强奸罪论处。参见李振林:《废除嫖宿幼女罪绝非终点》,《青少年犯罪问题》2015年第6期。

围。例如,《中华人民共和国刑法修正案(六)》将违规披露、不披露重要信息罪的犯罪主体由“上市公司”扩大到“依法负有信息披露义务的公司、企业”。《刑法修正案(八)》将强迫职工劳动罪的犯罪主体由单位犯罪扩大到既包括自然人犯罪也包括单位犯罪。《刑法修正案(九)》将强制猥亵罪的犯罪对象由“妇女”扩大到“他人”,扩张了原有个罪的规制范围。

第四,修正加重或减轻罪状,调整不同犯罪情形的量刑档次。例如,“奸淫不满 10 周岁幼女”的原有法定刑为“3 年以上 10 年以下有期徒刑”,《刑法修正案(十一)》将该种情形规定为强奸罪的加重处罚情节,法定刑升至“10 年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑”。

二、刑法个罪罪状修正条文的溯及力

对于刑法“从旧兼从轻”溯及力原则的适用,通常需要在新旧刑法之间对是否构成犯罪以及处刑的轻重进行判断和比较,而构罪与否的判断应是先于处刑轻重的判断,因为处刑轻重的比较是以新旧刑法均认为构成犯罪为前提的。换言之,如果存在“行为时法或裁判时法不认为是犯罪”的情况,那么直接适用不认为构成犯罪的法律即可,而无须再比较处刑的轻重。基本罪状是对犯罪成立条件的描述,当新旧刑法对某一犯罪的基本罪状存在不同的规定时,需要首先对修正前后构罪与否的问题进行判断。

刑法修正案通过设置全新罪状增设新罪,并不意味着修正前的相关行为均不构成犯罪,所增设的新罪都不具有溯及既往的效力,而是需要结合修正前的相关刑法规范进行综合判断。如果修正前的相关行为依照原刑法规范不构成犯罪,即行为属于首次被纳入新法的规制范畴,而依照旧法规定不存在构成犯罪的可能性,那么增设的新罪便不具有溯及既往的效力。例如,在《刑法修正案(十一)》生效之前,社会上发生的冒名顶替上大学等行为不构成犯罪,但基于该类行为严重损害他人利益,破坏教育公平和社会正义的底线,刑法修正案将其予以入刑。因此,冒名顶替罪对其生效之前的相关冒名顶替行为不具有适用的可能性,否则将违反法不溯及既往和法律明确性的要求。

关于刑法个罪修正条文的溯及力问题,在新法与旧法均规定构成犯罪的情况下,我们需要通过比较二者条文规定的处刑轻重才能得出适用哪一个条文的结论。然而,这一结论通常是在新法仅对某一个罪的法定刑进行调整的情况下才成立的。若新法不仅设置了相较于旧法不同的法定刑,而且增设了全新的个罪,则此时似乎不能再简单地通过比较二者之间的处刑轻重来选择是适用新法还是适用旧法的相关条文。笔者认为,针对这一问题应当着重考察新法与旧法之间是否存在不法类型上的连续性,亦即新法增设的新罪究竟是仅对原有刑法条文规定的修改或补充,还是创设了全新的不法类型。

例如,在增设高空抛物罪之前,司法实务部门对于高空抛物行为通常是依据 2019 年《最高人民法院关于依法妥善审理高空抛物、坠物案件的意见》的规定将其定性为以危险方法危害公共安全罪、故意伤害罪等罪名。《刑法修正案(十一)》增设高空抛物罪之后,尽管针对高空抛物行为新法与旧法均规定构成犯罪,但是我们不能简单地通过比较个罪之间的处刑轻重来得出适用高空抛物罪的结论。事实上,高空抛物罪并不是对以危险方法危害公共安全罪、故意伤害罪等个罪的修正,因为这些个罪之间不具有不法类型的连续性。相反,有关高空抛物罪的条文是规制独立于危害公共安全、故意伤害等行为且具备刑事可罚性的行为类型,因为在过去的一段时间里对高空

抛物行为的处理实际上存在两种情况:一般的高空抛物行为不构成犯罪,只有符合以危险方法危害公共安全罪或故意伤害罪等构成要件的行为,才构成相应的犯罪。就此而言,新法生效之前的高空抛物行为在新法生效后裁判的,在理论上就会产生不构成犯罪与构成高空抛物罪的比较问题,以及以危险方法危害公共安全罪或故意伤害罪等个罪与高空抛物罪的比较问题。前一个比较可以得出不构成犯罪的结论自不待言,而后一个比较则因为新法关于高空抛物罪第2款规定的存在而发生比较内容的变化。按照新法关于高空抛物罪第2款的规定:“有前款行为,同时构成其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚。”亦即在以危险方法危害公共安全罪或故意伤害罪等个罪与高空抛物罪发生竞合的情况下,我们必须择一重罪处罚。需要指出的是,这里的轻罪与重罪的选择其实并不是新旧法律不同规定的轻重比较。因为当相关高空抛物行为符合新旧刑法规定一致的以危险方法危害公共安全罪或故意伤害罪等罪的构成要件,无论是行为时法还是裁判时法的评判结论都应该是一致的,即行为在行为时构成相关犯罪的,在裁判时也应该构成相关犯罪。就此而言,因为有了高空抛物罪第2款的规定,考虑高空抛物行为溯及力所发生的比较问题,实际上是排除了新法中高空抛物罪与旧法中以危险方法危害公共安全罪或故意伤害罪等个罪发生比较的可能性。即便发生比较也只是新法与旧法中相同罪名的比较,而这些罪名无论是构成要件还是法定刑的规定都没有发生变化,所以就从根本上排除了在竞合情况下适用高空抛物罪的可能性。或许有人认为,高空抛物罪的第2款规定与刑法溯及力无关,因为该款只是针对高空抛物罪设置后发生的竞合问题。但依笔者之见,尽管该款的规定确实是为解决竞合问题而设置的,但是实际上也必然会对溯及力问题产生重要的影响。因为发生在新法生效之前的高空抛物行为在新法生效后裁判的,无论如何都要考虑该款规定的内容,否则就会出现同样的高空抛物行为因实施和裁判的时间不同而被认定为不同罪名的情况。正如前述,在新法生效前裁判或者生效后实施并裁判的高空抛物行为,只要符合以危险方法危害公共安全罪等个罪的构成要件,就以这些罪名定罪处罚。如果在讨论溯及力问题时不考虑竞合条款的规定,那么必然会简单地认为,在行为时(旧法)构成以危险方法危害公共安全罪,而在裁判时构成高空抛物罪,按“从旧兼从轻”的溯及力原则,相关行为只能以较轻的高空抛物罪定罪处罚。这种对发生在不同时间段的相同行为进行轻重悬殊不同的处理思路,显然与罪责刑相适应的基本原则相悖。其实对于妨害安全驾驶罪的溯及力问题也存在同样的争论。因为妨害安全驾驶罪也有第2款竞合条款的规定,而这一竞合条款的规定也影响对溯及力问题的判断,即对于发生在新法生效前未经裁判的妨害安全驾驶行为同样不存在适用妨害安全驾驶罪的可能性。

不同于高空抛物罪与妨害安全驾驶罪,催收非法债务罪的设立实际上是立法者对此前司法文件中将催收非法债务行为认定为寻衅滋事罪规定的纠正。众所周知,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部(以下简称“两高两部”)于2018年出台的《关于办理黑恶势力犯罪案件若干问题的指导意见》以及于2019年出台的《关于办理实施“软暴力”的刑事案件若干问题的意见》明确规定,采用“软暴力”^①等手段强索法律不予保护的债务,构成寻衅滋事罪。然而,这一规定

^① 2019年4月9日,《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部关于办理实施“软暴力”的刑事案件若干问题的意见》规定,“软暴力”是指行为人为谋取不法利益或形成非法影响,对他人或者在有关场所进行滋扰、纠缠、哄闹、聚众造势等,足以使他人产生恐惧、恐慌进而形成心理强制,或者足以影响、限制人身自由、危及人身财产安全,影响正常生活、工作、生产、经营的违法犯罪手段。

无论是在理论上还是在实践中都引发了诸多的矛盾和争议。一方面,根据 2013 年出台的《最高人民法院、最高人民检察院关于办理寻衅滋事刑事案件适用法律若干问题的解释》的规定,行为人因婚恋、家庭、邻里、债务等纠纷,实施殴打、辱骂、恐吓他人或者毁损、占用他人财物等行为的,一般不认定为“寻衅滋事”。可见,基于债务纠纷实施的“寻衅滋事”行为,不属于无事生非,对该类行为以寻衅滋事罪认定并不妥当。据此,相关司法文件将以“软暴力”催收非法债务的行为认定为寻衅滋事罪的规定,与上述效力位阶更高的司法解释规定存在明显的矛盾。另一方面,根据 1997 年《刑法》第 238 条第 3 款以及 2000 年《最高人民法院关于对为索取法律不予保护的债务非法拘禁他人行为如何定罪问题的解释》的规定,行为人为索取非法债务,非法拘禁、扣押他人的,以非法拘禁罪认定。由此产生了法律适用上的冲突和罪刑上的失衡。一般而言,滋扰、跟踪、贴靠等“软暴力”手段至多限制他人人身自由,其危害性明显小于扣押、拘禁等剥夺他人人身自由行为的危害性。同样是基于索取非法债务的目的,采用危害性较大的扣押、拘禁方式索债构成法定最高刑相对较低“3 年以下有期徒刑”的非法拘禁罪,而采用危害性较小的滋扰、纠缠、哄闹等“软暴力”方式索债却构成法定最高刑相对较高“5 年以下有期徒刑”的寻衅滋事罪。这显然与罪责刑相适应的刑法基本原则相违背。鉴此,《刑法修正案(十一)》特意增设了法定刑相较于寻衅滋事罪法定刑更轻的催收非法债务罪,用以规制使用暴力、“软暴力”等手段催收非法债务的行为,从而否定和纠正了此前以寻衅滋事罪认定此类行为的做法。笔者认为,这一否定与纠正应该主要针对发生在刑法修正案生效之后的催收非法债务行为,不能再以寻衅滋事罪定罪处罚。需要指出的是,立法者在修法过程中特意删除了《刑法修正案(十一)》草案针对催收非法债务罪设置的竞合条款。笔者认为这一举动正是为了排除对新法生效后实施的催收非法债务行为适用寻衅滋事罪的可能性。我们完全可以认为,立法者实际上是将此类行为从寻衅滋事罪中独立出来,设置全新的罪状及更轻的法定刑,其目的是进行更加精准的定罪量刑。这在本质上属于对旧法的修改。因此,对于新法生效前实施的催收非法债务行为在新法生效后裁判的,涉及的是按照行为时法认定的寻衅滋事罪与按照裁判时法认定的催收非法债务罪之间法定刑的轻重比较。根据“从旧兼从轻”的溯及力原则,催收非法债务罪的法定刑较寻衅滋事罪的法定刑更轻,此种情况应当“从轻”以催收非法债务罪论处。与此类似的还有《刑法修正案(九)》增设的组织考试作弊罪和非法出售、提供试题、答案罪,对其生效之前实施的组织考试作弊,为他人组织考试作弊提供作弊器材或者其他帮助,以及非法向他人出售或者提供考试试题、答案的行为,在刑法修正案生效之前可能构成非法获取国家秘密罪,非法生产、销售间谍专用器材罪或者故意泄露国家秘密罪,在刑法修正案生效后应当比较新罪与旧罪之间法定刑的轻重,选择适用处刑更轻的个罪。再如,立法者为加强对袭警行为或组织他人赴境外赌博行为的打击力度,从妨害公务罪、聚众赌博罪的原有罪状中剥离出部分罪状增设为新罪,并设置了更重的法定刑,新罪与旧罪之间存在不法类型的连续性。新法生效前实施的袭警行为或组织他人赴境外赌博行为,在新法生效后裁判的,应当进行新罪与旧罪之间法定刑轻重的比较,选择适用处刑较轻的个罪。

刑法修正案对原有个罪的罪状进行修改、补充或删除,如果导致原有个罪的规制范围发生实质性变化,那么此时应当进行新旧刑法的比较,选择有利于被告人的条文加以适用。例如,发生在《刑法修正案(八)》之前的未达到“数额较大”的扒窃行为,刑法修正案生效后存在不构成犯罪与构成犯罪的情况,对此应当适用行为时法认定该种行为不构成犯罪。同理,发生在《刑法修正案(九)》之前的严重超载、超速的驾驶行为,在刑法修正案生效后应当适用行为时法不认定为

犯罪。当然原有个罪的罪状修正也有可能只是形式上的修正,即对原有个罪的规制范围并未产生实质性的影响。尤其是在增加某些构成要件要素的情况下,不能简单地认为新增内容所调整的行为在刑法修正案生效之前就必然根据“从旧”原则而不认定为犯罪。例如,《刑法修正案(十一)》对引起传播或者有传播严重危险的传染病,在原来甲类传染病的基础上增加了“依照确定采取甲类传染病预防、控制措施的传染病”(即“按甲类管理的传染病”),但这并不意味着在刑法修正案生效之前实施引起“按甲类管理的传染病”传播的行为不构成犯罪。事实上,将“按甲类管理的传染病”纳入妨害传染病防治罪的规制范畴中,在刑法修正案出台之前就已存在相应的规定,并且司法实务部门也是如此操作的。基于2003年“非典”疫情的防控经验和日常突发传染病防治管理的需要,2004年我国对《中华人民共和国传染病防治法》(以下简称《传染病防治法》)进行了修订,在原有传染病类型的基础上增加了“按甲类管理的传染病”的规定。^①2008年《最高人民检察院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(一)》第49条根据《传染病防治法》的上述修订内容,将“按照甲类管理的传染病”也纳入刑法规制妨害传染病防治罪的范畴之中。^②至此,刑法关于妨害传染病防治罪所指的传染病不仅包括甲类传染病,而且还包括“按甲类管理的传染病”。针对此次新冠肺炎疫情,2020年“两高两部”联合颁布的《关于依法惩治妨害新型冠状病毒感染肺炎疫情防控违法犯罪的意见》,对于拒绝执行相关防疫措施过失造成新冠病毒传播的行为,应以妨害传染病防治罪定性,而国家卫健委于2020年发布的第1号公告将新冠病毒感染肺炎纳入按甲类管理的乙类传染病的范畴中。由此可见,在《刑法修正案(十一)》出台之前,拒绝执行相关防疫措施过失实施“按甲类管理的传染病”传播的行为同样构成妨害传染病防治罪,并不会因为刑法修正案对该罪中的传染病的范围增加了“按甲类管理的传染病”而认定此类行为在刑法修正案生效之前不构成犯罪。

此外,部分原有个罪罪状的修正,尤其是原先罪状中行为类型的修正,对原有个罪规制范围的调整究竟是实质性的还是形式上的,并非一目了然。例如,《刑法修正案(八)》对强迫交易罪的行为类型在“强买强卖商品”“强迫他人提供或者接受服务”的基础上,另外增加了3种并列的行为类型,即“强迫他人参与或者退出投标、拍卖”“强迫他人转让或者收购公司、企业的股份、债券或者其他资产”“强迫他人参与或者退出特定的经营活动”。那么,新增的3种强迫交易行为类型,在刑法修正案生效之前能否认定构成强迫交易罪?有学者指出,在上述3种新增行为类型中,至少“强迫他人参与或者退出拍卖”作为强迫交易罪的行为类型属于形式上、文字上的修正,其规范内容与修正之前的规范内容并没有发生实质的变化。^③甚至有论者认为,上述3种新增

① 参见刘宪权、黄楠:《论拒绝执行防疫措施行为的刑法定性》,《法治研究》2020年第2期。

② 有论者认为,1997年《中华人民共和国刑法》第330条已经明确将该罪涉及的传染病范围严格限定在甲类传染病,即便是立法解释或司法解释,甚至是司法规范性文件,也无权将其扩大解释为包含“按甲类管理的传染病”,因此在立法修改之前,对相关行为不宜认定为妨害传染病防治罪。对此,笔者认为,妨害传染病防治罪属于刑法中的法定犯,而法定犯的构成通常又受到前置法规定的影响。在《中华人民共和国传染病防治法》已作出修订的情况下,对刑法中妨害传染病防治罪的构成要件也应作出相应的调整。尽管妨害传染病防治罪将传染病的范围限定在甲类传染病,但是对于需要按照甲类管理的乙类传染病,其可能造成的实际危害已经达到甲类传染病的程度。可见,将《中华人民共和国刑法》第330条规定的“甲类传染病”扩大为“甲类或者按照甲类管理的传染病”,既符合立法者修订前置法的立法本意,又满足对个别乙类传染病或不明原因的传染病采取甲类传染病防控措施的实际工作需要。因此,将“按甲类管理的传染病”纳入妨害传染病防治罪的规制范畴并不违反刑法的相关规定。

③ 参见肖中华:《刑法修正常态下从旧兼从轻原则的具体运用》,《法治研究》2017年第2期。

的强迫交易行为类型是对修正前强迫交易罪罪状进一步细化和确定的结果。^①因此,如果在刑法修正案生效前强迫他人参与或者退出投标、拍卖等行为,在刑法修正案生效后仍应以强迫交易罪论处。对此,笔者认为,判断罪状修正中新增的行为类型究竟是立法者对原先罪状的细化规定,还是立法者创设的具备刑事可罚性的全新行为类型,关键在于考察新增的行为类型与原有罪状中的行为类型是否具有同质性。如果具备同质性,那么新增的行为类型便不能因为其属于新增内容而被当然认定为在刑法修正前不构成犯罪。修正前的强迫交易罪,无论是强买强卖商品行为,还是强迫他人提供或接受服务的行为,都要求强迫的对象属于直接交易的主体方,而修正后新增的“强迫他人参与或者退出投标、拍卖”“强迫他人参与或者退出特定的经营活动”行为类型显然不符合这一要求。而“强迫他人转让或者收购公司、企业的股份、债券或者其他资产”中的“股份、债券”是我国市场经济逐步开放下的产物,与强买强卖中的“商品”并非同一概念。事实上,刑法修正案增设这3种行为类型,正是为了应对经济社会发展中出现的新情况,将工程招标、物品拍卖、同业经营竞争和资产转让收购等新兴领域严重破坏社会主义市场经济秩序、侵犯公民人身权利的强迫交易行为纳入刑法的规制范围,进一步完善设立该罪保护的法益。就此而言,笔者认为,修正后的强迫交易罪新增的3种行为类型与修正前的两种行为类型并不具有同质性,因而发生于修正前的这3种全新的强迫交易行为在修正后应当按无罪处理,在司法实践中也不乏相关的判例。^②

三、刑法个罪法定刑修正条文的类型划分

正如前述,关于刑法的溯及力问题,只有在新法与旧法均规定构成犯罪的情况下,才需要进一步比较二者之间的处刑轻重,并选择适用“处刑较轻”的法律。根据最高人民法院《关于适用刑法第十二条几个问题的解释》的规定,所谓“处刑较轻”是指刑法对某种犯罪规定的刑罚比修订前规定的刑罚轻。可见,处刑轻重的判断关键在于对法定刑轻重的比较。因此,刑法修正前后法定刑的轻重变化同样是我们需要重点关注的内容。

笔者根据历次刑法修正案涉及的法定刑修订内容,将法定刑修订前后的变化划分为以下3种类型。

1.法定刑升格。在原有刑法条文已有相应罪名规定的情况下,刑法修正案将原有的法定刑予以升格,主要通过以下几种方式进行。

其一,提高法定最高刑或法定最低刑。部分个罪通过增加一档加重法定刑的方式提升法定最高刑,同时保持或加重上一档次的法定刑。例如,《刑法修正案(九)》对扰乱无线电管理秩序罪在原有法定刑的基础上增加一档加重法定刑,将其法定最高刑由“3年有期徒刑”提高至“7年有期徒刑”。《刑法修正案(十一)》对违规披露、不披露重要信息罪在增加一档加重法定刑的同时还加重了前档法定刑,将其法定最高刑由“3年有期徒刑”提高至“10年有期徒刑”,前一档次量刑幅度的法定最高刑提高为“5年有期徒刑”。有些个罪则是在保持量刑档次不变的情况下,提高各个量刑幅度的法定最高刑或法定最低刑。例如,《刑法修正案(十一)》为加大对知识产权的保护

^① 参见刘涛:《强迫交易罪所增罪状不具有溯及力》,《检察日报》2011年5月13日。

^② 参见浙江省高级人民法院(2021)浙刑终7号刑事判决书。

力度,对涉及侵犯知识产权犯罪的6个罪名均提升了各个量刑档次的法定刑。

其二,在法定最低刑或法定最高刑不变的情况下,通过调整法定刑内部的量刑结构来加重法定刑。例如,《刑法修正案(十一)》对集资诈骗罪通过压缩量刑档次的方式,在保持法定最高刑不变的同时,取消第三档加重法定刑,将原先的三档法定刑压缩为两档,并提高第一档的法定最低刑和法定最高刑。对挪用资金罪在保持法定最低刑不变的情况下,将第二档法定刑“3年以上10年以下有期徒刑”细分为“3年以上7年以下有期徒刑”和“7年以上有期徒刑”。而对于开设赌场罪则是在保持法定最低刑和法定最高刑不变的情况下,将原先两档量刑幅度的分界点“3年有期徒刑”提高到“5年有期徒刑”,从而加重了该罪的法定刑。

其三,通过调整附加刑来提高法定刑。这集中表现为调整财产刑。部分个罪通过将限额罚金刑或倍比罚金刑调整为无限额罚金刑来提高法定刑。该种调整方式取消了原先可以通过限额与倍比控制罚金上、下限的模式,在很大程度上加重了对相关犯罪在财产刑上的惩戒力度。^①例如,《刑法修正案(八)》对生产、销售假药、不符合卫生标准的食品、有毒有害食品等犯罪财产刑的调整,以及《刑法修正案(十一)》对破坏社会主义市场经济秩序犯罪财产刑的调整,均是通过该种调整方式来提高法定刑。有些个罪则是通过增设附加刑,或是将原先作为法定最低刑的附加刑修改为主刑来提高法定刑。例如,《刑法修正案(八)》对单位犯金融诈骗罪的增设了“并处罚金”的附加刑;《刑法修正案(十一)》将袭警罪中的法定最低刑由“单处罚金”修改为管制。

2.法定刑降格。在原有刑法条文已有相应罪名规定的情况下,刑法修正案将原有的法定刑予以降格。该类法定刑修正在历次刑法修正案中为数不多,主要是以降低法定最高刑或法定最低刑为主。部分个罪在保持量刑档次不变的情况下,直接降低原有的法定最高刑或者调整各个量刑档次的法定最高刑或法定最低刑。例如,刑法修正案逐步废除了金融诈骗犯罪的死刑;《刑法修正案(八)》在维持传授犯罪方法罪法定最低刑以及3档量刑幅度不变的情况下,既删除了其法定最高刑死刑,又降低了第二档量刑幅度的法定最高刑和第三档量刑幅度的法定最低刑,从而降低了该罪的整体法定刑;《刑法修正案(九)》对阻碍执行军事职务罪的法定最高刑和法定最低刑未做改变,而是调整第二档和第三档量刑幅度的分界点,由“15年有期徒刑”降低至“10年有期徒刑”,从而减轻第二档和第三档的法定刑。有些个罪则是增加一档减轻法定刑以降低原有的法定最低刑。例如,《刑法修正案(七)》为绑架罪增设了一档“情节较轻”的法定刑幅度,将该罪的法定最低刑由“10年有期徒刑”降低至“5年有期徒刑”;《刑法修正案(十一)》为境外窃取、刺探、售卖、非法提供军事秘密罪同样增设了一档减轻法定刑幅度,将该罪的法定最低刑由“10年有期徒刑”降低至“5年有期徒刑”。

3.法定刑反向调整。刑法修正案对法定刑的调整不只是单纯的升格或降格,也可能存在反向调整的情况。例如,《刑法修正案(十一)》对非国家工作人员受贿罪、职务侵占罪在增加一档加重法定刑以提高法定最高刑的同时减轻前一档法定刑,均将原有的法定刑“5年以下有期徒刑或者拘役”“5年以上有期徒刑”调整为“3年以下有期徒刑或者拘役”“3年以上10年以下有期徒刑”和“10年以上有期徒刑或者无期徒刑”;对非国家工作人员受贿罪、职务侵占罪在减轻主刑的同时增加了“并处罚金”的规定,在法定刑调整方面既有升格部分也有降格部分。

^① 参见刘宪权:《〈刑法修正案(十一)〉中法定刑的调整与适用》,《比较法研究》2021年第2期。

四、刑法个罪法定刑修正条文的溯及力

根据相关司法解释的规定,法定刑轻重的比较顺序一般是,先比较法定最高刑,若法定最高刑相同再比较法定最低刑,若存在多个量刑幅度,则先根据具体犯罪行为确定适用的法定刑幅度,然后再比较该量刑幅度内的法定最高刑和法定最低刑。由于法定刑包括主刑和附加刑,因此法定刑轻重的比较理应包括主刑和附加刑轻重的比较。有论者认为,附加刑在刑罚体系里面地位明显低于主刑,只要比较主刑就足以确定新旧刑法法定刑的轻重,不需要考虑附加刑。^①也有学者认为,“关于附加刑,财产刑和资格刑之间,罚金和没收财产之间,笼统的判处有期徒刑之规定和比例罚金制、定额罚金制之间,应当判处有期徒刑和可以判处有期徒刑之间,均难以进行轻重比较”,^②因此法定刑轻重的比较无须考虑附加刑。对此类观点,笔者不敢苟同。

首先,上述观点明显忽略了我国刑罚体系是由主刑和附加刑有机组合而成的统一体的事实,二者相互补充、缺一不可,共同发挥刑罚的惩罚与预防功能。如果法定刑轻重的比较排除附加刑,那么附加刑在刑法分则中似乎就无存在的必要。然而,事实上近年来我国立法者对法定刑的修正更多的是集中在附加刑的修正上,尤其是罚金刑的运用比例明显提高。这充分反映了我国立法者对附加刑的重视程度,也说明了附加刑在刑罚体系中发挥着极其重要的作用。因此,我们不能因为附加刑对主刑具有附属的特征或补充的作用而忽视其具有的独立价值,法定刑轻重的比较仍然需要考虑附加刑。

其次,司法实务部门同样认可附加刑是法定刑的重要组成部分。2008 年《最高人民法院关于刑事第二审判决改变第一审判决认定的罪名后能否加重附加刑的批复》对于二审人民法院改判上诉案件时能否增加适用附加刑或者将罚金刑改为没收财产刑等问题给出了答案:一审人民法院没有判处附加刑的,二审人民法院判决改变罪名后,不得判处附加刑;一审人民法院原判附加刑较轻的,二审人民法院不得改判较重的附加刑。由此可见,“上诉不加刑”中的“刑”包括附加刑,亦即二审人民法院针对上诉案件不得加重附加刑的处罚。

最后,附加刑的不同刑种之间轻重有别。我国的刑罚体系是由一定刑罚种类按其轻重程度组成的序列,其中主刑与附加刑的轻重之分、主刑中不同刑种之间的轻重之分,不言自明。主刑是只能独立适用的主要刑罚方法,而附加刑是补充主刑适用的刑罚方法,既可附加适用,也可单独适用。就此而言,主刑应重于附加刑,附加适用附加刑应重于独立适用附加刑。针对主刑的不同种类,生命刑重于自由刑,死刑属于最严厉的主刑;而不同自由刑之间根据限制人身自由程度的不同,由轻到重依次是管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑;同一自由刑则根据限制或剥夺人身自由期限的长短决定轻重。我国刑法规定的附加刑种类有:罚金、剥夺政治权利、没收财产。^③分析我国附加刑的种类,其中罚金与没收财产统称财产刑,剥夺政治权利又称资格刑,由于各自剥

① 参见赵立勋、张爱艳:《从旧兼从轻原则的新困惑》,《中国检察官》2016 年第 14 期。

② 陈兴良主编:《刑法总论精释》(上),人民法院出版社 2016 年第 3 版,第 87~88 页。

③ 从理论上讲,由于驱逐出境具有可以独立适用或者附加适用的特征,因此通常被作为附加刑的一种进行研究。但是,就刑法典体系的编排而言,由于驱逐出境在刑法总则中并未被纳入附加刑的种类,并且在刑法分则中也从未作为刑罚的内容,因此在讨论附加刑不同刑种的轻重时,暂不考虑驱逐出境。

夺(包括罚、没)的对象和内容不同,因此区分附加刑的轻重程度有一定的难度。但是,笔者认为,我国附加刑的轻重并非不能区分。其理由是:其一,我国刑罚体系中的主刑和附加刑都是按照各自的严厉程度由轻到重依次排列的,因此根据附加刑的种类在刑法中的编排顺序,其轻重程度理应是罚金轻于剥夺政治权利,而剥夺政治权利轻于没收财产。其二,根据附加刑在刑法分则条文中的适用情况,剥夺政治权利通常适用于性质较为严重的危害国家安全或者公共秩序类犯罪,而没收财产通常是规定在个罪的加重法定刑幅度中,往往是附加于无期徒刑、死刑等严厉的主刑适用。基于罪责刑相适应的基本原则,犯罪行为越严重,应受的刑罚处罚就越严厉。可见,附加刑的不同刑种之间由轻到重的顺序应当是罚金、剥夺政治权利、没收财产。进一步分析,刑法分则规定罚金的主要方式有限额罚金制、倍比罚金制、无限额罚金制,那么如何区分不同罚金制之间的轻重?争议较多的可能集中在无限额罚金制与限额、倍比罚金制之间的轻重比较。由于在无限额罚金制中法官基于自由裁量权完全可能判处低于限额或倍比制的罚金,因此或许有人会认为,无限额罚金制在严厉程度上应轻于另外两种罚金制。对此,笔者认为,这是对无限额罚金制的误解。事实上,无限额罚金制与刑事立法尽可能明确法定刑的原则相违背,其过于笼统、模糊的特点增大了司法实务部门滥用罚金刑的空间。这相较于确定的罚金刑对被告人而言更为不利。此外,近年来刑法修正案对刑法个罪附加刑的修正主要集中在罚金刑上,而罚金刑的修正又主要体现在无限额罚金刑的运用上,其中最主要的原因在于无限额罚金制在某种程度上已成为刑事立法的重刑化工具,立法者通过扩大无限额罚金刑的适用范围从而加大了对金融犯罪等获利性犯罪的惩处力度。因此,认为无限额罚金制的严厉程度轻于限额、倍比罚金制的观点,显然与我国立法者的修法意图不相吻合。

一般而言,刑法条文中法定刑的修正无论是单向的升格修正还是降格修正,修正前后的法定刑轻重的比较通常不存在疑问,按照法定刑轻重的比较规则判断即可。但是,刑法修正案通过改变量刑档次的方式调整部分个罪的法定刑则会引发选择法律适用的争议。例如,《刑法修正案(十一)》将集资诈骗罪的量刑幅度由原先的三档压缩为两档,在保持法定最高刑不变的同时,取消了原第三档“数额特别巨大”的加重处罚情节,并分别提高第一档和第二档的法定刑幅度。刑法修正前的集资诈骗金额如果达到“数额较大”或“数额巨大”的标准,那么其对应的法定刑幅度相较于修正后的规定明显更轻;但如果达到“数额特别巨大”的标准,那么依照修正前的规定应判处“10年以上有期徒刑或无期徒刑”,而依照修正后的规定则应判处“7年以上有期徒刑或无期徒刑”。此时,法定刑孰轻孰重似乎不应存在疑问,即法定最高刑均为无期徒刑,而法定最低刑已由修正前的“10年有期徒刑”降低至“7年有期徒刑”,因此刑法修正前后集资诈骗罪中“数额特别巨大”所对应的法定刑幅度,应当是旧法重于新法。对此,笔者认为刑法修正案并未取消刑法原条文所规定的第三档“数额特别巨大”法定刑,而是将其并入了修正后第二档“数额巨大”的法定刑之中。换言之,修正后第二档“数额巨大”的法定刑,不仅在法定最低刑上从“5年有期徒刑”提高到“7年有期徒刑”,而且是将修正前“数额特别巨大”的法定刑包含其中。因此,新法生效前集资诈骗金额达到“数额特别巨大”的行为在新法生效后裁判的,在比较法定刑的轻重时,应当先比较刑法原条文规定的第三档法定最高刑与修正后规定的第二档法定最高刑(均为无期徒刑),再比较刑法原条文规定的第二档法定最低刑(5年有期徒刑)与修正后规定的第二档法定最低刑(7年

有期徒刑)。^①可见,修正后的集资诈骗罪中“数额特别巨大”所对应的法定刑相较旧法的规定是加重了。又如,《刑法修正案(十一)》将职务侵占罪的量刑档次由原先的两档调整为三档:将第一档与第二档法定刑的分界点先由“5年有期徒刑”调整为“3年有期徒刑”,从而降低了原先第一档的法定最高刑和第二档的法定最低刑;再将第二档细分为两档,同时将法定最高刑由“15年有期徒刑”提高到“无期徒刑”。因此,在进行修正前后法定刑轻重的比较时,不能简单地将刑法原条文的第二档与修正后的第二档对比,或是将刑法原条文的第二档与修正后的第三档对比,而是应当将修正后的第二档和第三档合并(3年以上有期徒刑或无期徒刑),再与刑法原条文第二档(5年以上有期徒刑)比较轻重。可见,修正前后的职务侵占罪,在主刑方面显然是新法轻于旧法。

正如前述,法定刑轻重的比较包括主刑和附加刑轻重的比较,在新旧刑法条文之间,如果主刑与附加刑发生单向变化(即只有其中一项刑罚发生变化),或者主刑与附加刑发生同向变化(即主刑与附加刑同时变重或同时变轻),那么此时法定刑轻重的比较就不存在疑问;但当主刑与附加刑发生反向变化(即主刑变重附加刑变轻,或主刑变轻附加刑变重)时,该如何判断法定刑的轻重?在同一条款中的主刑和附加刑能否分别适用不同的法律?这涉及在选择准据法时究竟是新法与旧法的择一适用还是新法与旧法的交叉适用问题。对此,无论是理论界还是司法实务界均存在两种截然相反的理论:(1)“整体适用论”,即在对新旧刑法的选择适用中,如果已确定适用哪部刑法,那么应当将其整体适用于某个案件,而不能既适用新法又适用旧法,只能二者选一、整体适用。^②对此,意大利也有刑法学者认为:“在决定哪一部法律对于被告人最为有利时,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因素组合拼凑为一个既不同于新法、也不同于旧法的综合性规范,否则就成了由法官来制定适用的法律规范”。^③(2)“交叉适用论”,即“新旧刑法之间可以交替引用,针对不同的对象,新旧刑法的规定不一定一律更重或者更轻,为真正贯彻从旧兼从轻原则的立法精神,针对不同对象在适用时可以分别选择”,^④以最大限度地有利于被告。笔者认为,主刑和附加刑作为法定刑的组成部分,从其整体的完整性及内在的逻辑性考虑,不能将二者拆解分别适用不同的法律。其理由是:其一,在“从旧兼从轻”原则的适用过程中,判断“处刑较轻”的落脚点在于“法定刑”的轻重。而法定刑是由主刑和附加刑有机组合的统一体,在比较法定刑轻重时应当整体比较而不能分别比较;否则就会破坏法定刑的整体性和统一性。其二,个罪的法定刑往往是根据个罪的行为特征、危害程度进行设置的,包括量刑档次、量刑幅度、主刑和附加刑的种类等,具有内在的逻辑性和紧密性,目的在于最大限度地发挥刑罚的功效。如果无视主刑和附加刑内在的联系性,而将其拆解分别适用最有利于被告的法条内容,那么不仅会导致刑法条文的内容支离破碎,而且会使刑罚的功效荡然无存。例如,《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较轻,但同时增加了“并处罚金”的规定,主要是考虑到该类犯罪不仅是一种职务犯罪而且具有贪利的性质。由于增设罚金刑既能够更全面地评价该罪的贪利性特征,又能更好地实现惩治的效果,因此在适用新法较轻主刑的同时必然适用增设的罚金刑,由此才能充分体现立法者的修法意图,符合立法原意。既然当主刑和附

① 参见刘宪权:《〈刑法修正案(十一)〉中法定刑的调整与适用》,《比较法研究》2021年第2期。

② 参见石魏、余亚宇:《对行贿罪中从旧兼从轻原则适用的思考》,《中国检察官》2016年第24期。

③ [意]杜里奥·帕多瓦尼:《意大利刑法学原理》,陈忠林译,法律出版社1998年版,第37页。

④ 黄伯青、胡健涛:《主刑和附加刑可以分别适用新旧刑法》,《人民法院报》2010年11月18日。

加刑发生反向修正时,我们不能拆解二者对其分别适用最为有利的法律,那么如何判断新法与旧法之间法定刑的轻重?对此,笔者认为,针对此种情形应当确定主刑优先原则,如果通过比较主刑能够判断轻重,那么无须再比较附加刑。主刑作为我国主要的刑罚措施,其轻重直接体现了国家对犯罪行为否定性评价的程度,因此通过比较主刑的轻重来判断新旧刑法条文规定的法定刑的轻重应当说是比较合理的。我们分析《刑法修正案(十一)》中职务侵占罪、非国家工作人员受贿罪针对原有的法定刑幅度在减轻主刑的同时又增设“并处罚金”的处罚,对于这些法定刑处罚轻重的比较就应当优先比较主刑,如果主刑能分出轻重,那么无须再比较罚金刑的轻重。

五、刑法个罪罪状和法定刑同步修正条文的溯及力

一般而言,刑法修正案对刑法个罪条文的修正,不会仅限于对罪状或法定刑的单独修正,事实上,刑法修正案对罪状和法定刑同步修正的并不在少数。刑法修正案对罪状和法定刑的修正可能都朝着不利于被告人或有利于被告人的方向进行。例如,《刑法修正案(九)》对侵犯公民个人信息罪的修订,不仅将该罪的犯罪主体由“国家机关或者金融、电信、交通、教育、医疗等单位的工作人员”扩充到一般主体,从而扩大该罪的规制范围,而且增加一档加重处罚情节,提升了该罪的法定最高刑,而且对具有特殊职责的主体侵犯公民个人信息的行为从重处罚。可见,修正后的侵犯公民个人信息罪,无论是罪状还是法定刑的规定对被告人而言都更为不利。根据我国刑法采用的“从旧兼从轻”的溯及力原则,我们理应选择适用对被告人更有利的旧法。应该说,在罪状和法定刑发生同向修正的情况下,新旧刑法的选择适用一般不会产生争议,只需在新旧刑法条文之间择一适用即可,但是在罪状和法定刑发生反向修正时,某一刑法个罪的修正则同时包括有利于被告人或不利于被告人的变化。例如,《刑法修正案(十一)》针对销售假冒注册商标罪的修正,在罪状方面将数额的计算方式由“销售金额”改为“违法所得数额”,明显对行为人更为有利,但同时将“数额型”的认定方式改为“数额或情节型”,增加了其他入罪模式,对行为人则不太有利。同时在法定刑方面取消了拘役,将法定最低刑提升至有期徒刑,并将法定最高刑由“7年有期徒刑”提升至“10年有期徒刑”,对被告人而言显然也属于不利的变化。在此种情况下,新法与旧法之间的轻重如何比较判断?针对罪状和法定刑能否分别适用对被告人最为有利的法律?有论者认为,在罪状和法定刑发生反向调整的情形下,很难抽象地判断新旧刑法的轻重,而罪状和法定刑不能分割,不可能既适用新法的罪状条件,又适用旧法的法定刑,因此只能将行为人的行为具体代入新法和旧法之中比较可能的量刑结论,从而比较新旧法的轻重。^①也有论者认为,根据罪刑法定原则的基本精神,本着最大限度有利于被告人的原则,当不同的有利被告人的情形分别出现在新旧刑法中,应可以分别适用新旧刑法的有关规定,因此刑法条文中的罪状和法定刑可以分别适用对被告人有利的不同法律。^②

笔者赞同罪状和法定刑不能相互割裂而分别适用不同法律的观点。正如前述,法定刑是由主刑和附加刑有机组合而成的统一体,其内在的整体性和逻辑性不应遭到破坏。同理,某个罪的罪状和法定刑也并非随意组合的结果,其内在的整体性和逻辑性同样不能被忽略。我国立法者

① 参见曲新久:《论从旧兼从轻原则》,《人民检察》2012年第1期。

② 参见肖中华:《刑法修正常态下从旧兼从轻原则的具体运用》,《法治研究》2017年第2期。

同时对个罪的罪状和法定刑进行修正,通常是在宽严相济刑事政策的指导下,从该罪设置的必要性、合理性、有效性等维度综合考量修正方案。例如,《刑法修正案(十一)》对销售假冒注册商标罪的修正,一方面,将其入罪标准和量刑基准由原先过于单一的“数额型”判断标准调整为多元的“数额或情节型”判断标准,这种将数额因素与其他情节要素一并予以整体评价的做法便于实现将社会危害性和人身危险性的评价有机统一的目标,^①同时将“销售金额”改为“违法所得数额”,更加符合该类犯罪的获利性特征,确实能起到合理调整该罪规制范围的作用;另一方面,在知识产权的重要性日益突显和加强知识产权保护的呼声不断高涨的背景下,适当提高该罪的法定刑配置,确实可以彰显对商标专用权及消费者权益加强刑法保护的决心。因此,针对反向修正的罪状和法定刑,我们不能任意将其割裂后分别适用不同的法律;否则不仅无法实现立法者的修法目的,而且容易引发司法实践中适用法律的混乱。虽然我国刑法采用“从旧兼从轻”溯及力原则的目的在于贯彻罪刑法定原则所蕴含的“有利于被告人”的基本精神,但是这一精神不应被滥用,最大限度地有利于被告人只能是相对的而不能是绝对的。需要指出的是,罪状和法定刑不能分别适用不同的法律是否意味着在罪状和法定刑发生反向修订的情况下,新旧刑法的轻重无法通过单纯比较法定刑的轻重进行判断,从而主张以“处断刑”作为处刑轻重的判断标准?即先将新旧刑法同时适用于具体的刑事个案,然后综合考虑所有影响个案处理结果的定罪量刑标准进行量刑预判,在此基础上进行处断刑的轻重比较(即“处断刑说”)。^②事实上,当罪状和法定刑发生反向修正时,二者分别适用不同法律的现象并不会出现。根据“从旧兼从轻”原则,当行为时法或裁判时法有一个认为不构成犯罪时,选择适用的是认为不构成犯罪的刑法规定;只有当行为时法和裁判时法均认为构成犯罪时,才需要进行法定刑轻重的比较。基本罪状是对犯罪成立条件的描述,其决定构成犯罪与否,而加重或减轻罪状是对法定刑升格或降格条件的描述,其决定量刑的档次,具有指引法定刑的功能。因此,当刑法修正案对原刑法条文的修订既包括罪状方面也包括法定刑方面的内容时,无论修订的方向是同向还是反向,比较行为时法与裁判时法,都应当先比较基本罪状的内容,如果按照新法或旧法的基本罪状有认为不构成犯罪的,那么适用的刑法条文即可确定,而无须再考虑法定刑的轻重问题。但是,如果按照新法或旧法的基本罪状均认为构成犯罪的,那么无须考虑哪个罪状更有利,只需要比较法定刑的轻重,即使加重或减轻罪状发生了变化,判断是否有利于被告人同样需要回归到法定刑轻重的比较,从而适用法定刑较轻的刑法条文即可。

总之,基本罪状的比较是解决行为构罪与否的问题,并不涉及法定刑的内容,而加重或减轻罪状的比较本质在于法定刑轻重的比较。刑法修正案对某个罪罪状和法定刑的反向修正实际上并不会影响刑法条文的整体适用,新旧刑法条文的轻重判断也不存在疑问,无法成为否定处刑轻重的比较应以法定刑为标准的理由。刑法溯及力实际上解决的是选择适用刑法条文的问题,而选择时的判断标准应当是明确的、客观的。毫无疑问,在排除新旧刑法条文存在构成犯罪与否的前提下,将刑法条文规定的法定刑作为处刑轻重的唯一比较标准,应该能够符合选择标准的明确性和客观性要求。如果比较处刑的轻重是以具体处断刑为标准,而同一法定刑势必因为具体案件事实情节的差异或者审判人员自由裁量权的差异等因素产生不同的认定结果,那么完全可能

① 参见刘湘廉:《我国知识产权刑罚的最新修正及其适用》,《重庆大学学报》(社会科学版)2021年第5期。

② 参见何龙、王琦:《“从旧兼从轻”原则适用中的几个问题》,《人民检察》2017年第9期。

导致相同案件因不同的认定结果而适用不同刑法条文的现象出现。这样的结果显然是不合理的。就此而言,笔者认为,无论在什么情况下,处刑轻重以法定刑为判断标准既明确又客观,并且新法与旧法之间法定刑孰轻孰重一目了然,因而便于司法人员对新旧刑法条文的选择适用。

Abstract: The content of the amendments to the crimes in the Criminal Law mainly focuses on the amendments to the specific crimes and statutory punishments. The amendment of facts about a crime includes the new facts about a crime under a new crime and the amendment of the facts about a crime under the original crime; the amendment of the statutory penalty includes promotion, demotion, reverse amendment and other types. The new crimes added by the amendment through the establishment of new facts about a crime usually do not have retrospective effect in application. If the act of the new crime also constitutes a crime in accordance with the provisions of the old law, a comparison of the severity of the new and old criminal law requires examining whether there is continuity in the types of wrongfulness between the two. If the amendment of original facts about a crime under the original crime has made substantial rather than formal adjustments to the scope of regulation or sentencing level of the original crime, it is necessary to make an old and lighter judgment. The statutory penalty is the standard for comparing the severity of the punishment, including the comparison between the main penalty and the additional penalty. The amendment adjusts the statutory sentence by changing the sentencing level, and the comparison of the statutory punishment before and after the amendment cannot be simply compared. When the main penalty and the additional penalty are adjusted in the opposite direction, the principle of priority comparison of the main penalty should be determined. When the facts about a crime and the statutory penalty in the criminal law are reverse-amended, different laws cannot be applied to the facts about a crime and the statutory penalty. The comparison of the severity of the provisions of the criminal law before and after the amendment should still be based on statutory punishment rather than punishment.

Key Words: individual crimes, amendment provisions, retrospectivity, from the old to the lighter, amendment of facts about a crime, statutory penalty adjustment

责任编辑 田国宝