

刑法规范变更导致的法律溯及力问题

——由“牛玉强案”引发的思考

吴立欧¹, 吴之欧²

(1. 北京师范大学 刑事法律科学研究院, 北京 100875; 2. 温州大学 法政学院, 浙江 温州 325035)

摘要:刑法规范的更迭涉及罪名的调整以及法律溯及力等问题, 目前, 我国《刑法》第 12 条采取的是溯及力分离主义原则, 但从个案的处理结果来看, 这种溯及力与既判力绝对分离的模式并不能够很好地解决历史遗留问题。因此, 从罪刑法定原则出发, 借鉴国外立法例, 对《刑法》第 12 条第 2 款的内容进行修改, 将溯及力规定有条件地适用于已经生效的判决, 实现人权保障和刑罚惩罚的有机结合, 才能够真正实现良法善治。

关键词:流氓罪; 法律溯及力; 刑法规范变更; 牛玉强案

中图分类号: D924.1

文献标示码: A

文章编号: 1008-7699(2013)01-02-0052-05

刑法规范的频繁变更会带来突出的法律溯及力问题。1979 年 7 月 1 日, 我国颁布了第一部《中华人民共和国刑法》(以下简称“1979 年《刑法》”), 之后的 17 年间共颁布 24 个单行刑法作为修改和补充, 从 1997 年刑法第 2 次修订至今共出台了 8 个《刑法修正案》。法律文本的更新与交替, 直接对司法适用产生了影响, 对于那些涉及溯及力原则的案件, 不仅要考虑到法律的规定, 还要根据社会发展的情况, 在刑事政策的指导下仔细甄别、衡量。其中, 2004 年, 曾因“流氓罪”而被取保的北京人牛玉强因“保外就医未归”被新疆监狱抓回监狱服刑的案例就具有典型意义。通过对该案的分析, 有助于我们深化对我国《刑法》第 12 条溯及力和罪刑法定原则的认识。

一、案情简介及争议焦点

牛玉强, 男, 1965 年出生于北京。1983 年, 18 岁的牛玉强因为和朋友抢了一顶帽子并打了一架, 被法院以流氓罪判处死缓。1984 年底, 牛玉强被押送到新疆石河子监狱服刑。由于改造态度良好, 牛玉强获得两次减刑, 由死缓改为有期徒刑, 服刑期至 2008 年 2 月 13 日止。后因患上“空洞型肺结核”, 牛玉强申请保外就医, 回京医治。在保外就医期间, 新疆监狱曾派人到北京考察情况, 并根据牛玉强病情, 续保一年。此后, 监狱方面再未派人来京了解, 而牛玉强本人则每月都会向当地派出所汇报自己的思想和活动。2004 年某日, 新疆监狱以牛玉强保外就医未归, 将其以“逃犯”身份抓回监狱服刑, 并将刑期顺延至 2020 年 4 月 28 日。^[1]

“牛玉强案”发生于 2004 年, 一开始就引发了社会上的广泛讨论。在我国当前法律体系之下, 依据《中华人民共和国刑法》(以下简称“1997 年《刑法》”)第 12 条第 2 款的规定, 对牛玉强继续羁押服刑具备充分的法律依据, 体现了刑罚执行机关对法律权威和历史的尊重。但是, 从牛玉强判刑至今 30 年间, 是中国社会剧变的 30 年, 这种剧变不仅反映在经济领域, 在法律领域更是如此。“牛玉强案”中这种对法律权威和历史的尊

收稿日期: 2013-02-26

作者简介: 吴立欧(1987-), 女, 浙江温州人, 北京师范大学刑事法律科学研究院硕士研究生。

重在社会与法律变迁的“双重互动”之下渐渐走向了反面:我们承认对牛玉强顺延执行的合法性,但这个结果却又让公众难以接受。自1979年第一部刑法典出台,30年间,刑法规范频繁的修订、补充在规范层面上表现为旧罪名的分解、取消以及新罪名的增加,但法律文本上的这种频繁变动,也为司法提出了许多新的难题和新的要求。

不少人认为,在1997年刑法典修订后,流氓罪已被取消,我国刑法不再对所谓“流氓行为”进行处罚,因此,对牛玉强的刑罚执行应当终止。^[2]笔者认为,这种观点过于简单,事实上,牛玉强案之所以引起广泛关注,很重要的一个原因在于新疆监狱方面存在延宕执行、疏于职守的明显过错。但如果从刑法规范本身展开思考,则发现牛玉强案的焦点问题还在于以下两方面:一是对于一个已经在刑法典中消失的罪名是否依旧有继续执行的必要?二是,在当前社会结构剧烈变革的背景下,法律又该如何跟进?笔者认为,要解答这些问题,有必要回归法律文本,从源头上寻找答案。下面,笔者将从新旧刑法典对“流氓行为”的处理规定以及法律规范的效力问题的角度出发,试图为类似法律变更导致的“历史问题”提供解决方案。

二、新旧《刑法》对“流氓行为”的处理

1979年《刑法》第160条规定:“聚众斗殴,寻隙滋事,侮辱妇女或者进行其他流氓活动,破坏公共秩序,情节恶劣的,处七年以下有期徒刑、拘役或者管制。流氓集团的首要分子,处七年以上有期徒刑”。^{[3]223}这个罪名的产生有其深刻的时代背景:上世纪七、八十年代,社会上流氓案件恶性膨胀,在北京、上海等地相继出现大规模、大范围的流氓斗殴事件,造成了恶性影响。^{[3]223}出于稳定社会秩序的需要,中央提出政法机关必须在党的领导下,依靠广大人民群众,采取各种有效措施,同流氓犯罪作斗争^[4],这项政策的提出是基于广大人民要求维护社会秩序的愿望和要求。但是由于“流氓”一词作为社会道德用语,缺乏法律用语的规范性和明确性,导致司法实践中对“流氓行为”的界定过于笼统、模糊,再加上上世纪八、九十年代适逢“严打”政策需要,这类定义含糊,内容宽泛的“口袋罪”被过度适用,许多人因此被判处刑罚甚至被处以极刑。及至九十年代,随着国内外学术交流的加强以及本土刑法理论的发展,对当时刑法理论体系的反思和批判直接促成了1997年《刑法》的制订,其中最为突出的表现就是在总则部分确立了罪刑法定原则,取消了原先的类推制度;同时还还将分则中的流氓罪、投机倒把罪和玩忽职守罪等立法笼统、内容宽泛的“口袋罪”依据具体行为进行分解,同时取消了这三个罪名。因此,就法律文本而言,“流氓罪”确实已经在形式上实现了非罪化。然而,行为的非罪化其实包含事实的非罪化(刑法对该行为不再进行任何的处罚,例如国外对同性恋行为的处理)和形式的非罪化(法律文本中已不存在该罪名,但事实上法律对于此类行为进行了细化分解,使之成为多个单独罪名)。1997年《刑法》对于流氓罪、投机倒把罪和玩忽职守罪等三个“口袋罪”都是采取这种做法。可见,1979年《刑法》中的“流氓行为”,在1997年《刑法》中细化分解为强制猥亵侮辱妇女罪、猥亵儿童罪、聚众淫乱罪、聚众斗殴罪、寻衅滋事罪等罪名,避免因过度依赖主观判断造成的刑罚的滥用,使司法机关能够准确对犯罪行为定性。

通过仔细分析“牛玉强案”可以看出,牛玉强拦截路人抢夺蒙古刀、军帽、砸玻璃和打架的行为依旧属于1997年《刑法》的处罚对象,符合寻衅滋事罪的客观方面构成要件,《刑法》对“流氓罪”只是形式上的非罪化,并未从事实上取消对“流氓行为”的处罚。那么问题出在哪里,舆论为什么会“对牛玉强案”反应如此强烈?仔细观察舆论集中的焦点就会发现,本案的问题主要在量刑以及量刑所适用的法律依据。

1979年《刑法》规定流氓罪的法定刑是“情节恶劣的,处七年以下有期徒刑、拘役或者管制。流氓集团的首要分子,处七年以上有期徒刑”。^{[3]224}但本案对牛玉强的量刑适用了1983年《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》(以下简称“《决定》”):“对下列严重危害社会治安的犯罪分子,可以在刑法规定的最高刑以上处刑,直至判处死刑:1.流氓犯罪集团的首要分子或者携带凶器进行流

氓犯罪活动,情节严重的,或者进行流氓犯罪活动特别严重的;……”^{[3]224}《决定》将流氓罪的法定最高刑由 7 年以上的有期徒刑上升到死刑,法定刑罚幅度涵盖管制至死刑五种主刑,跨度非常大。更为严重的是,在 1983 年“严打”政策的影响下,《决定》甚至取代了《刑法》定罪量刑的功能,法院在审判案件过程中直接依据《决定》对行为人从严从重治罪。

1997 年《刑法》第 452 条第 2 款规定:“列于本法附件一的全国人民代表大会常务委员会制定的条例、补充规定和决定,已纳入本法或者已不适用,自本法施行之日起,予以废止。”^{[5]474}因此《决定》在新刑法典颁布后失效,那么依据失效的《决定》作出的生效判决又该如何处理,效力如何?这就涉及到我国刑法关于溯及力的规定。

三、失效法律规范的溯及力问题

1997 年《刑法》第 12 条是对溯及力的规定:“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;如果当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,按照当时的法律追究刑事责任,但是如果本法不认为是犯罪或者处刑较轻的,适用本法。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。”^{[5]6-7}刑法溯及力,是指刑法生效后,对于其生效以前未经审判或判决尚未确定的行为是否适用的问题。^[6]

1997 年《刑法》采取从旧兼从轻的溯及力原则,针对的是未经审判或者判决未确定的行为,不涉及已经生效的判决;对于已经生效的判决则需要维护既判力效力,这种溯及力与既判力互不相关,刑事既判力在时间上的确定力不发生变更或消灭的关系,国际上称之为溯及力的分离主义,与之相对的是溯及力的相关主义(指新刑法的溯及力优先于既判力,新刑法对其实施前已作出生效判决的行为具有溯及力,使得刑事既判力在时间上的确定力会发生变更或消灭^[7])。相关主义又分为绝对溯及(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^[8])与部分溯及(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)^①。可见溯及力与既判力是密切相关的两个概念,但两者在价值取向上存在着一定的侧重点。不溯及既往作为罪刑法定最基本的内涵和要求,是为了禁止事后法对行为人进行处罚从而保障其合法权益,更加侧重对行为人权益的保护;既判力更加侧重对司法部门审判权威的维护,对判决的严肃性和稳定性的维护。

不少外国和国际刑事立法明文规定:在新法变更之后,原判刑罚可免于执行。例如,《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:“如果在犯罪之后依法规定了较轻的刑罚,犯罪者应当减刑。”^[9]该条文意在从有利于犯罪人的条件出发对判决已经确定的案件适用事后法,是非犯罪化、弱化惩罚和有利于行为人的法律,其效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。目前,国际上许多国家(地区)都采纳的是相关主义,以实现对犯罪人人权的保护。例如,《俄罗斯联邦刑法典》第 10 条规定:“规定行为不构成犯罪、减轻刑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之前实施相应行为的人,其中包括正在服刑或已经服刑完毕但有前科的人。……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。”^[10]《意大利刑法》第 2 条第 2 款规定:“任何人不得因行为后的法律规定不为犯罪的行为而受处罚;已被判刑的,停止执行并消除有关后果。”^[11]

^① 例如,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。

《法国刑法典》第 112-4 条规定：“新法的即行适用对依据旧法完成之法律行为的有效性不产生影响。但是，已受刑罚宣判的行为，依据判决作出之后的法律不再具有刑事犯罪性质时，刑罚停止执行。”^[12]我国《澳门地区刑法典》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，而新法律将之自列举之违法行为中剔除，则该事实不予处罚；属此情况且已判刑者，即使判刑已确定，判刑之执行及其刑事效果亦须终止。”^[13]

我国采取的溯及力分离主义立场反映了立法者的社会本位的价值取向，更加偏重对法院判决稳定性的维护。应当看到，对未审案件的溯及既往本身就是对罪刑法定原则的必然延伸，因为罪刑法定原则的核心就在于对行为人的保护，禁止对不利于行为人的溯及既往，所以溯及力和既判力都符合罪刑法定原则的基本内涵和要求。同样，不溯及既往是为了禁止对行为人进行事后法处罚从而保障行为人的合法权益，但是从有利于行为人的角度出发，1997 年《刑法》的溯及既往也是罪刑法定原则精神的必然引申——罪刑法定原则的不溯及既往只是禁止不利于行为人的溯及既往，如果对 1997 年《刑法》不认为是犯罪或处刑较轻的行为溯及既往，这种对溯及力内涵的理解与罪刑法定原则的基本精神是并行不悖的。

此外，我国已经签署了《公民权利和政治权利国际公约》，在溯及力原则上侧重对行为人的权利保护本身就是对公约主旨和罪刑法定原则精神的内在契合。虽然从法律的公信力和树立法律权威的层面上考虑，刑事判决的有效性必须以作出该判决的刑事法律规范的有效性为前提，如果这个规范变更或者废止，从有利于犯罪人的角度出发之前作出的判决也应当作出改变，在一定条件下终止刑罚执行或者进行减刑。而祛除“类推适用”和“严打”等政策影响的迷思，回归罪刑法定原则，采取溯及力相关主义，将溯及力衍射到已生效判决上，不仅有利于解决类似疑难案件，还是刑法人道主义和人权保障的题中之义。

四、解决路径：基于目的与政策的思考

基于目的与政策的思考，法律溯及既往的裁量过程本质上是新旧公共利益的衡量过程。^[14]因此，对于《刑法》已经不认为是犯罪的行为进行溯及既往，这与罪刑法定的精神并不矛盾。尤其是在社会剧变的当代社会，法律修改频仍，有必要改变固守法律既判力的僵化认识，尤其是不能只考虑行为人行为时的社会危害性，只注意到判决的效力的连续性和神圣权威性，却没有注意到该行为已经不具有现时的危险性，以及作为原判依据的刑事法律规范效力已经失去了连续性。因此，对法律既判力的维护应当以作为判决依据的刑事法规的有效性为前提，一旦这些法律规范废止或是变更，就意味着此类案件已经失去了继续执行的合理性和必要性，从有利于犯罪人的角度出发，就应当作出适当的变动或更改，如终止刑罚执行或者减刑。

因此，有必要对《刑法》第 12 条第 2 款进行修改，将其修改为：“本法施行以前，依照当时的法律已经作出的尚在执行的生效判决，变更后的法律对该行为不再处罚的，应当立即终止刑罚的执行和效力；变更后的法律对于同一行为处刑减轻的，应当减刑。”

笔者认为，法律的溯及力问题是琐碎而且有时间限制的，正是通过法律的制定或修改才体现新法与旧法的博弈与制衡，但从总体而言溯及力的实质却是日趋分散、衰弱的。随着时间的推移和新旧法律的交替，新法对生效之前发生的案件和行为是否有溯及力的问题，会逐渐减少乃至消失。^[15]我们现在之所以还在讨论“牛玉强案”，是因为现在解决这个案件能够及时释放牛玉强使其免受刑罚之苦，否则再过若干年，类似案件基本上也已经执行完毕，没有再度讨论的必要了。

概而言之，对牛玉强继续收监执行已经没有必要。首先从法理上讲，刑罚的目的除了对行为人进行惩罚，还包含有对行为人的教育改造，使他不再犯罪、消除社会危险性、重新回归社会。本案中，结合牛玉强在服刑期间和保外就医过程中的表现，刑罚的效果已经达到，改造成效显著，没有再继续执行刑罚的必要。从情理出发，牛玉强“长期保外就医未归”，正是由于新疆监狱延宕执行，疏于职守造成的，而监狱单方面将所有

责任后果由牛玉强本人承担,不仅是不合理的也侵害了牛玉强的个人权利。其次从法律与政策的冲突角度来看,“牛玉强案”发生在社会飞速发展而法律法规在难以及时跟进的社会背景之下,要想妥善地解决这个问题不仅需要制度层面上的完善,思想转变也至关重要。胡锦涛总书记在2010年就提出了要将科学发展观贯彻落实到社会各个方面,这各个方面自然包括了法治领域。这也就要求立法、执法和审判部门都应当秉持以人为本的精神。近年来,政府一直致力于构建社会主义和谐社会、在全社会实现公平正义,让全体人民生活得更加幸福、更有尊严和更加自由。这一理念体现在法律领域,就是要将和谐提升到法律价值体系的元价值的高度上,提升到法的精神之元素(核心要素)层面上^[16],这就要求我们要用和谐的精神去反思、批判现行法的价值和作为其价值载体的法律规范,从而推动法律制度的变革和创新,实现法律变革和法治转型,实现良法善治,做到法律与政策的良性互动,真正将法治的成功落实到每一个人身上。考虑到以上几个方面的要求,笔者相信司法当局不难在罪刑法定原则的前提之下,通过对刑法溯及力规定的进一步理解和认识,寻找到让牛玉强出罪抑或是免刑的理由。

参考文献:

- [1]辰光. 牛玉强——最后一个流氓[N]. 法制晚报, 2010-12-01(5).
- [2]李云虹. 流氓罪的前世今生[J]. 法律与生活, 2011(3):45.
- [3]中国人民大学法律系刑法教研室. 刑法各论[M]. 北京:中国人民大学出版社, 1982.
- [4]何鹏. 刑法概论[M]. 长春:吉林人民出版社, 1981:264.
- [5]李立众. 刑法一本通[M]. 北京:法律出版社, 2011.
- [6]高铭暄, 马克昌. 刑法学[M]. 北京:北京大学出版社, 2007:42.
- [7]王耀忠. 刑事既判力在我国刑法中的重构[J]. 法律科学, 2002(6):122.
- [8]刘仁文. 关于刑法溯及力的两个问题[J]. 现代法学, 2007(4):136.
- [9]卢建平. 国际人权公约与中国刑事法律的完善[M]. 北京:中国人民公安大学出版社, 2010:620.
- [10]黄道秀. 俄罗斯联邦刑法典[M]. 北京:北京大学出版社, 2008:4.
- [11]杜里奥·帕多瓦尼. 意大利刑法学[M]. 北京:法律出版社, 1998:36-37.
- [12]罗结珍. 法国新刑法典[M]. 北京:中国法制出版社, 2003:5.
- [13]赵国强. 澳门刑法[M]. 北京:中国法制民主出版社, 2009:10.
- [14]胡建森, 杨登峰. 有利法律溯及原则及其适用中的若干问题[J]. 北京大学学报:哲学社会科学版, 2006(6):85.
- [15]朱力学. 关于法的溯及力问题和法律不溯及既往原则的若干新思考[J]. 法治研究, 2010(5):17.
- [16]张文显. 和谐精神的导入与中国法治的转型——从以法而治到良法善治[J]. 吉林大学社会科学学报, 2010(3):7.

On the Retroactive Effect Resulted from Provision Changes in Criminal Law

——Reflections on the “Niu Yuqiang Case”

WU Liou¹, WU Zhiou²

(1. College of Criminal Law Science, Beijing Normal University, Beijing 100875, China;

2. College of Law and Politics, Wenzhou University, Wenzhou, Zhejiang 325035, China)

Abstract: Changes of legal provisions in the criminal law involve issues like adjustment of charges, retroactive effect, etc. Separation of retroactive effect is adopted in Article 12 of China's Criminal Law; however, this absolute separation of retroactive effect and res judicata can not work out well problems left over by history as shown in some individual cases. The paper proposes amending Article 12 of the Criminal Law to allow retroactivity conditionally apply to the effective judgments, which could help integrate human rights protection and penalty.

Key words: hooliganism; retroactive effect; change in criminal law; Niu Yuqiang Case

(责任编辑:董兴佩)