

论刑法第12条的立法与适用

——以《最高人民法院公报》案例为对象

林学飞

(浙江行政学院, 浙江 杭州 311121)

摘要: 刑法第12条将本条适用局限在本法施行以前的行为, 这一立法存在缺陷, 缺乏预见性。最高人民法院公报上的案例部分弥补了立法的缺陷。立法将追诉时效不纳入到轻重比较的范围, 但司法解释却反其道而行之。死刑复核程序适用溯及力, 是错误的。“处刑较轻”, 包括法定刑和涉及刑的事项, 还包括构成要件的变化, 如果改成“有利于行为人的法律”更好。

关键词: 最高人民法院公报案例; 从旧从轻; 溯及力

中图分类号: D924.13 **文献标识码:** A **文章编号:** 1001-5124(2011)03-00100-06

我国刑法第12条确立了溯及力的从旧从轻的原则, 对于本条, 有四个重要的司法解释, 分别是1997年10月1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》和1998年1月13日《关于适用刑法第十二条几个问题的解释》, 1997年10月6日最高人民检察院《关于检察工作中具体适用修订刑法第十二条若干问题的通知》和1998年12月2日《关于对跨越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》。学者们基本上是围绕司法解释来进行理论上的解说, 而通过最高人民法院公报上的案例, 对此条和相关司法解释进行研究的非常少, 这就使得以往的研究无法打通立法、理论和实践的隔阂, 以致于成了两张皮。本文以最高人民法院公报上适用刑法第12条的案例为对象, 希望能在立法、理论和实践之间搭起一座桥梁, 也希望这种微观和细致的研究能助益于现在流行的案例指导制度。

一、时间性限制的缺陷

从旧从轻原则的法律依据, 1979年刑法规定在第9条, 原文为“本法自一九八〇年一月一日起生效。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, 适用当时的法律、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”。

本条第一句话规定了刑法的生效时间, 第二句话限制了刑法的适用范围, 即只能针对新中国成立以后到1980年1月1日以前的行为。如江青反革命集团案是适用这个条文的成功案例, 也是新中国刑事法治的第一步。但是, 这个时间的限制, 却无异于作茧自缚。因为作为一个原则和面向未来的立法, 作用不是暂时的。这使得后续通过的单行刑法, 在处理和1979年刑法以及其他单行刑法有关溯及力的问题时, 失去了条文根据。应该说, 在第一部单行刑法通过时, 就暴露了这样的问题。最高人民法院公报上实际的案例是伍望生侵犯著作权案。^① 该案发生在1992年, 根据行为时的法律1979年刑法, 构成投机倒把罪, 而按照裁判时的法律《关于惩治侵犯著作权的犯罪的决定》(1994年), 构成侵犯著作权罪, 后者的处罚较轻。法院依据刑法第9条, 适用了《关于惩治侵犯著作权的犯罪的决定》, 但不得

收稿日期: 2011-01-10

作者简介: 林学飞(1962-), 男, 浙江宁波人, 副教授, 主要研究方向: 刑法、行政法。E-mail: linxf6208@163.com

不说的是，本案的法条根据并不是很充足，实际上是类推适用刑法第9条。

遗憾的是，这个问题在1997年修改刑法时依然保留了下来，1997年刑法的文字删除了第一句话，对于主旨内容，则仅仅删除了“政策和法令”，其他依然如故。为了有更充分的法条依据来体现刑事法治，建议未来的刑法修改，将这个时间的限定删除，而采用原则性的表述。^②

二、适用刑法第12条的逻辑顺序

在法律有变更的情况下，应如何审查案情？

刑法第12条是这样表述的：“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。”

据此，对于某个行为，首先应根据行为时的法律判断是否构成犯罪，如果行为时的法律不认为是犯罪，则直接根据行为时的法律宣告无罪。其次，如果行为时的法律认为是犯罪，应该根据刑法总则第四章第八节的规定确定是否应当追诉，这样就会带来两个结果，不应当追诉的，按照刑事诉讼法的规定，应该撤销案件。如果应当追诉的，则进入下一个审查环节，第三，在应当追诉的情况下，应该适用行为时的法律，但裁判时法律不认为是犯罪或者处刑较轻，应该适用裁判时法律。

然而，这样一个审查顺序，有可能存在如下问题：由于对发生在1997年刑法实施之前的行为是否应当追诉的判断，是根据裁判时的1997年刑法的规定来进行的，如果说新刑法对该行为延长了追诉期限或者严格了追诉的条件，就可能会出现按照旧法不应当追诉而按照新法应当追诉的情况，从而恶化被告人的利益，这一点和从轻的原则相违背。^③

因此，是否应当追诉，也应当首先按照行为时的法律进行判断，如果根据行为时的法律不应当追诉，就应当撤销案件。如果应当追诉，才有必要进入到下一个程序审查，这是比较经济的，同时，按照司法解释的规定，追诉条件本身也被纳入到处刑较轻的比较范围。^④

对此，孙爱勤介绍贿赂案值得我们重视。^⑤

公诉人以孙爱勤犯受贿罪、公司人员受贿罪提起公诉，一审法院首先引用了刑法第163条的规定，然后引用了《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》第9条的规定，又说，该行为是1997年刑法之前实行的，应该按照1979年刑法和《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》第9条的规定定罪量刑，判处孙爱勤受贿罪和商业受贿罪。

本判决没有明确进行新旧刑法的处罚比较，就直接适用了旧刑法，虽然从其表述看隐含着这个意思，但作为判决应该明确，且其说理顺序也是颠倒的，应该首先说该案发生在1997年刑法之前，由于裁判的时间为2001年，所以应该比较新旧刑法的规定，才能决定适用哪一个刑法。

孙爱勤的辩护人认为，孙爱勤的行为只应认定为介绍贿赂罪，且本案已过追诉时效，应宣告无罪，提起上诉。

二审法院的判决书首先引用刑法第12条，认为，本案发生于修订后的刑法施行以前，应当适用1979年刑法的规定。并且认为孙爱勤的行为是介绍贿赂，由于本案的相关当事人朱锦顺是集体所有制的公司工作人员，在经济往来中收受回扣，按照《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》第4条的规定，这种行为应以受贿论处。但是修订后的刑法规定的受贿罪，其主体必须由国家工作人员构成。朱锦顺不是国家工作人员，按照修订后刑法的规定，其行为已经不能构成受贿罪。《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》虽然规定有商业受贿罪，但该决定是从1995年2月28日公布施行的，对发生于1993年的这种行为不能适用。朱锦顺收受刘以江贿赂的行为尚且不能构成犯罪，上诉人孙爱勤向其介绍贿赂，当然也不构成犯罪。一审认定孙爱勤是商业受贿罪的共犯，是定性错误。

这个理由是错误的，不能简单地认为新刑法通过后，不构成受贿罪就是无罪。因为无论是根据1995年的《关于违反公司法的犯罪的决定》还是根据新刑法，朱锦顺的行为都构成企业公司人员受贿罪。因此，对于孙爱勤的行为，在1979年刑法，构成介绍贿赂罪，根据1995年《关于违反公司法的犯罪的决定》和新刑法，向企业公司人员介绍贿赂的行为是否构成犯罪，这一点值

得探索。^⑥但是,对于本案来说并不需要解决这个复杂的问题,因为审理该案时是2001年,按照1979年刑法即使构成介绍贿赂罪,也已经超过了追诉时效,不需要追究当事人的刑事责任。

所以,对一个行为,正确的审查顺序是,首先,按照行为时的法律,考察是否构成犯罪,如果不构成犯罪,就宣告无罪,如果构成犯罪,再考察其是否超过追诉期限,超过的,则撤销案件,没有超过追诉期限的,就要考察该行为在裁判时的法律是否构成犯罪,不构成犯罪,就宣告无罪,如果构成犯罪,就要比较处刑的轻重。

三、裁判时的意义:死刑复核与溯及力

溯及力问题,适用于一审程序,这也是最典型的情况,如李光平运输、非法持有毒品案,陈希同贪污、玩忽职守上诉案,辛业江受贿案等。^⑦我国实行的是二审终审制,被告人启动二审是无条件的,此时仍然有溯及力的适用,如赵闹投毒案。^⑧但是,这个时间点应该延伸到什么时候为止呢?对此,各国的刑法规定是不同的。我国刑法第12条第2款,明确规定了,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。如果对此进行解释,则似乎意味着只要是判决生效以后,就可以不再考虑溯及力的问题了。也许正是基于此点,现在的司法解释规定,溯及力不适用于审判监督程序,^⑨因此,依据审判监督程序启动的一审和二审都不考虑溯及力的问题。当然,理论上对第2款的立法和这个司法解释都有学者质疑的声音出现。^[1]

另外一个比较特殊的是死刑复核程序。如果一个判处死刑的案件,一审二审都是在旧法生效期间,但是,在最高人民法院进行死刑复核程序期间,新法开始实施,那么,会不会有溯及力的问题呢?司法解释没有对此明确过,从立法的条文也得出明确的结论,但1996年的陈拥军侵占案提供了一个实例的肯定性支持。^⑩

1994年3月3日,常德市中级人民法院判决被告人陈拥军犯贪污罪,死刑,剥夺政治权利终身,陈拥军不服上诉,湖南省高级人民法院于1994年6月9日裁定:驳回上诉,维持原判,并报请最高人民法院复核。最高人民法院经复核后认为,第一、二审认定的犯罪事实清楚,证据确实、充分,审判程序合法。本案在报请复核期

间,《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》已经颁布并且施行。被告人陈拥军身为国有企业职工,利用职务之便侵吞公款。这种行为在《决定》施行前,依照《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》,但是《决定》把此种行为另行规定为侵占罪。贪污罪的处刑比侵占罪重,依照(1979)刑法第9条的规定,应当适用新法。直接改判,判处被告人有期徒刑10年。

本案适用了刑法第9条,但笔者认为,死刑复核程序不必适用溯及力。死刑复核程序并不是普通意义上的审理和裁判的程序,而是一种类似于审判监督程序的事前监督程序,是一种救济性程序。从概念法学的角度说,死刑复核程序不符合裁判时法的概念,所以,不适用溯及力也不会发生违背从旧从轻原则的问题。死刑复核时,最高人民法院主要的任务是审查审理程序运用事实和适用法律的问题,而适用法律是否正确要根据审理时的法律进行判断。如果适用溯及力,可能适用新法,就必然会带来一个实务问题:即在应该适用新法的情况下,最高人民法院是直接按照新法进行改判还是如何呢?本案最高人民法院采取了直接改判的方法,因为只有适用法律的问题,如果发回重审,再由一审或者二审法院改判,从程序上实在是多此一举。但是,直接改判的做法,剥夺了被告人再次上诉的权利。

直接改判的做法还产生另一个问题,即对于共同犯罪中部分被告人为死刑的案件,改判是只针对死刑判决的被告人进行改判呢还是将其他没有复核的被告人也进行改判呢?曹娅莎、刘锦祥金融凭证诈骗案就提出了这个问题。^⑪

被告人曹娅莎因票据诈骗罪被判处死刑,剥夺政治权利终身,并处罚金10万元,刘锦祥因票据诈骗罪被判处无期徒刑,剥夺政治权利终身,并处罚金20万元。被告人不服,都提起了上诉,二审法院维持一审判决,报请最高人民法院复核。最高人民法院复核后,认为一审和二审的定罪不当,量刑不当(因为本案被告人被附加罚金缺乏法律依据),并且认为,《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》和新刑法的规定一样,应当适用旧刑法,于是直接改判:撤销了曹娅莎的定罪和量刑,以金融凭证诈骗罪判处被告人曹娅莎死刑,剥夺政治权利终身,并处没收个人财产。

这个案件适用旧刑法是对的,因为旧刑法的处罚轻,但最高人民法院认为新旧刑法的处罚相同,则明显是错误的。旧刑法数额特别巨大的,处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑,而新刑法数额特别巨大的,处无期徒刑或者死刑,在数额没有发生变化的情况下,明显重于旧刑法。另外,直接改判的结果只针对其中判处死刑的被告人曹娅莎进行,而没有同时针对其他共同犯罪人,其结果是,对另一个被告人错误的定罪量刑,就得不到纠正。因此,对于死刑复核的案件,应该根据审理时候的法律,进行复核,不需要在复核期间适用刑法第12条。如果复核时有新的法律实施,最好是发回重审,由审理法院适用溯及力而不是直接改判。这样做突出死刑复核的监督程序,而不是强调死刑复核的审理功能,换言之,复核后的处理结果原则上是同意和不同意,不同意就发回重审,改判只能在很少的情况下适用。上述结论也符合目前关于死刑复核的司法解释。过去,死刑复核后的处理(曹娅莎、刘锦祥金融凭证诈骗案复核时)适用的司法解释是《关于执行刑事诉讼法若干问题的解释》(1998年),该解释第285条规定,对于死刑复核案件,原判适用法律错误或者量刑不当的,应当改判。但根据2007年通过的《关于复核死刑案件若干问题的规定》第1条明确规定:“最高人民法院复核死刑案件,应当作出核准的裁定、判决,或者作出不予核准的裁定。”换言之,根据现行的司法解释,死刑复核后的不同意的处理方式,原则上是说明理由后,发回重审,而不是直接改判。改判的任务由审理法院按照审理程序进行,而且,直接改判,只能适用于极少数情况。^⑩

四、处罚轻重的比较是否包括附加刑

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》,刑法第12条规定的“处刑较轻”,是指刑法对某种犯罪规定的刑罚即法定刑比修订前刑法轻。法定刑较轻是指法定最高刑较轻;如果法定最高刑相同,则指法定最低刑较轻。

法定最高刑不存在附加刑的问题,但如果分则中规定了单处附加刑,附加刑是不是这里的法定最低刑呢?理论上通常认为,如果有单处附加刑的,则以此为轻。这是一种比较简单的立法,也简单可行。代表实务的权威意见也指出:“上

述司法解释中的法定刑,不仅仅指主刑,还包含附加刑,对于主刑的法定最高刑和最低刑都完全相同的情况下,法律规定了附加刑的比没有规定附加刑的重,法律规定应当并处附加刑的比可以并处附加刑的重,法律规定并处附加刑的比并处或者单处附加刑的重。”^⑪

但是,由于立法中并没有明确刑罚的轻重,同时,附加刑可以单独适用,这一点完全不符合附加刑的字面含义。由于立法的复杂性,如果将附加刑列入轻重比较的范围,则会遇到难题。

如果新法和旧法的法定最高刑相同,法定最低主刑也相同,但是一个可以单处附加刑,另一个可以并处附加刑,那么,哪一个法律的处刑较轻呢?管桦虚报注册资本案提出了这个问题。^⑫

管桦虚报注册资本案的行为时法律是《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》,虚报注册资本罪的法定刑为3年以下有期徒刑或者拘役,可以并处虚报注册资本金额百分之十以下的罚金。裁判时的法律是刑法,法定刑为3年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处虚报注册资本金额百分之五以上百分之十以下罚金。法院的判决认为,由于刑法可以单处罚金刑,所以,处罚较轻,按照刑法第12条的规定,适用刑法。

但是,附加刑的情况比较复杂,很难进行比较。管桦注册资本案中,旧刑法是可以附加罚金,新刑法一般情况下是并处罚金,独立适用附加刑,只能是例外的情况,换句话说,判处主刑是常态。本案单独适用了附加刑,从结果上来说,是比较了轻重的结论。所以,对于一般的案件,必然是新刑法较重。但是,如果说通常的案件,都是并处罚金的,那么,二者的差别就几乎没有,旧刑法的罚金额是10%以下,重于旧刑法的5%。所以,不管怎么比较,都很难得出一个很好的结论。因此,对于附加刑来说,最好的办法是不进入处刑轻重比较的范围。原因在于:第一,附加刑的特点在于附加适用,通常情况下不独立适用,一般不要因为其可以独立适用,就进行轻重的比较。第二,附加刑的种类并不相同,所以,在没有明确立法的情况下,很难比较刑罚的轻重,如罚金和没收财产之间,就无法比较轻重。第三,从目前的司法解释,认为处刑较轻,指的是法定刑的比较,理论上进行的是一种抽象的考

察方法,而是否需要科处附加刑,必须具体考察案件的各种情况,所以,一般不应当将附加刑列入考察的范围。

五、构成要件不同的轻重比较:法定刑而不是成立犯罪

如果行为时法律和裁判时的法律,法定刑没有变化,但是成立犯罪的构成要件发生了变化,是不是要列入处罚轻重的比较范围,如仅仅从刑法第12条的文字来看,是没有必要的。可是,最高人民检察院《关于检察工作中具体适用修订刑法第十二条若干问题的通知》中明确指出,“罪名、构成要件、情节以及法定刑已经变化的,根据从轻原则,确定如何适用法律”。这就将刑法第12条的字面含义进行了扩大的解释。最高人民法院的解释,总体上来说是法定刑的比较,但涉及到刑的问题,也通常纳入到比较的范围。^⑮权威意见更是指出,处刑较轻,不仅仅是指法定刑较轻,而且还应包括对同一犯罪,前后法律和司法解释规定的犯罪数额大小和量刑标准进行比较。^⑯在实际的案例中,也是如此操作的。但是,构成要件的变化很复杂,特别是如果再和法定刑的变化结合在一起,如何判断其处罚的轻重,就成为难以解决的问题。

郭庆文生产销售伪劣商品案。^⑰本案发生在1996年,裁判时为1997年12月,一审法院并没有引用刑法第12条,就直接判定,被告人郭庆文在无能力生产成套电池设备的情况下,用5万余元购买废旧产品进行翻新、拼装,冒充合格产品销售给用户后实际得款12.6万元,其行为已触犯了刑法第140条的规定,构成生产、销售伪劣产品罪,判处有期徒刑一年六个月;并处罚金12.6万元。被告人不服,以“应依照从旧兼从轻的原则,适用《关于惩治生产、销售伪劣商品犯罪的决定》处罚”为由,提出上诉。二审法院认为,1993年7月2日通过的《于惩治生产、销售伪劣商品犯罪的决定》第1条规定:“生产者、销售者在产品中掺杂、掺假,以假充真,以次充好或者以不合格产品冒充合格产品,违法所得数额二万元以上不满十万元的,处二以下有期徒刑或者拘役,可以并处罚金,情节较轻的,可以给予行政处罚”,而刑法第140条则规定:“生产者、销售者在产品中掺杂、掺假,以假充

真,以次充好或者以不合格产品冒充合格产品,销售金额五万元以上不满二十万元的,处二以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金。”两相比较,主刑看起来并无区别,但在追究刑事责任的数额标准和构成要件上,刑法将“违法所得数额二万元以上不满十万”修改为“销售金额五万元以上不满二十万元”。决定中所说的“违法所得”,系指牟利的数额。而刑法所说的“销售数额”,则不管行为人是牟利还是亏本,只要销售数额达到五万元以上的标准,就应当受到刑事追究。同时,为了加大对生产、销售伪劣产品犯罪的打击力度,刑法删除了决定中“情节较轻的,可以给予行政处罚”的规定。由此可以看出,决定显然比刑法轻。

本案将成立犯罪的条件进行比较是错误的。一般情况下,以销售额作为成立犯罪的标准,在数额相同的情况下,要比以违法所得作为成立犯罪的标准,更加宽松。但是此处的立法二者数额并不相同,也就是说,成立犯罪的要求是不同的,而且二者的附加刑也是不同的,这涉及到构成要件和法定刑都变化的情况。^⑱正确的做法是必须考察一个案件的具体情况,根据其销售金额和违法所得,^⑲分别观察其法定刑,然后才能决定处罚的轻重,并不能直接根据立法就判断出轻重。

六、总结

通过对最高人民法院公报案例进行实证的研究,我们可以发现几个特点:

第一,虽然刑法将本条的适用限制在本法实施以前的行为,但是,对于本法实施以后的行为,也适用本条。虽然立法有一定的缺陷,但是通过司法实践来部分解决这个缺陷。

第二,追诉期限的计算,是按照刑法总则的规定来计算的,但司法解释将此也作为处罚轻重的比较范围,从而也适用了从旧从轻的原则,这改变了立法,但是公报上并没有实际的案例出现过,涉及到的超过追诉时效的案例,由于新旧刑法规定的相同,也看不出实际的态度。

第三,对于裁判时的法律,除了司法解释明确规定的审判监督程序不适用从轻原则之外,其他的诸如死刑复核程序,都适用了刑法第12条。

第四,对于刑法第12条的“处刑较轻”,最

高人民法院虽然作了较为狭义的解释,仅仅是指法定刑。但是,由于立法中并没有明确刑罚种类的轻重,在实务中,附加刑也被纳入到比较的范围。虽然最高人民法院的解释,将有关量刑的事项都纳入了比较的范围,从这个方面看,所谓的处刑较轻,是指处罚(宣告刑)较轻,而不是法定刑较轻,但公报上并没有出现实际的案例。

第五,构成要件的变化,也会直接影响处刑的轻重,所以,无论司法解释还是公报上的案例,都将此列入比较的范围,可是,我们看到公报上的案例,似乎总是在成立犯罪的方面进行轻重的比较,但是,这种比较是错误的。必须将构成要件的变化和法定刑联系起来,才能比较轻重。从这里可以看出,所谓的处刑较轻,实际上变成了有利于行为人的法律。

注释:

- ① 参见《最高人民法院公报》,1995年第4期。
- ② 比如我国台湾地区刑法第2条规定:“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。”
- ③ 我国新旧刑法对追诉期限的规定是一样的,但可以比较旧刑法第77条和新刑法第88条的规定之不同,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,50-54页。
- ④ 参见最高人民法院《关于适用刑法时间效力规定若干问题的解释》第1条,这明显改变了法律的规定,是否合适,值得研究。
- ⑤ 参见《最高人民法院公报》,2002年第6期。

- ⑥ 因为这涉及到介绍贿赂的行为,在没有独立规定为罪名的情况下,能不能作为受贿罪(包括企业公司人员受贿罪)的共犯(帮助犯)进行处罚的问题,也就是说介绍贿赂罪的独立性问题。
- ⑦ 分别参见《最高人民法院公报》,1998年第1期,1998年第3期,1998年第4期。
- ⑧ 参见《最高人民法院公报》,1998年第2期。
- ⑨ 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》第10条,内容是“按照审判监督程序重新审判的案件,适用行为时的法律。”
- ⑩ 参见《最高人民法院公报》,1996年第4期。
- ⑪ 参见《最高人民法院公报》,1999年第3期。本案一审法院判决的错误是在没有比较新旧刑法的情况下,就直接适用新刑法。
- ⑫ 参见《关于复核死刑案件若干问题的规定》第6条和第7条。
- ⑬⑭ 参见最高人民法院刑事审判庭第一庭、第二庭编:《刑事审判参考》,第2卷,法律出版社2001年版,30页。
- ⑮ 参见最高人民法院《关于适用刑法时间效力规定若干问题的解释》。
- ⑯ 参见《最高人民法院公报》,1999年第3期。
- ⑰ 因为新刑法的罚金,作为附加刑可以独立适用,因而可以单处附加刑,而旧刑法之下,只能判处主刑,附加刑是选择性的,因而如果说轻重比较涉及到附加刑的话,则新刑法较轻。如果不涉及附加刑的比较,则规定都一样,应当适用旧刑法的规定。
- ⑱ 这里的违法所得存在如何理解的问题,按照通常的理解,违法所得是扣除了生产和销售的成本所得的利润。这样的解释就会产生重大的政策问题,实际上如果将违法所得理解为违反法律所获得的利益,那么,销售金额和违法所得实际上是一个含义。

参考文献

- [1] 刘仁文. 关于刑法溯及力的两个问题[J]. 现代法学, 2007(4): 132-136.

Legislation of Article 12 of the Criminal Code and its Application —A Study of the Cases in “Supreme Court Bulletin”

LIN Xue-fei

(Zhejiang School of Administration, Hangzhou 311121, China)

Abstract: There exists an obvious deficiency and is lack of foresight in the application of Article 12 of the Criminal Code which is confined to the behavior before the implementation of the Code. The case section of the Bulletin of the Supreme People's Court, however, has partly offset this deficiency. The limitation of prosecution is not included in the severity comparison scope by the legislation, while the judicial interpretation is doing exactly the opposite. And it is flawed that the procedure of death penalty review should apply to retroactive effect. “A light sentence” not only refers to sentencing but also involves criminal matters, and even includes the change of elements. Therefore, it will certainly be better if Article 12 is revised to “benefit the perpetrator”.

Keywords: Cases on Supreme Court Bulletin; the Principle of Lighter Punishment; Retroactive Effect

(责任编辑 王 抒)