

Analysis of the rules  
and points of  
criminal trial



刑事审判要点解析

臧德胜  
◎著

法官  
如此  
裁判

HOW JUDGES  
MAKING DECISION

刑法  
总则  
卷

总结 18 年审判经验

解析 30 个审判要点

结合 75 个审判案例

提炼 99 条裁判规则

阐明裁判思路

解决刑事难题

跟随法官的裁判思路，剖析刑事审判实务中常见的疑难复杂问题

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

# 序

臧德胜在22年前也就是1998年秋考入中国政法大学研究生院攻读刑法专业硕士学位研究生。导师组将他分配给我指导，我就成为他的指导教师，他也就成为我的学生。现在，他已经是业界小有名气的法官，成为老师的光荣和骄傲了。他写的《法官如此裁判——刑事审判要点解析（刑法总则卷）》一书已经成稿，请我代序，我非常乐意。这不仅因为他是我的学生，还因为我欠他一个情。在他读研究生的时候，宁汉林老师有一部刑法学书稿让我整理。宁老师当时是在双目几乎失明状态下写成的书稿，字迹很难辨认。我因为忙就转托给了臧德胜，并说争取让他作为该书作者之一署名。不久，他就将书稿整理好交给我。书稿近二十万字，他用钢笔重新誊抄一遍，工整漂亮。我将书稿交了，之后，一直没有下文。让他白辛苦了，他却从未跟我提起。我很内疚，只好自我安慰：人勤快、厚道是终有回报的。他今天成长为专家型法官、著书立说，还真应验了。

臧德胜作为一名法官，在这本书中从刑事审判的角度谈刑法适用，很有特色。其一，紧扣刑法适用的要点。这本书归纳出刑法总则适用的30个要点，逐一进行深入细致的阐述。其二，结合刑事审判案例。刑法适用的要点来自案例，以法判案、以案释法，相得益彰。其三，以法官的思维解释刑法适用，书中很多都是他本人审理的案件，结合这些案件阐述自己对案情的研判，对刑法的理解，对案件作出裁判的心路历程。书名取《法官如此裁判——刑事审判要点解析（刑法总则卷）》，名副其实。

这特色有助于读者跟随法官的裁判思路，去了解、把握司法实务中常见的疑难复杂问题。例如，过失致人死亡罪与故意伤害致人死亡、故意杀人罪的界分，历来是实务中的疑难问题。作者以自己审理和了解的两个案件为例加以解说，其一是出租车司机甲发现乘客乙将身下车座椅弄出烟火，急忙下车锁闭车门报警。乙被烧死于该车内。甲是过失致人死亡还是（间接）故意杀人？其二是丙与丁素有矛盾，二人在二层暂住地露台处发生肢体冲突，丙致丁鼻骨骨折，后丁从露台跌落头碰地而死。一审判决故意伤害致人死亡处12年有期徒刑，二审改判过失致人死亡处4年6个月有期徒刑。对于这样疑难且定罪量刑存在严重分歧的案件，看看法官如何研判案情、评判分歧意见，如何作出或者对待案件的裁判结果，从中能看到“高大上”的教科书中很难看到的东西，如法官本人对所作裁判结果犹豫再三、难以确信的心理描述；如法官对于上级法院的改判结果努力领会又有所保留的心迹流露。原来法官如此裁判，读来饶有兴味。

不过，也有“匪夷所思”的裁判。例如，冯某某三次用电话约来男性“迷奸”并拿走其手机被控“多次抢劫”案，当时强制猥亵罪的对象不包括男人，仅指控冯某某以麻醉手段三次拿走手机的行为成立抢劫罪，属于“多次抢劫”。法院认定，第一次取走手机的行为不是抢劫，仅第二次、第三次成立抢劫罪。唉！在我看来三次麻醉取走手机的事实证据相同，为什么把第一次给否了？！明面上的裁判理由：第一次拿走手机是临时起意与麻醉手段无关，不是抢劫。第二次、第三次则在迷奸之前已有取走手机计划且取走了手机，成立抢劫罪。仔细想想，似乎还有暗地里的裁判理由：被告人冯某某同志家庭经济条件不错，不差手机不差钱，作案为色不为财，所劫手机价值不大且家人已经代为赔偿。其三次迷奸性侵取财行为的主要性质和危害是强制猥亵侵犯人身而非侵犯财产，对其以多次抢劫（侵犯财产）为由处十年以上有期徒刑，名实不符且失之于严苛，所以“抹掉”一次以便裁判公平合理的刑罚。

这特色，特别适合于年轻的、初入道的律师、法官、检察官等法律职业人士。因为年轻的法律从业人士大多经历过高等的法学教育，通过司法考试，具备系统的法学专业基础知识。通过本书，他们便可以跨过基础知识，直击刑法适用中的问题，跟随法官的裁判思路，增长适用刑法的经验和智慧。

阮齐林

2019年4月

# 刑事审判：事实与规范兼顾，经验与逻辑并重——代前言

—

刑事裁判的过程，就是一个法律规范与案件事实相互匹配的过程，这就要求法官在办案的过程中，目光始终往返于规范与事实之间。“以事实为根据，以法律为准绳”的基本原则，要求法官一方面要准确认定案件事实，另一方面要正确适用法律，前者是后者的前提，后者是前者的归属。这也就构成了刑事裁判的两个基本环节。

认定案件事实，需要坚持证据裁判的原则，根据一般的证据规则，按照法定的证明标准，既要做到证据印证，又要达成内心确信，唯有二者的统一，才能认定案件事实。认定被告人是否有罪，固然需要确定特定的案件事实，在犯罪事实不成立的情况下，无须进入定罪环节，按照事实不成立或者根据疑罪从无原则即可认定无罪。有罪无罪，涉及案件的核心事实。但在核心事实确定的基础上，还有许多边缘事实需要确定，如关于量刑情节的事实、关于刑期起算时间的事实等。待证事实的性质不同，采用的证据标准也就不同，认定有罪，或者是从重处罚等不利于被告人的事实，需要坚持证据确实、充分的标准；认定被告人无罪，或者从宽处罚，则可以按照优势证据的标准，或者存疑有利于被告人的思路。

在存在特定事实的情况下，判断这一事实是否构成犯罪，则需要进入法律适用环节。简单地说，法律适用的过程，是一个逻辑三段论推理

的过程。如果小前提难以确定，则属于事实认定疑难，对此可以按照有利于被告人的原则处理。如果大前提难以确定，则属于法律适用疑难，包括对法律规范含义的理解疑难，对法律规范与案件事实的匹配疑难。适用法律不仅是刑法分则规范的适用问题，同样包括刑法总则规范的适用问题。刑法总则规范的正确适用，既关乎量刑问题，如刑罚、量刑情节等规范的适用，也关乎定罪问题，如溯及力、正当防卫等规范的适用。对于多数案件而言，罪与非罪相对较为明确，但其中往往又在一些细节上存在法律适用上的疑难。对这些问题处理的过程，同样是一个逻辑三段论推理的过程，是一个大前提适用于小前提，或者说是小前提符合大前提的判断过程。

在刑法理论研究较为深入、刑法规范制定较为成熟、刑事法官素质普遍提升的今天，法律适用问题似乎不应成为问题。但是，呈现在我们面前的景象是，最高司法机关接二连三地发布个罪的司法解释，上级法院改判下级法院裁判结果的现象大量存在，引起社会轩然大波的“奇葩案件”屡见不鲜，法律适用疑难的症结在哪里？或许需要从逻辑与经验两个方面寻求破解之道。

## 二

美国法学家霍姆斯大法官在《普通法》一书中指出：“法律的生命不在于逻辑，而在于经验。众所周知的或者尚未被人们意识到的、占主导地位的道德或政治理论，对公共政策的直觉甚至法官和他的同行所持有的偏见，在法官决定人们都应一体遵守的法律的时候，所起的作用要远远大于三段论所起的作用。”

霍姆斯大法官身处于普通法的法律体系之中，强调在遵循先例的同时，应当关注社会现实，根据社会生活中的“活水”，赋予先例以新的生命，从而使案件审判达到公平正义这一最高原则。

霍姆斯大法官的这一经典论断，影响了一代又一代的法律人，尤其

是在法官群体中，几乎是人人奉为信条。洞察霍姆斯大法官这句话的深刻内涵，有助于法律人在正确理解法律规范的基础上，根据社会生活实践，合理地、善意地解释法律、适用法律。

在我们这样一个成文法的国度中，依法裁判是法官的天职。也正是有了成熟的、体系化的法律规范，使得法官的裁判工作变得有章可循，也相对“简单化”，甚至让法官的裁判工作平庸化、大众化。其实，法律规范永远无法满足社会生活的需要，法律规范也永远不能尽善尽美，尽管立法者足够敬业、足够智慧并心存美好愿望。刑事法律规范更是如此，立法上稍微疏忽，哪怕是一个罪名中某一项罪状的法定刑配置不当，直接导致的将是若干刑事被告人受到不公正的追诉，乃至导致一个社会群体对法律的失望。这就要求法官不能沾沾自喜于对刑法规范的谙熟、对刑法理论的精通，因为这种逻辑上的自恰并不必然带来案件处理的妥当。

把僵硬的、固定的法律规范，适用于鲜活的、生动的案件事实，要实现二者的高度契合，法官需要具有博大的济世情怀和高超的裁判智慧。任何一个刑事案件都发生在特定的社会环境之中，具有其独特性。法官需要结合社会形势，对案件做出一个恰当的评判，并进而决定如何合乎逻辑地适用法律。正所谓，与其信赖制定完美的法律，不如信赖品行高尚的法官。心存良善的法官，总会试图合理地解释法律，以便于恰当地处理案件。但仅有一颗善良的心，尚不足以完美地处理所有的案件，因为法官所面对的法律条文和司法体制，会约束法官自由意志的发挥。这种约束具有一定的必要性，因为，司法的任性比司法的固化更具杀伤力。但这种约束在一些案件当中，限制了法官的作为，唯有具有一定裁判智慧的法官才能游刃有余。

法官的裁判智慧既来源于经验，也来源于逻辑。世事之洞明、人情之练达，无不支撑着裁判智慧的形成。对社会形势的判断与把握，生活经验、办案经验的日积月累，都有助于法官在个案的处理中巧妙恰当地

处理棘手问题。但对法律规范的正确解释和适用，有赖于法官较好的法学理论修养。法官需要在多门法律学科中融会贯通，更应当对刑法体系具有整体性把握，才能更好地选择适用法律。法官需要对自己判决中的所有决定作出合理解释，这种解释需要法学理论的支撑，而不是任由法官随心所欲。法官的法学理论饱和度，极大地影响法官的裁判自信，影响法官裁判智慧的发挥。这正是逻辑的力量，从这一意义上看，法律的生命，既在于经验，也在于逻辑，刑事审判更是如此。

### 三

从2001年研究生毕业后进入法院，本人一直从事刑事审判工作。面对形形色色的案件和当事人，总是心存敬畏，争取办好每起案件，认真对待每一名当事人。如何让案件裁判结果既符合法律规定，又符合案件实际，进而实现公平正义，一直是我思考的问题。刑事审判过程中，总有一些疑难复杂问题困扰着审判人员，他们存在着分歧认识，有的是理论上本来就存有争议，有的是实务操作层面存在不同做法。这些问题的存在，既影响司法的公信力，因为执法不统一本来就是饱受诟病的问题，也影响裁判者的办案效率，因为对一些问题的反复研究需要投入较大的精力。

在长期的刑事审判工作中，我对一些常见的问题有所思考，略有心得。身边的公检法系统同人以及律师朋友经常咨询一些审判实务中的相对疑难问题，本人的微信公众号“刑事胜谈”也经常收到留言提问，尤其是在与本单位同事们的共同研讨过程中积累了大量的问题，于是产生了归纳总结刑事审判中疑难问题的裁判规则，形成体系化的审判要点解析的想法。

有了这样的想法，便立即投入行动。刑事审判中的问题庞杂，既有程序问题，又有实体问题，实体问题中既有总则部分的，又有分则部分的。经过权衡，决定首先从问题较为集中、脉络较为清晰的刑法总则部

分入手。提取了刑法总则在司法实践中容易产生认识分歧的30个问题，将每个问题分为若干个子问题，每个子问题提炼出一条裁判规则，然后再进行深入解析。解析的依据包括司法解释、最高人民法院公布的案例、法学主流观点，并结合了本人的理解。

刑法理论研究已经较为深入，如何把理论与实践相结合，实现刑法理论的平易化，增强司法实践的理论性，是本书写作追求的目标。写作的过程，也是对自己的审判工作进行梳理总结的过程。把自己对刑事法律和刑事司法的认识，形成系统的文字呈现给读者，尤其是公检法监办案人员、刑辩律师以及刑法研究、学习人员，这让我激动不已，但更内心忐忑。受水平所限，其中的一些观点认识尚不成熟，恳请读者以批判的态度来对待。

臧德胜

2019年4月

目录

[封面](#)

[序](#)

[刑事审判：事实与规范兼顾，经验与逻辑并重——代前言](#)

[一、刑法溯及力的裁判规则](#)

[1.从旧兼从轻原则的适用](#)

[2.刑事司法解释的效力](#)

[3.新法修订期的法律适用](#)

[二、但书规定的裁判规则](#)

[1.但书规定的定位](#)

[2.但书规定的把握](#)

[3.但书规定的适用](#)

[三、犯罪主观要素的裁判规则](#)

[1.犯罪故意的认定](#)

[2.犯罪过失的认定](#)

[四、责任能力的裁判规则](#)

[1.责任年龄的认定](#)

[2.相对责任年龄的法律适用](#)

[3.身心障碍人的刑事责任能力认定和法律适用](#)

[五、因果关系的裁判规则](#)

[1.一因一果的认定](#)

[2.多因一果的认定](#)

[六、正当防卫的裁判规则](#)

[1.正当防卫的条件](#)

[2.正当防卫的限度](#)

[七、犯罪未完成形态的裁判规则](#)

[1.着手实施犯罪的认定](#)

[2.停止犯罪自动性的认定](#)

### 3.中止犯“造成损害”的认定

## 八、共同犯罪的裁判规则

### 1.主从犯的划分

### 2.主从犯的相互关系

### 3.故意内容不同的共犯

### 4.承继的共犯的责任范围

## 九、单位犯罪的裁判规则

### 1.单位犯罪对刑事责任的影响

### 2.不以单位犯罪论处的情形

### 3.单位组成部门犯罪的认定

### 4.刑法未规定单位犯罪情况下的个人责任

### 5.单位犯罪案件中主从犯的划分

## 十、驱逐出境的裁判规则

### 1.驱逐出境的适用范围

### 2.驱逐出境对其他刑罚的影响

## 十一、赔偿经济损失的裁判规则

### 1.赔偿经济损失与退赔经济损失的区别

### 2.赔偿经济损失与财产刑的执行顺序

## 十二、免于刑事处罚的裁判规则

### 1.免于刑事处罚的适用范围

### 2.免于刑事处罚的适用条件

## 十三、管制的裁判规则

### 1.管制的适用范围

### 2.管制刑期的表述

## 十四、有期徒刑、拘役的裁判规则

### 1.刑期起止日期的计算

### 2.有期徒刑与拘役的并罚

### 3.侦查方向变化案件的刑期折抵

## 十五、罚金的裁判规则

- 1.罚金与主刑的关系
- 2.共同犯罪案件罚金的裁量
- 3.前罪罚金的处理
- 4.罚金刑的执行范围和缴纳方式

## 十六、剥夺政治权利的裁判规则

- 1.剥夺政治权利的适用范围
- 2.剥夺政治权利的期限
- 3.剥夺政治权利期间犯新罪的并罚

## 十七、没收财产的裁判规则

- 1.没收财产的适用范围
- 2.没收财产的金额
- 3.没收财产在减轻处罚时的适用

## 十八、从宽处罚的裁判规则

- 1.从宽处罚的含义
- 2.从轻处罚的适用
- 3.减轻处罚的适用
- 4.减轻处罚限于一档的例外
- 5.核准减轻处罚的适用

## 十九、涉案财物处理的裁判规则

- 1.追缴和责令退赔的区分
- 2.共犯违法所得的处理
- 3.犯罪工具的处理
- 4.其他在案物品的处理

## 二十、累犯的裁判规则

- 1.一般累犯的认定
- 2.特别累犯的认定
- 3.累犯的法律效果

#### [4.三种特殊情形下累犯的认定](#)

#### [5.累犯与再犯的关系](#)

### [二十一、自首的裁判规则](#)

#### [1.自动投案的认定](#)

#### [2.如实供述的认定](#)

#### [3.以自首论的认定](#)

#### [4.自首的效果](#)

### [二十二、坦白的裁判规则](#)

#### [1.如实供述的时间条件](#)

#### [2.特殊坦白的适用](#)

### [二十三、立功的裁判规则](#)

#### [1.立功的时间要求](#)

#### [2.查证属实的把握](#)

#### [3.协助抓捕的理解](#)

#### [4.揭发他人犯罪的认定](#)

#### [5.其他立功表现的认定](#)

#### [6.立功表现的效果](#)

### [二十四、数罪并罚的裁判规则](#)

#### [1.不同刑种的并罚](#)

#### [2.数罪关系对并罚的影响](#)

#### [3.漏罪的数罪并罚](#)

#### [4.又犯新罪的并罚](#)

### [二十五、缓刑的裁判规则](#)

#### [1.缓刑适用的条件](#)

#### [2.数罪并罚后缓刑的适用](#)

#### [3.缓刑考验期限的起算](#)

#### [4.禁止令的适用](#)

#### [5.撤销缓刑的情形](#)

## 6.撤销缓刑的后果

### 二十六、减刑的裁判规则

#### 1.减刑的对象

#### 2.减刑的限度

#### 3.减刑的效力

### 二十七、假释的裁判规则

#### 1.假释的条件

#### 2.假释的效果

### 二十八、追诉时效的裁判规则

#### 1.追诉期限的确定

#### 2.追诉期限起算时间的确定

#### 3.追诉期限的中断

#### 4.追诉期限截止时间的确定

#### 5.追诉期限的延长

### 二十九、公共财产、国家工作人员的裁判规则

#### 1.公共财产的范围

#### 2.公共财产的法律意义

#### 3.国家工作人员的认定

### 三十、“违反国家规定”的裁判规则

#### 1.国家规定的范围

#### 2.国家规定的认定

## 后记

## 版权信息

# 一、刑法溯及力的裁判规则

作为制定法，都存在是否适用于该法制定或者施行之前发生的行为的问题，理论上称之为法的溯及力，即溯及既往的效力。我国《刑法》第12条规定：“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。”这一规定遵循了从旧兼从轻的刑法适用原则，并保证了生效判决的既判力。

## 1. 从旧兼从轻原则的适用

**【裁判规则】**从旧兼从轻原则以从旧为主，以从轻为补充，新旧法轻重相同的适用旧法。刑罚轻重的比较以法定刑为主，宣告刑为补充。立法解释的时间效力原则上依附于所对应的刑法。

在刑事审判过程中，新旧法的选择适用，主要发生在两种情况下：其一是刑法修订或者修正之后的一段时期内，对于新法施行之前发生的犯罪行为进行审判的情况；其二是犯罪行为发生后经过了较长时间才案发，或者行为人才被抓获归案交付审判，其间刑法文本或者所涉及的罪名发生了变化。无论何种情况，我国刑法一律确立了从旧兼从轻的基本原则，此原则包含了多项内容。

第一，旧法不认为是犯罪的，适用旧法。

这一原则，是针对旧法不认为是犯罪，而新法认为是犯罪而言的，如果新旧法均不认为是犯罪，则不存在法律选择适用的问题。随着社会的发展变化，刑法也会发展变化，一些之前不认为是犯罪的行为在新法中犯罪化，修改的模式主要有三种：一是将某一行为纳入既有的罪名之中，增加既有罪名的罪状。例如，《刑法修正案（八）》将强迫交易罪修改为：“以暴力、威胁手段，实施下列行为之一，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金：（一）强买强卖商品的；（二）强迫他人提供或者接受服务的；（三）强迫他人参与或者退出投标、拍卖的；（四）强迫他人转让或者收购公司、企业的股份、债券或者其他资产的；（五）强迫他人参与或者退出特定的经营活动的。”这就增加了三种类型的强迫交易行为 [\[1\]](#)，也就是说把这类之前不认为是犯罪的行为犯罪化。二是增加新的罪名，把之前不认为是犯罪的行为犯罪化。

例如，《刑法修正案（八）》新增危险驾驶罪，把之前的一般违法行为规定为犯罪。三是修改罪名调整罪状，扩大犯罪圈。例如，《刑法修正案（九）》将强制猥亵妇女罪修改为强制猥亵罪，犯罪对象由妇女扩大为他人，包括了男人。

对于新入罪的行为，发生在新法施行之前的，要按照旧刑法的规定处理，即不认为是犯罪。只有行为当时的法律规定某一行为是犯罪，人们才有义务遵循该法律规定，不触碰法律。如果把当时不认为是犯罪的行为按照新法定罪，属于一种不教而诛的处理方式，违背了罪刑法定的刑法原则。刑法把某一行为犯罪化，能够得出结论，即该行为按照旧刑法不构成犯罪。这一思路也有助于我们理解一些犯罪的构成要件，从而更好地处理案件。比如，《刑法修正案（九）》新增了买卖居民身份证件罪，在此之前发生的买卖居民身份证行为在《刑法修正案（九）》施行以后审判的，按照从旧兼从轻原则不能以买卖居民身份证件罪处罚。对此，也不能按照1997年《刑法》规定以买卖国家机关证件罪论处，因为买卖国家机关证件罪不能包括买卖居民身份证的行为，否则《刑法修正案（九）》就没有必要新增此罪名了。

第二，旧法认为是犯罪而新法不认为是犯罪的，适用新法。

和前述情形相反，有些曾经认为是犯罪的行为，会随着社会的发展变化而进行立法调整，不再认为是犯罪。还有一种情况是虽然前后法均将该种行为规定为犯罪，但新法提高了入罪的门槛从而导致之前的行为不构成犯罪的。对于依照行为时的法律构成犯罪的行为，不论刑法如何修改，对其适用行为时的法律都是有正当根据的，也符合罪刑法定的刑法原则。但从刑法的宽容性、人道性考虑，随着社会发展，对于一个已经不再认为是犯罪的行为，仍然追究刑事责任，缺乏必要性。我国刑法规定，对于根据行为人时的法律构成犯罪，而根据审判时的法律不构成犯罪的行为，适用新法，就不作犯罪处理。即使在刑法修订前已经立案侦查，甚至已经交付审判，或者因为行为人逃避侦查、审判而拖延了及

时判决，只要尚未作出生效判决的，均应当作无罪处理，把因刑法修改带来的利益归于行为人。

新法是否认为是犯罪，不能仅看旧法中的条文在新法中是否存在，还要看某一按照旧法构成犯罪的行为，在新法中是否构成其他犯罪。如果虽然没有了原先的罪名，但构成其他犯罪的，仍然有追诉的可能性，在处理过程中，应当选择适用相对较轻的刑法。在最高人民法院

（2017）最高法刑申231号驳回申诉通知书中 [\[2\]](#)，做了如下论述：

江苏省淮安市中级人民法院审理淮安市人民检察院指控你（申诉人，引者注）犯流氓罪一案，于2012年5月16日作出（2012）淮中刑初字第0009号刑事判决，认定你犯流氓罪，判处死刑，缓期二年执行，剥夺政治权利终身。本案在法定期限内没有提出上诉、抗诉。江苏省高级人民法院于2012年12月22日作出（2012）苏刑三复字第0064号刑事裁定，核准淮安市中级人民法院以流氓罪，判处你死刑，缓期二年执行，剥夺政治权利终身的刑事判决。上述裁判发生法律效力后，你向江苏省高级人民法院提出申诉。江苏省高级人民法院于2016年2月17日作出（2015）苏刑监字第00090号驳回申诉通知，驳回你申诉。

你仍不服，以本案适用“从旧兼从轻”原则失之偏颇，你不应当是本案主犯，你的行为不构成互殴，原判对你量刑过重为由向本院提出申诉，请求本院提起审判监督程序重新审理。本院依法组成合议庭对你的申诉进行了立案审查。现已审查完毕。

关于你提出本案适用“从旧兼从轻”原则失之偏颇的申诉理由。经查，原判认定你伙同他人多次寻衅滋事、持械聚众斗殴并致人死亡。如果适用现行刑法，你的行为构成故意伤害罪，应当在十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑的幅度内对你量刑。如果适用1979年《刑法》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》，你的行为构成流氓罪，应当在七年以上有期徒刑的幅度内量

刑，最高可判处死刑。后者的法定量刑幅度更轻，根据《中华人民共和国刑法》第12条第1款的规定，你的行为应当适用1979年《刑法》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》的规定。原判据此对你定罪量刑，已充分考虑了“从旧兼从轻”原则。你提出的此项申诉理由不能成立。

关于你提出你的行为不是互殴的申诉理由。经查，你在1989年夏与郑海波等人斗殴中被捅伤，从此双方结下仇怨，互相报复，多次寻衅斗殴。在本案案发前一天，你组织顾红军、诸葛志刚等人打砸王卫国家。案发当天，你明知郑海波等人会报复，仍召集多人准备凶器到你家准备与郑海波等人斗殴，可见你对聚众斗殴有充分准备而非被动受害，在聚众斗殴中双方均有伤害对方的故意，原判认定你们的行为为互殴并无不当，你对此提出的申诉理由不能成立。

关于你提出原判对你量刑过重的申诉理由。经查，你参与的寻衅滋事、持械聚众斗殴行为后果特别严重，社会影响极其恶劣，你在共同犯罪中系主犯，应当按照所参与的全部犯罪处罚。你潜逃多年，意图逃避处罚，且并未取得被害人家属谅解。原判根据你犯罪的事实、犯罪性质、情节和对于社会的危害程度，判处你死刑，缓期二年执行，剥夺政治权利终身并无不当，你对此提出的申诉理由不能成立。

综上，本院认为，你的申诉不符合《中华人民共和国刑事诉讼法》第242条规定的应当重新审判的情形，予以驳回。望你尊重人民法院的生效裁判，自觉服判息诉。

从上述通知书中可以看出，本案事实发生于1989年，当时有效的刑法为1979年《刑法》，其中第160条规定：“聚众斗殴，寻衅滋事，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。”1983年9月2日颁布并实施的《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》规定：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危害特别严重的，可以在刑法规定的最高刑以上处刑，直至判处死刑。1997年《刑法》取消了流氓罪的规定，而规定了聚众斗殴罪、寻衅滋事罪等犯罪。其中聚众斗殴罪明确规定，聚众斗殴致人重伤、死亡的，对直接行为人及直接责任人，依照《刑法》有关故意伤害罪、故意杀人罪的规定处罚。虽然寻衅滋事罪没有关于罪名转化的规定，但按照犯罪的基本原理，寻衅滋事过程中的行为构成故意伤害（致人重伤、死亡）或者故意杀人罪的，也应按照重罪论处。根据通知书体现的思路，本案的行为按照1997年《刑法》的规定，构成故意伤害罪（致人死亡），法定刑为十年以上有期徒刑直至死刑。两相比较，新旧法的法定最高刑相同，但旧法的法定最低刑（有期徒刑七年）低于新法的法定最低刑（有期徒刑十年）。根据从旧兼从轻的原则，所以本案适用旧法，对被告人以流氓罪论处。从本案中，我们能够得到启示，对新旧法适用问题的评判，不能只看形式或者表面的规定，而应当具体分析，把具体案件代入法典中进行实质考察。

### 第三，新旧刑法均认为是犯罪的，适用轻法。

对于法律规定为犯罪的行为，立法也会随着社会的发展而调整定罪量刑标准，重新配置法定刑，或者确定为不同的罪名。在刑法修改之后，发生在刑法修改之前的行为如果仍然构成犯罪的，应当选择适用处刑较轻的法律。这里有个前提条件，即行为仍然在追诉期限以内，如果已经超过了追诉期限，则不再追诉。何谓处刑较轻，涉及法定刑的比较问题。《最高人民法院关于适用〈刑法〉第十二条几个问题的解释》

（法释〔1997〕12号，以下简称《刑法第十二条的解释》）规定：“刑法第十二条规定的‘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。”“如果刑法规定的某一犯罪只有一个

法定刑幅度，法定最高刑或者最低刑是指该法定刑幅度的最高刑或者最低刑；如果刑法规定的某一犯罪有两个以上的法定刑幅度，法定最高刑或者最低刑是指具体犯罪行为应当适用的法定刑幅度的最高刑或者最低刑。”司法解释的规定比较明确具体，包含了多项内容：

（1）这是对法定刑的比较，也就是说根据两个刑法的法定刑进行比较，而不是宣告刑。

（2）以比较最高刑为原则，以比较最低刑为补充。只有在最高刑相同的情况下，才比较最低刑。比如说一个法定刑是“判处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金”，而另一个法定刑是“判处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金”，则前者轻于后者，因为前者的法定最低刑为单处罚金。如果甲条文的法定最高刑高于乙条文，而法定最低刑低于乙条文，则甲条文重于乙条文，因为优先比较法定最高刑。

（3）比较的是对应量刑幅度的法定刑，而不是整个罪名的法定刑。刑法中大量罪名存在多个量刑幅度，不把一个行为放在具体的量刑幅度内难以比较。在进行量刑幅度的法定刑比较时，首先得对犯罪行为进行评估，确定根据不同的法律所适用的量刑幅度。从这个角度看，法定刑的比较又以宣告刑的比较为补充，因为确定一个犯罪行为对应的量刑幅度，需要进行一些判断评估，是一个刑罚裁量的过程。

（4）在主刑相同的情况下，有附加刑的重于没有附加刑的。有些罪名法定刑的修订就是增加或者删除了附加刑。有无附加刑，对行为人的处罚不同。如行贿罪，根据1997年《刑法》第390条规定，“对犯行贿罪的，处五年以下有期徒刑或者拘役；因行贿谋取不正当利益，情节严重的，或者使国家利益遭受重大损失的，处五年以上十年以下有期徒刑；情节特别严重的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，可以并处没收财产”。而根据《刑法修正案（九）》的规定，“对犯行贿罪的，处

五年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；因行贿谋取不正当利益，情节严重的，或者使国家利益遭受重大损失的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；情节特别严重的，或者使国家利益遭受特别重大损失的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产”。比较两个条文可见，第一、二量刑幅度，新法增加了“并处罚金”；第三量刑幅度，新法将旧法的“可以并处没收财产”，修改为“并处罚金或者没收财产”，属于必须并处的。由此可见，各个量刑幅度，新法均重于旧法。那么对于发生在《刑法修正案（九）》之前的行贿行为，就不能并处罚金刑。[\[3\]](#)其中在第三量刑幅度的，可以并处没收财产。

（5）因为新法主刑较轻而适用新法的，应一并适用新法的附加刑，而不论旧法是否有附加刑。如果一个条文法定刑较重而没有附加刑，另一个条文主刑较轻但有附加刑的，在选择适用轻法时，应整体适用轻法，而不能只适用轻法的主刑却不适用附加刑。因为，“比较刑法中两个条文中法定刑的轻重，首要的标准在于主刑的轻重，而不在于刑种的多少。在两个主刑存在轻重之分的情况下，有无附加刑，不影响轻重的判断。主刑重的，属于处刑较重的；主刑轻的，属于处刑较轻的……另外，从法定刑的性质来看，在同时规定有主刑和附加刑的情况下，二者是一个有机整体，只能同时适用于某一犯罪分子，而不能割裂使用。适用某一法律条文，必须做到完整。如果主刑用新法，附加刑用旧法，新法旧法同时适用，则违背了从旧兼从轻原则，造成法律适用上的混乱”。[\[4\]](#)这种情况，在《刑法修正案（九）》发布之后，关于贪污罪、受贿罪的刑法选择适用较为突出，现在已经形成了较为统一的做法，即“对于2015年10月31日以前实施的贪污罪、受贿罪，一般适用新法新解释。即适用《刑法修正案（九）》修正后规定将判处更轻自由刑的，适用修正后刑法和本解释规定。其中，修正前刑法未规定罚金刑但修正后刑法规定了罚金刑的，应当按照本解释确定的判罚标准一并适用修正后刑法有关罚金刑的规定；一审在《刑法修正案（九）》实施之前已经判处没收财产刑的，二审可以按照本解释确定的判罚标准改判罚金

刑”。[5]这一解读虽然是针对贪污贿赂犯罪而言，但其基本精神对其他犯罪同样适用。比如，利用邪教组织破坏法律实施罪，《刑法修正案（九）》调整了法定刑，增设了“情节较轻的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利，并处或者单处罚金”这一量刑幅度，并对其他量刑幅度增设了罚金刑，在立法修改以后，出台了新的司法解释调整了定罪量刑标准。[6]在办案过程中，就应当贯彻这样的附加罚金刑判处规则。

如果同一行为根据新旧法构成不同的犯罪，则应当将该行为放在不同的法律规定中，比较对应的法定刑，然后选择适用较轻的刑法。最高人民法院（2017）最高法刑申262号驳回申诉通知书 [7]确定，在审判时，将原来法律规定的重罪根据新法以轻罪判处，符合法律规定。

林少华因职务侵占一案，对四川省成都市中级人民法院（2005）成刑初字第96号刑事判决、四川省高级人民法院（2005）川刑终字第394号刑事裁定不服，以本案系行政干预和媒体虚假报道造成的冤错案件，侦查机关违反法律规定，故意将其分成两地拘留，造成两地审判，侵害其合法权益，认定其侵占190万美元缺乏证据支持，以及根据1997年《刑法》关于溯及力的规定，对本案不能以犯罪论处等理由，向最高人民法院提出申诉。

最高人民法院经审查认为，原判认定林少华利用担任成都友谊商店有限公司副董事长兼总经理的职务之便，将该公司190万美元以付货款名义汇给与该公司无任何业务往来的深圳物资运输工贸有限公司，用于归还起个人公司的欠款，后以成都友谊商店有限公司付威成（香港）有限公司装修工程包干费并转款至深圳物资运输工贸有限公司入账，并用威成（香港）有限公司自制发票将该190万美元予以冲抵，事实清楚，证据确实、充分。

其中，关于原判是否违反1997年《刑法》关于溯及力规定的问题，

通知书中论证如下：你的非法侵占行为发生于1993年5月，根据1997年修订前的《中华人民共和国刑法》和1988年《全国人民代表大会常务委员会关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》的规定，你的行为已构成贪污罪。原判根据1997年修订的《中华人民共和国刑法》第12条规定的“从旧兼从轻”原则，依照《中华人民共和国刑法》第271条第1款，认定你的行为构成职务侵占罪，定性准确，不违反1997年《刑法》关于溯及力的规定。

从通知书表述的内容可见，林少华的行为按照旧法构成贪污罪，按照新法构成职务侵占罪，两相比较，职务侵占罪的法定刑必然轻于贪污罪，故应当选择适用职务侵占罪。尽管旧刑法只有贪污罪、侵占罪，而没有职务侵占罪，以职务侵占罪判处之前的行为仍然符合法律的规定。

第四，新旧法法定刑相同的，适用旧法。

有些情况下，刑法条款作了修改，主要是调整了罪状，但法定刑没有变化。这种情况下的法律适用体现了“从旧兼从轻原则”中的从旧为主，即首先考虑从旧，有轻重之别的才考虑从轻。《刑法第十二条的解释》规定：“一九九七年十月一日以后审理一九九七年九月三十日以前发生的刑事案件，如果刑法规定的定罪处刑标准、法定刑与修订前刑法相同的，应当适用修订前的刑法。”这一解释是针对1997年《刑法》修订做出的，其中体现的适用原则，对以后的刑法修正案同样适用。

比如，《刑法修正案（九）》将《刑法》第237条 [\[8\]](#)修改为：“以暴力、胁迫或者其他方法强制猥亵他人或者侮辱妇女的，处五年以下有期徒刑或者拘役。聚众或者在公共场所当众犯前款罪的，或者有其他恶劣情节的，处五年以上有期徒刑。猥亵儿童的，依照前两款的规定从重处罚。”在该条第1款中将强制猥亵的对象由妇女扩大到他人，范围更大，但法定刑相同。据此，在《刑法修正案（九）》施行之前发生的强制猥亵男人案件，不能适用新法，也就不能入罪。而在《刑

法修正案（九）》施行之前发生的强制猥亵妇女的案件，根据新法则构成强制猥亵罪。在这种情况下新旧法的法定刑相同，就应当适用旧法即1997年《刑法》，判处被告人犯强制猥亵妇女罪。如果判决被告人犯强制猥亵罪，则违背了从旧兼从轻原则。只有发生在《刑法修正案（九）》施行之后的犯罪才能以强制猥亵罪定罪。

论及刑法的溯及力问题，不得不提刑法立法解释的适用问题。根据2000年出台的《立法法》规定，全国人民代表大会常务委员会是唯一的立法解释主体，可以对刑法进行解释。[\[9\]](#)立法解释不同于刑法修改，只是在刑法文本之外对某一规定的含义作进一步的释明。比如，《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国刑法〉有关信用卡规定的解释》（以下简称《信用卡立法解释》），[\[10\]](#)明确了刑法中“信用卡”的含义，即具体范围。这一规定并不是新的立法，而是在刑法原有规定的基础上明确其含义。关于刑法立法解释的时间效力问题，即立法解释是自发布之日起生效，还是与所解释的法律的生效时间相同，有不同的认识。一种观点认为立法解释在溯及力问题上应遵循从旧兼从轻的原则；另一种观点认为立法解释的生效时间与刑法相同，不具有独立性；还有一种观点认为应当区分是当然解释还是补充解释，采取不同的原则。[\[11\]](#)从性质上看，立法解释不是创设新的法律规范，而只是进一步阐明刑法条文的意义，所以不具有独立的时间效力。“立法解释对法律条文的效力没有影响。对于立法解释公布前还没有判决的案件，应当根据立法解释的精神适用有关刑法条文作出判决。”[\[12\]](#)从已经发布的立法解释看，也没有规定生效时间。所以刑法立法解释的时间效力与所对应的刑法条文一致，可以适用于刑法发布以后立法解释发布之前的行为，也就是说刑法立法解释无所谓独立的溯及力问题。当然，如果对刑法的同一问题，曾经发布了两个以上内容不一致的立法解释，则应当坚持从旧兼从轻的原则。因为，在立法机关对某一问题作出立法解释之后，公民可以按照该解释的规定行事，之后发布的与此不一致且不利于行为人的解释不宜适用，否则会让公民无所适从，有违罪刑法定原则。

## 2. 刑事司法解释的效力

**【裁判规则】** 司法解释的时间效力依附于对应的刑法，可以适用于其发布之前的犯罪行为，但针对同一问题先后有不同司法解释的，要根据有利于被告人的原则处理。司法解释有法定的形式，符合条件的才能在裁判文书中援引，其他规范性文件只能作为裁判论理依据。

以上所论的从旧兼从轻原则，是针对刑法的适用而言的，解决的是立法发生变化时法律选择适用问题。刑事司法解释不是立法，而是关于在司法工作中如何具体应用刑法条文的规定，目的在于解决法律适用中的疑难问题，统一法律适用，避免执法不统一。关于司法解释的效力问题，可以从两个方面把握。

### 第一，司法解释的时间效力。

司法解释的时间效力依附于相应刑法条文，但有例外。一般而言，刑事司法解释不存在有无溯及力问题，可以适用于尚未生效的所有案件。其时间效力与其对应的刑法条文一致，刑法条文可以适用于某个犯罪的，司法解释也可以适用。但如果对同一问题先后存在不同的司法解释的，则应当贯彻从旧兼从轻的原则，适用有利于被告人的司法解释。

《最高人民法院、最高人民检察院关于适用刑事司法解释时间效力问题的规定》（2001年12月7日颁布，以下简称《司法解释时间效力规定》）作出如下规定：“一、司法解释是最高人民法院对审判工作中具体应用法律问题和最高人民检察院对检察工作中具体应用法律问题所作的具有法律效力的解释，自发布或者规定之日起施行，效力适用于法律的施行期间。二、对于司法解释实施前发生的行为，行为时没有相关司法解释，司法解释施行后尚未处理或者正在处理的案件，依照司法解释

的规定办理。三、对于新的司法解释实施前发生的行为，行为时已有相关司法解释，依照行为时的司法解释办理，但适用新的司法解释对犯罪嫌疑人、被告人有利的，适用新的司法解释。四、对于在司法解释施行前已办结的案件，按照当时的法律和司法解释，认定事实和适用法律没有错误的，不再变动。”

上述规定中关于司法解释“效力适用于法律的施行期间”的规定，体现了司法解释没有独立的时间效力问题，而是依附于相应的法律条文。

我国刑法中有些条文规定了多个量刑幅度，而对于什么情况下在上一个量刑幅度内量刑即升档量刑，往往缺乏明确规定。在没有明确依据的情况下，办案人员有时会较为保守，轻易不升档量刑，但如果一旦有了相应的司法解释依据，升档量刑就成了应有之义。这样的司法解释同样适用于其出台之前的行为，因为其是对法律条文的细化规定，并没有创设法律。即使没有相应的司法解释，司法人员同样可以合理地理解法条，行使自由裁量权，做出相应的处理。比如，《刑法修正案（九）》于2015年11月1日起施行，其中对贪污罪规定了三个量刑幅度，但没有具体的数额标准，直至2016年4月18日《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《贪污贿赂司法解释》）才开始实施，解释中对贪污罪的定罪量刑标准作了明确规定，这一解释同样适用于2016年4月18日之前的行为。

司法实践中，对于这种情况下如何适用司法解释存在不同认识，在何某某等人生产、销售假药案 [\[13\]](#)中，辩方就提出了这样的辩护意见。

被告人何某某与陈某（另案处理）于2011年起合伙承包了浙江某医药有限公司（以下简称浙江某公司）中药部，经销中药饮片。后何某某分别与安徽省亳州市某中药饮片厂（以下简称亳州某药厂）法定代表人

何某礼（另案处理）、亳州市某中药材饮片有限公司（以下简称亳州某公司，2015年7月16日被注销）法定代表人即被告人师某商定，以挂靠其业务员的形式取得该两家企业的法人授权委托书、公司营业执照、药品生产许可证等证明材料，并与该两家企业签订虚假购销合同，由该两家企业为其虚开增值税专用发票、提供公司账户收转货款，何某某则按照开具的增值税专用发票票面金额5%作为“管理费”支付给该两家企业。2012年7月至2014年10月，何某某多次从亳州市康美中药城等地购买未经批准生产、未经检验出厂的中药饮片，进行包装、贴牌，并伪造远光药厂、国苑公司的成品检验报告书、销售清单，冒充亳州某药厂、亳州某公司生产的中药饮片，以亳州某药厂、亳州某公司名义销往浙江某公司。由浙江某公司中药部将上述中药饮片销往台州、宁波等地妇产医院、中医门诊部和药店等，至案发销售金额共计人民币350万余元，其中以亳州某公司名义生产、销售中药饮片共计人民币60余万元。

一审法院于2016年3月18日作出（2015）浙台刑二初字第25号刑事判决：（1）被告人何某某犯生产、销售假药罪，判处有期徒刑十三年，剥夺政治权利三年，并处罚金人民币六百万元；（2）被告人师某犯生产、销售假药罪，判处有期徒刑三年六个月，并处罚金人民币三十万元；（3）扣押的中药饮片由扣押机关依法处理；（4）被告人何某某的违法所得予以没收，上缴国库。

二审期间，师某的辩护人认为，师某被控行为发生在2012年至2014年6月，《最高人民法院、最高人民检察院关于办理生产、销售假药、劣药刑事案件具体应用法律若干问题的解释》对生产、销售假药罪并未有情节特别严重的规定，原审却适用2014年12月1日生效的《最高人民法院、最高人民检察院关于办理危害药品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》，认定师某的犯罪行为属情节特别严重，违背从旧兼从轻的刑法原则。

二审法院认为，《最高人民法院、最高人民检察院关于办理生产、

《销售假药、劣药刑事案件具体应用法律若干问题的解释》对生产、销售假药罪虽未有情节特别严重的细化规定，但2014年12月生效的《最高人民法院、最高人民检察院关于办理危害药品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》第4条将“生产、销售金额五十万元以上的”规定为生产、销售假药罪中的“其他特别严重情节”。根据《最高人民法院、最高人民检察院关于适用刑事司法解释时间效力问题的规定》（以下简称《司法解释时间效力规定》）第2条规定：“对于司法解释实施前发生的行为，行为时没有相关司法解释，司法解释施行后尚未处理或者正在处理的案件，依照司法解释的规定办理。”原审认定师某生产、销售假药的行为属情节特别严重，于法有据。师某的辩护人就此所提异议不能成立，不予采纳。2016年6月17日二审法院维持了一审判决。

本案中就涉及能否适用犯罪行为发生后的司法解释，认定犯罪有“其他特别严重情节”[\[14\]](#)，进而提升量刑幅度，判处较重刑罚。二审法院认为，《司法解释时间效力规定》第2条规定：“对于司法解释实施前发生的行为，行为时没有相关司法解释，司法解释施行后尚未处理或者正在处理的案件，依照司法解释的规定办理。”而本案行为发生时对于何谓有“其他特别严重情节”没有相关司法解释规定，故可以适用新的解释。在本案犯罪行为发生期间，对于假药问题已经有司法解释予以规定，但并未规定“其他特别严重情节”的认定标准，所以后来的司法解释具有了适用的空间。如果之前的司法解释对“其他特别严重情节”已有规定，且认定的条件比新解释更严格，则新解释不能适用。

有些司法解释规定某些行为的法律适用，把一个行为解释到一个既有罪名的罪状之中，使对其定罪量刑有了明确依据，这种情况并不是把非犯罪的行为犯罪化，而是将本来就应该作为犯罪的行为做出了统一明确的规定，所以这种司法解释同样适用于解释出台之前的行为。比如，《最高人民法院、最高人民检察院关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2013〕21号，以下简称《网

络诽谤司法解释》)规定：在网络上编造、发布虚假信息起哄闹事，扰乱社会秩序的行为，以寻衅滋事罪定罪处罚。[\[15\]](#)在此解释出台之前，鲜有将此类行为按照寻衅滋事罪处理的案例。但是并不是说司法解释将原来不是犯罪的行为犯罪化，而是将本来应该构成犯罪的行为明确化。先前没有相应案例，并不能说明这种行为先前不构成犯罪，而只是对寻衅滋事法律条文的理解问题。那么对于该司法解释施行以前即2013年9月10日以前发生的此类行为，就可以适用该解释的规定，按照寻衅滋事罪论处。

以秦某某网络诽谤、寻衅滋事一案 [\[16\]](#)为例，关于寻衅滋事罪，法院经审理查明：

2011年7月23日，甬温铁路浙江省温州市相关路段发生特别重大铁路交通事故（即7·23甬温线动车事故）。在事故善后处理期间，被告人秦某某为了利用热点事件进行自我炒作，提高网络关注度，于2011年8月20日使用昵称为“中国秦火火\_f92”的新浪微博账户（UID号：1746609413）编造并散布虚假信息，称原铁道部向7·23甬温线动车事故中外籍遇难旅客支付3000万欧元高额赔偿金。该微博被转发11000次，评论3300余次，引发大量网民对国家机关公信力的质疑，原铁道部被迫于当夜辟谣。被告人秦某某的行为对事故善后工作的开展造成了不良影响。

辩护人提出，被告人秦某某发布原铁道部在7·23甬温线动车事故中天价赔偿外籍乘客的虚假信息不足以造成公共秩序严重混乱，公诉机关指控该起行为构成寻衅滋事罪的依据不足。法院经查，7·23甬温线动车事故为特别重大铁路交通事故，全民关注，秦某某在该事故善后处理期间，编造政府机关天价赔偿外籍乘客的信息并在网络上散布，起哄闹事。该虚假信息被转发11000次，评论3300余次，不仅造成网络空间的混乱，也在现实社会中引发了不明真相群众的不满，扰乱了政府机关的善后工作。秦某某的该起行为足以认定为造成公共秩序严重混乱，符

合寻衅滋事罪的构成要件。故该辩护意见不予采纳。

法院认为，被告人秦某某在重大突发事件期间，在信息网络上编造、散布对国家机关产生不良影响的虚假信息，起哄闹事，造成公共秩序严重混乱，其行为已构成寻衅滋事罪。

2014年4月17日，法院根据刑法以及《网络诽谤司法解释》的规定，以犯寻衅滋事罪，判处秦某某有期徒刑一年六个月，与其所犯诽谤罪判处的有期徒刑二年并罚，决定执行有期徒刑三年。

本案是《网络诽谤司法解释》发布后判处的案例，案件事实发生在司法解释发布之前。对于在互联网上发布虚假信息能否构成寻衅滋事罪一直存有争论，最高人民法院和最高人民检察院联合发布的司法解释，对此予以了明确，使得处理此类行为有了统一的标准。但是，这种司法解释并不是立法，在此类网络造谣寻衅滋事的行为发生时，对其定罪处理并非没有法律依据，因为刑法所规定的寻衅滋事罪能够包括此类行为，对其定罪符合罪刑法定原则的要求。本案所涉及的诽谤罪也存在类似的问题，该司法解释明确了网络诽谤他人的入罪标准和按照公诉程序处理的条件，而秦某某的诽谤行为符合了相应的条件，所以对其诽谤行为通过公诉程序定罪量刑。

关于司法解释何时实施，《最高人民法院关于司法解释工作的规定》（2007年3月9日颁布，以下简称《司法解释规定》）规定：“司法解释自公告发布之日起施行，但司法解释另有规定的除外。”所以，一般而言，司法解释一旦公告发布，即立即施行。但如果在某个司法解释中明确规定了相应施行时间，则按照特殊规定执行。由于公告之日即施行，使得司法解释没有过渡时间，一些正在审理的案件，就需要执行司法解释的规定。尤其是一审法院已经作出判决，二审期间司法解释出台的情况下，也只能按照司法解释办理。

第二，司法解释的表现形式。

最高司法机关针对法律适用问题发布的规范性文件较多，并非都属于司法解释，这些规范性文件的效力也不相同。

《司法解释规定》第6条规定：“司法解释的形式分为‘解释’、‘规定’、‘批复’和‘决定’四种。对在审判工作中如何具体应用某一法律或者对某一类案件、某一类问题如何应用法律制定的司法解释，采用‘解释’的形式。根据立法精神对审判工作中需要制定的规范、意见等司法解释，采用‘规定’的形式。对高级人民法院、解放军军事法院就审判工作中具体应用法律问题的请示制定的司法解释，采用‘批复’的形式。修改或者废止司法解释，采用‘决定’的形式。”第25条第1款、第2款规定：“司法解释以最高人民法院公告形式发布。司法解释应当在《最高人民法院公报》和《人民法院报》刊登。”

以上四种形式，均属于具有法律渊源性质的司法解释，从法律解释的分类上，可以称之为有权解释，具有法律效力，在审理案件中可以作为法律条文直接引用。《司法解释规定》第27条第1款规定：“司法解释施行后，人民法院作为裁判依据的，应当在司法文书中援引。”从中可以看出，如果做出判决的依据包括司法解释的，就应当引用，否则属于漏引法条。比如，办理贪污贿赂案件，涉及认定贪污罪、受贿罪数额巨大或者情节严重的标准问题，这些问题仅仅依靠刑法条文是解决不了的，认定的依据是《贪污贿赂司法解释》，那么就应当在判决书中引用。《司法解释规定》第27条第2款进一步规定：“人民法院同时引用法律和司法解释作为裁判依据的，应当先援引法律，后援引司法解释。”这是关于引用法律条文的规则，即先引用法律条文，后引用司法解释。如果一个案件援引的既有实体法规范又有程序法规范的，也应当遵循先法律后司法解释的顺序。

顺便说明的是，如果是刑事附带民事诉讼，应先援引刑事部分法律规范，后援引民事部分法律规范。对于同一类型的法律规范，先援引判

决主文中最先依据或涉及的法律规范。比如，被告人某甲犯故意伤害罪，有自首情节，判处有期徒刑十年，剥夺政治权利二年，犯罪工具予以没收。这时就先援引故意伤害罪的法条即《刑法》第234条，然后援引自首情节的法律条文即《刑法》第67条第1款以及其他关于量刑的条款，接着援引有期徒刑和剥夺政治权利的法律条文，最后援引没收犯罪工具的法律条文即《刑法》第64条。如果需要援引司法解释的，在刑法条文之后援引。

关于刑法适用的司法解释，有的由最高人民法院制作并发布，有的由最高人民法院和最高人民检察院共同制作和发布，都可以作为判决依据在判决书中援引。最高人民检察院也会单处发布相关司法解释，这种司法解释虽然属于法律渊源，可以作为判决论理的依据，但不能作为裁判的依据。因此，不能在判决书的判决依据中援引，只能在论理部分提及。最高人民检察院和公安部联合发布的立案标准，同样不能直接作为裁判的依据。

最高人民法院除了发布前述司法解释之外，还会发布其他关于法律适用等问题的规范性文件，如《最高人民法院关于审理抢劫刑事案件适用法律若干问题的指导意见》（法发〔2016〕2号）、《最高人民法院研究室关于交通肇事刑事案件附带民事赔偿范围问题的答复》（法研〔2014〕30号）、《全国法院毒品犯罪审判工作座谈会纪要》（法〔2015〕129号，一般简称《武汉会议纪要》）等。这些规范性文件对于刑事审判工作具有拘束力，也具有一定的权威性，如果判决违背了这些规范性文件的精神，上级法院可以适用法律错误为由改判。但是这些文件不属于有法律渊源性质的司法解释，发文号不是“法释”号，在审判工作中不能作为判决依据援引，只能在论理部分使用。从时间效力上，这些规范性文件与司法解释遵循同样的规则。另一种具有拘束力的办案依据是最高人民法院发布的指导案例，由最高人民法院审判委员会通过并在最高人民法院公报发布，办案过程中需要依照执行，但不作为

裁判依据援引。

### 3. 新法修订期的法律适用

**【裁判规则】**新法不适用于已经判决生效的案件，包括再审中的案件。在新法颁布后尚未施行期间，在审案件不应适用旧法作出不利于被告人的裁决，可以待新法施行后判决。引用刑法条文需要准确、规范。

在新法修改期及施行初期，除了要坚持从旧兼从轻这一基本原则之外，还要关注案件进展等问题。

第一，已经生效裁判，不受刑法修改的影响。为了保持判决的严肃性，维持判决的既定力，不能因为刑法的修改而更改已经生效的裁判。因为原裁判在作出时遵循了当时的法律，具有正当性。而且，什么是犯罪行为，如何处罚犯罪行为，本身就与社会发展阶段和社会形势具有密切的关系，应当以行为时法律为准，行政犯更是如此。后来的刑法修改即便有利于被告人，也不得据此翻案。《刑法》第12条第2款规定：“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。”对于已经生效的判决，即使启动再审程序，也只能回溯到原判时的场景确定法律适用问题，不能适用原审之后公布的法律。

第二，新法已经公布但尚未施行期间，也应体现从旧兼从轻的精神。作为刑事立法，发布之后往往会留出过渡期，施行时间晚于发布时间。在发布日和施行日之间发生的行为，属于新法施行之前的行为，一般不能适用新法，新法有利于被告人的除外。但如果审判时新法尚未施行，则新法不能作为裁判的依据。例如，《刑法修正案（九）》于2015年8月29日发布，同年11月1日起施行。其中对扰乱法庭秩序罪做了修改[17]，增加了扰乱法庭秩序犯罪的行为类型。如果在2015年8月29日之后2015年11月1日之前发生了侮辱、诽谤、威胁司法工作人员扰乱法庭秩序的行为，则不能直接适用新法的规定。构成其他犯罪的，可以按照

其他犯罪处理。

对于新法已经发布但尚未施行期间正在审理的案件，从法律适用上看应当适用旧法，新法尚未生效，不能作为裁判依据。如果新法不利于被告人的，则即便新法施行了也不能适用于该案，故可以直接依照旧法作出判决，不用等待新法生效。如果新法有利于被告人的，从有利于被告人的角度，可以将案件暂停审理，等待新法生效以后根据新法作出判决。从诉讼程序和法律适用角度看，在此期间如果按照旧法对正在审理的案件作出判决，并在新法施行之前生效的，该判决并不存在问题，适用法律也没有错误。这种“抢时间”作出不利于被告人判决的现象，虽然不存在法律上的障碍，却违背了法治的基本精神，也有违法官的职业伦理。而且，案件中的被告人及辩护人也会想方设法阻碍诉讼的推进，从而争取对其有利的结果。在这种情况下，应当充分利用好刑事诉讼法中关于审理期限的规定，暂缓判决。当然对于那些可以利用法律规则做好量刑平衡，不至于侵犯被告人实体权利的案件，也可以先行判决。比如说旧法的法定刑是有期徒刑五年以下刑罚，新法的法定刑是有期徒刑三年以下刑罚，可以适用旧法在有期徒刑三年以下刑罚的幅度内判刑。或者，案件具有自首、立功等从轻、减轻处罚情节，通过量刑情节的调节实现量刑公正，从而不必等待新法生效。

第三，对于不同时期刑法的表述应当规范。在裁判文书中援引法律规范时，需要做到准确、规范。关于刑法修正案的援引，《最高人民法院关于在裁判文书中如何引用刑法修正案的批复》（法释〔2007〕7号）规定：“人民法院在裁判文书中适用刑法修正案的规定时，应当直接引用修正后的刑法条文，表述为‘《中华人民共和国刑法》第×××条的规定’，或者‘《中华人民共和国刑法》第×××条之×的规定’。”刑法修正案没有打破既有的刑法条文顺序，而是采取修改条文，或者增加条文作为原条文的之一（或者之二等），或者删除某些条款的方式。在引用时就不能引用修正案，而是引用根据修正案修正之后

的刑法条文。

有些案件中，需要表述适用的是未经修正案修正的刑法条文，这就涉及对不同时期刑法文本的表述问题。《最高人民法院关于在裁判文书中如何表述修正前后刑法条文的批复》（法释〔2012〕7号）[\[18\]](#)对刑法条文引用问题做出了系统性的规定：

“一、根据案件情况，裁判文书引用1997年3月14日第八届全国人民代表大会第五次会议修订的刑法条文，应当根据具体情况分别表述：

（一）有关刑法条文在修订的刑法施行后未经修正，或者经过修正，但引用的是现行有效条文，表述为‘《中华人民共和国刑法》第××条’。

（二）有关刑法条文经过修正，引用修正前的条文，表述为‘1997年修订的《中华人民共和国刑法》第××条’。

（三）有关刑法条文经两次以上修正，引用经修正、且为最后一次修正前的条文，表述为‘经××××年《中华人民共和国刑法修正案（×）》修正的《中华人民共和国刑法》第××条’。

二、根据案件情况，裁判文书引用1997年3月14日第八届全国人民代表大会第五次会议修订前的刑法条文，应当表述为‘1979年《中华人民共和国刑法》第××条’。

三、根据案件情况，裁判文书引用有关单行刑法条文，应当直接引用相应该条例、补充规定或者决定的具体条款。

四、《最高人民法院关于在裁判文书中如何引用修订前、后刑法名称的通知》（法〔1997〕192号）、《最高人民法院关于在裁判文书中如何引用刑法修正案的批复》（法释〔2007〕7号）不再适用。”

前述法释〔2007〕7号批复的内容已经纳入新的批复之中，所以不

再适用。

---

[1]. [原《刑法》第226条规定：以暴力、威胁手段强买强卖商品、强迫他人提供服务或者强迫他人接受服务，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。](#)

[2]. [来源于中国裁判文书网，网址：  
http://wenshu.court.gov.cn/content/content?DocID=f32e7fb8-8bcc-4393-88b1-a792010e245e&Keyword，访问时间2018年10月25日。](#)

[3]. [《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》调整了行贿罪的定罪量刑标准，新的司法解释有利于被告人，根据有关意见，可以适用旧法新解释，即按照新司法解释的定罪量刑标准确定量刑幅度，但适用旧法的法定刑，不并处罚金。参见裴显鼎、苗有水、刘为波、王琄：《〈贪污贿赂犯罪司法解释〉的理解与适用》，载《人民司法（应用）》2016年第19期。文章指出：对于2015年10月31日以前实施的行贿罪，一般适用旧法新解释。由于《刑法修正案（九）》对行贿罪增加规定了罚金刑并对行贿罪规定了更加严格的从宽处罚适用条件，故一般应当适用修正前刑法。同时，由于《刑法修正案（九）》未对行贿罪的基础法定刑作出修改，本解释有关行贿罪的主刑判罚标准可以溯及修正前的行贿罪刑法规定，较之于前述《行贿解释》，适用本解释对被告人有利的，适用本解释规定。](#)

[4]. [臧德胜：《周某二人贪污案（第1139号指导案例）——贪污特定款物的司法认定以及新旧法选择适用时罚金刑的判处》，载《刑事审判参考》总第106集。](#)

[5]. [裴显鼎、苗有水、刘为波、王琄：《〈贪污贿赂犯罪司法解释〉的理解与适用》，载《人民司法（应用）》2016年第19期。](#)

[6]. 《最高人民法院、最高人民检察院关于办理组织、利用邪教组织破坏法律实施等刑事案件适用法律若干问题的解释》，2017年1月25日发布。

[7]. 来源于中国裁判文书网，网址：  
<http://wenshu.court.gov.cn/content/content?DocID=6976d704-8fcc-47f8-973e-a89701117787&KeyWord=林少华%7C>，访问时间2018年10月25日。

[8]. 1997年《刑法》第237条规定：“以暴力、胁迫或者其他方法强制猥亵妇女或者侮辱妇女的，处五年以下有期徒刑或者拘役。聚众或者在公共场所当众犯前款罪的，处五年以上有期徒刑。猥亵儿童的，依照前两款的规定从重处罚。”

[9]. 《立法法》第45条规定：法律解释权属于全国人民代表大会常务委员会。

[10]. 《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国刑法〉有关信用卡规定的解释》（2004年12月29日第十届全国人民代表大会常务委员会第十三次会议通过）规定：全国人民代表大会常务委员会根据司法实践中遇到的情况，讨论了刑法规定的“信用卡”的含义问题，解释如下：刑法规定的“信用卡”，是指由商业银行或者其他金融机构发行的具有消费支付、信用贷款、转账结算、存取现金等全部功能或者部分功能的电子支付卡。

[11]. 参见詹红星著：《刑法的宪法制约研究》，中国政法大学出版社2017年版，第164页。

[12]. 黄太云：《刑法修正案和刑法立法解释溯及力问题探析》，载《人民检察》2006年第10期（上），第38—39页。

[13]. 浙江省高级人民法院（2016）浙刑终174号刑事裁定书。来源于