

刑法第 88 条的溯及力 问题和法定要件判断

——以马某、庄某抢劫案为例

周 晨 林喜芬*

目次

一、案例基本情况与争议焦点	(一) 形式标准：“对人立案”抑或“对事立案”
(一) 基本案情及法律处理	
(二) 争议焦点	(二) 实质判断：是否明确了嫌疑人并对其展开侦查
二、《刑法》第 88 条溯及力问题的规范解析	四、《刑法》第 88 条“逃避侦查”要件的学理解读
(一) 《刑法》第 12 条与《时间效力的解释》第 1 条的体系性解释	
(二) 《答复意见》《复函》与《时间效力的解释》的体系性解释	(一) 主观要件：明知犯罪且有逃避意图
三、《刑法》第 88 条“立案侦查”要件的学理解读	(二) 客观要件：具体行为与无法抓捕存在因果关系
	五、案例应用与理论反思

摘要 对于 1997 年《刑法》生效前实施的犯罪行为，“不受追诉期限限制”规则的新旧法律适用问题和法定要件判断问题一直未形成一致意见。在解决《刑法》第 88 条的溯及力问题时，需对《刑法》第 12 条、1997 年《时间效力的解释》第 1 条以及相关规范做体系性解释，并通过对“两款法定情形发生时”与“新法生效时”“超过追诉期限时”的先后比较，确定具体情形的溯及力规则。司法实务中，对于“立案侦查”要件的判断须改变“对人立案”“对事立案”等形式化标准，重点关注侦查过程中是否“已确定嫌疑人并对其展开侦查”；对“逃避侦查”行为的判断则须坚持主客观一致原则，主观层面不要求行为人“明知自己被立案”，只要认识到自己犯罪且有逃避意图即可，客观上行为也无须设置具体类型，重点考察行为与侦查机关无法抓捕是否存在因果关系。在马某、庄某抢劫案中，侦查机关已发现犯罪嫌疑人并已展开抓捕，行为人“被拦截后逃窜”行为令侦查机关无法抓捕，符合“立案侦查”和“逃避侦查”实质要求，但由于该情形发生于 1997 年《刑法》生效前，因此应当认定本案已过法定追诉期限，且不能适用《刑法》第 88 条，不应对该案继续追诉。

关键词 追诉时效 溯及力 立案侦查 逃避侦查 追诉期限限制

*周晨，上海交通大学凯原法学院博士研究生；林喜芬，上海交通大学凯原法学院教授、法学博士。

追诉时效指刑事法律规定的对某一犯罪行为启动刑事追诉的有效期限,经过了此段期限,刑事追诉权即告消灭。追诉时效制度是现代国家对刑事追诉权的一种自我约束和限制,目前已被世界各国的刑事立法所采纳。我国1979年《刑法》(以下简称“旧法”)在第四章第八节规定了追诉时效制度的基本内容,^[1]包括追诉时效的期限、“不受追诉期限限制”^[2]的情形以及追诉时效的起算与中断。1997年《刑法》(以下简称“新法”)在此基础上扩大了“无期限追诉规则”的适用范围。根据新法第88条规定,原“无期限追诉规则”的适用条件从“采取强制措施后”修改为“立案侦查以后”,并新增了第2款“基于被害人控告而导致的无期限追诉”规则。^[3]由此可见,新旧刑法中“无期限追诉”的法定条件存在较大差异。

近年来,随着我国侦查机关对大案要案的侦办能力不断增强,一些长期陷入僵局的旧案逐渐得以侦破。由于自案发至侦破历时过长,大量案件在侦破时已超过法定追诉期限,因此,新法第88条“不受追诉期限限制”规则的适用成为刑事司法实务的关注重点。然而,由于立法条文失之笼统,加之追诉时效理论相对冷僻,“不受追诉期限限制”规则的溯及力问题和法定要件的界定存在诸多疑义。一方面,学理上认为,新法第12条和《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》(法释〔1997〕5号)(以下简称《时间效力的解释》),在追诉时效溯及力问题上,存在“从新”和“从旧兼从轻”两种截然对立的主张,个案裁判也没有对追诉时效制度的新旧法律适用问题提炼出一套体系性规则。因此,实务中判断新法生效前的犯罪行为是否符合“不受追诉期限限制”情形时,存在“从旧”(即旧法第77条)还是“从新”(即新法第88条)的分歧;另一方面,学理上对新法第88条语境下的“立案侦查”存在“对人立案”“对事立案”等差异化的要求,对“逃避侦查”的行为判断也存在扩张解释和限缩解释等不同观点,这也导致实践中多有困惑。本文将通过1992年马某、庄某抢劫案的争议焦点进行梳理,对新法第88条溯及力问题的相关规范进行体系解释,提出一套便于实践操作的新旧法律适用规则,并对第88条第1款的“立案侦查”“逃避侦查”要件进行学理解读。

一、案例基本情况与争议焦点

(一) 基本案情及法律处理

1992年11月4日,马某、庄某等六人为霸占市场生意,要求孟某从市场搬离,否则得拿出现金1000元,并以匕首相威胁。在孟某拿出800元后,马某、庄某等六人坐车离开现场。被害人孟某随后报案,马某、庄某等六人乘坐的车辆被公安机关拦截,六人遂弃车四处逃窜。马某、庄某逃脱后返回户籍地,六人中其中一名被告人被抓获。公安机关于1992年11月6日立案,并向马某、庄某户籍地公安机关发函协查,但因上述二人作案时均使用小名,故案发地公安机关未获知二人真实姓名。1993年,马某、庄某户籍地公安局回函称查无此人。案发后,马某在户籍地生活了27年,庄某在户籍地生活了15年后外出务工。2019年11月25日,因案外人举报,马某、庄某被案发地公安机关抓获。公安机关侦查完毕后移送至上海金山区检察院,检察院审查后以抢劫罪指控马某、庄某,并于2020年

[1] 参见旧法第76条、第77条、第78条。

[2] 大多数论著都把旧法第77条和新法第88条规定概括为“追诉时效延长”或者“追诉期限延长”,然而,“追诉时效延长”这一概念与域外刑事法典中追诉时效中止、中断、终止等立法体例有很大差异,理论界对于“追诉时效延长”概念的界定也存在争议,但对其产生的法律后果,即“不受追诉期限限制”的结果认知则较为统一,因此,本文选择使用“不受追诉期限限制”规则来概括新法第88条规定。

[3] 新法第88条规定:“在人民检察院、公安机关、国家安全机关立案侦查或者在人民法院受理案件以后,逃避侦查或者审判的,不受追诉期限的限制。被害人在追诉期限内提出控告,人民法院、人民检察院、公安机关应当立案而不予立案的,不受追诉期限的限制。”

3月20日向金山区人民法院提起公诉。上海市金山区人民法院审查认为,被告人马某、庄某伙同他人实施抢劫行为的时间为1992年11月4日,根据新法第12条的规定,对被告人应当适用旧法第150条第1款规定,其法定刑为三年以上十年以下有期徒刑,相应追诉期限为十五年,马某、庄某实施上述抢劫行为后长期在户籍地生活,至2019年11月25日被抓获时,犯罪已过追诉时效期限,并且不是必须追诉或者经特赦令免除刑罚的,据此,依照旧法第150条第1款,新法第12条、第87条、第89条第1款,以及《刑事诉讼法》第16条第2项规定,裁定终止对被告人马某、庄某的审理。^{〔4〕}

(二) 争议焦点

在本案中,金山区人民法院认为,被告人应当按照抢劫罪论处,综合犯罪情节,最高法定刑为十年,相应的追诉时效期限为十五年,但是,该犯罪行为发生于1992年,到2019年马某、庄某等犯罪嫌疑人归案已历时27年,已过法定追诉期限。最终,本案是以刑事裁定书的方式裁定终止审理。本案的犯罪事实认定层面基本没有争议,但在法律适用层面,尤其是追诉时效制度的适用上一直存在着较大分歧。^{〔5〕}在理论上,需要讨论的重点问题是:第一,本案应当适用新法第88条规定,还是旧法第77条规定?是否存在“不受追诉时效限制”的情形?第二,本案中,侦查机关的行为是否符合新法第88条“立案侦查”的要求?马某、庄某的行为是否构成“逃避侦查”?争议的焦点集中于两个问题:一是追诉时效是否适用“从旧兼从轻”的刑法时间效力原则;二是如何理解新法第88条规定的“立案侦查”和“逃避侦查”。

二、《刑法》第88条溯及力问题的规范解析

“从旧兼从轻”是罪刑法定原则的派生要求。理论通说认为,“从旧兼从轻”原则的效力不及于程序性规定,对于刑事法律的溯及力问题适用“实体从旧,程序从新”原则。因此,在应然层面探究追诉时效制度的溯及力问题时,需要首先明确追诉时效制度的法律属性,然而,关于追诉时效有“实体法说”^{〔6〕}和“程序法说”^{〔7〕}的观点分歧,并未形成定论,追诉时效既包含“可罚性消灭”的理

〔4〕 上海市金山区人民法院刑事裁定书,(2020)沪0116刑初225号。

〔5〕 该案曾在上海市金山区人民法院、上海市法学会案例法学研究会、上海政法学院联合举办的“刑事追诉期限法律适用问题研讨会”上作为研讨案例被探讨。研讨会主要观点参见陈德锋、周丹辉:《刑事追诉期限法律适用问题研讨会综述》,载搜狐网2020年11月30日,https://www.sohu.com/a/435403962_120032。

〔6〕 主张追诉时效属于实体规范的学者认为,追诉时效的正当性基于实体法上可罚性的降低或灭失。代表性学者李斯特指出:“追诉时效不仅排除追诉,且清偿了国家刑罚。作为求刑时效,而非控告时效,根据其内容和特点,其并不属于诉讼法范畴,而属于实体法范畴。”参见[德]李斯特:《德国刑法教科书》,徐久生译,法律出版社2006年版,第501—502页。我国张明楷教授也主张追诉时效是一项刑罚消灭事由,并认为事后延长追诉时效违反禁止事后法原则。参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2016年版,第51、77、648页。

〔7〕 主张追诉时效为程序性规范的学者则认为,时效制度虽然规定于刑法典中,但不可否认实体法中也会存在程序性规定。代表性学者罗克辛教授认为,程序性条件是构成行为整体性之外的情节,而时效届满是完全处于构成行为的事件之外的,是程序性条件。大陆法系的通说则是将追诉时效视为一种诉讼障碍,案件已过追诉时效的,法院即应作免诉等形式判决,不得为有罪或无罪的实质判决(实体性判决),诉讼时效仅仅涉及可追诉性,而不影响刑事可罚性。参见[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第702—703页。不仅如此,日本刑法学者也将公诉时效未超过理解为公诉权行使的条件,即超过公诉时效后,不具备提起公诉的法定条件,自然不能再进行追诉。参见[日]田口守一:《刑事诉讼法》(第7版),张凌、于秀峰译,法律出版社2019年版,第245页。我国学者曲新久教授认为,时效制度既不属于犯罪构成要件和刑罚效果的内容,也不影响刑事禁止与命令的具体内容,只是影响司法机关在怎样的时间范围内追究行为人的刑事责任,不涉及实体性规则,因而属于程序性规范。参见曲新久:《论从旧兼从轻原则》,载《人民检察》2012年第1期,第5—14页。

论基础(即存在实体法属性),又以诉讼障碍或起诉条件等形式出现于刑事诉讼法律规范之中(即程序法属性),〔8〕因此,以制度属性判读溯及力规则,进而解决追诉时效制度新旧法律适用争论的路径可暂时搁置,本文拟从实然层面,针对追诉时效从旧抑或从新,对相关司法解释和指导案例进行体系解释,厘清不同情形下的追诉时效溯及力规则。

(一)《刑法》第12条与《时间效力的解释》第1条的体系性解释

新法第12条是对刑法溯及力问题最直接和权威的规定。根据第12条第1款,“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”。由此可见,追究刑事责任有两个重要前提:一是“当时的法律”认为是犯罪;二是“依照本法总则第四章第八节的规定”应当追诉。该条规定刻意使用了“本法”与“当时的法律”这两个互斥概念,明确表示以“当时的法律”解决行为是否构成犯罪等有关定罪量刑的实体问题,以“本法总则第四章第八节的规定”解决追诉时效问题。〔9〕从文义解释的角度来看,新法第12条在定罪量刑的实体性规则上适用有利于被告人的“从旧兼从轻”原则,但在旧法认为是犯罪的前提下,追诉时效则适用“从新”原则。

虽然新法第12条确定了“实体从旧兼从轻,时效从新”的溯及力原则,但1997年《时间效力的解释》第1条针对新旧刑法“不受追诉期限限制”规则的法律适用问题又确立了“从旧”的标准。有观点认为,该司法解释的规定与新法第12条的立场完全对立,应当视为下位法对上位法的背离,不宜将其作为判断行为是否不受追诉期限限制的主要依据。〔10〕然而,《时间效力的解释》迄今为止依然生效,且在追诉时效溯及力相关的规范性文件中位阶最高,显然不应无视其法律效力,因此,如何理解该解释第1条,以及处理其与新法第12条的关系即成为解决法律适用问题的关键。该解释第1条规定:“对于行为人1997年9月30日以前实施的犯罪行为,在人民检察院、公安机关、国家安全机关立案侦查或者在人民法院受理案件以后,行为人逃避侦查或者审判,超过追诉期限或者被害人在追诉期限内提出控告,人民法院、人民检察院、公安机关应当立案而不予立案,超过追诉期限的,是否追究行为人的刑事责任,适用修订前的刑法第七十七条的规定。”〔11〕通过条文对比可以发现,下划线部分正是新法第88条第1款和第2款的假定部分,即产生“不受追诉期限限制”后果的两个独立法定条件。由此可见,该条司法解释要解决的是新法生效前实施的犯罪行为,在符合新法第88条“不受追诉期限限制”的条件下,适用新法还是旧法进行“不受追诉期限限制”的判断。〔12〕根据本条,适用旧法第77条有三个要件:其一,犯罪行为发生于新法生效前;其二,存在新法第88条两款情形之一;其三,已超过追诉期限。

从文义解释来看,《时间效力的解释》第1条实际上否认了新法第88条“不受追诉期限限制”规则的溯及力,再次肯定了“从旧兼从轻”原则。但是,该条仅针对新旧法“不受追诉期限限制”规则设立“从旧”原则,对于其他时效规则(例如新法第87条追诉期限、第89条追诉时效的起算与中断)则仍根据新法第12条适用“从新原则”。对前述两项规定可以从体系解释的角度予以理解,在

〔8〕 参见周维明:《追诉时效变更与罪刑法定原则——比较法视野下的分析和思考》,载《法律适用》2020年第9期,第106—117页。

〔9〕 参见袁国何:《论追诉时效的溯及力及其限制》,载《清华法学》2020年第2期,第50—70页。

〔10〕 参见魏炜:《论“不受追诉期限的限制”的溯及力原则》,载北京市第三中级人民法院网2019年10月28日, <http://bj3zy.chinacourt.gov.cn/article/detail/2019/10/id/4591889.shtml>。

〔11〕 根据旧法第77条,在人民法院、人民检察院、公安机关采取强制措施以后,逃避侦查或者审判的,不受追诉期限的限制。如果案件存在《时间效力的解释》第1条的要件,则应当判断行为人是否存在“采取强制措施后逃避侦查或审判”的行为来判断案件是否“不受追诉期限的限制”。

〔12〕 参见吴宏耀:《刑事追诉时效条款的理论解读与适用》,载《中国检察官》2020年第3期,第3—13页。

形式层面,该司法解释乃是在新法生效前夕颁布,实际与新法从同一天开始生效,且实施至今也未被废止,可视为立法者有意为之。因此,1997年《时间效力的解释》第1条不当被视为与新法第12条之间的立法冲突,而是立法者在新法第12条基础上对“不受追诉期限限制”规则设置了一项特殊的例外情形。在实质层面,由于新法明显扩张了“不受追诉期限限制”规则的适用范围,针对新法实施前“行为人在立案侦查期间逃避侦查”或“被害人提出控告而不予立案”情形适用新法第88条,显然违背“禁止事后法”的基本原则,因此,此处明确规定适用旧法第77条也合乎法理。^[13]因此,应当将1997年《时间效力的解释》第1条与新法第12条做体系化的理解,即在新法第12条规定追诉时效制度“从新”的基础上,1997年《时间效力的解释》特别规定,针对新法生效前实施的犯罪行为是否不受追诉期限限制,仍然采用“从旧兼从轻”的法则。

(二)《答复意见》《复函》与《时间效力的解释》的体系性解释

除1997年《时间效力的解释》外,后续仍有规范性文件对刑事追诉时效问题进行了补充规范。其一是《全国人大常委会法制工作委员会对刑法追诉期限制度有关规定如何理解适用的答复意见》(法工办发[2014]277号)(以下简称《答复意见》)。依据《答复意见》,“对1997年前发生的行为,被害人及其家属在1997年后刑法规定的时效内提出控告的,应当适用刑法第八十八条第二款的规定,不受追诉期限的限制”。^[14]其二是2019年最高人民法院研究室《关于如何理解和适用1997年刑法第十二条第一款规定有关时效问题征求意见的复函》(法研[2019]52号)(以下简称《复函》)。该复函认为,“1997年刑法施行以前实施的犯罪行为,1997年刑法施行以后仍在追诉时效期限内,具有‘在人民检察院、公安机关、国家安全机关立案侦查或者在人民法院受理案件以后,逃避侦查或者审判’或者‘被害人在追诉期限内提出控告,人民法院、人民检察院、公安机关应当立案而不予立案’情形的,适用1997年刑法第八十八条的规定,不受追诉期限的限制。1997年刑法施行以前实施的犯罪行为,1997年刑法施行时已超过追诉期限的,是否追究行为人的刑事责任,应当适用1979年刑法第七十七条的规定”。^[15]

通读前述规范性文件可以发现,《答复意见》和《复函》似乎又推翻了1997年《时间效力的解释》第1条对“不受追诉期限限制”规则的溯及力主张,再次产生了“从旧兼从轻”与“从新”的冲突。^[16]此时,如何理解《复函》中所述的“1997年刑法施行以后仍在追诉时效期限内”至关重要。如果将其理解为一个独立的要件,即新法实施的时间点仍在追诉期限内,且存在新法第88条两款情形之一(无论情形发生于何时),就适用新法第88条,这意味着大部分发生于20世纪90年代初期的案件,无论何时“立案侦查并逃避侦查”,都能够适用新法第88条,不受追诉期限限制,^[17]这实际上是对《时间效力的解释》第1条中“已超过追诉期限”判断时点^[18]的误读。笔者更倾向于将着重号部分理解为对新法第88条两款情形设置时间状语。^[19]

[13] 参见许佳:《论我国追诉时效终止制度的溯及力》,载《法律适用》2016年第11期,第111—115页。

[14] 张志杰主编:《刑事检察工作指导》总第2辑,中国检察出版社2019年版,第70页。

[15] 同上注。

[16] 参见王志祥:《“南医大女生被害案”的追诉时效问题研究》,载《法商研究》2020年第4期,第173—184页。

[17] 无论是新法还是旧法,对于可能判处有期徒刑的行为人,最短的法定追诉期限都是5年,也就是说,1992年9月30日以后实施的犯罪行为,只要可能判处有期徒刑,1997年新法生效时就仍在追诉期限内。

[18] 对于《时间效力的解释》第1条中“超过追诉期限”的判断时点,根据一般理解,应当是具体案件追诉时,而不是新法生效前。

[19] 参见前注[12],吴宏耀文,第3—13页。

具体而言,第一,《答复意见》《复函》针对新法第88条假定的事实状态设定了时间节点,即“1997年刑法生效后”,这一点正是1997年《时间效力的解释》所未明示的。由于新法第88条两款情形下的“不受追诉期限限制”规定是1997年10月1日才生效的,若上述两款情形根据当时根本不存在的法律而产生新法第88条规定的“不受追诉期限的限制”的法律效果,这显然违背了现代刑法禁止事后法的根本精神。因此,《答复意见》和《复函》认为,只有新法第88条两款情形发生于新法生效后,才应当适用新法第88条,换言之,当新法第88条法定情形发生于新法生效前,仍然依照旧法第77条进行处理(即《时间效力的解释》第1条)。值得注意的是,若“新法第88条法定情形发生于新法生效后(仍在追诉期限内)即适用新法第88条”并不违背从旧兼从轻的原则,这是由于“不受追诉期限限制”规则本身是追诉时效制度的例外,其考量的并不是行为人的主观恶性及行为客观危害,而是犯罪已被侦查机关察觉后是否逃避侦查、对抗司法的事实状态,或者被害人控告后司法机关怠于立案侦查的事实状态,若上述两种行为发生于1997年新法生效后,则适用新法第88条已于法有据,自然应当适用新法。

第二,《答复意见》和《复函》还在表述中强调了新法第88条两款情形出现的另一个时间点,即“法定追诉期限内”。对于新法施行以后才具有第88条两种法定情形的案件,如果法定情形出现在追诉时效期限内,应当适用新法第88条规定;如果法定情形出现时已超过追诉期限的,则应当(根据《时间效力的解释》第1条规定)适用旧法第77条。这实际回应了先前司法审判中对于新法第12条和《时间效力的解释》的疑问:根据“从新”原则,新法第88条第1款情形发生于新法生效后,但发生时已过法定追诉期限,还能否产生“不受追诉期限限制”的效果?审判实务认为此时适用新法显然不合理。^[20]无论是侦查机关立案侦查后行为人逃避侦查还是被害人及家属控告,都必须发生在法定追诉期限内(不考虑是否适用“不受追诉期限限制”规则)。如果司法机关首次立案侦查之时就已经超过追诉期限,在之前的追诉时效期内都没有立案等追诉行为,那么即便此时嫌疑人有逃避侦查的行为,也不能认为可以适用无限追诉条款,否则,无论是否超过追诉时效,只要侦查机关立案侦查,该案件就可以不受追诉期限限制,那么追诉时效制度将形同虚设。新法第88条第2款亦说明,被害人或其家属只有在法定追诉期限内控告,应当立案而未立案的,才不受追诉期限限制。换言之,新法第88条虽然扩大了“不受追诉期限限制”规则的适用范围,但并非只要有“立案后逃避侦查”或“对被害人控告未立案”的情形出现就可以永久享有追诉权,法定情形仍然必须发生于法定追诉期限内,才可能适用“不受追诉期限限制”规则。

通过分析可知,《答复意见》和《复函》并非要推翻司法解释的基本立场,而是针对司法解释存在的不足进行了细化与补充,并且在犯罪嫌疑人利益与被害人权益之间进行了充分权衡。在对上述规范性文件进行体系性解释的基础上,可以对上述条款进行如下总结:其一,新法第88条两款法定情节只有发生于新法生效后且仍在追诉期限内,才能适用新法第88条;其二,两款法定情节若发生于新法生效前,考虑到“禁止事后法”原则,无论法定情节是否发生于法定追诉期限内,都只能适用旧法第77条。^[21]上述适用规则可归纳如表1。

^[20] 针对新法第12条的适用,裁判者认为,“以本案为例,假如朱晓志的行为发生在1992年5月,公安机关于1997年9月立案并对其采取了强制措施,根据1979年刑法显然超过追诉时效,不应追究其刑事责任。这一点应该没有什么异议。但是同样的行为,假如公安机关于1997年10月以后才对其立案(即新法第88条第1款情形发生时已过追诉期限),却又要追究刑事责任,这无论如何也是无法自圆其说的”。参见《刑事审判参考》第175号朱晓志交通肇事案。

^[21] 类似的观点,参见前注[12],吴宏耀文,第3—13页。

表 1 新法第 88 条溯及力问题适用规则

情 形		适用 规则	
犯罪行为发生于新法生效前（1997 年 9 月 30 日，含本日）	法定情形发生在新法生效前	适用旧法第 77 条的规定	规则一
	法定情形发生在新法生效后	法定情形发生在追诉期限内	适用新法第 88 条的规定
		法定情形发生时已过追诉期限	适用旧法第 77 条的规定

三、《刑法》第 88 条“立案侦查”要件的学理解读

《时间效力的解释》第 1 条旨在解决的是，新法实施前的犯罪行为，具有新法第 88 条两款之一的法定情形，追诉已超过追诉时效该如何适用法律。如前述整理的规则，要判断追诉时效规则适用从旧还是从新，首先需要判断是否存在新法第 88 条的法定情形之一。根据新法第 88 条第 1 款规定，“立案侦查”是“不受追诉期限限制”规则的重要前提，然而，“立案侦查”的界定标准，理论上存在较大争议。

（一）形式标准：“对人立案”抑或“对事立案”

对于新法第 88 条第 1 款情形，理论界与实务界有颇多针对“立案侦查”要件的理解，目前主要有三种观点：第一，认为立案侦查既可以是“对人立案”，也可以是“对事立案”。持该观点者认为，根据我国《刑事诉讼法》第 83 条，“发现犯罪事实”或“发现犯罪嫌疑人”，均符合立案的条件，新法第 88 条规定的“立案侦查”也应按此解释，且将旧法第 77 条与新法第 88 条第 1 款进行比较时，可以发现，“采取强制措施”条件要比“立案侦查”更为严格，因为采取强制措施必然是针对明确的犯罪嫌疑人，从新法的修订目的可看出，立法者为充分保障司法正义，打击犯罪行为，有意扩大“不受追诉期限限制”的适用范围，因此不应将此处的立案侦查限缩解释为“对人立案”。^{〔22〕} 第二，认为立案侦查只能是“对人立案”。持这一观点者认为，尽管“对事立案”符合《刑事诉讼法》规定的立案条件，但新法第 88 条关乎对行为人的追诉期限是否无限延长，若仅对事立案就可产生对行为人无限期追诉的效果，那么追诉时效制度将被完全架空。^{〔23〕} 第三，认为立案侦查“既要对人也要对事”。持该观点者认为，根据新法第 88 条的表述，“立案侦查或法院受理”和“行为人逃避侦查或审判”在认定上存在关联关系，“立案”应当与“受理”的概念相协调，法院受理时必定是已有明确的被告人和犯罪事实，且只有当侦查机关已存在对明确犯罪嫌疑人的侦查行为，嫌疑人的行为才算作“逃避侦查”。^{〔24〕}

（二）实质判断：是否明确了嫌疑人并对其展开侦查

在新法第 88 条的语境下，需要结合立法目的与实践可操作性，针对“立案侦查”要件所蕴含的实质标准进行重新构建。从立法目的来看，追诉时效制度是在国家追诉力有限、无法发现嫌疑人

〔22〕 参见郝艳兵、柏屹颖：《论我国追诉时效制度的规范目的》，载《中国检察官》2020 年第 3 期，第 14—17 页。

〔23〕 参见王志坤：《论“不受追诉期限的限制”》，载《国家检察官学院学报》2014 年第 6 期，第 81—91 页。

〔24〕 参见曲新久：《追诉时效制度若干问题研究》，载《人民检察》2014 年第 17 期，第 5—11 页。

情形下的无奈选择。参考时效制度的正当性依据,并充分衡量国家追诉权力和行为人需罚性之间的关系后可发现,无限期追诉规则之所以能够突破追诉期限的限制,主要是在这一情形下,侦查机关已发现行为人及其犯罪事实,因其逃避侦查的行为,使得追诉无法进行。换言之,追诉期限内未完成对行为人的追诉行为,并非国家追诉权力所不能及,而是由于行为人逃避侦查、对抗司法阻碍了诉讼程序进行,故此类情形不应当受追诉期限的保护。一般认为,立案侦查即是侦查机关发现犯罪行为或嫌疑人的标志,但其并非一个充分条件,必须在案件同时出现“行为人逃避侦查”的条件下才能产生“不受追诉期限限制”的法律后果。^[25]然而,“行为人逃避侦查”的内在前提,就是侦查机关已发现嫌疑人,并存在明确针对嫌疑人的侦查行为。刑事侦查的重要工作之一就是锁定、抓捕嫌疑人,根据前述立法目的的分析,如果侦查过程中由于侦查人员能力不足或怠于侦查而始终没有锁定嫌疑人,也不存在针对嫌疑人的侦查行为,那么不能将诉讼程序的无法继续归因于行为人的行为,只有侦查机关已明确嫌疑人并展开侦查后,行为人的逃避行为才具有延长需罚性的作用。

在明确立法目的并打通“立案侦查”与“逃避侦查”之间关联的基础上,新法对“立案侦查”的要求基本可以明确,即“侦查机关在侦查阶段明确了犯罪嫌疑人并对其存在侦查行为”。反观理论界对“立案侦查”认定的不同主张可以发现,在“对人立案”和“对事立案”两种观点的表述中,似乎过度关注“立案”的形式标准,而对“侦查”过程及结果有所忽略,或者干脆对“立案”和“侦查”不加区分,这一形式标准存在混淆“立案”与“侦查”概念之嫌,且与实践层面的关注点并不一致。根据诉讼理论和一般实践情境,立案程序发生于某一个确定的时间点,其应当是侦查活动的起点而非终点。即便在新法第88条的语境下,如果过度抬高“立案”标准,认为立案时必须有明确的犯罪嫌疑人,也会将一些暂未查明犯罪嫌疑人的案件拒于刑事诉讼大门之外,致使以往案件“不破不立”^[26]的积弊更难革除,且在“对事立案”的一般情况下,若在立案后侦查中发现了犯罪嫌疑人,侦查机关并不会对人再次立案,^[27]若以形式标准认定该案件没有“对人立案”而否定新法第88条第1款的适用,显然过分限缩了其适用范围,也有违立法本意。相比之下,侦查是发生在一个阶段内多个行为的总和,侦查终结前是否查明案情、锁定并抓捕犯罪嫌疑人到案才是决定诉讼程序走向的关键。值得注意的是,实务中对“立案侦查”要件的判断也更侧重于“侦查”活动的实质结果,换言之,无论是在对事立案后的侦查中确定犯罪嫌疑人,还是立案时即确定犯罪嫌疑人,在司法实践中并不影响“立案侦查”的判断。例如,在“蔡金星、陈国辉等(抢劫)不核准追诉案”中,检察机关在判断是否符合新法第88条第1款情节时,认为其为“司法机关在追诉期限内未发现或者未采取强制措施犯罪嫌疑人”,因此,“应当受追诉期限限制”。^[28]由此可见,司法实践没有采取理论上“对人立案”

^[25] 全国人大法工委曾指出,“不能简单地理解为只要人民检察院、公安机关、国家安全机关对案件进行立案,或者人民法院对案件予以受理后,就可不受追诉时效的限制。上述机关对案件进行立案或受理后,犯罪嫌疑人或被告人必须具有‘逃避侦查或者审判’的情况。如果没有逃避侦查和审判的行为,而是有的司法机关立案或受理后,因某些原因未继续采取侦查或追究措施,以致超过追诉期限的,不应适用本条规定”。参见全国人大常委会法制工作委员会刑法室:《中华人民共和国刑法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2009年版,第112页。

^[26] “不破不立”指的是“案件符合立案标准,但侦查机关在没有把握破案的情形下不予立案”的做法。参见吕萍:《刑事立案程序的独立性质疑》,载《法学研究》2002年第3期,第142—150页。

^[27] 参见高翼飞:《追诉时效争议问题研究——以刑法和刑事诉讼法的协调为视角》,载《中国刑事法杂志》2020年第4期,第155—176页。

^[28] 参见《第六批指导性案例 蔡金星、陈国辉等(抢劫)不核准追诉案(检例第23号)》,载中华人民共和国最高人民检察院网2016年8月11日, https://www.spp.gov.cn/spp/jczdal/201608/t20160811_163238.shtml。

或“对事立案”的形式标准,而是以追诉期限内的侦查阶段是否发现犯罪嫌疑人为“立案侦查”的实际标准。综上所述,应当认为,在新法第 88 条的语境下,“立案侦查”要件界定不应局限于“对人”或“对事”的立案形式要求,而应当判断侦查活动的实质结果是否“确立明确的犯罪嫌疑人并对其展开侦查”。

四、《刑法》第 88 条“逃避侦查”要件的学理解读

在新旧刑法更替中,“逃避侦查”的前置条件已从“采取强制措施后”变更为“立案侦查后”,因此,该要件所涵摄的行为范畴也会相应调整。根据刑事诉讼理论,采取强制措施后的“逃避侦查”一般是挣脱强制措施带来的人身限制,^[29]而“立案侦查”时可能尚未限制嫌疑人人身自由,这样一来,“逃避侦查”行为的判断也变得更加复杂。大部分学者对“逃避侦查”行为的认定采取了主客观相一致原则,^[30]鉴于“逃避侦查”是行为人犯罪后的事后行为,也是决定案件追诉期限是否延长的关键因素,本文亦认同这一原则的适用,并分别探讨“逃避侦查”的主观与客观要件。

(一) 主观要件：明知犯罪且有逃避意图

基于“立案侦查”与“逃避侦查”的内在关联,学理上在判断“逃避侦查”要件时,是否要求行为人主观“明知自己已被立案侦查”存有争议。有学者认为,行为人必须明知自己被侦查机关立案,^[31]或明知自己被确立为犯罪嫌疑人,才构成逃避侦查的前提。^[32]反对观点则认为,逃避侦查不以行为人明知侦查机关立案侦查为必要,无论犯罪行为人是否认识到被立案侦查的事实,只要客观存在逃避侦查的行为,均属于逃避侦查。^[33]

笔者认为,行为人具有主观逃避意图是界定“逃避侦查”的关键,然而,要求“行为人明知自己被立案”或“明知自己被列为嫌疑人”仅具有形式化意义,不便于实务操作,且使得“逃避侦查”的界定过于严苛。具言之,立案侦查或确定嫌疑人都是侦查机关内部决定,无须公开,更无必要告知嫌疑人,甚至在部分案件中,一些侦查活动需要秘密进行,以防止尚未发现或未归案的嫌疑人产生警觉而逃匿。因此,对行为人而言,获知侦查进展的途径极为有限,即便侦查机关通过媒体报道、发布通缉令等方式对立案进行布告,也不能确保行为人知晓自己已被立案;另一方面,行为人对侦查机关内部进展是否知情并不影响其逃避侦查意图的成立,根据一般理性人的认知,只要有犯罪事实的产生,侦查机关或早或晚都会发现,基于自我保护的意图,无论是逃避现实的侦查还是逃避将来的侦查都可支持行为人实施逃避行为,因此,对“逃避侦查”行为设立“明知自己已被立案”或“明知自己被确立为嫌疑人”的主观条件并不合理。笔者认为,在主观层面,行为人只要认识到了自己已犯罪并有逃避侦查的意图即可,无须认识到自己已被立案侦查,也无须认识到自己已被确立为犯罪嫌疑人。值得注意的是,如果不认为自己的行为构成犯罪,显然不具有逃避的前提。例如,行为人认为自己的伤害行为是一种正当防卫,不会受到刑事追究,进而正常外出务工,由于行为人主观不具备逃避侦查的意识,这种行为不能认定为逃避。

[29] 参见侯国云、白岫云：《新刑法有关追诉时效的几个问题》，载《中央检察官管理学院学报》1998年第2期，第6—9页。

[30] 参见马克昌：《刑罚通论》，武汉大学出版社1999年版，第681页。

[31] 参见前注[24]，曲新久文，第5—11页。

[32] 参见张武举：《如何理解我国刑事追诉时效中的几个问题》，载《河北法学》2004年第4期，第73—75页。

[33] 参见王登辉：《追诉时效延长抑或终止——刑法第88条之教义学解释及其展开》，载《当代法学》2016年第2期，第150—160页。

(二) 客观要件：具体行为与无法抓捕存在因果关系

客观层面,理论上对“逃避侦查”行为存在扩张解释和限缩解释。扩张解释认为,对逃避侦查行为在客观上的具体表现不应作任何限制,只要司法机关已经立案侦查,在犯罪行为人归案之前均是逃避侦查,^[34]甚至有观点认为,行为人在立案后只要没有投案自首即可推定其主观上有“对抗司法”的意图,因此应当认定为逃避侦查或者审判。^[35]限缩解释则认为,不宜对逃避侦查或审判做宽泛的理解,逃避侦查应限于积极的、明显的、致使侦查、审判工作无法进行的逃跑、藏匿行为,并且不能把干扰侦查的行为都包含在逃避侦查的范围内。^[36]

在客观方面,扩张解释说和限缩解释说均存在一定的问题。就扩张解释说的观点,一方面,“立案时嫌疑人不在案”是大部分案件都存在的客观状态,如果因此而认定行为人构成逃避侦查,那么绝大部分案件都可“不受追诉期限限制”,这相当于否定了一般时效制度的立法基础;另一方面,行为人“不在案”的客观状态可能是由于其逃避行为,也可能是侦查机关并未采取有效侦查措施或怠于侦查所致,后两种情形导致的“无法继续追诉”风险理应由侦查机关自行承担,而不可转嫁于行为人,使其承受追诉期限无限延长的不利后果。同理,如果认为除自首以外任何情况都是逃避侦查,那么无异于对犯罪嫌疑人都设定了自首的义务,违背该项义务即承担“不受追诉期限限制”的法律后果,^[37]这显然违背立法原意,也不利于侦查水平的提升。

基于嫌疑人权利保护原则,限缩解释说缩小了“逃避侦查”的认定范围,在实践中对行为人更有利。笔者也更倾向于限缩解释观点,行为人事后隐姓埋名、逃往外地等积极、明显的行为属于典型的逃避侦查,此处不再赘述。但对实施“干扰侦查”行为的是否属于“逃避侦查”,笔者不赞成限缩解释说的观点,将其完全排除于“逃避侦查”的范畴之外,而认为应当分情况判断:若只是干扰一般的证据收集工作,则不属于逃避侦查,而若直接阻碍了侦查机关对嫌疑人的抓捕,则应当被视为与逃跑、藏匿一类的逃避侦查措施。具言之,行为人逃跑、藏匿,乃是典型的逃避侦查行为,这类行为对追诉程序最大的影响是无法将嫌疑人抓捕到案,完全无法进行后续诉讼程序。^[38]反观一般意义上的干扰侦查行为,例如毁灭证据、串供等,可以发现,一般的干扰侦查主要影响的是侦查取证工作,这一影响带来的后果可能是审查起诉时证据不充分,需要检察机关反复退回补充侦查,甚至做出不起诉决定,抑或是因部分犯罪情节缺乏证据,审判机关只能在较低档次进行量刑。由此可见,一般意义上的干扰侦查行为只是在一定程度上令侦查取证受挫,影响后续司法审查对犯罪事实的完整评价,但并不影响侦查机关将嫌疑人抓捕到案,也不足以使追诉完全陷于停滞,因此一般不认为其属于逃避侦查。然而,如果行为人实施的干扰行为足以阻碍侦查机关抓捕行动(在侦查机关已确定嫌疑人的情况下),例如,通过串供、强迫证人作伪证等行为误导侦查抓捕,或通过毁灭证据等方式完全切断侦查机关的抓捕线索,则完全可能令追诉活动无法进行,因此,应当属于“不受追诉期限限制”规则的适用范畴。综言之,判断行为人的事后行为是否构成“逃避侦查”,不能止步于对行为类型的形式判断,而将所有“干扰侦查”形式的行为排除在外,干扰侦查行

[34] 参见金林等:《如何理解“逃避侦查或者审判”》,载《检察日报》2006年7月18日,第3版。

[35] 参见前注[33],王登辉文,第150—160页。

[36] 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2016年第5版,第651页;高铭暄、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2000年版,第325页。

[37] 参见廖新兰、阮能文:《追诉时效语境下的逃避侦查审判问题辨析》,载《人民检察》2014年第13期,第64—67页。

[38] 参见董玉庭:《逃避侦查简论——对刑法第八十八条的类型学解释》,载《人民检察》2012年第19期,第11—15页。

为也可能直接阻碍侦查机关抓捕嫌疑人，因此，需要对干扰行为与侦查机关无法抓捕之间是否存在因果关系做实质判断。

五、案例应用与理论反思

根据上海市金山区人民法院的刑事裁定书，审判人员在判断马某、庄某抢劫案的定罪量刑问题时适用了旧法第 150 条第 1 款，而判断本案法定追诉期限时，则援引了新法第 87 条，这一做法实际认可了前述对新法第 12 条的理解，即“实体从旧兼从轻，时效从新”的溯及力原则。然而，裁判文书对该案是否适用新法第 88 条却未进行分析，似乎在论证逻辑上不甚周延，鉴于本案确实不符合新法第 88 条法定情形，因此，裁判文书中未论证该案不适用“不受追诉期限限制”规则，可以理解为一种合理的结论倒推，即不必论证“为什么不适用”，而直接认定该案适用哪些条款即可，这样既可避免过于冗长的条文解释，也符合裁判文书的简明性标准。出于逻辑完整性的考虑，也为回应该案在理论上引发的多重争议，本文将根据前文所述理论观点系统地分析本案的追诉时效问题。

庄某、马某抢劫案发生于 1992 年，即新法生效前，追诉时已过十五年追诉期限，根据前述第二部分整理的新旧法律适用规则，应当首先判断本案是否存在新法第 88 条第 1 款情形。在庄某、马某等人抢劫案中，侦查机关接到被害人报案后即对六名犯罪嫌疑人展开抓捕，在这一情形下，应当认为侦查机关已经发现了犯罪嫌疑人，尽管庄某、马某在作案时使用小名，侦查机关不知晓其真实姓名，致使在跨区域协查时无法查明嫌疑人下落，但这并不影响对嫌疑人进行同一性的判断。换言之，侦查机关通过被害人报案已确定犯罪事实和犯罪嫌疑人特征，且已对其实施拦截抓捕措施，不知晓嫌疑人真实姓名并不影响追诉的效果。因此，本案情节符合“立案侦查”的实质要件。

针对“逃避侦查”行为进行梳理判断，庄某、马某等人实施犯罪后存在三组行为：第一，犯罪后开车离开现场；第二，在乘坐的车辆被侦查机关拦截后，弃车逃窜；第三，逃脱后返回原户籍地生活。根据前述第四部分观点，如果本案中行为人只在犯罪后离开现场，则不能认定为逃避侦查。第二项“弃车逃窜”则是行为人直接对侦查机关抓捕行为的逃避，此时侦查机关已大致明确嫌疑人的人数、人员特征和具体行踪，并已实施拦截措施，因此，该行为显然属于“逃避侦查”。第三项行为中，“回到原户籍地正常生活”行为是否属于逃避侦查尚有争议。前述亦指出，逃避侦查包括逃至外地或域外、隐姓埋名、改换外形容貌等积极的逃跑、藏匿行为，而在原户籍地正常生活或正常外出务工则不算是积极的逃避行为。^{〔39〕}但在本案中，行为人在逃脱现场抓捕后回到原户籍地，逃避行为已经完成，后续行为使得原逃避状态得以延续，应当将其视作逃避行为的接续行为。因此，可以认定本案存在新法第 88 条第 1 款情形，该情形发生于 1992 年，即新法生效之前，根据前述规则一，无论该情形是否发生在法定追诉期限内，都不具有适用新法第 88 条的可能，故应依据旧法第 77 条判断是否适用“不受追诉期限限制”规则。显然，本案中不存在侦查机关“采取强制措施”后逃避侦查的情形，因此，不能适用“不受追诉期限限制”规则继续进行追诉。

随着侦查技术发展，越来越多新法生效前发生的刑事案件被侦破，然而，在判断是否继续进行追诉时却面临追诉时效制度适用的难题。首先，实务针对“不受追诉期限限制”规则的新旧法律适用问题多有分歧，这主要归因于法律与司法解释对该问题欠缺系统性规范与统一化解释。一方面，零星的补充解释条款分散于不同的规范文件，这导致实务判断容易以偏概全；另一方面，这类

〔39〕 参见曲新久：《刑法学》，中国政法大学出版社 2009 年版，第 252 页。

补充解释的法律位阶较低,当与先前颁布的上位规范产生语义冲突时,难以作为法律适用的依据。在这一现状下,如果从应然层面辨别追诉时效制度的法律属性,并根据“实体从旧,程序从新”的一般原则判断该制度的溯及力,其结论可能会与实定法律规范完全背离。因此,针对“不受追诉期限限制”规则的溯及力问题,当理论与实务都无法形成通说观点时,须借助司法解释等较高位阶的规范性文件对存在的争议进行补充规定。其次,针对新法第88条规定的“立案侦查”和“逃避侦查”的解读,理论观点均存在过度形式化的倾向。根据立法目的解释,立案在形式上是“对人”还是“对事”实际不影响判断,相反,侦查阶段出现“发现犯罪嫌疑人并对其展开侦查”这一实质性的结果,才符合“立案侦查”实质含义。同理,“逃避侦查”行为也并不完全排除“干扰侦查”行为,主要标准仍然是判断行为人的干扰行为是否直接阻碍了抓捕活动。由此可见,在法律解释缺位的条件下,理论对于法律要件的理解不能局限于概念本身,而应在准确理解语词概念的基础上回溯立法目的,根据实践语境对立法文本进行合理解释,并对行为性质进行有效划分。

Abstract For the criminal acts committed before the entry into force of the Criminal Law in 1997, there has been no consensus on the retroactive principle of the “Indefinite Prosecution” rule and the judgment of the statutory requirements. In order to better understand the retroactivity of Article 88 of the Criminal Law, it is necessary to make a systemic interpretation of Article 12 of the Criminal Law, Article 1 of the Interpretation of Time Effectiveness in 1997 and relevant regulations, and determine the retroactive rules of specific situations by comparing “time of two statutory situations occur” with “time of the new law comes into force” as well as “time of the prosecution period exceeds”. When judging the first statutory situation of “case-filing for investigation”, it is essential to focus on whether “the suspect has been identified and investigated” in the investigative process, instead of such formal standard as “case filing for suspects” and “case filing for crime”. Meanwhile, the judgment of “behavior of evading investigation” must follow the principle of subjective and objective consistency. Suspects are not required to know that they have been placed on file, as long as they realize that they have committed crimes and have the intention to escape. Moreover, there is no need to define some specific types of evasive behavior, on the contrary, the substantive standard is whether there is a causality between suspects’ behavior and failure of arrest. In the robbery case of Ma and Zhuang, suspects escaped after they had been identified and decided to be arrested, which in line with substantive requirements of Article 88. However, the situation occurred before the new law comes into force, which means Article 88 of the Criminal Law is not retrospective and this case should not continue to be pursued.

Keywords Limitation of Prosecution, Retroactivity, Case-Filing for Investigation, Evasion from Investigation, Indefinite Prosecution

(责任编辑:陈可倩)