

刑事诉讼法时间效力规则研究

聂友伦*

内容提要：我国刑事诉讼立法及相关规范未对刑事诉讼法的时间效力问题予以明确，使得法秩序变迁下刑事程序的新旧流转出现了规范适用疑难。对此，学界通常认为应当适用程序从新原则，但相关理解与界说存在问题。在规范论上，基于法律即行适用与法不溯及既往，可以推导出刑事诉讼法的时间效力适用行为时法原则。对于尚未终结的诉讼，因新程序与旧事实可能无法相容，适用行为时法难免对旧事实造成影响，但这只是不真正溯及，不违反法不溯及既往原则。在立法论上，除应明确行为时法原则外，由于法律的不真正溯及仍可能实质损害法不溯及既往背后的法安定性及信赖保护原则，立法者宜通过信赖利益保护理论，预先识别需要保护的信赖利益，继而选择适当的立法方案将此类例外纳入刑事诉讼法体系。

关键词：程序从新 法律即行适用 法不溯及既往 信赖保护

引言

刑事诉讼法的效力范围就是刑事审判权的作用范围，包括“事、地、人、时”四个维度。作为刑法的适用法，刑事诉讼法在“事、地、人”上的效力范围基本与刑法一致，〔1〕至于时间效力范围，则似乎与刑法殊为不同。刑法以罪刑法定为根基，通常采行为时法作为定罪处罚的依据，不得以事后法溯及既往。同时，为体现刑法的谦抑性与经济性、权利保障与法律权威，若犯罪后法律修正，则须对行为人适用对其有利之轻法。〔2〕我国刑法第12条就规定了时间效力上的从旧兼从轻原则。但与之相对，我国刑事诉讼法却未就时间效力规则作专门规定。如此，若案件发生后刑事诉讼法修正，则应适用新法还是旧法？

法谚有云：“实体从旧，程序从新。”对于包括刑事诉讼法在内的程序规范的时间效力问题，学界通常认为应适用从新原则。一种典型的理论阐释如下：第一，程序从新是处理程序法时间效力问题的基本原则；第二，与实体从旧相反，程序从新是指对已发生的案件适用新程序法的规则；第三，程序从新表明程序法是溯及既往的。司法实践中亦有采类似

* 中国人民大学刑事法律科学研究中心博士研究生。

本文系中国人民大学2018年度拔尖创新人才培养计划之成果。

〔1〕 参见林钰雄：《刑事诉讼法》上，元照出版有限公司2015年版，第29页。

〔2〕 参见蔡墩铭：《刑法总论》，三民书局2011年版，第60页。

认识与主张的案例，并将从新原则与“具有溯及既往的法律效力”作同义理解。^{〔3〕}然而，从域外立法实践与我国法律规定可知，程序从新并不具备基本原则的性质，而且，即便适用程序从新也不能说明程序法具有溯及力。刑事诉讼法的时间效力规则，需要诉诸规范层面，通过宪法、立法法确立的法治原则推导得来，但这目前仍是一处理论空白。在此前一些冤假错案的平反中，刑事诉讼新旧规范的适用问题曾浮出水面，如聂树斌案再审对1979年、2012年刑事诉讼法的选择适用，念斌案重审是否适用新的证据认证规范等，但未引起学界足够重视。事实上，当刑事诉讼法秩序发生变动时，所有在旧法时代已经启动且尚未办结的案件，皆会涉及与上述类似的问题。例如，2012年刑事诉讼法规定，简易程序的适用必须以“被告人承认自己所犯罪行，对指控的犯罪事实没有异议”为前提，而1996年刑事诉讼法并无此要求。在旧法时代对不认罪案件适用简易程序，当诉讼延续至新法时代时，应如何适用法律？再如，2018年刑事诉讼法新增“被开除公职的人，不得担任辩护人”的规定，若新法生效时正在办理案件的辩护人曾被开除公职，应否允许其继续担任辩护人？此外，改革试点对法律的部分停用、司法解释的施行与废止、再审程序启动与运转的法律适用、犯罪追诉时效的计算等问题，或直接造成了法秩序的变动，或面临新旧程序规范的选择适用，由此产生的问题亦亟待解决。

当下，我国刑事诉讼法已进入局部性、常态化修正阶段，未来有关时间效力的问题必将更为复杂。在规范缺位的情况下，囿于学界对刑事诉讼法时间效力问题的研究较少，既未明确时间效力适用的一般规则，更缺乏对特殊情形的理论探讨，实践问题的处理更显困难。本文旨在规范层面推导出适用于刑事诉讼法时间效力问题的基本规则，为司法实践提供指引。同时，在此基础上，检讨时间效力规则立法完善的内容及方向，以期进一步推进我国刑事诉讼法治的现代化。

一、时间效力适用的一般规则

由于我国刑事诉讼法未就时间效力作出规定，探寻时间效力适用的一般规则，只能在规范层面以上位法确立的原则切入。然而，现有研究的论证似乎皆从程序从新出发，直接将其视为一项既定的程序法原则，并基于对程序从新的错误理解，推论出程序从新与溯及既往同义的错误论断。实际上，程序从新不具有程序法原则的性质，也无区别于实体从旧的特殊性，两者皆由法律即行适用与禁止溯及既往两项原则形塑而来。

（一）程序从新不具有程序法原则的性质

刑事诉讼法的时间效力问题，通常被认为应按程序从新原则处理。胡云腾认为，对程序法适用从新原则，就像对实体法适用从旧兼从轻原则一样，都是刑事法治的基本原则。^{〔4〕}汪海燕提出，我国刑事诉讼法虽未纳入从新原则，但从诸多国家或地区法律的规定看，程序从新实际上已是处理刑事诉讼法效力问题的一项基本原则。^{〔5〕}郭晓明认为，新修改的程

〔3〕 参见湖南省岳阳市中级人民法院（2017）湘06刑终120号刑事裁定书。

〔4〕 参见胡云腾：《聂树斌案再审：由来、问题与意义》，《中国法学》2017年第4期，第252页。

〔5〕 参见汪海燕：《刑事冤错案件的制度防范与纠正——基于聂树斌案的思考》，《比较法研究》2017年第3期，第16页。

程序法往往能够为程序主体和程序参与者提供更为明确的行为指引和更具效率的运行规则,适用新法将对私权主体更为有利。〔6〕上述观点及其论证似乎皆在阐明,“从新”乃程序法应贯彻的一项既定的、特殊的原则。

既然被称为原则,程序从新理应具有某种普适性,事实却非如此。程序法的时间效力规则其实取决于立法者订立法律时对各项价值的判断取舍,这在立法中体现为三种不同的立法例:其一,从旧主义,旧法仍继续适用于尚未进行的诉讼活动,全部程序依旧法办理;其二,从新主义,只对未进行的程序适用新法,已完成的程序不必依新法重新进行;其三,溯及主义,全案改用新法,新法不但适用于未进行的诉讼活动,已完成的程序亦须依新法更新。〔7〕

从比较法的角度看,成文法国家和地区刑事诉讼立法所订立的时间效力规则各有不同。日本和韩国曾采从旧主义。1948年日本刑事诉讼法施行法规定,在新法施行之前提起公诉的案件,不管新法规定如何,仍按旧法处理。1954年韩国刑事诉讼法附则第1条规定,“对于本法施行前提提起公诉的案件适用旧法”。印度、芬兰、新加坡亦采从旧主义,如印度刑事诉讼法第484条规定,虽然旧法废除,但在新法生效前出现的任何上诉、申请、审判、讯问或侦查程序,该程序应按照旧法进行,视作新法尚未生效。采从新主义的则有法国、俄罗斯、瑞士、葡萄牙、墨西哥、巴西以及我国台湾等。法国刑法典第112-2条、第112-4条规定,有关管辖权、司法组织、追诉方式及程序形式的法律,对其生效前犯罪之惩治即行适用,但新法的即行适用不影响依据旧法完成之法律行为的有效性。俄罗斯刑事诉讼法第4条规定,在进行刑事案件的诉讼时,适用有关程序行为进行时或有关诉讼决定作出时有效的刑事诉讼法律,但本法有不同规定的除外。此外,日本亦曾采溯及主义,1953年日本刑事诉讼法附则第3条、第4条规定,除有特别规定外,新法亦适用于新法施行前的事项,对于已经依照旧法进行的诉讼程序,新法有相应规定的,应依照新法。

以我国刑事诉讼规范的沿革论之,上述三类时间效力规则都曾适用。其一,1980年《全国人民代表大会常务委员会关于刑事诉讼法实施问题的决定》规定,“1979年12月31日以前立案尚未判决的刑事案件,仍然依照刑事诉讼法实施以前有关刑事诉讼的政策、法规和办案程序办理”。此为从旧主义的立场。其二,1982年《最高人民法院研究室关于刑事诉讼法实施前遗留案件的审理程序问题的电话答复》指出,对刑事诉讼法实施前已经立案尚未判决的案件,“按照刑事诉讼法的规定,由人民检察院起诉并出庭支持公诉”;并建议,按旧规定进行的侦查活动与刑事诉讼法不符的,退回公安机关依新法补充侦查。这实质上是溯及主义的体现。〔8〕其三,1996年《最高人民法院关于执行修正后〈中华人民共和国刑事诉讼法〉有关问题的通知》兼采从旧主义与从新主义,将案件是否系属一审作为界分点,规定在新法施行前未提起公诉的案件,按照新法侦查、审查起诉、提起公诉和出庭支持公诉;对已经提起公诉、一审尚未审结的案件,则可以继续适用旧法。

〔6〕 参见郭晓明:《关于程序法从新原则的几个问题》,《重庆大学学报(社会科学版)》2015年第3期,第145页。

〔7〕 参见吕潮泽:《刑事程序从新原则与信赖保护立法之调和》,《法令月刊》2004年第6期,第4页。该文提出的立法例概念为“旧法主义”“混合主义”“新法主义”,但其实质表意即为“从旧”“从新”“新法溯及既往”。为避免歧义,笔者改换其表述。

〔8〕 1996年《最高人民法院、最高人民检察院关于开展实施修改后刑事诉讼法试点工作的通知》要求各地选取部分法院、检察院试点适用尚未生效实施的1996年刑事诉讼法,此亦属溯及主义的范畴。

不难看出，刑事诉讼法时间效力规则的设定，不但各国和地区之间存在显著差别，一国在不同时期亦有所不同，甚至还存在对同一法律兼采从新、从旧的情况。质言之，“上述三种立法方法，究应采何种方式，端赖立法者之价值选择”。〔9〕所谓“程序从新”并无普适性，根本不是一项程序法原则。

（二）一般规则的规范推导与内涵纠偏

由于程序从新的普适性无法证立，在刑事诉讼立法未纳入时间效力规则，亦未制定其他适用规范的情况下，新旧法之选择适用便产生疑难。尤其就我国而言，决策者对刑事诉讼法的时间效力规则并无一贯立场，从新主义、从旧主义、溯及主义皆有适用，面对规则的空缺，难免更添困惑，通过规范论确定相应规则乃当务之急。其实，在现有法律的规范框架下，从法律即行适用与法不溯及既往两项原则出发，不难推导出刑事诉讼法时间效力适用的一般规则。

法律即行适用，系指法律生效后立即适用，调整此后产生或变动的法律关系。我国宪法第5条第4款规定，“一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律”；第53条规定，“中华人民共和国公民必须遵守宪法和法律”。这里的“法律”，在规范意义上，仅指现行有效的法律，既不涵盖尚未制定或生效的未来法律，也不包括已经废止或失效的历史法律。换言之，只要法律存在效力，行为主体就应当遵守。从行为者的角度看，其仅需在行为时遵守当时有效的法律，过去的法律不对其行为产生效果。以法律规范为视角，其作用于生效后的时间，所有在此期间产生或变动的法律关系，都应受其规制。法律即行适用所面向的是现在与未来，着眼之处乃正在进行与将要进行的行为，至于是否影响已经产生效果的法律事实，则在所不问。

法不溯及既往，是一项限制法律时间效力范围的原则。其经典表述为，法律不得“把过去的法律事实的后果纳入它的管辖范围并因此影响这些后果”。〔10〕溯及既往的效果无外乎让行为主体遵守尚不存在的、未来的法律，这既不现实也不利于法律权威的构建，因此，不论在大陆法国家还是普通法国家，法不溯及既往都被认为是一项基石性的法治原则。是故，虽然存在部分例外（如刑法的从轻原则），绝大多数法律皆无溯及力。我国的宪法性法律同样明确了该原则。立法法第93条规定：“法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章不溯及既往，但为了更好地保护公民、法人和其他组织的权利和利益而作的特别规定除外。”该规定表达了两层意思：其一，法律以不溯及既往为原则；其二，只有在法律为保护特定权利且作出特别规定的情况下，才可例外地溯及适用。〔11〕

综合以上两项原则，可以推导出的时间效力规则是适用行为时法。一方面，在法律施行日，旧法失效、新法生效，此时将产生法律即行适用的效果。新的刑事诉讼法生效后，所有正在进行的以及未来将进行的诉讼活动，皆应受新法调整，旧法当然丧失继续规制程序行为的效力。另一方面，若刑事诉讼法未规定溯及条款，则新法施行不对过去法律事实

〔9〕 何赖杰：《续论刑事程序之程序从新原则——评刑事诉讼法施行法第七条之三之实务见解》，《律师杂志》2004年第6期，第77页。

〔10〕 [德] 弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼：《法律冲突与法律规则的地域和时间范围》，李二元等译，法律出版社1999年版，第206页。

〔11〕 参见乔晓阳主编：《〈中华人民共和国立法法〉导读与释义》，中国民主法制出版社2015年版，第292页。

的后果造成影响。在新法生效日以前已经进行的程序，因新法效力不及，且存在法律依据（旧法），从而并不当然失效。可见，我国刑事诉讼法时间效力适用的一般规则，其实是行为时法原则，体现为从新主义——新法生效后即行适用，且不影响已完成诉讼活动的法律效力。这便是程序从新的规范内涵。

然而，我国学者在论及程序从新时，其解读大多与上述内涵存在偏差。一种代表性观点认为，“在新程序法生效时尚未处理的案件，均应采取程序从新原则，依照新程序法处理”。^[12]与此类似的想法不胜枚举，比如有学者提出，因为新的程序法被适用于旧法时代已经发生的刑事案件，故刑事诉讼法有溯及力；^[13]林钰雄认为，刑法以行为时法为原则，不得溯及既往，但这并不适用于刑事诉讼法；^[14]宋志军提出，“刑事诉讼法是有溯及力的，只是其与刑法溯及力的理论基础与表现形式不同”；^[15]胡建森等人从实体法与程序法规范内容之差异出发，认为“实体法遵循的是不溯及既往原则，而程序法遵循的是溯及既往原则”。^[16]这些认识可能缘自“实体从旧，程序从新”这一易引起误会的表述，将程序法的适用对象误认为为了犯罪行为——若认为程序法应与实体法一体适用犯罪事实发生时的法律，则难免得出刑事诉讼法溯及既往的结论。

“实体从旧，程序从新”，其字面意思似乎表示程序法与实体法适用不同的时间效力规则，但实际上，两者的指向并无不同，皆为行为时法原则。刑法适用于犯罪行为，而刑事诉讼法调整的是贯穿于诉讼中的程序行为。根据法律即行适用与法不溯及既往，针对行为的法律评价自应以行为时法为依据，故实体法之所以从旧，是因为从评价实体行为的时点看，行为发生于旧法时代，按行为时的旧法处理，看上去“从旧”；程序法之所以从新，乃因案件发生于旧法时代，新法施行后，后续诉讼活动须依程序行为时的新法展开，相较已经失效之旧法显得“从新”而已。换言之，所谓“实体从旧，程序从新”，仅是法律适用者的观察方向与法秩序变迁相叠加而产生的固有样态——此时对实体予以评价，适用实体行为时的有效法律，而其已成旧法；适用程序法，同样应遵循程序行为作出时的法律，而此时法律已变更为新法。

（三）一般规则的实践展开与问题分析

以行为时法原则为基准，刑事诉讼法时间效力适用的一般规则可作如下表述：第一，刑事诉讼法修正生效时，犯罪行为尚未立案或案件处于立案侦查至判决尚未生效期间的，其后的诉讼程序均应按新法进行；第二，刑事诉讼法修正生效前，已依修正前旧法终结的诉讼活动，其效力不受影响。

依照时间效力适用的一般规则，能够妥善处理实践中大多数因刑事诉讼法秩序变动产生的时间效力问题。最典型的是，因刑事诉讼法修正而导致的同一诉讼程序中新旧法选择适用的问题。例如，犯罪嫌疑人在2013年以前涉嫌挪用公款潜逃并被立案侦查，刑事诉讼

[12] 卓泽渊主编：《法学导论》，法律出版社1998年版，第63页。

[13] 参见叶青主编：《刑事诉讼法学》，上海人民出版社2013年版，第12页。

[14] 参见前引〔1〕，林钰雄书，第37页。

[15] 宋志军：《从聂树斌案看刑事诉讼法的溯及力》，载何家弘主编：《法学家茶座》第46辑，山东人民出版社2015年版，第28页。

[16] 胡建森、杨登峰：《有利法律溯及原则及其适用中的若干问题》，《北京大学学报（哲学社会科学版）》2006年第6期，第87页。

法修正生效后，司法机关能否对其适用违法所得没收程序？^{〔17〕} 根据行为时法原则，在新法生效后，由于本案仍处于诉讼程序中（侦查阶段），随后的诉讼活动自须受 2012 年刑事诉讼法调整。此时，检察机关根据新法提出没收违法所得申请，法院应依法受理并作出裁定。^{〔18〕} 然而，现实中的情形更为复杂，当法秩序变动本身存在特殊性或新旧法适用与其他制度交错时，尤其是如此。以下选择一些较为突出的实践问题进行探讨。

1. 改革试点对法秩序的变更

党的十八大以后，决策层部署并启动了一系列涉及刑事诉讼的重大改革试点，包括刑事速裁程序、认罪认罚从宽制度、监察体制改革等，由此，实践中产生了一系列有关刑事诉讼法时间效力的问题。以监察体制改革为例，2016 年全国人大常委会作出《关于在北京市、山西省、浙江省开展国家监察体制改革试点工作的决定》，在试点地区暂时调整或者暂时停止适用 2012 年刑事诉讼法第 3 条、第 18 条、第 148 条以及第二编第二章第十一节关于检察机关对直接受理的案件进行侦查的有关规定，并将大部分职务犯罪的侦查职权转交监察机关行使。在该决定生效后，相关职务犯罪案件正处于试点地区检察机关侦查中的，应如何处理？

问题的关键在于，此类决定是否实质变更了刑事诉讼法秩序。引发法秩序变更的主要原因是法律修正，此外，一些带有立法性质但并非立法的活动亦可能造成相同效果。根据宪法第 67 条的规定，全国人大常委会拥有立法权与决定权。所谓决定权，是一种对有关事项作出实体性规定和对行为作出规范的权力，这些规定或规范具有法律约束力。^{〔19〕} 其中，某些普遍、反复适用的决定本身即具有立法性质，乃“立法性决定”。虽然较立法决定而言，立法性决定可能未经严格的立法程序，但从规范内容、制定目的、效力等级等方面看，其与立法决定并无明显差异，两者的性质具有同一性。^{〔20〕} 就前述全国人大常委会的决定而言，其对停用刑事诉讼法部分内容的规定，实质上是通过行使立法权，在试点地区合法地造成法律条款暂时失效的悬置状态，其效果与法律修正并无二致。该决定生效后，由于 2012 年刑事诉讼法关于检察院自侦案件的管辖规定在试点地区已经失效，依行为时法原则，试点地区检察机关继续行使自侦案件侦查权已无法律依据，故应按该决定的要求，将正在侦查的相关案件移交监察机关办理。^{〔21〕}

2. 司法解释文件的性质定位

刑事诉讼法司法解释的施行与废止，在观念上也可能引发时间效力问题。例如，公安机关对网络犯罪案件立案侦查后，其管辖权才由 2014 年《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理网络犯罪案件适用刑事诉讼程序若干问题的意见》确定，此时被告人

〔17〕 参见广东省肇庆市中级人民法院（2015）肇中法刑一没字第 1 号刑事裁定书。

〔18〕 该情形可能存在的关键争议在于对违法所得没收措施的性质认定。简言之，若将违法所得没收视为单纯的程序性行为，则上述操作殆无异议；若将其理解为针对过去犯罪行为的处罚，则仍有探讨是否违反法不溯及既往原则的空间。

〔19〕 参见蔡定剑：《中国人民代表大会制度》，法律出版社 1998 年版，第 323 页。

〔20〕 参见金梦：《立法性决定的界定与效力》，《中国法学》2018 年第 3 期，第 152 页以下。

〔21〕 按照 2016 年中共中央办公厅《关于在北京市、山西省、浙江省开展国家监察体制改革试点方案》的部署，实践中检察机关已经立案、尚未办结的案件，基本仍由检察机关按照刑事诉讼法继续办理。这种兼顾办案实际的变通做法或许更加合理，但其合法性存疑。若能在相关决定中明确相应的过渡性安排，可能更为妥当。

提出的管辖权异议能否得到支持?〔22〕在此情形中,由于缺乏明确的法律依据,公安机关立案时似乎无法行使管辖,直到相关司法解释施行,依据新的程序规范,该地司法机关才正式取得管辖权。此时,若认为司法解释导致了刑事诉讼法秩序的变更,虽按一般规则适用“新法”应驳回被告人管辖权异议的申请,但亦须确认公安机关立案行为属程序违法。但事实上,囿于司法解释的法律解释性质,法秩序并未发生变动。

能够实质变更法秩序的活动,必须具有立法性质,而符合法定限定条件的司法解释并无任何立法性质,不会造成刑事诉讼法秩序的变动,亦不涉及时间效力规则的适用。根据立法法第104条第1款,对司法解释有三方面的限定:(1)司法解释须主要针对具体法律条文;(2)司法解释须符合立法的目的、原则和原意;(3)司法解释不得涉入立法解释的权力空间。〔23〕上述限定将司法解释限缩至较狭窄的空间内:法律有明确规定的,司法解释的内容仅应涉及对条文表意的解读,禁止超越法律规定的范围;法律只有原则性规定的,司法解释必须符合立法的目的、原则和原意。〔24〕换言之,司法解释附随于立法,它本身不是立法,不得创设、修改或废止法律规则。基于这种性质定位,2001年《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》将刑事司法解释的时间效力范围与作为解释对象的法律作了同一性设定,其规定司法解释“自发布或者规定之日起施行,效力适用于法律的施行期间”。据此,前述《关于办理网络犯罪案件适用刑事诉讼程序若干问题的意见》即应视为对刑事诉讼法侦查管辖条款的解释,表达的是立法原意,公安机关的管辖权乃基于立案时有效的刑事诉讼法而取得,并无违法之虞,亦不存在时间效力的问题。

然而,现实中大量司法解释往往超越其法定的权力范围,侵入立法领域,制定新的规则,出现了“司法解释立法化”的现象。〔25〕如此一来,司法解释的出台仍可能导致刑事诉讼法秩序的实质变动。对于“立法性司法解释”,若按“效力适用于法律施行期间”处理,势必造成溯及既往的后果,但该问题源于司法解释本身越权违法,而非时间效力规则本身所能解决。

3. 审判监督程序的法律适用

根据行为时法原则,诉讼活动应适用当时有效的法律。不过,在旧法时代作出生效判决,新法施行后需要再审改判的,因既可能涉及对已终结诉讼的审查,又须即行作出程序行为,其情形显得颇为复杂。概言之,法院办理审判监督案件,有四处须分别研判的新旧法律选择适用之场合:(1)申诉及再审理由的形式审查;(2)再审理由的实质审查;(3)再审程序的启动(或再审申诉的驳回);(4)再审程序的进行。

例如,案件于2008年被二审法院发回重审,一审法院重审加重了被告人刑罚并且判决生效;其后2012年刑事诉讼法新增“发回重审不加刑”的规定,当事人以此为由向法院提出再审申诉的,应如何处理?〔26〕在此情形中,法院先须审查申诉理由在形式上是否符合再

〔22〕 参见湖南省益阳市中级人民法院(2014)益法刑二终字第95号刑事裁定书。

〔23〕 参见王成:《最高法院司法解释效力研究》,《中外法学》2016年第1期,第275页。

〔24〕 参见前引〔11〕,乔晓阳主编书,第322页。

〔25〕 参见袁明圣:《司法解释“立法化”现象探微》,《法商研究》2003年第2期,第3页。

〔26〕 参见最高人民法院(2016)最高法刑申386号驳回申诉通知书。

审的法定情形，继而审查已完结的诉讼程序是否违法，最后依法作出决定。首先，申诉理由的形式审查应适用新法。此情形的再审申诉发生于新法秩序下，按照行为时法原则，不但申诉应依据 2012 年刑事诉讼法提出，接到申诉后，法院亦仅得依据该法作形式审查，审查申诉的提出是否符合法定程序，再判断再审理由是否属于法定的五种情形之一。若申诉人提出“程序严重违法”的申诉形式上符合“违反法律规定的诉讼程序，可能影响公正审判”的再审情形，此时须转入实质审查。其次，诉讼程序违法与否的实质审查应适用旧法。判断诉讼程序是否违法，是对过去事实的查明，因该事实发生时新法尚不存在且新法不影响已终结程序的效力，故诉讼程序是否违法，仅得依照当时有效的 1996 年刑事诉讼法判断，这也是行为时法原则的要求。由于此情形中重审加刑不违反 1996 年刑事诉讼法，故对该再审申诉应予驳回。再次，作出驳回再审申诉的决定应适用新法。作为程序行为，对申诉的驳回自应依据当时有效的 2012 年刑事诉讼法作出，否则不生效力。

启动后的再审程序应当适用新法。在聂树斌案的再审中，争点之一便是再审应选择适用 1979 年刑事诉讼法还是 2012 年刑事诉讼法。学界彼时集中于后果主义论证，将是否影响案件公平审理、何种法律有利于被告人等合理性问题纳入考量。^[27]事实上，此类讨论实无必要。根据行为时法原则，再审发生于新法秩序下，此时旧法已经失效，故程序只能按新法的规定进行。应予注意的是，再审程序的新法适用，并非如学者所述，是“对其生效前已经完成的诉讼行为和已终结的案件”的溯及既往。^[28]在聂树斌案再审申诉的实质审查中，法院按照行为时法原则适用 1979 年刑事诉讼法，认为以旧法的标准，有罪判决存在重大疑问；继而，因其符合 2012 年刑事诉讼法规定的再审启动情形，故依新法作出再审决定。^[29]再审决定生效时，原判决的既判力已被再审决定排除，过去完成的审判活动视为不存在，案件回复至原审级的通常程序，^[30]随后的审理（不论是提审还是指令再审）当然应适用新法，包括非法证据排除规则在内的新增制度皆须适用，并无溯及既往之虞。

4. 其他法律中刑事程序规定的适用

刑事诉讼法时间效力适用的一般规则，不仅适用于刑事诉讼法，也适用于其他法律中有关刑事诉讼的程序规定。例如，2007 年律师法关于辩护律师会见权与阅卷权等的新规定，虽然在后续实践中常被办案机关以“刑事诉讼法没有规定”为由抵制，但由于该规定显属刑事诉讼规范，故该法生效后，刑事诉讼法秩序便自动发生新法优于旧法的变更，因此办案机关应按行为时法原则，即行适用新的会见与阅卷规定。^[31]

司法实践中另一较为突出的问题是刑法规定的追诉时效的计算。虽然追诉时效通常规定于实体法，但理论上对其性质并无定论，^[32]目前的国际司法标准^[33]与我国审判实

[27] 参见前引〔4〕，胡云腾文，第 251 页。

[28] 参见宋志军：《从旧与从新：刑事再审之程序法适用论》，《政法论丛》2016 年第 4 期，第 113 页。

[29] 参见最高人民法院（2016）最高法刑再 3 号刑事判决书。

[30] 参见林钰雄：《刑事诉讼法》下册，元照出版有限公司 2015 年版，第 456 页。

[31] 参见《全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会对政协十一届全国委员会第一次会议第 1524 号提案的答复》，《中国律师》2008 年第 9 期，第 33 页。

[32] 参见黄荣坚：《基础刑法学》上册，中国人民大学出版社 2009 年版，第 48 页。

[33] 如根据欧洲人权法院的判例，追诉时效的目的在于保障法的安定性、终局性，防止被告人的权利受到侵犯，以及避免因时过境迁而导致证据认定上的困难，从而体现出显著的程序规范属性。See ECHR, *Coëme and Others v. Belgium*, no. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 and 33210/96, 22 June 2000, § 146.

实践^[34]都倾向于将其视为程序规范。在程序法语境下,有关追诉时效的新法是否适用于过去的案件?近期破获的1992年南京医学院杀人案就再次引发了这一争议。简言之,1997年刑法新增追诉时效延长的规定,若案件在追诉期内已被立案侦查,该案便不受追诉期的限制。当行为人在旧法时代犯罪并被立案侦查,1997年时案件尚未超过追诉时效,但行为人到案时追诉时效已经届满的,应如何处理?审判机关通常认为,追诉时效的判断应从新适用1997年刑法,因案件存在追诉时效延长事由,故不受追诉时效限制。^[35]照理说,立案行为发生在新法生效前,根据行为时法原则,该行为的法律效果由当时的法律决定,既然旧法未规定立案得延长追诉时效,该行为便不产生时效延长效果,新法亦不得对其溯及变更。但是,立案行为的后果具有延续性,其事实一直持续至1997年刑法生效后,新法生效时,追诉时效延长的规定将接续适用于正在持续的立案事实,这属于“新程序用新法”,仍为行为时法原则的贯彻,审判机关的处理并无问题。^[36]

二、一般规则适用的特殊情形

新法一旦生效,如何因应生效前已经存在的法律事实即成为无法回避的问题。刑事诉讼活动具有连续性,侦查立案后至判决生效前,诉讼皆处于正在进行的状态,期间法秩序发生变动的,按“旧程序用旧法,新程序始用新法”的规则分割处理,一般不生疑问。然而,当新法规定的程序与依旧法所为事实的后果无法相容时,会出现一理论矛盾——要么依新法更新已进行的程序事实,要么限制新法适用以维持旧程序的效力——无论取何者,似乎皆不符合行为时法原则。根源上看,这一特殊情形的出现乃法律即行适用与法不溯及既往背后的价值冲突所致。如何对原则进行阐释与调和,以维持理论的融贯性,需进一步探讨。

(一) 法律即行适用与法不溯及既往背后的价值冲突

刑事诉讼法仅对其施行时间范围内的事实产生效力,一旦新法在某个时间点生效,将法效力分隔为新旧两个部分,则应“旧程序用旧法,新程序始用新法”。^[37]从立法技术看,法律生效时间的规定明确了新旧法交替形式上的时点,但即便如此,涉及具体法律关系时情况会复杂得多,因为并非所有的法律关系都是瞬间完成从而可以将该时点划归到新法或者旧法。^[38]就某些前后相互关联甚至不可分割的诉讼程序而言,部分从新适用、部分从旧适用,可能造成旧事实与新程序的抵触,使诉讼活动出现法律适用上的疑难。以前文提及的不认罪案件能否适用简易程序的情形为例,因后续诉讼发生于新法时代,须接续适用2012年刑事诉讼法,将不认罪案件适用的简易程序转为普通程序,重组合议庭并重新审理,

[34] 审判机关通常认为,“从旧兼从轻”仅适用于定罪量刑,不适用于未规定实体权利义务的追诉时效。参见湖南省岳阳市中级人民法院(2017)湘06刑终120号刑事裁定书。

[35] 参见陕西省高级人民法院(2014)陕刑三终字第00181号刑事附带民事裁定书;青海省高级人民法院(2018)青刑终55号刑事裁定书;湖北省江陵县人民法院(2016)鄂1024刑初111号刑事判决书。

[36] 值得注意的是,最高人民法院发布的指导案例未采用追诉时效属于程序法规范的观点,但没有给出论证。参见《杨菊云(故意杀人)不核准追诉案》,载最高人民法院法律政策研究室编:《最高人民法院司法解释、指导性案例理解与适用(2015)》,中国检察出版社2016年版,第312页。

[37] 参见前引[7],吕潮泽文,第6页。

[38] 参见贺栩栩:《法的时间效力界限与法的稳定性——以德国民法为研究视角》,《环球法律评论》2011年第5期,第65页。

并且已按旧法完成的审理程序亦不得不废弃。此时，新法被适用于过去的程序活动并取消其法律效果，似乎有违法不溯及既往原则。反之，若从刑事诉讼法无溯及力出发，认为不得以新法影响其生效之前发生的行为或事实，则法律适用只能以从旧为原则，在新法时代沿用旧法并维持其效果，^[39]而这又与法律即行适用原则相矛盾。

在特殊情形下，法律即行适用与法不溯及既往的冲突是行为时法原则的内在张力所致，归根结底，实乃两者背后所隐含的价值冲突。法律即行适用原则，其着眼点是迅速落实国家政策、更新法律制度以回应社会变迁，从而有效保障公共利益——“法秩序的弹性”殊为重要。^[40]法不溯及既往原则，则是构成法治国基本要素的“法安定性”的体现。^[41]在预备变更法秩序时，立法者必须考量，人民由以往法律所构建的秩序而获得的利益与信赖，应当获得何种程度的维持。^[42]申言之，对于人民已依法取得或预期将要取得的利益，立法者并非不能藉由法律修正而予以限制或剥夺，但是其应受到法治国原则的拘束。^[43]

通常来说，立法者在修正法律时应妥善考量以上价值，就新法的适用规定一般规则与例外条款，明确新法生效后的适用范围，以兼顾二者。刑事诉讼立法亦不例外，其不仅须落实新法秩序，更应将关乎当事人利益的法安定性的维护纳入考量。例如，法国刑法典第112-3条、第112-4条规定了程序性法律适用行为时法原则的两项例外：其一，只要存在有利于被追诉人之利益的既得权利，新法便不得即行适用；其二，新法之适用，在任何情况下，均不得引起依据旧法并符合规定而完成的行为无效。^[44]葡萄牙刑事诉讼法第5条第2款规定了适用新法的例外，包括：适用新法将导致被告人诉讼地位明显恶化，尤其是导致被告人的辩护权受到限制，但是可以通过不适用新法予以避免；或者适用新法将破坏该诉讼程序中各行为间的协调和统一。^[45]

法秩序变迁与法安定性维护之间的价值权衡，属于立法权的保留范围，当立法未能以过渡条款、新法延后生效等方式妥善处理上述价值关系时，只能将其诉诸法理分析。逻辑上看，对特殊情形的处理，应优先贯彻法律即行适用原则。法律即行适用要求对行为只能适用行为作出时有有效的法律，而法律行为对应的法律具有单一性，这使得该原则缺乏弹性，排除其适用很难得到合理论证。况且，由于我国缺乏针对法律的司法审查制度，即便新法明显存在不利溯及的情形，亦无期待司法者不予适用之可能。相较之下，对于法不溯及既往则存在一定的解释空间，毕竟，规范上的“溯及既往”仍是一个需要解释的概念。

（二）不真正溯及概念的提出及其对理论矛盾的调和

调和理论矛盾的关键在于重述溯及既往的概念。就溯及既往而言，学界通说基本以“法所规范的事实”为基准进行界定，认为对于法律生效前发生的事实，法律“如果适用，

[39] 参见前引〔28〕，宋志军文，第112页。

[40] Vgl. Stefan Muckel, Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen, 1989, S. 104 ff.

[41] 参见〔德〕拉德布鲁赫：《法哲学》，王朴译，法律出版社2005年版，第228页。

[42] 参见陈新民：《德国公法学基本理论》下册，山东人民出版社2001年版，第548页。

[43] 参见何赖杰：《再论刑事程序之程序从新原则》，《月旦法学杂志》2001年第1期，第184页。

[44] 参见〔法〕卡斯东·斯特法尼等：《法国刑法总论精义》，罗结珍译，中国政法大学出版社1998年版，第171页。

[45] 参见葡萄牙刑事诉讼法第5条，载《世界各国刑事诉讼法·欧洲卷》中册，中国检察出版社2016年版，第1218页。

就是有溯及力，如果不适用，就是没有溯及力”。^[46]如此一来，特殊情形下适用新法并改变旧程序行为的效力，便是法律适用于生效前的事实，属于溯及既往。但事实上，法不溯及既往直接的规制对象是法律的时间效力范围，而非次级的受法律影响的事实。从旧事实是否受新法影响出发判断是否溯及既往，明显颠倒因果，误认了法不溯及既往的规制对象，未能精准界定溯及既往的内涵，反而模糊了讨论的焦点。

溯及既往的内涵，重点不在“法所规范的事实”，而应回归对法律本身“溯及效力”的探讨。对后者的判断应以法律的施行时点为标准，观察法律在时间上是“向前”还是“向后”生效。法律若是“向前”生效，则旧法如同被新法所“抽换”（取代），从而“塞给”过去的事实一个新的规范——一个当初不存在的规定；反之，法律若是“向后”生效，则是旧法为新法所“接续”（衔接），纵使新法对已发生的事实及法律地位有所影响，其仍然是“（从现在）向将来地”产生规范效力，而非溯及性地规范过去的事实。^[47]质言之，虽然新法的施行可能影响旧事实的效力，但不能一概视其为新法的溯及适用；在无溯及力规定的情况下，新法施行对旧事实造成的影响，皆为贯彻行为时法原则所产生的波及效力，而不是法的溯及既往。

对于上述“向前”或“向后”生效的法律，德国宪法法院发展出了一组区分概念，将新法对旧事实的影响区分为“真正溯及”与“不真正溯及”。^[48]由于这对概念调和了法律即行适用与法不溯及既往之间的矛盾，其影响甚广。在英美法国家，有学者参照这一标准，将成文法对旧事实的影响划分为“首要溯及”与“次要溯及”、“完全溯及”与“部分溯及”以及“回溯性法律”与“追溯性法律”等。^[49]美国亦有判例使用相关区分概念处理成文法是否溯及既往的判断问题。^[50]以上成对概念与“真正溯及/不真正溯及”有相同的指向：前一概念意指“向前”适用，适用于法律施行之前的时间——从一开始就改变了旧法；后者意指“向后”适用，亦得基于将来而适用于过去的时间——仅在与旧事实相关时改变其效果。^[51]

通过重述溯及既往概念，得以在理论层面消除特殊情形下适用行为时法违反法不溯及既往原则之疑虑。刑事诉讼法的时间效力仅从生效日向后延伸，并不直接影响已终结程序的效力，只是在适用于尚在进行的诉讼时，法秩序的变动将使新法“回溯连结”至程序已进行之部分，从而可能导致旧事实的法律效果变动，但这仅为不真正溯及，并不违反法不溯及既往原则。换言之，新法生效前已开始案件办理，新法生效后诉讼仍未终结的，依旧法进行的程序继续有效，未完成的诉讼活动则按照新法进行；同时，程序“继续有效”或“效力不受影响”，仅指司法机关不得基于新法否定旧程序事实的合法性，但是，当旧事实与新程序无法相容时，依旧法进行的程序仍可能不得被废弃。^[52]例如，2012年刑事诉讼

[46] 参见前引〔11〕，乔晓阳主编书，第291页。

[47] 参见李建良：《法律的溯及既往与信赖保护原则》，《台湾法学杂志》2001年第7期，第82页。

[48] BverfGE 11, 139 (145 f.).

[49] See John K. McNulty, *Corporation and the Intertemporal Conflict of Laws*, 55 (1) *California Law Review* 59 (1967); Munzer R. Stephen, *Retroactive Law*, 6 (2) *Journal of Legal Studies* 381 (1977); Neil Duxbury, *Ex Post Facto Law*, 58 (2) *The American Journal of Jurisprudence* 138 (2013).

[50] *National Medical Enterprises, Inc v. Sullivan*, 957 F.2d 664 (9th Cir. 1992).

[51] See Elmer A. Driedger, *Statutes: Retroactive Retrospective Reflections*, 56 (2) *Canadian Bar Review* 268 - 269 (1978).

[52] 参见前引〔9〕，何赖杰文，第78页。

法将监视居住变更为独立的羁押替代措施，依旧法对犯罪嫌疑人适用的监视居住，在新法施行后并不当然失效，但须依新法重新审查其是否符合监视居住的适用条件，不符合的应当及时解除或变更。再如，2012年刑事诉讼法将案卷移送制度由“复印件模式”改为“全卷移送模式”，若案件起诉后新法生效，则法院应依新法要求检察机关补送相应案卷材料、证据。

需要特别注意的是有关证据能力的法秩序变动所带来的问题。例如，2012年刑事诉讼法新增了关于证据收集合法性的法庭调查程序，据此，2012年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》对被告人供述的审查作出明确规定。若侦查机关对犯罪嫌疑人的讯问是在无上述规范的旧法时代进行的，法院应否依据新规范对以前取得口供的合法性进行审查判断？^[53]在此情形中，讯问行为依旧法完成，其效力不因新法生效而变动，但审判时新法已经生效，适用新的证据审查标准亦无疑义；如此，便可能发生取证行为有效但取证行为取得的证据却不得作为定案根据的情况。其实，只要将证据取得与证据使用作为不同层次的问题加以区分，便不会觉得上述情况有何矛盾之处。^[54]证据取得适用取证规范，证据使用适用认证规范，两者的标准以及被禁止的范围可能并不完全一致。根据行为时法原则，新法生效后，法院在审判中仅应以新的认证规范评价证据的证据能力，证据取得合法与否非此情形中的争点，即便证据的证据能力被法院以不符合新的认证规范为由否定，取证行为本身的效力也不受影响。念斌案的终审对相同情况的处理即遵循了此种思路。^[55]应当注意的是，认证规范的变化虽与取证事实的效力无关，但其对诉讼中某些尚未完成的证据使用事实仍存在不真正溯及的影响。在念斌案的终审中，若根据新的认证规范，法院认定关键物证、讯问笔录无法使用，则基于这些证据而进行的其他延续性程序，如正在执行的逮捕措施，也应一并撤销。

法律适用只能以当时有效的规范为依据，即便出于某些原因确须排除适用，也应以法律有明确规定为前提。在特殊情形下，新的法律行为依新法作出，向未来产生效力，受新法波及的旧事实亦须随之变更，同样向未来产生效力。由于效力都是“向后”产生的，新法仅为一般性地自生效日向未来产生效力，而并未“向前”将生效日溯及至过去，故不违反行为时法原则的要求。总之，在无例外规定的情况下，刑事诉讼法时间效力的适用规则，无论针对何种情形，皆应为适用行为时法，而不必考虑其他因素。

三、时间效力规则的立法完善

刑事诉讼法的时间效力规则已得明确，若仅为规范论研究，本文应就此止步，然而，从立法论的角度看，对该论题的探讨难说全面。出于完善法律体系、指导法治实践的考虑，将行为时法原则纳入刑事诉讼立法，殆无疑义。同时，更应注意时间效力规则的局限——它无法解决法律规范本身的不圆满性。法律的不真正溯及，虽非溯及既往，但不代表其适用一贯符合宪法对法安定性的要求。^[56]申言之，刑事诉讼法的即行适用，仍难免影响某些当

[53] 参见湖南省永兴县人民法院（2016）湘1023刑初112号刑事判决书。

[54] Vgl. Claus Roxin/Bernd Schünemann, Strafverfahrensrecht, 28. Aufl., 2014, S. 167 ff.

[55] 参见福建省高级人民法院（2012）闽刑终字第10号刑事附带民事判决书。

[56] BverfGE 11, 139 (146).

事人的利益,若不由立法预先作出规定,一概适用行为时法处理,必将有损法安定性价值的实现。时间效力规则属于立法权决定的事项,因而需要考虑的问题是,立法者应如何设计专门规则,以防止新法适用不当影响法的安定性。

(一) 理论引入:作为“法不溯及既往”法理基础的信赖保护原则

完善时间效力规则立法的前提是判断,哪些规范在不真正溯及时将实质侵犯法不溯及既往原则背后的价值。法安定性只是抽象的观念,无法为法不溯及既往划定明确的规范边界,故仍须在法理层面寻求支撑法不溯及既往的具体法理基础,并以之构建判断的框架。

法不溯及既往的法理基础是信赖保护原则(Grundsatz des Vertrauensschutzes)。所谓信赖保护,是指受国家权力支配的人民如信赖法律的存续而有所规划或举措,其信赖利益应受保护,亦即国家不得以事后的法律变更损及人民的信赖。^[57]较之其他理论,信赖利益保护论在证立法不溯及既往原则时更具理论完备性:一方面,一个识别信赖利益的阶层化理论体系业已建立,从而较好地明确了信赖利益的范围,并且为法秩序的贯彻保留了弹性;另一方面,信赖保护的范围更广,有利于充分维护法的安定性。在英国,丹宁勋爵在判例中创造了与信赖保护类似的正当期待(legitimate expectation)原则。^[58]美国法亦将正当期待概念引入,作为公法领域连续性原则(法安定性)的延伸。^[59]从功能上看,信赖利益与正当期待的概念内涵并无不同,两种理论皆以维护法安定性为要旨,差异主要存在于“两大法律制度及法治文化”层面。^[60]

将信赖保护作为法不溯及既往的法理基础,是落实法安定性原则的必然取向。法安定性要求法律必须明确、明白,在此之上,人们便可对行为后果有所预期,因而保护预期利益应是法安定性的应然内涵。^[61]就我国而言,在形式上,立法法第93条规定的法不溯及既往原则本就暗含了信赖保护的意旨。“如果允许法具有溯及力,人们就无法知道自己的哪些行为将要受到惩罚,就没有安全感,也没有行为的自由。”^[62]申言之,欲以法不溯及既往原则保障行为自由,就需要保护因旧法而产生的信赖利益。从实质法治的角度看,对信赖利益的保护早已内嵌于我国宪法和部门法的规范中,成为一系列法律规范的基础。信赖保护原则要求公权力主体不得以追求公共利益为借口,任意变更先前所为之公权力行为;^[63]若无此原则约束,公权机关得任意变更法律,此时法律所保护的公民权利或信赖皆将处于风险之中。质言之,信赖保护直接关乎公民基本权利,其当为我国宪法所规定的“国家尊重和保障人权”的有机成分。

基于信赖利益理论,新法的不真正溯及是否影响法安定性价值的实现,其判断便被具体化为是否违反信赖保护原则。虽然法律的生效难免影响过去事实的效果,但人民同样无

[57] 参见前引[47],李建良文,第84页。

[58] Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs [1969] 2 Ch. 149.

[59] See L. Harold Levinson, *The Legitimate Expectation that Public Officials Will Act Consistently*, 46 (Supplement) *American Journal of Comparative Law* 549 - 576 (1998).

[60] 参见王锡锌:《行政法上的正当期待保护原则述论》,《东方法学》2009年第1期,第19页以下。

[61] 参见前引[42],陈新民书,第547页以下。

[62] 前引[11],乔晓阳主编书,第291页。

[63] 参见耿宝建、王亚平:《法规变动与信赖利益保护》,《法学》2011年第3期,第37页。

法信赖现有法律将永远存续，因而法的不真正溯及一般并不违反信赖保护原则。^[64]但是，立法者亦不可不顾当事人对旧法的信赖而随意变更法律，若新法的适用将剥夺或限制当事人依旧法已经取得的利益，则其信赖利益仍可能须受保护。

就刑事诉讼法而言，信赖利益在特定情形下尤应予以保护。例如，被告人基于刑事程序的进行而产生某种信赖利益时（如一审判决已宣告被告人无罪），此时若因新法公布施行而致整个刑事程序必须重新来过（如欠缺诉讼要件），即可能严重损及被告人的法律地位，此时就有考虑保护被告人该信赖利益的必要。^[65]域外刑事诉讼法规定的新法适用的例外，大体亦是考量信赖利益保护的产物，前文引述的法国刑法典和葡萄牙刑事诉讼法的相关规定即为适例。较之以概括条件（如损害被告人利益）限制新法适用，晚近更多的立法例对信赖保护采取了更为精密的设计。例如，我国台湾2007年6月“刑事诉讼法”修正新增的有关上诉理由的条文，对被告人依旧法产生的“上诉无需具体理由”之信赖造成了影响，故与之配套修正的“刑事诉讼法施行法”将该条文规定为新法适用的例外。

（二）理论应用：“信赖保护”的构成要件

判断新法适用是否违反信赖保护原则，其核心是分析当事人是否该当信赖保护的构成要件。通说认为信赖保护的构成要件包括三方面：第一，信赖基础；第二，信赖表现；第三，信赖值得保护。^[66]其中，信赖基础系指足以引起公众期望的公权行为，其形式既体现为法律规范（立法行为），也包括法院判决（司法行为）和行政行为；^[67]信赖表现乃当事人基于信赖基础处分权利的行为，任何具有法律意义的活动皆得纳入；^[68]至于信赖值得保护，简言之，由于信赖保护原则并无绝对的优先地位，若存在其他优位的法治国原则，信赖保护原则即须退让，故应确认该信赖相较于其他相冲突的价值更具有值得保护的重要性。^[69]比如，若法秩序的变动并未使当事人地位产生不利变化，信赖利益即无需特别保护，亦不发生法秩序与法安定性的冲突问题。^[70]

经上述要件检视确认新法适用将侵犯当事人应当保护的信赖利益时，立法者便应考虑设立相应的保护规范，如规定适用例外或过渡条款，在内容上限制新法的适用，或直接使新法延后生效，等等。^[71]否则，倘若确无与信赖保护原则相关之过渡条款或特别规定，则唯有贯彻一般规则之适用一途，^[72]从而难免会造成某些不公正、不合理的情况。例如，2018年刑事诉讼法生效后，正在履职的辩护人将因其曾被开除公职而丧失辩护人资格，被告人获得辩护的权利亦因此会受到限制。这种情况下，法律虽未真正溯及既往（已完成的辩护行为依然有效），但仍可能不当侵犯被告人的信赖利益。此外，就系争规范之目的而言，规定被开除公职的人不得担任辩护人，其实质乃附随于政务处分的禁业性惩罚规范，

[64] BverfGE 38, 61 (83).

[65] 参见前引 [43]，何赖杰文，第184页。

[66] Vgl. Beatrice Weber-Dürler, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, 1983, S. 79 ff.

[67] 参见前引 [40]，Muckel书，第80页。

[68] 参见前引 [66]，Weber-Dürler书，第100页以下。

[69] Vgl. Christoph Degenhart, Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht, 27. Aufl., 2011, S. 144 ff.

[70] Vgl. Bodo Pieroth, Rückwirkung und Übergangsrecht: verfassungsrechtliche Maßstäbe für intertemporale Gesetzgebung, 1981, S. 38.

[71] 参见前引 [40]，Muckel书，第127页以下。

[72] 参见前引 [7]，吕潮译文，第4页。

其价值与被告人获得辩护的基本权利相较,缺乏优先性。本文认为,被告人已获得的辩护权须受保护,而这立基于辩护人辩护资格的存续,而新法有关辩护资格的条款的不真正溯及,属于对被告人信赖利益的不当侵犯,故立法上宜限制该条款的适用。

(三) 时间效力规则立法完善方案的选择

就我国刑事诉讼立法而言,时间效力的立法显得过于粗糙,既未明确适用的一般规则,亦未对需保护的信赖利益作妥当安排。在这方面,我国民事诉讼的相关规范走在了前面。配套2012年民事诉讼法出台的《最高人民法院关于修改后的民事诉讼法施行时未结案件适用法律若干问题的规定》,明确了行为时法原则及各项例外,为新法的时间效力构建了规则框架。^[73]

然而,以司法解释的形式处理法律的时间效力问题,其合法性不无疑问。根据立法法关于司法解释的限制性规定,司法解释不得以任何方式变更法秩序。虽然通过司法解释明确行为时法原则,并未突破司法解释权的边界,因为当法律没有相反规定时,行为时法原则本身即可从宪法性法律推导得出,故以司法解释的形式明确行为时法原则符合立法的目的、原则和原意,但是,限制新法适用的例外条款也以司法解释的形式作出,则突破了司法解释权的边界。这是因为例外条款的规范目的是限制新法的不真正溯及、维持旧事实的效力,以达成信赖保护等价值,如此一来,行为时法便不再适用,存续于新法时代的事实不适用新法,此时法秩序即受到实质变更。简言之,突破行为时法原则的例外规定,属立法权的控制范围,仅得以法律的形式作出或至少应由立法机关作出。换言之,变更法秩序的活动只能是带有立法性质的行为,包括制定法律、补充和修改法律以及出台立法性决定等。这三类立法模式,可为刑事诉讼法时间效力规则的立法完善提供参考方案。

第一,制定刑事诉讼法施行法。制定法律施行法是大陆法系国家和地区较为常用的一种调整新旧法秩序关系的立法方案,施行法的规定也被认为是调整法律时间效力的规范之总称。^[74]在清末修律至废除“六法”的那段时期,我国法制因袭德日,大体采用施行法方案,制定实施的刑事诉讼法施行法对行为时法原则以及管辖、上诉第三审、公设辩护人、上诉理由、诉讼费等沿用旧法的例外事项作了规定。但是,自1949年以后,我国再无制定法律施行法的立法实践。施行法方案可为解决刑事诉讼法时间效力问题提供明确指引,但考虑到法律体系的系统性和立法活动的经济性,这一方案近期恐难付诸实践。

第二,修正刑事诉讼法。与施行法方案相比,通过修法将时间效力条款规定于法律中,有利于法律文本本身的明确性,也有利于法律适用者和民众查阅。^[75]从立法的经济性看,虽不用订立新法,但仍需经由立法程序修正法律,就不久前刚修正过的刑事诉讼法而言,似不适宜。不过,就远期而言,直接在法律中明确适用本法的时间效力规则,不论是对法体系的完善还是对法律适用的便宜性皆有裨益,立法者应予考虑。其具体方案有三种选择:

[73] 2012年《最高人民法院关于修改后的民事诉讼法施行时未结案件适用法律若干问题的规定》第1条规定了行为时法原则:“2013年1月1日未结案件适用修改后的民事诉讼法,但本规定另有规定的除外。前款规定的案件,2013年1月1日前依照修改前的民事诉讼法和有关司法解释的规定已经完成的程序事项,仍然有效。”第2条至第7条对管辖、送达、妨害民事诉讼行为、保全、申请再审、申请不予执行仲裁裁决的法律适用作了例外规定。

[74] Vgl. Gunter Kisker, Die Rückwirkung von Gesetzen, 1963, S. 2.

[75] 参见前引[38],贺栩栩文,第68页。

其一，总则方案，即将时间效力规则规定在刑事诉讼法总则部分；其二，附则或附件方案，即以附则或附件的形式规定时间效力规则；其三，混合方案，即将时间效力适用的一般规则规定于总则，在附则或附件中规定一般规则适用的例外。囿于立法技术的限制，若采总则方案，恐怕只能设置较为概括的例外规定，如损害被告人利益的新法不得适用，这既使司法实践难以准确把握，也不利于法律的精细化发展。考虑到行为时法原则的统领作用、我国刑事诉讼法的立法体例以及例外规定的精细化样态，混合方案可能更为适宜。

第三，由全国人大常委会出台关于刑事诉讼法时间效力的决定。以立法性决定明确刑事诉讼法的时间效力规则，是近期最具可行性的方案。1980年《全国人民代表大会常务委员会关于刑事诉讼法实施问题的决定》便属于这种类型。这一方案无需经过严格的立法程序，又可实现将时间效力规则纳入法体系的目的，在经济性和及时性方面有明显优势，尤其适宜我国新近修正过的刑事诉讼法。

以上三种方案各有优势，鉴于我国的立法实际和法治现状，近期宜采用立法性决定的方式，明确2018年刑事诉讼法时间效力适用的一般规则与例外规定；待下次修正刑事诉讼法时，再将一般规则规定于总则部分，并结合修正的具体内容在附则中规定相应的例外。

Abstract: The Chinese Criminal Procedure Law and related regulations have not clarified the rules on the temporal effect of the application of the law, resulting in difficulties in the transition of criminal procedures from these under the old law to those under the new law. With respect to this issue, the academic circle believes that the principle of applying new procedure law should be applied, but related understandings and definitions are problematic. In terms of normativism, it can be deduced from the principle of immediate application of laws and the principle of non-retroactivity of laws that the law in force at the time when the act is committed should be applied in criminal procedures. For unfinished lawsuits, because the procedures under the new law may not be compatible with the old procedural facts, the application of the law in force at the time when the act is committed will inevitably affect these incompatible old facts, but this is only non-authentic retroactivity, and does not violate the principle of non-retroactivity of laws. However, the non-authentic retroactivity of criminal procedure law may still substantially damage the legal certainty and legitimate expectation, which are exactly the values to be protected by the principle of non-retroactivity of laws. Legislators should follow the thinking path constructed by the theory of legitimate expectation to identify the reliance interests that needs to be paid attention to in advance, and then choose an appropriate legislative plan to incorporate such exceptions into the legal system of criminal procedure.

Key Words: applying new procedure law, the immediate application of laws, the non-retroactivity of laws, reliance protection
