

刑法总则的扩张解释

法学格致文库

穷究法理 探求真知

于志刚 著

中国法制出版社

刑法总则的扩张解释

法学格致文库

穷究法理 探求真知

于志刚 著

中国法制出版社

责任编辑 刘峰(52jm.cn@163.com)

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法总则的扩张解释/于志刚著. —北京: 中国法制出版社, 2009. 6

(法学格致文库)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 1255 - 1

I. 刑… II. 于… III. 刑法 - 总则 - 研究 - 中国 IV. D924. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 076324 号

刑法总则的扩张解释

XINGFA ZONGZE DE KUOZHANG JIESHI

著者/于志刚

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/640 × 960 毫米 16

版次/2009 年 6 月第 1 版

印张/24.25 字数/350 千

2009 年 6 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 1255 - 1

定价: 45.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfs.com>

编辑部电话: 66034985

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

前 言

刑法研究多年来形成的一种惯性模式是，将司法实践中或者理论推演中发现的、无法解决的问题，以立法完善建议作为研究的结论。以学术研究推动法律规则的合理化完善，当然是学术研究的重要使命、基本责任和巨大贡献之一，然而以“立法完善”作为学术研究和解决问题的普遍方式，从某种程度上讲也有推卸责任之嫌：一切责任均推之于立法，一切问题的解决方法均是等待立法的修正，而放弃了根据生效的现行法律如何去解决问题的思索。

现行刑法典颁行于 1979 年、修正于 1997 年，其间间隔了 18 年。这充分地说明了等待刑法典修正在时间上的不经济性。尽管在这 18 年间和 1997 年修正之后，曾经出现了诸多修正刑法典的单行刑法、附属刑法和刑法修正案，然而其中涉及刑法总则修正的内容屈指可数。同时，翻阅发表于 20 世纪 80 年代的刑法研究论著可以发现，形成于当时的多数立法完善建议即使在今天看来依然是合理的，但是理想的法条模式依然停留在纸上，而且类似的甚至更为精细合理的立法完善建议在今天仍然在不断形成。然而，刑法总则的条文依然屹立不动。客观地讲，问题依然是存在的，而且越来越多也越来越复杂，所有的问题在个案中也必须而且已经在法定的诉讼期限内解决。这充分说明了一个问题：刑法总则条款具有持久和旺盛的生命力。之所以会出现此种现象，源于人们对于刑法总则条款的扩张解释。

司法实务部门在遇上重大疑难复杂案件时，有时候会将困惑问题拿出来求教于专家学者，这在高校林立的大城市已经成为一种现象。然而更多地区的司法机关周围并不具备此种学术资源和专家群体，只好自力更生地解决问题；即使在大城市的司法机关，也基于成本过高而不可能事事和案案均求教于“外脑”，更多的是自行解决。我曾经打过一个比

方，基层司法机关的办案人员就像个体文物收藏者：个体文物收藏者可能不像考古专家那样具备深厚的文物鉴赏理论功底和综合知识，但是，在文物市场中长期摸爬滚打的实战经验使他们具有了极强的鉴伪能力，面临文物甄别和交易时因“看走眼”而上当受骗的机会甚至比许多考古专家还少。基层司法人员也是如此，他们具有极强的办案能力。

应当说，基层司法人员对于刑法条文加以扩张解释的司法努力在个案中是时常出现的，而且行之有效，是他们的努力和尝试使案件得以在法定时限内合理解决，并使刑法典显现出顽强的适应能力。但与此形成比较鲜明对比的是，刑法理论研究中的普遍现象则是，人们习惯于“裁弯取直”，遇到法条逻辑、法条关系难题时直奔“立法完善”建议而去，对于已经发生、亟待解决问题的解决方法，则弃之不管。

过去几十年的刑法学研究，人们习惯地将关注思想性研究（超规范刑法学）和体系性研究的理论反思视为“上乘武功”，从而不自觉地轻视问题性研究；即便如此，多数问题性研究也属于纯粹的理论推演，难以用之于实践。从而在刑法理论界和司法实务界形成一种奇怪现象：理论看不起实务，实务也看不起理论，从而各说各话，各做各事。刑法理论界相当多的年轻学者声称找不到值得思索的研究领域，甚至有许多博士研究生苦苦寻觅却声称找不到博士学位论文选题；基层司法人员在具体案件中面临疑难困惑问题时遍查刑法理论书籍，却一无所获，或者千篇一律而不具有现实可操作性。理论与实践难以找到共同认可的契合点，成为长期以来双方共同的苦恼。这一点，与德日刑法学研究中深入研究和反思实践问题而确立学派理论的思考模式和普遍做法形成了鲜明对比。近年来，德日刑法学理论在中国日益受到推崇，而其研究方法和思考模式却在中国被彻底抛弃，是一件值得反思的事情。

刑法学的问题性研究应当是刑法理论研究的核心，脱离问题性研究的思想性研究和体系性研究会成为无源之水、无本之木；然而问题性研究却不仅仅是就案论案的简单反思，而是要拓展视野和走向更高层次：理论思索的优势不仅仅在于为问题找到答案，而且要使问题的答案能够成为“举一反三”型、放之四海而皆准的答案，但是，这仍然只是理论研究的第一步；理论研究更应当关注如何增强刑法典条文的普适性，如何通过理论解释来使刑法典保持持久、顽强、旺盛的生命力，而不是动辄求助于（或者推责于）刑法典的修正。时代在发展，纯粹理论推

演中无法想象和难以预测的复杂问题层出不穷。问题的解决不可能全部等待和依赖于刑法典的修正,更为可行和负责任的方式是对刑法典进行与时俱进的扩张解释。

现行刑法典不能说是理想和完备的,甚至是有漏洞和逻辑缺陷的。虽然刑法存在缺憾和不足,现实司法困惑问题却依然要解决。刑法学研究者的根本责任和应有态度之一,用一句近年来刑法学界的流行语来说,就是“心中充满着正义,目光不断往返于法律规范和生活现实之间,最终发现法律的真实含义”。刑法学研究者都知道“法律不是嘲笑的对象”这一法律谚语,但是,法律也不能仅仅是被批判的对象。对刑法典的理解不能仅仅限于个别法律条文本身的含意,而应当探究刑法条文之间的结构性逻辑关系和刑法条文之后的法理,追寻法理背后的法律精神:刑法条文传递的仅仅是字面含义,潜藏在刑法条文后面、稳定一致的法理、法律精神才是支撑刑法条文的灵魂;刑法条文是概括的、原则的,甚至是僵化的,仅仅依照其字面含义很难应对日新月异的社会生活,而隐藏于后的法理和法律精神则是灵动的,具有普适性,能够应付纷繁复杂的社会现实。仔细研读和解析刑法典,会发现它是一个由一条红线贯穿始终的完整体系。只有完整全面地理解和把握了这个体系,才能真正理解和把握每一个具体条款的深刻内涵和彼此之间的内在逻辑关系。刑事立法永远滞后于社会现实,刑法典也有它的先天不足,但是,理论研究应当能够寻找到并深刻理解刑法条文背后的那“一条红线”,并由此去从容面对纷繁复杂的现实和适度地去扩张解释刑法的具体条款,唯有如此才不会感到束手无策,更不会在未解刑法本意之前随意去指责刑法本身是滞后的。

于志刚

2009年3月25日

目 录

第一章 刑法解释的溯及力	(1)
一、司法解释的溯及力	(1)
二、立法解释的溯及力	(19)
三、立法解释与司法解释的冲突与选择适用	(24)
四、“中间时法”视野中的立法解释溯及力	(31)
第二章 犯罪故意中认识理论的增容	(35)
一、犯罪故意中认识理论的结构分析	(36)
二、“可能知道”的存在可能性及其刑法意义	(44)
三、“可能知道”的界说	(51)
四、司法实践视野中的“可能知道”	(60)
第三章 单位犯罪与自然人犯罪关系的本质思索	(65)
一、单位实施自然人犯罪引发的司法尴尬	(65)
二、关于单位实施自然人犯罪定性的理论纷争	(72)
三、法条竞合的法律实质与重新解读	(77)
四、规定单位犯罪的具体条款：本质上只是特殊量刑 条款而非定罪条款	(80)
五、对于遮掩理论研究视角的罪名本质之反思	(95)
六、法条关系重新解读的理论依据和现实价值	(99)

第四章 犯罪停止形态中基本犯与加重犯的关系 (107)

- 一、情节加重犯、结果加重犯是否存在既、未遂的
理论争议 (108)
- 二、以轮奸犯罪是否存在既、未遂为例的反思和解析 (115)
- 三、情节加重犯、结果加重犯的本质思索 (125)
- 四、对刑法分则中情节加重犯、结果加重犯的解析 (140)
- 五、共同犯罪与情节加重犯的竞合：以此为视角对轮
奸问题的再次解读 (145)

第五章 共同犯罪视野中单位因素的介入及其思考 (153)

- 一、单位共同犯罪的必然性及其类型 (153)
- 二、单位共同犯罪的定罪规则 (161)
- 三、单位和个人犯罪的定罪量刑标准差异化及其适用
规则 (174)
- 四、单位共同犯罪中两个层级的主从犯认定 (180)
- 五、无法回避的问题：单位内部自然人的关系辨析 (192)

第六章 再次犯罪的潜伏式趋严化刑罚反应体系 (200)

- 一、理论序曲：前科效应的理论基础 (200)
- 二、反思和梳理：再次犯罪的潜伏式趋严化十级刑罚
反应体系 (216)
- 三、自然推论：基于整体逻辑平衡的司法规则 (229)

第七章 犯罪人认罪奖励体系的一体化思索 (245)

- 一、犯罪人认罪和奖励的内涵 (245)
- 二、刑事立法中犯罪人认罪奖励体系的结构梳理 (248)
- 三、犯罪人认罪奖励体系中差异化规则的具体化 (268)

第八章 数罪并罚中的时间差现象及其解决 (280)

- 一、数罪并罚中“时间差”现象的必然性及其理论
争议 (280)

二、数罪并罚中“时间差”现象引发的司法尴尬	(283)
三、源于数罪并罚制度价值取向的思索和批判	(288)
四、源于数罪并罚制度本质和前提条件的思索和批判	(291)
五、数罪并罚制度中“发现”一词的内涵	(293)
六、数罪并罚中“时间差”现象的原因探究	(295)
七、数罪并罚中“时间差”现象的解决模式	(297)
第九章 刑罚视野中的亲情因素及其回归	(301)
一、中国现代刑事司法中亲情因素的整体割舍与渐回	(302)
二、拘役制度中亲情因素的回归及其反思	(308)
三、自首制度中的亲情因素及其认可	(315)
四、立功制度中的亲情因素及其司法尴尬	(329)
五、假释制度中的亲情因素及其弃用	(341)
六、亲情因素在刑事司法中的重视和回归	(347)
第十章 亲告罪的司法困境及其解决	(350)
一、亲告罪立法的结构失衡和逻辑缺陷	(350)
二、亲告罪的司法困境	(359)
三、亲告罪司法困境的立法解决	(363)
四、基于现有法律框架下的变通处置模式	(367)
五、对于盲目建议扩大亲告罪范围学说的批判性思考	(372)
后 记	(378)

第一章 刑法解释的溯及力

刑法典第12条规定了刑法的溯及力原则即“从旧兼从轻”原则，这一原则也为刑法理论所普遍认可。但是，刑法解释包括立法解释和司法解释的溯及力问题，却没有明确的法律规定。从刑法理论上讲，在刑法解释的溯及力问题上套用刑法典的“从旧兼从轻”原则也是合乎逻辑的，是一种可以接受的通行规则和普遍看法。但是，这并非一个简单套用固有公式的问题。

自新刑法典公布实施以来，立法机关先后出台了七个刑法修正案、一个单行刑法、九个立法解释；最高司法机关针对新刑法典的适用更是出台了大量的刑法司法解释，有时还为了同一法律问题的统一适用法律而先后出台多个司法解释，例如，最高人民法院分别于1998年和2001年对什么是“挪用公款归个人使用”发布了两个不同的司法解释。频繁颁布的刑法司法解释、刑法立法解释的时间效力的确定，以及在相关立法解释与司法解释之间如何选择适用，成为司法机关的一大难题，尤其是在前后有多个司法解释时，以及在立法解释与司法解释相互冲突的情况下更是如此。这一问题的本质是刑法解释的溯及力。在过去的几年中，刑法理论开始对于司法解释的溯及力有所研究，但是，对于立法解释与司法解释的适用关系则鲜有论及，或者仅在行文中草草带过，而此类问题已经在司法实践中造成了实际的困扰。

一、司法解释的溯及力

法的溯及力，又称法的溯及既往的效力，是指新的法律颁布后，对其生效以前发生的事件和行为是否适用的问题。^① 法的溯及力是包括法

^① 参见刘金国、舒国滢主编：《法理学问题》，中国政法大学出版社1999年版，第87页。

理学在内的各个部门法学都要面对的问题，在刑法上尤其如此。罪刑法定原则和人权保障理念在现代刑事法治中的贯彻，客观上决定了刑法理论和司法实践中均对刑法的溯及力问题采取小心翼翼的态度。从目前司法实践看，不仅仅刑法典存在溯及力问题，作为司法操作指向性工具的司法解释问题也存在溯及力问题，而且要远远比刑法本身的溯及力原则的适用几率更高：伴随着刑法典颁行时间的拉长，刑法典本身涉及的溯及力问题变得极少成为实际问题，而司法解释的溯及力问题则与日俱增，开始成为司法实践中的重要问题之一。

（一）关于司法解释有无独立时间效力的争论

司法解释有无独立的时间效力，这是讨论司法解释溯及力的前提。在某些学者看来，司法解释不是该采取哪种溯及力原则的问题，而是根本就没有“溯及力”概念存在的可能。在司法解释的时间效力上，从目前刑法理论界存在的观点争议来看，目前大致可以划分为两种观点：从属性说和独立说。

1. “从属性说”的立场

从属性说认为，刑法司法解释本身并不是一种独立的刑法规范，因此其时间效力必须依附于它所解释的刑法规范的效力。刑法司法解释是依据刑法条文，对刑法规范的内容所作的理解和阐释，其目的是为了统一刑事法律的执行，而不是创制新的行为规范去约束人们的行为，刑法司法解释自应不具有独立于刑法之外的单独的时间效力。^① 还有的学者认为，从我国刑法典关于溯及力的规定可见，刑法的溯及力规定，一是针对法律而言；二是针对刑事法律而言；三是针对刑事实体法而言。刑法的司法解释则不然，它不是刑法的组成部分，仅是辅助刑法得以顺利实施的、运行法规范的工具。司法解释因而不存在有无“溯及力”的问题。^②

2. “独立说”的立场

独立说认为，刑法司法解释应当具有独立的时间效力，司法解释自然也存在溯及力问题。论者的理由有三：其一，我国的刑事司法解释事实上在司法机关办理刑事案件过程中，已经成为必须遵循的重要依据，具有极强的规范性；其二，司法解释不仅是对法律的明确化和具体化，

① 参见游伟、鲁义珍：《刑法司法解释效力探讨》，载《法学研究》1994年第6期。

② 参见屈学武：《刑事司法解释效力范围探究》，载《中国司法》2004年第8期。

还起着弥补刑事立法欠缺的作用；其三，司法解释较之刑法条文具有“事后性”特点。^①也有学者认为，刑法司法解释应具有独立的时间效力。刑事司法解释的生效时间不应当与刑法同步，而应当自其公布时间或者明文规定起生效。^②还有一些学者虽然没有讨论司法解释是否有独立时间效力的问题，但是从行文上看，还是认可司法解释有独立的时间效力的。^③

（二）关于司法解释有无溯及力之理论争议的反思

从属性说和独立说有各自的立论依据，这就是对司法解释的法律性质的不同理解。因此，要评析上述两种观点，有必要对司法解释的属性加以重新审视。

1. 司法解释的属性

对于刑法司法解释的特征，有学者总结为五个方面的特征：从属于立法性、解释对象的特定性、解释主体的法定性、司法效力的普遍性、限制司法自由裁量权之目的性。^④而从对司法解释的时间效力和溯及力的影响上看，笔者认为关键有三点属性：依附性、滞后性和可变动性，前者可以理解为司法解释的法律属性，而后两者则是事实属性。

其一，依附性

依附性，即司法解释具有从属于刑法立法的性质，这既是由司法解释权作为司法权权能之产物所决定，又是由司法解释的目的所决定。刑事立法的目的是创设规范，而刑法规范是对人民权利有重大影响的法律规范，各国为贯彻人权保障的理念，都对刑事立法的创设主体和制定程序规定了严格的限制，这在成文法国家尤其如此。例如，我国《立法法》第7条规定，只有全国人民代表大会有权制定和修改刑事基本法律，全国人大常委会可以进行不违反刑法基本原则的修改。司法解释是对刑法规范含义的进一步阐明，即“由晦变明”，司法解释不能创设新的刑法规范。因此，1981年全国人大常委会《关于加强法律解释工作

① 参见刘宪权：《我国刑事司法解释时间效力的再思考》，载《法学》2002年第2期。

② 参见丁慕英：《关于开创刑法司法解释学之我见》，载赵秉志、张军主编：《刑法解释问题研究》，中国人民公安大学出版社2003年版，第491页。

③ 参见张军：《试论刑事司法解释的时间效力》，载《中国法学》1992年第2期。

④ 参见陈志军：《刑法司法解释研究》，中国人民公安大学出版社2006年版，第27-47页。

的决议》规定：“凡属于法院审判工作中具体应用法律、法令的问题，由最高人民法院进行解释。凡属于检察院检察工作中具体应用法律、法令的问题，由最高人民检察院进行解释。最高人民法院和最高人民检察院的解释如果有原则性的分歧，报请全国人民代表大会常务委员会解释或决定。”也就是说，司法解释本身只是在检察、审判工作中具体“应用”法律、法令问题时起到一种统一理解的作用，它本身应当是法律的应有含义，而不能创制法律不包括的新的规范。

其二，滞后性

滞后性是司法解释的事实属性，现行刑法于1997年10月1日开始生效实施的，此后最高人民检察院和最高人民法院陆续出台了大量的司法解释，还曾针对同一问题先后出台多个司法解释。司法解释一般是对司法实践中法律具体适用的进一步明确，或者是对司法实务中一些问题的回应和解答，因此司法解释的制定离不开司法经验的积累和总结，可以想见，随着时间推移，以后还会有大量的司法解释颁布和出台。滞后性是司法解释必然具有的特点，正是司法解释较之刑法典的滞后性和迟延性，才给司法解释的溯及力留下了讨论空间。正如有的观点所指出，司法解释是最高司法机关就具体应用法律问题所作的解释，这一特性决定了其制定实施必然要滞后于法律，这样就出现了如何理解司法解释的效力的问题，特别是由于刑事司法解释直接涉及到罪与非罪、此罪与彼罪以及刑罚的轻重，其效力问题就显得更为突出。^①

滞后性是司法解释一个极其重要的特点，它的出现可能源于法条用语过于原则、概括、精炼的特点，根本缺乏操作性，或者说在罪与非罪等问题上极为模糊；也可能源于司法实践对于法条理解的差异。因此司法解释的重要功能不仅仅在于使干枯的法条丰富起来而具有操作可能，而且在于统一司法认识。而此类功能必然导致它的出现具有滞后性，而不仅仅是理论推演的结论。因而有的学者认为，滞后性导致一个重大问题就是，法条可能在司法解释颁行之前处于难以适用的“休眠”状态（在以前没有相关的司法解释时），而司法解释激活了它，赋予了刑法法条真正的生命力，从这个意义上讲，司法解释对于它颁行之前的行

^① 参见孟燕菲：《“两高”〈关于适用刑事司法解释时间效力问题的规定〉解析》，互联网2002年1月7日文章。

为, 不应当具有溯及力。^① 从这一点上讲, 它虽然依附于法条, 但是具有独立价值。

其三, 可变动性

司法解释必然具有可变动性, 不仅仅在于法条设置中存在大量的“其他××行为”等兜底性条款, 从而导致新的行为被不断地解释进入到此类兜底性条款之中, 这属于法律许可的增容型解释; 同时, 司法解释具有可变动性, 还在于社会发展引发的对于犯罪危害程度的评价必然在不断地发生变化, 例如, 盗窃罪等数额犯, 在不同历史时期构成犯罪的具体数额标准必然是不同的, 在同一时期不同地区也是不同的, 有所差异和升降起伏, 这都是可以理解的正常情况。另外, 虽然说司法解释是对立法原意的解释, 司法解释的结论在理论上都是立法本身固有的含义, 但是, 它毕竟只是最高司法机关对于立法原意的理解, 只是以最高司法机关文件的形式加以体现, 因而以新的司法解释对于过去旧的司法解释中的理解偏差加以修正或者调整, 也是正常的事情。立法尚且在不断地修正和调整, 那么解释立法的司法解释有所修正和调整也是正常的事情, 因此, 出现关于同一问题的两个乃至多个司法解释, 也可以理解。但是, 这必然导致司法解释溯及力问题的出现。

现在来看关于司法解释时间效力的“从属性说”和“独立说”两种观点, 可以发现两者的关键分歧在于理论切入点的不同, 从属性说偏重司法解释的依附性, 认为司法解释不具有独立的法源地位, 不受从旧兼从轻原则的限制;^② 而独立说则侧重司法解释的滞后性, 认为“刑法司法解释本身具有相对的独立性、扩张性和相当程度的滞后性, 所以将其生效时间提前到与刑法生效时间相同也说不通。”^③ 从法律后果来看, 从属性说主张司法解释的时间效力范围与依附的法律同步, 即“刑法有权解释适用于其颁布实施之前刑法施行期间发生的未决刑事案件。”^④ 笔者认为, 这其实就是主张司法解释在溯及力上的从新原则 (尽管论

① 这一观点是黄京平教授的观点, 参见黄京平 2007 年在中国政法大学研究生院题为“司法解释的溯及力”的学术演讲, 笔者作为该演讲的主持人记录下这一观点。

② 参见曲新久:《论刑法解释与解释文本的同步效力》, 载《政法论坛》2006 年第 2 期。

③ 参见刘宪权、杨兴培:《刑法学专论》, 北京大学出版社 2007 年版, 第 63 页。

④ 参见曲新久主编:《刑法学》, 中国政法大学出版社 2008 年版, 第 28 页。

者并不承认“司法解释溯及力”这一概念)。

2. 应有结论：司法解释应当具有溯及力

应当指出，“从属性说”和“独立说”两种观点都没有注意到司法解释的可变动性，因而在判断结论的形成上就会出现一点缺憾。整体上讲，笔者赞同独立说的观点，认为从属性说尽管在逻辑上更站住脚，但是，独立说更符合司法实际，并且也不违背刑法理论。理由是：

其一，司法解释具备规范性特征

刑法司法解释作为一种有效的法律解释，是享有解释权的机关在刑事事实法的适用过程中，依照已有立法的规定及其基本原则，对各级司法机关均应遵照执行的刑事法律规范的内涵和适用范围所作的一种直接阐释。^① 否认司法解释在刑法中的法源地位，进而否认司法解释具有独立的时间效力和溯及力是从属性说最重要的理由，比如有学者指出，“无论刑法司法解释的法律效力如何，它都只是对已创设的刑法规范的含义进行阐释，其本身并不是独立的刑法规范。”^② 从应然角度看，司法解释不应当成为刑法的渊源，法理上也不承认司法解释具有法律渊源的地位，但是从实然角度看，司法解释在刑事司法实践中的作用越来越大，司法解释在某种程度上已经不仅仅对刑法条文含义的简单阐释，在某种程度上已经成为司法机关处理案件必须遵循的首选依据，司法解释具有极强的规范指导作用。刑法典的普遍性、相对稳定性以及语言表达能力的局限性决定了司法解释是不可避免的，“刑法之解释不啻于刑法以生命，无解释性法等于死文，毫不发生作用。”^③ 我国的有权司法解释不同于西方的个案解释，而是最高司法机关以规范性文件形式公布的规范性文件，对各级司法机关一体适用，其规范性特征是极为明显的，而且也在发挥着现实的作用。

其二，附属性说不足以应对司法现状

司法解释对其生效前尚未处理的行为是否适用，对司法机关来说是个现实问题。附属性说主张司法解释的时间效力从属于刑法，也就是主张从新原则。但是，由于刑法条文本身的不周延性给司法解释的扩张性

① 参见苏惠渔等：《完善刑法司法解释若干原则的探讨》，载《中国法学》1992年第2期。

② 参见刘艳红：《论刑法司法解释的时间效力》，载《中国刑事法杂志》2007年第2期。

③ 参见蔡墩铭：《刑法总论》，台湾地区三民书局1977年版，第23页。

解释留下了很大余地，而扩张性解释是否能够适用其出台前的行为就会形成巨大争议。比如《刑法》第225条第4款规定非法经营罪包括“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”，最高人民法院《关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》明确规定，“出版、发行、复制发行具有反动性政治内容出版物、侵权复制品、淫秽物品等以外的严重危害社会秩序和扰乱市场秩序的非法出版物的行为”是其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为；2001年3月所作的《关于情节严重的传销或者变相传销行为如何定性问题的批复》又将从事传销或者变相传销活动，扰乱市场秩序，情节严重的行为认定为非法经营罪，此外还先后把扰乱电信市场管理秩序、擅自发行、销售彩票的行为认定为“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”。尽管第225条第4款被诸多学者批评为新的“口袋罪”，但是立法的此种概括性规定或者说兜底性规定，本身就是为了给司法解释留有余地，是为了将新出现的、在法条设置时难以预测的新型严重扰乱市场秩序行为纳入刑法打击半径留下“入口”。对此有学者指出，如果将司法解释的时间效力附属于刑法的时间效力，不能保证人民对刑法规范的可预测性^①和信赖利益，有“不教而诛”之嫌。

同时，在关于同一问题已经有司法解释的情况下就同一问题再出台新的司法解释，情况可能更复杂。1998年最高人民法院《关于审理挪用公款案件具体应用法律若干问题的解释》以及2001年最高人民法院《关于如何认定挪用公款归个人使用有关问题的解释》分别对挪用公款给单位使用是否构成犯罪作出了不同的规定，其中2001年的司法解释对挪用公款给单位作了更严格的认定，那么新司法解释如何面对依照旧司法解释处理的案件，以及如何应对在新司法解释出台时还没有处理的行为呢？从属论者的解决答案是，“旧的正式解释将某种行为解释为犯罪，但新的正式解释规定该行为不构成犯罪。行为在新的正式解释颁布前实施该行为的，不应以犯罪论处。这并不意味着对正式解释采取了从旧兼从轻原则，而是因为该行为并未违反刑法”，实际上，这一解决方

^① 所谓解释的可预测性，是指对刑法的解释不应当超出刑法条文的字面含义可能的范围而作任意的解释。对于解释者而言，其对于某一刑法条文的解释结论不应当超出一般公众的预测范围，应当为一般公众所接受和认可。参见肖晚祥：《刑法解释的规则分析》，京师刑事法治网文章。

式可能会形成一个悖论：在共同犯罪中，先行被起诉的犯罪人基于前一司法解释被认定为有罪并判处刑罚后入狱服刑，之后漏诉或者说追诉的共同犯罪人在审判前基于新的司法解释的出台，而被宣告无罪，理由是刑法从未规定此类行为是犯罪，因此他的行为并未违反刑法，那么对于已经定罪量刑、正在服刑的犯罪人而言，在判决书中引用的《刑法》法条将如何解释？虽然说《刑法》第12条有“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”的规定，维护的是法律本身和判决本身的稳定性和有效性，但是，它谈到的是法律施行前后的问题，即使“从属性”说套用这一理念来尝试解决问题也无济于事：判决书中定罪量刑的依据基于上述观点而被全部推翻，《刑法》第12条确立的理念也无法适用。因为用于定罪量刑的刑法条文始终没有变动，根据从属性说的解释，已经被定罪的“犯罪人”应当说自始至终根本没有违反过或者说触犯过刑法的任何条文。

正如有些学者所说，“尽管理论上认为刑法司法解释不能创制法律，但是对客观存在的刑法司法解释扩张性现象以及司法机关以解释权代替立法权的情况，我国绝对不应该视而不见。”^① 这里需要强调，独立说虽然认识到司法解释的滞后性这一客观现实，但是并不回避司法解释对立法的依附性特征，不回避刑法对司法解释在时间效力的制约上，这突出体现在刑法司法解释对所解释的刑法规范颁布实施前的行为的效力上。因此，独立说更为周延和全面，虽然独立说内部的具体观点尚待商榷，但是就司法解释有溯及力讨论的必要性这一点来讲，是值得肯定的。司法解释的时间效力是从属性和独立性的统一，这直接决定了司法解释溯及力的适用。

从司法实务的角度来讲，虽然《刑法》第12条没有设置司法解释的溯及力原则，但是司法解释的溯及力问题是无法回避的：其一，当客观上存在有两个以上解释结论完全不同的司法解释时，必然面临司法解释的选择适用上是用“旧”还是用“新”的问题，从而引发溯及力问题；其二，即使在只有一个司法解释的情况下，当司法机关面对处于罪与非罪的临界点、模糊区的具体案件时，必然需要判断司法解释有无溯及力。例如，当某些犯罪以“情节严重”作为构成犯罪的标准时，如

^① 参见刘宪权、杨兴培：《刑法学专论》，北京大学出版社2007年版，第60页。