

# 论刑事司法解释的效力问题

## ——以走私犯罪司法解释中的“禁止”为分析重点

蔡道通

**〔摘要〕** 在中国的立法语境与刑法理论话语体系下,讨论刑法司法解释的溯及力问题,似乎不仅是政治不正确的伪命题,而且也是得不到理论与实践支持的假议题。但如果正视司法解释的现实状况,我们会发现,司法解释的法律续造现象非常普遍。司法解释中将走私犯罪中的“禁止”解释为“包括绝对禁止与相对禁止”就是法律续造情形的体现,有越权解释的嫌疑。走私国家限制进出口的货物、物品中的“禁止”是“相对允许”。对于实际上具有法律续造性质的刑事司法解释而言,承认其刑法渊源地位,明确其在不利于行为人时不可以溯及既往,既符合实际又不违法理,也能最大限度地守住罪刑法定原则的核心价值。

**〔关键词〕** 司法解释;溯及力;走私犯罪;绝对禁止;相对禁止

### 一、必须直面司法解释续造规范与效力问题的现实

在中国的立法语境与刑法理论话语体系下,讨论刑法司法解释的溯及力问题,似乎是一个伪命题与假议题。因为根据通说,司法解释并不创设新的规范。它“是对具有法律效力的法律在具体应用时的解释,因而其本身不具有独立的效力,其效力适用于法律的施行期间。”<sup>①</sup>按照《立法法》第104条规定:“最高人民法院、最高人民检察院作出的属于审判、检察工作中具体应用法律的解释,应当主要针对具体的法律条文,并符合立法的目的、原则和原意。”从上述立法的规定可以看出,司法解释,不可能创设只有立法机关才有权力涉及的新规范,也就是说,司法解释没有改变立法的内容与含义,只是对法律规定的具体含义的进一步说明或者阐释,是对属于审判、检察工作具体应用法律的解释。“凡是法律有明确规定的,司法解释必须在法律规定的范围内进行,不得随意对法律规定作扩大或者限缩性解释;法律只有原则性规定的,司法解释必须符合立法的目的、法律确定的原则和立法原意”。<sup>②</sup>从这个意义上说,司法解释所涉及的内容,并没有逾越刑法条文的含义边界,且本身当然也无

蔡道通,法学博士,南京师范大学法学院教授、博士生导师,中国法治现代化研究院研究员,江苏高校区域法治发展协同创新中心研究员(南京210023)。本文为国家社科基金项目“经济犯罪类型化与刑事违法判断相对性研究”(21BFX175)的阶段成果。

①陈兴良:《罪刑法定主义》,北京:中国法制出版社,2010年,第55页。

②乔晓阳主编:《〈中华人民共和国立法法〉导读与释义》,北京:中国民主法制出版社,2015年,第322页。

溯及既往效力问题需要研讨。

但如果正视司法解释的现实状况,我们就会发现,理想很丰满,现实很骨感。司法解释的法律续造现象非常普遍,“法律续造被通说描述为对日常语言中可能的语义的超越。”<sup>①</sup>正如迈尔·哈尧茨所强调的,“当一个规范在历史上的意义相对于变化后的生活关系,被证明是让人不满意的,甚至是站不住脚的”,最终就需要法官“放弃借助产生时的解释得到的结果,而在法律文字的框架之中,通过法律续造来探究新的意旨。”<sup>②</sup>但对于刑法而言,法律续造如果已经超出扩大解释的边界,就有类推适用的嫌疑。“需要强调的是,不能对法官的‘法律现代化权能’毫无限制。”<sup>③</sup>就法律续造的现实状况,学者指出,一方面,在我国,对于新型法益侵害行为,常常先由司法解释进行司法上的犯罪化,后由刑事立法对司法解释予以确认或者否认,部分司法解释成为试行性质的法律。不管刑事立法确认还是否认司法解释,都意味着司法解释存在类推解释现象。在司法为民的我国,要求面临社会舆论与社会需求巨大压力的司法机关杜绝类推解释,可能并不现实。<sup>④</sup>另一方面是,解释中突破规则撑开法条的入罪化且重刑化适用成为常态。学者研究表明,面对某些乍看起来“法无明文”的严重或者新型危害行为,司法一方面不得不进行处理以回应民众的呼吁,在社会治理进程中发挥刑法应有的功能,另一方面又必须直面刑法立法上轻罪设置少、规范支持不够的难题。两相权衡之后,司法往往基于其处罚冲动柔性地、灵活地解释刑法,在罪刑规范不明甚至缺乏的情形下适用重罪处理“难办”案件。<sup>⑤</sup>

从这些对司法解释现象的总结与相关的论述中我们不难得出如下结论:第一,刑法司法解释的法律续造的现象是存在的,而且具有一定的普遍性,有些司法解释有类推解释的嫌疑,但面对司法适用的现实,我们又不得不承认其具有一定的“合理性”。第二,由于刑事司法必须要面对现实问题的解决,因此往往是司法解释先行,穷其智慧将某种类型化的行为“挤进”某一法条而入罪化;或者由于没有轻罪立法,而将某些法条尽可能“撑开”文义的基本含义,让某些行为承担事实上属于重罪的刑法后果。第三,立法往往根据司法解释续造规范的运行状况,适时地将司法解释变成立法规范。当然这种立法可能会承认司法解释的内容,也可能是否认司法解释的“规范”。但立法化的现实恰恰反证了司法解释具有法律续造的嫌疑,因为如果司法解释合理、科学且没有越权解释,就根本不需要再通过上升到立法的方式对行为进行规制。第四,司法解释的内容当然适用于刑法施行期间。因为我们对于司法解释的要求与定位,决定了其不可能具有法律续造的性质。也就是说,自刑法诞生之日起,刑法规范就具有这一含义,因而对解释之前发生的行为当然有效。基本理由是,“既然是对刑法的解释(而且排除了类推解释),那么,对现行正式解释之前的行为,只要是在现行刑法施行之后实施的,就得按正式解释适用刑法。……正式解释不存在从旧兼从轻的问题。”<sup>⑥</sup>这就带来一个理论与实践的双重难题:客观上或者本质上属于法律续造的司法解释,事实上“构成了刑法的渊源”,<sup>⑦</sup>但我们又认为是司法机关没有越权的、合理的司法解释(大多是在扩张解释的名义下),此时,如果这种解释明显不利于行为人,到底应该不应该对行为人的行为进行溯及既往的适用?

据此,可以发现,刑法司法解释的犯罪化或者重刑化的法律续造的情况,已经变成了我们不得不接受的现实。但是,我们需要注意的是,一方面,“如果解释者偏离了法律的意旨与目的而借助法律追求新

①[德]罗尔夫·旺克:《法律解释》(第6版),蒋毅、季红明译,北京:北京大学出版社,2020年,第75页。

②参见[奥]恩斯特·A·克莱默:《法律方法论》,周万里译,北京:法律出版社,2019年,第102-103页。

③参见[奥]恩斯特·A·克莱默:《法律方法论》,第110页。

④张明楷:《〈刑法修正案(十一)〉对司法解释的否认及其问题解决》,《法学》2021年第2期。

⑤周光权:《论通过增设轻罪实现妥当的处罚——积极刑法立法观的再阐释》,《比较法研究》2020年第6期。

⑥张明楷:《刑法学》(第5版),北京:法律出版社,2016年,第79页。

⑦张明楷:《刑法学》(第5版),第79页。

的目的,则不能通过解释,而只有通过法律续造才有可能。”<sup>①</sup>但法律续造须承担额外的论证责任,同时,法律续造有特殊的制度性限制,且法律续造需要专门的方法论规范。<sup>②</sup>另一方面,法律续造,“该问题恰恰对刑法特别重要。因为在刑法中,不利于行为人的法律续造是不合法的。”<sup>③</sup>在此情形下,如果我们继续无视这种客观存在的法律现象,而简单地、武断地得出司法解释没有“越位”,只是合理地、可以被允许地扩张解释的结论,并对司法解释可能客观存在的溯及力问题采取“屏蔽”的态度,那么,对于行为人来说可能构成刑法上的双重“负担”,对于罪刑法定原则要求来说,可能构成两重“伤害”。这种理论困局与实践难题,无论对于司法者还是研究者,都是值得特别关注的法律问题。

本文以最高人民法院、最高人民检察院在2014年《关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》)的内容为分析切入点,就刑事司法解释是否合理,对解释之前发生的行为能否进行规范进行学理分析,以期引起我们对司法解释是否具有法律续造问题的重视,并对此类司法解释是否存在溯及力问题形成一个理性的认知与判断。

## 二、走私国家限制进出口的货物、物品中的“禁止”是“相对允许”

在规定了相关列名走私犯罪之后,刑法第151条第3款以“兜底条款”的立法模式,规定了走私国家禁止进出口的货物、物品罪,即“走私珍稀植物及其制品等国家禁止进出口的其他货物、物品的,处五年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金;情节严重的,处五年以上有期徒刑,并处罚金。”针对该罪的构成条件及其货物、物品的范围,《解释》第21条第1款规定:“未经许可进出口国家限制进出口的货物、物品,构成犯罪的,应当依照刑法第一百五十一条、第一百五十二条的规定,以走私国家禁止进出口的货物、物品罪等罪名定罪处罚;偷逃应缴税款,同时又构成走私普通货物、物品罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚。”第2款规定:“取得许可,但超过许可数量进出口国家限制进出口的货物、物品,构成犯罪的,依照刑法第一百五十三条的规定,以走私普通货物、物品罪定罪处罚。”第3款规定:“租用、借用或者使用购买的他人许可证,进出口国家限制进出口的货物、物品的,适用本条第一款的规定定罪处罚。”根据这一解释,“未经许可进出口国家限制进出口的货物、物品”与“走私国家禁止进出口的货物、物品”一起,正式纳入走私国家禁止进出口的货物、物品罪的规制范围内。

根据该《解释》起草工作的说明:起草过程中有意见提出,限制进出口的货物、物品不同于禁止进出口的货物、物品,未经许可走私国家限制进出口的货物、物品,如果限制进出口的货物、物品属于涉税货物、物品的,应以走私普通货物、物品罪定罪处罚;属于非涉税货物、物品的,可不作犯罪处理。《解释》未采纳该意见,主要考虑是:禁止进出口货物、物品包括绝对禁止和相对禁止两种,刑法规定的禁止进出口不限于绝对禁止的情形。<sup>④</sup>这样,禁止进出口货物、物品包括绝对禁止和相对禁止两种,就得到了司法解释的肯定。就一般的语义分析角度看,认为“禁止”包含“绝对禁止”与“相对禁止”应当没有问题。但对于司法解释中“禁止进出口”包含“绝对禁止”与“相对禁止”的规定是否合理,是否属于法律续造情形,本文认为,必须结合前置法的规定与刑法的规范,作体系性的一体化的解读,方能得出科学的结论。禁止进出口与限制进出口是两个不同的问题,从规范的基本文义出发,从前置法的分类规定及其不同后果来看,我们可以发现,刑法中的禁止进出口不应当包含限制进

①[德]罗尔夫·旺克:《法律解释》(第6版),第74-75页。

②参见陈坤:《法律解释与法律续造的区分标准》,《法学研究》2021年第4期。

③[德]罗尔夫·旺克:《法律解释》(第6版),第75页。

④参见裴显鼎、苗有水、刘为波、郭慧:《〈关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的解释〉的理解与适用》,《人民法院报》2014年9月10日。

口的情形。为了打击相关行为,司法解释明显具有法律续造的性质。

1. 刑法规范关于走私国家禁止进出口的货物、物品的规定,应当作一体性解读,走私国家禁止进出口的货物、物品不应当包含未经批准的走私国家限制进出口货物、物品。刑法第151条第1款规定了走私武器、弹药罪,走私核材料罪与走私假币罪,且配置了同样的法定刑;第2款规定了走私文物罪,走私贵重金属罪,走私珍贵动物、珍贵动物制品罪,且法定刑配置相同;第3款规定了走私国家禁止进出口的货物、物品罪。只是需要强调的是,尽管罪名是走私国家禁止进出口的货物、物品罪,但其构成要件的内容却具有在刑法已经列名犯罪(包括第152条第1款的走私淫秽物品罪、第2款的……)之外的走私国家禁止进出口货物、物品的“兜底条款”的性质。刑法第151条第3款在规定了“走私珍稀植物及其制品”之后,通过添加立法上的“概括性”语言“等”字的方式,来表述与确定本罪在走私犯罪规制上的“兜底”性质。从规范的体系解释的视角,这一兜底性质,严格来说,是对刑法第151条的兜底,而不应当包含对刑法第152条两款犯罪的兜底。其实这一兜底性罪名及其构成要件是2009年《刑法修正案(七)》对原来刑法修正后的结果。立法将原来规定的“走私国家禁止进出口的珍稀植物及其制品”修改为“走私珍稀植物及其制品等国家禁止进出口的其他货物、物品”,并在基本犯中增加了拘役刑,同时也变更了罪名。在《刑法修正案(七)》之前,刑法与海关法以及其他行政法规等,就走私国家禁止进出口的货物、物品罪中的禁止范围而言,并不一致。换言之,刑法规制的范围远远小于行政法律、法规的规定,刑法只规制列名的走私货物、物品的走私犯罪。应当说,通过《刑法修正案(七)》的修正,刑法与海关法以及相关的行政法规,就国家禁止进出口的货物、物品的清单范围,实现了有效的对接与衔接。即只要是国家行政法规中涉及的走私国家禁止进出口的货物、物品,都可能构成走私国家禁止进出口的货物、物品罪。

但司法解释走得更远,规定未经许可进出口国家限制进出口的货物、物品,构成犯罪的,以走私国家禁止进出口的货物、物品罪等罪名定罪处罚。这种将刑法第151条第3款作为整个第151条与后面的第152条的兜底条款(即把前一个条文中某一款项解释为后一个条文的“兜底”),解释是否合适,本身值得研究。应当说,仅仅就刑法第151条本身法条关系的整体性解读视角而言,司法解释确立这样的解释结论就是不合理的。按照《解释》,整个刑法第151条第1款、第2款规定的都是列名的禁止走私的对象(货物、物品),第3款在列名了走私珍稀植物及其制品以及“兜底”的“等”之后,还包括走私国家限制进出口的货物、物品。司法解释将绝对禁止的走私,与经过批准可以进出口的国家限制进出口的货物、物品的行为,同罪同责。但这样的规定,不仅违反了立法的基本原则与技术要求(即与整个条文规制的都是绝对禁止型走私犯罪不一致),违背了立法规制对象的同质性规定(第3款中既包括列名的绝对禁止,又包括兜底的相对禁止),也使得司法中对行为人违法性认识的判断产生困难,而且更使得罪责刑相适应原则受到违反。“完善的犯罪化理论应该包括罪刑均衡原则,按照该原则,判决之严厉程度应该与犯罪之严重性一致。当刑罚不成比例,超过罪犯所应承担的程度时就会产生非正义。”<sup>①</sup>我们更应该明晰的是,超越基本文本含义的社会保护,是有其危险性的。“这些规范大量地被冒险地适用于‘社会上可接受的、经济上具有正当性的商业行为带来的灰色地带’。许多这种规范的特征,如可归责性的缺失、举证责任倒置、对不作为施加刑事责任及对避免起诉自由裁量权滥用的隐形信任,使刑法理论学者长期坚持的神圣不可侵犯的基本原则妥协。”<sup>②</sup>因此,无论如何解释,应当保证“文本具有优先地位”。<sup>③</sup>

2. 刑法立法中走私犯罪的“禁止”是指“绝对恶”,而不应该包括相对禁止行为的“相对恶”,《解

①[美]胡萨克:《过罪化及刑法的限制》,姜敏译,北京:中国法制出版社,2015年,第18页。

②[美]胡萨克:《过罪化及刑法的限制》,第61页。

③[德]罗尔夫·旺克:《法律解释》(第6版),第54页。

释》应当保持逻辑上的自洽,走私犯罪应当是建立在前置法基础上的一体化解读。综观刑法第 151 条的立法,乃至第 152 条的立法,我们可以看出,无论是否列名,走私国家禁止进出口货物、物品应该是刑法的一种“绝对禁止”,刑法不允许任何人在任何情况下以任何方式实施进出口,因而行为表现为行政刑法中的一种“绝对恶”;而限制进出口的货物、物品,是指国家并不绝对禁止进出口,但需要获得有关国家行政主管部门许可,在取得相应的进出口许可证后,就具有正当性与合法性。因此,对于国家限制进出口的货物、物品,未取得进出口许可证的行为,从国家的层面看,应当是一种刑法上的“相对禁止”。换言之,只要作为市场主体的行为人取得许可,就符合国家的海关管理法规与监管秩序要求,就是国家允许的行为。未经许可的走私限制进出口货物、物品的行为,体现的是一种“相对恶”。但属于市场主体或者自然人经过法定行政程序批准可以“为”的行为,是市场主体按照相应法定程序可以获得的“相对允许”的市场权利,它与绝对禁止的“不可为”的行为相比,在本质上更多反映的是一种行政违法行为的特征。这两种行为,在本质上有重大差别。上述《解释》,将实行许可证管理的限制进出口货物、物品的走私,“视同”走私禁止进出口货物、物品。但“视同”,一定不是相同,也不代表走私禁止进出口货物、物品与走私限制进出口货物、物品没有区别。

事实上,《解释》在定罪处罚上的内部逻辑上也有矛盾与冲突。按照《解释》第 21 条第 2 款的规定,“取得许可,但超过许可数量进出口国家限制进出口的货物、物品,构成犯罪的,依照刑法第一百五十三条的规定,以走私普通货物、物品罪定罪处罚。”这一规定内容也恰恰说明绝对禁止与相对禁止两者的不同。如果按照该《解释》第 21 条第 1 款的逻辑,即便取得许可,“但超过许可数量进出口”的行为,就超过许可数量进出口的部分,就是没有取得许可的行为,理应成立走私国家禁止进出口的货物、物品罪,才是合理的逻辑结论,但《解释》却规定成立走私普通货物、物品罪。如果按照《解释》第 2 款的逻辑,超过许可数量进出口的,成立走私普通货物、物品罪,那么未获得许可,走私国家限制进出口的货物、物品的,也应当成立走私普通货物、物品罪,而不是现在《解释》规定的走私国家禁止进出口的货物、物品罪,才是合理的。况且,倘若超过许可数量进出口国家限制进出口的货物、物品,已经足额缴纳相关关税的,如何按照走私普通货物、物品罪定罪处罚本身也是司法难题。由此可见,该《解释》第 1 款与第 2 款规定的内容之间就存在逻辑上的矛盾与问题。

同样的逻辑冲突,也存在于《解释》第 21 条第 3 款中。“租用、借用或者使用购买的他人许可证,进出口国家限制进出口的货物、物品的,适用本条第一款的规定定罪处罚。”因为无论是租用、借用,还是使用购买的他人许可证的行为,其基本的前提是,相关的货物、物品是经过许可可以进出口的,只是进出口的市场主体“换人”了,真正的、事实上的进出口主体没有取得许可而已。需要特别注意的是,进出口的货物、物品大多表现为种类物,此时,需要深思的是,刑事法律中国家规制走私国家限制进出口的货物、物品的行为,规范保护目的是基于行为单纯地违反了行政许可制度,还是立足于行政许可背后需要保护的法益,需要理论证成。而且“规范保护目的”的确定,原则上应采取具体目的优于抽象目的、主观目的优于客观目的的原则,例外情形下才可以承认抽象目的、客观目的的优先性。”<sup>①</sup>如果按照该《解释》第 21 条第 2 款的逻辑,以及按照实质解释的要求,租用、借用或者使用购买的他人许可证(事实上得到许可的进出口货物、物品),进出口国家限制进出口的货物、物品,构成犯罪的,理应成立走私普通货物、物品罪。但根据该《解释》,又是按照第 21 条第 1 款的规定,以走私国家禁止进出口的货物、物品罪定罪处罚。同时构成其他罪的,按照处罚较重的进行定罪处罚。应该说,综观《解释》第 21 条规定的内容,该《解释》的定罪处罚的规范保护目的的确定,以及内部定罪逻辑也是不一致的。

<sup>①</sup>于改之:《法域协调视角下规范保护目的之理论重构》,《中国法学》2021 年第 2 期。

其实,在前置法中,走私国家禁止进出口的货物、物品,与走私国家限制进出口的货物、物品,在法律后果上是有不同规定的。作为法定犯的走私犯罪,其刑法规制的对象应当是建立在前置法不同规定的基础上的不同对待。在行政法律、法规中,绝对禁止与相对禁止的法律后果有根本的不同。让我们把目光投向刑法的前置法。按照《海关法》《海关行政处罚实施条例》的规定,走私行为的行政违法有三种基本的类型(其他的类型,是按照走私行为论处):走私国家禁止进出口的货物、物品;走私国家限制进出口的货物、物品;逃避海关监管,偷逃应纳税款的走私行为。《海关法》第40条规定:国家对进出境货物、物品有禁止性或者限制性规定的,海关依据法律、行政法规、国务院的规定或者国务院有关部门依据法律、行政法规的授权作出的规定实施监管。具体监管办法由海关总署制定。第82条规定:违反本法及有关法律、行政法规,逃避海关监管,偷逃应纳税款、逃避国家有关进出境的禁止性或者限制性管理,有下列情形之一的,是走私行为:运输、携带、邮寄国家禁止或者限制进出境货物、物品或者依法应当缴纳税款的货物、物品进出境的。

不过需要注意的是,《海关行政处罚实施条例》第9条规定:有本实施条例第7条、第8条所列行为之一的,依照下列规定处罚:(1)走私国家禁止进出口的货物的,没收走私货物及违法所得,可以并处100万元以下罚款;走私国家禁止进出境的物品的,没收走私物品及违法所得,可以并处10万元以下罚款;(2)应当提交许可证件而未提交但未偷逃税款,走私国家限制进出境的货物、物品的,没收走私货物、物品及违法所得,可以并处走私货物、物品等值以下罚款。从上述法律、法规的规定中可以得出基本的结论是,走私国家绝对禁止进出口的货物、物品,与走私国家限制进出口的货物、物品,在作为前置法的《海关法》《海关行政处罚实施条例》等法律、行政法规中,其法律后果是不一样的。换言之,尽管都是走私行为,甚至可能构成犯罪,但走私国家限制进出口的货物、物品的,其行政法律后果明显低于走私国家绝对禁止进出口的货物、物品的规定。前置法规定的明显差异,却在《解释》没有得到体现。《解释》在入罪评价上,将两者等同视之,不仅在文义上超越基本的含义边界,而且实际上将行政法律、法规上不同的情形相同对待。这样的认定,无论在理论上还是实践中都是说不通的。

事实上,司法解释之所以这样解释,是源于刑事立法中存在至少在形式上的处罚漏洞。即,刑事立法规定的走私犯罪,从形式上看,“货物、物品”只有两种类型:走私国家禁止进出口的货物、物品(刑法第151条第1款、第2款、第3款,第152条第1款、第2款),以及逃避关税的走私普通货物、物品(第153条)。因此走私国家限制进出口的货物、物品,但又通检、通关,没有逃避关税缴纳的行为,起码在形式上没有得到刑法明确的规定。在学理上,这是一种制定法漏洞中的“开放型”漏洞。“‘开放型’漏洞出现在制定法对特定类型案件没有设定适用原则的场合,虽然根据制定法自身的目的,这种规则本应被包含。”<sup>①</sup>开放性漏洞填补的基本逻辑是“以‘肯定的法律平等原则’为基础,考量被判刑的案件在评价方面是否与法律明确规定的情形相一致,以及如果注意到可能的文义界限,针对不纳入评判的在评价上却属于同类的案件,规则是否显得太窄。”<sup>②</sup>为此,对于“开放型法律漏洞”的填补,大多数情况下“是借助类推或者回归制定法所包含的原则来完成的。”<sup>③</sup>但对于刑法,“应当注意禁止类推的领域”。<sup>④</sup>为了填补可能的处罚漏洞,《解释》就将禁止进出口货物、物品解释为“包括绝对禁止和相对禁止两种,刑法规定的禁止进出口不限于绝对禁止的情形。”这样的解释,“涉及的是与已规定的事项完全不同的事实构成,但为了使制定法的调整目的能够实现,必须将其包含于制

①[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》(全本·第六版),黄家镇译,北京:商务印书馆,2020年,第473页。

②[奥]恩斯特·A·克莱默:《法律方法论》,第165页。

③[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》(全本·第六版),第478-479页。

④[奥]恩斯特·A·克莱默:《法律方法论》,第153页。

定法的这一规则中。”<sup>①</sup>我们必须清醒的是,对于刑法而言,“一个案件要么是由构成要件可能的文义所调整,要么没有。”<sup>②</sup>上述司法解释的结果,一方面违背了“开放型”刑法漏洞填补的基本规则与要求,“除非制定法有特别规定,‘所有的行为均不受刑罚’。”<sup>③</sup>它是“超出法律文义,寻找解决办法”<sup>④</sup>的思路。但刑法“禁止类推之处,同样比如不允许进行目的论扩张。”<sup>⑤</sup>另一方面,解释的结果就将在行政法律、法规中承担较轻法律后果的走私限制进出口的行为,在刑事法律中上升到上一个更为严重的走私绝对禁止进出口的货物、物品罪的规范内容中,这与比例原则以及法秩序的统一性原理相违背。“因为根据最后手段原则,法秩序的统一性是指刑法不得违背民法和行政法等法律,而不是后者服从前者。”<sup>⑥</sup>同样地,“人们理所当然地不会赞同一个故意惩罚无辜者的刑法制度。为了消除危害,维护安全,人们努力预防犯罪。如果故意惩罚无辜者,那么谁也不能因避免犯罪就能躲避刑法的损害。我们将总是面临被惩罚的危险,因此损害和不安全因素发生的威胁始终存在,使得目的在于维护安全的制度反而增加了不安全因素。”<sup>⑦</sup>

3. 对于走私犯罪这样一类标准的法定犯,应当坚持刑事违法判断相对性原则,在行政法中具有权利性质的行为,刑法的入罪判断(包括司法解释)应当慎之又慎,应当坚持在前置法中属于“授权”行为在刑法入罪化上的审慎立场。刑事司法解释“不能违背特定条文的规范目的和体系价值,不能为追求能动适用或创新性适用而损害条文含义的确定性,尤其不能为追求朴素的‘抽象正义’而舍弃法律规范所蕴含的‘要件正义’。”<sup>⑧</sup>可以说,《解释》的路径与结论,是管制本位主义的认知与思维惯性的产物。作为法定犯的走私犯罪,其前置法是认定是否成立犯罪的基本前提与基础。“从行政法的规范构成看,行政法既是‘行政管理的法’,又是‘管理行政的法’。但在本质上,它是‘管理行政的法’,也就是‘老百姓管行政机关的法’。”<sup>⑨</sup>如果从行政法也属于“管理行政的法”的认识出发,立足于市场主体的经济权利与义务的视角,对于市场主体或者普通自然人而言,进出口货物、物品,有三种基本的类型:一是可以进出口的权利。对于普通货物、物品,其基本的市场主体的经济权利就是,只要没有行政法上限制的可以进出口的货物、物品,市场主体履行了通关报关手续并依法缴纳关税,这种行为不仅合法,而且是市场主体或者自然人的基本经济权利,任何人无权禁止或者限制。二是可以申请许可的进出口相关货物、物品的权利。对于国家限制进出口的货物、物品,市场主体或者自然人有权利向海关等机关提出申请,海关等权力机关也有义务就是否可以进出口进行审核与许可,如果获得批准后可以进出口。没有获得许可的,就不可以进出口。也就是说,海关等有权机关可以不许可进出口。三是禁止进出口的货物、物品,市场主体或者自然人应当履行不进出口的义务。对于国家禁止进出口的货物、物品,市场主体或者自然人没有任何权利进出口,而只有履行遵守法律的义务。

如果刑法上将限制进出口与禁止进出口等同,即把未经批准走私进出口国家限制进出口的货物、物品与走私国家禁止进出口的货物、物品同样看待,产生同样的刑事责任,就是违反前置法基本原则与原理的。同时,作为“二次法”的刑法,能否在此刻对走私犯罪作完全不同于前置法的判断,本身就存有疑问。为此,对于刑法规制的走私犯罪与前置法的关系,必须作一体化的理解与解释。“从

①[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》(全本·第六版),第501页。

②[奥]恩斯特·A·克莱默:《法律方法论》,第155页。

③[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》(全本·第六版),第475页。

④[奥]恩斯特·A·克莱默:《法律方法论》,第165页。

⑤[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》(全本·第六版),第501页。

⑥杨春然:《最后手段原则规则化研究》,北京:人民出版社,2020年,第5页。

⑦[美]贝勒斯:《法律的原则——一个规范的分析》,张文显等译,北京:中国大百科全书出版社,1996年,第336页。

⑧戈峻、刘维:《创新与规制的边界:科技创新的政策法律调控之道》,北京:法律出版社,2018年,第233页。

⑨杨登峰:《行政法总论:原理、制度与实案》,北京:北京大学出版社,2019年,第1页。

协调的法律秩序统一体的思想中还可以推导出:在解决法律问题,也就是在判决具体纠纷的时候,民法、刑法和宪法的规范和原则通常必须联合起来适用。”<sup>①</sup>应当说,与刑法立法一样,行政法律、法规乃至行政规章的内容设定及其相应的法律后果的设置,应当是立法者、行政规章制定者在充分考虑各种行为及其法益侵害程度基础上,秉持法秩序统一性原则,进而审慎与缜密理念的一体化、体系化思考的结果,应当是立法者或者规章制定者深思熟虑的反映与体现,其集中表达了立法者或者规章制定者的价值判断、价值权衡与立法目的选择,此时对刑法与相关的行政法律、法规与行政规章,必须作整体的体系性解释,而不能无视前置法(规)本身的独立价值的存在,以及在立法上或者规章制定上的行为性质的已有判断,这是体系解释的基本规定性要求。否则,作为刑法适用必须考虑的前置法中分别规定的“行为类型”及其后果就失去了立法的价值,行政犯的“行政从属性”就失去了基础。<sup>②</sup>由此,我们应当对司法解释的法律续造所产生的事实上存在溯及力问题保持足够的清醒意识。

对于法定犯,“人们很容易认为,法定犯所禁止的行为之所以具有不法性,仅仅是因为其被刑法所禁止。根据时常被称为法律报应主义流派的观点,无论何时行为人之所以处于由国家制定的刑法的管辖范畴中,那么其受到的刑罚就具有正当性。”<sup>③</sup>但同时,我们也必须清醒的是,对于“逾越了合理边界”的“超出其字面含义的解释”,<sup>④</sup>“国家一直禁止一种可能直接造成损害的行为——即使这也必须诉诸再次犯罪化。但结果是,为了保护人们免受可能导致损害风险的新方式的侵害,对国家可以走多远并没有限制。”<sup>⑤</sup>不受程序控制与理论证成的犯罪化,一定有其危险性。

### 三、应当承认法律续造意义上的刑事司法解释刑法渊源地位

也许有反对的观点认为,在中国走向现代化的新时代,社会正处于急剧转型的百年未遇的历史变局中,刑法的社会保护的任务极其繁重,而且社会稳定也极具压力与风险,为此积极主义刑法观在不断倡导与强化,并在立法中犯罪化、重刑化走向日益得到体现(这也是积极主义刑法观的价值所在),<sup>⑥</sup>此时主张或者提倡严格意义上的罪刑法定原则及其禁止不利于被告人的刑事司法解释中续造规范的溯及既往,是不合时宜的,也是没有实践意义的。因为“解决犯罪问题”才是硬道理。所以,“所有国家的法官都有办法从束缚他的条文中解脱出来,如果正义要求这样做的话。为了这个目的,有各种方法可供使用。”<sup>⑦</sup>

但是,即便如此,我们更应当意识到,越是在社会转型剧烈、社会的刑法控制需求旺盛、民意表达强烈的情况下,在越来越强势的积极主义刑法观的理论与实践语境中,对于法治建设仍然在路上、刑事法治难点与“痛点”居多的当下中国,越是要保持对刑法与刑罚的理性认知与克制态度。司法应当防止刑法适用的过分冲动,使得刑事法律在法治的轨道上平稳、有序且安全地运行,进而实现刑法的社会保护与人权保障的有机统一与平衡,最终形成一个稳定、安全与可持续的社会秩序。作为一种“双刃剑”,我们应当认识到,“刑法是一种不得已的恶,用之得当,个人与社会两受其益;用之不当,个人与社会两受其害。因此,对于刑法之可能的扩张和滥用,必须保持足够的警惕。不得已的恶只能

①[德]魏德士:《法理学》,丁晓春、吴越译,北京:法律出版社,2005年,第320页。

②蔡道通:《体系解释与目的限缩:行刑竞合案件解释规则研究》,《南京师大学报》(社会科学版)2020年第3期。

③[美]胡萨克:《刑法哲学》,第634页。

④[德]金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》(第6版),蔡桂生译,北京:北京大学出版社,2015年,第30页。

⑤[美]胡萨克:《过罪化及刑法的限制》,第57页。

⑥代表性著作可参见付立庆:《积极主义刑法观及其展开》,北京:中国人民大学出版社,2020年;张明楷:《增设新罪的原则——对积极刑法观的支持》,《现代法学》2020年第5期。

⑦[法]达维德:《当代主要法律体系》,漆竹生译,上海:上海译文出版社,1984年,第110页。



不得已而用之,此乃用刑之道也。”<sup>①</sup>对刑法适用中的法律续造与类推适用的冲动,我们必须保持时刻警惕。“刑事法治现代化语境下类推的不同侧面有着各自不同的命运,作为法律适用的类推制度和作为法律解释方法的类推解释不具有合法性和正当性,而作为法律推理的类比推理也始终面临罪刑法定原则的拷问。”<sup>②</sup>

法治是一种妥协以及利益平衡的规则与制度安排。一方面,在立法不可能频繁进行修正的情况下,为了社会治理的需要与回应社会的刑法关切,对于刑法司法解释中具有法律续造的内容,哪怕其具有“类推”的嫌疑,也有其正当性的存在,且构成了事实上的“刑法的渊源”,<sup>③</sup>具有刑法渊源的地位。<sup>④</sup>另一方面,基于罪刑法定原则要求,我们又应当承认其客观上存在能不能回溯既往的效力问题,而不应当认为就是立法中当然包含的含义。因此,不可以产生对行为人不利的溯及既往后果。“在解释一项法律时,若个案正义和法的安定性相互矛盾,则应当寻求一种折中的方案,该方案既能使人们认识到一半的解释路径,也能为个案考量留下余地。”<sup>⑤</sup>

理智而不乏长久效率的做法应当是,解释者在每一个解释规范后明示:从解释颁行之日起,规范之后发生的行为。这种做法,看似违反了刑法解释的基本原理,甚至与现行法律与规范相冲突,但基于其本身的“造法”功能与法律续造的现实,从实质正义的角度看,承认其实际上存在需要研究的刑法渊源地位以及存在是否具有溯及力问题,就具有实质上理论与实践的正当性和合理性。<sup>⑥</sup>这样做,一方面捍卫了罪刑法定原则的人权保障机能,昭示着在公民刑法面前基本的法的安定性的国家承诺,进而体现法治的基本精神、基本原则、实质理性与人的尊严;另一方面,体现了国家足够的政治自信、治理勇气与法治担当。即在立法的犯罪化之前,对解释前发生的行为,排除入罪化适用,但可以通过前置法充分有效的落实,最大限度地让不法行为承受其应当付出的代价。如前文所述,在制度的安定、安全、可预期与个案的正义之间,前者对法治、对国家、对社会与个人的价值与意义更为重要。从这个意义上说,“法律常常在获得一般正义的同时损失了个别正义”<sup>⑦</sup>就有其一定的必然性与正当性,用一定的个案正义的牺牲换取制度正义与安全,就是罪刑法定原则的必然要求与当然选择。

面对司法实践的刑法需求,对于法定犯,司法解释坚守基本的解释边界其实压力更大、困难更多,尤其是在目的解释较为盛行的情形下。<sup>⑧</sup>“行政法刑法化也应尽可能遵守法定原则所要求的明确性原则,这种刑法禁止应当将加害行为的模型明确勾勒出来,而不能单纯地用行政犯规和危害结果记述这种刑法禁止,也就是说,不能否定‘行为’的记述价值。”<sup>⑨</sup>为此,如何理性自觉地约束国家刑罚权适用的本能与冲动,进行刑罚权适用的内部制约,下列的见解值得借鉴:“就个人将来的决策而言,他可能有理由将某种限制施加于自身。尤利西斯决定,为了抵御海妖的诱惑,他应该被缚于桅杆之

①陈兴良:《刑法的价值构造》(第三版),北京:中国人民大学出版社,2021年,第25-26页。

②刘树德:《刑事法治现代化语境中的“类推”——以裁判文书说理方法为视角》,《法治现代化研究》2017年第2期。

③从理论上说,如果刑事司法解释的内容事实上具有法律续造的性质,多由立法机关再进行立法解释加以纠偏。参见聂友伦:《论司法解释的权力空间——我国《立法法》第104条第1款的法解释学分析》,《政治与法律》2020年第7期。学者研究表明,即便是指导性案例,都具有弱法源地位。参见雷磊:《指导性案例法源地位再反思》,《中国法学》2015年第1期。

④在大陆法系国家中,除制定法和习惯法之外,将法官造法而形成的规则“视为规范性的(补充法律的)辅助法源,或者干脆称为独立法源,似乎不是不合适。”参见[奥]恩斯特·A·克莱默:《法律方法论》,第213页。

⑤[德]罗尔夫·旺克:《法律解释》(第6版),第123页。

⑥其实,现有的司法解释本身,司法机关也是存在有限承认刑事司法解释的溯及力问题的。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》第3条规定:“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。”这一解释内容,客观上也为分析刑法司法解释具有续造规范的现实与相应的溯及力问题,提供解决问题的一个视角、一种路径。

⑦徐国栋:《民法基本原理解释》,北京:中国政法大学出版社,1994年,第138页。

⑧劳东燕教授指出,应通过法教义学的内部控制与合宪性的外部控制,来实现对目的解释的规制。参见劳东燕:《功能主义的刑法解释》,北京:中国人民大学出版社,2020年,第196-197页。

⑨杨春然:《最后手段原则规范化研究》,第306-307页。

上,并且指示他的船员:‘如果我乞求你们放开我,那么你必须绑紧并且使我更难解开。’一个试图戒烟的吸烟者可能藏起自己的香烟,一个喜欢打盹的严重嗜睡者可能将闹钟放在够不着的床的另一边,一个深度酗酒者可能在晚会一开始就将车钥匙交给他的朋友,并严格告知当午夜要车钥匙时不要返还。”<sup>①</sup>对于刑法,“我们应当以国家本来就容易依赖于刑法的抑制机能和秩序维持机能的组织为前提,持续不断地监视其偏向。”<sup>②</sup>

对于刑法有权解释的续造规范,以及相应的司法解释的效力,为了抵御溯及力适用的“海妖诱惑”与可能偏向,应当下决心事先束缚自己,在严格约束司法解释的续造规范的同时,承认法律续造意义上的刑事司法解释具有刑法渊源地位,明确规定只对解释之后发生的行为进行适用,既符合实际,又不违法理,从而让刑法的安全与明确成为人民对美好生活的追求与向往的当然内容与底线保障。

(责任编辑:邵泽斌)

## **Retroactivity of Criminal Judicial Interpretations: An Analysis Focusing on Provisions of “Prohibition” in the Judicial Interpretation of the Crime of Smuggling**

CAI Daotong

**Abstract:** In China’s legislative context and the theoretical discourse system of criminal law, the retroactivity of judicial interpretations of criminal law seems to be not only a false proposition that is politically incorrect, but also a false topic that does not receive any support from both theory and practice. But if we take the issue seriously, we will find that the legal construction caused by judicial interpretations is very common. In the judicial interpretations, the interpretation of the provisions concerning prohibition in the crime of smuggling as “including absolute prohibition and relative prohibition” is an unreasonable legal construction, which is suspected of exceeding authority. The prohibition in the crime of smuggling is “relative permission” and should not be interpreted as “relative prohibition”. As for the criminal justice interpretation having the effect of legal construction, we should acknowledge its status as a part of criminal law and make it clear that it has no retroactivity when it does no good to the parties involved. This is not only in line with the reality but conforms to the law as well. In doing so, the core value of the principle of legally prescribed crimes and punishments can be maintained to the greatest extent.

**Keywords:** judicial interpretation; retroactivity; smuggling crime; absolute prohibition; relative prohibition

**About the author:** CAI Daotong, PhD in Law, is Professor and PhD Supervisor at School of Law, Nanjing Normal University (Nanjing 210023).

---

①[美]沃尔德伦:《法律与分歧》,王柱国译,北京:法律出版社,2009年,第339页。

②[日]西原春夫:《刑法的根基与哲学》(增补版),顾肖荣等译,北京:中国法制出版社,2017年,第64页。