

## 对刑法兜底条款的解释

王安异

**内容提要:**兜底条款是指在刑法分则中以“其他……”方式对列举事项作总括性规定的罪刑条款。我国刑法吸收了“只合同类规则”,对其同类标准有所深化。该规则具有天生的局限性,总体上倾向于限制解释,不利于弥补漏洞,也不利于明确兜底条款的规范内容。该规则以防止兜底条款的“口袋化”为基本预设,限制其适用范围,使其补充功能被削弱,使补充法规无法得以贯彻。鉴于兜底条款较低的可预测程度,对具体问题应采用各种解释方法,遵守这些方法的位阶,予以层层解析,以防出于抽象目的或政策而进行的随意解读。只合同类规则虽然不否认补充功能,但难以兼顾各种情况,其判断标准也欠缺必要的确定性,因而并非解释该条款的统一法则。

**关键词:**兜底条款 构成要件 同类规则 刑法解释

王安异,中南财经政法大学刑事司法学院教授。

刑法分则中以“其他……”方式对列举事项作总括性规定的罪刑条款,理论上被称为兜底条款。该条款有两个面向,对于社会的进步和复杂化,在立法上有利于增加规范的概括性和应对能力,<sup>[1]</sup>而对于刑法解释和适用,则要避免被“口袋化”,维护明确性原则。<sup>[2]</sup>对此,我国刑法理论上聚讼纷纭,对策众多,以非法经营罪为例,即有立法废改说、限制解释说、平衡机制说等,<sup>[3]</sup>其中“只合同类规则”获得了较大的共识。但该规则不仅本身的合理性有待证实,而且在解释方法上显得太过单一,无法应对复杂的情况。本文从只合同

[1] 参见国外刑事法研究,如[法]米海依尔·戴尔玛斯-马蒂著:《刑事政策的主要体系》,卢建平译,法律出版社2000版,第63页。在德国刑法学中,立法者对这种“一般性”罪刑条款的钟爱显得尤其明显。参见Vgl. Tiedemann, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, J. C. B. Mohr, 1969, S. 5。

[2] 参见陈兴良:《刑法的明确性问题:以〈刑法〉第225条第4项为例的分析》,《中国法学》2011年第4期,第120页;于志刚:《口袋罪的时代变迁:当前乱象与消减思路》,《法学家》2013年第3期,第67页。

[3] 持这些观点的文献有很多,择其要者进行介绍。其中,主张立法废改说的,参见徐松林:《我国刑法应取消“非法经营罪”》,《法学家》2003年第6期,第115-116页;限制解释说说是通说,文章中将进行重点论述,在此不一一列举;而平衡机制论也有很多支持者,最具代表性的是储槐植教授。参见储槐植、宗建文著:《刑法机制》,法律出版社2004年版,第122页。

类规则切入,依据规范功能检讨其解释规则,探究科学的解释方法,以解决实践中出现的各种难题。

## 一 对刑法兜底条款的解释规则

### (一)只含同类规则的来源及其局限性

只含同类规则源自拉丁语“*eiusdem generis*”,是指在法律对某些事物进行列举却未能穷尽时,若随后附有总括性规定,则对该规定的解释只能限于与所列举者同类的事物。这一规则在美国司法中属“文本原则”的一种,通常用于指导对兜底内容的解释。在我国刑法中,这一规则最早由储槐植教授提出。他认为,对于兜底条款的理解必须结合其列举事项,限于与之同类的情形,而不能包括不同类的部分。<sup>[4]</sup>对此,理论上也有不同的提法,如同类解释规则、同质性解释规则等,本质无殊。

只含同类规则,与大多数源自普通法系国家的司法原则一样,是法官在正当程序中的某种选项,并非唯一。这些司法原则包括三大类,即文本原则、实质原则和服从原则,分别包括平义解释、只含同类、按照基本价值解释、有利于被告人、服从行政解释、回避荒谬等规则。<sup>[5]</sup>例如,“法令的意义必须首先见于法律语言,如果是平义的……法院的唯一职能就是依条文执行”,<sup>[6]</sup>这就是平义解释规则。再如,在圣三一教堂诉美国案中,美国联邦最高法院认为,“法律不得侵犯基本的社会价值”,<sup>[7]</sup>此为按照基本价值解释规则。只含同类规则是限制司法擅断的技术规则,基于体系上的合理性,要求在解释时应维持内部和外部的一致性,即对具体条款的解释不得脱离其他规定。美国联邦最高法院在判决中指出:“在列举特定类别、特定人或事之后尚附有总括性语词者,则其只应与所列举之人、事有相同的性质或类型。”<sup>[8]</sup>这种体系上的一致性,是该规则的内在根据,一定程度上能限制恣意,维护规范的明确性。然而,这并非先验和不容置疑的,在适用时也受到规范文本、实质特征、体系基础及立法意图等多方面限制。否则,仅着眼于列举事项,以此为立论根据和类比理由,限定其规范逻辑或解释方法,而忽略刑法的功能,则无异于刻舟求剑。

我国刑法学采取“拿来主义”态度,吸收了只含同类规则,深化了对同类标准的认识。对于同类标准,理论上相继出现了类似情形说、相当说、同一类型说、实质相同说、语词类同说、等价性说等不同观点。类似情形说主张兜底内容应与列举的情形类似,如在罪状中

[4] 储槐植著:《刑事一体化与关系刑法论》,北京大学出版社1996年版,第359页。

[5] 文本原则是指依据文本词义进行解释的原则,包括平义解释、禁止多余、只含同类、明示其一即排除其他、类似情况、从其上下左右而断其意、分配解释、一般无损特殊等规则;实质原则是指导法院在法律解释中优先选择弘扬特定价值或政策结果的原则,包括统一解释、按照基本价值解释、有利于被告人、避免危及国家主权、不利于提供方等规则;服从原则是指指导法院在法律解释中服从其他机构如行政机关或国会之解释的原则,包括服从行政解释、宪法回避、明确陈述、后法优于前法等规则。

[6] *Caminetti v. United States*, 242 U. S. 470 (1917).

[7] *Holy Trinity Church v. United States*, 143 U. S. 457 (1892).

[8] *Anderson & Kerr Drilling Co. v. Bruhlmeier*, Tex. Civ. App., 115 S. W. 2d 1212; *United States Department of Labor v. Peavy-Wilson Lumber CO., Inc.*, 213 U. S. Dist. 846 (1943); *Connecticut Nat'l Bank v. Germain*, 112 S. Ct. 1146, 1149 (1992).

列举几项典型情形之后,以“其他……”这种语词加以概括的,即为“将相关类似情形划入刑法打击的范围”。〔9〕相当说则认为有相当性即可,例如以危险方法危害公共安全罪,“以其他危险方法”就应限于与放火、决水、爆炸、投放危险物质“相当的方法”,而不可泛指,不包括此外的“具有危害公共安全性质的方法”。兜底条款既然存在于相关罪刑条款之中,也就必须与前面所列举的行为相当。〔10〕同一类型说提出应进行类型性判断,即兜底条款虽规定了“一般性的类别”,但并不跑偏,“应当与具体列举的人或物属于同一类型”。〔11〕实质相同说提出,以某罪之兜底条款进行归责的犯罪行为,应当与该罪明示列举的部分具有“同质性信息”,这种“同质性信息应从该罪的犯罪实质中予以探析”。〔12〕持语词类同说者主张,只含同类规则反映了兜底条款“总括性语词与确定性语词之间”的“类同性”,体现为“在事项或情形属性方面的类同”,判断时应当依据“罪状中明确列举的构成要件要素”进行“类比推断”,“界定该总括性构成要件要素的内涵”,以实现刑法的明确性与确定性。〔13〕等价性说则主张,在判断某行为是否属兜底条款的规制范围,是否归于所谓的“其他手段”、“其他方法”时,“必须按照‘等价性’、‘相当性’标准来考量”。〔14〕从根本上讲,上述标准都在限定兜底条款的规范内容和适用范围,至于是否符合其规范文本、立法意图及体系基础,则不得而知。

本文认为,只含同类规则属文本原则的范畴,总体上倾向于限制解释,具有天生的局限性,不利于弥补漏洞,也不利于明确兜底条款的规范内容。在兜底条款的两个基本面向中,一方面要补充列举的不足,堵塞规范的漏洞,因而需通过解释探寻其补充内容,不可局限于列举事项,防止对法律漏洞的放任;另一方面又要符合刑法明确性的要求,不能因过于拘谨而自说自话、含糊其辞。在美国法中,正如每一个规则都有与之相对立的规则,只含同类规则也不例外,并非解释兜底条款的“不二法门”。〔15〕在德国法中,自萨维尼以来,确立了基本的法律解释方法,即文义解释、历史解释、体系解释和目的解释,并没有特别强调该规则。我国刑法中对兜底条款的解释虽然起步较晚,问题较多,但始终着眼于补充漏洞,以免影响刑法的公正。

## (二) 只含同类规则无法契合兜底条款的规范功能

只含同类规则与兜底条款的堵截功能不洽,具有天然的局限性。兜底条款具有堵截功能,能概括一些未叙明的规范内容。在刑法教义学中,其理论形象为堵截构成要件。该概念在我国最早也由储槐植教授提出,是为堵截刑法规范列举、描述无法充类至尽者而予

〔9〕 储槐植、宗建文著:《刑法机制》,法律出版社2004年版,第122页。

〔10〕 张明楷:《注重体系解释,实现刑法正义》,《法律适用》2005年第2期,第37页。

〔11〕 陈兴良:《口袋罪的法教义学分析:以以危险方法危害公共安全罪为例》,《政治与法律》2013年第3期,第10-11页。

〔12〕 刘宪权:《操纵证券、期货市场罪“兜底条款”解释规则的建构与应用》,《中外法学》2013年第6期,第1181页。

〔13〕 梁根林:《刑法适用解释规则论》,《法学》2003年12期,第51-52页。

〔14〕 付立庆:《论刑法用语的明确性与概括性——从刑事立法技术的角度切入》,《法律科学》2013年第2期,第95页。

〔15〕 Llewellyn, Karl N., Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules of Canons about How Statutes are to be Construed, 3 Vand. L. Rev. 395 (1950), p. 401.

以概括规定的要件。<sup>[16]</sup> 该要件是立法上对未尽事宜所进行的技术性处理,表现为总括性语词,其纵深宽广,而只含同类规则却没有这样的意境。

堵截构成要件有功能性,可因不同层面的挖掘而丰富其类型性形象,以因应现实的需要。在德国刑法中,该形象在个罪中表现不一:或者通过概括力的扩张,如德国《刑法典》第283条破产罪第1款第8项,“尽量涵盖规范所未列举的事项,使之可充分表现于构成要件”;或者与列举事项结合,组成完整的构成要件,如第146条伪造货币罪第1款第3项,使整体考察成为可能;<sup>[17]</sup> 或者“关注刑法中的‘灰色地带’”,如德国《贷款业务法(KWG)》第54条的未经许可的经营、交易罪,通过参照其他部门法规定补足其内容,消减模糊状态;<sup>[18]</sup> 或者充当“基础犯罪”,如德国《刑法典》第246条侵占罪,使构成要件具有更大的适用空间;<sup>[19]</sup> 或者借助于“违反法律或善良风俗”而对未列举的行为进行延伸,续造可罚性行为,如德国《反不正当竞争法(UWG)》第17条泄露经营或营业秘密罪中“其他未经授权”,<sup>[20]</sup> 等等。其堵截方式林林总总,不一而足,用于补充列举的不足,涵摄能力也各有不同。即使在美国刑法的抗辩式体系中,对兜底条款的解释也不可能用一种方法或立场“包打天下”,除了平义解释、只含同类规则等文本原则外,还有基本价值解释、避免危及国家主权原则、服从行政解释、宪法回避等原则也都可适用,以修正文本原则的偏差。我国刑法中,随着兜底条款在立法中的膨胀,解释论上总体持限缩的立场,一方面不断因应社会变化和刑事政策的需要,另一方面却在衔勒约束,以正其轨。

从功能上看,只含同类规则立意较窄,难以达到堵截构成要件的规范纵深。

### 1. 不足以发掘兜底的内容

对兜底条款的解释,可在其他部门法、文化规范、刑法学教义中寻找补充内容,不拘泥于列举事项。其中最值得讨论的,是参照其他部门法的刑事处罚则。在我国,这些刑事处罚则没有规定法定刑,难以直接用于定罪处刑,并非真正的附属刑法,而对刑法中兜底条款的解释则可为参照的依据。以非法经营罪为例,《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》第11条和第15条、《关于审理扰乱电信市场管理秩序案件具体应用法律若干问题的解释》第1条、《关于办理赌博刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第6条、《关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第7条、《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7条,分别与《出版管理条例》第61条、《电信条例》第68条、《彩票管理条例》第38条、《信用卡业务管理办法》第70条、《药品管理法》第73条等相对应,在法律体系上维持了内容上的一致性。在德国刑法中,这些刑事处罚则甚至可直接作为刑法典中一些罪名的兜底内容。如德国《贷款业务法(KWG)》第54条规定:“(1)从事本法第3条及第53b条第3款第1、2项所禁止之业务

[16] 储槐植著:《刑事一体化论要》,北京大学出版社2007年版,第63页。

[17] Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze (Beck'sche Kurz-Kommentar), 52. Aufl. C. H. Beck, 2004, S. 994, 1930.

[18] Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht BT, 3. Aufl., Carl Heymann Verlag, 2011, S. 190.

[19] Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze (Beck'sche Kurz-Kommentar), 52. Aufl. C. H. Beck, 2004, S. 1589.

[20] Hammer, in: Peter Graf/Jaeger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, C. H. Beck, 2011, S. 2340.

的；(2)不符合第32条第1款第1项之条件从事银行业务或者提供金融服务的”，构成未经许可的经营、交易罪。该条类似于我国的非法经营罪，虽在附属刑法中，却有确定的法定刑，可充当“《刑法典》第263条诈骗罪、第266条背信罪”的兜底，发挥堵截功能。<sup>[21]</sup>既然如此，以这些刑事罚则充当、进一步明确兜底的内容也就不应被忽视。

发掘兜底的内容并不限于类比推理，因而缺乏独尊只含同类规则的基础。所谓类比推理，是指建立在相似性的概念基础上所进行的推定，是只含同类规则的逻辑基础。以其他部门法中刑事罚则为兜底内容的条款，明显已经超出了刑法列举的范围，不能借助于概念的相似性来推论。在参照过程中，也涉及刑法的独立性和从属性问题，理论上存在独立性说和从属性说的对立。虽然对兜底条款的解释应依据刑法的立场和方法进行，即必须依从刑法的独立性，但也须遵循其在各行业、部门、领域本来的意义，而这种刑法规范所无法涵盖的也就是只含同类规则无法波及的领域。

## 2. 无法兼容“基本法优于补充法”规则

在适用兜底条款时，应遵从“基本法优于补充法”规则。该规则是用来处理补充关系或偏一竞合关系的法则，为补充法规则，强调作为堵截构成要件的法条应该退至被补充者之后。例如，德国《刑法典》第283条（破产罪）第1款第8项规定的“以其他违反经济秩序的方式减少其财产存量，或者掩盖、隐藏其实际的经营关系”即为堵截构成要件，<sup>[22]</sup>“几乎涵盖了第1-7项所规定的全部构成要件”，<sup>[23]</sup>在与其竞合时也就必须让位，否则没有后者的适用空间。在我国刑法中也应如此。以其他危险方法危害公共安全罪被规定于兜底条款中，“其他危险方法”属概括性语词，为了不挤兑放火、决水、爆炸等概念的文义空间，这些方法倘若又符合放火、爆炸等特征的，就需要考虑法条竞合，在适用时让位于放火罪、爆炸罪等。如从高楼上推下煤气罐、在矿井中自焚等均属“其他危险方法”，但若发生煤气罐或矿井瓦斯爆炸的，就应该以爆炸罪论。

“基本法优于补充法”规则有利于实现兜底条款的堵截功能，难免允许其必要的扩张。仍以非法经营罪为例，按照补充法规则，其兜底条款应为前三项所未规定的内容，而在我国附属刑法不发达的条件下，这种扩张也使该罪成为兜底罪名，在罪名体系中发挥堵截的作用。<sup>[24]</sup>如《关于办理妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第6条所规定的“哄抬物价、牟取暴利”行为，本系我国刑法的漏洞，而在兜底罪名意义上把握，就有助于弥补这种漏洞。在德国《刑法典》第291条和《经

[21] Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht BT, 3 Aufl., Carl Heymann Verlag, 2011, S. 190.

[22] 根据德国《刑法典》第283条的规定，“在资不抵债、有可能或实际无支付能力的情况下”，转移、藏匿、毁灭、损害、消费、负债、支付、虚构债权、妨害清算等行为，成立破产罪。其中，第1款第8项规定为兜底条款，直接规定为“以其他的、违反经济秩序的方式减少其财产存量，或者掩盖、隐藏其实际的经营关系”，属堵截构成要件。

[23] Tiedemann, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, 12. Aufl. 2009, § 283, Rn. 189.

[24] 非法经营罪是兜底罪名，参见1998年12月17日最高人民法院《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》第11条规定。我国刑法理论上承认相对的兜底罪名，而否定绝对的兜底罪名，因为后者更像“口袋罪”。（参见陈兴良：《刑法的明确性问题：以〈刑法〉第225条第4项为例的分析》，《中国法学》2011年第4期，第120页）非法经营罪虽然比普通相对兜底罪名的口径更宽，但并不失为权宜之计，其规范内容在解释中得以细化，且在其他部门法中有众多相对应的条款，也不是当然就违反明确性原则。

济刑法典》第3-6条暴利罪中分别都对哄抬物价、牟取暴利行为予以犯罪化，<sup>[25]</sup>同时在《烟草生产规定(TabakProdV)》第10条、《烟草产品规定(TabakV)》第6条却没有将未经许可经营烟草规定为犯罪，<sup>[26]</sup>显然认为前者危害性高于后者。再如“官商勾结”的非法经营行为，在丁书苗非法经营案中，被告人干预招标，以所谓“中介费”的名义收取费用，非法所得达30亿元人民币，严重扰乱铁路建设工程招投标市场秩序，被判成立非法经营罪。<sup>[27]</sup>这也可被视为基于补充法规则的扩张。通过该规则，不仅有利于发现、堵塞规范漏洞，而且能够丰富、梳理、检讨兜底条款的内容。

偏离补充法规则，就容易导致堵截功能的“口袋化”。这种偏离主要表现为：其一在处理这些问题时采用“从一重处”的法则，<sup>[28]</sup>其二在认定上更易适用总括性规范。<sup>[29]</sup>理论上对这种“口袋化”的批判主要包括“口径太大”、沦为“小口袋罪”、绝对的兜底罪名等，主要原因是“补充法”对“基本法”的反向压缩和逼迫。<sup>[30]</sup>这些兜底条款一方面惯用总括性语词，如果其适用不注意从解释方法上加以限制和完善，就习惯于便宜行事，率先套上总括性规范，从而偏离了刑法的公正、安全和精细化；另一方面兜底罪名往往还有较大的法定刑幅度，上限较高，也就成为“从一重处”时的首选。

只含同类规则的适用，在逻辑上过分依赖列举事项，与补充法规则不相容。例如，行为人在取得许可证的条件下，通过官商勾结倒卖、垄断烟草专卖品，情节严重的，是否成立非法经营罪？有学者主张，行政许可原则上可阻却“非法”，只有通过“不正当手段取得了行政许可而实施的行为”，才考虑其法益侵害，以犯罪论处。该观点遵循了只含同类规则，却与补充法规则不洽。因为该场合是应依据兜底条款评价的，是其发挥堵截功能的所在，而非依据该罪第1项规定中“未经许可”进行同类推理，该行为是否“非法”，不能仅限于是否取得许可及其取得手段是否正当，也应考虑其官商勾结的行为。若纠缠于取得经营许可的手段是否正当，则没有脱离“未经许可”即列举事项的文义射程，没有体现补充法规则，也就会进行太过严格的限制解释。

单纯倚重只含同类规则，容易偏离堵截构成要件的基准。例如，《关于办理妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第1条第1款规定：“故意传播突发传染病病原体，危害公共安全的”，成立以危险方法危害公共安全罪。有学者基于该规则对该罪的适用提出质疑，认为“该《解释》故意规避适用刑法第330条妨害传染病防治罪，把故意传播突发传染病病原体的行为解释为以危险方法危害公共

[25] 在德国刑法中，暴利罪包括各种利用他人困境、无经验、欠缺判断能力、重大意识缺陷、哄抬物价而获利的行为，为侵犯财产犯罪。Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze (Beck'sche Kurz-Kommentar), 52 Aufl. C. H. Beck, 2004, 1956-1963.

[26] Bitter, in: Graf/Jaeger/Wittig (hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, C. H. Beck, 2011, S. 2193-2197.

[27] 《25亿！丁书苗创个人罚金新高》，《北京青年报》2014年12月17日第A06版。

[28] 如2010年3月2日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理非法生产、销售烟草专卖品等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第5条；2014年11月18日最高人民法院、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7条第4款；2013年4月28日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理危害食品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》第11条第3款。

[29] 欧阳本祺：《对非法经营罪兜底性规定的实证分析》，《法学》2012年第7期，第125页。

[30] 于志刚：《口袋罪的时代变迁：当前乱象与消减思路》，《法学家》2013年第3期，第67-68页。

安全罪”，有“避轻(罪)就重(罪)”的嫌疑。<sup>[31]</sup>但这种质疑无疑忽视了妨害传染病防治罪系过失犯罪，无法用来评价该故意行为，如果不适用该兜底罪名，就会造成法律漏洞，放纵该故意犯罪行为。换言之，如果硬要以只含同类规则否定该兜底罪名的适用，就会否定传播突发传染病病原体行为的客观、具体危险性，造成对“危险方法”在理解上的疏漏，使惩处该故意行为变得无法可依。

### 3. 难以统一所谓的同类标准

依据列举事项可推论犯罪的类型特征，却不易得出其他的同类标准。有学者主张：适用以“其他……”为内容的堵截构成要件，必须受到限制才能“避免被任意解释”，即限于“不得已”的场合，而且“法条本身应能明示或暗示‘其他’这一用词的内涵和外延”。<sup>[32]</sup>按照笔者粗浅的理解，这种“不得已”毋宁是指“基本法优于补充法”规则，而法条本身的“明示或暗示”也不能大而化之，不足以成为类比推定的依据，尤其是所谓“暗示”，一旦脱离类型性，即容易被附会，而如果没有脱离类型特征，则无另行类比推定的必要。

以非法经营罪为例，按照只含同类规则推导的所谓“同类标准”，一方面在刑法中扩张行政权力，另一方面却限制了兜底条款的适用，放纵更严重的犯罪。如有论者认为，该罪的列举事项具有“共性的特点”，即“打击对象都直指‘未经许可经营法律、行政法规规定由特定主体才享有经营权的特定物品、业务的行为’”。对兜底条款的解释也就应限于此，为未经许可经营或违反市场准入制度的行为，如《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》即符合该限制解释的要求，而《关于办理妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》所规定的“哄抬物价、牟取暴利”则不具备该共性特征，“显然违背了这一要求”。<sup>[33]</sup>这种论断的问题就在于其所谓“共性的特点”，不能成为同类标准。因为许可经营或市场准入均为行政法所保护的法益，该法益侵害并非当然的实质可罚性依据，而上述解释所规定的哄抬物价、牟取暴利行为不仅扰乱了市场秩序，而且侵犯了消费者合法权益，严重损害了商业伦理，其危害性大于经营非法出版物行为，<sup>[34]</sup>该观点在入罪问题上所进行的扩张和限缩，毋宁说是苛责轻罪而放纵重罪。不仅如此，非法经营罪条下第1-3项的共性特征也并非仅限于“未经许可经营”，如第2项所规定的“买卖进出口原产地证明”行为，则不是上述所谓的“同类”。

就某些问题，依据只含同类规则虽能得出合理的结论，但也留有被任意解释的风险。例如对2013年9月10日最高人民法院、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》第7条所规定的非法经营行为，理论上诟病较多。依据只含同类规则，行政法规中关于“对经营性互联网信息服务实行许可制度”并不包括该行为，因而其没有对市场准入秩序构成破坏，不宜以非法经营罪论处。<sup>[35]</sup>该结论

[31] 梁根林：《刑法适用解释规则论》，《法学》2003年12期，第52页。

[32] 储槐植著：《刑事一体化与关系刑法论》，北京大学出版社1996年版，第359页。

[33] 武良军：《非法经营罪堵截条款异化之研究》，《环球法律评论》2014年第5期，第45页。

[34] 该行为没有侵犯个人法益，在德国刑法中也没有被犯罪化，因而很难说其危害性重于灾害期间哄抬物价、牟取暴利行为。Vgl. Ernst, in: Peter Graf/Jaeger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts-und Steuerstrafrecht, C. H. Beck, 2011, S. 2269 - 2293.

[35] 武良军：《非法经营罪堵截条款异化之研究》，《环球法律评论》2014年第5期，第45页。

虽然合理,但以只含同类规则为理由却没有太大的说服力。该解释规定要求其行为“以营利为目的”,赋予了非法经营罪新的内涵,进行了主观化的诠释,此为其欠缺合理性的根本所在。如果仅着眼于是否违反市场准入秩序,则很难加以反驳,难以遏制其入罪化的任意扩张。

## 二 对刑法兜底条款的解释方法

只含同类规则对兜底条款的解释方法也缺乏必要的贡献。从方法论上看,对兜底条款的解释就是要挖掘其未叙明的实质内容和类型特征,这些包含于总括性语词,可预测性程度较低,很难以所谓同类标准“一言以蔽之”。

刑法规范不要求明确到不用解释的程度,就兜底条款而言,也不当然就违反罪刑法定原则,其总括性语词也有规范的边界。刑法的明确性,在教义学上通常应“从公民的视野来确定”,<sup>[36]</sup>须“基于实证法的规定而能够预见某个行为是否可罚”,至少其适用范围和文义射程“可以通过解释予以明了”。<sup>[37]</sup>兜底条款中用于补漏的部分不是真正的空白,或任人解读的“灰色地带”,而是必要的留白,其文意不断,给现实关怀、政策取向、社会发展等留有余地。既然上述规范内容没有达到相应的可预测性程度,就需要借助于解释的逻辑,通过科学的解释方法和位阶,以层层挖掘,直至明确其实质和类型特征。

对解释方法的位阶问题,理论上肯定说与质疑说的争论,<sup>[38]</sup>本文赞成肯定说。就兜底条款而言,对其精细化的解释若遵循科学的位阶,则不仅更能从容不迫,使之细致而不失措,而且可逐步照亮解释中的迷途。具体而言,这种位阶就是“文义解释→体系解释→目的解释”,本文即沿着该路径展开全面的解释,并对只含同类规则进行方法论的检讨。

### (一)文义解释:回归总括性语词的文义

在中外刑法中,文义解释大致相当于平义解释,是法律适用的出发点,兜底条款也不例外,在类型特征明确时,通常不应扩张或限制解释。美国联邦最高法院指出:“我们起始于众所周知的法律解释原则,即以法令本身的语意作为解释该法令的起点。如果缺乏相反的、被明确表达的立法意图,那么该文义通常就是决定性的。”<sup>[39]</sup>在德国刑法中,对兜底条款也通常依文义进行解释。如德国《刑法典》第263a条第1款“计算机诈骗罪”第4目为兜底条款,即“以其他无权干扰数据处理过程的行为”,<sup>[40]</sup>着眼于“干扰数据处理过

[36] BverfGE 71 108, 116.

[37] BverfG Beschl vom 2. April 2009 2. BvR. 1468/08.

[38] 肯定说主张,各种解释方法之间有一定的位阶关系,是否得以遵循影响解释的结论及其合理性。参见苏彩霞:《刑法解释方法的位阶与运用》,《中国法学》2008年第5期,第98页;程红:《论刑法解释方法的位阶》,《法学》2011年第1期,第43页。质疑说主张,刑法解释方法没有明显的位阶,在司法实务中完全可能“各取所需”,目的解释具有相对的决定性。参见周光权:《刑法解释方法位阶性的质疑》,《法学研究》2014年第5期,第168页。

[39] Consumer Product Safety Commission et al. v. GTE Sylvania, Inc. et al., 447 U. S. 102 (1980).

[40] 德国《刑法典》第263a条第1款“计算机诈骗罪”规定:“为了本人或第三人的非法获利,通过不正确地设定程序、使用不正确或不完整的数据、无权使用数据或以其他无权干扰数据处理过程的行为,影响数据处理结果,损害他人财产者,处5年以下自由刑或罚金”。



程”类型特征。鉴于相应的列举事项表现为“设定程序”、“使用数据”行为,其堵截所补充的内容也就有别于此,包括其他“干扰”行为,如利用“第1-3目所未规定的技术(可为输出操纵)以及其他未知的新技术,尤其是硬件操纵的新技术”,而不再重复上述同类手段。<sup>[41]</sup>再如德国《反不正当竞争法》第17条“侵犯商业秘密罪”第2款第2项所规定的“以其他未经授权方式取得或持有的经营秘密或企业秘密”,<sup>[42]</sup>在解释中也有较大的扩充,包括“未经授权”的“任何违反法律或善良风俗的取得行为”,超出了“告知”、经由行为而“取得”等同类方式,立足于总括性语词即“未经授权”的文义。<sup>[43]</sup>我国刑法中,许多兜底条款都需要依据类型特征进行平义解释。如《刑法》第162条之二虚假破产罪中“或者以其他方法转移、处分财产”、第276条破坏生产经营罪中“以其他方法破坏生产经营的”、第286条之一拒不履行网络安全管理义务罪中“有其他严重情节的”、第321条运送他人偷越国(边)境罪中“有其他特别严重情节的”,等等。

以《刑法》第182条操纵证券、期货市场罪为例。对于一些新型的操纵市场行为,如反向交易、影响指数基金交易量并从其成份股中套利等,<sup>[44]</sup>能否适用该罪的兜底条款,颇值得探讨。按照2010年5月7日最高人民检察院、公安部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》第39条第5项规定,虚假申报买卖证券并撤回申报,达到“总申报量百分之五十以上的”,可成立操纵证券市场罪。鉴于反向交易常伴随着撤回申报,与虚假申报同声共气,所以对于反向交易撤单数达到上述要求的,就可成立该罪。事实上,这种撤回申报之所以构成“操纵”,是因为其欺诈性,若缺乏相应的反向交易,例如基于恶作剧、心慌等而实施的撤回,就不属欺诈,不符合操纵行为的特征。如果不着眼于这种欺诈性,而片面看重“撤回申报量”,其他反向交易就会被排除在外,如上述影响指数基金交易量并从其成份股中套利行为。按照平义解释,操纵实为欺诈,即不公开地对竞争进行某种事前的优势设定,影响该竞争的发展走向,使自己或特定人能够获取较为确定的利益,同时剥夺、压缩他人本应存在的均等的获利机会。在证券、期货市场,无论价量操纵,如连续交易、自买自卖、扎空,抑或非价量操纵,如技术陷阱、“抢帽子”交易、反向交易,都表现为利用优势设定的欺诈行为,符合该行为的类型特征。因此,对该罪兜底条款的解释,与其探寻体系的、实质的根据,不如回归规范的文义。

有学者为了维护只含同类规则,提出了“同质性”标准,即实质相同说,以解释那些不

[41] Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze (Beck'sche Kurz-Kommentar), 52. Aufl. C. H. Beck, 2004, S. 1753.

[42] 该项规定:“为了自己、第三人用于竞争或者出于损害企业主的目的”,“未经许可,使用、泄露由第1款所规定的告知方式而取得或经由第2款第1项中自己、他人的行为而取得的经营秘密或企业秘密,或者由其他未经授权方式取得或持有的经营秘密或企业秘密,依前款处罚。”Janssen/Maluga, in: Wolfgang Joecks/Roland Schmitz (Hrsg.), Muenchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 6/1, Nebenstrafrecht II, C. H. Beck, 2010, S. 181.

[43] Hammer, in: Peter Graf/Jaeger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, C. H. Beck, 2011, UWG § 17, Rn. 50.

[44] 反向交易,是指当日连续申报买入或者卖出同一证券、期货合约并在成交前撤回申报,诱使他人买入或卖出证券、期货,以使自己趁机卖出或买入,完成反向交易。影响指数基金交易量并从其成份股中套利行为,是指通过在自己实际控制的账户之间进行指数基金交易,影响该基金的交易价格或交易量,同时利用其相应成分股的T+0日内回转交易机制,进行交易套利。参见中国证监会网站:《证监会拟对5宗操纵证券市场案件作出行政处罚》,http://www.csrc.gov.cn/pub/newsite/zjhxwfb/xwdd/201509/t20150918\_284091.html,最后访问时间:2016年8月27日。

同类的情形。所谓“同质性”是指行为类型或实质方面的相同特征,即兜底条款中“特定犯罪的实质与该罪明示的行为类型同质性特征完全等同”。在并不“完全等同”的场合,就需要对实质内涵进行论证,以确定是否有“同质性”,具体而言,先以国际标准的视角考察其普遍的可罚性,然后通过正式法律解释形式予以明确,判断其“是否直接归属于法律明示的行为类型,或者是否契合本罪实质中可能存在的其他重要内涵”。<sup>[45]</sup> 这种“同质性”标准显然已深入实质的判断,偏离了只含同类规则所秉承的“文本原则”;而从类型性判断看,其实质判断也并非特殊,所谓“同质性”仍然游弋在规范文义中,仍被框定于操纵的行为类型,没有越雷池一步。质言之,按照该标准,在解释操纵证券、期货市场罪的兜底条款时,针对利用操纵指数基金在股市中套利、反向交易等行为的认定,适用平义解释就能解决问题,上述所谓“同质性”也是平义解释的再现,不应在文义之外作过多的开拓。

## (二)体系解释:基于不同体系的应对

### 1. 参照其他部门法的刑事罚则

对兜底条款,若不能依据文义解释清楚,就应进一步考虑其体系特征,首先就应检查是否已通过其他部门法予以明确规定。在我国刑事立法中,如前所述,其他部门法中的刑事罚则通常会细化相关罪名的兜底条款,那么在解释、适用这些条款时也就应参照之,尤其是其中所规定的行为类型。

以地下钱庄“跨境汇兑”的定罪为例。“跨境汇兑”是指地下钱庄将他人资金兑换成外币的一种形式,即通过境外合伙人,在境外按照汇率将相应数额的外币打入指定账户,同时则指使在境内特定账户中存入人民币,不知不觉地完成了交易。<sup>[46]</sup> 根据1998年8月28日最高人民法院《关于审理骗购外汇、非法买卖外汇刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第3条、第4条规定,因骗购、非法买卖外汇而成立非法经营罪的,不包括居间换汇行为。而如果参照2008年国务院《外汇管理条例》的刑事罚则,就不难理解该行为的可罚性。根据该条例第45条、第46条的规定,变相买卖外汇、未经批准擅自经营结汇、售汇业务的,可成立非法经营罪,即包括居间换汇行为。

上述案件的处理,归根结底是基于法律体系所进行的解释。刑法作为保障法,是其他部门法的保障,同时也不能脱离行业或专业知识基础。在德国刑法中,经济刑法主要表现为附属刑法,具有一定的从属性特征,即“当罪刑规定处于其他部门法(经济法及其他)规范的尾部且与前面的规定关联时,在法律技术上其从属性就是当然的”,适用该规定时即已衔接了刑法与其他部门法的关系。<sup>[47]</sup> 在美国法律中,也存在所谓“服从行政解释”的司法规则,刑法审判若涉及行政管理的内容,也就要尊重其规定和解释。<sup>[48]</sup> 在我国,对于其他部门法中有相关刑事罚则的,即使刑法典没有明文规定,兼顾刑法的明确性原则和专属

[45] 刘宪权:《操纵证券、期货市场罪“兜底条款”解释规则的建构与应用》,《中外法学》2013年第6期,第1180-1182页。

[46] 《铲断‘灰色资金’暗道——聚焦公安机关破获系列地下钱庄案》, [http://news.xinhuanet.com/legal/2015-08/25/c\\_11116370408\\_2.htm](http://news.xinhuanet.com/legal/2015-08/25/c_11116370408_2.htm), 最后访问时间:2015年8月26日。

[47] Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht; Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten, 4 Aufl., Franz Vahlen, 2014, S. 1.

[48] 例如, *Chevron v. Natural Resources Defense Council*, 467 U.S. 837 (1984)。

性原则,也应该依据这种体系特征扩张解释刑法中的兜底条款,以此为细化兜底条款的依据。如非法经营保安业务行为,依据《保安服务管理条例》第41条规定,可成立非法经营罪,因为该刑事罚则对应《刑法》第225条第4项,可成为解释该条款的知识基础和理由。

只含同类规则的视线始终不离刑法中的列举事项,并非注意到不同部门法之间的衔接,其体系思考受到了很大的限制。有学者认为,假如没有总括性规定,“便会因列举不全而不能有效地打击犯罪”;而假如没有列举性规定,其概括性语词“便会因概念模糊而枉罪无辜”。只有二者兼备,“才能实现刑法规范表述之精确性与模糊性的平衡。”<sup>[49]</sup>这种平衡结构显然仍停留于刑法的规范文本,不包括刑法与其他部门法之间在体系上的互补和平衡。其他部门法中的刑事罚则通常与列举事项没有直接关系,其知识基础和规范性性格另有表现,用来定义堵截构成要件时,也就有更丰富的内容。以地下钱庄“跨境汇兑”的定罪为例,鉴于最高人民法院《解释》所规定的非法经营外汇行为并不周延,若忽视《外汇管理条例》第45条、第46条的规定,硬要适用只含同类规则,就极易与类推定罪同构化。

## 2. 依据体系的关联性进行解释

基于体系上的关联性,对兜底条款的解释也可以参考刑法中的其他规定。美国司法中有所谓的“从其上下左右而断其意”规则,即语义模糊时,可参照该法令中其他的规定来确定其本意。德国宪法法院大法官哈塞默也认为:构成要件的意义在解释时一般需要参照其体系的关联性,“在语言的层面,体系的含意构建了规范文义,后者在此也共同生成了体系的意义”,“法律‘漏洞’在任何层面上都被可罚性行为包围着,根本就没有被隔绝于外”,可以通过体系解释予以弥补,而“拘泥于单个条款就显得太过‘短浅’”。<sup>[50]</sup>这种体系解释包括两方面:一方面,该行为必须具有实质的可罚性;另一方面,其解释须遵循体系上的关联性,体现情境化特征。

仍以非法经营罪为例,在我国附属刑法不发达的条件下,其作为兜底罪名,可为相关罪名的补充,也是适用兜底条款的逻辑依据。例如,对网络游戏“私服”、“外挂代练”问题,我国司法判例中虽以非法经营罪论,但判罚理由莫衷一是。如对董杰利用“外挂”软件“代练升级”获利案,法院依照《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》第11条,以经营非法出版物定罪处罚,<sup>[51]</sup>而对谈文明擅自制作网络游戏外挂出售牟利案,法院则依据该《解释》第15条规定,以未经许可从事出版、发行业务进行了处理。<sup>[52]</sup>理论上也众说纷纭,有侵犯著作权罪说、无罪说、计算机犯罪说、非法经营罪否定说等观点,其中非法经营罪否定说即依据只含同类规则,认为其行为没有破坏市场秩序,所以不成立非法经营罪。<sup>[53]</sup>笔者认为,依据该规则而否定网络游戏“私服”、“外挂代

[49] 储槐植、宗建文著:《刑法机制》,法律出版社2004年版,第122页。

[50] Hassemer, Tatbestand und Typus, Carl Heymann, 1968, S. 90-91.

[51] 南京市中级人民法院:(2011)宁刑二终字第10号刑事裁定书。

[52] 罗鹏飞:《谈文明等非法经营案——擅自制作网络游戏外挂出售牟利构成犯罪的应当如何适用法律》,载《刑事审判参考》第60集,法律出版社2008年版,第17页。

[53] 陈超然:《非法经营罪竞合问题研究》,《江西警察学院学报》2013年第3期,第69页。

练”的可罚性,有削足适履的形式化趋向,不符合非法经营罪在体系上作为兜底罪名的特征,也不利于对侵犯著作权罪立法漏洞的弥补。根据上述《解释》第11条的规定,在涉非法出版物问题上,非法经营罪可视为侵犯著作权罪的兜底罪名,堵截功能由该罪的兜底条款来实现。<sup>[54]</sup>我国刑法中侵犯著作权罪有明显的立法漏洞,没有规制通过技术入侵、破坏他人软件运行等方式侵犯著作权的行为,而这些行为较之普通的未经许可的出版、发行有更严重的侵害性,且在一些发达国家已被犯罪化,<sup>[55]</sup>具备实质的可罚性。网络游戏中的“私服”、“外挂代练”表现为将入侵、破坏程序植入他人的游戏软件中,并利用他人的著作权牟利,侵犯了他人的著作权,正因为我国刑法中没有相关的侵犯著作权犯罪的罪名,所以对其评价就需要适用兜底罪名。该评价回归其行为本身,即制作、发行非法的软件程序,就不难认定经营非法出版物行为。如果偏离这种体系的解释,则可能忽视上述立法漏洞和实质的可罚性,而纠缠于是否破坏市场准入秩序,难以做出合理的解释。

只含同类规则之所以难以把握体系上的关联性,是因为对堵截内容的把握太过简单。再以信用证诈骗罪为例,就利用可撤销的“陷阱”信用证骗取他人财物行为是否构成该罪,理论上存在争论。<sup>[56]</sup>该行为是指,在信用证条款中设置“陷阱”,限定了生效、失效、支付等条件,人为使该信用证无法使用,以骗取他人财物的行为。《刑法》第195条规定,“使用伪造、变造的信用证或者附随的单据、文件的”,“使用作废的信用证的”,“骗取信用证的”或“以其他方法进行信用证诈骗活动的”,可成立信用证诈骗罪。对于利用信用证条款骗取他人财物的,只能考虑适用该兜底条款,因而需要解释。如果依据只含同类规则,该条所规定的信用证需具有同类特征,即与伪造、变造、作废的或被骗取的同类,不包括真实、有效的信用证。如此而论,也就不能将这种利用信用证条款的骗财行为入罪。但如果从体系的关联性上把握,则并非如此。该条第1项规定,使用伪造、变造“附随的单据、文件”的也可成立该罪,意味着即使针对真实、有效的信用证,在使用伪造、变造的附随单据、文件进行诈骗的情况下,也可以成立信用证诈骗罪。比照这一解释进行同理推断,就可以发现,利用可撤销“陷阱”信用证的诈骗行为,包括相关的占有财物、提取资金、宣告破产、携款潜逃等,也同样严重侵犯了信用证管理秩序和他人财产所有权,且没有超出信用证诈骗罪的文义射程。由此可见,基于体系的关联性所进行的理解,不拘于同类解释,内容更加丰富。只含同类规则对体系上的关联性把握太过简单,归根结底是其同类标准太高且不够科学,因而难以发挥作用。

[54] 1998年12月17日最高人民法院《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》第2条、第3条、第5条均规定,以营利为目的,实施《刑法》第217条所列侵犯著作权行为之一,违法所得数额较大或有其他严重情节的,成立侵犯著作权罪;而第11条规定,违反国家规定,出版、印刷、复制、发行本《解释》第1条至第10条规定以外的其他严重危害社会秩序和扰乱市场秩序的非法出版物,情节严重的,依照《刑法》第225条兜底条款的规定,以非法经营罪定罪处罚。由此可见,非法经营罪是侵犯著作权的兜底罪名,兜底条款发挥了堵截功能。

[55] 在德国刑法中,对“私服”、“外挂代练”行为,可以适用《著作权法》第108b条“未经允许侵入技术保护措施及为法律保护所必须的信息罪”的规定,也属于侵犯著作权的一种,是对第106条“侵犯著作权罪”的补充。Vgl. Ernst, in: Graf/Jaeger/Wittig (hrsg.), Wirtschafts-und Steuerstrafrecht, C. H. Beck, 2011, S. 2289.

[56] 参见王晨:《信用证诈骗罪的认定》,《人民司法》2000年第2期,第33页;薛麟麟:《论信用证诈骗罪》,《政法论坛》2000年第4期,第50页。



害人承运的汽油实际并不短缺的情况下,以非法占有为目的,隐瞒事实真相,诱使他人与其签订赔偿协议,并以此通过虚假诉讼骗取他人赔偿款,成立合同诈骗罪。<sup>[62]</sup> 该判决理由虽然侧重于虚假诉讼,但无论是虚假诉讼抑或诱使签订赔偿协议,都是隐瞒收货真相的一部分,有别于诈骗罪和虚假诉讼罪,本质上符合不履行合同义务的类型特征。因此,适用只含同类规则无疑是恰当的。对于合同诈骗罪而言,该规则具有特殊的意义,即要求依据各列举事项进一步明确其类型特征,以区别于其他犯罪。因此,对于必须从列举事项中归纳类型特征的犯罪而言,只含同类规则即为归纳的方法,也即成为解释兜底条款的依据。

即使如此,若要将该规则推而广之,奉为普遍、唯一的准则,则犹不可。

有学者将宏观平衡机制作为遵循只含同类规则的内在根据。该平衡机制是指,在兜底条款中,对应予处罚者的详细列举体现了规范表述的明确性,而“或者其他”类词语的运用则反映了其模糊性,两者相互依存、紧密相连、缺一不可。<sup>[63]</sup> 通过明确性语词的“明示或暗示”,才能确定模糊性语词的内涵和外延。<sup>[64]</sup> 这种平衡机制的提出仍留下许多可议之处,即使在合同诈骗罪中,也不是理所当然。因为合同诈骗罪的类型性也需要进行论理解释,需要从列举事项中归纳,才能限定兜底条款的适用,其中起决定作用的是该罪的类型特征,即基于只含同类规则所发掘的规范内容,而非该规则本身的平衡作用。这种类型性是公民可用于预测的依据,也是刑法明确性的保障,在兜底条款的解释中尤应得到重视,不完全取决于只含同类规则及其宏观的平衡机制,更不能被取而代之。

只含同类规则的重要实质根据,即宽大规则,也值得检讨。宽大规则也被称为有利于被告人规则,即“在解释模棱两可的刑事法规时,法院应从有利于被告人的视角进行裁判”。<sup>[65]</sup> 储槐植教授指出:“如果一项法律在表面上意义不明确时”,则“这项法律应当从有利于被告人这一角度去解释”。<sup>[66]</sup> 这无疑是值得肯定的。宽大规则要求对刑法中的兜底条款进行严格的解释,但不等于仅适用只含同类规则。从解释方法看,沿着一定的位阶进行层层解析,有着更严格的体系、步骤和技术性要求,较之依据该规则“毕其功于一役”,具有更强的操作性、科学性和谦抑性,更能体现宽大规则。

### (三)目的解释:更严格的限制解释

在其他解释方法不足以明确兜底条款时,就需要依据刑法目的进行更严格的限制解释。有学者主张,目的解释在方法论上具有相对意义的优位性,有助于进行目的性限缩。<sup>[67]</sup> 就兜底条款而言,依据本文所支持的位阶进行限制解释,比具有优位性的目的解释更加严格,是经过层层深化、剥离之后所进行的限制,只有在文义解释、体系解释仍不足以明确时,才基于目的性限缩加以解释。这种限制解释也比只含同类规则更严格,在兜底条款的

[62] 江苏省南通市启东市人民法院(2005)启刑重字第0004号刑事判决书。

[63] 储槐植、宗建文著:《刑法机制》,法律出版社2004年版,第120,107页。

[64] 储槐植著:《刑事一体化与关系刑法论》,北京大学出版社1996年版,第359页。

[65] McNally v. United States, 483 U. S. 350 (1987); See, e. g., Muscarello v. U. S., 524 U. S. 125 (1998); Evans v. U. S., 504 U. S. 255 (1992); Scarborough v. U. S., 431 U. S. 563 (1977)。

[66] 储槐植著:《刑事一体化》,法律出版社2004年版,第432页。

[67] 周光权:《刑法解释方法位阶性的质疑》,《法学研究》2014年第5期,第168页。

堵截“口径”太大或列举事项的外延太宽时,就不应拘泥于同类标准,而应有更严格的限定。

就以危险方法危害公共安全罪来说,对其若不进行更严格的限制解释,则很容易被滥用。其问题的核心是对“其他危险方法”的解释,即该危险是否具体、迫切、现实,能否包括抽象危险或潜在危险。根据笔者的观察,在《刑事审判参考》第1-95集所收录的16个以危险方法危害公共安全罪的案件中,如公交司机脱离驾驶岗位与乘客斗殴、在城市主干道采用故意驾驶机动车撞击他人车辆制造交通事故、以二甘醇冒充药用丙二醇向制药厂销售、出售制造毒奶粉的“蛋白粉”、醉酒驾驶致人死伤、殴打正在驾驶的公交司机并抢夺其变速杆、为逃避酒驾而冲撞警察及其他车辆等,既有具体危险,也有抽象危险的方法,因而不易把握。从罪刑关系看,该罪的法定刑在一定范围内与故意杀人罪、故意伤害罪相当,如该罪的基本法定刑与《刑法》第232条故意杀人罪之“情节较轻”时的法定刑相同,也与第234条故意伤害罪之“致人重伤”时的法定刑相同,其加重法定刑与故意杀人罪的基本法定刑、故意伤害罪“致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾”时的法定刑相同。基于这种对应关系,对该堵截构成要件的理解就应有较高标准,应该限定于具体危险方法。通说主张,该要件应为“给公共安全造成了具体的危险”。<sup>[68]</sup>而“危险方法”作为多蕴含的概念,如果包括了抽象危险,则会被无限扩张。如上述事例中,以二甘醇冒充药用丙二醇向制药厂销售、出售制造毒奶粉的“蛋白粉”等本身没有引起具体、迫切的危险,其定罪不符合通说的观点。按照只含同类规则,必然要求该罪包含抽象危险方法。该罪的列举事项,即放火罪、决水罪等,在我国刑法中被规定得极为简约,通常包括抽象危险犯和具体危险犯。以放火罪为例,理论上无论是否支持具体危险犯说,实践中都不可能撇开作为抽象危险犯的放火行为,如对有人居住的建筑物放火,就难以将其出罪。<sup>[69]</sup>既然如此,按照只含同类规则,以放火、决水、爆炸等简约的内涵和庞杂的外延为准进行类比推断,以危险方法危害公共安全罪也就必然包括抽象危险犯和具体危险犯两种,变成“口袋罪”。

对非法经营罪中的部分行为也可适用该解释方法。如前文提及的在灾害期间的哄抬物价、牟取暴利行为、非法的官商勾结经营等,结合其对财产法益、市场秩序和商业伦理等的侵犯,其实质危害性明显大于《刑法》第225条前三项的行为,值得处罚且应予处罚。在进行目的解释时,以现实的法益侵害为内容,严格加以限缩,局限于客观、现实的危害行为,即对财产法益、商业伦理的侵犯,其范围会比着眼于破坏市场准入秩序更狭窄、明确。

只含同类规则有强烈的形式化特征,在依据刑法目的进行检视时,难免显得捉襟见肘。

相当说主张,以危险方法危害公共安全罪必须与所列举的其他行为相当,即放火、决水、爆炸等,“根据该罪所处的地位,‘以其他危险方法’只是《刑法》第114条、第115条的

[68] 马克昌主编:《百罪通论》,北京大学出版社2014年版,第51页。

[69] 如德国《刑法典》第306条所规定的对有人居住的建筑物、船只、船尾楼或场所、教堂或其他宗教场所等放火的,即为抽象危险犯。Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze (Beck'sche Kurz-Kommentar), 52. Aufl. C. H. Beck, 2004, S. 2001.

‘兜底’规定”，应限于相当的行为，“否则会有损刑法的协调”。<sup>[70]</sup> 这种相当性标准本身尚存疑问，缺乏必要的确定性，在适用该规则时难免会随意出入人罪。例如，在潘某或以危险方法危害公共安全案中，被告人从重庆市渝中区和平宾馆1107房间窗台上，让两个5公斤重的液化气罐从高楼坠落到人行道上，砸中两名行人。法院以其行为危害公共安全为由，判定为以危险方法危害公共安全罪。<sup>[71]</sup> 但按照上述相当说的观点，该行为所造成的危险或者侵害结果不属于相当的危害公共安全，不应成立该罪，而只能被认定为“故意杀人罪”。<sup>[72]</sup> 该观点否定了液化气罐在坠落中爆炸的可能性，即危害公共安全的具体危险，不符合“法律外行人的平行判断”规则。该观点还进一步以行为为标准，将其同类标准分为四类，即行为的危险性质的同类、行为手段强制性的同类、行为类型的同类和行为法益侵害性质的同类。<sup>[73]</sup> 但是，依据只含同类规则，该罪的司法适用究竟应根据哪种同类标准，也无法确定，且难以确切解释。例如盗窃窰井盖，其危险充其量只是抽象危险，具有与放火罪的抽象危险犯同类性质的危险；而其行为手段属相对“和平”的方式，在手段的强制性程度上又与秘密投毒行为同类。因此，无论以哪个标准，都会认为盗窃窰井盖与放火、投放危险物质等行为同类，都可推定其构成以危险方法危害公共安全罪。这是难以让人信服的。

同一类型说认为，其行为的相当性“具有一定程度的形式判断的特征”，需进行“客观上的可比性的判断”，“依赖与放火、决水、爆炸、投放危险物质行为的类比而确定”。<sup>[74]</sup> 这种相当性以兜底条款缺乏相应的形式界定为前提，而进行形式的可比性判断，至于与其类比的对象，就以危险方法危害公共安全罪而言，即为放火、决水、爆炸等，究竟有何可比性的形式特征，则不得而知。这种可比性的形式特征毋宁是兜底条款的共同语意，即体系上“规范和意义的关联性”，<sup>[75]</sup> 针对兜底条款即为总括性语词本身，构成其与列举事项的共性，才能成为二者之间相当性依据和形式判断的内容。在以危险方法危害公共安全罪中，其与放火、决水、爆炸等的共性是“危险方法”，这种最大公约数如果担纲相当性判断或同类解释的依据，本身就已陷入悖论，即为了明确解释反而需比照模糊的标准。

而实质相同说则认为，“危险方法的规范内容决定了危险方法的有限性”，“其他危险方法”在实质上须等同于放火、投放危险物质等，其行为一经实施就具备了“难以预料、难以控制的高度危险性”；而窃取、骗取等“相对‘和平’的方式”，则不同于这种危险属性，“也就难以纳入‘其他危险方法’之评价范畴”。<sup>[76]</sup> 如前所述，放火罪、投放危险物质罪等在我国刑法中包括抽象危险犯，并不限于“难以预料、难以控制的高度危险性”，也不乏以“相对‘和平’的方式”来完成的类型，如投放危险物质罪，通常表现为隐秘的、有欺诈性的特征。既然如此，按照只含同类规则，以危险方法危害公共安全罪也就可以包括盗窃窰井

[70] 张明楷：《注重体系解释，实现刑法正义》，《法律适用》2005年第2期，第37页。

[71] 重庆市第五中级人民法院：（2008）渝五中刑初字第56号刑事判决书。

[72] 张明楷：《论以危险方法危害公共安全罪——扩大适用的成因与限制适用的规则》，《国家检察官学院学报》2012年第4期，第46页。

[73] 张明楷著：《刑法分则的解释原理》（第二版），中国人民大学出版社2011年版，第60-61页。

[74] 陈兴良：《口袋罪的法教义学分析：以以危险方法危害公共安全罪为例》，《政治与法律》2013年第3期，第12页。

[75] Hassemer, Tatbestand und Typus, Carl Heymann, 1968, S. 88.

[76] 孙万怀：《以危险方法危害公共安全罪何以成为口袋罪》，《现代法学》2010年第9期，第79-80页。



盖、生产、销售非食品原料、车辆“碰瓷”等行为,难以避免“口袋罪”的形成。

因此,针对那些兜底内容太过泛化的堵截构成要件,通常需要更严格的的目的性限缩,有比同类解释更高的限缩标准。

### 三 结 论

兜底条款表现为堵截构成要件,具有堵截功能和补充法规则,在解释论中得到不断的挖掘,才能自我丰富和完善,并因应现实的需要。只含同类规则与该功能无法兼容,因而存在功能性缺陷。

兜底条款的可预测性程度相对较低,但基于其堵漏的规范逻辑及补充法规则,可采用不同方法对其进行全面解释,使之更明确。根据解释方法的位阶,对该条款应分层解析,逐一加以明确:对于类型特征明确的,应优先采用平义解释,不排除参照其他部门法中的相关刑事罚则,细化其行为类型;对于那些法律上未叙明但有可罚性的行为,就需要遵循体系上的关联性,实现司法的续造;在体系上,只含同类规则也可予以适用,但限于那些亟待归纳出类型特征的罪名,不能成为普遍性规则;对于兜底内容过于泛化的,应作更严格的的目的性限缩,标准高于同类解释。其中,还可以借助比较解释等来认识其实质危害性,以丰富其规范内容。只含同类规则无助于深入发掘解释方法,立意较为狭窄,排斥了不同的解释方法及其位阶,因而不能满足刑法的明确性要求。

只含同类规则不利于兜底条款的堵截功能,不适应解释论中刑法的明确性,其同类标准也缺乏必要的确定性,因而不应成为刑法中适用该条款的统一法则。

---

[ **Abstract** ] Eiusdem generis emerges from the canons of construction in American judicial practice. As one of the textual canons, it is assimilated by Chinese criminal law to solve the problem of application of miscellaneous provisions. The basic function of miscellaneous provisions is to fill the gaps of enumerations, and it should be treated separately in accordance with interpretation methods, rather than the ejusdem generis rule itself, whose function of gap-filling is impaired by its original purpose of avoiding ambiguity or vagueness. Given its low level of predictability, the interpretation should be done in a hierarchical manner to prevent arbitrariness for abstract purpose or policies. Although one may accept the gap-filling function of the rules, he could barely take full account of differences mentioned above when the rules are considered as the only option of employment, let alone the lack of a necessarily certain criteria.

---

(责任编辑:王雪梅)